

第61回 I F A大会の報告

——所得の人的帰属の抵触を中心として——



東京大学法学部教授 増井良啓

はしがき 本稿は、平成19年11月16日開催の会員懇談会における、東京大学法学部教授増井良啓氏の『第61回IFA大会の報告——所得の人的帰属の抵触を中心として』と題する講演内容を取りまとめたものである。尚、添付資料1, 2を本文末尾にまとめて掲載している。

I. 京都大会の概要

1. 東アジアにおけるはじめての開催

IFA (International Fiscal Association, 国際租税協会) は、1938年に設立された民間の研究団体である¹。毎年、世界の各地で大会を開いている²。

その第61回大会が、2007年9月30日から10月5日にかけて、国立京都国際会館で開催された³。1997年のニューデリー大会がアジア初の年次総会開催であったため、今回は、東アジアにおけるはじめての開催ということになる。世界各国から1,000名を超える登録者数があり、

盛況であった。

今回のIFA京都大会を開催するために、IFA日本支部では数年前から組織委員会を設け(組織委員長：金子宏東京大学名誉教授、事務局長：宮武敏夫弁護士、財務委員長：水野忠恒一橋大学教授)、鋭意準備をすすめてきた。そして、関係各位のご支援の結果、京都大会は成功裏に終了した。私も組織委員会の末席に加えていただいていたので、このように大がかりな会合が無事に終了したことは、大変にありがたいことであると感謝している。

本来は、財務副大臣をはじめとするご来賓をはじめとして、ご後援をいただいた関係諸機関、ご寄付やスポンサーシップをいただいた皆様、各種のめんどろな依頼に快く応じてくださった方々、ソーシャル・プログラムの円滑な設営に尽力された多数の方々など、お礼を申し上げなければならない方はあまりに数多い。しかし、そのような謝辞を私が述べるのは、いかにも分不相応のことである。また、研究報告を行うための本日の会が、必ずしも適切な場であるともいえないだろう。

そこで、以下では、ここ数年の例にならない、年次総会の学術面に限定して、国際課税や比較

¹ <http://www.ifa.nl>.

² 増井良啓「第60回IFA大会の報告—PEに帰属する利得を中心として—」租税研究688号137頁(2007年)および同頁に引用した文献を参照。

³ <http://www.ifa-kyoto.jp>.

税制の研究の上でどのような点が議論されたかをかいつまんでご報告する。あくまで一参加者の立場から研究者としての意見を述べるものであり、組織委員会の一員としての発言ではないことをご理解いただきたい。

2. 今回の学術プログラムの全体像

(1) プログラムの概要

今回の学術プログラムを表にまとめると、次のとおりである。

	午前	午後
月曜	第1論題・移転価格と無形資産	セミナーA・IFA/EU
		セミナーB・排出権取引
火曜	第2論題・所得の人的帰属の抵触	セミナーC・移転価格と費用分担取り決め
		セミナーD・条約適格性と特典制限条項
水曜	セミナーE・IFA/OECD	セミナーF・条約適格性と集団的投資ヴィークル
		セミナーG・移転価格と間接税
木曜	セミナーH・国際課税の最近の展開	セミナーI・多国籍サービスパートナーシップの課税
		セミナーJ・租税条約上の紛争解決メカニズム

(2) 移転価格関係

第1論題は「移転価格と無形資産」であり、宮武敏夫弁護士が総括報告書を執筆された。その日本語訳は租税研究の11月号に掲載されている⁴。日本の支部報告書は山川博樹氏が寄稿された。支部報告書の日本語訳もすでに公開されている⁵。

この論題に関連して、ふたつのセミナーを用意した。ひとつは、セミナーC「移転価格と費

用分担取り決め」である。いまひとつは、セミナーG「移転価格と間接税」である。セミナーGのパネルの補佐をするためのSecretaryは、ホスト国の日本から、一高龍司准教授がまとめられた。

(3) 帰属および条約適格性関係

第2論題は、「所得の人的帰属の抵触」である。日本の支部報告書は、本庄資教授が執筆された。この論題に関係して、セミナーD「条約適格性と特典制限条項」、および、セミナーF「条約適格性と集団的投資ヴィークル」が開かれた。いずれも、人的帰属の問題に密接に関連する問題を、租税条約との関係でより各論的にしぼりこんだものである。セミナーFのパネリストとして、松田直樹税務大学校教授が参加された。

(4) 定例のセミナー

定例のセミナーとして、3つのものが開かれた。第1はセミナーA「IFA/EU」であり、欧州委員会の活動報告がされたのち、「濫用とEC法」をめぐるパネル・ディスカッションがされた。Secretaryは北村豊弁護士がまとめられた。

第2は、セミナーE「IFA/OECD」である。例年どおりOECDの国際課税をめぐる動きが報告された。しかるのち、今年は、無差別条項についてケース・スタディーをおこなった。無差別条項を選んだのは、2007年5月3日にOECDが無差別条項をめぐるOECDモデル租税条約コメントリーの改定案をパブリック・コメントに付していたからである。Secretaryは宮本十子准教授が担当された。

第3は、セミナーH「国際課税の最近の展開」である。各国の注目すべき最近の展開として、全部で3つのトピックが紹介された。そのひと

⁴ 宮武敏夫「移転価格と無形資産」租税研究697号83頁（2007年）。

⁵ 山川博樹『移転価格税制—二国間事前確認と無形資産に係る実務上の論点を中心に—』256頁（税務研究会，2007年）。

つは日本の三角合併税制であり、藤田耕司弁護士がパネリストをつとめられた。

(5) 個別のセミナー

より独立性の高いトピックを扱ったセミナーは、次の3つである。第1は、セミナーB「排出権取引」である。排出権取引をめぐる課税問題を扱った。CO₂削減の枠組が京都議定書に発することにちなんでいる。

第2は、セミナーI「多国籍サービスパートナーシップの課税」である。これは、渉外弁護士事務所のように、クロス・ボーダーでアドバイスを行うパートナーシップ形態の事業にとって、日々直面せざるを得ない問題である。事例研究の形をとり、単一パートナーシップが複数の支店を有する場合、複数のパートナーシップが関係するが支店がない場合、複数のパートナーシップを束ねるアンブレラ構造の場合のそれぞれについて、議論を行った。

第3は、セミナーJ「租税条約上の紛争解決メカニズム」である。既存の相互協議手続に関する問題点と改善案の検討を行った。浅妻章如准教授がSecretaryをつとめられた。

(6) その他の学術的な催し

以上の他にも、次のような学術的な催しがあった。

第1は、Michell B. Carroll 賞の授与である。Michell B. Carroll といえば、国際連盟の時期に現在の国際課税の枠組をつくった父祖の一人として著名である。その名を冠した賞の授賞式が、毎年IFA年次総会で行われている。今年は、Georg Kofler 准教授の「租税条約とEC法」という論文が選ばれた。Kofler氏は、オーストリア出身で、現在、NYUの国際租税プログラムで教えている。この論文をめぐって、火曜の夕刻には若手IFAの会（Young IFA Network, YIN）がパネルを組織し、議論した。

第2は、ポスター・プログラムである。博士課程で論文を執筆中の若手を対象にして、論文の内容についてポスターを展示し、参加者と意見を交換する機会である。毎年欧州勢の参加が多いが、今年は日本からも参加があった。

第3は、各種展示である。OECDやIBFDをはじめとして、ブースを設け、税制関係の書籍やデータベースの陳列がなされた。一橋大学国際・公共政策大学院からは、渡辺智之教授が出展された。

3. 本報告の趣旨

今回は、京都で開催されたこともあり、日本からの参加者が多かった。そのため、例年に比べると、大会に関する情報が格段に得やすい状態にある。たとえば、日本租税研究協会でも、2007年12月10日に、第1論題の移転価格について、宮武弁護士が講演される。また、税大ジャーナルでも、京都大会の概要をまとめて公刊されると聞いている。

そこで、以下では、第2論題にしぼって、総括報告書の骨子を紹介し、日本法の角度からいくつかコメントを加えてみたい（Ⅱ）。さらに、むすびにかえて、今後のことなどに触れる（Ⅲ）。

Ⅱ. 所得の人的帰属の抵触

1. 問題の所在

所得の人的帰属は課税要件のひとつである。課税要件とは、納税義務の成立要件のことであり、それを充足することで納税義務の成立という法律効果が生ずる⁶。各税目に共通の課税要件として、納税義務者、課税物件、課税物件の帰属、課税標準、税率の5つがある。たとえば

⁶ 金子宏『租税法』126頁（第12版、弘文堂、2007年）。

個人所得税の場合、納税義務者は個人であり、課税物件は所得であって、所得が個人に帰属してはじめて、課税要件が満たされたことになる。ひらたくいえば、「誰の所得であるか」が決まってはじめて、所得がその納税者に対して「人的に帰属」することになり、納税義務が成立するのである。

国際課税の局面では「所得の人的帰属の「抵触 (conflict)」が深刻な問題である。なぜなら各国がばらばらに課税するシステムのもとで、人的帰属の判断が国ごとに異なると、二重課税や課税の空白が生ずるからである。これが「所得の人的帰属の抵触」という問題であり、今回の第2論題のテーマである。

