

# 米国の租税条約ポリシーと欧州裁判所

by Ruth Mason



東京大学法学部教授 増井良啓

はしがき 本稿は、平成19年8月1日開催の国際租税基本問題研究会における東京大学法学部教授増井良啓氏の『米国の租税条約ポリシーと欧州裁判所：Ruth Mason, “U.S. Tax Treaty Policy and the European Court of Justice,” 59 Tax Law Review 65 (2005) を読む』と題する講演内容をとりまとめたものである。

## この論文を紹介する趣旨

昨年の報告に引き続き<sup>1)</sup>、今回も、米国の論者が欧州裁判所（European Court of Justice, 以下「ECJ」という。）について書いた論文をとりあげます。この作業によって、国内法のみならず二国間租税条約についても欧州裁判所判決のインパクトが及びつつあることを認識し、ヨーロッパ共同体（European Union, 以下「EU」という。）域外の「第三国」の視点からその動向を分析するためのステップとします。

この論文から学ぶべき点はいろいろあります

が、とりわけ、対欧二国間租税条約上の特典条項（Limitation on Benefit Clause, 以下「LOB条項」ともいう。）の位置づけを考えるために有益です。周知のように、2003年の日米条約改訂以降、日本は租税条約に特典条項を採用するようになりました。この特典条項がEC法の適用との関係でどのような潜在的問題を有しているかは、米国の論者が米欧関係について論じたこの論文を読むことで、かなりの程度明らかになります。そこで、その読解作業を通じて、日本の租税条約ポリシーにとっての含意を汲み取ってみたいと考える次第です。

この論文は、もともとは、2005年10月にミシガン大学ロー・スクールでの研究会に提出されていたものです。この研究会には、欧米の著名な論者が力のこもった論文を提出していました。そのひとつが本論文であり、Tax Law Review誌に独立に掲載されただけでなく、研究会の全体をまとめた単行本<sup>2)</sup>にも収録されています。

本論文の著者は、1997年にコロンビア大学で米国史のBAを、2001年にハーバード・ロー・スクールでJDを、それぞれ取得しています。その後、ニューヨークの法律事務所で働いたの

1 増井良啓「欧州裁判所の動向と法人税制の行方：Graetz & Warren, “Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe,” 115 Yale L.J. 1186 (2006)」租税研究684号117頁（2006年）。

2 Reuven S. Avi-Yonah, James R. Hines Jr. and Michael Lang, Comparative Fiscal Federalism : Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court’s Tax Jurisprudence (2007, Kluwer Law International).

ち、2002年からニューヨーク大学 (NYU) の International Tax Programで教えはじめ、2006年にコネチカット大学ロー・スクール准教授になりました。ECJが所得税・法人税の分野で下した重要判決を系統的に集めて、ケースブックを編纂しています<sup>3</sup>。

## 論文の構成と概要

この論文の構成は、図表1のとおりです。

図表1：本論文の構成

### I. 序論

### II. 租税条約の目的

- A) 租税条約の適用範囲を限定することの規範的な正当化理由
- B) 租税条約の適用範囲を限定する手法

### III. 米国租税条約に対する欧州裁判所事件の影響

- A) Open Skies事件
- B) LOB条項のEC法適合性
- C) 米国租税条約の他の規定のEC法適合性
- D) 租税条約に関する争いがどのように生ずるか

### IV. 調和化による租税条約抵触の除去

- A) 制限カ差別カ
- B) EU加盟国国家主権の維持
- C) 米国の条約漁り対策目標の達成
- D) 保守的なアプローチ：事態の静観

### V. 野心的なアプローチ：多国間租税条約

### A) 多国間主義の効率性利得

- 1. 性質決定の抵触および三角状況
- 2. 簡素化
- 3. 政府にとっての行政上・納税協力上の利点
  - a 多国間LOB
  - b 多国間情報交換
  - c 多国間MAP

### B) 多国間条約に対する障害

- 1. なぜ多国間条約が結ばれていないか
- 2. 伝統的な障害
  - a 対立する利害
  - b バーゲニング・パワー：勝者敗者の予測
  - c 変化する計算：EC法の役割

### VI. 結論

以下では、まず、本論文の概要を手短に紹介します。2006年公開の論文ですので、EU加盟国の数など、現時点では若干ズレが生じている点があります。これらの点は議論の大筋には影響しないため、原文のまま紹介します。このように内容を紹介したのち、項目を改めて、日本の眼からみて興味深い点につきコメントを付します。本論文公開以降のECJの動向についても簡単に補います。

### I. 序論

著者によると、米国とEU加盟国との二国間租税条約は不確実な将来に直面しています。なぜなら、租税条約がECJによってEC条約違反とされる可能性があるからです。米国がEU加盟国25カ国との間で締結した租税条約は24本あり、大量のポートフォリオ投資および直接投資をカバーしています。したがって、仮にこれ

<sup>3</sup> Ruth Mason, Primer on Direct Taxation in the European Union (2005, Thomson West).

らの租税条約がEC法に反するということになれば、その影響は甚大です。

ECJはここ20年の間、直接税の分野で、EU加盟国の国内法を次々とクロ判定してきました。非居住者に比して居住者を優遇することが、国籍 (nationality) による差別にあたるというわけです。このような国内租税立法に関するECJ判例と比較しますと、租税条約に関するECJ判例は、まだ発生期の状態にあります。そこで、この論文では、米国とEU加盟国の間の二国間租税条約が、EC条約に潜在的に抵触してしまう可能性を示したうえで、それらの抵触を解決するための方法を提案しています。

## II. 租税条約の目的

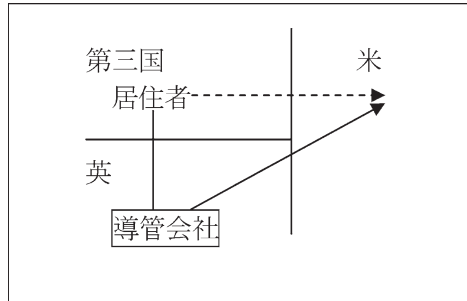
本論文のIIでは、米国の租税条約ポリシーを概観し、LOB条項の挿入が米国の確固たるポリシーとされていることを確認します。

### II-A. 租税条約の適用範囲を限定することの規範的な正当化理由

二国間租税条約は相互主義に基づくものです。そのため、締約国は、租税条約の特典を二締約国の居住者だけに限定しようとするインセンティブをもちます。これに対し、第三国居住者は、条約漁り (treaty shopping) を行うことがあります。たとえば、米英が租税条約を締結したのは、米英の居住者について国際的三重課税を防止するためです。ここで、米英いずれの国とも租税条約を締結していない第三国があるとして (図表2)。第三国の居住者は、英国の居住者ではないため、米国に対する投資について、点線のように直に投資したのでは米英条約の特典を受けることができません。そこで、実線で記したように、英国に導管会社を置いて、英国の居住者が米国に投資します。このように導管会社を介在させることにより、米英租税条約の特典を利用して、米国に源泉税を軽減しようと

