

米国移転価格税制の検討と若干の提言

飯 守 一 文*

- I. はじめに
- II. 移転価格税制をめぐる税制改革の概観
 - 1 1986年税制改革法から1994年最終規則までの税制改革
 - 2 現行制度をめぐる諸問題
- III. 相補的アプローチに関する提案
 - 1 定式配分は独立企業原則の代替たり得るか
 - 2 移転価格算定方法に関する相補的アプローチ
- IV. 改善のための追加的提言
 - 1 事後的アプローチの使用
 - 2 ペナルティ
 - 3 セットオフ
- V. おわりに

I. はじめに

企業グループの世界規模での展開と海外取引の量的増加・複雑化の進展により、国境を跨るグループ内取引から生ずる移転価格の問題は、多国籍企業グル

* 本稿は、未公表の別稿（英文）の邦訳に若干の修正を加えたものであるが、英文原稿の執筆に当たって邦語文献を参照・引用していないため本稿においてもその引用がない。英文原稿の執筆に際し、草稿段階を含めて、Ronald Pearlman、Steven Wrappeその他のジョージタウン大ローセンターの各教授、並びに Ryann Thomas 氏より有益なコメント及びサポートを頂いた。ここに記して感謝したい。本稿において示された意見は著者の個人的見解であり、全ての誤り及び不正確さは筆者の責任に帰する。なお、本研究は、科研費（22653004）の助成を受けたものである。

ープが直面する重要な租税問題の一つとなっている。同時に、移転価格税制は、課税ベースの他国への流出を防止することにより自国の課税権を確保する上で課税当局にとっても重要な意義を有している。

「〔米国内国歳入法〕482条は、関連納税者の真の課税所得を決定することにより、関連納税者を非関連納税者とタックス・パリティに置くものである」¹⁾。このように非関連納税者の取引価格等を参照して移転価格の算定を行うルールは、独立企業原則（arm's length standard）と呼ばれる。独立企業間価格を算定するための具体的な方法は、移転価格算定方法として482条に基づく財務省規則に規定されている²⁾。また、同規則及び内国歳入手続は、対応的調整³⁾、並びに、内国歳入庁による過去の移転価格調整を解決し又は将来の移転価格調整を回避しもって二重課税を排除するための、事前確認制度（APA）⁴⁾ 及び租税条約に基づく相互協議手続⁵⁾ を定めている。このようなメカニズムが導入されることによって、移転価格税制はこれまで合理的に機能しているように思われる。

しかし、移転価格の問題は、依然として、租税問題の中でも複雑で難しく非論理的ですらあると一般に受け止められている。その結果、移転価格税制の抱える欠陥を克服するために、定式配分（formulary apportionment）のような代替方法が提案されてきた。こうした文脈の下で、Michael Durstは、現行制度

1) Treas. Reg. § 1.482-1(a)(1).

2) 現行内国歳入法482条の前身である旧45条は1928年歳入法により導入されたが、移転価格に関する財務省規則は、1934年歳入法の下、1935年に初めて制定された。しかし、1935年財務省規則（Reg. 86（1935））45-1条(b)には、比較対象取引を利用するという点を除き、独立企業間価格がどのように決定されるべきかについて具体的な記述はなかった。財務省が同規則を改正し移転価格算定方法（独立価格比準法（comparable uncontrolled price method）、再販売価格基準法（resale price method）、原価基準法（cost plus method）及び特定されない方法（unspecified method））を定めたのは1968年である。

3) Treas. Reg. § 1.482-1(g)(2).

4) Rev. Proc. 91-22, 1991-1 C.B. 526.

5) Rev. Proc. 70-18, 1970-2 C.B. 493.

の改革が必要である理由として次の点を指摘する。即ち、コンプライアンスと執行に係る膨大な費用、納税者と内国歳入庁の議論におけるポジションの乖離、予測不可能であるが故の納税者ポジションの不確実性、コンプライアンスのための明確な基準の不存在、調査、上訴、相互協議の交渉（APAを含む。）及び訴訟によって決定される連邦歳入の巨額さ、税務実務の質の低下をもたらす議論の多さ故の妥協の必要性、並びに無税ないし低税率国への所得移転を統制する複雑さである⁶⁾。Yariv Brauner も、「この制度はコンプライアンス及び執行に多大なコストがかかり、……非常に不正確で、通常のグループ内海外取引を行う納税者に対して人為的な不利益を与える」と批判する⁷⁾。

定式配分は受入可能な代替案と考えられるべきではないが、その一方で、現在の移転価格税制の制度・執行に関する上記のような議論や批判を踏まえれば、移転価格に関する方策について執行上の観点から更に改善を加える余地が依然として残されているように思われる。円滑な税務執行のためにはコンプライアンス・コストの削減が一般的に必要であるが、移転価格の特異な性格に鑑みれば、この目的に、より一層焦点を当てることが必要となる。即ち、第1に、精緻かつ透明性のある方法での移転価格算定方法の策定、第2に、執行における予測可能性を確保するための枠組みの整備、第3に、企業が取引に係る独立企業間価格を自ら算定できるような文書化その他の内部プロセスの推進⁸⁾、第4に、可能な限りの経済的二重課税の排除である。現行制度の見直しを行う上で最も重要なことは、移転価格税制を利害関係者、別けても納税者にとってより理解可能なものとし、もって納税者の482条へのコンプライアンスを容易ならしめることである。

本稿は、1986年税制改革法⁹⁾による482条の改正、1988年移転価格白書（以下「白書」という。）¹⁰⁾、1992年規則案¹¹⁾、1993年暫定規則¹²⁾及び1994年

6) See, Michael C. Durst, *A Statutory Proposal for U.S. Transfer Pricing Reform*, 46 TAX NOTES INT'L 1041, 1044-45 (2007).

7) Yariv Brauner, *Value in the Eye of the Beholder: the Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes*, 28 VA. TAX REV. 79, 103 (2008).

最終規則¹³⁾（以下、後三者を集合的に「一連の改正規則」という。）を主な考察対象とし、現行の移転価格税制に関連する潜在的問題及び同制度の主要部分に対する改善提案を取り扱う。

とりわけ、本稿では移転価格算定方法（独立企業間レンジ（arm's length range）を含む。）及び最適方法原則（best method rule）——即ち、他のいかなる移転価格算定方法よりも信頼可能な独立企業間結果をもたらす単一の移転価格算定方法の特定を要求するルール——に焦点を当てる。規定された移転価

8) 内国歳入庁は次のように述べている。

「典型的には、納税者は企業間取引からの課税所得を報告する目的のために独立企業原則を考慮に入れることはなかった。内国歳入庁の調査官が申告書を調査したところ、移転価格の適切さを説明するための分析や文書が存在しないことが判明するのが一般的であった。実際、納税者は、取引が行われてから何年も経って、調査の過程で初めて移転価格問題に注意を払うに過ぎなかった。」

IRS, Report on the Application and Administration of Section 482, Pub. 3218, at 2-4 (1999).

See also Treasury Department, A Study of Intercompany Pricing under Section 482 of the Code, 1988 I.R.B. LEXIS 3758, at 23 [hereinafter White Paper]. 移転価格白書は、移転価格の算定に際して納税者が用いた比較対象取引、収益率、利益分割又はその他の情報若しくは分析に係る参考資料を作成及び保存し、自身の申告と内国歳入庁の調査に利用可能ならしめることを求める同時文書化規則の必要性を強調した。また、納税者が企業間取引を計画するに際して比較対象取引その他の同時情報に依拠しなかったこと、及びそれにもかかわらず当初選択された移転価格に最も近くなるような取引や算定方法なら何でも見つけることによって自分のポジションを防御したことを深刻な問題であると考えたのである。

9) Pub. L. 99-514 (1986). See also H.R. Conf. Rep. No. 841, 99th Cong., 2nd Sess. II-638 (1986), reprinted in 1986 U.S.C.C.A.N. 4075.

10) See *supra* note 8.

11) Treasury Department, Intercompany Transfer Pricing and Cost Sharing Regulations under Section 482, 57 F.R. 3571 (1992).

12) 本稿において1993年暫定規則は次のものを指す: Treasury Department, Intercompany Transfer Pricing Regulations under Section 482, 1993 IRB LEXIS 2157 (1993); and Treasury Department, Intercompany Transfer Pricing Regulations under Section 482, 58 F.R. 5310 (1993)。後者の文書には規則案も含まれるため、特に「1993年暫定規則・規則案」として言及される。

13) 59 F.R. 34971 (1994).

格算定方法は、1980年代後半から1990年代前半にかけて行われた種々の主要な改革を通じて修正が加えられたものの、なお少なからぬ弱点及び欠点を有している。そのような欠点は今日に至っては当然のことと考えられているため、こうした問題を再検討する必要性が強調されるべきである。同様に、所得相応性基準（commensurate with income standard）も移転価格算定方法に沿って見直されるべきである。事後的（*ex post*）アプローチ——移転価格の文脈では後知恵（*hindsight*）の使用——については、それを確立し所得相応性基準から独立させ得るとともに、同様のアプローチに従って費用分担契約規則とともに異なる方法で実際に適用され得よう。ペナルティについても、納税者コンプライアンスを高めるため、その免除の可能性について再考すべきである。

本稿では、Ⅱにおいて移転価格算定方法と最適方法原則を取り上げ、80年代及び90年代の移転価格税制に関する税制改革について評価を行い、現行制度の重要な側面について積極面も消極面も明らかにした上で、Ⅲにおいて、発生する潜在的な問題に対処するための新しい方法についての提案を略述する。Ⅳにおいては、所得相応性基準、ペナルティ及びセットオフから生ずる潜在的な問題とアプローチの提案について述べる。Ⅴで締め括りを行う。

Ⅱ. 移転価格税制をめぐる税制改革の概観

1 1986年税制改革法から1994年最終規則までの税制改革

移転価格税制の歴史に示されているように、独立企業原則の執行に当たっての最大の障害は、企業間取引の当事者の一方が有する無形資産の存在——これは典型的には適切な比較対象取引の欠如につながる——であり、実際、内国歳入庁はこのために多くの課税事案で敗訴した¹⁴⁾。無形資産を評価する上での困難性は次の二つの側面に共通的に表れている。即ち、無形資産の使用に係る独立企業間対価——通常はロイヤルティの形態でなされる——及び、無形資産

14) See Reuven S. Avi-Yonah, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, 15 VA. TAX REV. 89, 112-29 (1995).

の譲渡に係る独立企業間対価——通常は一括払いの形態でなされる——の決定である。いずれの場合においても、独立企業間価格の決定は最終的に無形資産の経済的価値をその潜在的収益性と比較して測定するという問題に帰着するが、移転価格の文脈において無形資産を評価する決定的な方法は存在しない¹⁵⁾。このような状況の下で、議会、財務省及び内国歳入庁は、直接的であれ間接的であれ無形資産を評価し、比較対象取引の欠如に関連する問題に対処するため、次の三つのアプローチを採用した。即ち、伝統的取引法における比較可能性の緩和、利益法の導入、及び最適方法原則の導入である。

(1) 伝統的取引法における比較可能性の緩和

無形資産関連取引の独立企業間対価を決定する理想的な方法は、もし適用可能である場合には、無形資産については独立取引比準法、また、商標等の埋込み無形資産については独立価格比準法である¹⁶⁾。これらの方法が適用可能でいかなる差異調整も要しない限り、こうした無形資産の独立企業間価格は非関連者間価格を参照して自動的に評価される。それゆえこれらの方法を適用する

15) 無形資産の経済的価値は一般にマーケット・アプローチ、コスト・アプローチ又はインカム・アプローチによって測定される。マーケット・アプローチは、市場参加者がそうあるべきと判断した内容のコンセンサスを得ることによって将来便益の現在価値を測定する方法である。コスト・アプローチは、対象資産の将来役務の可能性を置き換えるのに要求されるであろう金銭の価額を算定することによって所有権の将来便益を測定するものである。インカム・アプローチは、新しい資産の構築や創生に係る費用から一步離れて、当該資産が収益を生み出す可能性の対価に焦点を当てるものである。GORDON V. SMITH & RUSSELL L. PARR, VALUATION OF INTELLECTUAL PROPERTY AND INTANGIBLE ASSETS 153-54 (John Wiley & Sons, Inc. 2d ed. 1994). 独立価格比準法及び独立取引比準法 (comparable uncontrolled transaction method) は、一般的には独立企業原則と整合的であるマーケット・アプローチに相当するところ、Brauner は、所得相応性基準の482条への導入について、マーケット・アプローチに基づく制度にインカム・アプローチを導入するものであるとの見方を示している。Brauner, *supra* note 7, at 102.

16) 財務省規則 § 1.482-3(f)は、埋め込み無形資産における関係ルール調整に言及している。無形資産の譲渡については、*see generally* Treas. Reg. § 1.482-4.

上で、関連者間無形資産と非関連者間無形資産との間の比較可能性が極めて重要となる。

白書は、比較可能性要件を緩和し、厳密な (exact) 比較対象取引に加えて非厳密な (inexact) 比較対象取引を含めるよう提言した¹⁷⁾。1992年規則案は、白書で提言された厳密比準法 (exact comparables method) 及び非厳密比準法 (inexact comparables method) の名称をそれぞれマッチング取引法 (matching transaction method) 及び調整可能取引比準法 (comparable adjustable transaction method) に改めた。調整可能取引比準法はそれに基づいて得られた結果について、比準利益幅 (comparable profit interval) ——独立企業間レンジの前身である——による義務的チェックを要求する一方、マッチング取引法の結果にはその必要はない。このような差別的取扱いが算定結果の厳密性の相違によるものであった。1993年暫定規則は、非関連の比較対象取引が殆んど利用可能でないことや1992年規則案に関して否定的なコメントがなされてきたことに鑑み、この二つの算定方法を単一の独立取引比準法に統合するとともにチェックを不要とした¹⁸⁾。加えて、1994年最終規則は、1993年暫定規則よりも更に比較可能性を緩和した¹⁹⁾。このように財務省及び内国歳入庁は、比較可能性の定義を広げることにより無形資産の評価と比較対象取引の入手の困難性を克服しようとしたのである。

(2) 利益法の導入

米国企業が、自ら形成した無形資産を外国子会社に無償若しくは不十分な対

17) White Paper, *supra* note 8, at 141-50.

