

租税条約における配分ルール of 構造

—事業所得と譲渡収益や利子所得との関係—

今 村 隆

目次

第 1	問題の所在	262
第 2	配分ルールの意義と構造	260
第 3	事業所得の意義	250
第 4	譲渡収益及び利子所得の意義	243
第 5	Thiel 事件高等法院判決	241
第 6	連邦財政裁判所 2010 年 4 月 28 日判決	236
第 7	ガイダント事件東京高裁判決	229
第 8	結び	223

第 1 問題の所在

OECD モデル租税条約 (Model Tax Convention on Income and on Capital, 以下「MC」ともいう。) 3 条 (2) は, 多くの租税条約に取り入れられていて, 我が国の締結している租税条約も例外ではない。この 3 条 (2) は, 租税条約上の用語について原則として各締約国の国内法で解釈すべきとする法廷地法主義 (lex fori) を採っていて, 「条約法に関するウィーン条約」 (以下「条約法条約」という。) に規定されていない租税条約独特の解釈ルールであり, 租税条約の解釈に当たっての出発点である。この 3 条 (2) の意義については, 既に「租税条約 3 条 (2) と性質決定の抵触」と題する別稿⁽¹⁾で詳細に論じたところであるが, 本稿では, これに引き続いて, モデル租税条約上の配分ルール (distributive rule,⁽²⁾) の構造に

について検討することとする。なお、本稿では、OECD モデル租税条約やそのコメンタリーは、特段の断りがない限り、2017 年版で検討することとする。

配分ルールとは、所得の種類 (type of income) ごとに締約国の課税権の所在を定めた規定で、モデル租税条約の場合には、6 条ないし 21 条の規定である。

モデル租税条約の配分ルールは、体系的に構築されたものではなく、伝統により確立されたものである。モデル租税条約の権威的な注釈書である Vogel 第 4 版⁽³⁾によると、下表のとおり、配分ルールは、その内容によって 4 つに分類することができる。

- | | |
|---|--|
| { | 第 1 のカテゴリー：一定の活動から生じる所得，①事業 (7 条)，
②給与所得 (15 条)，③農業及び山林業 (6 条) |
| | 第 2 のカテゴリー：一定の資産から生じる所得，①配当 (10 条)，
②利子 (11 条)，③使用料 (12 条)，④不動産所得 (6 条) |
| | 第 3 のカテゴリー：キャピタル・ゲイン，13 条 |
| | 第 4 のカテゴリー：上記いずれのカテゴリーに該当しない所得，
学生 (20 条) 及びその他所得 (21 条) |

これらの規定の中で、中心的な規定は、何と言っても、第 1 のカテゴリーのうちの 7 条の事業所得の規定である。しかし、配分ルールは、一般的規定と特則的規定が複雑に絡み合う複雑な構造をなしているので、譲渡収益や利子所得などとの関係について次の疑問が生じる。

Q 1) 7 条の事業所得に 13 条の capital gain が含まれるのか？ 言い換えると、7 条(1)の「企業」に 1 回限りの株式の売却などの活動も含まれるのか？

Q 2) 7 条の事業所得に、配当、利子及び使用料を受け取ることだけによる passive な所得が含まれるのか？ 言い換えると、7 条(1)

の「企業」に資産の保有・管理のみの活動も含まれるのか？

これらは、7条の事業所得の範囲についての非常に基本的な疑問である。しかし、7条(1)の「企業」について、租税条約上明確な定義規定はなく、大陸法系の国とコモンローの国との考え方の違いもあり、7条の事業所得と13条の譲渡収益や11条の利子所得との関係を明らかにしないことには解明できない疑問であり、実は難問である。

そこで、まずは、第2で、租税条約上の配分ルールの意義や全体の構造を分析し、次いで、第3と第4で、事業所得や譲渡収益及び利子所得の意義を明らかにし、その上で、第5と第6で、オーストラリアとドイツの判例に基づき、事業所得と譲渡収益・利子所得との関係を検討し、第7で、匿名組合の分配金が「企業の利得」に当たるかが問題となった我が国のガイダント事件・東京高裁平成19年6月28日判決について論じることとする。

第2 配分ルールの意義と構造

1 配分ルールの意義

(1) 配分ルールと国内法との関係

まず、租税条約上の配分ルールと国内法との関係が問題となる。それぞれの締約国の課税は、国内法でなされる。租税条約は、A国とB国との間で、それぞれ相手国の居住者に対する課税権の制限を規定して、両国間の二重課税を排除することが主たる目的である。しかし、相手国の居住者に対する課税も最終的には、国内法で課税がされるのである⁽⁴⁾。そこで、相手国の居住者の課税が問題となった場合、具体的には、次の順序で検討していくこととなる。これについては、Vogel第4版が参考となる⁽⁵⁾。

①国内課税権の有無

国内法でその居住者に対する課税が可能か否か。→そもそも国内法で課税できない場合には、租税条約の適用は問題とならない。

②租税条約適用の有無

国内法で課税が可能な場合に、租税条約が適用されるか。すなわち、当該納税者が条約適格（entitlement）を有するか（MC4条(1)）、当該租税が条約の適用対象となる税であるか（MC2条(1)）。→租税条約が適用されない場合には、租税条約の適用は問題とならない。

③租税条約上の課税権の配分

租税条約が適用可能な場合に、租税条約が国内法の課税権を制限していないか。→租税条約が課税権を制限している場合には、課税できないこととなる。

④租税条約による修正

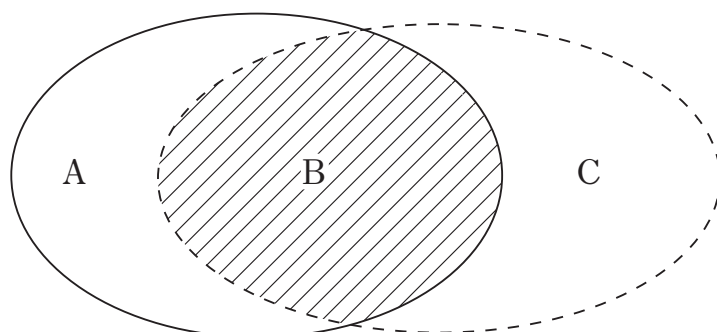
租税条約が課税権を制限していないとしても、租税条約が税率を制限していないか。）→制限している場合には、国内法が、租税条約の定める税率に修正されることとなる。

租税条約上制限がないということで国内法で課税する場合、国内法上の課税の所得分類と租税条約上の配分ルールの所得分類が異なる場合があり得る。その場合、国内法上の課税権が制限されているか否かは、あくまでも租税条約上の配分ルールの分類で検討することとなるが、その結果、租税条約が課税権を制限していない場合でも、最終的には、あくまでも国内法上の所得分類で課税することとなる。この場合、最終的に国内法に基づき課税する場合に、租税条約上の所得分類に変更されるのではない⁽⁶⁾。

このように租税条約においては、上記①ないし④の順序で判断するが、これは、租税条約が国内法の課税権の制限をするものにすぎず、課税はあくまでもそれぞれの締約国の国内法上の課税権に基づくものであることに由来しているのである。租税条約の配分ルールは、国際私法の準拠法の考え方に倣って考え出されたものではあるが、課税はあくまでも国内法に基づいており、この点、国際私法における準拠法とは異なっている⁽⁷⁾。準拠法の場合には、法的性質決定をしてその連結点により外国法を特定してこれを適用することとなるのであるが⁽⁸⁾、

租税条約における配分ルールは、外国法を適用することはなく、あくまでもそれぞれの締約国の国内法上の課税権の制限にとどまっているのである。

以上の検討に基づき、租税条約上の配分ルールと国内法との関係を図示すると、下図のとおりとなる⁽⁹⁾。下図のAの場合は、上記①の検討で課税権がなく、下図のBの場合にのみ課税できることとなる。下図のCの場合には、国内法上の課税権がないので、たとえ租税条約上課税権があると読めても課税できないこととなるのである。



- ⎧ A：国内法上課税権があるが、租税条約により制限され課税できない。
- ⎧ B：国内法上課税権があり、租税条約により制限もされず課税できる。
- ⎧ C：租税条約上課税権があるものの、国内法上課税権がないため課税できない。

(2) 配分ルールと源泉規定

我が国では、国内源泉所得についての置換規定（所得税法 162 条，法人税法 139 条）があり、国内源泉所得につき租税条約において「異なる定めがある場合」には、租税条約の定めるところによると規定している。これは、例えば特許権の使用料について我が国の国内法では使用地主義を採っている（所得税法 161 条 1 項 11 号）が、租税条約で債務者主義を採っている場合には、我が国に使用地がなくても我が国の法人が特許料を支払っている場合には、我が国に課税権があることとなる。

しかし、源泉置換規定も、国内法上の所得分類を置き換えるものではなく、あくまでも租税条約上の源泉規定がある場合に、その源泉の

有無について置き換えるにとどまる。そこで、上記「異なる定めがある場合」の意義が問題となるが、この点、(A)租税条約上明示的な源泉規定がある場合に限るとの見解⁽¹⁰⁾と、(B)黙示的な源泉規定も含むとの見解⁽¹¹⁾に分かれている。例えば、明示的な源泉規定としては、利子所得にその例があり、MC11条(5)前段がこれに当たる。しかし、使用料所得や配当所得については、明示的な源泉規定はないが、その源泉について債務者主義を前提にしていると考えられる。我が国の源泉置換規定の趣旨が問題となるが、筆者としては、A説だとその適用が限定され、租税条約の配分ルールを尊重しようとする置換規定の趣旨に沿わないことからB説が相当と考える。

(3) 配分ルールの型

配分ルールには、その規定の仕方により、「完全な (complete) 配分ルール」と「オープンな配分ルール」の2種類がある⁽¹²⁾。

完全な配分ルールは、「shall be taxed only」と規定されている場合で、onlyの後に規定されている締約国の排他的課税権を認めるものであり、MC23条による補完を要しないことから「完全な配分ルール」と呼ばれている。例えば、MC7条(1)の1文は、源泉地国がPEを通じて事業を行わない限り、居住地国に排他的課税権を認めているのがこれに当たる。

一方、オープンな配分ルールは、「may be taxed」と規定されている場合で、源泉地国の場合に用いられ、源泉地国が課税ができるとするものであるが、居住地国の課税権の行使については規定がなくオープンとなっていて、MC23条により補完される必要があるので、「不完全な配分ルール」又は「オープンな配分ルール」と呼ばれている。例えば、MC7条(2)の2文は、PEを通じて事業を行う源泉地国は、PEに帰属する所得についてののみ課税ができる旨規定しているのがこれに当たる。

オープンな配分規定の場合は、まずは、源泉地国が課税権を有するのであるから、源泉地国が第1次課税権 (a primary taxing right) を有することを意味し、居住地国の課税権は、あくまでも第2次課税権 (a

residual taxing right) にとどまる。このように源泉地国の課税権が第1次的であり、源泉地国の課税権は原則として無制約である。しかし、MC10条（配当）とMC11条（利子）だけは例外で、この場合は、制限税率の範囲に限定されている（序論コメ・パラ19）。

（4）配分ルールによる課税権の配分

モデル租税条約の実体的規定の中核は、配分ルールである。2017年版のモデル租税条約の配分ルールを一覧表にすると下表のとおりとなる⁽¹³⁾。これは、配分ルールにより課税権がどのように配分されているかを示すもので、それぞれの配分ルールの効果を示す一覧表である。

