

会員懇談会

「信託等の entity と国際課税：所得の帰属と前提問題」[編集部へ：昨年の題名を意識して 8/29 の時から変更しましたが、まずければ 8/29 の時の題名で構いません]

講師 浅妻 章如 氏(立教大学法学部 准教授)

日時 平成 24 年 8 月 29 日(水) 午後 1 時 30 分～3 時

場所 日本工業倶楽部 4 階 第 4 会議室

立教大学法学部、浅妻章如と申します。本日は報告の機会を与えていただき、ありがとうございます。今日はいろいろ専門的な方もいらっしゃるって、ちょっと私、ぼろを出すのが怖いのですが、よろしくお願いします。

1.はじめに

なぜこのテーマかということで、昨年Garron事件¹を報告させていただきまして、今年に入り、夏に何か報告しませんかと尋ねられた際に、「イギリスのhybrid entityの判例が面白いのではないかと思いますけれども、それが駄目でしたら信託法学会で話せなかった信託の話も一応あるにはあります。ただ、昨年も信託でしたからいかなものでしょうか」といった返答をしましたら、両方やりましょうという話になりまして、びっくりしました。

両方やるとしまして、まずSwift事件²の方についてですが、イギリスの居住者がアメリカでLLCだかLLPだかの透明扱いされるentityを通じて課税を受けたことについてイギリスで外税控除が受けられるかどうかという判例だったと思いますけれども、これが個人的に面白そうだなと思っていたのですが、吉村政穂先生が既に 6 月 25 日に報告されたということなので³、また別の演題を考えているところなので 11 月の方は未定です⁴。

今日は信託税制ということなのですが、今年の 6 月 10 日に信託法学会で租税法研究者が報告の機会をいただきました。註⁵のリンク先で中里実、藤谷武史、吉村政穂、神山弘行、渕圭吾、浅妻章如の報告資料を入手できます。

もともと信託税制、信託の国際的な側面について興味を持ったのは、トラスト 60 の研究会(座長:中里実)に参加して、Garron事件を勉強して⁶、それを昨年ここで報告させていただいた⁷ということがあります。

その後、「2012年6月に信託法学会で何か信託と税制に関して報告しないか」という話が上がりまして、私は国際課税をやりたいと言って、その時ちょうど面白いなと思ったのがカナダのSommerer事件⁸というものです。信託法学会のためにSommerer事件を勉強して準備したつもりだったのですが、よくよく用意していくと、20分の報告時間でSommerer事件を説明するのは難しいということで、信託法学会では、用意はしたのですが報告はしないでおりました。どこかで文章化したいと思っておりましたところ、ではということで日本評論社「法律時報」から今度書かせていただくことになりました。原稿としてはその「法律時報」にまとめる予定です⁹。

信託法学会の方は、最初、書いたものがそのまま載るのだと思っていたのですが、口述のテープ起こしだけが学会誌に載るそうで、原稿という形ではないそうですので、今日は信託法学会で話せなかった話と、それから、Smallwood事件¹⁰も実は結構面白いなと思うようになりましたのでこちらも扱います。註にありますように、Avery

¹ *Garron v. The Queen*, 2009 TCC 450; 2010 FCA 309; 2012 SCC 14 (fixed). *St. Michael Trust Corp. (as Trustee of the Fundy Settlement and as Trustee of the Summersby Settlement) v. The Queen* とも呼ばれる。信託の居住地が信託受託者の居住地国であるバルバドスにある(のでカナダの課税権はカナダ・バルバドス租税条約により制限される)という納税者側の主張を斥け、信託の管理・支配(management and control)がある所に信託の居住地がある(英国の *De Beers v. Howe*, [1906] AC 455 に依拠)との一般論の下、本件では居住地はカナダであると判断した事例。昨年報告した後、最高裁判決が 2012 年に出た。

² *Mr. Swift v. HMRC*, [2010] UKFTT 88 (TC); *HMRC v. George Anson*, [2012] UKUT 59 (TCC). Swift 事件として知られていたが、Swift は仮名であったようであり、George Anson が正しい名前のようなのである。

³ 校正註: 吉村政穂「ハイブリッド事業体・取引を利用したスキームをめぐる課税上の問題」租税研究 755 号 242 頁(2012.9)

⁴ 校正註: 8 月 29 日時点で未定であったが、アメリカの *PPL v. Commissioner*, 135 T.C. 304 (2010); reversed by 665 F.3d 60 (3d Cir. 2011) 及び *Entergy v. Commissioner*, T.C. Memo. 2010-197; affirmed by 683 F.3d 233 (5th Cir. 2012) の 2 事件の紹介を通じて、外税控除適格について 11 月 8 日に考察したいと予定している。

⁵ <http://www.shintakuhogakkai.jp/activity/37.html>

⁶ 註 7 と時系列が逆になるが、浅妻章如「信託と租税条約の適用に関する考察」中里実他『トラスト 60 研究叢書 金融取引と課税(2)』59 頁(2012.7) (<http://www.trust60.or.jp/content67.pdf>)。

⁷ 浅妻章如「信託等の entity と国際課税: 居住概念等を足掛かりとして」租税研究 744 号 193 頁(2011.10)

⁸ *Peter Sommerer v. The Queen*, 2011 TCC 212 (appealed).

⁹ 浅妻章如「信託税制の国際的側面: 所得の帰属など」法律時報 2012 年 11 月号掲載予定。

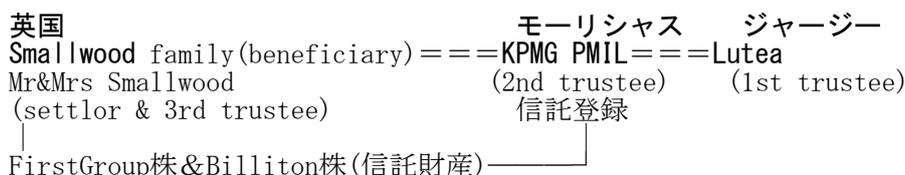
¹⁰ *HMRC v. Smallwood*, [2010] EWCA Civ 778 (fixed). Dr. John F. Avery Jones (ジョン・F・エイブリー・ジョーン

Jones氏が日本に来られたときに講演で紹介されたということが「租税研究」に載っていましたが、残念ながらあまりそこでは詳しくは報告されていなかったようでして、更に増井良啓先生も紹介されていますが、改めて今日ここで紹介することには意義があるのではないかと思います。

信託法学会では Smallwood 事件で居住地の認定は管理支配地基準で決まりましたというところだけをお話したのですが、その前提問題の方が実はわれわれ租税法家にとっては面白い問題なのではないかと思っています。その Smallwood 事件と、元々のターゲットだった Sommerer 事件について、法律時報で原稿化の機会をいただいたとはいえ字数の制約から削らざるをえないであろうことも含めて、今日は扱いたいと思います。

2.Smallwood 事件

2.1.事実関係・争点



¹¹ Smallwood事件から参ります。図を御覧下さい。最初、このSmallwoodさんという方が財産を持っている。FirstGroup社とBilliton社という、これはイギリスの公開会社のようなのですが、その会社の株式を持っていて、この株式を信託財産として拠出したということです。

最初は、ジャージーのLutea社というところがtrustee(受託者)となって、FirstGroup社及びBilliton社の株式を信託財産としてsettlor(設定者)であるSmallwood夫妻が拠出して信託(Trevor Smallwood Settlement)を設定し、受益者(beneficiary)はSmallwoodさんの家族ということになっています。このFirstGroup株とBilliton株について、処分しようというときに、単純に処分してしまうとイギリスでキャピタルゲイン課税をくらってしまいますので、これを何とか回避しようということをKPMGから提案を受けたという、そういう事実関係のようです。イギリスでは、所得税とは別にキャピタルゲイン税法(Taxation of Chargeable Gains Act)¹²によって課税されるということがあります。そこはあまり今回は気にしなくていいと思います。

イギリスのルールの確認から。§ 2(1) TCGAで、ある納税者がある年度の全部又は一部において英国居住者である場合については、全世界所得課税がされるというのが原則ということになっています¹³。この「一部において」というところが後で鍵となってきます。

イギリスの信託課税に関しては日本とかなり原則・例外が変わってしまっていて、受託者に着目して課税関係が決せられるということになっています。日本とかアメリカとかでは大体受益者にパススルーして課税関係が決まるのが原則ですが(日本所得税法 13 条)、イギリスは受託者(trustee)に着目するのだということが原則とされているようです。

一部でも英国居住者であると課税されるのであれば、では全期間非居住者であればイギリスで課税されませんねというのがまず 1 つ思い付くところですが。それについて租税回避対策規定があるということで、非居住者である受託者が何か財産を処分し、chargeable gain(課税対象となるようなキャピタルゲイン)が発生するような場合について、§ 2(1) TCGA に基づけば英国は課税できないはずですが、信託の settlor が英国居住者である場合には、英国の settlor が何か租税回避をするために外国の trustee を使っているのではないかなという推測が働きます。

そのような場合について、一定の要件の下で、§ 86(4) TCGA¹⁴で、外国居住者たるtrusteeが処分した場合で

ズ)「租税条約に係る最近の論点」租税研究 751 号 217 頁(2012.5)(Smallwood 事件で Special Commissioners の一人として判断に加わった); 増井良啓「信託と国際課税」日税研論集 62 号『信託税制の体系的研究—制度と解釈—』227 頁以下、261 頁(2011.12)参照。

¹¹ 英国信託税制について藤谷武史「海外の信託税制(4)イギリス信託税制」信託 243 号 28 頁(2010)参照。

¹² 英国では所得税法(ITA: Income Tax Act)とは別のキャピタルゲイン税法(TCGA: Taxation of Chargeable Gains Act)によって課税される。浅妻章如「付論 英国: 事業資産買換救済、米国: 同種交換」海外住宅・不動産税制研究会編著『欧米4か国におけるキャピタルゲイン課税制度の現状と評価』121 頁(日本住宅総合センター、2008)、佐藤和男『土地と課税 歴史の変遷からみた今日的課題』389 頁以下(日本評論社、2005)等参照。

¹³ [2010] EWCA Civ 778, para 3.

