

Session II では、米国と日中韓との租税条約の最近の動向について概観した。

Session II は、2部に分けられ、その1部では日中韓が米国との租税条約について述べ、その2部では米国が北東アジア3国との租税条約の重要論点について述べた。1部の司会は、Nak-Hoe Kim 氏 (Director General Tax Policy Bureau Ministry of Strategy and Finance, Korea) である。報告は、中国につき Feng Lizeng 氏が、韓国につき Kwanghyo Ko 氏が、日本につき本庄が行い、Michael Pashos 氏、Keonho Lee 氏および Matthew Wong 氏がパネリストとして参加した。

日米租税条約については、今後の日本の条約の方向性を決定するとみられる革新的な規定を多数取り入れた経緯と租税条約締結ポリシーにつき前日の予備会合でも関心が示されたので、下記のとおり率直に私見を述べた。

米韓租税条約の改定交渉は、使用料の減免等の論点をめぐって難航している状況の中で、日米租税条約の影響は少なくない。また、変化の時代にある中国の考え方にはいずれの国も関心を示した。

その2部における司会は Kyung-Geun Lee 氏 (Senior Tax Attorney Yulchon, Korea) である。米国は租税条約における3つの課題を選定し、キャピタル・ゲイン課税につき Michael Feder 氏が、BOC につき Giovanna Terese Sparagna 氏が、LOB 条項につき Stuart Ison 氏が報告を行い、1部の報告者、Feng Lizeng 氏、Kwanghyo Ko 氏および本庄がパネリストとして参加した。

Session II は、米国と北東アジア3国との租税条約の最近の傾向を課題とし、1部では中米租税条約、韓米租税条約および日米租税条約の比較検討を行った。

1. 主催国 (韓国) からのダイレクティブ

米国と北東アジア3国 (中国、韓国および日本) との経済関係の重要性と北東アジア3国の米国との租税条約が関係諸国の経済発展に及ぼす影響の大きさは否定できない。ここで各租税条約の類似性、一般的なトレンドおよび固有の特徴を確認するために3つの租税条約を比較する意義は大きい。

1971年に発効した日米租税条約は2003年に改訂されたが、改訂された日米租税条約は、OECD モデル条約や米国モデル条約に準拠するものであり、韓米租税条約の進行中の改正交渉や中米租税条約の将来の改正交渉にとって、ベンチマークとして用いられるものである。

1979年に発効した韓米租税条約は、過去10年間に5回の改正交渉を重ねているが、一定の論点につき譲歩できないため、現時点では最終決着の時期を予想することは難しい。

中米租税条約は、1987年に発効した。最近のグローバルな金融危機と景気後退後、国際経済・政治における中国の地位および将来の役割は、過去20年に比してますます重要になるであろう。

また、中米租税条約は、最近の国際租税基準にしたがって、中米両国の経済状況の変化を反映するために、これを見直し、改正することが必要であろう。

このような視点から、各国の報告者は、次の点に重点を置いて報告すべきである。

- ① 日本：
 - (a) 日米租税条約の主要な改正
 - (b) 改正の分析 (背景、期待される効果、評価)

② 韓国：

- (a) 現行租税条約の問題のある規定
- (b) 問題のある規定に関する解決策
- (c) 租税条約の改正交渉の予想される方向
- (d) 改正交渉の残された主要な論点

③ 中国：

- (a) 現行租税条約の問題のある規定
- (b) 問題のある規定に関する解決策

④ 米国：

- (a) 現行租税条約の一般的評価
- (b) 現行租税条約の問題のある規定
- (c) その問題のある規定に関する解決策

2. Session II - 1における北東アジア 3国の米国との租税条約

中米租税条約については、《添付資料Ⅱ-1》のスライドに沿って報告が行われた。Feng Lizeng氏は、中国の税法改正、OECDモデル条約の改正や中国のOECDへの関与を反映するよう租税条約の以下の論点に関する改正の要否について説明した。

(i)二重居住者、(ii)天然資源の探査・開発に関するPE、(iii)国際運輸業所得の定義、(iv)配当、利子および使用料の源泉地国課税の制限、(v)不動産化体株式のキャピタル・ゲイン課税、(vi)芸能人等の政府合意プログラムの免税、(vii)明示なき所得。

韓米租税条約については、スライドに沿って報告が行われた。Kwang-Hyo Ko氏は、現行租税条約の特徴、韓国と米国のそれぞれの条約締結方針、改正を必要とする理由を述べた後、改正交渉における主要論点として以下の点を挙げている。

- (i) 使用料の源泉徴収税率
- (ii) 実質的な株主の譲渡によるキャピタル・ゲインの源泉地国課税
- (iii) 利子・配当の源泉徴収税率
- (iv) 情報交換
- (v) LOB条項の導入

3. 日米租税条約

米国と条約改正交渉中の中韓両国から注目されている日米租税条約について、本庄は、韓国のダイレクティブに従い、以下のとおり報告を行った。

(1) 最初の日米租税条約の日本の経済発展への貢献

日本は1945年の敗戦後連合軍の占領下に置かれたが、1952年にサンフランシスコ講和条約により主権を回復し独立国となり、経済復興のため1954年に日米租税条約を締結した。

これは日本が締結した最初の租税条約であり、被占領国であった日本が米国の資本と技術を必要とする発展途上国として先進国である米国との間で締結した租税条約であった。振り返れば、戦後の日本経済の復興に対する日米租税条約の貢献は大きく、1964年に日本はOECD加盟国になり、やがて米国への資本輸出国へと変貌していく。その過程で、日米租税条約について、1957年、1964年および1965年の3回にわたり部分改正が行われた。

(2) 相互主義による旧条約の締結

OECD加盟後、日本の租税条約締結方針は、1963年OECDモデル条約に準拠し、戦後のパックス・アメリカナ体制の中で国際課税ルールをリードする米国との経済関係の実情に合う租税条約を維持することであった。米国は1966年外国投資家税法（Foreign Investors Tax Act of 1966）により、実質関連ルール（effectively connected rule）を導入したが、日米両国は、米国の国際課税の変化を反映するため、1968年に改定交渉を開始し、1971年に旧条約の締結に合意した。日本の税制はGHQの指令やシャープ勧告を通じ米国の影響を受けているが、この旧条約後の日本の租税条約の基本方針、解釈および適用は、国際課税を主導する

考え方を具体化した旧条約によって導かれることになる。

旧条約では、日本は、OECD モデル条約に準拠し、相互主義に基づき源泉地国課税から居住地国課税にシフトする国際課税ルールを受け入れ、源泉地国課税の減免の範囲を拡大し、事業所得課税ルールを総合主義から帰属主義に変更し、移転価格課税について条約相手国による調整に関し相互協議に基づいて対応的調整ができるように国内法を改正し、権限ある当局間の協力に関するルールを規定する方向に舵を切った。

その後、日本の租税条約網は徐々に拡大し、日米両国の貿易・投資が著しく増加していく中で、旧条約は約30年の長い歳月の間、変更されなかった。両国間の貿易・投資促進の租税障害を除去し、貿易摩擦・経済摩擦を回避するため、両国間の経済関係や米国税制の変化に従い、旧条約のモデルチェンジが必要であった。日本の税収を維持する観点から米国に対して発展途上国として源泉地国課税の余地を確保する旧条約の特性（明示なき所得について居住地国課税とする規定の欠如、使用料に対する源泉地国課税の確保など）を放棄することについて保守的な考えもない訳ではなかったが、米国の優先事項や両国産業界の要望に応じて、日本は新条約の交渉を開始することにした。

(3) 条約締結方針の転換

1980年後、米国はいわゆる後法優先主義による租税条約オーバーライドの懸念を惹起し、米国モデル条約も何度か改訂している。2001年、日本は両国間の貿易・投資をできるだけ促進し、源泉地国課税をできるだけ除去または制限することによって両国間の国際課税問題を解決するために新しい条約を作り直すことに決めたが、新条約においては、(i)会社法の現代化等に伴う税制改正、(ii)課税上透明な事業体の取扱いの決定、(iii)租税条約オーバーライドの懸念の除去、(iv)米国の移転価格課税がOECDガイドラインに従うことの確認、(v)投資所得およびキャピタ

ル・ゲインに対する源泉地国課税の除去または制限に関するルールの明確化、(vi)条約の特典の制限に関する包括的な規定のみならず濫用的取引の防止規定の導入など、これまでにないルール作りに直面することになった。

(4) 新条約の主たる改正の分析

新条約における大きい変更は、次のとおりである。

1) 両国で課税上の取扱いが異なる事業体

国際的²二重課税または国際的不課税を生じるハイブリッド事業体またはリバース・ハイブリッド事業体に関する国際課税問題が少なくない。新条約は、各国でこのような事業体をどのように取り扱うかを決める新しいルールを導入した。両国で課税上の取扱いが異なる事業体を通じて取得する所得については、その源泉地国が居住地国または第三国で組織されたこのような事業体を条約の適用上課税上の透明な事業体（パススルー事業体）として取り扱うか否かにかかわらず当該事業体の受益者（beneficiaries）、構成員または参加者の居住地国のルールに従って団体課税されるか構成員課税されるかを決められる。この規定は、米国条約例やIRC894(c)の財務省規則に従うものであるが、日本にとっては初めてのルールである。

