

グローバル・ミニマム課税の 軽課税所得ルール（UTPR）と租税条約

増田 貴都

（弁護士・ニューヨーク大学ロースクール修了）
（LLM in International Taxation）¹

目 次

-
- I. はじめに——UTPRは租税条約違反？
 - II. UTPR条約違反説の論拠とされる租税条約の諸規定の検討
 - 1. 事業所得条項——UTPRは条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税？
 - 2. セービング条項——UTPRは自国居住者への課税だが租税条約の制限対象？
 - 3. UTPRを認容すると租税条約が無意味になる？
 - 4. PE帰属所得規定——UTPRは独立企業原則を無視してPE帰属所得を決定する？
 - 5. 第三国が関係する場合について
 - 6. 資本無差別規定——UTPRは外資系企業の差別？
 - 7. PE無差別規定——UTPRはPEを有する海外企業の差別？
 - III. どの租税条約につきUTPR条約違反説を主張するか
 - IV. UTPR条約違反説の実際の難点
 - V. UTPRに基づく課税の租税条約の対象租税への該当性
 - 1. 新たな見解の登場
 - 2. UTPRに基づく課税は対象租税に該当しない
 - 3. 若干の考察
 - VI. グラクソ事件最高裁判決とUTPR条約違反説
 - 1. はじめに
 - 2. グラクソ事件最高裁判決
 - 3. 若干の考察
 - VII. 結語
-

I. はじめに——UTPRは租税条約違反？

2021年10月、OECD/G20 BEPS包摂的枠組みは、経済のデジタル化に伴う課税上の課題への解決策に関する国際的な合意²を取りまとめた。当該合意においては、the Global anti-Base Erosion Rules（GloBEルール）と名付けられた所謂グローバル・ミニマム課税³について、OECD/G20 BEPS包摂的枠組みの参加国は、GloBEルールを実施することを義務づけられている訳ではないが、もし実施するのであれば、OECD/G20 BEPS包摂的枠組みが合意したモデルルールないしガイダンスに整合的な方法で実施・運用する旨が示し合わされていた。

GloBEルールを実施する方法としては、概要、一定の要件を満たす多国籍企業グループの国別実効税率を所定の方法で算定し、それが15%を下回る部分が存在する場合、その部分に係る追加税額（所謂トップアップ税額）を、各国が自国内に所在する当該多国籍企業グループの構成事業体から徴収する内容の国内法をそれぞれ実施することが予定されている。どの国が、どれだけトップアップ税額を徴収するかに関しては、以下の三階建ての仕組みによることが構想されている。

第一に、最も優先されるのが、国内ミニマム課税（QDMTT：Qualified Domestic Minimum Top-up Tax。日本の法令上の用語では「自国内最低課税額に係る税」。法人税法⁴82条31号）である。これは、国別実効税率が15%を下回る国（軽課税国）自身による追加課税である。

第二に、中間に位置するのが、所得合算ルール（IIR：Income Inclusion Rule）に基づく課税である（日本の法令上の用語では「国際最低課税額に対する法人税」。法人税法6条の2）。これは、軽課税国がQDMTTを未実施である等の理由からトップアップ税額の追加課税が未了の不足額が存在する場合、軽課税国に所在する事業体の親事業体の所在国が、当該不足額を当該親

事業体から一定の範囲で徴収する仕組みである。

第三に、最も劣後するのが、軽課税所得ルール（UTPR：Undertaxed Profits Rule）に基づく課税である。これは、親事業体の所在国がIIRを未実施である等の理由からトップアップ税額の追加課税が未了の不足額がなおも存在する場合、当該多国籍企業グループの構成事業体が所在する国々のうちUTPRを導入済みの国々が、所定の定式により決定される当該不足額の一部を自国にて徴収すべき額であるとして、自国内に所在する当該多国籍企業グループの構成事業体から、それぞれ徴収する仕組みである。

多国籍企業グループがGloBEルールによるグローバル・ミニマム課税を免れるには、UTPRを導入している全ての国々から撤退するしかない⁵。しかしながら、経済規模の大きな主要な国々でUTPRの導入が進めば、それは現実的な選択肢ではなくなるだろう。こうして、UTPRはグローバル・ミニマム課税を徹底する仕組みとして機能することになる。この機能を各国側の視点から分析すると、自国産業の競争力維持その他の戦略的観点から、自国を本拠とする多国籍企業グループはグローバル・ミニマム課税に服するべきではないという立場をとり、グローバル・ミニマム課税の実現を阻止しようとする国々が存在しても、他の主要国（クリティカル・マス）でUTPRが導入できれば、そうした国々の意向にかかわらずグローバル・ミニマム課税を徹底することさえも可能となることを示唆する⁶。したがって、上述のとおり、UTPRは実際の追加課税の実施時には最も劣後する仕組みであるが、グローバル・ミニマム課税を実現する上では鍵となる仕組みであるといえよう。

ところが、特に2022年10月頃から、一部の租税専門家から、UTPR実施国が非居住者の事業所得に対して自国と何ら結びつき（Nexus）が存在しないにもかかわらず課税することは、自国内に恒久的施設を有しない非居住者の事業所得への課税を制限する租税条約に抵触することになる等、と主張されるようになった。

