

# 国際租税法

## － 事例演習 － 回答例

### 第1問

1

#### ●租税条約なしの場合

「日本の所得税を全面的に負担することはない」という点は、(全面的に負担するという用語をどういった意味合いで使用している部分はあるものの)基本的には正しい。もっともあくまで国内源泉所得について課税を受けるに止まるという意味においてということになるろう。

J が居住者にあたるかという点をまず検討する必要がある。この点、居住者の定義は、住所・居所という民法上の概念を借用しているので、そこまで遡って考える必要がある。すなわち、居住者は、「国内に住所を有し、又は現在まで引き続いて1年以上居所を有する個人」と定義されているが(所法2条1項3号)、この中の住所及び居所というのは民法上の概念を借用したものであるから、民法におけると同様の意味を有していると考えるのが通説的見解である。

この点、住所は、「生活の本拠」と定義されるものの(民法22条)、意思主義と客観主義などそれ自体解釈論が展開できる概念であり、また、居所に至っては民法上の定義はなく「人が多少継続的に居住するが、その生活との関係の度合いが住所ほど密接ではない場所」などとされるに止まる。これを本件にあてはめた場合、(事実認定の問題ではあるものの)J が京都の居宅をいかに別荘であると考えていたとしても、1年間継続してそこに滞在していれば最低限「居所」にはあたると考えられる場合が通常であろうし、上記の1年以上のという要件も充たすため、J は1年以上「別荘」に滞在していれば居住者に該当するとし得よう。したがって、所法5条により無条件に納税義務者となってしまう。

もっとも、日本国籍ではなく、従前からずっと日本に居たという訳でもないようであるから、おそらくは非永住者(所法2条1項4号)にあたり、国内源泉所得+「国内において支払われ、又は送金されたもの」に限って課税を受ける(同7条)。このうち「」内は、支払送金の有無によるどころ、問題文だけではそれは判別できない+ J は日本で課税を受けたたくなければ、直接本国に送金を行って貰うことで対応可能なので、国内源泉所得にあたるかどうかという点が重要な意味を持つ。

そこで、Capital Gains、給与(報酬)及び不動産の賃料は、どのような場合に国内源泉所得にあたるかという点を検討することになるが、まず Capital Gains に関しては、譲渡による所得であるから、「国内にある資産」が譲渡対象であるかによって国内源泉かどうかが決される(所法161条1号)。なお、所令280条2項にこの点に関する列挙事項があり(例示列挙)、そこで社債については、振替社債や引渡義務が生じた直前に証券が日本国内にあったものなどがあげられている(すなわち、発行会社が内国法人であるからといって

すべてが国内にある資産にあたるとはいえないが、発行地が海外であればすべて国内にある資産にあたらぬという訳ではない。)。次に、給与(報酬)は、所法 161 条 8 号イ(なお政令は、所令 285 条)により決される。結論を短くまとめると「基本は、人的役務の提供地がどこかで決まるが、役員報酬は、法人の設立地に源泉がある」ということになる。本件で言えば、1 年間ずっと日本に滞在していれば当該年度は国内源泉となる可能性は十分にありそうである(但し、役員報酬との線引きの問題あり)。他方、滞在が一年の一部であり I 社に関する業務は専ら A 国滞在中に行っているということだと A 国源泉となる(なお、両国で業務を行っている場合の計算方法については通達がある。)。最後に、不動産の賃料は、当該不動産が日本にあるものであれば、「国内にある資産の運用・保有」により生じる所得に該当するとしてしまいそうだが(所法 161 条 1 号)、実際には 3 号所得(1 号の括弧書きに注意)に該当する。3 号か 1 号かの違いは非居住者に対する源泉徴収の有無にある(大家さんが非居住者だと源泉徴収をしなければならない・・・)。

なお、3 号所得は、PE の有無に関係なく確定申告の上総合課税される(所法 164 条～166 条)。したがって、J が国内不動産に関して賃料収入を得ていたとすると、これまで確定申告をしていないことは、課税処分の対象となる。

#### ●日米租税条約の適用がある場合

通常の租税条約では、双方の内国法で居住者にあたるかをまず判断した上で双方の居住者となってしまう場合にそれを調整するという方法を採用。日米については、米国が国籍基準を採用している関係で 4 条 2 という特殊な規定が存在する。

その結果、米国の居住者とされれば、我が国による課税は租税条約による制限を受ける。他方、我が国の居住者とされれば、条約が存しない場合と課税関係は変わらない。仮に米国の居住者ということになると、13 条により Capital Gains の課税は、大きく制約される。これに対し給与(報酬)に関しては、14 条・15 条により修正されるが Capital Gains 程の差異はない。不動産賃料は、いずれにしても源泉地国課税が許される(6 条)ので実質的な差異が生じない。

#### ●日中租税条約

双方の内国法で居住者にあたる場合の調整規定がほとんどないのが特徴の一つ。中国の居住者ということになった場合、日米租税条約と大きく異なるのが Capital Gains への源泉地国税で、国内財産であれば基本何でも Capital Gains に課税できるとしている(13 条)。発展途上国との租税条約では、源泉地国課税が広く認められることがあることの例の一つ。

#### 2・3

いずれも居住者性に関して、少しずつ事実関係を変えたもの。まず、小問 2 については、「現在まで引き続いて 1 年以上居所を有する」という要件を充たすことはないので、国

