

移転価格税制における所得相応性基準の適用について
—BEPS への対抗措置「移転価格税制と価値創造の一致」に係る考察—

角田伸広

第1章 序論(研究の目的)

第2章 BEPS 対抗措置としての移転価格税制と価値創造の一致

第1節 BEPS における超過利益の移転に係る問題提起

第1款 グローバル企業による超過利益

第2款 BEPS プロジェクトによる包括的な対応

第2節 移転価格税制と価値創造の一致

第1款 価値創造への貢献度分析

第2款 超過利益の価値創造に沿った配分

第3章 移転価格税制における所得相応性基準の適用

第1節 独立企業原則との整合性

第1款 無形資産取引への独立企業原則の適用

第1項 移転価格税制に係る法令上の規定

第2項 独立企業原則に係る財務省規則での規定

第3項 独立企業原則の適用における非関連者間取引との比較

第4項 無形資産取引への独立企業原則の適用

第5項 無形資産に係る超過ロイヤルティの問題

第2款 所得相応性基準の独立企業原則における整理

第3款 定期的調整による超過ロイヤルティの回収

第4款 利益比準法による検証

第2節 所得相応性基準の適用に係る問題

第1款 後知恵による課税に係る議論

第2款 評価困難な無形資産に係る定期的調整

第3款 包括的定義を前提とした無形資産の特定

第1項 無形資産に係る包括的定義

第2項 比較可能性分析

第3項 地域的特殊要因の問題

第4款 バリューチェーン分析による超過ロイヤルティの帰属

第4章 我が国での導入において検討すべき課題

第1節 所得相応性基準における適用対象の設定

第2節 比較法による超過ロイヤルティの検証

第3節 利益分割法による超過ロイヤルティの配分

第5章 結語

第1章 序論(研究の目的)

グローバル企業の濫用的租税回避等による税源浸食と利益移転[Base Erosion and Profit Shifting] (以下「BEPS」という。)への対抗措置として、世界規模で公正(fair)、現代的(modern)な国際課税システムのための取組みと租税政策についての国際的協力に係る議論が行われている¹。

BEPSは、2012年6月にメキシコ・ロスカボスで開催されたG20サミットで問題提起され²、2013年2月に経済協力開発機構[Organization for Economic Cooperation and Development](以下、「OECD」という。)が策定した「BEPSに関する現状分析報告書」において具体的な問題点が共有・認識された後³、2013年9月にロシア・サンクトペテルブルクで開催されたG20サミットで承認された「BEPS行動計画」に従い対抗措置の検討が行われたものである⁴。その結果、2015年10月にOECDが最終報告書を公表し、2015年11月にトルコ・ア

¹ 2017年7月7日及び8日にドイツ・ハンブルクで開催されたG20サミットでは、首脳宣言の「国際的な税の協力と金融の透明性」において、「我々は、世界規模で公正、現代的な国際課税システムのための取組を続け、成長志向の租税政策についての国際的協力を歓迎する。我々は、「税源浸食と利益移転(BEPS)」パッケージの実施に引き続きコミットし、全ての関連する法域に「包摂的枠組み」への参加を奨励する。」(外務省仮訳)としている。

<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000271331.pdf>

² 2012年6月18日及び19日にメキシコ・ロスカボスで開催されたG20サミットでは、首脳宣言の48において、「我々は、所得侵食と利益移転を防ぐ必要性を再確認し、この分野におけるOECDの継続中の作業に関心を持ってフォローする。」(外務省仮訳)としている。

http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/g20/loscabos2012/declaration_j.html

なお、この時点では、Base Erosionを「所得侵食」と仮訳し、現在使用されている「税源浸食」と異なった訳が付されている。

³ BEPSに関する現状分析報告書(Addressing Base Erosion and Profit Shifting.)では、グローバル企業の濫用的租税回避等による課税ベース浸食と利益移転により各国の税収が減少し、経済活動と税負担の拠点間のずれがグローバル企業の実効税率低下へ影響を与えていると分析している。また、現行の国際課税ルールが、グローバルなビジネスモデルの変化に対応できていないとして、効果的な租税回避否認を目指すとともに、移転価格ルールの改善と明確化により、政策的観点から望ましくない結果を生み出している無形資産に係る現行ルールの改善を行うべきとの提言を行っている。

<http://www.oecd.org/tax/addressing-base-erosion-and-profit-shifting-9789264192744-en.htm>

⁴ BEPS行動計画(Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.)では、以下の15項目に係る対抗措置の検討を提示している。(1)電子経済の課税上の課題への対処、(2)ハイブリッド・ミスマッチ取極めの効果の無効化、(3)外国子会社合算税制の強化、(4)利子控除制限ルール、(5)有害税制への対抗、(6)租税条約の濫用防止、(7)恒久的施設(PE)認定の人為的回避の防止、(8)移転価格税制(①無形資産)、(9)移転価格税制(②リスクと資本)、(10)移転価格税制(③他の租税回避の可能性が高い取引)、(11)BEPSの規模・経済的効果の分析方法の策定、(12)義務的開示制度、(13)移転価格税制の文書化の再検討、(14)相互協議の効果的実施、(15)多国間協定の開発。

<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

ンタルヤで開催された G20 サミットにおいて、BEPS プロジェクトの下で策定された措置のパッケージが支持されている⁵。この中で、移転価格税制に関する最終報告書としては、行動計画 8、9 及び 10 に係る「移転価格税制と価値創造の一致」及び行動計画 13 に係る「移転価格文書化及び国別報告書に係るガイダンス」が公表され、制度改正等に係る勧告が行われている⁶。

BEPS への対抗措置「移転価格税制と価値創造の一致」報告書では、無形資産取引に係る所得相応性基準の導入について勧告している。

所得相応性基準は、米国において、1986 年税制改革法により内国歳入法 482 条を改正して導入されたもので、裁判例等での議論を背景として、医薬品業等における研究開発や営業活動から創造された無形資産の価値が生み出す超過利益の国外への移転を防止するための課税ルールである⁷。所得相応性基準では、例えば、外国子会社において医薬品を製造するために使用する親会社が開発した特許等の無形資産の価値が、無形資産に係るロイヤルティを決定した時点より後になって増加した場合に、無形資産の使用による所得の超過に相応して事後的にロイヤルティの引き上げを行い、外国子会社における親会社の無形資産から創出される超過ロイヤルティを回収できるとするものである。米国では、アイルランドやプエルトリコ等の軽課税国・地域に所在する外国子会社へ無形資産を譲渡又は実施権許諾する事例において、無形資産の譲渡価格やロイヤルティを低く設定し、後になって外国子会社の所得を増加させて、超過利益を軽

⁵ 2015 年 11 月 15 日及び 16 日にトルコ・アンタルヤで開催された G20 サミットでは、首脳コミュニケの 15 において、「世界規模で公正な、かつ、現代的な国際課税システムを達成するため、我々は、野心的な G20/OECD 税源浸食・利益移転 (BEPS) プロジェクトの下で策定された措置のパッケージを支持する。」(外務省仮訳)としている。

http://www.mofa.go.jp/mofaj/ecm/ec/page4_001553.html

⁶ BEPS 最終報告書では、行動計画 8、9 及び 10 について「移転価格税制と価値創造の一致(Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation)」、行動計画 13 について「移転価格文書化及び国別報告書に係るガイダンス(Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country by Country Reporting)」と題する最終報告書が公表され、他の行動計画については、各行動計画の標題と同一の名称の最終報告書が公表されている。

<http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>

BEPS 行動計画における議論については、田中琢二、青山慶二「BEPS 行動計画について」租税研究 796 号(日本租税研究協会)2016 年 2 月、田中琢二「BEPS 報告書とその背景・概要・展望」及び財務省主税局参事官室「BEPS プロジェクトの概要」月刊国際税務 Vol.36No.2(国際税務研究会)2016 年 2 月を参照。

⁷ 1986 年税制改革法では、内国歳入法 482 条に無形資産の譲渡又は実施権許諾に関わる所得は無形財産に帰属する所得と相応しなければならないとする第二文を追加しており、本条項は、所得相応性基準又はスーパー(超過)ロイヤルティ条項と呼ばれている。

課税国・地域へ留保する租税回避が行われており、所得相応性基準は租税回避への対抗措置として導入されている。

所得相応性基準の適用では、一定の除外要件に該当しない限り、無形資産の譲渡等に係る対価の額につき、無形資産に帰属すべき所得の金額に相応するものとするため、無形資産に係るロイヤルティについて定期的調整を求めることとなっている。

定期的調整の適用においては、外国子会社に係る比較対象企業の営業利益の水準を参照して独立企業間利益率を算定する利益比準法での検証により、外国子会社の利益水準を設定し、それを上回る超過利益を外国子会社でなく親会社へ帰属させることにより、無形資産価値の事後的上昇による超過ロイヤルティとして親会社へ回収させる課税を行ってきている。

また、BEPS における無形資産取引に係る議論では、無形資産の射程を広げ、医薬品業等における研究開発や営業活動から創造された無形資産の価値だけでなく、事業再編等による新しいビジネスモデルの構築から創造された価値についても、超過利益を生み出す無形資産として支配することができ、使用によって対価が生じるものとして移転価格税制の対象として包括的に取り込むこととしている⁸。

BEPS 最終報告書での包括的な定義を前提に所得相応性基準を適用し、超過利益を生む無形資産の価値が事後的に増加したという事実認定を行い、外国子会社等における親会社の無形資産から創出される超過ロイヤルティについて広範に親会社が回収する課税を行うこととすると、関連者間取引における有形資産や金融資産に基づかない所得に係る国際間の配分を事後的に幅広く修正できる可能性をもたらし、国際的な課税関係の安定性及び予測可能性を損ねる可能性があるものと考えられている。

⁸ 「移転価格税制と価値創造の一致」報告書に基づき改定された OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017(以下「新 OECD 移転価格ガイドライン」という。)・パラグラフ 6.6 では、無形資産の特定をする場合に、『無形資産』という用語は、有形資産や金融資産ではなく、商業活動で使用するに当たり所有又は支配することができ、比較可能な状況での非関連者間取引においては、その使用又は移転によって対価が生じるものを指すことを意図している。」とし、個別に定義を定めるのではなく、有形資産と金融資産の補集合として、包括的に捉えようとの立場が採られており、移転価格税制の対象とする無形資産の対象範囲を広げている。なお、新 OECD 移転価格ガイドラインの日本語表記は、国税庁による仮訳を参考としている。
<https://www.nta.go.jp/sonota/kokusai/beps/pdf/8-10.pdf>

そのため、OECD では、所得相応性基準の適用において、対価性について評価困難な無形資産[Hard-to-Value Intangibles : HTVI]を定義し⁹、適用を厳格化するための議論が行われている。具体的には、所得相応性基準の適用免除規定として、無形資産の取引時点での価格設定における合理的な予測等に係る証拠の提出、価格設定が独立企業間価格であるとの税務当局による事前の確認、予測と結果の大きな乖離が取引時点で設定した対価の 20%を超える変更をもたらす効果を持たない場合、及び 5 年間で財務上の乖離が 20%を超えていない場合等を示している。適用免除規定を満たさない場合には、所得相応性基準の適用が認められ、税務当局は、事後的な結果により、事前の価格設定取決めが適正であるかを推定できることになる¹⁰。

OECD の議論では、外国子会社に対して、取引単位営業利益法を使用して利益水準を設定し、それを上回る超過ロイヤルティを親会社へ回収させる方法に加え、親子間等の関連者間取引全体に係る価値創造の連鎖を分析するバリュー・チェーン分析により、超過ロイヤルティの多国籍企業グループの各構成事業体への配分を決定することを目指している。

我が国の移転価格税制は、昭和 61 年度税制改正により導入されたものであるが、導入時の政府税制調査会答申では、導入の目的を「諸外国と共通の基盤に立って、適正な国際課税を実現するため」としており、BEPS への対抗措置と同様、諸外国と共通の基盤に立って、適正な国際課税を実現するため、移転価格税制を適用していくことが求められている¹¹。我が国の移転価格税制にお

⁹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.189。

“The term hard-to-value intangibles (HTVI) covers intangibles or rights in intangibles for which, at the time of their transfer between associated enterprises, (i) no reliable comparables exist, and (ii) at the time the transactions was entered into, the projections of future cash flows or income expected to be derived from the transferred intangible, or the assumptions used in valuing the intangible are highly uncertain, making it difficult to predict the level of ultimate success of the intangible at the time of the transfer.”

¹⁰ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.192。

“In these circumstances, the tax administration can consider ex post outcomes as presumptive evidence about the appropriateness of the ex ante pricing arrangements.”

¹¹ 昭和 60 年 12 月政府税制調査会「昭和 61 年度の税制改正に関する答申」(二 3 (3) 移転価格税制の導入)では、「近年、企業活動の国際化の進展に伴い、海外の特殊関係企業との取引の価格を操作することによる所得の移転、いわゆる移転価格の問題が国際課税の分野で重要となってきたが、現行法では、この点についての十分な対応が困難であり、これを放置することは、適正・公平な課税の見地から、問題のあるところである。また、諸外国において、既に、こうした所得の海外移転に対処するための税制が整備されていることを考えると、我が国においても、これら諸外国と共通の基盤に立って、適正な国

いても BEPS 最終報告書で勧告された所得相応性基準の導入が検討されているが¹²、BEPS 最終報告書では、無形資産取引について包括的な定義に基づく移転価格税制と価値創造の一致という勧告を行っており、わが国の無形資産取引に係る移転価格税制の適用範囲を拡大していくものと考えられている。そのため、価値創造による超過ロイヤルティの構成事業体への帰属を目指して所得相応性基準を導入する場合、適用要件を厳格化しなければ、超過利益の発生に相応して事後的に利益配分を是正する余地が広がり、移転価格税制の適用に不確実性が増してくるものと考えられる。

そこで本研究では、第一に、BEPS 対抗措置としての無形資産取引に係る移転価格税制と価値創造の一致の考え方を確認する。具体的には、BEPS における超過利益の移転に係る問題提起を踏まえ、移転価格税制と価値創造の一致における価値創造への貢献度分析及び超過利益の価値創造に沿った配分を取り上げる。

第二に、移転価格税制における所得相応性基準の適用として、米国における独立企業原則との整合性の議論を確認する。具体的には、無形資産取引への独立企業原則の適用、所得相応性基準の独立企業原則における整理、定期的調整による超過ロイヤルティの回収及び利益比準法による検証を取り上げる。その上で、所得相応性基準の適用に係る問題として、後知恵による課税に係る議論、評価困難な無形資産に係る定期的調整、包括的定義を前提とした無形資産の特定及びバリューチェーン分析による超過ロイヤルティの帰属について検討する。

第三に、我が国での導入において検討すべき課題として、所得相応性基準における適用対象の設定、比較法による超過ロイヤルティの検証及び利益分割法

際課税を実現するため、法人が海外の特殊関係企業と取引を行った場合の課税所得の計算に関する規定を整備するとともに、資料収集等、制度の円滑な運用に資するための措置を講ずることが適当である。」としている。

¹² 平成 28 年 11 月 14 日政府税制調査会「「BEPS プロジェクト」の勧告を踏まえた国際課税のあり方に関する論点整理」では、「2. 個別の制度設計に当たっての留意点」の「(3) 移転価格税制の見直し(「BEPS プロジェクト」勧告のポイント)」の「無形資産移転時の価格設定」において、「取引時点で評価が困難な無形資産については、「予測便益」と「実際の利益」とが一定以上乖離し、納税者が予測の合理性を示せない場合に、発生した「実際の利益」に関する情報を使って移転時の独立企業間価格を事後的に再計算する「所得相応性基準」を採用する。」としており、「今後、日本の「移転価格税制」見直しを検討することが必要である。」としている。

<http://www.cao.go.jp/zei-cho/shimon/28zen8kai6.pdf>

による超過ロイヤルティの配分について検討し、BEPS 対抗措置としての移転価格税制と価値創造の一致の下での所得相応性基準による超過ロイヤルティの課税について考察していくこととしたい。

第2章 BEPS 対抗措置としての移転価格税制と価値創造の一致

第1節 BEPS における超過利益の移転に係る問題提起

第1款 グローバル企業による超過利益

BEPS で提起された問題は、2013 年 2 月に公表された「BEPS に関する現状分析報告書」によれば、グローバル企業による課税ベース浸食と利益移転により各国の税収が減少し、経済活動と税負担の拠点間のずれがグローバル企業の実効税率低下へ影響を与えているが、現行の国際課税に係る各国の国内ルールは、グローバルな活動を行っている納税者よりも経済統合のレベルの低い経済環境に対応しているものであり、知的財産権のバリュードライバーとしての重要性及び ICT の持続的な発展を反映していないという問題点が指摘されている¹³。そして、これまでの OECD の取り組みでは不十分であったと評価し、課税権と経済活動を一致させることを目的として¹⁴、特に、移転価格ルールの改善と明確化により、政策的観点から望ましくない結果を生み出している無形資産に係る現行ルールの改善を行うべきとの提言がなされている¹⁵。

具体的には、グローバル企業が費用分担契約等により重要な無形資産をタックス・ヘイブン等へ移転し¹⁶、無形資産を活用して国際的事業活動を行う際

¹³ 「BEPS に関する現状分析報告書」第5章「BEPS に関連する検討項目」47 頁。

“Domestic rules for international taxation and internationally agreed standards are still grounded in an economic environment characterised by a lower degree of economic integration across borders, rather than today’s environment of global taxpayers, which is characterised by the increasing importance of intellectual property as a value-driver and by constant developments of information and communication technologies.”

¹⁴ 「BEPS に関する現状分析報告書」第5章「BEPS に関連する検討項目」51 頁。

“The main purpose of that plan would be to provide countries with instruments, domestic and international, aiming at better aligning rights to tax with real economic activity.”

¹⁵ 「BEPS に関する現状分析報告書」第5章「BEPS に関連する検討項目」52 頁。

“Improvements or clarifications to transfer pricing rules to address specific areas where the current rules produce undesirable results from a policy perspective. The current work on intangibles, which is a particular area of concern, would be included in a broader reflection on transfer pricing rules.”

¹⁶ 「BEPS に関する現状分析報告書」第5章「BEPS に関連する検討項目」別添 C「多国籍企業のタックスプランニングのストラクチャーの例」76 頁。

“Transfer of manufacturing operations together with a transfer of supporting intangibles under a cost-contribution arrangement.”

米国の租税制度は、無形資産を移転価格により海外へ移転する誘因となっており、費用分担契約を内国歳入庁が問題としても、依然として無形資産の移転に利用されていると指摘されている。

Lev, Avi M.” MIGRATION OF INTELLECTUAL PROPERTY: UNINTENDED EFFECT OF

に、関係国の租税制度や租税条約の隙間を巧妙に利用し、無形資産移転後の事業活動から生じる多額の所得について、いずれの国・地域でも課税されない、或いは課税されるとしても租税負担が著しく軽減される状況が生み出されていると指摘している。こうした BEPS による国際的二重非課税等が、重要な問題として浮上し、実質的な経済活動が実際に行われ価値が創造される国・地域で応分の納税がされていないという問題が注目されてきたものと考えられる¹⁷。

米国等のベンチャー企業からグローバル企業へ成長した企業には、極めて莫大な超過利益を得る場合があり、国際的なタックス・プランニングにより租税回避を図る事例があるが、こうした超過利益を従来の特許等に基づく無形資産に限定してしまうと、超過利益の源泉を捉えきれなくなるという懸念が各国の

TRANSFER PRICING REGS.” Tax Notes, Dec. 9, 2002, p. 1345.

“The current U.S. tax system may be motivating American companies to move intangible assets offshore. The transfer pricing regime, which is well established in both U.S. and foreign law, seeks to avoid tax arbitrage by requiring payment of “arm’s-length” prices when assets are transferred between parties under common control.”

“Cost-sharing arrangements have emerged as a weakness in the transfer pricing regime that has led, inadvertently, to the migration of intellectual property to foreign owners. Despite the Service’s suspicion of cost-sharing arrangements (and its vehement enforcement of the related administrative requirements), these arrangements continue to motivate developers to invest offshore; especially so where the investors perceive that long-term prospects for the property are relatively good, without overarching risk, and where the worldwide market for the property will be significant.”

¹⁷ 例えば、google は、軽課税国であるアイルランド子会社との費用分担契約に基づき、米国外事業向けの無形資産を米国から当該アイルランド子会社に移転し、同社が実質的事业活動を行う別のアイルランド子会社にライセンスを行うに際し導管国として機能するオランダの関連会社を介在させ（いわゆるダブル・アイリッシュ&ダッチ・サンドウィッチ取引）、米国外事業について実効税率を 2.4% にまで引き下げたとされている。

無形資産の保有者となったアイルランド子会社の管理支配は、タックス・ヘイブンであるバミューダの事務所において行われていたため、管理支配地基準を採用していたアイルランドでは、同法人は同国の法人ではないとされ、オランダ関連会社に対する無形資産のライセンスによる所得はアイルランドにおいて課税されていない。当該所得は、タックス・ヘイブンであるバミューダにおいても課税されておらず、オランダ法人を介在させることにより、ロイヤルティの支払いに際し、アイルランド法人間の支払いであれば適用されていた源泉税も免れている。さらに、米国のチェック・ザ・ボックス（check-the-box）制度の下、実質的事业活動を行っているアイルランド子会社及びオランダ法人を税務上あたかも上記の無形資産を保有するアイルランド法人（ペーパーカンパニー）の支店とみなす選択を行い、ロイヤルティの支払・受領が本支店間の資金移動のように扱われることにより、米国の外国子会社合算税制（Subpart F）の適用も逃れることに成功したとされている。こうした Google 等のグローバル企業のタックス・プランニングの実情については、2013 年 10 月 24 日政府税制調査会国際課税ディスカッショングループにおいて、太田洋弁護士の説明に基づき議論が行われている。

http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2013/_icsFiles/afieldfile/2013/10/23/25dis11kai3.pdf

税務当局にあり、BEPS への対応措置の議論において、こうした超過利益をいかに捕捉し課税していくかが中心課題になっていたものと考えられる。

第2款 BEPS プロジェクトによる包括的な対応

BEPS プロジェクトは以下の三本柱から構成されている¹⁸。

① 実質性

グローバル企業は払うべき(価値が創造される)ところで税金を支払うべきとの観点から、国際課税原則を再構築することとし、企業が調達・生産・販売・管理等の拠点をグローバルに展開し、グループ間取引を通じた租税回避のリスクが高まる中、経済活動の実態に即した課税を重視するルールを策定する¹⁹。

¹⁸ 第24回政府税制調査会(2015年10月23日)財務省説明資料「BEPS プロジェクトの最終報告について」では、「BEPS プロジェクトの三本柱」と説明している。

http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/zeicho/2015/_icsFiles/afieldfile/2015/10/22/27zen24kai3.pdf

また、2016年11月14日政府税制調査会「『BEPS プロジェクト』の勧告を踏まえた国際課税のあり方に関する論点整理」の「1. 今後の国際課税改革に当たっての基本的視点」では、「BEPS プロジェクト」の行動を内容面から分類して、

- ① 課税利益認識の場と、経済活動・価値創造の場を一致させる「実態性(substance)」
- ② 各国政府・グローバル企業の活動に関する「透明性(transparency)」
- ③ 租税紛争の効果的解決と合意事項の一貫した実施(Consistency)による「予測可能性」

の3つの柱のもとで整理されると説明している。

<http://www.cao.go.jp/zei-cho/shimon/28zen8kai6.pdf>

¹⁹ 実質性については、以下の3つの勧告を行っている。

① 電子経済の発展への対応

電子経済に伴う問題への対応について、海外からのB2C取引に対する消費課税のあり方等に関するガイドラインを策定した。

-行動1 電子経済の課税上の課題への対応

② 各国制度の国際的一貫性の確立

各国間の税制の隙間を利用したグローバル企業による租税回避を防止するため、各国が協調して国内税制の国際的調和を図った。

-行動2 ハイブリッド・ミスマッチ取極めの効果の無効化

-行動3 外国子会社合算税制の強化

-行動4 利子控除制限

-行動5 有害税制への対抗

③ 国際基準の効果の回復

伝統的な国際基準(モデル租税条約・移転価格ガイドライン)が近年のグローバル企業のビジネスモデルに対応できていないことから、「価値創造の場」において適切に課税がなされるよう、国際基準の見直しを図った。

-行動6 条約濫用の防止

-行動7 人為的なPE認定回避

-行動8-10 移転価格税制と価値創造の一致

② 透明性

各国政府・グローバル企業の活動に関する透明性向上のため、例えば、グローバル企業の活動・納税実態の把握のための各国間の情報共有等の協調枠組みの構築等を行う²⁰。

③ 予測可能性

企業の不確実性の排除を行うため、租税に係る紛争について、より効果的な紛争解決手続きを構築すると共に、BEPS プロジェクトの迅速な実施を確保する²¹。

²⁰ 透明性については、以下の勧告を行っている。

○ 透明性の向上

グローバル企業による租税回避を防止するため、国際的な協調のもと、税務当局がグローバル企業の活動やタックス・プランニングの実態を把握できるようにする制度の構築を図った。

-行動 5 ルーリング(企業と当局間の事前合意)に係る自発的情報交換

-行動 11 BEPS 関連のデータ収集・分析方法の確立

-行動 12 タックス・プランニングの義務的開示

-行動 13 多国籍企業情報の報告制度(移転価格税制に係る文書化)

²¹ 予見可能性については、以下の 2 つの勧告を行っている。

① 法的安定性の向上

BEPS 対抗措置によって予期せぬ二重課税が生じる等の不確実性を排除し、予見可能性を確保するため、租税条約に関連する紛争を解決するための相互協議手続きをより実効的なものとするを図った。

-行動 14 より効果的な紛争解決メカニズムの構築

② BEPS への迅速な対応

BEPS 行動計画を通じて策定される各種勧告の実施のためには、各国の二国間租税条約の改正が必要なものがあるが、世界で無数にある二国間租税条約の改定には膨大な時間を要することから、BEPS 対抗措置を効率的に実現するための多数国間協定を 2016 年末までに策定する。

-行動 15 多国間協定の開発

2016 年 11 月には BEPS 対抗措置の多数国間協定が策定され、2017 年 6 月 7 日パリにおいて 76 の国・地域が多数国間協定「税源浸食及び利益移転を防止するための租税条約関連措置を実施するための多数国間条約」(以下、「BEPS 防止措置実施条約」という。)に署名した。BEPS 防止措置実施条約では、①行動 2 のハイブリッド・ミスマッチ取極めの効果の無効化、②行動 6 の条約濫用の防止、③行動 7 の人為的な PE 認定回避、④行動 14 のより効果的な紛争解決メカニズムの構築を対象としており、各国のコンセンサスとなっていた条約濫用の防止や効果的な紛争解決メカニズムに係るミニマムスタンダードの遵守を求めている。そのため、1,100 を超える二国間租税条約の改定が、本多国間協定の署名により極めて短期間に実現すると期待されている。角田伸広「租税条約の濫用防止、相互協議の効果的実施など BEPS 防止措置実施条約の概要と実務への影響(上・中・下)」中央経済社「旬刊経理情報」2017 年 9 月 20 日号、10 月 1 日号及び 10 月 10 日号では、移転価格課税による二重課税を回避するための相互協議の効果的実施における問題点等を指摘している。

移転価格税制に係る最終報告書である行動計画 8・9・10 の「移転価格税制と価値創造の一致」は、上記③の国際課税原則を再構築して実質性による国際基準の効果の回復を目指すものであり、「価値創造の場」と「所得が生じる場」とが一致するよう「移転価格ガイドライン」を改定し、各国国内法を整備することを勧告したものとなっている。