18) 「規則案に対するコメントは、前者の算定方法 (マッチング取引法) は狭過ぎるという点と、比準利益幅は、第2の算定方法 (調整可能取引比準法) の下で得られた結果についての義務的チェックとすべきでないという点を主張した」。1993 I.R.B. LEXIS 2157 at 37.

19) 例えば、1993年暫定規則 § 1.482-4T(c)(2)(ii)(A)(3)では、無形資産が「実質的に同種の (substantially the same)」収益可能性を有すべきだとしていたが、1994年最終規則 § 1.482-4(c)(2)(iii)(B)(1)(ii)においては、独立取引比準法の下で「類似の (similar)」収益可能性を有すべきだとされている。

価で譲渡を行うこと——とりわけその外国子会社がルーティンの業務に従事するに過ぎない場合に——に対して、議会はこれを抑止することに繰り返し強い関心を示した²⁰⁾。白書は、こうした議会の関心に応えるべく、無形資産の評価の必要性を回避するために基本的独立企業収益法（basic arm's length return method）の導入を提言した。この算定方法は1992年規則案によって利益比準法（comparable profit method）と名称が改められた。

利益比準法の使用は次の二つの段階を経て達成される。第1段階として、関連企業的一方のみに着目する——即ち、相対的に単純な機能を有し（通常は子会社）、収益性の高い無形資産を有しておらず、それゆえルーティンの経済活動だけを行う企業である。これは、子会社によって稼得されるルーティン利益は当該子会社の資産や費用への投資を反映する通常の市場収益を通じてより容易に決定され得るためである。第2段階として、当該利益以外の全ての残余利益を他方の企業に配分する。これらを通じて、財務省と内国歳入庁は、無形資産によって稼得される米国源泉の利益に係る租税を、これらの無形資産の評価を行うことなく、確実に国庫に帰属せしめたのである。

基本的独立企業収益法と利益比準法の相違点は、後者が算定の対象を前者におけるビジネスラインの市場収益から全体利益（即ち、申告営業利益（reported operating income））に拡大したことである²¹⁾。こうして利益比準法は、たとえ非関連企業の業種区分が概ね比較可能なものに過ぎなくても、それが稼得する営業利益を使用可能であるとした。同時に、1992年規則案は上述のとおり比準利益幅を導入した。比準利益幅は、3年間における複数以上の合理的な比較可能企業の実績に統計的分析を加えた結果からなるものを使用可能であるとした。もし申告営業利益が幅の中に入っていなければ、その幅の範囲内で最も適当なポイントが選択された。比準利益幅は1992年規則案においては利益

20) 例えば、「下院法案の中に記述された関心は、米国当事者から外国子会社、とりわけ低税率の外国で業務を行う外国子会社に対する無形資産の譲渡に関連して生じた」とされる。1986 U.S.C.C.A.N. 4075, 4725.

21) White Paper, *supra* note 8, at 151 - 52.

比準法のためのために導入されていた（検証方法として用いられる場合を除く）。なぜなら、同算定方法が、比較可能性がより低く、算定対象が（上述のとおり、ビジネスラインでなく全体利益と）より広い非関連当事者を用いるからである。しかし、1993年暫定規則は、独立企業間レンジ（比準利益幅から名称変更された）の適用対象を拡大し、利益分割法（profit split method）以外の全ての算定方法に適用されることとした。これは、様々な算定方法が必ずしも独立企業間結果を正確に測定するとは限らず、二以上の独立企業間価格がしばしば存在し、それゆえ単一の正確な結果を要求することがこうした現実と整合的ではないと主張する、1992年規則案に対するコメントを考慮したものである²²⁾。

こうした改正は、内国歳入庁がアウトバウンドの事案に対処することを容易ならしめることを企図するものであったが、利益分割法の重要な構成要素の一つとして利益比準法を用いる残余利益分割法（residual profit split method）が導入されたことにより、内国歳入庁は、例えば、外国企業の米国子会社が米国内でマーケティング無形資産を形成するようなインバウンドの事案にも対処することが可能となった²³⁾。

（3）最適方法原則

1993年暫定規則の序文は、1968年以来維持されてきたヒエラルキーを廃止する理由について次のように説明する。

「厳密な比較対象取引の場合を除き、全ての算定方法の下で得られる結果が比準利益幅の範囲内に入らなければならないとする要件を課すことは、利益比準法に対し、再販売価格基準法などのより伝統的な取引ベースの算定方法と同等かそれ以上の優先性を与えることになるとの見解の下に、そうした要件を批判するコメントが多かった。利益比準法にそのような高い水準の優先性を与え

22) See 1993 IRB LEXIS 2157, at 22.

23) 代表例の一つがGlaxoSmithKline 事案である。See, e.g., 2005 TNT 114-15, 2006 TNT 176-6.

ることは独立企業原則と整合的ではないと感じるコメンターも多かった。」²⁴⁾

客観的に見れば、利益比準法が比較可能性において他の算定方法に劣後していることは財務省及び内国歳入庁にとっても明白であったに違いないが、にもかかわらず、比較対象取引の欠如に対処するために利益比準法及び比準利益幅の導入が不可欠であったため、その代わりにヒエラルキーを廃止せざるを得なかったのである。

（4）税制改革の意義

このような改革の意義をどのように考えるべきであろうか。白書及び一連の改正規則に対する主要な批判の一つは、独立取引比準法、利益比準法、残余利益分割法、独立企業間レンジ及び所得相応性基準（後述IV.1参照）の導入は伝統的な独立企業原則を拡大するもの、あるいは、それから乖離するものであると論じている²⁵⁾。本稿は、それとは対照的に、これらの改革が伝統的な独立企業原則の下で採用されるアプローチを変更したに過ぎず、それゆえ依然として独立企業原則から乖離するものではないとする立場をとる。

他方、この改革が次の点において移転価格のコミュニティ内で形成されてきた多くの禁忌を破るものでもあったことはより注目に値する。即ち、①経済学的理論の利用、②独立企業間レンジの導入、③取引単位から企業単位への移行、④比較可能性の緩和、⑤ヒエラルキーの撤廃である。以下において、各問題の詳細、並びに、この改革と1995年OECD移転価格ガイドライン（2010年に大

24) 1993 IRB LEXIS 2157, at 10.

25) Avi-Yonahは、白書が1988年に出される時まで、既に独立企業原則の伝統的な概念が時代遅れになり、新規則は「単に棺桶の釘を強化したに過ぎない」と批判している。Avi-Yonah, *supra* note 14, at 95. また、Durst & Culbertsonは異なるアプローチを採り、白書及び一連の改正規則（利益分割法及び費用分担契約規則を含む。）によって拡大された独立企業原則を「ジョイント・ベンチャー・モデル」及び「マッチング原則」と称している。See Michael C. Durst & Robert E. Culbertson, *Clearing Away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today*, 57 TAX L. REV. 37, 99-104 (2003).

幅な改正が行われた。以下「OECD ガイドライン」という。) との関係について検討する。

第1に、利益比準法と利益分割法——残余利益分割法を通じて——は、それまで企業会計ルールに立脚してきた独立企業原則にミクロ経済学理論と経済学的アプローチを採用した。白書は、経済的利潤が長期的にゼロとなるという考え方²⁶⁾を採用し、「分析対象の産業が競争的で製造の要素が同質かつセクター間で流動的である限りにおいて、『経済的』利潤、『超過』利潤若しくは『正常を上回る』利潤は長期的にはゼロとなる」と強調し²⁷⁾、その上で「関連当事者は対応する非関連当事者と同じ純課税所得を得る」と結論付けた²⁸⁾。更に、独立企業原則との関係について、白書は、「伝統的アプローチは企業の『生産』が市場において命ずるであろう『価格』を求めるのに対し、代替的アプローチは企業の『要素』が市場において稼得するであろう『収益』の決定を求める。両アプローチはともに独立企業原則の基本的なゴールと整合的である」²⁹⁾ことを強調した。こうしたアプローチの明らかな人為性と国際的コミュニティからの当初の批判にもかかわらず、米国は、1995年のOECDガイドラインの制定において、利益比準法と実質的には同じである取引単位営業利益法 (transactional net margin method) という新しい算定方法をそのコミュニティに受け入れさせることに成功した³⁰⁾。

第2に、独立企業間レンジの概念は、1992年規則案に規定されたように、基本的独立企業収益法の信頼性を高めるため、複数の非厳密な比較対象取引が受

26) N. GREGORY MANKIW & MARK P. TAYLOR, MICROECONOMICS 351 (Cengage Learning EMEA 2006) は、次のように述べている。

「独占企業がある製品の単独の販売者であって類似する代替品がない場合には、その独占企業は長期的にも正值の経済的利潤を得ることができる。それと対照的に、独占的競争市場への自由な参入がある場合には、この種の市場における企業の経済的利潤はゼロへと追いやられる。」

27) White Paper, *supra* note 8, at 128.

28) *Id.* at 127.

29) *Id.* at 130 (emphasis added).

容可能となるように導入された。ミクロ経済学理論とともに、四分位レンジに代表される記述統計のアプローチが独立企業原則に導入されたのである。このことは、財務省及び内国歳入庁が、関連取引と非関連取引との間の重要な差異の直截的な識別と計量化を断念し、「それら〔重要な差異〕が統計的レンジの使用を通じて間接的に考慮されるべき」³¹⁾ ことを要求したことを意味しよう。にもかかわらず、OECD ガイドラインは独立企業間レンジを公認し³²⁾、国際的コミュニティも一般的にはそれを受け入れることとなった。

第3に、取引単位から企業単位への移行は、基本的独立企業収益法を改善するために考案された利益比準法に由来する。そのような移行の流れは移転価格のコミュニティにおいては明示的には認識されてこなかったかも知れないが、OECD 加盟国による利益比準法ないしは取引単位営業利益法のより頻繁な使用は、こうした流れを現に加速し、また一層加速するであろう。何故なら、取引単位営業利益法は、適用の仕方如何では利益比準法に近似するからである。

第4に、比較対象取引の欠如に起因する比較可能性の緩和の必要性は、白書の発表以前に課税当局及び実務家の間で広く議論されていたことは確かである。しかしながら、比較可能性の緩和の考えは、独りでに生じたものではなく、基本的独立企業収益法及び利益比準法を開発する過程において、非厳密な比較対象取引の利用から生じたものであることに留意すべきである。ただ、緩和された比較可能性は、独立企業原則に違反する可能性があるため、これまでのところ OECD ガイドラインの認めるところとはなっていない。

第5に、1992年規則案は、財務省及び内国歳入庁が、算定結果を他の算定方法によって検証する手段としてのみ利益比準法を用いることを意図していたこ

30) *See generally* Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (1995, as supplemented and modified through 2010), paras. 2.58-2.61 [hereinafter OECD Guidelines].

31) 59 F.R. 34971, 34979 (1994).

32) *See* OECD Guidelines, *supra* note 30, at paras. 3.55-3.66.

とを示している。しかし、このアプローチが、最終的に、移転価格算定方法のヒエラルキーの概念と利益比準法の位置付けを変えることになった。少なからぬOECD加盟国は、ヒエラルキーが、高い比較可能性を保証するもので、取引単位営業利益法はラスト・リゾートとして用いられるべきであるとの信念を保持してきたが、OECDガイドラインは長期間にわたる加盟国間の議論を経て2010年にヒエラルキーを撤廃した³³⁾。

2 現行制度をめぐる諸問題

上記改革の後においても、移転価格算定方法（独立企業間レンジを含む）は依然として多くの欠点を有しているが、その一方で多くの点において長所も認められる。以下では、積極面・消極面の双方にわたる現行制度の重要な点を、利益比準法、利益分割法及び最適方法原則に焦点を当てつつ検討する。

(1) 利益比準法に関する重要な側面

(i) ミクロ経済学概念の使用

利益比準法は再販売価格基準法や原価基準法等の伝統的取引法と類似するように見える。何故なら、利益比準法は営業利益率又は総費用収益率を用い、他方、伝統的取引法は売上総利益率又は付加費用に対する収益率（マークアップ率）を用いるためである。

しかし、利益比準法と伝統的取引法との間には歴史的にも理論的にも根本的な相違が存する。歴史的観点からは、伝統的取引法は1968年以来規定されている一方、利益分割法は1993年に導入されたに過ぎない。また、理論的には、伝統的取引法の適用結果は伝統的な会計理論をベースとするが、そこでは実現した損益と認識可能な資産負債しか取り扱われず、かつ、測定に関していかな

33) See OECD, Comparability: Public Invitation to Comment on a Series of Draft Issues Notes (May 10, 2006); and OECD, Transactional Profit Methods Discussion Draft for Public Comment (Jan. 25, 2008). OECDは、パブリック・コメント募集の後、2010年7月22日にガイドラインの関係する章を改訂した。

る推定も置かない。そのため、用いられるデータの正確性は当該算定方法が認識できる限りにおいて担保される。これに対して、利益比準法がベースとしているミクロ経済学理論は——会計学の観点とは対照的に——認識できない費用（機会費用など）及びリスクを含む損益を取り扱う³⁴⁾。したがって、たとえ実際に採用される計算メカニズムがそのような認識できない費用やリスクを測定したり用いたりしない場合であっても、伝統的な独立企業原則の文脈においては、そのような損益の測定の正確性は決して確保されない。更に、経済的な利潤がゼロとなるとする理論の拠って立つ完全競争は、完全な情報、並びに、時間と資本の変化によって事業や産業に変化が生じないことを前提とするものである³⁵⁾。それゆえ、経済学理論への過信は避けなければならない。

統合企業は一連の独立企業よりも低コストで経済的活動を遂行できるため、市場ベースのアプローチに基づく独立企業原則が統合事業においてはワークし得ないという理論的な批判に応える点においては、ミクロ経済学理論は確かに意味を持つ面があるかも知れない³⁶⁾。しかしながら、利益比準法はミクロ経済学分析の目的のためには伝統的取引法と区別されるべきであって並置されてはならない。比較可能な非関連当事者の費用又は資産に対する市場収益が、認識されない費用とリスクを包含し、完全競争という同理論の前提が欠けている

34) 経済的利潤は、「企業の総収入から販売される物品・役務を製造する全ての（明示的及び黙示的な）機会費用を控除したもの」と定義されている。Mankiw & Taylor, *supra* note 26, at 250.他方、会計上の利益は、「企業の総収入から明示的な費用のみを控除したもの」とされる。それゆえ、「利潤がゼロとなる均衡点では、経済的利潤はゼロとなるが、会計上の利益は正値をとる。」*Id.* at 280.