内法上は「住所」が日本に存在すると言えるか否かによって決される。この場合、日数の多寡は大きな間接事実ではあるが絶対ではない。

将来の永住可能性は、現行法上直接居住者や非永住者の認定にかかってこないが、住所の認定を通じて間接的に影響を与える可能性がある。なお、平成 18 年改正以前の所得税法では、非永住者を「居住者のうち、国内に永住する意思がなく、かつ、現在まで引き続いて 5 年以下の期間国内に住所又は居所を有する個人」と定義しており、永住の意思が非永住者の消極的要件となっていた。但し、永住の意思は主観であるため、どうやら課税実務においては「永住の意思がある」として課税を行うことが難しかった様子である。

4

国内源泉所得の内容については、小問 1 でも議論したところだが、ここでは J が非居住者であることはまず間違いなさそうなので、その点を前提に考えようというもの。非居住者の場合、課税関係は PE の有無によって大きく異なるので、まず PE の有無を検討すると、京都の別荘は普通に考えれば J の事業には関係しないので他に PE にあたるようなものがない限り、PE はないと考えてよいだろう。

さて、PE がないとして、その課税関係は、所得源泉に関する所法 161 条と 164 条の他 212 条を確認する必要がある(164 条は、総合課税の対象となる所得を示しているだけなので、212 条の確認も必須)。もっとも、いずれにしても 1 号所得のうち譲渡によって生じた所得は対象外のように読めるため、思わず J による資産売却には課税がなされないと考えてしまいそうだが、①譲渡所得のうち不動産関連は、161 条 1 号ではなく 1 号の 3 により捕捉されるものなので、課税対象(源泉徴収+総合課税)となる他、②161 条 1 号や 164 条 1 項 4 号イの「政令で定めるもの」というのがくせ者。例えば、株式の譲渡益には、PE が存在しない限り課税がなされないのではないかというように思えるかもしれないが、内国法人の株式を 25%以上所有する外国法人が 1 年に 5%以上の株式を上とした場合、当該譲渡によって生じた所得は(譲渡直前に株式がどこに所在していたかといったことに関係なく)国内源泉所得となるだけでなく、PE の有無にかかわらず総合課税の対象となる(所令 280 条 2 項 5 号、291 条 1 項 3 号)(なお、212 条にはこれに対応する規定はないので源泉徴収の対象にはならない)。

租税条約に関しては、日米・日中とも所得源泉そのものを修正しようという規定はないので、国内法を最大限とした上で、日米では不動産以外は原則譲渡益については源泉地国課税免除になっているのに対して、日中では源泉地国課税の制限が殆どない(ともに 13 条)点上記のとおり。

5

当然ながら支店を作ってしまうと I 社の PE となってしまうためとの推認が可能。ただし、名称を駐在員事務所(本来の意義としては、事業は行わず情報収集などの機能を担うに止まるもの)としたからといって事業を行ってれば 1 号 PE にあたってしまう(法法 141

条 1 号)。しかも、当該支店の業務が非常に小さかったとしても 1 号 PE がある限り、我が国の税法は帰属所得主義を採らないので、すべての国内源泉所得が課税対象となる。

支店が PE となる点は、日米・日中租税条約でも変わらないが、課税対象は PE に帰属するものに限られる。

6

J の報酬額がすべて日本支店負担とできるのかという点が論点(なお、上記のとおり、国内法は 1 号 PE が存在する場合に帰属所得主義を採らないので、収益サイドについて J の認識が甘い(日本法上は収益額が大きいものとされる可能性があるという趣旨)ということも予想される。したがって、実務家としてはこうした点に J の誤解がないかということも確認する必要がある。)。国内法上は、法法 142 条及びこれを受けた法令 188 条によって規律される場所である(法令 188 条 1 項 1 号「合理的な基準」)。仮に J の行っている職務が日本における事業に専ら関連するのであれば、その報酬をすべて日本支店負担とすることにそれ程問題はなさそうだが、そうではないような場合問題が発生しうる。

なお、報酬の配賦に関する限り租税条約がこのルールを真っ向から変更しているとまではいえないだろうが、「合理的な基準」次第の部分には存在するだろう。

7

代理人 PE の有無が論点となる。まず、J が注文を行う証券会社は、通常であればいわゆる独立代理人にあたり代理人 PE 性は否定されるであろう(法令 186 条柱書き)。問題は J 自身であり、仮に J が I のために証券会社との契約を締結できてしまうと(個々の証券の売買注文自体が契約に該当する点注意)同条 1 号に該当するケースが多いただろう。なお、形式的に契約のサインだけを海外から I 社のその他の者が行ったとしても、(同条 1 号によるか 3 号によるかは別として)代理人 PE 性が否定されるとは考えがたい。

日米租税条約と日中租税条約とは規定は異なるが、国内法でいう 3 号に該当するケースすべてについて代理人 PE 性が肯定できるものではなさそうである(5 条)。ちなみに、日本文上「締結する」とされているものの英語は「conclude」でこれは OECD モデル条約でも同じ。そして OECD モデル条約のコンメンタールでは、形式的に契約のサインだけを海外から I 社のその他の者が行ったような場合は conclude contracts の要件は充たすとの解釈が示されている。

8

通常の株式の譲渡であれば、既に述べたように国内源泉所得にはあたっても(国内の取引所で売却すれば、必ず国内源泉所得となる(法令 177 条 2 項 2 号、所令 280 条 2 項 2 号))PE がなければ課税されない。

