

論 説

租税条約上の租税回避否認

横浜国立大学大学院教授

川 端 康 之

◆SUMMARY◆

近年の租税裁判例のうち国際取引に関わる租税回避事案においては、国内法の適用だけでなく租税条約の適用が問題とされ得ると思われる事案であっても、もっぱら国内法令の解釈あるいは租税回避否認規定が問題となっており、租税条約の租税回避防止規定や租税回避否認の文脈での条約文言の解釈自体に焦点が当てられた事案は存しない。

本稿は立法による租税回避否認の枠組みに限定し、いわゆる国際的租税回避を否認する法的根拠として租税条約の定めがどのような位置づけにあるのか、さらには国際的租税回避を否認する上で租税条約上、否認の法的根拠を定めることができるのか、それが可能であるとした場合に、それは個別的否認規定であるのか一般的否認規定であるのか、そのような条約上の否認規定の効果は租税条約上に止まるか国内法上もその効果は及ぶか、といった論点について試論的に整理を行ったものである。

(税大ジャーナル編集部)

目 次	
問題の所在	2
1. 租税条約の規定	3
2. 租税回避	4
3. 個別的否認規定と一般的否認規定	5
4. 租税条約における租税回避否認	6
5. 租税条約上の租税回避否認規定の可能性	8
(1) セービング・クローズとの関係	8
(2) プリザベーション・クローズとの関係	9
(3) 無差別条項との関係	10
結語	11

問題の所在

近年の租税裁判例のうち国際取引に関わる租税回避事案においては、国内法の適用だけでなく租税条約の適用が問題とされ得ると思われる事案であっても、当事者の争点はもっぱら国内法上の争点だけに集約されている事案が見られる。ある裁判例では、当事者の争点はもっぱら納税者の私的取引の法的性質が焦点となり^①、他の事案においては納税者の取引の法的性質を所与のものとして、それが租税法令の要件をどのように充足するかもっぱら租税法令の解釈が争点となったもの^②などがその例であろう。これらの事案のいくつかは、我が国の条約相手国居住者やそのような国に所在する我が国居住者の恒久的施設を利用したのも含まれ、租税回避の否認に際して租税条約との関係が問題となり得ると思われるものもあるが、当事者も裁判所も必ずしも両者の関係に言及していない^③。

国内租税法令の法解釈や租税条約の法解釈による否認を別とすれば、国内法令と租税条約のいずれか又は双方に租税回避否認の明文による法的根拠がある場合とそれがない場合を分けたとき、租税回避否認の法的根拠（国内法令、租税条約）の組み合わせは次の四つが考えられる（○は根拠規定あり、×は根拠

規定なし）。

- (1) 国内法令 ○ 租税条約 ○
（双方に明文の根拠がある）
- (2) 国内法令 ○ 租税条約 ×
（国内法令には根拠があるが、条約には根拠なし）
- (3) 国内法令 × 租税条約 ○
（国内法令に根拠がなく、条約に根拠あり）
- (4) 国内法令 × 租税条約 ×
（双方に明文の根拠なし）

この四つの場合分けていえば、近時の裁判例ではもっぱら国内法令の解釈あるいは租税回避否認規定が問題となっているのであり、租税条約の租税回避防止規定や租税回避否認の文脈での条約文言の解釈自体に焦点が当てられた事案は存しない。

なお、我が国においては、租税条約において租税回避否認規定と目される規定が置かれたとしても、条約上の否認規定の効果は、条約上の恩典付与の制限や、ソース・ルールの変更による課税権行使を認める締約国の変更などを認めるに止まると考えられ、そのような規定によって条約を越えて国内法上の租税回避否認を認める条約例は見かけない。一方、外国の条約例では、一方締約国の国内法令上

の租税回避否認規定の適用を留保する条約規定を持つものもある。

近時の事案では、非居住者による租税回避が問題とされるようになってきている。一つには、我が国の居住者が非居住者を偽装したり、非居住者の要件を充たすことができずに国外源泉所得についての我が国所得課税を結果として回避していたと評価される事案がある。また、我が国所得課税の上では非居住者であることを前提に、国内源泉所得について租税回避を図る事案も見られる⁽⁴⁾。このような非居住者事案については、当該非居住者の本国（居住地国）との間で我が国が租税条約を締結していれば、我が国国内法上の扱いに止まらず、租税条約上の課税権配分等を検討する必要がある⁽⁵⁾。その一つに、このような場合に租税回避を否認するのは国内法令においてであるのか、租税条約においてであるのか、あるいはその両者によるのであるのかも問題とされよう。

そこで、本稿では立法による租税回避否認の枠組みに限定し⁽⁶⁾、いわゆる国際的租税回避を否認する法的根拠として租税条約の定めがどのような位置づけにあるのか、さらには国際的租税回避を否認する上で租税条約上、否認の法的根拠を定めることができるのか、それが可能であるとした場合に、それは個別的否認規定であるのか一般的否認規定であるのか、そのような条約上の否認規定の効果は租税条約上に止まるか国内法上もその効果は及ぶか、といった点について論点整理を行うこととしたい⁽⁷⁾。

1. 租税条約の規定

我が国が締結する租税条約は大半が二国間条約で、所得及び財産についての二重課税の回避及び国際的脱税・租税回避を防止することを目的としている。前者の二重課税の回避について租税条約の規定は、源泉地国免税としたり源泉地国での課税に制限税率を置いた

り、あるいは財産所在地国や勤務地での課税を認めたりすることによって締約国間での国内租税立法による課税権行使を調整している。これらは、課税権配分規定と称されることもある。

これらの規定に加えて租税条約では、条約に定める権限のある当局間での直接の通信や相互協議を認め、当局間での納税者情報の交換を認めている。これらは、租税回避・脱税を防止するために主権の限界を越えて当局間での情報共有や行政的解決を認めるものであり、従来はこれらの規定（行政的規定と呼ぶことにする）が国際的脱税・租税回避の防止に資するものと考えられてきた。

