

外国法人がわが国において行う投資活動から生じた収益に対する適正課税（源泉所得課税を含む）のあり方について

岩 崎 恵 子

〔税 務 大 学 校〕
〔研 究 部 教 育 官〕

要 約

1 研究の目的

外国の投資家が、日本国内で稼得した事業収益を無税で国外に持ち出すために考えられた匿名組合を使ったスキームといわゆる WSPC を使ったスキームを素材として主として次の項目について検討を行った。

① 資金調達手段たる外国法人の発行する社債と借入金の違い。

外国法人が社債により調達した資金を日本国内で運用し、その利子を支払った場合には、その利子の受け手にとって、国内源泉所得に該当しない(法法 138 四イ)と解されることから、源泉課税はできないにもかかわらず、外国法人が消費貸借契約(借入金)により調達した資金に係る利子であれば、その利子の受け手にとって国内源泉所得に該当し(法法 138 六)、源泉課税の対象となる。

② 当該スキームを利用することの租税回避該当性について、「私的経済取引プロパーの見地からの合理性」、「通常用いられない法形式」の観点からの否認の可能性。

2 研究の内容

(1) 社債の利子について

① 国内法の規定と租税条約

社債の利子に関する税法上の取扱いは、日本が締結する租税条約等の規定と国内法の規定では違いがある。日本の締結する租税条約においては、社債の利子も借入金の利子と同様、利子所得に含まれるとされ、同じ取扱いとなっている。これに対し、日本の国内法においては、社債の利子は債務者主義をとり、借入金の利子は使用地主義をとり、別の国内源泉所得として規定されている。この取扱いは国際課税に関する規定が整備された昭和初期の時代から現在まで維持され、改正等はなされていない。従来からこの違いについては問題視されてきたようであるが、国内法は、租税条約

(OECD モデル条約及び日本が締結する条約を含む)と違う規定がそのまま維持されている。なお、この異なる取扱いを維持する理由について調べたが、その明確な理由を把握することができなかった。

② 社債と借入金との比較

社債は社債契約という消費貸借契約に類似する無名契約により成立し、借入金は、当事者の一方が同額の金銭の返還を約束して相手方から金銭を受け取るという金銭消費貸借契約により成立する（民 587）。いずれも資金調達的手段として利用され、社債も会社が負債を負っているという点では借入金と異なるところはない。ただし、借入金はほとんどが任意規定である民法に服するのに対し、社債は、商法その他特別法の規定に服し、その規定のほとんどが強行規定であったために、私的自治の下、基本的に自由な設計が可能な消費貸借契約よりも資金調達手段としての機能性において不自由さがあるとされる。これは、借入金が、相対での契約であるのに対し、社債は、通常、不特定多数の者を対象とし、債権者の権利を表象する有価証券（債券）が発行され、投資性の商品として多数に分割された債権であるためと考えられる。つまり、商法及び各種特別法の規制のある社債制度は、多数のものが投資することを予定して作られた制度という特徴をもつものであるということがいえる。

③ 社債を取り巻く現状

社債に関する規制は、いわゆる金融ビックバン等の金融の自由化により大幅に撤廃縮小されている。例えば、社債の発行体がデフォルトした場合、かつては社債管理会社等が社債を買い取り社債権者に対して債権放棄を求めなかったが、現在は、自己責任原則に従った処理による方向に移行しつつある。また、従来の社債契約では財務制限条項として数種類の条項を必ず設けることとされていたが、制度の自由化によって財務上の特約という形式で発行体がある程度自由に特約内容を選択できることとなり、相対の取引に近い私募債の場合には、かなりフレキシブルな対応が可能となる。

④ 社債と借入金とを区別するメルクマール

このように社債を取り巻く現状が変化し、契約自由の原則により契約条項は自由に変更可能なものとなっている。このような状況下では、何が社債であるかを示すメルクマールを示そうとしても、変更可能な条項が多過ぎて、そのメルクマールはあつてなきが如しものとなろう。また、その利子を受け取る投資家の側からこれら二つを比較した場合、約定どおりの利子が支払われるという意味で経済的内容に差異はない。このため、社債と借入金とは、形式上の違いや法規制等の違いがあるものの、その1つ1つの違いが社債と借入金を区別する一般的メルクマールはないものとする。

⑤ 社債の利子と借入金の利子の国内法上の取扱いの是非

国内法において、社債制度自体が現行のものと異なり厳しい規制の下運用されていた時代においては、不特定多数の者を取引当事者とする社債の利子に関しては、徴税の確保等の見地から必要経費を認めない利子所得という区分は租税政策的に(徴税便宜上)有効なものであり、社債の利子と借入金による利子を税務上区分する合理的根拠があつたと推察できる。しかしながら、現行の社債と借入金の制度上の違い等を検討すると、それほどの差異のない現状においてなおこのような区分を設けることが税制上適合的かつ合理的であるかについては疑義がある。

⑥ 外国法人の社債を借入金と認定する可能性

外国法に基づく社債の場合、日本の社債制度とは制度上の差異がある可能性はある。1つの具体事例を素材として、外国法に基づく社債契約における各条項と商法等の規定について比較検討を行なったところ、各条項に違い等は散見されるものの、その一つ一つが(日本の社債に準じた)社債でないと認定できるだけの確固たる根拠があると認定するには至らなかった。よって、当該社債が、社債制度として日本の社債と同種のものである以上、(日本の社債制度と同種であるかの認定も難しいであろうが、)また、たとえば、実質的にみて借入金と同種の性質を持っていると認められるとしても、社債は社債であり、社債を借入金であると認定することは困難であろうと考える。

(2) 租税回避行為に関する考察

租税回避とは、「租税法の予定した法形式をとらずに」「課税要件の充足そのものを免れる」という必要があり、租税回避というためにはその法形式を利用することの異常性を税務当局は主張立証できなければならない。

(1) の事例の場合は、匿名組合契約は日本の商法上規定されている通常の投資行為であり、資金提供について匿名組合契約を利用したというだけでは通常取らない異常な行為であると認定することは難しいであろう。また、SPC の PE が日本にない場合には、平成 14 年の税制改正により、匿名組合の分配金の支払いに対して 20%の源泉課税を行うこととされたことから、今後、匿名組合契約を利用した租税回避の手法は、トリティショッピングに組み込まれるなど、より精緻なスキームとして現れるようになるのではないかと予想される。

(2) の事例の場合は、課税上、SPC 2 が投資家と SPC 1 の間に入っていることに問題がある。SPC 2 が介在することにより日本は課税権を行使できない状況になり、SPC 2 の存在理由について検討が必要となる。当該 SPC 1 及び SPC 2 はペーパーカンパニーであるが、新しい金融の流れとして SPC を投資媒体として利用するケースは非常に多く、この事例においても、SPC 1 は信用リスク回避等のために必要とされる存在であるといえる。したがって、SPC 1 の存在理由の一つに税負担の軽減ということが含まれているとしても、それだけで、租税回避と決め付けることは妥当ではない。これに対し、例えばこの事例の SPC 2 が、日本における源泉課税を免れるためだけの目的で存在するものであり、他に何ら機能を持っていないと認定できる場合には、当該 SPC 2 の存在を是認することには問題があると考ええる。ケースによっては、私法上の仮装行為と事実認定しうる場合があると考えられ、その結果、当該スキームは否認され真実の法律関係の下で課税が行なわれることとなろう。

しかし、たとえ、SPC 2 の存在を否定できたとしても、本当の資金提供者、つまり、ファンドを構成する個々の投資家を実際に把握しえなければ、

源泉所得税の課税を行うことはできないという実務上の問題が残る。個々の投資家を把握することは、実際問題として極めて困難な状況が予想される。

3 結 論

本稿では、国内法における規定の差異を利用して源泉地国課税の回避を図っている事例を素材としたことから、課税上、取扱いに差異を設けている社債と借入金の違いについて縷縷検討したが、現行制度における明確な違いは見出せず、また税法上これらを違う取扱いとする規定を維持する理由も解明するに至らなかった。税法上、外国の社債制度が「日本の社債に準ずるものであれば」という条件付での定め（所基通 2-11）はあるものの、税法上の社債の定義が明確でない以上（日本の社債制度自体が、従来のような他の法律による規制等により限定されたものではなくっているため、明確な相違が指摘できない状況にある。）、社債という制度に従った社債は、社債であると考えざるをえない。外国法人が外国の社債という制度により資金調達した場合には、その利子の発生が日本における運用収益によるものであろうとも、その受け手にとってその利子は外国法人が発行した債券の利子であり、国内源泉所得には該当しないという解釈になるものと考ええる。しかし、税制上、貸付金の利子という形態であれば課税され、社債の利子では課税されないというのは課税のあり方として公平負担の原則から問題であろう。よって、この問題は、国内法の規定を見直し、同じ取扱いになるような税制改正による対応しか他に解決方法を見出すことはできないものと考ええる。

目 次

1	はじめに	85
2	社債利子と借入金の利子に対するわが国の課税の検討	87
	(1) 現行税法上の取扱いとその経緯	88
	① 国内法	88
	② 条約	91
	(A) OECD モデル条約	92
	(B) 日米租税条約	94
	③ 小括	95
	(2) 社債利子と借入金利子の取扱いの相違点	99
	① 社債と借入金	99
	(A) 社債	99
	(B) 借入金	100
	② 社債と借入金の比較	101
	③ 社債を取り巻く現状	103
	④ 社債と借入金の区別のためのメルクマール	104
	⑤ 社債利子と借入金の利子の国内法上の取扱い (今後の方向性)	105
	⑥ 外国法人の社債を借入金と認定する可能性	106
	⑦ 小括	111
3	匿名組合契約に基づく分配金	112
	(1) 規定の経緯	112
	(2) 匿名組合契約に関わる問題点	113
	(3) 新日米租税条約の取扱い	115
	(4) 小括	116
4	具体的事例	117
	(1) 匿名組合契約を使ったスキーム	118

(2) WSPC を使ったスキーム	119
(3) 検討	120
5 租税回避行為に関する考察	121
(1) 租税回避行為の否認	121
(2) 租税回避事案への対応の困難性	123
(3) 国際課税における租税回避	125
(4) 否認の法理	125
① 外国	125
② 日本	128
(5) スキームに対する考察	130
① 匿名組合を利用したスキームについて	131
(A) SPC の存在の否定（否認）について	131
(B) 社債利子を国内にある資産の運用保有による所得と解すること の是非	133
(C) 事実認定について	133
・ SPC が社債を発行したとみる場合	134
・ SPC が外国投資家から金銭を借り入れたとみる場合	136
・ SPC が外国投資家から出資を受け入れたとみる場合	137
(D) 課税所得の計算について	138
(E) 過少資本税制について	139
(F) 小括	140
② ダブル SPC を利用したスキームについて	141
(6) 総括	142
6 投資に対する課税のあり方について	144
(1) 日本における源泉徴収制度について	145
(2) 規定のあり方	147
7 最後に	149

1 はじめに

企業の経済取引が国際化・多様化している中で、日本企業が海外に進出し、外国において色々な活動を行っているのと同様に、外国企業もいろいろな形態で日本に進出して経済活動を行い、日本における各種の事業収益を享受している。外国法人又は非居住者（以下「外国投資家」という。）は日本国内で活動するために、日本に支店を設けたり、子会社を設立したりする直接投資だけでなく、間接投資という手段によることもある。間接投資の手段としては、内国法人に対する出資（株式の購入等）による場合、匿名組合の出資金による場合、金銭消費貸借契約等による貸付けを行う場合、日本で事業を行う法人が発行する社債を購入する場合等様々な形態が考えられる。

日本の金融機関は、バブル崩壊以降、不良債権の回収に苦慮してきたところであるが、この不良債権の回収を目的とする事業に外国投資家が多額の資金を提供し、多額の収益を得ているということが新聞報道等⁽¹⁾により紹介されている。その際、単に日本で当該事業を行う者に資金を提供する形態をとると、その資産の運用による収益を回収する際にわが国において源泉地国課税を受けることとなってしまう。そこで、最近では、アレンジャーと呼ばれるプロフェッショナルが少なくとも外国投資家がわが国の源泉地国課税を免れ得るような仕組み（スキーム）を作り、回避できた税金分だけ高い投資収益を外国投資家に保証するといった事例が多く見受けられるようになっている。

例えば、日本における不動産事業に対して間接投資する際に、外国投資家が内国法人（資本関係のない法人等）に資金を提供する場合には、アレンジャーはケイマン等のタックスヘイブン国に特定目的会社（以下「SPC」とい

(1) 「巨利、税のがれ巧妙 手法様々、苦心の国税 米投資会社追徴」朝日新聞 2003. 7. 16 夕刊 19 頁
「税逃れ摘発、外資に不満 税務当局、1 年間で 1400 億円指摘」朝日新聞 2003. 7. 19 朝刊 11 頁
「新生銀上場外資の流儀があればこそ 相沢幸悦(私の視点)」朝日新聞 2004. 2. 5 朝刊 12 頁 等

う。)を設立し、この SPC を外国投資家と日本の内国法人の間に介入させることにより、所得の種類を変えるなど源泉地国において課税されないようなスキームを作るケースも見られる。このスキームを利用することにより、外国投資家は内国法人と直接的に取引を行うのではなく、SPC を通して取引を行うことになる。外国投資家はタックスヘイブン国の SPC に対して資金提供しているだけであるから、自らは日本の国内源泉所得を得ていないとして、日本における課税を免れることとなる。この場合の間接投資は、匿名組合契約に基づく出資や SPC が発行する株式や社債を購入する等の方法により行われる。

このうち外国投資家が SPC の発行する社債を購入する例を具体的に見てみると、アレンジャーは、SPC に社債を発行させ、外国投資家にこれを購入させて SPC に資金提供させるため、外国投資家は SPC から社債利子を受け取ることとなるが、タックスヘイブン国の法人である SPC の発行する社債は、「外国法人が発行した社債」となる。法人税法 138 条 4 号イ（国内源泉所得の規定）により「内国法人が発行した債券の利子」は国内源泉所得とされていることから、「外国法人の発行した社債利子」はその利子の受け手にとって国外源泉所得に該当するという解釈をとると、本例では、SPC が支払う社債利子について外国投資家はわが国で租税を支払う必要がないこととなる。

これに対し、例えば、外国法人が、国内において業務を行う SPC と消費貸借契約を締結し、貸付金という形態で当該 SPC に資金提供を行ったのであれば、当該利子は「国内において業務を行う者に対する貸付金で当該業務に係るものの利子」（法人税法 138 条 6 号）に該当することから、その支払いを受ける外国法人にとって、わが国の国内源泉所得に該当し、わが国において源泉課税を受けることとなる。

また、近年、外国からの投資の手段として多く使われている匿名組合への出資を例⁽²⁾にとって説明すると、例えばアレンジャーが外国投資家から資金

(2) 増井良啓「組合形式の投資媒体と所得課税」日税研論集 44 巻 129 頁、宮武敏夫「匿

を募り、それをオランダの SPC に出資させる。オランダの SPC は資本金を内国法人に匿名組合出資金として提供する。内国法人はこれを運用して収益を獲得し、これをオランダの SPC に分配する。日蘭租税条約によれば、この匿名組合分配金に対してはオランダのみが課税権を有する（いわゆる「居住地国課税」）ことから、わが国では課税は行われなかったとされる。平成 14 年の改正前の国内法の規定では、匿名組合員の人数が 10 人未満の場合には「国内にある資産の運用又は保有による所得」とされ、源泉課税の対象とされていなかったことから、このスキームは日本の源泉地国課税を免れるための手段として有効であった。株式投資であれば、その見返りとして支払われる配当は支払者の損金には算入できないし、その配当所得に対して源泉課税がなされることとなるが、匿名組合の分配金は、これを支払う営業者の収益から控除されることから、損金算入と同様の効果が生じる。

このように国内法上の規定の違いを利用して日本の源泉地国課税を逃れるという手法を見るにつけ、そもそもなぜ社債利子、借入金の利子及び匿名組合の分配金につきこのような規定上の取扱いの違いがあるのかということに疑問を持つ。そこで、これらに課税上の違いを設ける理由及び合理性について検討するとともに、今後の税制のあり方としてどのような方向が望ましいのかということについて検討したい。

2 社債利子と借入金利子に対するわが国の課税の検討

社債利子と借入金の利子の課税上の取扱いについて、日本が締結している各国との租税条約の規定には差異がないということ及び、社債発行及び借入れが同じ資金調達手段であるという点に鑑み、わが国の国内法上、なぜそれらの利子の取扱いにあえて差異を設けているのかという点を解明する必要があるものとする。そこで、OECD 租税条約等を参考に⁽³⁾、現行社債制度と

