

## 【論説】

## 二国間租税条約上の無差別条項

増井良啓

はじめに

## I 法体系における位置づけ

- 1 国際法・超国家法・国内法
- 2 租税条約と通商協定の交錯—日本の場合の具体例
- 3 租税条約の中における無差別条項の位置づけ

## II OECD モデル租税条約 24 条の内容

- 1 条文の構成と沿革
- 2 各国における受容
- 3 国籍無差別
- 4 恒久的施設無差別
- 5 支払無差別
- 6 資本無差別

## III 租税条約締結ポリシーのあり方

- 1 OECD モデル租税条約 24 条の改正論議 (第 2 フェーズ)
- 2 Graetz & Warren の分析

はじめに

日本国の締結した二国間租税条約には、日米租税条約 24 条や日中租税条約 24 条をはじめとして、ほぼ例外なく無差別条項が置かれている。ところが、二国間租税条約に無差別条項を置く理由は、それほど自明のことではない。無差別条項の各項は歴史的に異なる時期に挿入された異なる内容の寄せ集めであり、その全体を統括する考え方に欠けるといわれる<sup>(1)</sup>。ある著名な論者は、租税条約と通商協定を包括する枠組みをたて、国際所得課税において何が許される区別であり何が許されない差別であるかを探求した結果、両者の差異を説明する一貫した規範を見いだすことができないという破壊的な結論に到達した<sup>(2)</sup>。租税条約の無差別条項自体を見直し、これを削除するか、縮小するか、あるいは、私権を伴わない政府間合意にしまえという主張さえ存在する<sup>(3)</sup>。このよ

ソフトロー研究 第 17 号

発行 2011 年 3 月



編集・発行 東京大学大学院法学政治学研究科 グローバル COE プログラム  
 「国家と市場の相互関係におけるソフトロー  
 ——私的秩序形成に関する教育研究拠点形成」事務局  
 〒113-0033 東京都文京区本郷 7-3-1  
 E-mail: gcoe@j.u-tokyo.ac.jp URL: http://www.gcoe.j.u-tokyo.ac.jp/  
 印刷 よしみ工業株式会社

うに、二国間租税条約上の無差別条項については、その果たすべき役割をどう考えるか自体が、実は問題なのである。

そこで以下では、二国間租税条約上の無差別条項が何のためにあるかを検討する。まず、Iで、二国間租税条約上の無差別条項を法体系の中に位置づけ、源泉地国による差別を禁止して二重課税排除を担保するという役割を見出す。しかるのち、IIで、OECDモデル租税条約24条を主な素材として、二国間租税条約上の無差別条項が具体的に何を定めるものであるかについて、条文の文言を読み解きながら概観する。これが本稿の本体部分であり、既存のルールにもれやギャップが存在することを論証する。最後に、IIIで租税条約締結ポリシーのあり方に触れる。既存のルールに不十分なところがあることから、現在、二国間租税条約上の無差別条項の適用範囲を拡大することが国際的なフォーラムで検討されている。この点につき、国際所得課税の全体構想の一部としてこれを論ずるのでなければ、「暗闇への跳躍」に終わる危険が大きいことを指摘する。

検討の中心は、国（中央政府）の所得課税（所得税と法人税）とする。これは、過去100年にわたる二国間租税条約の形成が、所得課税を中心に発展してきたからである。また、所得税（それは源泉所得税を含む概念である）と法人税が、今日の企業活動にとって最も重要な意味をもつからである。ただし、無差別条項については、その対象税目を拡張する条約例が多いことに、あらかじめ注意を喚起しておきたい。たとえば、日米租税条約24条6項は、無差別条項の適用範囲をすべての種類の租税に拡張しており、しかも、地方公共団体の課すものも含むと定めている。したがって、日米租税条約との関係では、消費税（付加価値税）や関税、相続税などの国税のみならず、事業税や固定資産税などの地方税についても、潜在的に無差別条項の適用可能性があることになる。このように対象税目を拡大する条約例は、他にもかなりの数にのぼる。その意味で、国の所得課税を超える広がりがあることに、特段の注意を払うべきである。

本稿が参照した法令・条約の基準時は、2011年1月1日現在のものである。本稿が対象とするのは現行法であるところ、その源流を1920年代の国際連盟の当時の議論に遡って明らかにする研究が、近年に公表されている<sup>(4)</sup>。

## I 法体系における位置づけ

### 1 国際法・超国家法・国内法

二国間租税条約上の無差別条項は、法体系の中でどのように位置づけられるか。国際法や憲法において無差別原則が語られることから、相互関係をみておく必要がある。

ここでは、Leiden大学のKees van Raad教授のまとめを参照しよう<sup>(5)</sup>。彼の書物は、1980年代半ばに出版されたものであり、「国際租税法における無差別」の研究として定評がある。Van Raad教授は、国家の課税権に対する法的な制約を、国際法・超国家法・国内法の3つのレベルに分けている。これを表にまとめたのが図表1である。

図表1 課税権に対する法的制約

|      |  |
|------|--|
| 国際法  | 管轄上の制約                                 |
|      | 慣習国際法上の制約（免税特権・差別・収用）                  |
|      | 条約上の制約（租税条約・通商条約・人権条約）                 |
| 超国家法 | EEC条約・OECD国際投資と多国籍企業に関する宣言・国連超国家法人行動基準 |
| 国内法  | 憲法（例、合衆国憲法第14修正）                       |
|      | 法律（例、オランダ・オランダ領アンティル・アルバ間の1964年協定）     |
|      | 行政（例、比例原則や平等原則）                        |

図表1は、1980年代の状況を反映している。その後、1990年代末から欧州において突出して影響力を発揮するようになったのが、EC条約の「4つの自由」をめぐる欧州裁判所の判例である<sup>(6)</sup>。

EC条約を除けば、国際法上の制約は、あまり充実したものとはいえなかった。例えば、外国人に対する不当な課税上の差別が慣習国際法に反するという見解は確立しておらず、せいぜい国際礼让にすぎないとされている<sup>(7)</sup>。同じ結論は、最近の比較法サーベイでも確認されている<sup>(8)</sup>。同様にして、人権条約が居住者と非居住者の課税における平等取扱に与える影響はゼロであると評価されて

いたところ<sup>(9)</sup>、近年に至るまで状況に格段の変化はみられない<sup>(10)</sup>。

この中で、国際法上の制約として展開してきたのが、二国間租税条約および各種の通商協定である。いずれも無差別取扱いに関する規範を含んでおり、相互の守備範囲をどう確定するかが重要な論点とされてきた。

## 2 租税条約と通商協定の交錯—日本の場合の具体例

無差別取扱いに関する諸ルールが租税条約と通商協定の間でどう交錯しているか、日本の場合にそくして、いくつか具体例をみてみよう。

多国間通商協定の代表格である WTO / GATT は、関税をはじめとする輸出入関連税を対象にしている。GATT 3条2項の内国民待遇ルールの下で、1990年代の著名な事件では、日本の酒税がウオッカと焼酎を差別的に扱っていると判定された<sup>(11)</sup>。二国間租税条約の無差別条項は、とりたてて問題とされなかったようである<sup>(12)</sup>。その事情はあまり明らかでないものの、パネルが判断を下す GATT と異なり、租税条約上の紛争処理手続としては相互協議が基本になっているためであろうか。なお、WTO / GATS には、「直接税の公平な又は効果的な賦課を確保することを目的とする場合」について、内国民待遇に例外を設ける規定がある (14条 d)。

日米友好通商条約 11 条は、租税について内国民待遇を定めているが、その第 5 項において、次の重要な例外を定めている。すなわち、「(a)相互主義に基づいて租税に関する特定の利益を与える権利、(b)二重課税の防止又は歳入の相互的保護のための協定に基づいて租税に関する特別の利益を与える権利並びに(c)自国民及び隣接国に居住する者に対し所得に関する租税及び相続税に関する個人的な免除で自国に居住しないその他の者に認める当該免除よりも有利なものを認める権利」を、日米両国が留保する旨を定めているのである。ここにいう(b)が、二国間租税条約に他ならない。日米友好通商条約が 1953 年 4 月に署名された当時、日米租税条約は締結交渉の最終段階であった<sup>(13)</sup>。この(b)は、日米租税条約の成立を予想して設けられたものであろう。