かかる主張に対して、OECD/G20 BEPS包摂的枠組みは、2023年2月に公

表された行政ガイダンス⁷において、UTPRは租税条約に抵触しないという立場を改めて宣言している。他方、グローバル・ミニマム課税の実現を阻止しようとする政治勢力（特に米国の議会共和党）がUTPRは租税条約に違反するとの主張に便乗しながら各国のUTPR導入を牽制する試みを進めている⁸。このような状況に鑑みれば、こうした国に本拠を有する多国籍企業グループが、各国子会社をして、その国の税務訴訟その他の税務紛争解決手続においてUTPRが租税条約に違反すると提訴する可能性も否定できない。このため、UTPRと租税条約の関係を改めて整理しておくことは、一定の実践的な意義があると考えられる。

そこで、本稿ではUTPRについて租税条約への適合性を疑問視する見解（以下、「UTPR条約違反説」と呼ぶことがある）の内容を検証する⁹。本稿の構成は以下のとおりである。

まず、UTPR条約違反説において論拠に挙げられることの多い租税条約の諸規定、具体的には事業所得条項・セービング条項、PE帰属所得規定（独立企業原則）、資本無差別規定、PE無差別規定を順に検討する（Ⅱ）。かかる検討を踏まえ、UTPR条約違反説を主張するために、どの国と租税条約が締結されていることが前提となるかを整理する（Ⅲ）。

その後、理論面の検討を一旦離れて、多国籍企業グループにとってはUTPR条約違反説に依拠して各国でUTPRに基づく課税を争う実益がないかもしれない、という事実上の難点について述べる（Ⅳ）。

また、以上の議論では、UTPRに基づく課税も租税条約上の対象租税に含まれることが当然の前提となっていた。ところが、近時、これと異なる見解が有力に主張されていることから、その概要を説明し、若干の考察を加える（Ⅴ）。

さらに、実際に日本でUTPR条約違反説を主張する場合について、グラクソ事件最高裁判決との関係を検討し、日本でUTPR条約違反説を主張する場合の課題を指摘する（Ⅵ）。最後に、全体をまとめ、結論を述べる（Ⅶ）。

II. UTPR条約違反説の論拠とされる租税条約の諸規定の検討

1. 事業所得条項——UTPRは条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税？

（1）問題の所在

①事業所得条項とUTPR

UTPRに基づく課税として、多国籍企業グループに属している法人がUTPR実施国に所在しており、当該UTPR実施国が当該法人に対して課税するケースが考えられる。このケースでは、UTPRに基づく課税は、UTPR実施国によるその居住者¹⁰に対する課税という法的形式によって実施されることになる。

一般に、租税条約は、一方の締約国の居住者が営む企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設（PE）を通じて当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる、と規定している¹¹（以下、当該規定を「**事業所得条項**」という）。言い換えれば、事業所得条項の下では、国内にPEを有しない条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税が禁止されている。

したがって、もし、UTPRが条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税であるとすれば、当該居住者がUTPR実施国内にPEを有していない場合、UTPRに基づく課税は租税条約の事業所得条項に違反することになる。

もっとも、上述のとおり、UTPRに基づく課税は、UTPR実施国の居住者に対する課税という法的形式により実施されることが前提となっている。このように、形式的には、条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税ではないことを重視すれば、事業所得条項への抵触は考えられないことになる¹²。

②OECD/G20 BEPS包摂的枠組みの立場

OECD/G20 BEPS包摂的枠組みも、条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税ではないという形式を重視する立場を示唆するように思われる。特に、GloBEルールによるグローバル・ミニマム課税の骨子の検討として、2020年に公表されたブループリント¹³では、UTPRが租税条約に抵触しないと明示的に論じられていた。

すなわち、ブループリントにおいて、租税条約はある国の自国居住者に対する課税権を制限することを意図していないという一般原則（あるいは当該原則を成文化したセービング条項）が議論の大前提となる旨が確認されている¹⁴。その上で、トップアップ税額の配分は、ある企業の利得を他の企業の下において課税するというものではないことからすれば¹⁵、通常であれば、租税条約がUTPR実施国にとって問題となるはずがない、と結論されている¹⁶。要するに、ブループリントでは、トップアップ税額を各国間で分配して各国が自国の企業に課税するという仕組みは、各国による外国企業の利得への課税ではなく、よって租税条約によって制限されることも考え難い、と説明されていたのである。

その後、2021年12月に公表されたGloBEモデルルール¹⁷では、各UTPR実施国へのトップアップ税額の配分額を決定する定式がブループリント段階での予告とは異なっていた¹⁸。このため、ブループリントの上記説明に依拠して、UTPRが租税条約によって制限されないと解すべきか、一部の租税専門家の間で話題になった。

もっとも、ブループリントの説明は、トップアップ税額を各国間で分配して各国が自国の企業に課税するという仕組みは、各国による外国企業の利得への課税には当たらないというものであった。GloBEモデルルールにおいてもトップアップ税額を各UTPR実施国に配分するという大枠自体は維持されている。そうすると、GloBEモデルルールのUTPRについても、租税条約への適合性につき別異に解すべき理由はなさそうである。

実際、OECDの担当者は、OECD/G20 BEPS包摂的枠組みの参加国はブループリント段階の分析で納得しており、UTPRの条約適合性についてモデルルールを前提とした再検討をする予定はない等と各所で講演してきた¹⁹。これを念押しするかのように、2023年2月に公表された行政ガイダンスでは、特に根拠を示すことなく、IIR及びUTPRを含むGloBEルールに基づくトップアップ税額の課税は、国連モデル租税条約・OECDモデル租税条約の各規定と両立するように設計されている旨が宣言された²⁰。

