

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（４・完） —

大 岩 利依子

I はじめに

アメリカ合衆国の移転価格税制の根拠規定は内国歳入法典 § 482である。サブチャプターEが「会計期間と会計方法」と示されているように、§ 482は税務会計に関係している。そして、1986年税制改革法により、§ 482第2文に「所得相応性基準」が付け加えられた。「所得相応性基準」によれば、無形資産の譲渡対価及び使用許諾の対価の金額について、当該無形資産が将来高収益をもたらす場合、関連当事者間において所得の調整が要請される。すなわち、使用料であれば、移転された無形資産の価値の変化に相応させるために毎年再評価の対象となることを意味する。多国籍企業の場合、国境を越えた関連会社間で、無形資産の譲渡及び使用許諾が行われる。したがって、この「§ 482は、その国で行う経済的インプットの貢献度によって、国の課税管轄権の範囲を定義する¹⁾。」とも表現できる。

移転価格税制における無形資産の所有権について、拙稿^{(1)²⁾}では、日本とアメリカ合衆国の法令・取扱い等を比較し、経済的所有権と法的所有権に関して考察した。そして、拙稿^{(2)³⁾}では、1986年にアメリカ合衆国内国歳入法典 § 482

1) Skinner, William, “The Future of I. R. C. 482 as a Substance-Over-Form Provision” 11 Stan. J. L. Bus. & Fin. 174, (Autumn, 2005), p.175.

2) 拙稿「移転価格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) —」『商学討究』, 第58巻第2・3号, (2007年12月), p.43-67.

3) 拙稿「移転価格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(2) —」『商学討究』, 第58巻第4号, (2008年3月), p.81-107.

第2文として追加された所得相応性基準に的を絞り、史上最高額の追徴課税となった Glaxo 事件を検討し、内国歳入庁の裁量権が増していることを確認している。また、拙稿⁽³⁾⁴⁾では、§ 482第2文に基づいて内国歳入庁が無形資産の使用許諾等に関する契約上の法的所有権を無視・改変する裁量権行使の類型について論究してきた。

本稿では、この一連の論考の最終稿として、§ 482第2文下における内国歳入庁による行き過ぎた裁量権を制限することについて、Skinner⁽⁵⁾の所説を参照しつつ、考察してみたい。Skinner は彼の論文⁽⁶⁾の後半において、国際租税政策の観点から、内国歳入庁による行き過ぎた裁量権を修正することを提案している。本稿Ⅱでは§ 482が適用される場合について3つの方法を説明し、Ⅲではコモン・ローの濫用防止規定と同様に§ 482が必要であるとする主張に対して異議を唱える。Ⅳでは、事業目的、連邦議会の立法趣旨、課税ベースの確保について検討し、§ 482を濫用防止のために用いる理論的根拠について矛盾点を指摘する。Ⅴでは、§ 482の裁量権によって「経済的所有権を正当化することの問題点を明らかにする。Ⅵでは、所得相応性基準という定期的調整方法が及ぼす可能性のある国際的⁽⁶⁾二重課税のリスクについて論究する。

Ⅱ § 482適用の3つの方法

Skinner によれば、内国歳入法典 § 482は主に3つの方法で適用されてきたという。

4) 拙稿「移転価格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(3)—」『商学討究』、第59巻第1号、(2008年7月)、p.51-82。

5) William R. Skinner はアメリカ合衆国内外の法人税に携わる実務家である。Stanford 大学 Law School 修了、法学博士、Stanford Law Review 2005年編集者。State Bar of California と American Bar Association の会員。Fenwick & West LLP に勤務。

6) Skinner, William. *op. cit.*, pp.174-200.

1 脱税事件の場合

1 つ目として、§ 482を用いれば、脱税事件で、内国歳入庁の権限は最大範囲にまで達するという。すなわち、内国歳入法典における損益の非認識規定という公平ではない恩恵に浴したいとする納税者間の取引を、内国歳入庁の権限は回避しようとする⁷⁾。要するに、内国歳入庁は「租税回避を防止するために」不可欠なものとして、損益を非認識とする取引をとらせないように (unwind) § 482を使用してきたのである⁸⁾。

〈National Securities Corp. v. Commissioner 事件 [1943]〉

先行する判例は、National Securities Corp. v. Commissioner 事件 [1943]⁹⁾である。National Securities Corp. 事件では、当時、連邦議会が連結申告規定を廃止したにもかかわらず、納税者は自己の判断で子会社の損失を通算することを採用した¹⁰⁾。課税所得のあった子会社に、含み損を持つ株式分を負担させることにより、そのようにしたのであった¹¹⁾。その後、親会社が繰り延べ

7) Skinner, William, *op. cit.*, p.194; 内国歳入法典 § 482は、内国歳入庁に被支配外国子会社 (Controlled Foreign Corporation: CFC) とそのアメリカ親会社との間で所得配分を行う権限を付与している。独立当事者間価格 (arm's length pricing) で移転価格課税をする方法が、CFC とそのアメリカ合衆国の株主との間に所得配分を行うことにより、所得認識の繰延を規制するために使用されている (本庄資著『アメリカの租税政策』 税務経理協会, (2007年6月), p.152。)

8) Skinner, William, *op. cit.*, p.177.

9) National Securities Corp. v. Commissioner, 137 F. 2d 600 (3d Cir. 1943).

10) 他方、§ 45は、制定法の一般規則適用が真正な所得を明瞭に反映させない場合に、所得及び控除を配分する、より適切な方法を提供する、という全く異なる問題を取り扱っている。このことを理解するためには、1926年歳入法の § 240の規定まで遡らなければならない。当該条文は関連会社が連結申告書を提出することを認めたものである。… (中略) …1928年歳入法は連結申告書を提出する関連会社の権利を全く削除していて、1926年歳入法 § 240の規定は1928年法では表れてはいない。(Id. at 602.) ; 内国歳入法典 § 482の立法の経緯については、拙稿「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(2) —」『商学討究』, 第58巻第4号, (2008年3月), p.83-84を参照。

11) National Securities Corp. v. Commissioner, 137 F. 2d 600, at 600-01 (3d Cir. 1943).

るべきであった損失を使って、子会社はその株式を売却した¹²⁾。損失全額を親会社に戻す内国歳入庁の配分を支持する際に、第3巡回区控訴裁判所は § 482の前身である § 45の立法の経緯を大変拠り所とした¹³⁾。とりわけ、§ 45は、損失を通算し続けたいとする納税者の試みから政府を保護するために制定された¹⁴⁾。通算は、正確には当時の納税者達の目論みであり、裁判所は（損失の；筆者加筆）移転を無効にし、租税回避を防止するために内国歳入局に § 45を使用することを認めたのである。当該事件の納税者の取引は、連邦議会の立法趣旨に真っ向から背いており、ここでも「事業目的性の原則（business purpose doctrine）」の適用を支持することだろう¹⁵⁾。

〈Northwestern National Bank v. United States 事件 [1977]〉

裁判所は、連邦議会の立法趣旨に反していない別の取引に対しても、National Securities Corp. 事件の法理を拡張していった。例えば、Northwestern National Bank v. United States 事件 [1977]¹⁶⁾で、「段階取引の原則」を

12) *Id.*

13) § 45はあらゆる本質的な点で1986年税制改革法前の § 482と同じものであった。§ 45を用いて、当該配分が「必要である」と内国歳入局長官が決定する時、長官に控除を配分する権限を連邦議会は付与してきた。「脱税を防止するため、又は所得を明瞭に反映させるために」必然性がなければならぬ場合に限り、これは広範な裁量権になる。(*Id.* at 602.)

14) *Id.*

15) Skinner, William, *op. cit.*, p.178.; 「事業目的性の原則」は、商行為の背後には租税回避以外の動機がなければならぬとする考えであり、納税者が税額を軽減又は回避する法的権利を有することに疑いはないが、その正当性を主張するには、租税以外の目的が存在するか否かが問われる (Gregory v. Helvering, 293 U. S. 465 (1935)). ; Gregory v. Helvering 事件の連邦最高裁判所は、Hand 判事の第二審判決を認め、租税動機以外には事業目的のない操作であって、株式の分配のために組織変更の形式を企てたのにすぎない取引では組織変更としての効力を租税法上認めることはできないとしたのである (水野忠恒稿「法人取引の課税理論(2)ーアメリカ連邦所得税制度の考察ー」『法学協会雑誌』, 第99巻第5号, (1982年), p.705, 脚注(90))。 ; Goldstein v. Commissioner, 364 F 2d 734 (2nd Cir. 1996).

16) Northwestern National Bank v. United States, 556 F. 2d 889, at 889, 892 (8th Cir. 1977).

支持する状況下で非課税の株式配当を算入しないことに成功した。そこでは、納税者である会社が適正に評価された株式を慈善団体に寄付しようとして、その会社の親会社に控除をするよう求めた¹⁷⁾。そのため、親会社に株式配当がなされ、その3日後にその親会社は慈善団体への寄付をしたのであった¹⁸⁾。第8巡回区控訴裁判所は、その取引が独立当事者間の結果にはならなかったとする理論的根拠に基づいて、内国歳入庁による（控除の；筆者加筆）移転無効を支持した¹⁹⁾。換言すれば、非関連当事者はこの方法では控除を移転することはできなかったため、そのようにしようとする当該当事者による試みは§482の調整を条件とする。Northwestern National Bank 事件判決の理論的根拠は大変幅広いのではあるが、その事実関係はコモン・ローの段階取引の原則の下で扱われることにもなった事件でもある。その取引の2つの段階は、結局密接に関連していて、相互に依存的であった。その中間の段階は、実際にはもっぱら税務上付け加えられたものであった²⁰⁾。このように、内国歳入庁は§482を採用していたが、それはまた同様にコモン・ローの段階取引の原則を採用することにもなった²¹⁾。

17) *Id.* at 889-91.

18) *Id.*

19) *Id.* at 892.

20) 上訴人はその弁護人のアドバイスを得ようとし、弁護人の意見陳述においてその弁護人は取引の形式は「租税の見地からもっともらしくて用心深かった」と返答した (*Id.* at 890.)。

21) 実際、株式配当はその株式を寄付したために「義務はない」のであるから、株式配当は算入されないはずがないと納税者は主張した。納税者は贈与税の事件の線でこの主張を組み立てたが、基本的には段階取引の原則の「binding commitment」の説明の主張であった (Northwestern Nat'l Bank v. United States, 1976 U. S. Dist. LEXIS 15318 (D. Minn., 1976). ; Northwestern National Bank, 556 F. 2d at 892, n.5 (*rejecting this argument on appeal*).). ; 裁判所は、段階取引の原則を適用するのが適切な場合を決定するために3つの異なる敷居となるテストを明言してきた。(1)「binding commitment test」、(2)「end result test」、(3)「mutual interdependence test」(Keinen, Yoram, "Rethinking the Role of the Judicial Step Transaction Principle and Proposal for Codification", 22 Akron Tax J. 45, p.49, (2007). Yoram Keinen は Michigan 大学 Law School, Georgetown 大学 Law Center 及び American University Washington College of Law の助教授 (Ad-

このように脱税事件の場合、納税者が損益非認識規定、換言すれば課税繰延規定を採用しないようにするために、§ 482は活用されてきた。

2 真正な所得を明瞭に反映させる場合

2つ目として、§ 482の第1文下の（真正な所得を：筆者加筆）明瞭に反映させる場合には（in clear reflection cases）、リスクを変更する影響をもつ契約条項に課税当局が責任を負わせようとして、その契約条項を見つけ出してそれらを否認し、取引の価格付けをするよう、司法は内国歳入庁に求めている²²⁾。つまり、「真正な：筆者加筆）所得を明瞭に反映させる」ために、内国歳入庁は独立当事者間基準（arm's length standard）に合致して関連会社の取引価格を調整しようと§ 482を用いてきた²³⁾というのである。すなわち、§ 482という成文法は、脱税を防止して真正な所得を明瞭に反映させるための一般基準を定めてはいるものの、それに従う個別配分規定は設けてはいない。あくまで、財務省規則は決定方法に関して独立当事者間基準の概念を採用している。

3 所得相応性基準

3つ目として、無形資産の移転に関して、連邦議会が1986年に§ 482に付け加えた第2文は、「所得相応性」基準（“commensurate with income” standard）

junct Professor)であり、Ernst & Young's Financial Services Industry Groupのシニア・マネジャー。)；binding commitment testは、Comm'rv. Gordon事件 [1968] の最高裁 (391 U. S. 83, 97 (1968).) により導入された。第一段階で納税者が後の段階に続くことを約束している場合に限り別個の段階との統合を認めるという基準である（本庄資著『アメリカン・タックス・シェルター—基礎研究—』税務経理協会、(2003年)、p.295.）。

22) Skinner, William, *op. cit.*, p.194.

23) *Ibid.*, p.177.; 移転価格税制は、関連会社間取引における価格操作によって実施される所得移転、架空売上・架空仕入、利益の抜取り等による租税回避行為又は脱税を防止し、真正な所得を反映させるよう私法上の契約、行為計算を課税上否認し、これを無視して「独立当事者間価格」により課税する権限を税務当局に付与している（内国歳入法典§ 482）。（本庄資著『タックス・シェルター事例研究』税務経理協会、(2004年3月)、p.355.）

を生じさせ、別の方法で独立当事者間基準に準拠した移転価格の適及的な調整を規定している²⁴⁾。この3つ目は、§482の第2文下の無形資産の移転では、内国歳入庁の厳密な権限が明白ではない²⁵⁾。§482第1文では内国歳入庁長官が配分してもよいという表現であるが、第2では内国歳入庁長官という言葉は出てこない。つまり、内国歳入庁側では、第1文下では内国歳入庁だけが配分してもよいのであり、納税者が勝手に配分してはならないと解釈しているのだが、第2文下でも内国歳入庁だけが配分できると解釈したいと考えている。しかし、納税者側では、第1文下では内国歳入庁長官が配分できるのであるが、第2文下では納税者も所得相応性基準に従って配分できるのではないかという解釈ができる²⁶⁾。

その一方で、無形資産の「経済的所有者」に帰属する所得は、所有権の法律上の配分ないし契約上の配分を考慮しないことを示唆している。また他方では、使用許諾契約条項を改変する無限の力を暗に意味する必然性はない。したがって、本稿では、§482第2文下で明確に文書化された使用許諾契約条項を改変する内国歳入庁の権力を制限する論考を行う。この点について、内国歳入庁の権力を制限すれば、源泉地管轄と居住地管轄との調和を最適に成し遂げつつ、無形資産による所得に課税するよう求める²⁷⁾ことができるだろうと Skinner は提案している。

24) Skinner, William, *op. cit.*, p.177.