租税条約の側にも、通商協定の存在を意識して、相互調整のための規定を置く例がある。一方で、現行日米租税条約 1 条 2 項は、日米友好通商条約や WTO 協定などで租税の減免が認められている場合、日米租税条約がそれらの減免を制限することはない旨を定める。通商協定で有利な扱いを約束した以上、租税

条約でそれを奪うことはないというわけである。

他方で、日米租税条約 1 条 3 項は、租税条約の無差別条項が GATS の内国民待遇条項に優先する旨を定めている。すなわち、ある措置が日米租税条約 24 条 (無差別条項) の適用対象とならないと日米の権限ある当局が合意する場合を除くほか、当該措置には GATS 17 条の内国民待遇の規定を適用しない ((a)(ii))。ここで、日米租税条約の解釈適用に関して生ずる問題は、租税条約の相互協議手続に従ってのみ解決されると定められている ((a)(i))。よって、日米租税条約の無差別条項は GATS の内国民待遇条項に優先し、しかも解釈適用について疑義が生じた場合には租税条約上の手続で解決することになる。

このように、通商協定と租税条約の双方に無差別原則を定める規定があるため、それらの相互関係をどう規律するかについて、いろいろな実例がある。

## 3 租税条約の中における無差別条項の位置づけ

### (1) 租税条約における「継子」としての無差別条項

二国間租税条約にとって、無差別条項は、いわば「継子」のような存在として扱われてきた。その理由は、租税条約の目的に関係する。各国が租税条約を締結する目的との関係で無差別条項にどのような存在意義があるか、必ずしも十分には明確ではないのである。

OECD モデル租税条約を例にとって、この点を敷衍しよう。ここで OECD モデル租税条約を素材とする理由は、日本国の締結する二国間租税条約がおおむね OECD モデル租税条約に準拠していること、および、OECD モデル租税条約が産業先進国間の二国間租税条約のひな型として重要な意味を持っていることにある。

租税条約の主要目的は、①国際的二重課税の回避 (avoidance of double taxation)、および、②脱税の防止 (prevention of fiscal evasion) である<sup>(14)</sup>。このことは、OECD モデル租税条約自体のタイトルには明記されていないものの、実際には、多くの実定租税条約のタイトルに明記されている。例えば、日米租税条約の正式のタイトルは、「所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の条約」である。タイトルに明記されたこれらの目的は、条約の解釈にあたり、「文脈」として考慮されることになる (ウィーン条約法条約 31 条 1 項)。

これら①と②の主要目的に応じて、OECD モデル租税条約の条項の配列を整理すると、次のようになる (図表 2)。

図表 2 租税条約の主要目的に応じた条項の配列

| 目的          | 条項   |
|-------------|--|
| ①国際的二重課税の回避 | 源泉地国の課税権を制限しつつ(6-21条), 居住地国に二重課税排除を命ずる(23 Aおよび23 B条) |
| ②脱税の防止      | 情報交換(26条)など  |

すなわち、一方で、①国際的二重課税を回避するために、締約国の間で相互主義に基づいて課税権を分配するのが、租税条約の本体部分である。すなわち、国際的二重課税の発生態様には、(あ)居住地管轄と居住地管轄の競合、(い)居住地管轄と源泉地管轄の競合、(う)源泉地管轄と源泉地管轄の競合、の3つがある。(あ)の競合を解決するのが居住地振り分け規定である(OECD モデル租税条約4条)。(い)の競合の調整は、居住者の所在する締約国が居住地国として、その相手国が源泉地国として、それぞれに課税権を互譲する形をとる。この場合、租税条約の課税権配分に関する実体的規定は、源泉地国が課税できる範囲を制限しつつ(OECD モデル租税条約6条から21条)、条約の規定に従って源泉地国で課された租税について居住地国に対して二重課税排除を命じている(同23 A条および23 B条)。なお、(う)のタイプの源泉地管轄間の競合は、原則として、源泉地国間で締結された二国間租税条約の課税権配分規律の対象外である。租税条約は、一方または双方の締約国の「居住者」である者に適用するからである(OECD モデル租税条約1条)。

他方で、②脱税を防止するために、情報交換条項(OECD モデル租税条約26条)をはじめとする執行共助のための規定がある。相互協議条項(OECD モデル租税条約25条)は、締約国の権限のある当局が外交チャネルによらず直接に通信できることを可能にするところ、脱税の防止に役立つばかりでなく、国際的二重課税の排除のためにも機能する。

このように、租税条約の各条項はそれぞれの目的とともにそれぞれの居場所を確保している。大きなポリシーと各条項との関係は、比較的明確である。こ

れに対し、無差別条項(OECD モデル租税条約24条)については、その位置づけに不安定なところがある。

## (2) 源泉地国による差別を禁止して二重課税排除を担保する

それでは、無差別条項は、二国間租税条約の目的との間では、どのような役割を果たす規定なのだろうか。冒頭に引用したように、この点に関する識者の見解には、消極的ないしは否定的なものが多い。末尾でみるように、つきつめると、これらの見解にもかなりの説得力がある。しかしここでは、既存条項の位置づけに関する客観的な理解として、源泉地国による差別を禁止して二重課税排除を担保するという役割を読み取っておきたい。

いま仮に、思考実験として、OECD モデル租税条約に24条が欠落していたとしよう。その場合、源泉地国が内外差別を行い、内国企業に軽課し、外国企業に重課するといった措置に対して、条約上の明示的な歯止めがないことになる。そうすると、源泉地国が課税できる範囲を制限しつつ、条約の規定に従って源泉地国で課された租税について居住地国に対して二重課税排除を命ずるといふ条約の目的が、十全に機能しないおそれが出てくる。そこで、源泉地国の内外差別を抑止することによって、二重課税を排除するという目的をバックアップする。このように考えれば、無差別条項は、巡り巡って、国際的二重課税の回避という目的に仕えることになる。

この説明は、租税条約上の既存の無差別条項が「本質的に資本輸入中立性を追求して」おり<sup>(15)</sup>、所得の源泉地国による外国企業差別を禁じていることと整合する。これに対し、居住地国が国外源泉所得をどう扱うかは、二重課税の排除の問題であり、無差別条項の担当範囲ではないということになる。

## II OECD モデル租税条約24条の内容

### 1 条文の構成と沿革

#### (1) はじめに

ここでは、OECD モデル租税条約24条のテキストを素材として、無差別条項の内容を概観する。同条の解釈適用に関しては、OECD モデル租税条約のコメントリーをはじめとして、多くの有益な文献が存在する<sup>(16)</sup>。同条に準拠する実定条約の解釈適用が争われた各国の裁判例も、すでにかかなりの数が報告されて

いる。以下ではそれらを網羅的に紹介するのではなく、租税条約上の無差別条項が何のための規定かを考えるために最低限必要と思われる範囲に限って、概観を行う。その結果、既存のルールにもれやギャップが存在することが、全体として論証されるであろう。

## (2) OECD モデル租税条約 24 条の構成

OECD モデル租税条約 24 条は、6つの項から構成される(図表3)。

図表3 OECD モデル租税条約 24 条の構成

|     | 内容       | 差別のタイプ      | 沿革                  |
|-----|----------|-------------|---------------------|
| 第1項 | 国籍無差別    | 直接          | 1963年モデル(19世紀の通商条約) |
| 第2項 | 無国籍無差別   | 直接          | 1963年モデル            |
| 第3項 | 恒久的施設無差別 | 直接(企業の利得のみ) | 1963年モデル            |
| 第4項 | 支払無差別    | 間接          | 1977年モデル            |
| 第5項 | 資本無差別    | 間接          | 1963年モデル            |
| 第6項 | 対象税目     | ———         | 1963年モデル            |