しかし、国・地域間で国際的な経済交流が盛んになれば、そこでの経済活動もより複雑なものとなり、情報交換を充分に行ったとしても関係国間での国際的脱税・租税回避を防止するには、これらの行政的規定だけでは不十分なものと考えられる。そのため、従来は課税権の配分を目的としてきた規定にも、とりわけ二国間租税条約における両締約国以外の第三国の居住者による租税回避を否認するための要件が追加されるに至っている⁽⁸⁾。また、条約によっては、原則的な源泉地決定ルールを定めた上で、一定の要件の下、同様の取引であっても源泉地の変更を認める規定が含まれている場合もある。これらの規定は、一定の具体的適用要件の下で租税条約上の特典⁽⁹⁾の享受を認めず、あるいは源泉地を変更することで両締約国の一方に課税権を留保させるだけであるから⁽¹⁰⁾、いわゆる個別的否認規定の範疇に属すると思われるが、現代の租税条約規定が単純な課税権の配分にとどまらなくなっていることには注目する必要がある。むしろ、租税条約に否認規定を定めること自体は可能であって、すでにそのような規定が含まれつつある、というべきであろう。また、これらの否認規定の法律効果は、目下のところ、特殊関連企業条項を除いて、条約上与え

られた特典の享受を制限する（すなわち、その点で制限税率などの条約規定の適用を排除するが、「特典」の範囲については必ずしも明確な理解は存しない）などの条約上の効果にとどまっている。本稿の関心は、しかし、我が国の条約例ではまだ実例は存しないと思われるものの、租税条約上租税回避否認規定を定めることで、一方又は他方の締約国の居住者による両締約国間での租税回避行為を（国内法上も）否認する根拠としてそのような租税回避否認規定を適用することができるか否かにある（租税条約上の否認規定の可能性）。

租税条約の規定にはこれら三つの種類の規定とはやや異なる規定も存する場合がある。それは、いわゆるセービング・クローズ、プリザベーション・クローズ⁽¹¹⁾、無差別条項などである。これらは、課税権の配分ルールを直接定めるといふよりは、締約国の自国居住者に対する自国の課税が締約国との間の租税条約によっては影響されないこと（セービング）、締約国が国内法令上定める非課税、免税又は控除等は租税条約によっては剥奪されないこと（プリザベーション）⁽¹²⁾、あるいは、条約の適用対象税目以外の税目や租税手続についても一方の締約国の居住者が他方の締約国において国籍等一定の基準により他方の締約国の居住者よりも不利に扱われないこと（無差別条項）、とするのである。国内租税法令にはこのような規定は含まれず、否認規定を租税条約上定立する際には、これら租税条約上の独特のルールとの関係も整理しなければならない。

2. 租税回避

租税条約の文脈で問題とされるべき否認の対象となる行為・事実の多くは租税回避といってよいような行為・事実であろう。一般論としては、租税回避は、国内での租税回避と性質は異ならないと考えられる。租税回避(行為)の意義についての我が国での理解は、「私

法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除すること」⁽¹³⁾であるとするのが有力である。これに対しては異説もあるが、結局、租税法令の立法者が予定した取引形式を用いずに経済的成果を達成するという点はいずれの定義においても共通する見方であろう。このような理解については、私的経済活動で採られる法形式に着目し、通常の法形式との比較において租税回避を特徴づけようとする点に留意する必要がある。

一方、上述のような近時の裁判例の中には、米国の判例法理の影響を受けた理論構成によって租税回避行為の否認と同じような結論に達する事例も増えている。例えば、一連の外国税額控除余裕枠事件⁽¹⁴⁾では、問題となった国外借主への融資を原因とする受取利子に対して外国において課された源泉税を外国税額控除の対象とすることが法人税法 69 条の外国税額控除制度の「濫用」とされた。また、いわゆる映画フィルム・リース事件⁽¹⁵⁾では、リースに出された減価償却資産（映画フィルム）が事業の用に供されていないとすることで、もっぱら減価償却費からなる損失の控除を認めなかった⁽¹⁶⁾。これらの事案では、法人税法 69 条や同 31 条あるいは所得税法の規定に定める計算方法の適用に際してそれらの規定を限定的に解釈したものとされているが、納税者は上記の租税回避の定義でいわれるような通常用いられない法形式を用いたというよりも、無リスク借入金による減価償却資産の取得による減価償却費の水増し（leverage）や課税の繰延べ（deferral）などを行っているのであって、従来の租税回避事案とは論点が異なる⁽¹⁷⁾。米国の濫用的タッ

クス・シェルターへの対抗策を論じる議論においては、濫用的タックス・シェルターの法形式というよりも、無リスクでの控除項目の作出や二重控除、課税の繰延べ、所得の性質（分類）の転換などの租税裁定によって課税上のメリットを受けようとする点に租税負担の軽減回避を見出しており、そのようなメリットを現実のものとするために各種の法形式が選択される⁽¹⁸⁾。

租税条約上の否認の対象を、両締約国間での一定の合意によるものとするか、国内法で用いるような租税回避ととらえるか、あるいは上述の裁判例のような濫用であるととらえるかによって、その否認規定の具体的体裁は大きく異なると考えられる⁽¹⁹⁾。

3. 個別的否認規定と一般的否認規定

個別的否認規定とは、個別具体的な取引の特徴を法律要件化し、それに対する否認の効果も一義的に定める否認規定をいい、一般的否認規定とは、法律要件は抽象的一般的な租税回避の目的や動機を要件とするに止まり、それに対する否認の効果は一義的に定める規定、と考えることができる。つまり、一般的否認規定の意義は、適用要件の一般性、包括性にある。

国内法上は、従来から、租税回避行為の否認について法令上の根拠が必要とされるのか否か、必要とされる場合に個別的否認規定が必要であるのか一般的否認規定で足りるのか、などが議論されてきた⁽²⁰⁾。我が国の判例学説は、課税要件法定主義の観点から租税回避行為の否認には法令上の根拠が必要であると、課税要件明確主義の観点から、そのような根拠規定は個別具体的規定である必要があると考えるものもあれば、公平負担の観点から具体的な法令上の根拠がなくても、一定の理由付けを用いて法解釈により否認することができるものまで、幅広く考え方が分かれる。法令上の根拠を求める学説においても、

