

## 論 説

### 濫用防止規定に関する意見交換

—論文（「仏租税条約の受益者規定の実際の有効性」）を題材として—

税務大学校研究部教授

松 田 直 樹

#### ◆SUMMARY◆

本稿は、パリの大手法律事務所に出向中のフランスの大蔵省職員であるオストリー（Stephane Austrey）氏等が、アメリカで発行されている国際的に高い権威を誇る租税法関係の専門誌である Tax Notes International（2009 年 1 月 12 日号）に寄稿した論文（「仏租税条約の受益者規定の実際の有効性」）に関して、筆者とオストリー氏が行った意見交換を紹介することによって、租税条約上の濫用防止規定の有用性と限界について、どのような見方・議論があるのかを示したものである。

本稿は、オストリー氏の理解と協力の下に完成したものである。筆者と同氏との意見交換を通じて、多くの租税条約や国内法で依拠することとされている受益者概念、欧州司法裁判所が示した租税回避否認手段の欧州法との抵触如何を判断する上で重要なポイントとなる「全く人為的なアレンジメント」というメルクマール及び最近の主な租税条約で採用されている「主要目的テスト」等に係る不透明性が浮き彫りになっているが、これらの基準等の潜在的有用性も見え隠れしている。

（税大ジャーナル編集部）

## 目 次

I. オストリー氏等の論文のポイント	109
1 問題意識	109
2 問題の検討	109
3 論文の結論	111
II オストリー氏等の論文に対する筆者の見解	111
1 受益者概念の不透明性	111
2 日仏租税条約改正議定書上の取扱い	112
3 「主要目的テスト」と欧州法との関係	113
4 受益者概念の潜在的有用性	115
III オストリー氏の返答の概要	116
IV 結語	116
V 筆者の見解( IIの英訳 )	117
VI 論文作成者の返答( 原文 )	120

**Note:** The article “Practical Effectiveness of Beneficial Ownership Clauses in France’s Tax Treaties” written by Stephane Austrey, Stephane Gelin and David Sorel appears in the Tax Notes International, Vol.53, No.2 ( 2009 )pp.151-156. This paper commenting on the article owes a lot to Mr. Austrey, so the author is very much grateful to him and Mr. Hayashi, former president of the National Tax College, who knows Mr. Austrey for a long time and recommended the author to exchange views with Mr. Austrey on the article.

本稿は、現在、大手の法律事務所( CMS Bureau Francis Lefebvre )に出向しているフランスの大蔵省職員(前職は、tax advisor to Dominique Strauss-Kahn, Ministry of Finance )であるオストリー( Stephane Austrey )氏等が税の専門誌( Tax Notes International, 2009年1月12日号151～156頁に掲載 )に寄稿した論文(「仏租税条約の受益者規定の実際の有効性」、「Practical Effectiveness of Beneficial Ownership Clauses in France’s Tax Treaties」)について、小生が、I ( オストリー氏等の論文のポイント )において、その概要を纏め、II ( オストリー氏等の論文に対する筆者の見解 )において、上記論文に対する小生のコメントを示し、III( オストリー氏の返答の概要 )にお

いて、小生のコメントに対するオストリー氏の返答のポイントを示し、IV( 結語 )において、全体の纏めとなるコメントを記したものである。また、本稿では、オストリー氏と小生の意見交換の詳細を示すために、V ( 筆者の見解 )において、小生がオストリー氏に示した上記IIの見解・コメントの原文( 英語 )を掲載し、VI( 論文作成者の返答 )において、小生のコメントに対するオストリー氏の返答を原文( 英語 )で掲載している。

オストリー氏、ゲリン( Stephane Gelin )氏及びソレル( David Sorel )氏は、上記の論文において、最近、条約漁りへの対応において進展があったフランスの著名な裁判例( Bank of Scotland 事件国務院2006年12月27日判決等 )や租税回避防止規定に関する

主な欧州司法裁判所判決等を踏まえた上で、受益者規定等の有効性や問題点を論じており、非常に興味深い内容のものとなっている。小生も、拙書『租税回避行為の解明—グローバルな視点からの分析と提言』(平成21年、ぎょうせい)において、租税回避に対抗するための措置を分析しており、その有効性や限界には関心を持っている。本稿では、かかる分析等を踏まえて小生が示した上記の論文に関するコメントに対するオストリー氏の返答が重要なポイントとなっており、本稿がオストリー氏に負うところは少なくない。同氏及び同氏との橋渡しをしていただいた林藤樹前税務大学校校長には、この場を借りて厚く御礼を申し上げたい。

## I. オストリー氏等の論文のポイント

### 1 問題意識

本来、フランスの税体系には、受益者概念 (beneficial ownership concept) は存在しておらず、フランスが締結している租税条約の中にも、受益者概念に関する規定を有していないものもあるが、Bank of Scotland 事件国務院 2006 年 12 月 27 日判決 (CE, no. 283314) では、米国人が有していたフランス子会社株式に基づいて配当を受ける権利を英国の金融機関に売却し、当該金融機関が仏英租税条約に定める配当に対する軽減税率の適用を受けることができるか否かが争点となり、国務院は、法の濫用 (fraude a la loi or fraud legis) の法理と受益者概念を結合・連携させたアプローチに依拠することによって、当該金融機関に対する軽減税率の適用を否認する処分を首肯している。本判決は、フランスの法体系には存在しない受益者概念が、フランスの税務当局にとって有用なものであることを確認するものでもあった。

