

PE課税の新たな潮流と関連する諸問題

小 島 俊 朗

目 次

はじめに	2
第1章 PEの概念と課税範囲	2
第1節 PEの概念	2
(1) 経緯	2
(2) PEの意義	3
イ 1号PE	3
ロ 2号PE	4
ハ 3号PE	5
(3) みなしPE	7
(4) 問題の所在	8
第2節 PEがある場合の事業所得の課税範囲	11
(1) 経緯	11
(2) 独立企業原則との関係	13
第2章 PE課税の新たな潮流—OECDでの検討を中心として—	15
(1) 「事業の利得」の解釈	15
(2) OECD承認アプローチの適用	17
(3) 国内法との関係	18
第3章 新たな取引形態とPE課税	20
第1節 国際的電子商取引	21
1 電子商取引の形態とPE課税	22
2 多国籍企業の事業活動と電子商取引	25
第2節 国際的租税回避行為	27
1 個別事例の検討	28
事例1 PEの認定回避	28
事例2 売買取引から手数料取引への変更	31
2 私見	36
おわりに	36

はじめに

恒久的施設 (permanent establishment: PE) とは、「事業を行う一定の場所 (a fixed place of business) であって企業がその事業の全部または一部を行っている場所」(OECDモデル条約第5条1項)とされ、事業の拠点をいうが、非居住者や外国法人が国内で事業所得を稼得する場合の課税・非課税の判定や課税範囲の決定に係る基本概念であることから国際課税の理論上極めて重要な地位を占めている。PEの認定や課税範囲を巡っては従来から国際的に問題となるケースが生じていたが、近年、電子商取引等の新しい取引の急速な拡大や租税回避目的のタックス・プランニングにより、新たな問題が生じている。一方、OECDにおいてはPE課税にOECD移転価格ガイドラインの適用を行う方向で検討が進められておりPE課税の転換期にあるものと思われる。そこで、わが国におけるPE課税のこれまでの考え方やOECDの議論を整理・検討した上で、PE課税を巡る諸問題を通して、今後のPE課税のあり方につき考察を試みた。

第1章では、PEの概念と事業所得の課税範囲につきその考え方を整理し、第2章では、最近のOECDでの議論を踏まえてPE課税の直面する理論面での問題につき考察する。そして、第3章では電子商取引等の新しい事業形態の進展や国際的租税回避スキームの横行の中で、伝統的なPEの概念やPE課税がどのような現実に直面しているかにつき、事例を基に検討する。なお、意見にわたる部分は、筆者の個人的見解である。

第1章 PEの概念と課税範囲

第1節 PEの概念

(1) 経緯

恒久的施設が自国内になれば外国企業の事業所得には課税しないという原則 (いわゆる「PEなければ課税なし」)は、独国を中心に発展し¹⁾、1920年代には既にbusiness establishment, fixed center等の概念で採用されていたが、1928年の国際連

盟モデル条約の原案として報告された第8回ロンドン会議の報告書においてpermanent establishmentという用語が使われ、国際連盟モデル条約に明記された²⁾。1956年にOECDにおいて新たなモデル条約の検討が始まり、1963年の条約草案を経て、1977年に所得及び資本に関する二重課税防止モデル条約 (Model Double Taxation Convention on Income and on Capital) でこの概念が採択されたことから、各国の二国間租税条約もこれに準拠して締結されるようになった。

わが国では、昭和37年以前に締結した租税条約においてすでに日本にPEを有する場合にだけ事業所得に課税することとしていたが、同年には国内法にもこの概念が採用された。この改正以前は、外国法人が「法施行地に事業を有する」場合に、その事業の所得について法人税の納税義務があることとされていたが、どのような場合にわが国に事業を有するとされるのか明確な規定がなく、税務執行上問題があった。このため、事業所得の課税とPEとを関連付けることにより、事業所得課税の明確化が図られたものである。昭和37年の法人税法改正による外国法人課税の考え方は、PEの概念を含め、ほぼそのまま踏襲され現在に至っている。

(2) PEの意義

国内法は恒久的施設として、次の三つを規定している (法法141条1号~3号)。

- ① 事業を行う一定の場所 (1号PE, 支店PE)
- ② 建設, 据付, 組立てその他の作業又はその作業の指揮監督の役務の提供を1年を超えて行うもの (2号PE, 建設PE)
- ③ 自己のために契約を締結する権限のある者その他これに準ずる者を置く場合 (3号PE, 代理人PE)

イ 1号PE

外国法人が通常の仕事活動において相当の活動をなすためには、わが国に一定の恒久的性質を有する事業上の根拠が必要であると考えられるので、継続・反復して行われる事業活動の拠点と考えられる一定の場所を備えているかどうかに着目

して、第一義的に、支店等がわが国にあることをわが国で事業につき課税を受ける要件とするものである。

法人税法施行令第185条1項は、1号PEである事業を行う一定の場所を次のように規定している。

- (i) 支店、出張所その他の事業所若しくは事務所、工場又は倉庫（倉庫業者がその事業の用に供するものに限る。）
- (ii) 鉱山、採石場その他の天然資源を採取する場所
- (iii) その他事業を行う一定の場所で上記(i)(ii)に準ずるもの

ここで、準ずるものには、農園、養殖場、植林地、貸ビル等のほか、外国法人が国内においてその事業活動の拠点としているホテルの一室、展示即売場その他これらに類する場所が含まれる（法基通20-2-1）。

OECDモデル租税条約（以下「モデル条約」という。）の解説（以下「コメンタリー」という。）によれば、PEに該当するためには、①建物等の施設あるいは機械、設備が存在すること、②一定の恒久性を有する明確な場所に事業の場が設けられること、③通常その場のある国に企業に従属する者がいてその場を通じて事業をすること、が必要とされる（モデル条約第5条1項コメンタリー・パラ2）。

ここで、外国企業のPEとなる事業の場所とは、どのような建物、設備、装置でもよく、自己所有か借上げかを問わず、単に企業の自由になる一定の場所を持つことで足りる（同パラ4）。また、恒久性とは、事業の場所が単に一時的な目的で設けられたものでないことであり、仕事の性格上、実際に短期間のみ存在した場合でもPEとなりうる。また、短期でもその場所が繰り返し使われる場合や全ての事業活動がその場所のある国で行われる場合はPEとされ、更に、何らかの事情で短期間で終わったとしてもPEとされ、反対に、結果として一時的なものとはいえない期間保有された場合は遡及してPEとされる（同パラ6～6.3）。

物理的な施設、恒久性のある明確な場所があるというだけではPEと認定されず、その場所を通じて事業の全部又は一部が行われる必要がある。したがってPEは純粹に施設又は場所を指すものではなく当該企業の事業活動と不可分の概念である。また、事業は通常、事業主あるいは従事者によって行われるが、この従事者には職員及び当該企業から指示を受ける職員以外の者、例えばその代理人も含まれる。従事者等の活動は、機器の設置、操作、管理、維持などの限定されたものである場合でもPEと認定されうる（同パラ10）。

PEは単純に施設や場所を指すものではなく、その場所等を通じて行われる外国企業の事業と結びついた概念である結果、利得を配分するに値しない程度の準備的活動又は補助的活動（preparatory or auxiliary activities：以下「補助的活動」という。）を行うにすぎないものはPEから除外される。国内法では、次の3つを上記の一定の場所から除外している（法令第185条2項）。

- (イ) 資産を購入する業務のためにのみ使用する一定の場所
- (ロ) 資産を保管するためにのみ使用する一定の場所
- (ハ) 広告、宣伝、情報の提供、市場調査、基礎的研究その他その事業の遂行にとって補助的な機能を有する事業上の活動を行うためにのみ使用する一定の場所

個別の判断においては、これら業務の文言に拘束されることなく、外国法人の事業内容に照らして、国内での活動が補助的活動に当たるか否かを判断する必要がある。モデル条約コメンタリーでは、補助的活動であるかどうかの判定基準は、「事業を行う一定の場所での活動それ自体が、企業全体としての活動の本質的及び重要な部分を形成するか否かである」としている³。

PEの概念については、これを物理的な概念とみるか機能的な概念と見るか二つの考え方がありうる。PEを機能的な概念として定義することについては、OECDにおいて検討され、生産的な性質（productive character）を持つこと又は収益性（profitability）という機能的な面からの基準を

定義の中に組み入れることが試みられたが、かえって恒久的施設の定義を不明瞭にするとして採用されなかったといわれる⁴。結局、モデル条約においては、PEを物理的な概念で捉えることは、PEの事実認定を明瞭にし、結果として、PEの認定を巡る二重課税の回避や徴税の便宜等の面で優れているとして、物理的概念を基準として採用した。もともと租税条約は国際課税の分野に一定のルールを作り出し、競合する課税権を調整することにより、国際間の資本・技術・企業及び人的資源の交流を円滑化しようとするものであるから、競合する課税権を調整する指標としては物理的概念により規定する方が目的に沿うものであったと推測される。しかし、モデル条約にいうPEは、単なる物理的概念ではなく、一定の場所という物理的な概念と事業性という機能的な概念が結合したものとみるべきである。したがって、PEの概念は、国際経済活動の変化に応じて、機能的側面から、常に検討の余地を残しているということができよう。

ロ 2号PE

事業所等を備えていても、建設工事等のように工事によってはごく短期間に終了し、継続した事業の用に供される事業上の拠点とみるのは適当でないものがあることや、単なる機械等の販売のアフターサービスにすぎないものもあることから、建設工事等については、外国法人が日本で1年を超えて行う建設、据付け、組立等の工事作業を行う場合に限り、事業所得につき課税を受けることとし、これを2号PEとしたものである。

1年を超えるかどうかについて、(i)建設作業等に要する期間が1年を超えることが契約等からみて明らかである場合や、(ii)契約に基づく建設作業等に要する期間が1年以下であっても、引き続いて他の契約等に基づく建設作業等を行い、これらの建設作業等に要する期間が通算して1年を超える場合は、建設作業等が1年を超えて行われているものとされる(法基通20-2-2)。また、建設作業等には、外国法人が機械設備等を販売したことに伴い行う据付工事等が含まれる(法基通20-2-3)。いくつかの作業が行われている場合、同一の工事

と見るかどうかの問題がある。たとえば同様の工事が同じ納税者により異なる場所で行われている場合や、工事に伴い設計・コンサルティング・監督・付帯工事が行われている場合などである。モデル条約の基準は、全体として商業的かつ地理的に一体性を有しているか否かであるが、曖昧な基準は必然的に判断の幅を生じさせることになる。

ハ 3号PE

事業所等を備えていなくても、わが国における代理人を通じて、わが国に事業所等を設けた場合と同様の事業を行うことができる場合があるので、「自己のために契約を締結する権限のある者その他これに準ずる者」を3号PEとし、PEの概念を拡大したものである。

ここで「自己のために契約を締結する権限のある者その他これに準ずる者」とは、(i)外国法人のために、その事業に関し契約を締結する権限を有し、かつ、これを常習的に行使する者(いわゆる常習代理人)、(ii)外国法人のために、顧客の通常要求に応ずる程度の数量の資産を保管し、かつ、当該資産を顧客の要求に応じて引き渡す者(いわゆる在庫代理人)、(iii)もっぱら又は主として一の外国法人(その外国法人の主要な株主等その他その外国法人と特殊の関係のある者を含む。)のために、常習的に、その事業に関し契約を締結するための注文の取得、協議その他の行為のうちの重要な部分をする者(いわゆる注文取得代理人)をいう(法令第186条)。

常習代理人には、契約書に調印する権限は与えられていないが、契約内容につき実質的に合意する権限を与えられている者も含まれる(法基通20-2-5)。これは、実質上は常習代理人を置きながら、単に調印権限を与えていないことを理由に課税を逃れようとする事例を防止する趣旨であり、契約の調印といった形式的行為がどこで行われるかよりその実質で判断することとしたものである。また、特定の外国法人のためにのみ権限を行使する者に限られず(同注書)、複数の代理をする者も含まれ、その数も必ずしも少数である必要はない⁵。更に、長期契約でなくても二以上の代理契約に基づいて反復又は継続して代理権限を行使す

る者も含まれる（法基通20-2-6）。

在庫代理人は、例えば、石油販売業を営む外国法人のために常時国内の空港において航空燃料を保管し、その外国法人との間で燃料の供給契約を締結している航空会社に対し、その要求に応じて随時給油を行うような者をいう（法基通20-2-8）。また、外国法人の発行した商品チケット等を持参すれば、チケットに表示した商品を引き渡すことを継続的に行うような者もこれに当たるとされる。

注文取得代理人は、外国法人のために契約を締結する権限は有しないが、専属的に一の外国法人のために、その事業に関して、平生、注文の取得とか、契約成立のための実質的な商議等を行うこと等を主たる事業として行う者である。したがって常習代理人と異なり、多数の者のために同様の行為を行う者は注文取得代理人に含まれない。また、付随的な業務としてこれを行う者、日本での物品の買い付けのためにこれを行う者などは除外される。また、一の外国法人という場合には、その外国法人と親子法人の関係にある者等は、その外国法人に含めて一の法人とみなすこととなる⁶。

わが国の締結するほとんど全ての租税条約に代理人条項が置かれている。しかし、PE課税の対象となる代理人の範囲は、国により異なる解釈がみられ、また歴史的にも変遷している。また、国連モデルとOECDモデルにも違いがあり、国連モデルの方が広義に捉えている。

代理人PEは、1号PE、2号PEと比べて異質である。後者が外国企業の固定的施設が「特定の場所に存在すること」やその「恒久性」を要求するのに対して、代理人PEは、外国企業との物理的な関係を必要としない。したがって「その場所を通じて事業が行われていること」も要件とならない。代理人PEは純粋に機能的概念であり、機能的に1号PEと同一であるか否かが重要な判断となる。もともと課税の中立性を確保するためにPEとみなすものであるので、1号PE、2号PEであることが証明されるものについて議論する余地はない。機能的に1号PEと同一であることから、代理人PE

においても本人の補助的活動のみを行う代理人はPEとならない。しかし、交渉や販売等のように1号PEでは一般に事業の中心的活動とみなされる行為であっても代理人PEの判定においては十分条件ではない。代理人PEであるためには、本人に従属して行動し、契約締結権限が与えられ、それを反復・継続して行使することが必要である。