【何所得か】	【どの国が課税できるか】	S 国	R 国
不動産所得（6条）	不動産所在地が第1次課税権	◎	○
事業所得（7条）	PE なし。居住地国の排他的課税権。	×	○
	PE あり。PE 所在地国に第1次課税権。	◎	○
国際運輸業所得（8条）	居住地国の排他的課税	×	○
配当（10条）	源泉地国に第1次課税権あるも、制限税率。	△	○
利子（11条）	源泉地国に第1次課税権あるも、制限税率。	△	○
使用料（12条）	居住地国の排他的課税。	×	○
譲渡収益（13条）	不動産や PE で用いられる事業用資産は、所在地国に第1次的課税権。不動産化体株式（価値の50%超が不動産）の場合は、不動産所在地。	◎	○
	国際運輸に運用する船舶・航空機は、居住地国に排他的課税権。	×	○
	株式等は原則として株主の居住地国のみ課税	×	○
給与所得（15条）	勤務地で課税、短期滞在者（183日以下）は居住地国のみ課税	◎	○
役員報酬（16条）	法人所在地国でも課税	◎	○
芸能人（17条）	役務提供地で課税	◎	○
退職年金（18条）	居住地国のみ課税	×	○
政府職員（19条）	原則として支払地国（源泉地国）のみ課税	○	×
学生（20条）	支払地国（源泉地国）のみ課税、滞在地国免税	○	×
その他所得（21条）	居住地国のみ課税	×	○

S 国：所得の源泉地国，R 国：所得を稼得する者の居住地国

◎：第1次課税権 ○：課税権 △：制限的第1次課税権 ×：課税権なし

この表を概観して分かることは、ほとんどの所得で居住地国に課税権が配分されていることである。この例外は、政府職員（19条）と学生（20条）だけである（後記2(3)参照）。

2 配分ルールの性格と構造

(1) 配分ルールの性格

これらの配分ルールの中で一般的規定（lex generalis）は事業所得（7条）、譲渡収益（13条）、給与所得（15条）であり、国際運輸業所得（8条）は、事業所得の特則（lex speciales）であり、退職年金（18条）は、給与所得の特則である。

一方、不動産所得（6条）は、7条の前に規定されていることから同条の特則とは考えられないものの⁽¹⁴⁾、事業として6条の不動産貸付などを行うことも考えられ、7条と重なる部分がある。しかし、この場合も、6条の所在地国原則（situs principle）が7条のPE原則に優先し、6条が優先適用される（6条(4)）。

これに対し、配当所得（10条）、利子所得（11条）及び使用料所得（12条）は、事業として行うことも考えられ、7条にも該当することとなるが、その場合には7条の特則的規定と考えられることから、原則として、7条に優先して適用される（7条(4)）。もっとも、例外的にこれらの所得がPEと実質的な関連を有しているときは7条の所得となる（10条(4)、11条(4)、12条(3)）。この場合は、これらの所得は、いったんは、10条、11条あるいは12条の所得となるが、PEと実質的関連を有しているときは、7条にバックすることとなるのである。なお、これらの3つの所得は、「特則」ではなく、「特則的規定」である。というのは、いずれも事業として行わないすなわち受動的な（passive）立場で取得する場合もあり、完全に7条に包含されるのではなく、7条と重ならない部分もあるからである。

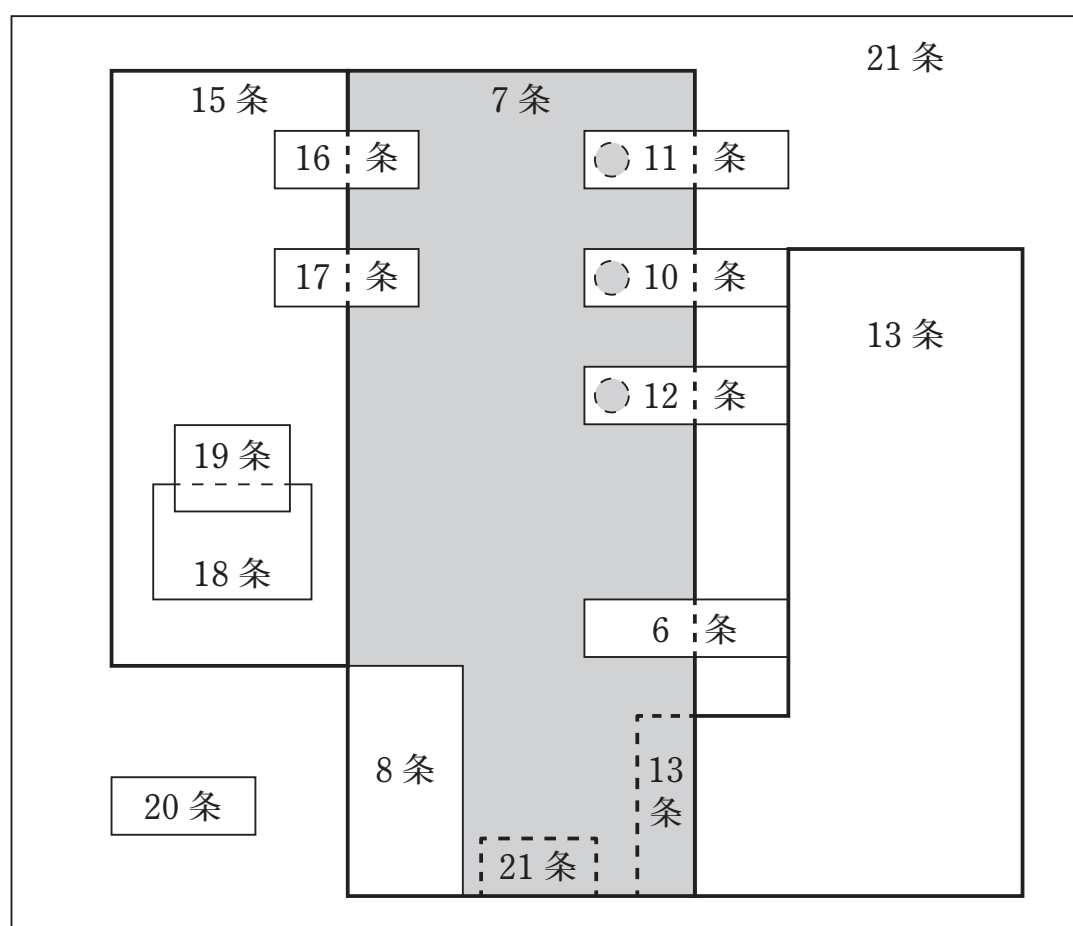
給与所得の特則としては、上記退職年金（18条）や政府職員所得（19条）があるが、このほかに、役員報酬（16条）、芸能人所得（17条）がある。役員報酬や芸能人所得は、独立事業として行われる場合もあり、

そうすると事業所得（7条）とも重なっているからである。

さらに、上記一般的規定や特則的規定には当たらないバスケット条項として、「その他所得」（21条）がある。

（2）配分ルール of 構造

以上の検討に基づき、モデル租税条約上の配分ルールのそれぞれの対象としている所得の範囲を図示すると、下図の構造図のとおりとなる。これは、ドイツの Rust が、事業所得を中心にしてその特則的規定との構造を図示しているが⁽¹⁵⁾、この図を参考に、筆者においてモデル租税条約上のすべての配分ルールの拡張したものである。これは、前記1(4)の一覧表と対比すると、それぞれの配分ルールの守備範囲を示したもので、いわば配分ルールの要件の関係を示す構造図となる。



※1：7条の灰色表示部分が同条の適用の対象となる所得である。7条（事業利得）と13条（譲渡収益）との境界は、事業活動（business activity）

による所得か capital gain であるかで区別される。ただし、法人の取得した capital gain や個人の事業活動により取得した capital gain は、上図のとおり、7 条にも当たることから 13 条所得と重なるが、7 条が優先し、7 条所得となる（後記第 5 の 3 参照）。また、13 条(2)は、PE を構成する事業用動産の譲渡については、譲渡収益ではあるものの、PE 所在地国に課税権があるとしているが、これは 7 条の PE 原則と一致させたものであり（13 条関係コメ・パラ 24）、13 条の所得であるが、7 条に含まれるとしているのである。

※ 2：10 条（配当）、11 条（利子）及び 12 条（使用料）は、7 条の一部ではなく、7 条の対象とならない部分もある。対象とならない部分は、事業活動とはいえない passive な所得の場合である。10 条ないし 12 条が、7 条と重なっている部分は、事業活動にも当たるのであるが、10 条ないし 12 条が優先適用される（7 条(4)）。しかし、例外的に PE と実質的な関連を有しているときは、元々は、事業所得であるので、上図の 10 条、11 条及び 12 条の枠内に破線の円で図示したとおり、7 条の所得となる（10 条(4)、11 条(4)、12 条(3)、後記第 6 の 3(2) 参照）。

※ 3：10 条と 12 条が 13 条と接している部分は、いずれも 10 条や 12 条の資産から生じる所得であるが、13 条は、これらの資産を譲渡 (alienation) したときの所得である。

※ 4：6 条（不動産所得）は、不動産の「使用 (use)」から生じる所得について、不動産の所在地に第 1 次的課税権を認めているが、7 条の適用が排除されているのではない。PE を通じて得られた所得であれば、7 条も重疊的に適用されることとなるが（6 条関係コメ・パラ 4）、6 条は、PE がなくても、不動産が所在すれば課税権があることを認めるものである。もっとも、7 条が重疊的に適用される場合には、PE 原則よりも所在地国原則 (situs principle) が優先し、6 条が適用される（6 条(4)）。他方、6 条は、13 条とは不動産の使用 (use) か不動産の譲渡 (alienation) かで区別されることとなる。

※5：8条（国際海上運送及び国際航空運送による所得）は、完全に事業所得の一部である。

※6：7条と15条との境界は、役務提供（service）が独立的（independent）か非独立的（dependent）か、言い換えると、被用者（employee）か独立事業者（independent servicer）かで区別される。

※7：16条（役員報酬）及び17条（芸能人及び運動家）は、15条の一部ではなく、独立の事業の場合もあり、7条にもまたがっている。

※8：18条（退職年金）は、過去の雇用に対する対価であり、独立的な活動の場合は含まないことから⁽¹⁶⁾、15条の特則である。19条（政府職員の報酬）は、給与と退職年金もあることから、上図のように、18条とも重なっている。

※9：20条（学生）は、学生が生計、教育又は訓練のために受領する給付について滞在地国免税を規定するもので、このような給付は、7条、15条及び13条のいずれにも該当しないものであり、上図のとおりとなる。

※10：21条（その他所得）は、当該所得がPEと実質的に関連を有する場合は、7条が適用されると規定している（同条(2)）。それで、上図のとおり、7条と重なり、7条が適用されることとなる。ただし、6条の所得は、所在地国原則で決定されるので、PEと実質的に関連していても、7条ではなく、6条が適用される（同条(2)括弧書き）。

(3) 配分ルールの地理的適用範囲

前記第2の1(1)のとおり、租税条約は、A国とB国との間で、それぞれ相手国の居住者に対する課税権の制限をして、両国間の二重課税を排除することが主たる目的である。そのため租税条約上の配分ルールは、締約国間で生じる所得について適用されることを想定していると考えられる。MC6条、10条、11条、12条、16条及び17条がそのような規定である。例えば、MC10条(1)は、配当の支払者や受領者がそれぞれの締約国の居住者であることが要件としていて、所得の発生及び受領が二国間の関係（bilateral situation）であることを前提として

いる規定である⁽¹⁷⁾。このような配分ルールは、所得の発生及び受領が二国間関係に限られることから、その射程は二国間に限られる⁽¹⁸⁾。このように配分ルールの中には、所得の発生及び受領が締約国である二国間の関係であることを前提とし、源泉地国と居住地国である二国間の関係についてのみ適用される規定がある。このような配分ルールを「二国間規定 (bilateral article)」と呼ぶことができよう。

