

平成 28 年度 国際税務対策事業
日本機械輸出組合 国際税務研究会
研究論文

所得相応性基準

一橋大学 教授
日本機械輸出組合 国際税務研究会 主査
渡辺智之

平成 29 年 3 月
日本機械輸出組合

所得相応性基準¹

目 次

はじめに

第1章：所得相応性基準に関する検討の経緯

1-1. アメリカにおける検討

1-2. OECD における検討

1-2-1. 2010年移転価格ガイドライン

1-2-2. BEPS 最終報告書によるガイドラインの改定

1-3. 小括

第2章：仮説的な数値例による検討

2-1. 本章における「独立企業間価格」

2-2. 収益についての不確実性がない場合

2-3. 収益に関して不確実性がある場合

2-4. DCF 法との関連

2-4. 小括

第3章：問題の性格と対応のあり方

3-1. 問題の背景と性格

3-1-1. 理論的問題

3-1-2. 実務的問題

3-2. 対応のあり方

参考文献

¹ 2016年度の第7回国際税務研究会（2017年2月13日）において、本稿のドラフトに対して多くの貴重なコメントを頂いたことに感謝したい。頂いたコメントを参考にドラフトの改訂作業を行った。しかし、本稿になお残り得る誤りは、いうまでもなく筆者のみの責任である。

はじめに

BEPS プロジェクトの一環として取りまとめが行われた移転価格に関する報告書（OECD(2015)）において、評価困難な無形資産にかんする「所得相応性基準」の適用が明確に提言されたこと等を受けて、我が国においても「所得相応性基準」の採用に関する検討が進められている。2016年12月8日に取りまとめられた「平成29年度税制改革大綱」（自由民主党・公明党（2016））においても、今後の国際課税のあり方を踏まえた取り組みの一環として、以下のように記述されている。

「今後、「移転価格税制」についても、知的財産等の無形資産を、税負担を軽減する目的で海外へと移転する行為等に対応すべく、「BEPSプロジェクト」で勧告された「所得相応性基準」の導入を含め、必要な見直しを検討する。」

本稿の目的は、「所得相応性基準」に関して、中立的な立場からの基本的論点整理と若干の検討を行うことである。本稿の検討結果の概要は以下の通りである。

- ・「所得相応性基準」という用語は、多義的であり、注意深く用いるべきである。
- ・「所得相応性基準」の導入はBEPSプロジェクトで勧告されたとされているが、その基本的な考え方については、従来の（BEPS以前の）OECDガイドラインにも（「所得相応性基準」の定義によるが）事実上示されていたとみることができる。
- ・他方、BEPS最終報告書において示された、事後的な所得情報を利用した移転価格算定の対象となる無形資産の範囲は極めて限定されたものである。
- ・いずれにせよ、理論的には、事後的な所得情報を何らかの形で利用するという意味での「所得相応性基準」自体は、それが適切に運用される限り、独立企業間価格の原則に必ずしも反するものではない。
- ・しかし、「所得相応性基準」が、事後的な所得情報の機械的な適用という形で運用された場合には、独立企業間価格原則を逸脱した後知恵の不適切な使用につながる。そのような事態を避けるため、「所得相応性基準」の考え方を取り入れた新たな仕組みを導入する場合には、その適用範囲・適用基準・手続面において、注意深い制度設計が求められる。
- ・「所得相応性基準」は評価が困難な無形資産の移転価格算定における一つの便法として位置づけられるが、導入された場合には、価格付けの正当性を示すための挙証責任が納税者に転嫁されることが起こり得る。したがって、納税者サイドの対応としては、無形資産を関連企業との間で取引する場合、その価格算定の文書化等においてより周到な準備をしておくことが必要になるであろう。

本稿の構成は以下の通りである。まず、第1章で、「所得相応性基準」に関するこれまでの議論の経緯について、アメリカにおける検討とOECDにおける検討を振り返りつつ、基本的な論点を整理する。次に、第2章では、無形資産の評価に関する不確実性が存在する

場合、独立企業間価格の範囲がどのように決まるのかを、簡単な数値例をもとに検討する。最後に、第3章で、「所得相応性基準」に関する問題の性格と対応のあり方に関して若干の考察を行う。

第1章：所得相応性基準に関する検討の経緯

本章では、所得相応性基準を巡る基本的な論点を概観する観点から、アメリカと OECD における検討の経緯を簡単にみていくこととする。ここでの目的は、あくまでも基本的な論点に関する検討であり、実際の制度の内容や制度導入の背景・経緯・その後の状況等に関する詳細に立ち入ることはしない。

1-1. アメリカにおける検討

・アメリカにおける「所得相応性基準」の導入

アメリカ税制における「所得相応性基準」は、1986年の税制改革によって、内国歳入法典（IRC）482条に第2文が追加されたことによって導入された。²アメリカで「所得相応性基準」が導入された背景には、1960年代後半からアメリカの企業が軽課税国に関連子会社を設立して特許等の無形資産を移転あるいは使用許可し、これら関連子会社に多額の所得を移転させる事案が相次いだ際、米国内国歳入庁（IRS）が改正前のIRC482条を用いて処分を行っても裁判で敗訴してきていたという事情があると言われている。³

1986年にIRC482条に追加された第2文とは、「無形資産（中略）の譲渡または実施許諾の場合において、当該譲渡または実施許諾に係る所得金額は、当該無形資産に帰属すべき所得の金額と相応するものでなければならない」⁴というものであった。この「無形資産に属すべき所得の金額と相応する」（commensurate with the income attributable to the intangible）という文言から、「所得相応性基準」（commensurate with income standard）という用語が使われるようになった。⁵IRC482条第2文が導入された結果、無形資産実施許諾が供与された後、当該無形資産が高い収益をもたらした場合、実施権供与の対価（ロ

² アメリカで導入された「所得相応性基準」の背景・内容に関するより詳細な情報については、中里（1994）、増井（2002）、浅川（2005）・居波（2008）等を参照。なお、「所得相応性基準」については、アメリカの他、2008年にドイツにおいても導入された（居波（2008）参照）が、本稿ではドイツの状況については言及しない。

³ 居波（2008）p.446。

⁴ 藤枝・角田（2016;p.98）に掲載されている邦訳を使用した。

⁵ 以下では、所得相応性基準に「 」を付けることなく表記する。

イヤルティ) についての増額の要否の検討が移転価格税制の適用において求められるようになった。このことから、IRC482 条第 2 文は「スーパーロイヤルティ条項」と呼ばれることもある。⁶

・1988 年の 482 条白書

1986 年に IRC に所得相応性基準が導入されたのち、アメリカの連邦議会は、482 条に関する困難な問題が依然として未解決であるという認識のもとに、IRS に対して移転価格税制に関する包括的な検討を行うことを要請した。⁷この要請にこたえて、アメリカ財務省・IRS が作成し、1988 年に提出したレポート (US Treasury Department and IRS (1988)) は 482 条白書 (Section 482 White Paper ; 以下、1988 年白書と表記) と呼ばれており、アメリカにおける移転価格に関する基本的な文献とされている。

1988 年白書は、1986 年の所得相応性基準導入が、従来の 482 条の考え方を明確化したものにすぎず、独立企業間価格の基準は維持されていると主張する。⁸すなわち、比較可能取引が存在しない場合に、

「譲渡された無形資産から得られる所得の金額は、482 条に関する分析の出発点となるべきである……。さらに、それぞれの取引当事者が果たす機能、引き受ける経済的な費用とリスクを分析することが重要であり、それによって、無形資産の使用から得られる所得の配分が各当事者の果たす経済的貢献と引き受けるリスクにしたがったものとなる。無形資産の利用から生じる実際の利益に機能分析を適用することによって、各当事者に対して、無形資産所得に比例 (相応) した利益を割り当てることになる。無形資産に関連する所得に着目してそれを相対的な経済的貢献度に従って配分することは、非関連者間で行われていることと整合的である。したがって、所得相応性基準の一般的な目的は、非関連者であれば無形資産の独立企業間価格の適用を通じて得ることになると考えられる所得や収益を、各当事者が得るようにすることを確実にすることである。」(下線筆者)⁹

このように、1988 年白書の基本的な考え方は、適切な機能分析が行われるという前提の下で、所得相応性基準の適用は独立企業間価格算定の方法となるというものである。

⁶ 藤枝・角田 (2006; p.98) 参照。

⁷ 中里 (1994) p. 305。

⁸ 増井 (2002) p.174 以下。

⁹ US Treasury Department and IRS (1988), p.47。なお、1980 年代においては、移転価格算定において、利益に関する情報を使うこと自体がまだしっかりと定着していなかった。したがって、所得相応性基準の適用の可否は、「事後的な所得情報」を用いるかどうかという点にとどまらず、そもそも「所得情報」を用いるかどうかというより一般的な問題意識の中で議論が行われていたと考えられる。このような背景により、482 条白書は、所得相応性基準についてのみならず、移転価格税制全般に関する基本的な重要文献として、現在に至るまでしばしば参照されてきている。

1988年白書はさらに続けて、事後的な情報を利用することの正当性を主張している。「所得相応性基準をもとに所得を算定する際、参照点としていかなる時点が用いられるべきであろうか。譲渡が行われた時点のみであろうか、あるいは、各年ないし定期的なベースによるべきであろうか。法整備の過程を振り返ると、立法者（Congress）の懸念は、移転価格分析を譲渡が行われた時点に限定すれば、納税者は大きな収益を持つ可能性のある無形資産を早い時点に移転し、製品が成功を取めることは予期できなかつたと主張することで不適切な使用料率の使用を正当化することができるであろう、ということであった。そこで、立法者は、無形資産所得の大きな変化や無形資産を使用する関連者が果たす機能・引き受けるコストとリスクにおける大きな変化を反映させるために、無形資産の適切な対価を算定する際に実際に発生した利益を用いるとともに、無形資産所得の定期的な調整（periodic adjustments）が行われるべきであると判断したのである。・・・これは、非関連者間で行われていることと整合的である。」（下線筆者）¹⁰

1988年白書の主張の当否はともかく、アメリカが導入した所得相応性基準が国際的に確立された独立企業間価格の基準と本当に整合的であるのか、という点については、1988年白書公表後も論争が続いた。¹¹また、一般には、アメリカの制度について、法律等の文面を素直に読むと、独立企業間原則の枠にはおさまらない面があるのではないかという見方がむしろ普通であったのかもしれない。¹²しかし、本稿ではアメリカで導入された所得相応性基準と独立企業間原則に関する論争の経緯の詳細を検討することは行わず、以下では、2010年のOECD移転価格ガイドライン（OECD(2010)）とBEPS最終報告書の該当部分（ECD(2015a)）において、所得相応性基準に関してどのような考え方が示されてきたのかを概観する。

¹⁰ US Treasury Department and IRS (1988) pp. 47-48. なお、このパラグラフの記述からは、「実際に発生した利益」と「無形資産所得の定期的な調整」の関係が必ずしも明らかではないため、アメリカにおける所得相応性基準の適用が独立企業間価格原則と整合的であるという説得的な説明にはなっていないように見受けられる。

