

論 説

租税条約のソースルールの国内適用

—所得源泉地の置換え規定の機能—

税務大学校研究部教授

山 崎 昇

◆SUMMARY◆

本稿は、日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」、日米新租税条約上の「利子」及び「割引債の償還差益」等を題材に、租税条約のソースルールの国内適用を規定した所得源泉地の置換え規定の機能について整理するとともに、同規定が外国法人の行う我が国への多様な投資形態から生ずる所得に対してどのように機能するのかについて論じたものである。

(税大ジャーナル編集部)

目 次

はじめに	96
I 所得源泉地の置換え規定の構造	97
1 租税条約の国内への適用	97
2 所得源泉地の置換え規定（所得税法162条・法人税法139条）	98
3 具体的な適用関係	98
4 適用上の問題点	100
II 日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」	101
1 日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」－債務者基準－	101
2 国内税法上の「人的役務提供事業の対価」－役務提供地基準－	102
3 日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」の課税関係	102
4 インド法人東京支店を通じて技術役務の提供が行われた場合	103
III 日米新租税条約上の「利子」	105
1 日米新租税条約上の「利子」	105
2 国内税法上の内国法人発行の「割引債の償還差益」－国内にある資産の運用・保有所得－	106
3 国内PEに負担される外国法人発行の「社債（利付債）の利子」	107
4 国内PEに負担される外国法人発行の「割引債の償還差益」	108
5 所得税法162条（法人税法139条）後段が適用されない場合の課税関係	108
IV 我が国への投資形態の多様化と所得源泉地の置換え規定の機能	110
1 投資形態の多様化とOECDモデル租税条約上の「利子」の範囲	110
2 OECDモデル租税条約上の「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」	111
3 「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」の置換え＝「みなす利子」	111
4 国内税法上の「国内にある資産の運用・保有所得」の範囲	113
5 「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」と「国内にある資産の運用・保有所得」との関係	115
結びにかえて	115

はじめに

日本国憲法98条2項は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定しており、租税法においては、租税条約の規定と国内税法の規定が競合する場合には、租税条約の規定が「優先」して適用されるとされている。外国法人課税における租税条約と国内税

法の関係についての伝統的な議論は、外国法人の恒久的施設（Permanent Establishment：以下「PE」という。）に対する事業所得課税（以下、「PE課税」という。）の方法について、我が国が締結しているほとんどすべての租税条約が「帰属主義」¹を採用しているにも関わらず、国内税法では「総合主義」²を採用していることから生じる問題についてであった³。

すなわち、我が国においては、租税条約の相手国の企業に対してPE課税を行う場合、租税条約が規定する帰属主義に基づいてPEに帰属する所得に対して課税権を行使することになるが、国内税法では総合主義に基づいて国内源泉所得に対して課税する規定となっているため、我が国の課税権の行使は、PEに帰属する所得の全部ではなく、そのうちの国内源泉所得に限られることになる。したがって、外国法人の国内PEに帰属するが国内税法上は国内源泉所得に該当しない所得については、「租税条約上は我が国に課税権があるにも関わらず、国内税法に規定がないために課税されない」ことになり、主としてこの点が議論となっている⁴。

なお、租税条約の規定と国内税法の規定が競合する場合であっても、国内税法の規定が納税者にとって有利に働く場合には、国内税法の規定が適用できるととされている。これは「プリザベーション・クローズ」⁵という考え方であり、租税条約上の具体的な規定の有無に関わらず、条約解釈にあたり当然に考慮されるものであるとされている。したがって、租税条約の規定と国内税法の規定が競合する場合には、租税条約の規定は、国内税法に「優先」して適用されるというよりは、国内税法の規定による課税を「制限」する方向にのみ働くのである。

PE課税の議論は依然として重要であり、OECD租税委員会の議論⁶も踏まえ、国内税法を帰属主義に改めるなどの見直しが必要と考えるが、本稿の関心は、外国法人が稼得した所得が「租税条約上は我が国に課税権があるにも関わらず、国内税法に規定がないために課税されない」状況は、PE課税の場合⁷だけでなく、租税条約のソースルールを国内で適用する場面でも起こり得るか、という点である。本稿は、租税条約のソースルールの国内適用を規定した所得源泉地の置換え規定の機能について、日独租税条約上の「匿名組合分配金」

を例にその構造を概観した上で、日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」及び日米新租税条約上の「割引債の償還差益」を題材としてその適用関係を整理し、さらに、所得源泉地の置換え規定は外国法人が行う我が国への多様な投資形態から生ずる所得に対してどのように機能するのか、という点について検討するものである。

I 所得源泉地の置換え規定の構造

1 租税条約の国内への適用

租税条約は、条約の恩典を享受できる者、課税権の配分（PE課税原則、ソースルール）、投資所得の源泉地国における限度税率を定めるなどにとどまり、国内における具体的な軽減・免除の方法や課税方法（源泉徴収課税か、申告納税か）については、別途国内税法の規定が必要となる。すなわち、租税条約の規定は、国内税法において実体法上又は手続法上の適用関係が明確である場合に限り、国内適用が可能となる⁸。

具体的な適用関係としては、納税者が租税条約上の恩典を享受しようとする場合については、これを国内で適用するための手続を定めたものとして「租税条約の実施に伴う所得税法、法人税法及び地方税法の特例等に関する法律」（以下「実施特例法」という。）及びその政省令がある。また、PE課税原則については、租税条約で採用されている帰属主義は、国内税法の総合主義との調整は行われておらず、国内適用に問題があることは前述のとおりである。

ソースルールについては、所得税法及び法人税法にいわゆる「所得源泉地の置換え規定（所得税法162条・法人税法139条）」が存在し、租税条約のソースルールを国内で適用するための実体法の規定として機能しており、租税条約と国内税法の調整が図られている。したがって、所得源泉地の置換え規定が機能する

限りにおいては、租税条約のソースルールは国内において適用されることになる。

2 所得源泉地の置換え規定（所得税法162条・法人税法139条）

所得源泉地の置換え規定である所得税法162条（法人税法139条）は次のように規定しており、国内源泉所得については、租税条約に異なる定めがある場合には、国内税法の規定である所得税法161条（法人税法138条）にかかわらず、租税条約の定めによることとなる（所法162前段・法法139前段）。この場合、租税条約の規定により国内源泉とされた所得は、所得税法161条（法人税法138条）2号所得以下の各号の規定に代わって国内源泉所得を定めている場合は、その対応する各号の国内源泉所得とみなして課税関係が律せられることになる（所法162後段・法法139後段）。

【所得税法162条（法人税法139条）前段】

日本国が締結した所得に対する租税に関する二重課税防止のための条約において国内源泉所得につき前条の規定（筆者注：所得税法161条（法人税法138条））と異なる定めがある場合には、その条約の適用を受ける者（法人）については、同条の規定にかかわらず、国内源泉所得は、その異なる定めがある限りにおいて、その条約に定めるところによる。

【所得税法162条（法人税法139条）後段】

この場合において、その条約が同条（筆者注：所得税法161条（法人税法138条））第2号から第12号（筆者注：法人税法139条の場合は「第2号から第11号」⁹⁾）までの規定に代わって国内源泉所得を定めているときは、この法律中これらの号に規定する事項に関する部分の適用については、その条約により国内源泉所得とされたものをもってこれに対応するこれらの号に掲げる国内源泉所得とみなす。

外国法人が稼得するある所得が、国内税法

（所法161・法法138）上は国外源泉所得となり、租税条約上は国内源泉所得となる場合においては、所得源泉地の置換え規定（所法162・法法139）は、その外国法人が稼得する所得に適用するソースルールを国内税法の規定（所法161・法法138）から租税条約の規定に修正する機能を有している。すなわち、租税条約のソースルールは、所得源泉地の置換え規定を通じて国内税法として適用されるのである¹⁰⁾。したがって、ソースルールの適用には「国内税法が有利な場合」は存在しないことになり、プリザベーション・クローズが機能する余地はなくなることになる。

3 具体的な適用関係

以下では、租税条約のソースルールの国内適用について、日本にPEがないドイツ法人が内国法人である営業者から受領する「匿名組合分配金」を例にとりて概観することとする。

(1) 所得源泉地の置換え規定が適用される場合

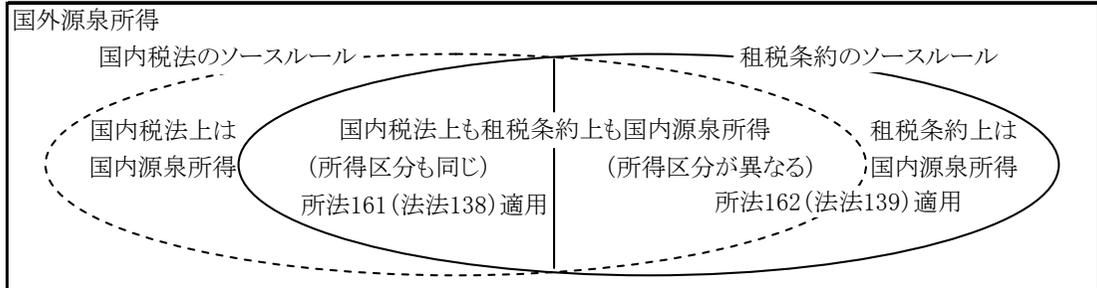
所得税法162条（法人税法139条）前段は、「国内源泉所得につき前条の規定（所得税法161条（法人税法138条））と異なる定めがある場合」には、その異なる部分については、国内税法のソースルールではなく租税条約のソースルールを適用すると定めている。すなわち、国内税法と租税条約のソースルールが異なる場合には、そのまま国内税法のソースルール（所得税法161条（法人税法138条））により国内源泉所得を判定するが、国内税法と租税条約のソースルールが異なる場合には租税条約のソースルールにより国内源泉所得を判定することになる。所得源泉地の置換え規定が適用される場合には、次の2つ場合がある¹¹⁾。

- ① 国内税法上は国内源泉所得に該当しないにもかかわらず、租税条約上は国内源泉所得となる所得がある場合
- ② 国内税法上も租税条約上も国内源泉所得

に該当するが、租税条約上は所得税法161条（法人税法138条）各号の所得区分とは異なる所得区分となる所得がある場合

その適用関係を図示すると、次のとおりとなる（【図1】）。

【図1】所得源泉地の置換え規定の適用関係



ここで、内国法人がドイツ法人に支払う匿名組合分配金について、その適用関係をみてみよう。日独租税条約10条(5)は次のように規定しており、「匿名組合分配金」の所得区分は「配当」とされている。