名組合契約と税務」ジュリストNo.1255 2003. 11 106 頁

(3) OECD モデル条約をはじめ各租税条約においては、社債利子及び貸付金と利子は、「利子所得」という取扱いがされている。日本では貸付金の利子は利子所得のカテ

従来の社債制度を比較しつつ、社債利子及び借入金利子に係るこれまでの課税上の取扱いの経緯並びに今後の税制のあるべき方向性について検討を行うこととする。

(1) 現行税法上の取扱いとその経緯

社債利子及び貸付金の利子に対する課税については、次のような経緯を経て現在に至っている⁽⁴⁾。

① 国内法

所得税法は、明治 20 年 3 月 23 日勅令 5 により明治 20 年 7 月 1 日から施行されたが、同法 1 条で(1)公債証書その他政府が発しもしくは政府の特許を得て発する証券の利子(2)非営業の貸金及び預金の利子についてはその金額をもって所得とするとされている。所得税法の制定をめぐり、明治 20 年に行われた元老院の審議において、利子所得に経費を認めるか否かという点については論議が紛糾し、原案では、貸付金預金利子は何ら経費を差し引くことなく収入金をそのまま所得として課税することとされていたが、「それは営業としての貸付業にとって不当な重課になる」ことから、同条第 1 項は「手数と費用とを要せざるもの」に限定して経費を認めずに収入金をそのまま所得とすることとする一方、経費を認めるものについては別項の所得に区分することとなったという経緯がある⁽⁵⁾。

ゴリーには入らない。貸付金の利子であれば、調達した資金の使用地で国内源泉所得かどうか判定される。そこで、国内法においては、なぜ社債利子と貸付金の利子でこのような違いがあるのか、また、なぜ国内法と条約との取扱いを異にしたのかについて、歴史的背景をもとに過去の資料等を研究し、その課税のあり方について制度論を踏まえたところで検討を行いたいと考えた。

- (4) 注解所得税法研究会『増補改訂版 注解所得税法』大蔵財務協会 1995. 2、コンメンタール、大蔵省主税局『内国税の課税標準・税率及び納期等に関する沿革摘要』昭和 29 年 10 月

伊東稔博「所得税法における所得区分の問題点 (1) 利子所得、配当所得の所得区分を中心として」税経通信 Vol. 20No. 5 1965. 5 92 頁～97 頁、金子宏『所得税の実務と理論』第 8 章利子/配当課税のあり方 139 頁

- (5) 林健久『日本における租税国家の成立』東京大学出版会 1979 年 9 月 312 頁

次に改正のあった明治 32 年 2 月 13 日法律 17（昭和 32 年 3 月 5 日から施行）では、所得税法施行地において支払いを為す公社債利子を第 2 種所得、税法施行地において支払いを受けない公債社債利子や非営業貸金の利子は第 3 種所得の但書に区分し、第 2 種所得は「支払を受けるべき金額による」として、その一部は源泉課税の対象とされた。第 3 種本文所得は従前どおり総合課税の対象とされ、同但書所得は「収入額の予算年額による」とされた。また、個人だけでなく法人の所得（第 1 種所得）に対しても課税が行われるようになった。

当時から所得税は総合課税が理想であるとしながらも、第 2 種所得という独立の種目を設け、公債社債利子を総合課税所得の対象から除外していた。その理由については、昭和 4 年発行の「所得税法・資本利子税法釈義」の中で次のように説明されている。「公債社債の如きは多くは無記名であって、其の所得者を調査することが困難であるのみならず、納税思想の発達が極めて幼稚なる現在の状態においては本人の申告も亦これを信じ難い。とすれば総合課税は結局実行不可能であるから、便宜上其の利子の支払いを為す場合において、支払者が差引徴収するという方法を取ったのであって、實際上是にやむを得ない理由がある。」⁽⁶⁾つまり、第 2 種所得が設けられた理由は総合課税が困難であるということであり、支払者に源泉徴収義務を課したのは徴税のための便法に他ならないのである。

また、別の著者によると、社債利子等が必要経費なしとされてきた理

(6) 主税局事務官渡邊善蔵『所得税法資本利子税法釈義』自治館発行 昭和 4 年 9 月 32 頁から 35 頁

さらに続けて「公債社債の中でも記名式のものは総合課税することは不能でないからこれを第二種より除外して総合課税に改めたらよいという議論もあるが、記名式を第三種所得とし無記名式を第二種所得とするならば、結局大体において其の負担の軽い無記名式に形式を変更するという弊害も出て来ようし、単に記名と無記名との相違に為に所得の実質が全く同一なるものに対して課税を区分することは負担の公平を保持する所以でもないから、すべてこれを第三種所得に総合しないのである。」という考え方が示されている。

由について、「源泉課税の如く支払元で課税する場合には、必要経費なしを前提にしないと課税はできないのである。このため必要経費なしとはどうしてもみなせない所得－原始所得－に対していわゆる派生所得は直ちに所得を構成するとみなしてもその性質上大なる差し支えはないと認めた。」⁽⁷⁾とされている。理論的には必要経費があるかもしれないが、「源泉課税をするからには、立法を以って、必要経費なしとみなしてからでないと課税はできないのである。」ということはこの著者は述べている。

その後時代とともに改正等は繰り返されてきたが、源泉対象となる利子所得とそれ以外の区分けに関しては特に大きな変更はなかった。

昭和 15 年法人税法が単独法として制定され、非居住者の納税義務を定めた所得税法 1 条 2 項 2 号では、「国債、地方債又はこの法律の施行地に本店若しくは主たる事務所を有する法人の発行する債券につき利子の支払を受けるとき」とされていた。貸付金の利子については、昭和 27 年の改正により非居住者及び外国法人に対する課税対象の範囲が拡大され、同条 7 号に「この施行地において事業をなす者に対する貸付金で当該者のこの法律の施行地にある事業に係るものの利子の支払を受けるとき」と定められた。当時の改正資料等を見ても課税所得の範囲の拡大を行ったとあるだけで、どのような経緯でこのような規定振りになったのかは明らかにされていない⁽⁸⁾。反面、日本経済の自立基盤を強化するため、資本の蓄積の促進と輸出の増加が緊要とされていたことから、利子所得に対しては非課税措置や源泉分離課税の軽減税率適用などの特例措置が設けられていた。⁽⁹⁾

そして、昭和 37 年における国際課税の改正により、「日本として課税

(7) 田中勝次郎「判例を中心としたる所得税の諸問題」19 頁

(8) 日本租税研究協会『戦後日本の税制』昭和 34 年 12 月 10 日東洋経済新報社 103 頁以降、大蔵省主税局「昭和 25 年度以降の税制改正の概要」昭和 31 年 4 月 86 頁

(9) 日本租税研究協会『戦後日本の税制』34 年 12 月 東洋経済新報社 103～131 頁

権を行使できる場合には、その所得の源泉が日本になければならないという原則がある」⁽¹⁰⁾として「わが国に源泉がある所得の範囲」を明らかにしたとされている。7号の「わが国にある事業に係る貸付金の利子」の範囲を明らかにしたとされ、貸付金の利子として所得税法上源泉徴収の対象から除外するものを定めた。借入金の利子については20%の源泉徴収をされ、これが日米租税条約では15%に軽減されていることから、「外国の金融機関からの借入金の場合には、外国で日本の税金が引ききれないという問題を生じ、日本の企業が追加利子を支払う状態が生じている。そこで外国の金融機関の貸付金の利子及び外国で発行した社債利子については、当分の間その控除率を10%に軽減するという規定が租税特別措置法に設けられた」⁽¹¹⁾という説明がなされている。

利子所得に関する昭和40年改正において、社債の範囲が法律上明確に規定された。社債には「会社以外の法人が特別の法律により発行する債券を含む（所2①九）。」とされたことから、通達で、①株式会社が商法その他の法律の規定（例えば、長期信用銀行法第8条等）により発行する債券、②会社以外の内国法人が特別の法律により発行する債券、③外国法人が発行する債券で①または②に準ずるものとその内容を明確に定めている。債券の発行について法律の規定がないような学校債や組合債のようなものは、所得税法上の社債には該当しないものとされている。したがって、それについて生じる利子は単に借用証による借入金の利子と同様に利子所得ではなく雑所得（源泉徴収不要、申告納税）に該当することとなる⁽¹²⁾。

② 条約

利子所得について、日本の国内法とは異なり、条約では次のような規

(10) 安井誠「国際課税の側面における法人税法等の改正について」37年5月 租税研究 145号22頁

(11) 安井・前掲（注10）29頁

(12) 三好毅「新通達解説 源泉所得税関係の暫定的取扱い」99頁

定がなされている。

(A) OECD モデル条約

OECD モデル条約 11 条は、利子所得に関する規定であるが、1963 年報告の条約草案の規定と現在の規定（1977 年公表の改訂モデル条約）で多少の違いはある。しかし、その規定はいずれも社債利子も借入金の利子も利子所得というカテゴリーに入れられている。

1963 年の OECD 条約草案における利子の定義は「公債、債券または社債（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（信用に係る）債権から生じた所得及びその他の所得で当該所得が生じた締約国の税法上貸付金から生じた所得と同様に取り扱われるものをいう。」とされている。そして、利子所得の発生地については、第 5 項の規定によると、「利子はその支払人（債務者）が居住する国において発生するとするのが原則である。…債務者が個人又は法人であるときは、その居住する締約国が源泉地国であるとされ」⁽¹³⁾、債務者の居住する所在地国が原則であり、「いわゆる債務者主義そのものを原則」⁽¹⁴⁾としている。例外として「一方の締約国において事業を行う者の借入金その他の債務で、その債務が当該事業（当該恒久的施設）に関係して生じ、かつ、その利子が当該恒久的施設によって負担されている場合には、その利子発生地は債務者居住地国ではなくて、恒久的施設の所在する当該一方の締約国とされるのである。」⁽¹⁵⁾これは、締約国の一方に恒久的施設が存し、債務がこの恒久的施設に係る場合について定めるのみで、問題とする恒久的施設が第三国に存する場合を対象とはしていない。この場合は本則に戻って利子発生地は債務者の所在地国となる。

一方、1977 年モデル条約（改訂平成 12 年現在）では、『「利子」と

(13) 平尾照夫「租税条約の解説 OECD 租税条約草案」日本租税研究協会 1964. 11 70 頁

(14) 小松芳明『租税条約の研究[新版]』有斐閣 57 年 1 月

(15) 平尾・前掲（注 13）70 頁

はすべての種類の信用に係る債権（担保の有無及び債務者の利得の分配を受ける権利の有無を問わない。）から生じた所得をいい、特に公債、債券又は社債から生じた所得（公債、債券又は社債の割増金及び賞金を含む。）をいう。』（11条3項）とされ、「自己完結的に」⁽¹⁶⁾定義されている。利子所得の源泉地については、「利子はその支払者が一方の締約国の居住者である場合には、当該一方の国内で生じたものとされる。ただし、利子の支払者（締約国の居住者であるかどうかを問わない。）が一方の締約国内に恒久的施設を有する場合において、当該支払の利子の基因となった債務が当該恒久的施設について生じ、かつ、当該利子が当該恒久的施設によって負担されるものであるときは、当該利子は、当該恒久的施設の存在する当該一方の国内で生じたものとされる。」（11条5項）と規定され、原則債務者主義がとられ、例外的に恒久的施設に帰属する場合には恒久的施設の所在国が源泉地国とされているが、第三国に恒久的施設が存し、当該利子が当該恒久的施設によって負担されている場合については考えられていない⁽¹⁷⁾。

いずれの OECD モデル条約のコメンタリーにおいても、「利子は、一般にすべての種類の債権から生ずる所得（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）をいう。」とされ、『「すべての種類の債権」の概念には預貯金、金銭債権、公債、債券及び社債が含まれるとされる。ただし、公債、債券及び社債についてはその重要性及びその特殊性に鑑み特掲されている。』と説明されている⁽¹⁸⁾。利子の定義は、「實際上各国の国内法上、利子とみなされているすべての種類の所得を包含している」とされ、社債利子は利子所得であり、貸付金の利子と同等の取扱いとされている。これは 1963 年報告の条約草案の時代

(16) 小松・前掲（注 14）74 頁

(17) 平尾・前掲（注 13）72 頁

(18) 「改正 OECD モデル租税条約とコメンタリー全文⑧(11 条)」国際税務 Vol. 13No. 1235 頁～44 頁

から現在まで変わっていない。そして、日本が締結している租税条約の多くはこのような規定となっている⁽¹⁹⁾。

なお、OECD モデル条約では、利子に対する源泉地国の課税権を認めているが、その課税方法については何も規定を置かずに源泉地国の国内法の規定にゆだねている⁽²⁰⁾。昭和 37 年の二重課税の排除に関する ICC（国際商業会議所）の意見案において、資本交流促進の見地からは、海外の事業所得や配当利子等については、源泉地国で免税とすること、若しくは居住地国において所得を免除すること（所得免除方式の導入）が望ましいとしながらも、相手国の税制の如何を問わず免税にすることは居住地国における課税の公平の見地から問題があることが指摘されていた。

(B) 日米租税条約

日米租税条約を締結した昭和 29 年頃は、国際課税に関する日本の国内法の整備がきちんとなされていなかったため、条約はその当時の米国の規定に従う形での規定振りとなっているようである⁽²¹⁾。昭和 46 年改正の日米租税条約では、13 条（7）で「利子とは債券、社債、公債、利付その他の債権証書（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その他の所得でその源泉の存在する締約国の税法上貸付金

(19) 条約はこのような規定になっているのにもかかわらず、国内法は依然として区分した規定が維持されていることに疑問を覚える。

(20) 平尾・前掲（注 13）68 頁第 2 項（6）

(21) 矢内一好『租税条約の論点』12 年 2 月 中央経済社 55 頁に「昭和 37 年の非居住者課税関連条項の整備の際に、当時米国の税法が、総合主義を採っていたことにより、その影響を受けて、総合主義にしたことは事実として…」とある。「配当利子ロイヤリティ等のいわゆる投資所得の課税に関する条項は、各締約国間の資本交流の状況を窮めて敏感に反映し利害関係の対立をきたし租税条約交渉の核心をなす場合が多い。」資本輸出国と資本輸入国では税收確保の点で違うことから、「先進国は居住地国課税を、発展途上国は源泉地国課税を主張」（17）することとなるのであるが、それではなぜ日本が総合主義をとったかという理由についてはアメリカが条約締結当時総合主義をとっていたからのものである。

から生ずる所得と同様に取り扱われるものをいう。」と定義されている。所得の源泉地については、6 条（2）で「利子は一方の締約国又はその地方政府、地方公共団体若しくは居住者によって支払われる限り、当該一方の締約国内の源泉から生ずる所得として取り扱う。」とされ、「ある一定の場合で、恒久的施設が負担するときはその利子は恒久的施設が存在する国の源泉から生ずるものとする。」とされている。

平成 15 年の新日米租税条約では、「利子とは、すべての種類の信用に係る債権（担保の有無及び債務者の利得の分配を受ける権利の有無を問わない。）から生じた所得、特に、公債、債券又は社債から生じた所得（公債、債券又は社債の割増金及び賞金を含む。）及びその他の所得で当該所得が生じた締約国の租税に関する法令上貸付金から生じた所得と同様に取り扱われるものをいう。前条で取り扱われる所得はこの条約の適用上利子には該当しない。」（11 条 5）という定義がされた。なお、新条約では、「両国間の通商および投資をより促進するために、租税関税障壁を軽減する種々の改正」が行われ、受益者概念が採用され、金融機関が受け取る利子を含む一定の利子に対する源泉税が免除されている（11 条 3 項(C)）⁽²²⁾。また、「導管取引への条約特典の不適用」

（11 条 11 項）という濫用防止規定が設けられ、受益者に該当しない者の典型例が示された。これにより新条約の各条項に基づく税の減免（特典）が認められるのは所得が実質に帰属する者である場合に限り、受益者概念の明確化が図られた⁽²³⁾。当該濫用防止規定は利子に限らず配当、使用料及びその他所得の規定にも設けられている。

③ 小括

先にも述べたように OECD モデル条約では、その草案の時代から、社

(22) 藤枝純「日米新租税条約の解説～現行条約との比較～」国際商事法務 Vol. 32, No. 1 2004 1 頁

(23) 宮木優治「特集日米新租税条約等の詳細 1 日米新租税条約について」税経通信 2004. 7 95 頁から 98 頁

債利子も借入金の利子も利子所得に含まれるとされており、また、日本の締結する租税条約においても同じ取扱いとしている。これに対し、わが国の国内法上の国内源泉所得の規定は租税条約の規定に即した規定振りとなっていない。これについて日本が租税条約締結当時利子所得に対してどのような考え方を持っていたのかという点を当時の資料に基づいて見てみると次のようになる。

日本は OECD の租税委員会で検討されていた先進国から後進国への資本を輸出する場合の課税のあり方について、「資本の受入国の側が考えるのが当然であり、資本を流入させるために後進国が特別措置を取るなら「現地の後進国側の特別措置でまかなえない部分についてだけ先進国の税制が働く」べきである」という主張をしている⁽²⁴⁾。この主張の理由は、「海外所得について第一次的に課税権をもっているのは実はその現地の国のはずである。」とされる。また、OECD モデル条約における利子所得に対する相互免除という考え方について「まず、所得発生地国において課税権があるということが原則だということ」さらに、「資本がある程度税率の低い国に流れるというのはあたりまえのことであり、あまり問題ではない。…今の所得源泉地というものについて国際的な一つのルールができればそれほどタックスヘイブンという問題はそう心配することはないじゃないかというのが日本側の一つの考え方である。」という大蔵省主税局長のコメントがある⁽²⁵⁾。このほか、「所得源泉地について、対等関係で経済交流しているので租税条約でも所得源泉地国といった理屈をいわずに相互免除等をやっている。」とされ、経済関係が違うため対等な経済交流とならず、したがって利益が互いに一致しない関係においては所得源泉地国の課税権確保に努めるべきとい