他方、自己株式取得に応じた場合には、原則として取得の対価から一株あたりの資本金等の額(法法 2 条 16 号)を差し引いた金額が、配当とみなされ(法法 24 条、所法 25 条)、

一株あたりの資本金等の額から当該株式の簿価を差し引いたものが譲渡益ないし譲渡損となる(法法 61 条の 2、租特法 37 条の 10)。前者がいわゆるみなし配当であり、これは 5 号所得に該当するため(法法 138 条や所法 161 条では、「所得税法 24 条 1 項に規定する〇〇」というように規定されているが、所法 25 条は、「前条 1 項に規定する〇〇とみなす」とあるので、所法 25 条の対象になるもののもやはり 5 号所得である。)、PE の有無にかかわらず源泉徴収の対象となる。(なお、更にこのルールには平成 22 年末まで例外があり、売り主が個人の場合、自己株 TOB については、みなし配当が発生しないこととされていた。)

したがって、厳密なところは売却価格などの諸条件が分からなければ何とも言えないが、通常の株式投資であるのであれば、PE がない J や I 社にとっては、市場で売却した方が有利(ないしは自己株 TOB に応じる方が有利ということにはならない)ということになる。

ところが、J と I 社とが X の株式を 25%以上持っている状況が一変する。すなわち、PE の有無にかかわらず 5%以上の株式を譲渡する場合には譲渡益に対し所得税・法人税が課せられる(所令 291 条 1 項 3 号、法令 187 条 1 項 3 号、)。このため、市場で譲渡する方が有利とは必ずしも言えなくなってしまう(この場合にはまさに詳細な数値が分からないとどちらが有利と断じることはできない。)

ここで、日米租税条約の適用がある場合、(不動産法人以外の)株式の譲渡益への課税はごく例外的な場合(この例外は旧長銀の処理を念頭に置いたもの)を除き居住地国課税のみであるのに対し、配当については株式の保有が 50%に達しない限り源泉地国課税がゼロにはならないので、本文についてはいずれにしても単なる市場売却の方が有利であることが通例であろう。他方、日中租税条約の場合、株式の譲渡益に対しては基本的に国内法に従った課税可能であるのに対し、配当に対する税率は 10%に低減される。このため、単純に国内法を適用した場合以上に、J と I 社が株式を 30%を保有している場合について、自己株 TOB に応じた方が有利である可能性が高まると考えてよいだろう。

なお、両租税条約とも配当の定義については、支払法人の国内法の定義が尊重される(日米 10 条 6、日中 10 条 3)ので、X が日本法人である本件ではみなし配当も租税条約上の配当ということになる。

9

1 号所得や 3 号所得ではなく、法人税法であれば 11 号所得、所得税法であれば 12 号所得となる点がまず持って大きな違い(法法 138 条、所法 161 条)で、このため非居住者や外国法人に関しては、PE が存在しない限り総合課税・法人税課税が発生しない。

なお、租税条約の世界では、「その他所得条項」の問題としてクローズアップされた論点(当該論点自体は、日本ガイドント事件参照)。日米租税条約では、交換公文において我が国の匿名組合契約に基づく利益分配への課税が認められているのに対し、日中租税条約ではその特殊なその他所得条項(同条約が源泉地国課税を最大限認めようとするものであることのあらわれ)故に我が国の課税が否定されない。

## 第2問

(1)

まず、日米租税条約 4 条 6(a) (b) をクリアできないと A 社は日米租税条約による便益を受けることができない。したがって、A が米国税制上パススルーであれば、その構成員レベルで米国の居住者と言うことできなければならない。これに対して A が米国税制上法人課税を受けるものであれば、A に着目すれば足りることになる。

その上で、LOB 条項、すなわち 22 条の要件をクリアしなければならない。A 社がこの要件を充たしているかどうかは事実関係により設問中にある事実関係からこの点を確定することはできないが下記の 2 点留意して欲しい。

①法人については、22 条 1(c)だけではなく(f)に該当することもあるということ。この点は昨年の試験の際、読み間違えている人が少なからずいたもので、確かに(c)に「法人」とあるため法人については(c)がすべてと読んでしまう気持ちは分かるが、注意して欲しい。

②日米租税条約の LOB 条項は、条約の特典すべての要件とされているが、これは Standard かというところでもなく、特典の一部についてだけ LOB 条項をかけてくる例もあること。

(2)

まず租税条約の適用がない場合、A 社が受領するのは利益剰余金由来の配当だから、外国法人課税所得(所法 5 条 2 項 2 号)にあたり、外国法人であっても納税義務を負い(同 3 項)所得税が課される(同 7 条)。所得税は、同 178 条、179 条により配当額の 20%となるが、212 条、213 条により X 社の側で同率の源泉徴収を行うことになり、これによって課税は終了する。法人税は、当該所得が国内源泉所得にあたるため、一般的な法人税の納税義務はあるものの(法法 4 条)、課税は同 141 条によって律せられ(同 9 条)、そこでは PE がない場合について配当は課税対象にならないとされており結局のところ法人税は非課税ということになる。

日米租税条約の適用がある場合、10 条 2(a)により上記の 20%の税率が 5%に軽減される。残念ながら保有割合が 50%超ではないので、10 条 3 は適用できない。

(3)、(4)