租税回避行為にさまざまな行為類型が想定されることから一般的否認規定を指向する学説も見られる。

租税回避否認規定は、法律要件（課税要件）と法律効果から構成されるが、このうち法律要件では、どのような行為（計算）が否認の対象とされるのかが要件化される。所得税法157条（法人税法132条）の同族会社行為計算否認規定を例に言えば、法人所得課税の対象となる法人のうち同族会社を文言上取り上げ、その他の法人と区別して行為計算否認の対象としている⁽²¹⁾。個別的否認規定はこの法律要件が個別具体的なものを指すという理解があろう。一方、法律要件をこのような個別具体的なものとせず、一般的抽象的な定めにすることで適用対象を包括的にし、所得税や法人税の対象とされる納税者等について包括的に網掛けすることも考えられる。適用対象者の一般性以外の、どのような行為計算が対象とされるかの点についての包括性は、立法技術的には不確定概念を用いることで柔軟に事案に対応することができるのと利点もあるかも知れないが、課税庁にとっても納税者にとっても事前にその適用対象であるか否かを一般的に予測することは困難であるから、課税要件明確主義の点から問題があろう。

次に法律効果についてはどうであろうか。端的に言えば、法律効果は、納税者の一定の行為計算を否認して、納税者の行為計算が充足したであろう法律要件の充足とその法律効果の発生を認めず、否認規定に定める法律効果を生じさせるということである。しかし、否認の具体的内容は必ずしも明らかではない。前述のように我が国の学説上有力な租税回避行為の定義は、概要、課税要件が予定しているであろう通常行われる行為と実質的に同じ経済的成果を達成する多段階迂回的行為というものであるから、否認の効果は、課税要件が予定していた通常行われる行為が行われたものとした場合に充足される課税要件が充足

されたものとして扱う、ということでも足りるようと思われる。ここでも個別具体性と一般的包括性を分けることができよう。まず、法律効果が個別具体的であるとしたときには、法文上単に否認すると定めるのではなく、否認規定の法律要件を充足した行為計算をどのように扱うかを個別具体的に定めておくという立法の体裁になろうし、文理解釈によれば、まさにそのような効果を生じさせればそのような規定の法律効果としては充分であるということになる。したがって、このような否認規定の要件を充たせばどのように扱われるかは事前に具体的に知ることができる（予測可能性）。たとえば、租税特別措置法 66 条の 4 に定める移転価格税制は、実取引価格が独立企業間価格から乖離する取引を「独立企業間価格で行われたものとみなして・・・法人税・・・の規定を適用する」と定めており、価格だけを独立企業間価格に引き直して価格を要件とする法人税その他の規定の要件充足性を判断することとしているから、法律効果の点では一義的で個別具体的である。利益分割法や取引単位営業利益率法も独立企業間価格の算定方法の一つとして法令上定められているが、これらは関係当事者間での利益配分状態を算定するに過ぎないから、そのままでの法律効果を生じさせていると考えることはできず、そのような利益配分状態を達成するよう個別具体的取引価格を引き直す必要がある。

他方、法律効果の包括性、一般性を認めた場合には、否認の効果は一義的には決することはできない。所得税、法人税の税額計算に影響を与えるどのような形で否認が行われるかは事前に予測することはできず、租税に関し納税者は極めて不安定な地位に置かれることになる。それ故、このような効果の一般性を定める否認規定は課税要件法定主義からも課税要件明確主義の点からも問題があろう。

4. 租税条約における租税回避否認

それでは本稿の関心である、租税条約における租税回避否認規定についてはどうであろうか。否認規定が国内法令と租税条約という二つの優劣関係にある法規範に定められ得ることから、この問題を検討するには次のような論点を検討する必要がある。

1) 国内法上の租税回避否認規定と租税条約の関係

これは、本稿の問題意識とは逆の場合であるが、前述のように、我が国においてもタックス・ヘイブン対策税制と租税条約との関係という形ですでに知られた論点である。前述の最高裁判所（一小）判決平成 21 年 10 月 29 日は、租税特別措置法 66 条の 6 第 1 項と日星租税条約 7 条 1 項との関係で「〔措置法〕66 条の 6 第 1 項・・・による課税が、あくまで我が国の内国法人に対する課税権の行使として行われるものである以上、日星租税条約 7 条 1 項による禁止又は制限の対象に含まれない」し、「我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、・・・全体として合理性のある制度といえることができ〔、・・・〕シンガポールの課税権や同国との間の国際取引を不当に阻害し、ひいては日星租税条約の趣旨目的に反するようなものということもできない」として、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が日星租税条約 7 条 1 項にいう事業所得条項と抵触しないとした⁽²²⁾。我が国においては、厳密な意味での一般的否認規定は国内法上存在しないと考えられるから、かりに国内法上一般的否認規定が存在したとしたときに、そのような一般的否認規定と租税条約がどのような関係に立つかはもっぱら理論的な問題に止まり、必ずしもその関係は明らかではない。むしろ具体的実益は、租税条約上、国内法上の否認規定の適用を認める（留保する）規定が置かれた場合に、そのような留保規定の性質をいかに考えるかという点にある。

2) 国内法と租税条約上の租税回避否認規定

の関係

具体的には、国内法上は否認の対象となっていない(否認規定がない)場合であっても、租税条約上の否認規定で一定の否認を行うことができるかという論点である(本稿の焦点)。また、その派生的論点として、そのような租税条約上の否認規定の法律効果は、(やや不正確に言えば)条約上の扱いの否認に止まるのか、それとも国内法上も条約上の否認の効果が及ぶのか、が問題となり得る。OECDモデル租税条約第9条などに定められている特殊関連企業条項と租税特別措置法 66 条の4

(移転価格税制)との関係(移転価格税制の立法以前の状況)などが先例として存する。以下では主にこの2)についてもっぱら我が国での議論を参照し理論的側面から検討する。これらのうち2)の状況でもっとも問題とすべきは、租税条約には租税回避否認規定が定められているが、国内法令にはそれに対応する否認規定が欠ける状況である。この場合には、租税条約上の否認規定を直接納税者の行為の否認の根拠として用いることができるか、それを肯定した場合に否認の効果はどのようなものであるのかという点が関心の対象である。これに類似する状況は、1986年に移転価格税制が国内で立法化されるより前の租税条約上の特殊関連企業条項(第9条)についてであった⁽²³⁾。

租税条約上の特殊関連企業条項が租税回避否認のための規定であるか、締約国間での所得配分を定めた規定であるのかについては考え方が分かれるが、特殊関連企業条項の適用に際しては納税者の動機や意図を考慮する必要はないと一般的に理解されていることや適用対象取引は経済社会において通常見られる一般的な取引が多いこと⁽²⁴⁾などから考えると、今日では特殊関連企業条項は租税回避否認のための規定というよりは、締約国間での所得配分を独立企業原則によって行うものとした規定であると解する方が自然であろう。

