

パートナーシップと国際課税

高橋 祐介*

要 約

1. 本論文は、それ自体が法人課税の対象にならない、いわゆる透明な (fiscally transparent) 実体を利用し、国際的な事業や取引が行われた場合において、わが国の組合課税上いかなる課税上の問題が生ずるのかを、アメリカのパートナーシップ国際課税制度を参照しながら、浅く広く検討するものである。

2. アメリカにおいて、居住地又は源泉地の両方において課税上透明な実体 (あるいは法人) と取り扱われる実体はピュア・エンティティ (pure entity)、いずれか一方の国では課税上透明だが他国では法人と取り扱われる実体はハイブリッド・エンティティ (hybrid entity) と分類される。ハイブリッド・エンティティはさらに、レギュラー (regular) ・ハイブリッド・エンティティと、リバース (reverse) ・ハイブリッド・エンティティに分類される。

課税上透明とされるピュア・エンティティ (パートナーシップ) の課税上の問題は、ハイブリッド・エンティティ課税上也生じることがあり、いわば両エンティティの共通問題である。パートナーシップ国際課税において問題となる論点は、(1)出資時における利益認識とその所得種類、(2)外国パートナーの国内事業・PE 持分認定/所得源泉地/所得配賦や、パートナーシップの申告義務/源泉徴収義務等、(3)譲渡時・分配時の利益認識と所得種類、(4)濫用防止規定の適用、(5)租税条約の便益付与対象者がある。

さらに、ハイブリッド・エンティティ特有の問題として、(6)タックス・ヘイブン対策税制や二重連結損失控除の他、内国リバース・ハイブリッド・エンティティの問題も存在する。

3. 2における検討を受けて、日本における国際的取引からもたらされる組合課税上の論点は、(1)実体の分類 (とくに選択制がもたらす問題)、(2)PE/所得源泉地/所得の配賦、(3)出資・持分譲渡・分配時の課税、(4)源泉徴収義務、(5)情報申告書に見受けられる。

さらにハイブリッド・エンティティは所得種類や損失の二重取りのために使われるが、その特有の問題として、(6)ハイブリッド・エンティティを法人と取り扱う国における法人課税回避があることが指摘され、タックス・ヘイブン対策税制の重要性とその点検が必要であることが示される。

4. これらのことを踏まえて、さらなる個々の論点についてのより深い考察が必要である旨が最後に示唆されている。

* 岡山大学大学院法務研究科助教授

I. はじめに

法人以外のさまざまな事業体、特にそれ自体が課税の対象にならないいわゆる課税上透明な (fiscally transparent) 実体を使用して投資や事業が行われることがある。日本でも、かねてから課税上透明とされる民法上の組合 (民法667条以下。任意組合) や商法上の匿名組合 (商法535条以下) などを使った事業や投資が行われてきたが、最近、有限責任事業組合 (有限責任事業組合契約に関する法律。平成17年5月6日法律第40号。いわゆる日本版LLP) など、課税上透明である日本の事業・投資組織形態の多様化が進展してきており、またその事業・投資活動は日本国内のみならず、外国にも及びうると考えられる。また、逆に、アメリカの Limited Liability Company (LLC) など、外国において課税上透明である実体が日本において事業や投資活動を行う例も、しばしば見受けられるところである。

本稿は、このような課税上透明な実体が引き起こす国際課税上の問題を、①いわゆるピュア・エンティティとしてのパートナーシップが引き起こすものを中心に上げつつ、②いわゆるハイブリッド・エンティティが引き起こす若干の問題についても、パートナーシップ課税先進国であるアメリカの例を参考にしながら、検討していこうというものである。

本稿が掲載されるフィナンシャル・レビュー84号には、本田光宏氏の御論考「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」(以下、本田論文という) が掲載されることであるが、

本田論文がハイブリッド・エンティティに的を絞り、また濫用事例を中心に上げるところから、本稿ではより広範な対象を浅く取り上げ、本田論文とのテーマの差異化を図りつつ、本田論文の前提となる考察を行うことにする。このような本稿の位置づけと紙幅との関係から、個々の論点の深い検討については、別稿に譲るものとした。

周知の通り、日本法においてはパートナーシップという組織は存在しないが、本稿で検討するパートナーシップとは、とりあえずアメリカ連邦所得税法におけるパートナーシップ (内国歳入法典 (以下、I. R. C. と略記) § 7701(a)(2) のことを指すものとする。また、日本法の論点を探るため、パートナーシップ課税と対比させる例として、本稿ではいわゆる組合課税を受ける実体 (任意組合や日本版LLPなど、所法161条1号の2の組合契約及び所令281条の2に規定するこれに類する契約で、所基通36・37共-19及び20、法基通14-1-1及び2の対象になるもの) を設定することにしよう。

以下ではまず、II節においてアメリカにおけるパートナーシップ国際課税の論点を概観し、その後III節において日本の所得税・法人税法上の問題点を取り上げ、IV節でごく簡単にまとめをする。なお、アメリカ法に関しては本稿で言及した以上の論点があるが、日本法に影響を及ぼしうる部分のみを取り上げ、紙幅の関係上引用は最小限にとどめる¹⁾。

1) パートナーシップ国際課税を取り扱ったものとして、他に引用されたもののほか、中里実「パートナーシップ課税の国際的側面」日税研論集44号159頁(2000)がある。

II. アメリカにおけるパートナーシップ国際課税

II-1. 序説

アメリカにおけるパートナーシップ国際課税は、パートナーシップ課税条項 (Subchapter K, 内国歳入法典701条以下) 及び国際課税条項 (Subchapter N, 内国歳入法典861条以下) の相互作用であるとされる。しかし、このような「相互作用は不確定性に満ちている。…問題の多くは明確な答えを持たない。それらは冒険的なものにとっては数多くの機会をもたらすが、能力を疑い始めたクライアントに対して安心保守的な助言を与えようとする実務家にとっては頭の痛いところであり」²⁾、特に1994年末に出されたパートナーシップに関する一般的濫用防止財務省規則 (財務省規則 (以下, Reg. と略記) § 1.701-2) によって、ますます懸念が増幅される状況になっている。

連邦所得税における国際課税で問題になるのは、(1)居住者 (U.S. citizens, residents or domestic enterprises) の国外投資・事業活動に対する課税と、(2)非居住者 (foreign individuals and enterprises) による国内投資・事業活動に対する課税であり、両者において重要なのは、(a)所得源泉地及び(b)パートナーの居住地である。さらに、(3)パートナーシップの設立地 (設立準拠法による) も、パートナーシップ国際課税の文献で取り上げられることはあまりないが、源泉徴収の範囲等で重要になる³⁾。

II-2. 実体論と集合論

アメリカ連邦所得税において、パートナーシップをパートナーの集合 (aggregate) と見るか、それとも実体 (entity) と見るかはしばしば論争の対象となってきた⁴⁾。例えば、パートナーシップが稼得した所得について、パートナーシップ自体は納税義務を負わず、各パートナーが納税義務を負う点 (I. R. C. § 701) で、パートナーシップはパートナーの集合に過ぎないが、パートナーシップ自体で固有の所得計算を行う点 (I. R. C. § 703) では、パートナーシップはパートナーとは別個独立の実体と見られている。したがって、パートナーシップ課税制度は、基本を集合論に置きながらも、実体論を混ぜ込んだ折衷的制度であり、課税上半透明 (translucent) であるとも評されている。

パートナーシップ国際課税においても、このような集合論と実体論の対立が問題になることがある。例えば、外国パートナーシップの持分を譲渡した場合、持分という一つの動産を譲渡したと見るのか、それともパートナーシップが保有する個々の資産の一部分 (その所得種類は保有する個々の資産に依拠する) を譲渡したと見るのかによって、課税結果が異なってくる。

II-3. 分類

II-3-1. ピュア・エンティティとハイブリッド・エンティティ

各国によって、ある実体が法人課税を受ける

2) Arthur B. Willis, John S. Pennell & Philip F. Postlewaite, Partnership Taxation ¶121.01[1], at 21-3 (6th ed. 1997 & 2006 Supp. No. 1). 同書はパートナーシップ国際課税についてもっとも詳細な概説書の一つであり、本稿は、構成と内容の両面について、同書に負うところが非常に大きい。

3) 例えば、内国歳入法典1441条(a)は、非居住者外国人 (nonresident aliens) と外国パートナーシップに対する支払について源泉徴収義務を定めている。

4) E.g., Mckee, Nelson & Whitmire, Federal Taxation of Partnerships and Partners ¶1.02 (3rd ed. 1997 & 2005 Supp. No. 3).

