

## 移転価格税制

——課税ベース配分の 100 年紀——

川端 康之

## 1. はじめに

令和 4 年 8 月 23 日に、1991 年 4 月から 1996 年 3 月まで本学大学院国際経済法学研究科教授を務められた金子宏先生が逝去された。ここに、謹んでご冥福をお祈りしたい。

先生と筆者の繋がり、なんとといっても移転価格税制である。筆者の法学修士の修士論文は、予想されたその後の我が国の立法のための理論研究として米国移転価格税制の法的構造に関する論点の判例学説行政実務の変遷を取り上げ、また、その後進学した商学修士の修士論文は、主に、財務会計における arm's length 概念の歴史的展開をテーマに、測定基準に関する W.A. Paton の学説と開示基準に関する SFAS57 号を取り上げたが、これら両稿は後期課程在学中に法律専門誌に公表する機会に恵まれた。それが機縁であろうか、先生にはその後、学会年次総会などの機会に移転価格税制の話を伺うことがあり、また、筆者の研究について尋ねていただくこともしばしばあった。さらには、前任校を経て本学に赴任する際にも、筆者の専門は移転価格税制であるとの触れ込みであったようである。このように先生のゼミ生でもない筆者にとって移転価格税制は、まさに、先生や本学との間の紐帯といってよいほどの重要な論点であって、それはいまでも変わることはない。先生の訃報から一年を経よう

とする今日も悲しみは癒えないが、あらためて先生の学恩に深く感謝し、この小稿を献じたい。

本稿は、移転価格税制のテクニカルな側面の詳細を論じるのではなく、移転価格税制が歴史的にいかに変化してきたかを、その主なトピックを紡ぐことで鳥瞰的な視座から整理したい。

## 1. 歴史的背景

21 世紀の最初の四半世紀が過ぎようとしている今日にとって移転価格税制は、世界的に見ると 100 年を超える歴史を有する税制であって、先進国のみならず新興国や途上国においてもいまなお制度化が進んでいる。さらに、それは 2012 年から始まった OECD/Inclusive Framework の課税ベース侵食所得移転 (BEPS) 対抗措置の中核をなすものとしても注目されている<sup>1)</sup>。

移転価格税制の源流は、概要、米国における連結納税制度の立法化にあるとされている<sup>2)</sup>。米国は 1917 年、戦時超過利得税の下で、財務省規則を根拠に初めて連結納税申告制度を採用した。この財務省規則はその後 1918 年歳入法 240 条 (a) 項に吸収され、さらに 1921 年には連結が強制化された。その後 1926 年の改正を経て 1928 年歳入法 45 条<sup>3)</sup> は所得計算の連結から総所得又は

---

1) 100 年という言葉は、BEPS プロジェクトにおいても象徴的に語られている。これは、BEPS プロジェクトのきっかけの一つとなったスター・ボックス事件において、当時英国蔵相であったオズボーン卿が英国の税制が 100 年も前のものをいまだに使っていると驚いたという逸話による。これは 2012 年頃の話であるので、無粋にも正確に言えば 85 年ほどであろう。

2) 歳入法 482 条の歴史的沿革については、e.g., R.S. HOLZMAN, ARM'S LENGTH TRANSACTIONS, at 10 (1958); J. Gravelle, A History of Section 482 of the Internal Revenue Code, The Allocation of Income, Deductions, Credits and Allowances between related Corporations Legislative Reference Service, The Library of Congress (April 9, 1974).

3) 70th Cong., 1st Sess., H. Rept. 2, at 24-25 (1928).

諸控除を配分する行政裁量権限を歳入局長（現在の歳入長官）に授権する規定に大きくその内容を変え、現在に至る所得配分規定となった<sup>4)</sup>。

他方、第一次世界大戦の終結とともに始まった欧州復興により欧州大陸諸国にとりわけ英米系企業の進出が進み、1920年代中盤には、フランスにおいて、米国系企業を中心に仏子法人から本国親法人への価格操作による所得の振替え（移転価格操作）(milking) が顕著となった。これをきっかけに米仏租税条約が締結されることになる。フランス政府は、当初は、仏子会社から本国親会社への所得の振替えそのものを規整するのではなく仏子法人の本国親法人が本国で行う利益配当に対して課税していたが<sup>5)</sup>、それに対して、米国を中心に域外課税との批判が高まり<sup>6)</sup>、結局、フランス政府は議会における賛否の混乱の中、配当域外課税を行う国内法を廃するのではなく、米国などとの間で租税条約を締結することによりそのような配当域外課税を条約上止めることとした。そこでまず米国史上初めての租税条約として米仏租税条約<sup>7)</sup> が1932年に締結され

4) これらの経緯については、川端康之「米国内国歳入法典 482 条における所得配分（4・完）」民商法雑誌 101 巻 5 号 39 頁、50 頁注（179）引用資料及び注（180）（1990）。なお、同論文 101 巻 2 号 228 頁脚注（11）で指摘したように、arm's length という考え方は英国法（undue influence, 不当威圧）を法的淵源とする英米法の概念である（relational theory, 関係理論）。製造利益と販売利益を区分せよという命題自体からはその区分の基準が arm's length であるということを導き出すことはできない。

5) Art.3, Décret du 6 Décembre 1872.

6) *E.g., Boston Blacking Company of Massachusetts, Tribunal Civil de Seine et Aise*, 1 Février, 1928, R.E. May 1928, 8734, pp.329-333.

7) Double Taxation Convention and Protocol between the United States of America and France, signed at Paris, April 27, 1932, TS 885 (1935) . 興味深いことに、この米仏条約の交渉締結は、1930 年 1 月から 32 年 4 月と、後述の国際連盟における事業所得税配分条約モデル案の策定とほぼ時期が重なっていた。後述の Carroll は、国際連盟との関係では連邦商務省職員として、対仏条約交渉では連邦財務省臨時法律顧問として、両プロジェクトに参加しており、いわばキー・パーソンであった。なお、条約署名と同時に締結された議定書(2)条はいわゆるブリザベーション条項であった。また、議定書(3)条(a)項は恒久的施設の定義を定めるが、子会社を含まないことが明定された。しかし、議定書では条約 1 条の「配分 (allocable)」についてはまったく言及されていない。

た。この条約の 1 条では恒久的施設に配分されるべき所得 (profits allocable to their permanent establishments) に対する他方締約国の課税を許容し、4 条<sup>8)</sup>で今日の特集関連企業条項に相当する関連企業間の所得再配分の規定が整備され、6 条で配当域外課税が禁止されることとなった<sup>9)</sup>。このように、米国は、後述の国際連盟報告書の公表以前に、この 1932 年米仏条約において恒久的施設と特殊関連企業条項を条約上明定したのであるが、米国は当初から条約策定を目指していたというよりは、むしろ、二重課税排除のために歳入法に二重課税排除規定を含めることを予定していた。すなわち、1928 年の国際連盟モデル租税条約案の策定を受けて米国政府は 1930 年第 71 会期第 2 期に 1928 年歳入法 212 条 (b) 項及び 231 条 (b) 項をモデルとする H.R.10165 法案を上程し、下院歳入委員会で審議が行われた。この法案は 1928 年 1(b) 案をもとに起草されたのであるが、1 条で外国居住者・外国設立法人に対しては、相互主義を条件として米国所得税を免税とすることを定めていた (一種の相互免税法律)。重要なのは、この相互免税から除外されるものの筆頭に「一切の事業、営業又は職業から生ずる所得で米国にある恒久的施設に配分されるべきもの」が掲げられ、米国法として恒久的施設<sup>10)</sup>を国内法化すること、米国内恒久的施設

---

8) 英語正文によると 4 条は、"conditions different from those which would be made with third enterprise, any profits...in this manner...diverted to the American enterprise" と表現し、厳密には、分離や独立といった文言を用いず、基準とされる企業間関係を単に "with third enterprise" としているだけである。しかし、この条約の交渉を担当した Carroll は、この規定を独立企業原則を採用したものとしているため、この第三者 (with third enterprise) という表現は、現代の用語例に従えば、独立した第三者、という意味である。一方、恒久的施設については、本文で指摘するように、恒久的施設に allocable な所得とするとどまり、その allocable の具体的基準については条約規定化されていなかった。

9) 2017 年 OECD モデル租税条約 10 条 5 項に至る。

10) H.R. 10165 法案 8 条 (b) 項は恒久的施設の定義を定めるが、Adams が国際連盟財政委員会では指摘したのと同じく、ここでも子会社は恒久的施設に含まれていない。ここでの定義では、"and other fixed place of business" と「事業を行う一定の場所」が初めて条

