

論 説

恒久的施設帰属利得が arm's length 所得配分に与える（かもしれない）影響

立教大学法学部教授
浅 妻 章 如

SUMMARY

本稿は、国税庁会議室にて平成 26 年 4 月 9 日に開催された「税大ランチ・ミーティング」における筆者の発表内容がとりまとめられたものであり、所得の人的帰属と地理的割当の違い、帰属所得主義の PE 課税における人的帰属の発想の優先、人的帰属としての arm's length 準拠と所得の地理的割当との関係などを中心に、恒久的施設帰属利得が arm's length 所得配分に与えるかもしれない影響（OECD が BEPS 対策として本当に守りたい税収は、人的帰属の発想（arm's length）では守れないのではないかなど）について論じるものである。（平成 26 年 7 月 31 日税務大学校ホームページ掲載）

（税大ジャーナル編集部）

本内容については、すべて執筆者の個人的見解であり、税務大学校、国税庁あるいは国税不服審判所等の公式見解を示すものではありません。

目 次

1. 所得の地理的割当と PE 課税	32
1.1. 所得の人的帰属と地理的割当の違い	32
1.2. 帰属所得主義：PE 課税において所得の地理的割当より人的帰属を優先	32
1.3. 源泉地国が外国企業に課税する際の三つの関門	33
1.4. 所得源泉の着眼点に関する不整合	33
1.5. 所得源泉の着眼点を整合的に説明することの可否	33
2. 契約による所得の人的帰属と事業への貢献とのズレ	34
2.1. 不作為の対価	34
2.2. arm's length を参照基準とすることの是非	35
2.3. 知的財産使用料と不作為の対価との違い	35
2.4. 配当・利子等との比較	36
2.5. AOA が考慮する資産・機能・リスク	36
2.6. arm's length 尊重と separate accounting	36
3. 人的帰属としての arm's length 準拠と所得の地理的割当とのズレ	36
4. 補論：所得稼得者基準 vs. 事業遂行地基準 vs. 需要基準	38

本稿^①で強調したい点は次の三点である。

第一に、所得の人的帰属（personal attribution）と所得の地理的割当（geographical allocation）は別の問題である。

第二に、帰属所得主義（及び AOA：authorized OECD approach）は地理的割当の考え方を弱め、人的帰属の発想を優先させようとしている。

第三に、OECD が BEPS（base erosion and profit shifting：税源浸食と利益移転）対策として死守したいと思っている税収は、人的帰属の発想に基づく arm's length では守れないであろう。OECD モデル租税条約 9 条及び 7 条は、資産・機能・リスクを勘案して源泉地国の課税権を画そうとしているが、リスクに言及したことを将来 OECD は悔いる（現実的にはリスクについて屁理屈を捏ねていく）であろう。

1. 所得の地理的割当と PE 課税

1.1. 所得の人的帰属と地理的割当の違い

R 国居住者 A 氏が S 国所在不動産を所有し B に賃貸し賃料を得る場合、所得源泉（地理的割当）は S 国にあり、人的帰属は A 氏（R 国）にあると観念される。

前段落は一見当たり前のことではあるが、事業所得課税なканずく PE 課税を論ずる際に所得の地理的割当の観念が抜け落ちるきらいがあるため、最初にこの点を強調する。

1.2. 帰属所得主義：PE 課税において所得の地理的割当より人的帰属を優先

帰属所得主義下では、R 国法人 C 社の S 国 D 支店（PE）が第三国 T 国で事業活動を営むものの T 国に PE が認められる程には至らない（PE の閾値を超えない）場合、T 国での事業活動による所得は D 支店に帰属する所得として S 国源泉所得として扱う。

しかし、PE への帰属と、PE 所在地国の所得の地理的割当とは、論理的には異なる。物理的に T 国で行う事業活動に由来する所得は、事業活動の場所に所得の地理的割当があるとの伝統的通念（1.5 参照）からすれば、T 国源泉である筈である。帰属所得主義は、PE を擬人化（準居住者扱い）した上で、所得の人的帰属が地理的割当を上書きする、という発想に基づく。

1.3. 源泉地国が外国企業に課税する際の三つの関門

源泉地国が外国企業に申告納付による納税義務を課す際の関門は 3 つある⁽²⁾。

- 第一段階(): 問題となる所得が国内源泉所得であるか
- 第二段階(): 所得稼得者の源泉地国内での存在等が一定の閾値 (threshold) を超えているか
- 第三段階(): どの範囲の所得について申告納付を要求するか