租税特別措置法 66 条の4の移転価格税制が立法化される前後には、条約上の特殊関連企業条項と国内法令上の移転価格税制の関係については二つの理解が存した⁽²⁵⁾。一つは、条約上の特殊関連企業条項を納税者の行為に直接適用し、価格の是正を行い得るという議論である(直接適用可能説)。この立場では、特殊関連企業条項は直接適用可能な条約規定であると解することになると同時に、当該条約規定の適用によって、国内法上も課税上の価格是正などの効果が生ずると考えているように思われる。いま一つは、条約上の特殊関連企業条項は直接適用可能な規定ではなく、同条項を適用するには国内法令が必要である、というものである(国内立法必要説)。つまり、措置法上の移転価格税制の規定は条約上の特殊関連企業条項を国内で適用するための規定であると解する。条約規定が直接適用できなければ条約規定の効果は少なくとも国内法上は生じず、国内法上の効果を生じさせるのは、当該条約規定を国内で適用するために立法化された国内法令であると解することになる。このような議論を条約法サイドから支えるのが、条約の国内直接適用可能性に関する議論である。注目すべきは、このような租税条約の国内適用可能性が、通常の課税権配分規定についてではなく、租税条約上の租税回避否認の色彩が色濃い特殊関連企業条項について論じられた点である。

条約は一般に国家間の合意であるから、国内法令よりも外交に配慮した文言が用いられやすく、関係締約国が条約文言について全く同一の解釈をするだけでなく、むしろ自国に有利な解釈をしがちである。そのような配慮のためその文言は一般的抽象的なものとなりがちである。特殊関連企業条項も、相互に独立した企業間で成立するであろう条件に従って所得配分を行い得ることだけを定めるに止まり、具体的にどのような基準で何について調整を加えるかはその文言からは明らかで

はない。また、当時の米国財務省規則に定める価格算定方法を見るまでもなく価格算定のための算定式には数多くのバリエーションがあり、それらの算定式の間では当時から優劣関係が考えられていた。特殊関連企業条項にはそのような具体的算定方法は定められていない。

このような点からすると、条約上の特殊関連企業条項は直接適用できるほど明確な規定とはいえず、また具体的算定方法などのルールを補充しなければ具体的事案に対して適用することは困難であると考えられ、特殊関連企業条項はそれ自体で完結した規定とはいえず不完全なものである。なお、完全性については他の条約文言の完全性の如何と異なるところはない。したがって、特殊関連企業条項は直接適用することはできず、その執行のための国内立法が必要な条約規定であると考えられ、租税特別措置法 66 条の 4 は特殊関連企業条項の国内的執行のための規定であると考えられている（国内立法必要説）。

このような特殊関連企業条項をめぐる経験からは、次のような示唆を得ることができよう。すなわち、条約に租税回避否認規定が定められているとしても、そのような規定は直ちに直接適用することが可能であるとは限らず、今日の有力な考え方によれば、そのような規定が明確で完全である場合に限って直接適用することが可能である、というものである。換言すれば、租税条約上の租税回避否認規定は、それを（国内的効果を生じさせるために）直接適用するには、直接適用可能な他の条約文言と同様、明確かつ完全なものでなければならないと解される。

5. 租税条約上の租税回避否認規定の可能性

それでは、明確かつ完全な内容を有する条約上の否認規定を定めれば、租税回避否認はそのような条約規定によって可能となるのであろうか。租税条約には、前述のように、他の国際条約には見られない独特の規定が含ま

れている。

(1) セービング・クローズとの関係

セービング・クローズの観点からは、自国居住者の課税上の扱いは租税条約上の定めによって左右されず、租税条約とは異なる扱いも許されると考える（セービング・クローズの限界あるいは射程距離の問題）。特殊関連企業条項についていえば、非居住者については条約締結による国際約束を遵守する義務が我が国には生ずるが、我が国の居住者については、そのようなセービング・クローズによって特殊関連企業条項を直ちに国内法化する必要はなく、国内でどのように扱うかは我が国の国内法次第であると考えられることもできる。一方、セービング・クローズが対象としている国内租税法令上の扱いは所得配分のような事項ではなく通常の所得計算に関する事項などであるとセービングの射程を限定的に捉え、特殊関連企業条項の歴史的な位置づけから考えると締約国は特殊関連企業条項を国内的にすでに何らかの形で実施しているはずであるから、セービング・クローズは特殊関連企業条項を対象にしていなくても考えることができる。我が国では直接適用はできないと解される特殊関連企業条項が条約上セービング・クローズとの関係で問題なく存在し得るのであれば、租税回避否認規定についても特殊関連企業条項と同様の扱いを認めたり、セービング・クローズの枠外と考えることで、我が国居住者についても租税条約上の（直接適用可能な完全かつ明確な）租税回避否認規定を適用することは可能であると考えられる。なお、非居住者については、所得源泉地国における扱いについて定めを置くことがまさに租税条約が直接対象とする問題であるから、非居住者の租税回避否認のために条約上規定を置くことはセービング・クローズとの関わりでの制約はないと考えられる²⁶⁾。もっとも、セービング・クローズの射程距離、適用範囲についてはいくつかの考え方があり、それによっ

て上記の議論はバラエティがあり得る。

(2) プリザベーション・クローズとの関係

プリザベーション・クローズとの関係はやや複雑である。プリザベーション・クローズの意義については、我が国ではいくつかの考え方に分かれているが²⁷⁾、最も狭義の考え方（すなわち、非課税、免税、控除などの積極的措置だけに限定するというもの）に立ったとしても、困難な問題が生ずる。

プリザベーション・クローズとの関わりでは次のような局面で問題が生ずる。例えば、非居住者について国内法に租税回避否認規定がなく租税条約だけに租税回避否認規定が定められ、かつ、一定の所得や控除について条約上は源泉地国に課税権が制限税率を上限として割り当てられ又は源泉地国での控除が制限され、国内法令上免税などの積極的措置によって非居住者に対する課税が一定の範囲で軽減排除され又は控除が認められる場合があるとしたとき、非居住者がそれらを利用した租税回避を行った場合に、租税条約上の否認規定によってそのような租税回避を否認し国内法上の免税や控除等の効果を遮断することができるか、というような形で具体的問題が生ずる⁽²⁸⁾。