受益者概念のほかにも、最近改正された米仏租税条約や英仏租税条約等では、濫用防止規定として「主要目的テスト」(main purpose

test) 等が採用されており、例えば、2008 年に改正された英仏租税条約 11 条では、「配当の基因となる株式その他の権利の設定又は移転に関与した者が、本条の特典を受けることを当該権利の設定又は移転の主たる目的の全部又は一部とする場合には、当該配当に対しては、本条に定める租税の軽減・免除は与えられない」と定められている。本規定に代表される「主要目的テスト」に依拠した濫用防止規定が採用されたことによって、上記の Bank of Scotland 事件国務院判決でも確認された受益者概念のインパクト・有用性は弱まった感もあるが、そもそも、濫用防止規定と受益者規定との機能分担や相互関係については、どのように解すべきであるのかという問題がある。

### 2 問題の検討

そもそも、受益者概念の定義や解釈を巡っては少なからず議論がある。確かに、1969 年ウィーン条約では、文理解釈を基本としながらも、文脈と目的を踏まえて条約の文言を通常の意味に解することとされており、また、OECD モデル条約 3 条 2 項では、「一方の締約国による本条約の適用に際し、本条約において定義されていない用語については、文脈上別意に解する場合を除き、本条約の適用を受ける租税に関する当該一方の締約国の法令において、当該用語が、その適用の時点で有する意義を有するものとする。この場合、当該一方の締約国の税法に基づく当該用語の意義は、当該一方の締約国の他の法令に基づく意義に対して優先するものとする」と定められている。しかし、これらの条約によって、受益者概念の射程範囲が十分に明らかとなっているわけではなく、また、フランスの国内法が明確な解釈指針を有しているわけでもない。

上記のような不透明性が認められるにもかかわらず、例えば、フランスとウズベキスタ

ンとの租税条約では、OECD モデル条約 12 条に関するコメンタリーのパラ 4 の後段で示されている指針(「受益者という文言は、狭いテクニカルな意味で使用されているのではなく、むしろ、文脈に加えて、二重課税の防止や脱税及び租税回避の防止を含む条約の趣旨や目的にも照らして理解されるべきである」)が、ほぼそのまま採用されている。実際、税務当局は、受益者概念に基づく条約漁りを広く否認するというスタンスを示しており、租税裁判所が、かかる税務当局のスタンスを支持したケースもあるが、税務当局に有利となる「広い受益者概念」( 広く実質主義の適用を認める目的論的解釈 )を一般的に採用することが妥当であるとの見解が判例上確立しているわけではない。

例えば、SA Fountain Industries 事件リー行政審判所 1999 年 3 月 18 日判決( no. 95-5403, no. 96-738 )では、「広い受益者概念」に基づく仏蘭租税条約の特典の適用を否認する処分を行った税務当局が敗訴している。また、SA Diebold Courtage 事件国務院 1999 年 10 月 13 日判決( CE, no. 191191 )では、フランス法人がオランダのパートナーシップ( Commanditaire Vennootschap )に支払ったロイヤルティに対し、仏蘭租税条約が定める源泉税の免除の適用が認められるか否かが争点となったが、本件パートナーシップは、多額の手数料を代理店契約を結んでいるスイス法人に支払っているものの、かかる支払いが独立企業原則に反しているとの立証がされているわけでもないことなどから、ロイヤルティの受領者は、当該スイス法人ではなく、本件パートナーシップに投資しているオランダの居住者であるとして、仏蘭租税条約の特典の適用が認められ、税務当局が敗訴している。

上記の SA Diebold Courtage 事件国務院判決等に鑑みると、「広い受益者概念」に基づいて英仏租税条約の特典の適用を否認する処分

が首肯された前述の Bank of Scotland 事件国務院判決は、確かに、画期的ではあるが、Bank of Scotland 事件国務院判決では、広い受益者概念だけでは不十分となるであろう否認根拠を法の濫用の法理によって支えるとのアプローチが採用されているという点に留意する必要がある。「広い受益者概念」の下では、このようなアプローチを採用しないと、濫用に該当しないものも否認されるという問題が生じ得ることから、受益者概念については、法の濫用の法理や独立企業原則と関連させることが必要となったのではないかと考えられる。そうすると、最近の租税条約には、前述の通り、改正された米仏条約や英仏条約等のように、「主要目的テスト」に依拠する濫用防止規定を採用している例もあるが、本テストと受益者規定との関係についても、同様な考え方・アプローチが妥当すると考えるべきであろうか。

「主要目的テスト」に依拠する濫用防止規定と受益者規定との相関関係を考察するに当たっては、まず、Halifax 事件欧州司法裁判所判決( Case C-255/02 )等に目を向けることが有用となろう。確かに、本判決等で示された基準は、「主要目的テスト」と合致するとの見方もあるが、本判決等は、付加価値税を回避する行為に対して下されたものであり、また、本判決等の射程範囲を制限する Amplifin SpA 事件欧州司法裁判所判決( Case C-162/07 )等もあることから、本テストのような包括的な濫用防止規定が欧州法と整合的であるか否かについては議論の余地がある。したがって、「主要目的テスト」と受益者規定の関係については、受益者規定の有用性は、包括的な濫用防止規定が欧州法に抵触すると判断されるような場合や、その適用が脱税や欺瞞(“fraud”)に向けられる場合において、特に発揮されると整理することができるのではないかと考えられる。

### 3 論文の結論

受益者概念・規定の機能及び受益者概念・規定と「主要目的テスト」に依拠する濫用防止規定等との関係について示した上記の考え方・アプローチと Bank of Scotland 事件国務院判決で示されたアプローチとの整合性を巡っては議論の余地があろうが、少なくとも、上記のような考え方・アプローチを採用することによって、受益者規定等を採用しているフランスの租税条約についての一貫性のある解釈を行うことが可能となるのではないかと考えられる。このような考え方・アプローチが本当に妥当なものであるかを確認するという意味でも、今後、受益者規定の定義・射程範囲等について、より一層の明確化が図られることが求められていると言えよう。