1.4. 所得源泉の着眼点に関する不整合⁽³⁾

例 1 : ライセンス		
S 国		R 国
8000	1500 使用料	
→S 社	-----	→R 社
2000↓	4000	↓1000
販売	製造	研究
例 2 : 自ら R 国で製造		
S 国		R 国
8000	5500 販売代価	
→S 社	-----	→R 社
2000↓		4000↓1000
販売	製造	研究

例 1 は、R 社が R 国で 1000 の費用を投下して研究開発活動をし、発明をし、S 国特許権を取得し（R 国でも特許権を取得するであ

ろうが本稿の考察には関係ない）、S 国の S 社と特許のライセンス契約を締結する、という設例である。S 社は S 国で 4000 の費用を投下して商品を製造し、更に 2000 の費用を投下して販売し、8000 の売り上げを得るとする。ここから、例えば 1500 の使用料(royalty)を R 社に支払うとする。この 1500 の使用料の所得源泉は、概ね需要⁽⁴⁾に着目して決まる⁽⁵⁾。次に述べる例 2 との対比では、研究開発活動の場所に着目して使用料の所得源泉が決められるわけではない、ということがポイントである。

例 2 は、R 社が R 国で 1000 の費用を投下して研究開発活動をし、発明をし、S 国の特許権を取得し、R 社が自ら 4000 の費用を投下して R 国で商品を製造する、という設例である。その商品を S 国の S 社に例えば 5500 で売却し、S 社が 2000 の費用を投下して販売し、8000 の売り上げを得るとする。R 社が商品を販売して得る事業利得の所得源泉は、所得稼得者の事業に着目して決められる。例 1 との対比では、需要に着目して所得源泉が決められるわけではない、ということがポイントである。しかし例 2 における 5500 という販売代価には、R 社が保有する S 国特許権により R 社の発明を実施して製造された商品が R 社の許諾なしには S 国で販売等することができない、という排他権に由来する利益も含まれている筈である。仮に R 社・S 社間の契約において 5500 の販売代価として書かれてあったとしても、そのうちの幾らかには例 1 における使用料と同じ性格の所得が混入している筈である。例 1 において使用料の所得源泉が S 国にあるとされることと、例 2 において 5500 の販売代価の全てが R 国源泉であるとされることとは、一見不整合に見える。

1.5. 所得源泉の着眼点を整合的に説明することの可否

例 1 と例 2 との一見不整合に見える所得源

泉の着眼点について、整合性をもたらず説明は可能であるかを拙稿（註3）で考察した。

例3：R国居住者がS国法人S社に出資または貸し付けをし、S社がS国で事業活動を行い、そこからあがる事業収益を基に、S社が配当または利子等を支払う。

例3の配当・利子等の資本所得は、配当・利子等の支払者の事情に着目して所得源泉が決まるという点を捉えて、出資金・貸付金の需要に着目して所得源泉が決まるともいえる。また、配当・利子等の支払者の事業活動が所得源泉であるという点を捉えて、事業活動に着目して所得源泉が決まるともいえる。従って配当・利子等については例1の使用料と整合する形で所得源泉の着眼点を整理することも可能であるし、例2の事業利得と整合する形で所得源泉の着眼点を整理することも可能である。

しかし、例1の使用料と例2の事業利得との間で、所得源泉の着眼点を整合させる説明は、ついで見出せなかった。

そして、配当・利子等について事業活動が所得源泉であるという着眼点を重視するならば、例1の使用料の所得源泉の決め方が、他の所得区分と比較して異端である、との整理が可能である。更に、OECDモデル租税条約12条は（例1において使用料の所得源泉がS国にあることを否定するわけではないが）S国の課税権を否定しているため、例2のタイプの所得源泉の着眼点を重視していると、すなわち、事業活動に着目して所得源泉を觀念することを重視していると、考えられる。

2. 契約による所得の人的帰属と事業への貢献とのズレ

2.1. 不作為の対価

AOAは、事業に貢献した者（またはPE等の部門）が、その貢献（function：機能）に応じた所得を稼ぐことを前提としていると見受けられる。しかし、契約で決められる所得