か、あるいは課税上透明とされるかの基準が異なる。したがって、国際的な事業や投資を行う実体や、構成員が複数の国の居住者から構成されている場合には、一つの実体がある国では法人課税を受け、別の国では課税上透明と取り扱われることもありうる。また、そもそもどのような場合にある実体が課税上透明と見られるかという基準もバラバラである

アメリカでは、課税上透明であることを、原則として、(1)実体の所得が、分配されているか否かにかかわらず、各持分保有者レベルで即時に所得算入されること、及び(2)持分保有者における所得種類と源泉地が、当該保有者がそれら所得を直接実現したように決定されること(所得種類と源泉地がパススルーされること)、の2要件の両方を満たすか否かで判断している(Reg. § 1.894-1(d)(3)(ii)(a)第1文)。

さらに、高名な概説書(Willis, *supra* note 2, ¶21.02[4] at 21-17 to 21-18)は、法人及び課税上透明な実体を次のように分類している。

(1)ピュア・エンティティ(pure entity)…所得源泉地国と居住地国⁵⁾の分類が一致している実体のこと。源泉地国と居住地国の両国がある実体を法人と取り扱う場合と、両国がパートナーシップと取り扱う場合とがある。

(2)ハイブリッド・エンティティ(hybrid entity)…源泉地国と居住地国のいずれか一方で課税上透明とされるが、他方で法人と分類される実体のこと。レギュラー・ハイブリッド・エンティティ(regular hybrid entity)と、リバーズ・ハイブリッド・エンティティ(reverse hybrid entity)の二種類に分けられる。

(2)-1 レギュラー・ハイブリッド・エン

ティティ…源泉地国では課税上透明と扱われるが、居住地国では不透明(法人)と取り扱われる実体のこと

(2)-2 リバーズ・ハイブリッド・エンティティ…源泉地国では法人と取り扱われるが、居住地国では課税上透明と取り扱われる実体のこと。

このような学説上の分類とは多少異なり、財務省規則は、内国リバーズ・ハイブリッド・エンティティ(domestic reverse hybrid entities)のみを定義している(Reg. § 1.894-1(d)(2)(i)第3文)。この定義によると、アメリカ連邦税法上課税上透明と取り扱われるが、その持分保有者(interest holder)の居住地国においては課税上透明と取り扱われない、つまり法人課税を受ける内国(アメリカ法に準拠して設立された)実体のことである。この定義は、アメリカが源泉地国、持分保有者の居住地国が外国である場合を念頭に置いている。これに対して、ピュア・エンティティやレギュラー・ハイブリッド・エンティティの定義は、内国歳入法典・財務省規則ともに置いていない。

II-3-2. チェック・ザ・ボックス財務省規則

アメリカ連邦所得税においては、ある実体が法人課税を受けるかどうかにつき、有名なチェック・ザ・ボックス財務省規則(the “check-the-box” regulations, Reg. § 301.7701-1 to -3)に依拠し、一定の範囲内で選択することができる。同規則についての詳細は本稿では省くが⁶⁾、このようなチェック・ザ・ボックス財務省規則の取り扱い、外国の実体についても適用される。

5) Willis, *supra* note 2, ¶21.02[4] at 21-17 to 21-18は、居住地国がどのような意味かを明らかにしていない。同書の例によると、実体の設立地のことを居住地国というようである。しかしReg. § 1.894-1(d)(2)(i)第3文では、実体の持分保有者の居住地国を、居住地国と定義している。本稿では、以下において、財務省規則の定義に合わせ、実体の持分保有者の居住地国を、居住地国と解する。なお、現行Reg. § 1.894-1(d)になるまえの暫定財務省規則の時代のハイブリッド・エンティティの定義につき、川端康之「租税条約における受益者の意義と機能」金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策(上)』(有斐閣, 2000年)359頁, 380頁以下参照。

6) 日本語文献について、増井・後掲注32・注44参照。

このようなチェック・ザ・ボックス財務省規則は、特に国際課税においては影響が大きい。つまり、ハイブリッド・エンティティを納税者が自由に生み出すことができ、納税者はハイブリッド・エンティティが生み出す、さまざまな租税裁定 (tax arbitrage) 取引を利用できるのである (後述Ⅱ-9参照)。チェック・ザ・ボックス財務省規則は納税者が利用しやすいがゆえに、他の租税裁定取引機会よりもその影響は深刻といえよう⁷⁾。

Ⅱ-4. 設立時の課税

外国／内国パートナーシップに対して内国／外国パートナー (非居住外国人 (I. R. C. § 7701(d)(1)(A)) または外国法人 (I. R. C. § 7701(a)(5) 参照) たるパートナーの) が資産や労務を出資した場合の課税関係は、内国パートナーが内国パートナーシップにそれらを出資した場合の課税関係と基本的に変わりがない。

パートナーからパートナーシップへの資産出資は、課税繰延べが原則であり (I. R. C. § 721(a))、出資資産の出資パートナーの手元における基準価格 (basis. 税務上の簿価) がそのまま出資を受けたパートナーシップに引き継がれ (I. R. C. § 723)、出資パートナーが有するパートナーシップ持分の基準価格 (アウトサイド・ベイシス, outside basis と呼ばれる) は、出資資産の基準価格分だけしか増加しない (I. R. C. § 722. したがって出資資産の含み損益は出資パートナーが保有するパートナーシップ持分に反映されることになる)。ただし、値上がり資産がパートナーシップに出資された場合に、その含み益が合衆国市民・居住者や内国法人など

の United States Person (I. R. C. § 7701(a)(30)) 以外の者の総所得に将来算入される場合には、利益認識ができる旨の財務省規則制定権限が財務長官に与えられている (I. R. C. § 721(c))⁸⁾。もっとも、財務省規則はまだ制定されていない。

このような財務省規則制定権限は、含み益がアメリカの課税管轄権外に逃げてしまうことを防止するために付与されたと考えられる。しかし、出資された資産が出資時に有する含み益については、当該含み益が後の資産処分により実現した場合、出資者に配賦・課税され (I. R. C. § 704(c)(1)(a))、これは基本的に外国パートナーシップへの出資についても当てはまる (Reg. § 1.704-3(c)(3)(iii)(a))。このルールがどの程度適用されるかは不明ではあるが、このルールがもし有効に機能しているとすれば、情報申告書 (Reg. § 1.6038B-2) の整備により含み益認識の追跡が確実にになっていることも考え合わせると、アメリカの課税管轄権外に含み益が逃げてしまうことは阻止できるように思われる (なお、無形資産出資について、(I. R. C. § 721(d) 参照)。

ここではパートナーシップに対する出資につき、二点だけ言及する。第一に、出資時に認識される利益の所得種類と源泉地についてである。パートナーがパートナーシップに債務の担保となっている資産を、その債務付きで出資した場合、出資パートナーが免れた債務額をパートナーシップ持分の税務上の簿価 (outside basis. アウトサイド・ベイシス) が上回る範囲で、キャピタル・ゲイン (パートナーシップ持分は資本的資産たる動産) が認識される (I. R. C. § 731, 741 & 752)。外国に居住するパートナー

7) E.g., H. David Rosenbloom, *The David R. Tillinghast Lecture International Tax Arbitrage and the "International Tax System"*, 53 Tax L. Rev. 137, 153 (2000).

