

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—

茂木 裕晃

## **【論文要約】**

### **1.本論文の目的及び問題点の所在**

多国籍企業による国際間での事業再編に対する移転価格税制の適用可能性を我が国の国内法及び租税条約の観点から検討し、今後の対策について提言することを目的とする。事業再編に対する課税は新しい国際税務のテーマであり、そのアプローチは国際間で未だ確定していない。事業再編の意義、課税対象の特定、課税所得の算定方法を明らかにする必要がある。

### **2. 事業再編に対する国際的な動向**

移転価格税制に関する国際的な規範である OECD 移転価格ガイドラインでは、事業再編とは多国籍企業による国境を越えた機能、資産又はリスクの移転として定義されている。移転価格税制は、関連者間の「取引」を適用対象としており、それは事業再編についても該当する以上、事業再編における「取引」を特定する必要がある。OECD 移転価格ガイドラインでの「取引」は、基本的に私法上の取引を指すものの、例外的にその条件が再構成されることもある。事業再編における取引としては、①何らかの価値あるものの移転及び②既存の取極めの終了又は実質的な変更が該当する。①、②のいずれについても、OECD 移転価格ガイドラインは重要な概念(無形資産、継続事業及び事業再編で発生する損失等)についての定義を定めてず、各国間で解釈が分かれる可能性がある。事業再編で発生する各「取引」に係る独立企業間価格を算定するためには、①比較可能な独立企業間での「取引」を選定し、②その「取引」での価格を参照することになる。しかしながら、そのようなアプローチが適用することが難しい「取引」(無形資産の譲渡、事業再編による損失の補償)があり、どのように独立企業間価格を算定すれば良いのか、現在の OECD 移転価格ガイドラインは十分な指針を与えていない。

事業再編に対する移転価格税制の適用についての明確なルールを有する国は、多いとは言えない。その中で、ドイツや米国は体系的な国内法を有しており、我が国もこれを参考とすべきである。

### **3. 我が国の国内法及び租税条約の観点からの検討**

我が国の国内法は、OECD 移転価格ガイドラインをモデルとしてこれに整合するように設計されている。国内法には事業再編に係る規定は存在しないが、OECD が用いたアプローチ(①「取引」を特定し、その比較対象取引を選定し、適切な独立企業間価格算定方法により独立企業間価格を算定する)を用いることになる。しかしながら、我が国の国内法は「取引」の意義について、私法上の契約を基本的にそのまま受け入れており、OECD 移転価格ガイドラインが規定する、取引の再構成というアプローチは採用できない。また、事業再編で発生した「取引」のうち、無形資産の譲渡や事業再編で発生する損失について独立企業間価格を算定することは難しく、法令の改正が必要となっている。

移転価格課税は国際的な二重課税を発生させるため、我が国の企業の国外関係者がその所在地国で事業再編について移転価格課税を受けた場合は、対応的調整を検討しなければならない。我が国の権限のある当局は、租税条約を根拠規定とする相互協議での合意を通じて対応的

調整を行う。しかしながら、相互協議で相手国と合意に達するためには、事業再編に対する移転価格税制の適用について、国内法又は租税条約の規定が整備されている必要がある。現状の国内法又は租税条約の規定内容では、相手国の主張する課税手法を受け入れることができず、相互協議が合意に至らず、国際的な二重課税が排除されない可能性がある。

#### **4. 事業再編への対策**

事業再編への対策として、我が国は国内法について、①取引概念の定義、②資産概念の定義、③所有概念の定義、④「譲渡」と「使用許諾」の識別及び④新しい独立企業間価格算定方法に関する規定を整備する必要がある。また、国際的な二重課税を排除するためには、租税条約において事業再編についての具体的な取扱いについて、相手国と合意する必要がある。そのような規定を整備するためには、事業再編における実態についての情報を入手する必要がある。現在は、我が国には移転価格文書化義務を定める規定がないが、今後はこれを導入する必要がある。規定を整備したとしても、納税者の予測可能性を確保するためにはなお不十分であり、事前確認の実施により対応する必要がある。

## 目次

はじめに .....	1
本論文の目的及び背景 .....	1
問題点の所在 .....	3
本論文の構成 .....	4
本論文に係る先行研究 .....	5
第1章 移転価格税制の概要 .....	8
第1節 移転価格税制の趣旨 .....	8
第2節 我が国の移転価格税制の導入目的 .....	9
第3節 移転価格税制に係る国内法の特徴 .....	12
第1款 国内法の構成 .....	12
第2款 他の国内法との関係 .....	13
第4節 租税条約及び OECD 移転価格ガイドラインとの関係 .....	14
第1款 租税条約との関係 .....	14
第2款 OECD 移転価格ガイドラインとの関係 .....	16
第5節 小括 .....	18
第2章 事業再編に対する国際的な動向 .....	19
第1節 本章の構成 .....	19
第2節 事業再編に対する移転価格税制の適用ルールの新設 .....	20
第1款 機能及びリスクの移転によるタックス・プランニング .....	20
第2款 タックス・プランニングへの対応策検討 .....	21
第3款 OECD 移転価格ガイドライン第9章の概要 .....	21
第3節 事業再編に係る課税対象の特定 .....	32
第1款 独立企業原則における取引の位置付け .....	32
第2款 取引の意義 .....	34
第3款 事業再編に係る取引の特定 .....	37
第4節 事業再編に対する独立企業原則の適用 .....	47
第1款 独立企業原則の適用手順 .....	47
第2款 事業再編自体に係る比較対象取引の選定 .....	48
第3款 何らかの価値あるものの移転に係る比較対象取引の選定 .....	49
第4款 既存の取極めの終了又は実質的な再交渉に係る比較対象取引の選定 .....	52
第5款 何らかの価値あるものの移転取引に係る独立企業間価格算定方法 .....	53
第6款 既存の取極めの終了又は実質的な再交渉に係る独立企業間価格算定方法 .....	56
第5節 事業再編に対する各国の動向 .....	57
第1款 IFA による報告 .....	57
第2款 ドイツの事業再編に係る法令の特徴 .....	60

第 3 款	米国の所得相応性基準の概要 .....	68
第 6 節	小括 .....	73
第 3 章	我が国の国内法及び租税条約の観点からの検討 .....	76
第 1 節	本章の構成 .....	76
第 2 節	事業再編に対する現行国内法の適用可能性 .....	76
第 1 款	移転価格税制の適用対象 .....	76
第 2 款	取引の特定 .....	78
第 3 款	独立企業原則の適用 .....	97
第 4 款	アドビ事件の検討 .....	101
第 3 節	相手国課税に対する対応的調整 .....	103
第 1 款	対応的調整と相互協議 .....	104
第 2 款	相互協議の意義とその限界 .....	106
第 3 款	事業再編に対する移転価格課税についての合意可能性 .....	108
第 4 款	減算調整の方法 .....	109
第 4 節	小括 .....	110
第 4 章	事業再編への対策 .....	112
第 1 節	本章の構成 .....	112
第 2 節	国内法の改正 .....	112
第 1 款	取引概念の定義 .....	112
第 2 款	資産概念の定義 .....	115
第 3 款	「法的所有概念」と「経済的所有概念」の取扱い .....	116
第 4 款	「譲渡」と「使用許諾」の識別 .....	117
第 5 款	資産価値評価方法 .....	118
第 6 款	移転された資産の損金算入に係るルール .....	122
第 7 款	事業再編に係る情報提供の義務化 .....	122
第 3 節	租税条約の改正 .....	123
第 4 節	事前確認の実施 .....	124
第 5 節	小括 .....	125
おわりに	.....	127

## 凡例

1. 法令等は、平成 24 年 1 月 30 日現在のものである。

2. 法令等につき、以下の略号を使用している。

(我が国)

法法	法人税法
租法	租税特別措置法
租令	租税特別措置法施行令
租則	租税特別措置法施行規則
租通	租税特別措置法関係通達(法人税法編)
事務運営指針	「移転価格事務運営要領」(事務運営指針)
参考事例集	「別冊 移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」

(OECD)

OECD モデル租税条約	「Model Tax Convention on Income and on Capital」
OECD 移転価格ガイドライン	「Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations」
PE 報告書	「Report on the Attribute of Profits to Permanent Establishments, 17 July 2008」

(ドイツ)

国法	Aussensteuergesetz
財令	Funktionsverlagerungsverordnung
財通	Grundsätze für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung zwischen nahe stehenden Personen in Fällen von grenzüberschreitenden Funktionsverlagerungen (Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung)

(米国)

IRC	Internal Revenue Code
TR	Treasury Regulation

3. 法令等の番号の記載例を以下に示す。

租法 66 の 4②ーイ……租税特別措置法第 66 条の 4 第 2 項第 1 号イ

## はじめに

### 本論文の目的及び背景

本論文は、多国籍企業によるクロス・ボーダーでの事業再編に対する移転価格税制の適用可能性を我が国の国内法<sup>1</sup>及び租税条約の観点から検討し、今後の対策について提言することを目的とする。

世界経済は相互依存を強めており、我が国も例外でない。特に、中国やアセアンを含むアジア諸国との間でのヒト・モノ・カネ・企業の動きは拡大傾向にあり<sup>2</sup>、国際間で最終製品のみならず、中間材や部品なども取引されている。この取引において重要な役割を果たしているのが、複数の国に拠点を持つ多国籍企業である。多国籍企業は、様々な目的のため海外に事業を展開する。その中で最も単純なものは、製造業による低賃金労働力の確保であり<sup>3</sup>、ほかにも、進出先の国での優遇税制を含む外国企業の招致政策、後述する移転価格税制上のタックス・プランニング等が挙げられる。多国籍企業は、進出先の対象となる各国での投資条件を比較し、最も有利な条件の国へと移動する。

このような多国籍企業の国際間での資本移動は、利潤最大化という観点からは合理的であるが、特に企業が撤退する国において様々な問題を生じさせることがある。多国籍企業が撤退する国では、例えば生産拠点が移転され国内工場が閉鎖されれば、国内での労働需要が減少するという問題(いわゆる「産業空洞化」)が発生するであろう<sup>4</sup>。産業空洞化が一時的であり、新たな投資によって新しい産業が登場するのであれば、影響はそれほど大きくないかもしれない。アウトバウンドの投資とインバウンドの投資が均衡している国では、多国籍企業の移転問題が与える影響は、均衡していない国よりも相対的に小さいであろう。我が国の場合、アウトバウンドの投資はインバウンドの投資を上回っており<sup>5</sup>、多国籍企業による国際間の移動は大きな影響を与

---

<sup>1</sup> 本論文では、租税に関する我が国の法律、政令、省令及び通達等を総称する意味で使用する。

<sup>2</sup> 伊藤元重『ゼミナール国際経済入門 3版』日本経済新聞社 2005年、2頁。

<sup>3</sup> 同上、456頁。

<sup>4</sup> 同上、480頁。

<sup>5</sup> 財務省の対外及び対内直接投資に関する統計では、平成12年度から16年度までの5年間

えるものと考えられる。

多国籍企業の国際間での移動(特に撤退)は、関係国での所得を減少させ、国家の税収をも減少させることとなる。多国籍企業の海外移転に悩む国々は、その対策を検討してきた。税制面では、外国からの投資を惹きつけるための税率の引下げ、外国からの受取配当の免税等、どちらかといえば、多国籍企業にとって有利な政策が実施される一方<sup>6</sup>、自国からの撤退に対してはこれを抑制しようとする傾向にある。特に、各国は、多国籍企業の移転価格税制上のタックス・プランニングの手段として実施される機能・リスク・資産の国際間での移転に注目し、移転に対する適正な対価を得ていない場合、税務上適正な対価が支払われたものとして課税する姿勢を示しつつある。これが、事業再編に対する移転価格税制適用の問題である。各国の事業再編に対する課税の検討は、移転価格税制における独立企業間価格算定に関する国際的な共通ルールである「独立企業原則」を「逆手に取った」租税回避行為を防止しようとするものである。すなわち、多国籍企業間での取引における所得(グループ全体での所得)は、独立企業原則に基づき、「より多くの機能を果たし、多くのリスクを負担し、多くの資産を保有する」者へ相対的に多く配分される。多国籍企業間において、税率が低い国へ多くの機能・リスク・資産を配分すれば、税率の低い国へより多くの所得を配分し、グループ全体での税負担を最小化することができる。

実際、我が国でも事業再編が行われていることを示す事件(アドビ事件)が発生している。アドビ事件は、「アクロバット」等のパソコン用ソフトウェアで知られる米国企業 Adobe Systems Inc. の日本子会社であるアドビシステムズ株式会社(以下、「アドビ」という。)が国外関連者へ提供する役務について、日本の税務当局が、取引が独立企業間価格で行われていないとして課税し、それに対してアドビが取消しを求めた税務訴訟である。裁判では、税務当局が採用した独立企業間価格算定方法が「再販売価格基準法に準ずる方法」に該当するかどうか为主要な争点となり、一審では税務当局が勝訴したが、控訴審にて納税者が勝訴し、税務当局が上告しなかったため納税者勝訴が確定した。本件については、多くの実務家により裁判での立証の観点からの研究

---

での対外直接投資が合計 16.4 兆円であったのに対して、対内直接投資は 13.6 兆円であった。

<sup>6</sup> 我が国でも、経済産業省を中心に海外の子会社が留保する所得の還流促進を目的とする外国子会社からの受取配当免税が提唱され、平成 21 年度税制改正において実現した。

が行われているが、本論文にとって重要なのは、むしろ、訴訟での争点にはならなかった事業再編としての一面である。すなわち、アドビは、従来はソフトウェアの販売業務を行っていたが、販売機能を国外関連者へ移転する事業再編を実施し、事業再編後は国外関連者に対する販売仲介を行うようになった。事業再編の前後でアドビの収益率は大きく変わっている。すなわち、事業再編前は10%前後の営業利益率を計上していたところ、事業再編後はわずか1.5%程度へと大きく減少している<sup>7</sup>。居波氏は、アドビ事件は我が国における事業再編の例であるとし、事業再編自体について独立企業間の対価が支払われたかどうかを検討する余地があると述べている<sup>8</sup>。また、事業再編自体の対価が十分に支払われていた可能性も否定できないものの、税務当局が事業再編自体について課税をせず、事業再編後の取引について課税を行った理由として、①アドビ事件での事業再編で国外親会社に移転された「機能」は、日本子会社が保有していた販売用無形資産であると認められるが、これが具体的にどのようなものであり、また、その評価額がいくらであるのかを、比較対象取引を選定することで算出することは、極めて困難であること、②第1時点(事業再編時)での「機能」に係る独立企業間価格と第2時点(事業再編後)での役務提供取引に係る独立企業間価格には相互依存的な関係が見受けられることから、第2時点での役務提供取引に係る独立企業間価格が高額(事業再編前と同程度)であれば、第1時点の「機能」に係る独立企業間価格の算定は不要になること、③平成11年～13年という時期に、国際的事業再編において販売用無形資産が国外関連者に移転したとしても、これにその対価を収受すべきとする商慣行が確立しているかどうかについて訴訟において立証できるか否か不確かであることの三点を挙げている<sup>9</sup>。

## 問題点の所在

事業再編に対する課税は、新しい国際税務のテーマであり、そのアプローチは、国際間で未

---

<sup>7</sup> 居波邦泰「アドビ事案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2010年、123頁。

<sup>8</sup> 同上、126頁。

<sup>9</sup> 同上、126-127頁。

だ確定していない。そもそも、事業再編とは何を指すのか、多国籍企業の国際間での移動全般を指すのか、それともその一部を指すのか、明確でない。多国籍企業が各国間を移動する目的には、税務以外の経済的利益を追求するものもあれば、純粋に税務コストの削減を狙ったもの、これらが混合したものと推測されるが、これらのうちいずれを対象とするのか、目的に関わらずすべてを対象とするのか、といった点も明らかにされなければならない。課税対象に係る課税所得をどのように算定するのかという点も解決しなければならない。事業再編は複数の国が関係する経済的事象であり、課税アプローチが各国間で整合していない場合、同一の所得に対する二重課税が発生し、国際貿易に悪影響を与える。

事業再編に対する移転価格税制の適用は、経済協力開発機構（以下、「OECD」という。）の租税委員会を中心に検討されてきた。各国間での議論の結果、2008年にディスカッション・ドラフトが発表され、パブリック・コメントを受けて、2010年にはOECD移転価格ガイドラインの第9章が新設されるに至った。2008年に、ドイツが事業再編に対する課税ルールを導入しており、事業再編に対する移転価格課税の問題の重要性は急速に高まっている。我が国としても、各国の動向を踏まえた上で、この問題に対する課税方針を固める必要がある。

## 本論文の構成

本論文は、この事業再編への課税問題を考察するものである。事業再編は、比較的新しい国際課税の問題であることもあってか、我が国では十分な議論が行われているとは言い難い。これまでの研究は、OECDをはじめとする外国で行われたものが中心となっている。そこで、まずは、OECD移転価格ガイドラインにおける事業再編の意義及びその課税アプローチを分析し、そのようなアプローチの問題点も明らかにした上で、我が国での受入可能性を、我が国の国内法及び租税条約等に基づき検討した。検討の結果判明した諸問題を解決するため、国内法及び租税条約の改正の方向性を提言する。

第1章では、移転価格税制の趣旨、我が国での導入目的、国内法の概要及び租税条約又はOECD移転価格ガイドラインと我が国の国内法との関係について論じている。第2章及び第3

章では、事業再編の意義とそれに対する移転価格税制の適用方法について、OECD 移転価格ガイドライン、我が国の国内法及び租税条約等の観点から考察している。事業再編は、我が国ではまだ存在しない概念であり、その研究はOECDを中心とする諸外国の方が先行しており、また、我が国は、加盟国として OECD 移転価格ガイドラインを遵守する義務があることから、まずは OECD での議論を取り上げ、その内容を踏まえた上で、我が国の現行の国内法で事業再編に対して移転価格課税を行うことができるかどうか、逆に我が国の多国籍企業が外国で移転価格課税を受けた場合に対応ができるのかどうか、その際にどのような問題があるか検討した。その対策について、最後の第 4 章で検討している。

なお、移転価格税制に類似する国際税務の重要テーマとして、恒久的施設 (Permanent Establishment, 「PE」)<sup>10</sup>に対する課税の問題があるが、本論文は、このテーマの分析を対象としていない。

### 本論文に係る先行研究

上述のように、事業再編は国際課税の中でも新しいテーマであり、我が国でこの問題を取り扱った研究は、筑波大学の青山教授、税務大学の居波氏及び保井氏によるもの等に限られている。海外での研究には、OECD 移転価格ガイドライン<sup>11</sup>をはじめ、国際的な租税学会である International Fiscal Association (以下、「IFA」という。)の報告書、Kroppen、Hannes、Wrightらによるものがある。それらで中心となるものは OECD 移転価格ガイドラインであり、事業再編という概念の定義、事業再編での機能・リスク・資産の移転の状況、事業再編自体に係る対価の発

<sup>10</sup> PE とは、事業を行う一定の場所であって企業がその事業の全部又は一部を行っている場所をいい(OECDモデル租税条約5①)、事業の管理の場所、支店、事務所、工場、作業場、鉱山、石油又は天然ガスの坑井、採石場その他天然資源を採取する場所等が含まれる(OECDモデル租税条約5②)。PEに帰属する所得の算定は、独立企業原則に基づき行われる(OECDモデル租税条約7②、OECDモデル租税条約7コメンタリー パラグラフ22)。

<sup>11</sup> OECD 移転価格ガイドラインは、基本的に OECD モデル租税条約第 9 条(特殊関連企業条項)についての解釈であり移転価格税制に係る加盟国間での共通ルールを定めるものであるが、事業再編の目的、その経済的効果、機能・リスク・資産の移転の状況、独立企業原則の適用可能性等につき、各国の税務当局、学者及び実務家による研究・意見を反映しており、研究資料としても重要である。

生可能性、事業再編後の関連者間取引に対する独立企業原則の適用等を論じている。Kroppen 等の研究は、OECD 移転価格ガイドラインの論点のうち、国際間での機能・リスク・資産の移転の状況、対価の発生可能性を中心としている。我が国の研究は、海外の動向の紹介を中心としているが、居波氏は、我が国での少ない<sup>12</sup>移転価格税制に関する税務訴訟の一つであるアドビ事件について、多くの論者と異なり<sup>13</sup>、この事件においてクロス・ボーダーでの事業再編が行われていた点を指摘し、事業再編自体に対する課税可能性について論じている。

本論文では、事業再編に対する我が国での移転価格税制の適用可能性を取り扱うため、現行の我が国での移転価格税制の検討も必要である。我が国の移転価格税制に係る研究は膨大にあり、このうち、移転価格税制の導入の背景、制度の趣旨、その他の国内法又は租税条約との関係、税務上の資産概念（特に無形資産の概念）及び無形資産に対する所得相応性基準<sup>14</sup>の適用等が本論文に関係している。移転価格税制の導入の背景及び制度の趣旨については、国税庁による公表資料（『税制改正のすべて』）をはじめ、東京大学の金子名誉教授、東京大学の中里教授、名古屋経済大学の本庄教授、国税庁の山川氏及び新潟大学の駒宮教授によるもの等がある。その他の国内法又は租税条約と移転価格税制に係る国内法との関係については、東京大学の金子名誉教授、名古屋経済大学の本庄教授、大阪大学の谷口教授及び麗澤大学の羽床教授等によるもの等がある。資産概念については、東京大学の金子名誉教授、東京大学の中里教授及び名古屋経済大学の本庄教授によるもの等がある。無形資産に対する所得相応性基準の適用については、税務大学の居波氏及び国税庁の飯守氏によるもの等がある。

本論文は、事業再編に対する課税の可能性について、我が国の租税法の基礎的な理論の観点からも検討を行っている。租税法の基本原則である「租税法律主義」及び「租税公平主義」については、東京大学の金子名誉教授及び慶応大学の佐藤教授の研究等を参照した。我が国の

---

<sup>12</sup> アドビ事件を含め、現時点では 4 件である。

<sup>13</sup> この裁判での論点は、我が国の税務当局が独立企業間価格を算定するために使用した独立企業間価格算定方法の妥当性であり、これについての裁判所の判断について論じたものが多い。

<sup>14</sup> 無形資産の価値は、当該無形資産に帰属する所得に相応していなければならないとする無形資産の評価基準である（IRC § 482）。詳細は、第 2 章第 5 節第 3 款を参照のこと。

法人税法における課税所得算定に係る基本規定である法人税法第22条については、東京大学の金子名誉教授、同志社大学の占部教授、学習院大学の淵教授及び中央大学の大淵教授の研究等を参照した。

## 第1章 移転価格税制の概要

### 第1節 移転価格税制の趣旨

移転価格税制は、親子会社・兄弟会社等の関連企業の間での取引価格を操作することによる租税回避を防止するための税制である。

関連企業間での取引では、相互に独立した当事者間の取引(独立企業間取引)において通常設定される対価(独立企業間価格)とは異なる対価で取引が行われる傾向にある<sup>15</sup>。このように独立企業間価格と異なる対価で取引が行われる場合、取引当事者間では、通常の場合と比べて、所得が一方の当事者に移転する<sup>16</sup>。特に、このような取引が国境を越えて行われた場合、所得の国際的移動が生じ、国家の税収が増加又は減少することになる<sup>17</sup>。しかも、各国の所得に対する税率は一様でないことから、関連企業にとっては国際間での所得配分はグループ全体の損益に重要な影響を与える。すなわち、取引価格を操作することにより、税率の高い国の所得を減らし、その分を税率の低い国へ移転すれば、合算での所得は変わらないものの、税金は減少する。合理的な企業であれば、可能な限り税金を少なくしようとするであろう。

このような国際間での取引価格の操作による所得移転に対抗するため、関連企業間での取引が独立企業間価格と異なる価格で行われることにより所得が海外へ移転した場合は、税務上、独立企業間価格で取引が行われたものとみなして<sup>18</sup>移転した所得に対する課税を行うこととしている。つまり、移転価格税制は、関連企業を設立せず独立企業との間で取引を行う企業と関連企業間で取引を行う企業との間の税務上の公平性(タックス・パリティ)を実現する制度であると

---

<sup>15</sup> 金子宏『租税法 第16版』弘文堂 2011年、458頁。

<sup>16</sup> 同上。すなわち、独立企業間価格よりも低い価格で取引が行われた場合、取引の売手の所得は減少し、買手の所得は増加する。独立企業間価格よりも高い価格で取引が行われた場合、所得配分は逆になる。

<sup>17</sup> 金子宏・前掲注(15)、458頁。

<sup>18</sup> 我が国の移転価格税制は、実際の取引を独立企業間価格で行うことを強制するものではなく、税務上そのように行われたものとみなす規定振りとなっている。したがって、移転価格課税が行われる場合、納税者は実際に関連企業との間で対価の差額を調整する必要はない。米国のように、実際の取引自体を独立企業間価格で行うことを求める国もある。このような国では、移転価格課税が行われた場合、対価を修正する必要があるとあり、修正しないとき、新たに配当又は出資が行われたものとみなされる(これを二次調整の問題という)。

言える<sup>19</sup>。

ここで注意しなければならないのは、取引の動機は移転価格税制の課税要件ではない点である。つまり、移転価格税制は、価格操作による所得移転を防止することを目的とする税制ではあるものの、そのような所得移転の意図が納税者にあったか否かを問うものではないということである。納税者の意図が何であれ、「結果として」所得移転が生じていれば課税が行われる。逆に、納税者が所得移転を意図していたとしても、結果として、所得移転が生じていなければ課税はされない。

なお、我が国の移転価格税制は、国際間での取引のみに適用され、国内取引には適用されないが<sup>20</sup>、国内取引においても、法人によって所得に対する税率が異なる場合<sup>21</sup>、取引価格を操作することにより、国際間での取引と同様の効果が生ずる。このため、移転価格税制を国内取引に対しても適用する国もある。また、我が国の移転価格税制は、法人間での取引にのみ適用され、基本的に<sup>22</sup>、個人企業が行う取引には適用されない<sup>23</sup>。この点についても国際間で違いがあり、個人が関係する取引に対しても移転価格税制を適用する国がある。

## 第2節 我が国の移転価格税制の導入目的

我が国の移転価格税制は、国内法及び各国との間で締結した租税条約の中の特殊関連企業

---

<sup>19</sup> 我が国の租税特別措置法の規定には趣旨が記載されていないが、米国の財務省規則には移転価格税制の目的として、税務上の公平性が明記されている(TR § 1.482-1(a)(1))。

<sup>20</sup> その理由としては、①制度の主要な目的が国際的所得移転を防止することにあつたこと及び②国内取引をも対象とする場合には、法人所得の計算に関する基本的仕組みを再検討する必要があり、そのため制度化に長期間を要することが挙げられている(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—」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 下』有斐閣 1993年、449頁)。

<sup>21</sup> 我が国の法人税でも、法人の種類によって適用される税率は異なる。例えば、普通法人であっても中小法人とそれ以外の法人に適用される税率は異なる。米国のように、法人所得に対しても累進税率を適用する国では、所得の配分によって合計での税額が大きく変わることとなる。

<sup>22</sup> 移転価格税制の適用を免れるため、法人間の取引に個人を形式的に介在させる場合は、法人間で取引が行われたものとみなして適用される(租令 39の12⑨及び⑩)。

<sup>23</sup> 個人企業による国外関連取引の例が少なく、個人企業による国外への所得移転の例が少ないためであると説明されている(金子宏・前掲注(20)、449頁)。しかしながら、現時点でもこのような経済状況にあるのかどうか確認が必要であると思われる。

条項から構成されている。このうち国内法は、昭和61年の税制改正において導入された<sup>24</sup>。これは、米国やフランス、ドイツ等の導入時期と比べて遅れている<sup>25</sup>。導入以前では、日本の税務当局は、移転価格税制はタックス・ヘイブンに設立した関連会社を介在させることにより租税回避を図るような場合に限定して適用されるべきであり、通常の国際間の取引に対して適用することは不適切であると考えていた<sup>26</sup>。こうしたなかで我が国が移転価格税制を導入した契機は、米国において我が国の自動車会社のグループ企業が移転価格課税を受けたことであると言われている<sup>27</sup>。

日本のトヨタ、日産及びホンダの3社は、米国子会社を経由して自動車製品を米国市場に輸出していたが、その米国子会社との取引が独立企業間価格で行われていないとの指摘を米国内国歳入庁より受けた。所得移転金額は、3社合計で千億円単位に上った<sup>28</sup>。上述のように、日本の税務当局は、移転価格税制は極めて限定された地域との取引についてのみ適用されるべきであると考えており、米国内国歳入庁が日米間の取引に対して移転価格税制を適用したことは衝撃であった<sup>29</sup>。米国が安易に移転価格税制を適用することを牽制するためには、我が国としてもこれに対抗する必要があると考えられた<sup>30</sup>。

移転価格税制に係る規定を国内法に導入するに先立ち、既存の国内法の規定で対応が可能であるか否か検討された。すなわち、課税所得計算の一般規定である法人税法第22条、寄附金税制、同族会社の行為計算の否認規定、タックス・ヘイブン対策税制又は我が国が締結していた租税条約に含まれる特殊関連企業条項<sup>31</sup>を適用することで所得移転に対抗できるとする意

<sup>24</sup> 一方、租税条約における特殊関連企業条項は国内法の導入前から存在していた。

<sup>25</sup> 米国では、第一次大戦時の世界大戦超過利益税に係る高い累進税率を免れるための節税テクニックに対抗するため、まず連結納税制度が1918年に導入され、続いてこの規定をベースとして1928年にIRC § 45が導入され、移転価格税制が誕生した。後に§ 45は改正され、現在の§ 482となっている。フランスでは1935年に、ドイツでは1972年に導入されている(小畠信史、清水孝『移転価格の税務と管理』税務経理協会1996年参照)。

<sup>26</sup> 駒宮史博「移転価格税制の導入」金子宏編『租税法の発展』有斐閣2010年、233頁。

<sup>27</sup> 同上、230-234頁。

<sup>28</sup> 同上、232頁。

<sup>29</sup> 同上、233頁。

<sup>30</sup> 同上、234頁。

<sup>31</sup> OECDモデル租税条約の移転価格税制に係る規定である。第1項では、商業上又は資金上

見もあった<sup>32</sup>。法人税法第22条第2項は、有償・無償の資産の譲渡や役務の提供、資産の譲受け等の取引が時価で行われたものとして取引に係る益金を算定することを定める規定であり、我が国の税務当局は、寄附金課税を併せて適用することで価格操作に対抗してきた。しかしながら、この規定は、時価の算定方法自体を定めるものではなく、時価に関する情報を入手できる場合には適用できるが、明確な時価が存在しない場合には適用が困難であるという弱点があり、国際間の継続的取引に適用することは困難であるとされた。寄附金税制には、一定の限度での損金算入が認められていることや課税を行った後に二重課税を排除するための対応的調整が基本的にできないという欠点もあった。同族会社の行為計算の否認規定は、税務当局に合理的でない行為又は計算を否認する権限を与えているが、国際取引を行う企業は同族会社に限定されず、多国籍企業グループが行う関連者間取引を網羅することができないという点で不十分であった。タックス・ヘイブン対策税制は、取引相手国が軽課税国である場合に限り適用可能であり、日米間取引などには適用できず、不十分であった。租税条約の特殊関連企業条項は、関連者間取引が独立企業間価格で行われていないために所得移転が生じた場合において所得移転部分に対する課税を認めている。我が国では、租税条約は国内法に優先して適用されることになっており、国内法で移転価格税制を導入せずとも租税条約を根拠規定として課税ができるという意見があった。しかしながら、①この特殊関連企業条項は、いわゆる「may clause(～できることを定める容認規定)」であって、「shall clause(義務規定)」ではなく、条約締結国に移転価格課税を義務付けるものではないこと、②この規定の趣旨は、条約締結国がその国内法によって移転価格課税を行ったとしても、他方の条約締結国がそれを容認する点にあることから、国内法によることなく条約上の規定を根拠に移転価格課税を行うことはできないと判断された<sup>33</sup>。

---

の関係において、関連者間で独立企業間のものと異なる条件が設けられ又は課されている場合、そのような条件がないとしたときに得るであろう所得について課税ができると定める。第2項では、第1項の課税についての対応的調整を定める。

<sup>32</sup> 同上、234-237頁。同様のことは国税庁『昭和61年改正税法のすべて』でも述べられている。

<sup>33</sup> 駒宮史博・前掲注(26)、236頁。この租税条約と国内法との関係に関する説は、小松芳明教授が唱えていたものである(小松芳明『国際租税法講義 増補版』税務経理協会1998年、22-23頁)。

以上のように既存の国内法や租税条約の規定では所得移転を十分に防止することができないため、移転価格税制に係る国内法が新たに導入された。

### 第3節 移転価格税制に係る国内法の特徴

#### 第1款 国内法の構成

移転価格税制に係る国内法は、大きく①単体納税を行う法人に係る規定と②連結納税を行う法人に係る規定に分かれる。①・②ともその内容は同様である。①は、法律である租税特別措置法第66条の4及び第66条の4の2並びに政令である租税特別措置法施行令第39の12及び第39条の12の2並びに省令である租税特別措置法施行規則第22条の10及び第22条の10の2並びに租税特別措置法関係通達(法人税編)第66条の4及び移転価格事務運営要領から構成されている。

上記の各規定のうち、法令である租税特別措置法、租税特別措置法施行令及び租税特別措置法施行規則は、移転価格税制の意義、適用対象及び独立企業間価格算定方法を定めているが、課税要件を網羅しているわけではない。例えば、独立企業間価格算定方法を選定するためには、適切な比較対象取引を選定できるか否か判定する必要があるが、その判定基準は、通達である租税特別措置法関係通達又は移転価格事務運営要領において定められている。移転価格税制での最重要テーマである無形資産取引については、法令にはほとんど規定がなく、無形資産の範囲、独立企業間価格算定方法の選定その他の事項が、通達又は移転価格事務運営要領で定められている。

我が国の租税法の基本原則である「租税法律主義」<sup>34</sup>(その一部である「課税要件法定主義」)

---

<sup>34</sup> 金子教授は、「租税は、公共サービスの資金を調達するために、国民の富の一部を国家の手に移すものであるから、その賦課・徴収は必ず法律の根拠に基づいて行われなければならない。換言すれば、法律の根拠に基づくことなしには、国家は租税を賦課・徴収することはできず、国民は租税の納付を要求されることはない。この原則を租税法律主義という。」と説明している。租税法律主義は、憲法第84条(「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」と定められている)を根拠規定としている。租税法律主義には、「課税要件法定主義」(課税要件のすべてと租税の賦課・徴収の手続は法律によって規定されなければならないとする原則)、「課税要件明確主義」(法律又はその委任のもとに政

は、課税要件<sup>35</sup>のすべてと租税の賦課及び徴収の手続を法律によって規定することを要求している<sup>36</sup>。移転価格税制の重要事項の多くが、法律でなく、法源<sup>37</sup>ですらない通達に定められていることは、確かに課税要件法定主義の観点から好ましいことでなく、手続面で問題があることは否定できない。しかしながら、我が国の移転価格税制に係る通達は、税務当局が独自に定めたものというよりも、移転価格税制に係る国際的な合意事項である OECD 移転価格ガイドラインを反映したものであり、税務当局が恣意的に定めたものではないことから、通達の内容自体に問題があるとは言えない。後述するように、我が国は OECD 移転価格ガイドラインを遵守しその内容を国内法に反映させる義務があり、通達はその役割の一部を果たしていることになる。通達は法源ではないため裁判所を拘束することはないが、その内容が適正である以上、裁判官の判断に重要な影響を与えるものと考えられる。したがって、本論文のテーマである事業再編に対する移転価格税制の適用可能性を検討するに当たり、通達の規定を法令と同様の判断材料とした。

## 第2款 他の国内法との関係

移転価格税制に係る国内法(租税特別措置法第 66 条の 4)は、多国籍企業による国際的な所得移転に対抗するための防止策として、法人税法第 22 条(課税所得計算方法)、37 条(寄附金)、132 条(同族会社の行為計算の否認)、租税特別措置法第 66 条の 6(タックス・ヘイブン対策税制)等の他の国内法との比較検討を経て導入された。当然のことながら、租税特別措置法第 66 条の 4 と他の国内法は相互に関係しており、特に法人税法第 22 条との相互関係は事業

---

令や省令において課税要件及び租税の賦課・徴収の手続に関する定めをなす場合に、その定めはなるべく一義的で明確でなければならないとする原則)、「合法性の原則」(課税要件が充足されている限り、租税行政庁には租税の減免の自由はなく、また租税を徴収しない自由もなく、法律で定められたとおりの税額を徴収しなければならないとする原則)及び「手続的保障原則」(租税の賦課・徴収の行使は適正な手続が行われなければならないとす、それに対する争訟は公正な手続で解決しなければならないとする原則)から構成されている(金子宏・前掲注(15)、69・71・72・73・74・75・76・77・78 頁)。

<sup>35</sup> それ充足されることによって納税義務が成立するための要件。

<sup>36</sup> 金子教授は、課税要件法定主義の要請により、法律の根拠なしに政令や省令等により課税要件に関する定めをなしえないこととされていると述べている(金子宏・前掲注(15)、72 頁)。

<sup>37</sup> 租税法に関する法の存在形式をいう。法源には、憲法、法律、命令、条例及び規則等の国内法源並びに条約及び交換公文等の国際法源が含まれる。

再編への移転価格税制の適用を検討する上で重要である。

法人の所得計算の一般規定である法人税法第 22 条は、収益や費用の具体的な算定方法を定めるものではないため、それだけで国外関連取引に係る課税所得を算定することはできない。租税特別措置法第 66 条の 4 は、独立企業間価格の算定方法を定める特別法であり、法人税法第 22 条による課税所得計算を補完する役割を果たす。一方、移転価格税制に固有でない課税要件については、一般法である法人税法第 22 条を参照する必要がある、この意味で租税特別措置法第 66 条の 4 は法人税法第 22 条に依存している。例えば、我が国の移転価格税制は、国外関連者との「取引」に対して適用される。しかしながら、この「取引」という概念について、移転価格税制は、具体例を挙げているものの、直接的に定義していない。法人税法第 22 条も、法人の「取引」（資本等取引を除く取引）に対して適用される。後述するように、法人税法第 22 条に係る「取引」の意義につき、過去の裁判において検討され、学説も蓄積もされてきた。移転価格税制における「取引」が法人税法第 22 条の「取引」と同義であるか否か、規定上は明らかでない。しかしながら、①異なるとする規定も存在せず、同一の用語について複数の意味があると積極的に解釈する根拠はないこと及び②移転価格税制が法人税法第 22 条を補完するための特別規定として導入された経緯を鑑みても、その射程が異なるとは考え難いことから、これらの規定における「取引」の意義が異なると解する理由はない。本論文では、これらの規定に係る「取引」を同義として取り扱う。

#### 第4節 租税条約及び OECD 移転価格ガイドラインとの関係

##### 第1款 租税条約との関係

条約と国内法との関係については、二元論と一元論の対立がある。二元論とは、条約と国内法は全く別箇独立の法秩序であり、条約が国内関係に妥当するには国家の受容による「変形」を必要とするといひ、一元論は、条約と国内法が同一の妥当根拠をもつ統一された法秩序を構成するという。一元論は、条約優位説と国内法優位説に分かれる<sup>38</sup>。我が国がこのいずれを採

<sup>38</sup> 本庄資「租税条約と国内法等との関係」本庄資編著『租税条約の理論と実務』清文社 2008

用しているかについては、明治憲法以来の歴史的経緯から、一元論・条約優位説を採用しているとの見方もあるが、条約が国内法よりも不利な規定を含む場合、国内法への変形をせずに、国内関係にそのまま適用することについて疑義があり、そのような条約を適用するためには国内法の制定が必要であるとする見解がある<sup>39</sup>。後者の見解は、純粋な二元論ではなく、条約をその内容等に応じて、①自動執行条約と②実施の国内法の制定を必要とする条約に区分するものである<sup>40</sup>。このような条約と国内法との考え方は、租税条約と国内租税法との間でも変わらない<sup>41</sup>。