【日独租税条約10条(5)】

この条において「配当」とは、株式、鉱業株式その他利得の分配を受ける権利（債権を除く。）から生ずる所得及びその他の持分から生ずる所得であつて分配を行なう法人が居住者である締約国の税法上株式から生ずる所得と同様に扱われるものをいい、匿名組合員が匿名組合員として取得する所得を含む。

また、日独租税条約10条(8)は次のとおり規定しており、匿名組合分配金については、それが支払者の課税所得計算上損金算入される場合には、国内税法に従って課税されることとなる¹²。我が国においては、匿名組合分配金はこれを支払う業者の課税所得計算において損金とされることから、ドイツ法人が国内において事業を行う内国法人業者に出資し、これに基づいて支払いを受ける匿名組合分配金は、我が国の国内源泉所得として課税権が配分されることになる¹³。

【日独租税条約10条(8)】

この協定の規定にかかわらず、匿名組合員が匿名組合員として取得する所得に対しては、当該所得が生じた締約国において、その締約国の法令に従って租税を課することができる。ただし、当該所得の基因となった支払金が支払者の課税所得の決定に当たって控除されるものである場合に限る。

以上のとおり、日独租税条約により我が国に課税権が配分される「匿名組合分配金」は、条約上は「配当」に所得区分されるが、国内税法上は、「配当」を定めた所得税法161条（法人税法138条）5号ではなく「匿名組合分配金」を定めた同条12号（同条11号）の国内源泉所得になる。したがって、内国法人が課税所得計算上損金に算入してドイツ法人に支払う匿名組合分配金は、上記②の「国内税法上も租税条約上も国内源泉所得に該当するが、租税条約上は所得税法161条（法人税法138条）各号の所得区分とは異なる所得区分となる所得がある場合」に該当する。

(2) 所得源泉地の置換え規定が適用される所得の課税関係

国内源泉所得に対する課税方法はその所得区分によって異なることから、所得税法162条（法人税法139条）前段の適用により国内源

泉所得とされた所得については、その課税関係が不明確になる。そこで、同条後段は、前段の適用により国内源泉所得とされた所得のうち、所得税法161条2号から12号まで(法人税法138条2号から11号まで)の所得区分に代わって定められている所得については、その対応する号に係る国内源泉所得と「みなして」課税すると規定し、その課税関係を明確にしている。具体的には、所得税法162条(法人税法139条)前段の適用により国内源泉所得とされた所得は、所得税法161条(法人税法138条)2号及び3号の国内源泉所得に対応する所得とみなされれば、源泉徴収課税のうえ法人税の申告が必要となるが、所得税法161条4号から12号までの国内源泉所得に対応する所得とみなされれば、源泉分離課税ということになる(所法212、法法141四)。

日独租税条約により我が国に課税権が配分される匿名組合分配金は、所得税法161条12号の所得区分に対応することから、所得税法162条(法人税法139条)条後段の適用を受け、「配当」ではなく「匿名組合分配金」として課税されることとなるが、「配当」を定めた5号所得も「匿名組合分配金」を定めた12号所得も、その課税方法は源泉分離課税であることから、結果として課税関係に影響はない。しかし、平成14年度税制改正以前は、匿名組合員が10人未満の場合の匿名組合分配金は所得税法161条12号(法人税法138条11号)所得ではなく、同条1号所得のうち「国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得(以下、「国内にある資産の運用・保有所得」という。))とされていた¹⁴。すなわち、平成14年度税制改正以前は、例えば、ドイツ法人が唯一の匿名組合員であった場合には、日独租税条約により我が国に課税権が配分される匿名組合分配金は、所得税法161条2号から12号まで(法人税法138条2号から11号まで)の所得区分に対応しないため、所得税法162条(法人税法139条)後段は適用されず、源泉分離課税

とはならなかった。ただし、この場合の匿名組合分配金は、法人税法138条1号の「国内にある資産の運用・保有所得」に該当していたことから、これを受領するドイツ法人は、国内にPEがない場合でも、その受領する匿名組合分配金について我が国で法人税を申告する必要があったことになる(法法141四：以下、国内にPEがない外国法人を「4号外国法人」という。)

4 適用上の問題点

匿名組合分配金については、上記3(1)②の「国内税法上も租税条約上も国内源泉所得に該当するが、租税条約上は所得税法161条(法人税法138条)各号の所得区分とは異なる所得区分となる所得がある場合」に該当し、「所得区分」が相違するものの、国内税法上は国内源泉所得であるから、所得区分の対応関係は明確であり、課税上の問題は生じないと考えられる。しかし、上記3(1)①の「国内税法上は国内源泉所得に該当しないにもかかわらず、租税条約上は国内源泉所得となる所得がある場合」については、国内税法上は国内源泉所得ではない所得が租税条約の規定により国内源泉所得となるため、その所得が所得税法161条2号から12号まで(法人税法138条2号から11号まで)のどの号の国内源泉所得に対応するか、又はどの号の国内源泉所得にも対応しないのか、という点が不明確になる。したがって、所得税法161条(法人税法138条)に該当しない国外源泉所得が所得源泉地の置換え規定により国内源泉所得に変更される場合には、その所得に対する課税関係に問題が生じる可能性があるのである。

上記3(1)のケースは、「源泉地の決定基準」が相違するために租税条約の国内源泉所得の範囲と国内税法の国内源泉所得の範囲が相違することになると考えられるが、このケースは、「所得区分」が同じ場合と、「所得区分」についても相違する場合がある。前者につい

ては、例えば、租税条約上の「使用料」は国内税法上の「使用料」とみなし、租税条約上の「配当」は国内税法上の「配当」とみなして、国内税法と同様に課税することになる。これについては、Ⅱにおいて日印租税条約の「技術上の役務に対する料金」を題材として整理する。なお、日印租税条約特有の問題として、技術役務提供所得がPEに帰属する場合には、帰属主義との関係から課税関係が不明確になるケースもあるので、これについても適用関係を整理する。後者については、Ⅲにおいて、日米新租税条約上は国内源泉所得となる外国法人の国内PEに負担される外国法人発行の「割引債の償還差益」を題材として、租税条約上は「利子」に所得区分されるが国内税法上は「利子」に所得区分されない所得に対して、「所得源泉地の置換え規定」がどのように機能するかについて整理することとする。

なお、本稿においては、「ソースルール」の用語は、「所得区分」に関する規定と「源泉地の決定基準」に関する規定とを含めた意味で用いることとする。

Ⅱ 日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」

1 日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」－債務者基準－

ここでは、日印租税条約の「技術上の役務に対する料金」を題材として、租税条約と国内税法における「所得区分」には相違はないものの、「源泉地の決定基準」の相違から租税条約の規定により国内源泉所得の範囲が変更される場合¹⁵⁾について、次の設例に基づいて、所得源泉地の置換え規定の適用関係を整理する。

なお、その所得の支払いの基因となる契約が国内PEに実質関連する場合の課税関係については、PE帰属主義との関係から不明確にな

る場合もあるので、これについても適用関係を整理することとする。

【設例】

〔ケース1〕

日本に拠点のないインド法人A社は、内国法人B社とソフトウェアの開発に関する契約を締結し、この契約に基づいてB社に対してソフトウェアの開発に係る技術役務提供を行い、内国法人B社からその役務提供の対価を受領している（以下「本件技術役務提供の対価」という。）。

〔ケース2〕

インド法人A社は、その後東京支店を設置して内国法人B社に対する営業活動及びアフターサービスを行わせると共に、インド本社で行っていたソフトウェアの開発の一部を東京支店に移管しているが、本件技術役務提供の対価は、契約に基づいて内国法人B社からA社本店に直接支払われている。

日印租税条約12条4は次のように規定しており、本件技術役務提供の対価は、日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」に所得区分されると考えられる。

【日印租税条約12条4】

この条において、「技術上の役務に対する料金」とは、技術者その他の人員によって提供される役務を含む経営的若しくは技術的性質の役務又はコンサルタントの役務の対価としてのすべての支払金（…）をいう。

また、日印租税条約12条6は次のように規定し、「技術上の役務に対する料金」については、その支払者の居住地国に源泉があるという「債務者基準」により源泉地が決定される。

【日印租税条約12条6】

使用料及び技術上の役務に対する料金は、

その支払者が一方の締約国又は当該一方の締約国の地方政府、地方公共団体若しくは居住者である場合には、当該一方の締約国内において生じたものとされる。…。

この債務者基準によれば、「技術上の役務に対する料金」の所得源泉地は、その支払者の居住地国であり、技術役務の提供が日本国内において行われているか、インド国内で行われているかは問わないことから、たとえ技術役務の提供がインド国内で行われたとしても、支払者が内国法人であれば日本の国内源泉所得となる。すなわち、内国法人B社がインド法人A社に支払う本件技術役務提供の対価は、その役務提供地に関わらず、すべて国内源泉所得とされる。

2 国内税法上の「人的役務提供事業の対価」 ー 役務提供地基準 ー

一方、国内税法においては、所得税法施行令282条（法人税法施行令179条）3号が次のように定めており、本件技術役務提供の対価は、国内税法上は所得税法161条（法人税法138条）2号の所得区分である「人的役務提供事業の対価」に該当すると考えられる。

【所得税法施行令282条（法人税法施行令179条）3号】

法第161条（法138条）第2号（国内源泉所得）に規定する政令で定める事業は、次に掲げる事業とする。

（1～2号省略）

三 科学技術、経営管理その他の分野に関する専門的知識又は特別の技能を有する者の当該知識又は技能を活用して行なう役務の提供を主たる内容とする事業（…）

また、法人税法138条（所得税法161条）2号は次のように規定しており、「人的役務提供事業の対価」については、役務の提供地に所

得源泉があるという「役務提供地基準」により源泉地が決定される。

【法人税法138条（所得税法161条）2号】

国内において人的役務の提供を主たる内容とする事業で政令で定めるもの（筆者注：所得税法施行令282条（法人税法施行令179条）3号に定める事業）を行う法人が受ける当該人的役務の提供に係る対価

すなわち、本件技術役務提供の対価は、「所得区分」については日印租税条約と国内税法は対応関係にあるが、「源泉地の決定基準」は、日印租税条約が債務者基準、国内税法は役務提供地基準で定めており、租税条約と国内税法のソースルールが異なる定めとなっている。したがって、本件技術役務提供の対価に対しては、所得源泉地の置換え規定の適用があり、日印租税条約のソースルールが適用されることになる。

