

租研2014.12.19@日本工業倶楽部

**STARS (structured trust advantaged repackaged securities) transaction:**  
 信託等を用いた一連の仕組まれた取引について外税控除・費用控除・所得源泉等が争われた事例  
 立教大学法学部 浅妻章如

1. 序
2. Bank of New York Mellon Corp. v. Commissioner, 140 T.C. 15 (February 11, 2013)
  - 2.1. 事実認定
  - 2.2. 裁判所の判断
  - 2.3. T.C. Memo 2013-225 (September 23, 2013)による訂正
  - 2.4. その後
3. その他の事件
  - 3.1. Salem Financial Inc. v. US, 112 Fed. Cl. 543 (September 20, 2013)
  - 3.2. Santander Holdings USA, Inc. & Subsidiaries v. US, 977 F. Supp. 2d 46 (October 17, 2013)
  - 3.3. Wells Fargo & Co. v. US, 2014 U.S. Dist. LEXIS 99111 (July 21, 2014)
  - 3.4. STARSではないが関連して紹介されているもの
4. 考察
  - 4.1. 先例
  - 4.2. 政策論

## 1. 序

本物の外国法研究は日本法への示唆があつて然るべきところ、本報告はそのレベルには達してない。単に外国で興味深い事例があるから紹介してみる、ということしか今のところは言えない。将来、何かまとまった日本法への示唆が導かれればよいなどは思っているものの。

今回は、STARS (structured trust advantaged repackaged securities)について紹介する。9月18日の岡村忠生先生の講演でも言及されていたところであり<sup>1</sup>、自分がやる意味は小さいかもしれないと思いかけたが、自分の興味を優先させた。

STARSについては、利子控除、取引費用の控除、外国税額控除、所得源泉そして経済的実質法理 (economic substance doctrine) との関係が、主に議論されている。

## 2. Bank of New York Mellon Corp. v. Commissioner, 140 T.C. 15 (February 11, 2013)

### FINDINGS OF FACT

- I. Background
- II. Introduction and Negotiation of STARS
- III. The STARS Transaction
  - A. The STARS Structure
    1. Step 1: REIT Holdings Funded
    2. Step 2: InvestCo Organized and Funded
    3. Step 3: DelCo Organized and Funded
    4. Step 4: Organization, Funding and Terms of the STARS Trust
    5. Step 5: Organization and Ownership of NewCo
  - B. The STARS Loan
    1. Class C Unit and Class D Unit Subscription
    2. Trust Class C Unit and Class D Unit Forward Sale Agreements
    3. Zero Coupon Swap
    4. Guaranty and Security for InvestCo's Obligations Under the Forward Sale Agreements and Zero Coupon Swap
      - a. Guaranty
      - b. Security Arrangements
    5. Net Effect of the Subscription Agreements, Forward Sale Agreements and Zero Coupon Swap
  - C. Use of the STARS Loan Proceeds
  - D. Replacement of the U.S. Trustee

<sup>1</sup> 岡村忠生「国際課税におけるミスマッチとその対応について」『法人税改革と激動する国際課税(公社)日本租税研究協会第66回租税研究大会記録2014』60-96頁、64頁(2014.12.9)  
[http://www.soken.or.jp/p\\_document/pdf/taikaikiroku2014\\_all.pdf](http://www.soken.or.jp/p_document/pdf/taikaikiroku2014_all.pdf)

- E. The Stripping Transaction
- F. Management and Control of Trust Assets and DelCo Assets
- G. Allocation of STARS Risk
  - 1. Trust Class C Target Distributions and Indemnity Payments for Shortfalls
  - 2. STARS Termination Rights
  - 3. Allocation of U.K. Tax Risk
- IV. U.K. Tax Treatment of STARS
  - A. Disclosure of STARS to the U.K. Tax Authority
  - B. U.K. Tax Treatment of the Trust
  - C. U.K. Tax Treatment of Barclays
- V. STARS Cashflows
  - A. DelCo Distributions
  - B. Trust Distributions
  - C. Zero Coupon Swap and Credit Default Swap Payments
- VI. Termination of STARS
- VII. BNY Tax Reporting of STARS
- VIII. Deficiency Notice

## OPINION

- I. Merits of the STARS Transaction [\*\*25] Under the Economic Substance Doctrine
    - A. Overview
    - B. Scope of the Economic Substance Inquiry
    - C. Economic Substance of the STARS Structure
      - 1. Objective Economic Substance
      - 2. Subjective Economic Substance
        - a. The STARS Structure Lacked a Reasonable Relationship to Petitioner's Claimed Business Purpose.
        - b. The STARS Financing Was Not Low Cost.
          - i. The Spread Was Not a Component of Interest.
          - ii. The Loan Was Not Low Cost.
    - D. Economic Substance of the Integrated STARS Arrangement
    - E. Congressional Intent
  - II. Deductibility of STARS-Related Expenses
  - III. Foreign Source Income Adjustment
  - IV. Conclusion
- T.C. Memo 2013-225 (September 23, 2013)による訂正

## 2.1. 事実認定

### I. Background

BNY (The Bank of New York)はBNY Parent(The Bank of New York Company, Inc.)の完全子会社であった。2007年にMellon Financial CorporationとBNY Parentが合併し、原告(Bank of New York Mellon Corp)がBNY Parentの租税債務を承継した。

### II. Introduction and Negotiation of STARS

外国税額控除(\$199 million)利用のため、2001年に、BNYグループは、BNYを通じてBarclays (Barclays Bank, PLC:ロンドン拠点)とSTARS transaction<sup>2</sup>を行なった。

### III. The STARS Transaction

#### A. The STARS Structure

**ステップ1: REIT Holding**……BNYがBNY assets (\$6460 million)<sup>3</sup>を既存子会社REIT Holdings (BNY REIT Holdings, LLC)(米国で法人扱い)に出資した。REIT Holdingは\$2550 millionのBNY liabilitiesを引き受けた。

**ステップ2: InvestCo**……BNYはInvestCo (BNY Investment Holdings (DE), LLC)(米国で法人扱い。図では四角形)を設立し、REIT Holdingsが\$10409 millionのSTARS assetsをInvestCoに出資して100%所有者となった。STARS assetsの内訳は、\$6460 millionのBNY assets及び\$3950 millionのREIT share (BNY Real Estate Holdings, LLC's common stock)。InvestCoはBNY liabilitiesを引き受けた。

