

# 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～

浅 妻 章 如

## 論文の構成

1. 序説	3
2. PEの検討	5
3. ソースルールと所得配分	12
4. 顧客所在地課税	18
5. まとめ	25
1. 序説	3
1.1. 本稿の目的	3
1.2. 本稿の構成	3
1.3. 本稿の検討の背景：電子商取引をめぐる国際課税問題	3
1.3.1. 源泉地課税の困難	3
1.3.2. 居住地課税の困難	4
1.3.3. 小括：mobilityの向上	4
1.4. 本稿の考察対象の範囲	5
2. PEの検討	5
2.1. PEの歴史	5
2.2. PEに期待される機能	6
2.2.1. 閾値か課税根拠か	6
2.2.2. 源泉決定機能	6
2.2.3. 課税の引当て	6
2.3. 事業を行なうための一定の場所	7
2.4. 恒久性	7
2.5. 5条4項：準備的・補助的な活動	8
2.5.1. 歴史	8
2.5.2. 5条4項(f)：組合せ	8
2.5.3. 5条4項(e)：準備的・補助的な活動一般	8
2.5.4. 規模に着目	9
2.5.5. 5条4項の小括	9
2.6. 代理人PE	9

2.6.1.	5条5項の要件	10
2.6.2.	従属・独立の意味	10
2.6.3.	事業の通常の方法	11
2.6.4.	子会社PE	11
2.6.5.	OECDモデル以外の基準	11
2.7.	小括と条約改正提案	12
3.	ソースルールと所得配分	12
3.1.	源泉・閾値・配分の鳥瞰	12
3.2.	各種所得の源泉	13
3.2.1.	有体物の販売・サービス提供	13
3.2.2.	使用料	14
3.2.3.	着眼点の違い	14
3.3.	帰属所得主義と全所得主義	14
3.3.1.	帰属所得主義	14
3.3.2.	全所得主義	14
3.3.3.	実質的関連所得主義	15
3.3.4.	事業所単位の見方の優勢	15
3.4.	所得配分：独立会計方式と定式配賦方式	15
3.5.	新時代における不適合	16
3.5.1.	第一レベル：課税対象と課税国との結びつき	17
3.5.2.	第二レベル：閾値	17
3.5.3.	第三レベル：所得配分	18
4.	顧客所在地課税	18
4.1.	国家間の公平	18
4.2.	資源配分の効率性	19
4.2.1.	資本輸出中立性との場面の違い	19
4.2.2.	事業所得課税のモデル	19
4.2.3.	企業への資金供給と生産物市場	21
4.3.	租税競争への対抗	22
4.3.1.	足の速さと囚人のジレンマ	22
4.3.2.	底への競争に対抗する方策	23
4.4.	課税方法	24
4.4.1.	EU-VATの試み	24
4.4.2.	消費課税方法の所得課税への応用	25
5.	まとめ	25

## 1. 序説

### 1.1. 本稿の目的

本稿の目的は、「PEなければ課税なし」のルール  
の廃止を訴えることである。

R国のR社がS国のS氏に対して商品を提供し、  
S氏から対価を得るという場面を想定する。R社  
の得たその事業所得につきS国が課税できるのは、  
S国にR社のPEがある時のみである<sup>1</sup>。PE<sup>2</sup>とは大  
雑把に言って支店・工場・代理人等のことである。  
そうした物的な存在がS国にない限り、R社は事  
業所得についてS国の課税を受けない。このルー  
ルを一般に「PEなければ課税なし」と言う。

情報通信技術の発達によって、R社はS国の顧  
客を相手に商売をするにあたり、必ずしもS国に  
物的な存在を置く必要はない、という環境ができ  
ている。事業環境が変化してもなお物的な存在に  
着目した税制を維持すると不適切な結果がもたら  
される。そこで、何に着目して課税の有無を決め  
るか (taxing pointの問題)、どのように課税権を  
配分するかを本稿で検討していく。

### 1.2. 本稿の構成

まず1章の残りの部分において、情報通信技術  
の発達によって国際課税にどのような問題が起き  
ているのかを概観する。ここで、どのような事態  
を背景として、本稿がPE概念等を検討するの  
かを示す。2章では、R国・S国間で事業所得の課  
税権を配分する基準の要であるPE概念について  
検討する。ここでは一応「PEなければ課税なし」  
のルールを前提とする。この前提に疑問を投げか  
けるのが3章以下の議論である。S国の課税権を  
縛るものはPE概念だけではなく、他にソース  
ルールと所得配分の問題がある。この3者の問題  
を検討すると、これまでは事業所単位で考えられ  
てきたことが明らかとなる。4章では事業所単位  
課税から脱却すべきことを述べる。5章はまとめ  
である。

### 1.3. 本稿の検討の背景：電子商取引をめぐる国 際課税問題

近年、情報通信技術が飛躍的に発達している。  
国際課税ルールの原形ができた1920年代には、R  
社がS国の顧客を相手に商売をするにあたってS  
国に物的な拠点を置くことは当然視されていたが、  
今ではS国に物的な拠点を置かずしてS国の顧客  
を相手に商売をすることが容易になっている。或  
いは、以前はR社がS国の顧客を相手にするにあ  
たりS国内の仲介者を經由する必要性が大きかつ  
たが、今ではS国の顧客と直接に取引をすること  
が容易になっている。いわゆる電子商取引はこう  
した商取引環境の変化の象徴である。

#### 1.3.1. 源泉地課税の困難

1996年11月にアメリカ財務省が出した文書<sup>3</sup>は、  
いわゆる電子商取引がもたらす所得課税上の問題  
を詳細に検討している。この文書は源泉地課税の  
困難を訴えかけている。実体法上の問題と執行上  
の問題に分けて概説する。

第一に実体法上の問題について。S国が非居住  
者たるR社の所得に課税するのはその所得の源泉  
がS国にあるときに限られる。ソースルールにつ  
いては3章で詳述するが、物品・サービス提供の  
対価として得る所得の源泉は、その提供をなすた  
めの物的拠点に着目して決定されることが多い。  
R社がS国に物的な拠点を設けない場合には、S国  
に所得源泉がないと判断される可能性が高くな  
る<sup>4</sup>。また、所得分類の違いによって適用される  
ルールが変わってくる場合があるが、情報通信技  
術の発達は所得の性質決定にも困難な問題を提起  
する。例えば、R社が地図を提供する場合には所  
得の性質は販売の対価であるということで大方の  
了解が得られていたであろうが、R社が地理情報  
データベースを提供する場合には、サービスの対  
価なのか使用料なのかという問題が起きてくる<sup>5</sup>。  
この所得分類の違いにより、所得源泉や条約によ  
る税率制限が変わってくることもある。情報通信  
技術の発達によって所得分類が不分明になり、所  
得源泉も不分明となる結果、源泉地課税が不確  
かなものとなるのである。

第二に、条約や国内法を修正して実体法上S国に課税権を認めたとしても、支店や仲介者の必要性が減少することにより、執行の問題としてS国がR社に課税するのが困難になっている。まず支店の有無について述べる。支店があればS国はその支店にある財産を差押えることによってR社に対して実効的に納税を迫ることができた。しかし支店がなければR社に課税するための引当てとなるものがないため、R社がS国に素直に納税するか疑問が持たれる<sup>6</sup>。次に仲介者の有無について述べる。R社がS国の仲介者を利用している場合、S国の個別の顧客とR社との間の個別の取引額はあまり大きくないとしても、S国は当該仲介者に着目して課税すればよかった。しかし仲介者が不要となれば、個別の顧客に着目して課税するしかない。しかし個別の取引額があまり大きくなければ徴税能率は極めて悪く、あまり現実的でない。

### 1.3.2. 居住地課税の困難

以上見てきたように、源泉地課税は困難に晒されている。そこでUS Treasury [1996] は居住地課税の優位を訴えかける。源泉が不明確であろうとも、殆どの納税者はどこかの国の居住者であるから、居住地の課税に任せればよいという議論である<sup>7</sup>。しかし情報通信技術の発達は居住地課税をも脅かしており、このような呑気な考え方は採用できない。

第一に、情報通信技術の発達により、居住地判定が困難になること、或いは居住地が恣意的に選択されることが予想される。法人の居住地判定基準である設立準拠法主義も管理支配地主義も出し抜かれる恐れがあるし、後者の基準の場合には管理支配がどこでなされているかを見極めることが困難になる例も予想される<sup>8</sup>。法人と比べれば深刻さは低いが、個人についても、情報通信技術の発達により居住地を恣意的に選択する余地が広がっている。例えば、主にS国の市場向けであるとしても、芸術家がR国に居住して創作活動をするということは、以前よりずっと容易になっている。

第二に、居住地が変更されていなくとも、移転

価格や金融技術を駆使したりtax havenを利用したりするなどして租税を免れる手法が進化している<sup>9</sup>。そしてこうした課税逃れを情報通信技術の発達が支えている面も大きいのである<sup>10</sup>。

こうした事情を考えれば、居住地を基準にした課税に頼ればよいということが如何に実効性のないものであるかが分かる。

### 1.3.3. 小括：mobilityの向上

上述のように、源泉地課税も居住地課税も危機に直面している。これは、情報通信技術の発達によって納税者側の自由度が高まっているためである。

租税回避には3つの方法がある<sup>11</sup>。(1)所得の種類の変更、(2)所得の帰属・源泉地の変更、(3)収益・費用の年度帰属の変更である。もう少し詳しく述べれば、(1)所得を、課税の厳しい所得類型から緩い所得類型に移しかえる、(2)所得を、課税の厳しい地域から緩い地域に移しかえる、或いは課税の厳しい者から緩い者に移しかえる、(3)所得を、課税の厳しい年度から緩い年度へ移しかえる、ということである。(1)は性質の問題であり、(2)は空間的な帰属の問題であり、(3)は時間的な帰属の問題である。

本稿の検討の背景にある情報通信技術の発達は、納税者の地理的な自由度 (mobility) を高める。事業拠点の不要性はその最たるものである。PEが在る時に課税するというのは、PEという物的な事業拠点の存在に着目した課税方法であり、物的な事業拠点なしには充分な事業活動を行なうのが難しいという制約に頼った課税方法である。事業拠点のmobilityの低さに依拠した税制がmobilityの高まりによって危機に直面しているのである。

そして、上の(1)~(3)の問題は独立して存在しているわけではなく、相互に密接に関連している。例えば従来は物品に化体させて取引せざるをえなかった商品が、デジタル化により電話線を通して取引できるようになるという変化があり、これは(1)の性質の問題に影響している。この(1)の問題が(2)の所得源泉の判定に影響することもある。ま

た、tax havenの問題は、従来主に(3)の課税繰延べの問題として論じられてきているが、tax havenにおいて相当な規模の事業活動を行なうことができるようになれば今後は(2)の空間的な帰属の問題とも絡めて考える必要がある。

このように、mobilityの向上は課税の危機をもたらす。その結果、租税競争が有害な影響をもたらすという懸念がある<sup>12</sup>。本稿がPEなどのtaxing pointを検討するのは、mobilityの変化による商取引環境の変化に対応した課税方法が必要であると考えるからである。

#### 1.4. 本稿の考察対象の範囲

本稿は国際的な事業取引に対する課税を検討しており、配当・利子等の資本所得課税は検討していない。このため中途半端であるという印象は免れないが、資本所得課税をも視野に入れた検討は将来の課題としたい。R社の所得ではなく取引に着目しているため、租税負担がどこに帰着していくのかという問題は検討できていないし、また、S国に課税権を認めた場合にR国の課税とどのように調整すべきかということの検討も不十分である。資本所得を視野に入れていないため負担を検討することができず、負担を検討していないまま二重課税の調整を検討するのは危険であると考えたからである。

## 2. PEの検討

本稿は「PEなければ課税なし」のルールを批判するものであるが、その批判をする前に、PEがどのような役割を果たしているのかを調べる。そこで本章ではこのルールを前提<sup>13</sup>とした検討を行なう。PE概念は理念的にかくあるべきとわかり決まるような神聖なものではなく、各国の利害を反映した妥協の産物である。このことは2.1.においてPE概念が歴史的に揺らぎを見せていたことを振り返ることで明らかとなる。妥協の産物でしかないということを踏まえつつも、PE概念を規定することでどのような機能が期待されているのか、それを2.2.で見ておく。その上で、

PE概念を画定する（即ちS国の課税権を縛る）幾つかの要件を2.3.~2.5.で検討する。2.6.においては代理人PEの成立要件を検討し、特に従属・独立を代理人PEの成否に結びつけることの意味について検討する。これらの検討を踏まえた上で2.7.で、「PEなければ課税なし」のルールを前提とした上でのPE概念改革案を提示する。

### 2.1. PEの歴史

PE概念は19世紀のドイツで生まれたとされる<sup>14</sup>。但し、国際的な場面ではなく、ドイツ国内におけるラント間の課税権配分基準として用いられた。当時のPE概念の前提として、物的な事業拠点を置かないで事業活動をすることは、運輸業<sup>15</sup>のような特殊な例を除けば殆ど無理である、と考えられていた。なお、物的な事業拠点の代わりに代理人を置く可能性については、当時から意識されていた。

第一次大戦後、各国は戦争で穴のあいた財政を埋める為に増税し、税率が上昇した。その結果、二重課税が深刻な問題となった。1920年代には、国際連盟を中心として租税条約モデル作成の動きが始まった<sup>16</sup>。

国際連盟の中で、Economic Experts（経済学者委員会）は1923年に源泉地国免除方式を勧告した。このときはまだPE概念は採用されなかった。その後、1927年にTechnical Experts（財政専門家委員会）が出した条約草案の中で、初めてPE概念が登場し、PEがあれば源泉地国が課税できるとされた<sup>17</sup>。

その後も国際連盟では何度かモデル租税条約が作られた。国際連盟で幾つか作成されたモデル租税条約の中でも、異色を放つのが1943年のメキシコモデル<sup>18</sup>である。それ以前のモデルは居住地国に有利な税源配分を規定していたが、メキシコモデルは源泉地国への配慮が厚い<sup>19</sup>。この違いは、モデル作成に南米の途上国が多く参加したというメンバー構成の違いによる。メキシコモデル4条は事業所得について事業活動が行なわれている国のみ課税権を認めており、PEの存在は源泉地

国の事業所得課税の必須要件とされていなかった<sup>20, 21</sup>。

第二次世界大戦終結後、通常の委員会に戻ってから1946年にロンドンモデルが作られた<sup>22</sup>。ここでは南米の国々が関与する事はなかったので、再び居住地国有利のモデルとなった。PEなければ課税なしの原則も復活した。

第二次大戦後、モデル租税条約構築の役目はOECDが引き継いだ。OECDモデル租税条約も、国際連盟時代の居住地国有利の流れを受け継いだ。国際連盟の加入国は必ずしも先進国に限られないが、先進国が中心であった。そして、先進国クラブであるOECDが居住地国有利の条約を引き継いだのは自然なことであった。

OECDモデルは先進国間、即ち経済交流がそれほど不均衡ではない国同士の間を念頭に置いて作られているので、そのモデルに従って先進国・途上国間で条約が結ばれると、途上国には酷である。そうした不満の受け皿として、UNモデルが作成された<sup>23</sup>。比較的源泉地国に配慮したモデルである<sup>24</sup>。

以上、歴史を振り返って分かるとおり、PEに対する理解は幅広い。一般的に大国・輸出国の立場にある国はPEを課税の要件とししかもPE概念を狭めようとする傾向があるのに対し、小国・輸入国の立場にある国は課税をPEのある場合に限ろうとはせずしかもPE概念も広くしようとする傾向がある。PEは租税理論上かくあるべし、と定まるような神聖なものではなく<sup>25</sup>、輸出国と輸入国の綱引きの結果として定められたものにすぎない。

## 2. 2. PEに期待される機能

以上見てきたように、PE概念は理念的に決まるものではない。が、大まかに言って、S国で事業を行っていると評価できる場面の全てとは言わないが殆どを法言語で規定しようという試みが、PE概念に凝縮されているものと思われる。PEは以下の機能を果たしている。

