

## 国際的な課税権配分をめぐる新たな潮流と展望について

——国際連盟時代以来の伝統を踏まえて

浅妻 章如<sup>\*1</sup>

### 要 約

国際連盟時代の最も重要な選択は、外国企業の国内の物的存在（今の PE）を独立の企業と考える separate accounting の採用である。separate accounting の発想は、事業所得に貢献した者（個人・法人）や部門（PE 等）がその貢献に応じて所得を稼得するという、労働価値説的な発想と結びつく。現実には、競争避止義務の対価のように、貢献なしの所得稼得がある。貢献に応じた所得稼得を擬制するに際し、当てになる arm's length 取引と当てにならない arm's length 取引が存在する。

活動地に擬制収益率で配分する Amount B は、arm's length principle からの軽度の逸脱（当てにならない arm's length 取引類似の取引を否認）と理解できる。需要地に課税権を配分（軽度の逸脱では説明がつかない）する Amount A は、arm's length principle からの重度の逸脱と理解できる。

キーワード：国際租税法，国際連盟，source rule，permanent establishment，threshold，separate accounting，arm's length principle

JEL Classification：H25，H26

## I. 本稿の流れ

<sup>\*2</sup>本稿は、現在進められている国家間課税権配分の変更（就中、需要地への課税権配分）についての理解を深めるべく、国際連盟時代以来の伝統的な国際租税法体系における所得源泉（所得の地理的割当）の観念のされ方と対比しようとするものである。

II. において、現行国際租税法の大枠を確認する。

II-1. 節において、ソースルールを確認する。

ソースルールには、稼得者基準（販売所得、役務所得等の事業所得が中心）と債務者基準（配当所得、利子所得、使用料所得等）が混在している。配当所得と利子所得については債務者の生産活動の場所に着眼していると考えらることで、殆どのソースルールは生産地基準（稼得者の生産地か債務者の生産地かという違いはあれど）に沿っているとして整合的に理解できる。それでも、使用料所得については、債務者の生

\*1 立教大学法学部教授

\*2 本稿では「」『』を引用のために用い、【】を区切りの明確化のために用いる。年月日は原則として YYYYMMDD で表記する。原則として人名に敬称・職名等を付さない。

産活動の場所に着目することを、配当所得や利子所得と同様に正当化することが難しいため、使用料所得だけは整合的な理解から逸脱していると理解せざるをえない。

II-2. 節において、国際連盟時代における選択の中で重要なものは何かについて述べる。

国際連盟時代の執行能力の制約に照らすと、或る国（S国）が外国（R国）企業に課税することを試みる際、物的存在（今でいうPE：permanent establishment：恒久的施設）を要することについて、代替案の選択の余地は小さい。つまり、【PEなければ事業所得課税なし】ルールは、国際連盟時代の選択とは呼び難い。

国際連盟時代の選択で重要なことは、R国企業の物的存在がS国に存在する場合、当該物的存在を独立の企業と考える separate accounting（個別会計）の発想を採るか、R国企業の国際展開の中の一部であるという発想（consolidation: 連結として説明できる）を採るか、であった。当時から、separate accounting の発想は企業の国際展開の実態（市場取引よりも分身を作る方が儲かると見込むから分身を作るという実態）に即さないという考え方はあったものの、S国課税庁がR国における情報を入手できないため連結は難しいという執行能力の制約が、separate accounting 採用を導いた。しかし、当時の執行能力を前提としても、separate accounting に拘らなければ、【PEなければ事業所得課税なし】ルールではなく【PE又は関連企業なければ事業所得課税なし】ルールを考えた上で、force of attraction（吸引力）ルール（2014年改正前の日本における全所得主義のように、PEと関連しない所得であっても国内源泉所得であるならばPEの申告納税の範囲に含める）を法人格単位に拘らず関連企業も含めて適用するという選択肢も採用しえた筈である。R国の甲社のPEがS国に物的に存在する場合だけではなく、甲社の関連企業（法人格を独立に有する場合も有さない場合もある）がS国に物的に存在する場合に、S国が甲社や甲社の関連企業の所得のうちS国内の調査でS国源

泉所得と判定できる所得を、当該物的存在の申告納税の範囲に含めるということならば、S国課税庁がR国における情報を入手できないという制約下でも機能しうる。甲社とS国内の物的存在との直接的な繋がりだけでなく間接的な繋がりも課税を基礎付けるとする発想は、21世紀において、PE認否に関する fragmentation 対策が議論されたのと類似する発想であるともいえよう。【PE又は関連企業なければ事業所得課税なし】ルールや force of attraction ルールを採用せず separate accounting を採用したことが、最も重要な選択である。そして separate accounting の採用が、現行国際租税法体系下において、厳密に arm's length principle を適用する課税庁側の努力を嘲笑うかのような、米系大企業による事業再編等を通じた課税ベース浸食を、可能にする下敷きとなっている。

III. において、現行国際租税法の根幹ともいべき arm's length 準拠について、どのような逸脱が要請されているのかを整理する。

III-1. 節において、当てになる arm's length、当てにならない arm's length という耳慣れない表現について説明する。

separate accounting の発想は、事業所得に貢献した者（個人・法人）や部門（PE等）がその貢献（今は value creation という表現が受け容れられつつある）に応じて所得を稼得するという、労働価値説的な発想と結びついた。しかし、現実世界の arm's length の取引においては、競業避止義務の対価のように、貢献してないけれど所得を稼得する、という場面がある。arm's length 取引としての競業避止義務の対価の支払いの有効性は否認されないが、関連企業間で競業避止義務の対価を支払うとなったら否認されるであろう。貢献に応じた所得稼得を擬制するに際し、当てになる（reliable）arm's length 取引と当てにならない（unreliable）arm's length 取引が存在する、と認めざるをえないであろう。

III-2. 節において、arm's length からの軽度の逸脱と重度の逸脱について述べる。

arm's length からの軽度の逸脱として、当てにならない arm's length 取引で認められる所得帰属を、関連企業間では認めないといった対応を講じることとなる。現在議論されている Amount B の発想は、現地での活動に最低でも一定の収益率を認めさせるというものであり、労働価値説的に貢献に応じた所得の帰属を確保させるものと理解できる。そして、当てにならない arm's length 取引（貢献をしてない者や部門に所得を帰属させる取引）で活動地国の課税ベースを浸食してしまおうとする企みを潰そうとするものと理解することができる。このように理解すると、Amount B<sup>1)</sup> の発想は、arm's length からの軽度の逸脱として正当化されよう。

Ⅲ-3. 節において、arm's length からの重度の逸脱について述べる。

Amount A<sup>2)</sup> のように需要を以て課税権を配分するという発想は、当てになる arm's length 取引と当てにならない arm's length 取引との

整理を如何にこねくり回しても正当化され難い。需要だけでは所得の地理的割当を基礎付けないという伝統的な国際租税法体系からの逸脱を議論しているからである。よって、Amount A のような議論は、arm's length からの重度の逸脱として議論されている、という整理をすることができる。このような重度の逸脱を正当化するための一助として、ネットワーク効果が効く産業においては、当てにならない arm's length 取引を否認するという arm's length からの軽度の逸脱では足りず、市場国における需要を以て所得の地理的割当を認めるという発想の転換（重度の逸脱）をせざるをえないののではないか、というモデルを提示してみる。

Ⅳ. において、市場国（需要地）に課税権を配分する課税方法として伝統的に付加価値税が考えられてきたところ、法人税と付加価値税との比較をする。

## Ⅱ. 現行国際租税法の大枠の確認

### Ⅱ-1. 所得の geographical allocation（地理的割当）と personal attribution（人的帰属）

伝統的に、所得<sup>3)</sup>源泉（geographical allocation, 地理的割当）を観念する際に、その基準は財産所在地か事業地であると考えられてきた。しかし、以下に述べるように、財産所在地基準を捨

てて事業地基準で考えるべきであると本稿は考えている。なお、敢えて【観念する】というややふやな表現を用いているのは、所得の地理的割当は所得の定義等から演繹的に理論的に決まる性質のものではない<sup>4)</sup>からである<sup>5)</sup>。

次の六例を見比べていただきたい。

1) OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, As approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 29-30 January 2020 (2020.1.31 <http://www.oecd.org/newsroom/international-community-renews-commitment-to-multilateral-efforts-to-address-tax-challenges-from-digitalisation-of-the-economy.htm>) の 16 頁参照。

2) OECD・註 1, 9 頁参照。

3) 筆者は普段は包括的所得概念を批判しているが、本稿で【所得】という語を用いる際、必ずしも包括的所得概念や消費型所得概念の異同に拘らない。また、本稿で【所得】という語を用いる際、gross income(総所得、収入)の意味であるのか、net income(純所得)の意味であるのか、必ずしも区別していない。利得(profit)という語を用いる時は明瞭に費用控除後の所得、すなわち net income(純所得)を意味している。

4) Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 Duke Law Journal 1021, at 1034 (1997) 等参照。但しこの論文は源泉課税管轄を擁護するものである。

- (1) R国の甲社がS国の不動産を所有し、乙社に賃貸し、賃料を得る。
- (2) R国の甲社がS国法人たる乙社に出資し、配当を得る。
- (3) R国の甲社がS国法人たる乙社に金銭貸付をし、利子を得る。
- (4) R国の甲社がR国で発明をし、S国法人たる乙社にS国特許の実施許諾を与え、使用料を得る。
- (5) R国の甲社が有形物を製造し、S国法人たる乙社に販売し、事業所得を得る。
- (6) R国の甲社がS国法人たる乙社に役務を提供し、事業所得を得る。

#### II-1-1. 不動産賃料所得

(1) について、殆どの租税法律家は、不動産所得の地理的割当はS国にあると観念し<sup>6)</sup>、所得の personal attribution (人的帰属) は甲社にある(そしてR国にある) と観念している。所得の地理的割当と所得の人的帰属が食い違う例が当然にありうる、ということ、殆どの租税法律家はこれまで受け容れてきた筈である。

【当然に】と強調したのは、子会社(関連会社を含む)課税やPE課税の局面において、所得の地理的割当と所得の人的帰属が混同される(所得の人的帰属が優先し所得の地理的割当は所得の人的帰属に従う)傾向があるところ、その傾向は当然のものではない、と本稿が強調しようとするためである。その傾向についてはII-2. 節で改めて論ずるとして、所得の地理的割当の観念のされ方について話を続ける。

(1) について、不動産賃料所得の地理的割当がS国にあると観念される理由は、from what の意味の所得源泉である不動産がS国に所在するからであるともいえるし(財産所在地基準)、不動産賃貸業の場所がS国であると観念されるからであるともいえるし(事業地基準)。次の括弧と区別するために、より正確には稼得者事業地基準)、支払者たる乙社はS国で活動をしているからであるともいえる(債務者基準。より正確には債務者事業地基準)。金銭債務者たる乙社がS国法人ではなく第三国たるT国法人である場合、純然たる債務者基準によって所得の地理的割当を観念するならT国に所得の地理的割当があると観念される可能性があるかもしれないが、不動産賃料について純然たる債務者基準を採る論者はほぼ無視できるものと考えてよからう。

なお、不動産賃料所得については、債務者事業地基準を採り難い場面も軽視し難い規模で存在する。それは借り手が消費のために(典型例としては住むために)不動産を賃借している場合である。従って、不動産賃料所得の観念のされ方について、稼得者事業地基準で説明しても債務者事業地基準で説明しても大差なかろうとはいへ、どちらかといえば、稼得者事業地基準で説明しておいた方が難が少ないであろう。