するわけです。これが、条約漁り (treaty shopping) の例です。

図表2：第三国 (条約非締結国) の居住者による米英条約のtreaty shopping



二国間租税条約の締約国が条約漁りを望ましくないとする理由は、3つあります。

第1の理由は、税収です。図表2の例でいいますと、米国は英国との間の相互主義に基づいて二国間条約を結び、お互いに源泉税を下げあっています。米国も源泉税を軽減しますが、英国もそうするわけです。このため、米国の居住者が英国源泉の所得を得る場合、米国で外国税額控除の対象となる英国税額は小さくなります。これに対し、図表2の第三国は、米国との間で租税条約を締結していません。したがって、米国居住者が第三国に投資する場合、この第三国としては、源泉税を軽減すべき条約上の義務を負いません。このような中で条約漁りを容認すると、米国は第三国との関係で相対的に税収を失うことになります。

第2の理由は、競争上の不利益です。第三国居住者は条約漁りによって課税が減りますから、米国や英国の居住者と比べて競争上有利になります。図表2の例で、英国導管会社から第三国居住者への支払が控除可能な利子支払であり、かつ、第三国がタックス・ヘイブンであるような場合には、二重非課税になってしまいます。このようにして第三国居住者が米英居住者に対して競争上有利な立場に立つことは、米英条約の目的に反します。

第3の理由は、租税条約交渉を妨げることで、条約漁りを自由に認めていたのでは、第三国の政府は、米国との間で租税条約の交渉を行うインセンティブをもたなくなります。実際に1970年代後半から1980年代初頭にかけて、カナダは、米国との条約を改訂することに意欲的ではありませんでした。その理由として推測されているのが、カナダの居住者が米蘭条約によって、より有利な源泉税率を利用できていたことです。いったん米蘭が条約を改訂し、強力な条約漁り対策条項を設けますと、もはやカナダ居住者は米蘭条約を漁ることができなくなりました。このことが、カナダが対米条約改訂交渉のテーブルにつくための一助となった可能性があります。

## II-B. 租税条約の適用範囲を限定する手法

条約漁りに対抗するために租税条約の適用範囲を限定するには、いくつかの手法があります。まず、タックス・ヘイブンと条約を結ばないという手があります。また、租税条約の規定に「受益者 (beneficial owner)」の概念を挿入するなど、濫用制限を盛り込むやり方もあります。最も包括的な濫用制限が、LOB条項の挿入です。

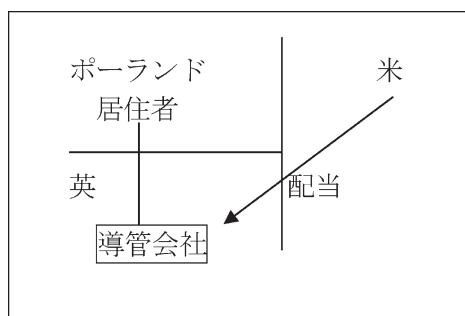
米国モデル租税条約のLOB条項は、機械的テストによって、条約の適用対象となる「居住者」の範囲を限定します。形式的には居住者であっても締約国との真正のつながりを欠く者を除外するわけです。すなわち、法人や信託などの導管 (conduit) について特別の審査を加え、究極的なオーナーが条約の特典を受ける適格性を有しているかによって条約の特典を与えるか否かを判断します。

米国の締結したいくつかの租税条約では、「派生的特典条項 (derivative benefit clause)」による救済が設けられています。これは、導管のオーナーが第三国居住者であった

としても、いわゆる「同等受益者 (equivalent beneficiary)」に該当する場合には、租税条約の適用を認めるというものです。

同等受益者とは、特定国の居住者であって、その者の居住地国と源泉地国の間の租税条約が当該所得について適用されていたとすれば同等の特典を得ることができたであろう者のことをいいます。米英租税条約の派生的特典条項では、EC・EEA・NAFTAの居住者であること、かつ、同等受益者居住地国と源泉地国の間の租税条約が請求されている特典と少なくとも同じ程度の特典を与えていること、が要件とされています。

図表3：派生的特典条項の例



図表3の例で考えてみましょう。いま、米英条約がポートフォリオ配当について源泉税率を15%に軽減しています。そして、ポーランドのオーナーが英国に導管会社を設立しており、この導管会社が、米国源泉の配当を受け取りました。このとき、米英条約の適用により15%の軽減税率を利用するためには、米国とポーランドの間の租税条約が、ポートフォリオ配当について、15%以下の軽減税率を定めている必要があるというわけです。

## III. 米国租税条約に対する欧州裁判所事件の影響

本論文のIIIでは、ECJ判例が不安定であり、

EU域内の二国間租税条約や、EU加盟国と米国の間の二国間租税条約のいくつかの条項（LOB条項を含む）を維持できるどうかを脅かしていると論じます。

### III-A. Open Skies事件

ECJは二国間租税条約を解釈する明示的な管轄権を有していません。しかし、租税条約関係の事件がEU加盟国の国内裁判所に係属すると、その国内裁判所がEC法の解釈適用に関する判断をECJに求めることとなります。ただし、これまでのところ、ECJが租税条約について判断を下した例はわずかしきありません。

米国とEU加盟国との間の二国間租税条約に対して重要なインパクトをもちうるECJの事件は、租税事件ではなく、米国とEU加盟国間のいくつかの二国間航空協定に関するものです。1998年、一連のOpen Skies事件において、欧州委員会（European Commission）がEU 8カ国を提訴しました。その主張は、二国間航空協定の国籍条項がEC条約43条（設立の自由）に反するというものでした。国籍条項とは、航空協定の特典を、二締約国の国民によって実質的に所有されている航空会社に対してだけ制限的に与えるとする規定のことです。

ECJはこの訴えを認めました。英国で設立され英国外のEU国民の所有している航空会社が、米英航空協定の下で国籍差別を受けていると判断したのです。これらの事件において、英国等の政府は「米国に合意させられただけだ」と反論しましたが、裁判所には受け入れられませんでした。ECJは、黙認による差別あるいは受動的差別（countenanced or passive discrimination）も許されないと判断したのです。

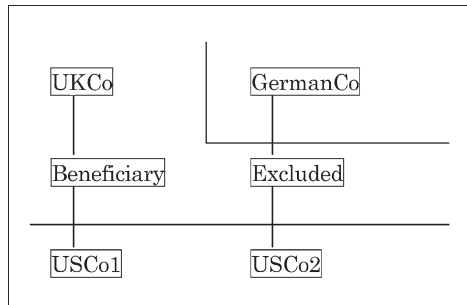
### III-B. LOB条項のEC法適合性

Open Skies事件でクロ判定された国籍条項と、租税条約上のLOB条項は、機能的に似て

います。そのため、LOB条項のEC法適合性が問題となります。

LOB条項が国籍差別を生むという立論は、次の例によって説明することができます（図表4）。図表4では、同等の立場にあるふたつの会社が米国で設立されています。第1の会社（USCo1）は、持株会社Beneficiaryの完全子会社です。このBeneficiaryは英国居住者であり、英国会社（UKCo）の完全子会社です。第2の会社（USCo2）は、別の持株会社Excludedの完全子会社です。このExcludedは英国居住者ですが、ドイツ会社（GermanCo）の完全子会社です。つまり、BeneficiaryとExcludedはともに英国の居住者なのですが、そのオーナーが英国居住者であるか否かという点で異なります。