¹¹ US Treasury Department and IRS (1988) 自体、そのような論争が続いていくであろうことを意識して、その中でまるまる1章（Chapter 7: Compatibility with International Transfer Pricing Standard）を割いて、所得相応性基準が国際的な基準と整合的であることの論証を試みている。そこにおける議論は、基本的には、独立企業間価格の算定に所得を用いることは可能であり、かつ、独立企業において支払われる対価について定期的な調整が行われることはあるのだから、IRC482条に導入された所得相応性基準は国際的に認知された独立企業間価格原則と整合的である、かつ、アメリカの税務当局としては、所得相応性基準の適用について仮に他国との間で何らかの問題が生じた場合にはその解決に努力する、というものである。

¹² 浅川（2005）には、アメリカの仕組みを適用した場合には、一定の条件下では、独立企業間価格の概念とは無関係に、かなり機械的な移転価格課税が行われるのではないかと、いうことを示唆する仮想的な数値例が示されている。

1-2. OECD における検討

BEPS 最終報告書 (OECD(2015a)) によって、移転価格ガイドラインの第 6 章 (無形資産) が全面改訂することとなり、評価困難な無形資産 (**hard-to-value intangibles; HTVI**) について、所得相応性基準の導入が勧告されたと言われている。しかし、OECD ガイドラインにおける所得相応性基準は、アメリカの IRC482 条第 2 文における所得相応性基準と同一のものではない。(そもそも、後述するように、OECD ガイドラインにおいては「所得相応性基準」という文言は、従来から今日に至るまで一切用いられていない。) また、BEPS 最終報告書による変更が導入されるまでの OECD ガイドライン (OECD(2010)) においては、所得相応性基準に結び付く考え方が全くなかったと言い切れるわけでもない。以下では、OECD の 2010 年移転価格ガイドライン¹³と BEPS 最終報告書¹⁴に示された所得相応性基準に関する基本的考え方について概観する。

1-2-1. 2010 年移転価格ガイドライン

・当初の評価に不確実性が高い場合に関する一般的考え方

OECD の 2010 年ガイドライン第 3 章 (比較可能性分析 : **Comparability Analysis**) においては、無形資産の問題に限定せず、関連者取引と比較可能な非関連者間取引がどのようなものであるのかについて検討を行っている。この中で、所得相応性基準に関連するものとして、「比較可能性におけるタイミングの問題 (**Timing issues in comparability**)」という節¹⁵の中で論じられている「きわめて不確実な当初の評価及び予測不能な事象 (**Valuation highly uncertain at the outset and unpredictable events**)」に関する考え方に注目する必要がある。¹⁶

まず、ガイドラインのパラグラフ 3.72 では、「関連者間取引の検証の時点で予測できなかった将来の事象について、特にその時点において評価が極めて不確実であった場合に、(そのような将来の事象を) 移転価格算定分析において考慮すべきか、(また) 考慮すべきであ

¹³ OECD の移転価格ガイドラインが最初にまとめられたのは 1995 年であるが、その後も頻繁な改訂が行われており、本稿では、2010 年版を用いている。なお、無形資産に関する第 6 章は、1996 年にガイドラインに追加された。宮武 (2016) を参照。

¹⁴ BEPS 最終報告書 (OECD(2015a)) が公表されたのは 2015 年の 10 月であるが、当該報告書の内容が正式に OECD 移転価格ガイドラインの一部になったのは 2016 年 5 月の OECD 理事会の承認によってである。宮武 (2016) を参照。

¹⁵ パラグラフ 3.67 以下。

¹⁶ ガイドラインの第 3 章は BEPS 最終報告書に基づく改定の対象になっておらず、BEPS プロジェクトによるガイドラインの改定後もそのまま存続する。

る場合にどのように考慮するか」という問題について、「独立企業であれば、比較可能な状況において、取引の価格算定に係る評価の不確実性を考慮するためにどのような行動をとったと思われるか」を参照することで解決すべきであると述べている。¹⁷

次に、パラグラフ 3.73 においては、第 6 章の「取引時に評価が困難な無形資産」に関する該当箇所（パラグラフ 6.28－6.32）等に言及しつつ、無形資産取引に関する考察は、評価の不確実性を伴う他の種類の取引にも類推適用できるとした上で、次のように述べている。

「独立企業であれば価格調整メカニズムを要求するくらい当初の評価が不確実であったか、あるいは価値の変化が取引の再交渉につながるほど根本的であった・・・場合、これらの取引について、比較可能な非関連者間取引において独立企業によって定められると思われる調整条項又は再交渉に基づき、税務当局が独立企業間価格を設定しても正当化されるであろう。」（下線筆者）

これに続けて、パラグラフ 3.73 は、当初の評価に関してそこまでの不確実性があったと考えられる合理性がない場合には、税務当局がそのような調整を行う理由はない、なぜならばそのような調整を行うことは「後知恵」（hindsight）の不適切な利用になってしまうからであると述べた上で、いずれにしても、単に不確実性が存在するというだけで、独立企業であればどのように行動したか又はどのような合意が行われたかを考慮することなく事後的な調整を行うことは適切でないと述べている。

すなわち、ポイントは事後的な調整自体の適否ではない。そうではなく、事後的に調整するにせよしないにせよ、「独立企業間であればどのような取引条件が設定されたであろうか」を考慮することが不可欠である、というのが OECD ガイドラインの基本的考え方なのである。「後知恵」の不適切な利用として OECD ガイドラインで否定されているのは、仮に独立企業間であればどうであったかという考慮を行うことなく、事後的な情報を機械的に用いることである。¹⁸

・無形資産についての検討

¹⁷ 2010 年ガイドラインの邦訳については、基本的に、日本租税研究協会（2011）のものをそのまま引用しているが、一部変更している箇所もある。

¹⁸ この点で、OECD ガイドラインの考え方は、アメリカの IRC482 条第 2 文に基づく「所得相応性基準」の考え方とやや異なっている可能性がある。すなわち、IRC482 条においては、経済的な機能分析やリスク分析による所得の割り当てという考え方を提示しながらも、その大きな変化に対応するために無形資産所得の定期的な調整が必要であるとしている点で、OECD が否定する事後的な所得情報に基づく自動的な調整の可能性を少なくとも明示的には除外していないと考えられる。

取引時点における価値評価が困難な取引の典型例が現れるのは、無形資産の取引においてである。上記の、ガイドライン第 3 章に示された一般的な考え方は、無形資産についても当然適用される。ガイドラインは、無形資産の問題を検討するための独立した章（第 6 章）を設け、そこで「無形資産について特別に考慮すべき問題」を扱っている。¹⁹2010 年ガイドライン第 6 章のなかで、所得相応性基準と特に関連が深いのは、C.4 の「取引の時点での評価が極めて不確実な場合の独立企業間価格の算定」(Arm's length pricing when valuation is highly uncertain at the time of) のパラグラフ 6.28 から 6.35 にかけての記述である。また、第 6 章への付録 (Annex) では、実例を用いてこれらの記述に関する説明を行っている。

まず、パラグラフ 6.28 では、「独立企業であれば、比較可能な状況で、評価の不確実性を考慮した場合にどのような価格算定を行うかを参照すべきである」というパラグラフ 3.72 で示された考え方と同一の基本的考え方を繰り返している。次に、パラグラフ 6.29 では、独立企業が評価の不確実性に対処する際の方法として、無形資産のもたらす予想収益 (anticipated benefits) を用いる場合があるとしている。²⁰そのうえで、パラグラフ 6.30 で、予想収益に基づく価格算定では、不確実性がもたらすリスクに十分対応することができないと考えられる場合には、予想不可能な事態の進展に対処するために、短期の契約を締結する、あるいは、契約条件の中に調整条項を入れる、といったことが行われるかもしれない、と述べている。また、この一例として、使用料率を売上高の増加に連動して高くする方法を挙げている。さらに、パラグラフ 6.31 では、独立企業間で、大幅な予見されない変化が生じた場合には相互の合意によって価格算定の再交渉を行うという取決めを結ぶことができれば、予見されない変化のもたらすリスクを引き受けやすくなることがあるかもしれない旨述べている。

パラグラフ 6.32 では、取引時に評価が極めて不確実な無形資産の関連者間取引における価格算定を税務当局が評価する場合には、比較可能な状況において独立企業間で行われると考えられる手法に従うべきであって、これによって税務当局は、関連事業者間で十分に合理的な予想が行われたのかどうかを、「後知恵」を用いることなく、精査することができるであろう、としている。最後に、パラグラフ 6.34 で、以下のように述べている。

「独立企業であれば、比較可能な状況において価格調整条項を要求したとも思われる場合

¹⁹ 後述するように、2010 年ガイドラインの第 6 章は、BEPS 最終報告 (OECD(2015a)) によって、全面的に改訂されることになった。

²⁰ 予想収益に基づく価格算定すなわち DCF 法と所得相応性基準との関係については本稿 2-4 で検討する。

には、税務当局が当該条項に基づき価格を算定することが当該条項に基づき価格を算定することが可能であるとされるべきである (should be permitted to determine the pricing on the basis of such a clause)。同様に、独立企業が、予見されない取引後の変化が非常に重要であるために、それらの状況の発生により予想される取引の価格算定の再交渉が行われるだろう場合には、そのような状況によって関連者間の比較可能な関連取引の価格算定の修正が行われるべきである (should also lead to a modification of the pricing of a comparable controlled transaction between associated enterprises)。」

このような 2010 年ガイドライン (特に、パラグラフ 6.34) は、取引の時点での評価が極めて不確実な場合の無形資産に関する独立企業間価格算定において、所得相応性基準の考え方をすでに概ね受け入れているようにも読める。なぜなら、比較可能な状況の下で独立企業であれば行うと考えられる事後的な価格調整や価格算定の修正については、税務当局によっても行われることが可能であるべきである、という考え方が明示されているからである。但し、2010 年ガイドラインは、事後的な所得情報を用いて当初の移転価格算定を行うという方法に直接言及しているわけではない。

1-2-2. BEPS 最終報告によるガイドラインの改定

・ガイドライン「新第 6 章」

BEPS アクション 8-10 最終報告書 (OECD(2015)) によって、無形資産に関する OECD ガイドライン (第 6 章) が全面的に改訂され、従来の記述に比べて格段に詳細なものとなった。以下では、全面改訂されて OECD ガイドラインに組み込まれた第 6 章を、「新第 6 章」と表記する。

新第 6 章は、4 つのパート (A. から D.) からなる。まず、A. (「無形資産の特定」) では、無形資産の定義²¹が示されている。B. (「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、無形資産から生じる収益の帰属について述べられ、ここでは無形資産への対価に結びつく機能として、いわゆる DEMPE²²の考え方を提示している。C. (「無形資産の使用又は移転移管する取引」) では、無形資産の使用又は移転に係る取引に関して、無形資産又は無形資産の権利の移転に係る取引と、製品販売・役務提供との関