(24) 村上達雄「租税条約の交渉と OECD 租税委員会会議について」租税研究 148 号 37 年 8 月 30 日 5 頁

(25) このコメントは前掲注 24 の抜粋であり、当時の大蔵省主税局長が欧州各国及び東南アジア諸国への出張後に開催された国税・国際課税合同委員会における発言をまとめたものである。

う考え方があったようである。

昭和 39 年の国際課税委員会のコメントでは、「源泉地国における課税は本来その国で生じたもののみについて行われるのであって、納税者の全世界所得がどれだけあるとか、居住地国における税額がどれだけになるのかというような問題には全く無関係に課税するというのがむしろ基本的考え方と思われる。」⁽²⁶⁾とされている。このように条約制定当時⁽²⁷⁾においては、源泉地国における課税の重要性について十分認識しているにもかかわらず、わが国の国内法では 2 つの考え方（債務者主義と使用地主義）が併存していることについては何ら言及されていない⁽²⁸⁾。

所得の発生地について昭和 27 年当時の主税局課長補佐の手記⁽²⁹⁾によると「所得は一体どこで発生するのか」は「難問」であり、これに関する「取り決めが租税協定の各条の実体となる。」とされている。利子所得については「事業の「恒久的施設」のない限り課税しないのが一般である。これは資本の流入を促進する債務国の債権国に対する譲歩である。租税の経済性から見るならば逆の規定がより妥当であろう。」…「資本の純粋な借入の場合は債権国の債務国に対する事業介入権は事実上の勢力にすぎない。然るに資本を株式によって投資した場合は、債務国は債権国に株主権という事業支配権を法律上備えるのである。したがって、利子所得におけるよりも配当所得における場合の方が債権国に対する法的保護は厚いのである。さらに、経済的にはこれらの所得は何れも債務国の国民所得から支払われるのである。…」⁽³⁰⁾とされていた。つまり、

(26) 日本租税研究協会国際課税委員会「OECD モデル条約案に関する ICC 意見案についての覚書」租税研究 172 号 39 年 8 月 30 日 41 頁

(27) 昭和 37 年から 39 年頃から各国との租税条約の締結のための交渉等が頻繁に行われ、OECD のモデル条約の研究が行われていたためこのような表現を用いた。実際の各国との条約締結の時期はばらばらであり、これらの時点とは異なっている。

(28) 調べた範囲内では見つからなかったということであって実際にどうであったかは定かではない。

(29) 岸本謹之助「国際租税協定」税経通信 1952.2 19 頁

(30) 岸本・前掲（注 29）21 頁

利子所得であっても恒久的施設のあるところが源泉地であるという考え方が根底にあると思われる。推測に過ぎないが、この時代には現在のように恒久的施設がなく資金だけが投資されるという状況は前提にされていなかったのではないだろうか。

従来から租税条約と国内法の規定の違いについては問題視されてきたようであるが⁽³¹⁾、国内法は租税条約とは違う規定をそのまま維持している。確かに、条約の規定にすべて国内法の規定を合致させる必要はないと思うが、課税上の問題があるのであれば改正等を検討する余地があるのではなかろうか。このようにわが国の国内法が利子所得について条約と違う取扱いを維持してきた理由について調べたが、その理由について具体的に言及した文献等は見つからなかった。その理由について考察してみても、特に弊害が生じなかったためであろうという推察しかできない。

しかし、日本に PE のある外国法人が、社債利子を条約締結国の居住者に支払う場合には、日本に課税権があるにもかかわらず、それを租税条約の締結相手ではないタックスヘイブン国居住者に支払う場合には、国内法の適用により、社債利子には課税できないということは、わが国の課税権確保の観点から大きな問題であると考えられる。これは租税回避の問題というより、国内法の国内源泉所得の規定のあり方の問題ではないかと考え、次に、社債と借入金の現行法制度の違いを考察し、両方の課税上取扱いに差異を設けることに合理性があるかどうか検討したい。

(31) これは利子所得に限らず、租税条約が帰属主義を取っているにもかかわらず、国内法が総合主義を取っていることに対する批判など租税条約と国内法の相違により課税できない結果となる点に係る批判があることを前提としてこのような書き方をした。矢内・前掲（注 21）58 頁

(2) 社債利子と借入金利子の取扱いの相違点

① 社債と借入金⁽³²⁾

(A) 社債

社債は社債契約という消費貸借契約に類似する無名契約により成立し、その権利を表象する有価証券（債券）が発行される。また、契約成立時においてその払込みが不要で分割払いが認められ、額面未満発行や額面超過償還等もありうる。さらに、社債は公衆を対象として発行されるもので、かつ、多額長期の借入れになるのが通常であることから、商法及びその他特別法において、発行手続きや社債管理会社・社債権者集会等に関する様々な規定がおかれているが、その規定のほとんどが強行規定である。ただし、商法等の改正及び金融の自由化等から、これらの規定については大幅な規制緩和が実施されている。現在の社債制度の特徴として、①かつて社債は、適債基準と財務制限条項及び受託会社による買取慣行によって守られていたため投資家は社債のデフォルトを全く懸念する必要がなかったが、現在ではそれらの規制が緩和され、投資家の自己責任が原則となっていること。②適債基準が撤廃されたことによって基本的にはどんな企業も社債を発行できるようになり（ただし、株式会社しか発行はできない。）、様々な発行者が社債市場に新規に参入していること。③従来の社債契約では財務制限条項として数種類の条項を必ず付けることになっていたが、自由化によって財務上の特約という形式で発行体がある程度自由に特約を選択できることとなり、契約内容も自由なものとなっていること等をあ

(32) 神田秀樹『会社法[第4版]』弘文堂 2003. 5 218 頁～234 頁、永井和之『会社法[第3版]』有斐閣 2001. 2 第2章第三節、西脇敏男・丸山秀平『企業報と金融・会計』中央経済社 1998. 4、桜井健夫・上柳敏郎・石戸谷豊『金融商品取引法ハンドブック』日本評論社、神崎克郎「社債の発行」税務弘報 Vol. 30No. 3 1982. 3 157 頁～164 頁、徳島勝幸『現代社債投資の実務』財経詳報社、佐藤正謙「社債発行を巡る諸問題」JICPA ジャーナル No.497 DEC. 1996 33 頁～35 頁

げることができる。社債は、上場債と非上場債とか、公募債と私募債⁽³³⁾に区分することができるが、例えば、20 億円以上の大型私募債⁽³⁴⁾は従来発行後 2 年間転売が禁止されるなど、それぞれに異なった取扱いや規制が存在していたところ、旧大蔵省通達の廃止によりこの規制をはじめとする種々の規制が平成 10 年に撤廃されたことから、利用の増加が見込まれるようである。なお、日本の社債制度では、取扱人が指定され、通常金融機関のみがこの業務を行うことができることとされている。

(B) 借入金⁽³⁵⁾

社債を取り巻く制度が以上のようにになっているのに対し、企業等の資金調達手段として利用される借入金は通常金融機関等からの融資という形で行われることが一般的ではある。もっとも、金融機関以外の第三者と相対で金銭消費貸借契約を締結することにより行うこともありうる。金銭消費貸借契約は、当事者の一方が同額の金銭の返還を約束して相手方から金銭を受け取ることにより成立する（民 587）と規定され、金銭の貸借についての当事者の合意のみでなく、金銭の授受があってはじめて効力が生ずることとなることから、民法上の要物契約である。成立要件は、金銭の貸借についての当事者の合意と金銭の授受であり、書面の作成は要件とされていない。したがって、借用証書が作成されていないから直ちに金銭消費貸借契約ではないということとはできない。ただし、現代社会においては、金銭消費貸借の契約に当たり書面を作成するほうが一般的であるようである⁽³⁶⁾。金銭貸借そ

(33) 私募には 50 人以下の少人数を相手とする少人数私募と適格機関投資家のみを対象とするプロ私募がある。私募の存在意義はあくまでも融資の代替であるということ。

私募債は本来発行体と投資家が相対の関係で条件等を交渉する融資の代替市場であったが、最近では公募債市場との区分が曖昧なものになりつつある。(12. 13)

(34) 森綜合法律事務所『株式・社債〔第 2 版〕』中央経済社 52 頁 平成 11 年 12 月

(35) 塩崎勤『法律知識ライブラリー10 金銭貸借の基礎知識上巻』青林書院 1994. 10

(36) 塩崎・前掲（注 35）59 頁から 63 頁

のものを規制する特別法はとくにない。ただし、利息に関しては、利息制限法や出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律があり、貸金を業として営むことに関する貸金業の規制等に関する法律等がある。

② 社債と借入金の比較

社債（特に相対の借入れに近い形態の私募債）と金銭消費貸借の違いを表に示すと以下のとおりである。

	社債 ⁽³⁷⁾ （私募債）	金銭消費貸借 ⁽³⁸⁾
種類	プロ私募（適格機関投資家）と少数（50 名未満）私募がある。	貸付債券は証書貸付、手形貸付、手形割引、当座貸越の 4 種類があるが、証書貸付は借入れの証として借用証書が作成される。長期の有担保の貸付の場合に利用される。
成立	社債の引受は総額引受 ⁽³⁹⁾ の場合は特に方式は要求しない。応募額が予定発行総額に満たない場合は発行会社が作成した社債申込証によって申込を受付け、これに対して割当をすると引受が確定する。現実の応募額を総額として社債が成立する(商 301③)。総額引受されなくても効力が生じる。	金銭消費貸借は片務契約合意により成立する。ただし、約定の金員の交付がないと効力を生じない(要物契約)。契約書は不要。判例 ⁽⁴⁰⁾ では「現金の授受があったと同一の経済上の利益」がある場合には要物性を緩和して消費貸借の成立が認められている。

(37) 神田・前掲（注 32）

(38) 塩崎・前掲（注 35）

(39) 総額引受は特定の社が社債の総額を包括的に引き受ける方法をいい、発行会社との引受契約によって社債が成立する。引受人は原則として証券会社に限られる。

(40) 大判大正 11 年 10 月 25 日民集 1 巻 621 頁、大判大正 14 年 9 月 24 日民集 4 巻 470 頁、大判昭和 11 年 9 月 7 日法学 6 巻 1 号 82 頁等。塩崎・前掲（注 35）24 頁

利 払	無記名社債の利息の支払のためには債券に各期の利札を添付しておいて利札と引換に支払をする。支払を怠ったら団体的救済が求められる。債券から切り離された利札は利息支払請求権を表象した独立の有価証券となって債券とは別に流通する。本体である債券が償還された場合、利札所持人には利札の券面額に相当する金額を支払うべきものとされ、債券所持人には償還額からその金額を控除して支払うこととされる。	金銭貸借における利息については利息制限法及び出資の受入れ預り金及び金利等の取締りに関する法律がある。 利率 年〇.〇% 支払時期 元金と一括など 遅延損害金率 年〇.〇%と当初契約で定める。
権 利	有価証券の発行若しくは社債原簿に登録	借主の届出義務（住所変更等） 公正証書の作成 連帯保証
管 理	無記名社債は動産（民 86③）譲渡は債券の交付要求によって行われる。 善意取得制度の適用がある（商 519）。	特になし
時 効	10 年(商 316) 利息の支払請求権は 5 年	10 年(民 167①)
終 了	償還若しくは買入消却	弁済の完了、債権放棄(民 519)
デ フ ォ ルト	かつては、社債のデフォルトはあってはならないことだったために 社債発行体がデフォルトした場合、メインバンクである受託銀行若しくは社債管理会社が一括して社債を買い取ってくれたようだが、最近では自己責任が原則	通知催告なしに期限の利益喪失する場合 ・ 履行遅滞若しくは違約 ・ 支払の停止、破産（民 589）、会社更生手続、会社整理、特別清算の申立て ・ 銀行取引停止 ・ 仮差押仮処分、強制執行、任意競売の申立て、滞納処分

社債も会社が負債を負っているという点では借入金と異なるところはない。いずれも会社の資金調達的手段として利用されるものであり、また、いずれも業法等により規制がかかっているが、社債の方が商法によって社債管理会社の設置等が要求される点で、やや手続き面での義務等が重くなっている。つまり、社債は、商法及びその他特別法にある規定に服し、これらのほとんどが強行規定であるため、私的自治の下、基本的に自由な設計が可能な消費貸借契約（借入金。民法の消費貸借の規定のほとんどは任意規定）よりも、多くの不自由な規制があり⁽⁴¹⁾、このため、機動的な資金調達手段ではないという評価がされることもあると思われる。また、法形式の違いとして、「借入金」は、金銭消費貸借契約という貸主（債権者）との間の相対での契約であるのに対し、社債は消費貸借契約に類似する無名契約とされ、証券会社を介して公募されることもあり、金融機関が圧倒的に多いとしても資金の出し手は多様であり、通常不特定多数の者を対象とした契約として、その権利を表象する有価証券（債券）が発行される。これは多数の投資家が購入しやすいように分割された債権であり、投資性に富んでいることから流通市場が形成されやすい。例えば、エクイティ型のものとして新株引受権（現行法では新株予約権）がついたもの（いわゆるワラント債）や株式に転換することが可能なもの（いわゆる転換社債）が挙げられる。このため、商法及び各種特別法の規制は、多数のものが投資することを予定して定められたものといえると考える。

③ 社債を取り巻く現状

わが国の外為法の改正により、外貨建債券の元利金を円資金に自由に転換できるようになり、海外での普通社債の発行が急増した。ユーロ市場はそもそも証券発行規制が緩やかで、証券の利払や償還を自由に設定

(41) 例えば、社債管理会社の設置が原則として強制されるなどの規制がある。しかし、「原則は」なのであって、設置しなくてもよい場合があり、この点に関しても、相対取引の場合にはほとんど違いがないのではないかと考える。

でき、市場金利を反映した条件設定が可能であり、かつ発行に必要な手数料が安いということもあって、このような市場を利用すれば、社債の発行企業にとって金融機関からの借入れよりも安く資金調達できる可能性が生まれたのである⁽⁴²⁾。また、日本国内においても、金融関係における各種規制の緩和ないし撤廃等が図られ、日本版金融ビックバン以降社債制度そのものも従来とはかなり違ったものになっている。

例えば、かつては、社債の発行体がデフォルトした場合、メインバンクである受託銀行若しくは社債管理会社が社債を買い取った。つまり、「社債権者に対して債権放棄を求めな」かったのである。これは、「相対の関係の上にたつ融資の世界と、同じ確定利付資産であっても市場を前提とする社債が異なるからである。融資の場合には、特定の対象銀行のみが債権放棄に同意してくればよいが、社債の場合には弁済の免除を要請することは、すなわちデフォルトを宣言することであり、クロス・デフォルト条項を通じてすべての既発社債に影響が及ぶのである。」⁽⁴³⁾ということが理由のようである。また、従来の社債契約では財務制限条項として数種類の条項を必ず付けることになっていたが、自由化によって財務上の特約という形式で発行体がある程度自由に特約を選択できることとなった。よって、相対の取引に近い私募債の場合には、そのような条項を持たないことが考えられる。つまり、かなりフレキシブルな対応が可能になろう。

④ 社債と借入金の区別のためのメルクマール

社債と借入金を比較したが、このように社債を取り巻く現状が変化し、現行の社債制度のもとにおいては、各種規制の緩和ないし撤廃により契約条項の変更はかなり自由に行えることとなっている。このような状況のもとでは、社債と借入金の区別のメルクマールを示すことは困難である。また、その利子を受け取る投資家の側から2つを比較した場合、約

(42) 吉野直行・高月昭年『入門・金融[改訂2版]』有斐閣 184 頁

(43) 徳島勝幸『現代社債投資の実務 社債市場の現在を考える』財経詳報社 90 頁

定どおりの利子が支払われるという意味では経済的効果には差異はない。このように、社債と借入金は、近年の規制の緩和ないし撤廃の結果、多少の形式上の違いや法規制等の違いが残っているものの、経済効果の同一性に鑑み、それらを区別する垣根はほとんどなくなってしまったといっても過言ではないのではなかろうか。

⑤ 社債利子と借入金の利子の国内法上の取扱い（今後の方向性）

従来のように、多くの規制等の下で社債制度が運用されていた時代において社債取引が、借入れと法的ないし経済的に異なった性質を持つが故に、徴税の便宜や租税政策的な理由によって課税上異なった取扱いをされていたことには合理性があったものと思われる。問題なのは双方を区別するメルクマールが見当たらない現状で、経済的効果がほぼ似通ったものに引き続き課税上異なった取扱いをすべきかどうかという点である。

社債は転々流通するという特性があり、利子の取得者（社債権者）が次々と変わるため債務者である発行法人にその支払いの都度、源泉徴収させておけば税コストもかからずに徴税が確保できる。これに対し、借入金は相対の取引であり、利子の取得者である債権者は通常固定していることから、源泉徴収制度によらずとも課税を確保ができることとなる。その背景には、かつて利子所得が、貯蓄奨励等の政策により非課税若しくは軽減税率の対象とされてきたという状況があげられる。また一方で、貸付金利子はほとんど貸金業者の収入であることから課税所得の計算上それに対する必要経費を認める必要があり、所得税法上区分せざるを得ない状況等があったのではないかと推察する。仮に、このようなことが原因で、社債と借入金の利子の取扱いが異なる形で規定されたのであれば、それはそれで合理的であったと考えることもできる。そして、この点が、今まで国際課税における国内源泉所得の規定と整合性を欠く状態で国内法を存置することになったのではないかと想定される。