25) *Ibid.*, p.194.

26) カニングム, ロバート J. = リチャード L. スローウィンスキー稿「米国移転価格課税の最近の動向について」『租税研究』, (2008年6月), p.135-136.

27) Skinner, William, *op. cit.*, pp.194-195. ; 国際的二重課税の1つのパターンは、源泉地国と居住地国の課税が競合する場合に起きてくる。例えば、X国の法人がアメリカ合衆国で事業所得を得る際やアメリカ合衆国を源泉とする投資所得(配当・利子・使用料)を得る際に、アメリカ合衆国(源泉地国)で課税され、更にX国(居住地国)でもこの所得に対して課税される(本庄資著『四訂版 国際租税法』大蔵財務協会, (2005年), p.29.)。したがって、源泉地管轄と居住地管轄との調和を最適に成し遂げることが二重課税の排除につながる。

Ⅲ コモン・ローの濫用防止規定と § 482

しかしながら、無形資産に課税するアメリカ合衆国の請求を保護する広範な裁量権を内国歳入庁に与えることには何の不都合もない、と幾人かの者が主張する可能性はある。判例上のコモン・ローの「濫用防止」規定²⁸⁾のように、§ 482はおそらく脱税を防止するために必要なであろう²⁹⁾。或る時期に、経済的状况と法的状况が納税者の立場を積極的に補強すると、課税当局はコモン・ローの法理を用いてその状況に挑戦してくるので、その法理の使用に対して議論が増える³⁰⁾傾向にある。§ 482によって規定される移転価格税制においても、同様な傾向が見受けられる。

アメリカ合衆国は、世界のどの国よりも早く、1928年には移転価格税制を成立させ、コモン・ローの国として判例を積み重ねることによって、成文法主義の日本より詳細に財務省規則を体系化し、ルール of 明確化に努めてきた³¹⁾。そのような長い判例の歴史の中で、租税回避に対応する理論として、コモン・ローの法理と呼ばれる「実質主義の原則 (substance over form doctrine)」³²⁾、

28) 近年、アメリカ合衆国ではコモン・ローの法理を立法化しようという動きがあったが、その法案は成立しなかった。日本でも、同様な租税回避を否認する理論の必要性が議論されている (宮武敏夫/青山慶二/鈴木秀夫/森信茂樹稿「国際課税の諸問題と今後の課題」『国際税制研究』, No.19, (2007年), p.23-25。; 森信茂樹稿「第7章三角合併とコーポレート・インバージョン」/証券税制研究会編『企業行動の新展開と税制』日本証券経済研究所, (2006年10月), p.214。; 森信茂樹稿「新会社法と租税回避問題—三角合併を中心に—」『ファイナンシャル・レビュー』, (2006年7月), p.29。; 一高龍司稿「タックス・シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性」『ファイナンシャル・レビュー』, 第84号, (2006年7月), p.63-83)。

29) Skinner, William, *op. cit.*, p.195.

30) Bankman, Joseph, "The Economic Substance Doctrine", 74 S. Cal. L. Rev. 5, (2001), p.5. Joseph Bankman は, Stanford 大学 Law School の教授であり, 租税法分野の主要な学者である。1989年に Stanford 大学 Law School の教員になる前は, Southern California 大学 Law Center 教授であり, Los Angeles の Tuttle & Taylor という会社の税務の実務家であった。

31) 本庄資稿「米国の移転価格課税第2回—移転価格課税に関する理論—」『税経通信』, Vol.62. No.7, (2007年5月), p.129.

32) 「実質主義の原則」は, 日本における実質主義の原則と同様なものと言われ, 取

「段階取引の原則 (step transaction doctrine)」³³⁾、「仮装取引の原則 (sham transaction doctrine)」³⁴⁾、「事業目的性の原則 (business purpose doctrine)」³⁵⁾、「経済実体の原則 (economic substance doctrine)」³⁵⁾、「所得配分の原則 (assignment of income doctrine)」³⁶⁾等を生み出してきたのである。

これらのコモン・ローの個々の法理は、概念的にも機能的にも、相互に絡み合う錯綜した関係にあり³⁷⁾、具体的な事案には重複して適用される³⁸⁾。つまり、コモン・ローの法理の重要な特徴は、多くの事件でそれぞれ他の法理とオーバーラップしていることであり、1つ以上の法理に基づいて税負担軽減利益を

引の法形式と経済的実質が異なる場合、租税法の解釈適用は経済的実質にあわせるべきであるとする考え方である (Gregory v. Helvering, 293 U. S. 465 (1935))。 ; 司法の混乱から有用な一般概念を引き出すのは難しいとされる (一高龍司稿, 前掲書, p.70。)

- 33) 「段階取引の原則」は、個々の事象でなく、全体の流れを把握して判断するべきであるという考え方である。段階取引とは、個人又は法人が、最終的な結果の達成に至るまでに、迂回的な1つ又は複数の取引を介在させて、税負担の権限を図ることである。これについて、課税当局は、取引の形式のみばかりかその実態を検討し、場合によっては当該取引を無視して課税を行う否認措置を採用する (Commissioner v. Goldon, 391 U. S. 83 (1968))。
- 34) 「仮装取引の原則」は、両当事者が実施する意図を持たなかった取引で実際に実現しないことを行った振りをする場合を特定するための原則である。偽りの行為はすでに納税義務のある事実を隠蔽することに繋がるからである。“sham”概念は、裁判所が表面的な取引の真実を見抜いて、納税者の動機を見通して、両当事者の真の意図が何であるか把握しないならば、課税当局は偽りの行為を発見することが非常に困難であるから、特に実践には役に立たないという見解もある (本庄資著『国際的脱税・租税回避防止策』大蔵財務協会, (2004年) p.121)。
- 35) 「経済実体の原則」は、納税者の選択した取引の経済実体とその取引の法形式の税効果として生じる税負担軽減利益に比べ取るに足らない場合、この税負担軽減利益を認めないとする考え方である (Sheldon v. Commissioner, 94 T. C. 738 (1990); ACM Partnership v. Commissioner, 3 T. C. M (CCH) 2189 (1997))。
- 36) 「所得配分の原則」は、所得の実質的な利得者が税負担を負うという考え方である (Lucas v. Earl, 281U. S. 111 (1930))。
- 37) 岡村忠生稿「税負担回避の意図と二分肢テスト」『税法学』, 第543号, (2000年5月), p.13。
- 38) 森信茂樹稿「新会社法と租税回避問題—三角合併を中心に—」, 前掲書, p.29。 ; 森信茂樹稿「第7章三角合併とコーポレート・インバージョン」, 前掲書, p.214。

否認することを決定したり、また否認しなかったりするのには裁判所にとってそれほど珍しいことでもない³⁹⁾といわれている。Bankman 教授によれば、「経済的実体の原則は、仮装取引の原則、実質主義の原則、事業目的性の原則、経済的利益 (economic profit) の原則及び段階取引の原則といったコモン・ローの法理と密接に関連している⁴⁰⁾。」という。

しかし、以下で見ていくように、これらの脱税防止のためにコモン・ローの濫用防止規定と同様に § 482が必要であるとする主張は、明確に文書化された契約を伴う移転価格の事案では見当違いである。これらの使用許諾契約がまだ利益の未確定の時に締結されたと仮定すると、使用許諾契約を結ぶ会社は、租税以外の動機 (a non-tax motive) から行動すると考えられ得る⁴¹⁾。すなわち、明確に文書化された契約を伴う移転価格の事案では、事業目的性の原則を挙げて議論することは適切ではないと判断され得るのである。

以下でも検討されるけれど、別の主張は、使用許諾条項を改変することが経済的所有権に一致して無形資産の価格付けを保証するのに必要であるというものである。この主張は立法の経緯からは支持されているけれども、それはまた居住地管轄と源泉地管轄との調和を混乱させる危険をも冒す。無形資産の経済的所有権への調査が主観的であるが故に、無限の裁量権を内国歳入庁に実質的に与えている。同様に、これも二重課税のリスクへと導く。使用許諾契約の条項を改変する内国歳入庁の裁量権を制限することは、課税管轄間の調和を最適に保つのにほどよい (moderate) 成果を得る⁴²⁾のではなからうか。

IV 内国歳入庁の権力を広範に解釈するための濫用防止の理論的根拠

§ 482に関する濫用防止の理論的根拠は、関連会社間取引の状況についての

39) Keinen, Yoram, *op. cit.*, p.45.

40) Bankman, Joseph, *op. cit.*, p.12.

41) Skinner, William, *op. cit.*, p.195.

42) *Ibid.*

変更の容易さに基づいている⁴³⁾。

確かに、無形資産やリスク分担のような要因は、非常に変わりやすい。更に、利益配分は、株主にとって経済的にも費用がかからない。したがって、多国籍企業が軽課税国に利益配分することを我々は予想することができる。この § 482 に関する見解では、いかなる価格設定契約も予定調和に濫用され、広範な濫用防止権力に左右される⁴⁴⁾。

Skinner によれば、タックス・シェルターに関する一部議論のように、学者は濫用防止規定に賛同する進歩的な主張をいくつもしているという。その主張の3つのうち最初の主張の形は、これらの事件は仮装取引や経済的実質のような原則の適用を支持するであろうから、「脱税」における広範な § 482 の権力を正当化するけれど、それは驚くほどでもないというものである。他方では、§ 482 に関する濫用防止の理論的根拠は、§ 482 下の移転価格における広範な実質主義の権限を正当化していない。したがって、タックス・シェルターについての学者の見解は、§ 482 に関する二つの論点の間にある裁判所の伝統的な矛盾を強めている⁴⁵⁾というのである。以下、Skinner の述べる矛盾について詳しくみていく。

1 事業目的

(1) 租税動機

濫用防止規定を古典に則って正当化することは、経済的実体を持つ取引だけが租税の影響に作用すべきであるという法諺 (maxim) に由来する。Learned Hand 判事 (Gregory v. Helbering 事件)⁴⁶⁾と Holmes 判事 (Lucas v. Earl 事件)⁴⁷⁾による古典的な見解を遡ると、この正当化は、租税動機以外の目

43) *Ibid.*

44) *Ibid.*

45) *Ibid.*

46) *Helvering v. Gregory*, 69 F. 2d 809 (2d Cir. 1934).

47) *Lucas v. Earl*, 281 U. S. 111 (1930).

的がなければ（すなわち、租税動機の目的からは：筆者加筆）、不自然な取引を通して税を減額するのはあまりに容易いことだろうという主張に依拠している。納税者の事業に影響のない取引が、不自然な取引を用いることを抑制するのは、ほとんど疑いはないだろう⁴⁸⁾。

さて、ここで租税原則について若干の説明をしたい。租税の効率（tax efficiency）は、公平・簡素等の租税原則の一つに関連し、「効率的な世界的資源配分（efficient world wide capital allocation）の原則⁴⁹⁾」を構成する。また、効率性の原則は、別名「中立性の原則」とも呼ばれるが、Skinnerの文脈に従って理論展開させる上で、ここでは敢えて「効率性の原則」という呼び方をして説明する。

アメリカ合衆国の税制は国内所得に比べて軽課税国の所得を有利に取り扱う傾向があり、本国に資金を環流させるまで合衆国からの課税は繰り延べられ、その節税効果が軽課税国での事業活動のみばかりか、世界規模で所得を軽課税国へ移転する金融取引に対しても及ぶ優遇措置を採ってきた。しかし、このような優遇措置は、経済活動や所得を軽課税国に過剰に移転させる結末を招き、「効率的な資源配分の原則」に反しているといわれている。

Skinnerによれば、その租税の効率から租税動機を識別する際には、多大な困難を伴うという。いつ租税に動機づけられた組織がただ単に事業活動に付随して生じてくるのだろうか、いつその組織はただ単にその活動の理由を提示するのであろうか⁵⁰⁾という問題がある。その時期が判然としない。Bankman教授は、事業目的性の原則について、「取引の効果」よりもむしろ「取引の基となっている動機」に焦点を当てていることから批判されてきたと述べている。また、「経済的実体の原則は、動機（motives）（経済的実体の原則の主観的分肢テスト）の考慮を、効果（effects）（経済的実体の客観的分肢テスト）に明白に結びつけることにより、この批判を弱めている。一定範囲に関して、経済的実

48) Skinner, William, *op. cit.*, p.196.

49) 本庄資著『アメリカの租税政策』、前掲書、p.198。

50) Skinner, William, *op. cit.*, p.196.