図表4：LOB条項による国籍差別の結果



この例ではBeneficiaryとExcludedはいずれも英国の居住者ですから、一見すると、どちらもが問題なく米英租税条約の特典を得ることができそうに見えます。たとえば、米国子会社から英国持株会社に対して配当が支払われると、米国では配当支払に対する源泉税が免税になるように見えます。

しかし、ここで特典条項が働きます。USCo2からExcludedに対して支払う配当については、Excludedのオーナーが英国居住者でも米国居住者でもないため、米英条約の特典が与えられません。しかもこの例では、派生的特

典条項も十分な救済になりません。なぜなら、派生的特典条項によって特典が与えられるための要件として、米独条約の軽減税率が米英条約のそれと同じ程度に低いものである必要がありますが、米独条約ではこのような配当については軽減税率が5%とされており、米英条約のような免税にはなっていないからです。こうして、USCo1からBeneficiaryに支払われる配当については米英条約の下で米国の源泉税が免税となるのに対し、USCo2からExcludedに支払われる配当については米国で5%の源泉税が課されることとなります。

このように、英国のふたつの持株会社のオーナーがどの国の居住者であるかによって、適用される税率が変わってきます。このことは、国籍による差別の観点から問題をはらみます。オーナーの国籍以外のどの点についても等しい状況にある場合、国籍のゆえに源泉税率が異なってくるという事態は、EC法上正当化されません。こうして、ECJは、Open Skies事件の理由付けを援用して、英国が米国との間でこのような特典条項を含む租税条約を締結することは国籍差別であり、EC法違反であると結論する可能性があります。現在、英国の締結した租税条約のLOB条項の適用を争う事件がECJに係属しています [Pending Case C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenueであり、コメントで後述する。]。

このような争いに対するEU加盟国からの反論として、「条約漁りによる租税回避・脱税を防止するためLOB条項の適用から生ずる差別は正当化される」、というものがあります。しかしながら、ECJ判例の傍論によると、そのような差別措置は比例的 (proportional) でなければなりません。そして、機械的テストをとるLOB条項が比例的といえるかには疑問があります。

もしLOB条項がEC条約違反とされれば、その帰結は深刻です。米国がEU加盟国と締結し

たほとんどすべての租税条約がLOB条項を含んでいるからです。米国はLOB条項を確固たる条約締結ポリシーにしています。

これに対し、EU加盟国が国籍差別をどう治癒できるかは不明確です。図表4の例でいうと、英国としては米国に対して「ExcludedをLOB条項から除外しなさい」と強制することはできません。そうである以上、条約の特典なしの米国源泉税額について英国側で外国税額控除を認めるしかなさそうです。

### III-C. 米国租税条約の他の規定のEC法適合性

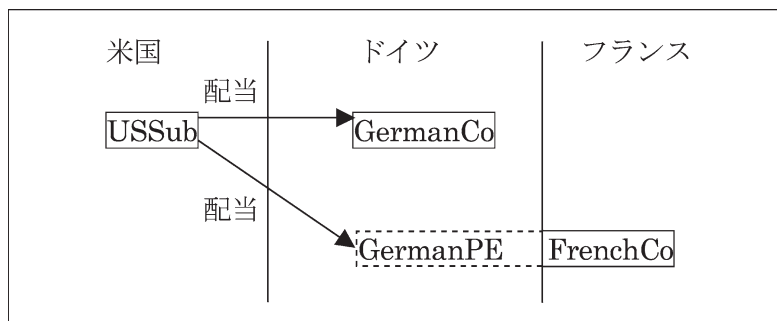
租税条約における他の規定についても、EC法に反しないかどうか問題になります。たとえば、1999年のSaint-Gobain事件で、ECJは、米独租税条約上、独会社に対して認められている受取配当非課税措置を、仏会社のPEにも認めよと独に対して命じました。

図表を描いて説明します (図表5)。ドイツに居住地のあるGermanCoが、米国子会社USSubから配当を受け取りますと、その配当が米国で課税されている場合、ドイツでは受取配当が非課税となります。しかし、独米条約上のこの特典は、ドイツ国内に所在するPEには与えられませんでした。このことがEC条約に反するとされたのです。

ECJによると、GermanCoに特典を与えているのにGermanPEに特典を与えないのでは、仏国民がドイツに進出する場合の投資形態の自由を阻害することになります。そのため、米独条約そのものはPEに特典を与えていないにもかかわらず、EC条約によってドイツは一方的に同等の特典を与えることが必要であると判示されました。

なお、租税条約そのものについての事件ではありませんが、2002年のGottardo判決は、伊に対して、対瑞社会保障協定の特典を仏居住者に認めよと命じています。

図表 5：受取配当非課税をめぐる会社形態とPE形態の区別



いずれの事件についても、EU加盟国は、「このような場合に条約の特典を認めてしまうと、二国間条約の相互主義による権利義務関係のバランスを崩し、直接税における各国主権を侵食する」と反論しました。しかし、ECJはこの反論を認めませんでした。

2005年のD氏事件で、ECJは最恵国待遇がEUにおいて一般的に必要とされるものとは判断しませんでした。けれども、どの条約上の特典がすべてのEU国民に与えられ、どの特典がそうでないのかは、正確なところは依然として明らかではありません。したがって、米国の対EU加盟国の二国間租税条約がEU域内のある国の居住者に対して特典を与え、EU域内の他の国の居住者に対しては同等の特典を与えないというだけで、潜在的にEC条約適合性が問題になりえます。租税条約（米国とEU加盟国の間、および、EU加盟国の間のそれ）におけるこのような不均衡の例としては、LOB条項に加え、源泉税率、PEの定義、無差別条項の存在、性質決定の抵触除去の手法、などがあります。

### III-D. 租税条約に関する争いが どのように生ずるか

以上のような争いがEU加盟国に対して提起される道筋はいくつもあります。たとえば、欧州委員会がEU加盟国を提訴することもありますし、実際にOpen Skies事件ではそのよう

なやり方がとられました。最も可能性が高いのが、納税者がEU加盟国の国内裁判所に還付を訴え出て、国内裁判所からECJに対して法律問題が回付されることです。このようにして、米国がEU加盟国との間で締結した二国間租税条約上の規定がそれぞれに調和化されていない場合、そのことをEC法違反とするECJ判決が下される可能性があります。