しかしながら、制定当時には合理的な理由があつてこのような違いが

設けられていたとしても、規制緩和等によりそれほど社債と借入金に大きな差のない状況⁽⁴⁴⁾において、実際の経済活動において社債が限りなく借入金のような使われ方をする（相対取引となるような）場面においても課税上の違いを維持するということは、公平負担の観点から大きな問題と思われ、税制改正を検討する時期に来ているのではなかろうか。かつて、社債利子を源泉徴収の対象とする利子所得に入れておくことには徴税の便宜等の理由があるとされた。しかし、相対の社債取引が出現するに至り、現在ではこのようなことも一概に言えなくなっている。そうすると、今更、社債と借入金の課税上の取扱いの差異の根拠を法形式の違いに求めることに意味があるとは思われない。

⑥ 外国法人の社債を借入金と認定する可能性

外国法に基づいて発行される社債の場合、わが国の社債制度における社債とは差異がある可能性はある。しかし、わが国の法人税法や所得税法に社債についての明確な定義がない以上、外国法に基づく社債が、わが国の社債制度における社債と完全に一致しないからといって、それを税法の適用上、一概に社債ではないということはできないと思われる。つまり、税法上の定義がない以上社債を厳密に解釈しようとしてもそれは不可能であり、法形式的にみて社債というのであれば、とりあえず社債と判断せざるを得ないものとする。もっとも、例外として、外国法に基づく社債契約が、明らかにわが国の民法でいう金銭消費貸借契約と同種の性質を持っていると認められる場合には、その契約を借入金と認定できる余地があるのではないかとも思われる。そこで、1つの具体事例を素材として、検討を行うこととする。

素材となる事例はタックスヘイブン所在のSPCが、社債を発行して外国投資家から資金を調達し、これを内国法人に匿名組合の出資金の形で

(44) 適債基準が撤廃されたことによって基本的にはどんな企業も社債を発行できるようになり、新規の様々な発行体が社債市場に参入し、発行体の増加が社債市場を変質させているようである。

提供するというもので、その場合の社債は、agreement 形式で個別に契約されたものであり、準拠法はあるタックスヘイブン国（BVI）の法（会社法）であり、公募募集の事実はなく、社債券の発行はないが、当該外国の登録機関に登録され、そこからの証明書が発行されているものである。また、利率に関する規定はないが、タックスヘイブンの SPC は内国法人から受領した匿名組合の分配金から運営費実費相当額を控除した残額を社債利子として外国投資家に支払うことを約し、優先社債と劣後社債ごとに分配割合を分けて規定している。当該社債は日本の社債制度に置き直して考えてみると、少数の者を相手に勧誘を行う場合で多数の者に譲渡される恐れのない少数私募債と呼ばれるものが相当すると考えられる⁽⁴⁵⁾。外国法に基づく社債とわが国の社債の契約内容等について比較すると次のようになる。

(45) 「少人数私募債の募集について」というものがインターネット等で確認できる。
例えば、(株)ネットワークス <http://www2.networks.ne.jp/partner/shibosai.html>、
(株)日本投資顧問など http://fx-navi.com/allcon14_youkou.html。

○ 社債の発行について

	タックスヘイブン(BVI)の法制度	わが国の商法の規定
社債の発行権限	9 条 (1) 会社の定款、本法律もしくは BVI における有効なその他の法律において何らの権限もしくは反対の規定がない限り、本法律に基づき設立された法人が法人の利益にかかわらず、所持人もしくは会社の選択によりもしくは特別な事態の発生により、会社のその他の証券もしくは会社が保有するまたは保有するであろう財産への転換あるいは交換可能な証券の発行に関する権限を含むすべての行為を行い契約を締結する権限を有する。	296 条 会社は取締役会の決議により社債を募集することを得。 306 条 債券は社債全額の払込ありたる後にあらざればこれを発行すること得ず。
社債管理会社の設置		297 条 社債を募集するには会社は社債管理会社を定め社債権者の為に弁済の受領、債権の保全その他の社債の管理を為すべきことを委託することを要す。但し各社債の金額が 1 億円を下らざる場合又は社債の総額を社債の最低額を以て除したる数が 50 を下る場合はこの限りにあらず。
社債管理会社の資格	規定なし エージェントが管理	297 条の 2 銀行、信託会社又は担保付き社債信託法 5 条の免許を受けたる会社に非ざれば社債管理会社たることを得ず。
社債管理者の義務		297 条の 3 公平かつ誠実に社債の管理をなすことを要す。 社債権者に対して善良なる管理者の注意を以て社債を管理する義務を負う。
発行内容	記名社債 優先社債 9 億円 (3 年満期) 劣後社債 1 億円 (3 年満期) 譲渡禁止	298 条 既存社債に未払込みがある場合に制限される。 299 条 同一種類の社債の金額は均一 300 条 発行後 2 年間の転売禁止

償還	発行から3年の間、匿名組合契約の満期終了もしくは途中終了により匿名組合契約上の出資の価額の返還を原資に償還される。 匿名組合の利益分配額から諸経費を控除した残額が償還される。	社債管理会社等に償還金を支払う。 償還方法は法定されていない。 満期一括償還、定時償還、繰上げ償還などがあり、発行条件として社債券又は社債原簿等に記載される。
利息	5%利回り部分⇒優先社債保有者 残余80%部分⇒優先社債保有者 20%部分⇒劣後社債保有者	516条2項 社債管理会社等に支払われる。
償還通知	財務代理人を通じて行う。 債務不履行事由が発生していないことを条件に社債保有者に分配される。	実務的には元利支払場所として指定された金融機関で支払いを受ける。309条2項 社債管理会社等が発行会社から弁済を受けた場合には公告し、かつ知れたる債権者に通知する。
配当日	営業者の事業年度終了後90日以内に支払う。	
報酬	匿名組合出資額の1%（基本報酬） 営業者の純利益が5%超の場合超過額の20%（インセンティブ報酬）	
その他	本件社債の上場申請なし。 流通市場に乗ることも予定していない。 本件社債に対する投資にリスクあり。 投資の目的が実現する保証なし。 本件社債に関して監督官庁等の承認不承認はとらない。 発行日払込日随時 格付けなし 種類：登録社債	私募債とするには譲渡制限、分割制限あり。多数の者に譲渡の恐れがない要件①社債券の枚数が50枚未満②その社債が単位未満に分割不可制限付き③分割制限が社債券に記載されている。を満たしていること。 334条 社債管理契約では利息等の支払遅滞があった場合には直ちに期限の利益が喪失する。

本件事例は、匿名組合の営業者である内国法人の日本における事業のため円が必要であるところ、タックスヘイブンのSPCは日本の市場では

なく、外国において相対により円建私募債を発行して資金を調達している。このように日本以外のマーケットで居住者非居住者に関係なく円建てで発行された債券のことをユーロ債といい⁽⁴⁶⁾、市場を通さない私募のユーロ債は一般的なものであるためこれらの事実を捉えてわが国でいう社債に該当しないということとはできないだろう。また、例えば償還に関する規定について、通常の日本の社債であれば、借入金と同様、借りた額つまり社債の額面額が償還額とされるであろうが、本件社債は匿名組合からの分配金から諸経費を控除した額が償還額とされ、会社の清算による分配金と何ら異なるところがない内容となっている。そして、利息に関する条項において、日本の一般的な利益変動型の社債は定率部分が若干でもあるような設定とされているのに対し、当該社債には定率部分は全くなく、利子額の設定はその利子の原資となる匿名組合の分配金とほぼ同額になるように行われている。

本件事例の完全利益変動型の利子の設定自体が通常日本における社債制度には見当たらないものであることから、当該社債は日本でいう社債に該当しないとの認定の余地もあるかもしれない。また仮に、社債契約条項の中に、契約の実質が金銭消費貸借契約であるのに、これを社債契約の形で実現させるためにあえて挿入したと認められるような条項で、かつ、通常の社債契約にはありえないような内容のものがあるようなときは、当該社債契約を借入金と認定することも可能であると考えられる。

本件事例では、多々疑問点はあるものの、社債について規定した各条項の一つ一つが内国法人が発行する社債に準じた社債⁽⁴⁷⁾でないと判断す

(46) 堀之内朗・武内浩二『債券取引の知識』日本経済新聞社 46 頁、通常、発行体が外貨を調達するために発行する債券を外貨建て債といい、利払いや償還を外貨で行うものをいうが、非居住者が国内債を保有すると利子源泉課税されるので内国債の発行が途絶えたようである

(47) 所得税法において社債の定義はなく、外国法人の発行する社債については所通 2-11 において「内国法人の発行する社債に準ずる」社債という定めがなされている。

るに足る根拠とはなり得ず⁽⁴⁸⁾、また、現在日本における少人数私募債発行においては、原則として中途解約はできないものとするという条項や転売制限等の定めがあるものもあることから、本件社債を日本の制度との比較の上で特に異常性のあるものとすることは難しいと考えられる。

また、本件事例の社債は、法形式上金銭消費貸借契約とは明らかに異なっている。日本の国際課税における国内源泉所得の規定は、社債利子については債務者主義を採用し、貸付金の利子については使用地主義を採用しているが、仮に、この課税上の差異を利用するために SPC が本件事例の社債を発行したことが明らかだったとしても、社債利子を貸付金の利子として課税することはできないであろう。

⑦ 小括

これまで、社債と借入金の違いについて縷々検討したが、租税法上これらを違う取扱いとする現行規定を今後も維持すべきとする理由は見当たらなかった。前述したとおりそもそも社債は融資の代替的手段として利用されており、日本においても規制の緩和により融資との差異がいまいなものとなっている状況下⁽⁴⁹⁾において外国法人の発行する社債を借入金と区分けして考える必要性は最早ないのではないかと考える。現行の国内法では、外国法人が外国の社債制度に基づいて社債を発行して資金調達した場合には、その利子の発生が日本における運用収益であろうとも、その利子は外国法人が発行した債券の利子であり、その受け手の国内源泉所得には該当しない。これでは、貸付金という形態をとればその利子は課税され、社債という形態をとればそれだけでその利子は課税されないというおよそ公平負担に悖るような状況を放置しているこ

(48) これはそもそも社債の条項として必須とされるものが法律上明定されていないことが原因と考える。

(49) 日本の社債制度自体が、従来のような他の法律による規制等により限定されたものではなくなっているため、明確な相違が指摘できない状況にあり、社債の定義自体が明確ではない状況にあると考える。

ととなり、問題であろう⁽⁵⁰⁾。よって、国内法の規定を見直し、国際課税との整合性を保つような税制改正に着手すべき時期が来ているものと思われる。

なお、改正の方向性については第6章で検討したい。

3 匿名組合契約⁽⁵¹⁾に基づく分配金

はじめにふれたように、匿名組合契約に関しては、本件事例のように平成14年の改正前の規定では、匿名組合員の人数が10人未満の場合には「国内にある資産の運用又は保有による所得」とされ、源泉課税の対象とされていなかったこと、また、現行制度においても匿名組合契約に基づく利益の分配金が、租税条約における「その他所得」に該当するという解釈からトリティ・ショッピングで利用されること、及びPEの認定に関する税務上の考え方が不明確であることなど多くの問題を抱えている。この匿名組合に関する平成14年度の改正を踏まえ、その問題点を整理したい。

(1) 規定の経緯

匿名組合契約に基づき受ける利益の分配は、昭和37年の改正において所得税法1条3項3号に「…又はこの法律の施行地において事業を為す者に対する出資につき匿名組合契約及びこれに準ずる契約で命令で定めるものに基づき受ける利益の分配」と規定され、この法律の施行地に源泉がある所得とするとされていた。また、法人税法5条の4で支店・出張所・事務所工場その他事業を行う一定の場所を有して行う事業を有していない外国法人の受ける匿名組合の利益の分配は法人税を課しないとされていた。こ

(50) 外国法人が発行する社債利子を、国内にある資産の運用又は保有による所得(法168条1号)と解釈することの可能性については後述する。

(51) 匿名組合契約は商法535条に規定され、対外的な権利義務の主体となる営業者と出資を行う匿名組合員により構成されている。平成14年改正までは10人未満の匿名組合の場合はその分配金について源泉課税の対象とされていなかったこともあり、また租税条約上の「その他所得」に該当することを利用し、日本の課税権を逃れるトリティショッピングに利用されている。

のときの区分では、匿名組合の分配金は預貯金の利子や合同運用信託の利子と同じ号の中に規定されている。昭和 45 年の改正で、組員 10 人未満の匿名組合契約等に基づく利益の分配は国内にある資産の運用・保有から生ずる所得であることが明らかにされた。昭和 45 年の改正税法のすべてによると「10 人以上の匿名組員のいる匿名組合契約等に基づいて受ける利益に分配はいわゆる 11 号該当の国内源泉所得とされていたが、10 人未満の場合には 1 号該当の国内にある資産の運用・保有から生ずる所得と従来から考えられてきたものを規定上明らか」⁽⁵²⁾にしたとある。そして、平成 14 年の改正により匿名組員の人数にかかわらず匿名組合契約に基づく利益の分配金に対しては 20%の源泉課税を行うこととされた。改正理由としては、「国内に支店等を有しない非居住者又は外国法人による匿名組合契約を利用した様々な投資スキームが出現し、特にそれらの投資に係る出資者の人数が 10 人未満の少人数により行なわれているケースも多々見受けられ、匿名組合契約に基づく利益の分配に対する課税について、その匿名組員の人数によって課税方法を区別する必然性が薄れ、その見直しの必要性が生じていることが指摘されていた」⁽⁵³⁾ことが挙げられ、組員の人数にかかわらず「匿名組合契約等に基づく利益の分配」として源泉課税の対象とされた。

(2) 匿名組合契約に関わる問題点

現在では、平成 14 年の改正によりその人数にかかわらず源泉課税の対象となること、及び商法でいう匿名組合契約よりも広い概念を規定上置いたことから、租税回避に対する対応策として有効な規定ぶりになったものと考えられる。

しかしながら、匿名組合契約は、今後も若干形を変え租税回避スキーム等で利用されることが想定されることから、これに対処するには、国内法のさらなる整備が必要ではないかと考える。この点に関して、淵教授は「実

(52) 昭和 45 年改正税法のすべて 30 頁

(53) 平成 14 年改正税法のすべて 732 頁

質的には匿名組合契約とはいえない契約が匿名組合契約を僭称しているというよりはむしろ課税ルールに問題がある場合が多いのではないか⁽⁵⁴⁾として、問題点を3つ指摘されている。また、川田教授も税法上損失配分を制限し、出資金額を超える損失分担については、他の所得との損益通算を認めない、若しくは損失配分を認めないとする法律の規定を設けるべきとするなど、匿名組合課税に伴う問題点の解決方法としての法整備を提言されている⁽⁵⁵⁾。いずれにしても租税回避スキームに利用される匿名組合に対する課税のあり方を根本的に見直す時期にきていることには間違いないと思われる。

国際課税に関しては、匿名組合員が10人未満の場合においても源泉課税の対象とされることとなったため、日本の課税権が全く確保されない状態からは脱却したが、依然として、日蘭租税条約のように「その他所得」条項がある場合には、源泉地国課税を行うことができず、日本の課税権が確保できない状況が現存している。この点に関し、渕教授が論文で示されたように、匿名組合の分配金が租税条約における「その他所得条項に該当するという解釈が誤っている。」⁽⁵⁶⁾という解釈ができるのであればこの問題は解決するのかもしれないが、現実には国内法の整理（規定の整備）がされないと取りえない解釈ではなかろうかと考える。そこで、次に、最近改正された新日米租税条約では、匿名組合契約に係る課税関係が、租税回避に利用されることを踏まえてどのように整理されたかについて以下に述べることにする。

(54) 渕圭吾「匿名組合契約と所得課税－なぜ日本の匿名組合契約は節税の目的で用いられるのか」租税法研究会第109回 ジュリストNo.1251 2003.9 181頁

(55) 川田剛「匿名組合課税のあり方に関する一提言」国土舘大学経営研究所 経営経理第27・28号故坂井正廣教授追悼号13年3月 101頁～111頁 例えば、税法上損失配分を制限し、出資金額を超える損失分担については、他の所得との損益通算を認めない、若しくは、損失配分を認めないとする法律の規定を設けるべきとするなど。

(56) 渕・前掲（注54）181頁

(3) 新日米租税条約の取扱い

日米租税条約の改正の趣旨⁽⁵⁷⁾では、匿名組合を利用した租税回避の防止について、「匿名組合契約を利用した租税回避が日米間で生じないように、匿名組合契約に関連して米国において取得する所得及び匿名組合契約に基づいて日本において支払われる利益の分配については、日米両国において国内法令に従って課税を行うこととする。」⁽⁵⁸⁾とされている。改正前の同条約では、「古い条約なので、その他所得条項が存在せず、結果として匿名組合の分配金に対しては国内法どおり課税が行なわれることとなって」⁽⁵⁹⁾おり、日米間では、日蘭租税条約におけるような二重非課税（課税の空白）が生じるようなことはなかった。しかし、新日米租税条約においてはその他所得条項が設けられたことからその取扱いについては、議定書第 13 項で両国の国内法で課税することが規定され、その他所得条項の適用はないとされたのである⁽⁶⁰⁾。

