

# 代理人 PE に関する考察

松 下 滋 春  
〔研究科第 39 期〕  
〔研 究 員〕

# 要 約

## 1 研究の目的

ここ数年、代理人 PE の認定課税をめぐり、個別・具体的な事案において課税当局と納税者との間で議論が活発に行われている。この場合、議論のベースとなるのは代理人 PE 課税に関する解釈・適用の国際課税上のルールとしての OECD モデル条約及びコメンタリーである。よって、本研究は「課税要件事実を認定し、法律を解釈した上で、適用する（当てはめる）」という三つの段階を経てはじめて課税が行われるという基本原則を念頭に置きつつ、それらの国際課税ルールの解釈とその適用について考察するものである。本稿は、具体的に、次の三つのパートから構成することとしている。

- ① 〔第 1 章〕 代理人 PE 課税のあり方を考察する場合には OECD モデル条約をいかに解釈すべきかが最重要であることから、代理人に関する大陸法系と英米法系の法体系の相違を分析し、その違いが OECD モデル条約 5 条の代理人条項を解釈する上でどのような影響を及ぼすかについて基本的な理解に努めることとする。
- ② 〔第 2 章及び第 3 章〕 具体的な事実認定のケースとして、米国及びイタリアの代理人 PE 課税事案に係る判例を取り上げることにより、諸外国の国際課税の現場で、モデル条約等の国際課税ルールがどのように解釈・適用されているかの具体的な検証を行う。
- ③ 〔第 4 章〕 わが国の国際課税における喫緊の課題である「問屋（コミッションネア）契約」の課税問題について、代理人 PE 認定課税の可能性の観点から、モデル条約 5 条 6 項及び 5 項との関係を中心に、わが国の民商法との関連性をも併せた考察を行い、その課税の適否について検討を行うことを目的としている。

## 2 研究の概要

- (1) OECD モデル条約 5 条の代理人条項に関する考察

## イ 大陸法系国家と英米法系国家における代理制度に関する法理論

大陸法系国家においては、代理人が本人のために行動する場合の法形式として「直接代理」及び「間接代理」といわれる二つの方式がある。前者では、代理人は本人の名において行動し、第三者との関係では本人が当該代理人の行動に拘束されるのに対し、後者の代理人は自己の名で行動し、その者が行なった行動は、基本的に、本人ではなく代理人自身を拘束するものとなる。一方、英米法系国家では、「直接代理」と「間接代理」は法理論上区分されておらず、一般的なルールとして、本人に代わって代理人が行った行動は、いずれの名で活動したかに関わりなく本人を拘束することになる。よって、両法系の国家間において代理人制度の法理論が異なることから、OECD モデル条約 5 条 5 項において規定される従属代理人 PE の要件及び同 6 項において規定される独立代理人の範囲の解釈につき相違が生じることになるため、双方の国家間で租税条約が締結された場合には、代理人条項の文言解釈を巡り問題が生じることになるのは避けられないこととなる。

## ロ OECD モデル条約 5 条 5 項と 6 項との関係

OECD モデル条約 5 条 5 項と 6 項との相互関係に関する代表的な研究<sup>(1)</sup>としては、①大陸法と英米法との調和を図り、同 5 項の従属代理人規定を原則的なものとし、同 6 項の独立代理人規定を例外的な規定と位置づける「J. F. Avery Jones 及び D. A. Ward の見解」、②同 5 条をあくまで大陸法的な観点から解釈し、同 5 項（直接代理）と同 6 項（間接代理）は原則・例外関係にあるのではなく、もともと異なる代理人について個々に規定したものであるとする「S. I. Roberts の見解」、③代理人制度に係る大陸法と英米法との歴史的な発展経緯から派生する差異に基づく考察や文言の解釈に係る厳密な分析を行うことを敢えて避け、より直截的

---

(1) ①～③の見解の特徴を簡潔にまとめて紹介したものとして、Giuseppe Persico, Agency Permanent Establishment under Article 5 of the OECD Model Convention, *INTERTAX*, Vol. 28 (2000), Issue 2, p. 66-82. 等が挙げられる。

に OECD モデル条約を解釈しようとする「H. K. Kroppen 及び S. Huffmeier の見解」がある。これらを比較検討した結果、実務面の執行可能性の観点からは、③の見解が最も有効かつ実践的なものと思われる。

## (2) 代理人 PE となる代理人

### イ 独立代理人の要件について (OECD モデル条約 5 条 6 項:大成事件判決)

1995 年 5 月に米国租税裁判所が判決を下した「大成事件判決」に基づき検討を行った。当判決において同裁判所は OECD モデル条約 5 条コメンタリー: パラ 37 に準拠して論旨を展開し、恒久的施設の例外とされる独立代理人は、法律的及び経済的の両面で本人から独立性を有していなければならないことが確認された。すなわち、「法的独立性」とは本人からの詳細な指示 (detailed instructions) 又は包括的管理 (comprehensive control) を受けていないこと、「経済的独立性」とは企業家としてのリスク (entrepreneurial risk) を代理人自身が負担していることが要件であるとしており、この点は同コメンタリー: パラ 38 の規定に則った考えであるといえる。

### ロ 契約を締結する権限について (OECD モデル条約 5 条 5 項)

代理人 PE の認定に必要な条件として、源泉地国における従属代理人が「企業 (本人) の名において契約を締結する権限」を有していることとされている。ここで代理人がその業務を行いながらも、租税回避目的で契約書への署名は行わず、最終的な手続 (署名) を外国の本人に引き継ぐようなケースについては、コメンタリー: パラ 32.1 により、当該代理人の活動実態に着目することにより、源泉地国における課税 (代理人 PE 課税) が行われる可能性が充分にあると考える。一方、代理人がこの契約締結権限を常習的に行使することが PE 認定の要件とされているが、この点についてコメンタリーには明確な基準は示されていない。本稿においては、代理人の源泉地国での活動が、ある程度、通常的・反復的であることが必要と考え、「時間的 (期間的)」な基準を設けることの必要性について言及した。

#### ハ 子会社 PE の行う業務（フィリップ・モーリス事件判決）

2002年3月、イタリア最高裁によって判示された「フィリップ・モーリス事件判決」に基づき考察を行った。本事件でイタリア最高裁は、欧州グループ企業のイタリア子会社が PE に該当するか否かの判断で「Multiple PE」という概念を使用している。さらに、そのような考え方に基づいて“認定”した子会社 PE の行う業務をモデル条約5条2項(a)の「事業の管理の場所」にあてはめた結果、5条4項(e)の「準備的・補助的」な活動には該当しないため PE が存在していると判断している。しかしながら、この判決は、これまで見てきた OECD モデル条約5条6項の独立代理人の判断、同条5項の契約締結権限に係る要件を含め、伝統的な国際課税の基本原則からはかなり逸脱したものとされ、実務家や租税法学者から厳しく批判されている。

#### (3) 問屋（コミッションネア）契約と代理人 PE

90年代後半から、多くの多国籍企業は「グループ内部での機能・リスクの統廃合による取引形態の見直し」との名目で、従来の親子会社間の仕入販売取引（Buy-Sell 取引）からコミッションネア方式への転換を図る傾向がある。

#### イ 問屋契約における代理人 PE の認定

問屋（コミッションネア）が OECD モデル条約5条6項でいう独立代理人に該当するか否かについては、大成事件判決でも概観したとおり、法的独立性及び経済的独立性の観点から事実認定を的確に行うことが最も重要である。本稿では、例として、経済的独立性の面について、「本人の数」に着目し、「ただ一人の顧客（本人企業）」のために活動している代理人については、その独立性に疑義があるという考え方を示した。次に同条5項の契約締結権限の観点においては、本人を拘束するといえるか否かに焦点をあて、国内法の規定、つまり民商法の観点から問屋契約に関する考察を行った。その結果、形式（契約）上は本人を拘束しない「間接代理」とされるコミッションネアが行う取引であっても、その実

態がわが国の商法上の問屋に該当する場合には本人である委託者を拘束するものということができ、この考えは、コメンタリー：パラ 32.1 の記述に一致するものであることから、わが商法上の問屋に該当する代理人は OECD モデル条約 5 条 5 項の要件を充足するものである、との結論付けを行った。

#### ロ 代理人 PE 課税所得算出

一般的には、コミッション取引を導入することにより、商品の供給は売買（輸入再販売）形態から役務提供形態にシフトすることとなる。このような子会社の機能の変更は、必然的に代理人 PE の所得算定手法についても影響を及ぼすこととなり、親子会社間のリスクの移転は、この取引に係る外国企業グループの全体利益の中からより多くの利益を本人に移すことになる。したがって、課税所得計算における課題は、関係当事者の機能分析とリスク分析を的確に行うことであり、取引が独立企業間価格（ALP：Arm's Length Price）で行われているか否かという点に焦点が当てられることになる。

### 3 結 論

百年間に亘る租税条約の歴史的展開において、既に十分に議論されている「事業を行う一定の場所 PE」に比べて、「代理人 PE」の概念は、その適用基準、具体的な判断基準等に明確性を欠き、統一的なルールの策定の面で大きな遅れをとっていると言わざるを得ない。

本稿においては、そのような代理人 PE につき、課税当局がこれを認定して課税する局面に焦点を当て、最終的には事実認定の問題であるとしても、具体的事実に法律（あるいは国際課税のルール）を適用するための解釈に資することを目的として考察を行った。しかしながら、現時点において、代理人 PE の認定問題は、本稿で検討を行った独立代理人（あるいは従属代理人）の要件や所得配分等の論点を含め、国際課税上の多くの問題を孕んでいるものと考えられる。

このような現状の中で、わが国の課税当局としては、日本に進出してきた外国法人が行う事業内容につき、その形式にとらわれることなく、“果たす機能”及び“負担するリスク”等に即した実態面からの事実認定を的確に行うこと、そして OECD モデル条約 5 条 6 項及び 5 項等の基準に合致するか否かの判断（あてはめ作業）を国際課税のルールに則って実施することが最も重要な課題であると考えます。その結果として、最終的にその業務を行う者の「独立性」の条件等が満たされない限り、源泉地国における課税当局として積極的に代理人 PE の認定課税を行っていく必要があると考えます。

## 目 次

はじめに	379
第1章 OECDモデル条約5条の代理人条項に関する考察	383
第1節 国内税法及びOECDモデル条約の規定	383
1 国内税法の規定	383
2 OECDモデル条約の規定	384
3 国内税法と租税条約の代理人の範囲が異なる場合の取り扱い	386
4 小 括	389
第2節 大陸法系国家と英米法系国家における代理制度に関する法理論	389
1 代理人の概念	390
2 大陸法系国家における代理制度	391
3 英米法系国家における代理制度	392
4 小 括	393
第3節 OECDモデル条約5条5項と6項との関係	394
1 J. F. Avery Jones 及び D. A. Ward の見解	394
2 S. I. Roberts の見解	395
3 H. K. Kroppen 及び S. Huffmeier の見解	397
4 考 察	398
第2章 代理人 PE となる代理人	401
第1節 独立代理人か従属代理人か・・・OECDモデル条約5条6項	401
【大成火災海上保険事案（米国租税裁判所：1995年5月2日判決）を中心に】	
1 独立代理人の要件	401
2 大成火災海上保険事案（米国租税裁判所：1995年5月2日判決）	401
(1) 事実関係及び主要な争点	402
(2) 判 旨	403

(3) 法的独立性	403
(4) 経済的独立性	406
(5) 本判決の意義	409
3 通常の方法で事業を営むこと	410
第2節 契約を締結する権限・・・OECDモデル条約5条5項	413
1 契約を締結する権限	413
(1) 特定の業務目的に限定された権限	414
(2) 署名権限と交渉権限	414
(3) 事実上の行為としての契約締結権限	416
2 権限の反復的な（常習的な）行使	418
第3章 子会社PEの可能性	421
第1節 準備的・補助的な活動・・・OECDモデル条約5条4項	421
第2節 子会社に対する代理人PE認定の事例	422
【フィリップ・モーリス事案（イタリア最高裁：2002年3月7日判決他） に係る考察】	
1 事実関係及びイタリア課税当局の主張	422
2 主要な争点及び事案の経緯	424
3 判 旨	425
4 本判決に対する検討	426
(1) Multiple PEの原則について	427
(2) 準備的・補助的な活動について	429
(3) 本判決に対する意見のまとめ	431
5 本判決の意義	433
6 補 足（本事件に関する最新の動向）	435
第4章 問屋（コミッションエア）契約と代理人PE	437
第1節 問屋（コミッションエア）契約とは	437
第2節 代理人PEの認定	439
1 問屋は独立代理人か従属代理人か	439

2	OECD モデル条約 5 条 6 項との関係	439
(1)	取引の経済的な実態面からの検討	440
(2)	本人の数からの検討	441
(3)	小 括	442
3	OECD モデル条約 5 条 5 項との関係	442
(1)	大陸法系国家における国内法の規定	443
(2)	わが国における国内法の規定	444
(3)	小 括	449
4	まとめ	450
	第 3 節 代理人 PE 課税と課税所得 (ALP の観点からの考察)	450
1	代理人 PE 課税と ALP による課税所得算定	451
2	コミッション取引における「機能」と「リスク」	452
3	小 括	453
4	補 足	455
	おわりに	457

## はじめに

OECD モデル租税条約では、二国間における国際取引に関する事業所得課税について、恒久的施設（PE：Permanent Establishment）の存在を源泉地国課税の必須要件とし、課税所得の範囲を帰属主義により決定することとしている。つまり、この PE 概念とは、源泉地国において、内国法人と同様の方法で外国法人の国内源泉所得に課税することを正当化させる程度の経済的な浸透度を示す閾値（threshold）そのものであるといえる。したがって、租税条約の適用において恒久的施設は最も重要な概念の一つとなっており、わが国が締結している全ての租税条約においても、相手国法人に対する課税の根拠規定の中心的な位置を占めているものといえる。しかしながら、百年間に亘る租税条約の歴史的展開及び OECD モデル条約、国連モデル条約及び米国モデル条約によって一応与えられている PE の定義にも拘らず「代理人 PE（わが国の国内税法でいう、いわゆる“3号 PE”）」の概念は、既に十分に議論されている「事業を行う一定の場所 PE（“1号 PE”）」に比べて、その適用基準、具体的な判断基準等に明確性を欠き、統一的なルールの策定の面で大きな遅れをとっていると言わざるを得ない。主としてその理由は、代理人 PE の概念それ自体の広範さという法的な面によるものであり、また、代理人の活動を PE として認定するに相当な経済的浸透度合いの測定の困難さに基因しているものと考えられる。

具体的な租税条約の規定においては、企業が支店等の PE を源泉地国に有しない場合であっても、その企業に従属する代理人を源泉地国に配置して業務を行うのであれば、物理的な支店等の PE に基づく事業活動と実質的に同様の効果をもたらすことから、このような代理人が源泉地国に存在する場合、その企業は源泉地国に PE を有しているものとされ、同国の課税権に服することとなる。しかしながら、源泉地国に代理人が存在することが、直ちに同国における PE の存在を意味するものではなく、代理人であっても、企業にとって従属的な地位にあり企業が支店等を保有することと同様な機能を果たす者こそが代理人 PE とみなされることとなる。つまり、独立の地位を有する代理人を通じて事業活動

を展開する場合はPEを有していることとはならないため、そのような場合には外国法人等について源泉地国における課税関係は生じないことになる。

ところでここ数年、この代理人PEをめぐる、具体的な個別事案において課税当局と納税者との間で議論が盛んに行われている。その場合の両者の基本的な態勢として「代理人PEとは1号PEの補完規定であり、その機能的な面を拡大するもの」という解釈から3号PEの認定を行うとする課税当局の主張に対し、納税者側からは「代理人の地位が“独立代理人”であること、あるいはその活動が“準備的・補助的業務”にすぎないこと」等の主張がなされ、理論面での対抗が生じる場面が想定される。基本的に、代理人のみならずPEの認定問題は、その大部分が事実認定に関する議論によって決定されるものである。このような「事実認定に基づく課税」においては、法律面の解釈はもちろん必要であるが、それだけでは対応できない問題があることから、詳細かつ緻密な「事実の認定」が要求される。つまり、課税当局においてはそのルールを無視した課税はできないことになり、一方で、納税者は自身に有利になるような徹底した事実管理を行う必要があり、当局の事実認定に抗弁できないような状況、あるいはそのための努力を怠るようであれば課税を受けることとなろう。いずれにせよ、代理人PEの認定に関しては、広く画一的なルールを策定することは極めて困難であり、課税当局側とすれば、的確な事実認定をいかに行うかが当面の最重要課題となろう。また、それと同時に、恒久的施設とされる代理人の個々の要件について規定した国際課税上のルールについて、逐一、詳細に検討していく作業を行うことが求められる。

このように、代理人PEの認定においては法律解釈と事実認定とは密接な関係にあるといえるが、そのことは、東京大学の金子名誉教授<sup>(2)</sup>、中里教授<sup>(3)</sup>も、

---

(2) 金子宏『租税法(第九版)』(弘文堂、2003)第一編第六章第一節「租税法の解釈」(118頁以降)及び第二節「租税法の適用」(137頁以降)参照。

(3) 中里実『タックスシェルター』(有斐閣、2002)221頁以降参照。ここでは、租税回避の否認に関する明文上の規定が存在する場合の否認を“狭義の租税回避否認”とした上で、「課税の前提となる私法上の当事者の意思を、私法上、当事者間の単なる表面的・形式的な意味によってではなく、経済的実態を考慮した実質的なかたち

租税法を適用した課税を行うにあたっては「課税要件事実を認定し、法律を解釈した上で、適用する（当てはめる）」という三つの段階からなされるべきとしておられる。このような観点から、本稿では基本的に代理人 PE の認定を行う上での理論的前提となる「法律<sup>(4)</sup>の解釈面」に焦点を当て、同時に「具体的な事実認定」のケースとして米国及びイタリアの課税当局が行った代理人 PE 課税事案にも言及してみたいと考える。

ここで、本稿の構成につき簡単に概観する。まず第 1 章では、OECD モデル条約 5 条（恒久的施設）の代理人条項に関する考察として、国内税法と租税条約の規定を概観し、大陸法系及び英米法系における代理人概念を比較検討するとともに、同 5 条の 5 項と 6 項の関係に関する著名な 3 者の見解を考察してその基本的理解に努めることとする。

次に、第 2 章及び第 3 章においては、代理人 PE 認定に関する個別の論点を OECD モデル条約 5 条の各項の順にみていくこととする。第 2 章では、どのような代理人が代理人 PE に該当するかを類別する目的で、まず同 6 項の独立代理人の要件について 1995 年の米国租税裁判所が下した判決（大成火災海上保険事案）を中心に検討し、続いて同 5 項の契約締結権限に関する要件についての考察を行う。第 3 章では、子会社に対する PE の認定可能性について、同 5 条 4 項の準備的・補助的業務の議論と併せ、2002 年のイタリア最高裁判決（フィリップ・モーリス事案）を題材に検討を行うこととする。

最後に、第 4 章では、主として全世界的に事業活動を展開する欧米企業が、特に 1990 年代の後半からタックス・マネジメントの一環として多用し注目を集めることとなった「問屋（コミッションエア）契約」の課税問題に関する考察を行う。具体的には、代理人 PE 認定課税の可能性の観点から OECD モデル条約 5

---

にしたがって認定し、その真に意図している私法上の事実関係を前提として法律構成をし、課税要件への当てはめを行えば、結果として、“狭義の租税回避否認”と同様の効果をもたらすことが可能となろう」としておられる。

- (4) 厳密には、代理人 PE 課税に関して、国内税法だけではなく、OECD モデル条約や同条約コメンタリー等の「国際課税上のルール」全般に関する解釈等に焦点をあてていきたい。

条5項及び6項との関係を中心に、わが国における民商法との関連性をも併せた考察を行い、その課税の適否について検討を行うこととする。

# 第1章 OECDモデル条約5条の代理人条項に関する考察

## 第1節 国内税法及びOECDモデル条約の規定

一般的に、代理人条項のみならず、恒久的施設の範囲全般に関し、わが国の国内税法と租税条約の規定はその定義を異にしていることから、国内税法上はPEに当たるが租税条約上はPEに当たらないというようなケースが発生することとなる。これは、各国が個々の国内税法において国際取引や経済活動に関する網羅的かつ自己完結的な国際課税のルールを定める一方、国際的な二重課税を防止することを目的として締結される租税条約が抽象的・概括的な規定ぶりとなっていることがその原因であるといえよう。

本節では、まず、代理人条項に関する国内税法とOECDモデル条約の規定を概観し、続いて国内税法と租税条約との適用関係における法的な考察を試み、最終的に両者の規定するPEの範囲が異なる場合の課税上の取り扱いについて検討してみたい。

### 1 国内税法の規定

法人税法第141条第三号（ならびに所得税法第164条第1項第三号）においては、代理人PEを有する外国法人（代理人PEの範囲）について次のように規定している<sup>(5)</sup>。

「国内に自己のために契約を締結する権限のある者その他これに準ずる者で政令で定めるもの（以下この号において「代理人等」という）

---

(5) 外国法人が、日本国内に法人税法第141条第一号に規定する支店や工場等のいわゆる1号PEと同条第二号に規定する建設作業等の2号PEとを、あるいは1号PEと代理人等の3号PEとを同時に有する場合には、それぞれ、1号PEを有する外国法人として取り扱うこととされる（法人税法第141条第二号かつこ書き、第三号かつこ書き）。また、2号PEと3号PEとを同時に有する場合には、修正を受けずに、2号PEと3号PEを有する外国法人として取り扱われる（同法第141条第二号、第三号）。

### を置く外国法人（第一号に該当する外国法人を除く）」

この規定を受けて、法人税法施行令第186条（ならびに所得税法施行令第290条）では、「政令で定めるもの」につき以下の3種類の代理人を挙げている。

- 一 《常習代理人<sup>(6)</sup>》 外国法人のために、その事業に関し契約（その外国法人が資産を購入するための契約を除く。以下この条において同じ）を締結する権限を有し、かつ、これを常習的に行使する者（その外国法人の事業と同一又は類似の事業を営み、かつ、その事業の性質上欠くことができない必要に基づきその外国法人のために当該契約の締結に係る業務を行う者を除く）
- 二 《在庫保有代理人》 外国法人のために、顧客の通常の実要求に応ずる程度の数量の資産を保管し、かつ、当該資産を顧客の要求に応じて引き渡す者
- 三 《注文取得代理人<sup>(7)</sup>》 もっぱら又は主として一の外国法人（その外国法人の主要な株主等その他その外国法人と特殊の関係のある者を含む）のために、常習的に、その事業に関し契約を締結するための注文の取得、協議その他の行為のうちの重要な部分をする者

