

2023年度IFA年次総会（カンクン大会）報告会



吉野 会員



原田 会員



平川 会員

Subject 1 : Sharing and shifting of corporate losses—The new profit shifting ?

Subject 2 : Good faith in domestic and international tax law

（報告者）税務大学校研究部教授

税務大学校研究部教育官

長島・大野・常松法律事務所 弁護士

（司 会）明治大学教授

吉野 なおみ
原田 哲
平川 雄士
大野 雅人

（Subject 1 パネリスト）

はしがき 本稿は、令和6年1月9日（火）にIFA日本支部・日本租税研究協会の共催で行われた、2023年度IFA年次総会（カンクン大会）の報告をとりまとめたものである。なお、当日の報告は時間的な制約があったため、本誌掲載に当たり加筆をお願いしている。

本報告会では、大野雅人・明治大学教授の司会により、税務大学校研究部の吉野なおみ教授と原田哲教育官から、Subject 1 及びSubject 2 についてご報告をいただいた。

また、Subject 1 にパネリストとして参加した平川雄士会員（長島・大野・常松法律事務所 弁護士）からもご報告をいただいた。

はじめに

（大野）13時30分になりましたので、昨年10月22日（日）から26日（木）にかけてメキシコのカンクンで開催されましたIFAカンクン大会の

報告会を始めたいと思います。最初に、IFA日本支部の増井理事長よりごあいさつを頂きます。増井理事長、よろしくお願いいたします。

（増井）お正月から震災でしたけれども、皆さま被害に遭われていないことをお祈りいたします。

今回はメキシコの大会でしたが、1943年のメキシコモデル租税条約の例を引くまでもなく、ラテンアメリカ諸国では伝統的に源泉地ベースの課税が非常に強く強調されています。今回の大会でも、今日ご報告のある正規のセッション以外の幾つかのパネルが開かれましてグローバルサウスの声を聞くことができました。日本からも多数の先生方がご参加されていて心強く思ったところです。今日のご報告いただけるということで楽しみにしております。よろしくお願いいたします。

（大野）増井理事長、ありがとうございます。

今日の報告会の進行につき簡単にご説明いた

します。ご報告は、カンクン大会に現地で参加されました税務大学校研究部の吉野なおみ教授と原田哲教育官をお願いしております。また、Subject 1のパネリストとして登壇された平川雄士会員からは、吉野教授の報告後に簡単にSubject 1のパネルの裏話などをご紹介しますだけだと思います。

最初に吉野教授からSubject 1についてのご報告を1時間弱で頂き、次に平川会員からSubject 1のパネルについてのお話を10分程度で頂き、最後に原田教育官からSubject 2についてのご報告を1時間弱で頂きたいと思えます。終了は15時30分の予定です。報告者の皆さまにはかなり窮屈な報告時間となりますけれども、どうかよろしく願いいたします。司会は明治大学の吉野が務めます。

それでは、吉野教授からSubject 1についてのご報告をお願いいたします。

1. Subject 1 : Sharing and shifting of corporate losses —The new profit shifting ?

（吉野）税務大学校研究部の吉野と申します。それでは、Subject 1から始めさせていただきます。

Subject 1では、各国から提出されたゼネラルレポートのハイライトの説明の後に2つのテーマに分けた論点に対する発表がありました。1つは、損失の利用について現在では使用できない悪質な行為とその対応の紹介、もう1つはPillar 2（第2の柱）と、損失の使い方についての疑問点・課題の提示と対応策の説明です。

スライド1の右側にメンバーリストが示されております。Subject 1の司会はアメリカのジョージア州アトランタにあるAlston&Bird弁護士事務所のパートナーで国際税務の専門家のSam Kaywood氏で、ゼネラルレポーターはスイスのチューリッヒ大学の税法教授のRene Matteotti教授です。パネルメンバー7名の中には本日の発表者の平川先生のお名前が入って

います。

なお、日本支部報告は長島・大野・常松法律事務所の吉村浩一郎弁護士が作成されました。

Subject 1の資料は、実際は80ページほどですが、時間の制約がありますのでポイントを絞って説明をさせていただきます。

1-1. ゼネラルレポート報告概要

スライドの2からは、ゼネラルレポーターの調査報告の概要の説明です。今回のテーマとして、「損失と利益移転」を取り上げた背景が大きく3つ説明されました。

1つ目は、財政危機です。過去10年間の国際税務政策は2007から2009年の金融財政危機（financial crisis）の影響を受けました。2010年にOECDより発表された「銀行の損失に係る税務リスクに関する報告書」の中でも金融業界の実現・未実現の損失が全世界で少なくとも7,000億USドルに上ると概算されており、結果として税務上の損失が2,300億USドルに上ったとあります。

2つ目は、国際的により制限的なタックスポリシーに沿った道具（instruments）で、協調措置としていわゆるBEPSプロジェクトが提供されたことです。

3つ目は、COVID-19です。パンデミックにより多くの国で財政が悪化し、新たな、場合によっては多額の繰越欠損金が発生しているということです。

スライド3では、ゼネラルレポーターから政策目標の衝突（colliding）について説明がありました。各国の立法者は、天秤の左側の「総利益主義の実行」と、天秤の右側にある「税収の安定」という、相反する原則のバランスを取るという困難な課題に直面しています。各国の税収は法人税が大きな割合を占めているため、企業の損失は国家の税収計画に大きな影響を与えます。IFAの調査によれば、この利害のバランスは各国で異なる上、他の様々な要素も重要な役割を果たしているとされます。立法者が配慮

すべき要素には、租税法の中立性や実用性、それと国際競争力を高めるための配慮などが含まれており、EU加盟国に至っては法人設立の自由まで配慮が必要となっています。

ゼネラルレポーターによると、この点に関して欧州司法裁判所の判例法は、ビジネスの観点からも価値や原則をどのようにはかりに掛けているかを知る上でとても興味深いとしておりました。

また、パネリストからのコメントとして、政策目標の衝突については産業界で総利益原則が議論されており、ビジネスリーダーたちは最低限の倫理的なパフォーマンスレビューが行われるような、いわゆる「ガードレール」を欲しがっていると述べられました。一部の企業は、政府が最低限の収益性を受け入れて財政を安定させ継続的な再投資を得ることを前提にしているようです。そして、一部の企業はビジネスと政府による総合的な取組が必要だと結論付けていることがコメントされました。

スライド4は、OECDの動きに注目しています。OECDでは、法人税の欠損金の問題に関して移転価格の適切な適用、組織再編成、また複数の損失控除を可能にするハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの利用、また人為的な損金算入を目的とした金融商品の活用の4つのリスク分野を取り上げて、2010年と2011年に2つの報告書が出されました。

この2つの報告書について、パネリストから実務家の観点での意見が述べられました。すなわち、このような分野についてOECDがやろうとしたことは、全ての企業がやるべきことの協調であり、全ての企業が常に概念的な計画と枠組みをもって4つのリスク全ての項目について助言を求める必要があるとしました。すなわち、実務の現場ではこれらの分野について定期的な取決めの変更などを行い、常に負債資本比率を調整し全てが本当に独立企業として行われているかを確認したいと考えています。他にもその国独自の特別な制度があるところ、損失がどの

ように影響するか、コンプライアンスを遵守する企業としてはルールを教えてもらえばどのようにやればよいか理解できるといった意見も述べられました。

次のスライド5では、ゼネラルレポーターによりBEPSプロジェクトに係る各アクションを一貫性、実体性、透明性の3つの分野別に示した資料が説明されました。パネリストからのコメントで各アクションには損失相殺に特化した具体的な言及はなかったものの、各報告書が示すようにハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに関するアクションは重要であるとの指摘がありました。

また、行動2（action 2）に関する最終報告書だけでなく支店のミスマッチ・アレンジメントの影響に関する2017年のフォローアップ報告書についても触れておきたいとの発言もありました。

次のスライド6では、ゼネラルレポーターから各国から提出されたゼネラルレポート（一般報告書）の取りまとめ概要が説明され、興味深い点が幾つか指摘されました。

まず、各国の損失相殺ルールを見てみると、損失利用に関する繰越や繰戻が期間や金額、繰越ルール、繰戻ルールなどで損失の利用を厳しく限定している国が多いことです。

また、印象的なこととして、ドイツを除き厳格な繰越欠損金相殺のルールの合憲性がこれまでほとんど検討されておらず、このことは国内の裁判所が立法府にかなりの裁量権を与えている可能性が高いことを示していると指摘されました。例えば、ブラジルでは繰越欠損金にクォーター制で30%枠が適用されており、会社が清算した年であっても30%以上は使用できませんが、ブラジル司法当局は合憲であると考えていることが指摘されました。ブラジルで清算年度における相殺そのもの及び繰越欠損金に対するこのクォーター制度の適用が合憲であるかどうかについては、ブラジル連邦財政裁判所が疑念を表明し、現在、連邦憲法裁判所に問題が付託

されているとのことでした。

そして、ブラジルもドイツも支配権の変更と活動の変更の2つのテストに基づいて損失の利用を制限している点は同様ですが、支配権の変更と活動の変更に係るテストは各国で大きく異なっていることも説明されました。

次のスライド7では、組織再編に関連した損失使用の制限についてコメントされました。損失の利用は2つのテスト（所有者変更テストと活動の継続のテスト）で制限されています。また、国の予算と経済政策を考慮したルールが重要な役割を果たしている例として、厳しいテストを行う国、雇用政策を考慮する国、損失移転を除外する国が挙げられました。企業にとっては、世界中でビジネス展開をする際にどこかで実際に発生した経済損失はどこかで利用されるというのが望ましいことですが、多くの場合、異なる管轄区域の間では調整されず、それどころか政府は自国の規制を管轄区域を越えて適用しようとしていて、人為的な損失でなかったとしても損失を使う機会がなくなり、絶えず変化する経済状況に適応するための企業再編はより困難になる可能性があると警鐘を鳴らしました。

次のスライド8ですが、ゼネラルレポーターから各国のグループ課税制度における損失利用制限の状況が説明されました。グループ内での損失相殺の可能性は総利益原則と課税の中立性を強化するものであるところ、グループ税制を導入している全ての国でグループ税制が損失の二重控除や多重控除、損失取引に関してもたらされるリスクを認識し、対応する濫用防止規制を定めていることが報告されました。加えて、グループ課税制度を採用している22カ国の中に南米諸国がないことも報告されました。また、経済的な観点から中小企業はグループ税制の恩恵を受けることが著しく困難であることが判明しており、繰戻還付の規制の導入や法律の緩和を検討することが提言されました。

次のスライド9では、外国の支店、恒久的施設（PE）で生じた損失について説明がありま

した。恒久的施設での欠損金の二重使用は、現在、控除方式と免除方式のいずれもかなりの程度防止されていると言われています。この理由の1つは、BEPSプロジェクトで推奨されたハイブリッド・ミスマッチ・防止ルールです。印象的なこととして、多くの国にハイブリッド・ミスマッチ・防止ルールがあり、濫用的な二重使用或いは多重使用をはるかに越える規制がかかっていて、EUでも総利益主義に抵触するような過大な課税に直面していると説明がありました。

スライド10では、損失の二重使用や人為的な損失の発生防止について、いずれも各国の濫用防止ルールによって効果的に防止されている例が説明されました。ゼネラルレポートの結論として、本Subjectの「企業の損失補填が利益移転の新たな形態なのか」という刺激的な疑問に答えようとして、むしろ多くの国の損失制限のルールがオーバーシュートし過大な課税を招いているという見解が示されました。その上で、第2の柱のプロジェクトにはまだ議論の余地があり明解な解決に至っていない興味深い問題が多いと意見が述べられました。また、今後EUの改革プロジェクトが実現すれば、本来の意味でのゲームチェンジャーになるかも知れず、Subject 1での損失相殺の議論が明日には法的歴史になっているかもしれないという展望も示されました。

1－2．取引形態別の報告

スライド11からは、各課題について各パネリストから取引形態別に報告があったものです。

初めは、損失の重複利用についてです。米国で設立された法人がメキシコで実効的に経営されている場合、両国の国内法では二重居住者で、メキシコでは実効経営テストにより居住者となります。アメリカ・メキシコ間の租税条約では、いずれの国の居住者としても取り扱われませんが、この場合、損失は相手国のルール次第ですが、メキシコに連結制度がないため損失を利用

できるため、アメリカも同じように使用できることになります。しかし、例えば、米国で損失を出した会社が他の国へ移転した場合、その損失は将来のメキシコの所得と相殺できるかといえ、メキシコ国外で発生していて要件を満たさないため相殺できません。つまり、米国法人が連結申告で損失を使用しない限り損失を二重に使用できない二重連結欠損金ルールがあるという説明がありました。

次のスライド12では、損失の利用時期が異なる場合の二重控除の可能性の例が紹介されました。米国親会社が破産、事業の終了、清算などにより無価値になった子会社を持っている場合、米国法では無価値株式として控除を受けることができます。その一方で、損失確定後に他国に移転したり二重居住者となって損失を繰り越すことが可能であった場合、2回目の損金算入は国によって異なるものの、損金不算入や損失輸入に関するルールがあるため損失再利用は難しいという説明がありました。例えば、米国には評価減のルールがあり、他の国でも租税回避否認規定等によって損失の再利用を防ぐことができるとコメントがありました。

スライドの13では、クロスボーダー・ローンが不良債権化した場合、控除を受けるタイミングが異なる可能性について説明がありました。債権回収のためには、まず最善の努力が必要になります。最善の努力とは国によって異なるようで、メキシコのルールでは実際に子会社を訴える或いは強制執行する必要があります。そこまでやれば債務の帳消しとなり、貸し手は実際に不良債権の控除を受けることになります。また、最終的には債務は帳消しとなり無価値として不良債権の控除を受けることになりますが、米国では完全に無価値になる前に貸倒控除ができるためタイミングのミスマッチが生じる可能性があります。なお、米国の連結申告では同時処理ルールとなっているためタイミングのミスマッチは利用できませんが、非連結の場合は、ミスマッチが発生する可能性があり、実際に債

務が解消されるまで債務免除益が発生しないという事象が見られるようです。不良債権控除の後に債務を債務者の資本に転換する場合はどうするかという疑問の記載がありますが、次のスライド14で説明されます。

スライドの14は、不良債権の放棄の例です。借り手である子会社が不良債権を抱えている場合、親会社は債権放棄ができます。債務免除があると債務者にとっては課税所得が増えることになりますが、パネリストによるとオランダにおいては第三者債権者のように債権放棄に伴う利益は要件を満たせば非課税となります。ただし、オランダの繰越欠損金の規定により一定額以上は50%しか使用できないため、まず繰越欠損金を控除して残りを免除します。実際の免除額が繰越欠損金より低くなる可能性もあり、債務者が実際に免除された分の税金を支払うリスクが残ります。

もう1つ、オランダの話です。親会社が債務と同額の株式を拠出することを約束して債務と相殺をします。これは、親会社が負債を資本に転換したことになります。株式の価値が上昇すれば課税されますが、子会社に利益が生じることはありません。

次のスライド15の例では、損失が間もなく期限切れになるときに損失を更新(リフレッシュ)する場合です。B国の黒字会社(Profit Co)に償却済の資産を時価で売却しA国の損失会社(Loss Co)が、同じ資産のリースバックを受けるセール&リースバック取引が説明されました。この取引でA国ではその利益で損失会社の損失を解消し、B国の黒字会社はリース料を得るようにすることで実際に損失会社を助けることができます。スライドの下の説明にあるように、売却する現物株がない場合、転換社債を発行する方法もうまくいくかもしれないとのコメントがパネリストからありました。

この取引に対するコメントとして、ブラジルでは租税回避を防止するための明示的なルールはなく、判例法に基づく判決もないので、税務

当局がケースバイケースで税制上の問題の有無を分析して判断することです。判例法は、経済的実質や濫用に着目し公正な市場価値で取引が行われているかが重要で、税務当局が取引を承認するための必須条件となっています。

また、他のパネリストのコメントとして、メキシコではこういった取引には、税務当局への報告義務があるとのこと。報告義務がある取引には2つの特徴があり、1つは損失が期限切れになりそうなこと、もう1つは取引の実質に十分なストレスがかけられないということです。これについては、総利益原則と1回は損失を利用する重要性に立ち戻ることが必要であるとも述べられました。

次のスライド16では、アメリカの「Liberty Global」のケースが紹介されました。このケースは、コロンビア特別区連邦地裁で係争中のケースです（注：2023年10月31日判決）。取引を簡略化した図の中央の「CFC1」が、その下の「CFC2」の持ち分60%を一番上にあるイギリスのLiberty Globalに約32億ドル（24億ドルのキャピタルゲイン）で売却したのですが、その売却前に複数のCFCを使用した取引で、意図的に莫大な利益剰余金を作りました。売却利益について、米国ルールに基づいて24億ドルの利益を配当となるように再特徴付けをしました。更に売却の結果として持分が減少し、売却利益がGILTIに含まれることを防止しました。この取引は、税制上の特質をリフレッシュし意図的に利益を実現していますが、米国当局は典型的な期限切れ前の損失を利用するものであり、経済的な実質がなく、税金以外のビジネス目的も欠如していると見ています。パネリストからは、税制改正でルールが稚拙に作成されたため抜け穴が生じたとコメントがありました。

次のスライド17では、支店の損益を処理する2つの方法について説明がありました。それは税額控除方式及び免除方式です。税額控除方式では、親会社の国では支店の損益が親会社に流れることになります。幾つかの国では、ここで

は、例としてスペインやブラジルが挙げられています。親会社が支店の損失を使用することを許可していません。

また、免除方式では親会社の国では支店の損益を親会社の所得から除外します。しかし、支店が十分な課税をされていない場合は、支店の所得に追加課税するか支店の所得だけに課税するかどちらかに切り替えることになります。例えば、スペインでは支店の国が支店所得に最低税率で課税しない場合、親会社の国が課税する場合があると説明されました。また、どちらのシステムも最初は単純な仕組みですが、次第に複雑な仕組みになっていくことが説明されました。そこで、少なくとも十分に課税されていることは確認する必要があることもコメントされました。

1-3. 国別の対応

スライド18は、各国の海外PE損失に対するアプローチについて各国のパネリストから説明がありました。

1番目のブラジルでは、海外支店であっても外国子会社と見なされて計算され、利益の輸入はしますが損失は輸入しないということです。すなわち、ブラジル法人税との相殺は認められません。