第 1 問小問 8 の解説を参照。なお、日本と欧州諸国との間の租税条約(例えば日英や日仏)には、小問 8 で述べた日本の税制を認めるための規定が存在するものもある。

(5)

まずは国内法上国内源泉所得にあたるかの検討が必要となる。まず考えられそうなのは 4 号所得、すなわち利子であろうがこれは所法 161 条や法法 138 条の規定上無理と言わざ

るをえない。では、国内源泉所得にあたらぬかというところではなく、「国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得」に関する通達(法人税基本通達20-1-11)では、国内にある資産にあたる債券の償還差益は「国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得」にあたることとされている。Y社の社債は、国内発行でほぼ間違いなく振替債なので「国内にある資産」にあたり、したがってその償還差益は「国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得」ということになろう。なお、設問にある取得価格と償還金額との差額の中には、いわゆる償還差益の他、買取差額(発行価格以下で購入したことによる利益分。本件でいえば額面の40%)が含まれているが、下記参考の通達からすれば、これも「国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得」にあたるであろうし、かかる通達が内容的に「立法」になっているとはいえないであろう。

この場合、1号所得なのでA社は所得税を課されることはないが(根拠は所法5条、7条である点注意)、法人税の課税はPEの有無にかかわらず受けることになる(法法141条4号)。

日米租税条約の適用がある場合、21条により個別に列挙される種類の所得以外は、源泉地国課税が行えないことになるところ、本問の所得があたるとすれば11条の利子位だと思われる。ここで、利子は11条5で定義されており、償還差益がこれに含まれるという点は問題ない。これに対して、買取差額については、「利子」に含まれると解するのは困難であろう。なお、「利子」に該当する場合、税額は利子の額の10%までとなるが(11条2)、Y社に源泉徴収義務が発生するといったことはなく、Y社が申告納付すべき法人税の額がその範囲に制限されるということの意味している。

参考 法人税基本通達

**20-1-11 法第138条第1号《国内にある資産の所得等》に規定する国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得には、次に掲げるようなものが該当する。(昭58年直法2-3「七」により追加、昭63年直法2-1「四」、平6年課法2-1「十一」、平11年課法2-9「二十六」、平15年課法2-7「六十」により改正)**

- (1) 公社債を国内において貸し付けた場合の貸付料及び令第177条第1項第1号《国内にある資産の所得》に掲げる国債、地方債、債券若しくは資金調達のために発行する約束手形に係る償還差益又は発行差金
- (2) 同項第2号に掲げる債権の利子及び当該債権又は法第138条第6号に規定する貸付金に係る債権をその債権金額に満たない価額で取得した場合におけるその満たない部分の金額
- (3) 国内にある供託金について受ける利子
- (4) 個人から受ける動産(当該個人が国内において生活の用に供するものに限る。)の使用料
  
- (6)

経済的に考えると(5)の場合との違いは微妙だが、こちらは「譲渡により生ずる所得」にあたる。したがって、1号所得であるということに関しては(5)の場合と違いはない(したがって外国法人であるA社に対しては所得税は課されない。)が、法法141条4号による課税の対象外であり、法人税の課税も発生しない。

国内法上課税が発生しない本件に関して、日米租税条約が新たに課税を発生させる規定もなくしたがって租税条約が適用される場合にも非課税であることに変わりはない。(その意味で、租税条約13条により非課税という説明は正確とはいえない。)

(7)

C社が、A社の代理人PEに該当するかという点をまず検討する必要がある。この点、法令186条1号に該当するためには、A社に対するC社の従属性及び契約締結に関する常習性が必要とされるが、設問記載の事実関係からするとその双方について認められる可能性は高いだろう。なお、この従属性(ないし独立性の欠如)に関しては、法的側面だけではなく経済的側面からも検討が行われるものとされている。仮に、C社の代理人PE性が肯定された場合、法法141条3号は、1号所得に関しては帰属所得主義を採らないので、A社が問題となる取引については代理人として行為していなくても法人税課税が行われることになる。

他方、日米租税条約については、当該社債がPEの事業用資産に該当しなければ課税が行われない(13条)なので、本問の事実関係においてはまず課税はなされないであろう。なお、非課税となる根拠は7条ではない点注意。

(8)

まず第一にこうした掴みどころのない問題を見たとき一番大切なのは「白紙にしない」ということ。

状況による部分が大であり、絶対的なことはなかなか言えないが、Bレベルでの留保利益の再投資(設備投資など)の必要性が高い(=利益は上がっても配当性向があげられない=課税の繰延べ効果が大きい)かどうか③の有利不利を考える上では大きな意味を持つ。なお、課税を受けるのがN氏個人なのか内国法人なのかでも差があるので、それぞれについて整理する必要がある。

課税を受けるのがN氏自身の場合

(ア)CFC税制(外国子会社合算税制、個人については租特法40条の4以下)の適用を受けない場合、N氏に対する課税負担は、B社に課される外国での租税+配当時の課税(所得税に関しては、法法23条の2にあたる規定は存在しない。)

(イ)CFC税制の適用を受ける場合(実質基準により一般的な適用は除外された上で、Passive income部分に課税を受けた場合も含む)、N氏に対する課税負担は、合算課税(雑所得)であり、配当には別途の課税はないようにすることができる(同40条の5。なお、3