モデル条約コメントリーでは、PEとなりうるのは従属代理人 (dependent agent) であり、従属代理人とは独立代理人でない者であるとしている。独立代理人とは、仲介人 (broker)、問屋 (general commission agent)、その他の独立の地位を有する代理人であり、当該代理人が通常の業務の一環として行動する限り外国企業のPEとされない。この場合、当該外国企業から独立しているというためには、①代理人の活動が当該外国企業の詳細な指示・包括的管理に従うものでないこと、かつ、②リスクを代理人自身が負担するものであることが必要であるとしている。更に、代理人の独立性又は従属性を判断する上で以下の点を考慮すべきとしている（モデル条約第5条コメントリー・パラ37、38～38.7）。

- ① 外国企業が当該代理人の特殊な技能や知識に依存している事実があることは独立性があることを示している。
- ② 当該代理人が外国企業との合意の下で行う事業に関し、その遂行すべき事業を制限されていることや事業に関する重要な情報を提供していることは、従属性を示すものでない。
- ③ 当該代理人の活動が、事業の存続期間にわたりあるいは長期間にわたって、もっぱら又は主としてただ一つの企業に代わって行われている場合は、決定的ではないものの一般に、独立性を有しているとは想定し難い。また、複数の外国企業を代理していても、代理人の行為を支配するように協調して行動する場合は、従属性が存在しうる。

PEとなりうる従属代理人の条件は、「(代理行為を委任した企業の名において) 契約を締結する権限を有すること」と「同権限が反復して行使されること」である（モデル条約第5条5項）。この権

限は、当該企業の本来の業務に関する契約を含むものでなければならない。なお、「当該企業の名において」といっても実際にその名前が契約に使われることを要せず、当該企業を拘束する契約を結ぶ代理人であれば同様の扱いがされる。また、契約が当該企業の居住国で別の者によって署名されたとしても、企業を拘束する形で当該契約の全ての基本事項及び詳細を交渉する権限のある者が、その権限を源泉地国で行使したものと扱われる。この扱いについては国内法も同様である。モデル条約でいう従属代理人は、代理人が契約を締結する権限を有するか否かの比較的限定された概念を採用している。契約の締結権限に契約に署名する権限のほかその契約の交渉過程がどの程度含まれるかについては議論がある。なお、モデル条約は常習代理人を念頭に置いており、在庫代理人、注文取得代理人の規定は無い。

モデル条約第5条7項は、「一方の締約国の居住者である法人が、他方の締約国の居住者である法人若しくは他方の締約国において事業を行う法人を支配し、又はこれらに支配されているという事実のみによっては、いずれの一方の法人も他方の法人の恒久的施設とはならない」とし、子法人等があるという理由のみでPEとみなされない旨、規定している。同様の規定はわが国の締結した租税条約にも置かれているが、これは子法人があることのみをもってPEとされる危険性が潜在することを示すものでもある。子法人に親法人の職員が派遣され親法人のために事業活動をする場合は、当然にPE（1号PE）ありと認定されるであろうが、例えば子法人の職員が親法人のためにも活動する場合は子法人を代理人PEと認定すべきかどうか判断が分かれることも少なくない。子法人については、独立代理人と従属代理人の区別は容易でなく、これまでも国際的な問題が生じているが、OECDモデル条約の下では、同規定に明示されるように、子法人等の支配関係があることのみでは従属性があることの理由にならず、事業実態に応じて従属性を示す明確な根拠が必要とされよう。

(3) みなしPE

国内法では、上記3種類のPEを規定しているが、わが国の締結した租税条約には芸能人などの事業活動につきこれをPEとする規定を置くものがある⁷。OECD加盟国においても一般に芸能人活動などのPEをもたずに短期に大きな所得を得ることができる事業については、事業活動そのものをPEとみなすなどの便宜的方法により源泉地国において課税することとしている。また、外国保険会社について、OECD加盟国の締結する条約には、代理人PEとされない代理人以外でも、相手国で設立された代理人が相手国で保険料を徴収する、あるいはその代理人を通してその領土内でのリスクに保険をかける場合は、PEとして扱うとするものがある⁸。モデル条約にはPEの認定につき保険業を特別に扱う規定はないが、保険業においては、PEとなる基準を満たさなくても、大規模な事業を行うことができることから、モデル条約の草案に当たり、外国保険会社について別途条文を入れることが検討されたとされる⁹。PEなければ課税なしといわれるものの、前述のPEの概念で全ての事業形態を捉えることには限界があることを示すものといえよう。

(4) 問題の所在

PEの概念は、これをあまり広く解すると、単に国際取引をしているというだけで課税の根拠とされることになるであろうし、反対に、あまり狭く解するとPEが存在する国での課税権を否定してしまうことになる。課税権をめぐっては、企業の所得源泉地国と居住地国で利害が対立することになる。特に、先進国と発展途上国間では資本や技術の輸出国と輸入国という立場の違いから事業所得、利子・配当等の投資所得、ノウハウ等の使用料について利害の対立が顕著である。このため、先進国の集まりであるOECDのモデル条約より国連モデル条約が発展途上国の立場に立ってPEの概念を広く規定しているのは当然である。また、国際課税においては、一般に、国際的な裁定や裁判がないため、PEの認定は各国の判断によることとなるが、結果としてPEの概念は各国の利害を反

映したものとならざるを得ない。

近年の経済取引の高度化・多様化は、源泉地国の課税権の確保に重大な問題を提起しているように思われる。後述の電子商取引に代表されるように、これまでの典型的なPE概念で捉えることが困難な取引が拡大することは、PE概念の「希薄化」や「陳腐化」を一層促すこととなる。更に、わが国においても、近年、タックス・プランニングにより意図的にPE認定を回避する動きが見られるが、典型的なPE概念が源泉地国課税を回避する道具となっていることが憂慮される。PEの解釈については、以下の点が問題になると思われる。

1) 「一定の場所」の解釈

1号PEについて、通達では外国法人が国内においてその事業活動の拠点としているホテルの一室、展示即売場その他これらに類する場所が含まれるとしているが、反対に、法人税法第185条2項3号の「・・・事業の遂行にとって補助的な機能を有する事業上の活動を行うためにのみ使用する一定の場所」とどまる限り、物理的には相当な規模の施設であってもPEとされない。また、モデル条約でもPEとして管理所 (a place of management) が挙げられているが、これは事務所に至らないものでも管理支配の拠点となる一定の場所¹⁰であればPEとするもので、この場合も物理的にどの規模かは問題にしていない。モデル条約コメンタリー・パラ4では、事業を行う一定の場所は、「企業の事業を行うために使われるあらゆる建物、設備又は装置を含み、また、企業の事業を行うために利用される又は必要とされる建物がない場所にも存在しうるもので、単に自由になるある一定の量の場所を有するだけで足りる」としている。このように一定の場所の物理的な概念は相当に緩やかであると考えられ、結果として、PEを通じて行われる事業についての機能的判断が重視されることになる。そこで、電子商取引のように事業の遂行において物理的施設を要しない事業形態の場合は、物理的施設をどの程度重視すべきかという疑問が生じるし、また、不良債権の買取り事業のように関係会社を通じて日本子法人等に複数の業務委託を行い形式上直接の事業所を持たないでわが

国で大規模な事業を行う場合に、一定の場所を広く解釈する余地があるかという問題につながる。PEの認定は物理的な一定の場所を特定する必要はあるが、どの程度の場所であればPEとなるかは企業の事業内容に応じた相対的なものであり、個々に判断せざるを得ない。したがって、その認定は常に議論の生ずる余地を内在させている。PEの認定が安易に行われると二重課税のリスクが大きくなるので慎重でなければならないが、一方で、国内で大規模な事業を行い多額の所得をあげながら、PEの認定を回避し、事業所得の源泉地国課税を逃れる事例が発生しており、PEの認定に問題が生じている。

2) 恒久性

事業の恒久性について、事業活動が短期で終わる場合に、どの程度の期間であれば1号PEと認定するのか判断基準が示されていない。2号PEは1年超の継続を要件としているが、建設工事以外であっても恒久性の判断は必要であり、電子商取引のようにウェブ・サイトのみでいつでも事業ができる身軽な事業が出現すると恒久性をどのように解釈するのか議論が生じよう。非恒久的な性格の建設事業においてさえ1年超の継続があればPEと認定されることから、1年を超えるものをPEと扱うことは相当と考えるが1年以下であっても業態によってはPE認定されるものもあろう。コメンタリーでは6カ月未満では一般に十分な恒久性があると認められていないとしているが、近年の業態変化により一概に断ずることはできなくなっているように思われる。

3) 代理人PEの条件

代理人PEについて、モデル条約第5条6項は代理人PEには商社、問屋、仲立人等の独立代理人は含まれないとしている。この規定は国内法にはないが確認規定であり、また、わが国の締結する租税条約ではこれを明示していることから、モデル条約と趣旨を異にするものではない。しかし、現実には、独立代理人と常習代理人等との区別は困難な場合が少なくない。一般に、独立代理人とは、「仲立人、問屋等の独立の地位を有し、広く他人間の媒介ないし取次によって事業活動を行う者」

であり、支店等の様手足となって業務を行う者ではないが、所得源泉地国にある子法人等を通じて事業を行う場合は、独立代理人であるか否かの判断に議論の生じることがある。このため、所得源泉地国では、独立の事業者であるにもかかわらず従属代理人であるとして、PEの認定課税を行い、実質的にPEを持たない外国法人の所得にまで課税権を行使することがありうる。一方、実質は従属代理人であっても独立の事業者であるかのような外観を整えてPE課税を回避することもありうる。独立代理人と従属代理人との区別は多分に事実認定の問題であるが、その判断基準の明確化は検討すべき課題の一つである。

4) 在庫代理人、注文取得代理人と常習代理人の関係

国内法には常習代理人に加えてモデル条約にない在庫代理人、注文取得代理人の規定があるが、これらと常習代理人の関係は必ずしも明らかではない。在庫代理人、注文取得代理人は、広い意味での常習代理人であって例示的に規定を置いたとする見方もあるが、企業の本来業務に係る契約締結権限を常習的に行使する代理人と、在庫の保管、注文の取得等の業務のみを委託された代理人とは同列ではないであろう。このことは、昭和37年の税制改正の解説において、「在庫代理人と注文取得代理人に関する規定は条約上に規定が無ければ適用されない」旨の記述があることから、立法者としても常習代理人とは別の概念として捉えていたものと思われる^{11,12}。

注文取得代理人については、「常習的に、その事業に関し契約を締結するための注文の取得、協議その他の行為のうちの重要な部分をする者」であるので、契約締結権限はもたないが事業の成立にとって実質的な役割を果たす者という点では機能的に常習代理人に類似するものといえよう。しかし、常習代理人と異なり、複数の企業の代理人となる者はこれに含まれない。注文取得代理人は解釈によってはかなり広くその範囲を取ることができ、特定の一社（一グループ）に従属することを要件とすることによりその範囲を限定している。しかし、組合形態の団体がわが国の代理人を

通じて事業をする場合や、国内の複数の関連会社に分散して業務委託し一連の事業を行う場合には、その代理人あるいは業務の受託者が注文取得代理人に該当するか否かの問題が生じる。一の外資法人という場合にどの範囲まで含めて考えるかについては租税回避事例を踏まえて議論する必要がある。

在庫代理人について、補助的機能にとどまる場合はPEとならないことから、在庫代理人といっても代理人の業務が当該外国法人の事業にとって重要な一部をなす場合に限られる。モデル条約では、補助的活動として、物品又は商品の在庫を展示又は引渡しのためにのみ保有すること、物品又は商品の在庫を他の企業による加工のためにのみ保有することを挙げているが、国内法の在庫代理人の活動とどのような関係にあるかわかりにくい。わが国の締結した租税条約では、在庫代理人の活動を「在庫を反復して保有し、かつ、当該企業に代わって定期的に引き渡す」「引き渡すべき数量又は引渡しの日及び場所を確定していないあらかじめ締結された契約にしたがって行われる注文に通常応ずるために保有する」等と規定していることから、在庫代理人とは企業に代わって商品を不特定多数の顧客に引き渡すため在庫を反復して保有する者をいうと考えられる。電子商取引においては、この種の行為を行う代理人を源泉地国に置くことにより比較的大きな事業を行うことができるので、在庫代理人であるかどうかはPEの認定において重要性を増していると思われる。したがって、在庫代理人の活動がモデル条約でいう補助的活動とどのような関係にあるかを明らかにする必要がある。

昭和37年税制改正当時の代理人PEに対する見方は、「外国企業がわが国にある代理人等を通じて事業を行う場合、その事業の所得のうちわが国で課税すべき部分は、その代理人が通常受取る手数料を多く出ないものと考えられることから、一般に代理人を有するという理由で外国企業自体につき課税する実益は乏しい」¹³として、その範囲を制限的に定めたとされる。国内法は、モデル条約にない在庫代理人と注文取得代理人を規定している

が、これは同改正前に締結した租税条約を考慮したもののと思われ、代理人PEの範囲を積極的に拡大する趣旨ではなかったと推測される。しかし、その後40年以上たった現在、代理人の事業活動は著しく多様化しており、代理人PEが手数料程度の所得しか課税対象にならないとした当時の状況とは大きく異なっている。このため、改めて代理人PEの意義を検討すべき時期に来ていると思われる。

第2節 PEがある場合の事業所得の課税範囲

PEには、事業所得について源泉地国が課税できるか否かの基準となるほかに、その課税範囲を決定する役割がある。PEがある場合の事業所得の課税範囲については、いわゆる総合主義（エンタイナー方式）と帰属主義（アトリビュータブル方式）の二つの考え方がある。前者は国内にPEがあれば、PEの事業活動に基因しない当該外国法人の国内源泉の所得も含めて総合課税するものであり、後者はPEの事業活動に基因する所得のみを総合課税するものである。わが国の国内法は、基本的に総合主義を採っているが¹⁴、租税条約はすべて帰属主義によっていることから¹⁵、いわゆる二重構造により、PE課税における課税範囲の決定を複雑なものとしている。