2) 特典の制限（Limitation on Benefit : LOB） 条項

私法上、だれでもどの国・地域において法人格の有無を問わずいかなる事業体を組成しまたは組織することも自由にできる。しかし、条約当事国は、第三国居住者（トリイティ・ショッパー）がトリイティ・ショッピングによって租税条約の特典を享受することを防止するよう努力すべきであるという考えがある。米国は、優先事項として、米国の租税条約には必ずLOB条項を規定することを要求する。新条約は、米国タイプのLOB条項（22条）を導入した。この規定は、(i)適格居住者基準、(ii)能動的³事業活動基準および(iii)権限ある当局の認定基準から成

るが、いわゆる派生的特典条項 (Derivative benefits provision) を含まない。LOB 条項は、日本にとって初めての規定であるが、その後の日本の先進国との新条約 (イギリスとの条約〈2006年〉、フランスとの条約〈2007年〉、オーストラリアとの条約〈2008年〉など) には不可欠のルールとして規定されている。

3) 濫用的導管取引 (back-to-back transactions) 防止規定

新条約では投資所得の源泉地国課税の除去または制限を規定する一方で、第三国居住者が濫用的導管取引を通じて条約の特典を享受することを防止する規定を創設した。これには、(i)優先株式その他これに類する持分に関する配当 (10条11)、(ii)債権に係る利子に関する導管取引 (11条11)、(iii)無形資産の使用に係る使用料に関する導管取引 (12条5)、(iv)権利または資産に係る明示なき所得に関する導管取引 (21条4) が含まれる。米国は租税回避スキームに対する防止規定を定めているが、日本はこの点で遅れているので、日本は濫用的導管取引に対処するため必要とする補助的な規定を条約で創設したのである。

4) 源泉地国課税の除去と租税回避の防止

新条約の目的として、日本は、(i)投資所得の源泉地国課税の除去または制限によって戦略的パートナーとしての両国間の国際投資を促進し、(ii)第三国居住者による租税条約の濫用を防止するための規定を挙げている。米国は、(i)両国間の貿易・投資の租税関連障害を減らし、(ii)日米条約関係を米国ポリシーに一致させ、最近の条約例に一致する方法で近代化し、(iii)国境を越えて行われる投資の所得に対する源泉徴収税を減免し、(iv)米国の要求するトリートイ・ショッピング防止規定および米国モデル条約の規定に相当する情報交換規定を含めることを挙げている。

① 投資所得の源泉地国課税の除去または制限

旧条約は、多くの点で1996年米国モデル条約に一致しないものになっていた。米国の条約ポ

リシーに照らし、旧条約の利子、配当および使用料の源泉地国の制限税率は、米国モデル条約や先進国との条約例に比して高すぎた。いまや日本は先進国グループのメンバーであり、相互に国際投資を促進するとのコミットメントを反映し、新条約は米国の条約例に沿って制限税率を実質的に引き下げている。

② 源泉地国課税の減免要件の緩和

新条約のコアは、配当を支払う法人の議決権の50%超を所有する法人が配当を受け取る場合、一定の親子要件を満たすとき、源泉徴収税を免除することである。これは、米国のイギリス、オーストラリアおよびメキシコとの条約に類似する。また、支払法人の株式の10%以上を所有する法人に支払われる配当については、源泉徴収の制限税率を5%とし、ポートフォリオ配当については10%とする。2009年に日本は間接外国税額控除制度を廃止し、日本親会社の外国子会社からの配当の95%の益金不算入制度を創設したので、日本親会社が米国子会社から受け取る配当は、一定の要件を満たす場合、米国の源泉徴収税を完全に免除され、日本でもその95%について免除されることになった。新条約のコアは、相当の範囲の利子 (金融機関等、政府機関等の受取利子、一般企業の一定の受取利子、年金基金の受取利子を含む。) の源泉地国課税の排除である。この免除は、日本の条約例にない広範囲のものであった。旧条約では、PEがない場合、使用料と事業所得・人的役務所得その他の所得との間に課税上の取扱いの不均衡があるとみられ、条約交渉における米国の主目的の一つは、使用料の取扱いをオーバーホールし、源泉地国課税を完全に排除することであったと思われる。

日本は OECD モデル条約コメンタリーの留保にもかかわらず、使用料に対する源泉地国課税から免税へ劇的な方針変更を決断することになる。新条約における画期的な変化の後、日本はその後のイギリス、フランスおよびオーストラリアとの条約で、使用料について源泉地国免

除を規定している。

③ 支店利益税および支店利子税の容認

1986年、米国は支店利益税を創設し、IRC882・IRC884による税のほか、外国法人の米国支店の配当相当額に30%の税を課すこととした（ただし、居住地国が米国との租税条約を締結している場合はこの限りでない）。日本では、租税条約オーバーライドのおそれを感じ、このような税は租税条約の無差別待遇条項に違反すると考え、条約交渉を注目していたが、日本としては将来日本が米国の支店利益税・支店利子税と同様の税を導入する可能性があると想定し、相互主義で米国の支店利益税を受け入れ、新条約は米国モデル条約の規定（10条8）に相当する規定を導入した。

④ キャピタル・ゲイン

旧条約では米国税法に規定する「資本資産」(capital assets) 概念を用いていたが、日本税法には存在しない概念であったため解釈上の問題を生じていた。新条約は、キャピタル・ゲインに対する排他的な居住地国課税を規定するが、米国条約例には一致するが、他の条約における源泉地国課税や日本の国内法と乖離する狭い範囲の例外を定めた。株式のキャピタル・ゲインに関する以下の2つの新ルールを創設した。

- (i) 不動産保有事業体の株式その他の持分の売却からのキャピタル・ゲインは、不動産の所在地国で課税することができる（13条2）。
- (ii) 破綻した金融機関の規制により政府から実質的な資金援助を受けて再生した金融機関の株式が政府から購入され、資金援助から5年以内に売却される場合、当該株式のキャピタル・ゲインは、金融機関の居住地国で課税することができる（13条3）。

日本の税法には不動産保有事業体の株式その他の持分の売却からのキャピタル・ゲインに対する課税ルールを規定していなかったが、2005年度税制改正で非居住者・外国法人の不動産関連株式等の譲渡所得課税（IRC897(c)）に類似す

る）を創設し、事業譲渡類似株式の譲渡益課税制度を改正した。

⑤ 国際運輸業所得の相互免税

旧条約は、相互免税の要件として登録を要求していたが、新条約は登録要件を除去するとともに、国際運輸業所得（船舶・航空機の国際運輸に運用することから取得する利得）（フルベースの用船料および裸用船料を含む。）の排他的居住地国課税を規定し、企業が国際運輸において使用するコンテナの使用、保持または賃貸から取得する利得についての排他的居住地国課税を規定した。

⑥ 明示なき所得の排他的居住地国課税

旧条約は、明示なき所得条項 (catch-all clause) を規定していなかった。そのため、日本は源泉地国の立場で条約に規定された所得以外の所得に対し、国内法どおりに課税することができた。これは、日本が先進国である米国に対して発展途上国としての立場をとり、できるだけ源泉地国としての課税権を確保しようとした旧条約の特徴であった。新条約が、明示なき所得（証券貸付料、保証料、コミットメント・フィーなどの金融サービス所得を含む。）について源泉地国課税を完全に放棄する明示なき所得条項を明記したことは、きわめて重要な変化である。過去に匿名組合 (a sleeping partnership or TK) の利益の分配について、租税回避スキームまたはTKスキームが利用する租税条約の明示なき所得条項の範囲に含まれるという理由で、日本は課税上の取扱いの困難を経験したことから、TKスキームについて神経質な対応を示した。議定書13は、次のように規定した。

- (a) 条約の適用上、合衆国は匿名組合契約またはこれに類する契約によって設立された仕組みを日本の居住者でないものと取り扱い、かつ、当該仕組みに従って取得される所得を当該仕組みの参加者によって取得されないものと取り扱うことができる。この場合には、当該仕組みまたは当該仕組みの参加者のいずれも、当該仕組みに従って取

得される所得について条約の特典を受ける権利を有しない。

- (b) 条約のいかなる規定も、日本国が匿名組合契約またはこれに類する契約に基づいてある者が支払う利益の分配でその者の日本国における課税所得の計算上控除されるものに対して、日本国の法令に従って、源泉課税することを妨げるものではない。

