

論 説

BEPS: value creation と arm's length との異同、
次に value creation 基準の難点

立教大学法学部教授
浅 妻 章 如

◆SUMMARY◆

BEPS (base erosion and profit shifting 税源浸食と利益移転) についてどう対策を講じるかという際、現在までの国際租税法の枠組みからどの程度逸脱するかを想定するかによって、対策が変わってくる。

本稿は、所得の人的帰属と所得の地理的割当の相違点について整理した上で (第1段階)、BEPS 対策についての立法論を述べるものであり、具体的には、①PE なければ事業所得課税なし、arm's length principle という現行国際租税法の根幹に整合させるようなルール of 精緻化としての立法論 (第2段階)、②現行国際租税法の根幹を前提としないが、所得の地理的割当が事業地にあると観念されることは前提として、事業地基準に整合させるように課税権配分を精緻化するような立法論 (第3段階)、③所得の地理的割当が事業地にあると観念されることも前提とせず、所得の地理的割当の観念を需要地に移すことの是非 (第4段階) について考察している。(平成28年9月30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、全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. 序：議論の段階の別	36
2. 第1段階：所得の人的帰属と所得の地理的割当との違い	37
2.1. 居住課税管轄・源泉課税管轄は必要か？	37
2.2. 所得源泉の着眼点の違い	38
2.3. 国際連盟時代の選択と、ありえた別の選択肢	40
2.4. 生産主体と所得帰属主体とのズレの可能性	41
2.5. 使用料：排他権という私法の設計と所得配分とのズレ	43
2.6. arm's length は必ずしも生産主体＝所得帰属主体を保証しない	43
3. 第2段階：PE 課税・所得区分等の線引の精緻化	44
3.1. PE 帰属利得と PE 認定基準	44
3.2. 代理人 PE 帰属利得と代理人 PE 規定の要否	45
3.3. classification and assignment approach の不都合	45
4. 第3段階：value creation 基準に沿った課税権配分	46
5. 第4段階：value creation 基準の難点 →需要基準へ	47

1. 序：議論の段階の別

BEPS (base erosion and profit shifting 税源浸食と利益移転) についてどう対策を講じるかという際、現在までの国際租税法の枠組みからどの程度逸脱するかを想定するかによって、対策が変わってくる。本稿で以下述べる第2段階と第3段階の対策は整合しない。第3段階と第4段階の対策も整合しない。そのため、段階別であることを示さなければ、本稿で述べる対策の内容は矛盾していると受け止められる可能性がある。そこで議論の段階の別を示す必要がある。

本稿の第1段階は、対策を考えるための前提作業である。所得の人的帰属と所得の地理的割当は違うということを確認する。このことを今初めて書くわけではないが^①、残念ながら現在までの事業所得課税に関する国際課税の議論は、所得の人的帰属と所得の地理的割当との違いをあまり考慮しないまま話が進

められている、という憾みがある。

所得の人的帰属と所得の地理的割当が違うということは、日本居住者である甲がオランダの不動産たるAを所有し乙に賃貸している場合を想像すれば、誰にでも理解されることである。誰もが、賃料所得の人的帰属は日本居住者にあり、所得の地理的割当つまり源泉はオランダにあると観念する。

しかし所得の地理的割当は所得概念等から演繹的に決まるものではない。そこで、所得の地理的割当、所得源泉について【観念する】という表現を本稿では用いている。

甲がオランダの不動産Aを所有している場合、不動産が mobile であるとは表現しないのが通例である。他方、残念なことに、OECDの議論では無形資産が mobile であると度々表現されている。しかし、特許権や著作権は属地的に適用されるものである。従って、日本居住者たる甲が論文を書き、オランダにおける著作権をオランダの出版社乙にライセン

スし、甲が乙から使用料を得るという場合、著作権は地理的にオランダにあるというべきである。少なくとも特許権や著作権は、不動産と同様の意味において、mobile ではないといえる。

日本居住者たる甲がオランダの不動産Aを所有していたが、Aの所有権をドイツ居住者たる丙に売ったという場合、不動産の所有権の人的帰属は日本居住者からドイツ居住者に移転する。同様に、日本居住者たる甲がオランダにおける著作権をドイツ居住者たる丙に売ったという場合も、著作権の人的帰属はドイツ居住者に移転する。この意味で著作権の人的帰属については、不動産の所有権の人的帰属と同様の意味において、mobile であるといえる。

ことほどさように、従来の国際租税法の議論は、財産の地理的移転と財産にまつわる権利の人的帰属との関係について、混乱している。このため、所得の人的帰属と地理的割当とについて十分に整理がなされてこなかったことも無理からぬところである。残念ながら拙稿・注(1)の内容は未だ人口に膾炙していない。本稿の元となった税務研究会での報告は、拙稿・注(1)の書き直し作業に際し、研究会参加者からアドバイスをいただくとするものであり、所得の人的帰属と所得の地理的割当との違いについて丁寧に説明することが求められる。

本稿の第2段階から第4段階にかけて、立法論を述べる。後になるほど、現在までの国際租税法の枠組みからの逸脱の度合いが増していく。

第2段階では、PE なければ事業所得課税なし、及び arm's length principle という現行国際租税法の根幹を前提とする。その上で、その根幹に整合させるようなルールの精緻化としての立法論を考察する。例えば、PE 認定基準はどうあるべきか、所得の種類はどう認定されるべきかといったことのルールを、