これに対し、MC7 条、8 条、13 条、15 条 18 条及び 21 条は、特に二国間の関係にのみ適用されるという限定はない。例えば、MC7 条(1)の 1 文は、後記第 3 の 1 のとおり、居住地国の排他的課税権を規定しているが、源泉地国が締約相手国である場合に限ってはいない。このように特に締約国である二国間の関係に限定せずに、所得の受領者の居住地国が締約国の一方であれば、所得の源泉がどこの国で生じているかを問わない規定がある。このような配分ルールを「世界間規定 (worldwide article)」と呼ぶことができよう。

一方、配分ルールの中には、このような二国間規定や世界的規定の中間的な規定がある。MC19 条と 20 条がこれに当たる。MC19 条は、所得の受領者である政府職員の勤務先国と所得の発生（報酬の支払い）が二国間関係であることを要するとし二国間関係に限定しているものの、当該職員が第三国の居住者であっても適用されると解され⁽¹⁹⁾、MC20 条は、所得の受領者である学生等が直前に締約相手国の居住者であることを要するとし二国間関係に限定しているものの、所得の源泉を問わず第三国から給付を受けていたとしても適用されるのである (MC20 条但書)。

このような区別をする意味であるが、二国間規定の場合は、例えば、支払者が第三国の場合には、MC10 条(3)の配当所得に当たるとしても、MC10 条(1)が適用されず、支払者が事業者であるか否かにより、MC7 条の事業所得か MC21 条のその他所得となるのである⁽²⁰⁾。それで、MC21 条(1)は、「いずれの国で生じたとしても (wherever arising)」と規定し、これを受けて、21 条のコメンタリー・パラ 1 は、「21 条の所得は、

前各条で扱われなかった所得だけでなく、明確に言及されなかった源泉から生じた所得 (income from sources not expressly mentioned) でもある。」と規定しているのである。

3 配分ルールにおける用語の意義

配分ルールの用語は、下記のとおり、3つの概念に分類することができる。これは、租税条約3条(2)の適用の結果であり、詳細は、別稿⁽²¹⁾を参照されたい。

- 租税条約上の固有概念 (autonomous term) : 租税条約で定義がされている用語又は文脈で租税条約上の意味で解釈される用語
- 国内法概念 (domestic term) : 租税条約3条(2)により、それぞれの締約国の国内法の意味で解釈される用語
- 一般概念 (general term) : 条約法条約に基づき解釈の一般ルールで解釈される用語

第3 事業所得の意義

1 課税原則

モデル租税条約は、事業所得については、7条(1)で、A国の「企業の利得 (profits of an enterprise)」については、当該企業がB国内にあるPEを通じて「事業 (business)」を行わない限り、B国は課税できない(1文、PEなければ課税なし)とし、A国の企業がB国にPEを有する場合には、PEに帰せられる利得についてのみ課税できる(帰属主義、2文)としている。すなわち、7条(1)の1文は、原則として、当該企業の居住地国の排他的課税権を規定し、その利得がたとえ源泉地国における活動の結果であったとしても、源泉地国にPEがなければ課税権がないことを意味し⁽²²⁾、2文は、例外として、源泉地国にPEがある場合にPEに帰属する所得のみ課税できると規定しているのである⁽²³⁾。

なお、前記第2の1(3)で述べたとおり、配分ルールの型でいうと、1文は、MC23条A、Bによる補完を要しない完全な配分ルールであり、2文は、この補完を要するオープンな配分ルールということになる。すなわち、2文は、B国（源泉地国）の課税権行使が可能と規定するのみで、A国（居住地国）の課税権行使はオープンにしておき、A国が、23条AによりB国の所得を免税するか、あるいは、23条Bにより外国税額控除方式によりB国による所得税額相当額を控除して二重課税を排除しなければならないこととなるのである⁽²⁴⁾。

2 企業（enterprise）の意義—事業（business）との関係

モデル租税条約は、1条(1)で、条約の適用範囲を「一方又は締約国に居住者（residents）である『者（person）』に適用する」と規定し、条約による保護を受ける適格（entitlement）について、3条(1)(a)の「者」であることを要求している。一方、MC7条(1)は、企業の利得の課税権の配分を規定しているが、3条(1)(a)の「者」が租税条約上保護を受ける法的主体であり、「企業（enterprise）」は、租税条約上の客体であり、「者」が遂行している機構や事業活動を意味している⁽²⁵⁾。このように「企業」が、租税条約上、機構だけでなく、事業活動自体をも意味していることから、会社（company）が遂行するものだけではなく、個人が遂行するものをも含んでいる。このことは、3条(1)(h)が個人の「独立した性格を有する活動」も「事業」に当たるとし、3条(1)(c)が、「『企業』との用語は、あらゆる種類の事業の遂行について適用する（the term "enterprise" applies to the carrying of any business）。」（下線筆者）と規定し、3条(1)(h)の個人による独立事業活動をも含むとしていることから明らかである。

租税条約上の「企業」の意義は、上記のとおりであるが、一方、3条(1)(c)が、「企業」と「事業」との2つの用語を用いていることから、企業と事業のそれぞれの意義や両者の関係が問題となる。

上記3条(1)(c)から、「企業」の意義を明らかにするためには、まず「事業」の意義を明らかにする必要があるが、モデル租税条約上、「事

業」についての包括的な定義はなく、3条(1)(h)で独立事業を含むと定義されているにとどまっている。そうすると、MC3条(2)の適用により、「事業」との用語は、国内法で決定されることとなり、モデル条約3条のコメンタリーも、「事業」は国内法概念であるとしている(パラ10.2)。

しかし、実は、大陸法系の国とコモンローの国とでは、「企業」や「事業」の用語について国内の法令上の用い方に大きな違いがある。これについては、Avery Jones らによって明らかにされている⁽²⁶⁾。

これによると、大陸法系の国は、民商法で「事業」と「企業」という両方の用語を用いる場合が多く、企業(会社という機構)による活動は、すべて事業であるとしていて、そのため租税法上会社の所得はすべて「事業」に当たることとなる(type-of-person アプローチ⁽²⁷⁾)。これに対し、コモンローの国は、民商法及び租税法上、そもそも「企業」という概念がなく、「事業」という用語しか用いていない。すなわち、コモンローの国では、民商法上、会社の活動がすべて「事業」に当たるのではなく、租税法上、会社の所得であっても、所得の性質によって区分することとなる(type-of-income アプローチ)。例えば、会社がキャピタル・ゲインを取得した場合、大陸法系の国では、「事業」による所得であるが、コモンローの国では、「事業」による所得ではなく、「譲渡」による所得となる。このように大陸法系の国では、type-of-person アプローチを採る結果、会社のすべての所得が事業所得に当たるとする「広い事業概念」を採っているのに対し、コモンローの国では、type-of-income アプローチを採る結果、会社の所得も「事業」に当たるか否かを検討すべきとする「狭い事業概念」を採っているのである。なお、この「type-of-person アプローチ」や「type-of-income アプローチ」との用語は、Avery Jones らの用語例⁽²⁸⁾によっている。

さらに、大陸法系の国では、会社のPEに帰属する所得はすべて「事業」に当たるのに対し、コモンローの国では、会社のPEに帰属する所得がすべて「事業」に当たるのではなく、所得の種類によって区分することとなる。ただし、米国は、コモンローの国ではあるが、他の

コモンローの国とは少し異なっている。すなわち、米国は、会社のすべての所得を原則として「事業」による所得としていて、その点では、大陸法系の国と同じであるが、持ち株会社については、active な所得と passive な所得を区別していて、この点は、他のコモンローの国と同じである⁽²⁹⁾。

3 文脈による制約の検討

(1) 「事業」概念の意義—国内法概念

このような大陸法系の国とコモンローの国における国内法上の「事業」概念の違いによる租税条約の解釈の抵触を避けるため、モデル租税条約における「企業」や「事業」について、いわゆる共通解釈アプローチ (common interpretation approach) により、租税条約上の固有概念であり、大陸法系の国もコモンローの国も租税条約上の共通の概念として解釈すべきであるとする見解もある。例えば、Vogel 第4版の編集者の一人の Reimer は、「企業」や「事業」の両概念について、Vogel が国内法概念と扱ってはいたものの、現在では完全な固有概念と解釈すべきであるとする⁽³⁰⁾。しかし、このような見解は、3条(2)に反していることから採ることができない。また、仮にこのような見解を採ると、国内法上の「事業」概念との広狭が問題となる。源泉地国において、条約上の「事業」が国内法上の「事業」よりも広い場合（コモンローの国）は、源泉地国は課税できない部分があるのに、居住地国で控除できることとなり、二重非課税の可能性があり、一方で、条約上の「事業」が国内法上の「事業」より狭い場合（大陸法系の国）は、二重課税の可能性があるととなる⁽³¹⁾。

(2) 「企業」概念の意義—3条(1)(h)及び(1)(c)による制約

そこで、租税条約上の「事業」は、国内法概念と考えるべきであるが、「事業」概念を前提とする「企業」概念に3条(2)の適用上「文脈」による制約があるのではないかが問題となる。

まず、3条(1)(h)によると、事業所得と給与所得の区別について締約国で違いがあるが、「独立した性格を有する活動」については、租税条

約上は「事業」として扱うこととしている。これは、租税条約が、「事業」概念を通して「企業」について明確に規定している制約である(3条コメンタリー・パラ4の5文)。

次に、3条(1)(c)が問題となる。この規定の意義は、条文を読んだだけでは分かりにくい、3条関係のコメンタリー・パラ4の1文が、下記のとおり、この3条(1)(c)の意義について明らかにしている。

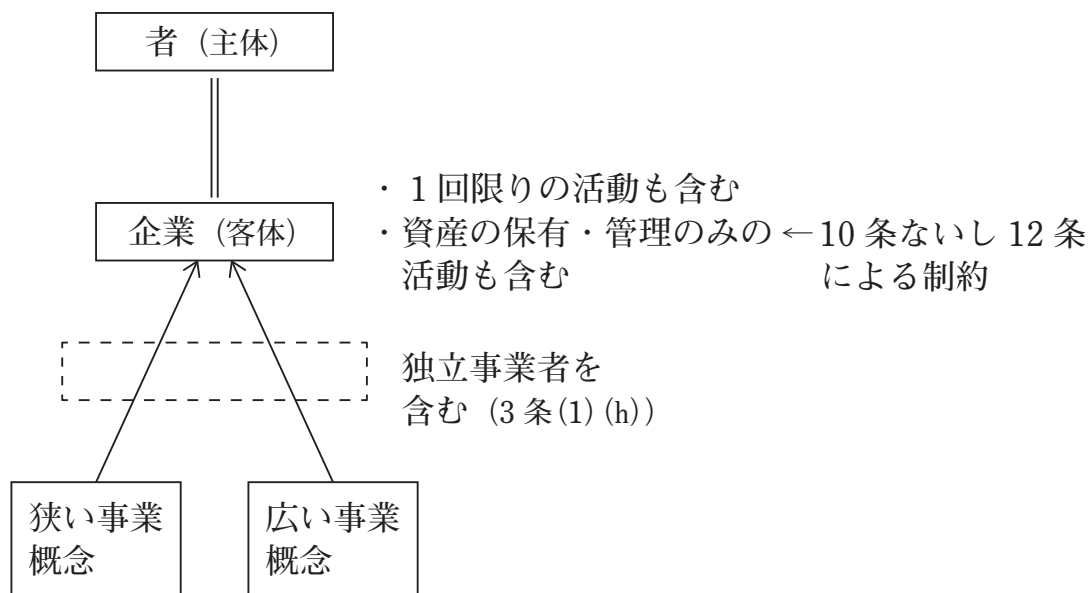
「ある活動が企業の枠内で行われているのか、それともそれ自体が一つの企業を構成するか否かは、締約国の国内法の規定に従って常に解釈されてきた。(The question whether an activity is performed within an enterprise or is deemed to constitute in itself an enterprise has always been interpreted according to the provisions of the domestic law of the Contracting States.)」(下線筆者、⁽³²⁾)