2. 総括報告書および当日の議論の骨子

(1) 総括報告者の紹介

総括報告者 (general reporter) は, Joanna C. Wheeler 氏である。同氏は、英国出身であり、オランダのIBFD (International Bureau of Fiscal Documentation) において、Academic Council の座長をつとめている。とりわけ信託税制についての仕事に定評があり⁷、所得の人的帰属を論ずるのに適任であった。1990年代初頭から継続して、IFAの学術プログラムを企画する仕事を補佐してきた方でもある。

Wheeler 氏が京都大会の総括報告者に選任されたのは、2005年2月、Madrid で開かれた常設学術委員会 (Permanent Scientific Committee) でのことである。同氏はその直後から精力的に検討を開始し、2005年11月には、租税条約との関係で論点を整理した論文を公開している⁸。

(2) 総括報告書の構成とポイント

総括報告書は、3部構成である (図表1)。

図表1 総括報告書の目次

Introduction
1. General principles
1.1. Taxable person
1.1.1. Domestic law
1.1.2. Treaties
1.2. Tax credit
1.3. Alienation of income
2. Specific attribution issues
2.1. Deemed attribution
2.1.1. Transparent entities and deemed opacity
2.1.2. Other deemed attribution rules
2.2. Income from assets
2.2.1. Usufruct
2.2.2. Dividends
2.2.2.1. General principles
2.2.2.2. Dividend stripping
2.2.2.3. Withholding tax credit
2.2.3. Income accruing over time (interest)
2.2.4. Dividend and interest coupons
2.3. Intermediaries
2.3.1. Agents
2.3.2. Trusts
2.3.3. Investment vehicles
2.3.4. Other intermediary structures
2.4. Anti-avoidance law
2.4.1. Conduits

⁷ IBFD, The International Guide to the Taxation of Trusts (looseleaf)の編者である。なお、この書物の日本法の部分には、佐藤英明教授が担当されている。

⁸ Joanna Wheeler, The attribution of income to a person for tax treaty purposes, Bulletin for international fiscal documentation, Vol.59, No.11, 477 (2005).

2.4.1.1. Source state perspective
2.4.1.2. Residence state perspective
2.4.1.3. Relevant factors
2.4.2. CFC regimes
2.4.3. Other domestic anti-avoidance measures
2.4.3.1. General anti-avoidance rules
2.4.3.2. Transfers of assets
2.4.3.3. Personal service companies
2.4.3.4. Transparency
2.4.3.5. Other measures
2.4.4. Treaties
3. Conflicts in the attribution of income
3.1. Source country taxation
3.1.1. Domestic law
3.1.2. Treaties
3.2. Residence country taxation
3.2.1. Taxable person
3.2.2. Double taxation relief
3.3. Examples
3.3.1. Example 1: country A→A, country B→B
3.3.2. Example 2: country A→B1, country B→B 2
3.3.3. Example 3: country A→B, country C→C
4. Conclusion
4.1. Conflicts of attribution
4.2. Attribution and treaty entitlement
4.3. Conclusion
Bibliography

の対立が知られているが、同様の対立状況が各国で存在する。今回のプロジェクトの特色は、国際課税で問題となることの多い租税条約との関係を詳しく論じていることにある。たとえば人的帰属について、国内法と租税条約の関係はどうなっているか。この点については、多くの支部報告書が、まず源泉地国の国内法のもとで所得を納税義務者に帰属させ、しかるのちに租税条約の規定を適用すると答えていることが注目に値する。さらに、所得の帰属と密接に関連するルールとして、租税条約上の「受益者」の概念がある。条約上の限度税率を適用する要件として「受益者」であることを要求している場合、国内法上の「所得の帰属」と同じことを意味しているのだろうか。また、この「受益者」という概念の意味内容は、国内法上のそれとは独立に、租税条約上の概念としてたてることが出来るものなのだろうか。これらの点について、各国別に調査している。

第1部の2点目として、いったん納税義務者に所得が帰属した場合に、その者が、税額控除その他の諸控除を利用できるか。多くの国では税額控除は所得の帰属に従う。例外は米国であり、税額控除を利用できるのは法的に納税義務を負う者であるとする、いわゆる「機械的納税義務者ルール (technical taxpayer rule)」が紹介されている。

第1部の3点目として、所得の移転 (alienation of income) はどの範囲で可能か。たとえば、A社の従業員がB社に出向し、B社から報酬を受領するが、その報酬をすぐにA社に手渡すという例で、所得の人的帰属をどう考えるか。この例については、従業員の所得になるとする支部報告書と、A社の所得になるとする支部報告書が、分かれている。

以上が第1部である。これをふまえ、第2部では、各国税制で人的帰属について生ずる個別の論点をみている。目次から見てとれるように、ここで扱われている素材はかなり広い。構成員課税、配当や利子などの投資所得の帰属、代理

第1部では、所得の人的帰属に関する一般原則を論ずる。3点を検討している。

1点目は、一般原則である。所得の帰属について、日本法では法律的帰属説と経済的帰属説

人や信託のような仲介組織 (intermediaries), 導管会社に関する租税回避否認規定など、様々のものがある。詳しくは紹介しないが、総括報告書は、各国から個別の素材を豊富に集め、課税ルールの差異を整理している。したがって、これを読み、それぞれに対応する支部報告書の箇所を見れば、それぞれの論点について各国税制がどうなっているかを容易に調べることができる。

ここまでの第1部と第2部の検討で、各国ごとに所得の人的帰属について食い違いが生ずる可能性が高いことが確認された。そこで、第3部ではいよいよ、所得の人的帰属をめぐる各国間の抵触について検討している。所得の源泉地国の角度からの検討と、居住地国の角度からの検討を行ったのち、3つの設例を示している。

この検討をふまえ、結論として2点が述べられている。第1の結論は、2つの国が異なる者に対して所得を帰属させる場合、現在の租税条約が解決を提供しておらず、問題があるということである。第2の結論は、所得の帰属、受益者概念、条約適格性の3つについて、それぞれ別の概念として理解すべきであるということである。

(3) 当日の議論

この総括報告書を踏まえ、論点ペーパー (Issues paper) が用意された。<添付資料1>をご覧いただければ分かるように、5つの素材を扱っている。すなわち、①人的役務会社、②CFCと導管会社、③信託、④会社グループ課税、⑤配当クーポンの移転である。これをもとに、当日のセッションが組み立てられた。パネルの議論は、<添付資料2>にまとめてある。いくつかの実際の判例をもとに議論を組み立てている点、地に足のついた印象を与えた。

私は当日、朝から準備委員会の用務があり、このセッションの途中から会場に入った。その

ため、以下では、議論の様子をそのまま紹介するのではなく、この議論の内容を日本の視点から再構成し、若干の意見を申し述べてみたい。

3. 人的帰属と他の課税要件との関係

(1) 所得の人的帰属という問題設定

所得の人的帰属という問題設定は、きわめて基礎的で、かつ幅広いものである。基礎的であるがゆえに、多くの場合において暗黙の前提とされてきた。また、幅広いがゆえに、他の問題設定のもとで処理されてきた。今回の検討には、このような状況において、人的帰属の問題に改めて照明をあてたという意義がある。このことを、2つの例で敷衍してみよう。

(2) 違法所得の例

たとえば、「違法な所得がいつどのように課税されるか」という問題は、所得概念の問題として研究が進んできた。これは、所得概念すなわち課税物件の問題としての検討と違ってよからう。これに対し、違法な所得については、それを得た人「の」所得であるかどうか、つまり誰の所得かという人的帰属の角度からアプローチすることもできる。盗品のように、盗んだ人の管理支配下にあっても、法律上はその人のものといえないことがあるからである。このように、違法所得の課税は、所得概念の側からも人的帰属の側からも問題設定が可能であり、両者は密接に関係している。

総括報告書は、この違法所得の問題について人的帰属の角度からアプローチし、各国の支部に質問を投げかけた。そして、その集約としてカナダや南アフリカのように、法律上の権利がなければ帰属しないとする国と、オランダのように、事実上手中にある場合に課税する国が分かっていると記している⁹。

⁹ Joanna Wheeler, General Report, Cahier de droit fiscal international, Vol. 92b, at 21 (2007).