根幹に整合させるとしたらどうすればよいか、といった立法論を考察する。

第3段階では、現行国際租税法の根幹を前提としないが、所得の地理的割当が事業地にあると観念されることは前提とする。この前提の上で、事業地基準に整合させるように課税権配分 (PE なしでも課税権を認めるとか、arm's length principle の例外を認めるとか) を精緻化するような立法論を考察する。言い換えると、value creation (価値創造) 基準を前提とするならば、どういう税制・課税権配分が考えられるか、を考察する。

第4段階では、所得の地理的割当が事業地にあると観念されることも前提とせず、所得の地理的割当の観念を需要地に移すことのは非を考察する。

2. 第1段階：所得の人的帰属と所得の地理的割当との違い

2.1. 居住課税管轄・源泉課税管轄は必要か？

居住課税管轄が無い税制というものは構想可能か。可能であろう。国外所得免税を徹底するということになる。この場合、日本居住者たる甲が日本で200万円稼ぎ、日本居住者たる乙が日本で200万円稼ぎケイマンで300万円稼いでいるという場合に、甲と乙の日本での納税額は同じになる。そういった税制が構想可能か、といえ、可能ではある。納税者間の租税負担配分の公平を考える際に、国外所得は考慮外とすることになる。しかし、そのような租税負担配分の公平の在り方というのは、現在は支持されていないと見受けられる。

居住課税管轄が無い税制とは、言い換えれば、所得の地理的割当のみを考え所得の人的帰属は考えない税制、ということになる。そういった税制は構想可能ではあるものの、居住課税管轄は無いよりは有る方がマシであろうというのが、現在までの私達(租税法律家

又は主権者)の選択である、といえると思われる。

次に、源泉課税管轄が無い税制というものは構想可能か。可能であろう。日本居住者たる甲が日本で500万円稼ぎ、日本居住者たる乙が日本で200万円稼ぎケイマンで300万円稼いでいるという場合に、甲と乙の租税負担が同じになるということになる。乙がケイマンで300万円稼ぐ方法として、例えば、乙がケイマン法人たる丙を所有しており、ケイマン法人・丙が300万円稼いだけれども、まだ株主たる乙に配当をしていないという場合もある。あるいは、株主たる乙が株式を譲渡して株式譲渡益を実現させる、ということをもまだしていないという場合もある。現行法下では原則として未配当あるいは株式譲渡損益未実現の場合、乙に300万円の所得の実現がないと考えられている。しかし、実現主義の制約を無視することが許されるとすれば、ケイマン由来の乙の所得300万円について実現・未実現を問わず課税することによって、日本

居住者たる甲と乙との間で課税の公平を図ることが可能となる。実現主義の制約に囚われない居住課税管轄の行使が可能ならば源泉課税管轄が必要とまではいえないということになる。しかし、実現主義を無視した税制設計は現実味が薄い。また、源泉課税管轄が無いとすると、かつて英語の本を日本語に翻訳して日本の著作権で以って莫大な所得を稼いだ翻訳家(松岡佑子氏)がスイスに居住を移そうとしたという例²⁾について、居住がスイスに移ったならば日本は課税できないということになる。著作権については源泉地国免税が珍しくなくなっているが、この他、例えばスイス居住者が日本所有の不動産の賃料を得ているといったような例においても源泉課税管轄を無くしてよいと考える人は、今のところ少数派であろうと見受けられる。結局、源泉課税管轄についても、必要であるとまでは論証できないが、しかし無いよりは有る方がマシであろうということになる。

2.2. 所得源泉の着眼点の違い

図1: ライセンス		図2: 自己実施 (R国で製造)	
S国	R国	S国	R国
84	48 使用料	84	72 販売代価
→乙社		→乙社	
10↓	20	10↓	20↓
販売	製造	販売	製造
	→甲社		→甲社
	↓40		↓40
	研究		研究

図1の例は、R国法人である甲社がR国で研究開発活動をし、発明をし、特許権をS国法人たる乙社にライセンスし、乙社がS国で製造及び販売活動をするというものである。乙社は甲社に特許権使用料を支払う。この時、使用料の所得源泉は特許権がどこで使われたか、すなわち特許権の需要に着目して、所得源泉が観念される。使用料のソースルールについては債務者主義と使用地主義が対比され

るが、本稿ではその違いには立ち入らない。債務者主義であれ使用地主義であれ、特許権の需要に着目しているということが本稿の課題との関係で重要である。ただし前述の通り、現在はOECDモデル租税条約12条のように、使用料について源泉地国免税とする例が珍しくなくなっている。そのため、源泉地国が常に課税権を持つわけではない。所得源泉がS国にあるかどうかという問題と、課税権がS

国にあるかどうかという問題が、常にリンクしている訳ではない。このため議論は混乱しやすい。しかし、その混乱はさておくとして、従来、課税権がS国にあるかどうかはともかく、少なくとも所得源泉はS国にあると考えられてきた。