このコメンタリーも分かりにくく、Avery Jones は神秘的 (cryptic) と表現しているが⁽³³⁾、上記大陸法系の国とコモンローの国とでの「事業」概念のとらえ方の違いを意味していると考えられる。すなわち、このコメンタリーは、大陸法系の国では、事業活動に当たるかは、企業の形態で行われているかを問題とし、コモンローの国では、それ自体が事業と言えるかを問題としてきたとの意味であり、このような事業概念についての大陸法系とコモンローの考え方の違いを受けて、3条(1)(c)は、「企業」の用語を「あらゆる種類の事業の遂行」に適用すると規定しているのであり、このような大陸法系の国の「広い事業概念」も、コモンローの国の「狭い事業概念」のいずれも「企業」に当たるとして適用することを意味していると考えられる。

このように考えると、租税条約上「企業」という概念は、それ自体は、空っぽの概念で、広い事業概念も狭い事業概念のいずれも対象とすることを明確 (clarification) にするための概念で、その内容は、それぞれの締約国の「事業」概念に白紙委任 (a carte blanche) されている概念と考えざるを得ない⁽³⁴⁾。この点、OECD で長年租税条約の策定に携わった Sassaville も、1961 年 OEEC の Party 14 による 3 条(1)(c)や同

条関係コメンタリー・パラ 4 の策定作業を検討し、3 条(1) (c) が定義規定ではなく、機構としての事業と事業活動の両方を含むことを明確にするものにすぎないと述べているところである⁽³⁵⁾。3 条(1) (c) は、同条における定義規定（3 条(1) (b), (d), (e), (f), (i)）と異なり、「mean」ではなく、「apply」との用語が用いられているのも、このような意味と考えられる。

そうすると、「企業」概念は、3 条(1) (c) の制約により、狭い事業概念だけでなく、広い事業概念を含んでおり、7 条(1) の適用に当たり、コモンローの国が国内法上狭い事業概念を採っていることから、この「企業」も狭い事業概念に基づくものであると限定解釈して、1 回限りの活動や資産の保有・管理のみの活動が 7 条(1) の「企業」に当たらないと解釈することは、3 条(2) の文脈に反することから許されないこととなる。しかし、一方で、資産の保有・管理のみの活動については、10 条ないし 12 条の対象ともなり得るところ、7 条(4) により、資産の保有・管理のみの活動は、10 条ないし 12 条の対象となり、7 条(1) からは除かれると考えることとなる。これは、7 条(1) の「企業」について、10 条ないし 12 条が文脈となっていて、このような文脈による制約となる。7 条(1) の「企業」について、このような文脈による制約を図示すると、下図のとおりとなる。



もっとも、10条ないし12条の対象となる資産の保有・管理のみの活動の場合であっても、PEと実質的に関連していて、その所在地国の国内法上事業に当たるのであれば、元々は、7条(1)の「企業の利得」であったのであるから、10条(4)、11条(4)及び12条(3)によって、7条に戻る事となる。10条(4)などの規定が適用されるのは、PEを通じて「事業」として行われた場合が典型であるが、資産の保有・管理のみの活動にすぎないpassiveな活動の場合にも、大陸法系の広い事業概念をとっている国の場合には、10条(4)などの規定によって、7条(1)に戻る事となる。

(3) 小括

このようにMC7条(1)の「企業」概念は、租税条約上の白紙委任された概念であり、締約国の国内法で決定されると考えるものの、筆者としては、まず、3条(1)(h)により「企業」に独立事業を含むとの制約を受け、次に、1回限りの活動であっても、「企業」に含み得るが、資産の保有・管理のみの活動は、10条ないし12条の制約によって、「企業」には当たらないと考える(文脈による制約説)。

具体的には、大陸法系の国とコモンローの国とでは、その適用の仕方が異なる事となる。広い事業概念を採っている大陸法系の国の場合、国内法上、1回限りの活動や資産の保有・管理のみの活動は、「事業」に当たることから、いったんはMC7条(1)の「企業」に当たるとするものの、資産の保有・管理のみの活動については、10条ないし12条の制約により、7条(1)の適用を受けない事となり、7条(4)で10条ないし12条が適用される事となる。一方、狭い事業概念を採っているコモンローの国の場合、国内法上、1回限りの活動や資産の保有・管理のみの活動は、「事業」に当たらないものの、3条(2)の文脈に制約で、この理由で7条(1)の「企業」に当たらない事はできないが、資産の保有・管理のみの活動については、10条ないし12条による再度の制約により7条(1)に当たらず、最初から10条ないし12条が適用される事となる。

Vogel 第4版の編集者の一人の Rust は、Vogel に忠実な立場を貫き、「事業」は国内法概念であるが、MC3 条(1)(h)やモデル租税条約自体の文脈に従わなければならないとしている⁽³⁶⁾。Rust の考えが筆者の考えに近い立場と考えられる。

MC7 条(1)の「企業」についてのこのような文脈による制約説と上記共通解釈アプローチによる適用における実際上の違いが問題となるが、これは、第6のドイツの判例で検討することとする。

第4 譲渡収益及び利子所得の意義

1 譲渡収益の意義

(1) 課税原則

モデル租税条約は、譲渡収益 (gains from the alienation) については、13 条の見出しで、「Capital Gains」とした上、①不動産又は PE で用いられる事業用資産の譲渡による収益については、それらが所在する締約国が第1次課税権を有するとし(同条(1), (2))、②国際運輸に運用する船舶又は航空機の譲渡は、企業の所在する締約国においてのみ課税することができるとし(同条(3))、③不動産化体株式の譲渡収益は、その価値の50%超が不動産である場合には、その不動産の所在する締約国において課税することができるとし(同条(4))、④上記以外の財産以外の財産の譲渡収益は、譲渡者の居住地国においてのみ課税することができるとしている(同条(5))。すなわち、13 条では、最後の(4)が、原則の包括的な規定であり、capital gain については居住地国課税の排他的管轄とし、不動産や事業用資産など資産の違いにより課税権の配分を規定としているのである。

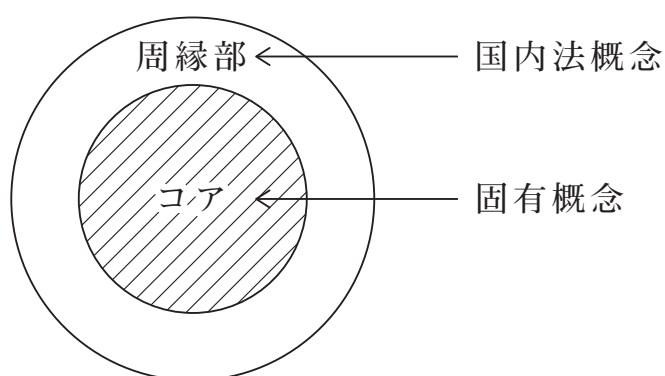
(2) gain や「譲渡」の意義

これらがモデル租税条約で対象となっている譲渡収益であるが、事業所得との区別は、事業活動による所得か capital gain であるかにより区別されると考えられる。しかし、モデル租税条約は、13 条の見出し

の capital gain については、特に定義をしておらず、capital gain の意義が問題となる。

Vogel は、capital gain は租税条約上定義されていないことから、3 条(2)の適用により、国内法概念であるとしていた⁽³⁷⁾。しかし、capital gain は、あらゆる財産の「譲渡」から生ずる利得であり、「譲渡」の意義により決定される概念である。そこで、まずは、「譲渡」の意義が問題となる。「譲渡」も、租税条約上定義がなく、MC3 条(2)により、国内法概念と考えられる。しかし、租税条約上 13 条で capital gain を対象としている趣旨・目的や capital gain の原因を表すのに「sale」という用語ではなく「alienation」との用語を用いていることを考慮すると、「譲渡」の周縁部(periphery)は、オープンで国内法に従うとしても、「譲渡」のコアとなる部分は、固有概念であり、財産権の主体が変わることを意味しており、それ以上の限定はなく、法的な移転を必要としないと考えられる⁽³⁸⁾。この点、コメンタリーも、「譲渡」を非常に広汎にとらえ、財産の売却、交換及び一部分の譲渡、収用、法人に対する現物出資、権利の売却、贈与並びに死亡による財産の移転が含まれるとしているところである(13 条コメ・パラ 5)。

これを図示すると、「譲渡」概念は、下図のとおりとなる。



このように「譲渡」概念を固有概念部分と周縁部分とに分けて考えると、capital gain も固有概念の「譲渡」に対応する部分と国内法概念により決定される周縁部分に対応する部分があり、固有概念の部分に

については、原因となる資産の譲渡の対価を構成する金銭又は物と考えるべきである⁽³⁹⁾。

2 利子所得の意義

(1) 課税原則

モデル租税条約は、利子所得については、11条(1)で、支払いを受ける者の居住地国において課税ができると規定するとともに、11条(2)で、源泉地国においても、限度税率の範囲内で課税できるとしている(11条(2))。

このようにMC11条(1)(2)は、居住地国と源泉地国の両方に課税を認めているが、配分ルールとMC23条A、Bとの関係の一般原則から、11条(2)の源泉地国の課税権が第1次課税権であり、11条(1)の居住地国の課税権は、第2次課税権でMC23条A、Bにより二重課税を避ける義務があることになる⁽⁴⁰⁾。

(2) 利子の意義

このような利子所得においては、「利子」の意義が問題となるが、MC11条(3)は、「すべての種類の信用に係る債権 (...) から生じた所得 (income from debt-claims of every kind) で、特に、公債、債券又は社債から生じた所得 (...)」と定義している。すなわち、「利子」とは、「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」であり、公債、債券及び社債を例示しているが、これはあくまでも例示にすぎず、預貯金、金銭債権等も含んでいると考えられる。

このように租税条約上の「利子」は、租税条約3条(2)の適用上、完全な定義がある概念であり、租税条約上の固有概念に当たり、国内法の参照を必要としない⁽⁴¹⁾。

第5 Thiel 事件高等法院判決

まず、オーストラリアの1990年のThiel事件高等法院判決⁽⁴²⁾を検討する。これは、租税条約7条(1)の「企業の利得」に、個人による1回限りの株式譲渡がこれに当たるかが問題となった事件であり、この問

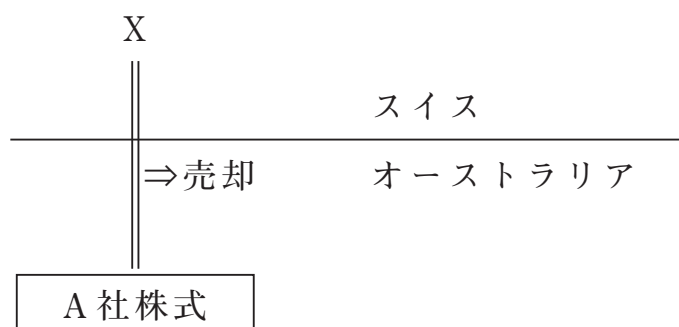
題を考える上で必ず検討しなければならない判例である。要旨は、次のとおりである。

本件は、スイスの居住者である個人が、PE なしで、オーストラリアで同国内の会社の株式を取得し、同国内で取得価格よりも高くで売却して利得を得たとの事実に関係において、国税当局が、豪瑞租税条約 13 条に投資目的での株式の譲渡は含まれていないとの前提で同条約 7 条(1)の「企業 (enterprise) の利得」にも含まれないとして、国内法で課税処分をした事案である。