⑦ 特殊関連企業——移転価格調整

特殊関連企業条項は、課税上特殊関連企業の行為計算を否認する規定（移転価格調整規定）である。旧条約が締結された1971年には、日本の税法にはIRC482および財務省規則の移転価格税制に相当する制度は存在しなかった。米国は、1980年代に日本法人の米国子会社に対し、アグレッシブな移転価格調整を行うようになった。これによって惹起される国際的経済的二重課税につき日本法人を対応的調整によって救済するため、相互協議の合意に基づき減額更正の請求を可能にする国内法の改正を行った。米国の移転価格調整に応じて条約上一方的に対応的調整の義務を負うことを懸念していた当時の日本としては、OECDモデル条約9条2項（対応的調整）に相当する規定を旧条約では削除していたが、条約にこのような規定がなくても、日本法人の救済のために国内法改正を余議なくされたのである。1986年、日本はフランス（1933年）、イギリス（1970年）、ドイツ（1972年）から遥かに遅れていたが、国内法に移転価格税制を導入した。新条約では、日本は移転価格税制を有する国として米国と対等の立場でOECDモデル条約9条のフルテキストを採用した。日本は移転価格調査において情報提供に非協力的な納税者について推定課税を行い、類似法人の調査によって入手した情報に基づき移転価格調整を行うことができるが、納税者の要求があっても、その調整の根拠となった情報の源泉等について守秘義務により開示することができない。これはシークレット・コンパラブルと呼ばれ、不評をかっている。米国では真実の課

税所得を把握するためにIRC482および財務省規則（移転価格税制）を執行することから利益法、ルーチンの無形資産については特に利益比準法（CPM）を多用するので、比較法（基本三法）により独立企業間価格の算定を行うことを重視する日本からみれば、CPMを問題視するため、両国が国際的コンセンサスを反映するOECD移転価格ガイドラインに従って移転価格調査を行い、事前確認申請を評価すべきこととすることに合意した（交換公文3）。二次調整について、米国はこれを配当または出資とみなすが、日本は二次調整を行わない。日本の産業界は、米国にこれを止めさせるよう政府に要請していたが、この要請は適わなかった。また、過去に、日本法人の米国子会社は調査に際し期間制限の延長に同意を求められ、帳簿書類の長期保存や利子税などの潜在的な負担に困っていたので、日本の産業界は更正の期間制限について明文化するよう要請していた。これを受けて、新条約は、9条1の条件がないとしたならば更正の対象となったとみられる利得に係る課税年度の終了時から7年以内に調査が開始されない場合には更正ができないことを規定した（9条3）。また、利子、使用料または明示なき所得の金額が独立企業間価格を超える場合、その超過額について5%以下の税を課することを規定した（11条8、12条4、21条3）。

⑧ 人的役務所得

旧条約は、人的役務の報酬を、(i)独立の資格による対価と、(ii)勤務による対価に大別し、前者は17条（自由職業および芸能人等）に、後者は18条（勤務所得および役員報酬）ならびに23条（年金）に規定していたが、新条約は、OECDモデル条約に準拠し、自由職業所得は7条、勤務所得は14条、役員報酬は15条、芸能人等は16条、年金は17条にそれぞれ規定した。新条約は、勤務所得については原則として居住地国のみ課税権を配分し、勤務が他方の国で行われる場合には短期滞在者に該当する場合を

除き勤務地国に課税権を与えている。新条約は、従業員ストック・オプションによる報酬に係る課税権の配分について規定する。

米国モデル条約は、法人の居住地国が非居住者である役員の報酬について当該国で提供した人的役務に対応する部分についてのみ課税できると規定するとともに、OECDモデル条約16条コメンタリーに「米国は、役員報酬に対する課税は源泉地国で提供された人的役務から生じる所得に限定されることを要求する。」という留保を付しているが、新条約は、OECDモデル条約に従っている。

年金等および保険年金等については、新条約は受益所有者 (beneficial owner) の居住地国だけに課税権を配分した。別居手当等については、支払者の居住地国に課税権を配分するが、支払者が居住地国の課税所得の計算上この支払の控除を受けることができない場合には、いずれの国でも課税されない。これは、日本にとって初めての規定である。

芸能人等について、OECDモデル条約は、対価の金額や滞在期間にかかわらず、人的役務提供地国に課税権を配分しているが、OECDモデル条約17条コメンタリーに、米国は芸能人等の受け取る対価が一定金額を超える場合に限り17条1項の規定を適用する権利を留保している。旧条約は、対価の金額が3,000ドルを超えまたは滞在期間が90日を超える場合に源泉地国に課税権を配分していたが、新条約は、芸能人等の活動による所得について、総収入が1万ドルを超える場合、人的役務提供地国において課税できると規定した。

⑨ 国際的二重課税の排除方法

国際的二重課税の排除方法として両国は外国税額控除を採用している。新条約の締結後、米国は、2004年米国雇用創出法 (AJCA) において外国税額控除制度を改正し、日本は2009年に間接外国税額控除制度を廃止した。

⑩ 情報交換制度の改正

米国モデル条約と異なり、新条約には情報交

換の対象となる情報に関する問題のリストを含めていない。これまで、日本は情報交換について慎重な姿勢をとってきた。OECDモデル条約26条コメンタリーのオブザーベーションにおいて、要請国が日本の法制および行政慣行を有しない限り、要請された情報を提供することは、国内法に基づいて入手した情報を開示する手続に関する厳格な国内法および行政慣行から困難であると述べてきた。これまでの日本の見解は、自国の課税上の利益 (domestic tax interest) がない場合に要請国のために質問検査権を行使することは国内法および行政慣行に反するので、26条はこのような場合に質問検査権の行使を義務づけるものではないというものであった。確かに、日本の国内法は質問検査が犯罪捜査のために認められたものと解すべきではないと規定している。しかし、新条約に関する2003年米国財務省テクニカル・エクスプラネーションでは、両国の権限ある当局は調査・犯罪捜査、徴収、不服審査または訴追される租税事案に関する情報を要請し、提供できると述べている。そこで、新条約に従い、2004年に日本は外国の権限ある当局によって要請された情報を提供するために必要な調査権を税務当局に与えるため国内法を改正したが、この改正だけでは「調査」が「犯罪捜査」を除外しているように解されるならば、新条約に違反するおそれがある。2006年に日本は条約相手国の犯罪捜査に必要な情報を要請された場合に犯罪捜査を担当する部局が要請された情報を提供するために調査および犯罪捜査を行うことができるよう国内法を改正した。

⑪ 租税条約オーバーライドへの対処

米国の後法優先主義の原則が租税条約オーバーライドを引き起こすおそれがある。そのようなことが生じた場合、条約優先主義をとる日本としては、租税条約改正によって条約の特典を速やかに回復するよう努力しなければならない。重大な税制改正について通知義務が条約に規定されているが、新条約は、国内法の改正が

条約上の特典の均衡に及ぼし得る効果を決定するために、また、条約上の特典について適当な均衡に到達するために、条約改正を行うため書面で協議の要請することができ、この要請を受けた国は3カ月以内に協議を行うこととした。

(5) 新条約の評価

日本の租税条約ネットワークは、現在、47条約(58適用国)である。新条約は、その後の租税条約(イギリス、フランスおよびオーストラリアとの租税条約)に大きな影響を及ぼすことになった。それは、(i)特典の範囲の拡大、(ii)投資所得に対する課税権の配分について源泉地国課税から居住地国課税へのシフト、(iii)特典制限(LOB)条項の新設、(iv)濫用的導管取引防止規定の新設など、租税条約締結方針の歴史的な変化を示した。

新条約は、日本が租税条約の明示なき所得条項(居住地国課税・源泉地国免税)を濫用するTKスキームに対処するため匿名組合の利益の分配に対する課税権を確保することを議定書で規定したがその後の租税条約では条約本文において規定する。日本には米国モデル条約のようなものは存在しないが、今後はOECDモデル条約とともに、新条約が日本のモデル条約のような存在になるであろう。その結果、日本の租税条約ネットワークのアメリカナイゼーションが起ることになる。その一方で、日本は今後の発展途上国との租税条約網を拡大していくとき国連モデル条約を尊重しなければならない。発展途上国との相互の経済的繁栄を願うとき、OECD加盟国であると同時に国連加盟国としての立場で、例えばタックス・スペアリング・クレジットのあり方についても考慮しなければならないであろう。

4. Session II - 1 の主な論点の要約

北東アジア3国と米国との租税条約に関する3国の報告に関連して、パネリスト(Keon Ho

Lee, Michael L. Pashos) から以下の質問または意見が出され、関心の論点が明らかにされた。

- ① 強制的仲裁条項の導入
- ② LOB条項の適用上の困難
- ③ 韓米条約における使用料の制限税率の設定
- ④ 使用料の源泉地国の決定
- ⑤ 投資所得の受益所有権(beneficial ownership)を主張するには、受領者は居住地で実質的な活動を行うことが必要であるか。
- ⑥ 米国導管ルールにより受領者を「導管または仲介者」とみなす結果

5. Session II - 2 における米国の選定した3つの課題

Session II - 2では、米国が米国との租税条約の3つの重要課題として(i)キャピタル・ゲイン、(ii)特典制限(LOB)条項、(iii)受益所有者概念(BOC)を取り上げている。

