〔研究ノート〕

Avi-Yonah教授の『国際法としての国際課税』を読んで

今　村　　隆

Ruvens S. Avi-Yonah教授は，長年，ミシガン大学の租税法の教授として，米国のみならずOECDなどにおける国際課税の議論を牽引してきた一人である。Avi-Yonah教授は，2007年に出版された『国際法としての国際課税』[(1)]（以下「本書」という。）において，国際慣習法としての国際租税法が成立していて，それは，１回課税の原則（国境をまたがる取引から生じる所得は，（それ以上でもそれ以下でもなく）１回の課税に服さなければならないとの原則）と便益原則（居住地国は，passiveな所得（投資）に優先的に課税権をもち，源泉地国は，activeな所得（事業）に優先的に課税権をもつとする原則）の２つの潜在的な原理から成っているということを主張している。

Avi-Yonah教授の提唱する１回課税の原則や便益の原則は，2013年から始まったOECDによるBEPSプロジェクトでも重要な役割を果たしていて，BEPSプロジェクトの理論的支柱の一つと考えられる。そのような意味で，Avi-Yonah教授の本書での主張は非常に意義深いことから，本書の概要を紹介するとともに，紹介者による若干のコメントを付けることとする。

【はじめに】

1　本書の解題

Ruvens S. Avi-Yonah教授は，左記のとおり，米国のみならずOECDなどにおける国際課税の議論を牽引してきた一人である。特に，Avi-Yonah教授は，米国の主流派とも言えるRosenbloom教授らとの間で「国際課税の分野に法が存在するか？」と議論を戦わしたことで有名である。Avi-Yonah教授は，国際課税全般にわたって深い洞察力をもっており，その主張は傾聴に値する。Avi-Yonah教授の主張するとおり，国際課税の分野で法規範が存在するか否かは，なお議論のあるところと思われるが，Avi-Yonah教授は複雑で難しい国際課税のルールから原則（principle）を導き出そうとしており，国際課税のルールを理解する上でも非常に参考となる。

そこで，Avi-Yonah教授の見解を最もよく表している本書の概要を紹介することとする。なお，本稿は，あくまでも本書の要約であり，翻訳ではない。

本書の構成は，下記のとおりである。

第１章　序論
第２章　課税管轄
第３章　所得と費用控除の源泉
第４章　非居住者に対する課税：投資所得
第５章　非居住者に対する課税：事業所得
第６章　移転価格税制

(1)　Ruven S.Avi-Yonah,“International Tax as International Law”（Cambridge Tax Law Series,2007）

第７章　居住者に対する課税：投資所得
第８章　居住者に対する課税：事業所得
第９章　米国と租税条約ネットワーク
第10章　租税競争，租税裁定及び国際課税制度の将来

本書は，通常の著作とは異なり，注も少なく，見出しも少ない。しかし，Avi-Yonah教授の論述は，簡潔で本質を突く表現が多く，また，具体例を駆使して非常に説得力がある。これは，Avi-Yonah教授の論述の独特のスタイルであり，本書も含めAvi-Yonah教授の論文の特徴である。

Avi-Yonah教授は，本書で米国の多数の判例を駆使して自分の見解を論じているが，判例の位置づけや評価が参考となる。そこで，本稿では，Avi-Yonah教授の挙げた判例は，可能な限り事件名をピックアップし，判決年や判例集を特定することとした。

なお，本稿での注は，すべて紹介者によるものであるが，Avi-Yonah教授の付した注に基づくものは，（Avi-Yonah注）と付記することとした。また，本書では，見出しがなく，読みづらい場合もあることから，紹介者の方で，適宜，冒頭に「○」で示して，見出しを付けることとした。

2　略語表

本書でよく使われている略語は，下記のとおりである。

CFC：被支配外国会社
（Controlled Foreign Corporation）
FDAP：定期定額所得
（fixed or determinable,annual or periodic income）
FDI：外国からの直接投資
（Foreigh Direct Investment）
FPHC：外国人的持株会社
（Foreign Personal Holding Company）
IRS：内国歳入庁（Internal Revenue Service）
PFIC：受動的外国投資会社
（Passive Foreign Investment Company）
PHC：人的持株会社
（Personal Holding Company）

【本書の概要】

第１章　序論

本書は，一つの主張（a thesis）をもっている。すなわち，租税条約のネットワークと国内法の両方に組み込まれた首尾一貫した国際課税制度（international tax regime）が存在し，そして，それは，国際法（条約に根拠をもつものと慣習法の両方）の重要な部分を形作っている。各国がその望む国際課税ルールを採用するのが自由でないことは，実務的なインプリケーションであるが，むしろ長年にわたって国際法が変わってきたのと同じ方法で変わっている租税制度の文脈で作用している。したがって，一方的な行動は可能であるが，また制限もされていて，各国は，一般的には，制度に潜在している基本的な規範を破るような一方的な行動をとるのは躊躇する。そのような規範は，１回課税の原則（the single tax principle，すなわち，所得は１回だけ課税されるべき―それ以上でもそれ以下でもなく―との原則）と便益原則（the benefits principle，すなわち，activeな所得は源泉地国で優先的に課税されるべきであり，passiveな所得は，居住地国に優先的に課税されるべきとの原則）である。

この主張は，非常に争いがある。米国における著名な国際租税法の学者や実務家（Michael Graetz，David Rosenbloom，Julie Roin，Mitchell Kane）及びその他の者（Tsilly Dagan）は，上記のような国際租税法制度はないと主張している。一方，他の

著米な学者（Hugh Ault，Yariv Brauner，Paul McDaniel，Diana Ring，Richard Vann）及び実務家（Luca dell'Anese，Shay Menuchin，Philip West）は，上記のような国際課税制度があるとの考えを支持している。しかし，学者でも実務家でもこの見解を一貫して表したものはない。本書は，筆者が以前に書いた論文[(2)]をフォロー・アップして，このギャップを埋めることを目指すものである。

Ⅰ　国際課税制度は存在するか？

国際課税制度が存在することを否定する最も重要な表明は，ニューヨーク大学での1998年のRosenbloomによるTillinghast Lectureである。[(3)] Rosenbloomは，米国の二重欠損ルールの歴史を引用することから講義を始め，「国際課税制度」に関する言明をした。彼は，そのとき，現実の世界では，様々な国での異なった租税法のみが存在し，それらの法律はお互いに非常に違っているとの理由で，このようなシステムや制度の存在を否定した。

もちろん，この説明は，上記のことに関する限りでは，真実であるが，これがすべての真実だろうか？ Rosenbloomが注目すべきとしたとおり，事実として，先進国の純然たる国内租税法でさえ顕著な収斂がある。

国際課税制度の存在に疑いを持っている人達には，次の質問をすることとしたい。

> あなたが，初めて所得税を採用しようとしている開発途上国にアドバイスをしようとしていると想像した場合，そのような国で外国からの投資を誘引したいと望むとして，その国における国際課税のルールをどの程度自由に立法できるだろうか？

ほとんどの国が国際課税のルールを採用する自由は，租税条約を締結する前でさえ，国際課税の一般的原則を採用する必要によって制限されていると私は言いたい。

Ⅱ　国際課税制度は国際法の一部か？

二国間租税条約のネットワークが国際法の重要な一部であることはほとんど争いがない。したがって，問題は，これらの条約や様々な地域における国内法が国際慣習法の一部として国際課税制度を形作っていると言えるかである。国際慣習法は，「法的拘束力があるとの考えで各国が従っている一般的で安定的な慣行から[(4)]」生じる法であり，「国際的合意が当事者国に法を想像し，そのような合意が一般的に諸国により信奉されるよう意図され，事実として広く受け入れられたときに国際慣習法の創造に結びつく。[(5)]」とされている。

二重課税を避けるため，国外所得免除や外国税額控除といったような広く従われている国際課税慣行がある。さらに，2000以上の二国間租税条約が存在するが，OECDや国連のモデルに従っている。これで，国際的慣習法が創設されたとして十分だろうか？

国際課税制度が国際慣習法になっているとの考えを補強するためいくつかの例を挙げることとしたい。通例，難しい質問は，諸国がルールに従っているかではなく，法的に従わなければならないとの考え（法的確信，opinio juris）でそうしているかである。

このように法的確信に達しているという意味で，

(2)　①“The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification,74 Texas Law Review,at 1301（1996），②“Internationa Taxation of Electric Commerce”,53 Tax Law Review 507（1997），③“Globalization,Tax Competition,and the Fiscal Crisis of the Welfare State”,113 Harvard Law Review 1573（2000）（Avi-Yonah注）

(3)　H.David Rosenbloom,“International Tax Arbitrage and the “International Tax System””,53 Tax Law Review,at 163-164（2000）（Avi-Yonah注）

(4)　Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States 102条２項（Avi-Yonah注）

(5)　supra.Restatement Third 102条３項（Avi-Yonah注）

国際慣習法にまで達していると考えられるのは，①第２章で詳しく述べるが，国外源泉所得に何ら関係がない場合に非居住者に課税することは許されていないことが，そのような例の一つであり，②居住者と非居住者との課税における無差別原則，③移転価格税制における独立企業基準（the arm's-lenght standard）もそうであり，[6] ④さらに，経済学者は，二重課税を避けるために外国税を控除すべきであると主張するが，多くの国は，外国所得免除か，外国税額控除方式を選択している。したがって，国外所得免除か外国税額控除によって二重課税を避けるというのも国際慣習法になっている。

Ⅲ　国際課税制度の構造

もし，国際課税制度が存在するのであれば，それはどのようなものだろうか？ 次節で，最初に，私が国際課税制度に潜在していると考えている１回課税の原則と便益の原則について定義し，そしてなぜそれらが規範的に正当化されるか述べることとする。そして米国の国際課税ルールがこれら２つの原則といかにおおむね一致しているかについて描くこととする。

A.課税ベースの定義：１回課税の原則

１回課税の原則とは，国境をまたがる取引から生じる所得は，（それ以上でもそれ以下でもなく）１回の課税に服さなければならないとの原則である。１回課税の原則は，二重課税を避けるための目標として伝統的に組み込まれており，この二重課税の回避が1920年代と1930年代に国際課税制度が築かれることとなった主な動機である。

１回課税の原則の適用上，租税の適切な税率は国際課税の第２の原則である便益原則により決定される。便益原則とは，後に詳述するが，activeな所得に対する優先的課税権は源泉地国に委ねられ，passiveな所得に対する優先的課税権は居住地国に委ねられるとするものである。それ故，１回課税の原則の適用上，税率は，一般的にはaciveな事業所得に対する源泉地国の税率となし，passiveな（投資）所得に対する居住地国の税率となる。優先課税権をもつ国は課税を制限する場合，その残りに対する課税（residual taxation）は可能であり低課税を阻止するために必要かもしれない。そのような残りに対する課税は，クロスボーダーの取引から生じるすべての所得が，１回課税原則の下で，少なくとも源泉地国の税率で（これは居住地国の税率よりも低くなる傾向にあるが）課税されるべきであるが，居住地国の税率よりも低くあるべきことを意味している。