**ステップ3: DelCo**……BNYはDelCo (BNY Delaware Funding (DE), LLC)(米国ではパートナーシップ扱い。図

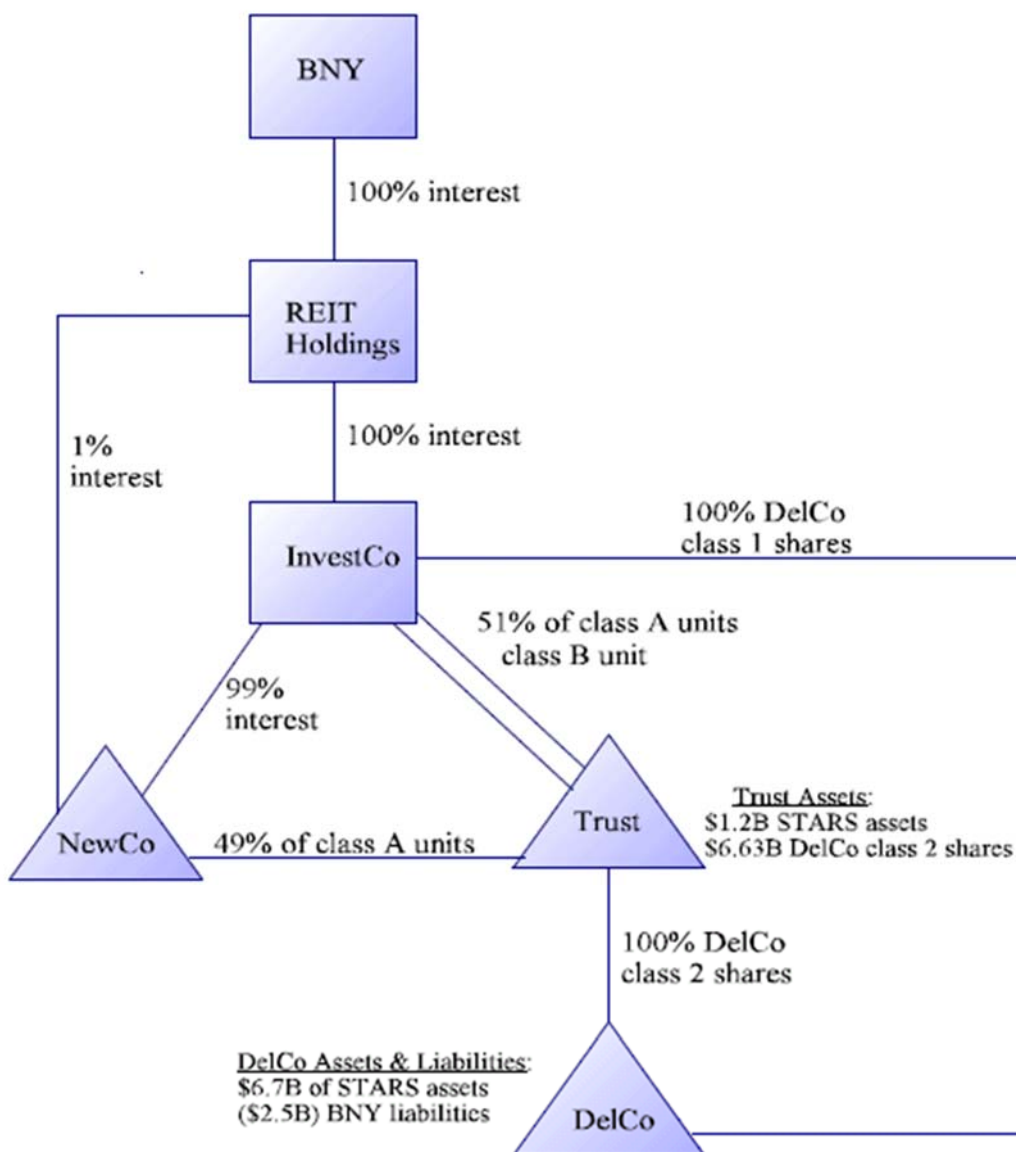
<sup>2</sup> KPMGが開発した。

<sup>3</sup> 中身は債権等…residential mortgage loans, commercial mortgage loans and consumer loans (participation interests) and various asset-backed and agency securities

では三角形)を設立した。InvestCoがDelCoに\$9243 millionのSTARS assetsを出資し、DelCoがBNY liabilitiesを引き受け、DelCoがInvestCoに\$65 millionのDelCo class 1 shares (DelCoの全議決権)と\$6628 millionのDelCo class 2 shares (DelCoの分配の99%の収受権)を発行した。

**ステップ4: STARS Trust**……BNYはcommon law trustとしてBNY STARS Trustを組成し、当該信託はclass A～D unitsを発行した。class A unit保有者は信託の分配所得の1%を得る。class D unit保有者は信託の分配所得のうち\$25 million×(1月LIBOR + 415 basis points)×0.78を受け取ることができる。class B unit保有者は、class C unit発行済みなら残余分配所得の99%を、class C unit未発行なら全部を、受け取ることができる。class C unit保有者はデフォルトがなければ残余分配所得を受け取ることができる。InvestCoは、残余STARS assets (\$1200 million)及びDelCo class 2 sharesを移転し、class A units (\$6300 million)及びclass B units (\$1494 million)を受けた。最初の受託者はBNYロンドン支店であった。BNY Parentの完全子会社であるThe Bank of New York (DE)が信託財産管理者となった。class A units保有者のみが受託者を変えることができるようになっていた。

**ステップ5: NewCo**……BNYはNewCo (BNY NewCo Funding (DE), LLC) (米国でパートナーシップ扱い)を設立した。InvestCoがclass A unitsの49%をNewCoに出資し、引き換えに\$3089 millionの組合持分を受け取った。この時点でInvestCoはNewCoの100%保有者であったが、NewCo持ち分の1%をREIT Holdingに移転した。



145 TC at 21

## B. The STARS Loan

**1. class C unit and class D unit subscription**……Barclaysが信託からclass C unit (\$1469 million)とclass D unit (\$25 million)を購入した。更にこの購入において、Barclaysはclass C unitの分配と同額を信託に支払う義務を負った。BNYがBarclays blocked accountを設置し、class C unit分配は当該口座を通してBarclaysの介入を許