## IV. 調和化による租税条約抵触の 除去

以上をふまえ、本論文は、二国間租税条約がEC条約違反とされることを避けるためにはどのような方策がありうるかについて、論をすすめます。IVでは、ECJのクロ判定を避けるために、米国とEU加盟国が、EU市民に対する租税条約の適用を積極的に調和化 (affirmative harmonization) していけるかどうかを検討しています。

### IV-A. 制限カ差別カ

EC条約違反になるのは、4つの基本的自由（設立、雇用、財サービスの供給と購入、資本移動）に対する「制限 (restrictions)」です。そして、租税事件における「差別」は、「制限」の下位分類にあたります。つまり、国籍による差別は、EU国民が基本的自由を行使する能力

を「制限」するがゆえにクロ判定をうけるわけです。逆に、EC条約違反のすべてが「差別」によるものであるわけではありません。

差別を理由とするEC法違反を避けるためには、租税条約がすべてのEU国民に一律にあてはまるようにすればよいわけです。これに対し、差別にあたらぬ基本的自由の制限が問題になっている場合にはその除去はなかなか難しいこととなりますが、幸いにして租税条約の実体的規定は非差別的な制限をもたらすことはありません。

そこで、二国間租税条約の内容を調和化していく場合の指針として、次のものが得られます。(a)課税権の配分に関する規定 (allocative provisions) については、非差別的な制限をもたらすものではないため、EU加盟国の国民に対して同じ条件を適用することによってEC条約違反を避けることができます。

(i) 課税権の配分に関しない規定 (non-allocative provisions) については、次のように場合を分けて考えます。

(i)(1) 差別的なもの (例：建設作業PEの認定に必要な期間のばらつき、定義、源泉税率) については、EU加盟国の国民に対して一律に等しくすれば違反を避けることができます。

(i)(2) これに対し、治癒の難しい問題 (配当に対する源泉税そのものが資本移動に対する制限か、外国税額控除方式による二重課税の排除は基本的自由を制限するか) もあります。

#### IV-B. EU加盟国国家主権の維持

ECJが二国間租税条約の規定について「EC条約違反である」と判断していくやり方は、条約締結交渉によって積極的に租税条約の内容を揃えていくとするやり方と対比して、否定的調和化 (negative harmonization) ということができます。このような否定的調和化は、EU加盟国の自律的税収調達能力を制約し、EU加盟国の対外租税政策を侵食します。

これに対し、租税条約を自ら積極的にEU法適合的なものにつくりかえることで、EU加盟国としては、ECJによるクロ判定を回避することができます。もちろん、このような能動的調整 (positive coordination) にもコストがかかりますが、二国間条約の交渉によって主体的に内容を決めることができるわけですから、その場合の決定者はEUの諸機関ではなくあくまで各国自身であることとなります。

EU加盟国の自律性を維持することを、EU統合の目標と衡量しなければなりません。「EU統合のためには各国の自律性が後退してもかまわない」という議論に対しては、4つの反論があります。第1に、民主的な答責可能性が高い分だけ、EU加盟国のほうがECJや欧州委員会よりも、租税政策の策定にとって良い地位にあります。第2に、租税政策は、各国市民の深い文化的・政治的価値を反映しています。第3に、各国がそれぞれに税制を設計することで、競争的な規制市場ができます。ただし、有害な租税競争に対する歯止めが存在することが前提です。第4に、ECJのアグレッシブな決定は、各国の反発を招くことになれば、EU統合の目標にとってむしろ反生産的です。

EUは岐路に立っています。欧州を政治的にさらに統合しようとする欧州憲法草案は、仏蘭の国民投票によって否決されました。欧州憲法を採択できなかったことは、EUの指導者が、民意やいくつかの国の指導者よりも先に行きすぎていることを意味します。税制上の自律性を失うのではないかと恐れるがゆえに、リスクを避けたいEU加盟国は、ECJの管轄権を制限したり、直接税に関する管轄権を召上げたりするかもしれません。

そうなると結局、欧州は弱くなります。このような状況において、EU加盟国としては、予防的に二国間租税条約の内容を揃えておくことこそが、ECJによってさらに税制に関する主権を侵食されるリスクを減少させるための防御措置になると考えるでしょう。



## IV-C. 米国のtreaty shopping 対策目標の達成

これに対し、EU域内における財政連邦主義の争いに対する米国の利害はEU加盟国のそれほど大きいわけではありません。とはいえ、米国としても、条約漁りを抑え込む政策を維持するために、租税条約をEC法適合的とするインセンティブを有します。

ECJが租税条約について不利な判決を下すと、そのコストは米国にとってよりもEU加盟国にとって大きなものになります。それには2つ理由があります。第1に、EU加盟国の税制に関する主権が損なわれるのに対し、米国のそれは損なわれません。第2に、米国はEC条約の当事者ではないため、ECJの判決を実施する義務を負いません。たとえば、ECJが米英租税条約のLOB条項の適用をEC条約違反であると判定した場合、米国は依然として、米国に対する対内投資についてLOB条項を適用することができます。こうして、米国はLOB条項を用いて条約漁りによる課税ベース浸食を防ぐことができますが、英国はそうすることができません。英国にとってはより悪いことに、米国によって条約の特典を否定されたEU加盟国国民に対して補償することを、ECJに命ぜられる可能性すらあります。

しかしながら、このような不利な判決が下されると、EU加盟国はおそらく、米国に対して圧力をかけ、租税条約からLOB条項を除去するよう求めていくことになるでしょう。こうして、ECJの判決は米国に対して直接の影響は及ぼさないものの、EC条約違反とされた条項を米国が対EU加盟国租税条約の中で維持することを困難にします。究極的には、Open Skies事件がそうであったように、欧州委員会がEU加盟国に対してEU法違反の条約を破棄するよう指示するかもしれません。

以上の理由で、米国がEU加盟国と締結した

二国間租税条約のそれぞれがまちまちであるために、それらの租税条約がEU法の下で維持できなくなり、その結果、租税条約が米国の政策目標を実現できなくなります。米国としては、条約漁りを抑え込むというポリシーを維持し、投資家に対して法的安定性を与えたいと考えるがゆえに、租税条約とEC法の抵触を解決しようというインセンティブがでてきます。

## IV-D. 保守的なアプローチ：事態の 静観

ところで、各国が租税条約の内容を積極的に調和化してEC法適合的にしようと決断するかどうかは、ECJがどのような判断を下すかの予測に大きく依存します。すでに係属した事件もありますし [注181で2つの事件があげられておりコメントで後述する。]、今後係属するかもしれないものもあります。

これまでの傾向として、ECJは、納税者を勝たせてきました。「ECJの事件で納税者が負けると予想する人は勇敢なギャンブラーだ」と論評されているくらいです。100件余りの租税事件において、ECJがEU加盟国を勝たせた事件は一握りしかありません。