図2の例は、甲社がR国で研究開発活動及び商品の製造活動を行い、商品をS国の乙社に卸し、乙社がS国で消費者などを相手に販売活動をするというものである。乙社は甲社に対し商品の販売代価を支払う、という法形式をとる。販売所得のソースルールは簡易でないが、図2では、概ねS国に所得源泉は無いと観念されてきた。それは、甲社がR国で生産活動をしているからである。

図1・図2共に、研究開発活動に40の資源を投入し、製造活動に20を投入し、販売活動に10を投入し、それぞれについて2割の利益が発生するという例になっている。研究開発活動について40投入して48のリターンがあり、製造活動に20投入して24のリターンがあり、販売活動10投入して12のリターンがある、という例になっている。

現在までの国際租税法は、所得分類毎に課税権を国家間で割り当てるというアプローチ(classification and assignment approach)を採用している。所得分類が異なれば、適用されるルールも異なる、ということから、所得源泉の判定において不整合が生じる余地が生まれる。

図1のように需要に着目して所得源泉を観念する例として、使用料の他に、利子・配当等も挙げることができる。甲社が乙社に金銭貸付をするあるいは出資をする、そして乙社が甲社に利子あるいは配当を支払う、という場合、貸付金なり出資金なりの需要に着目して所得源泉が観念される。

他方、図2では所得稼得者自身の生産活動に着目して所得源泉が観念されている。図1と図2を比べると、金銭債務者の需要に着目

するのか、所得稼得者の生産に着目するのか、という具合に、不整合があるといえる。しかし、利子・配当に関しては、貸付金や出資金の需要に着目しているという捉え方も可能であると同時に、金銭債務者の生産活動に着目しているという捉え方も可能である。甲社が乙社に、金銭貸付あるいは出資をし、乙社がS国で生産活動をするという場合、利子・配当の所得源泉はS国にあると考えられている。そして、例えば、乙社が第三国たるT国に支店や工場を設立し、S国ではなくT国で生産活動をしているという場合、(利子・配当のソースルールについて純然たる債務者主義を採るのでなければ)所得源泉はT国にあるといわれることがある。従って、図2のような場面だけでなく、利子・配当についても生産活動に着目して所得源泉が観念されるということができる。

BEPS対策プロジェクトを経て、今では、生産に着目するということは、value creation(価値創造)に着目する、と言い換えることができる。

value creationに着目するという観点から図1を見ると、図1の48の使用料の元となるvalue creationはS国ではなくR国に地理的に所在していると観念すべきである。図1と図2とで、やはり所得源泉の観念の仕方で不整合があるということになる。

現在までのところ、利子・配当と使用料のソースルールは似ている。しかし、利子・配当は金融の文脈で生ずる所得である一方で、使用料は研究開発活動という実物経済活動の文脈で生ずる所得であるという違いがある。OECDモデル租税条約では、配当・利子・使用料という具合に10条・11条・12条が並べられている。しかし、配当・利子と使用料との間には重大な性質の違いがある。

図1と図2とが整合していない、と整理されるとすれば、どちらかが間違っている、ということになる。

所得源泉は生産（今でいえば value creation）に着目して観念される、ということに基づいて考えるのであれば、図1の需要基準が、現在までの国際租税法体系の中で、間違い、即ち外れ値であると位置付けられる。

BEPS 対策の議論のさなか、英国の diverted profit tax（迂回利益税）のように、需要基準での課税ベースの保守を目指す方向が、いわゆる先進国（伝統的に国際連盟から OECD の時代にかけて、源泉課税管轄権を抑制する傾向を採ってきた）の間でも珍しくなくなってきた。生産基準と需要基準と、両方の視点が、ご都合主義的に国によって主張されているという状況にある。1998年のオタワ会議の頃、電子商取引課税の議論をする際、需要があるだけでは PE を認定することはできないという点でのわきまえがあった。当時、需要基準の課税権配分を主張する人達は、私も含めて決して少なくなかった。しかし、学者レベルの需要基準重視説はともかくとして、政府レベルでは、従来 PE なければ事業所得課税なし等のルールに代表される生産基準と比べ、電子商取引の文脈で需要があるだけの国に PE を認定することは従来国際租税法体系からは逸脱である、ということが認識されていたと見受けられる。

2.3. 国際連盟時代の選択と、ありえた別の選択肢

PE があるという場合に PE 課税としてどの範囲の所得に課税するかに関し、日本では帰属所得主義（帰属主義）と全所得主義（総合主義）との違いが議論されてきた。それが間違いであるとかいったことを本稿で論じようとしているわけではない。

本稿で論じたいのは、帰属所得主義対全所得主義という対立は、どこに根っこがあるのか、ということである。そして、PE 課税の文脈で課税する所得の範囲というだけの問題ではないのではないか、ということの本稿は

主張する。AOA（authorised OECD approach）が推奨するところの帰属所得主義の根っこは、PE 課税の所得の範囲というだけの問題ではなくて、国際連盟時代に separate accounting の発想、arm's length の発想を採用したことにあると思われる^③。

