

論 説

租税条約上の Anti-Abuse Principle と PPT 条項

日本大学大学院法務研究科教授

今 村 隆

◆SUMMARY◆

OECD の BEPS プロジェクトの成果の一つとして、2017年版のモデル租税条約29条(9)に主要目的テスト (Principal Purpose Test、以下「PPT 条項」という。) が導入されたことが挙げられる。

PPT条項は、BEPS防止措置条約を通じて、我が国が締結している租税条約のうち米国を除く先進諸国との間での租税条約で採用されているものの、その意義や具体的適用については、まだ余り検討されていない現状にある。

また、PPT条項は、租税条約の趣旨・目的に反する取引や取決めによる租税条約上の便益を認めない規定であり、OECDモデル租税条約の中核的な条項である配分ルールと密接に関係し、これを支えるものであるが、租税条約上の濫用防止原則 (Anti-Abuse Principle) を明文化した規定と考えられる。

そこで、本稿は、租税条約上の濫用防止原則の意義を明らかにした上で、モデル租税条約のコメンタリーを分析するなどして、PPT条項の意義ということでその要件や具体的適用を明らかにし、更にPPT条項の問題点について論じるものである。

(令和3年3月10日税務大学校ホームページ掲載)

(税大ジャーナル編集部)

本内容については、全て執筆者の個人的見解であり、
税務大学校、国税庁あるいは国税不服審判所等の公式
見解を示すものではありません。

目 次

第1	はじめに	18
第2	Anti-Abuse Principle の意義	19
1	租税条約上の Anti-Abuse Principle の根拠	19
2	2003 年の OECD コメンタリーの改訂	20
第3	PPT 条項の意義	21
1	PPT 条項の由来	21
2	PPT 条項の内容	22
3	要件	23
4	効果	28
5	コメンタリーの掲げる肯定事例	29
6	バミューダ LPS 事件高裁判決	32
第4	PPT 条項の問題点	34
1	PPT 条項の直接適用可能性	34
2	PPT 条項適用に当たっての立証責任	37
3	国内法上の租税回避否認規定との関係	37
4	租税条約上の他の租税回避対抗規定との関係	39
第5	結び	40

第1 はじめに

2012 年に始まった OECD の BEPS プロジェクトの成果の一つとして、2017 年版のモデル租税条約 (Model Tax Convention on Income and on Capital、以下「MC」ともいう。) 29 条(9)に主要目的テスト (Principal Purpose Test、以下「PPT 条項」という。) が導入されたことが挙げられる。この PPT 条項は、BEPS 防止措置条約 (以下「措置条約」という。) 7 条(1)にも同様のテストが採用されたが、我が国は、2017 年に措置条約に署名するに当たり、同条約 7 条(1)を選択していることから、2019 年からこの規定を選択した日英租税条約、日仏租税条約、日加租税条約、日豪租税条約などの租税条約で現に PPT 条項が発効しているのである⁽¹⁾。

このように PPT 条項は、措置条約を通じ

て、我が国が締結している租税条約のうち米国を除く先進諸国との間での租税条約で採用されているものの、その意義や具体的適用については、まだ余り検討されていない現状にある。その理由は、PPT 条項が、我が国では余り馴染みがないためと、PPT 条項についてのモデル租税条約のコメンタリーが難解であるためと思われる。

筆者は、2020 年 10 月に租税条約の配分ルールについての著書⁽²⁾を刊行し、OECD モデル租税条約の中核的な条項である配分ルール (6 条～21 条) の意義や関係を明らかにしたが、PPT 条項は、租税条約の趣旨・目的に反する取引や取決めによる租税条約上の便益を認めない規定であり、配分ルールと密接に関係し、これを支えるものである。

このように PPT 条項は、配分ルールの意

義を考える上でも重要であるが、そもそも PPT 条項は、OECD のモデル租税条約のコメントリーで 2003 年に採用された *guiding principle* (指針とする原則) を修正して、租税条約の本文に条項の一つとして規定されたものであり、租税条約上の *Anti-Abuse Principle* (濫用防止原則) を明文化した規定と考えられる。

そこで、まず租税条約上の *Anti-Abuse Principle* の意義を明らかにした上 (第 2)、モデル租税条約 29 条(9)についてのコメントリーを分析するなどして PPT 条項の意義ということでその要件や具体的適用を明らかにし (第 3)、さらに、PPT 条項の問題点 (第 4) を論じることとしたい。

第 2 *Anti-Abuse Principle* の意義

1 租税条約上の *Anti-Abuse Principle* の根拠

租税条約上の *Anti-Abuse Principle* とは、「租税条約の各条項の文言には合致していてもその趣旨及び目的に反するような取決めや取引に基づいて租税条約上の便益を得ようとしても、租税条約の濫用ということでのこのような便益を認めない」との原則である。ここで「*Principle*」と言っているのは、明文がなくても租税条約において黙示の原則として認められる原則であるとの意味である。

カナダの有力な租税法学者である Duff 教授は、2018 年の論文⁽³⁾で PPT 条項の沿革や意義について詳細に論じているが、Duff 教授によると、租税条約上の *Anti-Abuse Principle* を是認する見解として、次の 3 つを挙げ、現在そのうちⅢの見解が最も広く受け入れられているとする⁽⁴⁾。そこで、まずこれらの見解を検討することとする。

I) *pacta sunt servanda* (合意は拘束する) 原則を根拠とする見解

この見解の代表は、ドイツの Vogel である。Vogel は、租税条約を締結した一方の

国が租税条約上の課税権の配分を変更するために国内立法をして租税条約を回避することは許されないとし、国際司法裁判所規程 38 条(1)を引用して、これは国際法上の「文明国で認められた一般法理」であるとし⁽⁵⁾、「もし一方の締約国が他方の締約国による租税条約の回避 (*circumvention*) を受忍する必要がないのであれば、私人による回避を受忍したり、そのような回避にかかわらず当該租税条約を形式的に厳格に適用することは馬鹿げたことであろう。したがって、二重課税排除条約は、国際法に基づく一般的な『実質対形式の条件 (*substance v form proviso*)』に服することとなる。この条件は、国際法の下での条約の拘束の効果を制限し、また、条約の内容は、国際法の理由で国内法にも適用可能となるのであるから、国内法の下での拘束の効果も制限することとなる。」⁽⁶⁾、下線筆者) とし、租税条約を締結した国家間における *pacta sunt servanda* 原則が私人による租税条約の回避にも及ぶとする。

Ⅱ) 国際慣習法であることを根拠とする見解

この見解の代表は、カナダの Ward である。Ward は、Vogel の上記見解に基本的に賛成しつつ、更に国際慣習法上 *Anti-Abuse Principle* が妥当するとし、租税条約においても同様であるとする⁽⁷⁾。

Ⅲ) 租税条約の趣旨・目的に抵触することを根拠とする見解

この見解の代表は、オランダの Engelen である。Engelen は、租税条約の趣旨・目的に反するとして、租税条約上 *Anti-Abuse Principle* が認められるとする⁽⁸⁾。

これらの見解のうち Vogel の見解は、締約国間の濫用の問題と納税者による濫用の問題を区別していないとして批判されている⁽⁹⁾。なぜなら、納税者の権利義務は、あくまでも国内法のレベルでの問題であり、租税条約のレベルでの問題ではないからとする。また、

Vogel の見解は、国家間の濫用の問題と私人による濫用とは内容が違っても考えられ、Vogel の弟子達にも受け入れられているわけではない⁽¹⁰⁾。

Duff 教授も述べているとおり⁽¹¹⁾、これらの3つの見解の中では、Ⅲの租税条約の趣旨・目的に反することを根拠とする見解がより広く受け入れられていると考えられる。後に述べる OECD の guiding principle もこのⅢの見解に立っていると考えられる。

2 2003 年の OECD コメンタリーの改訂

(1) guiding principle の採用

ところで、OECD は、1987 年の導管法人報告書⁽¹²⁾では、上記で検討した租税条約上の黙示的な Anti-Abuse Principle を否定していたと考えられる⁽¹³⁾。すなわち、同報告書では、「現行の条約は、それらの条項の不当な利用に対して保護する条項をもっているであろう。そのような条項がない場合、条約の便益は、たとえ不当 (improper) と考えられたとしても、『pacta sunt servanda』の下で認められなければならない。」(パラ 43、下線筆者)としていて、明文がない以上、たとえ濫用的取引であっても租税条約の適用を認めざるを得ないとしていた。

しかし、OECD は、2003 年のコメンタリーの改訂で、黙示の Anti-Abuse Principle といえる guiding principle を採用した。これは、各国で私人による租税条約の濫用の事案が増えたことやインドの 2003 年 Azadi Bachao Andolan 事件最高裁判決⁽¹⁴⁾が典型であるが、各国の裁判所で租税条約の濫用を認めるものも現れたことによるものではないかと考えられる⁽¹⁵⁾。

なお、上記 Azadi Bachao Andolan 事件最高裁判決は、インドーモーリシャス租税条約の株式譲渡に関する源泉地国課税権否認条項が問題となり、国税当局がモーリシャス法人の居住証明書の存在を基に源泉

地課税権を行使しなかったところ、住民訴訟が提起され、原告が条約の明文規定がなくてもトリート・ショッピングを発生させる取決めに否認できると主張した事案である。インド最高裁は、厳格な法的自制解釈指針を示し、LOB 条項がない限りは、租税条約に濫用防止機能はないとして原告の主張を排斥したのである。

OECD は、2003 年のコメンタリーの改訂に当たり、まず、租税条約の目的に脱税防止だけではなく租税回避も含まれることを明らかにした上 (2003 年版 1 条コメ・パラ 7、2017 年版 1 条コメ・パラ 54)、租税条約と国内法上の租税回避否認規定とが抵触するかについて、原則として抵触しないとした (2003 年版 1 条コメ・パラ 22.1)。

その上で、OECD は、「...国家は、条約の規定の濫用を構成する取決めがなされた場合には、二重課税の条約の特典を与える必要はない、ということが合意されている。」(2003 年版 1 条コメ・パラ 9.4、2017 年版 1 条コメ・パラ 60) とし、「しかしながら、納税者が上記の濫用的行為を行おうとしている安易に決め込んではならないということを示すことは重要である。指針となる原則は、一定の取引又は取決めを行う主たる目的が、これらの状況の下で、より有利な課税上の立場を確保することであり、かつ、これらの状況におけるより有利な扱いを得ることが関連規定の趣旨と目的に反する場合には、二重課税条約の便益は利用することはできない、というものである (A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the

object and purpose of the relevant provisions.)」(2003 年版 1 条コメ・パラ 9.5、2017 年版 1 条コメ・パラ 61、下線筆者)。これが、guiding principle であり、PPT 条項と同様、Purpose Test と Object Test の二つを満たす場合には、租税条約上の便益を利用できないとするものである。