体の原則の客観的分枝は、仮装取引の原則、経済的利益の原則及び実質主義の原則に組み入れられる。」とも彼は説明する⁵¹⁾。経済的実体の原則に基づいて否認ができるか否かを定める際に、大抵の場合、狭義の経済的実体と事業目的の有無を問題とする「二分枝テスト」(“two prong test”)に基づいて判定される。この二分枝テストは「主観的分枝テスト」と「客観的分枝テスト」によって構成され、主観的分枝テストの場合、納税者が租税動機以外の動機を持つか否かが、客観的分枝テストの場合、問題の取引が一定水準以上の経済的実体を伴っているのか否かが問題とされる。二分枝テストをクリアしない取引は「仮装取引」(sham transaction) であるとして、経済的実体の原則に基づいた否認が行われるのである⁵²⁾。

(2) 課税対象外取引の形成

また、Bankman 教授が指摘しているように、事業活動の範囲は弾力的であり、充分にその範囲を拡げることで、或る者はいつも課税対象外の事業目的を持つような取引を形成する⁵³⁾。最初に納税者側に有利な判決を下した Cottage Savings Ass'n 事件を、次に納税者側の主張を否認する判決を下した ACM Partnership 事件を考察する。

〈Cottage Savings Ass'n v. Commissioner 事件 [1991]〉

Cottage Savings Ass'n v. Commissioner 事件⁵⁴⁾では、納税者である貯蓄貸

51) Bankman, Joseph, *op. cit.*, p.12.

52) 松田直樹稿「実質主義と法の濫用の法理—租税回避行為の否認手段としての潜在的有用性と限界—」『税務大学校論叢』, 第55号, (2007年), p.42-43.

53) Skinner, William, *op. cit.*, p.196.; Bankman 教授は、「ACM 事件の裁判所による Cottage Savings 事件の取扱いは、通常の事業経営に関連づけられる取引が経済的実体の原則の下では有利に取り扱われるということを示唆している。…問題を提起する。すなわち、税務上の優遇措置を受けるにあたって適格となるためには、租税に動機づけられた取引はどれくらい密接に関連づけられているのか、通常の事業経営とは何に相当するのかという問題である (Bankman, Joseph, *op. cit.*, p.17.)。」と述べている。

54) Cottage Savings Ass'n v. Commissioner, 449 U. S. 554 (1991).

付組合は、4人の他の貸し手に252件の一家族居住用の90%利益参加型モーゲージを売却すると同時に、これらの貸し手によって保有されていた305件の利益参加型モーゲージを購入した⁵⁵⁾。利率の上昇の結果、譲渡した参加型モーゲージの公正市場価値は約\$4,500,000になったが、その額面価値は約\$6,900,000であった⁵⁶⁾。その1980年の連邦所得税申告書で、納税者は利益参加型モーゲージの売却損失\$2,400,000を請求した⁵⁷⁾。納税者は、適用可能であった会計規則の下、連邦住宅貸付銀行理事会（Federal Home Loan Bank Board（“FHLBB”））に対して損失を報告しなかった上、その他の貸し手によって保有された「実質的に同一視される」モーゲージと交換されるモーゲージとの関連する損失を報告するよう、FHLBBは貯蓄貸付組合に要求すらしなかった⁵⁸⁾。重要なことに、「これらの緩和された会計規則に関するFHLBBに認められる目的は、税務上の損失を発生させる取引を容易にすることであったが、[貸付組合と]取引する経済的状况に実質的に影響を与えなかったことではない⁵⁹⁾。」内国歳入庁長官は、譲渡された資産と購入された資産は経済的に同じであること、そのため§1001によって求められるような「財産の処分」ではなかったことに基づいて損失を否認した⁶⁰⁾。租税裁判所⁶¹⁾は損失を容認したが、第6巡回区控訴裁判所⁶²⁾は破棄した。最高裁判所は、モーゲージは異なるモーゲ-

55) *Id.* at 557-58.

56) *Id.* at 558.

57) *Id.*

58) *Id.* at 557-58.

59) *Id.* at 557.

60) *Id.* at 558-59. ; アメリカ合衆国では、財産処分一般による所得の認定については、内国歳入法典において、資本利得についてはなく、構成上§1001(a)において規定している。条文の訳を紹介すると以下の通りである。「内国歳入法典§1001利得や損失の金額の確定と認識 (a)利得や損失の計算…資産の売却・処分からの利得は、利得を確定するために§1011で示される調整取得価額を超えた実現所得の超過部分であり、損失は実現所得を超える損失を確定するために§1011で示される調整取得価額の超過部分である (IRC §1001(a).)。

61) *Cottage Savings Ass'n v. Commissioner*, 90 T. C. 372, at 390 (1988).

62) *Cottage Sav. Ass'n v. Commissioner*, 890 F. 2d 848, at 848 (6th Cir. 1989).

ジであって、異なる財産によって保証されたのだから、譲渡されたローンと購入されたローンは法律上区別されていたと説明して、再び棄却した⁶³⁾。裁判所によれば、そのような相違は§ 1001の意味合いで「財産の処分」に相当する本質的な相違である⁶⁴⁾。

Cottage Savings Ass'n 事件では、モーゲージ・ポートフォリオが「かなり異なっていて」いたことを理由に、経済的に意味のないモーゲージ・ポートフォリオとの交換で、貯蓄貸付組合 (a savings and loan association) によって認識された操作的な税務上の損失を特別最高裁判所は支持したのであった。さらに、その交換は会計上又は規制上損失を生じさせていたのではなかったが、取引の核心的部分であった。しかしながら、実際には、納税者は利率が上昇したため、経済的問題として損失を主張していた。生じている損失を控除するタイミングは、長官によって規定された裁量権による判定基準の下で決められ、そのため、そのタイミングが影響する操作的な取引を採用することは納税者にとって理にかなっていた⁶⁵⁾。

〈ACM Partnership v. Commissioner 事件 [1998]〉

タックス・シェルターには、いかなる経済的損失もなく、税額控除又は損失控除を生み出す金融取引がある。そこでは、取引に本来経済的に備わっているのではなく、税額控除の基準価額を形成することのできない「架空損失」(“phantom losses”) であると事実認定している⁶⁶⁾。関連性のない資本利得における税を相殺するためにアメリカ合衆国納税者に対して損失を配分すると同

63) Cottage Sav. Ass'n v. Commissioner, 499 U. S. 554, at 556. 最高裁判所は内国歳入庁側の否認を認めなかった。

64) *Id.*

65) Hariton, David P., “When How Should the Economic Substance Doctrine Be Applied?”, 60 Tax L. Rev. 29, (Fall, 2006), p.36. David P. Hariton は、Sullivan & Cromwell LLP に勤務する弁護士である。1981年 Stanford 大学卒業、1985年 Stanford 大学 Law School 修了、法学博士。特に金融及びクロスボーダーな投資に関する連邦所得税を重点的に取り扱う実務家だが、著書も多い。

66) *Ibid.*, p.31, n.9.

時に、資本利得及び資本損失を大いに相殺することを発生させ、外国「投資家」に利得を配分するよう、悪名高い CINS (contingent installment sale) 取引は設計された。この取引の早い頃のバージョンでは、例えば、Colgate-Palmolive を用いた ACM Partnership v. Commissioner 事件⁶⁷⁾が挙げられるが、納税者は事実上、外国「投資家」からその資金の大半を借り入れ、すぐに完遂した。そのため、関連する取引コスト⁶⁸⁾は、関連する投資所得を超過していた⁶⁹⁾。すなわち、納税者はパートナーシップに資本を提供する外国「投資家」とパートナーシップを構築することによりこれを成し遂げて、その後すぐに高いグレードの法人の債務証券(債券：筆者加筆)を購入し、多額の当初支払を約束した分割払いの債券と交換した。そのため、パートナーシップは1年目に多額の利得を認識し、2年目からは多額の損失によって継続されたのである⁷⁰⁾。ACM Partnership v. Commissioner 事件では、ACM は Colgate-Palmolive が Merrill Lynch から買収した条件付き割賦販売 (contingent installment sale : CINS) によるシェルターである。非常に単純化されるが、そのシェルターは次のように働いた。Colgate-Palmolive と段階税率ゼロの納税者(外国の企業実体：筆者加筆)はパートナーシップ関係に入った。すなわち、段階税率ゼロの納税者はあらゆる項目の80%を配分された。当該パートナーシップは利付き口座 (interest-bearing accounts) に \$ 175,000,000 を預け、間もなくして \$ 175,000,000 で Citicorp の債務手段 (債券：筆者加筆) を購入した。Citicorp

67) ACM Partnership v. Commissioner, 157 F. 3d 231 (3d Cir. 1998).

68) 基本的にその取引を構築して開始するために納税者が銀行家に支払ったものであった。すなわち、\$ 175,000,000 である。

69) Hariton, David P., *op. cit.*, p.49.

70) ACM P'ship v. Commissioner, 157 F. 3d 231, at 234 (3rd Cir. 1998); ACM 事件はパートナーシップを形成して行われた CINS を利用した取引である。このタックス・シェルターの仕組みのポイントは、パートナーシップが外部から債券を購入し、すぐに当該債券の売却を行うが、その対価の大部分を現金の頭金で、残額を社債等の有価証券(債務手段 (debt instrument)) で受け取ることである。パートナーシップは周知のようにパス・スルー課税であり、その損益は出資持分により出資者に帰属する。

の債務手段（債券：筆者加筆）を購入して1カ月もしない内に当該パートナーシップは、\$140,000,000の現金と公正市場価値で約\$35,000,000のロンドン銀行間貸出レート（London Interbank Offering Rate: LIBOR）により釘付けされた6年の手形⁷¹⁾と引き換えにその債券を売却した。この取引は、割賦方式（installment method）で報告された。この取引の「適正な」税の取扱いはLIBORの手形を\$35,000,000の公正市場価値に減少させていざらう（なおかつ減少させるであろう）し、0%の割賦方式の下ではいわゆる「利益率（“gain ratio”）」を発生させ、元本の返済の度にその利益率を適用した。しかし、当時有効であった財務省規則は、条件付き支払の期間にわたり、均等額で基礎価額（basis）を回収するよう納税者に求めた「default rule」を確立していた⁷²⁾。ここでは、これが初年度に基礎価額の6分の1のみ回収を生じさせた⁷³⁾。default ruleは初年度には——受け取った\$140,000,000から回収した

71) 具体的には利払い期間5年もの（毎年4回）の私募債（1989年、ほぼ\$200,000,000、額面\$175,000,000）である。ACMは私募債売却の対価である現金を受け取ったのは、1989課税年度の次の年を初年度とする5年間であった。割合的には少ないが、利子率の変動によって現在価値と利払いの額が変化し、分割による対価の支払いが終了してみないと最終的な対価が幾らになるのか分からないという不確実性を有する債務手段である（松田直樹稿「タックス・シェルターへの対応（I）——米国内国歳入庁の対応策(3)——」『国際税務』, Vol.25, No.7, (2005年7月), p.63, p.67, n.6.)。

72) このような税務会計上の処理は、「基礎価額比例回収ルール」（“ratable basis recovery rule”）と称されるものであるが、これについて定める内国歳入法典§453が1980年に改正され、当該ルールは、資産の売買価格が未確定である場合や将来的な偶発要因に左右されるような「後払い取引」（“deferred payment transactions”）にも適用されることとなった。この改正を受け、財務省暫定規則（Temp. Treas. Reg. §15a, 453-1 (c).）が1981年に導入された（松田直樹稿「タックス・シェルターへの対応（I）——米国内国歳入庁の対応策(3)——」, 前掲書, p.62.）。

73) パートナーシップが売却した債券の基礎価額（購入価額\$175,000,000と\$500,000の累積未払利息の合計）は対価の支払いを受ける年度に亘って均等に配賦されるとことなる。したがって、売却年度（1989年）の末に収受した頭金に対し、上記債券の基礎価額の1年度分の配分（\$175,000,000の1/6basisである\$30,000,000）が行われ、残りの未回収である基礎価額（\$175,000,000basisの5/6である\$145,000,000）については、対価の支払いを受ける残りの期間（1999年

基礎価額 \$ 30,000,000 を差し引いて——約 \$ 110,000,000 の利得を発生させた。パートナーシップの契約に従って、この利得の80%以上は段階税率ゼロの納税者に分配された。基礎価額の残りの6分の5である \$ 145,000,000 は、LIBOR の証券の \$ 35,000,000 に委ねられた。これは、LIBOR の証券に \$ 110,000,000 もの「含み損 (“built-in loss”）」を任せたのであった⁷⁴⁾。段階税率ゼロの納税者が依然としてパートナーシップ関係のままであったならば、売却年度に認識された損失を所得と相殺して、この所得の80%以上を回収したであろう。同時に、初年度に \$ 110,000,000 の利得のその持分により増加した段階税率ゼロの納税者の資本勘定は、\$ 110,000,000 の損失のその持分により減少させられたであろう。実際は、所得の大部分を自分のものとした後、段階税率ゼロの納税者は証券の作成手数料を負担してパートナーシップにより償還されて、Colgate-Palmolive に含み損の全額を認識させていた⁷⁵⁾。

上記取引に従事した後、パートナーシップは数年前に振り出した Colgate-Palmolive の長期債券を償還するために Citicorp の債券から得た収入でまかなった⁷⁶⁾。

多くの CINS の事件と同様、この事件では、納税者である Colgate-Palmolive は、非関連取引で実現した \$ 104,000,000⁷⁷⁾ の資本利得により、その取引は動機付けられていた。その租税債務を減らすよう努める際、Colgate-Palmolive は下記のような特殊な形で説明される取引に入ったのであった。すなわち、「A (外国の企業実体)、B (Colgate-Palmolive) 及び C (プロモーター⁷⁸⁾)

以降の5年間に配分するということになる(松田直樹稿「タックス・シェルターへの対応(Ⅰ)——米国内国歳入庁の対応策(3)——」, 前掲書, p.63の内容を若干修正。); 期間の最初の年度に多額の利得を生じさせ、後で含み損を実現していく仕組みが利用された(—高龍司稿, 前掲書, p.74。)

74) $35,000,000 - 145,000,000 = -110,000,000$ (単位: \$)

75) Bankman, Joseph. *op. cit.*, pp.8-9.

76) *Ibid.*, p.9.

