最高裁の上告不受理決定の理由

― 日愛租税条約事件に焦点を当てて ―

第 85 回　2019 年 8 月 2 日（金）

発表者　新谷 幹雄

※MJS 租税判例研究会は、株式会社ミロク情報サービスが主催する研究会です。

※MJS 租税判例研究会についての詳細は、MJS コーポレートサイト内、租税判例研究会のページをご覧ください。

＜MJS コーポレートサイト内、租税判例研究会のページ＞
https://www.mjs.co.jp/seminar/kenkyukai/

MJS 租税判例研究会　2019 年 8 月 2 日発表

最高裁の上告不受理決定の理由

―　日愛租税条約事件に焦点を当てて　―

税理士　新谷　幹雄

目次

1.　はじめに　…… 3

2.　日愛租税条約事件　…… 4
（1）事件の概要　…… 4
（2）関連当事者の概要（図 1）　…… 5
（3）契約関係の概要（図 2 と図 3）　…… 7
イ　匿名組合契約関係について　…… 7
ロ　借入契約及びスワップ契約関係について　…… 9
ハ　各契約に関する投資メモについて　…… 10
（4）各裁判所の判決　…… 12
イ　地裁の判決　…… 12
ロ　高裁の判決　…… 13
ハ　最高裁の判決　…… 18
（イ）課税庁の上告不受理申立て理由　…… 18
（ロ）課税庁の処分根拠に対する疑問点　…… 19
（ハ）明文規定なく否認した課税庁に対する最高裁の上告不受理決定　…… 22

3.　米国の租税回避に対する対抗策とその効果　…… 27
（1）個別否認規定の制定とその限界　…… 27
（2）経済的実質の法理の法定化による効果　…… 29
イ　背景　…… 29
ロ　法定化の提案　…… 31
ハ　法定化の実現　…… 32
ニ　法定化の内容　…… 33
ホ　法定化の影響とその効果　…… 35

4.　日愛租税条約事件と同種の租税回避事件は、米国では否認　…… 35
（1）国内法による租税条約濫用防止規定の制定　…… 36
（2）導管的取決めによる租税回避を否認する規定　…… 38
（3）租税回避計画に基づく導管取引は否認　…… 41
（4）導管的取決めによる租税回避を示す決定的根拠　…… 42

5.　おわりに　…… 48

1.　はじめに

2013 年に報道されたスターバックス、アップル等の多国籍企業による巧妙な租税回避、2016 年 4 月のパナマ文書、2017 年 11 月のパラダイス文書により富裕層、政治家らの資産運用の実態が明るみになった。それに伴い、タックスヘイブン国を利用した租税回避に関心が高まり、「租税回避」という用語自体が日常語として使用されるようになった。租税回避に対する一般的な受けとめ方は、巧みに課税を逃れた悪い行為とイメージされている。新聞、テレビ等で報道された法人・個人は、「当方は合法的に行った行為であり、何らやましいことはない。」と会見で発言し、また、一部の政治家は、倫理上の問題で、自主的に辞職することにより、その責任を果たしたとしている。

一時の喧騒の時を経た昨今、このような租税回避行為により、果たしてどのような社会的制裁、処罰を受けたのか、あまり報道されていないようである。ただ言葉だけは、租税回避の代わりに、「課税逃れ」「税金逃れ」「濫用的な租税回避」さらに「過度な節税」とも称されるようになっている。租税回避が合法的な行為であるとしても、世界規模で年間何百兆円もの税源が、このような租税回避によってタックスヘイブン国に巧妙に移転されていれば、当事国は当該企業の活動実態に見合った税収を確保することができない。その結果、公共施設への投資資金、社会保障用資金等が不足し、財政難に陥ることが容易に想定されることから、多くの国は国際的租税回避に対する対抗策として個別否認規定、一般否認規定を制定している。

一方、我が国の国際的租税回避に対する対抗策は適切に対処されてきたのであろうか。我が国の財政状態が悪化していることは周知のとおりである。政府は、財政健全化目標として 2025 年度に、国と地方を合わせたプライマリーバランスの黒字化を実現すると明言している。しかしながら、2019 年度の一般会計の歳出総額予算としては、過去最高の 101 兆円と歳出規模が肥大化しているので、たとえ消費税率を本年 10 月に 10%に上げても財政健全化の目標達成はかなり遠のいた、との見解もある[1]。このような財政上の課題、経済情勢の悪化（米中の貿易戦争、日韓の貿易摩擦等）の状況下、我が国の行政庁は、税収を確保するだけでなく、税収増を図る対策の 1 つである、国際的租税回避に対する法的措置をこれまで実施してきたのであろうか。

この点を検証するために、2019 年 2 月に星田寛税理士が本租税判例研究会にて発表した日愛租税条約事件（匿名組合契約に係る利益分配金の支払につき、

[1]　例えば、土居 丈朗　慶應義塾大学教授は 2019 年 2 月 4 日付けの東洋経済オンライン「基礎的財政収支の黒字化　1 年前倒しの謎」で述べており、さらに、2019 年 6 月に公表予定の年金の財政検証の結果はより厳しいものになる可能性がある、との見解も述べている。なお、年金の財政検証は、2019 年 7 月 21 日の参院選を終えた現在でも未公表のままである。

国内法上、源泉徴収が必要になるが、本条約 23 条（その他の所得）に基づき源泉所得税の免除を受けられると主張した事件）を、本稿において再考することにする[2]。本事件は、東京地裁[3]及び東京高裁[4]において、既に納税義務者側が勝訴し、最高裁が上告不受理決定[5]をしたので、国側の敗訴が確定している。本事件の判決に対して小柳誠税務大学校教授は、「最高裁の不受理決定という結果については、最高裁は何も判断していないというのが、やはり正しい理解であろう。」[6]と述べている。果たして、この見解は本事件に対する正しい理解であろうか、このような見解をそのまま放置していてよいのであろうか。

2.　日愛租税条約事件

（1）事件の概要

匿名組合契約の営業者であった被控訴人C及び被控訴人D（被控訴人Cと併せて「被控訴人ら」という。）は、アイルランドの法令に基づき設立された法人である匿名組合員に対して当該各契約に基づき利益分配金を支払った。その際、「所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国とアイルランドとの間の条約（以下「日愛租税条約」という。）」の23条（その他の所得）[7]が適用されて、被控訴人らは、所得税法（以下「所法」という。）212条１項に基づく源泉徴収に係る所得税（以下「源泉所得税」という。）を徴収[8]して国に納付すべき義務を負わないと判断して、源泉所得

2　星田　寛「東京高判 H26.10.29.判決『匿名組合員への支払いに際しての源泉徴収義務』（組合員の地位・権利の譲渡、日愛租税条約の濫用ゆえ源泉徴収すべきか）　―判例の源泉徴収義務者の義務を中心に―　」（MJS 第 82 回租税判例研究会、2018 年 2 月 14 日）。

3　東京地方裁判所　平成 25 年 11 月 1 日税務訴訟資料第 263 号－203（順号 12327）。

4　東京高等裁判所　平成 26 年 10 月 29 日税務訴訟資料第 264 号－174（順号 12555）。

5　最決平成 28 年 6 月 10 日不受理（公刊物未搭載）。

6　小柳　誠「最高裁不受理事件の意義とその影響」（『税務大学校論叢第 88 号』、2017 年 6 月）、305 頁。

7　日愛租税条約 23 条は、「一方の締約国において生ずる他方の締約国の居住者の所得で前諸条に明文の規定がないものに対しては、当該他方の締約国においてのみ租税を課することができる。」と規定しているので、本件の場合、他方の締約国であるアイルランドのみが租税を課すことができることになる。

本租税条約は、1974 年（昭和 49 年）12 月 4 日に発効し、その後なんら改訂されていないので、両国間の租税条約として現在も効力を有している。

8　平成 14 年（2002 年）の税制改正により平成 14 年 4 月 1 日以後に「非居住者又は外国法人が国内において事業を行う者に対してする出資につき、匿名組合契約（これに準ずる契約として政令で定めるも

税の徴収及び国への納付をしなかった。

これに対して、課税庁は、被控訴人らに対し、被控訴人らが上記のように利益の分配として支払をした金額のうち99%に相当する部分については、日愛租税条約の規定の適用がなく、所法212条１項に基づき源泉所得税を徴収（20%）して国に納付すべき義務を負うものであるとして、被控訴人らに源泉所得税の納税告知処分をした。そこで、被控訴人らは本件各処分の取消しを求めるとともに、国税通則法（以下「通則法」という。）56条１項に基づく過納金の還付及び同法58条１項に基づく還付加算金の支払を求めた事件である。

一審、二審ともに被控訴人らの主張をいずれも認容したので、控訴人は、最高裁に上告受理申立てを行った。しかしながら、最高裁はその申立てを不受理とした。

（2）関連当事者の概要（図 1）

判決文には、数々の関連当事者に対して略語[9]で記述されている。本稿では、一連の取引の理解を容易にするために、それらの略語に加えて実際の名称[10]も併記している。

- 被控訴人 C（PCMC 社、匿名組合 P1 の営業者。）と被控訴人 D（JLMC 社、匿名組合 P2 の営業者。）は、いずれも、2000 年 2 月に金銭債権買取業務並びに不動産の売買、賃貸及び管理等を目的とし、英国領ケイマン諸島（以下「ケイマン」という。）の法令に基づき設立された法人であり、両社ともに F 法人の子会社で、日本国内に支店（代表者は「丙」）がある E 関連会社に属する。
- F 法人（SSBPI、米国の上場会社 E（City Group, Inc.　）の子会社で、ケイマンの法令に基づき設立された法人。）は、被控訴人 C 及び被控訴人 D の株式の所有を通じて支配し、日本国内の支店（「f」がマネージングディレクター兼社長で、「g」が担当者。）において不動産貸付債権等投資事業を行っていた。
- G は、NF 社（米国デラウェア州の LLC で、本件各匿名組合契約の匿名組合員。Vice President は「乙」）である。契約締結時から 2001 年 6 月までは、M という米系投資ファンドを中核とする K グループの関係会社であった。

のを含む。）に基づき受ける利益の分配については、匿名組合員の人数にかかわらず、所得税の源泉徴収の対象」とされた。 柴崎　澄哉他『改正税法のすべて』（大蔵財務協会、2002 年）、732 頁。

9　東京地方裁判所の判決文の「（別紙 2－1）　関係者の概要」。

10　本事件は、生命保険会社に係る債権回収、不動産売却事業に対して、多数の組合、法人が複雑に関与しているので、それらの相関関係を識別することが難解な事件である。そこで本稿では、判決文に記載された略語に加えて、田島秀則税理士が下記の論文で記述している名称を併記することにする。
田島秀則「租税条約の濫用と課税権行使の可否について　―もう一つのバミューダ LPS 事件を題材として―」（『税務事例』Vol. 48 No. 11、2016 年 11 月）、11 - 21 頁。

・　K は、LSIF 社（アイルランドの法人、乙が代表者。「e」がオペレーション・ファイナンス・マネージャー。）である。K は、2001 年 6 月頃にアイルランドで設立された法人の可能性がある[11]。

・　L は、HJSK 社（日本法人で、「h」が代表取締役。）で、債権管理回収業等を目的とする株式会社である。

・　N は HJLLC（米国デラウェア州で組成された LLC で、「h」が日本における代表者。）である。

L と N の「各法人は、米国 HHLLC の完全子会社で、同社は Y の完全子会社（以下、HJSK、N を直接・間接に支配している事業体「ハドソン・グループ」で、後述するローンスター・ファンド（3）を含む投資グループ、ローンスター・グループの最高運営責任者（個人）の 100%直接・間接保有法人である。」[12]

ハドソン・グループの L と N は、被控訴人ら（委託者）と締結したアセット・アドバイザリー契約の受託者（マネージャー）で、対象資産関連のサービスを履行する。

・　O は、HHLLC（米国デラウェア州で組成された LLC、戊が Vice President）で、L（HJSK 社、日本法人）の株式及び N(HJLLC)の出資者持分の 100%を保有している。

・　P は、ACI（ルクセンブルク大公国で設立された事業体）で、Q が 62%、R が 38%直接保有する事業体で、本事件では金融取引に介在している。

・　Q は、REOC（米国デラウェア州で組成された LPS[13]）で、62%直接保有する P（ACI）に融資している。

・　R は、LSF（3）（バミューダで組成された LPS）で、38%直接保有する P（ACI）に融資している。

・　S は、TSHLP（Tokyo Star Holding LP, 2001 年 4 月 1 1 日付で英国領バミューダにおいて組成された LPS であり、かつ、EPS[14]）で、U がゼネラル・パートナー(GP)、R と i がリミテッド・パートナー（LP）である。本事件では金融取引に介在している。

・　U は、米国デラウェア州で組成された LPS で、S の GP で、K グループに属してい

11　地裁判決文（別紙 4）2　原告の主張の要点　（2）。

12　田島、前掲論文、12 頁。

13　LPS とは、リミテッド・パートナーシップ(Limited Partnership)のことで、出資者であるとともに業務執行者であり無限責任を負うゼネラル・パートナー(GP, General Partner)と、出資者である業務執行に関与せず出資金を限度とする有限責任を負うリミテッド・パートナー(LP, Limited partner)により構成される事業体である。

14　EPS とは、バミューダの法令の所定の要件を満たす特例パートナーシップ(exempted partnership)のことで、バミューダにおいて、所得（利益）に対する課税が免除されている。地裁判決文（別紙 2－1）「関係者の概要」を参照。

る。Uは、Eグループに属するF法人の子会社CとDがVから総額456億円の融資を受けるときに保証書を差し入れている。

・　Vは､Eグループに属するF法人の子会社CとDに総額456億円の融資をした株式会社である。

・　Wは、Eグループに属するF法人の子会社CとDの優先株主である。Wは、Uと共にVに保証書を差し入れている。

・　Xは、ODI（バミューダで設立された法人）で、丁が代表者である。

・　Yは、HALLC（米国テキサス州で組成されたLLC）で、O（HHLLC）の出資者持分の100%を保有している。

・　丁は、上記「へ」のローンスター・グループ（判決文では、Kグループ）の最高責任者で、jを含む事業体を含む「n」の唯一の株主であり、「Y」つまり、HALLCの出資者持分の100%を直接的・間接的に保有している。

・　iは、米国デラウェア州で組成されたLPSで、S（TSHLP）のLPでもある。

・　jは、U及びRから構成される事業体である。

・　mは、j事業体の上に位置する事業体で、U及びRのGPで、バミューダで組成されたLPSである。

・　nは、mのGP、バミューダで設立された法人で、その唯一の株主が「丁」である。

・　Kグループは、上記「へ」に記述したローンスター・グループのことである。

・　qグループは、上記「へ」に記述したハドソン・グループのことであり、HJSK、Nを直接・間接に支配している事業体を総称している。

（3）契約関係の概要（図2と図3）

判決文に記載されている「前提事実」の主な事実を日付順に並べ替えると、次のようになる。

イ　匿名組合契約関係について

（イ）匿名組合契約の締結について

①　2001年3月7日に、被控訴人C（PCMC社、営業者）とG（NF社、匿名組合員）は、H生命（千代田生命）が保有する債権の取得及び回収等を事業の目的とする匿名組合（P1）契約C1（同年5月28日、同年6月1日、同年7月23日及び2002年6月30日付けでそれぞれ内容の一部変更）を締結した。

②　同年同月同日に、被控訴人D（JLMC社、営業者）とG（NF社、匿名組合員）は、千代田生命が保有する不動産の取得及び売却等を事業の目的とする匿名組合（J1）契約D1（同年5月28日、同年6月1日及び同月22日付けでそれぞれ内容の一部変更）を締結した。

③　2001 年 6 月 22 日に、被控訴人 D（営業者）と G（匿名組合員）は、I 生命（東京生命）が保有する不動産の取得及び売却等を事業の目的とする匿名組合（J2）契約 D2 を締結した。

④　2001 年 7 月 23 日に、被控訴人 C（営業者）と G（匿名組合員）は、J 生命（三井生命）が保有する債権の取得及び回収等を事業の目的とする匿名組合（P2）契約 C2 を締結した。