8) 1997年改正 (Taxpayer Relief Act of 1997, Pub. L. No. 34, § 1131, 111 Stat. 788, 978-980) 前には、居住者 (United States person) が外国パートナーシップに出資をした場合、1491条により、出資時に利益が認識され、35%で課税が行われていたが、情報申告書の整備などを条件にこのような制度は不必要になったとして削除されている。Staff of Joint Committee on Taxation, *General Explanation of Tax Legislation Enacted in 1997*, 314-318 (Comm. Print 1997). [hereinafter General Explanation 1997].

が、内国パートナーシップへ債務の担保となっている資産を、債務付きで出資した場合、この取り扱いによれば、(1)出資時にキャピタル・ゲインが実現され、(2)その源泉地は動産譲渡時の源泉地である譲渡者の居住地、つまり外国ということになる (I. R. C. § 865(a). 実体論に基づいた取り扱い)。しかし、内国歳入庁は、II-6で述べる Rev. Rul. 91-32, 1991-1 C. B. 107において、パートナーシップ持分が譲渡された時の課税結果決定について集合論を採用し、各パートナーシップ資産の一部が譲渡され、個々の資産ごとに所得種類と源泉地が決定される旨を明らかにしている。持分譲渡に関するこの Rev. Rul. 91-32が、資産出資時に利益が認識された際にも適用されると思われるが、完全には明らかではない。

第二に、不動産出資についてである。内国歳入法典897条によると、合衆国内の不動産持分 (U. S. real property interest) の処分から来る損益は、国内事業活動 (trade or business) に実質的に関連するとみなされ、連邦所得税が課される (実質的関連所得は、純所得に対して段階税率課税、つまり総合課税を受ける。ただし、一定の非居住者外国人たる個人については、合衆国内の資本金的資産の売却交換から来る利益につき、30%の源泉徴収が行われる。I. R. C. § 871(a)(2))。この条文を担保するため、合衆国内の不動産持分に関する課税繰延べは、当該持分と引き替えに受け取った資産が連邦所得課税に服する場合にのみ、認められる (I. R. C. § 897(e))。したがって、パートナーシップに対する合衆国内不動産の出資は、一定の条件 (大雑把に言え

ば、課税繰延べ後にも不動産含み益に課税ができることと、歳入庁に報告をすること) を満たさないと、課税繰延べが認められない (I. R. C. § 897(g); Reg. § 1.897-7 T(a))。

II-5. 事業・投資所得と課税

II-5-1. 国内事業活動に従事する外国パートナー

パートナーシップが合衆国内で事業活動に従事している場合、すべてのパートナーは、その活動に対する参加度合いや持分比率に関係なく、合衆国内で事業活動に従事しているものとされる (I. R. C. § 875(1))。租税条約が適用される場合には、事業活動に代わり、恒久的施設 (Permanent Establishment, PE) 概念が使用されるが、この PE の認定においても、パートナーシップの PE はすべてのパートナーの PE と認定される⁹⁾。各パートナーがパートナーシップの資産と損益について持分を有し、したがってパートナーシップの事務所その他事業の固定的な場所 (office or other fixed place of business. Reg. § 1.864-7) ないし PE を有していることや、パートナーが代理関係にある (相互の代理、あるいはジェネラル・パートナーはリミテッド・パートナーの一般的代理人) であることが、このようなルールの背景にあるものと考えられる¹⁰⁾。比較的新しいルーリングにおいても、内国歳入庁は、サービスパートナーシップについて同様の立場を取っている (Rev. Rul. 2004-3, 2004-1 C. B. 486)。このように、パートナーシップレベルで PE を認定し、各パートナーに帰属させるアプローチは、OECD においても承

9) Johnston v. Commissioner, 24 T. C. 920 (1955) は、カナダの業者とアメリカの業者の間でパートナーシップ契約が締結され、カナダの業者がカナダ国内で牛を購入し、アメリカの業者が合衆国内でその牛を売ることとした事例である。カナダの業者自身はアメリカの販売活動にも直接従事していないし、個人的な PE も有していないにもかかわらず、アメリカでの販売活動やアメリカの業者の PE はパートナーシップに帰属し、さらにカナダの業者も合衆国内事業活動に従事し、PE を有していることとされた。この事件では、パートナーシップ資産への持分や相互代理などは認定されていない。

10) See Donroy Ltd. v. U. S., 301 F. 2d 200, 207-208 (9th Cir. 1962); Unger v. Commissioner, 936 F. 2d 1316, 1319-1320 (DC Cir. 1991) (Donroy ルールが実務に一般的に受け入れられていることを示す)。

認されており¹¹⁾、その意味で国際的スタンダードであるといってもよい。

875条(1)により、外国の製造販売業者は国内事業活動を認定されやすくなり、連邦所得課税が受けやすくなるという意味で不利になるが、合衆国内不動産への投資活動は、外国パートナーがグロスではなくネットの所得について総合課税を受けることができるために有利になると考えられている¹²⁾。

II-5-2. 外国パートナーシップと申告義務

内国・外国問わず、パートナーシップは情報申告書を提出しなければならないが (I. R. C. § 6031(a))¹³⁾、外国パートナーシップ持分を有する居住者 (United States person) にも、当該パートナーシップについての申告義務がある (I. R. C. § 6038(a))。また、前述のように資産出資時課税繰延べの要件として申告が要求され、後述のように源泉徴収義務免除のために申告が要求されるなど、パートナーシップ国際課税においては、多くの申告義務が課されている。

II-5-3. 所得源泉の決定

パートナーシップからの所得の源泉地は、パートナーシップレベルで、かつ861条以下の源泉地決定ルールによって決定され、それがそのままパートナーに引き継がれる (I. R. C. § 702(b))。パートナーシップ課税においては、パー

トナーシップ所得は原則として自由にパートナー間で配賦できる (I. R. C. § 704(a))。

例えば、人的サービスを提供するあるパートナーシップが、内国パートナー A (合衆国内担当) と外国パートナー B (外国担当) から構成されているとしよう (損益は折半)。人的サービス所得の源泉地は原則としてサービスの提供地によって決定されるが (I. R. C. § 861(a)(3), 862(a)(3))、このルールに従うと、そのパートナーシップが国内と国外の両方でサービスを提供しているから、パートナーシップは国内源泉と国外源泉の人的サービス所得を有していることになる。この場合、A と B に配賦された所得の源泉地は、パートナーシップ契約に配賦される所得に源泉について定めがない場合、A と B はすべてのパートナーシップ事業や資産について半分ずつ持分を有していると考えられるので (Reg. § 1.704-1(b)(3)(i)参照)、A と B の実際の勤務地にかかわらず、A と B にはそれぞれ国内源泉所得と国外源泉所得が半分ずつ配賦されたことになるとと思われる (Reg. § 1.704-1(b)(5) Ex.(10)(ii)最終文参照)。

納税者として、このような課税結果を回避し、勤務場所と所得源泉地を一致させる方法は、二つある¹⁴⁾。一つは特別配賦 (special allocation) をつかう方法、もう一つはパートナーシップと

11) Oecd, Commentary on Article 4 of The Model Tax Convention on Income and Capital para 19.1 [hereinafter Commentary] ; OECD Committee on Fiscal Affairs, the Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships Ex. 12 and para 82 - 85 (Issues in International Taxation NO. 6, 1999) [hereinafter Application].