### 2. 2. 1. 閾値か課税根拠か

租税条約の中にOECDモデル7条1項に相当する規定、即ちPEなければ課税なしの原則が盛り込まれていれば、PE規定の機能が閾値(threshold)であることに疑問の余地はない。即ち、S国に所得源泉があればそれを得る者が居住者であれ非居住者であれS国が課税できる筈のところ、PEがなければS国の課税権を認めないという形で、条約によってS国の課税権を制限するのである。

閾値としてPEを規定するのではなく、源泉地課税を根拠づけるものの目安としてPEを規定し、源泉地課税はPEがある場合に限られない、とする考え方もあった<sup>26</sup>。この考え方に沿って条約が締結されると、たとえR社がS国内にPEを有してなくともS国内で事業を行っていると認定されればS国の課税を受けることになる。しかし事業活動に着目することは基準として不明確である。PEという可視的な存在に着目しかつPEを閾値として明確さを担保しようとするにはそれなりに合理性がある。

### 2. 2. 2. 源泉決定機能

若干3章を先取りする形になる。

アメリカ流の全所得主義の下では事業所得の源泉は所得の種類毎に決められるのに対し、ドイツ流の帰属所得主義の下ではPEに帰属するか否かが事業所得の源泉を決定する。

ただし、PEは帰属所得主義に則らなければならないということでは必ずしもない。例えばUNモデルではPEに帰属しない所得でもS国源泉の所得であればS国はその所得について課税できる余地がある。従って源泉の問題と閾値の問題は分かれている。

### 2. 2. 3. 課税の引当て

実体法上の機能の他に執行上無視できない側面として、PEのような物的なものがS国にあれば、S国は「納税しなければその財産を差押える」と威嚇することができる、ということが言える。電子商取引の登場に対応してvirtual PEのような新規定を設けたとしても、差押え可能性に乏しい。また本稿のように「PEなければ課税なし」のルー

ルを批判するにしても、PEのような物的な拠点を頼らずに課税の実効性を担保するのは困難である。

### 2.3. 事業を行なうための一定の場所

OECDモデル5条1項にある通り、PEがあるというためには「事業を行なうための一定の場所」(fixed place of business) (本稿では「固定事業所」と短く訳す)が必要である。OECD Commentary<sup>27</sup>5条5段落では、事業所は「固定」してはならず、その意味は、事業所と特定の地理的な点との間の結びつき(link)がなくてはならないことである、と説明されている。

事業所の客観的な存在を要件とすることにつき、Skaar [1991] 10章において、Commentaryの通り事業活動の中心的な拠点(base)がある地点に所在してはならないという考え(base approach)と、事業所が空間的に限定された領域のうちであればPEありとする考え(spatial delimitation approach)が対比されている。歴史的にはbase approachにのっとった判断が下された例がある<sup>28</sup>。

だが、spatial delimitation approachにのっとったと見られる例もある。ノルウェー—ドイツ相互協議Timber 1982事例<sup>29</sup>—森林災害の後片付けのためにノルウェーのトラックがドイツで活動したという事案で、活動の中心がなかったにもかかわらず、協議でPEの存在を認めた。この事例では、森・駐車場・管理事務所等を以ってPEが認められた。

また、OECDモデル17条にも言及したい。芸能活動については、OECDモデル17条に相当する規定がない場合、PEの有無がS国の課税の有無を決する。しかし、R国の音楽家がS国の特定の場所にとどまらないでツアーを行なって所得を得る、などということは珍しくない。R国の芸能人がS国において事業活動を行なっているのは確かであるにもかかわらず、その活動が地理的に特定の場所にとどまっていないという理由のみでS国の課税が妨げられるのはおかしい。そこで、OECDモ

デル17条は、芸能人等についてPEの有無を問わずにS国に課税権を認めている。

実務においてもTimber 1982事例のように事業活動の中心的な拠点を厳格に要求しない例が出てきており、また、立法例としても、1977年にOECDモデルに17条が付け加えられて特定の場所にとどまる必要がないと想定される一定の類型につきS国に無条件で課税権を認めるようになってきている。こうした例は、事業所が固定していることを要件とすることのおかしさの証左ではなからうか。

PEをS国課税の要件とする場合、執行の考慮から、何らかの可視性を担保する必要は依然あると思われる。従って事業所の存在を要求することには合理性が認められる。しかし、その事業所が「固定」していることまで要求するのは立法論として不合理であると思われる<sup>30</sup>。

### 2.4. 恒久性

「恒久的」施設というからにはある程度の恒久性がなければPEとは認められない。それは何故か。思うに、継続性を要求するのは、課税対象がある程度の規模に達していることを担保するためではなからうか<sup>31</sup>。R国居住者がたまたま短期間S国で稼いだという場合、そこから得られる所得は大した額にはならないことが多からうし、S国に課税権を認めずにR国での居住地課税で済ませた方がよからう、というのがPE規定を設けた趣旨であったと考えられる。逆に言えば、事業活動と呼ぶにふさわしい規模を備えた活動であれば、若干期間が短いものでも<sup>32</sup>、PE課税をすることは不合理でないと思われる。カナダでは短い夏の間だけに行なわれる(事業)活動があり、そのような活動については「恒久性」の要件を短く解すべきである<sup>33</sup>と考えるのは、おかしなことではない。

解釈論としては、「恒久的」という文言を無視することはできないから、ある程度の継続性が要求されるのは仕方がない。だが、恒久性の要件をそれほど重視すべきではないのではなからうか。そして立法論としては、直截に、R社がその事業

所を通じて稼いだ事業所得の規模そのものを閾値とすればよいのではないかと考えられる<sup>34,35</sup>。

## 2.5. 5条4項：準備的・補助的な活動

OECDモデル5条4項によると、S国に物的な施設が設置されていても、その施設の果たす機能が事業の準備的・補助的なものとどまる場合には、PEは認定されない。なお、代理人についても、代理人の果たす機能が事業の準備的・補助的なものとどまる場合、やはり代理人PEは認定されない。

### 2.5.1. 歴史

OECDモデル以前のモデルでは、5条4項<sup>36</sup>の代わりにproductive clause（生産性条項）が用いられていた<sup>37</sup>。1963年のOECDモデルがこの条項を引き継がなかった理由は、各部が生産に寄与しているはずであるから、と説明されている<sup>38</sup>。生産性条項によった場合には課税対象となる事業の範囲が広いので、5条4項のルールを導入して事業の範囲を狭めた。従って5条4項がない方がS国課税の範囲は広いものとなる。

### 2.5.2. 5条4項(f)：組合せ

或る事業所が5条4項の(a)~(e)に掲げられている活動のうちの数個組み合わせられたものを行っても、全体として準備的・補助的な活動にとどまる場合、その事業所はPEには該当しない。このことはOECDモデル5条4項(f)に明言されているし、Commentary 5条27段落でも確認されている。

尤も、5条4項(f)の後段で「ただし、当該一定の場所におけるこのような組合せによる活動の全体が準備的又は補助的な性格のものである場合に限る」とあることから、個別には補助的な性格の活動であっても、複数が組合わさることによって補助的でなくなる可能性が認められる。Commentary 5条27段落では、複数が組合わさることによって補助的でなくなる場合にもPE課税を否定するために、個別の条約交渉においてこの但書きを削除する可能性を認めている。

しかしここには不可解な点がある。複数の活動

の規模に着目してそれらが積み重なることにより閾値を越えるという事態は理解しやすいが、複数の活動の性格に着目してそれらが組合わさることにより閾値を越えるとはどういうことであろうか<sup>39</sup>。例えば補助的な活動の例としてOECDモデルでは情報収集や保管目的の倉庫が挙げられている。情報収集や保管目的の倉庫それ自体は補助的と考えられていることになる。だが、それらが組合わさると全体として補助的でなくなる可能性があり、それぞれの活動についてもPE課税が及ぶ可能性がある。個別の活動として行なう情報収集は性格的にPE課税にふさわしくないとされながら、複数の組合せの中で行なう情報収集はPE課税を受けるということに、矛盾はないのであろうか。寧ろ個別に行なう情報収集だけではその性格上PE課税に適さないとしたことがおかしいのではなかろうか。

また、世の中には情報収集を生業とする者もいるし倉庫業を生業とする者もいる。R社がS国のS社の倉庫を利用する場合、S社の行なうことはれっきとした事業である。当然S社がR社から得た手数料につきS国は課税を行なう。R社が自前でS国に倉庫を建てた場合にはS国が課税できない、というのは奇異である。

企業のあらゆる活動は生産に寄与しているはずなのに、準備的・補助的という性格に依拠してPE課税を制限することがそもそも不合理ではなかろうか。その不合理さは準備的・補助的な性格の活動とは何かということが不明確であるということからも導かれる。それを次に見る。

### 2.5.3. 5条4項(e)：準備的・補助的な活動一般

商品の保管や情報収集といった5条4項(a)~(d)において個別に列挙されている活動に限らず、「その他の準備的又は補助的な性格の活動」が5条4項(e)によってPE課税から除外されている。では、準備的・補助的な性格であるかどうかを判断するメルクマールは何か<sup>40</sup>。

国際連盟時代の「生産的 (productive)」という要件を排除することが5条4項の趣旨であることに照らせば、生産的か否かを準備的・補助的か



否かの判断基準とすることはできない。また、そもそも企業の行なう活動は全て生産的であるはずである。

Skaar氏は、或る活動が中核的 (core) な活動か準備的・補助的な活動かを見分けるメルクマールとして、企業全体の目的に沿っているか否か、企業にとってその活動が必要か否か、企業価値をgoing concernとして高めるか否か、企業の資産価値を高めるか否か、資産を所有して誰かに使わせたのではなく自分で使用したことによって所得を得たのか否か、といった考え方も紹介している。しかし何れにも否定的な結論を出している。そして325頁において、法制度の異なる国々の「妥協」を原則抜きで結晶化したものである、という結論を述べている。この理解が恐らく現状認識として正しいのであろう。

#### 2.5.4. 規模に着目

OECDモデルを前提とする限り、5条4項に関して活動の規模は問題とならない。大規模であっても活動の性格が準備的・補助的なものにとどまるならばPEは存在しない。しかし、条約に特別規定を設けることは各国の判断に委ねられている。

顕著な例は、Skaar [1991] 289頁で挙げられているLKABの事例である。スウェーデンの鉱山会社 (LKAB) がノルウェーに保管・運輸目的の固定事業所を設けたが、それは非常に大規模なものであった。だが、準備的・補助的な活動しかしていないので、OECDモデルに従えば、ノルウェーは課税できない。そこで、租税条約に関して特別な合意をし、総所得の10%にノルウェーが課税することとした<sup>41</sup>。

このような例が存在することから、活動の性格に着目して閾値を定めることは不適切であることが分かる。寧ろ、準備的・補助的な活動にすぎない場合であっても、それが事業所得の実現に大きく寄与しているならば、それはPE課税にふさわしいと見るべきである。

#### 2.5.5. 5条4項の小括

そもそも、何故準備的・補助的な活動のみではS国の課税に服さしめない、としたのか。

準備的・補助的な活動のみでは、S国で事業活動を行っているとは言えない、という考え方がありうる。しかしこの考え方は本稿2.5.2.節で前述したこと (倉庫業も事業であること) から支持できない<sup>42</sup>。

次に、準備的・補助的な活動については幾らの所得が帰属するのか分かりにくい、という考え方がありうる<sup>43</sup>。しかし、どの活動に幾らの所得が帰属すべきかを考えるのは、それが準備的・補助的な活動か中核的 (core) な事業活動かに関わらず、困難である。S国に置いてあるのが支店 (PE) ではなくて子会社である場合でも、独立当事者間価格の認定は極めて難しい。相当大胆な見なし規定を置くなどしない限り、ある活動やある部署に帰属する所得の算定が困難であるという問題は付きまとう。それは所得税のような経済的成果に着目する課税方式の宿命であろう<sup>44</sup>。従って、帰属する所得の算定の困難さを理由に準備的・補助的な活動への課税を制限するのは、論拠としては弱いと思われる。

私は、活動の性格に着目した閾値は廃止すべきであると考えている。PEの閾値はS国とR国との間の税源配分の要である。税源配分の局面では、量的な側面こそが重要である。事業活動の性格が補助的か否かをそこで考慮するべきではない。直截に規模を基準としてS国課税の閾値を定めるべきである。

#### 2.6. 代理人PE

これまではOECDモデル5条1項～4項を見て、施設がPEに該当するための要件を見てきた。他に、代理人の存在を以ってPEが認定されることもある。以前は代理人がPEとされるためには当該代理人が固定事業所を有することが要求されていた<sup>45</sup>が、現在はこの要件はない。代理人AがR社に代わってS国において活動をする場合、S国に固定事業所がなくとも、R社はAを通じてS国において事業活動をしていると見るべきであるので、PEを擬制することは頷ける。人的な関連があることで事業所が所在していることと同視できると

説明される<sup>46</sup>。

### 2.6.1. 5条5項の要件

5条5項の要件は文字通りに解されてはいない。5条5項にはAがR社の「名において」契約を締結する場合と書かれてある。しかし、「名において」の要件は文字通りに解すべきではなく、本人を拘束する(binding)場合も同様である、即ち代理人PEが存在しうるとされている<sup>47</sup>。また、Aが「契約を締結する権限」を反復して行使することが要求されているが、Aが署名することが必ず必要とされるものでもない。R社を拘束する形で契約の細部にわたり交渉する権利をS国のAが有するときは、R国で署名がなされるとしても、AがS国で権限を行使していると言いうる、とされている<sup>48</sup>。

代理人PE規定の意義は、R社がAとの人的な関連を通じてS国に経済的に進出してくるところを捕捉しようとするものであるので、このように形式にとらわれない考え方は是認できる。

### 2.6.2. 従属・独立の意味

5条6項によれば、Aが5項の要件を満たしていても、R社から独立していれば、代理人PEとは見なされない。従属代理人は本人の組織の中で不可欠の部分を構成するのに対し、独立代理人は非居住者のためとはいえ自分の事業として活動するという違いがある。AがR社に従属している場合、Aの行動はR社の事業と見なすことができるのでPE課税が肯定されるが、独立している場合、Aが行なうことはR社の事業ではなくA自身の事業であるので、R社がPEを持つとは見なせない。ではどのような場合にR社の事業活動が行なわれていると評価できるのか。

大成事件<sup>49</sup>において、代理人PE該当性を免れるためには法的な独立と経済的な独立の両方の独立が要求されるのか、片方だけで足りるのか、ということが議論された<sup>50</sup>。裁判所は法的かつ経済的な独立であると判断したが、結論として代理人は独立であったとして、課税庁の主張を斥けた。この大成事件は法的かつ経済的な独立性を要求した裁判例として著名である。

大成事件では、法的にも経済的にも独立しているということを様々な根拠に基づいて認定している<sup>51</sup>。本稿では、R社とAとの間の人的な支配関係、代理人Aの裁量の広狭、代理人Aの企業家リスクについて述べる。

第一に、人的な支配関係について。支配関係があれば、R社がAに支払う手数料を減額させるなどして、S国の課税に服す所得を減らすこともありうる。従ってS国としては代理人PEを認定した上で、所得配分の適切さを審査する道を残しておくべきであろう。

第二に、裁量の広狭について。もしAがR社の詳細な指示に従う必要があるのだとすれば、R社がS国で事業活動を行なっているものと評価できる。Aにある程度の裁量があってこそ、Aの行動はA自身の事業活動であるからS国のR社に対するPE課税を否定することが正当化できる、と考えられる。

第三に、企業家リスクについて。Aが企業家リスクを負わないということは、S国でなされているのはAの事業活動ではなくR社の事業活動であることを意味する。従って、R社が支店を置く場合との権衡を考えてAをPEであると擬制することには意味がある。Aが企業家リスクを負っていれば、S国でなされているのはA自身の事業活動であるので、S国のR社に対する課税を否定してよい。