3 日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」の課税関係

所得源泉地の置換え規定が適用される場合は、その所得の租税条約における所得区分の規定が所得税法161条（法人税法138条）2号以下の各号の規定に代わって国内源泉所得を定めている場合には、その所得については、その対応する号の国内源泉所得とみなして課税関係が律せられることになる。日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」については、上記2のとおり、所得税法161条（法人税法138条）2号の「人的役務提供事業の対価」に代わって国内源泉所得を定めていると認められることから、本件技術役務提供の対価は、同号の所得と「みなして」課税されることになる。

すなわち、本件技術役務提供の対価は、日印租税条約に規定する「債務者基準」により所得源泉地が判定され、内国法人B社がイン

ド法人A社に支払う対価のすべてが国内源泉所得となり、所得税法161条2号の人的役務提供事業の対価として源泉所得税が課税され（所法212）、さらにインド法人A社は、本件技術役務提供の対価について4号外国人として法人税の申告を行うこととなる（法法141四）¹⁶。但し、租税条約上の限度税率10%（又は20%）の適用を受けることになる¹⁷。

4 インド法人東京支店を通じて技術役務の提供が行われた場合

日印租税条約における「技術上の役務に対する料金」については、その支払いの基因となる契約が国内PEに実質関連する場合の課税関係が不明確となっている。そこで、これについて、〔ケース2〕に基づいて検討する。

(1) PE帰属主義による課税

日印租税条約12条5は次のように規定しており、インド法人A社が東京支店を設置し、これを通じて技術役務の提供を行い、その支払いの基因となった技術役務提供契約が東京支店に実質関連する場合には、「技術上の役務に対する料金」についても、日印租税条約7条、いわゆる事業所得条項が適用され、PE帰属主義に基づいて課税されることになる¹⁸。

【日印租税条約12条5】

1及び2の規定は、一方の締約国の居住者である使用料又は技術上の役務に対する料金の受益者が、当該使用料若しくは技術上の役務に対する料金の生じた他方の締約国において当該他方の締約国内にある恒久的施設を通じて事業を行い又は当該他方の締約国において当該他方の締約国内にある固定的施設を通じて独立の人的役務を提供する場合において、当該使用料又は技術上の役務に対する料金の支払の基因となった権利、財産又は契約が当該恒久的施設又は当該固定的施設と実質的な関連を有するものであるときは、適用しない。この場合には、第7条又は第14条の規定を適

用する。

(2) 「その支払いの基因となった技術役務提供契約がPEに実質関連する場合」とは

実務上は「その支払いの基因となった技術役務提供契約が国内PEに実質関連する場合」か否かは重要な問題であるが、これは事実認定の問題である。ただ、一般論で言えば、国内PEが単に「営業活動及びアフターサービス」しているのみでは「その契約が国内PEに実質関連している」とはいえず、国内PEが技術役務提供に「相応の役割」を果たしているような場合が「その契約が国内PEに実質関連する場合」と考えられる¹⁹。

なお、日印租税条約交換公文6は、次のとおり規定しており、同条約7条を適用する場合においては、内国法人B社がインド本店と直接取引していても、インド法人A社東京支店の役割に対応する部分があれば、その対応する部分についてはPE帰属所得として課税することとされている。

【日印租税条約交換公文6】

条約第7条1に関し、「当該恒久的施設に直接又は間接に帰せられる」との用語の使用に当たっては、恒久的施設が関与した取引から生じた利得のうち、当該取引において当該恒久的施設が果たした役割に対応する部分が当該恒久的施設に帰せられることが了解される。また、当該物品又は役務の販売又は提供に関する契約又は注文が、恒久的施設との間よりもむしろ海外にある当該企業の本店との間で直接的に行われる場合においても、当該利得のうち前記の部分が当該恒久的施設に帰せられることが了解される。

(3) 「技術上の役務に対する料金」のソースルールとPE帰属所得との関係

租税条約のソースルールは、特にこれを制限する条項がない限り租税条約全体に作用す

ることから、内国法人B社がインド法人A社に支払う本件技術役務提供の対価は、日印租税条約12条5に関わらず、その所得区分は同条4の「技術上の役務に対する料金」であり、同条6の「債務者基準」により源泉地が決定されることになる。ところが、「技術上の役務に対する料金」に対しては、日印租税条約12条5の規定により、国内PEに実質関連する契約に基づいて、国内PEを通じて内国法人に対して技術役務が提供される場合には、同条1の居住地国における課税権の確認規定²⁰及び同条2の源泉地国への限度税率による課税権の配分規定は適用されず、同条約7条が適用されることになる。したがって、その支払いの起因となる契約が国内PEに実質関連する「技術上の役務に対する料金」については、国内PEに帰属しない部分は、租税条約のソースルールにおいて国内源泉所得となる場合であっても、我が国に課税権は配分されないことになる。

例えば、A社東京支店は、B社との契約に基づくソフトウェア開発について、その8割を東京支店のスタッフで行っているが、2割についてはインド本店に依頼していたとする。B社がA社東京支店に支払う本件技術役務提

供の対価は、日印租税条約12条6によりその全額が我が国の国内源泉所得となるが、一般論としてはこの契約はA社東京支店に実質関連していると考えられるので、同条約7条の適用を受けることとなる²¹。そうすると、本件技術役務提供の対価は、所得源泉地の置換え規定により、一旦はB社の支払額全額が所得税法161条2号の「人的役務提供事業の対価」とみなされて源泉所得税が課税されることとなるが²²、さらにA社東京支店がその法人税の課税所得に含めて申告する際には（法141一）、日印租税条約7条が12条1及び2に優先適用されることから、A社東京支店の法人税の課税対象となる所得は、国内にあるPEに帰属すべき所得のみとなり、条約上の限度税率の適用もない。すなわち、A社東京支店は、本件技術役務提供の対価に係る課税所得の算出に当たっては、その対価の総額が国内源泉所得であることからこれを収入金額とし、これに対応する原価・諸費用を控除し、さらに、PE帰属所得のみが課税所得となることから、国内PEに帰属しないインド国内で行われた2割の役務提供に対応する利益相当額についても控除することになる²³。

課税関係を整理すると次の表となる（【表1】）。

【表1】日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」の課税関係

PE 実質 関連	国内源泉所得の判定		源泉徴収課税 (国内源泉所得)	法人税の申告	
	国内税法	租税条約		課税所得計算	納付税額
無	国内において 役務提供 (役務提供地基準)	支払者が居住者 (債務者基準)	支払総額	収入-経費 (国外役務提供分を含む)	ネット所得の30% (限度税率適用あり)
有	国内において 役務提供 (役務提供地基準)	支払者が居住者 (債務者基準)	支払総額	収入-経費他 (PE帰属所得)	ネット所得の30% (限度税率適用なし)

Ⅲ 日米新租税条約上の「利子」

1 日米新租税条約上の「利子」

ここでは、日米新租税条約上の外国法人が発行する「割引債の償還差益」がその外国法人の国内PEに負担される場合を題材として、租税条約と国内税法における「所得区分」が異なる所得が「源泉地の決定基準」の相違から租税条約の規定により国内源泉所得の範囲が変更される場合について、次の設例に基づいて、所得源泉地の置換え規定の適用関係を整理する。整理するに当たっては、まず内国法人が発行する「割引債の償還差益」及び外国法人の国内PEに負担される外国法人発行の「社債（利付債）の利子」について、その課税関係を整理する。

【設例】

〔ケース3〕

米国法人C社は、日本において事業活動を行うにあたり内国法人D社を設立し、これを日本拠点として事業を開始した。また、C社は、D社の資金需要に対処するため、同社に割引債を発行させ、これを一括購入することにより資金をD社に提供している。D社は、その負担する償還差益（以下「本件D社割引債の償還差益」という。）については、日本における法人税の申告において損金算入している。

〔ケース4〕

米国法人C社は、日本において事業活動を行うにあたり、ケイマン法人E社を設立した上でE社東京支店を設置し、これを日本拠点として事業を開始した。また、C社は、E社東京支店の資金需要に対処するため、E社本店に社債（利付債）及び割引債を発行させ、これを一括購入することにより資金をE社に提供している。E社東京支店はこの資金を日本における事業に使用していることから、本店が支払う社債（利付債）の利子（以下「本

件E社債の利子」という。）及び償還差益（以下「本件E社割引債の償還差益」という。）については、東京支店がこれを負担し、日本における法人税の申告において損金算入している。

日米新租税条約11条5は次のように規定しており、「割引債の償還差益（社債の割増金）」及び「社債の利子（社債から生じた所得）」は、日米新租税条約上は「利子」とされている²⁴。

【日米新租税条約11条5】

この条において、「利子」とは、すべての種類の信用に係る債権（担保の有無及び債務者の利得の分配を受ける権利の有無を問わない。）から生じた所得、特に、公債、債券又は社債から生じた所得（公債、債券又は社債の割増金及び賞金を含む。）及びその他の所得で当該所得が生じた締約国の租税に関する法令上貸付金から生じた所得と同様に取り扱われるものをいう。前条で取り扱われる所得は、この条約の適用上利子には該当しない。

また、日米新租税条約11条7は次のように規定しており、日米新租税条約上の「利子」は、その支払者が内国法人であれば、日米新租税条約上は日本の国内源泉所得となる（本文）。ただし、その支払者が外国法人である場合でも、「利子」がその外国法人の国内PEに関連して生じ、そのPEに負担される場合はPE所在地国の国内源泉所得となる（但書）。

【日米新租税条約11条7】

利子は、その支払者が一方の締約国の居住者である場合には、当該一方の締約国内において生じたものとされる。ただし、利子の支払者（いずれかの締約国の居住者であるか否かを問わない。）が、その者が居住者とされる国以外の国に恒久的施設を有する場合において、当該利子の支払の基因となった債務が当

該恒久的施設について生じ、かつ、当該利子が当該恒久的施設によって負担されるものであるときは、次に定めるところによる。

(a) 当該恒久的施設が一方の締約国内にある場合には、当該利子は、当該一方の締約国内において生じたものとされる。

(b) (省略)

2 国内税法上の内国法人発行の「割引債の償還差益」—国内にある資産の運用・保有所得—

日米新租税条約上、「割引債の償還差益」は「利子」とされ、内国法人が発行するものは、我が国の国内源泉所得として課税権が配分される(11条5及び7本文)。したがって、本件D社割引債の償還差益は我が国で課税されることとなるが、その所得区分及び課税関係は次のとおりとなる。

(1) 本件D社割引債の償還差益の所得区分

国内税法では国内源泉所得となる「利子」について次のように規定しており、「割引債の償還差益」は、内国法人が発行する社債から生じる所得であっても、所得税法161条(法人税法138条)4号又は6号の国内源泉所得となる「利子」に該当しない。

