

源泉地国課税と所得種類の転換

濱田明子

要旨

最近の国際投資にかかわる環境変化は、国際課税における原則の再考を促している。特に、資産所得にかかる課税権配分の原則と事業所得にかかるそれとの相違が、所得種類の転換による租税裁定取引を引き起こしている。

それに対処するためには、事業所得に対する源泉地国の課税権の行使範囲を決定する恒久的施設²の範囲の見直しが必要である。また、OECD モデル租税条約の改定により導入された恒久的施設に帰属する所得の算定方法についての問題点を指摘した。

[キーワード] 事業所得、資産所得、恒久的施設、独立企業原則、所得の帰属

1 はじめに—最近の国際投資の環境変化

国際課税制度に影響をもたらす世界的な経済の環境変化に関して、世界経済に占めるサービス貿易の増大、経済のソフト化（IT化）、金融サービスの多様化を認識することが重要である¹。これらの3つの環境変化は国際課税関係に大きな変更をもたらしている。

サービス産業には、金融・運輸・通信等にかかる事業が含まれる。こうした人的役務の提供を主たる内容とした取引の増大により、事業活動を行う上で、製造業に比べるとかなりの程度で物理的施設の必要性は小さくなる。このことは、現在の国際的な事業活動に伴い生じる利

得に対する源泉地国課税権の行使の要件となる恒久的施設²の認定の基準の脆弱さを示すこととなる。

経済のソフト化も、上記の問題に拍車をかける変化である。電子的な情報交換ツールの発達には、取引される対象の多様化、とくに知的財産の取引の円滑化に大きく貢献している。

そして、役務提供取引の中でも、金融サービスの発展と大衆化は、日本における金融所得の二元的課税制度の進展にも見られるように、多数の人々の金融市場への参加をもたらし、多様な金融商品が設計され、取引される現状を生み出している。金融商品の多様化は、利子・配当・キャピタルゲインという典型的な投資リターンのパターンのみならず、これらを組み合わせさせた収益の発生に対する課税問題を生じさせ

1 青山慶二「OECDと国連のモデル租税条約の比較」租税研究730号242-244頁（2010年）。

2 permanent establishment, 以下PEという。

ている。

本稿では、こうした経済の現状を踏まえ、源泉地国における課税原則の問題と解決の手掛かりを論じるものである。

2 源泉地国課税と所得種類

(1) 所得種類ごとの課税

① 資産所得と事業所得

国際的な経済活動から生じる利益は、国際課税制度においては、租税条約における課税権配分規定の構造にみられるように、資産所得³と事業所得のそれぞれに異なった源泉地国課税権の配分原則が適用される。

まず、資産所得については、源泉地国における源泉徴収が行われる。源泉徴収に服する場合、源泉地国における課税は、支払い総額に対する一定の割合で行われる。

それに対し、事業所得に対する源泉地国における課税は、恒久的施設が存在する場合の恒久的施設に帰属する利得を対象とする。この利得は、資産所得と異なり、収益から費用を控除した純所得に対する総合課税に服する。

このように国際的な経済活動から生じる利得については、その利得の性質により課税関係が異なる。国際取引に関するタックス・プランニングにおいては、利得が課税される場合の所得種類をどのように設定するかという点が基本的視点のひとつである。

源泉地国課税権行使の要件に関し、資産所得への源泉地国課税の前提となっているのは、投資を行う経済実体は居住地国のみで、源泉地国には恒久的施設はないという認識である。したがって、資産性所得に対する源泉地国の課税権の行使の根拠は、源泉地国における支払や、利

得の生じる原因の存在である。

源泉地国の課税権行使については、事業活動を行う実体の存在する場所が、その事業体にとっての居住地となり、その利得については居住地国において全所得に対し課税が行われているはずであり、居住していないが利得獲得の源泉のある国は、国内源泉所得に対して課税のみするという、居住地国における課税との補完関係がある。

しかしながら、経済のソフト化により、上述の二つの課税権の課税原則は、現実の国際取引から生じる利得を過不足なくカテゴライズし、課税管轄権の相互の補完ができるものではなくなった⁴。