以上のように考えてくると、or説(法的にもしくは経済的に独立していればAは代理人PE該当性を免れる)を否定した裁判所の判断は是認できる。独立性を疑わせるような事情があれば、Aに支払う代理手数料を減らすことでS国の課税に服す所得を減らす恐れ、あるいはAの行動はR社の事業活動と評価すべきであるのにS国の課税を免れてしまう恐れがある。裁判所がand説(代理人PE該当性を免れるには法的にも経済的にも独立してなければならない)を採用したことは、独立性判定要素の一部が満たされないだけでもPE課税を認めるべきであると考えたものと理解できる<sup>52</sup>。尤も、大成事件は法的にも経済的にも独立

していると判断された例なので先例的価値には疑問が残る。

### 2.6.3. 事業の通常の方法

5条6項によれば、AがR社に代わって行なう活動が「事業の通常の方法」から逸脱していれば、AはR社の代理人PEとされる。なお、独立性判定の問題と事業の通常性の判断は密接に絡んでいよう。通常の方法で行なっていないければ、従属であると判断されやすいものと思われる<sup>53</sup>。

OECD Commentary 5条38段落では、自分の事業としてではなく他人の領分に属す仕事をしているときは、事業の通常の方法とは言いがたい、としている。逆に言えば、代理人Aが通常の方法で事業を行っているということは、本人R社に代わって事業を行っているのではなく、A自身の事業を行っていることを意味する。

誰にとっての通常なのかが議論されることがある。OECDモデルでは「in the ordinary course of their business」(強調浅妻)とある。文字通り読めばA自身の通常の事業が基準となりそうであるが、Aが従事する業界における通常性を基準とすべきであるという考え方があり<sup>54</sup>、裁判例もある<sup>55</sup>。しかし、文言通りA自身を基準とすべきであると私は考える。代理人Aが自身を基準として通常の方法でその業務を行なっているということは、AがR社と特別な関係にあるのではなく、その他の代理契約関係にある者とも同様の関係にあることを意味する。この場合、やはりAを通じて行われている活動はR社の事業活動ではなくA自身の事業活動であると言えるし、AがR社から受け取る手数料が仕事内容に照らして不当に低くなるとは思われない。また、代理人Aが新しい手法に挑もうとするとき、業界において通常ではないという理由で5条6項の要件を満たさないと判断される(A自身の事業活動ではないと判断される)ことがありうるのだとすれば、奇異である<sup>56</sup>。

### 2.6.4. 子会社PE

OECDモデル5条7項は、R社とAとが親子関係にあるということのみを以ってPEが認定されるものではないと規定する。AがR社の子会社で

ある場合、S国はPE該当性を待たずして内国法人であるため課税できる。R社がS国に設置した倉庫のPE該当性が問題になる場合はS国が課税できるか否かという閾値の問題であるが、子会社を置いている場合は閾値の問題は生じない。子会社のPE該当性が論じられる時の焦点は親会社R社と子会社Aとの間の所得配分の適正性である。Skaar [1991] 553頁以下では、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が示唆されている<sup>57</sup>。

### 2.6.5. OECDモデル以外の基準

以上から分かる通り、S国に代理人PEがあるとされるか否かの争いは、OECDモデル7条2項に持ち込めるか否かの争いであることが多い。であれば、R社が代理人に支払う代理手数料等の多寡が重要な問題である<sup>58</sup>。

UNモデル5条7項第2文は、Aの活動が専ら又は主としてR社に代わって行なわれる場合には独立の地位を有するとはされない、と規定する<sup>59</sup>。Aが一人の本人としか代理契約を結んでいない場合には、代理手数料は不当に低く抑えられる可能性が高いであろうという危惧に基づいているものと思われる<sup>60</sup>。このUNモデルは現実の二国間条約にも若干形を変えて影響している。ノルウェー—パキスタン租税条約5条7項第2文においては、代理人Aが代理する本人がR社一つである場合には、R社—A間の取引の独立当事者間価格性を証明しない限り、Aは独立とは見なされないと規定している<sup>61</sup>。

また、保険業について特殊な規定が置かれることもある。保険代理人Aは、本人たるR社に従属していても契約締結権限を有していないことが多く、OECDモデルに従った場合には代理人PE該当性が否定されてしまう<sup>62</sup>。AがS国居住者でもないとしたら、S国は課税できない。しかし、Aが契約締結権限を有していなくとも、例えば保険料を徴収するなどしてR社の利益実現に貢献しているならば、その部分についてはS国に課税権を認めることが税源配分の観点からは適切である。そこでUNモデル5条6項は、保険代理人が保険料

を受領する場合またはS国で生ずる危険の保険をする場合にはPEの存在を擬制する。

## 2. 7. 小括と条約改正提案

施設のPE該当性が問題になる場面と代理人のPE該当性が問題となる場面とは、問題の重点が異なる。前者の場面では、S国の課税を実効的たらしめるだけの客観的な存在があるか、そして準備的な事柄にとどまらず事業の中核的な活動をしているかが焦点となる。他方後者の場面では、本人R社が代理人Aを通じてS国で事業活動を行なっているといえるか、そしてAがR社に従属している時にAの代理手数料即ちS国に配分される所得が不当に減額されないかが焦点となる。

施設のPE該当性に関していうと、ある程度の恒久性を要求したり準備的・補助的な活動にとどまらないことを要求したりするのは、施設でなされている事業活動がS国の課税を正当化するほどにまたS国が実効的に課税できる程度に重大なものであるかを問うているものと理解できよう。短期間活動するだけあるいは瑣末な活動をするだけという場合、その施設に帰属すべき所得は小さからうから、わざわざS国の課税に服さしめる必要はない、と考えられたのであろう。だが、税源配分の観点からは、期間や活動の性格ではなく、直截にS国の事業所に帰属する所得の規模に着目した閾値を設ければよいものと思われる。可視性や差押え可能性を担保するために、事業所の存在を要求することは継続されると思われるが、それが「固定」していることを要求する必要はない。

代理人のPE該当性に関していうと、本人R社が代理人Aを通じてS国で事業活動を行なっているといえるか、そしてAの代理手数料即ちS国に配分される所得が不当に減額されないかが焦点となる。特にAがS国居住者である時は、所得配分こそが問題である。あらゆる代理関係についていち代理手数料の独立当事者価格性を問うのは面倒であるので、従属性や事業の通常の方法といった要件で篩いにかけていると見ることができる。ただし、5条5項の要件によって代理人PE該当

性が狭められる恐れがあるのは（解釈論である程度対処されているとはいえ）不適當である。立法論としては5条5項の要件を緩くすべきであろう。また運良く5条6項の要件に合致した場合にもS国が所得配分の適正性を問う余地を残しておくべきであろう。

本章では現行ソースルールや所得配分ルールを前提とした上で、望ましい閾値のあり方として、S国に帰属する所得の多寡によって閾値を設けることを提案した。次章ではこの前提に疑問を投げかける。

## 3. ソースルールと所得配分

### 3. 1. 源泉・閾値・配分の鳥瞰

S国が課税できるか否かを判定する際には、三つのレベルの問題がある。第一はS国に源泉があるか否かというソースルール<sup>6364</sup>の問題であり、第二はPEなどの形で規定された閾値を超えているかという問題であり、第三はS国にどれだけの所得が配分されるかという量的な問題である。

これら三つの問題について一まとめに判定する方式が帰属所得主義である。即ち、S国にPEがあればそこに帰属する所得がS国源泉所得であり<sup>65</sup>S国に配分される所得であるという考え方である。PEがなければS国源泉所得はないしS国に配分される所得もない。PEの有無とそこに帰属する所得の算定によって、ソースルールの問題と閾値の問題と所得配分の問題が一遍に判断される。

OECDモデル7条1項は「PEなければ課税なし」の原則を採用する。そしてこの閾値の問題をクリアした場合、即ちS国にPEがある場合、S国が課税できるのは「PEに帰せられる部分に対してのみ」である。しかし、OECDモデルは所得源泉について規定しない。実際の租税条約でも所得源泉について規定がないことが多く、そのときは、所得源泉はS国の国内法によって判定される。三つのレベルの問題のうち、第二・第三のレベルの問題に関してOECDモデルは帰属所得主義と同様であるが、第一のレベルの問題については何も述べていない。

「PEなければ課税なし」のルールを念頭に置くと、第三の所得配分の問題においてS国が課税できるのがPEに帰属する所得に限られるのは自然に見える。しかし、「PEなければ課税なし」のルールはS国の税務執行上の便宜から作られた閾値であり、その便宜さえ満たされればS国の課税の範囲をPEに帰属する所得に限ることはない、という考え方もありうる。UNモデル7条1項(a)～(c)は、PEに帰属する所得のみならず、PEに帰属しない本店直取引の一部についてもS国に課税権を認めている。PEがなければ実効的な課税は困難であるからS国は課税を差し控えるが、PEが存在して実効的な課税が可能であるならばS国に由来する所得にはできる限り課税する、という態度が窺われる。

こうしたUNモデルの背後には、全所得主義の影響があると思われる。全所得主義の下では、PEの有無を問わずまたPEへの帰属を問わず、各取引ごとにそこから生じる所得の源泉を探る<sup>66</sup>。

帰属所得主義と全所得主義の考え方の違いは、S国が事業所得に課税する際にその事業とS国との間のどのような結びつきに着目しているのか、ということの違いに由来する。帰属所得主義ではPEに該当しうる事業所の存在こそが、S国の課税権を根拠づける。他方、全所得主義では、所得の実現が国内に存在することがS国の課税権を根拠づける。

しかし両者の考え方が全く異なるわけでもない。帰属所得主義がPEに着目するのはPEのある所で所得を生み出す活動が行なわれていると考えるためであり、他方、全所得主義の下でも所得の実現が国内にあるかを判定するにあたり事業所の存在は無視できない。そこでまず帰属所得主義と全所得主義の違いを横において、第一レベル・所得源泉の問題を3.2.節で見る。

その上で、帰属所得主義と全所得主義の違いを3.3.節で見る。3.4.節では、第三レベル・所得配分の問題について、本店と支店を別個独立の企業体と見て各部に帰属する所得を算定するという考え方（独立会計方式）と、本店・支店を一体と

見て企業全体の利益を各部に配分するという考え方（定式配賦方式）があることを見る。現在は帰属所得主義と独立会計方式が支持される傾向にあり、どちらもPE（支店）を一個の独立企業体と見る考え方である。そして3.5.節ではこうした事業所に着目する考え方を批判する。

### 3.2. 各種所得の源泉

所得源泉は所得を生み出す活動が行なわれている場所にあるとされる<sup>67</sup>。所得を生み出す活動の場所を探る際に何に着目しているかが問題となる。

#### 3.2.1. 有体物の販売・サービス提供

日本やアメリカにおいては、棚卸資産を販売して得られる所得が国内源泉所得であるか否かは、国内で譲渡が行われたか否かによって決まる。国内で譲渡が行われたか否かの判定としてはこれといった決め手がなく、契約の締結地・契約の履行地・引渡し直前の棚卸資産所在地、代金支払地・事業管理地などの様々な事情を考慮して源泉を判定することとなる<sup>68</sup>。

これらの要素を見て一般的傾向を見出すのは困難であるが、仕向け地が考慮要素とはなっていない点に気がつく。需要のある所にも所得源泉が認められるべきであるという考え方もありうるが、現行法にはあまり反映していないし、裁判例でも仕向け地基準を排斥している例がある<sup>69</sup>。

また、引渡し直前の棚卸資産所在地が考慮要素の一つに掲げられることから、S国に所得源泉があると認められるためには、S国に商品倉庫等の物理的な施設が存在していることが要求される可能性が高い。以上をいささか乱暴にまとめれば、販売によって得られる所得の源泉を探るにあたっては、どちらかといえば顧客よりも売り手側の事情が考慮される。

サービスについては、どこで遂行しているかが問われることが多い<sup>70</sup>。

従来、サービスの提供・受領は地理的に近接した関係で行なわれてきた。例えば患者SがR医師の許に通院するなどである。このような場合にはサービスの遂行地を探るのは比較的容易である。

しかし情報通信技術の発達により、地理的に離れた者同士の間でサービスの提供・受領がなされる余地が広がっている。例えばR医師がR国で手を動かして、その信号を受けたS国にあるロボットが患者Sの病巣を取り除くといった具合である。サービスの遂行がR国でなされたと見るべきかS国でなされたと見るべきか俄かには分からない。R弁護士が依頼人Sに対して電話・ファックス等で法律アドバイスを提供する場合、サービス遂行地はR国で判断されるであろうから、それとの均衡から、遠隔医療の例も遂行地はR国とされる可能性が高いと思われる。

### 3.2.2. 使用料

使用料所得のソースルールは、大きく分けて債務者主義と使用地主義がある<sup>71</sup>。両基準の違いや、使用地判定に際して何に着目すべきかという議論も興味深いですが、本稿では深入りしない。

本稿で注目するのは、債務者主義にせよ使用地主義にせよ、所得稼得者側ではなく債務者側の事情に着目しているという点である。前節で見た販売やサービスに関してはどちらかというところ所得稼得者側に着目する傾向があるのと対比すると、所得源泉を判定する際の着眼点が正反対といっても過言ではない。ある所得が使用料に分類されるかサービスの対価などに分類されるかにつき微妙な例も考えられる<sup>72</sup>ことからすると、こうした着眼点の差異は無視できない。

### 3.2.3. 着眼点の違い

何故上述のような違いあるのであろうか。R社がS社に特許権や著作権等をライセンスし、使用料を得る場面を考えてみよう。S社はライセンスされた無形資産を活用して事業活動を行ない、そこからあがる収入を以って使用料支払いに充てる。R社が得る使用料所得はS社の事業活動に由来しているのである。従って、債務者側の事情に着目することには合理性がある。

では販売・サービスについて債務者側の事情は考慮に値しないのか。販売・サービスの場合、その対価の支払いのために債務者側が事業活動を行なうのではなく、専ら消費するだけであるという

こともありうる。OECD前掲註72では、7条と12条の適用対象を分けるにあたり、顧客が商業的に利用するならば12条、専ら顧客のみが利用するならば7条が適用される<sup>73</sup>、としている。この区別を見る限り、使用料については債務者側に着目し販売・サービスについては所得稼得者側に着目するという違いも頷ける。だが、R社がS社に情報提供のサービスを行ない、S社はそれを利用して事業活動を営むということもありうる。また、顧客が消費するのみであるとしても、そもそもR社が事業所得を得ることができるのは顧客がそれに価値を感じるためであるのだから、販売・サービスについても顧客に着目するということがあってよいのではなかろうか。

### 3.3. 帰属所得主義と全所得主義

3.2.節では、所得分類毎に適用されるルールが異なることに焦点を当てていた。しかし所得分類をそれほど意識しなくてもよい制度設計もある。それがドイツ流の帰属所得主義あるいは事業所所在地主義である。現在は世界的にその方向に向かっていけると言える。

谷口 [1983] は、ドイツの帰属所得主義、1966年以前のアメリカの全所得主義、1966年以降のアメリカの実質的関連所得主義を整理している。

#### 3.3.1. 帰属所得主義

ドイツでは外国企業の営業所得のソースルールとして、帰属所得主義を採用する。これは、外国企業（R社）が（S国）国内にPEを設けている場合に、そのPEを通じて得た所得が国内源泉所得であるとする考え方である。R社がS国に代理人PEを置いている場合も同じである。従って事業所単位で見るとの考え方である。

#### 3.3.2. 全所得主義

他方、1966年以前のアメリカでは、国内のPEを通じて得た所得であるかどうかを問うのではなく、所得項目別にソースルールを定める。ドイツでは国内にPEが存在しない限り課税されないと類似して、アメリカの場合も、アメリカ国内で事業（trade or business）を行なわない限り課税

されない、という閾値の考え方はある。しかし、その閾値を越えた途端、国内事業を通じて得た所得であるかどうかを問題とせずアメリカ国内源泉所得が全て課税されることになる、という点が帰属所得主義と異なる。外国企業が有する全ての国内源泉所得を総合課税の対象とする法原則であり、全所得主義と呼ばれる。