に「配分されるべき (allocable)」<sup>11)</sup> 一切の事業、営業又は職業 (any business, trade, or profession) から生ずる所得は米国で課税することを予定していたのである。しかし、この法案は下院歳入委員会で公聴会が開催されたものの<sup>12)</sup>、それ以上は立法準備の対象からは除外され、結局廃案となってしまった。そのため、1932年米仏条約の米国側交渉担当者で、かつこの法案の立案者であった Mitchell B. Carroll (連邦商務省欧州法・税制課長) やそれを指導した T.S. Adams (Yale 大学教授) は、連邦法としての相互免税法律の立法化から二重課税防止条約へと国際的二重課税排除の手段を変更したのであった。当時の米国はいわゆるモンロー主義の影響により、ウィルソン大統領の提唱した国際連盟にも加盟していなかった。そのような状況下で米国が国際的二重課税排除を租税条約ではなく国内相互免税法律によろうとしたのである。しかし、1920年代後半のフランス政府による配当域外課税は、このような米国内の事情とフランス側の利害が一致したため、租税条約による解決の道がとられた。米国にとって租税条約が次善の策であったことは極めて興味深い。

米仏条約の締結に伴いフランス政府は 1933 年、租税一般法典に 57 条 (利益の間接的移転) を整備し<sup>13)</sup>、外資系仏企業から外国関連企業への所得の移転

---

文化されている。この表現は 1928 年モデル条約案までは含まれておらず、1933 年事業所得配分条約モデル案以降には含まれている。また、1932 年米仏条約には含まれ、1936 年米加条約 1 条 (a) 項では "place of business" となっている。1945 年米英条約 2 条 1 項 1 号も "fixed place of business" である。

- 11) 具体的な配分基準は歳入局長が起案し財務長官が承認する規則によって定めるものとされた。H.R.10165 Sec.8(b).
- 12) International Double Taxation, Hearings before the Committee on Ways and Means House of Representatives, 71st Cong., 2nd Sess., on H.R. 10165, Feb. 28 and March 1, 1930. この公聴会では、国際連盟 1928 年モデル租税条約 1(b) 案の各条文が参考資料として提出され、参考情報として審議の俎上に上げられた。キャロルは 1928 年 1(b) 案と H.R. 10165 は実質的に同じ内容だとする。両案を起案した本人が指摘する点だけに説得力があろう。
- 13) Jean-Louis Bilon, Transferts indirects de Bénéfices à l'étranger (regime fiscal) 13 (1981).

に対して直接、移転価格規整を行うこととなった。このような背景によって成立した 1932 年米仏条約は、米国が外国政府と締結した初めての租税条約であったのみならず、国際連盟におけるよりも早く独立企業原則による所得配分が明定された最初の条約でもあった<sup>14)</sup>。

その後は、米国内法を軸に租税条約との二本立てで移転価格規整が進んだ。たとえば、米国は、米仏条約のフランス側批准の前年 1934 年に歳入法 45 条に関する財務省規則を初めて制定し、45 条に定める「所得と諸控除の配分」の基準として独立企業原則を掲げ、その目的が関連納税者と独立納税者を租税上同等の立場 (tax parity) に置くことであり、一切の事案において適用されるべき基準とは他の独立納税者との間で arm's length に取引を行う独立納税者のそれである、との解釈を明示した<sup>15)</sup>。当時の財務省規則第 86 号 45-1 条は 45-1 (a) と 45-1 (b) だけからなる短い規定<sup>16)</sup> ぶりであったが、すでに tax parity や arm's length 基準に言及しており、それらは歳入法 45 条 (現 482 条) の根幹をなす考え方として 21 世紀の今日まで引き継がれているのである。

また、1945 年に英国との間で初めて締結された米英租税条約<sup>17)</sup> においては、

---

14) 後述のように、米仏租税条約が署名された 1932 年 4 月は、国際連盟は Carroll による各国訪問調査の進行途上であって、1928 年のフルフレッジ型のモデル租税条約案 (I (b) 案) には、まだ恒久的施設の所得配分基準も特殊関連企業条項も含めていなかった。

15) Treas. Reg. 86, Art. 45-1 (b) (1934). したがって、この財務省規則は、単に歳入法 45 条の適用基準を定めるというだけではなく、フランスとの関係で租税条約上の特殊関連企業条項を国内で円滑に執行する役割を果たすものであったというべきであろう。米国においては、移転価格税制は必ずしも非居住者外国法人との関係で適用されるに限られているわけではなく、当初の、連結納税申告制度の補完措置という位置づけからもわかるように、国内企業グループの構成企業間ででも適用されているが、他面、このような国際的な所得振替えへの対抗措置という側面も当初から重要視されていたことがわかる。

16) この時期の財務省規則には、価格算定方法は定められていない。価格算定方法が規則に含められるようになったのは 1966 年及び 1968 年の規則改正においてである。

17) Convention and Protocol between the Government of the United Kingdom of Great

3条1項で全所得主義（entire income method: force of attraction）による課税を定めているが、恒久的施設に attribute すべき所得の算定に arm's length 基準を用いることを条約文言の上でも明定し（条約3条3項）<sup>18)</sup>、4条で特殊関連企業条項を定める<sup>19)</sup>。

このような当時の先進国の動きは、国際連盟におけるモデル租税条約の策定動向とも無関係ではなかった。米国をはじめ各国は、むしろ、国際連盟における租税条約モデル策定の進捗に呼応するかのよう、非居住者外国法人課税の国内税制を再編し欧州大陸では租税条約の締結が進んだのである。国際連盟は戦争防止のために国際経済の発展をその存立目的の一つとしていたが、その阻害要因である国際的二重課税を排除しその標準フォーマットを提示するために、当初は多国間条約、後に二国間条約を用いた二重課税防止のルール作りを行った<sup>20)</sup>。それは、1920年5月の国際商業会議所アトランタ会議決議と同年9月の国際連盟ブラッセル財政会議決議を背景とするものであった。それを受けて国際連盟は1922年に、経済財政委員会財政部において、①財政理論の観点から国際的二重課税排除の枠組みを検討する経済専門家委員会と、②

---

Britain and Northern Ireland and the Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income, signed at Washington, D.C., April 16, 1945, 12 USTIA 671 (1945).

- 18) 全所得主義の条約で独立企業原則を定めるということからすれば、独立企業原則は帰属と同義ではない。1963年OECDモデル租税条約草案7条以降の条約上の事業所得条項は独立企業原則を採用しているが"arm's length"という文言は用いていない。
- 19) このような恒久的施設の所得算定規定は、1954年日米租税条約においてもまったく同じ文言で用いられている。ただし、1954年日米租税条約では、産業上商業上の利得には利子使用料などは含まれないとの規定があり、その意味で純粋な全所得主義・吸引力理論ではない。むしろ、事業所得の枠組内での全所得主義であった。それは1945年米英条約の経験が反映されているものであった。
- 20) Mitchell B. Carroll, Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion: Two Decades of Progress under the League of Nations (1939).

税制の実際上いかに二重課税排除を制度化するかを検討する政府専門家委員会を設置し、③民間主体の国際商業会議所二重課税委員会と併せて、産官学の利害関係者がそれぞれほぼ同時進行で検討を進めることとなった。1923 年 4 月 5 日には経済専門家委員会報告書<sup>21)</sup>が提出され、「経済的帰属 (economic allegiance)」<sup>22)</sup>を基礎とする物税・人税分類が外国人・外国企業課税<sup>23)</sup>の基礎として提唱された。それを受けて政府専門家委員会は、1923 年から 1927 年にかけて租税条約の基本的ルールづくりを進めたが、1928 年には国際二重課税会議を開催しそれらをまとめた 1928 年モデル案を検討した。1928 年の会議では、3つの所得税条約案と、相続税、執行共助、徴収共助はそれぞれ 1 案ずつモデル条約を策定し合計 6 案が提示され、また、今日の OECD 租税委員会に繋がる国際的二重課税問題のための常設委員会 (租税委員会) 設置の提案も