【所得税法161条(法人税法138条)4号】

所得税法第23条第1項(利子所得)に規定する利子等のうち次に掲げるもの

イ 所得税法第2条第1項第9号に規定する公社債のうち日本国の国債若しくは地方債又は内国法人の発行する債券の利子

ロ 国内にある営業所、事務所その他これらに準ずるもの(…)に預け入れられた所得税法第2条第1項第10号に規定する預貯金の利子

ハ 国内にある営業所に信託された合同運用信託、公社債投資信託又は公募公社債等運用投資信託(…)の収益の分配

【所得税法161条(法人税法138条)6号】

国内において業務を行う者に対する貸付金(これに準ずるものを含む。)で当該業務に係るものの利子(政令で定める利子を除く。)

しかし、国内税法はまた次のように規定しており、「内国法人の発行する社債」は「国内にある資産」に該当することから、「内国法人の発行する割引債の償還差益」は、法人税法138条(所得税法161条)1号の国内源泉所得となる「国内にある資産の運用・保有所得」となる。

【法人税法施行令177条(所得税法施行令280条)1項】

次に掲げる資産の運用又は保有により生ずる所得は、法第138条(法161条)第1号(国内源泉所得)に規定する国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得とする。

一 所得税法第2条第1項第9号(定義)に規定する公社債(次項第3号において「公社債」という。)のうち日本国の国債若しくは地方債若しくは内国法人の発行する債券又は証券取引法第2条第1項第8号(定義)に掲げる約束手形

(2～3号省略)

本件D社割引債の償還差益は、発行者が内国法人であるので、「源泉地の決定基準」においては日米新租税条約の規定と国内税法に規定に異なるところはないが、その「所得区分」においては、日米新租税条約では「利子」、国内税法では「国内にある資産の運用・保有所得」とされ、異なる定めとなっている。したがって、本件D社割引債の償還差益については、所得源泉地の置換え規定が適用されることとなるが、「国内にある資産の運用・保有所得」は法人税法138条1号の所得であることから、所得税法162条(法人税法139条)後段は適用されないこととなる。

(2) 本件D社割引債の償還差益の課税関係

国内税法は、内国法人の割引債の償還差益については、その発行時に18%の税率（特定のもの16%）で源泉分離課税することとされている（措置法41条の12②③）。一方、国内税法上、「国内にある資産の運用・保有所得」を稼得する外国法人は、国内PEがない場合でも4号外国法人として法人税の申告をすることになる（法法141四）。また、割引債の償還差益は、日米新租税条約上はあくまでも「利子」であるので、条約に規定する限度税率10%の適用がある²⁵。

したがって、本件D社割引債の償還差益は、割引債の発行時に18%の税率で源泉分離課税されるが、日米新租税条約の限度税率10%との差額は、償還時に所定の手続を行うことにより還付されることとなる（実施特例法3条の2）。また、米国法人C社は、本件D社割引債の償還差益が「国内にある資産の運用・保有所得」に該当することから、これについて4号外国法人として法人税を申告する必要がある（法法141四）。申告にあたっては、源泉徴収された所得税は所得税額控除の対象となるが（措置法41条の12④）、算出された法人税額が本件D社割引債の償還差益の額に条約上の限度税率10%を乗じた額を超える場合は、その超える部分の金額は軽減されることとなる（実施特例法4①²⁶）²⁷。

3 国内PEに負担される外国法人発行の「社債（利付債）の利子」

日米新租税条約上、外国法人が発行する「社債（利付債）の利子」であっても、その外国法人の国内PEに関連して生じ、これに負担される場合は、我が国の国内源泉所得として課税権が配分される（11条5及び7但書）。したがって、本件E社債の利子は我が国で課税されることとなるが、その所得区分及び課税関係は次のとおりとなる。

(1) 本件E社債の利子の所得区分

国内税法は、「社債（利付債）の利子」は、内国法人が発行する社債の利子のみを国内源泉所得となる「利子」としており、外国法人が発行する「社債（利付債）の利子」については、それがその外国法人の国内PEに負担される場合も含め、国内税法上は国内源泉所得には該当しない。

すなわち、外国法人が発行する「社債（利付債）の利子」でその外国法人の国内PEに負担される本件E社債の利子は、その「所得区分」においては日米新租税条約の規定と国内税法に規定に異なるところはないが、その「源泉地の決定基準」において日米新租税条約の規定と国内税法の規定とが異なる定めとなっている。したがって、本件E社債の利子については、所得源泉地の置換え規定が適用されることとなるが、「社債（利付債）の利子」は、「割引債の償還差益」とは異なり、その「所得区分」は国内税法上も日米新租税条約上も「利子」であることから、所得税法162条（法人税法139条）後段が適用され、所得税法161条（法人税法138条）4号の所得とみなして課税されることとなる。

(2) 本件E社債（利付債）の利子の課税関係

国内税法においては、内国法人が発行する社債の利子は、これを非居住者・外国法人に支払う場合には、その支払いの際に15%の税率で源泉分離課税される（所法161四、同212①、同213①三）。本件E社債の利子は、外国法人E社の本店が国外で発行した社債であるが、所得源泉地の置換え規定により、所得税法161条4号の所得区分にみなされることから、内国法人が発行する社債の利子と同様に、その支払いの際に源泉分離課税されることになる。ただし、日米新租税条約上、利子についての源泉地国における限度税率が10%と定められていることから、その税率は10%に軽減される（実施特例法3の2）。また、利子の

支払い国外において行われる場合も、E社は源泉徴収する必要がある（所法212②）²⁸。

4 国内PEに負担される外国法人発行の「割引債の償還差益」

日米新租税条約上、外国法人が発行する「割引債の償還差益」であっても、その外国法人の国内PEに関連して生じ、これに負担される場合は我が国の国内源泉所得として課税権が配分される（11条5及び7但書）。したがって、本件E社割引債の償還差益は我が国で課税されることとなるが、その所得区分及び課税関係は次のとおりとなる。

(1) 本件E社割引債の償還差益の所得区分

上記2のとおり、内国法人が発行する「割引債の償還差益」の「所得区分」は、日米新租税条約上は「利子」であるが、国内税法上は法人税法138条（所得税法161条）1号の国内源泉所得に区分される「国内にある資産の運用・保有所得」となる。また、上記3のとおり、外国法人の国内PEに負担される外国法人発行の「社債（利付債）の利子」は、日米新租税条約上は国内源泉所得であるが、国内税法上は国内源泉所得とはならない。

ところで、外国法人が発行し、その国内PEに負担される本件E社割引債の償還差益は、日米新租税条約上は「利子」とされ、外国法人が発行するものであっても我が国の国内源泉所得となるが、国内税法上は「社債の利子」に所得区分されず、また「内国法人が発行する社債」の運用又は保有により生ずる所得ではないことから国内源泉所得ともならない。すなわち、本件E社割引債の償還差益については、日米新租税条約上は我が国の国内源泉所得となるが、「所得区分」も「源泉地の決定基準」も日米新租税条約と国内税法とで異なる定めとなっているのである。

この場合は、内国法人が発行した本件D社割引債の償還差益が「国内にある資産の運用・保有所得」として課税される一方、外国

法人の国内PEに負担される本件E社債の利子は「利子」とみなして課税されることとの兼ね合いから、本件E社割引債の償還差益に対する所得税法162条（法人税法139条）後段の適用関係が問題となる。これについては、所得源泉地の置換え規定は、前段は「源泉地の決定基準」の国内適用を、後段は「所得区分」の国内適用を規定していると考えられることから、「所得区分」に着目して判断すべきであろう。また、源泉徴収可能性についても考慮する必要があるかもしれない。すなわち、本件E社割引債の償還差益は、「割引債の償還差益」の国内税法上の所得区分が「資産の運用・保有所得」であることから、法人税法138条（所得税法161条）1号の「国内にある資産の運用・保有所得」として課税されることになると考える²⁹。

(2) 本件E社割引債の償還差益の課税関係

国内税法においては、外国法人が発行する割引債の償還差益は、国内で発行される債券についてはその発行時に源泉分離課税されるが（措置法41条の12⑦、措置法令26の15①三）、本件E社割引債の償還差益は、外国法人の本店が国外で発行した割引債に係るものであることから、この国内制度による源泉分離課税は行われない。しかし、米国法人C社は、本件E社割引債の償還差益について4号外国法人として法人税の申告をする必要がある。ただし、算出された法人税額が本件E社割引債の償還差益の額に条約上の限度税率10%を乗じた額を超える場合は、その超える部分の金額は軽減されることとなる（実施特例法4④）。

5 所得税法162条（法人税法139条）後段が適用されない場合の課税関係

これまで検討してきた所得に対する所得源泉地の置換え規定の適用関係を整理すると、次の表となる（【表2】）。

【表2】所得源泉地の置換え規定の適用関係

所法162（法法139）後段		適用あり （2～12号所得とみなす）	適用なし （1号所得となる）
所法162（法法139）前段			
国内法上は国内源泉所得に該当しないにもかかわらず、租税条約上は国内源泉所得と定めている場合（「源泉地の決定基準」の相違）	所得区分(同)	技術役務提供の対価 （日印租税条約） 条約：債務者基準 国内：役務提供地基準 国内P E負担の外国法人発行利付債の利子（日米新租税条約） 条約：利子 国内：みなす利子	
	所得区分(異)		国内P E負担の外国法人発行割引債の償還差益（日米新租税条約） 条約：利子 国内：資産の運用・保有所得
国内法上も租税条約上も国内源泉所得と定められているが、租税条約において所得税法161条（法人税法138条）2号以下の各号の所得区分とは異なる所得区分として定めている場合（「所得区分」の相違）		匿名組合分配金 （日独租税条約） 条約：配当 国内：匿名組合分配金	内国法人発行の割引債の償還差益 （日米新租税条約） 条約：利子 国内：資産の運用・保有所得

所得源泉地の置換え規定の対象となる外国法人が稼得する所得税法161条2号以下の各号の国内源泉所得は、その外国法人のPEが国内にない場合でも源泉徴収課税されることになることから（所法212）、所得税法162条後段が適用される所得については、すべて我が国で課税されることになる。しかし、同条後段が適用されない所得については、所得税法161条（法人税法138条）2号以下の国内源泉所得とはみなされず、法人税法138条（所得税法161条）1号の国内源泉所得と同様に課税することとなると考えられることから、その外国法人のPEが国内にない場合には我が国で課税されない可能性もある。所得に対する課税権が租税条約により我が国に配分されたとしても、これに我が国が課税するためには実体法の根拠が必要となるからである。