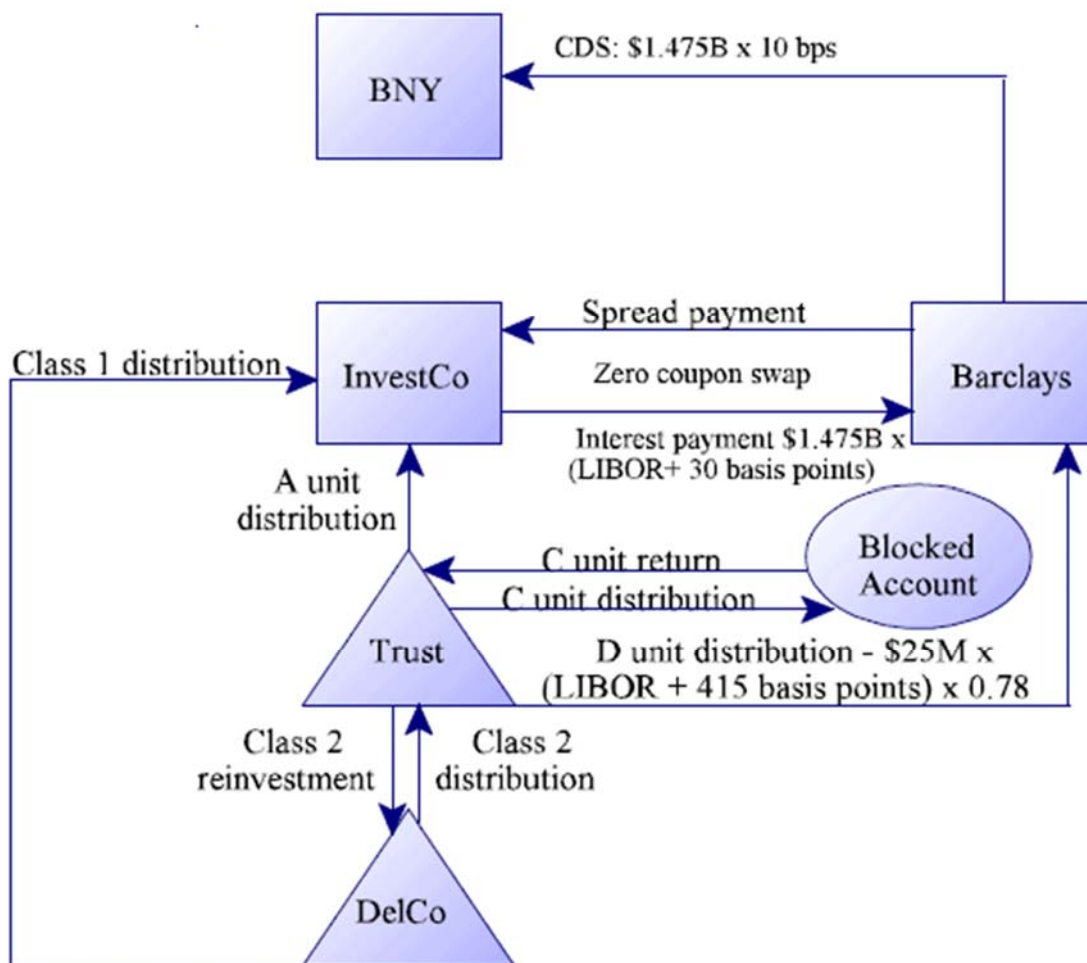
さず信託に支払われることとなった。

**2. Trust class C unit and class D unit forward sale agreements**……先物取引として、InvestCoがclass C unitをBarclaysから\$1498 million ( $= \$1475 \text{ million} + \text{年利}4.338\% \text{ 利子} - \text{信託所得英国税額}$ )で2006年11月に(破綻時にはその時に)購入する義務を負った。もう一つの先物取引として、InvestCoがclass D unitをBarclaysから\$25 millionでclass C unit購入後90日以内に購入する義務を負った。

**3. Zero Coupon Swap**……InvestCoはBarclaysに対し想定元本 ( $\$1475 \text{ million}$ )  $\times$  (LIBOR + 30 basis point - spread)を毎月支払う義務を負った。spreadはclass C unit所得に係る期待英国税額の半分とされる。その見返りに、Barclaysは2006年11月満期のゼロクーポンスワップについてInvestCoに対し\$23 millionを支払うことになった。この支払いは、class C unit先物取引の下でInvestCoが支払うべき\$1475 millionを超える額と等しくなるように設計されていた。

**4. Guaranty and Security for InvestCo's Obligations Under the Forward Sale Agreements and Zero Coupon Swap**……BarclaysとBNYは2001年11月に信用スワップ契約を締結し、BNYはInvestCoの先物取引及びゼロクーポンスワップに係る義務を保証した。Barclaysは\$1475 millionの想定元本に対する固定利率10 basis pointsの支払いをBNYにすることとなった。InvestCoの支払い義務を保全するため、STARS assetsという担保として、信託は\$1432 millionの証券を、DelCoは\$1.166の証券を供した。

**5. Net Effect of the Subscription Agreements, Forward Sale Agreements and Zero Coupon Swap**……先物取引・ゼロクーポンスワップ・担保の結果として、Barclaysのclass C unit and class D unitの取得は、BarclaysからBNYへの\$1500 million  $\times$  (LIBOR + 20 basis points)の担保付貸付へと、変質した。BNYは、ゼロクーポンスワップのLIBOR - spreadの利子支払いをし、先物取引とゼロクーポンスワップの固定支払とを相殺して元本を返済する、ということになった。



140 TC at 24

### C. Use of the STARS Loan Proceeds

すぐに信託はInvestCoのclass B unitを\$1494 million (Barclaysがclass C unit and class D unit購入時に支払ったもの)で償還した。InvestCoは\$1500 millionをBNYのケイマン支店に預金した。

## D. Replacement of the U.S. Trustee

それまで信託受託者はアメリカ居住者であったが、英国租税法上英国居住者扱いされるThe Bank of New York Trust and Depository Company Limited (UK trustee) (BNY parentの完全子会社でもある)が新たな受託者となった。