²¹ ここでは、無形資産とは、「有形資産・金融資産ではなく、商業的活動に使用するために所有又は支配することができるもので、比較可能な状況の下で比関連者間での取引が行われれば、その使用や譲渡に対して対価が支払われるようなもの」であるという一般的な定義が示されている。

²² “DEMPE”とは、Development (開発)・Enhancement (改良)・Maintenance (維持)・Protection (保護)・Exploitation (活用) の頭文字を並べたものである。

連での無形資産の使用に係る取引に分けて述べられている。

新第 6 章の A. から C. に至る記述の中で、B.2.4. (パラグラフ 6.69-6.70) 「実際の事後の収益」(Actual, *ex post* returns) は、後の議論との関係で注目しておくべきであろう。ここではまず、「事前の利益計算及び報酬取決めの基礎となる財務予測が、異なる結果が生じるリスクを適切に考慮していなかった場合、予測利益の過大評価又は過少評価につながるかもしれない。」と述べている。さらに、「多国籍企業グループのメンバーに支払われる・・・事前の報酬が、実際に独立企業間価格と整合的であるかどうか検討しなければならない。・・・例えば、実際に多国籍企業グループが予測利益を過大又は過少に見積もった場合結果、グループのメンバーの貢献に対して・・・過少支払い又は過大支払いが発生したことを確認することに、注意を払うべきである。取引時に評価の不確実性が高い取引は、特に価値を過小評価あるいは過大評価する傾向が高くなる。この件については、D.4 節でさらに議論する。」と述べている。パラグラフ 6.70 の最後の文の「この件については、D.4 節でさらに議論する。」という表現は、事後の収益情報を移転価格算定のプロセスで使うことを想定しているのは、HTVI (D.4 節で検討される) に限られることを示唆しているとも解釈できよう。

さて、本稿の検討対象である所得相応性基準に直接関連する部分は、D. の「無形資産が関わる場合の独立企業間条件の決定のための補足ガイダンス」である。その中でも、特に、D.3 「取引の時点で価値評価がきわめて不確実な無形資産を含む取引の独立企業間価格」と D.4 「評価の非常に困難な無形資産」(Hard-to-value intangibles。以下「HTVI」と表記する。) の二つの節との関連性が重要である。以下、これらの節の内容について検討する。

D.3 節に示されているのは、取引時点で評価が困難な無形資産の取引において独立企業間価格を見出す考え方は、「仮に独立企業であったら合意すると考えられる契約内容(契約期間の短期化・価格調整条項の導入・再交渉の余地を残す等)を考慮した上で、独立企業間価格の原則に照らして適切な場合には、税務当局による事後的な価格算定の余地があり得る」という考え方である。これは、2010 年ガイドラインの「取引時に評価が困難な場合の独立企業間価格の算定」(パラグラフ 6.28-6.35) の内容とほぼ同じである。²³

特に、D.3 節最後の結論部分に相当するパラグラフ 6.185 は次のようなものであるが、これは、2010 年ガイドラインのパラグラフ 6.34 (上述) の内容とほぼ同じである。

「比較可能な状況における独立企業 (independent enterprises in comparable

²³ また、2010 年ガイドラインと同じく、取引時に評価が困難な無形資産に関して、予想収益 (anticipated benefits) に基づく価格評価に言及されており、DCF 法の利用可能性が示唆されている。本稿 2-4 を参照。

circumstances) であれば、無形資産の評価における高い不確実性に対処するためのメカニズム (例えば、価格調整条項) を導入することに同意することになったであろう場合には、そのようなメカニズムをベースにして、無形資産又は無形資産に係る権利の取引価格を算定することが許容されるべきである (should be permitted to determine the pricing . . . on the basis of such mechanism)。同様に、比較可能な状況における独立企業であれば、事後に発生した事象 (subsequent event) が極めて根本的 (fundamental) なものであるためにその発生によって取引価格の再交渉が見込まれることになったであろう (would have led to a prospective renegotiation) と考えるような場合には、そのような事象は、関連者間取引の価格算定の修正ももたらすべきである (should also lead to a modification of the pricing of the transaction between associated enterprises.)。』

上記の paragraph 6.185 は、事後的な所得情報に基づく価格算定の修正という意味での所得相応性基準の適用があり得るという考え方を一般的に述べており、かつその内容は、2010年ガイドラインの paragraph 6.34 と基本的に同一である。すなわち、所得相応性基準の基本的考え方そのものは必ずしも BEPS プロジェクトによって導入されたわけではない、ということもできる。

なお、paragraph 6.185 は、「仮に比較可能な状況における独立企業であれば同意したとしたら (If independent enterprise in comparable circumstances would have agreed)」という表現が用いられていることから、現実の比較可能な第三者に関する情報を要求しているのではなく、現実には独立企業でない当事者が仮に当事者であればどのようなことになったであろうか、という検討を要求しているものと解される。但し、paragraph 6.185 においては、当事者に関する事後的な所得情報の利用が明示的に言及されているわけではない。

以下に述べるように、所得相応性基準の具体的な適用範囲やその方法について、BEPS アクション 8-10 の最終報告書で新たな節 (D.4 節) が設けられ、従来よりも詳細な記述が行われるようになったのは確かである。また、前日の通り、paragraph 6.70 では、事後の利益情報の利用は、D.4 節で新たに導入された HTVI に限られることを示唆している。このように、HTVI に限って適用される所得相応性基準の適用に関する具体的な姿が、BEPS プロジェクトによって OECD ガイドラインの中に示されることになった。特に、後述するように、一定の事後的な所得情報に関して、一定の場合には「推定証拠」として用いることができる点が明示されることになった。この意味では「所得相応性基準の導入は BEPS プロジェクトによって勧告された」という表現は不正確なものとは言えない。

最後に、技術的な問題ではあるが、OECD ガイドラインの新第 6 章の D.4 節でも、「所得相応性基準」という用語自体が用いられているわけではなく、例えば「税務当局が事後的

な結果を事前の価格算定の適切性に関する「推定証拠」（後述）として考慮に入れることができる」といった表現となっている。また、OECD ガイドライン新第 6 章に示された考え方はあくまでも独立企業間価格の考え方枠内にとどまるものであって、独立企業間価格原則を超えた所得相応性基準の考え方が存在するわけではない。以上のような状況を踏まえたうえで、本稿では、新第 6 章のアプローチを所得相応性基準と呼んで議論を進めることとする。

・ HTVI (Hard-to-value intangibles)

BEPS 最終報告書 (OECD(2015a)) によってもたらされたひとつの大きな変化は、OECD ガイドラインの新第 6 章の中に、HTVI (評価が困難な無形資産) についての新たな節 (D.4 節：パラグラフ 6.186－6.195) が設けられ、そこで、所得相応性基準の実際の適用についての考え方が、従来よりも具体的に示されたことである。²⁴所得相応性基準の適用対象とされ得る HTVI とは、関連者間での取引の時点で以下のような条件を満たす無形資産である (パラグラフ 6.189 で定義されている。)：

- (i) 信頼できる比較対象取引 (reliable comparable) が存在しないこと、かつ
- (ii) 取引開始時点で将来のキャッシュフローや収益についての予測、または無形資産の評価に使用した前提が非常に不確かなために、無形資産の譲渡時にその最終的な成果のレベル (the level of the ultimate success) を予測することが困難なこと。²⁵

D.4 節では、まず、パラグラフ 6.186 で、HTVI については納税者と税務当局との間に情報の非対称性が存在するために、移転価格リスクが生じうる旨述べている。次に、所得相応性基準の適用が適切なものとなり得る状況について述べている。すなわち、

「事前の予測と事後的な結果に相違があり、それが予見不可能な事態の進展や事象によるものではない場合、その相違は、取引開始時点に関連者間で合意した価格設定が、無形資産の価値と採用された価格設定に影響すると予想される事態の進展や事象を適切に考慮していなかった可能性を示す兆候であり得る。」 (パラグラフ 6.187)

²⁴ 但し、まだ実際の適用に関しては明確でない点もあり、BEPS 最終報告書においては、所得相応性基準の適用に関するガイダンスが 2016 年中に公表される予定になっていた。しかし、2017 年 1 月現在、ガイダンスはまだ公表されていない。

²⁵ パラグラフ 6.190 では、HTVI の取引が示す特徴の例が挙げられている。例えば、譲渡時にはまだ部分的にしか開発されていなかった無形資産、譲渡の時点から数年間は商業ベースでの活用が見込まれない無形資産、パラグラフ 6.189 の定義による HTVI の開発・改良に不可欠な無形資産等である。このように規定された HTVI についての、「評価が困難」という意味は、評価の量的な決定が難しいという意味にとどまらず、そもそもプラスの価値をつけて評価すること自体が難しいというニュアンスもあるように思われる。なお、実際に HTVI に該当する無形資産が数多くあるのかどうかはわからないが、少なくとも、製薬事業においてはこのような例が存在するようである。

さらに、このような状況において税務当局が取り得る独立企業間原則と整合的なアプローチとして、事後的な証拠を「推定証拠」(presumptive evidences)として用いることを提唱しており、このようなアプローチは「後知恵」の利用ではない旨述べている(パラグラフ 6.188)。²⁶また、事後的な結果を事前の価格設定の適正性に関する「推定証拠」として用いるのは、納税者と税務当局間の情報の非対称性の問題が重大で、設定された価格が独立企業間原則に則ったものかどうかを税務当局が検証することが困難な場合であると述べている(パラグラフ 6.191)。その上で、税務当局が事前の価格設定の基礎となった情報の信頼性について確認できる場合には、事後的な利益の水準に基づく調整は行うべきではない旨述べている(パラグラフ 6.192)。

以上のような考え方をベースに、事後的な情報による調整が適用されない場合として、以下のような場合を挙げている(パラグラフ 6.193)。

- ・納税者が事前の価格設定時における予測を詳細に説明するとともに、事前の予測と事後的な結果が乖離したのは、事前には予測不可能な事象によるものであって、その予測不可能な事象がなければ事前の評価が適正なものであったことを示す証拠を提出した場合。
- ・当該 HTVI の取引が有効な APA によってカバーされている場合。
- ・事前の予測と実際の結果の乖離が、HTVI の当初に設定した対価を、20%を超えて増加又は減少させていない場合。
- ・当該 HTVI から得られる収入が、収入が生じ始めてから 5 年間の期間で、当初に設定した水準から 20%超乖離していない場合。

このように新第 6 章では、所得相応性基準の適用範囲を HTVI に限定したうえで、事後的な情報を「推定証拠」として用いるとした上で、事後的な情報による調整が行われる条件を規定し、事後的な調整を行うべきではない状況について述べている。新第 6 章は、所得相応性基準について従来よりも詳細な記述を導入することによって、所得相応性基準の適用に対してむしろかなり慎重なスタンスを取っていると見ることもできよう。²⁷