- 
- 21) League of Nations, Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee of the League of Nations by Professor Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp (E.F.S.73. F.19) (1923). 邦訳として、社団法人日本船主協会編『ブルーインズ教授・エイナウデ教授・ゼリグマン教授・ジョシユヤ・スタンプ氏共述国際二重課税問題に関する調査報告書—国際連盟経済財政事項取調委員』(1924)。
  - 22) 黒田英雄『国際二重課税問題に就いて』国際商議関係書類第 5 号 (1924) は大正 13 年 2 月 19 日に開催された国際商業会議所日本国内委員会における黒田英雄主税局長の講演記録であるが、同 10 頁はこの経済的帰属を「エコノミック、アレジエンス」とそのまま称する。この黒田講演記録は、日本経済連盟会編『国際二重課税に就いて』国際商議関係資料第 6 号 (1924) や同年に発刊した大蔵省財務通報部編『財務通報』第 1 巻第 1 号 5 頁 (1924) に掲載された主税局長編「国際二重課税の問題」、大竹虎男「国際連盟と二重課税 (上・下)」税第 2 巻 8 号 16 頁、同 9 号 31 頁 (1924) などと並んで、日本における国際二重課税に言及する資料としては最も古い時期の記事に属する。この時期は国際連盟経済専門家委員会が 1923 年に報告書を公表し財政理論からみた二重課税排除の重要性とその方法の理論的枠組が提示されたことにより、我が国政府も国際連盟常任理事国としてそれらを伝える動きが活発化したものといえよう。
  - 23) 1920 年代には、我が国では制限納税義務者と一括され、まだ「非居住者」や「外国法人」という文言は法制化されていなかったため、このように表現するのが適切であろう。



行われた<sup>24)</sup>。3つの所得税条約案ではそれぞれ、産業上商業上の利得に関する規定(1(a)案5条、1(b)案2条B号及び1(c)案3条)<sup>25)</sup>が設けられたが、これら3種の条約案には恒久的施設(permanent establishment)と本国企業との間の所得配分に関する規定は含まれておらず、特殊関連企業条項も含まれていなかった。その理由は2つあると考えられる。

一つは、1928年1(a)案は前年までの物税の源泉地国課税と人税の居住国課税の区分を継承し、物税たる産業上商業上の利得の課税権は恒久的施設所在地国に配分されていたもの<sup>26)</sup>、他方、居住地国の課税権行使は居住地国において生ずる所得に限られ、締約国はそれぞれ自国で生ずる産業上商業上の利得に対してだけ課税権を行使するものとされており、居住地国課税を原則とする恒久的施設と本国企業との間の所得配分、という発想そのものが欠落していたからである。いわば、居住地国も自国内で生じた所得だけに課税を認めるとい

---

24) League of Nations Double Taxation and Tax Evasion- Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion (C.562.M.178.1928. IIA) (1928)。

25) 1928年案のうち1(a)案は1927年案を継承し物税・人税区分を温存させた案で、他方、1(b)案はAdams配下のCarrollの起案により物税・人税区分を廃し全体として居住地国課税を原則とした案であった。1(c)案はドイツ・フランスによるものであった。

26) とはいえ、文理上は、かつてのプロイセン条約のように恒久的施設所在地国に排他的課税権が配分されていたわけでもない。1928年モデル1(a)案5条1項は産業上商業上の利得に対する課税を第1部物税の一種として分類し源泉地国課税を前提とし、"Income ...shall be taxable in the State in which the permanent establishments are situated."とするが、同条3項が"each of the two States shall tax the portion of the income produced in its territory."としていることからすれば居住地国課税を予定しているといえる。同案に付属するコメントリーは、"it is to be taxable in the country"としている。これは、本文で言及したように、1(a)案では物税は物的側面を重視するので源泉地国課税(比例税率の源泉課税)、人税は人的側面を重視するので居住地国課税(累進税率の総合課税)、としていたことの名残である。したがって、1(a)案までは、恒久的施設は源泉地国の排他的課税の名残り、ということができる。

うことである。今日の居住地国による二重課税排除措置の供与を前提とする事業所得の居住地国課税の枠組みの下での源泉地国課税の要件としてとしての事業所得と恒久的施設という位置付けからすると奇妙にも見えるが、元来、恒久的施設はその所在地国だけが課税権を行使するための要件であったことからすれば、まだ居住地国も自国内所得に対する課税権行使を許容するという意味では、源泉地国排他的課税から居住地国課税への移行の階段を登り始めたルール化であったと評することができる。

次に、物税・人税区分を廃した同 1(b)案 2 条 B も 1(a)案と同じく“shall be taxable in the State in which a permanent establishment is situated.”との文言を 1(a)案 5 条 1 項からそのまま引き継ぎ、かつ、恒久的施設が両締約国に存する場合には、各締約国は“that part of the income produced on its territory.”として締約国の領域内で生ずる所得について課税する、とのルールも引き継いだ<sup>27)</sup>。

一方、今日の、二国間における二重課税排除の枠組みを、原則として、居住地による二重課税排除措置の供与を前提とする居住地国課税の立場に立つことを前提に部分的に源泉地国課税も制限的に許容するという体裁を確立した 1963 年 OECD モデル租税条約草案 7 条以降は、事業所得は原則として居住地国による二重課税排除措置の供与を前提とした居住地国課税なのであって、他方締約国に恒久的施設が存する場合に限り、居住地国課税の枠組みの中で当該他方締約国は恒久的施設の事業所得（源泉又は帰属）に対して課税権を行使し得るに止まる。これは、居住地国も自国内で生ずる所得にだけしか課税権を

---

27) 1(a)案 5 条に関するコメンタリーは、権限のある行政庁は、所得配賦の基準について取極めを行うことができるとする。つまり、5 条では実体的な配分基準を定めていない、という理解である。コメンタリーはこれを“*This is an application of the so-called system of apportioning the income according to its source*”と呼ぶ。所得源泉に着目している点  
が際立っている。

行使できないとの制限を加えていた1928年の各案とは大きく異なる。しかし、1963年モデル草案ではまさに本国と恒久的施設所在地国の間で事業所得の配分の必要が生ずる。それに対して、この時期の国際連盟モデル租税条約案での事業所得課税は必ずしも居住地国課税ではなく、むしろ歴史的に見て事業所得の源泉地国における排他的課税の要件として恒久的施設を用いた旧来の国内法や条約の影響から脱しきれていなかった。

いま一つは、上記の1922年に設置された政府専門家委員会は当初、ベルギー、チェコ、フランス、イタリア、オランダ、スイス及び英国の7カ国の財政当局代表者で構成されていたが、1925年7月には国際連盟事務局が日米独を含む6カ国に政府専門家委員会に代表を送るよう招請状を発し、1926年第6期会合からは拡大委員会が開催されたもの<sup>28)</sup>、当初米国は連邦議会における一部議員の強い反対により代表出席を断念した。しかし、1926年12月には米政府は上述のAdamsとCarrollを米政府として派遣することを国際連盟に通告した<sup>29)</sup>。日本で金融恐慌の嵐が吹き荒れていた1927年の第7期会合において

---

28) 1926年5月17日から22日にかけて開催された第6期会合には日本政府代表として英仏駐箚財務官森賢吾が委員として、財務書記竹内徳治及び東京税務監督局関税部長入間野武雄の二名が随員として参加した。また、第5日目には杉村陽太郎交通委員会議長が出席していた。この1926年の第6期会合においては物税・人税区分を含む条約モデル案が検討されると同時に、二重課税問題、脱税問題、及び、行政上法理上の援助問題の3つの論点を検討するために3つの分科会を設置することが決議された。

29) Adamsの国際商業会議所及び国際連盟における議論の概要については、北川博英「アメリカ合衆国の多国籍企業による国外への所得移転に係る事例研究と国際課税改革の方向」横浜国際経済法学21巻1号21頁(2012)、同「アメリカ合衆国における国際課税制度の創設：SeligmanとAdamsによる論争」横浜法学22巻2号175頁(2013)、同「国際課税制度の創設：国際商業会議所及びAdamsによる貢献(1・2完)」横浜法学24巻2/3合併号111頁(2016)、同25巻1号181頁(2016)、同「モデル租税条約の進化：国際連盟及びAdams教授による貢献(1・2完)」横浜法学25巻3号123頁(2016)、同25巻3号123頁(2017)の各論稿が、Adams Papersの現地調査を踏まえた上での分析であるだけに、詳細に分析している。Adamsは当初、国際商業会議所米国委員会で二重

は租税委員会設置が提案された。同年の第 8 期会合に初めて臨場した Adams は、条文案から注記を削除し実際の条約での条文の変更を自由化することと米国は連邦憲法上の制約により二国間条約によることができないことを指摘し、拡大委員会です承された。これが前述の H.R. 10165 法案につながる。上記の 1928 年案の策定に際して Adams は、米国では物税・人税区分は用いられていないことから、条約でも物税・人税区分を廃すべきことを提案した<sup>30)</sup>。この提案により、1928 年案では、上述の、① 1927 年までの案を継承した 1(a) 案、② Adams 提案を受け入れた 1(b) 案 (Carroll が起案)、及び、③ フランス・ドイツが主導した 1(c) 案の三案が併記されたのである。また、1927 年案までは恒久的施設の定義に子会社 (関連会社) が含まれていたが<sup>31)</sup>、子会社と支店は現地における所得課税上の地位が異なることを理由として Adams が子会社を恒久的施設から除外すべきことを提案し子会社は恒久的施設の定義から除外され、今日に繋がる恒久的施設概念がほぼ完成した。