12) Willis, *supra* note 2, ¶ 21.04[1], at 21-41. なお、アメリカでは、自国内資本市場への外国投資を促進するため、自己の勘定 (account) で株式等の証券取引を行う場合には、米国内での事業活動を認定しないことにしている (I. R. C. § 864(b)(2))。パートナーシップが証券取引を行っている場合には、上述の875条(1)によって、外国パートナーについても自動的に米国内事業活動が認定されてしまうので、Reg. § 1.864-2(c)(2)(ii)は、一定の場合を除き、パートナーシップが自己の勘定で証券取引を行っていても、それだけでは外国パートナーが米国内事業活動を認定されないようにしている。

13) ただし国内源泉所得を有さないパートナーシップや国内事業活動に実質的に関連する所得を有さないパートナーシップ等は申告義務がない。E.g., I. R. C. § 6031(e)(2) ; Reg. § 1.6031(a)-1(b)(2)。

14) なお、865条(a)によると、原則として、棚卸資産以外の動産 (non-inventory personal property) の譲渡所得は、譲渡人の居住地が所得源泉地である。パートナーシップが内国パートナーと外国パートナーから構成されている場合、源泉地はパートナーレベルで決定され、内国パートナーに配賦された額は国内が、外国パートナーに配賦された額は外国が源泉地になる。パートナーシップレベルの所得源泉地決定の例外であり、可能な限り集合論に忠実な制度が作られている。

パートナー間で第三者間取引を行う（あるいはギャランティード・ペイメント， *guaranteed payment* を使う）方法である。

(1)特別配賦

パートナーシップ契約で、配賦される所得の源泉を定めることができるが、当該配賦は実質的な経済的効果（*substantial economic effect*）を有さなければならない（*I. R. C. § 704(b)(2)*）。

例えば、パートナーシップ契約で、国内で提供されたサービスからの所得は A に、外国で提供されたサービスからの所得は B に配賦する、と定めた場合、国内と国外源泉の所得額があらかじめ合理的確実性をもって（*with any reasonable certainty*）予測されるのでなければ、当該配賦は実質的な経済的効果を有すると考えられる（*Reg. § 1.704-1(b)(5) Ex. (10)(i)*）。両源泉所得が同額でなければ、完全に所得を折半した場合よりもいずれかのパートナーが得をし、他方のパートナーが損をする、つまり利益相反になるので）。

しかし、例えばパートナーシップ契約で、パートナーシップ所得の総額は折半するが、そのうち可能な限り国内源泉所得は A に配賦する、という取り決めがなされた場合、国内・国外源泉所得を折半した場合よりも税負担が少なくなる強い可能性（*strong likelihood*）があれば、当該取り決めは否認され、国内・国外源泉所得を折半したものと引き直される（*Reg. § 1.704-1(b)(5) Ex. (10)(ii)*）。

なお、内国パートナー（あるいは外国パートナーのうち内国内事業活動に従事している者）は、外国税額控除を受けることができる（*I. R. C. § 901*）が、外国税額は、各パートナーに配賦された国外源泉所得に対応して各パートナーに配賦される（*Temp. Reg. § 1.704-1 T(b)(4)(xi)*）。したがって、外国税額のみを自由に配賦するこ

とはできない。

(2)第三者間取引／ギャランティード・ペイメント

前述のように、パートナーシップ契約で配賦される所得の源泉を定める場合には、その配賦が実質的な経済的効果を有さなければならない。このことを言い換えると、ある配賦が実質的な経済的効果を有さないという理由で、否認される可能性があるということである。

それでもなおかつ国内源泉所得を A に、国外源泉所得を B に配賦したい場合には、パートナーシップと各パートナー間で使用者＝被用者の関係を作る、つまり雇用契約をパートナーシップとパートナーが結ぶか（*I. R. C. § 707(a)*）、パートナーシップ所得にかかわらず各パートナーに対して一定額をパートナーシップが支払うことにする、いわゆるギャランティード・ペイメント（*I. R. C. § 707(c)*）か、のいずれかの手段を執ることができる¹⁵⁾。この場合、ギャランティード・ペイメントは各パートナーに対して支払われた給与類似のものを取り扱われることになる。もちろん、このいずれの代替案も、定額しか各パートナーに支払えず、パートナーシップに業績に連動した所得の配賦ができないという難点がある。

II-5-4. 源泉徴収義務

パートナーシップに関連する源泉徴収義務には、外国パートナーがいるパートナーシップが負う、国内事業所得に対する税の源泉徴収義務（*I. R. C. § 1446*）¹⁶⁾や、外国パートナーシップと取引する者が負う一定の源泉徴収義務（*I. R. C. § § 1441(a), (b) and 1445*）があるが、前述のように、パートナーシップの設立地が源泉徴収義務に影響を及ぼしうる。ここでは前者の源泉徴収について簡単に述べておこう。

パートナーシップは、外国パートナーに配賦

15) ギャランティード・ペイメントを使って163条(j)（過少資本税制）の制限を回避するという興味深いスキームとその否認について、*see Notice 2004-31, 2004-1 C. B. 830*。

16) *See Richard M. Lipton and Elena S. Mossina, Proposed Regs. on Withholding for Partnerships with Foreign Partners*, 99 *J. Tax'n* 334 (2003)。

されるアメリカ実質的関連課税所得 (U. S. effectively connected taxable income, ECTI.) について、源泉徴収をしなければならない (I. R. C. § 1446(a)). 源泉徴収税率は、法人パートナーならば法人最高税率、それ以外 (個人など) のパートナーならば個人所得最高税率である (I. R. C. § 1446(b)(2)). 純事業損失 (Net Operating Loss, NOL. 日本の繰越欠損金に相当) などは、パートナーレベルで計算されるから、この制度によると、ほぼ必ず実際のパートナーの最終的納税義務額以上の額を徴収することになる (税額控除は可能。Reg. § 1.1446-3(d)(2)). なお、居住者がパートナーシップ段階での源泉徴収を免れるためには、パートナーシップに居住者証明書を提出しなければならない、提出がなければ非居住パートナーとして扱われる (Reg. § 1.1446-1(c)(3)). 源泉徴収は年4回、実際にパートナーシップからパートナーに利益の分配がなされたかどうかにかかわらず行われる (Reg. § 1.1446-3(d)(1)(ii)).