ところが最近、ECJ判例の方向が変わってきたという兆しがあります。Schempp事件（離婚扶養料支払の控除）、D氏事件（財産税における控除）、ACT Group Litigation事件のAdvocate Generalの意見（インピュテーション方式）、Marks & Spencer事件（グループ・レリーフ）などです。

このようにECJ判例の動向が不確定であることから、EU加盟国としては、「事態を静観する（wait and see）」アプローチをとるかもしれません。つまり、ECJが租税条約における個別の条項をクロ判定するまで事態を静観し、判決が出たところでアドホックに条約を改訂するアプローチです。これが最も保守的なアプローチです。時間の経過とともに、このやり方は、源

泉徴収税率やPEの定義など、現行の二国間条約の下で調和化されていない条項を収束させていくものと予想されます。

事態を静観するアプローチは、現状からの変更が最小限で済みますし、コストのかかる多国間条約に依拠する必要がありませんので、魅力的な選択肢です。しかも、将来の判決は、既存の条約をEC法適合的にするにはどのように改訂すればいいかを示してくれるかもしれません。

戦略的には、米国にとってこれが最善の選択肢でしょう。というのも、米国の租税主権はECJによって脅かされてはいないので、多国間条約を交渉するよりも個々のEU加盟国と二国間条約を交渉するほうが米国にとって大きなバーゲニング・パワーを行使できるからです。

## V. 野心的なアプローチ：多国間租税条約

以上のように分析したのち、この論文は、Vにおいて、より野心的なアプローチとして、米国とEU加盟国の間で多国間租税条約を締結することの利害得失を検討しています。多国間条約を結ぶという場合、EU加盟国が条約交渉権限を欧州委員会に委譲するやり方と、各国が26カ国を締約国とする多国間条約を締結するやり方があります。EU加盟国は、直接税に関す

る主権を侵食されることに神経質ですので、欧州委員会に条約交渉権限を委譲することをいやがるだろうというのが、この論文の見立てです。

### V-A. 多国間主義の効率性利得

多国間条約は、EC法違反を回避できることに加え、次の利点をもちます。

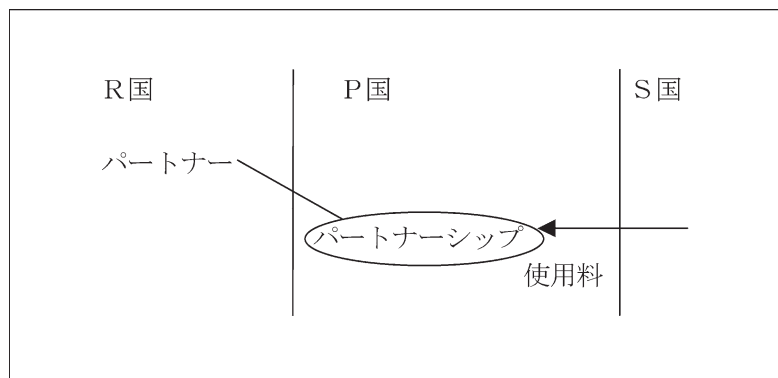
#### (1) 性質決定の抵触および三角状況

二国間条約は、性質決定の抵触や、三角状況の場合に、うまく機能しません。二重課税や二重非課税を招いてしまうのです。これらの場合について、多国間条約は解決を提供します。

第1に、性質決定の食い違い (qualification conflicts) の解決方法を統一することができます。典型例は、ハイブリッド・エンティティー (hybrid entity) から生ずる食い違いです。

図表6の例では、R国居住者である会社が、P国パートナーシップのパートナーです。このパートナーシップは、S国に源泉のある使用料を受け取っています。R国の国内租税法上、このパートナーシップは独立の納税義務者とされており、R国の眼からみると使用料はパートナーシップのレベルで課税されるべきものです。これに対し、P国は、このパートナーシップを独立の納税義務者とはみておらず、パス・スル

図表6：ハイブリッド・エンティティー



一事業体と性質決定しており、それゆえP国の眼からみるとこの使用料はS国からR国居住者たるパートナーに流れていったこととなります。ここで、R国・P国・S国のいずれもが相互にOECDモデル租税条約に依拠した二国間租税条約を締結しているものとし、二重課税排除の方式として外国税額控除方式を採用しているものとします。

この例では、R国とP国のいずれもが、使用料に対して課税しようとしません。R国の眼からみればP国が課税すべきだということになりますし、P国の眼からみればあくまでR国が課税すべきだからです。これに対し、仮にこの例と異なり、R国がこのパートナーシップをパス・スルー事業体と考え、P国がこれを独立の納税義務者だと考えていた場合であれば、R国とP国のいずれもがOECDモデル租税条約12条に基づき、この使用料に課税しようとするでしょう。これらいずれの場合についても、S国としては使用料に対する源泉税率を軽減する義務を負いますが、SR条約とSP条約が異なる限度税率を定めていた場合、いずれを適用すべきかは明らかではありません。なお、仮にこのパートナーシップに複数のパートナーが存在し、それぞれが異なる国の居住者であった場合には、状況はさらに複雑になります。

所得や事業体の性質決定をめぐるこのような状況を解決できるのは、締約国が統一的な解釈

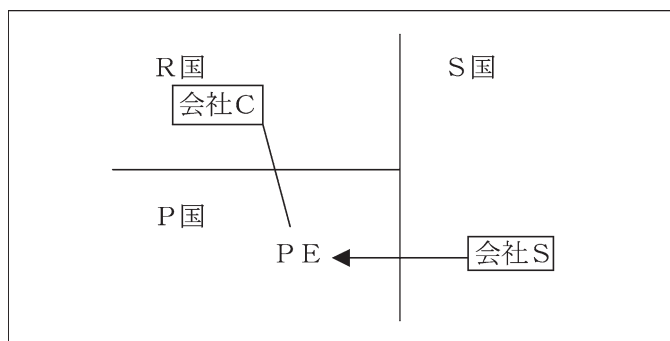
方法をとることに合意する場合です。たとえば、締約国は、条約上の用語の意味を、(a)所得が生ずる源泉地国の国内法に従って定義する、(i)納税者の居住地国の国内法に従って定義する、(ii)租税条約上特別の意味を有するものと定義して国内法を参照しなくてもよいようにする、といったことを合意することができます。

現在、性質決定の食い違いをいかに解決するかは、国ごとにまちまちです。これに対し、多国間条約は、26の締約国が統一的な解決方法を選択する機会を提供します。締約国は条約上の用語について統一的な解釈を採用することにコミットすることもでき、そうなると国内法を参照する必要も小さくなります。こうして、多国間条約は、混乱を減らし、予測可能性を高め、意図せざる二重課税や二重非課税を防止することに役立ちます。事業体の性質決定の食い違いを解決するために明示的な手順を設けることは、OECDモデル租税条約コメントリーの推奨する解決法よりも優れています。なぜなら、それらの推奨は拘束力をもたないからです。