## E. The Stripping Transaction

STARS終了の一个月後、stripping transactionに入った。第一に、BNYは、REIT Holding, InvestCo及び信託を通じてDelCoに\$402 millionを出資する。第二に、UK trusteeは、元本受領権及び利子受領権と引き換えに、「カストディアンcustodian」としてのBNYに信託担保証券を移転する。第三に、DelCoは、その出資された資金\$402 millionを用い、信託から利子受領権を購入する。第四に、担保を変更し、Barclaysが元本受領権及び利子受領権の証券持分を取得するようにする。

このstripping transactionの結果、信託は、信託担保証券と元本受領権及び利子受領権とを交換した。次に、DelCoは信託から利子受領権を\$402 millionで購入した。この時、出資されていた資金は移転したとは契約書面に記載されておらず、BNYが\$402 millionを直接に信託の銀行口座に移転させていた。

Barclaysは、信託口座の元本受領権及びDelCo講座の利子受領権に対し証券持分を取得した。

英国租税法上、信託受託者は、利子受領権売却による\$402 millionを売却時の課税所得として扱う。しかし、米国租税法上、当該信託は損益を申告しない。

翌月、stripping transactionの税引後所得がclass C unit保有者に分配され、BNYがspread分を受益した。

stripping transactionによって加えられた\$402 millionは英国で課税対象となり、2001年に\$88 millionの外国税額控除を生み出した。

BNYはstripping transactionを無視した。信託管理者は、stripped securityを売却する際、証券を再構成して担保プールから除くということになっていた。

## F. Management and Control of Trust Assets and DelCo Assets

信託管理者は信託資産の管理について絶対的裁量を有し、その権限をBNYに委ね、BNYが毎月手数料を受け取るようになった。更にBNYはDelCo資産についても管理することになった。

## G. Allocation of STARS Risk

**1. Trust Class C Target Distributions and Indemnity Payments for Shortfalls**……BNYとBarclaysは、信託の所得の急落に備える契約をした。class C unit先物取引契約の内容として、InvestCoが、class C unitの分配が所定額(期間1は\$12 million、期間2は\$338 million、その他の期間は\$30 million)を下回る場合の補償を払う、となっていた。この補償額は、信託がclass C unit分配として所定額を払った場合の英国信託税額(将来価値)に等しかった。

**2. STARS Termination Rights**……BNYとBarclaysはSTARS transactionの早期終了についても約定していた。Barclays及びInvestCoは、それぞれ、class C unitまたはclass D unitの先物売却日を早める権利を有していた。

**3. Allocation of U.K. Tax Risk**……英国課税リスクの配分の約定として、英国課税当局がBarclaysの信託に関する課税ポジションを受け入れない場合に還付される信託税額の半分を、BNYがBarclaysに払うこととしていた。

## IV. U.K. Tax Treatment of STARS

### A. Disclosure of STARS to the U.K. Tax Authority

Barclaysは他のアメリカ系銀行とも類似のSTARS取引をしていた。BNYとSTARSの交渉をしている2001年6月に、Barclaysは取引について英国課税当局に開示していた。英国課税当局は2002年6月のSTARS transactionの申告に同意すると告げた。STARS transactionは英国税収を増やすから。

### B. U.K. Tax Treatment of the Trust

本件の信託は集合的投資スキームとして用いられる未承諾ユニット信託として扱われた。英国受託者から米国受託者に代わり、集合的投資スキームとして当該信託は英国法上英国税が課せられるようになった。信託資産から生じる所得は英国受託者の所得として扱われ、英国所得税法人税法469条により22%の税が課せられた。英国税額は英国受託者の債務であり信託ユニット保有者のではない。英国受託者は、信託が実際に信託ユニット保有者に分配をするか否かにかかわらず英国所得税が課せられる。

### C. U.K Tax Treatment of Barclays

英国法上、Barclaysは信託ユニット保有者として信託から毎年支払いを受けるものとされる。実際の分配の受領の有無を問わず、このみなし所得についてBarclaysは30%の英国法人税が課せられる。Barclaysはclass C

unit及びclass D unit保有者として22%英国所得税がグロスアップされた額を毎年受け取るとみなされ、法人税納税の際に当該22%所得税を税額控除する。

## V. STARS Cashflows

### A. DelCo Distributions

DelCoは終了時にSTARS assetsの殆どを保有する。DelCoは、InvestCo (class 1 shareholder)に1%及び信託(class 2 shareholder)に99%を毎月分配する。

### B. Trust Distributions

信託は信託資産及びDelCo class 2 distributionsから所得を得た。22%の英国税を払い、残りを信託ユニット保有者に分配した。

信託はclass C unit distributionsをBarclays blocked accountに毎月送金した。この分配は、III.G.1.の所定額にほぼ等しい。Barclaysはこの分配を直ちに信託に出資し購入費用に充てた。信託はclass D unit distributionsをBarclaysに対して行った。Barclaysはこの分配を保有し、STARSの期間において\$7 millionに達した。

最後に、STARS開始9か月後から、信託は、Barclays blocked accountからの所得に相応する額(ただししばしば超過した)をDelCoに毎月払い込んだ。

### C. Zero Coupon Swap and Credit Default Swap Payments

InvestCoまたはBarclaysは毎月zero coupon swapの支払いをした。STARS終了時のLIBORは2.09%であり、2005年半ばまで3%未満だった。この間、Barclaysからのspreadの方がInvestCoからのLIBOR+30bpより大きかった。純額で、BarclaysはInvestCoに対し2001年で\$12 millionを、2002年で\$51 millionを払った。SARS期間中、zero coupon swapのfloating legに基づきBarclaysは純額でBNYに\$82.6 millionを払った。更にcredit default swapに基づく支払いもBarclaysからBNYになされた。

## V. Termination of STARS

2006年後半にInvestCoとBarclaysが先物取引とzero coupon swapの履行を終え、STARSは終了することになっていた。

## VII. BNY Tax Reporting of STARS

BNYはSTARS assetsからの所得を連結納税において国外源泉所得として申告した。外国税額控除主張額は2001年・2002年でそれぞれ\$98,607,973 and \$100,285,767であった。