(2) guiding principle の意義

この guiding principle の由来が問題となる。2003 年のコメントリーの改訂の際に OECD における租税条約担当の責任者であった Sasseville が、2005 年の論文⁽¹⁶⁾で、guiding principle の由来について述べていることが参考となる。Sasseville は、guiding principle の由来について、「これら 2 つの要素（筆者注・主観的要素と客観的要素）は、OECD の創造によるものではない。これらは、法の濫用のもっと一般的な考え方に根拠がある。」⁽¹⁷⁾として、Ward らによる 1985 年の論文における abuse of rights doctrine についての記述⁽¹⁸⁾や Weeghel の 1998 年の著書における improper use of tax treaties についての記述⁽¹⁹⁾を引用している。さらに、Sasseville は、これら 2 つの要素が ECJ（European Court of Justice：欧州裁判所）の判例からも導き出されているとし⁽²⁰⁾、ECJ の判例の影響があることを示唆している。

なお、Sasseville は、1988 年のカナダの GAAR（一般否認規定）の立法に関与していて、財務省副長官主席補佐官であった Dodge の名前で出された論文⁽²¹⁾のゴースト・ライターとされているが、カナダの有名な租税法学者である Arnold によると、この Dodge 名の論文が、2003 年に guiding principle を追加した当時の OECD の担当者であった Sasseville を通じて、間接的にせよ影響を与えているのではないかとのことである⁽²²⁾。

この guiding principle は、スイスの 2005

年 A Holdings ApS 事件最高裁判決⁽²³⁾に早速影響を与え、トリートイ・ショッピングを否定する根拠として引用されている。この最高裁判決は、デンマーク法人がスイス子会社から配当を受けた場合に還付請求ができるかが争われた事案であるが、デンマーク法人は、実体のない会社であり、ジャージー島の法人の子会社であり、この法人は、更にバミューダ法人の子会社であった。スイスは、配当については、居住者に対してのみ課税することから、デンマーク法人が、非居住者に対する支払であるとして還付請求をしたとの事案である。スイス最高裁は、スイスーデンマーク租税条約の文言上は還付請求できるとしたものの、モデル租税条約の上記 2003 年版 1 条コメ・パラ 9.4 を参照して、デンマーク法人が当該条約上の免税の特典を受けるための法人にすぎないとし、租税条約の目的に反するとして、デンマーク法人の還付請求を認めなかったのである。

第 3 PPT 条項の意義

1 PPT 条項の由来

PPT 条項の元々の由来は、米国や英国の租税条約の実務に由来すると考えられる。Hattingh は米国由来とし⁽²⁴⁾、Philip Baker は英国由来とする⁽²⁵⁾。矢内教授も英国由来とする⁽²⁶⁾。もっとも、英国の条項は、あくまでも受動的所得を対象とするものである。

このように PPT 条項の前身は、米国や英国に求めることはできるが、2017 年版のモデル租税条約の PPT 条項や措置条約 7 条(1)の直接の由来は、2003 年の前記 guiding principle と考えられる。このことは、2017 年版 29 条コメ・パラ 169 が、「パラグラフ(9)は、第 1 条に関するコメントリーのパラグラフ 61（筆者注・guiding principle）及びパラグラフ 76 ないしパラグラフ 80 の指針を反映している。」と規定していることから明らかで

ある。また、29 条コメ・パラ 169 は、続けて、「パラグラフ(9)は、第 1 条に関するコメントリーのパラグラフ 76 からパラグラフ 80 に従って国内法が「租税条約の便益を否認すること」が認められていない場合であっても、本条約の不当な利用 (improper use) の事例に対処することを可能にするために、これらのパラグラフの根底に存在する原則を条約自体に組み込んでいる。ゆえに、国内法が既にそのような状況に対処することを認めている国に対して、この原則の適用を確認するものである。」(下線筆者) と規定している⁽²⁷⁾。

なお、2017 年版のモデル租税条約では、29 条(9)を制定した関係で、上記 guiding principle は、29 条(9)からは独立的に適用されるとしている (2017 年版 1 条コメ・パラ 61)、すなわち、上記 guiding principle は、29 条(9)が規定されている場合には適用されず、29 条(9)が規定されていない条約での原則ということとなる。

2 PPT 条項の内容

PPT 条項は、MC29 条(9)に規定されているが、その内容は、下記のとおりである。

「この条約の他の規定にかかわらず、すべての関連する事実及び状況を考慮して、この条約に基づく便益を受けることが当該便益を直接又は間接に得ることとなる取決め又は取引の主たる目的の一つであったと判断することが合理的である場合には、このような状況においても当該便益を与えることがこの条約の関連する規定の趣旨・目的に適合することが立証されるときを除くほか、その所得又は財産については、当該便益は、与えられない。

(Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the

principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.)」(下線筆者)

前記 1 のとおり、この条項は、2003 年の guiding principle に由来しているが、いくつか違っている点がある。すなわち、①main purpose から principal purpose とされ、また、one of the principal purposes とされたこと、②関連規定の目的に適合することが国税当局ではなく、納税者の立証責任とされたこと、③主要目的であることが「明確な証拠 (clear evidence)」から「そのような判断が相当である (reasonable to conclude)」と緩和されたこと、④「より有利な課税上の立場 (more favourable tax position) を確保すること」との文言が削除されたことが違っている。

また、PPT 条項は、適用対象について、guiding principle と同様、導管取引 (conduit) だけではなく、取引の濫用的な再構築 (abusive restructuring、⁽²⁸⁾) も適用対象としている。これは、29 条(9)の「取決め又は取引」が広範に解釈されていて、一連の取引をも含んでいることからそのようにいえる⁽²⁹⁾。すなわち、PPT 条項は、対象となる取引を特定しないという意味で、租税条約上の一般否認規定と考えることができる。

なお、MC29 条(9)の「主たる目的」などの用語は、租税条約上定義されていない用語である。そうすると、MC3 条(2)の適用が問題となるが、MC29 条(9)の制定経緯や「この条約の他の規定にかかわらず」との規定からみて、MC3 条(2)「文脈により別異に解釈すべき場合」に当たり、租税条約上の固有概念であり⁽³⁰⁾、各締約国の国内法は参照されないと

考えられる。

このようなことを前提に、PPT 条項の要件を検討することとする。

3 要件

(1) 総説

PPT 条項の要件は、下記の 3 つの要件 (Test) から成っている。

- ① **Result Test** : 当該取決め又は取引により当該便益を直接又は間接に得ることとなること
- ② **Purpose Test** : 当該便益を得ることが主たる目的の一つであること
- ③ **Object Test** : 当該便益を与えることが条約の関連規定の趣旨・目的に適合しないこと (納税者に適合するとの立証責任)

それぞれの Test について検討することとする。

(2) Result Test

まず、Result Test であるが、これは、評価を要しない事実判断である。我が国でも、所得税法 157 条、法人税法 132 条及び同法 132 条の 2 で「不当と認められる場合」との要件について、①当該行為を容認した場合には税負担を減少させる結果となること、②その減少が不当と評価されることと分解して検討されているが⁽³¹⁾、Result Test は、この①に相当する Test である。

ア 「便益 (benefit)」の意義

ここでまず「便益」との用語の意味が問題となる。これについては、モデル租税条約上定義されていないが、コメンタリーで、「便益」という用語は、条約の 6 条から 22 条に基づく源泉地国において課される税に関するすべての制限 (例えば、減税、免除、繰延べ又は払戻し)、23 条に規定される二重課税の救済及び 24 条に基づく締約国の住民及び国民に与えられた保護その他これに類する制限を含んでいるとされている

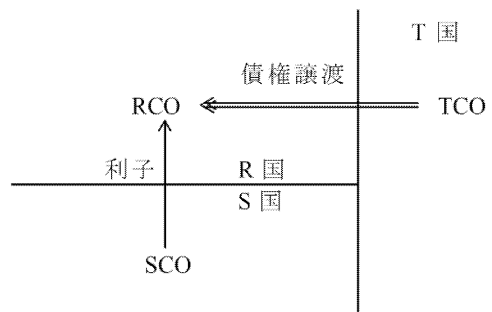
(29 条コメ・パラ 174)。

イ 「直接又は間接に得ることとなる (resulted directly or indirectly)」の意義

次に、「直接又は間接に得ることとなる」との用語の意味が問題となるが、やはりコメンタリーで、「直接又は間接に得ることとなる」という表現は、「意図的に広範であり、租税条約の下で生じる特典の適用を請求した者が、主たる目的の一つとして条約の特典を得るために行われる取引でないものについて請求する場合も含むことが意図されている。」(要旨、29 条コメ・パラ 176) とされている。

コメンタリーは、次の事例で説明している。(事例)

TCO は、SCO の親会社から、SCO の全株式及び負債を取得した。この負債の中には、TCO の SCO に対する貸付け (利率 4%) が含まれている。T 国と S 国は租税条約を締結していないため、当該利子に対しては S 国の国内法により 25% の源泉税が課される。そこで、下図のとおり、TCO は、手形 (利率 3.9 %) と引き換えに当該貸付けをその子会社である RCO に移転した。これにより、RS 租税条約が適用され、当該貸付けの利子が免税となる。



コメンタリーは、TCO が貸付けを RCO に移転した主たる目的の一つが RCO が条約の特典を得ることであることを示してい

るのであれば、TCO は貸付けの移転から当該特典を間接に得ることとなるので、MC29 条(9)により当該特典を否認できるとする。

いささか判り難い例であるが、SCO に対する貸付けの利子が ST 租税条約では軽減されないので債権を RCO に移転した事案で、直接の利子の受取者である RCO には、税負担軽減の目的がなくても、TCO にそのような目的があり、TCO が間接的に RS 租税条約の便益を得たこととなるということである。

ウ 「取決め又は取引 (arrangement or transaction)」

さらに、「取決め又は取引」という用語が問題となるが、コメンタリーは、「広範に解釈されるべきであり、法的に強制されているか否かにかかわらず、あらゆる合意、暗黙の合意、スキーム、取引又は一連の取引を含んでいる。」(要旨、29 条コメ・パラ 177) としている。このようなことから前記 2 のとおり、PPT 条項は、対象取引を限定しない一般否認規定と考えられるのである。

(3) Purpose Test

次に、Purpose Test が問題となる。この Test が PPT 条項の中核ともいえる要件である。

ア 「主たる目的の一つ (one of the principal purposes)」の意義

まず、「主たる目的の一つ」という用語が問題となる。コメンタリーは、「主たる目的の一つ」というのは、「租税条約の便益を得ることが、特定の取決め又は取引の唯一の又は支配的な (dominant) 目的である必要はないことを意味し、主たる目的のうち少なくとも一つが特典を得ることであれば十分である。」(要旨、29 条コメ・パラ 180) としている。

PPT 条項が、2013 年の guiding principle

と異なり、「主たる目的の一つ」という要件としたのは、納税者が事業目的を付与させた租税回避として否認しようとするのを阻止するためであり、2016 年の EU の租税回避対抗指令 (ATAD) 6 条が同様の基準を採ったのと同じ理由と考えられる⁽³²⁾。

なお、ATAD 6 条は、下記のとおりである⁽³³⁾。

「(1) 法人税額の計算に当たり、加盟国は、すべての関連する事実と状況を考慮して、適用される租税法の趣旨又は目的に反する租税利益 (tax advantage) を得ることを主要な目的 (the main purpose) 又は主要な目的の一つ (one of the main purposes) として行われている真正でない (not genuine) 一の取決め又は一連の取決めを無視 (ignore) するものとする、一の取決めは、一以上のステップ又は部分 (part) から構成され得る。