上記の考え方を租税条約第 9 条(特殊関連企業条項)と我が国の移転価格税制に適用する場合、租税条約第 9 条が自動執行条約に該当するか否かを判断する必要がある。この点につき、金子教授は、特殊関連条項の性格については自動執行説(自己執行的な規定であり、国内立法としての移転価格税制がなくても、締約国は、直接この規定に基づいて、特殊関連企業間の価格操作を是正することができる)と国内立法必要説(特殊関連企業の所得を計算しなおすためには、国内立法措置が必要である)との対立があると指摘した上で、無差別条項(一方の締約国の企業で、その資本が他方の締約国の居住者によって所有ないし支配されているものは、当該一方の締約国によりその国の企業よりも重い税負担を課されてはならないとするものであり、「非居住者被支払企業差別禁止条項」と呼ばれる。OECD モデル租税条約第 24 条第 5 項に規定がある。)及び租税法律主義(この規定はきわめて不明確であるから、それを補充し執行するための明確な国内立法なしに、この規定のみに基づいて特殊関連企業間の価格操作を是正することは、憲法 84 条の定める租税法律主義の一つである課税要件明確主義に反し許されない)を根拠として、国内立法必要説を支持している。また、谷口教授は、金子教授の説のうち、無差別条項違反を理由とする説明については妥当でないとし<sup>42</sup>、また、課税要件明確主義の違反に

---

年、217 頁。

<sup>39</sup> 同上。後述する谷口教授も同様のことを指摘している。

<sup>40</sup> 本庄資・前掲注(38)、217 頁。

<sup>41</sup> 同上。

<sup>42</sup> その理由として、①租税条約の債務者差別禁止条項(OECD モデル租税条約第 24 条第 4 項に規定があり、ある締約国の企業が他方の締約国の居住者へ支払った利子、使用料その他

についてはこれに同意した上で、さらに、条約の承認に対する国会の関与が通常の立法よりも簡略化されている点を重視し、租税条約が課税制限規範として適用される場合は課税要件法定主義の目的・機能が損なわれることはないが、課税根拠規範として適用される場合は課税要件法定主義が損なわれることになるため、租税条約を根拠として移転価格課税を行うことは、課税要件法定主義の観点からも問題があると指摘している<sup>43</sup>。

このように、学説では国内立法必要説が通説となっている。また我が国の税務当局も、国内立法必要説を支持している。本論文も国内立法必要説を支持する。

なお、国内立法必要説は、租税条約と国内法の乖離を容認するものではない。我が国の憲法は条約の誠実な遵守を定めており<sup>44</sup>、国内法が条約に適合していない場合、速やかにこれを改正する義務がある。

## 第2款OECD 移転価格ガイドラインとの関係

OECD 租税委員会が作成した移転価格ガイドラインは、OECD モデル租税条約第 9 条(特殊関連企業条項)について、その適用条件や独立企業間価格の算定方法等について、租税委員会による検討結果を示すものである<sup>45</sup>。

OECD 移転価格ガイドラインは、1979 年に初めて作成された後、何度か改訂された。現在のものは、2010 年 7 月に改訂されたものである。OECD 移転価格ガイドラインは、全部で 9 つの章より構成され、それぞれ、独立企業原則(第 1 章)、独立企業間価格算定方法(第 2 章)、比較可能性分析(第 3 章)、移転価格に関する紛争の回避及び解決のための税務執行上のアプローチ

---

の支払金の所得の決定を、債務者の企業が自国の他の居住者へ支払ったとした場合の条件で行うとする内容となっている)の適用範囲から特殊関連企業条項が除外されているのに非居住者被支配企業差別禁止条項には違反すると解釈するのは無理があること及び②仮に非居住者被支配企業差別禁止条項違反を根拠として特殊関連企業条項の国内適用可能性を否定できるのであれば、特殊関連企業条項について国内適用可能性のみを否定するよりも、むしろ条約規定としての効力そのものを否定する方が論理一貫していることを挙げている(谷口勢津夫「移転価格税制に関する租税条約と国内法との関係」『甲南法学』37 巻 3 号 1997 年、162-163 頁)。

<sup>43</sup> 谷口勢津夫・前掲注(42)、168-173 頁。

<sup>44</sup> 憲法 98②。

<sup>45</sup> OECD モデル租税条約 9 コメントリー パラグラフ 1。

(第4章)、文書化(第5章)、無形資産に対する特別の配慮(第6章)、グループ内役務提供に対する特別の配慮(第7章)、費用分担取極め(第8章)及び事業再編に係る移転価格の側面(第9章)についての実務上の取扱いが定められている。本論文の中心テーマである事業再編についてのガイドラインである第9章は、2010年7月の改訂において新たに追加された。

OECD 移転価格ガイドラインは、条約ではなく各国を拘束するものではない<sup>46</sup>。しかしながら、同ガイドラインを作成した OECD 租税委員会では各国税務当局の専門家同士による意見交換が行われており、我が国の国税庁もこうした租税委員会の活動に積極的に参加していること<sup>47</sup>や、OECD は加盟国に対して合意事項に基づいて移転価格税制の執行を行うよう奨励していることから<sup>48</sup>、「加盟国は特に留保、所見等を付さない場合 OECD の勧告に従う義務を有するものと解される」<sup>49</sup>。

したがって、我が国を含む OECD 加盟国は、移転価格税制に係る国内法を同ガイドラインと整合させるよう努力することが求められている<sup>50</sup>。我が国は、過去の OECD 移転価格ガイドラインの改訂を受け、国内法を改正してきた。例えば、1995年に改訂された OECD 移転価格ガイドラインは、従来のガイドラインでは認められていなかった取引単位営業利益法の使用を容認した。我が国の国内法でも取引単位営業利益法は認められていなかったが、2004年4月1日から開始する事業年度よりその使用が認められた。事業再編も、OECD 移転価格ガイドラインに追加された新しいテーマであり、現在の我が国の国内法には該当する規定がない。ガイドラインの内容

<sup>46</sup> ただし、OECD は、加盟国に対して租税条約の締結及び改訂に当たっては、OECD モデル租税条約及びそのコメントリーに従うように勧告している(1997年10月23日の理事会勧告)。また、2004年3月30日に発効した日米租税条約は、その一部である交換公文において、日米両国の税務当局が移転価格の調査及び事前確認審査を行う際には OECD 移転価格ガイドラインを尊重すべき旨を定めている。

<sup>47</sup> 国税庁 website 情報。以下の URL を参照。

<http://www.nta.go.jp/sonota/kokusai/oecd/oecd.htm>

<sup>48</sup> OECD 移転価格ガイドライン 序文パラグラフ 16。

<sup>49</sup> 本庄資「国際法と各国の移転価格税制または OECD 移転価格ガイドラインとの関係」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010年、121頁。

<sup>50</sup> 実際のところ、我が国の移転価格税制は、OECD 移転価格ガイドラインと整合的である。もっとも、OECD 移転価格ガイドラインに定めがないルールを加盟国が国内法に定めることができないわけではなく、例えば、OECD が今もなお否定的である「所得相応性基準」を我が国が国内法に導入することは問題ないとする向きもある(居波邦泰「移転価格と租税条約」本庄資編著『租税条約の理論と実務』清文社 2008年、420頁)。

をよく見極めた上で、国内法を適宜改正する必要がある。

## 第5節 小括

国外関連取引に係る取引価格の操作による国際的な所得移転を防止することを目的とする移転価格税制は、米国による課税を契機として国内法へ導入された。

国内法は法律、政令、省令、通達及び移転価格事務運営要領から構成されており、このうち通達及び移転価格事務運営要領には多くの重要規定が置かれている。

移転価格税制に係る国内法は、他の国内法、特に法人税法第 22 条と相互に補完する関係にある。

我が国では租税条約が国内法よりも上位に置かれているが、積極的な移転価格課税を行うためには租税条約だけでは不十分であり、国内法の整備が必要である。OECD モデル租税条約中の特殊関連企業条項の解釈である OECD 移転価格ガイドラインについても、我が国はこれを遵守する義務を負っており、国内法を適宜改正してきた。

2010 年に OECD 移転価格ガイドラインに追加された事業再編は、移転価格税制における新しいテーマであり、これに相当する規定は、現在の我が国の国内法には存在しない。我が国としては、その内容をよく見極めた上で現状の国内法でどの程度対応が可能か検討し、必要に応じて国内法を改正する必要がある。

## 第2章 事業再編に対する国際的な動向

### 第1節 本章の構成

本章では、国際間での事業再編に対する移転価格税制の適用についての国際的な動向を考察し、その問題点の有無を確認する。事業再編は、移転価格税制における新しいテーマであり、我が国の国内法には直接的な規定がなく、先行する海外での研究を参照する必要がある。その中でも中心となるのは、OECD 移転価格ガイドラインである。上述のように、我が国としてはこれを遵守するため、ガイドラインの改正内容を国内法に反映させる義務がある。OECD 移転価格ガイドラインの事業再編に係る論点は、多岐に亘り非常に複雑となっているが(本章第 1 節第 3 款参照)、その中から①事業再編における課税対象、②その独立企業間価格の算定という論点に絞って規定内容を確認し、我が国がその内容を国内法に導入するに当たって留意すべき問題点がないかどうか考察する。

第 1 節では、事業再編に対する移転価格税制の適用に関する国際的な議論の経緯を確認する。事業再編を利用したタックス・プランニングの状況及びこれに対する OECD<sup>51</sup>による対策の沿革について述べ、その成果物である OECD 移転価格ガイドライン第 9 章の要点を考察している。

第 2 節及び第 3 節では本章の中心テーマである、事業再編に対する移転価格税制適用のフレームワークについて考察する。具体的には、事業再編における①課税対象の特定及び②課税所得算定方法について、OECD 移転価格ガイドライン第 9 章の内容の分析を行っている。

第 4 節では、諸外国の事業再編への移転価格税制適用についての動向を検討する。ドイツや米国を除き、各国は、未だ事業再編に対して移転価格税制を適用するための国内法を整備していないが、関連者間取引のもう一方の当事国の見解を整理することは、我が国での移転価格税制適用の検討において有益である。

最後に、以上の分析を踏まえ、事業再編への移転価格税制の適用についての問題点をまとめていく。

---

<sup>51</sup> 事業再編は、移転価格税制に係る新しいテーマであり、その研究において中心的な役割を果たしているのは OECD の租税委員会である。租税委員会は、6つの部会に分かれており、このうち、第 6 部会が移転価格税制を担当している。

## 第2節 事業再編に対する移転価格税制の適用ルールの新設

### 第1款 機能及びリスクの移転によるタックス・プランニング

多国籍企業グループによる機能及びリスクの移転を利用することによる租税負担軽減スキームは、OECD が事業再編に係るガイドライン作成プロジェクトに着手する以前より存在していた。OECD によると、典型的な事業再編は、1990 年代半ば以降見られるようになった<sup>52</sup>。また、事業再編の一つとして位置付けることができる、「ライセンス・カンパニー」の設立スキーム（低税率国へ設立した会社へグループ内の無形資産を集約し、当該会社から各グループ会社へライセンスさせることにより所得を低税率国へ留保するスキーム）は、タックス・ヘイブン対策税制上の問題点として、20 年以上前の OECD の報告書でも指摘されていた<sup>53</sup>。

我が国においても、機能・リスクそのものを低税率国へ移転し、移転後の機能・リスクに基づく独立企業間価格で取引を行うことにより、移転価格税制を遵守することと多国籍グループの税負担最適化を同時に達成することを可能とするスキームが利用されてきた<sup>54</sup>。

当時の OECD 移転価格ガイドラインでは、多国籍企業が機能・リスクを移転することを想定した規定がなく、機能・リスクが一定であることを前提として独立企業間価格を算定せざるを得なかった。言わば、「静的な」算定アプローチのみが採用されていたと言える。したがって、このようなタックス・スキームが租税回避行為の否認<sup>55</sup>という移転価格税制の問題とは別の問題を惹起する可能性があるものの、移転価格税制の観点からこれを防止することは困難であった。

<sup>52</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.2。

<sup>53</sup> OECD, “International Tax Avoidance and Evasion” 1987, p 25。

<sup>54</sup> 例えば、大河原健編著『実践 国際税務マネジメント』中央経済社 2003 年、110-115 頁参照。

<sup>55</sup> 租税回避とは、「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」をいう（金子宏・前掲注(15)、117 頁）。「租税回避があった場合に、当事者が用いた法形式を租税法上は無視し、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取り扱うことを、租税回避行為の否認と呼ぶ」（金子宏・前掲注(15)、118 頁）。事業再編が租税負担の軽減以外の事業上の目的を有していない場合、租税回避行為として取り扱われる可能性がある。ただし、前述のように、事業再編は租税負担以外の事業上の理由（低賃金労働の利用等）を伴うことがある。

## 第2款タックス・プランニングへの対応策検討

OECD は、2005 年 1 月に事業再編に係るプロジェクトを立ち上げた。OECD の組織のうち、第 1 作業部会及び第 6 作業部会から構成される合同チームが編成された。新プロジェクトは、事業再編を移転価格税制の観点から検討し、2008 年にその検討結果をまとめた報告書を提出することを予定していた<sup>56</sup>。また、本プロジェクトには、OECD 外の民間部門のメンバーも幅広く参加した。民間から技術的及び事実的問題に関する意見を得るため、学識経験者、産業界の代表及びコンサルタントからなる非公式の会合が設定された<sup>57</sup>。

OECD は、予定どおり、2008 年 9 月 19 日付けで、「事業再編に係る移転価格税制上の側面：民間コメント募集のためのディスカッション・ドラフト (Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment)」と題するディスカッション・ドラフトを公表した。ディスカッション・ドラフトは、4 つの論点ノート(①リスクに関する特別の考慮、②事業再編自体に対する独立企業間対価、③事業再編後の関連者間取引の報酬及び④実際に行われた取引の認識)より構成されており、その構成は現在の OECD 移転価格ガイドライン第 9 章と同様である。

ディスカッション・ドラフトに対しては、民間部門よりコメントが寄せられ、それらの検討・反映を経て、OECD は、ガイドラインの内容を最終化し、移転価格ガイドラインに追加した。

## 第3款OECD 移転価格ガイドライン第 9 章の概要

### 第1項第 9 章の構成

2010 年 7 月、OECD は、移転価格ガイドラインを更新し、事業再編に対する移転価格税制適用のためのガイドラインを第 9 章として新設した。第 9 章は、序論、第 1 部(リスクに関する特別

---

<sup>56</sup> Tamu N. Wright, "Arm's-Length Principle Improperly Used To Address Restructurings, Practitioners Say", *Tax Management Transfer Pricing Report* Vol.16, No.13, 2007, p526、Isabel Verlinden and Ian Dykes, "Final OECD Guidance on Restructurings: A Precious Balance", *Tax Management Transfer Pricing Report* Vol. 19, No.8, 2010, p521 参照。

<sup>57</sup> OECD, "Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment", 2008, paragraph12.

の考慮)、第2部(事業再編自体に対する独立企業間対価)、第3部(事業再編後の関連者間取引の報酬)及び第4部(実際に行われた取引の認識)より構成されている。中心となるものは、第2部であり、事業再編における独立企業間での対価について論じられている。第1部及び第4部は、第2部における論点の一部について指針を与えており、第3部は、事業再編後の取引における独立企業間の対価、当該対価と事業再編に係る対価の関係について論じている。

## 第2項序論

序論では、OECD 移転価格ガイドラインにおける事業再編の定義及び事業再編の典型例等が述べられている。事業再編とは、多国籍企業による機能、資産又はリスクの国境を越えた再編であると定義される<sup>58</sup>。事業再編は、価値ある無形資産の国境を越えた移転や既存の取極めの終了又は実質的な再交渉を伴うかもしれない<sup>59</sup>。1990 年半ば以降、無形資産や潜在的利益を伴うリスクの集中化が見られた<sup>60</sup>。典型的な事業再編の例としては、①本格的販売会社 (full-fledged distributor)<sup>61</sup>からリスク限定的販売会社 (limited-risk distributor)<sup>62</sup>又はコミッションア (commissionaire)<sup>63</sup>への転換、②本格的製造会社 (full-fledged manufacture)<sup>64</sup>から契約製造会社 (contract manufacture)<sup>65</sup>又は受託製造会社 (toll-manufacture)<sup>66</sup>への転換及び③グ

<sup>58</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.1。

<sup>59</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.1。

<sup>60</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.2。

<sup>61</sup> マーケティング、商品の調達、在庫管理、販売及び顧客サポートその他の機能を自社にて果たし、事業に伴うリスクをすべて負担する販売会社のことをいう (Valerie Amerkhail, Alan W. Granwell, "Transfer Pricing and Business Restructuring", *IBFD database article*, 2009, paragraph 2.3)。

<sup>62</sup> 本格的販売会社と同じ機能を果たすが、その負担するリスクが、契約等により、業界の標準的なレベルに限定されている販売会社をいう (Valerie Amerkhail, Alan W. Granwell・Supra Note (61), paragraph 2.3)。

<sup>63</sup> 自らの名で販売活動を行うが、在庫や販売債権を保有せず、販売債権の一部を対価として受け取る販売仲介者であり、限定された機能に係るリスクを負担する (Valerie Amerkhail, Alan W. Granwell・Supra Note (61), paragraph 2.3)。

<sup>64</sup> 研究開発及び製造に係るすべての機能を果たし、機能に係るリスクを負担し、価値ある無形資産や有形資産を保有する (Valerie Amerkhail, Alan W. Granwell・Supra Note (61), paragraph 2.1)。

<sup>65</sup> 顧客からの製造指示に基づき、原材料等を調達し、製造活動を行い、在庫を保有し、完成した製品を顧客へ販売する。負担するリスクが委託を受けた製造活動に限定されており、無形資

ループ内の中央拠点への無形資産の移転が挙げられている。

### 第3項 第1部:リスクに関する特別の考慮

第1部では、第2部以下で取り扱われる問題に関連する、リスクについての一般的指針が与えられている。関連者間でのリスク配分について、OECD 移転価格ガイドラインは、まずは当事者間での契約上の取極めに基づいて判断することになっている<sup>67</sup>。しかしながら、関連企業間の契約上で主張されているリスク配分が、当該取引の経済的実質に適合しない場合、税務当局にはこれに異を唱える権利があり<sup>68</sup>、経済的実質に基づき当事者間での取極めを税務上は否認する可能性がある。リスク配分の判断に当たっては、契約条件のみでなく、①関連企業の行動が契約上のリスク配分に適合しているか否か、②関連者間取引におけるリスク配分が独立企業間のものとなっているか及び③リスク配分の結果はいかなるものかという点についても検証が必要である<sup>69</sup>。

①について、OECD 移転価格ガイドラインは、独立企業間において通常はあり得ない契約条件の変更が関連者間取引では行われることがあると指摘している。すなわち、独立企業間の取引においては、当事者間の利害関係の相反によって、通常は互いに契約条件を守ろうとし、契約条件が事後に無視され又は修正されるのは、それが両当事者の利益になる場合のみである。しかしながら、このような利害対立は関連企業の場合には存在しないかもしれず、契約条件が守られているかどうかの検討が重要である<sup>70</sup>。

②について、関連者間取引におけるリスク配分が独立企業間取引での配分に類似していることを示す、実在する比較対象取引を選定できる場合、当該取引でのリスク配分は、独立企業間

---

産や有形資産の保有も限定されている(Valerie Amerkhail, Alan W. Granwell・Supra Note(61), paragraph2.1)。

<sup>66</sup> 基本的に契約製造会社と同様であるが、在庫を保有しない点が契約製造会社と異なる(Valerie Amerkhail, Alan W. Granwell・Supra Note(61), paragraph2.1)。

<sup>67</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.11。

<sup>68</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.12。

<sup>69</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.12。

<sup>70</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.13。

のものとして取り扱われる<sup>71</sup>。一方、そのような比較対象取引を選定できない場合、関連者間取引の取極めが実在する独立企業間での取引で見られないということだけをもって、当該取極めが独立企業間のものでないと結論付けられるわけではなく、この状況では、関連者間でのリスク配分が類似の状況において独立企業間で合意されたと期待されるものであるか否かを決定することが必要となる<sup>72</sup>。どのような配分が独立企業間で合意されたと期待されるかという点について、OECD 移転価格ガイドラインは、「リスクのコントロール」及び「リスク負担のための財務能力」の二点を判断基準として挙げている<sup>73</sup>。リスクのコントロールとは、リスクを引き受けるという意思決定並びにリスク管理を行うか否か及びどのようにリスク管理を行うかについての意思決定を行う能力である<sup>74</sup>。関連者間取引の当事者のうち相対的にリスクをコントロールしていない方の者に当該リスクが配分されている場合、税務当局は、当該リスク配分に異を唱える可能性がある<sup>75</sup>。ただし、いずれの当事者にとってもコントロールできないリスクがあり、そのようなリスクについては、コントロールはリスク配分が独立企業間のものであるか否かを決定する有用な要素ではない<sup>76</sup>。次に、関連者間取引においてリスクを負担する者が、そのために必要な財務能力を有しているか否かを検討しなければならない。リスクを負担する財務能力を有しない当事者に契約上割り当てられている場合、独立企業間であれば、当該リスクが当該当事者に割り当てられることになったのかという点に関して疑義が生じる可能性がある<sup>77</sup>。

③について、OECD 移転価格ガイドラインは、関連企業間のリスク配分は譲渡人及び譲受人にとって肯定的及び否定的効果をもたらすとしている。すなわち、一方では、移転の結果として、潜在的な損失及び潜在的な負債が譲受人にシフトするかもしれず、他方では、移転されたリスク

<sup>71</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.18。

<sup>72</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.19。

<sup>73</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.20。

<sup>74</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.23。また、リスクをコントロールするためには、日常的なリスクのモニター及び管理を実施する必要はなく、これらを外注することが可能であるとしている(OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.24)。

<sup>75</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.22。

<sup>76</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.28。

<sup>77</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.30。

に伴う期待利益が譲渡人ではなく譲受人によって実現されるかもしれない<sup>78</sup>。つまり、リスクを単独で移転する場合、関連者のいずれについてより多くの所得が配分されるか一義的に決定することは困難である。また、重要な問題の一つは、リスクが経済的に重要なものであるか否か、つまり、それが重要な潜在的利益を創出するか否か、そして、そのリスクの再配分が潜在的利益の重要な再配分を説明できるか否かを評価することであり、リスクが重要でないと評価された場合、当該リスクの再配分は、所得配分に影響を与えない<sup>79</sup>。

#### 第4項 第2部:再編自体に対する独立企業間対価

第2部では、事業再編に対して独立企業間においていかなる対価が発生するかという点について論じられている。

##### 事業再編の理解(パラグラフ 9.50 から 9.64)

OECD 移転価格ガイドラインは、事業再編における条件が独立企業間のものであるか否かの判断は、一般に比較可能性分析を実施することで行うとしており<sup>80</sup>、独立企業間で行われた事業再編で関連者間での事業再編と比較可能なものを選定できる場合には、その独立企業間での事業再編に係る条件を参照することになる<sup>81</sup>。そのような比較対象取引を選定できない場合、それ自体を根拠として事業再編が独立企業間の条件で行われていないと結論付けられるわけではなく、①事業再編前後の機能、資産及びリスク、②事業再編の事業上の理由及び事業再編による期待便益及び③当事者によって現実に利用可能な選択肢を検討することにより、類似の状況で独立企業であれば同様の条件で合意したと期待できるか否か判断する<sup>82</sup>。

①は、事業再編において行われた取引内容を特定する作業である。この分析では、通常、再編前後の機能、資産及びリスクを特定することになる。再編前の取極めにおける再編対象会社

<sup>78</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.40。

<sup>79</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.41。

<sup>80</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.50。

<sup>81</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.51。

<sup>82</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.52。

の権利義務を評価し、再編後の当該権利義務の変更点を評価することが重要とされている<sup>83</sup>。再編対象会社の権利義務を評価するに当たっては、独立企業間の取引で見られる経済原則が再編対象会社の権利義務に反映されているか否かを検討しなければならない。比較可能な状況における独立企業間での権利義務関係を示す証拠が存在しない場合には、両当事者が互いに独立企業として取引を行っていたならばどのような権利義務があったかを決定する必要がある<sup>84</sup>。

②は、事業再編の目的の特定作業である。グローバル化した経済における競争の激化、規模の経済による効果、専門化の必要性及び効率化とコスト削減等への対応のため、多国籍企業は、製造、研究及び販売等の機能を集権的に管理しなければならないことが指摘されている<sup>85</sup>。事業再編の効果として予想されるシナジーの増加やその前提について納税者が再編時に文書化を行うことが推奨されるとしている<sup>86</sup>。事業再編が期待されるシナジーの増加によって動機付けられていることは、再編後に多国籍企業グループの利益が実際に増加することを意味するわけではない<sup>87</sup>。

③は、事業再編を行うことがそれぞれの関連者が有する他の選択肢と比べて有利であったか否かを検証する作業である。独立企業は、ある潜在的取引の条件を評価する際、当該取引を現実的に利用可能な他の選択肢(other options realistically available)と比較し<sup>88</sup>、他に明らかに魅力的な選択肢がある場合には、当該潜在的取引を行わない<sup>89</sup>。事業再編時においては、その条件を受け入れること以外に、明らかにより魅力的であろう現実的に利用可能な一つ又は複数の選択肢(場合によっては当該事業再編を行わないという選択肢を含む。)がある場合、独立企

<sup>83</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.54。

<sup>84</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.56。ただし、そのような評価をするに当たっては、後知恵の使用を回避することに注意が払われなければならないとも述べられている。

<sup>85</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.57。

<sup>86</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.57。

<sup>87</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.58。

<sup>88</sup> ただし、すべての可能性について網羅的に検討する必要はなく、明らかにより魅力的な選択肢があるかどうかについて検討すれば良いとしている(OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.64)。

<sup>89</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.59。

業であれば、事業再編の条件に合意しなかったかもしれない<sup>90</sup>。また、関連者間取引に係る報酬も、代替的な構築の下で稼得できたであろう利益を参照して調整する必要があるかもしれないとしている<sup>91</sup>。したがって、事業再編について関連者が取り極めた条件は、独立企業間取引での条件に引き直される可能性がある。その際、関連者間グループ全体ではなく、個々の関連者にとって事業再編が経済的に合理的であったどうかを検討する必要があるとしている。すなわち、機能、資産又はリスクの国境を越えた事業再編の動機が多国籍企業グループのレベルでの健全な商業上の理由であることは、それが、個々の事業再編対象会社の観点から独立企業間のものであるかという問題の答えにはならない<sup>92</sup>。

#### 事業再編による潜在的利益の再配分(パラグラフ 9.65 から 9.73)

事業再編は、潜在的利益の関連者間での再配分を伴うことがある。再配分に対して対価が発生するか否かは、事業再編に対する移転価格税制適用上の重要論点である。この点について、OECD 移転価格ガイドラインは、独立企業は、事業上の取極めの変更が潜在的利益又は期待将来利益の減少をもたらすときに必ずしも報酬を受け取るわけではなく、独立企業原則は、事業体の将来利益に係る期待が単に減少したことに対して報酬を要求するものではないとしている<sup>93</sup>。むしろ、何らかの価値あるもの(権利その他の資産)の移転又は既存の取極めの終了若しくは実質的な再交渉があったか否か、当該移転、終了又は実質的な再交渉が、比較可能な状況における独立企業間であれば補償されるものであったか否かが問題であるとしている<sup>94</sup>。

潜在的利益は、単に、事業再編前の取極めが永久に継続したならば発生したであろう利益や損失と解釈されるべきではなく、事業体が再編時点で識別可能な権利その他の資産を有しない場合、当該企業は、対価の対象となる潜在的利益を有していないとしている<sup>95</sup>。他方で、再編時

<sup>90</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.61。

<sup>91</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.60。

<sup>92</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.63。

<sup>93</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.65。

<sup>94</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.65。

<sup>95</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.67。

点で重要な権利その他資産を有する事業体には、相当程度の潜在的利益があるかもしれず、それに対して適切な報酬が与えられなければならないとしている<sup>96</sup>。

#### 事業再編の対価(パラグラフ 9.74 から 9.122)

事業再編の結果どのような対価が発生するかという点について、将来に期待される利益が減少したというだけでは対価は生じず、何らかの価値あるもの(権利その他の資産)の移転又は既存の取極めの終了若しくは実質的な再交渉があったか否かを判定し、それらの発生が認められた場合、比較可能な状況において独立企業が補償を行ったか否かを検討する必要があるとしている<sup>97</sup>。つまり、事業再編の結果、いずれかの関連者の利益が事業再編前における期待と比べて減少したとしても、それが、①何らかの価値あるものの移転又は②既存の取極めの終了若しくは再交渉を伴わない限り、対価は生じないことが述べられている。

①の価値あるものが何を意味するのか、OECD 移転価格ガイドラインは定義していない。例として、有形資産、無形資産及び継続事業を挙げている。ここで、無形資産には、OECD 移転価格ガイドライン第 6 章に定める商業上の無形資産(特許、ノウハウ、商標及び商号等)のほか、契約上の権利も含まれる<sup>98</sup>。継続事業とは、機能を果たす経済的に統合された事業部門を意味しており<sup>99</sup>、継続事業の価値は、これを構成する個々の要素の合計額と一致するとは限らず、全体として評価する必要がある<sup>100</sup>。

②について、OECD 移転価格ガイドラインは、再編費用(資産の償却、雇用関係の終了等)、転換費用(既存の事業を他の顧客ニーズに合わせるための費用等)又は潜在的利益の消失といった損害が発生する場合において、独立企業間での対価が発生するか否かを検討している<sup>101</sup>。その判断基準として、a 当事者間での取極めにおける補償条項の有無、b 補償条項の有無自体

<sup>96</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.67。

<sup>97</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.65。

<sup>98</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.91。

<sup>99</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.93。

<sup>100</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.94。

<sup>101</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.100。

が独立企業間のものであるか否か、c 商事法又は判例法での補償の権利についての規定内容及び d 独立企業間であれば契約の終了又は再交渉で損害を被る当事者に対して他方の当事者が進んで補償を行ったと考えられるか否かを挙げている<sup>102</sup>。つまり、出発点としては、関連者間での契約に定められている、契約条件を変更する場合の補償に関する取極めの内容を検討するものの、その取極めをそのまま受け入れるのではなく、当該取極め自体が独立企業のものであるか否かを検討する必要がある。関連者間での取極めが独立企業間のものであるか否かの判断は、まずは比較対象取引となる第三者間取引での条件を参照することとし、そのような取引が選定できない場合、契約時又は終了若しくは再交渉時における、当事者の権利その他の資産を考慮して行うべきであり、また、当事者にとって現実的に利用可能な選択肢も精査すべきであるとしている<sup>103</sup>。さらに、契約が途中で終了することについて補償が生じるか否かは、リスク配分の問題であり、OECD 移転価格ガイドライン第 9 章第 1 部にて述べたリスク配分の考え方に基づき、リスク配分が独立企業のものであるかどうかを判断することになる<sup>104</sup>。つまり、比較対象取引が選定できる場合は、当該情報に基づいて判断し、それが選定できない場合は、リスクのコントロール、リスク負担のための財務能力の観点から判断する。独立企業であれば、自らコントロールできないリスクを何の補償もなしに進んで引き受けようとはしない<sup>105</sup>。既存の取極めの終了又は実質的な再交渉の条件が独立企業間のものであるか否かを評価するには、適用可能な商事法によって与えられる補償請求権を行使する可能性が重要な判断基準となる場合がある<sup>106</sup>。

### 第5項 第3部:再編後の関連者間取引の報酬

第 3 部では、事業再編後の関連者間取引への独立企業原則の適用について論じられている。独立企業原則は、事業再編後の取引と、当初からそのような形で構築されていた取引とで、異なる

<sup>102</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.103。

<sup>103</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.106。

<sup>104</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.111。

<sup>105</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.112。

<sup>106</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.115。

る形で適用されるものではなく、そうするべきでもないとしている<sup>107</sup>。ただし、事業再編後に取引を行う場合と初めて取引を行う場合とでは、差異がある。例えば、長年の本格的販売会社がリスク限定的販売会社へ転換された場合と、リスク限定的販売会社を新たに設立する場合とでは、市場への浸透活動の必要性において差異があり、比較可能性分析及び独立企業間報酬の算定に影響を与えるかもしれないとしている<sup>108</sup>。また、事業再編の対価と事業再編後の対価との間に相互関係が認められる場合もあり<sup>109</sup>、事業再編の対価を放棄する代わりに事業再編後の対価を調整することを例として挙げている<sup>110</sup>。さらに、事業再編の結果、ロケーション・セービング<sup>111</sup>による利益が享受される場合、そのような利益の関連者グループでの配分は、通常、各当事者の機能、資産及びリスク並びにそれぞれの交渉力によって決定されるとしている<sup>112</sup>。

#### **第6項第4部：実際に行われた取引の認識**

第4部では、第3部までのOECD移転価格ガイドラインにおける関連者間取引の条件の認識についての考え方がまとめられている。いかなる移転価格分析においても重要な出発点は、検証対象の関連者間取引を正しく特定し、性格付けることであり<sup>113</sup>、そのためには関連者によって実際に行われた取引における契約の条件を検討する必要がある<sup>114</sup>。関連者間での取引の条件が独立企業間のものと異なり、そのために所得配分が異なる場合、税務当局は関連者の所得配分を調整することができる。その場合、関連者間での取引の条件は、基本的には当事者の主張に基づき認識する。しかしながら、①取引又は取極めの経済的実質がその形式と異なる場合又は②比較可能な状況において独立企業であれば、関連企業が行ったようには、取引又は取極めの性格付け又は構築をしないと考えられ、かつ当該取引又は当該取極めについて、信頼

<sup>107</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.123。

<sup>108</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.129。

<sup>109</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.139。

<sup>110</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.140。

<sup>111</sup> 多国籍企業がその活動場所を人件費、不動産コスト等の費用が低い場所へ移転することにより得る利益をいう(OECD 移転価格ガイドライン 9.148)。

<sup>112</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.149。

<sup>113</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.161。

<sup>114</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.164。

できる独立企業間価格を算定できない場合に限り、当事者の主張する取引の条件について、税務当局が異を唱えることが認められる可能性がある<sup>115</sup>。これらは、改訂前の OECD 移転価格ガイドラインにおいても存在したパラグラフ 1.65 の内容と同じである。

①について、取引又は取極めの経済的実質は、取引又は取極めの経済的及び商業的な事情、実務上及び事業上の観点からの目的及び効果、当事者の行動(当事者によって遂行された機能、使用された資産及び引き受けられたリスクを含む)といった、すべての事実と状況を精査することにより決定するとしている<sup>116</sup>。

②について、取極めが独立企業であれば採用したものか否かの検証は、当該取極めによって採用された結果が、独立企業の通常の商業的行動に起因するであろう結果と適合するか否かにより行うとしている<sup>117</sup>。その際、現実的に利用可能でより魅力的な選択肢が存在していたか否かを検証することは、取極めが独立企業のものであるか否かの判断に関係する<sup>118</sup>。そのような選択肢を関連者が有していたか否かについて判断するに当たり、事業再編についてのすべての関連する条件、当事者の権利その他の資産、事業再編自体の対価、事業再編後の取極めに係る報酬及び多国籍企業グループへの参加から生じる商業的状況に対して注意を払う必要がある<sup>119</sup>。また、事業再編についての商業上の合理性を評価する際、それぞれの取引が経済的に相互に関係する場合、それらを個別に見るのではなく、一体として見る必要がある<sup>120</sup>。なお、事業再編に係る取極めが税務上の便益を得る目的によって動機付けられているという事実は、それ自体では、当該取極めが独立企業間のものではないことを意味しない<sup>121</sup>。

OECD 移転価格ガイドライン第 9 章の概要は、以上である。これらの中で、本論文にとって最も重要なものは、第 2 部である。以下、事業再編においていかなる対象に対して移転価格税制を適用するのか、どのように独立企業原則を適用するのかという点につき、考察する。

<sup>115</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.168。

<sup>116</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.170。

<sup>117</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.174。

<sup>118</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.175。

<sup>119</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.176。

<sup>120</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.177。

<sup>121</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.181。

### 第3節 事業再編に係る課税対象の特定

#### 第1款独立企業原則における取引の位置付け

事業再編に係る課税対象を特定するためには、「取引」の内容を検討しなければならない。移転価格税制においては、一般的に、「取引」の特定が重要である。以下、OECD 移転価格ガイドラインの定める「独立企業原則」の内容に基づき、この点を確認する。

「独立企業原則」は、OECD 加盟国が合意した、税務上移転価格を決定するために使用すべき国際的な基準であり<sup>122</sup>、その解釈は、OECD モデル租税条約第9条第1項において記載されている<sup>123</sup>。OECD モデル租税条約第9条第1項では、「商業上又は資金上の関係において、双方の企業の間、独立の企業の間、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益となったとみられる利益であってその条件のために当該一方の企業の利益<sup>124</sup>とならなかったものに対しては、これを当該一方の企業の利益に算入して租税を課することができる。」と規定されている。つまり、関連者との商業上又は資金上の関係において得ている利益が独立企業間での利益に等しいかどうかを検証し、それと比べて利益が減少している場合には、当該減少部分に対する課税権が認められている。ここで重要な点は、①商業上又は資金上の「関係」及び②関連者間に設けられている「条件」が検討対象となっており、「取引」という表現が使用されていないことである。「関係 (relation)」という単語

<sup>122</sup> OECD 移転価格ガイドライン 用語集。独立企業原則については、その内容の複雑さと執行の難しさを批判する意見が発展途上国を中心に見られ、国連では OECD 移転価格ガイドラインとは別の簡易な移転価格税制の執行に関するルール作りが進められている。また、域内の法人税課税ベースの共通化 (the Common Consolidated Corporate Tax Base, “CCCTB”) を目指す欧州連合においても、独立企業原則に基づく移転価格税制の執行が困難である点やコストが膨大にかかる点が問題視されている (Commission of the European Communities, “Commission Staff Working Paper Company Taxation in the Internal Market”, 2001, pp255-283—

[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/company\\_tax\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/company_tax_study_en.pdf) より入手)。しかしながら、数々の批判に関わらず独立企業原則に代わる関連者間での所得配分基準で国際的に認められたものは現時点では存在しないことから、本論文では独立企業原則に基づく議論を展開している。

<sup>123</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.6。

<sup>124</sup> 原文 (英文) では「profit」が使用されている。この「profit」というキーワードは、多くの場合、「利得」と翻訳されているが、本論文では「利益」という訳語を統一して使用している。

は、「複数の者又は物の繋がり方 (way in which one person or thing is related to another)」を意味する<sup>125</sup>。商業的又は資金上の複数の者又は物の繋がり方という表現が「取引 (transaction)」を指すのか、又は別の意味を持つのか、文言上は明らかでない。「関係」は「取引」を意味するという見解があり<sup>126</sup>、一方では、「関係」は、「取引」とは同義ではなく、したがって、移転価格税制とは、関連者間での「取引」の有無に関わらず、関連者間での所得配分を独立企業間の配分に合わせるように調整することを認める税制であるとする見解も存在する<sup>127</sup>。

OECD モデル租税条約第 9 条第 1 項のコメンタリーでは、「本条は、取引が独立企業間の条件以外の条件により特殊関連企業の間(親会社と子会社の間及び共通の支配下にある会社の間)で行われた場合に、租税に関し利益に対して行い得べき調整を取り扱う」<sup>128</sup>と述べられており、「取引」という表現が用いられている。OECD 移転価格ガイドラインの規定には、関連者間の「取引」の存在を前提とするものが見られる。例えば、比較可能性分析に関するパラグラフ 1.33 では「独立企業原則の適用は、一般に、関連者間取引の条件と独立企業間取引の条件との比較の上に成り立っている」と述べられており、「取引」が独立企業原則と強く結びついていることが示されている。OECD 移転価格ガイドラインでは、「取引」に関する用語(「関連者間取引」、「伝統的取引基準法」、「取引単位営業利益法」等)が多用されている。一方、「取引」の有無に関わらず所得を配分する方法である「公式配分方式」は、独立企業原則と異なるものであり、これを採用することはできないと明記されている<sup>129</sup>。したがって、「関係」は「取引」と同義であると解さ