特に、行動 8 の無形資産取引に係る移転価格ルールの見直しでは、「無形資産」は、その固有性により、「独立企業原則」の適用が困難であり、開発国（「価値創造の場」）から軽課税国への利益移転が行なわれていると分析している。これに対抗するため、無形資産に係る包括的な定義を導入するとともに、契約上の形式的な関係に基づき利益や税源の配分を行うのではなく、機能・リスク・資産に係る分析による実質的な関係に基づき利益や税源の配分を行うこととし²²、将来のキャッシュフローの割引現在価値を現時点の無形資産の価値とみなす「DCF(Discounted Cash Flow)法」の導入とともに、実現した利益が当初の予測した利益から大きく乖離した場合に、事後的に価格を調整できる「所得相応性基準」の導入を勧告している²³。

また、BEPS プロジェクトにおける各行動は、グローバル企業のタックスプランニングに対して、包括的(holistic)なアプローチを採るとしている。例えば、資本(資金)提供等を行うが重要な経済活動等を行わない、いわゆる Cash Box としての関連企業を軽課税国に置き、他の関連企業に資金提供を行った対価として多額の超過利益を帰属させるという BEPS の典型例に対し、BEPS プ

²² 実質性に基づく分析により収益の帰属を決定することは実務上困難が多いとされていたが、各国の税務当局としては、税源浸食と利益移転を防止していくためには実質性の観点が必要であるとの立場を採っており、各国での執行において、実質性に基づく分析を重視した事実認定による課税を今後強化していく可能性があるものと考えられている。

²³ 前掲『「BEPS プロジェクト」の勧告を踏まえた国際課税のあり方に関する論点整理』では、「2. 個別の制度設計に当たっての留意点」の「(3) 移転価格税制の見直し(「BEPS プロジェクト勧告のポイント」)において、比較対象となる取引に基づく客観的価格付けが困難という無形資産の性質、及び関連者取引における契約や取引条件の恣意的操作のしやすさ等に留意して、無形資産移転時の価格設定について、ディスカунティド・キャッシュフロー(DCF)法の活用に加え、取引時点で評価が困難な無形資産については、「予測便益」と「実際の利益」とが一定以上乖離し、納税者が予測の合理性を示せない場合に、発生した「実際の利益」に関する情報を使用して移転時の独立企業間価格を事後的に再計算する「所得相応性基準」の採用を検討するとしている。

プロジェクトでは、各行動を包括的(holistic)に組み合わせたアプローチにより対応することを表明している²⁴。

第2節 移転価格税制と価値創造の一致

BEPS におけるグローバル企業による超過利益の移転に係る問題提起を受け、BEPS プロジェクトでは、隙間のない包括的な対応が求められているが、移転価格税制と価値創造の一致についても、隙間のない包括的な対応を目指し勧告を行っている。

第1款 価値創造への貢献度分析

移転価格税制と価値創造の一致という考え方は、無形資産の譲渡と実施権許諾に係る利益を実際に価値創造に貢献した当事者に帰属させるべきとしているものであり、無形資産の法的所有権のみでは必ずしも無形資産の使用からの収

²⁴ 具体的には、軽減税の子会社を利用した BEPS 全体に対する(行動 3)外国子会社合算税制による対抗措置、融資に伴う BEPS に対する(行動 4)過大支払利子税制による対抗措置、条約の濫用による BEPS に対する(行動 6)租税条約の濫用防止による対抗措置、無形資産を利用した BEPS に対する(行動 8-10)所得相応性基準を含む移転価格税制による対抗措置、さらには、(行動 12)租税回避スキームの税務当局への報告義務と(行動 13)移転価格税制に係る文書化による各国税務当局の情報共有、(行動 14)紛争解決手続きの効果的实施と(行動 15)多数国間協定による条約改定の迅速な実施による各国税務当局の連携強化を図っている。

また、税務当局によるグローバルな連携強化も進展しており、OECD 税務長官会議 [Forum on Tax Administration](以下、「FTA」という。)が、2002 年に OECD のフォーラムとして設置されて以来、OECD 加盟国及び主要な非加盟国・地域の長官クラスが参加し、税務行政の幅広い分野にわたり各国の知見・経験の共有やベストプラクティスの比較・検討が行われている。

2017 年 9 月にはノルウェーのオスロにおいて第 11 回 FTA が開催され、48 か国の税務当局の長官が、BEPS や共通報告基準(Common Reporting Standard : CRS)による銀行情報の自動的情報交換等の国際課税のアジェンダ、近代的な税務行政の構築、税分野のキャパシティ・ビルディング等について意見交換を行っている。特に、BEPS については、行動 14 に基づく紛争解決の相互審査をサポートするとともに、多国籍企業グループと参加税務当局間の複層的な取組みを促進するための、移転価格文書における国別報告書その他の情報を用いたパイロットプログラムである国際的コンプライアンス保証プログラムをスタートさせ、より緊密に統合された国際的な税務調査の推進を図っている。また、租税回避スキームの分析や調査ノウハウの交換を行うために設置された情報共有と協働のための国際合同タスクフォース(JITSIC : Joint International Taskforce on Shared International and Collaboration)により、新たな国際的コンプライアンスリスクに対応している。

https://www.nta.go.jp/sonota/kokusai/fta/press/pdf/20170929_kariyaku.pdf

益の配分を受ける資格を有することにはならない。新 OECD 移転価格ガイドライン第 6 章「無形資産に関する特別の考慮」B 節「無形資産の所有及び無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に関する取引」では、法的所有及び契約上の取決めの決定は分析における重要な第 1 段階であるが、その決定は、独立企業原則に基づく報酬とは別の問題であり、移転価格算定上、無形資産の法的所有自体は、利益が無形資産を使用する法的又は契約上の権利の結果として最初に法的所有者のものになるとしても、無形資産の使用から多国籍企業グループが得るそのような利益を最終的に維持する権利を与えることにはならないとしている。そのため、法的所有者が最終的に維持し、又は法的所有者に帰属する利益は、法的所有者が果たす機能、使用する資産及び引き受けるリスク並びに多国籍企業グループの他のメンバーが果たす機能、使用する資産及び引き受けるリスクを通じて行う貢献によって決まることになる²⁵。

また、実質主義による収益の帰属を徹底させるため、機能・リスク分析を無形資産については更に深化させ、無形資産の開発(Development)、改良(Enhancement)、維持(Maintenance)、保護(Protection)、使用(Exploitation)に関して関連者が果たす機能(以下、「DEMPE」機能という。) ²⁶、使用する資産及び引

²⁵ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.42。

“While determining legal ownership and contractual arrangements is an important first step in the analysis, these determinations are separate and distinct from the question of remuneration under the arm’s length principle. For transfer pricing purposes, legal ownership of intangibles, by itself, does not confer any right ultimately to retain returns derived by the MNE group from exploiting the intangible, even though such returns may initially accrue to the legal owner as a result of its legal or contractual right to exploit the intangible. The return ultimately retained by or attributed to the legal owner depends upon the functions it performs, the assets it uses, and the risks it assumes, and upon the contributions made by other MNE group members through their functions performed, assets used, and risks assumed.”

²⁶ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.12。

“In a transfer pricing analysis of a matter involving intangibles, it is important to identify the relevant intangibles with specificity. The functional analysis should identify the relevant intangibles at issue, the manner in which they contribute to the creation of value in the transactions under review, the important functions performed and specific risks assumed in connection with the development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of the intangibles and the manner in which they interact with other intangibles, with tangible assets and with business operations to create value. While it may be appropriate to aggregate intangibles for the purpose of determining arm’s length conditions for the use or transfer of the intangibles in certain cases, it is not sufficient to suggest that vaguely specified or undifferentiated intangibles have an effect on arm’s length prices or other conditions. A thorough functional analysis, including an analysis of the importance of identified relevant intangibles in the MNE’s global business, should support the determination of arm’s length conditions.”

なお、Exploitation については、「活用」と訳さず、税制調査会等における財務省発表資料等での訳語に倣い、「使用」と訳している。

き受けるリスクに応じて適切な対価の受領を期待できることになる。同 B 節では、無形資産が関わる移転価格事例において、無形資産の使用から多国籍企業グループが得る利益を最終的に共有する権利について、関連企業間において、無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に関連する費用、投資及びその他の負担を最終的にどのように負担すべきであるかということが問題になる。

さらに、独立当事者間の取引における対価は、各当事者が果たす機能を通常反映することから、機能分析により、取引の当事者が引き受ける経済的に重要な活動及び責任、使用又は提供する資産並びに引き受けるリスクを特定して、当事者の実際の活動と提供する能力に焦点を当て、事業戦略やリスクに関する意思決定、多国籍企業グループ全体として価値創造、多国籍企業グループの他の関連者が果たす機能との相互依存や価値創造への関連者の貢献を理解する必要がある、各当事者の法令上の権利・義務を特定し、頻度、性質及び価値の観点から各機能の経済的重要性を分析することになる²⁷。

そのため、関連者間における無形資産に係る取引を分析し、無形資産の使用と移転に係る利益の価値創造に沿った配分を OECD 移転価格ガイドラインの第 1 章 D.1 節の商業上又は資金上の関係を特定するための指針²⁸と整合的に以下の枠組みで行うことを求めているのである。

²⁷ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.51。

“In transactions between two independent enterprises, compensation usually will reflect the functions that each enterprise performs (taking into account assets used and risks assumed). Therefore, in delineating the controlled transaction and determining comparability between controlled and uncontrolled transactions or entities, a functional analysis is necessary. This functional analysis seeks to identify the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used or contributed, and risks assumed by the parties to the transactions. The analysis focuses on what the parties actually do and the capabilities they provide. Such activities and capabilities will include decision-making, including decisions about business strategy and risks. For this purpose, it may be helpful to understand the structure and organisation of the MNE group and how they influence the context in which the MNE operates. In particular, it is important to understand how value is generated by the group as a whole, the interdependencies of the functions performed by the associated enterprises with the rest of the group, and the contribution that the associated enterprises make to that value creation. It will also be relevant to determine the legal rights and obligations of each of the parties in performing their functions. While one party may provide a large number of functions relative to that of the other party to the transaction, it is the economic significance of those functions in terms of their frequency, nature, and value to the respective parties to the transactions that is important.”

²⁸ 「第 1 章 D.1 節の商業上又は資金上の関係を特定するための指針」は、OECD ガイドライン第 1 章「独立企業原則」D 節「独立企業原則適用のためのガイダンス」パラグラフ 1.60 で示されたリスク分析の手順を指している。

なお、リスク配分に関する指針として、パラグラフ 1.98 では、リスクのコントロールを行い、かつリスクを引き受けるための財務能力を有する企業に配分されるべきであるとしている。また、複数の関連者が、リスクのコントロールを行い、かつリスクを引き受ける

- ① 個々の取引において使用される又は移転される無形資産及び当該無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に関する具体的で経済的に重要なリスクを特定する。
- ② 関連する登録、ライセンス契約、他の関連する契約及び法的所有を示すその他のものを含む法的取決めの条件並びに関連者間の契約上のリスク引受けを含む契約上の権利義務に基づく無形資産の法的所有の決定に関して特別に重点を置いた完全な契約上の取決めに特定する。
- ③ 機能分析により、無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に関する機能を果たし、資産を使用し、リスクを管理する当事者及び特に、どの当事者が外注された機能をコントロールし、具体的で経済的に重要なリスクをコントロールしているかを特定する。
- ④ 両当事者の行動と関連する契約上の取決めの条件が合致しているかの確認、及び経済的に重要なリスクを引き受けている当事者が、無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に係るリスクをコントロールしているか、またそのリスクを引き受けるための財務能力を有しているかどうかを決定する。
- ⑤ 無形資産の法的所有、関連する登録及び契約下で関連する他の契約上の関係並びにリスク分析及び配分の枠組みを踏まえ、関連する機能、資産及びリスクの貢献を含む当事者の行動を考慮に入れて、無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に関する実際の関連者間取引について描写する。
- ⑥ 可能であれば、第1章 D.2 節の指針²⁹が適用されない場合における、果たす機能、使用する資産及び引き受けるリスクの各当事者の貢献と整合的になるような取引の独立企業間価格を決定する³⁰。

ための財務能力を有していると認められる場合には、当該リスクは、最も多くのコントロールを行っている関連者又は関連企業グループに配分されるべきであるとしている。

²⁹ 「第1章 D.2 節の指針」は、OECD ガイドライン第1章「独立企業原則」D 節「独立企業原則適用のためのガイダンス」D.2 正確に描写された取引の認識・パラグラフ 1.122 において、正確に描写された当事者間の取引を移転価格算定上、否認できる状況を指している。

³⁰ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.34。

“The framework for analysing transactions involving intangibles between associated enterprises requires taking the following steps, consistent with the guidance for identifying the commercial or financial relations provided in Section D.1 of Chapter I:

- i) Identify the intangibles used or transferred in the transaction with specificity and the specific, economically significant risks associated with the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of the intangibles;
- ii) Identify the full contractual arrangements, with special emphasis on determining legal ownership of intangibles based on the terms and conditions of legal arrangements, including relevant

なお、無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に貢献する関連者は、果たす機能、引き受けるリスク及び使用する資産に対して独立企業間報酬を受け取らなければならない、独立企業間報酬を受け取っているかを評価する際は、①実行した活動の水準と性質、及び②対価の支払額と支払形態を検討するため、類似の機能を果たす比較可能な非関連者の活動の水準及び性質、受け取った対価、当該非関連者により創造されることが見込まれる無形資産の価値を参照すべきであるとしている³¹。

重要な無形資産又は無形資産に係る権利の譲渡について、独立企業間の条件を決定することについて、無形資産がユニークな特性を有することが多く、利益を生み出し、大きく異なる将来便益を作り出す可能性があることから、無形

registrations, licence agreements, other relevant contracts, and other indicia of legal ownership, and the contractual rights and obligations, including contractual assumption of risks in the relations between the associated enterprises;

iii) Identify the parties performing functions (including specifically the important functions described in paragraph 6.56), using assets, and managing risks related to developing, enhancing, maintaining, protecting, and exploiting the intangibles by means of the functional analysis, and in particular which parties control any outsourced functions, and control specific, economically significant risks;

iv) Confirm the consistency between the terms of the relevant contractual arrangements and the conduct of the parties, and determine whether the party assuming economically significant risks under step 4 (i) of paragraph 1.60, controls the risks and has the financial capacity to assume the risks relating to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of the intangibles;

v) Delineate the actual controlled transactions related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles in light of the legal ownership of the intangibles, the other relevant contractual relations under relevant registrations and contracts, and the conduct of the parties, including their relevant contributions of functions, assets and risks, taking into account the framework for analysing and allocating risk under Section D.1.2.1 of Chapter I;

vi) Where possible, determine arm's length prices for these transactions consistent with each party's contributions of functions performed, assets used, and risks assumed, unless the guidance in Section D.2 of Chapter I applies."

³¹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.75。

"A key consideration in each case is that associated enterprises that contribute to the development, enhancement, maintenance, protection, or exploitation of intangibles legally owned by another member of the group must receive arm's length compensation for the functions they perform, the risks they assume, and the assets they use. In evaluating whether associated enterprises that perform functions or assume risks related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles have been compensated on an arm's length basis, it is necessary to consider (i) the level and nature of the activity undertaken; and (ii) the amount and form of compensation paid. In assessing whether the compensation provided in the controlled transaction is consistent with the arm's length principle, reference should be made to the level and nature of activity of comparable uncontrolled entities performing similar functions, the compensation received by comparable uncontrolled entities performing similar functions, and the anticipated creation of intangible value by comparable uncontrolled entities performing similar functions."

資産の譲渡に関する比較可能性分析では、無形資産のユニークな性質を検討することが不可欠であり、市場でユニークな競合上の優位性を持つ企業に対して無形資産又は無形資産に係る権利が譲渡される場合、比較可能候補となる無形資産又は取引は、慎重に精査されるべきであるとしている³²。そして、こうした比較可能性に関する検討は、無形資産を使用することにより得られる将来便益に関する当事者の当該取引への期待につながることであり、無形資産の使用による将来便益の予測に違いがある場合には、比較可能性分析において、信頼できる差異調整が行われなければならないとしている³³。

そのため、無形資産により創出される超過利益の帰属について、無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に関する機能を果たし、資産を使用し、リスクを管理する当事者が細分化される可能性があるものと考えられる。多国籍企業グループの各当事者が機能・資産・リスクを分担している場合には、それぞれの機能・資産・リスクに応じて帰属利益が細分化されて配分することが求められ、移転価格分析はより複雑なものになる可能性がある。

³² 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.116。

“In applying the provisions of Chapters I - III to transactions involving the transfer of intangibles or rights in intangibles, it should be borne in mind that intangibles often have unique characteristics, and as a result have the potential for generating returns and creating future benefits that could differ widely. In conducting a comparability analysis with regard to a transfer of intangibles, it is therefore essential to consider the unique features of the intangibles. This is particularly important where the CUP method is considered to be the most appropriate transfer pricing method, but also has importance in applying other methods that rely on comparables. In the case of a transfer of an intangible or rights in an intangible that provides the enterprise with a unique competitive advantage in the market, purportedly comparable intangibles or transactions should be carefully scrutinised. It is critical to assess whether potential comparables in fact exhibit similar profit potential.”

³³ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.127。

“Each of the foregoing comparability considerations has a consequence with regard to the expectation of the parties to a transaction regarding the future benefits to be derived from the use of the intangibles in question. If for any reason there is a significant discrepancy between the anticipated future benefit of using one intangible as opposed to another, it is difficult to consider the intangibles as being sufficiently comparable to support a comparables-based transfer pricing analysis in the absence of reliable comparability adjustments. Specifically, it is important to consider the actual and potential profitability of products or potential products that are based on the intangible. Intangibles that provide a basis for high profit products or services are not likely to be comparable to intangibles that support products or services with only industry average profits. Any factor materially affecting the expectation of the parties to a controlled transaction of obtaining future benefits from the intangible should be taken into account in conducting the comparability analysis.”

また、価値創造への貢献について独立企業原則を適用して、対価を算定するためには、相対的な貢献の測定が必要となり、比較対象取引により独立企業間価格を算定することは困難になっていくものと考えられている³⁴。

そこで、価値創造への貢献度を測定し、それに基づく各当事者への帰属を行っていくため、利益分割法が適用されることになるが、その配分キーとしては、資産や資本(営業資産、固定資産、無形資産、使用資本)又は原価(研究開発、エンジニアリング、マーケティング等の重要分野での相対的支出又は投資)に基づく配分キーが多く用いられることになる。その他の配分キーとしては、売上高の増加分、人員数(取引の価値を生み出す上で重要な機能に従事する個人の数)、特定の従業員グループが費やした時間(当該時間と合算利益の創出との間に強い相関がある場合)、サーバー数、データストレージ数、小売拠点の床面積等も、取引の事実と状況に応じて適切であると考えられている³⁵。

ここで資産ベース又は資本ベースの配分キーについては、有形若しくは無形資産又は使用資本と関連者間取引における価値の創出との間に強い相関がある場合に使用でき、費用ベースの配分キーについては、関連する付加価値との間に強い相関関係が特定できる場合には適切であろうと考えられている³⁶。

³⁴ 価値創造への貢献を測定する場合に、相対的な貢献度の評価には、独立企業原則の適用が困難になるとの指摘もある。

Gaffney, Mike, “BASICALLY, EVERYONE ON A PROFIT SPLIT?” Tax Notes, May 4, 2015, p. 543.

“Perhaps reference to existing third-party arrangements would not yield the desired result of transfer pricing outcomes in line with value creation. The arm's-length principle alone cannot achieve this. It should be coordinated with a strong, substance-based CFC regime if looking to third-party arrangements does not result in the desired arm's-length-principle outcomes.”

³⁵ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 2.141。

“In practice, allocation keys based on assets/capital (operating assets, fixed assets, intangible assets, capital employed) or costs (relative spending and/or investment in key areas such as research and development, engineering, marketing) are often used. Other allocation keys based for instance on incremental sales, headcounts (number of individuals involved in the key functions that generate value to the transaction), time spent by a certain group of employees if there is a strong correlation between the time spent and the creation of the combined profits, number of servers, data storage, floor area of retail points, etc. may be appropriate depending on the facts and circumstances of the transactions.”

³⁶ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 2.142。

“Asset-based or capital-based allocation keys can be used where there is a strong correlation between tangible or intangible assets or capital employed and creation of value in the context of the controlled transaction. See paragraph 2.151 for a brief discussion of splitting the combined profits by reference to capital employed. In order for an allocation key to be meaningful, it should be applied consistently to all the parties to the transaction. See paragraph 2.104 for a discussion of comparability issues in relation to asset valuation in the context of the transactional net margin

そして、広告宣伝により重要なマーケティング無形資産が生じる場合には、マーケティング費用が販売者にとって適切なキーになり、研究開発費が特許等の重要な営業無形資産の開発に関連している場合には、研究開発費は製造業者にとって適切なキーになり、人的機能が合算利益の創出の主たるファクターである場合には、報酬が多く使用されることになる³⁷。

移転価格税制と価値創造の一致という考え方に基づき、無形資産の譲渡と実施権許諾に係る利益を価値創造に沿って配分することは、独立企業原則の適用をより困難にしていく可能性があり、超過利益の価値創造に沿った配分を行っていくための方法が模索されている状況にあるものと考えられる。

そのため、無形資産取引に係る独立企業原則の適用において、定式配分とならない利益分割法の適用が適切となる可能性が高くなってきているものと考えられる³⁸。

第2款 超過利益の価値創造に沿った配分

移転価格税制と価値創造の一致という考え方は、無形資産による超過利益を価値創造に沿って配分すべきとしているものであり、無形資産の価値創造に関

method, which is also valid in the context of the transactional profit split method.”

³⁷ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 2.144。

“An allocation key based on expenses may be appropriate where it is possible to identify a strong correlation between relative expenses incurred and relative value added. For example, marketing expenses may be an appropriate key for distributors-marketers if advertising generates material marketing intangibles, e.g. in consumer goods where the value of marketing intangibles is affected by advertising. Research and development expenses may be suitable for manufacturers if they relate to the development of significant trade intangibles such as patents. However, if, for instance, each party contributes different valuable intangibles, then it is not appropriate to use a cost-based allocation key unless cost is a reliable measure of the relative value of those intangibles. Remuneration is frequently used in situations where people functions are the primary factor in generating the combined profits.”

³⁸ Sullivan, Martin A. “ANALYSIS: HOW TO PREVENT THE GREAT ESCAPE OF RESIDUAL PROFITS.” Tax Notes, Oct. 7, 2013, p. 13.

“Tax authorities like the OECD argue that profit splits are compatible with the arm's-length standard, while at the same time claiming that formulary methods are totally unacceptable. But the only significant difference between the two is that under a profit split, allocations are determined on a case-by-case basis, while under the formulary method profits are allocated in proportion to the same measurable quantities in all cases.”

するグループのメンバーによる貢献を検討し、適切に報酬が支払われるべきであるとしている。そして、グループの全てのメンバーが無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に関して果たす機能、使用する資産及び引き受けるリスクに対して適切な報酬を受け取ることを求めている。そのため、機能分析により、どの企業が開発・改良・維持・保護・使用に関する機能を果たし、管理しているのか、どの企業が必要な資金及びその他の資産を提供しているのか、さらにどの企業が無形資産に関連する様々なリスクを引き受けているのかについて決定する必要があるとしており、特に、関連する取引に対する対価を決定する際には、無形資産の使用から多国籍企業グループが得た価値の創造又は利益の創出に貢献するかもしれない比較可能性の要因を検討することも、果たす機能、使用する資産及び引き受けるリスクに対する独立企業間報酬を決定する上で必要であるとしているのである³⁹。

さらに、無形資産の価値創造に対して果たす機能、使用する資産及び引き受けるリスクという形での多国籍企業グループのメンバーによる貢献の相対的な重要性は、開発・改良・維持・保護・使用における機能・資産・リスクの程度により変化する。そのため、開発・改良・維持・保護・使用における機能・資産・リスクの相対的違いがあれば、開発・改良・維持・保護・使用を行う各当事者への報酬が異なる結果になると考えられており、例えば以下の場合には、その分析がより困難になる。

- (i) 無形資産が、多国籍企業グループによって独自に開発され、当該無形資産が開発中に関連者間で移転されたとき。
- (ii) 取得又は独自開発された無形資産が、さらなる開発のプラットフォームになっている場合。

³⁹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.48。

“In identifying arm’s length prices for transactions among associated enterprises, the contributions of members of the group related to the creation of intangible value should be considered and appropriately rewarded. The arm’s length principle and the principles of Chapters I - III require that all members of the group receive appropriate compensation for any functions they perform, assets they use, and risks they assume in connection with the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles. It is therefore necessary to determine, by means of a functional analysis, which member(s) perform and exercise control over development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation functions, which member(s) provide funding and other assets, and which member(s) assume the various risks associated with the intangible. Of course, in each of these areas, this may or may not be the legal owner of the intangible. As noted in paragraph 6.133, it is also important in determining arm’s length compensation for functions performed, assets used, and risks assumed to consider comparability factors that may contribute to the creation of value or the generation of returns derived by the MNE group from the exploitation of intangibles in determining prices for relevant transactions.”

(iii) マーケティング又は製造等、別の側面が価値創造にとって特に重要な場合⁴⁰。

そのため、多国籍企業グループのグローバルなバリューチェーン分析により価値創造への貢献を分析し、超過利益を配分していくことを求めているのである。

OECD では、2014 年 12 月に「BEPS 行動計画 10：グローバル・バリューチェーンにおける利益分割法の使用に係る討議草案」公開討議用ドラフト（以下「バリューチェーン討議用ドラフト」という。）を公表し、企業の全ての領域における活動でグローバル・バリューチェーンが進み、デジタル経済の発展によりさらに統合が進むことにより、機能分析とバリューチェーンが一層重要になってくるとともに、比較対象取引が利用可能でなくなるとの問題意識が示されている⁴¹。

⁴⁰ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.49。

“The relative importance of contributions to the creation of intangible value by members of the group in the form of functions performed, assets used and risks assumed will vary depending on the circumstances. For example, assume that a fully developed and currently exploitable intangible is purchased from a third party by a member of a group and exploited through manufacturing and distribution functions performed by other group members while being actively managed and controlled by the entity purchasing the intangible. It is assumed that this intangible would require no development, may require little or no maintenance or protection, and may have limited usefulness outside the area of exploitation intended at the time of the acquisition. There would be no development risk associated with the intangible, although there are risks associated with acquiring and exploiting the intangible. The key functions performed by the purchaser are those necessary to select the most appropriate intangible on the market, to analyse its potential benefits if used by the MNE group, and the decision to take on the risk-bearing opportunity through purchasing the intangible. The key asset used is the funding required to purchase the intangible. If the purchaser has the capacity and actually performs all the key functions described, including control of the risks associated with acquiring and exploiting the intangible, it may be reasonable to conclude that, after making arm’s length payment for the manufacturing and distribution functions of other associated enterprises, the owner would be entitled to retain or have attributed to it any income or loss derived from the post-acquisition exploitation of the intangible. While the application of Chapters I - III may be fairly straightforward in such a simple fact pattern, the analysis may be more difficult in situations in which:

- i) Intangibles are self-developed by a multinational group, especially when such intangibles are transferred between associated enterprises while still under development;
- ii) Acquired or self-developed intangibles serve as a platform for further development; or
- iii) Other aspects, such as marketing or manufacturing are particularly important to value creation.

The generally applicable guidance below is particularly relevant for, and is primarily concerned with, these more difficult cases.”

⁴¹ Public Discussion Draft BEPS Action 10 Discussion Draft on The Use of Profit Splits in The Context of Global Value Chains, paragraph 5.