35) See, e.g., WILLIAM J. BAUMOL & ALAN S. BLINDER, MICROECONOMICS: PRINCIPLES AND POLICY 198-99 (Cengage Learning Inc. 11th ed. 2009). 別の論者も、「経済は、利潤ゼロモデルによって仮定される均衡点には決して到達しない。同モデルは、少数の競争者グループ間の所与の事例における実態を記述しない理論的な構築物である。」と評している。Durst & Culbertson, *supra* note 25, at 85.

36) そのような批判は主として定式配分の主唱者からなされている。See White Paper, *supra* note 8, at 122-26. 「ミクロ経済学理論は統合された事業に独立企業原則を適用するために利用され得る」と結論付けられている。*Id.* at 133.

ために、必ずしも関連当事者の独立企業間収益を反映するものでないとするれば、利益比準法の適用結果は、主として信頼可能な比較対象データが利用できない場合において、独立企業間対価の予備的な参考指標としてのみ用いられるべきである。この点において、1992年規則案において比準利益幅が（利益比準法の場合を除き）他の算定方法の適用結果を検証するために提案されたことが想起されるべきである。

(ii) 全体利益ベースの使用

1993年暫定規則において、利益比準法は、情報の利用可能性を容易にする目的で関連当事者と非関連当事者の全体利益を比較する方法として考案された。しかし、OECDガイドラインが利益比準法と同等である取引単位営業利益法を導入したという事実は、全体利益ベースと取引単位利益ベースとの区別の曖昧さをもたらすこととなった。取引単位営業利益法は、伝統的取引法の派生であるかのような外観を持つが、その本質においては取引単位ベースで運用される利益比準法に過ぎない。ともに営業利益を用いる取引単位営業利益法と利益比準法との相違が何かが問題となる。

取引単位営業利益は、大要次のように算定される。まず、特定の商品の売上高から売上原価を控除することにより売上総利益を算出し、次に、直接的な販売費及び一般管理費を当該商品に配賦し、第3に、商品別売上高等の配賦基準を用いて当該商品に間接的な販売費及び一般管理費を配賦し、売上総利益から配賦された直接的・間接的な販売費及び一般管理費を控除して取引単位営業利益を算出する。

伝統的なヒエラルキーにおいては、再販売価格基準法と原価基準法——ともに売上総利益を比較する——は、独立価格比準法の直後に位置付けられる。何故なら、特定の商品に係る売上総利益の比較は、上記計算の第1・2段階によれば、当該商品の価格の比較に対する近似した結果を提供し得るからである。これとは反対に、間接費用が配賦された、同じ商品の営業利益は比較可能性の点で劣るものである。さらに、営業利益は通常、売上総利益や価格よりも多くの要因によって影響を受けるとの批判³⁷⁾を考慮に入れれば、営業利益は、移

転価格の目的上、全体利益ベースで用いられる方がはるかに望ましい。したがって、営業利益は、取引単位ベースよりも全体利益ベースで用いる方が筋に適っており、この点においては利益比準法が取引単位営業利益法に対して長じているということができる。

取引単位営業利益法はその適用においても困難が生じる。同算定方法を適用する場合、関連取引と非関連取引の取引単位の営業利益³⁸⁾が比較されなければならないが、会社が単一種類の商品を取売したり、財務セグメントデータ——類似の商品分類に基づく——を公開している場合を除き、非関連取引に係る取引単位の営業利益は公開財務データからは利用可能ではない。他方、関連取引に係るそれは納税者の帳簿から容易に計算され得る。したがって、取引単位営業利益法の執行は、実務的観点から言えば、利益比準法の場合よりもはるかに困難性が増す³⁹⁾。

OECD ガイドラインは、「会社が様々な異なる関連取引に従事し、その取引が独立企業の取引と合算ベースで適切に比較できない場合には、取引単位営業利益法を企業単位ベースで適用することは適当でないであろう。」⁴⁰⁾と注意を喚起する。即ち、OECD ガイドラインは、会社が行う全ての取引の比較可能性が確実でない限り、企業単位の取引単位営業利益法、即ち利益比準法が許容され得ないという固いポジションをとっている。しかし、取引単位営業利益法を採用する国々がそのようなルールに厳格に従ってこの算定方法を適用し得るのか、またそうするのは疑問の余地がある。このように、利益比準法の性格に鑑みれば、同算定方法は、移転価格分析の点において取引単位営業利益法よりもより望ましい代替方法であると言える。

37) See 59 F.R. 34971, 34975.

38) 実際には、営業利益率その他の財務上の利益率が比較されることになる。

39) 加えて、資産又は費用を特定の取引に配賦することが難しい場合には、取引単位営業利益法を適用する際に分母として用いられる利益水準指標の選択が制限される可能性がある。

40) OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.78.

(iii) 比較対象取引情報の不十分性

利益比準法を適用する上で十分な比較対象取引データが得られない場合には、商業的に利用可能な企業情報データベースが一般に用いられる⁴¹⁾。これらのデータベースは主としてForm 10-Kデータに基づいている。Form 10-Kは、監査済みの財務諸表のみならず、会社の歴史、組織構造、取締役報酬、株式、子会社その他の情報といった、移転価格目的に有益な情報を含んでいる⁴²⁾。しかし、特定の会社のデータを探しても、Form 10-Kデータからは限られた量の事業及び地域セグメントデータが得られ得るに過ぎない。加えて、比較対象企業のデータには、たとえ関連取引が出来る限り排除されるよう努める（同一の多国籍グループ内の関連者間取引は相殺されているのが一般的である）としても、関連取引が含まれる可能性が依然として残る。

民間データベースは、詳細な標準産業分類（SIC）コードに基づくデータの探索、抽出及び分析の手段として有用性が高いであろう。特定のSICコードの下に数多くの企業が見出されるため、最も比較可能性の高い企業が特定されるように他の条件によって絞り込むことが必要となる可能性がある⁴³⁾。

このように利用可能な企業データに限界があるため、比較対象取引の探索は恣意的になりがちである。Westreco事案⁴⁴⁾は、利益比準法が導入される前に判決が下されたものであるが、そのような状況を直截的に示している。この事案は、内国歳入庁が、基本的独立企業収益法や独立企業間レンジの概念を新たに採用し、商業的な企業データベースを用いた最初のケースであると思われる。

41) 例えば、Moody's, Standard & Poor's, Compustatなど。See MARC M. LEVEY & STEVEN C. WRAPPE, *TRANSFER PRICING: RULES, COMPLIANCE AND CONTROVERSY* 261 (CCH 2d ed. 2007).

42) 発行証券の保有者が500以上で1千万ドルを超える資産を有する会社は年次報告書その他の定期的な報告書を提出しなければならない。Form 10-Kは1934年米国証券取引法13条又は15条(d)に従った年次報告書の目的のために作成される。

43) See Richard A. Clark, *Finding and Analyzing Comparable Financial Data*, in 1 *TRANSFER PRICING HANDBOOK* 12-1, app. 12B (Robert Feinschreiber ed., John Wiley & Sons, Inc., 3d ed. 2001) [hereinafter *Handbook*].

44) *Westreco, Inc. v. Commissioner*, T.C. Memo 1992-561, 1992 Tax Ct. Memo LEXIS 583.

もっとも、Westreco 事案で繰り広げられた表面的な比較対象探しのようなことは、最早行われていないと考えられる。また、比較対象企業の追加・除去によって独立企業間レンジを上下させるようなことも、相互協議担当者の間では交渉プロセスの一部として行われているであろうことは想像に難くない⁴⁵⁾。

にもかかわらず、もしもそのような手法が恣意によるものではなく合理的な調整の手段として用いられているのであれば、複雑な移転価格問題が比較対象企業候補（コンパラブル・セット）をシャッフルするという比較的単純な問題に収束するかも知れないという点では、移転価格税制の円滑な執行に貢献し得る。こうしたアプローチは、複雑な議論を関係者間でどのように解決するかを考える上では、利益比準法の文脈に限らず、有益なものと言えよう。

(iv) 片側分析

無形資産の評価における逆説の一つは、典型的には無形資産を有していない一方の関連当事者のみが検証されることである。この過程において、当該一方の関連当事者の全ての収益から当該一方の関連当事者の独立企業間収益を控除したものが、無形資産を有する他方の関連当事者に配分される。財務省は、1994年最終規則において、利益比準法の下での価値あるノン・ルーティン無形資産の存在に関する制限を撤廃し、同算定方法が「一般には、最も単純で容易に比較される事業を行う納税者に対して適用される」旨をその序文で述べた⁴⁶⁾。

45) 1993年暫定規則の主要な立案者の一人であるJames Mogleは、「我々は、コンピュータ画面と企業に関する3ないし4語のデータベースの記述を見て、それが比較可能であるか否かを決定するのに余りに多くの時間を費やしているが、実際には、それらの企業が何をやっているのかの糸口を見つけたわけではない。」と語っている。また、「最大又は最少の受入可能な結果に影響する一つや二つの企業を入れるか除外するか議論に余りに多大な時間が費やされている。」と批判している。Molly Moses, *Interview, Mogle Chronicles Transfer Pricing's Evolution in 20-year Career, Speaks out on Cost Sharing, KERT, Taxpayer's Role in MAP Cases*, 15 TAX MGMT. TRANS. PRICING REP. 50, 51 (2006).

46) 59 F.R. 34971, 34974.

今日では、①利益比準法の実務的な長所の一つが、関連当事者の一方の財務指標を検証することが不要であること（これが即ち片側分析である）、また、②同算定方法は、当事者の一方が全ての主要な無形資産を有する一方、他方の当事者はそれを有しておらず、それゆえ、より複雑でない場合に最も適していることについては、広く認識されている⁴⁷⁾。しかしながら、利益分割法が独立企業間収益を算定するために両側分析を用いる移転価格算定方法の中で唯一の方法であるという点で、利益比準法は利益分割法に劣っている——利益比準法の下でも機能及び比較可能性分析については両側でなされる必要があるとしてもである⁴⁸⁾。また、利益比準法のような片側分析を適用する場合にも、関連当事者の残余利益、即ち、全体利益から無形資産を有しない関連当事者の独立企業間対価を控除したものは、計算の結果に過ぎず、内容が明らかでない利益であることは否定できない——たとえそうした利益の多くの部分を他方の関連当事者が有する無形資産に帰属させることができるとしてもである。

利益分割法に対する利益比準法の劣後性に鑑みれば、利益比準法を適用する場合にも、両側における詳細な機能及び比較可能性分析を行うべきである。このような厳密な分析は、例えば、無形資産を有する関連当事者に帰属すべき利益の内容が明らかでない範囲を最小にすることを助けること等により、利益比準法の使用から生ずる問題のいくつかを克服するのに役立つ可能性がある。

(2) 利益分割法に関する重要な側面

(i) 両側貢献度分析

寄与度利益分割法（overall profit split method）⁴⁹⁾を適用する場合には両関連当事者の貢献度分析が必要であるが、こうした分析は、内容が明らかでない合算利益を配分するために用いられる分割要因を左右し、延いては各当事者に帰

47) See OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.59.

48) See *id.* at para. 2.58.

49) 寄与度利益分割法についての承認された定義はないが、本稿においては、OECDガイドラインにおける「貢献度分析」を指す。See *id.* at para. 2.119.

属させる利益を左右する。貢献度分析の目的は、機能及び比較可能性分析の結果と、全ての事実と状況の下における、合算所得への貢献を明らかにする他の全ての情報を用いることによって、当事者の相対的な貢献を見出すことにある。相対的な貢献には、合算所得に対して有意な貢献を行うものである限り、売上高、費用、有形及び無形資産、リスク、機能、経営能力並びに従業員の特殊技能等の様々な要因を含み得る。

したがって、貢献度分析は、利益分割法にとって重要かつ内在的なものであり、機能及び比較可能性分析とは区別されるべきである⁵⁰⁾。更に、米国裁判所はかつて利益分割法に大きく依存していたが（下記Ⅱ.2(2)(ii)参照）、そのような貢献度分析が法廷における争いの解決に適していることが主な理由である可能性がある。これとは対照的に、利益比準法を適用する場合には、無形資産を所有する関連当事者に帰属すべき利益の内容が明らかでないにもかかわらず、貢献度分析は行われぬ。

(ii) 内部データの使用

寄与度利益分割法は、1968年規則の制定以来、「その他の方法」ないし「特定されない方法」の一つとして適用され得た⁵¹⁾、実際に内国歳入庁によって用いられたにもかかわらず、白書において提言されたわけでも、一連の改正規則において明示的に規定されたわけでもない⁵²⁾。このような結果も、残余利益分割法を含む利益分割法が、全体的又は部分的に非関連当事者のデータよりもむしろ内部データに依存するために、財務省及び内国歳入庁からは、他の

50) OECD ガイドラインにおいて、貢献度分析は、Chapter II（移転価格算定方法）Part III（取引単位利益法）Section C（取引単位利益分割法）に定められているが、機能分析を含む比較可能性分析は、Chapter I（独立企業原則）Section D（独立企業原則を適用するための指針）に規定されている。See *id.* at paras. 1.33-1.37, 1.42-1.51.

51) See § 1.482-2(e)(1)(iii) in the 1968 regulations; § 1.482-2(e)(1)(iv) in the 1992 proposed regulations; § 1.482-3T(e) in the 1993 temporary and proposed regulations; and § 1.482-3(e), § 1.482-4(d), & § 1.482-9T(h) in the current regulations.

52) See, e.g., *Lufkin Foundry and Machine Co. v. Commissioner*, T.C. Memo. 1971-101, 1971 Tax Ct. Memo LEXIS 231, *rev'd*, 468 F.2d 805 (5th Cir. 1972).