の中には、事業活動を何もしていない（貢献もありえない）者が所得を得るという類型がある。しかも、その所得稼得は arm's length に照らして何らおかしくないということもある。事業活動の場所に所得源泉を觀念するという発想は、こうした類型の所得について、破綻しそうである。私はかつて、映画俳優の待機契約の対価、競業避止義務の対価、スポーツ選手の契約金の例を挙げた⁶⁾。ここに再掲する。

例4：映画俳優の待機契約の対価の所得源泉が問題となった事例⁷⁾：ドイツに居住する女優がアメリカの映画会社のために契約期間中映画撮影に協力する義務（他の映画等に拘束されない義務）を負ったというものである。ところが、実際には映画撮影が行われず、当該女優は何もしなかったが、その期間他の仕事ができないので、映画会社から女優に対価が支払われた。判決は、女優が住んでいたドイツに所得源泉がある（役務遂行地である）とした。しかし、コメントは、この判決の引用に続けて、「もし、それ[役務の内容]が遂行を控えることであるならば、同じBFH（連邦財政裁判所）の判決によれば、契約なかりせば控えられていた活動が起きていたであろう場所で引き起こされたとされる。……もし以前活動がなされていてそして固定的施設⁸⁾が既にその当時利用可能な状態にあるならば、そのような[固定的施設の]『利用』は存在していたとみなされるかもしれない」と述べる。つまり、PEが存在しなければ不作為の対価がPEに帰属しえないが（アメリカ源泉となりえない）、PEが存在するならば不作為の対価がPEに帰属しうる（アメリカ源泉となりうる）、という、非常に奇異な結果が導かれかねない。

例5：競業避止義務を負う者が義務の対価として所得を得る例としての *Korfund* 事件⁹⁾：所得源泉は支払者（事業遂行者）に着目して決められている。この事件は、ドイツ法

人である Zorn 社がアメリカで競業しないという義務を負うことの対価として、アメリカ法人である Korfund 社が Zorn 社に支払った対価が、アメリカ源泉所得であるかが争われた事例である。裁判所は、Zorn 社がアメリカに事業上参入する可能性があることをもって、アメリカに財産権 (interests in property) を有しているといえし、問題の対価がアメリカ源泉所得であると認めた。Zorn 社がアメリカで何もしていないのだから、アメリカで事業活動をしている筈はないが、それでもアメリカ源泉所得であるという判断である。

例 6 : スポーツ選手の契約金 (sign-on bonus) の例としての *Linseman* 事件⁽¹⁰⁾ : 契約金とは、私法上は、他チームと契約しないことの対価であると性格付けられている。本件では、カナダ居住者たるアイスホッケー選手がアメリカのチームと契約した際の契約金の所得源泉がアメリカにあるのかが問題となった。結論として、契約金の所得源泉は、アメリカ・カナダでの試合数 (68・16) に応じて按分するとされた。しかし、契約金の私法上の性質を無視して、普通の役務報酬と同様に所得源泉を考えてしまっているのではないか、との疑問が湧いてくる。

例 4 について俳優の物理的所在場所が役務提供場所であるというならば、例 6 においても契約金の発生原因はカナダ人選手のカナダにおけるトレーニングにあるとしてカナダ源泉所得と考えるべきではないか⁽¹¹⁾、といった具合に、不作為の対価に関する基準の不整合を指摘することはできる。しかし、例 4 の判断を異端視するとすれば、例 5・例 6 から、事業活動の場所に所得源泉があるという発想は、必ずしも所得稼得者の事業活動に着目するとは限らないということが、看取できる。

2.2. arm's length を参照基準とすることの是非

例 4 ~ 例 6 を再掲したのは、arm's length

の関係における所得配分といえども、各人の事業上の貢献に応じて所得の帰属が定まる訳ではない、ということを強調するためである。AOA の理念が事業上の貢献に応じた関連者間所得配分 (PE に関しては部門間所得配分) であるとする、arm's length を参照基準とすることが本当に妥当であるのかについて、例 4 ~ 例 6 は疑問の種を提供する、といえまいか。