77) 上記説明では \$ 110,000,000 と表示されているが、実際は \$ 104,743,250 であった。

78) プロモーターとは、タックスシェルターの開発・販売に組織的に関与している大手会計事務所及び投資銀行等の専門家集団という。昨今では、租税回避が、納税

は、1989年6月30日にABCパートナーシップを構築する。ACM Partnership は出資金による預金を用いて Citicorp の債券&175,000,000を取得し、この債券を CINS（現在価値 \$35,000,000）と現金（\$140,000,000）を対価として譲渡した。この譲渡代金を資金として、金利低下による Cogate-Palmolive のリスク等を考慮して Colgate-Palmolive 発行済みの長期固定金利債券を取得した。当初は現金計上により多額の利得が発生し、出資持分に応じてその利得の大部分をタックス・ヘイブンの外国企業であるパートナーに配分し、このパートナーは後でこの持分を償還し、あるいはこの持分を Cogate-Palmolive に譲渡した。それで Cogate-Palmolive が大半の出資持分を取得したことから、ACM Partnership による CINS 売却から発生した残りの譲渡損失を享受して、過去の譲渡所得と繰戻通算を行ったという経緯である。この事件の事実に従えば、最初の LIBOR の手形は6年間であったが、3年目にそのパートナーによって売却され、このようにして、その年の資本損失を早めることになった。Colgate によって報告された資本損失総額は \$98,000,000以上に上った⁷⁹⁾。

ACM 事件では、高額な資本利得を「生み出す」ために、納税者は、オフショアのパートナーシップが複雑な CINS を開始するように結果的にさせたのであるが、納税者は次の5点を主張した。(1)問題の取引は未払いの Colgate-Palmolive の債券の償還であった。(2)鞘取商人に用心もせず、その価格をつり上げもせず、納税者は、休眠状態の市場からこの債券をゆっくりと償還することを認めることにより、この償還の資金調達をするために、この外国パートナーシップが形成された。(3)複雑な CINS は時間をかけて債券をゆっくりと償還するために利用できたため、オフショアのパートナーシップで現金を用意する際

者対課税当局ではなく、プロモーター対課税当局という構図で多発していることが指摘されている（森信茂樹稿「米国の法人タックスシェルター問題と我が国へのインプリケーション」『国際税制研究』, No.15, (2005年), p.29.）。本件ではこのプロモーターの役割を Merrill Lynch がはたしている。

79) Hariton, David P., *op. cit.*, p.49, n.82.

に便利な方法であった。(4)ついでながら、超過現金を用意するこの方法は\$ 98,000,000の資本損失を発生させた。(5) (未払いの債券を補填する) 取引には、正当な事業目的がある⁸⁰⁾。控訴裁判所は関連する取引についてあまりにも広範なこの構造を全く適切に却下した。単に未払いの債券を補填するのに必要な現金を保有し続けるために、複雑なCINSの段階に入るのは決して必然性はなかったし、これらの複雑な段階が債券の償還にただ付随して起きたものとみなされたならば、主客転倒の有様であった⁸¹⁾と思われる。

ACM事件の第3巡回区控訴裁判所は、個々にあるものとして記述はしているが、相互に関連する経済的実体のテストである調査 (inquiries) の下で、その取引を綿密に検討した。納税者が行った取引が税務上考慮されるのに十分な経済的実体を有していたかどうかを問う調査は、それらの背後にある「取引の客観的な経済的実体」と「主観的な事業動機」の2つにかかっている。しかしながら、経済的仮装の調査に関するこれら別々の側面が「厳密な2つの段階の分析 (rigid two-step analysis)」の別々の分岐になっておらず、むしろその税効果からは離れて、税務上考慮されるべき十分な実体をその取引が有していたかどうかを問う分析を特徴付ける2つの関連要素を表している⁸²⁾とした。

そして、当裁判所は、「その取引が所得税における損失を創り出す以外に、何らかの実際の経済的効果を持っているのかどうか」を尋ねる客観的調査を否認した⁸³⁾。裁判所は、利付口座にある\$ 175,000,000と引き換えのCiticorpの債券購入と、数週間後に入金する運びとなっている\$ 140,000,000とLIBORによる手形\$ 35,000,000を対価とする債券売却とを比較した。裁判所は、Citicorpの債券の一時的な購入と売却で利子所得により追加された\$ 35,000,000、すなわち購入に関連する取引コストによって「隠蔽された

80) ACM P'ship v. Commissioner, 157 F. 3d 231, at 254-56 (3d, Cir. 1998). ; Hariton, David P., *op. cit.*, p.54.

81) Hariton, David P., *op. cit.*, p.54.

82) Bankman, Joseph, *op. cit.*, p.9. ; ACM P'ship v. Commissioner, 157 F. 3d 231, at 247 (3d, Cir. 1998).

83) ACM P'ship v. Commissioner, 157 F. 3d 231, at 248.

(“obliterated”）」額を生み出しているにすぎないことに注目した⁸⁴⁾。

経済的実体のテストである主観的分肢 (leg) は、事業目的と考えられる。Colgate-Palmolive は、その投資は税引前利益という「現実的な見込み額」を提供したと主張した。Colgate-Palmolive はまた、間接的な方法にもかかわらず、その投資が非課税のために役立ったと主張した。あらゆるその取引の目的は、納税者によれば、パートナーシップを通して、長期の Colgate-Palmolive の債券を償還することであった⁸⁵⁾。Citicorp の取引は、Colgate-Palmolive がその目的に効果を及ぼすことができその長期の債券を償還できる点で、当該パートナーシップによる暫定的な投資として役立った。ACM 事件の裁判所は、その主張を却下し、Citicorp の債券の売却後に起きる償還には関連していなかったと判決を下した⁸⁶⁾。

このように、Cottage Savings v. Commissioner 事件のように、納税者が別の方法で遅延させてきた経済的損失の税務上の認識を早める租税動機による取

-
- 84) Bankman, Joseph, *op. cit.*, p.9.; ACM P'ship v. Commissioner, 157 F.3d 231, at 249-51.; \$175,000,000で購入した Citicorp の債券と同額の対価で譲渡し、この債券の取得から生じる利子は、その取得の直前まで保有していた預金の利子と大差がないとした租税裁判所の判断を支持した（一高龍司稿、前掲書、p.74-75.）。要するに、当初の預金の \$140,000,000の部分が無意味な取引（Citicorp の債券の取得及び譲渡）を通して現金化されたに過ぎず、経済的状況に変化はなかったと認定されている。取引の真の姿は、（預金の）\$35,000,000で概ね CINS を購入したことであるが、基礎価額比例回収ルールの適用要件には該当しない。
- 85) 納税者によれば、それは利率が下がったことで決められていたが、その長期負債を資金調達する効果的な手法となった。その負債は、パートナーシップを通して買い戻されることになった。というのは、そのような購入は世間から見れば、隠蔽され続けるからである。Colgate-Palmolive は、その長期負債の購入が「市場」で知られていたなら、その会社は敵対的買収に対して非難されやすくなるだろう（Bankman, Joseph, *op. cit.*, p.9, n.11.）。
- 86) *Ibid.*, pp.9-10.; ACM 事件の裁判所はまた、Citicorp の取引がパートナーシップによる表面上の理論的根拠と矛盾していたことに注目した。また、パートナーシップは、納税者の利率が下がったことを主として結論付けて、納税者の長期債券を償還することになった。しかし、LIBOR による手形は事実上金利のみの手形であって、利率が下がったためにその価値は下落したのであろう（*Ibid.*, n.12.）。

引を採用した場合、相殺 (balance) は納税者の味方であり、取引の結果は十分支持できるだろう。しかし、ACM 事件のように、経済的損失が何であれ、存在しない時、税務上の損失を得るために租税動機による取引を採用するよう求める場合には、納税者は行き過ぎている (goes too far) ので、その結果は取り消されるだろう⁸⁷⁾。

Cottage Savings 事件の処分と ACM 事件の処分は、納税者が資産を同じ正味現在価値を持つ他の資産と交換した点で類似しているように思われるが、この類似性の下でのより基本的な区別は、Cottage Savings 事件の処分が長期の経済的に重要な投資から発生している実際の経済的損失の実現を早めたことであるが、ACM 事件の処分は短期の経済的には重要でない投資を終えたために経済的効果を持たないことである⁸⁸⁾。このように、Cottage Savings 事件における交換は、それ自体は経済的重要性はないが、通常の事業経営に関連しており、実質的な経済的効果として測定されるものは単なる交換だけでなく、それが関連づけられる事業経営であった。ACM 事件における Citicorp の債券の売却は、通常の事業経営に関連づけられず、そのため経済的効果を決定するためには乖離している点を考慮された⁸⁹⁾。

ACM 事件判決と Cottage Savings 事件判決を比較すると、Cottage Savings 事件の通常の事業経営に関連づけられる取引が経済的実体の原則の下では有利に取り扱われているということを示している。

(3) 脱税の論点

事業目的の見解は、「脱税」という論点の下で判決された事件をはっきりと描き出している。最初に、濫用防止規定を適用した例として、Aiken Drive In

87) Hariton, David P., *op. cit.*, p.56.

88) Bankman, Joseph, *op. cit.*, p.16.

89) *Ibid.*, p.17.; Cottage Savings 事件は他の理由からも十分に ACM 事件と区別されうる。一つの重要な相違は、Cottage Savings 事件は実現を伴っていたが、ACM 事件は損失の発生を伴っていた (*Ibid.*, p.17. n.27)。

Theatre Corp. 事件と Phillipp Prothers Chemicals, Inc. 事件を考察する。

〈Aiken Drive-In Theatre Corp. v. Commissioner 事件 [1960]〉

Aiken Drive-In Theatre Corp. v. Commissioner 事件は、§ 482が「事業目的性」の原則の代わりに役立つことができるかを示している⁹⁰⁾。Aiken Drive-In Theatre Corp. 事件では、「実業家」のグループがそれら2つのドライブイン式映画館の1つを閉館しようとしたが、その映画館は2つに分離した会社として組織されていた⁹¹⁾。採算のとれない会社を解散する前に、彼らは減価した映画館の建物を収益の上がっている会社に移転した⁹²⁾。移転後、「ハリケーン・ヘイゼル (Hurricane Hazel)」は、その建物に激しく損害を与え、追加の災害損失を引き起こしたことは、所有者の観点からは全く思いがけないことであった⁹³⁾。解散する前に、その建物の移転に介入する、課税対象外の事業目的があるわけではないから、第4巡回区控訴裁判所はその取引を無視するために§ 482を内国歳入庁が使用することを支持した⁹⁴⁾。

〈Philipp Brothers Chemicals, Inc. v. Commissioner 事件 [1970]〉

例えば、Philipp Brothers Chemicals, Inc. v. Commissioner 事件 [1970] では、§ 482は仮装実体の原則及び所得配分の原則の代わりに実施された⁹⁵⁾。そ

90) Aiken Drive-In Theatre Corp. v. Commissioner, 281 F. 2d 7 (4th Cir. 1960).

91) *Id.* at 7-10.

92) Skinner, William, *op. cit.*, p.196.

93) 被災した物の修繕を断念して資産を売却した (Aiken Drive-In Theatre Corp. v. Commissioner, 281 F. 2d 7, at 9 (4th Cir. 1960).)。

94) 売買取引は真の正当な事業目的を促進するためではなかったとする内国歳入庁の「或る程度確信させる結論」は注目される (*Id.* at 8.)。

95) Philipp Brothers Chemicals, Inc. v. Commissioner, 435 F. 2d 53 (2d Cir. 1970). 本件では、1954年内国歳入法典 § 482に従って、その5つある通常の被支配外国販売会社の純所得全額をニューヨークの Philipp Brothers Chemicals に内国歳入庁長官が配分するのは裁量権によるのか不当であるのか判決を下す際に、租税裁判所が誤っていたかどうかということが唯一の問題である (*Id.* at 56-57.) と説明されている。

ここでは、納税者は、海外の外形会社 (off-shore shell corporations) を通してその販売経路を定めることにより、貿易補助金 (trade subsidy) の類を請求しようとした⁹⁶⁾。公判で、「外国の販売会社が実際には何をしたのか⁹⁷⁾」、費用を被ったのか、あるいは資本にリスクがあると評価するのかといったことに対し、何の証拠も納税者は示すことはできなかった⁹⁸⁾。第2巡回区控訴裁判所は、アメリカ合衆国の納税者に対する内国歳入庁の100%の再配分を支持した⁹⁹⁾。§ 482が、所得配分の企みを防止することと、課税所得を吸収する外形会社の使用を妨げることを意図されていたと考えられた¹⁰⁰⁾。もちろんこれらのスキームはまた、所得配分の原則や仮装実体の原則の下でも強調されうるだろう¹⁰¹⁾。

Philipp Bros. 事件の判決では、オフショアの子会社が実際の非課税コストに課されることなく、利益に関して導管 (conduit) となっている¹⁰²⁾。Philipp Bros. のような事件に対して、あるいは納税者が取引に追加の非認識の移転を任意に差し挟んだ Aiken のような事件に対して、濫用防止規定を適用することは容易であった¹⁰³⁾。

96) *Id.* at 55-56. 海外の外形会社に実際の在庫のないことは、実際に化学製品を物質的に所有することもなく、海外の供給業者から化学製品の貨物を購入して、同一のそれら貨物を発送するという実務によって行われていることが、申立人によって説明された。その外形会社の一社が在庫のない化学製品が必要であった場合には、別の会社からあるいは自由競争市場からのいずれかから化学製品を仕入れていたのであろう (*Id.* at 56.)。

97) *Id.* at 58. 5つある海外の販売会社が報告されている所得を稼得していないことを内国歳入庁長官も租税裁判所も事実認定した (*Id.* at 57-58.)。

98) *Id.* at 56. 5つある海外の販売会社が実質的に事業活動を遂行していたことを明らかにする証拠はない (*Id.* at 58.)。

99) *Id.* at 57-58. Gregory v. Helvering, 293 U. S. 465 (1935) を引用しながら、§ 482 が「所得分割の企み (income-splitting devices)」に対抗するために設計されたと述べられている (*Id.* at 57.)。

100) *Id.*

101) Skinner, William, *op. cit.*, pp.179-180.