## 2 OECD モデル条約の規定

OECD モデル条約の恒久的施設条項である5条のうち、その5項及び6項は次のように規定している。

- 
- (6) 法人税基本通達20-2-5においては、常習代理人の範囲を拡張して「契約書に調印する権限は与えられていないが、契約内容につき実質的に合意する権限を与えられている者が含まれる」としている。
  - (7) 注文取得代理人の規定が設けられているのは、常習代理人のみの規定とした場合、契約締結権限を本店や親会社等が形式的に留保して、契約の実質的部分を代理人に任せることにより源泉地国におけるPE認定を回避する手口を防止するためである。なお、この論点については、第2章第2節において後述する。

**【OECD モデル条約 5 条 5 項】**

「1 項及び 2 項の規定にかかわらず、企業に代わって行動する者（6 項の規定が適用される独立の地位を有する代理人を除く）が、一方の締約国内で、当該企業の名において契約を締結する権限を有し、かつ、この権限を反復して行使する場合には、当該企業は、その者が当該企業のために行うすべての活動について、当該一方の国内に恒久的施設を有するものとする。ただし、その者の活動が 4 項に掲げる活動（事業を行う一定の場所で行われたとしても、4 項の規定により当該一定の場所が恒久的施設とされない活動）のみである場合は、この限りでない」

**【OECD モデル条約 5 条 6 項】**

「企業は、通常の方法でその業務を行う仲立人、問屋その他の独立の地位を有する代理人を通じて一方の締約国内で事業活動を行っているという理由のみでは、当該一方の国内に恒久的施設を有するものとされない」  
つまり、代理人等が恒久的施設に該当するための要件として、5 項では「企業に代わって行動する者」が、その「企業の名において契約を締結する権限を有」すること及びその「権限を反復して行使する」ことを挙げており、これらの要件を満たす者を従属代理人として源泉地国における恒久的施設の存在を認めるとしている。

ただし、その一方で、5 条 6 項において規定する「通常の方法でその業務を行う仲立人、問屋その他の独立の地位を有する代理人」（すなわち独立代理人）及び 5 条 4 項で規定する「企業に属する物品又は商品の在庫を保管、展示又は引渡しのためにのみ保有する」者（つまり在庫保有代理人）あるいは「準備的又は補助的な性格の活動を行うことのみを目的とする」者などは代理人 PE には含まれないと明記している。

このような条約の規定において、特定の代理人が恒久的施設に該当するかどうかにつき最も重要なのは、その者が従属代理人であるか独立代理人である

かに関する判断基準であるといえる<sup>(8)</sup>。この点に関し、OECD モデル条約の解釈指針である5条コメンタリー<sup>(9)</sup>：パラ36においては「一方の締約国の企業が、仲立人、問屋その他の独立の地位を有する代理人を通じて商取引を行う場合、その代理人がその事業の通常のプロセスで行動するのであれば」源泉地国において課税対象となる代理人に該当しない（恒久的施設と認定されることはない）旨を定めている。さらに、パラ37においては、この場合の独立代理人の要件として、①「当該代理人は、法的及び経済的双方において企業から独立していること」及び②「当該代理人は当該企業に代わって行動するときは、自己の事業の通常の方法で行動すること」を挙げている。

### 3 国内税法と租税条約の代理人の範囲が異なる場合の取り扱い

このように、代理人 PE に関するわが国の国内税法における規定と OECD モデル条約に準拠して各国との間において締結された租税条約では、その範囲がかなり異なっている。例えば OECD モデル条約においては、上記のとおり常習代理人のみを対象とし、さらにその中から独立代理人が除かれるため、その結果、代理人 PE は従属代理人のみに限られることとなる。このように、恒久的施設の定義について国内税法と租税条約の規定が異なる場合にはどちらの規定を優先させて取り扱うことが妥当か。例えば、「国内源泉所得」に関しては、法人税法第139条（あるいは所得税法第162条）において、租税条約において国内税法と異なる定めがある場合においては、その異なる定めが

---

(8) ある代理人は、外国の本人から独立しているか（代理人の活動は代理人自身の事業活動）、あるいは従属しているか（代理人の活動は外国本人企業の事業の一部、つまり“本人の手足”にすぎない）の判断こそが、源泉地国の課税権が及ぶか否かの決定において第一義的なメルクマールになると考える。

(9) 2003年1月28日付で、OECD 租税委員会より OECD モデル租税条約 (Model Tax Convention on Income and on Capital : 1992年版の第5次改訂版) が公表された。同時に、租税委員会における様々な検討結果に基づき、同条約コメンタリーも大幅に改正が行われている。以下、本稿において OECD モデル条約コメンタリーという場合は、特に断りのない限り、この2003年1月28日公表版をいうこととし、表記方法としては、例えば「5条コメンタリー：パラ36」等とする。

ある限りにおいて、その条約に定めるところによるという条約優先の旨が明文で規定されている。しかしながら「恒久的施設の範囲」については、法人税法及び所得税法においてはそのような明文規定は設けられておらず、唯一、地方税法<sup>(10)</sup>においてのみ租税条約の定めが優先される旨の規定がおかれている<sup>(11)</sup>。

国内法と条約との適用関係について検討する場合には、まず、わが国をはじめ多くの国の憲法において、条約の国内的編入に関し「条約をそのままの形で国内法として一般に受容し執行するという方式」、すなわち一般的受容方式が採用されていることに着目する必要がある<sup>(12)</sup>、これは、わが国の憲法が、国際協調主義の建前、特に条約遵守主義（第98条第2項<sup>(13)</sup>）を採り入れていることから確認できる。また、条約は国家間の合意であり、条約の締結に国会の承認を必要としていることから、条約が法律に優位することについては異論はないものとされている。この国内法と条約との優劣関係は、国内税法と租税条約との関係にも当然にあてはまるものとされ、租税条約は、国内的効力に関しては租税法律主義（課税要件法定主義）の憲法上許容された例外として、税法の法源性を一般的に承認されているものといえる<sup>(14)</sup>。この点については東京大学の金子宏名誉教授も「租税条約が、国内法と異なる定めをなしている場合に、租税条約の定めが優先して適用されることは、いう

---

(10) 外国法人の道府県民税に関する規定として地方税法施行令第7条の3の5第3項、また、外国法人の市町村民税に関する規定として同法施行令第46条の4が挙げられる。

(11) なお、租税条約の実施に伴う所得税法、法人税法及び地方税法の特例等に関する法律の施行に関する省令の一部を改正する省令第1条第七号において、「恒久的施設」の定義（1号PEについて「一定の場所」、2号PEについて「建設作業等で一年を超えるもの」及び3号PEについて「代理人等」）に関する規定を設けている。

(12) 山本草二『国際法（新版）』（有斐閣、1994）102頁。

(13) 日本国憲法第98条【最高法規、条約及び国際法規の遵守】第2項：「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」

(14) 谷口勢津夫『租税条約論—租税条約の解釈及び適用と国内法—』（清文社、1999）29頁。

までもない<sup>(15)</sup>」としておられる<sup>(16)</sup>。

なお、このような国内税法と租税条約との適用関係における基本原則が存在する一方で、全ての課税関係において租税条約が優先適用されるわけではない点に留意する必要がある。例えば、租税条約の規定は、国内税法で定められた納税義務を過重するものではないと同時に新たな租税を創設するものでもなく、また、国際課税問題は第一義的には国内税法の問題であることから、納税者に認められた国内税法上の特典を租税条約により排除することはできないとする考え方が<sup>(17)</sup>。このような考え方は、わが国が締結した一部の租税条約において、特に一条を設けて課税上の一般原則<sup>(18)</sup>として定めており、preservation clause<sup>(19)</sup>といわれる条項においては「当条約と国内法又

(15) 金子宏『租税法（第九版）』（弘文堂、2003）111頁。

(16) なお、米国においては、いわゆる「後法優先の原則（later in time rule）」により国内税法である内国歳入法と租税条約が同順位に位置付けられている。内国歳入法（7852条(d)(1)）では、「歳入に影響を及ぼす合衆国の条約の規定と合衆国の法律の規定との関係を決定する場合、それが条約であるという理由で、あるいは法律であるという理由によって、条約及び法律のうちのどちらかが優先的な地位（preferential status）を持つことはない」と明文で規定している。よって、連邦議会が既存の条約規定と直接抵触する制定法の規定を立法化した場合には、“時間的に”後で立法化された制定法が国内法として優先することとなる。この結果、米国側において、租税条約の合意内容に反するような国内税法の改正が行われるような場合が懸念されるため、新日米条約29条（日米条約は全面改正され、2003年11月7日に両国政府代表により署名が行われた段階であり、以下、本稿においては「新日米条約」とする）においては、そのような場合には日米両国間で協議を行うことが定められた。

(17) 水野忠恒『租税法』（有斐閣、2003）513頁。

(18) 課税上の一般原則は、条約に明文の規定がない場合であっても当然に尊重され考慮されるべきものとされている。一般的には、租税条約においてこのような一般原則を規定するものは少なく、OECDモデル条約においてもこの種の規定は設けていない。なお、一般原則としてはpreservation clause以外にも、「自国の居住者・内国法人に対する自国の課税権は、租税条約の規定の影響を受けることはなく国内税法どおりに確保されるべきこと」を規定するsaving clause等も挙げられる。

(19) わが国が締結した租税条約においてpreservation clauseが規定されているものとしては、日米条約（4条2項（新日米条約においては1条2項））の他、日澳条約（22条1項）、日加条約（25条1項）、日ソ条約（24条）、日中条約（27条）等が挙げられる。

は両国間の他の協定上の規定とが競合した場合には、国内法又は他の協定の規定が納税者にとってより有利なものであれば、条約に優先して適用される」旨を規定し、納税者の権利を保存 (preserve) することが認められている。よって、この原則の適用がある範囲内では、租税条約は国内税法には優先しないことになる点に留意する必要がある。

#### 4 小 括

このように、「恒久的施設の範囲」に係る規定が国内税法と租税条約とで異なる場合には、国内税法の規定にかかわらず租税条約が優先することとなるため、相手国との間で締結された条約の定める範囲内で PE を把握し、国内における課税を行なうことになる。つまり、国内税法では、①常習代理人、②在庫保有代理人及び③注文取得代理人の 3 種類の代理人が PE として定められているが、OECD モデル条約では、①の常習代理人だけが PE として認められており、しかも、そのなかから独立代理人は除かれている。よって、OECD モデル条約タイプの条約を締結した場合における PE たる代理人は、従属的な常習代理人に限られることとなり、その範囲はかなり狭められることになる<sup>(20)</sup>。

### 第 2 節 大陸法系国家と英米法系国家における代理制度 に関する法理論

二国間の租税条約において使用される特殊な用語の意義が双方の国家間で異なる場合には、課税上、様々な問題が生じる可能性がある。ここでは、代理人 PE について規定する OECD モデル条約 5 条 5 項と 6 項における用語の解釈につ

---

(20) 「在庫保有代理人」を PE の対象とする租税条約相手国として、アイルランド、英国、インド、インドネシア、オランダ、スリランカ、タイ、デンマーク、トルコ、ニュージーランド、パキスタン、フィリピン、ブラジル、ベトナム、マレーシアが挙げられる。また、「注文取得代理人」を PE の対象とする租税条約相手国としては、インド、タイ、中国、ニュージーランド、フィリピンが挙げられる。

いて、大陸法 (Civil law) と英米法<sup>(21)</sup> (Common law<sup>(22)</sup>) それぞれの観点から、代理人の概念や代理制度に関する法理論の相違に関する比較検討を行うこととする。

## 1 代理人の概念

租税条約においてその定義が明確になされていない「代理人」という用語の解釈に当たっては、まず OECD モデル条約 3 条 2 項<sup>(23)</sup>が考慮されなければならない。その際、代理人条項を総括的に認識するためには、まず、大陸法と英米法における代理人に関する概念には、主として歴史的要因<sup>(24)</sup>により根本的な不一致が存在することを念頭に置く必要がある。つまり、両国間においては、その法的構造の相違からそれぞれの国内で用いられている用語の基

- 
- (21) 田中英夫『英米法総論 上』(東京大学出版会、1980) 3 頁によれば、「英米法」という用語自体は、「日本法」や「フランス法」等の単一の法体系を指す用語と異なり多数の法体系の総称であることから「英米法系」または「英米法圏」とするのがより正確であるとされる。また、その意味で「ドイツ法」、「フランス法」、「イタリア法」等を一括した名称である「大陸法系」と対比されることとなる。
- (22) 田中・前掲注 21・6 頁によれば、“Common law”という言葉には、3 つの用法、① Equity と対比される、中世に起源を持つ法体系を指す場合；② Statute (制定法) と対比される、判例法を指す場合；③ 大陸法 (Civil law) と対比される、英米法を指す場合があるとされている。以下、本稿においては、特に断りのない限り、③の意味において「大陸法」と「英米法」という言葉を使うこととする。
- (23) 条約において使用されている特殊用語は、通常、締約国の国内法において用いられているものと同様の意義を反映しているものとされる。このような租税条約の特殊性は OECD モデル条約においても受け容れられており、その 3 条【一般的定義】2 項では、条約解釈における国内的な見地からの措置として、「一方の締約国によるこの条約の適用上、この条約において定義されていない用語は、文脈により別に解釈すべき場合を除くほか、この条約が適用される租税に関する当該一方の国の法令上有する意義を有するものとする」と規定している。つまり、特定の用語に関し、条約上で定義付けが行われていない場合は、個々の締約国は、第一義的に当該用語を自国の国内法令上の観点に従って解釈することが公認されている。
- (24) 田中・前掲注 21・5 頁によれば、イギリス法が、フランス法、ドイツ法、イタリア法などのヨーロッパ大陸諸国の法と異なる形で発展してきた根本的な要因として、大陸法がローマ法の影響を強く受けたのに対し、イギリス法は数次にわたってローマ法の影響を受けはしたが、基本的にはゲルマン法に由来する伝統的な法体制を維持してきたことに由来する、とされる。

本的な概念が異なるために、代理人に関する用語を英米法の文言から大陸法の文言に単純に翻訳することは、一方の（あるいは双方の）国において正確な意義を有するものとはならない。

大陸法系国家及び英米法系国家の双方において共通する基本的な大前提は「代理人は本人に代わって行動する、すなわち代理人は本人の利益のために行動する」ということであり、これはつまり、大陸法及び英米法の双方において、代理人の行う活動の効果は究極的に（代理人自身ではなく）本人に帰属することを意味している。しかしながら、この結論に至る過程には、大陸法と英米法とではその法的構造の違いにより大きな相違があり、その点につき以下で検討してみる。

## 2 大陸法系国家における代理制度

大陸法系国家においては、代理人が本人のために行動する場合には二つの方式がある。一つは「直接代理」であり、他の一つは「間接代理」といわれる方式である。

まず、「直接代理」では、代理人は本人の名において（本人のために）行動するものであり、その場合、（代理人自身ではなく）本人が対第三者の関係において拘束（bind）されることとなる。直接代理においては、第三者との間においては、本人を拘束するただ一つの契約、つまり第三者と本人との間における契約が存在することになる。この契約は、本人の名において、本人に代わり、代理人が締結したものであるが、その効果は直接的に本人に帰属することとなる。この直接代理を有効なものとするためには、代理人は取引の相手方である第三者に対し、自身は本人の名において行動する代理人である旨を開示することが必要とされる（開示代理人）。一方、「間接代理」では、代理人は真の意味で本人を代理するものではないため、本来の代理人とはいえないとされる。間接代理人は、自己の名で行動し、対第三者との関係においては（本人ではなく）自身を拘束するものであり、別個の取引を通じて、代理人として行った行動から生じた法的な権利や義務を本人に移転すること

となる。この場合、間接代理人と第三者との間で締結された契約は、本人に対し直接的に影響を及ぼすことはない。なお、この間接代理は上述の開示代理（人）との対比から非開示代理（人）とされる。

このように、OECD モデル条約 5 条 5 項の観点から大陸法系国家における法理論を考察すると、代理人が「本人あるいは代理人自身のいずれの名において行動するか」のテスト（the ‘acting in the name of’ test）が直接代理と間接代理とを区分する際の最も重要な判断基準となり、直接代理の場合においてのみ、本人は代理人の行動によって拘束されることとなる。また、代理人 PE における除外規定としての 5 条 6 項は、その対象が大陸法かあるいは英米法かにより、それぞれ別のタイプの代理人について規定しているものとされ、大陸法系国家の法律家は、本人を拘束するような契約を締結する権限を有していない代理人につき恒久的施設から除外するものとしている。

### 3 英米法系国家における代理制度

英米法系国家では、大陸法系国家とは異なり「直接代理」と「間接代理」のような区分はない。一般的なルールとして、英米法では本人に代わって代理人が行った行動は、その代理人自身の名、あるいは本人の名、いずれの名で活動したかにかかわらず対第三者との関係においては本人が拘束されることとなり、この点に関し、前述の大陸法的な用語を用いて表現するならば、英米法系国家における代理人は全て「直接代理」のそれであるといえる。つまり、本人の名において実際の契約がなされたか否かの判断は無意味であり、英米法における代理人は代理人として行動する限り本人を拘束することとなる<sup>(25)</sup>。なお、1994 年に行われた OECD モデル条約コメンタリー改正においては、この点に対する明確な指針を与えるため、パラ 32（現在の 32.1 前段）

---

(25) このことは、たとえ本人の存在が開示されない場合（非開示代理、すなわち第三者が本人と代理人との関係を知らない場合）であつても有効な基本原則であるが、例外的に非開示代理人の締結する契約が本人を拘束することとはならないような場合については、代理人の概念には含まれないこととなる。

が「“当該企業の名において契約を締結する権限 (authority to conclude contracts in the name of the enterprise)” という文言についても、これは文字どおり (literally) 当該企業の名において契約を締結する代理人にこの条文の適用を限定するものではなく、その契約が当該企業を拘束 (binding) はするものの、実際には当該企業の名において締結されるものではない契約を締結する代理人<sup>(26)</sup>についても、この条文は等しく適用される」と改訂された。このコメンタリーにより、英米法系国家においては、重要なのは「契約が本人の名において締結されたかどうか」ではなく「契約が本人を拘束するか否か」であることがより一層明確にされた。よって、英米法の世界においては、大陸法とは異なり「拘束性テスト (the ‘binding on’ test)」が優先されることとなる。

また、独立代理人に関する5条6項について見れば、実際、英米法系の国々の法律家は、この6項に関しては本人を拘束するような契約締結権限を有するタイプの代理人のうち、特定の要件に見合う者を恒久的施設の概念から除外するものと捉えている。

#### 4 小 括

ここまでみてきたように、大陸法系国家と英米法系国家との間において代理人制度の法理論が異なる<sup>(27)</sup>ことから、OECDモデル条約5条5項において規定される代理人PEの要件及び6項において規定される独立代理人の範囲が異なってくる。つまり、OECDモデル条約3条2項の規定に則り、双方の

---

(26) 代理人自身の名において契約が締結されるようなケースを指す。

(27) 前述のとおり、大陸法における代理人の概念は英米法におけるそれよりも広いものと考えられる。何故なら、大陸法の考えでは、英米法においては例外として代理人概念から除外される「間接代理」的な行動を行う特定の者も代理人の概念に含むこととしているためである。つまり、両国間においてそれぞれ認識されている固有の代理人概念は一致していないことから、「代理人」という用語を英米法の専門言語から大陸法のそれへと単純に言い換えることは問題が生じる可能性が大きくなることに留意しなければならない。

国家においてそれぞれの国内法に即した解釈を行うことから、双方の国家間で租税条約が締結された場合には文言の解釈において問題が生じることとなるのは避けられないこととなる。以下においては、このような大陸法と英米法との間における代理制度の相違から生じる国際課税上の問題点について、特に、恒久的施設とされる代理人について規定する OECD モデル条約 5 条 5 項と独立代理人について定める 6 項との関係に焦点を当てて検討を進めていきたい。

### 第 3 節 OECD モデル条約 5 条 5 項と 6 項との関係

OECD モデル条約 5 条 5 項と 6 項との相互関係については、従来から議論され続けてきた論点であり、ここでは代理人条項に関するこの論点の詳細な研究として 1993 年以降に発表された著名な 3 点の論文を参考としつつ検討してみたい<sup>(28)</sup>。

#### 1 J. F. Avery Jones 及び D. A. Ward の見解<sup>(29)</sup>

これは、大陸法と英米法との調和を図ることを念頭に解釈を行おうとする見解であり、基本的には 5 項の従属代理人規定を原則的なものとし、6 項の独立代理人規定を例外的な規定と位置付けている。

この見解においては、まず、原則規定としての 5 項の範疇に含まれる代理人については、“当該代理人が締結する契約が本人を拘束すること”を最も重要な条件としているため、「大陸法の代理人のうち、本人の名において行動する代理人（直接代理）」及び「英米法の全ての代理人（本人を拘束する限りにおいては、本人あるいは代理人いずれの名において契約を行うかという形式

---

(28) 本節においては、Giuseppe Persico, Agency Permanent Establishment under Article 5 of the OECD Model Convention, *INTERTAX*, Vol. 28 (2000), Issue 2, p. 66-82 を参照するところが多い。

(29) John F. Avery Jones and David A. Ward, Agents as Permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention, *British Tax Review*, (1993) p. 341-383.