#### II-1-2. 配当所得

(2) について、出資そのものが甲社の事業活動であるという見方はあまりなかろうことを前提とすると(出資であろうが(3)の金銭貸

5) この他に、近年、LSR(location specific rent: 地域特殊超過利潤)という考え方で特殊な課税権を根拠付けるという考え方が目立ち始めている。Wei Cui(崔威), The Digital Services Tax on the Verge of Implementation, 67:4 Canadian Tax Journal 1135-1152 (2019); Wei Cui, The Superiority of the Digital Service Tax over Significant Digital Presence Proposals, 72:4 National Tax Journal 839-856 (2019); Wei Cui, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense (未公開。2019.4.30 <https://ssrn.com/abstract=3273641>); Wei Cui & Nigar Hashimzade, The Digital Services Tax as a Tax on Location-Specific Rent (未公開。2019.7.29 <https://ssrn.com/abstract=3321393>); Daniel Shaviro, Digital Service Taxes and the Broader Shift From Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents (未公開。2020.1.14 <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/shaviro-singapore-lecture-v3.pdf>) 等参照。魅力的な考え方ではあるが、本稿では触れるにとどめる。幸い、本特集の渡辺徹也論文がCuiらの議論を詳しく扱うので、そちらに譲る。

6) OECD モデル租税条約 6 条参照。

付であろうが、資金運用事業というものを観念しようとするのは不可能ではないものの、伝統的には出資そのものが事業活動であるという見方はなされてこなかったため、軽視してよからうということ（これを前提とすると）、配当の支払者たる乙社がS国法人であることに着目して、配当所得の地理的割当はS国にあると観念することが通例であったといえよう（債務者基準）。但し、ここでも純然たる債務者主義（金銭債務者の居住地だけを基準とする）ではなく、金銭債務者たる乙社が第三国たるT国で事業活動をしておりその事業の収益から配当が支払われているということであればT国に所得の地理的割当があると観念されやすいであろう（債務者事業地基準）。

なお、(2)の配当については、配当所得をもたらす株式の所在地が乙社居住地国であるS国であるから、配当所得の地理的割当はS国にあると観念されてきた、とも説明できる（財産所在地基準）。所得の話ではないが、相続税・贈与税に関し、外国法人が発行する株式の所在地は国内ではない、と考えられやすい<sup>7)</sup>。話を所得に戻すと、ここでの財産所在地基準は結局のところ債務者居住地基準と同じであるといえるが、債務者居住地基準より債務者事業地基準の方が妥当であると考えられそうな場面もあろうことを考えると、敢えて財産所在地基準で説明することは筋が悪いといつてよからう。

### II-1-3. 利子所得

(3)についても、(2)と同様に、貸付金債権の所在地がS国に在る、として利子所得の地理的割当がS国にあるとする説明も考えられないではない（財産所在地基準）。しかし、(2)と同様に、敢えて財産所在地基準を持ち出すべきでもなからう。そして、(2)と同様に、債

務者基準により利子支払者たる乙社がS国法人であることを以て所得の地理的割当がS国にあると観念されることが通例であろう。そして、そこでの債務者基準は純然たる債務者居住地基準ではなく、乙社の利子支払が乙社のT国での事業活動に由来する場合は債務者事業地基準によりT国に所得の地理的割当があると観念されやすいであろう、ということも(2)と同様である。

しかし(3)には(2)と異なる点もある。(2)の出資については甲社の事業活動であるという見方はあまりなからうことは対照的に、(3)の金銭貸付については甲社の事業活動という側面もある。例えば、甲社が8,000を第三者から利率10%で借りて乙社に利率12.5%で貸し付け、1,000の利子収入（gross income）を得て800の利子支払いをし200の利鞘を稼ぐ（単純化の為、他の費用を無視する）とすると、甲社がR国においてのみ事業施設を有しているならば甲社の200の事業利得（net income）の地理的割当はR国にあると観念されることも理屈の上ではありうるかもしれない（稼得者事業地基準）。とはいえ、甲社がS国にPEを有していない場合は、稼得者事業地基準で利子所得（gross income か net income かは敢えて曖昧なまま）の地理的割当を観念することは殆どなかったと見受けられる。

他方、甲社がS国にPEを有している場合は、事業利得（business profit。こちらは明白に net income。更に、PEを有する場合は配当所得もPE帰属利得課税の文脈に吸収されうる<sup>8)</sup>）の地理的割当を稼得者事業地基準で観念しようとしてきた。

### II-1-4. 使用料所得

(4)について、S国特許の利用許諾に係る

7) 武富士事件・最判平成23年2月18日判時2111号3頁において贈与の対象物たる株式が国内財産であるとの主張（贈与の対象物はオランダ法人の出資口数であるが、支配関係を辿っていけば日本法人の支配権を間接的に贈与していたのであるから、国内財産の贈与であるとの主張は、法的成立可能性はともかく経済的実態に照らせば奇矯ではない）を課税庁が諦めていたことを参照。

8) OECDモデル租税条約10条4項（配当所得のPE課税）、11条4項（利子所得のPE課税）参照。

使用料所得の地理的割当は、S国にあると観念されやすい。但し、多くの租税条約は使用料所得についてPEなければ課税なしのルールを採用しており<sup>9)</sup>、使用料所得の地理的割当はS国にあるが課税権はS国にはない<sup>10)</sup>、というややこしさがある。このややこしさはあるものの、使用料所得の地理的割当はS国にあると観念されやすいことについては、あまり異論は強くないものと見受けられる。

そのように観念される理由としては、S国特許権の所在地はS国にある（知的財産法における属地主義の考え方<sup>11)</sup>）と観念せざるをえない（財産所在地基準）、ということがまず考えられる。

この点に関し、無形資産は国境を跨いで移転しやすいと言われることが少なからずあるが、少なくとも特許権等の知的財産権の所在地が国境を跨いで移転することは、不動産と同様に、と考えるべきであるように思われる。

無形資産は国境を跨いで移転しやすいとの言説が正当であるとすれば、二つ可能性が考えられる。

第一に、そこでいう無形資産は特許権等の知的財産権に限られるものではないから移転しやすいものもある、という理路が考えられる。しかし、【属地主義が妥当する知的財産権以外の無形資産は国境を跨いで移転しやすい】といった表現はあまり見かけない。そこで第一の可能性は、理論的成立可能性は棄却され難いものの、国際的にあまり深刻に考えられてこなかったものと推測されるので、本稿でも第一の可能性はあまり考えないこととする。

第二に、特許権等の知的財産権が不動産と同様に国境を跨いで移転することはないとして

も、不動産に関する権利の売買等が国境を跨いでなされることはありうるので、不動産にせよ知的財産権にせよ、権利帰属主体が国境を跨いで移転することはある（権利帰属主体の居住地国が変わることはある）、という説明が考えられる。しかし、不動産については国境を跨いで移転しやすいと表現されることが少ないことと比べて、無形資産は国境を跨いで移転しやすいという表現は、第二の理路に沿えば間違いではないかもしれないものの、誤解を招く可能性があるので、避けるべき表現であるように思われる。

以上の二点より、無形資産は国境を跨いで移転しやすいという表現について本稿は取り合わない。

（４）の使用料所得の地理的割当はS国にあると財産所在地基準により観念することは、

（１）の不動産賃料の例と比べて、確かさが弱い。（１）の例では不動産賃貸という事業がS国で行なわれていると考えられやすい一方、

（４）の使用料所得の基因となる発明はR国で行なわれたので、（４）に（１）と同様の意味での事業地基準を当てはめるならば、使用料所得の地理的割当はS国ではなくR国にあると観念されるべきである。

この点に関し、使用料所得は乙社の事業活動の成果の一部が甲社に支払われるものであるから、（１）の意味での事業地基準ではなく、（２）（３）におけるような債務者事業地基準により、使用料所得の地理的割当がS国にあると観念される、という説明が考えられないではない。日本の国内法の運用に関しても、源泉徴収の対象となる使用料の範囲を画す際に、稼得者事業地基準ではなく債務者事業地基準によって金銭債務者の事業活動の成果の一部が権利者に支払わ

9) OECD モデル租税条約 12 条 1 項（使用料所得の稼得者居住地国のみ課税）と、10 条 2 項（配当所得の源泉地国の課税）及び 11 条 2 項（利子所得の源泉地国の課税）とを比較。但し UN モデル租税条約 12 条 2 項は使用料所得について源泉地国の課税権を認める。

10) 租税条約による課税権の制約を受けない場面では、国内法で源泉地国の課税権を規定しておくことが多いであろう。

11) 工業所有権の保護に関するパリ条約 4 条の 2「各国の特許の独立」、田村善之『知的財産法 第 2 版』444 頁（有斐閣、2000）等を参照。

れるという想定があるように見受けられる例がある<sup>12)</sup>。しかし、歴史的経緯はともかく、使用料所得は甲社の発明の対価であるという考え方を前提とするならば（この前提を崩す例についてはⅢ-2-3. 節で後述する）、使用料所得の地理的割当を、(2) (3)におけるような債務者事業地基準によって観念することはおかしい。OECD モデル租税条約 12 条の使用料所得条項は、10 条（配当）及び 11 条（利子）と 13 条（譲渡益）との間に位置しており、あたかも資本所得の一種であるかのように使用料を位置付けているように見えてしまっても仕方ないところであるが、金融取引と実物経済取引との峻別<sup>13)</sup>を前提とするならば、そして配当所得及び利子所得は金融取引で稼得するものである一方、使用料所得は発明の対価であるという考え方を前提とするならば、発明という実物経済活動（人や機械・工場等の実物生産要素が稼働すること）に着目すべきであり、使用料所得は実物経済取引の文脈で稼得するものであると位置付けるべきであろう。

このように、(4) の使用料所得の地理的割当の観念のされ方について、財産所在地基準及び債務者事業地基準と稼得者事業地基準とが、異なる結論をもたらすため、所得の地理的割当の観念のされ方のうち、使用料所得の地理的割当の観念の仕方が、分水嶺となりそうである、という直感が得られる。

そして、財産所在地基準は債務者事業地基準に吸収される、と本稿は考える。(2) で論じたように、配当所得をもたらす株式の財産所在地が発行会社たる乙社の居住地国たる S 国にあるということを重視する考え方は、乙社の配当支払いの基因となる事業が第三国たる T 国で主に行なわれている場合に、所得の地理的割当の

観念の仕方と直感的に反する帰結をもたらしかねないため、財産所在地基準は誤解を誘発しがちである、と本稿は考えるからである。また、財産所在地基準が最も妥当しそうな (1) の不動産賃料所得については、財産所在地基準でも債務者事業地基準でも稼得者事業地基準でも、所得の地理的割当が S 国にあると観念されるという帰結を動かさないの、財産所在地基準独自の意義を否定しても、大過なさそうである。

そして、(1) の不動産賃料所得と異なり、(4) の使用料所得については、債務者事業地基準と稼得者事業地基準とが所得の地理的割当の観念の仕方について異なる帰結をもたらすため、慎重な考慮を要する。この点、【歴史的経緯はともかく、使用料所得は甲社の発明の対価であるという考え方を前提とするならば】と前述した通り、稼得者事業地基準に沿って、使用料所得の地理的割当は S 国ではなく R 国にあると考えるべきである。このように述べることは、伝統的に使用料所得の地理的割当は（財産所在地基準で考えるか債務者事業地基準で考えるかの違いは措いておくとして）S 国にあると観念されてきたことと、齟齬する。

この齟齬は、所得の地理的割当の観念のされ方について、深刻な負荷を課す。所得の地理的割当の【観念】のされ方という、敢えてあやふやな表現を本稿が用いている理由は、所得の地理的割当が理屈で定まるものではないからというところにある。観念のされ方について【～べきである】という表現は馴染まない。所得の地理的割当は、理屈ではなく観念でしかないということからすれば、稼得者事業地基準による他の所得の地理的割当の観念のされ方と、使用料所得の地理的割当の観念のされ方との間に一見齟齬があるように見えたとしても、その齟齬

12) 浅妻章如「知的財産権等使用料の範囲と所得配分」相澤英孝＝大淵哲也＝小泉直樹＝田村善之編（中山信弘先生還暦記念論文集）『知的財産法の理論と現代的課題』580 頁（弘文堂、2005）参照。

13) 金融取引と実物経済取引との峻別が難しい例として、機械等の賃貸借取引を挙げることができる。註 39 付近の本文も参照。キャッシュフロー法人税に関する R ベース（real、つまり実物経済取引のみ課税する）と R+F ベース（real と financial、つまり実物経済取引と金融取引の両方に課税する）について、神山弘行「法人課税とリスク」金子宏＝中里実＝J. マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』321 頁（有斐閣、2014）参照。

