

匿名組合と国際税務

山 崎 昇

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

要 約

1 研究の目的

匿名組合分配金は、国際的租税回避に利用される場合が多い。これについては、国内で匿名組合事業を行う営業者の事業所を外国法人等である匿名組合員（以下、「外国匿名組合員」という。）の恒久的施設（PE）と認定して課税する事例や、租税条約の不正利用として課税する事例があり、国際税務における匿名組合分配金の課税関係が不明との指摘がある。

本研究は、我が国の国際税務の分野において実務上問題となる匿名組合分配金に対する課税関係について、これを実態に即して考察して整理することを目的としている。

2 研究の概要

(1) 「匿名組合」の意義と類型

商法には匿名組合を類型で捉える考え方がある。すなわち、「匿名組合契約の当事者」、「匿名組合員の出資」及び「営業者による利益分配」の3つの要素を備えていれば典型的匿名組合である。しかし、現実の存在する匿名組合は、その契約内容に応じて、消費貸借契約に近似する「消費貸借型匿名組合」、営業者の保有する財産が営業者と匿名組合員との民法組合に係る財産保有形態であるかのような「財産参加型・非典型的匿名組合」、及び営業者の業務の執行が営業者と匿名組合員との民法上の組合に係る業務執行形態であるかのような「業務執行参加型・非典型的匿名組合」に類型化できる。

(2) 租税条約における「匿名組合分配金」の「所得の種類」

国際税務上の匿名組合分配金については、租税条約に明確に定義していない場合は、匿名組合の類型ごとにその性格を判定して租税条約の適用関係を整理することが可能である。OECDモデル租税条約における「利子」は「すべての種類の信用に係る債権（…）から生じた所得」と定義されてお

り、匿名組合分配金は、その性格に基づいて判定すれば、租税条約上の「利子」に該当する場合がある。匿名組合の母国であるドイツにおいては、課税上、匿名組合を「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分し、租税条約上は、典型的匿名組合員の所得は「利子」又は「配当」として、非典型的匿名組合員の所得は営業者の国内事業所が匿名組合員の恒久的施設として課税される。これは、租税条約における匿名組合分配金は一律に取り扱う必要はなく、匿名組合の区分と匿名組合分配金の性格により、租税条約の適用条項を区分することが可能であることを示している。

(3) PE 認定事案と非典型的匿名組合

国内に PE が存在するか否かは事実関係である。少なくとも、①外国匿名組合員が営業者の行う事業の運営（業務執行）に関与している事実がある場合、又は②匿名組合員が営業者に対する資本出資者でもあり、資本出資を通じて営業者を「支配」することにより行使可能な業務執行権限を保持している場合には、匿名組合契約において匿名組合員に業務執行権限が付与されていないとしても、匿名組合員は、単なる匿名組合出資者という存在ではなく、営業者と共同事業を行っているとみるべきであり、営業者の事業所が外国匿名組合員の PE あると認められ、匿名組合分配金は PE 帰属所得となると考えられる。

「企業グループ内での匿名組合」においては、①営業者は外国企業グループの日本における事業拠点として存在していること、及び②外国企業グループの資本出資に基づく営業者に対する支配従属関係を通じて行使可能な業務執行権限は匿名組合員にも引き継がれていること、という事実があれば、匿名組合員は、資本出資を通じて営業者を「支配」する企業グループの一員として営業者との共同事業者としての地位を有しているとみるべきであり、匿名組合分配金は外国匿名組合員の国内 PE に帰属する所得と認められると考える。

(4) 国際税務における「匿名組合分配金」の取扱い

匿名組合分配金に対する租税条約の適用に当たっては、典型的匿名組合

と非典型的匿名組合とに区分することが合理的である。我が国においては、国内税務の区分に合わせて、前者は、匿名組合を匿名組合員が匿名組合事業の重要な業務執行に関与せず、出資額以上に損失リスクを負わないような匿名組合、後者は、組合事業に係る重要な業務の執行の決定に関与し、営業者との共同事業性があるような匿名組合、とするのが適当であろう。

外国匿名組合員が営業者から受領する匿名組合分配金の国際税務上の取扱いは、典型的匿名組合に係るものは、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」である「利子」に該当し、国内源泉所得として租税条約上の限度税率により源泉徴収課税され、外国匿名組合員の国内 PE がなければ課税関係が終了することとなる。一方、非典型的匿名組合に係る匿名組合分配金は、営業者の国内事務所が匿名組合員の PE に該当することになるため、外国匿名組合員の PE 帰属所得として総合課税されることになる。

商法上の類型、税務上の区分及び条約上の所得の種類を対比すると次の表となる。

【租税条約に明文の規定がない場合の匿名組合分配金の所得の種類】

商法上の類型		該当する事例	税務上の区分	租税条約における「所得の種類」
典型的匿名組合		消費貸借類似の匿名組合	典型的匿名組合	すべての種類の信用に係る債権から生ずる所得＝「利子」
消費貸借型				
非典型的匿名組合	財産参加型	一般投資家が出資する匿名組合理型投資ファンド	非典型的匿名組合	PE に帰属する「企業の利得」
		ファンド組成者が出資する匿名組合理型投資ファンド		
	業務執行参加型	企業グループ内での匿名組合		

典型的匿名組合と非典型的匿名組合との区分のメルクマールについては、我が国においてはドイツのように判例の集積による定着したものは存在しないため、今後の実務の積み重ねが必要であるが、「組合事業に係る重要な業務の執行の決定への関与の有無」がメルクマールとして機能すると考えられる。国際税務においては、非典型的匿名組合の判定基準は、営業者の事業所が外国匿名組合員の PE であると認められる場合の判定基準でもあ

るため、その場合の要件として挙げた、匿名組合員による営業者の事業への「業務執行関与の事実」又は「資本出資を通じた業務執行権限の保持」がメルクマールとなると考える。

3 結びにかえて

本稿は、「匿名組合分配金」の租税条約上の取り扱い及びクロスボーダーの匿名組合契約において恒久的施設があると認められる場合について考察している。PEの有無については、事実関係であるので、個々の課税の場面においてしっかりと事実認定をすることが重要となる。一方、匿名組合分配金に租税条約の利子条項を適用することについては、これまでそのような解釈・運用がなされてこなかったという経緯がある。今後そのような条約解釈をする場合は、例えば、租税条約の実施に関する法令に、「租税条約の利子条項の利子の定義に『その他のすべての種類の信用に係る債権から生じた所得』と規定されている場合には、『匿名組合分配金』に対しては利子条項が適用される」旨の解釈規定を設けるなど何らかの手続的な対応を図ることが望ましい。また、時間はかかるかもしれないが、今後改訂する租税条約において、日米新租税条約や日英新租税条約のように「匿名組合分配金」の取扱いについて明文の規定を設けて課税関係を明確にすることにより解決することも考えられる。

目 次

はじめに	288
1 本稿の目的	288
2 本稿における問題意識	289
3 本稿の構成	292
I 「匿名組合」の意義と類型	294
1 匿名組合の意義	294
2 匿名組合の成否が争点となった裁判例	295
3 商法における匿名組合の類型化の必要性	299
4 裁判例と商法上の非典型的匿名組合	303
5 小括	303
II 租税条約における「匿名組合分配金」の「所得の種類」	305
1 企業利得条項説・その他所得条項説・利子条項説	305
2 「匿名組合分配金」は租税条約上の「企業の利得」か 「その他所得」か	308
3 「匿名組合分配金」は租税条約上の「利子」に該当するか	315
4 ドイツにおける匿名組合の課税上の区分 —典型的匿名組合・非典型的匿名組合—	318
5 小括	319
III PE 認定事案と非典型的匿名組合	321
1 東京地判平成 17 年 9 月 30 日	321
2 恒久的施設の意義	322
3 国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設 (PE) となる場合	324
4 「企業グループ内での匿名組合」における恒久的施設 (PE) の考え方	328
5 小括	331

IV 国際税務における「匿名組合分配金」の取扱い	332
1 商法上の匿名組合類型の税務上の区分	332
2 「匿名組合分配金」に対する租税条約の適用条項	338
3 「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」との 区分のメルクマール	341
4 「企業グループ内での匿名組合」の取扱い —PE 課税・過少資本税制・移転価格税制—	343
5 小括	345
結びにかえて	347

はじめに

1 本稿の目的

我が国の国際課税制度においては、「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」⁽¹⁾（以下、「匿名組合分配金」という。）は、配当、利子、及び使用料と同様、事業所得から区分され、ひとつの「国内源泉所得」として別個に取り扱われている（所法 161 十二・法法 138 十一）。非居住者又は外国法人（以下「外国法人等」という。）に匿名組合分配金の支払をする者に対しては、その支払の際に源泉徴収義務が課されており（所法 212）、その外国法人等が国内に支店等の恒久的施設（PE：Permanent Establishment）を有しない限り源泉課税により課税関係が終了することとなる⁽²⁾。外国法人等が国内に恒久的施設（PE）を有する場合には、源泉徴収の上、確定申告により総合課税される。

しかし、我が国が締結している租税条約においては、日独租税条約、日米新租税条約及び日英新租税条約を除き⁽³⁾、匿名組合分配金について規定して

-
- (1) 「匿名組合契約に準ずる契約の範囲」については「当事者の一方が相手方の事業のために出資をし、相手方がその事業から生ずる利益を分配することを約する契約とする。」と規定されている（所令 288・法令 184）。
- (2) 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 280④四、法法 138 一・法令 177④四）、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。平成 14 年度税制改正において、この「10 人未満基準」が廃止され、現行の制度に統一された。改正理由は、「最近、国内に支店等を有しない非居住者又は外国法人による匿名組合契約を利用した様々な投資スキームが出現し、特にそれらの投資に係る出資者の人数が 10 人未満の少人数により行われているケースも多々見受けられ、匿名組合契約に基づく利益の分配に対する課税について、その匿名組合員の人数によってその課税方法を区別する必然性が薄れ、その見直しの必要性が生じていることが指摘されていました。」と説明されている（「平成 14 年改正税法のすべて」732 頁）。
- (3) 日独租税条約 10 条 (5) においては、匿名組合分配金は「配当」とされ、日米新租税条約においては議定書 13 (b) により、2006 年 2 月 2 日に署名された日英新租税条約は 20 条により、匿名組合分配金は日本の国内法により課税されることとなつ

いるものではなく、「所得の種類」が判然としないため一応いわゆる「その他所得」とされているが、匿名組合分配金に対する適用条項については議論のあるところである。また、国内で事業を行う匿名組合営業者（以下、「国内営業者」という。）の事業所が外国法人等である匿名組合員（以下、「外国匿名組合員」という。）の国内PEと認定され、匿名組合分配金がPE帰属所得として課税された事例⁽⁴⁾や、外国匿名組合員がペーパーカンパニーの場合は租税条約漁りとして実質所得者に課税される事例⁽⁵⁾もあるため、国際税務分野における匿名組合分配金に対する課税が不明ではないか、との指摘がある。

本稿は、我が国の国際税務の分野において実務上問題となる匿名組合分配金に対する課税関係について、これを実態に即して考察して整理することを目的としている。

2 本稿における問題意識

(1) 匿名組合の多様性と匿名組合分配金の性格

これまでに定着している課税実務においては、「匿名組合契約」は商法(商535～542、新商535～542)からの借用概念であるとされ⁽⁶⁾、租税法において、借用概念は、法的安定性の観点から、原則として本来の法分野おけると同じ意義に解釈すべきとされている⁽⁷⁾。しかし、商法における匿名組合契約に関する規定は、その多くが任意法規であり、契約当事者間の特約等により契約内容にバリエーションを持たせることが可能である。したがって、商法上の匿名組合は、現実には金銭消費貸借に近い関係のものから民法上の組合に近似するものまで存在する⁽⁸⁾。その結果、契約当事者間で支

ている。

- (4) 東京地判平成17年9月30日(平成15年行(ウ)第529号)。これについてはIIIで考察する。
- (5) 渡辺裕泰『国際取引と課税問題』19-21頁(日本租税研究協会、2003)。
- (6) 水野忠恒「判批」水野忠恒=中里実=佐藤英明=増井良啓編『租税判例百選(第4版)』別冊ジュリスト178号30-31頁(2005)。
- (7) 金子宏『租税法[第10版]』122頁(弘文堂、2005)。
- (8) 植松守雄「講座・所得税法の諸問題(第12回)」税経通信42巻8号(1987)47頁。

払われる匿名組合分配金の意味合い（性格）は匿名組合ごとに異なると考えられる。また、国際税務の分野においては、企業グループ内で締結される匿名組合契約が多く見られ、この場合は、契約当事者間に匿名組合契約以外にも資本関係などの密接な関係が存在する。したがって、企業グループ内において国内営業者から外国匿名組合員に支払われる匿名組合分配金の意味合い（性格）を、独立の第三者間の匿名組合契約に基づいて支払われる匿名組合分配金の意味合い（性格）と同様に捉えることは適当ではないと考えられる。

国際税務に係る国内法においては、国内源泉所得として匿名組合分配金は、「匿名組合契約」に基づいて受ける利益の分配と明記されており、その支払いの基因となる契約が商法の借用概念である匿名組合契約であれば、その性格に関わらず一律に取り扱われることになる。一方、租税条約においては、「所得の種類」毎にソースルールを設けており、条約の適用に当たっては「所得の種類」を判定する必要があるが、匿名組合分配金について明確に規定していない租税条約の場合は、その支払いの基因となる契約が商法上の匿名組合契約に該当するか否かが税務上の問題となるのではなく、その契約に基づく利益の分配が租税条約上のいかなる「所得の種類」に該当するかが問題となるのである。したがって、匿名組合分配金の性格が異なれば租税条約の適用条項もそれに応じて異なる場合もあり得る⁽⁹⁾。国際税務の分野における匿名組合分配金に対する課税関係が不分明であるという指摘には、このような背景があると考えられる。

本稿では、匿名組合分配金について、多様な匿名組合を類型として捉え

(9) 水野忠恒教授は、「匿名組合員の受ける利益の分配は、事業所得をはじめ、匿名組合のもとにおける性質に応じて、所得の性質が定まると考えられる。…国際課税の関係では、匿名組合の非居住者である匿名組合員が、地理的にみて、実質的事業に参加することは考えられないので、すべて、投資家にすぎないと認定するものとも思われるが、一般には、匿名組合員の位置付けにより、その受ける利益分配の性質を認定することができると考えられる。」と述べている（水野忠恒『租税法〔第2版〕』331頁（有斐閣、2005））。

る考え方を採用し、国内業者と外国匿名組合員の関係に着目してその性格を分析することにより、租税条約の適用関係について考察することとしたい。

(2) 企業グループ内での匿名組合と租税条約の濫用

国内税務の分野においては、匿名組合事業に係る「損益」に対する課税上の取扱いは、原則として、業者から匿名組合員に損益が配分された場合に、業者における配分損益と匿名組合員における被配分損益が表裏する形で、それぞれの課税所得を構成することとされている⁽¹⁰⁾。すなわち、国内税務における匿名組合の課税問題は「損益の配分」の問題であり、主として「損失の配分」及び「損益通算」の問題であると考えられる。

一方、国際税務の分野における匿名組合分配金の問題はその性質が異なる。匿名組合分配金は、これを支払う国内業者においては損金に算入されるが、これを国内に恒久的施設（PE）を有しない外国匿名組合員が受領する場合は、国内法上は国内源泉所得として課税となるものの、租税条約の適用により課税されない場合が多い。このため、日蘭租税条約を濫用して課税を免れている事例も見受けられる。すなわち、国際税務における匿名組合分配金の問題は、「利益の分配」が我が国で課税されるか否かという