ところで、日本では、違法所得の課税に関して、すでに昭和23年の通達により課税実務が法律的把握から経済的把握に移行し、その扱いが定着している¹⁰。すなわち、私法上の権限がなくても、経済的成果を実際に管理支配している場合には、所得として課税してもよいという解釈である。しかし、この扱いについては、所得の人的帰属に関する法律的帰属説¹¹としっかり整合するかという疑問が生じうる。私法上正当に保有する権限がない人に対してその人の所得であるというのでは、法律的に帰属していない人に対する課税を認めることになってしまいかねないからである。

この疑問については、ごく最近、次の解決が提案されている¹²。すなわち、法律的帰属説というとき、私法上真実に収益を収受する権利そのものではなく、そのような権利を有する者としての蓋然的様相を基準にして帰属の判定を行うものとして再構成するという解決である。確かに、このように考えれば、所得概念に関する経済的把握と、人的帰属における法律的帰属説を、矛盾なく説明することができよう。この考え方についてさらに問うべきは、蓋然的様相という低いハードルをこえさえすれば人的帰属ありというのであれば、果たして人的帰属が独立の課税要件として意味をもつのだろうかということである。この例は、人的帰属と所得概念が重なる例であった¹³。

(3) 事業体課税の例

いまひとつの例は、多様な事業体に対する課

税である。多様な事業体について、構成員の段階で課税するか事業体の段階で課税するかは、所得税制のあり方として基本的な立法政策の問題である。このような事業体税制の設計にあたって、納税義務者の範囲として考えることもできれば、所得の人的帰属の問題の一環として考えることもできる¹⁴。

今回の総括報告書は、事業体税制そのものについて論ずることは注意深く避けており、パートナーシップやLLCなどに力点を置くことはしていない。しかし、代理人・信託・投資媒体・コンソーシアムといった素材をとりあげ、人的帰属の角度から各国の取扱いを比較している¹⁵。

この例は、人的帰属の問題が、納税義務者の範囲の確定と、相互に重複する例ということができる。

(4) まとめ

以上2つの例からわかるように、所得の人的帰属という問題設定は、他の課税要件、特に、納税義務者や課税物件（所得概念）と交錯する。今回の研究プロジェクトは、このような問題について、人的帰属という角度から取り組んだわけである。

4. 人的帰属をめぐる国内租税法令と租税条約の関係

(1) 問題の所在

国際課税に特有の問題として、人的帰属をめぐる租税条約と国内租税法令の相互関係をどう

¹⁰ 金子宏『所得概念の研究』95頁（有斐閣，1995年，初出1975年）。

¹¹ 金子宏「所得の人的帰属について—実質所得者課税の原則」自由と正義58巻1号19頁（2007年）。

¹² 谷口勢津夫「所得の帰属」金子宏編『租税法の基本問題』179頁，191頁（有斐閣，2007年）。

¹³ なお、所得課税のタイミングとの関係でも、資産の帰属に着目し、権利確定主義の意味内容を自主占有と読み替えて、管理支配基準を権利確定主義に解消しようという学説が登場している。瀧圭吾「所得課税における年度帰属の問題」金子宏編『租税法の基本問題』200頁（有斐閣，2007年）。違法所得と管理支配基準については、さらに参照、中里実「法人税における時価主義」金子宏編『租税法の基本問題』454頁，471-475頁（有斐閣，2007年）。

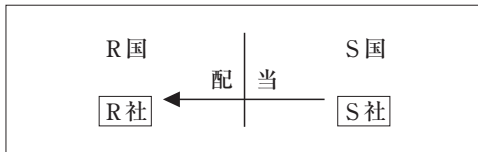
¹⁴ 金子宏他編著『ケースブック租税法（第2版）』§421. 03（弘文堂，2007年）。

¹⁵ Wheeler, supra note 9, at 36-40.

考えるかという問題がある。

図表2の例で考えてみよう。たとえば、R国居住者のR社が、S国居住者のS社から、配当の支払を受けたとする。そして、R国とS国の間で、OECDモデル租税条約と全く同じ条約が結ばれていたとする。

図表2 配当の人的帰属と租税条約の適用関係



この配当について適用が問題になるのは、租税条約の配当条項（10条）である。OECDモデル租税条約10条1項は、配当について次のように定め、R国の課税を認めている。

「一方の締約国の居住者である法人が他方の締約国の居住者に支払う配当に対しては、当該他方の締約国において租税を課することができる」。

つまり、10条を適用するための前提として、一方の締約国の居住者であるS社が、他方の締約国の居住者であるR社に配当を「支払う」ことが必要である。もとの英文では受動形なので、paid by という文言になっている。

OECDモデル租税条約10条は、1項でこのように定め、2項において、S国に源泉税を課することを認めている。そのさい、租税条約上の限度税率を適用する要件として、R社が「受益者（beneficiary）」であることを要求している。この受益者概念については、後で改めて述べることにして、ここではまず、「支払う」と規定していることについてみてみよう。

ここで、条約上は単に「支払う」としか規定していない。そこで問題となるのは、租税条約が人的帰属についてなにがしかのことがらを定

めているかどうかである。いいかえると、条約相手国の居住者であるR社に対してこの配当が人的に帰属すると認めるための要件について、租税条約自体が定めているかどうかである。

(2) 国内法事項としての人的帰属ルール

この点については、原則として、所得の人的帰属は国内法事項であり、租税条約は言及していないという見解が、支配的な考え方である¹⁶。

すでに1986年のOECD基地会社報告書は、軽課税国に置かれた基地会社に所得が帰属するかを論ずる文脈で、OECD加盟国の大多数が、所得の人的帰属は国内租税法の問題であると考えている旨を述べていた¹⁷。この考え方は、2000年にOECDモデル租税条約1条の注釈に加えられた。OECDモデル租税条約1条のコメンタリーは、そのパラグラフ9.2および22.1で、「いかなる事実が納税義務を発生させるかを決定するために国内法が設けた基本的国内ルールは、租税条約が言及しておらず、租税条約によって修正されるものではない」と述べている。このコメンタリーが基本的国内ルールとして念頭においているのは、誰が所得の帰属主体であるかに関する濫用防止規定である。ゆえに、人的帰属については租税条約の対象外であり、国内法事項であると述べていることになる。

この考え方は、解釈論上、いろいろな帰結をもたらす。そのため、その適否については慎重に検討する必要があるが、私としては基本的に支持できるのではないかと考えている。日本法に照らし合わせていうと、所得の人的帰属を決めるのは、あくまで国内租税法上の話であり、所得税法12条や法人税法11条によって考える。こうして国内法を根拠として所得が人的に帰属し、納税義務が生ずる。その結果として生ずる納税義務を制限するのが、租税条約の規定である。こう整理するのが、二重課税防止という租

¹⁶ Wheeler, *supra* note 8, at 487.

¹⁷ OECD, *Double taxation conventions and the use of base companies*, para. 39 (1986).

税条約の趣旨目的にそくしており、適切である
と考える。ただし、租税条約上の受益者要件と
の関係など、いくつか難しい問題があるので、
あとで述べる。

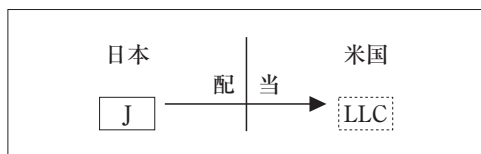
(3) 補説・事業体課税をめぐる租税条約の居住 者条項との関係

以上が基本線である。もう少し、立ち入って
みると、話はやや込み入ってくる。

日米租税条約の2003年改訂以降、事業体課税
に関する特則が日本の二国間租税条約に導入さ
れ、それに対応して租税条約実施特例法に詳細
なルールが設けられた。その結果、ルールの構
造が複層的になっている。まず国内租税法令が
課税を根拠付け、それを租税条約が修正し、さ
らに租税条約実施特例法がつなぎ規定を置いて
いる、という具合である。

所得の人的帰属との関係で、この複雑な規範
構造をどう読み解くべきか。図表3の例で考
えてみよう。

図表3 外国LLCに対する配当の支払



たとえば、日本法人Jが、米国LLCに対し、
配当を支払う。このLLCを、日本は法人扱いし
ており、米国はパートナーシップ扱いしている。
日本が源泉徴収税を課す場合に、日米租税条約
の配当条項の適用があるかをどのようにして判
断するかという例で考えてみる。受益者要件や
特典制限条項は、満たしているとする。

この点につき、日米租税条約1条6(a)は、米
国の法令に基づき構成員の所得として取り扱わ
れる場合、米国居住者である構成員の所得と
して取り扱われる部分についてのみ、条約の適用
があると定めている。

これを受けて、日本の租税条約実施特例法3

条の2第3項は、米国において米国内法令に基づ
き構成員の所得として扱われるものについて、
租税条約上の限度税率に置き換えて、国内法の
規定を適用する。これが、いわゆる「株主等配
当等」に関する扱いである。ということは、こ
の例については、租税条約の規定でもって、相
手国である米国内法令が構成員に帰属することを基
準にしている。そしてこの受皿規定として、日
本の実施特例法がブリッジ規定を設けているこ
とになる。

この例で、条約の適格性は、相手国の国内法
上の取扱いを基準として判断する。日本の国内
法上、LLC自体に所得が帰属するとみているこ
とは関係なく、米国内法令上の扱いを基準とす
る。このルールを租税条約が明記しており、こ
れを受けて実施特例法ができています。こういう
構造だと考えられる。

それでは、このようなルールと、所得の人的
帰属が日本の国内法事項だという前述の基本線
とは、どのような関係にたつのであろうか。こ
れは、基本に対する特則を条約が明記したもの
と考えることができる。すなわち、まず基本線
としては、所得の人的帰属を国内法で考える。
よって、たとえばこのLLCが単なる名義人であ
り、収益を享受していない者であると、日本の
国内法上認定できる場合には（所得税法12条）、
当該配当はLLCに対して支払われたものではない
ということになり、条約上の軽減税率は適用
されない。この基本線に従い、日本の国内法基
準で考えて配当がLLCに人的に帰属している場
合、次の段階の問題として、租税条約の上記特
則が働く。そして、事業体の扱いについて租税
条約の定めるところに従い、米国内法令上の扱
いを基準とするやり方を日本が受容したものと整
理することができよう。

以上のように整理してみると、より細かい解
釈論の上で、検討が必要な論点がいくつかある。
たとえば、第1に、日米租税条約との関係で、
実施特例法の上の規定は確認規定なのか。第2
に、事業体の扱いについて日米租税条約のよう