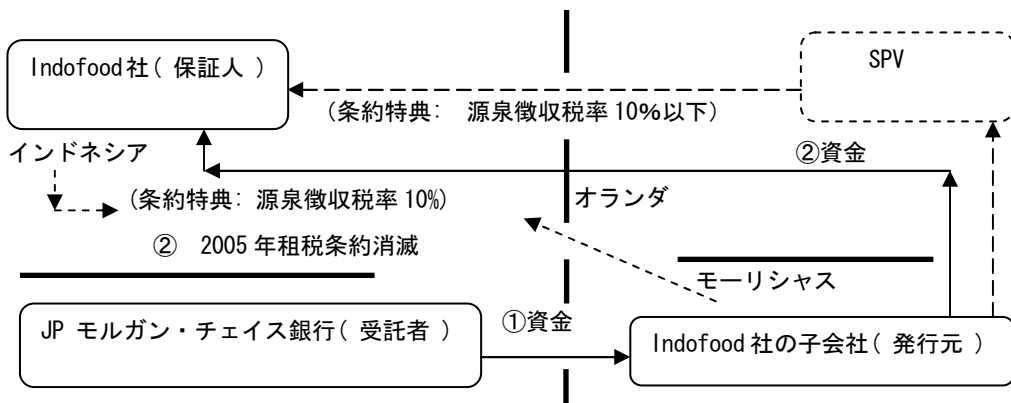
## Ⅱ オストリー氏等の論文に対する筆者の見解

### 1 受益者概念の不透明性

確かに、受益者概念の射程範囲については、OECD モデル条約でも必ずしも明確な指針が示されていない中、諸外国における受益者概念の解釈の仕方にも少なからぬ差異が認められる。例えば、英国では、下の図1で示した取引が Indofood International Finance

Ltd v. JP Morgan Chase 事件控訴院判決 (2006 EWCA Civ. 158) で問題となり、本件貸付契約の受益権を新たに設立した SPV に付与する形で債権・債務関係を再構築することによって、介在法人である SPV が受益者に該当し、インドネシア・オランダ租税条約上の軽減税率の適用が可能となるか否かが争点となった(詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』395～397頁参照)。本事件判決において、控訴院は、受益者という文言については、条約の締約国の国内法に由来するものでない「国際課税上の意味 (“international fiscal meaning”)」を付与することが妥当であるとの考え方に立ち、受益者に該当するためには、所得から生じる利益を直接かつ完全に享受する権利を有していることが必要であるところ、本件利払いから生じる利益を直接かつ完全に享受する権利を SPV は有しない以上、SPV は受益者ではないと判断している。かかる判断の根底には、租税条約の解釈においては、条約特典の適用対象となる受益者の範囲を狭く解する「広い受益者概念」を採用することが妥当であるとの考え方がある。

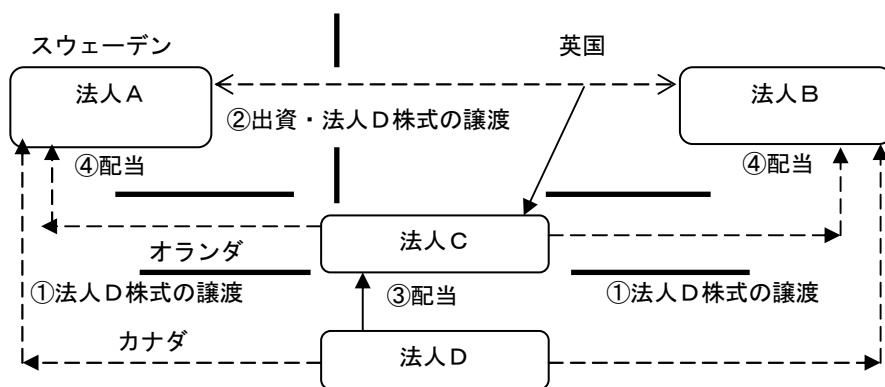
(図1)



これに対し、例えば、カナダでは、Prevost Car Inc. v. The Queen 事件租税裁判所判決（2008 TCC 231）が、上記の Indofood 事件判決で示された見解・アプローチを実質的に否定する判断を下している。本事件では、下図2の通り、法人 A 及び法人 B が設立したオランダの法人 C（資産や従業員を有しない。）が法人 D が支払った配当の受益者であるか否かが争点となったが、本判決では、コモン・ローや大陸法における定義を踏まえると、「…配当の「受益者」とは、配当を自らの使用・保有のために受領し、受領する配当に係るリスクと管理を引き受ける者である。…

「受益者」とは、資産の所有権を最終的に行使することができる者であるが、「最終的な」という意味は、法人のベールを取った資産の実質的所有者を示すわけではなく、「…法人のベールを取るのは、法人が導管として得た資金の使途に関して全く裁量権を有しないケースなどであるところ、本件は、これらのケースに該当しないとして、法人 C は受益者であると判示されている（詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』398 頁参照）。また、本事件の控訴審判決（2009 FCA 57）でも凡そ同様な判断が下されている。

( 図 2 )