ところで、法人税法138条1号所得は、次の4種類に区分される（法法138一）。

- ① 国内における事業から生じる所得
- ② 国内にある資産の運用又は保有により生じる所得
- ③ 国内にある資産の譲渡により生じる所得

④ その源泉が国内にある所得として政令で定めるもの

①の国内源泉所得は、その範囲は広いが、これを稼得する外国法人のPEが国内にない場合は課税されない所得である。②の国内源泉所得は、前述のとおり例示列举である。③の国内源泉所得は譲渡所得であるが、租税条約における譲渡所得のソースルールは、国内税法より狭くなっている³⁰。また、④の国内源泉所得は、限定列举でその範囲は狭い。

そうすると、国内税法上は国内源泉所得に該当しないにもかかわらず租税条約の規定により国内源泉所得とされた所得で、所得税法161条（法人税法138条）後段が適用されないものについては、これを稼得した外国法人のPEが国内にない場合でも所得税法161条（法人税法138条）1号の「国内にある資産の運用・保有所得」になると認められる場合には、我が国で課税されることになると思われる。

IV 我が国への投資形態の多様化と所得源泉地の置換え規定の機能

1 投資形態の多様化とOECDモデル租税条約上の「利子」の範囲

我が国の国内税法は、国内にPEがない外国法人が稼得する所得については、原則として、利子、配当、使用料など、伝統的な投資所得についてののみ国内源泉所得として源泉徴収課税することとしている。しかし、取引形態が複雑化した今日においては、外国法人による我が国への投資形態も多様化し、その結果生じる投資所得も伝統的な所得類型に当てはまらないものが存在する。このような投資所得であっても、租税条約のソースルールにより我が国に課税権が配分され、所得源泉地の置換え規定が機能して国内源泉所得とされたものについては、我が国で課税される場合がある。

ここでは、外国法人が複雑・高度な投資形態を採用しているために、その投資に係る所得の種類が不明確となり、国内税法上の「利子」の所得区分に含まれないとして源泉徴収課税されず、また「国内にある資産の運用・保有所得」として申告納税もされていない場合、OECDモデル租税条約11条3項の「利子」の所得区分に掲げられている「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」に該当する所得については、所得源泉地の置換え規定が機能して我が国で課税されるのではないか、という観点から、次の設例に基づいて検討することとする。

【設例〔ケース5〕】

外国企業F社グループは、我が国において高収益を生む資産Pを保有するためのSPCとして内国法人G社を設立し、G社に対して資産Pの取得資金として資本金と貸付金（ノンリコースローン³¹⁾を提供した³²⁾。また、G社は、この資金で取得した資産Pの管理を国内

の関連会社H社に委託した。

G社は、資産Pに係るリスクをG社からX国の関連会社I社（国内PEなし）に移転する名目で、資産Pに係る取得資金の金利相当額（Libor）及び管理料相当額をI社から受領し、資産Pから生じる将来の利益をI社に支払う契約（以下「本件利益移転契約」という。）を締結した³³⁾。なお、決済は差額で行うこととされている。

この契約の締結により、G社は、I社から受取るべき金利相当額及び管理料相当額を、それぞれ外国親会社F社に対する借入金利子³⁴⁾及び資産Pの管理会社H社に対する管理料として支払い、資産Pから生じた収益から借入金利子及び管理料を控除した金額（＝資産Pから生じた純損益）をI社との間で授受することとなる。すなわち、G社は、資産Pを保有していても、その保有から生じる損益は帰属せず、我が国で申告すべき課税所得はほとんど無いことになる。

ところで、G社における資産Pの取得価額は、諸般の事情から、資産Pから将来発生することが見込まれるキャッシュフローを現在価値に割引いた価額よりも低額となっていた。そして、現実に資産Pは高収益を生んでいることから、G社がI社に支払うべき金額は、G社がI社から受取るべき金利相当額及び管理料相当額を上回っており、内国法人G社は、X国法人I社に対してその決済差額を利益分配金として一方的に支払っている（以下「本件契約利益分配金」という。）³⁵⁾。また、この支払いについては、我が国において国内源泉所得となる利子等に該当しないことから源泉徴収課税されていない。この結果、F社グループは、我が国に保有する国内資産Pから生じた利益について、我が国で課税されることなく国外に持ち出していることになる³⁶⁾。

なお、日X国租税条約は、OECDモデル租税条約に準拠した条約である。

2 OECDモデル租税条約上の「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」

国内にPEがないX国法人I社が受領する本件契約利益分配金は、日X国租税条約上、「企業の利得」又はいわゆる「その他所得」に該当するとされれば、居住地国であるX国のみで課税され、我が国では課税されないと考えられる。しかし、日X国租税条約の「利子」条項は、次に示すOECDモデル租税条約11条3と同じ規定となっており、条約上の「利子」の所得区分には「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」が含まれ、「利子」と区分される所得はかなり包括的なものとなっている³⁷。本件契約利益分配金については、日X国租税条約上、I社のPEが国内にない場合でも我が国で課税されることになる「利子」に該当するという観点から検討する余地があると考えられる³⁸。

【OECDモデル租税条約11条3】

この条において、「利子」とは、すべての種類の信用に係る債権（担保の有無及び債務者の利得の分配を受ける権利の有無を問わない。）から生じた所得をいい、特に、公債、債券又は社債から生じた所得（公債、債券又は社債の割増金及び賞金を含む。）をいう。支払の遅延に対する延滞金は、本条の適用上、利子とはみなさない。

本件利益移転契約は、一定の金銭を相互に支払うという双務契約であり、相互に債権債務関係が成立していることになる。すなわち、I社は、G社に対して資産Pが生む利益の分配を請求する権利（債権）を有すると同時に、資産Pに係る取得資金の金利相当額及び管理料相当額を支払う義務（債務）を負っているのである。I社がG社に対して有する債権（債務）とG社がI社に対して有する債権（債務）は相互に牽連性を有しており、契約で定められた差額決済を行うことにより同時履行され

ることになるが、I社がG社に対して資産Pが生む利益の分配を請求する権利、すなわち「債権」³⁹を有していることには変わりはない。また、この債権は、契約に基づいて保有するものであるから「信用に係る債権」である⁴⁰。I社がこの「信用に係る債権」から所得を得るかどうかはその後の契約の履行の結果ということになるが、現実にはI社が本件契約利益分配金を得ているのであるから、これは「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」ということになる⁴¹。

3 「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」の置換え＝「みなす利子」

国内源泉所得となる「利子」については、国内税法においては、所得税法23条1項の「利子所得」のうちの国債・地方債利子若しくは内国法人の発行する社債の利子や国内営業所に預け入れられた預貯金の利子等、又は国内において業務を行う者に対する貸付金の利子に限定されている一方（所法161（法法138）四、六）、租税条約においては、「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」のような包括的な規定が存在するため、その「利子に区分される所得」の範囲は、国内税法に比べて租税条約の方が広がっている。したがって、租税条約上の「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」に該当して我が国に課税権が配分された所得については、所得源泉地の置換え規定の適用関係、特に所得税法162条（法人税法139条）後段の適用関係を検討する必要がある。

(1) 国内税法上の国内源泉所得となる「利子」

国内税法における国内源泉所得となる「利子」は、4号所得においては、所得税法23条1項に規定する利子所得に区分される所得で、その債務者（支払者）が内国法人や国内にある営業所、事務所その他これらに準ずるものに限定されている（所法161四・法法138四）。利子所得の性質は、「金融機関等が不特定多数

の者から消費寄託契約に基づいて受け入れた資金に対して支払う利子であって、定期に定率で多数の者に同じ条件で支払われる点に特色がある⁴²。なお、「公社債の利子、合同運用信託の収益の分配、公社債投資信託の収益の分配、および公募公社債等運用信託の収益の分配は、法律的性質においては預貯金の利子とは異なるが、公社債等への投資も貯蓄の一形態であり、またこれらの利子や収益の分配も定期に定率に多数の者に同一の条件で支払われる点で実質的に預貯金の利子と異ならないため、利子所得として分類されているのである⁴³。すなわち、国内税法における国内源泉所得となる4号所得の「利子」は、国内金融機関等が不特定多数の者から契約に基づいて受け入れた資金に対して支払う利子又収益の分配であって、定期に定率で多数の者に同じ条件で支払われるもの、ということができる。

一方、消費貸借契約によって貸し付けられた金銭の利子は、所得税法上は、金銭の貸付が事業として行われるかどうかによって、事業所得又は雑所得となる⁴⁴。したがって、「国内において業務を行う者」に対して貸し付けられた金銭の利子は、国内税法における国内源泉所得となる6号所得の「利子」となる。

(2) 「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」の置換え＝「みなす利子」

本件契約利益分配金は、上記2のとおり、日X国租税条約上は「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」となると認められ、条約上の所得区分は「利子」となり、内国法人G社から支払われることから我が国の国内源泉所得となる⁴⁵。一方、本件契約利益分配金は、定期に定率で多数の者に同じ条件で支払われるものではなく、貸付金利子ともいえないことから、国内税法上は国内源泉所得となる「利子」に所得区分されない。したがって、本件契約利益分配金に対して所得源泉地の置換え規定を適用するにあたっては、日X

国租税条約の「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」が所得税法161条（法人税法138条）4号又は6号の「利子」の規定に「代わって」国内源泉所得を定めていると認められるか否かを検討することとなる。

一つの考え方としては、「利子」という所得の種類に着目し、日X国租税条約上の「利子」に該当する所得は、国内税法上の国内源泉所得である「利子」に「代わって」国内源泉所得と定められていると認められるとして、本件契約利益分配金に対しては、所得税法162条後段を適用し、所得税法161条4号又は6号の「利子」と「みなして」課税する、というものである（以下、所得源泉地の置換え規定により利子とみなす所得を「みなす利子」という。）。源泉徴収課税に馴染むような「信用に係る債権から生じた所得」については、「みなす利子」として課税することになろう。本件契約利益分配金は、「みなす利子」ということになれば、条約上の限度税率で源泉分離課税による課税が行われることになり、税額計算や納税の確保が比較的容易となる⁴⁶。