“BEPS Action 10 invites clarification of how transfer pricing methods, including transactional profit split methods, apply to global value chains. The OECD report, *Interconnected Economies: Benefiting from Global Value Chains*, describes a global value chain as the “full range of firms’ activities, from the conception of a product to its end use and beyond It includes activities such

そして、取引単位利益分割法の使用に係る論点として、多面的なビジネスモデル、適用の射程、ユニークで価値ある貢献、リスクの統合と共有、機能の細分化、比較対象の欠如、課税と価値創造の一致、評価困難な無形資産、事前の予測と事後の結果の処理及び損失の処理の問題が指摘されており、評価困難な無形資産については、利益分割法の適用における費用と貢献価値の関係が希薄で信頼できない場合があり注意すべきと指摘している⁴²。

また、2016年7月に公表された「BEPS 行動計画 8-10：利益分割法に係る改訂ガイダンス」公開討議用ドラフト(Public Discussion Draft BEPS Action 10 Revised Guidance on Profit Splits)(以下「利益分割法改定ガイダンス討議用ドラフト」という。)では、C.取引単位利益分割法 C.3 最適な方法 C.3.4 バリューチェーン分析において、事業活動において価値がどこで、どのように創造されたかを検討すべきであるとし、特に以下の点を挙げている。

(i) 経済的に重要な機能、資産及びリスクについて、どの当事者が機能を果たし、資産を使用し、リスクを引き受けているのか、機能、資産及びリスクは相互依存又は連携しているか。

as design, production, marketing, distribution and support to the final consumer.” The report notes that global value chains “are very heterogeneous across industries, companies, products and services.” In addition, the report on Addressing the Challenges of the Digital Economy refers to global value chains and identifies a number of specific issues generated by the key features of the digital economy that warrant attention from a tax perspective. It notes that work on the actions of the BEPS Action Plan should take these issues into account to ensure that the work can fully address BEPS in the digital economy.”

<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/discussion-draft-action-10-profit-splits-global-value-chains.pdf>

デジタル経済の発展により統合が進むビジネスモデルとして、クラウドコンピューティングを利用したビジネスは、仮想上で柔軟性があり統合されたものであることから、バリュードライバーへの貢献を個別に評価することはさらに困難になってきている。

Mazur, Orly, “TAXING THE CLOUD: TRANSFER PRICING CONSIDERATIONS.” Tax Notes, Jan. 30, 2017, p. 623.

“Moreover, the virtual, flexible, and integrated nature of the cloud environment makes it difficult to identify, isolate, and assess the economic contribution of the different value drivers involved in a cloud-based business.”

⁴² Public Discussion Draft BEPS Action 10 Discussion Draft on The Use of Profit Splits in The Context of Global Value Chains, paragraph 44.

“The interim guidance on Chapter VI suggests that transactional profit split methods may, in some cases, be applied to the valuation of partially developed intangibles. It goes on to caution that, in such cases, using transactional profit split approaches based on the cost of the contributions made by the parties may be unreliable as there may be little relationship between such costs and the value of the contributions (paragraphs 6.147- 6.148).”

(ii) ユニークな無形資産、先行者利益その他ユニークな貢献が関わり、経済状況が市場での超過利益を得る機会をどのように生み出しているのか⁴³。

そして、バリューチェーン分析では、事業活動に係る以下の情報を提供することにより、取引単位利益分割法が最適な方法であるかを決定することになるとしているのである。

- ・取引に係る重要なバリュードライバー(市場において関連者がどう際立っているかを含む)。
- ・関連者による重要なバリュードライバーへの資産、機能及びリスクによる貢献の性格（どの貢献がユニークで価値あるものであるかを含む）。
- ・どの当事者が、無形資産の開発、改良、維持、保護及び使用に関して重要な機能を果たすことにより価値を保護・保持できるのか。
- ・どの当事者が、価値創造に関係する経済的に重要なリスクを引き受けるのか、又は価値創造に関係する経済的に重要なリスクに関係する機能をコントロールしているのか。
- ・バリューチェーンにおいて当事者がどのように事業を組み合わせ、平行的な統合において機能及び資産をどのように共有しているのか⁴⁴。

⁴³ Public Discussion Draft BEPS Action 10 Revised Guidance on Profit Splits, paragraph 26.

“[New] All business operations can be expressed through a value chain and many MNE groups operate through a global value chain. This alone does not imply that the transactional profit split should be applied. If that were the case, then a profit split would apply in almost every case and risk producing results contrary to the arm's length principle. Instead, the purpose of the value chain analysis is to identify the features of the commercial or financial relations between the parties described in the paragraphs below which are indicators that the transactional profit split method may be the most appropriate method for a particular case under the guidance in paragraph 2.2. For a transactional profit split of actual profits those features include a sharing in the outcomes of the business activities and associated risks involving highly integrated operations or unique and valuable contributions by the parties.”

<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Revised-guidance-on-profit-splits-2017.pdf>

⁴⁴ Public Discussion Draft BEPS Action 10 Revised Guidance on Profit Splits, paragraph 27.

“[New] A value chain analysis might usefully provide information about the following aspects of the business activity, relevant to determining whether the transactional profit split is the most appropriate method:

- ・ The key value drivers in relation to the transaction, including how the associated enterprises differentiate themselves from others in the market;
- ・ The nature of the contributions of assets, functions, and risks by the associated enterprises to the key value drivers, including consideration of which contributions are unique and valuable;
- ・ Which parties can protect and retain value through performance of important functions relating to the development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of intangibles;
- ・ Which parties assume economically significant risks or perform control functions relating to the economically significant risks associated with value creation;

そのため、移転価格税制と価値創造の一致という考え方から無形資産による超過利益を価値創造に沿って配分していくためには、バリューチェーン分析により、無形資産の価値創造に関するグループのメンバーによる貢献を検討していくことが求められ、二国間から多国間の移転価格問題の議論が進展しているが、仮に二重課税となった場合には、解決が極めて困難になる状況も考えられる。

• How parties operate in combination in the value chain, and share functions and assets in parallel integration as described in paragraph [21].

第3章 移転価格税制における所得相応性基準の適用

第1節 独立企業原則との整合性

移転価格税制における所得相応性基準の適用においては、独立企業原則を適用して無形資産価値の事後的な上昇による超過ロイヤルティの回収が可能であるかについて争点となっており、本節では所得相応性基準の独立企業原則との整合性を確認する。

第1款 無形資産取引への独立企業原則の適用

第1項 移転価格税制に係る法令上の規定

米国の移転価格税制は、1917年の戦時歳入法 77 条及び 78 条に関する財務省規則の 41 において、投下資本又は課税所得のより適正な決定が必要な場合に、長官が関連企業の会計を連結する権限を有すると規定したことが起源とされ、関連企業間で利益を移転する事例や会計処理を不正に操作する事例に対処するために導入されている。

その後、1921年の歳入法 240 条(d)項において、利得、利益、所得、控除又は資本の正確な配分ないし割当をするために関連企業の会計を連結すると目的を明確化し、1924年の歳入法 240 条(d)項及び 1926年の歳入法 240 条(f)項へ引き継がれている。そして、1928年の歳入法 45 条において、現行法と同様、

「脱税の防止又は所得の正確な算定のため」⁴⁵関連企業間の総所得又は所得控除を「配分できる」⁴⁶権限を長官に与えている。同条では、「(法人格を有するかどうか、米国において設立されたものかどうか、連結申告をする要件を満たしているかどうか、を問わず、)同一の利害関係者によって直接又は間接に所有され又は支配されている二以上の営業又は事業のいずれに対しても、長官は、脱税を防止し、あるいはそれらの事業の所得を正確に算定するためにそれが必要であると認める場合には、それらの事業の間に総所得又は所得控除を配分し、割り当て、又は振り替えることができる。」⁴⁷と規定し、1934年歳入法に

⁴⁵ “in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income”

⁴⁶ “may distribute”

⁴⁷ “In any case of two or more trades or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Commissioner is authorized to distribute, apportion, or allocate gross income or deductions between or among such trades or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such trades or businesses.”

において適用範囲を「組織」⁴⁸へ拡大し、1943年歳入法により税額控除その他の控除の配分も認められることとなっている。

1954年歳入法からは、現行と同じ482条として、「(法人格を有するかどうか、米国において設立されたものかどうか、連結申告をする要件を満たしているかどうか、を問わず、)同一の利害関係者によって直接又は間接に所有され又は支配されている二以上の組織、営業又は事業のいずれに対しても、長官又はその代理人は、脱税を防止し、あるいはそれらの組織、営業又は事業の所得を正確に算定するためにそれが必要であると認める場合には、それらの事業の間に総所得、所得控除、税額控除その他の控除を配分し、割り当て、又は振り換えることができる。」⁴⁹と規定している。

第2項 独立企業原則に係る財務省規則での規定

独立企業原則は、1935年財務省規則における規定が起源とされ⁵⁰、「45条の目的は、関連企業の財産と事業から生ずる真の純所得を、非関連企業の基準に従って決定することによって、関連企業を非関連企業と課税上公平に扱うことにある。関連企業グループを支配している利害関係者は、各関連企業をして、その取引と会計帳簿がその財産と事業から生ずる純所得を真に反映するようにその業務を処理させる完全な力を有するものとみなされる。しかしながら、業務がそのように処理されず、そのために課税所得が過少に表現されている場合には、長官は、事業に介入し、そして、総所得・所得控除その他の課税所得に影響を及ぼす全ての項目ないし要素の配分・割り当て又は振替えを関連企業の間に行うことによって、各関連企業の真の純所得を決定することができる。すべての事業において適用されるべき基準は、ある非関連企業が他の非関連企業と独立企業間の条件で取引する場合のそれである。」⁵¹と規定している。

⁴⁸ “organizations”

⁴⁹ “In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses.”

⁵⁰ 前掲 “The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation.”による。なお、“arm’s length principle”は独立企業原則と訳し、“arm’s length standard”は独立企業基準と訳している。

⁵¹ “The purpose of section 45 is to place a controlled taxpayer on a tax parity with an uncontrolled taxpayer, by determining, according to the standard of an uncontrolled taxpayer, the true net income

その後、1968 年財務省規則 1.482-2 により、独立企業原則に基づき配分を行っていくため、独立企業間価格の算定方法を規定し、非関連者間の取引を比較対象とする「独立価格比準法」⁵²、「再販売価格基準法」⁵³及び「原価基準法」⁵⁴により、独立企業間価格又は独立企業間利益率を算定することとなり、非関連者間の比較対象取引が存在しない場合には、その他の方法による独立企業間価格の算定も認められている。

第 3 項 独立企業原則の適用における非関連者間取引との比較

独立企業原則の適用が、裁判において確立されたのは、1959 年の Hall v. Commissioner 事件⁵⁵からとされている⁵⁶。外国子会社の売上に係る販売サービ

from the property and business of a controlled taxpayer. The interests controlling a group of controlled taxpayers are assumed to have complete power to cause each controlled taxpayer so to conduct its affairs that its transactions and accounting records truly reflect the net income from the property and business of each of the controlled taxpayers. If, however, this has not been done, and the taxable net incomes are thereby understated, the statute contemplates that the Commissioner shall intervene, and, by making such distributions, apportionments, or allocations as he may deem necessary of gross income or deductions, or of any item or element affecting net income, between or among the controlled taxpayers constituting the group, shall determine the true net income of each controlled taxpayer. The standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer.”

⁵² “comparable uncontrolled price method”

⁵³ “resale price method”

⁵⁴ “cost plus method”

⁵⁵ Hall v. Commissioner, 32 T.C. 390 (1959).

本事件では、製造親会社が無形資産を保有しており、原価基準法による輸出価格設定では、無形資産による所得が製造親会社に還元されないとして、内国歳入庁が、再販売価格基準法により販売子会社の利益水準を抑え、それを超過する利益を無形資産使用料として製造親会社へ回収させる課税処分を行っている。

現行の米国財務省規則§1.482-3「有形資産の移転に係る課税所得の算定方法」(d)「原価基準法」(3)「比較可能性及び信頼性の検討」(ii)「比較可能性」(C)「関連者間取引と非関連者間取引との調整」と同様、マーク・アップに影響を与える重要な差異がある場合には、比較可能な非関連者間取引において得られる売上総利益マーク・アップに対して調整が行われるとされ、製造親会社の無形資産の保有により、マーク・アップに影響を与える重要な差異があるとして調整が求められたものと考えられる。

なお、米国財務省規則の日本語訳については、国税庁国際業務室長青山慶二監訳「米国内国歳入法第 482 条(移転価格)に関する財務省規則」日本租税研究学会 1995 年から引用又は参考にして作成した(以下、同様。)。

前掲 “The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation.”による。

⁵⁶ 移転価格税制の初期の歴史については、Treasury Department Office of International Tax Counsel Office of Tax Analysis and Internal Revenue Service Office of Assistant Commissioner (International) Office of Associate Chief Counsel (International), “A Study of Intercompany Pricing Discussion Draft,” October 18, 1988. Chapter 2. Transfer Pricing Law and Regulations before 1986, A. Early History. Page 6 以下を参照した。本報告書は「内国歳入法 482 条に関する白書」と

ス費として負担した金額を親会社の「通常かつ必要な事業経費」⁵⁷として控除した事例において、その全額を否認した内国歳入庁長官に対して、原告である納税者は「独立企業間の取引の結果により発生した債務」⁵⁸として適正なものであると主張した。租税裁判所は、内国歳入庁の提示した証拠に基づき「独立企業間の交渉」⁵⁹は行われておらず、「Hall と Spring 社の契約は独立企業間ではない」⁶⁰と認定し、内国歳入法 23 条(a)(1)(A)の控除適格支出に該当しないとして、財務省規則§29.45-1 における支配された納税者の課税対象純所得の決定の対象になると判示している。

また、1964 年の Oil Base, Inc. v. Commissioner 事件⁶¹では、非関連の外国販売会社との独立企業間取決めに基づく内国歳入庁の所得再配分について、「独立企業間の交渉基準」⁶²が正しく適用されていることを根拠として支持している。

さらに、1965 年の Johnson Bronze Company v. Commissioner 事件⁶³では、「非関連の納税者との間での独立企業間交渉の基準が全ての事例において適用され

訳されており、以下「482 条に関する白書」として引用する。

また、米国における無形資産取引に係る判例の推移は、Avi-Yonah, Reuven S., "The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation" (2007). *Law & Economics Working Papers Archive: 2003-2009*. Paper 73.

http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art73

を参考とした。

⁵⁷ “an ordinary and necessary business expense”

⁵⁸ “a liability in this amount was incurred as a result of an arm's-length transaction with an unrelated party”

⁵⁹ “the arm's length negotiations”

⁶⁰ “the contract between Hall and Spring Co, was not at arm's length”

⁶¹ Oil Base, Inc. v. Commissioner, 362 F.2d 212 (9th Cir. 1966).

本事件では、製造親会社が販売子会社へ販売手数料を支払っていたのに対し、内国歳入庁が、他の非関連の国外販売会社へ支払われる販売手数料の 2 倍であったことから、販売手数料を減額する課税処分を行っている。

なお、本判決では、独立企業原則を適用しなかったとされる 1962 年の Frank v. International Canadian Corporation 事件(Frank v. International Canadian Corporation. 308 F.2d 520 (9th Cir. 1962).)についても、「財務省規則により定立された独立企業基準が不適正であると判示しているわけではなく、支配関係にある納税者の正確な純所得を決定する唯一の基準ではないと判示しているにすぎない。」と説明している。

現行の米国財務省規則§1.482-3(c)再販売価格基準法(2)独立企業間価格の決定(ii)適用可能再販売価格では、独立企業間の再販売利益が課税上の指標になるとしている。

⁶² “the arm's-length bargaining standard”

⁶³ Johnson Bronze Company v. Commissioner, 24 T.C.M. (CCH) 1542 (1965).

本事件では、親会社である納税者が行っていたパナマ所在の販売子会社との取引において、国外販売の収益の大半が親会社でなく販売子会社に帰属していたとして、482 条に基づき内国歳入庁は販売子会社の所得の 100%を親会社へ再配分する課税処分を行っている。

判決では、販売子会社の所得の 100%を親会社へ再配分するのは合理的でないとされたもの

るべきである」⁶⁴として、独立企業原則が全ての事例に適用すべき基準になっていると判示している。

そして、1967年のEli Lilly & Company v. Commissioner 事件⁶⁵では、「公正かつ合理的または公正かつ合理的に達せられたかという基準は、独立企業間において公正かつ合理的であるかにより定義されなければならない。関連者間取引において事業上のインセンティブとして合理的または公正であるとしても、非関連の納税者間では同様に考えることにはならない。そのため、独立企業基準は、唯一の基準でないとしても、確実に最も重要な尺度である」⁶⁶として、内国歳入法 482 条の適用における独立企業原則の重要性を明確に判示している。

独立企業原則の適用に当たっては、関連者間取引について、非関連の納税者間取引と比較していくことが求められていると考えられる。

第 4 項 無形資産取引への独立企業原則の適用

無形資産取引へ独立企業原則が適用されるようになった先駆的な裁判例としては、1979 年の E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Commissioner 事件⁶⁷がある。

本事件では、米国の製薬親会社(Du Pont 社)が、スイスの販売子会社(DISA)へ医薬品を輸出した取引において、子会社の利益水準が全利益の 75%を確保でき

の、販売子会社に国外販売の収益の大半を帰属させるのは販売子会社の機能から過大であり、再配分を独立企業原則により、独立の販売会社の所得と同程度の所得配分がパナマ所在の販売子会社に配分されるべきであるとしている。

米国財務省規則§1.482-3(c)(3)比較可能性及び信頼性の検討(ii)比較可能性(A)機能的比較可能性では、果たされた機能、引き受けたリスク及び契約条件の類似性に比較可能性が依存すると規定している。

⁶⁴ “Consequently, the standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm’s length with another uncontrolled taxpayer.”

⁶⁵ Eli Lilly & Company v. Commissioner, 372 F. 2d 990 (1967).

本事件では、製薬親会社である納税者が、関連者である販売子会社への輸出取引において、「公正かつ合理的」な価格設定を行っていたと主張したのに対して、独立企業間の取引とは異なる価格設定を行っていたことから、内国歳入庁が輸出価格を増額する課税処分を行っている。

米国財務省規則§1.482-1(d)(3)(ii)契約上の条件(B)契約上の条件の識別では、経済実態から契約条件を検討する必要があると規定している。

⁶⁶ “Consequently, any measure such as “fair and reasonable” or “fair and fairly arrived at” must be defined within the framework of “reasonable” or “fair” as among unrelated taxpayers. Simply because a price might be considered “reasonable” or “fair” as a business incentive in transactions among controlled corporations, does not mean that unrelated taxpayers would so consider it. Thus, even if the arm’s-length standard is not the sole criterion, it is certainly the most significant yardstick.”

⁶⁷ E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Commissioner, 608 F.2d 445 (Ct. Cl. 1979).

るように設定されていたため、内国歳入庁は、子会社において「経済的に現実的でない利益配分になっている」⁶⁸と判断し、子会社における独立企業間利益率を算定し、子会社の利益水準の実績値が当該独立企業間利益率を超過している部分については、Du Pont 社に帰属するとして移転価格課税を行った。Du Pont 社は、子会社の利益水準の実績値を裏付ける再販売価格基準法を適用すべきであると主張したが、内国歳入庁は、再販売価格基準法による売上総利益率を使用せず、同様の機能を有する企業の営業費に対する売上総利益の割合(ベリー比)を使用して独立企業間利益率を算定した⁶⁹。その上で、子会社の利益水準の実績値がそれを超過していることから、超過した部分について Du Pont 社に帰属する利益であるとして課税処分を行ったものである。

判決では、「原告は、再販売価格基準法の適用を求め、財務省規則の要請に全て応えているとしているが、成し遂げていない。」⁷⁰として、Du Pont 社主張

⁶⁸ “divisions of profits economically unrealistic”

⁶⁹ 内国歳入庁は、利益水準指標 (Profit Level Indicators) として、鑑定人 (Expert Witnesses) として出廷した Charles H. Berry 博士の提唱したベリー比 (Berry Ratio) を採用した。ここで、ベリー比(売上総利益 / 営業費)は、

売上総利益＝営業利益＋営業費

であることから、

(営業利益＋営業費) / 営業費

と書き換えられ、

(営業利益 / 営業費)＋100%となり、後述する所得相応性基準の下で採用された営業利益を利益水準指標とする利益比準法と共通の考え方を採っている。そして、営業費の構成が類似している場合には、独立企業間価格の算定に適切な指標になるとしている。

Horst, Thomas, “The Comparable Profit Method,” 59 Tax Notes 1253(1993).

しかし、Granfield, Michael E, “An Economic Analysis of the Documentation and Financial Implications of the New Section 482 Regulations,” 7 Tax Notes International 97 (1993).は、営業費の構成が類似していなくても、より広く使用できると評価している。

再販売価格基準法及び原価基準法において採用される売上総利益は、売上(移転価格×数量)に対する割合として使用されるが、ベリー比では、営業費に対する営業利益の割合として使用され、移転価格から距離のある利益水準指標であることから、独立企業間価格の算定として認められるかが問題となっていたのである。この議論は、現在でも、無形資産取引に対する移転価格課税を行う場合に、内国歳入庁の使用する利益比準法に対して、納税者の使用する独立取引比準法を裁判所が支持する背景になっているものと考えられる。後述の T.C. Memo 2016-112. 参照。

なお、ベリー比は、測定上の重大な誤りを避けることにもつながると指摘されている。

Berry, Charles H.” ECONOMICS AND THE SECTION 482 REGULATIONS.” 43 Tax Notes 741, MAY 8, 1989.

“Nevertheless, we do want a measure of what rate of return it would take to induce a firm to make (currently) the kinds of investment necessary to provide the services in question. The Berry ratios try to get at that rate of return indirectly while avoiding some of the more serious errors of measurement in the rate of return method.”

⁷⁰ “Plaintiff, which urges that the resale price method be used, bears the burden of fulfilling all the

の再販売価格基準法の適用について、裁判所は本事件の独立企業間利益率としては採用していない。そして、「原告は、長官の算定結果が、財務省規則に規定する特定の方法のどれにも従っていないため、算定方法自体が合理的でないと争っている。しかし、本件のように3つの特定の方法が適正に適用できない場合には、財務省規則 1.482-2(e)(1)(iii)は、他の適切な方法・・・『財務省規則に規定された算定方法の他に何か適切な価格算定方法・・・又はこうした方法の変形』・・・を特に認めている。こうした代替的な『第4の方法』が本件で適用になるのであり、裁判所は、こうした極めて広い委任の下で長官の算定結果の合理性を検討する。」⁷¹としている。そして、「裁判所が再配分する金額を自ら算定することを求められる場合には、その算定は容易ではないが、482条は長官に権限を与え、裁判所は、長官の算定した総額 1800 万ドル程の金額が、合理性の範囲内であることに満足している。法の規定と裁判例は、内国歳入庁には所得の再配分に幅広い裁量があると認識している。」⁷²として、内国歳入庁が使用したベリー比や資産収益率も利益水準指標として所得の再配分に使用することができるとし、DISA に配分された超過利益について Du Pont 社へ取り戻すことを認める決定を行い、「482条の下で、長官の所得配分を検証する場合、裁判所が注目しているのは、調査官が使用する独立企業間価格算定方法の詳細ではなく、結果の合理性である」⁷³と判示している。

requirements of the regulation, but has failed to do so.”

⁷¹ “Plaintiff contends that the Commissioner's result does not conform to any of the specific methods under the regulations and is therefore unreasonable per se. But the regulations (§1.482-2(e)(1) (iii)) specifically allow for another appropriate method -- "some appropriate method of pricing other than those described * * * or variations on such methods" -- when, as here, none of the three specific methods can properly be used. That alternative “fourth method” now comes into play, and we consider the reasonableness of the Commissioner's result under its very broad delegation.”

⁷² “The amount of reallocation would not be easy for us to calculate if we were called upon to do it ourselves, but Section 482 gives that power to the Commissioner and we are content that his amount (totaling some \$ 18 million) was within the zone of reasonableness. The language of the statute and the holdings of the courts recognize that the Service has broad discretion in reallocating income.”

なお、Wheeler, James E. “An Academic Look at Transfer Pricing in a Global Economy,” Tax Notes 87, at 88(1988)では、資産価値が見込将来収益のキャッシュフローを生み出すとしており、資産収益率(Return on Assets)を使用した方法が移転価格分析に有効であるとしている。

また、Berry, Charles H, “Economics and the Section 482 Regulation,” 43 Tax Notes 741(1989)では、ベリー比は、資産収益率における測定の誤りを回避するための簡便法であると説明している。

⁷³ “In reviewing the Commissioner's allocation of income under Section 482, we focus on the reasonableness of the result, not the details of the examining agent's methodology.”

裁判所は、重要な価値のある活動として、「Du Pont 社の製品に係る技術的な改善を行い、新たな応用を進め、顧客の問題を解決する」⁷⁴ことを挙げているが、こうした活動への独立企業間の対価を算定するための比較対象取引を見つけ出すことが困難であったため、スイス子会社の独立企業間の利益水準をベリー比により算定し、その上限を超過する利益の部分について Du Pont 社に帰属する利益であるとの判断を行っているのである。

本事件では、内国歳入庁が、利益水準指標としてベリー比を採用したことについて、裁量の範囲内であるかとの争点について判決では、「(特定の算定方法が適用できない場合に)長官が有する広範な裁量権を濫用し不合理に行動したかについて、記録に基づけば、Du Pont 社は、裁判所を納得させるに至っていない。」⁷⁵としている。

これは、無形資産に係るロイヤルティについて、適切な比較対象取引を見つけ出すことができず、独立企業間価格を直接算定することが困難なことから、子会社の営業利益の水準から間接的に独立企業間のロイヤルティを導き出し、結果の合理性から採用された方法であるが、納税者の抗弁が十分でなければ内国歳入庁に第 4 の方法を採用する裁量権があることを明確に認めた判決となっている⁷⁶。

このように無形資産に係る独立企業間のロイヤルティ算定において、独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法を使用せず、代替的な第 4 の方法により判断した裁判例としては、1983 年の Hospital Corporation of America v. Commissioner 事件⁷⁷がある。

本事件においては、米国法人の HCA 社が、ケイマン諸島に設立した病院経営の契約を締結する子会社(LTD)について、子会社の機能がほとんどなかった

⁷⁴ “making technical improvements, developing new applications, and solving customer problems for Du Pont products”

⁷⁵ “Du Pont has not convinced us, on this record, that the Commissioner abused the broad discretion he possessed (the specific methods being inapplicable), or that he acted unreasonably.”

⁷⁶ 前掲 “The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation.” 13-15 頁。Dolan, D. Kevin, “Intercompany transfer Pricing for the Layman,” Tax Notes Vol. 49 (October 8, 1990), P.211-227.

独立企業原則の適用において内国歳入庁の使用した独立企業間価格の算定方法がどこまで認められるべきかについては、Voorhis, Robert A., “Service Discretion and Burden of Proof in International Tax Cases Involving Section 482”(1982), Cornell International Law Journal, Volume 15 Issue 1 Winter 1982.を参照。

<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1110&context=cilj>

⁷⁷ Hospital Corporation of America v. Commissioner, 81 T.C. 520(1983)。

にもかかわらず所得が留保されているとして、「内国歳入庁は、LTD について連邦所得税法上認識すべきでない虚偽の法人である」⁷⁸との認定を行い、子会社に留保された所得金額の 100%を HCA 社に帰属させる課税処分を行ったものである。

判決では、「LTD は事業目的で設立され、事業活動を実際に行っていることから、虚偽の法人ではなく連邦所得税法上認識されるべきである。」⁷⁹として、「LTD の 1973 年の課税所得の 75%は原告(HCA 社)に帰属した事実を結論し確認した。」⁸⁰として、利益を分割する決定を行なっている。

裁判所は、LTD が無形資産として「HCA 社の広範囲な経験」⁸¹を使用していることから、それに相当する課税所得の 25%を配分することは正当であると判示している。

同様に、第 4 の方法として利益分割法による所得配分を行った裁判例として、1988 年の *Eli Lilly & Co. v. Commissioner* 事件⁸²がある。

本事件では、プエルトリコに設立された製造子会社(Lilly P.R.)が製造した医薬品を米国親会社(Eli Lilly 社)へ輸出する取引において、Lilly P.R.が保有する無形資産である「特許及び製造ノウハウ」⁸³により生み出された利益について、当該無形資産は Eli Lilly 社が開発したものであることから、Eli Lilly 社に帰属する利益であるとして、内国歳入庁が、Lilly P.R.が保有する無形資産により生み出された利益の帰属を否認する課税処分を行ったものである。

内国歳入庁は、無形資産の移転に係る「有効な取引の『形式』は認めるが、問題となっている移転の結果生じる所得の歪みを理由としてその『実質』を問題とする」⁸⁴とし、「原告の内国歳入法 351 条の下での所得を生み出す価値ある無形資産の Lilly P.R.への移転が、財務省規則 1.482-2(d)(2)で定義される独立

⁷⁸ “Respondent’s primary position is that LTD is a “sham” corporation that should not be recognized for Federal income tax purposes.”