(1) キャピタル・ゲイン

キャピタル・ゲインについて、スライドに沿って報告が行われた。米国は、域外キャピタル・ゲイン税を課さないが、例外があること、韓国のローンスター事件で租税条約オーバーライドの決定に実質課税を適用し、中国資本市場へのアクセスに用いられるオフショア・デリバティブに関する国内法などをトピックとして取り上げ、米国と北東アジア3国との租税条約の規定の比較を行った後、PWC LLPの視点からタックス・プランニングとしての条約裁定取引(tax treaty arbitrage)について国内法でキャピタル・ゲイン源泉徴収税を排除しない場合にはトリートイ・ショッピングが行われるという。税務当局は、所得の受益所有者(beneficial owner)または中間投資媒体の実質(substance)を問題にし、これに資本市場が否定的な態度をとる。実質の判定基準の公表が必要ではないかという。

米国には、判例原則として実質主義 (substance vs. form) 原則や事業目的 (business purpose) および経済的実質 (economic substance) 原則があるが、国際的には LOB 条項として明文化されると考えられる。

Michael Feder 氏は、キャピタル・ゲイン源泉徴収税は、居住地国で税額控除されないときは、国内への外国投資を抑制することになり、源泉地国がそれを放棄することは条約相手国に対するインセンティブとなるので、米国は NAFTA や EU と同様のブロックとしてのアジアの戦略的パートナーにこのような取扱いを考えることもあり得ると述べた。

(2) 米国モデル条約と最近の条約例における LOB 条項

LOB 条項については、添付資料 II - 3 のスライドに沿って報告が行われた。

居住者条項と LOB 条項は、条約の特典を享受することだけを目的として締約国に所在する者でなく、真実の課税上の居住者 (bona fide tax resident) に条約の特典を限定しようとするが、米国は濫用的な租税条約へのアクセスを制限する国内法を定めている。米国の LOB 条項は、米国モデル条約の数次の改正 (1977, 1981, 1996, 2006) ごとに進化してきた。

現行の北東アジア 3 国の米国との条約における LOB 条項は、古い順に、どの時代の米国モデル条約に準拠しているかによって以下のように異なる。

- ① 韓米租税条約 1977年米国モデル条約
- ② 中米租税条約 1981年米国モデル条約
- ③ 日米租税条約 1996年米国モデル条約

米国モデル条約の LOB 条項は、主観的基準から詳細な客観的基準へと進化している。

1) 1977年米国モデル条約の LOB 条項

LOB 条項は、一定のパスシブ所得につき法人のみに適用された。75%所有基準を満たさない場合、源泉地国で有利な取扱いを受ける所得について特典を制限される。

2) 1981年米国モデル条約の LOB 条項

75%所有基準を維持し、ベース・エロージョン基準を追加した。

3) 1996年米国モデル条約の LOB 条項

(a) 適格居住者基準

課税上の居住者である個人、適格政府団体、居住免税団体、公開会社およびその子会社、上記の適格居住者が50%超を所有しかつ50%エロージョン基準を満たす法人。

(b) 能動的事業活動基準

(c) 権限ある当局の認定

4) 2006年米国モデル条約の LOB 条項

1996年米国モデル条約と比べて次の改正を行った。

公開会社について、(i)主たる種類の株式、(ii)不均一の種類の株式、(iii)主たる営業または主たる管理支配の場所のルールを定め、受益者 (beneficiaries) の50%以上が居住者である免税団体に限定した。能動的事業活動基準を廃止し、「事実および状況」基準に取り換えた。

Stuart Ison 氏は、Ernst & Young (Tokyo) の立場で、現行 LOB 条項の問題点として、(i)適用の複雑さと不安定さ、(ii)重要な用語の定義がないこと、(iii)トライアングラー事案、(iv)不均一株式 (tracking stock)、(v)導管アレンジメント、(vi)派生的特典などを挙げている。

(3) 租税条約の受益所有権 (beneficial ownership) の決定

受益所有権概念 (Beneficial Ownership Concept : BOC) について、添付資料 II - 2 のスライドに沿って報告が行われた。日本では租税条約の beneficial owner の訳語として「受益者」という用語を当てたことから、信託の受益者 (beneficiary) 概念との異同について定説がなく、国際課税の領域で混乱を生ずる場合が少なくない。この用語は、租税条約のみでなく、マネーロンダリング対策においてもマネーロンダリング・スキームに用いられる法人の支配、

その収益の帰属や信託等の多様な事業体の支配、その収益の帰属の追跡において beneficial owner 概念が金融活動作業部会 (FATF) によって用いられる。FATF の2008年対日相互審査報告書の翻訳では、財務省は「受益所有者」という訳語を当てている。本稿では、信託の受益者と区別して、財務省の訳語「受益所有者」を用いることとする。

Giovanna Terese Sparagna 氏は、租税条約の beneficial ownership の決定について、以下のように説いている。

米国が BOC (Beneficial Ownership Concept) を初めて用いた条約は、1945年米英条約の1966年議定書であるが、初期の米国の条約例では BOC を用いず、derived by, derived from, または paid to という用語を用いて、条約の特典を受ける者を特定しようとしてきた。beneficial owner の定義が条約において規定されない場合には、条約3条2により、源泉地国の法令によって決定される (2006年米国モデル条約)。BOC に関する OECD モデル条約コメントリーでは、従前の用語 paid to a resident (10条1) の意味を明瞭にするため10条2に beneficial ownership 要件が挿入された。BOC の範囲は広い。BOC は法的権原のみで決まるものではない。

(i) agent or nominee

The term "beneficial owner" is not used in a narrow, technical sense, rather it should be understood in its context and in light of the object and purpose of the Convention.

Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the

income as a resident of the other Contracting State.

(ii) a conduit

It would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agent or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned.

A conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of interested parties.

BOC には所得を「支配」する者を特定するという目的がある。

1) 条約の特典の所得の種類別の制限

米国条約例は、配当、利子および使用料などの所得の種類別の条約の特典を当該所得の受益所有者 (beneficial owner) に限定する。受益所有者 という概念 (Beneficial Ownership Concept : BOC) が重要な意味をもつ。歴史的には、名義人や受託者などの「代理人」(agency) 所有権と区別するために用いられた概念であるが、現代では、資産や所得の事実上の所有 (virtual ownership) は、法的権原の所有 (legal title ownership) がなくても行われる。

また、法的権原の所有を形式的に尊重すると、条約の特典を享受する資格のない所得の経済的所有者 (economic owner) に条約の特典を与えることになる。

Beneficial Owner の定義は、条約に存在しない場合、条約3条2により源泉地国の国内法を参照することになるが、大陸法系の国 (Civil

Law Jurisdictions) には BOC が認識されない。コモンローの国では、所得または資産の法的権原が他の者に保有される場合でも、当該所得または資産を完全に使用し享受することができる者 (beneficial owner) の所有を意味する BOC が認められる。

2) 受益所有権 (Beneficial Ownership) の形式

Giovanna T. Sparagna 氏は、所有権の形式を以下のように分類する。

- ① 法的権原所有権 (Legal Title Ownership) : 法的権原保有者は、資産を売却し資産に固有のリスクを引き受ける無条件の権利など資産の所有のすべてのベネフィットを享受し負担を負う。
- ② 名義人・代理人所有権 (Nominee / Agent Ownership) : 名義人・代理人である法的権原保有者は、資産を処分または経済的リスクを負う資産所有を享受する制限された権利を有するが、それは beneficial owner の指示によるのであり、すべての経済的利益と負担は本人 (principal) または受益者 (beneficiary) に帰せられる。
- ③ 担保保有者 (Collateral Holder)
 - 1) 信用供与の担保として beneficial owner の債権者が保有する法的権原
 - 2) レポ取引: 資産の所有者が xx ドルと交換にみせかけの「売却」により債権者に当該資産を譲渡し、債権者は当該資産を当該所有者 (譲渡者) に売り戻すことに合意し、当該所有者 (譲渡者) はその要求により xx ドルで債権者から当該資産を買い戻すことに合意する場合、債権者は当該資産 (担保) の購入価格に相当するローンの期間利子の支払に十分な当該資産 (担保) からの所得を留保する場合を除き、債権者は担保を売却その他の処分を行う制限された権利を取得する。この場合、法形式 (form) を尊重する

国では、債権者を当該資産 (担保) の所有者とみなすが、実質 (substance) を尊重する国ではこの取引を「売買」ではなく、「ローン」とみなし、当該所有者 (譲渡者) が当該資産 (担保) の所有権を留保するとみなす。

- ④ 仲介者または導管 (Intermediary or Conduit)
 - 法的権原保有者は、資産を受け取り使用する明白な権利を有するが、法的に資産の所有のすべてのベネフィットと負担を他の者 (beneficial owner) に譲渡する義務を負う場合、
 - 法形式を尊重する国は、たとえ法的所有者 (legal owner) が契約上資産の所得およびベネフィットを他の者に譲渡する義務があるとしても、取引は所得または資産の法的所有者の取引として取り扱うが、実質を尊重する国は、条約の適用上、資産のベネフィットおよび負担の所有者は beneficial owner であると判断する。この場合、実質を尊重する国はすべての関係契約・合意を考慮に入れる。
- ⑤ 合成所有権 (Synthetic Ownership)
 - 当事者が契約を通じて資産の派生的権利 (derivative rights) を取得するので「デリバティブ」という。
 - 契約により、一方の当事者が資産を所有するのに経済的に相当する支払を他の当事者に合意するとき、いずれの当事者も当該資産を所有することができないので、それは合成の所有である。
 - その事例 :
 - (a) 株式貸付取引 : 株式の所有の経済状態 (例えば損失リスク、収益および借入期間に支払われる配当に替わるもの) を表わす金額と借料を貸手に支払う契約により所有者から株式を借りる取引
 - (b) トータル・リターン・スワップ : プール資産を保有する二当事者が当該資産の