(2) (1)の適用に当たり、一の取決め又は一連の取決めは、それらが経済的実体 (economic reality) を反映する正当な商業上の理由 (valid commercial reasons) をもって行われていない範囲において、真正でないと取り扱われる。

(3) (略)」

なお、「目的」というのは、PPT 条項の由来となっている英米法系の国における用語の使い方からいっても、納税者の内心の意思 (intent) そのものを言っているのではなく、あくまでも第三者の目から見てうかがい知れる納税者の意図であり、客観的に認定される意図 (purpose) のことである⁽³⁴⁾。

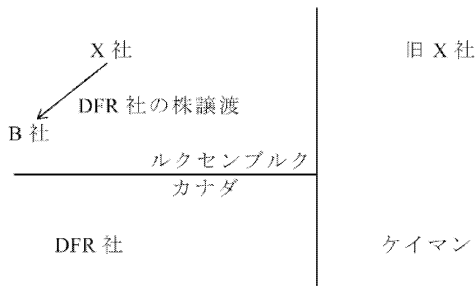
イ 「主たる目的の一つ (one of the principal purposes)」の具体例

そしてコメンタリーは、「主たる目的の一つ」の具体例として、「ある者が様々な理由

から財産を譲渡する場合に、当該者がその譲渡の前にいずれか一方の締約国の居住者となり、その主たる目的の一つが租税条約の特典を得ることにあるなら、その居住地国の変更には財産の譲渡や譲渡収益の再投資が容易になるなどのその他の主要な目的があるとしても、29 条(9)が適用される。」

(要旨、29 条コメ・パラ 180)としている。これは、2007 年のカナダの MIL Investment 事件連邦裁判所判決⁽³⁵⁾を参考にしていると考えられる⁽³⁶⁾。

これは、下図のとおり、X 社は、モナコ居住者の個人が 1993 年にケイマンに設立した法人であるが、X 社の保有していたカナダの DFR (Diamond Field Resources) 社の株式が急騰したことなどから、1995 年に X 社の本店所在地をルクセンブルクに移転し、B 社にこの株式を売却し、6500 万ドルのキャピタル・ゲインを得たとの事実関係において、カナダの内国歳入庁がカナダの一般否認規定である所得税法 245 条を適用して、X 社に課税したとの事案である。



カナダの内国歳入庁は、カナダとケイマンの間では租税条約を締結していないことからカナダに課税権があるところ、X 社が B 社への売却前に居住地を移転したのは、カナダルクセンブルクの租税条約 13 条を適用して居住地国の排他的課税権に服するとしてカナダの国税を免れるためである

と主張した。

これに対し、1 審の租税裁判所判決⁽³⁷⁾は、ルクセンブルクに居住地を移した理由について、X 社の株主の A が、アフリカでの鉱山開発に戻るつもりであったが、アフリカで鉱山業を行うには、ルクセンブルクの方がやりやすかったからであるとの証言を重視し、商業上の目的が主であると認定し⁽³⁸⁾、所得税法 245 条が適用されないとし、控訴審の連邦裁判所控訴部判決もこれを是認したのである。

上記 29 条コメ・パラ 180 が、譲渡収益の再投資が容易になることを挙げているのは、この事件での A の証言しているところを意味しているのである。カナダの所得税法 245 条は、租税回避取引であるかについて、租税上の便益を得る目的とそれ以外の目的のいずれが主であるかにより決することとしている。それで租税上の便益も認められたのであるが、カナダの裁判所では商業上の目的が主であるとして否認できないとしたのである。

これに対し、上記コメンタリー 29 条・パラ 180 は、租税上の便益を得る目的も主たる目的の一つであれば、PPT 条項の Purpose Test を満たすとしているのである。

(4) Object Test

PPT 条項の要件のうち特に問題となるのが、Object Test である。PPT 条項は、Object and Purpose Test の適用に当たり、納税者に条約の関連規定の趣旨・目的に適合するとの立証責任を負わせていることに対しては批判が多い⁽³⁹⁾。また、具体的に納税者がどのような立証をすれば、PPT 条項の適用を免れるかも明確ではない。そのようなことから Weeghel は、Object Test の適用が困難であるとして、コメンタリーが 29 条コメ・パラ 182 や 187 で挙げている具体例から nexus や abusive transaction

に着目しているとして、PPT 条項を脱構築 (deconstruction) すべきと主張している⁽⁴⁰⁾。

我が国においても、PPT 条項を適用するに当たり一番問題となるのは、この Object Test と考えられる。そのような観点で、この Test を検討することとする。

ア 「関連規定の趣旨・目的」の意義

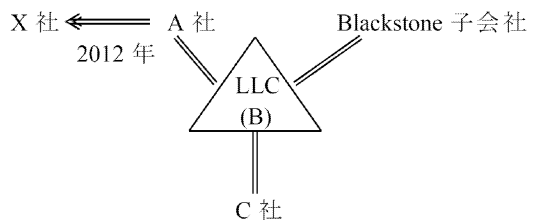
PPT 条項は、「関連規定の趣旨・目的」と規定していて、カナダの所得税法 245 条 (4)(b)にあるような「条約全体の趣旨・目的 (as a whole)」とは規定していない。そうすると、租税条約全体の趣旨・目的やあるいは前文の規定する趣旨・目的が含まれるかが問題となる。この点、コメンタリーは、「関連する規定の趣旨・目的を決定するためには、29 条(1)から(7)及び前文を含む条約の他の規定の文脈 (context) で解釈されなければならない。」(要旨、29 条コメ・パラ 173) とし、条約の全体の趣旨・目的とまではしていないものの前文の趣旨・目的は含み得るとしている。

前文の趣旨・目的も含むか否かは、非常に重要な問題である。なぜなら、2017 年版のモデル租税条約の前文には、「脱税又は租税回避を通じた非課税又は租税の軽減 (第三国の居住者を間接的な利用のためにこの条約において与えられる租税の免除又は軽減を得ることを目的とする条約漁りの取決めを通じたものを含む) の機会を生じさせることなく、二重課税の撤廃に関する条約を尊重して締結することを意図し」(下線筆者) と規定し、明確にトリート・ショッピングが租税条約の趣旨・目的に反すると規定しているからである。

カナダの前記 MIL Investment 事件連邦裁判所判決や 2018 年の Alta 事件租税裁判所判決⁽⁴¹⁾は、いずれもトリート・ショッピングが直ちに租税条約の趣旨・目的に反するものではないと判示しているが、上記

2017 年版のモデル租税条約の前文は、措置条約 6 条に規定され、我が国は、この規定も選択していることから、この規定を選択している国との間での租税条約の場合には、トリート・ショッピングが租税条約の趣旨・目的に反するという点で検討することとなると考えられる。

なお、上記 Alta 事件租税裁判所判決は、下図のとおり、米国の A 社 (Alta Resources) と米国ファンド (Blackstone) の子会社とで米国 LLC (B) を結成し、カナダの C 社 (Altera 社) の全株式を保有していたが、この株式について多額のキャピタル・ゲインが見込まれたことから、A 社がカナダのパートナーシップを介して設立したルクセンブルクの X 社に上記米国 LLC の持分を取得費と同額で譲渡後、X 社がその持分をカナダの Chevron 子会社に 6 億 4100 万ドルで売却して多額のキャピタル・ゲインを得たとの事案である。カナダの内国歳入庁は、このキャピタル・ゲインがカナダ所在不動産から生じているとして課税したが、これに対し、X 社は、カナダールクセンブルク租税条約 13 条(4)が事業の遂行に用いられている不動産を除外していることから居住地国の排他的課税権に服すると主張したものの、カナダの内国歳入庁は、カナダ所得税法 245 条(4)の濫用に当たり、上記租税条約の条項が適用されないとして課税できるとした。



X 社は、訴訟において、上記事業再編が租税上の便益を得るためであったことは認

めた。それで、争点は、本件取引がカナダ所得税法 245 条(4)の濫用に当たるか否かとなった。租税裁判所は、租税条約の条項の濫用に当たるか否かについて、カナダールクセンブルクの租税条約の前文も参照すべきであるとの内国歳入庁の主張に対し、「当該租税条約の前文は、両国は『所得と財産に対する課税の関係で、二重課税を避け脱税を防止するために条約を締結』することを望んだと規定している。これは、当該租税条約の一般的目的を暗示しているが、前文の文章は当該租税条約の特定の条項を適用するに関しては曖昧さ (vague) を残している。GAAR の分析に当たっては、裁判所は、1 条、4 条と 13 条の下での理由 (rationale) を確定すべきであり、当該租税条約を全体として解釈すると一般的なアプローチを支持する曖昧な政策によるべきでない。」(パラ 77) とした上、トリート・ショッピングというだけでは濫用とはならない (パラ 91) として課税処分を違法としたのである。

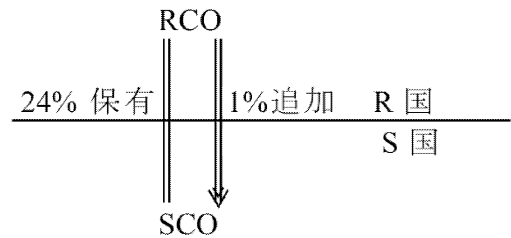
この Alta 事件租税裁判所判決は、措置条約 6 条に基づき、トリート・ショッピングも租税条約の濫用に当たることを明記した租税条約の場合には重要な意味をもっている。

イ 「関連規定の趣旨・目的」に適合する具体例

そして、OECD のコメンタリーは、関連規定の趣旨・目的に適合する具体例として、29 条コメ・パラ 182 の事例 E で論じている。

これは、MC10 条(2)の親子会社間の配当についての 5%の軽減税率を定めた規定についてのものであるが、下図のとおり、R 国の居住者である RCO は、過去 5 年間、S 国の居住者である SCO の株式を 24%保有していた。RS 租税条約の発効に当たり、親子間配当の軽減税率の適用を受けるため、

追加で 1%の株式を取得して 25%保有することとなったとの事例を挙げる。



そしてコメンタリーは、1%の追加取得は、RS 租税条約の 10 条(2)の親子間配当の軽減税率を受けるためであり、租税条約上の便益を受けることが主たる目的ではあるものの、10 条(2)の趣旨に反しないとする。親子間配当の場合に 5%の軽減税率とされているのは、課税の繰返しを避け、国際投資の促進を図るためと考えられる。コメンタリーが挙げている例は、この趣旨に反するものではなく、MC10 条(2)の趣旨・目的に適合していると考えられる。

ウ Object Test の適用方法

Object Test を判断するに当たっては、上記イの具体例でも判るとおり、具体的には、①関連する規定の趣旨・目的の確定、②当該事案の事実関係が関連する規定の趣旨・目的に適合していることの認定の 2 段階で判断されることとなる⁽⁴²⁾。