② 所得種類の不明確さ—二つの局面

次に問題としたいのは、経済的利得の所得種類が必ずしも明確ではないという点である。この不明確さには二つの局面がある。

まず、事業活動を行う者とその事業に出資し、その活動から生じた利得の分配を受ける者は、それぞれ異なる種類の所得を獲得したことになるのか、あるいは、本質的に同一の利得を獲得したことになるのか、という問題である。これは、分配される事業活動からの利得が、事業所得から資産所得に転換されるのか、という問題である。

いま一つの局面は、利益の分配が資産所得とされた場合、その所得はリスクなしに債務の履行の結果獲得された利子なのか、何らかのリスクを負って獲得された出資に対する配当なのか、という問題である。

そして、これらの所得の種類判定に関連して、特に利益分配する事業体に対する課税にお

3 利子、配当、使用料といったポートフォリオ投資に伴う所得、すなわち、投資所得である。

4 所得に対する二重課税、あるいは、二重非課税といった問題である。

いては、その支払が課税所得算定上費用として控除されるかという問題を生じる。

すなわち、組合等の事業体を利用した事業活動から生じる利得の分配においては、事業所得と資産所得間の種類転換が生じるかが検討されなければならない、そして、資産所得へと転換された場合には当該利得の性質決定が更に必要である。その利得の性質により、事業所得としての課税の範囲に影響を及ぼすことになるためである。

(2) 所得種類の転換

① 所得の帰属と源泉地

源泉地国は資産所得に対し、源泉徴収の形で、収入金額に対して一定の税率により課税されることが多く、これは、納税者の居住地国における課税権が原則として尊重されている結果であると捉えられる。

ところで、事業活動が行われていれば、そこに物理的な施設が存在するという時代の終わりは、2000年ごろより認識された電子商取引の増大とそれに対する課税問題が検討されたことに見ることができる⁵。

自ら物的な施設を有することなく事業活動を行うことは、電子商取引のみならず、私法上の契約によっても可能である。たとえば、匿名組合契約にかかる分配利益は、日本における事業活動から生じる事業所得であっても、所得の帰属先としてのPEがなければ、課税権を行使することができない。最近の我が国の二国間租税条約改定においては、この匿名組合契約に基づく分配利益について源泉地国の課税権が認められることが明記されるようになってきている。

5 電子商取引において利用されるウェブサイトやサーバーのPE該当性については、2003年のOECDモデル租税条約5条のコメントリーにおいて判断基準が追加されている(para.42.1~42.10参照)。

② 事業所得への転換

租税回避は、租税裁定取引により行われるが、その手法の一つとして、所得等の課税の軽い種類・類型への転換がある⁶。資産所得に関しては、多くの租税条約が源泉地国の課税軽減に努めているため、事業所得課税を回避して、資産所得の課税に服することが、タックス・プランニングの定石の一つとして存在している⁷。

しかしながら、事業所得を資産所得に性質転換し、租税を回避するというストラクチャのみならず、上述のような匿名組合契約等のストラクチャを使用して、資産性所得から事業所得へと性質転換することによる課税を軽減することも可能である。

事業所得への課税権行使において、所得が帰属することと所得の源泉があることは異なる次元の問題である。上述の例において日本で行われた事業から生じる利得であっても、所得の帰属先がなければ、事業所得として課税されることはなく、それを分配送金しても、資産所得として源泉地国により課税されることはない。

事業活動を行うPEの意義と所得の区分がやや流動化している現状からすると、このような課税権の分配原則の下では、納税者は、私法上

6 中里実「課税管轄権からの離脱をはかる行為について」フィナンシャル・レビュー第94号5頁(2009年)。

7 国内法においても、キャピタルゲインや利子等の金融所得に対する軽減があるため、資産所得への性質変更は重要である。たとえば、事業譲渡類似の株式譲渡に対する源泉地国の課税を認める規定が設けられている。

また、利子又は使用料に対する優遇措置を提供する国に有利な税のポジションを獲得するために恒久的施設を設置し、租税条約の恩恵を受ける問題もある(川田剛・徳永匡子『OECDモデル租税条約コメントリー逐条解説』195および233頁(税務研究会、2006年))。こうしたPEの利用も、物理的施設の存在を基礎とするPE認定のもたらす結果であろう。

の契約のアレンジにより、いずれの国の課税管轄からも離脱することが可能となっている。

事業所得に関する国際的な課税権配分の原則は、事業所得に対する「PE なければ課税なし」の原則が堅持されており、現在の PE の定義が物理的な施設を念頭においたものである。