にはこだわらない)」が含まれることとなる。

一方、この原則に対する例外規定として、英米法の代理人から6項で規定する（あくまで英米法上の）仲立人及び問屋を恒久的施設とはならない独立代理人<sup>(30)</sup>として代理人 PE の範疇から除外する。また、その他の独立の地位を有する代理人に関しては、基本的には、本人を拘束する契約を締結する英米法上の独立代理人を除外するための規定であり、通常、大陸法上の独立代理人は対象外と考えられている。しかし、極めて例外的に本人を拘束する契約を締結するような大陸法上の独立代理人が認められた場合には6項の適用があるものとされ、上述の大陸法の直接代理人から除外されることになる。

なお、この見解では、大陸法の間接代理（大陸法における仲立人及び問屋）は、それらの者が行う活動によって締結される契約が本人を拘束することは最初から予定されていないため、当初より恒久的施設たる代理人に該当するか否かの議論（5項と6項の議論）からは除外されている点に留意すべきである。つまり、この見解に基づく場合、大陸法の世界では5項が直接代理を規定し、6項はその直接代理のうち本人を拘束する契約を締結する独立代理人という極めて少数・例外的な（仲立人及び問屋以外の）その他の独立の地位を有する代理人のみを取り扱うものであるから、独立代理人のうち大部分を占める仲立人及び問屋に係る規定の部分は大陸法における代理人 PE の議論では不要なものとして検討対象には入れていない。

## 2 S. I. Roberts の見解<sup>(31)</sup>

この見解は、英米法との相違を認容しつつ、OECD モデル条約の代理人条項をあくまで大陸法的な観点から解釈しようとする考えに基づくものであり、5条5項と6項の関係は先の「J. F. Avery Jones 及び D. A. Ward の見解」でい

(30) 独立代理人に該当するための要件等については、第2章第1節において検討する。

(31) Sydney I. Roberts, *The Agency Element of Permanent Establishments: The OECD Commentaries from the Civil Law View*, *INTERTAX*, (1993/9) p. 396-420 (Part One), (1993/10) p. 488-508 (Part Two).

うような原則・例外的なものではなく、もともと別個の規定であるとしている。つまり、大陸法的に言えば5項は「直接代理」、6項は「間接代理」をそれぞれ規定しており、5項と6項は全く異なるタイプの立場について言及するものであるから、両者は原則・例外どころか両極に位置付けられるものとして、6項の独立代理人は5項の従属代理人とは当初から別個に存在しているものであるとする。

この見解では、独立性・従属性の判断基準として、源泉地国における代理人の活動の特質に着目し、それが外国の本人そのものの活動であるのか、あるいは代理人自身の活動なのかという観点から“源泉地国における経済活動の浸透度合い”を測ることを念頭に置いている。つまり、5条5項は（文字どおり形式的に）外国の本人の名において本人を拘束する契約を締結する代理人についての「直接代理」の規定であり、その代理人の活動の従属性及び源泉地国における代理人を通じた本人の経済活動の浸透度合いが深いことに着目して代理人 PE が構成される根拠になるものとしている。一方、6項は、代理人が自身の名において契約を締結し、自身のために行動する「間接代理」、つまり仲立人あるいは問屋のような外国の本人のためではあるが自身の名において行動するような代理人を規定するものであることから、何ら外国の本人を拘束するものではなく、独立代理人としての要件を充足する限りにおいて、源泉地国における代理人 PE 課税は免れるものと考えられる。なお、その場合において、5項と6項の中間的な代理人は代理人 PE とみなして扱うこととする<sup>(32)</sup>、という見解である。

---

(32) この「S. I. Roberts の見解」で注目すべき点は、“グレーな部分”、つまり、“明らかな従属代理人”を示す5項代理人と、“明らかな独立代理人”を示す6項代理人との中間に存在する代理人（具体的には、代理人自身の名で契約を締結する要件は満たすものの通常の業務を超える活動を行う代理人等）に着目している点である（前述の「J. F. Avery Jones 及び D. A. Ward の見解」においては、このような中間的な代理人の存在は予定されていない）。この理論では、そのような代理人を「暗黙的な代理人 PE (implicit PE)」と位置付け、6項の規定は代理人 PE の存在を包含するものとしている。

### 3 H. K. Kroppen 及び S. Huffmeier の見解<sup>(33)</sup>

この見解は、OECD モデル条約 5 条 5 項と 6 項の関連性について、大陸法と英米法との歴史的経緯の差異に基づく考察や、文言の解釈に係る厳密な分析を行うことを敢えて避け、原点に戻り、より直截的にモデル条約の解釈を行おうとする考えである。具体的な思考順序として、まず、5 条 6 項の独立代理人に関する規定については、5 条コメンタリー:パラ 37 で規定される「法的かつ経済的な独立性」と「通常業務性」の 2 つの要件を充足する場合には独立代理人として代理人 PE には該当しないこととし、この点につき、代理人による契約が本人を拘束するか否かは論点とはしない。その根拠として、6 項の規定は本人を拘束するような契約の締結権限については一切言及しておらず、条約の解釈にあたり、その文言について過度に踏み込んだ解釈を試みることは却って無用の混乱を生じさせる危険があることをその理由としている。この理論では、さらに、「本人あるいは代理人自身の名において契約を締結する（本人を拘束するか否か）」の判断基準は 5 項の従属代理人の判断でのみ用いられるべきであり、その基準を 6 項にまで持ち込むことは過度の混乱を引き起こすことになると結論付けている。

つまり、この見解においては、まず代理人が 6 項の独立代理人たる要件を満たすか否かを判断し、それを満たさない場合に限り当該代理人は従属代理人の範疇に入るものとされ、次にその者が 5 項の要件（本人の名において（大陸法的表現）、あるいは本人を拘束する（英米法的表現）契約を締結する権限を有し、かつ、その権限を常習的に行行使すること）を満たす場合においてのみ、代理人 PE に該当する代理人となると考える。よって、最終的には、本人の名において（本人を拘束する）契約を締結する権限を有する代理人のみが代理人 PE になる資格を有するという点で、前述の「J. F. Avery Jones 及び

---

(33) Heinz-Klaus Kroppen and Stephan Huffmeier, The German Commissionaire as a Permanent Establishment under the OECD Model Treaty, *INTERTAX*, (1996/4) p. 133-136.

D. A. Ward の見解」に近い考え方であると思われる<sup>(34)</sup>。

#### 4 考 察

ここまで、OECD モデル条約 5 条 5 項及び 6 項の関係について、代表的とされる三つの見解の比較検討を行った。以下において若干の考察を試みる。

まず、OECD モデル条約 3 条 2 項の観点から見た場合には、「H. K. Kroppen 及び S. Huffmeier の見解」が最も有効かつ実践的な考え方であると思われる。その理由は、大陸法系国家と英米法系国家との間において租税条約が締結された場合に、当該条約において「代理人」に関する明確な定義付けがなされておらず、双方の国において国内法に拠ることとなる場合、この見解に基づき 5 条 5 項及び 6 項を検討するならば、両国は最も明確かつ分かり易い共通の基盤に立つことが可能となり、両国家間の法的構造の相違に起因する様々な障害から解放されるのではないかと思われる。その結果として、少なくとも文言上の定義付けから生じる争いの起こる可能性は「J. F. Avery Jones 及び D. A. Ward の見解」及び「S. I. Roberts の見解」に比べれば格段に低くなるものと思われる。

次に、租税条約は国家間における国際的な合意であることから、その文言の解釈は、「条約法に関するウィーン条約<sup>(35)</sup>」により統治されることとなるため、同条約の規定から検討してみる。同条約 33 条では【二以上の言語により確定がされた条約の解釈】について規定しており、その 4 項では「…[略]…、各正文の比較により、第 31 条<sup>(36)</sup>及び前条<sup>(37)</sup>の規定を適用しても解消されない

---

(34) この「H. K. Kroppen 及び S. Huffmeier の見解」においては、「S. I. Roberts の見解」で検討した“グレーな部分”に該当するような代理人は、最終的に 6 項及び 5 項双方の要件を満たさない限り代理人 PE とはならないと結論付ける(さらに言えば、5 項の規定にもあるとおり、4 項(準備的・補助的活動)の規定をクリアする必要があるが、ここでは論点を 5 項と 6 項の関係に限ることとする)。

(35) ‘The Vienna Convention on the Law of Treaties’ (昭和 56 年条約 16 号)。

(36) 条約法に関するウィーン条約 31 条：【解釈に関する一般的な規則】について規定している。

(37) 同条約 32 条【解釈の補的手段】について規定している。OECD モデル条約コメン

意味の相違があることが明らかとなった場合には、条約の趣旨及び目的を考慮した上、すべての正文について最大の調和が図られる意味を採用する」とされている。これまで見てきたように、OECD モデル条約における代理人条項には、大陸法系国家と英米法系国家との間でその各法律システムの相違により異なる意義を持つ用語や概念が含まれており、これらの意義の相違は、条約法に関するウィーン条約 31 条や 32 条<sup>(38)</sup>でも解消されるとはいえない。よって、この場合においても、大陸法系国家と英米法系国家との間で二以上の言語で締結された条約を解釈するにあたっては、実務的にも双方の国において「H. K. Kroppen 及び S. Huffmeier の見解」に拠ることが最も有効なものとなる。つまり、この見解に立つならば、大陸法と英米法における代理(人)概念の相違に関する議論の優先順位は低くならざるを得ないものといえる。

以上のように、OECD モデル条約の代理人条項である 5 条 5 項と 6 項の解釈については、これまでにいくつかの見解が提唱されているが唯一絶対のものはない。しかしながら、そのような状況において、実務的な執行可能性の観点から国際的な二重課税を的確に排除するための現実的な選択肢を検討した場合、前述の「H. K. Kroppen 及び S. Huffmeier の見解」が最も有効な理論となる。また、わが国のような大陸法的な立場に基礎を置き英米法との折衷的な法律体系を構築する国家の場合においても、この見解を適用し、条約締結国との間において共通の認識を持つことが重要と思われる。

最後に、これまで概観してきた OECD モデル条約 5 条の代理人条項についての考え方を整理するならば、次頁のようなフローチャートで表すことができるものとする。

---

タリーはその適用に関する法的根拠は明確とはされていない面もあるが、この条約法に関するウィーン条約 32 条には該当するものと考えられている。

(38) 解釈の補足的手段として、ここでは OECD モデル条約コメンタリーを指すが、同コメンタリーは元来、大陸法系と英米法系における用語や概念の相違までを想定してはいない、とされている。

OECD モデル条約 5 条…代理人 PE 条項に関するフローチャート

I 独立代理人 or 従属代理人 の判断

【モデル条約 5 条 6 項】：仲立人、問屋その他の独立の地位を有する代理人

⇒⇒⇒ 独立代理人の要件 “独立の地位” を有する代理人であるか否か？

- ・ ‘外国の本人’ から法律的及び経済的に双方において独立していること &
- ・ ‘外国の本人’ に代わって行動するとき、通常の方法でその事業を営むこと

NO

YES

たとえ契約締結権限有していても  
独立代理人となり「代理人 PE」とはならない

‘外国の本人’ に従属した者とされる（従属した代理人である）

II 「代理人 PE」 に該当するか否かの判断

以下 従属代理人であっても「代理人 PE」 に該当するか否かの判断

従属代理人であってもその全てが「代理人 PE」となるわけではなく、PE として扱われる代理人は限定される ⇒ 源泉地国で ‘本人’ のために一定の範囲で事業に従事しているといえるような代理人のみが PE とされるべき

【モデル条約 5 条 5 項】：契約を締結する権限

- ・ ‘外国の本人の名において（本人を拘束する）’ 契約を締結する権限を有し &
- ・ その権限を常習的に行使する

⇒ 代理人が源泉地国における事業活動において本人を拘束するために十分な権限を有しており、その権限を反復して行使する

YES

NO

【モデル条約 5 条 4 項】：準備的・補助的

・ その事業活動が準備的・補助的・単純購入のみか？

NO

YES

源泉地国における  
「代理人 PE」とはならない  
⇒支店等と同様の機能あり

従属代理人であっても  
「代理人 PE」とはならない  
⇒支店等と同様の機能を有している  
ことにはならない

## 第2章 代理人 PE となる代理人

### 第1節 独立代理人か従属代理人か

・・・OECD モデル条約 5 条 6 項

【大成火災海上保険事案（米国租税裁判所：1995年5月2日判決）を中心に】

#### 1 独立代理人の要件

OECD モデル条約 5 条 6 項では「仲立人、問屋その他の独立の地位を有する代理人が通常の方法でその業務を行っている場合」には PE とはならない旨を規定している。また、5 条コメンタリー：パラ 37<sup>(39)</sup>では、代理人が独立代理人であるための要件として「法律的及び経済的双方において企業から独立していること」及び「当該代理人が企業に代わって行動するときには、自己の事業の通常の方法で行動すること」を挙げており、これらの要件を全て満たす者のみが 6 項でいう「独立の地位を有する代理人」となる。

以下、この節では、従属代理人と独立代理人を区別するポイントとなる、①法的独立性及び②経済的独立性について 1995 年の大成火災海上保険事案を用いて考察し、最後に、③通常の方法で業務を営むことについて検討することとしたい。

#### 2 大成火災海上保険事案（米国租税裁判所：1995年5月2日判決）

1995年5月2日に米国租税裁判所（Tax Court）が判決を下した Taisei Fire and Marine Insurance Co., Ltd. Et al. v. Com., 104 T. C. 535（以下「大成事件判決<sup>(40)</sup>」という）は、OECD モデル条約に準拠する日米租税条約 9 条 5 項<sup>(41)</sup>

---

(39) ‘A person will come within the scope of paragraph 6 - i. e. he will not constitute a permanent establishment of the enterprise on whose behalf he acts - only if ... a) he is independent of the enterprise both legally and economically, and b) he acts in the ordinary course of his business when acting on behalf of the enterprise.’

(40) この判決については、①宮武敏夫「米国租税裁判所における大成火災海上(株)等対

で用いられる「独立の地位を有する代理人」の意義について判断を行うとともに、日本企業にとって、代理人のいかなる活動が米国での課税対象となる恒久的施設に該当するののかに関する基準を示したものである。本事案は、日本の損害保険会社4社が米国の再保険代理業者に対して再保険の引受け又は再々保険を出す契約を行う権限を与える契約を締結して保険業務を行っていたが、米国内国歳入庁（以下「IRS」とする）より、当該再保険代理業者が代理人 PE と認定されたケースである。

この判決は、実務において明確な判断基準のない「代理人 PE の認定」に関する問題について裁判所の判断が示された数少ないケースとして大変興味深いものであり、注目を集めた。

#### (1) 事実関係及び主要な争点

申立人である大成火災海上保険株式会社（以下「大成」という）及びその他の日本の損害保険会社3社<sup>(42)</sup>は、米国企業である訴外 Fortress Re. Inc.（以下「F社<sup>(43)</sup>」という）とマネージメント契約<sup>(44)</sup>を締結し、再保険契約

IRS 長官 95 年 5 月 2 日判決について」International Taxation（国際税務）15 巻 7 号 9 頁、②吉村典久「恒久的施設としての代理人の概念」金子宏編『国際課税の理論と実務』（有斐閣、1997）389 頁、及び③矢内一好『租税条約の論点』（中央経済社、1997）101 頁等に解説が掲載されており、本節においてはそれらを参照するところが多い。また、日本経済新聞平成 7 年 5 月 27 日夕刊第一面においても取り上げられた。

- (41) 新日米条約では、5 条 6 項において規定されている。
- (42) 矢内・前掲注 40 ③・102 頁以下によれば、大成以外の 3 社とは、日産火災海上保険株式会社、富士火災海上保険株式会社、千代田火災海上保険株式会社であり、本件は併合審理である。なお、この 4 社の間に資本関係はない。
- (43) 吉村・前掲注 40 ②・390 頁によれば、F 社は極少数の社員からなる同族会社であって、所得保障はなく、損失の危険にも晒されていたといえる。また、申立人は 6 カ月の予告期間をおけば自由にマネージメント契約を終了させることもでき、その場合、F 社自身が新しい顧客を見つけ出さざるを得なかった。さらに、F 社が係争年度中（3 カ年）において稼得した金額は 2,700 万ドルと極めて多額であった。
- (44) 申立人各社と F 社との関係はマネージメント契約によって規定されていたが、契約上 F 社の権限に対する重要な制限は、純額引受限度額（F 社が申立人のために引き受けることができる一の原再保険契約についての純債務の最高限度額）の定めのみであり、総額引受限度額（F 社が一顧客保険会社のために引き受けることのできる再保険総額の制限額）の設定は契約には規定されておらず、F 社におけるリスク管理の

を締結する権限を同社に与えていた。F社は、保険会社の代理人として (as an agent)、当該保険会社のために (on behalf of such companies) 再保険を引受け、管理することを業としており、従来は10社程度の会社とマネジメント契約を締結していたが、係争年度においては申立人4社のみが契約相手であった。

本件において、F社が「企業（申立人各社）の名において契約を締結する権限を有し」、かつ、「これを常習的に行使」する者であることについて争いはないため、同社が「その業務を通常の方法で行う」、「仲立人、問屋その他の独立の地位を有する代理人」であれば、申立人各社の恒久的施設になることはない。ここでF社が仲立人でも問屋でもないことについては双方合意しており、また、IRSは同社が申立人各社を代理する際、その業務を通常の方法で行っていることを認めた。従って、本件における争点は、F社が申立人各社にとって「その他の独立の地位を有する代理人」であるか否かに絞られた。

## (2) 判 旨

〔請求認容、課税処分取消〕

本件において米国租税裁判所は「・・・(事実認定からすれば)、F社は、法的にも経済的にも申立人から独立しており、日米租税条約第9条に規定する独立の地位を有する代理人の定義に合致する」との判決<sup>(45)</sup>を下した。

## (3) 法的独立性

モデル条約5条コメンタリー：パラ38<sup>(46)</sup>は、ある者が企業のために商

戦略の一環として、實際上F社の自主的勧告にしたがってなされていた。

(45) *Conclusion* “In sum, during the years at issue, Fortress was both legally and economically independent of petitioners, thus satisfying the definition of an independent status under Article 9 of the U. S. - Japan convention.”

(46) ‘Whether a person is independent of the enterprise represented depends on the extent of the obligations which this person has vis-a-vis the enterprise. Where the person’s commercial activities for the enterprise are subject to detailed instructions or to comprehensive control by it, such person cannot be regarded as independent of the enterprise.’

業上の活動を行う際に「当該企業からの詳細な指示 (detailed instructions) 又は包括的管理 (comprehensive control) に従う場合には、当該者はその企業から独立しているということとはできない」と法的独立性について述べている。本判決において、申立人は、資本及び人事を通じての F 社に対する支配はないと主張し、IRS も F 社の通常業務につき同社は独立していることは認めていた。ここで IRS が F 社に法的独立性はないと主張したいいくつかの点<sup>(47)</sup>に対し、裁判所は次のように判示している。まず、包括的管理の

---

(47) 法的独立性に関する IRS の主張は 4 点であり、各々に対する租税裁判所の判断は以下のとおりである。

- ① IRS は、申立人が F 社の活動に対して契約にはない総額引受限度額及び純保険料収入に制限を設けることで制限をしていたと主張した。つまり、F 社は高額な再保険契約を締結するのではなく、多くの小額再保険契約を締結することを強制されていたことから法的独立性がないとの主張を行った。この点につき、裁判所は「仮にこのような制限が存在する場合であっても、これらの制限が必然的に F 社への支配を構成するものではなく、独立代理人か否かの判断基準は代理人の義務履行に自由が存在するか否かという点にある (“It is freedom in the manner by which the agent performs such duties that distinguishes him as independent”)。F 社は自己の裁量を確保するため (“in order to retain flexibility”)、総額引受限度額をマネージメント契約に設けることを拒んだものであり、この総額引受限度額は多様化によるリスク分散戦略の一環として F 社自身によって設定されたものである。同社は総額引受限度額につき、申立人各社に助言はしたが、それは情報提供のためであり、実際に総額引受限度額を変更する際には独自の判断で行っていた。また、純保険料収入による制限についても、F 社は、その顧客である申立人各社が、時折、米国内での純保険料収入を一定額に限定することを望んでいたことを知りつつも、これに応じるために自己の業務を変更することはなかった」との見解を示した。なお、本判決後の 2003 年に公表された新 5 条コメンタリー：パラ 38.4 においては、代理人が遂行する事業の規模に対する制限は明らかに代理人の権限の範囲に影響を及ぼすことを認めながらも、従属性を決定することとは直接的には関係しないことが述べられている。
- ② IRS は、F 社がその様々な業務活動上の決定に際し、申立人各社と協議を行っていること、マネージメント契約上の要求を超えて頻繁に申立人各社に報告を行っていることから、申立人各社は F 社に対し包括的支配があると主張した。これに対し、裁判所は「F 社が行う申立人各社との協議又は報告は、顧客である申立人各社との良好な関係を維持するためのものである」として包括的支配があることを否定した。この論点についても、新 5 条コメンタリー：パラ 38.5 において、契約書に基づき実施される事業に関し、代理人が本人に対して重要な情報を供与する

有無からの独立性の検討は、代理人がその業務を遂行するに当たって保持する自由裁量の程度によって判断されること、つまり、代理人が代理人として行動する上で十分な裁量権を有していることが重要であることを明確にした。これは、代理人の行う業務について制限等が設定されているか否かにかかわらず（つまり、本人側がそのリスクを最小にするために代理人との間で締結する契約内容に条件を付けたとしても）、当該業務の遂行に当たって、代理人側がどれだけの自由裁量度を有しているかに注目すること

ことは契約内容を実施することの特徴であるとしつつ、単に契約を円滑に実施させるため、あるいは本人との円滑な関係を維持することを目的とする情報の供与は従属性を決定することとは直接的には関係しないとされている。

- ③ IRS は、申立人各社（調査対象年度の F 社の顧客は申立人 4 社のみ）は全て日本企業で、日本の保険業界の定期的会合に参加していたことから、申立人 4 社は共同で行為することによって F 社に対し包括的支配を行使したと主張した。裁判所は「申立人が F 社を支配するために共同して活動したことがないこと、相互に F 社の件で連絡を取り合ったことがほとんどないこと、また、申立人 4 社がすべて日本の会社であり日本における定期的な業界の会合の参加者であること等の理由をもっては、共同行為による包括的支配の存在を確立するには不十分である」とした。
- ④ IRS は、調査対象年度の F 社の活動は申立人 4 社のためのみの再保険事業に限定されていたことから申立人 4 社に支配が認められると主張した。この主張の根拠は「その他の独立した地位を有する代理人」という用語については条約に明定されていないことから、日米租税条約 2 条 2 項の規定（条約に定義のない用語の取り扱い）により、米国内国法の規定として米国内国歳入法典第 864 条 (c) (5) (A) 及び同条に係る財務省規則（§ 1. 864-7(d) (3)）を引用するというものである。この財務省規則は、独立代理人を定義している。同規則では、代理人が独立代理人であるか否かの決定は、(i) 一方が他方を所有又は支配しているという事実のみでは不十分であり（直接間接の所有と支配を考慮することなく決定される）、また、(ii) 代理人が非居住外国人又は外国法人である 1 名の本人 (principal) のために、「専ら、あるいは殆ど専ら (exclusively, or almost exclusively)」活動する場合は、その事実と状況により独立代理人か否かが判断されることになるとされている。IRS は、F 社が「専ら、あるいは殆ど専ら」申立人 4 社のために活動していたので独立の地位を有する代理人ではないと主張したものである。これに対し、裁判所は、租税条約の解釈における財務省規則の適用の是非に係る判断を留保しつつ、「仮に適用されるとしても、F 社は同規則のいうように 1 名の本人のために代理したのではなく、申立人 4 社のそれぞれに対して個別に代理していると判断されることから、その適用はない」とした。

としたものである。さらに裁判所は、代理人と本人との間における連絡の頻度とその内容を検討することによって本人側のコントロールの度合いがどの程度であるかを検討した。これは、IRS 側が、もし両者の間の連絡体制がかなり頻繁なものであれば、代理人は実質的に本人である外国企業の管理下にあるといえると主張したことに対し、裁判所側が、F 社は日本の大成等と連絡をとってはいたが、この連絡は管理上のものではなく両者の関係を良好に保ちたいがためのものに過ぎなかったと判断した。

これらの事実認定に基づき、租税裁判所は、F 社は代理人としてその業務の各項目に対して完全な裁量権を有しており、申立人各社の支配に服しているものではないことから、同社は申立人各社から法的に独立しているとの判断を下した。

なお、新コメンタリー：パラ 38.1 以下においては、独立の地位を有する代理人に係る法的独立性の判断を行う際の具体的検討事項の例として「本人からの実質的な管理、詳細な指示」、「代理人が行う事業の規模に対する制限」、「本人に対する重要な情報の提供」及び「代理人が代理する本人の人数」等が例示されている。よって、PE の有無に係る事実認定作業においては、これらの観点からの十分な検討が必要となる。

#### (4) 経済的独立性

代理人の独立性を判断する際の 2 番目のメルクマールが「経済的独立性」であるが、どのような場合に代理人は経済的に独立している、あるいは従属しているといえることができるのか。Lee Chang-Hee<sup>(48)</sup>はこの点につき「コメンタリーが、詳細な指示若しくは包括的管理に言及していることを理解するための唯一の妥当な方法は、これらに言及することによって本人の利益と抵触する利益を代理人が追求することを防止することになると考えるからであり、即ち、経済的な従属性とは合算利益を意味するのである」とし、「それは、Skaar が主張するように、代理人は、その事業利益が本人の

---

(48) Lee Chang-Hee, *The Unstable Dependent Agency Permanent Establishment Concept*, *Tax Notes*, (Oct. 14, 2002) p. 275.