このような過程で Adams は、自らが立法に関与した 1911 年ウィスコンシン州所得税法では検討不足で実現できず、かつまた、これら租税条約モデルでも当然のように欠落していた企業の本国と恒久的施設所在地国の間での所得配分 (州税では州間配分、条約では国間配分) の実体的基準の明文化を目指し、1929 年には新たに設置された租税委員会の下に事業所得配分調査小委員会を置き、国際商業会議所米国委員会の協力を得て、これらの点についての調査を行うようになった (委員長は Carroll)。そのうち、米国の状況について報告書

---

課税排除の検討を始め、その後、本文で言及したように、国際連盟財政委員会政府専門家委員会の構成員となった。

30) この物税・人税区分の廃止は条約上の課税権配分にとって大きな影響を与える。つまり、従来は、物税は源泉地国、人税は居住地国、と課税権配分の枠組みとして物税・人税区分を用いていたが、区分廃止によって財政学的な租税の性質と課税権配分が直接には結びつかなくなったからである。

31) このことから、恒久的施設の考え方がプロイセン法由来であることがわかる。

を執筆した Carroll は、当時、米国と同じような独立企業原則を法令上定める国はなかった、と述べている。Adams/Carroll は、より広範かつ詳細に調査を行う必要から、米国ロックフェラー財団から二度に亘る資金援助を得て、事業所得配分基準に関する各国調査を行った<sup>32)</sup>。その結果を元に策定されたのが 1933 年（多国間条約）と 1935 年（二国間条約）の事業所得配分条約モデル案で、いわゆる独立企業原則は、この 2 つの事業所得配分条約モデル案で採用され、その後、1935 年案が 1928 年モデル 1(b)案及び 1(c)案と統合され 1943 年メキシコ・モデル租税条約<sup>33)</sup> となり、1946 年ロンドン・モデル租税条約<sup>34)</sup> に引き継がれたのち、1963 年 OECD モデル租税条約草案以降の現在の OECD モデル租税条約や国連モデル租税条約等に継承されていったのである<sup>35)</sup>。1933 年事業所得配分条約モデル案 1 条は恒久的施設所在地国に国内源泉事業所得に

---

32) League of Nations, Taxation of Foreign and National Enterprises, in 5 vols. (C.73.M.38.1932. IIA et seq.) (1932-33) . 日本部分の報告書は大正 9 年法を基準に 1932 年に執筆されている。どういうわけか我が国では、この報告書によって初めて独立企業原則が成立したと指摘も見られるが、本文で指摘したように、米国はすでに歳入法上移転価格税制を有していたので、そのような指摘は当たらない。この一連の報告書の内容については、田中勝次郎『改正法人税法の研究』88 頁（1951）及び同『法人税法の研究』181 頁（1965）が国際連盟の活動に言及しつつ紹介し、さらに、戦前の 1930 年刊行の同『所得税法精義』は、すでに、前年に刊行した同「所得税法の納税義務を論ず（1-5 完）」税 7 卷 3 号 4 頁（1929）以下に加筆し当時の国際連盟の動きを克明に記述する。なお、田中勝次郎博士は当時の大蔵省高等官であったが、1930 年 5 月の大蔵省復興局廃止に伴い退官し弁護士となり、戦後は専修大学教授などを歴任し日本税法学会理事長として税法学の私法に対する独立性を唱導しその発展に寄与された。なお、この一連の報告書のうち日本に関する部分は 1932 年に行われた第二次調査の結果として公表されている。

33) Protocol Art.VI (A).

34) Protocol Art.VI (A).

35) 上述のように米仏条約は 1932 年署名、米英条約は 1945 年署名であるのに対し、Carroll が各国調査を行ったのは 1930 年から 33 年頃であって、国際連盟が独立企業原則を条約文言としたのは 1933 年及び 1935 年事業所得配分条約モデル案である。

対する課税を認め、3 条で分離会計と呼ばれた独立企業原則により所得配分を行うとし、さらに同条約案 5 条はいわゆる特殊関連企業条項で親子会社間の所得配分も独立企業原則に従うものとした<sup>36)</sup>。Adams/Carroll は、条約上の課税権配分において物税・人税区分を排することで産業上商業上の利得の居住地国課税 (居住地国での二重課税排除を前提) を達成し、同時に、内外所得配分基準の必要が生じたため、米国型の所得配分基準である独立企業原則を恒久的施設所得配分にも特殊関連企業条項にも組み込むことに成功したのであった。これによって、独立企業原則は米国のローカル・ルールからワールド・モデルへと大きく成長した。

このように、移転価格税制の骨格ともいえる独立企業原則は、米国の強い影響の下、一方で国内法化が進み、他方で租税条約モデルの策定～実際の二国間条約の締結により条約ルール化も進み、関連企業間と本国 PE 間の 2 つの局面における所得配分基準として各国に広がっていったのである。これらの歴史的経緯からは、本支店間の所得配分 (恒久的施設) と親子会社間の所得配分 (移転価格) が同じレベルで並列的に議論され、発達してきたことが分かる<sup>37)</sup>。

---

36) 1933 年事業所得配分条約モデル案の邦訳は、川端康之「各国の移転価格税制と所得配分基準」村井正編『国際租税法の研究』231 頁、250 頁 (1990)。

37) 恒久的施設と本国との間の所得配分については、平成 26 年度改正前の所得税法 161 条 1 号事業所得に関する改正前所得税法施行令 279 条が 1962 年に整備されたが、その際の政策当局の解説では、施行令 279 条は独立企業原則を採用したものであると説明する。福山博隆「外国法人及び非居住者の課税その他国際的な側面に関する税制の改正」税経通信 17 巻 6 号 101 頁、108 頁 (1962)。他に、岸田俊輔・足立和基「非居住者および外国法人等の改正税法解説」税理 5 巻 6 号 110 頁 (1962)。安井誠「国際課税の側面における法人税法等の改正について」租税研究 145 号 22 頁、27 頁 (1962)。この 1962 年度改正の前提となる税制調査会答申も、当時締結していた租税条約の建前も考慮し、独立企業原則を採用することが適当である、とする。いずれの説明でも条約が重視されている点が際立っている。税制調査会『昭和 36 年 12 月税制調査会答申及びその審議の内容と経緯の説明』付属答申別冊『答申の審議の内容及び経緯の説明』517 頁 (1961)。このような条約重視の考え方は Carroll 調査における我が国の説明とは大きく異なっており、戦前と戦後の間に断絶が存する。後掲注 (38)。

我が国についていえば、外国人課税を初めて行った明治 32 年所得税法以降、制限納税義務者（のちの、非居住者外国法人）についても国内にある資産又は営業の所得については日本で課税されるとの規定のもと課税を行っていたが、第二次世界大戦終結前は、所得の内外配分については恒久的施設についても特殊関連企業についても配分基準が法令に定められることはなかった<sup>38)</sup>。

---

38) 植松守雄『非居住者、外国法人及び外国税額控除に関する改正税法の解説』2頁（1962）は、当時の国内法令の規定が「外国人についてははっきりとしたことが書かれていない」と評しているが、1962年改正が条約との関係を有することを指摘しつつも、条約上の独立企業原則とはしておらず、独立企業原則を前提とした文脈の説明が多い。明治 32 年所得税法から昭和 22 年所得税法・法人税法までは制限納税義務者の産業上商業上の利得（事業所得）の課税の要件として営業場や恒久的施設といった物的施設を法文上明定することもなかった。ただし、Carroll が行った配分基準の各国調査に収録されている我が国の税制の記述は大正 9 年所得税法を基準法令として掲げているものの、“When a non-resident has a permanent establishment in Japan through which he carries on business, he is liable to tax in respect of the income arising from such business. A permanent establishment means, as a general rule, an establishment at which business profits are reasonably expected to arise....”とあり、permanent establishmentがあれば事業所得に課税する、との説明のように見える。League of Nations, *supra* note 32, Vol.3, at 78. もちろん、大正 9 年所得税法は物的拠点の存在を外国人・外国企業の国内事業所得の課税の要件として法文上定めを置いていたわけではないので、この部分は日本報告部分の執筆者の私見あるいは法解釈ということになろう。それについては、同巻 89 頁から始まる “Part II- Methods of Taxing Foreign and National Enterprises.” は、91 頁で、“There is no provision in the Income-Tax Law as to what constitutes a permanent establishment. It is a problem to be determined in each concrete case by reference to various circumstances.”として、恒久的施設に関する規定が（大正 9 年）所得税法には法定されていないことを自認している。さらに同巻 93 頁から始まる “Part III- Methods of Allocating Taxable Income.” においては、“The income of the local branch of a foreign enterprise is determined separately on the basis of its accounts....”として分離会計による所得配分を冒頭に掲げ、次に、場合によっては Empirical Methods も用いることができるがそのような事案は殆どないこと、さらに分離会計法と Empirical Methods を用いることができない場合には資産や収益の相対比率によって配分するか否か（Fractional Approach）は事業の性質とその他の状況を勘案して行政庁が決定する、と説明している。