---

<sup>125</sup> Oxford 英英辞典。

<sup>126</sup> 本庄教授は、OECD モデル租税条約第 9 条第 1 項について、「独立企業 (independent enterprises) 間取引では、その商業上および金融上の取引条件は、市場力 (market forces) によって決定されるが、関連企業 (associated enterprises) 間取引では、その商業上および金融上の取引条件は、必ずしも直接外部市場力によって影響されない」と述べられ、「取引」という表現を使用されている(本庄資「移転価格税制の本質」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年、3 頁)。

<sup>127</sup> Brian J. Arnold, Thomas E. McDonnell, "Report on the invitational conference on transfer pricing: The allocation of income and expenses among countries", *Tax Notes*, Vol.61, No.11, 1993, p1379。

<sup>128</sup> OECD モデル租税条約コメンタリー第 9 条 パラグラフ 1。

<sup>129</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.16-1.32。これに対して、独立企業原則と公式配分方式は相反する概念でないとする向きもある(Brian J. Arnold, Thomas E. McDonnell · Supra Note (127), p1381)。OECD は、公式配分方式を否定しているものの、例えば米国の

れる。

以上のように、独立企業原則は、関連者間での「取引」の条件を独立企業間での「取引」の条件と比較し、その差異のために所得が減少している場合に、当該減少部分に対する課税権を認めるルールであり、独立企業原則の適用対象は、関連者間での「取引」である。

## 第2款 取引の意義

次に、事業再編における「取引」を特定する前に、そもそも「取引」とは何か検討しなければならない。OECD 移転価格ガイドラインは、「取引」の意義に関する規定を置いていない。通常、「取引」は、「売買取引」のような私法上の「契約」に相当する意味で使われているが<sup>130</sup>、ここでの「取引」が契約に限定した意味で使われているのか、又はこれと異なる概念であるのか明らかにする必要がある。

OECD 移転価格ガイドラインは、「独立企業間取引においては、一般に契約条件によって、責任、リスク及び便益をどのように当事者間で配分するか、明確に又は暗黙的に示される。」と述べている<sup>131</sup>。契約条件が取引の内容把握の基礎であることから、取引は私法上の契約と同義であるか、又は同義でないとしても極めて近い意味を持つと解される。

一方で、OECD 移転価格ガイドラインは、税務当局による関連者間取引の調査は実際に納税者によって行われた取引に基づき実施されるべきであるとしつつも、例外として、納税者が実際に行った取引を否認して他の取引に再構成することを認めている<sup>132</sup>。すなわち、パラグラフ 1.65 では例外的なケースとして、①取引の経済的実質がその取引の形式と異なる場合及び②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、実際の仕組が税務当局

---

州の中には、この考え方に近い「ユニタリー・タックス」を採用しているものがある(カリフォルニア州など)。公式配分方式は、独立企業原則よりも所得配分の計算方法は明快であるが、その配分基準について各国間の合意を得ることが難しい点が弱点とされている。

<sup>130</sup> Transaction(取引)とは、「複数の人の間で売買を行うこと」とであるとされる(Oxford 英英辞典)。

<sup>131</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.52。

<sup>132</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.64。

による適切な移転価格の決定を実務上妨げる場合が挙げられている。同パラグラフの内容は、事業再編に係るパラグラフ 9.168 から 9.187 でも採用されている。

①については、取引又は取極めの経済的実質について、取引又は取極めの経済的及び商業的な事情、実務上及び事業上の観点から、その目的、効果及び当事者の行動(当事者によって遂行された機能、使用された資産及び引き受けられたリスクを含む)といった、すべての事実と状況を精査することによって決定される、としている<sup>133</sup>。その具体例として、借入企業の経済的状況を考慮すると、独立企業間ではそのような形式での投資は期待できない場合において、金利付きの負債による関連者への投資が、その経済的実質に基づき税務上は出資として扱われることが挙げられている<sup>134</sup>。具体例では経済的実質の検討過程が明らかでないが、当事者間での取引が形式上は貸付けであるものの、債務者の財務状況を考慮するとそのような貸付けに対する返済は期待できず、これを知る貸手がそのような貸付けを行うことは独立企業間では想定できず、通常は貸付けではなく出資が行われていたと思われる状況を意図しているであろう。②については、具体例として、長期契約に基づき、一括払いで、当該契約の条件として将来の研究結果から生じる知的財産が無制限に付与される場合が挙げられている。このような取引について、税務当局は当該契約の条件を継続研究契約として調整することが適切であると述べられている。知的財産が付与される取引自体は独立企業間で想定され、したがって取引の内容と形式が一致するものの、一定の金額を一括払いただけで無制限に付与される、という取引の条件が独立企業間の取引では想定できず、通常は期間に制限を設けるか又は追加での対価が支払われるため、実際に支払われた対価以上の所得が発生したと考えられる状況を意図しているであろう。①と②は、当事者の契約条件が商業的合理性を欠いており、独立企業間では存在しないと思われる場合には、独立企業間での通常の状態に再構成することを認める点で共通する。

次に、ある取引の条件が商業的合理性を欠くか否かについての判断基準を明らかにする必

<sup>133</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.170。

<sup>134</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.65。

要がある。まず、OECD 移転価格ガイドラインは、信頼できるデータによって関連者間の取引に係る比較対象取引が存在することが示される場合、関連者間での取引に商業的合理性があるとする。一方、そのようなデータが入手できないという事実だけでは、当事者の取引が商業的合理性を欠くと結論付けることはできないとする<sup>135</sup>。関連者間について独立企業間での比較対象取引のデータを入手することがしばしば困難であることは、OECD 移転価格ガイドラインも認めている(例えば、パラグラフ 1.13 参照)。データを入手できない場合、別の手段で商業的合理性の判定を行うことになる。OECD 移転価格ガイドラインは、この判定基準を明示していないものの、独立企業原則の適用は、独立企業が明らかにより魅力的な選択肢が見られるときには、取引を行わないであろうという考え方に基いており、「現実的に利用可能な選択肢」についての検討は、関連企業によって採用された取極めが、商業上合理的に行動する独立企業によって採用されたであろう取極めと異なるか否かについての問題にも関係しうるとしている<sup>136</sup>。この「現実的に利用可能な選択肢」が商業的合理性の重要な判定基準であると理解して良いであろう。

それでは「現実的に利用可能な選択肢」を考慮するとはどのような意味か。関連者がある取引を選択するに当たって、選択肢は無数にあると考えられるが、OECD 移転価格ガイドラインはそのような選択肢をすべて比較検討することを要求しているわけではない。「明らかに」より魅力的である選択肢が現実的に存在する場合、それを考慮することを求めている<sup>137</sup>。「明らかにより魅力であること」及び「現実的に存在すること」の意義について、OECD 移転価格ガイドラインでは説明されていないため、その解釈を巡って税務当局と納税者の間で見解の相違が生ずる可能性がある。なお、いわゆる「後知恵」の使用には、OECD 移転価格ガイドラインはこれを禁止していることから、注意しなければならない。

以上をまとめると、OECD 移転価格ガイドラインでの「取引」は、基本的には私法上の契約に相当するが、私法上の契約が商業的に合理的でない場合、商業的合理性に基づき契約条件が再構成されると解される。ただし、商業的合理性をどのように判断するかについては、十分な説

<sup>135</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.11・9.172。

<sup>136</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.175。

<sup>137</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.64。

明がされていない。

なお、事業再編以外の分野に目を向ければ、OECD は、取引を私法上の契約に束縛されない税法独自の概念として捉える姿勢を明確に示している。OECD は、法人内の PE 間の取引に係る所得配分について報告書（「恒久的施設への利益帰属に関する報告書（Report on the Attribute of Profits to Permanent Establishments, 17 July 2008）」2008年7月17日、「PE 報告書」）を公表している。同報告書では、PE 間の取引（法人内部での取引）は、関連者企業全体に法的な影響を及ぼさず<sup>138</sup>、法的拘束力のある契約書等といったものは必然的に存在せず<sup>139</sup>、内部取引の認識は、PE の会計記録及び内部文書を基礎資料とし、機能・事実分析によって内部文書の妥当性を検証することにより行うとしている<sup>140</sup>。内部文書は、一定の条件を満たす場合において、その法的効力の有無に関わらず、効力が認められる<sup>141</sup>。PE 報告書では、どのように機能・事実分析を通して取引を認識するのか必ずしも明確に説明されていないが、「経済的実質」の判定が重視されているものと思われる。

### 第3款 事業再編に係る取引の特定

#### 第1項 事業再編の意義

事業再編に係る取引を特定するためには、まずは OECD 移転価格ガイドラインに定める事業再編が何を意味するのか確認する必要がある。OECD 移転価格ガイドラインでは、事業再編とは、「多国籍企業による機能、資産又はリスクの国境を越えた再編（the cross-border

<sup>138</sup> PE 報告書、パート I パラグラフ 210。

<sup>139</sup> PE 報告書、パート I パラグラフ 210。

<sup>140</sup> PE 報告書、パート I パラグラフ 212。

<sup>141</sup> PE 報告書 パート I パラグラフ 216。一定の条件として、①当該文書が、機能・事実分析で明らかにされた、当該企業内で行われている活動の経済的実質に一致していること、②内部取引に関して文書化された取極めが、全体として見たときに、商業的合理性のある形で活動を行う比較可能な独立企業が採用したであろう取極めと異ならないか、又は異なるとしても、納税者の文書で示された構造が、税務当局による適切な移転価格の算定を実務上妨げないこと及び③例えば、リスクと機能を分離するような形でリスクが移転している旨を主張することによって、納税者の文書で示された内部取引が OECD 承認アプローチの原則に違反しないことが挙げられている。これらのうち、①及び②は OECD 移転価格ガイドラインでの取引の認識とも整合している（OECD 移転価格ガイドラインでは、上述のように、①又は②が満たされる場合、納税者が主張する取引を税務上否認できるとしている）。

redeployment by multinational enterprise of functions, assets and/or risks)」であると定義されている<sup>142</sup>。

「機能」、「資産」及び「リスク」の意義については、OECD 移転価格ガイドラインでは、直接的な定義規定が置かれていない。その代り、具体例として、「機能」については、設計、製造、組立、研究開発、役務の提供、購入、販売、市場開拓、宣伝、輸送、資金管理及び経営が、「リスク」については、マーケットリスク、資産、工場及び設備への投資や使用に伴う損失のリスク、研究開発が失敗するリスク、為替や金利の変動による損失リスク及び信用リスクが、「資産」については、有形資産、無形資産が挙げられている<sup>143</sup>。また、無形資産には「営業上の無形資産(Trade intangible)」と「マーケティング上の無形資産(Marketing intangible)」が含まれ、営業上の無形資産としては特許、ノウハウ、デザイン及び型式が、マーケティング上の無形資産には商標、商号、顧客リスト、販売網、ユニークな名称、記号及び写真等が例として挙げられている<sup>144</sup>。

「機能」、「資産」及び「リスク」のうち「資産」の再編(redeployment)は、通常、再編の対象となる関連者間における譲渡又は使用許諾の形式を伴うと考えられる。譲渡又は使用許諾はいうまでもなく契約の一種であり、「資産の再編」は取引に該当する。

一方、「機能」や「リスク」の再編は、新たな製造契約若しくは販売契約等の締結、既存の製造契約若しくは販売契約等の改定又はこれらの契約の終了という形式を伴うと考えられる。「資産の再編」と同様に、これらも契約の一種であることは間違いないが、「資産の再編」と異なる点は、①資産が売買や請負等の契約の直接的な対象であるのに対して、機能やリスクはそれ自身が契約の直接的な対象ではなく、売買契約や請負契約等の条件であるということ及び②資産の再編と比べて、機能やリスクの再編では再編の対象となる関連者間で契約が締結されず、第三者との間の契約という法形式を取るように仕組まれる可能性が高いことである。

契約においては、当事者がどのような役割(機能)をそれぞれ果たし、想定される危険(リスク)を負担するかといった条件が取り極められる。機能やリスクの再編とは、ある契約における当事

<sup>142</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.1。

<sup>143</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.39・1.43・1.46。

<sup>144</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.3・6.4。

者の役割や危険負担を新たに取り極めること又は変更することであり、取引条件の設定又は変更に該当する。OECD 移転価格ガイドラインにおいても、機能分析(どのような機能が関連者の間で果たされ、どのようなリスクが負担されているかを特定する作業)の一環として契約条件の分析が行われなければならないと規定されており<sup>145</sup>、機能やリスクが契約の条件と同一か又は極めて近い概念であることが示されている。

取引条件を新たに取り極めるか又は変更する場合、契約は関連者間において締結されるときがあるが、関連者間では契約が締結されないときもある。例えば、従来より関連者間で売買や請負の取引があり、当該取引に係る条件を変更するか又は取引を終了する場合、関連者間で契約が締結される。しかしながら、例えば、我が国の内国法人が顧客との間で製品を販売する取引を行っていたところ、自分で販売することに代えて別の国に所在する関連者に行わせることとした場合、契約は当該内国法人と関連者の間では締結されず、第三者である顧客との間でのみ締結される場合があると想定される<sup>146</sup>。関連者間で契約が締結されていない以上、「取引」が行われたとは言えず、したがって移転価格税制は適用できないことになる。関連者間では、独立企業間では想定できない形式の契約が仕組まれる可能性があり、移転価格税制の適用を免れるため、関連者間では契約を結ばないスキームが組まれることが想定される。そのようなスキームに対しては、書面以外の関連者間での契約の成立を示す事実の有無や契約内容自体の合理性を問う必要がある<sup>147</sup>。例えば、上述の例に即して言えば、内国法人と関連者間では製品の販売について何の契約書も取り交わされていないものの、引き続き内国法人が関連者のために販売機能を果たしている場合は、内国法人と関連者間で取引に関する申入れと承諾が行われていることが推定される。また、契約の成立を認定できないとしても、関連者を内国法人の PE として認定できるかもしれない。しかしながら、そのような事実も存在しないとすると、内国法人と関連者

<sup>145</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.52。

<sup>146</sup> 内国法人と顧客との間では既存の契約を終了させることが取り極められ、一方、国外関連者と顧客との間では新たに売買契約が締結される。

<sup>147</sup> OECD 移転価格ガイドラインでは、取引の契約の条件は、契約書以外にも当事者間で交わされた連絡又は通信文書に見いだされることがあり、書面化された条件が存在しない場合、当事者の行動や、独立企業間の関係を一般に決定する経済原則から推定されなければならない、と規定されている(OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.52)。

の間で契約が締結されたと推定することは困難であると思われる。独立企業間においても、ある製品を互いに独立した企業が同一の顧客へ販売することは頻繁にあり、そのような場合において、後から販売を開始した企業と前から販売を行っていた企業との間で契約が締結されるとは考えられない。それにも関わらず、関連者間での契約の存在を認定するためには特別な規定が必要と思われるが、OECD 移転価格ガイドラインにはそのような規定は置かれていない<sup>148</sup>。

以上をまとめると、事業の再編においては常に関連者間での「取引」が発生するわけではなく、資産の再編が行われる場合、関連者間において契約が新たに締結される場合、既存の契約条件の変更が行われる場合又は既存の契約が終了する場合に限定されているということになる。OECD 移転価格ガイドラインにおいても、事業再編は、「価値ある無形資産の国境を越えた移転 (cross-border transfers of valuable intangibles)」や「既存の取極めの終了又は実質的な再交渉 (the termination or substantial renegotiation of existing arrangements)」を伴う可能性があるが、常にそうとは限らないと規定されている<sup>149</sup>。また、独立企業原則を事業再編に適用する際、問題は、「何らかの価値あるもの」の移転又は「既存の取極めの終了若しくは実質的な再交渉」があったか否か、当該移転、終了又は実質的な再交渉が、比較可能な状況における独立企業間であれば補償されるものであったか否かであるとも述べられている<sup>150</sup>。OECD 移転価格ガイドラインの規定の意図は曖昧であるものの、事業再編すべてを移転価格税制の対象とするわけではなく、「何らかの価値あるもの」の移転又は「既存の取極めの終了又は実質的な再交渉<sup>151</sup>」に限定することを示唆しているものと思われる。

---

<sup>148</sup> なお、OECD 移転価格ガイドラインでは、事業再編によって発生する損失の補償負担を契約の当事者以外の者が行う可能性について言及されている (OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.116-9.122)。この規定は、実質的な損失負担を誰が行うべきであるかを論じたものであり、再編取引の当事者が誰であるかを特定するものではないと解釈する。

<sup>149</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.1。

<sup>150</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.65。

<sup>151</sup> 上述のように、機能やリスクの再編は、新しい取極めの成立を伴うこともある。例えば、内国法人が製造機能を海外に移転するために工場を閉鎖し、製造委託契約を内国法人と国外関連者との間で締結する場合が考えられる。この場合においても、再編対象である内国法人で再編に伴う損失が発生する。その点では、新しい取極めの成立は、「既存の取極めの終了又は実質的な再交渉」と変わらない。OECD 移転価格ガイドラインは、新しい取極めの成立において発生した損失についても移転価格税制を適用するの否か明らかにしていない。

次に、「何らかの価値あるもの」の移転及び「既存の取極めの終了又は実質的な再交渉」とは具体的にどのような取引を含むのか検討することになるが、その前に、これらの取引を一つの取引として捉えるべきか、又は複数の取引として認識すべきか検討する必要がある。OECD 移転価格ガイドラインでは、この点が明らかにされていない。事業再編が一つの契約書の中で取り極められる場合があることや事業再編の構成要素が互いに密接に関連していることを考慮すると、これらを一つの取引として考えることも可能である。しかしながら、「事業再編は、何らかの価値あるもの（例えば、価値ある無形資産）についての国境を越えた移転を伴うかもしれないが、常にそうとは限らない」<sup>152</sup>と述べられているように、事業再編の構成要素は常に一体で発生するとは限らず、個別にしか発生しないときもある。また、両方の取引が発生する場合であっても、これらの取引は相互に関連しているものの、それぞれに区分することができる。以上の点を考慮すると、これらの構成要素を個別の取引として認識することになると考えられる<sup>153</sup>。なお、後述するように、複数の取引の対価を一体で検証する必要がある場合があるが（独立企業間価格算定の取引単位の問題）、それは、取引の認識自体をどの単位で行うかということとは別の問題である<sup>154</sup>。

## 第2項 何らかの価値あるものの移転

「何らかの価値あるもの」とは、「権利その他の資産」である<sup>155</sup>。次に、「権利その他の資産」、特に「資産」が何を指すのか、OECD 移転価格ガイドラインでは規定されていない。その代わり、資産の移転の典型的な例として、有形資産、無形資産及び継続事業が挙げられている。有形資産の例としては、製造設備及び原材料等の棚卸資産が挙げられている。無形資産の例として挙

<sup>152</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.48。

<sup>153</sup> 米国では、複数の私法上は独立した取引を一つの「取引」として取り扱う「ステップ取引原理（Step Transaction Doctrine）」が法理として存在する。

<sup>154</sup> 事業再編における独立企業間価格算定の取引単位の問題については、OECD 移転価格ガイドラインは、経済的に相互に関係している複数の取引については一体で検証するべきであり、相互に関係しない複数の取引は個別に検証すべきであるとしている（OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.177）。

<sup>155</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.65。パラグラフによっては（例えば 9.62）、「権利その他の資産又は継続事業」であるとの記述もあるが、継続事業は「特定の機能を遂行し特定のリスクを負担する能力を束ねた資産」であり（パラグラフ 9.93）、資産に含まれる。

げられているのは、上述の営業上の無形資産及びマーケティング上の無形資産である。継続事業とは、「機能を果たす経済的に統合された事業部門」であり、継続事業の移転は、特定の機能を遂行し特定のリスクを負担する能力を束ねた資産の移転を意味する<sup>156</sup>。継続事業と通常の資産との相違点は、継続事業が当該能力を含む点であり、継続事業の価値は、これを構成する個々の要素の価値の合計に一致するとは限らない<sup>157</sup>。このような能力は超過収益力をもたらすものであり、いわゆる「のれん」に相当すると解される。「資産」についての一般的な定義がOECD 移転価格ガイドラインで定められていないことは、問題である。その解釈を巡って、各国間で見解が相違し、国際的二重課税が生ずる可能性がある。

また、資産の定義が存在し、その存在を認識することができたとしても、取引を認識するためには当該資産が元々誰のものであったかという点も明らかにする必要がある(資産の帰属の問題)。OECD 移転価格ガイドラインは、無形資産の帰属について、法律上の所有権だけでなく経済的な所有権が存在することについて言及している<sup>158</sup>。また、商標や商号その他マーケティング上の無形資産を法的に所有していない販売者がマーケティング活動を行う場合、その活動内容が自己の販売活動において通常負担されるレベルを超える場合には、販売活動の通常の対価に加えて追加的利益を得る場合があることを指摘している<sup>159</sup>。しかしながら、そのような販売者の貢献が無形資産の価値をどれだけ高めたかを認識することは難しいとも述べている<sup>160</sup>。このように、どのように「経済的所有者」を特定するべきであるかという点について、OECD 移転価格ガイドラインは具体的な指針を与えていない。法的所有と経済的所有の関係(いずれが優先するのか)についても規定がない<sup>161</sup>。これらの点についても追加の指針が必要であろう。実際、

<sup>156</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.93。

<sup>157</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.94。

<sup>158</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.3。

<sup>159</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.38。

<sup>160</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.39。

<sup>161</sup> 米国の財務省規則では、法的に保護される無形資産(特許権等)の法的所有者は、移転価格税制上の無形資産の所有者となることが規定されている(TR § 1.482-4(f)(3)(ii)(A))。法的に保護されない無形資産(ノウハウ等)については、法的所有者が存在せず、無形資産の開発者が移転価格税制上の無形資産の所有者となる。複数の者が無形資産を共同で開発する場合、§ 1.482-7T に規定する費用分担契約に該当する場合を除き、開発に係る直接費及び間接費を

OECD は、移転価格ガイドラインの改訂とほぼ同時期に無形資産に関する新しいプロジェクトを開始しており、無形資産の定義も検討対象に含まれている<sup>162</sup>。

なお、所有について、「法的所有概念」と「経済的所有概念」が存在する背景には、資産を真に支配する者が必ずしも法的な権利者に一致していないことがあると考えられる<sup>163</sup>。つまり、そもそも法的な権利が存在しない資産（ノウハウ等）はもとより、法的な権利が存在する資産についてすら、真実の支配者が自己以外の名目的な権利者を設定しておき、資産から生ずる所得に対する課税を免れることが起こるとのことである。この場合、真実の支配者が合理的経済人であるとすると、直接所有するときと比べて税務メリットがある者（軽減税率が適用されている法人、繰越欠損金を有する法人等）を名目的な所有者とするはずである。「法的所有」と「経済的所有」のいずれが優先するかという点について OECD 移転価格ガイドラインは明確な指針を示していないが、国際的には形式と実質が一致しない場合は実質が優先するという法理（substance-over-form principle）が存在する。国際的な租税学会である IFA によると、「法的所有」と「経済的所有」の関係については、「法的所有」の重要性を主張する国（米国、ブラジル及びカナダ等）、「経済的所有」の重要性を主張する国（オーストリア等）及び両方を対等に扱う国（オーストラリア、ベルギー及び日本等）に分かれている<sup>164</sup>。しかしながら、「法的所有」の重要性を主張する国も、法的な所有権の形式が経済的実質と大きく異なる場合は、経済的実質を優先させるとしており、これらの国々の意見の対立はさほど大きくないようである<sup>165</sup>。

さらに、資産の「移転」の意味も検討する必要がある。事業再編において資産が移転する場合、

---

最も多く負担した者が単独の所有者となり、他の開発者は補助者となる（TR § 1.482-4(f) (3) (ii) (B)）。

<sup>162</sup> OECD, "Transfer Pricing and Intangibles: Scope of the OECD Project", 2011, p4.

<sup>163</sup> 中里教授は、広告宣伝費の支出によって無形資産が形成される事例において、費用の負担者、収益取得者及び私法上の権利者が異なる可能性を指摘している。すなわち、①費用の負担者、収益取得者及び私法上の権利者がすべて一致するケース、②支出負担者と収益取得者が一致するが、私法上の権利者が異なるケース、③収益取得者と私法上の権利者は一致するが、支出負担者が異なるケース及び④支出負担者と私法上の権利者は一致するが、収益取得者が異なるケースを挙げている（中里実『金融取引と課税—金融革命下の租税法—』有斐閣 1998 年、117-122 頁）。

<sup>164</sup> Toshio Miyatake, "General Report", *Cahiers de droit fiscal international*, Vol.92A, 2007, p25.

<sup>165</sup> Ibid.

その法形式としては、「譲渡」又は「使用許諾」が想定される。「譲渡」に該当する場合、資産の移転時において資産に対する対価の請求権が発生し、所得も生ずる。一方、資産が「使用許諾」される場合、資産の所有権は移転せず一定の期間における「使用」の対価だけが発生し、所得は複数の事業年度に繰り延べられることになる<sup>166</sup>。したがって、「移転」の私法上の性質は所得の期間配分に影響する。納税者は対価支払の形式を自由に選択でき<sup>167</sup>、所得の発生を遅らせるために<sup>168</sup>、また移転先の関連者の資金負担を軽減するために、対価の後払いを選択する可能性がある。私法上の契約の条件を決定することは当事者の自由であり、移転価格税制も私法上の取引を対象とする以上、納税者の決定した条件は尊重されるべきである。しかしながら、事業再編で移転される資産の中には、例えば継続事業のように、通常は「使用許諾」されずむしろ「譲渡」される資産もある。そのような資産までもが使用許諾される場合、私法上の契約条件をそのまま尊重するのか、税務上は再構成するのかという問題が生ずる。OECD 移転価格ガイドラインは、この問題についてそれ以上言及していないが、経済合理性が認められない私法上の取引条件を再構成するとしていることから、このような場合は譲渡取引として取り扱うことになると思われる。

### 第3項 既存の取極めの終了又は実質的な再交渉

既存の取極めの終了又は実質的な再交渉を網羅的に特定することは、理論上は可能であるが、わずかな取引条件の変更をも含めるとその範囲が非常に広がるため、実務上は困難である。OECD 移転価格ガイドラインは、すべての取引条件の変更を常時追跡するよう求めているわけではなく、それによって当事者に何らかの「再編費用」、「転換費用」又は「潜在的利益の消失」

<sup>166</sup> 飯守氏は、無形資産の使用の対価はロイヤルティの形式を取ることが通常であり、無形資産の譲渡は一括払いで行われるのが通常であると指摘している(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2011年、5-6頁)。

<sup>167</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.141。

<sup>168</sup> 資産を譲渡する場合、移転元法人が収益を一時に計上するのに対して、移転先法人の費用化は複数期間に亘る。一方、使用許諾する場合、移転元法人の収益も複数年度に亘って計上され、グループとしての所得計上を繰り延べることができる。

といった損失が生じるか否かを特定するよう求めている<sup>169</sup>。

「再編費用」及び「転換費用」について、OECD 移転価格ガイドラインは定義規定を置かず、その例示をしている。「再編費用」としては資産の償却費及び雇用契約の終了により発生する費用が、「転換費用」としては既存の事業を他の顧客ニーズに合わせるために発生する費用が挙げられている。これらの費用に関する設例<sup>170</sup>では、関連企業間での製造契約により、製造会社が新たな製造ユニットに投資することを求められ、最低 5 年間製造契約が継続する前提で損益計画を立案し投資を行ったものの、実際には契約が 3 年で終了する。製造設備の減価償却は中途であり、その設備を転用することもできない。この場合、製造者には償却費の負担又は設備を廃棄する追加損失(再編費用)が発生する。また、製造活動の停止により人員を整理する場合、退職費用等も負担することになる。仮に新しい製造契約を締結することに成功したとしても、既存の設備を転用する費用負担が生ずることがある(転換費用)。

潜在的利益とは、将来期待利益を意味し<sup>171</sup>、単に再編前の取極めが永久に継続したならば発生したであろう利益や損失と解釈されるべきでないとしている。再編時点で識別可能な権利その他の資産を有しない事業体には潜在的利益がなく、権利その他の資産を有する事業体には相当程度の潜在的利益があるかもしれない<sup>172</sup>。この点について、設例<sup>173</sup>では販売会社が自己のリスクにおいて、一定の種類取引に関する長期契約に基づき事業を行っており、海外の関連企業のために事業を行う低リスクの販売会社に転換することを受諾又は拒否できる選択肢が与えられているケースが挙げられている。そこでは、当該販売会社は、事業再編後の予想利益を過去の実績利益と比較し、明らかに不利な事業再編については、何らかの対価を得ることなしに同意しようがないとしている。これらの規定内容より、潜在的利益とは、事業を継続的に行う権利等に裏付けられた将来利益に対する請求権であり、いわゆる「商権」の一種であると解される。「商権」は、OECD 移転価格ガイドラインの無形資産には含まれていないが、何らかの価値を持

<sup>169</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.100。

<sup>170</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.110。

<sup>171</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.66。

<sup>172</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.67。

<sup>173</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.71-9.73。

つものであり、潜在的利益の移転は、既存の取極めの終了又は変更による損失というよりも、むしろ無形資産の移転として分類すべきでなかったかと思われる。何らかの権利が存在しない場合、独立企業間では、事業再編によって再編の対象となる当事者間で潜在的利益の移転があったとしても、そのような潜在的利益に関する契約が締結されるとは想定できず、そもそも取引が存在しないことになる。

事業再編により、再編の対象となった法人で何らかの費用が発生したとしても、それが事業再編に由来するものであるのか、それとも無関係なものであるのか判断する基準が必要である。「損失」の定義がなく、その例示が限定的にしか示されていないことは、「資産」と同様に、各国間での見解の相違と二重課税の発生を惹起する恐れがある。

なお、OECD 移転価格ガイドラインでは、関連者間での「既存の取極めの終了又は実質的な再交渉」における「再編費用」や「転換費用」だけを論じているが、このような費用は関連者間で契約が締結されていた場合だけでなく、事業再編時に「新たに」契約を締結する場合においても発生する<sup>174</sup>。そのような場合において補償を検討する必要があるのか否かガイドラインは述べていない。機能やリスクを移転する法人で損失が発生している点が既存の契約の変更と変わらないことを考慮すると、補償を請求する必要があると考えられるが、一方では、移転元の法人は機能を移転したと言っても移転先の関連者との間で引き続き取引を行う以上、移転で発生した費用は事業再編後の取引によって回収すべきであるとも考えられる。独立企業間においても、製造委託をする場合に製造活動をやめることによって発生する費用の補償を製造委託先へ求めるような契約が締結されるとは想定し難いからである。いずれにせよ、OECD 移転価格ガイドラインは、「既存の契約の変更」だけに限定していることは説明不足の感が否めず、指針を追加する必要があると思われる。

---

<sup>174</sup> 前掲注 151 参照。

## 第4節 事業再編に対する独立企業原則の適用

### 第1款 独立企業原則の適用手順

独立企業原則は、関連者間取引の条件を、独立企業間で同様の取引が行われるとした場合に設定されるであろう条件と比較し、条件が異なるために関連者間での所得配分が独立企業間のものとは異なる場合に差額部分についての課税権を認める。前節では、事業再編において移転価格税制の対象となる取引について検討した。次に、関連者間での取引の条件を独立企業間の取引の条件と比較することになる。

それでは、関連者間の取引に関する「条件」とは何を指すのであろうか。OECD 移転価格ガイドラインは、条件には価格が含まれるがこれに限るものでないとしている<sup>175</sup>。上述のように、独立企業原則は、関連者間での取引の条件が独立企業間での取引の条件と異なる場合の所得配分の乖離について課税権を認めるルールであることから、取引の条件は、所得に影響を与えるもの一般を含むものと解される。所得に影響を与える要素としては様々なものが考えられるが、OECD 移転価格ガイドラインでは、独立企業原則の適用は独立企業間取引の条件と関連者間取引の条件との比較の上に成り立つと述べられており、比較すべき重要な要素として、①資産又は役務の特徴、②機能分析、③契約条件(責任、リスク及び便益の配分)、④経済状況、⑤事業戦略の5つが挙げられている。比較要素は、これらに限定されているわけではないが、少なくとも5つの要素は、取引の条件に該当すると解される。取引の条件のうち、所得の計算に直接的に結び付くものは価格や利益であるから、独立企業原則の適用の手順としては、価格又は利益以外の条件(資産の特徴、取引での機能及びリスクの負担状況等)が関連者間取引のものと同様である独立企業間取引を選定し、両取引間で価格又は利益を比較することになる<sup>176</sup>。

価格又は利益以外の条件を比較する方法としては、①関連者間取引の条件を所与としてこれと同等の条件で行われる独立企業間取引を選定する方法又は②逆に独立企業間取引の条件

<sup>175</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.7。

<sup>176</sup> ガイドラインは、関連者間取引と独立企業間取引の価格や利益を比較するため、これに重要な影響を与える要素についての比較可能分析と差異の調整を求めている(OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.33)。

を所与として関連者間取引の条件の一部を再構成する方法(この場合、条件を再構成したことによる価格又は利益への影響を考慮する必要がある)の二つが考えられる。前節において述べたように、OECD 移転価格ガイドラインは、①の方法を原則としつつも、関連者間取引の条件に商業的合理性が認められず適切な独立企業間取引を選定できない場合に限定して、②の方法を使用することも容認している。価格又は利益の比較は、比較対象取引に適合する独立企業間価格算定方法を用いることにより実施する。なお、事業再編の目的が税務以外の要素にあることは、取引条件が独立企業原則に適合することを意味しない。OECD 移転価格ガイドラインは、グローバル化した経済における競争の激化、規模の経済による効果、専門化の必要性及び効率化とコスト削減の必要性を挙げているものの<sup>177</sup>、取引の目的は、取引の条件が独立企業原則に適合するか否かを決定しないとしている<sup>178</sup>。したがって、他の取引と同様に、事業再編における取引についても、納税者の意図に関わらず、独立企業原則を適用することになる。

以下、事業再編における各取引について、価格又は利益以外の条件の比較について OECD 移転価格ガイドラインの内容を検討し、次に、価格又は利益を比較するための独立企業間価格算定方法について検討する。

## 第2款 事業再編自体に係る比較対象取引の選定

OECD 移転価格ガイドラインは、関連者間での事業再編について適切な独立企業間取引が選定できる場合は、それらの条件を比較するとしている<sup>179</sup>。しかしながら、事業再編は、関連者間に固有の取引であり、独立企業間ではこのような取引は行われなことから、比較対象取引を選定することは、困難である。OECD 移転価格ガイドラインも、この点を認めている<sup>180</sup>。

事業再編という単位での比較対象取引が選定できない以上、もっと小さな単位で比較対象取

<sup>177</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.57。

<sup>178</sup> 事業再編に係る取極めが税務上の便益を得ることを目的としている事実は、それ自体では取引の条件が独立企業間のものではないとする結論を正当化しないとしている(OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.181)。その反対解釈として、事業再編が税目的以外で行われたとしても、それ自体は取引条件が独立企業原則に適合するという結論を正当化しないと言える。

<sup>179</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.50。

<sup>180</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.52。

引を選定することになる<sup>181</sup>。事業再編における取引の特定とは、結局のところ、何らかの価値あるものの移転、既存の取極めの終了又は実質的な再交渉に収斂することは既に述べた。それぞれの取引について、比較対象取引の選定方法を検討する。

### 第3款何らかの価値あるものの移転に係る比較対象取引の選定

事業再編に係る OECD 移転価格ガイドライン第9章は、何らかの価値あるものの移転に係る比較対象取引の選定方法について十分な規定を置いていない。したがって、一般的な比較対象取引の選定方法に係る規定も参照した上で判断することになる。比較対象取引は、「実在する取引」であることが原則である。「実在する取引」に係る条件は、経済合理性に基づき「想定された取引」の条件よりも信頼性が高いためである。OECD 移転価格ガイドラインは、実在する比較対象取引を①内部比較対象(関連者間取引の一方の当事者と独立企業との間で行われる取引又は②外部比較対象取引(関連者間取引のいずれの者も関わっていない第三者間での取引)に区分し<sup>182</sup>、内部比較対象取引は、外部比較対象取引と比べて、選定が容易であり信頼性も一般的に高いとしている。外部比較対象取引は、データベース等の情報源(主にそれらは公開情報である)から入手される。その信頼性は、内部比較対象取引よりも一般的に低いが、情報源の範囲が内部比較対象取引よりも広いという利点がある。まずは、内部比較対象取引を選定し、それが不可能である場合において、外部比較対象取引を選定することになる<sup>183</sup>。

事業再編において移転される有形資産、無形資産及び継続事業その他の資産に係る比較対象取引の選定(特に外部比較対象の選定)は、関連者間での取引がユニークであるほど困難となる。有形資産、例えば製品や原材料等の棚卸資産の取引については、信頼できる市場価格が入手できる場合があり、そのような情報が入手できなかったとしても、取引条件に係る比較可

<sup>181</sup> OECD 移転価格ガイドライン第9章では、事業再編における取引単位の考え方についての規定が置かれていないが、一般的には、独立企業間価格は取引ごとに算定するべきであると規定されている(OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 3.9)。なお、後述するドイツの移転価格税制では、原則として、取引単位を一つとすることが規定されており、OECD 移転価格ガイドラインと異なっている。

<sup>182</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 3.24。

<sup>183</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 3.4。

能性(特に資産又は役務の特徴)を緩和し、そのような条件の相違の影響を受けにくい独立企業間価格算定方法を選定することで、比較対象取引を選定できる場合がある。一方、無形資産取引(特に価値のある無形資産の取引)については、その内容の独自性のため、比較対象取引を選定することが困難であるとしている<sup>184</sup>。無形資産の比較可能性を判断するための要素として、無形資産からの予想収益、その権利が行使できる地理的な場所、譲渡される権利により製造される製品の輸出制限、譲渡される権利の排他性、資本投資、当該市場で必要な立ち上がり費用及び開発作業、サブライセンスの可否、使用者の販売網及びライセンスの使用者が所有者の当該財産の更なる開発へ参加する権利の有無等が挙げられている<sup>185</sup>。このような膨大な要素についての比較可能性をすべて満たす取引を選定することが困難であることは、直観的にも明らかであり、情報入手可能性の観点からも極めて困難である。継続事業についても、同様のことが言える。継続事業は、有形資産及び無形資産を含む事業体であり、そもそも市場での取引対象ではない。無形資産や継続事業については、内部比較対象取引(継続事業については内部比較対象取引も想定し難い)が存在しない限り、比較対象取引が選定できない場合がある。

比較対象取引が選定できない場合、上述のように、経済合理性に基づき、関連者間取引の条件を独立企業間の条件に再構成する方法の適用が例外的に認められている。例えば、関連者間での私法上の契約では無形資産を譲渡したことになっている場合において、価値ある無形資産の譲渡は、独立企業間では起こり得ず、独立企業間であれば使用許諾という形式が用いられたと考えられるとして、関連者間取引を使用許諾取引に再構成するといった方法である。実際、価値ある無形資産の譲渡は商業的に合理的でないとする向きもある<sup>186</sup>。しかしながら、無形資