したがって、企業の事業活動において、固定的な施設を有し、それを通じて事業を行い、その施設を利用する権限を持っていない場合、その事業活動から生じる利得には、源泉管轄権が及ばないということを意味する。

事業活動が、代替可能な資産を投下することにより行われたり、また、人的役務の提供によるものであるような場合、物理的な実体がなくとも、事業活動を行うことは可能である。その結果、PE が認定されにくく、源泉地国による課税は行なわれない結果となる。

たとえば、資産の提供を内容とする組合契約を締結することにより、出資に対応する所得を事業所得として課税されることを選択し、PE が認定されなければ、源泉地国の課税権の行使はない。

3 源泉地国による事業所得への課税

(1) PE の認定

① 源泉地国課税権の重要性

経済のグローバル化の中で、BRICs 及びアジア地域での経済発展が著しい上、積極的に外資が導入された結果、こうした高収益の源となる国々は、所得の源泉地として、課税権の確保のために租税条約における所得の配分規定に大きな関心がある⁸。OECD に加盟していない発展途上国の多くは、国連モデル租税条約をひな形として租税条約を締結している。国連モデル租税条約の特色は、源泉地国への課税権配分の

度合いが強化されているという点である。

最近では PE の要件が non-fixed なものへ拡大する動きもある⁹。

2009年の IFA 第63回総会で取り上げられた PE 認定の実例は、サービス PE、オフショア PE、大規模設備 PE であり、伝統的 PE に対して代替的 (alternative) PE とよばれる¹⁰。これらの代替的 PE は、伝統的 PE とは異なり、非固定的である。

② PE の範囲の拡大

国境を越えた事業活動に伴う事業所得に対する源泉地国課税については、2段階の手順が必要とされており、PE が認定され、PE に帰属する所得があれば、源泉地国における課税所得として課税される。

この源泉地国における PE の要件について、法人税法141条1号から3号は、事業所 PE、建設 PE、そして、代理人 PE の要件を規定している。これらは、OECD モデル租税条約5条にも規定されている伝統的な PE 概念に沿ったものである。同条約5条1項は、PE とは事業を行う一定の場所であって、企業がその全部又は一部を行っている場所と規定している。

前述の IFA の議論においては、まず、伝統的 PE に関しては、人的役務提供やコミッション業務の提供が含まれるのかという点が議論された¹¹。そして、代替的 PE に関しては、国際的な人的役務提供のような事業活動に対し新

9 2010年の OECD モデル租税条約第7条の PE への帰属利得算定方法改定の大前提として、源泉地国における恒久的施設の認定問題の重要性が指摘されている。青山慶二「恒久的施設の範囲」『租税条約の理論と実務』250-251頁(清文社、2008年)参照。同旨の主張として、伴忠彦「第63回 IFA 総会における PE 認定を巡る議論 - "Is there a permanent establishment?" -」税大ジャーナル第13号137頁(2010年)参照。

10 伴忠彦・前掲注8・139頁。

8 青山慶二・前掲注1・243頁。

たに PE の存在を認めるか、そして、認めるためには PE の基礎的な概念である「事業を行う一定の場所」という伝統的な PE 概念から脱却することが必要ではないか、という点が議論されている¹²。

なお、代替的 PE のうちのサービス PE は、2008年に OECD モデル租税条約のコメントリに導入されており¹³、類似の規定は国連モデル条約にも既に設けられている¹⁴。サービス PE 規定は、一般的には、一定期間の滞在（期間テスト）で、固定的な施設がなくても PE を認め、事業所得に対する源泉地国課税権を行使することができる。

現在日本が締結している二国間租税条約には、代替的 PE に関する規定を備えたものが散見される。それは、非 OECD 加盟国との間での租税条約である。経済の付加価値を生む要素がソフト化している現状を踏まえると、今後のサービス PE が伝統的 PE との関係でどのように位置づけられるかが重要な論点となって来よう。

すなわち代替的 PE は、通常の PE の例外として考えるべきか、あるいは、PE 概念そのものの拡大と考えるべきか、という点が今後明確にされなければならない。これは、匿名組合契約のような利益分配契約による分配利益を事業所得として、源泉地国課税権を行使する場合には、PE との関係をどのように整理するかという問題と共通する。