算定方法に劣ると考えられていることに鑑みれば、理解できないものではない。実際にも、寄与度利益分割法の計算方法は、ある関連当事者の要因（例えば、費用、資産又は資本など）を関連当事者の要因の合計で除し、関連当事者の合算営業利益を乗じたものとして表現されるため、非関連当事者のデータは必要でない。

にもかかわらず、米国連邦裁判所はとりわけ白書が出される以前に同算定方法ないし類似の方法⁵³⁾をたびたび適用した⁵⁴⁾。それは裁判所が紛争解決を容易にする上での内部データの有用性を認識していたためかもしれない。いずれにしても、内部データの使用から生ずる潜在的な短所が、独立企業原則の下でミクロ経済学理論やより緩和された比較対象取引の使用から生ずる短所よりも深刻なものであるかどうか問われるべきである。更に、内国歳入庁が所得相応性基準を適用する場合に、客観的な外部データよりもそのような内部データの信頼性が低いと認めているにもかかわらず、予測収益に関連する内部データに過度に依存することには黙示的に同意した（下記IV.1(1)参照）。このように、

53) 利益分割法類似の方法は、例えば、*G.D. Searle & Co. v. Commissioner*, 88 T.C. 252 (1987)に見出すことができる。このケースにおいては、米国親会社（納税者）がプエルトリコの100%出資米国子会社に対して、高収益の製造用無形資産を、子会社株式との無税の交換取引で譲渡した。子会社の売上の大半は卸売一般価格で非関連の医薬品卸売業者に対してなされた。他方、納税者と子会社は、納税者が子会社のために製造及び販売促進サービスを提供することについてマーケティング上の合意をしていた。これらのサービスの手数料は、①子会社の米国顧客に対する正味売上高の25%と、②納税者が子会社にサービスを提供する費用の25%のいずれか大きい方とされた。医薬品研究開発の大半は納税者が行った。加えて、納税者は子会社のために重要な様々な管理サービスも行い、子会社は納税者に米国における正味製品売上高の3%の管理手数料を支払った。このように子会社は製造以外の活動に必要な実質的機能を欠いていた。内国歳入庁は、委託製造業者としての形ばかりの報酬を除き、当該無形資産に由来する子会社全体の純所得を納税者に配分した。租税裁判所は、所得の歪みによって所得の再配分が必要であると認定し、裁判所の最良の判断をもって（即ち、具体的な理由を示さないで）、一種の利益分割法を適用し、子会社の純売上高全体の25%を配分した、この結果、裁判所は、子会社の純売上高合計の53%（即ち、当初のサービス手数料である25%及び3%、並びに、裁判所が配分した25%の合計）が独立企業間における公平な利益配分割合であると判示した。

財務省及び内国歳入庁でさえも、内部データの使用又は市場ベース・アプローチへの過度の信頼という理由のみで、寄与度利益分割法を採用しないというポリシーを十分に正当化することはできない。

その他の利益分割法も時を経て徐々に導入されていった。白書が残余利益分割法の導入を勧告する⁵⁵⁾一方、一連の改正規則は、比較利益分割法も規定した。比較利益分割法は、非関連当事者取引に見出される分割要因を参照して利益分割法を適用するものであり、市場ベース・アプローチと整合的であると考えられており、OECDガイドラインにも導入された⁵⁶⁾。しかし、同算定方法は、非関連の比較可能当事者間の分割要因が実務上は滅多に見出せないことから、有用でないことは広く認識されている⁵⁷⁾。財務省及び内国歳入庁が、有用でない比較利益分割法の使用を明示的に規定しておきながら、より実務的である寄与度利益分割法についてまだそうしていないのは何故かについて問われ

54) 白書は、「過去何年もの間、裁判所、特に租税裁判所は、482条の配分のための適切な独立企業間価格を決定するため、様々な第四の方法を用いてきた。いくつかのケースでは、利益分割法は独立企業間ベースでの移転価格の算定に適している。何故なら、非関連当事者は、事業上の合意を結ぶ際に、潜在的利益のそれぞれの割合に関心があるためである。」とする。White Paper, *supra* note 8, at 65. *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, 84 T.C. 996 (1985), *aff'd in part, rev'd in part*, 856 F.2d 855 (7th Cir. 1988)において、租税裁判所は、「この分野でのリーディングケースはPPG Industries, Inc. v. Commissioner, 55 T.C. 928 (1970)である」とした上で、関連するケースとして次のものを引用した。即ち、*Baldwin-Lima-Hamilton Corp. v. United States*, 435 F.2d 182, 185 (7th Cir. 1970); *Woodward Governor Co. v. Commissioner*, 55 T.C. 56 (1970); *Nat Harrison Associates, Inc. v. Commissioner*, 42 T.C. 601 (1964); *Eli Lilly & Co. v. United States*, 372 F.2d 990 (Ct. Cl. 1967); *Lufkin Foundry & Machine Co. v. Commissioner*, T.C. Memo. 1971-101. See 84 T.C. at 1149 n.81. See also, e. g., *Cadillac Textiles v. Commissioner*, T.C. Memo 1975-46. LangbeinもPPG事案を利益分割法の嚆矢としている。See Stanley I. Langbein, *the Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 TAX NOTES 625, 660 (1986)

55) 白書では残余利益分割法を「基本的独立企業収益法への利益分割の付加」としているのみである。See White Paper, *supra* note 9, at 160.

56) See OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.119.

57) See Levey & Wrappe, *supra* note 41, at 97.

るべきである。

内部データの信頼性の問題は、実際のところ全ての移転価格算定方法に共通する問題であり、内部データがそもそも移転価格の目的上信頼的であるかどうかの問題であろう。寄与度利益分割法においては、各関連当事者の相対的な分割要因（例えば、発生する費用、保有する資産又は売上高など）に比例して合算営業利益が分割される。分割要因には、関連当事者間取引のデータ（例えば、子会社が親会社に支払うコンサルティング・フィー、子会社が親会社から購入する機械、親会社から子会社へのディストリビューションのための製品の売上など）が含まれ得るが、そのようなデータは、関連当事者間取引のデータが信頼できないという理由で利益分割法の分析から除外され得る。また、関連当事者の非関連当事者との取引にも信頼できないデータが含まれ得る。例えば、非関連当事者からの購入物品や提供役務の費用で、国内の子会社が負担すべきものが外国の親会社にチャージされている場合には（即ち、不適切な費用配分の場合）、その親会社が合算営業利益の本来得るべきものよりもより大きな割合を得ている可能性があるため、そのような費用は寄与度利益分割法を適用するために用いられるコスト・ベースの分割要因から取り除かれるべきである。このように、この算定方法は、関連当事者の内部データを含む信頼できないデータが結果に影響を与えないような信頼できる方法で適用することが可能である。

更に、そのような信頼できないデータは、利益比準法の計算にも影響し得る。現行規則 § 1.482-5(b)(4)(iii) は、「内部データのみに基づく利益水準指標は、パラグラフ(b)(4)〔利益水準指標〕の下で用いられてはならない。何故なら、同様の状況の下で同様の事業活動に従事する非関連納税者の業務に由来する収益性に関する客観的な尺度ではないからである」と規定する。したがって、例えば、利益比準法を適用する際に営業費用売上総利益率が利益水準指標として用いられる場合、検証法人が関連当事者から購入する物品や提供を受ける役務に係る費用は、信頼できない内部データとして営業費用から除去され得る。使用資本利益率や売上高営業利益率が利益水準指標として用いられる場合にも同じ問題

が生ずる。

したがって、寄与度利益分割法の目的のための内部データの使用から生ずる潜在的な問題は例外的なものではなく、利益比準法のような市場ベース・アプローチにおいても見られ得る。また、信頼できない内部データの使用から生ずる問題は合理的かつ実務的な方法で回避され得る。

(iii) 利益分割法の適用

寄与度利益分割法を適用する場合には、当事者の相対的な貢献に比例して合算利益を分割するために様々な分割要因（配分キーとも呼ばれる）が利用可能である⁵⁸⁾。最もよく利用されているものは、①全費用、又は、研究開発、エンジニアリング、マーケティング等の主要分野における特定の費用、②資産、並びに、③資本（使用資産、固定資産、無形資産又は使用資本）であろう。しかし、いずれにおいても、選択された分割要因と合算利益との間に、機能及び比較可能性分析の結果だけでなく貢献度分析の結果を反映する強い相関関係が存在することが必要である。

実際には、選択された分割要因の如何にかかわらず少なからぬ議論が不可避となる。この算定方法に係る問題の一つは、機能とリスクがそれ程大きく変化しない場合でも、分割要因割合に多少の変動が生ずることもあり得る点である。しかし、このような短所は、全費用が分割要因として用いられる明白な場合に限られず、他のいかなる要因が用いられる場合にも共通する。

もう一つの困難な問題は、リスクをどのように取り扱うかである。とりわけ、銀行その他の金融機関は、金融規制に基づく自己資本規制に直面しており、信用リスク、市場リスク及び業務リスク等の様々な負担リスクをカバーするために十分な自己資本を維持する必要がある⁵⁹⁾。自己資本規制は一般に連結ベースで課されるため、米国金融機関の外国子会社は、自己資本規制を満たす目的で低税率国を含む様々な法域に設立され得る。リスク・ベース資本が分割要因の一つとして考慮に入れられる場合には、①どの子会社の資本を含めるべきか、

58) See OECD Draft Paper (profit method), *supra* note 30, at 227.

また、②金融規制目的で要求される自己資本を課税目的のためにどのように評価すべきかといった問題を決定する必要がある。

実際のところ、財務省及び内国歳入庁から明示的に認知されている残余利益分割法でさえも、全く欠点がないわけではなかった。残余利益分割法を適用する場合には、合算利益は、ルーティン機能から生ずる利益と、ノンルーティン機能や重要な無形資産の使用から生じる残余利益という二つの部分に分けられる。残余利益分割法は、ルーティンとノンルーティン機能又は重要な無形資産との区別の結果に何の疑いも残さないかのように見えるが、実際には、この区別の線引きはそれ程クリアなものではない。例えば、ロケーション・セービング⁶⁰⁾は、ルーティン機能、ノンルーティン機能又は無形資産の使用のいずれとも直接に関連するようには見えないため、利益の二つの区分（ルーティン又は残余）のいずれに属するのかが明確ではない。更に、利益比準法と同様の方法を使用して算定されるルーティン利益が不完全に計算され得ることに鑑みれば、利益の区別自体に正当な理由がないことになり得る。その他、残余利益分割法の分割要因として研究開発費が用いられる場合には、割引累積費用と当期費用のいずれが算定に適しているかも問題となり得る。

(3) 最適方法原則

1968年規則で定義された、算定方法に係る、以前の機械的なヒエラルキーに代え、異なるタイプの優先基準である最適方法原則が1993年暫定規則で導入された。「最適方法」とは、所与の事実と状況の下で独立企業間結果の最も

59) 自己資本規制については、*See* Basel Committee on Banking Supervision, Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework - Comprehensive Version (June 2006), *available at* <http://www.bis.org/publ/bcbs128.htm>. また、2009年7月に改訂された Basel II capital framework 及び new global standards は併せて Basel III と呼ばれている。*See* <http://www.bis.org/press/p100912.htm>.

60) ロケーション・セービングとは、「ある製造又は他の機能をオフショアの法域に移転することによって生じる費用減少 (savings) 又は他の経済的な便益」である。Levey & Wrappe, *supra* note 41, at 47.

信頼できる測定方法と定義され、その算定方法の信頼性は、比較可能性の程度、並びに、分析において用いられるデータ及び仮定の質によって決定される⁶¹⁾。しかし、同時に、1994年最終規則及びその序文には、①独立価格比準法は一般的に他の方法よりも最も信頼できるであろう⁶²⁾、②十分なデータがある場合には、独立企業間の「価格」(例えば、独立価格比準法など⁶³⁾)又は「売上総利益」(例えば、再販売価格基準法など)は、一般に利益比準法よりも高い比較可能性が得られる⁶⁴⁾、③残余利益分割法は一般的にラスト・リゾートの算定方法であると考えられる⁶⁵⁾、といったいくつかの補足的な記述が含まれている。したがって、最適方法原則は、軽微な例外点を除けば、かつてのヒエラルキーと大きな違いがないかのように見える。

にもかかわらず、実務上は、利益比準法が内国歳入庁によって広範に使用されているように見えるし、また、そのことが全世界ベースでの同算定方法の拡張的な使用をもたらしている。こうした現下の状況をどのように理解すべきであろうか。

Charles Bee, Jr.は次のように述べている。

「最適方法原則は、規則案が比準利益幅を義務的な方法として採用したことに対する、特にOECDからの批判への対応として確立されたものである。
…最適方法原則は、各事案において特定の状況下で利用可能な最も正確な

61) See Treas. Reg. § 1.482-1(c)(1) & (2). 1968年規則におけるヒエラルキーについては、see § 1.482-2(e)(1).

62) See Treas. Reg. § 1.482-1(c)(2)(i).

63) 1994年最終規則の序文は、次のようにも述べている。59 F.R. 34971, 34982.

「1993年暫定規則と異なり、独立価格比準法は、関連取引と非関連取引との間の小さな相違以上のものがあるか、あるいは小さな相違の調整がなされ得ない場合に、潜在的に使用され得る。そのような場合にも同算定方法は採用され得るが、最適方法原則の目的における信頼性は低くなるであろう。」

64) *Id.* at 34985.

65) *Id.* at 34987.

情報に基づいて一つの算定方法が選択されるべきことを要求することによって、これらの批判に対応するための一つの試みである。」⁶⁶⁾

極端な見方をすれば、各算定方法の相対的な信頼性に基づく最適方法原則が、逆説的に、各算定方法の非信頼性をカモフラージュしているということもできる。即ち、ヒエラルキーの下では、内国歳入庁が利益比準法を適用したという事実は、関連取引と類似する、若しくは、関連取引と同種又は類似の機能を有する、比較可能な非関連取引が内国歳入庁に利用可能でなかったことを黙示的に意味する。しかし、最適方法原則の下では、同じ事実が、利益分割法が最も信頼できる方法であることを意味するに過ぎず、利用可能な全ての算定方法の中で、比較可能性やデータの利用可能性の相対的な強さについてのそれ以上の情報は何ら提供されない。加えて、内国歳入庁が、利益比準法が使用の上で効率的で便利であるからという単純な理由で利益比準法を選択したと言及することは殆んどないであろうと容易に想像される。したがって、納税者は、他の如何なる算定方法も最も信頼できる算定方法ではないという理由を確認することができないであろうし、それゆえ内国歳入庁は他の算定方法が利益比準法よりも信頼的でないと結論付けた理由を説明するのに時間を費やす必要はない⁶⁷⁾。

利益比準法の導入は、同算定方法が頻繁かつ注意深い考慮なしに用いられるかも知れないという危惧から、米国の産業界のみならず外国からも批判を招いた⁶⁸⁾。再び極端な見方をすれば、最適方法原則は、1994年最終規則の序文で述べられたように、他の算定方法よりも、より信頼性が低いと考えられていたにもかかわらず、利益比準法が広範に用いられようとしていることへの批判に対する覆いを提供するのが目的であったかも知れないことが推測され得る。も

66) Charles W. Bee, Jr., *Best Method Rule*, in Handbook, *supra* note 41, at 9-14.