これらのうち第6項は、24条の規定を、すべての種類の租税に適用するものである<sup>(17)</sup>。冒頭で注意を喚起したように、日本国の締結した二国間租税条約にも、この第6項と同様の規定が置かれる例が多い(例えば日米租税条約24条6項)。これに対し、無差別条項に第6項に相当する規定がない場合(例えば日中租税条約24条)、当該条約において対象税目として明示される租税についてのみ適用されることになる。

第1項から第5項が実体的な差別禁止規定であるところ、第2項(無国籍の者に対する無差別規定)に相当する規定は、日本国の締結した二国間租税条約には例がなく、他の締約国間の多くの二国間租税条約においてもそうである。そこで、みるべき実体的な規定は、第1項(国籍無差別)、第3項(恒久的施設無差別)、第4項(支払無差別)、第5項(資本無差別)の4つである。

## (3) 沿革

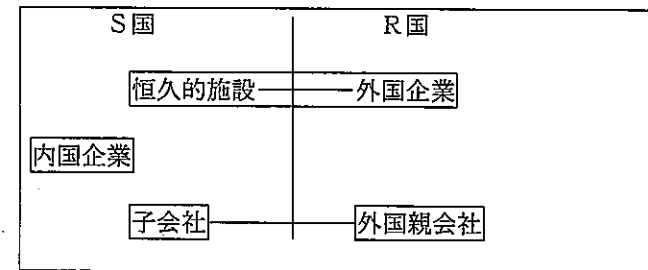
4つの条項のうち、第1項の国籍無差別の規定は最も古い系譜をもち、近代的な所得税制が形成される以前から、各種通商条約で定められてきた。これに対し、他の規定は、主に20世紀後半の産物である<sup>(18)</sup>。第3項の恒久的施設無差別および第5項の資本無差別は、1963年OECDモデル租税条約の当初から存在した。第4項の支払無差別の規定は1977年OECDモデル租税条約においてはじめて登場する。

## (4) 条項相互の関係

条項相互の関係はどうなっているか。第1項は、その沿革を反映してか、他の条項との関係が必ずしも明確でない。

これに対し、第3項(恒久的施設無差別)と第5項(資本無差別)は、同時に導入されたこともあり、相互関係を読み取りやすい。一方で、外国企業の恒久的施設(たとえば支店)に対して内国企業と同様の扱いをしなければならない(第3項)というのなら、他方で、外国親会社に支配される子会社に対しても内国企業と同様の扱いをすべきだ(第5項)、というわけである(図表4)。

図表4 恒久的施設無差別と資本無差別



同様に、第4項(支払無差別)も、第3項(恒久的施設無差別)との間に論理的つながりがありそうである。一方で、恒久的施設に帰属する所得について内国企業並みに費用控除を認めなければならない(第3項)というのなら、他方で、子会社が外国親会社に対して支払う利子や使用料などについても内国企業並みの費用控除が要請されるからである。もっとも、このように整理する

と、第4項は第5項と重複する規定だということになる。わざわざ第4項を置く趣旨については、OECDモデル租税条約24条のコメンタリーが、「特別の形式の差別をやめさせるため」であると述べている(パラ73)。

#### (5) 直接差別と間接差別

やや異なる角度から、4つの条項の分類に触れておく(図表5)。

図表5 差別をめぐる対概念

|                   |
|-------------------|
| direct ↔ indirect |
| overt ↔ covert    |

よく用いられる分類は、直接差別と間接差別の間のそれである。第1項と第3項は、外国人や外国企業そのものに対する差別を禁じているという意味で、直接差別(direct discrimination)に関する条項である。第4項と第5項は、支払先や資本提供者が外国の者であることから生ずる差別を禁じているという意味で、間接差別(indirect discrimination)に関する条項である。

この間接差別という用語は、隠れた差別(covert discrimination)と似ており、混同しやすい<sup>(19)</sup>。本稿では、隠れた差別とは、一定の納税者層を明示的に特定することはないものの実際の効果においてその層を不利益に扱う場合を指すものと整理しておく。たとえば、ある国の国民すべての眼が青色である場合に、青色以外の眼をもつ個人を重課するルールを設けたとすれば、外国人を重課することに近い実際上の効果をもつことになる。隠れた差別の対語は、あからさまな差別(overt discrimination)である。

#### (6) もれやギャップの存在

4つの条項はすべての場合をカバーしているわけではなく、もれやギャップがあちこちに存在する。

第1に、最大のポイントとして、居住者と非居住者を区別し、それぞれに対して異なる課税ルールを置いてかまわないことは、暗黙の前提とされている。この点は、3で後述するように、第1項が、「特に居住者であるか否かに関し同

様の状況にある」と明記していることからもうかがえる。居住者が国外投資を行う場合については「二重課税排除」という枠組みで問題をとらえており、基本的に無差別条項の射程外とされる。そのため規律の重点は非居住者に対して源泉地国が差別取扱いをする場合に偏る。

第2に、源泉地国の内外差別をターゲットにするとしても、第3項の適用対象は、恒久的施設を通じて「企業の利得」を稼得する場合に限られている。よって、恒久的施設がなくても非居住者への課税が許容されている種類の所得、例えば不動産所得(6条)や芸能人所得(17条)などについては、そもそも第3項による保障の範囲外となってしまう。

第3に、規定の適用対象に入ってきたとしても、いくつもの明示的な除外規定がある。第3項は家族の状況を理由とする人的控除を認めることを義務づけるものではない旨を明記しているし、第4項(支払無差別)は過大な利子や使用料が支払われた場合について移転価格税制の適用を妨げないことを明らかにしている。のみならず、明示的に除外規定が置かれていない第5項(資本無差別)についても、6で後述するように租税条約の他の条項が優先すると解釈する傾向にあり、結果的に無差別条項の適用範囲が縮減される。

## 2 各国における受容

### (1) 日本における受容

日本をはじめとするOECD加盟国のほとんどは、OECDモデル租税条約24条の内容をほぼそのまま受容している。

日本国がはじめて締結した所得課税に関する本格的な二国間租税条約は、1954年日米所得税条約であるが、そこには無差別条項に相当する規定はなかった。同様に、対スウェーデン条約(1956年署名)にも無差別条項は設けられることがなかった<sup>(20)</sup>。

その後、日本国は、対パキスタン条約(1959年署名)で、はじめて無差別条項を導入した。その背景としては、当時の担当官が次のように解説している。いわく、「条約に内国民待遇の規定も新しく入れた。パキスタンとの間には、現在のところ通商航海条約がないので、この条約が発効しない前は日本の国民あるいは法人は、同様な状況にあるところのパキスタンの国民あるいは法人より重い税金とか煩瑣な手続が課せられる場合があるが、そんなことのないように

…租税上の内国民待遇に関する規定を新しく入れて、できるだけ東南アジア諸国に対する投資を有利にするような協定を、パキスタンも一例であるが、結ぶこととしたわけである。<sup>(21)</sup>」

ノルウェー(1959年署名)とデンマーク(1959年署名)では、より詳細な形で無差別条項が導入された<sup>(22)</sup>。こうして無差別条項の挿入は、日本の租税政策締結ポリシーの一部に盛り込まれていく。OECDモデル租税条約が1963年に成立した後も、内容に若干の差異はあれ、日本国は無差別条項を実定租税条約に盛り込むことを常とした<sup>(23)</sup>。現在も、OECDモデル租税条約24条に対し、日本国は一切留保を付していない。

## (2) 留保を付しているOECD加盟国の実情

これに対し、OECDモデル租税条約24条の全体に対して留保を付している数少ないOECD加盟国が、カナダとニュージーランドである<sup>(24)</sup>。ただし、一歩立ち入ってみると両国の実行はやや複雑であり、実際には無差別条項を個別に受け入れている。カナダの締結した実定租税条約は何らかの形で無差別条項を挿入しており<sup>(25)</sup>、日加租税条約22条も国籍無差別・恒久的施設無差別・資本無差別の規定を盛り込んでいる。同様に、ニュージーランドは、1977年にOECDモデル租税条約24条に支払先無差別と資本無差別の規定が挿入されたおりに24条の全体に留保を付したものの、2008年の段階で、33本の実定租税条約のうち14本において、無差別条項の一部を挿入していた<sup>(26)</sup>。ニュージーランドの担当官は、国籍無差別や恒久的施設無差別については、租税条約に盛り込むことに問題がないと記している<sup>(27)</sup>。このように、表面上は24条の全体に対して留保を付しているものの、実際に懸念を持っているのはより個別的な項目についてであるにすぎないようである。