を止揚するような説明を考えるよう努めるべきである。しかし、この齟齬を止揚するような説明を、私は思い付くことができなかつたし、管見の限り他の論者も思い付いていないように見受けられる。

そこで、使用料所得の地理的割当はS国にあるという伝統的な観念のされ方は、他の所得（（1）（2）（3）（5）（6）の地理的割当の観念のされ方と、齟齬している、と本稿は考える。使用料所得は甲社の発明の対価であるという考え方を前提とするならば（この前提を崩す例についてはⅢ－2－3. 節で後述する）、使用料所得の地理的割当は稼得者事業地基準によりR国にあると観念されるべきである。前述のように、ここで【～べきである】という表現を用いることはおかしいが、かように表現せざるをえない、と本稿は考える。

#### Ⅱ－1－5. 販売所得

（5）の販売所得については、甲社がS国にPEを有している場合、S国PEに帰属する利得（personal attribution）がS国に地理的に割り当てられるべき利得（geographical allocation）を支配する<sup>14)</sup>。PEを有していない場合、リーディング・ケースとしてはtitle passage（権限移転）ルールに関する事例<sup>15)</sup>が研究されることがあるが、title passageルールは事業地判定のためのproxy（代理指標）であった（しかも残念なことに出来の悪いproxyであった）と理解すれば、今は、販売所得の地理的割当も人的帰属も稼得者事業地基準により概ねR国にあると観念されるといって大過なからう。

#### Ⅱ－1－6. 役務所得

（6）の役務所得については、（5）と同様に

考えてよからう。甲社がS国にPEを有しているならばOECDモデル租税条約7条1項第2文が支配する。PEを有していない場合、リーディング・ケースとしては、メキシコラジオ放送会社がアメリカ企業からも広告収入を受けていたことについてアメリカで事業を行っていたとは認定されなかつた事例<sup>16)</sup>が研究されることが多い（なお、この事件についてはメキシコラジオ放送会社がアメリカ企業の広告を受注することにまつわる活動をアメリカですることに関しアメリカにPEを有すると認定できたのではないかという検討に私はあまり意義を見出せないと考えている。仮にPEを認定できたとしてもPE帰属利得は大した額にならなかつたであろうと推測されるからである<sup>17)</sup>）が、役務所得の地理的割当も人的帰属も稼得者事業地基準により概ねR国にあると観念されるといって大過なからう。

#### Ⅱ－1－7. 債務者基準≠需要地基準

（1）の不動産賃料所得も（2）の配当所得も（3）の利子所得も（4）の使用料所得も、需要（demand）地基準で所得の地理的割当を観念してきた、との説明が不可能ではない。

しかし、（5）（6）の事業所得の地理的割当については、需要地基準であるとは言い難い。多くの所得源泉の観念のされ方についてなるべく整合的な説明を探ろうという見地から、需要地基準は棄却される。

そして、（1）の不動産賃料所得の地理的割当については（財産所在地基準として説明する方が通例であろうけれども）稼得者事業地基準で観念されていると説明し、（2）の配当所得と（3）の利子所得の地理的割当については債務者事業地基準で観念されていると説明するな

14) OECDモデル租税条約7条1項第2文参照。参考として同条2項。

15) *U.S. v. Balanovski*, 236 F.2d 298 (2nd Cir. 1956); reversing 131 F.Supp. 898 (1955).

16) *Commissioner v. Piedras Negras Broadcasting Co.*, 127 F.2d 260 (5th Cir. 1942), affirming 43 BTA 297 (1941).

17) 岡直樹『『新課税権』『ミニマム税』提案の含意と国際租税法の展望』国際取引法学会会誌5号（2020.3）掲載予定参照。

らば、(1)(2)(3)(5)(6)について（つまり(4)以外について）、稼得者の事業に着目するか債務者の事業に着目するかの違いを軽視した上での事業地基準で所得の地理的割当を観念してきた、と整合的に説明することができる。

更に、(2)の配当所得と(3)の利子所得の地理的割当について、甲社の事業利得、つまり net income に着目する姿勢ではなく、乙社から甲社の配当又は利子の支払い、つまり gross income に着目する姿勢を前提とし、所得稼得者たる甲社は金融取引をしたのみであって、乙社が実物経済活動（人や機械・工場等の実物生産要素が稼働すること）をし、そうして生み出された付加価値の一部が配当又は利子として乙社から甲社に支払われていると考えれば、(1)(2)(3)(5)(6)について（つまり(4)以外について）、付加価値を生み出す実物経済活動の場所に所得の地理的割当があると観念されてきた（これを、稼得者の事業に着目するか債務者の事業に着目するかの違いを軽視した上での事業地基準と区別する意味で、生産（production）地基準と呼ぶこととした）、という更に整合性の高い説明をすることができる。

#### II-1-8. 使用料所得再考：政府による保護を所得の地理的割当の基準とすることの困難

(1)(2)(3)(5)(6)について（つまり(4)以外について）、生産地基準で所得の地理的割当の観念のされ方を概ね整合的に説明できるとして、(4)の使用料所得について所得の地理的割当の観念のされ方に不整合があるとしてしまうのは早計であろうか。

(4)の使用料所得について、S国の特許法や著作権法等の知的財産法制を整備しているからこそS国に地理的割当が認められるべきであり、生産地基準の方が他の所得の地理的割当の観念のされ方と整合性を保ちやすいという考え

方に安易に飛びつくべきではない、と考える租税法家は少なからず存在するであろうと思われる。しかし、(5)(6)の事業所得に関しても、甲社はS国における法制度の整備の恩恵を受けているといえなくはない。それでも、(5)(6)の事業所得についてはS国ではなく生産地であるR国に地理的割当があると観念されてきたところである。

(5)(6)の事業所得について需要地基準が棄却されていることを前提としつつ、(4)の使用料所得について地理的割当がS国にあると観念することを正当化するためには、(4)と(5)(6)との間に、甲社がS国の法制度の整備から受ける恩恵に質的な違いがある、と説明することが考えられる。しかし私はこの説明は苦しいと考えている。仮にS国が特許法や著作権法等の知的財産法制度を整備していなかった場合に、甲社の発明や創作物はS国で乙社が無償で利用できる、となるとは限らない。例えば、日本では（国際的な事案ではなく国内事案であるが）、甲社が作成した木目模様を乙社が模倣した場合に、当該木目模様について著作物性は否定されたものの、乙社の模倣は甲社に対する不法行為（民法709条<sup>18)</sup>）を構成するとして、甲社の乙社に対する損害賠償請求権を認容した事例<sup>19)</sup>がある。S国が特許法や著作権法等の知的財産法制度を整備していないということがS国における発明や創作物の模倣等を放置するという政策論の表れである場合はありうる（例えば、化学物質の特許が認められていない時代、化学物質の模倣をすることは、特許法のみならず民法709条によっても損害賠償請求権を成立させないであろう）が、知的財産法制度の整備の有無・程度が(4)と(5)(6)との間の所得の地理的割当の観念のされ方の違いを基礎付けるという議論は（(4)と(5)(6)との間だけを考えるならば不可能とまではいえないが、次段落でも論じ直すように）根拠薄弱

18) 現在は不正競争防止法の問題となる。

19) 木目化粧紙事件・東京高判平成3年12月17日判時1418号120頁。

というべきであろう。

また、仮に、【知的財産法制度の整備の有無・程度が（４）と（５）（６）との間の所得の地理的割当の観念のされ方の違いを基礎付ける、そして、（５）（６）の事業所得の地理的割当がＳ国にあると観念することをＳ国における法制度の整備が正当化しない】、と考えるとすると、【（２）の配当所得や（３）の利子所得については地理的割当がＳ国にあると観念することをＳ国における法制度の整備が正当化する】、と論じることは難しい。（４）と（５）（６）との間に知的財産法制に関する差を見出すならば、（４）と（２）（３）との間にも知的財産法制に関する差を見出すことが自然であるところ、そうすると、（５）（６）の事業所得と（２）（３）の配当所得又は利子所得とを、同様に扱う（同様にＳ国に地理的割当がないと観念する）ことに結びついてしまいかねないが、それは、（２）の配当所得又は（３）の利子所得についての伝統的な地理的割当の観念のされ方とは異なってしまうからである。

従って、所得の地理的割当の観念のされ方について総合的な説明を試みる際、原則として生産地基準で観念されてきたが、（４）の使用料所得だけ例外である、とする説明が、無理の少ない説明であると思われる。

（４）の使用料所得に限らず、法制度の整備等、政府による保護が所得の地理的割当を観念する際の基準の候補であると考えらることは、無理がある、と本稿は考えている。政府による保護が課税権を基礎付けるとしたら、そうした租税は対価説的なものであろう。対価は効率性の文脈である。効率性の文脈からは、政府による保護の便益を超えない範囲で課税しても企業等は逃げ出さないであろうから、そうした課税は効

率性を阻害しない。しかし、所得課税は豊かな人から貧しい人に再分配<sup>20)</sup>するという公平の契機も含んでいる。再分配を充実させるには、政府による保護の便益を超えた租税（つまり対価的ではない租税）も課さねばならない。

念の為であるが、前段落の議論は、対価説的発想に基づき政府が金銭債務を私人に賦課することを否定しようとするものではない。例えば特許権等の登録料の負担を賦課することが否定されるものではない。

## Ⅱ－１－９．需要地基準か生産地基準かは理屈で決まるものではない

これまで述べてきたように、所得の地理的割当は理屈で決まるものではなく、我々租税法律家が何となく観念してきたものであるにすぎない。従って、伝統的に生産地基準で所得の地理的割当が観念されてきた、という説明は、seinの議論（どうであるかについての議論）であるにすぎず、sollenの議論（どうあるべきかについての議論）ではない。

from whatの意味で所得源泉を考えるならば、所得源泉は付加価値<sup>21)</sup>であろうし、付加価値は（控除法で計算するならば）【売上－仕入】である。付加価値の地理的割当と言い直したところで所得の地理的割当と同様に観念として論ずるしかない。伝統的な観念のされ方がどうかではなく、ありうる候補地は何か、を考えるならば、需要地か生産地かであろう。

伝統的には生産地基準で所得の地理的割当が観念されてきたというseinの議論は、sollenの議論の文脈において、所得の地理的割当を需要地基準で観念しようとするものの劣位性を基礎付けるものではない。そして、20世紀末以来、電子商取引の勃興を受けて<sup>22)</sup>、需要地基準が学

20) 分配 (distribution) と表記するか再分配 (redistribution) と表記するか、拘る向きもあるが、本稿は深入りしない。Liam Murphy & Thomas Nagel, THE MYTH OF OWNERSHIP: TAXES AND JUSTICE (Oxford University Press, 2002), 伊藤恭彦訳『税と正義』(名古屋大学出版会, 2006) 参照。

21) 本稿で【所得】という語を用いる際に包括的所得概念と消費型所得概念との異同に拘らないのと同様に、【付加価値】という語を用いる際にも所得型付加価値と消費型付加価値との異同に拘らない。

22) The Economist 誌 1997年5月31日号19頁「Disappearing Taxes」という題の記事参照。

界等で議論され始めた<sup>23)</sup>ことは、(seinの議論の文脈では伝統的な所得の地理的割当の観念のされ方に沿わないとの批判に直面するものの)sollenの議論の文脈では理屈として奇矯ではない。

そして、value creation（価値創造）という言葉が、伝統的な所得源泉（source of income）という言葉に代わって使われるようになった背景には、所得源泉（本稿でいう所得の地理的割当）の基準は伝統的に生産地基準であったところ、value creationという言葉の使用により生産地基準か需要地基準かについて綱引きの余地を残す（余地を残すというよりは余地を生み出すというべきか）という考慮があったためであろう、と推測される。

## II-2. 国際連盟以来の選択：① PE なければ事業所得課税なし，② separate accounting，③ 帰属所得主義

S国が外国企業たる甲社に課税権を及ぼそうとする際、鍵は三つある。第一が閾値（threshold。nexusという言い方をすることもある）（言い換えると、執行能力の制約）、第二が所得配分（income allocation）、第三が総合所得課税の画し方である。この3点につき、国際連盟時代からOECDモデル租税条約にかけて伝統的に採用している考え方を左に、別の候補を右に位置付けると次のようになる。