（２）UTPR条約違反説の内容

一方で、UTPR条約違反説によれば、UTPRに基づく課税は条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税に他ならず、当該居住者はUTPR実施国内にPEを有しない以上、租税条約の事業所得条項に違反するという。

複数の論考が公表されているが²¹、その骨子は、(i) UTPRの税額は外国企業の利得を基礎として決定されるが、(ii) 当該外国企業の利得が自国の居住者に実質的に帰属すると見做すべき事情がない（自国の居住者の兄弟会社や親会社たる外国企業やその利得に対し、当該居住者が何らかの支配力・影響力を及ぼしているとは言い難い）ことからすれば、(iii) 自国の居住者への課税という法的形式は見せかけであって、(iv) その実質は条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税であるから事業所得条項に抵触する、と要約することができるだろう。

なお、一定の情報提供制度を創設し、自国居住者の所得水準以外の情報を収集することがUTPRを実施する前提となっていることも、UTPRが実際には居住者への課税ではないことの馬脚を現している、とも指摘されている²²。

（３）UTPR条約違反説への疑問

①UTPRの税額と非居住者の営む企業利得との結びつきは希薄である

上記のUTPR条約違反説には疑問も呈されている。まず、UTPR条約違反説の、UTPRの税額は外国企業の利得を基礎として決定される（上記（２）

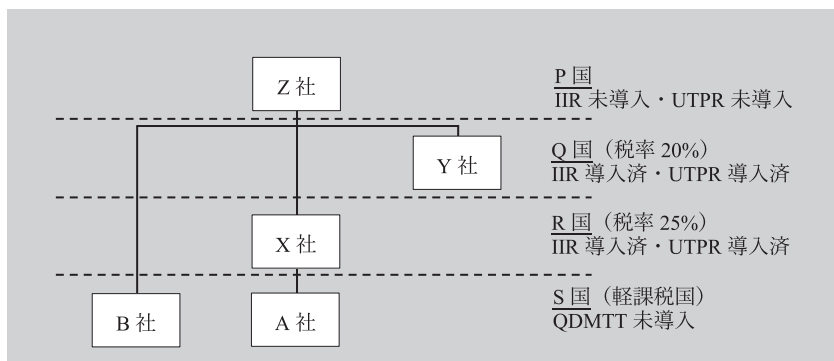
(i)) から、その実質は条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税である（上記（２）(iv)）との理解からして、賛否が分かれている。

そもそも、UTPRは、（日本法の外国子会社合算税制のように）UTPR実施国が非居住者の営む企業の利得を自国の居住者の課税所得と看做して課税する仕組みではない。確かに、UTPRに基づく課税額を計算する一連の複雑な手順の初期段階で、非居住者の営む企業の利得（より正確には、連結等財務諸表の作成の基礎となる当期純損益金額。法人税法82条26号参照）が考慮される。しかし、そこから最終的なUTPRに基づく課税額の決定に至るまでの間に、実に様々な計算処理が介在するのである。その結果、UTPRに基づく課税額と各外国企業の利得との間の対応関係をトレースすることは困難であると指摘されている²³。

換言すれば、UTPRに基づく納税義務と外国企業の利得との関係は曖昧で、UTPRの「実質」が条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税であると断言できるのか、実はそれほど明らかではないのである。UTPRの斯様な特徴は、それがグローバル・ミニマム課税を徹底するための便宜的な仕組みに過ぎず、条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税ではないという立場²⁴とむしろ親和的かもしれない。そこまで言わないまでも、事業所得条項違反を主張するに当たって、どの国との間で締結された租税条約に関して、どの金額が条約違反であるかを特定する必要があるにもかかわらず、それが実務上困難であるということは、UTPR条約違反説の重大な難点ではないかと考えられる²⁵。

上述したトレースの難しさを説明するため、以下、単純な数値例で補足しておく。この例では、S国に係るトップアップ税額150のうち、IIRに基づきR国のX社に対して課税される50を除いた残額である100が各国のUTPRに基づいて課税されるべき金額となる。この例におけるUTPR実施国はQ国とR国であり、下表記載の従業員数及び有形資産の額を前提とすると、トップアップ税額の残額100のうち、45がQ国にとっての課税額となり²⁶、55がR国に

としての課税額となる²⁷。



トップアップ税額の計算	A社	B社	計
調整後対象租税額（法人税法82条30号参照）	0	300	300
A社及びB社の個別計算所得等の金額（同条26号参照）	1000	2000	—
S国の国別グループ純所得の金額（82条の2第2項1号イ（1）参照）	—	—	3000
S国の国別実効税率（同（3）参照）	—	—	10%
S国に係る当期国別国際最低課税額（同柱書）	—	—	150
A社及びB社の会社等別国際最低課税額（同条1項）	50	100	—

IIRに基づく課税額	R国	Q国
A社の会社等別国際最低課税額に係るIIRの課税額	50	0
B社の会社等別国際最低課税額に係るIIRの課税額	0	0

UTPRに基づく課税額	R国	Q国
従業員数	44	56
有形資産の額	990	510
UTPRに基づく課税額	55	45

この数値例において、トップアップ税額はA社の利得の額1000に対してS国が全く課税していないことで発生していることは明白であろう。そして、UTPR条約違反説の立場からは、UTPRに基づいて、Q国及びR国がS国企業であるA社の利得に対して、それぞれ45及び55の課税を実施したと看做することになる。そして、Q国の法人税率は20%、R国の法人税率は25%であるこ