PPT 条項の Object Test は、文言だけみると、あたかも上記①の関連する規定の趣旨・目的まで納税者に立証責任を負わせているように読めるが、これは、事実認定の問題ではなく租税条約の規定の解釈問題であり、そもそも立証責任の対象ではない。この点、2005 年のカナダの Canada Trustco 事件最高裁判決⁽⁴³⁾が参考となる。カナダでは、我が国とは異なり、課税処分が違法であることの立証責任は納税者にあるが、上記最高裁判決は、所得税法 245 条

(4)の「濫用」に当たるかについて、「納税者が、いったんある条項の文言に該当することを示したときは、当該条項の趣旨・目的に反していないとの立証をすることは要請されていない。当該条項を文脈や目的論的解釈の方法で解釈したときに齟齬や無意味になってしまうと主張する内国歳入大臣にある。内国歳入大臣は、法律の趣旨・目的について意見を述べるのに納税者より有利な立場にあるからである。」(パラ 65)としているが⁽⁴⁴⁾、これは、「濫用」か否かを判断するに当たり、関係規定の趣旨・目的を明らかにすることについては課税庁にあることを明らかにしていると考えられる。

このように考えると、PPT条項が Object Test を判断するに当たり納税者に立証責任を負わせている趣旨は、上記②の立証であり、納税者に各配分ルールに適合する経済実体のある取引であるか否かを要求していることと考えられる。各配分ルールに適合する実体を有する取引であるかについては、課税庁では認定が困難な場合もあることからその点について納税者に立証責任を負わせたと考えられる。

この点、前記 3(3)アのとおり EU の租税回避対抗指令 (ATAD) 6 条が、BEPS プロジェクトの PPT 条項の影響を受けたと言われているが、前記のとおり、6 条(2)で客観的適用除外要件として経済実体を有することとしているが、これは PPT 条項の意味を EU が判りやすい形に書き換えたと考えられる⁽⁴⁵⁾。このようなことから Object Test は、当該取決めや取引が経済実体や商業的合理性があり、関連規定の趣旨・目的に適合するかの立証を納税者に負わせているものと考えられる。

4 効果

PPT 条項の各要件が満たされた場合の効果として、同条項は、「当該便益は与えられない (a benefit ...shall not be granted)」と規

定している。この文言だけ読むと、PPT 条項が適用される場合には、当該租税条約上の便益が単に否定されるだけで、国税当局の認定による取引の契約条件 (利率等) の置換えは許されず、国内法上の課税権に基づき課税されることとなる。一方、我が国の所得税法 157 条、法人税法 132 条や 132 条の 2 は、「税務署長の認めるところにより...計算することができる」と規定し、税務署長による取引の契約条件の置換えや取引の再構成を認めている。カナダの所得税法 245 条(5)も同様である。

そこで PPT 条項の場合にも、このような国税当局による適当な取引条件への置換えや取引の再構成が許されるかが問題となる。なお、ここで取引の契約条件の置換え (substitution) や取引の再構成 (recharacterization) というのは、私法上の事実認定や解釈で置き換えたり再構成するとの意味ではなく、あくまでも租税法上の擬制との意味である。

PPT 条項の文言上は、「当該便益は与えられない」と規定しているだけであり、上記のような意味での取引の契約条件の置換えや再構成は許されないと考えられる⁽⁴⁶⁾。この点スイスの Danon や Chand は、措置条約 7 条(4)の規定するような代替的規定 (権限ある当局が裁量的に便益を認めることができるとする規定) があれば再構成が許されることが前提となっているとし、代替的規定がない場合でも、国税当局で取引の契約条件を置き換えたり再構成することができるとする⁽⁴⁷⁾。そうでないと、例えば、MC10 条(2)(a)の親子間配当の 5%の軽減税率が PPT 条項により否認された場合には、国内源泉税率によらざるを得ず、MC10 条(2)(b)の一般の場合の 15%の軽減税率の適用の余地がないこととなるからである。

上記の例の場合は、確かに不合理とは思われるが、PPT 条項は、その適用の結果として、対象取引の契約条件の置換えや再構成を予定していないことからやむを得ないと考える。

ちなみに我が国は、措置条約 7 条(4)を選択しておらず、我が国の租税条約ではこのような代替の規定はないこととなる。

5 コメントリーの掲げる肯定事例

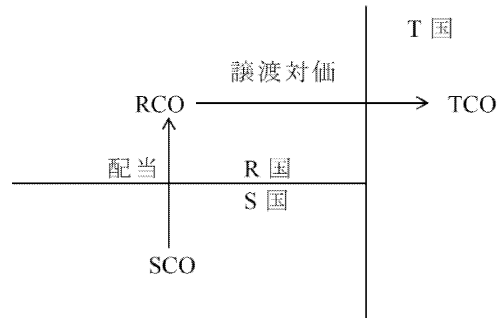
OECD は、2017 年版の 29 条コメ・パラ 182 で一般的な場合として、13 事例を示しているが、そのうち PPT 条項の適用が認められるとする肯定事例は、事例 A、事例 B 及び事例 J の 3 つである。

さらに、OECD は、パラ 187 で導管取引の場合として、6 事例を示しているが、そのうち肯定事例は、事例 A と事例 C の 2 つである。なお、この 6 事例は、2001 年の米英租税条約の 3 条 (1)(n) の「conduit arrangement」の解釈についての交換公文⁽⁴⁸⁾で挙げられている事例である⁽⁴⁹⁾。なお、米英租税条約の同条項は、conduit arrangement について、①締約国の居住者が非締約国の居住者に「directly or indirectly, all or substantially all」を支払う場合で、②当該条約の下で main purpose 又は one of main purpose が租税条約上の便益を受けさせることと規定している。

これらのうちパラ 182 の事例 A、事例 B 及び事例 J 並びにパラ 187 の事例 A と事例 C を検討することとする。

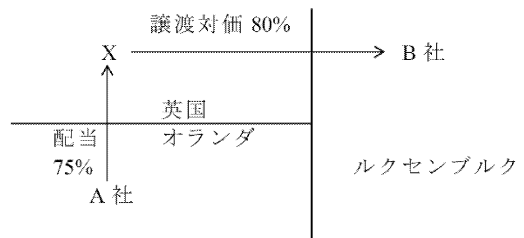
(1) パラ 182・事例 A

TCO は、S 国の SCO の株式を保有している。T 国と S 国は租税条約を締結していないので、SCO が TCO に支払う配当には、25%の源泉税が課される。しかし、RS 租税条約では、配当に対する源泉税は免除されている。そこで、次図のとおり、TCO が配当決議は行われたが未払いの配当の支払いを受ける権利を金融機関 RCO に譲渡(assign)する契約を締結して、配当相当分の譲渡対価を受け取る。これにより、TCO は、RS 租税条約の免税の特典を受けることができる。



これは、1994 年のオランダの Royal Dutch Shell 事件最高裁判決⁽⁵⁰⁾を参考にしていると考えられる⁽⁵¹⁾。Royal Dutch Shell 事件最高裁判決の概要は、次のとおりである。なお、この事件は、「Market Maker 事件」とも呼ばれている。

この事件は、下図のとおり、英国の株ブローカー X (個人) が差額を取得するために配当が決議されたものの未払いのオランダ法人 A 社 (Royal Dutch Shell) の株式の利札をルクセンブルク法人 B 社から購入して 25%の源泉税を控除して配当を受けた後、英蘭租税条約 10 条(2)に基づき 10%の軽減税率が適用されるとしてオランダに対し還付請求をしたとの事実関係において、オランダ国税当局が受益者に当たらないとし還付請求を拒否した事案である。



アムステルダム控訴院は、X が購入した時点で完全に固定されており、X の還付請求が認められると、85%—80%の 5%の手数料にすぎず、配当を受け取ったとは言えないとして、「受益者」に当たらないとした。

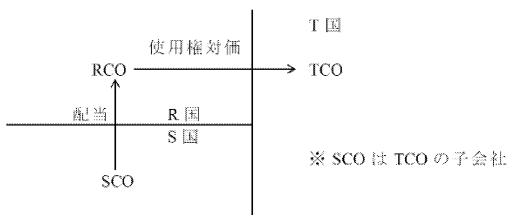
これに対し、最高裁は、租税条約が要求しているのは、「配当の受益者」であり、原資産である株式の受益者とまでは要求しておらず、また、X が利札の所有者であり、完全な処分権があるのであるから「受益者」に当たるとした。

このように Royal Dutch Shell 事件最高裁判決は、上記コメントリーの図でいうと、RCO が受益者に当たるかが争われた事件であるが、コメントリーは、TCO を問題とし、TCO の主たる目的は、RS 租税条約上の軽減税率を受けることであり、RCO に免税という便益を付与するのは、RS 租税条約の趣旨・目的に反するとするものである。

(2) パラ 182・事例 B

SCO は、TCO の子会社である。T 国と S 国は租税条約を締結していないので、SCO が TCO に支払う配当には、25%の源泉税が課される。しかし、RS 租税条約では、S 国の会社が親会社に支払う配当の源泉税は 5%である。

そこで、下図のとおり、TCO が、R 国の居住者である金融機関 RCO に SCO からの優先株の配当受益権を付与する。これにより、TCO は、RS 租税条約の軽減税率の特典を受けることができる。



これは、2006 年のフランスの Scotland 銀行事件国務院判決⁽⁵²⁾を参考にした事例と考えられる⁽⁵³⁾。

Scotland 銀行事件国務院判決は、英国の銀行 X 社（上記図 RCO に相当）が米国の法人 A 社（上記図 TCO に相当）に貸付

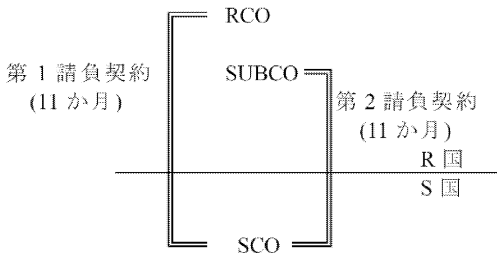
をするに当たり、A 社のフランスの子会社 B 社（上記図 SCO に相当）の株式の使用権を購入したかのように契約し、利子の支払いを B 社から配当として受け取ったとの事案である。国務院は、X 社の使用権は何らリスクを伴うものではなく、B 社の株式資本に対する資本注入ではなく、A 社が X 社に対し債務を負っているという実質を配当の支払いを保証するのと引き換えに、X 社への債務の支払を B 社に委任することによって人為的に隠蔽したものであるとし、「国税当局は、B 社によって支払われた配当の真の受益者を決定するに当たり、...64 条で定められた手続を本件においては適用することなしに、裁判官の統制の下、本件譲渡契約に関し、英仏租税条約の特典条項の利益を濫用的に得ることを唯一の目的として締結したローン契約の実質を仮装したものとして、本件契約の引き直し（*requalifier*）を行うことができる。」（下線筆者）とした。すなわち、上記国務院判決は、判例法上の法律の詐害（*fraude à la loi*）の法理を用いて、X 社から A 社への使用権の対価の支払いについて、実質は貸付けであり、B 社から X 社への配当の支払も、実質は、上記貸付金の返済であると再構成をした上、X 社は受益者ではないとしたものである。