### ① 〈閾値：執行能力の制約〉

PE なければ事業所得課税なし vs. PE 又は関連企業なければ事業所得課税なし

### ② 〈所得配分〉

separate accounting + arm's length vs. consolidation + formulary apportionment

### ③ 〈総合所得課税の画し方〉

帰属所得主義（帰属主義）vs. 全所得主義（総合主義）（force of attraction）

外国企業への課税権の制約を論ずる際、伝統的に真っ先に注目されやすいのは①の閾値（PE なければ事業所得課税なし）（PE 又は関連企業なければ事業所得課税なし、という人口に膾炙してない表現についてはII-2-2. 節で後述）であったと見受けられる。租税条約交渉において、①のPE概念の広狭については交渉の対象としやすい（OECDモデル租税条約5条とUNモデル租税条約5条のPEの定義の広狭も、注目しやすい）一方、②の所得配分に関しformulary apportionment（定式配賦）が例外的であるということは、少なくともOECD加盟国の間では共有されている認識（OECD非加盟国にとっては、嫌々かもしれないが、OECD加盟国の共有認識であることについてはOECD非加盟国にとっても知られていよう）といつてよからう。

しかしそれでも、私は、現在の国際租税法の根幹が形成された国際連盟時代における最も画期的な選択は、②の所得配分についてseparate accounting（個別会計）の発想を採用したことにある、と考えている。【画期的な選択】という表現を用いる意図は、20世紀前半の執行能力等の環境下で他に大きな影響を与える【必然的ではない選択】をしたということを強調するものである。

しかし、先に①の閾値から見ていこう。

### II-2-1. ① 閾値（PE なければ事業所得課税なし）の位置付け

20世紀前半の執行能力の制約（現在のようには国家間の情報交換が整備されていないことによる制約）を前提とすると、S国が外国企業たる甲社に課税しようとする際に、甲社がS国に何らかのphysical presence（物的存在）を有してなければ、S国は甲社に手を出せない、という【PE なければ事業所得課税なし】に類似した閾値が設定されることは、不可避とまではい

23) Richard L. Doernberg, Electronic Commerce and International Tax Sharing, 16 Tax Notes International 1013-1022 (1998.3.30); Richard L. Doernberg & Luc Hinnekens, ELECTRONIC COMMERCE AND INTERNATIONAL TAXATION (Kluwer, 1999) 等参照。

えないものの（例えば事業所得に関しても源泉徴収課税をするという方策が考えられないではない）、不可避に近かったと推測される。OECD モデル租税条約の【PE なければ事業所得課税なし】という閾値に対し、伝統的にアメリカ法では【国内事業】(trade or business in the US) という概念が閾値となってきたので、【PE なければ事業所得課税なし】という閾値は必然ではないと強弁することは不可能とまではいえない。しかし、アメリカ法においても、外国企業が国内に何ら physical presence 無しに国内事業に従事しているとは判断されることはあまりなかったところであり、【PE なければ事業所得課税なし】という閾値とアメリカ法における【国内事業】という閾値は、同じとまではいえないものの、大差ないという評価は可能であると思われる。また、日本の国内法では、2014 年に AOA (Authorised OECD Approach : OECD で承認されたアプローチ) に沿った帰属所得主義を採用する前、【PE なければ事業所得課税なし】という閾値の例外として、人的役務による所得については、PE が無くても日本の非居住者に対する課税権を認めてきた<sup>24)</sup>が、これについても、非居住者が物的に日本に存在することなく日本で役務提供をしていると認定された事例は寡聞にして聞かないため、physical presence は暗黙の要件であったといってよかろうと思われる。20 世紀末から付加価値税について外国企業の国内 physical presence が無い場合の課税を論じ始めるようになったが、それより前は、付加価値税か所得課税かの税目にかかわらず、physical presence に頼らざるをえなかった、と思われる。

また、20 世紀前半ではなく昨今のいわゆるサービス PE 課税は、日本の（旧）国内法における人的役務提供者に対する【PE なければ事

業所得課税なし】という閾値の例外としての課税<sup>25)</sup>と、機能的に大差ない。OECD モデル租税条約 17 条における運動家や芸能人への課税についても、伝統的には PE と呼ばれてこなかったが、サービス PE の議論が出てきてからは、17 条による課税はサービス PE 課税のサブカテゴリであるという理解が成立する。このように見ると、サービス PE と呼ぶか日本の（旧）国内法における人的役務課税と呼ぶか OECD モデル 17 条の課税と呼ぶかの違いに拘らなければ、【PE なければ事業所得課税なし】という閾値についても、結局何を PE と呼ぶか次第であるにすぎない、ともいえる。

また、先程【事業所得に関しても源泉徴収課税をするという方策が考えられないではない】と述べた点に関しては、UN モデル租税条約 12 条 2 項と同様の使用料に関する源泉徴収課税を、日本も他の国も伝統的に少なからず採用していたということが挙げられる。【何を PE と呼ぶか次第であるにすぎない】と前段落で述べたのと同様に、源泉徴収課税の対象となる所得の範囲についても、【何を UN モデル租税条約 12 条 2 項タイプに含めるか次第であるにすぎない】といえることができる。この点、特にインドでの技術役務対価 (fees for technical services : FTS) が話題に上りやすいが、日本も 20 世紀においては幅広く源泉徴収課税の範囲をとろうとしていたところであって、インド特有の話ではない。

要するに、①に関しては、20 世紀前半の執行能力を前提とすると、S 国が外国企業たる甲社に課税の手を伸ばそうとする際、源泉徴収に頼るか、又は、physical presence に頼るか、がほぼ必然的であったと考えられる。但し、II - 2 - 2. 節で後述するように【physical presence に頼る】は、【PE なければ事業所得

24) 2014 年（平成 26 年）改正前の所得税法 164 条 1 項 4 号, Akiyuki ASATSUMA, Japan, in IFA 2012 Boston Congress: cahiers de droit fiscal international, volume 97a, Enterprise services, pp. 413-435 (2012) 参照。

25) 旧 OECD モデル租税条約 14 条における人的役務課税は、PE とほぼ同等といって大過ない fixed base を要件としていたので、日本の（旧）国内法の人的役務課税とは別物である。

課税なし】ルールを直ちに意味するものではない。【physical presenceに頼る】は、【PEなければ事業所得課税なし】ルールよりメタレベルにある。言い換えると、【physical presenceに頼る】は、【PEなければ事業所得課税なし】ルール以外のルールでPE概念に類する閾値（アメリカにおける trade or business in the U.S. 概念や、日本の国内法における人的役務課税や、サービス PE や、OECD モデル租税条約 17 条による運動家や芸能人への課税が想起しやすい）に頼らないルール（II-2-2. 節で後述する【PE 又は関連企業なければ事業所得課税なし】）も含みうる、ということに留意されたい。

## II-2-2. もし、②所得配分に関し separate accounting を採用していなかったら、①閾値に関し他の可能性はあったか？

②所得配分につき、国際連盟時代に Carrol を中心に separate accounting の考え方が採用されていった歴史については、瀧圭吾等による詳しい研究がなされている<sup>26)</sup>。

本稿は、歴史ではなく、国際租税法の機能の仕方を考察するため、②所得配分につき separate accounting 以外の考え方を採る余地について考察する。

separate accounting に対置される考え方の代表は連結納税（consolidation tax return system）である。そして、国際租税法界限では、separate accounting は arm's length principle（独立当事者間原則）と相性が良く、consolidation の発想は formulary apportionment（定式配賦）と相性が良い。この為、伝統的に、国際租税法界限では、separate accounting の是非が論じられるのではなく、arm's length principle と formulary apportionment とが対置されて議論されることが多かった。対置というと互角の位置付けになってしまうが、実際には、arm's length principle が原則に位置付けられ、例外的に formulary apportionment が許される場面の広狭をめぐる

論争となることが多かった。

しかし、arm's length principle 対 formulary apportionment という対置を一旦忘れ、もしも separate accounting に拘らなかったら国際租税法体系はどのような姿になりえたか、を考察する。

separate accounting であろうがなかろうが、①閾値に関しては、前述の通り、源泉徴収に頼るか、又は、physical presence に頼るか、がほぼ必然的であったと考えられる。そして、【physical presence に頼る】に関しては、PE 概念の広狭をめぐる論争という議論枠組みが伝統的なものであった。しかし、separate accounting に拘らなければ、PE 概念の拡張以外にも、S 国の外国企業への課税の手を伸ばす方法はある。

冒頭の（1）～（6）においては、R 国の甲社が S 国に何らかの意味で経済的に参入しているため、S 国が甲社に課税したがっている、という状況を想定していた（そして（4）の使用料所得以外、需要だけでは所得の地理的割当は基礎付けられ難いことを確認した）。PE 概念の広狭は、甲社の分身が S 国にどれほどの規模で存在しているかに着目していた。しかし、現実の国際取引においては、S 国における physical presence は甲社の分身ではなく、甲社の関連会社である甲' 社の分身（又は甲' 社本社）でしかない、という場面もある。この場合、S 国が PE 概念の拡張を考えるとしても、separate accounting に囚われていたら、甲社の PE は認定しえず甲' 社の PE（又は S 国法人としての甲' 社）が認定されるかもしれないにとどまる。separate accounting の発想の下では、甲' 社の PE（又は S 国法人としての甲' 社）なるものが認定されたとしても、甲社の PE ではない（ありうるとすれば代理人 PE の認定であるが、arm's length principle に依るならば代理人 PE 認定は殆どの場合に S 国に税収増をもたらさない筈である<sup>27)</sup>。なお、代理人

26) 瀧圭吾『所得課税の国際的側面』（有斐閣、2016）参照。

PE 帰属利得についてはⅢ-2-2. 節でも少し論じる) ということになる。しかし, separate accounting の発想に拘らないならば, 甲社の分身であろうが, 甲' 社の分身 (又は甲' 社本社) であろうが, 何かしらの physical presence で以て S 国が甲社の事業所得にも課税の手を伸ばすということが考えられる。この考え方は, 【PE なければ事業所得課税なし】ではなく, 甲社の直接の分身たる PE がなくても関連企業の physical presence を以て課税の手を伸ばすという考え方である。【PE なければ事業所得課税なし】ルールに代えて, 【PE 又は関連企業なければ事業所得課税なし】ルールと呼べよう。

逆に, ①閾値に関し, 【physical presence に頼る】という 20 世紀前半の執行能力を前提としてもなお【PE 又は関連企業なければ事業所得課税なし】ルールを構想しえた筈であるのに構想されなかった理由は, ②所得配分に関し, separate accounting を採用したことにある。①閾値に関し, 【PE なければ事業所得課税なし】ルールを採用したから, ②所得配分に関し, separate accounting の採用に繋がった, という理路ではない (【PE なければ事業所得課税なし】ルール採用と separate accounting 不採用 (連結なり formulary apportionment なる採用) という組み合わせが, ありえないではない)。よって, ①閾値に関するルールの選択よりも, ②所得配分に関するルールの選択の方が, 他に影響を与える画期的な選択であった, と私は考える。

【PE 又は関連企業なければ事業所得課税なし】ルールは歴史の中で採用されなかった。が, 裁判例としては, ドイツ法人たる Philip Morris GmbH のイタリア国内における関連企業の存在を以てイタリアが (代理人)PE 課税をした事例<sup>28)</sup>が有名である。S 国において R 国法人たる甲社の PE として認定されるのは甲社の分身であって甲社の関連企業の physical presence は PE を基礎付けない筈であるとして, 当時, イタリア破毀院は国際租税法界隈 (イタリア人も含む)において散々な嘲笑を浴びた。この事例は, separate accounting の発想がもたらす S 国の外国企業への課税の手の縛り方が, 如何に厳しいものであるか (イタリア破毀院は従わなかった訳であるが) を示した事例ともいえる。そして, 遂に OECD も, BEPS 対策を講じる中で, PE 概念の拡張を論ずるに際し, fragmentation 対策 (関連企業で活動を細分化して PE 認定を回避しようとする事への対策)<sup>29)</sup>を講じるようになった。あまり表立って言われていないが, イタリア破毀院に対する嘲笑の撤回に近い, と私は考える。