な規定を置いていない租税条約については、どう考えるべきか。OECDのパートナーシップ報告書は日米租税条約のような規定がなくても、解釈論でもって、同じ結果を導いていた¹⁸。もしこのように租税条約を解釈できるのだとすれば、事業体に関する規定のない租税条約との関係でも、実施特例法が生きてくる場面があるのだろうか。第3に、特典条項について、実施特例法6条の2は、特典条項の適用に関する国税庁長官の認定について定めている。そこでも、相手国の法令に基づいて構成員課税かどうかを判断するつくりになっている。ここでも、所得の帰属について、相手国の国内法と日本の国内法のいずれを基準とするか、役割分担のあり方が問題となる。

これらの論点はいずれも、先に、所得の帰属の問題が納税義務者の範囲の話と重なってくると述べた点にかかわる。ここでは問題の所在を指摘するにとどめ、将来の検討にゆずりたい。

5. 人的帰属と受益者 (beneficial owner)

(1) 問題の所在

上の点と関連するが、租税条約上の受益者 (beneficial owner) の概念や、特典制限条項との関係で、所得の人的帰属はどのような意味をもつか。これが特に実益をもつのは、導管会社を用いた条約漁り (treaty shopping) の事例についてである。おおまかにいえば、条約の特典を与える要件として、導管会社が単に受け取っていればよいのか、それ以上に何らかの実質的なテストが必要なのか、という問題である。条約漁りは国際的租税回避の典型例と考えられてきたから、ここでは、人的帰属の問題が、租

税回避と接点を有することになる。

まず、受益者概念との関係のみてみる。先行業績の多いところであるため¹⁹、骨子だけをかいつまんで述べる。

(2) 租税条約への受益者概念の導入

まず、OECDモデル租税条約における受益者概念の沿革をたどる。

1963年OECDモデル租税条約の段階では、受益者概念は規定されていなかった。受益者概念の導入は1977年のことである。審議段階においては、いわゆる subject to tax clause の導入も検討されていた。これは、相手国で課税されることを要件として、租税条約の限度税率や免税規定を適用するというものであるが、結局導入されなかった。1977年の段階では、「受益者」であることを条約適用の要件として明記することで、単なる代理人や名義人を排除するという趣旨が明らかになった。

1992年に、OECDモデル租税条約10条の注釈パラ12で、受益者という概念は「狭い技術的な意味で用いられているのではなく、むしろ、文脈および条約の目的に照らして理解すべきである」と述べるに至った。ここに条約の目的とは二重課税の防止と、脱税および租税回避の防止のことである。こうして、租税条約上の受益者概念は、徐々に実質化してきたわけである。

(3) 受益者概念とその他の条約規定の関係

ところで、OECDモデル租税条約10条2項の文言をみると、限度税率の適用要件として、1) 居住者に対する支払であること (paid to)、および、2) 受益者が居住者であること、の2つが必要である。そこで、解釈論上問題となるのが、支払があることと、受益者であることが、

¹⁸ 増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面—外国パートナーシップの性質決定を中心として—」日税研論集55号75頁、102-105頁 (2004年)。

¹⁹ 川端康之「条約便益制限の国内化現象—租税条約上の beneficial owner 研究序説—」総合税制研究7号66頁 (1999年)、川端康之「租税条約における受益者の意義と機能」確井光明他編『金子宏先生古稀祝賀記念公法学の法と政策上』359頁 (2000年有斐閣)。

それぞれ別の要件であるのか、それとも両者は同じことを意味しているのかである。この点については学説が分かれている²⁰。一方で、Vogel教授やPijl氏などは、両者は同じことを意味するのであり、paid toと書いてあれば、それだけで受益者に対する支払であることを意味するのだとしている。他方で、van Wheegel教授やDanon氏は、両者は別の要件であり、paid toというのは形式的な債権債務関係を意味するにすぎず、それとは別に、より実質的な意味における「受益者」概念があるのだ、としている。

この議論は、次のような場合に実益をもつ。租税条約には、受益者要件を書き込んである条項と、書き込んでない条項があるため、書き込んであるかどうかで判断基準が異なってくるかどうか問題となるのである。たとえば、OECDモデル租税条約で受益者要件が明示されているのは、配当・利子・使用料の3つについてだけである。これに対し、米国モデルは、退職年金やその他所得にも受益者要件を書き込んでいる。

日本の条約例についても、受益者概念のあるものもないものがある。たとえば、日米租税条約（平成16年条約第2号）や日英租税条約（平成18年条約第11号）のような新型の条約は、配当・利子・使用料のみならず、年金やその他所得にも、受益者要件を書き込んである。これに対し、最近に改訂されたものであっても、日印租税条約（平成18年条約第6号）は、配当・利子・使用料については受益者の要件が明記されているが、退職年金やその他所得については文言上受益者であることが必要とされていない。もうすこし古い日蘭租税条約（昭和45年条約第21号）であると、配当・利子・使用料についても、受益者の要件は明記されておらず、単にpaid byと書いてあるだけである。

それでは、租税条約のうち受益者要件が明記

されていない規定を適用する場合、所得の人的帰属はより形式的に判断してよいと解すべきであろうか。この点、Vogel教授らのように、paidと書いてあるだけで「受益者」に対する支払を意味するのだと解釈すれば、形式的な判断ではなく、より実質的な判断が求められることになる。これに対し、van Wheegel教授のように、paidというのと「受益者」というのは別々の要件だと解釈すれば、受益者と書いていない以上は、債権者に対する支払であれば、それだけで足りると考えることになる。

どう考えるべきか。条約によって、また、条約の中の規定によって、文言を書き分けていることからすると、法律論としては、受益者と書き込んであるかどうかで、違いがでてくると考えるのが自然であろう。また、沿革からみて、1977年にはじめて受益者概念が導入され、それが、徐々に実質化してきたという経緯を考えると、新型条約に関する解釈がすべての条約例に一律にあてはまると考えるよりは、どの時期に締結された条約であるかによって、温度差があると考えるほうが素直であろう。この点、米国モデルの財務省技術的説明では、受益者でなければ条約の適用なしという原則が、その他所得条項の中に、黙示に含まれていると主張している。ポリシーとしては理解できないわけではないが、法律論としては、やや強引なところがあるのではないだろうか。

もっとも、paidとのみ書いてある規定の解釈として、いかなる主体に対する現金移動であれ租税条約の適用があるというわけではない。債権債務関係の事実認定によっては、一見すると支払があるように見えても、実は単なる名義人が受領していただいただけであるという場合もありえよう。その場合には真実の法律関係に従い、名義人ではなく、本当の帰属主体が条約相手国の居住者であるかによって、条約の適用を判断することが適切であろう。

²⁰ Wheeler, supra note 8, at 479.

(4) 受益者の意義をめぐる争い

さて、租税条約の規定に「受益者」と書き込んである場合にはそこにいう「受益者」とはいったい何を意味しているのだろうか。この点はかなりあいまいであり、論者の間で意見が一致しない。IFAでも、1998年のロンドン大会や1999年のEilat大会で議論したが、結論に至らなかった。論者の間でかろうじて合意があるのは、単に形式的な法的権限のみがある場合には「受益者」といえないということにとどまる。

この点は、各国で裁判上の争いにもなっている。英国では2006年のIndofood事件判決がある²¹。これは民事上の事件であり、当日の議論でも紹介された（＜添付資料2＞のsegment 2を参照）。図表4は、この判決の事案を簡略化して図示したものである。

図表4 Indofood事件



図表4の事案は、インドネシアからオランダ中間会社に利子を支払ったというものである。争点は、インドネシアとオランダの間の条約が適用されて源泉税が軽減されるかどうかであった。英国の裁判所は、オランダ中間会社は「受益者」にあらず、したがって租税条約の適用なしと判断した。論議を呼んだのは、この判決が、「受益者」概念は租税条約独自の概念であると述べた点である。

一般に、租税条約上の用語は、条約に定義がない場合、文脈による解釈を除くほか、その条約を適用する国の国内法令の意義を有するもの

とされる（OECDモデル租税条約3条2）。そこで、「受益者」という用語についても、同じ解釈ルールがあてはまる。条約に特段の定義が置かれていない場合、文脈によって、条約上独自に意味が定まると考えるか、それとも国内法の意義によると考えるか、ということになる。この点につき、Indofood事件判決は、条約上の概念であると判示したわけである。これに対しては、国内法上の意義によると考える説も有力である。総括報告書によると、受益者概念を国内法との関係でどのように導き出すかについて、各国からの支部報告書の意見もかなり分かれているという²²。

国内法を参照する場合にネックになるのが、国内法においても「受益者」の概念が定義されているわけではないことである。このような困難があるため、日本支部報告書を書かれた本庄教授は、信託の受益者概念を参照するしか可能性がないと述べられている²³。

この点については、Hugh Ault教授の次の指摘が参考になる²⁴。すなわち、受益者概念は租税条約上の概念であるが、租税条約そのものが国内法上所得が人的に帰属する者を参照していると解するのである。この説によれば、人的帰属については基本的に国内法事項であるという考え方を、受益者概念の解釈においても一貫した形で貫くことができる。

なお、受益者にあたるかどうか争われた事件としては、当日には、ほかにも、オランダのMarket Maker事件や、カナダのPrevost事件が紹介された。

(5) 受益者にあたるかどうかの判断基準

具体的な事案において受益者にあたるかは、かなり微妙な判断を要することである。事実関

²¹ Court of Appeal, March 2, 2006, [2006] EWCA Civ 158.