(1) 経緯

PEの概念は、もともとドイツを中心とする欧州諸国が国内法において非居住者の事業所得を定義するために使用していたとされる。欧州諸国では、分類所得税方式（Scheduler System）を採っており、非居住者について「PEに帰属する所得を事業所得とする」こととしていたものである¹⁶。PEに帰属する所得を事業所得とすること（帰属主義）は、PEをあたかも独立した事業体と認識して所得を計算するものであり、PEの会計帳簿を基礎とする事業者の会計慣行、海外の情報入手が困難であることに対する税務執行上の便宜、簡便性などに優れ、また、考え方としては国内で事業を行う者を居住者・非居住者にかかわらず事業所得の扱いにおいて平等に扱うものである。この方法では、事業所得の課税範囲を決めることにより同時に総

合課税の範囲も決定することになる。

一方、米国では、総合所得税制度（Global System）の下で譲渡所得以外は所得の種類にかかわらず総合して課税しており、非居住者についても居住者と同様に、譲渡所得以外の全所得を総合して課税する方式（総合主義）がとられた。この方法は、PEに帰属するかどうかを問わず、非居住者の国内から生ずる所得を合算するものであって、考え方は、居住者と非居住者を所得の種類にかかわらず総合課税の下で平等に扱うものである。この方法は総合課税の範囲を決めるものであり、個々の所得につきその課税範囲を決定する基準が必要である。これが源泉地規定（ソース・ルール）である。すなわち所得の発生地が国内か国外かでその所得を区分し、国内に源泉を有する所得（国内源泉所得）に課税するものである。

一般に、国家が課税する根拠は、居住者については属人的帰属関係、非居住者については属地的応益関係にあるとされるが、事業所得についての属地的応益関係に基づく課税管轄の決定方法は、国内法の相違を反映して、欧州諸国では帰属主義、米国では総合主義が採用されたのである。すなわち、事業所得の場合、その源泉である事業活動の範囲は広がりを持っており、課税に当たってはそれを限定する概念が必要であるが、その限定の方法として、欧州諸国ではPEの概念が形成され、また、米国では所得の源泉地をきめるソース・ルールが形成されたといえることができる。

租税条約においては、1928年の国際連盟モデル条約にPEの概念が明記されたものの、同条約では外国法人が源泉地国にPEを有する場合にその領土内から生じた所得が課税されるとしただけで、事業所得の範囲の決定についての規定はなかった。事業所得の範囲については、1935年の事業所得条約において「独立企業の原則」が採用され、更に1943年メキシコ条約及び1946年ロンドン条約を経て、1963年のモデル条約により帰属主義が確立されたとされる。モデル条約に帰属主義が採用されたことから、その後の租税条約の締結においては帰属主義が採用されている。

わが国においては、租税条約締結の先駆けと

なった昭和29年の日米条約において総合主義が採用された。当時、米国国内法は総合主義をとっており、わが国も実質的に総合主義と同様の課税方式をとっていたため、総合主義による条約締結は特段の支障がなかったといわれる。その後のわが国と北歐三国、パキスタンとの条約も総合主義によっていたが、インドとの条約締結を契機に租税条約においては帰属主義に移行した¹⁷。なお、米国は1966年の外国投資家課税法 (Foreign Investors Tax Act) により実質関連基準 (Effectively Connected Rule¹⁸) という帰属主義に近い概念を取り入れている。

わが国においては、租税条約が契機となり、国際課税関係の法規が整備されてきた。すなわち、日米条約の締結当時までは、外国税額控除の規定もなく、国際課税面の規定も整備されておらず、個々の事案の解決に当たり困難を極めていたといわれる。そこで日米条約の締結に先立ち、昭和27年の税制改正で米国流の所得源泉地主義を国内法に取り入れ、翌年には外国税額控除制度を導入した。こうした経緯で国内法が整備されたことから、わが国国内法の国際課税関係の諸規定は米国国内法の影響を強く受けたといわれる¹⁹。日米条約の締結後、租税条約の締結が進んだが、これと共に法律条文の解釈に疑義が生じ、課税問題も多発するようになったことから、昭和37年の税制改正により、国内法の整備、合理化が行われた。昭和37年の税制改正は、現行制度が概ね形成された重要な改革であったが、この改正に当たっては、国際的経済交流の一層の緊密化も考慮して、わが国が改正までに締結した租税条約や主要諸外国の制度等国際的に受け入れられている制度の「型」を参考としつつ、当時、立法的解決が要請されていた問題の解決を図ったとされる²⁰。

事業から生ずる所得の具体的な範囲については、昭和37年改正まで明確な規定はなかった。このため、利子、配当、使用料のように源泉徴収の規定で既に「法施行地に源泉がある所得」の範囲を定めているものや、不動産、山林の譲渡から生じる所得のように、資産の所在地により「法施行地にある資産の所得」が明確であるものを除いて、

事業からの所得につき、主要な事業ごとに国内源泉所得²¹の範囲が明確化された。

また、昭和37年改正によりPEの概念が導入された。これにより、「法施行地に事業を有する」場合とはPEを有する場合であるとして、事業を有することとPEの存在が結び付けられた。しかし、PEに帰属する所得のみを合算して課税する帰属主義は採用されず、改正前と同様に日本源泉の全ての所得を合算して課税する方式、すなわち総合主義が踏襲された。総合主義が維持されたのは、支店等のような恒久的な事業上の拠点をも有する者は、①日本との属地的応益関係も深く、全所得について合算して課税される居住者の場合と課税上の取扱いを異にする理由がないこと、②国内源泉所得を合算申告する体制が整っていると考えられたからである。

(2) 独立企業原則との関係

昭和37年改正当時の解説では、法人税法施行令176条1項につき「日本の内外で事業を行う者の事業所得を日本に源泉があるものと外国に源泉があるものとに配分する問題は、本支店間の独立会計を基礎としていることは当然の前提であり、今回の事業の所得の源泉地規定は、国をまたがる本支店間の独立会計について税務計算上の基準を示した」としている。また、「独立企業の原則をそのまま規定するのではなく、主な事業の態様に応じて例示的に源泉地規定を設けることとしたのは、従来からの取扱いに激変が起こることを避けるためであり、この結果、独立企業の原則が事業所得の源泉規定の中核をなすという色彩が薄くなっている」としている。したがって、わが国は帰属主義と不可分の概念であるPEの概念を国内法に持ち込みながら、PEが国内にある場合はそれ以前と同様の総合主義によることとしたが、具体的な国内源泉所得の判定においては、独立企業の原則に沿った考え方を採用しているのである。

法人税法施行令第176条1項について個別にみると、まず、同項1号では、物品の購入販売等において製造加工等行為をしないで輸入販売した場合は、全て日本源泉の所得とし、反対に本店を通して輸出販売した場合は、同条2項で、日本源泉

の所得はないとしている。前述の解説では、これを「便宜的な考え方」であるとし、モデル条約第7条5項の単純購入非課税の原則を適用すれば売却地のある部署にすべての所得を帰属させることになるのでモデル条約の考え方に沿うものであるとしている。法人税法施行令第176条1項2号では、製造・販売が国内外で行われる場合につき、国内業務と国外業務に区分して、「通常の取引条件にしたがって資産の譲渡が行われたものとした場合にその国内業務につき生ずべき所得」を国内源泉所得とすると規定している。そして、この場合の「通常の取引条件」による取引の価格は、措置法66条の4の移転価格税制における独立企業間価格の算定方法である、いわゆる基本三法、すなわち独立価格比準法、再販売価格法、原価基準法を用いて計算した価格によるとしている（基通20-1-3）。したがって、独立企業の原則の適用によることとしているのは明白である。ただし、この算定が著しく困難な場合は、特例として、外国法人が「棚卸資産の譲渡により生じた所得をその製造等の原価の額とその譲渡に係る業務のために要した販売費及び一般管理費その他の費用の額との比、国内業務に係る資産の価格と国外業務に係る資産の価額の比その他の基準のうちその外国法人の業務の内容等に適合すると認められる合理的な基準により按分し、その按分された所得をそれぞれその製造等に係る所得又はその譲渡に係る所得とする」ことを、外国法人の継続適用及び課税上弊害がないことを条件に認めている（基通20-1-4）。したがって、棚卸資産の場合は、独立企業の原則を原則的な算定方法としていることができる。

次に、同176条1項3号、4号及び6号の建設工事等、保険業、出版・放送業は、それぞれ日本で施工された建設工事等の所得、日本の営業所又は日本における保険代理人が締結した保険契約に基因する部分の所得、国内において行われる広告に係る収入金額に基因する所得を国内源泉所得としている。また、5号の国際運輸業は、その事業の性格上、独立企業の原則の適用は困難であるとして、所得の発生に寄与した要因を基準に所得を配分す

ることとしている。これらの事業については、独立企業の原則の適用ではなく、ある種の割り切りであるが業界の実態に照らして必ずしも不合理なものとはいえないであろう。

これらのいずれにも該当しない事業については、7号において、独立企業の原則を適用するか、あるいは所得の発生に寄与した要因を基準に所得を配分する（以下「所得配分方式」という。）こととしている。この規定は、1号から6号までの事業についても一般的な考え方を示すものであると考えられる。すなわち1号、2号は独立企業原則により、3号から6号は所得配分方式を規定していると思われるが、これは独立企業原則を当てはめようとした結果、3号から6号の事業については、独立企業原則に代わる課税上の割り切りで合理的な所得計算と認められる、あるいは独立企業原則の適用が困難であるとの判断があったものと考えられる。制定当時、本支店間の独立会計を基礎としていることを当然の前提にしているとするれば、独立企業原則の適用が基本であったとすることはきわめて自然であろう。したがって、7号の規定上、独立企業原則の適用と所得配分方式は、適用上の優先関係がないが、独立企業原則が適用できる場合は、これを優先適用すべきであろう。この解釈は2号において所得配分方式を特例として容認することとしている点とも整合性が取れる。

所得配分方式については、モデル条約においても独立企業の原則と適合する限りにおいて「PEに帰せられるべき利得を企業の利得の総額の当該企業の各構成部分への配分によって決定する慣行が一方の締約国にある場合には、租税を課されるべき利得をその慣行とされている配分の方法によって当該一方の締約国が決定することを妨げるものではない」（モデル条約第7条4項）としており、これらの割り切り、あるいは特定基準による所得の配分方式は、合理的なものである限り、現行解釈によるモデル条約第7条2項の許容する範囲といえることができる。ただし、所得配分方式が合理的なものと認められるためには、独立企業原則に沿うものでなければならないとされる。したがって、

米国のユニタリー方式²²のように法人の独立会計によらない所得配分方式は独立企業原則に沿うものでないといえることができるが、わが国の所得配分方式が許容範囲内であるかどうかはその具体的適用にかかっていると思われる。

第2章 PE課税の新たな潮流—OECDでの検討を中心として—

OECDでは、近年、モデル条約第7条(事業所得)の解釈と適用に関し、本格的な見直しが行われている。PE課税の原則は、モデル条約第7条に規定されているが、加盟国の国内法は様々であり、また、同第7条の正確な解釈について加盟国間でコンセンサスがないことから、二重課税あるいは課税の空白の可能性が指摘されていた²³。このため、OECDでは、1997年頃からOECD租税委員会(CFA: Committee on Fiscal Affairs)の第6作業部会(WP6: Working Party 6)及びその下部組織である移転価格運営委員会(TPSG: Steering Group on the OECD Transfer Pricing Guidelines)において、事業所得課税における解釈の統一を図るための検討が行われてきたものである。

同第7条の解釈については、①PEとその属する企業体の一体性を重視する考え方(関連事業活動アプローチ: relevant business activity approach)と、②PEとその属する企業体の当該PE以外の部分を別個独立する存在として擬制し、独立企業の原則を厳格に適用する考え方(機能的分離企業アプローチ: functionally separate entity approach)の二つがある。前者は、これまでの伝統的な考え方であり、検討においては、後者の機能的分離企業アプローチがどこまで採用可能かという観点から、後者のアプローチを「作業仮説」として採用した場合の具体的な適用を検証し、その実効性を確認するという作業が行われた。この作業仮説(後に、OECD承認アプローチ(authorized OECD approach (AOA): 以下「OECD承認アプローチ」という。))に基づく検討は、PEへの一般的な適用の検証(第一部)、銀行業PEへの適

用の検証(第二部)、グローバル・トレーディングを行うPEへの適用の検証(第三部)、保険業PEへの適用の検証(第四部)と順次進められ、すべての検討が終了した段階で、最終的に確定されることになっている。第一部、第二部、第三部についてはドラフトに対するパブリック・コメントを踏まえて、2006年末に、PEに帰属する利得に関する報告書(以下「PE報告書」という。)²⁴が公表されて実質的に検討を終了しており、今後、モデル条約第7条及びそのコメンタリーの改訂が予定されている。

(1) 「事業の利得」の解釈

モデル条約第7条1項は、帰属主義によることを明らかにしているのみで、「事業の利得」とは何かについての解釈を示していない。この事業の利得については、大別して、二つの一般的な解釈がある。第一の解釈は、関連事業活動アプローチによるものであり、PEが関与する事業活動(関連事業活動)からの利得のみをいうとするものである。すなわち、企業全体の利益を外部との取引による利益に限定するものである。したがって、ある関連事業活動がPEと当該PE以外の他の部署に利益と損失とをもたらす場合、PEに帰属する利益は当該PE以外の他の部署の損失によって引き下げられる。例えば、本社で新製品の製造を行い、PEで販売する企業において独立企業であれば新製品の製造により10の損失が発生し、PEの販売活動で15の利益が発生するような場合に、企業全体の利益は5となるが、関連事業活動アプローチではPEに帰属する利得は企業全体の利益5を超えることはできない。

これに対して、機能的分離企業アプローチでは、企業全体の利得、あるいはPEが関与する特定の事業活動の利得によってPEに帰属する利得は影響を受けない。PEに帰属する利得は、当該PEが同一あるいは類似の条件で、同一あるいは類似の機能を果たす分離独立した企業であるかのように第7条2項の独立企業原則の厳格な適用により決定された利得となる。したがって、上記の例では、本社に10の損失を、PEに15の利益を帰属させること

になる。また、企業全体としては利得が出ていない場合でも、PEに利得を帰属させることが許される。すなわち、関連事業活動アプローチでは、一般に、他の企業との取引によって企業全体としての収益が実現するまではその所得はPEに帰属可能とはみなされないが、機能的分離企業アプローチでは、単に資産を本社からPEに移転しただけでも課税所得の実現があったとみるのである。