全所得主義は欧州では吸引力原則 (force of attraction) と呼ばれることがある。帰属所得主義においては事業所単位で考えるのに対し、全所得主義では個々の取引について所得源泉を決定する。個々の取引について自国に深い関連があると判断したものにつき課税権を行使するのは全所得主義の考え方からすれば決しておかしいことではないのだが、事業所単位で見る考え方からすると、国内の事業所とは関係のない所得があたかも当該事業所に吸い込まれてしまったかのように見えてしまうのであろう<sup>74,75</sup>。

OECDモデル7条1項は、S国に存在するPEに帰属する所得についてのみS国の課税を認める。これは帰属所得主義の考え方である。他方、UNモデルにおいては、PEという閾値を設定するところまでは類似しているが、7条でPEに帰属しない所得についてもS国に課税権を認めている。ただしPEを通じて販売されるのと類似した商品の販売及びPEを通じた事業活動と類似の事業活動に限定されている。帰属所得主義の考え方を探るOECDモデルから見るとUNモデルは「吸引」がおかしいと評価されてしまうのだが、全所得主義の考え方からすると寧ろ課税を差し控えているとも評価できる<sup>76</sup>。

### 3.3.3. 実質的関連所得主義

1966年以降、アメリカにおいても帰属所得主義に類似した方式が採用された。それが実質的関連所得主義である。これは、外国企業の所得で国内の事業と実質的に関連する全ての所得を包括するものである<sup>77</sup>。

アメリカのソースルールの不備についてアメリカをtax havenとして利用することを防ぐために、形式的にソースルールを適用すると国外源泉所得

とされてしまうものであっても、アメリカ国内の事業と実質的に関連していれば国内事業に包含させて課税する。ソースルールが不備であるならばソースルールを改変するのが本筋ではないか、という疑問も湧いてくるが、所得の経済的源泉を法文化することが難しいために、ソースルールの改変だけでは対処できない、と判断されたのかもしれない。

実質的関連所得主義においても源泉の判定は個々の取引に着目してなされる。実質的関連所得主義において或る所得が国内の事業と「実質的に関連」しているか否かの判定は、帰属所得主義において或る所得が国内に在る事業所に「帰属」するか否かの判定と完全に一致するわけではない。しかし、国内の課税権が及ぶかという観点から見れば、実質的関連所得主義は帰属所得主義に近い面もある。

それならば、始めからソースルールなどを問題とせず、帰属所得主義流に、国内の事業と関連するか否かだけで課税権行使の有無を判定すればよいのではないか、という疑問も生ずる。しかし、国内事業の分離記帳だけに基づいて課税権の範囲を決めるわけではなく、事業活動から生ずる国内源泉所得については実質的関連性が擬制されており、この点では全所得主義の考え方が維持されている<sup>78</sup>。

### 3.3.4. 事業所単位の見方の優勢

アメリカが全所得主義から実質的関連所得主義に転換したことは、軸足を全所得主義に残しつつも、事業所単位の見方を採り入れつつあるということであろう。また、OECDモデルは帰属所得主義を採用していて租税条約実務をリードしており、途上国への配慮が厚いUNモデルにおいても全所得主義一辺倒ではなく、PEを通じてする事業との類似性を要求している。20世紀後半の世界においては事業所単位の見方が主流であるといえる。

## 3.4. 所得配分：独立会計方式と定式配賦方式

OECDモデル7条2項は、PEに帰属する所得

の計算方法として、独立当事者間基準 (arm's length method) を規定する。UNモデルは、7条1項でやや全所得主義よりの規定を置くが、PEに帰属する所得の計算方法としては7条2項で同様に独立当事者間基準による。

所得配分の方法としては、支店毎に独立当事者であることを観念する方法のみならず、一定の式に基づいて企業全体の所得を割り当てる定式配賦方式 (formulary apportionment method) の考え方もある。しかし現在のところ定式配賦の考え方は支持を得ていない。地方団体間の所得配分としては定式配賦が採用されることが多いものの、その前段階の国家間の配分では独立会計方式 (separate accounting method) が主流であるとされる<sup>79,80,81</sup>。

しかし実務から一旦離れてみると、独立会計方式にも理論的な問題があることが指摘されている<sup>82</sup>。理論の世界においては、独立会計方式が圧勝というわけではない。

定式配賦方式への批判としては、定式の定め方が恣意的になってしまう危険や、各jurisdictionが異なる定式を定めることによる二重課税もしくは課税洩れの危険が真っ先に挙げられるであろう。また、仮に理論の世界において定式配賦方式が支持を得たとしても、世界で一つの定式につき合意が達成される見込みは非常に低いとも言われる<sup>83</sup>。

他方、支店を独立当事者と見る考え方への批判の中で中心的なものは、(特に知的財産と絡んで) 比較対象が存在するはずがないというものと、企業がわざわざ市場取引 (独立当事者間取引) ではなく企業内取引を採用したことを無視しているというものであろう。

独立当事者間を擬制するための理論や計算式について、経済学の考察を応用した複雑で精緻なものが次々と発表されてきているが、精緻さを目指すほど現実離れしていつているようにも見受けられる。移転価格の問題があるときに独立当事者間価格を算定する方式として伝統的な三方式<sup>84</sup>があったが、知的財産などの考慮が抜け落ちているなどの批判を受け、適正価格の算定を目指すとい

う考え方から外れてBALRMやCAPMなどが考案されてきた。その結果、実現した所得への課税ではなく見なし所得課税の色彩を帯びるようになってきている。

また、独立当事者間基準の名の下で用いられうる数々の計算式や結果には大きな隔たりがあることが珍しくない。現実の裁判例においても配分の結果が裁判官の直観に委ねられているのではないかと思える場合があるし、相互協議などに及べばそこにあるのは理論よりも妥協であって、独立当事者間基準を言ってもあまり意味がない。独立当事者間基準は実体的な中身がない原則であり、一つの原則や理念によって拘束された制度としないことで企業から予測可能性を奪い、その内容を見せ(られ)ないことが極めて有効な戦略である<sup>85</sup>、という皮肉ともとれるような見方すらある。

このように、理論的な側面では独立会計方式と定式配賦方式に対してどちらにも批判がなされる。本章の目的はどちらを採用すべきかを論ずることではない。両方式とも、事業所が所在するjurisdictionにどれだけの所得を配分するかを問題にしている。しかし、本稿の問題意識は事業所という物的な拠点を単位とする見方への懐疑である。事業所単位で所得配分を考えるその前提自体が、今後不適切となっていくのではないか。そのことを次に述べる。

### 3.5. 新時代における不適合

S国が課税できるかを判定する際に三つのレベルの問題があることを3.1.節で前述した。第一レベル・所得源泉の問題、第二レベル・閾値の問題、第三レベル・所得配分の問題である。帰属所得主義と独立会計方式の組合せは、この三つのレベルの問題を一挙に解決する。S国にPEがあれば閾値をクリアし(第二)、そのPEに帰属する所得がS国に源泉のある所得であって(第一)、かつその所得がS国に配分される所得である(第三)。

しかし、再三述べるように、情報通信技術の発達により、物的な拠点到らなくてもよい商取引環境が形成されてきており、今後そのような環境



が益々充実していくと予測される。物的な拠点の有無が重要ではない環境において、物的な拠点を着目した税制が適切であるとは思えない。

「PEなければ課税なし」の原則と、独立当事者間基準によってPEに帰属する所得にS国の課税権が制約されることを前提とした場合に、望ましい閾値のあり方として、事業所（代理人も含む）に帰属する所得の多寡によって閾値を設定すべきことを前章で提案した。しかし、そもそも「PEなければ課税なし」の原則を維持することは、商取引環境の変化に対応していない。物的な存在に着目した税制が不適切であるという観点からは、どのような考察ができるのか。

第一レベル・所得源泉の問題は、S国に課税権が認められうるだけの結びつきがあるかという問題と言い換えることができる。この問題につき、3.2.節で検討したことを基にして、どのような結びつきを考えるべきかについて、3.5.1.節で検討する。第二のレベル・閾値の問題について、2章で検討したPEの意義と、3.3.節で見た全所得主義の考え方を参考にして、3.5.2.節で検討する。3.5.3.節において、独立会計方式も定式配賦方式も批判する形で第三のレベル・所得配分の問題について述べる。

### 3.5.1. 第一レベル：課税対象と課税国との結びつき

所得の源泉は所得を生み出す活動のなされている場所にある、というのが原則とされてきた。しかし、販売所得やサービス所得のソースルールと使用料のソースルールを対比すると、前者は所得稼得者側の事情に着目しているのに対し、後者は債務者側の事情に着目していることが分かる。所得分類毎にある程度異なる基準が制定されてしまうことは致し方ないとも言えるが、それでも分類ごとの齟齬が小さくなる方向を目指すべきであろう。

ここで所得稼得者側に着目することには疑問がある。R国のR社がS国に物的な施設を置いたり職員を派遣したりしないでS国の顧客を相手に商売をする場合に、事業活動はあくまでR国でなされ

ていると判断されるかもしれない<sup>86</sup>。確かに、S国にラジオ電波が流れたりケーブルをbitが流れたりするというだけでは、「活動」がS国でなされていると見るのは難しかろう。しかし、S国の顧客を相手にしているということはS国に経済的に参入しているということである。R社の職員がR国のみにいる或いはR社の機械はR国のみに置かれているという状況であっても、R社の取引相手はR国の者に限られないのであるから、事業所に依拠する基準はおかしい。

また、観念的には、所得の「源泉」という言葉にふさわしいのは「所得生産活動の場所」よりも「顧客所在地（或いは消費地）」なのではなかろうか。R社が所得を得る根本的な原因は取引相手である顧客がその商品を必要とすることにあるためである<sup>87</sup>。

尤も、顧客所在地を法文化するとなったら、これまでのソースルールと同様の困難が強いられよう。顧客所在地基準が万能でないことは認めざるをえない。しかし、3.2.3.節で見たような所得の種類ごとの齟齬を防ぐことができるとされる。また、恣意的な操作（manipulation）に対して比較的強い制度が構築できるのではなかろうか<sup>88</sup>。

所得「源泉」と呼ぶかどうかはともかく、S国の課税権を制約する第一のレベルの問題、即ち課税対象とS国との間に要求される結びつきの問題については、S国の顧客が支払うものなのか、という基準を立てるべきではなかろうか。

### 3.5.2. 第二レベル：閾値

課税対象とS国との間に課税を正当化する結びつきがあると言えるとしても、閾値の問題がある。しかし、S国の課税権を制約するものが二つもあるのは奇異である。第一のレベルで経済実態に配慮した制度設計がなされるのであるから、第二のレベル、即ち閾値の設定においては、極力執行上の考慮のみに限定すべきであろう。執行上の配慮から閾値を設定するという観点からは、現行のPE概念には余計な要件が付きすぎている。地理的な固定性がなくても課税庁が捕捉できるならS国に課税権を認めるべきであるし（2.3.），それ

ほど長い期間存在しているわけではなくても一定規模以上の活動をしていけばやはりS国に課税権を認めるべきであるし(2.4.)、事業所で行なう活動が補助的な活動にとどまるか否かという実体的な考慮を行なうべきでもない(2.5.)。

PEという物的な拠点に着目することには、課税の引当てを担保するという利点がある。しかし今後は商取引環境の変化を見据えて別の課税方式も模索すべきである。端的に言えば、顧客(債務者)がS国にいるのであるから、源泉徴収の対象を事業所得にも広げるべきであろう<sup>89</sup>。

顧客が事業者である場合は源泉徴収制度が機能しやすかろうと思われるが、顧客が最終消費者である場合に源泉徴収義務を負わせることは難しい<sup>90</sup>。4.4.節で後述するように、登録制が現実的な選択肢であろう。この場合、外国の零細企業に登録義務を負わせても実効性がないしコスト倒れになる。S国での売上が一定以上の場合のみ登録を求めるといった具合に、閾値を規模によって設定することになる。

### 3.5.3. 第三レベル：所得配分

独立会計方式や定式配賦方式のどちらも、事業所のある所に所得が幾ら配分されるかということの問題にしている。そうすると、R国のR社がT国には支店を置いているがS国には支店を置いている、しかしS国・T国両方の顧客を相手に商売をしているという状況において、S国に全く所得が配分されないということになってしまう。所得の配分という考え方が事業所の存在を前提とするものであるとしたら、事業所のない所に課税ベースを認めない考え方そのものに疑問が持たれる<sup>91</sup>。

支店のある国に所得がどれだけ帰属するかを考えるのではなく、顧客の存在する国にはそれだけで課税を認めるべきではなかろうか<sup>92</sup>。

以上のように、S国にPEのような物的な存在があるか否かを問わず、S国に顧客がいることを以ってS国に課税権を認めるべきであると考えている。顧客所在地(消費地)に課税権を認めることが何故よいのかを次章で論ずる。

## 4. 顧客所在地課税

US Treasury [1996] は源泉地課税よりも居住地課税を優位に立たせるべきであると主張している。これに反対し、顧客所在地或いは消費地に課税権を認めるべきである、というのが本章の趣旨である。その根拠は、(1)国家間の公平(4.1.節)、(2)資源配分の効率性(4.2.節)、(3)居住地課税では租税競争が悪化すること(4.3.節)、にある。4.4.節において、付加価値税(VAT)の改革案を紹介しながら、課税方法について検討する。

### 4.1. 国家間の公平

PE概念は、外国企業が事業活動を行なうに当たって物的な事業所もしくは代理人の存在が必須であった時代に作られたものである。然るに、それらが必須ではなくなったこれからの時代においてもなおPE概念等従来の国際課税原則を維持しようという姿勢は首肯しがたい。事業活動の環境が変わったのにルールを変えないで、S国からR国に税収が移ってしまうことを手を拱いて見ているだけというのは、国家間の公平にそぐわないであろう。また、これまでの歴史的な経緯を無視しても、S国に課税権を認めないことはよくないと言うのには理由がある。なぜなら、R国には金銭的価値が入ってくるため課税できなくても痛手は少ないが、S国から金銭的価値が出ていく上に課税もできないとしたら、やはり国家間の公平にそぐわないであろうからである<sup>93</sup>。

本稿の出発点は以上のような素朴な考察であった<sup>94</sup>。租税条約を結ぶ際、両国がある程度納得のいく内容でなければ条約締結には至らない。従って国家間の公平に配慮しないわけにはいかない。だが、国家間の公平を論ずるのは難しく空しい。国家は主権者であり、その上に立って調整するものがないためである<sup>95</sup>。「このままではS国がかわいそう」と言うだけでは水掛け論に墮する恐れがある。そこで別の理由も示す必要がある。それが次節以下の論述である。

## 4.2. 資源配分の効率性

所得課税（直接税）に関して、源泉地主義・居住地主義を擁護する理屈としてそれぞれ資本輸入中立性・資本輸出中立性がある。経済学における議論では圧倒的に居住地主義が支持される<sup>96</sup>。本稿がS国に課税権を認めるべきであると主張するにあたり、「所得課税については居住地主義が効率的である」という批判が寄せられるかもしれないので、それに答えるのが本節の目的である。私は、資本輸出中立性が問題となる場面と本稿が念頭に置いている状況とは異なると考えている<sup>97</sup>。そこで本稿の考察対象である事業所得課税についてモデルを提示する。

### 4.2.1. 資本輸出中立性との場面の違い

経済学の文脈でなされる資本輸出中立性の説明を要約する<sup>98</sup>。世界の資本量が一定であると仮定する。所得を得る者は、R国に投資するかS国に投資するかを考えるにあたり、税引き後の利益で裁定する。所得を得た者に対し居住地国のみが課税するのであれば、R国・S国どちらに投資しても同じ課税を受けるので、R国・S国への投資の配分は、課税のない場合とある場合とで変化しない。これを資本輸出中立性という。源泉地主義の場合、R国よりもS国の方が税率が高ければ、投資家はS国に投資するはずだった資本をR国に移す。R国に過大に投資されてしまった資本は、S国に投資されていれば税引き前で考えればもっと高い収益を上げることができたはずである。即ちR国に過大に投資されることで死加重が生じてしまう。源泉地主義の下ではR国・S国間での投資配分が非効率的となる。