<sup>184</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.26。

<sup>185</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.20。

<sup>186</sup> 2008年9月19日にOECDが公表した事業再編に係るディスカッション・ドラフトでは、「一部の国では、価値ある商号のような重要資産(crown jewels)の売却は、売手にとって不利益が大きすぎるため、適切な価格を見いだすことはできず、したがって、そのようなことは、会社が特定の事業からの撤退を決めたこと又は売手に現実的に利用できる選択肢がなかったことを証明できる場合を除き、独立企業で行われる可能性は低いと考えている。」と述べられている(OECD, "Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment", 2008, paragraph 216)。この記述は、ディスカッション・ドラフトを受けて作成されたOECD移転価格ガイドライン第9章には見られないものである。

産の譲渡が独立企業間でまったく行われたいわけではなく、継続事業も、独立企業間で売買されることがある(M&A等)。実際に行われた無形資産の譲渡を税務上否認することは、極めて困難であると思われる。

無形資産取引についての比較対象取引が選定できない場合、取引の単位を個別の無形資産取引に置くのではなく、関連する有形資産取引と一体で一つの取引単位とし、そのような単位で比較対象取引を選定することが、代替手段として考えられる。この方法を採用する場合、無形資産取引に係る比較可能性を直接的に検討しなくても良いため、比較対象取引を選定できる場合がある。OECD 移転価格ガイドラインは、理想としては、独立企業間の条件の最も正確な近似値を得るためには個別の取引単位で独立企業原則を適用すべきであるとしつつも、個々の取引が密接に結びついているか又は継続しているため個別には適正に評価できない場合があり、そのときは複数の取引をまとめて評価するべきであるとしている<sup>187</sup>。そのような場合の例として、商品又は役務の長期的な提供契約、無形資産の使用に関する権利及びそれらと密接に関連する一連の製品の取引が挙げられている。無形資産取引に関する規定である OECD 移転価格ガイドライン第 6 章においても、例えば、商品及び無形資産を含めて包括的価格を算定する場合があることが述べられている<sup>188</sup>。無形資産が使用許諾される場合、附随して他の取引が発生することが想定される。しかしながら、無形資産が単独で譲渡され、他に取引が発生しない場合、この方法は、使用できない<sup>189</sup>。

以上のように、現行の OECD 移転価格ガイドラインでは、無形資産取引や継続事業の移転取引に係る比較対象取引の選定に関する指針は十分であるとは言えない。内部比較対象取引が存在しない場合又は他の取引との一体検証ができない場合、比較対象取引を選定することは困難である。

---

<sup>187</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 3.9。

<sup>188</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.17。

<sup>189</sup> したがって、無形資産の移転が、「譲渡」に該当するのか、又は「使用許諾」に該当するのかという問題は、独立企業間価格算定方法の選定の観点からも、極めて重要である。

#### 第4款既存の取極めの終了又は実質的な再交渉に係る比較対象取引の選定

事業再編による契約条件の変更により当事者間で損失が発生した場合の比較対象の選定について、OECD 移転価格ガイドラインは、関連者間の取引条件を前提としてこれと比較可能な独立企業間の取引を選定するよりも、むしろ関連者間取引自体の条件を独立企業間の条件に再構成する方法を用いている。すなわち、終了又は実質的な再交渉の対象となる取極めが正式に書面化されている場合、分析の出発点としては補償条項等が規定されているかといった検討を行うべきであるとしているものの<sup>190</sup>、関連企業間の契約条件をそのまま受け入れることは妥当でなく、終了又は再交渉がなされた契約が補償条項を規定していなかったという事実だけでは、必ずしもそれが独立企業間のものであることを意味するわけではないとしている<sup>191</sup>。OECD 移転価格ガイドラインは、取引の条件が独立企業間のものであるか否かの判定基準として、①当事者にとって現実的に利用可能な選択肢を精査する方法又は②補償についての商事法又は判例法での取扱いを参照する方法を挙げている。

①について、OECD 移転価格ガイドラインは、状況によっては、独立企業間であったとしても、契約の終了又は実質的な再交渉を受け入れること以上に明らかに魅力的な現実的に利用できる選択肢がない場合もあれば、契約を終了するためには何らかの補償が要求される場合もあるとしている<sup>192</sup>。そして、契約が当初長期間に亘って継続することになっていたにも関わらず、これを途中で終了させることは、契約当事者に財務上のリスクを生じさせ、そのようなリスクについて合理的な独立企業であれば契約時において考慮するとしている<sup>193</sup>。そのようなリスクについての合理的な配分について、OECD 移転価格ガイドライン第9章第1部の考え方を適用するとしている<sup>194</sup>。すなわち、独立企業であれば、自らコントロールできないリスクを、何の補償もなしに引き受けることはなく、契約の早期終了というリスクをコントロールできない独立企業であれば、そのようなリスクが顕在化した場合の補償条項を事前に取り極めるか、或いは、そのようなリスク

<sup>190</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.104。

<sup>191</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.105。

<sup>192</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.108。

<sup>193</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.109。

<sup>194</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.111。

に備えて契約期間中に対価を高め設定するものと考えられる<sup>195</sup>。また、リスクを当事者間で分担する場合もある<sup>196</sup>。どのような場合にリスクが分担されるか、OECD 移転価格ガイドラインは述べていないが、リスクをコントロールする能力が当事者の双方にある場合やいずれもコントロールできないリスク<sup>197</sup>が顕在化した場合が想定される。

②について、OECD 移転価格ガイドラインは、適用可能な商事法又は判例は、特定の種類の契約(例えば販売契約)を終了する場合に期待できる補償及び条件に関する有用な情報を与えることがあり、そのようなルールの下では、契約で求償権が規定されていたか否かに関わらず、契約を終了させられる方の当事者が補償を請求する権利を有するかもしれないとしている<sup>198</sup>。実際に、例えばEUでは、販売契約(commercial agent 契約)を解除する場合に、一定の補償金を支払うことを法令で定めている国(ベルギー、デンマーク、英国等)がある<sup>199</sup>。

上記のアプローチのうち、①をいわば経済的アプローチ、②を法律的方法と呼ぶことができるであろう。契約の終了又は実質的な再交渉により発生する損失負担に係る関係者間での取極めは、これらのアプローチに基づき合理的な内容に再構成される。このような再構成が可能である場合、再構成後の取引の条件が独立企業間の条件として取り扱われることは、言うまでもない。

#### 第5款何らかの価値あるものの移転取引に係る独立企業間価格算定方法

OECD 移転価格ガイドラインでは、関係者間取引に係る独立企業間価格の算定のため、①独立価格比準法(Comparable Uncontrolled Price Method, CUP 法)、②再販売価格基準法(Resale Price Method, RP 法)、③原価基準法(Cost Plus Method, CP 法)、④利益分割法(Profit Split Method, PS 法)及び⑤取引単位営業利益法(Transactional Net Margin Method,

<sup>195</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.112。

<sup>196</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.112。

<sup>197</sup> 例えば経済情勢、金融及び株式市場の状況、政治的環境、社会的傾向や趨勢、競争、原料や労働力の利用可能性等が挙げられている(OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.28)。

<sup>198</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.115。

<sup>199</sup> Heinz-Klaus Kroppen, José Carlos Silva, “General Report”, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a,2011,p48。

TNMM)が定められている。各算定方法には、それぞれ長所及び短所があり、関連者間取引と独立企業間取引との間の比較可能性の程度に応じて、最も適切な方法を使用することとされている<sup>200</sup>。複数の方法を選定できる場合、伝統的取引基準法(CUP法、RP法、CP法の総称である)は、その他の方法よりも優れているとされている<sup>201</sup>。

すなわち、CUP法は、関連者間取引の価格と独立企業間取引の価格を比較する方法であり、適正に適用される場合、最も直接的かつ信頼のおける方法であるとされている<sup>202</sup>。しかしながら、価格は資産の僅かな差異でも影響を受けることがあり、そのような差異の調整を適切に実施できない場合、算定結果の信頼性に影響を与える<sup>203</sup>。RP法、CP法は、価格ではなく粗利を比較する方法であり、価格ほどは製品の差異の影響を受けにくい、取引において果たす機能の差異の影響を受けやすい<sup>204</sup>。PS法は、関連者間の合算利益を適切な指標で分割する方法であり、取引の両方の当事者を考慮することができる利点<sup>205</sup>やユニークであるため比較対象取引を選定し難い関連者間取引に対しても適用できる利点を有する<sup>206</sup>、適切に合算利益を分割するための情報(両方の当事者の財務情報)の入手が難しいという弱点がある<sup>207</sup>。TNMMは、営業利益に着目する方法であり、CUP法ほど製品の差異の影響を受けず、またRP法やCP法ほど機能の差異の影響を受けないこと<sup>208</sup>及び取引の一方の当事者(より機能が単純な側の者)だけを対象とすれば良く、実務的であること<sup>209</sup>が長所とされる。一方、営業利益は、価格や粗利に影響を与えない要因(新規参入企業の脅威、競争上の地位、事業戦略、経営の効率性、代替商品の脅威、コスト構造の変化及び資本コストの差異)の影響を受けること<sup>210</sup>、取引時点で独立企業間

<sup>200</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.2。

<sup>201</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.3。

<sup>202</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.14。

<sup>203</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.15・2.16。

<sup>204</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.23・2.25・2.41。

<sup>205</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.109。

<sup>206</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.112。

<sup>207</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.114。

<sup>208</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.62。

<sup>209</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.63。

<sup>210</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.71。

の営業利益に係る情報を入手することが困難であること<sup>211</sup>及び取引の一方だけに着目するため信頼性に問題がある場合があること<sup>212</sup>等が弱点とされている。

無形資産取引の価値評価については、上記の各独立企業間価格算定方法の長所・短所に加えて、特別な留意が必要である<sup>213</sup>。その理由として、無形資産取引はその比較対象取引を選定することが困難であること及び取引時点において価格の算定が困難であることが挙げられている<sup>214</sup>。無形資産の比較可能性要素の数がいかに多く、それを満たすことが困難であるかについては既に見た。比較対象取引を選定することが難しい場合、無形資産の価値を単独で算定することに代えて、他の有形資産取引と一体で価値を検証する方法が紹介されている<sup>215</sup>。また、特に価値のある無形資産に係る取引(特に取引の両方の当事者が無形資産を保有する場合)に対してはPS法を適用することも述べられている<sup>216</sup>。しかしながら、これらの方法を使用したとしても、十分に信頼性のある価値評価ができない場合がある。その問題に対しては、無形資産の予想収益に基づき価値を評価する方法を使用すること<sup>217</sup>又は価格を算定する上で根本的な前提条件を変更するような大幅な予見されない変化が生じた場合において価格算定取極めの再交渉を行うこと<sup>218</sup>が、対策として挙げられている。

事業再編における有形資産、無形資産又は継続事業の取引に係る独立企業間価格算定について、上記の一般的な方法と基本的に異なる点はない。ただし、事業再編においては無形資産や継続事業の移転のように価値評価が困難な取引が想定されることに留意しなければならな

<sup>211</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.65。

<sup>212</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.66。

<sup>213</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.1。

<sup>214</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.13。

<sup>215</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.25。ここでは、ブランド靴に係るブランドの価値を、ブランドのない靴の価値と比較することにより算定する方法が、紹介されている。すなわち、ブランド靴の価値(それは有形資産である靴の価値とブランドの価値の合計である)からブランドのない靴の価値(それは有形資産である靴の価値である)から差し引くことで、ブランドの価値を間接的に算定できる。

<sup>216</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.26。

<sup>217</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.29。これは、資産の価値評価等の実務において頻繁に使用される方法の一つである「インカム・アプローチ」を指していると思われる。

<sup>218</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.31。ただし、これはいわゆる「後知恵」の利用に繋がる可能性がある。ガイドラインは、比較可能な状況で独立企業が価格調整に応じる場合に税務当局が価格修正を行うことを認めている(パラグラフ 6.34)。

い。無形資産が単独で譲渡される場合、伝統的取引基準法又は TNMM のいずれも適用できず、また、PS 法の適用も、極めて困難である<sup>219</sup>。一般的な独立企業間価格算定方法が選定できない場合、上述の予想収益に基づく価値評価や価格調整を実施することになる。そのためには、予想収益をどのように算定するか、価格調整が独立企業で行われることを証明するために必要となる情報(比較可能性の判断基準)は何かといった点についての詳細な判断基準が、実務上必要となる。しかしながら、OECD 移転価格ガイドラインは、そのような基準を定めていない。このままでは、各国で解釈の相違が生ずる可能性がある。

#### 第6款既存の取極めの終了又は実質的な再交渉に係る独立企業間価格算定方法

既存の取極めの終了又は実質的な再交渉において損失が当事者に発生する場合、当事者間の取極めをそのまま受け入れるのではなく、独立企業間の条件に再構成されることは上述した。そのような再構成は、損失負担に係る独立企業間価格の算定に関連する情報(補償条項の有無)を同時に提供することになる。しかしながら、独立企業間価格を算定するためには、補償の有無を決定するだけでは十分でない。補償額を算定する必要がある。OECD 移転価格ガイドライン第 9 章は、補償の対価の算定方法を特に定めていない。したがって、上述の一般的な独立企業間価格算定方法から適切な方法を選定することになる。

OECD のこのような姿勢に対して、従来の独立企業間価格算定方法では事業再編について意味のある情報を提供できないとする批判がある<sup>220</sup>。確かに、上述の独立企業間価格算定方法は、PS 法を除き、比較対象となる独立企業間取引での価格又は利益を使用するものであり、損失負担額についての情報が比較対象取引から得られない場合、適用できないであろう。損失を合理的に当事者間で配分するのであれば、新しい指針が必要である。すなわち、対象額を損失の発生額とするのか、あるいは一定のマークアップも付すのか、配分の基準をどのように判断

<sup>219</sup> PS 法は、無形資産が関連する取引(例えば無形資産が使用されている製品取引)の合算損益を分割する方法であり、無形資産が単独で取引される場合に用いることは、困難である。

<sup>220</sup> Andreas Bullen, "The Arm's Length Principle and Commercially Irrational Omissions: Failure To Renegotiate or Terminate Adverse Controlled Agreements", *International Transfer Pricing Journal*, Vol.18, No.4, 2011, p251。

するのかといった点を明らかにすることになる。

現状の OECD 移転価格ガイドラインでは、損失負担の金額について各国間で見解が相違する可能性がある。

## 第5節 事業再編に対する各国の動向

### 第1款 IFA による報告

本節では、事業再編に対する各国の動向を考察する。OECD 移転価格ガイドラインは、加盟国の事業再編に対する見解を反映しているが、そのすべてが織り込まれているわけではない。取引の相手国の見解を理解することは、我が国での事業再編に係る移転価格税制適用の検討においても有益である。

国際的な租税法学会である IFA は、2011 年の報告書 (*Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol.96a)において、各国の事業再編に係る移転価格税制の整備状況を説明している。その報告書によると、IFA へ報告を行った国のうち 66%が、OECD 移転価格ガイドラインの規定をそのまま適用するか、又はその内容を国内法へ適用する義務を負っており、24%の国(ドイツ、フランス、イスラエル、韓国及びノルウェー等)は事業再編に適用される独自のルールを有する<sup>221</sup>。一方、10%の国は、移転価格税制の適用において独立企業原則を採用していないか(コスタリカ、実態としてはブラジルも含む)、又は事業再編に対して移転価格税制を適用してない(ロシア及びチリ等)<sup>222</sup>。

IFA によると、事業再編に係る課税対象、比較対象取引の選定及び独立企業間価格算定方法の選定に係る各国の見解は、以下のとおりである。

まず、課税対象であるが、事業再編における移転対象である、機能、リスク及び資産のうち、機能又はリスクについては、これが無形資産を伴わずに単独で移転された場合には対価が生じず課税は行われないとする国(オーストリア、エストニア、アイルランド、イスラエル、イタリア、ル

<sup>221</sup> Heinz-Klaus Kroppen, José Carlos Silva・Supra Note(199), pp23-24.

<sup>222</sup> Ibid, p24.

クセンブルグ、オランダ、ノルウェー、日本、ロシア、スウェーデン、コスタリカ及びウクライナ)、不確実性があるとしつつもこれに同調する国(アルゼンチン、チリ、ハンガリー、韓国、ペルー、ルーマニア及びセルビア)、一定の条件では対価が発生するとする国(南アフリカ、フランス及びベルギー)に分かれた<sup>223</sup>。米国は、①移転を拒むための権利を有していたこと及び②独立企業であれば移転について対価を要求したと考えられることを対価発生要件としている<sup>224</sup>。ドイツでは、機能の移転自体が移転価格税制の適用対象となっており、機能に附随するリスクの移転も課税対象となり得る<sup>225</sup>。一方、資産の移転については、少数の国(コスタリカ及びニュージーランドは、特許の移転だけに限定して課税するとしている)を除き、課税対象とすることで一致している<sup>226</sup>。ただし、資産の移転のうち、特に無形資産の移転取引の特定について、多くの国が困難を伴うと考えている<sup>227</sup>。事業再編における潜在的利益の減少については、多くの国が資産に該当しないとしているが、少数の国は資産として取り扱うとしている<sup>228</sup>。潜在的利益とは異なる概念である、事業機会(Business Opportunity)が資産に該当すると考える国もある<sup>229</sup>。継続事業については、多くの国がその移転取引を課税対象とするとしているものの、米国やベルギーを除き、継続事業の定義や課税要件を明らかにしている国はなかった<sup>230</sup>。契約の終了又は変更により生ずる損失の補償については、法令により、一定の契約(代理人契約等)が解除された場合の補償を定める国もあるものの、その範囲は限定的である<sup>231</sup>。

次に、比較対象取引の選定については、多くの国が、無形資産取引(特に一括で譲渡する取引)についての比較対象取引の選定は困難であるとしている<sup>232</sup>。また、OECD 移転価格ガイドラインが例外(①経済的実質が形式と異なる場合又は②経済的実質と形式は一致するが、独立企

---

<sup>223</sup> Ibid, pp34-36。

<sup>224</sup> Ibid, p37。

<sup>225</sup> Ibid, p37。

<sup>226</sup> Ibid, pp38-39。

<sup>227</sup> Ibid, p39。

<sup>228</sup> Ibid, pp39-40。

<sup>229</sup> Ibid, pp40-41。

<sup>230</sup> Ibid, pp43-44。

<sup>231</sup> Ibid, pp48-49。

<sup>232</sup> Ibid, p41。

業間と異なる条件で取引が行われており、そのままでは独立企業原則を適用できない場合)として認める関連者間取引の条件の再構成については、ほとんどの国が、いわゆる「実質主義 (substance-over-form principle)」に基づき、経済的実体のない事業再編は否認されるとしている<sup>233</sup>。一方、関連者間取引の条件が独立企業間のもので整合するかどうかを判定する基準として OECD 移転価格ガイドラインが掲げる「現実的に利用可能な選択肢」については、そのような概念は法令に定めがなく、これを用いることができないとする国が、多数であった<sup>234</sup>。

最後に、独立企業間価格算定方法については、無形資産の価値評価について、CUP 法や CP 法といった従来の独立企業間価格算定方法を適用することは困難であり、その他の算定方法が必要であるとしている<sup>235</sup>。その他の算定方法として、いわゆる「インカム・アプローチ」が挙げられ、「所得相応性基準」の必要性を主張する国(米国、ドイツ、オランダ)も見られた<sup>236</sup>。継続事業の価値評価としては、インカム・アプローチの一種である「ディスカウント・キャッシュ・フロー法」を用いる国が多く、CUP 法やいわゆる「マーケット・アプローチ」を用いる国も見られた<sup>237</sup>。契約の終了や実質的な再交渉により生ずる補償については、具体的な算定方法は表明されていない<sup>238</sup>。

IFA は、事業再編における機能又はリスク資産の移転先の国が、事業再編に係る対価の発生について、移転元の国と異なる見解を示す可能性を指摘する<sup>239</sup>。すなわち、機能又はリスクの移転につき、移転元の国では特に対価性があると考えていないところ、移転先の国では高い価値を生み出す資産として評価される場合があり得る。逆に、移転元の国が機能又はリスクを高い価値のある資産として評価するところ、移転先の国はその資産価値を認めず、損金算入も認めない可能性がある。これは、国際的な二重課税を発生させる。実際、我が国にとって機能又はリ

---

<sup>233</sup> Ibid, p50。

<sup>234</sup> Ibid, p51。

<sup>235</sup> Ibid, p41。

<sup>236</sup> Ibid, pp41-42。

<sup>237</sup> Ibid, pp45-46。

<sup>238</sup> Ibid, pp48-49。

<sup>239</sup> Tamu N. Wright, "IFA's 2011 Paris meeting to address cross-border restructurings", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.20, No.9,2011,p365。

スクの主要な移転先の一つである中国は、事業再編に係る特別なルールを定めていないが、機能又はリスクを受け入れる際に中国企業がその対価を支払うことに対して否定的であると述べられている<sup>240</sup>。事業再編に係る議論は、主に機能又はリスクの移転元の国々が中心となって行われており、移転先の国は、そもそも事業再編に対するルールの導入に積極的でない。この点は、我が国の事業再編に対する移転価格税制の適用の検討において、国際的二重課税を排除する観点から、極めて重要である。

事業再編への移転価格税制の適用につき、最も明確な国内法を有するのはドイツ及び米国である<sup>241</sup>。最後に、これらの国の国内法の特徴を考察する。

## 第2款 ドイツの事業再編に係る法令の特徴

ドイツは、機能の移転による潜在的利益の国外移転に対抗するため、2007年に国際取引税法(Aussensteuergesetz)を改正し、事業再編における機能移転の対価に係る独立企業間価格を算定し、当該価格で取引が行われたものとして課税するルールを導入した。2008年には事業再編に係る財務省令(Funktionsverlagerungsverordnung)が制定され、2010年には事業再編に係る財務省通達(「Grundsätze für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung zwischen nahe stehenden Personen in Fällen von grenzüberschreitenden Funktionsverlagerungen (Verwaltungsgrundsätze Funktionsverlagerung)」)が発遣されている。国際取引税法、財務省令及び財務省通達(以下、これらを総称して「ドイツ国内法」という。)を適用した結果として生ずる所得調整額が、他の税法の規定、例えば法人税法(Körperschaftsteuergesetz)の「隠れた利益の配分及び隠れた寄附(die verdeckte Gewinnausschüttung und die verdeckte Einlage)」等の規定を適用した場合の所得調整額を超える場合、ドイツ国内法の規定の適用結果が優先される<sup>242</sup>。

<sup>240</sup> Maggie Han, Hongxiang Ma and Huaishi Zhou, "Branch Report" (China, People's Republic of), *Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a, 2011, pp210-211.

<sup>241</sup> Heinz-Klaus Kroppen, José Carlos Silva・Supra Note (199), p25.

<sup>242</sup> 財通パラグラフ 8。

国際取引税法は、機能の再編取引に係る独立企業間価格の算定を求めている<sup>243</sup>。機能とは、「ある企業の、特定の事業所又は部門に属する人員によって遂行される、類似する事業上の職務」<sup>244</sup>であると定義されている。機能は、企業の組織上の要素であるが、必ずしも独立した事業上の単位である必要はない<sup>245</sup>。ただし、特定の収益及び費用を特定の機会及びリスクとともに配分するため、ある程度の事業上の独立性を有する必要がある<sup>246</sup>。つまり、機能は、支店や事業部門といった、企業の正式な組織でなくても良いものの、その損益を算定することが可能な程度の組織でなければならない。

機能の再編は、機能を移転した企業がある活動を終了する場合又は当該活動が制限される場合に認識する<sup>247</sup>。機能の再編を示す重要な指標としては、再編対象である企業における人員の減少及び販売債権の減少が、具体例として挙げられている<sup>248</sup>。機能の再編は、それが一時的に発生する場合であっても認識することとされており<sup>249</sup>、再編が一度に発生するのではなく、5年以内の期間に亘って段階的に発生する場合、これらを一つの再編取引として認識することになっている<sup>250</sup>。ただし、機能が制限される場合であっても、それが独立企業原則に基づいている場合（例えば、製造活動をグループの親法人で集中管理し、実際の製造を各子法人に指示して行わせるケース。親法人は、役務に対する対価を原価基準法に基づき算定し、子法人へ請求している。子法人への発注は、物流上の観点や各子法人の製造能力の観点から決定されており、子法人の製造能力の最大化を実現している。）、機能の再編は、認識しない<sup>251</sup>。また、機能の制限に重要性がなければ、機能の再編を認識しない<sup>252</sup>。移転から5年間の期間において、機能の移転元の企業の収益が、再編前の直近事業年度（1年間の期間がなければならない）と比べて、

---

<sup>243</sup> 国法 § 1。

<sup>244</sup> 財令 § 1(1)、財通パラグラフ 14。

<sup>245</sup> 財令 § 1(1)、財通パラグラフ 14。

<sup>246</sup> 財通パラグラフ 18。

<sup>247</sup> 財通パラグラフ 22。

<sup>248</sup> 財通パラグラフ 23。

<sup>249</sup> 財令 § 1(2)、財通パラグラフ 25。

<sup>250</sup> 財令 § 1(2)、財通パラグラフ 26。

<sup>251</sup> 財通パラグラフ 59。

<sup>252</sup> 財通パラグラフ 48。

年額百万ユーロを超える金額で減少する場合、重要性があるとされる<sup>253</sup>。

機能の重複は、機能の再編と区別される。機能の重複とは、他の企業がある企業と同じ機能を果たすようになったものの、当該企業では引き続き当該機能を制限されることなく果たしている状態をいう<sup>254</sup>。機能の再編から5年以内に機能の制限が発生しなければ、機能の再編はなかったものとして取り扱われる<sup>255</sup>。機能の重複の発生後5年以内に機能が制限された場合、その時点で(機能の重複が生じた時点まで遡及しない)、機能の再編を認識する<sup>256</sup>。ただし、機能の重複から5年以内に機能の制限が発生し、納税者が機能の重複と制限との間に直接的な関係がないことを立証した場合、機能の再編は認識されない<sup>257</sup>。例えば、ドイツ法人が従来活動していなかったアジア市場で子会社に販売活動を行わせ(機能の重複)、その後、欧州市場の崩壊によりドイツ法人がドイツで事業活動を制限された場合、重複と制限の間に直接的な関係は認められない。機能の重複と制限が同じ原因による場合、直接的な関係が推定される<sup>258</sup>。

ドイツの企業が従来行っていなかった機能を新たに外国の企業に行わせることは、機能の再編に該当しない<sup>259</sup>。契約を通常に解除又は満了する場合も、機能の再編には該当しない<sup>260</sup>。

納税者は、機能再編の法的な構成を自由に決定することが可能であり、その意思決定が独立企業原則に整合する限り、税務当局も、これを尊重する必要がある<sup>261</sup>。納税者の意思決定を立証するためには、事前に作成された契約書を当局へ提出することが、推奨されている<sup>262</sup>。

機能の再編に係る独立企業間価格は、原則として、全体を一つの取引単位(移転パッケージ)として算定される<sup>263</sup>。この点が、ドイツ国内法の大きな特徴である。移転パッケージは、再編の対象となる機能、当該機能に係る機会、リスク、資産及び便益並びに再編において提供される役

<sup>253</sup> 財通パラグラフ 49。

<sup>254</sup> 財令 § 1(6)、財通パラグラフ 42。

<sup>255</sup> 財令 § 1(6)。

<sup>256</sup> 財令 § 1(6)、財通パラグラフ 45。

<sup>257</sup> 財令 § 1(6)、財通パラグラフ 46。

<sup>258</sup> 財通パラグラフ 46。

<sup>259</sup> 財通パラグラフ 57。

<sup>260</sup> 財通パラグラフ 60。

<sup>261</sup> 財通パラグラフ 97。

<sup>262</sup> 財通パラグラフ 97。

<sup>263</sup> 国法 § 1(3)、財通パラグラフ 29。

務より構成される<sup>264</sup>。機能の再編前において、移転パッケージは、法的又は経済的に移転元企業に帰属していなければならない<sup>265</sup>。帰属先の判定基準としては、①移転元企業は費用を負担し、再編の潜在的利益の観点から独立企業間の対価を受けていないこと及び②機能の再編前において、移転元企業はすべての資産、少なくとも重要な資産(特に無形資産)及び潜在的利益を実現させるための人員を支配していることが挙げられている<sup>266</sup>。OECD 移転価格ガイドラインがこれらの取引を統合することを義務付けていないのに対して(むしろ、個々の取引単位で独立企業間価格を算定することが OECD 移転価格ガイドラインの原則である)、ドイツ国内法ではこれらの取引を一つの取引単位として規定している。

移転パッケージでの独立企業間価格算定の原則については、3つの免除規定が設けられている。すなわち、①納税者が機能の再編が重要<sup>267</sup>な無形資産及び便益を伴わないことを立証する場合<sup>268</sup>、②移転パッケージの個々の要素の価格の合計が移転パッケージに係る独立企業間価格と同一であると納税者が立証した場合<sup>269</sup>又は③移転価格文書を通じて納税者が少なくとも一つの重要な無形資産が機能の再編に含まれていることを立証し、それが正確に特定される場合<sup>270</sup>、移転パッケージでの評価は免除される。なお、機能の移転を受けた法人が、第三者との間で取引を行わず専ら移転元の法人のために当該機能を果たし一定の対価を受け取る場合(つまり、例えば製品を製造してもそれを自ら顧客に販売するのではなく、移転元法人へすべて販売し、移転元法人が第三者へ販売するようなケース。委託加工契約などがこれに該当する。)、①の免除規定を満たすものとして取り扱われる<sup>271</sup>。移転パッケージでの評価が免除される場合、

---

<sup>264</sup> 国法 § 1(3)、財令 § 1(3)、財通パラグラフ 28。

<sup>265</sup> 財通パラグラフ 28。

<sup>266</sup> 財通パラグラフ 28。

<sup>267</sup> 機能の再編時において、無形資産及び便益は、①移転された機能の遂行においてそれが必要であり(定性的基準)、かつ、②無形資産の独立企業間での対価の合計が移転パッケージに含まれるすべての資産及び便益の価値の合計の25%を超えている(定量的基準)場合、重要性があると判断される(財令 § 1(5)、財通パラグラフ 38)。

<sup>268</sup> 国法 § 1(3)、財通パラグラフ 71。

<sup>269</sup> 国法 § 1(3)、財通パラグラフ 72。

<sup>270</sup> 国法 § 1(3)、財通パラグラフ 74。

<sup>271</sup> 財令 § 2(2)、財通パラグラフ 66。

移転パッケージを構成する各取引単位でその独立企業間価格を算定することになる<sup>272</sup>。

移転パッケージの価値は、まずは、通常の独立企業間価格算定方法(独立価格比準法、再販売価格基準法又は原価基準法)により算定することとされており、これらの方法が適用できない場合、「仮想独立企業テスト(Der hypothetische Fremdvergleich)」を適用する<sup>273</sup>。通常の独立企業間価格算定方法を適用して独立企業間価格を算定する場合、関連者間で行われる機能の再編取引と比較可能な独立企業間での機能の再編取引を選定する必要がある。十分な比較対象取引又は部分的に十分な比較対象取引を選定することは、一般に不可能であり<sup>274</sup>、原則として、「仮想独立企業テスト」を独立企業間価格算定方法として用いることになる<sup>275</sup>。

「仮想独立企業テスト」においては、機能の再編取引における移転元企業にとっての最低の価格と移転先企業の最高の価格を算定し、原則として、その幅の中位値を以って独立企業間価格とする<sup>276</sup>。例えば、移転元企業にとっての最低価格が 100、移転先企業にとっての最高価格が 150 である場合、中位値 125 が移転パッケージの独立企業間価格となる。なお、移転元企業にとっての最低価格が移転先企業にとっての最高価格を上回る場合もあり得るが、それは事業再編によりかえって損益が悪化することが事前に予測されていることを意味している。この点について法令で特に規定されていないが、「健全で誠実な経営者(ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter)」であればそのような取引は行わないという前提を置いているものと思われる。移転元企業の最低価格及び移転先企業の最高価格から構成される幅は、潜在的利益に基づき算定する<sup>277</sup>。移転元企業にとっての最低価格は、移転する機能から将来において利益が得られるものと期待される場合、潜在的利益の喪失額に対する対価と再編のための費用の合計額となる<sup>278</sup>。移転元企業が機能を海外へ移転しなければならない理由がある場合(例えば、顧客より機能の海外移転を迫られていた場合)、最低価格は、不要となる資産の清算価値(再編のため

<sup>272</sup> 国法 § 1(3)、財通パラグラフ 69。

<sup>273</sup> 国法 § 1(3)、財令 § 2(1)、財通パラグラフ 61。

<sup>274</sup> 財通パラグラフ 62。

<sup>275</sup> 財通パラグラフ 63。

<sup>276</sup> 国法 § 1(3)、財通パラグラフ 129。

<sup>277</sup> 国法 § 1(3)。

<sup>278</sup> 財令 § 7(1)、財通パラグラフ 116。

の退出費用を考慮する)となる<sup>279</sup>。したがって、最低価格が負の値になる場合がある<sup>280</sup>。移転元企業が再編対象となる機能について損失を計上するものと期待される場合、最低価格は、期待される損失額と再編のための費用のうちいずれか(絶対額が)小さい方の額(つまり負の値)となる<sup>281</sup>。移転先企業にとっての最高価格は、移転された機能から移転先企業が得る将来の潜在的利益の額である<sup>282</sup>。最高価格の算定では、取得した移転パッケージの償却額の影響を考慮する必要がある<sup>283</sup>。

移転パッケージの価値の源泉は、機能に帰属する潜在的利益(将来の損益予測)である。すなわち、機能の再編により潜在的利益が移転する場合、移転元企業の「健全で誠実な経営者」は、適正な対価の支払を受けずにそのような再編に同意することはなく、一方、移転先企業の「健全で誠実な経営者」は喜んで対価を支払うものとされている<sup>284</sup>。潜在的利益の価値評価においては、移転元企業と移転先企業の両方について機能リスク分析を実施しなければならず<sup>285</sup>、また、「実際に明らかに有利な選択肢」、場所の優位性及び期待されるシナジー効果が将来の利益への期待や価格設定に与える影響を考慮しなければならない<sup>286</sup>。潜在的利益の価値は、再編対象となる機能に係る税後利益を、適正な期間(資本化期間)に亘って集計し、それらを適正な割引率で現在価値に引き直すことにより算定される<sup>287</sup>。

機能に係る税後利益は、財務上の数値から作成する(直接法)<sup>288</sup>。そのような数値は、一定の税務会計又は財務会計の基準(ドイツ民法、ドイツ所得税法、国際会計基準又は米国会計基準等)に基づき作成された年間の損益予算から入手することになっている<sup>289</sup>。また、事業上の慣習

---

<sup>279</sup> 財令 § 7(2)、財通パラグラフ 120。

<sup>280</sup> 財通パラグラフ 120。

<sup>281</sup> 財令 § 7(3)、財通パラグラフ 121。

<sup>282</sup> 財令 § 7(4)、財通パラグラフ 124。

<sup>283</sup> 財通パラグラフ 125。

<sup>284</sup> 財令 § 1(4)、財通パラグラフ 30。

<sup>285</sup> 財令 § 3(2)、財通パラグラフ 83。

<sup>286</sup> 財通パラグラフ 85。

<sup>287</sup> 国法 § 1(3)、財令 § 1(4)、財通パラグラフ 30・84。これは、いわゆる「インカム・アプローチ」に該当する。

<sup>288</sup> 財通パラグラフ 31。

<sup>289</sup> 財通パラグラフ 31。

に整合しているのであれば、直接法の代わりに間接法を使用して数値を計算することも認められている<sup>290</sup>。ここで、税金とは、予算又は実績値において計上され、又は支払われた税金から減税額の予測値又は実績値を差し引いた純額を指す<sup>291</sup>。納税者が法人の場合、その株主への配当時に発生する個人所得税を考慮する必要はない<sup>292</sup>。一方、納税者が非法人企業である場合、個人所得税を考慮しなければならない<sup>293</sup>。納税者が、税後利益の計算において個人所得税を考慮する場合、割引率の算定においても個人所得税の影響を考慮しなければならない<sup>294</sup>。

資本化期間は、技術のサイクル、製品のサイクル、特許の期間及び販売契約の期間その他の指標に基づき決定される<sup>295</sup>。移転パッケージの構成要素の間で資本化期間に差がある場合、その中で最も長いものを使用する<sup>296</sup>。信頼できる具体的な期間を算定できない場合、無限の期間を使用する<sup>297</sup>。再編の対象となった機能が継続事業や独立した事業単位に該当する場合、一般的に無限の資本化期間が適用される<sup>298</sup>。

割引率は、ベース金利となるリスクフリー・レートに適正なプレミアムを加算することにより決定される<sup>299</sup>。リスクフリー・レートの投資期間としては、再編の対象となる機能が存続すると予測される期間又は重要な無形資産の有効耐用期間を使用する<sup>300</sup>。プレミアムは、移転元企業及び移転先企業のリスク評価を考慮した上で決定される<sup>301</sup>。市場レートのデータから類似する状況での情報を入手できる場合、これを使用し、入手できない場合は、将来利益の期待値等を考慮の上で決定する<sup>302</sup>。また、上述のように、機能から得られる税後利益が企業の株主が支払う税金

---

<sup>290</sup> 財通パラグラフ 32。

<sup>291</sup> 財通パラグラフ 33。

<sup>292</sup> 財通パラグラフ 34。

<sup>293</sup> 財通パラグラフ 35。

<sup>294</sup> 財通パラグラフ 36。

<sup>295</sup> 財通パラグラフ 110。

<sup>296</sup> 財通パラグラフ 110。

<sup>297</sup> 財令 § 6。

<sup>298</sup> 財通パラグラフ 109。

<sup>299</sup> 財令 § 5。

<sup>300</sup> 財令 § 5、財通パラグラフ 105。

<sup>301</sup> 財令 § 5。

<sup>302</sup> 財通パラグラフ 106。

により減少する場合、その影響を割引率に反映させる必要がある<sup>303</sup>。

移転パッケージの価値評価は、機能の再編が発生した時点での将来損益の見積りに依存している。損益の実績値が見積りから乖離した場合、移転パッケージの事後的な価値も当初の価値から乖離する。ドイツ国内法では、一定の要件を充足する場合に移転パッケージの価格調整が求められている。価格調整は、移転パッケージの価格が一定の確定額となっている場合において、機能の再編後 10 年以内に実際の税後損益に基づき算定した移転パッケージの価値が再編時に算定した最低価格と最高価格の幅に収まらないとき、実施される<sup>304</sup>。例えば、事業再編時に算定した移転パッケージの価格幅が 100 から 150 であり、中位値 125 で取引を実施したところ、移転先企業で事後的に算定した価値が 150 を超えるか、又は 100 を下回る場合が該当する。これは、後述する米国の「所得相応性基準」に相当するルールである。価格調整は、移転先法人の最高価格を再計算し、再計算後の最高価格と当初の最低価格の中位値を計算することにより実施する<sup>305</sup>。例えば、当初の最低価格が 100、最高価格が 150 である場合、再計算後の最高価格が 200 であれば再計算後の中位値は 150 となり、再計算後の最高価格が 50 であれば 75 となる。ただし、納税者が自ら契約で価格調整条項を定めている場合、その条件が独立企業原則に適合しているときは、契約における価格調整条項がドイツ国内法の規定に優先する<sup>306</sup>。したがって、契約での価格調整の実施期間が 10 年よりも短い場合、当該期間を超える期間においては、価格調整は行われなくなる<sup>307</sup>。移転パッケージの価格が、利益又は売上高を基準とするロイヤリティとして計算される場合、価格調整は実施しない<sup>308</sup>。対価がロイヤリティとして支払われる場合、事業再編後の各事業年度における対価が独立企業間価格であるかどうかを検証することになる。また、納税者は、反証を行うことにより価格調整を実施しない権利を与え