PEと当該PE以外の他の部署を管轄する国がこれら二つのうち異なるアプローチをとれば、二重課税あるいは課税の空白をもたらす。このため、どのアプローチが妥当かについて検討が行われ、TPSGは機能的分離企業アプローチの採用を提言した。TPSGによれば、機能的分離企業アプローチは、簡易性、執行の容易性、モデル条約第9条の考え方との整合性のいずれにおいても関連事業活動アプローチより優れているとされる。簡易性の観点から、前者はPE所在国が他の国にある本店あるいは他のPEの活動に着目して利得の額を制限する必要がない。また、執行の容易性の観点でも前者はPE所在国が関連事業活動から生じる当該企業の全世界所得を計算する必要がない。更に、前者は同第9条の考え方に合致しており、整合性の観点からも支持される。すなわちこのアプローチによれば、個々の活動に関して帰属する利得が算出され、活動が居住者によるかあるいは非居住者によるかについて中立的な結果をもたらすこととなる。結果として、OECDは最終的に機能的分離企業アプローチを採用した。

事業の利得をPEとそれ以外の部署にどのように帰属させるかの問題は、移転価格課税における議論を連想させる。わが国の移転価格税制において基本三法に対しその他の方法とされている利益分割法 (Profit Split Method : 以下「PS法」という。) は、関連者間の一連の事業活動ごとに利益を切り出し、利益獲得に貢献した要素の寄与度に応じて利益を分割して、それぞれの利益を算定する方法であるが、一連の事業活動の全体利益を分割するものであることから、その全体利益が黒字であれば関連者間は常に黒字の利益が配分される。一方、利益を直接に問題にするがPS法と違って比

較可能な第三者間取引の利益率を比較する方法がある。米国内国歳入法に規定する利益比準法 (Comparable Profit Method: CPM) やOECD移転価格ガイドラインにある取引単位利益比準法 (Transactional Net Margin Method: TNMM) がこれに属するが、これらの方法では独立第三者間の利益率によっては全体利益が黒字でも一方は黒字で他方が赤字ということが生じうる。日米間では、長い間PS法とCPMとの対立があり、現実はこの手法の違いによる帰属所得の相違がおびただしい課税問題を生じさせてきたのである。例えば、日本の製造親法人の米国販売子法人が赤字を続けていたため、米国内国歳入庁がCPMによる移転価格課税を行って米国販売子法人の独立企業間価格を算出した結果、米国販売子法人の利益率はX%が妥当とされて更正が行われ、米国販売子法人は黒字になったが、米国販売子法人への所得移転分を控除したことにより日本法人は黒字から赤字になったというケースがある。米国の主張は、「米国子法人は機能・リスクの少ない卸売りを行っており、長期間赤字になるような事業ではない。米国の卸売業者は概ねX%の利益率を確保している。仮に米国販売子法人が独立第三者であるなら長期間赤字になるのであれば、事業から撤退し、別の事業を考えるだろう」というものである。一方わが国は、「一連の経済活動によりそれぞれが収益獲得に貢献したのであるから、それぞれの部署に利益を帰属させるのが合理的である」とする。移転価格課税におけるこの議論は、法律的に独立する関連企業間取引に関するものであるが、PE課税においても本来内在するものでもある。PE課税に本格的に機能的分離企業アプローチが適用されればより鮮烈な対立関係が生じよう。また、国内法においても、法人税法施行令第176条(国内源泉所得) 1項4号、7号にはPS法に類する規定があるが、機能的分離企業アプローチをとる場合にはこの扱いをどのようにするのが問題となろう。

(2) OECD承認アプローチの適用

PEを通じて活動を行う一般企業へのOECD承認アプローチの適用は、第一段階として、擬制さ

れた独立分離企業 (hypothesised distinct and separate enterprise) の活動と状況を設定し、PEにリスク及び資産・資本の経済的な所有を帰属させ、次に第二段階として、独立企業間で適用するのと同様に、比較可能性分析 (comparable analysis) に基づきその帰属利益を決定する手順により行われる。すなわち、第一段階では、機能及び事実分析 (functional and factual analysis) により、まず企業全体として行われる経済的に重要な活動及び責任を特定し、次に遂行された機能のうちどれがPEによって行われたのか、そしてこれら機能の遂行の結果としてどのような資産が用いられ、どのようなリスクが引き受けられたのかを決定する。そして第二段階では、機能及び事実分析により、独立企業と同様に、PEと企業のその他の部分との間の内部取引について独立企業間取引との比較を行い利益を帰属させることとなる。

企業は運転資金、資産の開発・取得のための資金、リスク負担に備えるための資金を必要としている。資金の調達源泉は大きく分けると、株主による出資 (contribution of equity)、剰余利益、借入れに分けられるが、借入れに対する支払利息は損金になるのに対して出資及び剰余利益 (PE報告書では、負債資本 [debt capital] に対して、これらを無償資本 [free capital] と呼んでいる。) に係る株主への支払いは損金とならない。このため、企業の無償資本がPEに配賦されない場合は、PEが子会社 (居住者) であった場合と比べてその帰属所得が少なくなり、非居住者と居住者の間で中立性を損なうこととなる。さらに、過少資本税制の適用がある場合は、子会社のみが同税制の適用を受け、PEはその適用を逃れることとなり租税回避の手段を与えることとなる。したがって、独立企業原則下での利益のPEへの帰属額を決定するために、企業の無償資本をPEに適切に配賦しなければならない。

企業全体の資本をその構成体に帰属させるためのアプローチとしては、①PEを企業全体と同様の資本構造及び負債・資本比率をもつとみなす方法 (単一事業体アプローチ: single entity approach) と、②PEを同一あるいは類似の状況の

下で同一あるいは類似の活動を行う当該課税管轄内の独立企業と同じ資本構造とみなす方法 (分離企業アプローチ: separate entity approach) の二つが両極の考え方としてあるが、資本の配賦及びPEの資金調達に関しては必ずしもコンセンサスが得られている状況ではない。したがって、PE報告書では、複数の承認されたアプローチを採ることを許容している。また、異なるアプローチを承認したことに伴う二重課税の可能性については、PEの所在国が所得の帰属につき承認されたいずれかのアプローチを採り、その結果が両国において独立企業原則に沿うものであれば、二重課税の排除を受け入れることを大多数の加盟国が同意したとしている。

関連企業間では、取引は税務上だけでなく法律上の結果を伴い、取引が発生したかどうかは自明であるが、本支店間取引は法律上一つの企業内の取引であり、内部取引は自明ではない。このため内部取引があったのかどうかを推定しなければならない。その上で認識された内部取引に対し、独立企業の原則を適用することになる。内部取引の特定はまずPEの会計記録に基づいて行われ、在庫の物理的移転、サービスの提供、無形資産の使用、金融資産の移転などの、現実かつ特定可能 (real and identifiable) な事象があればこれにより認識される。しかし、経済的に重要な要素であるリスク、責任及び便益の決定は、通常、取引に係る契約条件の分析が必要であるが、法律上一つの企業内では分析の対象となる契約条件が存在しない。この場合は、書面による契約のほか、当事者間の通信文書や事実関係の調査を基に認識することになる。このような事実の分析は本支店間に限ったことではなく、関連企業間の契約でも、その条件にしたがって実際に実施されたかどうかのチェックは必要で本支店間に特有のものではないとしているが、本支店間ではそのような条件が明示されていないので事実分析がより重要となる。

(3) 国内法との関係

PE報告書では、OECD承認アプローチの基本的前提として、同アプローチは、加盟国国内法の固

有の規定やメカニズムを強制下に置くものではなく、PEの所在国で課税されるべきPEに帰属する利得の額を単に制限するものであるとしている。しかし、機能的分離企業アプローチは、独立企業の原則を厳格に適用するものであり、OECDにおいてコンセンサスが得られれば、わが国の国内法にも少なからず影響を与えるものと考えられる。第1章で述べたとおり、わが国は、総合主義をとりながらも帰属主義における独立企業原則に沿った規定を採用しているが、この独立企業原則は、モデル条約第7条の旧来の解釈によっている。したがって、同9条の意味での独立企業原則を適用することとなれば、次の事項につき再検討が必要になると思われる。

- (i) 本支店間で内部利子、内部使用料の計上を認めるべきか。
- (ii) 本店等からの費用の配賦ではなく、個別のサービスへの対価とみて原価相当額にマークアップを認めるべきか。
- (iii) 単純購入についても収益を認識すべきか。
- (iv) 補助的活動についても収益を認識すべきか。

関連事業活動アプローチすなわち従来の解釈に立てば、単に本支店間で資産を移転させただけでは収益を認識せず、内部利子、内部使用料については、その計上を認めない。わが国の国内法も、「法人が国内又は国外において行う事業に属する金銭、工業所有権その他の資産をそれぞれの法人が国外または国内において行う事業の用に供する行為」からは所得は生じないとしている（法人税法施行令第176条3項2号）。また、経費については、一般に利益相当額を乗せることなく経費配賦を行うこととなる。わが国の国内法も、国内源泉所得に対する費用の配賦として扱い、販売費・一般管理費等の経費については国内源泉所得に係る収入金額、経費又は固定資産の価額その他の合理的な基準を用いてその国内において行う業務に配分することとしている（同第188条1項）。これに対して、機能的分離企業アプローチでは、内部利子、内部使用料の計上を認め、また、経費についても本支店間の個別のサービスの対価と認識又は想定

して、利益相当額を乗せることになる。

単純購入非課税の原則は、法人税法施行令第176条2項に同趣旨が規定されている。また、同条1項1号において、海外で購入し製造等をしないで国内で販売した場合に全ての所得が売却地で生じたとする扱いを明らかにしているが、これは海外の購入地では所得を認識しないことから、この原則に沿うものとなっている。PE報告書では、単純購入非課税の原則は、モデル条約第7条5項に明記されているものの、機能的分離企業アプローチでは正当化されないし、そのような特別ルールをおく必要がないとしている（パラ57）。

補助的活動について、国内法は、「法人が国内又は国外において行う事業のためにそれぞれ国外又は国内において行う広告、宣伝、情報の提供、市場調査、基礎的研究その他当該事業の遂行にとって補助的な機能を有する行為」からは所得は生じないとしている（法人税法施行令第176条3項1号）。補助的活動についても収益を認識すべきとする考え方があったのかは明らかではないが、補助的活動のみを行う場合は一定の場所があってもPEとしないこととの関係を整理すべきであろう。PE報告書はPEに帰属させるべき所得の範囲を検討するものであるとして、PEの定義に係るモデル条約第5条の解釈とは一線を画しており、第5条の解釈を変更するものではないとしている。しかし、PEの概念は、事業所得につき源泉地国の課税権の境界（threshold）を判断する基準でもあることから、第5条との関係も明確にすべきであると思われる。

本来、モデル条約の7条と9条の考え方は共通するものであるが、本支店間の特定の内部取引については、独立企業の原則を徹底しなかった。これは、実務上の観点から本支店間に親子法人間のような厳格性を求めることは適当でないと判断されたためである²⁵。しかし、支店形態と子法人形態で取扱いを異にすることは、特に100%子法人の場合に整合性を欠くものであろうし、グローバル・トレーディングのように親法人、子法人、支店（PE）等が一体となって活動し収益を生み出す事業形態においては、本支店間、親子法人間で異な

る扱いとなるのは様々な問題を惹起する。また、第3章で検討するが、クロスボーダーの電子商取引や租税回避スキームにおいては、特に無形資産やリスクの含まれる取引に関し、モデル条約第7条と9条の適用結果が大きく異なることから、公平性・中立性の点でも問題がある。PE課税における例外的扱いが現在の高度に発展した経済の中で問い直されているのはまさに時代の要請であるといえるが、OECDが採用した機能的分離企業アプローチは、わが国の上記の取扱いに大きな影響を及ぼすことは明らかである。このため、OECDでの議論が加盟国間のコンセンサスや執行にどのような変化をもたらすのか注目していく必要がある。

OECDではPE課税において機能的分離企業アプローチをどこまで適用できるかという観点から議論が進められているが、金融業のように整った市場がある場合はともかく、一般の事業に独立企業原則を厳密に適用することは多くの困難が伴う。法的に独立した企業間における第9条の独立企業原則の適用においても、わが国のこれまでの経験から極めて困難な執行を求められてきたが²⁶、本支店間においては、その執行は更に困難である。法的に企業全体で保有している無形資産やリスクについても課税目的から本支店間でどの部署が保有あるいは負担しているかを明らかにする必要があり、企業全体で損益が実現していない場合においても内部取引について損益を認識し、独立企業間価格を算定する必要がある。これらが企業の経理や税務執行上、現実的であるかどうかの検討がおろそかにされてはならないと思われる。

第3章 新たな取引形態とPE課税

最近の電子商取引の急速な進展は事業のための物理的場所を要せずとも比較的大きなビジネスを可能としている。また、金融、証券、保険などの事業でのボーダレス化には著しいものがあり、グローバル・トレーディングのように複数の国にある拠点がそれぞれの機能を分担し、一体となって収益を生み出す事業形態も益々一般化しつつあ

る。一方、経済取引の複雑化は、租税回避のリスクを増大させ、タックス・プランニングの余地を広げており、これにどのように対処するかが大きな問題となっている。そこで、本章ではこれまでのPE課税が新たな状況において現実にどのような問題に直面しているかにつき検討を行う。第1節の電子商取引に関してはPEの既成の概念がなお有効であるかについて、次に、第2節の国際的租税回避行為に関しては、二つの租税回避事例を基に、現行PE課税の問題点を、移転価格課税との比較において、それぞれ考察するものである。

第1節 国際的電子商取引

近年、インターネットを使った電子商取引は急拡大しており²⁷、国際取引について新たな課税問題が生じている。相手が個人か法人かあるいはどの国の居住者か等を特定できないと、所得税法と法人税法のどちらを適用すべきかあるいはどの国の租税条約を適用すべきか等の基本的な問題が生じる。また、国際的電子商取引により日本に物理的な拠点を持たなくても比較的規模の大きな事業ができることになるが、従来の概念でPEを捉えると源泉地国の課税権が侵食される懸念がある。

電子商取引の課税上の問題については、OECD等の国際的フォーラムにおいて検討が行われてきた。OECDでは、新たな取引形態として急速に拡大している電子商取引へのPE課税のあり方について、伝統的な考え方に立ちながら検討が進められた。電子商取引に係るPEの定義については、租税委員会の第一作業部会(WP1)で検討され、その結論は以下のとおりであり、モデル条約第5条コメンタリーに記述の追加が行われている²⁸。