以上のような議論がありながら、どうして法律学者の中には源泉地主義を支持する者がいる<sup>99</sup>のであろうか。それは、「所得課税」という言葉で論じられる場面が異なるからであると考えられる。

経済学者が所得課税について論ずる場合、個人の資本所得について論ずることが多い<sup>100</sup>。勿論、現実の世界においては法人課税など別の形態の所得課税があることを経済学者も認知している。そこで、個人の資本所得課税に焦点を当てるため、

例えば「法人段階の課税は全て個人株主の税負担に帰属させて考えることができるものと<sup>101</sup>」することを議論の前提とする。

他方、PEの認定が問題となる場面は、主に事業所得についてである。企業が有形・無形の商品を提供して顧客から対価を得るという場面である。つまり、投資家個人の資本所得課税ではなく、企業段階の事業所得課税が問題となる場面である。PE概念の広狭が国家の税収に影響するのは、資本の輸出入よりも、商品の輸出入についてであろう。

では、商品の輸出入の場面で居住地主義が妥当かどうかを考察するにはどのような枠組みが考えられるであろうか。これに関しては、Frenkel etc.[1991] 2.2.節における間接税（VAT等の従価税）のモデルが参考になると思われる。そこでは、世界の労働力が一定であると仮定した上での労働力の配分の効率性の観点からは、仕向地主義が効率的であることが示されている<sup>102</sup>。このモデルをヒントに、商品の輸出入に関する事業所得課税について、次に考えてみよう。

### 4.2.2. 事業所得課税のモデル

企業が商品を生産するためにR国・S国で使う生産要素について、収益率をそれぞれ $r$ ,  $r^*$ とする。R国で生産してR国で売る商品に関して適用される税率を $t$ 、輸出する商品に関して適用される税率を $u$ 、輸入する商品に関して適用される税率を $v$ とする。S国における税率をそれぞれ $t^*$ ,  $u^*$ ,  $v^*$ とする。R国の輸入に実質的にかかる税率を $u^* + v$ とし、S国のそれを $u + v^*$ とする。

商品はR国かS国で販売される。R国で販売される商品はR国かS国に立地している企業によって生産される。R国企業の税引後収益率は $r(1 - t)$ であり、S国企業の税引き後収益率は $r^*(1 - (u^* + v))$ である。R国に企業を設立した方がS国に企業を設立するよりも税引き後収益率が高ければ、S国からR国に企業は移る<sup>103</sup>。この裁定条件は

$$r(1 - t) = r^*(1 - (u^* + v)) \quad (1)$$

S国で販売される商品に関しても同様に裁定条件を求めると

$$r(1 - (u + v^*)) = r^*(1 - t^*) \quad (2)$$

両国が居住地主義<sup>104</sup>を採ると

$$t = u, t^* = u^* \text{ かつ } v = v^* = 0 \quad (3)$$

(3)式を(1)式と(2)式に代入すると、 $r(1 - t) = r^*(1 - t^*)$ となる。S国の税率の方が高い( $t < t^*$ )場合、 $r < r^*$ の水準で両国間の生産要素の配分が均衡してしまう。

では、源泉地主義についてはどうか。3章で見たように、R国の企業がS国の顧客に商品を提供する場合を考えても、所得の源泉がR国となるかS国となるかは明白でない。従って源泉地主義について検討することは不可能に近い。

ここでは、顧客所在地主義を考えてみる。間接税における仕向地主義と同様に、商品の輸出には課税せず、輸入された商品について国内の商品と同様の課税をするというものである。これを式で表すと

$$t = u^* + v, t^* = u + v^* \text{ かつ } u = u^* = 0 \quad (4)$$

(4)式を(1)式と(2)式に代入すると、 $r = r^*$ となる。税のない世界では $r = r^*$ となるように生産要素が両国間に配分されるので、顧客所在地に着目して課税する方式ならば、生産要素の配分を歪めない。

世界の生産要素量が一定であると仮定した場合の状況を図4-1で示している。

横軸は生産要素量であり、合計すれば一定であると仮定している。R国で稼動する生産要素は0から出発して右向きの長さで表される。S国の生

産要素は0\*から出発して左向きの長さで表される。MPFとMPF\*は、それぞれR国・S国で稼動する生産要素の限界生産性である。税のない世界では、MPFとMPF\*の交点であるAで均衡する。R国の生産要素は0からDまでであり、S国の生産要素は0\*からDまでである。

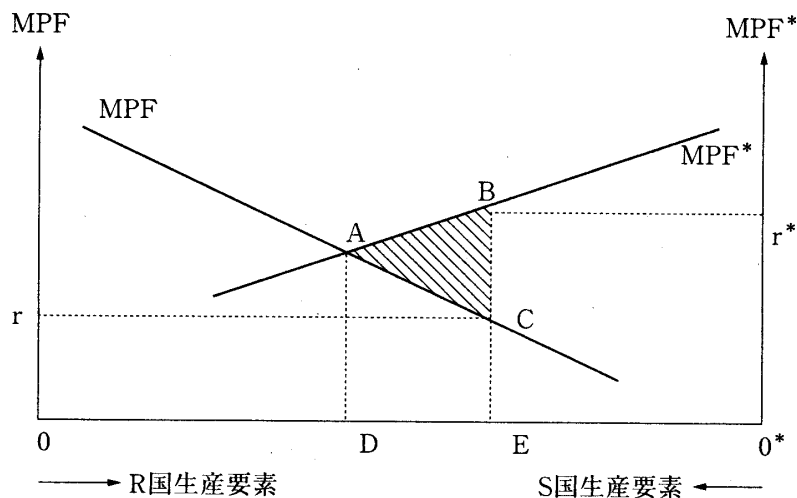
両国が居住地主義を採る場合、S国の税率の方が高ければ、 $r < r^*$ であるBで均衡してしまう。生産要素配分の均衡点はEである。税のない世界における均衡(D)と比べて、R国に過大に生産要素が配分され、S国では過小であることが分かる。R国に過大に生産要素が配分されてしまった部分(図のD~E)は、S国に配分されていればもっと高い収益を上げることができたはずである。従って居住地主義の下では両国間での生産要素の配分が非効率的になる。

両国が顧客所在地主義を採る場合、 $r = r^*$ で均衡する。生産要素の配分はDで均衡する。従って顧客所在地主義は両国間の生産要素の配分を歪めないのが効率的である。

ここで居住地主義について補足する。R国の企業であってもS国に生産要素を置いているため、S国にPEがあるとされる場合がある。S国に設置された事業所であっても、法形式上はR国企業の一部である。PE課税の局面ではそれでもS国の課税を受ける。

本稿が3章で批判したのは事業所単位の考え方

図4-1



である。本節のモデルでは、居住地主義というよりも、事業所単位主義と呼んだ方が正確である。現在のPE課税原則は事業所単位で事業利得課税の有無を決するので、居住地主義よりも事業所単位主義に近い。そして、生産拠点たる事業所の所在に着目して課税すると、生産要素の配分の観点から非効率的である、ということが上のモデルから明らかになる。

#### 4.2.3. 企業への資金供給と生産物市場

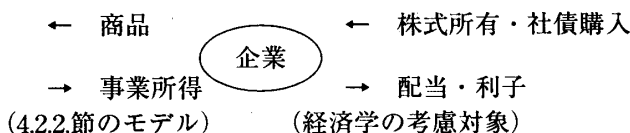
以上のような中立性・効率性の議論は、モデルの前提条件と、何の選択の中立性を議題とするかということによって、結論が左右される。前節のモデルはモデルにすぎず、現実の世界での応用可能性はそれほど高くない。

けれども、事業所得課税において居住地主義が非効率的であるという結論が、資本所得課税において居住地主義が支持される議論におけるのと同じ前提条件（世界の資源は一定であるという仮定）・同じ中立性の観点（R国・S国間の資源配分）から導かれている、という点は強調しておきたい。

正反対の結論が導き出されるのは、4.2.1.節で前述した通り、場面が異なるからである。資本所得課税に関して居住地主義・源泉地主義を擁護する理屈として、資本輸出中立性・資本輸入中立性という言葉が用いられることがあるが、同じ考慮がその他の所得課税の場面で当てはまるとは限らない。商品を輸出入する局面では、資本輸出中立性に相当する考慮は、中立性というよりも納税者間の公平の問題であろうと思われる。

図4-2は、議論の場面の違いを明らかにするためのものである。個人は企業を所有したり企業に貸付けをしたりする。そして企業は商品を作って顧客から対価を得る。その事業活動からあがった所得を元に、出資者や貸付人に配当や利子の形で還元する。資本が国境を越えて移動するように

図4-2



なると、個人が外国に投資することもあるため、その資本所得について、企業所在地国（資本所得についての源泉地国）と投資家所在地国（資本所得についての居住地国）との間でどの様に課税権を配分すべきか、という問題が生じる。この問題意識の中で、資本輸出中立性や資本輸入中立性といった概念が語られたのであろう。

他方、PE概念の広狭が問題になるのは、主に企業が商品を提供する場面である。企業が商品を輸出する場合にも居住地・源泉地というのは問題になる。しかしここでのソースルールは資本所得についてのソースルールとはかなり趣きが異なる。帰属所得主義のようにPEを基準としたソースルールを規定している場合もあるので、「源泉地国にPEの存在を認め、課税権を認めるか」という問題がそもそも成り立たないこともありうる。従って事業所得課税について源泉地課税を探ることの意味は、資本所得課税において源泉地課税を探ることと意味が異なる。だが、資本所得についても事業所得についても居住地・源泉地という同じ言葉が用いられるため、資本所得課税と事業所得課税についての違いがこれまで明確に意識されてこなかったのかもしれない。

だが共通点も見出せる。資本所得課税のモデルでは源泉地主義が非効率的であるとされ、事業利得課税のモデルでは居住地主義が非効率的であるとされている。両者が共通して示していることは、生産活動が行われている所で課税すべきという考えが支持できない、ということである。Vogel前傾註67は「行政純生産」(administrative net output) という概念を提唱して源泉地課税を擁護している<sup>105</sup>が、少なくとも資源配分の中立性という観点からは、このような生産活動の場所に着目した課税は擁護できない。また、4.3.節でも見るように、生産活動が行なわれている所が課税権を持つべきであるという考え方は、租税競争の真っ只中であってはあまり強く主張できないかもしれない。

ところで、4.2.2.節のモデルにおいて投資家段階の課税を考慮に入れていないことに、批判が

向けられるであろう。企業が企業段階の税が引かれた後の利益を最大化することをこのモデルでは前提としていることになるが、企業の所有者段階の課税を考慮に入れないのはおかしいのではないか、という批判である<sup>106</sup>。この批判は尤もである。一応の再反論としては、投資家が企業のベールを透かして見ることは不可能であり、企業は企業段階の税を減らそうとするであろう、ということが言いうる。だがこれは理論的にはあまり説得的ではない<sup>107</sup>。現実的な局面で考えたのだ、と言うしかない。ただ、従来国際課税の舞台においてPE概念の広狭は一大トピックであったので、事業所得についてのモデルを考えることにも意味はあると考えている。

できることならば、企業段階の事業所得課税と投資家段階の資本所得課税の関係について総合的に考えることが求められる<sup>108</sup>。だが、残念ながら本稿でそこまで踏みこむことはできない。将来の課題としたい。

#### 4.3. 租税競争への対抗

##### 4.3.1. 足の速さと囚人のジレンマ

租税競争が暴走し、各国が税負担引き下げに走る「底への競争」(race to the bottom)が起きてしまわないか、という危惧がある<sup>109</sup>。

租税競争は、それによって政府サービスの効率化を促すという良い面も有している。だが租税競争を有害視する見方も確かにあり、それまで遊蕩し放題であった政府の身勝手であるというだけではすまない面がある。租税競争の悪い面が表れるのは、所得や納税者の足の速さが異なることと、囚人のジレンマに類似した状況に陥ることにある。

足の速さが異なるというとき、幾つか種類がある。第一に、低技能者よりも高技能者の方が働く場所を選ぶ際の選択肢が広いため、移動しやすい<sup>110</sup>(個人の足の速さの違い)。第二に、資本所得は労働所得よりも課税しにくい<sup>111</sup>ため、資本家が自国の政府サービスを享受しつつ税負担の軽い外国に投資することで税負担を免れる、というただ乗りの問題がある(所得の種類による足の速さ

の違い)。第三に、米などを購入する時と異なり、デジタル製品などを購入する際は売り手がどこにいるかに無頓着となる(商品の種類による足の速さの違い)。

こうした事情により、移動しにくい課税ベース、即ち低技能者・不動産・生活必需品への課税が強化される、という悲劇的な予想がなされる。租税競争による有害な影響全般につき検討するには、累進税率のあり方や資本所得課税についての理解も必要となるため、事業所得課税をテーマとする本稿では深入りできない。しかし、上述の第三の点と絡み、次のことが指摘できる。それは、或る国(S国)の消費者をターゲットとする商品を製造・販売するにあたって、税負担の軽い所に企業を立地させることが益々容易となる、ということである<sup>112</sup>。「PEなければ課税なし」のルールにのっとって事業所(本店・支店を問わない)の存在に着目した課税に拘泥すれば、企業が税負担に敏感に反応して立地場所を変える傾向が益々高くなり、必要な税収を上げられなくなる危険がある。

事業所の存在に着目した課税方法を維持しつつ税収を確保するのは難しい。OECD前掲註12(1998)の35頁には以下のような記述がある——「租税は、投資決定に影響を与える可能性のあるファクターの一つにすぎないが、可動なサービスは非常に租税に敏感であり、したがって企業は、積極的に優遇税制措置を求め、その他の国で受けられる特典に見合うよう各国を促すのである。こうしたケースでは、政府はインセンティブを提供しない方が各国全体としてはよくても、それぞれの国はビジネス環境の中で競争により優位な立場を保持しようとインセンティブを提供せざるを得ない、という『囚人のジレンマ』に陥るのである」。

囚人のジレンマを克服するためには、プレイヤーが協力する必要がある。国家を、税という対価でもって政府サービスを売る者と見立て、企業をその買い手と見立ててみよう。一部の国が政府サービスを不当廉売している恐れ<sup>113</sup>があるとすれば、国家で租税協調というカルテルを組む必要があるということになる。だが、一定の水準に税負

担を保とうとする場合、どのような水準に決めるのが適正なのか、不明である<sup>114</sup>。そして一般的にカルテルは壊れやすい。そして、現在の先進国と途上国との間にある大きな経済較差を見ると、そのような協調体制を築くのは難しいと悲観的にならざるをえない<sup>115</sup>。

事業所の存在に着目した課税（PEなければ課税なしのルールを維持することもしくは企業の居住地課税を重視すること）は、上述の四人のジレンマに対応できない。S国にある商品の需要があり、それを製造・販売するための企業を設立するに当たって各国の税負担に敏感に反応するという状況を考えると、事業所の存在よりも顧客の所在に着目した課税方法を導入した方が、租税競争の悪い影響をいくらか軽減できるのではなかろうか。それを次節で述べる。

#### 4.3.2. 底への競争に対抗する方策

Avi-Yonah氏は、多国籍企業に対して消費に基づいて課税することを提案している<sup>116</sup>。生産についてのtax haven<sup>117</sup>はあるが、消費についてのtax havenはない<sup>118</sup>ということも述べられている。州際課税の文脈であるが、Mines氏は、州は州内の企業が商品を州外に提供するoutboundの取引には課税しにくいということを述べている。課税すれば自州の企業の競争力をそいでしまい、自州の産業が空洞化してしまうからである<sup>119</sup>。Avi-Yonah氏は直接税を、Mines氏は間接税を念頭に置いているが、問題状況は似通っている。