事業利益と一緒にあれば従属していることになるのである<sup>(49)</sup>。なぜなら、そのような代理人は、もし本人が財・サービスの受入国に本人自身の事業の場所を有していたなら、本人自らが獲得していたであろうと思われるものを獲得すると考えられるからである。もし代理人が自分自身の利益を追求すれば、本人はまったく異なる状況に置かれることになるだろう」との分析を行っている。さらに「代理人の利益が、本人のものと一緒にになるか、それとも本人のものとは別個のものになるかは事実上の判断による」とした上で「要するに、代理人は自分自身の利益を追求することを何ら法的に制限されておらず、かつ、実際に自分自身の利益を“事実上”追求している場合にのみ、独立していることになる」と結論付けている。

ここで、本判決における F 社の経済的独立性に関する議論<sup>(50)</sup>を検討することとしたい。裁判所は、経済的独立性の判断にあたっては、代理人が企業家としてのリスク (entrepreneurial risk) を負担していることが重要であり、また、その収入が本人に全面的に依存しているものではないことが必要であることを明らかにした。収入面での本人への全面的依存は、本件事

---

(49) Arvid A. Skaar, *Permanent Establishment: Erosion of Tax Treaty Principle*, (1991) p. 503-514.

(50) 経済的独立性に関する IRS の主張は 2 点であり、各々に対する租税裁判所の判断は以下のとおり。

- ① IRS は、F 社の経費は同社が申立人各社のために引き受けた再保険契約に係る再保険料収入の一定割合によってまかなわれていることから、F 社の事業コストは申立人 4 社から収受するマネージメント・フィーから拠出されていることとなり、同社自身は企業家としてのリスクを負担しているとはいえないとの主張をした。この点につき、裁判所は「保険引受業者にとって、再保険料の一定割合を収入とすることを定める条項は通常のことであり、F 社が再保険料を得るためには十分な取引量等を確保しなければならず、その契約内容も再保険業者としては通常である」と判断している。
- ② IRS は、F 社の利益の大半が申立人 4 社からのものであり、F 社が利益の上がる再保険契約を取得できたのは自身の信頼ではなく、この申立人 4 社の有する信頼があったが故であると主張した。これに対し裁判所は「F 社が申立人以外の顧客を必要とした場合には、これが可能である」としてこの主張を退け、さらに、「F 社の調査年分における利益が多額であり、これは従属する会社に支払われた金額とは考えにくい」ことをその判断の理由として挙げている。

案のように顧客の数が限られている場合、事実認定として難しいところがあるが、収入がそれらの限られた複数の顧客からのみであるという事実のみでは全面的依存は認定できず、独立性を失わせる程度に依存していることが必要であることを判決は明らかにした<sup>(51)</sup>。

代理人が本人から経済的に独立しているということは、本人がもはや代理人からの役務提供を必要としない場合でも、その代理人は事業活動を継

---

(51) この論点に関し、新日米条約 Technical Explanation (Department of the Treasury Technical Explanation of the Convention Between the Government of the United States of America and the Government of Japan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains, signed at Washington on November 6, 2003.) において、代理人が経済的に独立しているか否かを判断する際の要因として米国財務省が明示した次の2点について検討してみる。まず、第一の基準要因として、当該代理人が負担する企業家としてのリスクの程度如何を挙げている。一般的に、独立した立場にある代理人は、自身の業務から生じる損失に対するリスクを負担するものである。代理人が損失に対するビジネスリスクを本人と共有するか、あるいは自身で負担する場合には、代理人の事業活動は本人の事業活動と統合（一体化）されるわけではなく、Lee Chang-Hee や Skaar が指摘するような代理人と本人との間の利益合算ということにはならないため、代理人は経済的に独立しているものといえる。それとは逆に、自身が行う事業活動から生じるリスクを、殆ど、あるいは全く負わない代理人は経済的に独立しているとはいえず、よって6項に規定する代理人とはならない。代理人が経済的に独立しているか否かを判断する際のもう一つの重要な基準要因は、代理人と本人との関係が排他的なものであるか否か、つまり本人がただ一人かどうかということである。ある代理人が、ただ一人（あるいは極少数）の本人のために活動する場合は、その代理人は経済的に従属しているものとされる可能性が高く、かつ、本人は代理人に対する経済的な支配権を有していると考えられる。よって、代理人が代理業務を行う企業の数が増加すればするほど、その代理人の経済的独立性は高くなるものと考えられよう。しかしながら、ここでは、排他性（つまり本人の数）に基づく判断は、それ自体が最終的・決定的なテストとなるものではないことに留意しなければならない。つまり、代理人が現行の事業活動を根本的に変更することなく、そして収益に大きな打撃を受けることなしに、事業を多角化したり他の顧客を獲得する能力を有する場合には、本人との関係が排他的（本人がただ一人）なものであるにもかかわらず、代理人は経済的に独立しているものと考えられる。つまり、排他性（本人が一人であること）は、本人と代理人との関係を判断する際における検討基準のうちの一つとして位置付けるべきであり、個々のケースは個別の事実関係及び状況に基づき解決されなければならない。

続することが可能であるということの意味するものであり、当該代理人の事業は代理人自身で維持されなければならない、経済的な面において本人をあてにしないということである。また、コストカバー程度の報酬しか受領していない代理人が経済的に独立した者とは言い難いことを考えると、仮に、本人が代理人に対し独立企業原則に基づく手数料を支払っているならば、少なくともその点に関し、代理人は経済的に独立した立場にあるものと考えられる。この考えは、米国租税裁判所も本件において明らかにしており、独立した企業間の取引においては当然に独立企業原則を満たす手数料が収受されるものであり、仮にそれよりも低額な手数料が支払われるという事実がある場合には、代理人がその本人に従属していると判断される要因になるものと思われる<sup>(52)</sup>。

#### (5) 本判決の意義

ここで大成事件判決を総括してみたい。PE に対する認定課税の問題においては、通常、法律解釈よりも事案を巡る事実関係が決定的な要因となるため、本件に係る租税裁判所の判決も事実認定のみがその根拠となっている。租税裁判所は F 社が独立した地位を持つ代理人であるため日本の 4 社の恒久的施設には該当しないという判断を下すにあたって、法律的な観点及び経済的な観点からの検討を行った。この点から、米国租税裁判所が 5 条コメンタリー：パラ 37 に準拠して論旨を展開し、恒久的施設の例外とされる独立代理人は、法律的及び経済的の両面で本人から独立性を有していなければならないこと、つまり代理人が法的あるいは経済的いずれかの面においてその代理業務を行う相手に依存していた場合、米国内での従属代理人としての PE とみなされる可能性が高くなるということが確認された。法律的地からの独立性とは、本人からの詳細な指示 (detailed instructions)

---

(52) 前掲注 51 の代理人自身によるリスク負担及び本人との関係に基づく基準は、この独立企業原則に基づく手数料と併せて、真の意味での経済的に独立した代理人の構成要素として把握されるものといえる。つまり、これらの基準を満たす独立の地位を有する代理人こそが、取引の相手方から独立したビジネスパートナーであることを認められた上で独立企業原則に基づく手数料を受領することになる。

又は包括的管理 (comprehensive control) を受けていないこと、経済的な見地からの独立性とは企業家としてのリスク (the entrepreneurial risk) を代理人自身が負担していることに関する事実関係の検討であるとしており、この点は前述コメントリー5条パラ:38の規定に則った考えである。

このように、米国租税裁判所によるこの大成事件判決は、租税条約の解釈に際し、OECDモデル条約コメントリーを(必ずしもその法的根拠は明らかにされてはいないものの) 解釈基準とし、同モデル条約5条6項に規定する独立代理人の意義(要件)について同コメントリーに準拠した判断を行った点で妥当な判決であると思われ、本件事案の事実認定は参考とすべきものであると考えられる<sup>(53)</sup>。

### 3 通常の方法で事業を営むこと

OECDモデル条約5条6項の規定によれば、「仲立人、問屋その他の独立の地位を有する代理人」は、「通常の方法でその業務を行って」いないと自らの免責性を失ってしまう。この“通常業務テスト”は、OECDの前身である欧州経済協力機構(OEEC)租税委員会が1958年に作成・公表した「第一回報告書<sup>(54)</sup>」において導入されたものである。

このテストの目的は、名義のみを利用し、仲立人や問屋と形式上名乗るこ

---

(53) OECDモデル条約コメントリーに基づき解釈を行うことの法的根拠については、①ウィーン条約法条約第31条2項、②同3項、③同32条、④OECD理事会勧告のいずれかを根拠とする説があり、諸説に関する詳細については、吉村・前掲注40②・394頁に詳しい。なお、日本の裁判所においてOECDモデル条約コメントリーを引用する唯一のものに、東京地裁判決昭和57年6月11日行裁例集33巻6号1283頁がある。

(54) OEEC (The Organization for European Economic Co-operation), The elimination of double taxation - Report of the Fiscal Committee of the OEEC, (OEEC, 1958) 52頁。同コメントリーにおいては、その導入理由につき「例えば、問屋が自分自身の名において(本人)企業の商品を販売するだけでなく、契約を締結する権限を有する恒久的な代理人として当該企業の業務について常習的に活動するとしたならば、この代理人はその活動を行う限りにおいてPEとされるであろう。なぜなら、そのような代理人は自身の通常の事業の範囲外の活動を行っているからである」としている。

とにより PE 認定から逃れることを企図する租税回避行為を防止することにあるものと思われる。例えば、ある代理人が、独立した代理人としての問屋であることを主張する場合、その者は実際に行う事業活動の中身が一般的な問屋業務の範囲内のものとして認められるように行動しなければならない。仮に、その者の活動実態が従属代理人のものであると認められるならば、その者は代理人 PE と認定される可能性を否定できないと言える<sup>(55)</sup>。

5 条コメンタリー：パラ 38.7 の前段<sup>(56)</sup>は「ある者が、企業に代わって、自身の事業経営の本分よりも、むしろ本人企業の本分に経済的に属する活動を行う場合は、自己の事業の通常のプロセスで行動するとはいえない」としており、これを逆に言えば、代理人が通常の方法で事業を行っているということは、本人企業に代わって事業を行っているのではなく、代理人自身の事業を行っていることを意味するものといえる。

ここでの問題は、ある代理人が通常の方法でその業務を行っているといえるかどうかについて、どのようなレベルで判断すべきか、ということである。この点につき「当該代理人が属する業種における一般的な慣習」で判断するか、あるいは「当該代理人自身の個別的な事業慣習」の範囲内で判断するか、という二つのレベルから検討してみる。この論点については数々の裁判例が存在しており、例えば 1994 年 9 月 14 日のドイツ連邦財政裁判所の判決<sup>(57)</sup>では「…OECD モデル条約は、客観的かつ抽象的な比較基準に依拠して代理人 PE の存在を判断するが、…これ（通常業務性に関する判断）は、OECD モデル条約 5 条 6 項において指定された “professional groups” における通常の事業活動に対してのみ適用可能なものである」<sup>(58)</sup>として、代理人の行う行為が、

(55) 問屋（コミッションエア）契約と代理人 PE については、第 4 章で検討を行う。

(56) ‘Persons cannot be said to act in the ordinary course of their own business if, in place of the enterprise, such persons perform activities which, economically, belong to the sphere of the enterprise rather than to that of their own business operations.’

(57) BFH, 14 September 1994 I R 116/93.

(58) ‘The conviction of the court is that the OECD Model Treaty wants to make ...

代理人の属する業界で通常に行われている事業形態か否かに着眼して判断すべきことを示している。また、同裁判所は「代理人の業務が、主として自分自身の名において商品を販売することである場合、当該代理人が他人の名において当該他人のためにも商品を供給しているならば、もはや通常の方法で業務を行っていることにはならない」と判示<sup>(59)</sup>しているが、これはコメントリー：パラ 38.7 の後段における代理人 (a commission agent) の事例と同様の趣旨であるといえる。

結論として、この“通常業務テスト”においては、独立代理人の事業活動は、類似した事業活動を営む同業種に属する代理人により習慣的に行われる活動と比較されなければならない、ということになる<sup>(60)</sup>。この結論は、そもそも恒久的施設の認定の成否は、外国の本人企業が代理人を介して源泉地国において事業活動を行っていると言えるか否かに拠るのであり、代理人の活動が代理人自身にとって典型的であるかどうかということを経験として用いることは論理的とはいえない（つまり、源泉地国において、ある外国の本人企業を納税者として認定する際に、当該企業自身の事業分野ではなく、その代理人が行う事業分野に関する検討結果に基づいて課税がなされてしまうのは不合理）との見解に基づいている。さらに、もし「当該代理人自身の個別的事業慣習」の範囲内で判断する立場を採る場合には、代理人が自国内で新たな事業を行う毎に、その者が行う通常業務の範囲外として、“PE の存在”という結論を導き易いものとなってしまう、しかも、この評価は、適当な期間が経過した後、つまり、その業務活動がその代理人にとって“通常なもの”

---

the existence of an Agency PE depend upon an objective, abstract, comparison standard. This can only apply to the ordinary business activities of the professional groups named in Article 5 para. 6 OECD Model Treaty.’ (本判決の英訳の出典：Dr. Arthur Pleijsier, *The Agency Permanent Establishment: The Current Definition*, *INTERTAX*, Vol. 29 (2001), Issue 5, p. 182.)

(59) Klaus Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (3rd ed., 1998), marginal note 172 on art. 5.

(60) Vogel・前掲注 59・marginal note 172 on art. 5.

となったときには“PE の存在”という結論に至ることはなくなるような不安定なものとなる。

以上から、このような「代理人自身の個別的な慣習基準」を採用した場合には、同一の業務活動に対する課税の一貫性を欠く結果になると同時に納税者の予測可能性が確保されるとは言い難く、また、課税当局側においても、いつの時点で判断を行うのかに関する統一的なルールがない以上、実際の執行の面では不都合が生じることになるものと思われる。よって「当該代理人の属する業種における一般的な慣習」に基づいて判断すべきとの考え方を支持したい。

## 第2節 契約を締結する権限・・・OECD モデル条約 5 条 5 項

### 1 契約を締結する権限

OECD モデル条約 5 条 5 項においては、代理人 PE の認定に必要な第一の条件として、源泉地国における従属代理人が「企業（本人）の名において契約を締結する権限」を有していることを規定している。この条項につき、まず「企業（本人）の名において」の部分に関しては、第1章で行った検討において、大陸法における「直接代理」あるいは英米法における代理概念のいずれにおいても、本人を拘束（bind）するレベルの契約であることが求められていることを確認した。

では、「契約締結権限」とは具体的にどのような権限をいうのであろうか。現行の税務上の取扱いについて、Klaus Vogel は「契約締結権限の存在又はその欠如は、私法を参照するだけではなく、実際の行為も考慮した上で決められなければならない<sup>(61)</sup>」としており、J.F. Avery Jones 及び D.A. Ward によれ

---

(61) Vogel・前掲注 59・marginal note 140 on art. 5. によれば、‘the existence or lack of the authority to conclude a contract must be decided not only with reference to private law but must also take into consideration the actual behavior’ とされている。

ば「OECD モデル条約 5 条 5 項について決定的に重要なのは、権限の形式ではなく、その実質である<sup>(62)</sup>」とされている。以下、この節では契約締結権限について検討することとしたい<sup>(63)</sup>。

#### (1) 特定の業務目的に限定された権限

代理人 PE の認定に必要な契約締結権限は、すべての業務において本人を代表する全権である必要はなく、本人の事業の特定分野における契約を締結する権限を代理人が有していれば十分であるとされている<sup>(64)</sup>。ただし、この場合の契約締結権限が OECD モデル条約 5 条 4 項で規定されている準備的・補助的な業務活動に制限されていないことが必要であり、そうであるならば、特定の業務目的に限定された権限も PE 認定には十分なものとする。この考え方は、5 条コメンタリー：パラ 33<sup>(65)</sup>においても「契約を締結する権限は、企業の固有の事業活動をなす業務に関連する契約を含むものでなければならない」とされていることから相当と言える。

#### (2) 署名権限と交渉権限

例えば、PE 認定を回避する意図で、代理人がその業務を行いながらも契約書への署名は行わず、最終的な手続（署名）を外国の本人に引き継ぐこととした場合、このような租税回避行為は源泉地国が租税条約を厳格かつ文字どおりに解釈するアプローチを採る場合には成功するのかもしれない。しかしながら、コメンタリー：パラ 32.1<sup>(66)</sup>ではこのようなケースに対処

(62) J. F. Avery Jones and D. A. Ward・前掲第1章注29・p. 353では、5条コメンタリー：パラ33を受けて、‘This suggests that one is to look at the position as a matter of substance rather than mere form, so that this is counted as a case in which the agent effectively had power to bind the enterprise.’としている。

(63) 本節においては、Lee Chang-Hee・前掲注48・p. 270以下を参照するところが多い。

(64) Skaar・前掲注49・p. 497-498.

(65) ‘The authority to conclude contracts must cover contracts relating to operations which constitute the business proper of the enterprise.’

(66) ‘Lack of active involvement by an enterprise in transactions may be indicative of a grant of authority to an agent. For example, an agent may be considered to possess actual authority to conclude contracts where he solicits and receives (but does not formally finalize) orders which are sent directly to a warehouse

することを目的として、取引の実質的側面に着目し、本人企業が取引の重要な部分に関与していない場合は、代理人に「契約締結権限」を委譲したとみなすケース（代理人が注文を勧誘してそれを受領するが、事業上の最終決定権限は形式的に本人企業に留保され、当該企業が形式的にその取引を承認するに過ぎない場合には、当該代理人は実質的な契約締結権限を有するものとみなす）を挙げている。この解釈に立てば、契約締結権限を外国の本人企業に形式的に留保させ、事業の実質的な部分を代理人に任せる場合には、源泉地国における課税（代理人 PE の認定）が行われる可能性が充分にあるものといえる。

ここで逆のケースを考えてみたい。つまり、代理人の行う行為が単に機械的に契約書へ署名を行うことのみであり、源泉地国における事業活動の中核を成すであろう相手方との交渉を行う権限が本人から付与されていない場合はどのように考えるべきか。このような代理人についてまで“恒久的施設と認定するための「契約締結権限」あり”と判断できるのでしょうか。そのような代理人の行為をもっては、本人企業における源泉地国での事業活動への参加の観点からは、支店等と同様のプレゼンスを有する課税主体であるとはいえないのではないか。よって、契約の署名権限だけを有し、交渉権限のないような代理人については（OECD モデル条約の文言においては、PE 認定要件として交渉権限が必要であるとは明記されていないが）、“恒久的施設の認定要件としての「契約締結権限」”を欠くものと判断すべきである<sup>(67)</sup>。

---

from which goods are delivered and where the foreign enterprise routinely approves the transaction.’