国際連盟時代に現在までの国際租税法の根幹が作られた。当時、関連企業グループの所得をどう扱うかについて、separate accounting の発想、つまり別個独立の企業であることを想定した所得配分を考えるという発想が採用された。そして今では arm's length principle が当然のものと受け止められている。しかし、国際連盟の時代から、arm's length principle はおかしい、という考え方もあり得た。企業が外国に進出しようとする際、市場取引を選ぶか（多国籍企業グループを形成しない）自分の分身を作るか（多国籍企業グループを形成する）については、どちらについても損得があり得る。自分の分身を作るという場合は、市場取引として arm's length の取引をすることが儲からないと思っているから、分身を作るという選択をするということである。arm's length の取引では儲からないと企業自身が思っているのに arm's length principle で租税法を適用するというのはおかしい、という理屈は、特段新しいものではない。しかし、separate accounting そして arm's length principle の発想を国際連盟の時代に選択し、そしてそれが今も続いているということである。

国際連盟時代の選択は、【arm's length 準拠】【PE なければ事業所得課税なし】【帰属所得主義】の3点セットである。この3点セットを前提として何を基準に所得源泉を観念するか、と考えれば、生産基準が導かれるのが素直であろう。

では、仮に国際連盟時代に【arm's length 否定】を選択していたならばどうであったか。しばしば、【PE なければ事業所得課税なし】

ルールと【全所得主義】とは折り合いが悪いと言われる。その折り合いの悪さを否定しようというわけではないが、しかし、【arm's length 否定】を選択していたならば、【PE なければ事業所得課税なし】ルールにこだわる必要はない。PE の有無という課税の閾値の設定の問題は、あくまで執行可能性の観点から決められるのだとすれば（ドイツ流の帰属所得主義は執行可能性だけに基づくのではないことに留意されたい）、物理的存在（physical presence）無しでは課税の執行が確保できないという国際連盟時代の状況を念頭に置いてもおお、源泉地国課税の執行の有無の閾値は PE に限定する必要はない。例えば、日本法人 P 社がアメリカの顧客と直接取引をしていて P 社の PE がアメリカにはないという状況を仮定する。ここで、日本法人 P 社の子会社である S 社がアメリカにあるとすると、P 社の本店直取引についてアメリカが課税することは、執行の観点からは、S 社に着目すれば可能である。P 社と S 社が別々の企業であるということを強調すれば、P 社の本店直取引による所得についてアメリカが課税するのはけしからんという理屈が立つ。他方、P 社と S 社が別々の企業であるということを強調しないのであれば（グループ企業であるということを強調するのであれば）、P 社の所得であろうが S 社の所得であろうが、S 社が物理的にアメリカに存在するということに着目して執行の限界の範囲内であるかどうかを考えても構わない。PE がなくても関連会社があれば源泉地国は課税するが、PE も関連会社もなければ源泉地国は課税しない、という考え方を【関連会社・PE なければ事業所得課税なし】と呼んでおく。

仮に、国際連盟時代に【arm's length 否定】【関連会社・PE なければ事業所得課税なし】【全所得主義】を選択していたのであれば、所得源泉の着眼点については、生産基準で所得源泉を観念することも、需要基準で所得源

泉を観念することも、どちらかが素直に導かれやすいということではなく、横並びであると思われる。

2.4. 生産主体と所得帰属主体とのズレの可能性

前述のように、現在までの国際租税法体系の下において生産基準で所得源泉を観念するということは、一見自然な事であるように思われるかもしれない。所得課税は所得を稼いだ者に着目する課税であるので、所得を稼ぐ人は何かの貢献をしているから所得を稼いでいるのであろうと考えるのが、素直であるからである。

しかし、そうした素直な想定が当てはまらない類型がある。私はかつて、不作為によって所得を得る場面と、組合などの profit sharing（利益共有）関係に着目した。

第一に、不作為義務を負う者が所得を稼ぐ場面の例として Korfund 事件⁴⁾が挙げられる。ドイツ法人たる Zorn 社がアメリカで事業をしないという競業避止義務を負うことの見返りとして、アメリカ法人たる Korfund 社から支払を受けたという事例である。Zorn 社は何もしないのに所得を稼ぐ。問題となる所得の元となる生産活動の主体は Korfund 社である。つまり、生産主体と所得帰属主体とがズレる場合があるということが、ここでのポイントである。そして強調したいのは arm's length の関係でも、生産主体と所得帰属主体とがズレる場合があるということである。

arm's length 準拠は、必ずしも生産基準に沿った関連者間所得配分を達成するわけではないということが前段落の事例から導かれる。arm's length とか value creation とかいったことが現在言われているが、value creation と arm's length とが整合しないことがあるということが前段落の事例から導かれる。arm's length として Zorn 社に所得が帰属することはおかしいことではないが、value

creationとして考えるならばKorfund社の所得でなければおかしい。今後の国際租税法の議論においてvalue creationが重視されていくようになると思われるところ、value creation重視のためにはarm's lengthを否定しなければならない場面も出てくるであろうと思われる。

Zorn社とKorfund社が締結したのと同じ契約条件で、即ちarm's lengthの契約条件で、関連企業グループ内で競業避止契約が締結されたとして、競業避止義務の対価として所得がアメリカ法人からドイツ法人に移転したといった状況を考えてみる。それはarm's lengthに沿っているはずである。しかし、かような所得移転は到底アメリカとしては受け入れられないのではないかと思われる。