(10) 所得税法基本通達 36・37 共-21 の 2 は、「36・37 共-21 により業者が匿名組合員に分配する利益の額は、当該業者の当該組合事業に係る所得の計算上必要経費に算入する。」（平成 17 年 12 月 26 日付改正前の旧通達 36・37 共-21 の第 2 パラグラフも同旨）と規定している。また、法人税基本通達 14-1-3 は、「法人が匿名組合員である場合におけるその匿名組合営業について生じた利益の額又は損失の額については、現実に利益の分配を受け、又は損失の負担をしていない場合であっても、匿名組合契約によりその分配を受け又は負担をすべき部分の金額をその計算期間の末日の属する事業年度の益金の額又は損金の額に算入し、法人が業者である場合における当該法人の当該事業年度の所得金額の計算にあたっては、匿名組合契約により匿名組合員に分配すべき利益の額又は負担させるべき損失の額を損金の額又は益金の額に算入する。」（平成 17 年 12 月 26 日付改正前の旧通達も同旨）と規定している。ただし、水野忠恒教授は、匿名組合員は出資の限度で損失の分担をするが、「第 1 次的には、損失の負担は業者の責任であり、」「任意契約により、損失の分担を操作できるようにすることは、租税法においては認めるべきでないのは当然である。」と述べている（水野・前掲注（9） 332 頁）。

「課税権の配分」の問題であり、「租税条約の濫用」の問題でもある。

日本で事業を行う外国企業グループは、例えば、日本拠点法人とグループ内のオランダ企業との匿名組合を利用すれば、日本で稼得した利益を課税されることなく匿名組合分配金として国外に移転することが可能となる。国際税務における匿名組合分配金の課税問題は、実際にはその大部分が「企業グループ内での匿名組合」に基因していると言っても過言ではない。

本稿では、国境を越えた「企業グループ内での匿名組合」にも焦点をあて、匿名組合分配金に対する我が国の課税権が適正に確保されているかという視点から、国際税務における匿名組合について考察することとしたい。

3 本稿の構成

本稿は次のような構成をとっている。

まず、Ⅰにおいて、商法の分野においては、匿名組合を「消費貸借型匿名組合」、「財産参加型・非典型的匿名組合」及び「業務執行参加型・非典型的匿名組合」という類型として捉える考え方があることを紹介し、この考え方にたてば、匿名組合分配金は、国際税務の分野において、匿名組合の類型ごとにその性格を判定して課税関係を整理することも可能であるとする。

次に、Ⅱにおいて、「匿名組合分配金」に対する租税条約の適用条項に関する議論—企業利得条項説・その他所得条項説・利子条項説—を検討し、租税条約上の「利子」に該当する匿名組合分配金もあるのではないかと指摘する。また、匿名組合の母国であるドイツにおいては、課税上、匿名組合員が純粋な出資者に過ぎないような「典型的匿名組合」と、匿名組合員が共同事業者と認められるような「非典型的匿名組合」とを区分して取り扱い、租税条約上は、典型的匿名組合員の所得は「利子」として課税され、非典型的匿名組合員の所得は国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）として課税されることを紹介する。

さらに、Ⅲにおいて、東京地判平成17年9月30日（平成15年（行ウ）第529号）について、ドイツにおける「非典型的匿名組合」の考え方が我が国

の国際税務の分野において採用されるべき事例であるという観点で、「国内事業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）ある」と認められる場合の要件について考察する。さらに「企業グループ内での匿名組合」における恒久的施設の考え方についても考察する。

最後に、IVにおいて、国際税務の分野における「匿名組合分配金」の課税関係を実態に即して整理するという目的からは、我が国においても匿名組合を「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分して取り扱うことが合理的であると提言する。その上で、匿名組合分配金を性格付ける「営業者と匿名組合員の関係」に着目し、商法上の匿名組合の類型を国際税務上は「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」の区分に振り分け、この区分に応じて「匿名組合分配金」に対する租税条約の適用関係を整理する。また、「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」の区分のメルクマール、及び「企業グループ内での匿名組合」に係る匿名組合分配金の課税関係について考察する。

I 「匿名組合」の意義と類型

商法上の匿名組合の意義を外観し、匿名組合の成否が争点となった民事裁判例から、現実存在する匿名組合が多様であることを確認した上、商法において、匿名組合を「消費貸借型匿名組合」、「財産参加型・非典型的匿名組合」及び「業務執行参加型・非典型的匿名組合」という類型として捉える考え方があることを紹介する。

1 匿名組合の意義

商法における匿名組合契約とは、当事者の一方（匿名組合員）が相手方（営業者）の営業のために出資をし、その営業より生ずる利益の分配を約する契約である（商 535、新商 535）。匿名組合事業は法律的には営業者の単独事業であって、匿名組合員の出資は営業者の財産に帰し（商 536①、新商 536①）、匿名組合員は何ら持分を有せず、営業者の行為につき第三者に対して権利義務を有することはない（商 536②、新商 536④）。

匿名組合員は、営業者に対して約定所定の出資義務を負い、これに対応する営業利益分配請求権を有する一方、営業者は契約の定めるところに従い、匿名組合員に対してその出資を使用して営業を遂行する権利を有するとともに義務を負うこととなる（商 535、新商 535）。また、匿名組合員は、営業者に対して約旨に従い営業を行うべき旨を請求することはできるが、自らが業務を執行する権利又は営業を代表する権利はなく（商 542・156、新商 536③）、営業に対する監視権は認められているのみである（商 542・153、新商 539）。

但し、特約により、営業者が匿名組合員に業務の執行に参加する権利を認めること⁽¹¹⁾や匿名組合員に損失分担を求めることを排除することは可能であるとされる⁽¹²⁾。

(11) 平出慶道『商行為法〔第二版〕』334-335頁（青林書院、1989）。

(12) 西原寛一『商行為法〔3版〕』182頁（有斐閣、1973）。平出・前掲注（11）329頁。
なお、営業者からの損失分配は匿名組合員の出資額を減少させるが、出資額を超え

2 匿名組合の成否が争点となった裁判例

商法に規定される匿名組合はやや漠然としており、その輪郭が見えにくい。そこで、現実に存在する匿名組合の具体例として、匿名組合契約の成立が争われた裁判例を取り上げる。

税務訴訟の裁判例⁽¹³⁾としては、源泉徴収課税処分事件において消費寄託契約が「匿名組合契約に準ずる契約」であるか否かが争われた事例⁽¹⁴⁾や、法人税課税処分事件において匿名組合事業における土地譲渡益に係るいわゆる土地重課が営業者に課されるか否かが争われた事例⁽¹⁵⁾がある。しかし、ここでは商法における匿名組合の性質を明らかにするため、民事訴訟において、契約当事者間における契約の内容等が争われており、契約が匿名組合契約といえるか否か、また、匿名組合契約が他の契約とみなされるか否かが争われた事例をとりあげ、現実に存在する匿名組合契約の実態をみることにする。

(1) 東京地判昭和 32 年 7 月 26 日

イ 事案の概要⁽¹⁶⁾

金融業を営む営業者が多数の匿名組員から出資を募り、損益を度外視して一定時期に一定率の利益分配することを約し、組員に監視権等

て損失分配された場合には、出資額はマイナスにならないという説（西原・前掲注（12）182頁）と出資額はマイナスとなりうるという説（平出・前掲注（11）338頁）がある。

- (13) 税務訴訟の裁判例を題材に「匿名組合契約」について論じたものとして、村井正「匿名組合契約（Ⅰ）・（Ⅱ）」税務弘報 31 卷 4・6 号（1983 年）。
- (14) 最二小判昭 36.10.27 民集 15 卷 9 号 2357 頁（「勸業経済事件」）。所得税法上の「匿名組合に準ずる契約」であるためには、出資者が隠れた事業者として事業に参加しその利益の配当を受ける意思を有することを要するものであって、出資者が出資金の対価として利息を享受するものは匿名組合ではないとされた事例。「判批」については水野・前掲注（6）。なお、本判例は、商法においても共算的消費貸借との区別の基準を示す判例として取り上げられている（酒巻俊雄=庄子良男編『現代青林講義 商行為法』94 頁（青林書院、1995））。
- (15) 最一小判昭 63.10.13 税資 166 号 131 頁。「金銭消費貸借契約」を標榜する不動産の取得・運用・処分を目的とする原告会社と他の契約当事者間の出資、利益配分に関する契約が、商法上の匿名組合契約に該当すると認定した上で、いわゆる土地重課を営業者が営業者に帰属するとした事例。
- (16) 金融法務事情 150 号 13～14 頁。

の営業への関与権を与えていないものは、匿名組合とはいえないとされた事例。

ロ 匿名組合の要素＝「匿名組合員における事業への参加意思」

本件は、契約当事者間で契約の内容が争われた事例で、「匿名組合契約」を否定して「消費寄託契約」であると認定している。その区分の基準として、①匿名組合事業における損益を無視した定時定率の支払い、及び②匿名組合員に営業者の営業への関与権の有無、が挙げられている。

①の基準については、匿名組合契約においては営業者の営業から生ずる不確定の利益を分配することが匿名組合の要素であるとされており⁽¹⁷⁾、この基準のみでも本件匿名組合契約は否認されると考えられる。しかし、「匿名組合」と「共算的消費貸借（確定利息とともにあるいは確定利息の代わりに利益を配当する契約）」との区別は困難とされており⁽¹⁸⁾、実際にはその判定は難しいかもしれない。

②の「営業者の営業への関与権の有無」の基準については、その後、税務訴訟ではあるが、商法上の「匿名組合契約」というためには「匿名組合員における事業への参加意思」を要する、と判示した最高裁判例⁽¹⁹⁾があり、匿名組合成立の1つの要素であるとされている。

(2) 神戸地判昭和62年3月31日（「ステーキ店事件」）

イ 事案の概要⁽²⁰⁾

ステーキ店の営業許可名義人であるAは、同店を現実に営業しているが、Yは同店の開業に際し相当の資金を提供するとともに同店の屋号に自己の氏を使用させている。このような事実関係において、同店の経営

(17) 西原・前掲注(12) 177頁。税務訴訟ではあるが、東京地判昭36.7.5は、匿名組合契約は「営業成績に従って浮動する利益を分配することが絶対的要素」とであると判示している。

(18) 西原・前掲注(12) 178頁。平出・前掲注(11) 331頁。

(19) 最二小判昭36.10.27・前掲注(14)。

(20) 広岡保「判批」判タ651号199-202頁。高山浩平「判批」判タ706号196-197頁。清河雅孝「判批」商事法務1236号35-39頁。

について Y と A との間に匿名組合契約の成立を認め、商法 537 条の責任（営業者の債務に対する連帯責任）を認めた事例。

ロ 「匿名組合員における事業への参加意思」—強い共同事業性が認められる場合—

裁判所が当事者間において匿名組合契約が成立していると認定した事例であるが、争点は、営業者の取引の相手先が匿名組合員に代金支払債務の履行を求めたもので、営業者と匿名組合員の契約関係が争点となったものではない。事業を行う者と、その営業に自己の資金を提供し、その業務執行に深く関与している者との間には、匿名組合契約が成立し、匿名組合員が営業者に自己の名称を使用させている場合には、商法 537 条の責任（営業者の債務に対する連帯責任）が認められるという事例である。なお、商法 537 条の規定は、「第三者に対して、営業者の営業が匿名組合員の営業であるか両者の共同の営業であるかのごとき外観を与えるから、かかる外観を信頼した第三者を保護するために課されるものであって名板貸の責任（商 23）と同様に禁反言の法理に基づくものである。」と説明されている⁽²¹⁾。

匿名組合には、匿名組合員と営業者との間に「強い共同事業性」が認められる場合もある、ということを示す裁判例といえる。

(3) 東京地判平成 7 年 3 月 28 日（「大和リース事件」）

イ 事案の概要⁽²²⁾

ペーパーカンパニーである営業者に航空機を 1 機保有させ、これをリース事業の用に供することによる損益を航空機購入資金拠出者に帰属させるという内容のレバレッジド・リース契約（以下「本件 LL 契約」という。）が匿名組合契約に該当すると認定された事例。リース事業を

(21) 平出・前掲注 (11) 339 頁。「禁反言の法理としての名板貸の規定（商 23）を具体的に表現した当然の注意規定にすぎない。」との説明もある（西原・前掲注 (12) 183 頁）。

(22) 遠藤美光「判批」別冊ジュリスト 164 号 164-165 頁。松本清隆「判批」判時 1557 号 104-108 頁。井上和彦「判批」判時 1582 号 186-190 頁。

行う営業者がペーパーカンパニーであることを理由とした、匿名組員による法人格否認の法理の適用の主張が否定された事例。

ロ 「匿名組員における事業への参加意思」－事業参加意思が希薄な場合－

いわゆるレバレッジド・リース契約が匿名組合契約に該当すると認定された事例である。この場合、営業者は、航空機を保有してリース事業を行う名義人であり、実際には、資本も少額で、従業員も物的な意味での事務所も存在せず、役員も運営母体である親会社の役員が兼務しているペーパーカンパニーである⁽²³⁾。この場合、営業者は、ペーパーカンパニーとして航空機を保有することにより、そのリース事業の損益を匿名組員に帰属させる機能を有しているともいえる。匿名組員は、営業者に航空機を保有・リースさせ、その損益を自らに帰属させることによる節税効果を期待しているのであって、「事業参加意思」は希薄である。また、実際にリース事業の運営を行っているのは営業者の親会社であり、営業者はむしろ航空機を保有・運用しているに過ぎないともいえる。

裁判所は、本件 LL 契約を匿名組合契約と認定し、「匿名組員において出資金の回収ができない場合とは、リース物件使用者（レシー）の破産の場合に限られており（航空機の墜落（全損）の場合には保険により、半壊の場合にはレシーの負担により、中途解約の場合にはレシーの負担する損害金により匿名組員に損害が及ばない仕組みになっている。）、レシーが航空会社であることを考えれば、LL 契約は、投資として安全性の高い部類に属するものということができ、原告が、本件訴訟において出資金が返還されない危険があることを強調するのは、当を得ない主張というべきである。」と述べ、本件 LL 契約は安全性の高い投資との認識を示している。

匿名組員において「事業参加意思」が希薄で、安全性の高い投資と

(23) 商法上は、法人は固有の商人であるのでペーパーカンパニーであっても匿名組合営業者となり得る。

いえるような匿名組合もあるのである。

以上、民事訴訟において匿名組合契約の成立が争われた裁判例を検討した。従来から最高裁判例で指摘されていたことではあるが、商法の規定に加え、「匿名組合員における事業への参加意思」を匿名組合の要素とすることにより、匿名組合の輪郭がやや明確になってきた。しかし、ステーキ店事件のように、匿名組合員が営業者の営業に深く関与し、当事者間には内的組合が成立し、第三者からみても共同事業を行っている認められる場合であっても匿名組合契約は成立し得るし、レバレッジド・リース事業における場合のように、匿名組合事業の実際の事業運営は他人任せで、営業者がペーパーカンパニーであることが重要な要素であり、匿名組合員が期待するのはその節税効果であって「事業への参加意思」が希薄であるという場合でも匿名組合契約は成立し得る。

すなわち、匿名組合契約の成立の要素として「匿名組合員における事業への参加意思」を付加したとしても、現実には当事者間の合意内容には相当程度の幅があるということである。