102) Philipp Brothers Chemicals, Inc. v. Commissioner, 435 F. 2d 53, at 55-58 (2d Cir. 1970).

103) Skinner, William, *op. cit.*, p.196.

次に、納税者が租税以外の正当な動機を持つために、裁判所が内国歳入庁の主張を否認した例として、W. Braun Co. 事件と Hospital Corp. of America 事件を取り上げる。

〈W. Braun Co. v. Commissioner 事件 [1968]〉

それとは対照的に、納税者が損益否認の移転に関して妥当な事業目的を申し出る場合、裁判所は損益否認の取引を取り入れようとしない (unwind) 内国歳入庁の試みを否認してきた。これについて最もよい事例は、W. Braun Co. v. Commissioner 事件 [1968]¹⁰⁴⁾である。そこでは、関連会社に得意先勘定を移転した時、第2巡回区控訴裁判所は納税者の取引形態を尊重するよう内国歳入庁に求めた¹⁰⁵⁾。とりわけ、得意先勘定が譲受人の地理的範囲にあるという事実と同様、譲受人である法人を編成する際、納税者の妥当な事業目的によって裁判所は動かされたのである¹⁰⁶⁾。また、Philipp Bros. Chemical 事件とは異なって、得意先勘定は冷静ではいられない程重大なリスクを伴っていた¹⁰⁷⁾。その得意先勘定については認められる利害があった。実務上、得意先勘定の責任は、雇用されていた2人の副社長 (Friedberg and Tauger) の肩にかかっていた。この得意先勘定は所有する納税者にとっては収益を生み出す勘定であったことは認めるが、副社長達は、得意先勘定の規模とその得意先の従事しているいくつかのベンチャー企業のために、得意先に関係して伴ってくるリスクについて利害があった。もしその得意先が破産するようなことになれば、納税者の事業と結果的にはその納税者の個人的な利益はかなりひどく台無

104) W. Braun Co. v. Commissioner, 396 F. 2d 264 (2d Cir. 1968).

105) 第1審の租税裁判所は、得意先勘定の移転の背後に相当の事業目的がなかった、また取引の主たる理由が所得税の脱税であったとする立場をとった。第2審の第2巡回区控訴裁判所は、第1審判決が得意先勘定を取り扱う際に伴うリスクについてあまりに楽観的な見方に基づいていると判断した (*Id.* at 268.)。

106) 得意先勘定の移転の機会に先行してはいたが、譲受人である法人は脱税目的のために編成されたのではなかった (*Id.* at 269.)。

107) Skinner, William, *op. cit.*, p.180.

しになることから、当該勘定のリスクを取り除きたいと考えたのであった。その得意先の資産の大部分は（特許等の）無形資産ではあったが、その原価のうち高い割合が広告宣伝費とその他の販売費であった。原告がこの得意先勘定を取得した時、納税者である会社に対する負債は\$ 250,000であり、その負債の5分の1は支払期限を過ぎていた。そのような事情から、副社長は納税者 W. Braun Co. 社の株主の Braun 一族の2人に説明し、得意先への船積みの中止と納税者の子会社で休眠会社となっている会社にその得意先勘定を売却するように勧告し、同意されて、実施された¹⁰⁸⁾。第1審の租税裁判所は、判決についての別の論拠として「原告の所得を明確に反映させるためにその配分は必要ではなかったことを原告が明らかにできなかった。」と判示した。そのため、内国歳入庁長官はたとえ自分の所得配分が脱税を防止するために必要でなかったとしても、原告の「真正な課税所得」を反映させるために必要であったと主張する。租税裁判所はこの意見に同意したが、「相互に関係のある法人が或る状況下でそれぞれ所有者を保証することは、十分に妥当な考慮すべきことであるにちがいない。……（中略）……それに対する Braunware（休眠会社：筆者加筆）の純所得全額の配分は不当で裁量的であることを原告が証明した。」ということから、第2審の第2巡回区控訴裁判所は第1審の判決を取り消して差し戻した¹⁰⁹⁾。したがって、裁判所は移転された勘定に関して独立当事者問価格を決定するよう内国歳入庁に要求した¹¹⁰⁾。

〈Hospital Corp. of America v. Commissioner 事件 [1987]〉

同じく、Hospital Corp. of America v. Commissioner 事件 [1987]¹¹¹⁾では、

108) 396 F. 2d 264, at 266, 269 (2d Cir. 1968).

109) *Id.* at 269-270.

110) Skinner, William, *op. cit.*, p.180.

111) Hospital Corp. of America v. Commissioner, 81 T. C. 520 (1983), *non-acq. by Commissioner* at 1087-2C. B. 1 (I. R. S. 1987). 租税裁判所は、何らかの最小の事業を営んでいたこと、契約交渉のための従業員と役員（納税者と同一としても）が存在することから、子会社は仮装ではないとした。§ 482の問題として、内国歳入庁長官は100%の利益配分をしているが、これは上記の「仮装」の申立てを

租税裁判所は、内国歳入庁がケイマン諸島の子会社に対するホスピタルの管理契約を移転したことを無視することには反対した。アメリカの親会社の従業員は、管理契約の交渉をしたけれど、外国子会社を通してホスピタルを経営することを「最初から決定していた¹¹²⁾。」この決定は、一般的にその外国のホスピタルに関する法人の全般的な方針に一致していた¹¹³⁾。内国歳入庁は、§ 482, § 367及び仮装実体の原則 (the sham entity doctrine) の下で、その契約から生じる所得の100%が、アメリカ合衆国の親会社に配分されるべきであると主張した。しかしながら、本当は、組み立てられた内国歳入庁の理論はケイマン諸島の子会社を導管実体 (flow-through entity) とみなしている¹¹⁴⁾。それに代わり、裁判所は実施されたサービスについて独立当事者間の料金をアメリカ合衆国の親会社に配分するというこれらの主張全部を却下した。裁判所は、租税回避を示すこともなく、仮装実体の主張に加えて、内国歳入庁長官の100%の再配分も却下したのである¹¹⁵⁾。納税者が事業目的を有していたが故に、§ 482とコモン・ローの実質主義の主張は両方ともできなかった¹¹⁶⁾。

要するに、§ 482の「脱税」の論点の下では、内国歳入庁は数ある中で最も広範な実質主義の原則の権力を求めてきた。すなわち、(損益非認識の：筆者加筆) 取引を取り入れないとする権力は、明らかに内国歳入法典の別の部分にも認められた。しかしながら、事件に関してここでの概観が示していたように、

前提としたものであって、裁量を逸脱するものとした。裁判所の出した結論は、子会社の課税所得の75%を原告に帰属させるというものであった。；本件の詳細な研究については以下の文献を参照されたい。中村雅秀著『国際移転価格の経済学——多国籍企業の国際戦略と合衆国租税裁判12ケース——』清文社、「第6章サービス取引とタックス・ヘイブン、シャム法人」、p.153-199。

112) *Id.* at 532.

113) *Id.*

114) *Id.* at 577-78. ; §367: 事前確認手続き

115) *Id.* at 594-95. ; 本件はタックス・ヘイブン子会社の事業目的とその法的実体を認め、無形資産取引について詳細に検討して、75%の配分を認めた点で注目される。

116) Skinner, William, *op. cit.*, p.181.

コモン・ローの濫用防止原則を裁判所が発動することを正当化するのにかなり十分な事実を有する事件で、内国歳入庁はこの権力を首尾よく主張したにすぎなかった。W. Braun の事例に沿った事件では、納税者が節税以外の (aside from tax savings) 妥当な動機を申し出た場合には、内国歳入庁は (損益非認識の：筆者加筆) 取引を取り入れないようにするために § 482を用いることはできなかった¹¹⁷⁾のである。

例えば、Philipp Bros. 事件と Aiken Drive-In Theatre Corp. 事件は、得意先勘定 (an account) の損益非認識を伴った W. Braun 事件とは異なっており、W. Braun 事件は主として移転に関しては租税以外の理由があったためである。これらの事件の区別は、明らかに、決して明白ではない。しかし、これは事業目的の調査それ自体の主観的な特性をただ反映しているにすぎない¹¹⁸⁾。したがって、要約すれば、§ 482下での「脱税」の場合と「(真正な所得を：筆者加筆) 明瞭に反映させる場合¹¹⁹⁾」との間で事業目的の理論的根拠が描かれてきた、ということを見解の相違を示した裁判所が説明している¹²⁰⁾と考えられる。

2 連邦議会の立法趣旨

(1) タックス・スキームの無効

濫用防止規定に関する2つ目の理論的根拠は、連邦議会の立法趣旨に焦点を絞っている。この見解では、大半のタックスシェルターは、連邦議会の立法趣

117) *Ibid.*

118) *Ibid.*, p.196.

119) アメリカ合衆国では、法律をもって会計方法について自主申告をする納税者に「所得を明瞭に反映すること」を要求するとともに、課税当局に「所得を明瞭に反映するために」私法上の行為・計算を否認し、所得再計算を行う包括的な権限を付与しているほか、必要に応じて個別企業又は企業グループとして行う「所得移転」又は「所得配分」に対抗するための個別否認規定を設けている (本庄資著『アメリカン・タックスシェルター—基礎研究—』税務経理協会、(2003年)、p.182)。

120) Skinner, William, *op. cit.*, p.196.

旨を曲解する制定法上の条文の文字通りの解釈をあてにするか、ないしは連邦議会の立法趣旨に対して徹底的な練り直しをする (recast) かである。したがって、このようにタックスシェルターを制限する最適方法は、連邦議会の立法趣旨を確認することであり、その趣旨の侵害にあたるタックス・スキームを無効にすることである。ただし、問題は、連邦議会の立法趣旨は理解しづらいことにある¹²¹⁾。

§ 482の最初のバージョン¹²²⁾に繋がる議会報告 (House Report) では、その目的は、「それらの真正な租税債務を明瞭に反映させるために (in order clearly to reflect their true tax liability) [被支配会社] 間に所得又は控除を配分することを内国歳入局長官に」認めることであったと説明されていた¹²³⁾。ここでは、「所得」ではなく、「租税債務」と明記されていた。

また、事業目的の理論的根拠のように、(連邦議会の：筆者加筆) 立法趣旨への合致という理論的根拠が、脱税事件と (真正な所得を：筆者加筆) 明瞭に反映させるべき事件との見解の相違を見事に公正に説明している¹²⁴⁾。

Central Cuba Co. 事件[1952]で、「明瞭に所得を反映させること」は「脱税」という論拠とは全く関係のない配分に関する論拠を提供している¹²⁵⁾とされた。

National Securities Corp. 事件では、納税者は連邦議会の立法趣旨を妨害したスキームを用いているのははっきりしていた。なぜなら、立法の経緯によれば、§ 45はこの事件で問題となっている濫用の特定タイプを意図していたからである¹²⁶⁾。同時に、(連邦議会の：筆者加筆) 立法趣旨への適合という見解はまた、Eli Lilly 事件や G. D. Searle 事件における納税者に有利な結果を説明

121) *Ibid.*

122) § 45 of the Revenue Act of 1928, c. 852, 45 Stat. 791.

123) H. Rep. No.2, 70th Cong., 1st Sess., 1939-2 Cum. Bull. 395.; 拙稿(2), p.84.

124) Skinner, William, *op. cit.*, p.197.

125) Central Cuba Co. v. Commissioner, 198 F. 2d 214, at 215 (2d Cir. 1952), *cert. denied*, 344 U. S. 874, 73 S. Ct. 167, 97 L. Ed. 677 (1952); Philipp Brothers Chemicals, Inc. v. Commissioner, 435 F. 2d 53, at 57, n. 4 (2d Cir. 1970).

126) National Securities Corp. 事件では、納税者は子会社の損失の通算を目論んだが、第3巡回区控訴裁判所は§45の立法趣旨によりそれを否認した。

している¹²⁷⁾。

(2) 納税者に有利な結果

〈Eli Lilly & Co. v. Commissioner [1988] 事件〉

例えば、Eli Lilly 事件 [1988]¹²⁸⁾では、アメリカ合衆国の親会社は、Darvon という鎮痛剤に関連する特許やノウハウを含む高収益の製造無形資産を、Puerto Rico に新たに設立したアメリカ合衆国子会社である Eli Lilly P. R. に対して、非課税取引を用いて移転した¹²⁹⁾。Eli Lilly P. R. は § 931子会社である。当時、§ 351下で無形資産を移転すれば、非課税となった¹³⁰⁾。Eli Lilly P. R. は Darvon を生産して本国の親会社に再販売した。Eli Lilly P. R. の所得に比べて、アメリカ合衆国の親会社によって申告された所得が過少であったと内国歳入庁は請求した¹³¹⁾。Eli Lilly の § 931子会社はまた、税額控除の調整上 Eli Lilly がアメリカ合衆国で開発したその無形資産からかなりの非課税所得を実現することもできた。なぜなら、Eli Lilly はそれら貴重な製造無形資産の所有権をタックス・ヘイヴンの課税管轄で事業を行っている会社に移すことができたからである¹³²⁾。最終的に、租税裁判所は「利益分割」法を信頼した。親会社にそのマーケティングにかかった原価に基づいて収益を配分し、Eli Lilly P. R. にその製造原価とロケーション・セービングに基づいて収益を配分した後、裁判所は未分配の利益をアメリカ合衆国親会社のマーケティング無形資産と子会社の製造無形資産とに45%対55%の比率で配分した¹³³⁾。控訴審でも、第7

127) Skinner, William, *op. cit.*, p.197.

128) Eli Lilly & Co. Commissioner, 84 T. C. 996 (1985), *aff'd in part, rev'd in part*, 856 F. 2d 855 (7th Cir. 1988).

129) Doernberg, Richard L., *International Taxation*, 3rd Edition, West Publishing, (1997), p.232.