納税者の行為が租税回避（あるいは、条約上の否認規定の対象とされるような行為）でなければ、プリザベーションの効果として条約上の課税権割り当てや控除の制限は無視され、国内法上の免税や控除がそのまま適用される。狭義説においては当然であるし、広義説、選択説においてもおそらく国内法上の扱いがそのまま認められるべきであると考えられることになろう。しかし、納税者が租税回避によってこのような非課税や免税、控除を得ようとしている場合には、本来そのような非課税等の扱いを受けることができないものを非課税等の扱いに持ち込んでいるわけであるから、租税回避の否認は、本来扱われるべき扱いを受ければ充分であると考えられる。問題

は、そのような結果をどのような論理構成で実現するかであろう。

一つの考え方としては、否認規定であっても条約上の規定である限りプリザベーションを無視することはできず、非課税等の国内法上の扱いをそのまま条約上も認める、という考え方があろう。この場合には、租税条約上この種の租税回避否認規定を定めることは法的には無意味である、ということになる。本来得ることのできない非課税等の国内法上の扱いがそのまま通用することになり、無力である（第1説）。むしろ、このような場合の租税回避否認はもっぱら国内法令において行うべきことを意味する。なお、この考え方を押し進めれば、租税条約にはいかなる租税回避否認規定も定めることはできない、という極端な考え方に至りそうであるが、現在のモデル租税条約や個別租税条約の規定振りからすると、そのような考え方はとられていないということが伺われる。

他方、租税回避を否認する結果を実現する一つの考えとしては、国内法上租税回避か否かを問うことなく、非課税等の国内法上の扱いを無視して（すなわち、プリザベーションを限定的に捉え、条約上の租税回避否認規定にはプリザベーションは働かないと考える）、条約上の扱いに従って課税上の結果を定める、というものである。そのための法的根拠が条約上の租税回避否認規定であるという理解である。ここでは、条約上の租税回避否認規定はプリザベーションを解除し、条約上の扱いを認める根拠として位置づけられる。しかし、租税条約上所得配分規定が存在し制限税率等を定めている限り、租税条約上の制限税率等の適用を排除し国内法上の扱いを最終的な効果とすることはできないであろう（第2説）。

いま一つの考え方としては、条約文言の明確性及び完全性を前提として、第2説と同様プリザベーションを限定的に捉えた上で、条約上の租税回避否認の効果が直接国内法に及

び、条約上の租税回避否認規定を適用することで国内法上の非課税等の措置の適用を排除し、国内法上の通常の扱いとそれに対応した条約上の扱いも認める、というものである。一旦国内法上も租税回避否認の効果が及ぶと考える点で第2説とは異なる。この考え方の最大の論点は、条約上の租税回避否認の効果が直接、国内法に及ぶと考える点である。また、条約と国内法という異なるレベルの法規範相互間での適用関係が複雑となることも難点であろう。

これらの理論構成の差異は、条約（条約上の租税回避否認規定）の直接適用可能性とは別に、租税条約において定められる租税回避否認規定の効果の範囲をどのように見るかに関わっている。

1) 否認の効果を条約上の扱いだけに限定すると考える場合

租税回避否認の効果を、条約上の否認規定であるから条約上の租税回避だけに限定されるとした場合には、租税回避否認の効果は条約の定められた範囲内に限定され、そもそも条約の適用そのものを排除し当該事案には関係国の国内法だけが適用されると考え、あるいは条約上の租税回避を否認し通常行われたであろう取引に引き直して条約規定の要件充足を考えれば足りると考えることができる。租税条約が相手国との合意に従って成立するものであり、一方締約国だけの意思でそのルールが成り立つわけではないから、相手国と合意したルール（つまり、租税条約上の各種の扱い）についての租税回避だけを否認することができると思う。

2) 否認の効果を条約に限定せず、国内法に及ぶと考えた場合

条約上の否認規定も条約の規定の一つであるから、国内法に優先する効力を有する。また、そのような規定が明確かつ完全なものであるとした場合には、直接適用も可能である。従って、否認規定で得られる否認の効果は条

約に限定する必要はなく、その規定ぶりや趣旨から条約を越えて国内法にも及ぶと考えることができる。租税条約の中には一方締約国又は他方締約国についてだけ適用される規定も含まれており、条約規定が必ずしも常に相互的な規定であるわけではないことからすると、条約が二国間の合意によって成立するからといっても条約上の規定には一方国についてだけのルールも含み得るといえる。もちろん、相互に合意した双方の締約国が対象となる租税回避否認規定であってもよい。この考え方では、プリザベーションは絶対的なものではなく、租税回避否認についてはプリザベーションを排除し得るという前提に立つものと考えられる。

(3) 無差別条項との関係

最後に、無差別条項との関係について検討する⁽²⁹⁾。無差別条項は、条約締約国間で、条約の対象税目とされない税目についても、互恵的に相手国居住者を自国において自国居住者より不利に扱わないとするルール⁽³⁰⁾が骨組みになっている。条約上の否認規定が、自国居住者と非居住者の間で（非居住者に不利な形で）異なる定めとなっている場合や、条約上の否認の効果が国内法にも及ぶと考えた場合には、国内法や条約規定が大別して居住者と非居住者で異なった体系で組み立てられていることから、無差別との関係で問題が生ずることになる。とりわけ、国内法上の否認規定で非居住者についてだけ租税回避を否認し居住者については否認の対象外とする否認規定は無差別条項に抵触する可能性が高い。

ここで注目されるのは、2008年OECDモデル租税条約第24条第1項に関するコメントリーのパラグラフ8でのOECDの説明である。同条第1項は「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他方の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。(以下略)」として国籍に基づく無差別を定める規定であるが、パラグラフ8では、「一方の締約国(R国)の居住者でもあるR国の国民が、他方の締約国(S国)において、第三国に居住するS国の国民よりも不利に租税を課される場合(例えば、タックス・ヘイブンの利用を阻止することを目的とする規定の適用の結果として)には、居住者であるか否かに関し当該二人の者は同様の状況にはないので、第1項は適用されない。」とする。つまり、R国居住者が他方の締約国(S国)において国内法上のタックス・ヘイブン対策税制が適用されるという状況は、「居住者であるか否かに関し同様の状況」にはないために無差別条項の対象とされないと解している。コメントリーのこの説明からは、タックス・ヘイブン対策税制が適用されること自体が、無差別を求められる「同様の状況」にはないことの理由とされているように思われる。これをどの程度一般化できるかは必ずしも分明ではないが、国内法令上の租税回避否認規定の適用を受けること自体が「同様の状況」にはないことを意味するのであれば、条約上否認規定を定めるにしても、否認の対象を居住者・非居住者双方とするようなものであれば、そもそも無差別との抵触は生じないのではないかと考えられる。しかし、見方を変えると、S国において居住者とは異なる扱いを受けるが故にタックス・ヘイブン対策税制の適用を受けるような仕組みの持分関係あるいは取引を作り出しているのがR国居住者の置かれた立場であるから、そもそもタックス・ヘイブン対策税制の適用以前の、それ以外の租税に関する扱いの違いが問題であるように思われる。