3 商法における匿名組合の類型化の必要性

名城大学の篠田四郎教授は、現実に存在する匿名組合について、次のように述べ、現実型の匿名組合の類型化の必要性を説いている⁽²⁴⁾。「商法上の匿名組合に関する諸規定の大部分が任意法規であるため、現実には多種多様な匿名組合が存在する（当事者自治、契約自由、形成自由）。匿名組合員が損失分担をしないものを初めとして、匿名組合の内部関係において恰も民法上の組合の合有財産が存在するかのような約定のあるもの、匿名組合員が営業者の業務執行に参加するもの、実質的には営業者が匿名組合員の被用者であるようなもの、などが其の例である（匿名組合の現実型）。これらの現実型は、立法者が本来立法の基礎として想定した典型的匿名組合（匿名組合の法律類

(24) 篠田四郎「非典型的匿名組合—その類型論的・法的構成—(一)」名城法学 31 卷 1 号 3-4 頁 (1982)。

型)とは異なるものである。これらの現実型は、仮に他の法制度(消費貸借、雇用、組合など)との理論的区別が容易であるとしても、実践的にはかなり困難である。このような実践的困難さを伴う匿名組合法のためには、種々の現実型を適当な基準に基づいて区分・類型化し、一方において裁判官の判断に一定の枠組みを与え、他方において当事者の予測を可能にしなければならない。」

商法の匿名組合の諸規定のうち、損失分担と利益配当(商 538、新商 538)、匿名組合契約の解除(商 539①、新商 540①、但し、同条②は強行法規)、契約終了原因(商 540、新商 540)、契約終了の効果(商 541、新商 542)、匿名組合員の監督権(商 542・商 153、新商 539)、及び匿名組合員の業務執行(商 542・商 156、新商 536③)は任意法規と解され、当事者自治ないし契約自由の原則が支配するので、当事者間の契約により各種各様の匿名組合を形成することができる(形成自由)⁽²⁵⁾。

現実型の匿名組合は、商法が本来予定している法律類型(=典型匿名組合)とは異なるが、匿名組合の法律概念上の要素(概念的徴表)を備えている限り、商法上の匿名組合である⁽²⁶⁾。これを「非典型匿名組合」という。篠田教授の類型について整理すると次のとおりとなる。

(1) 典型的匿名組合の法律類型⁽²⁷⁾

匿名組合契約とは、当事者の一方(匿名組合員)が相手方(営業者)の営業のために出資をし、その営業より生ずる利益の分配を約する契約である(商 535、新商 535)。したがって、法律概念としての「匿名組合」は、次の3つの要素(概念的徴表)を有する。契約にこの3つの要素(概念的徴表)を備えていれば、それは「典型的匿名組合」である。

イ 匿名組合契約の当事者

匿名組合契約の当事者は、営業者と匿名組合員の2当事者であり、営

(25) 篠田・前掲注(24) 16頁。

(26) 篠田・前掲注(24) 16頁。

(27) 篠田・前掲注(24) 25-26頁。

業者は商人であることを要するが、匿名組合員に資格の制限はない。

ロ 匿名組合員の出資

匿名組合員の出資は財産的出資に限られ、出資は業者の財産に帰属する。

ハ 業者による利益分配

匿名組合員の出資義務に対応して、業者は利益を分配する義務を負う。利益は浮動する営業成果の分配であることを要し、確定利息の支払は利益分配ではない。

(2) 非典型的匿名組合の法律類型

非典型的匿名組合とは、法律概念としての匿名組合の3要素を具備してはいるが、典型的匿名組合の構造とは異なる構造をもつ現実類型である。これは「消費貸借型匿名組合」、「財産参加型・非典型的匿名組合」及び「業務執行参加型・非典型的匿名組合」に分類できる⁽²⁸⁾。

イ 消費貸借型匿名組合

「消費貸借型匿名組合」とは、利息に代わり、あるいは、利息とともに利益分配を受ける共算的消費貸借と近似するような匿名組合をいう。両者の区別は困難であり、契約の全趣旨から見て、単なる元本の返還にとどまらず、ある程度の企業参加の実のあるもの、特に出資者に監視権を認めるものは匿名組合と解すべきとされる⁽²⁹⁾。しかし、その区別は、理論的にはともかく、実践的にはかなり難しいとされる⁽³⁰⁾。監督権の存否は、匿名組合の要素ではないので共算的消費貸借と匿名組合との区別の基準とはならない⁽³¹⁾。結局、契約の全趣旨から当事者の意思を確定することにより、匿名組合と共算的消費貸借を区別することになる⁽³²⁾。

(28) 篠田四郎「非典型的匿名組合—その類型論的・法的構成—(二)完」名城法学 31 卷 3・4 合併号 72 頁 (1982)。

(29) 西原・前掲注 (12) 178 頁、平出・前掲注 (11) 331 頁。

(30) 篠田・前掲注 (28) 45 頁。

(31) 篠田・前掲注 (28) 49 頁。

(32) 主な区別の指標は次のとおり (篠田・前掲注 (28) 50 頁)。

ロ 財産参加型・非典型的匿名組合

民法組合が組合財産を有する外的組合であるのに対し、匿名組合は組合財産を有しない内的組合である。しかし、匿名組合契約においては、当事者間の契約により、あたかも匿名組合員が営業者の全財産上に持分を有するかのような匿名組合契約を成立させることができる。これを「財産参加型・非典型的匿名組合」という。このような匿名組合は、対内的効力しか有しないとしても、当事者間には「匿名組合財産」が存在する⁽³³⁾。

ハ 業務執行参加型・非典型的匿名組合⁽³⁴⁾

「業務執行参加型・非典型的匿名組合」とは、当事者間の契約に基づき、対内的には、匿名組合員が、営業者と共同してあるいは営業者と分担して、営業者の営業に関する業務執行に参加し、対外的には、営業者のみはその名において取引を行う現実型の匿名組合である。匿名組合員の業務執行の禁止を定めた商法 542 条（商 156 前段の準用、新商 536③）は任意法規であるので⁽³⁵⁾、匿名組合の当事者は、対内的に匿名組合員に対して営業に関する業務執行権限を付与する旨の匿名組合契約を締結することができ、そのような契約も、債権法上当事者間で有効に成立する。

① 当事者の一方（営業者・借主）が商人でない（営業していない）⇒共算的消費貸借。

② 他方の当事者（匿名組合員・貸主）が提供する目的物が金銭その他の代替物以外の不代替物⇒匿名組合。

③ 他方の当事者（匿名組合員・貸主）が損失負担⇒匿名組合。

④ 当事者の一方（営業者・借主）が利益分配のほか利息の支払⇒共算的消費貸借

(33) 篠田・前掲注（28）47 頁、73-74 頁。

(34) 篠田・前掲注（28）77-75 頁。

(35) 最高裁第三小法廷判決昭和 24 年 7 月 26 日（民集 3 卷 8 号 283 頁）は、「商法第 156 条の規定中業務執行に関する部分は任意規定と解するのが相当であり、従って、合資会社が定款その他の内部規約を以て有限責任社員に業務執行の権利義務ある旨を定めた場合においては、その定は有効と認むべきである。」と判示している。すなわち、商法 156 条を準用している商法 542 条は任意規定であり、有限責任の匿名組合員に業務執行権限を付与する匿名組合も成立しうる。

4 裁判例と商法上の非典型的匿名組合

上記2の裁判例を上記3の篠田教授の非典型的匿名組合の類型に当てはめると、(1)の匿名組合契約か消費寄託契約かが争点となった東京地判昭和32年7月26日は、「消費貸借型匿名組合」か否かが問題となった事例であろう⁽³⁶⁾。また、(3)の東京地判平成7年3月28日(「大和リース事件」)のように、レバレッジド・リース事業に係る資金調達の受け皿に匿名組合契約が利用されている場合は、営業者がペーパーカンパニーであること及びノンリコースローン等を組み合わせることにより匿名組合員のリスクは資金拠出額に限定されることを考慮すれば、「財産参加型・非典型的匿名組合」といえるかもしれない。また、(2)の神戸地判昭和62年3月31日(「ステーキ店事件」)は、匿名組合員と営業者との間に強い共同事業性が認められるため、「業務執行参加型・非典型的匿名組合」に該当するといえることができる。

このように、現実に存在する匿名組合においては、当事者間の合意内容を明確にするため、匿名組合員の事業への関与度合や責任の範囲などについて契約条項を設けることが通常である。すなわち、3つの要素(概念的徴表)のみを構成要素とする「典型的匿名組合」合は現実には存在し得ず、現実に存在する匿名組合は、契約当事者のそれぞれの意図に適合する条項等を備えた「非典型的匿名組合」ということができる。

5 小括

商法上、「匿名組合契約の当事者」、「匿名組合員の出資」及び「営業者による利益分配」の3つの要素(概念的徴表)を備えていれば「典型的匿名組合」である。しかし、現実に存在する匿名組合は、その契約内容に応じて、消費貸借契約に近似する「消費貸借型匿名組合」、営業者の保有する財産があたかも営業者と匿名組合員との民法上の組合に係る財産保有形態であるかのような「財産参加型・非典型的匿名組合」、及び営業者の業務の執行があたかも営

(36) 「勸業経済事件」(最二小判昭 32.10.27・前掲注(14))も同様に「消費貸借型匿名組合」であるか否かが問題となった事例であろう。

業者と匿名組合員との民法上の組合に係る業務執行形態であるかのような「業務執行参加型・非典型的匿名組合」に類型化できる。

商法上の匿名組合を類型で捉える考え方があるのであれば、国際税務上の匿名組合分配金については、租税条約に明確に定義していない場合は、匿名組合の類型ごとにその性格を判定して租税条約の適用関係を整理することが可能であるとする。

II 租税条約における「匿名組合分配金」の「所得の種類」

租税条約においては、「所得の種類」毎に条項を設けて源泉地国における課税権の有無を定めており、「匿名組合分配金」が租税条約上いかなる「所得の種類」に該当し、どの条項を適用するかという問題は重要である。

ここでは、匿名組合分配金に対する租税条約の適用条項に関する議論—企業利得条項説・その他所得条項説・利子条項説—について検討する。また、匿名組合の母国であるドイツにおいては、課税上、匿名組合員が純粋な出資者に過ぎないような「典型的匿名組合」と、匿名組合員が共同事業者と認められるような「非典型的匿名組合」とを区分して取り扱っていることを紹介する。

1 企業利得条項説・その他所得条項説・利子条項説

我が国の国内法においては、外国法人等が国内営業者と締結した匿名組合契約に基づいて分配を受ける匿名組合分配金は、明文の規定により国内源泉所得とされており、配当、利子、及び使用料と同様、事業所得から区分され、事業所得であるか否か、また恒久的施設を通じて事業を行った結果であるか否かにかかわらず、我が国で課税することとしている。したがって、この限りにおいては匿名組合分配金の性格から「所得の種類」を判定する必要はない。

一方、我が国が締結している租税条約においては、日独租税条約、日米新租税条約及び日英新租税条約を除き、「匿名組合分配金」について明確に規定している条項はないため、匿名組合分配金がいかなる「所得の種類」に該当し、どの条項を適用するかについては議論がある。この議論には「企業利得条項説」、「その他所得条項説」及び「利子条項説」の3つの説があるが、これらについて概観する。

(1) 企業利得条項説

OECDモデル租税条約7条は、「企業の利得」について規定しているが(以

下、租税条約において「企業の利得」について規定している条項を「企業利得条項」という。）、「(企業の) 利得」は「企業活動を遂行する際に得られる一切の所得を含む」概念であるとされている⁽³⁷⁾。同条 1 項は、「企業の利得」は、外国企業の PE に帰属すれば我が国 (PE 所在地国) で課税されるが、そうでない場合は外国企業の居住地に課税権があるとしている。外国企業が分配を受ける匿名組合分配金は、その企業活動により稼得する「企業の利得」に該当するので「企業利得条項」が適用され、PE に帰属しない限り我が国 (PE 所在地国) では課税されない、という考え方である⁽³⁸⁾。

(2) その他所得条項説

OECD モデル租税条約 7 条 1 項は、「企業の利得」のうちの「PE に帰属する部分」が PE の所在地国に課税権があると規定しているのであり、「PE に帰属しない部分」の利得の課税関係についてまで規定しているものではない。したがって、外国企業が分配を受ける匿名組合分配金が「PE に帰属しない」場合は、同モデル条約 21 条 1 項に規定する「一方の締約国の居住者の所得 (源泉地を問わない) で前各条に規定のないもの」(以下、「その他所得」という。)⁽³⁹⁾に該当し、同条が適用される (以下、租税条約において「その他所得」について規定している条項を「その他所得条項」という。)、という考え方である⁽⁴⁰⁾。

(37) OECD モデル租税条約 7 条コメンタリー・パラ 32 (OECD (川端康之監訳)『OECD モデル租税条約 2003 年版(所得と財産に対する租税条約)』(日本租税研究協会、2003)。以下、OECD モデル租税条約コメンタリーの訳は本書による。)

(38) 宮武敏夫「匿名組合契約と税務」ジュリスト 1255 号 (2003) 110-111 頁。島谷博=古川稔=小堺克巳『外国法人課税の実務と理論 [二訂版]』(税務研究会出版局、1993) 87-88 頁。

(39) OECD モデル条約 21 条コメンタリー・パラ 1 は、「本条は、この条約の前条までに於いて扱われていない所得に関する一般準則を定めている。ここでいう所得は、明示されて扱われていない種類の所得だけでなく、明示されていない源泉からの所得も含むものである。」としている。

(40) 小沢進「匿名組合の利益の分配に関する日独租税条約の規定の適用について」税務事例 29 巻 3 号 (1997) 67-68 頁。仲谷栄一郎=井上康一=梅辻雅春=藍原滋『[改訂版] 外国企業との取引と税務』277-278 頁 (商事法務研究会、2000)。

この場合、同モデル条約 21 条は、「その他所得」は居住地国においてのみで課税されると規定し（同条 1 項）、「その支払の基因となった権利又は財産」が PE に実質関連する場合には企業利得条項を適用するとしている（同条 2 項）。「PE に帰属しない匿名組合分配金」は、その支払の基因となった権利が PE に実質関連しているとは認められないので、その他所得条項を適用しても我が国（源泉地国）では課税されない。したがって、その他所得条項説は、OECD モデル租税条約と同様の規定ぶりの租税条約を適用する場合には、匿名組合分配金に対する課税について企業利得条項説との相違はない。しかし、その他所得条項において源泉地国の法令により課税できる旨規定している租税条約⁽⁴¹⁾及びその他所得条項が存在しない租税条約⁽⁴²⁾においては、匿名組合分配金は、我が国国内法の適用により課税されることになる。その他所得条項説は、この部分において企業利得条項説と相違する。

(3) 利子条項説

OECD モデル条約 11 条は「利子」の課税関係について規定しているが（以下、租税条約において「利子」について規定している条項を「利子条項」という。）、同条 3 項は、「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」は「利子」に該当すると規定している。匿名組合員の営業者に対する営業利益分配請求権は、匿名組合員が出資によって取得する債権の一つであり、「信用に係る債権」の一種であるから、匿名組合分配金に対しては、租税条約の利子条項が適用される⁽⁴³⁾、という考え方である。

(41) 対カナダ条約、対シンガポール条約、対スウェーデン条約など 11 カ国と締結している租税条約がこのような規定となっている。

(42) 対オーストラリア条約、対ニュージーランド条約など 7 カ国と締結している租税条約には規定がない。

(43) 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（日本税務研究センター、2004）174-178 頁。渕圭吾「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（2003）184 頁。谷口教授は、我が国はドイツのように「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」を区分する伝統（後述）がないこと、及び、我が国の国内