１回課税の原則の規範的な根拠は何であろうか？ まずは，私は，ほとんどの国が個人所得税と法人所得税を維持したがっていることが挙げられると思う。

国内的に生じる個人と法人の所得の両方に課税することを好んでいるとすると，なぜ理論的にも実務的にも国際課税制度の目標として１回課税の原則が正当化されるのかを確立するのが比較的容易になる。理論的な観点では，１回課税の原則は，そうでないと，クロスボーダーの取引から生じた所得に対し，国内所得よりも課税することとなり，国内投資に対するインセンティブが起きないこととなるからである。

また，実務的な観点では，二重課税は，外国投資を封じてしまうし，逆に，外国投資を非課税とすると，外国に投資することにより課税を免れ，国内のタックス・ベースを浸食してしまうとの理由で，１回課税の原則は正当化することができる。T.S. Adamsは，外国税額控除の設計者であり国際課税制度の形成に主要な影響を与えたが，1920年代にこれらの前提を認識していた。外国税額控除を正当化するに当たり，Adamsは，「納税者の権利に十分考慮して二重課税を取り除くために骨を折る国は，個

(6)　Brian D.Lepard,"Is the United States Obligated to Drive on the Right",10 Duke J.Comp.& Int'l L.43

人や財産が少なくとも1回課税されることを確保する手段を公正に採るであろう」と書いている。[7] 所得免除方式と反対に，Adamsの控除は，源泉地国と居住地国の両方に二重課税を取り除くのに作用するばかりか，1回課税の原則を実行するための残りについての居住地を根拠とする管轄を保存する。

B.課税ベースの分割：便益原則

国際税制度の一つの目標をクロスボーダーの所得に1回課税することとして定義したが，次の質問は，この課税ベースを様々な管轄の間でどのように分配するかである。便益の原則は，居住地国は，passiveな所得（投資）に優先的に課税権をもち，源泉地国は，activeな所得（事業）に優先的に課税権をもつと述べる。この区別は，先に述べたとおり，また，1回課税の原則上，適切な税率を決定するものでもある。

この区別は，1920年代の国連の作業に由来するものであり，また理論的かつ実務的な根拠をもっている。

理論的な観点では，便益原則は，投資所得を稼得するのは主に個人であり，事業所得を稼得するのは主に法人であることに根拠を有している。個人の場合，居住地を根拠とする課税は意味をもっている。第1に，居住地は，個人の場合は比較的容易に定義できる。第2に，ほとんどの個人は，ただ一つの社会の一部であり，分配の関心は，居住地国において最も効果的に述べられるであろう。第3に，居住地は政治的な帰属とも重なっていて，民主主義の国々では，居住地課税は，代表に対する課税の代わりである。

多国籍企業の場合，源泉地国課税が好ましいように見える。第1に，法人の居住地は決定するのが困難で余り意味もない。第2に，源泉地管轄は，その国で事業活動を行う法人に便益をもたらす。Adamsが1917年に書いたとおり，「政府の費用の大部分は，適切な事業環境を維持するための必要性に帰することができる。」

より実務的な観点では，Adamsもまた観察したとおり，源泉管轄は，定義上「リンゴの最初の一かじり（first bite at the apple）」すなわちその領域内で生じた支払に徴収する機会をもっているが，源泉地がそのような支払に課税をしないとすることは非常に困難である。Adamsは，「すべての国は，その国に源泉のある所得を生じさせた非居住者に課税すると主張し，それは正しく，少なくとも避けがたい。」と述べている。[8] それ故，GraetzとO'Hearは，経済学者が純粋な居住地国課税を好む傾向にあるが，このような推奨に実務が従いそうもないと観察しているのである。[9]

便益の原則と1回課税の原則を組み合わせると，全世界で考えたとき，activeな所得は，源泉地国で優先的に課税すべきであり，居住地国は，低課税で甘んじるべきであり，passiveな所得は，居住地国で優先的に課税すべきであり，源泉地国（投資先国）は，低課税で甘んじるべきである。以上を整理すると，下表のとおりとなる。

全世界			
居住者		非居住者	
Active	Passive	Active	Passive
低課税	高課税	高課税	低課税

※この表の見方であるが，居住者が外国で事業をして，activeな所得を得ても居住地国では低課税で甘んじるべきであり，居住者が外国に投資することによりpassiveな所得を得た場合には，居住地国が高課税をすべきであり，一方，非居住者が源

(7)　Michael J. Graetz & Michael M.O'Hear,"The "Original Intent" of U.S. International Taxation",46 Duke Law Journal（1997）, FN 72（Avi-Yonah注）
(8)　Graetz &O'Hear,supra.,46 Duke Law Journal,at 1037（Avi-Yonah注）
(9)　Graetz & O'Hear,supra.,46 Duke Law Journal, at 1102-1103（Avi-Yonah注）

泉地国において事業をしてactiveな所得を得た場合には，源泉地国が高課税をすべきであるが，非居住者が源泉地国に投資をしてpassiveな所得を得たとしても，源泉地国（投資先国）は低課税に甘んじるべきであるということとなる（紹介者の分析）。

C.米国の課税ルールがいかに国際課税制度と一致しているか

（省略）

第２章　課税管轄

Ⅰ　序論

国際法において規定された管轄についての伝統的な根拠は，国籍（nationality）と領域（territoriality）である。国際租税法は，最初は国籍管轄の範囲を拡張した結果であったが，これら２つの概念をかなりの程度修正している。

Ⅱ　個人：居住者としての国籍による管轄の再定義

世界の国々は，国籍の定義として，居住（residence）の定義を採用している。居住は，その国における最低限の物理的な存在（physical presence）を意味しており，米国では，183日間の存在（滞在）との基準を採用している。国際法の分野では，このように国籍を曖昧な根拠で決定はしていない。

なぜ，租税法においては，国籍管轄がそのように劇的に拡張されたのだろうか？その理由は，タックス・ヘイブンの国籍を取得するのが比較的容易であるとのインプリケーションを考えれば明らかである。もし租税法が一般的な国際法のルールに従うと，容易に課税を免れることができるからである。

Ⅲ　法人：国籍としての管轄のCFCへの拡大

一般的には，法人の国籍は，設立地の国にあるとする考え（米国のアプローチ）と管理支配地にあるとする考え（英国アプローチ）がある。これらの考えは，それぞれ一長一短で，米国のアプローチは，行政上は容易であるが，容易に回避が可能であり，英国アプローチは，回避が容易ではないが，行政上の負担を要求する。

○みなし配当ルール（24頁以下）

租税法における法人の国籍についての興味深い点は，CFCルールにより課税を認めるとのルールの漸次的な採用である。1937年に米国は，国内法の人的持株会社（PHC）に倣って，「外国人的持株会社」（FPHC）を採用し，FPHCの株主に課税できるとした。興味深いことに，このときは，FPHCに直接課税するのは，国際法に反すると考えて，みなし配当との考え方を採ったことである。このみなし配当のルールは，国際法的なインプリケーションを考えることなく，1943年のEder事件巡回裁判所判決[(10)]においてFrank判事によって支持されたものであるが，みなし配当は，外国会社の外国源泉の所得に直接課税するのと経済的には同等であったことから，米国居住者に対する課税管轄権の拡大を代表するものとなった。このみなし配当のルールが，1943年に支持された際，独占禁止法に関するハンド判事による1945年のAlcoa事件巡回裁判所判決[(11)]と同様に，国際法に反するのではないかとの議論があった。

しかし，このみなし配当のルールのインパクトは，1961年のケネディー政権下で，米国の株主により50％超の支配がされている会社に同じルールが適用されることが決定されたことにより，非常に拡大した。そして，1962年に「サブパートF」ということで立法された。みなし配当のルールは，国際法に反しないとして，ドイツ（1972年），カナダ（1975年），日本（1978年），フランス（1980年）及び英国（1984年）で同じような立法がされた。

（10）　Eder v CIR,138 F.2d 27（1943）
（11）　United States v. Alcoa, 148 F.2d 416（2d Cir. 1945）

○パス・スルーの考え方（25頁以下）

それよりもっと刺激的な事実は，CFCルールを採用した多くの国が，みなし配当の考えを捨て，実務上の困難性をもたらす可能性があるものの，パス・スルーの考え方でCFCの株主に直接課税するとの考えに親和的になっていることである。(12) そうすると，国外源泉所得であっても居住者が支配していれば直接課税できるということとなり，実際，IRSは，現在はそのように考えている。(13)

外国会社に対する国内管轄の適用が当該会社が内国者により支配されているとの理由のみで当該会社に適用されるとする主張は，通常の国際法からの著しい乖離である。例えば，しばしば議論される国際的制裁の域外適用の議論と比較してみると分かる。1965年のFreuhauf 事件パリ控訴院判決(14)と1982年のSensor事件ハーグ裁判所判決(15)のいずれでも，外国の裁判所は，米国多国籍企業の子会社が中国やソ連を目標とした米国の制裁に服すべきであるとの主張を明確に排斥している。殊にSensor事件においては，オランダの裁判所は，管轄を認めるすべての根拠を検討した上，たとえ子会社が米国から支配を受けていたとしても，適用されないとしている。

そうすると，米国や他の国が，租税法の分野で国内管轄を子会社に拡大するのを可能にするのは何であろうか？その説明は，1923年に国際連盟で採用された「リンゴの最初の一かじりのルール（first bite at the apple rule）」であろう。このルールの下では，源泉地国がその領域内で生じた所得に優先的に課税権を有し，居住地国は，免除方式又は税額控除方式を認めることにより二重課税を避けるべき義務がある。したがって，居住地国にCFCに対する管轄を拡大することを許すのは，源泉地国がCFCに最初に課税できるとの権利を害することにはならない。なぜなら，居住地国は，源泉地国が課税を控えているときに，その残りにのみ適用するのだからである。

この話題は，租税法の分野における国際慣習法の成長を描いている。1930年代から1960年代にかけて，外国源泉所得について外国会社に課税するのは禁じられているとの国際慣習法が明白に存在した。このルールは，一般的に受けられ，拘束的であるとされ，みなし配当のメカニズムを通じて避けようとされた。しかし，その後他の国はCFCの所得について株主に直接課税するとのルールに変更された後，米国は，もはやこのルールに拘束されていないと考えるようになった。もし，米国がこの道を進むのを続けるのであれば，次のステップは，みなし配当ルールという古びたルールを捨て，CFCに直接課税することであろう。(16)

Ⅳ　地域管轄の問題（源泉）

租税法の分野における地域管轄の特別な問題は，源泉の区分の決定をするのが難しいということである。

多国籍企業の場合，源泉の問題は，地域管轄において被支配法人の所得の分配をすることを要求していることから，より難しくなっている。

---

(12)　Ruven S.Avi-Yonah,“International Tax as International Law”,57 Tax Law Review at 488（Avi-Yonah注）。また，Avi-Yonah教授は，これらの国の例として，ドイツ，フランス及びイタリアを挙げている（“The Deemed Dividend Problem.” J. Tax’n Global Transactions 4, no. 3（2004）,at 35-38）。

(13)　Avi-Yonahは，前掲注(11)の論文の注38で，IRSがこの見解を採用している根拠として，Revenue. Ruling 60-34, 1960-1 CB 203を挙げ，IRC542条（c）（７）; Treasury Regulation 1.532-1（a）を参照するようにとしている。

(14)　Fruehauf Corp. v Massardy Cours D’Appel Paris May 22,1965, Gaz Pal 1965（France）

(15)　Compagnie Europeenne Des Petroles.SA v. Sensor Nederland BV, District Court at the Hague Judgment, 1982