- (i) ウェブ・サイトは、ソフトウェアと電子データからなるものであるが、ウェブ・サイトそのものは有形資産を構成せず、事業を行う一定の場所に該当しないのでPEとならない。しかし、ウェブ・サイトが収められ、それを通して企業にアクセスしうるサーバーは、物理的場所 (physical location) をもつ装置の一部に該当することから、当該サーバーを操作する企業の事業を行う一定の

場所に該当し、PEとなりうる。

- (ロ) PEであるためには、サーバーは十分な期間一定の場所に固定され、当該サーバーを通じて事業の全部又は一部が行われていなければならない。
- (ハ) 一定の場所に従事者がいなくても事業活動ができるような場合には、従事者がいなくてもPEとなりうる。
- (ニ) コンピューター装置を通じて行われる電子商取引の業務が準備的又は補助的な活動にとどまる限り、PEがあるとされない。
- (ホ) インターネット・サービス・プロバイダー (Internet Service Provider: ISP) は、その顧客である企業の名で契約する権限を有せず、また、常習的に契約締結することも無いこと、あるいは多くの異なる顧客のウェブ・サイトの世話をするという事実から独立代理人と考えられ、一般に、代理人PEとされることはない。

国際的電子商取引に関するOECDの議論には注目すべきものがあるが、PEの認定については、既存の考え方に囚われ過ぎて機能的側面より物理的側面が強調される結果となっている。複雑化した現在の経済においては、一般的なPEの概念で捉えきれない取引が出てくることは自然の成り行きであって、第1章第1節(3)のみなしPEの例があるように、必ずしも一般論の枠内で結論を出す必要はなかったと思われる。OECDでの検討では、「PEを有する企業が通常従業員を通じて事業を遂行することは確かであるが、そのことは事業が従業員なしで遂行できることを否定するものではない」とし、従業員の有無はPEがあることの要件ではないとしている。第1章で述べたようにPEの場所的概念は相当に広く取られているが、従事者がいなくても一般に事業ができると解することになれば、事実上PEの概念は際限なく広がり、二重課税のリスクは必然的に高まることになる。この点につき十分な配慮が欠けているように思われる。電子商取引を特別な扱いとすれば、その懸念も限られたものに収まるものが、既存のPE概念の枠内に留めるあまり、PEの概念を不用意に拡大して曖昧にし

てしまったように思われる。いわゆるサーバーPEについては、電子商取引が更に高度化し、その経済規模が大きくなるにしたがってその割切りの適否が改めて問い直されることもあろうかと思われる。

電子商取引が将来大きな利得を生み出すことになった場合、PE認定と共にPEへの帰属所得が問題となる。電子商取引においては、一般に無形資産の貢献度が大きいため、モデル条約第7条の現行解釈ではPEに過大な利益が帰属することとなる。このことは本支店間にも独立企業原則の厳格な適用が必要であることの根拠を与えるものである。

本節ではOECDの結論を前提として、次の事例につき検討する。

1 電子商取引の形態とPE課税

<事例>

米国法人はインターネット上にホームページを開設し、日本の顧客がホームページ上で気に入った商品があれば電話、ファックス、電子メール等により注文し、米国法人から商品が送付される。決済はクレジットカードによる。この場合、

(ケース1)

日本の顧客は、国際フリーダイヤルにより米国法人に直接連絡するかホームページにアクセスするかにより注文を行い、商品は米国から日本の顧客に直送する。

(ケース2)

日本の顧客は、国際フリーダイヤルにより米国法人に直接連絡するかホームページにアクセスするかにより注文を行うが、商品は現品到着期間の短縮のため、日本法人である倉庫業者に委託して商品の在庫を日本国内に保有させ、米国法人の指示にしたがって発送する。

(ケース3)

日本の顧客は、米国法人と業務委託契約を結ぶ日本法人(当該米国法人と資本関係なし)に電話又はファックスで注文し、商品は米国から日本の顧客に直送する。業務委託契約の内容は、注文・クレームの取次ぎ、顧客の信用照会であり契約を

締結する権限は有しない。

(ケース4)

米国法人は既存の日本子法人にケース3の業務委託契約内容と同じ業務を行わせる。

<検討>

ケース1は、日本に当該企業の自己所有あるいは借り上げたサーバーがないので、OECDの結論によれば日本にはPEがなく、日本では課税されない。ケース2, 3, 4は、日本法人に業務委託しているため、代理人PEの有無が問題となる。

ケース2については、当該日本法人は法人税法施行令第186条2号の在庫代理人と考えられるが、日米条約には在庫代理人の規定がないので、在庫代理人という意味ではPEとならない。

ケース3, 4は、モデル条約第5条7項にあるとおり、外国法人が日本法人を支配しているという事実のみによってはPEとされないことから、PEの認定上は同じ事例である。当該日本法人が専ら又は主として当該外国法人のために注文の取得を行っているのであれば、その外国法人の事業に関し契約をするための重要な部分をする者であるとして、同3号の注文取得代理人に該当するが、日米条約には注文取得代理人の規定がないので、注文取得代理人ということではPEとならならない。日本法人は契約締結権がないが、常習代理人には、契約書に調印する権限が与えられていなくても、契約内容につき実質的に合意する権限を与えられている者が含まれる(法基通20-2-5)ことから、本件取引のようにあらかじめ販売条件が一般に明示されていて注文主が購入の意思表示をすることにより自動的に販売契約が成立するものについては、注文の受付は、販売活動のための単なる補助的行為ではなく販売活動そのもので契約を成立させるための中核をなす行為と考えられ、常習代理人となる余地がある。しかし、同通達は契約内容につき合意する権限を与えられながら形式的に契約を源泉地国以外で結ぶことにより常習代理人の認定を回避することを防ぐものであり、一般には、単に受動的に注文を受けそれを外国法人に伝達するだけでは常習代理人ということではできないと思われる。なお、ケース4については当該

外国法人から日本法人に派遣された職員がその業務を行っていれば1号PEと認定される場合もあろう。しかし、子法人の職員がその業務を行う場合は、子法人としての業務なのか親法人の業務を実質的に代理するものなのか事実認定が困難な場合も想定される。

電子商取引においては、ケース1のように源泉地国にウェブ・サイトのみを置いて取引ができるため、PEの認定に微妙な問題が生ずる。ウェブ・サイトのみではPEを認定しないとするOECDの見解に立てば、通常電子商取引は自らサーバーを所有せずISPのサーバー上のウェブ・サイトを通じて事業を行うものであるため、源泉地国にPEをもたずに事業を遂行する企業が多数出現することになる。しかし、ある程度規模の大きな事業を行うには単にウェブ・サイトのみでは不十分で、通常はケース2, 3, 4のように源泉地国に別途事業を遂行する追加的な機能が必要となるであろう。問題は、支店等やケース4のような子法人がなくても、ケース2, 3のように業務委託して比較的大規模に事業が行える点にある。そこで代理人PEに当たるかどうか及び受託業務が補助的機能の範囲を超えているか否かが問題となる。この事例では、日米条約に在庫代理人や注文取得代理人をPEとする規定がないことから、常習代理人に該当するか否かで代理人PEの有無が判断されることとなるが、在庫代理人や注文取得代理人を規定する条約の締結国の企業の場合は、それら代理人の認定は重要な利害をもたらす可能性がある。これらは事実認定によるところが大きい。在庫代理人及び注文取得代理人についてはより明確な認定基準が必要と思われる。

次に、PEがあると認定された場合にどの範囲の所得をPEに帰属させるかが問題となる。

国内法は総合主義をとっており、国内にPEがあれば本店直接取引に係る国内源泉所得も総合課税の対象としている。したがって外国法人が日本の顧客と直接に電子商取引を行っているケース1のような場合においても、別の事業活動のために支店を有するときにはわが国の国内源泉所得と認められる範囲でその所得は総合課税の対象となる。

わが国は既に56ヵ国と帰属主義による租税条約を結んでおり現実に大きな不都合が生じるとは考えにくい。総合主義によると本店直取引による電子商取引も総合課税の対象となり、電子商取引のウエイトが高いと帰属主義との乖離が問題となる。

次に、国内源泉所得の認定につき法人税法施行令第176条1項1号では、棚卸資産を国外で製造等をしないで国内において譲渡する場合、その所得はわが国に源泉があるとしている（売却地主義）。この場合の国内において譲渡するとは、同施行令第176条4項により第一義的には当該棚卸資産がその販売の直前にどこにあったかで判断され、ケース2では日本に源泉があることになる。しかし、これに該当しないケース1、3、4のような場合でも、譲渡に関する契約が国内において締結された、あるいは当該契約をするための注文の取得、協議その他の行為のうち重要な部分が国内においてされた場合も国内において譲渡されたものとされる。電子商取引においては、ホームページ上に提示された条件に顧客が応じるだけで契約が成立するので当該契約が国内で行われたかや当該契約をするための重要な行為が国内で行われたかは判定困難な問題であるが、国内源泉所得として課税対象になるかどうかを現行の売却地主義で捉えるのであれば、その明確な判断基準が求められるであろう。また、仮にケース2とケース1、3で課税・非課税が分かれる根拠が単に在庫をどの場所で持つかということであれば、輸送手段の発達した今日にあって課税を回避することは難しくないのであろう。

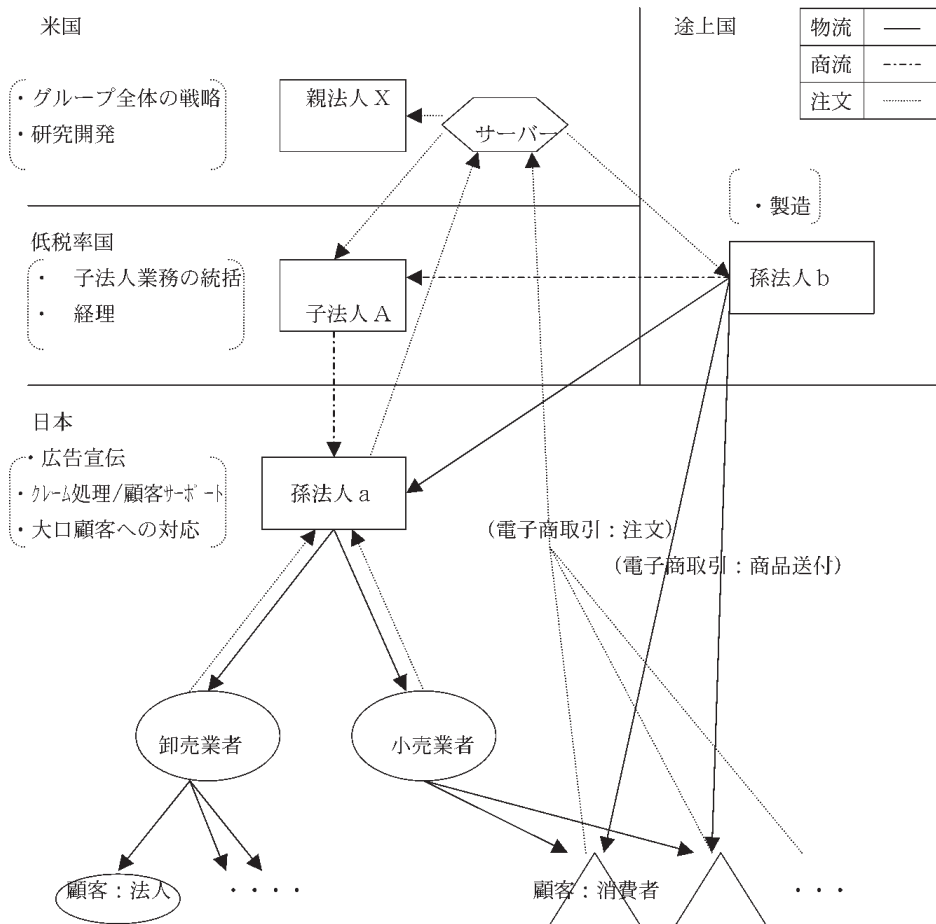
電子商取引にあっては中間業者が消失し、取引は供給者と需要者の間で直接に行われ、事業のた

めの物理的な場所も施設も多くを要しないなど、経済活動がどこにおいて行われたかが不明確となる。特にデジタルコンテンツの場合は物の供給とサービスの提供が概念的に近接し、更に供給者と需要者が離れているにもかかわらず需要者に瞬時に商品・サービスを提供できる。売却地や契約地、サービスの提供地等の場所的概念で一律に所得の源泉地を判断する考え方は従来の取引形態では簡便かつ明瞭な基準たりえたが、ソフトウェアや音楽・情報の配信データのようなデジタルコンテンツがインターネットで供給される場合には機能不全に陥る。このためクロスボーダーで取引が行われる場合には、国内に源泉地があるか否かを何により判断すべきかが問題となるが、従来の源泉地の判定基準はこれに應えることはできない。国内法では、法人税法施行令第176条1項1号及び2号が棚卸資産について規定しているが、動産である棚卸資産に限られており、有体物ではないデジタルコンテンツには適用されない。デジタルコンテンツの供給による所得は、法人税法第138条2号に該当する場合を除いて、法人税法施行令第176条1項7号に規定する独立企業条件あるいは生産要素の所得への寄与度により国内業務にかかる所得を判断することになるが、その具体的手法が問題となろう。

2 多国籍企業の事業活動と電子商取引

電子商取引は、多国籍企業にとっても重要な取引形態となりつつある。世界的規模の企業がその事業を次第に電子商取引にシフトしていくと電子商取引からの利益をどの国が課税するかにつき問題が生ずる。

<事例>



上図は高度に多国籍化したIT関連機器製造業の企業グループをイメージしたものである。この企業グループは、コンピューター機器の一連の製造・販売活動を機能分化し、全世界に子法人を置いて製造・販売事業を展開している。米国の親法人Xは、グループ企業全体の経営戦略、研究開発を行い、世界の主要都市に販売拠点である法人(法人Aの子法人で、親法人Xの孫法人)を設けて販売活動(広告宣伝、クレーム・顧客サービス、大口顧客への対応等)を行っている。これら各国の販売子法人等を統括するため、低税率国に法人A(親法人Xの子法人)を置いて事業の統括及び取引を集中管理させる。利益の多くは商流(伝票上の取引の流れ)にしたがって、あるいは、傘下の販売子法人からの配当により子法人Aにプールされる。同グループの商品は、人件費が安く、製造