2番目の日本の場合は、全世界所得課税で同時に税額控除方式を採用しているため、国内の法人所得税ではPE損失のフロースルーを全面的に認めています。地方税は自治体のサービスに対する対価であるため国外損失は無視されていると説明がありました。

3番目のメキシコでは、損失のフロースルーが認められています。法律に多くのことは書かれておらず、妨げる規定もありません。従って、外国法を現地企業の利益に対して使用することが認められるようです。子会社や支店が再び利益を上げた場合に取り戻すといったクローバックの規定もありません。

4番目のスイスは免除方式です。7年間の期

限付きで再取得ルールがあります。理論上は損失の二重控除となりますが、支店が設置されている他国がハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用している場合、他国は支店の利益に対する損失の控除を認めないことで二重控除を避けることが可能となっています。

最後にアメリカの場合です。アメリカはフロースルーです。海外支店の収益と損失は米国で考慮されますが、支店が法人化されているとさらに再取得のルールもあるようです。アメリカにはチェック・ザ・ボックス・ルールがありますので、支店の多くはハイブリッド・エンティティであり簡単に法人化することが可能です。そして、損失を再取得することができます。その場合は、それ以前の支店損失を取り戻す必要があります。

こちらのスライド19と次のスライド20では、オランダの方式の説明がありました。オランダでは、2012年までの免除方式で、取引図のとおりA国の支店の損失はオランダのBVの所得との相殺が可能で、オランダで支払う税金が少なくなり税制上の優遇措置を受けられました。しかし、当時のオランダにはホームオーバー・クロバック・ルールがあり、支店がなくなった場合はその損失が考慮されますが、再び利益を上げ始めるとその利益部分の免除を受けられませんでした。これに対して課税の延期は、支店が活動停止しない限り損失が確定しクロバックが発生することになるので、オランダで活動再開する場合はそのことを考慮に入れる必要があります。

スライド20は、オランダの2012年以降の免除方式についての説明です。取引図では、オランダのBVが世界で1,050の利益を上げ、A国のPEでは100の赤字、B国では300のプラスが含まれます。この場合、2つの支店の結果である100の損失と300の利益を考慮せずBVの850の利益のみに課税します。PEの損失は控除の対象ではありません。オランダの課税標準は、PEに帰属する損益が世界全体の損益から減らされま

す。

スライド21では、会計単位の統合による損失の重複の懸念について説明がありました。前のスライドの取引図ではどちらもPEでしたが、グループ税制や損失統合を通じてPEや子会社の損益を実際に使用できるかということです。黒字の子会社と赤字の子会社が同じ国にある場合に、オランダであれば統合が可能です。また、オランダが親会社の国である場合は、PEや子会社の合計が考慮されません。他の国が親会社の場合は、PEの損失は何らかの方法で考慮できるであろうということです。

1-4. 判例紹介

スライド22からは、EUの判例の紹介です。こちらは、イギリスの「Marks&Spencer」のケースです。このケースは外国子会社の損失の取扱いについての争いです。このスライドの解説部分は、おおむね次のことが記載されています。1つ目は、EUの裁判所によって子会社の損失は最終的なものと見なされる場合のみ損金算入可能です。この「最終的」とは、2つ目の説明で、居住子会社がその居住国で損失を考慮できる可能性を全て尽くした場合です。3つ目は、子会社の損失が子会社自体又は第三者によって遠い将来の居住国で考慮される可能性がないこと、そして4つ目は、親会社は損失が例えば譲渡によって引き継がれないことを証明しなければならないこと、5つ目は、この場合、損失が「最終的」なものとなされることです。しかし、この後、支店へステップを踏んだ場合、その支店の損失を考慮できるか疑問に思うとパネリストから述べられました。この点は、次のスライド23の事例で説明します。

スライド23では、ある親会社について親会社の国外支店の業績が免除されるという2国間条約がある場合の損失の取扱いについて判例の説明です。取引図では、A国に親会社と支店があり、B国に支店2があります。A国とB国間の租税条約では免除方式が提供されています。し

かし、A国は親会社にB国支店の損失を国内所得と相殺する控除を認めません。裁判所は、条約の規定により親会社があるA国内での支店の活動とB国での支店の活動は比較できないとしました。従って、免除方式が条約に具体化されていることを考慮すると条約によりA国で損失を考慮する必要なく、それは損失が最終的なものであるかどうかに関係ないとしております。結果として、A国は条約をもって税金を徴収する権利を放棄することとなりました。

次のスライド24は、「Futura」のケースです。このケースは、国境を越えた救済についての判例です。所得と損失の経済的関連について議論がありました。EUの判例法においては、損失を認める範囲は国内で稼いだ所得に経済的に関連していることを条件としています。また、EU加盟国に支店を有する納税者の前年度の損失の移転額を制限しています。このケースでは、全体の損失600に対し、支店の損失は一部の200しかありませんでした。ただし、加盟国での口座の維持・保存を条件として損失を移転させることはできません。裁判所は損失を考慮する方法に制限はないとしましたが、パネリストからは何も情報がなければ損失があったことをどうやって証明するかとても困難であるという意見が述べられました。

スライド25では、ドイツに所在する法人の判例が取り上げられました。ドイツの「Lidl Belgium」という会社のルクセンブルク支店の損失を考慮すべきだという主張があったものですがドイツで認められませんでした。ルクセンブルクとドイツの間には租税条約があったため、PEの損失は、PEにのみ帰属させるということです。この場合、条約により所得はルクセンブルクで課税され、損失は将来ルクセンブルクで考慮することができます。

ここで4つのEUの判例を通して、パネリストから意見が述べられました。Marks & Spencer事件は、子会社の損失は最終的なものであれば損金算入が可能で、2番目のケースで

は租税条約で免除規定がある場合の国外支店の損失は親会社で考慮されません。また、3番目のFutura事件は租税条約に免除規定がある場合、損失を支店の国で認識するという点、また、4番目のケースの場合、損失はルクセンブルクで使えるが過剰な損失課税を避けるためであり、ドイツでは損失を考慮することができません。

判例についてパネリストからは、EUの裁判所の対応は原則から少し逸脱していると述べられました。技術的な原則からいえば、損失が確定しているのであればどこかで考慮することができるはずだとコメントされました。

次のスライド26では、ハイブリッド事業体のミスマッチ・ルールについて説明がありました。「Z LP」がハイブリッド事業体です。取引図では、A国に「X Ltd」というのがあり、D国では、パートナーシップZを透明な法人として取り扱い、A国で発生した損失を認識します。ただし、D国でもパートナーシップZを不透明な法人として取り扱い、発生した損失をD国のタックスグループのY社の利益と相殺できるため二重控除が発生します。

パートナーシップの損失の取扱いは支店の取扱いと似ており、パートナーシップの損失は透明なものとして取り扱われ、A国で損失を認識し二重控除が発生します。このアレンジメント全体がハイブリッド・アレンジメントに該当します。EUのルールによれば、A国が控除を否定しない場合は税務グループがあるD国が控除を否定する必要があります。これがハイブリッド・ミスマッチ・ルールの基本的な部分です。この取引図の中のX Ltdがスイスに拠点を置いている場合、7年間の再取得ルールが適用され、グループ内で損金算入が可能な場合にはスイスにおける損金算入が否認されます。パネリストからは、これらのルールというのは互いに関連していて二重控除を受けられないようになっていてと説明がありました。

スライド27では、移転価格税制との関連の説明がありました。取引図では、A国の親会社が

利益を出し、B国の子会社が損失を出した場合に親会社から子会社へ資産・機能及びリスクをミスマッチ緩和のために移転できるのかというものです。損失がある法人に所得を移す方法があるかについて、資産・機能及びリスク、知的財産などは外国に移すとなるとある種の出国税がかかると説明されました。

各国の制度について、パネリストからコメントが出され、日本の場合は、基本的に無税でできるはずだが、事実や状況により営業権の譲渡から生じるキャピタルゲインなどを認識し課税が発生する可能性があるという説明がありました。一方、メキシコの場合は、製造会社をマキラドーラに移転したとすると、移転価格に戻って機能・リスクなどどのような組み合わせで移転するか、移転により資産そのものの譲渡か、それ以上のものが課税されると述べられました。この点に関して、ブラジルでは移転価格税制がOECDのルールに従ったものに改正されたばかりで、これから適用されるため新しい時代が来る、とコメントされました。

スライド28以降は、ブラジルにおける損失の活用について3種類の事例の紹介がありました。1つ目は逆合併、2つ目はCFCの損失の利用、3つ目が欠損金を収益化した事例です。

スライド28は、1つ目の逆合併の事例です。ブラジルでは内部損失の使用に制限があります。1つ目は、前年度が営業外損失の場合は営業外利益とのみ相殺できます。2つ目は、損失発生時期と相殺時期との間に法人の支配者や活動内容に変更があった場合は損失の相殺は禁止されています。3つ目は、スピノフの場合は損失も同じ割合を償却し合併で存在しなくなった場合は存続企業で損失を使用できなくなります。

スライドの下半分は、逆合併の説明です。ブラジルでは、合併後の存続者に関する法的制限はなく、利益会社と赤字会社の合併を禁止する規定也没有。逆合併は納税者によって過剰に利用され、逆合併後には存続会社の要素や非存続会社の要素が変更され主な活動や従業員

が新たに制定されるということ、ブラジルの国税当局は経済的実質が欠如していることを理由に幾つかの逆合併を無視し始めていること、現在の判例は逆合併が行われると税務調査の可能性があることを示しているということです。

スライド29は、ブラジルの複雑なCFC税制の説明です。ブラジルでは支店を外国会社とみなします。一般的なルールでは各事業体に分離された結果を計算します。PEであろうと法人であろうと関係はありません。

2番目の段落では2024年までの例外規定が説明されました。黒字の外国法人と赤字の外国法人を連結するオプションがあるということです。記載の4つの条件下では個別管理が必要となり相殺もできませんが例外規定に従って相殺できます。

3番目の段落は、連結決算を選択した場合は、連結決算には国外の支店や子会社の損失を含められません。

4番目の段落は、国外のエンティティを分離して管理し法人ごとに文書化することが説明されました。

次のスライド30では、ブラジルで損失の収益化を認めている場合が幾つかあることが紹介されました。現在の法人税率の34%を累積損失に対して適用することによる制度です。1番目は「Special amnesty programs」です。これは幾つかの法律で規定されています。税務当局が一定の期間、延滞税を減免する特例制度で、損失額を延滞税の本税の支払いに充てることができる場合があります。

2つ目として行政裁判所で厳しい決定がされた場合の債務の支払いです。これは、納税者からの申出によってその税金の支払いに損失を使用できるものです。

スライド31と、次のスライド32は、2つとも日本の事例です。スライド31は、ユニバーサルミュージック事件です。

取引の中心にあるオランダの持株会社「HoldCo1」が日本の法人「AcqCo」を保有し

ています。この日本法人が「FinCo」というフランス法人から借り入れを起こして「Target」会社を買収後、合併しました。その法人AcqCoがフランス法人へ多額の利息を支払って損金算入したものです。この取引が国税当局の目にとまり、グループ内の組織再編の中でグループ企業の外国法人からの多額の借入金利息を損金算入したこと、すなわち租税回避の手段とされる債務プッシュダウン取引が法人税を不当に減少させるものとして同族会社の行為計算否認の適用を受けて争いになったものです。

本件は、過小資本税制の適用外で過大支払利子税制の方も支払割合が問題となる基準の適用前でした。この事例の場合は、争点が経済的合理性の有無となりました。

最高裁では、「経済的かつ実質的な見地において不自然・不合理なもの、すなわち経済的合理性を欠くものとはいえない」として2022年4月に国側の上告棄却となりました。このケースについて他のパネリストからは、借金の押し付けであるとか、組織再編の一環として行うことは、そのパネリストの国では規制があつて難しいといったコメントが述べられました。

次のスライド32は、ヤフー・ジャパンのケースです。こちらは欠損法人の収益化に係る事件です。この本件は取引図のとおり、組織再編の中で「Buyer」が人為的に役員を兼任させて適格合併をしたことにより、グループ内の法人の多額の欠損金買い受けた法人に承継されて損金として利用されたというものです。この取引が、組織再編税制を利用した租税回避行為として争いになりました。

最高裁では、「当該行為又は計算といったものが組織再編を利用して税負担減少以外にその合理的な理由があったとはいえない」とし、法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるとしてヤフー側が敗訴となりました。

この2つのケースの紹介の後、各国で同じスキームの取引が行われる可能性について意見が求められました。どのパネリストからもいずれ

も禁止されている或いは認められないといった意見が出されました。

1-5. 第2の柱について

スライド33以降は第2の柱と損失の取扱いに関するもので、本Subject 1の後半のテーマです。2021年12月にOECDが公表したBEPS2.0第2の柱におけるGloBEルールに関するモデルルールのうち、損失の取扱いに関連した部分を踏まえた説明です。

このスライドの6つのルールの説明の前に、パネリストより第2の柱の考え方についてコメントがありました。パネリストの見解によれば、第2の柱の全てのルールが完全に実行されれば世界のどこで事業を行おうとも適用される税金です。それは、国境を越える概念がない国内法とは異なるという話がありました。しかし、第2の柱が完全には実行されていない現在は、損失の輸出入は懸念事項です。

第2の柱に関して、3つの課題があるという説明がありました。1つは、UTPRと呼ばれる軽課税支払ルール、IIR（所得合算ルール）で、こちら2つのルールは第2の柱の範囲に入りますが、もう1つは既存の国内税制の概念を利用しているPEやCFCの扱いをどうするか議論が必要であること、3つ目は、第2の柱がグローバル課税であるため、グローバルな課税ベースが必要となり、そのための財務会計の活用が必要であることが説明されました。

次に、損失に関する問題で、パネリストが実務で目にする中で重要だと思われるルールの例示が説明されました。1つが、GloBE損失に起因する繰延税金資産（DTA）の再計算で、もう1つが恒久的な差異から生じる税損失、3番目がGloBE損失の選択、4番目が株式投資包含の選択、5番目がGloBE以前の税帰属の移行ルール、6番目が恒久的施設のGloBE損失となります。

スライド34は、繰延税金損失の処理に関して第2の柱の上乗せによる影響についてOECDの

パネリストからの例を使った説明です。上半分はブループリントの段階でのアプローチの方法です。下半分は、今、考えられているアプローチ方法です。繰延税金資産の再計算などの特定の調整を条件として繰延税金資産は財務会計を利用して繰入れ、繰戻しをするとの説明がありました。

スライド35から後はモデルルールの各条文の説明です。ここではモデルルール4.5のロスの選択について説明がありました。繰延税金資産というのは、法人税が課されない国であれば繰延税金資産を計上することはないので、第2の柱で、特別なルールが設けられました。GloBE損失が発生した場合には、第2の柱という理由で繰延税金資産として計上することができ将来年度のGloBE利益と相殺するルールです。

スライド36では、モデルルール4.4.3の繰延税金資産（DTA）の再計算について説明がされました。繰延税金資産がGloBE損失による場合、15%未満で記録された場合は15%になるような再計算をされます。

スライド37は、PEのGloBE損失の配分についての説明です。GloBEルールでは、PEに帰属するGloBE損益をメインエンティティのGloBE損益から分離する免除システムに依存しています。外国税額控除システムによる場合はPEに税金を押し下げるため特別にプッシュアップするルールなどが必要です。これにより、管轄区域の実効税率計算の歪みは回避されます。

スライド38は、CFCやハイブリッドへの損失の配分についての説明です。外国子会社に関してCFC制度に基づいて親会社が支払う税金は、一定の制限に従って外国子会社にプッシュダウンされます。これはハイブリッド事業体にも同じルールが適用されます。このような場合に子会社のGloBE損益を親会社から分離する特別な規則はなく、CFCやハイブリッド事業体の損失を親会社にプッシュアップする規則もありません。

スライド39では、モデルルール9.1.1及び9.1.2

の多国籍企業グループ等がGloBEルール対象となる場合に適用される経過措置の説明です。移行前の繰延税金資産及び負債がGloBEルールの移行の初年度において15%を超えない範囲で考慮されます。いくつかの項目は移行されませんが、これは恒久的な差額損失の誘発を防ぐ目的です。

スライド40では、モデルルール9.1.3についての説明及び質問へのコメントがありました。モデルルール移行前に資産を譲渡した場合、簿価を時価までステップアップすることを認めていません。低税率の国や地域から資産を移転し簿価を上げ、売却益に15%の税金を払わず将来償却するといったことに対処するためのルールが設けられています。パネリストからは、このルールは政策の濫用に焦点が当てられているとコメントがありました。

スライド41からは、2015年のBEPS行動計画2をモデルとした国内法に係る問題を取り上げて例により説明して質問にコメントをしています。国内税法で控除もしくは不算入とした場合に支払国が控除を拒否すべきか、受取国が所得を合算するよう要求すべきかについてハイブリッド・ミスマッチ防止の報告書と同内容であるとコメントが述べられました。第2の柱では課税ベースに対して新たな税金が課され、通常であれば控除は認められませんが、受取国でQDMTT、IIR、UTPRといった第2の柱が採用されている場合、法人税上は認められずとも第2の柱で損金算入が認められます。

スライド42では、二重居住者の場合でもQDMTTのために子会社を考慮して2つの実効税率を計算した場合、二重控除と同じ状況が生じるかという懸念が挙げられました。パネリストからは、包括的な枠組みで議論する必要があることに加え、GloBEルールでは二重控除という特殊な状況は発生せず、二重居住法人が他の法人の所得と控除を相殺する理由は連結だからではなく第2の柱を適用しているからであり、基本的には他の事業体との相殺はできないと説

明がありました。

スライド43は、モデルルール3.2.7のグループ内の資金調達協定の説明です。グループ内資金調達の取決めに起因する費用は、低税率地域の事業体のGloBE損益から除外されます。これは、低税率地域の事業体の経費が増加すると高税率地域の事業体の課税所得を増加させるため、コメントリーでは、支払が税制上の優遇措置やその恩恵の額に該当する場合は、指針を高税率の課税所得を増加させるものとして扱われるべきではないとしています。パネリストから税務上のメリットのようなものがあって、ルールによって捕捉されて課税所得の増加にはならないと考えているとコメントがありました。