アメリカで移転価格税制の限界を露呈した *Xilinx* 事件⁽¹²⁾や、後述の Double Irish & Dutch Sandwich では、関連者間取引について【arm's length ならばそんな契約はありえない】という方向で議論されることが多い。これとは逆に、関連者間で前記競業避止契約を真似た契約が締結されて不作為義務の対価が支払われる場合、【arm's length ならばありうる契約】であるものの、課税当局は私法上有効でも税務上否認しようとするのではなかろうか。参照基準としてあてにならない arm's length とあてにならない arm's length があるということになりそうである。

2.3. 知的財産使用料と不作為の対価との違い

知的財産権の使用料は、知的財産権に基づく差止請求権等の不行使の対価であるので、不作為の対価と類似していると考えられるかもしれないが、違う、ということを経験的に注記しておきたい。

例 1 では、R 国で R 社が研究開発をし、発明をするという事業活動をしている。その事業活動の対価として、S 社とのライセンス契約から使用料所得を稼得するのであるから、ライセンスの法形式が【不行使の対価】であっても、事業活動の場所は R 国にあると観念される。

例 4 ~ 例 6 の不作為の対価 (所得稼得者の場所で事業活動しているとは考えられない⁽¹³⁾) とは、事業上の貢献をしている場所が異

なることになる。

2.4. 配当・利子等との比較

例3の配当・利子所得については、株主・貸付人が物理的に事業活動をするわけではない。しかし、資金提供というリスクに応じて所得を要求することの正当化理由が問題視されることもない。所得の地理的割当は、金銭債務者の事業活動の場所にあると観念される。

これは（例4の俳優待機契約の判例を異端視するとすれば）例5の競業禁止義務の対価及び例6のスポーツ選手契約金と同様の構造である。配当・利子所得は資本所得、不作為の対価は事業所得とされているが、資本所得か事業所得かの区別に惑わされなければ、事業活動の場所に所得の地理的割当があるとの観念に照らし、不作為の対価は配当・利子所得等と同様といえる。

2.5. AOA が考慮する資産・機能・リスク

AOA は、資産・機能・リスク（asset, function, risk）を勘案して arm's length price を算定すると考えている。

arm's length としてリスクを考慮することは、所得の人的帰属の観点から妥当である。しかし所得の地理的割当が事業活動の場所にあるとの観念を前提とすると、リスクを考慮することは所得の地理的割当を軽視することに繋がりがかねない。

ここで、リスク負担も事業上の貢献であるといえるのではないか、との疑問が提起されるかもしれない。そのように貢献を観念することが論理的に棄却されるわけではないが、伝統的に PE などの物理的な存在に着目して国際課税ルールができてきた歴史に照らせば、伝統的に所得の地理的割当の基準となると観念されてきた事業活動（事業上の貢献）とは、土地・機械・労働者等の物理的な生産要素の働きであるといわざるをえない。もしリスク負担している者の場所にも事業活動（事業上

の貢献）がありそこに所得源泉が認められるべきであるとするならば、配当・利子所得等について金銭債務者の事業活動に着目して所得源泉が観念されてきたことと（言い換えると、配当・利子所得に関するリスク負担者である所得稼得者の場所に着目して所得源泉が観念されてこなかった⁽¹⁴⁾ことと）齟齬が生じる。

従ってリスク負担も所得の地理的割当を観念する際の事業活動（事業上の貢献）であるということは難しい。

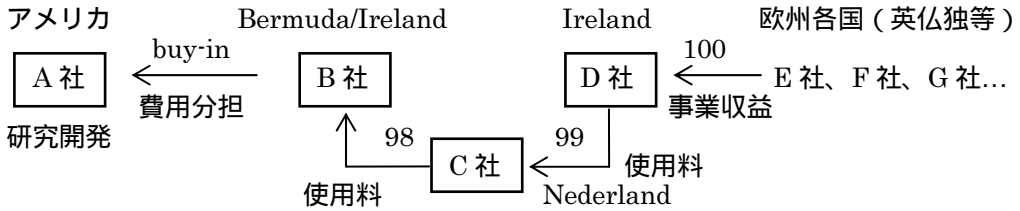
2.6. arm's length 尊重と separate accounting

親子会社間・兄弟会社間等の契約による所得分配を納税者が提示し、これに対し課税庁が arm's length に基づく所得分配を租税法上擬制しようとする。これは、所得の人的帰属の観点から妥当といいうるが、これは国際取引・国内取引共通の課題である⁽¹⁵⁾。