とから、UTPR条約違反説の立場からは、Q国はUTPRにつき225（＝課税額45÷税率20％）のA社の利得に対して課税しており、また、R国はIIRにつき200（＝課税額50÷税率25％）とUTPRにつき220（＝課税額55÷税率25％）の合計420のA社の利得に対して課税している、と主張することになると解される。ところが、UTPR及びIIRによって、Q国及びR国が課税したとされるA社の利得は全部で645（＝Q国225＋R国420）となり、これはトップアップ税額を発生させた（グローバル・ミニマム課税以下の水準でしか課税されていない）A社の利得の額1000とは一致しない。また、例えば、R国の方がQ国よりもUTPRに基づく課税額は大きいのであるが（R国55＞Q国45）、UTPRに基づき課税されるA社の利得の額でいえば、Q国の方がR国よりも大きくなる（Q国225＞R国220）といった逆転も生じている。

以上の数値例は、所謂実体ベースの所得控除（法人税法82条の2第2項1号イ（2）参照）といった要素を捨象した、かなり単純なケースにおいてすら、UTPR条約違反説を前提にUTPRが外国企業の利得に対する課税であると看做すとして、UTPRに基づく課税額に外国企業の利得の額がどのように対応していると見るべきか定かでないことを示している。

まして、実際の事例はより複雑であるはずで、例えば、多国籍企業グループが以上の数値例よりも多数の法域で活動しており、軽課税国であるA国、B国、C国、D国、E国、F国、G国、H国、I国及びJ国に係るトップアップ税額（のうちIIRで課税されなかった残額）を、UTPR実施国であるQ国、R国、S国、T国、U国、V国、W国、X国、Y国及びZ国でそれぞれ課税する、といった事態も当然起こり得るだろう。この場合における軽課税国（A国～J国）とUTPR実施国（Q国～Z国）の組み合わせは100通り（＝軽課税国10か国×UTPR実施国10か国）であるところ（これら100組の全てで租税条約が締結されているケースは稀であろうが、そのことは一旦措いたとしても）、100組の租税条約のそれぞれの事業所得条項に抵触する部分をどのように特定するのか不明確である。

② UTPRに基づく課税は非居住者の営む企業の損失年度にも発生し得る

UTPR条約違反説の、UTPRの税額は外国企業の利得を基礎として決定される（上記（2）（i））から、その実質は条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税である（上記（2）（iv））との理解では、軽課税国に所在する多国籍企業グループの構成会社等が損失を計上している場合であってもUTPRに基づく課税がなされるケースが存在することを説明できないのではないか、という別の疑問もある。

2022年に公表された参考事例集²⁸に記載のExample 4.1.5 - 1を例に説明する。この事例では、A国（税率15%）に所在する唯一の構成会社等であるA社の個別計算所得等の金額が100の損失（個別計算損失金額。法人税法82条28号）であり、さらに、現地税法上はキャピタル・ゲイン20が課税ベースから除外されていた場合（つまり、A社の現地税法上の課税損失は120である）においては、GloBEモデルルール4.1.5に沿って（excessive deferred tax assetsが存在することになるから）、当期におけるトップアップ税額として3（ $=20 \times 15\%$ ）を課すことが示されている。

このトップアップ税額が、B国（税率20%）にてUTPRに基づいて課税された場合、UTPR条約違反説の立場からは、B国がA社の利得15（ $=$ 課税額3 $\div$ 税率20%）に対して課税していると理解されることになる。しかしながら、かかる理解は、A社が当期において課税損失を計上しているという事実と整合しないようにも思われる。

③ UTPRは法的形式としては自国の居住者への課税である

一旦、上記①・②の疑問は措いて、UTPRが実質的には条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税であるとする。その場合でも、UTPR条約違反説の主張するように、自国の居住者への課税という法的形式は見せかけであるとして（上記（2）（iii））、かかる法的形式を無視して、UTPRが条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税であるという実質のみを理由として事業所得条項に抵触すると解するべきかは疑問である、との見解も

ある。

一般に、租税法分野では法的形式を尊重する傾向にあるとされ、租税条約への適合性においてもそのような傾向にあるとされる²⁹。にもかかわらず、UTPRの事業所得条項への抵触という論点に限って、敢えて経済実質に着目して法的形式を無視すべき理由は定かでなく、その租税条約の条文上の根拠も不明である。むしろ、租税条約における居住者の定義からは、このような解釈は予定されていないのではなかろうか³⁰。なお、UTPRの事業所得条項への抵触を日本の裁判所で争う場合には、所謂グラクソ事件最高裁判決（最判平成21年10月29日民集63巻8号1881頁）において、法的形式での割切りを重視する判断が既に下されていることにも留意が必要であろう（グラクソ事件最高裁判決とUTPR条約違反説については、下記Ⅵでより詳しく述べる）。

また、UTPR条約違反説は、外国企業の利得が自国の居住者に実質的に帰属すると見做すべき事情がないと批判する（上記（ii））³¹。しかしながら、居住者に帰属すべき所得の範囲を決めるのは、（租税条約ではなく）国内法の役割であるとされる³²。そうであれば、UTPR条約違反説の上記の批判は、UTPRを実施する国内法の経済理論的合理性ないし正当性に関する指摘としての意義はあれども³³、国内法が租税条約の事業所得条項に抵触する根拠とまでは言い難いかもしれない。