高等法院は、1 回限りの投資目的の譲渡も豪瑞租税条約 7 条(1)の「企業の利得」に含まれるとし、課税処分を違法とした。

1 事案の概要

X (個人) は、スイスの居住者であるが、1984 年 2 月から 5 月にかけて、オーストラリア所在の信託の持分を購入していたが、1984 年 11 月に、信託から会社 (company) に組織変更されたオーストラリア所在の A 社に上記持分を 30 万豪ドルで売却し、下図のとおり、その代わりに同社の発行済株式の 50% を取得した。



その後、A 社の株式が上場されたが、X は、1985 年 5 月に、オーストラリアの証券市場を通じて、A 社の株式を購入価格よりも高い 56 万 6000 豪ドル余りで譲渡した。

これに対し、オーストラリアの国税当局 (以下「ATO」という。) は、A 社がオーストラリア国内に所在することから国内法 (1936 年所得税法 26 条 AAA) を適用して、キャピタル・ゲイン課税をした。なお、この

規定は、12 か月以内の短期に実現したキャピタル・ゲインを対象とするものであった。

これに対し、X は、豪瑞租税条約 7 条(1)の「事業 (business)」に当たり、PE を有しないことから、オーストラリアに課税権がないと主張した。一方、ATO は、豪瑞租税条約 7 条(1)の「企業の利得」は、継続的活動による利得であり同条項に当たらないと主張した。

なお、豪瑞租税条約 7 条(1)は、MC7 条(1)と同様に、「一方の締約国の企業 (enterprise) の利得 (profit) 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の国内において事業を行う場合 (the enterprise carries on business) でない限り、当該一方の体や国においてのみ租税を課することができる。…」と規定し、また、豪瑞租税条約 3 条(1) (f) は、「一方の締約国の企業とは、両締約国の居住者によって遂行されている企業を意味する。」と規定されていた。

さらに、X は、豪瑞租税条約 13 条(3)の「その他の財産の譲渡」にも当たり、居住地国のみに課税権があるとの主張もしたが、この点については、明確な争点とはなっていない。しかし、オーストラリアでは、古い租税条約では、そもそも 13 条の見出しが、「capital gain」ではなく、「財産の譲渡 (alienation of property)」と規定され、その対象を限定的にとらえるのが実務の慣行であった⁽⁴³⁾。そのため、ATO は、豪瑞租税条約 13 条がカバーしていない所得であるとの前提に立っていたと考えられる⁽⁴⁴⁾。

2 判旨

1 審の西オーストラリア州最高裁は、X の請求を棄却した。そこで、X は、連邦裁判所 (合議部) に控訴したところ、連邦裁判所 (合議部) 判決⁽⁴⁵⁾は、5 人の判事のうち Sheppard 判事、Lee 判事及び Northrop 判事の 3 人が多数意見を構成し、X の控訴を棄却した。そこで、X は、高等法院に上告した。

高等法院は、X の主張をいれて、豪瑞租税条約の 7 条(1)「企業」に当たり、課税されなかったとした。高等法院の Mason 裁判長と Brenann 判

事及び Gaudron 判事は、豪瑞租税条約上の「利得 (profit)」や「企業 (enterprise)」は定義がなく、さらに、豪瑞租税条約 3 条(2)によってもオーストラリア国法上も定義がないとし (パラ 4)、「このような状況においては、条約自体の文脈を見ていくのが無難である。条約の文脈においては、3 条(1) (f)の『遂行する (carried on)』との用語が、『一方の締約国の企業』との表現を解釈する上で、企業と締約国とを結びつける表現としか用いられていない。したがって、『遂行する』との用法に関しては、継続性やシステムの要素を帰すべきでない。」(パラ 8)とした上、「『企業』との用語は、そのような関係する外在的な材料の観点で解釈されるべきことが条約から確かめることができよう。…McHugh 判事が述べているとおり、OECD モデル租税条約のコメンタリーを考慮するのが適切である。重要なのは、3 条のコメンタリーが次のように述べていることである。

『4. ある活動が企業の仕組み (within the framework of an enterprise)で行われているのか、それともそれ自体が一つの企業を構成するか否かは、締約国の国内法の規定に従って常に解釈されてきた。』(下線筆者)

このくだりは、明らかに、一つの活動が、活動が行われる仕組みと同様、租税条約上『企業』を構成することができるということである。」(パラ 9)とし、「(前略) 7 条は、特に『事業の利得 (Business Profits)』との見出しになっており、事業や商業上の目的で一つ又はそれ以上の取引に入ることとの考え方が、租税条約上の企業であるとの解釈を支持するものである。その結果、X の活動が企業を構成し、7 条の適用上、『一方の締約国の企業』に当たる。…」(パラ 10, 下線筆者)とした。

なお、Dawson 判事は、条約法条約 32 条により、OECD コメンタリーを用いることも許されると述べているのが注目される (同判事意見・パラ 10)。

3 検討

本判決の位置づけは難しく、本件が共通解釈アプローチを採ったと

するドイツの研究者の見解⁽⁴⁶⁾もある。しかし、上記高等法院判決が、そこまでのアプローチを採ったとは考えられない。上記高等法院判決は、豪瑞租税条約7条(1)の「企業」の解釈に当たり、オーストラリアの法令にこの用語がないことから、3条(2)の適用上、3条(1)(f)の「企業」についての定義の元となったコメンタリーすなわち第3の1(1)で検討した同条のコメンタリー・パラ4を参照して、豪瑞租税条約7条(1)の「企業」について、大陸法系の広い「事業」概念をも含んでおり、1回限りの活動であっても、投資目的であれば、「企業」となるとしたにすぎない。すなわち、上記高等法院判決は、豪瑞租税条約7条(1)の「企業」について3条(1)(f)による制約があるとしただけで、共通解釈アプローチの立場を採ったとまではみることができない。

しかし、本件で問題は、個人による1回限りの活動も租税条約7条(1)の「企業」に含まれるかである。豪瑞租税条約3条(1)(f)が、事業の「遂行 (carrying on business)」との用語から1回限りの所得を含まないとする見解もあり得る。しかし、上記高等法院判決は、この「遂行」との用語だけで不十分としたのであり、この点、MC3条(1)(c)は、英語版では、「carry on」となっていて、1回限りの活動が除かれる可能性があるが、フランス語版では、「le terme entreprise s'applique à l'exercice de toute activité ou affaire」と規定され、いかなる activité 又は affaire となっているが、affaire は継続的なものであるが、activité は1回限りの活動も含んでいるとされ⁽⁴⁷⁾、英語版の「carry on」だけを根拠に1回限りの活動が除かれると解することはできないとされている。

このように「企業」に1回限りの活動も含むとすると、7条と13条が重なり合うこととなる。第3の3で検討したとおり、MC7条(1)の「企業」は、狭い事業概念だけでなく、広い事業概念も含み得ることから、1回限りの活動も含むと考えることとなるが、そうすると、第2の2(2)の配分ルールの構造図に図示し、※1でコメントしたとおり、会社による1回限りの取引や個人による投資目的に基づく1回限りの取引は、本来であれば、13条に当たる capital gain であるが、

国内法上「事業」に当たれば、7条(1)の「企業」にも当たるが、モデル租税条約の規定上7条が13条よりも順番が先に規定されていることから、7条が優先すると考えられ、7条の事業所得となると考える。

第6 連邦財政裁判所 2010 年 4 月 28 日判決

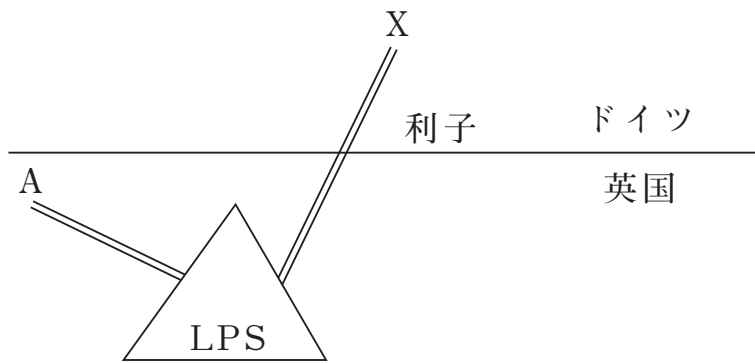
次に、ドイツの連邦財政裁判所 2010 年 4 月 28 日判決⁽⁴⁸⁾について検討することとする。これは、租税条約7条(1)の「企業」に資産を保有・管理しているにすぎない活動も含まれるかが問題となった事件である。この問題は、長年ドイツで問題となっていた連邦財政裁判所の判例が待ち望まれていた事件であり、この判決は、ドイツの連邦財政裁判所が共通解釈アプローチを採った代表的な判決でもある⁽⁴⁹⁾。要旨は、次のとおりである。

本件は、ドイツの居住者（個人）が米国の LPS のリミティッド・パートナーとして LPS から利子を受け取ったとの事実関係において、ドイツの国税当局が、米独租税条約 11 条(1)の利子の受益者の居住地国であるとして課税したとの事案である。

連邦財政裁判所は、ドイツの国内法で、事業とみなすとの規定があったものの、LPS が資産の運用しかしていないことから米独租税条約 11 条(3)の「事業」に当たらず、また、同条約 7 条(1)の「企業の利得」にも当たらず、上記みなし規定は米独租税条約の適用上考慮されないとして、ドイツに課税権があるとした。

1 事案の概要⁽⁵⁰⁾

X（個人）は、ドイツの居住者であるが、次図のとおり、米国の LPS（以下「本件 LPS」という。）のリミティッド・パートナーの一人であったが、この LPS は、ジェネラル・パートナー A が米国の会社であり、不動産の貸付業や投資からの利子を得ていた。



この LPS は、米国法上は、透明体として取り扱われていた。X がこの LPS から受け取った 1995 年分の利子について、ドイツに課税権があるかが問題となった。

ドイツの国税当局は、米独租税条約（1989 年締結）の 11 条(1)で利子については、利子の受益者の居住地国で課税されるとされていたことから、ドイツに課税権があるとして、課税した。

一方、ドイツの国内法上は、パートナーシップから生じる所得の分類は、一般には、当該パートナーシップの活動によるとされているが、所得税法 15 条(3)(2)が、「ジェネラル・パートナーが法人で、このジェネラル・パートナーの活動のみによってパートナーシップの活動が行われているときは、事業とみなす。」との規定し（以下「本件みなし規定」という。）、このような場合には、事業所得として課税することとされている。また、このみなし規定は、ドイツのパートナーシップのみならず、外国のパートナーシップにも適用されるとされていた。そこで、X は、本件みなし規定に基づき事業とみなされるし、また、仮に、利子所得であっても、米独租税条約 11 条(3) (MC11 条(4)に相当)に基づき、米国の PE より受け取った利子については、7 条(1)が適用され、いずれにしろ、ドイツには PE がないので課税権がないと主張した。

2 判旨

連邦財政裁判所は、米独租税条約 11 条(1)でドイツに課税権があるとして、国税当局を勝訴とした。

まず、連邦財政裁判所は、米独租税条約 11 条(1)が同条(3)でオー

バーライドされるのではないかに着目し、米国で本件 LPS が「事業」を行っていると言えるかを問題とし、米独租税条約 3 条(2)によりドイツの国内法上「事業」に当たるかで判断すべきとし、本件 LPS が賃料を受け取ったり利子を受け取ったりしているにすぎないことから「事業」を行っているとはいえないとして、11 条(3)は適用されないとした。なお、後記 3(2)のとおり、LPS が会社ではないので、ドイツの国内法上も「事業」には当たらないこととなるのである。