リターンをスワップする合意

⑥ パススルー事業体による所有

- 典型的なパススルー事業体（例えばパートナーシップ、支店）は、パススルー事業体が法的に保有またはパススルー事業体の名で生じる資産、収益、損失および責任をパススルー事業体の所有者に授与する。
- パススルー事業体は資産のすべての法的・経済的権利および負担を保有し行使することができるがこの所有の効果はパススルー事業体の所有者にパススルーされる。

Sparagna氏は、スライドに沿って、米国の租税条約が従っているトリート・ショッピング防止ルールとして、(i)判例原則（ステップ取引原則により無視されるステップ取引、無視される循環金融のキャッシュ・フロー）、(ii)成文法（取引の経済的実質により課税上の取扱いを決定、IRC7701(1)）、(iii)財務省規則1.881-3（導管規制におけるIRSの裁量権）、(iv)IRSガイダンス（Revenue Ruling and Notices）を挙げて説明した後、Back-to-Back preferred stock arrangements, Back-to-Back Loans および Back-to-Back Licenses についてBOCの問題を論じている。

日米租税条約10条11は、一定のback-to-back優先株式アレンジメントのbeneficial ownerとみなさないとする濫用的導管取引の防止規定を明文化したが、この規定は日本側の要求で挿入したのであって、このように限定された導管取引防止規定を挿入することによって米国の国内法上の濫用防止規定の適用を制約するものでないことを強調する。Back-to-Back Loansについては、Aiken Industries (1971)、Back-to-Back Licensesについては、SDI Netherlands BV (1996)を例に挙げて、説明した。さらに、Equity WallsのBOCの問題については、Del Commercial Properties (1999)を例に挙げて説明した。

(4) 米国の選定した論点に関する北東アジア3国からの反応

1) キャピタル・ゲインについて

韓国は、米国プライベート・エクイティ・ファンドのキャピタル・ゲイン（公的資金を注入された新生銀行の株式売却による）に課税できないことに気付いた日本が新条約に新生条項とも呼ぶべき特別な規定を創設したことに留意し、ローンスター事件における経験を踏まえて、実質的な株式の譲渡益に対する源泉地国課税・免税を改訂交渉の重要論点にしている。

ローンスター事件に関する国民感情を考慮に入れて、この問題の解決には国民のコンセンサスが必要である。日本は、伝統的に株式譲渡益の課税には甘い対応をしてきたが、不動産化体株式や事業譲渡類似株式などの譲渡について、新条約における特別な規定の創設を先行させた後、国内法の改正を行った。世界的金融危機により、日米租税条約のいわゆる新生条項は、先進国型条約における株式譲渡の源泉地国免税の例外規定として注目されることになるであろう。

2) LOB条項について

現在改訂交渉中の韓国は、基本的にLOB条項のトリート・ショッピング防止の目的に異論はなく、トライアンギュラー、トラッキング株式、派生的特典および導管取引などに関する規定を有益であると評価する一方で、包括的な規定の解釈・適用における困難と複雑さにより実務上の不安定性に懸念を表明した。日本の経験から行政の負担が生ずる点を考慮に入れて「免税」の場合に限定してLOB条項を適用することも考えられるが、韓国では源泉地国免税にする場合が少ないので、限定的な所得項目について、受領者が第三国居住者に「支配」される場合（客観基準で判定）や主目的が条約の濫用である場合（主観的基準で判定）のみに特典の制限をするという簡素な規定を望んでいる。

日本では立証責任が課税庁の負担とされているので、租税回避防止規定において主観的基準を設けることが困難であるため、LOB条項に

において客観的基準を規定するが、実務上、源泉地国で源泉徴収義務を負う者がこの客観的基準に適合するか否かの判定をしなければならない。

その点、例えば、以下のような規定について適用上の困難が生じる。

- (i) 年金基金：受益者等の50%超がいずれかの国の居住者であること。
- (ii) ハイブリッド事業体または導管事業体：その者の受益に関する持分の50%以上が適格居住者により直接・間接に所有されること
- (iii) 能動的事業活動基準
- (iv) 権限ある当局の認定

3) BOCについて

大陸法系とコモンロー諸国の相違からBOCの解釈について国際的に合意された原則がない現在、大陸法系の実業界は国際取引における不安定に陥る。この問題に取り組むためOECD WP1の検討で結論を出す必要がある。米国は、国内法および租税条約におけるBOCの適用に関するガイドラインを有するので、米国の説明は非常に有益である。国際的コンセンサスがなない以上、現在は源泉地国の解釈でBOCの解釈を行うほかない。

日本では所得税法・法人税法において実質所得者課税の原則を規定している。実質所得者が所得のbeneficial ownerを意味すると解すれば、条約のBOCをそのまま日本の国内法で受け入れることができるが、実質所得者とは所得が帰属する者をいうとする場合でも、金子宏教授が『租税法（第15版）』で述べておられるように、所得の帰属とは法律的帰属をいうとする解釈（法律的帰属説）と経済的帰属をいうとする解釈（経済的帰属説）の二つの解釈が可能になるこの規定を根拠にするというだけでは、条約上のbeneficial ownerが誰であるかの判定を法形式（legal form）によるのか、法実質（legal substance）によるのか、あるいは経済的実質（economic substance）によるのか、という国際的に議論の多い問題について決定的な解釈を導き出すことはできない。国内法の解釈につい

て学説が分裂している状態を解消するには、立法により法の意図・目的を明解にすることが必要である。

最近の裁判例をみると、米国の所有権の分類の一つとして挙げたCollateral Holder-Repo Transactionについて2008年東京高裁平成20年3月21日判決は、レポ取引は倒産隔離という目的をもつ債権の売買と再売買という二つの取引の混合取引であって、この二つの取引の代金の差額は貸付金の利子に当たらないと判示した。この判決は取引の形式を重視したものであるが、この取引の実質に合うように、平成21年度税制改正でレポ取引の差額は貸付金の利子とすることを明文化した。

また、平成13年度税制改正で仕組取引により内国法人が引き受ける外国税を外国税額控除対象から除外することを明記する個別的否認規定を設けた。その背景となる租税回避スキームでは、平成10年代に金融機関等が外国法人間の金銭貸借取引に介入し、貸主から貸付金相当額の預金を受け、借主に同額の貸付けを行い、貸主が利子の源泉地国で納付すべき外国税を金融機関等の納付する外国税としてその外国税額控除余裕枠を利用して日本で外国税額控除を請求する一連の取引であった。課税庁はこの取引について外国税額控除の適用を拒否したが、下級裁判判決は、この取引の法形式を尊重し、所得および負担の法的帰属を理由に課税庁の処分を否定した。このため、このような仕組取引による外国税を外国税額控除対象から立法により除外したが、後年、最高裁平成17年12月19日判決等で、法形式でなく、実質について、全体としてみれば、このような取引が法の濫用であるとして下級審判決を覆している。

趙珍姫『投資ファンドによる国際的租税回避とその防止策に関する研究』（三協総合出版部、2010）によれば、韓国では、国際租税調整に関する法律第2条の2（国際取引に関する実質課税）において以下のことを規定している。

- (i) 国際取引において課税対象となる所得、

収益、財産、行為または取引の帰属に関し、名義人と事実上帰属される者が異なる場合には事実上帰属される者を納税義務者として租税条約を適用する。

- (ii) 国際取引において課税標準の計算に関する規定は、所得、収益、財産、行為または取引の名称や形式にかかわらず、その実質内容に従って、租税条約を適用する。
- (iii) 国際取引において第三者を通じる間接的方法または二以上の行為もしくは取引を経た方法によって租税条約およびこの法の特典を不当に受けるためのものと認められる場合にはその経済的実質に従って当事者が直接取引したものとみなし、または連続された一つの行為もしくは取引とみなして租税条約およびこの法を適用する。

パネリスト Kwanghyo Ko 氏は、Ministry of Strategy and Finance, Director of Tax Treaty Division の立場で、課税庁は国内法の effective owner が租税条約の beneficial owner と同義であり、条約の特典を請求する者が beneficial owner であるか否かは、さまざまな要素を総合勘案して決定すると述べている。Beneficial owner の判定基準を列挙することは、望ましいが、ただ並列的にリストアップするだけでは意味のあるガイドラインにならないという。