スライド44は、本セッションの最後です。会計基準と税法の間の非対称の取扱いに関する議論の今後について言及がありました。今後、包括的フレームワークにでは暫定的及び恒久的なGloBEセーフハーバーに関して使用されるものを含む会計基準と税規制の間の違いに係る非対称的な取扱いについてミスマッチを避けるためにさらにガイダンスが出るであろうということです。

以上でSubject 1の説明を終わります。ありがとうございました。

（大野）吉野教授、限られた時間の中で詳細なご説明を頂きありがとうございました。それでは、次にSubject 1にパネリストとして参加された平川会員からお話を伺いたいと思います。平川会員、よろしくお願いいたします。

2. パネリスト参加報告

（平川）長島・大野・常松法律事務所の弁護士平川雄士でございます。あらためましてよろしくお願いいたします。吉野先生、ご報告をありがとうございました。また両先生方、大変お疲れさまでございました。メキシコ・カンクンというところですので乗り換えありの十数時間

の長旅をされて、それで着いたら着いたで、太陽が降り注ぐ素晴らしいリゾート地なのですが、屋内に籠もって租税の難しい話をしかも英語のみで丸一日中集中してお聞きになり、しかもそれを正しく把握されて日本に持ち帰らなければならないという、ある意味大変にハードなお仕事をこなされたことに対し敬意を表します。

冒頭、大野先生からご注文がありましたとおり、パネリストとしての裏話的なことを、このことですので、その線で若干お話し上げたいと思います。

Subject 1の中身、とりわけ私がお話したユニバーサルミュージック事件最判とヤフー事件最判の内容等それ自体については、著名事件でもあり皆様もうご存じのことだと思いますので割愛します。テーマが「Sharing and shifting of corporate losses」というものでしたので、両事件はこのテーマに適した事案ではないかということでChairに提案の上取り上げました。また、Chairが実務家であるためパネリストもいきおい実務家が多く、私もそうなのですから、実務家が話すからには、高尚な国際租税policyの話というよりも、具体的事案ベースの卑近なlawの話とした方が聴衆に分かりやすいだろうと思われましたこともあり、両事件を取り上げた次第です。私が偶々両事件において納税者訴訟代理人の一員であったという縁もありました。ただ、Chairは、IFAの場ということで、policyとlawのバランスについては意識して大変気を配っていました。

当日は時間の制限のため、各パネリストに詳細なコメントを伺うことまでは当然できませんでしたが、準備段階も含めていえば、ユニバーサルミュージック事件の方は、こんなのウチの国でも当然にできる、何が問題なのか、といった反応が多かったかなと思います。ヤフー事件の方は、米国だとそもそも明文規定、つまり内国歳入法382条のchange of controlによる欠損金使用の制限の規定があるためダメだという反

応がありました。国が違えば法令の規律も違うという至極当然のことではありますが、大変興味深く思いました。

パネルでの発表に当たっては、当然のことながら各自の持ち時間とスライドの枚数の制限が極めて厳しいため、例えば論文執筆時のように細部に至るまでの正確性・無謬性を追求しますと、とても廻りません。またそういう点を（主に同胞の日本の専門家の目の手前）過度に気にしてしまうと、圧倒的多数の他国のしかも初見の聴衆側としては、「ややこしくて何言ってるかよく分からずつまらなかった」というようなことに往々にしてなるというのも経験上承知していました。そこで、とにかく自分が初見の聞き手の立場であったとしたならば、何が分かりやすく何が印象に残り面白いと思うかということを常に意識して、誤りのない限りで、「要はこういうこと」とある意味大胆に伝えることを心掛けました。発表は当然英語なのですが、下手でもいいのでゆっくり堂々と話せば何とかなると聞き直って、そういう話し方を心掛けました。なお、生来図々しいので、本番の壇上でも緊張は全くありませんでした。

そうしたところ、IFAの出席者は皆さん大人で社交辞令に長けておられるということは措いても、会場で会う人会う人、「あのパネルに出てたよね」「大変良かったよ」というような感想を幾度となくいただきましたし、またパネルのメンバーも、「とてもよい反応をもらった」とお互いにemailを廻し合って、皆さん喜んで各々の国に帰っていきました。

IFA本大会における日本のプレゼンスという点から申しますと、各種Seminarは措いてSubject 1と2のみについて申せば¹、Subject 1はおおよそアジア全体で私1人のみでありまして、Subject 2の方はインドの方が1名のみでした。インドは一応というと失礼ですが英語圏ですので、非英語圏のアジアの国という

Subject 1と2で今回私1人のみだったという状況です。歴代のIFA本大会のPlenary Sessionのパネル構成は概ねそのような状況なのですが、今回私がパネリストの末席に加わることができ、少しでも日本のプレゼンスに貢献できたのであれば、日本支部の運営委員・理事としても、実務家としても、光栄なことであつたと勝手に思っております。

今回のSubject 1というセッションは、本大会では常にそうですが、大会初日の朝一番のセッションであり、最も多くの聴衆が来るものです（初日の朝一は皆まだやる気がある。）。大舞台といえば大げさですが、そういう性質のセッションです。このパネリストをどういう経緯で私がやることになったかについてですが、IFAという何やら本部から支部に指令が下り、支部で推薦を募り、本部に上げ、といった組織的なフォーマルな意思決定のあり方を想像されている方もおられるのではないかと想像されますが、全くそういうことはなく、端的に言えばChairによる非公式な一本釣りです。ChairのSamは、私が約20年前に米国にいたときに同僚として仕事をして以来付き合いのある、尊敬するtax lawyerですので、その縁もあって、「やる？」と誘われたので「やるやる。」と返事してこうなったという経緯です。開催の約半年前の2023年5月という時期でした。その後はそれを受けて本部PSC名義での正式な依頼がありましたが、あくまでも端緒はChairの誘いです。

このように、パネリストの選定とかそういう類いの話は、やはりChair等関係者との個人的関係に基づく非公式な打診が最初に来るパターンが現実として多いのかなと感じます。すなわち、IFAに参加されたら、なるべく多くの人と会って、他愛もない話をして、知ってもらおうといったことが何だかんだ重要なのではないかなと感じます。日本支部最高顧問の宮武敏夫先生が昔から仰っているとおりです。IFA本大会で

¹ なお、Seminarのうち、WIN Seminar: E-invoicing as a means to tackle tax fraud には、松原有里明治大学教授がパネリストとして登壇された。

もRegional会合でも、パネリストとして登壇されたいとお考えの方がおられれば、参考になれば幸いです。

パネルとしての準備は、かなりの大舞台のセッションということもあり、3ヶ月前くらいから約1カ月に1度、直前は隔週に1度程度、各自のスライドのドラフトを持ち寄ってweb会議で打ち合わせをしまして、セッション前日にも現地で集まって打ち合わせをしました。そのようにして各人の持ち場や話すことやタイミングをいろいろ握っていたのですが、当日本番になると、まあ打ち合わせにないことを皆さんよくおっしゃいますこと（打ち合わせは何だったのか…）、という顛末でありました。とはいえ、いわば悪しき几帳面さからそういうふうと思うのは、私含めおそらく日本人だけなのでしょう。グローバルには、何を打ち合わせていようが、spontaneousなimprovisationとしての議論が出てなんぼということなのでしょう。そういうものだと思っておいたほうが気が楽かもしれません。

以上のようなことで、今回、日本の納税者側の実務家という立場でSubject 1のパネルに登壇させていただきましたが、本日もまさにそうなのですが、IFAのよいところは、やはり、アカデミアであろうが実務家であろうが、実務家であっても当局側であろうが納税者側であろうが、皆一緒くたになって議論ができるということだとあらためて実感しています。世の中に「混ぜるな危険」という注意書きがありますが、その反対ですね、「混ぜてなんぼ」ということかと思えます。

そういうことで、今後、できるだけ多くの日本支部の皆様が、IFA本大会でもRegional会合でも、パネリスト等として登壇される機会を得られることを願っております。そういうお誘いがもしありましたら、日本的に遠慮や謙遜されことなく、ぜひ積極的に参加されてください。私の方からは以上でございます。

（大野）平川会員、ありがとうございました。

また、パネリストとしてのご登壇、誠にありがとうございました。さらに、貴重なご経験をお話しいただきましてありがとうございました。私も2015年IFAバーゼル大会のSubject 2にパネリストとして登壇したのですけれども、とても良い経験をさせていただいたと思っております。IFA日本支部の会員の皆さま方にも、ぜひパネリストとしてIFAの総会等で登壇していただければと思います。

それでは最後にSubject 2について、税務大学校研究部の原田教育官のご報告をお願いいたします。

3. Subject 2 : Good faith in domestic and international tax law

（原田）税務大学校研究部教育官の原田と申します。よろしくお願いいたします。Subject 2, 国内・国際税法における信義誠実について報告いたします。

信義誠実自体は、近年IFAの多くのセミナーで論点として度々議論に登場していたようですが、それ自体がメインピックとして取り扱われるのは今回が初めてのことです。セミナーの議長は、カナダ最高裁判事のHon. Marshall Rothsteinさんが務められました。また、ゼネラルレポートはニュージーランドのオークランド大学のCraig Elliffe教授、オランダのアムステルダム大学のSjoerd Douma教授が担当されました。日本支部報告書は明治大学の池田義典教授が作成されました。

セミナーは、5つのパートで構成されておりました。パート1でゼネラルレポートについて、パート2で国際法における信義誠実について説明がありました。パート3で信義誠実違反が問題となった事例の解説があり、パート4で信義誠実違反への対抗策が示され、パート5で信義誠実の実効性を高めるための提言がなされました。パート1から順に報告をいたします。

3-1. ゼネラルレポート報告

パート1では、ゼネラルレポートの報告が行われました。スライド3になります。ゼネラルレポートでは、信義誠実に関し40カ国の国内税法と国際税法に係る比較分析が行われました。分析の結果、信義誠実は異なる国々でそれぞれ違った意味を持っているが、核となる部分では類似性や共通の特徴が見られたとのことです。具体的には、全ての国の国内法で信義誠実が確認され、また、国内法で、正直に、誠意をもって、合理的に義務を果たし、権利を濫用すべきでない、ということを確認していたとの説明がありました。

次に、シビル・ロー諸国とコモン・ロー諸国における信義誠実の表れ方の違いが取り上げられました。スライド4になります。

シビル・ローは、大陸ヨーロッパで発展した法典や法令に基づいて法が形成される法体系です。一般的にシビル・ロー諸国では、信義誠実原則は法体系により浸透しており、憲法、民法、特別法等の中に確認することができます。ベルギー、チリ、チェコ、フィンランド、ドイツ、フランス、ギリシャ、インドネシア、イタリア等がシビル・ロー諸国に分類されておりました。

コモン・ローは、イギリスで発展した判例に基づいて形成される法体系です。コモン・ロー諸国では、信義誠実原則はシビル・ロー諸国ほど体系化されていませんが、例えば契約法、雇用法、信託、保険、破産法、行政法といった法律の中に見いだすことができます。パネリストのCraig教授はコモン・ローでは信義誠実が損なわれそうな状況において法律で対応するという運用をしていると思うと述べられました。アメリカ、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド等がコモン・ローに分類されておりました。

ゼネラルレポートでは、シビル・ローとコモン・ローの2つを併せた特徴を持つ国もあると報告されており、例えばイスラエル、ブラジル、そして日本もそれに当たります。日本について、

シビル・ローの特徴をより強く持っているが、判例が法的拘束力を持つなどコモン・ローの特徴を併せ持っているとの記載がありました。

スライド5では、条約と国内法の関係について、monist（一元論）管轄とdualist（二元論）管轄の説明がありました。ゼネラルレポート参加国40カ国のうち、20カ国がmonist管轄、16カ国がdualist管轄、4カ国が両方の性質を持っていました。Monistでは、条約は直接国内法体系で効力を持つため、条約を国内で執行するための別途の立法手続きは不要であり、納税者及び国家はその効力を直接受けます。一方、dualistでは条約が国内で効力を持つためには別途国内法が必要であるため、国内法の事後立法により条約の効力を上書きするTreaty Overrideが起こり得ます。日本は、両方の性質を持つ国の1つです。基本的にはmonistの性質を持っており、条約はそのまま国内法としての効果を持ちますが、条約の条項が十分に明確でない場合等一定のケースでは、別途国内法の立法が必要です。

スライド6になります。国内法の中に信義誠実が表れる態様は国によって様々ですが、国際法の中では、共通のフレームワークである租税条約やウィーン条約法条約等を通じて、一貫性のある信義誠実原則の姿を見ることができるとが述べられました。しかし、国際的な共通のフレームワークがある一方で、信義誠実原則が見落とされるケースを、支部報告者がしばしば懸念しており、また、Treaty Overrideに関する多数の例が支部報告書に見られたとのことでした。

そして、ウィーン条約法条約26条、27条及び31条で、2つのことが述べられていると説明がありました。スライド7に条文を記載しております。これらの条文はセミナー中、繰り返し言及がありました。

1つ目は、26条及び31条で述べられている、条約は誠実に解釈・履行しなければならないことです。26条により、条約を誠実に履行する前

提として31条で条約を誠実に解釈することが求められます。

2つ目は、27条で述べられている、国内法を利用して条約を履行しないことは信義誠実違反となることです。そのため、Treaty Overrideは信義誠実原則に反するということになります。

また、18条も非常に重要な条文であると説明がありました。この条文は、条約が完全に効力を持つ前に、その条約の趣旨及び目的を損なうような行動をしてはならないと規定しています。これにより、条約に署名した後、信義誠実に反するような行動を国が取った場合、たとえ条約が効力を持つ前であったとしても18条を根拠に信義誠実違反が問われます。

3-2. 国際法における信義誠実

ゼネラルレポートの報告の後、パート2では国際法の中での信義誠実がテーマとなりました。信義誠実原則は、国際的な税の分野だけでなく国際法体系全体の基礎的な原則の1つであると言及があった上で、国際法の中での信義誠実の意味、信義誠実は全ての国を拘束するか、信義誠実は税の分野における関連性を持つか、について解説がありました。

まず、国際法の中での信義誠実の意味についてICJ（国際司法裁判所）の判決を用いて国際法の中で信義誠実がどのような意味を持っているのか説明がありました。スライド9になります。題材は、1974年12月20日の、オーストラリアとニュージーランドがフランスに対して起こした核実験に関する訴訟の判決です。判決では、フランスが一方的に表明したpromiseは法的拘束力を持ち、フランスが一方的にそのpromiseを反故にすることはできないとされました。ここでのポイントは、promiseがICJで適用される成文法としての国際法の枠外にあるということです。ICJは、信義誠実を基礎として成文法を飛び越える形でpromiseが法的拘束力を持つという判断をしました。

信義誠実の理論的基礎は、国及び私人の法に

対する信頼と信用を守ることです。相互の信頼・信用は社会の基礎であり、法的なレベルで見ると、法の対象はお互いの言葉や法の機能を信用できなければなりません。ただし、信義誠実はそれ自体が何か主要な義務ではありません。信義誠実は、一方で条約の解釈及び実行に関する包括的な原則として、他方でICJのpromiseのケースのような包括的な原則を越えた具体的な法規範として実際のケースに登場します。

スライド11になります。信義誠実は、国際裁判所や裁決機関で3つの基本的な機能を持ったものとして表れます。3つの機能は以下のとおりです。

1つ目は、法的期待の保護です。もし、誰かが自身の行動を通じて他の主体に対し法的な期待を抱かせたならば、その期待は保護されなければなりません。

2つ目は、共通の利益の保護です。信義誠実は、一定の共通の利益を保護します。

その共通の利益の中で特に重要なのが、3つ目の法の濫用の防止です。法の濫用の防止が問題となるケースは、ICJをはじめ国際的な司法機関で取り扱われています。これは、国際的な税に関するケースでも同様で、成文法に記載がない場合も信義誠実原則を基にした権利濫用の禁止を裁判所が認定したケースがあります。

さらに、法の濫用防止に関し、パネリストのCeline教授は、国は誠実であることが推定されると説明しました。法の濫用防止機能は単に法を文言どおりに解釈するのではなく、法の目的を守ることを要求します。法を濫用しているかどうかを考える際、その主体が濫用の意図を持っているかどうかは問題となりません。そして、法の目的は社会の中で何かを達成するための相対的なものであるため、国はその法によって達成すべき目的を守っている、すなわち、誠実である推定がなされると説明がなされました。

次に、全ての国が信義誠実原則に拘束されるかについて述べられました。スライド12になります。国際法学者の中では、信義誠実原則が法

律に明記されていないとしても、条約と同様に国際的な拘束力を持つことが共通の認識であるということです。そして、それが一般的な法原則かどうかは、各国内法の中でどのように機能しているのかを見る必要があります。この点、ゼネラルレポートの調査結果から調査参加国全てで国内法の中で信義誠実原則が機能していることが認められており、一般的な原則であると結論付けることができると述べられました。

また、monist及びdualistで条約の国内法への編入方法の違いはありますが、国際法の下、条約に拘束されるということは、一般的な国際的な法の原則に服するということになります。そのため、たとえ国内法上に信義誠実義務がなくても、信義誠実に拘束されることになります。結論として、全ての国は信義誠実に法的に拘束されると説明がなされました。

そして、信義誠実の原則は国際的な税の分野においても関連性を持つかということについて説明がありました。これについては、信義誠実と国と私人の関係についてご紹介させていただきたいと思います。

スライド14になります。信義誠実と国及び私人の関係について、投資協定についての例が税分野においても関連するところがあるとの前提の下、次の説明がなされました。

1つ目は、信義誠実により、私人の法に対する期待が保護されているという点です。国は投資協定の下、誠実に取り扱われるという投資家の期待を尊重しなければなりません。その期待は客観的な基準により評価されるため、ある状況下で国の行動が予測できる場合、その期待は保護されなければなりません。そして、これは国際的な税法の領域でも同様に考えることができます。国は、合理的な納税者がその状況下で何を期待するかを考えなければなりません。

2点目は、私人による法の濫用についてです。投資協定が文言どおりに実行されたとしても、もしも投資家がそれを濫用していたら裁判所は投資協定による保護を認めないでしょう。例え

ば、投資家が専らその投資協定を利用するために会社の所在地国を変更するような場合、Treaty Shopping（条約漁り）とされますが、それは税の分野でも同様です。