(67) この点に関しては、第 3 章のフィリップ・モーリス事件判決（第 2 節「4 本判決に対する検討」）においても言及する。なお、Lee Chang-Hee・前掲注 48・p. 273 によれば「Williams, Permanent Establishments in the United States, *Income Tax Treaties*, (1978) p. 290 において『一定の価格で事前に決められた条件の下、注文を受ける単なる事務的な権限を有する行商人は、OECD モデル条約以前の条約だけでなく、OECD モデル条約の定義上も、従属代理人とされるべきではない』との考えを示していることに留意すべき」旨が記されている。

ここで検討すべき論点がある。前節の大成事件判決で検討した「法的独立性」の観点においては、本人からの「詳細な指示」があると認められる場合、それは代理人に裁量権がないことを意味する（独立性に欠ける従属的な者）との判断を行った。その考えと、ここで述べる「契約締結権限要件」とは矛盾することにならないか。なぜならば、契約締結権限に着目する場合には、単なる形式的な署名権限のみを有する代理人は PE には該当しない（支店等と同等のプレゼンスを有するレベルに達していない）との判断をするので、従属代理人 PE とされるには、当該代理人が積極的に事実上の行為を果たすことが必要になるはずである。このように、源泉地国で活動する代理人が単なる署名権限だけではなく、交渉権限を有して積極的に事実上の行為を行う場合、5 条 6 項の観点からは「当該代理人は十分な裁量権を有する独立した代理人」として PE の対象外とされよう。その一方で、5 条 5 項の観点からは「準備的・補助的な業務に終始することなく、支店等と同等の機能を有する代理人」として PE の対象になるものと考えられるであろう。

この論点についてどのように整理を行うか。ここでも、既述の代理人 PE 条項に関するフローチャートに即して考えてみるならば、まず 5 条 6 項の独立性基準により検討を開始する必要があることから、6 項の独立性に係る判断に優先順位があると思われる。この考え方は、前述の大成事件における租税裁判所の判断においても、代理人が「その業務の詳細について完全な裁量権を持っていた場合」に PE 認定することを拒否する立場を採用していることから、理論的に矛盾のないものと考えられる。

### (3) 事実上の行為としての契約締結権限

このように、5 項でいう「契約締結権限」が、代理人自身による契約書への署名という私法上の行為のみでは成立しないものとの前提に立つ場合、この「契約締結権限とは私法上の権限ではなく、本人に対する源泉地国の課税を正当化するであろう事実上の行為を意味し得るに過ぎない」との意

見がある<sup>(68)</sup>。この考えを具体的に示す事例として、ドイツ国内法上の解釈に当たり、同国の最高裁判所<sup>(69)</sup>は「代理人 PE には“契約を締結する行為 (an act to conclude a contract)”は必要ではなく（代理人の行う事業活動が事業上の契約に基づいているか否かは重要ではない）、源泉地国内において“事実上の行為 (factual act)”があれば代理人 PE が構成されることになる」と判示した。このように考えるならば、契約締結権限の概念は、代理人の行う事実上の活動、つまり、相手方との交渉業務<sup>(70)</sup>に移らざるを得ないこととなる。この点に関し、コメンタリー：パラ 33<sup>(71)</sup>でも「企業を拘束するような方法で契約の全ての要素及び詳細を交渉する権限を与えられている者は、たとえ当該契約が企業の所在する国で他の者によって署名されたとしても“その国内で”この契約締結権限を行使するものといえる」としている。その結果として「契約締結権限」の概念は、その私法上の意味を失い、PE を生じさせることになる事実上の活動の範囲を定義する役目を果たすだけの技術的な概念になっているとするならば、この問題は各国における実務上の認定問題へと集約される。例えば、米国内国歳入庁は、営業代理人が価格決定権限を有さず受注の承諾又は拒否の権利を有さない場合に PE の存在を認めず、同様に、複数の国の規則では、単なる勧誘や交渉は PE 認定には不十分であるとした<sup>(72)</sup>。また、その一方で、発展途上国は概して PE 認定のためのより低い閾値を見つけようとするのが一般的な

---

(68) Lee Chang-Hee・前掲注 48・p. 273 参照。また、その例として、ドイツ最高裁の初期の規則では、代理テスト上の代理人は、必ずしも「代理に関する法」における代理人を意味するわけではないとされていたことが挙げられる。

(69) Skaar・前掲注 49・p. 493 においてドイツ最高裁の代理人 PE に対する判例が検討されている。

(70) ここで「交渉」とは、潜在的な顧客を見つけて接触し、契約を結ぶように説得する過程を意味する。

(71) ‘A person who is authorized to negotiate all elements and details of a contract in a way binding on the enterprise can be said to exercise this authority “in that State”, even if the contract is signed by another person in the State in which the enterprise is situated.’

(72) Skaar・前掲注 49・p. 491.

傾向である。

このように、契約締結権限の認定が、私法上の代理の権限のみではなく、事実上の行為に着目しなければならないことを前提とするならば、かような事実上の行為に関する税務上の意義は、当該行為の経済的重要性（源泉地国における本人企業の経済的な浸透度合いがどれくらいのものか）に基づく、全くの主観的な判断にならざるを得ないものとなる。そして、ある外国企業のために働く代理人は、顧客を見つけて接触し、契約を締結するよう交渉活動を行っているならば、契約書への署名といった権限を与えられているか否かにかかわらず、「契約締結権限」を有するとみなされ得ようが、その権限の範囲は、漠然とした概念になると言わざるを得ない。

## 2 権限の反復的な（常習的な）行使

OECD モデル条約 5 条 5 項では、代理人 PE の認定のためには、上記の「企業の名において契約を締結する権限」は「反復して (habitually) 行使すること<sup>(73)</sup>」が必要である旨を規定しており、5 条コメンタリー：パラ 32<sup>(74)</sup>によれば、「代理人が、繰り返し、かつ、単なる個別のケースにおいてではなく権限を行使すること」を意味するものとされている。

この規定が設けられた理由は、5 条で規定するその他の恒久的施設（支店等の PE 及び建設 PE）との整合性の観点からとされている。また、1929 年国際連盟租税委員会報告書<sup>(75)</sup>においては、「権限を反復して行使すること」に関し、「外国企業が、別の国において、その企業のために活動することを承認さ

---

(73) Vogel・前掲注 59・marginal note 151 on art. 5 によれば、このモデル条約の「反復的に (habitually)」といくつかの租税条約の「通常的に (regularly)」は、同様の意味を有しているとされている。

(74) ‘The use of the term “permanent establishment” in this context presupposes, of course, that that person makes use of this authority repeatedly and not merely in isolated cases.’

(75) The Report of the Fiscal Committee of the League of Nations, October, 1929, p. 4.

れた代理人を通じて、通常的に (regularly) 事業活動を行うことは、その国に恒久的施設を有しているものとみなすべきである」との理由付けを行っている。

ここで問題となるのは、どのくらいの頻度で、かつ、どのくらいの期間、当該権限を行使することが契約締結権限を「反復して行使」することに該当するのか、である。この点につき、5条コメンタリー：パラ 33.1<sup>(76)</sup>は「代理人が契約締結権限を“反復して行使”していると結論付けるために必要な活動の程度と頻度は、当該契約と本人の事業の性質に依存しており、頻度についての正確な基準を定立することは困難である」としており、したがって、これもまた、個別事案ごとの分析の問題になるものと言わざるを得ない。しかしながら、例えば、代理人を通じて契約締結権限を行使することが一回だけ、あるいは極めて少ない場合、このような外国企業は代理人 PE を有しているものとは言い難いであろう。なぜならば、外国企業の代理人を通じた源泉地国での活動がその程度に過ぎないのであれば、源泉地国における課税権限を正当化するためには、あまりにもその根拠が希薄すぎると考えられるからである。権限行使に関する頻度や期間が明確なものではなく、課税当局の認定や納税者の判断に拠らざるを得ない現状であれば、この代理人 PE 規定に建設作業 PE の概念を導入することも一考に値するのではないか。OECD モデル条約 5 条 3 項では、「建築工事現場又は建設若しくは据付工事は、12 ヶ月を超える期間存続する場合に限り、恒久的施設とする」旨が規定されている。この規定の基本的な考えは、12 ヶ月未満の建設工事等は 5 条 4 項の準備的・補助的な事業同様に、源泉地国における課税を正当化するための閾値に達してはいないものとみなしているからであろう。確かに、建設工事等と代理人が営む事業形態では、その有する機能等は異なるであろうが、恒久的

---

(76) ‘The extent and frequency of activity necessary to conclude that the agent is “habitually exercising” contracting authority will depend on the nature of the contracts and the business of the principal. It is not possible to lay down a precise frequency test.’

施設に該当するか否かの判断基準に「時間的（期間的）な基準」を設けることはある程度の意味を持つものと考えられる。なぜなら、恒久的施設に対する課税根拠を再検討した場合、源泉地国での課税を正当化するためには、同国における外国企業の経済的な浸透度合いを測る必要があり、それは一定の恒久的な活動の有無によって計測が可能となろう。代理人 PE に限定して考えるならば、外国企業が源泉地国において、通常的・反復的（つまり恒久的）に事業活動を行う代理人を擁する場合にのみ、当該企業は代理人の所在する国内で経済活動を行う事業者とみなされ課税の対象とされる。よって、源泉地国において代理人が行う事業の期間について一定の客観的なルールを策定した上で、それに基づき恒久的施設の有無を判断することにも合理性があると考えられる。

## 第3章 子会社 PE の可能性

### 第1節 準備的・補助的な活動

#### ・・・OECD モデル条約 5 条 4 項

OECD モデル条約 5 条は、その 4 項において、恒久的施設とはならない場合の規定を設けている。租税条約では、恒久的施設を「事業を行う一定の場所」という物理的施設の側面で定義しているが、その事業組織が行う活動が準備的・補助的な活動に該当する場合には、その機能的側面に着目し、PE の範囲から除外するための規定である。

代理人 PE の観点からも、相手国から自国に進出してきた事業組織の活動内容が、その機能面から判断した結果、準備的・補助的業務に終始しているような場合においては、代理人 PE には該当しないこととなる。

代理人 PE の認定に関連する裁判所の判断は、前述の米国租税裁判所における大成事件判決（1995 年 5 月）以外には数少なかったが、2002 年 3 月に、米国の最大手タバコ会社であるフィリップ・モーリス<sup>(77)</sup>のイタリア子会社に対する代理人 PE の認定に関する判断がイタリア最高裁によって判示された（以下、「フィリップ・モーリス事件判決」という）。この裁判の主たる論点において、同子会社の行う活動が「準備的・補助的活動」に該当するか否かに関する議論が行われており、本章では同事案に関する裁判所の判断を検討しつつ、恒久的施設とはならない「準備的・補助的活動」について考察してみることとしたい。

---

(77) フィリップ・モーリス・グループは、全世界的にタバコ製品の製造及び販売活動を行っている企業である。また、同グループは、製造販売業務以外にも（イタリアを含む）全世界市場を対象として、同社トレードマークの使用に関するライセンス付与を行っていた。

## 第2節 子会社に対する代理人 PE 認定の事例

【フィリップ・モーリス事案（イタリア最高裁：2002年3月7日判決他<sup>(78)</sup>）に係る考察】

### 1 事実関係<sup>(79)</sup>及びイタリア課税当局の主張<sup>(80)</sup>

Intertaba S. p. A.（以下、「Intertaba」とする）はフィリップ・モーリスのイタリア子会社（グループにおける唯一のイタリア企業）であり、タバコのフィルター製造、販売及び流通の各業務を主たる事業としていた。同社は、それらの事業に加え、国外グループ企業との間で締結したサービス・アグリーメントに基づき、グループ企業に対する役務提供業務も行っていた。

また、イタリア国外に所在するその他のフィリップ・モーリス関連企業（訴訟当事者である Philip Morris GmbH を含む）は、自国でタバコを製造し、イタリアタバコ公社（AAMS<sup>(81)</sup>）に卸売りをしていた。更に AAMS との間で、商標使用权に関するライセンス契約を締結し、AAMS が“Philip Morris”の商

(78) このフィリップ・モーリス事件（Ministry of Finance v Philip Morris Germany GmbH and another）においては、イタリア最高裁により3つの判決（rulings）が下されている。まず、①2002年3月7日判決（The Italian Supreme Court, in decisions 3367 and 3368）が下級審判決を破棄し差し戻す内容のもの、そして同事件に関連する追加的な判決として、②同年5月25日判決（Decision 7682/02）が法人所得税に関し、ドイツのグループ関連企業である Philip Morris GmbH がイタリア国内に PE を有すると判示したもの、及び③同年7月25日判決（Decision 10925/02）は VAT に関するものである。よって、本件における PE 認定の議論のベースとなるのは、イタリアードイツ租税条約の規定である。

(79) Deloitte & Touche, Italian Supreme Court Issues Broad Ruling on PE Definition, *Italy Tax Desk*, (31 July 2002)、及び Italian Supreme Court Rules Again on PE Definition in Philip Morris Case, *Tax Alert Italy*, (14 January 2003)、その他、本稿脚注に挙げた英文雑誌等を参照した。

(80) 本件における税務訴訟は、1996年のフィリップ・モーリス・グループに対する税務調査（対象年度92～95年）に端を発している。税務調査においては、特に、同グループのイタリア子会社である Intertaba のグループにおける役割、そして同社と他のグループ企業との関連性に焦点があてられた模様。

(81) Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato.

標を使用してイタリア国内でタバコの販売を行うことを許諾することと引き換えに、ロイヤルティを収受していた。

ここで、イタリア課税当局は「Intertaba がこれらのイタリア国外のグループ企業に代わり (on behalf of)、そして彼らのためだけに (in the exclusive interest of) 自身の通常の業務 (the ordinary course of its business…つまり、フィルター製造や流通) 以外の重要な活動を遂行していた」という事実認定を行ったが、その具体的な根拠として Intertaba が以下のような業務を行っていたことを挙げている。

- ① Intertaba は、上述のサービス・アグリーメントに基づき、国外グループ企業に代わって AAMS との間での契約交渉に参加していた。これは同社が、グループの関連企業によって AAMS との間における契約を適切に締結するための代理人 (representative) として指名されていたものであり、AAMS と定期的に接触を保っていたのみならず、AAMS の倉庫を検査する権限をも保持していたこと。
- ② 更に Intertaba は、同アグリーメントに基づき、国外の関連企業のためだけにその他の活動、例えば、イタリア国内におけるフィリップ・モリス製品のプロモーション活動等も行っていた。

最終的に、イタリア課税当局は、これらの事実認定 (finding) の結果を踏まえて、かような業務を行っている Intertaba は国外関連企業的意思決定に大きく従属しているものと主張し、同社は、国外関連企業の各々における、イタリア国内に所在する恒久的施設を構成するものであるとの結論に達し、更正処分を行った<sup>(82)</sup>。

---

(82) Massimiliano Gazzo, Permanent Establishment through Related Corporations: New Case Law in Italy and its Impact on Multinational Flows, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (June 2003). p. 257-264 によれば、イタリア税務当局は、税務調査の過程において得られた以下の証拠書類及び事業実態等によって Intertaba の実際の役割を判断したものとされる。

- ① 同社の設立目的は、タバコ製品のライセンス及び販売契約に主眼を置くものではなく、グループ企業がイタリアタバコ公社との間で締結したライセンス契約か

## 2 主要な争点及び事案の経緯

フィリップ・モーリスのイタリア子会社である Intertaba は、OECD モデル条約 5 条 5 項で規定されている「代理人 PE」に該当することとなるか否か。特に、本件では第一審及び第二審においては納税者側が勝訴したが、イタリア最高裁は下級審の判決を破棄し差し戻したことから注目されている<sup>(83)</sup>。

ら得られるロイヤルティ収入についてのイタリアでの課税を回避するための「特別な企業目的 (“autonomous” corporate purpose)」であるという legal opinion が記載された文書の存在 (1976 年に発行されたものであるが、最高裁は現在でも有効なものとした)。

- ② フィリップ・モーリス・グループにとってイタリア市場はかなり重要なマーケットであるにもかかわらず、ロイヤルティを回収するための事業組織がイタリア国内には存在しないというグループにおける特殊性 (イタリア以外の市場においては、ロイヤルティ回収業務を行うために支店あるいは子会社が設立されていることとの比較)。
- ③ タバコ公社と国外グループ企業との間で締結されたライセンス及び販売契約によってカバーされた業務活動に関連し、Intertaba が様々なコストを自ら負担していること。
- ④ タバコ公社との関係を保つことを目的として締結された上記契約の履行状況を管理・監督するという Intertaba の請負った責務 (工場や店舗を訪問し、販売過程をモニタリングすることを含んだ Intertaba の管理・監督者としての役割)。
- ⑤ タバコ公社と国外グループ企業との間で締結された上記契約の交渉に自らが参加すること、等々。

さらに同記事によれば、その他にも Intertaba の果たした役割は次の事実からも確認できると詳細に述べられている。具体的には以下のとおり。

- ⑥ [経営戦略・意思決定分野]: 調査により把握された証拠書類によると、Intertaba は親会社や国外のグループ企業のために様々な業務活動を行っていた。
  - ⑦ [経営 (執行) 分野]: Intertaba は以下の業務にも関与していた。(a) 価格設定、配送に係る契約諸条件及び原材料に係る支払い等に関連した契約や文書作成、(b) 贈答品や寄附金の分配、(c) 利益を確実にするためのグループ製品に係る販売促進や新製品発売、(d) タバコ公社から国外のグループ企業に対して支払われるロイヤルティ金額の計算など。
  - ⑧ [人事分野]: 管理責任や階層を示す組織図は、法的な事業組織単位ではなく、グループの機能に応じて作成されており、マネージャー (管理者) は、Intertaba 及び外国グループ企業 (管理者の報酬を決定している) の双方から給与を支給されていたこと、等々。
- (83) 第一審 (県財政委員会: *Commissione Tributaria Provinciale*) は Intertaba 及びイタリア国外関連者側の意見を支持した。その後、当事案は、課税当局により第

### 3 判 旨

本件において、イタリア最高裁は PE 概念に対するイタリア判例法の現行のアプローチを示すいくつかの原則を呈示した上で、Intertaba はイタリア国内における PE として認定可能であるとの判断を下しているが、それらの原則は次のように要約される<sup>(84)</sup>。

#### 【イタリア最高裁の理由付け】

#### ① 「Multiple PE」の概念 (The “Multiple PE” Principle)

イタリア国内で設立された子会社は、外国企業グループに所属し、かつ、当該グループとして共通の全世界的な経営戦略の下で活動する場合には、‘当該外国企業グループ全体の Multiple PE’ としての役割を果たしているものと考えられる。この場合、当該イタリア国内企業が行う活動の内容が OECD モデル条約 5 条 4 項で規定される「準備的・補助的」なものかどうかについては、グループ全体として判断し、そのグループの経営計画等を勘案しなければならない。

#### ② 「監督及び管理活動」 (The “Supervision and Control” Principle)

イタリアタバコ公社と国外グループ企業との間で締結されたライセンス契約が、的確に実践されているか否かを管理及び監督する業務は、「準備的・補助的」な活動には該当しないものである。つまり、Intertaba は多くの国外フィリップ・モーリス関連企業のために、それらがイタリア国内で行う業務に関する管理機能 (managing functions) を果たしていたものであ

---

二審 (州財政委員会 : *Commissione Tributaria Regionale*) へ控訴されたが、そこでも再び「PE は存在しない」との判決が下された。そのため、課税当局は本件をイタリア最高裁 (破棄院 : *Corte Suprema Di Cassazione*) へ上告したところ、最高裁は下級審の判決を破棄し、再度、事実認定を行わせるため下級審へ差戻したものである。よって、下級審では引き続き審議が継続されることになるが、それは、今般、最高裁によって明確に宣言された原則に沿ったものになると考えられる。

(84) Paolo Tognolo, Philip Morris Case: The Position of the Italian Court of Cassation on PE Matters, *Tax Planning International Review*, Vol. 29, No. 6, (June 2002). p. 14-16 その他参照。

り、この点につき OECD モデル条約 5 条 4 項に関するコメンタリー<sup>(85)</sup>においても「管理事務所」(“management offices”)は、準備的又は補助的な活動を行っているものとはみなされず、恒久的施設に該当すると判断するのが妥当である。

③ 「事業を行う一定の場所」(The “Imputation” Principle)

イタリア子会社が特定地域(イタリア国内)における事業の管理活動を委任されているのであれば、この活動は当該地域において PE を構成することとなる。

④ 「契約締結権限」(The “Mere Participation” Principle)

上記ライセンス契約の締結交渉に、直接「参加」することは、契約を締結する権限を有することと理解される。

⑤ 「実質課税(実質優先)」の原則(The “Substance-over-Form” Principle)

基本原則(OECD モデル条約 5 条 1 項及び 2 項)あるいは代理人条項(5 条 5 項及び 6 項)に基づき PE の存在を判断する場合は、形式的な見地からのみではなく、「実質的な見地」から PE 要件の検証がなされるべきである。

#### 4 本判決に対する検討

イタリア最高裁においては、Intertaba が国外のグループ企業の恒久的施設を構成するか否かについて判断を下す場合は、OECD モデル条約や同コメンタリーにおいて採択されている基本原則に拠るべきであるとしている。この点については、前述の大成事件判決における米国租税裁判所も同様の見解を有しており問題ないものと思われる。しかしながら、本判決は、事業を行う一定の場所としての PE 及び代理人 PE の双方におけるいくつかの論点で、それらの基本原則から乖離している部分があると考えられるため、以下において検討してみたい。

---

(85) 5 条コメンタリー：パラ 24。

## (1) Multiple PE の原則について

まず、「Multiple PE」の概念について、イタリア最高裁は「1：多（本件でいえば、Intertaba：グループ企業群）」、つまり“企業グループ単位 (a group basis)”の考えに立っている。これは、「企業（モデル条約 5 条でいう“enterprise”）」が PE を有しているか否かを判断する過程において、その「企業」とは、“企業グループ全体を一つ (an entire group of companies)”として考えるべきというものである。しかしながら、OECD モデル条約 5 条において規定されている PE の有無の判断指針や「企業（あるいは本人）」の概念はそのようなものではなく、これまで長期にわたり受け入れられてきた国際課税の原則においては、支店等の事業を行う一定の場所としての PE であれ、従属代理人としての PE であれ、それは“単一の企業、あるいは単一の本人”との関連で判断されるべきものであり、具体的には「1：1（本件であれば、Intertaba： Philip Morris GmbH）」、つまり“個別企業単位 (an entity-by-entity basis)”で検討されるべきものである<sup>(86)</sup>。何故なら、