### Ⅱ-2-3. 国際連盟の選択: 労働価値説的発想?

①閾値に関し, 源泉徴収に頼るか, 又は, physical presence に頼るか, が当時採りうる策であったとⅡ-2-1. 節で述べた。

国際連盟時代の選択は, 配当・利子・使用料等の源泉徴収対象となりうる所得は, 所得の人

27) OECD では今も代理人 PE 帰属利得に関する single taxpayer approach を認めるには至らず, 建前上は double taxpayer approach (dual taxpayer approach) を前提とするかのような体裁を保ってはいるものの, 立場に囚われずに発言できる国際租税法専門家 (研究者, 実務家を問わず) の殆どは, もはや double taxpayer approach は死に体に近いと考えている (single taxpayer approach の支持にまでは至らないとしても, double taxpayer approach が single taxpayer approach と異なり S 国の課税標準を増やすような利得帰属の帰結をもたらさう場面は, ありうるとしても限定的であると考えている), と見受けられる。

28) *Ministry of Finance (Tax Office) v. Philip Morris GmbH*, Corte Suprema Di Cassazione (Sezione Tributaria), Rome, Judgment date: 2002.3.7, reported in 4 International Tax Law Reports 903-946 (2002) (付加価値税については 947-1008 頁) 参照。

29) OECD/G20, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report (2015.10.5 <https://doi.org/10.1787/9789264241220-en>) の 39 頁以下の「Fragmentation of activities between closely related parties」。なお 42 頁以下の「Splitting-up contracts」も, OECD モデル租税条約 5 条 3 項対策という限られた文脈ではあるが, 類似した発想といってよからう。

的帰属より所得の地理的割当を優先させようとしたものである（使用料所得の地理的割当の観念の仕方をⅡ-1-4. 節で批判したことは置いておくとして）。

これに対し、事業所得に関する【PE なければ事業所得課税なし】ルール、【PE あれば帰属利得のみ課税】ルールは、所得の地理的割当より所得の人的帰属を優先させようとしたものである。PE 課税はS国の源泉課税管轄権の問題であるものの、地理的な発想を弱めている。

もしも②所得配分に関して、separate accounting の発想に囚われていなかったならば、①閾値に関し、【PE なければ事業所得課税なし】ルールに代わり、【PE 又は関連企業なければ事業所得課税なし】ルールは当時の執行能力を前提としても採用しえた筈であるし、源泉徴収課税ではない総合所得課税の範囲の画し方③) に関しても帰属所得主義 (attribution principle。日本では帰属主義と呼ばれることもある) に囚われる必然性はなく、1966年改正前のアメリカ法（又は2014年改正前の日本法）におけるような force of attraction（吸引力。PE に帰属しない所得であっても国内源泉所得と判定される所得についてはPE の申告納税による総合所得課税の範囲に含める）を含む全所得主義 (entire income principle。日本では総合主義と呼ばれることもある) は、separate accounting の下におけるほどには批判を浴びなかったであろうと想像しうる。

尤も、仮に②所得配分に関して separate accounting の発想に囚われていなかったならば、③) に関し全所得主義の採用の余地があったかもしれないとはいえ、事業所得の地理的割当に関しⅡ-1-9. 節で述べたように生産地基準の発想に囚われていたならば、全所得主義を採用してもS国の課税標準は（配当・利子・使

用料等の源泉徴収対象となりうる所得についての考慮を除けば）劇的には変化しなかったと想像される。他方で、もしも、事業所得の地理的割当に関し需要地基準の発想が採られていたならば、③) に関し帰属所得主義か全所得主義かの対立はS国の課税標準に劇的な変化をもたらしうる。

このように考えると、本稿は②所得配分に関する separate accounting の採用が画期的な選択であると考えてはいるものの、所得の地理的割当に関する基準が生産地基準か需要地基準かの選択も、国際租税法の設計にまつわる他の選択に重大な影響を与えた、と考えることができる。

私の想像にとどまり根拠を欠いているが、所得課税は所得稼得者に対する課税であるから生産に着目することが20世紀前半において素直な発想であった（需要地基準と生産地基準とを同格の選択肢として対置する発想には至らなかった）のかもしれない。そのため、本稿は所得の地理的割当に関する生産地基準の採用を画期的な選択とは呼んでいない。とはいえ、②所得配分に関する separate accounting の採用も、所得の地理的割当に関する生産地基準の採用も、国際租税法に設計にまつわる他の選択に与えた影響の重要度という意味では、同程度といえるかもしれない。

なぜ需要地基準ではなく生産地基準なのか、そして②所得配分に関し、所得の地理的割当より所得の人的帰属を重視するのかについて、確たる根拠は見出し難いものの、国際連盟時代以来の国際租税法は労働価値説 (labor theory of value)<sup>30)</sup> 的発想に基づいているのではないかと私は推測している（私が労働価値説的発想を肯定しているという意味ではないことに留意されたい）。本家の労働価値説は資本家（機械、工場等を所有する）と労働者（人的資本のみ所

30) Itai Grinberg, *International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate, Taxes* (2019 March) pp. 85-118 が Karl Marx に言及した (89 頁) のが管見の限り初めてであると思われる。私は、口頭で労働価値説に言及したことはあっても、公刊物に書く勇氣は持てなかった。Itai Grinberg, *Stabilizing 'Pillar One': Corporate Profit Reallocation in an Uncertain Environment* (未公開。2019.7.26 <https://ssrn.com/abstract=3429863>) 等も参照。

有する)との対立に意味があるが、ここで労働価値説的発想と呼んでいるのは、人や機械・工場といった有形の実物生産要素の稼働が、from whatの意味での所得源泉であり、その場所がfrom whereの意味での所得源泉(所得の地理的割当)である、という発想である。

もしも労働価値説的発想で国際連盟時代以来の国際租税法体系が形成されてきたならば、近

年の arm's length price をめぐる議論において自然人の貢献に着目する(cash box corporationのような実物ではないものの貢献を軽視する)のは、宜なるかな、と思われる。また、アメリカ法における GILTI 等の発想は、発明等の人や機械・工場といった有形の実物生産要素の稼働に着目しているという点で、やはり労働価値説的発想と親和的である。

### Ⅲ. arm's length からの逸脱(軽度), arm's length からの逸脱(重度)

#### Ⅲ-1. 当てになる arm's length, 当てにならない arm's length

国際連盟時代以来の選択が、①閾値に関する【PEなければ事業所得課税なし】ルール、②所得配分に関する separate accounting、③総合所得課税の範囲の画し方としての帰属所得主義であるにしても、arm's length principle の下で現実の arm's length 取引を比較対象の候補に含めると、おかしな帰結に至る場面がある。

##### Ⅲ-1-1. 何かをしないこと(不作為)の対価: Korfund 事件

何かをしないことの対価のリーディング・ケースとして、競争避止義務の対価の所得源泉が争われた事例<sup>31)</sup>がある。ドイツ法人 Zorn 社がアメリカで競争しない義務を負う代わりにアメリカ法人 Korfund 社から支払いを受けるという事例である(結論はアメリカ国内源泉所得)。

Zorn 社と Korfund 社は対価で争うくらい arm's length の関係に近かったが、関連企業グループ内における arm's length principle の適用について、抽象例で考察してみよう。

R 国法人甲社と S 国法人乙社が関連企業であり、甲社が S 国で競争しない義務を負う代わりに乙社が Korfund 事件におけるのと同じ条件で(即ち arm's length 基準に適う条件で)甲社に支払いをしたら、乙社は当該支払を自身の課税所得から控除できるであろうか。

殆どの国際租税法法律家は、かような控除は認められないと答えるであろう。arm's length 準拠でも認められないということである。よって、当てにならない(unreliable) arm's length の存在を我々国際租税法法律家は否定できないであろう<sup>32)</sup>。

Korfund 事件におけるような実際の arm's length の支払を、関連企業間取引が真似た場合に、否認する論拠は現行法に無いのではな

31) *Korfund v. Commissioner*, 1 T.C. 1180 (1943). 但し争点は所得源泉であり(結論はアメリカ源泉)、本稿が焦点を当てるところの、支払者にとっての控除の可否は争点になっていない。

32) *Xilinx v. Commissioner*, 125 T.C. 37 (2005); 598 F.3d 1191 (9th Cir., 2010 March 22) 及び *Altera v. Commissioner*, 145 T.C. No. 3 (145 T.C. 91) (2015 July 27) は、納税者側が主張した所得配分が当てにならない arm's length に準拠した所得配分であったにもかかわらず裁判所が認めてしまった例(尤も、裁判所が非難に値するというより、arm's length 準拠の妥当範囲を租税条約締結時や立法時に適切に見極めきれなかった課税庁側の失点であった、という見方もできる)と見てよいと思われる。但し *Altera* 事件はその後に内国歳入庁(IRS)が勝訴した(9<sup>th</sup> Circuit, Nos. 16-740496, 16-70497, Tax Ct. Nos. 6253-12, 9963-12 (2019 November 12) <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2019/11/12/16-70496.pdf>)。

いかという疑問はある。もしも労働価値説的発想が国際租税法を支配しているとすれば、Korfund社からZorn社への支払はKorfund社の労働価値であってZorn社の労働価値ではないから、甲社・乙社という関連企業間取引においては当該支払の控除が否認されるべきである、という説明になるであろうか。しかし現行法には労働価値説的発想で当てにならないarm's length 準拠の取引を否認する論拠が無いのではないか、という疑問である。

この点、value creation（価値創造）という概念が用いられる現在においては、Zorn社や甲社にvalue creationへの貢献が無いという説明の仕方になるだろう。value creationとarm's lengthとでズレがある<sup>33)</sup>。但し、関連企業間取引では甲社のvalue creationがないとして乙社から甲社への競争避止義務の対価の支払い所得の地理的割当の見地から否認することできるとしたとしても、実際のarm's lengthの関係に近かったZorn社のpersonal attributionの文脈での所得帰属は否認し難い（だからこそ本稿は所得のpersonal attribution：人的帰属とgeographical allocation：地理的割当との違いを何度も強調するのである）、ということについては留意すべきであろう。

本家の労働価値説の文脈は資本家（機械・工場等を所有する）vs.労働者（人的資本のみ所有する）の対立の文脈であると理解した上で、資本家による収奪を認めないという発想を、国際租税法に持ち込むならば、100%出資を仮定すべき（支払配当損金不算入）、という説明になると思われる<sup>34)</sup>。そして、当てになるarm's lengthとは、100%出資（負債なし）で、リスク（Ⅲ-1-2.節で後述）も標準的に負担する主体を想定することになると思われる。

### Ⅲ-1-2. アドビ移転価格事件

アドビ移転価格事件<sup>35)</sup>において、アイルランド法人が機能やリスクを有しているから日本人の機能やリスクに対応する所得は小さい、という主張が認められている。機能やリスクの移転は私法上有効である。当てになるarm's lengthと当てにならないarm's lengthとの区別を持たない法制下で、アドビ移転価格事件の結論は否定し難い、と私は考える。

機能（function）・資産（asset）・リスク（risk）を勘案してarm's length price（独立当事者間価格又は独立企業間価格）を考えるべきこととされている。しかし、リスク勘案によるリスク対応収益の移転を許してしまうと、当てにならないarm's lengthの要素が混入してしまう。伝統的に国際租税法法律家が労働価値説的発想で所得配分の適正性を観念してきた（人や機械・工場等の実物の生産要素が稼働している所に所得の地理的割当が認められると観念してきた）といえるならば、その観念と整合させるためには、関連企業間取引におけるリスク負担は私法上如何に真正であろうとも租税法上は否認するための立法をすべきである。

しかしリスク負担を否認するための立法的対応（条約を含む）は後述のcash box corporationを除いて十分に進んでいない。一度、OECDとして機能（function）・資産（asset）・リスク（risk）を勘案すると言ってしまった手前、今更、リスク負担は否認する、と大っぴらに言うてしまつては面子が潰れるという事情もあるであろう。

更に、リスク負担を論じることの難しさとして、アドビ移転価格事件のようなリスク配分を【異常】と評するにあたっての【標準的な】姿が何なのかを示し難いという問題がある。過去の標準的な取引を前提とせざるをえないである