1-3. 小括

²⁶ ここでも、「後知恵」の利用とは、事後的な結果が依拠する情報を取引開始時点で関係者が知るあるいは検討するべきであったとすることがリーズナブルかどうかを判断することなく事後的な結果を課税目的に用いること、と規定されており(パラグラフ 6.188 の末尾)、パラグラフ 3.73 に示されている考え方と整合的である。

²⁷ 結果的には、このような限定された形での所得相応性基準の勧告は、BEPS の最終報告書による移転価格ガイドラインの改定が独立企業間価格原則の枠内にとどまるものになったことを反映している。但し、BEPS に係る検討の過程では、より包括的な所得相応性基準の導入も含め、独立企業間原則の枠にとらわれない選択肢についても検討された模様である。

以下では、所得相応性基準に関するこれまでの経緯を前提に、若干の検討を試みる。まず「所得相応性基準」という言葉には、必ずしも厳密な定義がなく、これまで、様々な意味で使われてきたことを確認する必要がある。特に、アメリカの IRC482 条における意味と OECD ガイドラインにおける意味は異なっている。（そもそもガイドラインでは「所得相応性基準」という用語は使われていない。）今後、日本での導入が検討される可能性のある所得相応性基準は、OECD ガイドラインのイメージするものであろうと考えられる。

アメリカで 1986 年の導入されたのは、「無形資産の譲渡や実施許諾の対価は、その無形資産によって生じる所得に相応していなければならない」という、かなり一般的なルールであった。これに対して、BEPS プロジェクト最終報告書によって OECD ガイドラインに採用された考え方は、無形資産のうちでもその対象を HTVI（評価困難な無形資産）に絞った上で、一定の条件が満たされた場合にのみ事後的な情報を「推定証拠」として用いるという限定的なものである。また、OECD ガイドラインには、BEPS プロジェクト以前にも、取引時点での不確実性が大きいために独立企業間であれば契約の中に価格調整条項や再契約条項を盛り込んだであろうと考えられる場合に、税務当局がそのような状況に沿って、独立企業間価格の事後的な調整を行うことは、「後知恵」の不適切な利用とは言えない、という考え方が示されていたことにも留意する必要がある。

何人かの論者は、上記のような見かたとは異なる見解を示している。例えば、居波（2008; pp.511-512）は、OECD 移転価格ガイドラインの旧第 6 章（新第 6 章が採用される前の、2010 年ガイドラインと同じもの）の paragraph 6.32 および 6.34 を引用しつつ、「OECD 移転価格ガイドラインでは、税務当局が申告後の取引実績値を用いて独立企業間価格を算定し更正を行うことについて否定的なスタンスを示しており、所得相応性基準について容認してはいないものと解される。」と述べている。しかし、前述のとおり、ガイドライン旧第 6 章の paragraph 6.34 は、独立企業が価格調整条項や再交渉条項を用いて当初の価格を事後的に変更するような場合においては、税務当局が同様の状況下で事後的な価格調整を行うことを認めるという考え方を示しているものと読める。したがって、所得相応性基準をこのような意味に解釈する限りにおいては、居波（2008）によるガイドライン旧第 6 条の解釈は必ずしも正確なものとは言えない可能性があるのではないだろうか。²⁸

藤枝・角田（2016; pp. 97-98）では、ガイドライン新第 6 条を前提に、所得相応性基準

²⁸ 但し、居波（2008）においては、所得相応性基準が事後的に実現した所得をストレートに適用して移転価格算定を行う、という意味で解釈されている可能性があり、もしそうであれば、居波（2008）のガイドライン解釈は間違っていない。いずれにせよ、所得相応性基準という言葉が、時間の経過とともに異なった意味に用いられ、このことが混乱を生じさせている原因となっている可能性はある。

に関する議論が行われている。そこでは、HTVI に関して「納税者による反証を許す状況証拠 (presumptive evidence) として、税務当局が取引後の結果を使用できるとしています (パラグラフ 6.188)。新ガイドラインは、当該提案は「後知恵」のしようとは異なると指摘していますが (同パラグラフ)、運用如何によっては、両者の違いは必ずしも明確ではないように思われます。特に、納税者に立証責任を転嫁しようとしている点が懸念されます。」と論じられている。

藤枝・角田 (2016) の、新ガイドラインの提案を「運用如何によっては」後知恵の使用に近くなるのではないか、という懸念は、一つの価値判断を含んだものと解されるので、OECD の説明との差異は、言わば見解の相違であり、藤枝・角田 (2016) のような見方もあり得る。いずれにしても、納税者の観点からは、税務当局が後知恵の使用 (すなわち、「仮に独立企業であれば」という点に関する検討を行うことなく事後的情報を機械的に適用すること) を行うことのない、適正な運用を求めていく必要があるだろう。

藤枝・角田 (2016) の指摘において特に重要と考えられるのは、「納税者に立証責任を転嫁しようとしている点が懸念され」という点であろう。所得相応性基準 (この言葉自体の曖昧さは残るが) の妥当性を「後知恵」の使用の有無という観点から、一般的・概念的に論じることは、単なる神学論争に陥ってしまう危険性がある。今後の所得相応性基準の導入に関しては、一定の場合に立証責任が納税者に転嫁される可能性という観点から検討していくほうが建設的であろう。²⁹

なお、平成 29 年度税制改正大綱 (自由民主党・公明党 (2016)) でも、「「BEPS プロジェクト」で勧告された「所得相応性基準」という表現が用いられている。これは、所得相応性基準の提案が OECD の新ガイドライン (新第 6 章) によって新たに導入されたという見方を反映していると思われる。しかし、前述の通り、基本的な考え方は、旧ガイドラインですでに示されており、新ガイドラインは、HTVI の節を新たに設けて、所得相応性基準の適用のあり方をより具体的に展開したと解するほうが妥当なのではないかと思われる。³⁰

いずれにしても、理論上のポイントは、所得相応性基準がどのような条件を満たせば

²⁹ このほか、藤枝・角田 (2016) は、HTVI に関する所得相応性基準導入の提案について、「取引時時点で入手可能な情報に基づいて独立企業間価格を算定するという重要な基本原則に対する例外」(p. 98) であると位置づけている。しかし、独立企業間の取引においても、取引時時点で入手可能でない情報がある場合には、価格調整条項等が合意されるもあり得るという OECD ガイドラインの従来からの考え方を参照する限り、このような「例外」が独立企業間価格の算定において存在し得ることは、従来から認識されていたと考えることもできるのではないだろうか。

³⁰ もしそうでなければ、1986 年以降アメリカの IRC に存在した所得相応性基準が OECD ガイドラインの考え方と齟齬をきたしていた、ということになってしまう。

独立企業間原則と整合的であり得るのかという点であり、政策上のポイントは、仮に日本で所得相応性基準を導入する場合にどのような点を考慮すべきなのかという点である。前者の点については、次章（第 2 章）で、独立企業間での取引条件がどのようなものになるのかを仮設例を用いて、事後的な情報を用いることがどのような場合に可能でありどのような場合に不適切であるのかを検討する。後者の点については、第 3 章で論じる。

第 2 章：仮設的な数値例による検討

本章では、どのような条件下で、税務当局が事後的な所得情報を用いて関連者間取引の条件を修正する（すなわち、移転価格算定に関して調整を行う）ことができるのか（あるいは、できないのか）という問題を考えるために、収益に関する不確実性が存在する場合の独立企業間価格の値が取りうる範囲について、簡単な仮説的な数値例をもとに検討する。以下ではまず、「独立企業間価格」のとらえ方について簡単に述べた後で、様々なケースにおける無形資産に関する取引価格の問題を考える。

2-1. 本章における「独立企業間価格」

無形資産が独立企業間で取引されることは実際には少ない、と言われることもある。確かにそうかもしれない。無形資産の取引の多くは、何らかの関連のある事業者間で行われているのが実情であろう。しかし、「仮に無形資産が独立企業間で取引されたとしたら、その価格はどのようなものになるであろうか」、という思考実験を行うことは可能である。また、独立企業間で行われる取引において成立すると考えられる価格の範囲を理論的に確定することは容易である。

ここで、「独立企業間」の取引とは、無形資産の売手と買手がそれぞれ自らの利益を最大にしようとするという条件の下での取引である。関連者間取引においては、売手と買手が同一の主体によってコントロールされているために、双方の利益の合計額最大化を目的に、取引条件を両者の合意に基づいて調整することがあり得るが、独立企業間取引では、売手と買手の利害関係が対立しているために、そのようなことは起こらないはずである。独立企業間取引においては、他の条件が一定である限り、売手としてはなるべく高い価格で販売したほうが有利であり、買手としてはなるべく低い価格で購入したほうが有利である。このような状況下で成立しうる価格を「独立企業間価格」と呼ぶことにする。³¹

³¹ このように定義された「独立企業間価格」は、あくまでも理論上の概念であって、実務上で用いられている独立企業間価格とは性質が異なる。

また、上記のような意味での独立企業間取引が行われる場合、そこで成立する価格は、売手と買手に課される税率の違いには影響を受けない。なぜなら、自らの利益を最大化したい売手としては、税率水準にかかわらずなるべく高い価格が望ましいし、自らの利益を最大化したい買手としては、税率水準にかかわらずなるべく低い価格が望ましいからである。この点は重要であり、以下で再度確認する。

2-2. 収益についての不確実性がない場合

本稿の主たる対象は収益に関して不確実性がある無形資産の取引であるが、そのケースに取りかかる前にまず、無形資産から得られる収益について不確実性がない場合を考える。また、売手と買手に適用される税率の格差が独立企業間で成立する価格の範囲に影響しないことについても併せて確認する。ある資産が、ある事業者 A から他の事業者 B に販売される状況を想定する。A と B は互いに独立した事業者であるとする。

ここで、売手 A には 40%の税が課されるのに対し、買手 B には 20%の税が課されるものとする。AB 間の取引価格が当初 100 であったとする。この価格を仮に 90 に調整すれば、A の税引き後利益は 6 減少³²し、B の税引き後利益は 8 増加する。この価格調整は B にとっては有利であるが、A にとっては不利であるため、A はこのような価格調整を行うことに同意しないであろう。(これに対して、もしも A と B が関連者であれば、双方の税引き後利益の合計額は、価格調整によって 2 増加するので、双方が取引価格を 100 から 90 に調整を行うことについて、両者間の合意が成立する可能性がある。)

無形資産 X がその開発者 A から利用者 B に販売される状況を考える。無形資産 X とその使用に関する権利一切が A から B に譲渡され、B への譲渡後、A は X を使用できないものとする。ここではまず、A にも B にも課税が行われないものとする。(あるいは税率はともに 0%とする。)A と B が独立企業である場合、このような条件で X の譲渡が行われるのは、A が X を使用した場合の収益よりも、B が X を使用した場合の収益のほうが大きい場合に限られる。例えば、A が X を使用した場合の収益 (の現在価値) は 500、B が X を使用した場合の収益 (の現在価値) は 800 であるとする。このとき、価格が 500 よりも高ければ A は B に X を譲渡する可能性があり、価格が 800 よりも低ければ B は A から X を購入する可能性がある。逆に、価格が 500 よりも低ければ A は X を B に販売しない (むしろ、自分で使用して 500 の収益を得たほうがよい) し、価格が 800 よりも高ければ B は X を購入しない (800 しか収益を生まない資産 800 を超える価格で買うことは B に損失を生じさせてしまう)。