---

(86) ここで、事業を行う一定の場所としての PE 及び代理人 PE について、いま一度整理してみたい。まず、OECD モデル条約 5 条 1 項では、外国企業は、その外国企業自身が、ある特定の国において事業を行う一定の場所を保持し、その事業を行う一定の場所を通じて単なる準備的・補助的な活動の閾値 (threshold) を超える業務活動に従事するならば PE を有することになるものと規定している。ここで、事業を行う一定の場所とは、一方の締約国の企業（外国企業）において自由に活用・処分できる (at the disposal of) 場所であり、その場所を通じて当該企業自身の事業活動を行うためのものでなければならない。その場合、ある国（源泉地国）で活動する子会社あるいは関連企業は、契約等を締結することにより、その保有する施設を外国企業の支配下に置くことによって、当該外国企業がその国に事務所や他の事業を行う一定の場所を有しているものとするができる。ここで留意すべきは、もし、仮に、現地の子会社等が、契約等を通じてその保有する施設をある外国企業 A の自由となるようにした場合において、当該子会社がその保有する施設を他の外国企業 B に対してもその自由になるようにすることは全く関連性はないということである。なぜなら、OECD モデル条約においては、事業活動から生じた利益が課税の対象となるかどうか、つまり源泉地国における PE の有無に係る判断については、個別企業単位 (entity by entity determination) で慎重に検討すべきことを基本的な考えとしているからである。次に、代理人 PE の観点からみた場合に問題となるのは、外国本人企業と従属代理人としての現地（源泉地国）の子会社等との間の関係性である。

OECD モデル条約に準拠した二国間において締結される租税条約によってこそ、二重課税の排除という、条約における究極の目的の一つが達成されようが、「Multiple PE」の考えに立てば複数各国間における二重課税排除の実現はかなり複雑かつ困難なものとなり得るからである。

現行の OECD モデル条約では、子会社が単に存在しているだけの場合には、当該国において他の関連企業（親会社）が PE を有することにはならない旨を明記している<sup>(87)</sup>。しかしながら、その一方で、PE の有無に係る判

---

その子会社等が、関連企業グループの 1 メンバー企業を拘束 (bind) する契約締結権限を有し、かつ、その権限を常習的に行使しているか否かと同子会社が当該国内あるいは国外で当該関連企業グループの他のメンバー企業のために事業活動を行うことは全く何の関連性もないことに留意すべきである。つまり、5 条 5 項の観点からも、ある特定の本人企業と従属代理人企業との関連性については、企業グループ単位 (a group basis) ではなく、個別企業単位 (an entity-by-entity basis) で判断すべきであるといえる。

- (87) OECD モデル条約 5 条 7 項においては、一方の締約国の企業が他方の締約国内に子会社等を有する場合に、その子会社等が当然に PE となるものではないことが確認的に規定されている。子会社の存在のみによっては、その子会社は親会社の PE とはされないことは国際課税のルールにおいて一般的に認められたものであり、これは課税上、当該子会社は独立した法人として別個の事業主体であるという原則的な考えによるものである。子会社によって行われる取引または事業が親会社によって管理されるという事実がある場合でも、その事実を以って当該子会社が親会社の PE になることにはならない (5 条コメンタリー：パラ 40 参照)。しかしながら、これまで検討してきたとおり、子会社がその親会社の PE と判断され得るケースとして、次の二つの場合、つまり事業を行う一定の場所としての PE 及び従属代理人としての PE が挙げられる。前者は、源泉地国で活動する子会社の有する事業を行う一定の場所のうち、契約等を締結することにより、親会社の意思で自由に活用することができる一定の場所が存在する場合（この場合、コメンタリー：パラ 10 との関係から、当該場所で業務に従事する者は企業家又は当該企業と有給雇用関係にある者であることが求められる）が該当する。そして、後者は、子会社がモデル条約 5 条 5 項の代理人 PE に係る規定に基づき、その要件、つまり親会社の名において（つまり、親会社を拘束する）契約を締結する権限を有し、かつ、その権限を常習的に行使する場合には、その親会社に対する従属代理人とされることになる。なお、これらの外国子会社に関する PE 認定の場合であっても、5 条 1 項の事業を行う一定の場所としての子会社、あるいは 5 項で規定される代理人 PE の要件を充足するような従属代理人たる子会社と判断された時点ではじめて支店等と同じプレゼンスを有する法的主体と認識されるものであり、最終的に PE に該当するかどうかの次なる判断基準として、

断を行うために OECD モデル条約のテストを実施するに際しては、“関連企業単位での検討”ではなく、“個別企業単位での検討”に基づいて判断を行うべきであるということは明確に記述されていない。この点については、OECD 租税委員会による今後の改訂作業を待たなければならない<sup>(88)</sup>が、この Multiple PE 概念を否定する“個別企業単位での検討 (an entity-by-entity exercise)”の考えは、既述の大成事件判決における米国租税裁判所の独立性の判断において、「米国の再保険会社は 1 名の本人のために代理したのではなく、申立人である日本の損害保険会社 4 社のそれぞれについて個別に代理したものと考えるべきである」との判断<sup>(89)</sup>と一致するものであり、妥当なものであると考えられる。

## (2) 準備的・補助的な活動について

次に、イタリア子会社が行う活動が PE には該当しない「準備的・補助的」なものかどうかの論点について、イタリア最高裁は上記の「Multiple PE」の概念との関連からグループ全体として判断すべきであるとした。つまり、国外のグループ企業が一方の当事者となって締結された契約がイタリア国内において的確に実践されているか否かを管理・監督することは、グループ企業側にとってイタリア国内に「事業の管理の場所」を有することになるという理由付けを行い、イタリア子会社はグループ全体の地域的な所得の稼得に重要な貢献をしているものであるから「準備的・補助的」な活動に終始するものとはいえず、その結果、PE を構成するものと判断している。

この論点について、二つの側面から検討してみたい。

---

当該子会社が 5 条 4 項の「準備的・補助的業務」のみに従事しているのか否かの判断を行う、という手順を踏むべきと考える。

(88) 本章注 100 において後述するように、この論点につき、2004 年 4 月 12 日付で OECD 租税委員会から “Proposed Clarification of the Permanent Establishment Definition” が市中協議のために公表されることとなった。

(89) 前述の大成事件判決における「法的独立性」に関する判断において、米国租税裁判所は “... we have concluded that Fortress acted separately in respect of each of four petitioners and ...” としている。

まず、第一義的に検討すべきは、特定の国における管理活動について「外国企業（親会社等）自身が管理活動を行うこと」と「子会社や関連会社が役務提供契約に基づき親会社等に対して役務提供を行うこと」を混同すべきではないということである。前述のとおり、その国の居住者である子会社は、契約等を通じて親会社に自身の事務所等を自由に利用させることが可能であるが、子会社に対する PE 認定の観点からみれば、当該親会社は、準備的・補助的な閾値を超える事業活動を遂行するために当該事務所あるいは事業を行う一定の場所を利用することが必要となる<sup>(90)</sup>。ここで留意すべきは、ある外国企業が、源泉地国の子会社・関連企業の事務所や事業を行う一定の場所において当該外国企業自身の事業を行う場合<sup>(91)</sup>は、外国企業自身による管理活動を子会社・関連企業の事務所等において行っているものといえることから、その国に PE を有すると判断できる。その一方で、外国企業が源泉地国の子会社等との間で役務提供契約を締結し、手数料を対価として子会社自身の従業員や事務所等に役務の提供を行わせること<sup>(92)</sup>は、(手数料の多寡が移転価格税制上の問題となり得ることは別として) 直接的には PE 認定の問題とはならないものと思われる。このように、OECD モデル条約では、源泉地国における PE 判定のための閾値をそのように低く設定することを企図しているものではない。

次に、二つ目の側面として検討すべきは、この論点に関するイタリア最

---

(90) 本件にあてはめていえば、ドイツ企業がイタリア国内において恒常的に勤務する従業員を有し（5 条コメンタリー：パラ 10 においては、5 条 1 項でいう恒久的施設を通じて行われる企業の事業とは、主として企業家又は当該企業と有給雇用関係にある者によって行われる旨が記述されている）、その従業員がグループ関連企業の事務所等で働き、そして、その事務所等を通じて当該ドイツ企業自身のための中核的な事業活動を行う場合が該当する。

(91) 本件でいえば、ドイツ企業自身が、①イタリアのグループ企業の事務所を用いて、②ドイツ企業の従業員により、③ドイツ企業自身の（準備的・保持的ではない）中核的な事業活動を行うこと。

(92) 本件でいえば、ドイツ企業が、イタリアのグループ企業との間でサービス・アグリメントを締結し、同社に管理業務を行わせること。

高裁の考えは、外国企業とはあくまでも別個の法的主体である子会社と支店等を混同しているように思われる点である。ここで問題となる「事業の管理の場所」については、5条コメンタリー：パラ 24 において具体的に記述されており、少なくとも「事業の管理の場所」に該当するためには、そこで行われる活動は、準備的・補助的な活動のレベルを超えるものでなければならず、当該（外国）企業が展開する事業の本質的及び重要な部分を形成するものであることが求められる。しかしながら、このパラ 24 が対象としているのは、あくまでも外国企業の一部を構成する支店、事務所及び工場等と同一レベルでの「管理事務所（management office）」であり、別個の法的主体である子会社（子会社の有する「事業を行う一定の場所」を含む）は、たとえ本質的及び重要な役務を提供していたとしても、「事業の管理の場所」として外国企業に帰属することはなく、ここではその射程外であるという点に留意しなくてはならない。つまり、パラ 24 は基本的には支店等の行う業務について規定されたものと考えべきであり、本件のような子会社に係る PE の判断基準には不適格なものと思われる。

### （3）本判決に対する意見のまとめ

以上のように、本件フィリップ・モーリス事件でイタリア最高裁が示した考えでは、(i)問題のイタリア子会社が PE に該当するか否かの判断の段階で「Multiple PE」という概念を使用し、(ii)さらに、そのような考え方に基づいて“認定”した子会社 PE の行う業務をコメンタリー：パラ 24 の観点から OECD モデル条約 5 条 2 項(a)の「事業の管理の場所」の判断基準にあてはめた結果、5 条 4 項(e)の「準備的・補助的」な活動には該当しないため PE が存在していると判断している。

しかしながら、この理論構成は国際課税の基本原則に沿った課税手法とは異なるやり方であると思われる。そのように考える理由として、ここで再び、第 1 章で記載した代理人 PE の検討基準に係るフローチャートに即して考察してみたい。

まず、5 条 6 項の「独立代理人」に該当するかどうかについては、Intertaba

がイタリア国外の一連のグループ企業に代わり、そして彼らのためだけに自身の通常の業務以外の重要な活動を遂行していたという事実認定に基づき独立代理人には該当しないものとの判断を行っている。しかしながら、これらは全て、既述の「Multiple PE」というこれまでの国際課税の基本ルールでは認められてはいない概念を用いた結果としての従属代理人であるとの判断に過ぎず、本来であれば、前述のとおり、「1:1」の“個別企業単位 (an entity-by-entity basis)” で検討されるべきである。

次に、5条5項の「契約締結権限」について見てみる。本件において最高裁は、Intertaba が（上述のとおり、従属代理人であるか否かの判断にも疑義があることに加え）イタリア国外の関連者を拘束 (bind) するような権限は一切持っていないにもかかわらず、単に契約交渉に「参加」していたということのみを重んじて、同社が従属代理人として契約を締結する権限を行使していたものと判断しているが、この見解は従属代理人に関するOECDの規定振りと一致するものとはいえない<sup>(93)</sup>。ここで、ある代理人が本人企業を拘束する契約締結権限を有し、かつ、その権限を常習的に行使しているか否かは事実認定の問題であるが、この点について5条コメンタリー：パラ 33<sup>(94)</sup>においては、「個々の状況における商業上の事実関係に即して判断すべきである」としている。しかしながら、OECD加盟国の最高裁において本件のような判決が出される現状に鑑みると、今後の、より具体的な実務に資することとするため、5条5項における「契約締結権限」に関するコメンタリーの更なる明確化が必要と思われる<sup>(95)</sup>。

---

(93) この点に関しては、第2章第2節-1-(2)において、「契約の署名権限だけを有し、交渉権限のないような代理人については“恒久的施設の認定要件としての契約締結権限”を欠くものと判断すべき」との整理を行った。

(94) ‘...Moreover the authority has to be habitually exercised in the other State; whether or not this is the case should be determined on the basis of the commercial realities of the situation.’

(95) 例えば、「契約締結権限」テストを満たすためには、“本人企業のために現実的、実質的そして常習的な権限の行使であること”を必要条件とし、さらには“交渉への出席あるいは参加は、それ自体では出席者あるいは参加者が本人企業を拘束する

さらに、5条4項の「準備的・補助的な活動」であるかの判断は、あくまでも5条5項の従属代理人テスト、あるいは5条1項の「事業を行う一定の場所」を有しているかのテストをクリアした子会社に対してのみ検討されるものである。しかしながら本件では、問題のイタリア子会社に関して、5項の観点からはそもそも代理人PEとなるための前提条件である従属代理人と判断するための要件が満たされていない段階で、また1項の観点からは「事業を行う一定の場所」を有しているとはいえない（もともと本件のような子会社に係るPEの判断基準としては不適格な「事業の管理の場所」の概念を誤って適用しているに過ぎない）段階<sup>(96)</sup>で、つまり、源泉地国で支店等と同じレベルのプレゼンスを有するとはいえない時点でこの判断を行っているものといえる。よって、同子会社については、そもそも「準備的・補助的」な活動云々の議論の対象にはならないものであったと考えられる。

## 5 本判決の意義

これまでのところ、本件フィリップ・モーリス事件に対する実務家、学者その他の反応は、概して批判的なものが多い<sup>(97)</sup>。つまり、その大部分が、今回のイタリア最高裁のPEに関する裁定が国際課税の一般的に認められてい

---

契約締結権限を保有し、かつ、常習的に行使しているかどうかに関する判断基準とされることはない”などの趣旨を盛り込むことも一考に価するものとする。なお、この論点についても、本章注100において後述するように、2004年4月に公表されたOECD, “Proposed Clarification of the Permanent Establishment Definition”に盛り込まれており、市中協議に付されている。

- (96) 前述のとおり、Intertabaが「事業の管理の場所」とは認めがたいことに加え、グループ企業であるドイツのPhilip Morris Germany GmbHは、イタリア国内には人的資源及び設備等の資産は有していなかったとされる。
- (97) 例として、①国際租税学会による批判：Robert Goulder, IFA Panelists Slam Italian High Court Ruling on Permanent Establishments, *Tax Notes International*, Vol. 27, No. 10, (2 September 2002. p. 1152) 又は ②Tax Executive InstituteからOECDに対する意見書：Guy A. Kersch, TEI Comments on PE Definition in OECD Model Treaty, *Worldwide Tax Daily*, (21 October 2003) 等があげられる。

る規範とどれだけ乖離したのか極めて問題の多いものと表現すると同時に、他の国々がイタリアの先導に追随して PE 概念を大幅に改革したり、あるいは、一国のみの単独行動であるとしてもイタリアが引き続き他の国々とは異なるより広い課税管轄権を主張することを危惧する論評が多い<sup>(98)</sup>。

仮に（実際そうであろうが）、OECD 加盟諸国や他の国々が、イタリア最高裁によって明言された概念を採用することを選択しない場合には、イタリアとの全てのクロスボーダー取引は今回のようなルールに従わざるを得なくなる。この場合、イタリア国外の納税者（例えば日本企業）がイタリアでの業務を継続した場合、その者のイタリアでの納税額は増加し、そして殆どの場合には居住地国（日本）における納税額は減少する（従前と比較してより多額となるイタリアでの税額を控除することになるため）。その結果として、他の国々の犠牲のもとに何の根拠もなくイタリアのみを富裕な国家にさせる

---

(98) Deloitte & Touche・前掲注 79 等においても指摘されているが、本事案については、これまでに検討してきた PE 認定以外にも次の 2 点において問題があるものと思われる。その一つは、移転価格税制上の検討が充分に行われていたかどうかである。つまり、外国企業の国内子会社に対する国際課税の観点からいえば、いったん外国企業が現地子会社を設立したならば、当該子会社の所得はその管轄地域の課税権に服することになり、課税上の議論は恒久的施設の観点からの検討だけではなく、通常であれば移転価格の面からも検討されよう。しかし、本件においては、Intertaba が国外関連企業から受領していた報酬が独立企業原則に見合う金額であったか否かに関する分析が充分に行われないうまま、最高裁は、Intertaba はイタリア国外関連会社のために行ったいくつかの業務活動について、相当の報酬を得ていなかったと結論付けたとされている。一般的に、課税当局側が移転価格税制の観点から、その報酬が独立企業間価格を満たしていないと判断するならば、問題点は論理的にも適正なる移転価格分析に帰着すべきであると考えられようが、本件においてそれは最後まで実施されず、議論の中心はイタリア子会社に対する代理人 PE の認定課税に終始することとなった模様である。また、さらに踏み込んだもう一つの論点として、PE 認定後の所得配分の問題についても今回のイタリア最高裁の判断は大きな波紋を呼んだ。つまり、仮に PE が存在することになったとしても、外国企業に課されるべきイタリアでの事業所得に係る（法人）所得税は、当該 PE に帰属する所得に対応する部分のみのはずである。しかしながら、本件においては、イタリア国外関連企業がイタリア国内における事業活動から稼得したとされる全ての所得に対して課税処分を行った。なお、最高裁は、この課税所得金額の決定については何らの判断も示しておらず、その点についても問題のあるものと思われる。

こととなり、さらに実務的な面からすれば課税当局の負担となる相互協議が相次ぐことになりその決着には数年を要することになるろう。このようなシナリオは、イタリア以外の国家にとっては何らのメリットもないものである。

また、全世界的に事業を展開する納税者側のタックス・プランニングの観点からみても、国際的に認められたルールに反するような高額な課税が行われるイタリアでの業務を魅力のないものと考え、世界の多国籍企業はイタリアから撤退することとなるろう。結果として、一国のみで、これまで長期にわたり受け入れられてきた国際課税の原則に対する基本的なルールを超えて課税を行おうとする国家は、かえって税収の減少のみならず、最終的には経済の停滞という憂き目に会うことになるものと思われる。

## 6 補 足（本事件に関する最新の動向）

前述の如く、本事件に対する論者からの評価がかなり厳しく、辛辣な批判が行われていることに加え、OECD に対してコメントリーの改訂を提言する団体<sup>(99)</sup>も出現している現状を受け、OECD 租税委員会は本判決から波及する効果を否定するために 2004 年 4 月 12 日付で Discussion Draft<sup>(100)</sup>を公表し、市中協議に付すこととした。これにより、5 条コメントリーの解釈においては、新たに以下の点に留意することが提案されているが、本章の最後にその概要をまとめておくこととしたい<sup>(101)</sup>。

- ・ PE の定義を適用する際には、“特定の企業”に着目することが要求され、“法人グループ全体”で検討するものではない<sup>(102)</sup>。

---

(99) 前掲注 97・②Tax Executive Institute から OECD に対する意見書参照。

(100) OECD, “Proposed Clarification of the Permanent Establishment Definition” (12 April 2004)

(101) Steve Towers, Proposed Changes to OECD Model Tax Treaty Could Nullify Philip Morris Decision, *Tax Notes International*, Vol. 34, No. 9, (31 May 2004. p. 939).

(102) When applying the permanent establishment definition, it is necessary to look at a specific enterprise and not a group of entities as a whole.

- 関連会社たる居住者企業から非居住者企業に提供される役務について、5条1項の下でPEが存在し得るのは、居住者企業の施設を非居住者企業が自由に使用することができる場合のみである。居住者企業から非居住者企業に役務（例えば管理役務）が提供されるだけ、というときはこの限りでない<sup>(103)</sup>。
- ある者が、“契約交渉に単に参加しているという事実”は、そのことを以て、外国企業の名においてすなわち本人を拘束するような契約締結権限を行使していると結論付けるには、不十分である<sup>(104)</sup>。

---

(103) Regarding services provided to a nonresident company by an associated resident company, a PE will exist only under article 5(1) if the resident company's premises are at the disposal of the nonresident company; that will not be the case merely because services (for example, management services) are provided by the resident company to the nonresident company.

(104) The fact that a person merely participates in meetings for the negotiation of contracts is not sufficient by itself to conclude that the person has exercised an authority to conclude contracts in the name of, and therefore binding on, a foreign enterprise.

## 第4章 問屋(コミッションネア)契約と代理人 PE

この章では、多国籍企業が行うタックス・プランニングの一環として、90年代後半から、特に欧州での業務活動において、機能・リスクの統廃合による移転価格の見直しという観点から採用され注目されるようになった問屋（コミッションネア）契約について考察する。まず、その基本的な概念や取引形態を概観した後で、外国企業が本邦子会社を従来の仕入販売取引（いわゆる Buy - Sell 方式）からコミッションネア方式へと変更するケースを通して、問屋契約に内在する課税上の問題に関する考察、具体的には、代理人 PE の認定及び課税所得算定についての検討を行いたい。

### 第1節 問屋（コミッションネア）契約とは

コミッションネア形態による取引契約を締結することの評価を行うために、まず「コミッションネア」の意味するところを他の形態との比較において定義付ける必要がある。一般的に、多国籍企業が採用する製品供給の取引形態としては以下の3種類があげられる。

- ① ディストリビューター取引<sup>(105)</sup>：「自己の名前で、自己のために活動する者」が行う取引であり、従来の仕入販売（いわゆる Buy-Sell 方式）の取引形態を指す。
- ② コミッション・エージェント取引<sup>(106)</sup>：これは「本人の名前で、本人の

---

(105) ‘A distributor who acts in its own name and on its own behalf.’ (出典) Michael F. Swanick, Mark Mudrick, and Erik Bouwman, *Tax and Practical Issues in Commissionaire Structures*, *Tax Notes*, Vol. 74, No. 4, (27 January 1997. p. 499).