(16)　サブパートＦ税制の改革論として，Avi-Yonah教授は，みなし配当という法律構成を採ることを批判し，パス・スルーとの法律構成を採ることを提唱しているが，これについては，渕圭吾『所得課税の国際的側面』（有斐閣，平成28年）360,361頁を参照されたい。

Ⅴ　管轄と国際慣習法

ある国が国外源泉の所得について何ら結び付きがないのに非居住者に課税できるか？　それは，実務的観点及び国際慣習法の両方の観点からできない。このルールは，米国がFPHC所得やCFCルールを採用したことにより早くに描かれてきたとおり，法的な拘束との意識で導かれている。みなし配当のルールは，米国が非居住者に直接課税できないとの国際慣習法によって拘束されると感じたから採用されたのである。

米国は，前記Ⅲのとおり，もはやこのルールに拘束されていないと考えているが，その他の国が，国際慣習法が変わったことによる国籍の定義の拡張によりCFCルールを採用していることで十分である。CFC立法の広がりが，国際慣習法がいかに急速に変わり得るかの良い例である。

Ⅵ　管轄についての米国のルール

米国は，大部分の国と同様，人的管轄に基づき居住者に課税し，領域的管轄に基づき非居住者に課税する。居住者は，全世界所得課税となる。そこで，米国租税法上居住者の地位を定義することが重要となる。

○個人（29頁以下）

個人の場合，居住性は，一つは，地位（status）を根拠に定義され，もう一つは，物理的な存在（physical presence）によって定義される。

地位を根拠とする米国の居住者であるのは，２つの方法がある。１つは，比較的ユニークなルールであるが，米国市民（US citizen）である。米国では，歴史的に，米国外に主に居住していたとしても，米国のパスポートの保持者は，政府から全世界の所得を課税されるとの資格を付与されるとの特典を与えられていると考えられている。その有名な例は，1924年のCook事件連邦最高裁判決[17]である。これは，米国の市民であり，かつ永続的にメキシコに居住していた原告のメキシコの土地から生じる所得に課税できるかが問題となった。連邦最高裁は，たとえ米国市民が国外に住んでいても議会が課税できる権限を有するとした。

地位による居住者のもう１つは，永住者又はグリーンカード保持者である。

さらに，もう一つの物理的存在は，年間183日以上米国内に滞在することである。

○法人（32頁以下）

法人の居住性についての米国のテストは，法人所在地のみに基づくものであり，個人より単純であり，形式的である。

法人の二重居住性や外国法人の米国法人該当性などの問題があったが，現在では，これらの議論は陳腐化している。なぜなら，1990年代に米国では，LLCが認められたからである。

○小括（37頁以下）

要約すると，米国は，居住者に対しては全世界基準で課税し，一方，非居住者に対しては，米国源泉にのみ課税する。居住者は，個人については，移民の地位や物理的存在の基準で定義され，法人については，設立地国の基準で定義される。租税法上の法人の定義は，チェック・ザ・ボックス規則により支配されている。それ故，米国居住者が，米国外で設立した法人を通し（チェック・ザ・ボックス規則の下で），国外源泉の所得に対する課税を免れるのは比較的容易である。そのような場合，たとえ当該法人が100％一人の米国居住の株主により支配（そして管理）されていたとしても，当該所得は，米国の現在の課税には服しないであろう。

第３章　所得と費用控除の源泉

Ⅰ　なぜソース・ルールが必要か？

ソース・ルールは，非居住者にとっては，国内源

(17)　Cook v Tait,265 US 47 (1924)

泉所得が課税されるということで重要であり，居住者にとっては，さほど重要でないように見えるが，実際上は居住者にとっても重要である。

第１には，国内に居住する株主は非居住者の所得に移転させようとするときに当該所得のソースに関心をもつであろう。しかし，もっと基本的で広汎な理由は，米国の納税者は，外国税額控除がいかに作用するかを説明する必要上，所得についてのソースに関心をもつのである。

Ⅱ　所得についてのソース・ルール

ソース・ルールは，２つの基本的なカテゴリーに落ち着く。

○形式ルール（42頁以下）

第１のカテゴリーは，形式ルール（the formula rule）から成っている。このルールは，所得の経済的源泉を追い求めようとしたものではなく，むしろ行政上の便宜と確実性を達成することを求めたものである。例えば，配当についての源泉ルールは，支払者の居住地にある。次の例が，形式的なルールを証明している。外国会社が存在し，すべて米国における経済活動で所得を得ていた場合，経済的視点ではこの会社から株主に支払われる配当は，米国源泉である。しかし，支払者が外国法人であれば，配当のルールの下では，国外源泉の所得となる。この場合，ある法人を米国法人とするか外国法人とするかは，納税者の支配に委ねられていることから，配当の源泉は納税者の支配に置かれていることにもまた注目すべきである。この配当のルールのメインの理由は，外国法人から外国株主への配当を課税するのは行政上困難であるが，米国法人からの配当は課税が容易だからである。

利子のルールも，配当と同じく，支払者の居住地とするもので，形式ルールである。動産の販売から生じるキャピタル・ゲインのルールは，売主の居住地であり，形式ルールである。もっとも，株式の売買の場合には，これは議論がある。なぜなら，この株式のキャピタルゲインは，当該発行会社が稼いで累積したものに将来稼ぐであろう所得の現在価値をプラスしたものだからである。

最後の形式ルールは，棚卸資産の販売であり，棚卸資産の購入のルールは，権原（title）の移転という法的概念で決せられる。

○実質ルール（44頁以下）

一方，実質ルール（the substantive rule）は，所得の経済的な源泉を追いかけようとするものである。実質ルールの例は，使用料や役務提供である。

形式ルールと実質ルールがどのように違うかについて，次の例で示すこととしたい。オランダの会社が，米国とバミューダに子会社をもっていて，米国子会社がバミューダ子会社から直接借り入れると，その利子は，米国で所得税が源泉徴収されることになるので，オランダの親会社を介して借りると，米蘭条約の適用により米国の源泉税を免れることができる。いわゆるトリーティー・ショッピングのケースであるが，この場合，オランダ親会社からバミューダ子会社に対して支払われた利子は，米国源泉ではない。なぜならば，利子は，支払者の居住地国であるオランダ源泉であるからである。

これに対し，バミューダの子会社がソフトのライセンスを保有し，これを米国子会社がオランダ親会社を介して，ソフトの使用を許諾され，使用料として，オランダの親会社に支払った場合，米蘭条約で上記利子と同様に米国の源泉税が免除されている。この場合，オランダの親会社がバミューダ子会社に支払った使用料の源泉が問題となる。実質ルールだと，米国子会社が米国でソフトを使用したことに対する使用料であり，米国源泉となる可能性がある。IRSは，そのように考えて，オランダの親会社がバミューダ子会社に支払った使用料に課税したが，租税裁判所は，1996年のSDI Netherland事件租税裁

判所判決[18]でこれを否定した。しかし，この判決は，危険な先例であり，最近の学者は，IRSの考えを支持するのが一般的である。

Ⅲ　具体例：ソースと所得分類

以下の例は，これらのソース・ルールが実際上どのように機能し適用上の問題が生じているかについての実際の事件に基づく具体例である。

○所得分類が困難な事例（47頁以下）

このような事例としては，例えば，1949年のWodehouse事件連邦最高裁判決[19]がある。これは，P.G.Wodehouseという英国のユーモアー作家の事件である。Wodehouseは，フランスの居住者であったが，米国の出版社にこれから執筆する本の著作権を譲渡し，一括払いを受けた。Wodehouseは，著作権の販売であり，譲渡者の居住地が源泉であり，米国源泉ではないと主張したが，最高裁は，一回払いか分割払いであるかは重要でないとして，使用料の支払いであり，米国源泉であると判決した。しかし，今日では，使用料であるとの分類が正しいのかは議論があるところである。また，この事件では，Wodehouseが主張しなかったものの，まだ執筆していないのであるから米国の出版社のために国外で役務提供したとの主張も考えられる。

これと類似の1957年のKarrer事件租税裁判所判決[20]は，Karrerというスイス生まれで，ビタミンBとEを発見したことで，第２次世界大戦前にノーベル賞を受賞した化学者の事件である。Karrerは，スイスにいる間，スイスの大きな化学会社と，彼が抽出した素材を提供し，もし有用な発見をした場合には，売上げの一部をパーセンテージで得ることができると契約していた。IRSは，Wodehouse事件での勝訴を前提に，米国での売上げのパーセンテージで受け取ることとなっていたことから使用料であり，米国源泉であると主張した。なお，Karrerは，米国でのビタミンの特許を持っていたが，その時には，スイスの会社に譲渡していた。一方，Karrerは，スイスの会社に役務提供を約束していたのであり，役務提供対価であり，スイス源泉であると主張した。裁判所は，役務提供対価であるとしてKarrerを勝訴させた。

これらの事件は，ボーダーラインの事件において分類が困難であることを示している。

次の事件は，1984年のBoulez事件租税裁判所判決[21]で，源泉について米独政府の見解が違った極端な例である。この事件は，ドイツの居住者である著名な指揮者であるBoulezの事件である。Boulezは，米国のフィラデルフィア交響楽団の指揮者として招かれ講演を行った際のレコードの売上げの一部を受け取ったが，Boulezやドイツ政府は，レコードの売上げの一部であることから著作権の使用料の対価であり，米独租税条約で免税となると主張したのに対し，IRSは，Boulezが実際に米国に来て指揮をしていることから役務対価であるとして課税対象となるとし，租税裁判所もこれを是認した。なお，ドイツ政府は，あくまでも使用料であるとし，外税控除を認めなかった。そのため，Boulezは，実際上２回課税されたこととなった。

これらは，売買であるか，使用料であるか，役務提供であるかの区別が困難な例である。

○所得分類が規定されていない事例（53頁以下）

さらに，現行のシステムで生じるもう一つの困難は，所得分類がリストの中に書かれておらず，源泉についてのルールがないときに生じる。具体例の一つは，債務免除益であり，例えば，銀行から1000ドル借りていた借主が債務の返済が困難になったことから，銀行が500ドルの免除をした場合，借主は500

（18）　SDI Netherland B.V. v CIR,107 T.C. 161（1996）.
（19）　Wodehouse v CIR,337 US 369,69
（20）　Karrer v US,152 F.Supp.66（Ct.Cl. 1957）
（21）　Boulez v CIR,83 T.C. 584

ドルの所得を得ることとなるが，この債務免除益の源泉についての明文はない。

また，1943年のKorfund事件租税裁判所判決[22]で争われた競業禁止特約（covenant not to compete）もこの例である。これは，米国の会社がドイツの会社の許諾の下で米国市場で製品を販売し，ドイツの会社との間で，ドイツの会社が米国市場に参入しないようにとする競業禁止の特約を締結していた事案である。ところがドイツでナチが台頭後両会社の関係は壊れたものの，米国の会社が上記特約の下で支払いを継続していたため，この支払いの源泉が問題となった。ドイツの会社は，上記特約に基づき，ドイツの会社が米国市場に参入しないとの役務の対価であり，ドイツ源泉であると主張した。しかし，IRSは，上記特約は，ドイツの会社が米国市場で稼得したであろう所得に置き換えられていることから，米国源泉であると主張し，裁判所もこれを認めた。