そして、信義誠実の推定に関し、国の場合と私人の場合の違いについて疑問が投げかけられました。先ほど国は信義誠実の推定を受けるという説明がありましたが、では私人は同様の推定を受けるかということです。幾つかの裁判所は、国が、投資家が不誠実に行動し信義誠実の原則を侵していることを示すことで、立証責任が投資家に移ると判断しています。この場合、投資家は不誠実ではないということを証明しなければなりません。これは、国が誠実の推定を受けているのと対照的に、私人は不誠実の推定を受けているような状況といえます。これについて、パネリストのIBFDのVanessaさんから、納税者にとって信義誠実の推定がいかに弱いかということについてコメントがありました。OECDモデル租税条約29条のPPTにおいて、納税者が誠実だという推定は簡単に国によって覆され得る、なぜなら、ある納税者がある取引を行った主要な目的が利益を得ることだったと結論付けるのは簡単だからである、と述べられました。

信義誠実と国と私人の関係について、さらに説明がなされました。スライド15になります。納税者が、租税回避のためビジネス・アレンジメントにより税法の抜け穴を利用することは税法の趣旨に反しており、誠実ではありません。国も納税者同様、租税条約の執行に際し裁量を持つことで条約の抜け穴を利用することができます。納税者は、軽課税国の関連者に利益をシフトしたり、低い税率が定められている所得へ該当するよう取引の形態をアレンジすることができます。同様に、国も条約に基づいた課税をするため利益を納税者に帰属させるよう国内法を作ることができます。また、条約に適合するように法律をみなし適用することもできます。信義誠実は、一見、法の文言に従っているが、

実際は法の精神に反している納税者の行動を非難する役目を持っていますが、国が同じように行動した場合にも同じように国の行動を非難する役目を果たすべきだということが強調されました。信義誠実は国際公法の下で平等に適用されるべき原則のため、納税者と同様に国もそれに服すべきだということです。

パート2の最後にTreaty Dodgingについて述べられました。スライド16になります。Treaty Dodgingという用語は、租税条約の権威である故Klaus Vogel氏によって作られた用語であり、様々な種類の条約回避を意味しています。パネリストのVanessaさんから国によるTreaty Dodgingについて次のように説明がなされました。

1つ目、条約上定義されていない用語の意味を変更するために、OECDモデル租税条約3条2項を利用することができます。同条項は、「この条約において定義されていない用語は、当該用語がその適用の時点で有する意味を有するものとし」と規定しています。この規定を用いて、国に有利に条約を適用できるように用語を再定義することがあるということです。

2つ目、立法の時点で課税の対象者や課税標準等を自ら決定することで、ある税に対する条約の適用を免れたり、逆に、課税のため条約に適合するように法律を作ることができます。

3つ目、条約を国内法に取り込まなかったり、条約の実施に必要な国内法を整えなかったりして、条約の効果が国内に及ばないようにすることができます。

4つ目、例えば投資を呼び込むために、あえて条約を用いた租税回避や条約漁りを黙認することができます。

ここで述べられたTreaty Dodgingの種々の類型については、次のパート3で具体的なケースの紹介がありました。

3-3. 信義誠実違反が問題となった事例

本セミナーのメインパートであるパート3で

は、信義誠実違反が論点となった国際的な事例の解説が行われました。1番目の問題として、国の導入した税制が信義誠実上の問題を含むケースが紹介され、フランスのデジタルサービス・タックス（DST）、インドのEqualization Levy、ブラジルのCIDEの3つの税制が取り上げられました。ここでは、フランスのDST及びブラジルのCIDEについて報告いたします。

まず、フランスのDSTについてです。スライド17になります。現在、PEを持たない巨大デジタル企業の売り上げに対して課税することを目的としたDSTが世界中で見られます。これらは租税条約の射程外の税であり、従来の租税条約では課税できないPEを持たない外国法人の売り上げに対して適用されています。導入国は、DSTが租税条約の射程外であるためPEを持たない外国法人への課税も正当であると主張してきました。例えば、通常の法人所得税と課税ベースや税率が異なるとか、対象が巨大デジタル企業に限定されているので通常の法人税と異なるといった主張です。

信義誠実の観点からこの問題を考える際のアプローチとして、アメリカの国内法の規定（US Trade Act Section 301規定）を用いて説明がなされました。USTR（米国通商代表部）によるレポートは、フランスDSTが濫及的・越境的である、また、所得ではなく売り上げに対する課税である、ということが所得を適切な課税ベースとする国際的な税の原則と一致しないと述べています。レポートには信義誠実に関する明示的な言及はありませんが、US Trade Actは、条約相手国が不合理・予測不能な行動を取ったとき、国際的な合意と異なる行動を取ったときに制裁を科すとしています。これは、まさに信義誠実違反のケースを照準にしているといえます。

そして、このケースでフランスがUS Trade Actにいう不合理・予測不可能な行動を取ったかどうか考える通常の方法は、DSTがOECDモデル租税条約2条4項の対象となるかどうかで

あると述べられました。同条項は、条約が、条約の署名日の後に課される租税と同一又は実質的に類似するものに対しても適用されると規定しています。この点に関し、多数の論文が、DSTが同条項の範囲内かどうかについて検討していると述べられました。もし、モデル租税条約のincome taxの概念がとても広く、立法者がincome taxと表現しないものも包含すると考える立場を採ると、条約の交渉者は条約におけるincome taxを広い意味で理解することになるので、同条項がDSTを含むという結論を採ることができます。一方で、income taxは厳密に狭い意味で理解されなければならないという立場だと、同条項はDSTを含まず、DSTは信義誠実に違反しているという結論になるでしょう。これに関し、パネリストのDaniel教授は、厳密に狭い意味でincome taxを定義することを支持すると述べられました。

そして、フランスDSTが信義誠実違反となるかどうかについて、さらに検討がなされました。スライド18になります。フランスDSTは2019年に創設されましたが、その当時はGoogle等のデジタル複合企業はフランス内にPEを持たないため、課税することができないという考え方が主流でした。それは、2019年4月Administrative court in Parisの、GoogleはフランスにPEがない、という判決に基づいています。従来どおりの租税条約に従った法人税課税の方法では、Googleに課税する方途はありませんでした。これに対してDSTが創設されました。これは売り上げを対象とした税であり、税率は3%で複合デジタル企業のみが対象、租税条約の適用対象の税ではないという立て付けのものです。

Income taxの定義はDSTを含むほどに広いと考えるべきではないという立場を採ると、DSTはincome taxではないということになります。そうすると、OECDモデル租税条約の射程内には収まらず、相手国にとって不合理・予測不可能として信義誠実原則違反となりそうで

すが、実際にそうなるのかどうかについてDaniel教授は疑問を呈されました。それは、DSTが不合理・予測不可能なものかどうかについての判断基準は、DSTが法的な期待を侵すか、この場合、国際的な共通認識に反しているかどうかであるべきであるということです。OECDのアプローチははっきりと反DSTであるため、OECDを基準にするとDSTは信義誠実違反となります。しかし、世界中にどれだけDSTがあるかを考えると、DSTに対しある種の共通認識があるともいえます。果たしてDSTがOECD租税条約のincome taxの範囲に収まるかどうかで国際的な共通認識違反であるといえるだろうかと言われました。

また、フランスが、GoogleがPEを持たないという判決を受けた上でDSTを立法したことが信義誠実に反するのではないかということについては、全ての国の立法機関においてその責任と判断の下、裁判所の判断を覆すような立法をすることは十分に考えられるため、裁判所の判断に反する立法をしたことをもって信義誠実違反をしたとはいえないということでした。結論として、国が誠実ではなく不誠実に行動したと結論付けるのは非常に難しいとコメントがありました。

税制と信義誠実原則違反に関する別のケースとして、ブラジルが租税条約により低減された分の税収を租税条約適用範囲外の税で取り戻した事例が紹介されました。スライド20になります。

対象の税制はCIDEというものです。特別財源負担金と呼ばれ、ロイヤルティー等の対価の海外への支払に課されます。税率は10%です。納税義務者は支払者で、租税条約の適用範囲外の税とされています。2000年にブラジルは海外へロイヤルティーを支払う際の税率を15%から25%に引き上げました。しかし、同時にCIDEが課される場合、税率は自動的に25%から15%に引き下げられることも定められました。これについて、租税条約の適用でロイヤルティーの

税率が25%から15%まで引き下げられた場合、ブラジルは差分の10%について税収を失うと考えることができます。ここでCIDEが課される場合、税率が15%に引き下げられるため、租税条約の適用の結果、ブラジルが税収を失う結果にはなりません。さらに、条約の適用範囲外の税である税率10%のCIDEを課すことで、失うはずだった10%分の税収を回復し、本来の税率の25%分の税収を確保できます。CIDEは、DSTとは異なり、対象者が国内事業者に限定されていたため大きな議論となることはなかったということです。ブラジルは税の一部を条約の対象から除くことに成功したが、国が誠実であるかどうかに関して疑問が生じるとパネリストのVanessaさんはコメントされました。

2番目の問題は、条約の効力発生手続きについての事例です。条約の効果を生じさせないために条約の批准をあえて行わなかったという事例を紹介させていただきます。スライド22になります。

対象の租税条約は、古い1970年代のポルトガルとフィンランドの条約です。この租税条約では、年金収入は居住地国のみ課税することができました。また、ポルトガルの国内法は、外国からの年金収入の控除を認めていました。多くのフィンランドの年金受給者は、ポルトガルに移住すれば条約によりフィンランドから課税されず、また、フィンランドからの年金収入はポルトガル国内法により課税されない、というメリットを生かすためポルトガルに移住しました。フィンランドでは、これに対し世論のネガティブな反応があり、租税条約の改正に向けて議論が始まり、長い交渉の後、2016年に旧条約の年金受給者のメリットをブロックする新しい条約に両国は署名しました。フィンランドはすぐに批准しましたが、ポルトガルは1年たっても2年たっても批准せず、フィンランドは不満を表明しましたが、それでも批准されることはありませんでした。そのため、フィンランドは古い租税条約を廃止することを決定し、両国間には

条約がない状況となっています。

パネリストのVanessaさんは、ウィーン条約法条約18条は条約が効力を発揮する前段階で誠実に行動することを要求しているの、ポルトガルが条約を批准しないのは誠実でなかったと述べられました。

第3の問題は、信義誠実と法のstatic（静的）な解釈、dynamic（動的）な解釈が関連するケースです。スライド23になります。このケースではOECDモデル租税条約3条2項が議論のスターティングポイントとなります。同条項は、「当該一方の締約国の法令において、当該用語がその適用の時点で有する意味を有するものとし」と規定しています。重要な点は、「その適用の時点で」の箇所であり、OECDモデル租税条約は用語の解釈に関し動的な解釈・裁量のある解釈を認めていることがわかります。

この条文の導入の歴史的背景に関する判例として、カナダのMelfordケースと呼ばれる1982年の最高裁の判例が紹介されました。スライド24になります。租税条約に関して国内法の裁量的な適用、解釈が論点となった事例です。このケースは、カナダの納税者がドイツの銀行と債務保証契約を締結し債務保証料を支払っていたというケースです。カナダ・ドイツ租税条約は、事業・商業に関する所得はPEがない限り他国で課税されないと規定しており、ドイツの銀行は、カナダにPEがなかったためカナダで課税されませんでした。また、定義のない用語はその国で用いられている意味に従うとの規定がありましたが、interestが何かという定義はカナダ・ドイツ租税条約にありませんでした。そのため、カナダの法律によってinterestが何か定義することになりましたが、カナダ法では本件の債務保証料はinterestに含まれずカナダで課税されることはありませんでした。結果、ドイツ内でのみ通常の事業所得として課税がなされておりました。その後、1974年にカナダが国内法を改正し、債務保証料がinterestに含まれるとされました。そのため、本件の債務保証料は

カナダで源泉徴収の対象となりました。国内法の規定を変えることで条約の適用状況が変わり、ドイツとカナダの間の課税権の配分を変更してしまう結果となり、これに対し、納税者が信義誠実違反を争いました。カナダ最高裁は、国内法を変更することで租税条約内の権利の割り当てを変えるべきではないと判示し、条約の静的解釈を支持しました。

この判決の後、Avery Jones氏が主導するOECDのワーキンググループにて純粋に静的な条約の解釈は実務運用上困難を伴うため、条約を変更することが提案されました。そして、先ほど言及した動的な解釈を認める現在の形の3条2項がモデル条約に加えられたということです。

4つ目の問題は、一方的に所得の割り当てを変更したケースです。フランスのCFCルールが説明されました。スライド30になります。

フランス最高裁は、2002年にフランスのCFCルールはフランス・スイス租税条約7条と調和しないと判示しました。その理由は、フランスCFCルールは、親会社が子会社の利益に対して課税されると規定しているが、子会社の利益に対する課税は租税条約7条（事業所得）の範疇であり、スイスのみがスイスで設立された子会社に課税する権利を持つ、というものでした。3年後、フランスではCFCルールの文言が改められ、子会社から親会社への利益のdeemed distribution（みなし配当）に対する課税とされました。これにより、条約21条（その他の所得）の範疇となり、フランスが親会社に課税することができるようになりました。これに関し、フランス国内だけでなく他の国からも信義誠実違反ではないかという指摘がありました。これは信義誠実違反になるでしょうか。

パネリストのDaniel教授は、信義誠実違反となりそうだが次の事情を考慮した場合はどうか、とコメントされました。それは、この事件の直後、2003年にOECDはコメンタリーを変更し、租税条約7条は自国のCFCルールに

よって自国の納税者に課税することを制限しない、と明言したことです。フランスがCFCルールの文言を変更し適用可能にしたことは、見方を変えればOECDがCFCルールによる課税を容認したため、その方針に従い国内法を変更することで、CFCルールによる課税にカムバックしたといえることができます。単に裁判所の判断を覆したというケースではないといえるのではないかと述べられました。そして、このように考えた場合もフランスは不誠実であるというのが適当であろうかと疑問を投げかけられました。

5つ目の問題は、信義誠実と権利濫用についてです。スライド34で、Alta Energyケースと呼ばれる、納税者の権利の濫用が否定されたケースが紹介されました。

これは、カナダ当局が、米国LLCによって所有されているルクセンブルク法人へのカナダ・ルクセンブルク租税条約の適用を否定した事件です。カナダ・ルクセンブルク租税条約には、カナダに所在する不動産を通じて事業を行う会社の株の譲渡益を、ルクセンブルク居住者が得た場合課税しないとの規定があります。また、条約には一般濫用防止規定の言及はありません。カナダ当局は、米国LLCが所有している本件のルクセンブルク法人がカナダ・ルクセンブルク租税条約を適用されるのは条約漁りに当たるとしました。条約の規定はルクセンブルクに実体のある法人にしか認められないと主張し、条約濫用を理由にカナダ国内法のGAARを適用しました。これに対し、2021年11月26日にカナダ最高裁はカナダのGAARの適用を否定する判決を出しました。9人中6人の多数の判事は、法をその文言と文脈により解釈するという伝統的なアプローチに従いました。なお、最高裁は次のように判断しています。①カナダは、ルクセンブルク法人による投資促進を目指して条約を締結した、②条約締結国は、条約上のレジデンス（居住性）を再定義する自由を持たない、③条約において居住性に経済的な結び付きを考慮す

るような規定はない、④本件の場合、法人の設立地が居住地国となり居住地国との経済的な結び付きの強さは問題とならない、というものでした。

ケーススタディの最後、第6番目に信義誠実の推定に関する争いについて、情報交換の事案が紹介されました。

1つ目の事案は、フランスの情報交換要請が信義誠実違反として退けられたケースです。スライド35になります。この情報交換要請は、Falciani事件が前提となっています。2008年にHSBC銀行のIT技術者であったHerve FalcianiがスイスHSBCプライベートバンクの10万件以上の租税回避が疑われる顧客データを盗み、外国の政府に提供したという事件です。Falcianiはスイスの銀行秘密法違反及び産業スパイの罪で、スイスで5年の禁固刑を言い渡されています。ただし、その後、一時逃亡先のスペインで収監されていたものの釈放されているようです。フランスはこのデータを入手し、リストを作成しました。当時の財務大臣の名前からLagard Listとも呼ばれているそうです。それを基にスイスに情報交換の要請をしましたが、フランスの納税者がこの情報交換に対して争いました。問題となったのは、フランスは盗まれた銀行データを基に情報交換要請をしないという宣言をしていたにもかかわらず、Falcianiによって盗まれた銀行データを基に情報交換要請をしたことです。スイス最高裁は、盗まれた銀行データによる情報交換要請をしないというフランスの宣言によって作り出された法的な期待が信義誠実により保護されているとして、この情報交換要請を退けました。

この件に関して、インドも同じFalcianiの情報を基にスイスへ情報交換を行っています。スライド36になります。インドはフランスと違い、盗まれたデータを基に情報交換要請しないという宣言をしていませんでした。先ほどとは逆に、スイス最高裁は単に違法に入手されたデータを基に情報交換要請を行うことは不誠実ではない

とし、インドの情報交換要請を退けませんでした。なお、情報交換要請が不誠実とされるためには違法に取得されたデータを基に情報交換しないという確証が必要であるとされました。

もう一件、インドの別の情報交換の事案があります。スライド37になります。インドは、2015年に未開示の国外収入や国外資産を取り締まる「Black Money Law」という法律を制定しました。これは、反マネーロンダリングの側面を持つ法律であり、法律に反した場合は、犯罪となります。

インドの納税者は、インド当局が情報交換により、スイスから入手した情報が、「Black Money Law」により遡及的に犯罪処罰のために使われるため、税務行政共助により入手した情報は税務目的のみに使うべしとする原則（Specialty Principle）に反するとして、インドの情報交換要請に対して争いました。納税者は、新聞記事や学術論文、元最高裁判事の意見などを基に、この情報交換によって得られた情報が、犯罪捜査に使われるであろうことを説明しました。

スライド38になります。これに対し、スイス最高裁は、納税者の提出した証拠が、インド当局が“Specialty Principle”に違反すると推測するには不十分だとしました。国際法における信義誠実の原則に基づき、被要請国（スイス）は、要請国（インド）が契約上の義務に沿って行動することを信頼しなければならないと判決しました。そして、この推定は、要請国の信義誠実に重大な疑義がある時のみ覆るとしました。