そこで、日本の税法学者が立ち入っていない領域に踏み込んでいく。ローンスター事件をめぐり国内法による実質課税と租税条約の適用に関する問題に対処する韓国当局の考え方を知らうえで興味深いので、Kwangyo Ko 氏が租税回避に対処するために beneficial owner を判定するとき、考慮すべき濫用の可能性のある要素に序列を付す試案を示しているのので、ここに紹介することにする。

- ① 濫用の可能性が最も大きい要素
 - 施設または従業員を有するか否か。
 - 第三者に送金する法的義務があるか否か。
 - 取締役会が規則的に開催されているか否か。

- ② 洗練されたスキームの出現とともに濫用の可能性が高まっている要素
 - 取引からスプレッドを得ているか否か。
 - 支払金の受取と支出との間にタイムラグがあるか否か。
 - 所得の支払者と関連があるか否か。
- ③ 濫用の可能性は小さい要素
 - 活動を行うために必要な資産および機能を有するか否か。
 - 受け取る資金を管理する権限を現実にかつ独立に行使しているか否か。
 - 権利または資産を取得する裁量権と受け取る所得に対する権限を有するか否か。
 - 事業体の債務について他の当事者により保証が与えられているか否か。
 - 条約の特典を請求する者が特典を受けられない場合に居住地国における課税上の取扱いにより二重課税が発生するか否か。
 - 租税動機以外の有効な事業目的を有するか否か。
 - 金融仲介者として行為する能動的事業に従事しているか否か。
 - 事業の通常の過程で取引を行っているか否か。

最後に、集団的投資媒体 (Collective Investment Vehicle : CIV) の租税条約アクセスについては、多くの議論が行われ、国際的コンセンサスを得るには至っていない。SPC, SPT, REIT, RIC, 投資法人などの一定の導管事業体については、国内法および租税条約において一定のルールが確立されているが、俗に投資ファンドと呼ばれるものについては、源泉地国におけるファンド段階の課税、投資家段階の課税、ファンドマネージャー等の段階課税などいろいろの考えがあり、これに対応して租税条約の特典をファンド段階、投資家段階またはファンドマネージャー段階のいずれの段階で与えるべきかについてもいろいろの考えがある。この問題については、Session III の議論に委ねることとする。

①

China-US Double Taxation Agreement

May 2010,
FENG Lizeng (China)

②

Brief Introduction

- Basically following the two Models
- The second DTA China concluded (1984)
- Modified shortly after (1986) to avoid treaty shopping
- Greatly facilitated economic exchanges and cooperation
- Large room for update after more than 25 years

③

- Basically following the two Models
 - Structure
 - Content
 - With exceptions
 - For example, Article 4 (dual residency issue), Article 5 (exploration of natural resources), Article 7 (deemed profit), No regulation on International Traffic, etc.

④

- The second DTA China concluded
 - Year of starting (1982.9, first round)
 - Number of rounds of negotiation (4 rounds)
 - Final conclusion
 - signature: 1984.4.30
 - Date of coming into effect: 1986.11.21
 - Date of application to income: 1987.1.1

⑤

- Greatly facilitated economic exchange and cooperation

⑥

- Large room for update
 - With domestic law changes
 - China's new enterprise income tax law
 - Time
 - Tax rates
 - Resident
 - With development of international taxation
 - Updates of the OECD Model
 - China's participation in OECD affairs
 - Development of economic globalization, economic crisis and necessity for cooperation

7

Outstanding points in the DTA

- Article 4 (Resident)
 - Dual residency
 - Dual residency with third country
- Article 5 (Permanent establishment)
 - Exploration or exploitation of natural resources
- International traffic
 - No definition, no regulation

8

- Treaty rates for dividend, interest and royalties---- 10 percent
- Article 10 (interest)
 - Exemption in source State
- Article 11 (royalties)
 - Source of royalties (the royalties relate to the use of, or the right to use, the right or property in one of the Contracting States)

9

- Article 12 (capital gains)
 - Shares for real property
 - Shares representing 25 percent participation
- Article 16 (artistes and athletes)
 - Exemption for programs under government agreement
- Article 17(pensions)
 - Pensions paid under social security system

10

- Article 19 (teachers and researchers)
 - Three year exemption period
- Article 20 (students and trainees)
 - Grants or awards from tax-exempt organizations
 - Income from personal services (\$5000)
 - Only applicable for reasonable period of education

11

- Article 21 (other income)
 - Taxation in State where it arises
- Accompanying Protocol
 - No restriction of future benefits
 - Saving clause of US to tax its citizens
 - Saving clause of US to collect other taxes
 - Modifying tax rates on part of royalties
 - Anti-shopping provision
 - Clarification of international traffic, government agreement on transportation on March 5, 1982.

12

- Later Protocol (1986)
 - More clarification of anti-shopping provision
- Exchange of Notes (1984)
 - On tax sparing credit

①

SUTHERLAND

Determining Beneficial Ownership Under Tax Treaties

Giovanna Teresa Sparagna
Sutherland
Giovanna.sparagna@sutherland.com
© 2010

②

SUTHERLAND

Beneficial Ownership Concept (BOC)

- **Item-by-Item Limitation of Treaty Benefits**
 - Restricts treaty claims to "owner of income"
 - The trend in recent income tax treaties with the United States is towards restricting treaty benefits for items of income such as dividends, interest, and royalties to the "beneficial owner" of such income (the Beneficial Ownership Concept or "BOC").
 - Concern
 - Generally, the beneficial owner of an item of income will be easily identified.
 - Historically, concept used to distinguish "agency" ownership such as that of nominee or trustee.
 - Today, virtual ownership of property or income is easy to accomplish without legal title ownership.
 - Formality of legal title ownership creates potential for extending treaty benefits to economic owners of income that do not qualify for treaty benefits.

③

SUTHERLAND

Sources of Beneficial Ownership Concept

- **Treaty Definition of Beneficial Owner**
 - Under Article 3(2) in most treaties, the concept of "beneficial owner" is either undefined, defined vaguely or by example, or is defined by reference to the law of the source state.
- **Civil Law Countries**
 - Concept of beneficial ownership not recognized in Civil Law jurisdictions
- **Common Law Countries**
 - Common derivation of meaning of ownership as the person entitled to full use and enjoyment of property or income (i.e., the beneficial owner) even though legal title in such asset or income is held by another.

④

SUTHERLAND

Implied Universal Meaning of BOC?

- **Indofood International Finance Ltd. V. JP Morgan Chase Bank**
 - Special purpose Mauritius vehicle established to reduce withholding tax otherwise applicable on loan directly between PT Indofood and JP Morgan Noteholders.
 - Condition in Loan I was that it could be redeemed at par plus accrued interest if Indonesian law asserted a withholding tax on Loan II interest payments in excess of 10% provided that Issuer had taken all reasonable measures to avoid the increase in the Loan II withholding tax.
 - In 2004, Issuer notified JP Morgan of intention to redeem since it would be subject to a greater than 10% withholding tax by Indonesia.
 - JP Morgan refused redemption and UK lawsuit ensued.

国際課税

⑤

SUTHERLAND

Implied Universal Meaning of BOC?

- **Indofood International Finance Ltd. V. JP Morgan Chase Bank**
 - JP Morgan offer an alternate structure that would eliminate the increase in the Indonesian withholding tax.
 - Indonesia-Netherlands Treaty provided that with tax would be 10% if PT Indofood was the beneficial owner of the interest income.
- **UK Court determined that neither Issuer nor Newco would be regarded as the beneficial owner of interest paid by PT Indofood.**

⑥

SUTHERLAND

Implied Universal Meaning of BOC?

- **Indofood International Finance Ltd. V. JP Morgan Chase Bank**
 - Court Analysis
 - Declared that there was an "international fiscal" meaning of the term not derived by the domestic laws of the contracting states.
 - Considered the law of the source state - here Indonesia - which held that the beneficial owner is the only the entity which has the full right and privileges to benefit directly from the income.
 - Considered the OECD Model - which looks to the entity with right to receive the income.
 - Since Newco and Issuer would be obligated to transfer the funds received from PT Indofood to the Noteholders.

7

SUTHERLAND

Comparison of BOC and LOB Concept

- **Purpose of Concept**
 - Limitation of Benefits Article (LOB) and BOC serve different functions
 - LOB attempts to guarantee sufficient nexus between owner of income and treaty jurisdiction.
 - BOC seeks to identify the real "owner" of the income since the treaty of the real owner would be the relevant treaty to claim benefits.
 - Thus, identifying the beneficial ownership is tested independently of whether or not the real "owner" of the income is a qualified resident under any applicable treaty.

8

SUTHERLAND

Beneficial Ownership Concept

- **Forms of Beneficial Ownership**
 1. Legal Title Ownership
 - Legal titleholder enjoys all the benefits and burdens of ownership over the asset such as the unqualified right to sell the asset or assumption of the risks inherent in the assets.
 2. Nominee/Agent Ownership
 - Legal titleholder holds limited rights to dispose of assets or enjoyment in economic risk of owning the asset but may do so only at the direction of the beneficial owner and all economic benefits and burdens inure to the principal or beneficiary.