これに対し所得の地理的割当は国家間の課税権配分に特有⁽¹⁶⁾の課題である。しかし、PE 課税についてまで所得の人的帰属の発想を優先させるとしたこと（その淵源は国際連盟時代の separate accounting の考え方の採用にあると推量される⁽¹⁷⁾）は、歴史的な痛恨のミスだったのではなからうか。

国家間の課税権配分のために arm's length 以外の考え方（資産・機能を重視し、リスクを軽視して、国家間の所得の地理的割当を考える方法）が要請されるのではなからうか。

3. 人的帰属としての arm's length 準拠と所得の地理的割当とのズレ



図は、Google 等が用いていることで有名になった Double Irish & Dutch Sandwich の簡略化した表現である⁽¹⁸⁾。源泉徴収回避のための Dutch Sandwich の部分は本稿の考察対象から除く。アメリカの課税権確保から見て重要なのは、A 社と B 社との費用分担契約⁽¹⁹⁾により、A 社（アメリカ法人）がアメリカで研究開発活動をしたことにより得られる収益が B 社（アイルランドから見るとバミューダ法人、アメリカから見るとアイルランド法人）に帰属するとされていることである。

アメリカから見てこの租税回避に対処しようとする際のポイントは2つある。1つ目は費用分担契約における B 社の A 社に対する支払額が過少なのではないかという移転価格の問題である。2つ目は、B 社に帰属するとされている所得についてアメリカの CFC 税制⁽²⁰⁾の適用対象に含めるような法改正をすべきかの問題である⁽²¹⁾。

ところで、そもそも私達はなぜ B 社に所得が帰属することについておかしいと考えて（租税回避的であると考えて）いるのであろうか？

所得の地理的割当の観点からすると、アメリカで研究開発され、英仏独等で使用される無形資産の所得源泉は、アメリカ（事業遂行地）か英仏独等（需要）かであって（そして OECD の伝統としては事業遂行地を所得源泉としてきた）、アイルランドやバミューダ（資金提供者所在地）ではない。

しかし資金提供者が所得を稼ぐことは所得

の人的帰属として否認しがたい。そして、arm's length principle として資産・機能・リスクに着目するからには、B 社のリスク負担に応じた所得稼得も否認しがたい。A 社と B 社の契約内容がおかしいと IRS（内国歳入庁）が文句（A 社・B 社間の契約は arm's length ではありえないような契約である等の主張）をつけることはあっても、B 社に所得が全く帰属しないような arm's length price は出てこない。少なくとも B 社に利息（time value of money）分の所得が帰属することは否認しがたい。

しかし、B 社に少なくとも time value of money 以上の所得が生じることが所得の人的帰属の観点からおかしくないとしても、所得の地理的割当は事業活動の場所にあるとの観念に照らせば、所得源泉はアメリカにあるというべきであろう。他方で、アイルランド・バミューダの所得の地理的割当分は零に近いといつてよからう⁽²²⁾。

A 社と B 社は法的に別人格であるため、契約によりリスク配分等を都合よく設計できる。他方、仮に A 社と B 社が一人格であったならば、【B 部門がリスクを負担しているからそのリスク負担に見合った所得を稼得する資格がある】といった主張を IRS は許さないであろう。⁽²³⁾

PE 帰属利得は関連者間取引に関する移転価格の考え方を参照するというのが伝統的なアプローチであった。しかし、今後は、A 社と B 社が一人格（本支店間）であったならば

認められないような所得分配は、A社とB社とが別人格（関連者間）であったとしても認めないという方向へ、考え方の順序を改めるべきではなからうか⁽²⁴⁾。

OECDのBEPS対策が目指す所は、A社とB社が別人格であろうと一人格であろうと、アイルランドの課税権が居住課税管轄に基づく（アメリカの源泉課税管轄に劣後する）ものにとどまるようなものでなければ意味がない、と思われる。これは、A社・B社間のリスク配分がどのようなものであろうとも、アメリカの源泉課税管轄権が変わらない、というようなものでなければ、BEPS対策は果たせない、ということである。すると、BEPS対策としては、関連者間・本支店間のリスク負担に惑わされない基準の提示が目標とされるべきではなからうか。