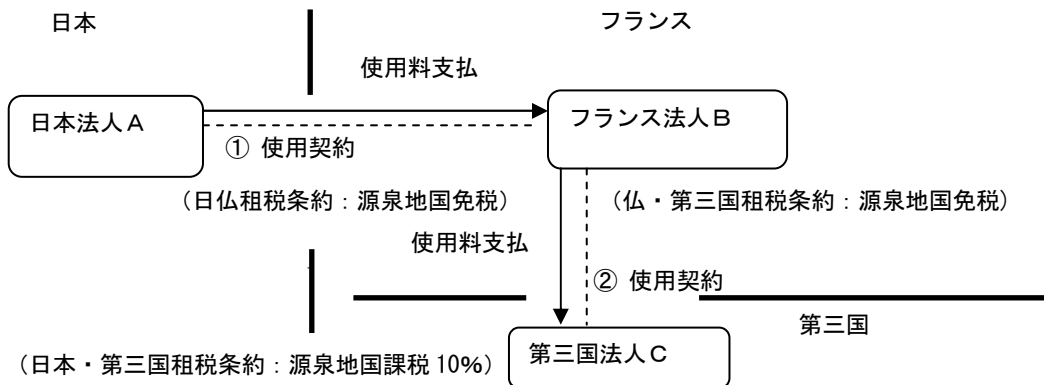
## 2 日仏租税条約改正議定書上の取扱い

上記からも示唆される通り、受益者概念の射程範囲には不透明性という問題が伴う。このような問題への対応措置として、平成 19 年に改正された日仏租税条約議定書の 10 条（配当）、11 条（利子）、12 条（使用料）、22 条（その他所得）では、導管防止規定が採用されている。本規定の下では、例えば、下図 3 の通り、第三国法人 C が改正された日仏租税条約の特典を狙ってフランス法人 B を介在させている場合、(i)使用契約①と使用契約②が同等なものであり、(ii)第三国法人 C は、日本法人 A が支払う使用料に対し、フランス法人 B に認められる日仏租税条約上の特典と

同等か又はそれ以上の有利な特典を受ける権利を有しておらず、(iii)フランス法人 B が日本法人 A に対して無体財産権の使用契約を締結するのは、第三国法人 C が、フランス法人 B に対して同等者の無体財産権の使用契約を締結するのが必要条件だったであろうと認められれば、フランス法人 B は、使用料の受益者ではないとされる。



( 図 3 )



また、日仏租税条約改定議定書では、上記の各条項において「主要目的テスト」が採用されており、条約特典の適用条件がより厳格化されている。確かに、「主要目的テスト」を採用することについては、OECD モデル条約 1 条に関するコメンタリーのパラ 9.5 では、「・・・納税者が上記の濫用的な取引類型を利用していると安易に想定すべきではないことに留意することは重要である。ある取引やスキームを実行することの主要な目的がより有利な税務上の利益を得ることであり、また、かかる状況の下でかかる利益を得ることが関係規定の目的と趣旨に反することになる場合には、二重課税防止条約の特典は享受することができないというのが指針となるべき基準である」と述べられていることから、実際の運用のあり方次第では、「主要目的テスト」が本条項の趣旨に合致しないこともあり得るものと考えられる。

実際、我が国でも、租税条約特典の適用判断基準の一つとして「主要目的テスト」を採用することの是非を巡っては議論があり、平成 15 年に改正された日米租税条約では、本テストに係る税務当局の立証責任の履行が困難なものとなることなどが危惧され、結局、採用されなかったという経緯もある。しかし、本テストについては、その有用性を認める動きが強まってきており、平成 18 年に改正さ

れた日英租税条約の 10 条(配当)、11 条(利子)、12 条(使用料)及び 21 条(その他所得)で採用された後も、前述の日仏租税条約改正議定書では、凡そ同様な所得を対象として採用され、さらに、平成 20 年に改正された日豪租税条約では、本テストがより広い範囲の者に対して適用可能となり得るよう拡充されている。したがって、今後は、より多くの主要国との租税条約において、導管取引防止規定だけでなく、「主要目的テスト」についても、その採用を行うということが一般化するものと考えられる。

### 3 「主要目的テスト」と欧州法との関係

「主要目的テスト」が欧州法に抵触するか否かという点についても、確かに、上記のオストリー氏等の論文でも述べられている通り、議論の余地があるが、「権利の濫用」(「濫用的な行為」)の概念の有用性を確認した Halifax 事件欧州司法裁判所判決で示された「主観テスト」(「問題の取引が税法上の利益を得ることを根本的な目的としていることが、多くの客観的な要素から明らかであること」、パラ 86)については、「主要目的テスト」と基本的に同様な基準であると解し得る。また、そもそも恩恵的な性格が強い租税条約上の特典を得ることを主要な目的とする取引に対して租税条約特典を付与することは、租税

条約の趣旨・目的に反するとの考え方に立脚すれば、租税条約特典を得ることを主要な目的とする取引は、本判決で示されたもう一つの適用基準( 税務上の利益の付与を認めることが第6次指令とその国内適用を図る規定等の趣旨に反していること )をもクリアすると考えられることから、「主要目的テスト」と「権利の濫用」の適用基準には大きな乖離はないと見るべきであろう。

実際、上記の論文でも言及されている **Ministero dell' Economia e delle Finanze v. Part Service Sri** 事件欧州司法裁判所判決 (Case C-425/06) では、**Halifax** 事件欧州司法裁判所判決 (Case C-255/02) で示された「濫用的な行為」の適用基準の一つである「主観テスト」について、「第6次指令が意味していることは、濫用的な行為の存在が認められ得るのは、問題となる単一の取引又は複数の取引が、税務上の利益を発生させることを主要な目的(“principal purpose”)としている場合であると解釈すべきであるとの見解が示されており、かかる見解は、「法の濫用」概念の適用基準・範囲をそれほど厳格に解さない考え方が誤ったものではないことを確認するものであると言える。

これに対し、確かに、本論文で言及がされている **Amplifin SpA** 事件欧州司法裁判所判決 (Case C-162/07) では、「濫用的な行為」の認定基準との関係では **Cadbury Schweppes** 事件欧州司法裁判所判決 (Case C-196/04) で示された見解(「濫用的な行為に基づいて基本的権利に対する制限を正当化するためには、かかる制限が、自国で実行された活動に起因する利益に関して通常生じる税負担を回避することを目的とし、経済的な事実を反映しない全く人為的なアレンジメントを創造する行為を禁ずるという特定の目的を有することが必要となる」、パラ 55)について、税務当局にとって、より厳しい解釈(「権利の濫用を禁ずる原則の効果は、経済的な事実を反映してお