9

SUTHERLAND

Beneficial Ownership Concept

- **Forms of Beneficial Ownership**
 3. Collateral Holder
 - Legal title held by creditor of beneficial owner as collateral for extending credit.
 - Repo transactions – Owner transfers collateral to creditor in a purported "sale" in exchange for \$xx. Creditor agrees to sell the collateral back to the owner, and owner agrees to repurchase the collateral back from the creditor at \$xx upon owner's request. Creditor acquires limited rights to sell or otherwise dispose of the collateral, except that creditor retains income from collateral (usually securities) which is sufficient to satisfy the periodic interest charge on a loan equal to the amount of the purchase price for the collateral.
 - Form governed jurisdictions may treat creditor as the owner of the collateral.
 - Substance governed jurisdictions may treat the relationship as a loan and not sale; the owner retains ownership of the collateral.

10

SUTHERLAND

Beneficial Ownership Concept

- **Forms of Beneficial Ownership**
 4. Intermediary or Conduit
 - Legal titleholder has apparent rights to receive and consume the asset but is legally obligated to convey all benefits and burdens of ownership in the property to another person (i.e., the beneficial owner).
 - Form jurisdictions may treat the transaction according to the legal owner of the income or asset even though the legal owner is contractually obligated to transfer the income and benefits of property ownership to others.
 - Substance jurisdictions may judge the owner of the benefits and burdens of the property to be the "beneficial owner" for purposes of applying any treaty. In this context, substance jurisdictions will take into consideration all related contracts and agreements.
 - » See US cases discussed *infra*, *Aiken*, *SDI*, *Del Commercial*.

11

SUTHERLAND

Beneficial Ownership Concept

- **Forms of Beneficial Ownership**
 5. Synthetic Ownership
 - Commonly referred to as a "derivative" as party acquires derivative rights in property through a contract.
 - Under a contract, one party agrees to convey to another a payment equal to the economic equivalent of owning the asset. It is synthetic because neither party may own the underlying referenced asset.
 - Examples.
 - Stock lending transaction- Stock "borrowed" from owner under contract to pay the lender an amount that replicates the economics of ownership in the stock (e.g., risk of loss or gain and replacement of dividends paid during borrowed period) plus a fee.
 - Total Return Swap – Two parties holding a pool of assets agree to swap the returns on such assets.

12

SUTHERLAND

Beneficial Ownership Concept

- **Forms of Beneficial Ownership**
 6. Ownership by a Pass-Through (fiscally transparent) Entity
 - Typically a pass-through entity will confer to its owners unlimited liability for the assets, earnings, losses and liabilities legally held by, on accrued in the name of the pass-through entity.
 - Example, a partnership, a branch
 - While the pass-through entity may hold and exercise all legal and economic rights and burdens in property, such ownership consequences pass-through to the owners of the pass-through entity.

13

Development of BOC in US Treaties

SUTHERLAND

- **Older US Treaty Position**
 - Early US treaties
 - Did not utilize the term “beneficial ownership”
 - Treaty protected income was either
 - “derived by” or “derived from” a resident of the other state
 - » Korea (1976) (Arts. 12, 13, 14)
 - » Iceland (1975)
 - “paid to” a resident
 - » Poland (1974)
 - Except BOC term was first used in the 1966 Protocol to the 1945 U.S.-U.K. Treaty.

14

Current (2006) US Model Treaty Definition

SUTHERLAND

- **“Source State” interpretation for determining beneficial owner**
 - Where a term has no Treaty definition, Art. 3 ¶2 governs.
 - Unless the context requires otherwise, a term undefined in a treaty is defined under the internal laws of the country imposing the tax.
 - In the context of dividends, rents, royalties etc, the term beneficial owner would be determined under the source state laws.
 - Art. 10 ¶2 2006 US Model Treaty Definition
 - The term beneficial owner is not defined in the Convention and is therefore defined under the internal law of the country imposing the tax (here, the source country under).

15

Revised OECD Commentary

SUTHERLAND

- **BOC Extends Beyond Agents and Nominees**
 - Clarification of prior terms
 - *The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 10 to clarify the meaning of the words “paid to a resident” as the are used in paragraph 1 of the Article.*
 - BOC has a broad scope
 - *The term “beneficial owner” is not used in a narrow, technical sense, rather it should be understood in its context and in light of the object and purpose of the Convention*
 - BOC not determined solely by legal title
 - *Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State.*
- OECD Commentary Art. 10 ¶2**

16

Revised OECD Commentary

SUTHERLAND

- **BOC Extends Beyond Agents and Nominees**
 - BOC identifies person with control of Treaty-protected Income
 - *It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned.*
 - *[A] conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of interested parties.*
- OECD Commentary Art. 10 ¶2**



國際課稅

17

Specific US Treaty Usage

SUTHERLAND

- **US-PRC Income Tax Treaty**
 - Under Art 3 ¶2, unless the context provides otherwise, terms not defined in the Treaty shall have the meaning of the Contracting State imposing taxes pursuant to the Treaty.
 - Arts. 9, 10, 11. In order to get treaty benefits, the item of income must be beneficially owned by a resident of a Contracting State.
 - *“Although the language used, which is taken from the OECD and U.N. Models, refers the recipient being the beneficial owner, it is understood (consistent with the OECD commentary) that the intended meaning is that the reduced rate will apply when the intended beneficial owner is a resident of the other contracting state, even when the recipient of the dividend may be a nominee for such resident.”*
- Treasury TE Art. 9 ¶2.**
- The PRC tax authority issued guidance in 2009 which defines a “beneficial owner” and a “conduit company” for purposes of applying China’s tax treaties.

18

Specific US Treaty Usage

SUTHERLAND

- **Japan-US Income Tax Treaty**
 - Under Art 3 ¶2, unless the context provides otherwise, terms not defined in the Treaty shall have the meaning of the Contracting State imposing taxes pursuant to the Treaty.
 - Terms are ambulatory and depend on the meaning of terms at the time the Treaty is being applied and not the date of ratification. **Treasury TE Art. 3 ¶2.**
 - Arts. 10, 11, 12. In order to get Treaty benefits, the item of income must be beneficially owned by a qualified resident of a Contracting State.
 - BOC is not defined in the Treaty and so source state law applies.
 - The residence of a nominee or agent do not determine eligibility for Treaty benefits. A dividend received by a non-resident nominee on behalf of a resident of a Contracting State would be entitled to Treaty benefits. **Treasury TE Art. 10 ¶2.**

Specific US Treaty Usage

Japan-US Income Tax Treaty

- Arts. 10, 11, 12. In order to get treaty benefits, the item of income must be beneficially owned by a qualified resident of a Contracting State.
- Under Art. 10 ¶11, a resident of a Contracting State will not be considered a "beneficial owner" of dividends in respect of certain back-to-back preferred stock arrangements.

"Collectively, these limited "anti-conduit" rules are significantly narrower than similar rules that are provided under U.S. domestic law, including (U.S. anti-conduit regulations) . . . are included here at the request of Japan in order to ensure that Japan can prevent residents of third countries from improperly obtaining the benefits of the Convention in certain limited circumstances. . . . The United States intends that the inclusion of the limited anti-conduit rules in particular articles of the Convention shall create no negative inference regarding the application of U.S. domestic anti-abuse rules . . ."
Treasury TE Art. 10 ¶11

Sources of US Anti-Treaty Shopping Rules

- Representative Sources embodied by U.S. Treaties' deference to US domestic law**
 - Judicial Principles
 - Transitory steps disregarded under the "step-transaction" doctrine.
 - Circular cash flows are disregarded.
 - Statutory
 - Transaction accorded US tax treatment by its economic substance
 - Section 7701(I)
 - Regulatory
 - Treas. Reg. § 1.881-3 et seq.
 - IRS Guidance
 - Revenue Rulings and Notices
 - Industry Directive on Total Return Swaps Used to Avoid Dividend Withholding Tax

BOC: Back-to-Back Loans

Aiken Industries (1971) - FACTS

- Loans were nearly identical but not exact as to all terms.

BOC: Back-to-Back Loans

Aiken Industries (1971) - Cash Flows

- Was interest "received by" a resident of a Honduras for purposes of the U.S.-Honduras Income Tax Treaty?
- No, Foreign Sub was merely a collection agent.

国際課税

BOC: Back-to-Back Loans

Aiken Industries (1971) - Cash Flows

- Rationale for treating Foreign Sub as a collection agent for Foreign Parent.

"The words 'received by' refer not merely to the obtaining of physical possession on a temporary basis of funds representing interest payments from a corporation of a contracting State, but contemplate complete dominion and control over the funds."

"No substantive indebtedness existed between a United States corporation and a Honduras corporation."

Foreign Sub "was committed to pay out exactly what it collected, and it made no profit on the" US note and all parties were part of the same corporate group.

BOC: Back-to-Back Licenses

SDI Netherlands BV (1996) - FACTS

- Back-to-back licenses covered materially different geographic regions and produced a profit element to SDI BV.