結語

本稿では、租税条約上、租税回避否認規定

を定めることができるのか、それを可能とするためにはどのような点で論点整理の必要があるのかなどについて試論的に論点を整理した。どういうわけか我が国においては国内法令上の租税回避否認については議論が盛んであるが、租税条約上それが可能であるか、可能であるとした場合にどのような内容のものとされるかについてはほとんど議論が見られない。そのため、本稿のような粗い議論であっても思いの外論旨を整理することが困難であった⁽³¹⁾。

本稿は試論として整理したため、この論点についての外国(特に、ドイツや欧州共同体法)での議論の紹介検討は一切行わなかった。この論点の可能性を厳密に見極めるためには、租税条約の先進国における学説や条約政策も入念に比較検討する必要がある⁽³²⁾。この点で注目されるのは、欧州共同体の動向である。これまでに欧州委員会が発した直接税関係の指令は、1990年の合併指令、親子会社指令、2003年の貯蓄指令、関連企業間利子使用料指令の四件であるが、このうち関連企業間利子使用料指令第5条は「詐欺又は濫用」との見出しの下、

- 「1. この指令は、詐欺又は濫用の防止のために必要な国内法又は条約に基づく規定の適用を排除するものではない。
2. 加盟国は、その主たる目的の一つが租税遁脱、租税回避又は濫用である取引の場合には、この指令の特典を剥奪し又はこの指令の適用を拒絶することができる⁽³³⁾。」

との定めを置き、利子使用料指令が国内租税回避防止規定の適用を排除しないこと、取引の主たる目的が租税回避等である場合にはこの指令に定める特典を与えず又は指令の適用自体を拒絶することができる⁽³⁴⁾と定めている。特に後者の第2項が「租税遁脱、租税回避又は濫用」という一般的表現で租税回避等を要件化していること、第2項の効果はこの指令

の特典を制限し又は指令の適用を排除するに止まり、租税回避行為等を国内法令上と同等に是正しようとしているわけではないこと、などが注目に値する。なお、欧州指令でこのような点まで成文で定めたものはこの指令が初めてである。今後はこのような点についても精査する必要があるだろう。

また、本稿では租税回避否認の法的根拠として条約上の明文の規定を想定して議論を整理したため、国内法令・条約の解釈や判例法理についてはほぼ射程外とした。これらの解釈・判例法理についても内外比較研究を行う必要があることはいうまでもない。解釈や判例法理は明文の規定以上に要件や効果（特に射程距離）が不明確であるから、本稿の枠組みの上で論じるにははるかに複雑で精緻な理論構成が必要であろう。

最後に、各国（あるいは少なくとも条約締約国間）での租税回避や濫用についての見方の相違にも検討を加える必要があるだろう。租税回避といっても各国の定義、対応は、それらの国の世界経済での位置づけ、条約政策、国内法上の租税制度の枠組みなどの相違によって、必ずしも同じではない。従って、条約締約国間での理解もまた相違することが考えられる。租税回避についての締約国がそれぞれに理解が異なれば、そもそも租税条約に租税回避否認規定を設けることの実益の理解も異なるであろうし、かりに条約上は合意によって一定の文言による租税回避否認規定が設けられたとしても、その解釈適用が異なることも考えられる。租税条約に租税回避否認規定を定める実際上の困難はこの点にあると考えられよう。

(1) 名古屋高判平成 19 年 3 月 8 日税資 257 号順号 10647、名古屋高判決平成 17 年 10 月 27 日税資 255 号順号 10180。

(2) 最高裁（三小）判決平成 18 年 1 月 24 日民集

60 卷 1 号 252 頁。

- (3) いわゆるタックス・ヘイブン対策税制と租税条約の関係が論点とされた最高裁（一小）判決平成 21 年 10 月 29 日（LEX/DB 25441416）は、租税条約上の課税権配分規定と国内法令上の租税回避否認規定（タックス・ヘイブン対策税制）との関係が問題となった事案であり、本稿での問題意識である租税条約上の租税回避否認規定と国内租税立法の関係とは逆の関係を問題とする事案ではある。従来、我が国がタックス・ヘイブン国とは租税条約を締結しないとする条約政策を採っていたにもかかわらず、相手国の税率表上の税率が我が国の適用基準とされる税率を下回り、恒常的にタックス・ヘイブン対策税制が適用され得る状況となったために特に顕在化した論点を扱っている。なお、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の上では適用基準とされる税率は税率表上の税率ではなく実効税率をいうから、相手国の税率表上の税率が高くても、非課税所得や収益の繰り延べが生ずれば当該年度に限っては相手国での実効税率が我が国の基準税率を下回することは従来から存在し得た。第一小法廷判決とほぼ同旨のものとしては、個人所得税に関するものであるが、最高裁（二小）判決平成 21 年 12 月 4 日裁判所時報 1497 号 4 頁がある。
- (4) たとえば、いわゆるストック・オプションについては、非居住者である期間に外国親会社のオプションの付与を受け、転じて我が国の居住者として本邦関連会社に勤務した後再度非居住者となり、本邦勤務中あるいは再度非居住者となった後に当該オプションを行使し行使利益を稼いでいるにもかかわらず、我が国で課税を受けないままとされる事案もある。また、日蘭租税条約のもとで、我が国の匿名組合契約を利用した収益の分配について居住地国であるオランダ側への課税権配分により我が国の源泉課税を免れた事案もある。
- (5) 後述のように、租税条約上のいわゆるセービング・クローズとの関係で条約適用が具体的に問題になるのは、非居住者に関してである。
- (6) 後述のように、法令解釈（限定解釈）による租税法令の適用排除によっても租税回避行為の否認と同様の結果が達成されるのと同様、条約解釈を限定的に捉えることで条約上租税回避を否認することも可能であると思われるが、租税条約の