BNYはclass D unit distributionsとしてのBarclaysへの支払いを債務の利子として扱っていた。zero coupon swapに関しBNYはネット計算をし、LIBOR+30bpの利子控除(spread部分がzero coupon swap interest部分を超える分)を主張した(BarclaysのInvestCoに対する純支払い分、BNYの非関連利子費用は減額されていた)。

BNYは2001年・2002年でそれぞれ\$835,100 and \$6,753,720の手数料・取引費用の控除を主張した。

## VIII. Deficiency Notice

被告(IRS)は原告に対し、外国税額控除否認、利子費用控除否認、取引費用控除否認、STARS transaction関連所得は米国国内源泉所得である、との旨を通知した。

### 2.2. 裁判所の判断

STARS transactionについて経済的実質(economic substance)が欠けているかが争われた。原告側は、経済的実質はあると主張し、STARSは低コスト資金調達方法であって、税引前利益をもたらすことが合理的に予測されるものであると主張した。被告はsubstance over form doctrines(step transaction doctrineを含む)も主張しているが、裁判所は判断しなかった。

結論として裁判所は被告主張を認める。STARSは、外国税額控除の価値を参加者間で分かち合うための、一連の巧妙に予め仕組まれた取引段階を辿るものであり、経済的実質法理に基づいてSTARS transactionについて検討する。

## I. Merits of the STARS Transaction Under the Economic Substance Doctrine

### A. Overview

経済的実質法理……取引が外税控除等の要件を満たしているように見える場合であっても、その規定の適用を受けるためには、(1)経済的実質を伴う真正な多数当事者取引が存在し、(2)税と無関係の考慮がなければな

らず、(3)租税回避のみによって形作られたものではないことが、要請される。<sup>4</sup>

two prongs (二分肢テスト) ……(1)取引が税務便益を上回る経済的実質を有するか (objective prong)、(2)その取引に参加するにあたり租税以外の事業目的があるか (subjective prong)。<sup>5</sup>

## B. Scope of the Economic Substance Inquiry

原告はSTARS transactionをintegrated arrangementとして調べるべきであると主張し、被告はbifurcateすべきであると主張する。裁判所は被告に同意する。

税務便益をもたらす取引がテストされるべきである…それが一連の取引の一部であったとしても。

## C. Economic Substance of the STARS Structure

### 1. Objective Economic Substance

STARS structureの利用は、税務便益以外の経済的利得をもたらす合理的な見込みがあったのか？否である。第一に、STARS structureはSTRAS assetsの収益力を増大させない。むしろ取引費用とサービスフィーと外国租税のために減らしていた。<sup>6</sup>

STARS structureは内部及びBarclaysの中で所得をぐるぐる回してただけである。DelCoが所定額を信託に支払い、信託はBarclays blocked accountに分配し、それがまた直ちに信託に出資され、そしてDelCoに戻るだけである。

循環金融は経済的実質欠如を強く示唆する。

stripping transactionもお金を回しているだけであり経済的利得の合理的な見込みがない。信託は、利子所得の権利をDelCoに一括払いで売却し、DelCoはBNYから提供された資金で資金調達し、信託はその売却について英国で課税を受ける。これは結局、信託担保証券の所得と元本を再構成しているにすぎず、元となる資産から生ずるキャッシュフローに変化をもたらしていない。

STARS assetsから生ずる所得を経済的利得の合理的な見込みの審査において考慮せよと原告は主張するが、裁判所は同意しない。税務効果なしでも納税者が取引に参加したであろうとは考えられない。

### 2. Subjective Economic Substance

STARS structureはBarclaysから“low cost financing”を受けるためのものであるから事業目的があると原告は主張するが、裁判所は同意しない。STARS structureはローンと関係がないから、ローンはlow costではない。

#### a. The STARS Structure Lacked a Reasonable Relationship to Petitioner's Claimed Business Purpose.

Barclaysが保有していたclass C unit及びclass D unitはローンの担保であると原告は主張するが、裁判所は同意しない。

BNYの債務は、信託と無関係に担保されていた。Barclaysは\$2250 millionの担保持分を持っていたのであり150%の保証であり、通常は保証は10%程度である(と被告側鑑定はいう)から、過剰保証であった。

STARS structureにおけるspecial-purpose entitiesはproject financingを機能させるためのものであると原告は主張するが、裁判所は同意しない。special-purpose entitiesは、リスク再配分のため及び情報の非対称性を減らすために用いられる(と被告側鑑定はいう)。special-purpose entitiesは、通常、債務を負担し、所得を生み出す資産の獲得のためにその収益を用いる。そして、そうした資産から生ずるキャッシュを貸し手は返済不能時のあてにしている。

しかしSTARSにはそうした特徴がないし、STARSにおけるspecial-purpose entitiesはリスク再配分のために機能していない。

被告側鑑定によれば、STARSは完全担保付金融であり、倍のローンも締結することが可能であり、special-purpose entitiesが当事者間のリスク移転のために機能しておらず、情報の非対称性を減らすことにも機能していない(寧ろ複雑な構造ゆえに情報の非対称性が増大している)。裁判所も同意する。

BarclaysはSTARS structureこみでローンを提供していたのだから“commercially linked”であると原告は主張す

<sup>4</sup> 140 TC at 31, *Frank Lyon Co. v. United States*, 435 U.S. 561, 583-584.

<sup>5</sup> 140 TC at 32, *Gerda Macsteel, Inc. v. Commissioner*, 139 T.C. at 168, etc.

<sup>6</sup> 140 TC at 35, note 9 …… We have previously held that foreign taxes are economic costs for purposes of the economic substance doctrine. See *Compaq Computer Corp. v. Commissioner*, 113 T.C. 214 (1999), rev'd, 277 F.3d 778, 785 (5th Cir. 2001). We are mindful that the Courts of Appeals for the Fifth and Eighth Circuits have subsequently held that foreign taxes should not be taken into account in evaluating pre-tax effects for purposes of the economic substance analysis. See *IES Indus., Inc. v. United States*, 253 F.3d 350 (8th Cir. 2001); [\*\*33] *Compaq Computer Corp. v. Commissioner*, 277 F.3d 778, 785 (5th Cir. 2001), rev'g 113 T.C. 214 (1999). Nevertheless, the Supreme Court and the Court of Appeals for the Second Circuit have yet to consider the issue, and we are not bound by Fifth and Eighth Circuit precedent here.