33) 浅妻章如「BEPS: value creationとarm's lengthとの異同、次にvalue creation基準の難点」税大ジャーナル27号35頁(2017.3)。

34) 後述するように、私は法人税制が投資即時控除（expensing方式）（キャッシュフロー法人税と呼んでもよい）を基本とすべきと考えているので、マルクス経済学的発想には馴染めていない。

35) 東京高判平成20年10月30日税務訴訟資料258号順号11061。

うが、新しい取引の勃興に対応するための【異常】【標準的】の線引きの論拠を提示し難いという難点の存在は否定し難い。

今のところ、いわゆる cash box corporation（或いは fat capitalization）の貢献（リスクも負担しているという契約書を書くことが通例となる）を軽視する、ということについては国際租税法家の間で共通理解が醸成されているが、cash box corporation とは言えない者のリスク負担の恣意性に対し、移転価格税制がどう否認していくかが、今後も課題であり続ける。cash box corporation についてはⅢ-1-3. 節でも考察を続ける。

なお、アドビ移転価格事件の（当時の法解釈の帰結としての正当性は認めるとしても）立法論の見地からのおかしさは、リスク負担の恣意性だけでなく、勝ちが見えた後のアドビグループの事業再編に対し、勝ちが見えない状況下の arm's length の比較対象（comparable）を参照することにあるのではないか、という問題提起もありうる。この観点についてはⅢ-3-1. 節で試論を提示する。

### Ⅲ-1-3. Google の Double Irish (Dutch Sandwich は無視) におけるアメリカの base erosion とは？

簡略化すれば、アイルランド法人（cash box corporation）たる甲社が、アメリカ法人（研究員等を雇用）たる乙社に金員を提供し（アイルランドがR国、アメリカがS国、と考えてよい）、乙社がR&D（research & development：研究開発）をするという構図である<sup>36)</sup>。

もし、甲社が乙社に出資するという法律構成だったならば、乙社が甲社に配当を支払うとい

う構図であり、原則として支払配当損金不算入であるし、配当所得の地理的割当はS国（アメリカ）にあると観念される。

もし、甲社が乙社に金銭貸付をするという法律構成だったならば、乙社が甲社に利子を支払うという構図であり、原則として支払利子損金算入である。そしてこの構図に関しては、earnings stripping（利益剥ぎ取り）対策として従来からも様々な対応策（移転価格税制、過小資本税制、過大利子支払税制）が議論されてきた<sup>37)</sup>。また、従来、出資（equity）と借入（debt）との差を解消する策として、CBIT（Comprehensive Business Income Tax）とかACE（Allowance for Corporate Equity）とか、議論はかなり厚く積み上がっている<sup>38)</sup>。

Google の仕組み（buy-in と呼ばれる）が画期的であるのは、事実上の出資・貸付を、売買という法形式の選択で達成してしまうことであつた<sup>39)</sup>。

cash box corporation に関してはリスク負担に対応する利得の帰属を認めないとしているが、投資家としての収益の帰属を甲社たる cash box corporation に認めるのは所得の人的帰属の文脈において正当化されるにとどまり、所得の地理的割当の観点からは、配当または利子と同様に乙社の事業地であるアメリカに割り当てねば不整合である、と説明できる。

Ⅲ-1-1. 節より、当てにならない arm's length の存在が認識されよう。

Ⅲ-1-2. 節より、関連企業間取引に対し arm's length principle を適用する文脈で、恣意的なリスク負担（私法上は有効である）を否認するための立法を怠れば、伝統的に国際租税

36) 詳しくは浅妻章如「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 頁（弘文堂、2015）参照。

37) OECD/G20, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update (2016.12.22 <https://doi.org/10.1787/23132612>)（利子控除制限）参照。

38) Institute for Fiscal Studies, MIRRLEES REVIEW: TAX BY DESIGN (Oxford University Press, 2011) Chapter 17 (Taxing Corporate Income), 神山・註 13 等参照。

39) 註 13 で述べた通り、金融取引と実物経済取引の区別が難しい取引形態は以前から開発されている、という点から、Google の buy-in も画期的なものとはいえない、という評価はありうる。

法律家の間で承認されてきた所得配分（労働価値説的発想に基づく所得配分）から乖離しうるということが認識されよう。

Ⅲ-1-3. 節より, arm's length principle は所得の人的帰属を扱うにとどまり, 所得の地理的割当の文脈では力を発揮し難い, ということが認識されよう。

### Ⅲ-2. 第1段階: arm's length principle からの逸脱（軽度）: 生産地基準

arm's length principle を原則として遵守するとはいっても, Ⅲ-1. 節の考察により, 当てにならない arm's length の存在が認識されるのであるから, 所得の地理的割当の観点から所得移転に制限をかけるためには, arm's length principle からの例外的な逸脱 (derogation) を課税庁に認めるための立法的対応も, 考えていかねばならない。今, 既に世界的に需要地基準も視野に含めて議論されてはいるが, 先ずは軽度の逸脱として生産地基準墨守の中での arm's length principle からの逸脱を考えてみよう。

#### Ⅲ-2-1. S国居住者と非居住者の profit sharing (利益共有関係): 日本ガイドン事件等

例として, リスク共有のためR国の甲弁護士とS国の乙弁護士が組合 (partnership) を結成し所得折半を約したとする。或る年, 甲弁護士は病気で全く活動できず, 乙弁護士の稼ぎが甲乙間で折半された (乙が稼ぎの半分を甲に支払った) という状況を想定する。

組合契約に関しては, 欧米日を問わず, 甲がS国にPEを有しS国で課税される, と考えられている。

甲が組合を通じてS国内の乙弁護士の事業所

(place of business) の処分権限 (at one's disposition) を有している (日本法でいえば合有を通じてということになるか) と説明される。しかし, 組合契約の中で明示的に甲のS国での活動が禁じられていたら, 甲のS国における事業所の処分権限は認定できないのではないかと, という疑問が湧く。この点, 理屈は分からないが, 欧米日の殆どの国の課税庁は, それでもPE認定は諦めないであろう。組合だから事業所について非居住者も処分権限を有している, という説明は, 租税条約の文言の解釈として無理があると私は考えているが, 恐らく一人説であるので, この点については深入りしない。

profit sharing (利益共有関係) を通じたS国企業 (弁護士のような個人も含む) からR国居住者への利益移転は, 組合の形をとるとは限らない。日本では匿名組合契約における利益分配という形式で, S国企業からR国居住者への利益移転が図られ, 裁判所がPEを認定しなかった<sup>40)</sup>という例がある。帰結は所得の地理的割当の観点からおかしいかもしれないが, 日本の裁判所は租税条約の文言の解釈の節度を守った, と私は考える。組合契約関係に限らず匿名組合契約関係であってもPEを認定するのが欧州における常識であるが, 欧州の常識は結論ありきであって文言解釈を誠実になしていないように私には思われる。また, アメリカでも, partnership とPE認定の関係そのものは議論の対象となっていない (PE認定は当然視されている) ように見受けられ, S国企業からR国居住者への利益移転に関して当該二者がpartnership の関係にあったかが裁判の争点となっている<sup>41)</sup>。

欧米は profit sharing に対し比較的簡単に (少なくとも日本より簡単に)PEを認定する。こ

40) 日本ガイドン事件・東京高判平成19年6月28日判時1985号23頁。

41) *W. C. Johnston v. Commissioner*, 24 T.C. 920 (1955) は, カナダ居住者が partnership を通じてPE課税を受けた事例である。partnership 関係ならばPE課税を受けるとことが議論の前提とされており (この前提が何に由来するのか調べようとしたが辿り着けなかった。恐らく partnership 関係, 即PE課税, というのはアメリカ人にとって当然のことと考えられているものと思われる), 争点はカナダ居住者とアメリカ居住者が partnership 関係にあったか否かであった。

の緩さは、源泉課税管轄保守の観点から理解できないではない。しかし、租税条約の文言の素直な解釈の帰結としては、profit sharing は PE 課税の loophole (抜け穴) である、ということをお認めすべきであると思われる。そして、日本の匿名組合契約に関する対応 (PE 認定はできないが protocol の中で S 国の課税権を保守すると明示する) の様に、PE 課税に拘らない源泉課税管轄権確保策を誠実に議論すべきであると思われる。

Ⅲ-2-1. 節のような profit sharing にせよ、Ⅲ-1-1. 節の競争避止義務の対価の例にせよ、PE 課税の loophole であり、日本のように匿名組合契約の利益分配に関する源泉徴収課税で対処すべきか、支払者の控除を否認すべきか、特殊な PE を認定すべきか、方法は幾つか考えられる。方法の選択は今後詰めていくとして、非居住者から居住者への製品販売・役務提供等を伴わない居住者から非居住者への単なる支払 (利益移転) には、源泉課税管轄をお認めるべしという帰結について、国際租税法家の中で比較的賛同が得られやすいであろう。

**Ⅲ-2-2. 代理人 PE 帰属利得: double taxpayer approach を誠実に根拠付けるには**  
arm's length principle 遵守で代理人 PE 帰属利得に関し double taxpayer approach (dual taxpayer approach) を維持するのは、不可能ではないが、single taxpayer approach の方が素直である。

double taxpayer approach は寧ろ arm's length principle からの逸脱と明示的に位置付けた方が、まだ説得力が高まるであろうと思われる。double taxpayer approach が機能する場面があるとすれば、いわゆる synergy effect (協業の利益) についての S 国居住者たる乙社 (代理人 PE) と R 国居住者たる甲社 (本人) との間の配分が問題となる場面であろう。synergy effect (すなわち arm's length の関係では生じない利益) が仮にあるとして、arm's length principle 遵守の看板を下ろさないならば、甲

社が交渉力を有する場合に甲社に当該利益の多くが帰属することは否認し難い。他方、arm's length principle 遵守の看板を下ろし、所得の地理的割当が所得の人的帰属とは別の問題であるという考慮を視野に入れようとすれば、元々所得の地理的割当は観念にすぎず論拠はないので、synergy effect の配分について合意可能性を今後探っていこう、と誠実に言うことができるようになる。

代理人 PE 帰属利得算定が single taxpayer approach の下では源泉地国にとって不利になるかもしれない、という懸念への対処は、Ⅲ-2-1. 節の profit sharing と同様の構造の問題である、と私は考える。Ⅲ-1-1. 節の競争避止義務の対価に関しても、Zorn 社が競争しないことで Korfund 社に第一次的に帰属している事業利得が高くなるということがあるならば、arm's length の関係で Zorn 社がその増分をもっていくのはおかしなことではないけれども、関連企業間では S 国に所得の地理的割当が認められうる。これと同様、Ⅲ-2-1. 節の profit sharing にしても、Ⅲ-2-2. 節の代理人 PE 帰属利得算定における synergy effect の配分についても、S 国に地理的割当が観念される所得が arm's length principle 準拠を律義に遵守すると R 国居住者に人的に帰属してしまう、という場面において、S 国にも課税権をお認めるべく、arm's length principle からの (軽度の) 逸脱の合意形成を図っていく、という話は、政治的に容易ではないものの、誠実な説得策とはいえると思われる。

Ⅲ-2-2. 節の synergy effect にせよ、Ⅲ-1-1. 節の競争制限による利得の増分にせよ、PE 課税 (PE なければ事業所得課税なし、PE あれば帰属所得のみ課税) と arm's length principle 遵守の組み合わせは、S 国課税権保守にとって loophole をもたらしてしまう。loophole を認識した上で穴を塞ぐべく合意形成を図っていこうという話は、突飛な話ではないと思われる。

### Ⅲ-2-3. 知的財産権の使用料支払は債務者の事業成果の一部の移転か

Ⅱ-1-4. 節において、使用料所得は、R国の甲社の発明という実物経済活動（人や機械・工場等の実物生産要素が稼働すること）の対価であるという理解を前提としていた。ここでその前提を緩める。