さらに，IRSは，時々，新しい技術に併せて所得分類をアップデートしている。例えば，1986年に人工衛星による所得について，人工衛星が米国の固定施設に結び付けられていない限り，居住者基準で課税されるとしている。加えて，ソフトウェアやデリバティブからの所得は，規則で規定されているが，一般的には受領者の居住地国の源泉とされている。

Ⅳ　費用控除の配分

次に，費用控除の配分について検討する。

○一般的ルール（55頁以下）

驚くべきことに，費用控除の配分については，所得の分類の分野ほどの複雑さはない。費用の控除については，２つの分野（試験研究費，利子）についての特別のルールがあるが，それ以外は，当該控除が所得の源泉のルールに結びついていて同じ制限があるものの，より柔軟な一般的なルールに委ねられている。このルールは，第１段階は，当該控除を控除を生じさせた所得分類に合わせることであり，第２段階は，所得の比率に応じて，米国源泉と外国源泉とを分けることである。

この関係で，1993年のBlack & Decker事件巡回裁判所判決[23]が問題となる。Black & Deckerは，日本の会社に対抗するために，日本に子会社を設立したが，失敗したため，その投資した額の費用控除を求めた。Black & Deckerは，その投資は，米国の市場を守るためであったので，控除できると主張した。しかし，IRSは，これを否認し，第１段階で，前記Korfund事件租税裁判所判決と同様，この投資が成功したとすると，どの所得分類に当たるかを検討し，第２段階で，その所得の源泉を検討すべきと主張し，裁判所もこのような２段階の判断を是認し，第１段階では，配当所得に当たり，第２段階で，配当所得は，支払者すなわち日本子会社の源泉で外国源泉であるので，当該投資を控除できないとした。

○試験研究費（R&D）についてのルール（58頁以下）

1993年に，クリントン政権は，米国で実行された試験研究費は，米国源泉所得として費用控除できるとの立法をした。

しかし，これは，WTO協定に反しているのではないかと議論されている。

○利子についてのルール（60頁以下）

米国の多国籍企業は，2004年にこの関係の法律を改正するのに成功した。

Ⅴ　結論：ソース・ルールと国際慣習法

ほとんどのソース・ルールが国際慣習租税法の一部であるかについては議論が可能である。Yariv

(22)　Korfund Company,Inc v CIR,1 T.C. 1180
(23)　Black & Decker Corp. v CIR,986 F.2d 60 4th Cir（1993）

Braunerが，所得についてのソース・ルールのほとんど諸国で全く同じであることを示している。[24] 試験研究費と利子費用についての米国の特別なルールを除き，ほとんどの国は，費用控除の配分についての柔軟なルールに従っている。もっとも，米国のこの特別なルールは，Shaviroによって一般的な実務と乖離していると鋭く批判されているところである。

ソース・ルールそれ自体は，租税条約のネットワークにいつも組み込まれているわけではないが，ソースに対する課税が許されるかは，所得を配当として分類する必要から，含まれている。したがって，所得についてのソース・ルールは，特定の事件においてはそうする明らかな必要があるのだけれども，変更するのが非常に困難である。それが，なぜソース・ルールが，慣習的国際租税法の一部であるかの正に理由である。すなわち，それらは，ほとんどの国が従っているのだから従わなければならないと感じるルールだからである。租税条約をもたない新しい国でさえ，全く新しいルールを採用することは困難であろう。しかし，不幸にも，経済的観点から，ソース・ルールは，保持されている。

第4章　非居住者に対する課税：投資所得

Ⅰ　一般原則

1930年の中ごろ，米国では，非居住者の所得を2つのカテゴリー―passiveな所得とactiveな所得―に分けるとの制度の下で，現行の制度が発展してきた。passiveな所得は，グロスの所得に一律30％の課税に服し，いかなる控除もない。一方，activeな所得は，漸増する比率の課税に服し，その率は，納税者が個人か法人かに依存している。activeな所得については，IRSが調査ができるので控除を認めている。

○passiveな所得とactiveな所得の意義（66頁以下）

ここでpassiveな所得とactiveな所得の定義の仕方を理解するのが重要である。IRC871条は，非居住の個人に，881条は，非居住の法人に課税するとし，「定期定額所得（fixed or determinable,annual or periodic income,FDAP）」に30％の源泉税を課すとしている。しかし，この要件は，判例やIRSの解釈で文言どおりには解釈されていない。

まず，「定期（annual or periodic）との要件は，第3章Ⅲで検討したWodehouse事件連邦最高裁判決が，一括払いも「定期」に当たるとした。また，「定額（determinable）」との要件も，1983年のBarba事件巡回裁判所判決[25]で，「後から見て決定されていればよい」（determinable in hindsight）とされている。このように見ていくと，この要件は，キャピタル・ゲイン以外の所得を指していると結論づけすることができる。理論的にいうと，源泉税は，米国から非居住者へのいかなる支払いも含んでいることから非常に広い。支払地は問題ではなく，所得の源泉が問題である。一般的なルールは，キャピタル・ゲインや販売益でない支払いがなされた場合には，30%の源泉税が課されるということである。しかし，このルールには多くの例外があるが，原則において，これはルールである。

○源泉税の実際（68頁以下）

源泉税は，現実にはどのように作用しているであろうか？一般的ルールは，passiveな所得―専門的にはFDAPであるが，非居住者に対するpassiveな所得についての様々な通常のグループがある―についてグロスの支払に対する源泉税がある。しかし，次節で議論するが，このルールには多くの例外がありこのルールそれ自体を曇らせている。米国は，世

（24）　Yariv Brauner,“An International Tax Regime in Crystallization”,56 Tax Law Review 259（2003），（Avi-Yonah注）
（25）　Barba v US,2 Cl.Ct.674（1983）

界最大の資本の輸入国である―米国は年間で１兆2000億ドルの外国からの直接投資と年間で２兆5000億ドルの海外からのポートフォーリオ投資を受けている。それらは，いずれも米国による海外投資よりも大きい額である。

もし，我々がポートフォーリオ投資を考えると，この投資は，米国の会社の株式と債務及び米国政府の債務の取得を表している。もしすべての巨額の金銭の流れを30%の源泉税でカバーすると，米国政府に驚くべき額の歳入をもたらすであろう。しかし，米国政府は，実際には，30%の源泉税で，年間，40億ドル弱の徴収をしているだけであり，これは，２兆5000億ドルの投資と比較すると非常に少ない額である。米国政府が投資のほとんどのタイプに課税をすることを選んでいないのがその理由である。

Ⅱ　例外

A.キャピタル・ゲイン

ここでいくつかの例外を検討することとする。まず，キャピタル・ゲインである。配当に対する源泉税を免れる明らかな方法は，株式を売却することである。これは，租税法体系のループホールである。

B.利子

1980年代初期に，ロナルド・レーガンが大統領に選ばれ，２つの政策を同時に行うことを追い求めた。１つは，1981年における劇的な租税のカットであり，特に法人税の実効税率をカットした。レーガンは，またアグレッシブな防衛整備政策を追い求めた。この２つの政策が結び付けられたことは，予算の巨額の不足を生じさせ，米国の国内の貯蓄の利子率は，はなはだ低いので，予算不足を手当てする唯一の方法は，海外から借り入れることであった。

それ故，1980年代初期は，外国からの投資の莫大な流入であった。これは，米国が債務超過国になる源の時であり，流入してくる資本が，国外に出ていくポートフォリオ資本を超過する始まりの時であった。これらの借入れの多くは，当時日本が非常にリッチであり，投資するための貯蓄を有していることから，日本源泉であり，また，オイルマネーをもっているアラブ諸国であった。1984年，外国投資家が米国の会社や米国政府に源泉税なしで融資をすることができるようにすることを確認する必要があると決定された。なぜなら，これら外国資本の巨額の需要の下で，いかなる租税も，米国の借主に課されるのではなく，実際には，米国に便益を与えないであろう外国投資家に生じると感じられたからである。

それ故，1984年，議会は，ポートフォーリオ利子の免除を立法し，これは現在まで存続している。この免除は，外国居住者に対する米国源泉の利子のすべての支払いは，「ポートフォーリオ利子」である限りは，源泉税を免除する。

ポートフォーリオ利子の例外は，劇的な効果をもった。1984年後の最初の数年は，ラテン・アメリカからマイアミの銀行口座に3000億ドル以上が動いたと評価されている。

C.使用料

使用料は，特別な免除ではないが，租税条約の重要な条項として述べられている。利子は，また租税条約の条項でカバーされているが，ポートフォーリオの利子免除のため，租税条約の保護は一般的には必要ではない。しかしながら，使用料は，米国が締結している租税条約では，利子と使用料の両方の源泉税をゼロとする米国のモデル租税条約の下で条約を締結することを好むことから，カバーされている。使用料について，源泉税をゼロとするのは，利子についてはそうでないものの，OECDのポジションでもある。

したがって，源泉税の関係で使用料の鍵となるのは，適切な条約のパートナーを見つけることである。特定の事件で，いわゆるトリーティ・ショッピングということで可能である。その具体例は，第３章Ⅱで検討したSDI Netherland事件租税裁判所判決の事案である。

D.配当

我々は，passiveな所得の主要な３つのカテゴリーを議論してきた。すなわち，キャピタル・ゲイン，利子及び使用料である。主要なカテゴリーの最後は，配当である。配当は，最も重要な問題のある分野である。なぜなら，配当は，源泉税を免れるのが最も難しいからである。多くの場合，租税条約は，ポートフォーリオ配当に対する源泉税を15%に軽減しているが，ゼロにすることはない。

～中略～

配当に対する源泉税を回避するとの観点で見たとき，どうすれば可能だろうか？第１は，現代に金融理論と金融の道具を用いると，配当は，常に利子にコンバートすることが可能であり，ポートフォーリオ利子免除の便益を受けることができる。第２は，デリバティブを用いることである。

例えば，外国のポートフォーリオ投資家が米国法人の株式に投資し，米国法人が100ドルの配当を支払うとする。租税条約がないとすると，30%の源泉税を徴収され，外国投資家はネットでは70ドルしか受け取ることができない。

しかし，外国投資家が米国の投資銀行にアプローチすると，投資銀行は，トータル・リターン・スワップを用いる。外国投資家は，投資銀行に入金し，その見返りに，投資銀行は，２つのものを約束する。１つは，米国法人が支払うであろう配当と同額の支払いである。もう一つは，契約の終了時に，当該株式の価値を評価した額の支払いであり，もし株式の価値が下がった場合には，追加の支払をすることを約束する。このような取引は，現在では標準化されていて，一般的には非常に少ない手数料の支払いで契約することができる。この場合，投資家が受け取る配当と同額の支払いには，源泉税は課されない。なぜなら，米国法人の米国の投資銀行に対する支払いだからである。投資銀行は，米国法人から配当を受け取るが，投資家に同額を支払うため，ネットの所得がないこととなり課税されない。ここで問題は，投資家に対する配当と同額の支払いに源泉税が課されないことである。これは，財務省規則がデリバティブの支払の源泉は，受取人の居住地と定めているからである。これは，金融投資企業がIRSに対し，このようなスタイルで人々が投資をするのを支援するためにこのようなルールを採用すべきであると説得したからである。

IRSはこのことは分かっていて，財務省規則を洗練させて，外国ポートフォーリオに課税しようとしており，洗練されていない外国ポートフォーリオに制裁的に課税するとの結果となっている。IRSが40億ドルの源泉税を徴収しているのは，実際上は，米国子会社が外国親会社に支払う配当である。