しかし、租税条約上は「利子」とされる割引債の償還差益については、所得税法162条（法人税法139条）後段を適用した「みなす利子」ではなく、所得税法161条（法人税法138条）1号の「国内にある資産の運用・保有所得」と取り扱っていること、「信用に係る債権から生じた所得」がすべて源泉徴収課税に馴染む訳ではないこと、を考慮すれば、「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」をすべて所得税法161条4号又は6号の「利子」とみなして課税することはできないかもしれない⁴⁷。本件契約利益分配金は、「みなす利子」とはいえないということになれば、「所得の類似性」によりその対応する「所得区分」を判断し、法人税法138条1号の国内源泉所得である「国内にある資産の運用・保有所得」となるか否かを検討することになろう。そして、これが「国内にある資産の運用・保有所得」

ということになれば、I社は、本件契約利益分配金について、4号外国法人として我が国で法人税の申告を行うこととなる。

4 国内税法上の「国内にある資産の運用・保有所得」の範囲

本件契約利益分配金は、外国法人I社が内国法人G社と締結した本件利益移転契約に基づいてI社がG社から受領するものである。このI社の契約上の地位が「国内にある資産」に該当するならば、本件契約利益分配金は、法人税法138条1号に規定する「国内にある資産の運用・保有所得」となることになる。これについて検討する。

(1) 税法上の「資産」とは

税法上の「資産」については、金子宏東京大学名誉教授は、譲渡所得の文脈ではあるが、『資産』とは、譲渡性のある財産権をすべて含む観念で、動産・不動産はもとより、借地権、無体財産権、許認可によって得た権利や地位など広くそれに含まれる。なお、『資産』という観念は一種の固有概念であると解すべきであろう。」と述べている⁴⁸。すなわち、税法上の「資産」は、税法固有の概念であり、「譲渡性のある財産権」のみならず、許認可によって得たような「権利や地位」もこれに含まれるのである。なお、この記述は、譲渡所得の文脈で「資産」を例示しているために「譲渡性」に言及しているが、その後の文脈から、「譲渡性」は必ずしも税法上の「資産」の属性⁴⁹であるとはいえないと考えられる。すなわち、「譲渡性」がなくても税法上の「資産」であるものも存在すると考えられる。

では、税法上の「資産」にはどのような属性があるのだろうか。法人税法は、その課税所得の算出にあたって公正妥当な会計処理を前提としており、このことからすれば、会計上の「資産」は税法上の「資産」に包含されるものと考えられる。会計上、「資産」は、継続企業を前提とし、期間損益計算を重視す

る立場から、「将来において発現すると期待される経済的利益が当該企業に帰属し、かつ、貨幣額によって合理的に算定できるものをいう。」とされる⁵⁰。「譲渡性」については、「換金価値のある物財または権利が資産であることはもとより、…繰延資産のようにその換金価値は認められなくても、将来において経済的利益が発現すると期待され、発現する経済的利益がもっぱら当該企業にのみ帰属するものであれば、すべてその資産性が認められる」とされていることから⁵¹、会計上も「資産」の属性とは認められないと考えられる。また、「会計上の資産が『貨幣額によって合理的に算定できるもの』に限定されるのは、企業が営む経済活動およびこれに関連する経済的事象を測定するための統一的な尺度として機能するものは貨幣において他ならないから」であるが⁵²、所得課税においては、その課税対象としての「所得」が金銭的価値で表現できればよく、「資産」から生じる所得であっても、譲渡所得の場合は譲渡の対象となる資産の金銭的価値がその課税所得を決定することになるが、不動産所得や特許権の使用許諾から生じる所得の場合は、その賃貸料の金額やロイヤルティの金額が算出できれば、その所得を生み出す資産が「貨幣額によって合理的に算定できる」か否かは問わないと考えられる。すなわち、「貨幣額によって合理的に算定できる」ことは、税法上の「資産」の属性を示すものとはいえないであろう。このようにみると、会計上の「資産」の属性のうち、「将来において経済的利益が発現すると期待されるもの」⁵³については、税法上の「資産」の属性といえるのではないか⁵⁴。税法上の「資産」をいう場合は、「経済的利益」は「所得」に置換えることができよう。

以上のことから、「権利や地位」であっても、「将来において所得（経済的利益）が発現すると期待されるもの」は、「換金価値（譲渡性）」の有無や「貨幣額によって合理的に算定でき

る」か否かを問わず、税法上の「資産」に含まれると考えられる。東京大学の中里実教授は、「資産と所得との関係であるが、資産があるから所得が生じるのであり、資産がなければ所得は生じない。資産がなくても所得が生じるように見えるのは無形資産があるからである。」と述べている⁵⁵。ややトートロジ的ではあるが、正鵠を得ているのではないか。

(2) 「国内にある資産」とは

その運用又は保有により生じる所得が国内源泉所得となる「国内にある資産」については、法人税法施行令177条1項は次のように例示している⁵⁶。

【法人税法施行令177条1項】

次に掲げる資産の運用又は保有により生ずる所得は、法第138条第1号（国内源泉所得）に規定する国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得とする。

一 所得税法第2条第1項第9号（定義）に規定する公社債（次項第3号において「公社債」という。）のうち日本国の国債若しくは地方債若しくは内国法人の発行する債券又は証券取引法第2条第1項第8号（定義）に掲げる約束手形

二 所得税法第2条第1項第3号に規定する居住者（以下この章において「居住者」という。）に対する貸付金に係る債権で当該居住者の行う業務に係るもの以外のもの

三 国内にある営業所、事務所その他これらに準ずるもの（次項において「営業所」という。）又は国内において契約の締結の代理をする者を通じて締結した生命保険契約その他これに類する契約に基づく保険金の支払又は剰余金の分配（これらに準ずるものを含む。）を受ける権利

植松守雄氏は、「資産の運用により生ずる所得」は、「利子に準じるという性格をもったもの」、「法律的な性格は利子ではない」が「経

済的な実質的な利子であるというもの」であり、その所得が生じる資産は「一種のインビジブルな権利」であるので、その源泉地は、「債権の所在地だが、あるいは権利者の所在地だとかいう訳にはいかない」ため、「債務者主義的な考え方から日本の源泉を押さえている」と述べている⁵⁷。すなわち、ここでいう「資産」は経済実質的に利子といえるような所得を生む一種のインビジブルな権利であるから、その資産の「国内性」は、債務者主義的な考え方により、その所得を支払うこととなる者の所在地により判断することになる。このため、法人税法施行令177条1項に掲げられている「国内にある資産」については、その運用又は保有から生じる所得に係る債務者が、「内国法人」、「居住者」、「国内にある営業所、事務所その他これに準ずるもの」などとされているのである。

(3) I社の契約上の地位は「国内にある資産」に該当するか

本件利益移転契約におけるI社の地位は、G社に対して資産Pに係る取得資金の金利相当額及び管理料相当額を支払う義務（債務）を伴ったG社に対する資産Pが生む収益の分配を請求する権利（債権）ということができる。このI社の契約上の地位が税法上の「資産」に該当するか否かは、I社の地位が「将来において所得（経済的利益）が発現すると期待されるもの」といえるか、という事実認定の問題であると考えられる。設例においては、資産Pからは高収益が生ずると見込まれる一方、その取得価額が将来発生することが見込まれるキャッシュフローを現在価値に割引いた価額よりも低額となっていることから、その取得資金に係る金利と資産Pの管理費の合計額を上回ること、すなわち、内国法人G社がI社に支払うべき金額がI社がG社に支払うべき金額を上回ることがほぼ確実であると認められる。したがって、本件利益移転契約に基づくI社の契約上の地位は、税法上の

「資産」であり、法人税法施行令177条1項にいう「国内にある資産」ということができる。

(4) 本件契約利益分配金の課税関係

以上から、本件契約利益分配金は、国内税法上は「国内にある資産の運用・保有所得」ということになる。そうすると、本件契約利益分配金は、日X国租税条約上は「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」であり、条約上の「利子」として我が国の国内源泉所得となるが、所得源泉地の置換え規定の適用により「国内にある資産の運用・保有所得」として我が国で課税されることとなる。すなわち、I社は、本件契約利益分配金について4号外国法人として法人税の申告をする必要があることになる(法141四)。ただし、算出された法人税額が本件契約利益分配金に日X国租税条約上の「利子」の限度税率により算出した税額を超える場合は、その超える部分の金額は軽減されることとなる。

5 「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」と「国内にある資産の運用・保有所得」との関係

外国法人が内国法人や他の外国法人の国内PEと契約することによって何らかの「信用に係る債権」を取得してその債権から所得を得る場合には、その所得は、OECDモデル租税条約上の「利子」に所得区分されるが、国内税法上は、国内源泉所得となる「利子」の範囲が所得税法上の利子所得や貸付金利子に限定されることから、「利子」に所得区分されない場合が多い。ところが、設例で検討したとおり、この所得を生み出すこととなる「信用に係る債権」は、国内税法の観点からみれば「将来において所得(経済的利益)が発現すると期待される権利」である税法上の「資産」ということにもなり、これが内国法人や外国法人の国内PEに対して有しているものであれば「国内にある資産」に該当すると考えられる。すなわち、租税条約上の「その支払者が居住

者(又は国内PE)である」「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」は、国内税法上の「国内にある資産の運用・保有所得」に該当する可能性が極めて高く、両者は相当程度類似していると考えられる。

したがって、OECDモデル租税条約タイプの租税条約により我が国に課税権が配分される「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」で「その支払者が居住者(又は国内PE)である」ものについては、法人税法138条(所得税法161条)4号又は6号の「利子」とみなされない場合であっても、ほとんどの場合は、法人税法138条(所得税法161条)1号の「国内にある資産の運用・保有所得」として我が国で課税されることになると考えられる。

結びにかえて

本稿は、外国法人課税における租税条約と国内税法との関係においては、従来のPE課税原則における帰属主義と総合主義の議論から、外国法人の稼得した所得は、租税条約で我が国に課税権が配分されても国内税法で国内源泉所得とされない限り課税されないとの理解があるために、ソースルールについても同様に考えられ、所得源泉地の置換え規定の機能が十分に理解されていないのではないかと、いう懸念に基づいている。

外国法人による我が国への投資が伝統的な投資形態であれば、その投資から生ずる所得は、所得源泉地の置換え規定(所法162・法139前段及び後段)が機能し、配当、利子及び使用料として源泉徴収課税されることになると思われるので、それほど問題は生じないかもしれない。しかし、近年は、外国法人による我が国への投資形態が複雑・高度化するとともに、外国企業グループや外国投資ファンドのように我が国での税負担の極小化を企図する投資家も出現し、所得の種類や源泉地を変更することによる国際的租税回避もみられ