年以内という年限の制限があるが、配当を受けた上で同額を追加出資するといったことで対応可能)。(なお、B 社に課される外国での租税は、合算課税対象額の控除項目(適用対象金額の計算において、繰越欠損金ともども控除対象となる。)に止まるので(外国税額控除にはならない。)、いずれにしても CFC 税制の適用を受けるのであれば、個人の場合、外国での租税はゼロの方が有利)

したがって、B 社による再投資の必要性が低い場合(B 社の業態からするとその可能性は高そうだが)は、(ア)、すなわち③のケースは相当に損ということになる。①と②を比べた場合、①は実質基準を充たす余地がない(設立法域での管理などがなされない)のに対し、②で実質基準を充たす余地があるのであれば(Passive income 部分はいずれにしても合算課税を受けるが)、実際に配当をするまでの課税繰り延べ効果を受けることができる分有利ということになる。

課税を受けるのが N 氏の保有する内国法人の場合

法人に関する CFC 税制は、条文番号が異なることはさておくとしても(租特法 66 条の 6 以下)、個人に対するそれとは微妙に異なっている。この違いは数にすると相当あるが、その中で重要なものの一つが「外国税額控除」の存在(租特法 66 条の 7)。なお、通常の外国税額控除の場合と同様、外国税額控除の活用は選択制で、これを用いる場合は課税対象金額に外国税額を加える必要がある((期ズレの問題を別とすると)適用対象金額の計算上、法人所得税が控除されることになっているので、この加算を行わないと外国法人税を 2 度差し引くことになってしまう。)(同 3 項)。

他方、CFC 税制の適用がない場合にも、内国法人の場合、関係会社からの配当は益金不算入となる(法法 23 条の 2)ため、本件のように 60%の株式を保有しているケースでは外国における課税によって課税関係が終了する。

したがって、B 社に関して CFC 税制がまともにかかってしまうようであれば、③が最も有利であり、逆に CFC 税制の適用を排除する余地のない①は常に③よりも劣るということがいえそうである。他方、②については、実質基準を充たすことができるのであれば、課税は Passive income についての課税だけとなるから実質的な税負担が  $30\% \times 40\% = 12\%$  となり普通に考えれば③よりも有利ということになりそうである。

### 第 3 問

まず、匿名組合契約が何かということであるが、これは商法 535 条に規定される 1 対 1 の契約である。英語では Silent Partnership とか Sleeping Partnership といった訳語が与えられることもあるが、TK だけで大抵通じる。

①

我が国の税法上匿名組合契約に基づく利益の分配は、11号所得として課税対象とされる（なお、この取引の当時は、現在とは税法が異なり、匿名組合員が10名以上であるかどうかによって課税関係が異なっていた）。仮に、米国法人が匿名組合契約の当事者となっていた場合、現在の日米租税条約が仮に適用があるとすれば、その議定書から明らかなように我が国の国内法による課税が許容される。なお、議定書は、国際法上の政府間協定ではなくあくまで「条約」であり、日米租税条約本文と同位である。このため、実質的に日米租税条約本文を修正するに等しい議定書が法的に有効足りうるものである。

ただし、この取引当時の日米租税条約はいわゆる旧条約であった。この旧条約にはそのた所得条項が存在しておらず、匿名組合契約に基づく利益の分配が利子配当などの種別のいずれにもあたらないという解釈が取られれば、日本法に基づき全面的に課税が許容されるという関係にあった。

これに対し、日蘭租税条約は、その他所得条項を有しており、匿名組合契約に基づく利益の分配→その他所得→非課税という考え方が一般的であった。

②

仮に、問題とされた契約が民法上の組合契約であれば、日本法人は組合員を代表して組合事業に関する契約を締結していることになるので、代理人 PE に該当するとも言えそうだし、また、組合員たるオランダ法人は組合財産を合有していることになるので、日本法人が組合事業のために保有している事業所なども合有しているとの解釈も採用できる可能性がある（かかる解釈によれば、組合員は1号 PE を有することになる）。

この結果は、現行の法制度上止むを得ないものだろうが、もともと PE があるかないかによって課税結果が非常に大きく異なってしまうことの問題点を示すものとも言えよう。

③

租税条約の文言そのものからは、「利子か配当のいずれかにはあたる」という方が文理解釈上はむしろ素直ではないかとも思える。但し、仮に匿名組合員たるオランダ法人が我が国に PE を有さず、利子ないし配当を得ていたという場合、課税されるのは源泉徴収課税のみであり、納税義務者は日本法人であってオランダ法人ではない。したがって、オランダ法人への課税処分は、仮に裁判所が匿名組合員への利益の分配を利子又は配当に該当すると判断したとしても、適法とはされない。

④

法令の個別的な規定に従って考えた場合、特に日本ガイダントの株主と日本ガイダントとの間で匿名組合契約を結ぶ当事者とが別会社でなければならないという理由は見あたらない。しかし、まず見た目の問題としてみれば、本件のような親子会社間の匿名組合契約出資は、経済的には全く以って株式と差異が無く、租税回避的色彩が明々白々となるのは

確かであろう。ガイド側ではこうしたことを懸念したのかもしれないし、また、理論的には、日本ガイド側には法法 132 条に基づく否認という手段を取りやすくなる面はあるかもしれない。

⑤

国際的な事業においては、しっかりとした Tax Planning を行っておかないと、法人・個人の二重課税問題だけではなく法人・法人レベルでの二重(ないし三重)課税が発生しかねない(それぞれ国の税制の違いのため、必ずしも二重課税が排除されるとは限らない。)。そうした観点からすれば、国際的に事業を展開する企業が、Tax Planning を行うことはある種当然のことといえる。