130) Mentz J. Roger=Linda E. Carlisle, "The Tax Ownership of Intangibles under the Arm's-Length Principle", 77 Tax Notes 453,p.455, (Oct. 27, 1997).

131) Doernberg, Richard, *op. cit.*, p.232.

132) Mentz J. Roger=Linda E. Carlisle, *op. cit.*, p.455.

133) Doernberg, Richard, *op. cit.*, p.232.; Eli Lilly のマーケティング活動についての正常な利益は Darvon に関連する配賦費用の25%に定められた。残余利益は無形

巡回区控訴裁判所は租税裁判所のこの45%対55%の比率による利益分割を承認した¹³⁴⁾。本件では、損益の否認識規定は、脱税の証拠提示がなければ、損益の非否認識規定は§ 482の射程範囲を制限するという判決が下された¹³⁵⁾。その後、これらのめざましい納税者の成功は連邦議会の議決により制限されてきている¹³⁶⁾。

〈G. D. Searle & Co. v. Commissioner 事件 [1987]〉

同様な G. D. Searle & Co. v. Commissioner 事件¹³⁷⁾で、アメリカ合衆国の

資産の利益とみなされた。1971～72年の年中について、Eli Lilly P. R. は1973年における無形資産に対して利益の60%を、Eli Lilly は40%を請求し、Eli Lilly P. R. の無形資産に対する利益の割合は、Darvon の特許満了によってもたらされた製造無形資産の価値の下落を反映して30%に減らされた (856 F. 2d 855, at 859)。

134) 856 F. 2d 855, at 871.

135) Skinner, William, *op. cit.*, p.177, n.10.

136) 1982年に、§ 931の後身である§ 936は、複雑な解決策に従ってアメリカ合衆国の§ 936会社によって Puerto Rico で稼得されうる無形資産からの所得の額を制限するように改正された。つまるところ、1996年に、連邦議会は、高収益生産物に関する§ 936税額控除を段階的に廃止し、このようにして、その収益性が無形資産によって大いに影響される製造生産物に対しては Puerto Rico は望ましくない課税管轄であるとした。さらに、1984年に改正された時、§ 367(d)下では、一般的には、1986年に改正された§ 482に従って、移転された財産からの「所得に相応し」なければならないとする使用料の帰属で移転結果がないならば、外国会社に無形資産の所有権を移転することはもはやできなくなっている。したがって、タックス・ヘイヴンの課税管轄に高収益生産物の生産及び販売に関連する無形資産の所有権を移転するアメリカ合衆国の会社にとっての主要な課税機会は、一般的にもはや存在しなくなっている。というのはアメリカ合衆国租税法が無形資産による所得への課税に関して変更しているからである。今まで、その連邦議会と内国歳入庁は、制定法の変更と§ 482下の最終規則の発布により、独立当事者間基準を通して恩恵を確保しようとして子会社の無形資産の所有権を移転するアメリカ合衆国の会社のこれらの機会を取り除いてきたが、より難しい関連会社間の価格付けの問題が進展してきている。現在、基本的問題は、被支配グループのどの構成員が貴重な無形資産の所有者と考えられるのか、さらに独立当事者間基準下でその所得の正当な受取人は誰なのかということである。この問題は、権限ある当局である政府間の交渉では重大な争いを引き起こしてきた (Mentz J. Roger=Linda E. Carlisle, *op. cit.*, p.455.)。

137) G. D. Searle & Co. v. Commissioner, 88 T. C. 252, 87 Tnt 24-16 (1987). Puerto Rico 本船渡しの商標のついた商品の販売からの所得は、たとえその商品の商標

親会社（以下 Searle）は、Puerto Rico で生産された医師の処方による医薬品に関するあらゆる製造活動を遂行する、新設の § 931会社¹³⁸⁾に対して、特許、技術データ、使用許諾、著作権及び商標を含む、一定の無形資産におけるその権利、権原及び利益の全てを移転した。Searle は、§ 931会社によって最終製品の売上高の大半に関して、Searle よりもむしろ第三者になされるべき内容で契約を行うことができた。販売取引の大半が非関連会社間のものであったため、内国歳入庁は、商品販売に対して関連会社間の価格に異議を唱えることはできなかった。それにも関わらず、内国歳入庁は、Searle によってもたらされたサービスに関して § 931会社に対して Searle によってなされた請求について § 482の問題を問うことを始めた。Searle は、主としてアメリカ合衆国における Searle のマーケティング活動のために、租税裁判所によって § 931会社から Searle に所得の実質的金額を配分する方法によるよう決定されたけれど、この事件は Searle に有利に基本的な法律上の観点を確立した。すなわち、価値ある無形資産は § 931会社に対して Searle から事実上移されたのであった。§ 931会社が Searle の高収益を生み出す医師処方製薬の事業の大半に対して不可欠であった特許及び商標の所有者である、と裁判所は判決を下したのである¹³⁹⁾。Eli Lilly 事件の判決とは対照的に、裁判所は所得の歪みは無形資産の移転によって引き起こされたと判示し、その歪みが § 931会社を請負製造業者とみなすことによって訂正されるべきであるとする内国歳入庁の論理を棄却し

の登録がなされたアメリカ合衆国で再販売されたとしても、Puerto Rico を源泉地とする。；本件の詳細な研究については、以下の文献を参照されたい。中村雅秀著、前掲書、「第11章技術移転と属領法人優遇税制、損益否認規定——GD サール社ケース——」, p.423-488。

138) アメリカ合衆国の親会社によって、Puerto Rico で事業を行っている完全子会社に対して、高い価値のある商標や特許を移転することが1960年代に盛んに行われた。その子会社は1954年の § 931下で優遇措置を受けるのに適格であったので、§ 931会社と呼ばれた。§ 931は1976年に § 936に改正された。すなわち、§ 936は1982年に無形資産による所得に関して概ね変更され、1996年に高収益事業に関して事実上段階的に廃止された。

139) Mentz J. Roger=Linda E. Carlisle, *op. cit.*, p.454. 88 T. C. 252, at 359, 360, 364 (1987).

た¹⁴⁰⁾。

このように、Eli Lilly 事件や G. D. Searle 事件では、取引は連邦議会というスポンサーが提供する補助金のメリットを採るように設計されていた¹⁴¹⁾のである。すなわち、非課税という恩恵に浴するように目論まれていた。

(3) 個別企業実体の会計

しかしながら、§ 482を解釈する際に、内国歳入庁の権限を拡大しようとする連邦議会の立法趣旨は、個別企業実体の会計を阻害する危険を冒す可能性がある。元々の§ 482（すなわち第1文：筆者加筆）を制定する際に、同時に個別企業実体の会計が移転価格を操作することにより濫用されないことを保証しているけれども、連邦議会は個別企業実体として子会社を尊重するようにも意図していた¹⁴²⁾。（§ 482第2文下の：筆者加筆）機能分析の下では、内国歳入

140) 88 T. C. 252, at 255 (1987).

141) Skinner, William, *op. cit.*, p.197.

142) *Ibid.*, p.197.; 1960年以前の§ 482の経緯について参照（Langbein, Stanley, “The Unitary Method and The Myth of Arm’s Length”, 30 Tax Notes 625, at 627-42 (1986).）。Langbein による注目すべき示唆は、「個別企業実体」の基準（“separate enterprise” standard）がユニタリー・システム（“unitary” system）と結びつけられるならば、「分離会計」（“separate accounting”）は救いになるということである。また「独立当事者間基準」は、分離会計の内容を決定する際に、企業の様々な要素の貢献を決定する、公平な（租税以外の動機による）行政上の基準に取って代わられるという。そして、独立当事者間基準は、一般的な原価計算の問題として移転価格の問題を検討することに依拠しているとも指摘する（*Ibid.*, p.628.）。ここでいう「分離会計」は個別企業実体の会計を意味する。；アメリカ合衆国連邦財務省は、1928年以降行われた国際連盟租税委員会の調査に際し、定式配分について問題を指摘しつつ分離会計が望ましいと主張していた（川端康之稿「米国内国歳入法典482条における所得配分（二）— 関係理論から見た「所得創造理論」—」『民商法雑誌』、第101巻第3号、（1990年）、p.404、脚注76.）。；国際連盟が1933年に公表した報告書によれば、「独立計算法（Method of separate accounting）」が独・英・米・仏の諸国において採用されていると説明されている（田中勝次郎著『法人税法の研究』税務研究会、（1965年）、p.181-200.）。ここでいう「独立計算法」は個別企業実体の会計を意味する。；しかしなが

庁は、それぞれの企業実体により遂行される機能と分担されるリスクに応じて利益を分割する。内国歳入庁が関連当事者の文書化された機能とリスクを考慮しないことができるのならば、最終結果は個別企業実体の会計をないがしろにするのと同じことである。換言すれば、個別企業実体間の文書化された取引がまったく考慮され得ないならば、そもそも個別企業実体間の取引をどう説明するのだろうか。むしろ、契約条項を全く無視するのであれば、個別企業実体の会計を保護するために§482が意図していなかった「定式配分」¹⁴³⁾に結局はならざるをえないであろう¹⁴⁴⁾。

Skinnerのいう「定式配分」とは、例えば1995年 OECD 移転価格ガイドラインのバラ3.58, 3.59及び3.60にみられる全世界的定式配分方式を意味していると考えられる¹⁴⁵⁾。この方式は、独立当事者間価格に代わるものとしてしばしば提案されてきた。全世界的定式配分方式では、多国籍企業グループの連結ベースの全世界利益を、予め定められた機械的な式に基づいて、各国の関連企

ら、Langbein [1986] 以来定式配分についての議論が盛んとなったが、ユニタリー・システムについてアメリカ合衆国の州税を考察した研究によれば、定式配分は今後解決すべき課題が多く、直ちに独立当事者間基準に代わるには、時期尚早であるとも指摘されている(望月文夫著『日米移転価格税制の制度と適用——無形資産取引を中心に——』大蔵財務協会, (2007年), p.317-348。)

143) 定式配分は移転価格に対する主要な代替的解決策である。定式配分の下では、当事者間の取引は無視され、法人全体の所得が統合され、次に所得の発生した諸国間に分配される (Skinner, William, *op. cit.*, p.197, n.116.)。定式配分に賛成する説得力ある主張については Langbein [1986] を参照 (Langbein, Stanley, *op. cit.*, p.639。)

144) Skinner, William, *op. cit.*, p.197. ; 国際連盟1933年報告書によれば、外国企業の現地施設に対する課税方法として、所得配分方法には(1)独立当事者間基準による分離会計、(2)経済的一体性に基づく利益分割法を挙げている。その報告書では分離会計法の有利性が5点指摘されているが、そのうちの1つに注目すると、課税上、分離会計法は所得源泉地を基準とするものであり、所得又は費用項目の他の施設への付替えをさせない方法としている(赤松晃著『国際租税原則と日本の国際租税法——国際的事業活動と独立企業原則を中心に——』税務研究会出版局, (2001年), p.91-94。)

145) OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 1995, at III-19, III-20./岡田至康監修『OECD 新移転価格ガイドライン』日本租税研究協会, (1998年), p.50-51。

業に配分する。§ 482第2文があくまでも独立当事者間基準を堅持している¹⁴⁶⁾ということであれば、定式配分によることは非常に不本意な結果となる。

要約すると、§ 482第2文の背後にある連邦議会の立法趣旨は、広範な権限を支持している。しかし、§ 482第1文と、個別企業実体の会計を保護するという連邦議会の立法趣旨は、関連会社間の取引の法形式を考慮しようとなし、広範な権限を付与するように第2文を読み取ることと対峙する。

3 課税ベースの確保

(1) アメリカ合衆国の課税ベースの拡大

David A. Weisbach 教授¹⁴⁷⁾は、2002年の論文で、タックス・シェルターの議論が、歳入とタックス・シェルターに立ち向かう効率的な効果を一層強調すべきであると主張している¹⁴⁸⁾。Weisbach 教授の見解では、濫用防止規定はそれぞれの税務上のルールの基となっている基準を遵守させているということである¹⁴⁹⁾。濫用防止規定の最後の砦 (backstop) でそれぞれのルールを守らせるのは、いくらか社会的利益がある。例えば、それは課税ベースを上げ、無駄なタックス・プランニングを減らす。このように、濫用防止規定は、所与の

146) Bittker, Boris I. =Lawrence Lokken, *Fundamentals of International Taxation : U. S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*, 2nd ed., Warren, Gorham & Lamont, (1991), ¶ 79. 3. 5.

147) David A. Weisbach 教授は Chicago 大学 Law School における法と経済学プログラムのディレクターである。1985年 Michigan 大学から数学の理学士、1986年 Cambridge 大学 Wolfson College で高等研究修了、1989年 Harvard 大学 Law School で法学博士。彼は、第7巡回区控訴裁判所で Joel M. Flaum 判事の書記官を務め、Miller & Chevalier 法律事務所の一員として勤務した。1992年に、財務省に参加し、そこでは弁護士顧問として財務省租税法制部局 (the Office of the Tax Legislative Counsel) に勤務し、その後法制部局の一員となる。1996年に Georgetown Law Center 法学准教授、1998年に Chicago 大学の教員になる。

148) Weisbach, David A., "Ten Truths About Tax Shelters", 55 *Tax L. Rev.* 215 (2002). ; Weisbach の10の「真実」については、以下の文献を参照されたい。岡村忠生稿「租税回避行為の規制について」『税法学』、第553号、(2005年5月)、p. 217, 脚注189)。

149) Weisbach, David A., "Costs of Departures from Formalism: Formalism in the Tax Law", 66 *U. Chi. L. Rev.* 860 (1999).