スライド39ページになります。これらの判決を受けて、パネリストのLuzius教授は、信義誠実の推定が覆されるケースについて、①国が信義誠実に行動していることは常に推定される、②この推定を覆す前提として法的な期待が形成されていることが必要、③法的な期待は明示又は暗黙の保障（一方又は双方の国による宣言等）により形成され得る、④この推定を覆すのは非常にハードルが高い、と述べられました。推定

を覆すためには、一般的な証拠では足りず、国が信義誠実違反を起こすであろうという具体的な証拠が必要ということでした。

3-4. 信義誠実違反に対する対抗策

パート4では、信義誠実原則違反への対抗手段が示されました。スライド40になります。信義誠実違反があった際、国際法や租税条約、国内におけるシステムにより対処することができます。そのうち、1つ重要な手段としてOfficial Protestについて言及がありました。一方の国に対して行いが正しくないということを知らせるため、信義誠実違反があるとき、相手国の行動に同意できないときに、その行動を止めるよう要請するものです。これは、国際法上認められている手段ですが、強制力のある手段ではないので、しばしば過小評価されていると述べられました。Official Protestには副次的な効果があり、それがとても重要です。それは、相手国の行動に対する同意から保護されるということです。ウィーン条約法条約45条により、相手国の行動を放置するとその行動を黙認したと捉えられ、後に違反について争うことができなくなる可能性があります。また、ウィーン条約法条約31条上も一方の国の行動に反論しなかったことが、双方の締約国がその行動を受け入れたと解釈することにつながる可能性があります。そのため、他方の国の不誠実な行動に反論することは自国の立場を守り、将来の議論の機会を確保することにつながると説明がありました。

3-5. 信義誠実の実効性を高めるための提言

最終章であるパート5では、monist諸国、dualist諸国にかかわらず、信義誠実原則が完全には機能していないということを前提に4つの提言がなされました。

スライド42になります。まず、第1の提言は、条約を解釈実施するに当たり、信義誠実を増幅させるような条項を追加することです。既に条約法条約で条約の執行に当たり誠実に行動しな

ければならないことは明らかになっていますが、さらにこれをハイライトする必要があります。この点、イギリスのEU脱退の際、イギリスとEUが合意した「貿易と協力に関する協定」の規定が参考になるとのことでした。この規定は、ブレグジットの混乱の中、国内法により条約の効果を上書きしようとする試みを危険視して創設されたものです。

スライド43になります。同協定では、3条で、はっきりと信義誠実について述べており、協定を実行する際に誠実でなければならない、協定の目的達成に害をなすような行いをしてはならないとしています。

スライド44になります。同協定の4条は、ウィーン条約法条約26条、27条で述べられていることと同様の内容ですが、3条と相まって協定を実行するに当たり信義誠実であることの重要性を繰り返し述べていると捉えることができます。

スライド45になります。第2の提案は、OECDモデル租税条約3条2項のコメンタリーに、国内法の定義を作り替えることで行われるTreaty Overrideに対処することを付け加えることです。これにより、裁判官他、条約の解釈を行う者にとって、その国内法が租税条約の結論を覆そうとするものかどうかより判断しやすくなります。

スライド46になります。第3の提案は、法の濫用に対する法的又は立法的対処についてコメンタリーを追加することです。国及び納税者双方にとって権利は濫用できないということを明らかにするように信義誠実の原則の役割を明記するべきであるとのことでした。

最後に、第4の提案は、国内法の変更によるTreaty Overrideは、OECDモデル租税条約2条4項に記載のある重要な改正に当たるということをコメンタリーで明らかにすることです。同条項は、権限ある当局は重要な改正について相互に通知するとしています。また、国内法の改正に係る規定についてのコメンタリー1条の

101に条約締結後の国内法の改正により対応できるようにするため、具体例の記載を広げるべきとも述べられました。以上、4つが結論で提示された提言となります。

Subject 2について報告は以上となります。ご清聴ありがとうございました。

（大野） 原田教育官、限られた時間の中で詳細なご説明をありがとうございました。

今日のご報告については、Subject 1についてもSubject 2についても、説明の時間の制約がありましたので、「租税研究」誌への講演録の掲載に当たりまして、吉野教授と原田教育官には適宜の加筆等をお願いいたします。

なお、2023年のIFAカンクン大会では、Subject 1については長島・大野・常松法律事務所の吉村浩一郎会員に、またSubject 2については明治大学の池田義典会員に、それぞれIFA日本支部のブランチレポート（Branch Report）の執筆をお願いいたしました。各国

のブランチレポートをベースに、ゼネラルレポーター（General Reporter）によるゼネラルレポート（General Report）が取りまとめられたところです。改めまして、吉村浩一郎会員と池田義典会員に感謝申し上げます。両会員のブランチ・レポートは、IFA本部のウェブサイト（<https://www.ifa.nl>）の「cahiers」で閲覧・ダウンロードいただくことができます。

なお、個人的な感想ですが、我が国の税制・税務行政については、各国の税制・税務行政と比較対照することによって、初めてその特徴を把握できるということを改めて認識した次第です。また、他方で、わが国の税制が世界的な文脈でどのように受け止められるかということについても大変勉強になりました。

15時30分になりましたので、これで2023年10月のIFAカンクン大会の報告会を終わりたいと思います。皆さま、ご清聴ありがとうございました。

Subject 1 : Sharing and shifting of corporate losses—The new profit shifting?

(スライド 1)



“Sharing and Shifting of Corporate Losses – The New Profit Shifting?”

Moon Palace Area Convention Center
October 23, 2023

General Reporter
René Matteotti (Switzerland)

Chair
Sam Kaywood (USA)

Secretary
Ximena García Torres (IBFD)

Panel Members
Sylvia Dikmans (Netherlands)
Yushi Hegawa (Japan)
Don Maher (USA)
Carlos Orsolon (Brazil)
Juan Carlos Perez Peña (OECD)
José Carlos Silva (Mexico)
Jason Yen (USA)



1

(スライド 2)

Context



Financial crisis
Globally realized and unrealized bank losses of at least USD 700 billion and tax revenue losses of around USD 230 billion (OECD 2010)

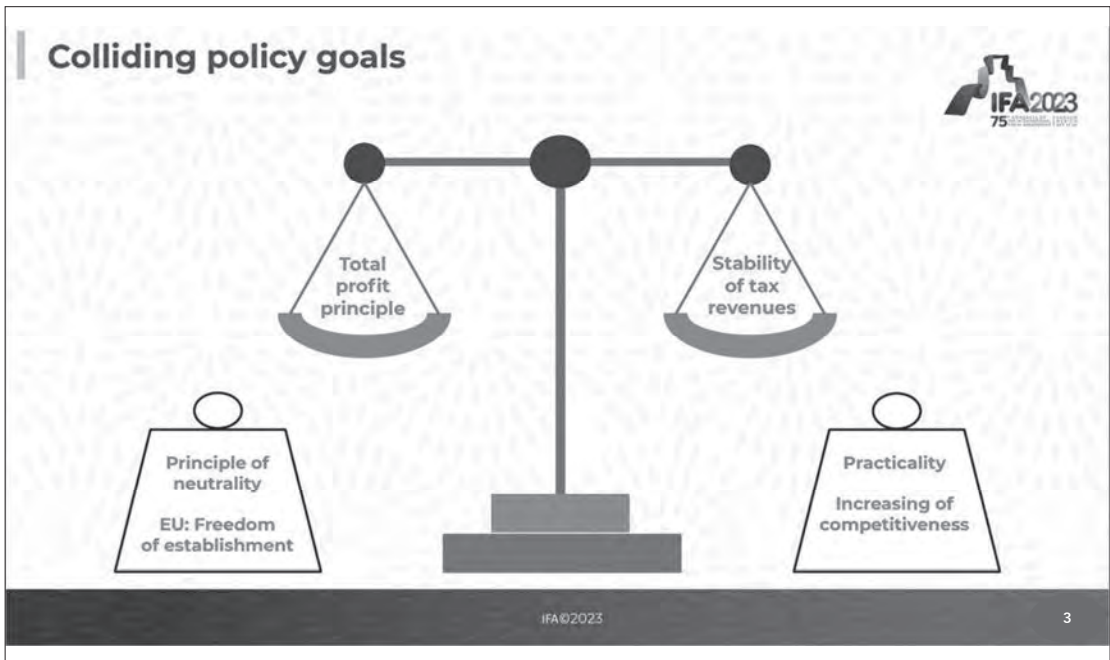
OECD/G20 BEPS-Project
States to be provided with instruments for a more restrictive tax policy coordinated at international level

Covid-19-Pandemic
Exacerbation of fiscal challenges in numerous countries

IFA©2023

2

（スライド 3）



（スライド 4）

OECD

Addressing Tax Risks Involving Bank Losses

2010

Risk areas

- Transfer pricing
- Reorganizations
- Hybrid mismatch arrangements to enable multiple deductions of losses
- Use of financial instruments for creating artificial losses

Recommendations

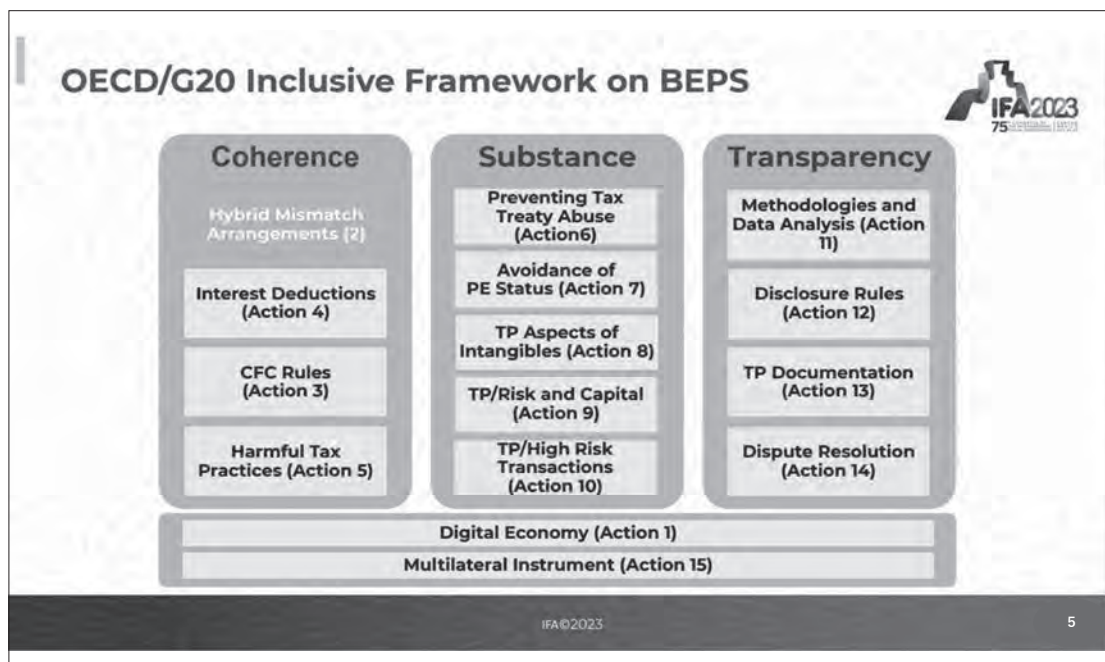
- Adoption of measures restricting the offsetting of losses, including so-called built-in losses, in the context of reorganizations, acquisitions, or group taxation arrangements in cases of aggressive tax planning
- Limiting the multiple use of losses and the creation of artificial losses
- Assessing the economic and fiscal impact of temporary measures for loss offsetting
- Introduction of reporting obligations

Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning

2011

IFA©2023 4

(スライド 5)



(スライド 6)

Utilization of own losses by corporate taxpayers



Strong reliance on loss carryforward rules

- Unlimited carryforward of losses: Australia, Belgium, Chile, Hong Kong, Israel, New Zealand, Norway, Panama, Singapore, Sweden, the UK and Ukraine
- Quota restrictions (30 to 80%): Brazil, Austria, Denmark, France, Germany, Italy, Japan, Liechtenstein, the Netherlands, Portugal, South Africa, Spain
- Time limits (5 to 20 years): Canada, Chinese Taipei, Finland, India, Japan, Republic of Korea, Luxembourg, Mexico, Switzerland, Türkiye, and Uruguay
- Inflation adjustment: Mexico and Uruguay and, to a limited extent, Australia

Strongly limited use of loss carryback rules

- 12 countries: Canada, United Kingdom, the Netherlands, France, Germany, Singapore, Japan, United States, Sweden
- Limited in terms of time, amount and/or substance
- Limited to SMEs in France, Germany, Singapore and Japan

Constitutional challenges?

- Brazil
- Germany

IFA © 2023

6

(スライド7)

Corporate reorganizations

Limitation of the utilization of losses based on

- Change of ownership tests and
- Continuity of activity tests

Budgetary and economic policy considerations play an important role

- Countries with strict tests: Argentina, Poland, and Finland
- Countries including employment policy considerations: Italy, Japan, and the Republic of Korea
- Countries excluding loss transfers: Brazil, Peru, Panama, Mexico, and Uruguay

→ Risk of inhibiting appropriate responses to constantly changing economic conditions, including technological advancements, digitization, and consumer behavior



IFA©2023
7

(スライド8)

Group taxation regimes

22 countries with group taxation regimes

- Territorial restricted: Australia, Austria, Belgium, Chinese Taipei, Denmark, Finland, France, Germany, Israel, Italy, Japan, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Republic of Korea, Norway, Portugal, Poland, Singapore, Spain, United Kingdom, and United States
- Cross-border group taxation regimes: Austria, Denmark, Luxembourg, Liechtenstein
- Optional territorial application: Italy
- Absence of South American countries among countries with group taxation regimes.

Entry into a group

Ring fencing rules widely applied to prevent the offset of loss carryforwards incurred outside the group.

Exit from a group

SAARs widely applied to prevent the double deduction

→ To what extent can SMEs really make use of group taxation regimes?



IFA©2023
8

(スライド9)

Losses from foreign permanent establishments



Prevention of dual use of losses

- No offset in Brazil, Chile, Peru, and Spain in spite of the application of the credit method
- Dual Consolidated Rules in the US
- Recapture rules in Norway, Italy, Portugal, Austria, Liechtenstein and Austria
- Application of anti-hybrid rules in EU member states and New Zealand

Concept of final losses in the EU

- ECJ C-537/20 of 22 September 2022: Concept of final losses does not apply if the application of the exemption method is based on a double tax treaty
- EU-Report: "The W decision appears to make effectively all the cases examining the concept of 'final loss' outdated"

IFA©2023 9

(スライド10)

Tackling loss duplications and artificial losses



Loss duplications by using hybrid mismatch arrangements

- Widely spreaded anti-hybrid rules seem to have resolved the issues related to the double use of the same loss
- Exceptions:
 - Norway allows deductions regardless of whether the same deduction is granted in another country due to the absence of anti-hybrid mismatch rules
 - India: double use of the same loss possible in the case of foreign companies with dual residence

Artificial losses

- AL arises from schemes that seek to generate losses for tax purposes with no economic loss arising anywhere, whether at the level of the taxpayer claiming loss relief or somewhere else.
- Observed schemes: complex financial instruments, reorganizations.
- Widely spreaded GAARs or SAARs seem to have largely stopped the generation of deductible AL.

IFA©2023 10

(スライド11)

Loss Duplication Through Dual Resident Companies



US Company

Background:

- Formed under US Law
- Effective management in Mexico
- Resident in both countries under domestic laws
- Company has significant NOLs, but is expected to obtain future revenue

- May losses be used in both Mexico and the US?
- Mexico-US Treaty on dual residence:

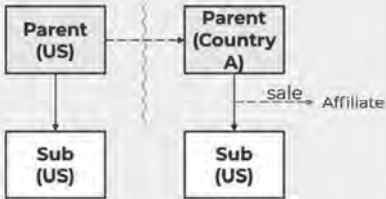
Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, such person shall not be treated as a resident of either Contracting State for purposes of this Convention.

IFA©2023

11

(スライド12)

Loss Duplication: Migration



- US loss rules allow a loss for worthless securities, usually arising from an event such as bankruptcy, termination of business, liquidation, etc.
- Worthlessness is a deemed disposition and does not require an actual disposition.
- Parent can migrate to or become dual resident in a different country to crystallize a second loss.
- Anti-loss importation rules?

IFA©2023

12

(スライド13)

Cancellation of debt





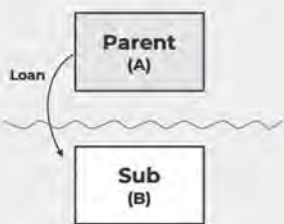
1. Best efforts to collect across jurisdictions
2. Treatment of cancellation of debt income?
 - a) Does the bad debt deduction need to happen at the same time as the cancellation of income
 - b) US: it is possible to mismatch these by taking the bad debt deduction sooner than COD income in cross-border cases.
 - US consolidated return rules require matching of income and deduction but only within the US consolidated group.
 - c) A bad-debt deduction followed by a capitalization of the loan to avoid COD income?

IFA©2023
13

(スライド14)

Troubled Subsidiaries





- Waiver is taxable gain of the debtor if the debt is reduced.
- This waiver gain is tax exempt if:
 - The waiver is an on business-grounds decision; and
 - From the creditor's perspective it is not likely that the receivable can be repaid by the debtor; and
 - The creditor expressly waives (part of) the receivable; and
 - The waiver gain is reduced with the outstanding losses.
- Conversion of debt into equity: result increases but no profit for the debtor.
 - A reserve is established at the expense of the result.
 - Tax will be levied as far as the shares increase in value.

IFA©2023
14

(スライド15)

Refreshing Tax Attributes: Sale/Leaseback




Loss Co:

- Assets are fully depreciated
- Losses expire soon

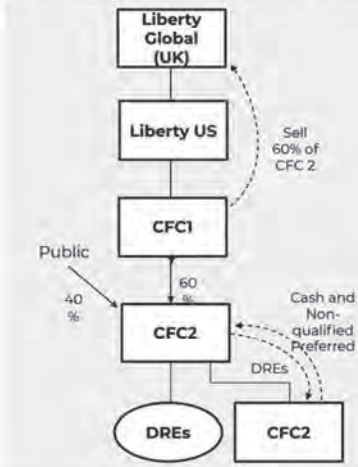
FMV sale and lease back to Profit Co:

- Profit Co collects lease
- Profit Co may grant NPV discount to Loss Co
- What if there is no cash on the sale, i.e., sell for a convertible note?