直接税にしる間接税にしる、企業段階でかかる税を減らすことで、企業を引き寄せることができる。4.2.2.節のモデルが示すように、生産拠点に着目した課税でなおかつ税率に差がある場合、税率の低い方により多くの資源が配分されるからである。勿論企業は税負担の多寡のみで設立地を決定するわけではない。だが、産業政策の観点から税率を低く設定することで、本来は投資されないはずの資源を幾らかは呼び込むことができるのである。

従って、企業の居住地が課税すれば事足りるという考え方ではなく、顧客所在地が課税すること

も認めるべきであると思われる。これは理論的な面だけでなく実際的な考慮によっても裏付けられる。それは二点ある。第一。3.5.1.節で述べたとおり、企業が利益を得る根源は顧客の需要である。そうした利益に対して企業の居住地国が課税しようとしても、移転価格やtax havenへの所得留保など様々な手段によって租税は逃れられてしまう<sup>120</sup>。だが、顧客所在地国も課税することになれば、企業が租税回避や脱税の手段を講ずる時間・余地を減ずることができる。第二。今後はR国・S国間の税務情報の交換が益々必要とされると思われる。だがS国にPEがないとS国が課税できないというルールの下では、S国は税務情報の収集に熱心になれない。S国に事業所がなくてもS国は課税できるという制度の下でならば、S国が自国の課税のために情報を収集するだけでなく、その情報をR国に送ることでR国における企業への居住地課税の実効性も高まることが期待できる。

US Treasury [1996]の居住地課税優位論はこのような考慮からも崩されるであろう。居住地課税一本槍で課税するということになればいいように税を回避されてしまう恐れがあるので、顧客所在地国も課税の網を張る必要があると思われるのである。その為にはPEなければ課税なしの原則は有害である。

尤も、外国企業との取引についてPEのない場合にも顧客所在地国が課税するには困難がある。源泉徴収の拡大等に対応しきれない取引に関しては、企業所在地国との情報交換が必要となると思われる。その点では国家間の協力が要る。前節で租税協調は難しいと言いながら、顧客所在地国の課税のために情報交換が必要であるというのは矛盾しているのではないかと、という批判があるかもしれない。本稿で租税協調が難しいと見るのは、企業誘致合戦をしつつ企業の存在に着目した課税のあり方で協調するのは困難であろうということである。他方、顧客の所在地が課税する場合、企業の誘致合戦は起こらず、国毎に有権者が望ましい税率を決定することになる。税率について協調する必要性はないので、国家間で利害が対立する

恐れも少ない。そして本稿で訴えかけるようにPEがなくても顧客所在地国に課税権を認めるべきであるという考え方が共有されるようになれば、情報交換が充実していく可能性はあるものと期待している。

#### 4. 4. 課税方法

国家間の公平の観点、資源配分の効率性の観点、租税競争対抗策の観点から、顧客所在地にも課税権を認めることの合理性を論じてきた。それぞれの論拠は論駁可能なものであるかもしれないが、論拠を積み上げることにより顧客所在地国にも課税権を認めることの合理性が示せるのではないかと考えている。

では、R社がPEなしにS国の顧客を相手に取引をしているという状況において、S国がどうやって外国企業に課税するのか。VATに関する改革案を応用して、源泉徴収の手法を拡張することと登録制を導入することが、今のところ現実的な方法であろう。まず、4.4.1.節においてVATに関して議論されていることを簡潔に紹介し、その課税方法を事業所得課税にどのように応用するかを4.4.2.節で述べていく。

##### 4.4.1. EU-VATの試み

アメリカ以外のOECD加盟国は付加価値税(VAT)を課している。その中で、国家間の協調を図り、OECDの議論<sup>121</sup>にも大きな影響を与えたEUのVATに関する第6指令<sup>122</sup>に焦点を当てる<sup>123</sup>。

通常、消費課税においては輸出免税・輸入課税に基づく仕向地主義が採られる。OECDが1998年10月のオタワ会議で出した文書<sup>124</sup>においても、消費税は消費地の管轄で課税されるべきことが述べられている。物品取引に関しては税関で捕捉することができれば輸出免税・輸入課税が機能する<sup>125</sup>。しかしサービス取引については税関での国境税調整ができないため、輸出免税・輸入課税がしにくい<sup>126</sup>。そのためサービス取引について如何にして仕向地主義に沿った課税を実現するかが課題となる。

サービスの供給については、9条2項がサービ

スの種類に応じた特則を設けており、これに該当すれば概ね仕向地主義の結果になるが、これに該当しない場合に9条1項が適用される。1項によると、サービスの供給者が事業を設立した所もしくはサービス供給のための固定施設(fixed establishment)<sup>127</sup>を有する所が課税権を有することになる。R社がS国に固定施設を設置せずにS国の顧客にサービスを提供した場合、課税権を有するのはR国であることになり、原産地主義の結果になってしまう。EUの税率は高いため、EUに拠点を置く企業は域外の企業と比べて競争上不利であり、またEUの消費者が購入しているにもかかわらずEUに税収が入らないという問題が生じてしまう。特に、テレコムが9条2項に含まれていなかったため、アメリカの事業者がEU域内の消費者に対してコールバック・サービスを提供することによる問題が深刻なものとなった。そこで特例<sup>128</sup>により、テレコムを9条2項(e)に含め、顧客に着目して課税地を決定することとした。

9条2項(e)に該当するサービスについては顧客のいる国が課税権を有するが、R社が事務所を有していないS国に納税するのは面倒である。そこで、顧客が事業者である場合、顧客がS国に納税することとされる(仕入税reverse chargeという)。この仕組みは所得税制において利子・配当・使用料等の債務者が国外債権者に支払いをなす際に源泉徴収するのと似ている。顧客が消費者である場合、源泉徴収に似た仕組みを導入しても実効性が期待できない。そこで仕入税の代わりに供給者たるR社がS国で登録することとなった<sup>129</sup>。

国境を越えるサービス取引にVATを課す試みを要約すると以下の通りである——サービス供給者ではなく顧客の居る国が課税権を持つ。顧客が事業者である場合は源泉徴収制度に似た仕組みにより顧客に納税義務を負わせる。顧客が消費者である場合は供給者が顧客所在地国で登録し自ら納税する。

そしてこれとほぼ同じ方向を目指した報告書がOECDから出された(前掲註121)。OECD加盟国がすぐさまこの方向に沿って国内法を改正する義



務を負う、というのではなく、議論の叩き台といった性格である。この方向が現実のものとなるかは未知数である<sup>130</sup>。

#### 4.4.2. 消費課税方法の所得課税への応用

所得課税について、本稿の主張する顧客所在地課税を実現しようとするならば、VATにおけるのと類似した方策が今のところ現実的であろう。即ち、PEの有無を問わず顧客所在地国に課税権を認め、顧客が事業者であれば源泉徴収義務を課し、顧客が消費者であれば登録制を導入して外国企業に納税させる、ということである。こうした議論は、「S国が課税権を有するか否か」という課税の有無という点では概ね共通して考えてよいものと思われる。

しかし無視できない問題として課税ベースの違いがある。VATは売上 (gross) がベースとなる一方、事業所得課税は売上から費用を引いた純所得 (net) がベースであるという違いである。VATの場合、輸出課税・輸入課税と前段階税額控除という仕組みがあるので、顧客に源泉徴収に似た仕組みを要求しても比較的問題は少ない。しかし事業所得課税の文脈で顧客に源泉徴収義務を課すと、netベースでの税率が高くなりすぎる（利益率が低い場合は税率が100%を越えてしまう）可能性がある。源泉徴収の税率を低くすることが一つの対応であるが、完全ではない。Doernberg氏の例をもとに考えよう<sup>131</sup>。

netベースの税率は40%であるが、源泉徴収税率を3%と低くしたとする。しかしそれでも例えば300の売上について費用が285である場合、源泉徴収税額9はPEを有していた場合になされるnetベース課税の税額6を上回ってしまう。一つ目の救済策として、このような場合にはR社がS国に申告して還付を求めることを認めるということが考えられる。しかしR国が外国の課税庁に還付を求めようとする手続きの負担が重過ぎるかもしれない。二つ目の救済策として、S国での課税につきR国がR社に還付するということが考えられる。しかしそこまでR国が太っ腹になると期待するのは困難かもしれない。あるいは、現在の利

子・配当等の源泉徴収の扱いと同様に、上述のような問題に対して全く救済策を与えないということになるかもしれない。

顧客が消費者である場合の登録制に関しては、VATと事業所得課税の課税ベースの違いは特に問題をもたらさないであろう。課税の実効性を担保するためには、註130で述べたように推計課税や金融機関への執行を検討することが必要とされよう。

## 5. まとめ

5条・7条について抜本的に見直すという第一段階の提案と、それが支持されない場合の第二段階の提案としての5条の改革案とに分けて述べる。

第一段階：5条・7条の見直し

租税条約が締結され始めた20世紀初頭以来、事業所得については事業拠点に着目して課税するという考え方が主流であった。しかし、課税対象と課税国との間の結びつきとして事業所を重視する考え方は、今後維持しにくいものと思われる。また、効率性や租税競争対抗策という観点からも、事業拠点に着目した課税に多くを頼ることは難しくなると思われる。従って、事業所単位で事業所の所在地に着目して課税するという発想を改め、顧客の居る国にも事業所の有無を問わずに課税権を認めるべきである。

自国内に何ら物的な要素を持たない外国企業との取引に対して課税することには執行上の困難が伴う。VATにおける改革案に倣い、源泉徴収の拡大や登録制の活用が現実的な対応であろう。また、閾値の問題としては特に登録制に関して規模に着目した閾値が設定されるべきである。

第二段階：5条の見直し

OECDモデル5条と7条の原則を一遍に変えるという急激な変革には支持が集まらないかもしれない。そこで段階的な改革案としてはPE概念の要件の緩和が考えられる<sup>132</sup>。PEの存在を待って課税するという基本的な考え方は維持しつつも、なるべくS国が課税できる場を増やすということである。

2章で見たように、OECDモデル5条4項が活動の性質によってPEの成否を左右させているのは不合理なので、取引額で閾値を設定するのが合理的であると思われる。また、一箇所に固定していることを要求したり恒久性を要求したりするのも不合理である。

代理人PEの問題は複雑である。代理人PEの認定の問題はtaxing pointの存否を争うという側面よりもOECDモデル7条2項の独立当事者間基準に持ち込めるかどうかという側面の方が強いことがある。そこで、代理人がS国居住者でもともとS国の課税を受ける場合には、直截に代理手数料の独立当事者間価格性を見るべきである<sup>133</sup>。

本稿はかなり大胆な改革案を提唱している。これまでの歴史から大きく逸れる可能性もあるため、拒絶反応も強いかもしれない。だが、事業活動を取り巻く環境が激変しようとしている現在は、これまでのOECDモデルの原則を見直す好機であると考えている。本稿が、PE原則を始めとする課税権配分基準の見直しの機運を高めるきっかけになれば幸いである。

- 1 OECDモデル7条1項。本稿で「OECDモデル」という時は「OECDモデル租税条約」(OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital)を指す。
- 2 permanent establishment: 恒久的施設。OECDモデル5条で定義されている。
- 3 US Treasury, *Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce*, 1996 (以下US Treasury [1996])。岩崎政明「グローバル電子商取引に対するアメリカの租税政策」横浜国際経済法学第6巻第2号107頁1998年参照。
- 4 サービスがどこで遂行されているか見極めがつきにくい例も出てこよう。Richard L. Doernberg & Luc Hinnekens, *Electronic Commerce and International Taxation* (Kluwer 1999) (以下, Doernberg & Hinnekens [1999]) の166頁以下では、例えば、R氏の足と頭はR国内にあるが、腕を伸ばしてS国にあるコンピュータのキーボードをたたいて

いる場合、サービス提供はどちらでなされているのか、という問題を投げかける。これは机上の空論では済まされない。R医師がR国内で手を動かして、その信号を受けたロボットがS国の病床で手術を行なうという事態も、目前である。こうした問題が次々に起こるのであろう中で従来のルールをそのまま適用することは、増井良啓「電子商取引と国家間税収分配」ジュリスト1117号41頁1997年8月1—15日の43頁にあるように「ボタンのかけちがえ」である。増井氏はIFA, *cahiers de droit fiscal international Volume LXXXVIa: Taxation of income derived from electronic commerce* (2001) の557頁以下でも改革の必要性を訴えかけている。

- 5 OECD, Technical Advisory Group on Treaty Characterization of Electronic Commerce Payments, *Tax Treaty Characterisation Issues Arising from E-Commerce* (2001) によって所得分類の問題は終結する見込みである。
- 6 R1社は納税したがR2社は納税せずしかも差押えもされなかったという場合、S国の課税は「正直者に対する課税」に墮してしまいかねない。
- 7 US Treasury [1996] p23より。居住地課税を訴える最大の目的は、デジタル産業において圧倒的優位に立つアメリカが居住地課税によって利益を得るところにある、と勘繰ることもできる。だが、US Treasury [1996] が居住地課税こそ現在の国際課税のトレンドであると考えていることについては、異論もある。Reuven S. Avi-Yonah, *International Taxation of Electronic Commerce*, 52 *Tax Law Review* 507 (1997) (以下, Avi-Yonah [1997]) の525頁参照。
- 8 典型的な想定例としては、取締役がカナダやドイツといった具合に分かれて住んでいながらテレビ会議で会社の意思決定を行なうことができる場合に、取締役会議はどこで行われていると考えるべきか、という問題がある。
- 9 岡村忠生「国際課税」『岩波講座 現代の法8』287頁1997年の298頁以降に掲げられた「負担軽減の構図」を参照。
- 10 電話も郵便も整備されていなければtax havenの

- 利用がどれだけ不便なことか想像もつかない。
- 11 中里実『キャッシュフロー・リスク・課税』有斐閣1999年141頁より。
- 12 租税競争についてはOECD『有害な税の競争：起こりつつある国際問題（OECD租税委員会による報告書）』（監修：水野忠恒，訳者：木由利子）（社団法人日本租税研究協会1998年）（原題：Harmful Tax Competition～An Emerging Global Issue）；OECD, *Towards Global Tax Co-operation: Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs* (2000); *Disappearing Taxes*, The Economist 1997. 5. 31 p19; Matthew Bishop, *Globalisation and Tax*, The Economist 2000. 1. 29; 渡辺智之『インターネットと課税システム』東洋経済新報社2001年（以下，渡辺 [2001]）の6章等を参照。
- 13 本章ではPE概念のみを検討するため，「PEなければ課税なし」のルールだけでなく，PEに帰属する所得にだけ課税が認められるというルールやソースルールも一応所与のものとして，検討を進める。
- 14 Arvid Aage Skaar, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1991)（以下，Skaar [1991]）の72頁以下，吉村典久「国際租税法における恒久的施設概念（P.E.）に関する若干の考察」ジュリスト1075号47頁1995年9月15日参照。
- PEに相当するドイツ語はBetriebsstätteであり，日本語では「事業所」と訳されることが多い。本稿では「PE」という言葉を用いつづける。なお，Betriebsstätteは英語で言えばplace of businessとpermanent establishmentの二つの意味で用いられる。事実の側面の問題として事業を行うための場所（place of business）の有無が問題となっているのか，課税権を根拠づける法概念（permanent establishment）が問題となっているか，場面に応じて読み分ける必要がある。本稿で「事業所」というときは前者の意である。
- 15 現在のOECDモデルでも運輸業について独立に8条という規定を置いている。
- 16 この動きについては谷口勢津夫「モデル租税条約の展開(一)～租税条約における「国家間の公平」の考察～」甲南法学25巻3・4号77頁1985年が詳しい。
- 17 League of Nations, *Double Taxation and Tax Evasion: report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, C. 216. M. 85. 1927. II., Geneva, April 1927のArticle 5
- 18 League of Nations: Fiscal Committee, *Model Bilateral Conventions for the Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion: second regional tax conference: Mexico, D.F., July 1943*, C. 2. M. 2. 1945. II. A., Geneva 1945
- 19 詳しくは，Skaar [1991] 88頁以下，占部裕典「租税条約における「恒久的施設」概念の機能と限界」総合税制研究No 1，21頁1992年の29頁以下参照。
- 20 PEを閾値としない南米の伝統は今も続いているものと思われる。現在はAndean Pact条約（Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Peru, Venezuela）がある。原則として，源泉地国で事業が行なわれていれば源泉地国に課税権が認められる。PEに近いものが源泉地国課税の目安となっはいるものの要件ではない。
- 21 後のUNモデルは，PEの範囲を拡張することで源泉地国課税を増やそうとしていた。こうした試みに比べ，メキシコモデルの起草者は野心的で非現実的であった，とSkaar [1991] 89頁は評している。
- 22 原資料を確認できなかったため，Skaar [1991]・占部前掲註19の記述に拠っている。
- 23 United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries（以下，UN [1980]）
- 24 例えば，UNモデル5条4項を見てみると，OECDモデルにおけるよりもPE該当性が広げられている。また，UNモデル5条6項で保険代理人について特別規定を設けている。
- 25 Doernberg & Hinnekens [1999] 16頁参照。
- 26 Skaar [1991] 77頁以下のドイツ帝国内における小国の立場を参照。また本稿2. 1.におけるメキシ