³² 取引価格が 100 から 90 に低下すると、A の売上が 10 減少する。しかし、これに伴って、A の支払税額が 4 減少するので、A の税引き後利益の減少は 6 にとどまる。

A と B とそれぞれ、自らの利益を最大化しようとしており、A はなるべく高値で X を売りたいが A の受け入れる最低価格は 500 である。同様に B はなるべく安値で X を購入したいが B の受け入れる最高価格は 800 である。したがって、独立企業間である AB 間で取引される X の価格 (X の独立企業間価格) を ALP とすると、その範囲は

$$500 \leq ALP \leq 800$$

となる。

A と B に課される税率に差があったとしても、ALP の価格の範囲は影響を受けない。例えば、A の税率が 40% とすると、A が X を自ら使用して得られる収益は税引き後ベースで

$$500 \times (1 - 40\%) = 300$$

であるが、A が X を自分では使用せず、B に譲渡した場合に税引き後ベースで 300 以上の収益を得るためには、X の譲渡価格は最低でも 500 でなければならない。(仮に A が X を譲渡価格 600 で販売できれば、税引き後ベースで 360 の収益を得られるが、これは X を自分で使用した場合に得られる税引き後収益 300 を上回る。) また、B に課される税率を 20% とした場合、B が X を購入して使用することによって得られる税引き後収益は

$$800 \times (1 - 20\%) = 640$$

であるので、B が X を購入するために出せる価格は最高でも 800 である。(B が X を価格 800 で購入した場合、その費用は損金算入されるので、税引き後の支出は 640 となる。もし、X を 800 以下例えば 700 で購入できれば、税引き後ベースで 560 の支出によって 640 の収益を得られることになる。) したがって、税率の差があったとしても、A と B が合意する独立企業間価格は 500 以上、800 以下であり、税が存在しない場合と結果は同じである。³³

このように、独立企業間価格の範囲 (取引当事者が双方とも、当該取引によってそれぞれの利益を最大化しようとした結果生じ得る価格の範囲) は、取引当事者に課される税率の水準やその違いとは無関係に規定できる。すなわち、A と B の間で適用税率に差があったとしても、X の取引価格が 500 と 800 の間に収まっている限り、その価格は独立企業間価格である。仮に、B の交渉力が強かったために、B が 500 に近い価格 (例えば 550) で X を入手し、それによって 800 の収益を得た場合でも (かつ、B に適用される税率が A よりも低かったとしても)、収益 800 が高すぎるという理由で税務当局が当初の独立企業間価格 550 の算定を修正することはできない。

³³ A と B に科される税率の格差が影響しないのは無形資産 X の ALP の水準のみであって、税率格差は A と B の間で行われる取引自体に影響し得る。例えば、B が A との取引以外にも比較的有利な取引が行える場合、B は適用税率が 20% の場合には A から X を購入するが、税率が 30% であれば購入しないというケースもあり得る。

もちろん、Xの取引価格が500を下回っていけば（例えば450であれば）、独立企業間価格とは考えられないので、課税当局が修正することは適切である。しかし、その場合の処分根拠は、500より低い価格は、Aに損失をもたらすので、独立企業間価格にはなり得ない、ということであって、当初の価格450がBの得る800の収益（事後的に実現した所得）に比べて低すぎる、ということではない。³⁴したがって、このような例（事前の価格形成において不確実性がない場合）においては、事後的な情報（実現した収益の額）のみを用いた税務当局による移転価格の算定は、適切な算定とは言えない。一般に、収益の不確実性が存在しない場合には、税務当局が事後的な所得情報を移転価格算定に用いる必要性はない。

なお、上記の例でAとBの果たす経済的機能が500と800の差にどのように影響するかを念のため簡単に検討しておきたい。まず、Aが500という高い利益を得られるのは、AがXの開発において経済的機能を果たしたからである。他方、Bは、XをAよりもさらに効率的に利用できる無形資産を別途持っている、と想定することができる。XとBの別途保有する無形資産のシナジー効果によって、更に300の超過収益が得られる。しかし、この超過収益のうち、どれだけがAとBに配分されるべきなのかを算定することは当事者にとっても困難である。このとき、500と800の間のいずれの値も独立企業間価格として認定せざるを得ないであろう。しかし例えば、Bがそれほど重要な無形資産はもたず、せいぜい当該市場におけるマーケティングのノウハウがAよりもやや優れている、という程度であれば、BがXを利用した場合にも、せいぜい550の収益しか得られないかもしれない。この場合には、独立企業間価格は、500以上550以下という比較的狭い範囲におさまることになる。

2-3. 収益に関して不確実性がある場合

・基本的な事例

売手Aが収益に関して大きな不確実性のある無形資産Xを開発し、XとXに関する一切の権利をAとは無関係の買手Bに販売する、という独立企業間取引を想定する。（後に、同じAB間で、AがBにXの使用権を一定期間認めてその間の使用料を徴収する場合を検討する。）

³⁴ やや別の表現をすると、500はAがXの開発において果たした経済的機能の水準を反映しているのだから、独立企業間価格の算定においては、500はAに帰属するはずであるにもかかわらず、500未満の価格でAがXを譲渡するとすれば、それは経済的機能を反映した独立企業間価格とは認定できない、ということになる。

無形資産 X は A によって 100 の費用をかけて今期に開発された。X は来期に収益をもたらすことができるがその大きさは不確定である。X は来期の市場において成功するかどうかかわからず、成功と失敗の確率は五分五分であるとする。来期の収益は以下の通りである³⁵：

A が保有 X が成功した場合	500	B が保有 X が成功した場合	800
X が失敗した場合	0	X が失敗した場合	0

X が失敗した場合には、ネットの収益はゼロとなる。X が成功した場合の収益は、X を A が保有したままの場合と、B に譲渡した場合で異なるが、これは、B が A よりも X をより効率的に利用できる（例えば、B は X を利用して、B が行っている他の業務とのシナジー効果を発揮できる）と想定しているからである。³⁶A が X を保有した場合の期待収益（収益の期待値）は 250 ($= 0.5 \times 500 + 0.5 \times 0$) であり、B が X を保有した場合の期待収益は 400 である。

X の成功と失敗の確率が五分五分であるという認識は、A と B に共通であって、かつ A と B の両者がリスク中立的である場合³⁷、今期において A が求める X の最低譲渡価格は 250 となる。なぜなら、A としては、X を自分で保有しても、期待値ベースで 250 の収益を得ることができるのだから、250 以下の価格で B に譲渡する必要はないからである。他方、B が X を入手するために支払える最高の金額は 400 である。なぜなら、B が X を保有することで得られる収益は期待値ベースで 400 なのだから、B としては、400 以上の対価で X を入手する理由はないからである。もちろん、A としては、なるべく高い価格で X を譲渡したいし、B としては、なるべく低い価格で X を購入したいわけであるが、A と B が独立企業であれば、独立企業間価格（ALP）の範囲は、

$$250 \leq ALP \leq 400$$

となる。

収益に不確実性がない場合と比べて、X が結果的に成功した場合に B が得る収益 800 は、250 以上 400 以下の独立企業間価格と比べてかなり高い水準になる。このような場合に、税務当局が、実現した高い収益 800 が実際の取引価格よりもはるかに高い点だけに着目して移転価格算定を上方修正することは不適切である。逆に、X が失敗した場合には実現する

³⁵ ここで、「来期の収益」とは、開発費用の償却を控除後の**ネットベースの収益**を示す。例えば、X が失敗した場合には、来期に 100 のグロスの収益しか挙げられないので、減価償却費 100 を差し引いたネットの収益はゼロになると想定している。また、「来期」とは必ずしも短期間でなく、X が収益を生み出す期間のすべてを含んでおり、「来期」の終了後には X はもはや利用できず、無価値になるものとする。

³⁶ 前に検討したように、無形資産が独立企業間で取引されるのは、買手が売手よりも当該無形資産をより効率的に（より高収益で）使用することができる場合である。

³⁷ すなわち、A も B も収益の期待値の大きさを基準にして、期待収益最大化の観点からの意思決定を行う場合。

収益が 0 となるが、そのことは、移転価格算定を下方修正する理由にならない。

上記と同じ設定で、成功の確率が 30%、失敗の確率が 70%という場合には、A が求める最低価格は 150、B が受け入れる最高価格は 240 となる。すなわち、

$$150 \leq ALP \leq 240$$

となる。このとき、たとえば価格 200 は独立企業間価格と判断できるが、B が X を 200 の価格で購入後、X が成功した場合は B に 800 の収益が生じることになる。この事後的に実現した収益 800 をもとに、価格 200 が低すぎると判断することは不適當である。

このように、無形資産がもたらす将来の収益に関して不確実性が存在する場合には、成功した場合の事後的な収益が、事前に設定された独立企業間価格よりもはるかに高い水準になる場合があるが、このこと自体が事後的な移転価格調整を正当化するわけではない。問題は、事前における不確実性がどのように認識されていたのか、その認識について、納税者が税務当局を十分説得できるかどうか、ということである。仮に事前における不確実性の大きさについて納税者が税務当局に説得的な根拠を示すことができたなら、税務当局としては事後的な所得情報をもとにした移転価格課税を行うべきではない。そのような移転価格課税における価格算定は独立企業間価格の原則に反する、「後知恵の不適切な使用」ということになってしまう。

他方、上記の例で、納税者が認識していた成功確率が 50%であったにもかかわらず、税務当局に対しては、「成功確率は 30%と考えていたので、取引価格を 200 に設定していた。」と説明しても、そのような説明は受け入れられないであろう。なぜなら、成功確率が 50%の場合の独立企業間価格の最低水準は 250 だからである。したがって、このような場合、すなわち、当初の価格設定時における収益見込みについての情報に関して、納税者と当局間に非対称性がある場合には、当局が事後的な所得情報をもとに、納税者に当初の価格設定の根拠に関する資料の提出を求めることは不当ではないし、仮に、納税者が説得的な根拠を示すことができないなら、当局による移転価格の修正が行われることはあり得るのではないかと考えられる。³⁸

・将来の高い収益を見通せなかった場合

³⁸ 所得相応性基準において、予想よりも高い収益が実現した場合だけが問題にされがちなのは、本国の課税ベースが浸食されると税務当局が判断した場合にのみ発動されるという移転価格課税の性格によるものである。仮に、予想よりも低い収益が実現したら、それは本国でなく相手国側の移転価格課税の問題になる可能性がある。また、本稿では、移転価格課税の発動に至るまでの状況しか検討対象としていないが、実際には、その後生じる本国と相手国間での相互協議の可能性やその効果についても検討の対象に入れる必要がある。