国際租税法法律家は、関連企業間（本店・支店間のような部門間も含めるとする）の所得配分に関し、各法人（各部門）の貢献に応じた所得配分を想定する。これは労働価値説的発想によって国際租税法体系ができたのであるとすれば、理解できないではない。しかし、arm's length の関係における私法上の所得配分は、必ずしも貢献に応じた所得配分ではないことがある。

R国の甲社とS国の乙社が関連企業である場合（乙社が甲社から独立した法人格を持つものではなく甲社のS国支店である場合も含める）、甲社がR国で発明を担い、乙社がS国で製造・販売等の実施活動を担うという関係において、乙社から甲社への使用料支払いを擬制する（乙社が甲社の支店の場合、使用料支払の契約書は無いかもしれないが、乙社と甲社とが別人格である場合は契約書も用意されているであろう）にしても、乙社にも貢献に応じた所得帰属があつて然るべき、と国際租税法法律家の殆どは考えるであろう。

次に、R国の丙社とS国の丁社がarm's length の関係にあり、丙社がR国で発明をした（S国で特許権も取得した）が、丁社が当該特許を侵害して製造・販売等の実施活動をし、丙社が丁社に損害賠償請求をした、という状況を考えてみよう。もし、丙社が関連企業たる丙S社（支店でも子会社でも兄弟会社でもよい）をS国に設立し製造・販売等の実施活動をするつもりであり丁社に実施許諾を与えるつもりはなかったという場合、権利義務の初期配分（entitlement）としては、丙社は丁社の実施活動を差し止めることができる。よって、事実としては、丁社が実施活動をしてしまっていた

場合、丁社の実施活動という貢献に由来する事業利得が丁社に帰属すべきであるという主張（丁社の実施活動という貢献が、丁社の丙社に支払うべき損害賠償額の減額事由となるという主張）は認められない、と私法の法律家は考えている。実物経済活動による貢献に応じた所得配分は、私法上の知的財産権の規律としては認められていないのである。

具体的なイメージを喚起しやすくするため、数値例を考えてみよう。

甲社が2,000の投資をして発明をし、乙社が3,000の投資をして製造・販売等の実施活動をし、甲社も乙社も投資に対し10%の収益を獲得しようと思込んでいた（もしどちらかの収益率がもっと高いと思込まれるならもっと投資額を増やしておくことがファイナンスの常識である）ところ、見込み通り（もちろん現実世界では見込み通りに事が運ぶことは珍しいが、ここではイメージ喚起の便宜のためである）、全体としては5,500（利得は500）を回収し、甲社に2,200（利得は200）を、乙社に3,300（利得は300）を帰属させる（乙社は甲社に2,200の使用料を支払う）というのは、国際租税法法律家にとって、普通の発想である。

これに対し、丙社が2,000の投資をして発明をし、丙社が丙S社をS国に設立して3,000の投資をして製造・販売等の実施活動をし、10%の収益を獲得しようと思込んでいたところ、丁社が丙社に特許の実施許諾を求める（丙S社はまだ設立されてないとする）場合を考えてみよう。もしも丁社が特許権を侵害して製造・販売等の実質活動を勝手に行ない丙社が丁社に損害賠償請求をしたならば丙社は2,200ではなく2,500の損害賠償金額（丙社が利得500を得ることができるような損害賠償金額）を受け取ることができるとしなければ、丙社の特許発明に関連する事業（実施も含む）が法的に保護されているとは言い難い、と私法の法律家は考えている。この損害賠償見込額を前提として、丁社が適法に実施許諾を求めてきた場合、丙社は丁社に2,200（丙社の発明という実物経済活動へ

の対価の部分)に限られるのではなく、2,500 (うち300は丁社の実物経済活動による貢献の部分)が知的財産権という権限配分制度により丙社に移転するものと観念できるかもしれない)の使用料支払いを要求するであろう。

このように、arm's length の関係における使用料支払いは、実物経済活動の貢献に応じた所得配分という伝統的な国際租税法法律家の常識(労働価値説的発想)が予想するよりも、少し高額となっている可能性がある。とすると、関連企業間の使用料支払いの arm's length price 算定に当たっては、もしも当てにならない arm's length の存在を認め労働価値説的発想による所得配分を優先させるならば、甲社・乙社のような関連会社間所得配分において、現実の arm's length の使用料の額よりやや低めを参照すべき、という場面もありえよう。

### Ⅲ-3. 第2段階: arm's length からの逸脱(重度): 需要地基準<sup>42)</sup>

現在は需要地基準も含めて国家間の課税権配分の理屈が書き換えられようとしている(註4参照)。その理由付けについては、既に、user participation / user contribution (ユーザー参加・ユーザーの貢献)や marketing intangible (マーケティング無形資産)や significant economic presence (重要な経済的存在)といった議論がなされてきた<sup>43)</sup>。

いわゆるデジタル経済(その外延を詳細に論じるつもりはない)について、なぜ需要地基準も含めて議論がなされるようになったのか(Ⅲ-2. 節におけるような arm's length principle からの軽度の逸脱では足りないのか。言い換えると、生産地基準を労働価値説的発想によって補ったとしても足りないのか)、について、ネットワーク効果に着目しつつ試論を提示したい。

### Ⅲ-3-1. 試論: ネットワーク効果が需要地基準を要請するシナリオ

二国間モデルでネットワーク効果付きのリスク投資を考える。

R国に本拠がある甲企業(甲R本社、甲S支社。甲S支社は、甲R本社と別人格であると考えてもよいし、支店であると考えてもよい)とS国に本拠がある乙企業(乙S本社と乙R支社)が、100の市場を取り合おうとして競争すると想定する。甲企業と乙企業のどちらかが生き残りネットワーク効果で100を総取りし、失敗した方の回収額は0となるとする。シナリオの単純化の為、二企業のみが競争しており(現実にはネットワーク効果が絡む市場において何十もの企業が競い合っているであろうけれども)、甲企業から見ても乙企業から見ても成功確率は50%であるとする、回収額の期待値は50である。割引率を10%とすると、 $50/(1+10\%)=45.45$ がリスク中立(risk neutral)を仮定した投資額となるであろう。リスク中立ではなくリスク嫌悪(risk averse)があると仮定し、例えば40くらいに割り引かれた額しか投資されない、と想定してみよう。甲企業は40を投資するが、甲R本社の方が研究開発等に人手を要するので、例えば甲R本社が30(うち20は研究開発、10が製造販売)を、甲S支社が10(製造販売)を投資したと想定してみよう。鏡のように、乙企業は乙S本社が30(うち20は研究開発、10が製造販売)を、乙R支社が10を投資したと想定してみよう。甲乙どちらが勝つかはほぼ運であろうが、とりあえず、甲企業が勝ち乙企業が負けたと想定してみよう。

甲企業は合計40を投資し100を回収した。割引率10%という想定から、60の利得のうち $40 \times 10\% = 4$ はrisk free return(無リスク収益)に相当すると考えられる。また、期待値50と44

42) 需要重視自体は1990年代後半からDoernberg・註23等が前世紀から論じていたことであって学界的には珍しいものではない。Arthur Cockfield, Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce, 161 Tax Notes 1331 (2018.12.18) 等参照。

43) 佐藤良「デジタル経済の課税をめぐる動向【第2版】」調査と情報-ISSUE BRIEF-No.1064 (2019.7.2 [http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_11299248\\_po\\_1064.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_11299248_po_1064.pdf?contentNo=1)) 等参照。

( $=40 \times 10\%$ )との差額6は risk premium (リスク・プレミアム)に相当すると考えられる。残りの50 ( $=60-4-6$ )がネットワーク効果による特殊な利得であると考えられる(ネットワーク効果利得と仮に呼んでおく)。arm's length の関係であるならば、50のネットワーク効果利得が乙企業に一切帰属せず甲企業に帰属することは、所得の人的帰属の観点から、何らかしな事ではない。

ところで、上ではR国とS国という二つの国を想定していた。が、arm's length principle は国内事案でも国際事案でも同じように作用する筈である(日本法下では移転価格税制の適用範囲が国際事案に限られており租税特別措置法66条の4と法人税法22条2項、37条とで適用結果が同じではないという特殊事情があるが、arm's length principle 自体は国内事案・国際事案で変わらないであろう)。もしも、R、Sが二つの国ではなく、一つの国の中の地域(例えば北京と上海、東京と大阪、ベルリンとミュンヘン等々)であり、甲企業と乙企業が競争して乙企業が負け甲企業が勝った場合と、前段落迄のような国際的な状況の想定とで、arm's length principle は同じように作用しなければならない。

もし、RとSが二つの国ではなく、一つの国の中の地域であったならば、甲R本社と甲S支社との間の配分につき、甲S社には無リスク収益に相当する1 ( $=10 \times 10\%$ )だけが帰属し(または risk premium 部分6の中の1/4を足して $1+6/4=2.5$ だけが帰属し)、甲R本社に残り59(または $60-2.5=57.5$ )が帰属する、ということになるであろうか。確たる論拠は提示できないが、国内事案ならば、60の全利得のうち甲R本社に59または57.5が帰属するという結果は承認されないのではないか、と推測される。国内事案であっても、60の1/4(すなわち15)が甲S社に帰属するというのはいり過ぎかもしれないが、1や2.5よりは多めの利得が甲S社に帰属するであろうとは考えられないであろうか。甲S支社のリスクが不当に限定

されている訳ではないとしても、ネットワーク効果利得50のうち甲S支社に配分される部分が0というのはおかしいのではないかと、という発想が、アドビ移転価格事件(Ⅲ-1-2、節参照)のおかしさを、リスク負担の恣意性以外の要素に求める発想であろう。

アドビ移転価格事件の(当時の法解釈の帰結としての正しさは認めるとして)立法論の観点からの違和感は、RとSが別々の国であり、そして甲企業が乙企業に勝つことが見えた状況で、甲S支社の利得は1又は2.5にすぎない、という帰結についての違和感であると思われる。

この違和感は、二つの契機を含む。第一のおかしさは、RとS(二国であれ、一国内の地域であれ)の税率差がなかったら甲R本社がネットワーク効果利得の殆どを持っていくというような契約にならないであろうというおかしさ、第二のおかしさは、勝ちが見えた後なのに勝ちが見えてない一般企業の arm's length の利得を比較対象とすることのおかしさ、であろう。

しかし、生産地基準を前提とし労働価値説的発想によって補ったとしても、甲S支社の利得を1又は2.5より多くする理屈は見出し難いと思われる。というのも、ネットワーク効果利得の一部が甲S支社の実物経済活動による貢献に基づくとは評し難いからである。ここで、arm's length principle からの軽度の逸脱(生産地基準は前提とする)にとどまらず、重度の逸脱(需要地基準も援用しなければならないかもしれない)が要請される、と考えることができる。

かといって、50のネットワーク効果利得を全てS国の課税権に服さしめよとしたのでは、需要地基準がでしゃばりすぎてしまい(現在の付加価値税の様に仕向地主義を前提とするのであれば別論)、arm's length principle からの逸脱とはいえ arm's length principle 準拠が原則であるという現行国際租税法体系の微修正という線からの逸脱が大きくなりすぎてしまう。

ネットワーク効果利得50の中の何割かをS国の課税権に服さしめよ、という議論も考えら

れるが、あまりにも formulary apportionment の色が濃すぎるとして受け容れられにくいかもしれない。

excess profit (超過利潤) の全てではなく、限定された何かが必要地国に配分されうる、ということ了新語で表現しようとしたのが market intangible 概念 (標準的な広告等とは区別される何かの概念) であったと考えられる。このことと、user participation / user contribution はネットワーク効果が作用する市場で意味を持ちやすいであろうということとの融合を図りつつ、【第二のおかしさは、勝ちが見えた後なのに勝ちが見えてない一般企業の利得を比較対象とすることのおかしさ】と先述したことに沿って、そのおかしさの是正を図る策を追求する、という理路が考えられる。

甲企業と乙企業の競争という状況を想定したが、仮に他に脅威となりうる新規参入候補が見当たらないとしたら、甲企業と乙企業は合併する可能性も高い<sup>44)</sup>。乙S本社の30の投資のうち20(研究開発部分)が甲R本社の研究開発とダブっているので、合併しないことにより世界全体で20が無駄な投資であったといえるかもしれない。甲企業と乙企業とが競争していた場合、甲企業が40を、乙企業が40を投資していた(合計80)が、甲企業と乙企業とが競争してなかったら(甲企業と乙企業のどちらが勝つか分かっていたら)、せめて研究開発の20の投資を節約できると判断したかもしれない。