67) OECD ガイドラインは、「特定の算定方法が状況に適していないことを証明する必要もない」とする。See OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.2.

68) Levey & Wrappe は、利益比準法の幅広い受容は、「この算定方法の使用についての『一般的な容易さ』と『費用節減の可能性』によるところが大きい」〔強調は筆者〕とする。Levey & Wrappe, *supra* note 41, at 90.

し利益比準法が、比較可能性に関して信頼性が劣るにもかかわらず、伝統的な算定方法とは異なるタイプの長所を真に有しているとするれば、単に最適方法原則を採用するよりも、算定方法に関するより直截的かつ透明な優先順位が確立されるべきであったのである。

Ⅲ. 相補的アプローチに関する提案

1 定式配分は独立企業原則の代替たり得るか

定式配分は、米国内の多数の州によって、企業グループ内の単一又は複数の法人に対して適用されているもので⁶⁹⁾、法人の各法域における総資産、給与又は売上高の比率等のある客観的な要因を含んだ定式を用いて企業活動の割合を基礎として所得を各法域に帰属させる⁷⁰⁾。

米国におけるもっとも熱心な唱道者の一人である Reuven Avi-Yonah は、「間違いなく、最も共通的に取り上げられた独立企業原則の代替であって、最も盛んに議論が行われたのは、米国内で所得を割り当てる際に州によって用い

69) 定式配分を支持する議論として、see generally Avi-Yonah, *supra* note 14; Langbein, *supra* note 54; Brauner, *supra* note 7; and Kimberly A. Clausing & Reuven S. Avi-Yonah, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*, THE HAMILTON PROJECT (Discussion Paper 2007-2008), The Brookings Institution (2007), available at http://www.brookings.edu/papers/2007/06corporatetaxes_clausing.aspx; Thomas C. Pearson, *Proposed International Legal Reforms for Reducing Transfer Pricing Manipulation of Intellectual Property*, 40 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 541 (2008); Reuven S. Avi-Yonah, *et al.*, *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, 9 FLA. TAX REV. 497 (2009). 反対の見解として、See William J. Wilkins & Kenneth W. Gideon, *Memorandum to Congress: You Wouldn't Like Worldwide Formula Apportionment*, 65 TAX NOTES 1259 (1994). 独立企業原則を定式配分に置き換えることに伴う租税回避についての議論として、see Julie Roin, *Can the Income Tax Be Saved? The Promise and Pitfalls of Adopting Worldwide Formulary Apportionment*, 61 TAX L. REV. 169 (2008).

70) U.S. General Accounting Office (GAO), *International Taxation: Problems Persist in Determining Tax Effects of Intercompany Prices* (1992) at 68.

られ、1962年に下院で推奨された方法である」と述べている⁷¹⁾。独立企業原則の代替として定式配分を支持する議論の大部分は、独立企業原則が、統合企業の移転価格問題（いわゆる「連続価格問題（continuum price problem）」⁷²⁾も、また、「30年以上にわたる、不確実性、恣意性及び訴訟」⁷³⁾という実務的な問題も解決できないという理論的な前提に基づいている。

同じく定式配分を提唱するLangbeinは、次のように述べている。

「もし分数的方法（fractional methods）〔筆者注：純所得の合計を、例えば、資産、売上高、給与又は固定した割合などの、ある要因の割合で除すことによって、企業の一施設の所得を決定する方法〕が用いられるべきであるならば、現在の連邦法及び実務の下で行われているように、ケース・バイ・ケースでその分数が決定されることを許容するよりも、法律によって定義された要因とウェイト付けの定式を用いる方が望ましい。』⁷⁴⁾

これに対し、定式配分の主要な問題の一つは、Avi-Yonah自身が指摘するように、「各国が自国の利益に合うように定式を用いる可能性があるため」⁷⁵⁾、コンセンサスが存在しないことである。これが定式配分の越え難い問題であり、それゆえ、そのようなアプローチが独立企業原則の代替になることは余りありそうでないように思われる。これに対して、後述するとおり、ケース・バイ・ケースでの決定ないし調整は不可能なことではない。

2 移転価格算定方法に関する相補的アプローチ

(1) 移転価格算定方法の長所・短所

理論的にも実務的にも欠点のない移転価格算定方法は存在するのであろう

71) Avi-Yonah, *supra* note 14, at 153.

72) そのような議論について、*see id.* at 147-50.

73) *Id.* at 159.

74) Langbein, *supra* note 54, at 673.

75) Avi-Yonah, *supra* note 14, at 154.

か。むしろ、Ⅱ.2で述べたとおり、全ての算定方法には多かれ少なかれ長所と短所があると言うべきであろう。

第1に、独立価格基準法は、厳密に言えば、最も信頼できる独立企業間結果を提供する。しかし、この算定方法を適用する上での比較対象取引の欠如は、実務においては顕著な事実である。同様に、再販売価格基準法及び原価基準法は、通常は、それに次いで最も信頼できる算定方法である一方、それを適用する上での比較対象取引は、独立価格基準法の場合ほど稀ではないにせよ、依然として相当限定される。とりわけ、原価基準法のための比較対象取引は、最終製品以外の製品（即ち、中間製品）に適用される場合には、それを見出すことは難しい。にもかかわらず、比較対象取引に基づき取引単位ベースで適用される伝統的取引法の全ては、比較可能性と「価格構造分析」の点において優位性をもつ。

第2に、利益基準法は、その実質において、非厳密な比較対象取引に基づいた、全体利益ベース（企業単位ベース）による、ミクロ経済学的なアプローチであるが、比較可能性及び価格構造分析の点では伝統的取引法にはるかに劣っている⁷⁶⁾。にもかかわらず、利益基準法は、外部比較対象取引の利用可能性の点で優れており、独立企業間レンジとの併用はその欠点を軽減し有用性を高めるものである。伝統的取引法の一つを適用する場合に複数以上の同等に比較可能な取引が利用可能である場合には、その比較対象取引の単純平均をもって独立企業間結果として用いることが許される。これとは対照的に、例えば5以上の比較対象取引が存在すれば、関連取引との間の比較可能性が十分でないことを示していると思われる。したがって、独立企業間レンジの使用と四分位の

76) 加えて、OECD ガイドライン, *supra* note 28, at para. 2.71 は、次のように述べている。

「営業利益は、産業において作用する次のような影響を直接的に受ける可能性がある。即ち、新規参入企業の脅威、競争上の位置、経営効率、個別の戦略、代替品の脅威、費用構造の変化（例えば、工場や機械の経過年数などに反映されるような）、資本コストの相違（即ち、自己資本調達と借入）及び事業経験の程度（即ち、事業が開業段階か成熟段階か）である。各要因は逆に多くの他の要素から影響を受け得る。」

分散を許容することは、比較可能性の基準の緩和を意味する可能性があるため、利益比準法のみに限定されるべきであり、伝統的取引法には適用すべきではない⁷⁷⁾。同様に、利益比準法は、将来の独立企業間結果に不確実性があるAPA事案にもより適したものである⁷⁸⁾。要するに、利益比準法は、関連当事者間取引の「収益性分析」という点での優位性を有すると言うことが可能である。

最後に、利益分割法は、ルーティン及びノンルーティンの機能並びに無形資産の貢献が分析される残余利益分割法を含め、本質的に、利益の「貢献度分析」を専門的に取り扱う。利益分割法の最大の強みが、包括性、柔軟性及び調整の

77) 対照的に、「最終規則においては、全ての算定方法の下で、いわゆる『非厳密な』比較対象取引が使用され得る」とされている点に留意すべきである。59 F.R. 34971, 34975.

78) 白書は、独立企業間価格算定方法以外にも、独立企業原則の執行を容易にするための方策を勧告するとともに、財務省及び内国歳入庁に検討を要請した。導入された方策は、納税者のコンプライアンスを高めるための「アメとムチ」の役割を果たすことが企図されていた。

そうした方策の一つがAPAである。日本が1987年に事前確認方式（ユニラテラルAPAと同様のもの）を導入したが、その下で、納税者は将来年度において利用する独立企業間価格算定方法の確認を日本の税務当局に申請した。See Masahiro Max Yoshimura, *Comment: The "Tax War" Between the United States and Japan under Internal Revenue Code § 482: Is There a Solution?* 12 WIS. INT'L L. J. 401, 432-33 (1994). 内国歳入庁は、事前確認方式を改善し、バイラテラルAPAを含むAPA制度を1991年に導入した。バイラテラルAPAにおいては、納税者と国外関連当事者双方がそれぞれの法域の税務当局と合意を締結することが可能であり、爾来世界中に普及した。See Rev. Proc. 91-22, 1991-1 C.B. 526. APAは、将来における予測できない所得の配分を決定するために用いられるため、独立企業間結果が単一の計数（例えば、営業利益率5%など）に収束することを期待することが非現実的である。むしろ、APAの目的のためには、いつくかの独立企業間結果から構成される独立企業間レンジを設定する方がより合理的で実効性がある。更に、ある年において実際の所得金額がAPAにおいて納税者と合意された所得金額を下回る場合には、納税者は修正申告書を提出することになるため、独立企業間レンジはAPAの概念と極めて適合的である。

Mogleは、APAが「正に訴訟の代替形態に他なら」ず、「APAプロセスにより、税務調査を省略し、当初から二国間に焦点を当て、取消しが困難な更正処分がなされることを回避することが基本的に可能となる。それがAPAの最大の利点であると思う。」と述べている。また、彼は納税者に有益な情報としてAPAのディスクロージャーの必要性を指摘している。Moses, *supra* note 45, at 55-56.

利用可能性であることは明らかである。かつて裁判所が寄与度利益分割法に大きく依存したことは、こうした強みの結果であると考えられる⁷⁹⁾。柔軟性の例として、利益分割法及び貢献度分析が3以上の関連当事者が関係する複雑な取引に特に有益である点が指摘できる⁸⁰⁾。例えば、移転価格の分野において最も難しいものの一つである金融グローバル・トレーディングは、多くの当事者との取引に関係することがしばしばである。そのような場合には、利益分割法が利益に影響を与える数多くの要因を測定するために利用可能であり、そのため多くの異なる観点からの調整が可能となる（それゆえ、利益分割法は訴訟にも適している）。他方、利益分割法は予測可能性の点では欠点を有する。何故なら、それが事後的（*ex post*）アプローチになる可能性があり、内部データにもっぱら（寄与度利益分割法の場合）又は主として（残余利益分割法の場合）依存し、それゆえ、上述したとおり分割割合の結果が変動を示す可能性があるためである。

（2）相補的アプローチの適用

以上の検討を踏まえれば、価格構造、収益性及び貢献度分析は、ある種のヒエラルキーの下であれ、最適方法原則の下であれ、特定の単一の算定方法を明

79) 同様の理由から、482条以外の分野においても利益分割法が用いられる。Hammer & Feinschreiber は、内国歳入法におけるいくつかの種類の利益分割法（「定式アプローチ」と称される）として、863条(b)・(e)、DISC (domestic international sales corporation)、その後身である FSC (foreign sales corporation)、936条法人、及びグローバル・トレーディングを挙げている。Richard M. Hammer & Robert Feinschreiber, *Profit Split Methodologies*, in Handbook, *supra* note 43, at 47-2.彼らはまた、「内国歳入庁は、ライセンサーとライセンシー間でのロイヤルティ支払前の純利益の配分として、経験則（rule of thumb）により 25 対 75 を要求するというポジションをしばしばとっている。内国歳入庁は Ciba-Geigy 事案で最初にその点を取り上げた。」と指摘している。Id. at 47-13 (emphasis and footnote deleted).

80) See, e.g., *United Steel v. Commissioner*, T.C. Memo. 1977-140, 1977 Tax Ct. Memo LEXIS 300, *rev'd*, 617 F.2d 942 (2d Cir. 1980). 三者取引に係るこのケースは、もし寄与度利益分割法が全ての関連当事者に適用されていたとすれば、合理的に解決されたかも知れない。

らかにして優先順位を付されるべきではなく、むしろこれら三種の分析は、各分析が相互に補って機能するように同時に実施すべきものである^{81, 82)}。換言すれば、そのような相補的アプローチ (mutually complementary approach) は、検証ないし健全性チェックとして機能するものであるかも知れない。即ち、特定の事実と状況により最も適当な単一の分析 (算定方法) を明らかにすることが可能であり、そのため他の分析 (算定方法) を行う必要がないとしても、異なる視点からの結果を考慮に入れる——他の結果は主に検証ないし健全性チェックとして機能する——ことは有益であると考えられる。

検証ないし健全性チェックとしての利用に加えて、相補的アプローチを用いて実際の独立企業間結果を計算することは可能であろうか。この点については、独立企業間結果の計算が特定の方法に限定されるべきでなく、それゆえいかなる潜在的方法もそれが合理的である限り許容され得るとすべきであろう。したがって、単純算術平均、各分析 (算定方法) の強みに応じた加重算術平均、あるいは所与の事実と状況の下での適当な他の方法といった計算方法も容認できる。また、収益性分析において独立企業間レンジが用いられる場合には、独立企業間レンジの中位値か、線形代数等の高等数学の利用も可能であろう。価格、収益性及び貢献度間の相関関係を考慮に入れた数理モデルも考えられるかも知れない。更には、このような文脈において、かつて裁判所が “broad brush” (腰だめ) アプローチを用いたことが重要な意義を持つ。同アプローチは、移転価格算定方法の下での特定の計算に基づくものではなく、移転価格算定方法の種類が限られているために、裁判所に示された事実の下で裁判所の自由判断に基づいて行われたものである⁸³⁾。したがって、このアプローチは、相補的アプローチの下で独立企業間結果の計算に用い得る。

81) 「特定されない方法」はこれら三種の分析のいずれか一つに分類されよう。

82) このアプローチは各種の「ハイブリッド算定方法」とは異なるものである。同方法は、1990年代後半に日米の権限ある当局間の交渉で用いられた、利益分割法と利益比準法を組み合わせたものである。ハイブリッド算定方法に関する議論については、See Durst & Culbertson, *supra* note 25, at 80.