Aは1000の費用を投入して無形資産Yを開発し、Bに対してYの利用を一定期間認める状況を想定する。AとBは互いに独立した事業者である。BはAとは異なった市場（例えば、Aの所在する本国とは異なった外国の市場）でYを用いてサービスを提供する。Bは、これによって、毎年80の収益を得ることが見込まれる。他方、Aも自らBの市場でYを用いたサービスを提供できるが、その場合の収益は年間50であると見込まれる。AはBに対して、今後10年間にわたってYの利用を認め、その対価として、年間70の対価を使用料として徴収する契約を結んだものとする。ここで、この対価の水準（70）は、AとBの果たす経済的機能等の観点から適切なものであったものとする。

ここで、5年後にYを用いたサービスに爆発的な人気が出て、Bの収益が年間400に増大したものとする。Aは当初の契約通り、後半の5年間も使用料の水準を据え置いた場合、Bは年間70の使用料の支払いで、年間400の収益を得ることができたことになる。しかし、当初の契約時点では、5年後の人気爆発はAもBも全く予想していなかった以上、5年目以降に適用される年間70の使用料も独立企業間価格である、ということになる。したがって、税務当局が事後的な情報（5年目以降の収益が年間400になったという情報）を用いて、事前に定められた使用料70に関する移転価格調整を行うことは適切でないであろう。

なお、無形資産の使用料については、将来の需要の変動の可能性等を勘案して、定額ではなく売上高の一定割合という形で定められることも多い。仮に、年間70の使用料は、当初も困っていた売上高の10%に相当していたものとする。5年後の人気爆発以降の売上高も大幅に大きくなっているであろう。すなわち、仮に使用料が売上高の10%のままでも、使用料支払い額は増大し、例えば年間350になっていたかもしれない。このような価格設定の方法も、独立企業間の契約で十分あり得る。したがって、売上高の一定割合という形で取り決められた使用料の水準（前半の5年間は70、後半の5年間は350という水準）も、独立企業間価格であると言える。

・収益の不確実性が存在し、独立企業間の契約に価格調整条項が含まれ得る場合

前の例と同様、当初、AとBはYを用いて年間それぞれ50程度、80程度の収益を得ることを見込んでいたものとする。但し、前の例と異なり、低い確率ではあるがYを用いたサービスの人気爆発し、年間の収益が、AがYを利用していた場合は250程度、BがYを利用していた場合は400程度に跳ね上がることがあり得ることをAもBも認識していたものとする。また、AとBはともに使用料の絶対額を契約によって確定することを望んでいたものとする。

この場合、AとBは、両者が独立企業であれば、例えば「年間の使用料は70とする。但し、Yによるサービスの売上が著しく増大した場合には、年間の使用料を350とする。」という契約を結ぶことが十分あり得る。（逆に、価格調整条項がなければ、Y関連サービスの人気が発火した場合にも、Aは70の使用料しか得られないので、Aとしては価格調整条項無しの契約締結には応じないかもしれない。また、Bとしても、Y関連サービスの人気が発火する事態では、高い使用料を払っても人気が発火しない場合よりも利益が遥かに増加するのだから、価格調整条項付きの契約を結んでも損をすることは無い。）

このような状況下で、AとBは関連事業者である場合に、AとB（ここで、BはAよりも税率の低い国でYを用いたサービスの販売活動を行っているものとする。）が「年間使用料は70とする。」という契約（価格調整条項がない契約）を結んでいた場合を想定する。その場合に、Yの利用によるBの売上が著しく増大したにもかかわらずBがAに支払う使用料が70のままであったら、Bの所得に対する課税権を持つ税務当局が、Bの売上増による所得の状況から判断して、移転価格調整を行うことは正当化されるであろう。

この場合、事後的な情報の利用による移転価格調整を正当化する根拠としては

- ・ AとBは当初、売上の著しい増加があり得ることを認識していた。
 - ・ したがって、仮にAとBが非関連者であれば、売上の著しい増加があった場合に価格改定を行うという契約を結ぶことが合理的であった。
 - ・ にもかかわらず、AとBは価格調整条項無しの契約を結んでおり、その契約に基づき、売上の著しい増加があった後も低い水準の使用料を維持していた。
- という状況があったためである。また、税務当局はそのような事情を当初は認識できず、事後的な価格情報をもとに納税者に当初の価格算定根拠を示すよう要請したところ、納税者が十分な説明をできない場合に移転価格調整を行い得るものと考えられる。

・ 収益の不確実性が存在し、独立企業間の契約に再契約条項が含まれ得る場合

収益の不確実性が存在することはわかっているとしても、収益変動の方向も大きさも確率もわからない場合を検討する。上記の例で、AとBはとりあえず、「年間の使用料は年間70とする。」と取り決めた上で、「但し、Yによる収益に大きな変動があった場合には、その後の使用料の水準に関して、両者で再検討のための交渉を行う。」という契約を結ぶことがあり得る。再交渉を行う余地を残すことで、両者はリスクを軽減し、再交渉ができない場合よりも大きな便益を獲得できる。³⁹

³⁹ 一般に、起こり得るすべての事態に対する対応を規定できない不完備契約においては、再交渉条項を入れることで、取引当事者双方にとってのメリットを増大させることができる。シャベル（2010; p.361）を参照。

再交渉の行えない契約が結ばれていると、例えば、10年後に収益が急上昇しても、年間使用料は70のままとなる。この場合、Bとしては残りの10年間についても収益の大きさに比べて低い水準の使用料で大きな収益を得られるのでメリットがあるが、その場合、Aとしては、Bとの契約を、損害賠償を払ってでも打ち切った上で、自らがYによるサービスを提供して収益をあげる、あるいは、Bよりも高い使用料を払ってくれる別の企業との契約を結ぼうとするかもしれない。この場合、再契約条項によってAB間の使用料水準を調整するよりも、AにとってもBにとっても小さい利得しか得ることができない。したがって、AとBの両者にとって、再契約条項のある契約を結ぶことは合理的である。

このような状況で、AとBが関連者であって、再契約条項無しの契約を結び、10年後に収益が急増した場合にも、70の使用料水準を維持していた場合には、税務当局が、事後的な所得情報をもとに納税者に説明を要求し、その説明が不十分な場合に移転価格調整を行ったとしても、独立企業間原則に反することにはならないであろう。また、対象となる無形資産がHTVIであっても、無形資産の定義上、独立企業間の取引においては対価が支払われるはずであるから、仮に「評価自体が極めて困難である」という理由で評価を行わなければ、税務当局による移転価格課税が免れないのは当然である。

2-4. DCF法との関連

以下では、DCF法による移転価格算定が行えない場合には、不都合な事態が発生することを例示する。⁴⁰このために、本稿2-3の最初に挙げた基本的な事例を再検討する。すなわち、AからBに無形資産Xが譲渡されるケースを考える。ここで、Aによって開発された無形資産Xは来期に収益をもたらす得るがその大きさは不確定である。Xは来期の市場において成功するかどうかかわからず、成功と失敗の確率は五分五分であるとする。来期の収益は以下の通りである：

Aが保有	Xが成功した場合	500	Bが保有	Xが成功した場合	800
	Xが失敗した場合	0		Xが失敗した場合	0

AがXを保有した場合の収益の期待値は250、Bが保有した場合の期待値は400であるから、DCF法を用いると（便宜上割引率はゼロとして）、Xに関するALPは250以上、400以下であると算定できる。実際の取引価格は350でこれがAとBの果たす経済的機能から判断して適正なものであるとする。（すなわち、XとBがもともと保有する無形資産とのシ

⁴⁰ なお、OECD移転価格新ガイドラインのパラグラフ6.182は、取引時に評価が不確定な無形資産取引に関する独立企業間価格算定において、予想収益（anticipated benefits）を用いることを示唆している。

ナジー効果によって、Xが成功した場合にはプラス300の超過利潤の増加が見込まれるが、この増加分のうち、Xの貢献は200、Bがもともと保有する無形資産の貢献は100と評価することが適切であるとする。この場合、XのAからBへの譲渡価格は、

$$1/2 \times (500 + 200) = 350$$

と計算されることになる。)

ここで、実際にはXが成功して、Bに800の収益が生じたものとする。Xの取引価格350は適正なALPであるから、Aの収益は350、Bの収益は450(=800-350)と算定される。しかし、DFC法による移転価格算定を行えない場合には、どのような対応になるであろうか。仮に、Xに関して比較対象取引を見出しにくく、利益分割法が適用されたとする。この場合、AとBの合計利益800がどのように配分されるであろうか。Xの生み出す収益に対してBがもともと保有する無形資産の貢献は100に過ぎないので、800のうち、700はA、100がBに帰属するという計算が行われるかもしれない。この場合、XのAからBへの譲渡価格があたかも700であるかのような計算になるが、700は、不確実性が存在する状況でDCF法を用いて計算されるALPの範囲(250以上400以下)から外れている。すなわち、移転価格算定方法としてDCF法が利用できない場合には、独立企業間価格原則に則った移転価格算定が不可能になる可能性がある。

収益に不確実性がある無形資産が独立企業間で取引される場合には、何らかの予想収益を用いることなしに取引価格を決定することは困難であろう。したがって、独立企業であれば、DCF法あるいはそれに準ずる方法を用いて価格決定を行うと考えられる。ところが、仮に、税務当局による移転価格算定方法としてDCF法が認められていないと、実際に生じた収益を関連者間で適切に配分することができなくなる。関連者間で収益に不確実性のある無形資産の取引が行われた場合に適切に対処するためには、事後的な所得情報の利用方法にかかわらず(あるいは、所得相応性基準の採用の有無にかかわらず)、移転価格算定方法としてのDCF法の導入が必要であろうと思われる。⁴¹

2-5. 小括

以上、いくつかの簡単な数値例を用いて、所得相応性基準の適用可能性について検討してきた。その際、所得相応性基準が独立企業間原則と整合的に適用される条件に留意した。また、独立企業間での取引条件は両当事者に適用される税率の差異と無関係である点を利

⁴¹ DCF法と所得相応性基準の問題の関係については、より詳細な理論的検討を要する。また、所得相応性基準の検討は、移転価格課税の仕組みのあり方に関する基本的論点を提起することにもつながる。関連者間取引における事前の情報と事後の情報を税務当局としてどのようにとらえることが適切なのか、その場合にDCF法はどのような位置づけになるのか、といった問題についての検討は別稿に譲ることとしたい。

用して、独立企業間価格の満たすべき条件をまず求めて、その後、仮に取引当事者が関連者であって、独立企業間の場合と異なった取引条件が適用されている場合、税務当局が事後的情報を用いて移転価格調整を行うことが適切な場合があり得るか、また、あり得るとすればどのような場合であるのかを検討してきた。