るようになり、外国法人が稼得する投資所得が国内税法において源泉徴収課税されないケースが生じている。

本稿では、設例に基づいて所得源泉地の置換え規定の適用関係を整理してその機能を再確認し、租税条約の「利子」のソースルールにより我が国に課税権が配分された投資所得は、「みなす利子」として源泉徴収課税の対象となる場合があり、仮に源泉徴収課税の対象とならなくても「国内における資産の運用・保有所得」として課税対象となることを示した。すなわち、国内にPEを有しない外国法人が行う我が国への投資形態が複雑・高度なものであったとしても、その投資から生ずる所得については、個々の事例毎に判断し、租税条約上は「利子」とされる「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」に該当すると認められれば、所得源泉地の置換え規定(所法162・法法139前段)により国内税法に取り込まれ、「みなす利子」又は「国内における資産の運用・保有所得」として我が国で課税される可能性が極めて高いとの考え方を示した。

課税実務において外国法人が稼得する投資所得の内容を検討する際には、このような所得源泉地の置換え規定の機能を十分に認識しておくべきであろう。

¹ 外国法人のPE課税原則における帰属主義は、国内にPEを有する場合には、所得の源泉地を問わず、そのPEに帰属するすべての所得について総合して合算課税を行う、という方法である。

² 外国法人のPE課税原則における総合主義は、国内にPEを有する限り、本店直取引等のPEに帰属しない所得も含め、すべての国内源泉所得を総合して合算課税を行う、という方法である。

³ 1960年に締結した対パキスタン条約を除くすべての租税条約において帰属主義が採用されている。

⁴ 小松芳明「法人税法における国際課税の側面について—問題点の究明と若干の提言—(II)」租税研究314号9-11頁(1975)。同「帰属主義課税再論—実践税法の正しい理解のために—」国際税務9巻10号9-10頁(1989)。矢内一好『租税条約の論点』58頁(中央経済社、1997)。

⁵ 例えば、日米新租税条約1条2は、次のように規定し、プリザベーション・クローズを租税条約に明確化している。

【日米新租税条約11条7】

この条約の規定は、次のものによって現在又は将来認められる非課税、免税、所得控除、税額控除その他の租税の減免をいかなる態様においても制限するものと解してはならない。

(a) 一方の締約国が課する租税の額を決定するに当たって適用される当該一方の締約国の法令

(b) 両締約国間の他の二国間協定又は両締約国が当事国となっている多数国間協定

⁶ OECD租税委員会第6作業部会(WP6)は、「PEへの帰属利益の算定(Attribution of Profits to Permanent Establishment)」について、1998年にプロジェクトを立ち上げて議論を重ね、2005年6月までに「Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment (Part I ~ Part IV)」を公表している。この議論の紹介として、西村聞多=古賀昌晴「金融業を営む外国法人の支店に対する課税について[その1]」租税研究682号111-130頁(2006)、及び同「金融業を営む外国法人の支店に対する課税について[その2]」租税研究683号113-133頁(2006)。また、翻訳として、OECD(立川正三郎監訳)『恒久的施設への帰属利益の算定に関するディスカッション・ドラフト(2006年5月)』(日本租税研究協会、2006)。

⁷ PE課税の議論では、帰属主義を定めた租税条約の事業所得条項は、PE帰属所得についてPE所在地国に課税権があることを定めているのみで、「事業所得」のソースルールを定めているものではなく、したがって、事業所得には「所得源泉地の置換え規定」の適用はない、という理解が前提となっている。

⁸ 租税条約は課税権の配分規定であり、租税条約のソースルールが国内法に置換えられて適用された場合でも、わが国が課税権を有することとなった所得に対する課税方法は、国内税法に委ねられている。

⁹ 所得税法161条8号は、個人特有の給与、報酬及び年金について定めているため、法人税138条には同様の規定がない。所得税法161条9~12号は、法人税138条8~11号と同じ規定となっている。

¹⁰ 大阪大学の谷口勢津夫教授は、「所得税法162条等の規定の意義は、右でみてきた議論のように、租税条約上のソース・ルールと国内税法上のそれとの適用関係のレベルで捉えるのではなく、法的には租税条約と切り離してあくまでも国内税法の枠内で、捉えるべきではないかと思われる。すなわち、既に簡単に述べたが、所得税法162条等の規定は、租税条約上のソース・ルールと同じ内容の

ソース・ルールを国内税法上、所得税法161条等の特例として創設するところに、その意義があると解されるのである。」と述べている(谷口勢津夫『租税条約論』37頁(清文社、1999))。

¹¹ 国際税務実務研究会編「国際税務の実務と対策」335頁(第一法規、2005追録加除)。

¹² 国内税法は、国内源泉所得となる匿名組合分配金については次のように規定している。

【所得税法161条12号(法人税法138条11号)】

国内において事業を行う者に対する出資につき、匿名組合契約(これに準ずる契約として政令で定めるものを含む。)に基づいて受ける利益の分配

¹³ 一般に、配当条項は、利子条項のような明確な「源泉地の決定基準」がないようにみえる。すなわち、利子の「源泉地の決定基準」については、OECDモデル租税条約11条5は「利子は、その支払者が一方の締約国の居住者である場合には、当該一方の締約国内において生じたものとされる。」と規定しているが、配当条項である同モデル条約10条にはこのような規定はない。しかし、同条2は、

「1の配当(筆者注：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に支払う配当)に対しては、これを支払う法人が居住者とされる締約国においても、また、その国の法令に従って租税を課することができる。」と規定し、これに関する同モデル条約10条コメンタリー・パラ9は、「第2項は、配当の源泉地国、すなわち、配当を支払う法人が居住者とされる国に租税を課する権利を留保している。」と規定しており、OECDモデル租税条約は、配当の「源泉地の決定基準」を債務者基準により定め、これに基づいて課税権を配分していると述べているのである(OECD(川端康之監訳)『OECDモデル租税条約2005年版(所得と財産に対する租税条約)簡略版』(日本租税研究協会、2006)。以下、OECDモデル租税条約コメンタリーの訳は本書による。)。配当について規定している日独租税条約10条の(1)及び(2)は、OECDモデル租税条約11条1及び2と同様の規定ぶりであることから、日独租税条約においても、配当の「源泉地の決定基準」は債務者基準により定めていると考えられる。

¹⁴ 平成14年度税制改正以前は、匿名組合員が10人未満の場合には、匿名組合契約に基づく利益の分配は、「国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得」に該当するとされ(所法161一・所令280①四、法法138一・法令177①四)、所得税の源泉徴収は行われず、所得税又は法人税の申告による総合課税の対象とされていた。

¹⁵ この場合は、一つの「所得区分」の中に、国内税法(所得税法161条・法人税法138条)上の国内源泉所得と国外源泉所得が混在している。

¹⁶ 法人税の申告の際には、インド国内において生

じた関連諸費用も控除される。また、源泉徴収された税額は所得税控除の対象となる。

¹⁷ 日印租税条約12条2は、次のとおり、限度税率を20%としているが、2006年6月28日の発効した日印租税条約改正議定書3条により、限度税率は10%に引下げられている。なお、10%税率は、源泉徴収される租税に関しては2006年7月1日以後に租税が課される額、源泉徴収されない所得に対する租税に関しては2007年1月1日以後に開始する各課税年度の所得に適用される。

【日印租税条約12条2】

1の使用料及び技術上の役務に対する料金に対しては、これらが生じた締約国においても、当該締約国の法令に従って租税を課することができる。その租税の額は、当該使用料又は技術上の役務に対する料金の受領者が当該使用料又は技術上の役務に対する料金の受益者である場合には、当該使用料又は技術上の役務に対する料金の額の20パーセントを超えないものとする。

¹⁸ 日印租税条約7条1及び2は、次のとおり規定している。

【日印租税条約7条1】

一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、その企業の利得のうち当該恒久的施設に直接又は間接に帰せられる部分に対してのみ、当該他方の締約国において租税を課することができる。

【日印租税条約7条2】

3の規定に従うことを条件として、一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、当該恒久的施設が、同一又は類似の条件で同一又は類似の活動を行い、かつ、当該恒久的施設を有する企業と全く独立の立場で取引を行う別個のかつ分離した企業であるとしたならば当該恒久的施設が取得したとみられる利得が、各締約国において当該恒久的施設に帰せられるものとする。

¹⁹ 東京支店が「相応の役割」を果たしていない場合は、上記3の課税関係と同様で、インド法人本店は、受領する対価のすべてについて、20%(2006年7月1日以後は10%)の源泉所得税が課税され(日印条約12条1、2、改正議定書3、所法162、同法212)、更に法人税の申告が必要となる(法法141四)。

²⁰ 日印租税条約12条1は、次のとおり規定している。同条2は、前掲注(17)参照。

【日印租税条約12条1】

一方の締約国内において生じ、他方の締約国の居住者に支払われる使用料及び技術上の役務に対する料金に対しては、当該他方の締約国において租税を課することができる。

²¹ 課税実務上は、契約が国内PEに実質関連するの、その場合にPEに帰せられる部分の所得はどの程度なのか、という事実認定の問題が非常に重要となる。

²² A社東京支店がB社を通じて「租税条約に関する届出書」を税務署に提出している場合には、日印租税条約上の「技術上の役務に対する料金」の限度税率により源泉徴収課税される。租税条約における限度税率については、前掲注17参照。

²³ 本件技術役務提供の対価は、日印租税条約12条5により我が国の国内源泉所得となるが、その基因となる契約がA社東京支店に実質関連している場合には同条約7条が適用されるため、対価のうちインド国内で役務提供された部分の所得が国内PEに帰属しないと認められる場合には、その部分の所得については我が国では課税されない。PE課税原則において、総合主義（国内税法）では課税となる本店直取引に係る国内事業所得が帰属主義（租税条約）では課税とならない、という問題と類似した問題が生じることになる。

²⁴ 「割引債の償還差益」は、対米新条約のほか、対英条約、対加条約、対仏条約、対中条約、対露条約等、多くの租税条約で「利子」とされている。

²⁵ 日米新租税条約11条2は、次のとおり規定している。

【日米新租税条約11条2】

1の利子（筆者注：一方の締約国において生じ、他方の締約国の居住者に支払われる利子）に対しては、当該利子が生じた締約国においても、当該締約国の法令に従って租税を課することができる。その租税の額は、当該利子の受益者が他方の締約国の居住者である場合には、当該利子の額の10パーセントを超えないものとする。

²⁶ 実施特例法4条は、「配当等（租税条約に規定する配当、利子若しくは使用料又はその他の所得で、所得税法の施行地にその源泉があるもの）」について申告納税する場合の租税条約の限度税率の適用に関して規定している。