【勝ちが見えた後】と【勝ちが見えない競争状態】との違いは、marketing intangible という需要喚起の話ではなく、研究開発コストの重複を防げること(このモデルでは研究開発コストの重複20)の利得である、とは考えられまいか。開発コストの重複を防げることの利得をR国・S国間で分けるという話は、formulary apportionment 的ではあるが、ネットワーク効果の効きやすい市場におけるいわゆるデジタル

経済について、妥当するのではなからうか。

研究開発コストの重複(20)ではなく、乙企業の投資40全体が(結果論として)無駄な投資であった、という見方から、前記のシナリオでは20ではなく40についてR国・S国間でformulary apportionment 的に配分する、という更に過激な発想もあるかもしれないが、乙S本社の製造販売部門と乙R支社の製造販売部門の投資が無駄になるという部分は、デジタル経済特有の話とは言い難いかもしれないと考え、本稿は前段落のような微温的な arm's length principle からの重度の逸脱のシナリオを試論として提示してみた。

### Ⅲ-3-2. 源泉徴収型, 控除制限型, 法人税の消滅(?)

従来から、UNモデル租税条約12条2項の様に、投資所得でないにもかかわらず、事業所得(使用料所得等と呼ぶことで事業所得と区別しようとはしてきたものの)について需要地基準で所得の地理的割当を観念した上で源泉徴収課税をしてきた部分が無いではない。

現在は withholding tax, equalization levy, digital service tax 等、幾つか呼ばれ方があるものの、外税控除適格以外、質的にUNモデル租税条約12条2項タイプから大きな違いをもたらす話ではないように思われる。

他方、控除制限(BEAT, diverted profit tax 等)は、付加価値税の reverse charge と似ているが、付加価値税の reverse charge は ring fencing を要しないのに対し、デジタル経済課税の文脈では ring fencing を要する(需要地基準を法人税の文脈でも徹底するならば話は変わってくるかもしれないが)、という点に注意しなければならない。

究極的には、法人所得課税を諦めても、個人投資家段階の課税が確保できれば、効率性にあまり重大な影響を与えず公平の観点から強者か

44) 渡辺安虎「M&A がイノベーションを『殺す』?」日本経済新聞電子版 2020.2.14 (<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO55576770T10C20A2TCR000/>) 参照。

ら弱者への再分配という政策目標は達せられる  
が、これは、まだ将来の課題と位置付けてよか  
ろう。

#### IV. 法人税と付加価値税との比較

(5) R国の甲社が有形物を製造し、S国法人たる乙社に販売し、事業所得を得る。といった二国間の状況をII-1. 節で想定したが、

(7) Q国の丙氏がR国の甲社に出資 or 貸付をし、甲社がS国の乙社に製品販売 or 役務提供をする。といった三国間の状況（但し $Q = R = S$ とか $Q = R$ とか $R = S$ とか $S = Q$ とかいう状況もありうる）が所得課税について真に想定すべき概観図である。

大雑把に言えば、伝統的に、所得税は投資家所在地国（Q国）での課税であり、法人税は生産地国（R国）での課税であり（その逸脱についてはIII-3. 節参照）、付加価値税は仕向地国（S国）での課税である。

法人税と付加価値税の違い（前段落の国家間課税権配分の違いではなく課税標準の違い）は何か。これについての教科書的解答は、投資の機会費用（normal return：通常収益）への課税の有無である。法人税はnormal returnを課税標準に含み付加価値税はnormal returnを課税標準に含まない。もしも付加価値税を消費型付加価値ではなく所得型付加価値に沿って設計するならば、つまり、機械等の仕入について仕入全額の即時控除を認めるのではなく、減価償却費部分のみの控除しか認めない（それは法人税と同様ということの意味する）としたら、付加価値税ではあってもnormal returnを課税標準に含むこととなる。

この教科書的解答に対し、現実世界の法人税制は、R&Dに関する費用即時控除とか税額控除とか（patent box 税制等は研究開発段階では

なく使用料等回収段階なので度外視するとしても）で以て、経済的実体としてはnormal return 部分を課税標準から除外していることが珍しくない。つまり現実世界の法人税の少なからずは、課税標準に関し付加価値税と大差ない。

であるからこそ、法人税を無くして付加価値税だけで賄うというのは、政治的妥結可能性を度外視した経済政策論としては、それなりに筋が通っている。成立はしなかったが、アメリカのDBCFT（destination-based cash flow taxation：仕向地主義キャッシュフロー法人税）が付加価値税化を目指したことも、経済政策論の見地からは突飛ではなかった。

私は、法人税制の付加価値税化（消費型所得概念、消費型付加価値を前提とする）は、効率的であり（公平の観点からは個人の所得税制等における累進を強化するしかない）、一般論としては望ましい（政治的可能性はともかく）と考える。一般に、法人税制は税率引下げと課税標準の拡大の傾向にあるものの、法人税制の付加価値税化は、課税標準の縮小である（その代わり課税標準がnormal returnを含まないならばexcess profit 部分への課税は高率であっても効率性を阻害しにくい筈であると考えられる）。よって、なかなか世間的な支持は得られないであろうが、法人税、付加価値税という区別は、少なくとも経済学者の間ではあまり意味を持たないものと理解されつつある、ということはいえる。

もしも法人税と付加価値税の課税標準の差が見かけほど大きくないのであるとしたら、国家間課税権配分に関する法人税と付加価値税との差の正当性も、揺らぐ可能性がある。

私は、法人税という名前であれ付加価値税という名前であれ、需要地基準が租税競争等に対し抵抗力を有していると考えてきているが、需要地基準の課税は消費者に転嫁される<sup>45)</sup>から、需要地国の税収になるとしても需要地国の welfare (厚生) の改善にはならないかもしれない、という議論に対しては、あまり有効な反論を提示できない。

法人税の生産地基準の国家間課税権配分は、工場の国外移転等の資本流出をもたらすので租税競争を悪化させる、と説かれることが多かった<sup>46)</sup>し、私もそう考えてきていたが、付加価値税に関しても原産地主義課税（但しもしも世界的に採用されるならばという条件）が貿易条件を歪めるわけではないとの考え方を参考にすれば、法人税についても生産地基準に対して敵対的になる必要はない、という理路もありうるの

かもしれない。

法人税は直接税と通常は言われているが、課税の公平<sup>47)</sup>が深刻ではないという意味でも付加価値税に近い。法人の居住地国が全世界所得に課税する要請は、個人の居住地国が全世界所得に課税する要請より低いと考えられる。尤も法人税が課税の公平を無視できない要素として、個人事業主の所得課税との比較がある。20世紀末以降の殆どの租税改革論（CBIT 等、註 38 参照）は事業課税について法人・組合・個人等を問わないとしているが、個人事業主について事業課税（これは課税の公平を軽視してよい）の部分 personal の担税力の総合的把握（課税の公平の問題）からどう切り出すかについて、あまり議論が成熟してない<sup>48)</sup>。それでも法人税は今後一層付加価値税に近いものとして論じられるだろう。

## 参 考 文 献

Anknown 「Disappearing Taxes」 The Economist 誌 1997 年 5 月 31 日号 19 頁  
Akiyuki Asatsuma, Japan, in IFA 2012 Boston Congress: cahiers de droit fiscal international, volume 97a, Enterprise services, pp. 413-435 (2012)  
Wei Cui, The Digital Services Tax on the Verge of Implementation, 67:4 Canadian Tax Journal 1135-1152 (2019)  
Wei Cui, The Superiority of the Digital Service Tax over Significant Digital Presence Proposals, 72:4 National Tax Journal 839-856

(2019)  
Wei Cui, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense (未公開。2019.4.30 <https://ssrn.com/abstract=3273641>)  
Wei Cui & Nigar Hashimzade, The Digital Services Tax as a Tax on Location-Specific Rent (未公開。2019.7.29 <https://ssrn.com/abstract=3321393>)  
Arthur Cockfield, Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce, 161 Tax Notes 1331 (2018.12.18)  
Richard L. Doernberg, Electronic Commerce

45) 三善由幸「地方法人税の分割基準が住民の厚生に与える影響の研究」(2017 <https://www.rieti.go.jp/jp/publications/nts/17e124.html>)

46) Grinberg・註 30 (前者), 103 頁は、アメリカの州税における 3 要素 (three factor: sales, asset, labor) が企業の州内投資を阻害した旨を論じている。

47) 公平は多義的だが、分配の是正の文脈で、経済力が同等の人に等しい負担を求める水平的公平と、経済力のある人により大きな負担を求める垂直的公平という際の、経済力の測り方の問題を意図する際に、公平という語を用いる。

48) 例外的に BEIT 2 が配慮しているくらいであろうか。Edward Kleinbard, Business Taxes Reinvented -- A Term Sheet, 156 Tax Notes 999 (2017.8.21) 等参照。

- and International Tax Sharing, 16 Tax Notes International 1013-1022 (1998)
- Richard L. Doernberg & Luc Hinnekens, ELECTRONIC COMMERCE AND INTERNATIONAL TAXATION (Kluwer, 1999)
- Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 Duke Law Journal 1021 (1997)
- Itai Grinberg, International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate, Taxes (2019 March) pp. 85-118
- Itai Grinberg, Stabilizing 'Pillar One': Corporate Profit Reallocation in an Uncertain Environment (未公開, 2019.7.26 <https://ssrn.com/abstract=3429863>)
- Institute for Fiscal Studies, MIRRLEES REVIEW: TAX BY DESIGN (Oxford University Press, 2011)
- Edward Kleinbard, Business Taxes Reinvented - A Term Sheet, 156 Tax Notes 999 (2017, 8.21)
- OECD/G20, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report (2015.10.5 <https://doi.org/10.1787/9789264241220-en>)
- OECD/G20, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update (2016.12.22 <https://doi.org/10.1787/23132612>)
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, As approved by the Liam Murphy & Thomas Nagel, THE MYTH OF OWNERSHIP: TAXES AND JUSTICE (Oxford University Press, 2002), 伊藤恭彦訳『税と正義』(名古屋大学出版会, 2006)
- OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 29-30 January 2020 (2020.1.31 <http://www.oecd.org/newsroom/international-community-renews-commitment-to-multilateral-efforts-to-address-tax-challenges-from-digitalisation-of-the-economy.htm>)
- Daniel Shaviro, Digital Service Taxes and the Broader Shift From Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents (未公開, 2020.1.14 <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/shaviro-singapore-lecture-v3.pdf>)
- 浅妻章如「知的財産権等使用料の範囲と所得配分」相澤英孝 = 大湖哲也 = 小泉直樹 = 田村善之編 (中山信弘先生還暦記念論文集)『知的財産法の理論と現代的課題』580頁 (弘文堂, 2005)
- 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頁 (弘文堂, 2015)
- 浅妻章如「BEPS: value creation と arm's length との異同, 次に value creation 基準の難点」税大ジャーナル 27号 35頁 (2017)
- 岡直樹「『新課税権』『ミニマム税』提案の含意と国際租税法の展望」国際取引法学会学会誌 5号 (2020, 3) 掲載予定
- 神山弘行「法人課税とリスク」金子宏 = 中里実 = J. マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』321頁 (有斐閣, 2014)
- 佐藤良「デジタル経済の課税をめぐる動向【第2版】」調査と情報-ISSUE BRIEF-No.1064 (2019.7.2 [http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_11299248\\_po\\_1064.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_11299248_po_1064.pdf?contentNo=1))
- 田村善之『知的財産法 第2版』(有斐閣, 2000)
- 渕圭吾『所得課税の国際的側面』(有斐閣, 2016)
- 三善由幸「地方法人税の分割基準が住民の厚生に与える影響の研究」(2017 <https://www.rieti.go.jp/jp/publications/nts/17e124.html>)

渡辺安虎「M&A がイノベーションを『殺す』？」

日本経済新聞電子版 2020.2.14 (<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO55576770T10C20A2TCR000/>)