活動に適した発展途上国に法人b(法人Aの子法人で、親法人Xの孫法人)を置いてOEM製造させる。日本の顧客の注文は、法人については国内の卸売法人を通して、また、個人は量販店を通して、日本の子法人a(法人Aの子法人で、親法人Xの孫法人)になされ、グループ企業内のWANにより、親法人X管理の米国にあるサーバーに集中させる。同サーバーから製造子法人bに注文が自動的に伝達され、注文の仕様にしたがって製造子法人bが製造した商品は、各国の販売子法人を通じて顧客に販売される。なお、製造・販売活動についての一連の情報は、サーバーを通じてリアルタイムに親法人X、子法人A、関連する孫法人にも伝達されている。

同グループは、従来の取引ルートとは別に、数年前から電子商取引を始めた。孫法人aの長年に

わたる広告宣伝等により強力なブランド力を有していたことから順調に取引が増え、電子商取引の売上ウエイトは今や20%に達している。電子商取引において顧客は、インターネット上のホームページにアクセスして注文し、決済はクレジットカード支払又は銀行振込で行われる。これらの情報は米国の親法人Xが管理するサーバーを経由して通常取引と同様に処理される。商品の発送は、支払の確認後、当初は通常の販売と同様に孫法人aの配送センターから送られていたが、その後、製造孫法人bから国内の配送業者を通じて直接顧客に発送されることになった。なお、商品についてのクレーム処理は日本の孫法人aが対応している。

電子商取引は、支店等を持たない小規模な業者ばかりでなく上図のような多国籍企業によっても広く行われている。特に、IT化が進み、輸送手段の高度化・高速化により本事例のような注文生産であっても外国の生産拠点から短期間に顧客に商品を届けることが可能になった現在、そのウエイトは益々拡大している。企業にとっては、在庫負担の軽減、拠点の維持費の節約によりコストダウンとリスク軽減が実現でき、また、消費者にとっても利便性が高い。電子商取引は、取引の信頼性が確保されなければ拡大は困難であるが、本件の場合、企業グループのブランド力、孫法人aの顧客サポート、クレーム処理により信頼性が確保されている。

本事例の問題は、20%の電子商取引売上の利益をどの国に帰属させるかである。OECDの結論によれば、サーバーPEがない日本には帰属所得はないことになる。ただし、孫法人aの顧客サポート、クレーム処理についての対価は孫法人aに帰属させることができよう。旧来の取引は理論上モデル条約第9条の独立企業原則により課税所得が決定される。しかし、電子商取引が親法人により行われ子法人の事業と切り離されると、親法人のPE課税の問題として、モデル条約第7条の独立企業原則により課税所得が決定されることになる。したがって、モデル条約第7条と第9条の独立企業原則の適用が異なることは重大な相違を生じさせ

る。特に、モデル条約第7条の無形資産の扱いが問題である。同グループの有する無形資産は製造・販売におけるノウハウやブランド等多岐にわたっており、グループ企業間で共有されている。PE課税においては、この無形資産による超過収益をPEのないところに帰属させることはできない。反対に、PEがあるとすれば、日本での売上げから本店等で生じた無形資産の原価相当額を配賦すれば足りることとなり、日本での電子商取引売上からの超過利益は当該PEに帰属させることができる。そこでPEの認定がきわめて重要となる。孫法人aの顧客サポート、クレーム処理は、親法人の1号PEとしての活動か、孫法人aの3号PEの認定は可能か、それらの活動は補助的活動か等、検討すべき問題は少なくない。本事例の電子商取引は、前述事例1のケース3あるいは4に類似する事業形態からケース1に事業が移行しており、OECDの結論を前提にすれば、日本にPEがあることの立証は容易ではないであろう。電子商取引にあっては、これまでの典型的なPEである支店等と異なり、物理的拠点を要せず、一部のサービス機能を所得源泉地に置くだけで大規模な取引が可能となる。この事例では子法人がいわば「触媒機能」を果たしているのであって、電子商取引からの所得の帰属を親法人のものとするか代理人PEを認定してPEのものとするかは、その帰属所得が大きいだけに今後大きな問題となるものと思われる。根本的な解決はモデル条約第7条と第9条の独立企業原則の適用を統一することであるが、現行のPE課税においてこの問題を扱うとすれば、特に補助的活動や代理人PEの認定が重要な検討課題となろう。

第2節 国際的租税回避行為

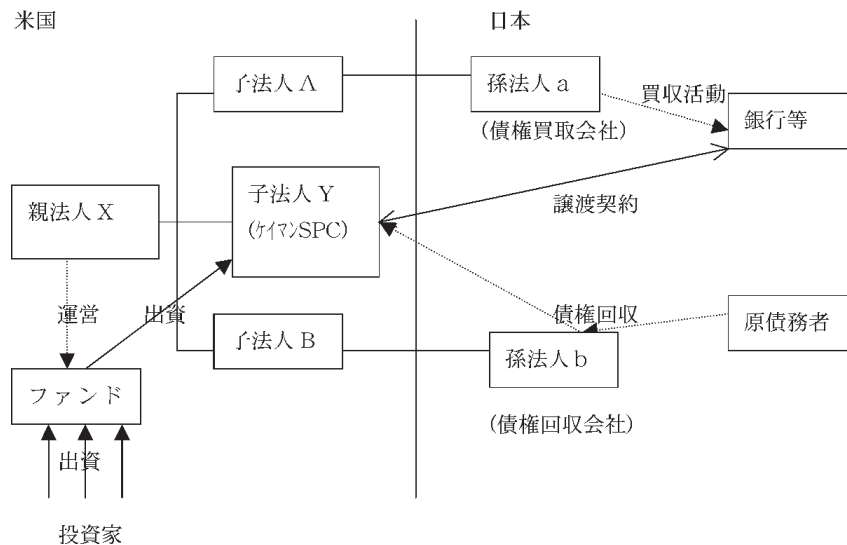
近年、国内での事業からの所得を意図的にPEや子法人に帰属させず、あるいは所得区分を事業所得以外の所得に変更(recharacterization)して課税を逃れる行為が問題となっている。これらの租税回避行為においては、条約漁り(treaty shopping)やタックスシェルター(tax shelter: 課税逃れ商品)が常套手段のように利用されるが、こ

れらは各国国内法や租税条約の優遇措置、税制の相違等を利用して租税回避を行うものであり、タックス・プランニングとして知られている。国際的な租税回避の要件は、まず源泉地国課税を回避することである。このため事業所得においては、①PEの認定を回避する、②PEに帰属する所得を

縮減する (PEの帰属からはずす、所得額を圧縮する、事業所得以外の所得に転換する等の方法がある。)、③国内法あるいは租税条約の免税・軽減税率等の優遇措置を利用する等の方法が企画される。以下、個別の租税回避行為においてPE課税がどのような関わりを持つか考察する。

1 個別事例の検討

<事例1> PEの認定回避



これは不良債権の買取りスキームであるが、その基本的な仕組みは次の通りである。

- ① 米国法人Xは、投資家を募りファンドを組成する。ファンドは、Xをゼネラル・パートナー、投資家をリミテッド・パートナーとするリミテッド・パートナーシップ (LPS: Limited Partnership) である。Xはファンドの運営に当たるが、投資家はほとんどの出資をするものの経営には参画しない。
- ② Xは、日本国外に3つの子法人A、B、Yを設立する。子法人Yは特定目的会社 (Special Purpose Company: SPC) であり、ファンドからの出資金を国内に投資する場合の通過勘定として利用するためのペーパー・カンパニーである。Yは、設立が容易でタックス・ヘイブンでもあるケイマン諸島に設置する。子法人A、Bは、米国法人である。
- ③ 子法人A、Bは、日本国内にそれぞれの子法

人 (Xの孫法人) a、b を設立する。法人 a は、子法人Yのために銀行等からの不良債権の買取業務 (不良債権の買取交渉、評価、その他バック・オフィス機能全般) を行う。売買が成立すると法人 a は、Yと当該銀行等を契約当事者として譲渡契約を結び、Xは経費に手数料相当額を加えた額を子法人Aを経由して法人 a に支払う。また、法人 b は、原債務者からの債権回収を行い経費に手数料相当額を加えた額を控除してYに送金する。なお、孫法人 a、b は子法人A、Bから債権の買取及び回収の業務委託をそれぞれ受けているが、いずれも親法人Xと当該業務につき委託契約を結んでいる。

- ④ Yは国内にPEを持たないとして日本では申告しない。利益は、ファンドを通じて投資家に配当される。

この事例は、法人Xが不良債権の買取事業を企

画し、事実上、指揮・命令を行っているにもかかわらず、ペーパーカンパニーであるYが事業を行っているような外観を構築し、現実に国内で業務を行う法人a、bにはYが一定の手数料を支払う又は残すのみで、残余の超過利益をタックス・ヘイブンを留保するものである。Yを事業の主体とする限り、法人a、bは法人A、Bにそれぞれ業務委託を受けた第三者ということになり、Yは、形式上、支店等を持たない外国法人として事業所得課税を逃れることになる。以下、本件スキームにつき課税が行われるとした場合の問題点を検討する。

(イ) 事業の主体

国内で行われた事業につきどの法人が主体になるかは各法人の果たした機能、リスク負担、使用される資産（無形資産を含む。）を考慮する必要がある。本件スキームでは、Yが事業主体と構成されているが、事業に対する実際的意思決定はXにより、また、実際の個別業務は法人a、bにより行われており、Yはリスク負担を行うのみである。事業の統一的な意思決定はXにより行われているが、事業の機能は分散されており、一つの主体で捉えることは困難である。

法人a、bが事実上も自己の計算において事業活動を行い、XやYが事業に積極的な関与をしていない場合は、法人a、bに帰属する手数料相当額が適切であるかどうかを検討されるべきである。この設例の問題点は、超過利益が何処に帰属するかであるが、超過利益の源泉たるリスク負担やノウハウが国内法人a、bにあればYのPE課税を行うまでもなく移転価格課税の問題として捉えるほうが自然であろう。外国法人のY又はX、A、Bがわが国で事業活動をして超過利益をあげながらPEがないとして申告しないと認められる場合はPE課税の問題となる。

PE課税の事業主体としては、その機能から見る限り、全体を実質的に統括するX、又は契約上の主体であるYがまず検討の対象となろう。しかし、Xについては直接の契約者でも運営を指揮する者でもないことから事業主体であることの立証は一

般に困難であろうと思われる。したがって、以下Yを事業主体としてPE課税を検討する。なお、Xからの具体的な指示が法人A、Bを通して行われる場合は、法人A、Bを事業の主体としてPEを認定することも考えられる。すなわち、法人a、bに外国法人A、Bの1号PEがある、あるいは、法人a、bをそれぞれ外国法人A、Bの常習代理人と認定するのである。しかし、仮にPEの認定ができたとしても超過利益は形式上Yに帰属しており、超過利益が外国法人A、Bに帰属することを別途立証する必要がある。

グループ全体を一つの事業体とみる考え方は、本件の場合、実態に合致している。この点で、国内法の注文取得代理人は、PE課税の主体となる一の外国法人に「その外国法人の主要な株主等その他その外国法人と特殊の関係のある者を含む」こととしており、グループ全体を一つの事業体と見る考え方が伺えるのは興味深い。注文取得代理人については、主要な委託先は一つに限られるが、本事例のように、これを形式的に適用すれば、複数の外国法人等に分散して代理行為をさせることによりPEの認定を回避できる。このため注文取得代理人については、これを確信的に規定したものと解されるが、関連会社を含めて一体として扱うことは注文取得代理人に限られる必要は無いものと思われる。そもそも国内で事業をする場合に外国法人の物理的拠点あるいはそれに代わる代理人の存在をもって源泉地国の課税権行使の要件としているのであり、本店が形式的なものであって管理支配する場所が別にあるとそのことでわが国の課税権が行使できないとする理由はない。しかし、このような考え方は、国際的フォーラムの中でのコンセンサスが必要であると思われ、また、グループ構成員が複数の国にまたがる場合の租税条約の適用にも問題が生ずることに留意する必要がある。

本件事例では、利益がYを通じてファンドに流れているが、SPCがペーパーカンパニーであることから、ファンドのPEという認定もあり得るかもしれない。しかし、この場合は、ファンドがLPSという法形式をとっていることから、LPSのPEとす

るのかその構成員のPEとするか、また構成員のPEとする場合には、その構成員が法人か個人かで課税関係が異なることになるなど新たな問題が生じる。加えて、構成員の居住国が異なれば租税条約が適用される構成員か、適用するのはどの国との租税条約か、また、構成員がLPS等である場合には、更にその構成員に遡って課税関係を確定しなければならないなど課税上困難な状況が想定される。なお、諸外国にはわが国にない形態の事業体があり、例えば米国のLPSやエル・エル・シー(LLC: Limited Liability Company)は、利便性の高い事業形態として、急速にその利用が進んでいる²⁹。これらは、有限責任であること、法人格があること(あるいは選択できること)、契約により内部関係を自由に設計できることなどの利点があり、租税回避スキームにも少なからず利用されていることから、取引の安定性・予見性の確保のみならず適正な課税のためにも、課税上の扱いの明確化が望まれる^{30,31}。

(ロ) PEの認定

PEであるための要件は、次のとおりである。

(A) 1号PEの場合

- ① 建物等の施設あるいは機械、設備が存在すること。
- ② 一定の恒久性を有する明確な場所に事業の場が設けられること。
- ③ 通常その場のある国に企業に従属する者がいてその場を通じて事業をすること。
- ④ 補助的活動のみを行うものでないこと。