ところで、アメリカの国内法では、非居住者及び外国法人が取得するポートフォリオ・インベストメントである債権の利息収入はアメリカ国内源泉所得であっても課税対象とはならない（内国歳入法 871(h)、881(c)）⁽⁶¹⁾

(57) 浅川雅嗣「日米租税条約の主な改正点」租税研究 2004. 4 81 頁～

(58) 浅川・前掲（注 57）101 頁

(59) 浅川・前掲（注 57）101 頁

(60) 浅川・前掲（注 57）102 頁

(61) 須田徹『アメリカの税法 連邦税・州税のすべて[改訂六版]』中央経済社 1998. 11 287 頁

「ポートフォリオ・インベストメントとは次の債権に対する投資である。

- ① アメリカ人以外に対して発行された非登録債権であり、券面上に当債権を所有するアメリカ人はアメリカ税法上の制限がある旨が記載されているもの。
- ② 登録債権で源泉徴収義務者がその債権保有者がアメリカ人でない旨の証明書を入手している場合。
- ③ 利息額のうち債務者（及び直接・間接に 50%超の持分関係がある関連者）の収入・売上等の現金の流入額、利益、所有資産価値の変動、配当（パートナーシップの場合は分配金）、その他を理由として利率が変動する偶発利息に基づく部分はポートフォリオ利息として取り扱わない。
- ④ 以上の条件に該当しても、発行者の株式を 10%以上保有している場合及び銀行

とされているが、配当については30%の源泉の対象とされている。ところで、contingent interest⁽⁶²⁾のように利子が利益に連動するため配当の性質を有しているものについても、これをポートフォリオ利子免税の対象から除外して、30%の源泉課税の対象としている。これは、このような法形式によって配当を行うことにより租税回避を図ることを防ぐためと思われる。

新日米租税条約では、匿名組合の分配金について、互いの国の国内法を適用することとしていることから、アメリカでは匿名組合の分配金をこのcontingent interest の一種に該当するとして、利子所得には区分しつつ、配当所得並みの課税を行うのではないかと思われる。

(4) 小括

新日米租税条約において、匿名組合の分配金をその他所得条項から除外し、互いの国内法により対応しようという議定書の規定は、少なくとも現在のように金融商品が多様化し、投資に対する課税上の取扱いが難しくなっている状況のもとでは、今後の規定のあり方として参考になると考えた。

匿名組合契約に基づく利益の分配金も、利子所得に含まれる社債利子も、貸付金の利子もそれぞれに多少の違いはあるが、投資資金の元本から派生した「利子」的なものであることは否定できない。さらに、利子であっても利益に連動して配当のように支払われ、それを支払った側は支払額を損金に算入できるようなハイブリッドなものも現れてくると、これらの違いがいつそう不明確なものになってしまったといえる。しかし、日本の租税法においては、依然として、それらはそれぞれ別々に規定され、別々に取扱われているのである。従来の投資形態の下ではこのような違いを設けることに合理性があったのであろうが、現在においては、別個に取扱いを置くことによって公平な課税が行われていないのではないかという疑問が生じる。少なくとも、匿名組合契約に課税関係については、租税回避に使われやすいという問題もあり、また、新日米租税条約の制定過程においてその

が通常の営業取引で行う貸付けの場合は非課税の適用を受けられない。」

(62) 債務者のキャッシュフロー等に連動して決定される利子をいう。

取扱いが検討されたことから、新日米租税条約で検討された事項等を参考として、国内における取扱いを検討すべき時期にきていると思われる。

4 具体的事例

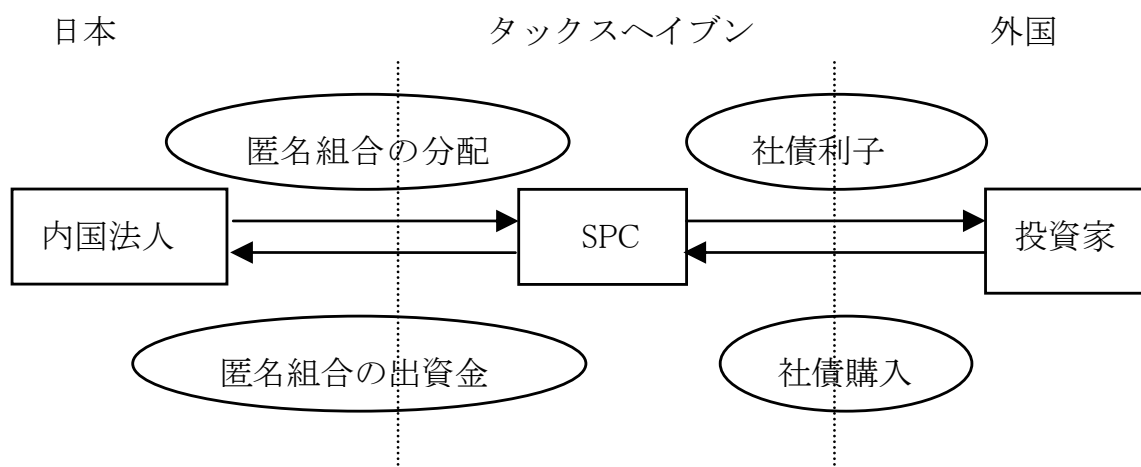
ここでは、実際に上記において問題とした典型的手法、つまり、社債の発行や匿名組合を利用した投資活動の具体的スキームをあげて、その課税上の問題の所在を明らかにするとともに、次章において、それらを利用した租税回避の否認の可能性について検討したい。

下記に示した(1)及び(2)のスキームはいずれも、日本国内で稼得した事業収益を無税で国外に持ち出すために考えられたものである。ここで、重要なことは実際の資金の提供者は外国投資家であり、その資金は日本国内における不良債権回収事業や不動産投資事業に提供され、その見返りを享受する際に、源泉地国である日本の課税を受けていないということである。例えば、外国投資家が国内で事業を行う内国法人(外国法人の子会社も含む。)や外国法人に対して直接投資し、当該事業による収益を配当や利子の形で受け取った場合には、その収入に対して日本で源泉課税がされることになる。他方、当該スキームを利用すれば、日本の源泉地国課税を免れることができるということになれば、課税の公平が保たれないこととなることから⁽⁶³⁾、税務当局として何らかの対応を考えるべきであろう。つまり、SPCはわが国の課税を免れるためだけに取引に介在しているペーパーカンパニーであり、そのような存在が日本における源泉地国課税をゼロにし、日本の課税権を侵害しているところに問題があるという考え方があり得る。ここでは、企業が当該スキームを利用した場合において、これを現行法の解釈によって否認することが可能であるか否かについて以下検討することとする。

まず、その具体的スキームの内容について説明を行うと次のようになる。

(63) 課税の公平に欠けるかどうかについては、様々な意見(反対意見)があると思うが、ここでは課税の公平に欠けるという私見を述べている。

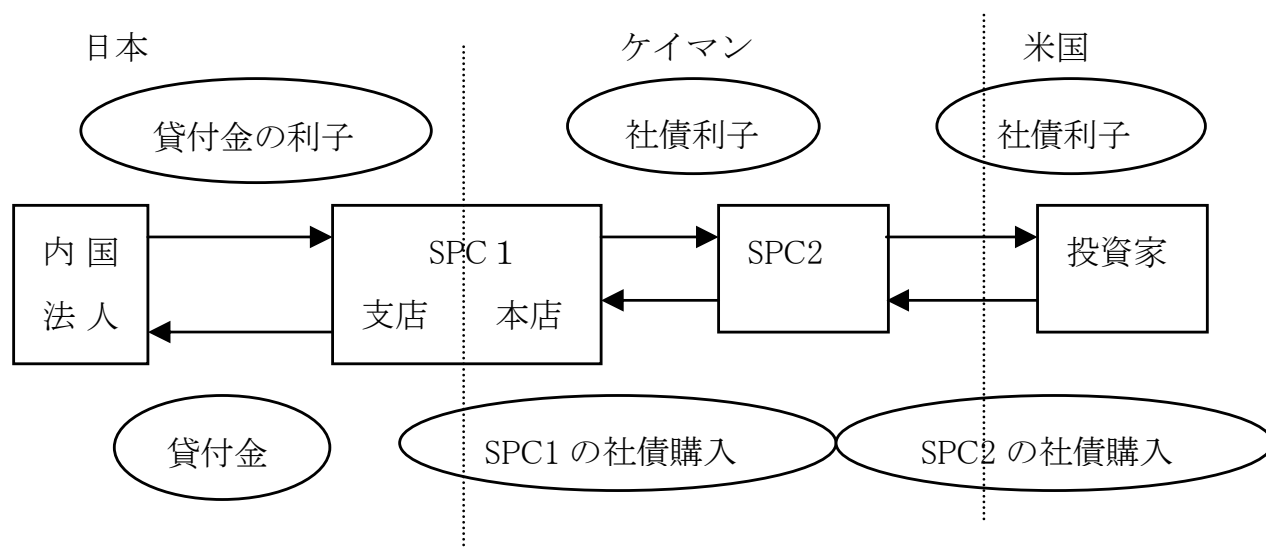
(1) 匿名組合契約を使ったスキーム



タックスヘイブン国の SPC は利益変動型の社債を発行し、外国の投資家（例えば、アメリカのファンド）は、当該社債を購入する。SPC は日本の内国法人と匿名組合契約を締結し、匿名組合員となって社債で集めた資金を出資する。SPC は日本国内に支店を持たず、営業者である内国法人から匿名組合の出資金に対する分配金として、内国法人が行う不良債権回収事業や不動産事業に係る収益を収受する。社債の利率は、匿名組合の分配金とほぼ同額となるように設定されており、SPC はその収受した分配金のほとんど全部を社債利子の支払いとして外国の投資家に支払うこととなる。匿名組合の分配金は、平成 14 年の改正前は 10 名以下の匿名組合の場合、国内にある資産の運用保有による所得として申告を行わなければならなかったことから、SPC は、課税所得の計算上、当該社債利子を必要経費として控除し、課税所得はゼロとして申告を行っている。つまり、日本における課税を受けずに事業収益を海外に持ち出すことができることとなる⁽⁶⁴⁾。

(64) ただし、現行法のもとでは、匿名組合契約に基づく利益の分配金に対しては、匿名組合員の数に関係なく、分配金の支払時に 20%の源泉徴収を行うため、日本に支店等 (PE) のない外国法人は申告の必要はない。このため、少なくとも無税で海外に流出することはないと思われるが、SPC の日本支店等がある場合には、総合課税の対象となり、源泉徴収された分を取り返すことは可能であろう。

(2) WSPC を使ったスキーム



アレンジャーは、タックスヘイブン国に SPC を 2 社設立し（チャリタブルトラスト等を利用して資本関係を断絶している。）、米国投資家はケイマン SPC 2 が発行する社債（私募債）を購入する。SPC 2 は投資家から集めた資金で、同じくケイマンの SPC1 が発行する社債（私募債）を購入する。SPC1 日本支店は社債発行により調達した資金を内国法人に貸し付け、内国法人は、その借入金によって不動産事業を行う。SPC1 及び SPC2 が支払う社債利子の利率は、内国法人から受け取る貸付金の利子の額に連動するように設定されている。

SPC1 日本支店は内国法人から収受する貸付金の利子について、源泉徴収免除の申請を行っているため（所法 180 条 1 項 1 号）、源泉徴収は行われず、また、日本において申告する際、本店に支払う内部利子を国内源泉所得である当該貸付金の利子に係るひも付き経費として損金算入しているため（法令 188 条 1 項 1 号）、結果的にその課税所得はゼロとなっている。さらに、SPC1 本店が SPC 2 に支払う社債利子は、日本との租税条約のないケイマン法人に対するものであることから、法人税法 138 条 4 号イ「内国法人が発行する債券の利子」を国内源泉所得とするとの定めにより、国内源泉所得に該当しないため、源泉課税の対象とならないこととなる。ただ

し、仮にこのスキームにおいて SPC 2 が存在しないとすると、日米租税条約 6 (2) 及び 13 (5) が適用になり、SPC 1 の日本支店が利子を負担する時、その利子を収受する者はわが国の国内源泉所得を有するものとされ、課税されることとなる。このように、SPC 2 は投資家をわが国の課税から守るための仕組みなのである。

(3) 検討

上記(1)のスキームは SPC が日本に恒久的施設があるとして日本で申告するケース、(2)のスキームは日本に恒久的施設がなく、日本で申告あるいは納税を必要としないケースとなっている。それぞれのケースごとにその課税の可能性について以下 5 (5)において検討するものとする。

その際、(1)のスキームについては、まず、SPC の存在を否認（無視）できる場合とできない場合に分けて検討を行う。次いで SPC の存在を否認（無視）できる場合には、外国投資家の取得する所得の種類について検討を行い、課税する場合の実務上の問題点等を考察する。SPC の存在を否認（無視）できない場合においては、事実認定の問題として SPC が調達した資金が借入金によるものなのか、社債によるものなのか、出資によるものなのかの認定の可能性を検討し、それぞれの認定における問題点と、SPC に対する課税のあり方について検討を行う。また、当該スキームでは、SPC が日本において申告する際、課税所得の計算は、法人税法施行令 188 条 1 号に「その国内において行う業務に配分されるものに限る」と規定されていることから、匿名組合の分配金の額に連動した社債利子を設定することにより、SPC は、匿名組合の分配金から同額の社債利子をコストとして差し引くことにより日本における課税所得をゼロとする申告が可能になる。これは、日本国内で稼得した収益である匿名組合の分配金という国内源泉所得から社債利子という国外源泉所得を差し引くという課税所得の計算方法そのものにも問題がないかという視点からの検討も必要と思われる⁽⁶⁵⁾。

(65) 国際課税における課税所得の計算上、当該社債利子を控除すべき費用と解釈する

(2)のスキームについては、SPC をダブルで利用していることにより課税を免れていることから SPC の存在を否認（無視）する可能性について検討し、さらに SPC が存在しないと認定できた場合における外国投資家に対する課税の方法について検討する。

5 租税回避行為に関する考察

4 で紹介した(1)及び(2)のスキームの課税の可能性を検討する前に、これらのスキームが租税回避行為であったと仮定した場合についてその否認の方法について下記の(1)から(4)において考察する。

(1) 租税回避行為の否認

租税回避⁽⁶⁶⁾とは、「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除すること」⁽⁶⁷⁾をいうとされている。そして、脱税との違いは「課税要件の充足そのものを回避する行為である」とされ、節税との違いは「租税法規が予定していない異常な法形式を用いて税負担の減少を図る行為である」と説明されている⁽⁶⁸⁾。つまり、節税とはいえない

ことは妥当であろうか。また、本店では全く事業を行わず、日本に対する投資のみを目的とした外国法人の発行する社債利子については、国内源泉所得に当たるとして課税する余地はないのかということをポイントに解釈論としての課税の方向性について検討を行いたい。

(66) 租税回避の定義については、この他、「税法上通常のものと考えられている取引形式を選択せず、それとは異なる取引形式を選択することにより通常取引形式を選択した場合と同一またはほぼ同一の経済的効果を達成しながら、租税上の負担を軽減または排除すること。」清永敬次「実質主義と租税回避」法律時報 39 巻 10 号 27 頁、「私法上の選択可能性の自由を利用して租税負担を軽減するために、法形式濫用という問題が起きるのである。これを租税回避という。」水野忠恒『租税法』2003. 4 24 頁の等がある。

(67) 金子宏『租税法第九版』弘文堂 15 年 4 月 125 頁

(68) 金子・前掲（注 67）125 頁

いが脱税でもないグレーゾーンの部分が租税回避に該当する。

租税回避があったかどうかについては、税をコストと考えその削減を目的に行動する納税者と、課税の公平の観点から課税関係を捉えようとする税務当局の間では、見解の相違が常に生じるところである。租税回避があった場合に、当事者が用いた法形式を租税法上は無視し通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う「租税回避行為の否認」⁽⁶⁹⁾は、個別の否認規定がある場合に限ると解されていることから、租税回避があった場合であっても否認できないケースも生じることとなる。また、租税法規が予定していない異常な法形式を用いて課税を免れているかという判断も非常に難しく、租税回避行為の否認ではないがそれと同様の効果をもたらす方法により、是正しうる場合かどうかの判断もその課税のための理屈付けも非常に難しいものとなっている。

第4章で挙げたスキームは日本の源泉課税を免れるためのものであるが、少なくとも、個別否認規定はないことから、租税回避であったとしても当該スキームについて、「租税回避行為の否認」はできないと考えられる。しかし、中里教授は、「タックスシェルター」という著書の中で、日本における源泉課税を免れるために最近広く利用されるケースとして、ケイマン法人の日本支店を用いて日本での事業活動による収益に対する課税を免れる方法—資産流動化のためのダブルSPC方式—を紹介し、ケイマン・ブランチ・ループホールと名づけられ⁽⁷⁰⁾、この方法を「源泉徴収逃れに関する基本的発想が凝縮されている」と評価されている。また、『実際にはダブルSPC方式の採用により「不都合な結果」が回避されているのではなく、むしろ、「納税者にとって都合のよい結果が意図的にもたらされている」というのが正確なところであろう。これに対し課税庁がもっと厳しく対応する場合には、(事業目的の有無等に応じて) 事案によっても異なろうが、フィルムリース事件と同じように事実を全体として考察すると国外投資家に対す