第2に、多国間租税条約は、三角状況 (triangular situations) に対処するための規定を設けることができます。

図表7の例では、R国居住者である会社Cが、P国内にPEを有しています。この会社はS国居住者である会社Sの株式を保有しており、これらの株式はP国内のPEが保有していること

図表7：三角配当



とされています。S社がポートフォリオ配当を支払い、それはP国所在のPEの営む事業に実質的に関連しています。R国・P国・S国の相互間には、OECDモデル租税条約に依拠した二国間租税条約が締結されています。

この例では、租税条約や国内法の上で二重課税を軽減する措置がとられなければ、理論的には三重課税が起きます。つまり、Sは配当に対して源泉税を課し、PはPEに帰属する配当所得に課税し、RはC社の全世界所得（支店の所得を含みます）に課税するというわけです。

二国間租税条約があることで、次のようになります。RS条約の下で、S国は配当に対する源泉税を軽減します。RP条約により、PEの利得に対してR国が二重課税を排除する義務を負います。ただし、この例で二重課税が残ってしまうことは、OECDも1992年の三角事案に関する報告書で認めているところです。というのは、S国の源泉税を外国税額控除すべきなのがR国か、P国か、それともRP両国なのか明らかでないからです。R国が国外所得免除方式をとる国であれば、S国源泉税についてC社に外国税額控除を与えないでしょう。P国は、RP条約の下で配当に課税する第一次的な権利を有していますが、S国源泉税について外国税額控除を与える義務を一般的には負っていません。これはSP条約の下でPEが「居住者」にあたるためです。こうして、この例における3本の二国間条約は、統一的な解決を与えてくれないのです。

場合によっては、P国がPR条約の無差別条項に基づいてS国源泉税について外国税額控除を認めることがあります。P国がP国会社に外国税額控除を与える以上、外国法人C社のPEに対しても同じ外国税額控除を与えるというわけです。これがPE無差別ですが、無差別条項をこのように適用する国がすべてではありません。ちなみに、OECDモデル租税条約コメンタリーでは、各国が租税条約に明示的な規定を設け、この例のような三角PE事案においてP国

がS国源泉税について救済措置を講ずることを示唆しています。

多国間租税条約において、米国とEU加盟国は、OECDが示唆している規定を盛り込み、三角PE事案の問題に対処することができます。

## (2) 簡素化

米国とEU加盟国間の既存の二国間租税条約ネットワークを多国間化することで、投資家にとっては簡素という大きな利得が提供されます。一本の多国間条約が300本を超える二国間租税条約に取って代わり、クロス・ボーダー投資を簡単なものにし納税協力コストを軽減します。

さらに、統一的に解釈される共通の条約ができることで、法的安定に資することとなり、クロス・ボーダー投資に伴う摩擦を減らします。米英租税条約におけるLOB条項だけでも2400語に達し、この条項に関する米国財務省の技術的説明（Technical Explanations）が20の例を含んでおり、交換公文でさらに6例が追加されているということを考えてみてください。米蘭租税条約のLOB条項はさらに複雑な規定になっています。これらの規定が複雑なものになった理由は、EU加盟国国民を排除しないようにLOB条項を起草しようとしたことによるものです。しかし、この種の巨大な複雑さがあるために、納税者はクロス・ボーダー投資を計画し納税義務を予測することが難しくなっています。

## (3) 政府にとっての行政上・納税協力上の利点

米国政府およびEU加盟国政府も、多国間条約によって次のような利得を得ます。

a) 多国間LOB：すべての米国市民とEU国民を租税条約上の「居住者」とし、源泉税率を域内で条約上統一します。これにより、EU域内での条約漁りが消滅し、「LOB条項の適用範囲が広すぎる」という批判に 대응することができます。

b) 多国間情報交換：多国間租税条約は、複数国間の情報交換を促進することができます。

c) 多国間MAP：三国以上が関係する場合の移転価格の審査やAPAが効率的になります。

## V-B. 多国間条約に対する障害

### (1) なぜ多国間条約が結ばれていないか

米国とEUの間の多国間租税条約によって上述のような効率性利得が生じ、しかも、EC法に適合するのであれば、それではなぜ、そのような条約が結ばれてこなかったのでしょうか。多国間条約に対する歴史的な障害は、米国の二国間租税条約のEC法適合性に関する解決として多国間条約を採択することを、なおも妨げるものなのでしょう。

多国間租税条約がすでに締結されている既存の例としては、OECDモデル租税条約に準拠する北欧諸国の条約や、国連モデル租税条約に準拠するAndean Pact and the CARICOM Groupの条約があります。これらの地域的条約の存在は楽観論の材料になりますが、共通の利害と類似する税制を有している小規模なグループの間であってすらコンセンサスを得ることが難しいのが実情です。たとえば、北欧諸国の多国間条約では、締約国の一部にのみ適用される特則をリストアップする議定書が置かれています。もしこのような特則が米欧多国間租税条約に含められたとすれば、EU加盟国国民に対して等しく条約を適用することに例外を認めることになってしまいますので、歪曲を生み、また、EC法違反の争いを生んでしまいます。

なお、OECDモデル租税条約は多国間の文書ですが、これまではほとんどのOECD加盟国がもっぱら二国間租税条約だけを締結することを選択してきました。執行面では、米国およびEU加盟国8カ国がOECD多国間税務執行共助条約に署名していますので、これと比較して、租税条約の実体的規定について多国間化のための努力が欠如していることは重大です。

### (2) 伝統的な障害

伝統的には、多国間租税条約には次のような障害があります。

a) 対立する利害：多国間条約に対する最も深刻な障害は、26カ国の利害がばらばらであることです。そのため、低レベルの最大公約数でしか合意を調達できません。

b) バーゲニング・パワー：米国としては、個別のEU加盟国を相手にしている場合と比べ自国の交渉力が弱まってしまいます。他方で、欧州各国の源泉地国間も利害がまちまちです。多国間の交渉になることで、源泉地国にとってはかえって自国の交渉力が弱まることもあります。たとえば、非対称的な投資状況にある二国間の租税条約は、対称的な投資フローをもつ国間の租税条約よりも、源泉地ベースの課税をより広く認める傾向にあるという実証研究があります。挿話的な証拠としても、米国がホンデュラスとのあいだで締結した租税条約が源泉徴収税を完全に除去したところ、その10年後、ホンデュラスは条約を破棄してしまいました。ホンデュラスは、米国から投資を一方向的に受け入れる一方であったため、条約の特典によって得をしたのは米国だけだと感じたからです。このようにきわめて非対称的な二国間投資関係の場合において、源泉地国の有するバーゲニング・パワーの源は、居住地国が一定の源泉地ベース課税を認めてくれなければそもそも条約の締結を拒絶できるという能力に由来します。このことは米欧多国間条約についてもあてはまります。多国間条約ですと26カ国が交渉に参加しなければなりませんので、源泉地国のバーゲニング・パワーが弱まる可能性があります。多国間租税条約の枠組にすることで誰が勝者となり誰が敗者となるかは、このような推測によることとなります。問題はこの点に関する予測がつきにくいことであり、そのために各国は現状の二国間条約ネットワークを失いたくないと考えようになります。

c) 変化する計算：ECJが現行二国間租税条

約をいつ何時無効にするかもしれないという認識は、多国間条約を採用することのリスク計算を変えます。多国間条約へと向かわせる要因としては、第1に多国間条約は各国主権を毀損しないこと、第2にEU加盟国税制の部分的調和化（親子会社指令など）が進むことで交渉がやりやすくなること、第3に米欧多国間条約はいずれにせよOECDモデル租税条約に準拠することになること、があげられます。