第二に、組合などのprofit sharing関係について述べる。

A国の甲弁護士とB国の乙弁護士がリスクヘッジのため組合を結成し、互いに所得折半とする契約をしたとする。甲弁護士は専らA国で活動し、乙弁護士は専らB国で活動するとする。ある年度において、甲弁護士は病気になり全く働けなかったが、所得折半契約に基づき、乙弁護士の稼ぎの半分を受け取るとする。生産主体は乙弁護士であるけれども、半分について所得帰属主体は甲弁護士である。この時、甲がB国にPEを有すると欧米では理解されている。

アメリカでは、general partnershipでもlimited partnershipでもPEが認定される傾向がある。また欧州では匿名組合であってもPEが認定される傾向がある。基本的に、源泉地国居住者と非居住者との間のprofit sharing（利益共有）関係について、源泉地国にPEが認定される（ただしjoint ventureは除く。）という傾向がある⁽⁵⁾。日本では匿名組合契約ならばPEが認定できないということになっている⁽⁶⁾が、世界的には異例と位置付けられる。

私は、profit sharing 関係についてPEを認定しようとする世界の趨勢の方こそ、租税条約（OECDモデル租税条約5条1項）の文言の解釈としておかしいと考えている。任意組合でも匿名組合でもPE認定は無理があると考えている。匿名組合はともかく任意組合についてもPEを否定するというのは恐らく一人説であるため、声高に主張しても虚しいが、弁護士の所得折半契約の例を想起して、甲弁護士がB国で事業を行っているとは認定することには無理があると私は考えている。PEなければ事業所得課税なしのルールは、客観的・物理的な側面に着目したルールである。甲弁護士がB国で事業を客観的・物理的に行っている（その認定基準としてplace of businessという要素に着目する）という場合にB国に課税権を認めるというのが、もともとの趣旨であったと思われる。しかし、甲弁護士が生産をしていない場合でも所得が甲弁護士に帰属するという事態があり得る。そして、そういう事態は、PEなければ事業所得課税なしというルールにとって、想定外であったのではないかと私は疑っている。しかし、生産主体でない者に契約上所得が帰属する場合に、当該者が客観的・物理的に事業を行っていないので課税を諦める、ということにしてしまうと、源泉課税管轄が潜脱されてしまう。いつから組合契約でPEが認定できると考えられるようになったのかは残念ながら確認できていないが、課税できるという結論ありきで欧米のPE認定の歴史が積み重ねられているのであろうと私は疑っている。しかし、ならば、生産主体と所得帰属主体とのズレの可能性を正面から認識した上で、【PEなければ事業所得課税なし】の例外を規定すべき（日本が匿名組合について源泉徴収するように）であったはずではないか、と私は考えている。

2.5. 使用料：排他権という私法の設計と所得配分とのズレ

例として、Xは1,000円の費用をかけて特許発明を開発し特許権を得たという状況を仮定する。Xは更に2,000円の事業費用を出して、合計3,000円の費用を基に、特許を実施し製品を製造販売して、3,600円の販売収入を得る予定(3,600-3,000=600の利得を稼ぐ予定)であった。しかしYが特許権を侵害し3,600円の販売収入を得た。Yに需要を先食いされたXは、開発費用以外の事業費用の出費が0円であったが、収入も0円であった。Xは特許侵害者たるYに幾ら損害賠償として請求できるか……という問題のかつて私は考えた。

私は当時、特許発明に対応する1,200円についてだけYは損害賠償責任を負う(1,200-1,000=200の利益をXに確保させ、Yが2,400-2,000=400の利得を得ることを可能とする)とすることも構わないではないか、と考えていた。Y側はこのように主張するであろう。そして、これはXとYがそれぞれ遂行した事業上の機能(function)(今ならvalue creationと呼ばれるかもしれない。)に着目した発想である。Y側の主張は、PE帰属利得を考える際の発想に基づいている。

私がインタビューした限り、知的財産法学者を含めた私法の専門家の多くは、1,600円が損害賠償額であると考えている(1,600-1,000=600の利得をXに確保させる。)。これは特許権という排他権(Yが営業する自由を認めない)に着目した発想である。X側はこのように主張するであろう。

そして、私法上、Y説が採用されない、ということは、生産主体が所得帰属主体である、ということ私法は必ずしも予定していない、ということの意味するものと思われる。

しかし、もしもXとYが関連企業グループの兄弟会社であるならば、あるいはXが本店でYが支店であるならば、Yに帰属する事業

利得を0円とすることは、value creation基準に沿わない。

2.2.の図1では、48の使用料がS国源泉と観念されてきたところ、value creation基準を前提とするならば、図1についてもR国源泉と考えるべきである、と前述した。しかし、2.5.のXとYの関係でX説が勝つとすると、図1において、乙社が48の使用料支払で済むわけではなく、製造費用20に対応する所得4および販売費用10に対応する所得2を加算して、乙社は甲社に48ではなく54を支払わねばならない、ということになるかもしれない。そうだとすると、使用料の一部はS国源泉であるということにも理があるかもしれない。

2.6. arm's lengthは必ずしも生産主体=所得帰属主体を保証しない

確実な証拠は揃っていないが、2.4.で前述したとおり、国際連盟時代の帰属所得主義は、生産主体と所得帰属主体が一致することを暗黙の前提としていたのであると私は推測している。

しかし、Korfund事件を見て分かるように、生産主体と所得帰属主体とは一致しないこともある。

value creation基準が今後重視されるならば、あえてトートロジカルな表現を用いるが、【参照すべきarm's length】と【参照しないべきarm's length】があるということになる。