更に言えば、前段落の議論は関連者間取引に限られるものではなく、将来的には arm's length 取引に対しても、所得の地理的割当の

観点から、源泉課税管轄権保守規定の立法が要請されるのではなからうか。ここまで言うと、拙意見への支持が激減すると思われるが、例えば例4の映画俳優待機契約に関し、俳優が物理的に存在していた（しかし事業上の貢献は零であった筈の）ドイツではなく、映画会社のあるアメリカに源泉課税管轄を認める（ドイツは俳優の居住地国としての課税権を有するにとどまる）とすべきだと言えば、多少の賛成も得られまいか。

4. 補論：所得稼得者基準 vs. 事業遂行地基準 vs. 需要基準

3.までの議論は、伝統的に事業遂行地 = 所得源泉という発想があることを前提としている（OECDもBEPS対策として現在のところその方向を目指していると推測される）ものの、私はそれが望ましいとは思ってない。需要重視の方が恐らく効率的であろうと考えている⁽²⁵⁾。

A国：所得稼得者 B C国：製造D社 E国：顧客F

A国に資金提供者Bが居住し、C国企業D社（法人・組合を問わないが典型例としては法人）に出資または貸し付けをし、D社がC国で製造し、E国の顧客Fに販売するとする。⁽²⁶⁾

従来所得課税（所得税・法人税）の課税権配分問題としてA国・C国間を念頭に置いて経済学者が資本輸出中立性・資本輸入中立性等を議論してきた。

他方、1990年代以降勃興してきた電子商取引対応として法学者が virtual PE 等の可能性を議論してきたのは、主にC国・E国間を念頭に置いた議論であった。着眼点が違うため、PEの広狭等をめぐる議論と従来の資本輸出中立性等の議論が噛み合っていなかった。

C国・E国間の文脈で考えるならば、付加価値税の仕向地主義と同様に需要基準で国家間課税権配分を決めた方が効率的となるはず

である。

ここでもう一度、2.3から2.4の議論（知的財産使用料、不作為の対価、配当・利子等との比較）を思い出していただきたい。事業への物理的貢献に応じて所得を稼ぐというのがC国・E国間の問題であり、知的財産使用料についてはC国が研究開発遂行地、E国が必要地という関係になる。他方、事業への物理的貢献をしていない者も所得を稼ぐことがあるというのが、A国・C国間の問題であり、A国居住者Bが配当・利子を得るという場面が典型であるが、A国居住者が不作為の対価をC国企業D社から受け取る場面もここに含まれる。

大雑把に言えば、所得税はA国に課税権（居住課税管轄権）を配分し、法人税はC国に課税権（源泉課税管轄権）を配分し、付加価値

税はC国に課税権(仕向地主義)を配分する。

ところで、所得課税(所得税+法人税)と付加価値税の違いは、理論的には、利子(time value of money)課税の有無である⁽²⁷⁾。利子に課税すべきかについては激論(包括的所得概念 vs.消費型所得概念)があるが⁽²⁸⁾、利子課税の文脈で資本投下地(C国)に課税権を配分することは租税競争の激化を招く。また最適な資本配分を妨げる点で非効率的(資本輸出中立性の議論。資本輸入中立性は劣勢)である。

利子非課税の文脈(付加価値税)でも、生産地(C国)に課税権を配分することは、同様に租税競争の激化を招くし非効率的でもある⁽²⁹⁾。

OECDのBEPS対策はC国の課税権確保を目指していると推測されるが、経済理論としては利子課税を認める立場(所得税・法人税)からも認めない立場(付加価値税)からも、支持しがたい。この点、需要重視タイプのformulary apportionment(定式配賦)または付加価値税型仕向地主義が、学者⁽³⁰⁾からは提案されているものの、近い将来OECDが採用するとは思えない。しかしOECDの目指す所は、安定的な租税制度に結びつかない、ということは指摘してよいと思われる。

前述の通り、標準的な経済理論としては、C国(製造地国)の課税権は諦められるべきであり、課税権が割り当てられるべきはA国(最終的所得帰属先)かE国(需要地)かということになる。従来、居住課税管轄が源泉課税管轄に劣後するという発想を当てはめると、E国が源泉地国として優先的課税権を有し、A国内で再分配等の要請が重要であればE国の課税権に劣後する形で居住課税管轄としての課税をするということになる。尤も、C国の立場にある国(伝統的にはUNモデル租税条約を支持する途上国⁽³¹⁾)が納得しないかもしれない。国家間の政治交渉がどうなるか、までは予測できない。