ただし、本件に関しては、日本の事業において稼得した利益は、日本において課税対象となっていない(匿名組合契約に基づく利益の分配が損金とされるため)ばかりか、オランダにおいても課税されていないようである(詳細は不明ではあるが、どうやらオランダ税法上は、本件に関して日本に PE があるということで、免税されている模様である)ので、更に親会社である米国法人レベルに利益が還流すれば別として何ら法人レベルでの課税がなされないことになる。これは、当不当の問題からすれば不当と言わざるを得ないであろう。

なお、課税の方法としては、上記③で触れた利子ないしは配当にあたるとして源泉徴収の対象とする方法、④で触れた法法 132 条に基づく否認(日本ガイドは明らかに同族会社)などが考えられるところである。

#### 第4問

まず、Finance 理論に基づき「株主価値の向上」という観点から見た場合、「1 回に多額の売却代金を得るよりも、10 年程度に亘り安定的な収益を得たい」という丸三物産の要望は、合理的なものとは言い難い(最低限貨幣の時間的価値の上乗せが必要)が、実務においてはこの種の要望が出されることは稀ではない。

(ア)

実際の検討においても、こういったところから検討を始めることは多い。

法人所得に対する実効税率が 40%であるとする、簿価がゼロの商標権について税引き後で 60 億円を丸三物産が得られるようにするためには、普通であれば 100 億円の支払が必要になる。これが、T 社の予算(90 億円)を 10 億円超えるものであることは明らかである。(したがって単純にはこの取引は成立しない。)

(イ)

A は、今後特段利益を生まないであろうから、その段階に達してから解散すれば、資本

金等の額を超える部分(すなわち、利益積立金 20 億円)については、みなし配当となるため益金不算入(法法 23 条、24 条)。資本金等の額の部分は資本の払戻なので非課税(正確には、資本金等の額＝簿価について、Capital Gain ないし Capital Loss が発生する。ただ、本件では A 社の株式は丸三物産が原始取得しているのが普通だろうから、特段のことがなければ資本金等の額＝簿価になっているであろう。)。なお、A を解散しなくても配当を利用してほぼ同じことが可能である。

(ウ)

(イ)によって、丸三物産の課税が減少するのは  $21 \text{ 億円} \times 40\% = 8.4 \text{ 億円}$  である。

これだけでも、ぎりぎり今回の取引が T 社の予算内で実行できることにはなる。というのは一見 8.4 億円の Tax merit だけでは、上記の 10 億円の予算不足を補えないかに見えるが、この 8.4 億円が After tax の数値であるのに対して、上記の 10 億円は Before tax の数値であり、これを正しく比較しようとするれば、8.4 億円を 0.6 で除してこちらの数字も Before tax とするか、10 億円に 0.6 を掛けて双方を After tax で揃えるかのいずれかの方法を採らなければならないからである。

しかし、これでは相当にギリギリ(取引コストもある程度は必要になるので本当にギリギリであろう)なので、更により方法を考えたいところである。

この点、(イ)での検討は既に稼得済みの利益を配当したものであるから、これを将来部分までに適用できれば同様のメリットを得られるはずであり、かかる観点からは新たに組成する X がサブライセンス契約に基づき配当可能利益を稼得することができるという点に注目するとアイデアが浮かぶのではないだろうか。すなわち、X に丸三物産からも趣旨して貰い配当を行うといったことが考えられよう。(仮に、3 億円の利ぎやのうち、2 億 5 千万円が利益になるとすると 10 年間で更に配当原資を 25 億円作り出すことができるので、最大で更に  $25 \text{ 億円} \times 40\% = 10 \text{ 億円}$  の節税効果が得られる可能性がありそうである。)

しかし、ここで T 社が当初から商標権及びその利用方法を自らの意思のみで決定できるようにしたいと考えている点が問題となりうる。すなわち、この目的を達するためには、子会社 B だけでなく X についても直接間接にその大半の株式を T 社が取得してしまうのがもっとも直截的な方法だが、それでは、X 社から丸三物産への配当の 50%(丸三物産には負債が存在するであろうから実際には 50%超となるはずである。法法 23 条 4 項。なお、100%子会社に関しては、平成 22 年度改正においてこの負債利子相当の控除の規定の適用が除外されることとなった。)は丸三物産にとって益金となってしまう、税の削減効果は半減してしまう。

この状況は一見すると解決不能のようにも見えるが、例えば、丸三物産が保有する X の株式を無議決権優先株として、T 社に対しては、X から普通株式を発行するという方法で対処可能である可能性は十分にある。丸三物産が、保有することになる優先株は、累積的非参加的優先株とし予定どおり優先配当が行われた場合には X 側で 10 年後形式的な価額での取得が可能としておけば、丸三物産として想定していた金額を優先配当という形でほ

ば確実に取得できる一方 T 社としても当該優先株が取得される以前においても議決権はすべて保有している上、配当後は確実に優先株の取得が可能であるため、その要望を実質的に充たしているということが可能であろう。

この場合に、株式の数としては、優先株の数を全体の 25%以上としておけば、丸三物産の保有する優先株は「関係法人株式等」の要件を充たすので(法法 23 条 6 項(平成 22 年改正前は同条 5 項)では、株式の数を問題にしている一方議決権を問題としていない。)、負債利子相当の控除の対象にはなるものの、その部分の除けば配当の全額を益金不算入とすることができる。