Ⅲ　結論

40億ドルの歳入は，米国子会社が外国親会社に支払う配当である。このために源泉税の仕組みを維持する必要があるのかとの疑問が生じる。いっそ源泉税をあきらめた方がいいのではないか？

もちろんこの問題について，このようなすべての例外を廃するとの方法による別の解決もある。そうすると，IRSは，多くの税収を上げることができるであろう。しかし，これは，米国における投資についての他の国々と比較したときの競争力を弱めることとなる。最もよい解決は，OECDなどによる協力の努力である。もし，OECD加盟国が利子についての調整した源泉税を課すことであり，たぶんそうすれば成功するであろう。

興味深いことにポートフォーリオ利子の源泉税免除は，OECDが1998年に定義した有害な税の競争であろう。この免除は，純粋に，他の国から米国に資金を移動させるためのものであり，正に有害な税の競争の目標となるものであった。しかし，OECDは，この米国の免除については特に問題とすることなく，その代わりに，貯蓄（利子所得）についての課税の質問は，後日にということで取り扱わないことを決定した。

OECDの有害な税制に対する取組みの最大の試

みは，タックス・ヘイブンを封じて，情報交換について協力するよう働きかけることである。しかし，情報交換政策を通じてグローバルな問題を解決するのは，１つないし２つの小国が協力しなければ失敗に終わるのであるから困難である。しかし，源泉税をターゲットとするのは，もっと期待できる。それは，巨大資金のセンターの協力を得ることだけである。そのような協調的な努力は期待でき，また，米国，日本及びヨーロッパの主要な金融センターで可能であり，これらの国々が，将来，協調的解決による協力を選択することとなろう。

第５章　非居住者に対する課税：事業所得

Ⅰ　一般原則

前章では，passiveな所得に対する課税を議論してきたが，本章では，activeな所得すなわちその源泉が納税者の支配に置かれている所得に対する課税を議論する。

activeな所得に対する課税は，1960年代中期で重要な改正がなされた。これは，ベトナム戦争により，米国が多大の外国資本を必要としたからである。1966年以前は，基本的な二項対立は，外国投資家や非居住者は，FDAPにグロスで30％の源泉税を課され，activeな所得は，ネットで累進的な税率で課税されるというものであった。

activeな所得は，「営業又は事業（trade or business)」のテストで判定された。これは，内国歳入法871条（b）に規定されている。

そして，1966年までは，吸引力（force of attraction）とのルールで，米国内で少しでも営業又は事業を営んでいれば，投資などによるpassiveな所得がある場合でもすべて課税するという考え方である。これは，米国で営業又は事業を営んでいれば，IRSが調査できるとの考えに基づくものである。しかし，この吸引力の考え方は，納税者に対し悪い結果をもたらし，1966年に吸引力の考えは，批判され，「実質的関連性（effectively connected)」に改正された。

Ⅱ　株式又は保険事業

株式の取引の関係では，1955年のChang Hsiao Liang（張学良）事件租税裁判所判決[(26)]がある。張学良は，1920年代から1930年代にかけて活躍した軍閥で，1936年に蒋介石を監禁して日本と戦争をすることを求める書面に署名を求めた「西安事件」で有名であるが，2002年に100歳でハワイで亡くなった。張学良は，コーチャン氏に資金を提供して株の投資を依頼した。この事件で，裁判所は，事業活動ではなく，投資であるとして米国源泉ではないとした。

Ⅲ　米国における営業又は事業

「営業又は事業」や「実質的関連性」に当たらない場合として，IRCにどのように定義されているかを認識することも重要ではあるが，裁判所がこれらをどのように理解しているかを知ることが必要である。

A.物理的存在のテスト

○物理的存在の意義（82頁以下）

投資活動は別にして，米国における営業又は事業をもつというための閾値は何であろうか？これは，OECDのモデル租税条約のPE概念ばかりでなく，国連のモデル租税条約のPE概念よりも低い基準である。前述したとおり，passiveな所得に対する米国の課税を回避するのは容易であるが，activeな所得に対する米国の課税を回避するのは難しい。これは，便益原則や国際課税制度に一致するものである。

それでは，閾値は何であろうか？最初に確立されているのは，物理的存在（physical presence）のテストである。これは，1942年のPiedras Negras事件巡回裁判所判決[(27)]が参考となる。これは，元々テ

(26)　Chang Hsiao Liang v CIR,23 T.C.1040（1955）
(27)　CIR v Piedras Negras Broadcasting Co.,127 F.2d 260（5th Cir.,1942）

キサス州のEagle Passから放送をしていたラジオ局が，許可の更新が認められなかったことから，リオ・グランデ川を挟んだメキシコのPiedras Negrasから英語で放送をし，その際放送時間を買い取った米国の消費者向けの広告主からの収入が，「米国における営業又は事業」に当たるかが問題となった事件である。

メキシコにラジオの放送局を置いているが，英語で放送を発信し，巡回裁判所は，米国に物理的存在がないので，「米国における営業又は事業」ではないとした。しかし，現在の考えでは，上記事件において，ラジオ局は，毎日，従業員をEagle Passに派遣して，ホテルの部屋に集金に行き，メキシコに持って帰っていたことから，ホテルの部屋が固定施設（fixed presence）とも考えられる。

○電子商取引（83頁以下）

上記事件は，電子商取引の場合にまで拡張できる。商品が，米国外の国にあるサーバーから販売されるが，そのウエブサイトには米国のどこからでもアクセスできる場合，サーバーの所有者は，米国で営業又は事業をしていると言えるであろうか？Piedras Negras事件巡回裁判所判決に基づくと，答えは，ノーである。

これは，米国財務省が，1996年の電子商取引についての研究[28]を発表したときの答えである。これは，電子商取引の出現によって，源泉に基づく課税が消滅するであろうと予言される所以である。

しかし，私は，電子商取引が財務省が考えているほど源泉に基づく課税が浸食されないとすることには疑問を感じている，

この問題を超えて，更に興味深い問題は，どの程度の物理的存在が必要であるかである。OECDは，人はいなくても，サーバーさえあれば，PEがあると考えている。しかし，サーバーはどこにでも移すことができるので，このような議論は非現実的である。

さらに困難なのは，人工衛星の接続ポイント（node）である。nodeがあれば，物理的存在があるといえるだろうか？答えは，「多分そうである」である。

B.裁判例

「営業又は事業」の閾値は，非常に低くなっている。例えば，1953年のLewenhaupt事件租税裁判所判決[29]は，スウェーデンの居住者が代理人を通じて不動産を管理していた事件について，米国における「営業又は事業」であるとした。

もっとも，1960年のSpermacet Whaling事件巡回裁判所判決[30]は，米国における「営業又は事業」に当たらないとしている。

C.代理人（Agency）

代理人の事件では，1995年のTaisei事件租税裁判所判決[31]がある。これは，洗練されたタックス・プラニングの例である。日本の大成海上保険株式会社ら4社は，米国のFortress社と業務委託契約を締結し，上記4社のために再保険を締結する権限を与えていたが，Fortress社は，上記4社の代理人として行動し，再保険を締結した。上記4社は，Fortress社の株式を一切保有していなかったので移転価格税制の問題は生じない。IRSは，Fortress社は，上記4社の代理人であり，上記4社が米国において「営業又は事業」を営んでいるとして課税した。IRSは，日米租税条約の条項に基づき，Fortress社は，上記4社のためのみの代理人であり，資金はすべて上記4社から提供を受けていたとして，従属的な代理人であると主張した。しかし，上記4社は，非序に慎重にFortress社への指示に

（28） Department of the Treasury Office of Tax Policy,“selected Tax Policy Implivcations of Global Electric Commerce”（1996）
（29） Lewenhaupt v CIR,20 T.C. 151
（30） CIR v Spermacet Whaling & Shipping Co.,281 F.2d 646（1960）
（31） Taisei Fire & Marine Insurance Co.Ltd..,et al.v.CIR,104 TC 535（1995）

つながるような書面を一切作成しなかったことから，IRSは，Fortressが従属していたことを立証できず，Fortress社は上記4社から独立していて，代理人ではなく，PEもないし，米国における「営業又は事業」もないとして，課税を違法とした。

この事件と前記Piedras Negras事件が示しているのは，物理的存在をなくし，代理人との関係もないこととすれば，米国においていくら稼いでも「営業又は事業」として課税されないこととなる。

Ⅳ　実質的関連性

次の質問は，どの程度所得が米国の営業や事業に実質的に関連してればいいのだろうかということである。米国の営業や事業に所得が実質的に関連するとは何を意味しているんだろうか？ 内国歳入法典には，この答えに対する指針はそれほどはないが，「米国の営業又は事業」の定義よりは少し多くある。内国歳入法は，資産と事業に従事している人についての2分肢テストをとっている。すなわち，当該資産が，所得を生み出す米国の事業資産に属しているか？あるいは，米国に配属されて事業に雇われ，関係し若しくは依存している人が，所得を生み出しているか？

例えば，米国に配置されている代理人がいるとして，鍵となる質問は，所得に関し，誰が売買契約を究極的に締結する権限を有しているかである。この分析に従うと，これが，現実に所得を生み出す活動である。当該代理人は契約を要請するための必要なすべてのことは行うが，米国の営業又は事業であることを避けるためには，最終的な同意は，外国のオフィスに留保しなければならない。

Ⅴ　要約：非居住者に対する課税と国際課税制度

我々は，非居住者に対する課税が一般的にどのように機能するかを今まで議論してきた。国際課税制度の我々の元々の計画に戻ると，国内源泉所得にのみ課税される非居住者について議論してきている。我々は，今，これをpassiveとactiveの両サイドからカバーしてきた。passiveな所得，主にFDAPであるが，グロスに対する課税に服す種類である。既に述べたとおり，源泉税のルールの入り組んだ例外のため，passiveな所得は，米国では非常に低い課税に服している。

activeな所得，これは，米国の事業やビジネスに実効的関連性をもつものであるが，ネットに対する課税に服している。既に見てきたとおり，もしあなたが，activeな所得をもった場合には，課税を避けるのは困難で，実効的税率も高い。これらすべては，便益原則に一致している。

Ⅵ　特別なルール

インバウンドに対する課税の締めくくりで，3つの特別なルールをカバーしなければならない。最初は，米国に所在する不動産である。次が，支店利益税であり，もう一つが，超過支払利子ルール（earning stripping rule）である。

第6章　移転価格税制

移転価格税制は，居住者と非居住者との違いに基づく制度であるので，国際課税制度の中核である。居住に基づく課税を避けるためには，居住者から非居住者に所得を移転するのが最も簡単な方法であり，そうするのに最も簡単な方法は，移転価格である。

○移転価格税制の基本（102頁以下）

移転価格を検討するに当たり次の例を挙げることとする。

> Pが親会社でSが外国子会社で，下図(32)のとおり，Pが製造した商品をSに販売し，それをSが100で非関連者に販売しているとする。Pがその製品を製造する費用は20で，Sがその商品を販売する費用は20とする。