<sup>303</sup> 財通パラグラフ 108。

<sup>304</sup> 国法 § 1(3)、財令 § 10、財通パラグラフ 136・138。

<sup>305</sup> 財通パラグラフ 139・143。

<sup>306</sup> 国法 § 1(3)、財通パラグラフ 137。

<sup>307</sup> 財通パラグラフ 137。

<sup>308</sup> 財令 § 9、財通パラグラフ 136。

られている<sup>309</sup>。反証のため、機能の再編時には長期的で安定した損益が移転元法人で計上されることが予測されたこと、いかなる重要な不確実要素も存在しなかったこと及び実際の損益が第三者であっても予測しないような後発事象の影響を受けたことを証明する必要がある<sup>310</sup>。

以上のように、ドイツ国内法では事業再編に係る独立企業間価格算定のための体系的な規定が整備されている。そこでは、事業再編において移転される「機能」の定義、比較対象取引の選定及び独立企業間価格算定方法の決定といった、OECD 移転価格ガイドラインでは必ずしも明示的な規定が置かれていない論点について、詳細な規定が定められている。事業再編の価格算定における取引単位を原則として一つとして取り扱っている点、権利の有無に関わらず潜在的利益を事業再編の対価の基礎としている点は、OECD 移転価格ガイドラインとは整合しない、ドイツ国内法独自の手法である。そのような点について、ドイツ国内法が OECD 移転価格ガイドラインに違反していると批判する論者<sup>311</sup>が見受けられるが、ドイツ国内法は、OECD 移転価格ガイドラインをその論拠としており<sup>312</sup>、整合する点も多くある。例えば、「実際に利用可能な明らかに有利な選択肢」概念は、独立企業原則では、取引が経済的合理性に基づき行われることを定めるものであるが、同様の内容は OECD 移転価格ガイドラインでも規定されている。我が国での事業再編に対する移転価格税制の適用について検討する上でも、ドイツ国内法の規定内容を参考とすべきである。特に、取引価格の事後的な調整について、我が国でもこれを導入すべく検討する必要があると考える。

### 第3款 米国の所得相応性基準の概要

米国は、ドイツのような体系的な事業再編を対象とする移転価格課税ルールは有していないが、無形資産の移転については、無形資産が生み出す所得に相応する対価の支払を要求する

---

<sup>309</sup> 財通パラグラフ 141。

<sup>310</sup> 財通パラグラフ 141。

<sup>311</sup> 例えば、Heinz-Klaus Kroppen, Stephan Rasch, and Axel Eigelshoven "Germany's Draft Law on Business Restructurings", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol. 15, No.22, 2007 を参照。

<sup>312</sup> 財通では、多くの箇所で、OECD 移転価格ガイドラインの規定が、引用されている。

所得相応性基準を定めている。

米国の内国歳入法典第 482 条の第 2 文では、「無形資産の移転(又は使用許諾)においては、当該移転又は使用許諾に係る所得は当該無形資産に帰属する所得に相応しなければならない。」と規定されている。この条文は、一般に「スーパー・ロイヤルティ条項」と呼ばれており、1986 年<sup>313</sup>に導入されたものである。また、米国の財務省規則は、無形資産に対する移転価格課税ルールの細目を定めている。

無形資産とは、「①特許、発明、方式、工程、意匠、様式、ノウハウ、②著作権、文学作品、音楽作品、芸術作品、③商標、商号、ブランドネーム、④フランチャイズ、ライセンス、契約、⑤方法、プログラム、システム、手続、キャンペーン、調査、研究、予測、見積り、顧客リスト、芸術データ及び⑥その他の類似項目(あるものの価値がその物理的属性でなく、その知的内容又は他の無形資産から派生している場合、上記の各項目に類似しているとみなされる。)より構成されるあらゆる資産であり、個人が提供する役務からは区分される相当の価値を有するもの」と定義されている<sup>314</sup>。この具体例は、OECD 移転価格ガイドラインにおけるものよりも詳しく、米国が無形資産を重視していることが窺われる。

無形資産取引を含む関連者間における「取引(Transaction)」について、「あらゆる売買、譲渡、リース、ライセンス契約、貸付け、前払い、寄付、又はあらゆる資産(有形資産又は無形資産、不動産若しくは動産のいずれかを問わない)若しくは金銭に対する権益、それを使用する権利の移転をいう。取引は、実際に行われたものであるが、その条件が正式に文書に記載されているか否かは問わない。取引には、他の納税者の利益のため、又は他の納税者に代わって行う役務の提供が含まれる。」とする規定が置かれている<sup>315</sup>。米国の国内法では、事業再編に係る重要概念である「取引」が税法固有の概念であることは明らかであり、この規定に基づき事業再編においていかなる「取引」が発生したか判断することになる。

無形資産取引に係る独立企業間価格算定方法として、独立取引比準法、利益比準法、利益

<sup>313</sup> これと同じ時期に、我が国では、移転価格税制に係る国内法が、導入されている。

<sup>314</sup> TR § 1.482-4(b)。

<sup>315</sup> TR § 1.482-1(i)(7)。

分割法及びその他の方法が定められている<sup>316</sup>。無形資産の独立企業価格は、一次的には、これらの算定方法に基づき決定される。しかしながら、既述のように、関連者間での無形資産取引に係る比較対象取引を選定することは、容易ではない。そこで、比較対象取引が選定できない場合は、「現実の利益の経験値(actual profit experience)」を無形資産の収益に反映させることとした<sup>317</sup>。すなわち、一次的な方法で算定された独立企業間価格は、事後的に修正される。米国の連邦議会は、「非関連者間の契約上のアレンジメントならば、無形資産の収益性が予想と異なる場合にこのアレンジメントを調整する措置を講じないままで長期契約を締結することはない」という思想に基づき、「現実の利益の経験値」は、「予想した利益の経験値(anticipated profit experience)」のベスト・インディケーションであり、関連者間のライセンス契約を再交渉可能なアレンジメントであるとみなし、無形資産に帰すべき所得の実質的な変化を反映させるよう移転価格を定期的に調整することは独立企業原則に一致すると考えた<sup>318</sup>。

財務省規則 § 1.482-4(f)(2)(i)では、定期的調整に関する一般ルールが定められている。無形資産が一年以上の期間に亘る契約により移転される場合、各課税年度における対価は、無形資産に帰属する所得に相応するように調整される。調整は、独立企業原則及び財務省規則 § 1.482-1 に整合していなければならない。財務省規則の事例では、無形資産の使用許諾を受けた関連者の利益が一定の値となるようにロイヤルティ率を算定し、必要に応じて調整することが説明されている<sup>319</sup>。定期的調整を実施するか否か決定するに当たり、無形資産が使用される全期間に亘って、すべての関連する事実及び状況が考慮されなければならない。過去の事業年度での無形資産の対価が独立企業間価格であったとしても、後続する年度での調整は行われる。定期的調整は、取引が行われた課税年度が期間制限の適用上オープンとなっているか否かに関わらず、後続する年度において実施される。

定期調整には免除規定が用意されている。財務省規則 § 1.482-4(f)(2)(ii)では、5つのパタ

---

<sup>316</sup> TR § 1.482-4(a)。

<sup>317</sup> 本庄資『アメリカの移転価格税制』日本租税研究協会 2009年、32頁。

<sup>318</sup> 同上。

<sup>319</sup> TR § 1.482-4(f)(iii)。

一に別々に免除の要件が定められている。まず、関連者間取引におけるものと実質的に同一の無形資産が非関連者へ移転された場合、当該取引に基づき、独立取引比準法が適用される。初年度に支払われた対価が独立企業間価格であれば、後続年度での調整は行われない。第二に、比較可能な環境下での比較可能な無形資産の移転に基づく独立取引比準法を適用することにより、独立企業間価格を算定できる場合、6つの要件<sup>320</sup>のそれぞれが満たされるときは、調整は行われない。第三に、独立取引比準法以外の独立企業間価格算定方法により独立企業間価格を算定する場合で、4つの要件<sup>321</sup>のそれぞれが満たされるときは、いかなる調整も行われない。第四に、異常事象に係る要件<sup>322</sup>のいずれかが満たされる場合、いかなる調整も行われない。最後に、上記の第二の免除規定又は第三の免除規定のいずれかが、相当の期間対価の支払

<sup>320</sup> ①関連者が契約書において各課税年度での対価の額を定めており、実質的な定期的対価を支払うことが契約で定められている初年度での対価が独立企業間価格であり、当該契約が調査対象となっている課税年度についても有効であること。

②比較可能な非関連者間での契約が存在し、その中で対価の変更、再交渉又は契約の解除が認められていないこと。

③関連者間取引に対して、有効期間や上記②の規定の規定に関して比較可能な非関連者間取引が存在すること。

④関連者間での契約では無形資産の使用が特定の分野又は目的に限定され、その限定が産業の慣習及びその他の非関連者間での制限に整合していること。

⑤予測し得ない事象によるものを除き、関連者間での契約が履行された後で譲渡人が果たす機能に重要な変更がないこと。

⑥無形資産の利用により実際に稼得された利益又は削減された費用の合計額が、調査対象年度及びそのすべての過去年度において、非関連者間契約についての比較可能性が検討された時点で予測された利益又は削減された費用の80%以上120%以下であること。

<sup>321</sup> ①各課税年度についての対価を定める契約書が作成され、当該契約書が調査対象の課税年度において有効であること。

②関連者間契約において実質的な定期的対価の支払が要求されている初年度での対価が独立企業間価格であり、これを裏付ける移転価格文書が契約の履行と同時に作成されていること。

③予測不可能な事象による変化を除き、関連者間契約の履行以来、譲受人による機能に実質的な変更がないこと。

④調査対象となる年度及びその過去年度において無形資産より譲受人が実際に得た利益及び節約した費用が、契約が締結された時点で予測された利益又は節約された費用の80%以上120%以下であること。

<sup>322</sup> ①関連者が制御できず、契約を締結した時点では予測できなかった異常な事象のために、実際の利益又は節約された費用の合計額が予測収益又は費用節約額の80%未満又は120%超であること。

②そのような異常な事態がなければ、上述の第二の免除規定又は第三の免除規定に定める要求事項のすべてが満たされていること。

が要求されてから 5 年間に亘る期間において満たされる場合、その後の年度においてはいかなる調整も行われぬ。

米国の所得相応性基準は、対象を無形資産取引に限定しており、ドイツ国内法と比べるとその射程範囲は狭いが、ルールが詳細かつ具体的であり、免除規定もよく整備されている。財務省規則に定める無形資産が非常に広範な概念であること及びドイツ国内法でも移転パッケージの構成要素のうち無形資産が特に重視されていることを考慮すると、米国のルールは、ドイツのもの比べて同等の効果をもたらすであろう。

米国が所得相応性基準を導入した当初は、ドイツを含む OECD 加盟諸国は、これを「後知恵」の利用であるとして批判した。現在でも、OECD 移転価格ガイドラインでは「後知恵」の利用は認められていないものの<sup>323</sup>、無形資産の価値は事前には予測が困難であり、その対策として事後的な価格調整が必要であるとされている<sup>324</sup>。米国の移転価格税制は、試行錯誤を経て形成されてきており<sup>325</sup>、米国固有の問題に限定されない移転価格税制執行上の課題を解決する糸口となり得ること及び米国の移転価格税制を当初は批判した OECD も結局はこれと類似するルールを後年において導入してきたこと<sup>326</sup>を鑑みると、今後、所得相応性基準を導入する国がドイツ以外にも現れるものと予測され<sup>327</sup>、我が国としても検討する必要があると考える。

---

<sup>323</sup> 例えば、OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 3.73 を参照。

<sup>324</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.28-6.35。

<sup>325</sup> 米国の移転価格税制の歴史については、本庄資「国際法の変容と租税法－国際租税法の変遷－」本庄資編『関連法領域の変容と租税法の対応』財経詳報社 2008 年及び本庄資『アメリカの移転価格税制』日本租税研究協会 2009 年を参照。

<sup>326</sup> 例えば、米国が、上述の利益比準法を導入した際、OECD は、利益比準法を適用するための比較可能性の検討が十分でないと批判していた。しかしながら、OECD は、1995 年での OECD 移転価格ガイドライン改訂において利益比準法に類似する方法である取引単位営業利益法を「最後の手段」として導入した。OECD は消極的であったものの、実際には、取引単位営業利益法は頻繁に使用された。その後、2010 年での改訂では、いわゆる「ベスト・メソッド・ルール」が導入され、取引単位営業利益法を他の算定方法と同等に取り扱うことが正式に認められた。

<sup>327</sup> 本庄教授は、大部分の国が、移転価格税制について米国と比べて後発国であり、米国が経験した独立企業間価格算定方法適用の問題点を後発国も経験し、米国の解決策を受け入れざるをえなくなるであろうと指摘している(本庄資『アメリカ法人税制』日本租税研究協会 2010 年、232 頁)。

## 第6節 小括

本章では、国際間での事業再編、つまり機能、リスク又は資産の移転における移転価格税制の適用について、OECD 移転価格ガイドライン第9章の規定を中心に検討した。

独立企業原則は、関連者間の「取引」を適用対象としており、このルールは、事業再編についても該当する。したがって、事業再編における「取引」を特定する必要がある。事業再編における取引としては、①何らかの価値あるものの移転及び②既存の取極めの終了又は実質的な再交渉が該当する。再編における取引が関連者間ではなく、第三者との間で締結される場合、「取引」が存在せず、移転価格税制を適用できない可能性がある。①は、基本的に従来の OECD 移転価格ガイドラインが対象としてきた取引であるが、無形資産取引については、無形資産の意義が明確でなく、取引の認識を巡って国際間で見解の相違が生ずる可能性がある。特に、OECD 移転価格ガイドラインが初めて検討対象とした継続事業の移転取引については、継続事業の概念についての説明が不十分である。資産の移転を認識する前提として、資産が元々誰に帰属していたかという判断も必要であるが、無形資産の帰属については「法的所有概念」と「経済的所有概念」が存在し、対立している。資産の「移転」の意味も重要である。それが「譲渡」を意味するのか又は「使用許諾」を意味するのかによって、「取引」に係る所得の期間配分が異なるからである。基本的には、契約で定められた形式がそのまま税法上も用いられることとなるが、継続事業についての「使用許諾」契約が結ばれるといった、独立企業間で想定し難い形式が仕組まれている場合、私法上の形式が再構成される可能性がある。②についても、事業再編の対象となった法人で発生する損失についての定義が明確でないため、これを認識することが難しい場合がある。なお、OECD 移転価格ガイドラインでは、「既存の契約」に係る損失の取扱いしか検討されていないが、事業再編により「新規の契約」が締結される場合でも同様の損失が発生する可能性がある。その取扱いについて、追加の指針が必要である。

独立企業原則は、ある一定の条件で行われる関連者間取引の利益を同じ条件で行われる独立企業間の取引と比較し、差異があるために所得移転が生じている場合において、差額部分についての課税権を認めている。独立企業原則を関連者間取引に適用するためには、適切な比

比較対象取引を選定し、独立企業間価格算定方法を決定する必要がある。

OECD 移転価格ガイドラインは、比較対象取引を内部比較取引又は外部比較取引に分類し、それぞれの比較対象取引の選定方法を定める。関連者間取引のうち、無形資産取引については、しばしば比較対象取引の選定が困難であり、特別な考慮が必要とされる。比較対象の選定が困難である場合の対策として、他の関連する取引と一体で比較する方法を OECD 移転価格ガイドラインは挙げている。このような選定方法は、事業再編における、上記①及び②の取引についても適用される。①について問題となるのは、無形資産が単独で譲渡される場合があることである。特に継続事業が譲渡される場合、比較対象取引の選定は困難である。②について、OECD 移転価格ガイドラインは、比較対象となる独立企業間取引の選定よりも、むしろ関連者間取引の条件自体の合理性を重視している。そのためのアプローチとして、他の現実的に利用可能な選択肢の検討又は法令若しくは判例法の参照が挙げられている。

独立企業間価格算定方法としては、伝統的取引基準法(CUP法、RP法、CP法)、PS法及びTNMMが定められており、OECD 移転価格ガイドラインは、その中から最も適切なものを選定することを定める。特に、無形資産取引について比較対象取引を選定できない場合にはPS法の適用を検討するとしている。しかしながら、上記①の取引のうち、無形資産取引や継続事業の譲渡取引について、PS法も含めて、これらの算定方法を適用することは困難である。OECD 移転価格ガイドラインは、無形資産の価値評価方法として、予測される収益に基づく評価方法についても言及している。そのような評価方法は、会計での資産評価等において使用されているが、算定方法の詳細についてOECD 移転価格ガイドラインは言及しておらず、各国で見解の相違が生ずる可能性がある。上記②の取引についていかなる独立企業間価格算定方法を使用するか、OECD 移転価格ガイドラインはほとんど何も規定していない。損失の補償金額の評価に対して従来の独立企業間価格算定方法を適用することは困難であり、各国間での見解の相違による国際的・二重課税を防止するためにも、算定方法が明示される必要がある。

以上のように、OECD 移転価格ガイドラインの事業再編に対する移転価格税制の適用方法に係る指針には、明瞭性に欠け不十分な点が、少なからずある。各国が事業再編に対して実際に

移転価格課税を行うためには、国内法で定めを置く必要があると考えられる。

事業再編への移転価格税制の適用について、多くの国は未だ国内法を定めていない。IFAによれば、多くの国が無形資産の移転がない限り、単に機能やリスクが移転しただけでは課税所得は発生しないと考えている。事業再編により生ずる損失の負担についても、法令により定めのある一部の場合を除き、否定的な意見が主流である。比較対象取引の選定については、無形資産や継続事業の移転取引について困難であるとする意見が多くの国から寄せられている。また、OECD 移転価格ガイドラインが提唱する現実的に利用可能な選択肢の適用については、否定的な意見が多く見られた。独立企業間価格算定方法については、無形資産等の価値評価のため、インカム・アプローチの採用を主張する意見が見られ、所得相応性基準の導入が必要であるとする意見も少数ながらあった。

ドイツや米国では、事業再編に係る国内法が整備されている。特に、ドイツ国内法は事業再編に係る体系的な規定を有しており、我が国もこれを参考とすべきである。

### **第3章 我が国の国内法及び租税条約の観点からの検討**

#### **第1節 本章の構成**

前章では、事業再編に対する移転価格税制の適用について、OECD 移転価格ガイドライン第9章の内容を中心に検討した。OECD 移転価格ガイドラインは、移転価格税制に係る国際的な規範であり、また、日米租税条約の交換公文で OECD 移転価格ガイドラインに基づく執行を約束しており、我が国の国内法に大きな影響を与える。

本章では、OECD 移転価格ガイドラインの国内法への影響を考慮した上で、現行の国内法を前提として事業再編に対する移転価格税制の適用可能性を検討する。第2節では、前章で考察した事業再編における課税対象の特定、比較対象の選定及び独立企業間価格算定方法の決定について、国内法の観点から再度検討を行う。

移転価格課税がもたらす国際的二重課税の排除の観点からは、相手国課税に対する対応的調整についても検討する必要がある。第3節では、我が国の法人とその国外関連者との間で行われた事業再編につき相手国が移転価格課税を行う場合において、我が国が対応的調整を実施することが国内法及び租税条約の観点から可能であるか否か検討する。

#### **第2節 事業再編に対する現行国内法の適用可能性**

本節では、事業再編に対する我が国の現行の国内法による移転価格課税の可能性について検討する。ここでは、事業再編に係る課税対象の特定、比較対象取引の選定及び独立企業間価格算定方法の決定につき、OECD 移転価格ガイドラインの検討結果も踏まえ、検討する。

##### **第1款 移転価格税制の適用対象**

租税特別措置法第66条の4第1項は、「法人が、昭和六十一年四月一日以後に開始する各事業年度において、当該法人に係る国外関連者（外国法人で、当該法人との間にいずれか一方の法人が他方の法人の発行済株式又は出資（当該他方の法人が有する自己の株式又は出資を除く。）の総数又は総額の百分の五十以上の数又は金額の株式又は出資を直接又は間接に

保有する関係その他の政令で定める特殊の関係(次項及び第五項において「特殊の関係」という。)のあるものをいう。以下この条において同じ。)との間で資産の販売、資産の購入、役務の提供その他の取引を行つた場合に、当該取引(当該国外関連者が法人税法第百四十一条第一号 から第三号 までに掲げる外国法人のいずれに該当するかに応じ、当該国外関連者のこれらの号に掲げる国内源泉所得に係る取引のうち政令で定めるものを除く。以下この条において「国外関連取引」という。)につき、当該法人が当該国外関連者から支払を受ける対価の額が独立企業間価格に満たないとき、又は当該法人が当該国外関連者に支払う対価の額が独立企業間価格を超えるときは、当該法人の当該事業年度の所得に係る同法その他法人税に関する法令の規定の適用については、当該国外関連取引は、独立企業間価格で行われたものとみなす。」と規定しており、法人がその国外関連者(上記条文では「特殊の関係」との間で行う、資産の販売、資産の購入、役務の提供「その他の」「取引」が適用対象であることが明示されている。ここで使用されている「その他の」という法令上の文言は、例えば、「A、B その他の C」という表現で使用される場合において、C の例として A 又は B が挙げられていることを意味する<sup>328</sup>。つまり、「資産の販売、資産の購入、役務の提供」は「取引」の例であり、したがって、すべての「取引」が移転価格税制の適用対象であるとの解釈が成り立つ。

以上のように、我が国の移転価格税制に係る国内法は、「取引」を適用対象としている。第 2 章で見たように、OECD 移転価格ガイドラインもこの点で同様である。次に、我が国の移転価格税制に係る国内法での「取引」概念の内容を考察し、事業再編が「取引」に該当するか否か検討する。

---

<sup>328</sup> 長野秀幸『法令読解の基礎知識』学陽書房 2008 年、47 頁。

## 第2款 取引の特定

### 第1項 取引の意義

租税特別措置法第66条の4は、「取引」の意義について特に規定を置いていない。この「取引」がいかなる意味を持つか、我が国に移転価格税制が導入された昭和61年の『改正税法のすべて』<sup>329</sup>においても特に述べられていない。第1章で述べたように、本論文では、ここでいう「取引」は、法人税法第22条第2項でいうところの「取引」と同義であると解釈する。

各事業年度の所得の金額の計算規定である法人税法第22条は、国際間での関連者間取引を含むすべての取引に対して適用される一般規定である。法人税法第22条第2項は、「内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上当該事業年度の益金の額に算入すべき金額は、別段の定めがあるものを除き、資産の販売、有償又は無償による資産の譲渡又は役務の提供、無償による資産の譲受けその他の取引で資本等取引以外のものに係る当該事業年度の収益の額とする」として、別段の定めがある場合を除き、「資本等取引以外の取引」から生ずる収益より益金を算定すると定めている。税務当局は、この「資本等取引以外の取引」を広く解釈し(特に「無償による資産の譲渡又は役務の提供」の規定を根拠に収益認定する例が過去に見られた)、37条(寄附金)と組み合わせて適用することでしばしば租税回避に対抗してきた<sup>330</sup>。

法人税法第22条の「取引」の意義の解釈について、今村教授は、①簿記上の取引であるとする説(簿記取引説)、②税法上の固有概念であるとする説(固有概念説)及び③私法上の取引行為すなわち法律行為であるとする説(借用概念説)に分類している<sup>331</sup>。

簿記取引説を支持するのは、大淵教授及び谷口教授である。また、国税庁による『昭和40年改正税法のすべて』では、ここでいう「取引」は、簿記上の取引であると解説されている。大淵教授は、後述するオープンシャ事件に関する論文において、「取引」自体の意味は、企業の資産、

<sup>329</sup> 立法の趣旨や内容についての国税庁による解説であり、立法の意図の根拠として頻繁に引用される資料である。なお、『昭和61年改正税法のすべて』では、「適用対象取引」についての記述はあるが、「取引」自体の意味についての説明はない。

<sup>330</sup> 法人税法第22条第2項に係る解釈の一つである「二段階説」は、無償取引を、通常の対価で行う取引と受領した対価の相手方への贈与という二つの行為に分解する考え方である。この考え方は、立法の趣旨であるとされている(金子宏『所得課税の法と政策』有斐閣1996年、344頁)。

<sup>331</sup> 今村隆『課税訴訟における要件事実論』日本租税研究協会2011年、76-77頁。

負債、資本の増減をもたらす会計事象、すなわち、簿記の5要素である資産、負債及び資本、収益、費用(損失)に変動を及ぼす会計事象を意味するものであり、それゆえに、法人税法上の「取引」の字句は「簿記上の取引」の借用概念と解すべきことになる。」と述べている<sup>332</sup>。その根拠として、「法人税法上の課税所得金額の計算構造は、企業利益の金額に「別段の定め」に基づく税務調整を加えて算定する、いわゆる確定決算主義が採用されている以上、「簿記上の取引」に該当しない取引が企業利益の算定において介在する余地はない。また、税法固有の目的からの企業会計上の収益、費用及び損失の確認又は修正である「別段の定め」も「簿記上の取引」がその前提とされているといつてよいであろう。」<sup>333</sup>として、法人税法第22条第4項における公正妥当な会計処理の尊重を挙げている。谷口教授は、「取引」は、収益を生み出すものとされている以上、収益と同じく会計上の概念である会計的取引(簿記・会計上の取引)を意味すると解される。しかも法人税法22条2項で、資産の販売、資産の譲渡、役務の提供および資産の譲受けという、他社との取引が「取引」の例示として定められていること、「取引」が株主との取引を意味する資本等取引との対比で定められていること、などからして、会計的取引のうち外部取引を意味するものと解される。」<sup>334</sup>と述べ、会計上の取引が法人税法第22条の「取引」であるとしつつも、基本的にはそれは外部取引を意味しており、私法上の取引と重なる部分があるとしている。

固有概念説は、武田教授、松沢教授及び今村教授が支持している。武田教授は、法人税法第22条における「取引」は、商法の「取引」(資産、負債及び資本の増減並びに収益、費用及び損失などの原因となる事項)を基底におきながらも、税法独自の内容を持っていると解すべきであると述べている<sup>335</sup>。具体的には、「取引」は企業を中心とする対外的価値の流入及び流出の原因となる事実を指すものと解されるが、このほか例えば、減価償却費及び貸倒れ等の内部的

<sup>332</sup> 大淵博義「法人税法解釈の判例理論の検証とその実践的展開 第3回」『税経通信』2006年5月号、48頁。

<sup>333</sup> 同上。

<sup>334</sup> 谷口勢津夫『税法基本講義』弘文堂2010年、316頁。

<sup>335</sup> 武田昌輔「課税所得の基本問題(中)－法人税法二十二条を中心として－」『判例時報』952号1980年、4頁。

評価を含むとしている<sup>336</sup>。松沢教授は、法人税法第22条の「取引」は、「一般に商法三二条の規定する日々の取引その他財産に営業を及ぼすべき一切の事項(法律行為・不法行為・天災等)と解されているが、税法的評価をなした取引と解すべきである」と述べている<sup>337</sup>。今村教授は、「法人税法は、所得を包括所得概念に基づき純資産の増加に当たるものすべてを所得としてとらえていると考えられる(純資産増加説)。さらには、「取引」には無償による役務提供の場合のように、所得の発生しない場合も「収益」として認識するものであり、税法上の純資産増加説や無償役務の提供の場合に所得を擬制するものであり、税法上の固有概念と考えるべきである。」と述べ<sup>338</sup>、基本的には法人税法第22条の「取引」は、税法上の固有概念であるとしている。他方で、「取引」には、対外的な取引の場合と内部的な計算の場合があり、内部的な計算に、準備金の取崩益や資産の評価益が含まれ、その意味では簿記取引説も取り入れるべきであるが、対外的な取引の場合は、単なる簿記上の取引ではなく、納税者の行為として評価されるものであることが必要である<sup>339</sup>とも述べ、簿記取引説も妥当性があるとしている。

借用概念説は、金子教授、占部教授及び淵教授が支持している。金子教授は、法人税法第22条における「取引」は法的取引を意味すると解するべきであると述べている<sup>340</sup>。占部教授は、やはりオープンシャ事件に関する論文において、法人税法22条2項における「無償による資産の譲渡」とは、法的な意味での取引あるいは取引行為である必要はないとの主張は誤りであると述べている<sup>341</sup>。淵教授も、オープンシャ事件に係る論文において、法人税を含めた所得課税の仕組みは、通常、私法上の取引に依存しており、取引を伴わない資産の経済的価値の増減は、例外的に法によって認められた範囲内でのみ考慮されるとし<sup>342</sup>、「取引」の基準として、①原則として、経済的価値を喪失した者の、経済的価値を取得した者に対する「直接的な行為」が必要で

<sup>336</sup> 同上。

<sup>337</sup> 松沢智『新版 租税実体法—法人税法解釈の基本原則—』中央経済社1999年、137頁。

<sup>338</sup> 今村隆・前掲注(331)、77頁。

<sup>339</sup> 同上。

<sup>340</sup> 金子宏・前掲注(15)、276頁。

<sup>341</sup> 占部裕典「法人税法22条2項の適用範囲について～オープンシャホールディング事件における第三者割当増資を通して～」『税法学』551号2004年、11頁。

<sup>342</sup> 淵圭吾「オープンシャホールディング事件に関する理論的問題」『租税法研究』32号2004年、27頁。

あり、②例外的に「直接的な行為」が不要である場合もあるが、その際には、移転する部分の経済的価値が、「具体的利益」ないし「具体的増加分」、すなわちその他の部分とは分離した独立の資産あるいは利益となっていないと述べている<sup>343</sup>。

裁判でも、「取引」の意義について、判決内容は、定まっていない。オープンシャ事件では、海外子会社の第三者割当による有利発行増資につき、オープンシャホールディングと第三者割当を受けた海外グループ会社との間で、無償による資産の譲渡があったか否かが争点となった<sup>344</sup>。一審では、「取引」が成立するためには経済的価値を喪失した者による経済的価値を取得した者に対する「直接的行為」が必要であり、例外的に「直接的行為」が必要でない場合でも、移転する部分の経済的価値が「具体的利益」ないし「具体的増加分」として分離独立した資産となっている必要があるとし、本件ではいずれの要件も充足されていないとして課税処分を取り消す判決が下された。一方、控訴審では、「取引」を「関係者間の意思の合致に基づいて生じた法的及び経済的な結果を把握する概念」であるとし、関係者間での意思の合致があったものとして、「取引」の存在を認めた。最高裁でも、控訴審のこの判断は、認められた。今村教授は、一審は「取引」の意義について借用概念説を取り、控訴審及び最高裁は固有概念説を取っているものと考えられると述べている<sup>345</sup>。上述の「取引」の意義に係る学説の多くは、この事件の判決について論じており、賛否両論がある。最高裁の判決は一般的に他の判決にも影響を与えられているものの、これを批判する意見が散見されるため、本件の最高裁の判決が今後判例として引用されるか否かは明らかでない。

本論文としては、上記の説のうち、借用概念説を支持する。我が国の租税法の最高権威である金子教授は、租税法が用いる概念を他の分野で用いられている概念（借用概念<sup>346</sup>）と租税法

---

<sup>343</sup> 同上、39頁。

<sup>344</sup> 第三者割当増資により、オープンシャホールディングの当該子会社への持分は大きく（100%から6.25%）減少した。税務当局は、オープンシャホールディングは当該増資を了承することで株式の資産価値を譲渡したとして、資産の譲渡取引を認定した。これに対して、オープンシャホールディングは、何ら取引に該当する行為を行っていないと主張した。

<sup>345</sup> 今村隆・前掲注（331）、77頁。

<sup>346</sup> 金子教授の借用概念は、固有概念以外の概念すべてを含む。上述の今村教授は、固有概念以外の概念として簿記取引説と借用概念説を用いており、それらは金子教授の借用概念に相

が独自に用いている概念(固有概念)の2つに分類する。借用概念の解釈については、他の法分野で用いられているのと同じ意義に解釈するべきであるとする説(統一説)と徴収確保又は公平負担の観点から異なる意義に解すべきであるとする説(独立説)があり、金子教授は、統一説が租税法律主義つまり法的安定性の要請に合致しており望ましいとして支持している。金子教授の説は、現状の通説となっており、本論文もこれを支持する。「取引」概念が税法以外の法分野(例えば商法)において使用されていることは、明らかである。それにも関わらず固有概念であると主張するためには、税法上の規定を定める必要があろう。したがって固有概念以外の概念であると解するのが妥当である。次に、簿記取引説と借用概念説(いずれも固有概念説以外の説である)については、いずれの解釈も成り立ち得ると考える。また、谷口教授が指摘するように、簿記取引説に基づき法人税法第22条の「取引」の意義を解釈するとしても、それは会計上の取引のうち外部取引であり、私法上の取引と基本的には同義であると考えられる。しかしながら、簿記取引説は、法人税法第22条第4項が公正なる会計慣行について言及していることを根拠としているが、公正なる会計慣行が簿記、つまり会計原則と同義であるかどうかについては議論がある。中里教授は、我が国の法人税法は、公正なる会計慣行、商法及び法人税法という三段階の所得算定構造を採用しているのであって、会計原則が法人税法上意味を持つとしても、商法のフィルターを通した上でのことであるに過ぎないと述べており<sup>347</sup>、会計原則をそのまま法人税法の所得計算に反映させることを否定している。企業会計原則を中心とする会計理論の内容は、税法においてそのまま使用するに十分ではないとする向きもある。例えば、収益の認識について、会計は割賦販売等の特殊販売にしか基準を示してこなかった経緯があり、法人税法(通達を含む)の方が遥かに具体的な取扱規定を定めてきたとする説がある<sup>348</sup>。収益に係る会計基準が包括的でない点については、比較的最近公表された会計研究でも述べられている<sup>349</sup>。簿記上の取

---

当する。

<sup>347</sup> 中里実「みなし譲渡と時価主義」『日税論研集』50号 2002年、100頁。

<sup>348</sup> 新井益太郎「公正処理基準」富岡幸雄編『税務会計体系第1巻税務会計原理』ぎょうせい 1984年、215-216頁。

<sup>349</sup> 日本公認会計士協会「会計制度委員会研究報告第13号 我が国の収益認識に関する研究報告(中間報告)―IAS第18号に照らした結果―」。

引がいかなる意義を持つかという点が明確でなければ、その内容を法人税法に取り込んだとしても意味をなさない。一方、私法上の取引、つまり契約等の法律行為が経済効果を生じさせ、それが所得の源泉となることから<sup>350</sup>、私法上の取引が法人税法と強く結びついていることは確かである。以上の理由から、簿記取引説よりも借用概念説の方が妥当であると考えられる。なお、この結論は、現状の税法の規定を前提とする「取引」の解釈論であって、現状の税法の規定が十分であると主張するものではない。明確な規定がないことは事実であり、学説及び判例が統一されていない状況は、租税法律主義(課税要件明確主義)の観点から好ましいとは言えない。金子教授は、租税法における法形成のあり方として、もっと立法が重視されるべきであると述べ、借用概念の解釈や租税回避等の否認の問題において、法的安定性と公平負担原則を両立させるためにも解釈による解決には限界があり、立法による解決をするべきであるとしている<sup>351</sup>。法人税法第 22 条における「取引」の解釈をめぐって裁判所の判決が分かれていることは、正に解釈の限界と立法の必要性を示している。したがって、現状の「取引」がいずれの意味を持つにせよ、立法によって明確化されるべきであると考えられる<sup>352</sup>。いかなる立法が行われるべきか、第 4 章にて検討する。

以上、我が国の移転価格税制における「取引」は、私法上の取引を意味するとの結論に至った。それは、OECD 移転価格ガイドラインにおける「取引」の意義と基本的に一致している。問題は、OECD 移転価格ガイドラインが私法上の取引に商業的合理性が認められない場合に限定して認めている取引の再構成であり、次に検討する。

---

<sup>350</sup> 中里実「「租税法と私法」論再考」『税研』114号 2004年、76頁。

<sup>351</sup> 金子宏「租税法と私法」『租税法研究』6号 1978年、31頁。

<sup>352</sup> 立法が行われる場合、「取引」は税法固有の概念となる。

## 第2項取引の再構成

OECD 移転価格ガイドラインは、例外的に、私法上の取引を「現実的に利用可能な選択肢」に基づき再構成する可能性があるとしている。この再構成を我が国で実施する場合、その方法は二つある。つまり、①私法上の取引を税務上無視する方法（税務上の否認）と②私法上の取引の内容自体を真実の法律関係に基づいて再認識する方法（いわゆる私法上の否認）である。このうち、①については、税務上の否認を認める学説<sup>353</sup>とこれを認めない学説<sup>354</sup>があり、過去の裁判ではそれぞれの学説を支持する判決が出ているが、近時、税務上の否認はその税務上の根拠規定が必要であるとする説が有力となっている。本論文もこの説を支持し、根拠規定がない限り、税務上の否認はできないと判断する<sup>355</sup>。

なお、租税特別措置法第 66 条の 4 第 2 項<sup>356</sup>では、独立企業間価格は、取引の区分に応じて定める各独立企業間価格算定方法から、取引の内容及び国外関連者の果たす機能その他の事情を勘案して、国外関連取引が独立企業間で通常の条件で行われるとした場合の対価を算定するために最も適切な方法を選定することにより算定するとしている。この「通常の条件で行われる」という文言の中の「条件」が価格以外を含むと解釈するのであれば、OECD 移転価格ガイドラインと同様に、国内法が国外関連取引の再構成を認めていると解釈することができる。一方、「条件」が価格だけを意味するのであれば、再構成が認められているとは解釈できない。ここ

<sup>353</sup> 租税負担の公平性の観点を重視する立場から、いわゆる「実質主義」に基づき、租税回避行為を税務上否認できるとする説である。例えば、田中二郎教授がこの説を唱えている。

<sup>354</sup> 租税法律主義の目的である法的安定性を重視する立場から、租税法の規定がない限り、租税回避行為を税務上否認することはできないとする説である。例えば、金子教授はこの説を唱えている。

<sup>355</sup> 居波氏も、OECD 移転価格ガイドラインにおける再構成の問題について、我が国では商業的合理性や経済的実質に基づき関連者間取引を否認することは困難であると述べている（居波邦泰「国際的事業再編に対する課税に係る問題点」本庄資編著『国際課税の理論と実務－73の重要課題』2011 年大蔵財務協会、908-909 頁）。

<sup>356</sup> 原文では、「前項に規定する独立企業間価格とは、国外関連取引が次の各号に掲げる取引のいずれに該当するかに応じ当該各号に定める方法のうち、当該国外関連取引の内容及び当該国外関連取引の当事者が果たす機能その他の事情を勘案して、当該国外関連取引が独立の事業者の間で通常の取引の条件に従って行われるとした場合に当該国外関連取引につき支払われるべき対価の額を算定するための最も適切な方法により算定した金額をいう。」となっている。本規定の内容は、平成 23 年度の税制改正で変更された。「通常の条件」という文言は、税制改正で追加されたものである。

でいう「条件」が何を指すのか法令では定めがない。我が国の移転価格税制が OECD 移転価格ガイドラインの内容と整合することを鑑みれば、この条件は OECD 移転価格ガイドラインの条件と同義であると解すべきかもしれない。その場合、第 2 章で述べたように、価格以外に、資産又は役務の内容、機能、リスクの配分関係等が含まれる。また、「条件」の意味を借用概念として租税法以外の分野での用法で解釈する場合も、「条件」は価格以外の要素を含むと解するのが自然である。しかしながら、従来の租税特別措置法の条文では価格以外の「条件」について言及していなかったこと及び価格以外の要素を「条件」に含めることは法律の趣旨の大きな変更を意味しそれは詳細に規定されて然るべきであるが特に明らかにされていないことを鑑みると、上記規定が価格以外の「条件」の再構成を認めると解釈することは違和感を禁じ得ない。また、再構成が認められるとしても、どのように再構成するのか明らかでない。前章で述べたように、「取引」の再構成の方法について OECD 移転価格ガイドラインを参照するとしても、「現実的に利用可能な選択肢」といった不明確な概念を採用することは、課税要件明確主義の観点から問題がある。その内容は立法により明確化すべきであろう。本論文では、上記規定は国外関連取引の再構成を認める趣旨であるとも解釈できるものの、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解釈する。