次に、連邦財政裁判所は、本件みなし規定で米独租税条約上「事業」に当たると言えるかを問題とし、連邦財政裁判所は、7 条(1)の「企業 (Unternehmen) の利得」については、3 条(2)の特別の「文脈」が国内法から離れて解釈することが要求しているとし、資産を運用することから生じる所得を含まないとした（パラ 23, 下線筆者）。その理由として、連邦財政裁判所は、①締約国間の課税権の配分は、所得の稼得される状況に依存し、「事業所得」についての国内法の解釈はあくまでも補助的なものにすぎないこと、②米独租税条約 7 条(6)が規定しているとおろ、10 条、11 条及び 12 条は、7 条(1)の特則であることを挙げている（パラ 23）。このような理由で、連邦財政裁判所は、PE に実質的に関連する所得のみが事業所得になり得るが、本件みなし規定の規定する擬制的なものでは、これを満たさないとして、事業所得に当たらないとした。

なお、ドイツの財務省は、一般には、租税条約上の「事業所得」はドイツの国内法で解釈されるとの立場を採り、本件みなし規定もそのような国内法に含まれるとしているが⁽⁵¹⁾、本件においては、米独租税条約の目的的解释で事業所得に当たらないと主張していたのである。しかし、連邦財政裁判所は、このような財務省の立場とは異なり、米独租税条約 3 条(2)の「文脈」で、7 条(1)の「企業の利得」に資産の保有・管理のみの活動による passive な所得は含まないとしたものである。

3 検討

(1) 7 条(1)の「企業」と 10 条ないし 12 条との関係

上記連邦財政裁判所判決は、最初に米独租税条約 11 条(3)の該当性

から判断しているが、論理の順序としては、同条項は、11条の特則であるから、まずは、一般的規定である7条(1)の該当性から検討すべきである。そこで、米独租税条約7条(1)の該当性から検討することとする。

MC7条(1)の「企業」は、第3の2で論じたとおり、3条(1)(c)により、狭い事業概念も広い事業概念も含み得ると規定しており、米独租税条約も同様と考えられる。問題は、資産の保有・管理のみの活動による passive な所得が、7条(1)の「企業」から外れるかである。上記連邦財政裁判所判決は、3条(2)の特別な文脈が、国内法概念と離れて解釈することを要求しているとしているが、これは、理由付け①をみると、租税条約上の所得分類は、原則租税条約上で解釈すべきとしているもので共通解釈アプローチの立場に立っていると考えられる。しかし、第3の2で述べたとおり、MC7条(1)の「企業」は、それぞれの締約国の国内法上の「事業」概念により決定される概念であり、直ちにこの判決の立場を是認することはできない。この点、Rustも、連邦財政裁判所は、OECDのコメンタリーについて遡及適用されないとする静的な立場 (static approach) を採っているものの、MC7条(1)の「企業」について、それぞれの締約国の国内法上の「事業」概念により決定されるところとするOECDの3条関係のコメンタリー・パラ4は、既に1963年版に存在したのであるから、連邦財政裁判所は、このコメンタリーになぜ従わないのかを説明すべきであるとしているところである⁽⁵²⁾。

このように考えると、上記連邦財政裁判所判決の挙げる理由のうち①には賛成できないものの、②の理由には賛成であり、この判決が判示するとおり、7条(4)が配当、利子及び使用料については、それぞれの条項に規定しており、このようなモデル租税条約自体の文脈からみて、資産を保有・管理しているにすぎない passive な活動は、7条(1)の「企業」には含まれず、また、本件みなし規定は、この10条ないし12条の文脈による制約で、米独租税条約7条(1)の「企業の利得」の該当性に影響しないと考える。

(2) 10条(4)、11条(4)及び12条(3)の意義

しかし、その場合でも、PEと実質的に関連していて、その所在地国の国内法上事業に当たるのであれば、元々は、7条(1)の「企業の利得」であったのであるから、10条(4)、11条(4)及び12条(3)によって、7条に戻る事となる。10条(4)などの規定が適用されるのは、PEを通じて「事業」として行われた場合が典型であるが、資産の保有・管理のみの活動による passive な所得の場合にも、10条(4)などの規定によって、7条に戻るかが問題となる。これは、各締約国の国内法上「事業」に当たるかにより決せられるが、前記第3の2のとおり、コモンローの国のように会社のPEと実質的に関連しているとしても「事業」に当たらないとしている場合は、7条が適用されないこととなるが、一方、大陸法系の国のように会社のPEと実質的に関連しているときには、「事業」に当たるとしている場合は、passive な所得であっても、7条に戻る事となる。もっとも、本件では、米国のLPSであり、会社ではないことから、ドイツの国内法上、LPSから得られる所得がPEと実質的に関連しているとして当然に事業所得となるのではない。

しかしながら、上記連邦財政裁判所は検討していないものの、本件みなし規定によって、米独租税条約11条(3)の「事業」に当たるかが再度問題となり得よう。本件みなし規定の趣旨が、唯一のジェネラル・パートナーが法人であることから、実質的には、会社から得られる所得と同じであるとして、「事業」とみなしているとする、MC3条(2)の適用上、考慮すべき国内法となり、米独租税条約11条(3)の「事業」に当たることとなる。しかし、一方で、米国では、LPSの活動が、資産の保有・管理のみの活動であり、米国の国内法上「事業」に当たらないこととなり、米国においては、このLPSは、PEには当たらないと取り扱うと考えられる。

ドイツは、国内法では全世界所得課税方式を採用しているものの、ドイツが締結した多くの租税条約では、ドイツの居住者に対しては国外所得免除方式をとっており、本件で問題となった米独租税条約も同様

である（米独租税条約 23 条(2)）。OECD は、2000 年のコメンタリーの改正以降、租税条約上の性質決定の違いによる抵触によって二重課税が生じる場合には、居住地国が源泉地国の性質決定を受け入れるべきとの New Approach を採っている⁽⁵³⁾。さらに、OECD は、2000 年のコメンタリーの改正以降、租税条約上の性質決定の違いによる抵触によって二重非課税が生じる場合も、New Approach の考え方を及ぼして、居住地国は源泉地国の性質決定を受け入れるべきとしている（3 条関係コメ・パラ 32.6）。具体的には、MC23 条 A(1) の適用に当たり、源泉地国が国内法では課税権があるものの、租税条約の性質決定により源泉地国の課税権が制限されていると判断している場合には、居住地国は、源泉地国のこの判断に従い、MC23 条 A(1) による免除義務はないこととなる。すなわち、居住地国は課税してもかまわないということとなる。

しかし、本件は、OECD がこのような立場を採る以前の事件であり、ドイツの裁判所のように、OECD のコメンタリーについて静的な立場を採っている国では、上記の考え方が適用されるのかが問題となる。さらに、McDonald 事件についての 2015 年や 2018 年の EU 委員会の決定⁽⁵⁴⁾でも問題となったが、そもそも本件のように源泉地国が国内法上の事業概念で PE に当たらないとしている場合に、OECD の採っている性質決定の抵触による二重非課税の場合の議論が当てはまるかも問題となる。

これは、本件みなし規定が、米独租税条約の 11 条(3)の「事業」に当たるか否かの判断に当たり、同条約 3 条(2)の適用上、考慮されるべき国内法に当たるか否かにより決せられるべき問題であると考えられるが、ドイツの国内法の微妙な解釈問題であることから、筆者としては、断定を避けることとしたい。

（3）Goldfinger 事件連邦財政裁判所判決

租税条約上の「企業の利得」に資産の保有・管理のみの活動による passive な所得が含まれるかが、連邦財政裁判所 2017 年 1 月 19 日判決⁽⁵⁵⁾でも問題となっている。この事件は、金取引を使った巧妙な租税回避

の事案であることから、映画の007シリーズの題名を文字って、「Goldfinger 事件」と呼ばれている⁽⁵⁶⁾。

これは、ドイツの居住者が英国のジェネラル・パートナーシップ（透明体）に参加し、金の延べ棒を購入し、翌年その金の延べ棒を売却したとの事実関係において、ドイツの国税当局が、英独租税条約（1964年締結・1970年改訂）上譲渡所得であり、事業所得ではないとして、最初の年の事業経費の算入を否認したとの事案である。連邦財政裁判所は、英独租税条約3条(2)（筆者注・MC7条(1)に相当）の「商業上の利得」に定義がないとし、同条約2条(3)（筆者注・MC3条(2)に相当）に適用により、ドイツの国内法で「商業上の利得」に当たるか否かが決定されるとし、ドイツ所得税法上「商業上の利得」に当たるとして、国税当局の処分を違法とした。

この事件において、ドイツの国税当局は、株取引は資産の運用であり、金の取引もこれと同じで「商業上の利得」に当たらないと主張したが、連邦財政裁判所は、確かに株取引も金の取引も投資目的ではあるが、株取引は、資産の運用に当たり投資家に多くのオプションがあるが、金の取引には、そのようなオプションはなく、根本的に違っているとして、「商業上の利得」に当たるとして、国税当局の処分を違法とした。この事件は、英独租税条約においては、「企業の利得」との用語を用いず、「商業上の利得」と表現していたものであるが、資産の保有・管理のみの活動から生じる passive な所得であるのか、active な事業活動によるかは、実は微妙な事実認定の問題であることを示している。

(4) 小括

上記2010年の連邦財政裁判所判決をどう評価するかはさて置き、MC7条(1)の「企業」には、結局、資産の保有・管理のみの活動による passive な活動は含まれないと考えるが、これは、共通解釈アプローチの立場によるのではなく、筆者としては、3条(2)の文脈として、10条ないし12条を考慮すべきと考え、これらの規定によって7条(1)の「企業」の概念が制約されると考える（文脈による制約説）。

第7 ガイダント事件東京高裁判決

最後に、「ガイダント事件」と呼ばれている東京高裁平成19年6月28日判決（判時1985号23頁）の事件を検討することとする。要旨は次のとおりである。

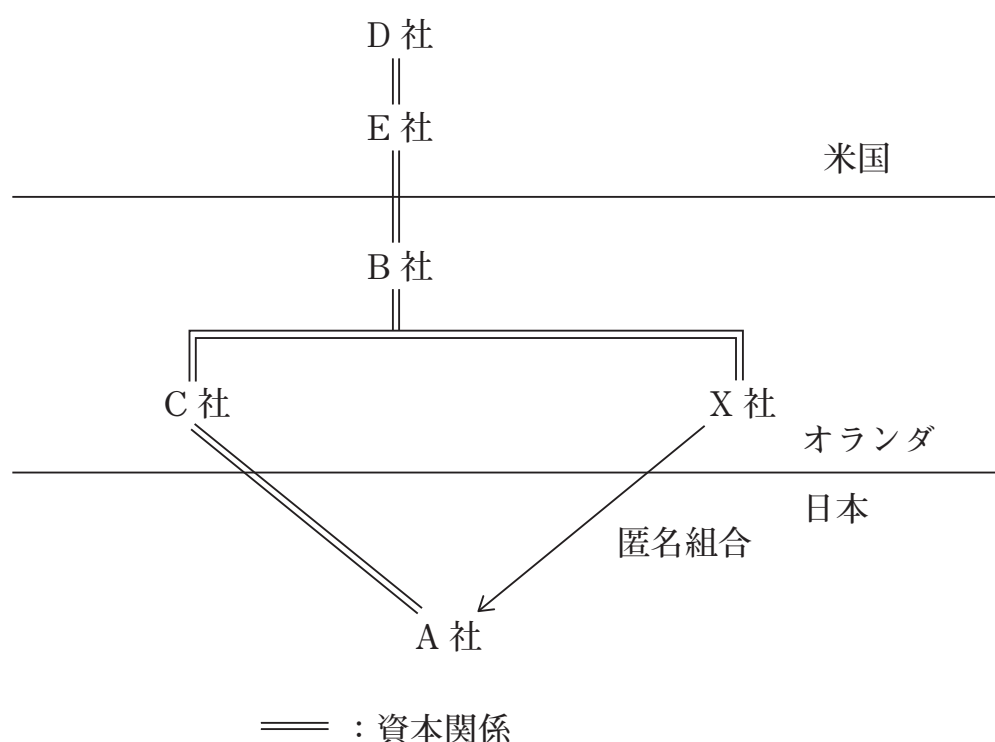
本件は、医療機器の販売業を営む内国法人がオランダのグループ会社と締結した匿名組合契約に基づき分配金を支払ったとの事実関係において、国税当局が、上記匿名組合契約は組合契約であり、内国法人との共同事業であり、内国法人がPEに当たるので我が国に課税権があるとして、グループ法人に課税したとの事案である。