## VI. 結 論

最後に、以上に論じてきたことを短くまとめたのち、70頁近いこの論文は次のように結ばれています。

「EC条約に適合する租税条約を交渉することによって、EU加盟国は自国の税制上の自律性を保持しつつ、同時にEC条約上の義務を履行することになるであろう。各国政府と納税者はともに、大きく簡素化されたクロス・ボーダー取引の恩恵を受けるであろう。究極的には、米欧条約は、より多くの国々がのちに参加することによって、真にグローバルな条約の基礎となりうる。米欧以外の国々の参加は、EU加盟国と第三国の間の現行二国間条約に潜伏するEC法との抵触を解決する。条約への参加国が増加していくにつれ、多国間主義（multilateralism）の執行上の利得および効率性利得も増大していくであろう」。

### コメント

#### 1. 本論文の特色

以上が、本論文の要旨です。

ここまでの簡単な紹介からもわかるように、この論文の特色は、欧州統合の進展をあたたかいまなぎしで見守りつつ、税制の設計に関する

EU加盟国のそれぞれの自律性を尊重しようとしていることです。また、数多い障害にもかかわらず多国間条約の枠組によって問題を解決していこうとする強い意欲も、印象に残る点です。

このような論調は、European Taxation誌やEC Tax Review誌などに登場する欧州の専門家の論文でも見かけることがありますから、それほど珍しいものではないかもしれません。しかし、米国の若手の研究者がこのような議論を展開しているところに、特色があるように感じます。このことは、同じように米国の研究者がECJの動向について論じたGraetz & Warrenの論文<sup>4</sup>がやや冷徹な印象を与えていたことと比較しても、本論文の理想主義的な側面を示すものであり、読んでいて面白いところです。

なお、結びとして引用したところからは、本論文の筆者が、米欧多国間租税条約の構想を起点として、よりグローバルな（いわばWTO協定のよな）枠組への展開をよしとしていることがうかがわれます。

#### 2. コメントの対象

もっとも、本論文の特色であるところのこの理想主義が、逆に、論旨展開の詰めを部分的に甘くしているところがないわけではありません。建設的批判を加えることこそが学問の作法でもあり、日本に対する本論文の含意を考える上でも大事だと考え、以下ではあえてその点にしばって簡単にコメントします。

すなわち、本論文の論旨を圧縮すると、次のようになります。

（あ）「ECJが米国の対EU加盟国租税条約をクロ判定する可能性がある」。

→（い）「対処として、事態静観（wait and see）と、多国間租税条約の締結がある」。

ここで、（あ）から（い）への論理の流れそのものは、きわめて自然です。そこで検討すべきは、論旨を構成するそれぞれの要素ということになりま

<sup>4</sup> この論文については、前掲注1。

す。(あ)といに分けて、順に述べます。

### 3. ECJが米国の対EU加盟国租税条約をクロ判定する可能性はどの程度あるか

ひとつの問題は、(あ)の可能性をどの程度のリスクで見積もるかです。本論文は、EC条約違反とされるリスクが比較的高いことを二国間航空協定についてのECJ判例を類推することで論証しようと試みており、だめ押しとしてECJの判例が不安定であること自体が関係国にとってリスクになるとしています。ところが、次に述べるように、本論文公刊後、係属していた事件についてECJがシロ判定を下したため、クロ判定がすぐさま現実化するというにはなっていません。

本論文公刊後、Class IV ACT Group Litigation (C-374/04) について、ECJ2006年12月12日判決が出ました。これは、ECJが、英独の二国間租税条約の規定についてEC法に適合するとした例です。この事件では、英国法人税制における(かつての)インピュテーション方式が

問題になり、それに関連して租税条約の規定が問題になりましたが、ECJはEC法に違反しないとして、シロ判定を下したわけです。この判決の要旨は、以下に引用したとおりです(図表8)。

事件そのものについてはインピュテーション方式の国際的側面をめぐって種々検討すべき点がありますが<sup>5</sup>、ここでは引用した要旨の理解のために最低限必要な範囲だけを補足します。適合性が争われたのは、EC条約43条(設立の自由)と同56条(資本移動の自由)についてです。

判決要旨の第1点は、絵を描いて説明すると、次のようになります(図表9)。

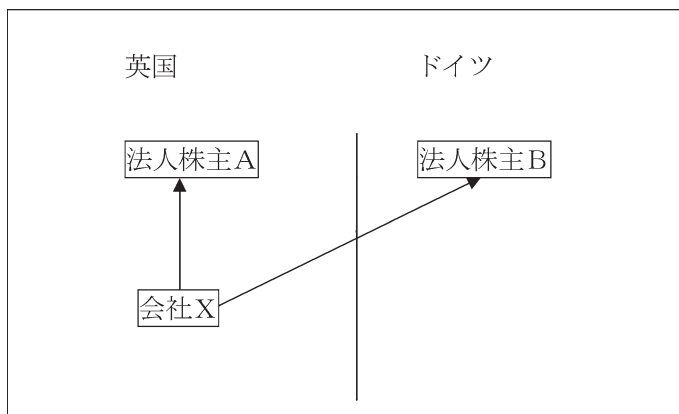
すなわち、図表9で、英国の内国法人Xが英国居住者たる法人株主Aに配当を支払った場合には、配当された利益についてXの納付した法人税相当額について、A社は税額控除を受けることができます。これに対し、Xがドイツ居住者たる法人株主Bに配当を支払った場合には、英国で配当が課税に服していないときに、英国

図表8 Class IV ACT Group Litigation (C-374/04)

1. Articles 43 EC and 56 EC do not prevent a Member State, on a distribution of dividends by a company resident in that State, from granting companies receiving those dividends which are also resident in that State a tax credit equal to the fraction of the corporation tax paid on the distributed profits by the company making the distribution, when it does not grant such a tax credit to companies receiving such dividends which are resident in another Member State and are not subject to tax on dividends in the first State.
2. Articles 43 EC and 56 EC do not preclude a situation in which a Member State does not extend the entitlement to a tax credit provided for in a double taxation convention concluded with another Member State for companies resident in the second State which receive dividends from a company resident in the first State to companies resident in a third Member State with which it has concluded a double taxation convention which does not provide for such an entitlement for companies resident in that third State.