簡単な数値例を用いた検討の結果は、以下に述べるように、OECD ガイドラインや BEPS 最終報告書における考え方と概ね整合的である。

- ① 数値例から、当初の収益見込みに不確実性がない場合には、税務当局が事後的な所得情報を用いて移転価格算定の調整を行うことが正当化される事態は生じないであろうことが確認できた。このことは、ガイドラインの新第 6 章において、所得相応性基準の適用が HTVI に限定されていることと整合的である。
- ② 数値例から、当初の取引時点において納税者が将来の収益の大きな変動を予想できなかった場合には、たとえ事後的な収益と取引価格の間に大きな乖離があったとしても、当初の価格算定が独立企業間価格原則に則ったものであることが確認できることがわかった。したがって、たとえ事後的に所得の大変動が生じても、それが当初においては全く予想できなかった場合、事後的な所得情報をもとにした移転価格調整は適切でないことが確認できた。これは、所得相応性基準の適用をガイドラインに定義された HTVI に限定するという方針と整合的である。
- ③ 数値例から、独立企業間の取引のための契約において価格調整条項が入ったり、再交渉の可能性が想定されたりする状況では（かつ、それにも関わらず関連事業者間ではそのような取り決めが存在しない場合には）、税務当局が事後的な所得情報を用いて移転価格算定の根拠の説明を納税者に求めることが適切である場合が存在することがわかった。したがって、一定の場合に所得相応性基準を適用することは、独立企業間価格原則と整合的であるというガイドラインの考え方が妥当であることが推察される。
- ④ 数値例から、無形資産の収益について不確実性が存在する場合には、当初の算定された独立企業間価格と事後的に実現する収益に大きな乖離が発生しうることを確認した。したがって、事後的な所得情報は「状況証拠」としてのみ用いて、大きな乖離が存在する場合であってもまず納税者に説明を求め、納税者が十分な説明をできない場合にのみ、事後的な情報をもとにした移転価格調整が行われ得るというガイドライン新第 6 条における考え方はおおむね妥当であることが推察される。すなわち、このような移転価格課税は、所得相応性基準の有無にかかわらず、一般的な移転価格調査のプロセスでも生じうるものと考えら、独立企業間価格の原則の範囲内にある対応であると見ることができであろう。
- ⑤ 数値例から、無形資産の収益についての不確実性が存在する場合には、所得相応性基準の導入の有無にかかわらず、移転価格算定方法としての DCF 法の採用が要請される可能性が強いことが示された。仮に、収益の不確実な無形資産の移転価格算定方法として

DCF 法が導入されない場合、(他の移転価格算定方法が適用困難な場合に) 利益分割法を適用することが独立企業間原則との間で齟齬をきたす可能性もある。⁴²なお、移転価格ガイドラインにおいて、取引時に評価が不確定な無形資産に関する独立企業間価格算定方法として、予想収益を用いることが示唆されていることが、DCF 法の採用と整合的である。

第3章：問題の性格と対応のあり方

本章では、これまでの検討を踏まえ、所得相応性基準を巡る問題の性格と対応のあり方について、若干の考察を行う。

3-1. 問題の背景と性格

所得相応性基準の問題の背景には、評価の困難な無形資産の国際的な取引に関して、独立企業間原則に基づく移転価格課税をどのように適用するのか、という極めて難しい問題の重要性が大きくなってきたことがある。一般に、経済活動の国際化と情報化の進展は、各国税務当局による企業課税の執行を困難にする傾向があるが、評価の困難な無形資産の取引が絡む場合には、その困難性がさらに先鋭化する。

そもそも、多国籍企業は、本国親会社が持つ、超過収益をもたらす無形資産を他国においても活用しようという狙いで形成されることが多い。但し、他国における無形資産の活用によって実際にどのくらいの超過収益が得られるかどうか、当初においては極めて不確実である場合が多く、関連事業者間であっても価格の算定は困難であろう。他方、無形資産を用いた経済活動が当該他国市場で成功した場合には、大きな超過収益を生むことがあり、この結果を見た本国の税務当局の立場としては、他国市場で得られた収益の一部は本国で課税されるべきものではないか、また、仮にそれが出来ない理由が、無形資産の譲渡価格や使用料水準の低さにあるとすれば、その水準を事後的な情報に基づいて調整することもあり得るのではないか、ということになる。税務当局が所得相応性基準を適用しようとする場合の背後にある考え方はこのようなものであろう。

根本的には、経済活動の国際化と情報化が進展していく中で、源泉地ベースの企業所得課税である法人税が果たして存続可能なのかという論点がある。しかし、移転価格 BEPS 最終報告書 (“Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”) の基本的考え方は、価値創造が行われた場所での課税の実現を目指すということであり、価値創造の行

⁴² 詳細な検討は別稿に譲る。

われた場所での課税を目標⁴³にする以上、関連企業間の国際取引を仮に独立企業間で行われたら採用されると考えられる条件に置き直すという、独立企業間価格原則に基づく移転価格課税を維持せざるを得ない。独立企業間では、経済的価値に見合わない対価が支払われることはないはずだからである。したがって、現行の法人税の仕組みと移転価格課税の原則を所与とした上で、所得相応性基準に関する問題を考えざるを得ないであろう。

所得相応性基準を巡る問題点としては、大きく分けて

- ① 移転価格課税における独立企業間価格原則との整合性に関する理論的問題
 - ② 所得相応性基準が導入された場合に生じる可能性のある実務的問題
- の2種類があるので、以下、順に検討する。

3-1-1. 理論的問題

独立企業間取引において、将来もたらされる収益に関して大きな不確実性がある無形資産の価値評価は困難である。例えば、無形資産の価値を DCF 法で評価しようとしても、⁴⁴将来収益に不確実性があれば、DCF 法の適用に必要なキャッシュフローの算定が困難である。⁴⁵そこで、独立企業間の契約においては、無形資産の価値評価に伴うリスクに対応するために、将来の予測困難な偶発的事態に対応して、「より短期の契約を締結するか、契約条件の中に価格調整条項を含めるか、又は条件付き支払いを含む価格⁴⁶体系」が採用されるかもしれない (OECD(2015)) パラグラフ 6,183)。

すなわち、仮に独立企業間において、当初時点での評価が困難な無形資産が取引される場合には、将来の価格条件を事後調整することに両当事者が合意することは十分あり得る。したがって、事後的な価格算定の調整自体が「独立企業間価格原則」に原理的に反する、という主張は成立しないであろう。(但し、何度も強調すべきなのは、HTVI に代表される

⁴³ この目標は、CFC 税制に関して BEPS 最終報告書が示した、アクティブ所得は源泉地国で課税すべきであるという考え方も整合的であろう。

⁴⁴ ガイドラインの新第 6 章 (OECD(2015)) のパラグラフ 6.182 では、独立企業間で評価が不確かな無形資産が取引される場合に、取引開始時における期待便益を価格算定の手段として用いる可能性に言及しているが、このような方法は前述の通り DCF 法による価格算定の考え方と整合的である。

⁴⁵ また、将来の不確実性がもたらすリスクの大きさが算定困難であれば、DCF 法において用いるべき割引率の決定も困難になるかもしれない。

⁴⁶ 条件付き価格設定とは、様々な偶発的事象に基づく価格設定である。例えば「使用料の設定はライセンス使用者の売上高の増加に連動して高く設定することが可能であり、またある開発目標が成功裏に達成される時に追加的な支払いが要求され得る。」さらに、開発途上の無形資産の取引において、「独立企業は、最初の譲渡時に設定した支払条件に、さらなる開発において特定の画期的段階へ達成した時にのみ支払われる、追加的な条件付き支払額の設定を含むかもしれない。」(OECD(2015))パラグラフ 6.183)

評価が困難な無形資産においては、独立企業間取引においても、当初の予想された収益に基づく取引条件と、事後的に実現する収益の間に齟齬が生じるのは当然なのだから、事後的な所得情報によって、移転価格算定を機械的に遡及調整することはあってはならない、すなわち、後知恵の不適切な使用は避けなければならない、という点である。）

所得相応性基準という言葉は多義的に用いられており、どのような意味でそれを用いるかによって、所得相応性基準の適用が独立企業間価格原則に則ったものか、あるいは後知恵の不適切な利用であるのかに関する結論が異なっている。HTVI に関して、事後的な所得情報を状況証拠として用いつつ、独立企業であれば講じたであろうと考えられる調整⁴⁷と整合的な形での移転価格算定を行うという OECD ガイドライン新第 6 章の考え方は、後知恵の不適切な利用とは言えない。（他方、仮に新しく導入された仕組みの下で、事後的な所得情報が、独立企業ならば採用したであろう行動について考慮することなく、機械的に利用されることになれば、それは独立企業間価格原則を逸脱した仕組みになってしまう。）いずれにしても、OECD の新ガイドラインで示された考え方は、あくまでも独立企業間価格原則の枠内のものである点については、確認しておく必要があり、この点について、所得相応性基準を巡る 1986 年以來の歴史的論争とははっきりと区別しておくべきであろう。

このように、少なくとも一般論としては、後知恵の不適切な使用を避けつつ、所得相応性基準が独立企業間価格の原則内で適用されることはあり得る、ということになる。このような議論に対しては、「そもそも、評価が困難な無形資産の独立企業間取引が行われる事例は実際にはほとんどないのではないか？」という疑問を呈することも可能であるが、この疑問は、「仮に独立企業間で取引が行われれば」という考慮を行った上で移転価格算定を行うことが、独立企業間価格原則に則った移転価格算定なのである。」という主張をつき崩すまでの論拠を導くことはできない。⁴⁸

なお、独立企業間価格の概念を巡る理論的検討の背景には、独立企業間価格の概念における経済的実質重視の傾向は 2010 年移転価格ガイドラインからあったが BEPS 最終報告書でさらに進展した、という見方⁴⁹を含む、より一般的な問題があるのかもしれない。もともと

⁴⁷ HTVI はもともと、その関連事業者間取引の時点で信頼できる比較対象取引が存在しないような資産なのだから、「仮に独立企業であったならば」という検討は実際の他の事案ではなく、当該 HTVI の取引自体に関する情報をもとに行わざるを得ない。

⁴⁸ なお、本稿第 2 章で確認した通り、評価の困難な無形資産は、たとえ独立企業間で取引されるとしても、市場に条件は通常は完全競争的ではなく、むしろ双方独占ないし売手独占・買手寡占の状況が成立している場合が多いと考えられる。したがって、独立企業間価格は一般にかなりの幅を持っており、一意に決定されるものではない。

⁴⁹ Ptruzzi (2016), pp.28-30 を参照。なお、AOA(Authorized OECD Approach)に基づく恒久的施設の所得算定において、独立企業間価格概念が中心的地位を占めるようになったことも、企業の内部取引では法的な契約関係は通常存在しないことを考慮すれば、独立企業

と、独立企業間価格の概念は、経済的な側面が強く、経済的実質を抜きにした純粋に法的観点のみから検討することには限界があると考えられる。移転価格税制における DCF 法の位置づけ等についてもさらに詳細な検討が必要であろう。いずれにしても独立企業間価格の性質に関する一般的な検討は本稿の範囲を超える。