一方、コメントリーは、上記のような再構成はすることなくあくまでも使用権の対価であるとした上、租税条約の濫用の事例ととらえて、上記図の場合、この取引の主たる目的の一つは、RS 租税条約上の 5%の軽減税率を受けることであり、RCO に軽減税率という特典を付与するのは、RS 租税条約の趣旨・目的に反するとするものである。

(3) パラ 182・事例 J（契約分割）

RCO は、R 国の居住者であり、SUBCO は、その完全子会社である。RCO は、独立

居住法人である S 国の SCO の発電所建設に入札した。この建設プロジェクトは、22 か月続く予定である。契約の交渉中に、プロジェクトは 2 つの異なる契約に分割され、それぞれ 11 か月続く。最初の契約は、下図のとおり、RCO と契約され、2 つ目の契約は、SUBCO と契約された。2 つの契約の履行に関して RCO が契約上責任を負うことを確実にしたいとの SCO の要請に基づき、SUBCO と SCO の間の契約上の義務の履行に関して、RCO が連帯責任を負うとされた。



コメンタリーは、SUBCO の第 2 請負契約の主要目的の一つが RCO 及び SUBCO にとって RS 租税条約 5 条(3)の 12 か月基準の適用を免れ S 国における PE 課税を免れるためと認められるとしている。すなわち、RCO や SUBCO は、RS 租税条約の 5 条(3)の適用を受けることが否定され、PE 課税されることとなるのである。

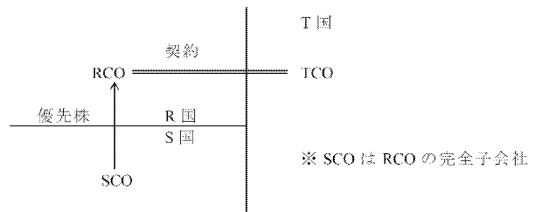
これは、1992 年のモデル租税条約 5 条のコメンタリー以来、5 条(3)の濫用とされていた事例である（1992 年版 5 条コメ・パラ 18、⁽⁵⁴⁾）。

また、措置条約は、上記のような事案に対抗するため、14 条で契約期間の分割による PE 回避防止規定を設けている。しかし、我が国は、この 14 条は、文言上、正当な事業との区別が困難であるとして選択せず⁽⁵⁵⁾、2018 年の税制改正で、法人税法施行令 4 条の 4 第 3 項で国内立法をした上、同

項但書で、「正当な理由」に基づく契約分割を除外している。

(4) パラ 187・事例 A（導管取決め）

RCO は、SCO の全株式を保有している。TCO は、SCO に対する少数株主持分を購入したいと考えているが、T 国と S 国との間で租税条約が締結されていないことから SCO からの配当に S 国の源泉税が控除されると利益が上がらないと考えている。そこで、RCO が TCO に対し、SCO から RCO に優先株式（20 年満期、4%の固定利回り＋純利益の 20%）を発行させて、その発行価格を RCO に対し支払う契約を提案した。TCO は、RCO とこの契約を締結し、RCO に対し、優先株式の発行価格と等しい金額を支払い、20 年後に RCO から株式の償還価格を受け取る。20 年の間、RCO は発行価格の 3.75%に SCO の純利益 20%を加えた額を支払う予定である。



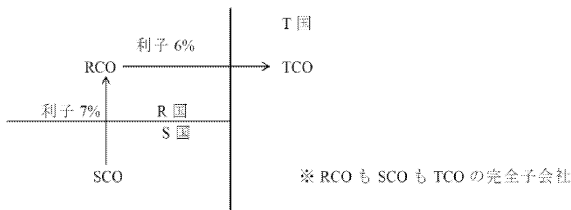
コメンタリーは、RCO がこの取引に参加する主な目的の一つが TCO の S 国源泉税の減額を達成することであり、導管契約を構成するとする。

これは、2001 年の米英租税条約の交換公文の事例 1 と類似している⁽⁵⁶⁾。

(5) パラ 187・事例 C（導管取決め）

TCO は、その完全子会社である SCO に、SCOが発行した手形と引き換えに、1,000,000 を貸し付けている。T 国と S 国は租税条約を締結していないので、当該貸付けから生じた利子は、S 国から源泉課税がされる。RS 租税条約では、利子について軽減

税率が適用される。そこで、TCO は、SCO 振り出しの手形を TCO の完全子会社である RCO 振り出しの手形と引き換えに RCO に譲渡した。SCO の振り出した手形の利子は 7%で、RCO の振り出した手形の利子は、6%である。



コメンタリーは、RCO が SCO から発行された手形を取得することによる取引は、TCO が S 国に支払うはずの源泉税を排除するように構成されているために導管取引を構成するとしている。

これは、2001 年の米英租税条約の交換公文の事例 3 と類似しており、下記 1971 年の Aiken 事件租税裁判所判決⁽⁵⁷⁾と 1997 年の NIPSCO 事件巡回裁判所判決⁽⁵⁸⁾を参考した事例と考えられる⁽⁵⁹⁾。

このうち Aiken 事件租税裁判所判決は、米国の会社がバハマの親会社から借入をしてその利子を支払うに当たり、米国とバハマとの間で租税条約が締結されていないことから、米国と租税条約を締結しているホンジュラスの兄弟会社からの借入に振り替えてこの会社を介して利子の支払いをしたとの事実関係において、内国歳入庁は兄弟会社に対する支払が実質はバハマの親会社に対する支払であるとして、米国とホンジュラスの租税条約上の軽減税率の適用を拒否したとの事案である。

租税裁判所は、ホンジュラスの兄弟会社は単なる導管にすぎず、実質は、米国の会社がバハマの親会社に利子の支払いをしたとして、内国歳入庁の処分を適法としてい

る。すなわち、租税裁判所は、経済実質主義に基づき、利子の支払いをバハマの親会社に対する支払と認定して、米国ホンジュラスの租税条約の軽減税率の適用を受けることができないとしたのである。

(6) 小括

以上、コメンタリーの掲げる肯定事例 5 つを検討したが、コメンタリーは否定事例として 14 事例を挙げており、PPT 条項の具体的適用を検討する上では、事案に応じてこのような否定事例の検討も必要となろう。

それはさておき、肯定事例をみると、取引の濫用的な再構成によるトリート・ショッピング（パラ 182・事例 A と B）と導管取引によるトリート・ショッピング（パラ 187・事例 A と C）のほか、パラ 182・事例 J のように契約の分割の事例もある。さらには、前記 3 (2)イで検討した債権譲渡の事案（パラ 176）や前記 3 (3)イで検討した居住地の移転の事案（パラ 180）も対象となっており、PPT 条項の適用対象が、トリート・ショッピングへの対抗をメインとしてはいるものの、必ずしもそれには限定されておらず、対象取引が特定されていない一般否認規定であることが確認される。

6 バミューダ LPS 事件高裁判決

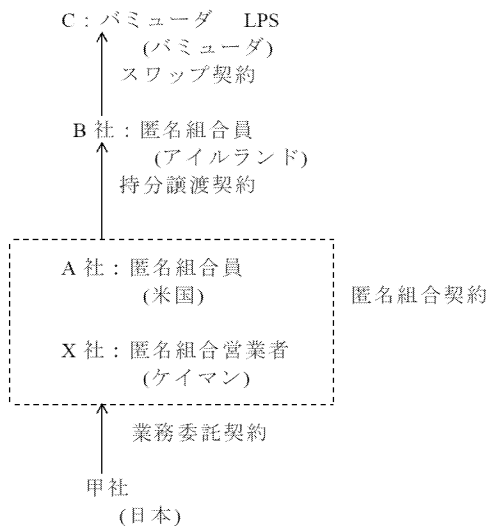
ところで、PPT 条項が適用される可能性がある事案として、我が国では、バミューダ LPS 事件・東京高裁平成 26 年 10 月 29 日判決⁽⁶⁰⁾が考えられる。そこで、この事案に基づき PPT 条項の適用について検討することとしよう。

(1) 事案の概要

X 社は、ケイマン法人であり、我が国に居住する債務者に対する不良債権の回収を業とする匿名組合の営業者であるが、当初の匿名組合員 A 社（米国法人）からその地位を譲り受けた B 社（アイルランド法人）に対して当該匿名組合契約に基づき利益の

分配（以下「本件利益」という。）として支払をしたが、日愛租税条約 23 条の規定が適用されて X 社らは所得税法 212 条 1 項に基づく源泉所得税を徴収して国に納付すべき義務がないとして源泉徴収をしなかった。

これに対し、Y 税務署長は、下図のとおり、本件利益のうち 99%については、英国領バミューダ諸島の法律に基づいて組成されたバミューダ・リミティッド・パートナーシップ C にトータル・リターン・スワップで移転されていることなどから、この部分については、日愛租税条約が適用されないとして源泉所得税の告知処分をした。



これに対し、X 社らは、上記告知処分等の取消訴訟を提起した。

(2) 判旨

1 審の東京地裁平成 25 年 11 月 1 日判決（税資 263 順号 12327）は、「所得税法 212 条 1 項は、外国法人に対し国内において同法 161 条 12 号等に掲げる国内源泉所得の支払をする者は、その支払の際、これらの国内源泉所得について所得税を徴収し、その徴収の日の属する月の翌月 10 日までに、これを国に納付しなければならない旨を規定し、同条 12 号は、『国内において事業を

行う者に対する出資につき、匿名組合契約（これに準ずる契約として政令で定めるものを含む。）に基づいて受ける利益の分配』を掲げているところ、その文理に照らし、同条の『利益の分配』については、同条の匿名組合契約に定められた債務の履行として支払がされるものをいうものと解するのが相当である。」（下線筆者）とした上、B 社が C に対して本件各匿名組合契約における匿名組合員としての地位又はそれを根拠として生ずる債権の全部又は一部を譲渡するものとする定めは見当たらないとして、「以上に述べたところによれば、...実際には B 社から C に対する契約上の地位又は債権の一部の譲渡があったことを前提として C に対して本件各分配金の支払をしたものであると認めることは、困難であるというべきものと考えられ、本件各分配金に関して X が源泉所得税の徴収の義務を負っていたものとは認め難いというべきである。」として、本件告知処分を違法とした。

控訴審の東京高裁平成 26 年 10 月 29 日判決は、1 審の判断を是認したが、さらに、Y が、2010 年版 OECD モデル条約の第 1 条のコメンタリー・パラ 9.4 や 21.4 を引用して、租税条約の特典を利用した租税回避を目的とするようなものについては、租税条約の趣旨・目的に反するとして、租税条約の適用が否定されるなどと主張したが、同判決は、パラ 9.4 については、「上記のパラグラフには、租税条約の規定の濫用を構成する取引が行われた場合に租税条約の特典を与えないようにするための方法等について一般的な説明が行われているものと認められるが、具体的な租税条約の規定が設けられていない場合にコメンタリーの記載を根拠として租税条約の適用を排除することができる旨が定めているものとは認められない。」とし、また、「...21.4 パラグラフは、同パラグラフ第 2 段落のような規定が