- SDI Bermuda licensed to SDI BV worldwide rights to certain software on a non-exclusive basis.
- SDI BV also licensed other foreign affiliates
- 93% of SDI BV's profits were paid to SDI Bermuda as a royalty for the worldwide rights.
- Netherlands-US Treaty exempted royalty payments made by US Sub.
- IRS wanted to withhold on portion of royalty payments between SDI BV and SDI Bermuda.

BOC: Back-to-Back Licenses

• SDI Netherlands BV (1996) - Holding

- Can IRS treat SDI BV as a conduit/withholding agent for US source license payments to SDI Bermuda?

• Court considered "conduit" authority relevant here,
 • SDI BV earned a spread on its license activity. SDI BV retained 7% of its profits after royalty to SDI Bermuda.
 • The two license agreements were separate and distinct and SDI BV had an independent role as a licensee from SDI Bermuda.
 • Although the SDI Bermuda royalties were derived from the US payments to SDI BV they were separate arrangements.

BOC: Equity Walls

• Del Commercial Properties (1999) - FACTS

• Delcom US needed funds to expand and improve real estate holdings.
 • The funds were made available to Delcom US via Delcom US via

1. Bank loan to Del Commercial; due 7/15/1995; prime +1/2%
2. Del Commercial Unsecured Loan to Del Holdings; prime +5/8%
3. Simultaneous capital contribution of \$14 m in exchange for common stock of Delcom Caymans, Delcom Antilles, Del Netherlands.
4. Del Netherlands Loan to Delcom US - due 7/15/2015; prime + 1 1/2%

BOC: Equity Walls

• Del Commercial Properties (1999) - FACTS

Cash Flow

- 1991 through June 1992, Delcom US paid interest to Del Netherlands and all the funds were funneled back to Del Commercial which used the funds to pay the Bank loan.
- July 1992, Delcom US started paying interest directly to Del Commercial which used the funds to pay the Bank loan.
- Delcom US withheld no taxes on its interest payments since it treated those payments as subject to zero withholding under the US-Netherlands Treaty.

BOC: Equity Walls

• Del Commercial Properties (1999) – Legal Issue

- Was Del Netherlands the "beneficial owner" of income under US-Netherlands Treaty? No, it was not the beneficial owner.

Court's Analysis

- Del Netherlands had no control over the proceeds it "lent" to Delcom US as it only had "transitory" possession of the loan proceeds.
- Del Netherlands had minimal activity and no officer with any substantive duties.
- Security offered by Delcom US directly to Bank established the link between the loan to Delcom and loan to Del Commercial.
- Del Netherlands passed on the loan payments received from Delcom US to its affiliates in order to service the Bank loan and as of July 1992, Delcom US by passed Del Netherlands.
- Interest rate spread in Del Netherlands was eliminated in 1992.



IRS Discretionary Power under Conduit Regulations

• Treas. Reg. § 1.881-3

- Authority
 - Gives IRS broad discretionary authority to disregard an entity as a "conduit/intermediary" in certain "financing arrangement".
- Recasts financing will disregard "conduits"
 - If authority applied, IRS will recast the financing arrangement (for purposes of determining the appropriate amount of U.S. withholding tax under the Code or any applicable treaty) as between a "financing entity" and the "financed entity."
- Broad interpretation of "financing arrangement"
 - Financing arrangement can include funding through any debt, lease, or license.
 - Redeemable equity investments can also be treated as part of a financing arrangement.

IRS Discretionary Power under Conduit Regulations

• Treas. Reg. § 1.881-3

- Requirements for Recasting include -
 - Conduit entities participate in a financing arrangement that reduces withholding tax, and
 - Participation of the conduit is pursuant to a tax avoidance plan
 If either of these are absent, the financing arrangement should not be recast by the IRS.
- Factors that infer a tax avoidance
 - Significant reduction in the withholding tax
 - Putative creditor's ability to make the advance to the US debtor
 - Short time period between the loan to the conduit and loan to the US debtor.
- Factors that rebut a tax avoidance purpose
 - The intermediate entity conducts a significant active rents or royalties business.
 - The intermediate entity conducts significant risk management activities of a financing business.

SUTHERLAND

IRS Discretionary Power under Conduit Regulations

- **Treas. Reg. § 1.881-3**
 - Simple guarantee of US debt by a foreign related party will not, by itself, cause a recast of the transaction. -3(e) Example 3
 - Required Reduction of Tax - (-3(e) Example 9)
 - FP borrows from the public on which no withholding tax would be due under US law.
 - FP lends proceeds to DS.
 - Since there is no reduction of tax as a result of the arrangement, FP is not considered a conduit under the anti-conduit rules.

•Example 9 of Regs

```

    graph TD
      Public((public)) -- "Issuance of public debt" --> FP[FP foreign]
      FP -- "Loan of proceeds from PO" --> DS[DS US corporation]
      
```

SUTHERLAND

**Determining
Beneficial Ownership Under Tax Treaties**

Giovanna Teresa Sparagna
Sutherland
Giovanna.sparagna@sutherland.com
© 2010

①

Limitations of Benefits (LOBs) provisions in the US model treaties and recent US treaties.

Stuart Ison
Ernst&Young Tokyo

ERNST & YOUNG
Quality in Everything We Do

②

Outline

Introduction
Evolution of LOB provisions
Typical modern US LOB Provision
US Japan LOB
US China LOB
US Korea LOB
Current issues

Page 2

ERNST & YOUNG
Quality in Everything We Do

③

Introduction

Purpose of treaties is primarily to prevent double taxation, or increasingly non taxation of income. Residence provisions and LOB provisions seek to limit the benefit of treaties to persons that are bona fide tax residents of one of the treaty states, and are not located in that state simply to access treaty benefits

Many countries, including the US, also have domestic law provisions that also limit the access to tax treaties in abusive situations.

Page 3

ERNST & YOUNG
Quality in Everything We Do

④

Evolution of LOB provisions

1977 US Model Treaty – restricted benefits with respect to income that received favourable treatment in the source state if a 75% ownership test was not met. Only applied to corporations and with respect to certain passive income.

1981 US Model Treaty – retained 75% rule, but also added a base erosion test, unless tax avoidance was not a principal purpose.

1981 US Model Discussion Draft – public company qualification, foreign controlled or principal purpose test

Page 4

ERNST & YOUNG
Quality in Everything We Do

⑤

Evolution of LOB provisions

1996 US Model Treaty

- US public company and subsidiaries of public companies
- Individuals who are tax resident
- Qualified government entity
- Resident tax exempt organizations
- A company if over 50% or owned by one of the above 3 categories or by a US public company and a 50% base erosion test is met
- Engaged in an active trade or business – safe harbor
 - Applies to items of income
 - If Competent Authority agrees

Page 5

ERNST & YOUNG
Quality in Everything We Do

⑥

Evolution of LOB provisions

2006 US Model Treaty

Significant changes from 1996

- Public company rule refined
 - Principal class of shares
 - Disproportionate class of shares
 - Primary trading or primary place of management and control rule
- Tax exempt entities qualify only if 50% or more of beneficiaries are resident in one of the states
- Active trade or business safe harbor disappears replaced by facts and circumstances test

In general US Model Treaties have moved from general subjective tests to more detailed objective tests.


Page 6

ERNST & YOUNG
Quality in Everything We Do

⑦

Typical Modern US Treaty


US public company – with rules for tracking stock
 Individuals who are tax resident
 Qualified government entity
 Resident tax exempt organizations if over 50% of the beneficiaries are residents of one of the states
 A company if over 50% or owned by one of the above 3 categories or by a US public company and a 50% base erosion test is met
 Engaged in an active trade or business and if income is derived in connection with or incidental to that trade or business
 If Competent Authority agrees
 Derivative benefits rule

Page 7 

⑧

US Japan 2003 Treaty


Generally follows other recent US treaties, however, no derivative benefits provision.
Special provisions for:
 Tracking stock
 Hybrid entities
 Conduit situations

Page 8 

⑨

Why no derivative benefits provision?


Lack of natural geographic grouping with countries with comprehensive LOBs?
 Contrast US Canada treaty with no geographic restrictions
 Practical issue that arises, even though Japan is not utilized as a tax haven, because of mechanical rules

Page 9 

⑩

US China Tax Treaty


Similar to 1981 US Model Treaty with the following differences:
 Base erosion test provides that if more than 50% of gross income is paid out to a non treaty qualified party then no treaty allowed
 Reference to ownership by contracting states explicitly includes ownership by local authority or political subdivision.
 Before denial of benefits competent authorities must consult.

Page 10 

⑪

US Korea Treaty

Similar to 1977 US Model Treaty
 Applies only to dividends, interest, royalties and capital gain.
 Treaty is not available if tax on the above items of income is substantially less than the tax generally imposed by the contracting state and 25% or more of the capital is owned directly or indirectly by persons who are not residents of either Korea or the US.

Page 11 

⑫

Current Issues

Complexity and uncertainty of application
 Lack of definition of key terms or consistency in the definition of key terms among treaties
 Triangular situations
 Tracking (disproportionate) stock
 Derivative benefits
 Conduit arrangements

Page 12 