外国匿名組合員が国内営業者から支払いを受ける匿名組合分配金は、租税条約上は「利子」として我が国に課税権が配分され、租税条約に規定する利子の限度税率により源泉徴収課税されることになる。また、その支払の基因となった債権が国内 PE と実質的に関連する場合は企業利得条項が適用され（同モデル条約 11 条 4 項）、PE 帰属所得として課税されることになる。いずれにせよ、匿名組合分配金は我が国で課税されることになる。

これら 3 つの説に共通するのは、匿名組合分配金は、単一の「所得の種類」であり、したがって、適用される条項も 1 つしかない、との考え方を採っているという点である。しかし、I で検討したとおり、匿名組合には類型があり、性格の異なった匿名組合分配金あるとの考え方を採れば、租税条約の適用条項を 1 つに限定することはなく、対象となった匿名組合ごとに匿名組合分配金の性格を判定し、その該当する条項を適用することは可能である。以下では、この考え方にたって匿名組合分配金に対する租税条約の適用条項について検討することとする。

2 「匿名組合分配金」は租税条約上の「企業の利得」か「その他所得」か

上記の 3 つの説をみると、匿名組合分配金が租税条約上の「利子」に該当するか否かにより、課税されるべき匿名組合分配金の範囲が大きく左右され

法（所法 161 十二）は匿名組合分配金を資産性所得と性質決定していると考えられること、を根拠としている。なお、谷口教授は、商法上の匿名組合契約に基づいて匿名組合員が取得する営業利益分配請求権が「信用に係る債権」であるから匿名組合分配金は租税条約上の「利子」に該当すると述べるにとどまる。したがって、事実関係として国内営業者の事業所が外国匿名組合員の PE と認められる場合には、「恒久的施設の留保（利子の基因となった債権が受益者の恒久的施設に実質的に関連する場合は企業利得条項が適用される）」（OECD モデル租税条約 11 条 4 項）により、「企業利得条項」が適用されることになることを否定しているものではない。本稿 III 3 において考察する「国内営業者の事業所が外国匿名組合員の PE となる場合」も、匿名組合契約の解釈ではなく国内営業者と外国匿名組合員との関係の事実に着目しているが、最終的な租税条約の適用関係については谷口教授の「利子条項説」と同様になると考えられる。法律関係を重視する法律学者と事実関係に着目する実務家とのアプローチの仕方の相違かもしれない。

る。また、企業利得条項説及びその他所得条項説は、匿名組合分配金が租税条約上の「利子」に該当しないという前提で議論されていると思われる。ここでは、仮に匿名組合分配金が租税条約上の「利子」に該当しない、したがって利子条項の適用がないとした場合について考察することとする。なお、旧日米租税条約については、OECD モデル租税条約とは構造が異なるため、これについて先に検討することとする。

(1) 旧日米租税条約の場合

旧日米租税条約6条は、「所得の種類」毎のソースルールを定め、これとは別に各条に課税権の配分規定を設けている。いわゆる「事業所得」について定めた同条(8)は、「(1) から (7) までの規定にかかわらず、産業上又は商業上の利得であって、一方の締約国の居住者であるその利得の受領者が他方の締約国内に有する恒久的施設に帰せられるもの(…)は、当該他方の締約国の源泉から生ずる所得として取扱う。」と規定し、「PE に帰属する産業上又は商業上の利得」については、PE の所在地国に所得源泉があると規定している。一方、いわゆる「その他所得」について定めた同条(9)は、「(1) から (8) までの規定が適用されない項目の所得の源泉は、各締約国により国内法令に従って決定される。」と規定して同条(1) から (8) までの所得以外の所得については条約のソースルールを適用しないとしている。

すなわち、米国居住者が国内営業者から支払いを受ける匿名組合分配金については、これが PE に帰属する場合は、同条(1) から (7) までの規定に該当するか否かに関わらず「産業上又は商業上の利得」として同条(8)のソースルールが適用され、同条約8条により我が国(PE 所在地国)に課税権が配分されるが、PE に帰属しない場合には、国内法により課税関係が律せられることになる⁽⁴⁴⁾。「PE に帰属しない匿名組合分配金」は、いわば「条約が適用されない所得」ということになる。

(44) 島谷=古川=小堺・前掲注(38) 85-86頁。仲谷=井上=梅辻=藍原・前掲注(40) 277頁。

(2) OECD モデル租税条約の場合

OECD モデル租税条約は、「所得の種類」毎に条項を設け、その中にソースルールと課税権の配分規定を有している。「PE に帰属する匿名組合分配金」は、PE に帰属する「企業の利得」として企業利得条項が適用されることに異論がないところであるが、「PE に帰属しない匿名組合分配金」については、「企業の利得」であるか「その他所得」であるかについて議論があるところである。

OECD モデル租税条約 21 条 1 項は「前各条に規定のない (所得)」について規定している。このことから、その「前条」である同モデル条約 7 条に規定している「所得」の範囲が論点となる。すなわち、同条は PE への帰属の有無とは無関係に「企業の利得」について規定しているとの考え方に立てば、外国企業が受領する匿名組合分配金は、PE に帰属しなくても「企業の利得」ということになる。一方、同条は「PE に帰属する企業の利得」について規定しているとの考え方に立てば、外国企業が受領する匿名組合分配金は、PE に帰属しないときは「その他所得」ということになる⁽⁴⁵⁾。

同モデル条約 7 条の規定ぶりをみると、1 項の第 1 文は、「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国内で事業を行わない限り、当該一方の国においてのみ租税を課することができる。」と規定している。これは「二重課税条約一般

(45) OECD モデル租税条約 7 条 7 項は、「他の条で別個に取り扱われている種類の所得が企業の利得に含まれる場合には、当該他の条の規定は、この条の規定によって影響されることはない。」と規定している。この「他の条で別個に取り扱われている種類の所得」と同モデル条約 21 条 1 項の「一方の締約国の居住者の所得 (源泉地を問わない) で前各条に規定のないもの」との適用関係に疑義が生じるかもしれない。しかし、「その他所得条項」が「企業利得条項」に優先して適用されるということは予定されているはずもなく、同モデル条約 7 条 7 項でいう「他の条で別個に取り扱われている種類の所得」とは、不動産所得、配当、利子及び使用料のように、PE の有無にかかわらず租税条約で課税関係を規定している種類の所得と理解すべきである。同モデル条約 21 条の「その他所得」は、「前各条に規定がない」所得を包括的に捉えているものであり、同モデル条約 7 条と「別個に取り扱われている種類の所得」とは解されない。

に認められる原則、すなわち、一方の国の企業は他方の国に所在する恒久的施設を通じて事業を行わない限り、当該他方の国において租税を課されないという原則があらためて述べられている。」⁽⁴⁶⁾のである。すなわち、第1文は「恒久的施設（PE）なければ課税なし」の原則を確認する規定である。

第2文は、「一方の国の企業が他方の国内にある恒久的施設を通じて当該他方の国内で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帰せられる部分に対してのみ、当該他方の国において租税を課することができる。」と規定しており、「より重要な点は、第2文に含まれる、ある企業が他方の国において恒久的施設を通じて事業を行う場合には、当該他方の国は当該企業の利得のうち当該恒久的施設に帰せられる部分に対してのみ租税を課することができるという点である。」のである⁽⁴⁷⁾。すなわち、第2文は、「PE 帰属所得課税主義」の原則を定めた規定である。

同モデル条約7条1項は、「企業の利得」については企業の居住地国に排他的課税権があることを確認した上で、「PE に帰属する企業の利得」についての課税関係を定めているのである。さらに、同条2項は、「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国内で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。」として、独立企業原則により「恒久的施設に帰せられる利得」を算定するとし、同条3～6項においても「恒久的施設に帰せられる利得」について規定している。7条がどのような「所得」について定めているかという観点からみれば、「PE に帰属する企業の利得」に係る「所得」

(46) OECD モデル租税条約7条コメンタリー・バラ3。

(47) OECD モデル租税条約7条コメンタリー・バラ5。

について規定しているものとするのが自然であろう⁽⁴⁸⁾。

以上のことから、国内業者が支払う匿名組合分配金で外国企業の「PEに帰属しないもの」は、OECDモデル租税条約7条において課税関係を規定する所得（PEに帰属する企業の利得）ではなく、同モデル条約21条1項にいう「前各条に規定のない（所得）」（＝「その他所得」）に該当すると考える。

(3) 「その他所得」に対する租税条約の適用関係

旧日米租税条約のように、租税条約にその他所得条項がない場合には、条約の適用はないので、国内法に従って課税されることになる。

OECDモデル租税条約21条は、前述のとおり、「その他所得」については、居住地国においてのみ課税され（同条1項）、「その支払の基因となった権利又は財産」がPEに実質関連する場合には企業利得条項を適用するとしている（同条2項）。したがって、OECDモデル租税条約と同様の規定のある租税条約においては、「その他所得」は、「その支払の基因となった権利又は財産」がPEに実質関連しない限り居住地国のみで課税される。

ところで、個々の租税条約によってはその他所得条項に同モデル条約21条2項と同様の規定がない場合、また2項に加えて3項がある場合があるので、その場合の適用関係について検討する。

イ OECDモデル租税条約21条2項と同様の規定がない場合

OECDモデル租税条約21条2項は、1977年の同モデル条約の改正で追加された。例えば、日蘭租税条約（1970年署名）や日アイルランド租税条約（1974年署名）は、1977年の同モデル条約改正以前に締結されているため、その他所得条項に同モデル条約21条2項のような規定はない。

(48) 水野忠恒教授は、「分類された所得類型によって源泉管轄が決定されるという所得税制度のもとでは、P.E.が所得の分類及び源泉地の決定のため同時に機能するものであることが理解できる。」としている（水野忠恒『国際課税の制度と理論－国際租税法の基礎的考察－』26頁（有斐閣、2000））。

同モデル条約 21 条 2 項は、配当条項、利子条項及び使用料条項と同様に、源泉地国において生じた所得に限定して課税権の配分規定が設けられている場合に適用される⁽⁴⁹⁾。これらの条項は、国内源泉所得である配当、利子及び使用料について規定しており、居住地国又は第 3 国で生じた所得には適用されない。また、これらの条項には、所得が PE に実質的に関連する場合の「恒久的施設に関する但書の留保」規定（同モデル租税条約 11 条 6 項、12 条 5 項及び 13 条 4 項）があるが、これも国内源泉の配当、利子及び使用料に対して適用されるとされている。すなわち、国外源泉の配当、利子及び使用料は、条約上は「その他所得」に該当し、同モデル条約 21 条が適用されることになるが、その「支払の基因となった権利又は財産」が PE に実質関連する場合は、同条 2 項により企業利得条項が適用されることになる。

しかし、企業利得条項は、PE 所在地国のみならず居住地国及び第 3 国で生じた企業の利得であっても、それが PE に帰属するのであれば PE 所在地国で課税するという規定である。したがって、国外源泉の配当、利子及び使用料は、これらの支払の基因となった権利又は財産が PE に実質関連する場合は PE に帰属する企業の利得を構成するのであり、配当条項、利子条項及び使用料条項ではなく、企業利得条項が直接適用される。そもそも「支払の基因となった権利又は財産が PE と実質的に関連する所得」は同モデル条約 7 条が適用される「PE に帰属する企業の利得」に含まれ、「PE に帰属する企業の利得」は同モデル条約 21 条 1 項の「前各条に規定のない（所得）」には含まれないのであるから、同条 2 項の

(49) クラウス・フォーゲル・ミュンヘン大学名誉教授は、次のように述べている。「21 条は、2 つの理由で適用される。第 1 の理由は、6 条～20 条は、これらの条において特定された種類の所得以外の所得に関してはカバーしていないこと、第 2 の理由は、前各条の規定のうちいくつかの規定は、他方の締約国の源泉所得に対する課税についてのみ取扱っていること、言い換えれば、それらの規定は、居住地国又は第 3 国において生じた所得に対する課税について取扱っていないこと。」(Klaus Vogel (1997) “KLAUS VOGEL ON DOUBLE TAXATION CONVENTIONS” Kluwer Law International, Article 21, para 7 (p.1071))。

規定の有無が「PEに帰属する企業の利得」の課税関係に影響することはない。

したがって、同モデル条約 21 条 2 項は、「PEに帰属する企業の利得」に対しては「企業利得条項」が適用されることを確認した規定であると考えられる⁽⁵⁰⁾。

ロ OECD モデル租税条約 21 条 2 項と同様の規定に 3 項が付加されている場合

例えば、日加租税条約 20 条 3 項は、「1 及び 2 の規定にかかわらず、一方の締約国の居住者の所得のうち、他方の締約国内において生ずるのであって前各条に規定のないものに対しては、当該他方の締約国において租税を課することができる。」と規定している。この場合の「その他所得」は、PE に帰属しない場合であっても、国内法で国内源泉所得と規定されていれば我が国で課税されることになる。同項は、匿名組合分

(50) クラウス・フォーゲル名譽教授は、次のように述べている。「21 条 2 項は、『権利又は財産』に基因して支払われた所得に限り適用される。…それ故、21 条 2 項は、まず、10 条から 12 条の種類所得（配当、利子、使用料）に適用される。10 条から 12 条の規定は、一方の締約国の居住者によって受領され、他方の締約国の源泉から生ずる所得の課税のみを扱うので、10 条から 12 条に規定に含まれる『恒久的施設に関する但書』は、源泉地国で生じた所得のみに適用される。それ故、21 条 2 項は、居住地国又は第 3 国で生じた所得に関する上記の『恒久的施設に関する但書の留保』を補完する。この規定が適用され得るような明確なケースはない。／このような補完は、実際は必要ないのかもしれない。『恒久的施設に関する但書の留保』は、事業所得に関する 7 条の規定と 10 条から 12 条の規定の関係を扱っている。7 条は、恒久的施設に帰属し得る所得で居住地国又は第 3 国で生じた所得を含めるため、『恒久的施設の利得』の意味が拡大されている。7 条 7 項によれば、モデル条約の他の規定が優先する。このため、恒久的施設に帰属し得る種類の所得については、前述の三条項ではなく 7 条の適用を受ける旨を明示する規定が、10 条から 12 条の各条項に必要とされたのである。しかしながら、居住地国又は第 3 国で生じた所得に対しては、10 条から 12 条は適用されないので、7 条 1 項の規定が当初から適用される。居住地国又は第三国で生じた配当、利子、及び使用料は、7 条 7 項の文理解釈上は、『他の条で別個に取り扱われている』訳ではないことになる。7 条は、これらの所得にも適用されるので、21 条 1 項もまたこれらの種類の所得にも適用されることとなる。21 条 2 項は、上記のことを全て明確にするためのものである。」(Klaus Vogel *supra* note 49, Article 21, para 32 (p. 1084))。

配金のように、国内法では国内源泉所得となり、租税条約上は「その他所得」に該当するとされる所得の課税関係に影響を及ぼすことになる。

3 「匿名組合分配金」は租税条約上の「利子」に該当するか

外国匿名組合員が国内営業者から支払いを受ける匿名組合分配金は、租税条約上の「利子」に該当すれば、租税条約上はまず利子条項（OECDモデル租税条約11条）が適用され⁽⁵¹⁾、PEの有無に関わらず我が国で課税されることになる。

(1) 租税条約上の「利子」の範囲－「匿名組合分配金」は租税条約上の「利子」に該当するか－

OECDモデル租税条約における「利子」の定義は、我が国国内法の国内源泉所得となる「利子」⁽⁵²⁾に比べてかなり広範な規定ぶりとなっている。同モデル条約11条3項は、「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」と、「利子」について「網羅的」に定義している。「債務者の利得の分配を受ける権利」から生じた所得も「利子」に該当するとされている⁽⁵³⁾。