東京地裁判決は、組合契約であるとの主張を排斥し、上記分配金が日蘭租税条約23条のその他所得に当たると、国税当局の処分を違法としたが、東京高裁判決もこれを是認し、さらに、上記匿名組合契約が非典型的匿名組合契約であり、上記分配金は事業所得であるとの主張も排斥した。最高裁が、国の上告受理申立を不受理として確定している。

1 事案の概要

X社は、次図のとおり、我が国で医療機器の販売業を営むA社（日本法人）とオランダ法人であるB社との間で締結した匿名組合契約の契約上の地位をB社から承継したオランダ法人である。

A社は、オランダ法人であるC社の100%出資の子会社であり、X社もC社もB社の子会社である。B社は、イー・ライ・リリーグループの米国法人であるD社の子会社である米国法人E社の子会社である。



X社は、上記匿名組合契約に基づき、平成7年12月5日から同10年12月31日までの間、A社から分配金として約45億円を受領した(以下「本件分配金」という。)

A社は、事実上、D社の指示を受けて業務を行っていた。A社は、X社の日蘭租税条約(昭和45年締結・平成4年改訂)8条1項のX社のPEであるとして、X社に対し法人税の課税がなされるかが問題となった。

なお、日蘭租税条約は、平成23年に全面改訂されているが、本件は、この改訂前の旧日蘭租税条約の適用が問題となった事件である。

2 判旨

(1) 1審

1審の東京地裁平成17年9月30日判決(判時1985号40頁)は、「...当事者間に匿名組合契約を締結するという真の合意がある場合には、それにもかかわらず、匿名組合契約を締結する主な目的が税負担を回避することにあるという理由により当該匿名組合契約の成立を否定するには、その旨の明文の規定が必要であるところ、法人税を課するに当たってそのような措置を認めた規定は存しない。したがって、当事

者間に匿名組合契約を締結するという真の合意がある場合には、税負担を回避するという目的が併存することから、直ちに当該匿名組合契約の成立を否定することはできない。」とした上、「日蘭租税条約は、所得の種類を7条から22条まで定め、居住地国と所得源泉地国とに課税権を配分し、そのいずれにも該当しない所得については居住地国のみに課税権を認めている（23条）ところ、本件契約が任意組合を成立させる契約であれば、X社も日本国内において事業を行っていることになり、日蘭租税条約8条1項に規定する『他方の国にある恒久的施設を通じて当該他方の国において事業を行なう場合』に当たるから、日本国に課税権が認められる。しかし、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。」（下線筆者）として、日蘭租税条約23条の「その他所得」に当たるとして、課税処分を違法とした。

（2）控訴審判決

上記東京高裁判決は、上記東京地裁判決を是認した上、非典型的匿名組合契約であるとのYの主張に対しては、「本件契約において、前記…記載のとおり、B社とA社は、我が国の商法に基づく匿名組合を設立したこと、本件契約は日本法に準拠することをそれぞれ本件契約書に規定し、本件契約は我が国の商法を準拠法として締結されたものであるから、我が国の商法、その他我が国の法律に予定されていない非典型的匿名組合という制度を当事者が想定して本件契約を締結したということとはありえない。…更に、商法における匿名組合に関する規定中、匿名組合員からの出資は営業者に帰属すること（同法536条1項）、匿名組合以外の第三者に対しては、営業者のみが代表者であること（同法

536条2項、542条、156条）などは強行規定であり、それに反する合意は無効である。Yが主張する非典型的匿名組合という主張は、業務執行型においては、業務執行の方針決定の重要な一部というべき『新たに出資者を募るか否か』についての判断に参加することのできる権利という民法上の任意組合における組合員の管理権に近い強力な権利を付与していること、財産参加型においては、契約当事者間において、計算上、営業者の固有の財産と区別されて債権法上の効果を有するものとしての内的な組合財産が形成されていること、などを内容とするが、そのような法的な効果を容認することは上記商法の規定の強行法規性に反するもので、容認できない。」として、これを否定した。

なお、最高裁が、平成20年6月5日、国の上告受理申立を不受理として確定している。

3 検討

(1) 検討の視点

本件では、X社がA社の行っている医療機器の販売業を共同で行っているといえるかが問題となり、Yは、1審及び控訴審を通じて、本件匿名組合契約には、「interst」の用語が用いられていることなどからが組合契約であるとか、あるいは、非典型的匿名組合契約であると主張した。X社が共同事業者であれば、本件分配金が日蘭租税条約8条(1)の「企業の利得」に当たることは問題はなく、あとはA社がX社のPEに当たるかの問題となる。

しかし、本稿では、X社が共同事業者ではなく、典型的な匿名組合契約の組合員にすぎないとの前提で、租税条約の問題を検討することとする。

(2) 事業所得該当性

租税条約の配分ルール適用についての我が国における解釈の手順は、第2の1(1)で述べたとおりである。まずは、国内法でX社に課税が可能であるかを検討することとなる。この点は、平成14年改正前の法人税法138条1号では、「国内にある資産の運用又は保有により生ず

る所得」は、国内源泉であるとされていたが、匿名組合契約の組合員の地位は、「国内にある資産」であり、本件分配金は、「国内資産の保有により生ずる所得」に当たり、国内源泉所得となる。

次に、日蘭租税条約が、我が国の課税権を制限しているのではないかが問題となり、ここで同条約における配分ルールがいずれかが問題となる。そこで、まず、日蘭租税条約 8 条(1)の「企業の利得」に当たるかが問題となるが、第 3 の 3 や第 6 の 3 で論じたとおり、「企業の利得」に当たるかは、我が国の国内法において「事業」といえるかにより決定される。会社による資産の保有・管理のみの活動による所得は、我が国の国内法上「事業」に当たるが、匿名組合員が匿名組合契約によって得た分配金は、原則として「事業」には当たらない。匿名組員の活動が、積極的な事業活動とはいえないからである。そうすると、日蘭租税条約 8 条(1)の「企業の利得」には当たらないこととなる。

(3) 利子所得該当性

しかし、「企業の利得」に当たらない場合でも、すぐに日蘭租税条約 23 条の「その他所得」に当たるのではなく、日蘭租税条約 12 条(1)の利子に当たるのではないかが問題となる。日蘭租税条約 23 条の「その他所得」は、いわゆるバスケット条項であり、どの配分ルールにも該当しない場合に初めて問題となるからである。そこで、利子所得該当性を検討すると、利子所得は、資産の保有・管理のみの活動による所得も含まれ得るのであり、同条約 12 条(4)の「利子」に当たるかが問題となる。第 4 の 2(2)で検討したが、同条約 12 条(4)は、MC11 条(3)と同様に「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」と租税条約上の固有概念を使って広く定義している。匿名組合の出資は、利益参加型貸付（リターンが営業者の利益に連動する貸付契約、profit-sharing debt agreement）の一つであるが、営業者に対する投資であると考えられる。そうすると、匿名組合契約における組合員の地位から生じた所得であり、上記「利子」の定義に当てはまり、「利子」に当たると考えられる。このことは、匿名組合の場合には、いわゆるペイ・ス

ルールと言われている、営業者が組合員に対する分配を経費として控除できることとも符合している。この点は、Vogel もドイツの匿名組合で、典型的な匿名組合（typical silent partnership）すなわち組合員が事業に参加しない場合の分配金は、「利子」に当たるとするのがドイツでの認識であったと述べているところである⁽⁵⁷⁾。また、Vogel 第4版でも、組合員が事業に参加する非典型的匿名組合（atypical silent partnership）は、その分配金は、通常は事業所得であるが、もしそのような事業への参加がない場合には、11条ないし21条に当たるとして、上記東京高裁判決を引用している⁽⁵⁸⁾。Vogel 第4版は、21条に該当する判例として上記東京高裁判決を引用しているものの、基本的には、非典型的匿名組合と典型的匿名とに分けて、後者の場合に利子所得に当たり得るとの Vogel の見解を踏襲するものと考えられる。そうすると、本件分配金は、典型匿名組合と考えられることから、日蘭租税条約12条(2)により、限度税率にとどまるものの、我が国にも課税権があると考えられる。

この点、本件についての我が国の見解を見ていくと、租税条約上の所得分類について、(A)事業所得であるとする見解と(B)利子所得であるとする見解に分かれている。金子名誉教授は、匿名組合員は、原則として共同事業者と考えるべきであるとして、租税条約上も事業所得に当たるとして⁽⁵⁹⁾、A説に立っている。一方、谷口教授、瀧教授及び本田教授は、いずれも利子所得であるとして、B説に立っている⁽⁶⁰⁾。また、これらの折衷的關係として、当時税務大学校の教授であった山崎氏は、上記 Vogel の見解を引用した上、更にこれを一步進めて、上記ドイツにおける匿名組合契約の分類を参考にして、我が国の税法上、独自に典型的匿名組合と非典型的匿名組合とに分類すべきであるとして、前者の場合は利子所得で、後者の場合には事業所得であるとしている⁽⁶¹⁾。

このように租税条約上の所得分類について見解が分かれているが、金子名誉教授は、匿名組合員が共同事業者であるとする根拠として、

匿名組合は、その法的性質が営業者と組合員との内的組合であるからであり、それ故共同事業性があるとする⁽⁶²⁾。確かに、ドイツでは匿名組合は内的組合（非典型匿名組合）であるとするのが通説である。しかし、ドイツでは、組合員による労務出資が認められているの対し、我が国の商法はこれを認めていない（商法 536 条 2 項）。この点を考慮すると、匿名組合が内的組合であるとする見解は我が国の匿名組合では成り立たないと思う。また、我が国の商法においては、匿名組合員については、原則として、投資者的立場であり事業に参加していないとみるのが相当であると考えことから問題と考える。この点、最高裁平成 27 年 6 月 12 日判決（民集 69 卷 4 号 1121 頁）も、「…匿名組合員は、これらの商法の規定の定める法律関係を前提とすれば、営業者の営む事業に対する出資者としての地位を有するにとどまるものといえるから、匿名組合契約に基づき匿名組合員が営業者から受ける利益の分配は、基本的に、営業者の営む事業への投資に対する一種の配当としての性質を有するものと解される。」（下線筆者）としているところである。

したがって、筆者は、本件分配金は、利子所得であり、そうすると A 社が PE であるかを論じる必要がなく、本件課税処分は、限度税率の範囲内で適法と考える。もっとも、A 社が PE に当たれば、7 条(5)で事業所得に戻り、事業所得として課税されることとなるが、この場合も限度税率にとどまるので結論に変わりはない。