らず、また、税務上の利益を得ることを唯一の目的として設立された全く人為的なアレンジメントを禁ずるということである」、パラ 28)が示されている。

もっとも、**Test Claimants** 事件 (Case C-524/04) に対して示されたジールホード法務官意見では、「法の濫用を防止するために、加盟国は、さもなければ差別的となる直接税に係る手段を講じることが、原則として、正当化されるということは、欧州司法裁判所の多くの判決で示された認識であり……、この点は、最近、**Marks and Spencer** 事件判決で明確に示されているが、本判決で示された国境を跨いだ損失の控除を制限する国内法上のルールは、原則として、租税回避のリスクによって正当化することができる…という認識も、**Lankhorst-Hohorst** 事件判決、…**Halifax** 事件判決及びその他の税以外の分野に関する欧州司法裁判所の多くの判決に表れている」と述べられていることから、基本的権利の制約根拠となり得ると欧州司法裁判所が認める「租税回避のリスク」原則は、「権利の濫用」の原則と類似する視点に立脚するものであると解し得るものと考えられる。

そうすると、確かに、従来は、「租税回避のリスク」原則に基づいて正当化し得えたのは、税法を回避することを唯一の目的とする「全く人為的なアレンジメント」を禁ずることを特に目的とする規定に限られていたと考えられていたようであるが、**OyAA** 事件欧州司法裁判所判決 (Case C-231/05) では、「全く人為的なアレンジメント」を否認することを特に目的としていなくとも、かかる目的を実現する上で妥当であると考えられる規定は EC 条約に抵触しないと判断されたことなどを背景として、最近では、「租税回避のリスク」原則と「権利の濫用」の法理の適用上のメルクマールは、租税回避を唯一の目的とするものに限定されるわけではないと考えられるようになっているのではないかと考えられる。



実際、上記の **Test Claimants** 事件判決でも、「第三者間取引…に合致しない条件の下でローンを得たとの事実、…問題となる取引の全部又は一部が、加盟国の税法の適用を回避することを根本的な目的とする全く人為的なアレンジメントであるか否かを判断するために独立して照合し得る客観的な要素を構成する」との見解が示されている。

しかも、**Amplifin SpA** 事件判決は、上記の通り、「権利の濫用」を禁じる原則の射程範囲が狭く解されるという可能性があることを示唆する部分も含んではいるものの、当該部分は、本判決において主たる争点となっているわけではないほか、かかる示唆が示されたことによって、本事件で問題となっているイタリアの税法上の規定が欧州法に抵触すると判示されたわけでもない。さらに、「権利の濫用」の概念の射程範囲を広く解する方向性を示した上記の一連の判決等にも鑑みると、本判決は、「権利の濫用」を禁じる原則とは、基本的には、租税回避を唯一の目的とする取引を対象としているということを示しているだけであり、その適用をかかる取引に厳格に限定することを趣旨とするものではないとも考えられる。やはり、本判決によって、上記の一連の判決等で示された「権利の濫用」概念の射程範囲に関する見解が覆ったとは考え難いのではないだろうか。

#### 4 受益者概念の潜在的有用性

いずれにしても、EU 諸国では、受益者規定の潜在的有用性の程度は、その他の濫用防止規定と欧州法との関係如何によっても異なったものとなり得るのに対し、欧州法との関係を意識なくて良い国々では、実質主義に立脚する受益者規定・概念をその他の否認アプローチに立脚するその他の濫用防止規定と関連づけることによって、受益者規定・概念の有用性を高めることが可能となることを示した **Bank of Scotland** 事件国務院判決の視

点の有用性は、より大きなものとなり得るのではないだろうか。確かに、例えば、実質主義の有用性が高い国々や法の濫用の法理を否認根拠とするアプローチが殆ど採られていない米国等では、受益者概念・規定については、今後も、実質主義の枠内で解釈するとのスタンスが基本的に維持されると想定されるが、実質主義の射程範囲がより狭く、また、「主要目的テスト」を採用している租税条約も締結している我が国の場合には、実質主義的アプローチに立脚した受益者規定・概念の適用という方向性だけでなく、実質主義とは異なる否認アプローチからも受益者規定・概念の適用を支えるというアプローチにも目を向けることによって、その潜在的有用性を発揮させる余地があるのではないかと思料する。

上記の観点からすると、外国税額控除枠の彼我流用が問題となった最高裁第二小法廷平成 17 年 12 月 19 日判決（平成 15 年（行ヒ）第 215 号、判例時報 1918 号 3 頁）において、外国税額控除制度をその本来の趣旨・目的から著しく逸脱する態様で利用して納税を免れる行為は制度の濫用であると判示されたことの意義は大きいのではないかと考えられる。本最高裁判決で示された制度の濫用の概念が、欧州の大陸法の国々における法の一般原則である法の濫用の法理と同様なものであるか否かを巡っては議論がないわけではないが、制度の濫用の概念は、少なくとも、恩恵的な政策規定である租税条約上の特典を不当に享受する取引に対しては適用されるものであると解釈されており、実質主義以外の有用性の高い否認アプローチとなり得る潜在性を有しているものであることから、租税条約における受益者概念を支え、その否認機能を補完する機能を発揮させる上でも重要な概念となり得るものと位置づけることができるのではないかと思料する。