そこで、ある論者は、カナダの租税条約締結ポリシーを概観したうえで、カナダ政府がOECDモデル租税条約24条の全体に留保を付すことをやめて個別事項につき留保を付すやり方に転換すべきであると主張している<sup>(28)</sup>。現実には、オーストラリアは、2008年にOECDモデル租税条約24条全体に対する留保を取り下げ、R&D控除と源泉税徴収に関する国内法の適用について個別の留保を付すことにしている。このように個別事項について無差別条項からの例外を確保する国は他にもかなり存在し、例えば米国は支店税の適用に関して留保

を付している。OECD非加盟国の中にも、ブラジルやロシアのように、個別的な事項につき留保を付す例がある<sup>(29)</sup>。

以上から、OECDモデル租税条約24条の内容は、個別的な内容についてはなお異論をもつ国があるものの、全体としてみれば、おおむね世界各国の実定租税条約例において受容されてきていると見てよいであろう。

## 3 国籍無差別

### (1) OECDモデル租税条約24条1項のテキスト

国籍無差別を定めるOECDモデル租税条約24条1項は、2つの文から成る。これを引用すると次のとおりである(下線は増井による。以下同じ。)

「一方の締約国の国民は、他方の締約国において、特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある当該締約国の国民に課されており若しくは課されることがある(are or may be subjected) 租税若しくはこれに関連する要件以外の(other than) 租税若しくはこれに関連する要件又はこれらよりも重い(more burdensome than) 租税若しくはこれに関連する要件を課されることはない。この1の規定は、第1条の規定にかかわらず、いずれの締約国の居住者でない者にも、適用する。」

### (2) テキストの例解

このテキストは、かなり読み取りにくい。とりわけ第1文は、接続詞が錯綜しており、日本語テキストだけではほとんど意味不明である。そこで、一方の締約国が英国であり、他方の締約国が日本である場合を想定して、国の名前を代入したうえで、第1文の骨子部分を抜き出してみよう。

そうすると、第1文は次のようになる。

「英国の国民は、日本国において、特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある日本国民に課されており(若しくは課されることがある) 租税(若しくはこれに関連する要件) 以外の租税(若しくはこれに関連する要件) 又はこれらよりも重い租税(若しくはこれに関連する要件) を課されることはない。」

つまり、この例における日本国としては、「租税(若しくはこれに関連する要件)」について、差別扱いをしてはいけないということを意味している。このことをより明確に読み取るために、上の文における「課されており(若しくは課されることがある)」を短縮して「課されている」と書き直し、「租税(若しくはこれに関連する要件)」を「租税」と置き直すと、次のようになる。

「英国の国民は、日本国において、特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある日本国民に課されている租税以外の租税又はこれらよりも重い租税を課されることはない。」

ここまでくると、かなりの程度、読解が容易になる。この条文が禁止している差別扱いの内容は、次の2つである。第1に、日本国民に課されている租税以外の租税を英国国民に課してはならない。第2に、日本国民に課されている租税よりも重い租税を英国国民に課してはならない。

以上が、この条文の核心部分である。このことをより一般的な形で表現しているのが、OECDモデル租税条約24条1のもののテキストであったわけである。テキストの例解にあたって特定したり刈り込んでいたりした部分を還元していくと、3つの点で一般化できる。第1に、以上2つの禁止が、「租税若しくはこれに関連する要件)」について働く。第2に、相互主義に基づき、上の例でいえば英国国民に日本国が課税する場合のみならず、日本国民に英国が課税する場合にも、同じ差別禁止が働く。第3に、この例における日本国や英国は、他の国が二国間租税条約の締約国である場合に適用できる。

### (3) 「特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある」

さて、引用したテキストの下線部分に着目しよう。上の例で、英国国民に対する日本国の課税が禁止される差別にあたるか否かを判断するにあたっては、「特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある」日本国民と比較することが必要である。

例えば、日本の国内法は、居住者に対して原則として全世界所得に課税し、非居住者に対して国内源泉所得に課税する。この課税ルールが24条1項の国先無差別条項に違反するかどうかは、次のように判断する。

いま、ロンドンに住所があるため日本国との関係で非居住者である英国国民Aさんが日本源泉の所得を得て、日本で源泉徴収税を納付することになったとしよう。このAさんとの関係で「特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある」日本国民とは、日本国の非居住者である日本国民Bさんのことをいう。AさんとBさんは、ともに日本の非居住者であるため、特に居住者であるか否かに関し同様の状況にあるからである。そして、Bさんは、Aさんと同様にして、日本源泉の所得を得たとすれば日本で源泉徴収税を納付しなければならない。それゆえ、Aさんが日本で源泉徴収税を納付しなければならないとしても国籍による差別取扱いには存在せず、24条1項違反にはならない。

ここで、Aさんとしては、日本国民であり日本の居住者であるCさんを比較対象として引き合いにだして、「Cさんは各種の控除を利用できるから自分よりも有利に扱われている、ゆえに自分は国籍による差別待遇をうけている」などと主張するかもしれない。しかし、Cさんは、「特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある」人ではないから、Aさんに対する課税関係が差別にあたるかを判断する比較対象としては不適切である(図表6)。

図表6 Aさんにとっての適切な比較対象

|          | nationality | residence |
|----------|-------------|-----------|
| Aさん(本人)  | 英国国民        | 日本の非居住者   |
| Bさん(適切)  | 日本国民        | 日本の非居住者   |
| Cさん(不適切) | 日本国民        | 日本の居住者    |

この「特に居住者であるか否かに関し」という文言は、1997年にOECDモデル租税条約24条1に導入された。同条に関するOECDモデル租税条約コメントリーは、この文言は、従来の加盟国の慣行を確認したものであると位置づけている<sup>(30)</sup>。

### (4) 会社の場合

OECDモデル租税条約3条1(g)は、「国民」の一般的定義を置く。そこでは、個人のみならず、「当該一方の締約国の法令によりその地位を与えられたすべて



の法人、パートナーシップ及び団体」が、その締約国の「国民」とされている。設立準拠法により、会社がどの国の「国民」にあたるかを定めるわけである。

こうして、国籍無差別の規定は会社についても適用があることになる。会社の場合についても、設立準拠法の違いによって内外差別をすることが禁止されているのであって、居住地が内か外かによって異なる取扱いをすること自体は禁止されていない。「特に居住者であるか否かに関し同様の状況にある」の意義は、とりわけ管理支配地主義で会社の居住地を決める国では、居住地の判定基準と国民の判定基準に食い違いが生じるため、いくつかの場面で問題になる。OECDモデル租税条約の2008年改訂により、コメントリーに5つの事例が追加された<sup>(31)</sup>。

#### 4 恒久的施設無差別

##### (1) OECDモデル租税条約24条3項のテキスト

恒久的施設無差別を定めるOECDモデル租税条約24条3項は、2文から成る。これを引用すると、次のとおり。

「一方の締約国の企業が他方の締約国内に有する恒久的施設に対する課税は、当該他方の締約国において、同様の活動を行う当該他方の締約国の企業に対して課される租税よりも不利に課されることはない。この3の規定は、一方の締約国に対し、家族の状況又は家族を扶養するための負担を理由として当該一方の締約国の居住者に認める租税上の人的控除、救済及び軽減を他方の締約国の居住者に認めることを義務付けるものと解してはならない。」

##### (2) 適用範囲の限定性

恒久的施設に対する課税が問題になるのは、「企業の利得」についてである。すなわち、一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる(OECDモデル租税条約7条1項1文)。これが「恒久的施設なければ課税なし」のルールである。これに対し、恒久的施設がある場合には、恒久的施設の所在地国は、その企業の利得のうち「当該恒久的施設に帰せられる部分についてのみ」租税を課することができる(同第2文)。