⁷⁹ “Since LTD was organized for a business purpose and actually carried on some business activities in 1973, we hold that LTD was not a sham corporation and that it is to be recognized for tax purposes.”

⁸⁰ “we have concluded and found as a fact that 75 percent of the taxable income of LTD in 1973 was attributable to petitioner.”

⁸¹ “the extensive experience of Hospital Corporation of America”

⁸² *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, 84 T.C. 996 (1985), 856 F. 2d 855 (7th Cir. 1988)。

⁸³ “patents and manufacturing know-how”

⁸⁴ “he acknowledges the valid “form” of the transaction but challenges the “substance” thereof because of the alleged income distortion resulting from the transfer.”

企業間の対価を受け取っていないことで、所得の歪みを生み出している」⁸⁵として、Lilly P.R.での無形資産による利益の帰属を否認した。

租税裁判所は、「原告の Lilly P.R.への資産の移転の形式と実質は、経済的実態を伴っていることを認める」⁸⁶とし、「従って、実質主義に基づき原告の Lilly P.R.への無形資産の移転を無視することにはならない」⁸⁷として、特許を含む無形資産により生み出された利益の子会社への帰属を全て否認する内国歳入庁の主張は認めなかった。しかし、「価格設定による所得配分において無形資産の所有権を無視すべきであるとの被告の議論は拒否するが、問題となっている年分について、Lilly P.R.から原告へ所得を再配分することを根拠付ける原告の所得の歪みが存在していたことについては長官に同意する」⁸⁸として、研究開発機能を有する Eli Lilly 社にも無形資産により生み出された利益を帰属させるべきであると判断した。その上で、独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法が適用できないため、利益を分割することにより Eli Lilly 社及び製造子会社の双方に利益を帰属させなければならないとして、製造原価、ロケーションセービング及び無形資産から生じる所得の 55%を製造子会社へ帰属させ、超過した利益については親会社に帰属させるべきであるとした。

控訴裁判所では、Eli Lilly 社が広範囲な研究開発を長期間行ってきたことを考慮し、特定の特許により生じる所得との関係について、利益分割法の適用においてどのように反映させていくか検討した。そして、「租税裁判所が利益分割法を適用したことが不合理であるとの Eli Lilly 社の議論には説得されたため、租税裁判所がマーケティング費用及びマーケティング無形資産により Eli Lilly 社の 1971 年及び 1972 年の収益を増加させることを確認する。」⁸⁹としている。

⁸⁵ “petitioner's transfer of valuable income-producing intangibles under section 351 to Lilly P.R., without receiving arm's-length consideration as defined under section 1.482-2(d)(2), Income Tax Regs., for such intangibles, created a distortion of income.”

⁸⁶ “We find that both the form and the substance of petitioner's transfer of assets to Lilly P.R. comported with economic reality.”

⁸⁷ “Accordingly, we will not disregard petitioner's transfer of the intangibles to Lilly P.R. on the basis of substance over form.”

⁸⁸ “Although we reject respondent's argument that the ownership of the intangibles should be disregarded in making pricing allocations, we agree with him that, during the years in issue, there was a distortion of petitioner's income warranting reallocations of income from Lilly P.R. to petitioner.”

⁸⁹ “Lilly has not persuaded us that the Tax Court's application of the profit split method was unreasonable. We therefore affirm the Tax Court's increase in Lilly's returns on marketing expenditures and on marketing intangibles for 1971 and 1972.”

Dolan, D. Kevin, op. cit. は、関連当事者の双方が重要な無形資産を有している場合には、

無形資産取引への独立企業原則の適用においては、独立企業間ロイヤルティの算定が困難となっており、E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Commissioner 事件のように、結果の合理性に基づき、再販売価格基準法における売上総利益率ではなく、営業費に対する売上総利益や資本収益率を採用して間接的に独立企業間のロイヤルティを算定して解決を図ったり、Hospital Corporation of America v. Commissioner 事件や Eli Lilly & Co. v. Commissioner 事件のように、第4の方法として利益分割法を適用して所得配分を決定したりすることにより、財務省規則で規定された独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法の適用に係る困難性を解決しようとしていたものと考えられる。

第5項 無形資産に係る超過ロイヤルティの問題

無形資産取引への独立企業原則の適用において、独立企業間ロイヤルティの算定に係る困難性に加え、無形資産を移転又は使用許諾した後に、超過利益が発生した場合に、事後的に超過ロイヤルティを算定して回収できるかが問題となった裁判例がある。

1973年の R.T.French Co. v. Commissioner 事件⁹⁰では、外国親会社の保有する特許等の無形資産に対して米国所在の子会社の支払った使用料について、特許から超過利益が得られるにもかかわらず低く設定されたままであったとして、低い部分について外国親会社への配当とみなして源泉税の対象とする課税処分を行ったものである。

租税裁判所は、「当該使用料支払いは、独立企業の当事者間で交渉され締結されていた契約に従い行われたものと認められ、それに反する長官の決定は適正ではない。」⁹¹とし、使用許諾の契約が締結された時点では独立企業間のものであったことから、事後になって超過利益が得られたとしても、契約締結時点の独立企業間の検証は有効であると判示した。そして、長官が482条の適用において広範な裁量権を有し、裁量権を濫用しなければ決定が維持されるとしている点について、「しかし、裁判所の判断においては、独立企業間で事業が行われている当事者間に存在したはずの状況で使用料支払いがなされたという原告の立場を記録から確実に支持できる。そして、(482条の適用に係る)審査

ベリー比を使用することができず利益分割法による解決も合理的であると評価している。

⁹⁰ R.T.French Co. v. Commissioner, 60 T.C.836 (1973)。

⁹¹ “We hold that those payments were made pursuant to agreements such as would have been negotiated and entered into by parties dealing at arm’s length, and that the Commissioner’s contrary determination cannot stand.”

基準が、本件において実際に長官により望ましく適用されるとすれば、裁判所は、それにもかかわらず長官の決定は否認されなければならないと考える。」⁹²とし、その後の契約変更により使用料を引き上げることまで求められないと判示した。本判決では、契約締結後、高い収益性が明らかになった場合であっても無形資産から生じる所得に相応した使用料率の改定まで求めてはいないとして、独立企業原則を適用したとしても、契約変更により使用料の引き上げまで求めていくものではないとの判断がなされている。

また、事後的に子会社の貢献を評価し、ロイヤルティを算定して、親会社への支払いを引き下げることができるかが問題となった裁判例として、1985年の *Ciba-Geigy Corp. v. Commissioner* 事件⁹³がある。

本事件では、スイス所在の親会社(*Ciba-Geigy Corp.*)が研究開発した医薬品について、米国子会社により製造販売される際の無形資産の使用料が10%を超過していたことに対して、内国歳入庁が米国での事業活動を親会社と製造子会社のジョイントベンチャーと認定し、米国市場での成功がスイス所在の親会社の無形資産の貢献だけでなく、米国子会社の貢献も評価されるべきであるとして、ロイヤルティの支払いを6%まで引下げ、その差額分を配当とみなし源泉課税を行ったものである。

裁判所は、「法廷に提出された記録を注意深く検討した結果、10%のロイヤルティが、米国におけるトリアジン系除草剤の製造販売に係る独占権に対する独立企業間の対価を構成していることを確認する。」⁹⁴として、「上記理由から結論として、原告は問題となる年分に支払ったロイヤルティを10%から6%へ被告が減額したことについて裁量権の濫用であることを証明する重い責任を果たし、被告はロイヤルティを否認したことを証明する責任を果たしていないことを確認する。しかしながら、法廷に提出された記録によれば、10%を超過するロイヤルティについては、独立企業間の対価を構成するとは認められない。」⁹⁵とし、当初契約での10%のロイヤルティを独立企業間の対価として、

⁹² “In our judgment, however, the record firmly supports the petitioner's position that its royalty payments were made in circumstances as would have existed between parties dealing at arm's length, and, assuming that the standard of review more favorable to the Commissioner is in fact applicable here, we think that his determination must nonetheless be disapproved.”

⁹³ *Ciba-Geigy Corp. v. Commissioner*, 85 T.C.172 (1985)。

⁹⁴ “After careful consideration of the record before us, we are convinced that a royalty of 10 percent constituted an arm's-length consideration for the exclusive right to manufacture and sell the triazine herbicides in the United States.”

⁹⁵ “In conclusion, for the reasons stated above, we find that petitioner has satisfied its heavy burden of proving that respondent's reduction of the royalty from 10 percent to 6 percent paid by petitioner

6%に引き下げたことを否認するとともに、Ciba-Geigy Corp.へ支払われた 10%を上回る超過ロイヤルティについても否認するとしている。

米国では、無形資産取引に係る裁判例において、独立企業原則の適用が困難となっており、財務省規則に規定される独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法が適用できない場合において、内国歳入庁長官が有する広範な裁量権により、代替的な第 4 の方法として、ベリー比や利益分割法の適用により解決が図られてきている。しかしながら、無形資産を移転又は使用許諾した後に超過利益が発生した場合に、事後的に超過ロイヤルティを算定して回収できるかについては、無形資産に係る超過ロイヤルティは認められず課題が残っていたものと考えられる。

第 2 款 所得相応性基準の独立企業原則における整理

米国における無形資産取引に係る裁判例に示されるとおり、移転価格税制の対象となる関連者間取引の重点が有形資産から無形資産へ移行していく中、収益性の高い無形資産がタックスヘイブンへ移転し、米国の税源を浸食している問題や、重要な価値ある無形資産が非関連者へ譲渡されることがないため、比較対象取引を見出すことが困難となっている問題や無形資産を移転又は使用許諾した後に超過利益が発生した場合に事後的に超過ロイヤルティが回収できるかについて課題が指摘された⁹⁶。

こうした中、1982 年には、租税公平・財政責任法(Tax Equity and Fiscal Responsibility Act : TEFRA)により内国歳入法 936 条が改正され、プエルトリコ所在の関連会社へ移転した無形資産から生み出された所得について、親会社への費用分担又は利益の折半を選択しなければ、米国株主の所得に合算する対応が図られることとなった⁹⁷。

during the years in issue constituted an abuse of discretion, and that respondent has failed to carry his burden of proving that no royalty payment is allowable. On the record before us, however, we decline to find that a royalty in excess of 10 percent would constitute an arm's-length consideration.”

⁹⁶ 米国「内国歳入法 482 条に関する白書」第 6 章 A「立法経緯」45 頁以下。

“The primary difficulty addressed by the legislation was the selective transfer of high profit intangibles to tax havens. Because these intangibles are so often unique and are typically not licensed to unrelated parties, it is difficult, if not impossible, to find comparables from which an arm's length,”

⁹⁷ Joint Committee on Taxation, “General Explanation of the Revenue Provisions of the Tax Equity and Fiscal Responsibility Act of 1982(H.R. 4961, 97th Congress; Public Law 97-248)” page 82.

そして、1984 年には、赤字削減法(Deficit Reduction Act : DEFRA)により内国歳入法 367 条(d)が改正され、外国に所在する関連会社への課税繰延による無形資産の移転について、資産の生産性、使用又は処分方法に応じて、無形資産の耐用年数を反映した売却として課税対象とする対応が図られることとなった。

その上で、1986 年の税制改革法により、内国歳入法 482 条について無形資産取引を対象にするための抜本的な改正が行われ、以下の第 2 文を加えた対応が図られることとなったのである。

「無形資産(内国歳入法 936(h)(3)(B)の意味するもの)の譲渡(又は実施権許諾)に関する場合において、当該譲渡又は実施権許諾に関わる所得は無形財産に帰属する所得と相応しなければならない⁹⁸。」

同項は、所得相応性基準又はスーパー(超過)ロイヤルティ条項と呼ばれ、無形資産の譲渡又は実施権の許諾について、対価の算定に当たり当該無形資産に帰属すべき所得に相応して超過ロイヤルティを回収しなければならないとしている⁹⁹。

“Under prior law, some taxpayers had taken the position that they could make tax-free transfers of intangible assets created or acquired in the United States (such as patents, secret processes, and trademarks) to an electing section 936 corporation, and that no allocation of income generated by those intangibles to the U.S. parent was required. The view of the Internal Revenue Service was that the Service had to make an allocation to the U.S. parent of all or a portion of the income attributable to the intangibles. This issue was before the U.S. Tax Court at the time the Act passed, and had created widespread uncertainty among taxpayers. It could take many more years before this issue is ultimately resolved by the judicial process. Because a section 936 corporation is a domestic corporation, a ruling is not required to obtain tax-free treatment on the transfer.

⁹⁸ “In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.”

⁹⁹ ここで、「無形資産(規則 936(h)(3)(B)に定める)」とあるのは、プエルトリコ属領税額控除(内国歳入法 936 条)に係る「財務省規則 936(h)無形資産所得の税務上の取り扱い(3)本小節のための無形資産所得(B)無形資産」に定める無形資産であるが、本定義は、移転価格税制(内国歳入法 482 条)に係る「財務省規則 1.482-4 無形資産の移転に関わる課税所得の決定方法(b)無形資産の定義」において改めて以下の無形資産が規定されている(邦訳は、国税庁平成 13 年 6 月 1 日「移転価格事務運営要領の制定について(事務運営指針)」別冊 移転価格税制の適用に当たっての参考事例集 53 頁での記載を参考にしている。)。

- (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) 一手販売権、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、技術データ
- (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。)

なお、プエルトリコ属領税額控除と医薬品業における無形資産の問題については、中村

「内国歳入法 482 条に関する白書」によれば、対象となる無形資産は、一般的な無形資産と収益性の高い無形資産とに分類されている¹⁰⁰。

一般的な無形資産については、実施権許諾に係る比較対象取引が存在し、比較対象取引が独立企業間取引の証拠となり得るため、独立企業間取引においても所得に相応する形で所得が分配されるとしている。そのため、比較対象取引が適正であれば、独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法のいわゆる基本三法により算定される独立企業間価格が所得相応性基準による価格と同一になるとされている¹⁰¹。

雅秀「アメリカ属領法人優遇税制と製薬産業」(立命館国際研究[立命館大学国際関係学会編]、2005 年 6 月)82-88 頁。

¹⁰⁰ 新 OECD 移転価格ガイドラインにおいても同様の考え方が採られており、無形資産の使用は多国籍企業の価値創造の原因となり得るが全ての無形資産があらゆる状況において、超過利益を創出するわけではないとしている(新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.10)。

“Depending on the industry sector and other facts specific to a particular case, exploitation of intangibles can account for either a large or small part of the MNE’s value creation. It should be emphasised that not all intangibles deserve compensation separate from the required payment for goods or services in all circumstances, and not all intangibles give rise to premium returns in all circumstances. For example, consider a situation in which an enterprise performs a service using non-unique know-how, where other comparable service providers have comparable know-how. In that case, even though know-how constitutes an intangible, it may be determined under the facts and circumstances that the know-how does not justify allocating a premium return to the enterprise, over and above normal returns earned by comparable independent providers of similar services that use comparable non-unique know-how.”

そのため、「ユニークで価値ある無形資産」として以下の特徴を指摘している(新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.17)。

- (i) 潜在的に比較可能性のある取引当事者に使用されるか利用可能である無形資産と比較可能ではなく、かつ、
- (ii) 事業活動(製造、役務提供、マーケティング、販売又は管理等)におけるその使用により、その無形資産がない場合に見込まれるよりも大きな将来的な経済的便益を生み出すと見込まれる無形資産

“In certain instances these Guidelines refer to “unique and valuable” intangibles. “Unique and valuable” intangibles are those intangibles (i) that are not comparable to intangibles used by or available to parties to potentially comparable transactions, and (ii) whose use in business operations (e.g. manufacturing, provision of services, marketing, sales or administration) is expected to yield greater future economic benefits than would be expected in the absence of the intangible.”

¹⁰¹ 米国「内国歳入法 482 条に関する白書」第 6 章 C「一般的な無形資産と収益性の高い無形資産への所得相応性基準の適用」50 頁。

“In related party transfers of normal profit intangibles, there are likely to be comparable third party licenses. Such licenses can produce evidence of arm's length dealings. The arm's length bargaining of the unrelated parties over the terms of the arrangement reflects each party's judgment about what its share of the combined income (or appropriate expense reimbursement) ought to be. Hence, each has made a judgment that the remuneration it expects to receive is commensurate with the income attributable to its exploitation of the intangible.

しかし、収益性の高い無形資産については、独立第三者への無形資産の実施権許諾が存在しない場合が多く、仮に存在する場合であっても、収益性の高い無形資産の実施権許諾に係るロイヤリティのレートは、一般の無形資産の実施権許諾と大きく異なるものであり、ロイヤリティのレートは極めて高いものとなるため、いわゆる超過ロイヤリティ・レートを設定することが必要になるとしている¹⁰²。そして、無形資産に帰属する所得に大幅な変化があった場合や、

Application of the commensurate with income standard to normal profit intangibles will ordinarily produce results consistent with those obtained under pre-1986 law in those cases where economically appropriate comparables were used. For example, the licensing agreement for the formula to a particular brand of perfume is likely to have many "inexact" comparables.^^ If appropriate comparables exist, they can be examined to determine an arm's length, or commensurate with income, return. Thus, in many cases the appropriate income."

新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.137 においても同様に、無形資産又は無形資産に係る権利の移転に適用される移転価格算定方法について、比較可能性分析において、比較可能な非関連者間取引に関する信頼し得る情報が特定される場合、無形資産又は無形資産に係る権利の移転に関する独立企業間価格は、適切かつ信頼し得る差異調整を行った後で、比較対象取引に基づき決定することが可能であるとしている。

"Where the comparability analysis identifies reliable information related to comparable uncontrolled transactions, the determination of arm's length prices for a transfer of intangibles or rights in intangibles can be determined on the basis of such comparables after making any comparability adjustments that may be appropriate and reliable."

また、新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.205 では、検証対象法人がユニークで価値ある無形資産を使用しない場合や、信頼し得る比較対象を特定可能な場合、独立価格比準法、再販売価格基準法、原価基準法及び取引単位営業利益法等の片側検証の方法に基づき独立企業間価格の決定が可能なことが多いとしている。

"Where the tested party does not use unique and valuable intangibles, and where reliable comparables can be identified, it will often be possible to determine arm's length prices on the basis of one-sided methods including the CUP, resale price, cost plus and TNMM methods."

¹⁰² 米国「内国歳入法 482 条に関する白書」第 6 章 C「一般的な無形資産と収益性の高い無形資産への所得相応性基準の適用」51 頁。

"As described in Chapter 4, the difficulty in applying section 482 to high profit potential intangibles is that unrelated party licenses of comparable intangibles almost never exist. Consequently, if the appropriate related party transfer price for a high profit potential intangible is expressed in terms of a royalty, the result may not bear any resemblance to a third party license for a normal intangible. That is, owing to the intangible's enormous profitability, an allocation under the commensurate with income standard, if made solely through a royalty rate adjustment, might be so large compared to normal product royalty rates that it does not look like an arm's length royalty. Therefore, one might argue that an extraordinarily high rate could never be an arm's length royalty merely because third party royalties are never that high.

From an economic perspective, however, an unprecedented or "super-royalty" rate may be required to appropriately reflect a relatively minor economic contribution by the transferee and achieve a proper allocation of income. As discussed in Chapter 11, the commensurate with income standard, in requiring a "super-royalty" rate in order to achieve a proper allocation of income in such a case, does not mandate a rate in excess of arm's length rates. Nor does it permit taxpayers to set a "super-royalty" rate in excess of arm's length rates. For example, enactment of the commensurate with income standard would not justify royalty increases in excess of arm's length rates by U.S. affiliates of foreign parent corporations (or vice versa)."

関連者が果たした経済的活動、使用資産、負担した経済コスト及びリスクに大幅な変化があった場合には、その変化を反映させるために対価の定期的調整が求められることになる。

新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.138 においても同様に、無形資産がユニークな性質を有し、無形資産が非常に重要であるため関連者間でのみ移転される場合、比較可能性分析(機能分析も含む。)で、独立企業間価格やその他の条件を決定する際に使用可能な信頼し得る比較可能な非関連者間取引がないことが判明することが多いとしている。

“However, it will often be the case in matters involving transfers of intangibles or rights in intangibles that the comparability analysis (including the functional analysis) reveals that there are no reliable comparable uncontrolled transactions that can be used to determine the arm’s length price and other conditions. This can occur if the intangibles in question have unique characteristics, or if they are of such critical importance that such intangibles are transferred only among associated enterprises. It may also result from a lack of available data regarding potentially comparable transactions or from other causes. Notwithstanding the lack of reliable comparables, it is usually possible to determine the arm’s length price and other conditions for the controlled transaction.

また、新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.139 では、信頼し得る比較可能な非関連者間取引に関する情報が特定できない場合には、独立企業原則の適用において、比較可能な状況において非関連者であれば合意したであろう価格をその他の方法により算定することが求められ、以下の点を考慮することが重要であるとしている。

- ・ 取引の各当事者の機能、資産及びリスク
- ・ 取引を行う事業上の理由
- ・ 取引の各当事者が現実利用可能な選択肢の観点
- ・ 無形資産によってもたらされる競争上の優位性、特に無形資産に関連する製品及び役務又は潜在的な製品及び役務の相対的な収益性
- ・ 取引から見込まれる将来の経済的便益
- ・ 現地市場、ロケーション・セービング、集合労働力、多国籍企業のグループシナジーといった特徴等のその他の比較可能性の要素。

“Where information regarding reliable comparable uncontrolled transactions cannot be identified, the arm’s length principle requires use of another method to determine the price that uncontrolled parties would have agreed under comparable circumstances. In making such determinations, it is important to consider:

- ・ The functions, assets and risks of the respective parties to the transaction.
- ・ The business reasons for engaging in the transaction.
- ・ The perspectives of and options realistically available to each of the parties to the transaction.
- ・ The competitive advantages conferred by the intangibles including especially the relative profitability of products and services or potential products and services related to the intangibles.
- ・ The expected future economic benefits from the transaction.
- ・ Other comparability factors such as features of local markets, location savings, assembled workforce, and MNE group synergies.”

さらに、新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.209 では、信頼し得る非関連者間取引が特定できず、取引の両当事者がユニークで価値ある貢献を行っている場合には、無形資産の使用に関わる商品の販売又は役務提供について、取引単位利益分割法の適用により独立企業間における利益配分が決定できることもあるとしている。

“In some circumstances where reliable uncontrolled transactions cannot be identified, transactional profit split methods may be utilised to determine an arm’s length allocation of profits for the sale of goods or the provision of services involving the use of intangibles.”

ここで、無形資産に係る所得が大幅に変化する可能性のある要因としては、①市場規模や市場の数、②製品の市場シェア、③製品の販売量、④製品の販売収益、⑤技術の使用数、⑥技術の改良、⑦マーケティングの費用、⑧生産コスト、⑨無形資産の使用に関連して各当事者が提供するサービス、⑩製品のプロフィット・マージン又はプロセスのコスト・セービング等を挙げている¹⁰³。

収益性の高い無形資産による所得については、無形資産の研究開発等をした者に帰属することとしており、当該無形資産を使用して製造を行う場合に、委託製造業者に配分されるべき所得をどのように決定するのか、あるいは研究開発活動の費用の回収により、無形資産による所得の帰属がどのような影響を受けるか等により、所得配分は大きな影響を受けると考えられる。

白書の説明では、一方で、競争企業の収益は価格に産出量を乗じたもので、価格を指標とする伝統的な独立企業アプローチは、競争市場における企業の収益における産出面に着目したものである。他方、競争企業の収益は、使用した生産要素により市場で稼得する総報酬にも等しく、競争企業の利益を指標とする代替的なアプローチは、企業が使用した生産要素の投入面に着目したのになっており、等価であることから、独立企業原則の適用になると整理している¹⁰⁴。

¹⁰³ 米国「内国歳入法 482 条に関する白書」第 8 章「定期的調整」B「定期的検証」67 頁。
“It may be advisable to publish in the Internal Revenue Manual a list of factors that, if one or more changes substantially, would indicate that there may be a substantial change in intangible income that may warrant an examination of the taxpayer's intangible transfer pricing. These factors might include: (a) the size and number of markets penetrated; (b) the product's market share; (c) the product's sales volume; (d) the product's sales revenue; (e) the number of uses for the technology; (f) improvements to the technology; (g) marketing expense; (h) production costs; (i) the services provided by each party in connection with the use of the intangible; and (j) the product's profit margin or the process' cost savings.”

¹⁰⁴ 米国「内国歳入法 482 条に関する白書」第 10 章 C「統合された事業における独立企業アプローチの実務」83-84 頁。

“Microeconomic theory leads to an unambiguous and natural statement of what the income of unrelated parties should be in these circumstances. As long as the industry under analysis is competitive and the factors of production are homogeneous and mobile between sectors, it is assumed that “economic,” “excess,” or “above-normal” profits will be zero in the long run. That is, each firm will earn just enough to be able to pay for the land, labor, capital, and other factors of production that it uses to produce its outputs.

The zero economic profit concept does not state that taxable income should be zero. If owners of the firm have supplied it with capital or other inputs, the firm should earn enough to be able to reward the shareholders for these factors; otherwise, the shareholders would be wise to find a better investment. Rather, the zero profit concept implies that in a competitive industry there should be an equality between the gross revenues of a firm and the summation of the market returns that are or could be earned by all of the factors of production that the firm employs. If gross revenues were higher than this amount, then the firm would be earning “above-normal” profits; the existence of

無形資産の使用料に係る独立企業間価格を算定するために、利益を指標とする代替的なアプローチによる間接的な使用料の算定を認めることにより、無形資産の使用料の独立企業間価格算定方法として、比較対象取引を見つけ出すことが困難な独立取引比準法よりも、比較対象取引を見つけ出すことが容易な利益法による検証を可能にしていたものと考えられる。また、利益法の適用により、使用料率の変更を明示せず利益移転額を算定して調整する実務が行われるようになったと考えられる¹⁰⁵。

"above -normal" profits would attract other firms to enter the industry until these "above -normal" profits disappeared through competition. If gross revenues were lower than this amount, a firm would not be able to earn enough to reward all of the factors it employs and, in the long run, would have to shrink or disappear.

This equality between revenue and the sum of returns to each factor of production may be used to determine the proper allocation of income among the related parties within the multinational. Specifically, subject to the discussion in section D infra regarding monopoly situations and intangibles, one should measure the factors of production used by each related party and compute the returns that each one would earn on its best alternative use in the marketplace. The sum of these amounts yields the total input returns that each related party would have to earn if it were an unrelated enterprise. The sum also equals the amount that the multinational enterprise would have to pay an unrelated party to get it to produce the same outputs (employing the same inputs and using the same technology) as the related party does. Attributing this gross income to each related party will result in its tax base being equal to the hypothetical unrelated party alternative; therefore, the tax burden will be equal. Thus, there will be no tax incentive or disincentive to related party transactions.