設けられている場合に源泉課税を制限する租税条約の特典を否定する効果を有することを定めてはいるが、そのような具体的な規定が租税条約に定められていない場合に同様の効果を生ずることは示していない。」とし、さらに、B 社が行った取引は、コメントリーのパラ 21.4 に示された「特定の種類の所得の源泉課税を扱う濫用防止準則」に抵触する取引であり、B 社が X さんから支払を受けた本件各分配金について日愛租税条約 23 条の適用を受けることは、同条約の趣旨・目的に反する態様で条約を濫用して税負担を不当に免れるものであるから、許されないとの Y の主張については、「しかし、日愛租税条約には、21.4 パラグラフの第 2 段落に挙げられたような規定又はその他の規定によって、源泉課税を制限する日愛租税条約 23 条の適用を否定する具体的な条項は定められていないから、同条の適用を否定することはできない。」（下線筆者）とした。

これに対し、国が上告受理申立てをしたが、第二小法廷は、平成 28 年 6 月 10 日に不受理としている。

(3) 検討

この事件は、①匿名組合契約及び日愛租税条約によるトリート・ショッピング、②トータルリターン・スワップ、③バミューダ LPS と 3 つの方法が用いられ、典型的な BEPS といえる事案である。バミューダ LPS については、先行年度分について東京高裁平成 26 年 2 月 5 日判決（判時 2235 号 3 頁）で「法人」該当性を否定されたが、この LPS のジェネラル・パートナーは、デラウェア州の LPS であり、さらに、これらのパートナーのパートナーは、バミューダ LPS などと、いわゆる「マトリョーシカ構造」となっていて、真の受益者（beneficial owner）が誰かが容易に分からないようになっている。最終的には、米国の有名なファ

ンドであるローンスタール・グループに帰属すると考えられるが、このように何重にも租税を免れる方法を用いているものである。

ここで問題とすべきは、現在は、日本とアイルランドが措置条約の 7 条を選択していることから日愛租税条約に PPT 条項が規定されていることである。そこで、本件で、PPT 条項が適用されて、アイルランドの排他的課税権を認めている 23 条が適用されないかが問題となる。A 社とバミューダ LPS である C との間に B 社を入れた目的の一つは、日愛租税条約 23 条による便益を得るためであったと考えられる。また、これは、日本とアイルランドの居住者でない LPS である C に日愛租税条約の特典を与えるためと考えられることから同条約の趣旨・目的に反すると考えられる。

そうすると、この事件の事実関係を前提にすると、PPT 条項が適用される可能性が高いと考えられる。

第 4 PPT 条項の問題点

PPT 条項については、第 3 で論じたとおり、それぞれの Test の意義や具体的適用が一番の問題であるが、我が国の視点でみたとき、このほかに PPT 条項の文言が抽象的であることから直接適用可能性が問題となり、また、PPT 条項の適用が裁判で争われる場合を想定すると立証責任が問題となり、さらに、租税条約上の他の租税回避対抗規定との関係が問題となる。そこで、これらの問題を検討することとする。

1 PPT 条項の直接適用可能性

(1) 直接適用可能性の意義

我が国は、憲法上、条約が批准・公布されれば自動的に国内的効力を有するとされる国であり、しかも条約が法律に優位するとの法制度の国である（憲法 98 条 2 項）。しかし、条約が国内的効力を有するといっても、直ちに国民の権利義務を創設したり、

あるいは裁判規範となるのではない。条約が、抽象的・一般的な原則を述べるにとどめ、その具体化を各国の国内法に委ねている場合が少なくないからである。そこで、条約の直接適用可能性が問題となるのである。そのような意味で、条約が「それ以上の立法などの措置の必要なしに適用されること」を「直接適用可能」という⁽⁶¹⁾。ここで「適用」というのは、国民の権利義務を創設したり、あるいは裁判規範となることを意味している。

そして条約が直接適用可能といえるためには、国際法上、①条約の作成・実施の過程の事情により、私人の権利義務を定め直接に国内裁判所で執行可能な内容なものにするという、締約国の意思が確認できること（主観的基準）と、②私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められていて、その内容を具体化する法令を待つまでもなく国内的に執行可能な条約規定であること（客観的基準）が必要であるとされている⁽⁶²⁾。

このような判断枠組みに対しては、現在国際法の分野で盛んに議論がなされていて、直接適用と間接適用を区別する見解⁽⁶³⁾や直接適用可能性と裁判規範性を区別すべきとする見解⁽⁶⁴⁾などが提唱されていて注目されている⁽⁶⁵⁾。しかし、本稿では、これまで通説とされ、裁判例でも受け入れられている伝統的な考え方で検討することとする。なお、我が国の豚肉差額関税制度を定めた関税暫定措置法が、WTO の農業協定 4 条(2)に反するか否かが多くの裁判例で争われているが、これについては、伝統的な主観基準と客観基準で判断されている⁽⁶⁶⁾。一方、伝統的な主観基準と客観基準は、具体的な給付請求権等、国に作為義務を課す場合に限られるとする見解も提唱されているが⁽⁶⁷⁾、豚肉差額関税制度事件についての東京高裁平成 31 年 1 月 17 日判決（訟月 65

巻 10 号 1482 頁）では、条約が国に対する不作為義務を課す場合にも妥当するとされている。

このような伝統的な観点でみたとき、租税条約の場合、配分ルールの中の減免規定は、締約国が各締約国の課税権を制限する趣旨で締結していることが明らかで主観的基準を満たし、日米租税条約 11 条(2)のように「一定の税率を超えないもの」と表現しているものを除いて、かつ、その文言は明確であり一般には直接適用可能と考えられる⁽⁶⁸⁾。

一方、MC9 条(1)が直接適用可能かが問題とされているが、これは、国内法での移転価格税制の立法なしに、MC9 条(1)を根拠として課税できるかとの問題である。この点は、MC9 条(1)は、それ自体では抽象的な規定であり、また、課税は国内法の立法を予定していると考えられることから直接適用はされないと考えられている⁽⁶⁹⁾。しかし、MC9 条(1)は、国内法の立法が同条項の定める独立企業原則に反するのであれば国内法による課税権を制限する効果は有しており、また、OECD の移転価格ガイドラインによりその内容が明確になっていることから課税権を制限するという意味での直接適用可能性はあると考えられる。

(2) PPT 条項についての検討

一方、PPT 条項は、租税条約の配分ルールによる減免を否定し、締約国の課税権を復活させるものである。課税自体は締約国の国内法で課税されるのであり、PPT 条項で納税義務を課すものではない。措置条約 7 条(1)を選択して PPT 条項が組み込まれた租税条約の場合、租税条約による国内法上の課税権の制限を取り払う効果を有することは明らかで、上記(1)の①の主観的基準は満たすと考えられる。しかし、国内法上の課税権の制限を取り払うにすぎない場合であっても、文言が不明確であれば上

記②の客観的基準を満たさないこととなり直接適用されないこととなる。

そのような観点でみたとき、PPT条項の「当該便益を直接又は間接に得ることとなる取決め又は取引の主たる目的の一つであったと判断することが合理的である場合」(Purpose Test)や「この条約の関連する規定の趣旨・目的に適合すること」(Object Test)というのは、不確定概念であり、直接適用可能性の2つの基準のうちの客観的基準を満たすといえるかが問題となる。

この点、筆者は、PPT条項に関するコメントリー(29条コメ・パラ169-187)が、条約締結に当たっての準備作業(travaux préparatoires)として、条約法に関するウィーン条約(以下「条約法条約」という。)32条の「解釈の補足的手段」に当たり、上記不確定概念の意味を明らかにしていることから直接適用可能性の客観的基準を満たしていると考ええる。

一般には、我が国では、コメントリーは、条約法条約32条の解釈の補足的手段と考えられており、グラクソ事件・最高裁平成21年10月29日判決(民集63巻8号1881頁)もその旨判示している。この最高裁判決で問題となったのは、タックスヘイブン税制を定める租税特別措置法66条の6第1項が外国子会社の留保所得を我が国の内国法人の所得とみなすのが、日星租税条約7条(1)に反しないかである。この点、この最高裁判決は、日星租税条約7条(1)の「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当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国内においてのみ租税を課することができる。…」(下線筆者)の「企業の利得」に特に限定がないことからA国を当該企業の居住地国、B国を当該利得の源泉地国であるとする、

AB租税条約において、「B国の企業の利得」も含むように読めるとの原告側の主張に対し、日星租税条約7条(1)の文理に加えて、OECDのコメンタリーが法的二重課税を禁止する規定であることを明らかにしているとして、「A国の企業の利得」のみを意味していると解釈したのである。

この最高裁判決に対しては、日星租税条約の直接適用可能性について主観的基準や客観的基準を問題とすることなく裁判規範となり得ることを前提としている見解がある⁽⁷⁰⁾。しかし、これは、日星租税条約7条(1)が国内法上の課税権を制限する配分ルールであり、前記(1)のとおり、配分ルールの減免規定については直接適用可能であることが明らかであるからと考えられる。

この最高裁判決は、直接適用可能性は問題とはしていないものの、租税条約の条項を明確にするための解釈の補助手段としてコメントリーを用いることを認めており、その理は、直接適用可能性を判断するために租税条約の条項の明確性の判断に当たっても妥当し、PPT条項の「取決め又は取引」、「目的」及び「関連規定の趣旨・目的」について、第3の3で検討したとおり、29条コメ・パラ169-187がその意味を明確にしていることから直接適用可能性の客観的基準を満たしていると考ええる。

なお、「外国居住者等の所得に対する相互主義による所得税等の非課税等に関する法律」6条は、日本と台湾の民間団体同士が締結している協定26条を受けて、「外国居住者等が有する所得税等の非課税等に関する法律に規定する国内源泉所得(…)に関し、当該外国居住者等又はその関係者による当該国内源泉所得の基因となる権利又は財産の設定又は移転その他の行為の主たる目的の一つが、当該所得税等の非課税等に関する規定の適用を受けることである場合には、当該所得税等の非課税等に関する規

定は、適用しない。」(下線筆者)と規定している。しかし、これは、上記協定が民間団体による協定であることから、これを我が国の国内で実施するための規定であって、PPT 条項が直接適用可能でないことを前提にした規定とは考えられない。

2 PPT 条項適用に当たっての立証責任

我が国では、もちろんまだ PPT 条項の適用が裁判で問題とはなっていない。しかし、第3の6で検討したが、今後裁判で問題となることもあり得る。そこで問題となるのが、PPT 条項適用に当たっての立証責任である。

第3の3(4)で検討したとおり、Object Test について、PPT 条項が「当該便益を与えることがこの条約の関連する規定の趣旨・目的に適合することが立証されるときを除くほか」と規定し、当該便益を受けることが当該租税条約の関連規定の趣旨・目的に適合することについての納税者に立証責任を負わせていることが特に問題となる。

MC29 条(9)の文言だけみると、あたかも関連する規定の趣旨・目的まで納税者に立証責任を負わせているように読めるが、第3の3(4)ウで検討したとおり、Object Test において納税者に立証責任を負わせている意味は、納税者に当該租税条約の関連規定の趣旨・目的の立証責任まで負わせているのではなく、あくまでも当該事案の事実関係が関連規定の趣旨・目的に適合していること、言い換えると当該取引に経済実体や商業上の合理性があることの立証責任を負わせていると考えるべきである。