るが、裁判所は同意しない。

#### **b. The STARS Financing Was Not Low Cost.**

本当に低コスト金融であったかについて、被告は、spreadは無視すべきであると主張する。

##### **i. The Spread Was Not a Component of Interest.**

spreadは実質的にtax effectであって利子の構成要素ではないと被告は主張する。裁判所は同意する。

利子と称するもの…LIBOR plus 30 basis points less the spread。そしてspreadは信託が払う見込みの英国税額の現在価値としての固定額であった。

被告側鑑定によれば、BarclaysがBNYから利子として受け取る収益は、Barclaysの資金調達コストを超える見込みがない。しかも利子率はローンの殆どの期間で「負」であった。要するに、ローンの価格はSTARS transactionのリスクを反映してないし、通常の銀行取引からかけ離れていた。

別の被告側鑑定も「負の利子率」はおかしいとする。

別の被告側鑑定は、米国・英国税務効果を結びつけたものが「spread」と呼ばれる経済的便益である、という。そして英国税額の外国税額控除なしにはSTARSはBNYに便益をもたらさない。

spreadはBarclaysまたはBNYの米国・英国租税取扱いと結びついていないのだからtax effectなどではない、と原告は主張する。信託が集会的投資スキームと見られないことによって英国の租税取扱いが予定通りでなくともBNYはspreadを維持できるし、Barclaysのspread支払い義務はBNYの米国での租税取扱いとも関連付けられていない、という。

裁判所は同意しない。当事者間の課税リスク配分方法が、spreadはtax effectではない、という結果を導くものではない。spreadの価値は、米国・英国税務効果の変数であった。

spreadはローンのコストを人工的に減らすものであり、経済的現実を欠いている。spreadは当事者の租税取扱いに連動しており、金銭の時間的価値やローンのリスクを反映しておらず、利子の構成要素ではない。

spreadはtax effectであり、STARS structureから生じる外国税額控除の価値を移転させる装置であった。税金を節約するから非租税目的の有効性を強化する、とはいえないのである。

##### **ii. The Loan Was Not Low Cost.**

spreadなしではローンが“low cost”であったとはいえないと被告は主張する。spreadなしならローンの利子率はLIBOR+20bpであり市場基準を超えており、しかもサービスフィーや外国税額という余分なコストをBNYにもたらしめている。つまりBNYは市場でSTARSより低コストの融資を受けられたはずであるから、本件のローンが“low cost”であったとはいえない。

#### **D. Economic Substance of the Integrated STARS Arrangement**

原告側鑑定は、英国・米国税引前収益性を\$1600 millionと見積もる。

これは誤りである。第一に、STARS assetsから生ずる所得を税引前収益に含めてはならない。信託財産からのキャッシュフローはSTARS transactionによって増えた部分ではないからである。

第二に、資産担保証券収益をローン収益獲得と関連付けているが、それも誤りである。経済的実質が問題となっている取引自体からのキャッシュフローのみが考慮される。

STARS transaction全体の純税引前効果は\$1500 million loan at LIBOR+20bpである。ローン収益に投資したことからの所得はSTARS transactionから生ずるキャッシュフローではなく、別取引と考えるべきである。

第三に、spreadをローンのコスト減として考慮することが誤りである。

要するに、原告側鑑定による税引前所得は、(1) the non-incremental income from the STARS assets (2) the projected yield from the loan proceeds (3) the spread as pre-tax incomeによって誤って脹れあがっている。これらを除いて残るのはローン(LIBOR+20bp)である。

#### **E. Congressional Intent**

STARSのような外国税額控除を議会は予定していたと原告は主張するが、裁判所は同意しない。

外国税額控除の目的は二重課税排除による事業活動場所選択の中立性である。

#### **II. Deductibility of STARS-Related Expenses**

STARSは経済的実質を欠くので、取引費用及び英国税額の控除を認めないという被告主張に裁判所は同意する。

#### **III. Foreign Source Income Adjustment**

信託財産からの所得は英米条約23条3項の“resourcing”規定により国外源泉所得となる、と原告は主張するが、裁判所は同意しない。



sham transactionsまたは経済的実質を欠く取引を米国租税法及び条約は認識しない。

#### IV. Conclusion

請求棄却。

#### 2.3. T.C. Memo 2013-225 (September 23, 2013)による訂正

ローン収益は、経済的実質を欠くSTARS transactionと関係ない、と裁判所は判断していたので、BNYがBarclaysに払った利子の控除は可能なはずであると主張し、この支払利子控除が認められた。

さらに、spreadは原告の課税所得に算入されない、との主張も認められた。

#### 2.4. その後

140 TC 15の主たる結論(STARS structureが経済的実質を欠くので、外国税額控除は認めない)に関し、原告は上訴していると報じられている。<sup>7</sup>

### 3. その他の事件

#### 3.1. Salem Financial Inc. v. US, 112 Fed. Cl. 543 (September 20, 2013)<sup>8</sup>

(1) STARS取引は経済的実質を欠くと判断……信託とローンは一体として見るべきか(integration approach: 原告側)別々に見るべきかについて(bifurcation approach: 被告側)、Bank of New York Mellon事件同様にbifurcatedしつつ、STARS Trustはsham structureとして否認されるべきとし(economic substanceにしてもsubstance-over-formにしても)(米国源泉所得を米国・英国税務便益をもたらす装置であって事業目的が欠ける)、また、STARS Loanは利益見込みがないので経済的実質を欠いているとした。<sup>9</sup>

(2) negligence accuracy-related penalty (I.R.C. § 6662(b)(1)) & substantial understatement accuracy-related penalty (IRC § 6662(b)(2))が適用される。

#### 3.2. Santander Holdings USA, Inc. & Subsidiaries v. US, 977 F. Supp. 2d 46 (October 17, 2013)<sup>10</sup>

STARS取引においてBarclaysから米国法人Sovereign (Santander Holdingsに改名)に支払われたものは、経済的実質法理における税引前利益見込の審査において所得として考慮されるとの原告主張を認容した。