(B) 3号PE(常習代理人)の場合

- ① (代理行為を委任した企業の名において) 契約を締結する権限を有し、その権限を反復して行使すること。
- ② 独立代理人(その活動が当該外国企業の詳細

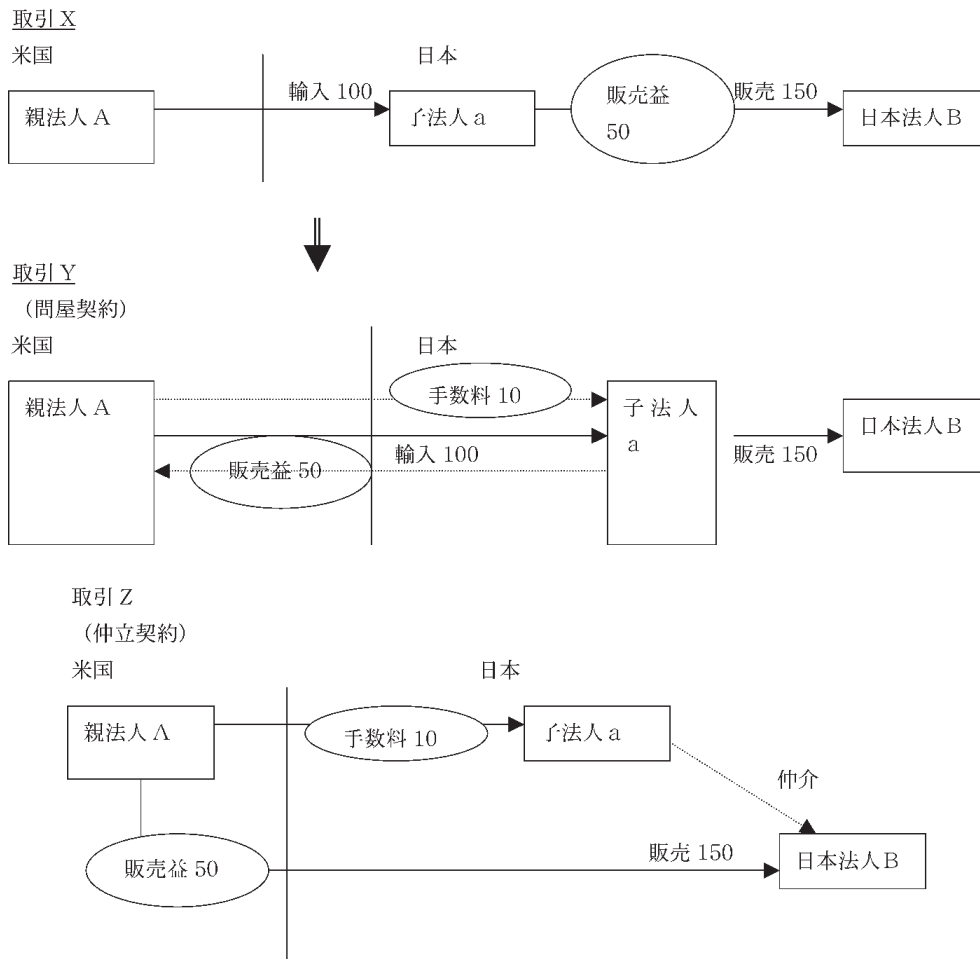
な指示・包括的管理に従うものではなく、かつ、リスクを代理人自身が負担する代理人)でないこと。

③ 補助的活動のみを行うものでないこと。

グループ全体を一つの事業体とみる考え方は別として、事業主体をYとする限り、Yがペーパーカンパニーであることから、一般に事業の活動拠点である法人a, bにYの1号PEがあると認定することは難しいと思われる。一方、法人aをYの3号PEとすることは、法人a, bが上記(B)の①, ③を満たすと考えられるものの、②を満たすかどうかは検討を要する。法人a, bがYの詳細な指示・包括的管理に従うとするのはYがペーパーカンパニーであることから、事業主体を単一と考える限り、一般にはその認定は困難である。これを認定し得るのは親法人Xの代表者等が法人Yの代表者を兼務しているなど例外的な場合であろう。リスクを負っているかどうかについては、契約条件などを基にした実態的な判断が必要であるが、本件の場合は、Yが契約の当事者となりリスクを負担していることから、法人a, bは単なる手数料ビジネスをしていると考えることもできる。したがって、3号PEについては、その認定の余地があるものと考えられる。

<事例2> 売買取引から手数料取引への変更

売買(buy-sell)形式から手数料(commission)形式への取引形態の変更による課税関係につき検討する。この設例では、取引X, Y, Zのいずれにおいても、親法人Aは商品を100で仕入れ、非関連者である日本法人に150で販売している。また、それらの取引は独立企業間価格である。子法人の長年の経営努力の結果、この取引から通常の利益10を超える超過利益分40が発生しているものとする。



(イ) 取引形式 A から取引形式 B への変更

親法人 A と子法人 a は、問屋契約 (Commissionaire Agreement) を結び、取引形式を X から Y に変更する。これにより子法人は、販売益のうち 40 を親法人 A に付け替えて、販売益 50 ではなく手数料 10 を日本で申告する。こうした行為は、源泉地国での事業が軌道に乗り高い収益を享受している場合に特に有効である。すなわちリスクをはるかに超えるような利益が子法人で実現されているときに、問屋契約を締結し、リスクと共に超過利益を移転するものである。また、親子間の契約変更だけで済み、対外的に何ら変更を伴わないことから容易に利用できるスキームである。

ここで問屋とは、自己の名を以って他人の為に物品の販売又は買入れを為すを業とする者 (商法第 551 条) をいい、物品又は買入れの取次ぎ業である。問屋は当事者となって第三者との間で物品の

販売又は買入れの契約を締結し、権利義務は問屋に帰属する。しかし、問屋の締結する契約は、委託者の計算で行われるので、損益は事実上委託者に帰属する。また、問屋と委託者の間においては委任及び代理に関する規定 (商法 552 条 2 項) が適用されるが、委託者と当該第三者は直接法律関係に立つことはない。

この問屋契約を利用したスキームの理論的根拠は、会社の得べき利益は、会社が負う各種リスクをカバーするものでなければならないとするものであり、設例でいえば子法人 a からリスクを切り離し、親法人 A に移転するに際し、子法人に帰属する利益を圧縮するものである。この場合のリスクには、在庫保有リスク、投資リスク、販売マーケティングリスク、債権回収リスク、製造者責任リスク、為替リスク等が含まれる。タックスプランニングとしてとらえれば、グループ間で切り離

したリスクを相対的に課税負担の低い国、地域に移転し、これに見合う利益あるいはそれ以上の利益を付け替えてグループ企業の税負担の軽減を図るスキームである。また、経営戦略として捉えれば、主要なリスクを一箇所にまとめることにより、グループ企業の営業コストを減らすものであり、経済合理性のある取引再編成と見ることもできる。したがって経済合理性を伴った税負担軽減策については、取引自体を否認するというのではなく、移転される利益が、移転されるリスクや機能に見合ったものであるか否かの検討が必要であろう。

設例においては、移転されたリスクを除いて事業実態は変わらないことを前提としている。この場合、その是正策としては二つの方法が考えられる。一つは移転価格の問題として、機能分析(functional analysis)に基づき手数料の比較対象取引を探して、その独立企業間価格を求めることである。もう一つは、子法人aを親法人Aの代理人PEと認定し、あるいは子法人に1号PEがあるとして、販売益40を親法人AのPEに帰属する国内源泉所得と認定することである。前者では比較対象取引がみいだせるか否かが、また後者では、親法人AのPEが認定できるか否かが主要な問題となる。

(A) 移転価格アプローチ

移転価格課税を行う場合、問屋形式への変更前後でどのような機能、使用資産、リスクが移転したかが特定されなければならないが、独立企業間取引の価格や利益に影響を与える可能性のある全ての要素を考慮した上で評価されなければならない。米国財務省規則§1.482-1(d)は、移転価格課税における比較対象取引を検討する際の分析すべき項目として機能、契約条件、リスク、経済的条件、資産又は役務などに分類し、種々の要因をあげているが、それらは独立企業間価格の決定要素でもある。問屋契約への変更は価格決定要素の一つであるリスクを移転したにすぎない。また、親法人Aは取引の結果を引き受けるものであり、商行為に基づく法律上の権利義務は依然として子法人aにある。したがって、リスクについては市場

価格、為替レート等の変動により損失が発生した場合に手数料相当額を子法人aに保証しているか、すなわち、親法人Aが現実にリスクを負担しているか否かを確認する必要がある。更に、子法人aが高収益を上げているのは過去の経営努力の成果であり、手数料という形での支払いを是認する場合でも、第三者との間で新たに委委託契約を結ぶ場合の手数料と同一水準であるとするのは妥当ではない。すなわち、この場合の手数料には子法人aのマーケット・インタンジブル(販売無形資産)等に対する対価が含まれていなければならない。販売無形資産等を考慮した場合の手数料に対する比較対象取引を見出すことが困難であれば、取引形式変更前の子法人aの収益(取引価格が独立企業間価格であったかどうかの検討は別途必要である。)からリスクの移転による収益寄与分を控除する方法で独立企業間価格としての手数料を算出することが考えられる。問屋契約期間内のリスクについては、リスクの内容にもよるが、過去の実績から経済的損失がどの程度のものかを推定できる場合も少なくないであろうし、現代ではさまざまな手段でリスクヘッジが可能となっている。どの程度のマークアップが必要かの問題はあろうがリスクテイクが常に超過利益の享受を正当化すると考えることは支持しがたい。問屋契約が租税回避と必ずしも結びつくわけではないが、問屋契約により著しい所得の移転がある場合は、機能、リスク、使用する資産につきどのような移転があったのかを明らかにし、子法人の利益がどの要因に基づいて生じていたかを正當に評価することが重要であると思われる。

(B) PE課税アプローチ

(i) PEの存在

子法人に親法人から人が派遣され親法人のために勤務している場合や子法人の一部職員が親法人に従属的に行動する場合には、子法人に1号PEがあると認定できる場合があるであろう。しかし、子法人自体が業務委託を受けて従属的に行動している場合に、子法人自体を親法人の代理人PEと判定する余地があるかどうかについては検討を要す

る。

租税条約では常習代理人を一般に、「企業に代わって行動する者が、一方の締約国内で、当該居住者の名において契約を締結する権限を有し、かつ、この権限を反復して行使する場合には・・・」（新日米条約第5条5項等）としており、自己の名で契約を締結している問屋は条約上も常習代理人に当たらないと考えるのが自然である。また、法形式として子法人が当事者となって契約を締結し、権利義務も子法人に帰属する本件の場合、一般に代理人PEと認定することは難しいと考えられる。問屋形式の特徴は、問屋が権利義務の主体とはなっても経済的には委託者に損益が帰属することである。損失が発生した場合にこの契約が履行されるかどうかは独立第三者間であれば問屋側のリスクとなるが、子法人の場合は不履行といったリスクは事実上ないと思われる。しかし、法的に独立していることから、法人aは契約不履行のリスクがないとしても、一般にはリスクを負っていると扱わざるを得ない。したがって、独立代理人の要件である①代理人の活動が当該企業の詳細な指示・包括的管理に従うものでなく、かつ、②リスクを代理人自身が負担しているとする法人の主張を崩すことは容易でないと思われる。

モデル条約には単に子法人というだけではPEとされない旨の規定があり、また、わが国の租税条約も「一方の締約国の居住者である法人が、他方の締約国の居住者である法人・・・を支配し、又はこれらに支配されているという事実のみによっては、いずれの一方の法人も、他方の法人のPEであることとはならない」旨の規定を置いている。この趣旨は、安易にPE認定することにより親法人の直接取引による収益まで取り込むことのないように確認規定を置いたものである。この点で、PEの認定は慎重に行う必要がある。代理人PEについては、もともと親子のような支配・被支配の関係にある事業者が問屋契約を結んで事業を委託することを想定しているのではなく、子法人や支店等をもたずに他人をして事業を行わせる場合にPEがあるのと同様の事業活動ができることからPEの概念を拡大したものである。問屋契約であって

も、親法人の直接取引ではなく子法人を通じて事業が行われているのであるから、PE課税ではなく子法人の所得計算の問題として捉えるのが自然ではないかと思われる。

(ii) 課税所得の範囲

仮に、代理人PEの認定が可能であるとした場合には、課税所得の範囲が問題となる。代理人PEに帰属する販売利益は、手数料の10ではなく販売益50である。また、経費については利益相当額をマークアップする必要はなく実額配賦することになる。問屋契約によりリスク負担が親法人にあるという事実は、損失が発生したときに実額配賦することにより課税所得に反映されることから、親法人がリスクを引き受けることにより代理人PEである子法人の超過利益が親法人に移転することはない。移転価格アプローチとPE課税アプローチが異なるのは、前者が独立企業原則を厳格に適用するのに対して、後者は、本支店が法律的に同一の事業体であることから、執行上の困難性に鑑み、経費等については独立企業の原則を厳格に適用しなくてもよい扱いとなっているからである。したがって、PEの認定ができれば帰属所得の認定は一般に移転価格アプローチより容易であると思われる。また、リスクや無形資産の移転により超過利益が移転しない点でも課税当局に選好される理由がある。

(iv) 取引形式Xから取引形式Zへの変更

取引形式Xから取引形式Zへの変更は、親法人Aと日本法人Bとの直接取引への変更を意味し、権利義務が子法人から切り離されている点で取引形式Yとは異なっている。日本法人からみると取引先が変更されるので取引形式Yへの変更ほど容易ではないが、親法人への所得の付け替えの点では同様の効果をもつ。取引関係が確立され収益源でもある大口取引先のみを親会社の取引とすることは、現実に珍しくない事業形態であるが、子会社が引き続き業務を行っているにもかかわらず、形式上、親法人が直接取引する形にして親法人に利益を付け替える場合は、PE無ければ課税なしとしたPE課税上のルールを濫用するものである。こ

の手法は、PE課税において帰属主義をとった場合に、本店の直取引の形にしてPEに所得を帰属させず租税を回避するリスクが指摘されていたが、PEを子法人に置換えても同様である。

実質的に親法人が関与せず子法人が事業を行っている場合は、契約の形式上、直接取引の形をとっているとしても全て子法人の所得と認定されよう。問題となるのは、親法人が直接取引に何らかの関与をしている場合で、親法人は子法人にPE機能を持たせて事業を行い、日本国内で大きな利益をあげながら、子法人には業務委託による報酬のみを帰属させ、残りの利益を全て親法人に帰属させる場合である。