（ロ）各匿名組合契約の「TK 持分」の譲渡について

匿名組合員 G は、K（LSIF 社、アイルランド法人）に対し、本件各匿名組合契約の TK 持分(TK interests)[15]の全部を総額 236 億円で順次譲渡した。なお、譲受人は、自己の投資勘定のために TK 持分を購入しようとしており、TK 持分の転売又は分配を目的としていない旨、[6.　譲受者の表明保証]に記述している。

①　2001 年 6 月 1 日に、G は、K との間で、G が本件匿名組合契約 C1 の TK 持分を K に対し 174 億円で譲渡する契約を締結した。

同年同月同日に、G は、K 及び被控訴人 D との間で、G が本件匿名組合契約 D1 の TK 持分を K に対し 25 億円で譲渡する契約 D1 を締結した。

②　2001 年 8 月 29 日に、G は、K との間で、G が本件匿名組合契約 D2 の TK 持分を K に対し 30 億円で譲渡する契約 D2 を締結した。

③　2001 年 8 月 30 日に、G は、K との間で、G が本件匿名組合契約 C2 の TK 持分を K に対し 8 億円で譲渡する契約 C2 を締結した。

（ハ）包括的業務支援契約及び本件各匿名組合契約に係る業務委託契約について

①　1999 年 2 月 1 日付けで、Y（HALLC）が出資者持分 100%保有している O（HHLLC、戊が Vice President）に対して包括的な業務支援をすることを目的とするサービス・アグリーメント（業務支援契約）を締結していた。

②　1999 年 8 月 1 日付けで、L（HJSK 社）が N（HJLLC）に対して包括的な業務支援をすることを目的とするサービス・アグリーメントを締結した。

③　2001 年 3 月 7 日（各匿名組合契約締結日と同じ）に、City グループの被控訴人 C は、K グループの L（日本法人）との間で、被控訴人 C を委託者（オーナー）、L を受託者（マネージャー）として、本件各匿名組合契約 C1 及び C2 に係る事業の管理運営業務を委託する内容のアセット・アドバイザリー契約[16]を締結した。

同年同月同日（各匿名組合契約締結日と同じ）に、City グループの被控訴人 D は、

15　TK 持分とは、本件各匿名組合契約に基づくパーティシペーション(participation)を含む譲渡人の権利、申立て及び持分並びに責務及び義務の全てを意味する。

16　本アセット・アドバイザリー契約には、L が対象資産関連の帳簿及び記録の維持、被控訴人 C を代理して行う現金分配、被控訴人 C に対して要求された監査に関する政府当局との調整、日本又は外国の法律、規則等により要求される政府当局へのあらゆる関連提出書類の作成等が記載されている。

Kグループの N 社との間で、被控訴人 D を委託者（オーナー）、N 社を受託者（マネージャー）として、本件各匿名組合契約 D1 及び D2 に係る事業の管理運営業務を委託する内容のアセット・アドバイザリー契約を締結した。

ロ　借入契約及びスワップ契約関係について

①　2001 年 6 月 1 日付けで、K は、本件出資持分譲渡契約 C1 及び同 D1 の譲渡価額の合計額 198 億円の 99%に相当する 196 億円を、P からの借入る契約 I-－1（利率は 3.5%）を締結した[17]（貸主及び借主双方に乙の署名、その写しの送付先が戊）。K は、前記借入金 196 億円に 2 億円（残り 1%に相当）を加えて、G から TK 持分を取得した。

同年同月同日付で、P は、前記貸付金額と同額の 196 億円を、Q 及び R からの借入契約 II－1 を締結した[18]（R について丁、Q 及び P について乙の署名、その写しの送付先が戊）。

同年同月同日付で、K は、X との間で同年 1 月 19 日付けのスワップ契約 1 に基づき、本件各匿名組合契約 C1 及び同 D1 に関する内容の取引確認書を取り交わした（X について丁、K について乙の署名）。

②　2001 年 8 月 1 日付けで、K は、X との間で前記取引確認書によるスワップ契約を解約する旨の合意書を取り交わした（X について丁、K について戊の署名）。

③　2001 年 8 月 2 日 S は、K との間で同月 1 日付けのスワップ契約 2 に基づき、新たな取引確認書（X が S に代わっているだけ）を取り交わした。

2001 年 8 月 2 日を発効日として、S は、Q 及び R から契約 II－1 に係る貸主の権利及び義務の全てを、同日の借入金元本残高である 142 億円で譲り受ける旨の契約を締結した（譲渡者として乙及び譲受者として丁の署名）。この契約により、P に対する貸付金の債権者は S となった。

④　2001 年 8 月 29 日付で K は、本件出資持分譲渡契約 D2 の譲渡価額 30.3 億円の 99%に相当する 30.0 億円を、P から借り入れる契約 I－2 を締結した（貸主及び借主双方に乙の署名、その写しの送付先が戊）。K は、前記借入金 30.0 億円に 3 千万円（残り 1%に相当）を加えて、G から TK 持分を取得した。

同年同月同日付で P は、前記貸付金額と同額の 30.0 億円を、S からの借入契約 II－2 を締結した（貸主について丁、借主について乙の署名、その写しの送付先が

17　つまり、K は、本件出資持分を譲り受けるのに必要な自己資金がないことを意味している。IBM 事件での中間持株会社 APH 社も同様に自己資金がなく、ペーパーカンパニー的存在であった。拙稿「IBM 事件での濫用的タックスシェルターの予防策としての『経済的合理性基準』の明確化」（MJS 第 77 回租税判例研究会、2019 年 4 月 19 日）、8－12 頁。

18　つまり、P も、K に貸し付けるのに必要な自己資金がないことを意味している。

戊）。

同年同月同日付でSは、Kとの間で同日付のスワップ契約3に基づき、取引確認書を取り交わした（Sについて丁、Kについて乙の署名）。

⑤　2001年8月30日付でKは、本件出資持分譲渡契約C2の譲渡価額7.9億円の99%に相当する7.8億円を、Pからの借入契約I－3を締結した（貸主及び借主双方に乙の署名、その写しの送付先が戊）。Kは、前記借入金7.8億円に1千万円（残り1%に相当）を加えて、GからTK持分を取得した。

同年同月同日付でPは、前記貸付金額と同額の7.8億円を、Sから借り入れる契約II－3を締結した（貸主について丁、借主について乙の署名、その写しの送付先が戊）。

同年同月同日付でSは、Kとの間でスワップ契約3に基づき、取引確認書を取り交わした（Sについて丁、Kについて乙の署名）。

⑥　2001年7月3日から2004年2月24日までの間にKは、Pに対し借入契約I－1の借入元本196億円を返済した。2003年10月3日までは、PがKから受領した金員のうち、利息の支払として未払利息に充当した後の残額を、借入に優先して元本に充当していたことが判明し、2.6億円の貸付金の元本を復活する仕訳をした[19]。

Kは、Pに対し、2004年3月15日に借入元本のうち17.5億円を、同年4月19日に残り12.5億円を返済した。但し、2003年10月3日までは、全く利息の支払及び元本の返済がされていないことが判明し、同日に2億円の利息の支払に充当した。

Kは、Pに対し、2004年2月24日に借入元本のうち2.1億円を、同年3月15日に残り5.7億円を返済した。但し、2003年10月3日までは、全く利息の支払及び元本の返済がされていないことが判明し、同日に5千万円の利息の支払に充当する仕訳をした。

ハ　各契約等に関する投資メモについて（図3）

（イ）　2001年3月1日付けで作成された投資メモC1の内容は、次の通りである。

①　資産の種類は匿名組合の出資者の持分であり、パートナーはPである、

②　債権回収代行会社はL（つまり、HJSK）であり、自身の業務遂行のアシスタントとする、

③　期待収益について、レバレッジをかけない場合の内部投資収益率は18.6%と予測

19　この事実、さらに、次の2つの誤謬の事実から、独立の第三者との取引ではなく、グループ内の関連当事者間の取引である、と推察できる。同様の誤謬が、IBM事件でも発生している。拙稿、前掲論文、11頁。濫用的な租税回避行為では、取引実行の当初は細心の注意を払って手続きをしているが、その後半では注意散漫になり、単純ミスが発生しやすい傾向がある。

され、レバレッジをかけ、かつ、為替ヘッジを行った場合の自己資本割引率は25%超と予測される、

④　本ファンド（j 事業体）が所有し管理下にある G（つまり、NF 社）が匿名組合財産の 75%を取得し、取得後すぐこれを本ファンドが所有し管理下にある K（つまり、アイルランド法人 LSIF 社）に取得原価と同額で譲渡する、

⑤　投資戦略の変更や、大幅な予想変更により何らかの調整が必要になった場合、その承認は投資委員会が行う、さらに、

⑥　K（つまり、アイルランド法人 LSIF 社）が匿名組合財産から得る所得や利益は、日愛租税条約に基づき、日本における課税が免除される旨の記載がある。

（ロ）　2001 年 3 月 1 日付けで作成された投資メモ D1 の内容は、次の通りである。

①　資産の種類は匿名組合の出資者の持分である、

②　資産管理者は N（つまり、HJLLC）である、

③　期待される収益は 25%超である、さらに、

④　G（つまり、NF 社）は匿名組合事業の 94%を出資する旨が記載されているほか、前記（イ）とほぼ同様の記載がある。

（ハ）　2001 年 6 月 13 日付けで作成された投資メモ D2 の内容は、次の通りである。

①　資産の種類は不動産及び 信託受益権である、

②　資産管理者は N（つまり、HJLLC）である、

③　期待される収益は 25%超である、さらに、

④　G（つまり、NF 社）は匿名組合事業の 94%を出資する旨が記載されているほか、前記（イ）とほぼ同様の記載がある。

（二）　2001 年 7 月 13 日付で作成された投資メモ D2 の内容は、次の通りである。

①　資産の種類は匿名組合の出資者の持分である、

②　債権回収代行業者は L（つまり、HJSK）であり、自身の業務遂行のアシスタントとする、

③　期待収益について、レバレッジをかけない場合の内部投資収益率は 19.9%と予測され、レバレッジをかけ、かつ、為替ヘッジを行った場合の自己資本割引率は 25%超と予測される、さらに、

④　G（つまり、NF 社）は匿名組合事業の 75%を出資する旨が記載されているほか、前記（イ）とほぼ同様の記載がある。

このように、前提事実を実行された日順に並べ替えると、一瞥して判明するものがある。本事件は、City Group の完全子会社の日本支店が買い取った金銭債権、不動産等を、丁（投資グループの最高運営責任者）の指揮の下、上記「ハ」の投資メモに記載された租税回避計画に沿って短期間のうちに、匿名組合契約、スワップ契約、さらに借入契約

等の一連の取引が関連当事者間で手際よく実行されたのではないか、と推察し得る。特に金銭貸借に関しては、全く資金力のないアイルランド法人が、関連事業体から全額借り入れて、出資持分を譲り受けたわけであるが、その主たる目的が、分配金に係る源泉所得税の免除にあったのではないか、との疑念が確信に変わりつつある。

（4）裁判所の判決

イ　地裁の判決

本件利益分配金の 99%に相当額は、バミューダで組成された S（TSHLP）に帰属するものであるが、EPS であるので、バミューダで所得免除の恩恵を享受し得る。さらにアイルランド法人 K（LSIF 社）を経由することにより、本件利益分配金は、日本、アイルランド及びバミューダのいずれの国においても課税されないことになる。

そこで被告は、「本件の一連の契約及び取引は、丁を中心とする K グループによって、租税回避を図るため、法的・経済的目的を達成する上で、社会通念上著しく複雑、う遠な法形式を採用して実行されたものであり、原告らを含む当事者の本件における真の目的は、本件各匿名組合契約に係る出資の 99%を実質的に S に負担させ、これに対応して、本件各匿名組合契約に基づく利益分配金の 99%を S に帰属させることにあると認められるから、・・・原告らが E の傘下にあり、K グループ内で行われた一連の取引に関与していないとしても、本件各分担金が S に帰属すると認定することの妨げとなるものではない。」[20]ので、S の国内源泉所得（所法 161 条）に当たり、その源泉徴収義務は「C 及び D」にある、と主張した。

原告らは、「匿名組合営業者たる一方当事者は、米国の E という上場企業を究極の親会社とする世界的にも有数の企業グループの支配下にある関係会社（以下「E 関係会社」という。）である原告らであり、匿名組合員たる当事者は、契約締結時から平成 13 年 6 月までは、M という米系投資ファンドを中核とする K グループの関係会社である G であり、それ以降は G と同じく K グループの一員である法人として G から契約を譲り受けた K である[21]。そして、両当事者はそれぞれ非関連の別々のグループ企業の一員であるから、本件各匿名組合契約は、相互に非関連の独立当事者間で交渉されて合意された契約であることが明白である。」[22]（棒線は筆者）と反論した。

地裁は、被告の主張には、的確に裏付けるものというに足りる証拠ないし事情は見当たらないとし、「原告らが、K から日愛租税条約 23 条の規定の適用があることを

20　地裁判決文（別紙 5）争点に関する当事者の主張の要点、第 1（1）イ（オ）小括。

21　原告らのこの発言は、日愛租税条約による源泉所得税の免税という税務上の便益を享受するために、一連の取引に意図的に K を経由させたことを示唆している。

22　地裁判決文（別紙 4）本件各処分の根拠及び適法性に関する被告の主張　2　原告の主張の要点（2）。

前提として本件各租税条約届出書の作成及び提出がされていたことを踏まえ、K に対して本件各匿名組合契約に定められた債務の履行として本件各分配金を含む利益の分配に係る支払をしたことについて、そのような客観的な事実を離れて、実際には K から S に対する契約上の地位又は債権の一部の譲渡があったことを前提として S に対して本件各分配金の支払をしたものであると認めることは、困難であるというべきものと考えられ、本件各分配金に関して原告らが源泉所得税の徴収の義務を負っていたものとは認め難いというべきである。」[23]（棒線は筆者）と判断した。

よって、原告らは分配金に対する源泉所得税の徴収義務を負わないし、原告らの還付等の請求権を容認する判決を下した。

ロ　高裁の判決

（イ）　課税庁の主張

課税庁は、主位的主張として、次のように述べている。

①　本件の一連の取引は、スワップ契約という法形式を採用しているが、その実体は、S（バミューダの ESP で、所得免除）が本件各匿名組合契約の出資者持分の 99%を取得する費用を負担して、その利益分配金の 99%の支払を受けることを目的とするスキームである。

当該目的のために P（ルクセンブルク大公国で設立された事業体）と K（アイルランド法人）を一連の取引に介在させて、契約関係や資金の流れを複雑にしているだけで、この一連の取引は、極めて不自然かつ不合理な取引である。その典型的な取引が、本稿「2（3）ロ」に示した資金の流れで、P が G と R から借入れた資金（本件各借入契約 II）を同日に K に貸付け（本件各借入契約 I）、また別口で、P が S から借入れた資金を同日に K に貸付け、その資金で K は G から持分を買取った取引[24]で、それらの取引に何ら合理的な理由は見当たらない。

②　本件各スワップ取引を行ったのは、ひとえに K が日愛租税条約の適用を受ける体裁を整えて、我が国の課税を免れることが目的である。

被控訴人らが K に支払った利益分配金は、我が国の公的サービス等を利用して得られた国内源泉所得（所法 161 条 12 号）であり、利益分配金の 99%は何らの付加価値が付け加えられることなく S に帰属させるスキームであったので、K の出資者持分 99%には実質的な実体がないものといわざるを得ない。

③　被控訴人らは、S に利益分配金を得させる意図・目的でスワップ契約及び取引確

23　地裁判決文、第 3　当裁判所の判断　1（5）。

24　つまり、P には、全く資金力がないにもかかわらず、この一連の取引に P を介在させている。K は、P から借り受けた資金で同日に G の持分を買取ったので、資金力のない K をも一連の取引に意図的に介在させていることになる。