相補的アプローチの下では、納税者、税務当局及び裁判所を含む利害関係者（国内及び国外）のそれぞれが独立企業間結果について異なる見解を持ち得るため、①国内の納税者と税務当局間の税務調査時の交渉、②国内及び外国税務当局間の相互協議の交渉、又は、③裁判所における訴訟といった多くの段階において調整が必要となる。これらの段階における調整を通じて、単一の独立企業間価格が利害関係者間で決定されることになる。特定かつ単一の算定方法を明らかにすることを要求する、ヒエラルキー又は最適方法原則の下では、算定方法の選択の抵触がいずれの段階でも最大の争点の一つとなり、それゆえ調整に当たっての主要な障害となり得る。とりわけ、選択された移転価格算定方法の相違は、一般に国内納税者に対して調整される所得金額に最大の影響を与えるからである。一方、相補的アプローチの下では、これは争点にならず、各段階における主要な対立点は、国内納税者への配分所得額の多寡に収束され得る。それゆえ、このアプローチは利害関係者が調整に達することを容易にすることができるのである⁸⁴⁾。

83) *E.I. DuPont de Nemours & Co. v. United States*, 608 F.2d 445 (Ct. Cl. 1979) at 455, *affg.*, 1978 U.S. Ct. Cl. LEXIS 694 (1978)において、裁判所は、「有形資産の企業間価格についての三つの特定の計算方法を一旦離れて、現実的な企業間価格を決定する者は、正確性の高い経済学的な芸術は殆んど実行していない。この非厳密的な分野には“broad brush”アプローチが必要であり、このアプローチが本裁判所の経験…とも適合すると考えられる。」と判示した。他の例として、*see, Eli Lilly & Co. v. Commissioner* 84 T.C. 996 (1985), *partly denied*, 856 F.2d 855 (7th Cir. Ct., 1988); *G.D. Searle & Co. v. Commissioner*, 88 T.C. 252 (1987); and *Bausch & Lomb Inc. v. Commissioner*, 92 T.C. 525 (1989)。

84) 費用分担契約（IV.1.(2)(iii)参照）の文脈では、相補的アプローチを基盤貢献取引支払（PCT payments）の評価に適用することも可能かもしれない。独立取引比準法、独立役務価格比準法（CUSP method）、買収価格基準法（acquisition price method）及び株式時価総額基準法（market capitalization method）（後二者の方法は基盤貢献取引被支払者（PCT Payee）の業務活動に対してなされる実質的に全てのノンルーティン貢献が基盤貢献取引でカバーされる場合にのみ適用される。*See Temp. Reg. § 1.482-7T(g)(5)(i) & (6)(i).*）の全てが、価格構造分析に関係する。他方、利益比準法に加えて収益基準法（income method）は収益性分析に関連し、残余利益分割法は貢献度分析と整合的である。

(3) 相補的アプローチと OECD ガイドラインとの関係

相補的アプローチについては、OECD ガイドラインとの関係も考慮に入れる必要がある。注目すべきは、OECD が2010年に改訂され、算定方法のヒエラルキーを、最適方法原則と同様のルールである、次の「最適方法 (the most appropriate method)」アプローチに置き換えたことである。

「〔移転価格算定方法の〕選択プロセスは、次の点を考慮に入れるべきである。即ち、OECD が承認する各算定方法の長所と短所、関連取引の性質の観点から考慮され、特に機能分析を通じて決定された算定方法の適切性、選択された算定方法及び/又は他の算定方法を適用するのに必要な信頼できる（特に非関連の比較対象取引に関する）情報の利用可能性、並びに、関連取引と非関連取引の間の重要な相違を除去するために必要となり得る比較可能性調整の信頼性を含めた、両取引間の比較可能性の程度である。」⁸⁵⁾

加えて、OECD ガイドラインは、明確に次のように述べている。

「独立企業原則は、一定の取引に2以上の算定方法を適用することは要求せず、……実際に、そのようなアプローチへの過度の信頼は、納税者に重大な負担をもたらすであろう。それゆえ、〔OECD ガイドラインは〕税務調査官にも納税者にも2以上の算定方法の下での分析を行うことを要求しない。」⁸⁶⁾

確かに、上述した相補的アプローチは、三つの分析を同時に行うことを要求することにより、税務調査官と納税者の双方の負担を大きく増加させる可能性がある。しかし、このハードルは乗り越えられない程大きなものであると考えるべきではない。何故なら、価格構造、収益性及び貢献度分析そのものは、通常の経営管理においても一般的であり、その全てがOECD ガイドラインに定

85) OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.2.

86) *Id.* at para. 2.11.

められた比較可能性、機能及び貢献度分析に典型的に基づいているからである。

更に、相補的アプローチは、あり得べき対立点を緩和することを主として企図しており、そのため三つの分析が完了した後に用いられる“broad brush”アプローチ（前述したとおり）すら許容し得るものである。したがって、各利害関係者が価格構造、収益性及び貢献度について粗い分析を概ね終えた段階に到達した後（即ち、価格構造、収益性及び貢献度分析からそれぞれの結果を計算する前）に、利害関係者が独立企業間結果に関して妥協に達するための交渉を開始することも可能である。こうした柔軟な選択肢は、それが適当である限りにおいて認められるべきである。代替的に、納税者の負担をいくらか軽減するため、相補的アプローチによってカバーされるべき取引の金額や種類に制限を設けることも可能であろう。

なお、現行規則については、最適方法原則の廃止に加えて、利用可能な利益分割法の一つとして寄与度利益分割法が特定されるように改訂すべきである。特定の方法として寄与度利益分割法を採用することについては、とりわけ、財務省規則 § 1.6662-6(d)(2)及び(3)が、純調整ペナルティの適用上、482条関連純調整の下で特定の方法が適用される場合と特定されない方法が適用される場合とで差異を設けていることや、貢献度分析という形態での寄与度利益分割法を認める OECD ガイドラインが、現在では最適方法ルールを採用していることを考慮すれば、それが必要であることは明らかである。

IV. 改善のための追加的提言

1 事後的アプローチの使用

(1) 所得相応性基準に関連する改革及び現行制度に関する重要な側面

所得相応性基準は無形資産の譲渡を通じて失われた所得を回復するための強力な手段として立案された。米国議会は所得相応性基準の導入の趣旨について、「国外関連企業に対し資本に対する貢献として〔無形資産を〕譲渡した場合には、譲渡者は、その収益性（productivity）を条件とする、支払ないし財産譲

渡を規定する合意に基づいて受け取るべきであった金額を、国内源泉所得として毎年認識することが求められる」⁸⁷⁾と説明した。同時に、議会は、所得相応性基準が無形資産の事後的な評価、即ち、後知恵——これらは独立企業原則がルールとして厳しく禁じている——を用いざるを得ないため、同基準が独立企業原則に違反する可能性があることを懸念した。白書はそうした議会の懸念に応え、規則に定める場合を除き、納税者による事前的な収益の計画が事後的な収益によって覆され代替され得るという調整メカニズムを導入することとした。定期的調整ルールの下では、無形資産が1年超の期間の契約の下で譲渡される場合に、各年における対価は、それが当該無形資産に帰すべき所得と相応するように調整されなければならないが、これにはいくつかの例外がある。即ち、①無形資産が譲渡された年度に当該無形資産に対する独立企業間対価が支払われたか、若しくは、譲受者が当該無形資産の使用の対価としてロイヤルティを支払うこと、②関連当事者が無形資産の使用から実際に稼得した収益の合計が、予測可能であった見込収益の80%未満でも120%超でもないこと、③実質的な定期的対価が最初に支払われる年度から開始する5年間に於いて適用除外要件が満たされること（5年ルール）である⁸⁸⁾。

所得相応性基準が独立企業原則に後知恵の使用を導入したものであることは明らかである。にもかかわらず、白書は、同基準が独立企業原則と整合しないというあり得る批判に対して、①独立企業原則は「所得配分のために関連当事者の利益を参照することを排除しているのではなく、実際には、比較対象取引に依存するという伝統的なアプローチを補うものとして、そのようなアプローチも包含している」⁸⁹⁾、②「非関連当事者は、譲渡された無形資産の収益性の変化に適合するために何らかのメカニズムを一般的に提供していることや、一般的に、実際収益の結果は期待収益の結果の利用可能な最良の指標であること

87) 1986 U.S.C.C.A.N. 4075, 4725.

88) Treas. Reg. § 1.482-4(f)(2)(ii).

89) White Paper, *supra* note 8, at 92.

から」⁹⁰⁾、定期的調整もまた独立企業原則と整合的であると説明した。

白書と一連の改正規則は、「後知恵」に言及することなく、所得相応性基準及び定期的調整と独立企業原則との整合性を正当化した。しかし、そうした努力にもかかわらず、この点については強い批判がある⁹¹⁾。例えば、Robert Clarkは、「所得相応性基準に対する白書の評価の最も問題のある点は、無形資産に帰すべき所得の配分が——過去の課税年度において独立企業原則に則っていると思われるロイヤルティを見直し置き換えることにより——「遡及的」であってもよいとする見解をとっていることである。」〔強調は筆者〕⁹²⁾とする。

また、Yariv Braunerは、次のように論じている。

「〔所得相応性基準〕は、勿論、独立企業原則からの重大な乖離であるとともに、我が国の所得課税制度の基礎にある「実現原則の通常の適用からの不自然な乖離」である。それは、市場の価格決定よりもむしろ（実際の）所得に基づく移転価格の決定を要求し、移転価格税制においては容認できないものと公式に断じられた「後知恵」を容認するものである。」〔強調は筆者〕⁹³⁾

もし仮に、定期的調整が、予測将来収益と実際収益との間の格差を参照することによってではなく、単純に実際収益を参照することによって、過去に譲渡された無形資産から生じる所得を調整するために考案されたものであったとすれば、そのような調整は、所得調整のために完全な事後的アプローチ、即ち後知恵を使用するものと解釈されたであろうか。答えは明らかに然りである⁹⁴⁾。

90) *Id.* at 108.

91) Avi-Yonahは、下院でさえも「『所得相応性基準』が」独立企業原則と「両立すると見せかけることはしなかった」と指摘する。Avi-Yonah, *supra* note 14, at 131.

92) Robert G. Clark, *Transfer Pricing, Section 482, and International Tax Conflict: Getting Harmonized Income Allocation Measures from Multinational Cacophony*, 42 AM. U. L. REV. 1155, 1183 (1993).

93) Brauner, *supra* note 7, at 100-01. See also, Andy Yood, *API Attacks White Paper for Misguided Policy, Recordkeeping Requirements, and New Penalties*, 89 TNI 11-58 (1989).

それゆえ財務省及び内国歳入庁は、そのような潜在的に望ましくない解釈を考慮に入れて、「予見可能な見積りによる利益及び費用軽減」を参照することによって、同基準が独立企業原則と整合的になるように考案したのである。

しかしながら、現行のメカニズムの下においても、予測収益がその期待値を下回ったことが実際収益から明らかになる限り、この文脈における予測収益は依然として調整に従わなければならない。もし、無形資産の使用の結果としての高い収益性を意図的にではなく予測できなかった納税者に対して、遡及的に定期的調整を行う権限を内国歳入庁が有していることに鑑みれば、そのようなケースで後知恵が使用されていないと言うことは殆んどできないであろう。したがって、内国歳入庁の定期的調整制度の下では、関連当事者の潜在的収益予測は独立企業原則とは既に殆んど無関係であって、予測将来収益は単純に実際収益に置き換えられるべきである。

(2) 事後的アプローチに関する新しい提案

(i) 事後的アプローチの明示的な使用

所得相応性基準その他の事後的アプローチと、利益比準法等の比較対象取引をベースとする算定方法を含む事前のアプローチとの違いはどこに存するのであろうか。若干経済学的なフレーバーをもって表現される、「事前の (*ex ante*)」か「事後的 (*ex post*)」かという問題は、独立企業原則の文脈においてしばしば混乱を招きがちである。しかしながら、ここでの問題は、事前のアプローチとは何か、そのアプローチが独立企業原則とどのように関係するのか、そして特定の算定方法やアプローチが事後的アプローチになるのかどうかである。

先ず、独立企業原則の文脈での事前のアプローチは、二つの状況を前提としている。一つは比較可能なデータに基づく算定方法が適用される場合であり、もう一つは独立企業間収益を決定するために実際収益に代えて予測収益が用い

94) See, OECD Guidelines, *supra* note 30, Annex to Chapter VI (Examples to Illustrate the Guidance on Intangible Property and Highly Uncertain Valuation), Ex.1.

られる場合である。

前者については、利益比準法のような市場ベースの算定方法は必ず事前的アプローチになり、寄与度利益分割法のような非市場ベースの算定方法は事後的アプローチに分類されると考えられている可能性がある^{95、96)}。これは、非関連当事者と同種又は類似の状況下で取引が行われた時点において関連当事者が稼得したであろう収益が、関連当事者の「期待」収益に近いためにそう考えられているのかも知れない。しかし、独立企業原則は関連当事者を非関連当事者とタックス・パリティに置くものであるから、関連当事者がどれ程の収益を期待したかは重要ではなく、問題は、非関連当事者が実際にどれだけの収益を稼得したかである。

後者の状況については、予測収益が移転価格目的のための真の所得であるとみなされる場合には、調整は全く不要となるのであって、これこそが所得相応性基準が導入される基因となった問題である。それゆえ、定期的調整は、独立企業間対価へのアプローチについて、いかなる調整も許容されない「全くの事前的アプローチ」から「部分的に事前的で、部分的に事後的であるアプローチ」への転換を図ったものである——実際収益を決定するために当初の予測からの乖離が生じ得る限りにおいて——⁹⁷⁾。

95) 利益分割法の下においても、取引時点におけるある種の予測分割割合を用いることにより、事前的アプローチを採用することは可能である。OECD ガイドラインは、「独立企業が合意したであろう『予測』収益若しくは実際収益のいずれか適当なものに基づいて利益の分割を見積もるための多くのアプローチが存在する」〔強調は筆者〕と述べている。*Id.* at para. 2.118. また、同ガイドラインは、「もし関連取引の移転価格を設定するために取引単位利益分割法が用いられる場合（事前的アプローチ）には、その合意の存続期間と、取引に先だって合意されるべき基準若しくは配分キーを期待するのが合理的であろう」とする。*Id.* at para. 2.117.