²² Wheeler, supra note 9, at 23.

²³ Tasuku Honjo, Japan, Cahier de droit fiscal international, Vol.92b, at 355 (2007).

²⁴ Wheeler, supra note 8, at 481 note 49.

係をひとつひとつよくみていくしかない問題であるが、一般的な判断基準をあげるとすれば、管理支配（control）や、資産の所有といった点があげられよう²⁵。たとえば、米蘭租税条約の memorandum of understanding は、ある者が配当を受け取ったとしても、別の者が信託受益証券を通じて、究極的にその配当に対する権限を有している場合、受益者にあたらないとしている。これは、支配の有無をみている例である。また、ドイツの租税条約例には、所得を得る資格ではなく資産の所有に着目して受益者概念を定めるものがあると紹介されている。

6. 導管会社の取扱い

(1) 話題の限定

導管会社をどう取り扱うかについて、2点のみ述べておく。

(2) 特典制限条項の有無と受益者要件の解釈

第1点として、パネルが議論しなかったことで、あとでパネリストと意見交換した点を紹介しておきたい。それは、租税条約に特典制限条項があるかどうかで、「受益者」概念の解釈が変わってくるかどうかという問題である。

条約漁りへの対抗策としては、個別の条項に受益者概念を挿入するやり方に加え、より包括的な特典制限条項を設けるやり方がある。米国の主導のもとに特典制限条項が広まり、日本も2003年日米租税条約署名以降、特典制限条項を設け始めた。そのため、特典制限条項がある新型の条約と、存在しない条約が、混在している状況にある。

この状況の下で、インドのパネリスト Porus Kaka 氏は、条約漁り対策は特典制限条項に委ねるのが適切であり、受益者条項は1977年当時と同様、名義人を排除する趣旨にとどまると解すべきであると発言していた。これは興味深い

解釈論であると思っていたところ、たまたま、会長ランチ（President's lunch）の折に、彼の隣に座る機会があった。そこで、この機会をとらえて、特典制限条項のない条約についてはどう考えるべきかを質問してみた。私としては、特典制限条項がない場合には受益者条項の役割が相対的に高まるという考え方も、ひとつの体系的解釈としてありうるのではないかと考えたからである。これに対し、Kaka 氏は、特典制限条項のあるなしにかかわらず受益者の意義は限定的に解すべきであるという考えであった。さらに突っ込んだ議論が必要と思われる。

(3) 最判平成19年9月28日

第2点は、CFC税制についてである。

所得の帰属の問題は、タックス・ハイブزن対策税制にも関係する。最判平成19年9月28日裁判所時報1445号3頁は、特定外国子会社の損失が親会社に帰属するかどうか争われた事件について、欠損は子会社に帰属したとして、親会社の損金の額に算入することを認めなかった。

日本国はパナマ共和国との間で、租税条約を締結していない。そのため、この判決は、日本の国内法上の基準を適用して、人的帰属について判断したものである。事実関係からすると、私法上も子会社に帰属していたとみてよかったと思われる。その意味で、法律的帰属説の枠内の判決であると理解することができよう。この点を裏付けるかのように、古田佑紀裁判官の補足意見は、「法律上」その法人に帰属すると述べている。

7. 人的帰属のミスマッチ

人的帰属が各国で異なる場合、どのような解決がありうるか。総括報告書は、3つの例を提示して、各国支部報告書の反応をまとめている²⁶。

²⁵ Wheeler, supra note 8, at 480.

＜説例 1＞は、同じ所得について、A国が自国の居住者であるAに帰属するとし、B国が自国の居住者であるBに帰属とする場合である。例としては、構成員課税をするパートナーシップのような場合のほかに、親子間、夫婦間、親子会社間、名義人と本人の間など、いろいろなケースがありうる。このような場合、多くの支部報告書が、帰属の食い違いを解決することは困難であり、租税条約上の立法的相互協議によるしかないと答えている。

＜説例 2＞は、A国がB国居住者のB1に帰属するとし、B国がB国居住者のB2に帰属とする場合である。たとえば、B1とB2がB国の連結納税制度を利用しており、B1の所得が、B2の手元で連結して課税されるとする。B1がA国源泉の所得を得ている場合、この所得についてA B条約の適用が適用され、A国の源泉税に限度税率が適用されることには問題がないように見える。しかし、条約を援用するのがB1であるかB2であるかで限度税率が変わってくる可能性があり、そのため、誰の所得であるかを決めないといけない。特定の者について居住者証明を要求する場合には、さらに問題が出てくる。

同じ例で、居住地国としてのB国が、A国税について外国税額控除を与えるかどうかも問題である。アルゼンチンやインドの報告書は、主体の同一性が確保されていない以上、税額控除は与えないとしている。オランダや米国のように、グループ全体として税額控除を与える結果になるとする例や、オーストリアのように、子会社段階の税額控除が親会社によって利用される例も報告されている²⁷。

＜説例 3＞は、3カ国が関係する例である。

A国は、B国居住者のBに帰属するという。C国は、自国の居住者Cに帰属するという。B国が誰に帰属すると考えているかはオープンである。たとえば、C国が、Bが構成員課税すべき団体だと考えており、CがBの構成員である場合、A国源泉の所得が帰属するのはBなのかCなのかによって、AB条約を適用すべきかAC条約を適用すべきかが異なってくる。各国支部の報告書の回答は分かれている。

以上のように、人的帰属のミスマッチが生ずる場合、各国において未解決の問題が多い。総括報告書が結論の1つとして、現行条約による解決に問題があると述べているのは、このような検討を経ているからである。

8. 補論・AOA との関係

所得の帰属との関係で、「PE に帰属する利得」に関する AOA の議論に触れておこう。昨年ご報告したように、租税条約の事業所得条項について AOA の議論が進展していったときに重要な論点となるのが、源泉地国と居住地国の間でミスマッチをなくすにはどうすればよいかである²⁸。いわゆる symmetry の問題である。

この点について、最近、カナダの Brian Arnold 教授が、注目すべき論文を公表した²⁹。それによると、事業所得条項で用いられている business profits という言葉には 4 つの意味があり、各国間の抵触はそのそれぞれについて分析的に考えなければならないという。その 4 つとは、①事業所得にあたるかどうかの性質決定の抵触、②事業所得の金額算定方法の抵触、③ PE に対して利得を帰属させるルールの抵触、④移転価格の抵触、である。

²⁶ Wheeler, supra note 9, at 53-54.

²⁷ Wheeler, supra note 9, at 29.

²⁸ 増井・前掲注 2・149頁。

²⁹ Brian J. Arnold, Fearful Symmetry: The Attribution of Profits “in Each Contracting State.” Bulletin for international taxation, Vol.61, No.8, 312 (2007). この論文については、鈴木一路氏による日本語訳が、租税研究に掲載予定である。

この指摘はきわめて重要であり、所得の帰属に関する本日のテーマとの関係では、次の2つの示唆が得られる。第1に、国際課税における法人格の意味である。上記の分類における、③PEへの利得の帰属の抵触は、同一法人内での部分に帰属するかという問題である。これに対し、親子や夫婦、名義人、親子会社といった関係について議論してきた帰属は、異なる法人格を有する者の間の帰属を問題にしていた。PEの場合には、同様の議論が、法人格内部で行われなければならない点に難しさがある。第2に、「所得」の人的帰属というとき、グロスの収入レベルで帰属を語るのか、ネットの純所得レベルで帰属を語るのかを分析的に区別しなければならないということである。上記②と③が十分に分節化していない日本法の下で、たとえば、収入と費用がそれぞれ別の者に帰属することがありうるのか、といった問題が残されている。

Arnold教授の指摘は、分析枠組そのものの精緻化をせまっている。日本の国内法に特有の問題としては、AOAが実定租税条約に取り入れられたときに、租税条約がどの範囲で日本の国内法を置き換えるかについて考えるうえで、避けることができない根本的な点である。すでに、租税条約の適用の結果、法人税法施行令176条の定めが、厳密な意味での独立企業間原則に置き換えられると考えるか³⁰、それとも、租税条約上「PEに帰属する」とされる金額はPE所在地国が国内法上課税することのできる上限

を定めるにすぎないか³¹、意見が分かれてきている。私自身は、PE所在地国の課税に制限を加えるという租税条約の事業所得条項の趣旨や、租税条約の特殊関連企業条項を国内法上実施するためには、移転価格税制という受け皿が必要であったこと³²との均衡からして、後者の意見が適切であると考ええる。今後、この点に関して本格的な検討が必要と思われるところ、上記①から④のうち、どのレベルについて議論しているかを意識的に明らかにしていくことが必要であろう。

Ⅲ. むすびにかえて

むすびにかえて、3点を指摘する。順に、日本の視点、東アジアの視点、IFA全体の視点からみていく。

第1に、日本の視点である。京都大会が開かれた機会に、IBFDの英文雑誌が日本税制特集号を組んだ³³。この雑誌は、毎年、IFA開催地域の税制を特集し、大会参加者に配布されている。京都大会の今年は、IFA日本支部の会員の協力により、力のこもった論文が多数寄せられた。また、大会直後には、別の特集号が刊行された³⁴。いずれも、日本の税制に関する情報を英語で発信する上で、おおいに役立つものと思われる。