課税ベースから歳入を更に効率的に増やすことにより租税政策を支えている¹⁵⁰⁾。

(2) 相手国の課税機会の喪失

対照的に、移転価格では、アメリカ合衆国の課税ベースを拡げるための濫用防止規定の使用は、アメリカ合衆国の（海外の：筆者加筆）取引関係者の負担になる¹⁵¹⁾。

〈Bausch & Lomb Inc. v. Commissioner 事件 [1991] 事件〉

例えば、内国歳入庁がアメリカ合衆国の親会社の課税所得を増やすために請負製造業者理論 (contract manufacturer theory) を主張した、Bausch & Lomb 事件¹⁵²⁾を考察してみるとよい¹⁵³⁾。

原告 (B&L) 及びその子会社は、アメリカ合衆国及び海外で、コンタクトレンズ及び関連製品の製造、マーケティング及び販売に従事していた。B&L Ireland は Ireland の地方レベルの (a third tier) 法律下で、原告の完全所有子会社として、1980年2月1日に組織された。B&L Ireland は正当な事業理由から組織され、それはIrelandによって提供される一定の租税上の恩典及びその他の誘因を採用することであった。1981年1月1日付けの契約に従って、Irelandでソフトコンタクトレンズを製造する特許の付与された技術及び特許の付与されていない技術を使用するために非排他的使用許諾を、そして使用許諾された技術の世界中での使用を通して生産されたソフトコンタクトレンズの販売でその商標を確実に使用するために非排他的許諾を原告はB&L Irelandに与えた。その代わりに、B&L Irelandは売上高の5%に相当する使用料を原告

150) Skinner, William, *op. cit.*, p.198.

151) *Ibid.*

152) Bausch & Lomb, Inc. and Consolidated Subsidiaries v. Commissioner, 933 F.2d 1084 (2d Cir. 1991).

153) Skinner, William, *op. cit.*, p.198.

に支払うことに同意した。1981年及び1982年に、B&L Irland は Irland でソフトコンタクトレンズの製造及び販売に従事した。B&L Irland の販売すべては、レンズあたり \$ 7.50 の価格で原告又は原告に完全所有される一定の外国販売関連会社のいずれに対しても行われた。被告（内国歳入庁長官）は、\$ 7.50 の販売価格が B&L Irland から原告に販売されたソフトコンタクトレンズに対して独立当事者間の対価に相当するものではなかったと長官が決定した場合、1954年の内国歳入法典 § 482 下での長官の決定を濫用したと判決が下された。さらに、使用料は1981年1月1日の使用許諾契約に入っていたが、原告の無形資産の B&L Irland による使用に関する独立当事者間の対価に相当しなかったと判決は下された。しかしながら、被告の使用料率への調整は、不当であった。所得税の財務省規則 § 1.482-2(d) が、原告の無形資産の B&L Irland による使用に関する独立当事者間の対価を決定するために適用された¹⁵⁴⁾。

本件は、ラウンド・トリップ取引を用いている。「ラウンド・トリップ」取引とは、関連会社への技術移転があって、その関連会社が資産を製造し、その資産が再販売のためにライセンサーに売り戻されることである。Bausch & Lomb Inc. v. Commissioner 事件 [1991]¹⁵⁵⁾ では、アメリカ合衆国親会社の B&L は B&L Irland にコンタクトレンズを製造する技術を使用許諾し、その Irland の子会社は、レンズを製造し、再販売のために B&L にそのレンズの大部分を売り戻した。配分問題を判定する際に、裁判所は最初 B&L Irland から B&L にレンズに関する妥当な独立当事者間販売価格である、と判決を下した¹⁵⁶⁾。

次に、裁判所は、B&L Irland の売上高の 5% という、B&L Irland が B&L に対して払う使用料が独立当事者間の使用料であるか否かに専念した。比較対

154) Bausch & Lomb, Inc. and Consolidated Subsidiaries v. Commissioner, 92 T. C. 525; 1989 U. S. Tax Ct. LEXIS 38; 92 T. C. No.33, Syllabus.

155) Bausch & Lomb, Inc. and Consolidated Subsidiaries v. Commissioner, 933 F. 2d 1084 (2d Cir. 1991).

156) Doenberg, Richard L., *op. cit.*, p.225.

象が存在しないことを事実認定し、どんな使用料率があれば、B&L Irland の製造設備におけるその資本投資上公正な収益を有し、それと同時に、B&L の公正なコンタクトレンズ販売からの合併利益が公正に分割されうるか否かについて、裁判所は検討した。合併利益を50対50に分割すれば、B&L Irland の製造無形資産（例として熟練労働）とB&L のマーケティング無形資産（例として商標）の双方に正確に分割できる、と裁判所は決定した。B&L Irland による純売上高の20%という使用料率を設定することにより、50対50の利益分割が達成され、（投資収益率35%を生み出したB&L Irland の当初の5%の使用料ではなくて）裁判所が妥当と考えるB&L Irland の資本投資収益率は27%となって、B&L Irland が4年でその投資を回収することを認めたのであった。B&L のような関連当事者が、ほとんどリスクを引き受けず、それにより関連するアメリカ合衆国納税者の利益を増やすことになる、その利益をうける資格もほとんどない「請負製造業者」（“contract manufacturees”）である、と内国歳入庁がラウンド・トリップ取引で主張し続けるのか否かは、財務省規則からは定かではない。しかしながら、事実上何がラウンド・トリップ取引であるかについての財務省規則の事例は、製造された生産物に付けられる独立当事者間価格からは乖離した独立当事者間の使用料率を取り扱っている¹⁵⁷⁾。

販売者又はライセンサーが長期の取消不可能な使用許諾又は販売契約をしている場合で、法で保護された無形資産の税務上の所有権を法的所有権が決定するという一般原則に対して、反対又は修正が生じている。その状況下では、通常販売者又はライセンサーはかなり資本投資を行っているであろう。そのような場合に、その投資理由から、また製品を販売促進する際の活動理由から、無形資産の価値は独立当事者間では販売者に生じうる。これは、財務省規則が不正確に断言していることから、「共同所有権」（“co-ownership”）ではない。無形資産の税務上の所有者は依然として、例えばライセンサーのような法的所有者である。それにもかかわらず、ライセンサーには、明らかに長期テナントの

157) Reg. §1.482-5 (e) Ex. 4.; Doenberg, Richard L. *op. cit.*, p.225-26.

権利に類似して、無形資産の使用における長期権利を授けてきたが、それは § 482分析には反映されるべきである¹⁵⁸⁾。

濫用防止規定の使用は、アメリカ合衆国の課税ベースを拡げるだろうが、Bausch & Lomb の工場があつて実質的な事業活動を指揮するアイルランドの課税所得を減少させるだろう。移転価格では、内国歳入庁の濫用防止の権力を増大させて得られた結果に広く適用するのは難しくさせている納税者の活動の状況と外国の特性に、濫用防止規定についての正確なコスト・ベネフィットは左右される。それでも、濫用防止規定が脱税事件において適切な社会厚生の結果に到達することは注目に値する。外国の管轄権の下にいる納税者はせいぜい短期滞在であるため、これは明らかである¹⁵⁹⁾。

V 広範な § 482の権力に関する「経済的所有権」の正当化

たとえ明確に文書化されたものであろうと、関連会社間の使用許諾契約を改変することを内国歳入庁に認めるならば、それらの経済的所有者に無形資産による所得を配分するという連邦議会の趣旨を促すことになるだろう。しかし、この結果を達成する必要はない。様々な契約条項に責任を負わせる使用許諾契約を改変することを広く認めることは、調査に主観的特性があるが故に、§ 482を制定した際の連邦議会の立法趣旨に反して個別企業実体の会計を阻害するであろう¹⁶⁰⁾。

基礎となる「経済的実質」に一致するよう関連会社間の契約を改変することは、ただ「経済的実質」の定義と同程度の明白さがあるにすぎない。無形資産

158) Bausch & Lomb, Inc. and Consolidated Subsidiaries v. Commissioner, 933 F. 2d 1084, 91 TNT 108-22 (2d Cir. 1991). ; Mentz J. Roger=Linda E. Carlisle, *op. cit.*, p.454.

159) Skinner, William, *op. cit.*, p.198.

160) *Ibid.*

の利益分割は非常に確定しがたいことから、関連会社間の契約を明確化した、契約条項に責任を負わせる権力を内国歳入庁に与えるのは、課税所得に対して過剰で予測不能な要求をする危険を冒すであろう¹⁶¹⁾。

比較法的な見地から述べれば、日本の移転価格税制を規定する租税特別措置法66条の四は、この点で、アメリカ合衆国の制度とは対照的である。日本では、当事者の予測可能性と法的安定性の確保を立法趣旨として、「法が独立企業間価格を基準として、法人税法等の算定を行う際に用いられる取引価格自体を擬制し、独立企業間価格と乖離する取引価格については独立企業間価格を法人税法等の適用の基礎となる価格に常に持ち入ることが実体法的に確立されているため¹⁶²⁾」、納税者のみならず課税当局の裁量も入り込む余地のない仕組みを採用している。すなわち、アメリカ合衆国のように行政裁量権によっては是正装置を講じる仕組みでは、課税当局側の裁量権行使の時期が納税者からは分かりづらく、予測可能性の点で、納税者の立場は不利なものとなり易い。日本のように、実体法により価格を擬制する仕組みでは、取引価格と独立企業間価格が乖離するなら、実体法により価格擬制が行われる。したがって、日本の税制では、納税者は、課税当局の介入を待たずして自ら申告調整を行うため、法的安定性と予測可能性を確保し易いという長所がある。

そのような内国歳入庁の裁量権の使用は、アメリカ合衆国の利益を促すけれども、無形資産から得られる利益の分割に対して外国の管轄権と対立するリスクをも冒す。それぞれの管轄の課税当局が明確に文書化された使用許諾契約を改変するのが自由であるならば、どの国もその国自身の管轄区に対して利益の大部分を配分する、という多大なリスクが存在する¹⁶³⁾。誰が無形資産を開発したのかについてその調査を指導する客観的で経済的な基準がないため、その

161) *Ibid.*

162) 川端康之稿「移転価格税制の展開」『租税法研究』、第36号、(2008年6月)、p.71-72。

163) Martin Sullivan, "Economic Analysis : With Billions at Stake, Glaxo Puts APA Program on Trial", 103 Tax Notes 388, p.391(Apr. 26, 2004).

ような海外の調査は更に多くの国際的な対立と二重課税に導くことにもなる¹⁶⁴⁾。対照的に、課税当局がどちらも関連当事者の明確に文書化された使用許諾契約を尊重することを強調するならば、これは争いの範囲を狭くするであろう¹⁶⁵⁾。

更に、明確に文書化された使用許諾契約の契約条項を遵守するように内国歳入庁に強制するならば、独立企業間基準自体と同様な方法で管轄区の利益の譲歩を生み出すであろう。Bausch & Lomb 事件におけるように、明確に文書化した使用許諾契約を尊重するように内国歳入庁に強制するならば、どこで所得が課税されるのかを決定するためには契約条項に基づくことだろう。同時に、独立当事者間基準に下では、所得の落ち着く場所を決定する独立当事者間価格で取引する第三者によって価格は付けられる。独立当事者間基準の下では、課税する管轄区はどちらも、市場取引の証拠によって支持されようとも、所得に対する請求をただ主張し得るにすぎない。したがって、市場自体は、課税する管轄区間で折り合い、課税所得に対する権利の付与の幅広い請求を主張する課税当局の権力を制限したであろう。双方の管轄区が国際紛争を解決するものとして使用許諾契約の契約条項をみなすよう強いられたならば、それは同時に所得を再配分する双方の管轄権を制限するだろうから、その結果、対立の可能性も増えることだろう¹⁶⁶⁾。

ここでの先進的方法は、軽課税国へアメリカ合衆国の国外所得を移転する会社のリスクを増すことであろう。しかしながら、課税所得の権利に対する国際的な対立や所得に対する過剰な要求の主張といったリスクと釣り合わせる場合、これは許容できるリスクであるはずだ¹⁶⁷⁾。

164) 所得相応性基準の制定後、アメリカ合衆国で取引する多くの関連当事者はこの大変な理由のために抵抗した。以下参照。Joseph Guttentag & Toshio Miyatake, "Transfer Pricing: U. S. and Japanese Views", 94 TN 25-15, at 58-60 (Feb. 7, 1994).

165) Skinner, William, *op. cit.*, pp.198-99.

166) Skinner, William, *op. cit.*, p.199.