具体的には OECD モデル租税条約第 5 条の PE の定義との関係では、PE を通じた事業活動であること、及び、拠点に対する処分権限の

必要性が、問題となろう。

たとえば、インドにおいては、こうした知的財産提供に対する源泉地国課税権を広く認め、サービス PE の認定には、サービスの提供行為があれば十分であるとしている¹⁵。サービス PE が伝統的 PE 概念の変更をもたらすとすれば、事業を行う一定の場所を通じて事業が行われ、その場所について自由な利用の権限があるという条件は、緩やかなものと解さざるを得ない。

(2) PE に帰属する所得

① OECD モデル租税条約 7 条改正

2010年の OECD モデル租税条約 7 条の改正にあたり、OECD では多くの報告書・ドラフトが提出され、長きにわたる検討がなされた。本条項は、PE に帰属する利得の算定にかかるルールを規定している¹⁶。

本条の改正の結果、PE に帰属する所得の考え方が変更され、separate entity 方式を前提として、法的な存在を想定し、それに帰属する利得に対し、源泉地国の課税権を及ぼすとの考え方が明らかにされた。これは、2004年に OECD により提出された Discussion Draft において提案されていた、Authorized OECD Approach¹⁷の採用である。

この変更は、PE に帰属する所得が、擬制された事業体の人的側面に基礎を置くことを明らかにしたものである。従って事業所得の源泉地国に対する課税権配分の基準は、より人的な側面からの所得の帰属に依存することとなる¹⁸。

② AOA と経済的帰属

日本の国内法は、PE の存在により国内源泉

11 伴忠彦・前掲注 8・139頁。

12 伴忠彦・前掲注 8・145頁。

13 OECD モデル租税条約コメントリ para 42.22-42.48参照。

14 国連モデル条約 5 条(3)(b)。

15 伴忠彦・前掲注 8・146頁。

16 改正経緯について、宮武敏夫「OECD モデル租税条約第 7 条の 2010 年改正」租税研究 2011 年 2 月号 246-256 頁 (2011 年) 参照。

17 以下、AOA という。

所得のすべてが課税となると規定する。それに対して、租税条約は、PE 認定とそれに帰属する所得が源泉地国課税の範囲となる。このような考え方が帰属主義である¹⁹。

この帰属主義の所得算定の基礎となるのが、独立企業原則である。かねて、この原則を代表的 PE である支店にも、特殊関連企業である子会社に対するのと同様に適用するべきであるとの議論は存在した。支店・子会社には、経済的機能に実質的な差異がないことがその理由である²⁰。独立企業原則は、2010年の OECD モデル租税条約 7 条改正により、正式に盛り込まれることとなった。

しかし、独立企業原則が、AOA を完全に体现するかという点については注意が必要である。独立企業原則による所得配分が行われてきた移転価格税制の適用において、その原則はやや変質している。

独立企業原則は、特殊関連企業に対する課税原則として機能してきた。その具体的な税制である移転価格税制の適用下において、近年の独立企業原則は、ミクロ経済学理論（特に新古典

派）を基礎とした一定の投資に対する一定の利益率が実現することを本旨としている²¹。その結果、独立企業原則の基礎とする私法契約に忠実な法律的帰属に基づく所得算定方法とともに、投資に対するリターンに基づく経済的帰属に基づく所得算定の方法が、相対化されて並存しているという現状がある²²。

しかし、こうした課税管轄権の間の所得配分の方法は、私法契約に忠実な取引を基準とする原則として存在してきたはずの独立企業原則が、投資を基準としたいわば経済的帰属を重視したものとなって、法人格を基礎とする法人所得課税の原理に矛盾しないか、という問題がある²³。こうした問題意識は、擬制された事業体に法的に帰属する所得のみならず、さらに広く源泉地国の課税を認めることとなることの是非に起因するものであろう。

PE への帰属利得算定において、独立企業原則が採用されたとしても、所得の帰属に関し法律的帰属と経済的帰属の考え方が併存する可能性がある。

そして、PE 認定を行った上、所得の帰属において経済的帰属を徹底した場合、総合主義的考え方に近いものとなる可能性もあるのではないかと²⁴。特に投資に対するリターンとして算定される所得は、投資先の市場におけるリターンに基づき、PE の果たす機能に応じて算定される。そのリターンは、PE の人的機能のみならず、PE の活動する市場という地理的な範囲を反映し、算定される。