第2に、東アジア地域の視点からみると、第2論題に関する韓国支部報告書に、注目すべき

³⁰ 井上康一＝仲谷栄一郎『租税条約と国内税法の交錯』341頁（2007年、商事法務研究会）。なお、川田剛「国際租税入門第13回非居住者・非永住者」税経通信62巻16号181頁、182頁（2007年）は、所得税法162条や法人税法139条を根拠として、租税条約の規定が国内法に優先するとしている。沿革について、矢内一好「非居住者規定改正の方向性」租税研究697号131頁（2007年）。

³¹ AOAに関するOECDの検討文書は、こちらの立場である。Arnold, supra note 29, at 330. 同旨、西村聞多「OECDによる恒久的施設（PE）の帰属利得に関するレポートの公表とOECDモデル租税条約第7条（事業所得）に関するコメントの改正について」租税研究693号113頁、115頁（2007年）。

³² 金子宏『所得課税の法と政策』368頁（有斐閣、1996年、初出1993年）。

³³ Bulletin for International Taxation, Vol.61, No.9/10（2007）。

³⁴ Asia-Pacific Tax Bulletin, Vol.13, No.5（2007）。

記載がある。すなわち、韓国は、租税条約の適用に関して、2006年に国内法を改正し、所得が実質的に帰属する者に対して適用する旨の立法をなした。ここに実質的に帰属するとは、経済的に帰属するという趣旨であると理解されているという³⁵。この韓国の立法は、租税条約の適用に際し、所得の帰属について国内立法で定めを置く例外的な例と位置づけられている³⁶。隣国のこのような立法については、その実態について、さらに突っ込んで学ぶべきことがある。今後、東アジア地域の国際学术交流が実を結ぶことがあるとすれば、こういった論点について地道に意見交換を行うことによってであろう³⁷。

第3に、IFA全体の視点である。京都大会の会期中に、常設学術委員会が2回開催され、今後の学術プログラムについて検討を行った。来年の大会は、2008年8月31日から9月5日にかけて、ブリュッセルで予定されている³⁸。大きな論題は、無差別原則、および、利子課税である。いずれもタイムリーな論題であるが、特に

無差別原則については次のことがいえる。租税条約上の無差別取扱い規定については、欧州裁判所の影響を受け、その適用範囲について論議が高まっているところ、ちょうどOECDモデル租税条約24条のコメントリーの改訂が予想される³⁹。今年のIFA/OECDセミナーで無差別条項を取り上げたのも、その前哨戦のようなところがある。

再来年の2009年のバンクーバー大会では、PEの定義、および、外国為替をとりあげることが決まっている⁴⁰。2010年のローマ大会については、相続開始時の課税を論題にしてはどうかとイタリア支部から提案され、現在審議中である。このように、数年後を見据えて、鋭意準備を進めている。他のセミナーのトピックや、パネリストの選定などは、引き続き2008年2月の常設学術委員会で行う予定である。今回のIFA京都大会開催を1つの機会として、国際課税をめぐる日本の議論が、さらに国際的に開かれたものになっていけばよいものと感じている。

³⁵ Yoon Oh and Moo Seok Ok, Korea, in IFA, Cahier de droit fiscal international Vol.92b, 375, 379-380 (2007).

³⁶ Wheeler, supra note 9, at 22.

³⁷ たとえば、Koichi Inoue, Interaction between Japan's Tax Treaties and Domestic Tax Law, Bulletin for international taxation, Vol.61, No.9/10, 448, 453-454 (2007)は、日韓租税条約5条3の建設PEの定義が日本の法人税法141条2号の定義を置き換えると論じている。日韓租税条約に関するこのような素材については、韓国側でどのように解されているか、条約交渉時の立法資料がどうなっているか、といった点を国際共同作業によって突き合わせると、さらに総合的な学術的検討が可能になるであろう。欧州およびコモンウェルス諸国のいくつかの国の間では、租税条約に関するこのようなレベルの国際共同研究が、すでに頻繁に行われている。

³⁸ <http://www.ifa-belgium.eu>.

³⁹ 増井良啓「OECDモデル租税条約24条（無差別取扱い）に関する2007年5月3日公開討議草案について—研究ノート—」財団法人トラスト60編『国際商取引に伴う法的諸問題（14）』掲載予定、同「二国間租税条約における恒久的施設無差別の規定と国内租税法令における外国税額控除の人的適用範囲—OECDの2007年5月3日 public discussion draft をめぐって—」COESOFTLAW2007-13(2007, <http://www.ju-tokyo.ac.jp/coelaw>).

⁴⁰ <http://www.ifa2009vancouver.ca>.

**IFA 61st Annual Congress
Kyoto, Japan**

**TUESDAY, 2 OCTOBER 2007
FROM 09.00-11.00**

ISSUES PAPER

SUBJECT 2

Conflicts in the attribution of income to a person

General Reporter

Joanna C. Wheeler (Netherlands)

Chair

Prof. Claus Staringer (Austria)

Panel

Michael W. Colborne (Canada)

Dr. Robert J. Danon (Switzerland)

Porus F. Kaka (India)

Prof.Dr. Eric C.C.M. Kemmeren (Netherlands)

Secretary

Daniela Hohenwarter (Austria)

The attribution of income to a person is fundamental to the operation of modern tax systems. However, due to the increasing complexity of these systems and the structure of legal transactions, situations in which it is unclear who the taxable person in respect of a certain item of income is, are on the rise. Moreover, it is not only the principles by which income is attributed to a person that are rarely expressed in tax treaties but also the reasons for doing so are hardly ever stated explicitly in treaties. Generally, four basic reasons for attributing income to a person can be identified:

- Determination of the person liable to tax in respect of a certain item of income
- Determination of the entitlement to tax treaty benefits
- Determination of the person entitled to double taxation relief in respect of that income, either unilaterally or under a treaty.
- Determination of the entitlement to credit for withholding taxes.

On the basis of case studies concerning five different areas of taxation (personal service companies, CFCs and conduit companies, trusts, group taxation, dividend usufruct and transfer of dividend coupons), the panel will outline the major issues addressed by the general topic and analyze the problems identified thereby from a tax treaty perspective. The panel consists of highly reputable practitioners and scholars from all over the world.

Segment I – Personal Service Companies

Segment I is intended to serve as an introduction to the topic of attribution of income to a person. For this purpose a **case study on personal service companies** is presented. Many countries attribute income from personal services to the person who provides the services. The attribution of income from personal services, however, might be changed by inter-positioning a personal service company and also changing the remuneration structure. In such a structure the individual provides services to the company and the company sells the services to a third party. Usually the individual receives some remuneration for the services provided to the company, but of an amount considerably lower than the price charged for the services by the company. In this respect several questions on the attribution of the income from the personal services arise.

- Is the income to be attributed to the individual on the basis of domestic law?
- Is the income to be attributed to the individual on the basis of case law?
- Is the income to be attributed to the individual on the basis of general anti-avoidance rules?
- Is the income to be attributed to the interposed personal service company under the OECD / UN Conventions?

Segment II – CFCs and conduit companies

Controlled foreign company (CFC) regimes are a widespread answer to a problem realized by many countries that income can be kept out of their jurisdiction by tax planning structures in such a way that the income is attributable to a non resident company. As a rule CFC regimes address passive income. Most countries use one of two basic approaches to CFCs; either the profit of the CFC is attributed to the shareholders; or the shareholders are deemed to receive a dividend from the CFC. Whereas the deemed dividend approach does not address the issue of attributing income to a person, the look through variety does. Similar attribution issues are raised by rules that are intended to sanction conduit companies according to which the income of the conduit company is attributed to its shareholders. On the basis of the following case study conflicts in the attribution of income in the context of CFCs and conduit companies are discussed:

Company A (resident in country A) holds a 100% subsidiary in company B (resident in country B), which mainly receives passive income under a low tax regime. It is therefore regarded as CFC under country A's tax law, which applies the look through variety of CFC regimes. Company C (resident in country C) pays interest to company B. However, under country C's tax law, company B is regarded as conduit company. Consequently the income is attributed under C's domestic law to the shareholder of B,

i.e. company A. Nevertheless, according to the tax law of country B, the interest income is attributed to company B.

Based on this general and introductory case study, several diverging court cases on CFC or conduit rules, such as *Schneider Electric*¹, *Bricom Holdings Ltd*², *A Oyj Abp*³, *Case 93/13/0185*⁴, *Prevost Car Inc*⁵ and *Indofood*⁶ are presented and discussed by the panel.