2. セービング条項——UTPRは自国居住者への課税だが租税条約の制限対象？

（1）問題の所在

上記1（1）②で述べたとおり、OECD/G20 BEPS包摂的枠組みとしては、UTPRは居住者に対する課税であるところ、租税条約はある国の自国居住者に対する課税権を制限することを意図していないという一般原則（あるいは当該原則を成文化したセービング条項³⁴）を前提とすれば³⁵、事業所得条項に基づく制約はないとの立場であると考えられる。

（２）UTPR条約違反説の内容

これに対して、UTPR条約違反説では、セービング条項（あるいはその背後にある一般原則）を根拠として、UTPRが租税条約の制限を免れると解すべきではないと主張されている。

セービング条項では、一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税（the taxation by a Contracting State of its residents）に租税条約が影響を及ぼさない旨を規定するのが通例である³⁶。これに対して、UTPR条約違反説の立場からは、UTPRは「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」ではないため（上記 1（2）参照）、セービング条項は無関係ということになる³⁷。

これに加えて、UTPR条約違反説は、仮にUTPRが「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」に該当したとしても、UTPRがセービング条項の保護の対象外となるように、セービング条項の適用範囲はその文言より狭く解釈されるべきである（以下、「セービング条項限定解釈」と呼ぶことがある）という（いわば予備的な）主張も行っている。かかるセービング条項限定解釈は大別して二種類の理由から説明されている。

第一の理由は租税条約の目的の考慮である。すなわち、「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」であっても、租税条約の一般目的（租税条約の対象となる租税に関して、脱税又は租税回避を通じた非課税又は租税の輕減の機会を生じさせることなく、二重課税を除去すること）と無関係な場合にまで、セービング条項に依拠して租税条約の制限の範囲外にあると解すべきではない、という理由付けである³⁸。UTPRはグローバル・ミニマム課税の徹底のための制度であり、実施国の課税ベース維持を目的とした濫用防止規定（例えば、外国子会社合算税制）とは異なるから、租税条約の一般目的とは関係がなく、したがって、セービング条項に依拠することはできない、というのである³⁹。

第二の理由は条約交渉時の締約国の認識である。すなわち、条約相手国に

所在する企業の当該条約相手国における実効税率が一定未満であることを条件に当該企業と関連する自国居住者に対して課税するUTPRは前例のない課税制度であり、条約交渉時にUTPRのような課税制度までも許容する趣旨でセービング条項が規定されたとは考え難いため、解釈上、UTPRはセービング条項の対象外である、という理由付けである⁴⁰。

(3) UTPR条約違反説への疑問

①UTPRは「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」である

まず、UTPR条約違反説の、UTPRは「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」ではなくセービング条項は無関係であるという主張であるが、疑問もある。

そもそも、UTPRを条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税であると見做すことが可能なのは、その経済実質を考慮したとしても、定かでない（上記1（3）①及び②参照）。その点を一先ず置いて、UTPRが実質的に条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税となると認めたとしても、結局、UTPRの法的形式は自国の居住者への課税であるから、UTPRは「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」に該当すると考えざるを得ない⁴¹、という指摘が考えられる。

②セービング条項限定解釈だけでは条約違反を基礎付けられない⁴²

UTPR条約違反説は、UTPRが「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」に該当するとしても、セービング条項限定解釈により、UTPRはセービング条項による保護を受けないとする。しかし、UTPRがセービング条項により保護されていないとしても、そのことを以てUTPRが租税条約に抵触することになる訳ではない、という指摘があり得る。

UTPRに基づく課税が租税条約に違反するといえるのは、(i) UTPRが租税条約のいずれかの条項⁴³に実際に抵触している場合であって、かつ、(ii) UTPRがセービング条項により保護されていない場合である。換言すれば、セービング条項限定解釈によって (ii) UTPRがセービング条項により保護

されていないことを示すだけでは、UTPRに基づく課税が租税条約違反であることの論証としては不十分であり、さらに、(i) UTPRが租税条約のいずれかの条項に抵触していることを示す必要がある。

然るところ、UTPR条約違反説がセービング条項限定解釈を持ち出す際に、どの条項との抵触を念頭に置いて議論しているのか、不明瞭である。特に、セービング条項限定解釈を持ち出すことは、UTPRに基づく課税が「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」であることを認めることに他ならないのであるが⁴⁴、そのようにUTPRの法的形式が尊重されるという前提の下では、UTPRが租税条約の何らかの条項に違反することになるのか、定かでない（上記1（3）③も参照）。

③セービング条項限定解釈は支持されないかもしれない

UTPR条約違反説は、概要、(i) UTPRはUTPR実施国の課税ベース維持を目的とした濫用防止規定ではないことや、(ii) UTPRは交渉時には想定されていなかったという理由からセービング条項限定解釈を主張している。

しかしながら、例えば、セービング条項を主導してきた米国に目を向けても、同国財務省（U.S. Department of the treasury）による米国モデル租税条約についての技術的説明（Technical Explanation）⁴⁵や、同国の裁判例⁴⁶は、こうした理由に基づくセービング条項の限定解釈に特に言及していない。

OECDモデル租税条約にセービング条項が盛り込まれる契機となったといわれている⁴⁷J. Sassevilleの著名な論文では、米国モデル租税条約のセービング条項の真の目的は、租税条約に基づき自国居住者に対する課税が意図しない形で制限される事態を防ぐことにあると分析されているが⁴⁸、セービング条項の限定解釈を示唆する叙述は特段見当たらない。