## 2. 昭和 29 年日米租税条約締結から 1980 年頃まで

このように第二次世界大戦終結頃までは、独立企業原則を軸とする移転価格税制は、①恒久的施設所在地国と本国との間という局面と、②関連企業所在地国間という局面の、2つの局面において共通の基準として独立企業原則を用いつつ、米国やフランスなどの先進国国内租税法と租税条約の二つの階層で発達してきた、といえる。①と②に共通するのは関係国間での所得配分、という文脈である。一方、我が国は、1933年の国際連盟脱退以降は、外国貿易も主に東南アジアの占領地域との間の戦時貿易に限られ、實際上、二重課税排除の必要はかなり低くなったとはいえ、上述のような欧米の先進的動きからは大きく遅れをとることになった。

第二次世界大戦後の我が国の税制は、昭和 22 年の所得税法・法人税法の全文改正に始まるというよいであろう。その直後には、シャープ税制使節団による税制視察の実施と同報告書をもとにしたシャープ税制が制度化され、申告納税制度や個人単位主義所得税といった個人所得税の大きな変化が見られ、連合軍の占領下という政治の流れの中での経済復興の牽引役として日米経済関係が重視され日米租税条約の締結へと進んでいった。興味深いのは、昭和 29 年に締結された、我が国にとって初めての租税条約である日米租税条約の交渉過程である。日米条約の締結が視野に入りつつあった昭和 26 年 7 月 30 日付けの主税局「所得税及び法人税の国際二重課税防止協定について」と題する文書

---

この第 3 部の説明は、全体としては商法会計が存在するので分離会計による所得配分を行う、と所得税法での配分規定の有無には言及せず商法会計と所得配分を繋げて説明している点が特徴的である。これらの説明を含む日本部分の著者は大蔵省職員の名前が掲げられており、おそらくは大蔵省（課税当局）の所得税法解釈としてそのような実務を行っていたことを伝えているといえる。ちなみに、これらの説明の基準法令とする大正 9 年所得税法及び同規則には所得の内外配分に関する規定も見当たらない。



では「第一 方針」において、

「一 1928年に開催された『二重課税及び脱税防止に関する政府専門家国際会議』にはわが国も参加して居り、且つ、同会議において決議された協定モデル案は、爾後の国際協定の一般的な模範とされていることにかんがみ、原則として、同案の趣旨に従うものとする。」<sup>39)</sup>

と、1928年モデル案をベースに日米交渉に望む主税局の姿勢を伝えている。しかし、前述のように、1928年モデルは3案とも恒久的施設と本国の間の所得配分規定も特殊関連企業条項も含んでおらず、国際連盟はその後1933年及び35年、43年を経て1946年ロンドン・モデル租税条約に至っていたが、それらに言及していない点も興味深い。理論的洗練を優先するよりも我が国が参加した会議であったことを優先したのであろうか、それともロンドン・モデルを知らなかったのであろうか、理由は定かではないが、いずれにせよ28年モデルが日米交渉の出発点に位置づけられていたことは興味深い。あるいはそれもあってか、その後に行われた日米交渉においては、条約案4条（特殊関連企業条項）に関する日本側からの質疑が記録されている。現在公開されている交渉議事録によれば、

「(日) 第4条の趣旨は賛成である。然し、日本においてはSec.45のような広汎な権限を与えた規定は存しないから、若し第4条の規定が存しても、これに見合うような国内法が設けられなければ、条約によって租税を増加することはできないという理由（本条約でもその趣旨の規定は存するが）により、これを実行することはできないと考えるがどうか。(米) という事はない。第4条は租税を増加するものではなく、正当に負担すべき税額をevadeすることを防止し、合理的に所得を配分する趣旨のものであるから、これを実行することは一向に差支ない。(日) 了承。然らば日本がこの規定によって所得を決定した場合に、納税者が不平を唱えてきても、米国は日本の措置をsupportしてくれ

---

39) 主税局「所得税及び法人税の国際二重課税防止協定について」(昭和26年7月30日)(戦後財政史史料谷川文書租税国際二重課税防止4第33号所収)。

るか。(米) support する。(日) この点に関して判例はないか。(米) 聞いていない。」<sup>40)</sup>

と、日本側が、前述の歳入法 45 条のような根拠規定が日本法令上存在しないので条約 4 条自体を国内で適用することは難しいことを指摘したのに対して、米国側は 4 条が配分規定であって租税を増加するものではなく国内法がなくても 4 条を直接適用せよ、と水を向けている様子が伺える。移転価格税制という文脈で見るとこの交渉の様子は、米国が evade の防止と所得配分の二点を指摘しているのに対して、日本側は配分か evade かには踏み込まず、4 条の趣旨に賛成しつつも国内法がないので 4 条を国内で実施することはできない、と見ている点である。この点は、①条約の直接適用可能性の視点、②条約の性質（課税権配分か課税の根拠か）の視点、さらには③プリザベーションの視点という 3 つの視点から見ることができると考えられるが、日本側は主に②と③の視点から見ているように思われる。

1954 年日米租税条約が締結されて以降は、この条約 4 条が表立って適用されることはなく、むしろ、この交渉当時は想定されていなかったと思われる、同族会社行為計算否認規定<sup>41)</sup>が適用されていたようである<sup>42)</sup>。保全会社規整

---

40) 「日米租税協定会議 (第二回) 議事録」内閣法制局第二部 (外務省担当) 「日米租税協定」(国立公文書館所収) (平 19 法制 00222100)。

41) 法人税法 132 条、所得税法 157 条。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」同『所得課税の法と政策 (所得課税の基礎理論下巻)』254 頁、256 頁 (1996) は「この規定は、わが国の同族会社行為・計算の否認規定とある範囲で同じ機能を果たして」いる、と指摘する。

42) 小松芳明『逐条研究日米租税条約』121 頁 (1989) は、1971 年日米租税条約 11 条 (特殊関連企業条項) の趣旨について「その趣旨は、形式的には独立していても実質的には支配・被支配の関係にある企業間においては、経済的利益が相対立する企業間で行われる通常の取引と異なり、租税負担の回避を図るために利益操作が行われ易いので、このような場合には、その取引を否認し、適正な租税負担を求め得ることを定めたものである。」

を淵源とする同族会社行為計算否認規定と条約4条の関係は必ずしも明らかではない。その意味では、日本国内では、昭和29年から昭和50年頃までは、条約上の特殊関連企業条項も、移転価格税制も比較的静かな時代であったように思われる<sup>43)</sup>。ところが、昭和60年3月に、米国内国歳入庁が、我が国の自動車製造販売会社2社の米国販売子会社に対して、それら米国子会社の所得が圧縮されていることを理由に連邦所得課税の不足税額通知処分を行った。これが、いわゆるオート・ケースの始まりで、我が国でもにわかに移転価格とその規整立法である米国内国歳入法482条が脚光を浴びるようになった。これらの事案は結局、日本親会社が昭和61年5月に1971年日米租税条約25条の相互協議を申し立て、日米両政府は昭和62年6月11日に相互協議の合意に達し、当初の米国側通知処分の米国税額を一部減額した上で米国側での増額処分を認め、それに応じて日本側で日本納付済税額の一部還付による対応的調整を行う、というかたちで決着を見た<sup>44)</sup>。当時は、日本企業の対米輸出について、米国側で連邦関税法に基づくダンピング提訴が行われたり、極端な排ガス規制やローカル・コンテンツが問題となった時代であって、移転価格もその一つの道具

---

と説明する。所得配分というよりも利益操作による国際的租税回避を防止するために取引を税務上否認するという文脈が強調されている。この所論にも、戦前の大蔵省との認識のずれが存するように思われる。