(69) 金子・前掲(注67)127頁

(70) 中里実『タックスシェルター』有斐閣2003.6 148頁

る日本における課税が逃れられているとして、事実認定による否認が行われるという事態も一概に否定はできないかもしれない』⁽⁷¹⁾と、まさに本稿において検討すべきスキーム ((2)のスキーム) について、示唆しておられる。そこで、この事実認定による否認の可能性についても第4章のスキームに即し検討を行いたい。

(2) 租税回避事案への対応の困難性

最近の判例の動向等を見ると、租税回避と認定されるためには、「私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択する」という行為が必要であり、そういう行為があつて、さらにこれを税務上否認するためには、否認するための個別規定等が必要であることになるものと思われる。また、租税回避に当たるかどうかが焦点の一つとなった事件の判決の中で、「本件増資はいわゆる節税を意図して企画されたことは明らかで、納税者として、いわゆる節税を図ることは、もとより正義に反することではない」⁽⁷²⁾という下りや、また、別事件の判決でも、「…経済合理人として租税の軽減を図ることは一般的に許容されていること、営利法人にとって最大の関心事は税引き後利益であり、税を企業経営若しくは投資その他の利潤追求行動上のコストの一つとして認識することは当然であること…」⁽⁷³⁾という下りが判決理由にあり、裁判所の判断として税の負担を軽減する行為は、むしろ、企業人として、ある意味行つて「当然」のこととしてとらえられている。このため、ある行為が租税を軽減する意図で実施されたことが明らかであったとしても、それだけではいわゆる「租税回避行為の否認」の対象として税務上これを無視して課税関係を律することはできないと考えるべきであろう。この場合、適正公平な課税の観点からすれば否認すべきと思われるものでも、法の不備（個別否

(71) 中里・前掲（注70）155頁

(72) オープンシャホールディング事件 平成16年1月28日付東京高裁判決平成12年（行ウ）69号

(73) 大和銀行事件 平成13年12月13日付大阪地裁判決平成9年（行ウ）77・78・79号

認規定がない) からそれができない事例もあることは否めない。

昨今の風潮として、そのような法の不備を狙って新たな仕組みを考えるとといったものが多くなっていることは無視できない状況にある。このため、そのようなものについては速やかに制度改正を目指すべきであろう。

課税要件事実の認定は、契約書の文言のみによって行われるべきではない。契約書は取引に関する事実を確認するための一つの材料に過ぎない。課税当局は、これまで、あらゆる具体的な証拠に基づいて取引当事者間の真の合意に基づく真の法律関係を探求し、その法律行為により構成された事実を課税要件事実として租税法規を解釈・適用する努力を続けてきた。そして、租税法の各条項が課税要件事実として経済行為なり取引形態を規定していることからすれば、課税（少なくとも個人に対する課税や法人課税）は、納税者において生じたある経済的効果に対して行われるべきであると考えてきた。このため、納税者が、租税を軽減ないし回避しつつある経済的効果を得る目的で、私法上の選択可能性を利用して実施すべき行為又は取引を選択したと認められるような場合には、課税の公平の観点から、その選択された行為等が経済合理性を有しているか、私的プロパーの見地から通常採りえない異常な形態ではないかといった点に着目して課税の可否を判断してきたものと思われる。

これに対して、課税当局は実質主義とか実質所得者主義という言葉を使いながら、各種の法律行為から発生した経済的効果のみをとらまえて私法上の法律関係は無視して課税処分を行なっているとの指摘もある。これは、課税当局が、租税法律主義のもとで、現行法は各条文の文言に忠実に解釈した上で適用されなければならないという要請を常に充足して課税を行ってきたとはいえないという批判でもある。このため、課税当局には、このような指摘・批判を前向きに受け止め、本来課税されるべき行為又は取引が、法律に基づいて的確に課税されるよう、常に現行法規を見直し、必要に応じて税制改正を目指すという姿勢が望まれる。

(3) 国際課税における租税回避

本庄教授は、「①所得の源泉地国で法人所得税を課されないこと、②所得の移転に当たって源泉地国で源泉徴収税を課されないこと、③所得を受け取る居住地国で法人所得税を課されないこと」の3つをあげ、「国際的租税回避の基本要素は、この3つの目的を同時に達成できる解を求めることである」とされる⁽⁷⁴⁾。しかし、居住地国で課税されるのに租税回避がなされているとして源泉地国において課税権確保のための措置を積極的に行うことが果たしてよいことであるかどうかについては疑問が生じる。所得の発生は源泉地国にあるのだから当然課税の確保に努めなければならないという考え方もあると思うが、国際社会において二重課税排除のため源泉地国課税を縮小する努力が続けられているのも事実であり、居住地国で課税されていけば問題ないとする考え方もあるのではなかろうか。現に EU 諸外国間においては源泉地国免税の方向に移りつつあり、また租税条約においても源泉地国の課税を縮小する傾向にあるようである⁽⁷⁵⁾。

国際課税における源泉地国の課税のあり方については、わが国だけの問題ではなく、世界の国々が互いに同じ問題を抱えることとなることから、その取扱いについては OECD 各国における議論等を踏まえたところでの対応が望ましいものであり、必ずしも、通貨統合等を行い一つの経済圏を目指す EU 諸外国間とは事情が違うかもしれない。

(4) 否認の法理

① 外国

イギリスにおける租税回避の否認の法理の基本となるラムゼイ判決において、租税回避として認定するには2つの事実の認定が必要とされた。一つには、前もって準備された一連の取引(複合取引)が存在しなければ

(74) 本庄資『国際的租税回避基礎的研究』税務経理協会 2002.8 8頁、
中里実教授はタックスシェルターの中で同じようにこれら3つを要件としてあげておられる。中里・前掲(注70)144頁

(75) 岡直樹・横山玄「EUにおけるタックス・パッケージ合意について」国際税務 vol.23 No. 8 2003.8 36頁

ならないこと。(当該複合取引が正当な商業上の成果を達成していてもしていなくてもよいとされた。) 二つ目には複合取引の中に納税義務を回避すること以外の商業(事業)目的のない取引過程が挿入されていなければならないこと。(商業目的がないということは事業上の効果がないということではない。) この2つの事実認定を行い、租税回避行為と判断されても、実際にこの行為を否認できるかどうかは制定法の文言によるとされた⁽⁷⁶⁾。このような判断基準が、ラムゼイルールとして、ラムゼイ判決以降の判決において確立してきている。

アメリカにおける租税回避に関する代表的な判例はグレゴリー判決であるが、この判決以降の判例において否認の法理として、Business Purpose Doctrine (事業目的の法理)、Sham Transaction Doctrine、Step Transaction Doctrine、Substance Over Form Doctrine、Economic Substance Doctrine が挙げられる。

このうち、例えば、ステップトランザクションについては、「ステップ取引法理 (step transaction doctrine) は「各別個の取引は、一見それぞれ独立したようにみえるものの、実際には相互に密接に関連しているため、そのうちの一つが欠けても全体の取引が無意味になってしまう」ような場合に適用される法理である。」と説明されている⁽⁷⁷⁾ものや、ステップ取引原則として3基準を示し、「一取引が第一ステップとされるには後のステップをとる binding commitment がなければならない」として納税者の主張を退けている最高裁判決などがある。さらに、「ステップ取引原則は非課税の組織再編成の分野における租税回避に対抗するための効果的な防止措置となっている。」と説明されている⁽⁷⁸⁾ものがある。本件事

(76) 渡辺徹也『企業取引と租税回避』中央経済社 2002.2 32頁

(77) 川田剛「租税回避—節税・脱税との接点—租税回避の基本概念第1回」税経通信 2003.4 49頁、この法理が適用された例として *Manhattan Bldg. V. CIR.* 27 TC 0132、1042(1957)、*American Bautew Car Co. V. CIR.* 11 TC 397(1948)を挙げておられる。

(78) 本庄資『アメリカン・タックス・シェルター—基礎研究—』15年9月税務経理協会 295頁、この法理が適用された例として、*Commission v. Gordon* (391U.S. 83(1968))

例の場合適用できるような個別否認規定がなく、租税回避行為の否認という整理はできないのであるが、このステップトランザクション理論は、裁判官が裁判の中で正しい事実認定をする際の参考となるのではないかと思われる。

なお、この他にも米国の否認法理について紹介している論文等⁽⁷⁹⁾はある。それが直ちにわが国の租税回避理論に影響を与えるものかどうかは不明である。唯一、岡村教授の論文⁽⁸⁰⁾の中で、「アメリカにおける否認法理としてよく知られているものに、実質主義(substance over form)(取引の法形式ではなく経済的実質によって課税要件該当性を判断する)、事業目的テスト(business purpose test) (税負担軽減のみを目的とする取引を無視する)、段階取引(step transaction)の法理 (1つの目的に向かった複数の段階的取引を一括して把握する)、虚偽取引(sham transaction)の法理といったものがある。これらは税法における common law と呼ばれているが、概念的にも機能的にも相互に重なり合う錯綜した関係にあり、厳密に区別して論じる意味はあまりないであろう」という意見が述べられている。

を挙げられている。なお、3つの基準とは、①binding commitment test (第一ステップで納税者が後のステップに続くことを約束している場合にのみ別個のステップとの統合を認めるという基準)、②end result test (ステップが特定の結果を生じたため最初から意図された単一のスキーム又はプランの一部である場合に別個のステップを組み合わせた一つの取引とされるという基準)、③mutual interdependence test (客観的事実の合理的解釈に基づいて一つの取引が作り出す法的関係が一連の取引の完了なくしては効果がないといえるほど相互依存が歩か否かを問題とする基準)とされる。

- (79) 渕圭吾「アメリカにおける租税回避否認法理の意義と機能 (1)」学習院大学法学論叢 102・103 頁

アメリカではいわゆる租税回避を否認する機能をはたす判例法上の法理(“common law” doctrines)が発展してきた」として、「これらの法理の起源は古く、少なくとも1935年のGregoryに遡ることができる。…その中で、“substance over form” “step transaction” “business purpose” “sham transaction” “economic substance”といった諸法理が形成されたと考えられている」とされる。詳しい説明は後述あるがこの回には、ステップトランザクションに関しての記述はない。

- (80) 岡村忠生「税負担回避の意図と二分岐テスト」税法学 543 2000.5 13 頁

さらに続けて、「問題となる取引を段階取引の法理によって不必要な取引段階であるとして否認する（存在しなかったとみなす）ことも、事業目的テストによってその取引が事業目的を欠くとして否認することも実質主義によってその取引が形式に過ぎず実質を覆い隠すものであるとして否認することも、結果において、取引を虚偽と見て否認することと特に違わないからである。」と述べられ、また、「これらの法理については日本の問題を考える素材としての意味はある」としてアメリカの判例法理を研究することの意義にも触れられている。これは、アメリカの判例法理はアメリカの裁判官の心証形成の中で構築されてきたものであり、日本の租税回避の否認の法理として、直輸入することには無理があるということを指摘されているのではないかと考えられる。そして、事実認定において複数の取引関係等の全体を一つのものと見るという観察法は、既に日本の裁判における判決の中で取り入れられており⁽⁸¹⁾、この観察法により当事者の真の意思の探求の為にこのような方法が取り得るとされている⁽⁸²⁾。

② 日本

日本においても昨今の租税回避事案の判決において、判例法理が確立したという評価はできないとしても、裁判官の租税回避行為に対する考え方がある程度明確に示されているといえるであろう。その特徴的なところを抜き出せば次のようになる。

例えば、フィルムリース事件の場合、租税回避をした納税者はアレンジャーの作ったスキームに参加しただけであり、グレゴリー判決やオープンシャホールディング事件のように1人ないし数人の租税回避したい者の意思が取引全体を貫いているものではない。当該事件の判決⁽⁸³⁾では、

(81) フィルムリース事件やオープンシャホールディング、外国税額控除事件等の判決において見ることができる。

(82) 岡村・前掲（注80）13頁

(83) 平成12年1月18日大阪高裁判決（パラツィーナ事件）

「仮に法文中に明文の規定が存在しない場合であっても、租税回避を目的としてされた行為に対しては、当事者が真の意図した私法上の法律構成による合意内容に基づいて課税が行なわれるべきである。」と述べられている。当該事件の裁判官は「事実認定・私法上の法律構成による否認の方法」という言葉を使い、訴訟において立証された事実から、「融資を行なったものであって・・・所有権その他の権利を真実取得したのではなく、組合員の租税を回避する目的のもとに甲3が本件映画の所有権を取得するという形式、文言が用いられたに過ぎないものと解するのが相当である。」という認定をしている。逆に、国側敗訴となったアルゼ事件⁽⁸⁴⁾の判決では、「本件取引自体やアルゼ社の本件取引への関与につき、疑問や不自然さは感じさせるものの、これらの疑問点等のほとんどは上記の通り合理的な説明ができるものであり、アルゼ社に租税回避の確たる動機があることを認めることもできない」とされている。裁判官は、取引全体をみて経済的合理性を欠く無意味な取引かどうかの判断を行ない、それが合理的な取引であると認められる場合には、当該取引行為を前提として課税要件事実を充足するかどうかを判定しているといえることができる。さらに、オープンシャホールディング事件⁽⁸⁵⁾の高裁判決では、「本件増資は現行課税法規の下においていわゆる節税を意図して企画されたもので（前記のとおり、これ自体はなんら責められるべきことではない。）同じ経済的目的を達するための方法如何により、一方は課税を招き、他方は課税を免れることは、取引の世界における現象が先行し、これを規律する法律の制定が後れることが避けがたい民主主義社会の下においてはあり得ることで、これも異とするには足りない。」とした上で「営利を目的とする法人が選択する行為としては不自然、不

(84) 平成15年1月29日東京高裁判決（アルゼ事件）大淵博義「判例評釈米国法人を取引当事者とすることが仮装であったとは認められないとして更正処分等が取り消された事例」TKC 税研情報 2003.10 25頁

(85) 平成16年1月28日東京高裁判決（オープンシャホールディング事件）勝訴

合理的な行為」として営利を目的とする法人として合理的に行動すれば喪失利益に相当する対価を受領するはずとしている。

日本では、アメリカやイギリスで確立しているような否認の基準のようなものが判例法理として明確になっているとはいえないが、日本のいくつかの判決においても、アメリカの法理でいう事業目的の法理やシャムの法理、ステップトランザクションなどの当事者の真の合意を見出しそれに対しての課税を行うとか、取引全体を見て判断するといったような課税要件の充足を判断する上で前提となる考え方がとられているとあってよいのではあるまいか。わが国の裁判においても事実認定の場面で、取引の背後にある当事者の意思、状況証拠から見出せる真実の法律関係を探求しているものも見られる。私的自治の原則における選択可能性において、合理性を欠くものについては異常なものとの判断が下されることもある。そこにおいては、当事者が私法上の選択可能性を検討するに当たり、もう一方の当事者と独立した立場で交渉した結果その行為ないし取引が行われたか否かを証拠により検討しているものと考えられる。そして、互いに独立した意思の間で成立したものは、少なくとも通常取引であるという認定がなされることとなる。どちらかが損を被ることがはじめから想定されるような取引は通常取引ではないし、経済合理性がない。このように経済合理性のある行為であるかということは租税回避の否認の可能性を追及する一つの指針なのである。

(5) スキームに対する考察

租税回避とは、「租税法の予定した法形式をとらずに」「課税要件の充足そのものを免れる」ものであり、したがって、ある行為なり取引を租税回避というためにはその法形式を利用することの異常性を税務当局側が立証しなければならない。証拠主義の訴訟の中で当事者同士が口裏を併せている場合、どのように事実を積み上げて反証するかが非常に重要となってくる。個々の契約書のみではなく、調査等により把握した各種資料を総合的に判断する必要がある、そのためには聴き取りや証拠資料の把握に努めなけ

ればならないが、外国法人に対する調査は非常に困難を極め検査忌避等の問題も生じているところである。

例えば、外国法人が日本に資金を提供するときに、匿名組合契約による出資金や外国法人が発行する社債という法形式を利用することが通常なことであるのかどうか、租税法が予定する方法かどうかという点については十分な検討が必要であると思われる。また、タックスヘイブンの SPC が 2 つも介在している場合、通常取引においてもそれらに対し各々経済的に意義のある役割りが期待されているかどうか見極めなければならない。あるいは、タックスヘイブン国の法人を利用すること自体が通常租税法規が予定している取引なのかといった疑問も生じてくる。

そこで、第 4 章のスキームを例に、以下において、これらのスキームにおける問題点は何であるかについて言及しつつ、それらに対し、課税すべきか否かについて検討を行う。さらに、仮に事実認定により課税すべきであると判断される場合での課税実務上の問題点等についても言及したい。