3-1-2. 実務的問題

所得相応性基準が導入された場合の実際の適用に関して考える場合、「所得相応性基準」の概念が必ずしもはっきりしたものでないことを念頭に置くべきである。特に、アメリカで 1986 年税制改正によって導入された「スーパーロイヤルティ条項」における所得相応性基準と、BEPS 最終報告書によって改訂された移転価格ガイドラインの新第 6 条におけるものとは全くと言ってよいほど異なっている。⁵⁰すなわち、アメリカ法における「所得相応性基準」が（その実際の適用範囲は別として）無形資産に関するかなり一般的な基準の提示であるのに対し、OECD の新ガイドラインでは、その適用範囲を HTVI に限定した上で、事後的な所得情報についてはこれを「推定証拠」(presumptive evidences) として扱うという、より慎重なアプローチが採用されている。

今後の検討において参照されるのはあくまで OECD の新ガイドラインであるから、まずは「所得相応性基準」という文言自体にはなるべくとらわれずに、実際の仕組みとその適用のあり方を具体的に考えていくことが適切なのではないだろうか。特に、たとえ一定の場合に事後的な価格情報が利用されることがあっても、その利用範囲や利用のされ方について十分留意することが必要である。

上述の通り、OECD の新ガイドラインでは、

- ① 所得相応性基準の適用対象を HTVI (評価が困難な無形資産) の範囲に限定している。
- ② 事後的な所得情報は、「推定証拠」として取り扱われる。

という考え方を示しているので、この 2 点に関連した論点について、順に検討する。

まず、HTVI の範囲はかなり限定されたものである。例えば、無形資産の取引時点において信頼できる比較対象取引が存在する場合には、そもそも HTVI の定義からはずれるし、当該比較対象取引をもとに移転価格算定が行えばよいのであって、事後的な所得情報を用いる必要はないし、用いるべきでない。特に、HTVI の評価については、独立企業間で取引

間価格の概念が法的な色彩を薄め、経済的な色彩を強く持つようになってきているという傾向と整合的なものと考えられる。

⁵⁰ 前述のとおり、OECD の移転価格ガイドラインにおいては、「所得相応性基準」という用語自体が用いられていない。

される場合であっても、大きな困難が伴うことに留意する必要がある。将来収益についての不確実性がある場合には、成立しうる独立企業間価格には大きな幅があり、かつ、この幅の中で合理的な価格算定が行われていても、実現した収益との差は大きなものになりがちである。したがって、事後的な収益と事前の取引条件との間での乖離が大きいというだけでは、事後的な所得情報を用いた移転価格算定を行う論拠にはならない。事後的な所得情報の機械的な適用については、「後知恵」の不適切な利用として、OECD ガイドラインで従来から厳しく戒められているところである。

なお、HTVI については、評価の量的な算定が困難であるにとどまらず、その商業的価値に関する不確実性が極めて大きいために、そもそもプラスの価値をつけて評価できるものであるのかが疑わしいという場合もあると考えられる。従来はこのような HTVI に関して、関連者間で明示的な価格を付けることなく（結果としては無償で）取引されることも多かったのかもしれない。しかし、所得相応性基準が導入された場合には、このような HTVI の取引価格についても、将来の不確定な見通しを前提に適正な価格付けをして、その価格算定根拠となる資料を残しておくことが実務上求められることになる。

次に、事後的な所得情報を「推定証拠」としてのみ用いるということは、納税者が事後的所得情報にもかかわらず当初の価格算定が独立企業間価格原則に則ったものであることを示すことができれば、事後的所得情報を用いた移転価格調整は行われまいということである。無形資産、特に HTVI が関連事業者間で取引される場合には、移転価格文書化のプロセスで、その価格算定の根拠を示しておく必要がいずれにしてもあるのだから、税務当局が移転価格調査において事後的な所得情報に言及しようがしまいが、当初の価格算定の根拠を示すことは必要である。この意味で、所得相応性基準の導入自体が移転価格課税のあり方を抜本的に変えるものではないのではないだろうか。

但し、本稿第 1 章で言及したように、藤枝・角田（2016）は、所得相応性基準の導入が「納税者に立証責任を転嫁しようとしている点が懸念されます。」と述べている点には留意する必要がある。たとえ所得相応性基準が OECD の新ガイドラインに沿った形で限定的に導入されたとしても、それが一定の場合（事後的に予想外の収益が実現した場合）における挙証責任のあり方に影響を及ぼす可能性はある。この点については、そもそも HTVI の取引条件に関して、移転価格文書化において十分な根拠を示すことができれば、たとえ挙証責任が転嫁されたとしても対応可能であると考えられる（もともと、移転価格文書化を求められている時点で、ある程度の説明責任を負わされていると考えることも可能であろう。）が、実務的にはさらなる詳細な検討が必要となる。

いずれにしても、HTVI については、関連者間取引の内容がしばしば複雑であって、部外

者にはわかりにくく、納税者と税務当局の間に情報の非対称性が存在することは避けられない。所得相応性基準の導入は、このような情報の非対称性に対応するための、ひとつのアドホックな工夫と位置付けられよう。一般に、アドホックな仕組みについては、導入することにそれなりの論拠があるとしても、制度全体における位置づけや整合性を注意深くチェックしていくことが必要となる。たとえ、所得相応性基準の適用範囲が極めて限定的なものになったとしても、その導入に当たっては十分な注意深さが要請される。

3-2. 対応のあり方

最後に、以上の議論を踏まえて、所得相応性基準の問題に対する納税者としての対応のあり方を考えてみたい。「所得相応性基準」という言葉が独り歩きしがちであるが、今後、導入が検討される可能性がある仕組みは、アメリカの「スーパーロイヤルティ条項」のような包括的なものではなく、「当初の評価が困難な無形資産についての独立企業間価格算定において、事後的な所得情報を「推定証拠」として使うことができるが、その場合に、納税者としては当初の価格の取決めが独立企業間価格原則に沿ったものであることを示す資料を求められる。」という OECD の新ガイドラインに準拠したものであろう。

このような意味での限定的な「所得相応性基準」については、それが原理的に独立企業間価格原則と齟齬をきたすと主張することは困難ではないだろうか。したがって、理論的な「そもそも論」を展開するよりも、実務的な具体的論点に関する対応を考えることが適切であろう。特に、所得相応性基準が後知恵的に（すなわち、機械的に）適用されることのないようにしなければならない。HTVI については、たとえ当初の価格算定が独立企業間価格と認められる場合であっても、将来収益の大きな不確実性によって、事後的所得の水準が、当初の見込みから大きく乖離しうることについても、税務当局と納税者間で共通認識を形成しておくことが必要である。

また、税務当局が事後的な所得情報を「推定証拠」として用いることによって、納税者の事務負担を過大に重くすることは避けるべきである。したがって、事後的情報による調整の適用範囲を限定する仕組みも必要となろう。この意味で、たとえば、事後的な所得の水準と事前に設定した水準が一定限度であれば事後的情報の適用をしないという考え方は有用であるが、この乖離の幅を OECD 新ガイドラインが提示する 20% とすることは、HTVI の収益の変動幅が極めて大きなものとなることを考慮すると、少し狭すぎるようにも思われる。

いずれにしても、最も重要なポイントは、納税者が HTVI の価格算定について、独立企業間価格原則に沿うものであることを示す説得的な資料を用意しておくこと（適切な文書

化)である。特に、HTVIに該当する無形資産取引を関連者間で行ったにもかかわらず、価格算定が困難であるという理由で記録に残さない、という対応は避けなければならない。逆に、資料によって税務当局を説得できれば、事後的な所得情報が移転価格調整に使われることを回避できる。もちろん、このような資料の作成には事務コストを伴う。所得相応性基準の導入による事務コストの増加を最小限に抑える工夫は制度設計においても求められる。他方、重要な無形資産取引に関する移転価格文書化は既に義務付けられている(すなわち、無形資産取引における価格算定についての一定の説明責任を納税者は既に負わされている)のだから、HTVIの関連者間取引を行う際には、価格算定において特に慎重な検討を行った上で、説得的な資料を残しておくことが、納税者サイドの対応として当然に必要とされるということになる。

参考文献

浅川和仁(2005)「米国租税法上の無形資産の評価の実情と日本に対する示唆—所得相応性基準の分析を中心として—」『税大論叢』第49号

居波邦泰(2008)「無形資産の国外関連者への移転等に係る課税のあり方：わが国への所得相応性基準の導入の検討」『税大論叢』第59号

緒方健太郎(2016)「BEPS最終報告書について」『租税研究』第798号

自由民主党・公明党(2016)「平成29年度税制改革大綱」(平成28年12月8日)

シャベル、スティーブン(2010)『法と経済学』[田中亘・飯田高訳]日本経済新聞社

税制調査会(2016)「「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」(平成28年11月14日)

中里実(1994)『国際取引と課税：課税権の配分と国際的租税回避』有斐閣

21世紀政策研究所・経団連経済基盤本部編著(2016)『BEPS Q&A 新しい国際課税の潮流と企業にもめられる対応』経団連出版

藤枝純・角田伸広(2016)『移転価格税制の実務詳解：BEPS対応から判決・採決事例まで』中央経済社

増井良啓（2002）『結合企業課税の理論』東京大学出版会

宮武敏夫（2016）「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配慮の 2015 年 10 月 5 日付全面改定について」『租税研究』2016 年 9 月号

吉村政穂（2016）「移転価格税制と無形資産：BEPS 最終報告書の公表を受けて」『租税研究』2016 年 3 月号

Caves, E. Richard (2007), *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, Third Edition, Cambridge University Press.

Lang, Michael, Alfred Storck, and Raffaele Petruzzi, eds. (2016), *Transfer Pricing in a Post-BEPS World*, Wolters Kluwer. (EUCOTAX Series on European Taxation, Vol. 50.)

OECD (2001), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (July 1995).

OECD (2010), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (22 July 2010). (邦訳：日本租税研究協会（2011）『OECD 移転価格ガイドライン「多国籍企業と税務当局のための移転価格算定に関する指針」2010 年版』)

OECD (2012), “Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions”. (邦訳：日本租税研究協会（2012）『OECD 移転価格ガイドライン第 6 章（無形資産に対する特別の配慮）及びその関連条項の改定に関するディスカッションドラフト（公開草案）』)

OECD (2015), “Aligning Transfer Pricing Outcome with Value Creation”, BEPS Actions 8-10: 2015 Final Reports. (邦訳：日本租税研究協会（2016）『BEPS プロジェクト 2015 年最終報告書：行動 3, 4, 8-10, 14』)

Petruzzi, Raffaele (2016), “The Arm’s Length Principle: Between Legal Fiction and Economic Reality”, in Michael Lang, et al. eds., *Transfer Pricing in a Post-BEPS World*, EUCOTAX Series on European Taxation Vol. 50 (Wolters Kluwer).

US Treasury Department and IRS (1988), “A Study of Intercompany Pricing: Section 482 White paper”.