私は、value creation段階と、所得分配段階を、分けて考えるべきであると考えている。

【参照しないべきarm's length】とは、現実の取引における所得分配段階のことであり、利子、配当、匿名組合契約に基づく利益分配、競争避止義務に基づく支払等々が当てはまると考えている。恐らく保険料及び保険金の支払も所得分配段階と捉えるべきではないかと私は考えている。

使用料支払は、原則としてvalue creation

段階であるから、原則として【参照すべき arm's length】であると考えている。しかし 2.5.における考察結果を合わせると、使用料支払に所得分配段階が混じるという要素が無いではないかもしれない。

【参照すべき arm's length】とは、value creation 段階の取引を参照するということである。しかし現実の取引においては金融取引も行われており、value creation をした企業が銀行等の融資者に利子等を支払うことで企業の利得が減る。現実の取引から value creation 部分を抽出するためには、【実物生産要素に対応する所得】を考えるべきである。言い方を変えると、debt（負債）は無いものとし、ある企業の事業上の機能（function）を担うための金銭的裏付けは全て自己資本（equity）であると想定し、そうすることで初めて value creation が見えてくる、と私は考えている。

AOA（authorised OECD approach）では【asset】【function】【risk】（資産、機能、リスク）を勘案して arm's length principle に沿った所得配分を考えることになっている。しかし、保険料は実物生産要素に対応するものではないと推測されるため、所得分配段階の方に位置付けられるべきであろうと思われる。従って、AOA において risk は無視すべきであった。これは恐らく一人説であり、なかなか受け容れられないであろう、とは覚悟している。

3. 第2段階：PE 課税・所得区分等の線引の精緻化

3.1. PE 帰属利得と PE 認定基準

arm's length を参照して PE 帰属利得を算定することになっているので、例えば内部保険を否定することは OECD モデル租税条約 7 条 2 項の解釈としては無理がある。しかし、現在のところ AOA では内部保険は無視すべ

きということになっている。これは、arm's length のうち value creation 段階のみを参照し所得分配段階としての保険料支払は参照しない、という理屈を立てれば、正当化可能であろう。

しかし AOA は PE の事業資産が全て自己資本（equity）で賄われていることを前提として PE 帰属利得を算定せよとはしていないし、凡そ一般的に risk を無視すべきであるともしていない。無視されるべきリスク取引としての内部保険と、無視されないべきリスク取引との線引きをどうするかについて、議論が紛糾することは避けられないであろう。

本稿の第 2 段階の立法論として、PE が全て自己資本で賄われていることを前提とし、内部保険に限らず一般的に risk も無視する（金融業を除き、一般論として、PE が遂行する事業機能についての risk は PE 自身が負担していることを前提とし、例えば販売機能を PE が営んでいる場合に本店が在庫リスクを引き受けるといった内部取引をしても、PE 自身が在庫リスクを負担するという前提で PE 帰属利得を算定する）、ということは、理屈として整合するであろう。あとは、AOA を書き換える勇気を持てるかどうかの問題となろう。^⑧

第 2 段階の立法論のうち、PE 認定基準について、OECD モデル租税条約 5 条 4 項の準備的補助的（preparatory/auxiliary）活動に関する例外規定は無くすべきであろう。今回 BEPS 対策の議論^⑨でも 5 条 4 項廃止論には至らなかったという点についてがっかりしているが、5 条 4 項の正当化は論理的には難しい（政治的・外交的な妥協の産物であるにすぎない）ということがようやく国際租税法律家の間での共通理解になったであろう、という点では一つの進歩があったともいえる。

3.2. 代理人 PE 帰属利得と代理人 PE 規定の 要否

AOA は代理人 PE 帰属利得について double taxpayer approach を採用している。これは OECD モデル租税条約 7 条 2 項の文言の解釈としては無理がある。国際租税法の講義をするときに学生に double taxpayer approach と single taxpayer approach を説明した上でどちらが 7 条 2 項の解釈として正当だと思ふかを尋ねてきたが、未だ、double taxpayer approach 支持者が single taxpayer approach 支持者を上回ったことはない。

私は原則として double taxpayer approach を支持してないが、一つのあり得る説明として⁽¹⁰⁾、代理人を通じた value creation のうち、arm's length に沿った代理手数料が所得分配段階の何らかの事情を反映して value creation に照らして過少であるという事態があり得るならば、源泉地国は【value creation—arm's length fee】が代理人 PE に帰属する利得であるとしてそれに課税することが正当化され得る。

ただし、第 2 段階の立法論として、PE 帰属利得ではなく PE 認定の範囲について考察すると、少なくとも代理人が源泉地国の居住者である場合について原則として代理人 PE 規定は削除すべきであろう。このように立法した場合、非居住者たる企業が従業員を源泉地国に派遣するというような、代理人 PE 候補者が源泉地国から見て非居住者であるという場合についてだけ、代理人 PE 規定が意味を持つということになる。この問題は、突き詰めると、役務活動だけで PE を認定すべきかというサービス PE の問題に接近する。

サービス PE の問題は、コンサルとかの問題であると現在のところ受け止められている。しかし、もしも fragmentation (細分化) 対策が今後も正当化されるならば、代理人 PE 規定と整合させる形で条約を書き換えることが筋論であろう。