認書が締結されたということを認識し、又は認識し得たといえる。

本件各匿名組合契約に係る事業に対する投資スキームは、投資メモ（本稿 2.（3）ハ 各契約等に関する投資メモについて（図 3）を参照。）によると、被控訴人らを支配していた F 法人（City グループ）がパートナーであり、債権回収代行会社ないし資産管理者は「丁」支配下の L 及び N であること、被控訴人らと K グループの G、L、N との間で諸契約を締結すること等が記載されて、その通りに実行されている。

本匿名組合契約の営業者である被控訴人らは、投資事業に必要な資金に対して、K グループ側からも保証を受けて調達しており[25]、K グループと被控訴人らが一体となって、本件の投資スキームを構築したものということができる。さらに、被控訴人らは、K が K グループ内のファイナンスセンターとしての機能を担当し、K 自身が匿名組合契約の当事者として投資損益の帰属主体となるような事業を営むことがないことを十分に認識していたので、匿名組合員の地位が K から投資損益の帰属者となるべき K グループに属する他の事業体に変更されることを想定していたといえる。

課税庁は、当控訴審で租税条約の補足的な手段として、OECD のモデル租税条約のコメンタリーを日愛租税条約の解釈の際にも参照すべきである、とする予備的主張を追加した。

① OECD の内容からすると、形式的には租税条約が適用され得る取引であっても、租税条約の特典を利用した租税回避をその目的とするようなものについては、租税条約の趣旨・目的に反する態様で条約を濫用して税負担を不当に免れるものとして、租税条約の適用が否定される。

② K が行った取引は、コメンタリーの 21.4 パラグラフに示された「特定の種類の所得の源泉課税を扱う乱用防止準則」[26]に抵触する取引であり、K が被控訴人らから

25　つまり、課税庁は、j 事業体の U からも保証（図 3 の保証書を参照。）を受けて総額 456 億円調達している事実を指摘している。控訴人らは、K グループとは別のグループの一員で資本関係がないので、「相互に非関連の独立当事者間で交渉されて合意された契約」ではないと主張している。果たして、U が別のグループに属する被控訴人らの多額の融資に保証書を差し入れる理由があるのであろうか。本稿 4.（2）を参照。

26　配当、利子、使用料及び所得に係る規定は、取引がこの条約の特典を得るということをその主たる目的として行われる場合には、源泉課税を制限するこの条約の特定の特典を否定する効果を有する、と定めている。

次の③の棒線箇所で記述しているように、本分配金が源泉徴収の対象である「配当所得」（本条約 11 条）であることを、課税庁は、なぜもっと強調しなかったのか、疑問が残るところである。

支払を受けた本件各分配金について日愛租税条約 23 条の適用を受けることは、同条約の趣旨・目的に反する態様で条約を濫用して税負担を不当に免れるものであるから、許されない。

③　従って、Kが被控訴人らから支払を受けた本件各分配金は、租税条約等の実施に伴う所得税法、法人税法及び地方税法の特例等に関する法律 3 条 2 項にいう「相手国居住者等が支払を受ける相手国居住者等配当等であって所得税の免除を定める租税条約の規定の適用があるもの」には当たらないので、Kはその分配金について所得税の源泉徴収義務を負い（所法 5 条 4 項、7 条 1 項 5 号）、また、Kに対して本件各分配金の支払をした被控訴人らも、所得税法上の原則に従い、本件各分配金について所得税の源泉徴収義務を負うことになる（所法 212 条 1 項）。（棒線は筆者）

（ロ）　被控訴人らの主張

被控訴人らは、課税庁の主位的主張に対して悉く反論した。

①　控訴人の「Sは、本件各匿名組合契約の出資持分の取得費用 99%を負担し、必要な費用を負担した上で、本件各匿名組合契約に基づく利益分配金の 99%を取得するとともに、当該出資に係る投資のリスクも負っている」という主張、「Kは、本件各匿名組合契約の利益が出た場合の利益分配金を取得せず、損失が出た場合のリスクを負うこともない」という主張は、本件各取引確認書、本件各借入契約 I、本件各借入契約 II、本件各匿名組合契約の内容に反している。

②　日愛租税条約 23 条は、日本で生ずるアイルランドの居住者の所得で所定のものに対してはアイルランドにおいてのみ租税を課することができる旨を定めており、日愛租税条約には、租税条約の濫用を理由として租税条約の適用を否定する規定は定められていないから、アイルランド居住者である K には日愛租税条約 23 条が適用され、日本ではその所得に課税されない。

③　被控訴人らが K と一体となって投資スキームを構築したとの事実を認めるに足りる証拠はない。

さらに、被控訴人らは課税庁の予備的主張にも当然の反論をした。

①　コメンタリーは、租税条約の個々の規定の解釈に当たって参照することはできるが、租税条約と同等の独立の法源となることはできず、租税条約の規定の解釈を離れてコメンタリーのパラグラフの記載のみを根拠として、「租税回避を目的とするような取引については源泉課税を制限する租税条約の規定の適用を否定する」とい

う一般法理を導くことはできない[27]。（棒線は筆者）

② 憲法 84 条は租税法律主義を定めており、その趣旨は、国民の経済生活に法的安定性と予測可能性を与えることにあるところ、その趣旨は租税条約による課税についても及び、租税条約による課税については、明文の規定を要するというべきである。そして、租税条約の濫用による租税回避を否定するためには、租税条約の明文の根拠規定を要すると解すべきである。（棒線は筆者）

（ハ） 高裁の判断

高裁は、被控訴人らの反論内容を全面的に認めて、課税庁の主位的主張を採用することはできない、と判示した。

① 本件各スワップ契約の支払により、K は、本件各匿名組合契約の投資損益が予測困難でありかつ変動する中で、投資損失（匿名組合損失）が出た場合には K がその損失を引き受けるというリスクを受ける一方で、本件各借入契約 I の固定金利（3.5%）の支払原資だけは本件各取引確認書によって確保することができる。

実際上、本件匿名組合契約 D1 の平成 16（2004）年度、同契約 D2 の平成 13（2001）年度、平成 15（2003）年度及び平成 16（2004）年度、同契約 C2 の平成 13（2001）年度ないし平成 16（2004）年度には損失が生じ、これらについて、K は被控訴人らから損失の分配を受けた[28]。従って、課税庁の主体的主張（ロ（イ）①）は採用することができない。

② K が得た利益に対して我が国の課税をすることができなかったとしても、本件における契約関係がひとえに我が国の課税を免れることを目的として仮装されたものであり、本件各匿名組合契約上 K が保有するとされる匿名組合契約の出資持分の 99%に実体がないと断定するに足りる証拠はない。

日愛租税条約 23 条は、一方の締約国[29]（本件の場合は日本）において生ずる他方の締約国（本件ではアイルランド）の居住者の所得で同条約 22 条までの諸条に明文の規定がないものに対し、当該他方の締約国（本件ではアイルランド）において

---

27 矢内教授は、「OECD の理事会において採択されたモデル租税条約が各国の課税に直接適用されることなく、OECD モデル租税条約に強制力はないといえる。」と記述している。矢内一好『解説　改正租税条約　★新日米租税条約以後の動向★』（財経詳報社、2007 年、15 頁。

28 K が、実際に損失を被っていたから純粋な投資活動であるとの被控訴人らの主張を高裁は容認している。これは、法形式を重視した表面的な解釈であると思料する。G は、デラウェア州で設立された法人で、当時の日米租税条約には、日愛租税条約 23 条の「その他の所得」に相当する条項がなく、配当又は利子所得 として源泉所得税が課される可能性があり、2001 年 6 月直前にアイルランドに K を設立（本稿脚注 21）して、迂回取引を図ったと推察することは誤りであろうか。

29 高裁の判決文には、「締結国」と記述しているが、 正式には「締約国」である。

のみ租税を課することができる旨を定め、二重課税の回避を実現しようとする規定である。日愛租税条約には、租税条約の濫用を理由として租税条約の適用を否定する規定は定められていないから、K には日愛租税条約 23 条が適用される。（棒線は筆者）

③　被控訴人らと K グループに属する K との間に本件各匿名組合契約が存在していたことは事実であるが、被控訴人らが、S と K との間に本件各スワップ取引や本件各取引確認書が存在したことを知っていたことを認めるに足りる証拠はないから、被控訴人らと K が一体となって本件の投資の仕組を構築したと認めることができない。

また、高裁は明白に、課税庁の予備的主張を採用することができないと判示した。

④　モデル租税条約はそれ自体に法的な拘束力はなく、「租税回避を目的とするような取引については、源泉課税を制限する租税条約の適用を否定する」旨定めた租税条約の規定がないにもかかわらず、コメンタリーのパラグラフの記載がそのような一般的法理を定めているとの主張を前提として、コメンタリーのみに基づいて源泉課税を制限する租税条約の適用を否定し、課税することはできないというべきである。（棒線は筆者）

⑤　モデル租税条約の第 1 条（人的範囲）に関するコメンタリーの内容[30]を参照しても、租税条約に租税回避行為であることを理由に同条約の適用を否定する旨の具体的規定がないにもかかわらずコメンタリーの記載（例えば、7、8、9.1、9.2、9.3、9.4、21.4）を根拠として租税条約の適用を否定できるとは認められない。（棒線は筆者）

⑥　K が支払を受けた利益分配金の 99%に日本、アイルランド及びバミューダのいずれの国においても課税されないとの結果が生じているので、税負担の公正性等の観点から問題視される余地があるとしても、そのことは、明文の条約等の規定がなく、現に有効な条約である日愛租税条約 23 条の適用を排除する根拠となり得るものとはいえず、その他、同条の適用を排除する根拠があるとは認められない。（棒線は筆者）

よって、被控訴人らの請求を認容した原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから棄却する、と高裁は判示した。

[30]　第 1 条に関するコメンタリーの 7.パラグラフには、「二重課税条約の主要な目的は、国際的二重課税を排除することによって、財や役務の交換並びに資本及び人の交流を促進することにある。さらに租税回避及び逋脱を防止することもまた、租税条約の目的である。」と記述している。

ハ　最高裁の判決

課税庁は、高裁判決を不服として、最高裁に法令解釈違反を理由に上告受理申立てを行ったが、最高裁は、平成 28 年（2016 年）6 月 10 日に上告不受理決定をした。

（イ）　最高裁に上告受理申立てを行った課税庁の理由

課税庁が最高裁に提出した上告受理申立て理由については、公刊物に搭載されていないが、第一審の東京地裁において閲覧可能とのことである[31]。小柳教授は、課税庁の申立て理由が実質所得者課税（所法 12 条）、条約の濫用（日愛租税条約 23 条）に係る法令解釈違反であり、概ね次の 2 点である、と述べている[32]。

①　所得税法 12 条の解釈適用の誤り

所法 12 条は、実質所得者課税の原則を規定しているので、同法 212 条 1 項の国内源泉所得の支払を受けた外国法人、つまり国内源泉所得に帰属者を判断するに当たっても、名義という形式だけでなく、収益を享受している者が誰であるかという点も含めて実質的に判断する必要がある。

そのような形式と実質との相違が生じているか否かの判断要素としては、<u>その相違を生じさせる動機の有無が重要</u>である。本件では、利益分配金のうち 99%を日本、アイルランド及びバミューダのいずれの国においても課税されないという結果を導くために、<u>形式と実質との相違を生じさせる動機</u>があったことは明らかである。

そうすると、本件匿名組合契約に基づく利益分配金の支払を受けたのは L ではなく、バミューダに所在する X であり、相手方らは、同法 212 条 1 項に基づく源泉徴収義務を負うことになる[33]。

②　日愛租税条約 23 条の解釈適用の誤り

「日愛租税条約は、二重課税を回避し、脱税を防止するために締結されたものであるが（日愛租税条約前文）、<u>国際的二重非課税</u>の状況を作出して国際的租税回避の手段を提供することを予定するものでないことは自明であり、そのような場合に日愛租税条約の適用を受けることは、その趣旨、目的を逸脱し、濫用するものであり、許されない。」[34]（棒線は筆者）

31　小柳、前掲論文の脚注 23、287 頁。

32　小柳、前掲論文、301 - 304 頁。

33　小柳、前掲論文、303 頁。ここで使用されている L と X はそれぞれ、本稿の K と S のことである。米国の Gregory 事件の控訴審で明らかにしたように、主観的要素である「動機」による解釈論は裁判所の判断材料としては弱いことは、我が国でもかなり以前からいわれていたことである。

34　同上論文、304 頁。 日愛租税条約の前文では、「二重課税」を回避することは述べているが、「二重非課税」については、全く述べていない。

そのような逸脱、濫用は、最高裁平成 17 年 12 月 19 日第二小法廷判決（外国税額控除枠濫用事件）でも否定されていることを例に挙げたうえで、原判決は、「本来日愛租税条約を適用すべきでないLについて日愛租税条約の適用を認めて国内源泉所得に対する所得税を免除したものであり、日愛租税条約 23 条の解釈適用を誤っている。」[35]

さすがに、OECD モデル租税条約の趣旨等を理由に否定することはできない、と課税庁が控訴審で認識したためか、上告受理申立てにおいて全く触れていないで、解釈論に依拠したようである。小柳教授は、最高裁の不受理決定に対して「最高裁は何も判断していないというのが、やはり正しい理解であろう。」とし、「本件の実質所得者課税の原則、条約の濫用による否認の論点については、重要な法令解釈の問題であり、最高裁が判断を下すのに合理的な時期まで、今後の学説、裁判例等の蓄積が必要となると考える。」と結論付けている。果たして、このような判例解釈で、ことの成り行きを悠長に待っているだけでよいのであろうか。

最高裁の不受理決定の理由は公表されていないので、推測する以外に方法はないが、課税庁の受理申立て理由を含めて、本事件における課税庁の争点に対する疑問を次に述べることにする。

（ロ）　課税庁の処分根拠に対する疑問点

国際税務の専門家は勿論のこと、それを少し勉強したことのある学生であれば、本稿の「2.（3）契約関係の概要」を一読しただけで、本事件は国際的租税回避を図った事件であると容易に想像できるし、課税庁は、スワップ契約も取り組んで複雑多岐にわたるグループ内での一連の取引、租税回避スキームを的確に分析した、との印象を抱いたであろう。

しかし、本事件の判決文を読むに従って、課税庁が処分の拠り所とした根拠の浅薄さ、これまでの租税回避行為に対処するための法制化をしてこなかった無責任さ、それを補完するための恣意的な解釈に委ねたことに驚愕したのは筆者のみではないであろう。

①　課税庁はなぜ日愛租税条約 23 条の適用に対して異議を申し述べなかったのか

日愛租税条約 23 条は「その他の所得」条項といわれ、「一方の締約国において生ずる他方の締約国の居住者の所得で前諸条に明文の規定がないものに対しては、当該他方の締約国においてのみ租税を課することができる。」と規定している。つまり、本条が適用されれば、我が国は当該分配金に対して、課税することができない、

[35]　同上論文、304 頁。

つまり課税免除となる。

本事件の一連の取引にアイルランド法人であるKを経由させた主たる目的は、当該分配金に対する我が国での源泉所得税の課税を回避するためであるので、同条約23条の規定が適用されることを前提にKが、本件に係る租税条約届出書を作成して提出したことは、当然の租税回避行為である。しかしながら、本条項の適用は、「前諸条に明文の規定がない」所得に対して適用される。もし当該分配金に適用される条項が本条約の中に存在するのであれば、当該所得の帰属がKであるか、Sであるかという議論は不必要になるかもしれない。

同条約の11条には配当所得、12条には、利子所得が規定されているので、これらの条項のいずれかを適用して、源泉所得税の徴収義務をE関係会社に負わせる処分も可能であったと思われる。

②　課税庁はなぜ、当該分配金を配当所得と解釈しなかったのか

課税庁は、本事件での「所得」を「分配金」と解して23条の適用を争点としたようである。本事件の匿名組合契約の詳細が開示されていないので解釈を誤る可能性があるかもしれないが、当該分配金を「配当」と解釈して同条約11条を適用すれば、我が国は「15%を超える率の租税を課することができない」、換言すれば、最高15%まで源泉所得税を課することができることになる。議決権のある出資比率が25%以上の親子間の配当であれば、10%の制限税率が設けられているが、本事件の場合は、被控訴人らが主張するように、E関係会社のF法人の子会社2社とKグループの「G」又は「K」との取引であるので、我が国では「非関連の独立当事者間」とみなされて、本制限税率は適用されないであろう。