次に、②について、このアプローチを用いること自体は、少なくとも一般論としては、税法上の問題はないとする結論で一致している。しかし、税務当局がどの程度真実の法律関係を認定又は解釈することができるかという点については意見が分かれている。納税者の主張に関わらず税務当局による事実認定が可能であるとする説と納税者の主張する法律関係が誤りないし仮装でない限りそのような認定又は解釈はできないとする説が対立している。私法上の否認の対象となる取引は、契約自体が真実存在しないもの（第 1 類型）、契約が虚偽表示により無効であるもの（第 2 類型）及びそれ以外のもの（第 3 類型）に区分される<sup>357</sup>。このうち、第 1 類型及び第 2 類型については、立証の問題はあるものの、そのような取引が無効であることは私法上も明らかであり、論争の対象ではない。また、OECD 移転価格ガイドラインの再構成とは関連がない。問題

<sup>357</sup> 占部裕典「租税回避に対する新たなアプローチの分析」『税法学』546号 2001年、28頁。

は、第 3 類型である。私法では、契約の成立は、当事者の効果意思に基づき表示意思が形成され、これが外部へ表示され、表示された意思が合致する、というプロセスを経ると説明されている<sup>358</sup>。契約が有効に成立しても、当事者が定めなかった契約条件を事後的に補う必要が生じる。また、当事者がある事項について合意していても、合意内容が不明確で意味がはっきりしない場合もある。このようなとき、契約の解釈によって契約内容を確定することになる<sup>359</sup>。この契約の解釈は、基本的には当事者により、争いがある場合には裁判官によって行われる<sup>360</sup>。契約の解釈を税務当局が行うことについて、これを肯定する説と否定する説が対立している。

肯定説は、中里教授及び今村教授が主張している。それらは契約当事者の真実の効果意思に基づき取引を認識しようとするものである。中里教授は、取引の私法上の効力が無効となる場合は相当限定されているとしつつ<sup>361</sup>、租税法においても、他の法分野におけると同様に、当事者の表示をそのまま尊重して法律関係を考えるわけではなく、私法上の事実認定・契約解釈の原則に従い、あくまでも当事者の私法上の真の合意内容(真の法律関係)に即して課税関係を考えていくべきであると述べている<sup>362</sup>。私法上の真の合意内容の認定に当たっては、取引が何らかの事業上の利益をもたらす可能性、権利とリスクの移転、金員の支払の真実性、支払の対価性及び取引の当事者の役割等を考慮するべきであると述べている<sup>363</sup>。今村教授は、租税法における契約の解釈は民法上の解釈と異なることはないとした上で<sup>364</sup>、当事者に租税回避目的がある場合には、それが真実の法律関係を判定する上で重要な間接事実になると述べている<sup>365</sup>。私法上の取引の目的がすべて租税回避であるか、又は事業目的(租税回避以外の目的)よりも租税回避目的の方が大きい場合、当事者の主張する法律関係が真実の法律関係と異なるとする

<sup>358</sup> 内田貴『民法 I 第 4 版 総則・物件総論』東京大学出版会 2008 年、46-47 頁。

<sup>359</sup> 同上、269-270 頁。

<sup>360</sup> 同上、269-270 頁。

<sup>361</sup> 中里実「「租税法と私法」論再々考」『税研』115 号 2004 年、84 頁。

<sup>362</sup> 中里実「課税逃れ商品に対する租税法の対応(上)」『ジュリスト』No.1169 1999 年、125 頁。

<sup>363</sup> 中里実「課税逃れ商品に対する租税法の対応(下)」『ジュリスト』No.1171 2000 年、91-92

頁。

<sup>364</sup> 今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈(4)」『税理』Vol.43、No.3、2000 年、208 頁。

<sup>365</sup> 同上、208-209 頁。

る推認が働くと述べている<sup>366</sup>。

否定説は、谷口教授、占部教授、大淵教授、金丸氏及び岡村教授が主張している。谷口教授は、法実質主義は、私法の分野では私的自治の原則からの要請であろうが、租税法の分野では、そのような私法に従って形成された法律関係に準拠して課税関係を形成すべきであるという、私的関係準拠主義を前提にして成り立つ考え方であり、課税要件事実の認定については、論理的には、課税の基礎となる私法上の法律関係をまず専ら私法の観点から認定し、その上でそれをそのまま課税要件事実として受け入れる、というような判断構造が観念されるべきであって、租税法独自の価値判断が混入する予定はないと述べている<sup>367</sup>。また、今村教授の租税回避目的を重視する見解を「租税回避目的混入論」であって認められないと述べている<sup>368</sup>。占部教授は、契約の意味についての解釈は当事者の間で争いがある場合にのみ許されるのであり、税務当局がそのような作業を行うことは原則として許されないと述べている<sup>369</sup>。大淵教授は、私的自治の原則における法形式の選択可能性という点を考慮し、納税者の選択した、ある法律行為を経済的成果が同一の他の法律行為に置き換えて納税者に有利又は不利となる税法規定を適用することについては、納税者にとって有利となる取扱いの場合に限り、許容されると述べている<sup>370</sup>。金丸氏は、契約の成否及び解釈のいずれについても租税法独自の価値判断が介入する余地はないとし<sup>371</sup>、租税回避目的がある法律行為についてもそれを無効とする理由はないと述べている<sup>372</sup>。岡村教授は、米国のように、課税要件規定を民事法に依拠しない完結的なものに作り直す必要があると述べており<sup>373</sup>、私法上の法律行為をそのまま税法上の事実認定に用いること自

---

<sup>366</sup> 同上、209-211 頁。

<sup>367</sup> 谷口勢津夫「司法過程における租税回避否認の判断構造—外国税額控除余裕枠利用事件を主たる素材として—」『租税法研究』32号 2004年、62-63頁。

<sup>368</sup> 同上、64-65頁。

<sup>369</sup> 占部裕典「租税回避行為論再考—外国税額控除枠の利用にかかる法人税更正処分等取消請求控訴事件を素材として—」『税法学』548号 2002年、28-29頁。

<sup>370</sup> 大淵博義「私法上の法形式否認の法理とその限界～最近の課税事例にみる混迷化の本質～」『税理』Vol.44 No.4 2001年、49頁。

<sup>371</sup> 金丸和弘「フィルムリース事件と「事実認定による否認」」中里実、神田秀樹編著『ビジネス・タックス』有斐閣 2005年、411-413頁。

<sup>372</sup> 同上、416頁。

<sup>373</sup> 岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」『税法学』543号 2000年、26-27頁。

体に問題があると指摘している。しかしながら、現行の制度がそのようになっていない以上、米国のような実質主義を導入することは租税法律主義の観点から問題があると述べている<sup>374</sup>。

肯定説は、私法上の取引における真実の事実認定について新しい提案を行っており、それは傾聴すべきである。しかしながら、私法上の取引に関する事実認定を行っているにも関わらず、私法のルールではなく税法独自の観点を持ち込んでいるとする否定説の指摘は適切であろう。それは実質的に税務上の否認を行うことと同義である。したがって、本論文は、否定説を支持する。否定説にも問題がないわけではない。岡村教授による、そもそも私法上の取引をそのまま税法の事実認定に用いること自体に問題があるとする指摘は、極めて適切である。特に、関連者間での契約は、OECD 移転価格ガイドラインも指摘するように、通常の第三者間では有り得ないような条件が設定され易いという問題があることに留意する必要がある。租税公平主義<sup>375</sup>の観点から、そのような租税法上の不備を放置しておくことは、許されない。岡村教授が主張しているように租税法の仕組みを根本的に変更するか否かは検討が必要であるが、少なくとも立法を行い、租税回避を防止することが必要である。

なお、金子教授は、「納税者が行ったと主張する、税負担の免除・軽減をもたらす私法上の行為ないし取引が、私法上の真実の法律関係に合致しているように見える場合であっても、疑問のある場合には私法上の真実の法律関係に立ち入って、その行為が本当に行われたか否か、行われなかったとした場合に真実にはどのような行為が行われたのかを認定しなければならないことはいうまでもない」と述べている<sup>376</sup>。ただし、何が真実の法律関係であるかの認定はきわめて慎重に行われるべきであるとも述べている<sup>377</sup>。肯定説・否定説のいずれを支持しているわけでもないが、私法上の否認について消極的であることが窺われる。

以上より、現在の我が国の国内法では、OECD 移転価格ガイドラインが例外的に認める私法

---

<sup>374</sup> 同上。

<sup>375</sup> 「税負担は国民の間に担税力に即して公平に配分されなければならない、各種の租税法律関係において国民は平等に取り扱われなければならないという原則」をいう(金子宏・前掲注(15)、78頁)。租税公平主義は、租税法律主義と並ぶ、租税法の全体を支配する基本原則である(金子宏・前掲注(15)、69頁)。

<sup>376</sup> 金子宏・前掲注(15)、122頁。

<sup>377</sup> 同上、122-123頁。

上の取引の再構成は許されないと解釈する。しかしながら、我が国の国内法は OECD 移転価格ガイドラインに国内法を整合させる義務があり、これと乖離した状態をそのまま放置することも許されない。

### 第3項 事業再編における取引の特定

我が国の国内法における「取引」は、私法上の契約を意味しており、基本的に OECD 移転価格ガイドラインにおける「取引」概念と一致する。したがって、事業再編が機能、資産又はリスクの再編であるという前提において「取引」を特定する場合、第2章における結論と同様に、①何らかの価値あるもの(資産)の移転及び②既存の契約の終了又は実質的な再交渉が該当することになる。一方、関連者間で契約が締結されることなく事業再編が行われる場合、「取引」は特定されない。第2章でも指摘したように、私法上の形式を仕組むことにより、移転価格税制の適用を免れた上で事業再編を行うことができる。例えば、内国法人がある製品の製造機能を国外関連者である別の製造者へ移転する場合において、顧客との契約を解除し、新たに国外関連者と顧客が契約を結ぶというスキームを仕組むとき、内国法人において製造機能の移転に伴う損失が発生しそれを自ら負担したとしても、関連者間での取引は存在せず、当該内国法人と顧客との間、つまり独立企業間での取引だけが存在することとなり、移転価格税制を適用できない。契約書が交わされていないにもかかわらず、それ以外の証拠資料から当事者間での申込みと承諾があったと推定される場合、契約が成立する。したがって、「取引」の実態を仮装・隠蔽するような形式については、事業再編における事実を精査することで解決できる。関連者間での「取引」の存在を認定できない場合でも、PE の存在を認定できれば、課税が行われる可能性がある。しかしながら、関連者間で契約が成立したことを示す事実が存在しない場合、「取引を認定することはできず、移転価格税制は適用されないことになる。なお、移転価格税制の適用を免れるために独立企業を経由して取引を仕組むスキームに対しては、租税特別措置法第66条の4第5項<sup>378</sup>、

<sup>378</sup> 「法人が当該法人に係る国外関連者との取引を他の者(当該法人に係る他の国外関連者及び当該国外関連者と特殊の関係のある内国法人を除く。以下この項において「非関連者」とい

租税特別措置法施行令第 39 条の 12 第 9 項<sup>379</sup>及び第 10 項<sup>380</sup>がその防止規定として置かれているものの、この規定の対象は、資産の取引に限定されている。機能やリスクは、資産ではないため、現行の規定の対象外となる。

何らかの価値あるもの(資産)の移転及び既存の契約の終了又は実質的な再交渉は、一つの私法上の契約において発生する可能性があるものの、それぞれ独立しており、税務上も個別の取引として取り扱われることになる。

契約の内容は、基本的には、当事者間で作成された契約書に基づいて特定することになるが、常に契約書が作成されるとは限らない、契約書が作成されなかったとしても、当事者の意思の一致があれば契約は成立する。意思の一致の認定は、契約書以外の何らかの証拠資料によって行われる。逆に、契約書が作成されたとしても、その証拠としての価値(証明力)に問題があり、他の資料の証明力の方が高い場合は、他の資料に基づき契約の認定が行われる。証拠資料が存在する場合、特段の事情がない限りその記載どおりの法律行為がなされたものと認定することは可能であるとされている<sup>381</sup>。このような契約内容特定のアプローチは、OECD 移転価格ガイドラインの規定と整合している。資産の移転及び既存の契約の終了又は実質的な再交渉につい

---

う。)を通じて行う場合として政令で定める場合における当該法人と当該非関係者との取引は、当該法人の国外関連取引とみなして、第一項の規定を適用する。」となっている。

<sup>379</sup> 「法第六十六条の四第五項 に規定する政令で定める場合は、同項 の法人と同項 の非関係者(以下この項及び次項において「非関係者」という。)との間の取引の対象となる資産が同条第五項 の当該法人に係る国外関連者に販売、譲渡、貸付け又は提供されることが当該取引を行った時において契約その他によりあらかじめ定まっている場合で、かつ、当該販売、譲渡、貸付け又は提供に係る対価の額が当該法人と当該国外関係者との間で実質的に決定されていると認められる場合及び同項 の当該法人に係る国外関係者と非関係者との間の取引の対象となる資産が同項 の法人に販売、譲渡、貸付け又は提供されることが当該取引を行った時において契約その他によりあらかじめ定まっている場合で、かつ、当該販売、譲渡、貸付け又は提供に係る対価の額が当該法人と当該国外関係者との間で実質的に決定されていると認められる場合とする。」となっている。

<sup>380</sup> 「法第六十六条の四第五項 の規定により国外関連取引とみなされた取引に係る同条第一項 に規定する独立企業間価格は、同条第二項 の規定にかかわらず、当該取引が前項の法人と同項の当該法人に係る国外関係者との間で行われたものとみなして同条第二項 の規定を適用した場合に算定される金額に、当該法人と当該国外関係者との取引が非関係者を通じて行われることにより生ずる対価の額の差につき必要な調整を加えた金額とする。」となっている。

<sup>381</sup> 占部裕典「最近の裁判例にみる「租税回避行為の否認」の課題—実体法的・証拠法的視点から—」『税法学』553号 2005年、286頁。

て具体的な「取引」を特定するためには、当事者が作成した契約書に依存するだけでは不十分であり、証拠資料を解釈する必要がある<sup>382</sup>。そのためには、第 2 章において検討したように、資産や損失の定義が必要である。また、「取引」に係る所得の期間配分を決定するためには、資産の「移転」が「譲渡」に該当するのか、又は「使用許諾」に該当するのか特定することも重要である。そこで、我が国の国内法における資産概念、損失に関する取扱内容及び「譲渡」と「使用許諾」の区分について考察する。

#### 第4項 資産概念

移転価格税制に限らず、我が国の法人税法には資産の意義に係る規定が存在せず、その構成要素である棚卸資産、固定資産、繰延資産、有価証券等が列挙されるに留まっている。法人税法が依拠する「公正なる会計慣行」の中心である企業会計原則や財務省規則においても資産自体の意義は定義されていない<sup>383</sup>。移転価格税制では、有形資産については規定が置かれていないが、無形資産については措置法通達に定めがあり、著作権、工業所有権等（工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの）のほか、顧客リスト、販売網等の重要な価値のあるものを含むとされている<sup>384</sup>。ここで、無形資産としての「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、機能及び市場の状況等を十分に検討することにより判断される<sup>385</sup>。つまり、「重要な価値」を有するものは何でも無形資産に該当する可能性がある。問題は、「重要な価値」をどのように定義するかということであるが、その点についての定めはなく、その解釈を巡って税務当局と納税者の間で見解の相違が生ずる可能性がある。

<sup>382</sup> 特別な税法上の規定がない限り、私法上の通常の解釈をするべきであり、税法独自の解釈を持ち込むことは許されない。

<sup>383</sup> 本庄資「有形資産取引に関する移転価格税制の課税問題」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』2010年 大蔵財務協会、711頁。ただし、武田教授は、会計学における「資産に共通する本質は、将来の期間に利用し得る価値を表しているという点にある」と指摘している（武田隆二『最新 財務諸表論 <第8版>』中央経済社 2002年、247-248頁）。

<sup>384</sup> 租通 66 の 4(3)-3。その内容は、OECD 移転価格ガイドラインと同等である。

<sup>385</sup> 参考事例集 事例 10。

資産の意義に係る学説も分かれている。金子教授は、所得税法上の資産について、「譲渡性のある財産権をすべて含む観念で、動産・不動産はもとより、借地権、無体財産権、許認可によって得た権利や地位などが広くそれに含まれる」と述べている<sup>386</sup>。ここでは、資産は、財産に係る権利、つまり私法上の権利として捉えられている。一方、中里教授は、資産とは、「投資(=現在の支出)の見返りとして、将来のキャッシュフローをもたらすもの<sup>387</sup>」であるとしている。さらに、経済理論的に考えた場合の無形資産の本質についての考え方は有形資産と同様であるとした上で、「資産があるから所得が生ずる(stockがflowを産み出す)のであり、無形資産も所得を産み出す資産である。無形資産は、それを保有する企業に対して、それが無い場合よりも多くの所得をもたらす。逆に、より多くの所得が産み出されることにより、無形資産の存在も確認できる」と述べている<sup>388</sup>。ここでは、資産は、経済学上の概念として捉えられている。資産は投資の見返りであり、キャッシュ・フローをもたらすものであり、逆にキャッシュ・フローがもたらされていることから資産の存在を確認できるとする中里教授の説は、上述の移転価格事務運営要領に述べられている「重要な価値のあるもの」という規定内容と整合する<sup>389</sup>。

金子教授の説は、資産を私法上の権利として捉えている点で明快であるが、移転価格税制の

---

<sup>386</sup> 金子宏・前掲注(15)、219頁。ただし、この解釈を移転価格税制をも含む租税法一般について適用できるか否かは明らかにされていない。

<sup>387</sup> 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・太田洋・弘中聡浩・宮塚久編著『移転価格税制のフロンティア』有斐閣2011年、36頁。

<sup>388</sup> 同上。

<sup>389</sup> このように、資産の概念を経済学的に捉える見解に対しては、批判がある。岩倉教授は、現在の租税特別措置法通達及び事務運営要領の定めは、非常に広範な資産を「無形資産」とし、課税当局が抽象的な把握を行うことを許容しかねず、また、企業が超過収益を上げている場合に、それが無形資産以外の要因(例えば為替変動その他の外的な要因)によるものであるにも関わらず、無形資産によるものとして課税が行われてしまう可能性があるとして指摘している(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』有斐閣2010年、702頁)。これに対して、無形資産の定義を明確に定めることは困難であり、また意味もないとする見解もある(飯守一文「無形資産に関する移転価格税制の課税問題」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会2010年、731頁)。租税法律主義の一つである課税要件明確主義は、税務当局の裁量による課税を許容する不確定概念を用いてはならないとしており、岩倉教授が指摘するのとおり、現行の租税特別措置法通達や事務運営要領による資産の定義は課税要件明確主義に必ずしも整合していないと考えられる。資産の定義を明確にすることが困難であるとしても、その具体例を詳細に示す必要がある。具体例の内容は必要に応じて都度更新するとしても、取引が行われた時点において例示にないものについて資産として認定することは許されない。

国内法の規定とは必ずしも整合しない(例えば、顧客リスト、販売網などは私法上の権利に該当しない)。移転価格税制上の「資産」の意義は、私法上の権利の概念よりも広く定義される必要がある。一方、中里教授の説は、移転価格税制の規定に整合しており、一般的な定義としては妥当であるとする。当然のことながら、この定義だけでは内容が抽象的であり、課税要件明確主義の観点から問題があるため、これを補足する規定が必要である。

金子教授、中里教授のいずれの説に依拠するにせよ、それらの説のいずれかを税法に反映させる必要がある。本庄教授は、移転価格税制において、資産の意義を、経済学的な借用概念として捉えるのか、私法・企業会計上の借用概念として捉えるのか、又は税法上の固有概念として捉えるのかを明確にすることが税務執行上必要であると述べている<sup>390</sup>。ご指摘のとおり、もはや借用概念に依存することは限界に来ており、税法上の資産概念の定義が必要であるとする。

次に、資産の帰属の認識について検討する。第2章でも述べたように、資産がそもそも誰に帰属するのが明らかでなければ移転自体を認識できない。

無形資産に関する移転価格事務運営要領では、「無形資産の使用許諾取引等について調査を行う場合には、無形資産の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(以下「形成等」という。)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。なお、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、当該無形資産の形成等のための意思決定、役務の提供、費用の負担及びリスクの管理において法人又は国外関連者が果たした機能等を総合的に勘案する。この場合、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。」<sup>391</sup>と規定されている。

この条文の中の「無形資産の形成等のための貢献」については、これを経済的所有とする解釈が存在する。羽床教授は、平成13年6月に移転価格事務運営要領が発遣された直後の論文

<sup>390</sup> 本庄資・前掲注(383)、712-713頁。

<sup>391</sup> 事務運営指針2-12。

において、この規定は無形資産について経済的所有権を認めたものであると述べている<sup>392</sup>。山川氏も、我が国の税務当局は、無形資産の所有権について、法的な所有関係のみならず、経済的所有権を認識する必要があるという考え方を取っていると述べ、さらに、無形資産を法的に所有しない者が無形資産への重要な経済的貢献を行った場合、移転価格課税の文脈上は経済的所有権が法的権利に優越すると述べている<sup>393</sup>。確かに、「無形資産の形成等のための貢献」という文言は、OECD 移転価格ガイドラインの規定を念頭においたものと推測されるが、少なくとも、「経済的所有」という文言は用いられていない。移転価格事務運営要領の参考事例集では、この規定について具体的な取引事例を挙げて解説をしているが、やはり「経済的所有」という用語は使用されていない<sup>394</sup>。税務当局担当者によるこの規定の解説の中には、「経済的所有」という文言を使用していないものも見られる<sup>395</sup>。また、我が国の法制上は「経済的所有」という概念を受け入れることは難しいとする指摘もある<sup>396</sup>。この規定を導入した背景には、OECD 移転価格ガイドラインでの経済所有権の議論があったことを考慮すると、直接的な表現が使用されていないにせよ、この規定が経済的所有概念を定めると解するべきであるかもしれない。しかし、経済的所有という表現を用いなかったのはなぜなのか、この表現を明記することは不都合があると税務当局が判断したからなのか、という疑問点があり、そのような目的論的解釈を行うことは妥当でないと考える。経済所有概念をこの規定で定めるということであれば、直接的にそのような表現を使用する必要がある。法的所有と経済的所有の優先順位についても、山川氏は、経済的所有が優先すると述べているが、これも文言上は明確でなく<sup>397</sup>、規定上で明示する必要がある。現

---

<sup>392</sup> 羽床正秀「移転価格事務運営要領の制定について」『国際税務』Vol.21 No.8 2001年、20頁。

<sup>393</sup> 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—』税務研究会 2007年、262-263頁。

<sup>394</sup> 参考事例集 13・14 参照。

<sup>395</sup> 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』Vol.26 No.6 2006年、33-34頁。

<sup>396</sup> 飯守一文・前掲注(389)、736頁。

<sup>397</sup> 岩倉教授は、我が国の税務当局は、無形資産の法的所有者が日本に存在するか外国に存在するかに応じて、経済的所有権の適用を使い分けるというダブル・スタンダードを用いている可能性があるという指摘している(岩倉正和・前掲注(389)、704-705頁)。

状の規定では、無形資産の生み出す所得の帰属について議論することはできても<sup>398</sup>、これを以って無形資産の経済的所有自体を特定し、取引を認識することには限界があると考ええる。

以上のように、我が国の国内法は体系的な資産概念を有さず、例示を置いているだけである。したがって、事業再編において例示にない資産が移転された場合、当事者がその移転について書面での取極めを定めていないときは、これを資産の移転取引として認定できない可能性がある。また、資産の認定が可能であったとしても、それを移転した者が資産の経済的所有者（真実に資産を支配する者）でありながら法的所有者でなく、法的所有者が別に存在する場合、やはり「取引」を認定できない可能性がある。

#### 第5項 損失の定義

我が国の国内法には、OECD 移転価格ガイドラインが例示する、再編費用、転換費用及び潜在的利益その他の損失を定義する規定は存在しない。したがって、例えば、我が国の法人がその国外関連者へ機能及びリスクを移転することに伴い損失を計上した場合、どの範囲までの損失が国外関連者との「取引」において発生したのか、それと無関係な費用が発生していないかといった問題を判断する上で支障が生ずる可能性がある。特に、潜在的利益は、第2章で述べたように、極めて不確定な概念であり、OECD 移転価格ガイドライン、国内法のいずれにも定義されていない状態では、その喪失による損失を認識し、測定することは極めて困難であると考えられる。したがって、現状では、個別の事例ごとに発生した費用のうち明らかに納税者に帰属すべきでないものを特定するしかないであろう。どのような費用が明らかに納税者に帰属すべきでないかという点については、納税者の事業活動の内容、国外関連者との事業活動の状況、社

---

<sup>398</sup> 所得の帰属を定める規定としては、移転価格事務運営要領 2-12 は、他の法人税法の規定と比べて要件が詳細であり、課税要件明確主義の観点から優れていると考ええる。所得の帰属について、法人税法第11条は、「実質所得者課税の原則」を定めているが（所得税法第12条等においても同様の規定が置かれている）、何を以って帰属を判定するかという点が明確でなく、学説でも「法的帰属説」と「経済的帰属説」が対立している（金子宏・前掲注（15）、160-162頁）。このうち、「法的帰属説」が通説となっているが、法的な形式と実質をどのように峻別するのか、明確でない。法人税法第11条において、移転価格事務運営要領のような規定を追加で設けるべきはないか考える。

会通念により判断するしかないであろう。これらの損失負担について移転価格税制を積極的に適用するのであれば、損失の意義について立法により明示する必要があると考える。

### 第6項「譲渡」と「使用許諾」の判定

事業再編における資産の移転が「譲渡」されたのか、又は「使用許諾」されたのかという判断は、「取引」が私法上の契約である以上、契約の取極めに基づき判断することになる<sup>399</sup>。しかしながら、関連者間でそのような取極めをしていなかった場合、契約以外の証拠に基づき判定することとなる。そのためには、これらの概念を識別する必要がある。

移転価格税制を含む法人税においては、「譲渡」又は「使用許諾」のいずれについても定義規定は置かれていない<sup>400</sup>。所得税法においても法令上の規定はないものの、判例及び学説では、「譲渡」とは、有償であると無償であるを問わず所有権その他の権利の移転を広く含む観念であり、売買や交換はもとより、競売、公売、収用、物納及び現物出資等が、それに含まれるとされている<sup>401</sup>。「使用許諾」（一般には「ライセンス」という用語が使われることが多い）は、特許や著作権等の知的財産の取引において頻繁に使用されており、民法上の非典型契約に含まれる。例えば、我が国の特許法は、特許権者は、その特許権について専用実施権を設定することができ<sup>402</sup>、他人に専用実施権を許諾できる<sup>403</sup>と定める。ここでは、法的な権利の使用を他人に認めることが規定されている。

それでは、「譲渡」は法的な権利の移転を伴う取引であり、「使用許諾」は権利の移転を伴わない取引であると区分することができるであろうか。上述のように、移転価格税制での資産、特に

<sup>399</sup> 契約における取極めが独立企業間の条件に一致していないと思われる場合であっても、我が国の現状の国内法では私法上の取引条件を再構成することは許されていないことから、それを税務上も尊重されることになる。

<sup>400</sup> 移転価格事務運営要領では、関連者間での無形資産の使用取引は、当事者間で取極めがない場合、譲渡があったと認められるときを除き、使用許諾取引として取り扱われることとされている（事務運営指針 2-13）。したがって、「譲渡」か「使用許諾」かが明らかでない取引は、基本的には使用許諾取引として取り扱われる。しかしながら、そもそも「譲渡」の定義が明らかでないため、「譲渡」か「使用許諾」という議論に決着が着いたわけではない。

<sup>401</sup> 金子宏・前掲注(15)、219頁。

<sup>402</sup> 特許法 77①。

<sup>403</sup> 特許法 77④。

無形資産には「特許権」のような法的権利だけでなく、「ノウハウ」等の法的権利ではないものも含まれている。法的な権利に基づく整理では、「ノウハウ」等の移転はすべて「使用許諾」になってしまう。しかしながら、移転元が当該「ノウハウ」をもはや使用せず、一方移転先が永久的に使用している状態においても、「使用許諾」として取り扱うべきであるのか疑問である。

この点は立法によって明らかにするべきであると考えられる。

### **第3款 独立企業原則の適用**

#### **第1項 国内法での独立企業原則の内容**

我が国の国内法は、独立企業原則という用語を用いず、法人と国外関連者の取引価格が独立企業間価格と異なることにより生じた所得移転金額に課税する規定振りとなっている<sup>404</sup>。そのような計算は、「取引」における納税者の意図に関わらず実施される（したがって、事業再編が税務以外の商業的な目的を持つものであっても、独立企業間価格を算定しなければならない）。前述したように、その独立企業間価格は、「取引」の区分に応じて定める各独立企業間価格算定方法<sup>405</sup>から、「取引」の内容及び国外関連者の果たす機能その他の事情を勘案して、国外関連取引が独立企業間で通常の条件で行われるとした場合の対価を算定するために最も適切な方法を選定することにより算定するとされており、独立企業間価格の算定のためには適切な比較対象取引を選定する必要がある。以上の内容は、OECD 移転価格ガイドラインが定める独立企業原則と基本的に同様である。

#### **第2項 比較対象取引の選定**

我が国の移転価格税制での比較対象取引選定方法は、OECD 移転価格ガイドラインと同様であり、比較可能性を考慮の上で内部比較取引又は外部比較取引を選定することになっている。事業再編に係る比較対象取引選定の問題点は、第2章にて検討した結果と同様である。

---

<sup>404</sup> 租法 66 条の 4①。

<sup>405</sup> いわゆる「寄与度利益分割法」（租令 39 の 12⑧一）に規定する独立企業間価格算定方法を除き、すべての独立企業間価格算定方法は比較対象となる独立企業間の取引に基づき独立企業間価格を算定することになっている。

事業再編における「取引」のうち、無形資産の移転取引や継続事業の譲渡取引については、内部比較取引がない限り、比較対象となる独立企業間の「取引」を選定することは、困難である。これらの「取引」は、その内容の独自性により類似する独立企業間での取引が限られており、かつ、継続的に売買が行われる棚卸資産取引などとは異なり、スポット的・臨時的な取引であり、入手できる情報ソースも限定されている。限られた情報から信頼性のある比較対象取引を選定することは、困難である。

事業再編により生じる損失の負担について、公開情報から、第三者間の負担割合についての実在する情報を入手することは、困難である。実在する取引についての情報が入手できない場合、関連者間取引と同様の契約の条件変更によって何らかの損失が取引の一方の者において発生した状況における補償額を推定し、これを比較対象取引とすることになる。我が国の国内法では、実在する「取引」から独立企業間価格を参照できない場合、合理的方法で独立企業間を算定することは認められている<sup>406</sup>。OECD 移転価格ガイドラインに規定されている補償の有無を判断する二つの方法（現実的に利用可能な選択肢による方法、商事法又は判例による方法）のうち、前者は我が国の国内法には定めがなく、これを用いることはできないと考えられる。そこで、契約の終了や変更において何らかの損失が発生した場合、私法上のルールに照らして補償が生じうるかどうか以下検討する。

契約はその継続性及び期間により、①単発的契約、②継続的契約で期間の定めのあるもの、③継続的契約で期間の定めのないものに区分される。①は契約の履行により、②は期間満了により、③は解約申入れにより終了する。①を終了させることについては特に問題がない。継続的取引関係を終了させることは、本来は自由であり、契約の終了によって契約の当事者において何らかの費用が発生したとしても補償が生じることはない。しかしながら、不動産賃貸借契約<sup>407</sup>

<sup>406</sup> 例えば、租税特別措置法第 66 条の 4 第 2 項に定められる「基本三法に準ずる方法」を用いて独立企業間価格を算定する場合、市場取引相場等の指標（それは必ずしも実際にこの価格で取引が独立企業間で行われていることを意味しない）を比較対象取引とすることが認められている。

<sup>407</sup> 借地借家法第 6 条は、正当の事由があると認められる場合を除き、更新拒絶ができないとしている。

のように、正当な事由なしに更新を拒絶したり解約の申入れを行うことを禁ずる規定が置かれるものもあり、契約の継続性への要請が配慮されている。一般の商取引においても、継続的取引関係の解消は、一方の当事者の死活問題であり、これを認めなかった判決もある<sup>408</sup>。また、我が国の民法では権利の行使及び義務の履行においては信義則に従うこととされており、これに反する契約の更新拒絶又は解約の申入れは無効となる可能性がある<sup>409</sup>。ただし、どのような場合に無効となるのか、特に商取引については明らかでない。

契約の取極めは基本的に守られなければならないが、契約締結時の事情がその後大きく変化したことにより当初の契約内容のままで履行させるのでは公平に反する場合、契約改訂が認められることがある(事情変更の原則)<sup>410</sup>。事情変更とは、履行が不能ではないが、契約通り履行させることが公平に反すると感じられるような事態が後発的に生ずることであり、その要件としては、①予見しえない事情の変更、②事情変更が当事者の責めに帰することができない事由に基づくこと、③契約通りの履行を強制することが信義則に反することが挙げられる<sup>411</sup>。法律が実質的に事情変更の原則を取り込んだ例は、借地借家法などに見られる。また、当事者が契約の中に、事情変更に備えた特約を加える場合もある。しばしば見られるのは、建設請負契約や国際取引においてである<sup>412</sup>。ただし、我が国の最高裁は、事情変更の原則の適用には厳格な態度を取っており、適用肯定例は下級審に限られている<sup>413</sup>。事業再編は、例えば急激な為替レートの変動等の要因により、従来場所では事業の継続ができない場合に実施されることがある。この場合、事業を行う場所の変更を望む側にとっては契約を変更する十分な理由があろうが、

---

<sup>408</sup> 札幌高裁判決昭和62年9月30日。この事件では、3カ月前に通知すれば総代理店契約の更新拒絶を認めるとする約定が当事者間であったにも関わらず、「契約を存続させることが当事者にとって酷であり、契約を終了させてもやむを得ないという事情がある場合」でなければ更新を拒絶できないと判示された。

<sup>409</sup> OECD 移転価格ガイドラインが例示する、相手に長期契約を前提で設備投資をさせながら、途中で契約解約の申入れをするケースは、信義則上の問題が存在するかもしれない。

<sup>410</sup> 内田貴『民法Ⅱ 第3版 債権各論』東京大学出版会 2011年、75-78頁。

<sup>411</sup> 同上。

<sup>412</sup> 同上。例えば、石油製品については、原油価格の変動を考慮し、価格の変更が契約で定められる商習慣が見られる(あずさ監査法人編『業種別アカウンティング・シリーズ5 商社の会計実務』中央経済社 2010年、188頁)。

<sup>413</sup> 内田貴・前掲注(410)、75-78頁。

相手方の事情も考慮する必要もあり、契約の継続が公平を欠くとは言い切れないであろう。

以上のように、私法では契約の終了又は変更の有効性は、当事者間の信義則、公平その他の観点から判断され、一義的にこれを決定することは困難である。契約の終了又は変更により生じる損失の補償は、契約の終了又は変更が私法上有効か否かに依存する。有効である場合、損失負担をその相手方に求めることは期待できないであろう。一方、無効であれば、そのような損失は債務不履行による損害によるものとして取り扱われる。民法は、損害額を相手方に請求することを認めている<sup>414</sup>。

以上のように、事業再編における契約の終了又は変更により生ずる損失の負担について、実在する独立企業間の取引から情報を入手することは困難であり、また、私法のルールに照らしてその補償額を合理的に算定することで比較対象取引を選定することも困難である。

### 第3項 独立企業間価格算定方法の選定

我が国の移転価格税制では、独立企業間価格算定方法は、まず棚卸資産取引に係る算定方法と棚卸資産以外の取引に係る算定方法に分けられる<sup>415</sup>。棚卸資産取引に係る算定方法は、①独立価格比準法、②再販売価格基準法、③原価基準法、④基本三法に準ずる方法、⑤利益分割法、⑥取引単位営業利益法及び⑦⑤又は⑥の方法に準ずる方法が含まれる<sup>416</sup>。棚卸資産取引以外の取引に係る算定方法は、上記①から⑦の方法と同等の方法とされており<sup>417</sup>、その内容は同様である。事業再編においては、資産の移転取引又は既存の契約の終了又は実質的な再交渉が行われることとなるが、これらの取引のうち有形資産取引以外の取引については、上述の独立企業間価格算定方法のいずれを選定するのか明らかでない。

無形資産は、一般的に市場で取引される対象ではなく<sup>418</sup>、市場価格やその販売に係る利益に

---

<sup>414</sup> 民法 415。

<sup>415</sup> 租法 66 の 4②一。

<sup>416</sup> 租法 66 の 4②、租令 39 の 12⑧一、二、三及び四。

<sup>417</sup> 租法 66 の 4②二。

<sup>418</sup> 無形資産には、販売目的のソフトウェア等(これは棚卸資産に該当する)も含まれるが、移転価格税制において重要であるのは、販売目的でない無形資産である。

関する情報を入手することは困難である。上述の独立企業間価格算定方法は、独立企業間の取引における価格又は取引に係る利益に関する情報を利用するものであり、無形資産の価値評価に適していない。利益分割法は、そのような情報を入手できない場合でも適用可能であるが、関連者間取引における無形資産に帰属する合算利益を算定できることが前提条件となっている。そのような帰属計算について、我が国の国内法は何も定めを置いていない。移転価格事務運営要領の参考事例集は、個々の取引における独立企業間価格の算定についての具体的な指針を定めるものであるが、無形資産の価値評価自体については何も規定していない。継続事業の移転についても同様のことが言える。

契約の終了又は変更により生じる損失の負担についても独立企業間での取引を選定することは困難であり、私法上の取扱いについても一義的には定まらないことは前述した。また、仮に、比較対象取引が選定できる場合でさえ、いずれの独立企業間価格算定方法を使用することになるのか明らかでない。すなわち、比較対象取引における損失負担額を参照することが、価格を直接比較する独立価格比準法と同等の方法に該当するのか、又はコストに対する利益(利益が生じない場合も含む)を比較する原価基準法と同等の方法に該当するのか、明らかでない。

以上のように、事業再編における取引は、我が国の移転価格税制が従来想定していた範囲を超えており、既存の独立企業間価格算定方法で独立企業間価格を算定することは困難である。新しい立法が必要である。

#### **第4款 アドビ事件の検討**

以上の検討結果に基づき、アドビ事件での事業再編としての面について検討する。この事件が我が国の数少ない移転価格課税に関する税務訴訟の一つであることやその概要については既に述べたが、機能の海外移転に対する移転価格税制の適用可能性について具体的に検討する。

日本法人アドビは、平成 10 年 12 月 1 日から平成 11 年 11 月 30 日までの事業年度では、その米国親会社より、日本国内で販売されたプロフェッショナル向けコンピューター用グラフィックソ

ソフトウェア製品及びそのその他のソフトウェア製品を仕入れ、販売していた。この事業年度において、アドビは10%程度の利益を得ていたとされている。翌年の平成11年12月1日から平成13年11月30日までの2事業年度においては、米国親会社がケイマン諸島に設立した Limited Partnership(ケイマン LP)が日本で販売活動を行うこととなり、アドビはその販売された製品についての販売促進及びマーケティング支援等の役務提供を行い、役務の原価に1.5%の利益を加えた金額を対価として受け取るようになった。資本関係も変更されており、アドビは上述のケイマン LP が100%保有するオランダ法人の100%子会社となっていた。平成13年12月1日からはケイマン LP が清算され、代わりに新たなアイルランド法人が上述の米国親会社により設立され、アイルランド法人が日本国内での販売を行うことになった。アドビは、このアイルランド法人に対してケイマン LP に対するものと同様の役務を提供した。

以上のように、アドビの機能は、再販売から役務提供へと変更されている。事業再編に対して移転価格税制を適用するためには、まず、いかなる資産の移転があったか、関連者間での契約の実質的な再交渉によりアドビに損失は生じなかったかという観点からの検討が必要である。