また、クラウス・フォーゲル・ミュンヘン大学名誉教授は、次のように

(51) 「利子」はOECDモデル租税条約7条7項にいう「他の条で別個に取り扱われている種類の所得」に該当し、まず同モデル条約11条が適用されることになる。

(52) 所得税法161条4号（法人税法138条4号）は「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」として次のものを挙げている。

イ 所得税法第二条第一項第九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

また、所得税法161条6号（法人税法138条6号）は「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。）」と規定している。いずれも限定した規定ぶりとなっている。

(53) OECDモデル租税条約11条コメンタリー・パラ20。

述べ、ドイツ租税判例法における「典型的匿名組合」に係る匿名組合員の収入は、OECD モデル租税条約上の「利子」に該当するとしている。

「利子の範囲の問題は、ドイツ法により組成される匿名組合 (silent partnership) 又は他の国の法律により組成される同様の事業体 (例えばスイスの匿名組合) に関連して特に生じる。この事業体は、二当事者で構成されるパートナーシップであり、その一方は事業の営業者 (proprietor) であり、第三者との取引において事業体を代表している。もう一方の当事者－匿名組合員 (sleeping partner) －は、営業者の資産の必須部分である組合資金を拠出する (§ 230HGB)。ドイツ租税法のもとでは、匿名組合員は、企業の秘密準備金 (hidden reserves) や営業権を保有していないし、企業が営業によって被る損失に係る負債の責任を要求されない。匿名組合員の収入は、投資所得と考えられ、営業者はこれを事業経費として控除できる。言い換えれば、ドイツの国内租税法上は、その収入はあたかも利子のように課税される。このため、1963 年 OECD モデル租税条約における定義では、匿名組合員の収入は、当然利子と考えられていた。1977 年 OECD モデル租税条約における定義規定においては、匿名組合員に生じるリスクは、債権者としての危険要素であるか、又はそれ以上のもの、すなわち企業の事業に係る危険要素の一部を構成するのか、という問題が生じた。匿名組合員は、通常は組合損失を負担するので、匿名組合員のリスクは、例えば、利益参加型貸付 (profit-sharing loan) －利率が借入者の利益に連動する貸付－において債権者に生ずるリスクより大きくなる。しかし、参加割合 (shares) が限定されているか否かに関わらず、匿名組合員は、企業の秘密準備金や営業権を保有していないので、(匿名組合員のリスクは) 組合における通常の組合員のリスクより小さくなる。ドイツ判例法では、この点について、企業の営業の危険要素は決定的な判断基準であるとの見解を採っており、仮に少しでも拘束力をもって秘密準備金に参加できるのであれば、「非典型的匿名組合 (atypical silent partnership)」は「無限責任組合 ('full' partnership)」に適用されるルールに従って課税される

存在とみなされる。OECD モデル租税条約では、この判断基準を適用し、1977年の「利子」の用語の定義は、同モデル条約7条の企業概念に抵触せず、利子の概念も制約しないと考えられた。その結果、典型的匿名組合から匿名組合員が受領する収入は、1977年OECDモデル租税条約の下においても、租税条約上の利子とされたのである。⁽⁵⁴⁾

すなわち、匿名組合の母国であるドイツにおいては、「典型的匿名組合」に該当する匿名組合からの分配金は、租税条約上の「利子」に該当することとされている。そうであるならば、我が国における匿名組合分配金についても、ドイツ課税上の「典型的匿名組合」に係るものと同様のものであれば、租税条約上の「利子」に該当するものと考えられる。

(2) 「利子」に対する租税条約の適用関係

租税条約上の「利子」の課税関係については、OECD モデル租税条約11条2項は、「(一方の締約国内で生じ、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、その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。…」と規定し、PEの有無に関わらず源泉地国に課税権を認め、限度税率を定めている。また、同条5項において、「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。」として、国内源泉所得となる「利子」についてのソースルールを規定している。

すなわち、国内営業者から外国匿名組合員に支払われる匿名組合分配金は、租税条約上の「利子」の定義に該当する場合は、PEに帰属しなくても租税条約の限度税率により我が国で課税されることになる。

但し、同条4項は、「利子」が「一方の締約国の居住者である利子の支払者が、当該利子の生じた他方の締約国において当該他方の国内にある恒久

(54) Klaus Vogel supra note49, Article 11, para 61 (p. 733-734)。

的施設を通じて事業を行う場合において、当該利子の支払の基因となった債権が当該恒久的施設と実質的に関連するものであるときは、適用しない。この場合には、第7条の規定を適用する。」と規定しており、匿名組合分配金がPEに帰属する場合については、利子条項ではなく、企業利得条項が適用されることになる⁽⁵⁵⁾。

4 ドイツにおける匿名組合の課税上の区分—典型的匿名組合・非典型的匿名組合—

匿名組合の母国であるドイツでは、課税上、匿名組合は「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分して取り扱われている⁽⁵⁶⁾。「典型的匿名組合」とは、匿名組合員が純粋な出資者に過ぎないような匿名組合をいい、「非典型的匿名組合」とは、匿名組合員が共同事業者と認められるような匿名組合をいう⁽⁵⁷⁾。国内課税上は、典型的匿名組合員の所得は、配当・利子等と同じく、「資本財産所得」として課税され、非典型的匿名組合員の所得は、「共同事業者の所得」、すなわち「営業所得」として課税される⁽⁵⁸⁾。また、国際課税上は、典型的匿名組合員の所得は、債務者（営業者）が国内に住所又は業務執行地を有する場合に課税され、非典型的匿名組合員の所得は、営業者

(55) これを一般に「恒久的施設に関する但書の留保」規定という。利子条項のほか、配当条項、使用量条項及びその他所得条項にみられる。前掲注(50)参照。

(56) 谷口・前掲注(43) 157-173頁。ドイツにおける「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区別した課税上の取扱いについて詳しく論じられている。また、植松守雄「講座・所得税法の諸問題(第14回)」税経通信42巻11号(1987)51-53頁。ドイツの匿名組合の税務判例を取り上げたものとして、村井正「匿名組合契約(Ⅱ)」税務弘報31巻4号(1983)93-96頁。

(57) 谷口・前掲注(43) 158頁。

(58) 「資本財産所得」を列挙しているドイツ所得税法20条1項は、その4号で「営業に対する匿名組合員としての参加及び共算的消費貸借(partiarisches Darlehen)から生ずる収入。ただし、当該組合員又は貸主が、共同事業者とみなされる場合はこの限りではない。」と規定し、典型的匿名組合の所得は資本財産所得として、非典型的匿名組合の所得は共同事業所得として課税するとしている。谷口・前掲注(43) 158頁。

の国内事業所が匿名組合員の恒久的施設として課税される⁽⁵⁹⁾。

租税条約上は、典型的匿名組合員の所得については、上記3のとおり、原則として「利子」と取り扱われるが、非典型的匿名組合員の所得については、条約で「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とを区分して規定している場合は直接的に、それ以外の場合は配当条項又は利子条項の留保規定を介して、企業利得条項が適用される⁽⁶⁰⁾。これについてクラウス・フォーゲル・ミュンヘン大学名誉教授は、「ドイツ租税条約が OECD モデル租税条約に準拠しているという点において、パートナーシップに関連したパラ 28 及び 29 において検討した原則は、ドイツが締結している租税条約の下では、ドイツ法により組成され、国内課税上、匿名組合員が『無限責任』組合員（‘full’ partner）として取り扱われる『非典型的』匿名組合（‘atypical’ silent partnership）にも適用される（…）。すなわち、匿名組合員の持分（interest）が内在している営業者企業の恒久的施設は匿名組合員の恒久的施設にもなると結論付けなければならない、ということの意味する（…）。但し、この原則は、租税条約が『非典型的』匿名組合について別段の規定を定めている場合には適用されない（…）。なお、ドイツ租税条約は、通常は典型的匿名組合から受領する分配金を配当とみている。もし、そのように規定されていなければ、OECD モデル租税条約 11 条が意味する利子として取り扱われる（…）。」と述べている⁽⁶¹⁾。

したがって、ドイツにおける匿名組合の取扱いは国際的にも容認されていると考えられる。

5 小括

OECD モデル租税条約における「利子」は「すべての種類の信用に係る債権

(59) 谷口・前掲注 (43) 165 頁。典型的匿名組合についてはドイツ所得税法 49 条 1 項 5 号 a に規定され、非典型的匿名組合については同項 2 号 a に規定されている。

(60) 谷口・前掲注 (43) 172 頁。

(61) Klaus Vogel supra note 49 Article 7 para 40 (p.419)。

(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」と定義されており、匿名組合分配金は、その性格に基づいて判定すれば、租税条約上の「利子」に該当する場合があると考ええる。

匿名組合の母国であるドイツにおいては、課税上、匿名組合を「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分し、租税条約上は、典型的匿名組合員の所得は「利子」又は「配当」として、非典型的匿名組合員の所得は営業者の国内事業所が匿名組合員の恒久的施設として課税される。これは、租税条約における匿名組合分配金は一律に取り扱う必要はなく、匿名組合の区分と匿名組合分配金の性格により、租税条約の適用条項を区分することが可能であることを示している。

匿名組合に係るドイツの課税上の取扱いは、我が国の税務における「匿名組合」及び「匿名組合分配金」の課税上の取扱い全般において採用することが可能であると考ええる。

Ⅲ PE 認定事案と非典型的匿名組合

東京地判平成 17 年 9 月 30 日（平成 15 年（行ウ）第 529 号）について、ドイツにおける「非典型的匿名組合」の考え方が我が国の国際税務の分野において採用されるべき事例であるという観点から検討し、「国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）である」と認められる場合の要件について考察する。さらに「企業グループ内での匿名組合」における恒久的施設の考え方についても考察する。

1 東京地判平成 17 年 9 月 30 日

（1）事件の概要

米国の企業グループの一員であるオランダ法人 A 社（原告）は、B 社（営業所）が日本で行う企業グループの製品を輸入販売する事業（以下「本件事業」という。）を対象とする匿名組合契約（Silent Partnership Agreement：以下「本件契約」という。）に基づき、A 社の匿名組合出資金（約 9 億円）と B 社の資本金（約 1 億円）の出資比率を利益の分配比率（9：1）として、4 期分計約 44 億円の匿名組合分配金（以下「本件匿名組合分配金」という。）を B 社から受領した。

課税庁は、A 社は、B 社と共同して本件事業を行っており、B 社の事業所は A 社の恒久的施設であり、本件匿名組合分配金は A 社の恒久的施設に帰属する所得であるとして課税した。

（2）主な争点

- イ 本件契約は、商法上の匿名組合契約であるか、民法上の組合契約か⁽⁶²⁾。
- ロ 本件匿名組合分配金は、日蘭租税条約 8 条の「企業の利得」か、それとも 23 条の「その他所得」か。

（3）裁判所の判断

(62) 国側は、A 社と B 社の共同事業性から A 社の恒久的施設の存在を明確にするために、本件契約は民法上の組合契約であると主張した。

裁判所は、以下のとおり判示し、国側の主張⁽⁶³⁾は採用できないとして、課税処分を全部取り消した。

イ 「本件契約の締結の大きな目的が税負担の回避にあるとしても、本件契約は、匿名組合契約であると認めざるを得ない。」

ロ 「匿名組合契約に基づき内国法人である営業者から外国法人である匿名組合員に支払われる分配金については、匿名組合では、匿名組合員が恒久的施設を通じて事業を行っているわけではないので、同項（日蘭条約 8 条 1 項）に該当せず、そのほか、日蘭租税条約 7 条から 22 条に掲げる所得のいずれにも該当しない。したがって、上記分配金は、日蘭租税条約 23 条に規定する『一方の国の居住者の所得で前諸条に明文の規定がないもの』に該当するというべきである。」

（4）問題点

本件において本来争点となるべきは、A 社が日本国内に恒久的施設（PE）を有するか否かであり、本件匿名組合分配金はその恒久的施設（PE）に帰属するか否かであると考えられる。恒久的施設（PE）の有無は、契約関係ではなく事実関係である。ここで問題となっている匿名組合は、匿名組合員と営業者との資本出資に基づく支配・被支配という関係を考慮すれば、商法上の類型でいうと「業務執行参加型・非典型的匿名組合」、ドイツ課税上の区分でいうと「非典型的匿名組合」に該当するものと考えられる。そうすると、A 社は日本国内に恒久的施設（PE）を有し、本件匿名組合分配金はその恒久的施設（PE）に帰属すると考えられる。

以下ではこの点について考察することとする。

2 恒久的施設の意義

匿名組合であるからといって直ちに外国匿名組合員の恒久的施設は我が国

(63) 本件契約に基づく分配利益は、原告が日本国内に有する恒久的施設を通じて日本国内で行った本件事業から生じた所得であり、そのすべてが本件恒久的施設に帰属する、という主張。

にはないと判断されるべきものではないという観点から、恒久的施設の意義について検討する。

(1) 租税条約上の「恒久的施設」

我が国は、日蘭租税条約も含め、OECD モデル租税条約を範として租税条約を締結しているが、OECD モデル租税条約における「恒久的施設」とは、支店、事務所等「事業を行う一定の場所」で、企業がその事業の全部又は一部を行うものをいう、とされている（同モデル条約 5 条 1 項）。これについて、同モデル条約 5（恒久的施設）コメンタリーでは、「事業を行う場所」について、次のように述べている。

『事業を行う場所』という用語は、企業の事業を行うために使われる一切の建物、設備又は装置（それらがもっぱらその目的のために使われるか否かを問わない）を含む。事業を行う場所は、企業の事業を行うために利用され又は要求される建物がなく、単に、企業の自由になる一定の広さの場所を有するに過ぎない場合にも存在し得る。建物、設備又は装置が企業によって所有され、賃貸され又はその他の方法で自由になるのかは重要ではない。それ故に、事業を行う場所は、市場の中の一角や（関税対象物品の保管のための）保税地域の恒久的に使用される特定の場所であるかも知れない。また、事業を行う場所は、他の企業の事業施設の中にも存在し得る。これは例えば、外国企業が、他の企業の所有する建物又はその一部分を常に利用しているときにいえる。⁽⁶⁴⁾「上述の通り、ある企業が、事業活動に用いるための、自身の自由になる一定の広さの場所を有するという単なる事実は、事業を行う一定の場所となるのに充分である。それ故、当該場所を使用する形式的な法的権利は要求されていない。したがって、例えば、ある企業が、その事業を行う場所を不法占拠していた場合にも、恒久的施設は存在し得る。」⁽⁶⁵⁾

(64) OECD モデル租税条約 5 条コメンタリー・バラ 4。

(65) OECD モデル租税条約 5 条コメンタリー・バラ 4.1。

例えば、「ホテル内賃借事務所」でも事業所になり得るのである⁽⁶⁶⁾。

(2) 国内「にある」ということ

「恒久的施設」は、自ら物的施設を「所有」しているかどうかは問わない。したがって、仮に、匿名組合契約において匿名組合員と営業者が共同して事業を行っていると思われる状況下であれば、物的施設が共同事業の営業者の「所有」に属するものであっても、それが「事業を行う一定の場所」として機能している以上、第三者から事務所を借りているのと同様であり、営業者の有する事業所は匿名組合員の有する事業所にも該当することになる。恒久的施設は、国内「にある」という事実が要求されているのであって、匿名組合契約等により形式的な法的権利を付与されているか否かまでは要求されていないのである。