第 8 結び

以上、オーストラリア、ドイツ及び我が国の判例を検討したが、冒頭で提起した疑問についての結論は、次のとおりとなる。

(1) まず、Q 1 であるが、MC13 条の capital gain であっても、当該取引が 7 条(1)の「企業」に当たれば、7 条の事業所得に当たると考える。7 条(1)の「企業」に当たるかは、各締約国の国内法で「事業」に当たるかにより決せられるが、3 条(1)(c)により、「企業」には、狭い

事業概念だけでなく、広い事業概念も含むことから、1回限りの取引であるとの理由のみで「企業」に当たらないとすることはできず、①会社による1回限りの株式売却ばかりでなく、②個人による1回限りの株式売却であっても、投資目的があるなど国内法上事業に当たる場合には、このような取引もこれに当たると考える。これは、Thiel 事件で主に検討したが、我が国でも、別異に解する理由はなく同様と考える。

(2) 次に、Q2であるが、上記のとおり、MC7条(1)の「企業」に当たるかは、各締約国の国内法で「事業」に当たるかにより決せられるが、資産の保有・管理のみの活動による passive な所得であっても、会社の所得であれば「事業」に当たるとされている場合には、いったんは7条(1)の事業所得に当たることとなる。しかし、passive な所得であれば、MC7条(4)により、10条ないし12条が適用され、その意味では、passive な所得であれば、結局、7条(1)が適用されないこととなる。この場合、Q1の場合と異なり、3条(1)(c)によって、狭い事業概念だけでなく、広い事業概念も含むものの、10条ないし12条の制約を受け、passive な所得は、最終的には、原則として7条(1)の「企業」には当たらないと考えるのである。もっとも、passive な所得であっても、PEと実質的に関連していれば、例外的に、7条(1)の事業所得に戻ることとなるが、この点は、第6の3(2)で検討したとおりである。これは、主に連邦財政裁判所2010年4月28日判決で検討したが、我が国でも、別異に解する理由はなく同様と考える。

このようにMC7条(1)の「企業」について、租税条約上、1回限りの取引をも含み得るが、一方で、資産の保有・管理のみの活動による passive な所得は原則として含まないとの解釈を加えることとなるが、これは、7条(1)の「企業」3条(1)(c)や10条ないし12条をMC3条(2)の「文脈」と考え、文脈による制約であると考えた立場である。

以上、配分ルールの構造を事業所得を中心に検討してきたが、配分ルールについては、他にも多くの問題がある。これらの問題については、他日を期することとしたい。

- (1) 拙稿「租税条約3条(2)と性質決定の抵触」税大ジャーナル30号40頁（令和元年12月）
- (2) 配分規定（distributive article）との表現もあるが、本稿では、より一般的に用いられている「配分ルール（distributive rule）」という用語を用いることとする。
- (3) Ekkehart Reimer and Alexander Rust ed., “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions 4th ed.” (Wolters Kluwer, 2015), at 32-33 (m.no.65)
- (4) Id., at 23 (m.no.30)
- (5) Id., at 31 (m.no.58-60)
- (6) 具体例として、適格ストック・オプションの場合がある。我が国の居住者が交付を受けた適格ストック・オプションを保護預かりにしていたが、非居住者になった後に保管替えして、みなし譲渡の対象となった場合、国内法では、譲渡所得となるが、租税条約上は、権利行使益部分は、15条の給与所得となり、我が国に課税権があるが、最終的には、源泉分離の譲渡所得として課税することとなる（拙稿・前掲税務大学校HP 掲載分16頁）。
- (7) Reimer & Rust, supra., Vogel 4th ed., at 28 (m.no.50)
- (8) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門第8版』（有斐閣，平成30年）15ないし17頁
- (9) Oliver R. Hooley, “The OECD Model Tax Convention 2015ed.” (legitech, 2015), at 43の図を参考にした。
- (10) 木村浩之「源泉置換規定についての一考察」税法学579号100頁
- (11) 谷口勢津夫「ソース・ルール」ジュリスト1075号55, 56頁
- (12) 両規定の説明は、Reimer & Rust, supra., Vogel 4th ed. at 32 (m.no.63), Klaus Vogel, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions 3rd ed.” (Kluwer Law International, 1997), at 358-359 (m.no.3-5)
- (13) Hooley, supra., OECD Model Tax Convention 2015ed., at 334の表を参考にした。
- (14) Alexander Rust, ““Business” and “Business Profits””, Guglielmo Maisto ed., EC and International Tax Law Series Vol.7 (IBFD, 2011), at 102
- (15) Id.
- (16) Reimer & Rust, supra., Vogel 4th ed. at 1436 (m.no.8)
- (17) Id., at 809 (m.no.25)
- (18) 木村浩之氏は、ある配分規定の適用が二国間の関係に限定されることを「二国間射程（bilateral scope）」と呼んでいる（同『租税条約入門』（中央経済社，平成29年）90頁
- (19) 木村・前掲入門159頁
- (20) MC6条関係コメンタリー・パラ1。具体例は、木村・前掲租税条約入門90-91, 129-131頁を参照されたい。
- (21) 拙稿・前掲税大ジャーナル30号51頁

- (22) Vogel, *supra.*, Vogel 3rd, ed., at 403 (m.no.17)
- (23) Reimer & Rust, *supra.*, Vogel 4th ed., at 511 (m.no. 55, 56)
- (24) *Id.*
- (25) *Id.*, at 191 (m.no 41), Vogel, *supra.*, Vogel 3rd, ed., at 184 (m.no. 32)
- (26) ① John F. Avery Jones et.al., “Treaty conflicts in categorising income as business profits caused by differences in approach between common law and civil law” *British Tax Review* 2003,3 (2003), at 224, ② John F. Avery Jones et.al., “The Orgins of Concepts and Expressions used in the OECD Model and their Adoption by States, 60 *Bulletin for International Taxation* (IBFD, 2006), at 223, ③, Luc De Broe, “The Meaning of “Enterprise”, “Business” and “Business Profits” in Domestic tax Law”, Guglielmo Maisto ed., *EC and International Tax Law Series Vol.7* (IBFD, 2011) at 33-34
- (27) 我が国は、民商法上は、「事業」という用語そのものは用いられておらず、「営業」との表現が用いられているが（商法 502 条）、商法上の商行為に当たる行為が営利を目的とする継続的行為であり、「事業」に当たると考えられる。また、民法・会社法では、「企業」との用語も用いられていないが、「商人」（商法 4 条 1 項）がこれに相当すると考えられる。商法上は、附属的商行為という概念があり、商人がその営業のために行うする行為は、すべて商行為とみなされており、会社の活動は、すべて「事業」に当たることとなる。一方、我が国の租税法上は、事業所得（所得税法 27 条 1 項）という概念があり、これが租税法上の「事業」概念に当たる。しかし、法人税法は、会社の所得について所得分類をしておらず、すべての所得を法人所得としている。このようなことから、我が国も大陸法系の国であり、type-of-person アプローチを採っていると考えられる。
- (28) Avery Jones *supra.*, *British Tax Review* 2003,3, at 224
- (29) *Id.*, at 232
- (30) Reimer & Rust, *supra.*, Vogel 4th ed., at 190 (m.no. 38)
- (31) ① Rust, *supra.*, *EC and International Tax Law Series Vol.7*, at 92, 93, ② Stefan Scwibinger, “Developing a Uniform Understanding of Income Classification: Everyone’s Business? — A Review of Business Income and the Criterion of Asset Management in Tax Treaty Interpretation” *Intertax* Vol.47, Issue 1, at 19
- (32) この 3 条のコメンタリー・パラ 4 は、1995 年の改正前は、下線部分が「within the framework of an enterprise」と規定されていたが、「the framework of」が削除され、現行の規定となったとのことである。後記 Thiel 事件判決の際には、この改正前のコメンタリーが問題となったのである。Avery Jones によると、この改正は、単なる表現上の修正ではないかとのことである（Avery Jones, *supra.*, *BTR* 2003, 3, at 24）。
- (33) Avery Jones, *supra.*, *BTR*. 2003, 3, at 236

- (34) Reimer & Rust, *supra.*, Vogel 4th ed. ,at 190 (m.no. 36).
- (35) Jacques Sassaville, ““Enterprise”, “Business” and “Business Profits”: From the League of Nations to the Current OECD model Tax Convention” ,*supra.*, EC and International Tax Law Series Vol.7, at 53-54
- (36) Rust, *supra.*, EC and International Tax Law Series Vol.7, at 106
- (37) Vogel, *supra.*, Vogel 3rd.ed. at 818 (m.no.24)
- (38) Reimer & Rust, *supra.*, Vogel 4th ed. ,at 1051 (m.no.10-12)
- (39) Id. ,at 1052 (m.no. 20)
- (40) Id., at 804 (m.no.6)
- (41) Id.,at 923 (m.no.83)
- (42) Thiel v FCT [1990] HCA 37
- (43) Graeme Cooper, “Australia”, *supra.*, EC and International Tax Law Series Vol.7, at 148-150
- (44) Scwibinger, *supra.*, Intertax Vol.47, Issue 1, at 16
- (45) Thiel v Commissioner of Taxation [1988] 21 FCR 122
- (46) Scwibinger, *supra.*, Intertax Vol.47, Issue 1, at 16, 21
- (47) Rust, *supra.* , EC and International Tax Law Series Vol.7, at 102-103
- (48) BGH, 28 April 2010, IR 81/09
- (49) Scwibinger, *supra.* , Intertax Vol.47, Issue 1, at 15
- (50) 本件の事案の概要や判旨の概要は, Steffen Lampert, “Germany: Characterization of Interest Payments Derived through a Deemed US Trading Partnership”, Michael Lang et.al.ed., “Tax Treaty Case Law Around the Globe – 2011” (Wolters Kluwer, 2012), at 171 を参考にした。
- (51) BMF Schreiben vom 16 April 2010, パラ 2.2.1
- (52) Alexander Rust, “Germany: Interpretation of the Term “Business Income” under an Income Tax Treaty”, Michael Lang et.al.ed., “Tax Treaty Case Law Around the Globe – 2018” (IBFD, 2019), at 100-101
- (53) 拙稿・前掲税大ジャーナル 53, 54 頁
- (54) EUROPEAN COMMISSION, DECISION of 19.9.2018 on tax rulings SA.38945 granted by Luxembourg in favour of McDonald’s Europe, C (2018) 6076 final. 詳細は, 坂巻綾望「欧州委員会のマクドナルド事件決定にみる租税条約の解釈問題」国際商事法務 2019 年 11 月号 1382 頁を参照されたい。
- (55) BFH, 19.01. 2017, IV R 50/14
- (56) 本件の事案の概要や判旨は, Roland Ismer, “Germany: Commercial Activities and Losses – The Negative Progression Provisio”, *supra.*, “Tax Treaty Case Law Around the Globe – 2018” ,at 135 を参考にした。
- (57) Vogel, *supra.*, Vogel 3rd.ed. at 733-734 (m,no 61)
- (58) Reimer & Rust, *supra.*, Vogel 4th ed., at 928 (m.no 92)

- (59) 金子宏「匿名組合に対する所得課税の検討」租税法の基本問題（有斐閣，平成 19 年）175 頁
- (60) ①谷口勢津夫「匿名組合の課税問題」日税研論集 55 号（日本税務研究センター，平成 16 年）173～178 頁，②瀧圭吾「匿名組合契約と所得課税」ジュリスト 1251 号（平成 15 年）184 頁，③本田光宏「租税条約上の所得分類についての考察」筑波ロー・ジャーナル 13 号（平成 25 年）93-94 頁
- (61) 山崎昇「匿名組合と国際税務」税大論叢 52 号（平成 18 年）338-340 頁
- (62) 金子・前掲租税法の基本問題 164, 165 頁