因みに本条項でいう「配当」とは、「株式その他利得の分配を受ける権利（信用に係る債権を除く。）から生ずる所得及びその他の持分から生じる所得であって分配を行う法人が居住者である締約国の税法上株式から生ずる所得と同様に取り扱われるものをいう。」と規定している（課税庁の予備的主張の③を参照）。

本提案の裏付けとして、我が国の最高裁は、本事件と同様の航空機リース事件において、「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。」と判示している[36]。

③　課税庁はなぜ、当該分配金を利子所得と解釈しなかったのか

本事件の匿名組合契約に基づく分配金という「所得」を「利子所得」と解釈でき

36　最高裁、平成24年（行ヒ）第408号　所得税更正処分取消等請求事件　平成27年6月12日　第二小法廷判決　4（1）ア。

れば同条約 12 条を適用し、源泉地国において利子の金額に 10%を超えない源泉所得税を課することができる[37]。その源泉徴収義務は、E 関係会社となるであろう。

因みに本条でいう「利子」とは、「公債、債券又は社債（担保の有無及び利得の分配を受ける権利の有無を問わない。）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及びこのような債権について償還される金額のうち融通された金額を超える部分並びにその他の所得でそれが生じた締約国の税法上貸付金から生ずる所得と同様に取り扱われるものをいう。」と規定している。

④　課税庁はなぜ、日愛租税条約の改訂をこれまでしなかったのか

本事件で利用された租税条約の相手国であるアイルランドは、今回の高裁判決文にも提示された OECD モデル租税条約、あるいは BEPS の最終報告書等で議論されている二重課税の排除、二重非課税の防止の対象国の 1 つであり、タックスヘイブン、軽課税国、ダブルアイリッシュ・ウィズ・ダッチサンドイッチ等で有名な国である。

そのような国との租税条約が、45 年も前の 1974 年 1 月 18 日に署名され、同年 12 月 4 日発行され、その後何ら改訂されていないことに驚く次第である。

従って、本条約には、第三国の居住者が一方の締約国に法人を設立して居住者となり、条約の特典を不正に享受しようとすることを防止するための「特典制限」条項が存在しないし、21 条には、通貨が「アイルランド・ポンド」のままであり、同条約 13 条の使用料では、源泉地国（10%の制限税率）のみならず、居住地国においても課税することが認められている[38]。

⑤　課税庁はなぜ、OECD モデル租税条約を盾に特典の否認を試みたのか

本事件の控訴審において課税庁は、租税条約の補足的な手段として、モデル租税条約の第 1 条（人的範囲）のコメンタリーの各パラグラフを参照して、日愛租税条約の特典を否定できる、として次のように主張した。

「形式的には租税条約が適用され得る取引であっても、租税条約の特典を利用した租税回避をその目的とするようなものについては、租税回避をその目的とする租税条約の趣旨・目的に反する態様で条約を濫用して税負担を不当に免れるものとして、租税条約の適用が否定される。」[39]

37　木村弁護士は、「匿名組合契約に基づく分配金については、個別の租税条約に特別の定めがない限り、利子所得条項が適用されると考えられる。」と記述している。木村、前掲論文、107 頁。

38　高久　隆太『アイルランドと EU の租税戦争　―背景にある企業誘致と優遇税制―　』泉文堂、2017 年、80 頁。

39　高裁判決文、3（1）控訴人の主張　イ　予備的主張（当審において追加した主張）（イ）。

この主張に対して被控訴人らは、「コメンタリーは、租税条約の個々の規定の解釈に当たって参照することはできるが、租税条約と同等の独立の法源となることはできず」[40]、憲法 84 条に定めた租税法律主義の趣旨は、租税条約による課税にも及び、「租税条約の濫用による租税回避を否定するためには、租税条約の明文の根拠規定を要すると解すべきである。」[41]（棒線は筆者）と反論し、高裁もこの反論を認めた[42]。

（ハ）　明文規定なく否認した課税庁に対する最高裁の上告不受理決定

上告受理申立てに関して民事訴訟法第 318 条 1 項では、次のように規定している。

「上告をすべき裁判所が最高裁判所である場合は、最高裁判所は、原判決に最高裁判所の判例（カッコ内略）と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、申立てにより、決定で、上告審として事件を受理することができる。」（棒線筆者）

本規定に関して、大淵名誉教授は、「税務訴訟における納税者の最高裁への上告受理申立てに対して、多数の事件で上告不受理が言い渡されているが、それは、この規定によれば、各税法の『**解釈に関する重要な事項が含まれていない**』事件と評価されたということ以外には考えられない。」[43]との見解を述べている。

その上で大淵名誉教授は、最高裁における上告不受理決定の運用の実際を元最高裁判事の回想録[44]を基に、重要な法律問題を含む事件であるとして審議事項とされながら、結果としてはその半数近くが、却下決定、不受理決定の他に、上告棄却などとして処理される原因を、次のようにまとめているので、ここに引用する。

「①　ほぼ同一内容の訴訟を複数の納税者が起こしているケースの場合（裁判長として関与したストック・オプション課税事件がその例である）には、全ての事件を審理するのではなく、どれか一つについて上告棄却（判決又は決定）をすれば、残りは不受理決定（主文「本件は上告審として受理しない。」）で済む、ということにな

40　高裁判決文、3（2）被控訴人らの主張　イ（ア）。
課税庁が OECD モデル租税条約のコメンタリーを参照して、租税条約の特典を否認できるとの解釈を展開した時点で、本事件の担当弁護士は、「これは、おいしい仕事」と思ったに違いない。

41　高裁判決文、3（2）被控訴人らの主張　イ（ウ）。

42　本稿、2.裁判所の判断（4）イ c ⑤。

43　大淵　博義「最高裁不受理決定の実際とその疑問」『MJS 第 83 回租税判例研究会・特別講演』2019 年 4 月 5 日、2 頁。

44　藤田　宙靖『最高裁回顧録　―学者判事の七年半―』有斐閣、2012 年、135 - 144 頁。

る。

② 問題自体は重要なものを含むけれども、すでに最高裁の判例が確定していて、現在の段階では変更する必要は無いと判断され不受理とされる場合である。

③ 以上は形式的な判断によって受理するかどうかを決定するものであるが、ここで重要なのは、より実質的な判断に基づく「不受理」の選択もあるということである。これは主として、理論的には確かに重要な法解釈上の問題を含むけれども、紛争の実質に照らしてみた場合、果たして、最高裁がここで理論的な決着をつけることが合理的であるかどうかが問われるケースがあると言ってよい。

ところで、「不受理」の場合には、そもそも最高裁は、当事者間の紛争について、何ら判断をしていないということであるから、そのようなことは（筆者注・受理した上での上告棄却であれば、そのことが既判力を持って確定したということは）ない。従って、不受理の判断は、何ら最高裁判例を形成するものではない。（中略）

前述したように、「理論的に言えば最高裁として決着をつけられないことはないのであるが、その判断が最高裁判例となると、今後それが独り歩きを始めて、思いもよらない結果をもたらさないとも限らない」と忖度し、下級審の判断が分かれる等、本当に最高裁が乗り出さなければならない時まで判断を控えた方が合理的だ、として、それが重要な解釈問題であるとしても上告不受理決定にして、最高裁の判断を回避しているのである。」[45]

そこで本日愛租税条約事件が、上記 3 つのケースのいずれに該当するかを検討する。

- 本事件は、例に挙げられているストック・オプション事件のように、同一内容で複数の納税義務者が提訴していないようであるので、①のケースには当てはまらない。但し、バブル崩壊後の不良債権・不動産等を処理した者・法人が多かったことからすると、税務調査されずに、本事件のようにアイルランドを利用した租税回避行為を実行したケースは多々あったのでは、と推測している。
- 本事件のように日愛租税条約 23 条を対象にした最高裁判例は、筆者の知る範囲に限定すると存在しないので、②のケースにも当てはまらない。軽課税国アイルラ

[45] 同上論文、3 - 5 頁。なお、小柳教授も前掲論文 280 - 281 頁において、①～③のケースに分けて、同様の記述をしている。

大淵名誉教授は、「最高裁の不受理決定が、何故に、『法令解釈に関する重要な事項』に該当しないと判断したのかにつき、その具体的理由が附記されていない」ので、「何故に上告不受理決定により門前払いされたのか、理由が不明のまま、訴訟が終結するというのが現在の最高裁の上告不受理決定の実際である」とし、「最高裁の判断を回避している」ことに問題がある、と指摘している。同上論文、8 頁。

ンドを利用したタックスシェルター事件としてアドビ事件[46]が挙げられるが、移転価格税制に基づく更正処分を問題とし、課税庁は上告受理申立てをしなかった。

・ ケース③が当てはまる場合は、例えば「下級審の判断が分かれる等、本当に最高裁が乗り出さなければならない時」（棒線は筆者）に、最高裁が「理論的な決着をつけることが合理的であるかどうかが問われるケース」とある。本事件に関しては、既に検討したように、地裁においても高裁においても、その判断自体に大きな違いがあったわけではないので、ケース③にも当てはまらないように思える。

以上の検討の結果、本事件は上記①～③のいずれのケースにも当てはまらないことになるが、ここで再度、民事訴訟法 318 条 1 項を読むことにする。「最高裁判所は、原判決に最高裁判所の判例（カッコ内略）と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、申立てにより、決定で、上告審として事件を受理することができる。」（棒線は筆者）ので、棒線の 2 つの要件がなければ、上告審として「不受理」にしてもよい、と読むことができる。

最高裁は、地裁の判断を踏まえ、高裁が上記「ロ（ハ）高裁の判断」で傍線を引いた箇所、明文の規定なく否定することは認められない、との適切な判決を下したので、最高裁がここでさらに審議して、無駄な時間と費用をかける必要のない事件であるから「門前払い」した、と考えることもできるのではないだろうか。如何せん「年間 6000 件もの上告・上告受理申立て、抗告事件も入れればざっと 9000 件の事件を裁く我が国の最高裁としては、結論が同じである限り、できるならば決定処理で済ませたいということになるのも、これまたやむを得ない」[47]（棒線は筆者）状況であろう。

ここで思い起こされる最高裁判事の発言は、武富士事件[48]での須藤正彦裁判官の下記の補足意見である。

「個別否認規定がないにもかかわらず、この租税回避スキームを否認することには、やはり大きな困難を覚えざるを得ない。けだし、憲法 30 条は、国民は法律の定めるところによってのみ納税の義務を負うと規定し、同法 84 条は、課税の要件は法律に

46　東京高等裁判所、平成 20 年（行コ）第 20 号、2008 年 10 月 30 日判決。納税義務者勝訴。
拙稿「軽課税国を活用した事業再編　―アドビ事件のもう 1 つの側面―」『企業研究』第 20 号、2012 年、25 - 50 頁。

47　藤田、前掲書、144 頁。

48　納税義務者の住所の所在が争われた事件で、最高裁は、租税回避目的を重視して納税義務者の主張を退けた東京高裁の判決を破棄して納税義務者勝訴の判決を下した。 最高裁平成 23 年 2 月 18 日第二小法廷判決（平成 20 年（行ヒ）第 139 号）。その後、平成 12 年度税制改正により租税特別措置法 64 条 2 項が設けられ、さらに平成 15 年度税制改正で相続税法 1 条の 4 により、贈与者及び受贈者共に 5 年以上日本から住所を移していなければならなくなった。

定められなければならないことを規定する。納税は国民に義務を課するものであるところからして、この租税法律主義の下で課税要件は明確なものでなければならず、これを規定する条文は厳格な解釈が要求されるのである。明確な根拠が認められないのに、安易に拡張解釈、類推解釈、権利濫用法理の適用などの特別の法解釈や特別の事実認定を行って、租税回避の否認をして課税することは許されないというべきである。」（棒線は筆者）

小柳教授が本事件の「最高裁不受理決定の評価」として、不受理決定の「理由を推測することは難しいが、最高裁の不受理決定という結果については、最高裁は何も判断していないというのが、やはり正しい理解であろう。」[49]と結論付けている。高裁がなぜ課税庁の主張を認めなかったか、最高裁はなぜ上告不受理決定したのかの根本的理由を一向に理解していない、あるいは理解したくないのかもしれない。

小柳教授の同論文「第 3 章　事件の重要論点（法令解釈）と今後の課題　第 4 節　条約の濫用法理と租税法律主義」において、OECD モデル租税条約、ウィーン条約から条約の濫用に対して条約の特典を付与しないことは当然であること、さらに BEPS の行動 6 に係る 2015 年最終報告書での「租税条約の目的が二重非課税を生ずるために利用されることでないことの明確化」等々を述べて、次のように記述している。

「このように、そもそも国際的な共通の合意として、租税条約の濫用防止は、条約の目的として内在する規範として理解されてきたのであり、明文の規定を必ずしも要しないものであると解される。」「条約の濫用が認められないことは、条約の解釈において、国際的な大前提となっているのであり、濫用防止規定は、その前提についての明確化に過ぎない」として、同論文脚注 121 に、「濫用防止規定が明確化であるとされるのは、条約の改正は容易に行えるものでないことから、濫用防止規定の有無のみにより、租税回避行為に伴う二重非課税を容認することはないという意義もあると考えられる。」[50]（棒線は筆者）と、希望的観測を述べているだけである。

国と国の交渉であるから時間を要することなので、上記の「条約の改正は容易に行えるものでない」という発言は一部理解できる。とはいうものの、日愛租税条約は、

- 45 年も前の 1974 年 1 月 18 日に署名され、同年 12 月 4 日発行され、その後何ら改訂されていない事実、

49　小柳、前掲論文、313 頁。
また、同論文の「第 1 章　最高裁不受理決定の意義」のまとめとして、「最高裁が不受理決定をした事件は、その高裁段階での法令解釈について、最高裁は、何も判断を示していないことになるから、最高裁判例としての意義はなく、それだけでは、一つの裁判例に過ぎないと解される。」（棒線は筆者）と小柳教授は述べている。

50　同上論文、335 頁。

・　第三国の居住者が一方の締約国に法人を設立して居住者となって、条約の特典を不正に享受することを防止する「特典制限」条項だけでなく、「導管取引」への条約特典の不適用の条項[51]もなく、主たる目的テストも、受益者概念も設けていない事実、そして
・　当該租税条約 21 条には、通貨が「アイルランド・ポンド」と未だに変更されていない事実

からして、「アイルランドはまだまだ使える」として新たな租税回避スキームを販売する業者[52]に対して、小柳教授は、どのように弁明するのであろうか。濫用的タックスシェルターに対抗する個別否認規定のみならず、経済的実質の法理の法制化を 2010 年に発効した米国をはじめ、一般否認規定（GAAR)を制定した国々から締め出されたタックスシェルターの相当数が、我が国で利用されていた、あるいは利用されていると思料するからである。

さらに、小柳教授は「濫用法理が適用される場合、租税法律主義の趣旨に照らせば、明文の規定がなくとも租税法律主義に反するものではないことになる。」[53]とまで言及しているが、租税回避行為に対する明確な個別否認規定の制定、「濫用法理」に対する明確な定義を定めていない現況下、課税庁が安易に拡張解釈、類推解釈、権利濫用法理を適用して、「私人の予測可能性」を害する恐れが多分にある。それを防ぐために須藤裁判官が武富士事件で補足意見を述べているにもかかわらず、法制化を先送りしているようでは、これから何度となく「最高裁不受理決定」がなされ、その度に訴訟に関わる膨大な人件費、時間等を浪費し、源泉所得税の徴収逃れを容認し、租税回避スキーム開発･販売業者、弁護士等を繁栄させることになるのではないだろうか。