① 匿名組合を利用したスキームについて

(A) SPC の存在の否定（否認）について

資金を有効に運用したい外国投資家と資金提供を受けたい内国法人の間に介在している SPC は、タックスヘイブン国にアレンジャーによって設立された法人であり、ペーパーカンパニーに過ぎない⁽⁸⁶⁾ため、独立した法人としての機能を果たしていないのではないかとの疑いが生じる。独立した法人としての機能を全く持たないのであれば、課税の対象者として SPC の存在を否定（無視）すべき場合もありうる。例えば、SPC の本店所在地には何らの実態もなく、銀行預金の口座が SPC 名義で開設されているだけで、送金業務等は内国法人又は外国投資家が行なっているような場合、法人格否認の法理は取り得るのか。法人

(86) 証券化のスキームにおいてはペーパーカンパニーである SPC の存在は欠かすことのできないものである。井上直樹外 4 名『金融先端用語事典』2009.9 BP 出版センター320 頁～

格否認の法理は商法上明文の規定はないが、判例法上確立してきた法理であり、「法人格が濫用される場合」又は「法人格が全く形骸に過ぎない場合」に法人格は否認されると解されている⁽⁸⁷⁾。しかし、本来、法人格否認の法理は会社と会社の構成員の関係若しくは親会社と子会社の関係において別個に独立した権利義務の主体と認められない場合に使われるのであり、果たして会社の構成員がいない若しくは実質の支配者が特定できないような場合にまでその法理は使えるのかと考えると疑問が残る。この場合、SPC は法人格を濫用しているというよりもむしろ箱としての機能（例えば、信用リスクの回避等）を期待されて存在しているものであるから、法人格否認の法理で言われる形骸化論にはなじまないとも考えられる。⁽⁸⁸⁾

また、法人税法 11 条の実質所得者課税の原則から、SPC ではなく外国投資家を実質所得者と認定したとしても、SPC の存在を否定する根拠にはならない。SPC の存在を税務上無視するということは、細かい事実の積み重ねにより実際に存在しないという非常に困難な認定を行うことによりはじめて可能となるものと思われる。つまり、社債を発行する主体としての SPC の存在を否定（無視）するには、それが真の社債発行者ではないという点を具体的な証拠を示して立証しなければならないのである。そこで、当該 SPC が単なるダミーであって、社債契約は虚偽であり、当初外国投資家と日本にいる営業者が直に匿名組合契約を締結していたというような立証ができたのであれば、社債契約の存在そのものが否定されるため、外国投資家に対する課税の余地があるものと考えられる⁽⁸⁹⁾。

(87) 江頭憲治郎『法人格否認の法理』東京大学出版会 1980. 12、同著『株式会社・有限会社法[第 3 版]』有斐閣 2004. 2、会社法[第 4 版補正 2 版]弘文堂 2004. 4

(88) 法人格否認の法理に関して江頭・前掲(注 87)を参考とした。

(89) 本件事例のように匿名組合の分配金に連動した利益連動型の支払いがなされるという理由だけで SPC の存在を否定することはできないし、社債契約を匿名組合に準じた契約ということもできないことは言うまでもないと考ええる。

(B) 社債利子を国内にある資産の運用保有による所得と解することの是非

外国法人が発行した社債利子が、国内における事業収益から発生した場合、「国内にある資産の運用又は保有による所得」に該当するかどうかについて検討したい。仮に、SPC の存在を税務上無視することができた場合に⁽⁹⁰⁾、外国投資家が直接取得したものとみなされる利益が、社債の利子ではなく、匿名組合の分配金なのか、あるいは、国内にある資産の運用保有による所得に該当するののかという検討である。なお、SPC の存在を所与のものとした場合において、SPC が外国投資家に支払う利子が「国内にある資産の運用又は保有による所得」に該当する可能性については別の項で検討したい。

取引に介在する SPC の存在を否定（無視）することになれば、外国投資家は内国法人から直接事業による利益を受け取ることとなり、内国法人は外国投資家を匿名組合員として分配金を支払うこととなる（SPC への支払いは通過勘定。SPC は投資家が受け取るべき分配金を預かっているだけ。）。したがって、投資家にとって所得税法 168 条 12 号又は法人税法 138 条 11 号により国内源泉所得となることから、内国法人は当該投資家に分配金を支払う際に 20%の源泉徴収を行なわなければならない。また、平成 14 年の改正前であれば、10 人未満であれば、国内にある資産の運用又は保有による所得であるとして、外国投資家に対して日本で申告をさせる必要があった。しかし、外国にいる投資家に決定処分等を行うことになるため、納税についての実効性の担保ははなはだ難しいものであったといえる。

(C) 事実認定について

社債の発行体としての SPC の存在を否定できなかった場合には、SPC と外国投資家との真の合意に基づく契約の内容は何かという事実

(90) すでにこの段階において非常に困難な認定を行なわなければならないことは前述したとおりである。

認定を行う必要がある。

裁判官が証拠から事実を認定する場合には、その証拠は事実を証明できる証拠として証拠力がなければならぬとされる。例えば書証の場合「書証に記載されている意味内容に合致した事実がある」ということの立証に書証を使用するためには、その書証に形式的証拠力が必要」とされる⁽⁹¹⁾。このため、「その成立が真正であり、かつ、その意味内容が当該書証の作成者の思想の表現であると認められることが必要」とされる。また、例えば、売買契約書の作成はしたが同時にその真の目的は譲渡担保契約であったという場合、「それを売買契約は成立したが虚偽表示というのか、もともと売買契約の成立はなく譲渡担保契約が成立したというべきか」といった問題について、譲渡担保契約という契約が一つの契約類型として認められているように思われるので、後者のように考えるのが普通であろう⁽⁹²⁾とされ、契約類型として確立しているのであれば、処分証書に書かれた文言ではなく、真実の意思、真の契約の目的を探究し、文言にとらわれない判断ということが可能であることを示唆していると思われる。であるから、本件の社債契約も証拠に基づき当事者の真実の意思、真の契約の目的を探究した結果として、消費貸借契約であるという認定もありえようし、また、出資契約であるという認定もありえよう。

次に、本スキームにおいてSPCが社債を発行したとみる場合、SPCが外国投資家から金銭を借り入れたと見る場合、あるいは、SPCが外国投資家から出資を受け入れたものとみる場合のそれぞれについて以下検討する。

- SPCが社債を発行したとみる場合

外国法人が発行した社債の利子については、法人税法138条4号イにおいて「内国法人が発行する債券」の利子が国内源泉所得であると規

(91) 伊藤滋夫『事実認定の基礎 裁判官による事実判断の構造』有斐閣

(92) 伊藤・前掲（注91）36頁脚注(6)

定されていることからすれば、国外源泉所得であると認められる。では、現行法上、外国法人が発行した社債利子を外国投資家にとっての国内源泉所得と解する余地は全くないのであろうか。かつて、匿名組合の分配金については、法文上の根拠がない時代⁽⁹³⁾においても、10名未満の匿名組合の分配金は1号該当の所得になると解されていた。匿名組合の分配金の場合は、「国内において事業を行う者に対してする出資」であることが条件であり、それこそが平成14年の改正前まで、それを国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得と解する根拠でもあったのである。

そこで、外国投資家が取得する利子を6号所得ではなく、1号の「国内にある資産の運用又は保有による所得」と解釈する可能性についてみてみたい。これについて、矢内教授はその著書の中で、日本に恒久的施設を有しない外国法人が円建外債⁽⁹⁴⁾の利子を受取る場合について、「当該利子所得を受領する外国法人にとって、源泉徴収が行われないことで日本における課税はないことを意味するものではない。」⁽⁹⁵⁾としつつも、円建外債の利子は「上記の（法令177条1項1号の）⁽⁹⁶⁾いずれにも該当しないことになる。」⁽⁹⁷⁾とされている。矢内教授は、国内源泉所得の規定が「2号以下において源泉徴収の対象とならない所得は、1号においてその課税関係を吟味する構造になっている」として、2号以下の規定に該当しないからといって直ちに国外源泉所得であるということとはできないとして、1号に戻るという考え方そのものについては否定していない。

これに対し、外国法人が収受する債券（社債）の利子については、

(93) 昭和45年改正以前

(94) 円建外債とは外国法人が発行体になり、日本国内において円建てで発行する債券をいうことから、外国法人が外国で発行した社債とはケースは異なっている。

(95) 矢内・前掲（注21）50頁

(96) 筆者追加

(97) 矢内・前掲（注21）51頁

法人税法 138 条 4 号イにより、内国法人が発行した債券（社債）に係る利子は源泉所得課税の対象となる国内源泉所得とされ、いわゆる債務者主義が採用されている。したがって、事例のようにわが国に恒久的施設を有しない外国法人が、他の外国法人の発行する社債を保有してその利子を収受した場合の当該利子は、同条同号でいう国内源泉所得に該当しないことは明らかである。一方、それが法人税法 138 条 1 号の「国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得」に該当するかどうかを考えると、わが国に恒久的施設を有しない外国法人が他の外国法人の発行する社債を保有している場合のその社債が、「国内にある資産」に該当するという根拠はどこにも見出せず、したがって、それに係る利子が国内源泉所得に該当するとは考えられない。

- SPC が外国投資家から金銭を借入れたとみる場合

法人税法 138 条 6 号では「国内において業務を行う者に対する貸付金で当該業務に係るものの利子（以下「6 号所得」という。）は国内源泉所得にあたるとされ、同法施行令 177 条 1 項 2 号では、国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得として、「居住者に対する貸付金で当該居住者の行う業務に係るもの以外のもの」とされている。例えば、日本に支店のない外国法人が日本に居住している者に住宅購入資金として貸付けを行う場合、当該居住者が支払う利子は、国内において業務を行う者に対する貸付金の利子に該当しないことから、源泉課税の対象にはならない。しかし、当該貸付けを行った外国法人は、取得する利子を「国内にある資産の運用又は保有による所得」として日本で申告を行うこととなる⁽⁹⁸⁾。

SPC が社債によってではなく、金銭消費貸借契約に基づく借入れによって資金を調達したと認定しえた場合、国内において業務を行う SPC に対する貸付金かどうか問題となり、SPC が国内で業務を行っ

(98) 非居住者課税のあらまし 134 頁

ている場合にはその利子は源泉課税の対象になる。また、SPC が日本に恒久的施設を有する場合には、その利子は、1 号所得として法人税の申告の対象とされる。なお、貸付金の利子の場合、貸付金はその貸付先において国内業務のために使用されたかどうかの判定が困難であるため、その外形的な判断基準が通達で示されており、「外国法人の国内源泉所得に係る所得金額の計算上損金の額に算入される利子」の元本たる貸付金は、原則として国内業務に係る貸付金として取り扱うこととされている（法基通 21-1-18）。ただし、これに該当するには、国内において業務を行う非居住者又は外国法人に提供された貸付金の利子である必要があることから、SPC が匿名組合員として国内の営業者に出資をすることが、国内において業務を行っているという解釈が成り立たなければ SPC が支払う利子の受け手にとって当該貸付金の利子は日本の国内源泉所得に該当するとはならない。当該通達は「国内において業務を行っている」という表現をとっていることから、1 号所得のうちの事業所得（恒久的施設を有する場合）のみを指すのではなくもっと広い意味という解釈が可能であると思われる。このような解釈が可能であるとすれば、本件スキームにおいて、匿名組合員が匿名組合の分配金の額から外国投資家に対する支払利子の額を控除して課税所得を計算し申告している場合、当該利子を取得する外国投資家はわが国の国内源泉所得に該当する貸付金の利子を得ていることとなる⁽⁹⁹⁾。

- SPC が外国投資家から出資を受け入れたとみる場合

仮に、SPC が外国投資家に対して社債を発行したのではなく、外国投資家から出資を受けたものと認定される場合には、SPC が外国投資

(99) もっとも、これは、匿名組合員が 10 名未満の場合で匿名組合の分配金を収受する場合に申告が必要であった平成 14 年改正以前のケースであればこのようなことが考えられたであろうということにすぎなし、また、社債の利子を借入金の利子と認定することは第 2 章で検討した通り通常の契約関係しか把握できないような場合には困難なものになると思われる。

家に支払った金銭の額は、隠れたる利益の処分として、課税所得の計算上、損金に算入できないものと考えられる。過去に、株主優待金を「株主たる地位に基づいて受けるもの」⁽¹⁰⁰⁾として隠れたる利益の処分であると認定した判決もある。なお、本件の投資家は SPC の株主ではない。株主でない者に対する支払は、利益に応じて支払額が決定される利益変動型の支払であっても、隠れたる利益の処分には該当しないものと考えられる。

他に、法人税法及び所得税法では、匿名組合契約に準ずる契約までを国内源泉所得の対象としている。租税法における国内源泉所得の規定に照らすと、租税法上の「匿名組合契約に準ずる契約」は、当事者の一方が相手方の事業のために出資をし、相手方がその事業から利益を分配することを約する契約とするとされている（所令 288、法令 184）ことから、商法における匿名組合契約よりも広い概念であると考えられる。そこで、利益に連動して利子が支払われる利益参加型ローン契約の場合、当事者の一方が相手方の事業のために出資をし、相手方がその事業から利益を分配することを約する契約で、利益に応じて分配金が支払われる匿名組合契約に準じた契約との類似性から、当該利益連動型の利子を支払う契約を匿名組合に準ずる契約として税務上匿名組合の出資と認定する可能性も検討する必要があるであろう。

なお、当該出資の場合、外国法人たる SPC と外国投資家の間の契約であって、そもそも国内において事業を行う者に対する出資ではないことから、匿名組合の出資とみることはできず、結局、国内源泉所得には該当せず、課税はできないこととなる。

(D) 課税所得の計算について

国際課税における課税所得の計算上損金の額に算入する一般管理費その他の費用は、「その外国法人の 138 条（国内源泉所得）に規定する

(100) 昭和 43 年 11 月 13 日最高裁判決民集 22 卷 12 号 2449 頁

国内源泉所得に係る収入金額若しくは経費又は固定資産の価額その他の合理的な基準を用いてその国内において行う業務に配分されるものに限るものとし」(法令 188①一)とされている。特に業種業態等による規制等もなく、本件事例における社債利子が国内源泉所得たる匿名組合の分配金の獲得のための費用であるならば、控除すべき費用と解釈せざるをえない。法人税の所得金額の計算は、所得税におけるそれと異なり、所得区分ごとによる区分けを行っていない。「国内の業務に係るものであれば」特段の定めがない限り控除が可能なのである。しかしながら、本件のような利益連動型の社債の場合、配当とその支払形態⁽¹⁰¹⁾に異なるところがなく、配当を課税所得の計算上損金不算入としていることとの比較から、利益連動型の利子についても配当に対する課税と同様の源泉課税を行い、その支払った額については支払者の課税所得の計算上、全額損金算入することには、課税上弊害があるとして、損金算入限度額を設け、課税所得の計算上はその一部を損金算入とする等の措置を講じるというのも一つの方法ではなかろうか。

(E) 過少資本税制について

過少資本税制が創設されたのは平成 4 年であり、適用対象法人について資本関係のみではなく、「当該法人と取引・資金・人事等とのつながりが存在することにより、当該法人の事業の方針の全部又は一部につき実質的に決定できる関係。これは出資関係だけでなく、その他の密接な関係が存在することによって当該法人を支配している者を包括的にとらえたもの」⁽¹⁰²⁾を国外支配株主等として過少資本税制の適用対象法人として、実質的判断が取れるような規定振りとなっている。外国法人については、租税特別措置法 66 条の 5 第 7 項で、「国内において事業を行う外国法人が支払う負債の利子（国内において事業を行うものに限る。）について準用する」と規定している。したがって、当該

(101) 半年又は 1 年の単位でその間の事業利益から支払額を決定し、支払われる。

(102) 平成 4 年度改正税法のすべて 196 頁

スキームの外国法人である SPC が支払う利子に関して当該規定を適用するには、SPC が「国内において」「事業」を行なっていないなければならないこととなる。過少資本税制における「事業」の捉え方は広く、法人税法 138 条 1 号でいう「事業」と同義には解さないとされる。そこで、匿名組合に対する出資行為そのものが「事業」を行っているという解釈が可能であれば、過少資本税制の適用を検討すべきとなろう。この場合、SPC の出資行為自体を事業ととらえる考え方と国内で事業を行う匿名組合の営業者自身を恒久的施設と認定する考え方のできるのではなかろうか。

少なくとも国内源泉所得の規定の解釈からすると、匿名組合契約に基づく利益の分配は、国内にある資産の運用又は保有による所得とされることとなるが、過少資本税制における「事業」概念がより広い概念であるとするならば、匿名組合の出資行為自体が組合員の日本における事業活動の存在を示していると解することも可能であると考えられる。SPC がわが国に恒久的施設を持たずとも、国内で事業を行っていることができるのであれば、SPC の支払う利子は過少資本税制の対象となるであろう。しかし、たとえ、過少資本税制の対象となったとしても SPC の資本金の額をどのようにして正確に把握するのか等の問題があり、SPC が恒久的施設を有しないことを考えると、課税処分の実効性についても問題があると思われる。

また、匿名組合の出資者である SPC が、実は、国内で事業を行う営業者を代理人として事業を行なっているというような事情でもあれば、「国内において事業を行っている」という要件を充足していると明確に認められるであろうから、過少資本税制が適用される余地が出てくるものと考えられる。