解釈方法全般に関わることであるので本稿の対象としない。

- (7) この点で注目されるのは、International Fiscal Associationの今年の年次大会第1論題である (Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions)。この論題では、国内租税回避否認規定と租税条約の関係、租税条約上の租税回避否認規定と国内法の関係などが包括的に検討されている。後掲の van Weeghel の論文は、その冒頭に収録された各国の支部報告を総括する論文であり、本稿の問題意識と重なる部分がある。
- (8) その典型は、OECDモデル租税条約10条2項などに含まれている「受益者 (beneficial owner)」の要件や現行日米租税条約第24条などに見られる条約特典制限 (limitation on benefits) 条項であろう。OECDモデル租税条約では前者の要件は1977年当時から文言に含まれているが、後者については、2008年改訂後においても条約正文の文言に含まれるには至っておらず、同条約1条に関するコメントリーのパラグラフ7以下で言及されているだけである。なお、両者は、いわゆる第三国居住者による租税条約漁り (treaty shopping) に対処することを目的としており、一方締約国の居住者が他方締約国で非居住者として行う租税回避に対処することを念頭においたものではない。条約特典制限条項については、特典制限の意味として全体としての租税条約の適用を認めないのか、個別の「条約特典」についてのみ適用が排除されるのか、適用を認めない又は排除されるというのは一方の締約国においてだけであるのか、一方の締約国での適用によって他方の締約国もまた当該条約の適用ができなくなるのか、といったテクニカルな論点にはまだ明確な考え方が定着していない。
- (9) 租税条約の「特典(benefits)」に源泉地国での制限税率以外にどのようなものまで含まれるのか (無差別条項のようなものも含まれるのか) については必ずしも明らかではない。
- (10) 租税条約上課税権を割り当てられたからといって、課税自体は当該割り当て国の国内法で行うのであるから、当該国の国内法上課税される場合にあらなければ、条約上の課税権の割り当てにもかかわらず、実際に課税が行われるわけではない点に注意すべきである (いわゆる may クロー

ズ)。この点からすれば、本稿で想定する租税条約上の租税回避否認規定では、条約を越えて国内法上も否認の効果を生ずべきものと想定しているが、厳密に言えば、否認を行うだけであって、その結果課税が行われるか否かという課税上の扱いは、むしろ締約国の国内法令に従う、と考えられる。

- (11) セービング・クローズとプリザベーション・クローズは必ずしもすべての租税条約上の明文の規定として定めが置かれているわけではないが、むしろ近時は、このような内容を定める具体的規定が租税条約に含まれていなくても、租税条約の性質上これらの規定の内容は妥当すると考えるのが有力である。
- (12) プリザベーションの範囲に関する学説については、例えば、井上康一・仲谷栄一郎『租税条約と国内税法の交錯』36頁(2007)。
- (13) 金子宏・租税法〔第15版〕114頁(2010)。
- (14) 最高裁判所平成17年12月19日判決民集59巻10号2964頁、同平成17年12月19日決定税資255号順号10242、同18年2月23日判決判時1926号57頁。
- (15) 最高裁判所平成18年1月24日判決民集60巻1号352頁判時1929号19頁。
- (16) 裁判所は、映画フィルムを本件のリースのような利用の仕方をしたのでは、減価償却資産に含まれないものとして法人税法施行令13条に定める「事業の用に供していないもの」にあたることと解することで、減価償却資産ではないから減価償却はできないとした。つまり「事業の用に供」との意義を限定的に捉えたものと思われる。
- (17) ちなみに、米国では仮装 (sham)、事業目的 (business purpose)、実質主義 (substance over form)、多段階取引 (step transactions) などが判例法理として租税回避 (tax avoidance) の否認に用いられているが、それら相互間の関係は必ずしも明らかではない。映画フィルム事件でいえば、銀行借入れで自己資金で取得できたであろうよりも高額の減価償却資産を取得し (leverage)、当該銀行借入れについて保証を受けることで債務不履行リスクを切断しつつ減価償却費を原資とする損失を計上することが問題だと見るべきであろう (ただし、当該借入れはいわゆるノン・リコース・ローンではなかった)。これはノン・リコース・ローンによる減価償却資産の取得が問

題となった米国 Crane 事件と同じような状況である。Crane 事件については、川端康之「ビトカーの濫用的タックス・シェルター論—Crane 理論・事業目的」税務大学校論叢 40 周年記念論文集 137 頁 (2009 年)。ノン・リコース・ローンは人的責任を負う personal liability とは異なり、債務の引当が当該借入れにより取得した財産だけに限られ、債務者のその他の資産を債務返済の原資とする必要はない。その点で債務者は人的債務から開放され、限定的な責任 (一種の有限責任) の範囲で減価償却費を作出することができるのである。Crane 事件ではその点が問題となった。しかし、映画フィルム事件では、資金調達を通常の借入れで行い、第三者からの保証を受けることで債務不履行リスクの切断のような仕組みを作り出しているに過ぎず、保証人が保証債務を履行した後に取得する求償権の位置づけについては何ら言及されていない。求償権が存在し又は行使される限りにおいて債務不履行リスクは切断されず、本人 (組合) が無リスクで償却費を手にしたとは評価し難い。

- (18) 租税特別措置法 41 条の 2、67 条の 12、68 条の 105 の 2 (特定組合員の損失控除の制限)、27 条の 2、67 条の 13、68 条の 105 の 3 (有限責任事業組合の組合員の損失控除の制限) ほか参照。
- (19) なお、租税条約の限定的解釈によって否認と同じ効果を生ずることもあると考えられるが、本稿では租税条約の解釈は議論の射程外としているので、ここでは検討しない。
- (20) 本稿は国内法だけが適用される事実関係についてどのように否認規定が適用されるかに問題意識を限定しているわけではないので、国内法上の租税回避否認については言及しない。
- (21) ただし、かつての下級審裁判例では、同族会社を要件化しているのは例示であって同族会社でない法人に対しても同条は適用され得るとしたものも存した。
- (22) なお、同事件においては、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約上の事業所得条項の関係が問題となっているのであって、条約上のその他の条項 (例えば、10 条 1 項や無差別条項など) との関係は争点となっていない。タックス・ヘイブン対策税制の立法趣旨乃至理論構成次第では、タックス・ヘイブン対策税制と抵触する条約規定は異なると考えるべきであるから、租税条約で 7 条

1 項に抵触しないとされたからといって、他の条との抵触関係も存しないということにはならないであろう。また、最近の外国論文では、租税条約において国内法上のタックス・ヘイブン対策税制の適用が留保される場合があり、その場合には、そのような留保のない条約においては国内法上の租税回避否認規定の適用が制限されると解されることがあることも指摘されている。Stef van Weeghel, General Report (Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions), 95a Cahiers de droit fiscal international 17, at 43 (2010).