(106) ‘A commission agent who acts in the name and on behalf of the principal (i. e., a direct representation (disclosed agent)).’ (出典) 前掲注105参照。このコミッション・エージェントは、日本の商法第46条における「使用人ではなく、一定の商人のために継続的にその営業の部類に属する取引の代理若しくは媒介を直接その商人の名において行為する」者に相当する、いわゆる「代理商」であり、

ために活動する者」が行う取引であり、対第三者との関係においては「直接代理人（開示代理人）」とされる。

- ③ コミッショネア取引<sup>(107)</sup>：これは「自己の名前で、本人のために活動する者」が行う取引を指し、対第三者との関係においては「間接代理（非開示代理人）」とされる。

このコミッショネア概念は大陸法系の国々で発展したものであり、その主な特徴は、自己の名において活動するが、それは本人（the principal）のリスクによって、本人に代わって活動する代理人を指すことから「間接代理人」の範疇に入るとされている。その結果として、コミッショネアが行う活動は、基本的には本人を拘束（bind）しないものとされると同時に、コミッショネアは商品に対する法的所有権を保有せず、販売する製品の所有権は本人から顧客へ直接に移転することとなる。この形態は、日本の商法 551 条以下で規定される「問屋（といや）」に相当するものである<sup>(108)</sup>。一方、英米法系の国々においては、第 1 章で検討したとおり、代理の概念に関し、「直接代理」あるいは「間接代理」という区分はない。よって代理人が本人のために行った活動は、対第三者との関係においては、その取引を代理人自身の名で行ったかあるいは本人の名で行ったかにかかわらず全て本人を拘束するものとみなされる。この意味では、英米法系の国で取引を行うコミッショネアの活動は、大陸法でいうところの「直接代理」の概念に類似するものとなろう。

---

損害保険の代理店等はこれに属するものと考えられている。

(107) ‘A commissionaire who acts in its own name but on behalf of the principal (i. e., an indirect representation (undisclosed agent)).’（出典）前掲注 105 参照。

(108) 具体的な例として、証券会社の取次業務が挙げられる。つまり、証券取引所での売買は証券会社自身の名で行うが、そこから生じる損益はすべて投資家（他人）に帰属するという点で問屋に該当するものとされる。

## 第2節 代理人 PE の認定

### 1 問屋は独立代理人か従属代理人か

そもそも問屋ビジネスの本質から課税上の問題を検討した場合、問屋は OECD モデル条約 5 条 6 項の独立代理人として代理人 PE のカテゴリーから外れるのか、それとも 5 項の従属代理人として本人企業をもって源泉地国の課税当局に対し新たな納税義務が生じることとなるのかが最大の問題となる。ここでは、一つの例として、これまで通常の仕入販売取引をグループ企業との間で行っていた日本子会社が、包括的コミッション契約を締結することにより、そのグループ内部において問屋方式に移行した場合であってもその実体は如何なるものなのか、という問題意識から検討してみたい。

この点に関し、納税者サイドからは、企業間において締結された「問屋契約」に基づく従来の Buy-Sell 方式から問屋（コミッション）方式への表面的・形式的な事業形態の変更を理由として「自身は“問屋”として活動しているため、独立代理人に該当することから、PE の対象にはならないはずである」旨の主張がなされる場合が想定される。以下では、これまでに用いてきた代理人 PE 条項に関するフローチャートを用いて、コミッションと代理人 PE に関する検討作業を行うこととする。

### 2 OECD モデル条約 5 条 6 項との関係

まず、既述のフローチャートにおけるこの第 1 ステップでは、大陸法の「間接代理人」としての間屋であろうと、英米法の間屋であろうと、ここでの判断基準とされるのは、あくまで「独立代理人」基準を満たすか否かという点である<sup>(109)</sup>。したがって、課税当局サイドとしては、モデル条約 5 条コメンタリー：パラ 37 及び 38 で明記されている、前述の大成事件判決でもみたところの「独立代理人であるためには、法的独立性と経済的独立性の双方が必要

---

(109) この段階では、代理人としての間屋が相手方との間で行う契約が本人を拘束 (binding) するか否かは第一義的な問題とはならない。

であり、企業（親会社等）から詳細な指示又は包括的支配を受ける場合、あるいは企業者危険を代理人自らが負っていない場合は独立代理人とはいえない」という観点からコミッショネアの活動実態の検討を集中的に行い、同時にその者が行う業務が通常業務の範囲内にあるものといえるか否かの判断を行うこととなる<sup>(110)</sup>。

では、具体的に、独立性の有無をどのようにみていくか。ここでは、例として「経済的独立性」の観点から検討してみたい。

#### (1) 取引の経済的な実態面からの検討

グローバルに事業を展開する企業が、その事業の実態に何らの変更がないにもかかわらず、形式的にグループ内部においてコミッショネア制度を導入することにより、子会社の課税所得計算の基礎となる機能やリスクに変更を加えることができるならば、これまで本邦に配賦されてきた利益が大幅に減少してしまうことが危惧される。この場合には、当該子会社が行う活動がコミッショネアとしての名義や地位に基づいて行われていたとしても、その対顧客取引の実態、つまり取引構造やスキーム等から判断される経済的な実態はどのようなものなのか、あるいは、その者が“果たす機能”や“負担するリスク”はグループ全体で如何に配分されているのか等の問題を総合的に勘案すべきものと思われる。この点に関し、5 条コメンタリー：パラ 38.6<sup>(111)</sup>においても「代理人の活動が、リスクを負い、企業家としての技術と知識を使うことにより報酬を受け取るという独立事業とい

---

(110) 大成事件判決でも、このコメンタリーに基づく観点からの判断を独立性の認定基準として取り上げ、事実認定を行った結果、判決を下している。このことは、OECD モデル条約のコメンタリーや外国の判例が必ずしも我が国の税法上拘束力のある規範的効力は持つとはいえないが、今後の実務において代理人 PE の認定に係るケースを処理するにあたり、課税当局及び納税者双方にとって大いに参考とされるべきと考える。

(111) ‘All the facts and circumstances must be taken into account to determine whether the agent’s activities constitute an autonomous business conducted by him in which he bears risk and receives reward through the use of his entrepreneurial skills and knowledge.’

えるかどうかの決定に際しては、全ての事実や状況を考慮しなければならない」としている。

## (2) 本人の数からの検討

更には、「本人の数」に着目することも考えられよう。具体的には、コミッショネアがただ一人の本人（親会社等）のために事業活動を行っている場合に経済的独立性を維持しているといえるか、についての検討である。OECD モデル条約を始め、それを模範とする日米租税条約等のわが国が締結した各国との租税条約の正文においては、恒久的施設条項のうち「独立代理人」規定（OECD モデル条約：5条6項、日米条約：9条5項<sup>(112)</sup>等）において“commissionaire”という用語は用いられてはいない。各条約では、“general commission agent”という用語が用いられ、その翻訳において「問屋」とされている。ここで“general commission agent”とは、1915年に英国で制定された“The UK Finance Act”にその起源があるとされ<sup>(113)</sup>、英国の立法者による同用語の定義付けによれば「多数の顧客のために活動する“commission agent”」をいうものとされており<sup>(114)</sup>、この考えは実際の裁判においても適用されている<sup>(115)</sup>。つまり、OECD モデル条約5条6項の独立代理人条項で規定される代理人は“general”な「多数の顧客（本人企業）」を相手に活動する代理人についての規定であると解するならば、問題のコミッショネアがグループ内部のただ一人、あるいは極めて少数の顧客（本

---

(112) 新日米条約では5条6項に規定されている。

(113) Dr. Arthur Pleijsier, *The Agency Permanent Establishment: Practical Applications*, *INTERTAX*, Vol. 29 (2001), Issue 6-7, p. 220.

(114) Pleijsier・前掲注113・p. 221. ‘British legislators defined the term “general commission agent” as a commission agent who acts for a number of clients.’

(115) Pleijsier・前掲注113・p. 221. ‘The term “general” in fact refers to the agent who works for any number of clients, as was expressed in *Fleming v London Produce Co., Ltd.* (1968): the word “general” in the phrase general commission agent must have the same import; ... that of a commission agent who holds himself out as being ready to work for clients generally, and who does not in substance confine his activities to one principal, or even an insignificant number of principals.’

人企業)を相手に活動している場合、その独立性には大いに疑義があると言わざるを得ないもの<sup>(116)</sup>と考える。

### (3) 小 括

これらの観点から、課税当局としては、契約形態が外国親会社と本邦子会社における通常の仕入販売取引(Buy-Sell取引)から問屋(コミッションネア)方式へと移行したとされる場合、当該子会社の行う業務の実態面・機能面で従前と比べて如何なる変更がなされたのか、という観点からの事実認定を的確に行わなくてはならない。最終的には、その事実認定の結果として、たとえ自己(問屋)が取引の名義人となっても、実質的には外国本人企業の事業を行う代理人と全く変わらないケースがあり得るということであり、そのような場合の問屋(コミッションネア)は従属代理人に該当する場合が多いものと考えられる。

このことは、納税者側においても、自身が企業グループ内部における契約書面上、問屋(コミッションネア)としての立場を得たからといって、直ちに独立代理人として扱われる(“源泉地国の課税当局からPE認定されるリスク”から解放される)とは限らないことを意味する。

なお、「独立代理人」に該当するか否かの判断において、5条6項にある①法的独立性、②経済的独立性及び③通常業務性という基準のうち、一つでもクリアできないような問屋(コミッションネア)については、「従属代理人」の範疇に入るものとして、引き続き5条5項の判断基準に基づいてその性質が決定されることになる。

## 3 OECDモデル条約5条5項との関係

続いて代理人PEに関するフローチャートにおける第2ステップとしての5

---

(116) ただし、経済的独立性の判断において、この「本人の数」に基づく検討を行なう場合、それは最終的・決定的なものではなく、あくまでもいくつかの検討基準のうちの一つとして位置付けるべきであることは、第2章の大成事件判決でも記したとおり。

条5項に関する基準についての検討に入る。先の第1ステップでは、大陸法系国家と英米法系国家との間における代理概念に関する差異を第一義的に検討する必要はなかったが、この5項の段階では取引の相手方と締結する契約が本人を拘束 (bind) することが代理人の必要条件であることから、双方の違いを考慮に入れる必要が出てくる。

具体的にみると、まず、英米法上のコミッショネアの場合は「誰の名で契約するか」にはかかわらず、全ての代理人は本人を拘束するものと考えられている。この場合、コミッショネアは本人を拘束する契約締結権限を有する従属代理人となるため、あとは当該権限を常習的に行使するか否かの判断を行うこととなる。この判断は、大陸法上の「直接代理 (開示代理人)」においても同様である。問題は、自身の名で契約を締結し、本人ではなく自身を拘束するものと一般的に考えられている大陸法上の「間接代理 (非開示代理人)」としてのコミッショネアをどのように考えるべきか、ということである。このようなコミッショネアの場合、法源の礎を大陸法に求める日本の課税当局として「そのような問屋 (コミッショネア) 契約は、大陸法上、本人を拘束しないので5項に定める従属代理人に該当するとはいえない、よって代理人 PE には該当しない」と一律に結論付けることは適当ではない。何故ならば、間接代理とされる問屋 (コミッショネア) 取引であっても、わが国の国内法の規定に基づいて本人を拘束するものは、5項の従属代理人に該当する (したがって代理人 PE となり得る) と考えることが相当といえるからである。この点につき、以下、具体的に検討してみたい。

#### (1) 大陸法系国家における国内法の規定

大陸法系国家のうち、ベルギー、フランスなどの国内法においては「間接代理のコミッショネアであっても本人を拘束する」旨の規定が整備されており、代理人 PE としての課税対象となり得るものとされている<sup>(117)</sup>。ま

---

(117) *Tax Notes*・前掲注105・p. 503 ‘In civil law countries, the risk of having a taxable presence would arise only when domestic law treats the commissionaire as binding the principal (as occurs, for example, in Belgium and France).’

た、オランダにおいても、同国民法典によれば、コミッショネアの活動は「委任 (assignment; lastgeving)」に拠るものとされる<sup>(118)</sup>。同法 414 条では、「委任」は契約当事者の一方をして、他の一方のために法律行為を実施する義務を負うものと規定し、また、同条 2 項によれば、コミッショネアは自身の名、あるいは本人の名、いずれにおいても契約を締結できるものと規定している<sup>(119)</sup>。これらの民法上の「委任」に関する規定を根拠として、大陸法国家の法学者の間では「大陸法における間接代理人としてのコミッショネアであっても、委任によって付与された権限の範囲内において本人を拘束 (bind) するものである」と主張する者もあり<sup>(120)</sup>、このような国内法の規定は、コミッショネアが本人を拘束することを定めているものであるということが出来る。

## (2) わが国における国内法の規定

次に、わが国の民商法における問屋に関する規定を整理してみる<sup>(121)</sup>。まず、わが商法<sup>(122)</sup>第三編「商行為」第六章「問屋営業」(551 条～558 条)に

(118) Pleijsier・前掲注 113・p. 222 参照。

(119) Pleijsier・前掲注 113・p. 222 参照。なお、オランダ民法 421 条によれば、コミッショネアが自身の名において契約を締結した場合であっても、①コミッショネアが契約上の義務を完全に履行しない場合、あるいは、②コミッショネアが破産した場合においては、本人が対第三者との関係において履行責任を問われる、とされている。つまり、コミッショネアが第三者に対して契約上の債務を履行できない場合は、たとえその契約がコミッショネア自身の名において締結されていたとしても、第三者は本人に対して義務の履行を請求することができる、と規定されている。

(120) Pleijsier・前掲注 113・p. 222 において、L. D. Van Setten, *De commissaire in effecten (the stockbroker), dissertation* (1998), p. 283 - 284. を引用したもの。

(121) この論点における参照文献：①内田貴『民法 I (第 2 版) 補訂版 総則・物件総論』(東京大学出版会、2000) 155 頁以下、同『民法 II 債権各論』(東京大学出版会、1997) 269 頁以下、②我妻榮・有泉亨・清水誠『コンメンタール民法 V 契約法』(日本評論社、1998) 327 頁以下、③江頭憲治郎『商取引法 [第 3 版]』(弘文堂、2002) 207 頁以下、④鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法 全訂第一版』(弘文堂、1978) 33 頁以下等を参照。

(122) 商法における企業取引の補助者としての仲介業者には、代理商 (46 条：本章第 1 節冒頭で説明した、いわゆる「コミッション・エージェント取引」を指す)、仲立

おける定義及び法律上の地位に関する規定は以下のとおりである。

第 551 条【定義】問屋トハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ為メニ物品ノ販売又ハ買入ヲ為スヲ業トスル者ヲ謂フ

第 552 条【問屋の法律上の地位】

- ① 問屋ハ他人ノ為メニ為シタル販売又ハ買入ニ因リ相手方ニ対シテ自ラ権利ヲ得義務ヲ負フ
- ② 問屋ト委託者トノ間ニ於テハ本章ノ規定ノ外委任及ヒ代理ニ関スル規定ヲ準用ス

551 条の「自己ノ名ヲ以テ」するとは、自分が直接法律行為の当事者となり、その行為から生じる権利義務の主体になるという意味である。また、「他人ノ為メニ」するとは、委託者である他人の計算においてするということであり、取引から生じる損益、つまり行為の経済的効果は委託者に帰属し、問屋は商人（委託者）の営業を補助して手数料・報酬（コミッション）を受領する機能のみを果たすことになる<sup>(123)</sup>。

この点について、問屋をめぐる法律関係を若干詳細に検討してみたい。まず、〔外部関係〕として、「①：問屋と第三者（売買の相手方）との関係」は通常の売買の関係であり、問屋は自らが自己の名をもって行った取引の当事者として権利義務の主体となり（552 条 1 項）、その法律的效果は自身に帰属する。次に、「②：委託者（本人）と第三者との関係」についてみると、この両者は直接の法律関係には立たないものであり、問屋から権利の譲渡を受けない限り、委託者は第三者に対して売買契約に基づく権利を自ら直接行使することはできない。

人（543 条）及び取次業（551 条他）の 3 種類が存在するが、問屋は準問屋（558 条）及び運送取扱人（559 条）と並んで取次業に属するものとされる。

(123) 金子宏・新堂幸司・平井宜雄『法律学小事典（第 4 版）』（有斐閣、2004）892 頁によれば、問屋は「自己の名において法律行為をする点で媒介という事実行為をするにすぎない“仲立人・媒介代理商”と異なり、行為を自己の名においてする点で本人の名において行為をする“締約代理商その他の代理人”とも異なり、さらに特定の商人と継続的關係に立つものではない点で“代理商”と異なる」とされる。

次に〔内部関係〕としての「③：問屋と委託者との関係<sup>(124)</sup>」について考察する<sup>(125)</sup>。前述のとおり、問屋関係においては「委託の実行としてなした売買により、問屋自身はその相手方に対して権利を得または義務を負うという“法律的形式”と「売買は委託者の計算においてなされるのであるから委託者（本人）にその経済的効果が帰するという“経済的実質”」の乖離が認められることに最大の特色がある<sup>(126)</sup>。この両者の乖離に関する解釈上の議論に関し、本稿では、外部関係において問屋に帰属する権利義務は実質的に見れば明らかに委託者本人のものである<sup>(127)</sup>との見解を支持する。つまり、実質的利益を有する委託者の法的地位は、第三者の利益を害さない限りにおいて「代理」関係における本人の地位に接近して把握する必要がある<sup>(128)</sup>、すなわち問屋契約における「代理」規定の準用とは、経済的効果

- 
- (124) この論点につき高名な論文として、鈴木竹雄「問屋関係における委託者の地位 (1) (2・完)」法協 53 卷 1 号 1 頁、4 号 628 頁（法学協会出版、1935）があげられる。同論文は、“問屋が委託の実行として相手方との間に契約を締結した場合に、問屋が相手方に対して直接の権利義務関係に立つのは当然として、委託者もまた相手方に対して直接の権利義務関係に立つとすべきではないか、またそうでなくても、問屋の委託の実行によって生じた権利義務は、その経済的効果は最終的に委託者に帰属すべきものであるから、問屋と相手方との間の実行行為から生ずる法律関係に委託者の何らかの関与を認めるべきではないか”との観点から論述が行われている。
- (125) 本稿においては、あくまで税務上の代理人に関する検討を行うことが主たる目的であることから、特に委託者本人と問屋との関係、すなわち〔内部関係〕に重点をおいて考察を行う。
- (126) 鈴木・前掲注 124(1)では、「法律的主体（問屋）が実は経済的主体（委託者）ではない」という通説の形式的観点にこそ問題が所在していることを指摘し、経済的主体に対する法的考慮をゆるがせにする場合には随所に実質的に不当な結果が生じるとして、通説の放棄及び修正の必要性を訴え、経済的主体たる委託者の地位を通説よりも遥かに重要視すべきであるとしている。
- (127) 鈴木・前掲注 124(2・完)・642 頁以降では、委託者と問屋との内部関係において、問屋が実行行為により取得した債権及びその履行として受領した物品は、委託者本人に帰属すべきものとして扱うことが妥当であるとする。
- (128) 鈴木・前掲注 124(2・完)・650 頁では、内部関係において問屋の取得した権利が委託者本人に帰属すべきとの点は、商法の問屋規定が「代理」規定を準用している点にその根拠があるとしている。ただし、この考えに対しては、“通説側からの攻撃”として「もともと直接代理の効果は単に本人＝相手方間のみが発生して、代理

のみならず法律行為の効果の点にも及ぶものであるとの立場から、以下において論点の整理を行いたい。

まず、問屋と委託者との〔内部関係〕においては、商法における問屋営業の章の規定が適用されるほか、「委任」及び「代理」に関する民法上の規定が準用される（552条2項）<sup>(129)</sup>。これは、問屋と委託者との間における問屋契約は物品の販売又は買入という法律行為をなすことを委託する契約

人＝本人間の関係には何ら影響しない以上、代理の規定を委託者本人＝問屋間に準用する余地は無い」旨が主張されるが、それについては「問屋契約における外部関係と内部関係を区別して、外部関係において問屋に属する債権が、内部関係において委託者に帰属することを認めても全く問題ないと考える。何故なら問屋関係において代理規定を準用するという事は、その結論として内部関係においては権利が問屋ではなく委託者に帰属する点を表明するために、行為の効果が行為者以外の委託者（本人）に直接生じるという代理の観念を借用してきたものと解釈可能」である旨の反論を以て足りるとし、さらに「代理（の準用）を検討に入れないということは、論理に過ぎて事の実質を誤るものというべき」としている。

- (129) この規定につき「法律行為の委任の場合は、特段の事情がない限り代理権の授与を伴っているもの」と考える立場、つまり民法の起草者の考えであるところの「任意代理の内部関係は常に委任である」とする立場からみても、この考えでは、民法上の法律行為としての代理においては、本人に法律効果が発生する代理行為の要件として顕名を要求する顕名主義に立っており（民法99条1項）、代理人が顕名しなかったときの効果として、代理人が自身のために意思表示をなしたものとみなすこととし、結果として、そのような契約の効果は代理人に帰属する（本人には効果は帰属しない）ものとされる（民法100条本文）。しかしながら、この規定に対しては、商法の特則が存在し、商行為の代理については顕名主義をとらず、たとえ代理人が顕名しなくても常に本人に効果が帰属するものとされている（商法504条）。その一方で、このような考え方に対し、内田・前掲注121①・『民法Ⅱ』270頁にあるように、「委任は事務を委託する契約を広く含むから、委任が常に代理権授与を伴うとは限らない」とする考えがある。同頁によれば、例として商社取引（典型的な委任契約）をあげ、商社は「自己の名を以て他人の為に物品の」購入を行う（商法551条）ものであるから売買契約の当事者は商社自身であり、商法上の問屋にあたるとして、そこでは代理権の授与は伴わない、要するに、代理は内部関係とは独立した観念であり、その内部関係は「委任」には限らないのであるとしている。また、江頭・前掲注121③・208頁においても、「日本法上は代理権の授与と取引の委託とは別の行為であり、したがって委託者が取次委託をしたとしても、商法504条が適用になるものではない（大判明治四二・二・三新聞五五四号一六頁）」としている。