本事件での高裁判断（本稿 2.（4）ロ（ハ））は、須藤裁判官の補足意見を礎に判決文を書き上げた、と推察し得るほどの共通項がある。2003 年度（平成 15 年度）税制改正により、武富士事件に対処するための規定が制定されたが、その他の租税回避、タックスシェルターに対する具体的な個別否認規定の制定はなされたのであろうか。

小柳教授は、同論文において同族会社の行為計算否認規定である 132 条を適用し、最高裁が不受理決定した IBM 事件も取り扱っている。ここにおいても小柳教授は、「他の事件と同様に、最高裁は、重要な法令解釈上の論点はないと判断したのではなく、判断を留保し、今回は何も判断していないことになると考えられる。」[54]と結論

51　導管取引については、「4. 本日愛租税条約事件と同種の事件は、米国では否認か」で詳述する。

52　平川　雄士「租税条約の特典に関する実務上の諸問題」（『租税研究』2016 年 11 月）、179 頁。

53　小柳、前掲論文、336 頁。

54　小柳、前掲論文、318 頁。

付けている。IBM 事件の高裁でも、「被控訴人に多額の譲渡損失及び欠損金が生じたのは、本件各譲渡に法人税法の規定を適用した結果であって、これをもって見せかけの損失であるという控訴人の主張は、その故に直ちにその計上を否定すべきというものであれば、法律上の根拠を欠くものであって採用の余地はない。・・・『不当』性の判断について経済的合理性を欠くと認められるかどうかという客観的、合理的基準に依拠しない点において既に失当であって、これを採用することはできない。」[55]（棒線は筆者）と判示された。課税庁はこの手痛い経験を何ら活かすことなく、依然として租税回避行為に対する「明文の規定がない」状態を継続して、恣意的な解釈に委ねている状況である。

次に、タックスシェルターによる租税回避行為の発祥の地であり、コモンロー（Common Law、判例法、慣習法）の国である米国では、このような租税回避に対してどのような予防策を講じてきたかを検討する。

3.　米国のタックスシェルターに対する対抗策と効果

米国の法制は、コモンロー体系によっているので、租税に係る裁判に際しては、税法の条文と共に、租税判例が重要な役割を占めている。米国で適用される税法には、州税法以外に、連邦憲法に基づき、連邦議会により制定された内国歳入法典（Internal Revenue Code, 以下「IRC」という。）、財務省が IRC の解釈指針として制定する財務省規則(treasury regulation)、その通達(ruling)等があるが、新たな判例により税法条文が改正されてきている[56]。

(1) 個別否認規定の制定とその限界

1970 年代から 1980 年代初頭においては、高い累進税率が課される富裕層を始めとする個人が所得税、又は法人が連邦所得税を回避するために、パートナーシップ等を利用して人為的に損失を作出して所得税を繰り延べる課税逃れ商品、「タックスシェルター」を用いる租税回避行為が米国において横行していた。そこで、財務省(Department of the Treasury)、内国歳入庁(Internal Revenue Service, 以下「IRS」という。）は、IRC183

55　IBM 事件の東京高裁判決文、第 3　当裁判所の判断　1（2）エ。東京高裁平成 26 年（行コ）第 208 号、平成 27 年 3 月 25 日判決。

拙稿、前掲論文「IBM 事件での濫用的タックスシェルターの予防策としての『経済的合理性基準』の明確化」、15 頁。

56　中田　信正『アメリカ税務会計論』中央経済社、1989 年、6 - 7 頁。

条（利益獲得の目的上、関連性のない活動）を修正して、タックスシェルターによる租税上の便益の否認、6700 条（濫用的タックスシェルター等の促進活動）、6221 条（パートナーシップ段階で決定される課税処理）、6662 条（加算税の賦課）、6111 条（タックスシェルターの登録）、6112 条（濫用的タックスシェルターとなり得る商品の企画者は投資家リストを保存しなければならない。）等でタックスシェルターによる租税回避への課税強化を図った。

有名な事件としては、Hilton 事件（パートナーシップを利用して、支払利子と減価償却を控除）、Grodt & McKay Realty 事件（牧畜プログラムへの投資による税額控除及び減価償却の控除）、Holladay 事件（パートナーシップの損失すべてを納税義務者に配分）を挙げることができる。

1980 年代後半から 1990 年代にかけて、デリバティブ取引、非課税法人を介在させた ADR 取引等の巧妙な金融手法を開発した大手会計事務所、投資銀行等が多額の譲渡所得を有する納税義務者に、国内のみならず軽課税国を介在したタックスシェルターを売り込み、名目上の損失を計上して譲渡所得を繰り戻す方法により国際的な租税回避を幇助する事件が目立つようになったので、濫用的タックスシェルターに対する規制の強化が図れた。1986 年税制改革法(Tax Reform Act of 1986)では、消極的事業活動による損失と事業所得、給与所得、配当所得等との通算を認めないとする IRC469 条の制定、代替ミニマム税の導入も行われた。また、1997 年には、タックスシェルターとは、(I)パートナーシップ若しくはその他の事業体、(II)投資計画若しくは投資の取決め(any investment plan or arrangement)、又は(III)その他の計画若しくは取決めで、その重要な目的(significant purpose)が連邦所得税の回避又は脱税(avoidance or evasion)であると定義した 6662 条(d) を制定した。

Rice's Toyota World 事件と Shriver 事件（両事件とも同じリース会社から中古コンピュータをリースバックすることにより支払利子と減価償却を控除）では、タックスシェルターを利用して租税上の便益(tax benefit)を享受しようと図ったが、裁判所が、事業目的に欠け、かつ、経済的実質を有しない取引であると判示して、それらの租税回避を否認した[57]。また、軽課税国を利用した租税回避事件としては、ACM 事件（外国法人と

57　ここに掲げた事件については、拙書『米国の一般否認規定の法定化とその意義に関する研究』中央大学出版部、2015 年にて詳述している。

パートナーシップを設立し、納税義務者の持分比率を設立当初より 99%に変更することにより名目上の損失と譲渡所得とを相殺した事件で、租税裁判所及び第 3 巡回控訴裁判所で国側が勝訴し、最高裁は上告却下した。）、並びに IES 事件と Compaq 事件（非課税法人から配当権利確定日直前に株式を購入後、権利落ちした当該株式を売却することにより人為的に譲渡損失を発生させて既存の譲渡所得と相殺し、外国税額控除の控除枠を利用して租税回避を図った事件）を挙げることができる。IES 事件と Compaq 事件での取引には、濫用的な租税回避か否かの判断基準である 2 要件、事業目的と経済的実質の双方を有しているとして、それぞれの控訴裁判所は原審を取り消して、その租税回避行為を容認した。

課税当局はこの敗訴を受けて、1997 年納税義務者救済法(Taxpayer Relief Act of 1997、以下「1997 年法」という。）の制定により、受取配当に対して支払った外国税に外国税額控除を適用するためには、当該配当の権利確定日を含む 30 日間のうち、最低 16 日間当該株式を保有しなければならない、とその保有期間を増す対処策を講じた（IRC901 条（外国税及び米国での保有に係る課税）（k）（所定の課税に係る最低保有期間））。1997 年法の個別否認規定の制定以降、権利落ちした株式を利用した租税回避は、納税義務者にとって魅力のある租税回避スキームではなくなったようである。

財務省、内国歳入庁は、269 条（所得税を脱税又は租税回避（evade or avoid income tax）するために実行される買収）、446 条（会計処理方法に関する一般規則）、及び移転価格税制に係る 482 条（納税義務者間の所得と控除の配分）により財務長官の権限を強化[58]し、租税回避に対する個別否認規定を必要に応じて制定してきた。例えば、前述の ACM 事件の影響を受けて、割賦販売方法が租税回避の手段として利用されないようにするために、財務長官は必要な又は妥当な規則を定めることができるとする IRC 第 453 条(j)を制定した。しかしながら、租税法の網を潜り抜けた複雑かつ巧妙な手法が、あたかも「逃げ水」の如く編み出されてきたために、個別否認規定だけでは適確なる対処が困難になってきた。そこで財務省、IRS は、コモンローから生成してきた ESD を法定化する必要性を認識し、その法理の法定化により濫用的タックスシェルターの防止を目的とする限定型否認規定とすべく、その実現に尽力することになる。

（2）経済的実質の法理の法定化とその効果

イ　背景

[58] 矢内一好『現代米国税務会計史』 中央大学出版部、2012 年、260－262 頁。

米国における大規模法人の法人税の負担割合（法人の法人税額を税引き前利益で除した割合）が 1994 年に 32%であったが、1998 年から 2000 年の 3 年間を除き逓減的に低下し、2004 年には 22.8%へと 10%ポイントも落ちた[59]。この法人税収の低下は、景気の動向によって大きく影響されるが、大方の見解によると、米国の大規模法人、特にＩＴ関連の法人が法人税の優遇措置（投資減税、外国税額控除等）を最大限に利用してきたこと、タックスヘイブンを含む軽課税国に例えば販売・研究開発拠点を形式的、又は実質的に設置して、本国の利益を計画的に移転してきた[60]、といわれている。販売・研究開発拠点が米国から軽課税国に分割・移転[61]するということは、米国内の利益の移転と共に優秀な人材の流出、雇用の減少、それに伴う地域経済の衰退、治安の不安定等を招くことになる。法人税収が恒常的に減少するということは、公共サービスを堅持することが困難となるので、その対応策として「所得課税から消費課税へ」という税制改革議論を促すことにもなる[62]。

米国議会は、このような財政の悪化を引き起こしている濫用的タックスシェルターの租税回避に対して、単に手を拱いているだけではなく、その対処策として税制改正により租税回避に対する個別否認規定を前述のように設定してきた。それにもかかわらず、目に見えるような効果を発揮させることができなかったので、財務省は経済的実質の法理（Economic Substance Doctrine, 以下「ESD」という。）に基づく法定化の導入を提案するようになる。

59　森信茂樹「米国の法人タックスシェルター問題とわが国へのインプリケーション」（『国際税制研究』No. 15、2005 年 12 月）、24 ページ。

60　その具体的な 1 例は、拙稿「軽課税国を利用した費用分担契約―米国ソフトウェア開発会社ザイリンクス社(Xilinx Inc.)に焦点を当てて―」（『企業研究』第 18 号、2011 年 3 月）、29－50 ページにて紹介している。

61　2014 年に入ってからは、オバマ政権が行っている租税回避への対抗措置を回避するために、軽課税国の法人を買収して、その国に米国本社を移転するという多国籍企業が現れてきた。例えば、2014 年 3 月にバナナ大手のチキータがアイルランドの同業者を買収、同年 7 月に製薬大手のアッヴィがアイルランドの特殊医薬品大手のシャイアーを買収、同年 8 月にファーストフード大手のバーガーキング・ワールドワイドがカナダのコーヒー・ドーナツチェーンを買収して本社を移転すると報道された。また、同年 4 月には、医薬品大手のファイザーが英国の中堅医薬品メーカー、アストラゼネカを買収して本社を英国に移転する計画が公表されたが、翌月にはこの買収を断念した。（2014 年 8 月 29 日付けの日本経済新聞。）米国政府は 2014 年 9 月 22 日に、法人税の負担軽減を目的とする海外企業の買収を制限する措置を発表したので、このような動向は当面下火になったようである。（2014 年 9 月 30 日付けの日本経済新聞。）米国の上場会社が、企業会計上の利益を高める一方、税務申告では租税上の便益を利用して利益を圧縮し、企業価値を高める経営方針を採っているので、このような大胆な租税回避策が喫緊の課題であった。

62　森信茂樹、前掲論文、25 ページ。

ロ　法定化の提案

まず財務省は、1999 年 7 月の報告書「法人向けタックスシェルターの問題（The Problem of Corporate Tax Shelters）」[63]において、その対抗措置の必要性として、

① 法人向けタックスシェルターが短期的な税収減のみならず、不公平を感じているタックスシェルターの利用者以外の者にとっても、現行の税制に不信を抱かせる結果になっていること、

② 濫用的タックスシェルターに対抗するために、過去数年間だけで約 30 もの個別否認規定を制定してきたが、それに伴い IRC が複雑化したこと、

③ 法人側及び政府機関側双方がタックスシェルターという非経済的な活動に多大なる資源を費やしていること（その具体例として、連邦政府が ACM 事件の訴訟に 200 万ドルも費やした事例）等を挙げている。

財務省は、この対抗措置を遂行するために、租税回避取引(tax avoidance transaction)によりもたらされた控除、税額控除等を否認する権限が与えられることを 2000 年度の予算案で提案した。因みに、財務省が定義した租税回避取引[64]とは、取引から得られると合理的に予測された税前利益（取引費用と経費として外国税額を算入した後(after taking into account foreign taxes as expenses and transaction costs)[65]の現在価値ベースで算定）が、その取引から得られると合理的に予測された租税上の便益の正味額（reasonably expected net tax benefits、つまり、現在価値ベースで算定して、その取引から生じる税金債務を超える租税上の便益額）と比較して大差ない(insignificant)取引としている。

その後、2000 年の財務省の ESD の法定化に関する提案、2001 年の濫用的タックスシェルターのシャットダウン法案、2003 年に倒産したエンロン社（タックスシェルターを多用したことで有名な法人。）に関する報告書、ESD に対する裁判所の判断に統一性をもたせるために、2005 年の両院合同課税委員会（Joint Committee on Taxation, 以下「JCT」という。）による ESD 適用の明確化に関する提案書、2007 年の ESD の法定化の法案、2008 年 9 年のリーマンブラザーズの倒産等を経て、2009 年 9 月に JCT は、米国大統領の 2010 年度予算案（The President's Fiscal Year 2010 Budget Proposal）

63　Department of the Treasury, " The Problem of Corporate Tax Shelters (Discussion, Analysis and Legislative Proposals)", and "Executive Summary, iii – v.", July 1999,

64　Ibid., p. 95.

65) 外国税額控除を利用した IES 事件及び ACM 事件において、国側が敗訴した経験から明記したものと思われる。

の歳入増対策として、これまで上程されてきた「経済的実質の法理の法定化」をまとめた報告書(JCS-3-09)[66]を作成して提出した。

ハ　経済的実質の法理の法定化

米国財務省の念願であった ESD の法定化は、10 数余年をかけ、正に紆余曲折を経て 2010 年 3 月 30 日にオバマ大統領が 2010 年ヘルスケア及び教育調整法（Health Care and Education Reconciliation Act of 2010、法案名：H.R. 4872、以下「2010 年法」という。）[67]に署名したことにより実現した「創設規定」である。このコモンローにおける法理を基盤とした ESD の法定化は、2010 年法の 1409 条　経済的実質の法理及び加算税の法定化（Codification of Economic Substance Doctrine and Penalties）により実現され、IRC7701 条(o)　経済的実質の法理の明確化（Clarification of Economic Substance Doctrine）という規定及び同条(o)の適用の射程範囲内(within the meaning of section 7701(o))にある経済的実質に欠けている取引に対する加算税に関する条項（6662 条（6）、6662A 条、6664 条、及び 6676 条）が創設された。加算税は原則として 20%であるが、経済的実質に欠ける取引に起因する過少申告で、事前に申告していない場合は 40%に重課するとする 6662 条(i)（1）及び（2）を新たに制定した。その意味で、米国の ESD は、Gregory 事件での判決を根源として、数々の判例を経て発展してきた法理である ESD を基盤としながらも、タックスシェルターの防止を主たる目的とした「一般否認規定」である。

本規定は、2010 年法が制定された 2010 年 3 月 30 日後に実行された取引、並びにその日後に実行された取引に係る過少納付、過少申告、及び還付請求から適用されることになった。この法案に対しては、従前より実務界、法曹界、税務専門家、学界等から慎重論、反対論があがっていた中での、この成果は、オバマ大統領が 2008 年の大統領選挙において公約として掲げていた医療保険制度改革に伴う歳出増を補填する手段として格好の時機であったようである[68]。JCT は、ESD の法定化及び過少納付に対する加算税の賦課により、2010 年からの 5 年間で 18 億ドル、10 年間で 45 億ドルの歳入増になる

---

66) Joint Committee on Taxation, “Description of Revenue Provisions contained in the President’s Fiscal Year 2010 Budget Proposal, Part Two: Business Tax Provisions”(JCS-3-09), September 2009, pp. 34-71.