まず、資産の移転であるが、有形資産についてはアドビの事業再編時点でアドビが在庫として保有していたソフトウェアがケイマン LP へ移転したと推測される。事業再編後にアドビが在庫を保有していたか否かについて判決は明示していないが、税務当局が更正処分を行うに際して採用した比較対象取引として在庫保有リスクが小さいものが選定されていることから、事業再編後は在庫を保有していなかったのではないかと考えられる。いずれにしても、在庫の移転については争点となっていないことから、適切な対価で移転されたものと推測される。アドビより国外関連者へ移転された無形資産として考えられるものは、「顧客リスト」又は「販売網」である。これらは、租税特別措置法通達66の4(3)-3において、無形資産の例として挙げられている(ただし、事業再編が行われた平成11年12月1日時点ではこの通達は規定されていなかった)。アドビが再販売会社として顧客網を形成し、それをケイマン LP に移転したのであれば、その移転の対価につき移転価格税制を適用する余地がある。ただし、事業再編が行われた当時は顧客網が無形資産に含まれるとする規定はなく、その移転を「取引」として認定することは困難であったと考え

られる。

次に、事業再編による損失の発生については、アドビは、関連者との取極めにより、再販売者から役務提供者となったものの、その活動<sup>419</sup>は再販売者としての活動とほとんど差異がなく、再編費用や転換費用は生じていないと推測される。一方、販売機会の喪失、つまり潜在的所得の喪失については、アドビと米国親会社との間で再販売についてどのような契約が締結され、その中で契約期間や途中での契約条件の変更についてどのような取極めがあったのか、それを変更したことについて私法上どのように取り扱われるか検討することになる。私法においても契約の継続性は要請されているところであり、信義則に反するような契約の解約又は変更の申入れは許されない場合がある。しかしながら、高い利益を上げていたとはいえ、リスクも大きい事業から利益率が低い安定した事業へと契約条件を変更することが信義則に反すると言えるかどうか難しいところであり、仮に反するとしても私人間で争いが無い事項について税務当局が認定を行うことは税務上の否認を行うことと同じであり、問題がある。

独立企業間価格の算定についても解決すべき問題がある。顧客リスト、販売網、潜在的所得に係る独立企業間価格をどのように算定するか、平成 11 年 12 月時点では(現在も)、十分な税務上の規定は存在しない。その状況で税務当局が価値評価を実施することはほぼ不可能であったと考えられる。

税務当局は、事業再編自体について課税することは見送り、事業再編後の役務提供取引に課税対象を絞ったと推測される。以上の検討は、居波氏の指摘と整合する。

### 第3節 相手国課税に対する対応的調整

---

<sup>419</sup> 判決文では、①既存のアドビ製品の販売促進及び新規のアドビ製品の紹介及び説明のために、卸売業者を訪問して顧客等を誘導し、②アドビ製品のマーケティング費用を負担し、マーケティング資料を作成し、マーケティング活動を行い、③本件国外関連者による日本でのアドビ製品の販売促進及び宣伝活動を支援し、④卸売業者、ディーラー及びエンドユーザーに対しアドビ製品のトレーニングコースを提供し、⑤顧客に対しサポートサービスを提供するなどの役務提供行為を行ったと記載されている。

## 第1款 対応的調整と相互協議

本節では、我が国の内国法人とその国外関連者が事業再編を行い、それに対して国外関連者の所在地国が移転価格課税を行った場合での対応的調整について検討する。対応的調整とは、「二国間による利益の配分を一貫したものとするため、当初の課税国の税務当局によって行われた第一次調整に対応して、他方の国の関連者の租税債務に対してその国の税務当局により行われる調整」<sup>420</sup>、つまり移転価格課税により生ずる国際的な二重課税を排除するための調整である。クロス・ボーダーでの関連者間取引について取引の当事国の一方が移転価格課税を行うと国際的な二重課税が発生する。例えば、我が国の内国法人が、そのドイツ子会社に対して製品を販売し、ドイツ子会社が、当該製品をドイツで販売するとしよう。内国法人は、ドイツ子会社へ製品を 100 で販売し、ドイツ子会社は、それを 120 で販売しているとする。この取引について、ドイツの税務当局が、ドイツ子会社の製品仕入れに係る独立企業間価格は 90 であり、それよりも 10 だけ高い価格で仕入れたことによりドイツから我が国へ所得が 10 移転しているとして課税処分を行ったとしよう。このとき、その所得は、実際には、我が国の法人の所得として課税を一度受けていることから、企業グループ全体でみれば同一の所得に対して我が国及びドイツ両国で課税が行われたことになる。これが国際的な二重課税（同一の者に対する二重課税である「法的二重課税」と区別するため、「経済的二重課税」と呼ばれる）である。この経済的二重課税を解消するためには、我が国で内国法人に対して所得を 10 だけ減額する調整が行われる必要がある。これが、対応的調整である。

OECD モデル租税条約第 9 条第 2 項は、移転価格課税が独立企業原則に従って適正に行われた場合に対応的調整を行うとしており<sup>421</sup>、それは「対応的調整条項」と呼ばれ、我が国が締結

<sup>420</sup> OECD 移転価格ガイドライン 用語集。

<sup>421</sup> 「一方の締約国において租税を課された当該一方の締約国の企業の利益を他方の締約国が当該他方の締約国の企業の利益に算入して租税を課する場合において、当該一方の締約国が、その算入された利益が、双方の企業の間で設けられた条件が独立の企業の間で設けられたであろう条件であったとしたならば当該他方の締約国の企業の利益となったとみられる利益であるときは、当該一方の締約国は、当該利益に対して当該一方の締約国において課された租税の額について適当な調整を行う。この調整に当たっては、この条約の他の規定に妥当な考慮を払うものとし、両締約国の権限のある当局は、必要がある場合には相互に協議する。」と定めら

した多くの<sup>422</sup>租税条約でも定められている。対応的調整条項が租税条約にない場合でも、一方の締約国による移転価格課税を原因とする経済的二重課税を「条約の規定に適合しない課税」であるとの解釈を両締約国が共有しているのであれば、それは、相互協議の対象となる<sup>423</sup>。相互協議での合意事項は、国内法での定めには拘わらず実施されなければならないこととされており<sup>424</sup>、対応的調整が実施される。相互協議に係る OECD モデル租税条約第 25 条のコメンタリーでは、移転価格課税により生ずる経済的二重課税は相互協議の対象となると明記されている<sup>425</sup>。我が国は、このコメンタリーに留保を付しておらず、同様の解釈を取っていると判断できる。また、過去の判決<sup>426</sup>及び学説<sup>427</sup>は、移転価格課税は相互協議の対象となる「条約の規定に適合しな

---

れている。

<sup>422</sup> 我が国は、かつてはこの対応的調整条項の導入を留保していたが、1989年に署名・発効した新日印租税条約よりこの条項を導入し、1992年の OECD モデル租税条約の改訂の際に留保を撤回した。現在でも、イタリア、オーストリア、スイス、スペイン、ドイツ、ニュージーランド、フィンランド及びベルギー等の国との租税条約には対応的調整条項がない。対応的調整条項がない租税条約は、古いものが多い。

<sup>423</sup> 駒宮史博「移転価格課税における相互協議による対応的調整の法的性質」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010年、818-821頁。

<sup>424</sup> OECD モデル租税条約 25②。

<sup>425</sup> OECD モデル租税条約 25 コメンタリー パラグラフ 10。

<sup>426</sup> 東京高裁平成 8 年 3 月 28 日判決(平成 7 年(行コ)第 39 号行政処分取消等請求控訴事件)。この裁判では、1980 年代に米国が日系自動車メーカーに対して移転価格課税を行ったことに対して我が国が相互協議を通じて対応的調整を実施したことにつき、当時の日米租税条約に対応的調整条項がなく、また相互協議条項では経済的二重課税排除についての規定がなかったことから、経済的二重課税排除のための相互協議を行う義務があったかどうか、又はそのような権限があったのかが争われた。一審では「条約の規定に適合しない課税」について判断することなく、相互協議が適法であると判示したが、控訴審では、対応的調整条項がない以上それを実施しなかったからといって直ちに条約違反となるわけではないとしつつも、日米租税条約の主たる目的が国際的な二重課税排除であり移転価格税制の規定を設けながらその結果生ずる経済的二重課税を放置したとは考え難いこと、OECD 租税委員会の報告書でも移転価格による経済的二重課税が租税条約の精神に反すると述べていることから、経済的二重課税は相互協議の対象となり得ると判示された。

<sup>427</sup> 金子教授は、我が国の移転価格税制に係る国内法と租税条約の中の特殊関連企業条項との関係について、国内法は特殊関連企業条項を執行する規定であるとする「条約執行説」に基づき、国内法的に違法である課税は特殊関連企業条項にも違反するため、「条約の規定に適合しない課税」に該当すると述べている(金子宏・前掲注(20)、447-448頁)。一方、谷口教授は、「条約執行説」は移転価格課税が適法である場合を説明できないとした上で、租税条約の特殊企業条項は経済的二重課税の排除のために両締約国間での課税権を配分することにより締約国の国内法を制限するものであるから(「制限効果説」、締約国は移転価格課税による経済的二重課税を排除する義務があるのであり、租税条約での対応的調整条項はこれを確認する規定であると述べている(谷口勢津夫・前掲注(42)、180-185頁、200-210頁)。倉内氏や羽床教

い課税」に該当するとしている。

対応的調整は、相手国が移転価格課税を行ったことにより当然に実施されるものではない。OECD モデル租税条約第 9 条コメンタリーは、対応的調整は、相手国による移転価格課税が独立企業間の所得を正確に反映しているとその国が考える場合にのみ行われるべきであるとしている<sup>428</sup>。適切な調整の額とその性質に関して両国間で争いがある場合には、OECD モデル租税条約第 25 条に規定される権限のある当局による相互協議が実施されるべきであるとしている<sup>429</sup>。租税条約実施特例法第 7 条第 1 項は、相手国が課税を行った場合、権限のある当局間での租税条約に基づく合意が行われたことにより、我が国の居住者又は内国法人の所得を減額するとき、税務署長は更正の請求に基づき更正をすることができる、と規定している。

事業再編について相手国が移転価格課税を行った場合、我が国は当該相手国との間で相互協議を通じて独立企業原則に基づく所得配分を決定し、対応的調整を実施することになる。

## 第2款 相互協議の意義とその限界

相互協議は、「租税条約の規定に適合しない課税」が締約国間で行われた場合において、その解決を図るための締約国間の権限のある当局間の協議であり、租税条約を根拠規定とする。OECD モデル租税条約第 25 条は、第 1 項<sup>430</sup>において「租税条約の規定に適合しない課税」が行われた場合における納税者による相互協議の申立てについて定め、第 2 項<sup>431</sup>では納税者に

---

授も、同様の見解を述べている(倉内敏行「相互協議の対象について—「租税条約に適合しない課税」の解釈に関する一考察—」『税務大学校論叢』27号 1996年、170頁、羽床正秀「租税条約上の相互協議を巡る諸問題—法的側面からの考察による実務上の指針として—」『国際税務』Vol.12 No.7 1992年、8・10・17頁)。

<sup>428</sup> OECD モデル租税条約 9 コメンタリー パラグラフ 6。

<sup>429</sup> OECD モデル租税条約 9 コメンタリー パラグラフ 11。

<sup>430</sup> 「一方の又は双方の締約国の措置によりこの条約の規定に適合しない課税を受けたと認める者又は受けることになると認める者は、当該事案について、当該一方の又は双方の締約国の法令に定める救済手段とは別に、自己が居住者である締約国の権限のある当局に対して又は当該事案が前条 1 の規定の適用に関するものである場合には自己が国民である締約国の権限のある当局に対して、申立てをすることができる。当該申立ては、この条約の規定に適合しない課税に係る措置の最初の通知の日から 3 年以内に、しなければならない。」と規定されている。

<sup>431</sup> 「権限のある当局は、1 の申立てを正当と認めるが、自ら満足すべき解決を与えることができない場合には、この条約の規定に適合しない課税を回避するため、他方の締約国の権限のある

よる相互協議の申立てを受けた個別事案での権限のある当局間での二重課税排除のための努力義務及び合意事項の実施について定め、第 3 項<sup>432</sup>では条約の解釈又は適用に関して生ずる困難又は疑義を合意によって解決する努力義務を定める。また、第 4 項では権限のある当局が外交ルートを通じず直接通信できること、第 5 項では相互協議で解決ができない事案を仲裁に付託できることが定められている。我が国の国内法では、国税庁の執行通達的一种である「相互協議の手続について(事務運営指針)」が相互協議の具体的な手続を定めている。そこでも、相互協議の根拠規定が租税条約であることが示されている。

権限のある当局は、相互協議において、合意に向けて努力する義務が課せられている。これは、必ず合意しなければならないわけではないことを意味しており、相互協議で合意できない場合もあることがわかる。権限のある当局が合意できる範囲については、租税条約、我が国の国内法のいずれにおいても定めがない。羽床教授は、合意の範囲については、①権限のある当局は租税条約に適合しない課税の回避等のために協議を行うことを求められているのであるから、当該目的を達成するために必要であれば、仮にそれが国内法に抵触する事項であったとしても合意できるとする説、②権限のある当局は、条約が直接的に適用される場合に限り国内法をオーバーライドする合意ができるとする説及び③権限のある当局は、国内法の規定に反する事項については合意できないとする説の3つがあり、このうち①は租税条約に適合しない課税の排除という名の下に国内法が不当に無視されかねないので採用できず、③は租税条約の直接的な適用ができないことになり、租税条約に国内法が優先することとなり、我が国の租税条約を尊重する立場と矛盾しており、採用できず、結局②が妥当であると述べている<sup>433</sup>。猪野氏も、国会承認を要しない相互協議において、納税者の権利義務に影響する合意を行う場合には、条約及び

---

当局との合意によって当該事案を解決するよう努める。成立したすべての合意は、両締約国の法令上のいかなる期間制限にもかかわらず、実施されなければならない。」と規定されている。これは、納税者の申立てに基づく個別事案についての相互協議を定めるものである。

<sup>432</sup> 「両締約国の権限のある当局は、この条約の解釈又は適用に関して生ずる困難又は疑義を合意によって解決するよう努める。両締約国の権限のある当局は、また、この条約に定めのない場合における二重課税を除去するため、相互に協議することができる。」と規定されている。これは、個別事案ではなく、条約自体の解釈又は適用についての相互協議である。

<sup>433</sup> 羽床正秀『国際課税と政府間協議』大蔵財務協会 2002 年、206-207 頁。

国内法の規定に基づいてのみ、これを行うことが可能であり、相互協議においては、租税条約や国内法の規定と異なる課税となるような合意をすることができないと述べている<sup>434</sup>。租税法律主義の観点から、権限のある当局が法令の定めに基づかず、一種の政治交渉を行うことは許されない。これらの指摘は妥当であると考える。

### 第3款事業再編に対する移転価格課税についての合意可能性

相互協議で権限のある当局が合意するためには、租税条約又は国内法に何らかの定めが必要であることを前提に、事業再編に関する相手国による移転価格課税についての相互協議の合意可能性について検討する。

まず、課税対象となる「取引」の認識について、我が国と相手国で齟齬が生ずる可能性がある。特に、無形資産の移転については、国内法、租税条約のいずれにおいても無形資産の意義に関する規定は存在しない。相手国の法令での無形資産の範囲が我が国の国内法の範囲と異なる場合<sup>435</sup>、我が国が「取引」として認識しないものについての移転価格課税が相手国で行われ、相互協議の対象となる可能性がある。その場合、我が国の権限のある当局としては、そもそも相手国の主張する関連者間取引は我が国の国内法では「取引」に該当せず、租税条約の定めもないことから、「取引」自体が存在しないとの見解を主張せざるを得ず、相互協議は合意に至らないであろう。事業再編での契約の終了又は実質的な再交渉の結果生ずる損失についても、相手国は OECD 移転価格ガイドライン又はその国の法令での定めに基づき、関連者間での損失の負担についての取極めが「現実的に利用可能な選択肢」に照らして合理的でないと判断し、関連者間取引の条件を再構成する場合に問題が生ずる。我が国の国内法にはこのような再構成を可能とする法令はなく、租税条約の定めもないことから、やはり我が国の権限のある当局としては取引自体が存在しないと主張せざるを得ない。

独立企業原則の適用についても問題が発生する可能性がある。無形資産の価値評価につい

<sup>434</sup> 猪野茂「相互協議手続の理論と執行上の課題」本庄資編著『国際課税の理論と実務 73 の課題』大蔵財務協会 2011 年、1039 頁。

<sup>435</sup> 例えば、「事業機会」が資産に該当するという見解を持つ国もある。本論文第 2 章第 4 節参照。

て、例えばドイツは「所得相応性基準<sup>436</sup>」を導入しているが、我が国の国内法ではこの基準はなく、日独租税条約にも規定がない。したがって、ドイツが所得相応性基準により無形資産の価値を再評価し課税を行った場合、我が国の権限のある当局としては、そのような算定方法を認める対応的調整を実施することはできないであろう。

以上のように、相手国での事業再編に係る移転価格課税について相互協議で合意するためには、資産の定義、関連者間取引の条件の認定、移転価格の計算等につき、現状の租税条約及び国内法の規定は不十分であり、今後必要に応じて立法を行う必要があると思われる。

#### 第4款 減算調整の方法

我が国が相手国の移転価格課税が独立企業原則に適合すると同意できる場合において、さらに解決すべき問題がある。事業再編において相手国から我が国への資産の移転があった場合、我が国としては資産の損金算入をどの期間で実施するか決定する必要がある。すなわち、相手国は移転した所得に係る課税を一事業年度で行うのに対して、我が国は複数事業年度で減算することとなる。OECD 移転価格ガイドラインは、関連者間での所得配分をどの期間で行うかという点について指針を示していない。事業再編時の対価の一部を事業再編後の対価に含めることを論じている点に見られるように、OECD 移転価格ガイドライン第9章は、所得の期間配分については重きを置いておらず、これを参照することはできない。我が国の移転価格税制における無形資産の中には、例えば顧客リストのような法人税法や会計基準に償却期間の定めのないものが含まれており、それらをどの期間で償却するか判断するためのルールがない。相手国に合わせて一事業年度で損金算入を認めることは資産<sup>437</sup>の移転取引が行われたとする前提条件と整合しない。資産の償却方法に係るルールを追加する必要がある。

<sup>436</sup> 米国も所得相応性基準を採用しているが、我が国と米国は交換公文において OECD 移転価格ガイドラインに基づく執行を行うことを約束しており、所得相応性基準は日米間の取引では適用が制約されると理解されている（居波邦泰・前掲注（50）、411 頁）。

<sup>437</sup> 資産は、通常一事業年度よりも長い期間に亘り使用収益される。

#### 第4節 小括

第3章では、事業再編について、①我が国が移転価格税制を適用し課税をすることができるか否かという点及び②逆に相手国が移転価格課税を行った場合に経済的二重課税を排除するための対応的調整を行うことができるか否かという点を検討した。

①については、我が国の国内法に基づく移転価格課税の検討においても、OECD 移転価格ガイドラインと同様に、事業再編において行われる「取引」を特定した上で、その比較対象取引を選定し、適切な独立企業間価格算定方法により独立企業間価格を算定するという手続を実施することになる。何らかの資産の移転は取引として移転価格税制の適用対象となる。しかしながら、我が国の国内法では資産の定義がなく、具体例が列挙されるに留まっているため、具体例に挙げられていない資産の移転自体を認定できない可能性がある。移転の前提となる資産の帰属の認識も「法的所有」と「経済的所有」をどのように判定するのか明らかでない。また、資産の移転が認められる場合、契約で条件が明確化されていないとき、所得の発生時期を決定するため、移転が「譲渡」に該当するのか、又は「使用許諾」に該当するのか判定する必要が生ずるが、その判断基準は明確でない。比較対象取引の選定においても、特に無形資産取引については情報入手が困難である場合があることが想定される。また、既存の独立企業間価格算定方法では無形資産の価値を評価することが困難である。事業再編における契約の終了又は実質的な再交渉の結果生ずる損失の負担についても問題がある。課税対象を特定するためには、事業再編と発生した損失の関連性を判断をする必要があるが、そのような関連性を判断するための定めがない。比較対象となる独立企業間での損失負担に関する実際の情報を入手することは困難であり、私法上のルールから損失の負担の可否を一律に決定することもできず、比較対象取引を選定できない可能性がある。また、既存の独立企業間価格算定方法では損失負担額をどのように算定するのか明らかでない。また、事業再編における契約が関連者間ではなく、第三者との間で締結される場合、我が国の国内法においても、関連者間での「取引」が存在しないために、移転価格税制が適用できない可能性があり、防止策が必要である。

②については、我が国が対応的調整に応じるためには相互協議で相手国の権限のある当局

との間で独立企業原則の適用について合意する必要がある。相互協議の合意の可能性は、租税条約又は我が国の国内法の規定の範囲によって決定される。相手国と我が国の間で資産の定義、関連者間取引の条件の再構成、独立企業間価格算定方法の内容について重要な相違がある場合、我が国は相手国の移転価格課税を受け入れる合意はできない。その結果、経済的二重課税は解消されない。

以上のように、事業再編について我が国の国内法では、積極的な課税においても対応的調整においても限界があると言える。我が国の課税権を確保し、また国際間での経済的二重課税を排除するためには、現状の問題点を解決すべく立法を行う必要があると考える。

## 第4章 事業再編への対策

### 第1節 本章の構成

第4章では、第3章の検討結果を受けて、事業再編に対する我が国の課税権の確保及び相手国課税に対する対応的調整を可能とするための対策を検討する。その方法として、国内法及び租税条約の改正並びに事前確認の実施を提言する。

### 第2節 国内法の改正

#### 第1款 取引概念の定義

我が国の移転価格税制が「取引」を適用対象としていること、その「取引」について、簿記取引説、固有概念説及び借用概念説の異なる解釈があることは第3章で述べた。このような論争は、結局のところ、法令で取引概念が定義されていないことが原因である。本論文では、このうち借用概念説を支持する。ただし、それは今後も借用概念を使用すべきであると主張するものではない。租税法が所得計算の基礎を私法上の取引に置いていることは異論のないところであるが、中里教授が指摘しているように、租税法が必ず私法上の取引をそのまま受け入れなければならないわけではなく、必要に応じてこれを修正すべきであると考えられる。私法上の取引を絶対視する論者は、私的自治の原則により公序良俗に反しない限り私法上の取引はどのような条件でも締結できること、特に関連者間取引は一種の自己取引であり第三者間では有り得ない条件が成立しその条件の変更も自由にできることを見落としており、租税回避を目的として仕組まれた私法上の取引を尊重することは、租税公平主義にも反することになる。また、OECD 移転価格ガイドラインでは私法上の取引を、例外的に再構成することを認めており、我が国としては OECD 移転価格ガイドラインと整合するよう国内法を改正することが求められている。さらに、取引の射程を移転価格税制以外の分野まで広げると、第2章において述べたように、OECD は、企業内の PE 間で行われ法的な効力は持たない、内部取引の認識について議論しており、そこではもはや私法上の契約に基づき取引を認識するというアプローチは通用しない。岡村教授が指摘されているように、租税法が取引について独自の定義規定を設ける必要があると考える。第2章にお

いて述べたように、米国の財務省規則では、移転価格税制上の「取引」を定義する規定を置いている。米国は、いわゆる「コモン・ロー」の国であり、税務上の概念についての成文規定が存在しなくとも、裁判所の判例が法源として機能する。その米国ですら、「取引」について成文規定を置いていることは、裁判所の法解釈に任せるだけでは十分でないと米国の連邦議会が判断したことを示している<sup>438</sup>。成文法の国である我が国で「取引」の定義についての立法が必要であることは、明らかである。

取引の定義は、移転価格税制に限定した問題ではなく、法人税法第22条の問題であることから、その内容を決定するためには、本論文が対象としない分野の問題も併せて検討する必要がある。具体的な案を提示することは難しい作業である。ここでは、①基本的には私法上の契約を「取引」とすることを明記し、②一定の要件に該当する場合は、税務上は取引の条件を再構成するものとし、③事業再編が行われる場合は、関連者間で私法上の契約が締結されていないときであっても、税法上は関連者間での取引の存在を認定できるようにすることを提案する。

②の一定の要件とは、租税回避に該当する場合を想定している。そのような要件は、租税回避の「意図」の有無を問うことなく<sup>439</sup>、客観的に判断ができるように具体的に定められるべきである。例えば、先ほどのアドビ事件に即して考えると、「販売会社」が単に顧客への請求機能だけを国外関連者へ移転し、その他のすべての機能を「役務提供者」として果たすとする契約を私法上締結する場合、税務上はそのような契約が締結されていないものとみなす、といった規定である。我が国の移転価格税制に係る国内法では、議論の中心は価格の操作に対する対策に力点が置かれており、価格以外の「取引」の条件の操作については十分な立法が行われてきたとはいえない。価格以外の条件をも立法の対象とすることは、確かに困難な作業を伴う。このような規定は、実態に応じて設定せざるを得ず、量も膨大にならざるを得ない。規定を策定する側にとつ

<sup>438</sup> 本庄教授は、米国の連邦議会は、判例によって独立企業原則の解釈をさせておくと、立法者の意図がそのとおりに実現できないことに気づき、立法措置が必要であると考えようになったと述べている(本庄資・前掲注(327)、203頁)。

<sup>439</sup> 納税者の「意図」は、極めて主観的な問題であり、「意図」の有無を課税要件とすることは、納税者及び課税庁のいずれの観点からも恣意性が入り易く、租税法律主義の観点から妥当でない。

ても、それを運用する側にとってもコンプライアンスの作業負担が増える可能性が高いことは否定できない。しかしながら、客観的な規定を置くことなく、不確定概念(例えば租税回避の「意図」の有無)を含む簡潔な規定だけでこの問題に対処するよりは、税務当局及び納税者のいずれの観点から見ても、ベターなのではないかと考える。本論文では事業再編における「取引」が複雑であることを考察してきた。その複雑性は、今後さらに増していく可能性がある。複雑な「取引」を無理に単純化して捉えることには限界があり、無理に単純化した規定で個別事例に対処する場合、解釈を巡って課税庁及び納税者間で見解の相違が生じ、そのために双方とも膨大な作業を要することになる。

すべての要件を法律で定めることは現実的でないことから、法律の委任の下、命令又は通達において定めることを提案する。現在でも、移転価格事務運営要領は参考事例集で個別の取引を想定してその取扱いを規定しており、これをさらに細分化することが必要である。

また、そのような規定を設けるためには、租税回避の実態を税務当局が把握する必要がある。米国等の諸外国では、いわゆる「タックス・プロモーター」に対して販売した租税回避スキーム商品の報告を義務付けており、これを我が国でも導入することを提案する。タックス・プロモーターとしては濫用的であると判断された商品がこれに対抗する立法により失われる反面、立法化されなかった商品について課税されるリスクが小さいことを確認できる。

③については、機能やリスクの再編があった場合、当該事業再編について、私法上の契約の有無に関わらず、税法上は対象となった関連者間で取引が行われたものとみなすという趣旨の規定を定める必要があると考える。確かに、関連者が互いに連絡を取ることなく、機能の再編が結果として発生する場合(例えば、ある内国法人である販社が顧客との販売契約を終了したところ、たまたま新規顧客開拓を行っていた国外関連者である販社が当該顧客との間で販売契約を締結した、といったケースが該当する)も想定されるが、契約関係を立証する資料が存在しない状況で一部の「悪質な」ケースだけを対象として税法上の「取引」を認定することは極めて困難であるとする。多くの、いわば「無実の」ケースについても移転価格税制を適用せざるを得ない。

## 第2款 資産概念の定義

我が国の税法では資産概念の定義がなく、場合によっては資産の移転が行われながら、これを認識できない場合があると指摘した。資産、特に無形資産の定義については、これを厳密に定めることは難しくあまり意味がないとする指摘がある<sup>440</sup>。確かに、資産概念は広く、これを法令の条文だけで網羅的に規定することは困難であり、個別の事例による補足が必要である。しかしながら、個別の事例を列挙することは万能ではない。列挙されていない資産の取引が発生した場合、概念についての定義があれば、従来事例に漏れがあったことを早期に発見することが期待できる。したがって、概念の定義を定めることは有用であると考えられる。

税法上の資産概念の定義について、中里教授は、第3章で述べたように、「資産」とは、投資の見返りとして、将来のキャッシュ・フローをもたらすものであり、資産の価格は、将来キャッシュ・フローの現在価値となると述べている<sup>441</sup>。この中里教授の説は、我が国の移転価格事務運営要領の規定とも整合しており、資産概念の基礎として用いるべきである。

しかしながら、これだけでは過去の投資実績に基づく単なる将来損益見込みも資産に含まれてしまう可能性がある。第2章で述べたように、OECD 移転価格ガイドラインは権利等の裏付けのない単なる将来損益見込みは潜在的利益ではなく、対価が生じるものではないとしている。資産の価値評価では将来に対する期待を反映せざるを得ず、それがすべて権利等に裏付けられているとは限らないことから、OECD が提唱するように権利の裏付けのある将来損益見込みとそれがないものを明確に区分できるのかどうか疑問もある。しかしながら、OECD としては各国が勝手な見込みに基づき課税を行うことについて一定の歯止めをかけようとしているのであろう。そのような事態になれば国際的な二重課税が発生することは明らかであり、OECD の意図は尊重されるべきである。本論文は、中里教授の提唱する基準以外に、譲渡可能性、継続的な利用

---

<sup>440</sup> 飯守一文・前掲注(389)、731-732頁。また、OECD 租税委員会で移転価格税制を担当していた Silberztein 氏は、現在実施中の無形資産に関するプロジェクトにおいても無形資産の厳密な定義を定めることはないであろうと述べている(Kevin A. Bell, "New OECD Intangibles Project to Address Partial Transfers of Related-Party Rights", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.11, 2010, p658)。

<sup>441</sup> 中里実・前掲注(387)、36頁。

可能性及び支配<sup>442</sup>を資産性の判定基準として提案する。また、中里教授の提唱する「キャッシュ・フローをもたらすもの」の内容は明確化されなければならない。それは、例示を積み重ねるしかないであろう。

上述のように、資産の定義は一般的であり必ずしも明確ではないことから、具体的な例示は必要である。事業再編において取引の対象となる典型的な資産についての情報を収集し、それらを例示に加えていくことになる。

### 第3款 「法的所有概念」と「経済的所有概念」の取扱い

第2章及び第3章において述べたように、移転価格税制における資産の帰属に関して「法的所有概念」と「経済的所有概念」の対立がある。OECD 移転価格ガイドラインにおいても、この論点についての明確な結論は出ていないものの、事業再編における取引を認定するためには、我が国の国内法において資産の所有をどのように取り扱うのか明らかにする必要がある。

「経済的所有」が議論されている根本的原因是、私法上の所有概念のみに依存して税法上の取扱いを定めること自体であるとする。移転価格税制における資産には、「法的な所有権」に基づく権利以外の価値あるもの（ノウハウ等）が含まれており、そもそも私法上の権利に基づき資産の帰属を認識するアプローチには限界がある<sup>443</sup>。所有を税法上の固有概念として捉える必要があるものであり、「法的」・「経済的」の意義を峻別することは本質的な問題ではなく、「税法固有の」所有概念を定義すれば足りるのである<sup>444</sup>。税法上の固有概念として所有を定義すれば、

---

<sup>442</sup> 国際会計基準では、無形資産とは「物理的実体のない識別可能な非貨幣性資産」とされ（IAS38⑧）、識別可能性があり、支配を有し、将来の経済的便益が期待される場合に認識される。識別可能性の基準として、分離可能性、譲渡可能性が挙げられている（IAS38⑫）。支配とは、対象となる資産から生ずる将来の経済的便益を獲得する権利とそれらの便益を他者が利用することを制限することができる能力の双方を含む（IAS38⑬）。企業会計の考え方を税法でそのまま適用できるかどうかは検討の余地があるが、多いに参考とするべきである。

<sup>443</sup> 飯守一文・前掲注（389）、736頁。

<sup>444</sup> 中里教授は、「経済的な権利」の帰属と「法的な権利」の帰属とを一致させるべきか否かということに移転価格税制に即して行うことは不適切であり、移転価格税制はそもそも私法上合意された価格を否定する制度であるのであるから、価格付けの適正さを判断するに際して法的な権利の帰属に縛られる必要性は必ずしもないと述べている（中里実・前掲注（163）、121頁。「経済的所有概念」の使用については、岩倉教授のようにこれを批判する意見もあるが（岩倉正和・前

その範囲のうち私法上の所有概念と一致しない部分が「経済的所有」として位置付けられることになる。

そのような税法上の所有の判定基準として、①過去の資産形成及びその後の維持のための活動を行った事実及び②そのような活動に伴うリスクの負担の2点が考えられる。①は、資産形成とその管理のための努力を自ら行ったか否かを判定する趣旨であり、第三者からの購入による取得も含む。この判定により、タックス・ヘイブン国に設立したペーパー・カンパニーに資産を形式上所有させるといった租税回避は防止できる。しかしながら、資産の形成を他者に委託することは第三者間取引でも見られることから<sup>445</sup>、そのような活動を実施しただけで資産の所有権を認定することは妥当でない。その活動を実施することに伴うリスク(研究開発が失敗するリスク等)を自ら負担することも条件とする必要がある。

実際のところ、現在の移転価格事務運営要領2-12でも上記のような判定基準が、既に規定されている。すなわち、無形資産の形成等の貢献は、そ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を総合的に勘案することとされている。現状の規定で不足していると思われる点としては、法的所有以外の所有概念が明記されていないこと及び法的所有とそのような税法上の所有との優先順位が明記されていないことである。現在の規定を改正し、税法上の資産の所有概念を明確化すべきである。その場合、法的所有との優先順位は自ずと明らかになる(税法上の規定が優先する)。

#### 第4款 「譲渡」と「使用許諾」の識別

事業再編における「譲渡」と「使用許諾」を識別するためには、移転元が対象となる資産に対する支配を留保しているか否かという観点に着目することが考えられる。つまり、移転先法人が

---

掲注(389)、これは税法上でのみ通用する概念であって、私法上の所有概念を否定するものではない(高久隆太「移転価格課税における無形資産の使用により生じた利益の帰属及びその配分」『税務大学校論叢』49号2005年、56頁)。

<sup>445</sup> 例えば、製薬業界では新製品の開発は重要な無形資産を生み出すが、他者のために研究開発を受託する企業(Contract Research Organization, 「CRO」と呼ばれる)が存在する。我が国にも、そのような企業があり、業界団体(日本CRO協会)を組織している。

資産について排他的な権利を有していることが契約等の取極めにより明らかとなっており、移転元法人がもはや当該資産を使用することができない場合、「譲渡」を認識し、そうでない場合は「使用許諾」として取り扱うということである。このように「譲渡」と「使用許諾」を区別すれば、仮に納税者が課税の繰延べのため、通常「譲渡」される資産について「使用許諾」契約を結んだとしても、対抗することが可能となる。例えば継続事業が移転される場合、移転先法人では受け入れた継続事業を自らの組織として業務規定を定めるであろうことから、移転元法人はもはや移転した継続事業に対する支配を失っていると考えられ、「使用許諾」として契約を結んでいたとしても、税務上は「譲渡」として取り扱うことになる。

このような考え方は、既に法人税法のリース取引の規定において導入されている。資産の賃貸借取引のうち、①賃貸借期間の中途において契約を解除できないかこれに準ずる事情があり、②賃借人がその賃貸借資産がもたらす経済的な利益を実質的に享受し、その資産の費用を実質的に負担する場合、当該賃貸借取引は税務上のリース取引となり、リース取引は売買取引として取り扱われる<sup>446</sup>。同様の考え方を賃貸借以外の関連者間取引においても導入することで、「譲渡」と「使用許諾」を峻別することができる考える。

## 第5款 資産価値評価方法

現在の移転価格税制は、基本的に市場で売買される資産について、その市場での取引価格又は利益に関する情報に基づき価値評価を行うものであり、市場での取引が通常行われない資産についての価値評価を可能とするものではない。そのような代表的な資産が無形資産である。無形資産の価値評価は、移転価格税制よりもむしろ経済学・会計学<sup>447</sup>において確立されている。その方法は大きく、①マーケット・アプローチ、②コスト・アプローチ又は③インカム・アプローチに

<sup>446</sup> 法法 64 の 2①及び③。

<sup>447</sup> 実務上制度化された評価方法として、我が国には経済産業省のブランド価値評価方法、弁理士会による知的財産の評価方法などが存在する。これらも上記の一般的な価値評価方法の考え方に基づいている。

分けられる<sup>448</sup>。マーケット・アプローチは、無形資産の価値を類似する無形資産の取引価格から類推する方法である<sup>449</sup>。売買取引比較法、ロイヤルティ免除法、利益差比較法及び概算法が含まれる<sup>450</sup>。この方法には、必要な情報が容易に入手できない場合が多いという弱点がある<sup>451</sup>。コスト・アプローチは、無形資産の公正時価とその負債の時価を個々に評価し、差額から無形資産の価値を算定する方法である<sup>452</sup>。コスト・アプローチは、同じコストをかけることにより同じ無形資産を複製できると考えられている熟練労働力やソフトウェア等の評価に適しているが、商標権や特許権のようなコストとその価値が対応しない資産には不向きであるとされている<sup>453</sup>。インカム・アプローチは、無形資産の価値をそれが生み出す経済的便益の現在価値を合計することにより算定する方法である<sup>454</sup>。インカム・アプローチは、他の算定方法と比べて適用可能性が広く、無形資産の原則的な評価方法である<sup>455</sup>。しかしながら、計算の主要素である将来利益、将来期間及び割引率を適正に算定することが困難であるという弱点がある<sup>456</sup>。

これらの価値評価方法は、例えば企業買収の際の価値評価等でも頻繁に用いられており、その有用性は高い。しかしながら、これらの評価方法の問題点は計算の主要素に恣意的な主観が入りやすい点である。企業買収のような私法上の取引目的での価値評価が恣意的に行われるとしても、それをそのまま受け入れるか否かは契約当事者の自由である。しかしながら、国民財産の侵害規範である租税法がこのような恣意的な算定方法をそのまま使用することは、課税要件明確主義の観点から問題である。仮にこれらの価値評価方法に基づき無形資産の評価を税務当局が行い、その価値評価について訴訟となった場合、税務当局は価値評価の前提とした条件の妥当性を立証しなければならない。それは事実上不可能であり、また、納税者に立証責任を

---

<sup>448</sup> 枘谷克悦『企業価値評価の実務』清文社 2003 年、277 頁。

<sup>449</sup> 同上、278 頁。

<sup>450</sup> 同上、278-280 頁。

<sup>451</sup> 同上、278 頁。

<sup>452</sup> 同上、226 頁。

<sup>453</sup> 同上、278 頁。

<sup>454</sup> 同上、280 頁。

<sup>455</sup> 同上、280-281 頁。

<sup>456</sup> 居波邦泰「無形資産と租税条約」本庄資編著『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年、307 頁。

負わせるべきであるとも思われない。これらの価値評価方法を独立企業間価格算定方法の中に追加するのであれば、算定の上で重要な要素(将来キャッシュ・フローの推計方法、割引率の計算方法及び資産の有効期間の決定方法等)について法令で定めを置く必要があろう。そのような規定を導入するに当たっては、既に詳細な規定を置いているドイツ国内法を参考とすべきである。しかしながら、そのような基準を明確かつ一義的に定めることは、同様の価値評価を導入している会計基準でも採用されていないことから<sup>457</sup>、極めて難しいと思われる。実際、ドイツ国内法の価値評価に関する規定は詳細であるが、事前の見積りが実際の結果からは乖離する可能性があることを否定せず、事後的な調整を要求している。