このスキームの問題点の一つは、丸三物産へのそうした株式の発行が有利発行とされるのではないかとということにある。例えば、優先配当を 1 年 1 億円で 10 年とすると、現在価値に将来の配当を割り引いたとしても相当な価値がありそうであり、そうした優先配当の定めのある優先株を X が丸三物産に対して低い価格(例えば、必要資本額の半分である 5,000 万円)で発行するようなことがあれば、優先株のあるべき公正価格との差額について丸三物産の課税所得が発生するということになりかねない。<sup>1</sup>この点で、この仕組みは(A をそのまま利用することや A 自体の将来事業の価値の活用なども含め)もう一工夫が必要そうである。A の事業価値の利用方法としては、A を留保利益は配当した上で、X に対して会社分割を行うといったことが考えられよう(適格分割とする必要があるが、これは技術的には不可能ではなさそうである。)

(エ)

(ウ)の議論を突き詰めると、何かしらの方法で X に配当可能利益が多く発生するようにして、丸三物産へ支払われる優先配当の金額が大きくなり、その分商標権の売買価格を低く設定することで課税上有利な立場を得ることができるのではないかと考えられよう。しかし、そうした場合、X において法人課税がなされるという点を措くとしても(この点だけであれば、子会社 B を日本法人とした場合、X の所得額が増えた分子会社 B の所得が減るであろうから、X と B をあわせた場合の課税負担は結局変わらないはず。)、商標権の売買価格が公正価格を下回るような場合には、法法 22 条 2 項の適用上公正価格で譲渡したものとみなされて課税所得が計算される危険性が存在する(公正価格と実際の譲渡価格との差額は、寄附金(法法 37 条)として扱われる。)。優先株の価値の問題については、上記(ウ)の議論を参照のこと。

(オ)

所得の発生時期は、権利確定主義によることが大原則とされているので、たとえ商標権

---

<sup>1</sup> この点は、別の問題の中で議論しようと考えているため詳細は触れないが、課税実務においては、この差額を株式の発行を受けた側(本件では丸三物産)の受贈益を構成するものと扱っており、その根拠を法令 119 条に求めている。

の売買価格の支払時期を遅らせたとしても、商標権が移転された時期で所得が発生したものととして取扱うのが本則である。しかし、法法 63 条によって、期間 2 年以上、回数 3 回以上の割賦払いの場合には、それぞれの会計上も同様の取扱いをすることを条件に支払のあったときに益金を認識することも許されることとされている(同条 1 項、6 項)。本件は、期間が 10 年であり、かかる制度の利用が可能であろう。

(カ)

X や子会社 B をどの法域に設立するのが有利であるかという点は、現地の税制の問題もかなり複雑な問題である。まず、少し X 固有の問題を考えると、配当の益金不算入などは外国会社からの配当であっても基本的にはほぼ同様(法法 23 条の 2)であるので、(ウ)で行った議論の多くは X が内国法人でなくても妥当する。但し、取引の仕組みの中に適格組織再編を組み込もうとする場合、X が内国法人であることが必要になる。

次に、米国の CFC 税制(タックス・ヘイブン対策税制のようなもの。該当する税法の節の名前にちなんで Subpart F と言われる。)を考慮に入れる必要があり、この税制は基本的に passive income を中心的なターゲットとするものであるところ、ライセンス料はまさに passive income なので、て X や B を軽課税国に置くことによる課税の低減は簡単には見込めないだろう。むしろ、X や B から支払われる配当やライセンス料に対する源泉徴収課税が減額されない分不利になる可能性がある(もっともこの点は子会社 B が米国税法上パススルーであれば、日米租税条約の適用を受けることが可能。ただし、その場合なぜタックス・ヘイブンに子会社を設立したのか税務上は説明がほとんどつかなくなるだろう。)

租税条約上、配当やライセンス料に課税が軽減されていれば、一応有利になる可能性はあるが、実際には、商標権の償却などの問題も考えなければならず、日本に設立した方が有利となる可能性も存在するだろう。

## 第 5 問

この問題は、近時よく議論されている Global Trading についての設問である。

まず、MG 日本が、為替取引に関する契約当事者であるところの MG 社の PE にあたるかという観点からの検討が可能であろう。MG 日本が、MG 社の 100%子会社であったとしても、そのこと故に MG 日本の Office が MG 社の 1 号 PE に該当するというにはならないが、3 号 PE に該当する余地はありそうである。特に、時差の点から考えても日本における為替取引に関しては、MG 日本が MG 社の代理人として契約を締結せざるを得ないであろうから、注文取得代理人に関する規定に依拠しなくても、代理人 PE として認められる余地がある。

しかしながら、この点に関しては、MG 社が世界有数の証券会社であり、MG 日本がその

日本現法であるという事実関係からは、多くの場合代理人 PE たることを否定する「独立性」の要件(法施行令 186 条柱書き中の括弧書き)を充たしてしまう場合が多いであろうから、実際には MG 日本を代理人 PE として課税することは容易ではなかろう。