¹⁴ [2010] EWCA Civ 778, para 3 より抜粋。

"86. Attribution of gains to settlors with interest in non-resident or dual resident settlements

あっても、settlorである英国居住者にキャピタルゲインが帰属するものとして課税しますということが書かれてあるという、そういう租税回避対策規定があるということです。

§ 86(4) TCGA に基づくと、外国居住者である trustee が実現させたキャピタルゲインについて、英国の settlor にキャピタルゲインが帰属するということですが、settlor が外国居住者である場合という要件が書かれてありますので、では当該年度の一部の期間において英国居住者であるようにしましょうということを考えるようになります。

それに対して、今度は § 77(1) TCGA¹⁵ という規定が出てくるようですが、それによってキャピタルゲインは今度、受託者ではなくsettlorに帰属するものとして課税するということが規定されています。この § 77(1)(b)のところですが、「be chargeable to tax for the year in respect of those gains」、「問題となっている課税対象のキャピタルゲインに関して、当該年度において課税される」という文言にタックスプランニングが着目しまして、受託者が当該年度においてキャピタルゲインについて課税されるのではない状態を作れば、そうすれば § 77(1) TCGAは発動しないのではないかと計画したということです。

be chargeable ではない状況を作るために英国モーリシャス租税条約の 13 条 4 項に着目して、これは OECD モデル租税条約の 13 条 5 項と同じように、一般的にキャピタルゲインは源泉地国で課税できませんという規定ですが、この租税条約の規定で、モーリシャス居住者である受託者がイギリスにおいて be chargeable to tax ではないという状況を目指したというのが今回の"round the World" scheme(「世界一周」スキーム)の概要のようです。

英国の課税年度は 4 月 6 日始まりなのですが、2000-2001 課税年度(2000.4.6~2001.4.6)の途中において、Luteaが受託者であることをやめ、Smallwoodがsettlorとしての指図権を行使してモーリシャス法人であるKPMG Peat Marwick International Limited (PMIL)がsecond trusteeとなり、モーリシャス法に基づき海外信託(offshore trust)としての登録を受けたとあります。second trusteeとなって、モーリシャス居住者が受託者であるときに、このタイミングでFirstGroup株とBilliton株を処分し、キャピタルゲインを実現させて、そのときは英国モーリシャス租税

(1) This section applies where the following conditions are fulfilled as regards a settlement in a particular year of assessment --

- (a) the settlement is a qualifying settlement in the year;
- (b) the trustees of the settlement fulfil the condition as to residence specified in subsection (2) below;
- (c) a person who is a settlor in relation to the settlement ('the settlor') is domiciled in the United Kingdom at some time in the year and is either resident in the United Kingdom during any part of the year or ordinarily resident in the United Kingdom during the year;
- (d) at any time during the year the settlor has an interest in the settlement;
- (e) by virtue of disposals of any of the settled property originating from the settlor, there is an amount on which the trustees would be chargeable to tax for the year under s.2(2) if the assumption as to residence specified in subsection (3) below were made.

(2) The condition as to residence is that --

- (a) the trustees are not resident or ordinarily resident in the United Kingdom during any part of the year.

(3) Where subsection (2)(a) above applies, the assumption as to residence is that the trustees are resident or ordinarily resident in the United Kingdom throughout the year;

(4) Where this section applies --

- (a) chargeable gains of an amount equal to that referred to in subsection (1)(e) above shall be treated as accruing to the settlor in the year."

¹⁵ [2010] EWCA Civ 778, para 5 より抜粋。

"(1) Where in a year of assessment:

- (a) chargeable gains accrue to the trustees of a settlement from the disposal of any or all of the settled property,
- (b) after making any deduction provided for by s.2(2) in respect of disposals of the settled property, there remains an amount on which the trustees would, disregarding s.3, be chargeable to tax for the year in respect of those gains, and
- (c) at any time during the year the settlor has an interest in the settlement;

the trustees shall not be chargeable to tax in respect of those but instead chargeable gains of an equal amount to that referred to in paragraph (b) shall be treated as accruing to the settlor in that year." [下線: 浅妻]

ところで、Cleave, note 16, at 714 は、本件において仮に HMRC が § 77(1) TCGA に依拠して課税しようとするとしたらどうなるかという問題について、所得の帰属の問題として、CFC税制(controlled foreign corporation legislation)に関する先例(Bricom 事件: *Bricom Holdings Ltd v. IRC*, [1997] STC 1179)を引用しつつ、検討し、そのロジックでは Smallwood 事件で HMRC は勝てないであろうと論じている。Bricom 事件は浅妻・註 50、379 頁でも紹介した。

条約 13 条 4 項で英国は課税できないはずだということを考えたという内容です。これだと英国のイギリスの § 77(1)(b) TCGAにいうところの be chargeable to taxではないよね、というところを狙ったということです。¹⁶

最後、2001 年 3 月 2 日から 4 月 5 日の間において、3 番目の trustee として Smallwood 夫妻が受託者となって、約 1 カ月間イギリス居住者が受託者であるということで、先ほどの § 86(4) TCGA、受託者が或る年度の全期間において非居住者であった場合については、英国の settlor にキャピタルゲインが帰属しますという規定を回避しましょうというのがこの 3rd trustee の狙っているところのようです。

というところで事実関係は大体終わりということで、納税者側の主張としては、問題となるキャピタルゲイン、株式譲渡益が 600 万ポンド (£ 6,818,390) ですか、発生したときに居住地を判定し、そしてそのときに英国モーリシャス条約によって課税されないはずだということを主張したのですが、課税庁側 (HMRC 側) はどう主張したかということについて、両国が課税権を持つのだと主張したということです。

両国が課税権を持つといっても、当然モーリシャスの方はキャピタルゲインに課税しないわけですが、イギリスの課税権が条約によって禁止されるわけではなくて、英国モーリシャス租税条約 13 条 4 項、OECD モデル 13 条 5 項にいうところは、源泉地国としての課税権を規制しているだけであって、居住に基づいて課税するところについては何ら手を加えていないはずだから、イギリスが居住地国として課税することは条約によって禁じられないはずである、とイギリス課税庁側は最初主張したということです。

2.2. 裁判所の判断

Avery Jones さん (註 10) がいらっしやる Special Commissioners がまずどう判断したかですが、Special Commissioners は納税者・課税庁双方の主張を斥けたとなっています。

結論としては、課税庁を勝たせたということですが、まず納税者側の主張はどういうものかといえば、株式売却時に非居住者であるという主張ですが、そうではなくて、株式売却があった年度全体において判断しなさいというふうに Special Commissioners は考えて、納税者側の主張を斥けたということです。先ほど見た § 2(1) TCGA が、全部又は一部の期間居住者であれば課税すると言っているのだから、そこは株式売却時だけではないのだと、そういう判断です。

そうすると、イギリス及びモーリシャス両方が居住に基づいて課税権を持つところを Special Commissioners は認定した上で、条約の 4 条 1 項に基づいて、受託者が両国に居住を有する、これは OECD モデルでも 4 条 1 項で、まず自国の国内法に基づいて居住があるかどうかを判定するわけですが、自国の国内法に基づいて居住があるかどうかを判定し、それはありますということになります。

モーリシャス法に基づいても居住がありますということで、dual residence (二重居住) であると問題状況を設定し、その上で、条約の 4 条 3 項、OECD モデルでも 4 条 3 項の tie-breaker 規定で、個人以外の法人等についてはおおむね管理支配地基準で決めるわけですが、英国モーリシャス条約もその例に倣って、tie-breaker 規定に基づいて place of effective management (実質的管理の場所) がイギリスにあったといえるかどうかは鍵となると Special Commissioners は問題状況を設定したということです。

あとは、事実認定の問題ということになってきますが、いろいろモーリシャスでもそれなりの trustee meeting (受託者会議) などがあるとはいえるものの、実際にはイギリスの Bristol で管理支配があるということで、tie-breaker 規定にいうところの居住地判定は英国居住であると Special Commissioners が判断したということです。

これが High Court で 1 回覆ったのですが、Court of Appeals で再度覆りました。High Court においては dual residence の問題ではないとした上で、単独のモーリシャス居住者であってイギリス居住ではないというふうに判断したのですが、Court of Appeals は dual residence の問題であるという Special Commissioners の判断をまた採用したということです。

ですが、dual residence なのだけれども、4 条 3 項にいうところの place of effective management がイギリスにあるかモーリシャスにあるのかについて、Court of Appeals の 3 人の判事の中で意見が 2 対 1 で分かれて、少数意見を書いた 1 人の方がかなり長く¹⁷ 管理支配はイギリスにないのだということを書いているのですが、2 対 1 でイギリスに管理支配があると判断したということです。

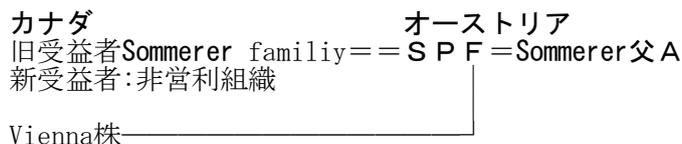
事実認定の話については我々がどうこう言っても仕方ない話ですが、その前提問題として、本件がイギリスから見てイギリス居住者であるといえるのかどうか、それから条約の適用において dual residence の問題となるのかどうか、それから tie-breaker 規定の問題として問題状況を設定した Special Commissioners、それから Court of Appeals の判断枠組みが妥当なのかどうかということが、我々から見ると興味関心の対象ということになります。

¹⁶ 当事者の狙いにつき Brian Cleave, *The Treaty Residence of Trusts in the United Kingdom and Canada: Some Thoughts on the Smallwood and Garron (or St Michael Corp) Cases*, *British tax review*, (2011) no. 6, p. 705-715, at 706 を参照した。

¹⁷ [2010] EWCA Civ 778 の中で、少数意見は 1~64 段落、多数意見は 65~74 段落。

3.Sommerer 事件

3.1.事実・争点



続きましてカナダ¹⁸のSommerer事件、オーストリア人なのでドイツ語読みで「ブンメラー」さんだと思うのですが、Sommerer事件に移りたいと思います。

この事案で問題となったのは、委託者課税ルール¹⁹のような規定がある場合に、それが条約優先という建前の下で条約違反に当たるかどうかということが争点となったものです。アメリカのgrantor trustルールについては、いろいろと佐藤英明先生をはじめとして多くの方が紹介されているところですが、こういう規定が国内法に存在している場合に、委託者課税ルールに基づいて課税しますという規定が条約との関係でどうなのかということです。