- (1) 本稿は2014年4月9日国税庁会議室における税大ランチ・ミーティングを基に原稿化したものである。本稿の前提として、浅妻章如「帰属所得主義と恒久的施設課税の今後」金子宏・中里実・J.マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』435頁(有斐閣、2014)を併せてお読みいただければ幸いである。そこでは、字数の制約から、恒久的施設帰属利得の考え方がarm's length所得配分に影響を与えるかもしれないという論証の材料として、代理人PEに帰属する利得の考え方を扱うにとどまったが、本稿ではリスクについて扱いたい。
- (2) 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115巻3・4号321頁以下、342頁(2002)、淵圭吾「恒久的施設と帰属所得主義に関する動向」ジュリスト1447号27頁(2012.11)参照。
- (3) 浅妻章如「所得源泉の基準、及びnetとgrossとの関係(1)」法学協会雑誌121巻8号1174頁以下、1179~1180頁(2004)参照。
- (4) 本稿で【需要】という際は、最終消費者による需要だけでなく、中間の事業者(例1でいえばS社)の購入等(例1でいえば実施許諾を受けること)も含める。
- (5) 使用料のソースルールについては債務者主義・使用地主義の対立が知られるが(日本の所得税法161条7号の業務関連地主義はどちらであるとも言い切れないものであるが...中里実「外国法人・非居住者に対する所得課税」日税研論集33巻139頁以下、213-220頁(1995)参照) いずれも需要者側の事情に着目して使用料の源泉を決めようとする考え方であるため、本稿においてこれらの対立はあまり意味をなさない。
- (6) 浅妻・註3、(2)、法学協会雑誌121巻9号1421頁より。
- (7) BFH v. 9.9.1970 I R 19/69
- (8) 今はないOECDモデル租税条約14条に相当する自由職業所得に関する「fixed base」のことであるが、恒久的施設と同視してよからう。
- (9) *Korfund v. Commissioner*, 1 TC 1180 (1943)
- (10) *Linseman v. Commissioner*, 82 TC 514 (1984)
- (11) 2014年に田中将大投手が楽天からヤンキース

に移籍するにあたり、ヤンキースが 7 年で 162 億円を田中投手に払うと報道されたが、その内訳は管見の限り見つからず、残念ながら 162 億円のうち契約金が幾らであるのかは分からない。額に関する私の小市民的関心はともかくとして、所得源泉の着眼点という議論にとって重要なのは、【田中投手が日本で訓練を積んだから契約金が得られるのであって日本での(事業)活動に由来する所得だから日本源泉である】という考え方は妥当なのか、ということである。そして裁判例を見るに、恐らく全額がアメリカ源泉所得であるとされるのであろう。このことは、日本で製造した商品をアメリカに輸出する場合は代金(のうちアメリカでの販売活動対応部分を除く製造活動対応部分)の所得源泉は日本にあると考えられる、ということと、対照をなしている。

- (12) *Xilinx v. Commissioner*, 598 F.3d 1191 (9th Cir., March 22, 2010)
- (13) 例 4 はドイツが役務提供地であると判断されているが、ドイツに俳優が物理的に存在しているだけでドイツが事業活動の場所であるというのは無理がある。
- (14) 金融機関が金融仲介役務を提供しているという事業活動(事業上の貢献)に対応する所得は別論である。
- (15) アメリカの IRC (internal revenue code : 国内歳入法典) 482 条が元々は国内の連結との関係で要請されたことを想起されたい。増井良啓『結合企業課税の理論』149 頁以下(東京大学出版会、2002) 参照。
- (16) もちろん国内取引の文脈においても地方団体間の課税権配分では国家間と同様の問題が生じるが、それはさておく。
- (17) 浅妻・註 1 では、【PE なければ課税なし】ルールが執行の観点から当然に導かれるものではなく、separate accounting の発想にとらわれずに執行可能な源泉地国課税の画し方を考えたならば、【PE・関連会社なければ課税なし】ルール(R 国企業が S 国に PE を有する場合だけでなく S 国に関連企業を有する場合も R 国企業の所得のうち S 国源泉と観念される部分の所得を S 国の課税に服さしめるルール)も構想しえたはずである、と論じた。
- (18) 浅妻章如「Google 等の租税回避の対抗策にお