OECDモデル租税条約へのセービング条項の追加に際しての検討では、セービング条項は、居住者に適用することが明確に意図されている条約の一部の規定を除けば、条約の規定にかかわらず、締約国がその居住者に課税する

権利を確認した規定と理解されていた⁴⁹。現在のOECDモデル租税条約1条のコメントリーでも、パラグラフ18において、セービング条項は、居住者への適用が意図されている条項を除き、租税条約は締約国が自国の居住者に課税する権利を制限していないという一般原則を確認した規定である旨が明記されている。

こうした説明を踏まえて、セービング条項の背景には、租税条約によって自国居住者に対する課税が制限されることは極めて稀な状況に限定されるべき、という指導原理が存在するとされている⁵⁰。しかるところ、UTPR条約違反説のように、かかる指導原理から逸脱して、セービング条項の適用範囲をその条文文言より狭く解して、租税条約により自国居住者に対する課税の制限を積極的に試みるべき理由は、定かでない。

また、セービング条項は租税回避の防止以外の措置にも適用可能と読めるため⁵¹、当該条項に基づいて、ある所得を課税標準に含めるか否かだけでなく、税額の計算そのものについても、租税条約の影響を排除することが可能と解されている⁵²。さらに、セービング条項の対象は条約交渉時の税制（又はそれと基本的に類似する後続税制）に限られるという解釈は成り立たないとされる⁵³。むしろ、セービング条項が存在すれば、自国居住者への課税に係る国内法については租税条約との抵触を気にすることなく改正できるようになり、国内法を根本的に改正する場合でさえも、条約相手国に根回しをするか否かという外交儀礼上の問題に過ぎなくなるとされる⁵⁴。

そうすると、(i) UTPRはUTPR実施国の課税ベース維持を目的とした濫用防止規定ではないことや、(ii) UTPRは交渉時には想定されていないことが、セービング条項限定解釈の説得的な理由付けとなり得るか、疑問もあるように思われる。

3. UTPRを認容すると租税条約が無意味になる？

（1）UTPR条約違反説の内容

UTPR条約違反説の立場からは、上述した事業所得条項の解釈及びセービング条項限定解釈に関連して、UTPRが租税条約により制限されないと解すると、各国に対して、自国居住者が納税義務を負うという体裁さえ整えれば、一方的に、多国籍企業グループが域外で得た利益に対して課税する制度を導入して差し支えないと事実上認めてしまうことになり、それでは租税条約が無意味ということにならないか、といった（やや直感的な）懸念も表明されている⁵⁵。

（2）UTPR条約違反説への疑問

①各国が多国籍企業グループに属する自国居住者に増税可能な水準には限度がある

UTPR条約違反説の上記の見解は、要するに、多国籍企業グループに属する自国居住者に対する増税（新税）を実施する各国の権限が制限されていると解さなければ、各国が、国外の多国籍企業グループの利得に課税すべく競うように当該増税に踏み切る事態に陥る、と憂慮しているようである。

しかしながら、たとえ各国が多国籍企業グループの一員である自国居住者を対象に一方的な増税を行う権限を無制限に有するとしても、租税競争の圧力によって、かかる増税はせいぜい一定の水準に留まらざるを得ないのではなかろうか。

例えば、日本が、多国籍企業グループに属する全ての外国法人の利得の額（に所定の計算式を適用して得た額）を課税標準として、当該多国籍企業グループに属する内国法人を納税義務者とする新税を一方的に導入すると仮定する。この新税の納税義務者は内国法人であることが前提であるから、多国籍企業グループは日本に拠点となる現地法人を設けないことで（海外拠点から直接日本市場にアクセスすることで）当該新税の負担を免れることが可能である。こうして、日本が多国籍企業グループの一員である内国法人を対象

として一方的な増税に踏み切ると、その増税の程度に応じて多国籍企業グループの海外転出を促すことになる⁵⁶。

結局、各国にとって、多国籍企業グループの一員である内国法人を対象とした一方的な増税を際限なく行うことが最善手となる訳ではなさそうである。各国がかかる増税を行う権限を制限しなければ、各国は競ってそのような増税に踏み切るはずであるという、UTPR条約違反説の議論の前提が正確であったのか、再検討が必要であるように思われる。

② 自国居住者への増税の制約が租税条約によってなされる必然性はあるか

UTPR条約違反説が主張しているように、多国籍企業グループに属する自国居住者に対する増税（新税）を実施する各国の権限を何らか制限すべきであるとしても、かかる制限が租税条約により行われると解すべきか否かについて、別途、検討の必要があるであろう。

例えば、各国が多国籍企業グループに属する自国居住者に対して課税する権限に対しては、自国居住者（内国法人）に対する課税という法的形式をとる以上は、自国の居住者（内国法人）に適用のある自国憲法等に基づく制約が別途存在すると考えられる⁵⁷。一方、上記2（3）で確認したセービング条項に関する議論では、自国居住者に対する課税を租税条約が能動的に制限しないのが通常であるとされていた。

したがって、多国籍企業グループに属する自国居住者に対する増税（新税）を実施する各国の権限を何らか制限すべきであるとしても、UTPR条約違反説が主張するように、自国居住者に対する増税として許容されるか否か線引きする役割を（課税国の憲法等ではなく）租税条約が担ってきたといえるのか、更なる説明を要するように思われる。