事実関係として図をご覧ください。原告XはPeter Sommererさんということで、オーストリアで生まれて、問題となっている課税年度においてはカナダ居住者であるということのようです。途中、2004年から2007年までウィーン大学に行って博士号をとって、そのときはオーストリア居住者だったと思いますが、その間の居住は裁判に影響していないようですので、本件では取りあえずXはカナダ居住者という前提でずっと話を進めていきます。

XさんとBさんが結婚しているわけですが、Bさんはイギリス人で、やはりカナダ居住者であるということです。XとBとの間にDとEという子供が生まれていて、その他にBの連れ子であるCがいるけれども、CはSommerer家の血筋を引いていないということで、この後話から外れていきます。

Xさんはカナダに来て色々ベンチャー企業を立ち上げたということですが、Newbridgeというところに参加し、1990年にCEOとなって、Newbridgeの関連会社であるVienna Systems Corporationという会社の普通株の25%を取得したということです。これは、どうもSkypeのような音声をインターネット上でやりとりすることに関する事業をしている法人のようです。

Xさんのお父さんであるHerbert Sommererさん(以下、A)がオーストリアに、この人はずっとオーストリアにいます。みたいですが、ファンドを設定するということで、オーストリアシリング100万が幾らなのかちょっとわかりませんが、Sommerer Privatstiftung (Sommerer Private Foundation)、(これがどういう意味なのか私もよくわかりませんが、とりあえず「私的基金」と訳しておきます、)SPFというものを設立し、X、B、D、Eがその基金の受益者とされたということです。

Ultimate beneficiaries、とりあえず「帰属権利者」と訳しておきますけれども、その基金が、SPFが清算したときに財産が、(これはレジューメで信託財産と訳してしまいましたが信託かどうかはそもそも問題なので、財産というふうに直してください。SPFが清算したときに財産が、)最終的に帰属することが予定されている者がXとBであったということです。

SPFを設立したときに、XさんがVienna株をSPFに売却したということです。117万カナダドルということですが、このときXとしては、株は売られるけれども、Xが会社に対する支配権みたいなものは保持し続けようということで、株式売却なのだけれども議決権、配当受領権、新株引受権等は移転させないというつもりで、そういう売却を仕組んだというつもりです。その当時の1株当たりの時価が1.33カナダドルということで、この点について納税者と課税当局の間で争いが無いので、それは時価だということでいいのだと思います。

支配権等はXが保持したまま、株に関する権利を半分だけ移すというつもりで117万カナダドルというのは1株当たり0.665ドルということのようです。そういうつもりで株式売却をやったつもりであったところ、どうもカナダの会社法に照らしてそういう売却、権利の分割はできないと法律家からアドバイスされたということのようです。これはカナダの会社法の話で私は太刀打ちできないのですけれども、最近の2012年9月の「ジュリスト」でも中里先生と神田先生と太田弁護士と増井先生で、会社法と租税法の統合的考察が重要ですねという話がありましたけれども²⁰、その一環です。

¹⁸ カナダの信託税制について吉村政穂「海外の信託税制(5) カナダ信託税制」信託 244号 38頁(2010)参照。

¹⁹ 英国の§ 77(1) TCGAをめぐる議論や、占部裕典『信託課税法』47頁以下(清文社、2001)における各国法の紹介を参照。アメリカ法下の委託者課税信託(grantor trust)については佐藤英明『信託と税制』21頁(弘文堂、2000)、松永和美「海外の信託税制 米国の信託の税制について」信託 238号 29-75頁(2009)、47頁以下、瀧圭吾「海外の信託税制(2)アメリカ信託税制の諸問題」信託 239号 27-43頁(2009)、31頁以下等参照。

²⁰ 中里実・太田洋・神田秀樹・増井良啓「会社法から見た租税法の意義——研究者の視点・実務家の視点」ジュリスト 1445号 12頁(2012.9)

会社法上それができないということで、何とかしなければいけないということで、SPF の Advisory Board (とりあえず「諮問委員会」と訳しておきます) でいろいろ議論をしたということです。SPF に移転してしまった議決権等について、一旦 SPF から X に議決権等を戻し、X から SPF に議決権等を一株当たり CDN0.66 で売ることとした、といった混乱があります。そして善後策を考えることとなります。

それから、Executive Board (「執行部会」と訳しておきましたが、) ができます。X は Advisory Board の一員ではあったのですが、Executive Board には参加していないとあります。最終的な決定権限は Executive Board の方が持っているわけですが、最終的な決定権限を持っている Executive Board が、1997 年 12 月に Vienna 株のうちの 15 万株、3 万株、3 万株を 3 人に売却し、その後 Vienna 社が Nokia 社から買収提案を受けて Nokia 社に全ての Vienna 株を売ったということのようです。

最初 X さんから SPF に 1 株当たり 1.33 もしくは 0.665 カナダドルで売却したところ、SPF は最終的には Nokia 社に 1 株当たり 9 カナダドルで売ったということで、これも特に時価について争いはないようです。SPF が幾らで取得したのかについての争いはありますが、そのときの時価が 1.33 であるとか、9.00 であるということについては特に争いが無いみたいです。

そういう形でキャピタルゲインが発生したということで、これについてカナダが課税できるかどうかということです。

カナダは所得税法でキャピタルゲインについても課税するとしているわけですが、レジュメに条文を載せればよかつたなとちょっと後悔していますが²¹、カナダの所得税法 75 条 2 項 (§ 75(2) ITA: Income Tax Act) に基づきますと、信託に財産を委託した者が財産を取り戻せる場合であるとか、或いはその信託が財産を誰に渡すかについて指定できる者がいる場合について、或いはそういった者の同意なしに信託が財産を処分できないような場合について、図でいうと X が財産を委託したわけではないのですが、X が SPF との関係で財産を取り戻せるとか、財産を誰かに渡すことが指定できる、或いは X が同意しなければ信託が財産を処分できない、そういった状況であるというふうにかナダの課税当局は考えて、信託財産から発生した損益は、X に帰属するという前提で課税処分を打ったということです。

これは必ずしもアメリカ流の grantor trust ルールそのものではないですが、grantor trust ルールに近い内容が § 75(2) ITA に定められていると理解できます。1 回信託に財産を設定したのだけれども、実は裏から委託者が手を伸ばせるような場合、或いは委託者に限らず、その信託について色々手を出せるような人がいる場合に、その手を出せる人に損益が帰属する可能性があるというのが § 75(2) ITA の規定ということです。

ここで問題となるのが、オーストリア・カナダ租税条約 13 条 5 項で、これも OECD モデル 13 条 5 項とほぼ同じ規定ですが、カナダが課税することは禁止されるのではないかということが問題となったという、そういう問題状況です。

3.2. 裁判所の判断

先ほど SPF が信託という前提で話をしかけてしまってしくじりましたが、まず SPF が信託かどうかということはそもそも争点の 1 つとなっています。この点につきまして、読んでもちょっと分からなかったのですが、SPF は信託ではないとあります。オーストリアは大陸法系ですので、確かに私的基金が信託であるというのはちょっと難しいのかなという気がしますが、A (Herbert Sommerer: 原告 X の父) と、SPF と、それから受益者 X、B、D、E という関係 (A、SPF、受益者の関係) が信託を構成するのだ (the relationship between Mr. Herbert Sommerer, the SPF and the beneficiaries constitutes a trust)²² と裁判所は言っています²³。

信託というのはそもそも entity なのか、それとも契約関係なのかということがどこの国でも問題となるわけです

²¹ 2011 TCC 212, paragraph 83 より抜粋

[83] Subsection 75(2) of the Act provides:

Where, by a trust created in any manner whatever since 1934, property is held on condition

(a) that it or property substituted therefor may

(i) revert to the person from whom the property or property for which it was substituted was directly or indirectly received (in this subsection referred to as "the person"), or

(ii) pass to persons to be determined by the person at a time subsequent to the creation of the trust, or

(b) that, during the existence of the person, the property shall not be disposed of except with the person's consent or in accordance with the person's direction,

any income or loss from the property or from property substituted for the property, and any taxable capital gain or allowable capital loss from the disposition of the property or of property substituted for the property, shall, during the existence of the person while the person is resident in Canada, be deemed to be income or a loss, as the case may be, or a taxable capital gain or allowable capital loss, as the case may be, of the person.

²² なお、SPF が受託者 (trustee) であるとも言っている。

²³ 2011 TCC 212, para 82.