このため、実質に応じた課税が必要であるが、その方法の一つは、手数料が不当に低いことを移転価格アプローチにより明らかにすることである。手法は、上記取引Yへの変更の場合と同様であるが、異なるのは権利義務が親法人Aにあり、子法人aは法律的にも経済的にもリスクを負わないことである。したがって、リスク負担分の評価が必要となる。取引Yの場合と同様に、販売無形資産は子法人にあることから、その利益への寄与を考慮すると超過利益40は子法人が享受すべきであり、手数料は10から親法人Aのリスク負担分を控除したものとなろう。

もう一つのアプローチは、PE課税である。PEは単なる物理的な概念ではなく機能的概念でもある。また、一定の場所は相当広く解する余地がある。したがって、事業の内容からみて主要な機能が国内にあり、その事業に従事する者が親法人Aに従属的な活動をする場合には、PEがあるとみなしうであろう。しかし、単なる支配関係にあるという事実だけでPEを認定することはできず、PEの認定に当たっては明確な根拠が要求される。PE課税は、無形資産が含まれる場合など比較対象を見だし難い場合の課税手段として検討に値するものと思われるが、この事例では移転価格アプローチが実態に合致しており、まずその検討を行うのが適切であると思われる。

2 私見

上記の二つの事例につき、本来、利益が国内の子法人の事業活動から生み出されているのであれば、移転価格課税により実態に応じた課税が行われることが望ましいと思われる。移転価格課税では、比較対象を見つけることに困難が伴うのが常態であることから、PE課税は課税庁にとって魅力があると思われるが、PE課税は親法人の所得に対する課税であり、子法人の所得が過少であると認められる場合にPE課税を代替的に用いることには疑問がある。これに対して、実質的に親法人の事業活動から国内で利益が生み出されている場合には、PE課税によるアプローチが合理的である。

国際的コンセンサスが得られれば租税回避行為に対してモデル条約に新たな判定基準を設けることが考えられる。この点で、新日米条約は、主に投資所得についてであるが、詳細な特典制限条項が設けられており、租税条約の新たな進展して注目される場所である。しかし、これまでトリートリー・ショッピングの規制として、条約の恩恵を受ける居住者を実質的に限定するなどさまざまな方法が検討されてきたが、正当な取引と区分することが難しいという理由で、米国等一部の国を除いて、条約に本格的な制限規定を入れるには至っていない。国際的コンセンサスの下で租税回避行為に対して規制を設けていくことについては今後とも国際的な努力が払われるべきであるが、次々に新たなスキームが開発されている現状を踏まえると、租税回避の意図が明らかである場合には、PE課税を柔軟に適用することも許されるべきものとする。

おわりに

わが国が国内法にPEの概念を導入した理由は、いかなる場合に事業所得として課税されるかを明確化することにあつた。モデル条約やわが国の締結した二国間租税条約におけるPEの概念は、第1章第1節(2)イの三要件を満たすものであるが、国内法におけるPEの概念は「PEを通じて事業が行われている」との要件を欠くものとなっている。

結果として、国内法におけるPEの概念は、その導入時にPEの事業性と一定の場所との関係を遮断した結果、単なる物理的概念に近くなってしまった。しかし、本来は機能的な概念であることに留意が必要である。

わが国は、PEの概念を導入したものの、帰属主義の採用には至らず従前の総合主義を維持した。このため、PEが無いときは事業所得に課税しないことを明文化することになったものの、PEのもう一つの役割であるその帰属関係を通して独立企業の原則により事業所得の課税範囲を決定するという役割をPEに与えなかった。したがって、国内法においては「PEなければ課税なし」の原則は、PEがある場合において徹底されていないことになる。しかし、その一方で、法人税法施行令第176条1項は現行モデル条約第7条における独立条件に沿うものとして規定されており、国内法が総合主義を採っているからといって、わが国のPEの課税範囲が独立企業の原則と全く異質のものと解することは妥当ではない。

OECD等におけるPE課税の新たな検討は、独立企業原則をより厳格に適用することにより、親子間と本支店間の課税上の取扱いを統合する方向にあり、独立企業の原則は益々一般的な基本原則になりつつある。PE課税の伝統的考え方は維持されとしても、PE課税に対する新たな問題意識の中で、現在の高度に発達した経済取引に適合するように、PE課税が修正を迫られているといえよう。しかし、独立企業原則の厳格な適用には、移転価格課税にみられるような比較対象取引の把握や事実認定上の様々な困難とそれに基づく国際的二重課税の危険に十分な配慮が必要であろう。OECD等でPE課税につき機能的分離企業アプローチに基づく新たなコンセンサスが形成されれば国内法の改正を伴うものとなろうが、課税当局においては、企業経理や取引の予測可能性・安定性を考慮した現実的な対応が望まれる。

電子商取引の拡大などでますます一定の場所というような物理的概念ではPEが捉えにくくなっており、機能的な判断に基づくPE認定の余地が大きくなっている。これまでのPEの概念は依然とし

て機能しており、今後も基本であることは疑いのないところであるが、PEの認定については、特に代理人PEや補助的機能の意義につき、具体的な判断基準が必要となっている。

一方、クロスボーダー取引の多様化、新金融商品や新しい事業形態の出現等、経済活動が変化する中で、国際的租税回避行為も盛んに行われるようになってきている。タックス・シェルターの利用やトリートリー・ショッピングにより節税の域を超えたタックス・プランニングが横行しているが、こうした租税回避行為に対して課税当局にはPE課税を積極的に適用する動きが見られる。国際的に確立された原則を離れてPEの概念を際限なく広く取ることは、国際的二重課税のリスクを著しく高めることになり慎むべきであるが、一方では、国際的租税回避行為が例外的行為として各国の個別対応に任せるほど局所的なものでなくなっていることも事実である。国内法におけるPEの概念は導入の経緯から多分に物理的な概念として存在しているが、もともとPEは機能的な概念である。したがって、外国企業がそのコントロールの下に国内で十分な規模の活動を行っているのであれば、「一定の場所」を実質的に認定してPE課税することも許されるものと思われる。ただし、この場合には、租税回避の意図が外形上明確であることが求められよう。

PE課税は、様々な新しい課題に直面している。また、PEの認定やその課税範囲を決定する基本概念にも大きな変化が生じている。このため、大局的な視点からPE課税を捉えることが有益であると考え本稿に取り組んだところである。PE課税の新たな潮流の中にあって、今後その方向性を見極めていく必要があると思う次第である。（了）

注

(1) PEの概念は、19世紀後半にドイツ国内の市町村間の課税概念として成立したとされ、租税条約としては、1899年に締結されたプロイセンとオーストリア及びハンガリーとの条約に採用されている。

(2) 五味雄治・大崎満 著「国際取引課税」財経詳

- 報社 P14
- (3) 補助的活動に当たらない事例については、コメントリー・パラ24～28参照。
- (4) 平尾照夫「租税条約の解説」—OECD租税条約草案—日本租税研究会（昭和39年11月）p30
- (5) 「法人税基本通達逐条解説（四訂版）」小山真輝編 税務研究会出版局 p1500
- (6) 福山博隆「外国法人及び非居住者の課税その他国際的な側面に関する税制の改正」 税経通信 17巻6号（昭37）p114, 115
- (7) わが国の締結した租税条約で芸能人等の役務提供そのものをPEとみなす規定を置く国としては、アイルランド、英国、ブラジルとの条約がある。
- (8) わが国の締結した租税条約でこの種の規定を置く国としては、インドネシア、ベトナム、アラブ連合共和国、フィリピン、メキシコとの条約がある。
- (9) 外国保険会社は、保険契約者等の保護の観点から進出先国では各種の規制を受けることが多い。わが国では、保険リスクに見合う自己資本を用意することが子法人設立の要件とされるなどの理由で子法人の設立が少ないといわれ、外国保険会社は、支店や保険代理店を通じて事業を行うものが多い。また、契約は外国保険会社と保険契約者の間で直接行う形をとるものが多い。保険代理店であっても保険事業の場合は比較的大規模に事業を行うことができるが、その結果、国内で大きな所得が発生している場合でも保険代理店は独立代理人の要件を具備しており、代理店への手数料のみが源泉地国で課税対象となるにすぎない。モデル条約では、結局、保険業に対する特別な規定をいれることなく、その取り扱いについて明確な態度を示していない（モデル条約第5条6項コメントリー—39参照）。
- (10) 管理支配地（place of management or control）とは、法人の事業が実際に管理支配されている場所をいい、一般には、取締役会など法人の最高意思決定がなされる場所をいう。
- (11) 福山博隆「外国法人及び非居住者の課税その他国際的な側面に関する税制の改正」 税経通信 17巻6号115項）
- (12) わが国の締結した租税条約で在庫代理人を定めたものとしては、アイルランド、インド、インドネシア、ベトナム、オランダ、タイ、デンマーク、ニュージーランド、パキスタン、フィリピン、ブラジル、マレーシアとの条約がある。また、注文取得代理人を定めたものとしては、インド、タイ、中華人民共和国、ニュージーランド、フィリピンの条約がある。
- (13) 「税制調査会答申及びその審議の内容と経過の説明」 税制調査会（昭和36年12月）
- (14) 総合主義という言葉は帰属主義に対する概念としてわが国で使用しているもので、OECD等ではPEに帰属しない所得まで取り込んで課税することに対して、「force of attraction」という表現が使われている。
- (15) 唯一パキスタンとの条約が総合主義のまま残っていたが、平成19年2月から開始した条約改定交渉により帰属主義への変更が合意されている。
- (16) 水野忠恒「国際租税法の基礎的考察」（昭和62年、良書普及会）
- (17) 小松芳明「国際租税法の発展と動向」p6, 7
- (18) 国内源泉所得に該当する利子・配当等の定期的所得やキャピタルゲインにつき、米国の取引又は事業と実質的に関連する所得であることを要件に総合課税するものである。この場合、実質的に関連するか否かは、①米国事業の遂行のために用いる資産又は使用するために保有している資産から生じた所得か、②米国事業活動が所得の実現に重要な要素であったかにより判定される。なお、米国内にある事務所その他一定の場所（office or other fixed place of business）に帰属する一部の国外源泉所得についても実質的に関連があるとみなされる。
- (19) 小松芳明「国際租税法の発展と動向」p3, 4
- (20) 当時、OECDの財政委員会ではモデル条約の作成作業が進められており、昭和38年に最終報告がまとめられたが、当時のOECDでの議論が昭和37年の税制改正に影響を及ぼしていることに留意が必要である。
- (21) 国内源泉所得という用語は昭和40年の税制改正で創設されたもので、この当時は「法施行地に源泉がある所得」と表現されている。所得という用語は一般に純所得を指すため、源泉徴収規定との関係で純所得及び収入金額の両方の概念を持つものとして創設されたものである。
- (22) ユニタリー課税は米国の多くの州で採用されている課税方式であるが、グループ企業全体の合計所得を売上高、資産、給与の3要素に基づいて按分し課税標準とするものであるので、多国籍企業に課税が行われると州に関係のない事業所得まで課税され、外国税額控除制度等では解決できない二重課税を引き起こすこととなる。国際的な批判を受けて現在は、合算所得の計算上、外国関連会社を除外する方式（水際方式）の選択ができることとなっている。移転価格ガイドラインでは、ユニタリー方式のようなフォーミュラー方式は予め決定した公式を用いた機械的な方式であり独立企業原則の代替案になりえないとしてこれを排斥している。
- (23) PE報告書第一部パラ2及びPEへの利益の帰属に関するディスカッションドラフト 第一部Aパラ3、PE報告書第一部パラ2参照。
- (24) 「REPORT ON THE ATTRIBUTION OF PROFITS TO PERMANENT ESTABLISHMENTS PARTS I (GENERAL CON-

SIDERATIONS) II (BANKS) AND III (GLOBAL TRADING)」

- (25) モデル条約第7条3項に係るコメントリーのパラ19, 20, 21参照。
- (26) 国際的二重課税については、租税条約上の相互協議による救済手段がある。国税庁の発表による相互協議の発生件数等は次のとおりであり、移転価格税制が国際課税問題の大部分を占め、累増している状況が現れている。なお、事前確認は移転価格に係るものであり、この件数を合わせると繰越件数全体の4分の3が移転価格に関する事件ということになる。

事務年度(7月—翌6月)		移転価格課税	事前確認	その他	合計
平成14	発生	19	47	28	94
	処理	19	47	14	80
	繰越	37	88	39	164
平成15	発生	30	80	12	122
	処理	19	39	25	83
	繰越	48	129	26	203
平成16	発生	8	63	19	90
	処理	27	49	16	92
	繰越	29	143	29	201

(27) 電子商取引の市場規模

イ 平成18年情報通信白書「電子商取引市場規模の推移」

	2000年	2001年	2002年	2003年	2004年
企業対企業 (兆円)	21.6	34.0	46.3	77.4	102.7
企業対消費者(億円)	8,240	14,840	26,850	44,240	56,430

ロ 「海外における電子商取引推進状況に関する調査報告書2002」(電子商取引推進協議会)
電子商取引の規模をGDP比で見ると、先進国ではアメリカ9.0%、日本7.1%、イギリス2.7%、ドイツ2.4%である。また、アジアでは韓国23.5%、シンガポール77.3%が目される。

- (28) モデル条約第5条コメントリー・パラ42.1~42.10参照。なお、OECD加盟国においても、スペインとポルトガルのように、電子商取引においては物理的存在 (physical presence) があることはPEであることの要件ではなくウェブ・サイトがあることのみでPEを認定しうるとする意見もあることに留意する必要がある。

(29) 米国におけるPS, LLC等の申告書提出件数(千件)

課税年度	合計	GPS	LPS	LLC	LLP	その他
2001	2132	815	369	809	69	70
2000	2058	872	348	718	53	67
1999	1937	898	354	589		n.a.
1998	1759	945	343	471		n.a.
1997	1758	328	1069	349		12
1996	1654	312	1116	221		5

出典：「Partnership Returns, 2001」SOI Bulletin, Article by Bill Pratt, Fall 2003 他

- (30) パートナーシップに対する条約の適用については、モデル条約第1条(人的範囲)パラ2~6.7参照。なお、OECD加盟国のパートナーシップに対する見解は大きく異なり、統一的解決策を見出すことは困難であるとして、モデル条約には特別な規定が置かれていない。
- (31) 新日米条約に日米で課税上の取扱いが異なる事業体への条約の適用に関して規定が設けられたことを受けて、そのような事業体に対する条約上の取扱いを明確化するための措置を講ずることが平成16年度税制改正大綱に明記された。