II-6. 分配・持分譲渡

パートナーシップ課税において、一般に分配時には損益が認識されない (I. R. C. § 731(a)). ただし分配現金額がアウトサイド・ベイシスを超過した場合には、超過した範囲でキャピタル・ゲイン、つまりパートナーシップ持分譲渡益が認識される (I. R. C. § 731(a)(1), 741(a)). さらに持分が清算される際の現金その他一定の資産分配で、分配された額がアウトサイド・ベイシスに足りない部分は、キャピタル・ロスが認識される (I. R. C. § 731(a)(2)). また、751条(b)が適用される範囲で通常所得 (ordinary in-

come, キャピタル・ゲイン以外の所得) が認識される。他方、パートナーシップ持分が譲渡された場合、751条(a)が適用される範囲を除き、キャピタル・ゲイン/ロスが認識される (I. R. C. § 741)。以上の取扱いを見ると、パートナーシップからの分配や持分譲渡時の課税は実体論がベースになっている。

国際課税の分野で分配や持分譲渡の際に問題になるのは、所得種類と所得の源泉地である。この点につき、Revenue Ruling 91-32 (1991-1 C. B. 307) は、いわゆる集合論を持分譲渡時に採用し、合衆国内の事業の固定的な場所 (fixed place of business) あるいは PE を通じて取引・事業を営んでいるパートナーシップの持分を外国パートナーが譲渡した際の譲渡損益の一部または全部は、当該取引・事業に実質的に関連した損益または PE に帰属する損益とされる、としている¹⁷⁾。ごく大雑把に言えば、パートナーシップ持分の譲渡損益は、一つの資産としての持分ではなく、パートナーシップが保有する資産ごとに源泉地と所得種類を決定するということである。このような取り扱いは資産分配時の利益認識についてもあてはまると考えられるが、完全には明らかではない。

II-7. 濫用防止規定

1994年末、サブチャプター K (パートナーシップ課税) の濫用を防止するために、一般的濫用防止規定が財務省規則に設けられている (Reg. § 1.701-2)。サブチャプター K は、実体レベルでの税負担なくして、共同事業を遂行したい当事者に対し 柔軟性を最大限に付与することを目的とする。

17) このルーリングについては相当な議論があるようである。また、集合論が適用されるのは、所得種類・源泉地の分野のみであって、連邦所得税法上はパートナーシップ持分そのものが譲渡されたことになるから (したがって譲渡によって変動するのはアウトサイド・ベイシスのみ)、個々の資産の税務上の簿価 (インサイド・ベイシス) には影響がない。インサイド・ベイシスを調整するためには754条に基づきパートナーシップが選択をしなければならないが (これはパートナーシップ情報申告書で行う)、特にアメリカ国内で事業活動をしていないパートナーシップについては情報申告書提出義務がなく754条選択もできないため不利益を被る可能性があるとの指摘がなされている。同ルーリングやその754条選択についての指摘につき、see Wilis, *supra* note 2, ¶21.05 [4].

この一般的濫用防止規定は、かなり詳細な考慮要素リストや多くの事例を挙げており、国際課税について濫用で「ない」事例として、被支配外国法人（Controlled Foreign Corporation, CFC）条項（日本でいうタックス・ヘイブン対策税制）と外国税額控除に関する事例を一つ示している（Reg. § 1.701-2(f) Ex.(3)）。しかし、これ以外のパートナーシップ国際課税の文脈において、同規定がどのように適用されるかは明らかではなく、予見可能性の欠如が指摘されている¹⁸⁾。

II-8. 租税条約の便益

II-8-1. 租税条約の便益

租税条約の便益（配当や利子、ロイヤリティのような投資（消極的）所得の源泉地国軽課・PEに帰属する事業所得のみ源泉地国課税）を受けられるかどうかは、所得の受領者が条約締結国居住者かどうかによって決定される。具体的には、ある実体が課税上透明な存在に過ぎないのか否かを（主として）相手国や関連諸国の税法を見ながら決定し、それによりその所得をその実体そのものが受け取った（derived by）のか、それとも実体持分権者が受け取ったのかを確定した上で、その所得を受け取った者（実体あるいは実体持分権者）が条約相手国かどうかを判別するステップをとる（Reg. § 1.894-1(d)(1)）。ハイブリッド・エンティティについては、内国歳入法典894条(c)が同様のアプローチを採っているが¹⁹⁾、財務省規則の

方がピュア・エンティティであるパートナーシップを含んだ包括的な定めになっている。正確ではないが、大雑把に言えば、アメリカが源泉地国の場合、相手国での課税を前提として、源泉地国としての課税軽減の義務を負うという考え方である。このようなアメリカのアプローチは、OECDのアプローチ・新日米租税条約4条6項と方向的には同じである²⁰⁾。

このような894条(c)の採用については、次のような事例の背景があったとされる。

例1：カナダの法人 CanCo はアメリカに子会社 USCo を有している。米加租税条約により、CanCo が USCo から配当を受け取っていれば、通常の源泉徴収税率30%に代えて5%の軽減税率が適用され、USCo は支払配当について損金に算入できず、CanCo は子会社からの配当益金不算入によって受取配当につき課税されない。他方、CanCo が USCo から利子を受け取っていれば、10%の軽減源泉徴収税率が適用され、USCo は支払利子を損金に算入でき、CanCo は受取利子を益金に算入する。

ここで CanCo が出資を行ってアメリカ国内に Limited Liability Company である USLLC を設立し、USLLC は USCo に貸付により資金を供給したとしよう。USLLC はアメリカでは課税上透明として取り扱われ、カナダでは法人と取り扱われる。USCo が USLLC に支払った利

18) E.g., Richard M. Lipton, *IRS Improves Partnership Anti-Abuse Regs., but Major Problems Remain*, 82 J. Tax'n 132, 139 (1995).

19) 同条文の日本語訳及び Reg. § 1.894-1 の内容、1999年 OECD 報告書の詳細について、参照、増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面—外国パートナーシップの性質決定を中心として」日税研論集55号75頁、94頁以下（2004）。また、現行 Reg. § 1.894-1 の前の暫定財務省規則について、川端・前掲注5・380頁以下。本稿執筆上、両書に負うところは非常に大きい。

20) APPLICATION, *supra* note 11, II (特に para. 52から56). See also COMMENTARY OF ART. 1 para. 2-6.7 and COMMENTARY OF ART. 4 para 8.4, *supra* note 11. Reg. § 1.894-1 は、現行の最終規則になる際に、いわゆる Beneficial Ownership や Subject to Tax の文言を落とし、より簡単な Derived By 基準に移行したとされる。T.D. 8889, 2000-2 C.B. 124. なお、OECDアプローチとアメリカのそれを比較するものとして、Herbert Buzanich, *A Comparison Between the U.S. and the OECD Approaches to Hybrid Entities*, 36 TAX NOTES INT'L 71(2004).

子は、アメリカの観点からすれば CanCo に支払われた利子であるから (USLLC は無視)、USCo については支払利子損金算入と10%軽減源泉徴収税率が適用される。USLLC から CanCo に支払われた「配当」は CanCo 内部の資金移動に過ぎず、アメリカにおける課税はない。他方、カナダからの観点からすると、USCo から USLLC に支払われた利子はアメリカの内国法人間取引に過ぎず、カナダでの課税を引き起こさない。USLLC から CanCo に支払われた配当は、受取配当益金不算入である²¹⁾。

要するに、この例において、ハイブリッド・エンティティを採用することにより、一方国で配当、他方で利子と取り扱われ、両国で課税されないような支払いを作りだしているのである(唯一のコストは、アメリカでの10%源泉徴収税率であり、これは配当にかかる5%税率よりも高い)。これに対し、内国歳入法典894条(c)は、このような場合における源泉徴収税率の軽減を認めず、一般的な30%税率での課税を行っているのであり(ただし同条による租税収入増加は年100万ドルに過ぎず、さほど増収効果はない)、他国の税制をにらみながら租税回避を防止して回るという意味で、「アメリカ国内税法の『世界の警察官 (policeman of the world)』