### Ⅲ オストリー氏の返答の概要

確かに、欧州司法裁判所が一連の判決で述べている「全く人為的なアレンジメント」(“purely artificial arrangements”)という文言の不透明性は払拭されていない。私見ではあるが、かかる不透明性が払拭されていない理由の一つとしては、そもそも、Halifax 事件判決(C-255/02)でも述べられている通り、税務上の効率性を達成する形で取引を行うことは納税者の自由であり、また、租税回避防止規定の適用が法的な不透明性に繋がらないことが求められる中、租税回避を主たる目的とする取引を否認するという規定を設けることには困難性が伴うという点を挙げることができる。このような困難性が認められる中、欧州司法裁判所も、租税回避を防止するという利益のために法的な透明性という利益を犠牲にするのかという問題に対し、未だ、十分に明確な答えを出していない。

フランスの租税実務家は、上記のような不透明性に乗じて、一連の欧州司法裁判所判決で認められた否認規定・法理の射程範囲を狭く解する傾向がある。確かに、上記Ⅱの3で指摘されている通り、欧州司法裁判所判決の中には、確かに、否認の対象を「根本的な目的が税務上の利益を得ることであることが客観的な事実から明らかであるもの」とする“Halifax standard”の射程範囲を広く解するものもあるが、逆に、その射程範囲を狭く解しているものがあるのも事実であり、また、一つの事件判決において、“Halifax standard”の射程範囲を広く解していると考えられる判示部分と狭く解していると考えられる判示部分の双方が存在しているようなケースもある。

例えば、上記の Test Claimants 事件判決(C-524/04)のパラ 82 では、上記Ⅱの3において“Halifax standard”の射程範囲を広く解したものであるとの指摘がされているパラ 74 及び 75 と矛盾するような表現(「税務

上の理由だけで実行された全く人為的なアレンジメントに該当する取引であるか否かを決定するために客観的で証明可能な要素を規定する国内法は、濫用的な取引を防止するために必要な程度を超えないものと考えられる」)がされており、また、パラ 83 でも、「このような法律が比例性の原則に合致するためには、次なる要件として、これらの要素を考慮した場合、問題の取引が根本的な商業上の正当理由を何ら有していない全く人為的なアレンジメントであると結論づけられることが必要である」との見解が示されている。

上記のような不透明性があり、また、フランスでは、法の濫用の法理の適用は租税回避を唯一の目的とするものに限定されてきたことから、“Halifax standard”の射程範囲についても、狭く解する向きが少なくない。Bank of Scotland 事件国務院判決では、問題となった条約漁りの否認は、受益者概念と法の濫用の法理のいずれかに依拠することでは不十分であり、その連携によって可能なものとなると判示されたのも、このような見方からすると納得できるものである。もっとも、近年、少なからぬフランスの租税条約で「主要目的テスト」が採用されるようになってきていることから、今後、上記のような見方の下、租税回避を主要な目的とする取引に対して租税条約上の規定をどのように適用するかという問題が生じよう。日本を含めた主な諸外国の今後の動向も参考となるであろうと考えられる所以でもある。

### Ⅳ 結語

上記ⅡとⅢで行った意見交換からも確認し得る通り、多くの租税条約や国内法で依拠することとされている受益者概念、欧州司法裁判所が一連の判決で示した「全く人為的なアレンジメント」の判断基準及び最近の主な租税条約で採用されている「主要目的テスト」の射程範囲等については、幾分異なった解釈

を行う余地が残されており、未だ、不透明性が十分に払拭されていないことから、その有用性の程度も十分に明確ではないという問題がある。かかる不透明性が、今後の更なる議論や裁判所の判決の蓄積などを通じて、どれほど払拭されるかは必ずしも明らかではないが、これらの概念・基準は、条約漁りや国際的租税回避行為への対抗上、非常に重要なものであり、しかも、EU 諸国の租税回避行為への対抗措置だけでなく、その他の諸国の租税回避行為への対抗措置にも影響を与え得ると考えられることから、これらの射程範囲や有用性の大きさが、今後、どのようなものに収斂するかによって、税務当局の国際的な租税回避行為との戦いの結果だけでなく、多くの国の国内法及び租税条約上の対抗措置のあり方も、多少なりとも異なったものとなると想定される。

#### V 筆者の見解(Ⅱの英訳)

It is true that there is ambiguity in the beneficial ownership concept. The ambiguity of its scope and way of application is evidenced for instance in the contrasting difference between the UK Court of Appeals' ruling on *Indofood International Finance Ltd v. Morgan Chase*( [2006] STC 1195 ) and the Canada Tax Court's ruling on *Prevost Car Inc. v. The Queen*( [2008] TCC 231 ). In the *Indofood* case, the court ruled, "the beneficial owner means the actual owner of the interest income who truly has the full right to enjoy directly the benefits of that interest income." , thereby giving the beneficial ownership concept a broad definition( expanded interpretation ) for the benefit of the tax authority. On the other hand, in the *Prevost* case, the court negated such a broad definition and

allowed the application of Canada-Netherlands treaty benefit to dividend to be received by the company A in the Netherlands with no employees and no assets other than its investment in the shares of the company B in Canada. It seems that the Tribunal Administratif de Lille in the *SA Fountain Industries* case( no.95-5403, no.96-738 ) and the *Conseil d'Etat* in the *SA Diebold Courtage*( CE, no.191191 ) also did not adopt a broad definition of the beneficial ownership concept, either.