The theory discussed above implies that a competitive firm's gross revenue, which equals price times quantity of output, will be equal to the returns that the factors it employs could earn in the marketplace. The traditional arm's length approach looks at the gross revenue side of this equation; the alternative procedure outlined above looks at the input side. It starts by identifying the factors of production employed by the firm, determining the returns that these factors would earn in the marketplace, and computing the sum. In short, the traditional approach looks for the prices that the firm's outputs would command in the marketplace, whereas the alternative approach seeks to determine the returns that the firm's factors would earn in the marketplace. Both approaches are equally consistent with the basic goal of the arm's length principle, which is to use information about unrelated parties operating at arm's length to determine the allocation of income in a related party setting."

¹⁰⁵ 所得相応性基準は、独立企業原則を逸脱して適用できるとの有力な議論もある。

Avi-Yonah, Reuven S. "XILINX REVISITED." Tax Notes Int'l, June 8, 2009, p. 859.

"However, the majority held that the ALS was not the focus of section 482: "Significantly, achieving an arm's length result is not itself the regulatory regime's goal; rather, its purpose is to prevent tax evasion by ensuring taxpayers accurately reflect taxable income attributable to controlled transactions."

しかし、本事件は、その後判決が覆され、所得相応性基準は独立企業原則と整合的であるとの整理が維持されている。

Avi-Yonah, Reuven S. "XILINX AND THE ARM'S-LENGTH STANDARD." Tax Notes Int'l, March 29, 2010, p. 1141.

"The opinion makes it pretty clear why the reversal occurred. It was the result of concentrated pressure by the international tax community and the fact that the government was unwilling to defend the theory on which the panel originally decided the case: that the arm's-length standard of the section 482 regulations does not apply to cost sharing."

第3款 定期的調整による超過ロイヤルティの回収

無形資産取引に係る移転価格問題の対象は一般的な無形資産と収益性の高い無形資産に分類されるが、所得相応性基準の適用においては、特に、収益性の高い無形資産に係る超過ロイヤルティの回収が問題となっている。

1989年の *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner* 事件¹⁰⁶では、軽課税国であるアイルランドに設立された製造子会社（B&L アイルランド）が、米国親会社（B&L 社）の有する独自の製法を使用して製造したコンタクトレンズを B&L 社へ輸出した取引において、独自の製法に対するロイヤルティ 5%を B&L 社へ支払う代わりに、それを上回る大幅な製造原価の削減分に係る所得を製造子会社へ帰属させていたことが問題となった。内国歳入庁はロイヤルティ 5%の B&L 社への支払いを否認する代わりに、B&L アイルランドを委託製造業者と認定した上で、B&L アイルランドの所得を収益の 20%に抑え、5%を上回る超過ロイヤルティを B&L 社に回収させる課税処分を行った。

裁判所は、「被告の議論は、B&L 社が B&L アイルランドが製造したソフトコンタクトレンズの購入を要請していたことが確認できれば、ある程度有益なものとなっていたであろう。その場合、B&L アイルランドは、ライセンス契約と製品の購入が表面的に相互依存でなかった事実にもかかわらず、本当に実質において委託製造業者とされていたであろう。しかし、こうした購入は要請されていなかったことを確認したのである。」¹⁰⁷とし、委託製造業者の認定が覆されることとなった。そして、「証明された事実である B&L アイルランドがライセンス契約を通じて得た低コストの製造技術及び B&L 社との関係を通じた世界市場への参入を考慮すれば、B&L アイルランドにより負担されたリスクは、他の製造を行うベンチャー企業と比較しても適切であり、当該リスク負担に応じて B&L アイルランドへ 15%のプレミアムを補填させるのは全く適切である」と考える。そのため、ソフトコンタクトレンズに係る B&L アイルランド

¹⁰⁶ *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner*, 92 T.C. 525 (1989)。

¹⁰⁷ “Respondent's argument would have some merit had we found that B&L was required to purchase B&L Ireland's production of soft contact lenses. In such a case, B&L Ireland would indeed have been a contract manufacturer in substance despite the fact that ostensibly the license agreement and product purchases were not interdependent. However, we have found as fact that no such purchase requirement existed.”

の売上に対する 20%のロイヤルティは、B&L 社の無形資産の使用への独立企業間の対価であると結論できる。」¹⁰⁸としている。

本判決では、内国歳入法 482 条が改正された後に、収益性の高い無形資産を国外関連者へ移転して製造を行う事業が、委託製造業者と認定されるかが争われたが、内国歳入庁による委託製造業者の認定は覆されたものの、納税者主張の独立価格比準法を採用して超過ロイヤルティを算定することが裁判所により支持されている。

同様の裁判例として、1991 年の *Merck & Co. v. United States* 事件¹⁰⁹では、米国親会社（Merck 社）の研究活動により開発された無形資産をプエルトリコ所在の製造販売子会社(MSDQ)へ移転した取引について、内国歳入庁が無形資産及び販売援助に対するロイヤルティとして MSDQ の純売上の 7%を MSDQ が支払う再配分を行った。

裁判所は、「本件の税還付訴訟において、内国歳入法 482 条による再配分が恣意的で整合性がなくかつ不合理なものであったことを示すことに加え、Merck 社は正確な税額と過納付額を証明しなければならない。内国歳入法 482 条の問題は、内国歳入庁による 1975 年及び 1976 年の課税年度に対する調査の後に依然として未解決であるかという点だけである。内国歳入法 482 条による再配分が適用される法の下で恣意的で整合性がなくかつ不合理なものであったとの Merck 社の主張は、事実と有効な先例に従っている。被告は 7%又は他のどんな配分も適切であることを示していない。従って、Merck 社は、1975 年及び 1976 年における還付請求により還付が受けられる権利を有する。」¹¹⁰としている。本判決では、研究開発活動の費用が無形資産移転の前に回収されてお

¹⁰⁸ “Considering the proven, low-cost production technology to which B&L Ireland gained access via the licensing agreement, and its access to worldwide markets through its relationship with B&L, we consider the risks assumed by B&L Ireland to be moderate in comparison to those of other manufacturing ventures and the 15-percent premium to be wholly adequate to compensate B&L Ireland for assumption of these risks.

We thus hold that a royalty of 20 percent of B&L Ireland's sales price for soft contact lenses constitutes arm's-length consideration for use of B&L's intangibles.”

¹⁰⁹ *Merck & Co. v. United States*, 24 Cl. Ct. 73 (1991)。

¹¹⁰ “In this tax refund suit, in addition to showing that the Section 482 reallocation was arbitrary, capricious, or unreasonable, Merck must prove the correct amount of the tax, and any overpayment. The Section 482 issue is the only matter that remains outstanding after the IRS audit for tax years 1975 and 1976. Both parties have pursued an all or nothing position in this case. Merck's position that the Section 482 allocation was arbitrary, capricious and unreasonable under applicable law accords with fact and controlling precedent. Defendant has not demonstrated that an allocation of 7 percent, or any other allocation, would be appropriate. Accordingly, Merck is entitled to recover on its claims for refunds for 1975 and 1976.”

り、Merck 社はロイヤルティを受け取る必要はなく MSDQ はロイヤルティを支払う必要はないと判示している。

このように収益性の高い無形資産に係る超過ロイヤルティの設定については、独立企業原則の適用において困難な問題となっており、R.T.French Co. v. Commissioner 事件や Ciba-Geigy Corp. v. Commissioner 事件のように、無形資産に係る超過ロイヤルティについて認められないとする裁判例や、Bausch & Lomb. Inc. v. Commissioner 事件や Merck & Co. v. United States 事件のように、無形資産の価値が低下する場合には使用料による回収が継続して認められないとする裁判例があり、独立企業原則の適用により無形資産に係る超過ロイヤルティの回収ができるかが問題となっている。この問題については、内国歳入法 482 条に関する白書においても解決策が示されていなかったとの指摘もあり、所得相応性基準の導入によっても超過ロイヤルティの回収は課題になっているものと考えられる¹¹¹。

第 4 款 利益比準法による検証

外国子会社へ配分されるべき所得の検証のため、内国歳入法 482 条に関する白書では、無形資産に関わる取引を評価するための独立企業原則の適用について、Basic Arm's Length Return Method(BALRM)及び Profit Split Method の適用を提案した。

BALRM は、1992 年の財務省規則案において、利益比準幅(Comparable Profit Interval (CPI) Method)へ変更され、1993 年の財務省暫定規則では、現行の利益比準法(Comparable Profit Method (CPM))となり、独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法と利益比準法の間の優先順位についても、最適方法ルール(The Best Method Rule(BMR))を導入することにより見直しが行われ、1994 年の財務省最終規則では、外国子会社の利益水準について、子会社だけを片側で検証することにより、外国子会社の利益水準の上限を抑え、残余利益を親会社の帰属利益とする利益比準法の使用が確定した。

米国の制度は、長官が脱税を防止しあるいはそれらの組織、営業又は事業の所得を正確に算定するためにそれが必要であると認める場合には、それらの事

¹¹¹ Birch, Robert J, "High Profit Intangibles After the White Paper and Bausch and Lomb: Is The Treasury Using Opaque Lenses?" University of Miami Law School Institutional Repository, University of Miami Business Law Review, 10-1-1991, Page 105-129.

業の間に総所得、所得控除、税額控除その他の控除を配分し、割り当て、又は振り換えることができるとしている点で、わが国のような申告調整型制度と異なり、税務当局に否認権を認める否認型制度となっているのが特徴とされる¹¹²。

しかし、1994年財務省規則からは納税者による適用の可能性が認められ、「関連納税者は、独立企業間実績値を反映するために必要であれば、適時に提出される米国所得税申告書において、実際の請求価格とは異なった価格に基づきその実績値を申告することができる。」とされている¹¹³。

所得相応性基準の具体的な適用においては、外国子会社における独立企業間利益率を算定することにより、外国子会社へ配分される利益水準を抑え、それを超過する利益について、無形資産の研究開発をした親会社に帰属させるための超過ロイヤルティとしていかに回収できるかが問題となる。

無形資産価値の事後的な上昇に応じて超過ロイヤルティを回収する場合、外国子会社の利益水準を片側で検証する利益比準法を適用すれば、営業利益水準を抑え、残余利益を親会社に帰属させることにより、超過ロイヤルティの回収が自動的にできることになる。

伝統的な独立企業間価格算定方法である売上総利益での比較により移転価格を算定する再販売価格基準法と、営業利益での比較により移転価格を算定する利益比準法との間には、利益水準指標として販売費一般管理費を控除するだけの差異に過ぎない。そのため、外国子会社の利益水準を抑えるために、再販売価格基準法を適用して売上総利益の水準を設定することと、利益比準法を適用して営業利益の水準を設定することは類似していると見受けられる。

しかし、無形資産価値の事後的な上昇に応じて超過ロイヤルティを回収する場合、ロイヤルティが外国子会社の販売費一般管理費から支出されていれば、再販売価格基準法と利益比準法の適用に違いが生まれる可能性がある。

¹¹² 金子宏「移転価格税制の法理論的検討－わが国の制度を素材として－」『所得課税の法と政策』有斐閣 1996年(371－372頁)。

¹¹³ 米国における482条の適用は、内国歳入庁長官による積極的裁量権行使(affirmative discretionary action)と位置付けられ、納税者側から482条の適用を求めることはできないとされていたが、1994年の財務省規則改正以降、納税者による適用の可能性も開かれるに至った(米国財務省規則§1-482-1(a)(3)) (岡村忠生「税務訴訟における主張と立証－非正常取引を念頭に－」芝池義一、田中治、岡村忠生『租税行政と権利保護』ミネルバ書房 1995年326頁注(23))。

再販売価格基準法により外国子会社の売上総利益の水準を抑える場合には、営業利益の水準を抑えることまで求められていないことから、販売費一般管理費の支出には自由度があると考えられる。そのため、無形資産の価値が事後的に上昇しても販売費一般管理費から超過ロイヤルティを控除しないことを選択する余地がある。この場合、外国子会社の営業利益水準が高いままであったとしても問題にはされない。そのため、再販売価格基準法は、所得相応性基準の適用に有効な算定方法にならないものと考えられる。

しかし、利益基準法により外国子会社の営業利益の水準を抑える場合には、販売費一般管理費の支出には自由度がなく、無形資産価値の事後的な上昇に応じて超過ロイヤルティを控除することが強制されることになる。そのため、利益基準法は、所得相応性基準の適用に有効な算定方法になっているものと考えられる。

所得相応性基準の適用において、定期的調整により、事後的に利益基準法による検証を行い、残余利益を親会社へ帰属させて超過ロイヤルティの回収を行うことについて、内国歳入庁長官の裁量に当たるかについて争点となった裁判例として、2016年の *Medtronic, Inc. and Consolidated Subsidiaries v. Commissioner* 事件¹¹⁴がある。

本事件では、米国の医療機器製造会社である *Medtronic* 社が、プエルトリコ製造子会社(MPROC)から回収する無形資産のロイヤルティについて、2001年に「医療機器及びリード線に係るライセンスに従い、MPROCは、*Medtronic*社への独立企業間ロイヤルティとして、医療機器の米国での企業内売上の29%及びリード線の企業内売上の15%を支払うことに合意した。」¹¹⁵ことが出発点となる。その後、「*Medtronic*社の2002年の税務申告に対する調査において、内国歳入庁長官は、医療機器及びリード線に係る企業内取引及びMPROC、*Medtronic* US 及び *Med USA* の間の移転価格とともに、2002年に行われたプエルトリコにおける *Medtronic* 社の事業再編を分析した。調査の結果、納税者とアドバイザーであるアーンスト&ヤングが選択した独立取引基準法を内国歳入庁長官は受け入れることとなったが、「潜在的利益」を増加するために取引を

¹¹⁴ T.C. Memo 2016-112.

¹¹⁵ “In accordance with the devices and leads licenses, MPROC agreed to pay what *Medtronic* US and MPROC determined to be an arm's-length royalty of 29% to *Medtronic* US on its U.S. net intercompany sales of devices and 15% to *Medtronic* US on its net intercompany sales of leads.”

調整することとなった。」¹¹⁶。そのため、「プエルトリコに係る合意覚書では、企業内取引の売上に対し MPROC が支払うロイヤルティレートを医療機器 44%、リード線 26%とする調査終了時の合意を反映することとなった。」¹¹⁷。その後、「Medtronic 社は、プエルトリコに係る合意覚書を使用して 2005 年及び 2006 年の税務申告を期限内に行った。プエルトリコに係る合意覚書を実施するため、Medtronic 社は、当初の独立取引比準法に基づくロイヤルティレートとして、医療機器の企業内売上に対する 29%及びリード線の企業内売上に対する 15%を適用した。」¹¹⁸。そして、「Medtronic 社は、増加したロイヤルティレート(医療機器の企業内売上に対する 44%及びリード線の企業内売上に対する 26%)をさらに適用し、プエルトリコに係る合意覚書に規定される内国歳入庁長官の決定に基づく利益分割法を適用した。」¹¹⁹税務申告を行った。

その後、MPROC の利益水準が高くなったことから、2005 年及び 2006 年の税務申告に係る税務調査が 2007 年から行われ、「内国歳入庁長官は、利益比準法を使用した Heimert 報告書に基づく追徴税額を計算した。」¹²⁰ことにより、超過ロイヤルティを算定し、親会社へ残余利益を回収させる課税を 2010 年に行ったのである。

Medtronic 社は、課税処分を不服として 2011 年、租税裁判所に提訴し、当初独立取引比準法(CUT 法)により算定したロイヤルティレートを医療機器 29%、リード線 15%とするのが独立企業間価格であると主張した結果、2016 年 6 月、租税裁判所は IRS による超過ロイヤルティを求める課税処分を取り消し、プエルトリコに係る合意覚書でのロイヤルティに近い金額へ戻す決定を行った。

判決では、所得相応性基準の適用について、1986 年の税制改革法に係る議会

¹¹⁶ “In an audit of petitioner's 2002 tax return, respondent analyzed the devices and leads intercompany transactions and the transfer prices among MPROC, Medtronic US, and Med USA, as well as the 2002 restructuring of Medtronic's operations in Puerto Rico. At the conclusion of the examination, respondent accepted the comparable uncontrolled transactions (CUT) identified by petitioner and its adviser, Ernst and Young, LLP (EY), but adjusted the transactions to increase their "profit potential".”

¹¹⁷ “The Puerto Rico MOU reflected an agreement at the end of the audit which was royalty rates of 44% for devices and 26% for leads to be paid by MPROC on its intercompany sales.”

¹¹⁸ “Petitioner filed timely its 2005 and 2006 tax returns using the Puerto Rico MOU. To implement the Puerto Rico MOU, petitioner first applied the original CUT royalty rates of 29% for intercompany sales of devices and 15% for intercompany sales of leads.”

¹¹⁹ “Petitioner then applied the increased royalty rates (44% for devices on intercompany sales and 26% for leads on intercompany sales) and the profit split methodology in reliance on respondent's determinations set forth in the Puerto Rico MOU.”

¹²⁰ “Respondent calculated these deficiencies in reliance on the Heimert report,..., which used the comparable profits method (CPM).”

説明及び 1988 年の「内国歳入法 482 条に関する白書」を引用し、「特に、無形資産が製造又は組立費用と比較して高い価値を有している場合には、軽課税の外国関係法人又は属領子法人へ無形資産を移転する強いインセンティブが納税者にある。」¹²¹とし、「多くの見方として、内国歳入法 482 条に係る財務省規則の『独立企業間』アプローチの効果に疑問が呈されており、非関連者間の比較可能な独立企業間取引が欠如し、比較対象がないのに独立企業間の概念を課そうとする矛盾した結果が何度も起きている。」¹²²と指摘している。

また、「高い潜在的利益のある無形資産の移転の場合に問題は特に重要であり、納税者は、初期の段階に相対的に低いロイヤルティで、こうした無形資産を外国の関係法人又は属領子法人へ移転し、移転の時点では、製品の事後的な成功を予測することが不可能であったとの立場を取るであろう。たとえ高い利益のある無形資産であることが証明された場合であっても、納税者は多くの場合、企業内のロイヤルティレートは、はるかに低い収益性の無形資産の移転における業界標準を基礎として適切に設定されたとの立場を取るであろう。」¹²³と指摘している。

しかしながら、「無形資産に関係する所得を検証し、相対的な経済的貢献に基づき所得を分割することは、非関連者が行っていることと整合的であり、そのため、所得相応性基準の一般的な目的は、無形資産の独立企業間での移転において非関連者であれば稼得するはずの無形資産から各当事者が稼得する所得又は報酬を確保することである。」¹²⁴と指摘している。

利益比準法による検証について、「内国歳入庁長官は Heimert の分析が最適方

¹²¹ “There is a strong incentive for taxpayers to transfer intangibles to related foreign corporations or possessions corporations in a low tax jurisdiction, particularly when the intangible has a high value relative to manufacturing or assembly costs.”

¹²² “Many observers have questioned the effectiveness of the “arm’s length” approach of the regulations under section 482. A recurrent problem is the absence of comparable arm’s length transactions between unrelated parties, and the inconsistent results of attempting to impose an arm’s length concept in the absence of comparables.”

¹²³ “The problems are particularly acute in the case of transfers of high-profit potential intangibles. Taxpayers may transfer such intangibles to foreign related corporations or to possession corporations at an early stage, for a relatively low royalty, and take the position that it was not possible at the time of the transfers to predict the subsequent success of the product. Even in the case of a proven high-profit intangible, taxpayers frequently take the position that intercompany royalty rates may appropriately be set on the basis of industry norms for transfers of much less profitable items.”

¹²⁴ “Looking at the income related to the intangible and splitting it according to relative economic contributions is consistent with what unrelated parties do. The general goal of the commensurate with income standard is, therefore, to ensure that each party earns the income or return from the intangible that an unrelated party would earn in an arm’s length transfer of the intangible.”

法であり、財務省規則 1.482-1(c)で求められるものとして使用すべきであると主張しているが、最適方法ルールは、事実と状況が独立企業間の結果を決定するために考慮されるべきであることを求めている。」¹²⁵として、Heimert の分析に対して、「裁判所の焦点は、結果の合理性であり、採用された方法の詳細ではない。」¹²⁶とし、結果の合理性から独立企業原則と整合的になっておらず、「Medtronic 社は内国歳入庁長官の配分が恣意的で整合性がなくかつ不合理なものであったことを示す責任を果たした。」¹²⁷と判示している¹²⁸。

さらに、所得相応性基準の適用について、「所得相応性基準は、独立企業原則を置き換えるものではない。」¹²⁹として、「利益比準法に係る内国歳入庁長官の使用は、内国歳入法 482 条の所得相応性基準で求められているものではなく、所得相応性基準に係る内国歳入庁長官の議論は、内国歳入庁長官の配分が不合理であったとする裁判所の見解を変更するものではない。」¹³⁰と判示している。

第 2 節 所得相応性基準の適用に係る問題

第 1 款 後知恵による課税に係る議論

BEPS 最終報告書では、無形資産取引に係る移転価格分析において、税務当局による情報入手の困難性が問題となっていると指摘している¹³¹。例えば、無

¹²⁵ “Respondent contends that the Heimert analysis is the best method, and thus should be used as required under section 1.482-1(c), Income Tax Regs. The best method rule, however, requires the facts and circumstances to be considered for determining the arm's-length result.”

¹²⁶ “Our focus is on the reasonableness of the result and not on the details of the methodology employed.”

¹²⁷ “We hold that petitioner has met its burden of showing that respondent's allocations were arbitrary, capricious, or unreasonable.”

¹²⁸ Sundstrand Corp. & Subs. v. Commissioner, 96 T.C. 226, 353-354 (1991) では、シンガポール子会社から米国親会社へ支払われた無形資産の使用料への移転価格課税に係る内国歳入庁の独立企業間価格算定方法の採用が、恣意的で整合性がなくかつ不合理なものと判断されている。

¹²⁹ “The commensurate with income standard does not replace the arm's-length standard.”

¹³⁰ “We conclude that respondent's use of the CPM is not required under the section 482 commensurate with income standard and respondent's arguments regarding that standard do not change the Court's view that respondent's allocations were unreasonable.”

¹³¹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.186。

“A tax administration may find it difficult to establish or verify what developments or events might be considered relevant for the pricing of a transaction involving the transfer of intangibles or rights in intangibles, and the extent to which the occurrence of such developments or events, or the

形資産を開発の早い段階で関連企業に譲渡し、無形資産の価値を反映していない使用料率を譲渡時点で設定し、事後的に無形資産の価値が上昇した場合、納税者は、譲渡時点では製品のその後の成功について完全な確実性を持って予見することはできなかったという立場を採る可能性があるとしている。すなわち、納税者は、無形資産に係る事前と事後の価値の相違があった場合、予想よりも有益な開発であったことに起因すると主張することが想定されているのである¹³²。そして、税務当局は一般的に事業に関する具体的な見識を持たないまま、納税者の主張を精査することになり、無形資産に係る事前と事後の評価の相違が独立企業間価格の設定になっていないことによることを示す情報を入手できないことから、納税者の主張を精査しようとする税務当局は、納税者により提供された見識や情報に大きく依存するため、納税者と税務当局間の情報の非対称性によるこうした状況は、移転価格リスクを生じさせる可能性がある

¹³³。

そのため、納税者の価格設定が独立企業間のものであり、評価困難な無形資産に係る予見可能な開発や事象の適切なウェイト付けに基づいたものであるかを税務当局が判断するため、受け入れ可能な独立企業原則と整合的なアプローチを採る必要があるとしているのである¹³⁴。

direction they take, might have been foreseen or reasonably foreseeable at the time the transaction was entered into.”

¹³² 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.186。

“For example, an enterprise may transfer intangibles at an early stage of development to an associated enterprise, set a royalty rate that does not reflect the value of the intangible at the time of the transfer, and later take the position that it was not possible at the time of the transfer to predict the subsequent success of the product with full certainty. The difference between the ex ante and ex post value of the intangible would therefore be claimed by the taxpayer to be attributable to more favourable developments than anticipated.”

¹³³ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.186。

“The general experience of tax administrations in these situations is that they may not have the specific business insights or access to the information to be able to examine the taxpayer’s claim and to demonstrate that the difference between the ex ante and ex post value of the intangible is due to non-arm’s length pricing assumptions made by the taxpayer. Instead, tax administrations seeking to examine the taxpayer’s claim are largely dependent on the insights and information provided by that taxpayer. These situations associated with information asymmetry between taxpayers and tax administrations can give rise to transfer pricing risk.”

¹³⁴ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.188。

“In response to the considerations discussed above, this section contains an approach consistent with the arm’s length principle that tax administrations can adopt to ensure that tax administrations can determine in which situations the pricing arrangements as set by the taxpayers are at arm’s length and are based on an appropriate weighting of the foreseeable developments or events that are relevant for the valuation of certain hard-to-value intangibles, and in which situations this is not the case. Under this approach, ex post evidence provides presumptive evidence as to the existence of

所得相応性基準の適用において、事後の証拠から推定を行う場合、予測と実際の結果の乖離だけにより課税処分がなされる場合には、後知恵による課税処分となり、独立企業原則の適用とはならない可能性がある。

例えば、商取引では、取引当初の予測と結果が大きく異なった場合、不利になった一方の当事者が、損失を軽減するために再交渉の申し出を行う場合は少なくないが、有利になった他方の当事者は、利益の減少を避けようとするので、再交渉に応じることはなく、仮に再交渉に応じたとしても、契約内容の変更、特に申出者の満足のいくような変更内容に合意する場合は極めて少ないと考えられる¹³⁵。

そのため、独立当事者間の当初取引時と事情が大きく変化した場合、不利な状況になった一方の当事者の申し出に基づき他方の当事者と再交渉を行うことができたとしても、契約内容の変更へとつながる事例は極めて少ない推測される。

しかし、新 OECD 移転価格ガイドラインでは、再交渉に至るほど根本的なものであると考える場合には、このような事象により関連者間取引の価格算定の修正が行われるべきであるとしている¹³⁶。

1996 年に策定された当初の無形資産に係る OECD 移転価格ガイドラインで

uncertainties at the time of the transaction, whether the taxpayer appropriately took into account reasonably foreseeable developments or events at the time of the transaction, and the reliability of the information used ex ante in determining the transfer price for the transfer of such intangibles or rights in intangibles.”

¹³⁵ 岡村忠生「法人課税の基本問題と会社法制－資金拘束とインセンティブ－」税法学 559 巻 87 頁では、私人間の取引、例えば売買において、私的自治に基づいて決定された取引価格を、実現主義の下で課税が受け入れてきた理由（所得（という担税力の代替）の客観的検証として用いてきた理由）は、売主はより高い価格、買主はより低い価格を求めて交渉しており、しかも、両当事者が自己の税負担を増加される方向を求めていることになり、税負担が増えても、売主がより高い価格、買主がより低い価格を求めるのは、課税後においても各当事者の利益が増えるからであり、利益増加のインセンティブが税のインセンティブを超えると指摘している。すなわち、利害が相反する私人間の取引では、自身の利益（相手にとっては不利益）追求が優先されることから、再交渉が成功することは低いものと考えられる。

¹³⁶ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.185。

“If independent enterprises in comparable circumstances would have agreed on the inclusion of a mechanism to address high uncertainty in valuing the intangible (e.g. a price adjustment clause), the tax administration should be permitted to determine the pricing of a transaction involving an intangible or rights in an intangible on the basis of such mechanism. Similarly, if independent enterprises in comparable circumstances would have considered subsequent events so fundamental that their occurrence would have led to a prospective renegotiation of the pricing of a transaction, such events should also lead to a modification of the pricing of the transaction between associated enterprises.”