3 国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）となる場合

匿名組合は、少なくとも、次のいずれかに該当する場合には、営業者の行う事業は匿名組合員の行っている事業そのものでもあり⁽⁶⁷⁾、したがって、営業者の有する事業所は匿名組合員の有する事業所でもある、すなわち、匿名組合員にとって利益を生み出す事業拠点として機能している⁽⁶⁸⁾、とみるべきである。

(1) 匿名組合員が営業者の行う事業の業務執行に関与している事実がある場合

営業者の行う事業の業務執行に匿名組合員が実際に関与している事実があれば⁽⁶⁹⁾、その匿名組合契約は、匿名組合員には自らが業務を執行する権

(66) OECD モデル租税条約 5 条コメンタリー・パラ 5.2。

(67) 匿名組合は民法組合を企業活動により適した形に加工した共同事業形態の一つであるとされる（平出・前掲注（11）322-323 頁、西原・前掲注（12）175 頁）。

(68) 事業所の人件費等の諸経費は、営業者の利益の計算上控除されるので、匿名組合員も事業活動に必要なコストを負担することになる。

(69) 匿名組合員が、単なる匿名出資者の地位にとどまっている場合、すなわち、①営業者の業務執行に一切関与していない、また、②いかなる形であれ営業者の業務執行に関与できる権利が確保されていない、という場合には、広い意味での共同事業者には該当しても、基本的には、営業の成果を期待して営業利益の分配請求権を有

利又は営業を代表する権利はないとする商法の規定（商 542・156）に反する契約となる⁽⁷⁰⁾。その契約は、組合員に業務執行権限があるという点で民法上の組合に著しく接近し⁽⁷¹⁾、商法上の「典型的匿名組合」とは質的な差異を示すことになる⁽⁷²⁾。この場合は、匿名組合員は単なる出資者とは認められず、営業者と匿名組合員の共同の意思形成が存在すると考えられ⁽⁷³⁾、営業者が行う匿名組合事業は、営業者と匿名組合員との共同事業としての性格が強い⁽⁷⁴⁾、ということができる。

「事業を行う一定の場所が国内にあるかどうか」については、条約相手国企業が国内に事業拠点をもって事業活動を行うことにより利益を得た場合には、自国企業と同様の課税に服せしめる、との基本的考え方にたって判定すべきである。すなわち、匿名組合員による匿名組合事業への関与が、単なる投資家あるいは資金提供者という立場というよりはむしろ、自ら事業のリスクとリターンの多寡に責任をとって事業参画している場合と本質的に違いがないかどうか、を判断基準とすべきである⁽⁷⁵⁾。

- (2) 匿名組合員が営業者に対する資本出資者でもあり、資本出資を通じて営業者を「支配」することにより行使可能な業務執行権限を保持している場合

外国企業が日本で事業活動を行う場合の進出形態としては、子会社形態（資本出資）と支店形態とがある。子会社形態の場合には内国法人として子会社自体が我が国の法人税の課税対象となり、支店形態の場合には支店

する単なる投資家の立場に過ぎないので、国内営業者の有する事業所をもって匿名組合員の PE でもある、とは言い難いであろう。

- (70) 商法においても、有限責任の匿名組合員に業務執行権限を付与する匿名組合も成立するとされている（前掲注（35）参照）。
- (71) これを非典型匿名組合契約と類型化するか、民法上の組合契約と性格づけるかは、恒久的施設（PE）の有無の判定という局面においてはあまり意味をなさないと考えられる。
- (72) 篠田・前掲注（28）89 頁。
- (73) 篠田・前掲注（28）77 頁。
- (74) 篠田・前掲注（28）89 頁。
- (75) この場合、出資者の契約上の責任の度合い（有限責任であるか無限責任であるか）は考慮すべき要素とはなり得ないと考える。

が外国法人として我が国の法人税の課税対象となる。子会社形態で進出した場合、その外国親会社は、支店形態の場合における本社の立場と同様、支配株主として子会社の日本での事業活動に能動的に関与する立場を維持しているのであるから、次のとおり、単なる一般投資家・出資者とは異なることを認識する必要がある。

イ 資本出資を通じた匿名組合員と営業者との支配従属関係の存在

匿名組合員が営業者に対する資本出資者でもあり、資本出資を通じて営業者を支配している場合には⁽⁷⁶⁾、匿名組合員は、契約上は営業者に対する監視権しかないとしても、一方の資本出資のルートにより、支配会社（匿名組合員）として、具体的に指示したり、役員を派遣したりするなどにより、従属会社（営業者）の業務執行に能動的に関与することが可能である。この場合は匿名組合契約に業務執行に関与できる特約条項があるのと何ら変わりがない。これは、匿名組合員（支配会社）側からみれば、匿名組合出資と資本出資とを通じて営業者（従属会社）に資金を提供し、営業者の事業拠点を通じて日本で「一つの事業」を行っているということができ、営業者（従属会社）側からみれば、資本出資ルートについては子会社として、匿名組合出資ルートについては支店として、その有する事業所を通じて事業を行っているということが出来る⁽⁷⁷⁾。すなわち、資本出資を通じた匿名組合員と営業者との支配従属関係の存在こそが営業者の事業拠点が匿名組合出資者の事業拠点でもある証左である、ということが出来る。さらに、匿名組合員の行う事業と営業者の行う事業に密接な関連がある場合、例えば、前者が製造した製品を後者が販売する、という関係にある場合には、営業者の事業拠点は、匿名組合員が行う事業の一部を構成していることがより明白となる。また、匿

(76) 支配は必ずしも完全支配である必要はないと考える。支配力が及ぶという意味では、同族会社の判定基準や過少資本税制における国外支配株主等が参考になるであろう。

(77) この考え方によれば、親子会社間でいわゆる「共算的消費貸借契約」が締結されている場合も同様の取扱いになるものと考えられる。

名組合員（支配会社）が営業者（従属会社）に多額の匿名組合出資を行っているのは、資本出資ルートによる堅い絆があるからであり、単なる出資者という立場では、そのような多額な出資は大きなリスクを伴うので容易に行い得るものではないと考える。

このような見方をしないと、外国企業が日本に事業拠点を設けて事業を行おうとする場合、所要資金の1%を資本出資（子会社設置）とし、残りの99%を匿名組合出資とする投資形態にすれば、その外国企業が日本に事業拠点をもって稼得した利益は、わずか1%しか我が国で課税されないということになってしまう。これは、日本に事業拠点を設けて事業を行おうとした外国企業の事業参加意思や事業の実態とは大きくかけ離れた結果ということになる。

ロ 「資本出資者」かつ「匿名組合員」という立場—OECDモデル租税条約5条7項との関係—

ところで、OECDモデル租税条約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内において事業（恒久的施設を通じて行われるか否かを問わない。）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されない。」と規定している。この規定の趣旨は、子会社であっても、独立した法実体として捉え、その子会社が独立企業として自ら事業活動を行った結果として稼得した所得に対して課税することで足り、仮に関係会社との間の取引対価が独立企業間価格でなされていない場合には、独立企業間価格で取引が行われたものとしてその子会社に課税することとされているからである（同モデル条約10条）。

このような場合であっても、例えば子会社が親会社のために、いわば親会社の手足となって活動しているような場合には、その子会社は親会社の恒久的施設（PE）とされ、親会社が稼得した所得に対して課税されることとなる。また、子会社は子会社として稼得した所得に対して課

税が行われる。

匿名組合の場合は、資本出資者としてだけではなく、別途匿名組合員としての出資の事実があるため、匿名組合員としてみた場合に日本に事業所を有していることになるかどうかについて焦点をあて、その判断にあたって資本関係を考慮しているに過ぎないのであり、資本関係があることのみをもって匿名組合員の PE が営業者の事業所にあると認定しているものではない。したがって、同モデル条約5条7項に何ら反するものではない。

4 「企業グループ内での匿名組合」における恒久的施設 (PE) の考え方

外国企業グループの日本拠点として設立された内国法人は、多くの場合企業グループの世界戦略の一環として設立されている。例えば、全世界で製品を製造販売する企業グループは、その中核企業が世界戦略を企画し、その戦略に応じて、製造拠点、地域統括会社、販売拠点等の機能を有した拠点を全世界に設立している。この場合、日本拠点である内国法人が外国のグループ企業（例えば、企業グループの資金運用会社）と匿名組合契約を締結して匿名組合出資を受けていても、その外国匿名組合員は、国内営業者の業務執行に「直接」関与しておらず、また、資本出資者として国内営業者を「直接」支配している関係にはない、ということもあり得る。

しかしながら、恒久的施設 (PE) が日本にあるか否かの判定においては、国内営業者は製品の販売を行う事業所が国内にあるので、この営業者の事業所は外国匿名組合員にとっても国内「にある」事業所となるか否か、という問題に絞られる。営業者の事業所が匿名組合員の事業所としても「機能」しているか、すなわち、営業利益の分配を得るための事業拠点として存在しているかどうかが重要である。

この点については、次のような事実があれば、外国匿名組合員の事業所 (PE) の有無の判定においては、上記3 (2) の変型に過ぎず、匿名組合員は、資本出資を通じて営業者に対する支配従属関係を有している。すなわち、営業者

の事業所は匿名組合員の事業所（PE）でもある、と認められると考える。

- (1) 営業者は外国企業グループの日本における事業拠点として設置・存在していること

例えば、ある企業グループは、A 製品の製造・販売を中核事業とする企業群であり、世界の販売市場を一定地域に区分し、各販売地域を直接・間接被支配会社に担当させるという方針を採り、この方針に基づき、基本的には A 製品の販売という同一事業をグローバルビジネスとして行うために、世界各国に社名又はブランド名を商号の一部に含む直接・間接被支配会社を設立しているとする⁽⁷⁸⁾。日本拠点法人は、このような子会社（孫会社）の一つとして日本における A 製品の販売のために設立されたものであって、A 製品を輸入・販売する事業以外の事業は行っていない。

このような場合は、日本拠点法人は、企業グループの日本における事業活動の拠点として設置・存在しているといえることができる。

- (2) 外国企業グループの資本出資に基づく営業者に対する支配従属関係を通じて行使可能な業務執行権限は匿名組合員にもそのまま引き継がれていること

企業グループの中核企業は、直接・間接的な資本出資を通じて営業者である日本拠点法人を完全に支配し、この支配従属関係を通じて、営業者に具体的に指示したり、役員を派遣したりするなどにより、その業務執行に能動的に関与する手段を確保している。この支配従属関係を通じた業務執行に能動的に関与する手段の確保こそが、企業グループ（の中核企業）における営業者が行う日本の事業への能動的な参加意思を表すものにほかな

(78) 商法 537 条は「自己の商号等を使用させる匿名組合員の責任」として「匿名組合員カ其氏若クハ氏名ヲ営業者ノ商号中ニ用キ又ハ其商号ヲ営業者ノ商号トシテ用ユルコトヲ許諾シタルトキハ其使用以後ニ生シタル債務ニ付テハ営業者ト連帯シテ其責ニ任ス」と規定している。これについては、「名板貸し（商 23）と同じ趣旨に基づくものであるが、誤認は要件とされており、責任を負う範囲が広い。これは、匿名組合における営業者の営業は実質的に匿名組合員と営業者の共同事業だからである。」と説明されている（弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法』195 頁（有斐閣、1998））。

らない。通常は、営業者の代表者や役員はグループの中核企業から派遣されているが⁽⁷⁹⁾、匿名組合員が営業者の業務執行に実際に関与しているかどうかは問題ではなく、いつでも関与できる関係が維持されているかどうか重要である。

営業者である日本拠点法人を通じて日本で能動的に事業を行う意思を有する企業グループの中核企業は、直接・間接的に完全支配する法人（外国親会社）を通じた資本出資ルートによって営業者である日本拠点法人を完全支配する一方、これも直接・間接的ではあるが完全支配するもう一つの法人（外国匿名組合員）を通じて匿名組合出資の形態で営業者である日本拠点法人に出資している。すなわち、営業者の外国親会社及び外国匿名組合員は、いずれもグループの中核企業によって間接的に完全支配され、グループの中核企業の意味で、一方は資本出資者、他方は匿名組合員となったのであり、営業者である日本拠点法人を通じて日本で事業を行うことについて両社には共通の意思が働いていると言うことができる。すなわち、企業グループの中核企業の資本出資に基づく支配従属関係を通じて行使可能な日本拠点法人（営業者）に対する業務執行権限は、外国匿名組合員にもそのまま引き継がれているのである。

以上のとおり、機能分散（役割分担）を容易に行い得る完全支配企業グループ内での匿名組合においては、企業グループの構成員である匿名組合員だけをみて、営業者に対する業務執行権限の有無を判断するのは当を得ていないのであって、「企業グループ内での匿名組合」における外国匿名組合員は、単なる匿名組合出資者という存在ではなく、企業グループの一員として営業者の事業への能動的参加意思をもつ出資者、すなわち、営業者との共同事業者としての地位を有しているとみるのが妥当である。したがって、恒久的施設

(79) 一般に、外資系企業においては、代表者や主要役員などの企業の中核ポストはエキスパッツと呼ばれるグループの中核企業からの外国人派遣社員によって占められ、日本における事業は、実質的にグループ本社の事業方針に基づいて運営・管理されている。

(PE)の有無を判断する場面においては、「企業グループ内での匿名組合」の意義・性格付けが重要となってくるのであり、「第三者間での匿名組合」の概念をそのまま当てはめることは相当でないと考える。

5 小括

少なくとも、①外国匿名組合員が営業者の行う事業の運営（業務執行）に関与している事実がある場合、又は②匿名組合員が営業者に対する資本出資者でもあり、資本出資を通じて営業者を「支配」することにより行使可能な業務執行権限を保持している場合には、匿名組合契約において匿名組合員に業務執行権限が付与されていないとしても、匿名組合員は、単なる匿名組合出資者という存在ではなく、営業者と共同事業を行っているとみるべきであり、国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）あると認められ、匿名組合分配金はPE帰属所得となると考えられる。

さらに、「企業グループ内での匿名組合」においては、①営業者は外国企業グループの日本における事業拠点として設置・存在していること、及び②外国企業グループの資本出資に基づく営業者に対する支配従属関係を通じて行使可能な業務執行権限は匿名組合員にもそのまま引き継がれていること、という事実があれば、匿名組合員は、資本出資を通じて営業者を「支配」する企業グループの一員として営業者との共同事業者としての地位を有しているとみるべきであり、匿名組合分配金は外国匿名組合員の国内PEに帰属する所得と認められると考える。

このような考え方は、ドイツの「非典型的匿名組合」の課税上の取扱いと同様であると考えられる。

IV 国際税務における「匿名組合分配金」の取扱い

我が国の商法上の匿名組合の類型もドイツ課税上の匿名組合の区分も、現実の匿名組合の多様性に着目しているということでは相通ずるところがある。国際税務の分野における「匿名組合分配金」の課税関係を実態に即して整理するという目的からは、我が国においても匿名組合を「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分して取り扱うことが合理的である。そこで、匿名組合分配金を性格付ける「営業者と匿名組合員の関係」に着目し、商法上の匿名組合の類型を税務上は「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」の区分に振り分け、この区分に応じて「匿名組合分配金」に対する租税条約の適用関係を整理する。また、「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」の区分のメルクマール、及び「企業グループ内での匿名組合」に係る匿名組合分配金の課税関係についても考察する。

1 商法上の匿名組合類型の税務上の区分

国内税務においては、「典型的匿名組合」・「非典型的匿名組合」という用語こそ用いていないものの、実質的には匿名組合所得の課税においてこの区分を採用していると考えられる。これについて検討した上で、商法上の3つの匿名組合類型について、「営業者と匿名組合員の関係」に着目して、税務上の「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに振り分けることとする。