このように、OECDモデル租税条約24条3項の恒久的施設無差別の規定は、恒久的施設所在地国が外国企業の利得に対して課税する場合を念頭においている。逆に、24条3項の規定は、その他の所得類型をカバーしていない。たとえば、外国企業が不動産所得を得たり(OECDモデル租税条約6条)、芸能人所得を得たりする場合(同17条)については、国内に恒久的施設がなくても課税することが許容されている。その課税にあたり、24条3項の恒久的施設無差別の規定は無効である。恒久的施設に対する課税について無差別を命じているだけで、恒久的施設がない場合の課税について定めていないからである。

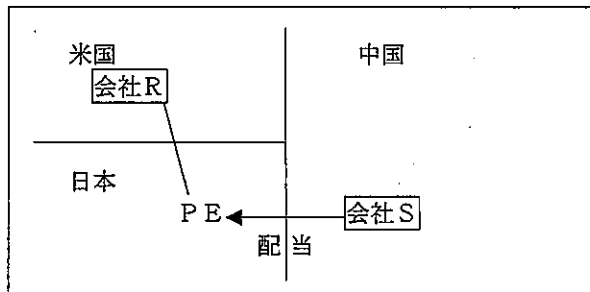
のみならず、24条3項2文は、「家族の状況又は家族を扶養するための負担を理由として当該一方の締約国の居住者に認める租税上の人的控除、救済及び軽減」を、非居住者に対して認める義務がないと明言している。たとえば、日本の非居住者である個人が、日本に恒久的施設をおいて事業所得を稼得しているとしよう。この場合、日本の所得税法は、この人に対して、配偶者控除や扶養控除を認めていない(所得税法165条)。これらの人的控除は、同様の活動を行う日本居住者に対しては認められているにもかかわらず、非居住者に対しては認められないのである。この結果を是認し、恒久的施設無差別の規定に違反しないとするのが、24条3項2文である。

##### (3) 「同様の活動を行う」

恒久的施設を置いて活動する外国企業と、「同様の活動を行う」内国企業とを比較することは、なかなか難しい。一方で、恒久的施設は法人格を有する外国企業にあくまで一部分であるにすぎない。他方で、内国企業は、ひとつの法人格を有する主体であって、そのすべての事業活動が本店所在地国にとって課税の対象とされる。両者は、厳密に言えば異なる状況に置かれているのである。そのため、両者を比較するという作業は、種々の異論を生む。OECDモデル租税条約24条のコメントリーも、どこまでが許されない差別であるかについて、国際的なフォーラムでも意見が分かれていると述べている<sup>(32)</sup>。

一例をあげよう。たとえば、米国企業Rが日本国内に恒久的施設を置き、その恒久的施設の管理する株式について配当を受領する。その株式は中国法人Sの発行したものである(図表7)。

図表7 国外投融資所得と外国税額控除



このとき、日本法の下で、この配当を国内源泉所得として課税する可能性がある(法人税法施行令176条5項第1文)<sup>(33)</sup>。ところが、国内に恒久的施設を置く外国法人は外国税額控除の適用対象外であるから、中国税との関係で外国税額控除を利用することはできない。そのため、S株を保有する日本企業Jが配当を受け取った場合の日本の課税と比較して、恒久的施設無差別の条項にいう「不利に課される」場合に当たる可能性がでてくるのである。この問題を考えるうえで、R社とJ社が本当に「同様の活動を行う」企業であるといえるのが、難しい問題となる。なぜなら、一方で、R社がその株主に対してさらに配当を行う場合、日本国は課税できない。他方で、J社がその株主に配当を行う場合、日本国は課税できる。この状況の違いをどこまで考慮すべきかを検討する必要があるからである。この論点につき、日本ではいまだ有権的な判断が下されていない。

#### (4) いくつかの裁判例

国内に恒久的施設を置く外国企業を、内国企業並みに扱わなければならないとした各国の裁判例を、いくつかあげておこう<sup>(34)</sup>。

第1に、米の *National Westminster Bank plc v. United States*, 58 Fed.Cl. 491 (2003)。英銀行の米支店に帰属する利得の算定にあたり、控除可能な利子の金額を法定する米国内法が、米英租税条約の恒久的施設無差別条項に違反するとされた。

第2に、英の *UBS AG v. HM Revenue and Customs Commissioners*, [2005]

S.T.C. (SCD) 589, aff'd [2006] EWHC 117 (Ch), [2006] S.T.C.716。スイス銀行の英支店が英国源泉の配当を受け取った。スイス銀行は、配当にかかる前取り法人税(advance corporation tax)の税額控除が、英国企業に認められているのにスイス企業に認められないのは英瑞条約の恒久的施設無差別条項に違反すると主張した。この主張は認められたが、支店の税額控除権が英国の国内法にincorporateされていないとされた。

第3に、独の *BFH*, Mar.10, 2005, II R 51/03。米国企業のドイツ恒久的施設が、ドイツ子会社の株式を10%以上保有していた。ドイツの財産税が問題になり、米国企業は、ドイツ企業に対して認められている適用除外を認めよと主張したところ、財政裁判所はこの主張を認めた。差別禁止は絶対的な義務であり締約国は正当化事由をあげてその義務を回避することができないと判示した点特徴的である。この判断がドイツにおいてどの程度一般的なものとみることができると、また、比較法の観点からどう評価すべきかについては、さらに検討が必要である。

#### 5 支払無差別

##### (1) OECDモデル租税条約24条4項のテキスト

支払無差別を定めるOECDモデル租税条約24条4項は、2文から成る。第1文が所得課税に関するもので、第2文は財産税を念頭においたものである。引用する。

「第9条1、第11条6又は第12条4の規定が適用される場合を除くほか、一方の締約国の企業が他方の締約国の居住者に支払った利子、使用料その他の支払金については、当該一方の締約国の企業の課税対象利得の決定に当たって、当該一方の締約国の居住者に支払われたとした場合における条件と同様の条件で控除するものとする。また、一方の締約国の企業の他方の締約国の居住者に対する債務については、当該企業の課税対象財産の決定に当たって、当該一方の締約国の居住者に対する債務であるとみなした場合における条件と同様の条件で控除するものとする。」

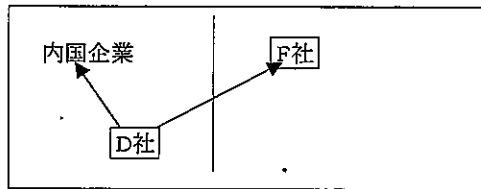
## (2) 適用範囲の限定性

この条項は、「利子、使用料その他の支払金」の控除に限って、支払先による無差別を定めている。また、「第9条1、第11条6又は第12条4の規定が適用される場合を除くほか」と断っているように、独立企業間価格に比して過大な利子や使用料などが支払われた場合には、適用されない。

## (3) 「同様の条件で」

24条4項が問題となる典型例として、過少資本税制の例をみてみよう。たとえば、外国法人Fに支配された内国法人Dが、F社から膨大な借入れを行い、F社に対して利子を支払ったとする(図表8)。

図表8 過少資本税制のイメージ



一般的に、D社の法人所得の計算上、支払利子は控除できる。これに対し、過少資本税制は、借入金が自己資本に比べて過大である場合、逆にいえば「過少資本」となっている一定の場合について、この利子控除を制限する。

ここで、D社がF社に支払う利子の控除は、「当該一方の締約国の居住者に支払われたとした場合における条件と同様の条件で控除する」ことが要請されている。図表8でいえば、右側の実線の矢印で記した支払いは、左側の波線の矢印で記した支払いと同様の条件で控除しなければならない。この要請を満たすこと理由づけとして、米国で1989年に過少資本税制を導入した際、外国企業に対する利子支払のみならず、内国非課税法人に対する利子支払についても、同じ控除制限がかかっているから、支払先による差別は存在しないと議論されたことがある<sup>(35)</sup>。