- (23) なお、租税条約上のいわゆる条約特典制限条項 (Limitation on Benefits) は、条約上の特典の適用を排除するための規定であるから、当該条項の適用の効果は条約上の特典の適用を排除するに止まり、それを越えて源泉地や所得分類を変更することはないと考えられる。従って、その適用の効果は条約内部に止まるというべきである。また、現在の条約特典制限条項は、我が国では、租税条約の実施に関する制限と捉えられているようであり、そもそも租税条約適用届出書の提出の段階で、同条項の要件をクリアしていることを届け出ない限り、当該条項を含む条約の適用を認めていないから、直接適用可能な条約規定 (文言) であると捉えられているようである (同条項を国内的に実施するための国内法令も存しない)。
- (24) 租税条約上の特殊関連企業条項の母法である米国法では、1970 年代末頃までは、取引価格の操作が問題であるとしてきたのであるから、取引の仕組の複雑さや迂回的取引であるか否かが問題とされてきたわけではない (参照、内国歳入法 482 条)。
- (25) 直接適用可能説と国内立法必要説及び国内立法必要説に基づく特殊関連企業条項と移転価格税制の関係については、例えば、金子宏「相互協議 (権限のある当局間の協議および合意) と国内的調整措置—移転価格税制に即しつつ」国際税務 11 巻 12 号 14 頁 (1991) (再録、金子宏『所得課税の法と政策 (所得課税の基礎理論下巻)』390 頁 (1996))。
- (26) 例えば、2008 年 OECD モデル租税条約第 10 条へのコメンタリー・パラグラフ 17 では、「第 2 項(a)に規定する軽減 (源泉地国での非居住者に対する制限税率による軽減—引用者注) は、この規

定の濫用がある場合には与えられるべきではない。例えば、株式その他の持分が 25 パーセント未満の法人が、この規定の便益を受けることをその主たる目的として、配当の支払いの直前にその株式その他の持分を増加させた場合や、その軽減を受けることをその主たる目的として、株式その他の持分について必要な保有割合が取り決められた場合である。そのような操作に対抗するために、締約国は第 2 項(a)に次に掲げる規定を追加することが適当と考えられる。『ただし、この株式その他の持分が、主としてこの規定の利益を得る目的で取得されたものでないこと。』として、同 2 項(a)の親子会社間配当の制限税率の適用について、制限税率の適用についての濫用事例については同項の適用を排除することができるとの立場を明らかにしている。

(27) 井上・仲谷、前掲注(12)参照。

(28) 例えば、租税特別措置法第 6 条第 10 項、同第 11 項に定める指定民間国外債利子非課税と租税条約上の利子源泉地国制限税率の関係など。このような非課税が租税回避において用いられた場合には、本来同条に定める非課税要件を充足することができなかつたわけであるから、単に所得税法 161 条 1 号又は 6 号によって利子に課税すれば足りるはずである。問題は、そのような租税回避を否認するのは国内法令だけか、条約によっても否認することができるか、である。より問題が複雑となるのは、形式的に観察すればこれらの規定の適用要件を充たしているが、それが他の規定（例えば居住者の定義）との関係で問題があり、そもそも充足できない要件があると見るべき疑義がある場合であろう。その場合に、国内法上の非課税規定の要件を充たすことができないから課税対象とされるのか、それとも租税回避（あるいは要件上、否認すべき行為）であるから否認され、結果として通常の課税上の扱いを受けることになるのか、は必ずしも明らかではない。

(29) 無差別条項については、例えば、木村弘之亮「租税条約上の無国籍による無差別取扱条項」法学研究 69 巻 12 号 51 頁（1996）、木村弘之亮「租税条約上の国籍による無差別取扱条項(1)～(3)」法学研究 70 巻 4 号 1 頁、同 5 号 15 頁、同 6 号 51 頁（1997）、岡直樹「第 62 回 I F A 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）

ほか参照。

(30) 租税条約上の無差別原則が最恵国待遇でないことについては、2008 年 OECD モデル租税条約第 24 条に関するコメントリーのパラグラフ 2 参照。

(31) 前述の van Weeghel の論文においても、租税条約上の一般的否認規定自体は取り上げられているが、そこで掲げられている否認規定の効果は条約内部に止まり、条約特典を制限する、という例である。Van Weeghel, *supra* note 22.

(32) 興味深いことに、近時締結された中華人民共和国とチェコ共和国の間の所得税条約 21 条が次のような規定を定めて、一般的租税回避否認規定を条約上定めている。「1. この条約の他の規定にかかわらず、この条約において与えられる特典は、いずれかの締約国の法人が、そうでなければ得ることのできなかつたこの条約上の特典を得ることを目的としている場合には、当該法人に対しては与えられない。2. この条約の規定は、所得に対する一方締約国における課税がこの条約に反するものでない限り、租税の遁脱及び回避の防止を目的とするその国内法令の適用を妨げない。3. 一方の締約国の権限のある当局は、この条約の特典を与えたとすればこの条約の濫用となると考える場合には、他方の締約国の権限のある当局との協議を経て、いかなる者並びに取引に対してもこの条約の特典を認めないことができる。」1 項はいわゆる条約特典制限条項である。この規定は、条約特典制限条項のような精緻な適用要件によって条約特典の制限をするのではなく、包括的に「条約の濫用」に対して条約上の特典を制限するという構成をとっており、その意味で一般的否認規定ということができるが、その適用の効果は、条約上の特典の制限に止まり、それを越えて国内法上何らかの否認を行うことを認めるものではなさそうである。本稿の関心からむしろ興味深いのは 2 項である。2 項の文理からすると、2 項は、条約の留保の下、国内租税回避否認規定の適用を包括的に認めたものであると考えられる。

(33) Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States.