ところで、我が国では、一般に、課税庁が課税処分が適法であることの立証責任があると考えられているが⁽⁷¹⁾、所得税法 157 条、法人税法 132 条及び同法 132 条の2の「不当と認められる場合」については規範的要件であり、評価根拠事実は課税庁に立証責任があるものの、事業目的の存在などの評価障害事実については、納税者に立証責任があると考え

られている⁽⁷²⁾。

このような我が国の裁判実務で採られている立証責任についての考え方を前提にすると、PPT 条項は、租税条約の濫用を対象としており、「濫用」に当たるか否かの判断基準として、Purpose Test や Object Test があるのであり、Purpose Test を満たすことが「濫用」に当たるとする評価根拠事実とすると、Object Test における当該取引に経済実体があることや商業上の合理性があることは「濫用」に当たらないとする評価障害事実と考えられる。

我が国の視点で、PPT 条項を合理的に解釈すると、立証責任の分配をこのように考えるのが、PPT 条項の趣旨にもかなっていると考ええる。

3 国内法上の租税回避否認規定との関係

(1) コメンタリーの立場

第2の2(1)のとおり、2003 年の OECD コメンタリーの改訂以来、モデル租税条約のコメンタリーでは、租税条約と国内法上の租税回避否認規定とは抵触しないとされている(2003 年版 1 条コメ・パラ 22.1)。

この立場は、2017 年版のモデル租税条約でも一貫して採られているが、2017 年版のモデル租税条約では、それ以前のコメンタリーを大幅に書き換え両者の関係について詳細な分析をして、国内法上の租税回避否認規定と租税条約の適用が矛盾した結果をもたらす場合は、租税条約が優先するとされている(2017 年版 1 条コメ・パラ 70)。これは、「合意は拘束する(pacta sunt servanda)」原則(条約法条約 26 条)の論理的帰結とされる。したがって、国内法上の租税回避否認規定の適用の結果として租税条約の規定に適合しない課税を受けることとなった場合、租税条約の規定が優先することとなる。

しかしながら、このような抵触は、しばしば回避されているとされている。具体的には、①MC9 条のように租税条約自体が国

内法上の租税回避否認規定を予定している場合（2017年版1条コメ・パラ72）、②租税条約の多くの規定が、MC3条(2)で規定されているとおり、国内法の適用に依拠していることから、国内法上の租税回避否認規定がそのような租税条約上の条項の適用の前提として機能する場合（2017年版1条コメ・パラ73）、③MC29条(2)の主要目的テストが適用されないのに国内法上の租税回避否認規定が適用される場合には、租税条約が優先し、国内法上の租税回避否認規定の適用は認められない（2017年版1条コメ・パラ74）とされている。

上記例示のうちの②は、事案の内容からみて、1998年のカナダのRMM Canadian Enterprise 事件租税裁判所判決⁽⁷³⁾の事例と考えられる。これは、米国法人がカナダの子会社を清算するに当たり、株式の積立剰余金（accumulated surplus）に対するカナダによる源泉課税を免れるために子会社の株式を売却したとの事実関係において、カナダ国税当局が、カナダの所得税法245条を適用して譲渡益を配当であるとし、加米租税条約の配当条項を適用して10%の源泉課税をした事案であり、租税裁判所はこの処分を適法としている。Arnoldは、このような取扱い、加米租税条約3条(2)からも正当化されるとしている⁽⁷⁴⁾。

上記例示のうちの③については、コメントリーが挙げている具体例は次のとおりである。A国の国内法で課税上一時的に居住者が住所を変更することを防止し、A国の居住者が第三国に所在する財産をB国に住所を移転して譲渡してもA国で課税することを認めている場合に、PPT条項を適用してB国への住居移転の主要目的の一つがMC13条(5)の居住地国課税を免れるためと認められないときには、A国の国内法を適用することはできないとする。

(2) PPT 条項と対象取引の再構成

ア 問題の所在

第3の4で論じたとおり、PPT条項の適用の効果は、「当該便益は与えられない」というにとどまり、PPT条項の適用の効果として、対象取引を再構成して当該便益を与えるか否かを判断することまでは認められていないと考える。

また、第3の2のとおり、PPT条項は、Purpose TestやObject Testにおいて、「すべての関連する事実及び状況を考慮して（regard to all relevant facts and circumstances）」と規定していることから当該取引の契約の法形式だけではなく、事実や状況をも考慮することができるとしていて、当事者間の契約書の文言だけに着目するとの厳格な形式主義を採っているのではない。PPT条項のPurpose Testは、対象となっている取引の有効性や法的性質が問題としているのではなく、第3の3(3)アのとおり、対象取引を行った納税者の客観的に認定される意図を問題としている。そのようなことからPPT条項適用に当たり対象取引を再構成する必要はないとも考えられる。

一方、国内法上の租税回避否認規定の場合には、その効果として対象取引の再構成をすることが認められている場合があり、そのような租税回避否認規定とPPT条項との関係が問題となる。

イ 類型ごとの検討

前記(1)のとおり、RMM Canadian Enterprise 事件租税裁判所判決は、カナダの所得税法245条に基づき子会社の株式の譲渡益を配当と引き直して、租税条約上の配当条項を適用しているが、この場合、PPT条項を適用して、子会社の株式の譲渡の主たる目的の一つが配当課税を免れるためであったと認定して租税条約13条を適用しないことも考え得る。

これは、技巧的な契約等を用いて租税条約上の配分ルールの適用を変更して租税負担の軽減を図るとのルール・ショッピングの事案であるが、カナダでは、所得税法 245 条で対象取引の再構成が可能であったが、我が国では、このような租税法上の再構成が必ずしも認められているわけではない。そうすると、コメンタリーでは明らかにされてはいないものの、我が国では、このようなルール・ショッピングの事案において、対象取引の再構成をすることなく、PPT 条項を適用することもあり得ると考える。

一方、第 3 の 5 (6) で述べたとおり、コメンタリーは、PPT 条項の適用対象として、①取引の濫用的な再構築によるトリート・ショッピング (パラ 182・事例 A と B)、②導管取引によるトリート・ショッピング (パラ 187・事例 A と C)、③パラ 182・事例 J のように契約の分割の事例、④債権譲渡の事案 (パラ 176)、⑤居住地の移転の事案 (パラ 180) を挙げている。

これらのうち、①及び②は、国内法上の租税回避否認規定や判例法理を用いて、対象取引の再構成をして租税上の便益を否定しようとすることもあり得る。しかし、仮に、国内法上の租税回避否認規定や判例法理で租税上の便益を否定できなくても、PPT 条項の適用により租税上の便益を否定することもあり得るが、これらの場合には、特に PPT 条項の適用に当たっての対象取引の再構成は問題とならないであろう。

また、上記③の契約の分割や④の債権譲渡という類型の場合も PPT 条項を適用するに当たって対象となる取引の再構成をする必要はないと考えられる。

次に、上記⑤が問題となるが、第 3 の 3 (3)イの MIL Investment 事件連邦裁

判所判決がこの類型に当たるが、第 3 の 3 (4)アの Alta 事件租税裁判所判決も組織再編による居住地国の変更であり、この類型に当たる。いずれもカナダの所得税法 245 条の適用に当たり、MIL Investment 事件連邦裁判所判決では、「主たる目的」が租税上の便益を得るためであったかが問題となり、Alta 事件租税裁判所判決では、租税条約の目的にトリート・ショッピングの防止が含まれるといえるかが問題となったが、いずれも所得税法 245 条の適用が否定された。そこで、このようなトリート・ショッピングの事案では、正に PPT 条項の適用が問題となる。しかし、このような類型の場合には、PPT 条項を適用するに当たって対象となる取引の再構成をする必要はなく、「主たる目的の一つ」か否かで検討すれば足りよう。

このように考えると、PPT 条項の適用の前提として、国内法上の租税回避否認規定を適用して対象取引を再構成する場面は余り考えられないといえよう。

4 租税条約上の他の租税回避対抗規定との関係

次に、PPT 条項と租税条約上の LOB 条項や受益者条項との関係が問題となる。まず、LOB 条項は、トリート・ショッピングを対象とし、同条項の各要件に該当する場合に租税条約上の便益を認めないとの規定である。このように LOB 条項は、対象取引を限定しており、租税条約上の個別否認規定 (SAAR) と考えられる。また、LOB 条項は、実際上は、事前に問題となることが多い。

一方、受益者条項は、トリート・ショッピングに当たる取引の場合、所得を受領する者を受益者でないとしてやはり租税条約上の便益を認めないとの規定である。そのため受益者条項も租税条約上の租税回避否認規定であるとする見解もある。しかし、筆者は、受

益者条項が 1977 年のモデル租税条約で導入された経緯などからみて、あくまでも所得の帰属に関する要件の一つであり、租税回避否認規定とは考えていない⁽⁷⁵⁾。結果として、租税条約の濫用の一態様を否定する場合はあるが、これは、租税条約の濫用を理由に否認しているのではなく、所得を受け取ったものに処分権限がないとの理由によるものだからである。

第5 結び

PPT 条項は、BEPS プロジェクトの成果の一つであり、それ以前の租税条約の欠点をカバーするもので非常に重要な一歩と考えている。

しかし、これまで論じてきたとおり、PPT 条項の意義や具体的適用については、OECD の該当箇所のコメンタリーが難解であり、第4で論じたような問題点もあることから、我が国の視点でなお検討が必要と考える。そのような課題はあるものの、我が国でも租税条約の濫用を防ぐため PPT 条項が折角導入されたのであり、筆者としては租税条約の濫用を防ぐために活用されることを望んでいる。

⁽¹⁾ BEPS 防止措置条約の適用状況は、下記財務省 HP のとおりである。

https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/tax_convention/mli.htm#a04

⁽²⁾ 拙著『課税権配分ルールのメカニズム』（中央経済社、令和2年）

⁽³⁾ ①David G. Duff, "Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test: Part 1", Canadian Tax Journal Vol.66 Issue3 (2018), at 619, ②David G. Duff, "Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test: Part 2", Canadian Tax Journal Vol.66 Issue 4 (2018), at 947

⁽⁴⁾ Duff, supra., Canadian Tax Journal Vol.66 Issue3, at 634-636

⁽⁵⁾ Klaus Vogel, "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions 2nd ed. (Kluwer Law

International, 1991)., at 57 (m.no.125)

⁽⁶⁾ Vogel, supra., Vogel on Double Taxation Conventions 2nd ed., at 56 (m.no.121)

⁽⁷⁾ Davis Ward & Beck, "Ward's Tax Treaties 1996-1997" (Carswell, 1996), at 61

⁽⁸⁾ Frank Engelen, "On Values and Norms: The Principle of Good Faith in the Law of Treaties and the Law of Tax Treaties in Particular" (Kluwer Law International, 2006), at 36

⁽⁹⁾ Luc De Broe, "International Tax Planning and Preservation of Abuse" (IBFD, 2007), at 307

⁽¹⁰⁾ Vogel 第3版 (Klaus Vogel, "VOGEL ON DOUBLE TAXATION CONVENTIONS 3rd ed." (Kluwer Law International, 1997), at 125 (m.no.95)でも、第2版と同様の記述がなされている。しかし、Vogel 第4版 (Ekkehart Reimer and Alexander Rust ed., "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions 4th ed." (Wolters Kluwer, 2015)) では、該当箇所の執筆者である Rust は、「substance over form 原理は、租税条約に内在している (inherent) である。しかしながら、内在的濫用否認条項の正確な内容を確認することは困難である。」(Vogel 4th ed., at 125 (m.no.57) として、黙示的な Anti-Abuse Principle には否定的と考えられる。

⁽¹¹⁾ Duff, supra., Canadian Tax Journal Vol.66 Issue3, at 636

⁽¹²⁾ OECD, "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" (1987)

⁽¹³⁾ Duff, supra., Canadian Tax Journal Vol.66 Issue3, at 638

⁽¹⁴⁾ Union of India and Anr v Azadi Banchao Andolan and An (2003) 263 ITR 706 (SC).