- 43) ただし、OECDは、1979年に、Transfer Pricing and Multinational Enterprise との報告書を公表し、1960年代以降欧米で急速に成長した多国籍企業の移転価格操作について1977年OECDモデル租税条約9条を前提に検討した。多国籍企業、企業内貿易という視点から移転価格が問題とされた時代であった。
- 44) 当時の日米条約には対応的調整規定（2017年モデル租税条約9条2項など）が含まれていなかったが、この日本側での対応的調整の結果、法人住民税も減額されることとなったことについて住民訴訟が提訴された。最判（三小）平成10年1月27日税資230号162頁。本件は地方税の減額更正処分が適法であるとの判決が確定した。対応的調整に関する事案ではあったが、その前提としての移転価格税制に我が国の裁判所が言及した最初の事案であった。

にされた印象もあるが (一部の新聞報道では日米租税摩擦といわれた)、他方、我が国では所得配分に関する認識が浅くなっていたことも原因であったであろう。また、国内法令では、法人税法 22 条 2 項の無償取引規定の研究が急速に進んだ時期でもあった。

### 3. 1986 年租税特別措置法改正から 1990 年頃まで

このような多国籍企業の所得移転や米国での紛争事例を受けて、我が国でも移転価格税制を国内立法化する機運が高まった。立法の経緯や租税特別措置法 66 条の 5 (昭和 61 年) については金子先生の一連の詳細な研究<sup>45)</sup>があり、その正確かつ確かな分析と主張は立法から 40 年近くを経た今日においても燦然とした輝きを放っているが、ここでは立法から 1988 年頃までのことがらについて若干の点を指摘しておきたい。この時期の最大のトピックは、1986 年の我が国における移転価格税制の立法化と米国の所得相応性基準の立法化、並びにそれと連動した 1988 年米国連邦財務省・歳入庁移転価格白書<sup>46)</sup>の公表であろう。

1986 年に立法化された我が国の移転価格税制は独立企業間価格を軸に組み立てられている。独立企業とはいうまでもなく相互に支配従属関係にない企業のことであり、措置法上法律要件化された人的適用要件の詳細を措くとすれば、前述の 1921 年歳入法 240 条 (d) 項以来の米国国内法や 1933 年事業所得配分条約モデル以降の租税条約上の特殊関連企業条項で用いられてきた概念で、独立企業ではない当事者 (関連当事者) 間での取引価格を是正する基準として位

---

45) 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」同『所得課税の法と政策 (所得課税の基礎理論下巻)』363 頁 (1996) ほか。

46) Department of the Treasury and Internal Revenue Service, Study of Intercompany Pricing Rules- Discussion Draft, 53 FR 43522; IRS Notice 88-123, 1988-2 C.B. 458 (1988).

置づけられる。また、価格とは、これら関連当事者間で行われた取引に付された価格や対価を指し、売買代金や利子使用料などを含む。つまり、我が国の移転価格税制は、まさに俗称の通り価格に着目し、価格操作を通じた所得移転を是正し、独立当事者間であれば達成されたであろう当事者間の所得配分を実現しようとする仕組みである。したがって、後述のような利益率をベースとする配分方法であっても、66条の5の法律要件を充足するためには最終的に価格に換算される必要がある<sup>47)</sup>。

ところが、金子先生が歳入法482条を紹介されたジュリスト論文で引用される米国シンクタンクの1972年報告書ではすでに、482条による所得配分にはいわゆる基本三法以外のさまざまな方法が用いられていることを伝えており<sup>48)</sup>、いわゆる基本三法をそのまま用いて所得の再計算を行うことは482条の適用事例の中で占める割合が必ずしも高くはなく、むしろ、第四法と呼ばれる基本三法以外の方法が全体の3分の1を占め、さらにその後の歳入庁の調査研究も含めるとその傾向は、第四法が3分の1から半数近くを占めるという状況であった<sup>49)</sup>。

これにはいくつかの原因があるように思われる。一つには、歳入法482条自体はあくまで所得と諸控除の配分権限を歳入庁長官に与えるものであって、財務省規則が定める arms' length price は、その配分結果に到達するための手段に過ぎない、ということである。これは、締約国間の所得配分基準である OECD モデル租税条約7条2項や同9条1項でも同じである。そのため、基

---

47) 利益分割法であれ TNMM であれ、それ自体では結果としての所得の配分状態を知ることとはできても、法律要件である「独立企業間価格」ではないからである。

48) The Conference Board, Tax Allocation and International Business 10 (1972).

49) 川端、前掲注(36)、241頁。歳入法482条を根拠とする課税処分でのような価格算定方法が用いられているかについてのサーベイは多くのものが存するが、いずれも、第四法が多用されていることを伝えている。

本三法の単純な適用で妥当な所得配分が得られそうになれば、結果の妥当性を重視し算定方法にはこだわらない傾向にあるのであろう。また、自動車や家庭用電化製品のように類似性を有するライバル製品が多数流通する市場においても製品設計から製品の材質、製造工程など、単純に価格や利益マージンを比較することのできるライバル製品など殆どなく、比較可能性を担保するために何らかの調整を加えなければならないのが通例である。この調整が多岐にわたり妥当な調整が困難であれば、基本三法は適用できない。

いま一つは、そもそも工業製品の流通のような同等の取引が存在しない企業活動が企業の収益の多寡を決する傾向が強くなってきていることである。つまり、特許権やノウハウのように他の企業が利用しないことで独自性を担保しそれが市場においてより高い収益を確保することを可能にしているということである。このようなプロ無形資産経済の拡大が、単純な価格比較をより困難なものとしたのである。それを受けて、レーガン大統領によるプロパテント政策から数年に過ぎない後述の米国移転価格白書では、大胆に、価格から利益率へと比較対象の大転換に踏み切った。

さらに、このような現実の企業取引の構造的質的变化だけではなく、コースの定理<sup>50)</sup>など、むしろ収益率比較のほうが整合的な説明を可能とする経済学理論の発展が背後に存したことは全体を通じて流れる通奏低音として無視することはできないであろう<sup>51)</sup>。

確かに、移転価格税制はその名の通り、またその立法の沿革が示す通り、初期の多国籍企業が利益移転手段として多用した価格操作を念頭に置いた<sup>52)</sup>、

---

50) R. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 (16) *ECONOMICA* 386 (1937); R. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. L & ECON.* 1 (1960).

51) R. E. CAVES, *MULTINATIONAL ENTERPRISE AND ECONOMIC ANALYSIS* (1982) . 当時の議論については、川端康之「移転価格税制—経済理論の浸透」*租税法研究* 21 号 73 頁 (1993)。

52) 米国系企業の欧州子会社からの利益振替えについては、上述の 1932 年米仏租税条約締結の背景がわかりやすい。

関連当事者間の取引価格の操作に着目した制度であって、その意味で我が国の1986年の立法は一応の合理性を有する。しかし、上述のオート・ケース以来の日本での移転価格税制の注目からすれば、立法に際しては米国における移転価格税制を支える特に経済理論の発展にまで目を向け、課税実務の実情を調査した上で、価格とそれ以外の基準のいずれが妥当であるのかは、いまだ検討されてもよかったように思われる。また、周知のようにこの1986年には歳入法482条自体が改正を受け、いわゆる所得相応性基準（super royalty rule）が追加され1988年には連邦財務省・歳入庁の共同研究による移転価格白書<sup>53)</sup>が公表され、歳入法482条の法執行の基本的方針が価格から収益率（利益）に大きく転換する道を歩むことになるわけであって、その前兆ともいえる上記のシンクタンク報告書のような執行実務を伝える資料がより考慮されてもよかったように思われる<sup>54)</sup>。特に、移転価格白書は、企業の超過収益力の源泉を無形資産と捉えるCavesの経済理論に立脚しており、全体としては利益率比較による所得分配を目指したものであったと理解し得るが、後述のOECD移転価格ガイドラインや我が国の課税実務との関わりでいえば、その後の残余利益分割法の土台となった考え方によっている。

---

53) 所得相応性基準の立法化から移転価格白書までについては、川端、前掲注(51)参照。その後の日本の状況については、川端康之「移転価格税制の展開」租税法研究36号71頁(2008)。

54) 日本の課税実務は、この時期に、利益率法への拒絶反応のように急速に利益分割法～残余利益分割法へと傾斜していったが、これは米国でわずか数年の間に制度の正面に現れた利益率法の研究時間の確保のための便法というべきであったであろう。その後は、我が国もOECD流の利益率法を制度に取り込んでいったからである。日本における利益分割法の流れについては、1994年に明治学院大学で開催されたシンポジウムの記録である明治学院大学立法研究会編『日本をめぐる国際租税環境—税制の将来をみつめて』(1997)に収録されるリチャード・T・エイズワース「移転価格—取引分析からの離脱」(同150頁)、川端康之「日本から見た移転価格税制」(同171頁)が当時の日米のスタンスの違いを際立たせている。