(32)　この図は，紹介者の作成に係るものである。

P ⟶ S ⟶（100）非関連者
（製造）　（販売）
△20　△20

PとSとの間の独立企業間価格が問題となるが，PもSも費用を割り込まないようにするためには，Pは20以上でSに販売する必要があり，一方でSが利益を出すためには，80以下で購入する必要がある。そこで，PとSとの間の独立企業間価格は，20以上80以下の連続的変化（continuum）の範囲に含まれることとなる。

PとSが全体で純利益を最大にするようその価格を決定するに当たっては，PとSとの所在する国のそれぞれの税率が問題となり，PとSとの合計の租税が最小であれば，利益が最大となる。

このようなタイプの事例を検討するのに用いられた方法はどういうものだろうか？1960年代の米国で発展しOECDガイドラインに組み込まれた3つの方法（CUP法，RP法，CP法）がある。しかし，これら古典的な方法は，ほとんどの事件で失敗し，それ以降アップデートされている。1990年代中期以降，我々は，新しい規則や新しいOECDガイドラインを持っており，たぶんそれらがより良く機能している。

古典的な方法のうちCUP法というのは，第三者間で同一の製品を販売する場合の価格と比較するものであり，その第三者間の価格が50であれば，独立企業間価格は，50であるとするものである。可能であれば，CUP法が最もよい方法であるとの国際的なコンセンサスがある。しかし，本当のCUPが存在することは非常にまれである。なぜなら，多国籍企業が市場から他の企業を排斥するからであり，Ronald Coaseが1937年の「企業の性質」という論文で言うとおり，企業の存在する理由だからである。

○基本3法（105頁以下）

移転価格税制のメカニズムは，1960年代に広く用いられるようになり，1979年のOECDのガイドラインとなった。その際，基本3法が，移転価格税制の最も良い基準とまだ考えられていた。しかしながら，統計は，古典的な3つの方法が，米国における90％の事件で適用できなかったことを示している。

まず，比較的単純な1969年のGypsum事件租税裁判所判決[33]でIRSが勝訴し，1979年のDuPont事件巡回裁判所判決[34]でIRSが勝訴しているが，これが米国多国籍企業が敗訴した最後の事件である。このDuPont事件は，米国のDuPont社が，米国で製造した化学製品をドイツやフランスなどの欧州諸国に販売するに当たり，スイスに子会社を設立して間に入れて販売した事案である。

一方，納税者が勝訴した事件としては，1980年のUS Steel 事件巡回裁判所判決[35]及び1989年Baush & Lomb事件租税裁判所判決[36]がある。

○定式配分法（111頁以下）

冒頭の事例を参考にすると，定式配分法は，比較対象取引を見いだせないとして，PとSとを一つの企業とみて，全体の利益を算出する方法である。これは，Sが100で非関連者に販売し，PとSとの費用がそれぞれ20であるので，60ということになる。次に，この全体の利益をPやSのグループでの役割を資産等で割り出し，上記全体の利益60をその割合で計算するというものである。例えば，Sの資産等のグループに占める割合が20％であれば，Sの利益は，60×0.2で12となり，残り48がPの利益ということになる。

(33)　United States Gypsum Co.v US,304 F.Supp.627（N,D, I ll1969）8110
(34)　du Pont de Nemours & Co. v US,608 F.2d 445（Ct.Cl.1979）
(35)　United States Steel Corp. v CIR,617 F2d 942（2d Cir.1980）
(36)　Baush & Lomb 92 TC 525（1989）

この定式配分は，モデル租税条約９条の独立企業原則とは異なり，また，二重課税の発生するおそれがある。それらの点が問題であり，OECDのガイドラインは，定式配分法は採用していない。

○利益比準法と利益分割法（114頁以下）

ここで1995年の規則で導入された移転価格決定に当たっての２つの新しい方法について検討することとする。一つは，利益比準法（CPM）であり，もう一つは，よりラディカルな方法で，「利益分割法」と呼ばれている。

このうち残余利益分割法について，冒頭の事例で説明すると，まず，PとSの利益を合計して分割対象利益を算定する。これは，60となる。次に，PとSの機能を分析して，比較対象取引を用いて，その機能に見合った基本利益を算出する。例えば，Pが20で，Sが10とする。そうすると，分割対象利益の60から基本利益の合計30を差し引くと，30が余ることとなる。この超過利益をPとSとで分割することとなる。残余利益分割法は，基本利益を算出するに当たり，比較対象取引を用いているのに対し，定式配分法は，資産等で配分することが異なるものの，定式配分法と非常に類似した算定方法である。

○事前確認手続（advanced pricing agreements, APA，118頁以下）

最も重要な発展は，おそらく事前確認手続である。

○制限された所得（121頁以下）

本章で扱う最後のトピックは，制限された所得（blocked income）である。制限された所得とは，稼得されているものの，外国の法令により支払うことができない所得のことである。1992年のProcter & Gamble事件租税裁判所判決[37]がその例であり，米国法人が，スイス子会社に無形資産を使用させ，ロイヤルティを取っていたが，この子会社がさらにスペインの子会社に当該無形資産をサブライセンスしていたところ，当時のスペイン法では，スペインの会社が外国親会社にロイヤルティを支払うことを禁止していたことから問題となった事案である。租税裁判所は，1972年のFirst Security Bank事件連邦最高裁判決[38]を根拠として，IRC482条の適用が制限されるとした。しかし，First Security Bank事件連邦最高裁判決の事案は，国内法での制限の問題であり，外国法による制限が同様に当てはまるかは疑問がある。

第７章　居住者に対する課税：投資所得

本章では，アウトバウンドの課税ルールすなわち外国から生じる所得を得た居住者に対する課税を検討する。アウトバウンドの課税における基本的な問題は，外国源泉の所得と同様に米国の居住者が課税されるかである。なぜなら，居住者は，「いかなる源泉からも生じた」すべての所得に課税されるからである。これを回避する一つの方法は，外国会社を設立することである。

○立法による対抗（125頁以下）

米国の居住者は，容易に外国源泉の所得を非居住者の所得に移転することが可能であり，これに対し，議会は，６つの立法をして対処してきた。第１は，最も古い制度で，1921年に立法された累積稼得税（the Accumulated Earning Tax）であり，第２は，人的持株会社（PHC）で，第３が外国人的持株会社（FPHC）で，第４が，CFCについてのサブパートＦ条項であり，これは，1962年にケネディー政権で立法された。第５が，外国投資会社条項であり，サブパートＦ条項と同時に執行された。第６が，受動的外国投資会社（PFIC）であり，1986年に導入された。

これらの中では，第４のCFC税制が最も重要である。

(37)　Procter & Gamble Co.v Commisiner,961 F2d 1255（6Th Cir）
(38)　CIR v First Security Bank of Utah,405 US 394（1972）

○サブパートＦ条項（131頁以下）

米国のCFCルールには，様々な問題点がある。

サブパートＦ条項で最も重要でかつ議論があるのは，基地会社ルールである。前記DuPont事件では，タックス・ヘイブンのスイスに子会社を設立して，間に入れて，米国で製造した化学製品をドイツやフランスに販売した事案である。これは移転価格税制の適用の問題として争われたが，IRSが勝訴するのに20年もかかった。そこで，IRSが，このような事案に対処するために議会を説得して立法に至ったのが，基地会社ルールである。基地会社ルールとは，軽率国に所在する被支配会社が，その関連者から購入し，それを第三者に販売した場合で，被支配会社が販売益に対する課税を免れるために軽課税国に置かれている場合である。米国の多国籍企業は，このルールを嫌っており，他国のCFC税制は，米国よりも厳しくなく，それらの国との競争に負けると主張している。

次に，米国の多国籍企業がサブパートＦ条項を免れる方法を示すこととしよう。1996年のBrownGroup事件巡回裁判所判決[(39)]がその例である。

次の例は，支店ルールについての1990年のAshland Oil事件租税裁判所判決[(40)]である。

○サブパートＦ条項とチェック・ザ・ボックス規則（143頁以下）

サブパートＦ条項をめぐる最も最近の発展は，財務省が1998年に導入したNotice 98-11によりもたらされた。これは，米国法人がサブパートＦ条項を侵害するような「チェック・ザ・ボックス規則」を用いる２つの方法を示して，これらを制限しようとするものであった。第１の例は，米国の親会社Ｐ社が，ドイツに被支配会社Ｓ社を有している場合にＳ社の支店としてルクセンブルクにハイブリッド事業体であるＢを設立させることである。そして，Ｓ社がＢから資金を借り入れて，利子の支払いをした場合，ドイツ法上は，Ｂは法人であり，Ｓは，ドイツ法人税において利子控除をすることができる。一方，Ｂは，利子を得ているが，米国法上は，チェック・ザ・ボックス規則を適用すれば，内部取引で利子所得を得ていないので，サブパートＦ条項を適用することはできない。第２の例は，米国の親会社Ｐが，ドイツにＳ１社とＳ２社とを設立し，Ｓ１がルクセンブルクにハイブリッド事業体であるＢを設立させ，Ｓ２社がＢから同様に多額の資金を借り入れ，Ｂに利子を支払う場合である。Ｓ２社は，ドイツ法人税法上利子控除ができ，米国法上は，チェック・ザ・ボックス規則を適用すれば，Ｓ１社からＳ２社への貸付けとなり，米国税法上は，同一の国における利子ということで非課税となる。

財務省は，チェック・ザ・ボックス規則をこのように簡単に国際的な条項に適用するよう拡大したのは誤りであったと気づいたのであった。しかし，時既に遅しであった。チェック・ザ・ボックス規則は，瓶からあふれ出したが，財務省は，これを戻すことはできなかった。納税者にポピュラーになりすぎて，ひっくりかえすことはできなかったのである。

このNoticeは，米国の多国籍企業によって非助な議論を巻き起こした。多国籍企業は，議会に対し，ドイツの高い法人税を減少させようしているだけであり，財務省の行おうとしていることは不公正であると文句を言った。さらに，多国籍企業は，議会に対し，ドイツに納める税金が少なくなることは，米国に多くの税金を払うことを意味し，また，長い目で見ると，配当により還元されることにより米国に多くの税金を払うこととなると説明した。

議会は，この議論を受け入れ，結局，1998年に，財務省は，Notice 98-35を発出して，上記Notice

(39)　Brown Group Inc. v CIR,77F.3D 217（8th Cir.,1996）
(40)　Ashland Oil Co.v.CIR,95 TC 348（1990）

98-11を撤回した。[41]

第８章　居住者に対する課税：事業所得

本章では，activeな所得についての居住者に対する課税に焦点を合わせ，主に外国税額控除に焦点を合わせることとする。

○外国税額控除の基本的仕組み（151頁以下）

外国税額控除を受けるには，いくつかのステップが必要である。まずは，この控除は選択的であるため，会社は，当該控除を選択しなければならない。その後，会社は，３つの要件を満たさなければならない。なぜなら，当該控除は，納税者に対する―米国の歳入を減少させる―特別な便益と考えられるからである。

外国税額控除が認められるための３つの要件は，①租税が実際に外国政府に支払われたこと，②当該租税が当該納税者から支払われたこと，③当該租税が控除可能であることである。

このうちの①の要件については，1993年のContinental Illinois Bank事件巡回裁判所判決[42]がある。この事件では，銀行が源泉税の代理人から納付書を受け取れなかったため，貸主の源泉税が納められたとの陳述書で足りるかが問題となった。Posner判事は，外国税の控除であり，外国の詐欺による控除ではないとの理由で否定した。納付書なしに控除を認めると，納税者が外国の居住者と共謀して実際に納税していないのに租税を膨らませることを共謀しようとのインセンティブを生む出すこととなるからである。