²⁷ したがって、米国人C社は、法人税の申告において算出した法人税額が源泉徴収税額を超えていたとしても、その越える部分の法人税を納付することはない。実務においては、米国人C社は、4号外国法人として法人税を申告すればさらに所得税の還付を受けられるような場合以外は、法人税の申告をしないかもしれない。

²⁸ 法定納期限は、国内払いの場合は「翌月10日ま

で」であるが、国外払いの場合は「翌月末日まで」に変更される。

²⁹ 国内税法においては、所得税法162条（法人税法139条）に規定する国内源泉所得に対する課税規定はないが、だからといって、所得税法161条（法人税法138条）2号以下の所得とみなされない国内源泉所得については課税されないということではないと考えられる。所得税法162条（法人税法139条）の規定ぶりからすれば、所得税法161条（法人税法138条）上は国外源泉所得であるが租税条約上は国内源泉所得とされた所得で、所得税法162条

（法人税法139条）後段が適用されない所得については、所得税法161条（法人税法138条）1号所得として課税することになると考えられる。このことは、国内源泉所得となる「国内にある資産の運用・保有所得」を具体的に定めている法人税法177条1項は例示規定とされていることからいえるかもしれないが、解釈としては「所得税法161条（法人税法138条）1号所得とみなす」ということにならないか。

³⁰ OECDモデル租税条約においては、不動産、PE事業用資産及び不動産化体株式の譲渡所得以外は居住地国課税とされている。我が国が締結している租税条約もこれに準じたものが多い。但し、不動産化体株式譲渡の条項がない条約や事業譲渡類似株式の譲渡を源泉地国課税とする条約もある。

³¹ 非適及型融資。会社の信用力や他の資産ではなく、融資対象資産の収益力を評価して実行される融資のこと。返済原資は融資対象資産のみで、他の資産に返済義務が及ぶことはないが、金利は高めに設定される。

³² 資本金と貸付金の比率は、過少資本税制の対象とならない程度。現行制度では1：3の比率。

³³ G社がSPCであるならリスクを他社に移転する必要性はないし、この契約ではリスクがF社グループ内に留まっている。F社グループは、契約自由の原則の下に、このような契約をグループ内法人間で締結させることが可能である。東京大学の中里教授は、関連会社間の金融派生商品取引における利益の付け替えの可能性について、金融派生商品の取引は、基本的にはリスクそのものの取引であるが、リスクの評価には主観的要素が不可避であることから、「関連会社間においてリスク評価に関して何らかのマニピュレーションを行うことにより、利益を付け替えることが常に可能なのではないかと思われる。」と述べている（中里実「金融取引をめぐる最近の課税問題IV 金融取引と利益の付け替え」税研Vo1.14 81号75頁（1998））。参考として、米国のトータル・リターン・スワップの税務上の取扱いを紹介した、北村豊「トータル・リターン・スワップの税務上の取扱いについて—

Notice 2006-16を契機として」NBL 855号43頁(2007)。

³⁴ 仮に外国親会社F社からの借入金が資産Pの取得資金の4分の3(取得資金の4分の1は資本金)だったとしても、ノンリコースローンに係る金利は高く設定されることから、その金利は、I社から受取る金利相当額とほぼ同額になるように利率を設定することが可能である。なお、外国親会社F社に対して支払う借入金利子については、租税条約の限度税率で源泉徴収課税される。

³⁵ 東京大学の中里教授は、古典的な利益の付け替え(=所得の帰属・源泉地の変更)の具体例の1つとして、「ある納税者が、その行う他の納税者に対する一定の形態の支払を、自らの所得算定上、費用等として損金算入することができるように仕組んだ場合には、利益は、一方から他方に対して移転したといえる。」と述べている(中里・前掲注(33)74頁)。

³⁶ 仮にI社がペーパーカンパニーであり、本件契約利益分配金がX国において課税されないか又は少額しか課税されないとすれば、このケースは租税条約の濫用ということになる。租税条約の濫用に利用されることが多い租税条約としては、対オランダ条約、対アイルランド条約がある。

³⁷ OECDモデル租税条約11条コメンタリー・パラ21は、次のように述べている。「第3項第一文における利子の定義は、原則として、網羅的なものである。本文においては国内法令への補助的な参照を含まない方がよいと考えられたが、このことは、以下の考察により正当化される。

(a) 当該定義は、實際上、各国の国内法令において利子とされているすべての種類の所得を対象としていること。

(b) 採用されている定式は、法的観点からより高い確実性を確保しており、条約が将来行われる一国の国内法令の改正によっては影響を受けないであろうことを確保していること。

(c) 本モデル条約においては、国内法令の参照はできるだけ回避すべきであること。」

³⁸ 例えば、OECDモデル租税条約11条コメンタリー・パラ18は、「債務者の利得に参加する権利を伴う信用に係る債権、特に、債券及び社債は、契約がその一般的な性質により利子を生み出す貸付けを明らかに示している場合には、それにもかかわらず、貸付けとされる。」と述べており、利益参加型借入に係る利益分配金は「利子」に該当するとの考え方を示している。したがって、匿名組合契約において匿名組合員が出資によって取得する営業利益分配請求権も「信用に係る債権」ということになる。なお、匿名組合分配金が租税条約上の「利子」に該当するとする文献としては、谷口勢

津夫「匿名組合の課税問題—TKスキームに関する租税条約の解釈適用—」日税研論集55号174-178頁(日本税務研究センター、2004)、瀧圭吾「匿名組合契約と所得課税—なぜ日本の匿名組合契約は節税目的で用いられるのか?」ジュリスト1251号184頁(2003)、拙稿「匿名組合と国際税務」税務大学校論叢52号281頁(2006)。

³⁹ 『債権』とは、特定の人(債権者)が他人(債務者)に一定の行為(給付)をなすよう請求することができる権利であり、その結果、債務者の行為によって生じた生活利益を債権者が享受できることを目的とする権利である。」林良平=石田喜久夫=高木多喜男『現代法律学全集8 債権総論(第3版)』3頁(青林書院、1996)。

⁴⁰ OECDモデル租税条約11条コメンタリー・パラ21.1は、「第3項第一文における利子の定義は、(例えば、金利スワップのような)原債務が存在しない一定の種類の新金融商品に基づく支払いには適用されない。」と述べている。本件利益移転契約は、金利スワップに類似しているように見えるが、金利スワップにおいては「原債務が存在しない」が、I社が本件契約に基づいて支払いを受けるのは現実に存在する「資産P」から生じる利益である。なお、同パラ21.1は、続けて「しかしながら、当該定義は、『実質主義』準則、『権利の濫用』原則その他類似の原則において貸付けが存在すると考えられる限りにおいて適用される。」とも述べている。

⁴¹ ここではI社が「すべての種類の信用に係る債権」を保有している事実、及びその債権から国内源泉所得が生じた事実が重要であると考えられる。

⁴² 金子宏『租税法(第11版)』204頁(弘文堂、2006)。

⁴³ 金子・前掲注(42)205頁。

⁴⁴ 金子・前掲注(42)204頁。

⁴⁵ OECDモデル租税条約11条5は、次のように規定している。

【OECDモデル租税条約11条5】

利子は、その支払者が一方の締約国の居住者である場合には、当該一方の国内で生じたものとされる。…

⁴⁶ 但し、所得税法162条(法人税法139条)後段が2号所得以下の所得を区分する趣旨は源泉徴収課税に馴染む所得であるか否かということであるとすれば、支払時の源泉徴収課税が可能か、支払者に源泉徴収義務を課すことが妥当か、という点を考慮して、源泉徴収課税に馴染まない所得は除くとするとも考えられる。源泉徴収課税に馴染まないとされた所得は、「国内にある資産の運用・保有所得」に該当するか否かを検討することになる。ただし、「支払時の源泉徴収課税が可能か」、「支払者に源泉徴収義務を課すことが妥当か」という

ことが、「みなす利子」と「国内にある資産の運用・保有所得」とを区分する判断基準と言えるか、という点については検討の余地があろう。

⁴⁷ 制度としては、利子条項（所法161六・法法138六）又は匿名組合条項（所法161十二・法法138十一）に「国内において業務を行う者に対して有するすべての種類の信用に係る債権から生ずる所得」を追加することが望ましいのではないか。「国内において業務を行う者」の文言を入れることにより、源泉徴収課税が可能な国内源泉所得であることを示すことが可能である。また、「国内において業務を行う者に対して有するすべての種類の信用に係る債権」を「国内にある資産」の例示（法令177①・所令280①）に追加することも考えられる。しかし、この場合は源泉徴収でしか課税できないような所得まで含めてしまうことになり、コンプライアンスの問題が生じるかもしれない。制度的手当てについての検討は今後の課題としたい。

⁴⁸ 金子・前掲注(42)226-227頁。

⁴⁹ ここで「属性」とは、あるものに共通して備わっている性質や特徴のことをいう。すなわち、税法上の「資産」の属性とは、税法上の「資産」に共通して備わっている性質や特徴を意味する。「譲渡性」は、多くの税法上の「資産」に備わっている特徴であるが、その共通の性質とはいえず、例えば、譲渡性がない一身専属的な権利であっても、税法上の「資産」になる場合がある。

⁵⁰ 加古宜士『財務会計概論〔第3版〕』34頁（中央経済社、2002）。

⁵¹ 加古・前掲注(50)34-35頁。

⁵² 加古・前掲注(50)34頁。

⁵³ 「資産の本質が『経済的利益』と規定されているのは、企業が資産を保有することの本来の意味は、それからもたらされる経済的な利益に求められるべきであって、それが有形であるか、無形であるか、あるいは物財であるか権利であるかなどの存在形態とは無関係であることを示すものである。」（加古・前掲注(50)34頁）。

⁵⁴ 実定租税法は、継続企業の期間損益計算を目的とするものではなく、納税義務の成立要件を規定するものであり、納税義務者は企業とは限られないことから、将来において発現すると期待される経済的利益が「企業に帰属する」か否かは、税法上の「資産」の属性とはいえないと考える。

⁵⁵ 中里実「無体財産権に対するtransfer pricingについての経済分析」租税研究503号51頁（1991）。

⁵⁶ 法人税法施行令177条1項は、「国内にある資産の運用・保有所得」が生じるような「国内にある」資産を例示している。また、同条2項は、「国内にある資産の譲渡所得」が生じるような「国内にある」資産を例示している。すなわち、所得を生じ

る資産が「国内にある」場合を例示しているのであり、この条項から税法上の「資産」の一般概念を導出することはできないと考える。

⁵⁷ 国税庁『非居住者、外国法人及び外国税額控除に関する改正税法の解説』33頁（1962）。