であるから「委任」関係そのものであり、「委任」の規定を適用した上で「代理」の規定を準用する趣旨にほかならないとされる<sup>(130)</sup>。この「代理」規定の準用に関する立法趣旨<sup>(131)</sup>は、問屋と委託者との関係に関する限り、物品の売買がもっぱら委託者の計算でなされるという経済的実質に鑑み、例えば買入委託の場合に問屋が購入した物品は特別の所有権移転手続を要することなく、その権利が当然に委託者（本人）に帰属するという点に求められる<sup>(132)</sup>。これが〔内部関係〕の法的効果であるが、ここから派生する問題点として「問屋の債権者と委託者との関係」、すなわち問屋が倒産したり強制執行を受けたときにいかに取り扱われるかについては規定上明確ではなかったこともあり従来から議論の対象とされてきた。現在では、この論点につき、商法 552 条 2 項にいう問屋には、問屋自身のみならず、問屋の債権者群も含むと解すべきであり、実質的に考えても、問屋の債権者が当該権利を一般担保の目的とするにすぎないのに対し、委託者は“当該権利の実質的権利者”として具体的な利益を有するから委託者の利益を優先させるべきである<sup>(133)</sup>との見解が有力である<sup>(134)</sup>。判例でもこの考えが支持され

---

(130) 最判昭和三一・一〇・十二民集一〇卷一〇号一二六〇頁。

(131) 森田章・商法（総則・商行為）判例百選・別冊ジュリ 164 号（171 頁）においては、参考文献として鈴木・前掲注 124(1)・8 頁を挙げ、「代理の規定を準用するとは、委託者と問屋との関係において、売買の効果が当然に委託者に帰属するという趣旨であると解釈するもの」としている。

(132) 問屋契約があくまで委任関係にほかならないとする考えによれば、その委任契約の効力を有効なものとならしめるための受任者側の義務として、善管注意義務はもちろん、取得権利の移転義務（民法 646 条 2 項）がある。これは、受任者が委任者のために「自己の名を以て」取得した権利は、委任者に移転する義務を負うが、当義務は受任者が代理権を有しない場合に備えての規定とされている。つまり、代理権があれば当然に本人に権利が帰属することとなるが、前掲注 129 後半に示したように、取引の委任と代理権の授与とは別の行為と考えるならば、権利移転手続を行わない場合は問屋の行った契約上の権利は直接には委託者に帰属しないこととなる。そこで商法の問屋規定（552 条 2 項）では、取引の経済的実質に着眼し、代理規定を準用することとして、当該権利を委託者本人に帰属させることとしているものと思われる。

(133) 鈴木・前掲注 124(2・完)・638 頁以降では、内部関係における利益の関係に着目

ている<sup>(135)</sup>ことから、委託者（本人）が問屋（及び問屋の債権者）に対し自己の権利を対抗できると解すべきである。

したがって、これらの民商法の規定から、問屋が第三者と行った販売・買入契約の効果が、直接的に委託者（本人）に帰属することになる（このことを委託者は問屋の債権者にも主張できる）との見解が有力であるとされている<sup>(136)</sup>。よって、問屋契約においては、その取引の効果は実質的な権利者である委託者（本人）に帰属するものとして同人を拘束するものと考えることができる。

### (3) 小 括

以上の検討から、いわゆる問屋（コミッションエア）取引であっても、その実態がわが国の商法上の問屋に該当するものである場合には、本人である委託者を拘束することになるものということができる。この考えは、契約締結権限に関する5条コメンタリー：パラ 32.1<sup>(137)</sup>の「本人を拘束するも

し、問屋の締結した契約から生じる債権は、あくまでも委託者の費用と危険において取得された委託者本人の利益であるが、その一方で、問屋側においては報酬（手数料）のみが自身の利益となるものであり当該債権自体は利益を構成しないとして、具体的実質的な利害関係を有する委託者本人を優先して保護すべきとしている。

- (134) 江頭・前掲注 121③・225 頁では、問屋の債権者に対し委託者が自己の権利を対抗できるとする理由として、商法 552 条 2 項の拡張解釈（鈴木・前掲注 124(2・完)・650 頁）や取引の経済的実質からする議論等を挙げている。なお、226 頁においては「しかし、英米法と異なり、ドイツ商法典や 1960 年に私法統一国際協会が作成した条約の規定等では、必ずしも右のような結論を認めないこと（問屋の契約締結により生じた債権については委託者への帰属を認めても、買入物品については認めない）に鑑みても、商法 552 条 2 項の解釈としてその結論をとることは困難とする見解があり、立法的解釈の必要性が指摘されている」旨が記されている点にも留意すべき。
- (135) 委託者の実質的利益を考慮して、商法 552 条 2 項の「問屋」に問屋の債権者をも含めて解釈することによって、委託者は異議の申立権や取戻権を行使できると解するのが現在の通説・判例（最判昭和四三・七・十一民集二二卷七号一四六二頁参照）である。
- (136) 金子他・前掲注 123・893 頁参照。
- (137) ‘Also, the phrase “authority to conclude contracts in the name of the enterprise” does not confine the application of the paragraph to an agent who

のであれば、必ずしも“本人企業の名”で契約が行わなければならない、ということではない」という記述部分に一致するものであり、わが商法上の問屋はOECDモデル条約5条5項の要件を充足するものであると考える。

#### 4 まとめ

以上から、問屋（コミッションネア）形態での事業活動が行われる場合、課税当局としては、当該納税者が行うビジネスの実態面を、その“果たす機能”及び“負担するリスク”等に即して事実認定を行い、OECDモデル条約5条6項そして5項の基準に合致するか否かの判断（あてはめ作業）を的確に行うことが求められる。また、ここまでみてきたように、多国籍企業がグループ内部で問屋（コミッションネア）契約を締結することにより、従来のBuy-Sell取引からコミッションネア取引へとその形態を変更したとしても、客観的な事実関係の分析を行った結果として、最終的にその業務を行う者の「独立性」の要件等が満たされない限り、源泉地国であるわが国において代理人PEとしての認定可能性があるものとする。

### 第3節 代理人PE課税と課税所得（ALPの観点からの考察）

本邦に所在する代理人等（本章でいう問屋のみならず、代理人またはその他の販売仲介者一般について）が、外国企業のPEに当たると認定されたならば、次なる課題は当該PEに帰属すべき課税所得金額を決定することである<sup>(138)</sup>。本

---

enters into contracts literally in the name of the enterprise; the paragraph applies equally to an agent who concludes contracts which are binding on the enterprise even if those contracts are not actually in the name of the enterprise.’

(138) Dr. Arthur Pleijsier, *The Agency Permanent Establishment: Allocation of Profits*, *INTERTAX*, Vol. 29 (2001), Issue 8-9, p. 275では、この問題をA. H. M. Danielsが用いた表現として“難問・奇問 (brainteaser)”と紹介し、それはこの件に関して用いることが可能な判例はほとんど無く、代理人PEについて書かれた数少ない文献においても利益の配分については分析されていないことによ

稿は移転価格についての詳細な検討を行うものではないが、この論点に関し、独立企業原則（Arm's Length Principle）の立場からみた PE 帰属所得の算定について若干の考察を行いたい<sup>(139)</sup>。

## 1 代理人 PE 課税と ALP による課税所得算定

OECD モデル条約 7 条（事業所得条項）では、その 1 項で「PE なければ課税なし」のルールを定めるとともに、2 項<sup>(140)</sup>で PE（支店等）の所在する源泉地国と、本人（本店等）企業の居住地国との間における利得の配分については「独立企業原則」に拠ってなされるべき旨を定めている。この規定の趣旨は、本来であれば同一の法的主体である外国企業と PE について、あたかも PE を“独立企業”として扱い、二国間における適正な所得配分の実現を目指すことにある。これをコミッショネアに対する代理人 PE 認定のケースで考えるならば、本人から収受した手数料が独立企業間価格（Arm's Length Price：以下「ALP」という）といえるかどうかの問題に帰結するが、ここでも適正な ALP 算定のためには、コミッショネアの“果たす機能”及び“負担するリスク”が検討されなければならない。つまり、自らは積極的にリスクをとらず本人からの手数料収入のみを事業の対価として受領するコミッショネアにおいては、その手数料が ALP 原則に則っていることが OECD モデル条約の規定に合致したものであるといえる。

---

る、としている。

- (139) なお、本節では代理人 PE 認定に関する所得配分一般について考察することとし、必ずしも本章の間屋（コミッショネア）ビジネスのみに議論の対象を絞るものではない。
- (140) OECD モデル条約 7 条 2 項：「一方の締約国の企業が他方の締約国内にある PE を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、当該 PE が、同一又は類似の条件で同一又は類似の活動を行い、かつ、当該 PE を有する企業とまったく独立の立場で取引を行う、別個のかつ分離した企業であるとしたならば、当該 PE が取得したとみられる利得が、各締約国において当該 PE に帰せられるものとする」

## 2 コミッショネア取引における「機能」と「リスク」

コミッショネア取引は、既存の売買取引（Buy-Sell 取引）からの転換を通じて設定されることが多く、その導入が多国籍企業グループ内部での機能・リスクの統廃合による取引形態の見直しという組織上の必要性から発生しているものと考えれば、移転価格的な視点からの検討を行う必要がある。まず、機能の変更についてみた場合、コミッショネア取引を導入することにより、商品の供給は売買（輸入再販売）形態から役務提供形態にシフトすることとなり、この変更は必然的に移転価格の算定手法についても影響を及ぼすこととなる<sup>(141)</sup>。また、リスクの移転という観点からは、本人となる外国の企業にリスクを移転することで全体利益の中からより多くの利益を本人に帰属させることになる。このように、機能・リスクに変更を加えた結果として国内における課税所得が変更されることとなる。

一方で、グループ内部におけるコミッショネア取引の導入が単なるタックス・プランニングの一環、つまり、その定石である、“相対的な高課税国に所在するコミッショネアの商業リスクを最低限度に止め（現地における販売・マーケティング活動に関するものに限定する）、主要なリスクを相対的な低課税国に所在する本人に移転させようと試みる（すなわち、信用リスク及び在庫リスク等は本人によって負担されることとなる）戦略”として行われている場合は如何であろうか。そのような場合は、課税当局として事実認定を行った結果、“機能”及び“リスク”について従来の Buy-Sell 取引と何らの変更がないものとの見極めがなされるならば、国内における課税所得は従前と変わらないものとなるべきである。

このいずれの場合においても、代理人 PE に帰属すべき所得を検討するにあたっての最終的なポイントは、本人からコミッショネアへ支払われる手数料が ALP となっているか否か、に尽きる。ここで適正な手数料を算定するためには、比較対象取引として非関連第三者の販売代理人の間で用いられてい

---

(141) このような場合には、通常、再販売価格基準法から原価基準法への変更が行われることになると思われる。

るような手数料率を検証する作業を行うことが不可欠となってくるが、多くの場合、この料率は原価基準（コスト・プラス）に依るものか、若しくは売上高に対する一定比率であることが多いと思われる。

### 3 小 括

以上から、PE 認定課税あるいは移転価格課税いずれの視点から検討を行うにしても、公正な市場取引価格によって取引が行われた場合に算定される両者の利得が両国間において課税の対象となるべきであり、その所得配分を行う際の共通的なツールが ALP 概念であると言える。これは、OECD モデル条約の規定において、事業所得条項（7 条）と特殊関連企業条項（9 条）とが別個に規定されている<sup>(142)</sup>ものの、それらは PE あるいは関連企業が“果たす機能”及び“負担するリスク”を的確に把握した上で ALP 基準を用いて所得配分を行うべきであるという点で共通しており、その適用場面が異なるにすぎないものと考えられる<sup>(143)</sup>。

この点につき、Skaar においても、子会社 PE のコンテキストにおいて移転価格税制の不備を代理人 PE 規定によって補う方向性を示唆しており<sup>(144)</sup>、これを考え併せた上で、ここでは代理人 PE に帰属すべき所得に関するこれまでの考察から導き出される結論として次の点を挙げることにしたい。つまり、

---

(142) Vogel・前掲第 2 章注 59・marginal note 2 on art. 7 あるいは marginal note 10 on art. 9 等参照。Vogel によれば、7 条はあくまで一納税者内部における所得配分を、9 条は別個の企業間における所得配分の算定のための規定である、とされている。

(143) 移転価格課税は、独立した複数の関連企業が存在し、そのいずれか一方について ALP に基づく所得配分を行う場合に適用されるのに対し、PE 認定課税は、そもそも企業の一部にすぎない PE を全体的な企業組織から分離した存在であると「擬制」した上で、つまり、あくまでも人格としては一つの納税者につき特定の部署（事業組織）への所得配分を ALP 基準に基づき行う場合に適用されるものと言える。

(144) Skaar・前掲第 2 章注 49・553—554 頁参照。特に、その最後の部分において ‘Thus, subsidiary-PE taxation may become an instrument to combat tax avoidance in cases where the application of the arm’s length principle is difficult.’ と結論付けていることに留意。

多国籍企業グループが、わが国の子会社を通じて事業を行う場合、国内で行う事業の“機能”と“リスク”に実質的な相違がないならば「当該子会社が Buy-Sell 取引を通じて稼得する課税所得」と「‘子会社コミッショネアの課税所得’」と「親会社における代理人 PE の課税所得（国内源泉所得）」との合計所得は、ALP に基づき算定されている限り、基本的に同一になるはずである<sup>(145)</sup>。すなわち、複数国間における所得配分の問題を決着させるためのポイントは、如何なる ALP が適切であるか、という点に集約されることとなる。このように考えると、代理人 PE 規定とは、源泉地国が自国に進出してきたエンティティに課税するにあたり独立当事者間価格性を問う可能性を広げるための規定と理解することができ、さらに子会社の PE 該当性を検討する際

- 
- (145) この点につき、極めて単純なモデルであるが、事例を用いて代理人 PE に関する所得配分問題について検証してみたい。【①：子会社が Buy-Sell 取引を行う場合の課税所得】X 国に所在する製造企業 A 社は、わが国のグループ販売子会社 B 社を通じて製品を販売しているとする。ここで、【A 社から B 社への売上高：1,300、A 社製造原価：△900、A 社製造利益：400、B 社から顧客への販売：1,500、B 社販売利益：200】とした場合、B 社は、わが国で、それ自身の利得、即ち、1,500 の対顧客売上高－A 社からの仕入れ 1,300＝200 の課税所得につき課税される。なお、この B 社の稼得利益は、独立企業原則の観点から、同種製品を取り扱う同業種の比較対象企業からみて適正な利益（率）であると仮定する。【②：子会社コミッショネアを代理人 PE と認定した場合の課税所得】ここで、B 社がコミッショネアに変更され（A 社からの受取手数料は 80 とし、ALP であるとする）、その後、A 社の代理人 PE であることを認定した場合を想定するならば、B 社を従属代理人とする A 社の（代理人）PE の課税所得は次のようになる。まず、【A 社売上高（日本国内）：1,500、A 社製造原価：△900、B 社への支払手数料：△ 80、A 社全体利得：520】となるが、製造・販売機能を有する A 社は、日本国内に代理人 PE を有しているとみなされるから、同社の利得 520 のうち一部は OECD モデル条約 7 条 2 項に基づき、わが国に配分されねばならない。ここでの論点は、B 社を従属代理人とする A 社の（代理人）PE に帰属すべき所得が ALP に基づき算定されなければならないということであるが、この場合、A 社本店－代理人 PE 間の ALP は、同じ（販売）機能を果たし、同じ（在庫・貸倒等）リスクを負担しているならば（A 社グループの日本における機能とリスクが同じならば）、①と同様の 1,300 となり、その結果 B 社が日本国内で稼得する利益は 200 となる。つまり、②のケースにおけるわが国での課税所得は、【「A 社（外国の本人）に対する役務提供所得：80」と「A 社における代理人 PE の課税所得（日本国内源泉所得）…取引のグロス収入 200 から子会社コミッショネアへの支払手数料 80 を控除したもの：120」との合計額である 200】になるといえる。

のポイントは親子会社間の所得配分の適正性にあるもの<sup>(146)</sup>ということができ  
 きる。

#### 4 補 足

最後に、代理人 PE に限定されるものではないが、この PE 帰属利益に関する論点につき若干の補足を行う。現在、OECD 租税委員会においてこの PE 帰属利益の問題が議論されているが、移転価格税制からの問題意識に基づく ALP 手数料の算定という問題と PE 認定作業の観点からみた ALP 手数料の探求という問題は、スタート地点の違いこそあれ、それらの目指すゴールは同一のものとなる可能性があると考えられる<sup>(147)</sup>。いずれにせよ、本稿において

---

(146) 浅妻章如「恒久的施設を始めとする課税権配分基準の考察—所謂電子商取引課税を見据えて—」国家学会雑誌第 115 巻第 3・4 号 (2002) 336 頁以降参照。同論文 341 頁においては、代理人を 2 つのケースに分けて考察を行っている。つまり、代理人が源泉地国居住者である場合とそうでない場合に分けて検討すべきであるとし、特に、前者について「子会社に限らず、代理人が源泉地国居住者であれば同国の居住地国課税を受けることとなり、その場合、代理人 PE の問題は閾値(threshold)の問題であるよりも、むしろ所得配分の適正性の問題であることが多い」旨が記されている。なお、この論点につき、浅妻「所得源泉の基準、及び net と gross との関係」法学協会雑誌 (法学協会出版、2004 年公刊予定)、第四章第八節第六款第二項注 557 においては、①:「代理人が源泉地国居住者である場合、代理人 PE 認定の意義は極めて小さいのではなかろうか。代理人 PE が認定されなくとも、同国は居住地国として代理人が外国の本人から受け取る代理手数料について課税することができる。代理人 PE を認定したところで、問題となるのは所得配分の問題にすぎないから、代理手数料を上回る源泉地国の課税ベース増加は、無いか、あっても僅かではないかと思われる」とし、一方、②:「代理人が源泉地国居住者でない場合には、代理人 PE 認定は意義を有する。外国の本人も代理人自身も源泉地国に固定事業所を有さず、ただ代理人がその国で活動するだけであるという場合に、代理人 PE 規定がなければ源泉地国はその国内で事業活動を行っている」と法的に評価できる外国の本人に対して課税する縁 (よすが) が無くなってしまふからである」としている。

(147) この点に関する問題意識は、現在、OECD 租税委員会第 6 作業部会 (Working Party 6) における PE 帰属利益の作業仮説 (Working Hypothesis) として、経済実態からみて同様の機能を果たす子会社と PE との間における課税上の取り扱いをできるだけ統一化させる観点から、OECD モデル条約 7 条 (PE 課税) に同 9 条 (特殊関連企業) 的な独立企業間原則を持ち込み、移転価格ガイドラインをできる限り拡張適用

これまで考察してきた代理人 PE の要件を始め、認定後の課税所得配分についても一国の国内ルールのみでは問題解決とはならないため、OECD 租税委員会を中心とする議論において全世界的な共通ルールの策定が行われることが望まれる。

---

しようとする検討が行われている。なお、OECD 租税委員会は、PE 帰属利益に関する作業仮説の適用につき、2003 年 3 月に三部（①一般業、②銀行業、③グローバル・トレーディング）からなるディスカッション・ドラフトを市中協議に付すために公表し、現在も議論が継続されている。

## おわりに

代理人 PE の概念は、1890 年代にプロイセンで恒久的施設概念が誕生して以来、支店・事務所・工場等の事業を行う一定の場所としての基本的な PE 概念と同時に生まれたものとされている。このように、1 世紀以上もの時を経て、事業を行う一定の場所である PE についてはかなりの議論が尽くされているのに比べ、代理人 PE に関する研究論文の類はそれほど多いとはいえ、特にわが国での資料は極めて限られている中で、数年前から外国の論文が発表され始めている状況といえる。しかも、その多くが代理人 PE の概念について「いまだに海図のない水域を漂ったまま」とか「本質的に不安定なもの」とか、あるいは「PE 概念のブラックホール」との揶揄した表現を用いている。

本稿においては、そのような代理人 PE につき、最終的には事実認定の問題として決着がつけられることを踏まえて、そのための前提となり得る法律（あるいは国際課税のルール）の解釈に資することを目的として考察を行ってきた。総論的な見地からは、大陸法及び英米法のそれぞれにおける代理（人）概念の相違が OECD モデル条約 5 条の適用に当たってどのように反映されるかの考察を行い、「H. K. Kroppen 及び S. Huffmeier の見解」が適切なものであるとの結論を得た。続く OECD モデル条約 5 条の各論的な見地からは、6 項「独立代理人」の要件、5 項「契約を締結する権限」の考え方、そして 4 項「準備的・補助的業務」についてそれぞれ検討を試みた。これらの論点では、特に米国の大成火災海上保険事案やイタリアのフィリップ・モーリス事案に関する裁判所の判断は、外国の事例であるとはいえ、わが国の租税条約締結相手国であり OECD 加盟国の裁判所が下した判決として、大いに参考とすべきものであろう。最後の問屋（コミッショネア）契約に関する議論では、特に大陸法における間接代理としてのコミッショネアに関し、わが国のような大陸法系国家であっても、民商法の規定から、たとえ自己の名で契約を締結する代理人といえども、その契約の効果が本人を拘束するものでありモデル条約 5 条 5 項の要件を満たす限り、従属代理人として PE になり得るとの見解を提示した。これらの考察は、事実認

定に基づく課税に関する課税当局と納税者との間の議論が、双方ともに主観的にならざるを得ない中、様々な判断の段階で客観的な基準を示すための一助になることを目的とした。内容については、私見にわたる部分が多々あり、また、紙面の都合上、十分意を尽くせなかった部分がある。

いずれにせよ、代理人 PE の認定問題は本稿で検討した論点を含め、それ以外の箇所でも多くの問題を孕んでいる。最新事例であるイタリアのフィリップ・モーリス事件の項でも若干の指摘を行ったが、PE 認定（そもそも納税者は誰なのか？）と適切な独立企業間価格を算定することに主眼を置く移転価格税制（納税者にどれだけの所得を帰属させるべきか？）のどちらの手法を用いて国際的な課税問題を解決すべきか、更には PE 認定を行うにしても認定後の二国間の所得配分をどのように行うか、等々の重要かつ複雑な論点があり、今後とも研究を積んでいきたい。また、OECD モデル条約 5 条コメントリーに関して、独立代理人・従属代理人の判断や契約締結権限についてどこまでのレベルを求めるか等について、今後、OECD 租税委員会からの、より具体的な指針・国際ルールの提示が望まれるが、この点についても引続き議論の動向を注視していきたいと考える。