⁽¹⁵⁾ Duff, supra., Canadian Tax Journal Vol.66 Issue3, at 638-639

⁽¹⁶⁾ Jacques Sasseville, "Tax Avoidance involving Tax Treaties", Praxis des Internationalen Steurechts: Festschrift für Helmut Loukota zum 65.Geburtsdag" (Linde, 2005), at 451

⁽¹⁷⁾ Id., at 461-462

⁽¹⁸⁾ David Ward et al., "The Business Purpose Test and Abuse of Rights", BTR 1985 no.2 at 68

⁽¹⁹⁾ Stef van Weeghel, "The Improper Use of Tax

Treaties" (Kluwer, 1998), at 258. Sasseville が引用しているのは、Weeghel の「そのような利用（筆者注・租税条約の improper use）は、締約国の一方又は両方の課税を免れることのみを目的とし、かつ、両締約国が共有している基本的で永続的な期待や政策目的及びその上広い意味での租税条約の目的を侵害するものでなければならない。」との記述である。

(20) Sasseville, *supra.*, Praxis des Internationalen Steurechts, at 463

(21) David A. Dodge, "A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance", Canadian Tax Journal Vol.36, Issue 1, at 1

(22) Brian J. Arnold, "Jacques Sasseville's Contributions to International Tax and Tax Treaties", Tax Treaties After the BEPS Project (Canadian Tax Foundation, 2018), at 4

(23) A Holdings ApS v Federal Tax Administration (2005), 8 ITLR 536 (Swiss FC)

(24) J. Hattingh, "The Impact of the BEPS Multilateral Instruments on International Tax Policies", Bulletin for International Taxation April/May 2018, at 242

(25) Philip Baker, "The BEPS Action Plan in the Light of EU law: Treaty Abuse", BTR 2015,3, at 412

(26) 矢内一好『BEPS 防止措置条約』（財経詳報社、平成 30 年）238 頁以下

(27) 緒方氏も、PPT 条項が一般的な（防止しようとする結果の態様等を特定しない）対抗措置であるとした上、OECD は、租税条約上の「法の濫用」法理の存在を認め、PPT 条項はこの確認規定であるとしている（緒方健太郎「BEPS プロジェクト等における租税回避否認をめぐる議論」フィナンシャル・レビュー平成 28 年第 1 号 204 頁）。

(28) 後に出てくる取引の再構成（recharacterize）と区別して、「再構築（restructuring）」ということとする。

(29) Robert I. Danon, "Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups", Bulletin for International Taxation, January 2018, at 43

(30) 租税条約上の「固有概念」の意義については、

拙著・前掲課税権配分ルール 61 頁を参照されたい。

(31) 拙著『課税訴訟における要件事実論改訂版』（日本租税研究協会、平成 25 年）66、67 頁

(32) Svitlana Buriak, "The Application of the Principal Purpose Test under Tax Treaties", Tax Treaty Entitlement (IBFD, 2019), at 37

(33) 租税回避対抗指令の詳細については、大野雅人「EU の一般的濫用対抗規定（GAAR）」租税研究 2017 年 1 月号 118 頁を参照されたい。

(34) 緒方・前掲フィナンシャル・レビュー平成 28 年第 1 号 204 頁も同旨である。

(35) R v MIL S.A. [2007] 4 C.T.C 235

(36) Duff, *supra.*, Canadian Tax Journal Vol.66 Issue 4 (2018), at 981 note 174

(37) MIL S.A. v Canada, 2006 D.T.C.3307 (TCC). 本判決は、拙著『租税回避否認規定編』（新日本法規、平成 29 年）249-251 頁でも論じている。

(38) David G. Duff, *supra.*, Canadian Tax Journal Vol.66 Issue3, at 633

(39) Luc De Broe & Joris Luts, "BEPS Action & Tax Treaty Abuse" Intertax vol.43 Issue 2 (2015), at 132. 納税者にこの点の立証を負わせることは明白にアンバランスとする。

(40) Weeghel, "A Deconstruction of the Principal Purposes Test", World Tax Journal February 2019, at 31

(41) Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. v The Queen, 2018 TCC 152. 本判決の詳細は、David G. Duff, "Capital Gains on the Sale of Shares: Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. v The Queen", Tax Treaty Case Law around the Globe 2019, at 259 が参考となる。なお、本判決は、2020 年の控訴裁判所判決（Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. v The Queen, 2020 FCA 43）でも是認された。これに対し、内国歳入庁が上告し、現在最高裁に係属中である。

(42) ①Duff, *supra.* Canadian Tax Journal Vol.66 Issue 4, at 989, ② Virkram Chand, "The Principal Purpose Test in the Multilateral Conventions: An in-depth Analysis", Intertax vol.46, issue 1 (2018), at 26

(43) Canada Trustco Mortgage Co.v.R., [2005] SCC 54

- (44) 拙著『租税回避と濫用法理』（大蔵財務協会、平成 27 年）345 頁
- (45) Ameya Mithe, "Critical Analysis of the Principal Purpose Test and the Limitation on benefits Rule: A World Divided but It Takes Two to Tango", *World Tax Journal* February 2020, at 162
- (46) Duff, *supra.* *Canadian Tax Journal* Vol.66 Issue 4, at 1004
- (47) ①Danon, *supra.*, *BIT* January 2018, at 51, ②Chand, *supra.*, *Intertax* vol.46, issue 1, at 40
- (48) United Kingdom- United States Technical Explanation to the 2002 Protocol (2002). 内容は、米英両国の権限ある当局である米国財務省の *International Tax Counsel* の Babara M. Angus から英国財務省の *Director* の Gabriel Makholf に宛てた 2002 年 7 月 19 日の手紙と同日付の Makholf から Angus 宛ての返信である。
- (49) ①Danon, "Treaty Abuse in the Post-BEPS World", *Bulletin for International Taxation* January 2018, at 49, ② Chand, *supra.*, *Intertax* Vol.46, Issue 1, at 27
- (50) no.28638. 本判決は、本田光宏『『受益者』の意義についての概観』*租税研究* 2010 年 9 月号 216-217 頁や van Raad 「The Beneficial Ownership Requirement after the 2014 Update to the OECD Commentary on Articles 10, 11 and 12」*租税研究* 2015 年 7 月号 347 頁でも論じられている。
- (51) ① Weeghel, *supra.*, *World Tax Journal* February 2019, at 32, ② Duff, *supra.*, *Canadian Tax Journal* Vol.66 Issue 4 ,at 973 note 129
- (52) no.283314. 本判決の詳細は、拙著・前掲課税権配分ルール 317-318 頁でも論じている。
- (53) ① Weeghel, *supra.*, *World Tax Journal* February 2019, at 32, ②Duff, *supra.* *Canadian Tax Journal* Vol.66 Issue 4, at 973 note 130
- (54) Chand, *supra.*, *Intertax* Vol.46, Issue 1, at 29 note 111. なお、このパラグラフは、2017 年版の 5 条コメ・パラ 52 に引き継がれている。
- (55) 中澤弘治「BEPS 防止措置条約について」*租税研究* 2018 年 2 月号 172 頁
- (56) Chand, *supra.*, *Intertax* Vol.46, Issue 1, at 28
- (57) *Aiken Indus., Inc.v CIR*, 56 TC 925(1971). 本判決は、拙著・前掲租税回避否認規定 200-202 頁でも論じている。
- (58) *Northern Indian Public Service Company v CIR*, 115 F3d 506, 6 June 1997
- (59) Chand, *supra.*, *Intertax* Vol.46 Issue 1, at 28-29
- (60) 税資 264 順号 1255。この判決の詳細については、拙著・前掲租税回避否認規定 93-99 頁を参照されたい。
- (61) 小寺彰ほか『講義国際法第 2 版』（有斐閣、平成 22 年）114 頁、岩沢雄司『国際法』（東京大学出版会、令和 2 年）522 頁
- (62) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』（有斐閣、平成 17 年）310 頁。岩沢名誉教授は、直接適用可能性の基準について、最近の著書（同・前掲国際法 527～530 頁）で更に詳細に分析している。
- (63) 岩沢名誉教授は、直接適用可能性は、条約が国内的効力の効果の一つであり（岩沢・前掲国際法 535 頁）、国内法の解釈基準となることを「間接適用」と呼び、条約が直接適用可能でなくても解釈基準となり得るとしている（同・前掲国際法 530～532 頁）。
- (64) ①松田浩道『国際法と憲法秩序』（東京大学出版会、令和 2 年）216-217 頁、②同「憲法秩序における裁判規範としての国際法」*国際法外交雑誌* 119 巻 1 号（令和 2 年）112 頁
- (65) 増井教授は、松田説を積極的に評価している（増井良啓「松田浩道『憲法秩序における国際規範：実施権限の比較法的考察』」*金融取引と課税* (5)（トラスト未来フォーラム、平成 30 年））21 頁。
- (66) 拙稿「豚肉差額関税制度と WTO 農業協定 4 条 2 項」澤田壽夫先生追悼記念論文集『国際取引法における現代的課題と法』（信山社、平成 30 年）173 頁
- (67) 松田・前掲国際法と憲法秩序 184 頁
- (68) 拙著・前掲課税権配分ルール 25 頁
- (69) 金子宏「相互協議（権限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」*所得課税の法と政策*（有斐閣、平成 8 年）391 頁, Reimer & Rust, *supra.*, Vogel 4th ed., at 599 (m.no.11)
- (70) 松田・前掲国際法と憲法秩序 193 頁

⁽⁷¹⁾ 拙著・前掲要件事実論改訂版 23-25 頁

⁽⁷²⁾ 所得税法 157 条について拙著・前掲要件事実論改訂版 72-73 頁,法人税法 132 条の 2 について、拙著「不確定概念における要件事実論」伊藤滋夫＝岩崎政明編『租税訴訟における要件事実論の展開』（青林書院、平成 28 年）237-239 頁を参照されたい。

⁽⁷³⁾ RMM Canadian Enterprise Inc.and Equilease Corporation v The Queen [1998] 1 CTC 2300(TCC)

⁽⁷⁴⁾ Brian J.Arnold, "Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model", International Bureau of Fiscal Documentation, June 2004, at 250

⁽⁷⁵⁾ 拙著・前掲課税権配分ルール 330 頁