Segment III – Trusts

The trust is a concept that is widespread in common law countries, but hardly known in civil law countries. The common law trust is structured as a triangular relationship whereby one person (the settlor) transfers property to another person (the trustee), with the latter having an obligation to deal with or hold that property for the benefit of a third person (the beneficiary). The assets held in trust constitute a segregated fund and are not part of the trustee's personal estate. Depending on the rights of the beneficiaries, a trust may be classified as "fixed" or "discretionary". The fixed trust is one where the beneficiary has a fixed entitlement to a certain part of the income of the trust fund, whereas the in a discretionary trust, the trustee has the authority to choose beneficiaries out of a given group of persons and to determine the amount which each of these persons get. From the perspective of the settlor, a distinction can be made between the irrevocable and the revocable trust. In an irrevocable trust, the settlor must not terminate the settlement, whereas in a revocable trust, the settlor has the possibility to recover the trust assets at a given time. Based on these features, countries under their national law decide to whom – trust, trustee, beneficiary or settlor – and under which conditions the items of a trust are attributed for tax purposes. It is quite common that the income is attributed to the trust or to the trustee if the income of the trust is accumulated. Subsequent distributions are then tax exempt in order to avoid economic double taxation. On the other hand certain common law jurisdictions disregard the trust if the settlor retains under the trust, such as the power to revoke or the power of appointment) and attribute the trust income directly to the settlor under so called "grantor trust" rules.

From a treaty perspective the question arises whether the trust is a person that is resident for treaty purposes. Concerning the income of the trust it has to be answered whether the income it attributed ("paid to") the trust, trustee, settlor or beneficiary. Due the different approaches to the taxation of trusts in the various countries, conflicts in the attribution of income for treaty purposes are the result. On the basis of two types of trusts – a grantor trust and an accumulation trust – the various conflicts of attribution and potential solutions will be discussed.

Segment IV – Group taxation

Another area that addresses the issue of the attribution of income to a person is group taxation regimes that operate on deemed attribution rules. Two basis approaches can be distinguished, the separate entity approach and the absorption approach.

Under the separate entity approach the amount of income (profit or loss) is computed on the level of each group member but immediately afterwards this income attributed to the group member which directly or indirectly controls the respective group member. This attribution is repeated up the chain until the all group members' results are pooled at the level of the group parent. Contrary, the legal consequences of a group taxation regime that follows the absorption approach are that the capital and activities of the subsidiaries are attributed to the parent company and that the group members are taxed as if there was only one taxpayer, i.e. the parent company. This approach operates on full consolidation. Based on the following case study the various attribution issues resulting from such group taxation regimes from a treaty perspective are analyzed.

¹ Conseil d'Etat (France) of 28 June 2002, N° 343376.

² Court of Appeal (United Kingdom) of 3 April 1996, 70TC272.

³ Finnish Supreme Administrative Court of 20 March 2002, KHO:2202:26.

⁴ Austrian Supreme Administrative Court of 10 December 1997, 93/13/0185.

⁵ Tax Court of Canada, not yet decided, 2004-2006 (IT)G; 2004-4226(IT)G.

⁶ Court of Appeal (United Kingdom) of 2 March 2006, [2006] EWCA Civ 158.

Company A and company B (both resident in country X) are member of a group of companies in X, with company A being the group parent and company B being a group member (variant 1: country X follows the separate entity approach; variant 2: country X follows the absorption approach). Company B receives interest income from company C (resident in country Y). Under the law of Y – which does not operate a group taxation regime – the income is attributed to company B.

- Who is entitled to claim the treaty benefits under the X-Y treaty: the group as whole, the group parent or the individual group member?
- What are the consequences for the calculation of the (maximum) tax credit?
- From the perspective of the source state Y the question arises whether the requirement of the beneficial owner concept is fulfilled by the receiving company B.

Segment V – Dividend Usufruct and Transfer of Dividend Coupons

Usufruct structures are used to separate income from the asset that produces it. The conceptual difference between usufruct structures and the transfer of a coupon giving entitlement to a specific dividend payment is the duration. While in the latter case only one specific payment of income is split from the ownership of the asset, in the case of usufruct the income stream over a given period of time is split from the ownership of the asset. The question with respect to usufruct and the transfer of dividend or interest coupons is whether the income from the asset is attributed to the usufructer / coupon holder or the underlying (legal) owner of the asset.

- Who is the “owner” of the income from the asset for treaty purposes?
- Would that person also qualify as the “beneficial owner”?

These questions are highlighted and discussed on the basis of two court cases, i.e. the *Bank of Scotland* case⁷ and the *Royal Dutch* case⁸.

Conceptual differences between the segments addressed

In the case of personal service companies the taxpayer has changed the remuneration structure (the individual's position changes from being an entrepreneur to being an employee), in order to use the associated basic attribution principles for tax planning purposes. Issues concerning the attribution of the income arise if one or more states want to go back to the position before the taxpayer made that change. Contrary, in the case of CFC/conduit companies, the taxpayer has changed the route of the income, but not the remuneration structure. The income payments are still made on the same basis, i.e. ownership of a particular type of asset. In the trusts cases there is nothing that has been changed by the taxpayer, but there is a substantive conflict between the attribution rules of two (or more) states. Also in the group taxation cases, nothing has been changed by the taxpayer, but the conflict is caused by a rule in one state that is clearly recognizable as a deeming rule, but also clearly not an anti-avoidance rule. This factor distinguishes the group taxation cases from the used of dividend usufruct or coupon stripping structures, where the taxpayer has used a basic attribution principle of most states (attribution of the income follows ownership of the asset that produces the income) to achieve a surprising, and maybe inappropriate, result, but in a qualitatively different way from the CFC/conduit examples.

Despite their conceptual differences, all segments addressed may eventually lead to conflicts in the attribution of income.

Conclusions

Due to the fact that there are no clear provisions or principles as to the attribution of income to a person contained in existing tax treaties, double taxation or double non-taxation may be the result. Conflicts in the attribution of income mainly arise since the OECD Model Convention deals with the

⁷ Conseil d'Etat (France) of 29 December 2006, N° 283314.

⁸ Hoge Raad (Supreme Court of the Netherlands) of 6 April 1994.

treatment of specific items of income but does not link those items to specific taxpayers. This raises the question whether it would be desirable to incorporate explicit attribution rules in tax treaties or in the OECD Model Convention or whether the issue should be addressed in the Commentary to the OECD Model Convention as an alternative (e.g. by formulating certain guidelines on how to deal with conflicts arising from the diverging attribution of income to a person). Another issue which is closely linked to the issue of attributing income to a person is the lack of a comprehensive definition of the term "beneficial owner" in tax treaties. Should a definition be included in the OECD Model Convention?

IFA 61st Congress in Kyoto

Subject 2 : Plenary Session – Conflicts in the attribution of income to a person

Summary of discussion

General Reporter: Joanna C. Wheeler (Netherlands)

Chair: Prof. Claus Staringer (Austria)

Panel Members: Michael W. Colborne (Canada), Porus F. Kaka (India), Prof. Dr Eric C.C.M. Kemmeren (Netherlands)

Secretary: Daniela Hohenwarter (Austria)

The Chair, Prof. Claus Staringer, opened the Plenary Session on Subject II, "Conflicts in the attribution of income to a person", of the 61st Annual Congress of the International Fiscal Association by stating that the preparatory work had identified a number of areas where fundamental questions arise as to whom income should be attributed for treaty purposes. The Panel would focus their discussion on five different segments: personal service companies; controlled foreign companies (CFCs) and conduit companies; trusts; group taxation; and dividend usufruct and transfer of dividend coupons. Although the segments are diverse, they all raise the same, or similar, underlying question and issue: to whom should income be attributed?

The question is more than theoretical since it has significant practical implications in the application of tax treaties, which would be examined through case studies.

Before proceeding, Prof. Staringer introduced the other Panel Members and the Secretary, and noted that a fourth member, Dr Robert J. Danon (Switzerland), although not present, had contributed to the discussions.

The General Reporter, Ms Wheeler, initiated the discussion by pointing out that the attribution of income concept was fundamental to the operation of tax systems inasmuch as it determines the liability to tax, entitlement to treaty benefits, entitlement to double taxation relief (unilaterally or under treaty) and entitlement to credit of withholding tax; nevertheless, existing treaties provide little guidance on how the concept is to be applied in determining to whom income is to be attributed. For example, can income be alienated without the underlying asset? Some countries say yes, while others say no; in still others, the answer may be yes, but it is difficult to achieve in practice. Such situation provides ample scope for conflicts.

In the case of treaty attribution as a source state, for example, more countries apply their domestic law than those that follow the residence state. This situation is particularly conducive to conflicts when, as Ms Wheeler noted, two states take different views as to whether or not a "person" (and which "person"?) is involved in cases of partnerships.

Segment 1: Personal service companies

As regards personal service companies, is the income attributed to the individual or the company? In introducing this segment, Prof. Staringer remarked that tax avoidance issues can also arise in relation to the attribution of income question when a company established in a low-tax jurisdiction is interposed in the structure.

The conflict here is between attribution by the treaty and attribution by domestic law. If the attribution is made according to domestic law, Ms Wheeler said that the question of who is entitled to claim benefits under the treaty remains to be resolved and noted the fact that other treaty issues can arise in a three-state situation, where the interposed company is in a third state. In response, Mr Kaka suggested that the form versus substance test, as advocated by Prof. Klaus Vogel in the early 1990s when commenting on Art. 15(2) [Dependent personal services; since retitled as Income from employment] of the OECD Model Convention (1992), should be applied in these situations.