また、「代理人 PE に帰属すべき所得」が代理人 PE の受けるべき手数料以外に存在するのかという点(教科書 106 頁)も当然に問題になりうる。

次に、MG 社は MG 日本にとって国外関連者であることは明らかであるので、移転価格税制により、MG 日本の受領する料率自体を問題視する手法が考えられるが、こちらについては、今後授業で移転価格税制に関する解説がなされた上で詳細検討することとする。ここでは、代理人 PE の問題と移転価格税制の問題が相互に関係しあうことがありうるという点理解して欲しい。

ところで、最後のパラグラフにあるような事実関係の場合、課税実務としては MG の利益が大きい場合には何とか課税できないかと議論をいろいろと組み立てる傾向があるが、納税者側の計算の方が課税額が大きくなる場合、特に何もコメントをしないという傾向が見られるのは事実である。課税の適正という大きな問題を考える場合に常に考慮に入れなければならない事象と言えよう。

## 第 6 問

1

国内法上「7 号所得」となるのは「国内において行う業務」にかかる使用料に限定されている(使用地主義)(所得税法 161 条 7 号)。特許権は各国において属地的に成立する権利であり、利用の許諾がなければ、「製造」、「販売」、「輸入」などの各行為が特許権の侵害にあたる。したがって、X 社が S 社に支払う使用料は日本国内における製造・販売と日本以外のアジア各国における輸入・販売の双方に対する利用の許諾に対する対価とみることが可能であり、国内源泉所得となるのはこのうちの前者だけであると解釈することが可能となる(シルバー精工事件(最判平成 16 年 6 月 24 日(判例百選 4 版 136 頁))参照)。

もともと、本件のように、全ての製品に関して製造は日本国内においてのみ行われている場合には、「製造段階における使用こそが特許の根源的使用」と考えて使用料全額が国内源泉所得にあたりと解する余地もある(ミッシェル事件(東京地判昭和 60 年 5 月 13 日(判タ 577 号 79 頁))参照。ただし、シルバー精工事件の控訴審判決はかかる解釈を否定すると判旨している)。

しかしながら、日星租税条約には、7 号所得の存否を支払者の居住地を基準として判定する旨の条項があるので(同条約 12 条 4 項。日米租税条約 12 条と比較すると日星租税条約の規定がソース・ルールの変更を伴うものであることが分かる。)、所得税法 162 条第 1 文により(あるいは、同条約の適用によって直接的に)ソース・ルールは使用地主義から債務者主義に置換される(日星条約には preservation clause はないのでこれに関する解釈を問題とする必要はない)。さらに、所得税法 162 条第 2 文により、置換は源泉徴収義務

の範囲の変更を伴う。よって日本の居住者である X 社が S 社に対して支払う特許権の使用料は全額が源泉徴収の対象となると結論付けることが相当である。

源泉徴収の税率については日星条約 12 条に 10%を上限とする旨の規定がある。よって「租税条約の実施に伴う所得税法、法人税法および地方税法の特例等に関する法律」(以下、「条約実施法」という)3 条の 2 を介して国内法上の税率も 10%となる。

2

「所得税基本通達 181 条から 223 条まで(源泉徴収)共通関係の 4 項」に次の規定がある。

「給与等その他の源泉徴収の対象となるものの支払額が税引き手取額で定められている場合には、当該税引き手取額を税込の金額に逆算し、当該逆算した金額を当該源泉徴収の対象となるものの支払額として源泉徴収税額を計算することに留意する。」

問題の状況はこの通達所定の場合と同視可能であり、通達の内容は合理的なものである。したがって、国内法が適用される場合はもとより、条約上の「支払い」の意義についてもこの解釈を適用することができる(日星条約 3 条 2 項参照)。X 社は 10%の源泉徴収をした残りの金額として売上高の 5%を S 社に支払うのであるから、課税前の使用料額(R)は  $R \times 0.9 = 5\%$  を解いて、 $R = 5.56\%$  となり、源泉徴収額は売上高の  $5.56\% \times 10\% = 0.556\%$  となる。

3

相殺は出捐を伴う債務の消滅原因であるから、これを「支払い」と同視して源泉徴収義務の発生を認めることが合理的であろう。なお、「所得税基本通達 181 条から 223 条まで(源泉徴収)共通関係の 2 項」は「債務免除」があった場合についても原則として支払があったものとして源泉徴収義務が発生すると規定している。

4

法人税法上、内国法人の 25%以上の株式を所有する外国法人が 1 年に 5%以上の株式を売却する行為は国内源泉所得となり、この所得については P.E. のない外国法人も申告納税義務を負うことは既にみたとおりである。しかし、日米租税条約 13 条は、この課税を肯認していないので、同条約の適用を受けられる限り課税はなされない。

5

事業関連性のある会社相互間の合併は事業規模要件(または、それに代わる人事上の要件)等一定の要件を満たせば適格合併となる(法人税法 2 条 12 号の 8、同法施行令 4 条の 2 第 4 項)。この場合、みなし配当は発生せず(法人税法 24 条 1 項 1 号、所得税法 25 条 1 項 1 号)、旧株の帳簿価額が譲渡価額とみなされるので(法人税法 61 条の 2 第 2 項)キャピタ



ル・ゲインも発生しない。しかしながら、適格合併の場合であっても、三角合併によって受け取る株式が外国法人の株式である場合には外国法人の国内源泉所得の金額の計算上は時価をもって旧株を譲渡したものとして扱われるので(法人税法 61 条の 2 第 2 項・142 条、同法施行令 188 条 1 項 17 号)、結果として C 社は X 社株式を売却した場合と同様の課税関係に置かれる。

以 上