#### 4. 1995 年 OECD 移転価格ガイドラインと 2010 年 OECD モデル租税条約 7 条 2 項

[1995 年 OECD 移転価格ガイドライン] 1986 年の所得相応性基準の立法化と 1988 年の移転価格白書は、我が国のみならず OECD 加盟国諸国に対しても大きなインパクトを与えた。なぜなら、それまでは価格に注目していたのに突然、利益率が移転価格論争の正面に躍り出たからである。当初、移転価格白書は企業の全社の利益率を比較対象とし、連邦議会の、とりわけ低利益率の在米外資系企業は国外の外国親会社等へ利益を搾り出しており、同業の米国企業と同等の利益率で法人所得を算定し課税すべきとの政治的発言に応えた。しかし、株式会社のような法的外縁の明確な企業を見たところで、一社で行っている活動は人事総務や経理などのバックオフィスから特定技術の研究開発、製品の製造販売や人的役務の提供、あるいは祖業とは業態変換してまったく異なる分野の財サービスの提供など、さまざまな活動を行っているのであって、それらの総体としての全社の利益率は他社と容易に比較できないはずである。特定部門や特定商品についてであれば利益率比較はあり得るが、結果としての全社の利益率は社内のどのような活動が利益操作の対象になっているかも不明であって、悪く言えば「どんぶり勘定」だからである。しかし、利益率比較という（少なくとも欧州各国や日本にとって）斬新な発想はインパクトが大きかった。そのため、日本やドイツなどの関係国は、移転価格税制の改善の議論は多国間で行われるべきであるとの姿勢から、OECD 租税委員会でもより積極的に移転価格問題を取り上げ、関係国がより実行可能な枠組みに到達することを目的に議論を始めた。それらの議論が結実したのが 1995 年の移転価格ガイドラ

---

55) OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (1995 with supplements).



インである<sup>55)</sup>。

移転価格ガイドラインは、従来の基本三法の限界を検討し、代替策としての利益分割法や利益率法を移転価格税制の枠組みでどのように位置づけるか、という議論を展開した。なかでも利益率法は最期的手段 (last resort) に位置づけられ、コンベンショナルな基本三法と第四法としての利益分割法、就中、残余利益分割法がそれに優先する価格算定法として位置づけられた。

移転価格ガイドラインは、第1章で独立企業原則 (the arm's length principle) を国際的共通認識として維持することを提唱し、従来型の基本三法 (CUP, RM and CP) の適用に不可避的な比較可能性担保のための差異調整を、財や役務の性質、機能分析、契約条件、経済状況及び事業戦略の五つの点で整理し、価格に幅を認めること、複数年度での比較を許容すべきことなどについて概略する。第2章はいわゆる基本三法の有用性について確認し、第3章では主に取引ベースの利益法をその他の方法 (第四法) に位置づけるという整理の仕方①利益分割法と②取引単位営業利益率法 (transactional net margin method) について評価する。また、当時の米国規則における優先順位のように、基本三法はこの取引ベース利益率法よりも好ましく、一般論として後者の方法を利用することは差し控えるべきであるという。ここでは、前述の米国移転価格白書が重きを置いた全社的利益率は適用可能な方法としてはまったく言及されておらず、利益率を用いるにしても取引単位ごとの利益率というアプローチをとっているのである。つまりこのガイドラインは価格から利益率への実質的な転換を認めたものの、利益率の正確さという点で全社的利益率は言及されなかった。ガイドラインはそれに続いて全世界的定式配賦法を支持しないことを表明し、移転価格税制の所得配分基準としての実体的基準の説明を終えるのである<sup>56)</sup>。

---

56) E.g., OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, III-24 (1995).

我が国は、1988 年米国移転価格白書への対応策として OECD 租税委員会における多国間協議に積極的であったが、それもあってか、1990 年代以降の移転価格税制に関する国内法令の改正は主にこの OECD ガイドラインの提案や力点にかなり忠実に国内法化することに傾注しており、我が国において行われる課税処分は、基本三法以外にも残余利益分割法や TNMM が用いられているようである<sup>57)</sup>。

[2010 年 OECD モデル租税条約 7 条 2 項] この移転価格ガイドラインは現在でもアップデート作業が続けられているが、90 年代後半からは恒久的施設に帰属する事業所得の算定方法についても、このガイドラインと平仄を合わせるように、従来の考え方の再検討が進められた。その結果は 2010 年 OECD モデル租税条約 7 条 2 項の大改正に繋がり、かつまた、国内租税法令 (所得税法 161 条 1 号及び同施行令 279 条、法人税法 138 条 1 号及び同施行令 176 条) も平成 26 年度税制改正において全所得主義から帰属主義への変更と併せて改正された。きっかけとなったのは、OECD が 2008 年 7 月 17 日に公表した「恒久的施設への事業所得の帰属に関する報告書」<sup>58)</sup> であり、そこで採用された事業所得に関する帰属主義の下で恒久的施設に配分されるべき事業所得の配分方法は「公認 OECD アプローチ (AOA, Authorized OECD Approach)」と呼ばれる方法が採用されている。この論点についても平成 26 年度税制改正で国内法令も改正されたこともあり多数の解説資料が刊行されているのでここでは詳細に言及することは避け、本稿の関心からいくつかの点を指摘しておきたい。

まず、恒久的施設に配分されるべき事業所得の算定方法についてこの時期に

---

57) この OECD 移転価格ガイドラインとその改訂、租税特別措置法 66 条の 5 の立法後の改正については多数の解説資料が執筆されているので、それらを網羅的に掲げることはしない。

58) OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments (17 July 2008). その後、2010 年 7 月 22 日に OECD, 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments が閣僚理事会で承認されている。

見直しが行われた理由は、二つあると考えられる。

第一は、1933年事業所得配分モデル条約案以降国際連盟及びそれを継承したOECDでの恒久的施設への事業所得配分方法は、ひとことでいえば、上述のように独立企業原則なのであるが、しかし、その算定方法の具体的方法は大きくわけて二種類に大別されていた。特に、一方締約国の企業が当該企業の他方締約国に所在する恒久的施設との間で行う取引（dealings-内部取引）を配分においてどのように扱うのかで大きく二つに別れていた。つまり、内部取引を認識する方法とそれを認識しない方法である。特に、例えば本支店間で行う資金融通について内部利子を認識するか否かである。この二つの方法のどちらかだけが全世界で用いられていれば、それはそれなりに一貫性を有するが、現実には、このプロジェクトが始まった1990年代後半では、内部取引を認識する独立企業原則を採用する国と内部取引を認識しない独立企業原則を採用する国に分かれており、条約文言の上では2010年改正前OECDモデル租税条約7条2項を用いていても、その適用は二つに分かれ、内部取引を認識する国（一方の締約国）と内部取引を認識しない国（他方の締約国）の間で恒久的施設と本店との所得配分を行うときには、認識国から非認識国へと資金融通がおこなれたときには認識国では内部受取利子を計上しつつも資金融通を受けた非認識国側では内部支払利子が認識されず、資金融通という一つの取引（dealing）について利子部分の二重計算が生ずる（二重課税）。逆の場合には、認識国で内部支払利子が認識され、非認識国では内部受取利子が認識されず、支払利子部分の二重計算が生ずる（二重免除）。租税条約は二重課税を排除し租税回避脱税を防止することを目的としているので、前者も後者もいずれもが旧7条2項の下では条約に適合しない課税を惹起する可能性がある。そのため、内部取引、特に金融取引についての扱いを両締約国で一貫したものにすることが必要である、という理由である。しかし、我が国の平成26年改正前所得税法施行令279条のように製造販売については「通常の取引の条件」の基準により内部取引を認識しつつも内部取引としての資産の利用については内部取引を認識しない、と

いう内部取引について矛盾した扱いが存在している立法例もあり<sup>59)</sup>、特殊関連企業条項におけるいわば外部取引(transactions)に比べて内部取引(dealings)の扱いは先進国においてさえやや混乱していたといえる。この点は、それを見直し、各国がすべての内部取引を認識するか否かについて一貫して扱うことを求める必要でもあった。我が国の課税実務は、戦前は銀行本支店間の内部利子を認識する実務であったのであるが、どういうわけか 1962 年の制度整備に際しては内部利子は認識しないこととされた。もちろん、独立企業原則を徹底すれば、内部利子も含めてすべての内部取引が認識され独立企業原則に基づく所得配分が行われることが望ましいことはいうまでもない。