コモデルやAndean Pact条約も参照。

- 27 本稿でCommentaryという時は、特に断りのない限り、OECDモデルについてのOECDによるcommentaryを指すものとする。
- 28 国際課税ではなくプロイセンの例であるが、煙突掃除人のPEの存否が問題となり、作業活動に関する地理的な中心が欠如していることを理由にPEが否定された例がある。Preußischen Oberverwaltungsgerichts 1. 10. 1907 Rep. II. C. 65/07, OVG Bd. 51 133 (1907)。
- 29 非公刊のためSkaar [1991] の記述に拠っている。Skaar [1991] 134頁, 330頁参照。また、1990年の同様の事例 (Skaar [1990] 135頁) でも同様の結論が出された。
- 30 Skaar [1991] 562頁においては以下のように述べられている——これまでの判例・実務は、事業を行なう場所が特定の地点と結びついていない場合にもPEが認められる傾向を生み出しており、location test (及び恒久性テスト) は相対的な基準である。
- 31 ある程度の時間的継続性が要求される別の理由として、「事業」と言うためにはある程度継続して反復的になされる必要があると考えられていることも見逃せない。金子宏『租税法』8版有斐閣2001年の194頁より——「事業とは、自己の計算と危険において営利を目的とし対価を得て継続的に行なう経済活動のことであって」(太字浅妻)
- 32 建設活動について、OECDモデル5条3項では12ヶ月、UNモデルでは6ヶ月という閾値が明定されている。この期間テストはその他の事業活動に類推されないと考えられているが、少なくとも6ヶ月より短い期間の場合にはPEは成立しないと考えられやすい (Skaar [1991] 216~222頁参照)。
- 33 Skaar [1991] 220頁
- 34 前節でも挙げたOECDモデル17条は、例えば芸能人が一回のコンサートを行なうだけでも多大な所得が発生しうることを考慮して、継続性を要求せずに源泉地国に課税権を認めている。
- 35 Avi-Yonah氏もAvi-Yonah [1997] や *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 Harvard Law Review 1573 (2000) の中でde minimisの閾値を設けるべきであると提言している。Hinneken & Doernberg [1999] 308頁もde minimisに言及している。
- 36 OECDモデル1977年改正前は5条3項
- 37 メキシコモデル前掲註18の15頁, Skaar [1991] 281頁以下参照。
- 38 Skaar [1991] 282頁。
- 39 OECDモデルやそのコメンタリーでは組み合わせ (combination) という言葉を用いているが、Skaar [1991] は19章で積み重ね (cumulation) という言葉を頻繁に用いている。
- 40 Skaar [1991] 322~325頁参照。
- 41 なお、95 TNI 85-24; Doc 95-30102を見ると、現在この合意はいきてない。
- 42 また、商品の引渡し (delivery) が5条4項(a)と(b)で挙げられているが、引渡しは事業活動の締めくくりであって補助的ではない、という批判も紹介されている (Skaar [1991] 320頁)。引渡しが条約に明示されていない場合は5条4項の恩恵を受けないし、UNモデルでは引渡しは例外として明示されていない (UN [1980] 67頁参照)。
- 43 Skaar [1991] 288頁参照。またOECD Commentary 5条23段落では、広告や科学的調査などの活動も企業の生産性に寄与していることはしているが、そうしたものは企業の利得の実現から遠くて、固定事業所に利得を割当てるのは難しい、とされている。
- Skaar [1991] 309頁では、「広告は所得の実現に先立つので、所得を割当て対象に適さないと考えられるかもしれない。…しかし広告と販売の関連は、その他の補助的な活動と主要な事業との関連よりも密接している」とある。
- 44 渕圭吾「取引・法人・管轄権—企業課税の国際的側面—」(2001) (未公開の所謂助手論文) 参照。
- 45 Skaar [1991] 472頁・473頁, 国際連盟前掲註17の15頁参照。
- 46 Skaar [1991] 464頁より。
- 47 OECD Commentary 5条32段落。なお、AがR社の「名において」行動することが要求されている

ことに関して、英米法と大陸法とでは代理概念が異なることから、極めて複雑な議論がなされてきた。慣例に従ってAのことを「代理人」と呼んでいるが、正確には本人に代わって行動する者であり、仲介者とでも呼ぶべきものである。本稿で用いる「代理人」という語は法的な意味での厳密さを持った概念でないことに留意されたい。紙幅の制限があるため本稿では深入りしない。John F. Avery Jones & David A. Ward, *Agent as Permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention*, European Taxation 1993. 5 p154; Sidney I. Roberts, *The Agency Element of Permanent Establishment: The OECD Commentaries from the Civil Law View*, Intertax (1993) p396, p488; Heinz-Klaus Kroppen & Stephan Hüffmeier, *The German Commissionaire as a Permanent Establishment under the OECD Model Treaty*, Intertax (1996) p133; 吉村典久「恒久的施設としての代理人の概念～アメリカにおける1995年大成事件をきっかけに」(金子宏編『国際課税の理論と実務』389頁有斐閣1997年); Giuseppe Persico, *Agency Permanent Establishment under Article 5 of the OECD Model Convention*, Intertax (2000) p66参照。

- 48 OECD Commentary 5条33段落。Skaar [1991] 489頁参照。
- 49 The Taisei Fire and Marine Insurance Co., Ltd, et al. v. Commissioner of Internal Revenue Service, 104 T.C. 535 (1995)。これに関する参考文献は多い。宮武敏夫「米国租税裁判所における大成火災海上(株)対IRS長官95年5月2日判決について」国際税務15巻7号1995年9頁, 吉村前掲註47, Dale L. Davison, *Agent as Permanent Establishments: Avoiding the U.S. Income Tax for Foreign Business*, Taxes 1996. 2 p101等を参照。
- 50 この議論の背景には、歴史的な揺れがある。国際連盟時代には真正な (bona fide) 独立代理人という文言が用いられ、PE該当性を免れるには法的にも経済的にも完全に独立してなければならないとされていた(国際連盟前掲註17の11頁・15頁参

照)。他方1963年のOECDモデル条約のCommentaryにおいては、第15段落において、PEたるためには法的かつ経済的に従属していなければならないとされており、裏返して言えば、PE該当性を免れるためには法的もしくは (or) 経済的に独立していればよいことになる。しかし1977年のCommentaryでまた揺れ戻しがあり、第36段落(現在は第37段落)においてPE該当性を免れるためには法的かつ (and) 経済的に独立していることが要求されることとなった。

- 51 法的独立性の根拠 (551頁) として、本人 (R社) と代理人 (A社) との間の法的関係としてはマネージメント契約しかなかった (その他の法的関係がない) こと、R社がA社の株式を所有していなかったこと、R社の人間がA社の取締役等を兼任したりしていなかったこと、A社には業務について完全な裁量権があったこと、申立人4社 (本人=R社) が共同して代理人 (A社) を支配しているわけではなかった (A社が代理しているのは4社が一体となった1名の本人ではなく個別の4社である) こと、が挙げられた。経済的独立性の根拠 (555頁) としては、A社が会長一族と社長のみによって所有されていたこと、A社に収入の保証はなかったこと、R社が解約した場合にはA社は代わりの顧客を探す必要があったこと、A社が再保険料の一定割合を受け取ることはこの業界では当たり前のことであって従属性を推認させるものではないこと、第三者が契約するのはR社の名前によるのではなくA社自身の名声によるものであったこと、A社の利益が従属代理人とは思えないほど多額であること、が挙げられた。
- 52 僅かしか従属的な要素がないのにPE課税を受けるのは不適切と考える向きもあるかもしれないが、不合理はない。所得配分の問題 (OECDモデル7条1項・2項) として、Aの働きに照らして相当な所得だけがS国の課税に服すからである。
- 53 Skaar [1991] 516頁参照。
- 54 Skaar [1991] 516頁参照。PEの成否はR社がS国において事業活動に従事しているかによるのであって、代理人Aの活動がA自身にとって典型的で

- あるか否かということが基準となるのは非論理的である、という。
- 55 BFH 30. 4. 1975 I R 152/73, BFHE Bd. 115 504; BFH 14. 9. 1994 I R 116/93, BFHE Bd. 176 125参照。後者の129頁より抜粋——独英条約Ⅱ条(1)(I)(V) (OECDモデル5条6項)によれば、「問屋・仲立人・その他独立代理人」が通常の事業活動の範囲内で活動しているかどうか、調べる必要がある。こうした業種ごとの通常の事業活動との関わりについては、外国事業主のための任務が個々の代理人の個別の営業の範囲と一致しているかではなく、抽象的にこうした業種の通常(通例)の事業活動と一致しているか、を論ずる必要がある。
- 56 尤も、AがR社以外の社との間で代理関係を有した実績がないため比較対象がないという場合には、業界における通常性も考慮要素の一つとなるであろう。
- 57 子会社に限らず、AがS国居住者であればS国の居住地課税を受ける。代理人PEの問題は、閾値の問題であるよりも所得配分の適正性の問題であることが多い。
- 58 代理手数料がarm's lengthであるか否かを直截に問題とするような規定ぶりにすればよいのではないか、と思われる。しかし、条約にその様に規定してしまうと、一々arm's length性を問題にすることになって大変であるという批判があるかもしれない。そこで、独立などの要件は、arm's lengthを推定させるもの、或いはsafe harborの意味合いを持つもの、と理解できるかもしれない。
- 59 UN [1980] 73頁参照。
- 60 尤も、UNモデル7条1項は帰属所得主義ではなくforce of attractionを採用していることに注意がある。ただし、UNモデルでも7条2項においては独立当事者間基準を採用しているので、代理人Aの業務に照らして代理手数料が不当に低いかどうかは、OECDモデルにおけるのと同様に問題になると思われる。
- 61 UNモデルは独立でないと思見しているが、ノルウェーの例では独立当事者価格性による反証を許している。代理手数料が代理人の業務に照らして適正ならば、代理人PEを認定したところでS国の税収が増えるわけではないので、UNモデルよりも、反証を許す規定の方が合理的であろう。
- 62 OECD Commentary 5条39段落, Skaar [1991] 532頁以下, UN [1980] 72頁参照。
- 63 いかなるソースルールが適用されるかにつき、課税されそうになっている所得がどのような種類のものであるかという所得分類の問題もありうる。3.2.節で見ると、所得分類が異なるとソースルールを適用した結果として定められる所得源泉が劇的に変わることもある。所得分類が異なると、ソースルールだけでなく、課税ベース(netかgrossか)、税率、執行方法(源泉徴収か申告納税か)、繰延べ対策規定などでも違いが出てくる(Doernberg & Hinnekens [1999] 153頁より)。
- なお、本稿は、事業所得を見るだけであり、配当(OECDモデル10条)・利子(11条)・譲渡収益(13条)・給与所得(15条)と事業所得との間の区別について論ずることはできない。なお、使用料は12条で規定されており7条の適用対象になってないが、企業が商品を提供して対価を得る場面という本稿の考察対象に含まれるので、本章でも触れる。
- 64 ソースルールには二つの意味があるとされる(谷口勢津夫「外国企業課税に関する帰属所得主義と全所得主義」税法学389号1頁, 390号1頁(以下、谷口 [1983])の(1)3頁)。第一は所得の源泉地の判定に関する法原則であり、第二は国内の所得の源泉地で生じたものとされる所得の範囲の判定に関する法原則である。本稿でソースルールという時は第一の意味を念頭に置いており、第二の意味は本稿本文の第三レベルの問題(所得配分)として論じている。
- 65 谷口 [1983] 8～9頁における「事業所所在地主義」の説明を参照。
- 66 日本法については谷口 [1983] (2)17頁以下参照。
- 67 Klaus Vogel, *Worldwide vs. source taxation of income: A review and re-evaluation of arguments*, Intertax (1988) p216, p310, p393, at 223.
- 68 日本所得税法施行令279条4項1～3号, アメリカIRC reg. §1.861-7(c)参照。

- 69 U.S. v. Balanovski, 236 F. 2d 298 (2<sup>nd</sup> Cir. 1956) の306頁において、title passageに代わる基準として仕向け地が提唱されることがあるのに対し、それでは輸出業者が不当に優遇されてしまうという批判が紹介されている。
- 70 日本所得税法161条1項2号、アメリカIRC § 861(a)(3)、日米租税条約6条6項参照。なお、日本所得税法施行令282条などを見ても、役務を行なっている場所の判定について規定されていない。
- 71 債務者主義は使用料の債務者の居住地国に源泉があるとするものであり、使用地主義は使用料の反対給付である無形資産が使用されているところに源泉があるとするものである。
- 72 OECD, Technical Advisory Group on Treaty Characterization of Electronic Commerce Payments, *Tax Treaty Characterisation Issues Arising from E-Commerce: report to the working party no. 1 of the OECD Committee on Fiscal Affairs* (2001) を参照。
- 73 顧客が情報を利用するにあたり、著作権法上侵害となるような複製を行なうこともありえようが、そうした私法上の扱いの可能性にもかかわらず、税務上はサービス提供と見るということである。
- 74 谷口 [1983] (2) 7～8頁参照。
- 75 全所得主義に対する帰属所得主義側からのもう一つの批判として、支店と子会社との扱いが異なってしまう、というものもある——R国企業たるR社（親会社）がS国に進出する際に子会社を置くのであれば、移転価格（価格操作）や過小資本などの問題が起きない限り、通常は子会社のみ帰属する所得に課税がなされる。他方、R社（本店）がS国に支店を置く場合、帰属所得主義ならば子会社形態のときとあまり扱いが変わらないが、全所得主義であると本店直取引のS国源泉所得にも課税が及ぶので子会社形態のときと比べて扱いが大きく変わってしまう——かような批判である。
- 本稿の問題意識は物的な施設を要求する閾値の是非にあり、子会社と支店とを同じく扱うべきか否かではなく、子会社や支店がある時とない時との扱いの差に関心がある。上述の問題は本稿では
- 議論できないため、将来の課題としたい。
- 76 日本の国内法は、PEによる閾値を設定しつつ全所得主義を採用している（所得税法164条1号）。しかし、租税条約においては帰属所得主義を採用しているのだから国内法上も帰属所得主義を採用する方が（執行面でも）合理的である、という主張がなされることも多い。谷口 [1983] (2) 18～19頁、駒宮史博「独立当事者間原則とソースルール——非居住者・外国法人に対する事業所得課税について——」『公法学の法と政策上巻：金子宏先生古稀祝賀』（有斐閣2000年）393頁参照。
- 77 谷口 [1983] (2) 8頁以下。実質的関連所得についてはIRC § 864(c)。
- 78 谷口 [1983] (2) 10～11頁
- 79 渋谷雅弘「移転価格と地方税」金子宏編『国際課税の理論と実務』有斐閣1997年171頁
- 80 global trading（金融取引に関する情報を電子形態のbook（帳面）にまとめ、或る取引所（例えば東京）が日没によって閉まったら日の昇っている別の取引所（例えばロンドン）にそのbookを送って金融取引を24時間行なう、というもの）の課税問題についても、OECDは、独立当事者間基準に従った伝統的な方法によって所得の配分を探るのが原則であり、profit splitなどにはできるだけ頼らないように、としている。OECD, *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments* (1998)
- 81 OECD, Business Profits TAG, *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment* (2001) は、序文で電子商取引については検討が始まったばかりであるという但書きがあるが、一般論としては“functionally separate entity” approachが望ましいとしており（11頁）、これは、各支店を個別に見る考え方である。
- 82 渋谷前掲註79の184頁、淵前掲註44参照。
- 83 その他、新たに企業が或る地域に進出する場合、そこで信用を得るのに時間がかかるため最初の数年間は赤字になることが多いにもかかわらず、定式配賦方式では赤字支店にも所得が配賦されてしまう、という批判もある。
- 84 comparable uncontrolled price method, resale