的側面]²²⁾が出たものである。

II-8-2. PE・持分譲渡

PE の認定(前述 II-5-1)や持分譲渡(同 II-6)については、前述のように集合論的取り扱いが行われている。また例えば、新日米租税条約13条2項(b)は、パートナーシップ持分譲渡につき、不動産にかかる部分のみ源泉地国課税を認めている。

パートナーシップ持分を譲渡したとき、パートナーシップが保有する PE 関連事業用資産の譲渡があったとして源泉地国課税が認められるかについて明文の定めはなく、新日米及び U.S. モデル条約の Technical Explanation にも直接それに言及するところはない。しかし、これらの Technical Explanation²³⁾において、Rev. Rul. 91-32を持ち出し、パートナーの PE 認定をしているところから、パートナーシップ持分譲渡時に PE 関連事業用資産に帰属する部分については、源泉地国で課税可能と解していると思われる。

II-9. その他の条項

II-9-1. 総説

ハイブリッド・エンティティについては、それがさまざまな問題を引き起こすため、これまで述べてきた以外の条項によって対処されることがしばしばである²⁴⁾。ここでは二つの事例だけ短く言及し、特に内国リバース・ハイブリッ

21) General Explanation 1997, *supra* note 8, at 249-251.

22) Nathan Boldman, *Inversions and Reverse-Hybrids: Rule Making or Fiscal Overkill?*, 31 Tax Mgmt. lit'l. J. 415 (2002). Reuven S. Avi-Yonah, *International Tax as International Law*, 57 Tax L. Rev. 483, 496 (2004) は、894条(c)が一種の treaty override であるけれども、租税条約の目的が二重課税・二重非課税の防止であり、源泉地国の課税軽減は居住地国課税が前提になっている以上、そのような treaty override は正当化されると述べる。

23) See, e.g., The Technical Explanation of the Convention Between the Government of the United States of America and the Government of Japan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income Art 13, Para 4 (second sentence).

24) その他には、367条、移転価格税制、外国税額控除なども指摘されている。William J. Bricker, Karen B. Brown, Alan W. Granwell & Paul R. McDaniel, *Symposium: The Future of Tax Law in the Face of Globalization: Practical and Policy Considerations: Panel: Use of Hybrids in International Tax Planning: Past, Present and Future*, 13 St. John's J.L. Comm. 79, 81-83 (1998) (McDaniel 教授の発言)。ハイブリッド・エンティティについては、他の引用のもの他、Mitchell A. Kane, *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 Emory L.J. 89, 159-165 (2004) ; Vitaly Timokhov, *Dehybridization and Antiabuse Function of Tax Treaties and Domestic Law in Cross-Border Transactions*, 36 Tax Notes Int'l 457 (2004) も参照のこと。

ド・エンティティについては項を改めて説明する。

第一に、いわゆる Subpart F 条項（タックス・ヘイブン対策税制。内国歳入法典951条以下）である。ここでは、ハイブリッド・エンティティの他、ハイブリッド・ブランチ (Hybrid Branch)、つまり大雑把に言えば、アメリカ連邦税法上は支店（課税上透明）であるが、他国（具体的には支払をした実体の設立地国）では法人と扱われる実体 (Prop.Reg. § 1.954-9 (a) (6)(iii)) が使われている。アメリカでは課税上透明だが、他国では法人と見られるエンティティやブランチを使用し、他国では利子支払だがアメリカからすると内部取引として課税上無視される支払を利用してタックス・ヘイブンに所得を注ぎ込みつつ、アメリカで Subpart F 条項の対象となる所得額を減らそうというスキームがあり、財務省規則案である Prop.Reg. § 1.954-9 が特にこれを取り扱っている²⁵⁾。

第二に、いわゆる二重連結損失 (dual consolidated loss) に関して控除を認めない内国歳入法典1503条(d)及びその下の財務省規則 1.1503-2 である。二重連結損失とはアメリカの法人でありながら、外国においても当該外国が居住地国であるとして全世界所得について課税を受ける、いわゆる二重内国法人 (dual resident corporation, DRC) などが負担した純事業損失で、アメリカにおいても他の法人の所得を相殺しつつ、外国においてもまた別の法人の所得を相殺する損失のことである (I. R. C. § 1503(d)(2); Reg. § 1.1503-2 (c)(5))。一つの損失が二つの

所得を相殺するという意味で、double dipping (損失の二重取り) といわれるが、二重連結損失の控除否認は、このような二重取りを認めない趣旨である。

ハイブリッド・エンティティは損失の二重取りの格好の材料となる。例えば、内国法人 USCo がハイブリッド・エンティティ HE を外国に設立し、HE はその外国の法人である FCo を有しているとする。HE はアメリカではパートナーシップだが、その外国では法人であるとし、HE はその外国において子会社である FCo と連結申告をしているとしよう。HE が損失を負う場合、その損失は FCo の所得を相殺するとともに、USCo の所得をも相殺する²⁶⁾。1503条(d)はこのようなハイブリッド・エンティティの場合もその規制対象としている²⁷⁾。

II-9-2. 内国リバース・ハイブリッド・エンティティ

内国リバース・ハイブリッド・エンティティは、次のような問題を引き起こす。まずは例を見てみよう。

例 2²⁸⁾：外国法人 FC は、アメリカ国内にある子会社 S を有している。S が FC に配当を支払った場合、S は支払配当を控除できず、支払配当についてアメリカと FC 設立地国の間での租税条約の定める税率で源泉徴収を受ける。配当を受け取った FC は、外国税額控除あるいは国外源泉所得非課税を受けることができる。

ここで FC がアメリカ国内に内国リバース・ハイブリッド・エンティティ

25) Notice 98-11, 1998-1 C. B. 433が濫用事例についての課税庁側の立場を説明している。ごく簡単な事例説明として、see Richard Doernberg, *International Taxation* 402-403 (5th ed. 2001)。財務省規則案などの経緯やこれらに関する文献について、see Keith Engel, *Tax Neutrality to the Left, International Competitiveness to the Right, Stuck in the Middle With Subpart F*, 79 *Tex. L. Rev.* 1525, 1552-1557 (2001)。

26) この例は Stephen Mills, *Partnerships Change Everything: Using a partnership In a U.S. Outbound Stock Acquisition*, 102 *Tax Notes* 1393, 1401 (2004) の事例を改変している。

27) 2005年5月25日に出された新しい財務省規則案について、とりあえず参照、David P. Hariton, *The Proposed U.S. Dual Consolidated Loss Regulations*, 41 *Tax Notes Int'l* 379 (2006)。

28) この例は、Diane M. Ring, *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *B. C. L. Rev.* 79, 99-100 (2000) の事例説明をベースにしている。

DRH を設立し、DRH が子会社 S を保有したとする。DRH は、アメリカにおいては法人であるが、FC 設立地国では課税上透明と取り扱われる。また、DRH は、FC から出資ではなく貸付により資金調達をしているとしよう。S が DRH に支払った配当は、アメリカでは S が内国法人である DRH に支払ったことになるから、S は支払配当を控除できないが、DRH は支払配当を総所得から控除でき、実質的に非課税の取り扱いを受けることができる (I.R.C. § 243)。また FC 設立地国では、DRH は課税上透明であるから、FC が S から直接支払配当を受け取ったものとされ、外国税額控除あるいは国外源泉所得非課税を受ける。次に DRH が S から受け取った配当を FC に利子として支払った場合、DRH はそれを 163 条(j)の *earning stripping* 制限（過少資本税制）内で支払利子として控除することができ、また支払利子について租税