IFA©2023 15

(スライド16)

Case: Liberty Global



- CFC1 sold 60% of a CFC2 to Liberty UK at a gain of \$2.4 billion in late December 2018.
- Prior to the sale, CFC incorporated one of its disregarded entities (DREs) and received cash and stock intentionally causing gain producing significant "earnings & profits" (E&P).
- Due to the presence of that E&P, §1248 recharacterized the \$2.4 billion gain as a dividend subject to the US participation exemption under §245A.
- CFC2 remained a CFC due to the "downward attribution" rule. Consequently, Liberty US avoided a GILTI inclusion for the gain.
- Currently being litigated in US District Court. IRS arguing that the §351 transaction lacked economic substance and a non-tax business objective.

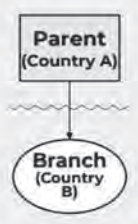
IFA©2023 16

(スライド17)

Credit vs. Exemption Method

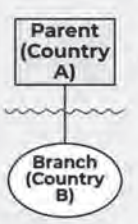


Credit Method



- Country A provides that income and losses of Branch flow up to Parent.
- Parent entitled to a tax credit for taxes paid by Branch in Country B
- Some countries flow through income but do not permit Parent to use losses of Branch (e.g., Spain, Brazil)

Exemption Method



- Country A provides exemption for Parent on income of Branch.
- "Switchover" clauses may apply – Country A taxes the income if Country B does not tax Branch's income at a minimum rate (e.g., 10%) (e.g., Spain)

IFA©2023
17

(スライド18)

Various Approaches to Foreign PE Losses

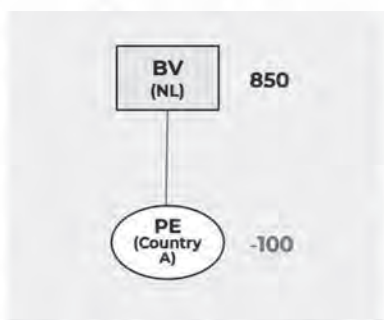


- Brazil:** Compute positive net result of branch as if it is a foreign corporation. Losses of the PE are not allowed to offset Brazilian corporate taxes.
- Japan:** Full flow-through for national corporate tax; disregarded for local corporate enterprise tax.
- Mexico:** Flow-through of foreign branch losses permitted.
- Switzerland:** Applies exemption method but nevertheless allows an offset of the foreign branch losses. Any loss offset is recaptured within a period of seven years to the extent the loss could be used to offset branch profits. After the expirations of seven years, the tax authority is not entitled to recapture the branch losses.
- U.S.:** Flow-through of foreign branch losses permitted. Any prior branch losses must be recaptured (except to the extent that gain is recognized) if the branch is incorporated.

IFA©2023
18

(スライド19)

Netherlands - Loss Importation: Exemption Method Until 2012



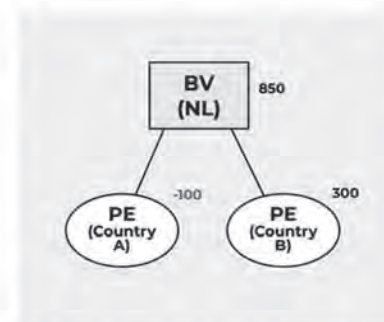
- BV NL has a profit in NL of 850x.
- BV NL has a loss in Country A of 100x, through a permanent establishment.
- Total income of NL BV would be $850x - 100x = 750x$.
- Permanent establishment losses are effectively deductible from the taxable profits NL (but subject to later recapture).
- Foreign profits on the contrary are exempt from taxable profits NL.

IFA©2023

19

(スライド20)

Netherlands- Loss Importation: Exemption Method as from 2012



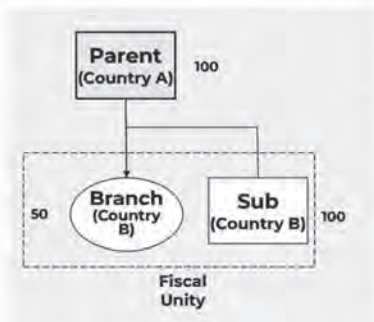
- BV NL has a worldwide result of 1,050x
- BV NL has a loss in Country A of 100x, through a permanent establishment.
- BV NL has income in Country B of 300x, through a permanent establishment.
- Total income of NL BV would be $1,050 + 100 - 300 = 850x$.
- Permanent establishment losses are no longer deductible.
- Dutch tax basis: worldwide result reduced with profits and losses attributable to the PE

IFA©2023

20

(スライド21)

Loss Duplication Through Fiscal Unity



- Parent has income in Country A of 100x.
- Parent owns Branch in Country B with loss of 50x.
- Parent owns Sub in Country B with income of 100x.
- Total economic income is $100x + 100x - 50x = 150x$.
- However, a situation can arise when the 50x loss flows through to Parent to offset Parent's income while at the same time offsetting income Sub in Country B.
- Double use of loss results in taxable income of $(100x - 50x) + (100x - 50x) = 100x$
- Swiss anti-dual loss rule

IFA©2023

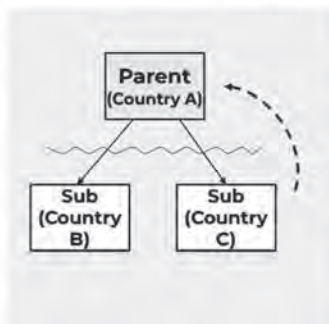
21

(スライド22)

EU Case Law Cross Border Relief



Marks & Spencer II / C-446/03



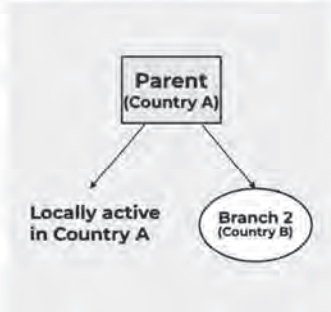
- Losses of subsidiaries should be considered deductible only if these are considered final.
- If the non-resident subsidiary has exhausted all possible availabilities in its State of residence of having the losses taken into account; and
- There is no possibility for the foreign subsidiary's losses to be taken into account in its state of residence for future periods either by the subsidiary itself or a third party
- Therefore, the parent company should demonstrate that it is impossible to pass on those losses by means of sale to a third party.
- If this is the case: the losses are considered final. The parent company shall not be prohibited to deduct from its taxable profits, losses incurred by its non-resident subsidiaries.

IFA©2023

22

(スライド23)

ECJ Case W (C-538/20)



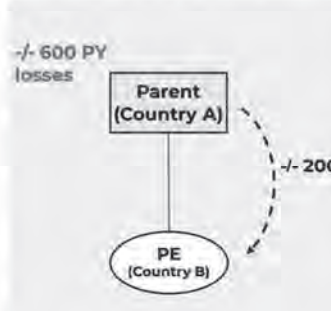
- Parent is locally active in Country A.
- Parent has Branch 2 in Country B.
- The tax treaty between Country A and Country B provides for the exemption method.
- But Country A law does not allow Parent to deduct losses of Branch 2 to offset domestic income. Branch has offset the losses in Country B.
- **Result:** the local branch and Branch 2 are not in comparable situations, since the exemption is embodied in a treaty and not unilateral. By virtue of the treaty (c.q. the object exemption) Country A waived its right to levy taxes.

IFA©2023 23

(スライド24)

EU Case Law Cross Border Relief

Futura/C-250/95



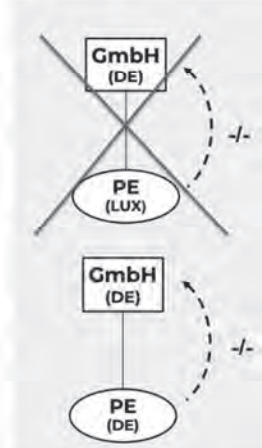
- Member States (as secondary states of establishment) may restrict under article 52 EC-treaty the transfer of losses from previous years by a taxpayer who has a branch in that Member State, without otherwise being established there, subject to the condition that the losses are economically related to income earned by the taxpayer in the Member State.
- If only 200x is economically related, then only 200x is attributable.
- This is not in conflict with the freedom of establishment, unless resident taxpayers are treated more favorably.
- Art. 52 however does preclude making such transfer of losses conditional on the keeping and retention of accounts in that Member State in accordance with the relevant national rules.

IFA©2023 24

(スライド25)

EU Case Law Cross Border Relief





Lidl Belgium / C-414/06

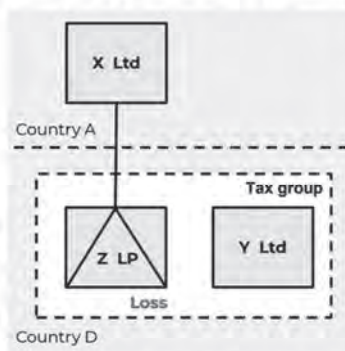
- Lidl Belgium has its seat in Germany and has a permanent establishment in Luxembourg.
- Deduction of permanent establishment losses from the total income in Germany is being denied, since under the tax treaty the income of permanent establishments is attributed only to Luxembourg.
- Permanent establishments located in Germany are however not restricted to deduct losses from the total income in Germany.
- This affects the freedom of establishment but is justified on grounds of the need to safeguard the balanced allocation of the power to tax between the Member States and the danger of double loss relief. In this case, by virtue of the treaty the income is taxed in Country B and those losses can be taken into account in Country B in future years

IFA©2023
25

(スライド26)

Hybrid entity





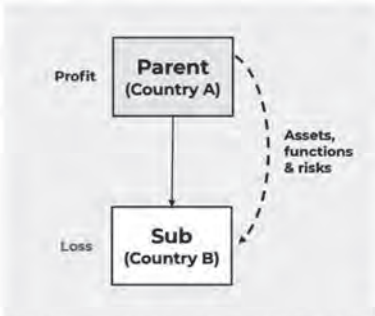
Tax consequences

- Country A treats Z LP as transparent and recognises the loss
- Country D treats Z LP as intransparent
- Z LP can offset the loss against profit of Y Ltd
- Double deduction occurs
- If country A does not deny the deduction, then country D needs to deny the deduction

26

(スライド27)

Use of Transfer Pricing Techniques



- Parent in Country A is profitable while Sub in Country B loses money.
- Can Parent transfer profit making functions, risks, etc. to alleviate the mismatch?
- Exit tax?

IFA©2023 27

(スライド28)

Reverse Merger in Brazil



Limits for offsetting accumulated tax losses:

- **Operating x Non-operating Losses:** Balances of tax losses arising from non-operating activities in the previous years are only offsetable against new profits arising from non-operating activities.
- **Cumulative change of control and activity:** It is forbidden to offset accumulated tax losses if, between the period in which they are raised and the period in which they are offset, there is a change in the control of the legal entity and a change in its branch of activity, cumulatively.
- **Corporate events:** It is forbidden to transfer accumulated tax losses to other legal entities, including through merger or spin-off transactions.

"Reverse merger": there are no legal restrictions on which entity should be the survivor after a merger, nor a rule prohibiting the merger of a profitable entity by a loss-making one.



- "Reverse mergers" were overused by taxpayers: the loss-making entity survives changing its activities to the same of the merged entity (name, clients, employees, etc.)
- Brazilian IRS starts to disregard several reverse mergers arguing fraud / simulation under the argument of lack of economic substance (exclusive tax driven decision of the company),
- Administrative caselaw moves towards a detailed analysis of the factual aspects of each case.

28

(スライド29)

CFC Losses in Brazil



General rule: Computation of the positive net result of each isolated entity in the calculation basis of the corporate income taxes (IRPJ/CSLL). Losses are not allowed to offset the Brazilian corporate taxes.

Exception (up to 2024): Option to consolidate different foreign entities results (profitable and loss-making entities), but excluding the entities that are in one of the following situations:

- In a jurisdiction that does not exchange information with Brazil
- In a low tax jurisdiction (or subject to a tax privileged regime)
- Direct or indirect controlled by an entity in a low tax jurisdiction, or
- Does not have own active income higher than 80% of its total income.

Losses: if after the consolidation there is a loss position, it cannot be used to offset the Brazilian corporate taxes.

Documents: The parent company in Brazil must have segregated accounting control of each foreign entity and file with the Brazilian IRS several returns informing, by each entity, elements as (a) active and passive income, (b) losses, (c) results and (d) consolidation.

29

(スライド30)

Monetizing Tax Losses in Brazil



There are some legal exceptions that authorize the monetization of accumulated tax losses (by applying the 34% corporate tax rate on the accumulated tax losses amount):

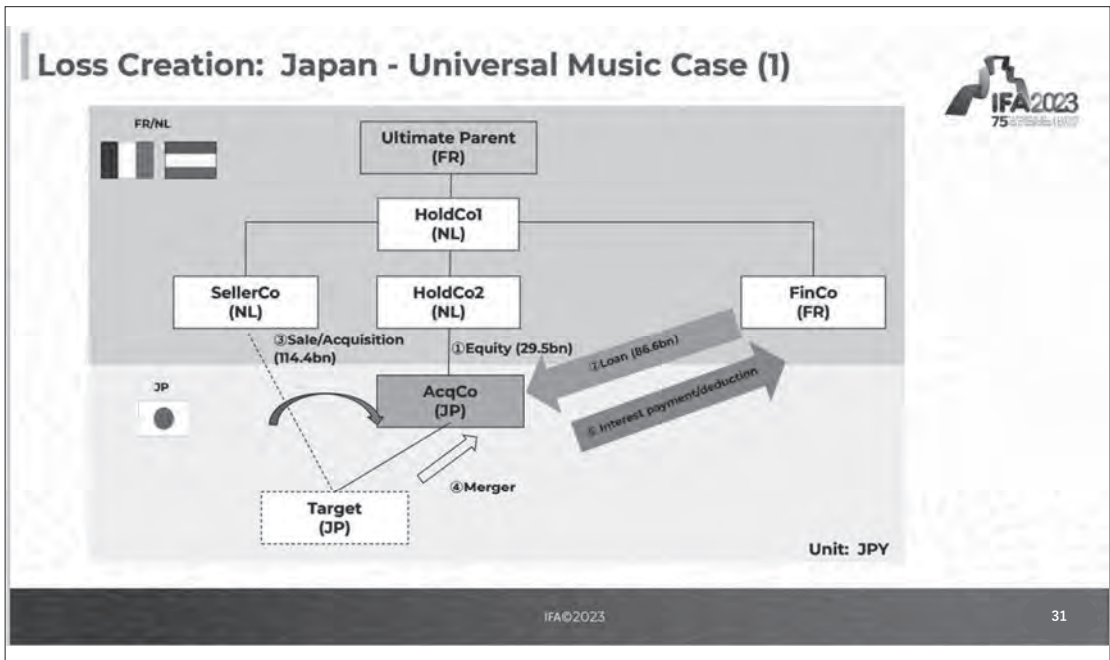
i. Special amnesty programs: payment of overdue taxes in special conditions and during a certain timeframe

- REFIS (Law 9.964/00); PERT (Law 13.496/17); and several others.
- Each program establishes the conditions for the use of the accumulated losses (only for payment of interest, interest and fines or even the principal amounts).
- The last amnesty programs authorized not only the use of own tax losses but also the tax losses of direct or indirect controlling or controlled local companies.

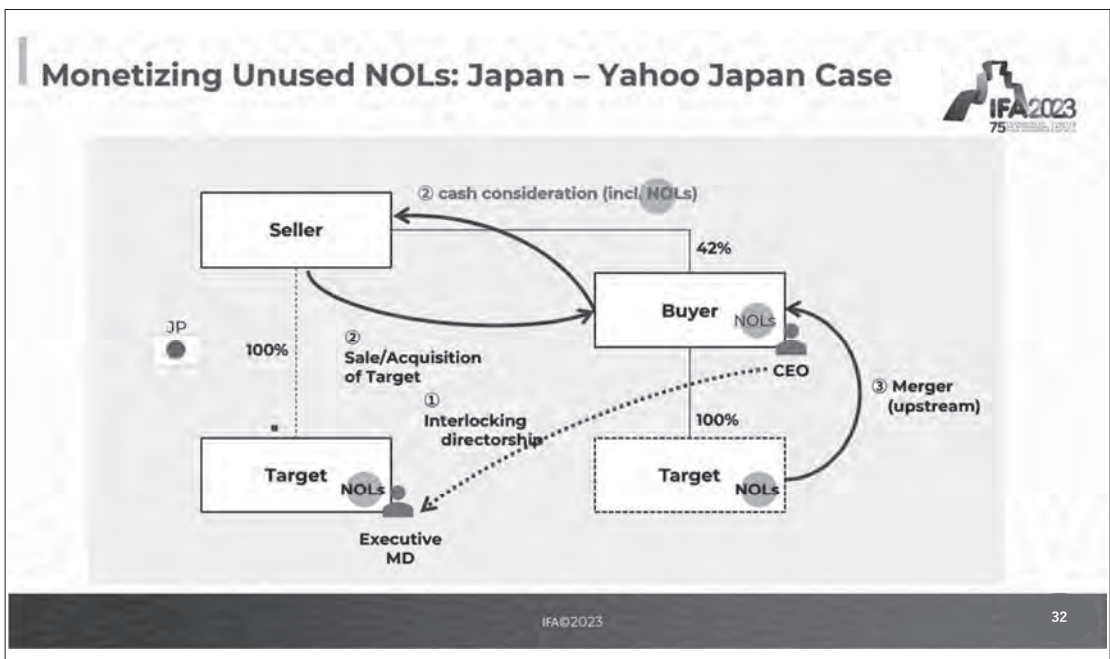
ii. Payment of debts in case of a final unfavorable decision in the administrative court by a tied result: use for payment of tax assessments maintained in favor of the Public Treasury after a tied decision in the administrative courts (Law No. 14,689/2023).