日本の過少資本税制は、外国企業に対する支払いのみを標的としている。したがって、内国企業に対する支払いと外国企業に対する支払いの間で差別をし

ているのではないかという疑いが生じうる。この点、損金不算入となる利子の金額の計算にあたり、類似法人の負債・資本比率に照らして妥当な倍数を用いることができるものと制度設計された。これは、OECDモデル租税条約9条の適用例であるとして、無差別条項違反の嫌疑を振り払うための配慮とみることができよう<sup>(36)</sup>。

## 6 資本無差別

## (1) OECDモデル租税条約24条5項のテキスト

資本無差別を定めるOECDモデル租税条約24条5項のテキストは、以下のとおりである。

「一方の締約国の企業であってその資本の全部又は一部が他方の締約国の一又は二以上の居住者により直接又は間接に所有され、又は支配されているものは、当該一方の締約国において、当該一方の締約国の類似の他の企業に課されており若しくは課されることがある租税若しくはこれに関連する要件以外の租税若しくはこれに関連する要件又はこれらよりも重い租税若しくはこれに関連する要件を課されることはない。」

引用にあたり加工した文言は24条1項と似ているため、同じやり方で読み解くことができる。すなわち、「一方の締約国」に日本国を代入し、「他方の締約国」に英国を代入したうえで、テキストの骨子部分のみを示すと、次のようになる。

「日本国の企業であってその資本の全部又は一部が英国の一又は二以上の居住者により…所有され、又は支配されているものは、日本国において、日本国の類似の他の企業に課されている租税以外の租税又はこれらよりも重い租税を課されることはない。」

つまり、日本企業が英国企業によって支配されている場合、その日本企業に対して、日本国は、類似の日本企業よりも不利な課税をしてはいけないということになる。いわば、外国企業によって支配されていることを理由に外資系子

会社を重課することを禁ずる、というルールである。

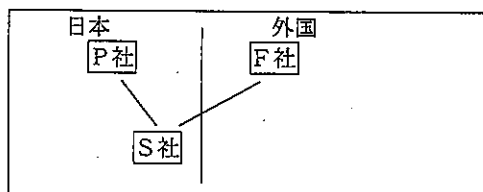
### (2) 適用対象の限定性

OECD モデル租税条約 24 条 5 項には、3 項 2 文のように人的控除を除外する規定や、4 項の出だしのように他の規定の優先適用を明示する文言は、置かれていない。しかしながら、2008 年 OECD モデル租税条約コメントリーの改訂では、OECD モデル租税条約の他の条項によって明示的に根拠づけられている措置は、24 条に違反しないという解釈が付け加えられた<sup>(37)</sup>。一種の体系的解釈であり、租税条約のある規定を条約文全体の「文脈」により与えられる用語の通常の意味に従って解釈する(ウィーン条約法条約 31 条 1 項)例といえよう。

### (3) 「類似の他の企業」

資本無差別が潜在的に問題になりうる例を考えてみよう。例えば、日本の連結納税制度は、内国法人のみを対象としている。ゆえに、内国法人 S 社は、内国法人である P 社の完全子会社である場合には P 社との間で連結納税制度を利用できるのに、外国法人である F 社の完全子会社である場合には F 社との間で連結納税制度を利用できない(図表 9)。

図表 9 連結納税制度の人的適用範囲



図表 9 の場合、F 社に支配されている S 社が連結納税制度の恩恵を利用できないことは、資本無差別条項に違反するのだろうか。この点については、2008 年の OECD モデル租税条約のコメントリー改訂に際し、国籍無差別と資本無差別のいずれの規定にも違反しない旨の解釈が記載された<sup>(38)</sup>。日本ではあまり意識されていない争点であるが、世界的にみると、考え方が分かれている<sup>(39)</sup>。すぐあとで紹介するドイツの裁判例(Delaware Case)は、F 社がドイツの無制

限納税義務者にあたる事例について、従って図表 9 と類似するがかなり局面を異にする場合について、無差別条項違反の結論を下した。ドイツでは、日本と異なり、管理支配地基準で会社の居住地を判定するから、米国で設立された会社であるにもかかわらずドイツの無制限納税義務者となる場合があったのである。この裁判例は、国際課税の専門家間に大きな反響を呼び起こし、2008 年の OECD モデル租税条約のコメントリー改訂につながったといわれている<sup>(40)</sup>。

### (4) いくつかの裁判例

資本無差別の規定の適用が争われた各国の裁判例を、いくつか紹介する<sup>(41)</sup>。

第 1 に、英の NEC Semi-Conductors Ltd. et al. v. Commissioners of Inland Revenue [2003] EWHC 2813 (Ch), [2004] S.T.C. 489。米国親会社および日本親会社の英国子会社について、前払い法人税 (ACT) を納付せずに親会社に配当を支払うための選択を許さないことが、英国子会社が英国親会社に対して配当を支払う場合と比べて差別にあたるとした。ただし、英米条約および英日条約の資本無差別条項が英国の国内法に受容されていないと判断している。

第 2 に、米の American Air Liquide, Inc. v. Commissioner, 116 T.C. 23 (2001)。外国税額控除に関する米国内国歳入法典 904 条(d)の規則が、米仏条約の資本無差別条項に違反しないとした。

第 3 に、米の UnionBanCal Corp. v. Commissioner, 305 F.3d 976 (9<sup>th</sup> Cir. 2002)。法人グループのメンバー間取引による損失計上を繰り延べる米国内国歳入法典 267 条の規則が、米英条約の資本無差別条項に違反しないとした。

第 4 に、米の Square D Co. v. Commissioner, 438 F.3d 739 (7<sup>th</sup> Cir. 2006)。米国法人がフランス親法人やフランス関係法人に対して負った利子費用は支払時まで控除できないとする米国内国歳入法典規則 1.267(a)-3 が、米仏条約の資本無差別条項に違反しないとした。

第 5 に、独の BFH, IR 6/99, BStBl II 2004, 1043 (いわゆる Delaware case) では、米国親会社がドイツ国内に管理支配地を有していた場合につき、ドイツ子会社との間で連結納税(機関関係 Organschaft)の適用を否定するドイツ国内法の扱いが、米独租税条約の資本無差別条項に違反するとされた。

### III 租税条約締結ポリシーのあり方

#### 1 OECD モデル租税条約 24 条の改正論議 (第 2 フェーズ)

欧州裁判所が「4つの自由」に対する税制の阻害効果を厳しく審査しはじめの中で、租税条約の無差別条項をめぐる欧米の温度差が明らかになってきていた。その中で、2007年5月、OECD租税委員会が無差別条項の解釈を明確化するための報告書を提出した。その基調は、24条の適用範囲と深度の拡大傾向に対して、一定の歯止めをかけるという方向であった<sup>(42)</sup>。この報告書の内容は、2008年7月のOECDモデル租税条約改訂時に、ほぼそのままの形でコメントリーにとりこまれた。その後、2010年改訂時に恒久的施設無差別に関する若干のコメントリーが修正され、現在に至っている。

今後の作業に持ち越された課題として、24条の条文本体をどう改正していくかという点がある。OECD租税委員会は、既存の条項をめぐる解釈問題について議論する第1段階が終わったとして、次の第2フェーズとして、租税条約における無差別条項のあり方について、立法論の角度から検討することにしていく。

2008年7月の改訂に先立ち、2008年4月には、課税と無差別に関する国際セミナーがライデン大学国際課税センター (International Tax Center Leiden) で開催され、研究者、租税助言者、政府官僚、OECD事務局が参加して議論を行った。議論を整理するための Background note は、次の論題を示していた<sup>(43)</sup>。

\*クロスボーダー配当の取扱い

\*非居住者に対する人的控除や税率の適用

\*会社グループの承認 (移転価格, 組織再編成, 損失移転)

\*源泉徴収税

\*濫用防止規定との関係

\*差別的課税措置を扱うべきは、租税条約か、通商・投資協定か、それとも両方か。

2008年9月には、国際租税協会 (IFA) のブリュッセル大会が、無差別取扱いの問題をとりあげた。大会セッションの議論の方向性は、司会をつとめた Kees van Raad がある記念論文集に寄稿した論文の線に沿っていた<sup>(44)</sup>。その線