ける移転価格以外の課題」中山信弘先生古稀記念(弘文堂) 予定参照。元となるアイデアは浅妻章如「知的財産等の移転価格問題と time value of money 等の移転」租税研究 772 号 206 頁(2014.2)。

- (19) アメリカ流の cost sharing agreement というか OECD 流の cost contribution arrangement というかは、ここではこだわらない。
- (20) controlled foreign corporation/company legislation、被支配外国法人所得合算税制、タックスヘイヴン対策税制など。
- (21) 仮に移転価格の視点から B 社の A 社に対する支払が過少でないとしても、B 社に帰属する所得について CFC 税制の対象とすることは、論理的にありえないではない。移転価格は所得の人的帰属の問題であるのに対し、CFC 税制は課税のタイミングを早めるか否か(日本のように海外子会社配当益金不算入規定が導入された後でも、株主居住地国が特定の種類の所得について課税のタイミングを早めようとするのは、条約で禁じられない)の問題であり、租税回避に対する対処方法が違うからである。日本では CFC 税制は課税繰延対策規定ではなく租税回避対策規定として位置付けられているが、租税回避対策規定であるということと、対策手法が課税繰延否定であることは、矛盾しない。課税繰延対策の観点からは、仮に利率が 0 であるならば課税繰延が納税者に税務上の便益をもたらすことは理論上ない筈であるが、利率が 0 であっても租税回避対策のために CFC 税制を設けることが論理的におかしいということにはならないし、課税繰延対策手法を用いることがおかしいということにもならない。浅妻章如「国際的租税回避 タックス・ヘイヴン対策税制(CFC 税制)について」金子宏喜寿記念『租税法の基本問題』629 頁以下、643 頁(有斐閣、2007) 参照。
- (22) 但し図の D 社はそれなりの人員を抱えそれなりの事業上の貢献をしている(資産・機能が認められる)ため、D 社の貢献に対応する所得の地理的割当までが零となる訳ではない。
- (23) OECD でも日本の平成 26 年改正後の帰属所得主義においても、内部保険取引は認められないという方向にある。

ところで、本稿の議論は、平成 26 年改正後の新法人税法 147 条の 2 と関連すると思われる可能

性がある。しかし、日本は arm's length として資産・機能・リスクを勘案することになってしまっているため、本稿の議論は 147 条の 2 の解釈論としては意味を持たず、あくまで立法論にとどまる。

- (24) 例えば、ファイナイト・東京高判平成 22 年 5 月 27 日判時 2115 号 35 頁の争点は、ファイナイトの保険料が控除できるか、預け金に相当するとして控除できないか、であったが、将来は、日本法人と外国関連会社との取引が保険として真つ当な取引であろうとも、日本法人の損金算入を否定する(もしくは損金算入は認めつつも保険料の所得源泉は日本にあるとして源泉徴収課税に服さしめる)立法が要請されるのではなかろうか。
- (25) 尤も、製造地国と需要地国との間で課税ベースを前者に割り当てないことが国家間の公平に適用のか、といった問題を提起されると、今のところ答えはない。
- (26) Institute for Fiscal Studies, MIRRLEES REVIEW: TAX BY DESIGN 430 (2011)、浅妻・註 2、354 頁参照。渡辺智之「電子商取引と課税」租税研究 776 号 161 頁以下、168 頁(2014.6)からも示唆を受けた。
- (27) Daniel N. Shaviro, The Economics of Tax Law (<http://ssrn.com/abstract=2380898>) 18 頁参照。
- (28) 藤谷武史「所得税の理論的根拠の再検討」金子宏『租税法の基本問題』272 頁(有斐閣、2007)参照。
- (29) 浅妻章如「付加価値税の輸出免税」ジュリスト 1468 号 56 頁(2014.6)参照。
- (30) Michael J. Graetz & Rachael Doud, Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation, 113 Columbia Law Review 347-445 (2013)参照。これより早い時期にかような主張をしていたものとして、Reuven S. Avi-Yonah, Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State, 113 Harvard Law Review 1573 (2000)も挙げられるが、本稿で挙げた C 国(製造地国)の課税権を否定すべきと論じているわけでもなく、Avi-Yonah の議論が何によって立っているのか掴みにくいという憾みがある。
- (31) しかしかつて途上国と言われていた国の中に

も資本輸出国に転じつつある国もあることに注意したい。