最近の独立企業間価格算定方法に関する議論では、無形資産の価値を取引時点において決定するアプローチ(事前的アプローチ)の限界から、これを補完するものとして、無形資産の価値評価の修正を取引以後において行う方法(事後的アプローチ)が必要であるとの向きが見られる。その代表的な方法が、所得相応性基準である。その内容は、第 2 章において既に見たとおりである。

我が国への所得相応性基準の導入について、飯守氏は、「所得課税は、事前的か事後的アプローチかの区別如何にかかわらず、取引時点において稼得されるであろう収益(より正確には、稼得されるべきと予測される)収益ではなく、取引から稼得された実際の収益に課され、また課されるべきものである<sup>458</sup>」とし、「事後的アプローチは、独立企業原則と非整合的などでは決してなく、実際、多くの現存する課税ルールとも整合的である。したがって、所得相応性基準及び定期的調整は独立企業原則と整合的であるべきである。そろそろ事後的アプローチが用いられるべきでないという発想を変える時期に来ているのではなかろうか。」と述べている<sup>459</sup>。居波氏は、所得相応性基準のメリットとして、「非常に困難である無形資産の譲渡又は使用許諾時点におけ

<sup>457</sup> いわゆる減損会計では、固定資産のキャッシュ・フローの評価期間を固定資産の経済的残存使用年数と 20 年のいずれか短い方とすると定めているが、キャッシュ・フローの予測方法や割引率の具体的な算定方法については固有の事情を勘案して合理的に算定するとしている(「固定資産の減損に係る会計基準」及び「固定資産の減損に係る会計基準の適用指針」参照)。

<sup>458</sup> 飯守一文・前掲注(166)、42 頁。

<sup>459</sup> 同上、43 頁。

る予想収益に基づく絶対額としての評価を回避して、その後の当該無形資産からの実際利益という客観的なデータによって当該無形資産に帰属する所得を算定することが可能となる」<sup>460</sup>点を指摘し、我が国でも米国やドイツのようにこのルールの導入が必要となる可能性は十分にあると述べている。

所得相応性基準は、事後的アプローチであり、それは、確かに後知恵の利用に該当するであろう。しかしながら、事後的なアプローチは所得相応性基準だけに見られるわけではない。原則として、関連者間取引と同じ期間に企図され又は実行された比較対象取引の条件は、比較可能性分析において最も信頼できるとされているが<sup>461</sup>、そのような情報を入手することは困難な場合がある。そのような場合に、納税者が関連者間取引の条件が独立企業原則に合致していたことを証明するために、税務申告書作成作業の一環として、事後的に取引の結果を検証するかもしれないと OECD 移転価格ガイドラインで述べられている<sup>462</sup>。これは、事後的な価格調整の必要性を示唆している。また、無形資産の価値評価については、事後的な見直しが必要となる可能性があることが明記されている<sup>463</sup>。居波氏が指摘しているように、所得相応性基準の導入メリットは大きく、これによって無形資産の価値評価を明確かつ一義的な基準で実施することが可能となり、課税要件明確主義の要請を満たすことができる。この点では、前述のインカム・アプローチ等の方法を導入するよりも望ましい。後知恵が問題とされている理由は、それが事後的な評価方法を用いるからではなく、納税者の予測可能性を損なうからであると考えられる。事後的評価方法が客観的に定められているのであれば、納税者の予測可能性が損なわれることはない。本論文は、まず、一次的な評価としてインカム・アプローチ等の方法を使用し、事後的には所得相応性基準で調整をするという、二本建てでの価値評価方法を提案する。

所得相応性基準の導入には課題がある。OECD 移転価格ガイドラインが所得相応性基準を認めていないとすると、我が国としては OECD 移転価格ガイドラインを遵守する義務がある以上、

<sup>460</sup> 居波邦泰・前掲注(50)、419頁。

<sup>461</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 3.68。

<sup>462</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 3.70。

<sup>463</sup> OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.28-6.35。

国内法がこれに抵触する問題が生ずる。OECD 移転価格ガイドラインは国内法に所得相応性基準を導入すること自体を否定するものではなく、OECD 移転価格ガイドラインに基づき移転価格税制の執行を行うと交換公文で定めている日米間の取引以外については適用可能であるとする向きもある<sup>464</sup>が、取引相手国によって課税ルールが大きく異なるというのは奇妙であり、そのようなルールが独立企業原則に基づく課税と言えるのかどうか疑問がある。執行上の問題点も大きいと考えられる<sup>465</sup>。導入するのであれば、一律適用することとなろう。そのためには、OECD 移転価格ガイドラインは、OECD モデル租税条約と異なり留保を付すことができないとする指摘もあるが<sup>466</sup>、我が国が所得相応性基準は OECD 移転価格ガイドラインに抵触しないと考える旨を国際的に明示する<sup>467</sup> 必要があると考える。

#### **第6款 移転された資産の損金算入に係るルール**

相手国による事業再編に対する移転価格課税が行われ我が国が対応的調整に応じる場合、何らかの資産を保有することがあり、その償却方法(耐用年数)を定める必要がある。法人税法で新たに資産概念を定義し、その事例を追加する際は、償却方法も併せて規定することになる。理論的には、資産の経済的利用可能期間で資産の取得価額を配分することとなるが、利用可能期間を正確に求めることは困難であることから、類似する既存の資産の償却年数を参考に決定することになる。

#### **第7款 事業再編に係る情報提供の義務化**

上述のように、事業再編について国内法を改正する場合、新たに追加する規定は個別的な事情を考慮した具体的な取扱いを定めるものでなければならない。そのためには、事業再編でい

<sup>464</sup> 居波邦泰・前掲注(50)、420 頁。

<sup>465</sup> 所得相応性基準の適用を免れたいと考える納税者としては、無形資産取引を行う際に米国の関連者を経由する取引を仕組むであろう。

<sup>466</sup> 水谷年宏「国際課税をめぐる最近の状況について—OECD 移転価格ガイドライン改定を中心として—」『租税研究』743号 2011年、121頁。

<sup>467</sup> 例えば、OECD モデル租税条約第9条のコメントリーにおいて、留保を付すなどが考えられる。

かなる取引に関する情報収集が欠かせない。そのような情報収集は、税務当局が税務調査を通じて入手することもできるが、時間と労力がかかることを考慮すると、取引の全体像を知る納税者又はタックス・プロモーターより入手することの方が効率的であり、かつ、効果も上がると思われる<sup>468</sup>。

我が国では、平成 22 年の税制改正で移転価格文書化規定が導入されたが、それは通常の棚卸資産の売買取引を想定した内容となっており、事業再編のような臨時的な取引に関する情報を網羅していない。また、文書作成は義務化されてもいない。今後は義務化を検討する必要があると考える。その場合、諸外国がそうであるように、文書化義務の履行と引き換えに何らかのメリット<sup>469</sup>をも与える必要がある。

### 第3節 租税条約の改正

我が国の事業再編に係る国内法が相手国の法令との間で整合していない場合、国際的な二重課税が発生するリスクがある。二重課税を防止するためには、相手国との間で事業再編についての具体的な取扱いについて合意する必要がある。租税条約の特殊関連企業条項の規定は、OECD モデル租税条約をベースとしているが、抽象的であり具体的な取扱いに踏み込んでいない。我が国は、日米租税条約については、交換公文で移転価格税制の執行は OECD 移転価格 OECD 移転価格ガイドラインに基づき実施する旨を取極めている。日米間以外の租税条約についても交換公文等で取扱いを明確することが望ましい。また、事業再編についての取扱いが相手国に応じて異なることは望ましくなく、極力 OECD 移転価格ガイドラインの規定に準拠した内容で合意するように努める必要がある。

---

<sup>468</sup> 居波氏は、事業再編に対する対策の一つとして文書化の義務化を挙げられている(居波邦泰「ア دبي 事件に係る国際的事业再編の観点からの移転価格課税の検討(下)」『税大ジャーナル』15号 2010年、126-129頁)。

<sup>469</sup> 米国や中国は、関連者間取引について移転価格文書化を納税者が適切に行う場合、更正処分に係るペナルティを免除している。何のメリットも与えずに義務だけを課すことは、納税者が適切な文書化を実施するインセンティブがなく、効果が薄くなる可能性がある。

#### 第4節 事前確認の実施

国内法の改正及び租税条約の改正に加え、事前確認（以下、「APA<sup>470</sup>」という。）の実施を提案したい。APAとは、「税務署長又は国税局長が、法人が採用する最も合理的と認められる独立企業間価格の算定方法及びその具体的内容について確認を行うこと」であり<sup>471</sup>、国内法では移転価格事務運営要領の第5章がこれを規定している。事前確認には、国外関連取引の一方の側の国の当局のみに確認を求めるもの（ユニラテラルAPA）、二つの国の当局に確認を求めるもの（バイラテラルAPA）及びそれ以上の国の当局に求めるもの（マルティラテラルAPA）がある。APAに従った取引価格算定を納税者が行っている限り、税務当局による移転価格課税リスクを排除することができる。角田氏は、国外関連取引に対して課税処分を行う場合の税務当局と納税者の負担が重く、税務当局と納税者双方が独立企業間価格の算定を促す手続として事前確認の有意性を指摘している<sup>472</sup>。すなわち、税務当局は、移転価格課税を行うに際して実際に取引が行われた時点から数年後に独立企業間価格の証明が求められるが、時間の経過により必要な情報を収集することは困難である。また、課税処分の適法性の立証責任は税務当局が負担するが、税務当局と実際に取引に関わっている納税者との間では情報の不均衡があり、立証責任を負わない納税者に対して事実に関する解明義務を負わせない限りそのような立証を十分に果たすことは難しい。我が国の国内法ではそのような解明義務を納税者へ負わせるための文書化規定が十分でない。一方、納税者としても、独立企業間価格の立証が困難である状況は、将来年度についての予測可能性の確保の観点から問題であり、決して満足できるものではない。APAでは税務当局は納税者に対して必要な情報の提供を要請できることとなっており、納税者による事実解明を期待できる。一方、納税者としても将来事業年度についての予測可能性を確

---

<sup>470</sup> 米国をはじめ、多くの国では Advance Pricing Agreement という用語を使用している。我が国は、Advance Pricing Arrangement という用語を使用している。

<sup>471</sup> 事務運営指針 1-1。

<sup>472</sup> 角田伸広「事前確認手続の課税処分との比較による有効性の考察－課税処分前後での事前確認手続の利用可能性－」本庄資編著『国際課税の理論と実務 73の重要課題』大蔵財務協会 2011年、1015-1028頁。

保することができる。APA の申出の件数は年々増加する傾向にある<sup>473</sup>。事業再編についても APA の実施が必要であるとする。

注意すべきなのは、APA は国内法又は租税条約の規定に基づくものであって、これらの規定がない事項を含む取引についての確認は期待できないという点である。APA を実施するためには、国内法及び租税条約の規定の整備が必要であり、それらが十分でない状況では APA を納税者が申し出たとしても、確認することは困難である。国内法及び租税条約において事業再編の取扱いが明示的に定められれば、APA は事業再編に係る課税についての納税者の予測可能性を担保する有効な手段として機能する。

APA での確認の要点としては、①事業再編における発生取引の特定、②再編に係る関連者間での取極めの妥当性の確認、③独立企業間価格算定方法の決定及び④独立企業間価格の算定が挙げられる。これらの論点は、基本的には国内法や租税条約の規定により明確化されるべきであるが、個別案件での解釈においては納税者と税務当局間で見解に齟齬が生ずる可能性は排除できない。APA を実施することで、そのようなリスクを排除できる。

なお、ベルギーや米国などは、事業再編に係る不確実性の排除のため、APA の申出を受け入れる模様である<sup>474</sup>。

## 第5節 小括

事業再編への対策として、我が国は国内法において、①取引概念の定義、②資産概念の定義、③所有概念の定義、④「譲渡」と「使用許諾」の識別及び④新しい独立企業間価格算定方法に関する規定を整備する必要がある。また、国際的な二重課税を排除するためには、租税条約において事業再編についての具体的な取扱いについて、相手国と合意する必要がある。

そのような規定を整備するためには、事業再編における実態についての情報を入手する必要

<sup>473</sup> 国税庁の発表では、平成 22 事務年度(平成 22 年 7 月 1 日から平成 23 年 6 月 30 日まで)での相互協議を伴う事前確認の申出は 135 件であった。

<sup>474</sup> Tamu N. Wright, "IFA's 2011 Paris meeting to address cross-border restructurings", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.20, No.9, 2011, p363。

がある。現在は、我が国には移転価格文書化義務を定める規定がないが、今後はこれを導入する必要がある。

規定を整備したとしても、納税者の予測可能性を確保するためにはなお不十分であり、APAの実施により対応する必要がある。

## おわりに

本論文では、事業再編についての移転価格税制の適用可能性について、OECD 移転価格ガイドラインの規定を参照し、我が国における執行の可能性と今後の対策を検討した。

本論文は、事業再編という概念すら明確でないトピックについての一般的な移転価格税制の適用について検討するものであり、個別の案件についての詳細な検討は行うことができなかった。今後は、事業再編の類型（製造企業又は販売企業の機能リスクの移転、無形資産の集約、調達拠点の集約等）やその発生頻度を定量的に分析し、それらの中から重要性の高いものについて、具体的な取引に即して考察したい。

また、事業再編は、クロス・ボーダーでの関連者間の機能、リスク又は資産の移転であるが、機能やリスクの海外への移転は、法人自身が海外へ異動してしまうことによっても実施できる。すなわち、法人の海外移住である。通信の発達により、国境を超える事業活動の可能性は広がっており、実際に移住する法人は今後増えるものと思われる。法人の海外移住は、関連者間での取引ではないことから、移転価格税制では対抗することができない。これとは別に、いわゆる「出国税」の導入について検討する向きがある。出国税の導入についても移転価格税制の規定の整備と併せて検討する必要がある。

さらに、事業再編といわゆる組織再編税制の関係についても検討する必要があるだろう。法人の合併や分割は、事業再編と併せて実施される場合があり、そのときいずれの税制が優先して適用されるか検討する必要がある。現在のところ、我が国の組織再編税制では基本的に国境を超えるものについては税制適格として取り扱っておらず<sup>475</sup>、非適格な組織再編では時価課税が行われそれは移転価格税制とも整合することから、大きな問題はない。しかしながら、今後我が国が国内取引についても移転価格税制を適用する可能性もないわけではないことから、これらの関係を整理する必要がある。現在の我が国の組織再編税制の規定は、会社法に大きく依存しており、組織再編の概念自体についての規定が存在せず、事業再編との相違が明らかでない。組

---

<sup>475</sup> 現物出資については、国境を超えるものであっても適格要件を満たすものは非課税扱いとなる（藤井保憲「移転価格税制と組織再編税制」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年、181-184 頁）。

織再編税制について、移転価格税制との相違点を意識しながら、分析を進めていきたい。

最後に、現状の移転価格税制の根本である独立企業原則自体の見直しの可能性についても検討したい。事業再編に対する独立企業原則を前提とする移転価格税制の執行は、膨大な法令(特に通達における具体的な事例)の整備を必要とし、執行のコストが高くなることが想定される。納税者のコンプライアンスに係るコストも増加することが予想される。そのような税務当局及び納税者双方のコスト負担を避けるためには、独立企業原則に代わる所得配分基準(例えば公式配分方式)を検討する必要があるかもしれない。現時点では代替的な配分基準を支持する意見は主流であるとは言えない。しかしながら、独立企業原則に基づく執行コストがそれによって得られる税収を相殺してしまうほどに上るのであれば、効率の良い配分方法を検討する必要性が生ずると考える。本論文は、独立企業原則を前提として事業再編への移転価格課税を論じたが、別の方法による考察も今後行っていきたい。

## 参考文献

### 国内の文献－あいうえお順

(単行本)

1. 井原宏『国際取引法』有信堂 2008 年
2. 今村隆『課税訴訟における要件事実論』日本租税研究協会 2011 年
3. 内田貴『民法Ⅰ 第4版 総則・物件総論』東京大学出版会 2008 年
4. 内田貴『民法Ⅱ 第3版 債権各論』東京大学出版会 2011 年
5. 小島信史、清水孝『移転価格の税務と管理』税務経理協会 1996 年
6. 金子宏『租税法 第16版』弘文堂 2011 年
7. 金子宏『所得課税の法と政策』有斐閣 1996 年
8. 金子宏『所得概念の研究』有斐閣 1995 年
9. 金子宏『課税単位及び譲渡所得の研究』有斐閣 1996 年
10. 金子宏『租税法理論の形成と解明 上巻』有斐閣 2010 年
11. 金子宏『租税法理論の形成と解明 下巻』有斐閣 2010 年
12. 小松芳明『国際租税法講義 増補版』税務経理協会 1998 年
13. 谷口勢津夫『税法基本講義』弘文堂 2010 年
14. 谷口勢津夫『租税条約論－租税条約の解釈及び適用と国内法－』清文社 1999 年
15. 中里実『国際取引と課税－課税権の配分と国際的租税回避－』有斐閣 1994 年
16. 中里実『金融取引と課税－金融革命下の租税法－』有斐閣 1998 年
17. 中里実『タックスシェルター』有斐閣 2002 年
18. 中村利雄『法人税の課税所得計算<改訂版>－その基本原理と税務調査』ぎょうせい  
1990 年
19. 中村秀雄『国際動産売買契約法入門』有斐閣 2008 年
20. 丹羽重博編著『やさしい法学(第三版)』法学書院 2006 年
21. 濱田明子『国際的所得移転と課税－移転価格税制の本質－』法令出版 2010 年

22. 羽床正秀『国際課税問題と政府間協議』大蔵財務協会 2002 年
23. 本庄資『国際的租税回避－基礎研究－』税務経理協会 2002 年
24. 本庄資『アメリカの移転価格税制』日本租税研究協会 2009 年
25. 本庄資『アメリカの移転価格税制の執行』日本租税研究協会 2009 年
26. 本庄資『アメリカ法人税法講義』税務経理協会 2006 年
27. 本庄資『国境に消える税金』税務経理協会 2004 年
28. 本庄資『新日米租税条約解釈研究－基礎研究－』税務経理協会 2005 年
29. 本庄資『国際租税計画－わが国企業の外国課税の重要課題(国際課税の理論と実務)』税務経理協会 2000 年
30. 本庄資『ゼミナール国際租税法』大蔵財務協会 2002 年
31. 本庄資『国際租税法－四訂版』大蔵財務協会 2005 年
32. 本庄資『国際的脱税・租税回避防止策』大蔵財務協会 2004 年
33. 本庄資『アメリカ法人税制』日本租税研究協会 2010 年
34. 本庄資、藤井保憲『法人税法 実務と理論』弘文堂 2008 年
35. 本庄資編著『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年
36. 本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年
37. 本庄資編著『国際課税の理論と実務 73 の重要課題』大蔵財務協会 2011 年
38. 本庄資編著『関連法領域の変容と租税法の対応』財經詳報社 2008 年
39. 松沢智『新版 租税実体法－法人税法解釈の基本原則－』中央経済社 1999 年
40. 松田直樹『租税回避行為の解明－グローバルな視点からの分析と提言－』ぎょうせい 2009 年
41. 村井正『租税法－理論と政策－』青林書院 1987 年
42. 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－』税務研究会 2007 年
43. 渡辺徹也『企業組織再編成と課税』弘文堂 2006 年

(単行本論文)

1. 赤松晃「国際課税の基本的な仕組み」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣 2007 年
2. 浅妻章如「国際租税回避－タックス・ヘイヴン対策税制(CFC 税制)について－」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣 2007 年
3. 新井益太郎「公正処理基準」富岡幸雄編『税務会計体系第 1 巻税務会計原理』ぎょうせい 1984 年
4. 飯守一文「無形資産取引に関する移転価格税制の課税問題」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年
5. 居波邦泰「国際的事業再編に対する課税に係る問題点」本庄資編著『国際課税の理論と実務 73 の重要課題』大蔵財務協会 2011 年
6. 居波邦泰「無形資産取引の国際課税の理論と執行上の問題点」本庄資編著『国際課税の理論と実務－73 の重要課題』大蔵財務協会 2011 年
7. 居波邦泰「移転価格と租税条約」本庄資編著『租税条約の理論と実務』大蔵財務協会 2008 年
8. 居波邦泰「国際的事業再編に係る移転価格税制の適用」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年
9. 猪野茂「相互協議手続の理論と執行上の課題」本庄資編著『国際課税の理論と実務 73 の重要課題』大蔵財務協会 2011 年
10. 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』有斐閣 2010 年
11. 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－」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 下』有斐閣 1993 年
12. 金丸和弘「フィルムリース事件と「事実認定による否認」」中里実、神田秀樹編著『ビジネス・タックス』有斐閣 2005 年
13. 駒宮史博「移転価格税制の導入」金子宏編『租税法の発展』有斐閣 2010 年

14. 駒宮史博「移転価格課税における相互協議による対応的調整の法的性質」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年
15. 佐藤英明「租税法律主義と租税公平主義」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣 2007 年
16. 田中治「租税訴訟において法の趣旨目的を確定する意義と手法」伊藤滋夫編『租税法の要件事実』日本評論社 2011 年
17. 本庄資「国際法の変容と租税法－国際租税法の変遷－」本庄資編『関連法領域の変容と租税法の対応』財経詳報社 2008 年
18. 藤井保憲「国際的組織再編成と租税条約」本庄資編著『租税条約の理論と実務』大蔵財務協会 2008 年
19. 藤井保憲「移転価格税制と組織再編税制」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年
20. 本庄資「国際法と各国の移転価格税制または OECD 移転価格ガイドラインとの関係」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年
21. 本庄資「有形資産取引に関する移転価格税制の課税問題」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』大蔵財務協会 2010 年
22. 吉村典久「納税者の真意に基づく課税の指向」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣 2007 年

(雑誌論文)

1. 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 2007 年
2. 青山慶二「相互協議と移転価格税制」『租税研究』665号 2005 年
3. 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 2011 年
4. 伊川正樹「譲渡所得の起因となる「資産」概念－増加益清算課税説の再考－」『名城法学』57巻1・2号 2007 年

5. 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 2010年
6. 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(下)」『税大ジャーナル』15号 2010年
7. 今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈」『税理』Vol.42 No.14 1999年
8. 今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈(2)」『税理』Vol.42 No.15 1999年
9. 今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈(3)」『税理』Vol.43 No.1 2000年
10. 今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈(4)」『税理』Vol.43 No.3 2000年
11. 今村隆「譲渡所得課税における契約解釈の意義」『ジュリスト』No.1271 2004年
12. 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』Vol.26 No.6 2006年
13. 占部裕典「法人税法22条2項の適用範囲について～オウブンシャホールディング事件における第三者割当増資を通して～」『税法学』551号 2004年
14. 占部裕典「最近の裁判例にみる「租税回避行為の否認」の課題－実体法的・証拠法的視点から－」『税法学』553号 2005年
15. 占部裕典「租税回避に対する新たなアプローチの分析」『税法学』546号 2001年
16. 占部裕典「租税回避行為論再考－外国税額控除枠の利用にかかる法人税更正処分等取消請求控訴事件を素材として－」『税法学』548号 2002年
17. 大橋時昭(訳)「移転価格、対応的調整及び相互協議手続」『国際税務』臨時増刊号 1986年
18. 大淵博義「法人税法解釈の判例理論の検証とその実践的展開 第1回」『税経通信』2006年3月号 2006年
19. 大淵博義「法人税法解釈の判例理論の検証とその実践的展開 第2回」『税経通信』2006年4月号 2006年

20. 大淵博義「法人税法解釈の判例理論の検証とその実践的展開 第3回」『税経通信』  
2006年5月号 2006年
21. 大淵博義「法人税法解釈の判例理論の検証とその実践的展開 第4回」『税経通信』  
2006年6月号 2006年
22. 大淵博義「法人税法解釈の判例理論の検証とその実践的展開 第5回」『税経通信』  
2006年7月号 2006年
23. 大淵博義「私法上の法形式否認の法理とその限界～最近の課税事例にみる混迷化の本質  
～」『税理』Vol.44 No.4 2001年
24. 岡村忠生「関連法人グループと内国歳入法典 482条(1)」『税法学』404号 1984年
25. 岡村忠生「関連法人グループと内国歳入法典 482条(2)」『税法学』405号 1984年
26. 岡村忠生「関連法人グループと内国歳入法典 482条(3・完)」『税法学』406号 1984年
27. 岡村忠生「租税回避行為の規制について」『税法学』553号 2005年
28. 岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」『税法学』543号 2000年
29. 金子宏「総説－譲渡所得の意義と範囲－」『日税論研集』50号 2002年
30. 金子宏「所得の人的帰属について 実質所得者課税の原則」『自由と正義』Vol.58 No.1  
2007年
31. 金子宏「租税法と私法－借用概念及び租税回避について－」『租税法研究』第6号 1978年
32. 金子宏「相互協議(権限のある当局間の相互協議および合意)と国内的調整措置－移転価  
格税制に即しつつ－」『国際税務』Vol.11 No.12 1991年
33. 金丸和弘「フィルムリース事件と「事実認定による否認」」『ジュリスト』No.1261 2004年
34. 川端康之「米国内国歳入法典 482条における所得配分(一)－関係理論から見た「所得創  
造理論」－」『民商法雑誌』101巻2号 1989年
35. 倉内敏行「相互協議の対象について－「租税条約に適合しない課税」の解釈に関する一考  
察－」『税務大学校論叢』27号 1996年

36. 国税庁 調査課「関係会社間の移転価格に関する OECD 理事会勧告」『租税研究』357 号  
1979 年
37. 五味雄治、芹沢繁生「関係会社間の移転価格に関する OECD 理事会勧告書をめぐって」  
『租税研究』359 号 1979 年
38. 齊藤明「法人税法二二条二項の解釈をめぐる判例の意義」『租税法研究』8 号 1980 年
39. 末崎衛「私法上の法律構成による否認」についての一考察」『税法学』550 号 2003 年
40. 須長周一(翻訳)「移転価格と多国籍企業 OECD 租税委員会報告書 1979」『国際税務』  
臨時増刊号 1986 年
41. 租研・国際課税問題研究委員会「OECD 移転価格ガイドライン案についての租研意見」『租  
税研究』542 号 1994 年
42. 租研・国際課税問題研究委員会「OECD 移転価格ガイドライン第Ⅱ部事務局草案について  
の租研意見」『租税研究』547 号 1995 年
43. 高久隆太「移転価格課税における無形資産の使用により生じた利益の帰属及びその配分」  
『税務大学校論叢』49 号 2005 年
44. 武田昌輔「課税所得の基本問題(上)－法人税法二十二条を中心として－」『判例時報』949  
号 1980 年
45. 武田昌輔「課税所得の基本問題(中)－法人税法二十二条を中心として－」『判例時報』952  
号 1980 年
46. 谷口勢津夫「司法過程における租税回避否認の判断構造－外国税額控除余裕枠利用事  
件を主たる素材として－」『租税法研究』32 号 2004 年
47. 谷口勢津夫「移転価格課税に関する租税条約と国内法との関係」『甲南法学』37 卷 3 号  
1997 年
48. 中里実「移転価格税制」『ジュリスト』No.1104 1997 年
49. 中里実「みなし譲渡と時価主義」『日税論研集』50 号 2002 年
50. 中里実「租税法と私法」論再考」『税研』114 号 2004 年

51. 中里実「課税逃れ商品に対する租税法の対応(上)」『ジュリスト』No1169 1999年
52. 中里実「課税逃れ商品に対する租税法の対応(下)」『ジュリスト』No1171 2000年
53. 中里実「「租税法と私法」論再々考」『税研』115号 2004年
54. 中里実「事実認定による「否認」と、契約の読み替え」『税研』113号 2004年
55. 羽床正秀「移転価格事務運営要領の制定について」『国際税務』Vol.21 No.8 2001年
56. 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 1994年
57. 平石雄一郎「移転価格問題に対する税制上の規制」『租税法研究』10号 1982年
58. 淵圭吾「オウブンシャホールディング事件に関する理論的問題」『租税法研究』32号 2004年
59. 細川健「ライセンス契約とノウハウの課税上の問題点(その1)―名古屋高等裁判所平成18年2月23日判決(一条住宅研究所事件)を題材に―」『税務弘報』2007年4月号 2007年
60. 松沢智「私法上の取引と租税回避行為―法的所得概念の確立―」『租税法研究』第6号 1978年
61. 水谷年宏「国際課税をめぐる最近の状況について―OECD移転価格ガイドライン改訂を中心として―」『租税研究』743号 2011年
62. 保井久理子「事業再編に係る移転価格税制を巡る動き」『税大ジャーナル』13号 2010年
63. 大和順子(著)・岡田至康(監修)「OECD諮問委員会(BIAC)を巡る最近の状況―事業再編に係る移転価格上の側面」『国際税務』Vol.30 No.8 2010年
64. 山本守之「交際費・寄附金の課税要件からの一考察」『租税研究』658号 2004年
65. 渡辺勲「OECD移転価格税制ガイドラインの全面改訂について」『租税研究』551号 1995年
66. 渡辺徹也「イギリスにおける最近の租税回避事件とRamsay原則の動向」『税法学』553号 2005年

外国の文献—ABC 順

(雑誌論文及び雑誌記事)

1. Ali Qassim,"OECD Should Clarify Methods Of Valuation, Definition of Intangibles", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.23,2011
2. Amy S. Elliot,"OECD Official Highlights Business Restructurings", *Tax Notes International*, Vol.52,No.4,2008
3. Andreas Bullen,"The Arm's Length Principle and Commercially Irrational Omissions:Failure To Renegotiate or Terminate Adverse Controlled Agreements", *International Transfer Pricing Journal*, Vol.18, No.4,2011
4. Brian J. Arnold, Thomas E. McDonnell,"Report On The Invitational Conference On Transfer Pricing: The Allocation Of Income And Expenses Among Counties", *Tax Notes*, Vol.61, No.11,1993
5. Chaid Dali-Ali and Simon Langlois,"OECD Discussion Draft on Business Restructurings; Is the OECD on the Right Track to Achieving Its Objectives?", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.13,2008
6. Charles Gnaedinger,"Treasury Official Comments on OECD Business Restructurings Project", *Tax Notes International*, Vol.53, No.11, 2009
7. David D. Stewart,"Restructuring Transactions Violated Antiavoidance Rule, Court Rules", *Tax Notes International*, Vol.59,No.10,2010
8. Erik Kamphuis and Xueyuan Zhang,"Game Theory, BATNA Insightful When Analyzing Options Realistically Available in Business Restructurings", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.13,2009
9. Gareth Green, Richard Newby and Timothy Sarson,"Branch Report" ( United Kingdom), *Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a,2011

10. Hartmut Wolter,"Branch Report" (Germany) ,*Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a,2011
11. Heinz-Klaus Kroppen, Stephan Rasch, and Axel Eigelshoven,"Germany's Draft Law on Business Restructurings",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.15, No.22,2007
12. Heinz-Klaus Kroppen and José Carlos Silva,"General Report",*Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a,2011
13. Isabel Verlinden and Ian Dykes,"Final OECD Guidance on Restructurings: A Precious Balance",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.8,2010
14. James Macky and Damian Preshaw,"Branch Report" (Australia) ,*Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a,2011
15. Jérôme Törner Monsenego,"Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Profit Potential",*Tax Notes International*, Vol.59, No.3,2010
16. Jobst Wilmanns, Ludger Wellens, and Loek De Preter,"OECD's New Approach to Business Restructuring: A German View",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.17,2009
17. Kevin A. Bell,"Germany's Commensurate-With-Income Law seen As Breaching Arm's -Length Standard, Violating EU Law",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.16, No.14,2007
18. Kevin A. Bell,"Former OECD Official Suggests Multi-Step Approach for Intangibles",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.14,2010
19. Kevin A. Bell,"Australia Developing Paper on Restructuring, Rulings Panel to Decide Course of Action",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.16, No.19,2008

20. Kevin A. Bell,"Germany's Price Adjustment Provision 'In Line With Arm's Length Standard,' Official Says",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.16, No.24,2008
21. Kevin A. Bell,"Practitioners Say OECD Restructuring Discussion Draft Would Inject Tax Collections' 'Business Judgment' Into Audits",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.10,2008
22. Kevin A. Bell,"OECD Delegates Debate How to Price Business Restructurings, Taxpayer Representatives Bemoan Non-Recognition Proposal",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.4,2009
23. Kevin A. Bell,"Changes to Restructuring Examples Debated During OECD Consultation",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.5,2009
24. Kevin A. Bell,"Fears Over German Restructuring Rules Abate,Potential ECJ Challenge Looms",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.9,2008
25. Kevin A. Bell,"OECD Draft Does Not Permit 'Gratuitous' Challenges to Restructurings, McDonald Says",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.3,2009
26. Kevin A. Bell,"Transfer of Mere Profit Potential Not Taxable, U.S. Treasury Official Says",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.3,2009
27. Kevin A. Bell,"OECD Working Party Reviewing Proposed Restructuring Documentation Requirements",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.9,2009
28. Kevin A. Bell,"PE Bears Cost of External Reinsurance When Risk Transferred, OECD Clarifies",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.8,2008
29. Kevin A. Bell,"Draft German Restructuring Guidance Broadly Defines 'Business Function",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.8,2009

30. Kevin A. Bell, "Complex Issues Addressed by Arm's-Length Standard, Silberztein Says, Providing Update on OECD Projects", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.9,2009
31. Kevin A. Bell, "U.S. Delegate to OECD Working Party Says Explicit List of Intangibles Unlikely", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.16,2010
32. Kevin A. Bell, "OECD to Meet With Taxpayers Nov.9 On Scope of New Intangibles Project", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.13,2010
33. Kevin A. Bell, "New OECD Intangibles Project to Address Partial Transfers of Related-Party Rights", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.11,2010
34. Kevin A. Bell, "OECD Working Party To Craft New Analytical Framework for All Intangibles", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.18,2011
35. Kevin A. Bell, "OECD Likely to Adopt Multi-Step Analysis for New Intangibles Project", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.19,2011
36. Kevin A. Bell, "OECD Working Party, Taxpayers Wrestle With How to Value Intangibles", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.23,2011
37. Kevin A. Bell, "OECD Working Party, Taxpayers Wrestle With How to Define Intangibles", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.20, No.14,2011
38. Laurent Leclercq and Patrick Seroin, "Branch Report" (France), *Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a,2011
39. Lee A. Sheppard, "Xilinx and the Future of Transfer Pricing", *Tax Notes*, Vol.123, No.11,2009
40. Lee A. Sheppard, "Xilinx and the Future of Transfer Pricing, Part 2", *Tax Notes*, Vol.127, No.1,2010
41. Lee A. Sheppard, "OECD Explores the Trouble With Intangibles", *Tax Notes International*, Vol.56, No.1,2009

42. Lee A. Sheppard,"Cross-Border Use of Losses of Subsidiaries and Branches", *Tax Notes*, Vol.123, No.9,2009
43. Lee A. Sheppard,"Inbound Transfer Pricing as Beggar Thy Neighbor", *Tax Notes*, Vol.123, No.8,2009
44. Lee A. Sheppard,"Boots on the Ground:IRS Official Expands Contract Mfg. Comments", *Tax Notes*, Vol.119, No.4,2008
45. Lee A. Sheppard,"Treasury Officials Discuss Reform, Contract Manufacturing", *Tax Notes*, Vol.118, No.11,2008
46. Lee A. Sheppard,"Restructuring Revisited in OECD Intangibles Project", *Tax Notes International*, Vol.62, No.11, 2011
47. Lisa M. Nadal,"OECD Official Previews Discussion Draft on Business Restructurings", *Tax Notes International*, Vol.51, No.12, 2008
48. Maggie Han, Hongxiang Ma and Huaishi Zhou,"Branch Report" (China,People's Republic of), *Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a,2011
49. Markus Schneider,"Recent Developments Concerning the Rules on the Transfer of Business Functions", *International Transfer Pricing Journal*, Vol.18, No.2,2011
50. Martha Kessler,"OECD Draft on Reorganizations Not Aimed At Abusive Transactions, OECD Official Says", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.13,2008
51. Martin A. Sullivan,"Transfer Pricing Abuse Is Job-Killing Corporate Welfare", *Tax Notes*, Vol.128, No.5,2010
52. Michael C. Durst,"Making Transfer Pricing Work for Developing Countries", *Tax Notes*, Vol.129, No.10,2010
53. Michael C. Durst,"Congress:Fix Transfer Pricing and Protect U.S. Competitiveness", *Tax Notes*, Vol.128, No.4,2010

54. Mitchell.J.Tropin,"Germany to Issue Circular Addressing Business Restructuring, Practitioner Says", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.15, No.12,2006
55. Mitchell.J.Tropin,"German Draft Addresses Function Transfers, Would Add Commensurate with Income Rule", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.15, No.20,2007
56. Mitchell.J.Tropin,"German Legislature Approves Bill Introducing 'Commensurate With Income,' Other Changes", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.16, No.7,2007
57. Molly Moses,"OECD Splits Restructuring Group; Transfer Pricing Draft to Come in 2008", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.16, No.22,2008
58. Molly Moses,"Business, Not Tax, Must Drive Restructurings, Practitioners Say", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.2,2008
59. Molly Moses,"Practitioners Discuss Intangibles Migration Under OECD Restructuring, Other Provisions", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.11,2008
60. Molly Moses,"Germany Adopts Amendment Providing Additional Exception to Transfer of Functions", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.23,2010
61. R. William Morgan and Thomas E. Meyer,"Risks, Intangibles, and Business Restructurings", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.8,2009
62. Reuven S. Avi-Yonah,"Xilinx and the Arm's-Length Standard", *Tax Notes*, Vol.123, No.10,2009
63. Richard T. Ainsworth and Andrew Shact,"Transfer Pricing, Business Restructurings, and Intangibles:Case Studies From the U.K. and the U.S.", *Tax Notes International*, Vol.60, No.10, 2010
64. Rick Mitchell,"OECD Should Not Follow U.S. Approach To Make-Sell Rights, TEI Official Says", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.14,2010

65. Rita McWilliams,"OECD Releases Comment Letters On Requested Scope of Intangibles Project", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.11,2010
66. Robert Ackerman, Diana Organista, and Carlos M. Mallo,"Intangible Property Migration: Germany's Recent Draft Administration Principles on Transfer of Business Functions", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.22,2010
67. Roland Bien,"Federal Tax Court Affirms Relief for Restructuring", *Tax Notes International*, Vol.60, No.1,2010
68. Sean F. Foley, Christian Looks, and Georg Hirsch,"A Prescription for Double Taxation? Restructurings and the New German Exit Charge Mechanics", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.9,2009
69. Stefan Waldens, Ron Dorward, and Hubert Stadler,"German Tax Reform 2008: New Challenges for Function Transfers", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.16, No.11,2007
70. Steven P. Hannes , "Transfer Pricing Discussion Group Comments on OECD Business Restructurings Draft", *Tax Notes International*, Vol.53, No.11,2009
71. Tamu N. Wright,"Arm's-Length Principle Improperly Used To Address Restructurings", Practitioners Say", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.16, No.13,2007
72. Tamu N. Wright,"New German Transfer Pricing Rules Require More Guidance, Practitioners Says", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.17, No.10,2008
73. Tamu N. Wright, "IFA Panelists Identify Recharacterizations, Asset Transfers as Major Restructuring Issues", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.20, No.10,2011
74. Tamu N. Wright,"IFA's 2011 Paris meeting to address cross-border restructurings", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.20, No.9,2011
75. Tamu N. Wright,"IFA Panelists Debate Divergent U.S., U.K. Efforts Against Offshore Intangibles Shifting", *Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.19, No.9,2010

76. Thomas M.Zollo,"Branch Report"(United States of America),*Cahiers de droit fiscal international*, Vol.96a,2011
77. Toshio Miyatake,"General Report",*Cahiers de droit fiscal international*, Vol.92A,2007
78. Valerie Amerkhail, Alan W. Granwell, "Transfer Pricing and Business Restructuring",*IBFD database article*,2009
79. Xinyu Chen,"Risk Analysis: A Potential Risks",*Tax Management Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.8,2009