なお、我が国の平成 26 年度改正では、恒久的施設帰属所得として、帰属主義を事業所得だけに限らず、資産所得や個人の勤労性所得についても恒久的施設に帰属する場合には 1 号所得に含めることとしており、それは改正前 1 号の全所得主義と同じであって、全所得主義と帰属主義の広狭があまり議論されていない点は留意すべきであろう。

第二は、前述の移転価格ガイドラインの進展によって、移転価格税制における特殊関連企業間での移転価格～所得配分に経済理論、とりわけ企業財務論や証券論の考え方が導入され、経済学的収益が重視されるようになってきた最新

---

59) 内部取引の認識の有無は、とりわけ内部利子のような金融取引に係る対価について扱いが異なる。商品のような有形資産の場合には、例えば平成 26 年改正前所得税法施行令 279 条 1 項 2 号では製造利益と販売利益を「通常の取引の条件」(独立企業原則)を基準に区分せよ、というが、これは製造側に通常の取引の条件による内部売上を認識させるという意味である。また、販売側は第三者への販売に係る売上が所得なのではなく、通常の取引の条件による売上原価を算定せよ、という意味である。つまり、商品のような有形資産の場合には内部取引を認識し内部売上と内部売上原価を認識するというのである。他方、内部利子や内部使用料については、同条 3 項 1 号(内部取引としての役務の提供)及び 2 号(内部取引としての資産の利用)により、内部利子等を認識しないものとしていたのであって、取引の種類によって内部取引を認識するものとししないものが混在し、矛盾した扱いであったというべきであろう。

の移転価格の理論を、同じ独立企業原則を採用する恒久的施設の所得配分にも当てはめる、ということである。本稿の1で言及したように、恒久的施設という場面と特殊関連企業という場面は、締約国間の事業所得配分という意味では同じと考え外国企業の受入国においては外国企業の恒久的施設と現地子会社をできるだけ同等に扱うことが中立性の点でも優れている。1927年モデル案までの恒久的施設に子会社が含まれていたことは恒久的施設の歴史的経緯によるが、28年モデル案で恒久的施設の定義から子会社を除外したからには、子会社の所得配分についてもルール化を図る必要があり、この観点からその両者を併せて独立企業原則の下に置いたのが1932年米仏租税条約であり、Carrollによる各国調査の結果を反映した1933年事業所得配分モデル条約案であったわけである。いわば、両者は同根である。

そのため、移転価格については経済学的収益を軸に高度に発達した所得配分基準を移転価格ガイドラインを通じて各国に実施させつつも、恒久的施設の所得配分については矛盾を含む旧態依然とした方法によるのではなく、むしろ、恒久的施設の所得配分についても移転価格ガイドラインの考え方を当てはめるほうが好ましい、と考えられるのである。

この2008年以降の利益の帰属に関する報告書はまさに移転価格ガイドラインを恒久的施設の所得配分（恒久的施設の所得計算）に適用するための論点整理を行ったものであって、AOAと称される報告書における新たな所得計算方法は、移転価格ガイドラインの考え方を強く反映したものとなっている<sup>60</sup>。

---

60) 興味深いのは、AOAがいう支店資本の割り当てという発想は、我が国ではすでに昭和15年法人税法3条3号が法人の各事業年度の資本の金額に対して法人税を課することを定めていたのと比較できる。それを受けた同法施行規則（昭和15年勅令第135号）4条は外国法人の資本の区分方法として、法人税法施行地に本店又は主たる事務所を有せざる法人の各事業年度の資本金額は総資産価額に対する同法施行地における資産価額の割合を総資本金額に乘じこれを計算する、と定め、内外資産比率によって総資本金額を按分することで支店資本金額を算定するというアプローチを採っていた。これは、平成26

いうまでもなく、主に本支店間関係を対象とする恒久的施設と親子法人間関係を対象とする移転価格は、支店は子会社と異なり固有の資本（資本金）を有しないという大きな差異があるため、ガイドラインをそのまま適用することはできず、支店をあたかも独立の第三者として扱うための出発点として支店固有の資本や資産をどのように全社資本・資産から切り分けるか、という問題がある。OECD は 2008 年のモデル租税条約改訂に際し 7 条事業所得に関するコメントでこのような考え方に言及し、2010 年の改訂に際して 7 条 2 項を抜本的に改訂し、AOA によるべきとの趣旨の文言に書き改めたのである。平成 26 年度税制改正では、この AOA に沿った恒久的施設の所得計算のルールに改められた<sup>61)</sup>。

---

年度法人税法改正で立法化された国内版 AOA の規定の「恒久的施設帰属資本相当額」（平成 26 年改正後法人税法施行令 188 条 2 項乃至 6 項）のうち「資本配賦簡便法」（同 188 条 3 項）に相当する資本配賦方法であって、すでに昭和 15 年時点で、資本課徴という文脈ではあったが、本支店間の資本配分に現代と同じ発想が用いられていたことは興味深い。なお AOA での資本配賦の原則法は純資産の帳簿価額のうち全社のリスクのうち恒久的施設の負うリスクの割合で占める部分の純資産が恒久的施設に割り当てられるべき資本金額としているという点でより現代のファイナンス（企業財務論）の発想によっているのは当然であろう。

- 61) なお、平成 26 年度改正が全所得主義から帰属主義への変更と AOA の継受が同時に行われたからであろうか、帰属と AOA を同視する所論も散見されるが、筆者は、帰属主義や独立企業原則の歴史的経緯から考えると、全所得主義から帰属主義への変更と AOA の採用が同時に行われたに過ぎず、帰属主義と AOA は別個のもの（帰属主義は外国法人の総合課税の対象となる所得の範囲を決する基準で、AOA は、その所得の範囲を前提として全社的所得のうち恒久的施設に配分されるべき所得の算定基準、である）と整理すべきであると考え。平成 26 年改正後の法人税法施行令が恒久的施設を通ずるという点を強調しているのはその表れであると考え。

## むすび

本稿は、移転価格税制の約100年にわたる歴史を、重要トピックをいくつか紡ぐことで、その大きな流れを整理した。ここでは、米国立法に始まった移転価格税制が相互免税法律案や租税条約を経由して国際標準となり、その内容も価格理論から財務論へと変容する移転価格税制・恒久的施設所得配分の成長を描けたのではないかと思われる。独立企業間価格は当然の国際標準ではなく、かつまた、時代によってそれを利用するプレーヤーが入れ替わっている、ということである。

移転価格税制については、オート・ケース以来日本での議論は主にテクニカルな価格算定や比較可能性、残余利益分割の分割基準、機能分析や経済分析といった点に集中し、恒久的施設の所得配分基準と特殊関連企業条項が本稿で触れたように同根であるといった歴史的・理論的枠組自体に目を向けることはなかった。しかし、テクニカルな方法が議論されるのはそのような枠組みの上においてであるから、我々はむしろ、土台となる枠組自体を正しく認識する必要がある。そうでなければ、移転価格税制を租税回避防止型<sup>62)</sup>と所得配分型に二分できるなどといった大きな誤解が生まれる。

金子先生の移転価格についてのご業績では、移転価格税制を決して租税回避防止という矮小化された論点として扱っておらず、その研究の先駆性とともにもその分析の正確さについても、本稿を準備する上で改めて認識することとなったことを付記しておきたい。

---

62) この見方は、おそらく移転価格税制が、米国においては所得計算の強制的連結の発展形態であるということに由来するのであろうが、しかし米国においても歳入法45条以降は、45条の適用は租税回避に限られないとするのが司法判断、行政実務であって、いわば移転価格税制の客観化が進んでいるといえよう。

## [後記]

本稿校正中に、井上康一「米国の租税条約の憲法上の問題点」東京大学ビジネスロー・ワーキングペーパー・シリーズ No.2023-J-02 (2023) に接した。この井上氏の所論は、主にプリザベーション条項の成立過程とその法的背景に焦点を当てたもので、プリザベーション条項が、本稿でも触れた 1927 年 4 月の国際連盟財政委員会第 8 会期 (拡大委員会第 3 会期) での Adams の指摘から H.R. 10165 法案を経て 1932 年米仏条約にそのルーツを有することを明らかにしたものである。井上氏は主にプリザベーション条項、本稿は主に独立企業原則と論点は異なるがその成立過程やルーツにアプローチするという点では共通の問題意識を有する。なお、H.R. 10165 法案については両稿以外に、川端康之「我が国の租税条約の解釈適用に関する省察」日税研論集 78 号 189 頁 (2020) がある。