price method, cost plus method

- 85 岡村前掲註9の314頁。
- 86 Commissioner of Internal Revenue v. Piedras Negras Broadcasting Co., 127 F. 2d 260 (Cir. 5<sup>th</sup> 1942) 参照。メキシコのラジオ放送会社がアメリカの聴衆に向けても番組を流し、広告収入の多くをアメリカ企業から得ていたことについて、アメリカに郵便の宛先などを有しているというだけではアメリカで事業を行っている (doing business or trade within the United States) とはいえない、従って所得の源泉はアメリカにはない、とした。
- 87 消費者の需要に根本の原因があると述べたが、生産者側が広告をして消費者の購買意欲を高めたという場合に広告という投資を無視するのは不適切かもしれない。広告については勉強不足であるので機会を改めて勉強したい。
- 88 例外も多々あろうが、一般的には、顧客よりも提供者側の方が販売地等を恣意的に動かす(動かしたように見せかける)ことに長けていると考えられる。
- 89 Richard L. Doernberg, *Electronic Commerce and International Tax Sharing*, Tax Notes International 1998. 3. 30 p1013参照。
- 90 消費税の文脈であるが、アメリカの使用税 (use tax) やカナダのGST (goods and services tax) につき消費者が自己申告して納税することが法律上要求されている例があるが、あまり機能していないと言われる。
- 91 仮に、事業所の有無を問わず、国ごとの売上に基づいて定式配賦するという方式があるならば、以上のような不都合は生じない。しかし事業所のない国にも所得を配分するという考え方はあまり見受けられない。
- 92 尤も、事業所所在地国において事業所の存在に着目した課税がなくなることもなかろうから、所得配分の問題が消えるわけではない。この配分につきどのように考えるべきかは本稿で検討できていない。本稿はS国にどのような場合に課税権が認められるべきかを論じたのみである、という限界がある。註91で言及したように、事業所の有無に
- 関わらず国ごとの売上に基づいて定式配賦するといった方式を作る、というのが暫定的な答えとなるであろうか。
- 93 R社は金銭的価値を得る一方、顧客Sは商品から得られる効用という利益を得ている。S国からでいく金銭的価値のみに着目するのはおかしい、という批判があるかもしれない。それはその通りかもしれないが、S国は顧客Sが商品から得た効用について課税することはできないし、現在の徴税技術の可能性を前提とすると、金銭的価値を見失ってしまうのは致し方ないというしかなさそうである。
- 94 素朴な公平論の他に、従来は経済的所属が語られることがあった。谷口勢津夫「モデル租税条約の展開(一)~租税条約における「国家間の公平」の考察~」甲南法学25巻3・4号77頁1985年参照。Schanz (*Zur Frage der Steuerpflicht*, 9 Finanz-Archiv 365 (1892)) から国際連盟の時代にかけて、経済的所属に応じた課税が理想とされていた。だが、その理想を実現しようとしても、各課税国間にどの様に配分すべきかについて、結局のところ結論は出せなかった。その後も経済的所属という言葉は頻繁に用いられるが、Vogel前掲註67の220頁によれば、その意味内容は論者によってまちまちであるという。経済的所属概念は過去も現在も基準としがたいものである。
- 95 経済学の文献では租税競争というときは従来地方政府レベルの課税が念頭に置かれることが多かった。地方政府の課税については国家・連邦レベルによる押えがありうる(例えば州際取引に対する州の課税権につき連邦憲法が制約を加えるなど)ため、地方政府間の公平のための調整をする可能性もあるし、中央政府からの補助金で税収格差や税負担格差を調整する可能性もある。だが国家の課税(課税立法管轄権)については制限を加えるものがなく、租税条約を結んで自発的に制限を加えることがあるにすぎない。
- 96 無条件で居住地主義がよいというのではなく、あくまで世界の資源が一定であると仮定した上での資源配分の効率性の観点からは、という話である。現在の消費と将来の消費の選択(貯蓄量の決



- 定) に関しては、源泉地主義が中立的な課税であり居住地主義が歪みのある課税である。
- 97 US Treasury [1996] も居住地主義を擁護するにあたって資本輸出中立性の議論には触れていない。
- 98 J.A. Frenkel, A. Razin, and E. Sadka, *International Taxation in an Integrated World* (The MIT Press, 1991) (以下、Frenkel etc.[1991]) の2.1.節を参照した。他、Richard A. Musgrave & Peggy B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, fifth edition (McGraw-Hill Book Company, 1989) の35章、小西秀樹「国際資本移動と課税」金融研究11巻4号1992年、岩本康志「国際資本移動と租税協調～国際課税のゲーム的狀況～」岩田一政・深尾光洋編『経済制度の国際的調整』247頁日本経済新聞社1995年参照。
- 99 Skaar [1991] 3.6節(中立性理論)においても、財政学の主流が資本輸出中立性にあることを認識しつつ、源泉地課税・資本輸入中立性を支持している。
- 100 Frenkel etc. [1991] 21頁では、「直接税(所得税)の鍵となる問題は、居住者の国外から生じた資本所得の扱いと、国内で生じた非居住者の資本所得の扱いである」と述べられている。
- 101 小西前掲註98の53頁より。
- 102 註96同様、無条件ではなく、あくまで世界の労働力が一定であると仮定した上での労働力の配分の効率性の観点からは、という限定がつく。消費者の消費と余暇の選択(両国間での消費の配分、とFrenkel etc.[1991]では書かれている)の効率性の観点からは、原産地主義が効率的であり仕向地主義が非効率的であることが示されている。
- 103 企業が設立地を変えるよりも、販売先を変えるのではないか、という疑問を持たれるかもしれない。この疑問に対して確定的に答えることは現段階ではできないが、本稿では企業側が消費者の購買意欲を左右させる状況を視野に入れていないので、企業が販売先を買えることはできない、ということになるであろうか。例えば、自転車を生産してもR国は坂だらけで誰も買わないので殆どはS国で販売されるといった状況が考えられる。しかし、企業が消費者の購買意欲を左右させることを視野に入れないということは、企業の広告活動などを無視していることになるので、実態にそぐわない面があるかもしれない。今後の検討課題としたい。
- 104 このモデルでは生産要素の限界生産力逓減が問題となるので、企業の「居住地」というよりも「生産地」が基準となる。
- 105 ソースルールは複雑であり、現在は源泉概念が非常に曖昧である、ということが述べられている(223頁以降)。そこで何を以って源泉と見るのが問題となる。Vogel氏は、資本所得については効率性を、事業利得については公平を重視している。そして、直接投資所得については企業(或いは支店・子会社)設立地、portfolio投資については投資がなされた地、製造については製造地、販売マージンについては販売地、サービスについては遂行地が課税すべきであるとしている(401～402頁)。
- 106 他方、資本所得課税について考える場合、企業段階の課税との二重課税の調整はなされているという前提をとることで、理論的には整合的な議論をすることが可能である。尤も、二重課税の調整がなされるという前提が非現実的である、ということは言えるかもしれない。何故なら、企業段階の課税がどの程度投資家に転嫁されるのかについて明らかにすることは難しいと思われるからである。
- 107 しかも、企業も資本所得を得ることがあり、企業は事業所得と資本所得に対する課税上の扱いの差を利用して租税回避を図ることもある。この点につき本稿は考察できていない。
- 108 参考のために、Frenkel etc.[1991] 5章を紹介する。最適国際課税という表題で議論がなされている。家計部門、事業部門、政府部門について丁寧に定式化を施した後、消費者の厚生を最大化するのに最適な課税は何かを論じている。資本の調整コストが0であるか、或いは0でなくとも事業税(法人税など事業部門にかかる税)がないならば、資本所得について居住地主義が効率性のため必要条件である、という結論を導いている。

- 109 OECDはこの危機意識を持ってこれまで何度か報告書を発表している。非加盟の低税率国とも精力的に対話している。註12に掲げた諸文献を参照。
- 110 租税競争擁護派が引用するCharles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, *Journal of Political Economy* 64 (1956) pp. 416-24においては、納税者がみな自由に移動できるという前提がとられていた(419頁)が、租税競争を有害視する者はこの前提に疑問を呈す(Bishop前掲註12の6頁等参照)。
- 111 北欧のdual income taxのように、全く別々に課税するという考え方もある。日本の建前は総合所得課税だが、例えば有価証券譲渡益について源泉分離課税はまだ存続する見込みであり、資本所得軽課の嫌いがあるとも言える。
- 112 税負担に対し敏感に反応する商品については反応が鈍い商品よりも課税を軽くすべきである、という議論はここでは通用しないことが指摘されている(渡辺[2001])。デジタル製品について問題となるのは商品の価格弾力性ではなく、企業が立地を変えることであり、仮に世界的な機構が課税するのであれば同様に課税すべきであるからである。
- 113 尤も、租税競争によって政府サービスと税負担が釣り合うようになる、という見方もありうる。
- 114 手続き面で、一部の国(先進国)が主導して水準を定めてそれをその他の国(途上国)に押し付けるようなことがあれば、正統性にも疑問が持たれてしまう。
- 115 比較的経済環境が均質化しているEU内部においてすら、加盟国は租税主権を手放すことに大きな抵抗感を示している。
- 116 Avi-Yonah前掲註35の1670頁以下。なお、portfolio投資については源泉徴収税を課すべしという提案もあるが、その是非についての検討は将来の課題としたい。
- 117 これは従来の金融活動に関するtax havenと異なる。Avi-Yonah前掲註35の1588頁参照。
- 118 本稿もこの見方を支持している。しかしあまり楽観的にもなれない。それは二つの要因による。
- 第一。前述の通り、高技能者=高所得者の方が低技能者=低所得者よりも移動の自由がある。高所得者が顧客の所在に着目した課税を嫌って、高税率国から逃げていく可能性がある。尤も、税負担が原因で移動する可能性は、自然人については資本投下先や企業所在地ほど深刻な問題ではなからうと考えられている(Bishop前掲註12等参照)。本稿が事業所の存在よりも顧客の所在に着目すべしと主張するのも、消費者は事業所ほどには移動しにくかろうという予想に基づいている。第二。消費者が実際に高税率国から逃げ出すことがなくとも、消費者がその所在地をごまかす可能性がある。A国が高税率、B国が低税率である場合、A国の消費者はB国の消費者であると偽るかもしれない。その結果A国は高税率を維持できなくなる可能性がある(渡辺[2001]75頁参照)。これは特に消費課税において問題とされるが、本稿の主張する顧客の所在に着目した課税方法が所得課税においても導入されれば、やはり同様に顧客の所在を確認する方法の確立が必要となる。
- 119 Paull Mines, *Commentary: Conversing With Professor Hellerstein: Electronic Commerce and Nexus Propel Sales and Use Tax Reform*, 52 *Tax Law Review* 581 (1997)
- 120 例えば, SDI *Netherlands v. Commissioner*, 107 TC 161 (1996) は, 蘭米租税条約が使用料について源泉地免税を規定していたことを悪用されて, アメリカの源泉地課税が逃れられた事例である。
- 121 OECD, Working Party No. 9 on Consumption Taxes, *Consumption Tax Aspects on Electronic Commerce* (2001)
- 122 EC Sixth Directive (77/388/EEC)
- 123 EUにおける改革については岩崎政明「電気通信・電子商取引課税の法と政策——EU付加価値税制の電子サービス課税への挑戦——」『金子宏先生古稀祝賀・公法学の法と政策上巻』665頁有斐閣2000年でも説明されている。
- 124 OECD, *Electronic Commerce: Taxation Framework Condition*, C (98) 143 (1998) のBox 3 (v)。
- 125 しかしEU VATでは従来の第6指令に従うと物

品の供給に関して原産地課税となることがあった(第6指令8条)。これは域内貿易が税関を通らないためである。そこで、特別規定を設けて、ある国の消費者向け販売が年間10万ユーロを越える時は仕向地課税となるように修正された(第6指令28b条(B))。

126 日本の消費税法は役務提供が行なわれた場所の判定について、消費税法施行令6条2項が1～6号において輸送・通信・保険・専門技術等を個別に規定し、最後に7号において「役務の提供を行なう者の役務の提供に係る事務所等の所在地」という規定を用意している。事務所に着目するので、原産地課税の結果になりやすい。

127 所得税におけるPE概念に類似しているが、サービス供給のための人的・技術的な資源が要求され、PEよりも成立範囲が狭い。

128 97/200/EC to 97/214/EC

129 テレコムサービスに関する特例の仕組みを、電子的な手段で供給されるサービス(いわゆるオンラインサービス)一般にも広げようという提案がなされている(EU, Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EEC) No 218/92 on administrative co-operation in the field of indirect taxation (VAT): Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards the value added tax arrangements applicable to certain services supplied by electronic men*, Brussels, 7. 6. 2000, COM (2000) 349 final)。尤もこれが実現するかは未知数である。

130 とりわけ対消費者取引に関して登録制が機能するか疑問が持たれよう。私見では、いざとなったらS国の課税庁は推計課税も辞さないといった大胆な対応が要求されるかもしれない。納税義務・記帳義務が課されても納税してこない企業に対してはある程度の合理性を持った推計に基づいて課税することがあり、それは納税義務者が外国法人であっても認められる余地があろう。尤も、裁判所が承諾するだけの合理性を持った推計をするために資料を集めることは、内国法人に対する推計課

税の場合よりも困難が予想される。課税が認められた場合、執行方法として、例えばR社がS国内の金融機関から受け取る支払いを差し押さえる、といった方策が必要となるものと考えている。S国の消費者が外国企業とインターネット取引をする際、クレジットカードを利用することが多かろうし、現在のところS国消費者はS国の金融機関を利用していることが多いと思われるからである。しかしS国の消費者がS国の主権の及ばない外国の金融機関を利用して取引をすることが一般化すると、この方策も機能しがたくなる恐れがある。

なお、OECD前掲註121では将来の選択肢として、金融機関に税務を代行してもらう可能性も示唆している。必要なソフトウェアの開発・整備のほか、税制の簡素化やプライバシー・営業秘密等の確保なども要求されてこよう。

131 Richard L. Doernberg, *Electronic Commerce: Changing Income Tax Treaty Principles a Bit?*, Tax Notes International 2000. 11. 20 p2417

132 PE概念の要件の緩和は、事業所の存在に着目した課税を批判する本稿3章・4章の議論と相容れない。そのことは認識しているが、仮に現在のOECDモデル7条を維持するとしても、5条の要件を検討すると幾つか疑問点が沸くので、このような第二段階の主張を述べることにした。

133 独立代理人が自身の事業の通常の範囲内で行動する限りでは、代理手数料が不当に低くなるおそれが小さい。そこで、現在のOECDモデル5条6項の要件を満たす場合には、代理手数料が独立当事者間基準に沿っていないことを課税庁側が立証しなければならない、とする規定よりも考えられる。他方、5条6項の要件を満たしていない場合には、代理手数料が独立当事者間基準に沿っていることを納税者側が立証しなければならない、とする考えられる。また、代理人が一人の本人とのみ契約している場合や保険代理業等特殊な業種については、やはり納税者側に立証責任を負わせることが考えられる。