96) もしそうでなく、この問題が単純に内部データが外部データほど信頼的かどうかの問題であれば、上記II.2.(2)(ii)の議論を参照されたい。

97) 白書は、「比較対象取引がない場合には、実際収益の結果は、一般的に、独立当事者が取引開始時に考慮に入れたであろう期待収益の結果の利用可能な最良の指標である。」とする。White Paper, *supra* note 8, at 95.

一方、現行制度が依拠する伝統的な移転価格理論は、比較可能なデータ及び納税者の予測収益に基づく算定方法を事前のアプローチとして許容し、実際収益に基づく算定方法を事後的アプローチとして回避するが、これはそもそも会計ルールないし課税ルールと整合的であると言えるであろうか。この点について、会計ルールないし課税ルールとして一般に認められているのは、むしろ事後的アプローチであるように思われる。例えば、過年度の財務報告書における誤りを訂正する過年度調整は、会計原則上、義務的である⁹⁸⁾。移転価格の文脈においては、そのような過年度調整が採用されない限り、納税者の誤りによって米国外へ移転した所得が戻されることは決してなく、会計ルールにおいて、遡及的に調整される取扱いとは異なっている⁹⁹⁾。

同様に、内国歳入法306条において、課税回避可能性 (bailout potential) のある株主への優先株式配当 (305条(a)の下で非課税の配当) は、「306条適用株式」というレッテルが貼られ、その後に306条適用株式の売却その他の譲渡 (株式償還を除く) が行われる場合に、実現した所得の金額は配當時 (売却その他の譲渡時ではなく) の価額について通常所得として課税される (即ち、キャピタル・ゲインでなく配当として課税)。このように、課税及び会計双方のルールにおいては事後的アプローチが現在採用されていると言えよう。

これとは対照的に、後知恵の使用が完全に事後的なアプローチであると定義されると仮定すれば、利益分割法は、国際課税のコミュニティにおいて一般に禁じられている「後知恵」に基づくアプローチに該当すると考えられるかも知れない。しかし、利益分割法が後知恵に基づくという理由で禁じられているという証拠はない¹⁰⁰⁾。移転価格と恒久的施設事案の双方において広く用いられ

98) BARRY J. EPSTEIN *et al.*, GAAP 2010 100-01 (John Wiley & Sons, Inc. 2009). 更に、偶発損失については、「もしも将来の出来事が、当初発生した最小限の損失が不十分であることを示すとすれば、追加的損失は、この事実が知られる年度において発生させるべきである。この発生は見積の変更であって、過年度調整ではない。」とされる。Id. at 733.

99) 当該調整は米国会計ルールにおいては遡及的に適用されなければならないが、他の国では将来における調整が可能な場合もある。

てきた利益分割法が、多くの国において共通的に認識されている課税ルールであることは明らかである。

このように、所得課税は、事前的还是事後のアプローチかの区別如何にかかわりなく、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¹⁰¹⁾。

更に、事前のアプローチと事後のアプローチは次のように定義し直す必要があるかも知れない。即ち、事前のアプローチの下では、納税者は課税申告書の提出時点より前に生ずるデータに基づく課税に従う一方、事後のアプローチの下では、納税者は課税申告書の提出時点以降に生ずるデータに基づく課税に従うものとする。この定義に従えば、比較可能な企業に基づく算定方法や利益分割法は一般的に事前のアプローチになるが、所得相応性基準は、依然、事後のアプローチ、即ち後知恵と同等のものに分類される。

事後のアプローチを、実際収益を参照する課税ルールとする伝統的な定義であれ、納税者の納税申告書提出時点後に生ずるデータを参照する課税ルールとする新しい定義であれ、所得相応性基準は事後のアプローチに属するであろう。しかし、事前のアプローチか事後のアプローチかの区別如何にかかわらず、所得相応性基準は、実際収益ベースのルールが一般的な会計ルールであると同時に

100) OECD ガイドラインは、「取引単位利益分割法の適用は、納税者が合理的に予測できなかったという状況に焦点を当てることによって、納税者にペナルティ又は報償を与えることになり得る。同様の状況における独立企業は予測に依存し得ただけであって、実際の収益の結果を知り得なかったのであるから、そのような適用は独立企業原則に反するであろう。」としている。OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.128.

101) Brauner は、予測に依存して行われる、無形資産の評価のためのインカム・アプローチの使用の欠点を強調している。それは、「インカム・アプローチは、通常、幾重にもなる予測——収益とその代用、使用可能期間、割引（利子）率——を含んでおり、したがって『幾重にもなる不確実性』が合成されている。それゆえ、それは『本質的に主観的』であり、見積りの正確性に非常に敏感である（即ち、潜在的に『非常に不正確』で幾分『変わりやすい（capricious）』）」〔強調は筆者〕点にあるとする。Brauner, *supra* note 7, at 119 (emphasis added).

に多くの課税ルールであるという点において、正当化が可能である。実のところ、現行の定期的調整制度及びそれに対する議論が次の前提に基づいていることの方がより大きな問題であると思われる。即ち、取引時点において知られている事実と状況の下での関連当事者の予測収益が、関連当事者と同種又は類似の状況下で非関連当事者によって実際に稼得される収益を近似するという点である。

いずれの定義の下でも、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¹⁰²⁾。更に、予測収益が実際収益を近似することが決してないとするれば、現行の定期的調整制度は予測収益を実際収益に置き換えるように改訂されるべきであり、したがって、無形資産に帰すべき所得は、実際収益のみにより、かつ、それ故、更正期間制限の範囲内で（即ち、5年ルールは不要となる）遡及的に調整されるべきである。

ところで、多くの批判を受けている、定期的調整の適用における現行の不公平も再考されるべきである。例えば、2008年費用分担契約暫定規則（後述）に対する強い批判の一つは、基盤貢献取引支払（platform contribution transaction (PCT) payments:後述）への定期的調整の適用における不公平に焦点が当てられる。Keith Reams *et al*は次のように主張する。

102) 独国は、近時、ある種の所得相応性基準を導入する第2の国となったが、導入の目的は、「事業再編 (business restructuring)」のケースで生じているドイツの課税ベースの減少に対抗することにあった。事業再編においては、無形資産のみならずリスク及び機能——関連事業者間の所得配分を決定する基礎となる——が他国へ移転されることとなる。See Heinz-Klaus Kroppen *et al.*, *Germany's Draft Law on Business Restructurings*, 15 TAX MGMT. TRANS. PRICING REP. 841 (2007). 事業再編に係る移転価格問題については、See, OECD Guidelines, *supra* note 30, Chapter IX; and OECD, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment* (Sept. 19, 2008).

「インベスター・モデルは、外部貢献に係る基盤貢献取引が、貢献時の事前ベースで、その時点において参加者に利用可能な全ての関連情報に基づいて決定されることを要求する。独立企業間取引は、情報を有する当事者の事前の期待に基づいて常に決定されるという規則案における仮定にもかかわらず、規則案は、現行ルールと整合的に、内国歳入庁が、ある状況においては、全ての外部貢献を事後ベースで再評価すること、及び、所得相応性基準を用いて基盤貢献取引支払に対して定期的調整を行うことを許容している。」¹⁰³⁾

情報の非対称性の問題が存在するという内国歳入庁の主張は理解可能で説得的ではあるが、内国歳入庁が所得相応性基準に関する従前のポジションを再検討し¹⁰⁴⁾、納税者の便宜のためにも事後的アプローチの適用を始める時期が来ている。

(ii) 事後的アプローチの更なる活用

納税者が取引そのものの時点で取引の収益性を合理的に予測できない場合には、事後的アプローチは常に独立企業間価格を決定するための効果的かつ説得的な方法となる。したがって、事後的アプローチは、無形資産取引に使用されるべきであるのみならず、予測できない収益性の存する取引全てにおいても採用されるべきである——そうした取引の追跡が必ずしも容易ではないとしても。

事後的アプローチを適用できる潜在的候補の一つは、負担していると申し立てられているリスクが真正かどうかの検証である。リスク配分は、関連当事者間取引において所得操作の目的で利用され得る。1994年最終規則は、リスク配分が取引の経済的実質と整合的である限りにおいて、納税者の契約条項で特

103) Keith Reams *et al.*, *Proposed U.S. Cost-Sharing Regulations: Are They a Realistic Alternative*, 40 TAX NOTES INT'L 269 (2005) at 279.費用分担契約に係る規則案については、See 70 F.R. 51116 (2005).

104) See IRS, *Taxpayer Use of Section 482 and the Commensurate with Income Standard*, IRS Memorandum AM-2007-007 (March 23, 2007).

定され、若しくは含意されているリスク配分を一般的には尊重するという立場をとった上で、経済的実質を検討する際には、次の事実を調査するとする¹⁰⁵⁾。即ち、関連納税者がリスク負担の結果として生ずることが予期される損失に資金を出す財政的能力を有しているかどうか、関連取引の他方当事者が最終的に当該損失の結果、損害を被るかどうか、また、各関連納税者が、所得金額や実現損失に直接影響する業務活動に対して経営上又は運営上の制御権をどれだけ広範に行使するかである¹⁰⁶⁾。

表面的には、リスクは契約によって容易に移転可能であるため、契約条項と経済的実質との整合性のチェックは非常に重要である。しかし、これは、潜在的リスクが損失として実現しリスクを負う当事者が実際にこれを負担するまでは、必ずしも容易な仕事ではなく、それゆえ、事後的アプローチはこの分析を容易にするであろう。こうしたケースにおいては、利益分割法又は定期的調整の使用は、更正の期間制限ないし他の適当な期間制限の下で、事後的アプローチの適用上有益な手段となり得る。

事後的アプローチの適用のもう一つの潜在的候補は、将来年度の取引から生ずる収益に貢献し続けるであろう高付加価値役務のケースである。高付加価値役務が重要な収益を生む可能性を有している場合には、当該役務から生じ又は生じるべき収益は、移転価格目的における当該役務の価値を左右する。事後的アプローチは、同様に適当な期間制限の下で、そのような高付加価値役務によって生じた収益の検証を容易にするであろう。

(iii) 事後的アプローチの費用分担契約への拡張

2008年費用分担契約暫定規則¹⁰⁷⁾は、費用分担契約への参加によって、低税率の法域の子会社に「重要な (crown jewel)」無形資産を譲渡したと仮装する納税者の試みへの懸念から生ずる様々なループホールを塞ぐのが目的であっ

105) See Treas. Reg. § 1.482-1(d)(3)(iii)(B).

106) *Ibid.*

107) 74 F.R. 340, T.D. 9441 (2009).

た¹⁰⁸⁾。新規則はまた、「費用分担がセーフ・ハーバーであるという誤解を明示的に払拭する」¹⁰⁹⁾。新規則は、以前から存在する無形資産のみならず、経験のある研究開発チームを含む、資源、能力及び権利をもカバーする基盤貢献取引支払（従前のバイ・イン支払）に焦点をあて、インベスター・モデル及び「現実的代替」の概念をベースとした収益基準法等の新しい移転価格算定方法を設け、所得相応性基準を基盤貢献取引支払にまで拡張した。財務省及び内国歳入庁がこのようにして2005年に最初に提案された議論の多いルールを首尾よく通したことは注目に値する。基盤貢献取引支払を算定するためのこれらの新しい概念や算定方法は、移転価格の歴史において画期的であると同時に、所得相応性基準、利益基準法及びレンジの概念にとっても重要であると考えられる。

基盤貢献取引支払に関しては、費用分担契約規則は既に一部において事後的アプローチを採用している。即ち、基盤貢献取引支払を行った関連当事者の収益割合実績値（actually experienced return ratio）——即ち、収益全体の現在価値を投資の現在価値で除したもの——が、特定のレンジ（通常は、0.667以上1.5以下）から外れる場合には、基盤貢献取引支払に対する定期的調整が行われ得る¹¹⁰⁾。他方、納税者の期待便益割合（reasonably anticipated benefits share）を算定するための計画（projections）が実際の調整後便益割合（adjusted benefit share）と乖離する場合には、調整後便益割合と計画便益割合（projected benefit share）の差が20%以下である場合を除き、無形資産開発費用の再配分がなされるであろう¹¹¹⁾。

108) See 2002 WTD 111-33 (U.S. Treasury Official's Testimony at W&M Hearing on Corporate Inversions). Martin A. Sullivan は、*Economic Analysis: Proposed IRS Rules Would Close Cost-Sharing Loophole*, 2005 TNT 172-4 (2005) において、「規則案が産業界、議会及びホワイトハウスの厳しい審査を乗り切ることができれば、財務省にとって数百億ドルの新しい税収が期待できる」とする。

109) 70 F.R. 51116, 51128 (2005).

110) Temp. Reg. § 1.482-7T(i)(6)(i) through (iii).

111) Temp. Reg. § 1.482-7T(i)(2)(ii).

しかし、費用分担契約の文脈においては、基盤貢献取引支払と同様に、無形資産開発費用も、実際収益を参照して遡及的に調整されるべきである——もっとも、調整を行うか否かの一定の閾値（上述の基盤貢献取引支払と同様な）は必要かも知れないが。

2 ペナルティ

(1) 事後的アプローチとペナルティの免除

しかし、以上の議論にもかかわらず、長年にわたり後知恵の使用が禁止されている事実を単純に無視することはできない。OECD ガイドラインはその使用に対して繰り返し警鐘を鳴らしている。例えば、次のような記述がある。

- ・取引がされた年度に続く年度から得られたデータは移転価格の分析にも関連するかも知れないが、税務当局は後知恵の使用を避けるよう注意を払わなければならない¹¹²⁾。
- ・取引単位利益分割法の適用は、納税者が合理的に予測できなかったという状況に焦点を当てることによって、納税者にペナルティ又は報償を与えることになり得る。同様の状況における独立企業は予測に依存し得ただけであり、実際の収益の結果を知り得なかったのであるから、そのような適用は独立企業原則に反するであろう¹¹³⁾。
- ・取引単位利益分割法の適用は、後知恵の使用を避けるため、取引が開始された時点において関連企業に知られた、若しくは合理的に予測可能な情報に基づいて行われるよう、注意が払われる必要があるであろう¹¹⁴⁾。

米国連邦裁判所も後知恵の使用を禁じているように思われる。例えば、

112) OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 3.74.