次に，上記②の要件については，テクニカル納税者のルール（technical taxpayer rule）がある。これは，実際の納税した者が誰かではなく，当該外国法が法的に誰を納税者としているかを問うものである。これは，1938年のBiddle事件連邦最高裁判決[43]に基づくものである。

さらに，上記③の要件について，米国のポジションは，外国税額控除は，特別のギフト（an extraordinary gift）であり，政府は，米国の所得税と十分に類似していない租税にこの制度を適用することを好まないということである。そこで，米国の所得税に類似しているかについて，(i)実現（realization）の要件，(ii)粗収入（gross receipts）の要件，(iii)純所得（net income）の要件を満たすことが必要としている。この(iii)の要件は，ネット所得の定義が米国の定義と類似していなければならないとの意味であり，外国政府が米国と同様の控除を与えていなければならないとの要件である。これは，しばしば問題を生じる。1982年のInland Steel事件請求裁判所判決[44]などがその例である。

このうち私は，上記(iii)の要件は不要と考えている。というのは，所得税とその他の税との区別は，直接税の発生原因と間接税のそれとは違うとの考えに基づき築かれたものであるが，もはや租税法学者には受け容られない考えだからである。多分この問題に対する最善の解決は，上記(iii)の要件をなくすことである。しかし，その代わりに，この問題から得られる教訓として提案される一つの方法は，米国のタックス・ベースよりもそのタックス・ベースが狭い税であれば控除を認めることである。このような体系の下では，付加価値税は，給与が控除できないのであるから，米国のタックス・ベースよりも狭くなく控除できないこととなろう。

○間接外国税額控除（162頁以下）

次のトピックは，間接外国税額控除である。間接外国税額控除が問題となった実際の事件は，1942年

(41)　Notice 98-35でNotice 98-11を撤回した経緯については，本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」フィナンシャル・レビュー2006年７月号111－112頁を参照されたい。
(42)　Continental Illinois Bank v CIR,998 F.2d 513（7th Cir.1993）
(43)　Biddle v CIR,302 Us 573（1938）
(44)　Inland Steel Co. v US（Ct.Cl.1982）

のAmerican Chicle事件連邦最高裁判決[45]である。

間接外国税額控除の条項は，複雑さをもたらしている。その例が，1989年Goodyear事件連邦最高裁判決[46]である。

また，このルールの機械的適用は，非常に奇妙な結果をもたらしている。その例が，1991年のVulcan事件租税裁判所判決[47]である。

○法人によるタックス・シェルター（166頁以下）

法人によるタックス・シェルターは，米国の租税法における最も最近の現象である。1999年のCompaq事件租税裁判所判決[48]でこれを見ていくこととする。1審の租税裁判所は，テクニカル納税者のルールに従うと控除すべきであるが，事業目的がないので控除すべきでないとした。

租税裁判所は，この事件についておそらく正しい結論に達していると思われるが，いくつかの問題を明らかにし，2001年の控訴審のCompaq事件巡回裁判所判決[49]で納税者勝訴に導くこととなった。

さらにもっとこの問題を広く考えると，一般的に法人によるタックス・シェルターの現象にどうすべきかである。IRSの最近のアプローチは，個別に解決しようとして限定的であり，この問題の根源に迫ろうとはしていない。

タックス・シェルターの問題をケース・バイ・ケースで解決するのは非常に困難である。Compaq事件租税裁判所判決がその例であり，テクニカル納税者のルールを変更すべきであろう。IRSが，低い利益を利益であるとして否認する方法もまた問題である。したがって，法人によるタックス・シェルターに迫るためのより広いアプローチが，租税法の体系においてゆがんだ（perverse）インセンティブを解決するために必要であろう。

第9章　米国と租税条約ネットワーク

本章では，租税条約を議論する。

○米国モデル租税条約の意義（169頁以下）

米国モデル租税条約は，米国が実際に締結しているどの条約とも同じではない。それは，米国モデル租税条約が，米国が外国と交渉をするときの出発点にすぎないからである。

○OECDモデル租税条約と異なる条項（171頁以下）

米国モデル租税条約は，OECDモデル租税条約にはないセービング条項やLOB条項をもっている。

○米国モデル条約外の2つのトピック（174頁以下）

米国モデル租税条約には規定されていないが，第1に，みなし外税控除（tax-sparing credit），第2に，条約のオーバーライドの問題がある。

○米国モデル租税条約からの乖離（176頁以下）

米国モデル租税条約からの乖離として，米中租税条約がある。

第10章　租税競争，租税裁定及び国際課税制度の将来

第1章で，私は，国際課税制度が存在し，かつ，これが1回課税の原則と便益原則の2つの原則に基づく明確な構造を有しているとの主張（thesis）を展開した。

便益原則は，1920年代の国際連盟の後援の下で達した妥協のコンセンサスを反映していると広く受け取られているが，国際課税制度が存在するか否かは議論がある（特に，1回課税の原則がそれを構成しているかについて）。二重非課税が国際課税の適切な目標であるか否かは，例えば，2004年のIFAのウィーン大会がそうであるが，熱く議論されてい

（45）American Chicle Co. v US,316 US 450（1942）
（46）Goodyear Tire and Rubber Co.v US,493 US 132（1989）
（47）Vulcan Materials Co. and Subsidiaries v CIR,96 T.C. 410（1991）
（48）Compaq Computer Corp. v CIR,113 T.C.214（1999）
（49）Compaq Computer Corp. v CIR,277 F.3d 778（5th Cir.2001）

る。

この最終章において，１回課税の原則を浸食する３つの比較的最近の発展―passiveな所得に対する租税競争，activeな所得に対する租税競争及び租税裁定（tax arbitrage）―を検討することとする。その際，私は，国内と超国家的なレベル（主にOECDを通じてのもの）の両方における上記発展に対する様々な反動を議論し，それらレベルで１回課税の原則に対する警告を制限することに成功していることを調べたい。最終的に，私は，国際課税制度の存在にまつわる議論に対するこれらの反動のインプリケーションを議論したい。私の考えでは，これらの反動は，OECDと同様，１回課税の原則が存在し，実務におけるその実行を求めていると考えている重要な課税当局が増大していることを証明している。

Ⅰ　passiveな投資に向けての租税競争

1984年に米国が，一方的にポートフォーリオ利子について源泉税の禁止をして以来，利子について課税しないとの明確な流れが存在し，その他のpassiveな所得にも拡大している。第４章Ⅰで，なぜそのような公的に許されたループホール，源泉ルールと租税条約上の控除の結び付きが米国に導入されたのかを説明した。

源泉税の欠如は，タックス・ヘイブンと結びついて，居住国に，passiveな所得に対する実効的な課税を不可能にしている。源泉税の欠如において，源泉地国は，非居住者のためにそのような情報を集めようとの利害をもたない。タックス・ヘイブンは，銀行の秘密保持法を有し，源泉地国からタックス・ヘイブンへの支払いが何ら情報なしになされることが可能である。

その結果，投資所得についての二重非課税が広がっている。これによりどれくらいの税が浸食されているかの評価は難しいが，利子所得の７兆ドルが課税を免れているとの報告や米国では年間で500億ドルの歳入漏れが生じているとの報告もある。

しかしながら，1998年以来，居住地国はこの現象に戦いを挑んできている。OECDは，1998年に有害な税の競争の報告書を発表し，タックス・ヘイブンに情報交換に応じるよう圧力をかけている。

私は，これらの新しい企てが機能するかについてはいくつかの疑問を表明している。しかしながら，ここで重要な点は，このような努力が成功するかではなく，そのような努力がなされているということである。私の考えでは，OECDの30の加盟国すべてが，１回課税の原則が有効であり，passiveな所得の二重非課税は受け入れられないとの考えにあることは明らかである。それにもかかわらず，居住地国ベースで厳しく課税しようとの試みにより1984年以降は，そのような所得に対する源泉課税の崩壊が再度作用しないようにしている。

Ⅱ　activeな投資に向けての租税競争

私は，別稿[(50)]で長々と説明したが，FDIに対する租税競争は，1980年ころから徐々に成長し，現在では，多国籍企業は，かれらの国境をまたぐ所得についてのいかなる課税も逃れることを希望している。多国籍企業が，A国の居住者であり，B国で製造し，C国で販売しているとする。多国籍企業がもしC国にPEを有していれば，C国のみが課税できることとなる。B国は，「製造タックス・ヘイブン」（production tax haven）におけば課税されないし，A国は，多国籍企業が本部を他国に移すことを懸念して課税していない。

このような租税競争が存在していることを示す経済的なデータがあり，開発途上国（例えば，上記B国）よりも先進国（上記A国及びC国）により影響していることを示している。これが，OECD諸国がPEの閾値を下げようとしている理由である。

しかしながら，OECDが加盟国及び非加盟国に

(50)　前掲注(2)の③の論文

プレッシャーをかけて，「製造タックス・ヘイブン」を禁止して，このような租税競争に対する戦いをしているところである。

再び言うが，重要な点は，このような努力が成功するか否かではなく，OECD加盟国が，activeな所得の二重非課税が存在すると信じておらず，そのような所得の源泉課税を保護しようということを示していることである。私は，この流れは，OECD加盟国により有害な租税競争を開発途上国に止めさせて実効的な居住地国ベースでの課税がされるまで続くであろうと信じている。

Ⅲ　租税裁定

租税裁定（tax arbitrage）とは，各国の租税制度間の違いを利用して二重非課税を達成するような取引と適宜できる。それ故，租税裁定は，１回課税の原則を直接否定するものである。

諸国はいつも租税裁定に関心を持ってはいなかったとのRosenbloomの主張が正しいのは，疑問がない。米国の最初の租税条約は，1937年にフランスとの間のものであるが，フランスは，完全に地域管轄であり，米国は，居住者に課税できないことを知っていて，源泉に基づく課税を減少させた。

しかし，私は，1984年以降の発展は，米国及びその他のOECD加盟国が租税裁定をなくすべきであるとの合意に達していることを示していると信じている。1984年に，米国は，オランダ領アンティールとの条約について，居住地国ベースで課税しない国との条約をもつべきでないとの理由で停止した。その時以降，米国がタックス・ヘイブン地域との条約を締結していないことは明らかで，当該所得が居住地国によって課税されるとの前提で源泉地国の減税をすべきとの考えを示している。これが，米国が1986年以降，すべての租税条約においてLOB条項を主張している理由であり，これは，条約締結国外の居住者に便益を与えるべく源泉地国での減税をさせないようにデザインされているところである。国内的には，このルールは，裁判所で支持され，また，租税条約の便益を得るための導管の使用に対抗する財務省規則でも支持されている。このルールは，また，OECDのモデル条約の１条のコメンタリーの改正を通じて，OECDでも採用されている。

租税裁定や二重非課税に対する米国の否定的態度は，条約以外でも明らかである。1984年に，米国は，連結納税における二重欠損ルール（dual consolidated loss rule）を採用した。これは，納税者が１つの経済的損失を２つの法域において使用することを妨げることを目指したルールである。Rosenbloomは，米国が二重非課税を悪いことと信じていない限り，このルールは無意味であると認めている。1990年代に，米国は，内国歳入法894条（c）（リバース・ハイブリッド・ルール）やNotice98-５や98-11で「チェック・ザ・ボックス規則」に基づく特定の素地裁定取引に対する一連の戦いをしてきた。その後，特定のNoticeは撤回されたが，ブッシュ政権は，外国税額控除に含まれる租税裁定についての規則で明らかなとおり，租税裁定への戦いを続けている。同じような租税裁定に対する否定的な態度は，オーストラリア，カナダ，日本及び英国でも見られるところである。