30

(スライド31)



(スライド32)



(スライド33)

Relevant GloBE Rules on losses



The Model Rules and related guidance provide various rules dealing with losses:

- Recast of deferred tax asset (DTA) attributable to GloBE Loss
- Tax losses arising from permanent differences
- GloBE Loss Election
- Equity Investment Inclusion Election
- Transition rules for pre-GloBE tax attributes
- GloBE Loss of a Permanent Establishment (PE)

IFA © 2023
33

(スライド34)



Deferred Tax Accounting for losses with Pillar Two overlay - Example

Approach in the P2 Blueprint – Loss-Carry forwards

Financial accounting	Year 1	Year 2
Financial Net Income (loss)	(100)	100
Taxable Income (loss)	(100)	0
GloBE Income (loss)	(100)	0

No GloBE liability

Approach adopted – Deferred Tax Accounting

Financial accounting	Year 1	Year 2
DTA established / (reversed)	20	(20)
(Negative) / Positive deferred tax expenses	(20)	20

Starting point for Pillar Two

Pillar Two	Year 1	Year 2
(Negative) / Positive deferred tax expenses	(20)	20
Recast of deferred tax expenses to the Minimum Rate	(15)	15
Total Deferred Tax Adjustment Amount*	(15)	15

$$\frac{15}{100} = 15\%$$

No GloBE liability

*For simplification, assuming no exclusions or adjustments apply
IFA © 2023
34

(スライド35)



GloBE Loss Election

MR Article 4.5

- For a year in which there is a Net GloBE Loss for a jurisdiction, a GloBE Loss Election can be made to establish a "GloBE Loss Deferred Tax Asset" (GloBE DTA).*
- If the election is made for a jurisdiction, the GloBE DTA:
 - Equals the Net GloBE Loss multiplied by 15%, and
 - Offsets Net GloBE Income in future year(s) (unless the election is revoked).
- Also, the Total Deferred Tax Adjustment Amount is zero (MR Article 4.4 no longer applies).
 - The expectation is simplification in certain jurisdictions and to provide a loss carry-forward-type attribute in zero-tax jurisdictions.

GloBE Loss Deferred Tax Asset or "GloBE DTA" is solely a GloBE tax attribute emanating from the Model Rules. It does not reflect a DTA on the financial statement statements.

IFA©2023 35

Example

Same Facts except that..

- the jurisdiction has a 5% rate; and
- the GloBE Income in year 2 is 50 instead of 100...

- Year 1:
 - Net GloBE Loss for the jurisdiction: 100
 - GloBE Loss Election is made
- Year 2:
 - Net GloBE Income for the jurisdiction: 50
 - Country A tax rate: 5%

Pillar Two consequences

- Year 1:
 - GloBE Loss DTA established: $100 \times 15\% = 15$
- Year 2:
 - GloBE Loss DTA used: $50 \times 15\% = 7.5$
 - GloBE Loss DTA carried forward to subsequent year(s): $15 - 7.5 = 7.5$

(スライド36)



Recast of DTA Attributable to GloBE Loss

MR Article 4.4.3

- A DTA is recast at 15% if it is attributable to a GloBE Loss and recorded at a rate lower than 15%.
 - For the year that the DTA is established, there should be a reduction of 15 to the Total Deferred Tax Adjustment Amount.
 - For the year that the DTA reverses, there should be an increase of 15 to the Total Deferred Tax Adjustment Amount.
- This achieves the effect that the GloBE Loss offsets GloBE Income in the same amount.

Practical considerations

- Where different levels of taxation exist in one jurisdiction (e.g., state and federal) and loss carry-forwards are different, how is the DTA recast at 15% to be performed?

IFA©2023 36

Example

- Year 1:
 - DTA adjustment : 5 (with respect to a local tax loss that is eligible for carry-forward)
 - GloBE Loss for the jurisdiction: 100
- Year 2:
 - GloBE Income for the jurisdiction: 100
 - DTA reverses (local loss carry-forward used)

Without recast:

- Year 1:
 - DTA adjustment : (5) deferred tax expense
 - Top-up Tax: 0
- Year 2:
 - DTA reverses: 5 deferred tax expense
 - ETR: 5%
 - Top-up Tax: $(15\% - 5\%) \times 100 = 10$

With recast:

- Year 1:
 - DTA adjustment and recast: $100 \times 15\% = (15)$ deferred tax expense
 - Top-up Tax: 0
- Year 2:
 - Recast DTA reverses: 15 deferred tax expense
 - Effective tax rate (ETR): 15%
 - Top-up Tax: $(15\% - 15\%) \times 100 = 0$

(スライド37)

Allocation with respect to PEs

- The GloBE Rules rely on an "exemption system" which separates the GloBE Income or Loss attributable of a PE from the GloBE Income or Loss of the Main Entity.
- Taxes paid by the Main Entity with respect to PE income are "pushed down" to the PE.
- If the Main Entity is located in a jurisdiction with a foreign tax credit system or similar systems that treat a loss of a PE as a loss of the Main Entity, the GloBE Rules allow any PE losses to be "pushed-up" to the Main Entity.
- This avoids distortions in the ETR calculation of jurisdictions with foreign tax credit systems.
- Treats jurisdictions with foreign tax credit systems and exemptions systems similarly.



Main Entity

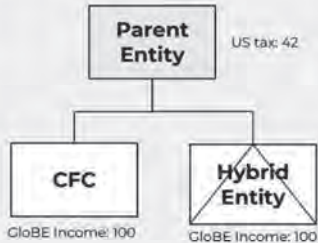
PE

IFA©2023
37

(スライド38)

Allocation with respect to CFCs/Hybrids

- Taxes paid by a Parent Entity under a CFC Regime (e.g., GILTI) with respect to a foreign subsidiary are "pushed-down" to the foreign subsidiary subject to certain limitations.
- The same rule applies in the case of taxes paid by a Parent Entity with respect to a Hybrid Entity.
- In these cases, there is no special rule to separate the GloBE Income or Loss of the subsidiary from the GloBE Income or Loss of the Parent Entity because these entities are separate legal persons with separate financial accounts.
- There is also no rule to "push-up" any losses incurred by the CFC or Hybrid Entity to the Parent Entity.



Parent Entity US tax: 42

CFC GloBE Income: 100

Hybrid Entity GloBE Income: 100

IFA©2023
38

(スライド39)



Transition rules for Pre-GloBE Tax Attributes

MR Article 9.1.1

- Pre-GloBE DTAs and deferred tax liabilities (DTLs) are generally transitioned into the GloBE regime.
- MR Article 9.1.1:
 - Applies generally to all pre-GloBE DTAs and DTLs (even if related to tax credits)
 - Takes the DTA or DTL into account in the amount it was recorded in the MNE Group's financial statements, but not exceeding 15%

MR Article 9.1.2

- Pre-GloBE DTAs do not transition into GloBE if:
 - Arising from an item excluded from GloBE Income or Loss, and
 - Generated in a transaction that took place after 30 November 2021.
- The Commentary states this is intended "to prevent the triggering of permanent difference losses."
 - For example, a CE purchases an asset eligible for immediate expensing plus a "super-deduction" under local tax law.
 - The CE incurs a local tax loss and has a net operating loss (NOL) carry-forward, which is recorded as a DTA.
 - Absent MR Article 9.1.2, the DTA would be transitioned into GloBE under MR Article 9.1.1, but the difference would never reverse resulting in a permanent benefit for GloBE purposes.

IFA©2023
39

(スライド40)



Transfer of Assets

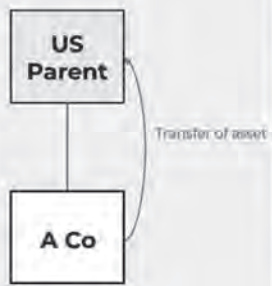
MR Article 9.1.3

- For an intragroup transfer of assets (other than inventory) between CEs after 30 November 2021, and before an entity's first GloBE year:
 - The financial accounting basis in the acquired assets is the disposing entity's carrying value of the transferred assets on the day of transfer.
 - The DTA established and associated with this transaction will transition into GloBE (but not exceeding 15%) only if the disposing entity pays tax on the disposition.
- Pre-GloBE DTAs and DTLs relating to the asset at the time of the transfer will transition into GloBE under MR Article 9.1.1.
- This rule limits the ability to step up the basis of built-in gain assets without including the resulting gain in the computation of GloBE Income or Loss.

Question

- Does MR Article 9.1.3 apply to an intragroup transfer of built-in loss assets, thus resulting in a higher carrying value of such assets?

Example



IFA©2023
40

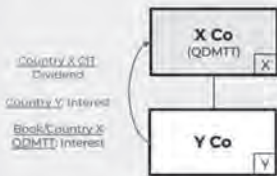
(スライド41)



BEPS Action 2 (D/NI)

- Domestic tax legislation modeled after BEPS Action 2 (2015) addresses deduction/no inclusion outcomes (D/NI outcomes). If there is a D/NI outcome, either the payer's jurisdiction should deny a deduction or the payee's jurisdiction should require an income inclusion.
- Question:** Does the inclusion of an entity's GloBE Income in an IIR/UTPR/QDMTT computation preclude a D/NI outcome for purposes of legislation modeled after BEPS Action 2?

Example



Country X CIT Dividend
Country Y Interest
Back Country X QDMTT Interest

41

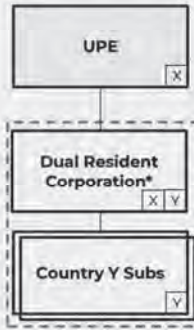
(スライド42)



BEPS Action 2 (DD)

- Domestic tax legislation modeled after BEPS Action 2 (2015) addresses double deduction outcomes (DD outcomes) to prevent the use of a single economic deduction in two jurisdictions. There is a DD outcome if the deduction is set off by any income that is not dual inclusion income.
- Consider a jurisdiction that had no consolidation or similar regime, such that a deduction can generally be set off against dual inclusion income of the Dual Resident Corporation.
- Pillar Two's jurisdictional blending results in de facto consolidation of all CE's of a jurisdiction for IIR, UTPR and QDMTT purposes, also generally in a broader manner than most local consolidation regimes allow.
- Question:** Does a deduction taken into account under an IIR/UTPR/QDMTT result in a DD outcome that triggers a deduction disallowance?

Example



Country Y CEs for Pillar Two purposes

*Assume that Dual Resident Corporation is located in Country Y under MR Article 10.1.1.

42

(スライド43)



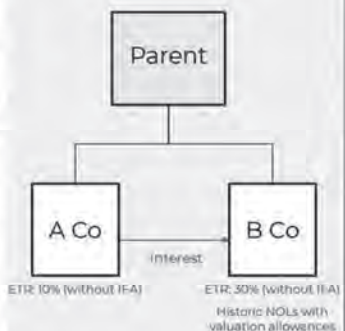
Intragroup Financing Arrangements

MR Article 3.2.7

- GloBE Income or Loss of the Low-Tax Entity excludes any expense attributable to an Intragroup Financing Arrangement that can reasonably be anticipated over the expected duration of the arrangement:
- To increase the amount of expenses taken into account in calculating the GloBE Income or Loss of the Low-Tax Entity;
- There is no commensurate increase in the taxable income of the High-Tax Counterparty.
- The Commentary states that “[a] payment should not be treated as increasing the taxable income of a High-Tax Counterparty if it is eligible for an exclusion, exemption, deduction or credit or other tax benefit under local law and the amount of that benefit is calculated by reference to the amount of payment received.”

Question

- Is the use of a loss carry-forward that has a valuation allowance, or an accounting recognition adjustment, considered to be a “commensurate increase in the taxable income of the High-Tax Counterparty” for the purposes of MR Article 3.2.7?



43

(スライド44)



Future Guidance on Asymmetric Treatment

Question

When is the future guidance on “asymmetrical treatment of items between different accounting standards and tax rules” anticipated?

The July AG notes that “While this guidance does not include any adjustments for differences between the Constituent Entities’ Financial Accounting Net Income or Loss as determined under the Local Financial Accounting Standard and as calculated under the UPE’s Financial Accounting Standard, the Inclusive Framework will consider providing further guidance on asymmetrical treatment of items of income, expense or transactions between different accounting standards and tax rules including those used with respect to the transitional and permanent GloBE Safe Harbours.”

44

Subject 2 : Good faith in domestic and international tax law

(スライド 1)



GOOD FAITH IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL TAX LAW



General Reporters
Craig Elliffe (New Zealand)
Sjoerd Douma (Netherlands)

Chair
Hon. Marshall Rothstein (Canada)

Panel Members
Vanessa Arruda Ferreira (IBFD)
Céline Braumann (Canada)
Luzius Cavelti (Switzerland)
Daniel Gutmann (France)
Sachit Jolly (India)

Secretary
Ilana Ludwin (Canada)

1

(スライド 2)

CONTENTS

Part I:

Introduction and Summary of Good Faith in the Domestic Context

Part II:

History and Foundation of Good Faith in the International (Tax) Context

Part III:

Application of Good Faith in the International Tax Context

Part IV:

Remedies for Breaches of Good Faith

Part V:

Conclusion and Recommendation

2

（スライド 3）

PART 1

General Report: Domestic Law



- **Good faith requirements present in all the 40 jurisdictions**
- **Countries generally recognize in good faith a duty to deal honestly, faithfully, and reasonably**
It can be applied in the interpretation of contracts, statutes and treaties requiring interpreters to go beyond text into context and purpose
- **Origins in Roman law (bona fides) and is a fundamental doctrine in many European countries and in civil law jurisdictions worldwide**

IFA©2023

3

（スライド 4）

PART 1

General Report: Domestic Law



- **Civil law jurisdictions**
Generally, have more embedded or pervasive good faith principles (found in the constitution, civil code, specific legislation or a principle recognized by the courts)
- **Common law jurisdictions**
Good faith is found in different areas of the law such as contract, employment, trusts, insurance, corporate, insolvency and administrative law



IFA©2023

4

(スライド 5)

PART 1



General Report: Domestic Law

International Law – Survey: 

How do reporters regard their legal system?



Legal System	Count
Monist	20
Dualist	16
Features of both	4



This is an important area in international tax, where good faith might have a role in preventing domestic law override of treaties

IFA © 2023

5

(スライド 6)

PART 1



General Report: International Tax

- Good faith in international law**

More consistent because of the common legal framework within tax treaties (Articles 26, 27, and 31 of the VCLT)
- Sometimes overlooked**

Good faith interpretation of treaties which requires the ordinary meaning in their context and in the light of the treaty's object and purpose
- Numerous examples of domestic law treaty overrides**

Sometimes these overrides are in the context of an abuse of the treaty by taxpayers but, more concerning, sometimes not
- Identified situations**

Where the treaties are deliberately bypassed by framing new taxes outside the scope of existing obligations

IFA © 2023

6

(スライド 7)

(参考) 条約法に関するウィーン条約 一部抜粋

第二十六条

効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に履行しなければならない。

第二十七条

当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない。（以下略）

第三十一条

1 条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。
（以下略）

第十八条

いずれの国も、次の場合には、それぞれに定める期間、条約の趣旨及び目的を失わせることとなるような行為を行わないようにする義務がある。

- (a) 批准、受諾若しくは承認を条件として条約に署名し又は条約を構成する文書を交換した場合には、その署名又は交換の時から条約の当事国とならない意図を明らかにする時までの間
- (b) 条約に拘束されることについての同意を表明した場合に、その表明の時から条約が効力を生ずる時までの間。ただし、効力発生が不当に遅延する場合は、この限りでない。

7

(スライド 8)

PART 2

Overview and Context



1. What does good faith *mean* in international law?

2. Is good faith a *binding* legal principle?

3. Is good faith relevant in the *tax* context?

- a) Good faith and treaty law.
- b) Good faith and tax dispute settlement.
- c) Good faith vis-à-vis private persons (e.g. taxpayers).
- d) Good faith and state behaviour relating to tax treaties.

(スライド9)

PART 2



1. What does good faith *mean* in int'l law?



ICJ, *Nuclear Tests* (Australia/New Zealand v. France), Judgment of 20 December 1974:

“One of the **basic principles** governing the **creation and performance of legal obligations**, whatever their source, is the **principle of good faith**. **Trust and confidence** are inherent in international co-operation, in particular in an age when this Co-operation in many fields is becoming increasingly essential.

Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration.”

IFA © 2023
9

(スライド10)

PART 2



1. What does good faith *mean* in int'l law?

Protection of **trust & confidence** between subjects of law.

Not itself a **primary obligation**, but:

- a. overarching principle of **interpretation & performance** of treaties,
- b. basis of more **concrete legal norms** (e.g. binding nature of promises; acquiescence).

IFA © 2023
10

(スライド11)

PART 2



1. What does good faith *mean* in int'l law?



IFA © 2023

11

(スライド12)

PART 2



2. Is good faith a *binding* legal principle?

Good faith = **general principle** of law

Binding source of int'l law.

- IFA Report confirms this: good faith in all surveyed jurisdictions.

Monist vs. dualist traditions

- Direct vs. mediated *domestic* application of *int'l* good faith principle.
- All states are *equally* bound by *int'l* good faith principle.

Ergo: int'l principle of good faith is **legally binding** for **all states**.

IFA © 2023

12

(スライド13)

PART 2



3. Is good faith relevant in the int'l tax context?



a. to negotiate with true **intention** to reach **agreement**,
b. to reasonably take **other position** into account,
c. **not to aggravate** dispute during negotiations.



MAPs:
obligation to *negotiate* in good faith

→ *No obligation* to reach agreement.



"Good faith negotiation" means:



IFA © 2023

13

(スライド14)

PART 2



3. Is good faith relevant in the int'l tax context?



a. protects **legitimate expectations** of private person



Good faith ↔ **taxpayers**



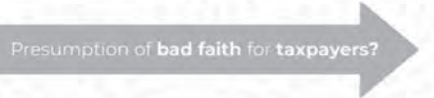
b. prohibits **abuse of law** by private person

- **No protection** under BIT if investment made in **bad faith** → GAAR?
- **Forum shopping**?



Presumption of **good faith** for **states**

?