67) 111th Congress 2nd Session, H. R. 4872, “Health Care and Education Reconciliation Act of 2010”, March 30, 2010.

68) Joint Committee on Taxation, op.cit., JCS-3-09, p.34.

本報告書の 34 ページには、「II. 歳入増対策（Revenue Raising Proposals）」の最初の提言として、「ESD の法定化（A. Codify Economic Substance Doctrine）」が記述されている。

と予測した[69]。

ニ　法定化の内容

法定化された IRC7701 条(o)は、次の項目から構成されている。

・サブパラグラフ（1）法理の適用
・サブパラグラフ（2）納税義務者が潜在的利益に依拠している場合の特則
・サブパラグラフ（3）州税及び市町村民税の便益
・サブパラグラフ（4）財務会計上の便益
・サブパラグラフ（5）定義及び特則

IRC7701 条(o)(1)法理の適用（Application of doctrine）では、次のように定めている。

「経済的実質の法理が関連する取引の場合には、
（A）その取引が、（連邦所得税上の効果とは別に）何らかの意義を持って、納税義務者の経済的状況(economic position)を変え、かつ(and)
（B）納税義務者が、その取引を実行することについて（連邦所得税上の効果とは別に）実質的な目的(substantial purpose)を有しているときに限り(only if)、そのような取引は経済的実質を有するものとして(as having economic substance)取り扱われる。」

この IRC7701 条(o)(1)の内容は、ESD が関連する取引であると裁判所が決定した場合に、その取引が要件（A）及び（B）の 2 要件を満たしているときに限り、経済的実質（ESD ではない）を有するものとして取り扱われる。つまり、（A）及び（B）を満たす[70]と ESD ＝経済的実質ではないが、ESD≒経済的実質とみなされて、その取引に係る租税上の便益は容認（「否認」ではない）されることになる。

この内容では、本条のタイトルが「法理の適用」になっているにもかかわらず、経済的実質を有するとみなされるための要件を規定しているだけで、ESD が「いつ」適用されるかが明確でない。冒頭に「経済的実質の法理が関連する取引の場合」と規定しているので、議会が容認した税額控除、例えば低額所得者向住宅税額控除（42 条）、新規市場開拓税額控除（45D 条）、修復支出税額控除（47 条）を除いた取引で、議会が予定していない税額控除を伴う取引が行われた場合に、ESD が適用されることになるのであろう[71]。

69　Joint Committee on Taxation, Estimated Revenue Effects of the Amendment in the Nature of a Substitute to H.R. 4872(JCX-17-10), March 20, 2010, p. 3.

70）この 2 要件を満たす場合を「結合的二分肢」といい、いずれかの 1 要件を満たす場合を「非結合的二分肢」という。

71) Joint Committee on Taxation, op. cit., JCX-18-10, note 344 p. 152.

コモンローから生成された ESD については、IRC7701 条(o)(5)(A)（経済的実質の法理）として、次のように規定している。

「『経済的実質の法理』という用語は、取引が経済的実質を有していない又は(or)事業目的を欠いている場合に、その取引に関するサブタイトル A（所得税）に規定する租税上の便益が認められない(are not allowable)というコモンローの法理を意味する。」

この定義は、①コモンローによる ESD、②租税上の便益の否認、及び③その否認の理由として、経済的実質を有していない又は事業目的を欠いている、という 3 要素から成り立っている。従って、コモンローによる ESD は、IRC7701 条(o)(1)の定義と明らかに異なり、ESD イコール「経済的実質」ではない。

コモンローから生成された ESD では、経済的実質を有していない（客観的な要件）、事業目的を欠いている（主観的な要件）、又はその双方を有していないかを分析して、この 2 要件を満たしていればその租税回避は当然に否認されるが、その 2 要件のうち、経済的実質、又は事業目的のいずれかを有していれば、その租税回避は容認される可能性があることになる。このような判断基準を明示したのは、Rice's Toyota World 事件での租税裁判所の判決文であり、その判決を容認した第 4 巡回控訴裁判所の判決文である[72]。

ホ　法定化の影響とその効果

財務省は、納税義務者が事業目的という主観的分肢を満たしていると法廷で主張した場合に、それを反証することの困難さ、不確実さを経験してきたので、客観的分肢である経済的実質を前面に出す必要があったようである。その結果が、ESD をベースにした結合的二分肢の明確化及び経済的実質を欠いている取引に対する加算税の賦課条項の制定である。これらを盛り込んだ 2010 年法の創設により、法的安定性と予測可能性の向上、司法の判断の統一化を図れると共に、訴訟費用の節約、歳入増（5 年間で 18 億ドル）という効果が期待できる、と財務省は報告している。

2010 年法成立以降、租税回避に係る判決が出されているが、2010 年法を適用した最高裁判決は、現時点まで存在していないようである。しかし、経済的実質を欠いていることを理由に否認された事件がこの数年間で散見する。その判例としては、外国税額控

72) Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue, United States Tax Court, 81 T.C. 184, August 29, 1983, Note 17, p. 203.

Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, 752 F. 2d 89, January 7, 1985, pp. 91-95.

除を利用したAIG事件とBank of New York事件(801 F.3d 104(2nd Cir. 2015)[73]、STARS取引による外国税額控除を図ったSalem事件、”Son of BOSS”というタックスシェルターを利用したJade Trading事件(598 F.3d 1372(Fed. Cir. 2010) & No. 03-2164T (Fed. Cl. 2011)), それ以外のタックスシェルターを利用した Woods 事件（134 S. C. 557(2013)), WFC事件（134 S. C. 2724(2014))[74] 等が挙げられる。これら直近の判例には、2010年法のESDを例に挙げ、あるいは脚注に表記しているので、タックスシェルターの予防薬としての効果があったと窺うことができる。

第2巡回控訴裁判所は、ESDの法定化に対して、下記の通り肯定的に捉えている。

「経済的実質に係るIRC及び財務省規則の最近の改正（但し、改正以前に発生した本事件には適用されないが）は、議会の趣旨についての当裁判所の解釈が正しいことを裏付けている。2010年に議会は、次のような認識の基でESDをIRCにおいて法定化した。つまり、『規定に厳密に依拠した税制(strictly rule-based tax system)では、想定しうるあらゆる取引が企てている成果を満遍なく規定することができないので、想定外の成り行きすべてを予防することはできない。』H.R. Rep. 111- 443, pt.1, at 295 (2010). 本規定は、当裁判所も含めて多くの控訴裁判所で用いられている二分肢経済的実質テスト(two-part economic substance test)を法定化したが、その規定は、米国内で経済的実質として何十年もの間、判例法とされてきた。外国税額控除等についても ESD の適用範囲外とはならない。」[75]

4.　本日愛租税条約事件と同種の事件は、米国では否認か

本稿「2.」で検討したように、本日愛租税条約事件の実態は、半世紀近く前に締結された租税条約が改訂されずに現在も効力を発していること[76]、濫用的タックスシェルターに対する適切な個別否認規定が全く制定されていないことが露呈した事件であった。

73　Bank of New York事件の判決文脚注7では、2010年法が制定され、結合的二分肢テストが採択された旨及び2010年法は遡及適用されないので、これらの事件には適用されない旨を述べている。なお、最高裁は本事件の上告に対して、AIG事件と共に2016年3月7日付でコメントすることなく上告不受理決定している。

74　上記の判決概要は、拙稿「グレゴリー事件判決がその後の判決に及ぼした影響」（『税務事例』Vol.48 No.2、2016年2月号）、38－40ページに記述されている。

75) The Bank of New York Mellon Corporation. v. Commissioner of Internal Revenue, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 801 F. 3d 104, September 9, 2015, p. 114.
この見解は、多くの裁判所がESDの法定化を望んでいたことを裏付けるものである。同上論文、40頁。

76　米国とアイルランドは、1998年1月1日に租税条約を改定している。その22条（その他の所得）には、導管取引に係る規定はないが、23条(条約の特典)を規定している。

要するに、法律という「武器」を全く装備せずに、素手で堅牢な「回避所」を責めても突破口すら見出せないことが判明した。挙句の果てに、法源として拘束力のないOECDのモデル租税条約を持ち出して、拡張解釈をしても所詮借り物は借り物、とても戦力にはならない。

では、濫用的タックスシェルターに対する法定化を成し遂げた米国において、本日愛租税条約事件と同種の事件が発生した場合、その租税回避行為を否認できるような個別否認規定が存在するのか否かを検討する。

（1）国内法による租税条約濫用防止規定の制定

米国は一般的に、裁判におい る判例の蓄積により形成されるコモンローの国といわれているが、前述したように、裁判所の判断の統一性を図るためにも重要な事項に対しては法定化を試みてきた。濫用的タックスシェルターに対する対抗策として 2010 年に漸く法定化されたのが、IRC7701 条(o)（経済的実質の法理の明確化）である。一方、租税条約の濫用による租税回避を防止するために、財務省は 2 つの IRC を制定している。

① 米国は、IRC894 条（租税条約により影響を受ける所得）(c)（ハイブリッド事業体を通した一定の支払いに係る条約上の特典の否認）という条項を創設している。本条は、ハイブリッド事業体やリバース・ハイブリット事業体について、条約による源泉所得税の軽減税率が適用できるための条件を規定している（1997年8月5日に修正）。

「（1）　一定の支払いに係る適用　―　外国の者は、米国とその外国との租税条約において次の要件を満たす場合には、本条の目的上、パートナーシップとして取り扱われる（又は税務上透明として取り扱われる）事業体を通して派生する所得の項目に本条によって課せられるいかなる源泉所得税の軽減税率を享受することはできない。

（A）　その所得の項目が、その外国の租税法の目的から、そのような者の所得として取り扱われない、

（B）　その条約には、パートナーシップを通して派生した所得の項目の場合に、当該条約の適用性に係る規則がない、そして

（C）　その外国には、そのような事業体からその者への所得の分配に対して、租税を課さない。」

ここでパートナーシップとは、営業、金融業、又は投機的活動等(any business, financial operation, or venture)を遂行するために組成された、シンジケート、グループ、協同組合(pool)、合弁事業、又はその他の法人格なき団体(other unincorporated organization)で、法人又は信託又は財団以外のものを含めている（IRC761 条(a)）。また、パートナーという用語は、パートナーシップの構成員を意味する。

我が国には、IRC894 条(c)を内容とする条項が未だに規定されていない。また、本稿

で取り上げた事件に係る日愛租税条約 23 条では、「同条約 22 条までの諸条に明文の規定がない」ので、「その他の所得」として他方の締約国であるアイルランドにおいてのみ租税が課せられることになる。同条約 11 条の配当所得、又は同条約 12 条の利子所得に該当する旨の根拠規定を当てることができれば別であるが。

② 米国は、財務省規則を制定することができる権限を財務省に与えるとする規定、IRC7701 条（諸定義）(l)（導管的取決めに関する規則(Regulations relating to conduit arrangements)）を 1993 年 8 月 10 日に創設している[77]。

「多数の当事者による金融取引(any multiple－party financing transaction)でも、そのような 2 以上の当事者間による正に 1 つの取引として(as a transaction directly among any 2 or more of such parties)性格付け直すこと(recharacterizing)が、本条により課せられる租税を回避させないようにするために適切である、と財務省長官が決定した場合には、財務省長官は財務省規則を制定することができる。」

この CIR の創設の意義は、多数の当事者による導管的取決めである金融取引（§1.881 - 3(a)(2)(ii)に規定する借入れ、法人への株式投資（又はパートナーシップ、信託、又は他の者への持分）、リース又は特許権供与、前渡し金、資産の使用権供与等）を無視して、そのような 2 以上の当事者による一連の取引を正に一つの取引に置き換える権限を財務長官に与えたことである。

この「導管」という用語は、我が国の課税庁にとっても馴染みのある用語である。例えば 2004 年 3 月 30 日付で発効された新日米租税条約の「第 21 条（その他の所得）4」[78]に規定する「導管取引」への条約特典の不適用の条項が明記されているからである。但し、本日愛租税条約事件における一連の取引が「導管取引」である、との記述を判決文からは見出せなかったので、課税庁はこの点を何ら主張しなかったようである。

新日米租税条約の締結に携わった浅川雅嗣氏は、次のように記述している。

---

77 矢内一好『詳解　日米租税条約』中央経済社、2004 年、199 頁。

78 「一方の締約国の居住者は、1 (a)から(f)までに掲げる者のいずれにも該当せず、かつ、2 の規定に基づきある所得についてこの条約の特典を受ける権利を有する場合に該当しないときにおいても、この条約により認められる特典についての要求を受ける締約国の権限のある当局が、当該締約国の法令又は行政上の慣行に従って、当該居住者の設立、取得又は維持及びその業務の遂行がこの条約の特典を受けることをその主たる目的の一つとするものでないと認定するときは、この条約の特典を受けることができる。」

「本条 4 は『その他の所得』に関する濫用防止規定である。ある権利又は財産に関し日米間で『その他の所得』が支払われた場合に、

i）　当該その他の所得の受領者が、同一の権利又は財産に関し、第三国居住者に対してその他の所得を支払っていること

ii）　双方の支払の間に条件関係が認められること

iii）　当該第三国居住者が、本来その他の所得の源泉地国と当該第三国との租税条約に基づき日米条約に基づく特典と同等か又はより有利な特典を得られる立場にはないこと

のいずれもが満たされるときは、当該受領者は『その他の所得』の『受益者』とはされない（本条 4）。」[79]

では、この「導管的取決め」とはどういう取引であり、どのような場合に、「導管的取決め」とみなすことができるかの根拠規定を検討する。なぜならば、本日愛租税条約事件が、租税回避計画に基づいて導管的取決めにより、分配金に対する源泉所得税を免れた、と思料するからである。

（2）導管的取決めによる租税回避を否認する規定

金融取決めに係る取引をした場合に、導管主体が参加したか否かを判断する基準とは何か、という問いが次に出てくる。米国は、上記 IRC7701 条(l)を根拠に、財務省規則§1.881−3（導管を用いる金融上の取決め(Conduit financing arrangements)）(a)（一般規則及び定義）、(3)（導管主体の参加を無視）(ii)（導管主体を無視する効果）（E）（中間事業体と融資先の両者とに関係しない金融機関に対する特別規則）、（4）（導管主体として取り扱う基準）(i)（中間事業体は、以下の要件を満たすと金融取決めに関連して導管主体となる）等を規定して、導管的取決めの具体的内容、手続き及び具体例を説明している[80]。

79　浅川雅嗣『改訂日米租税条約』中央経済社、2005 年、184 頁。

80　一高龍司「租税条約の濫用防止に関するわが国の課題」（『租税研究』、2016 年 10 月）、193 頁。

まず、同条(a)（一般規則及び定義）として、次のように規定している。

「(1)　目的と範囲
本条は 7701 条(l)を根拠として、課税当局の現場責任者（director of field operations）が 881 条（米国での事業に関連しない外国法人の所得に対する租税）の目的上、金融上の取決めに関与する 1 以上の中間事業体、つまり導管としての役割を果たす事業体の参画を無視することができる、とするルールを定める。」（括弧内は筆者）

ここで引用されている IRC881 条の(a)（課税）では、次のように定めている。
「サブセクション(c)（外国法人が一定の借入資金によるポートフォリオ投資から受領した利子に対する課税の廃止）に規定されていることを除いて、外国法人が米国内で稼得した金額の 30%を各課税事業年度に課税する。」（括弧内及び棒線は筆者）

課税当局はこの規則により、租税回避をするために導管としての役割を果たす事業体を一連の取引に介入させても、それらの参画を取り除いて、正に 1 つの取引に引き直すことができる。
次に（2）（定義）(i)（金融上の取決め）を定めている。