There is also practical ambiguity in the main purpose test adopted in such tax treaties and protocols as the Japan-France Treaty Protocol revised in 2007. The test can be applied in such a way as it denies the Japan-France Treaty benefits to an entity deemed not to be a beneficial owner of the income in question, but due to the ambiguity inherent in such a test, it failed to be adopted in the Japan-US Treaty revised in 2003. Also, now that the Article 84 of the Japanese Constitution providing for the principle of no taxation without law is a legal background for the need of clarity and predictability in taxation, there remains a question of how such standards as the main purpose test should be applied in practice. Nevertheless, the main purpose test was also adopted in the Japan-UK Treaty revised in 2006, and in the case of the Japan-Australia Treaty revised in 2006 it was adopted in such a way that it could be applied in a wider context. Such being the case, the question of how the main purpose test fits in the EU law is also a matter of interest and concern for Japan.

From the above viewpoint, the article

written by Mr. S. Austrey, S. Gelin, and D. Sorel refers to some important and interesting points. The article mentions, “These provisions( anti-abuse provisions such as those with the main purpose test ) seem to cover the beneficial ownership provisions. . . . Certainly, the validity of these provisions may be disputed in an EU context. First, if the criterion of the main objective seems to conform to the terms used by the ECJ in the Halifax case and Part Services case, remember that (1) these cases were rendered regarding the VAT directive, and that (2) these cases were qualified by other decisions.” Based on these observations, the article concludes that the beneficial ownership provision could have a useful effect in the framework of combining with that kind of tax treaty if (i) the general anti-abuse provision would be judged as contrary to EU law, and (ii) the scope of that provision is limited to the fraud and tax evasion.

One question that arises on my mind with respect to the above points is the degree of the qualification imposed by “the other decisions” (according to the article, Amplifin SpA case(C-162/07) ). Certainly, in the Halifax case which confirmed a usefulness of the concept of the abuse of rights as a general anti-abuse doctrine for EU Member Countries, ECJ ruled at para 74 and 75, “. . . an abusive practice can be found to exist if, first, . . . second, it must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage. ”. Furthermore, in the Part Services case, ECJ concluded, “there can be a finding of an abusive practice when the

accrual of a tax advantage constitutes the principal aim of the transaction or transactions at issue”.

On the other hand, it is also true that in the Amplifin SpA case, ECJ ruled at para 27 and 28, “the principle prohibiting the abuse of rights is intended to ensure, particularly in the field of VAT, that Community legislation is not extended to cover abusive practices by economic operations, that is to say transactions carried out not in the context of normal transactions, but solely for the purpose of wrongfully obtaining advantages provided for by Community law ( Case C-255/02 Halifax . . . ) . The effect of that principle is therefore to prohibit wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality and are set up with the sole aim of obtaining a tax advantage ( see, to that effect, Case C-196/04 Cadbury Schweppes . . . ) .”

Therefore, it could be said that the aforementioned interpretation shown by the Part Services case of the standard of “ the essential aim of the transactions” expressed in the Halifax case ( hereinafter called “Halifax standard” ) might be modified or superseded by the above-mentioned interpretation shown in the Amplifin SpA case which sets a higher hurdle for tax authorities to clear in order to meet the Halifax standard. However, it should be worth recalling that there are more than a few ECJ cases and views that suggest that, as for the interpretation of the Halifax standard, the one shown in the Part Services case is appropriate and there is also a convergence of the principle of risk of tax avoidance for the justification of

restriction on the fundamental freedom principally in the field of direct taxation and the abuse of rights principally in the field of indirect taxation.

Such cases and views can be found, for instance, in the advocate general Geelhoed's opinion on the *Test Claimants* case (C-524/04). He maintained at para 62, "The Court has on numerous occasions recognized that, in principle, Member States may be justified in taking otherwise-discriminatory direct tax measures in order to prevent abuse of law . . . . This is most recently evident in the *Marks & Spencer* judgment, where the Court held that in principle a national rule restricting deduction of cross-border losses could be justified by the risk of tax avoidance. . . . Such recognition is also evident in the Court's judgments in *Lankhorst-Hohorst*, *X&Y*, and *ICI* as well as in *Leur-Bloem* (on the *Merger Directive*), *Halifax* (on indirect tax), and numerous judgments in non-taxation fields".

In fact, in the above *Test Claimants* case, ECJ, adopting the advocate general's opinion, ruled at para 81, "The fact that a resident company has been granted a loan by a non-resident company on terms which do not correspond to those which would have been arranged upon at arm's length constitutes, . . . a purely artificial arrangement, the essential purpose of which is to circumvent the tax legislation of that Member State." Also, in the *OyAA* case (C-231/05), ECJ ruled at para 63, "Even if the legislation at issue in the main proceedings is not specifically designed to exclude from the tax advantage

it confers purely artificial arrangements, devoid of economic reality, created with the aim of escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory, such legislation may nevertheless be regarded as proportionate to the objectives pursued, taken as a whole".

Therefore, there seem to remain questions of ; (1) how the above-mentioned views expressed in those cases and opinions on *Halifax* standard should be reconciled with the view expressed in the *Amplifin SpA* case, and (2) how the article stands vis-à-vis the maintenance that there is a conversion of the principle of risk of tax avoidance and the abuse of rights. I am of a view that, now that the way of interpretation of the *Halifax* standard was more of a pivotal issue in the aforementioned cases than it was in the *Amplifin SpA* case as is evident from the fact that in the latter case the Italian national legislation in the main proceedings was ruled not to contravene the principle prohibiting the abuse of rights( see para 30 ), the validity of the views on the *Halifax* standard expressed in the aforementioned cases was hardly undermined by the *Amplifin SpA* case.

Probably we have to wait for future ECJ rulings to clarify whether the degree of qualification imposed on the *Halifax* standard by the *Amplifin SpA* case was significant or not, while what is clearer at this point is that a lesson can be drawn from the article and the approach shown in the *Bank of Scotland* case. The lesson to be drawn is that not only in France but also in other countries it would be useful in



some cases to take an approach of negating treaty shoppings by means of the beneficial ownership concept in conjunction with some other general anti-avoidance principles or specific anti-abuse provisions while the degree of usefulness of such approach might differ from country to country. As for Japan, it should be important to note in this respect that the supreme court ruling on Dec. 19, 2005 relied on the concept of “abuse of tax system” in denying abusive utilization of excess foreign tax credit.