が²⁴、この表現を読むと、すなわち何らかの契約関係がトラストを構成すると考えられているようです。

条約が優先するかどうかについて裁判所は、これは条約優先の建前があるので、条約によってカナダは課税できませんというところで決着をつけています。²⁵

2011 TCC 212 とあって、これはまだ 1 審ですが、**appeal** されているようですけれども、控訴審、最高裁がどうなっているかはまだ分かりません。多分まだ出ていないか、見落としているかですが、控訴審以降はどうかはまだ分かりません。取りあえず 1 審の結論としては、カナダで課税することはできないということです。

条約優先なので、すばっと切れているわけですが、では § 75(2) ITA は空振りですかということで、§ 75(2) ITA の適用の可否について判断することは必要ではない傍論という話になってきます(判決では unnecessary という表現)。あえて傍論を言うとなると、X が **Advisory Board** の主要な一員であって重要な影響力を有しているということは認定できるけれども、信託財産についての帰趨を決する (**determine to whom trust property would pass**)、誰に渡すかを X が決めることができるかどうかについては、X はそういうことはできないと裁判所は判断して、§ 75(2) ITA の適用要件がそもそも満たされていないのだということです²⁶。だから、§ 75(2) ITA を適用しようとしても、そもそもできませんというふうに裁判所は傍論として述べています。

Advisory Board と **Executive Board** で、名前からしても **Advisory** の方ではなくて、決定権は **Executive Board** の方なので、**Advisory Board** の一員であるにすぎない X としては、§ 75(2) ITA についての **determine to whom trust property would pass** には当たらないという判断です。

個別具体的な判断はカナダの裁判所の話で我々がタッチするところではないのですが、この問題状況は我々日本人にとっても面白いのではないかと思った次第です。

4. 考察

4.1. 前提条件 1：誰に着目するか

昨年 **Garron** 事件を紹介しまして、それから今年、信託法学会で幾つか信託に関する国際課税の問題がありますという紹介をして、そのときは信託の居住地が実質的管理の場所によって判断された事例がありますという話で終わったのですが、その前提問題がかなり厄介だということに思い至りました。前提問題がそもそも国によって大きく違うわけです。

イギリスでは基本的には先ほど見たように **trustee** に着目して課税関係を決する。日・米では基本的にはパススルーで受益者に着目して決定される。それから、カナダでは原則として信託が **individual** として扱われています。

信託が **individual** というのが直感的にわかりにくいのですが、要するに、信託が 1 つの被課税主体、課税される対象となるというふうに考えられているということです。先ほどの信託が契約関係をもって信託と認定できる、それが **individual** だというのがすごく違和感があるのですが、カナダではそういう作りになっているということです。

日・米、それからイギリス、カナダでかなり着眼点が違うということですが、そうすると、では我々日本人がイギリスとかカナダの事例を見ても仕方ないのではないかという気もするのですが、逆にいうと、アメリカの方は、トラストという形で裁判にあまり出てこないのになかなか紹介するのも難しいということかもしれません。逆にイギリス・カナダは、**trustee** なりトラストが課税対象者となるので、裁判の表に出てきやすいということで目につくということかもしれません。

あと、レジュメで「一応の意義を述べるとすれば」などと書いてありますが、これははっきり言って言い訳でして、個人的に **Smallwood** 事件なり **Sommerer** 事件なりを勉強してみたら面白かったので紹介しているというところで、第一の意義²⁷とか第二の意義²⁸とか書いてありますが、ここは後付け的な話で、面白いから勉強しているというところでは、後でもう少しゆっくり考えて、日本人である我々にとってどういう意義があるかは落ち着いてから考えたいと思います。

誰に着目するかについて、まずそもそも違うということがある。これは組合とか **LLC** とか **LLP** とかでもよく問題となる話です²⁹。

²⁴ 浅妻章如「海外の信託税制(3)フランス信託税制」信託 242 号 16 頁(2010); Paul Matthews, *The French Fiducie: And Now For Something Completely Different?*, *Trust Law International*, vol. 21, no. 1, p. 17 (2007) 等参照。

²⁵ *Id.*, para 122.

²⁶ *Id.*, para 110.

²⁷ 日本人も外国信託を使うことがありうる。

²⁸ 本稿 4.6. 所得の帰属 (**attribution**) の問題を検討する意義。

²⁹ OECD モデル租税条約コメントリー 1 条パラ 2 以下、LPS (**limited partnership**) に関し 瀧圭吾・判解・ジュリスト 1439 号 8 頁(2012) 等参照。

4.2.前提問題2：者（person）の認定

次にpersonをどう認定するかという問題。昨年、「信託や組合等、法人格がないものであっても、「者」に含まれることが多いと見受けられます」³⁰と安易に言ってしまいましたが、このときイギリスの話が視野になかったのでこういう表現をしてしまったのですが、イギリスの問題を視野に入れると、ちょっとこの表現は不正確かなと反省をしているところです。

イギリスの受託者がpersonとなるというところについてですが、これがかなりややこしいという話です。というのは、trusteeそのものがpersonとなる、これがDawson事件³¹で確立したということですが、Dawson事件では3人trusteeがいて、3人のうち2人が非居住者、1人が居住者であったという事案で、結論としてはtrusteeが英国非居住者であるという判断です。

3人いたうち2人、多数派が非居住者であるということで、個々のtrusteeの居住の判定+trusteeについての居住の判定という、2段階の構えになっているわけです。1人1人のtrusteeの居住地判定と、それから、そのtrustee全体としての居住地判定という2段階の構えになっているわけです。

法人に例えていうと、例えば取締役がどこに居住しているか、取締役がどこで管理しているかで法人の居住地を決めるといった、そういったイメージに近いのではないかと推測されます。

こういうDawson事件の判決があって、その後法改正をして、1人でも英国居住者であればtrustee全体として英国居住者扱いとするというような法改正をしたということが註³²で紹介されています。

つまり、厄介な話というのは、trusteeというものが単一の継続的団体となるというところで、§ 69 TCGAで、「trustees of the settlement shall...be treated as a single and continuing body of persons (distinct from the persons who may from time to time be the trustees)」、「受託者は(その時々受託者とされる者と区別される)単一の継続的団体として扱われる」と規定されていて、trusteeといったとき、個々のtrusteeに着目しているのか、1つの信託に関する1つの団体としてのtrusteeなのかということについて考えなければいけないということです。

そうすると、Aさん、Bさん、Cさんという弁護士が受託者になっている場合については、1つの受託者というものを観念した上で、その1つの受託者が英国居住者であるかどうかという判断をイギリス人はしているということになるようです。これはちょっと日本ではあまり馴染みのない話なので、注意しなければいけないなと思いました。

一方で、カナダの方は信託がindividual扱いされるということですので、法人ではないかもしれませんが、法人みたいな被課税主体として考えればよろしいのだらうと思います。

4.3.前提問題3：二重居住問題であるか否かと随時税・期間税

そして、前提問題3としまして、二重居住問題であるかどうかという話と、それから随時税なのか期間税なのかという話が、これがかなり厄介な問題だなと思った次第です。

Smallwood事件におきまして、最初イギリス課税庁(HMRC)側は、dual residence(二重居住)の問題として管理支配地がイギリスにあるという主張をしていなかったというふうに先ほど述べたわけですが、最後、Court of Appealsに至って、嫌々ながらそういうふうに主張したとされます。

これは註³³にあるWood Holden事件でplace of effective managementに着目した結果負けた事例があるので、place of effective managementの基準でtrusteeの居住地を判断するという判断枠組みになってくると、Smallwood事件ではHMRCが最終的には勝ったわけですが、イギリスの課税庁の課税権の保持という観点からいくと、「実質的管理の場所」という基準では簡単にイギリスの課税を回避されてしまうという懸念がHMRC側にはあるのであろうと推測されます³⁴。

実際この事件でも、最高裁の3人の判事のうちの1人が、実質的管理の場所はイギリスにはないのだと判断しているのでも、後は事実認定の問題ですから微妙な話なのだらうと思います。この事件では勝ったわけですが、今後、ではplace of effective managementをモーリシャスに持っていけばいいのでしょうという話になってくるわけですので、この事案で、Smallwood事件においてHMRCが勝ったとはいえ、HMRCとしては必ずしも理屈の上で勝ったという喜びには浸ってられない状況のようです。

ただ、HMRCの主張を素直に受け止めようとする、レジュメに書いていますが、ちょっと無理筋なのではない

³⁰ 浅妻・註7、198頁。

³¹ Dawson v IRC, [1990] 1 AC 1; [1989] STC 473; 62 TC 301.

³² Dawson事件及び1989年改正につき、Ian Ferrier & Matthew Hutton, TOLLEY'S UK TAXATION OF TRUST, 14th ed. ¶20.9 (Tolley 2004)参照。

³³ Wood v. Holden, [2006] EWCA Civ 26

³⁴ 増井・註10、262頁; Jonathan Schwartz, Avoidance and Tax Treaties: Current UK Experience, Bulletin for international taxation, Vol. 65, No. 8, p. 453-459 (2011); 今村隆 (Jonathan Schwartz) 「【海外論文紹介】租税回避と租税条約: 最近における英国の経験」租税研究 753号 325頁(2012.7)参照。

かと思うわけです。dual residence の問題ではないのだと主張しているわけですが、モーリシャス居住者であることについては特に争いはない。イギリス法から見てイギリス居住者であるとする、両国が residence に基づいて課税できるというのが HMRC の主張ですが、その主張を認めてしまうと、なぜ tie-breaker rule があるのかということが空振りになってしまう恐れがある。

当然 HMRC 側としては、モーリシャスは居住があると言っているけれど、株式譲渡益に課税しないのだから別に tie-breaker rule は必要ないでしょうと考えるわけですが、モーリシャスが課税するかどうかと、tie-breaker rule が発動するかどうかというところが繋がっているのかというと、一般的にはそういうふうと考えられてこなかったのではないかと思います。HMRC 側の dual residence ではないという主張、すなわち tie-breaker rule は発動しないという主張については、無理筋なのではないかなと思います。この点は、日本でもそんなに詰めて考えられていない問題だと思いますので、考慮の余地はあると思いますが、暫定的ながら個人的な意見としては無理筋なのではないかと思っています。

納税者側の方が、dual residence ではないのだ、tie-breaker rule の発動ではないのだというふうに主張しているわけですが、これは、主張の枠組みとしては無理筋では当然ないわけですし、High Court もそう判断していて、そこは特に問題はないわけですが、二重居住ではないという議論を組み立てる上で次のような議論があります。

イギリスの所得税法下で、ある課税年度の一部において居住者である受託者についてその一部について課税がされる。これが所得税法の話だということですが、キャピタルゲインに関していうと、§ 2(1) TCGA の規定というのは、ある課税年度の一部の期間において居住者である者について課税しますと、force of attraction (吸引力) を発動させて、(force of attraction というのは普通、源泉地国課税・恒久的施設課税の話で出てくるわけですが) この場合は居住の枠組みで force of attraction が利いてきて課税すると言っている。

ただし、この規定はchargeability(被課税適格と訳しておく)を基礎付けているだけであって、必ずしも株式を譲渡した 2001 年 1 月の時点において英国居住者であるということを英国法が定めているわけではないのではないかと、註³⁵のCleaveという方が論じています。

つまり、Cleave さんの主張としては、§ 2(1) TCGA によって課税するということは決めているけれども、それが居住を定めている話ではない。だから条約の 4 条 1 項にいうところの国内法の適用としてイギリス居住者であるという話にはなっていない、だから dual residence ではないのだという主張です。