「金融上の取決めとは、ある者（金融機関）が当該資金又はその他の資産を融通し、若しくは当該資産の使用権を許可し、他の者（融資先、借入者）がその資金又はその他の資産、若しくはその資産の使用権を受領する一連の取引において、1 以上の他の者（中間事業体）並びに金融機関、各中間事業体、及び融資先を結びつける金融上の取引（本条のパラグラフ (a)(2)(i)(B)が適用される場合を除く）の存在があることを意味する。」

本規則を読むと本日愛租税条約事件が、概ね米国上場会社 E グループと非関連の K グループが導管的取決めにより実行された租税回避行為（投資メモ、K グループ内での貸し借り行為、さらに、K グループの U が、被控訴人ら（E グループ）の V からの 456 億円の資金調達に保証書を差し入れた事実等を考慮して）ではないか、との疑念を抱かせる。

米国は、本条(a)(4)（導管主体として取り扱う基準）を設けて、一連の取引の中で、どのような要件を満たすと、中間事業体が導管主体とみなされるかの基準を定めている。

「(i) 中間事業体は、以下の要件を満たすと金融取決めに関連する導管主体となる。

(A) 金融取決めに中間事業体（又は複数の事業体）が参加して、§881 条（米国での事業に関連しない外国法人の所得に対する租税）により課された税額（当該金融取決めを仕組んだ金融取引の支払いに対する、§881 条により課された当該集合体の税額(aggregate tax)を、本条のパラグラフ(d)（租税債務税額の決定）により本来課されるべきであった税額と比較して決定された税額）を減少させる。

(B) その中間事業体が当該金融取決めに参加することが、租税回避計画に従っている。

(C) 次のいずれか

(1) その中間事業体が当該金融機関(financing entity)又は当該融資先(financed entity)と関係がある、又は

(2) その中間事業体は、実質的に同じ条件では当該金融取決めに参加していなかったとしても、実際のところ、当該金融機関はその中間事業体との当該金融取引に従事していた。」（棒線は筆者）

この導管主体とみなされる 3 つの要件を簡潔にまとめると、次のようになる[81]。

(A) 中間事業体が参加することにより、本来課される税額が減少していること。

(B) その中間事業体の参加が租税回避計画に従っていること。

(C) その中間事業体が金融機関又は融資先と関係があること、若しくはその中間事業体が金融機関と金融取引を行ったという事実があること。

[81] 一高、前掲論文、193 - 194 頁。

本日愛租税条約事件では、課税庁が分析したように、K グループを構成する事業体と q グループを構成する事業体との取引で、これら両グループは「丁」の支配下にある。匿名組合契約にしても、出資持分譲渡契約にしても、法形式上はそれぞれの事業体が取引を行っているようになっている。但し、この段階では、導管的取決めがあった、と確証するまでには至らないであろう。

（3）租税回避計画に基づく導管取引は否認

導管的取決めがあったとしても、それを決定づける客観的根拠、つまり中間事業体の参加が租税回避計画に沿って、各取引が順序正しく行われたことを表すものが存在するか、を次の§1.881－3(b)（中間事業体の参加が租税回避計画に従っているか、に関する判断）は求めている。

「(1)　概要

租税回避計画とは、その主たる目的の１つが§881 によって課される租税を回避する計画である。§881 によって課される租税を回避することは、他の目的（それらを一緒にしたり、別々にしたりして)がより重要である場合もあるが、主たる目的の１つであることに間違いはないであろう。この点に関して重要性を持つものは、一般的にいって、その金融取決めに中間事業体の参加をもたらすことであって、金融取決めを作成しておくことにあるのではない。当該租税回避計画というものは、公式でも非公式でもよく、書面でも口頭でもよく、その金融取決めに１以上の当事者を巻き込ませなければならない。その計画は、当該金融取決めに記載されている金融取引が実行される最終日まで存在していなければならない。税務調査の責任者は、そこでの事実及び状況から租税回避計画があることを推察できる。租税回避計画が存在しているかを判断する際に、税務調査の責任者は、中間事業体が金融取決めに参加する目的に係るあらゆる関連証拠を比較検討する。」（棒線は筆者）

租税回避計画があるか否かは「事実及び状況」から推察できる、と本規則は定めている。本日愛租税条約事件において、租税回避計画に相当するものは、課税庁が主張した「投資メモ」がその１つであり、その状況証拠としては、本稿の「2.（3）イ　匿名組合契約関係について」と「ロ　借入契約及びスワップ契約関係について（図 2）」を読め

ば、各関連当事者が租税回避計画に基づいて１日も無駄にすることなく、金銭の貸し借りがなされ、持分の譲渡が行われていることが窺える。但し、被控訴人らは、各投資メモには、各借入契約や各取引確認書に関する記載は存在しないし、それらの書類に「丁」の承認があったことが裏付けられるとはいえないと反論しているので、この時点で一筋の光明が見えたが、この濫用的タックスシェルターを取り壊すまでには至っていない。

（4）導管的取決めにより租税回避がなされたことを示す決定的根拠

これまで一連の取引が導管的取決めによる租税回避であることを確定するための手続きを財務省規則に沿って、ステップ毎に検討してきた。しかしながら、洗練された税務の専門家が、租税法の抜け穴を探し出して緻密に構築されたタックスシェルターを取り崩す突破口を見つけ出すことは、並大抵のことではない。この状態では、未だに裁判所を真に説得できる決定打を欠いていることになる。

そこで必要となる法理が、数々の租税回避判例からの経験知を法定化した「経済的実質の法理（ESD）」であることを本稿 3.で記述した。この法定化された ESD において、一連の取引が経済的実質を有するものとみなされるためには、結合的二分肢（つまり租税上の便益の獲得以外に、経済的状況を変えること、かつ、実質的な目的を有することの２要件）を満たさなければならない。そこで、日愛租税条約事件で主役を演じたアイルランド法人 K（LSIF 社）が結合的二分肢を満たす役割を果たしたかを査定してみる。

筆者には、地裁と高裁の判決文に記載された「事実の概要等」からしか査定することができないため、本査定は、その限られた情報からの判断であることを前提とする。

結論からいって、K は租税回避計画に基づいて導管としての役割を果たすのみで、能動的な事業活動をしない中間事業体であるので、結合的二分肢を満たしていない、と推考し得る。なぜならば「事実の概要等」から判断して、

① K は、本事件直前の 2001 年 6 月頃にアイルランドに設立され、真の第三者との取引が全くなく、K グループ内のファイナンシャルセンターとして機能しているのみであるので、源泉所得税の免除以外に実質的な目的を有していないし、かつ、

② K の損益状況は、P からの借入に係る支払利子（但し、2003 年 10 月 3 日に利息及び元本の返済が行われていないことが判明したことから、これは単なる誤謬ではなく、借入契約自体が法形式を整えるための内部取引であることを示唆している。）

と 1%分の利益分配金位のみで、経済的状況に変化がない状態（税引前利益がない、あるいはほとんどない状態）であるので、

Kに係る一連の取引には経済的実質を有していないからである。

本事件に係る情報が限られているので、その根拠は多くの場合、状況証拠にならざるを得ない。しかし、財務省規則§1.881−3(b)(2)（租税回避目的の存在又は欠如を判断する際に考慮すべき要素）と同条(b)（3）（重要な金融活動が関連中間事業体によって実行された場合の根拠）を基に結合的二分肢テストをすると、本事件の実体は、濫用的租税回避であることが判明する。

まず財務省規則§1.881−3(b)(2)（租税回避目的の存在又は欠如を判断する際に考慮すべき要素）には、次のように定めている。

「(i) 税額の重要（相当）な減少

税務調査の責任者は、その金融取決めに当該（複数の）中間事業体が参加することにより、本来§881により課せられる税額をかなり減少させているかを検討する。中間事業体が税額を相当減少させることになる、米国との租税条約の締約国の居住者であるという事実だけでは、租税回避計画の存在を確定するのに不十分である。中間事業体の参加が、概してその税額をかなり減少させているかの判断は、当該金融取決めを仕組んだ金融取引の支払いに対する、§881条により課された当該集合体の税額を、本条のパラグラフ(d)により本来課されるべきであった税額と比較して行われる。
（中略）　税額の減少率は大きくなくても、その税額の絶対額の減少が重要なのかもしれない。その減少が絶対額で又は相対額で、かなりの金額であれば、税額の減少が重要であるかもしれない。」（棒線は筆者）

日愛租税条約事件での主たる争点は、被控訴人らが本来源泉徴収して日本に納付すべき分配金の源泉所得税の額19億円と不納付加算税2億円が、匿名組合契約の組合員Gからアイルランド居住のKに出資持分が譲渡されたことにより、免税されたことにある。従って、本租税回避計画により租税軽減を図ることができたが、果たして、アイルラン

ド居住の K が、本件の一連の取引において実体のない、導管としての中間事業体であったか、を証拠立てる必要がある。

そこで、次の規定を検討する。

「(ii) 貸付け（資金提供）能力(Ability to make the advance)

税務調査の責任者は、当該中間事業体が融資先に資金を提供する際に、金融機関から資金又は他の資産の提供を受けることなく、十分な自己資金又は他の資産を所有しているか（又は多数の中間事業体が介在する場合、その中間事業体のそれぞれが、その融資先又は他の中間事業体に資金を提供する際に、金融機関又は他の中間事業体から資金又は他の資産の提供を受けることなく、十分な自己資金又は他の資産を所有しているか）を検討する。」（棒線は筆者）

つまり、中間事業体が、実体ある融資活動を遂行していることを証明するためには、融資するに必要な自己資金を事前に保有していたか否か、を納税義務者は示さなければならない。それにもかかわらず日愛租税条約事件では、K が G から持分を買取るのに必要な資金約 236 億円は、全て P から融資を受け、一方、P はその資金を Q と R からの融資で賄っていた事実がある。P が何ら自己資金なく借入れて即、K に貸出したという事実、K は何ら自己資金がなく P から借入れて即、出資持分を G から買入れたという事実から、租税の軽減を主たる目的として租税回避計画に沿って形式的に活動するペーパーカンパニー（IBM 事件での中間持株会社と同じ役割）[82]と推定することができる。

それを見極めるための判断基準を定めたのが、次の規定である。

「(iii) 1 つの金融取引から次の金融取引までの期間(Time period between financing transactions)

税務調査の責任者は、その金融機関による中間事業体（多数の中間事業体が介在する場合、1 つの中間事業体から別の事業体）への資金又は他の資産の提供、若しくは資産の使用権の供与と、その中間事業体による融資先への最終的な資金又は他の資産

82　拙稿、前掲論文（IBM 事件）、27 頁。

の提供、若しくは資産の使用権の供与とを切り離して、その時間差の長さを検討する。その時間差が長ければ、租税回避計画の存在がないことの証拠になるが、その時間差が短ければ、租税回避計画の存在の証拠となる。」（棒線は筆者）

日愛租税条約事件では、3 回にわたる資金の貸し借り・持分の売り買いがそれぞれ 2001 年 6 月 1 日、同年 8 月 29 日及び同年 8 月 30 日に K を経由して全て実行されている。これらの取引の実行は、綿密な租税回避計画が事前に関連当事者に知らされていた、とするのが自然であろう。

K の活動が租税回避計画に沿って実行されてきたようであるが、その活動は重要な金融活動か否かを確認すべき、というのが財務省規則§1.881−3(b)（3）（重要な金融活動が関連中間事業体によって実行された場合の根拠）である。

「 (i) 一般的ルール

（複数の）中間事業体が、いずれかの又は双方の金融事業体若しくは融資先に関連し、その中間事業体が金融取決めの一部を形成する金融取引に関して、重要な金融活動を担っている場合には、金融取決めにおける中間事業体の参加は、租税回避計画に従っていないと推定される。当該金融取決めにおける中間事業体の参加が租税回避計画に従っている、と税務調査の責任者が立証すれば、この推定を覆すことができる。」

ここでいう「重要な金融活動」とはどのような活動であるかは、財務省規則§1.881−3(b)（3）(ii)(B)(能動的なリスクマネジメント)に次のように定めている。

「（1）概要

中間事業体の役員及び従業員が、そのような金融取引（本セクションのパラグラフ(b)(3)(ii)(B)(3)（支配法人グループのための単なるキャッシュマネジメントとしての役割）に記載されている金融取引以外の取引）において中間事業体を参加させるのに、能動的にかつ実質的に関与し、そのような金融取引に関して本セクションのパラグラ

フ(b)(3)(ii)(B)(2)に記載された事業活動及びリスクマネジメントを遂行し、さらに、当該金融取引における中間事業体の参加が、取引コスト並びに間接固定費及び他の固定費を節減することにより、効率的な節約をもたらす（又は節約をもたらすと合理的に期待できる）場合に限り、その中間事業体は、金融取引に関して重要な金融活動をしているとみなされる。」

判決文を読む限りにおいては、K が中間事業体として能動的かつ実質的に金融取引に関与したという事実を見出すことは困難である。

さらに、事業活動につきもののリスクを負うような活動を K が実行していたかを確認すべきとするのが、次の規定である。

「（2）事業活動とリスクマネジメントに係る要件

中間事業体が設立された国（又は、その中間事業体が租税条約の便益を請求する国）において、その役員及び従業員が、次の(i)及び(ii)の要件を満たす場合に限り、その中間事業体は、重要な金融活動をしているとみなされる。

(i) その中間事業体の日常業務に対して全般的に管理し、積極的に経営すること。このような業務は本来、実質的な営業又は事業若しくは実質的な関連当事者グループのために指揮監督、業務管理及び財務管理から成り立っている。

(ii) その中間事業体にとって不可欠な財務及び資本に関する管理業務（通貨リスク及び金利変動リスクの管理を含む）並びに中間事業体が非関連当事者と取引を実行して短期の運転資金の運用管理に起因する重大な影響を及ぼすマーケットリスクを継続して積極的に管理すること。」

K には、専属の役員や従業員が日常業務を行っている、とする事実を見出せないし、その財務及び資本に関する管理業務に伴うリスク管理、非関連当事者との取引も行われ

ていない[83]ようであるので、ESD の経済的状況の変化を及ぼすような活動が行われていない、と判断し得る。高裁は、被控訴人らの主張を受けて、K には投資損失が出た場合に、その損失を引き受けるリスクがある、と判断した（本稿 2.（4）ロ（ハ）①）。しかしながら、この損失リスクは、丁の支配下の K グループ内のリスクであって、実態ある取引によるリスクではないので、高裁の判断に疑問を呈する。

さらに、本稿脚注 21 に記述したように、原審で納税義務者は、「匿名組合員たる当事者は、契約締結時から平成 13 年 6 月までは、M という米系投資ファンドを中核とする K グループの関係会社である G であり、それ以降は G と同じく K グループの一員である法人として G から契約を譲り受けた K である」と明言している。このことは、日愛租税条約 23 条の特典を享受する目的のために、一連の取引に急遽、K をアイルランドに設立して、導管としての役割を果たさせた、と推察しても無理ではないであろう。K の事業活動には、租税を軽減すること以外の実質的な目的を有していない、といえる。

以上の結果、結合的二分肢を満たさないことから経済的実質を欠いているとして、米国財務省は、その享受した特典を否認することができるであろう。

しかしながら、我が国には、米国と異なり、国内法で明文規定という武器を事前に装備していなかったばかりか、半世紀も前の租税条約の改訂作業を怠っていたのであるから、最高裁が門前払いしたのは当然である。我が国は、米国と異なり、課税庁側に立証責任があるので、国際的な租税回避事件を取り扱う場合に、証拠集めの権限発揮のできない経験からしても、まず明文の個別否認規定を早急に制定すべきである[84]。

83　デンソー事件において最高裁は、対象法人には、このような日常業務、管理業務を行い、相当の規模と実体を有することから、単なる株式保有業ではない、と判示した。拙稿、前掲論文「IBM 事件」、26 - 27 頁。