#### 3.3. Wells Fargo & Co. v. US, 2014 U.S. Dist. LEXIS 99111 (July 21, 2014)<sup>11</sup>

BarclaysがWells Fargoに支払うBxという名前のもの<sup>12</sup>が、英国信託による英国所得税をWells Fargoが実質的に負担させないようにするためのものである、と被告側は主張。原告側は「Bx was pre-tax」と主張。裁判所は、IES Industries, Inc. v. Commissioner, 253 F.3d 350 (8<sup>th</sup> Cir. 2001)における、経済的実質法理の税引前利益可能性判断において「foreign taxes should not be considered as a cost in the calculation of the economic substance (profit expectations) of the transaction」(外国税額を費用としてカウントしてはいけない)との考え方を引用し、原告側主張を認めた<sup>13</sup>。

Bxが所得であるということが直ちに経済的実質テストを満たすことに結びつくとは限らない。被告はSTARS transactionにおいて外国で結局何も起きていない(帳簿が当事者間でぐるぐる回っているだけ)と主張した。この

<sup>7</sup> 2014 WTD 117-29 U.S. Economic Substance Doctrine Shouldn't Apply to FTCs, Bank Says. (Bank of New York Mellon Corp. et al. v. Commissioner) (Nos. 14-704, 14-1394) (United States Court of Appeals for the Second Circuit) (June 12, 2014)

Amy S. Elliott, Practitioners Criticize Dicta Condemning Use of FTCs for U.S. Tax Avoidance, 2013 WTD 68-3 が原告側擁護の実務家の意見を紹介している。

<sup>8</sup> Cf. Amy S. Elliott, ABA Meeting: Justice Official Touts U.S. Government Win in BB&T TAX Shelter Case, 2013 WTD 184-1

<sup>9</sup> Bank of New York Mellon事件を随所で引用しているが、更に踏み込んで原告に厳しい判断をしている。

<sup>10</sup> まだpartial summary judgmentの段階なので外税控除の認否の結論は出てない。Cf. 2013 WTD 202-25 Payment Received in STARS Transaction is Includable in Pretax Income; U.S. Court Holding Favors Taxpayer

<sup>11</sup> まだpartial summary judgmentの段階なので外税控除の認否の結論は出てない。Cf. 2014 WTD 142-27 U.S. Court Decides Issues Regarding Wells Fargo STARS Transaction

<sup>12</sup> Salem Financial事件でも「Bx」が出てくるが、Bank of New York Mellon事件における「spread」に相当。

<sup>13</sup> 原告側主張は、英米租税条約にも言及しているが、租税条約締結が、税収を英米間で分かち合うことの合意を示している、と裁判所が考えているのかは定かでない。

ことについて裁判所の判断は示されていないように見えるが、原告の、「the STARS transaction was motivated by an economic purpose outside of tax considerations」(租税以外の経済的目的の動機すなわちbusiness purposeがある)との主張について、事業目的法理の中で検討されている。税引前利益の見込みがあるなら事業目的が認められると考えるのが通例であろうが、必然ではない。アメリカの資産を英国所得税に服するものとするというWells Fargoの意図は、「outside of tax considerations」(租税以外の)動機とはいえない、と被告側は主張する。裁判所は、原告の主張を否認した。<sup>14</sup>

IRC 269条(法人支配の獲得の主たる目的main purposeが、損金算入・税額控除その他の控除のためならば、そうした租税便益は認めない)が本件に適用されるかについて。本件が269条の適用範囲となる形式的可能性はあるものの、問題は、本件取引におけるentitiesの支配を獲得することによってWells Fargoが米国税務便益を得るかであるとし、その間の答えは否であるとした。もし被告側が主張するようにSTARS transactionがsham transactionであるならば、外税控除は認められないが、本件でのentitiesの支配の獲得は米国税務便益を生み出しているわけではないので少なくとも269条は適用されない。

Motion that Bx is treated as pretax income is GRANTED.

Motion that the STARS transaction has a business purpose is DENIED.

Motion that Code § 269 does not apply to this case is GRANTED.

Motion that there was a reasonable basis for its reporting of the STARS transaction is GRANTED.<sup>15</sup>

### 3.4. STARSではないが関連して紹介されているもの

*American International Group, Inc. v. US*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 45871 (S.D. NY March 29, 2013)

6つの債権のレポ取引による外税控除を狙った事案について、経済的実質を欠くとする中間判決。(中間判決に対して上訴することを認める…2014 WTD 53-30 U.S. Federal Appeals Court Grants AIG Interlocutory Appeal in Foreign Tax Credit Case, March 17, 2014…と報道されている。原告の請求認容という意味ではない。)

拙稿「UK Windfall Taxのアメリカにおける外税控除適格性その他の外税控除をめぐる裁判例と議論」租税研究759号96-123頁(2013.1)で紹介したPritired 1 LLC v. U.S., 816 F.Supp. 2d 693 (S.D. Iowa, September 30, 2011); PepsiCo Puerto Rico Inc. et al. v. Commissioner, T.C. Memo. 2012-269 (September 20, 2012)も、STARSではないが、STARS事例と並べて紹介されている<sup>16</sup>。

Foreign Tax Credit (FTC) Generatorについては吉村政穂「ハイブリッド事業体・取引を利用したスキームをめぐる課税上の問題」租税研究755号242頁(2012.9)、池田義典「外国税額控除を創り出す取引を成文化された経済的実質原則(Economic Substance Doctrine)で検証する by Roberto P. Vasconcellos & H. David Rosenbloom」租税研究743号196頁(2011.9)等を参照。

FTC Generatorについては、OECD, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws) (19 March 2014 - 2 May 2014) (<http://www.oecd.org/tax/discussion-drafts-action-2-hybrid-mismatch-arrangements.htm>)のparagraph 66以下(20頁 (1) Collateralised loan repo)でも紹介されているが、OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (16 September 2014) ([http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements\\_9789264218819-en](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements_9789264218819-en)) ではChapter 2のD/NI (deduction / non-inclusion) 類型(34頁paragraph 55以下のHybrid transfers)の中で、外税控除濫用に焦点を当てる説明にはなっていない。

STARSはFTC Generatorの一つであるが、D/NIに外税控除の味噌があるのかという若干疑問に思っており、所得源泉地の変更が鍵であると思っているが、私の勘違いがあるかもしれない。