これが随時税的な発想なのではないかと思えるわけで、ちょっとイギリスのキャピタルゲイン課税が随時税か期間税なのかということははっきりよくわかりませんが、所得税は恐らくというか間違いなく期間税であるに決まっているわけですが、イギリスのキャピタルゲイン課税が随時税であるのだという主張に基づき、1 課税年度の全体において居住地がイギリスにあるわけではないのだという主張を構築していく。この発想はまさに随時税的な発想だと思うわけですが、ただ(ここから少し横道に逸れる)、イギリスの居住の判定というのはかなりむちゃくちゃだところがある、註³⁶にあります。

これは所得税の事案なので、キャピタルゲイン課税の文脈で紹介するのはあまりよくないのかもしれませんが、Davies, James, and Gaines-Cooper という事案があります。Gaines-Cooper さんに関しては、川田先生が紹介されているところで、イギリスの 90 日ルールの下で物理的には或る年度の 80 日間 + α しかイギリスに物理的には所在していなかった Gaines-Cooper さんについて、何年間かの平均を取ると 90 日を超えているし、Gaines-Cooper さんがイギリスとかなり深い関わりを持っている、奥さんがイギリスに住んでいるとか、スポーツクラブに登録しているとか、そういった状況を認定してイギリス居住と認定したという事案があります。この事案については川田先生が紹介されていて、Gaines-Cooper さんの判断についてもかなりむちゃくちゃだと思うのですが、日本の裁判所だったら自国居住だとは言わないのではないかというような事実関係だったわけです。

個人的に更にむちゃくちゃだと思ったのは、むしろ Davies さんと James さんの方でして、物理的には 2001 年 3 月に移動したということですが、外国でフルタイムの職に就いていたらイギリス居住者として扱いませんという規定があるという状況の下で、4 月 6 日の時点でベルギーでフルタイムの職に就いていたという認定がないので、イギリス法の観点から見て、問題の課税年度ではイギリス居住者であるというふうに扱った事例です。物理的にイギリスにいるわけではないのに課税するというのも、それはそれで、かなりひどい話なのではないかと思ったのですが、そういった形でかなりイギリスの居住の判定ルールは広く扱われています。

これらの事案がひどいなと思ったのは、事実認定のレベルだけではなくて、法令にはほとんど規定がないという状況下で、ほとんど通達レベルにしか書いてなくて (IR 20)、通達だから当然裁判所は拘束しないと建前的に判決文でも書いてあるのですが、そう言っている割にはその通達に依拠して判断しております。何だこの裁判所はと思ったのですが、イギリスではかなり拡張的に居住を認定する裁判例があるということです。

³⁵ Cleave, note 16, at 709-710.

³⁶ Davies, James, and Gaines-Cooper v. HMRC, [2010] EWCA Civ 83; 川田剛「居住者・非居住者と住所—武富士事件との関連で—」国際税務 2011 年 3 月 63 頁。

それは所得税の話だからということでキャピタルゲイン課税の事案についてはあまり参考にならないかもしれませんが、本文に戻りまして、随時税的発想なのではないかというふうに見受けられるところです。

随時税かどうかということについては、日本で昨年最高裁判決³⁷の、不動産譲渡損失を利用できるかどうかという問題について、明らかに期間税的発想でもって違憲の主張を斥けたということがありました。国内法の問題としては期間税的発想が別におかしいと言うつもりはありません。ただ、必ずしも期間税だから全部いわゆる【期間税の法理】ということで12月31日までだったらいくらでも法改正していいということまでは最高裁は言っていないように読めますので、期間税というところだけで結論が出るわけではない話だろうと見受けられます³⁸。

それは国内法の問題ですが、条約の適用に関して、随時税か期間税かということが利いてくるのかどうかということです。

2001年1月にモーリシャス居住者がtrusteeとして財産を処分したというときに、その2001年1月という瞬間に着目して、随時税的に租税条約の適用を判定しなければいけないのか、それともHMRCが考えているように、2000年4月6日から2001年4月5日までの1年間の間でイギリス居住者として扱う余地があるのかどうか。その状態として条約の4条1項による国内法の適用の結果、条約の観点からdual residenceの問題となるのかどうかという、条約の適用に関して随時税なのか期間税なのかという問題について、今まで、少なくとも日本ではあまり議論されてこなかったのではないかと思います。

私も、このSmallwood事件を見て初めて考えた問題で、正直、自分の意見はまだ固まってないのですが、そこは考えていかなければいけないと思います。

条約が随時税的発想なのか期間税的発想なのかについて、規律していないというふうに考えることができるとすると、専らイギリス国内法に基づいてイギリスで居住者として扱われるかどうかだけが、英国モーリシャス条約4条1項にいうところの問題であるという判断枠組みが設定できるのではないかと、現在暫定的に考えています。

イギリスの国内法においては随時税的発想が妥当するか、そしてこれが国内法の問題なのか、それとも条約の解釈に関するイギリスの裁判所の判断枠組みかということはややこしい問題ですが、仮に英国国内法を基礎として条約の適用に関する判断枠組みを考えて良いとすると、国内法によって何らかのpersonのchargeability(被課税適格)が基礎付けられている。

そうすると、条約の4条1項にいうところの「liable to taxation」(OECDモデル4条1項「liable to tax」要件に相当)³⁹に合致するかについて、条約の適用上、「一方の締約国の居住者」とは、当該一方の締約国の法令の下において、住所云々に類する基準により当該一方の締約国において課税を受けるべき者であるかどうか、liable to taxationに当たるかどうかという判断をするのだということになっていて、キャピタルゲインが発生したのは2001年1月かもしれないけれども、イギリス国内法で2000-2001課税年度の1年間においてずっと英国居住者として扱いますという規定があって、居住ではなくchargeabilityを定めただけという主張に配慮するとしてもchargeabilityがあるとして扱いますという規定があって、イギリス国内法に照らして条約のいう「liable to taxation」に当たりますということがいえるのであるとすると、イギリスの裁判所が取ったdual residenceの問題ですという判断は、それなりに是認する余地があるのかなと暫定的に思っています。が、註に挙げましたliable to tax要件に関して、李昌熙教授と増井先生の「ジュリスト」の論文がありますように、liable to tax要件はややこしい問題です。個人的にはまだはっきりとした意見は煮詰まっておられません。

このdual residenceの問題かどうかというところについて、私は、この随時税なのか期間税なのかという発想で考えてみたわけですが、こういうアプローチの仕方がよろしいのかということについても、正直自信がないところです。

³⁷ 最一小判平成23年9月22日民集65巻6号2756頁、最二小判平成23年9月30日判時2132号39頁。

³⁸ 少し話が逸れるが、やはり随時税と期間税の発想の妥当範囲として、5000万円の値が付きそうなホームランボールを拾って売ることが一課税年度内に起きた場合につき、一時所得と譲渡所得の課税関係を別々に考えるべきか、一課税年度内の純資産増加に着目して所得分類を考えるべきなのかという問題があることを、浅妻章如「756号ホームラン・ボールをきっかけとした一時所得と譲渡所得との関係に関する考察」立教法学75号119頁(2008)で述べた。そこでは問題提起に終わったが、その後の考察は、浅妻章如「相続等の財産無償移転に対する課税のタイミングについて」『トラスト60研究叢書 金融取引と課税(1)』155頁(2011.4)にまとめた。

³⁹ OECDモデル租税条約4条1項「この条約の適用上、「一方の締約国の居住者」とは、当該一方の締約国の法令の下において、住所、居所、事業の管理の場所その他これらに類する基準により当該一方の締約国において課税を受けるべきものとされる者(当該一方の締約国及び当該一方の締約国の地方政府又は地方公共団体を含む。)をいう。ただし、一方の締約国の居住者には、当該一方の締約国内に源泉のある所得又は当該一方の締約国に存在する財産のみについて当該一方の締約国において租税を課される者を含まない。」「[下線：浅妻]の下線部が「liable to tax」要件などと呼ばれる。李昌熙・増井良啓「租税条約上の居住者概念は全世界所得課税を要件とするか——各国裁判例の分析——」ジュリスト1362号121頁(2008.9.1)参照。

どう順序で租税条約の適用に関する課税問題を検討していくか、どうフローチャートを書くかということについて、なかなかそういう順序というものがはっきり見える形で条約で規定されていないという、そういう難点があるわけです。

この点に関しまして、グラクソ事件で最高裁(註 47)が、原則として日本のタックスヘイブン対策税制はシンガポール条約に違反しないとしたのですが、【日本のタックスヘイブン対策税制は租税回避対策規定としては合理性があるから条約違反ではないのです】と読めるかのような作文もしています。そうすると、では国内法に合理性があるかないかという判断を、条約違反かどうかの判断のどこかの順序でしなければならないのか、という印象を抱いてしまうわけです。

私は裁判所が合理性という留保をつけたことに反対であり⁴⁰、あの判示部分は最高裁が確認的に言ったにすぎないと私は思っているのですが、確認的な意義にとどまらない意義があるとすると、順序をどういうふうに考えるかということについてかなり分かりにくい問題になってしまうことがあります。

4.4.居住地認定の問題

居住地認定は実質的管理の場所だということです。ただ、注意しなければいけないのは、カナダの方は、カナダとバミューダだと思いますが、カナダ・バミューダ条約で tie-breaker rule が無いので、カナダの所得税法の解釈として実質的管理の場所に着目するという事案でありました。

一方で、イギリスの事案というのは、建前的にはイギリスの国内法では問題なくイギリス居住者ですという前提、これは納税者側は争ったわけですが、裁判所の判断によれば、イギリスの国内法によれば問題なくイギリス居住者であるという前提の下で、dual residence の解決として tie-breaker rule で条約の居住地判定として実質的管理の場所を判断基準としたという、そういう違いがあります。

ですから、カナダの事案もイギリスの事案も、結論からいえば実質的管理の場所に着目したということになるわけですが、その位置付けは、国内法の問題として判断したカナダと、条約の問題として処理したイギリスという大きな違いがあるということです。⁴¹

4.5.居住地認定後の問題：受益者 (beneficial owner)、条約特典制限 (limitation on benefit)