Rosenbloomは，国際課税制度が存在し，租税条約がそのような「閉じた（closed）」体系のように考えられるかもしれないが，１回課税の原則は，まだ蜃気楼にすぎないと述べている。すなわち，Rosenbloomは，「しかしながら，特定のルールのレベルでは，便益原則や１回課税の原則を執行あるいは執行しようと試みる仕組みがない。…個々の取引のレベルにおいては，事実，国際課税制度の存在を認識することは困難である。」と述べている。(51)

Rosenbloomは，租税裁定取引の専門の実務家としては，正しいかもしれない。しかし，政策のレベ

(51)　H.David Rosenbloom,“Cross-Border Arbitrage: The Good,the Bad and the Ugly”,85 Taxes,at 115（2007）（Avi-Yonah注）

ルでは，私は，彼の「国境をまたがる租税裁定の機会を妨げる努力がないし，米国の第１ランクの政策目標とすべきでもない。」との考えには反対である。我々は，「政策目標にすべきでない（should not）」については議論があり得，この点は，我々がかつて議論したところである。(52) しかし，これに反する積み重ねられた証拠に直面し，私によって，「努力がない（is not）」との点については反対である。米国やOECD加盟国は，事実，租税裁定や二重非課税の拡大について，租税条約及びそれ以外の両方で，関心をもっている。

Ⅳ　結論

本書は，国際租税法の輪郭を示し，米国の租税法がいかにそれに合っているかを示そうと試みた。私は，そのような制度が存在し，それは，１回課税の原則と便益原則に基づくことを示そうとした。さらに，私は，租税条約及び現実の実務を通じて，そのような制度が，慣習法としての国際租税法の一部であると考えることができると信じている。最後の結論が有効であるか否かはともあれ，すべての国，米国でさえ，国際租税法から離れようとする試みが実務上困難になっていることに向かい合っているとの前提について議論をすることはもはや困難である。もしこれが真実であれば，私は，もっと良くすることができると信じている。特に，それらの国々が１回課税の原則に執着しようと努め，かつ，それらの国々で租税法の立法に当たって考慮しようとしていると明確に表明したらなおそうである。さらに，OECDは，モデル租税条約の改訂に当たりこれらの原則をより明確に考慮していることを示すべきであり，そうであれば，二重課税と二重非課税の両方を避けるよう租税条約が機能することとなる。しかし，それは，後日の議論とする。

【本書に対するコメント】

１　本書の骨子

⑴　本書の主張は，第１章の冒頭で述べられているとおり，国際慣習法としての国際租税法が成立していて，それは，１回課税の原則（国境をまたがる取引から生じる所得は，（それ以上でもそれ以下でもなく）１回の課税に服さなければならないとの原則）と便益原則（居住地国は，passiveな所得（投資）に優先的に課税権をもち，源泉地国は，activeな所得（事業）に優先的に課税権をもつとする原則）の２つの潜在的な原理から成っているということである。そして，第１章のⅡＢの表で示されているとおり，Avi-Yonah教授は，２つの原則を組み合わせると，全世界的に見ると，activeな所得は源泉地国で課税すべきであり，passiveな所得は，居住地国で課税すべきとする。

このように第１章は，Avi-Yonah教授の主張の骨子を述べるものであり，第２章及び第３章は，国際租税法の前提となる課税管轄やソース・ルールについて検討している。

そして，第４章と第５章では，非居住者による投資所得や事業所得といったインバウンド（対内的）な取引における課税を検討し，第４章において，投資所得については，源泉税が課されるが，米国が1984年に立法したポートフォーリオ利子免税の例外により，源泉税が十分に機能しなくなっていると批判している。第５章においては，非居住者による米国における事業所得は，activeな所得であり，これは，源泉地国である米国で優先的課税すべきであり，実際にもそのようになっていて，これは便益原則にかなっているとしている（第５章Ⅴ）。

第６章は，居住者から非居住者への所得移転ということで，移転価格税制の問題点を論じている。

一方，第７章と第８章は，居住者による投資所得

(52)　Rosenbloomの前掲注(3)及びAvi-Yonahの前掲注(2)の③の各論文（Avi-Yonah注）

者や事業所得といったアウトバウンド（対外的）な取引における課税を検討し，第７章において，投資所得は，passiveな所得であり，居住者に課税すべきとの考えを前提にして，主にサブパートＦ条項の問題点を検討し，第８章は，居住者による外国における事業所得について，主に外国税額控除制度の問題点を検討している。

第９章では，米国の締結している租税条約ネットワークの現状を述べている。

そして，第10章では，全世界的に見て，passiveな所得に対する二重非課税が広がっていて，１回課税の原則に反するとして，passiveな所得に対する源泉税の強化を提言し，また，租税裁定について１回課税の原則に反するとして，なくすべきであると主張している。

⑵　本書は，短い文章の中に様々な含蓄が込められていて，Avi-Yonah教授の深い洞察に基づくものである。Avi-Yonah教授は，ハーバード大学での歴史学の博士号をもっており，特に米国の税制の基本的な枠組みが形成されてきた歴史やその理由についての緻密な分析に基づく考察は，非常に傾聴に値する。このようなことから，Avi-Yonah教授が国際課税制度が国際慣習法として成立しているとの主張は，非常に説得力がある。

また，Avi-Yonah教授の提唱する１回課税の原則や便益の原則は，2013年から始まったOECDによるBEPSプロジェクトでも重要な役割を果たしている。BEPSプロジェクトは，多国籍企業による国家間の租税制度の違いを利用した二重非課税を「いきすぎたタックス・プラニング」として問題としたが，その際の基本的な考え方は，価値を創造したところに１回課税するとの考え方である。これは，正に，Avi-Yonah教授の主張に通じるものであり，Avi-Yonah教授の見解は，BEPSプロジェクトの理論的支柱の一つと考えられる。

この点，青山教授も，Avi-Yonah教授の国際法としての「国際課税制度」が成立しているとの考え方が，BEPSプロジェクトの理論的支柱と位置づけられるとした上[53]，本書の第１章を紹介し，BEPSプロジェクトの価値創造された地で課税するとの考え方はAvi-Yonah教授の１回課税原則とも整合するとしている[54]。

紹介者も青山教授の意見に賛成である。

2　本書後のAvi-Yonah教授の論文

本書発刊後もAvi-Yonah教授は，精力的に多数の論文を執筆しているが，その中でも国際租税法に関する論文で注目すべきは，①2015年の“The International Tax Regime: A Centennial Reconsideration”[55]，②2016年のHaiyan Xuとの共著の“Evaluating BEPS: A REconsideration of the Benefits Principle and Proposal for UN Oversight”[56]，③2017年の“Altera, The Anm’s Length Standard, and Customary International Tax Law”[57]，④2017年の“The Triumph of BEPS: US Tax Reform and The Single Tax Principle”[58]，⑤2018年の“The Internationa Provisions of The TCJA: A Preliminary Summary and Assessment”[59]である。

これらの論文を総合すると，Avi-Yonah教授は，現在も，国際慣習法としての「国際課税制度」が成立しているとの考え方を維持し，また，１回課税の

（53）　青山慶二『現代税制の現状と課題・国際課税編』（新日本法規，平成29年）７頁
（54）　青山・前掲国際課税編９頁
（55）　Michigan Law Paper No.462（2015）
（56）　6 Harvard Business Law Review,at 185（2016）
（57）　38 Michigan Journal of International Law 1,at 1（2017）
（58）　Michigan Law Paper No.579（2017）
（59）　Michigan Law Paper No.605（2018）

原則も重要な原則として維持している。しかし，上記①や②の論文によると，便益原則については，本書の第1章Ⅲで述べていたのと逆に，passiveな所得は，源泉地国が優先的に課税し，activeな所得は，居住地国が優先的に課税すべきとの見直しを提案している。[(60)] これは，元々便益原則は，1923年のジュネーブでの4人の経済学者（オランダのBruins, イタリアのEinaudi, 米国のSeligman, 英国のStamp）の議論で提案されたものであるが，ほとんどのactiveな所得は法人が稼得し，ほとんどのpassiveな所得は個人が稼得するとの前提で成り立っていたが，passiveな所得に対する源泉地での免税措置が採られ，さらにpassiveな所得がタックス・ヘイブンを経由することにより，居住地国課税が機能しなくなっており，一方，activeな所得については，多国籍企業が製造から役務提供や無形資産にシフトすることにより，多国籍企業が課税される地を選ぶことが容易になっていることから，activeな所得に対する源泉地国課税が機能しなくなっているというグローバリゼーションの現実から修正を提案するものである。そして，具体的には，passiveな所得については，ほとんどの個人がリスクを取るのを好まないことから，ポートフォーリオ投資が，米国，EUと日本に流れて行っているとし，これらの国々が協力して海外への支払に対する源泉地国課税をすれば，passiveな所得に対するほとんどの問題が解決し，activeな所得については，多国籍企業の本店のうち90％はG20の国々に置かれていることから，G20の国々が本店を置いていることから課税し，本店の移動可能性を制限することにより解決されるとしている。Avi-Yonah教授は，このような意味で，passiveな所得に対する源泉地国課税，activeな所得に対する居住地国課税を提案しているのである。

また，そのような観点で，Avi-Yonah教授は，上記②の論文において，OECDのBEPSプロジェクトには，基本的には賛成しているものの，便益原則の見直しまでには至らなかったことから，まだ不十分であるとしているのである。[(61)]

また，Avi-Yonah教授は，本書の第6章で述べているとおり，移転価格税制における独立企業原則には懐疑的であり，そのような観点から，上記②の論文において，グループ会社を一体としてみる「単一企業体原則（the single unitary entity principle）」を提唱している。[(62)]

さらに，Avi-Yonah教授は，上記③の論文では，独立企業原則が国際慣習法の一部であると主張し，上記④や⑤の論文では，米国がBEPSプロジェクトに消極的な態度であるとの批判を間違いであるとし，2017年12月に成立したTCJA（Tax Cuts and Job Act）で1回課税の原則に依拠しているとして肯定的に評価している。

確かに，Avi-Yonah教授の言うとおり，便益原則や独立企業原則は，古典的な原則がそのままでは妥当はしなくなっているかもしれないが，これらの原則は，いったんは法的確信に達したと考えられる原則であり，紹介者としては，これらの原則について修正すべき点はあるものの，なお国際租税法の原則として維持すべきと考える。

3　結び

以上，紹介者は，Avi-Yonah教授が本書で述べている見解に賛成できない部分もあるが，本書が国際租税法を勉強する上で非常に重要な文献であることに変わりはない。本書は，本文だけで200頁弱のものであり，英語も明晰であり，Avi-Yonah教授の主張に賛成するか否かはともかくとして，是非，原著を読まれることを薦めたい。

(60)　前掲注(54)の論文，前掲注(55)の論文210,234頁
(61)　前掲注(55)の論文210頁
(62)　前掲注(55)の論文209頁