## 4. 考察

外国税額を税引前利益可能性審査において費用と見るか所得と見るか。

所得と見ることを前提とした上で事業目的があるか、shamではないといえるか。

<sup>14</sup> 但しこの否認は直ちにSTARS transactionに事業目的がないとの判断に結びつくものではない、とも述べられている、最後のまとめにあるように事業目的があるとの原告の主張は斥けられているので、ここの記述が何を言わんとしているのかは正直よくわからない。後述のsham transactionの認否に事業目的の認否が直結しないといいたいだけであろうか。

<sup>15</sup> negligence penalties under Code § 6662(b)(1)が適用されない。日本式でいうと仮装隠蔽はない、ということ？

<sup>16</sup> John P. Steines, Jr., The Foreign Tax Credit at Ninety-Five Bionic Centenarian, 66 Tax Law Review 545 (2013) の558頁「C. "Foreign Tax Generators" - Foreign Tax Borne by a Counterparty」の下のnote 77

#### 4.1. 先例

*Compaq v. Commissioner*, 113 T.C. 214 (1999); 277 F.3d 778 (5<sup>th</sup> Cir. 2001)を巡る対立<sup>17</sup>……オランダ税額はアメリカから見て税なのか否か？

外税控除余裕枠事件・最判平成17年12月19日民集59巻10号2964頁<sup>18</sup>

フィルムリース事件・最判平成18年1月24日民集60巻1号252頁……大阪高判平成12年1月18日による、私法上の法律構成による「否認」(フィルムの所有権を取得したものとはいえない<sup>19</sup>)は生き残る余地がないか？アメリカ式の経済的実質法理なら減価償却費の規定の解釈に持ち込まずとも課税庁が勝てたろう。

ヤフー事件・東京地判平成26年3月18日平23(行ウ)228号・東京高判平成26年11月5日平26(行コ)157号……組織再編税制の濫用という見方<sup>20</sup>に対し、適格外しの濫用を認定するハードルは高いのではないかと意見<sup>21</sup>もあるところ、ICDF事件・東京地判平成26年3月18日平23(行ウ)698号の控訴審はまだである(らしい?)。

日本IBM事件・東京地判平成26年5月9日平23(行ウ)407号……損失を意図的に<sup>22</sup>作り出したかどうかは、価格がおかしい(arm's lengthから外れている)といえない限り、課税当局にとってハードルが高い。源泉徴収課税回避のために私法上の法律構成の形成可能性を濫用(?) (配当という法形式を借入金の返済という法形式に変更)することについては<sup>23</sup>、所得の性質によって課税関係を変える租税条約の設計の方に寧ろ欠陥がある。

#### 4.2. 政策論

経済的実質法理(二分肢テスト)を日本で立法化すべきか？<sup>24</sup>

租税回避一般の問題としてではなく外国税額控除に関する政策論的問題と捉えるべきか？<sup>25</sup>……アメリカ一

<sup>17</sup> William A. Klein and Kirk J. Stark, *Compaq v. Commissioner – Where is the Tax Arbitrage?*, 25 *Tax Notes International* 1353 (2002); Daniel N. Shaviro and David A. Weisbach, *The Fifth Circuit Gets It Wrong in Compaq v. Commissioner*, 26 *Tax Notes International* 191 (2002)

<sup>18</sup> 参照: 吉村政穂・判例評論572号184頁

<sup>19</sup> 当事者の真意はフィルム所有権取得ではない、という書き方をしている点が、大阪高裁判決の難点であるが、当事者の真意がフィルム所有権取得にあることを前提としても私法上の裁判所による認定として裁判所が介入的にフィルム所有権取得に当たらないと判断する余地はある。

<sup>20</sup> 少なからずの租税法研究者が原告支持である背景に、欠損金という租税属性の利用は認められてしかるべきという判断があるのではないかと述べたが(拙稿・ビジネス法務14巻9号84-89頁2014.9)、欠損金という租税属性の利用に対しては批判もあるところであり(高橋祐介「事業再生と法人課税」中里実・Jマークラムザイヤー還暦記念『租税法と市場』414頁以下、有斐閣、2014)、アメリカ法など欠損金という租税属性の法人間移転に対しハードルを高く設定することにも理由はあるため(増井良啓『結合企業課税の理論』東京大学出版会、2002、酒井貴子『法人課税における租税属性の研究』成文堂、2011)、欠損金という租税属性の利用の是非については当分意見対立が続きそう。

<sup>21</sup> 「座談会」税務弘報2014年7月号18頁以下、29頁岡村忠生発言。

<sup>22</sup> 損失を意図的に作り出したかどうかについて東京地裁は分厚く論じているところ、それはbusiness purpose doctrineに類似する考察であると思われるが、仮に取引価格がarm's lengthから外れているとの主張・立証に成功しなかったら、意図的な損失がそもそも存在しないということになり、business purposeの有無は空振りになるようにも思われる。拙稿・速報税理33巻34号27-33頁(2014.12.1)。

<sup>23</sup> 中里実「6 中間持ち株会社について」中里実・太田洋・弘中聡浩・伊藤剛志編著『クロスボーダー取引課税のフロンティア』95頁以下、110頁(有斐閣、2014)

<sup>24</sup> 岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」税法学543号3頁(2000)、岡村忠生「グレゴリー判決再考—事業目的と段階取引—」『税務大学校論叢40周年記念論文集』(2008)

<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/40kinen/04/mokuj.htm>、岡村忠生「米国の新しい包括的濫用防止規定について」『第62回租税研究大会記録2010 税制改革の課題と国際課税の潮流』138頁(日本租税研究協会、2010)

<sup>25</sup> 拙稿租税研究759号96-123頁(2013.1)で紹介したShaviro教授の一連の論文、及びDaniel N. Shaviro, *FIXING U.S. INTERNATIONAL TAXATION* (Oxford University Press, 2014)……要するに、外国税額控除制度は自国(アメリカ)企業の外国での租税軽減努力を損なうので、よくないという考え方。資本輸出中立性のような全世界的視野の効率性をアメリカ一国内で考えるべきではない。

国際租税政策における中立性由来の発想についてはDavid Weisbach, *The Use of Neutralities in International*

で資本輸出中立性を考えるべきではないとすると、STARS取引での問題は税金の英米間配分なのだから、アメリカで外税控除が否認されるべきかという問いではなく、英米間の協議で税金の分かち合えばよい、ということになるだろうか？