は、(iv)取引時に評価が困難な場合の独立企業間の価格算定において、税務当局は、申告後数年間は納税者の申告について調査をすることができないであろうことが認識されていると指摘し、そのような場合には、税務当局は、独立企業が比較可能な状況で価格算定を決定するために使用するであろう情報を基礎として、調査が実施されるまでのすべての未調査年度に関して、対価の金額を調整する権限が与えられるべきであるとしていた¹³⁷。

本指摘は、税務当局の直面する情報の非対称性が、情報収集のタイミングの問題として避けられない問題であり、税務執行へ十分配慮したルールにすべきであるという意向が反映されていたものと考えられる。

OECD では、後知恵に対する納税者からの批判と、税務当局による事後調査での課税権確保の要請とが、比較可能性におけるタイミングの問題として従来から指摘しており、無形資産の移転価格問題に限らず、独立企業間価格算定方法の適用の問題として一般的に議論されてきている。

しかしながら、所得相応性基準の適用における後知恵の問題は、無形資産価値の事後的上昇の問題をどう解決するかという固有の論点でもあり、事後調査の一般的問題とは分けて議論していくべきものと考えられる。

税務当局にとっては、納税者が取引価格の設定において納税者が考慮した情報を含む、納税者と税務当局における情報の非対称性が重大であれば、設定された価格が独立企業原則に則ったかどうかを検証する際に税務当局が直面する困難さを深刻にするかもしれないことから、譲渡後に事後的な結果が分かるまで、税務当局が移転価格目的でリスク評価を行うこと、納税者が価格設定において基礎とした情報の信頼性を評価すること、さらに無形資産又は無形資産に係る権利が独立企業間価格に照らして過小又は過大評価で譲渡されているかどうかを検討することが困難であるとの認識を示している¹³⁸。

¹³⁷ 1996 年 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.35。

“It is recognized that tax administrations may not be able to conduct an audit of a taxpayer’s return until several years after it has been filed. In such a case, a tax administration would be entitled to adjust the amount of consideration with respect to all open years up to the time when the audit takes place, on the basis of the information the independent enterprises would have used in comparable circumstance to set the pricing.”

¹³⁸ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.191。

“For such intangibles, information asymmetry between taxpayer and tax administrations, including what information the taxpayer took into account in determining the pricing of the transaction, may be acute and may exacerbate the difficulty encountered by tax administrations in verifying the arm’s length basis on which pricing was determined for the reasons discussed in paragraph 6.186. As a

このように、無形資産取引が行われた時点より後の実現値に基づいて課税を行うことは、後知恵による課税であるとして、OECD 移転価格ガイドライン上は認められていなかったと考えられるが、BEPS 最終報告書では、評価困難な一定の無形資産の要件を満たせば認められることとしている。例えば、親会社が開発した後タックスヘイブン等へ移転された無形資産の対価について、事後に超過利益を生み出すものであれば、超過のロイヤルティとして回収する課税処分を行うことが可能になるものと考えられる。このように事後的な定期的調整を求めることは、経済取引の安定性や収益配分の予測可能性の観点からは問題があると考えられるが、BEPS への対抗措置として特に正当化されたものと考えられる。

第2款 評価困難な無形資産に係る定期的調整

BEPS 最終報告書では、所得相応性基準の採用について、取引時点で評価が困難な一定の無形資産(Hard-to-value intangibles)を対象として、予想便益(ex-ante)と実際の利益(ex-post)とが一定以上乖離した場合には、実現値に基づいて独立企業間価格を評価し直すことが可能となっている。

所得相応性基準が採用されたのは、特許等の無形資産のうち、比較可能な独立企業間取引が存在せず、将来生み出される収益について信頼できる予測がないような評価困難な無形資産について、納税者と税務当局との間の情報の非対称性が問題であると認識されたことが背景となっている。そして、BEPS 最終報告書では、納税者と税務当局との間に当該無形資産に関する情報の非対称性が深刻で、実際の利益が明らかにならないと税務当局が移転価格評価を実行できないような場合、税務当局は、後で実現した利益に基づいて、納税者の予測に基づいた価格取極めを評価し直し、価格調整を行うことができると勧告しているのである。

そのため、税務当局は、事後的な結果について事前の価格設定取決めの適正性を推定できるとし、事前の価格設定取決めを評価する際に、条件付きの価格設定取決めを含む、譲渡時に独立企業間であれば作成したであろう独立企業間

result, it will prove difficult for a tax administration to perform a risk assessment for transfer pricing purposes, to evaluate the reliability of the information on which pricing has been based by the taxpayer, or to consider whether the intangible or rights in intangibles have been transferred at undervalue or overvalue compared to the arm's length price, until ex post outcomes are known in years subsequent to the transfer.”

価格設定取決めの決定を裏付ける財務上の結果に基づく推定ができるとしている¹³⁹。

適用が免除される要件としては、以下が示されている¹⁴⁰。

i) 納税者から、以下の 1 及び 2 が提供される場合

1 価格取極め・合理的に予測可能な出来事・その他のリスクの考慮を判断するための、無形資産の移転時に用いられた事前の予測及びその実現可能性に係る詳細な説明

2 財務上の予測と実際の結果の重大な乖離(significant difference)が、a) 取引時点では関連者が予測することは不可能であった、価格決定後に生じた予見でき

¹³⁹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.192。

“In these circumstances, the tax administration can consider ex post outcomes as presumptive evidence about the appropriateness of the ex ante pricing arrangements. However, the consideration of ex post evidence should be based on a determination that such evidence is necessary to be taken into account to assess the reliability of the information on which ex ante pricing has been based. Where the tax administration is able to confirm the reliability of the information on which ex ante pricing has been based, notwithstanding the approach described in this section, then adjustments based on ex post profit levels should not be made. In evaluating the ex ante pricing arrangements, the tax administration is entitled to use the ex post evidence about financial outcomes to inform the determination of the arm’s length pricing arrangements, including any contingent pricing arrangements, that would have been made between independent enterprises at the time of the transaction.”

¹⁴⁰ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.193。

“This approach will not apply to transactions involving the transfer or use of HTVI falling within the scope of paragraph 6.189, when at least one of the following exemptions applies:

i) The taxpayer provides:

1.Details of the ex ante projections used at the time of the transfer to determine the pricing arrangements, including how risks were accounted for in calculations to determine the price (e.g. probability-weighted), and the appropriateness of its consideration of reasonably foreseeable events and other risks, and the probability of occurrence; and,

2.Reliable evidence that any significant difference between the financial projections and actual outcomes is due to: a) unforeseeable developments or events occurring after the determination of the price that could not have been anticipated by the associated enterprises at the time of the transaction; or b) the playing out of probability of occurrence of foreseeable outcomes, and that these probabilities were not significantly overestimated or underestimated at the time of the transaction;

ii) The transfer of the HTVI is covered by a bilateral or multilateral advance pricing arrangement in effect for the period in question between the countries of the transferee and the transferor.

iii) Any significant difference between the financial projections and actual outcomes mentioned in i)2 above does not have the effect of reducing or increasing the compensation for the HTVI by more than 20% of the compensation determined at the time of the transaction.

iv) A commercialisation period of five years has passed following the year in which the HTVI first generated unrelated party revenues for the transferee and in which commercialisation period any significant difference between the financial projections and actual outcomes mentioned in i)2 above was not greater than 20% of the projections for that period.

ない進展や出来事によるものであること、又は、b) 原因となった出来事が起きる確率についての、取引の時点での見込みが適切であったことについて、信頼に足る証拠

ii) 無形資産の移転が、事前確認(APA)の対象である場合

iii) i)2)における財務上の予測と実際の結果について、いかなる乖離も取引時点の価格の20%以下である場合

iv) 当該無形資産が非関連者収益を初めて生み出してから、iii)の要件を満たしたまま、5年間が経過した場合(それ以降の年度について適用免除)

所得相応性基準の適用について、2017年5月、「評価困難な無形資産に関する実施ガイダンス」公開討議用ドラフト(Public Discussion Draft BEPS Action 8 Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles)(以下「HTVI 討議用ドラフト」という。)が公表され、以下の論点が示されている。

(1) 推定のための要件

討議用ドラフトでは、実際の所得又はキャッシュフローが、取引価格算定の根拠とされた予測所得又はキャッシュフローから重大な乖離がある場合、結果の可能性の程度を精密に検討する必要があるとしている。

結果の可能性の程度を精密に検討することを要件として、推定証拠の使用が認められることになる。そのため、HTVIの取引時点において、納税者が何を認識し、何を予測することが可能であったかを考慮に入れる必要があるとしている。

そして、取引時点での所得又はキャッシュフローの可能性を考慮に入れることなく、実際の所得又はキャッシュフローの結果のみに基づき再評価することは正しくないと指摘している¹⁴¹。

(2) 更正の方法

推定証拠を使用して更正処分を行う場合、税務当局は、納税者が採用した価格設定とは異なる価格設定として、例えば、基準到達払いや価格調整条項を代

¹⁴¹ 討議用ドラフト・パラグラフ6。本論点には、OECDへ提出された Silicon Valley Tax Directors Group のコメントにおいて、税務当局がどのように適用するか明確にすべきとしている(P.225-234)。

<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Public-comments-received-on-the-Implementation-Guidance-on-Hard-to-Value-Intangibles-2017.pdf>

替的に使用することができ、それに基づく引き直しを行うことが可能であるとしている¹⁴²。

(3) 検討期間

事後的な結果を認識するためには、HTVIに係る国外関連取引が行われた時点から一定期間を要することから、納税者に対して、国外関連取引を行ったことの税務当局への通知義務を導入したり、更正期間延長のための法令改正を行ったりすることも可能とされている¹⁴³。

評価困難な無形資産に係る定期的調整は、比較可能な独立企業間取引が存在せず、将来生み出される収益について信頼できる予測がないような評価困難な無形資産について、納税者と税務当局との間の情報の非対称性が問題であると認識されたことが背景となっているが、適用要件の厳格化を求めていくことにより、課税関係の安定性が図られることから、推定のための要件、更正の方法及び検討期間の明確化を図っていくことが求められている。

第3款 包括的定義を前提とした無形資産の特定

第1項 無形資産に係る包括的定義

改定前の OECD 移転価格ガイドラインでは、商業上の無形資産(Commercial Intangible)を、取引上の無形資産(Trade Intangible)とマーケティング上の無形資産(Marketing Intangible)に分類し、無形資産取引への特別の配慮を行う要件を明確にするため、定義の明確化を志向していた。2011 年から開始された OECD 移転価格ガイドライン改定のための議論では、マーケティング上の無形資産の定義が開発途上国を中心に拡大して二重課税となっている問題等を背景として、二重課税の回避という観点から、定義の厳格化が指向されていたと考えられる¹⁴⁴。

¹⁴² 討議用ドラフト・パラグラフ 12。Re-characterization については、OECD へ提出された Silicon Valley Tax Directors Group(P.225-234)及び日本経団連(P.153-156)のコメントにおいて慎重な適用が求められており、納税者の取引状況を尊重すべきとの議論が行われている。

¹⁴³ 討議用ドラフト・パラグラフ 11。

¹⁴⁴ 2010 年 1 月、OECD は、無形資産に係る移転価格上の問題を検討する新プロジェクトにおいて 6 項目の課題を公表したが、その中では無形資産の定義に係る側面を議論してい

しかし、2012 年から開始された BEPS への対抗措置の議論では、BEPS で問題となったグローバル企業の新しいビジネスモデルによる超過利益をタックスヘイブン等から取り戻すことに焦点が当たり、対象とする無形資産の射程を拡大する議論が行われた。無形資産の定義を厳格化すれば、事業再編等により構築された新たなビジネスモデルに基づく超過利益の源泉が無形資産の定義から外れる恐れがあり、超過利益の源泉となる価値創造の一部が無形資産として認識されず、タックスヘイブンへ移転する可能性があると考えられていたのである。

例えば、事業再編により移転する可能性のある無形資産として、特許、商標、商号、デザイン、型式等の産業上の資産を使用する権利、文学上、芸術上又は科学上の作品の著作権（ソフトウェアを含む。）、並びにノウハウ及び取引上秘密等の知的財産、顧客リスト、販売網、ユニークな名称、記号又は図画等が考えられたが¹⁴⁵、事業再編に伴う無形資産の移転については、各国の税務

くことが指向されていた。

1. The development of a framework for analysis of intangible-related transfer pricing issues;
2. Definitional aspects;
3. Specific categories of transactions involving intangibles, such as research and development activities, differentiation between intangible transfers and services, marketing intangibles, other intangibles and business attributes;
4. How to identify and characterise an intangible transfer;
5. Situations where an enterprise would at arm's length have a right to share in the return from an intangible that it does not own;
6. Valuation issues.

http://www.oecd.org/document/44/0,3746,en_2649_33753_46988012_1_1_1_1.00.html

¹⁴⁵ OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 9.55。

“Transfers of intangibles or rights in intangibles raise difficult questions both as to the identification of the intangibles transferred and as to their valuation. Identification can be difficult because not all valuable intangibles are legally protected and registered and not all valuable intangibles are recognised or recorded for accounting purposes. Relevant intangibles might potentially include rights to use industrial assets such as patents, trademarks, trade names, designs or models, as well as copyrights of literary, artistic or scientific work (including software) and intellectual property such as know-how and trade secrets. They may also include customer lists, distribution channels, unique names, symbols or pictures. An essential part of the analysis of a business restructuring is to identify with specificity the relevant intangibles or rights in intangibles that were transferred (if any), whether independent parties would have remunerated their transfer, and what their arm's length value is.”

なお、OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 9.56 では。無形資産又は無形資産に係る権利の移転に対する独立企業間対価の算定に影響を与える要素として、無形資産の使用から得られる期待便益の額・存続期間・危険度、無形資産に係る権利の性格及びこれに付随する制限(使用又は活用方法の制限、地理的な制限、時間的な制限)、法的保護を受ける場合にはその範囲・残存期間、当該権利に付随するあらゆる排他的条項を挙げている。

“It will be affected by a number of factors among which are the amount, duration and riskiness of the expected benefits from the exploitation of the intangible, the nature of the intangible right and

当局が超過利益の源泉となる価値創造機能の移転となるか関心の高い取引であったことから、定義の厳格化により定義から外れる恐れのある超過利益の源泉に対して、無形資産の定義を包括的にすることにより超過利益の源泉となる価値創造を全て取り込むことを目指していたものと考えられる。

そのため、最終報告書では、無形資産についての包括的な定義を採用し、「本ガイドラインにおいて、『無形資産』という用語は、有形資産や金融資産ではなく、商業活動で使用するに当たり所有又は支配することができ、比較可能な状況での非関連者間取引においては、その使用又は移転によって対価が生じるものを指すことを意図している。」と規定し、無形資産の限定列举を行わず、超過利益の移転に対して定義の隙間を作らずに包括的に対応する立場が採られている¹⁴⁶。

また、無形資産が関わる事案について移転価格分析を行う主目的は、会計又は法的な定義に焦点をあてることではなく、比較可能な取引において独立企業間が合意するであろう条件を決定することであり、重要な無形資産が必ずしも会計上の無形資産として認識されるわけではないとしている¹⁴⁷。

さらに、法令、契約又はその他の形態による保護の利用可能性及び範囲が、ある事物の価値やその事物に帰属すべき利益に影響する場合があるとして¹⁴⁸、無形資産の使用が多国籍企業の価値創造の原因になり得るとしても、全ての無形資産があらゆる状況において、商品又は役務に対する支払い義務とは別個の

the restrictions that may be attached to it (restrictions in the way it can be used or exploited, geographical restrictions, time limitations), the extent and remaining duration of its legal protection (if any), and any exclusivity clause that might be attached to the right.”

¹⁴⁶ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.6。

“In these Guidelines, therefore, the word “intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances.”

¹⁴⁷ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.7。

“Intangibles that are important to consider for transfer pricing purposes are not always recognised as intangible assets for accounting purposes. For example, costs associated with developing intangibles internally through expenditures such as research and development and advertising are sometimes expensed rather than capitalised for accounting purposes and the intangibles resulting from such expenditures therefore are not always reflected on the balance sheet.”

¹⁴⁸ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.8。

“The availability and extent of legal, contractual, or other forms of protection may affect the value of an item and the returns that should be attributed to it.”

対価を受けるに値するわけではなく、全ての無形資産があらゆる状況において超過利益を発生させるわけではないとも指摘している¹⁴⁹。

こうした無形資産に係る包括的定義を前提として、重要な無形資産又は無形資産に係る権利の譲渡については、無形資産に係る全ての権利の譲渡として無形資産の売却や無形資産の永続的・排他的なライセンスの付与があり、限定的な権利の譲渡として地理的制約、期間の限定、又は使用・利用・再製造・再移転・追加開発を行う権利に係る制約がある無形資産の限定的な実施権に関する許諾があるとし¹⁵⁰、無形資産又は無形資産に係る権利の譲渡に関する取引については、関連者間で移転した無形資産及び無形資産に係る権利の性質を具体的に特定することが必要であり、移転した権利への制限がある場合には、制限の性質を考慮して比較可能性分析を行うことを求めている¹⁵¹。

また、無形資産が他の無形資産と併せて譲渡するような複合的な無形資産の譲渡が行われる場合については、異なる無形資産の相互作用の性質とその経済的効果を分析する必要があるとし¹⁵²、無形資産の中には、単体で取り扱われた場合より他の無形資産と組み合わせられることによって価値が上がるものがある

¹⁴⁹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.10。

“Depending on the industry sector and other facts specific to a particular case, exploitation of intangibles can account for either a large or small part of the MNE’s value creation. It should be emphasised that not all intangibles deserve compensation separate from the required payment for goods or services in all circumstances, and not all intangibles give rise to premium returns in all circumstances.”

¹⁵⁰ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.88。

“Rights in intangibles themselves may be transferred in controlled transactions. Such transactions may involve a transfer of all rights in the intangibles in question (e.g. a sale of the intangible or a perpetual, exclusive licence of the intangible) or only limited rights (e.g. a licence or similar transfer of limited rights to use an intangible which may be subject to geographical restrictions, limited duration, or restrictions with respect to the right to use, exploit, reproduce, further transfer, or further develop).”

¹⁵¹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.89。

“In transactions involving the transfer of intangibles or rights in intangibles, it is essential to identify with specificity the nature of the intangibles and rights in intangibles that are transferred between associated enterprises. Where limitations are imposed on the rights transferred, it is also essential to identify the nature of such limitations and the full extent of the rights transferred.”

¹⁵² 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.92。

“Intangibles (including limited rights in intangibles) may be transferred individually or in combination with other intangibles. In considering transactions involving transfers of combinations of intangibles, two related issues often arise.”

ため、無形資産が組み合わせられて譲渡される場合、無形資産の法的及び経済的な相互関係の性質を特定することが重要になるとしている¹⁵³。

さらに、移転した全ての無形資産が特定されていることを確保することが重要であるとし、複数の無形資産が相互に深く関連して他の無形資産を譲渡せずにある無形資産だけを譲渡することが実質的に不可能な場合には、無形資産の譲渡に伴い必然的に他の無形資産も譲渡することがあり、無形資産の譲渡の結果、譲受人が使用可能となった全ての無形資産を特定すべきであるとしているのである¹⁵⁴。

なお、無形資産又は無形資産に係る権利が有形資産や役務提供に伴い譲渡する場合においても、取引に伴い無形資産が実際に譲渡したかどうかを決定することが重要であり、取引に関連して譲渡した全ての無形資産を特定し、移転価格分析により検討することが重要であるとしている¹⁵⁵。

このように包括的定義を前提とした無形資産の特定については、各国の税務当局において自国へ帰属させる超過利益を創出する無形資産を取り込むための射程を広げるとともに、無形資産の特定において事実認定が異なる恐れがあり、二重課税を引き起こす要因になるものと考えられる¹⁵⁶。そのため、所得相

¹⁵³ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.93。

“It may be the case that some intangibles are more valuable in combination with other intangibles than would be the case if the intangibles were considered separately. It is therefore important to identify the nature of the legal and economic interactions between intangibles that are transferred in combination.”

¹⁵⁴ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.95。

“A second and related issue involves the importance of ensuring that all intangibles transferred in a particular transaction have been identified. It may be the case, for example, that intangibles are so intertwined that it is not possible, as a substantive matter, to transfer one without transferring the other. Indeed, it will often be the case that a transfer of one intangible will necessarily imply the transfer of other intangibles.”

¹⁵⁵ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.98。

“In some situations intangibles or rights in intangibles may be transferred in combination with tangible business assets, or in combination with services. It is important in such a situation to determine whether intangibles have in fact been transferred in connection with the transaction. It is also important that all of the intangibles transferred in connection with a particular transaction be identified and taken into account in the transfer pricing analysis.”

¹⁵⁶ 無形資産により創出される超過利益への課税を強化する傾向が強まっているとの指摘もある。Sullivan, Martin A. “ANALYSIS: SHOULD WE PROMOTE OR PUNISH EXCESS PROFITS?” Tax Notes, Nov. 2, 2015, p. 591.

応性基準の適用において、包括的定義を前提として幅広く定期的調整を行うことが可能になることは、BEPS への対抗措置に基づく所得相応性基準の適用における大きな問題であり、米国における所得相応性基準の適用を超えるものであり、適用範囲を限定していく必要があるものと考えられる。

第2項 比較可能性分析

包括的定義を前提とした無形資産の特定を行い、当該無形資産取引に係る独立企業間価格を算定するための比較可能性分析としては、以下の項目が重要とされている。

1. 排他性

無形資産に係る権利の排他性は、比較可能性を検討する上で重要な要素であり、無形資産の法的所有者が他者による当該無形資産の使用を排除できることになる。例えば特許権は、特許により保護された発明を何年間かにわたって排他的に使用できる権利をもたらし、無形資産の権利を管理する当事者が市場から競合他社を排除することができる場合、又は市場の優位性をもたらし無形資産を競合他社が使用できないようにできる場合には、当事者は強い市場支配力又は市場影響力を有していることになる。無形資産に対する非独占的権利を有する当事者については、全ての競合他社を排除することはできず、同程度の市場支配力又は市場影響力を持たないのが通常であるため、比較可能性分析においてその違いを考慮しなければならず、独立企業間価格の算定において影響があるものと考えられている¹⁵⁷。

“In recent years there has been growing interest in dividing profits between normal and excess profits and taxing each differently.”

“In many cases, however, it may be that excess profits are entirely attributable to intangible assets.”

¹⁵⁷ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.118。

“Whether the rights in intangibles relevant to a particular transaction involving the transfer of intangibles or rights in intangibles are exclusive or non-exclusive can be an important comparability consideration. Some intangibles allow the legal owner of the intangible to exclude others from using the intangible. A patent, for example, grants an exclusive right to use the invention covered by the patent for a period of years. If the party controlling intangible rights can exclude other enterprises from the market, or exclude them from using intangibles that provide a market advantage, that party may enjoy a high degree of market power or market influence. A party with non-exclusive rights to

2. 法的保護の範囲と期間

無形資産に係る法的保護の範囲と期間は、比較可能性の検討において重要であり、法的保護は、競合他社による特定の市場への参入を防ぐことができるほか、ノウハウや企業秘密等の他の無形資産については、利用可能な法的保護は異なる性質を有しており、効力や期間が劣るものもあるとしている。また、耐用年数が限定されている無形資産については、無形資産に係る権利の期間が無形資産の使用による将来便益に対する取引当事者の期待に影響するため、法的保護の期間が重要になると考えられている¹⁵⁸。

3. 地理的範囲

無形資産又は無形資産に係る権利の地理的範囲についても、比較可能性の検討において重要であり、製品の性質、無形資産の性質及び市場の性質によっては、無形資産に対する権利が世界中で付与されている場合は、特定の国だけで付与されている場合と比較して価値が高くなると考えられている¹⁵⁹。

4. 耐用年数

多くの無形資産は耐用年数が限られており、無形資産に対する法的保護の性質・期間、業界における技術変化の度合い及び新製品や潜在的改良品の開発に

intangibles will not be able to exclude all competitors and will generally not have the same degree of market power or influence. Accordingly, the exclusive or non-exclusive nature of intangibles or rights in intangibles should be considered in connection with the comparability analysis.”

¹⁵⁸ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.119。

“The extent and duration of legal protection of the intangibles relevant to a particular transfer can be an important comparability consideration. Legal protections associated with some intangibles can prevent competitors from entering a particular market. For other intangibles, such as know-how or trade secrets, available legal protections may have a different nature and not be as strong or last as long. For intangibles with limited useful lives, the duration of legal protections can be important since the duration of the intangible rights will affect the expectation of the parties to a transaction with regard to the future benefits from the exploitation of the intangible.”

¹⁵⁹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.120。

“The geographic scope of the intangibles or rights in intangibles will be an important comparability consideration. A global grant of rights to intangibles may be more valuable than a grant limited to one or a few countries, depending on the nature of the product, the nature of the intangible, and the nature of the markets in question.”

より影響を受けることもあるため¹⁶⁰、比較可能性分析では、無形資産の予測耐用年数の検討が重要となり、市場優位性を維持できる予測耐用年数が長い場合には価値が高くなると考えられている¹⁶¹。

5. 開発段階

比較可能性分析において、無形資産の開発段階について考慮することも重要な場合があり、無形資産が商業上有望な製品の基礎となることが十分に証明される前に当該無形資産が移転される場合も多く¹⁶²、商業的な採算性が確立した製品に関連する無形資産は、商業的な採算性がまだ確立されていない製品に関連する比較可能な無形資産より、価値が高くなると考えられている。そのため、一部開発済みの無形資産について比較可能性分析を行う場合には、その後の開発により商業的に大きな便益を将来得られるかについて評価しておくことが重要になると考えられている¹⁶³。

¹⁶⁰ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.121。

“Many intangibles have a limited useful life. The useful life of a particular intangible can be affected by the nature and duration of the legal protections afforded to the intangible, as noted above. The useful life of some intangibles can also be affected by the rate of technological change in an industry and by the development of new and potentially improved products. It may also be the case that the useful life of particular intangibles can be extended.

¹⁶¹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.122。

“In conducting a comparability analysis, it will therefore be important to consider the expected useful life of the intangibles in question. In general, intangibles expected to provide market advantages for a longer period of time will be more valuable than similar intangibles providing such advantages for a shorter period of time, other things being equal. In evaluating the useful life of intangibles it is also important to consider the use being made of the intangible. The useful life of an intangible that forms a base for ongoing research and development may extend beyond the commercial life of the current generation product line based on that intangible.”

¹⁶² 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.123。

“In conducting a comparability analysis, it may be important to consider the stage of development of particular intangibles. It is often the case that an intangible is transferred in a controlled transaction at a point in time before it has been fully demonstrated that the intangible will support commercially viable products. A common example arises in the pharmaceutical industry, where chemical compounds may be patented, and the patents (or rights to use the patents) transferred in controlled transactions, well in advance of the time when further research, development and testing demonstrates that the compound constitutes a safe and effective treatment for a particular medical condition.”

¹⁶³ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.124。

“As a general rule, intangibles relating to products with established commercial viability will be more valuable than otherwise comparable intangibles relating to products whose commercial viability is yet to be established. In conducting a comparability analysis involving partially developed intangibles, it is important to evaluate the likelihood that further development will lead to

6. 改良、改訂及びアップデートする権利

無形資産を将来において改良、改訂及びアップデートする当事者の権利についても、無形資産を伴う比較可能性分析においては、重要な検討事項となっており、無形資産の継続的な開発及び改良がなければ、比較的短期間で陳腐化して競争力を失う可能性があり、改良、改訂及びアップデートする当事者の権利の有無により、無形資産から生じる市場優位性を維持できる予測耐用年数に違いをもたらすことになり、比較可能性分析では、無形資産の権利の中に、改良、改訂及びアップデートする権利が含まれているかどうかを考慮する必要があるとしている¹⁶⁴。

また、無形資産の譲受者が、無形資産の開発に直結する研究に関連する無形資産を使用する権利を獲得するかどうかも重要であり、譲受者の研究により開発期間が短縮され、新製品又は新しいアプリケーションを先行して市場に導入できるかにおいて違いが生じることになり、比較可能性分析では、譲受者に製品の開発において無形資産を使用する権利が付与されているかも考慮すべきであると考えられている¹⁶⁵。

commercially significant future benefits. In certain circumstances, industry data regarding the risks associated with further development can be helpful to such evaluations. However, the specific circumstances of any individual situation should always be considered.”