4. PE帰属所得規定——UTPRは独立企業原則を無視してPE帰属所得を決定する？

（1）問題の所在

①PE帰属所得規定とUTPR

UTPRに基づく課税として、多国籍企業グループに属している法人がUTPR実施国の居住者ではないが同国内にあるPEを通じて同国内において事業を行っており、当該UTPR実施国が当該法人に対して課税するケースが考えられる。このケースでは、UTPRに基づく課税は、UTPR実施国による同国内にPEを有する非居住者に対する課税という法的形式によって実施されることになる。

このケースでは、当該法人が条約相手国の居住者である場合には⁵⁸、事業所得条項のうち、一方の締約国の居住者が営む企業が他方の締約国内にあるPEを通じて当該他方の締約国内において事業を行っている場合という要件を満たす。

もっとも、この場合でも、租税条約では、所謂独立企業原則に基づいて算定されるPE帰属所得（当該企業の利得のうち当該PEに帰せられる部分）に対してのみ、当該他方の締約国において租税を課することができる旨を規定するのが一般的である（以下、当該規定を「PE帰属所得規定」という）⁵⁹。言い換えれば、PE帰属所得規定の下では、国内にPEを有する条約相手国の居住者が営む企業の利得に対して、独立企業原則に基づいて算定されるPE帰属所得を超えて課税することは、禁止されている。

したがって、UTPRに基づく追加課税が、条約相手国の居住者が営む企業の利得に対して、独立企業原則に基づいて算定されるPE帰属所得を超える課税であるとすれば、当該居住者がUTPR実施国内にPEを有していたとしても、UTPRに基づく課税は租税条約のPE帰属所得条項に違反することになる。

②OECD/G20 BEPS包摂的枠組みの立場

OECD/G20 BEPS包摂的枠組みとしては、UTPRに基づく追加課税は、独立企業原則に基づいて算定されるPE帰属所得の範囲内での課税として実施し得るという立場であることが、ブループリントにおいて明示的に論じられていた。

すなわち、ブループリントでは、UTPR実施国へのトップアップ税額の配分は、ある企業の利得を他の企業の下において課税するというものではなく⁶⁰、また、一般に、独立企業原則に基づいて決定されたPE帰属所得に対してどのように課税するかは各国の国内法に委ねられているため、UTPRに基づくトップアップ税額の追加課税は、そのような国内法として実施することが可能であるとされている⁶¹。

併せて、ブループリントでは、OECDモデル租税条約7条のコメントリーのパラグラフ30において、締約相手国の居住者が営む企業の課税所得（taxable income）を計算する際にある費用の控除を認めるか否かは、PE帰属所得規定が取り扱う問題ではなく、国内法により決定されるべき問題であるとされていることを引用し、多数の国の国内法において交際費の損金算入制限が認められているという例を挙げている⁶²。

以上を簡単な数値例で説明しよう。UTPRに基づく課税額10をUTPR実施国内にPEを有する条約相手国の居住者に課すケースを考える。当該PEに係るPE帰属所得は、独立企業原則に基づけば1,000であり、当該UTPR実施国のPE帰属所得に係る税率は20%とする。当該PEの帰属所得は独立企業原則に基づく1,000のままでも、例えば、課税所得を計算する際に50の費用の損金不算入とすれば、結果的に税額は10（＝損金算入制限50 x 税率20%）増加する。

このようにUTPRに基づく課税額10を課したとしても、独立企業原則に基づき算定されたPE帰属所得1,000について課税していることには変わりがないから、UTPRはPE帰属所得規定に抵触しない、というのがブループリン

トでの説明である。

（２）UTPR条約違反説の内容

一方で、UTPR条約違反説によれば、UTPRでは、独立企業原則に基づいて算定されるPE帰属所得を超えて課税している（上記（１）の数値例で言えば、独立企業原則を無視してPE帰属所得を1000ではなく1050と決定することでUTPRに基づく課税額10が課される結果となる）のでPE帰属所得規定に違反するという⁶³。

（３）UTPR条約違反説への疑問

①UTPRに基づく課税に当たってPE帰属所得の額は影響を受けない

一般に、PE帰属所得規定はPEに帰属させるべき収益及び費用の決定に係る規定ではあるが、当該収益が課税対象であるか、あるいは、当該費用が控除可能であるかを決定するのは、PE帰属所得規定ではなく各国国内法であると解されている⁶⁴。したがって、費用の性質に基づく損金算入制限であって、独立企業原則に基づくPE帰属所得の決定に影響を及ぼさないものは、PE帰属所得規定に抵触しない⁶⁵。

一方で、UTPR条約違反説は、UTPRの実質は独立企業原則とは異なる規準に基づくPE帰属所得の決定であるとして⁶⁶、UTPRに基づく課税が形式的には損金算入制限を通じて実施されている場合であっても、PE帰属所得規定に抵触するという。

しかしながら、損金算入制限によって、独立企業原則とは異なる規準に基づくPE帰属所得の決定と同一の結果を常に実現できるとは限らない。

例えば、あるPEに対して、UTPRに基づく課税10を課すとして、当該PEに係るPE帰属所得は独立企業原則に基づくくと800（収益800、費用0）であったとする。この場合、当該PEに帰属する費用が存在しないため、UTPRが損金算入制限の形式で実施される限り、当該税額10を徴収することはできない（GloBEモデルルール2.4.2に基づき当該税額は翌期以降に持ち越しとなる）。これに対して、もし、UTPRが独立企業原則から乖離してPE帰属所得