167) *Ibid.*

要約すると、使用許諾契約を改変する内国歳入庁の権力を制限することは、所得を移転させるリスクを増加させ、その結果、課税では様々な課税管轄間の対立を回避するという見過ごされやすい利益がある。機能分析に主観的な特性があるならば、課税管轄区間の均衡は深刻な混乱という危険をも冒すことだろう¹⁶⁸⁾。

Skinner が示唆しているのは、双方の国が使用許諾契約条項を尊重するよう強制されても、結局両国間の対立は深まるだけだろうから、それよりも使用許諾契約条項を改変しようとする内国歳入庁の権限を制限し、所得移転のリスクを増加させれば、国家間の対立を回避できるということである。そして、経済的所有権への調査である機能分析は主観的テストであるのだから、源泉地国と居住地国の均衡は非常に難しくなる。機能分析が必要となるのは § 482 第 2 文による所得相応性基準に基づく所得の再配分であるから、この第 2 文下による裁量権を制限すべきであると指摘しているのである。

VI 国際的二重課税

国際的二重課税、すなわち複数国家からの課税が生じる理由として様々なことが考えられるが、とりわけ、ここでは文脈から、国により、「居住」の定義が異なること、また所得の源泉地の考え方が異なることが挙げられる¹⁶⁹⁾。国家の課税権の競合、いわゆる国際的二重課税を調整することは、国際課税の基本的課題である。国際的二重課税の調整は、元々租税条約ではなく、国内法で実施されてきた¹⁷⁰⁾。

しかしながら、国際的二重課税があるのは明らかであっても、その状況を改善する (ameliorate) ために何がなされるべきかは明らかではない。多くの可

168) *Ibid.*

169) 水野忠恒著「国際課税の制度と理論—国際租税法の基礎的考察—」有斐閣、(2000年)、p.1-2。

170) 同書、p.54。

可能性がある。1つ目は、何もなされない可能性である¹⁷¹⁾。つまり、どちらの国も調整しない。世界各国の中には、「自国企業の国外活動に対する課税に全く関心を示さない類型の国（coherence型）」もある。coherence型の国では通常二重課税は生じない。それとは対照的に、自国の課税管轄の適用基準をテリトリーに拘らず、独自の基準を策定し、主権に基づいて域外課税を行う国（mobility型）もある。mobility型の国で、独自の基準を採用すれば、二重課税の生じる場合もある。但し、mobility型の国が二重課税を認識して、調整のために救済措置を採るかどうかは分からない¹⁷²⁾。2つ目は、どちらかの国が何らかの措置を講ずる可能性である。この場合は、mobility型の国の中で、二重課税を認識し、調整措置を採ろうとする国である。

しかし、この解決策は基本的な国際課税の規範に逆行する（run counter）可能性もある。その課税規範とは、源泉地国（すなわち所得が稼得された場所）は居住地国（すなわち納税者の居住している場所）より優先して課税されるというものである。源泉地国の経済環境は居住地国の経済環境よりも所得を生み出す際により大きな役割を演じてきたと考えられており、この国際課税の規範はそれを認めている。この規範に従えば、居住地国側が措置を講ずる必要がある¹⁷³⁾。その居住地国でなされる国際的二重課税の救済措置が外国税額控除である。結局、外国税額控除とは、居住地国における課税権の譲歩を意味することになる¹⁷⁴⁾。

国際租税法上、もしくは国際法上も、国家が課税権を広く行使することは認められている。それでも、国家が、国際的二重課税を排除するために救済措置を採用したのは、国際競争力を維持するといった国益のためである。アメリカ合衆国では、対外進出企業による外国税額の控除が認められないのは国境を越えて経済活動を行っている企業にとって不利であるとの理由から、世界で最も

171) Doenberg, Richard L., *op. cit.*, p.145.

172) 村井正編著『教材国際租税法新版』慈学社出版、(2006年)、p.13。

173) Doenberg, Richard L. *op. cit.*, p.146.

174) 水野忠恒著、(2000年)、前掲書、p.55。

早く外国税額控除が認められた。

その外国税額控除の制度自体は、国際取引に対する課税の中立性の維持という目的によって支持されている。課税の中立性とは、「国際取引に対してその活動を促進したり阻害することなく、租税以外の考慮のみによって取引やその形態が決定されるべきである¹⁷⁵⁾」とする租税理念である。Doenbergによれば、国際租税法の関係では、課税の中立性にはいくつか基準があるという。①資本輸出中立性、②資本輸入中立性、③国家中立性の3つの基準を挙げ、アメリカ合衆国の租税制度は、この3つの基準すべての要素を有していると説明されている¹⁷⁶⁾。

①の資本輸出中立性の基準では、本国で投資を行うのか、それとも海外で投資を行うのか、納税者のその選択が課税によって影響を受けないならば、中立性を充たしているとする。②の資本輸入中立性の基準は、しばしば海外中立性又は競争中立性 (foreign or competitive neutrality) といわれる。資本輸入中立性の基準では、市場で事業を遂行するあらゆる企業が同一の税率で課税される時にこの基準は充たされるとする。③の国家中立性の基準の下では、納税者とアメリカ合衆国財務省 (国家の意：筆者加筆) 間で配分される投資収益総額は、資本がアメリカ合衆国に投資されようと、海外に投資されようと、同じであるとする¹⁷⁷⁾。二重課税の調整方法としては、資本輸出中立性の基準に立つ外国税額免除方式と資本輸入中立性の基準に立つ外国所得免除方式の2つがある。どちらの方式が優れているかについての議論は、ここでは論文の本旨からは逸脱するので捨象する¹⁷⁸⁾。

175) 同書, p.56。水野教授は、「経済的中立性」と表現されている。

176) Doenberg, Richard L. *op. cit.*, pp.4-6.

177) *Ibid.*

178) これら2つの二重課税の排除方式の議論については、以下の文献を参照されたい。水野忠恒著『国際課税の制度と理論』, 前掲書, p.56-58。; 赤松晃著『国際課税の実務と理論—グローバル・エコノミーと租税法—』税務研究会出版局, (2007年), p.188-192。; 森信茂樹稿「米国の法人タックスシェルター問題と我が国へのインプリケーション」『国際税制研究』, No.15, (2005年), p.33-34。

ここでの Skinner による論点では、無形資産から派生する所得（譲渡対価及び使用許諾使用料）について、アメリカ合衆国を源泉地国としてみなしているのか、あるいは居住地国とみなしているのか、彼の文面からは定かではない。しかし、彼の主張は明らかにアメリカ合衆国の課税権の譲歩を提案しており、国際税務に精通した彼の経歴を考えると、それは国際的な課税規範の遵守を意味していると推察される。更に、若干の私見を述べれば、国際的な課税規範への遵守を考慮すると、アメリカ合衆国独自の § 482 第 2 文という特異的存在は、いずれ放棄しなければならない時期が到来するようと思われる。

ドイツで、2008年7月に法案の可決を経て、2008年1月施行の企業税制改革法が8月に公表され、新たに所得相応性基準が導入された。実際利益と予想利益との間に著しい差異がある場合、課税当局が後で修正することが可能となった。この修正は、通常、機能と共に重要な無形資産及びその他の便益が移転された場合、10年以内に1回の修正が可能となる¹⁷⁹⁾。

このドイツの改正は、昨今の国際的な企業組織再編の動向を鑑み、企業が国内事業の機能・リスクを国外に移転した場合の課税機会の喪失に対して歯止めをかけるために実施されたと考えられる。このような所得相応性基準について、今後各国が類似したものを導入しようと検討することも予想される。

あらためてここで OECD 移転価格ガイドラインを確認しておきたい。OECD 移転価格ガイドライン¹⁸⁰⁾では、「無形資産は比較対象取引を探すのを困難にし、ある場合には無形資産がかかわる関連取引が行われた時点でその価値を決定することを困難にする特別な性格を持っているかもしれない（バラ

；朝妻章如稿「全世界所得課税と外国税額控除の再検討」『ファイナンス』、第41巻第3号（通号475号）、（2005年6月）、p.75-79。

179) Ernst & Young, Newsletter 2008 No.2 (July), pp.4-6. ; 大河原健 / 中村聡子 / ステファン・シュノーバーガー稿「事業再編・サプライチェーンマネジメントへの国際課税（ドイツ退出税等）の影響」『国際税務』、Vol.28, No.10, (2008年10月)、p.64-66。

180) OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 1995, at VI -11, VI -12. / 岡田至康監修『OECD 新移転価格ガイドライン』、前掲書、p.101-102。

6.28)。」としている一方で、(パラ6.32)では「取引時にその評価が不確かである場合に、無形資産にかかわる関連者間取引の価格算定を税務当局が評価する際には、比較可能な状況において独立企業が行うであろう調整が求められるべきである。このように、独立企業が特定の見積もりに基づいて価格を算定している場合には、当該価格の評価の際には同じ手法を用いるべきである。そのような場合には、例えば税務当局は、後知恵を使わずに、合理的に予測されたすべての変化を考慮して、当該関連者が適切な見積もりを行ったかどうかを調査するであろう。」としていて、アメリカ合衆国が採用する定期的調整を否認している。

現在日本でもこの定期的調整方法は採られていない。その理由として、我が国の租税特別措置法66条の四が納税者の法的安定性と予測可能性を立法趣旨に、実定法による価格擬制を用いていて、納税者のみならず、課税当局の裁量権が入り込む余地のない仕組みを採っていることが挙げられる¹⁸¹⁾。

事後の定期的調整制度が導入された国との取引では、二重課税の問題が発生してくる可能性がある。課税の効率性の原則ないし中立性の原則からも、多国籍企業による事業活動が租税によって阻害されないように、各国が整合性のとれた税制を用意する必要があるのはいうまでもない。そして、所得相応性基準に代表される事後の定期的調整方法は、相手国の課税権を侵害する可能性もあるということを中心としておく必要がある。

Ⅶ むすびにかえて

「経済的実体」に賛同する(契約の法：筆者加筆)形式を考慮しない権限は、

181) 租税回避に対する実体法による規制について「一つの行き着く先は、おそらく、透明性や予見可能性を高めることが、租税回避の防止という目的にとって、あるいは納税者の権利保護にとって、好ましいのかどうかの議論であろう。コモン・ロー的なやり方は不透明であるが、だから直ちに納税者の権利保護が損なわれるという考え方は、短絡的であるように思われる(岡村忠生稿、前掲書、(2005年5月)、p.215-16。)」という指摘がある。

§ 482下の移転価格の中心的課題となる。(契約の法：筆者加筆)形式を無視して経済的実体という独自の見方を実施しようとする内国歳入庁の権限を検証するならば、裁判所が§ 482の1986年税制改革法前の型の下で介在した主要な方法の一つが見て取れる。すなわち、1986年税制改革法以前の§ 482は1928年歳入法§ 45と本質的に同一のものであり、脱税を防止するため、又は所得を明瞭に反映させるために必然性がある場合に限り、広範な行政裁量権を認めるものであった。1986年税制改革法の後では、内国歳入庁の事実調査が被支配グループ内で納税者がリスク配分をする際にその曖昧さを明らかにするには、明確な文書を単に用いるだけでは充分ではない¹⁸²⁾。すなわち、所得相応性基準により、明確に文書化された契約条項さえも、行政裁量権を用いて改変させられる可能性が出てきた。

無形資産取引の機能分析に関する主観的な特性を考慮すると、課税当局と企業はそれぞれの財源 (coffers) にいくらか注意を払ってはいるが、当然の結果として意見の一致はみない。その対応として、1990年代、アメリカ合衆国は、合意の方策として事前確認制度 (Advanced Pricing Agreements : APA) を導入した¹⁸³⁾。

この信頼できる合意の方策は、数年間もめた納税者と内国歳入庁間の移転価格の問題を一挙に解決して、使用する価格付けの方法をも決定するものである。しかしながら、それらは合意の方策であるが故に、別の納税者達に対しても紛争が解決される方法であるのかという点では、何の指導にもならない¹⁸⁴⁾。事前確認制度が普遍的方法ではないことを示している¹⁸⁵⁾。OECD 租税委員会報

182) Skinner, William, *op. cit.*, p.199.

183) Skinner, William, *op. cit.*, p.177.; 日本では1986年に移転価格税制が制定されると同時に、事前確認制度を創設しているが、アメリカ合衆国は1991年になってからこの制度を積極的に取り入れるようになった。

184) Skinner, William, *op. cit.*, pp.177-78.

185) 当然のことながら、事前確認制度には期待できないことも少なくない。…中略…事前確認 (APA) は、ケースバイケースの方法であり、一般的に適用されるようなルールを与えるものではない (水野忠恒著, 前掲書, (2000年), p.214.)

告書¹⁸⁶⁾によれば、「事前確認ならびに同様な個々の取り決めに不適切な形で利用することは競争における諸国の立場をゆがめることにもなる。」と指摘されている。

事前確認制度 (APA) は、実質主義の裁量権 (discretion) に対して保護する点ではよい形を備えているが、それらの事前確認制度はしばしば使用することができない場合もある。そして、事前確認制度を用いない場合、内国歳入庁が納税者の文書化された契約を改変するように強いるなら曖昧である¹⁸⁷⁾。

また、複数国家間で合意する交渉制度としては、相互協議がある。アメリカ合衆国の内国歳入庁による § 482の所得相応性基準に基づいた所得の再配分は、相手国がその関連会社に対して税額を軽減しない限り、二重課税が生じることになる。それで、移転価格税制における算定方法について、租税条約により、「権限ある当局」(Competent Authority) による相互協議が生じる場合があるが、この二重課税の調整は相互協議の課題の1つである¹⁸⁸⁾と指摘される。Glaxo事件で相互協議が失敗に終わったのも記憶に新しい¹⁸⁹⁾。その理由として、移転価格算定においてマーケティング無形資産の概念について二国間の共通の理解がなかったことが挙げられる。

政策の問題として、内国歳入庁が関連会社間の契約を自由に改変するために § 482を用いることができるならば、§ 482は一般的な濫用防止規定を退化させる (devolving into) 危険をも冒すだろう¹⁹⁰⁾。本稿Ⅲ 1 事業目的(3)脱税の論点で検討したように、実質主義の原則による裁量権を行使することを司法が認めている事案は、十分な事実がある場合に限られており、納税者が租税以外の

事前確認 (APA) によってはカバーしえないようなトラブルを解決するための新たな手続きが必要であろう (同書, p.215, 脚注2.)。

186) 水野忠恒監修・高木由利子訳『有害な税の競争』日本租税研究協会, (1998年), p.32, パラ72。

187) Skinner, William, *op. cit.*, p.199.

188) 水野忠恒著, 前掲書, (2000年), p.224。

189) 拙稿(2)参照。

190) Skinner, William, *op. cit.*, p.200.

移転動機がある場合には内国歳入庁による § 482 の適用は否認されている。しかし、これら事件の区別は決して明らかではない。その理由として、事業目的の調査自体が主観的特性を有していることが挙げられる。また、脱税防止のためにコモン・ローの濫用防止原則と同様に § 482 が必要であるとする主張は、明確に文書化された契約を伴う移転価格事案では見当外れである。その理由として、無形資産の使用許諾契約は利益確定前に締結される限り、その契約を結ぶ会社は租税以外の動機から行動すると考えられることが挙げられる。

国際租税政策の観点からは、そのような一般的な濫用防止の権限は、それを使用する課税当局にとってもふさわしくない。そのような内国歳入庁による裁量権の用い方は、相手国の課税権を侵害し、国際租税政策に基づいた源泉地管轄と居住地管轄との均衡を混乱させる可能性がある¹⁹¹⁾。

191) *Ibid.*