113) *Id.* at para. 2.128.

114) *Id.* at para. 2.130.

Bausch & Lomb 事案において、租税裁判所は、「独立企業間の性質を有する合意は、合意時点において存在する事実のみを参照して決定される」と判示した¹¹⁵⁾。

独立企業原則ないし多くの一般的な課税ルールの下で課税所得を正確に決定するためには、事後的アプローチの使用が不可欠であるとしても、取引時点において知られていない将来の事実を予測しなかったことで納税者にペナルティを与える場合には、そのような取扱いが過酷な結果をもたらす可能性がある。この問題に対する最良の解決策は、そのようなケースにおいて如何なるペナルティも科さないことによって、意図せざる、若しくは不可避の誤りを罰しないことである。

白書は、これとは対照的に、所得相応性基準からの実質的な乖離を抑止するために適当な方法としての、取引に特化したペナルティ、並びに、文書化に関連したペナルティにも強い関心を示した¹¹⁶⁾。そのため、1990年から1993年にかけての法令改正の後、情報申告義務及び文書化規則のためのペナルティと併せて、実質的及び過大評価誤謬に対する正確性関連ペナルティが科されることとなった¹¹⁷⁾。

現行制度の下においても、過少納税に対する正確性関連ペナルティ（実質的及び過大評価誤謬に対するものだけでなく、所得税の実質的過少申告に対する

115) *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner*, *supra* note 83, at 601.

116) *See White Paper*, *supra* note 8, at 26. 当時は、「租税の実質的過少申告について6661条により科されるペナルティが適用され得る一方、これまで内国歳入庁は482条調整を行うのに関連してペナルティを科すことは極めてまれであった。」とされる。*Id.* at 25.

117) 現在、価格又は価値が正当額より200%以上（50%以下）である場合（取引ベース）、並びに、純調整額が5百万ドルと総受取額の10%のいずれか少ない方を超える場合（純調整額ベース）には、実質的評価誤謬ペナルティ（substantial valuation misstatement penalty; 20%ペナルティ）が科される。価格又は価値が正当額より400%以上（25%以下）である場合（取引ベース）、並びに、純調整額が20百万ドルと総受取額の20%のいずれか少ない方を超える場合（純調整額ベース）には、過大評価誤謬ペナルティ（gross valuation misstatement penalty; 40%ペナルティ）が科される。I.R.C. § 6662 (e) and (h). *See also IRS*, *supra* note 8, at 2 - 4. *See generally* Levey & Wrappe, *supra* note 41, at 211 - 23.

ものを含む。)の一部は、特定の要件を満たす場合には免除され得るものの¹¹⁸⁾、意図せざる、若しくは不可避の誤りの場合には、取引時点において知られていた事実と状況の下で納税者の実績が合理的であったことの証明といった適切な手続の下で、いかなる正確性関連ペナルティも免除されるようにすることが必要であろう。

(2) ペナルティ免除の更なる活用

上記の提案は、ペナルティ免除の使用を拡張する可能性にもつながる。482条の目的で所得を決定する際に、より一般的に正確性関連ペナルティを免除する選択肢を採用することが可能であるかも知れない。

米国と名目的な税率より多い税率の米国以外の国との間で関連当事者間取引を行う納税者が、両国において総計ベースで総所得金額の全額を申告しかつ実際に納税した場合——とりわけ税率が同じであった場合（例えば、米国と日本など）——において、企業間取引に関連する所得部分が誤って日本源泉所得であるとして申告され、それゆえ、内国歳入庁が当該所得を米国納税者に配分したものの、移転価格課税から生じる二重課税が相互協議を通じて解決され得る場合には、そのようなケースでの納税者に正確性関連ペナルティを科すのは余りに酷ではないかと思われる。移転価格税制の性質を考慮すれば、そのようなペナルティは納税者コンプライアンスに逆効果となり得る。むしろ、一定のケースにおいて納税者のペナルティを免除することは、長い目で見れば、移転価格規則への納税者コンプライアンスの向上に貢献し得る。

もとより、移転価格の算定誤りのケースにおいてさえ、ペナルティを免除す

118) 例えば、純調整額ベースの実質的及び過大評価誤謬ペナルティの適用における閾値を満たすかどうかの判断に際して、文書化要件等が満たされる場合には、それに係る純調整額は除外される。I. R. C. § 6662(e) and (h). それゆえ、ペナルティの適用件数は年間10ないし30件程度であった。See Molly Moses, *Penalties: Transfer Pricing Penalties Approved So Far in 2006 Outnumber Those from Prior Years*, 15 TAX MGMT. TRANS. PRICING REP. 204 (2006).

ることは、過少納税に対する正確性関連ペナルティの目的が、両国の合算ベースではなく、納税者自身の国における過少支払いを防止することであることを踏まえれば、深い考慮なくしては行い得ない。したがって、例えば、次の要件が税務当局によって確認される場合に限り、正確性関連ペナルティを免除することが適当であるかも知れない。即ち、①納税者が、提出された租税申告書を通じて、問題となっている移転価格所得を、自国又は（関連当事者の）相手国のいずれかに対して、両国に支払うべき税額の全額を申告し、かつ納税したこと、②納税者によって支払われた税額の全額が、内国歳入庁が支払われるべきと信じる税額の総額の、一定の合理的な閾値の範囲内であること、③納税者が租税を回避する意図を有していたという証拠がないこと、及び④二重課税が相互協議により将来的に排除され得ることである。

一国におけるペナルティの免除は、相手国における課税所得の過少申告のインセンティブを納税者に与える可能性が高いため、国際的なコンセンサスと協力が不可欠で、かつ、そのような法制の基本的な前提となるであろう。

3 セットオフ

ミクロ経済学理論に基礎を置く利益比準法は、特定の取引でなく全体利益を基礎として収益性分析を提供するものであるため、（検証対象当事者でなく比較対象企業の）企業単位で利益比準法を適用することが望ましいと考えられる。

同様に、企業単位アプローチを考える際には、セットオフの問題も考慮されるべきである。これまでの議論では、不適切な移転価格を通じて課税ベースの他国への流出が生ずる関連取引が念頭に置かれてきた。反対に、考慮されてこなかったのは、他国からの流入を通じて、課税ベースが増加する取引である。しかし、企業単位アプローチの下では、後者（流入取引）は前者（流出取引）と併せて考慮されるべきである。

この種の「セットオフ」メカニズムは、1968年規則が制定されて以来用いられている¹¹⁹⁾。現行規則では、税務署長は、一定の要件（セットオフに関連

する事実の納税者による証明、文書化及び通知) が満たされる場合にはセットオフを考慮することとなる¹²⁰⁾。即ち、セットオフに係る現行制度の下では、セットオフの証明を行う負担は納税者に負わされており、内国歳入庁にとっては義務的なものではない。このような制度が採られている理由の一つは、外国税務当局が自国の流出取引（即ち、内国歳入庁にとっての流入取引）に係る所得を規制するであろうと、内国歳入庁が一般的に仮定しているためであると考えられる。しかし、極端な場合には、非義務的なセットオフの制度は、納税者に不公正な取扱いであるとの批判に結び付く可能性があり、それゆえ、内国歳入庁は、一定の状況においてはセットオフをせざるを得ないかも知れない。したがって、納税者の便益と内国歳入庁の行政負担とのバランスを考慮しつつセットオフのメカニズムを再検討する必要がある。

こうした観点から一定の技術的問題を取り上げる。米国親会社（USCo）が多くの外国子会社を有し、グループ全体として10種類の異なる製品（P1ないしP10）の製造販売を世界的規模で行っているとする。また、X国における外国子会社（XSub）はP1ないしP3の製品の販売を行い、他方、Y国の外国子会社（YSub）はP1、P2及びP4の販売を行っているとする。さらに、P1及びP2に係るUSCoとXSub間及びUSCoとYSub間の関連取引は流出取引である一方、P3及びP4に係るUSCoとXSub間及びUSCoとYSub間の関連取引は流入取引であるとする。このような状況の下で、内国歳入庁は、P1ないしP4についてのみ税務調査を行い、流出取引に関連して移転価格調整を行う可能性がある一方、流入取引に関して所得の調整を行うことは義務づけられていない。しかし、このような現行制度にもかかわらず、たとえUSCo自身がセットオフを申請しなくとも、内国歳入庁は、USCoのXSub及びYSubとの間（単体ベース）のP1及びP2に係る所得の調整額の決定を行う場合には、P3及びP4取引に対してもセットオフを適用すべきである。こうした取扱いにより、内国歳入庁が

119) See § 1.482-1(d)(3) in the 1968 regulations.

120) See Treas. Reg. § 1.482-1(g)(4)(i) & (ii).

（またUSCoも）、XSub及びYSubとの取引に関する限りにおいて、USCoの全体利益を確定することが可能になるであろう。

しかし、P1ないしP4に関するXSub及びYSubとの取引以外のUSCoの関連当事者間取引は進行中の調査の対象ではなく、セットオフのメカニズムから除外されるべきである——このことはUSCoの全体利益が確定され得ないことを意味するものであるが、セットオフのメカニズムの範囲から調査の対象でないそのような取引を除外することは、内国歳入庁の観点から公平かつ合理的であると考えられるためである。要するに、所得に対する調整額を決定する場合には、義務的なセットオフが、進行中の調査の対象である全ての関連当事者間取引をカバーするようにすべきである。

ところで、1993年暫定規則は、問題となっている関連納税者の一つと第三の関連納税者との間の取引から生ずるセットオフを認めた¹²¹⁾。上記のケースで言えば、USCoの米国子会社（USSub）がXSubとP1の流入取引を行っている場合に、USSubの流入取引と流出取引とのセットオフが認められることになる。しかし、1994年最終規則序文によれば、「租税条約相手国との協議において、この問題についての受入可能なコンセンサスに到達することは不可能であることが判明したため、そのようなルールは最終規則には含まれなかった」とされている¹²²⁾。コンセンサスに達しなかった理由は明らかではないが、X国の税務当局がXSubとUSSubとの間の取引を自身で調査することを望み、それゆえXSubとUSSubとの間の取引に係るセットオフに関連する相互協議を受け入れないと想像することも可能である。

義務的セットオフの利用について、二つの追加的な事項について言及しておく。第1に、要請に応じて必要な記録や情報を提供しないような非協力的な納税者にはセットオフを認めるべきではないであろう。第2に、このアプローチを実行可能かつ公平で一般的なものとするためには、非条約締結国とのコンセ

121) See. Temp. Reg. § 1.482-1T(e)(5)(i).

122) 59 Fed. Reg. 34971, 34981.

ンサスを含めた国際的なコンセンサスが必要であろう¹²³⁾。国際的なコンセンサスの必要性は、定式配分の欠点の一つでもあったが、この場合のコンセンサスが、両国の便宜となるべきセットオフのみの使用であるため、その到達はより容易であるように思われる。更に、非条約締結国とは相互協議が利用できないため、セットオフの利用について、国連のような代替的なフォーラムにおいて認識されるようにすべきである。

V. おわりに

移転価格は本来的に議論の多い問題であり、納税者、国内及び外国の税務当局、法律事務所、会計事務所及び裁判所を含め、全ての利害関係者を満足させるような独立企業間価格の問題についての一義的な答は存在しない。むしろ、各利害関係者は、異なる——しかもしばしば利己的な——答を持つ傾向がある。したがって、そのような議論を軽減することが、結局のところ、納税者の独立企業原則へのコンプライアンスに資することになり、移転価格税制のより円滑な執行を容易にする重要な鍵である。裁判所は、妥協の余地を残すアプローチが必要であったために、かつて利益分割法を適用したが、他方で、定式配分等の代替手段の推進者は、そのような議論を完全に封じ込めることに焦点を当てている——これらのアプローチは、本稿において提案したアプローチとは異なるが、このような文脈において理解が可能である。

この点を考慮すれば、利用可能な他の選択肢の中でも、移転価格算定方法は、各利害関係者に譲歩する余地が与えられ彼らが妥協案に満足できるように改訂されるべきである。相補的アプローチは妥協への扉を開くそのような手段の一つである。このアプローチは、いかなるタイプの取引、ビジネスモデルないしは税制——即ち、グローバル・ディリーング、事業再編、及び、移転価格ルールの恒久的施設への適用¹²⁴⁾などで、その全てがますます複雑化し高度化して

123) OECD ガイドラインは、意図的なセットオフにのみ言及している。See OECD Guidelines, *supra* note 30 at, paras. 3.13 - 3.17.

いる——の分析も容易にするであろう。

移転価格税制の執行を最近始めたか、始めつつある開発途上国が、普及している利益比準法を用いて比較的単純な調整を行う可能性があり、このことがより多くの国の間での移転価格課税競争の増加を招来するかも知れないことに強い関心が持たれている。価格構造、収益性及び貢献度分析に対する包括的なアプローチの採用、並びに、開発途上国を含めた国際的な移転価格コミュニティへの拡大を図ることは、そのような逆方向の流れに対して抑止的な効果をもつであろう。

最後に、本稿において提言したアプローチは、OECDガイドライン及び世界中の多くの政府が採用する移転価格税制と反対の立場をとるように見えるが、移転価格税制における多くの禁忌を緩和することは今や不可欠となっている。基本的なテーマ、即ち、ヒエラルキーや最適方法原則、企業単位アプローチの使用、事後的アプローチの使用、ペナルティ免除の使用及びセットオフについての広範な議論が期待される。米国はこれまでこれらの禁忌にチャレンジすることで便益を得てきている。本稿は、移転価格の歴史から得た教訓に基づいて、それと同じ方向に更に進むことを試みたものに過ぎない。

124) 即ち、AOA (Authorized OECD Approach) である。See, OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments (July 17, 2008). 恒久的施設に帰属する資本（それゆえ所得）の算定に当たり、銀行監督目的のために開発された自己資本規制（いわゆる BIS 規制）で採用されている複雑かつ高度な概念や技術が主に採用されている。See *supra* note 59.