とは、租税条約上の無差別条項に存在意義を認めつつ、既存条項に存するギャップを埋めて適用対象を拡大していくという方向である。その行き着く先は、人的控除を各国で按分的に分け合う (fractional taxation) という構想に示されるように<sup>(45)</sup>、一定の場合に居住者と非居住者の間の区分すら放棄する立論へと向かう。

この IFA ブリュッセル大会における議論の内容については、日本でもいくつか報告がある<sup>(46)</sup>。詳細はそれらに譲るが、次の点の是非が議論された。

- ①非居住者に対する無差別条項の適用範囲拡大。適切な情報交換を前提としつつ、給与所得・不動産所得・投資所得を無差別条項の対象とし、居住者と同様の税率でのネット所得課税を認める。また、24条1項から、「特に居住地であるか否かに関し」という要件を削除する。
- ②居住者に対する無差別条項の適用範囲の拡大。居住者が国外所得を得る場合の保護を書き込む。
- ③隠れた差別 (covert discrimination) に対処すべきか否か。
- ④無差別条項の適用範囲を拡大する場合、内外区別扱いが正当化される場合を明らかにする。

このような第2フェーズの立法論については、今後も、さまざまな綱引きが予想される。先にIで整理したところからすると、②は二重課税排除の問題であって無差別条項の担当領域ではないから、居住者課税の場合についての無差別条項の適用拡大は不適切である。これに対し、IIで詳しくみたように、①は、既存条項にもれやギャップがあることが明らかであるため、適切であろう。今後とりわけ重要な課題になると思われるのは、④である。どのような場合について内外で異なるルールを設けることが正当化されるかは、今後の条約締結ポリシーとして重要なばかりでなく、既存の無差別条項の解釈論としても重要な論点であろう。厳格審査一点張りではなく、原則として禁止をかけつつ、区別扱いを正当化できる具体的な場合が何かについて国際コンセンサスを醸成すべきものとする。

2011年2月7日に東京で行われた Mary Bennett (OECD租税政策・税務行政センター租税条約・移転価格・金融取引部門長) の講演によると、OECD租税委員会の第1作業部会は、クロス・ボーダー配当の扱いと、通商・投資協定と所得税の関係に、力点を置くことに決定した。

## 2 Graetz & Warren の分析

以上を通覧して大局的にみると、二国間租税条約における無差別条項の適用範囲を拡大することで結局のところ何が達成されるかについては、なお十分な理論的展望が開けていない。

Michael J. Graetz は、2001年の論文で次の定式化を行った<sup>(47)</sup>。これを約言すると、図表10に示した3つの原則を同時に満たすことは不可能であるということである。このうち、原則3が、「各国が税率や課税ベースを自由に決定できる」、つまり各国の自律性があってはばらばらに何でも決められるという原則である。これに対し、原則1は「所得の源泉地国の内外を問わず課税を等しくする」ということであり、原則2は「所得稼得者の居住地国の内外を問わず等しく課税する」ということである。

図表10 両立不可能な3つの原則

|     |                        |
|-----|------------------------|
| 原則1 | 所得の源泉地国の内外を問わず等しい課税    |
| 原則2 | 所得稼得者の居住地国の内外を問わず等しい課税 |
| 原則3 | 各主権国家が自由に税率を決定         |

この定式化に基づき、Michael J. Graetz と Alvin C. Warren は、2006年の論文で、欧州裁判所がEC条約上の「4つの自由」をテコに内外差別を厳しく審査することを、厳しく批判した<sup>(48)</sup>。すなわち、原則3のもとでEU加盟国が法人税率と課税ベースをまちまちに決めている中で、原則1と2を同時に満たすことは不可能である。欧州裁判所が原則3を前提としたまま原則1や2を厳しく審査するのは、理論的にみると安定的ではなく、このやり方は維持できない。早晚、方向を再考しなければならなくなるだろう、という批判であった。

彼らの批判の核心は、経済統合を進める欧州連合において、判例による差別除去のやり方が、加盟国の自律的な税制設計能力を損ない、原則3に反するところにある。比較的均質な法人税制をめざしている欧州域内についてすら、このような批判が提起されているのである。

とすると、より広い国際社会において、多様かつ雑多な税制を有する主権国家間で締結される二国間租税条約の無差別条項について、同じ批判はより強く

妥当するであろう。租税条約こそ、原則3を土台としつつ、相互主義によって締約国間に課税権を分配する構造を採用しているからである。租税条約は、原則1の領域については、あくまで「二重課税の排除」という枠組みで問題を処理している。そして、IIでみたように、原則2の領域に関してのみ、居住地による区別を前提としたうえで、非居住者に対するいくつかの差別待遇を部分的に禁止するルールを置いている。これが二国間租税条約の現状であり、その基礎には、所得の源泉地および納税義務者の居住地をもとにして、内外の区別を行いつつ、各国が税制を自律的に組み立てるという過去100年近く続いてきた強固な慣行が存する。

二国間租税条約上の無差別条項の適用範囲を拡大することは、国際所得課税の全体構想の一部としてこれを論ずるのでなければ、「暗闇への跳躍」に終わる危険が大きい。今後の日本国の租税条約の締結ポリシーのあり方を考えるためには、①租税条約の目的との関係を位置づけ、②既存規定のもれやギャップを合理的に修復し、③一定程度の合理的な内外区別を必要とする国内租税法の構造と折り合いをつける、という作業が肝要である。本稿のささやかな検討が、そのための布石となることを期待したい。

\*本論文については、その構想段階から、ディスカッション・ペーパーの執筆・加筆の過程において、GCOE租税法ワークショップにおける議論、および、経済産業研究所における「通商関係条約と租税」プロジェクト(座長小寺彰東京大学教授)における議論が、有益なインプットと反省の機会を提供してくれた。本誌に公刊するこの機会に、記して感謝したい。

- (1) Mary C. Bennett, Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle, 59 Tax Law Review 439 (2006).
- (2) Alvin C. Warren, Jr., Income Tax Discrimination Against International Commerce, 54 Tax Law Review 131 (2001).
- (3) H. David Rosenbloom, Toward a New Tax Policy for a New Decade, 9 American Journal of Tax Policy 77, 90 (1991).
- (4) 瀧圭吾「国際課税と通商・投資関係条約の接点—1920年代の国際連盟における議論を素材として—(上)(下)」ジュリスト1406号149頁、1408号164頁(2010年)。なお、担税力基準という角度からアプローチする研究として、古賀敬作「租税条約における無差別原則と