¹⁶⁴ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.125。

“Often, an important consideration in a comparability analysis involving intangibles relates to the rights of the parties with regard to future enhancements, revisions and updates of the intangibles. In some industries, products protected by intangibles can become obsolete or uncompetitive in a relatively short period of time in the absence of continuing development and enhancement of the intangibles. As a result, having access to updates and enhancements can be the difference between deriving a short term advantage from the intangibles and deriving a longer term advantage. It is therefore necessary to consider for comparability purposes whether or not a particular grant of rights in intangibles includes access to enhancements, revisions, and updates of the intangibles.”

¹⁶⁵ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.126。

“A very similar question, often important in a comparability analysis, involves whether the transferee of intangibles obtains the right to use the intangibles in connection with research directed to developing new and enhanced intangibles. For example, the right to use an existing software platform as a basis for developing new software products can shorten development times and can make the difference between being the first to market with a new product or application, or being forced to enter a market already occupied by established competitive products. A comparability analysis with regard to intangibles should, therefore, consider the rights of the parties regarding the use of the intangibles in developing new and enhanced versions of products.”

無形資産取引に係る独立企業間価格を算定するための比較可能性分析においては、超過利益を創出する無形資産の価値をいかに評価し、非関連の無形資産取引との比較可能性を分析しなければならないが、実務上困難な場合が多く、独立取引比準法、再販売価格基準法及び原価基準法等の比較法による独立企業間価格の算定は困難になっていると考えられる¹⁶⁶。そのため、所得相応性基準の適用において、厳格な比較可能性分析を求めることは困難となっており、利益分割法による定期的調整の可能性は高まっていくものと考えられる。

第3項 地域的特殊要因の問題

地域的特殊要因としてのロケーションセービングについては、OECD ガイドライン第9章「事業再編に係る移転価格の側面」の第2部「再編後の関連者間取引の報酬」で議論している。ロケーションセービングは、多国籍企業グループが活動の一部を、当初活動を行っていた場所よりもコスト(人件費、不動産コスト等)が低い場所に再配置する場合に得ることができるが、セービングの評価を行う場合には、再配置に伴い見込まれるコスト(例えば、既存の事業の終了費用、新たな場所でより高くなるかもしれないインフラコスト、新たな事業では市場との距離が離れるためより高くなるかもしれない輸送コスト、現地従業員の研修費用等)を考慮に入れるものとしている¹⁶⁷。

¹⁶⁶ 比較可能性の要求水準を下げることにより、独立取引比準法の適用が回帰されるとの見方もある。

Falk, Daniel, "IT'S TIME TO REVISIT THE APPLICATION OF THE CUT. (Section 482 -- Transfer Pricing)" Tax Notes, Apr. 18, 2016, p. 367.

"In particular, the following aspects of the guidance on comparability are difficult to apply in real-world situations:

- the criteria for comparability of circumstances for licenses of identical intangibles;
- the implications of the "reduced reliability" of CUT analyses based on comparable (versus identical) intangibles;
- the criteria for comparability of intangibles, including the evaluation of the profit potential of potentially comparable intangibles; and
- the criteria for comparability of circumstances for licenses of comparable intangibles."

"The most practical approach would likely be to clarify the regulations, perhaps by introducing a CUT method with comparability criteria similar to those of the CPM and an income-based method with guidance specific to transactional scenarios, under which an application of an income-based method would be more reliable."

¹⁶⁷ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 9.126。

事業再編後に重大なロケーションセービングが得られる場合、新 OECD 移転価格ガイドライン 9.149 では、ロケーションセービング当事者間でどのように共有すべきかという問題が生じ¹⁶⁸、その場合、同様な状況で独立企業であればどのような合意を行ったか、具体的には、当事者の機能、資産及びリスク並びに交渉力により決まることになる¹⁶⁹。

より詳細な分析としては、以下の検討が必要になる。

- (i) ロケーションセービングが存在するか。
- (ii) ロケーションセービングの額。
- (iii) ロケーションセービングをどの程度多国籍企業グループのメンバーで享受されるか、どの程度非関連者の顧客又はサプライヤーへ転嫁されるか。
- (iv) ロケーションセービングが非関連の顧客又はサプライヤーに完全に転嫁されない場合に、類似の状況で、事業を行っている非関連が転嫁されずに残った正味のロケーションセービングをどのように配分するか¹⁷⁰。

顧客又はサプライヤーに転嫁されないロケーションセービングの存在が機能分析により明らかになり、現地市場における比較可能な法人及び取引が特定可能な場合、現地市場の比較対象は、正味のロケーションセービングが関連者間

“Location savings can be derived by an MNE group that relocates some of its activities to a place where costs (such as labour costs, real estate costs, etc.) are lower than in the location where the activities were initially performed, account being taken of the possible costs involved in the relocation (such as termination costs for the existing operation, possibly higher infrastructure costs in the new location, possibly higher transportation costs if the new operation is more distant from the market, training costs of local employees, etc.). Where a business strategy aimed at deriving location savings is put forward as a business reason for restructuring, the discussion in Section D.1.5 of Chapter I is relevant.”

¹⁶⁸ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 9.127。

“Where significant location savings are derived further to a business restructuring, the question arises of whether and if so how the location savings should be shared among the parties.”

¹⁶⁹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 9.131。

“In determining which party(ies) should be attributed the location savings at arm's length, it will be important to consider the functions, risks and assets of the parties, as well as the options realistically available to each of them.”

¹⁷⁰ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.141。

“Pursuant to the guidance in paragraphs 9.126 – 9.131, in determining how location savings are to be shared between two or more associated enterprises, it is necessary to consider (i) whether location savings exist; (ii) the amount of any location savings; (iii) the extent to which location savings are either retained by a member or members of the MNE group or are passed on to independent customers or suppliers; and (iv) where location savings are not fully passed on to independent customers or suppliers, the manner in which independent enterprises operating under similar circumstances would allocate any retained net location savings.”

でどのように配分されるべきかに関して最も信頼できる指標になるとしており、信頼し得る現地市場の比較対象が独立企業間価格の決定に利用可能である場合、ロケーションセービングに対する比較可能性の調整は不要であるとしている¹⁷¹。

また、現地市場において信頼できる比較対象が存在しない場合には、多国籍企業グループのメンバー間におけるロケーションセービングの存在及び配分に係る決定及びロケーションセービングの考慮に必要な比較可能性の調整は、関連者の果たす機能、引き受けるリスク及び使用する資産を含む事実及び状況全ての分析に基づくべきであるとしている¹⁷²。

ロケーションセービングについては、無形資産に類似し超過利益が生まれる可能性があり、例えば、中国の国家税務総局は、国際連合の国際租税協力専門家委員会が作成した 2017 年「開発途上国のための移転価格実務マニュアル」における D.2「中国の実務」の設例において、ロケーションセービングによる超過利益は無形資産に類似し、全て中国に所在する企業に帰属させるべきであるとの立場を表明している¹⁷³。

しかしながら、OECD では、ロケーションセービングについて、現地のコストを前提とした比較対象取引との差異調整により帰属を判断すべきとしており、ロケーションセービングによる超過利益を全て現地に帰属させるのではなく、非関連者間の交渉により配分すべきとの立場を採っており¹⁷⁴、現地市場の

¹⁷¹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.142。

“Where the functional analysis shows that location savings exist that are not passed on to customers or suppliers, and where comparable entities and transactions in the local market can be identified, those local market comparables will provide the most reliable indication regarding how the net location savings should be allocated amongst two or more associated enterprises. Thus, where reliable local market comparables are available and can be used to identify arm’s length prices, specific comparability adjustments for location savings should not be required.”

¹⁷² 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.143。

“When reliable local market comparables are not present, determinations regarding the existence and allocation of location savings among members of an MNE group, and any comparability adjustments required to take into account location savings, should be based on an analysis of all of the relevant facts and circumstances, including the functions performed, risks assumed, and assets used of the relevant associated enterprises, in the manner described in paragraphs 9.126 - 9.131.”

¹⁷³ United Nations Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, “Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2017),” P.571.

<http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>

¹⁷⁴ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.143。

“When reliable local market comparables are not present, determinations regarding the existence and allocation of location savings among members of an MNE group, and any comparability adjustments

特徴は、新 OECD 移転価格ガイドライン 6.9 では、所有されることもコントロールされることもできないが、特定の取引における独立企業間価格の決定に影響することもあり、比較可能性分析において考慮されるべきであるが、無形資産ではないとしている¹⁷⁵。

そのため、ロケーションセービングによる超過利益をどのように配分すべきか問題となる可能性があり、例えば、現地子会社の果たす機能、引き受けるリスク及び使用する資産から超過利益を創出する無形資産に相当すると議論すれば、中国市場における製造活動等に対するプレミアムリターンとして評価できる可能性もあり、無形資産に係る包括的定義の射程として取り込むのか、又は特別な考慮をしていくべきか課題になっているものと考えられる。

同様に、地域的特殊要因としてのマーケットプレミアムについては、新 OECD 移転価格ガイドライン第 1 章 D 節(独立企業原則の適用の指針)D.6(ロケーションセービング及び他の現地市場の特徴)D.6.2(他の現地市場の特徴)において議論されている。

マーケットプレミアムは、事業活動を行う現地市場の特徴が、関連者間取引の独立企業間価格に影響を与えることがあり、その他の現地市場の特徴として、比較可能性の懸念を生み出すことがある。そのため、比較可能性分析及び機能分析により、製品が製造又は販売される地域別市場の関連する特徴、当該市場の購買力や家計の製品選好、当該市場が拡大又は縮小するか、当該市場の競争度及びその他類似の要因が当該市場で実現され得る価格及び利益率に影響を与えるかが示されるかもしれない。同様に、現地国のインフラの相対的な利用可能性、訓練又は教育を受けた労働者層の相対的な利用可能性、有望な市場に近接しているかどうか、及び事業活動を行う地域別市場における類似の特徴により、考慮すべき市場の利点又は欠点が生じることが示される¹⁷⁶。

required to take into account location savings, should be based on an analysis of all of the relevant facts and circumstances, including the functions performed, risks assumed, and assets used of the relevant associated enterprises, in the manner described in paragraphs 9.126 - 9.131.”

¹⁷⁵ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.9。

“It is important to distinguish intangibles from market conditions or local market circumstances. Features of a local market, such as the level of disposable income of households in that market or the size or relative competitiveness of the market are not capable of being owned or controlled. While in some circumstances they may affect the determination of an arm’s length price for a particular transaction and should be taken into account in a comparability analysis, they are not intangibles for the purposes of Chapter VI. See Section D.6 of Chapter I.”

¹⁷⁶ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.144。

ここで、適切な比較可能性の差異調整は、比較可能性を向上する信頼し得る調整が特定される場合、このような要因を説明するために行われるべきであり、信頼し得る現地市場の比較対象を特定できない場合には、以下について検討する必要がある。

- (i)市場のメリット・デメリットが存在するか。
- (ii)収益、費用又は利益の増減額は、他の市場において特定された比較対象の収益、費用又は利益と比較した場合、現地市場における市場のメリット・デメリットに起因するか。
- (iii)現地市場の特徴の利益又は負担がどの程度非関連者の顧客又はサプライヤーへ転嫁されるか。
- (iv)現地市場の特徴に起因する利益又は負担が存在し、非関連の顧客又はサプライヤーに完全には転嫁されていない場合、類似の状況で事業活動を行う非関連者がこのような正味の利益又は負担を非関連の顧客及びサプライヤー間でどのように配分するか¹⁷⁷。

“Features of the local market in which business operations occur may affect the arm’s length price with respect to transactions between associated enterprises. While some such features may give rise to location savings, others may give rise to comparability concerns not directly related to such savings. For example, the comparability and functional analysis conducted in connection with a particular matter may suggest that the relevant characteristics of the geographic market in which products are manufactured or sold, the purchasing power and product preferences of households in that market, whether the market is expanding or contracting, the degree of competition in the market and other similar factors affect prices and margins that can be realised in the market. Similarly, the comparability and functional analysis conducted in connection with a particular matter may suggest that the relative availability of local country infrastructure, the relative availability of a pool of trained or educated workers, proximity to profitable markets, and similar features in a geographic market where business operations occur create market advantages or disadvantages that should be taken into account. Appropriate comparability adjustments should be made to account for such factors where reliable adjustments that will improve comparability can be identified.”

¹⁷⁷ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.146。

“In situations where reasonably reliable local market comparables cannot be identified, the determination of appropriate comparability adjustments for features of the local market should consider all of the relevant facts and circumstances. As with location savings, in each case where reliable local market comparables cannot be identified, it is necessary to consider (i) whether a market advantage or disadvantage exists, (ii) the amount of any increase or decrease in revenues, costs or profits, vis-à-vis those of identified comparables from other markets, that are attributable to the local market advantage or disadvantage, (iii) the degree to which benefits or burdens of local market features are passed on to independent customers or suppliers, and (iv) where benefits or burdens attributable to local market features exist and are not fully passed on to independent customers or suppliers, the manner in which independent enterprises operating under similar circumstances would allocate such net benefits or burdens between them.”

また、市場のメリット・デメリットについては、関連者間で移転される商品又は提供される役務に関する独立企業間価格に影響を与えることがある¹⁷⁸。

移転価格分析の実施に当たり、無形資産ではない現地市場の特徴と、市場を活用するために必要な契約上の権利、政府の免許やノウハウであって、無形資産になり得るものとを区別することは重要であるとしている¹⁷⁹。

そして、当該市場における家計の可処分所得水準や、市場の規模又は相対的な競争等の現地市場の特徴は、ロケーションセービングと同様、所有されることもコントロールされることもできないが、特定の取引における独立企業間価格の決定に影響することもあり、比較可能性分析において考慮されるべきであるが、無形資産ではないとしている。

中国の税務当局は、マーケットプレミアムについても、中国に帰属する超過利益の源泉として考慮すべきであるとの立場を採っており、OECD加盟国との立場の違いは際立っている。

マーケットプレミアムについても、例えば、中国市場におけるマーケティング活動等によるプレミアムリターンとして評価できる可能性があり、無形資産が関わる取引に対するDEMPE機能に係る分析の延長として、中国第6号公告第30条における、無形資産の開発、改良、維持、保護、使用及び拡販に係る活動における関連当事者の価値貢献度、無形資産価値の実現方法及び機能・リスク・資産の相互作用を考慮していく中で、プレミアムリターンの根拠を示すことができるかが課題になっているものと考えられる。

このように地域的特殊要因の問題は、先進国と新興国の間で立場が大きく異なっており、所得相応性基準の適用において、事後的に地域的特殊要因に係る定期的調整が行われる場合には、二重課税が解決されない問題となる可能性があり、所得相応性基準の適用範囲を限定していく必要があるものと考えられる。

¹⁷⁸ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.147。

“The need for comparability adjustments related to features of the local market in cases where reasonably reliable local market comparables cannot be identified may arise in several different contexts. In some circumstances, market advantages or disadvantages may affect arm’s length prices of goods transferred or services provided between associated enterprises.”

¹⁷⁹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 1.149。

“In conducting a transfer pricing analysis it is important to distinguish between features of the local market, which are not intangibles, and any contractual rights, government licences, or know-how necessary to exploit that market, which may be intangibles.”

第4款 バリュチェーン分析による超過ロイヤルティの帰属

バリュチェーン分析の前提として、無形資産等の使用について、無形資産の開発・改良・維持・保護・使用において資産を使用するグループのメンバーは、この行為に対して適切な報酬を受け取るべきであり、このような資産には、研究、開発又はマーケティングに使用される無形資産(ノウハウ、顧客関係等)、物理的資産又は資金等が含まれ、それに限定されないとしている¹⁸⁰。

グローバル・バリュチェーンによる企業活動が進展していくことにより、グローバル企業に対する所得相応性基準の適用はより広範になっていく可能性があり、BEPS 最終報告書に基づき、超過利益の価値創造に沿った配分を行っていくためには、グローバル・バリュチェーン分析を行っていくことが求められているが、その前提としては、グローバル企業を一体として検証する統合アプローチの考え方が採られているものと考えられる¹⁸¹。

そのため、所得相応性基準の適用において、バリュチェーン分析を前提に定期的調整を行う場合には、統合アプローチによりグローバル企業全体に係る所得配分の調整が必要となるが、これは、米国における所得相応性基準の適用

¹⁸⁰ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.139。

“Where information regarding reliable comparable uncontrolled transactions cannot be identified, the arm’s length principle requires use of another method to determine the price that uncontrolled parties would have agreed under comparable circumstances. In making such determinations, it is important to consider:

- The functions, assets and risks of the respective parties to the transaction.
- The business reasons for engaging in the transaction.
- The perspectives of and options realistically available to each of the parties to the transaction.
- The competitive advantages conferred by the intangibles including especially the relative profitability of products and services or potential products and services related to the intangibles.
- The expected future economic benefits from the transaction.
- Other comparability factors such as features of local markets, location savings, assembled workforce, and MNE group synergies.

¹⁸¹ 米国「内国歳入法 482 条に関する白書」第 10 章 C「統合された事業における独立企業アプローチの実務」83-84 頁。

“Now return to the situation in which a vertically or horizontally-integrated technology, available only to multinational companies, is dominant. If multinational corporations are able to produce at lower cost, then in the long run it should be difficult for the smaller companies to continue in existence. Therefore, arm’s length prices may be unavailable. An appropriate transfer pricing result will be achieved if each related party were assigned the income that the corresponding unrelated party would earn, if the latter were using the efficient cost structure.”

を超えたものと考えられる。現在では、米国においても、内国歳入庁の調査プロセスにおいて、バリューチェーンを分析し、どのようなドライバーが貢献しているかについて検証するとしているが¹⁸²、所得相応性基準に基づく定期的調整をバリューチェーン分析に基づき広範に行っていくことは、これまで二国間の二重課税に止まっていた所得相応性基準の適用が拡大することになり、所得相応性基準の導入していない国との間で二重課税が発生した場合には、深刻な問題になるものと考えられる。

第4章 我が国の導入において検討すべき課題

第1節 所得相応性基準における適用対象の設定

BEPS 最終報告書により改定された OECD 移転価格ガイドラインでは、取引で使用又は移転される無形資産を特定し、開発等に関連した経済的に重要なリスクを特定することを求めている¹⁸³。

既述したとおり、改定された OECD 移転価格ガイドラインでは、無形資産について包括的な定義を採用しているが¹⁸⁴、無形資産の特定において、詳細な機

¹⁸² 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 8.12。

Kittle, Brian, “TRANSFER PRICING AUDIT ROADMAP: AN EXAM RESPONSE FRAMEWORK.” Tax Notes, Sept. 28, 2015, p. 1503.

“The audit roadmap emphasizes the importance of fact development in transfer pricing cases. Examiners are tasked with constructing a narrative of the taxpayer that describes “what drives the taxpayer’s financial success, based on a thorough analysis of functions, assets, and risks, and an accurate understanding of the relevant financial information.” Key components of that narrative include defining the taxpayer’s “value chain, competitive position in its industry, and financial results.””

¹⁸³ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 6.34。

“Identify the intangibles used or transferred in the transaction with specificity and the specific, economically significant risks associated with the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of the intangibles.”

¹⁸⁴ 米国では、無形資産の定義を限定的に列挙しており、我が国の移転価格税制上も、無形資産については法人税法施行令第 183 条第 3 項第 1 号を参照して以下のとおり限定的に列挙している(租税特別措置法関係通達(法人税編)66 の 4(3)-3(注)1)。

① 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又はこれらに準ずるもの
② 著作権(出版権及び著作隣接権その他これに準ずるものと含む。)
③ 法人税法施行令第 13 条第 8 号イからソまで(減価償却資産の範囲)に掲げる無形固定資産
イ：鉱業権（租鉱権及び採石権その他土石を採掘し又は採取する権利を含む。）
ロ：漁業権（入漁権を含む。）

能分析等により、課税処分ための要件を厳格化している。これは、現行のOECD 移転価格ガイドラインにおいて、無形資産の定義を厳格化することにより、課税処分のための要件を入り口で狭めるのと対照的に、無形資産について包括的な定義を採用した上で、詳細な機能分析等により課税処分のための要件を出口で狭めているものと考えられる。

しかし、これにより、税務当局にとっては、詳細な機能分析等の場面で、事実認定等での裁量の余地が広がる可能性があるものと考えられる。

他方、納税者にとっては、どのような超過利益の源泉が無形資産として認定されるかについての透明性や予測可能性が低下する恐れがあるものと考えられる。

無形資産取引に係る移転価格ルールの見直しでは、「無形資産」は、その固有性により、「独立企業原則」の適用が困難であり、開発国(「価値創造の場」)から軽課税国への利益移転が行なわれていると分析していることから、税務当局にとっては、無形資産取引への課税のための間口が広がったと解することができるが、他方、納税者にとっては、各国の税務当局から詳細な機能分析等を求められ、二重課税となってしまう可能性が高まったものと考えられる。

どのような超過利益を無形資産として特定するのか、詳細な機能分析等の場面で裁量の余地をどのように狭めていくのか、無形資産による収益源泉の関連者への帰属をどのように決定していくのか、等について整理していく必要があるものと考えられる。

-
- ハ：ダム使用权
 - ニ：水利権
 - ホ：特許権
 - ヘ：実用新案権
 - ト：意匠権
 - チ：商標権
 - リ：ソフトウェア
 - ヌ：育成者権
 - ル：公共施設等運営権
 - ヲ：営業権
 - ワ：専用側線利用権
 - カ：鉄道軌道連絡通行施設利用権
 - ヨ：電気ガス供給施設利用権
 - タ：水道施設利用権
 - レ：工業用水道施設利用権
 - ソ：電気通信施設利用権

④ 顧客リスト、販売網等の重要な価値のあるもの

そのため、所得相応性基準を我が国で導入する場合には、適用対象の設定を厳格に行っていく必要があると考えられるが、無形資産に係る包括的定義を前提とすると、機能分析により厳格に行っていくことになるが、機能分析は事実認定に依存する要素が多く、税務当局による広範な判断が行われる余地が残るものと考えられる。

第2節 比較法による超過ロイヤリティの検証

米国での実務及び判例の動向と比較すると、わが国の移転価格課税では、外国子会社を検証対象に取引単位営業利益法を適用して、利益水準の上限を抑え、残余利益を日本の親会社の無形資産に帰属させる執行は、積極的に行われている。そのため、仮に外国子会社の利益水準が事後的に増加している事例であっても、取引単位営業利益法の機械的な適用により、無形資産価値の事後的上昇による利益の増加分を親会社へのロイヤリティの追加として回収させている事例もあり、所得相応性基準を導入した米国の裁判例で争われている状況と異なり、わが国では、所得相応性基準が導入されていないにもかかわらず、所得相応性基準の主要争点である無形資産価値の事後的な上昇への移転価格課税が行われている状況にあるものと考えられる。

売上総利益での比較により移転価格を算定する再販売価格基準法と、営業利益での比較により移転価格を算定する取引単位営業利益法との間には、利益水準指標としては売上総利益と営業利益の違いであり、営業費を控除するだけの差異に過ぎず、わが国の税務当局の認識としては、外国子会社に再販売価格基準法を適用して売上総利益の水準を固定することと、取引単位営業利益法を適用して営業利益の水準を固定することに大きな違いがないという認識を持っているように考えられる。

しかし、無形資産価値の事後的な上昇がある場合に、無形資産使用料が外国子会社の販売費一般管理費から支出されていれば、再販売価格基準法と取引単位営業利益法の適用に違いが出てくることになる。

わが国では、米国の裁判例において所得相応性基準の適用について争いになっている問題が、取引単位営業利益法の機械的な適用により無形資産価値の事後的な上昇がある場合に発生しているものと考えられる。

所得相応性基準の導入により、わが国における取引単位営業利益法の機械的な適用が、無形資産への移転価格課税の後知恵の問題を再認識させて、無形資

産価値の事後的上昇への分析を促すこととなれば望ましいが、取引単位営業利益法の機械的な適用がさらに進むのであれば、事後調査と後知恵の問題が認識されないまま、無形資産価値の事後的上昇への移転価格課税が引き続き行われることになる懸念があるものと考えられる。

第3節 利益分割法による超過ロイヤルティの配分

どのような分割要因を選定するかについては、利益分割法の適用に係る裁判例である株式会社パシフィック・フルーツ・リミテッド事件東京地裁判決¹⁸⁵において、裁判所は、「分割要因の選定に当たっては、国外関連取引の内容に応じて各当事者が果たす機能を分析し、その機能に差異があるときは、それぞれの機能が分割対象利益の発生に寄与する程度や性格等を考慮し、各当事者が分割対象利益の獲得に寄与した相対的な程度を推測するに足りる要因を選定すべきと解するのが相当である」とした上で、納税者と国外関連者が行う業務はいずれも仕入販売業務及び一般管理業務であるから、両者の機能に差異はないと認定し、両者がこれらの業務のために支出した費用は販売費一般管理費として計上されている等から、販売費一般管理費は、両者が当該国外関連取引に係る営業利益の獲得に「寄与した相対的な程度を推測するに足りる要因」と認められると判示している。株式会社パシフィック・フルーツ・リミテッド事件東京高裁判決¹⁸⁶では、分割対象利益の分割要因として販売費一般管理費を用いることについて、控訴人は、OECD 移転価格ガイドラインによれば、利益分割法の適用のためには、分割要因と分割対象損益との間には強い相関関係(a strong correlation)が存在しなければならないと主張したが¹⁸⁷、「措置法施行令 39 条の

¹⁸⁵ 東京地判平成 24 年 4 月 27 日訟務月報 59 巻 7 号 1937 頁。

¹⁸⁶ 東京高判平成 25 年 3 月 28 日租税訟務資料 263 号 12187 順号。

¹⁸⁷ OECD ガイドライン・パラグラフ 2.138。

「相対的な発生費用と関連する付加価値との間に強い相関関係が特定できる場合には、費用ベースの配分キーが適切であるかもしれない。」

なお、新 OECD 移転価格ガイドライン 2.144 に同様の記述が存在する。

“An allocation key based on expenses may be appropriate where it is possible to identify a strong correlation between relative expenses incurred and relative value added. For example, marketing expenses may be an appropriate key for distributors-marketers if advertising generates material marketing intangibles, e.g. in consumer goods where the value of marketing intangibles is affected by advertising. Research and development expenses may be suitable for manufacturers if they relate to the development of significant trade intangibles such as patents. However, if, for instance, each party contributes different valuable intangibles, then it is not appropriate to use a cost-based allocation key unless cost is a reliable measure of the relative value of those intangibles.

12 第 8 項は、分割要因について、法人又は国外関連者が『当該所得の発生に寄与した程度を推測するに足りる要因』と規定しており、『当該所得の発生に寄与した要因』とは規定していないことからすれば、同条項の解釈としては、分割要因と分割対象損益との間に、他方の増減がもう一方の増減に影響するといった関連性の存在は要求されていないものというべきである。控訴人は、OECD 移転価格ガイドラインを根拠に、上記関連性の必要性を主張するが、同ガイドラインが直ちに、わが国における課税処分である本件各処分の違法性の根拠となり得るものではない。他に、上記控訴人の主張の裏付けとなる法令上の根拠は存在しないから、これを採用することはできない。」として、控訴人の主張を退けている。さらに、「控訴人の営業利益が大幅に減少し、多額の本件分割対象損失が生じた理由は、控訴人の輸入したエクアドル産バナナの需要急減に伴う浜値の大幅な急落等にあり、販管費との関連性は全く存在しない」という納税者(控訴人)の主張に対して、かかる「主張は、いずれも分割要因(販管費)と分割対象損益(営業利益)との間に関連性を要するとの前記控訴人の主張を前提とするものであるから、いずれにしろ、その前提を欠くものであり、失当である」と判示している。利益分割と損失分割とでは分割要因について異なった配慮が必要であるという控訴人の主張についても、「控訴人は、OECD 報告書を根拠に、利益分割と損失分割では異なった配慮が必要であると主張するが、同報告書が直ちに、わが国における課税処分である本件各処分の違法性の根拠となり得るものではない」として退けている。

同様に、利益分割法に係る判断として、平成 22 年 1 月 27 日裁決において、国税不服審判所は、「双方が所有する無形資産の価値を判断する要素については、法的な所有関係だけでなく、無形資産を形成等させるための活動において関連当事者の行った貢献についても勘案する必要があることから、当該無形資産の形成などのための意思決定、役務の提供、費用負担及びリスク管理において、関連当事者が果たした機能等を総合的に勘案し判断することが相当であると解される」としている。

また、人件費の残余利益に係る分割要因については、平成 22 年 6 月 28 日裁決において、税務当局は、重要な無形資産の形成等に貢献している部署の責任者の「超過人件費」(年間人件費から関連の製造業の平均人件費を控除した金

Remuneration is frequently used in situations where people functions are the primary factor in generating the combined profits.”