条約の定める税率でアメリカの源泉徴収を受ける。他方、FC 設立地国では、この支払は単なる内部での資金移動に過ぎないから、FC は支払利子について課税を受けない。

この事例において、①利子に対する源泉徴収税率が配当に対するそれよりも低ければ、DRH を使うことにより源泉徴収税率を低くすることができるし、②DRH の受取配当非課税と支払利子控除により、課税上の鞘を抜くことができる²⁹⁾。前者はハイブリッド・エンティティを使って所得種類の転換を図り、後者は同じくハイブリッド・エンティティを法人と取り扱う国（上記事例でいえばアメリカ）での課税所得を減らしている。

このような状況に対処するため、Reg. § 1.894-1 (d)(2)(ii)(b)は、一定の場合に、DRH から FC に対する控除可能な支払い（先の例でいえば利子支払い）を配当と性格付けし直すことを定めている³⁰⁾。

Ⅲ．日本におけるパートナーシップ国際課税の論点

ここでは、日本におけるパートナーシップ国際課税の問題点をごく簡単に見ていくことにしよう。

Ⅲ-1. 実体の分類

日本においては、私法上の法人及び人格のない社団（権利能力のない社団）概念を基準に法

人課税の範囲を決めていることもあり、日本の私法概念に基づかない外国の実体が法人課税を受けるかどうかについては、日本の私法概念との類似性を勘案しながら判断する傾向があるが（例えば国税不服審判所平成13年2月26日裁決事例集61号102頁³¹⁾）、基準が明確ではない上に、日本以外の外国実体が相当広く法人課税を受け

29) Preamble to Prop. Reg. § 1.894-1(d)(2)(ii), 66 Fed. Reg. 12445, 12446 (2001) ; The Committee on Foreign Activities of U.S. Taxpayers, *Foreign Activities of U.S. Taxpayers*, 56 Tax Law. 1087 (2003).

30) ただし、同条は規則制定権限を逸脱しており、OECD モデル条約24条の無差別取り扱いにも反するなどとの批判がある。E.g., Thomas R. May, *U.S. Treasury Attacks Domestic Reverse Hybrid Planning*, 22 Tax Notes Int'l 1869, 1872-1876 (2001).

31) 『改正税法のすべて（平成17年版）』（大蔵財務協会、2005年）156～157頁注2は、措置法41条の4の2第2項1号及び措置令26条の6の2第5項の解説において、外国における任意組合契約等に類似する契約としてジェネラル・パートナーシップ契約やリミテッド・パートナーシップ契約を、留保付きながら挙げている。

うることから、日本における事業・投資活動を行うための組織選択に対して税制が非常に大きく影響を与えているように思われる。パートナーシップ課税は法人レベル課税を放棄することであるから税収確保のために外国実体を可能な限り法人課税に取り込みたい、あるいは組合課税に関するルール未成熟である、という背景もあるのかもしれないが、法人課税の趣旨や上記諸点を勘案しながら、法人課税を受ける範囲について一義的明確な税法独自の基準を設けることが望ましいであろう。

なお、アメリカのチェック・ザ・ボックス財務省規則のような選択制は、国際裁定取引を増大させる³²⁾ことから、望ましいものではない。「…『チェック・ザ・ボックス』財務省規則の公布が、いつもは抜け目のない内国歳入庁と財務省職員の頭に浮かんだ、これまでで最悪の考えの一つであった…。おそらくはあまりに国内の問題に焦点を当てすぎていたため、財務省と内国歳入庁は、新しいルールにより、アメリカの多国籍企業が高課税国から低課税国へ所得を移転するのが大幅に簡単になることを予測していなかったのである」³³⁾。

Ⅲ－２．PE・所得源泉地・所得の配賦

任意組合が海外で活動した場合の事業活動やPE、所得源泉地の決定が必ずしも明らかではない。例えば、非居住者が日本における任意組合や有限責任事業組合に投資したが、当該非居住者自身は日本で活動したことがない場合、当該非居住者について、日本国内の事業活動、PEは認定されるのであろうか。

この点につき興味深いのは、地方税の事例で、しかも日本の居住者がアメリカのリミテッド・パートナーシップに投資した場合に、アメリカにPEがあるかどうかの問題になり、これを否定した東京高判平成17年7月26日判決（金融・商事判例1223号2頁）である。同判決については改めて検討しなければならないが、同判決のアプローチはアメリカやOECDの採ったそれとは明らかに異質であり、さらに日本における非居住者のPE認定が抑制されるという意味で、課税庁側にさえ有利な判決とはいえない。

また、日本の任意組合課税のルールはプリミティブな組合を前提にしたものであるから、例えば特別配賦などが行われる場合にこれをどのように取り扱うかが不明であり、また特別配賦を使った所得源泉地・所得種類の自由な配賦から生ずる租税回避に対応しきれないという問題もある、

Ⅲ－３．出資・持分譲渡・分配時の課税

任意組合に対して出資があった場合、その際の譲渡所得課税をどうするのかという問題は国内的にも残っているが、国際課税の文脈でも大きな影響があると思われる。例えば、その譲渡所得課税について一部譲渡説を採る場合³⁴⁾、プリミティブなタイプの任意組合ならばともかく、多少複雑な所得の配賦を行った場合には、納税者はもちろん、課税庁にとってもはや執行可能ではない。

Ⅲ－４．源泉徴収義務

平成17年度改正により、所法161条1号の2

しかし、Uniform Limited Liability Company Act（1995）の201条がLLCの法人格付与の決定的要素であるとすれば、ほぼ同じ規定であるUniform Partnership Act(1997)の§201(a)やUniform Limited Partnership Act(2001)の§104(a)も法人格付与の決定的要素であり、これら条項を有する州法の下で設立されたジェネラル・パートナーシップやリミテッド・パートナーシップは法人として取り扱われる可能性が大きいと思われる。

32) 増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究30号1頁、23頁及び注58（2002）。なお、チェック・ザ・ボックスに関する日本語文献として同注44参照。

33) Martin A. Sullivan, *Tax Amnesty International: Relief for Prodigal Profits*, 99 Tax Notes 603, 606-607（2003）

34) 金子宏「任意組合の課税関係」税研21巻4号16頁、17頁（2006）。なお、組合課税に関する最近までの文献は、同論文を参照。

が新設され、組合事業（国内事業分のみ。所令281条の2第2項）からの非居住者・外国法人に対する利益配分（「分配」ではない）が20%の源泉徴収の対象になる（所法212条1項、5項、213条1項1号。組合員にPEがなければ源泉徴収の対象にはならない）。このような所得種類は法人税法上設けられていないので、純粹に源泉徴収のための所得種類と考えられる。この源泉徴収義務については、次の6点が指摘される。

第一に、所法161条1号の2には、同1号かつ書きに相当する規定がない。例えば、外国法人が組合員である任意組合が特許権を保有し、特許権使用料（所法161条7号、法法138条7号）を受け取り、それを当該外国法人に利益配分したとしよう。特許権使用料は7号所得であるが、その利益配分は1号の2所得でもあり、二重の所得種類が生じると思われる。なお、このような現象は匿名組合の場合にも生じうるであろう（所基通36・37共-21第一文参照）。

第二に、例えば先の例で特許権使用料支払者は、支払相手が外国法人である場合には20%源泉徴収義務があるが（所法212条1項、213条1項1号）、任意組合が受け取った特許権使用料が誰に配分されるかは明らかではないから、特許権使用料支払者はいくら源泉徴収すべきかわからない可能性がある。