そして、person なり居住地なりが判定できたとした上で、次、条約の便益を受ける資格があるかどうかに関しては、beneficial owner 概念もしくは limitation on benefit の話が出てくるわけです。

これについては昨年も少し触れたところですが、ただ beneficial owner 概念で課税当局が納税者側の主張を斥けることができるかということについては、どうも外国の裁判例の積み重ねを見ると、かなり課税庁側に厳しい判断が積み重なっているように見受けられるところではあります。それは註⁴²の Prévost 事件などが代表的な例として挙げられるところではあります。

日本で beneficial owner 概念で裁判をしたというのは、ちょっと記憶にないのですが、日本ガイダント事件⁴³では、一応の形式としては、日本の居住者からオランダ居住者に所得が流れていくということになっていましたところ、その背後にアメリカ居住者がいるのではないかということで、日蘭租税条約ではなく本当は日米租税条約が適用されるのではないかという問題が潜在的にはありました。ただ、あの事件で課税庁側は、そもそも beneficial

⁴⁰ 合理性を審査するまでもなく、タックスヘイブン対策税制が仮に適用除外要件なくあらゆる日系資本外国法人の所得を日本株主の所得に加算するものとして設計されていたとしても、租税条約違反にはならない、と私は考えてきた。

⁴¹ Smallwood 事件では「実質的管理の場所」基準が条約で明示されているのに対し、Garron 事件では法規に明示されている基準ではなく英国判例の基準を借用している、という違いもある。

また、個人以外について常に「実質的管理の場所」基準が妥当すると考えることはできない。法人についてであるが、居住地認定基準の違いを利用する google 関連会社の例として、Stephanie Berrong, Google's Overseas Tax Schemes Raise Questions, 60 Tax Notes International 813 (December 13, 2010); Edward D. Kleinbard, Stateless Income, 11 Florida Tax Review 699 (2011) (<http://ssrn.com/abstract=1791769>) (アイルランド法を準拠法とし管理支配はバーミューダでなされている子会社が、アイルランド法から見るとバーミューダ法人でありアメリカ法から見るとアイルランド法人である、というもの)等参照。

⁴² The Queen v. Prévost Car Inc., 2008 TCC 231; 2009 FCA 57 (確定)。スウェーデンと英国の自動車メーカーが、オランダ法人たる持株会社を通じてカナダの自動車メーカーの株式を取得していた事案において、カナダ源泉配当に関する beneficial owner がオランダ法人ではないという課税庁の主張が、裁判所によって斥けられた。

一審判決ながら Velcro 事件(Tax Court of Canada, February 24, 2012)でも課税庁が負けたと報じられている。Louise Summerhill & Jack Bernstein, Tax Court of Canada Reverses Reassessments in Velcro, 65 Tax Notes International 725 (March 5, 2012)参照。

⁴³ 東京高判平成 19 年 6 月 28 日判時 1985 号 23 頁(確定)。

owner概念で勝負をかけておりませんで、条文を見ても、beneficial owner概念がそもそも文言としてない話だったと思いますので、課税庁側がbeneficial owner概念で勝負をかけなかったことも仕方ないのかなと思っておりま

す。
beneficial owner概念で租税回避を塞ぐというところは現在のところ難しい状況で、ではlimitation on benefit⁴⁴しかないという状況なのですが、これは今後、条約改正がどうなっていくかの話で、ここは私としては特に何か情報があるわけではありません。

4.6.所得の帰属 (attribution)

そして、今日の一番述べたかった所得の帰属の問題ですが、ここがかなりややこしいという話です。

Sommerer事件の判決文では、条約があるのでカナダは課税できませんということで結論を出して、私は、後で述べますようにこの判断は妥当なのではないかと思っていますが、条約が国内法に優先するというのが日本人⁴⁵にとっては当然の前提であるわけですが、⁴⁶、条約が国内法に優先することから、直ちに国内法による課税が条約によって無効化されるということは必ずしもいえないのではないかと考えています。その例がまさにグラクソ事件⁴⁷だったわけです。

私はカナダの Sommerer 事件判決は(少なくとも条約優先という部分については)妥当であると思っている一方で、日本のグラクソ事件判決も妥当であると思っています。ということはすなわち、条約が国内法に優先するという当然の前提の下においても、国内法にある課税を条約が禁じない場合があるということです。

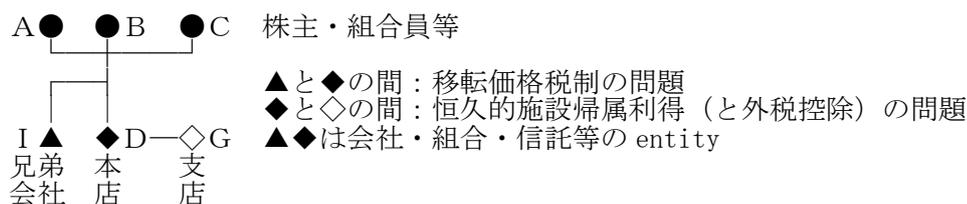
この話がなかなかうまく伝わらないのですが、私は、条約の規律の範囲の問題なのではないかと思っています。条約が日本とかシンガポールとかの課税関係の全てを律しているわけではなくて、条約はあくまでも部分的に日本なりシンガポールなりの課税権を制約しているにすぎないとすると、条約に書かれていない範囲の問題については各国が、(一般国際法に違反すればちょっと別ですが、一般国際法に違反しない限りにおいては、)もう好き勝手に課税権を行使できると私は考えているので、条約の規律の範囲ということが重要な問題なのではないかと思っています。

この条約の範囲、条約がどこを規律しているかということについて、attributionという概念がかなり多義的に使われているということが議論の混乱の元ではないかと個人的には思っています。

一般的に attribution といいますと、信託の場合には所得税法 13 条、一般的には所得税法 12 条で、実質的帰属がどうのこうのという話をするわけですが、グラクソ事件も、attribution の変更だということができないわけでもないところ。シンガポール子会社に帰属する所得を日本の株主の所得として attribution を付け替える国内法の規定というふうを考える人がいるわけです。

この点で私と師匠の中里実先生とで激しい対立をしたわけですが、私がグラクソ事件は条約違反ではないと考えている理由は、あれ(タックスヘイヴン対策税制)はタイミングの話であると考えているからです。

そのことを一所懸命意見書に書いたのですが、グラクソ事件で国が勝ったので、私としては結果には満足しているのですが、残念ながら一般論に関して最高裁を説得するには至らなかったのも、やはり説明が下手だったのだなと反省して、もう少し何とかうまい説明がないかと考えているところで板書します。



例えば所得税法 12 条の問題としてロースクールで時々扱うのは、例えば子供名義の預金口座があって、そこにお金が振り込まれるけれども、実質的にその口座について管理しているのが親であるという場合については親の所得として扱いますという話です。これは、タイミングの話は全然関係がないわけです。問題となっている所

⁴⁴ 日米租税条約 22 条(平成 16 年条約第 2 号)。

⁴⁵ 日本国憲法 98 条 2 項。

⁴⁶ 後法優先の国では当然の前提ではないが、今回は条約優先の前提で議論を進める。

⁴⁷ 最判平成 21 年 10 月 29 日民集 63 卷 8 号 1881 頁。フィンランドの KHO (Korkein hallinto-oikeus) 596/2002 (2002:26), 20 March 2002,及びフランスの Schneider case, Conseil d'Éta, 28 juin 2002, N° 232 276 を含め、この問題に関する論考は多いが、差し当たり、Nicolas Garfunkel, Are All CFC Regimes the Same? The Impact of the Income Attribution Method, 59 Tax Notes International 53 (July 5, 2010); 青山慶二「CFC 税制はどこでも同一の内容か; 所得帰属方法のインパクト」租税研究 2011 年 1 月 233 頁参照。

得が本当に子供の所得なのか、それとも本当は親の所得であるところを子供の架空口座を作ってやっているのかという話です。私はこれを便宜的に横の帰属の問題と表現しています。

その他に、例えばAさん、Bさん、Cさんという株主がいたとして、株主がD会社を持っている。Dという会社に帰属する所得について、日本では原則的に、日本だけではありませんが、実現主義が採られているので、配当するまでは株主には課税されないというのが原則ですけれども、しかしこれが例えば外国法人であるような場合については、タックスヘイブン対策税制で、外国の会社に帰属する所得であっても、一定の要件の下では株主に所得が帰属するものとして扱う。

これについて昔、金子宏先生はみなし配当課税だという説明をしておられましたが、中里先生が、みなし配当課税というには配当扱いしていないからおかしいという反論をした(その後金子先生も少し表現を改めた)ということがあります。確かに配当扱いはしていないのですけれども、しかし会社から株主に何らかの形で利益が移転します⁴⁸。移転するというのは配当以外の経路でもいろいろ利益というのは処分できるわけですので、将来配当を受け取るまで、将来にわたってAさん、Bさん、Cさんが所得の実現を繰り延べることをタックスヘイブン対策税制は否定して、会社に帰属する所得について、もう株主に所得が発生したのものと扱うとタックスヘイブン対策税制は規定しているわけです。

このときに、タックスヘイブン対策税制については、その趣旨がどうなのかということについて色々理解の対立があるわけですが、もともとアメリカでタックスヘイブン対策税制ができたときに、理想としては、今度はこちら(株主ABCが所在するところ)がアメリカだったりするわけですが、アメリカの株主が支配している外国法人(図のD)について、租税回避的であろうがなかろうが、とにかく全てアメリカ資本外国法人の所得について自動的に株主に所得が帰属するものとして課税するというのがサリー教授(Stanley S. Surrey)の理想だったわけです。

その理想をやろうとすると、アメリカ企業が外国に子会社を作ったときに、アメリカ系の企業がフランスとかオランダの会社との競争において負けてしまうからそれは勘弁してくれということで、租税回避的な場合に限るという(passiveとかactiveとかを区別するという)そういう話になってきたわけですが、私はその点について次のように考えています。