84　今村教授によると、韓国では導管取引を否認する個別否認規定、国税基本法 14 条 3 項や国際租税調整に関する法律 2 条 2 項があり、「もし納税義務者が、第三者を通じ又は 2 つあるいはそれ以上の行為あるいは取引を通じるとの間接的な方法を使って租税上の便益を得たときには、租税法は経済的実質に基づいて適用されるべきである。」と規定している。日愛租税条約事件と同じローンスター・グループが設立した米国デラウェア州の LPS,バミューダ LPS 及びバミューダ会社が、キャピタル・ゲインが非課税であるベルギーに設立した株式合資会社を導管法人として利用した Loan Star 事件がある。今村　隆「バミューダ LPS の租税法上の『法人』該当性」（『税研』2015 年 5 月）、24 - 25 頁。

5.　おわりに

日愛租税条約事件において最高裁が不受理決定したことに対して、税務大学校の小柳教授は、その理由を推測することは難しいが、「最高裁は何も判断していないというのが、やはり正しい理解であろう。」と明記している。本稿では、果たして、この理解が適切なものであったかを中心に本稿で検討した。

本稿での検討の結果、課税庁が日愛租税条約事件に係る一連の取引を租税条約の濫用である、と分析したまでは適切であったが、最高裁が本事件でも不受理決定という「門前払い」をした主因は、IBM 事件同様、国際的租税回避に対する明文の規定のない、拡張解釈による否認という課税庁の姿勢にあるのではないか、と推考した。タックスヘイブンを利用した国際的租税回避が頻発しているにもかかわらず、なぜ半世紀も前の日愛租税条約を改訂しなかったのか、2003 年に締結された新日米租税条約では既に「導管取引」への条約特典の不適用条項があるのに、なぜアイルランドと交渉してこなかったのか、なぜ OECD モデル租税条約を本事件で持ち出して条約特典を否認しようとしたのか、なぜ米国のように、租税回避に対する具体的な個別否認規定はもとより、一般否認規定[85]・租税条約の濫用防止規定を制定してこなかったのか等々。日愛租税条約事件、IBM 事件では、立法府、課税庁の濫用的タックスシェルターに対する不作為さ、それに起因する税収減に何ら責任を取らなかったことに対して公憤を覚える事件であった。

日愛租税条約事件、IBM 事件も担当した宮崎裕子弁護士（現在は最高裁判所判事）は、国際的租税回避対抗措置として、各種税制をアップデートし、課税要件を明確化して、「合理的な範囲で課税の適正化をはかるよう不断の立法努力をすることこそが、納税者に法的安定性と予測可能性を保証する途であり、法的対応としては王道である」[86]と提言している。上記両事件を審議した大方の裁判官が、本事件は国際的租税回避事件ではないか、とたとえ認識できたとしても、具体的な個別否認規定が制定されていなかったので、上告不受理決定という「門前払い」を選択せざるを得なかった、と思料する。

85　OECD 加盟国のうち、我が国のみが一般否認規定（GAAR）を導入していない状況である。その理由の 1 つが、「かつてナチスドイツにおいて多用された一般的租税回避否認規定を設けることについては、やはり慎重な態度が要求されるのではなかろうか。」（中里　実「租税回避をめぐる議論」（『税経通信』2018 年 12 月）、3 頁）との発言にあるのであろうか。

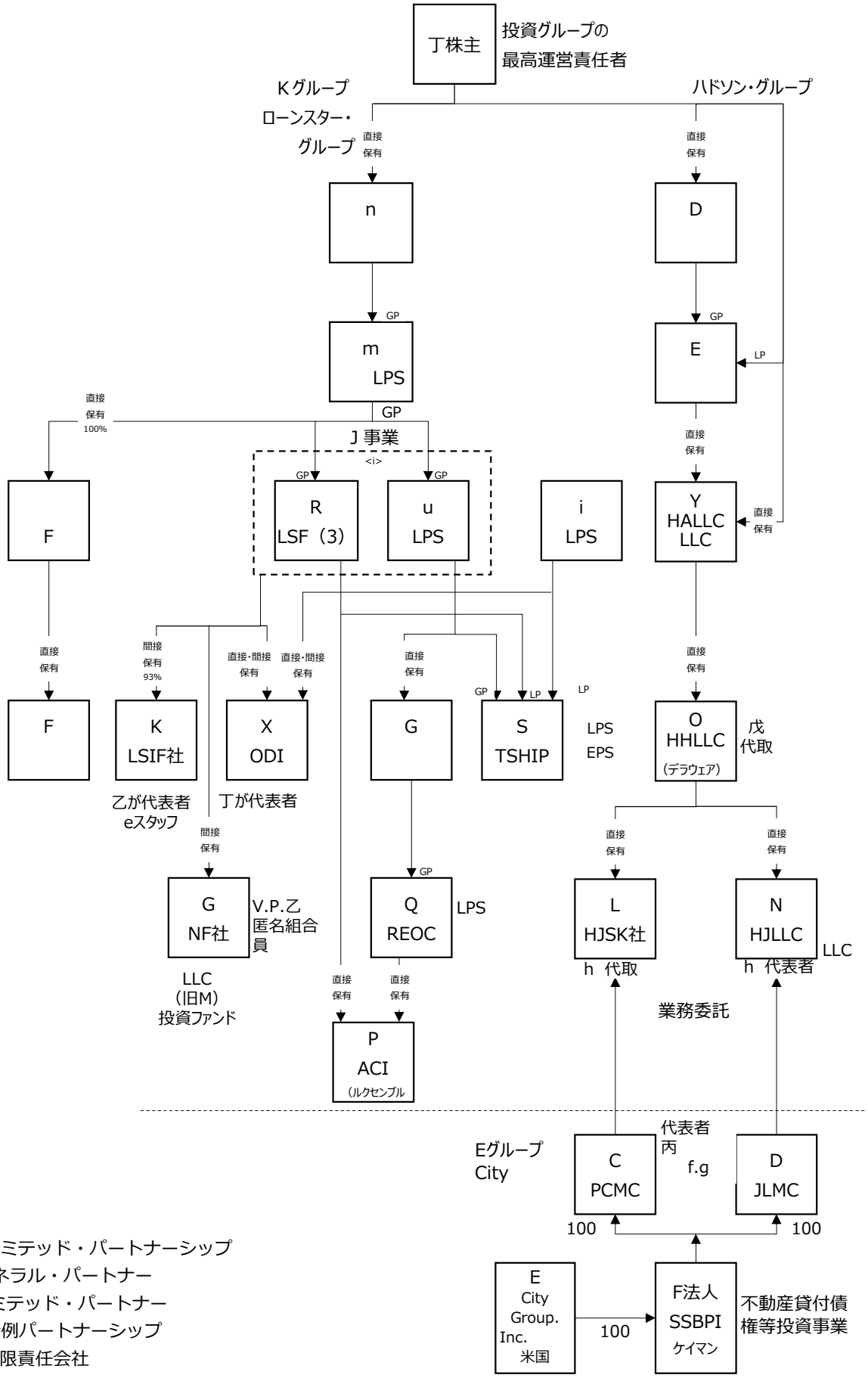
86　宮崎裕子「一般的租税回避否認規定　―実務家の視点から（国際的租税回避への法的対応における選択肢を納税者の目線から考える）」『ジュリスト』Number1496, 2016 年 8 月、43 頁。

武富士事件での須藤最高裁裁判官が「個別否認規定がないにもかかわらず、この租税回避スキームを否認することは、やはり大きな困難を覚えざるを得ない。」[87]と補足意見を述べたが、未だにその意見が的確に反映されていない状況である。

我が国の立法府は、濫用的タックスシェルターから課税権を死守するために、否認対象となる租税回避の概念を明文化し、既存の個別否認規定を整備し、必要な個別否認規定を制定しなければならない。その上で立法府は、OECD 参加国が既に導入している一般否認規定（GAAR）、米国の法定化された経済的実質の法理、それを具体的に定めた財務省規則等を参照して、租税法の抜け穴を狙う濫用的タックスシェルターに対抗できる一般否認規定を早急に制定すべきであろう。

[87] 本稿脚注 46 を参照。

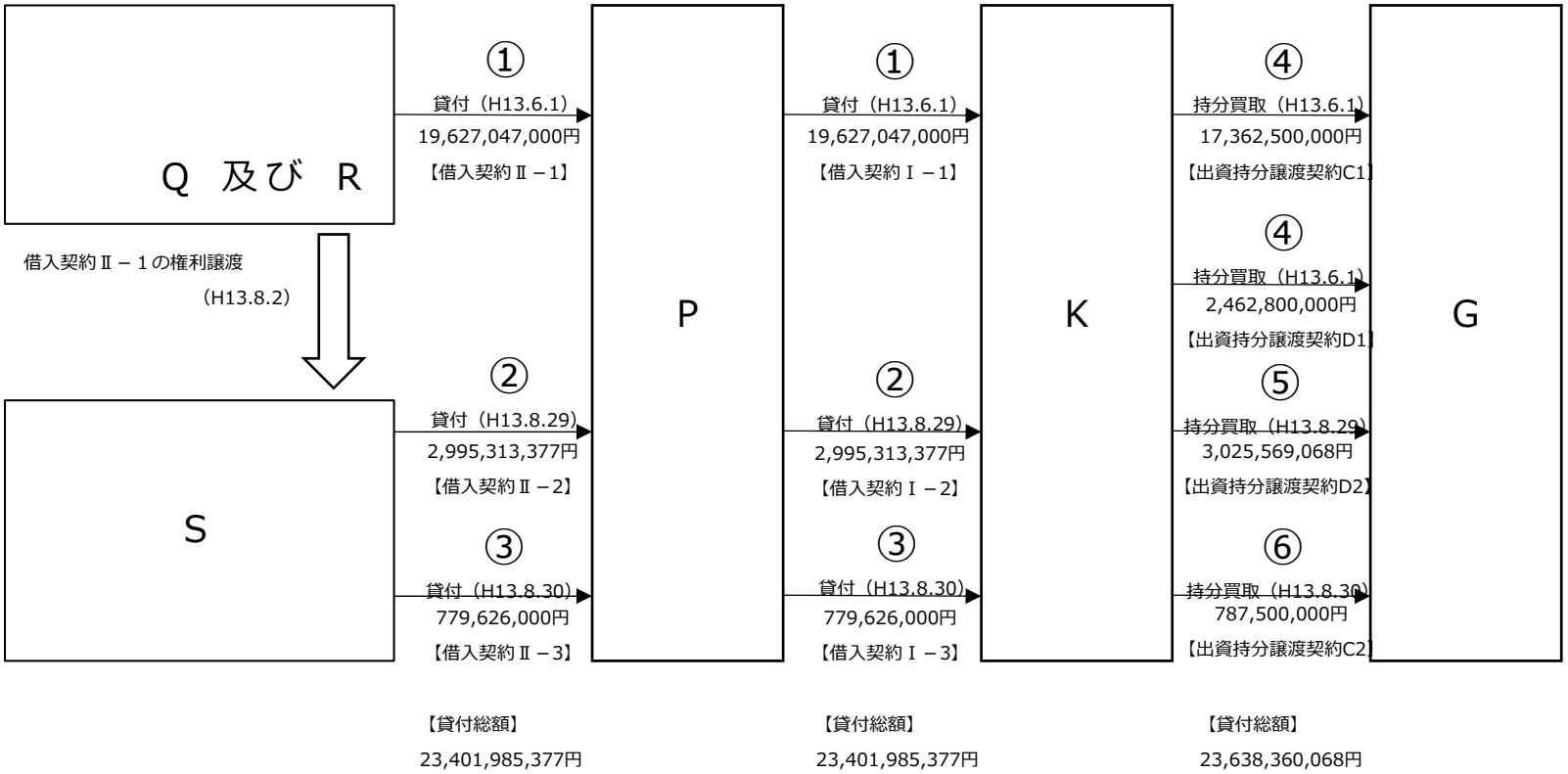
図1：丁株主（ローンスターグループとハドソン・グループ）とCity Groupの関係当事者



LPS：リミテッド・パートナーシップ
GP：ゼネラル・パートナー
LP：リミテッド・パートナー
EPS：特例パートナーシップ
LLC：有限責任会社

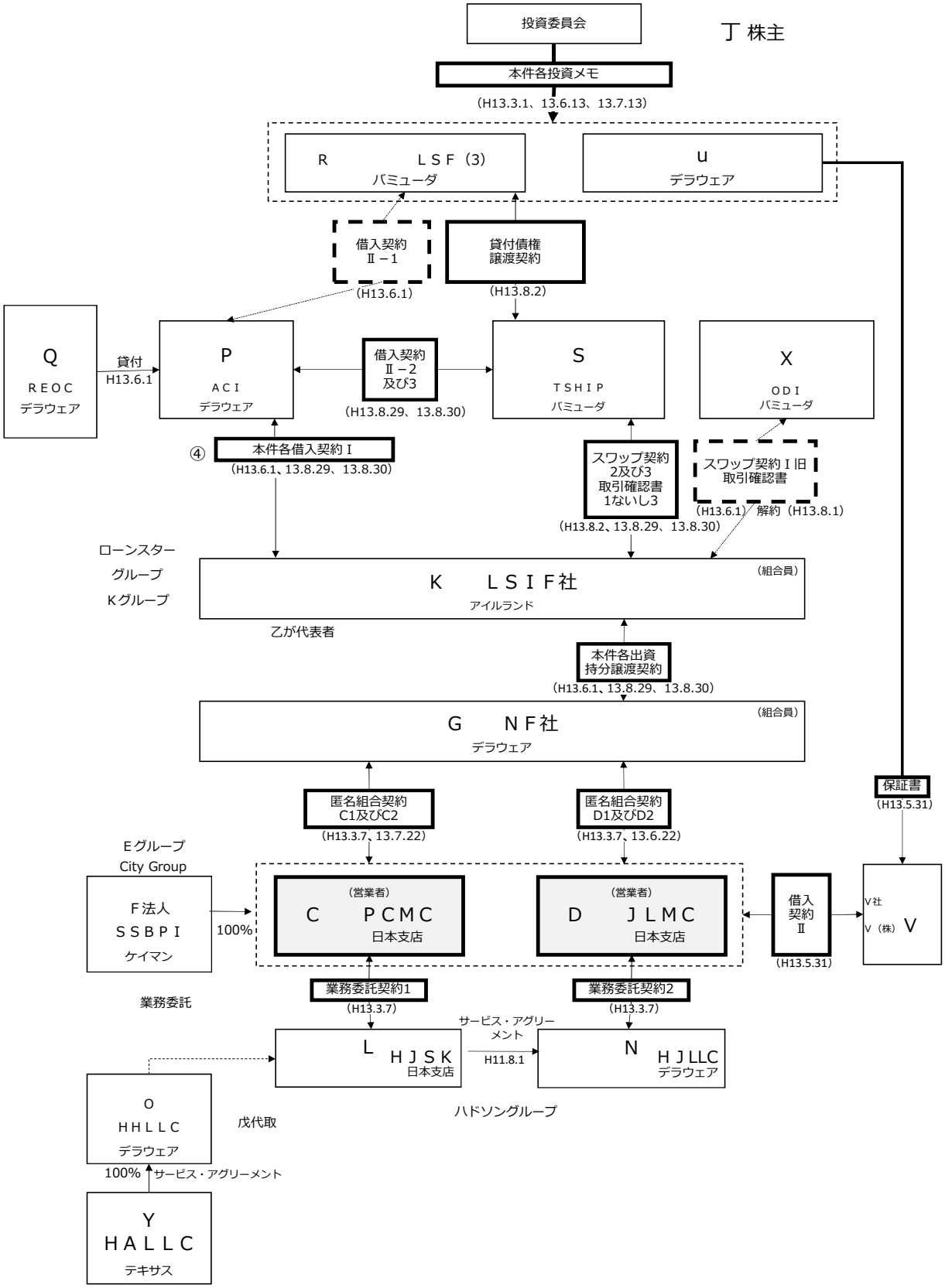
出典：本事件の東京地方裁判所判決文（別紙2－2）に筆者加筆。

図2：借入契約及び持分譲渡関係



出典：本事件の東京地方裁判所判決文（別紙2－4）に筆者加筆。

図3：投資メモと借入・匿名組合・持分譲渡・スワップの契約の関係



出典：本事件の東京地方裁判所判決文（別紙2－3）に筆者加筆。