そして、そのように算定される課税所得は、

18 その結果として、国際的な所得の課税権管轄権の分配においては、事業体等の resident がどこにあるかという検討が重要となってくるであろう。今後の居住地概念の重要性が指摘されている（浅妻章如「信託等の entity と国際課税：居住地概念等を足掛かりとして」租税研究2011年10月号193頁）。そこでは、信託者・受託者・受益者という取引当事者を有する信託の居住地について検討されている。信託に関する租税回避問題とそれへの立法対応の必要を指摘するものとして、本並尚紀「外国の信託制度を利用した租税回避への対応－外国投資信託に対する課税関係を中心に－」税大論叢71号427頁（2011年）参照。

19 なお、2010年秋、税制調査会専門家委員会国際課税小委員会が論点整理を公表し、立法論として帰属所得主義の採用を呼びかけた。

20 青山慶二・前掲注8・229頁。

21 青山慶二・前掲注8・230頁。

22 青山慶二・前掲注8・231頁。

23 青山慶二・前掲注8・231頁。

24 たとえば、かつてのメキシコモデル租税条約においては、PE 認定を経ることなく、事業所得が生み出されたところに源泉があるとして、源泉地国による課税が行われうるとされていた。

少なくとも法的帰属を基準として算定された所得より大きくなる可能性があるのではないだろうか。

また、AOAのもとで算定される帰属所得は、出資に対する利得をどのように扱うかという点も問題となる。出資する者と実際に事業活動を行う者との間の独立企業原則に基づく所得配分は、どのようなものになるべきか、今後更に検討が必要である。

② 所得帰属の基準：tax ownership

PEへの帰属所得の算定のヒントとして、租税法と私法の関係をより詳細に議論する所得の帰属（tax ownership）に関する研究を取り上げておきたい。特に金銭のような代替的資産の拠出が行われた場合の所得帰属をどのように考えるかという点において、注目される。

この研究が所得の帰属のポイントとしているのは、資産の所有であり、まず当該資産の代替性の有無による場合分けを行っている²⁵。その上で、tax ownershipの属性を所有権・占有・経済的リスクと整理し、それらの属性が、それぞれの問題局面において所得の帰属の要件として異なって採用されているという事実を指摘している²⁶。

代替性のない資産においては、しばしば所有権が占有及び経済的リスクと切り離され、代替性のある資産においては、経済的リスクが所有権と占有の両方から切り離される²⁷。

代替性のない資産において、経済的リスクを伴わない所有権を有していても、その所有権は単なる担保である²⁸。そして、代替性のある資産において、経済的リスクを負い、所有権や占

有を有しなくとも、「資産をコントロールする」という観点から、所得の帰属を判断するべきであるとしている²⁹。基本的な視点は、所有権を有する者がtax owner 足りない場合がありうる、という点である³⁰。

たとえば、代替性ある資産においては、取引を行う二当事者のうち、どちらが資産のコントロールを行っているかということがownerとなるポイントとなる³¹。

4 所得種類の転換に対する今後の課題

資産所得から事業所得への所得の転換への対応としては、事業所得として課税できるようPE認定の範囲を拡大する、または、資産所得としても課税権を明確に二国間租税条約に規定し、源泉徴収の対象とすることが求められる。

また一方で、事業所得の課税方法である純所得に対する総合課税と総所得に対する源泉徴収課税の制度選択をどのように考えていくべきかという課題もある。その検討にあたっては、所得の帰属をどのように考えるのか、という観点からのアプローチの発展が重要である。

28 淵圭吾・前掲注26・203頁。

29 淵圭吾・前掲注26・203頁。

30 金銭の供与と所得の帰属の関係が検討された事件として、たとえば、レポ取引事件（東京地判平成19年4月17日判時1986号23頁）において、借用概念の判断において、金銭の消費貸借契約の意義が詳細に検討されている。また、匿名組合を利用したバラツィーナ事件判決（最判平成18年1月24日（民集60巻1号252頁））においては、映画フィルムの所有権は納税者にあるものの、その資産が事業の用に供されていないとの理由で、当該映画フィルムの減価償却費の損金算入を否定している。

31 淵圭吾・前掲注26・203頁。

25 淵圭吾「所得課税における帰属（tax ownership）をめぐる研究動向」法学会雑誌45巻1号173頁（2009年）。

26 淵圭吾・前掲注26・203頁。

27 淵圭吾・前掲注26・203頁。