第三に、組合からの利益配分の際の源泉徴収額は、特許権使用料支払者による源泉徴収額が考慮されない（所令281条の2第2項。ただし費用としては控除可能）、一部ではあるが二重源泉徴収が行われる余地があると思われる。

第四に、源泉徴収義務者は、利益「配分をする者」（所法212条5項）であるが、これは誰のことかが必ずしも明らかではない。仮にこれが組合員に限定されるとすると、組合員が全員非居住者・外国法人である任意組合の場合、果たして源泉徴収が機能するのかという懸念がある。

第五に、組合員に対する利益配分について、非居住者・外国法人たる当該組合員が組合事業外でPEを有している場合のみ源泉徴収がない

が（（所法180条1項、同214条1項、所令305条の2第2項以下、同331条の2第2項以下）、組合事業内PEを有している場合でも源泉徴収しなくてもよいのではないかという疑問がある。

第六に、組合利益配分に係る源泉徴収は、実質的に年1回の強制（所法212条5項）であるが、年4回の徴収が義務づけられている（Ⅱ-5-4参照）アメリカと対比して、徴収回数が少ないのではないかという疑問がある。

Ⅲ-5. 情報申告書

有限責任事業組合については計算書提出義務があるが（所法227条の2）、その他の形態の組合には計算書の提出義務はなく、支払調書の提出義務（所法225条1項8号）があるだけである。アメリカでは出資や持分譲渡など、個別の取引を含めて過度とも考えられるほどさまざまな申告書の提出が義務づけられているが、その観点からすると、特に外国における活動を行っている任意組合等に支払調書だけで対応しているのか、さらに情報申告書の提出は必要ないのかという疑問が生ずる。もちろん、情報申告書提出義務をどのように技術的に構築するかは難しい問題であろう。

Ⅲ-6. ハイブリッド・エンティティ

ハイブリッド・エンティティはさまざまな国際課税上の問題を引き起こすことは、アメリカ法の検討でも見てきたとおりであり、所得種類の転換や損失の二重控除の手段などとして使用される。ただしこれらの国際的租税裁定は他の取引でも代替可能であり、例えば所得種類の転換は、同一の資金調達、一方国では貸付、他方国では資本出資と取り扱われる Hybrid Instrument でも引き起こすことができる。

ハイブリッド・エンティティの最大の特徴の一つは、一方国では課税上透明、他方国では法人と取り扱われるところにある。この特徴を活用すれば、(1)ある実体を課税上透明と取り扱う国にその実体を設立し、その実体に所得を留保することにより、その実体の所有者で当該実体

を法人とみる国の居住者が課税を繰り延べることができるし（課税上透明な実体への所得留保）³⁵⁾、(2)同じ例で、その実体の所有者が当該実体に対して控除可能な支払をなし、実体所有者の居住地国課税を減らしながら、実体設立地国での課税を避ける（これも結果的には居住地国課税を繰り延べている）ことができる（実体所有者の税額減少）³⁶⁾。

いずれの場合も、ハイブリッド・エンティティを法人とみる国の租税回避が特徴である³⁷⁾（もっとも、前述の損失の二重取りのように、ハイブリッド・エンティティを透明とみる国の租税が回避される事例も存在する）。したがって、日本のように比較的法人課税の対象が広いと思われる国の課税は、ハイブリッド・エンティティを使用した租税回避の格好のターゲットであると考えられる。

このような租税回避を防止する観点から重要なのは、LLCの所得を日本のDCに強制的に帰属させるタックス・ヘイブン対策税制である

（措置法66条の6以下）。日本のタックス・ヘイブン対策税制は、個々の法人ごとに特定外国子会社等を判断するから（措置令25条の19第2号、39条の14）、両事例におけるLLCはタックス・ヘイブン対策税制の対象になり、日本の課税がすべて繰り延べられるわけではないと考えられる³⁸⁾。しかし、同税制がハイブリッド・エンティティを使用した租税回避を防止する役割を担っていることを認識することは重要であるし、例えば多数投資家がLLCに投資した場合³⁹⁾のように、タックス・ヘイブン対策税制の対象についても再検討が必要であろう。

なお、例えば日本の有限責任組合が外国で事業活動を行い、その外国で法人として法人税を課されたときに、組合員がその法人税を外国税額控除の対象にできるかという問題がある。明文の規定はないものの、組合形式ではなく単独で外国に進出したときの税負担の均衡の観点からこれを肯定する意見もあるが⁴⁰⁾、いずれにせよアメリカの内国歳入法典701条(b)(5)のような

35) 例：日本の内国法人DCがA国でLLCを設立した。当該LLCは、A国では課税上透明と取り扱われるが、日本では法人と取り扱われる。LLCは、タックス・ヘイブン国に支店を設けてその国で知的財産権を管理し、使用料を受受し、それをLLC段階で留保する。PEの不存在や外国源泉所得非課税を理由に、A国は使用料についてDCに課税しない。LLCは日本で法人と取り扱われるから、使用料がLLCから分配されない限り、日本での課税もない。

36) 例：日本の内国法人DCは、B国においてLLCを設立した。当該LLCは、B国では課税上透明と取り扱われるが、日本では法人と取り扱われる。LLCはDCから受けた出資金をDCに貸付け、DCから利子を受け取った。日本においてLLCはDCと別個の法人であるから、LLCが受け取った利子はDCの所得算定上、控除される。一方、B国においてはLLCの所得はDCにパススルーされるから、B国でのPEが認識されない、外国源泉所得非課税あるいは課税上支払が無視されるなどの理由により、DCもLLCもB国では課税されない。LLCが受け取った利子は、LLCが留保している限り、日本での課税も受けない。II-9-1で取り上げたSubpart Fに関する濫用事例はこの一種類である。

37) See Daniel N. Shaviro, *More Revenues, Less Distortion? Responding to Cross-Border Tax Arbitrage*, 1 N. Y. U. J. L. & Bus. 113, 119 (2004).

38) 同旨、渡辺淑夫「コンサルタント 米国でLLC課税を受ける場合のわが国の課税関係」国際税務17巻11号62頁、64頁（1997）。反対、西村善朗「多様化する事業体と課税の論点を探る(4)外国事業体（米国LLC）課税の実情と問題点（上）アウトバウンド・ストラクチャーにおける税務上の論点整理」税務弘報52巻12号105頁、109-110頁（2004）

39) 外国証券投資ファンドにかかる同様の課税繰延べについて、参照、増井良啓「証券投資ファンド税制の比較」日税研論集41号171頁、232頁以下（1999）。

40) 中野百々造『外国税額控除（国際課税の理論と実務 第2巻）』（税務経理協会、2000年）41頁、渡辺淑夫「コンサルタント 米国でLLC課税を受ける場合のわが国の課税関係」国際税務17巻11号62頁、64頁（1997）。

明文の規定を置く方が望ましい。

IV. おわりに

以上、アメリカにおけるパートナーシップ国際課税と、日本における論点を概観した。わが国のいわゆる組合課税においては、ピュア・エンティティとしての組合ないしパートナーシップに固有の問題点が数多くあり、なかにはPEの認定など、非常に基本的な論点さえも未解決であることが指摘される。また、法人課税の範囲が広いと思われるわが国では、ハイブリッド

・エンティティ固有の特徴を利用した法人課税回避の可能性がある。

平成17年度改正において、上述の源泉徴収制度を含む組合課税に関するさまざまな立法が行われ、組合課税の整備が図られつつあるが、同時に上述の論点についてのより深い考察も今後行っていく必要がある。