ここ(D)に所得をため込むことについて、いつでもアメリカの国内法に基づいて課税することは、別に配当することを要件とせずに課税することは、許されていて、それは一般国際法上も許されているし、条約上も特にそれを禁止する規定はないと思っています。

passiveかactiveかということに着目してアメリカがタックスヘイブン対策税制を及ぼすか及ぼさないかというのは、あくまでもアメリカの立法政策の話で、その話を日本は真似たわけです。ただ activeか passiveかではなくて、entityレベルで判定するという違いはあるのですが、日本はいつでも会社の所得について株主の所得として扱うことは許されるという前提で、あとは政策論として、どういう場合に会社の所得を株主の所得として扱うかについて、線引きをしているという、そういう理解です。

これが縦の帰属という話で、実現主義の下では配当するまで課税されないのが原則ですけれども、別に、実現主義は必ず採用されなければいけない原則だとかいうわけではなくて、実現主義を採るかどうかさえあくまでも立法政策だと私は思っていますので、実現主義に則らなければいけないというルールは特に一般国際法とか租税条約には無い筈だと思っています。だから、日本がシンガポールの法人について課税処分を打つことについては、それは別に条約は規律していないと思ったわけです。その話を私は【規定の欠缺】だと中里先生には申し上げたところです。

なのですが、残念ながら、レジメに書いていますように、学会の定説には至っていないので、皆さんがこの説明を聞いて、グラクソ事件は条約の欠缺の話だと思っていただけるかどうか。

これからの説得の話なのですが、例えば、この会社がGという支店を持っている場合に、G支店に幾ら所得が帰属するかという話があるわけです。これについて、私は「横の帰属」と表現しているわけですが、それはまさに(D社がある)E国と(G支店のある)F国との間でどのように課税権を配分するか。これはタイミングの問題ではなくて、タイミングとしてはG支店が稼いだ瞬間にE国がD社全体の所得に含めて課税することが当然のごとく許されているわけです。タイミングとしては全く同じタイミングなわけです。

あとは、課税権の配分として、G支店に帰属する所得についてE国は外税控除なり、或いは exemption methodなり何らかの条約に基づく義務としての二重課税排除をしなければいけないという制約が出てくるけれども、それは横の帰属であって、縦の帰属ではないと理解しているわけです。

或いは、兄弟会社があって、E国でD社、H国で兄弟会社がI社とすると、D・I間で何か取引をやったときに移転価格税制が発動して、何か取引の価格がおかしいという場合については所得が本当はどちらなのかという話を一生懸命IとDの関係するH国とE国との間で争うわけですが、これも別に兄弟会社とか親子会社でもいいの

⁴⁸ 校正註：後のQ&Aにもある通り、「移転」という表現はまずかった。会社が利益を得るということは自動的に株主にとっても未実現利益が生まれたことを意味する、などと表現すべきであった。

ですが、取引の価格について争っているわけであって、配当したかどうかを争っているわけではないので、それもやはり横の帰属だと私は思っています。

配当するとか、或いはこれが信託である場合に信託から受益者に所得が流れたかどうかという話が縦の帰属であると私は思っていて、移転価格の問題とか PE に利得が帰属するかどうかの問題は横の帰属というふうに私は考えています。

そのように縦と横という表現をした上で、(これは 90 度回転させれば縦横は変わるので、イメージの仕方次第で縦か横かの表記に特に意味は無いのですが、)すなわち、縦の帰属というのは、株主等の member と会社等の entity の問題として、entity を構成する member が実現主義の縛りを受けて、実現があるまで課税されないのか、或いは実現主義の原則を取っ払って Haig・Simons の包括的所得概念の理想に沿って、時価主義でガンガン課税していくという話なのかというのが、縦の帰属の問題であると私は考えています。

それは必ずしも会社と株主だけではなくて、信託と受益者であるとか、或いは、組合と組合員とか、そういう場合にも同じ話であって、組合と組合員の場合については、組合が稼いだものについて配当という話になってこないわけですが、利益分配しようがしまいが、組合の所得をもう直に組合員に帰属させて課税することが許される。これは縦の帰属の問題として実現主義の縛りがそもそも利いてこない話だと整理されているわけです。

なので、縦の帰属の問題はあくまでも、課税しようと思う国の政策論であって、一般国際法とか租税条約が規律しているわけではない。そこは規定の欠缺であると思っっているということです。

Sommerer 事件はどうなのかということに参ります。Sommerer 事件が、あれが所得のタイミング、実現主義を取っ払う話としてやっているのだという理解であるとする、entity を transparent 扱いした上で信託に帰属する所得を、実現主義を取っ払って本来所得が帰属するであろう Sommerer さん (X) に課税するのだという話だというふうに受け止めるのであれば、縦の帰属の問題として条約の規制の話になってこないだろうと思うのです。しかし § 75(2) ITA の規定は、実現主義の制約を取っ払うという話であるとは私には読めなくて、租税回避対策として、先ほどの所得が実質的に帰属するのは子供か親かの話に近いような話に見受けられるわけです。真に帰属するのがどちらなのかという話に見えるのです。

信託に帰属すると見せ掛けているけれども、それを租税法の適用においては § 75(2) ITA によって、委託者もしくは何か支配権を持っている人に所得が帰属するものとして扱いますという規定であるように見えます。これはもろに条約の規律に引っ掛かってくる話であると私は推測している次第です⁴⁹。

なので、Sommerer 事件に関しては、カナダの裁判所の判断、条約によってカナダが課税できないという判断は、妥当なのではないかと、1 審判決を読む限りは思っています。控訴審、最高裁で何か別の論点や事実関係に焦点が当たれば話は変わってくるかもしれませんが、そういう個別具体的な話の妥当性はちょっと論評しにくいわけですが、判断枠組みとしてはよろしいのではないかと思っているということです。

この点、註⁵⁰の Michael Lang 教授の議論がありまして、グラクソ事件とか Schneider 事件とかに関しまして、ヨーロッパで激しく議論がされたときに、条約違反ではないのだという議論をする人たちの多くは、この Lang 教授の議論を引っ張ってくるわけですが、私はこの論文を紹介したときに、ちょっとこの Lang 教授の議論は乱暴過ぎるなと思ったわけです。

Lang 教授は、所得の帰属は別に条約が規律していないから国内法で定められた帰属について条約違反とはならないと言っているわけですが、私は、縦の帰属というのは、条約の規定の欠缺だと思っっているのですけれども、横の帰属に関しては、Lang 教授の話のまま受け止めると、ちょっとまずいのではないかと思います。

横の帰属の話としては、例えば、A が D の 60% を持っていて、B が D の 40% を持っていて、D が 100 稼いだというときに、タックス・ヘイヴン対策税制を普通に適用しますと、A に 60 帰属し、B に 40 帰属するという話になってくるわけですが、でも実際にはこの B さんが D を支配しているでしょうとって、D に帰属する所得を 80 までガツンと引き上げて課税する、といった可能性が考えられます。縦の帰属を扱っていると国内法が見せ掛けているが実際には横の帰属が紛れ込んでいる、という問題です。

株式の持分割合としては 6 対 4 なのだけれども、実際には支配しているのは B さんだから、B に帰属させますと

⁴⁹ 校正註: 納税者が見せ掛けようとしている私法上の状態の作出が(日本法の虚偽表示など) 偽装行為 (sham) であるという問題であれば別論であるが、見せ掛けようとしている状態が私法上は嘘ではないということであるとすると、私法が律する収益費用の帰属を前提として租税条約も締約国間で課税権を配分していると思われるので、一方締約国の国内法だけで勝手に課税権配分をかき乱すことは許されない(OECDモデル租税条約9条は私法上の価格を無視して独立当事者間価格で調整することを許容しており、そうした許容の根拠があれば別論)、と思われる。

⁵⁰ Michael Lang, CFC Legislation and double tax treaties, Bulletin IBFD, February 2003, p. 51 を浅妻章如「タックス・ヘイヴン対策税制(CFC税制)の租税条約適合性」立教法学73号329-396頁(2007)で紹介した。

ということが許されるか⁵¹。会社の所得を株主に実現原則を取っ払って課税することは許されると思うのですが、この配分割合については横の帰属なので、それはちょっといかなものかと思うわけです。

例えば、Aが所在するJ国とBが所在するK国があるとして、条約の話としてJ国とK国との間で、私法上Aに帰属すると見せかけられている所得を、K国がBの所得として課税するとなると、それは横の帰属の規律だから、もろに条約の規制に引っ掛かってくるのではないかと思います。あくまでBに対してK国が勝手に国内法で課税しているのですと言っても、(縦の帰属はいくらでも変えていいとは思っているわけですが、)横の帰属まで変えていいとは思えないわけです。

というところで、Lang 教授の議論については、グラクソ事件とか、或いは Schneider 事件とかに関してだけ言うならば納得するけれども、全部を鵜呑みにするのは危険ではないかということを「立教法学」で書いたことがあります。

それをもう少しわかりやすく説明しようと思って、このような図が描けるのではないかと思ったということです。

4.7.国際取引を阻害しないという建前と実際とのズレ

4.7は、まとめでして、残り時間もないので割愛します⁵²。

Q&A

(Q1) 幾つかコメントさせていただきたいのですが、Court of Appeals を最高裁と一貫して言うておられるのですけれども、違っていると思います。2年前からですけれども最高裁は最高裁でイギリスにはありますし、Court of Appeals は高裁だと思います。それは大した話ではないです。

4.1.の、カナダでは原則として信託が individual として扱われるという話というのは、これは相続税がないことと何らかの関係があるのかなと思いましたが、もし何かあればコメントをお願いしたいと思います。

それから、4.1.の最後のパラグラフで、実務でやっていると、[校正註: 日本人が信託関連の外国判例を勉強することの]「一応の意義を述べるとすれば」どころではなくて、ものすごく重要な意義がいっぱいあって、外国の信託類似の仕組みを利用することが非常に盛んに行われていますので、この研究自体には大変な意義があると思います。

それから、4.3.ですが、4.7.のところでもあったのですけれども、residency と source rule の問題は一応きちんと分けて考えるとすると、residency があるなし関係なく、non-resident に対しても source rule で課税するということがあり得るわけですから、このパラグラフのように書いてしまうと、そこに混乱がかえって生じてしまうのではないかと思うのです。