(F) 小括

(1)のスキームの場合、外国法人が社債を発行して海外で調達した資金を匿名組合契約の出資金として日本国内に持ち込むこと自体、税務

上問題であるとは考えにくい。それは、匿名組合契約が日本の商法に規定されている契約であり、その組合員たる外国法人が日本に恒久的施設を設置しない場合には、その分配利益に対して 20%の源泉課税が行われることとなっていることから、日本の課税権はある程度担保されていると考えられるからである。また、当該外国法人が国内に恒久的施設を有している場合には、当該外国法人は日本における他の所得と分配利益とを合算して法人税の申告を行うこととなるが、この場合、SPC の支払う社債の利子の額と SPC が収受する匿名組合の分配金の額及び各々の支払時期を一致させることにより、SPC はわが国における課税所得をゼロとすることができる。しかしながら、課税所得の計算上損金の額に算入された社債利子に対して追いかけて源泉課税ができることからそれほど深刻な問題であるとはいえないのではないか。宮武弁護士も論文の中で「20%の源泉所得税を支払っている非居住者及び外国法人については日本税法の目的に合致した日本の租税を支払っているのであるから、これを租税法上適法な取引として取扱い、これをかき乱すことなく日本に対する投資に法的安定性を与えることが、国際取引を円滑に行わしめる観点から望ましい。」⁽¹⁰³⁾と述べられているが、匿名組合に係る課税上の問題点は組合員の数に関係なく源泉課税の対象としたことで、本件事例における問題は一つクリアーできたのではないかと考える。

② ダブル SPC を利用したスキームについて

(2)のスキームの場合は、課税上、SPC 2 が投資家と SPC 1 の間に入っていることに問題がある。SPC 2 が介在することにより日本は課税権を行使できない状況になり、SPC 2 の存在理由について検討が必要となる。当該 SPC 1 及び SPC 2 はペーパーカンパニーであるが、新しい金融の流れとして SPC を投資媒体として利用するケースは非常に多く、このスキ

(103) 宮武・前掲（注2）110 頁

ームにおいても、SPC 1 は信用リスク回避、倒産隔離等のために必要とされる存在であるといえる。したがって、SPC 1 の存在理由の一つに税負担の軽減ということが含まれているとしても、それだけで、租税回避と決め付けることは妥当ではない。これに対し、例えばこのスキームの SPC 2 が、日本における源泉課税を免れるためだけの目的で存在するものであり、他に何ら機能を持っていないと認定できる場合には、当該 SPC 2 の存在を是認することには問題があると考ええる。ケースによっては、私法上の仮装行為と事実認定しうる場合があると考えられ、その結果、当該スキームは否認され真実の法律関係の下で課税が行なわれることとなろう。

このように 2 つ目の SPC の存在意義が租税回避以外には認められないということから、租税を回避する行為であるという判定はできるかもしれない。しかし、その場合、否認の根拠として、例えば法人税法 132 条の同族会社の行為計算否認規定が使えるかどうかははっきりしない。また、事実の認定により SPC の存在は私法上もないものと認定するには、事実を立証する材料が必要である。さらに、この場合、仮に、SPC 2 の存在を否定できたとしても、本当の資金提供者、つまり、ファンドを構成する個々の投資家を実際に把握しえなければ、源泉所得税の課税を行うことはできないという実務上の問題が残る。個々の投資家を把握することは、実際問題として極めて困難な状況が予想される。

(6) 総括

租税条約等の動向を見ると、投資に対する課税においては、源泉地国における課税を制限（軽減税率の適用又は免税措置）する傾向にある。これは、源泉地国における課税は、資金の流通等を妨げる要因となり、国際経済の発達からは、有害なものとの考え方によるものである。このことから、源泉地国としての課税権確保の問題と居住地国としての課税権確保の問題には差があると考え、居住地国における課税を回避するケースと源泉地国における課税を回避するケースでは否認すべきという判断が異なっ

くると考える。

源泉地国としての課税は、居住地国としての課税よりも譲歩して行われるべきであろうという思想があるところではあるが、源泉地国としても自国の課税権を確保することも大事であるから、日本で生じた所得が日本の課税権に服することなく海外に流出することは問題である。しかし、所詮源泉地国としての課税権である。こと否認すべき租税回避行為かどうかを判断するに当たっては居住地国で適正な課税を受けないような場合に限定すべきではなかろうか。当然この意見に対しては、居住地国課税重点主義は強者（先進国）の理屈であるから等の理由により、源泉地国としての課税を厳格に行うべきであるといった批判があると思う。さらには、相互主義の観点から一概に源泉地国課税を後退させるべきではないとの考えもあるだろう。これは、日本の課税スタンス、税務行政の姿勢の問題にもつながる問題であるから、今後検討すべき事項であると思われる。

また、外国法人に対する調査では取引相手が海外にいるなど情報収集等にも困難さがあることは否めない。このため、スキームに携わったアレンジャー等に対する聴き取り等も十分に行えない状況も想定される。また、恒久的施設を有しない外国投資家に対して課税を行う場合には、課税処分の通知を行った後の徴収の確保に困難をきたすことも予想される。また、外国投資家に対して課税処分を行なったとしても、実効性がないため、外国にいる外国投資家が日本において異議申立てや訴訟を提起する可能性も少ないと思われることから、課税当局としてその課税処分の適法性について裁判所による判断を仰ぐ機会も得られにくいといった問題も考えられる。

通常税務調査において、課税要件事実の認定は契約書のみで行なわれるものではなく、当該契約を締結することになった事情、契約書以外の覚書等の取り決め等がないかどうかの把握に努め行うものである。これは契約当事者間の真の合意を探求するために行うものであり、課税要件事実の認定の中で、真の法律関係を探求し、これに課税要件の当てはめを行うのである。例えば、本件スキームが真の合意（金銭消費貸借契約）が他にあり、

真の合意に基づく法律関係の上に社債という皮（形式）をかぶせているだけであれば、真の合意（金銭消費貸借契約）に基づく課税を行うことはできるであろう。本件スキームの場合も、契約書に現れた合意とは別に真の合意が存在するのであれば、社債契約書を否定し当事者のその真意に沿った事実認定を行うことになるだろう。また、具体的証拠により当該社債契約が虚偽であり、その法的実質が金銭消費貸借契約であるというのであれば、真実の法的実質に基づいて課税が行われることはいうまでもない。もっとも、外国人に対する調査においては、形式的な契約書の影に隠された真の合意を把握することは極めて困難であることも事実のようである。

なお、同じ経済的効果を生む2つの法律行為について税法が課税上異なる取扱いを置く場合、納税者が租税の負担の面で有利な法律行為により取引を行ったとしてもそれは納税者の自由であり、その私法上の法律関係を引き直して課税しようとした課税当局の見解が排除された⁽¹⁰⁴⁾判決もある。

一方、本件スキームをみると、法人には資金調達的手段として貸付によるほか社債によることも当然認められる状況にあり、どちらかによらなければならない租税法上の要請もないことから、それを租税回避と決めつけることは困難な状況にあるものと考ええる。

6 投資に対する課税のあり方について

投資には色々な形態があるが、本稿では社債と借入金の課税上の取扱いについて比較検討し、社債と借入金の利子に対する課税については、課税方法を同じにする必要があると述べた。

法人税法 138 条及び所得税法 161 条の 2 号以下の各号は、原則として国内源泉所得を定めると同時に支払者に対し源泉徴収義務を課することとなる（所法 212）。よって、源泉徴収義務を課することになじまない者が支払う場合に

(104) 東京高裁平成 11 年 6 月 21 日判決(訟務月報 47 巻 1 号 184 頁 判例タイムズ 1023 号 165 頁) なお、国税当局は上告したが、平成 15 年 6 月 13 日に不受理の決定を受けている。

は2号以下から除外し、通常1号所得となるように規定する必要がある。そうしなければとり漏れが生じるからである。例えば外国の金融機関が日本の居住者向けに行う住宅ローンなどがその例としてあげられる。そこで、源泉徴収制度についての説明を行ない、社債利子と借入金の利子に限ったところでの制度のあり方としてどのようなものが望ましいかについて検討したい。

(1) 日本における源泉徴収制度について

源泉徴収制度は、一つには、所得税の前取りとしての制度であり、これは後に所得税の確定税額から控除されることが前提となっているものと、もう一つとして、源泉課税の一環としての源泉徴収というものがあり、これは最終的に取り切りとなるのである。シャープ勧告により利子所得が総合課税の対象にされ、それに対する源泉課税が廃止されるまでの間は、利子所得に係る源泉税は所得税の前取りではないという整理の下で徴収され、源泉所得税について調整は行われず取り切りとされていた。公社債利子に係る源泉徴収制度の沿革等を見ると、利子所得は明治の時代から課税及び徴収の確保のため等様々な理由により、総合課税の対象から除外され、源泉選択制度や源泉分離制度等が採用されてきた。しかし、負担の均衡、税制の体系整備からは総合課税の対象とすべきであるとの議論もあるところである。公社債に限らず、所得税法において特定の所得を源泉徴収の対象としてきたことについては、様々な事情が絡み一概に理屈による整理はつけられないものと考えられる。また、非居住者及び外国法人の課税の対象となる国内源泉所得についてもこれと同様のことがいえると思われる。例えば、非居住者の所得に係る理由については「納税者からの自主的申告納税を期待することができず、支払段階で源泉徴収しておかないと所得税の徴収が困難となるような所得は源泉徴収の対象とし、納税者からの自主的申告納税を全く期待し得ないわけではないが、源泉徴収をしておいたほうが納税者にとっても税務当局にとっても能率的でわずらわしくないような

所得は源泉徴収の対象としたほうがよい。」⁽¹⁰⁵⁾といった理屈というよりは政策的判断による説明がなされている。

源泉徴収制度は、明治 32 年の所得税法の改正により導入され⁽¹⁰⁶⁾、公社債利子はその対象とされた。つまり、公債社債の利子については総合課税の対象から除外し、支払金額そのままを所得とされたのである。これは、

「公社債の利子を取得するには銀行預金等の利子を取得すると同様、必要経費は事実上特に計算するほどの金額でなく、あったとしてもその経費の程度割合は各人ほとんど同一率であろうから、控除してもしなくても税金負担の割合に影響するほどのこともないであろうし、源泉徴収の方法によるため支払者側で経費を控除することも不可能である」⁽¹⁰⁷⁾という考え方や、
「公債や社債への投資の奨励というような政策的理由よりは、むしろ簡易で確実な租税の徴収にあったと見るべきであろうか。」⁽¹⁰⁸⁾という考え方があったためという説明がなされている。

このように社債利子は明治 32 年の改正から源泉課税の対象とされていたのに対し、貸付金の利子についてはこのような取扱いはなく総合課税の対象とされていた。また、当時から公社債の利子とは、「特定の個人より借入れたる利子は包含せず、流通的性質を有する証券を発行し又は登録の方法により起債したる公法人及び会社の債務と解すべきである」⁽¹⁰⁹⁾という考え方があったのであり、社債と借入金は明らかに区別されていた。

以上のような規定の経緯からすると、所得税法 161 条 2 号以下の規定が対象とする「利子」所得⁽¹¹⁰⁾は、国内源泉所得のうち源泉徴収の対象となる

(105) 注解所得税法研究会『注解所得税法増補改訂版』大蔵財務協会平成 9 年 2 月 1024 頁

(106) 明治 32 年 2 月 13 日法律第 17 号、金子宏「わが国の所得税と源泉徴収制度—その意義と沿革—」日税研論集 15 巻源泉徴収制度 6 頁

(107) 主税局事務官渡邊善蔵『所得税法資本利子税法釈義』自治館発行 昭和 4 年 9 月 163・164 頁

(108) 金子・前掲（注 106）8 頁

(109) 渡邊・前掲（注 107）34・35 頁

(110) わが国の所得税法上の利子所得は、通常の利子よりもかなり限定的で狭いものを

所得であるが、これについても上記のような考え方が反映され、公社債の利子等の源泉徴収を受ける利子所得とそれ以外の利子所得という区分が現在まで維持され続けてきたのではないかと考える。このような国内課税における利子所得の取扱いが、非居住者及び外国法人に係る国内源泉所得の規定振りにも反映されているものと考え、貸付金の利子と社債利子について異なった規定振りになっていることも説明がつくのではないだろうか。

これまで政策的判断により作られてきた源泉所得制度の今後のあり方そのものを追求することはここでは行わないが、源泉所得税のあり方は国内源泉所得の規定にも影響することであるから、抜本的な見直しを行い、その制度のあり方に関する研究が必要であると考え。例えば、源泉課税は本来取り切り課税であるべきではないか、所得税の前取りとしての源泉徴収制度を維持するとしても取り切り課税のものとは区別して⁽¹¹¹⁾規定すべきではないかという検討が必要ではなかろうか。また、利子所得に対する課税のあり方が貯蓄増強・資本蓄積の観点から本来あるべき姿（総合課税の対象とすべき）とは違ったものであったということであれば、本来あるべき姿にすべきという議論も当然にありえよう。

（２）規定のあり方⁽¹¹²⁾

そもそも、社債利子と貸付金の利子に関する現行の税法の規定は、これまで述べてきたように、それぞれの制度の違いに根ざし制定されたものであり、そのあるものを国内源泉所得として扱う一方、またあるものを国外源泉所得として取り扱ってきたという経緯がある。しかしながら、近年の

言うことから「利子」所得ということにより、もっと広い範囲での利子を指し示している。

- (111) 不納付加算税の割合を変えるなど源泉徴収義務者に対する義務の重さを変えるなどを考えた。
- (112) 国際課税に関して、日本は総合主義をとっていることから来る問題点がある（矢内・前掲（注 21））ことから、単純に債務者主義なり使用地主義なりに寄せることができるのかという問題がある。

金融自由化等に伴い、社債に関する規制の緩和が図られた結果、両者を取り巻く制度に截然とした違いが見出せなくなっており、また、そのことが原因で実際に発行されている社債の中には実質的にみて貸付金と変わらないものも見受けられるようになってきている。このため、税法の規定もこれに合わせて両者を同様に取り扱う必要が出てきたものとする。

現行の法人税法及び所得税法では、利子所得については債務者主義によっているが、貸付金等の利子については使用地主義によりその利子の支払いの基因となった元本債務の使用地の所在する国を源泉地国としている。

一方、わが国が締結した条約においては、多くの場合、債務者主義により所得税法上の利子所得よりも広い概念で利子を捉え、そのような利子の支払者の居住地国が源泉地国とされている。なお、債務者主義をとっている場合であっても、その受領する利子が恒久的施設に帰せられるものについてはこの利子所得条項の適用はなく、事業所得条項の適用により課税が行われることとされている。

このため本稿で取り上げたスキームのように、タックスヘイブンに所在する SPC を絡めたスキームに対処するには、わが国のあらゆる利子に対する国内源泉所得の規定を例えば日米新租税条約のような規定に変更することが有効ではないかと考えられる。また、この変更にあたり、国内における「利子」の定義を所得税法上の利子所得と貸付金の利子とを統合したものとするほか、利益連動型社債ないしローンにおける利子のように、その実質において配当に近いものについてはこれを利子の定義から除き、その損金算入を制限する規定や匿名組合契約に基づく分配金と同様に源泉課税対象とするなどの改正も行って配当課税とのバランスをとる必要があるものと思われる。もっとも利益連動型社債ないしローンに係る利子を明確にこの「利子」に含めることにより、過少資本税制の適用対象とすることにしても一定の効果があるものと思われる。また、適用する源泉所得税の税率について、利子や配当に対するものとは別に法人税率並みの税率にするということも考えられる。これは、匿名組合の分配金や利益連動型社債な

いしローンの利子の場合、その実質は収入から必要経費を差し引いたいわゆる課税所得と同等額になるケースが散見されることから、適用税率を課税所得に対する税率と同率にすることも理屈に適うことと考えられるからである。

さらに、外国法人の発行する社債の利子で、その收受者の居住地国において課税されないものについては、課税の真空地帯をなくすために、当該利子を支払う外国法人のわが国の国内源泉所得に係る所得の計算上、当該支払利子相当額の損金算入を認めないこととする規定も必要と思われる。

7 最後に

外国法人の投資活動は本稿で検討した社債、借入金や匿名組合契約に限られるものではなく、デリバティブ等多岐に渉る。このうち本稿では、特に租税回避で使われる典型的手法の問題点から源泉地国課税の問題に焦点を当てて検討を加えた。

最後に、国内源泉所得の規定の改正等が行われたとしても、その実効性を担保するには、そのための制度が必要になると思われる点を指摘しておきたい。すなわち、源泉徴収制度は、源泉徴収義務者が徴収・納付の事務を行っていることから、原則として形式的に判断する必要もあるし、また、その支払先を一つ一つ個別に把握する必要がある。このため、支払先の本人確認ができなければ、源泉課税を実際には行えないという問題点がある。そこで、日本に対して投資を行う外国投資家に関して本人確認が行えるような制度が必要であると考え。特に源泉免除を行う場合など税務上の優遇若しくは恩典条項の適用に関しては、本人確認を確実にできるよう情報の提供等に関する規定を置く必要があるであろう⁽¹¹³⁾。

(113) 新日米租税条約 22 条では、税の減免(特典)を真に受けるべき立場にあることを確認するための条件を定め、その条件を具備することを求めている。この条件設定とその運用についての規定が参考になるものと考えた。