Segment 2: CFCs and conduit companies

Mr Colborne described examples of how the conflicts between CFC rules and conduit rules can give rise to issues concerning violations of treaty provisions, and to illustrate this, a number of diverging court cases would be discussed by the Panel. Citing the position taken by the OECD on CFC legislation that there is no conflict between Arts. 7(1) and 10(5) of OECD Model Convention (2005) as the correct approach, i.e. a state is entitled to tax its residents and therefore can tax under CFC rules, Prof. Dr Kemmeren noted that such conflicts have resulted in three court cases, which, however, conflict with each other. In the *Schneider Electric* case, the French Conseil d'Etat found a treaty violation as the income belonged to the Swiss company that had no permanent establishment in France. The UK Court of Appeal ruled there was no violation of the treaty in the *Bricom Holdings* case as tax was imposed on a notional sum, but there was still income to the parent company to which the CFC legislation applied. In the third case, *A Oyj Apb*, the Finnish Supreme Administrative Court ruled no violation of the treaty as the court found the legislation followed the object and purpose of the treaty.

Prof. Staringer noted as another example that in a case decided by the Austrian Supreme Administrative Court (Case 93/13/0185 of 10 December 1997) concerning attribution of income involving an Austrian subsidiary of a UK parent with a Dutch intermediary company interposed between the two companies to mitigate an unfavourable withholding tax rate, the court denied application of the Austria-Netherlands treaty since it found that under domestic law no income could be attributed to the Dutch company due to its scant substance and lack of economic activity. Therefore, as domestic law applied, the court saw no reason to even consider application of the treaty.

Mr Colborne then discussed the *Prevost Car Inc.* case, currently before the Canadian courts, in which the issue is whether a Dutch holding company (the shares of which were held 49% by a UK company and 50% by a Swedish company) is the beneficial owner of dividends paid to it by a Canadian company (in which the Dutch company held 100% of the shares) that the Dutch company paid up to its shareholders. Under the Canadian attribution rules, there is no debate that the Dutch company is the legal owner of the dividends and this is enough to levy withholding taxes under the Canadian domestic rules. The Canada Revenue Agency (CRA) therefore denied the relieving provision for dividends in the Canada-Netherlands treaty on the grounds that the Dutch company was not the

beneficial owner of the dividends. Mr Colborne said the case raises the interesting question of what happens when conduit principles apply and persons to whom the income is attributed reside in other treaty countries.

In this respect, Prof. Dr Kemmeren thought the Panel should distinguish the two-step process under discussion: the first question is to whom is the income attributed, and only when that is answered does the second question arise, i.e. is the person to whom the income is attributed also the beneficial owner? He questioned whether it would be a sensible solution in *Prevost* if it were found that interposition of the Dutch holding company would result in denial of treaty benefits.

Prof. Staringer then examined the important *Indofood case*, which also addresses the issue of beneficial ownership. In this case, a Dutch company was interposed to maintain a withholding tax reduction in Indonesia. The UK Court of Appeal overruled the lower court and held that the Dutch company should not be the beneficial owner under the *Indonesia-Netherlands* treaty. The case has spawned widespread discussion due to the Court basing its reasoning on an "international fiscal meaning" in that beneficial ownership is a treaty concept and therefore treaty law should apply. Prof. Staringer noted that this was a far-reaching approach which shows there is a need to further define beneficial ownership and suggested this be done by looking at its origins and history in order to state clearly what beneficial ownership really means.

Mr Kaka next took the discussion through the evolution of the beneficial owner concept, from the (pre-) beneficial owner Arts. 10, 11 and 12 of the OECD Model Convention (in 1963 there was no beneficial requirement; paragraph 34 only cautioned dealing with tax avoidance bilaterally) to the 1977 creation of the concept (Art 10(2) providing "recipient" must be the "beneficial owner", which was not available when an intermediary (agent or nominee) is interposed), followed by the insertion of new paragraph 12 in 1992 and the 2003 added paragraph, so that there are now three paragraphs in the Commentary further expanding beneficial ownership resulting in confusion of tax avoidance with beneficial ownership. In Mr Kaka's view, this is evident when looking at the state of case law today.

Segment 3: Trusts

After explaining what a trust is and the different forms it can take, in particular that a trust is not an entity but rather a relationship, Ms Wheeler noted that as regards treaty issues, the question is to whom is the trust income attributed ("paid to"): the trust, trustee, settlor or beneficiary? The degree of revocability retained by the settlor is a determining factor (as in the case of grantor trusts). There are various ways of taxing trust income, such as taxing the trustee as legal owner of the income (without obtaining any benefits from the trust property), the beneficiary as the recipient of income or the settlor depending, for example, on retention of any degree of revocability or powers to replace the trustee, etc. In any case, treaty issues arise as different countries apply differing methods to taxing trust income.

Mr Colborne described a three-step formula under which the determination is made if State R-S treaty applies, whether State S applies domestic law and taxes State S resident and if State R grants a tax credit. However, Ms Wheeler stated some exceptions to this approach, including that tax treaties apply to "persons" not income, while also suggesting there has to be some limitation on how to apply tax treaties.

Segment 4: Group taxation

Prof. Staringer introduced this segment by pointing out that a separate entity approach under which a deemed attribution is repeated up the chain until all results are pooled in the group parent creates tax treaty issues. Determinations must be made as to who is entitled to treaty benefits, to double tax relief and the maximum allowable tax credit, as well as the applicable treaty withholding rate and the beneficial ownership interest.

Under the absorption approach with full consolidation, as described by Prof. Dr Kemmeren, the legal consequences include the attribution of capital and activities of subsidiaries to the parent and taxation as if there were only one taxpayer, i.e. the parent. Again, regarding tax treaties, as with the single entity approach, this creates real-life issues that are difficult to resolve.

Segment 5: Dividend usufruct and transfer of dividend coupons

In introducing this segment, Mr Kaka explained that these two concepts are primarily separating the income from the asset, either over time or through a single coupon transfer. The treaty issues which arise are: is the income attributed to the coupon or usufruct holder, or is it attributed to the owner of the underlying asset? This brings in the second step which the Panel feels is relevant, i.e. is the holder of the income, and not the owner of the asset, the beneficial owner of the income? This is a step which has often been done and often comes out within the treaty. However, this did not happen in the *Bank of Scotland* case, as there are now not one but three Commentary paragraphs explaining beneficial ownership with one of those linking it with tax avoidance.

In this case, a US company took out a loan from the Bank of Scotland, a UK resident, with the loan to be repaid through the US company issuing non-voting preference shares from its French subsidiary and assigning the usufruct, i.e. the right to dividends, to the Bank of Scotland for a #-year period.

Because the total usufruct payments did not leave the bank with what would be considered sufficient interest – and taking into account that the benefits under the France-UK treaty due to a reimbursement of dividend tax credit provision would have resulted in the bank receiving a substantially larger amount – the French tax authorities argued that the transaction was artificial, masking the real transaction, i.e. the loan to the US company, a view which the Conseil d'Etat upheld in finding that the UK bank was not the beneficial owner. As to the first result, Mr Kaka agreed that that could be a possibility; however, as to the second issue on beneficial ownership, he expressed reservations in that the Court seemed to have accepted that beneficial ownership concepts permit the rewriting of the entire transaction based on tax avoidance and treaty shopping principles.

Recalling the history, Mr Kaka pointed out that beneficial ownership was meant to exclude agents and nominees interposed between two corporations and that the Bank of Scotland did not act on anyone's behalf as it had full use of the funds and could disperse them as it saw fit. The two-step approach was not followed in *Bank of Scotland* – a process that Mr Kaka considers essential – but instead the Court recharacterized the entire transaction based on beneficial ownership.

In discussing the *Royal Dutch* case, Prof. Dr Kemmeren put forth the question: what is required by the concept of beneficial ownership? Is it beneficial ownership of the shares, of the income, of the coupon or of the dividend? He advocated the addition of an *economic* element to the process in order that contentious treaty issues could be more readily resolved. Mr Kaka, however, disagreed with this suggestion pointing out that Bank of Scotland was a 2006 decision while Royal Dutch was handed down in 1994 at a time when there was a simpler definition of beneficial ownership. More importantly, apparently documents submitted to the lower court showed that the US company virtually guaranteed repayment of the loan.

As the Panel discussion revealed, there are no clear tax treaty provisions or principles, with the result that double taxation or double non-taxation may occur. The question thus arises whether explicit attribution rules should be incorporated in tax treaties or in the OECD Model Convention or the Commentary. Two different definitions were put forward by Panel members.

The first proposal, put forward by Dr Danon and presented in his absence by Prof. Staringer, states "The person who legally, economically or factually has the power to control the attribution of the income [should be the beneficial owner]." As this takes a subjective approach in using certain terms, some Panel members viewed it as too ambiguous inasmuch as it could lead to numerous issues of interpretation and litigation.

The other, an objective definition put forward by Mr Kaka, states "Person who de facto, to the exclusion of others, has power to exercise or in fact is shown to exercise, control over the disposal of the income, including through nominees and agents but not including shareholders, partners or other such persons exercising de jure control indirectly without anything else to the contrary. The exercise of such rights as beneficial owner must not be on anyone's behalf, but in his own right."

In closing the discussion, Prof. Staringer reiterated the starting point that the issue of attribution of income is fundamental to the application of tax treaties, while acknowledging that they are silent on the matter. In his view, beneficial ownership is a different concept from attribution; attribution of income is one thing and beneficial ownership is about treaty application. Prof. Staringer felt that the fairest conclusion of the Panel's preparatory work and the discussion session is that the work is far from being over.

IBFD Reporter: Richard Casna