それで、そのことはまた、4.3.にあります随時税か期間税かの問題で、租税条約の問題を取り扱っていないのではないかという話です。

租税条約独自の時間的枠組みはないのです。それはなぜかという、要するに、Model Convention を作る時に各国制度の連中がやって来て、自分の国の租税法に対して何か影響を及ぼすようなことを勝手に決められるようなことは困るから、そういう話をごちゃごちゃにしないように、要するに二重課税が生じているかどうかという点についてのみ判断するのです。

それを租税条約の中で時間的枠組みを決めて、そういう論理のチェーンの中で決めていくということは、やるてもいいのですけれど、話がまとまるわけがないし、実益もないということから、やらないのです。

それはどうしてかという、それは enforcement が集まって、シャトー・ド・ラ・ミュエット(Château de la Muette)で話をやるから、そういう方法論を取るしかないということなのです。

⁵¹ 国内で完結する事案であれば、同族会社行為計算否認規定が、横の帰属の問題として、私法上Dに帰属すると見せかけられている所得について、Bに帰属するものとして課税することがある。

⁵² 報告時のレジュメから抜粋――

或る国で潜在的に積み重なってきた利益について、当該国の居住者が何とか課税を回避しようとして、外国の信託等の entity を利用しようとしている、という共通した構図がある。つまり、国際取引を阻害しないようにするために各国の課税権を縛るという制度(国内法であったり条約であったり)の建前と、関係ないところで租税回避が企まれている。

だから居住・源泉の二大枠組みで課税権を縛る現行法・条約の構造が悪いのだ、と言いたくなるころではあるが、制度の建前に沿った取引の方が当然に主流であろうことを考えると、角を矯めて牛を殺すような真似をすることには躊躇いもある。

信託等多様な entity に関して国際的に検討されつつあるものの、課税ルールの国際的調和への機運はまだ盛り上がっていない。規定の経路依存もあろう。現在は劇的な変革よりも定義・解釈の積み重ねの段階である。また、多重課税防止・租税回避防止のための一般ルール創設も難しそうである。

それで 4.6. ですが、縦の帰属、横の帰属の話をごいうふうに扱っておられますけれど、私は縦の帰属も租税条約の中ではどんどん取り扱われるようになっていて、transparency の問題というのは非常に重要だから次々とコメントリーの変更という形で、この 10 年以上、20 年ぐらいにわたって少しずつ少しずつ書き換えられてきていると思うのです。

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』の中できちんと歴史的な変遷があり、大変勉強になるのですが、あれを見ている限りは、縦の帰属が相手になっていないというのは違うのではないかなと思います。

そうすると、4.6. で「規定の欠缺」とアンダーラインしておられますのも、欠缺はコメントリーでどんどん補っているという感じを持っています。

最後に 4.7. のところの「だから」のパラグラフですが、residency と source rule の二大枠組みで構造が悪いかという、そうでしょうかという感じです。

私は実務を行っており、また Committee of Fiscal Affairs のメンバーだった経験から、以上のことを言いましたけれども、学問的発展という観点から見ると、全く違う浅妻先生のような批判があることが非常に健全だし新鮮ですから、大変勉強になりました。ありがとうございました。

(浅妻) 意義があると仰っていただきありがとうございます。

カナダでなぜ信託が individual 扱いされるかということと相続税との関係について、私はちょっとわかりません。吉村政徳先生が確かカナダについて研究されたと思うのですが、もしかしたら吉村先生はご存知かもしれませんが、私はわかりません。すみません。

4.3. の、non-residence に課税することがあるから、chargeability は必ずしも居住を基礎づけないという議論との関係については仰る通りですので、もう少しここは精査した上で考えたいと思います。今は、Cleave さんの批判は、liable to taxation の要件の解釈として無理筋であると思っています。⁵³

4.3. の、条約には時間枠組みがないという話について、私もないと思うのです。条約で全てが律せられているというふう考えるのは危険であると思いますし、ただ、納税者側はそういうのがあるという前提で議論しているように読めますので、そこはないのだと言って、Smallwood 事件の納税者側の主張を潰していく必要があるのではないかと思います。

4.6. の、transparent 扱いとかいった縦の帰属が条約で規律されていないというが、そうでもないのではないかと、ご指摘について。もともと歴史的には、例えば株式の配当について二重課税があることをどうするかについて、議題にはなつたらしいのですが、考えても仕方ないということで放置されたというような話をどこかで読んだ記憶があります。縦の帰属に関し、最近確かに 90 年代以降、組合それから信託或いは collective investment vehicle などについて議論されてきているところですが、ただ、条約レベルで規範があるというのはまだ難しいのではないかと私は思っているということです。

(Q1) residency rule ではない、例えば 1 条の Commentary で、partnership のことを延々とやるとか、まず Commentary のばらまき方が非常に混乱しているのです。それは、CFA (Committee of Fiscal Affairs) の中で議論するときに、賛成・反対があつて、結局、どこかで妥協してまとめなければいけないために、結局何か訳のわからないような形になっているのが多分にあるわけで、実際、妥協の産物として整合的でなく、場合によっては矛盾するような形で、かつ、全然きれいに整理されていないルールというのはそこらじゅうに散らばっていると私は思います。

(浅妻) 議論があることはもちろんそのとおりです。裁判所が判断するときの規範になるかどうかという点について、私はまだ規定の欠缺のレベルではないかと思っております。

(Q2) 先生のおっしゃる所得の帰属で、横の帰属と縦の帰属を区別する考え方ですが、横の帰属はもちろんよくわかりますが、縦の帰属というのがよくわからないのですが、CFC (controlled foreign corporation) の課税の関係で、いずれ子会社が親会社に配当するであろうと、そういうことを前提にした上で、まだもちろん現実には配当がないわけですが、いずれ配当……。

⁵³ 校正註: 校正時に次のように考えた。chargeability があることが必然的に居住に基づく課税を意味するわけではない、という指摘は、その通りであると思われる。そして、Smallwood 事件で問題となっている規定の chargeability が、源泉管轄に基づくつもりか居住管轄に基づくつもりか、が二重居住 (dual residence) 成否の鍵となると思われるところ、(英国法体系を知らない日本人が推測するのは危険であるが) 問題となっている規定は源泉管轄というつもりであるようには読み難く、二重居住として扱った裁判所の判断枠組みはやはり正当であるように思われる。

(浅妻) 必ずしも配当が前提とされるわけではなくて、株主が株式を売り払う、株式譲渡益の形で実現させることもあるわけです。そこは経路としては色々あるので、実現原則を取っ払うかどうかというだけです。

(Q2) 前提としては、どういう形にしる、配当でなくても何でもいいのですけれど、いずれ子会社が親会社に何らかの形で所得を移転するであろうということが前提になっているわけですか。

(浅妻) はい、そうです。ただ、それは所得の移転ではないのです。所得の移転ではなくて、子会社の所得は自動的に、株主にとっても所得であるということです。

(Q2) その前提が取れるのは、そういう親子関係がある場合だけですか。縦の帰属の関係というのは、そういう法律関係があることを前提にしているわけですか。

(浅妻) はい。

(Q2) 他に縦の帰属の関係というのは、どういう場合が他にあり得るわけですか。

(浅妻) 典型的には信託と受益者、組合と組合員。或いは LLC と・・・。

(Q2) それはどういう法律関係が前提になっているわけですか。縦の帰属を成り立たせしめる論理的前提として。

(浅妻) 煮詰めていません。⁵⁴

⁵⁴ 校正註: 簡潔に表現すれば、debt/equity で、debt なら横の帰属、equity なら縦の帰属と考えている。金銭貸付や著作権利用許諾は debt の関係であり移転価格税制など横の帰属の問題となる。組合と組合員との関係について、組合員を equity holder と呼ばないものの、しかしその関係は equity の関係であると多くの人が考えていよう。

debt か equity かという線引きは clear cut ではないため、私は「煮詰めていません」としか答えられなかった。

例えば、営業者と匿名組合員との関係については、任意組合よりも金銭貸付に近いと私法上考えられている(渊圭吾「匿名組合契約と所得課税——なぜ日本の匿名組合契約は租税回避に用いられるのか?」ジュリスト 1251 号 177 頁(2003))。従って匿名組合員は debt としての権利を保有していると考えられることにも理由がないわけではない。しかし、非居住者たる匿名組合員に対し国内の事業所を以って恒久的施設を認定することが当然に許されると(日本はともかく)世界では考えられている(ガイダント事件・註 43 の前提としてのオランダの考え)ことは、匿名組合員が equity の関係にあることを前提としていられる(非居住者たる金銭貸付人が借受人から高い利息を受けて借受人居住地国の課税ベースを削ろうとも、当該国が恒久的施設課税をしようしないのは、金銭貸付人が debt の関係にあるためであると考えられる)。私は、【非居住者たる匿名組合員に対し恒久的施設課税を及ぼす世界の常識は租税条約の解釈として導けない】という異端的考えを持っているが、それはともかく、営業者と匿名組合員との関係は縦の帰属として扱ってよい(営業者が匿名組合員に利益を分配していない時点において匿名組合員の居住地国が匿名組合員に所得ありとして課税することは、条約違反とならない)と見込んでいる。

debt か equity かと、横か縦か、が 1 対 1 で対応しているかについても、確信は持てない。

例えば、問屋(商法 551 条)と依頼人との関係について、私法上の権利義務が問屋に帰属するといえども、所得税法 12 条の適用結果として当然に依頼人に所得が帰属する(商法 551 条の「他人の為に」という文言が根拠となると推測される)と考えられている。しかし所得税法 12 条の問題であるということが直ちに横の帰属の問題であることを基礎づけるとは限らない。一旦所得を問屋に帰属させ、清算してから依頼人に所得が帰属する(問屋は pass through ではなく pay through の扱い)、という所得税法体系が考えられないではないし、そういう体系の可能性に照らせば、問屋・依頼人間は縦の帰属と捉えられるのではないかと思われる。そして前段落の疑問に関し、そもそも問屋・依頼人間が debt か equity かという問題の立て方自体が可能か分からず、debt か equity かと横か縦かとが対応しているか、論じにくい領域もあろう。