額)を使用した。が、国税不服審判所も、人件費のうち無形資産の形成等に貢献しない基本的活動に対応する部分の人件費を控除し、無形資産の形成等に貢献している部分の「超過人件費」を分割要因とする扱いを合理的であると支持している。

さらに、無形資産の形成、維持、発展に当たっての貢献の残余利益分割法適用における分割要因(分割指標)について、平成 25 年 3 月 18 日裁決において、国税不服審判所は、「事務運営要領 2-11 は、無形資産の使用許諾等について調査を行う場合には、当該無形資産の法的な所有関係のみならず、当該無形資産を形成し、維持、発展させるに当たり法人又は国外関連者の行った貢献も勘案することに留意する旨定めている。・・・利益分割法及び残余利益分割法の趣旨に鑑みると、残余利益分割法を適用して独立企業間価格を算定する場合における残余利益（超過利益）の配分に当たり、当該残余利益(超過利益)の源泉を法人又は国外関連者のいずれの分割要因とするかについては、諸般の事情を総合的に勘案し、移転価格課税の目的に照らして実質的に判断すべきであると解されるのであり、上記の事務運営要領の定めは、この趣旨を明らかにしたものである」として、当審判所においても相当であると認める。」としている。その上で、上記判断基準の具体的当てはめを行い、審判所は、国外における臨床試験は、納税者が日本において実施していた基礎研究や前臨床試験等とは別個のものとして進められた事実を重視した上で、「販売会社としての TAP 社の利益に直接寄与する」ことを認定し、まず、法的関係を前提とした判断を行っている。次に、審判所は、「無形資産の形成、維持又は発展」に関する貢献については、経済的側面を重視して、「上記臨床試験に係る無形資産の形成等のための意思決定及びリスク管理等の主体は TAP 社であったとすることができるから、・・・TAP 社の分割資料とするのが相当」と判断しているのである。

なお、残余利益分割法の基本的利益算定での比較可能性については、本田技研工業株式会社事件東京地裁判決¹⁸⁸において、「検証対象法人が市場において事業活動を行うに当たりその利益に政府の規制や介入を受けている場合には、そのような影響を検証対象法人と同様に受けている法人を比較対象法人として選定するのでなければ、比較対象法人が事業活動を行う市場と検証対象法人が事業活動を行う市場とが類似するものであるということとはできず、当該比較対象法人は検証対象法人との比較可能性を有するものではない。」とし、「マナ

¹⁸⁸ 東京地判平成 26 年 8 月 28 日(平成 23 年(行ウ)164 号)。

ウス税恩典利益は、それを享受する法人の営業利益に影響を及ぼす性質を有し、政府助成金や補助金といった政府の介入の実質を有するものとして、マナウスフリーゾーンという市場の条件を構成する」から、「検証対象法人がマナウスフリーゾーンで事業活動を行いマナウス税恩典利益を享受している場合には、マナウスフリーゾーンで事業活動を行い検証対象法人と同様にマナウス税恩典利益を享受している法人を比較対象法人として選定するのでなければ、比較対象法人が事業活動を行う市場と検証対象法人が事業活動を行う市場とが類似するものであるということはできず、当該比較対象法人は検証対象法人との比較可能性を有するものではないこととなるというべきである。」として、比較対象法人と検証対象法人の間に比較可能性は認められない旨、判示している。さらに、基本的利益算定における差異調整と比較可能性について、「比較対象法人と検証対象法人とがその果たす機能その他においてその事業用資産又は売上高に対する営業利益の割合等の差異を生じさせる差異がある場合においても、当該差異につき適切な調整を行うことができるときには、その差異により生じる割合の差につき必要な調整(差異調整)を加えた後の割合をもって上記事業用資産又は売上高に対する営業利益の割合等としてこれに基づき基本的利益の算定をすることができるが、そのような差異調整をすることができないときには、当該比較対象法人の事業用資産又は売上高に対する営業利益の割合等に基づいて基本的利益の算定をすることはできないと解される」としている。本田技研工業株式会社事件東京高裁判決¹⁸⁹では、「残余利益分割法においては、基本三法に比較して、比較対象法人に求められる比較可能性の程度は緩やかであるとしても、また、総費用営業利益率により市場の類似性の判断をしたとしても、マナウス税恩典利益は、本件のブラジル側比較対象企業と HDA 社等との比較可能性に重大な影響を及ぼすものであり、適切な差異調整をすることなくなされた本件各更生等は違法であり取り消されるべき」であるとして、国外関連者と比較対象法人の比較可能性に関する東京地裁判決(原判決)の結論を支持している。

これまで各国の税務当局は、グローバル企業の各国における所得・税額配分に係る情報入手が困難であったため、各国に所在する企業に対する独立企業間利益率の検証を行うだけのいわゆる片側検証が一般的であった。しかし、移転

¹⁸⁹ 東京高判平成 27 年 5 月 13 日(平成 23 年(行コ)347 号)。

価格文書において、国別報告書が税務当局へ提供が求められることになり、租税条約等に基づく情報交換又は子会社を通じて各国の税務当局に提供されることになると、グローバル企業の収益の重要な源泉の配置が明確化され、各国の税務当局が移転価格分析におけるバリューチェーン分析への誘因が増し、親会社と子会社等、関連当事者間の両側検証又は全体検証により利益分割法を適用していく可能性が高まっていくものと考えられる¹⁹⁰。

例えば、中国においては、2016年6月に公布された国家税務総局公告2016年第42号「関連取引申告及び移転価格同時文書化の管理に関する公告」（以下、「中国第42号公告」という。）により移転価格文書化ルールが確定し、第14条第3項第2号により、移転価格文書においてバリューチェーン分析を求めている。中国の税務当局は、グローバル企業の中国に所在する構成事業体に対

¹⁹⁰ 利益分割法の適用については、BEPSの問題が提起される以前から多国籍企業グループの統合化された事業活動から適用を主張する有力な議論があり、事業活動を貢献指標として利益を分割すべきであるとの提案がなされている。Avi-Yonah, Reuven S. Clausing Kimberly A. and Durst, Michael C. “Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split” Fla Tax Rev. 9. No.5 (2009): 497-553.

“Our proposal for the adoption of a formula-based profit split for the U.S. taxation of corporate income responds to the reality of an increasingly global world. Multinational firms have internationally integrated operations, and they are responsive to the incentives created by discrepancies among national tax policies. A separate accounting system generates an artificial need to assign income and expenses by location, and this creates ample opportunities for tax avoidance.”

定式配分方式については、独立企業原則の代替案として議論されている。

Coffill, Eric J. Willson, Prentiss Jr.”FEDERAL FORMULARY APPORTIONMENT AS AN ALTERNATIVE TO ARM'S LENGTH PRICING: FROM THE FRYING PAN TO THE FIRE?” 59 Tax Notes 1103, MAY 24, 1993.

また、米国の1993年財務省規則案において利益分割法が規定された際には、通常の利益については、比較対象取引が存在し、独立価格比準法、再販売基準法及び原価基準法が適用可能であり、超過利益の分割に限定して利益分割法を適用させるべきであるとの議論が行われていた。

Horst, Thomas, “PROFIT SPLIT METHODS.” 60 Tax Notes 335.

“Under the proposed regulations, a profit split method may be used only if each of the controlled parties owns a 'valuable, nonroutine' intangible that the party developed itself or acquired from unrelated parties and with respect to which the party assumes significant risks and possesses the right to significant economic benefits. Second, such 'valuable, nonroutine' intangibles must contribute significantly to earning the combined profit from the business activity to which the controlled transactions are attributable. Third, there must be significant transactions between the controlled parties, and the activities of each controlled party related to the controlled transactions must contribute significantly to the combined profit or loss derived from the relevant business activity. Finally, the controlled party must elect to apply the profit split method in the current and successive years and comply with various other procedural requirements.”

して、人件費等のコスト低減による超過利益であるロケーションセービングや中国市場固有の内外価格差による超過利益であるマーケットプレミアムに基づく帰属利益の拡大を目指しており、こうした地域的特殊要因について、構成事業体の価値創造に対する貢献の測定及びその帰属、並びにグローバル・バリューチェーンにおけるグローバル企業の利益配分方針と配分結果の報告を求めることにより、利益分割法の適用を進めてきている。

利益分割法の適用における貢献度分析において、無形資産の法的所有権に対して経済的所有権を主張する立場がある。BEPS 最終報告における実質性の議論は、法的形式的な所有権に対して経済的実質的な所有権の議論が行われる場合がある。無形資産の経済的所有権に基づき帰属利益を決定すべきであるという議論は、タックスヘイブンへ法的所有権を移転して無形資産からの利益をタックスヘイブンへ集約化する多国籍企業に対して、親会社所在国が、経済実質的に無形資産の所有権を主張して帰属利益を確保していくためのものであったと考えられる。しかし、中国等新興国の見方は、例えば親会社が製造ノウハウを中国子会社に対して提供してロイヤルティを収受している場合に、親会社のノウハウは価値が低下し、中国子会社の貢献により無形資産の価値が実質的に維持向上していると主張する場合がある。中国では、企業所得税法に関する規則に当たる特別納税調整実施弁法公告の改定公開草案である 2015 年 9 月の特別納税調整実施弁法意見募集稿第 6 章無形資産の 70 条において、無形資産の経済的所有権者について規定し、無形資産の価値創造に実質的に貢献する経済活動を行っている者として、無形資産の開発、改良、維持、保護、使用及び拡販に係る活動を行い、実質的に機能及びリスク等を負担している企業や個人を指すとしていた。2017 年 3 月に公表された国家税務総局公告 2017 年第 6 号公告「国家税務総局の『特別納税調査調整及び相互協議手続に関する管理弁法』の公告」では、無形資産の経済的所有権に関する規定は削除されたが、30 条において、関連当事者による無形資産の価値創造への貢献度の相応する利益配分を評価する場合に、無形資産の開発、改良、維持、保護、使用及び拡販に係る活動における関連当事者の価値貢献度、無形資産価値及び機能・リスク・資産

の相互作用を考慮すべきであるとする実質的な分析を求めている。そして、無形資産の法的所有権のみを有し、無形資産の価値創造に貢献していない企業は、無形資産の利益配分を受けてはならないとし、無形資産の形成及び使用する過程において、資金のみを拠出し、実質的に関連する機能・リスクを負っていない企業については、資金コストに見合う合理的な報酬だけを受け取る権利があるに過ぎないとしている。

BEPS で問題とされたビジネスモデルは、製造、販売、研究開発拠点の国際的再構築によるグローバル企業の利益移転、特にバリュードライバーによる超過利益の国外への移転を行ってきている。特に、タックスヘイブンへの無形資産の法的所有権の一括譲渡や費用分担取極めにおけるタックスヘイブン所在子会社のバイ・イン支払いによる参加と将来の研究開発によるロイヤルティの集約化が問題点として指摘されている。また、ICT を活用したダイレクト販売モデル等により各国拠点利益が消失し、Cash Box による所得のタックスヘイブンへの集約化も問題とされている。

こうした超過利益の源泉としてのバリュードライバーについては、無形資産によるものと明確に特定することが困難であったため、これまでは、独立企業原則による帰属利益を算定するための前提として、構成事業体の拠点機能の分析自体が困難で、課税処分が行われず放置されてきたものと考えられる。

BEPS 最終報告書により、包括的な無形資産の定義を採用することで、問題取引を課税対象とすることは可能となっているが、課税処分のための要件としての詳細な機能分析等において、超過利益の源泉としてのバリュードライバーをどのように取り出していくかについては、依然として困難な状況にある。そのため、価値創造と移転価格の一致を実現していくためには、バリュードライバーの属性をどのように取り出して評価していくのかについて、要件を明確にしていくことが課題になっているものと考えられる。

所得相応性基準を適用し、超過ロイヤルティの回収を定期的調整により行う場合には、これまでは独立取引比準法と利益比準法のように比較法による検証が一般的であったが、バリューチェーン分析を前提に利益分割法による超過利益の再配分を定期的調整により行う場合には、利益分割法の適用に係る配分キーの決定を事後的に是正できる余地を残すことにつながり、超過利益の事後的

な発生により、配分キーを変更するためには慎重な検討が必要であり、OECD 移転価格ガイドラインにおいても、この問題は指摘されているが¹⁹¹、解決されていない問題と考えられる。

¹⁹¹ 新 OECD 移転価格ガイドライン・パラグラフ 2.146。

“Another important issue is the determination of the relevant period of time from which the elements of determination of the allocation key (e.g. assets, costs, or others) should be taken into account. A difficulty arises because there can be a time lag between the time when expenses are incurred and the time when value is created, and it is sometimes difficult to decide which period’s expenses should be used. For example, in the case of a cost-based allocation key, using the expenditure on a single-year basis may be suitable for some cases, while in some other cases it may be more suitable to use accumulated expenditure (net of depreciation or amortization, where appropriate in the circumstances) incurred in the previous as well as the current years. Depending on the facts and circumstances of the case, this determination may have a significant effect on the allocation of profits amongst the parties. As noted at paragraphs 2.122-2.123 above, the selection of the allocation key should be appropriate to the particular circumstances of the case and provide a reliable approximation of the division of profits that would have been agreed between independent parties.”

第5章 結語

グローバル企業の濫用的租税回避等による BEPS への対抗として、移転価格税制と価値創造の一致が求められることになるが、我が国の移転価格税制には大きな影響を与えるものと考えられる。

第一に、実質性を重視する考え方により、無形資産に係る契約上の法的な所有権に対して、実質的な機能リスク分析による配分を求めることがより可能になってくるものと考えられる。特に、BEPS の中心課題であった超過利益については、移転価格税制の強化により、帰属利益を取り込むための課税処分が積極化する可能性がある。そのため、無形資産に係る包括的定義を前提とした価値創造への貢献度分析を行い、超過利益の価値創造に沿った配分を行っていくものと考えられる。

第二に、所得相応性基準の導入により、超過ロイヤルティの回収を可能とする定期的調整が行われることとなれば、課税関係の安定性が大きく損なわれる可能性があり、適用要件の厳格化が課題となっているものと考えられる。BEPS への対抗措置による超過利益の価値創造に沿った配分を所得相応性基準の適用により実現することは、これまでの米国での所得相応性基準の適用を超える問題であり、極めて慎重な検討が必要である。例えば、我が国のように取引単位営業利益法の適用により、無形資産価値の事後的上昇に対して既に歯止めをかける執行を行っている場合、あるいは中国のようにバリューチェーン分析を強く求めている場合には、所得相応性基準の導入により利益分割法による定期的調整が行われる可能性があるものと考えられる。

バリューチェーン分析による利益分割法の適用は、統合アプローチによりグローバル企業全体を移転価格税制の対象とするものであり、二重課税となった場合には解決が極めて困難になるという問題がある。BEPS への対抗措置は包括的アプローチにより対応することが求められているが、グローバル・バリューチェーン分析により包括的な所得相応性基準の適用を行っていくためには、二重課税の解決も包括的に確保していくことが求められていると考えられる。

BEPS への対抗措置としての移転価格税制と価値創造の一致を前提に所得相応性基準の適用を行うことは、グローバル企業にとって二重課税リスクを拡大させるものであり、所得相応性基準の適用において各国の税務当局が整合的な対応を行っていくことが求められていると考えられる。

(参考文献)

青山慶二「プロフィット・スプリット法」金子宏編『国際課税の理論と実務』有斐閣 1997 年 4 月。

大岩利依子「移転価格税制における無形資産取引の考察－無形資産の所有権について(1－3)商学研究 58 巻 2・3 合併号、58 巻 4 号、59 巻 1 号(2007－2008 年)。

岡村忠生「関連法人グループと内国歳入法典四八二条(1)～(3)・完」税法学 1984 年 404 号、405 号、406 号。

同「内国歳入法典四八二条の適用における告知と証明責任」法学論叢 1989 年 124 巻 5＝6 号)

同「内国歳入法 482 条における費用分担取決めについて」京都大学法学部創立百周年記念論文集第 2 巻 245 頁。

同「無形資産の課税繰延取引と内国歳入法典 482 条(1)(2)」民商 118 巻 4－5 号 610 頁。6 号 803 頁。

同「税務訴訟における主張と立証－非正常取引を念頭に－」芝池義一、田中治、岡村忠生『租税行政と権利保護』ミネルバ書房 1995 年

金子宏「アメリカ合衆国の所得課税における独立当事者間取引 (arm's length transaction) の法理－内国歳入法典 482 条について－」『所得課税の法と政策』有斐閣 1996 年。

同「移転価格税制の法理論的検討－わが国の制度を素材として－」『所得課税の法と政策』有斐閣 1996 年。

川端康之「米国内国歳入法典四八二条における所得配分－関係理論から見た『所得創造理論』－(一)～(四・完)」民商法雑誌第 101 巻第 2～5 号 1989～1990 年。

同「利益分割法における分割要素」関西大学商学論集第 43 巻第 4 号 1998 年。

木村弘之亮「租税証拠法の研究」成分堂 1987 年。

同「多国籍企業税法－移転価格の法理」慶応大法学研究会 1993 年。

同「OECDvsUS 移転価格税制－利益比準法、取引単位営業利益法、利益分割法をめぐって」慶応義塾大学法学研究会『法學研究』2000 年 72 巻 12 号。

財務省主税局参事官室「BEPS プロジェクトの概要」月刊国際税務 Vol.36No.2(国際税務研究会)2016 年。

品川芳宣「移転価格税制における独立企業間価格の算定」TKC 税研情報 14 巻 1 号 2005 年。

田中琢二、青山慶二「BEPS 行動計画について」租税研究 796 号(日本租税研究協会)2016 年。

田中琢二「BEPS 報告書とその背景・概要・展望」月刊国際税務 Vol.36No.2(国際税務研究会)2016 年。

中里実「独立当事者価格決定のメカニズム」租税法研究 21 号 1993 年。

同「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。

中村雅秀「国際移転価格の経営学」清文社 2006 年。

同「アメリカ属領法人優遇税制と製菓産業」(立命館国際研究[立命館大学国際関係学会編]、2005 年 6 月

日本租税研究協会「内国歳入法第 482 に関する白書(移転価格の研究)の概要」日本租税研究協会 1998 年

藤枝純「IRS による米国移転価格税制の再検討－日米租税摩擦－(上)、(下)」国際商事法務第 17 巻第 1・2 号 1989 年。

同「日米移転価格税制の考察(1)、(2)」国際商事法務第 19 巻第 6・7 号 1991 年。

同「米国移転価格最終規則の解説(上)、(下)」国際税務第 14 巻第 8・10 号 1994 年。

増井良啓「移転価格税制－経済的二重課税の排除を中心として－」日税研論集 33 号 1995 年。

同「技術的生産活動と移転価格税制」金子宏編『国際課税の理論と実務』1997 年。

同「移転価格税制の長期的展望」水野忠恒編『国際課税の理論と課題』税務経理協会 2005 年。

水野忠恒「Arm's Length Transaction の法理」税理第 22 巻第 10 号 1979 年。

同「独立企業間価格の算定方法等の確認について」税務弘報 35 巻 7 号 1987 年。

村井正「トランスファー・プライシングによる租税回避行為の規制」関西大学『多国籍企業の研究』1980 年。

望月文夫「日米移転価格税制の制度と運用－無形資産取引を中心に」大蔵財務協会 2007 年。

矢内一好「租税条約における特殊関連企業条項の意義」租税研究第 537 号 1994 年。

同「移転価格税制の理論」中央経済社 1998 年。

山川博樹「我が国における移転価格税制の執行－理論と実務－」税務研究会 1996 年。

同「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。

渡辺裕泰「無形資産が絡んだ取引の移転価格課税－TNMM(取引単位営業利益法)導入の必要性」ジュリスト 1248 号 2003 年。

NERA エコノミックコンサルティング「移転価格の経済分析－超過利益の帰属と産業別無形資産の価値評価－」中央経済社 2008 年

- Altus Alliance, "Comments on Chapter VI and VII of the OECD TP Guidelines."
(<http://www.oecd.org/dataoecd/41/29/46018080.pdf>), 2010.
- AstraZeneca, "Transfer Pricing Aspects of Intangibles Project Scoping,"
(<http://www.oecd.org/dataoecd/37/49/46025487.pdf>).2010.
- Avi-Yonah, Reuven S., "The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation." Michigan Law, Public and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 92, 2007.
- Avi-Yonah, Reuven S., "MIGRATION OF INTELLECTUAL PROPERTY: UNINTENDED EFFECT OF TRANSFER PRICING REGS." Tax Notes, Dec. 9, 2002.
- Avi-Yonah, Reuven S." XILINX REVISITED." Tax Notes Int'l, June 8, 2009.
- Avi-Yonah, Reuven S." XILINX AND THE ARM'S-LENGTH STANDARD." Tax Notes Int'l, March 29, 2010.
- Barsalou Lawson, "Reply to the invitation to Comment on the Scoping of the OECD's future project on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles,"
(<http://www.oecd.org/dataoecd/37/4/46025988.pdf>), 2010.
- Barsalou, Lawson, "Reply to the Invitation to Comment on the Scoping of the OECD's future project on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles."
(<http://www.oecd.org/dataoecd/37/4/46025988.pdf>), 2010.
- Bassani, Sheena (Barsalou Lawson); Cousins, Andrew (Cadbury), "Marketing Intangibles?" (<http://www.oecd.org/dataoecd/20/43/46366788.pdf>), 2010.
- BEB-VVA-Gallo,"Comments of the scoping of the OECD future project on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles"
(<http://www.oecd.org/dataoecd/37/3/46026017.pdf>), 2010.
- Berry, Charles H, "Economics and the Section 482 Regulation," 43 Tax Notes 741(1989)
- BIAC, "BIAC Responses to the OECD Questions for Purposes of Scoping an OECD Project on Intangibles."(<http://www.oecd.org/dataoecd/18/33/46026029.pdf>), 2010.
- Birch, Robert J, "High Profit Intangibles After the White Paper and Bausch and Lomb: Is The Treasury Using Opaque Lenses?" University of Miami Law School Institutional Repository, University of Miami Business Law Review, 10-1-1991.

- Bollmann, Frank (International Valuation Standards Council), “The Valuation of Intangible Assets.” (<http://www.oecd.org/dataoecd/5/18/47420919.pdf>), 2011.
- Coffill, Eric J. Willson, Prentiss Jr.”FEDERAL FORMULARY APPORTIONMENT AS AN ALTERNATIVE TO ARM'S LENGTH PRICING: FROM THE FRYING PAN TO THE FIRE?” 59 Tax Notes 1103, MAY 24, 1993.
- Collins, Alister (AstraZeneca), “Transfer Pricing Aspects of Intangibles Project Scoping.” (<http://www.oecd.org/dataoecd/37/49/46025487.pdf>), 2011.
- Collins, Alister (AstraZeneca); Neighbour, John (KPMG), “Characterization of intangible transfers and transfers made in connection with a cost contribution agreement.” (<http://www.oecd.org/dataoecd/20/23/46366888.pdf>), 2011.
- Dolan, D. Kevin, “Intercompany transfer Pricing for the Layman,” Tax Notes Vol. 49 (October 8, 1990).
- Eales, Jim “Valuation of Intangibles under IFRS 3R, IAS 36 and IAS 38.” (<http://www.oecd.org/dataoecd/4/53/47421362.pdf>), 2011.
- Falk, Daniel, “IT'S TIME TO REVISIT THE APPLICATION OF THE CUT. (Section 482 -- Transfer Pricing)” Tax Notes, Apr. 18, 2016.
- Gaffney, Mike, “BASICALLY, EVERYONE ON A PROFIT SPLIT?” Tax Notes, May 4, 2015.
- Granfield, Michael E, “An Economic Analysis of the Documentation and Financial Implications of the New Section 482 Regulations,” 7 Tax Notes International 97 (1993).
- Green, Robert (Skadden), “Presentation on OECD Project on Transfer Pricing Issues Relating to Intangibles.” (<http://www.oecd.org/dataoecd/1/22/46364462.pdf>), 2011.
- Horst, Thomas, “The Comparable Profit Method,” 59 Tax Notes 1253, 1993.
- Horst, Thomas, “PROFIT SPLIT METHODS.” 60 Tax Notes 335.
- Kimberly A. and Durst, Michael C. “Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split” Fla Tax Rev. 9. No.5 ,2009.
- Kittle, Brian, “TRANSFER PRICING AUDIT ROADMAP: AN EXAM RESPONSE FRAMEWORK.” Tax Notes, Sept. 28, 2015.

Leroux, Isabelle and Quenedey, Anne (Bird & Bird), “Legal protection of intangibles.”
(<http://www.oecd.org/dataoecd/4/35/47421262.pdf>), 2011.

Mazur, Orly, “TAXING THE CLOUD: TRANSFER PRICING CONSIDERATIONS.”
Tax Notes, Jan. 30, 2017.

Müller, Johann H. (Tax Executive Institute), “Valuation in a highly uncertain
environment: Commonality and valuation of contingent purchase prices, price
adjustment clauses, and renegotiations.”
(<http://www.oecd.org/dataoecd/5/13/47421134.pdf>), 2011.

Müller, Johann H. (Tax Executive Institute), “Definitional and ownership issues related
to intangibles developed through research and development.”
<http://www.oecd.org/dataoecd/20/46/46366876.pdf>, 2011.

OECD, “Addressing Base Erosion and Profit Shifting.”2013.

OECD, “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.”2013.

OECD, “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation.” 2013.

OECD, “Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country by Country
Reporting.”2013.

OECD, “Transfer Pricing Guideline for Multinational Enterprises and Tax
Administrations.”2017.

Price Water house Coopers, “Transfer Pricing Aspects of Intangibles.”
(<http://www.oecd.org/dataoecd/52/7/46043673.pdf>), 2011.

Sullivan, Martin A. “ANALYSIS: HOW TO PREVENT THE GREAT ESCAPE OF
RESIDUAL PROFITS.” Tax Notes, Oct. 7, 2013.

Sullivan, Martin A. “ANALYSIS: SHOULD WE PROMOTE OR PUNISH EXCESS
PROFITS?” Tax Notes, Nov. 2, 2015.

Theeuwes, An (VNO-NCW), “OECD Project on the Transfer Pricing aspects of
Intangibles, Definitional issues.”
(<http://www.oecd.org/dataoecd/20/41/46365062.pdf>), 2011.

Treasury Department Office of International Tax Counsel Office of Tax Analysis and Internal Revenue Service Office of Assistant Commissioner (International) Office of Associate Chief Counsel (International), “A Study of Intercompany Pricing Discussion Draft,” October 18, 1988. Chapter 2. Transfer Pricing Law and Regulations before 1986,

Voorhis, Robert A., “Service Discretion and Burden of Proof in International Tax Cases Involving Section 482” (1982), Cornell International Law Journal, Volume 15 Issue 1 Winter 1982.

Wheeler, James E. “An Academic Look at Transfer Pricing in a Global Economy,” Tax Notes 87, at 88(1988).