<sup>5</sup> Malcolm Gammie Q.C., Pending Cases Filed in UK Courts : The ACT and FII Group Litigations, in Michael Lang, Josef Schuch, and Claus Staringer eds., ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2007, 239 (2007, Linde Verlag Wien).

図表9：内国法人への配当支払とEU域内の外国法人への配当支払



はBに税額控除を与えません。このことが争われ、結局、EC条約の上記規定に違反しないと判示されたわけです。

判決要旨の第2点が、二国間租税条約の関係する点です。この事件で問題とされた英独租税条約では、条約上も、ドイツ法人Bに税額控除は与えません。これに対し、英蘭租税条約の下では、オランダ法人が同じような配当をX社から受け取った場合、税額控除を与えることになっていました。そこで、英蘭条約で与えている特典を英独条約の下では与えていないことが問題とされました。そしてこの点につき、ECJは、英独条約が英蘭条約のようにしていないことはEC条約の上記規定に違反するものではないと

判示しました。LOB条項についても、二国間租税条約の不可分の一部であり全体のバランスに寄与するものと判示しています（同判決バラ88-89）。

このように、二国間租税条約についてすぐさまクロ判定が下るという状況には立ち至っていません。もっとも、ECJの判例が今後どのような方向に向かうかはなお予断を許さない状況であり、今後の動向をさらに注視していくことが必要です<sup>6</sup>。特に、ECJが二国間租税条約のLOB条項についてさらに一步踏み込んで判断を下すことがあれば、ひとつの転機になるかもしれません。その意味で、本論文の指摘は、大枠においてなお生きているものと思われます。

<sup>6</sup> なお、Cadbury Schweppes (C-196/04) について、ECJ2006年9月12日判決は、次のように判断して、EU加盟国の外国子会社合算税制は一定の要件を満たさない限りEC条約に違反するとしています。なお、この判決については、安部和彦「タックスヘイブン対策税制の適用範囲——キャドバリー・シュウェップス事件の欧州裁判所判決等を手がかりにして」税務広報55巻11号53頁（2007年）。

Articles 43 EC and 48 EC must be interpreted as precluding the inclusion in the tax base of a resident company established in a Member State of profits made by a controlled foreign company in another Member State, where those profits are subject in that State to a lower level of taxation than that applicable in the first State, unless such inclusion relates only to wholly artificial arrangements intended to escape the national tax normally payable. Accordingly, such a tax measure must not be applied where it is proven, on the basis of objective factors which are ascertainable by third parties, that despite the existence of tax motives that controlled company is actually established in the host Member State and carries on genuine economic activities there.



ちなみに、ECJは裁判官25名と論告担当官(Advocate General) 8名から成ります<sup>7</sup>。裁判官は各加盟国から1名ずつ出てきます。論告担当官は、EC裁判所の裁判官と同様にEC裁判所の裁判官ですが、独立公正な立場から事件について理由を付した論告(conclusions)を行う任務を負っています<sup>8</sup>。論告担当官は、5名が仏伊独西英から任命され、3名が他のEU加盟国から順に出てきます。論告担当官の論告はEC裁判所の結論を法的に拘束するものではありませんが、結論が同じになることも少なくありません。

#### 4. 関係国が多国間租税条約を選択する現実性がどの程度あるか

いまひとつの問題は、仮にECJによるクロ判定の可能性が無視しえない確率で存在するというようになった場合、上の2で(i)としてまとめた点として、多国間租税条約という障害の多い方途を選択する現実性がどの程度あるかです。

果たして、米国には多国間条約を締結するインセンティブが存在するのでしょうか。本論文は、一方で、「条約漁り防止のポリシーを保持するために多国間条約を結ぶインセンティブがある」としています。他方では、米国にとって「戦略的には事態の静観(wait and see)が最善である」と述べています。それぞれをつきつめていけば、相互に矛盾をはらんでいるように思えます。もっとも、矛盾する契機を呑み込んで動いていくのが、国際課税の現実なのかもしれません。

仮に多国間条約の交渉がはじまったとして、その帰結がどうなるかについても、あまり明らかではありません。本論文が指摘するように、多国間条約の枠組の下では、すべての締約国が

同意できる最低限の線でしか話がまとまらなくなる可能性もあります。

そうなると、租税条約が許容する源泉税率は、現行のいくつかの二国間租税条約におけるそれよりも高い線で一律に落ち着いてしまうかもしれません。その場合、確かに米国とEU域内における条約漁りは防げることにはなりますが、投資家としてはどこに拠点を置こうが高い源泉税を甘受しなければならないことになってしまいます。そうなると、EU域外の第三国で、米国との間でより有利な二国間租税条約を締結している国を経由した新たな条約漁りの誘因が生ずるでしょう。

以上の思考実験は、ひとり米国についてのみあてはまる話ではありません。日本国として、対EU加盟国の租税条約締結ポリシーを考える上でも、次のような課題を提起します。

第1に、多国間の枠組づくりの議論にどう対応していくべきか。現在、日本はOECD多国間執行共助条約にも参加していません。

第2に、対欧州との関係でLOB条項の今後をどう考えるか。日本も対英条約や対仏条約でLOB条項を導入してきており、その意味で状況は米国と共通してきています。日本の対英条約にも派生的便益条項がありますから、米英条約についての本論文の指摘は、日英条約についてもあてはまります。このように、ECJによってクロ判定が下される可能性があるのは米国の締結した租税条約だけの話ではありません。

第3に、対欧州との関係で無差別条項の射程をどのように明確化していくか。二国間租税条約における無差別条項の適用範囲は明確でなく、かねてより解釈論に委ねられた点が多く存在します。ECJが国籍無差別のルールを厳格に適用するのはあくまでEC条約との関係ですが、そ

<sup>7</sup> Anthony Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, at 7 (2006, 2nd edition, Oxford University Press).

<sup>8</sup> 伊藤洋一「ヨーロッパ法」北村一郎編『アクセスガイド外国法』187頁, 224頁(2004年, 東京大学出版会)。

こでの議論の熱気は、欧州の専門家を中心に、二国間租税条約についても飛び火してきた感があります<sup>9</sup>。OECDでも検討が開始しており、国際的なコンセンサスづくりが急がれます<sup>10</sup>。

このような中で、日本国の対処としては、当

面は事態の静観（wait and see）でいくしかないだろうと思います。しかしながら、それは、米欧の動向を機敏に察知しながら、今後何が起こるかについて十分なシミュレーションを重ねながらのwait and seeでなければなりません。

<sup>9</sup> 増井良啓「第58回IFA大会の報告—会社グループ課税を中心として—」租税研究663号133頁，143頁（2004年）。

<sup>10</sup> OECD, Application and Interpretation of Article 24 (Non-discrimination), Public Discussion Draft, 3 May 2007.