3.3. classification and assignment approach の不都合

PE なければ事業所得課税なしルールの中で、欧米では、profit sharing 関係につき PE を認定する傾向があると 2.4. で前述した。しかし、例えば匿名組合契約について、商法上、貸付の一形態であるという説明を前提とする⁽¹¹⁾、匿名組合契約に基づく利益分配について源泉地国が PE を認定しようとする傾向は、源泉地国がゴネているだけ、と見るべきであろう。

PE なければ事業所得課税なしルールを作る際に、生産主体と所得帰属主体とが一致しない事態についての対策規定を設けなかったことが立法論上の失敗である、ということ、直視すべきであろう。従って、匿名組合契約について、PE 認定ではなく源泉徴収で対処する日本の方法は、世界から見て異端に属するものの、日本の方法の方が正当であるというべきであろう。

ただし、【〇〇所得なら源泉地国の課税権を留保する】という protocol を書き足していくという classification and assignment approach は、論理的に首尾一貫した課税権配分方式を提示できない、という憾みがある。

どうしても PE 課税の文脈で対応するということであれば、Korfund 事件（これは PE 認定が争われた事例ではない。）を参照しつつ、profit sharing の関係でも PE を認定した上で、profit sharing 契約による非居住者への支払について PE 帰属利得算定上控除は認めない、ということも租税条約で明示すべきであると思われる。欧米ではここを解釈でごまかしてやってきている。そのため、しばらくの間、明示的に条約に書き込まねばならないという議論が相手にされる見込みはない。しかし、外交的・政治的実現可能性はともかくとして、一租税法学徒として、筋論としてはこう考えられる、ということである。

別の対処方法としては、OECD モデル租税

条約 21 条その他所得条項の前に、日本の匿名組合源泉徴収規定のような源泉徴収課税対象の類型を列挙する、という方法が考えられるかもしれない。classification and assignment approach では首尾一貫した課税権配分ができないという批判が成立し得ると前述したが、それはそれとして、現実的な対応策を積み重ねるという方向である。もっとも、PE 帰属利得に課せられる税率と源泉徴収税率が違っていても良いのかという問題がある。

当面は第 2 段階までしか議論されないと思われるため、第 3 段階・第 4 段階は駆け足となる。

4. 第 3 段階 : value creation 基準に沿った課税権配分

国際連盟時代の選択を引き継ぐのであれば、【arm's length のうち value creation 段階のみを参照し所得分配段階を参照しない】を明言するべきであると思われる。しかし、【value creation 段階】【所得分配段階】の区別は、理念上も実務上も難しい。従って実践可能性も乏しい。そうすると、国際連盟時代の選択を引き継ぎつつ value creation 基準に沿った課税権配分をすることは難しい、ということになる。立法技術的に可能な範囲としては、取りあえず、AOA として【asset】【function】【risk】を勘案するのではなく、risk は勘案しないとすべきであろうと思われる。もっとも、risk を勘案しないと明言して前言を撤回することも難しいであろうと思われる。

OECD の議論は、未だ arm's length 基準に捕らわれていると見受けられる。例えば、タックスヘイヴン法人が excess profit (超過収益) を得るのはおかしいのではないか、という議論がある。例として、タックスヘイヴン法人が 60 で無形資産を買い、自前で 50 の

製造施設を作るという場合に、私法上 130 がタックスヘイヴン法人に帰属するよう見えても、通常収益率が 10% であるとすると、 $60 + 50 = 110$ の 10% である 11 がタックスヘイヴン法人の通常収益である ($130 - 121 = 9$ はタックスヘイヴン法人に租税法上帰属しないとして扱う) ということになる。しかし、60 で無形資産を買い取ったから 6 の所得がタックスヘイヴン法人に帰属してもよい、としてしまうと、研究開発活動の所在地国からタックスヘイヴン法人所在地国に通常収益率分の所得の課税権が移ることを認めてしまう、ということになってしまう⁽¹²⁾。

この背後には、CFC 税制を移転価格税制の back stop だけにとどめるべきかという論点も控えている。移転価格税制の back stop として CFC 税制を位置付けるのであれば、60 の買取価格の通常収益率分の所得がタックスヘイヴン法人に帰属することは所得の人的帰属の観点から問題ない。しかしそれは所得の地理的割当を無視するということを意味する。

また、いわゆる cash box 法人がタックスヘイヴンにある場合に、タックスヘイヴン法人が risk を負担している (から risk に対応する収益はタックスヘイヴンに帰属する) という契約書を作っている、タックスヘイヴン法人には通常収益率までの所得の帰属しか認めない、ということになっている。このことについても、通常収益率の所得の帰属が正当化されるのはあくまで所得の人的帰属の文脈においてであるにすぎず、所得の地理的割当の観点からは許されないというべきであると思われる。

また、risk 取引について、OECD の議論は濫用的な事態に対処する、ということにとどまっており、整合的な制度設計という視点が弱いように見受けられる。もともと、BEPS 対策の議論が政治性を帯びる以上、濫用的な事態への対策という事を超えて big picture を描くことは難しい、という限界はあるかも