担税力基準」横浜国際経済法学19巻1号41頁(2010年)。

- (5) Kees van Raad, *Nondiscrimination in International Tax Law* (1986), at 17-68.
- (6) Ben J. M. Terra and Peter J. Wattel, *European Tax Law* 65 (4<sup>th</sup> edition, 2005).
- (7) Van Raad, *supra* note 5, 26.
- (8) Luc Hinnekens and Philippe Hinnekens, General Report, in IFA, *Non-discrimination at the crossroads of international taxation*, Cahiers de droit fiscal international, Vol.93a, 15, at 50 (2008).
- (9) Van Raad, *supra* note 5, 38.
- (10) Hinnekens and Hinnekens, *supra* note 8, 44. もっとも, Philip Baker, Some recent cases from the European Court of Human Rights, *European Taxation* Vol.49, No.6, 326 (2009)によると, Yukos Affair についてロシア政府を訴える訴訟が欧州人権裁判所に提起されている。
- (11) 増井良啓「租税政策と通商政策」塩野宏先生古稀記念論文集『行政法の発展と変革・下巻』(有斐閣, 2001年)517頁。さらに参照, 浅妻幸如「通商法と国際租税法」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣, 2010年)769頁, 779頁。GATT, GATS, NAFTAとの関係につき一般的に, 古賀敬作「産業構造の変化からみた租税条約の意義—自由貿易協定を素材として—」国際税務24巻11号94頁, 12号96頁, 25巻3号87頁(2004-2005年)。
- (12) 例えば当時の日英租税条約(1969年署名)25条のように対象税目がすべての租税をカバーしていた場合, 相手国居住者は日本政府が無差別条項に違反している旨の申立てを相互協議にもっていく可能性がありえたのではなかろうか。これに対し, 現行日英租税条約(2006年署名)24条の無差別条項は, 所得税・法人税・住民税のみに適用される。
- (13) 増井良啓「租税条約の発展—1954年日米所得税条約をめぐる覚書—」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣, 2010年)139頁, 145頁。
- (14) 増井良啓「日本の租税条約」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣, 2007年)569頁, 570頁。
- (15) Hugh J. Ault and Jacques Sasseville, *Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration*, *World Tax Journal* Vol. 2, Issue 2, 101, 102 (2010)。ただし, 資本輸入の中立性が満たされるためには, 差別だけでなく優遇も標的にする必要があるし, 源泉地国だけでなく居住地国の扱いも問題となるから, 既存の無差別条項があるだけで資本輸入の中立性が満たされるわけではない。この点については, Ruth Mason, *Tax Discrimination and Capital Neutrality*, *World Tax Journal*, Vol. 2, Issue 2, 126, 134 (2010)。
- (16) 本稿では, OECDモデル租税条約24条の日本語テキストとして, 『平成22年版租税条約関係法規集』1861頁(清文社, 2010年)のそれを用いる。このテキストは2008年版の日本語訳であるところ, 2010年7月の改訂によって原文に変化はない。一般的な参考文献として, OECD Committee on Fiscal Affairs, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Condensed version 2010, Article 24 (2010, OECD); Klaus Vogel und Moris Lehner, *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermoegen*, Art.24 (2008, 5 Auflage, C.H.

- Beck); American Law Institute, *Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Income Taxation II, Proposals of the American Law Institute on United States Income Tax Treaties*, Part Four (1991, ALI)。なお, 米国モデル租税条約については, *United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006, Technical Explanation*, Article 24, Paragraphs 374-396。
- (17) John F. Avery Jones, *History of the UK's First Comprehensive Double Tax Agreement*, in John Tiley ed., *Studies in the History of Tax Law*, Vol.3, 229, 272 (2009)によると, 1945年英米租税条約にはこの第6項に相当する規定が設けられていたが, 英国が条約を国内法上受容するための制定法では対象が所得税等に限定されていた。英国は現在, OECDモデル租税条約24条6項に留保を付しており, 条約の対象税目のみに限定する立場をとっている。
  - (18) ヨーロッパ経済協力機構(OEEC)内での租税委員会における1958年の報告書に至る議論の経緯について, 洲・前掲注(4)。
  - (19) OECD, *supra* note 16, Commentary to Article 24, Para.1は, so called "indirect discrimination"という用語を, 本稿と異なる意味に用いている。同パラグラフはまず, 24条1が国籍による差別を禁止しており, 偽装された形の差別を禁止すると述べる。このこと自体は正当な解釈であろうし, covert discriminationという用語を用いていないもの, それを禁止する趣旨と読める。問題は, それに続くくだりである。すなわち, 同パラグラフは, 居住地を基準にする取扱いの区別が間接的に(indirectly)国籍による差別を意味するものと結論してはならないと述べている。同パラグラフはこの例をもってso called "indirect discrimination"の例とするのであるが, この言葉遣いは, 本文で述べた用法とは異なる。
  - (20) 佐藤春彦「日本国とスウェーデンとの租税条約」外国為替166号(1957年)24頁。
  - (21) 塩崎潤「パキスタン, ノールウェー, デンマークとの租税条約」租税研究109号(1959年)1頁, 5頁。
  - (22) 堀寛「パキスタン, ノールウェー, デンマークとの租税条約」時の法令314号(1959年)13頁, 19頁。
  - (23) 1973年当時の日本国の租税条約における無差別条項の状態について, 小松芳明『租税条約の研究』(有斐閣, 1973年)139-141頁。
  - (24) OECD, *supra* note 16, Commentary to Article 24, Para.85.
  - (25) Joel Nitikman and Lincoln Schreiner, *Canada*, in IFA, *supra* note 8, 179, 188.
  - (26) Denham Martin and Carmel Peters, *New Zealand*, in IFA, *supra* note 8, 427, 429.
  - (27) Martin and Peters, *supra* note 26, 430-432.
  - (28) Brian J. Arnold, *Reforming Canada's International Tax System: Toward Coherence and Simplicity* 357 (2009).
  - (29) OECD, *supra* note 16, Non-member countries' positions on the OECD Model Tax Convention, Positions on Article 24.
  - (30) OECD, *supra* note 16, Commentary to Article 24, Para.7.

- ③1 OECD, *supra* note 16, Commentary to Article 24, Para.19-25. この改正については, 川田剛=徳永匡子「OECD モデル租税条約コメンタリー-最近の主な改正点(5)」国際税務 29 巻 5号 96 頁 (2009 年), 98-103 頁。
- ③2 OECD, *supra* note 16, Commentary to Article 24, Para.39.
- ③3 この問題については, 増井良啓「二国間租税条約における恒久的施設無差別の規定と国内租税法令における外国税額控除の人的適用範囲—OECD の 2007 年 5 月 3 日 public discussion draft をめぐって—」ソフトロー研究 11 号 101 頁 (2008 年)。
- ③4 Bennett, *supra* note 1, 420-424 による。
- ③5 Michael J. Graetz, *Foundations of International Income Taxation* 442-443 (2003).
- ③6 羽床正秀「過少資本税制の問題点」水野忠恒編著『2 訂版国際課税の理論と課題』157 頁 (2005 年), 特に 182 頁。
- ③7 OECD, *supra* note 16, Commentary to Article 24, Para.4.
- ③8 OECD, *supra* note 16, Commentary to Article 24, Para.24-25, Para.77.
- ③9 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, 142-143 頁 (2005 年)。
- ④0 David Francescucci, Stefano Grilli and Wolfgang Oepen, Non-discrimination and group consolidation: The Delaware case of the German Bundesfinanzhof and beyond, in Raffaele Russo and Renata Fontana ed., *A Decade of Case Law: Essays in honour of the 10<sup>th</sup> anniversary of the Leiden Adv LLM in International Tax Law (IBFD, 2008)* 125.
- ④1 第 1 から第 4 につき Bennett, *supra* note 1, 427-431 により, 第 5 につき Silke Bruns, Germany, in IFA, *supra* note 8, 291, 300-301 による。
- ④2 増井良啓「OECD モデル租税条約 24 条(無差別取扱い)に関する 2007 年 5 月 3 日公開討議草案について—研究ノート—」トラスト 60『国際商取引に伴う法的諸問題 (15)』67 頁 (2008 年)。
- ④3 Ault and Sasseville, *supra* note 15, 101.
- ④4 Kees van Raad, Nondiscrimination in taxation of cross-border income under the OECD Model and EC Treaty rules --- a concise comparison and assessment, in Henk van Arendonk et al. ed., *A Tax Globalist: Essays in honour of Maarten J. Ellis*, 129 (2005).
- ④5 Kees van Raad, Fractional taxation of multistate income of EU resident individuals: A proposal, in Krister Andersson, Peter Melz and Christer Silfverberg (eds.), *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, 211 (2001). さらに, Kees van Raad, Non-Residents - Personal Allowances, Deductions of Personal Expenses and Tax Rates, *World Tax Journal* Vol. 2, Issue 2, 154 (2010).
- ④6 岡直樹「第 62 回 IFA 総会—無差別原則をめぐる議題 1 及びセミナー A における議論の紹介—」税大ジャーナル 10 号 215 頁 (2009 年), 租研事務局「IFA 第 62 回大会の討議の概要」租税研究 711 号 207 頁 (2009 年)。

- ④7 Michael J. Graetz, *Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, 54 *Tax Law Review* 261, 272 (2001).
- ④8 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 117-125 頁 (2006)。