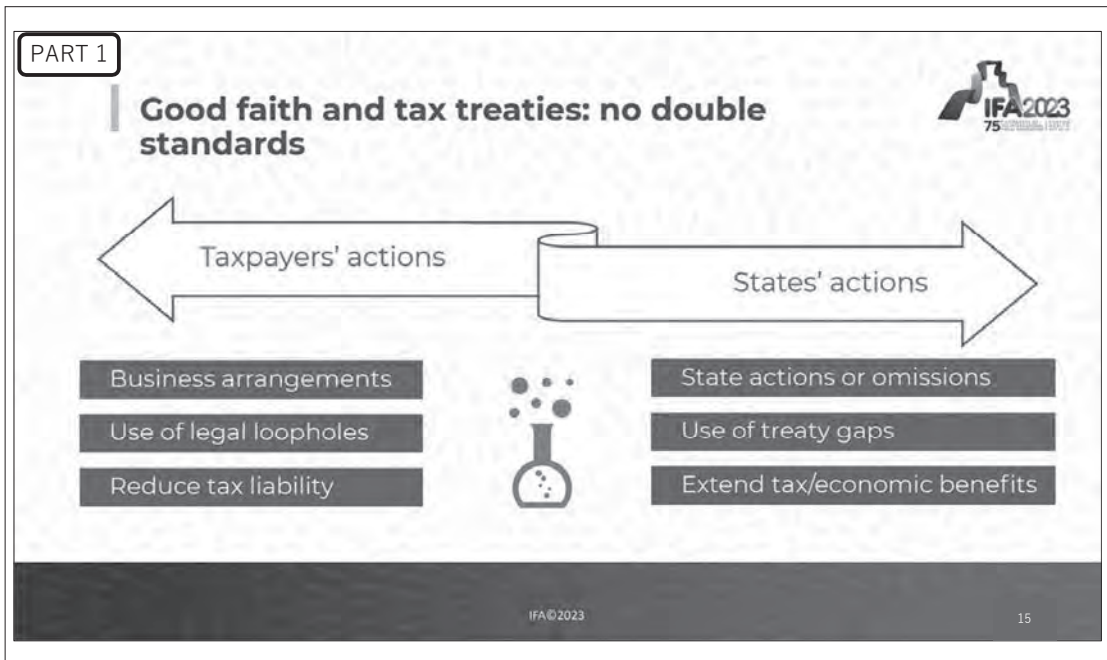


Presumption of **bad faith** for **taxpayers**?

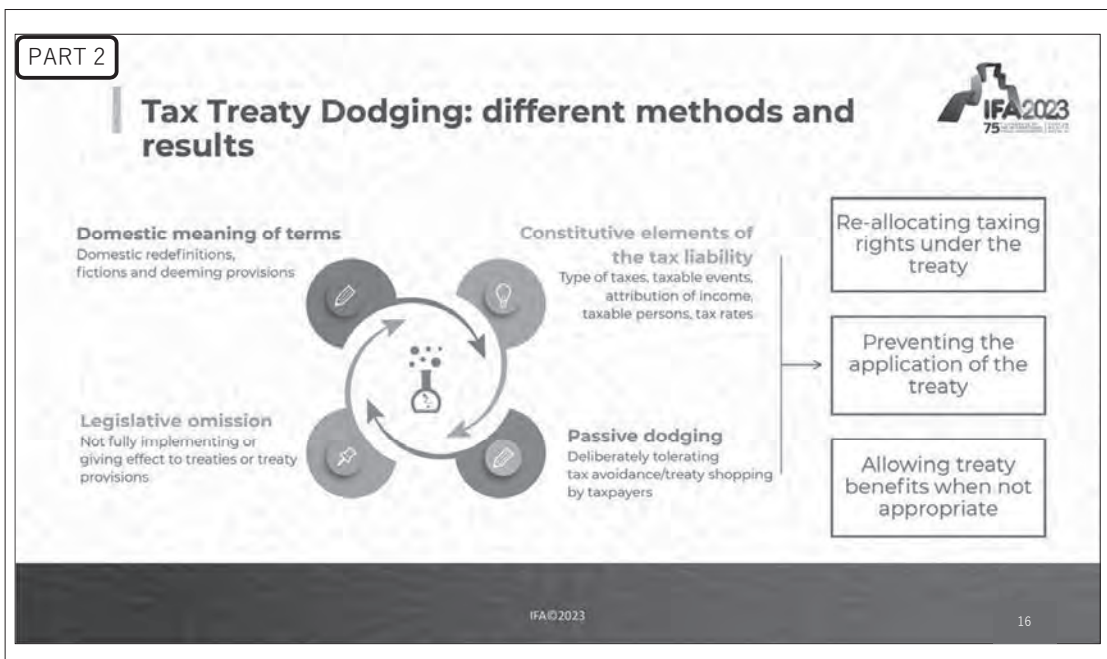
IFA © 2023

14

(スライド15)



(スライド16)



(スライド17)

PART 3



Problem No 1: DSTs, equalization levy and others

Common features

- Domestic taxes designed to tax tech companies which do not have a local PE
- Tax base and tax rate differ from corporate income tax

Theoretical issues

- From a domestic law perspective, infringement of good faith may implicitly be taken into account to decide about retaliation measures (see sect. 301 US Trade Act, 1974, and Reports on France's or UK's Digital Services Taxes)
- From a treaty perspective: should Article 31 VCLT be taken into account in order to decide whether a tax falls within the scope of Article 2 OECD Model?

IFA © 202317

(スライド18)

PART 3



Focus on French DST

Objective features of the tax

- Sectorial: digital interface services and targeted advertising services
- Turnover tax with low rate (3%)

How to prove a breach of good faith?

- Should deviation from "international tax principles" be recognized as a relevant factor?
- Intention to overturn case law on the definition of dependent agent PE? France as a "hard case" in this respect

IFA © 202318

(スライド19)

PART 3

**Indian EL-2020
Morality of Moral Tax**

Beyond scope & purpose of "transient tax"

Interplay with Income tax Act [s.10(50) & s.40]

Interplay with GST

Statement of Revenue Secretary:
Although people are viewing it as indirect tax, this is a direct tax

IFA©2023 19

(スライド20)

PART 3

Sidestepping the treaty through the design or re-design of taxes: the case of CIDE (Brazil)

WHT 25%

DTC: 15%

Loss of 10%

WHT reduced to 15%

CIDE 10% out of scope

10% recovered

Constitutive elements of the tax liability
Re-design of taxes

Preventing the application of the treaty

In good faith? ⚠️

IFA©2023 20

(スライド21)

PART 3



Problem No 2: Government omission

MFN Judgment – Nestle, Steria & Concentrix

No automatic implementation of MFN Clause – separate “publication” necessary

Indian practice & “Dualist” scheme of Constitution

Existing Protocols nugatory

Lack of “good faith” in not “publishing” consequences

Impact on MLI

IFA © 2023

21

(スライド22)

PART 3



Legislative omission: Portugal-Finland tax treaty case

Old treaty allowing Portugal to attract Finish pensioners

Portugal delays ratification despite complaints by Finland

After long negotiations, new treaty signed (2016)

Finland terminates old treaty (2019)

Legislative omission
Not fully implementing or giving effect to treaties or treaty provisions

Preventing the application of the treaty

In good faith?



IFA © 2023

22

(スライド23)

PART 3



Problem No 3: Static vs. Dynamic Interpretation

Art. 3 (2) OECD Model Tax Convention

As regards the application of the Convention [. . .], any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree [. . .], have the meaning that it has at that time under the law of that State [. . .].

➡ Ambulatory interpretation

IFA©2023
23

(スライド24)

PART 3



Static vs. Dynamic Interpretation

1. Relevance of domestic law?

Canadian Supreme Court, *R. vs Melford Developments Inc.*, Sept. 28, 1982

Canadian
Taxpayer



Payment
➡

Guarantee loan
←

German
Bank

- 1956 Double Tax Treaty*: Payment = business income and not subject to withholding tax
- 1974 Canadian Tax Law*: Payment = interest income and subject to withholding

➡ Static interpretation prevents states from a unilateral modification of treaties

IFA©2023
24

(スライド25)

PART 3



Static vs. Dynamic Interpretation

2. Relevance of OECD Commentary

OECD Commentary (OECD n.35, I-35)

- Commentary is applicable to treaties that were concluded before the changes to the commentary entered into force

 OECD: preference for dynamic use of Commentary

IFA © 2023
25

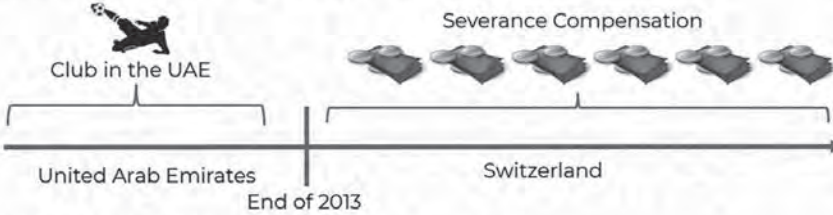
(スライド26)

PART 3



Static vs. Dynamic Interpretation

Swiss Federal Supreme Court, June 23, 2023



Art 17 (1) DTT – Taxation of Sportspersons?

- Taxation in the UAE, if payments are closely linked to actual performance
- However, no connection between severance payments and actual performance

IFA © 2023
26

(スライド27)

PART 3



Static vs. Dynamic Interpretation

Art 15 DTT – Taxation of Income from Employment?

- *Since OECD Commentary 2014:* Clarification that severance payments are subject to article 15, therefore should be taxed in state of performance (i.e. UAE)
- *Supreme Court:*
 1. In principle, static interpretation
 2. Dynamic interpretation for open legal terms in treaties concluded for a long duration

IFA © 2023
27

(スライド28)

PART 3



Static vs. Dynamic Interpretation

- ➡ *OECD:* Favors dynamic interpretation
- ➡ *Judicial practice:* Tend to favor static interpretation
- ➡ Is static vs. dynamic interpretation a question of good faith or rather a question of legal interpretation?
 - Primarily, a question of legal interpretation according to VCLT 31
 - Secondly, good faith provides limits of legal interpretation

IFA © 2023
28

(スライド29)

PART 3



The Dutch cases

Constitutive elements of the tax liability
Timing of taxable events (deeming realizations)



Domestic meaning of terms
Redefinitions of terms, fictions and deeming provisions

Not in good faith:

when a state, after signing a treaty, amends its domestic legislation in a way that the division of taxing rights as agreed upon in the treaty is unilaterally amended

Re-allocating taxing rights under the treaty

In good faith?



IFA © 2023

29

(スライド30)

PART 3



Problem No 4: Unilateral Change to Attribution Rules

French reform of CFC rules

- *Schneider* (2002), Supreme Adm. Court: CFC rule infringes tax treaty (art. 7 OECD Model)
- Legislative reaction: CFC income = deemed distribution → falls outside the scope of Art. 7 → Other income → CFC rule consistent with DTC

Questions

- According to the OECD, *Schneider* is incorrect → so why should there be a breach of good faith when the French legislator reacts by doing what the OECD prescribes?
- Under which conditions is there a breach of good faith when the legislator overturns a decision of the Supreme Court?

IFA © 2023

30

(スライド31)

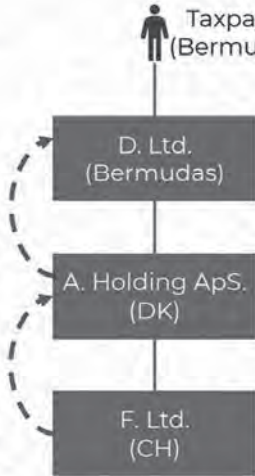
PART 3



Problem No 5: Good Faith and Anti-Abuse

Swiss Federal Supreme Court – November 28, 2005

- Taxpayer used Danish company to avoid withholding tax on dividend payment from Swiss company
- Swiss – Danish double taxation treaty had no anti-abuse clause



D. Ltd.
(Bermudas)

A. Holding ApS.
(DK)

F. Ltd.
(CH)

Art. 10 DTT:
Withholding tax
fully reclaimable

35% WHT on
dividends

IFA © 2023

31

(スライド32)

PART 3



Good Faith and Anti-Abuse

Swiss Federal Supreme Court: "Good faith [...] are to be taken into account when an international convention is applied. Every contracting state can expect that the other contracting state acts in accordance with these principles. [...] This includes to tackle abuses. Because the prohibition of abuse is part of the principle of good faith."

IFA © 2023

32

(スライド33)

PART 3



Good Faith and Anti-Abuse

Implicit
obligation to
tackle treaty
abuse

This
obligation
overrides
domestic law

**Good
Faith**
(VCLT 26)

Inherent anti-
abuse clause
in all treaties

Implies a general
anti abuse clause
(GAAR)?

IFA © 2023

33

(スライド34)

PART 3



Alta Energy (Supreme Court of Canada 2021)

- Opening of majority:

...In the context of international tax treaties, respect for negotiated bargains between contracting states is fundamental to ensure tax certainty and predictability and to uphold the principle of pacta sunt servanda, pursuant to which parties to a treaty must keep their sides of the bargain.
- Opening of dissent:

Multinational companies exploiting gaps and mismatches in international tax rules erode domestic tax bases and cost countries an estimated US\$100 to US\$240 billion in lost revenue annually ... As a result, aggressive international tax avoidance has received increasing political and media scrutiny (references omitted)

IFA © 2023

34

(スライド35)

PART 3



Problem No 6: challenging presumption of good faith

Swiss Federal Supreme Court, March 17, 2017 (143 II 224)

- France declared unilaterally not to request information based on «stolen bank data»
- Nonetheless, France filed an information request based on information stolen by Hervé Falciani
- *Court ruling:* Rejected information request because good faith protects the legitimate expectation created by acts, declarations and statements

IFA©2023
35

(スライド36)

PART 3



Challenging presumption of good faith

Swiss Federal Supreme Court, December 21, 2018 (2C_619/2018)

- India submitted information request on the Falciani list
- *Court ruling:* Granted information request, because unlike France, India had never declared not to use stolen bank data:
«[...]the mere use of illegally acquired data by the requesting state, [...], does not yet constitute disloyal conduct, [...]. This requires additional acts, such as a contractual assurance not to use data illegally acquired by other states.»

IFA©2023
36

(スライド37)

PART 3



Challenging presumption of good faith

Swiss Federal Supreme Court, March 25, 2021 (2C_750/2020)

- India submitted information request in April 2013
- Taxpayer: Indian tax authorities use information for retroactive criminal sanctions under the Indian «black money act». Such sanctions would violate the specialty principle.
- Taxpayer provided several documents (e.g. newspaper articles academic articles) and an expert opinion from a former Chief Justice of India.

IFA © 202337

(スライド38)

PART 3



Challenging presumption of good faith

Swiss Federal Supreme Court, March 25, 2021 (2C_750/2020)

- *Court:* Granted information exchange because indications are not sufficient «to assume with sufficient probability» that the Indian tax authorities will violate the specialty principle.

«On the basis of the principle of good faith under international law, the requested state must trust that the requesting state will act in accordance with its contractual obligations. This presumption would only have to be deviated from if there were serious doubts about the good faith of the requesting authority.»

IFA © 202338

(スライド39)

PART 3



Challenging presumption of good faith

1. Good faith of other states is presumed
2. Legitimate expectation must have been violated or it is highly plausible that expectation will be violated.
3. Legitimate expectation requires implicit or explicit assurance (e.g. through contractual obligations, unilateral or bilateral declarations)
4. High requirements to prove a violation of good faith

↳

Concrete case at hand, no general indications

IFA©2023
39

(スライド40)

PART 4



Remedies for Breaches of Good Faith



Official protest

Also avoid effects of acquiescence and subsequent practice

MAP and Arbitration

Offered under tax treaties and bilateral investment treaties

Investor-State dispute settlement arbitration

Based on bilateral investment treaties

Static interpretation

Closing doors to the effects of domestic law amendments

Litigation at domestic courts

Bringing a claim at domestic courts

Unilateral measures

Countermeasures and retorsion

Termination or suspension of treaties

Based on material breach or fundamental change of circumstances

IFA©2023
40

(スライド41)

PART 5

Conclusions and Recommendations



- Good faith in international law**
The General Report concludes that the good faith principle is not given consistent full effect in either a monist or dualist jurisdictions
- RECOMMEND**
1) **Additional clauses amplifying the good faith requirement in implementation and interpretation.** Consider the approach of the UK and the EU in the Trade and Cooperation Agreement which had new and specific clauses to do with good faith implementation (in Article 3) and interpretation (Article 4).

IFA © 202341

(スライド42)

Cf. The EU-UK Trade and Cooperation Agreement

ARTICLE 3 Good faith

1. The Parties shall, in full mutual respect and good faith, assist each other in carrying out tasks that flow from this Agreement and any supplementing agreement.
2. They shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of the obligations arising from this Agreement and from any supplementing agreement, and shall refrain from any measures which could jeopardise the attainment of the objectives of this Agreement or any supplementing agreement.

42

(スライド43)

Cf. The EU-UK Trade and Cooperation Agreement

ARTICLE 4 Public international law

1. The provisions of this Agreement and any supplementing agreement shall be interpreted in good faith in accordance with their ordinary meaning in their context and in light of the object and purpose of the agreement in accordance with customary rules of interpretation of public international law, including those codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties, done at Vienna on 23 May 1969.
2. For greater certainty, neither this Agreement nor any supplementing agreement establishes an obligation to interpret their provisions in accordance with the domestic law of either Party.
3. For greater certainty, an interpretation of this Agreement or any supplementing agreement given by the courts of either Party shall not be binding on the courts of the other Party.

43

(スライド44)

PART 5

Conclusions and Recommendations



RECOMMEND

2) Additional Commentary on Article 3 (2) of the OECD Model to address where domestic law definitions are designed to override the "deal" of the treaty

- Such an interpretation would be in breach of the **good faith requirements** and rather than follow the domestic law route in Article 3 (2), the interpretation follows the autonomous international meaning route because **the context otherwise requires**
- Allows judges and interpreters of treaties to look at the allocation of taxing rights under the treaty to see whether the domestic legislation is designed to frustrate and override negotiated treaty outcomes

(スライド45)

PART 5

Conclusions and Recommendations



RECOMMEND

- 3) **Additional Commentary on judicial and legislative responses to abuse of law by taxpayers.** Include additional language in the Introduction to the Commentaries on the role of the principle of good faith to clarify that rights cannot be abused by States or taxpayers
- 4) **Changing the OECD Commentary** to clarify that Treaty overrides through domestic law or case law constitute a **"significant change"** within the meaning of Article 2(4) of the OECD Model Tax Convention and its equivalent in the UN Model. **Expanding the examples in para 101 of Commentary on Art 1** (deals with an optional suggested provision to deal with domestic law changes after the conclusion of a treaty)