Now that the concept of “abuse of tax system” as a means of denying tax avoidance had hardly been resorted to prior to the above-mentioned supreme court ruling, there are arguments in Japan over the legal nature of this concept as well as the standard and the scope of its application. Even so, it can be said at least that, even if the concept should be interpreted as what is not quite identical to the abuse of rights or *fraus legis* in such a country as Netherlands, it could be applied in principle in cases of treaty shopping aimed solely( or maybe primarily ) at treaty benefits because treaty benefits are preferential treatment or legislative grace. Therefore, in Japan where there is no such upper-level laws as EU Law, the usefulness of the concept of “abuse of tax system” should not be low in overcoming to some extent the limit of the uncodified substance-over-form principle and in supplementing the function of the beneficial ownership concept / provision in the face of treaty shopping.

## VI 論文作成者の返答( 原文 )

Dear Professor Matsuda

Thank you very much for your comments which accurately reports the views we expressed in our article “Practical Effectiveness of Beneficial Ownership Clauses in France's Tax Treaties” and raises important and interesting questions on the practical application of the beneficial owner concept.

Firstly your quote “It seems that the Tribunal Administratif de Lille in the SA Fountain Industries case (no.95-5403, no.96-738) and the Conseil d’Etat in the SA Diebold Courtage (CE, no.191191) also did not adopt a broad definition of the beneficial ownership concept, either” is totally correct. Indeed, though the French Conseil d’Etat gives a wide scope to beneficial owner clauses, the definition of the concept itself remains very narrow.

I was also quite impressed by your thorough knowledge of ECJ case law, even if I probably do not share entirely your interpretation of it. French tax practitioners tend actually to have a more balanced interpretation of the ECJ rulings mentioned in your comment. The reason for this is quite simple : in the traditional domestic law concept of “abuse of law” (that has been introduced in French tax law sixty years ago), only arrangements entered into solely for tax reasons by taxpayers could be recharacterised by the French tax administration on the ground of abuse of law. This requirement that has to be fulfilled by FTA proved to be, over the past sixty years, a very effective protection

for French taxpayers and there is a strong reluctance in France to shift to a main purpose test.

This is probably why French tax practitioners tend to interpret ECJ case law more restrictively on this aspect. And indeed we could take advantage on this point of the lack of clarity of ECJ jurisprudence. For instance, the *Test Claimants* case that you mentioned in your message remains quite unclear on this issue: - in paragraph 82 of this decision, the ECJ seems to contradict paragraphs 74 and 75: “national legislation which provides for a consideration of objective and verifiable elements in order to determine whether a transaction represents a purely artificial arrangement, entered into for tax reasons alone, is to be considered as not going beyond what is necessary to prevent abusive practices where, in the first place” ; - in paragraph 83, the ECJ adds that “in order for such legislation to remain compatible with the principle of proportionality, it is necessary, in the second place, that, where the consideration of those elements leads to the conclusion that the transaction in question represents a purely artificial arrangement without any underlying commercial justification”. A similar wording can be found in paragraph 86 of the decision.

Similarly, in the *OyAA* decision, the ECJ balances the wording of its ruling in paragraph 62 by specifically aiming at wholly artificial arrangements rather than mainly tax driven transactions: “Conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping

the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory is such as to undermine the right of the Member States to exercise their tax jurisdiction in relation to those activities and jeopardise a balanced allocation between Member States of the power to impose taxes”.

Various reasons could possibly explain why the ECJ remains unclear when it comes to giving a definition of “purely artificial arrangements”. In my opinion, one of the main reasons relies in the fact that the application of anti-abuse provisions shall not lead to legal uncertainty. In this respect, the ECJ has consistently acknowledged that tax payers are free to structure their investments in a tax efficient manner (see notably *Halifax* §73). Yet, it could prove difficult to allow EU Member State to enact provisions deriving from EU freedoms by aiming at “mainly tax driven transactions” without risking jeopardizing the freedom to structure an investment in a tax efficient manner. Therefore, more practically, the actual question may also be whether the ECJ is willing to sacrifice legal certainty to the benefit of preventing fiscal evasion. This question yet remains to be answered. This is also why, from a French perspective, the fact that the *Conseil d'Etat* ruled in the *Bank of Scotland* case that a beneficial owner clause cannot apply without having recourse to the domestic theory of the “abuse of law” ensures legal certainty and a strong protection for taxpayers against tax administration discretionary powers. Indeed, should it have been applied on a stand alone basis in the case submitted to

the Conseil d'Etat, it may have embraced non abusive situations.

But the main purpose test has been introduced more and more frequently in tax treaties concluded by France (you mentioned rightly the France-Japan tax treaty to the negotiation of which I participated in my previous professional life). How to apply treaty provisions dealing with the concept of mainly (and not exclusively) tax driven transaction will probably be one of the most important question French tax practitioners will have to address in the near future. Giving the discrepancy with our traditional definition of abuse of law, the practice of countries like Japan, where if I understand correctly a broader concept of abuse of law has been adopted by the Supreme Court, will be for us of invaluable interest.

I hope these short observations will be helpful to you and thank you again for the time you spent in commenting our modest article. I will have to keep dealing with this issue as I am the French branch reporter on subject 1 of the IFA 2010 annual congress in Roma on anti avoidance provisions and tax treaties. I hope we will have the chance to exchange views again on these topics and maybe meet face-to-face at the next IFA annual congress in Vancouver.

Best regards

Stephane Austrey