(1) 国内税務における匿名組合分配金の取扱い

ドイツでは、匿名組合員が純粋な出資者に過ぎないような匿名組合を「典型的匿名組合」、匿名組合員が共同事業者と認められるような匿名組合を「非典型的匿名組合」としているが、所得区分による課税方式を採用している我が国の所得税の取扱いは、これと同様の考え方を採っていると考えられる。

所得税法基本通達旧 36・37 共-21 は、匿名組合員の所得について、「匿名組合の組合員が当該組合の営業者から受ける利益の分配は、当該営業者の営業の内容に従い、事業所得又はその他の各種所得とする。ただし、営業の利益の有無にかかわらず一定額又は出資額に対する一定割合により分配を受けるものは、貸金の利子として事業所得又は雑所得とする。」と規定していた。この理由については、「匿名組合契約により組合員が受ける利益の分配は、その営業の内容に従って事業所得その他の所得として課税するのであるが、匿名組合契約といっても、その実体が消費寄託契約や消費貸借契約に非常に近いものもあるので、利益の有無にかかわらず一定額又は出資額に対する一定割合によって分配を受けるものは、組合の利益を分配したとみるよりも貸金の利子とみられるので、その出資する行為が組合員の事業として行われているかどうかにより、事業所得又は雑所得とするものである。」と説明されていた⁽⁸⁰⁾。すなわち、所得税においては、匿名組合分配金を「営業者の営業の内容」をそのまま反映するものと「貸金の利子」となるものとに区分して取り扱うこととしていたのである⁽⁸¹⁾。この所得税法基本通達 36・37 共-21 は平成 17 年 12 月 26 日付で次のように改正された。

「匿名組合契約（商法 535 条《匿名組合契約》の規定による契約をいう。…）を締結する者で当該匿名組合契約に基づいて出資をする者（…）が当該匿名組合契約に基づく営業者から受ける利益の分配は雑所得とする。／ただし、匿名組合員が当該匿名組合契約に基づいて営業者の営む事業（…）に係る重要な業務執行の決定を行っているなど組合事業を営業者と共に経営していると認められる場合には、当該匿名組合員が当該営業者から受ける利益の分配は、当該営業者の営業の内容に従い、事業所得又はその他の

(80) 高倉明＝高橋一郎＝加藤裕福『所得税基本通達逐条解説』354 頁（大蔵財務協会、2004）。

(81) 所得税における匿名組合分配金の所得区分について考察したものと、酒井克彦「匿名組合契約に基づく分配金に係る所得区分—いわゆる航空機リース事件の検討を契機として—」税大ジャーナル 2 号 96-116 頁（2005）。

各種所得とする。」

この改正は、特に内容を変更したものではないと考えられるが、旧通達とは原則と例外とを逆転させ、例外については、匿名組員が「組合事業を営業者と共に経営していると認められる場合」と明記していることが特徴である⁽⁸²⁾。これは、まさにドイツの「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」との区分に合致するであろう。

また、法人税の取扱いにおいても、「組合事業に係る損失がある場合の課税の特例」としてではあるが、平成17年度税制改正において、民法上の組合契約、匿名組合契約等の法人組員（組合事業に係る重要な業務の執行の決定に関与し、契約を締結するための交渉等を自ら執行する法人組員を除く。）の組合損失額についての規定が創設された（措法67の12、措令39の31）。その概要は、「①組合債務を弁済する責任限度が実質的に組合財産の価額とされている場合等には、組合損失額のうち出資の価額を基礎として計算した金額を超える部分の金額は、損金の額に算入しない。②組合事業が実質的に欠損とならないと見込まれる場合には、組合損失額の全額を損金の額に算入しない。／なお、①及び②により損金算入されなかった組合損失額は、翌事業年度以後の組合利益額を限度として損金の額に算入する。」⁽⁸³⁾というものである。すなわち、匿名組合であっても、「組合事業の重要な業務執行に関与する匿名組員」と「出資額以上のリスクを負わない匿名組員」とを区分し、組合損失の課税上の取扱いに差を設けるこ

(82) 旧通達については、「匿名組員が事業者でその出資が事業の一環としてされている場合には事業所得」と考えられるが、「このような場合、匿名組員は単なる出資者にとどまらず、営業者との間で実質的に共同事業者としての役割を果たしているとみられる場合もあるが、そのような場合でも、上記の所得区分は、その共同事業者としての側面に着目するのではなく、その出資が当該匿名組員の事業遂行の一環として行われていることに着目し、そのような性格をもった出資のリターンとして生ずる所得ということから、これを事業所得として解釈するという考え方である。」と説明されていた（植松守雄編著『注解所得税法〔四訂版〕』62頁（大蔵財務協会、2005）。新通達は「共同事業者としての側面」に着目しているように見える。

(83) 財務省大臣官房文書課編『ファイナンス別冊平成17年度税制改正の解説』29頁、269-280頁（大蔵財務協会、2005）。

としたのである⁽⁸⁴⁾。これをドイツの区分に当てはめれば、前者が「非典型的匿名組合」、後者が「典型的匿名組合」ということになる。

以上のとおり、我が国の税務においても実質的には「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とを区分することとしており、この区分が今後は定着していくものと考えられる。

(2) 消費貸借型匿名組合及び業務執行参加型・非典型的匿名組合

上記(1)の国内税務における匿名組合所得の区分の考え方は、商法上の消費貸借型匿名組合と業務執行参加型・非典型的匿名組合との区分にも合致する。すなわち、次のとおり、商法上の消費貸借型匿名組合＝税務上の「典型的匿名組合」、商法上の業務執行参加型・非典型的匿名組合＝税務上の「非典型的匿名組合」、という図式が成立すると考える。

イ 消費貸借型匿名組合

消費貸借型匿名組合の具体例としては、消費貸借又は消費寄託との区別が問題となった「保全経済会」等の僭称匿名組合⁽⁸⁵⁾や「勤業経済事件」⁽⁸⁶⁾のケースが考えられる。所得税において消費寄託契約や消費貸借契約に近い匿名組合契約に係る利益の分配を「貸金の利子」と取り扱うこととしていたような匿名組合は、商法上は消費貸借型匿名組合に分類されることになり、この場合は、匿名組合員は純粋な出資者に過ぎないので、税務においては「典型的匿名組合」に区分されるであろう⁽⁸⁷⁾。

(84) ただし、「匿名組合契約における匿名組合員は、法律上組合事業の業務執行を行うことが禁じられており(商 542、156)」おのずと本制度の対象組合員に該当する旨説明されている(財務省・前掲注(83) 271頁)。

(85) 経緯については、植松守雄「講座・所得税法の諸問題(第10回)」税経通信 42巻 6号(1987) 59-60頁、増井良啓「組合形式の投資媒体と所得課税」日税研論集 44号(日本税務研究センター、2000) 113-115頁。

(86) 最二小判昭 32.10.27・前掲注(14)。

(87) 水野忠恒教授は、「出資額に対して一定割合により分配を受ける場合は、営業者の営業の成果いかんにかかわらず分配を受けるのであるから、営業に参加しているとはいえず、匿名組合類似の事業形態ではないかと思われる。この場合の出資関係は、事実によっては、むしろ、消費貸借とみるべきであるとも考えられる。」と述べている(水野・前掲注(9) 331-332頁)。しかし、実務上は、当事者が「匿名組合契約」

また、法人税において「組合事業に係る損失がある場合の課税の特例」の対象とされる、匿名組合員が匿名組合事業の重要な業務執行に関与せず、出資額以上に損失リスクを負わないような匿名組合も同様と考える。

ロ 業務執行参加型・非典型的匿名組合

匿名組合員の所得（＝匿名組合分配金）が営業者の営業内容を反映する「事業所得」の性格を持つ匿名組合や匿名組合員が組合事業に係る重要な業務の執行の決定に関与しているような匿名組合は、営業者と匿名組合員との共同事業性があると考えられ、商法上の類型である業務執行参加型・非典型的匿名組合といえることができる。この場合は、税務においては「非典型的匿名組合」に区分されると考えられ、上記Ⅲで検討したとおり、国際税務においては、国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）に該当する、と整理されるべきであると考えられる。

なお、平成 17 年度税制改正では、民法上の組合等⁽⁸⁸⁾については、国内に「(組合) 事業を行う一定の場所」を有することを前提として、民法組合契約等を締結している組合員である外国法人等は、その組合事業から生じた利益の分配を受ける際に源泉徴収課税され（所法 161 の 2、所法 212）⁽⁸⁹⁾、その後 PE に係る申告納税することとされており、「非典型的匿名組合」はこれとほぼ同様の取扱いとなろう⁽⁹⁰⁾。

(3) 財産参加型・非典型的匿名組合

商法上の消費貸借型匿名組合と業務執行参加型・非典型的匿名組合は、

を標榜している契約を「消費貸借契約」と認定することは容易ではないであろう。

- (88) ここでいう「民法組合契約等」には匿名組合契約は含まれない（所令 281 の 2）。
- (89) 民法組合契約等を締結している組合員である外国法人等は、国内で行う組合事業（共同事業）に係る PE を有しているので、従来から自らに分配される利益について申告納税することとなっていたが、今後は、源泉徴収課税のうえ申告納税することとされた。
- (90) ただし、民法組合契約等に基づく分配については、その計算期間の末日の翌日から 2 月を経過する日までに金銭等の交付がされない場合には、同日において支払があったものとみなして源泉徴収課税されることとなるが（所法 212 ⑤）、匿名組合分配金については、そのような規定がないので、実際の支払があるまでは源泉徴収課税されない。

「営業者と匿名組合員の関係」に着目した類型と考えられるが、財産参加型・非典型的匿名組合は、営業者が保有する財産に着目した類型と考えられる。財産参加型・非典型的匿名組合についても「営業者と匿名組合員の関係」に着目すると、次のように考えられる。

例えば、海外の投資ファンドが我が国における不良債権や不動産に投資することを目的とする SPC（ペーパーカンパニー）を設立し、SPC を営業者とする匿名組合契約を投資家と締結するケースがある⁽⁹¹⁾。匿名組合員は、法的には投資対象資産を直接保有してはいないが、営業者 SPC が保有することとなる資産からの収益を得ることを目的として匿名組合出資し、営業者は、匿名組合出資を元手に投資対象資産を購入し、その資産の運用又は譲渡に係る所得をそのまま匿名組合員に分配する。このような匿名組合は「財産参加型・非典型的匿名組合」と考えられる。この場合の営業者 SPC における匿名組合事業は、不良債権の買取・回収事業や不動産の賃貸及び売買事業に限定され、またノンリコースローンや保険等の手当てにより、実質的にも匿名組合員が匿名組合出資以上のリスクを負うことはない仕組みになっている⁽⁹²⁾。

このような匿名組合を利用した投資ファンドについては、ファンドの組成者も匿名組合員となることが多いが、この場合は一般投資家である匿名組合員とファンドの組成者である匿名組合員とは区別して考える必要がある⁽⁹³⁾。

一般投資家である匿名組合員は、投資対象資産の収益力に投資価値を見出して出資するのであるが、投資対象資産の選定や運用等はファンド組成者に一任し、匿名組合契約という形式においても営業者 SPC における仕組

(91) 渡辺・前掲注(5) 19-20頁。

(92) 通常は、資産購入のための SPC による追加資金はノンリコースローンにより調達され、また、資産に係る損害賠償等についても保険によりカバーするなど、匿名組合員に出資額以上の責任が及ぶことはない。

(93) 匿名組合契約は、営業者と匿名組合員の 1 対 1 の契約であるから、その契約ごとに区分して取扱うことが可能であると考える。

みにおいても匿名組合出資以上のリスクを負うことはない。したがって、一般投資家と営業者 SPC との関係においては、商法上の消費貸借型匿名組合＝税務上の「典型的匿名組合」に該当すると考えられる。

一方、ファンドの組成者は、匿名組合員であると同時に、SPC である営業者に代わり、投資対象となる不良債権や不動産の選定（評価）や売買交渉を行い、また不良債権の回収業務や家賃収入の管理業務を行っている。ファンドの組成者と営業者 SPC の関係においては、商法上の業務執行参加型・非典型的匿名組合＝税務上の「非典型的匿名組合」が成立していると考えられる。

すなわち、商法上の類型である財産参加型・非典型的匿名組合は、営業者と匿名組合員との関係に着目することより、上記のとおり、税務上は典型的匿名組合と非典型的匿名組合に区分することができる考える。

2 「匿名組合分配金」に対する租税条約の適用条項

「匿名組合分配金」に対して租税条約を適用する場合は、これを一律に取り扱う必要はなく、租税条約に「匿名組合分配金」について明確に規定されている場合を除き、匿名組合分配金の性格により適用条項を区分することが可能である。具体的には、匿名組合を「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分し、その区分に応じて次のように分類することができる。

(1) 「典型的匿名組合」に係る匿名組合分配金

「典型的匿名組合」に係る匿名組合分配金は、「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」、すなわち「利子」（OECD モデル租税条約 11 条 3 項）に該当する。

この場合は、恒久的施設（PE）の有無にかかわらず源泉徴収課税されることになる。条約上、源泉地国における「利子」の課税に限度税率が定められている時には、その限度税率が適用される。但し、匿名組合員が国内に PE を有し、その PE に匿名組合分配金が帰属する場合には「企業利得条項」（同モデル条約 7 条）が適用される（同モデル条約 11 条 4 項）。

(2) 「非典型的匿名組合」に係る匿名組合分配金

外国匿名組合員（法人又は個人事業者）が営業者の事業について業務執行権限を行使するなど、匿名組合出資に係る信用リスクにとどまらず、匿名組合事業に係る事業リスクも負っているような「非典型的匿名組合」に係る匿名組合分配金は、その実態に着目すれば、租税条約上の「利子」の定義には該当しないであろう。この場合は、Ⅲで検討したとおり、営業者の国内事務所が匿名組合員の恒久的施設(PE)に該当することになるため、外国匿名組合員は、匿名組合分配金について「PEに帰属する企業の利得」として総合課税されることになる。

なお、例えば、外国の主婦、学生、サラリーマン等の自分では企業活動を行っていない個人が「非典型的匿名組合」の外国匿名組合員となっている場合があるかもしれない。これらの個人は、非典型的匿名組合の組合員である限りにおいては、匿名組合員として業務執行に関与し、営業者の事業リスクも負っていると認められるのであるから、その受領する匿名組合分配金は、営業者との共同事業の結果分配されているのであり、「PEに帰属する企業の利得」として課税されることになる⁽⁹⁴⁾。

すなわち、租税条約に明文の規定がない場合における、商法における匿名組合の類型、税務上の匿名組合の区分及び匿名組合分配金の所得の種類を対比をすると次の表となる。

(94) OECD モデル租税条約 3 条コメンタリー・パラ 4 は、『『企業』という用語はあらゆる事業の遂行に適用されると規定されている。『事業』という用語には自由職業その他の独立の性格を有する活動が含まれると、明文により定義されていることから、当該用語の国内法令における意味にかかわらず、自由職業その他の独立の性格を有する活動は企業とされると考えなければならないことは、明らかである。』としている。また、現在 OECD モデル租税条約 14 条は削除されているが、かつては「自由職業所得」について規定し、個人が独立して行う事業活動について、「企業の利得」と同様に固定的施設帰属基準を定めていた。現在の 14 条コメンタリーは、「第 14 条の削除により、自由職業その他の独立の性格を有する活動から生ずる所得は、今後、第 7 条により事業所得とされる。」としている。