しれない。従ってこの点を批判しても詮無きことであるかもしれない。整合的な制度設計という観点からは、関連企業グループ会社間あるいは本支店間の risk 取引は原則として無視すべきであると私は考えている (2.6.節) が、OECD の議論がそういう段階に至ることは難しいであろう、ということも理解できないではない。しかし、制度論の可能性として、租税法家達の脳裏に本稿の指摘が残ってほしい。

国際連盟時代の選択に縛られなくてもいい、という明示的な決断がなされるかは分からないものの、value creation 基準を重視するならば、なし崩し的に formulary apportionment の要素が増えていくかもしれない、とも予想する。

value creation は需要だけでは認められない、というのが従来の国際租税法体系の考え方であり、arm's length principle を崩したとしても直ちに需要基準が認められるということにはならない。このため、カリフォルニア州で言われていたような、売上げを formula の配分要素に加えるといったことは、従来の考え方からは逸脱と位置付けられる。しかし、今後【formulary apportionment を採用する一方で売上げを配分要素に含めない】という立法論が支持される可能性は低いであろう、ということも予想される。

5. 第4段階：value creation 基準の難点

→需要基準へ

BEPS 対策を推し進めたからといって、租税負担引き下げ競争が収まる保証はない。むしろ、今までは課税ベース削りという形でなされてきた租税負担引下げ競争が、base erosion 対策の後においては、直接的な税率引下げ競争に変わるだけではないか、という懸念もある。

そして、value creation 基準は、租税負担

引下げ競争を一層激化させてしまう可能性がある、ということを私は懸念している。したがって、需要基準⁽¹⁾の方が望ましいであろうというのが私のかねてからの主張である。ただし需要基準といえども万能ではない。オンライン取引等に関する付加価値税の執行と同様に、執行上の難しさがあることは否定し難い。

需要基準が望ましいと思っている旨を、以前シドニー大学の方の前で報告した機会があった。この時、Richard Vann 教授は、生産地の政府便益の見返りとして法人税の正当化可能性がある、と回答していた。

しかし、私はそれでも租税競争の未来に余り明るい展望を描けない。政府便益の見返りまでしか企業に税負担として課すことはできず、再分配の原資を企業から徴収することはできなくなる、という可能性がある。

もっとも第3段階のところ、formulary apportionment を採用しつつ売上げを配分要素に含めないという立法論の可能性は低いと述べたことと同様に、第4段階で、生産地に一切課税権を認めないというルールで国際的な合意が達成されるとも期待しにくい、という問題がある。本稿は議論の筋を見やすくするために第3段階と第4段階を分けているが、現実においては第3段階の考慮要素と第4段階の考慮要素がないまぜになるであろう、とも推測される。

-
- (1) 浅妻章如「所得源泉の基準、及び net と gross との関係 (1~3・完)」法学協会雑誌 121 巻 8 号 1174-1284 頁、9号 1378-1488 頁、10号 1507-1606 頁 (2004) 参照。
 - (2) 朝日新聞 2006 年 7 月 26 日「ハリ・ポタ翻訳の松岡さん、3 5 億円申告漏れの指摘」読売新聞 2007 年 6 月 12 日「3 6 億申告漏れ指摘のハリポタ翻訳者、日本課税で当局合意」
 - (3) 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』435-450頁(有斐閣、2014)。
 渕圭吾「取引・法人格・管轄権—所得課税の国際的側面(1・5・完)」法学協会雑誌 121 巻 2 号 123-212 頁、127 巻 8 号 1151-1210 頁、9 号 1279-1360 頁、10 号 1529-1601 頁、11 号 1862-1907 頁(2004、2010)の方がより詳しい。

(4) *Korfund v. Commissioner*, 1 T.C. 1180 (1943)

(5) Arvid Aage Skaar, PERMANENT ESTABLISHMENT: EROSION OF A TAX TREATY PRINCIPLE at 159-185 (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991); *Donroy, Ltd. v. U.S.*, 301 F.2d 200 (1962); *Robert Unger v. Commissioner*, 936 F.2d 1316 (1991)

(6) 日本ガイダント事件・東京高判平成19年6月28日判時1985号23頁

(7) 浅妻章如「知的財産侵害における損害賠償と租税法における所得配分(上下)」ジュリスト 1248 号 124-131 頁、1250 号 216-223 頁(2003)

(8) ACE (allowance for corporate equity) を採用し、debt/equity の別を問わず【PE 帰属資産額×みなし利子率】の控除(それを超える利子支払の損金不算入)を立法することくらいしか、整合的な解は無いかもしれない。

(9) OECD (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en> 及び浅妻章如「第4章 行動7: PE 認定の人為的回避の防止」21世紀政策研究所(研究主幹: 青山慶二)『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方~BEPS プロジェクトの総括と今後の国際租税の展望~』47頁(2016.6)参照。

(10) 前掲注(3)参照。

(11) 但し金子宏「匿名組合に対する所得課税の検討」同編著『租税法の基本問題』150頁(有斐閣、2007)と渕圭吾「匿名組合契約と所得課税」ジュリスト 1251 号 177 頁(2003)との対比に留意。

(12) 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」小泉直樹・田村善之編『中山信弘先生古稀記念論文集 はばたき—21世紀の知的財産法』1025-1039頁(弘文堂、2015)

(13) 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 321-382 頁(2002)