【租税条約に明文の規定がない場合の匿名組合分配金の所得の種類】

商法上の類型	該当する事例	税務上の区分	租税条約における「所得の種類」
典型的匿名組合	消費貸借類似の匿名組合	典型的匿名組合	すべての種類の信用に係る債権から生ずる所得＝「利子」
消費貸借型	一般投資家が出資する匿名組合理型投資ファンド		
非典型的匿名組合	ファンド組成者が出資する匿名組合理型投資ファンド	非典型的匿名組合	PEに帰属する「企業の利得」
	業務執行参加型		

しかし、個々の課税の場面においては、匿名組合分配金はこれまで租税条約の利子条項の適用があるという解釈・運用がなされてこなかったという経緯がある。したがって、今後そのような条約解釈をする場合は、例えば、租税条約の実施に関する法令⁽⁹⁵⁾に、「租税条約の利子条項の利子の定義に『その他のすべての種類の信用に係る債権から生じた所得』と規定されている場合には、『匿名組合分配金』に対しては利子条項が適用される」旨の解釈規定を設けるなど何らかの手続的な対応を図ることが望ましい。この場合は、匿名組合分配金は、一旦は利子条項が適用されるが、事実関係として外国匿名組合員の恒久的施設が国内にあり、匿名組合契約に係る利益分配請求権がこれに実質関連すると認められる場合には、その場合に限り、いわゆる「恒久的施設に関する但書の留保」規定⁽⁹⁶⁾により企業利得条項が適用されることになる。また、時間はかかるかもしれないが、今後改訂する租税条約において、日米新租税条約や日英新租税条約のように「匿名組合分配金」について明文の規定を設けることも考えられる⁽⁹⁷⁾。

(95) 具体的には、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施行令が考えられる。

(96) 前掲注(55)参照。

(97) 租税条約実施特例法において、匿名組合分配金に対しては租税条約の「利子条項」が適用されたとした場合、租税条約上の限度税率（ゼロ税率を含む。）が適用されることとなるが、日米及び日英の新租税条約のように、匿名組合分配金に対しては国内法を適用する旨の規定であれば、租税条約上の限度税率は適用されないことになる。

3 「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」との区分のメルクマール

以上の検討のとおり、税務における「匿名組合」を、匿名組合員が匿名組合事業の重要な業務執行に関与せず、出資額以上に損失リスクを負わないような「典型的匿名組合」と、組合事業に係る重要な業務の執行の決定に関与し、営業者との共同事業性があるような「非典型的匿名組合」とに区分して考えることにより、匿名組合分配金の課税関係を合理的に整理することができる。しかし、「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」の境界線の線引き（区分のメルクマール）が問題になるかもしれない。ここでは、「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」の区分のメルクマールについて考察する。

(1) ドイツにおける区分のメルクマール

ドイツ国内においては、「非典型的匿名組合」における「共同事業者」の概念は、判例法上、「共同事業者のリスク」及び「共同事業者のイニシアチブ」の2つの要素で構成される。「共同事業者のリスクのメルクマールとは、…経常利益・損失への関与、固定資産の（実現済み）秘密準備金への関与、秘密準備金及びのれんに及ぶ（退社又は清算時の）財産分割請求権、無限責任がそれである。」「共同事業者のイニシアチブのメルクマールは、…事業者〔の意思〕決定への影響、特に業務執行権及び代表権、議決権、監督権、払出し権 Entnahmerechte、社員持分権の譲渡権がそれである。事実関係の全体像が問題であるので、個々のメルクマールが、労働集約的企業の場合又は資本集約的企業の場合、欠如していることもありうる。」⁽⁹⁸⁾

さらに判例は、「共同事業者のイニシアチブとは、とりわけ、例えば、業務執行者、支配人 (Prokurist) その他の指導的な使用人としての社員又はこれと比較可能な者の義務である企業家的判断への関与を意味する（…）」。ただし、少なくとも、有限責任社員に商法典に従って与えられる議

(98) K. Tipke 著/木村弘之亮=吉村典久=西山由美訳『所得税・法人税・消費税－西ドイツ租税法－』（木鐸社、1988）178頁。なお、「共同事業者」の概念について詳しくは、谷口勢津夫「ドイツにおける人的会社（共同事業者）課税」日税研論集44号（日本税務研究センター、2000）91-101頁。

決権、支配権及び異議申立権（……………）、又は民法典 716 条 1 項による組合法上の支配権に対応する議決権、支配権及び異議申立権（……………）に近似する社員権の行使の可能性だけでも、十分である」。また、「共同事業者のリスクとは、営利事業の成果又はマイナスの成果への組合法上の関与又はこれと経済的に比較可能な関与を意味する。このリスクは、通常、利益及び損失に対する持分、並びに営業権を含む固定資産の秘密準備金に対する持分によって、媒介される（……………）。……………。このメルクマールは事業用財産の増加への関与の客観的可能性によってのみ充足される。主観的要素はその中に含まれない。」としている⁽⁹⁹⁾。

すなわち、「非典型的匿名組合」であるか否かは、匿名組合員が営業者の経営判断に関与できる相応の権利が何らかの形で確保されていて、営業による利益又は損失を応分に受け取り、又は被ることとなっているかどうか、ということであると理解できる。

(2) 我が国における区分のメルクマール

ドイツは匿名組合の母国であり、ドイツの区分のメルクマールは我が国でも参考になると考えられるが、ドイツにおいては判例の集積があるが、我が国では未だ匿名組合を「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分するという考え方は定着しておらず、今後の事例の集積が必要であろう。しかし、国内税務において、所得税における匿名組合所得の所得区分や法人税における組合損失制限の判定に導入された、「組合事業に係る重要な業務の執行の決定への関与の有無」という基準は、区分のメルクマールとして機能すると考えられる。また、国際税務においては、これまでの考察から、国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）であると認められる場合の要件である、匿名組合員による営業者の事業への「業務執行関与の事実」又は「資本出資を通じた業務執行権限の保持」は、「非典型的匿名組合」を区分するメルクマールとなると考える。なお、営業者

(99) BFH GrS BStBl. II 1984 751 [769f.] (訳は、谷口・前掲注 (98) 91-92 頁)。

が SPC の場合は、事業の仕組みとして有限責任であり、有限責任の匿名組合員が業務執行を行っている場合があることを考慮すれば、匿名組合員が有限責任か否かはあまり重要ではないと考える。

「典型的匿名組合」については、「非典型的匿名組合」以外の匿名組合ということになる。

4 「企業グループ内での匿名組合」の取扱い—PE 課税・過少資本税制・移転価格税制—

我が国の国際税務における「匿名組合」の課税問題は、実際には「企業グループ内での匿名組合」の問題といっても過言ではない。すなわち、外国企業グループの日本の事業拠点である営業者が、日本における匿名組合事業により稼得した利益について、第三者間ではあり得ないような極端に高い割合で外国匿名組合員に対して分配することにより、日本で課税されることなく国外に流出させる、という事例が問題となっているのである。

本稿では、これについてⅢで考察し、親子会社間の匿名組合のみならず「企業グループ内での匿名組合」においては、匿名組合契約において匿名組合員に業務執行権限が付与されていないとしても、営業者が日本の事業拠点として設置され、資本出資による支配従属関係を通じて行使可能な営業者に対する業務執行権限が匿名組合員に引き継がれている事実があれば、国内営業者の事業所は外国匿名組合員の国内 PE あると認められ、匿名組合分配金は PE 帰属所得として課税されるとの考え方を示した。

ところで、「企業グループ内での匿名組合」に係る匿名組合分配金については、これを支払う営業者において、過少資本税制及び移転価格税制の適用問題が生じる場合がある。以下ではこれについて検討することとする。

(1) 過少資本税制との関係

過少資本税制は、内国法人が国外支配株主等に対して負債の利子を支払う場合に、その国外支配株主等に対する利付負債（利子に基因となる負債）の平均残高が、その内国法人に対する国外支配株主等の資本持分の 3 倍を

超える場合には、その国外支配株主等に対して支払う負債の利子の額のうちその超過額に対応する部分の金額は損金に算入しない、というものである（措法 66 の 5）。「企業グループ内での匿名組合」においては、外国匿名組合員は国内営業者の「国外支配株主等」⁽¹⁰⁰⁾に該当すると認められる。しかし、国外支配株主等がその受領した「負債の利子」を国内源泉所得として PE 申告していれば、支払者における「負債の利子」には過少資本税制の適用はない（措法 66 の 5 ①、措令 39 の 13 ②）。

本稿の整理によれば、「企業グループ内での匿名組合」における匿名組合分配金は、外国匿名組合員の国内にある PE の帰属所得として我が国で課税されることとなるので、国内営業者における過少資本税制の適用問題は生じないことになる。

（2）移転価格税制との関係

移転価格税制は、一定の資本関係又は実質的な支配関係等にある海外の子会社又は親会社等（＝国外関連者）との取引においては、税務上の取引価格は、第三者との通常の取引価格（独立企業間価格）によるものとし、その独立企業間価格に基づいて課税所得金額を算定する、というものである（措法 66 の 4）。「企業グループ内での匿名組合」においては、外国匿名組合員は国内営業者の「国外関連者」⁽¹⁰¹⁾に該当すると認められる。しかし、外国匿名組合員である国外関連者が PE 申告している国内源泉所得に係る取引は、国外関連取引から除かれており、移転価格税制の適用はない（措法 66 の 4 ①、措令 39 の 12 ⑤）。

本稿の整理によれば、「企業グループ内での匿名組合」における匿名組合分配金は、外国匿名組合員の国内にある PE の帰属所得として我が国で課税されることとなるので、国内営業者における移転価格税制の適用問題は生じないことになる。

(100) 内国法人の発行済株式等の 50%以上を直接・間接に保有する者（措法 66 の 5 ③）。

(101) 親子会社関係、兄弟会社関係、実質支配（被支配）関係等の関係にある外国法人をいう（措法 66 の 5 ①、措令 39 の 12 ①～④）。

5 小括

匿名組合分配金に対する租税条約の適用に当たっては、「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分して考えることが合理的である。我が国においては、国内税務の実質的な区分に合わせて、前者は、匿名組合を匿名組合員が匿名組合事業の重要な業務執行に関与せず、出資額以上に損失リスクを負わないような匿名組合、後者は、組合事業に係る重要な業務の執行の決定に関与し、営業者との共同事業性があるような匿名組合、とするのが適当であろう。

外国匿名組合員が国内営業者から受領する匿名組合分配金の国際税務上の取扱いは、「典型的匿名組合」に係るものは、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」である「利子」に該当し、国内源泉所得として租税条約上の限度税率により源泉徴収課税され、外国匿名組合員の国内 PE がなければ課税関係が終了することとなる。一方、「非典型的匿名組合」に係る匿名組合分配金は、営業者の国内事務所が匿名組合員の PE に該当することになるため、外国匿名組合員の PE 帰属所得として総合課税されることになる。したがって、外国匿名組合員が国内営業者から受領する匿名組合分配金については、いずれにせよ我が国で課税されることになるものとする。

「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」との区分のメルクマールについては、我が国においては、ドイツのように判例の集積による定着したものは存在しないため、今後の実務の積み重ねが必要であるが、「組合事業に係る重要な業務の執行の決定への関与の有無」がメルクマールとして機能すると考えられる。また、国際税務においては、「非典型的匿名組合」の判定基準は、国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）であると認められる場合の判定基準でもあるため、その場合の要件として挙げた、匿名組合員による営業者の事業への「業務執行関与の事実」又は「資本出資を通じた業務執行権限の保持」がメルクマールとなると考える。

また、「企業グループ内での匿名組合」における匿名組合分配金は、外国匿名組合員の国内にある PE の帰属所得として我が国で課税されることとなる

ので、国内業者における過少資本税制及び移転価格税制の適用問題は生じないことになる。

結びにかえて

国際税務における「匿名組合分配金」は、国内法では他の国内源泉所得と区分された一つの「国内源泉所得」として明記され、一律に源泉徴収課税されるが、多くの租税条約にはこれについて明文の規定がなく、「所得の種類」が判然としないため一応「その他所得」とされ、一定の租税条約においては、これを受領する外国匿名組合員が国内に恒久的施設（PE）を有しない限り、我が国では課税されないとされてきた。その一方で、匿名組合分配金は、これを支払う国内業者においては損金に算入されるため、日本で事業を行う外国企業グループは、日本拠点法人とグループ内のオランダ企業との匿名組合を利用すれば、日本で稼得した利益を課税されることなく匿名組合分配金として国外に移転することが可能となり、日蘭租税条約を濫用して課税を免れている事例も存在する。

この背景には、①「匿名組合契約」は、商法上契約当事者間の特約等により契約内容にバリエーションを持たせることが可能であり、このため、現実には金銭消費貸借に近い関係の匿名組合から民法上の組合に近似する匿名組合まで存在すること（商法における匿名組合の多様性）、また、②国際税務の分野においては、契約当事者間に匿名組合契約以外にも資本関係などの密接な関係がある「企業グループ内での匿名組合」が多数存在すること（企業グループ内での匿名組合の存在）、という実態があると考えられる。

匿名組合の母国であるドイツにおいては、匿名組合を「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分して課税関係を律している。本稿では、我が国の国際税務においても、ドイツの考え方を採用して匿名組合を区分して取り扱うべきであるとの観点から、「匿名組合分配金」に対する租税条約の適用条項に関する議論を再検討し、また、匿名組合業者の国内事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）であるとして課税されたケース（東京地判平成 17 年 9 月 30 日（平成 15 年（行ウ）第 529 号）について考察した。その上で匿名組合を「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とに区分し、「典型的匿名組合」に係る匿名組合分配金は、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」である「利子」に該当し、「非典型的匿名組合」に係る匿名組合分配金は、営業者の国内事務所が匿名組合員の恒久的施設（PE）となるため、外国匿名組合員のPE帰属所得に該当すると整理した。この際、「企業グループ内での匿名組合」については、匿名組合契約のみならず契約当事者間の資本関係に基づく支配従属関係にも着目すれば、ほぼ全てが「非典型的匿名組合」に区分され、その匿名組合分配金は外国匿名組合員の恒久的施設（PE）に帰属する所得として課税されることになるとの考え方を示した。

「典型的匿名組合」と「非典型的匿名組合」とを区分するための我が国におけるメルクマールについては、ドイツの経験を参考としつつ、事例の集積が今後の課題であるが、国内の組合課税に導入された「組合事業に係る重要な業務の執行の決定への関与の有無」がメルクマールとして機能するとした。また、国際税務における「非典型的匿名組合」については、国内営業者の事業所が外国匿名組合員の恒久的施設（PE）であると認められる場合の要件として挙げた、匿名組合員による営業者の事業への「業務執行関与の事実」又は「資本出資を通じた業務執行権限の保持」により判定可能であるとした。

本稿は、「匿名組合分配金」の租税条約上の取り扱い及びクロスボーダーの匿名組合契約において恒久的施設があると認められる場合について考察してきた。恒久的施設の有無については、事実関係であるので、個々の課税の場面においてしっかりと事実認定をすることが重要となる。一方、「匿名組合分配金」に租税条約の「利子条項」を適用することについては、これまでそのような解釈・運用がなされてこなかったという経緯がある。今後そのような条約解釈をする場合は、例えば、租税条約の実施に関する法令に、「租税条約の利子条項の利子の定義に『その他のすべての種類の信用に係る債権から生じた所得』と規定されている場合には、『匿名組合分配金』に対しては利子条項が適用される」旨の解釈規定を設けるなど何らかの手続的な対応を図ることが望ましい。また、時間はかかるかもしれないが、今後改訂する租税条約において、日米新租税条約や日英新租税条約のように「匿名組合分配金」について明文の規定を設けて課税関係を明確にすることにより解決することも考えられる。