を決定することで課税する仕組みであるならば、税率20%の場合、PE帰属所得を（800ではなく）850として、当期にて10（＝増差所得50 x 税率20%）の税額を徴収することになる。

そうすると、UTPR条約違反説に対しては、UTPRに係る損金算入制限を、独立企業原則と異なる規準に基づくPE帰属所得の決定と同視すべきか、疑問もあるかもしれない。

②交際費の損金算入制限がPE帰属所得規定違反とされてこなかったこととの関係

ブループリント（及びOECDモデル租税条約7条のコメンタリーのパラグラフ31）では、国内法上の損金算入制限がPE帰属所得規定に抵触しないことの例証として、交際費の損金算入制限が挙げられている。

UTPR条約違反説の立場からは、交際費の損金算入制限がPE帰属所得規定にかかわらず許容されていることを以て、UTPRを正当化することはできないと解することになる。例えば、その事業関連性が不明確であるという交際費の性質に由来する措置であるからこそ、交際費の損金算入制限は許容されているのであるが、UTPRに係る損金算入制限は費用の性質に着目した制度ではない、という差異を指摘できるかもしれない。

しかしながら、ブループリント（及びOECDモデル租税条約のコメンタリー）では、交際費の損金算入制限は、あくまで許容される一例として記載されている。費用の性質とは直接関係がない政策的配慮に基づく損金算入制限も、PEに帰属させるべき収益及び費用の決定には影響を与えないことには変わらない。そうであれば、交際費の損金算入制限とは異なり、UTPRに係る損金算入制限だけがPE帰属所得規定に抵触すると解すべき積極的な理由があるのか、定かでない。

そもそも、交際費の損金算入制限も、交際費の性質だけでなく政策的な理由に基づく面があるとされる⁶⁷。そうであれば、グローバル・ミニマム課税を徹底するという政策的配慮から実施されるUTPRに係る損金算入制限につ

いて、別異に解すべき理由があるのか、との疑問もあり得よう。

③ ソークアップ・タックスが租税条約違反とされてこなかったこととの関係

UTPRに基づく課税は租税条約に反しないという立場からは、ソークアップ・タックス（soak-up tax）が租税条約に反しないとされてきたこととの関係を考慮すべきであると指摘されている。

ソークアップ・タックス（soak-up tax）とは、例えば、PEの所在する国が、当該PEを有する者に対して、その者の居住地国で外国税額控除を受けられる限度で可能な限り多く課税する制度である。居住地国における外国税額控除制度を逆手に取ることで、PE所在国が居住地国から税金を「吸い上げる（soak-up）」かのように機能するため、ソークアップ・タックスの名で呼ばれる。

PE所在国が課すソークアップ・タックスについては、それをPE帰属所得規定違反として無効にするのではなく、居住地国が外国税額控除を否定することで対処されてきた。これは、PE所在地国が、PEを有する非居住者に対する課税額を他国での税負担を考慮して決定することは、PE帰属所得規定への抵触であるとは観念されてこなかったことを示唆し、そうであれば、UTPRに基づく課税も同様にPE帰属所得規定に抵触しないと解すべきではないのか、と主張されている⁶⁸。

④ 変動税率によるUTPRの実施の可能性

UTPRに基づく課税の実施方法としては損金算入制限が主に念頭に置かれているが、各国が他の方法によることも特に妨げられていない。例えば、UTPRに基づく課税額に応じて税率を変動させる方法でUTPRを実施する方法が考えられる⁶⁹（上記（Ⅰ）の数値例で言えば、当該PEの帰属所得は独立企業原則に基づく1,000のままでも、税率を21%にすれば、結果的に税額は10（ $=1,000 \times (21\% - 20\%)$ ）だけ増加する）。

この場合、PE帰属所得に対してどのような税率を適用するかは、定義上、PE帰属所得の決定とは無関係であり、PE帰属所得規定への抵触は想定し難

い⁷⁰。

一方、UTPR条約違反説の立場からは、UTPRに基づく課税の実施方法を変動税率とするだけで、PE帰属所得規定の要請する独立企業原則に基づくPE帰属所得の決定に抵触しなくなると解することは、あまりに形式的で、受け入れ難いと批判されている⁷¹。

しかしながら、変動税率が、独立企業原則とは異なる規準に基づくPE帰属所得の決定と同一の結果を常年实现できる訳ではない。例えば、あるPEに対して、UTPRに基づく課税10を課すとして、当該PEに係るPE帰属所得は独立企業原則に基づく損失（収益90、費用100）であったとする。この場合、当該PEのPE帰属所得が赤字であるため、UTPRが変動税率の形式で実施される限り、当該税額10を徴収することはできない（GloBEモデルルール2.4.2に基づき当該税額は翌期以降に持ち越しとなる）。これに対して、もし、UTPRが独立企業原則から乖離してPE帰属所得を決定することで課税する仕組みであるならば、PE帰属所得を黒字に調整して、当期にて10の税額を徴収することになる。

そうすると、UTPR条約違反説に対しては、UTPRを変動税率で実施することが、PE帰属所得規定の制限を免れるための形式論に過ぎないと断言できるのか、疑問もあろう。

5. 第三国が関係する場合について

以上のPE帰属所得規定に関する議論も踏まえつつ、第三国が関係する場合について簡単に付言する。UTPRに基づく課税として、多国籍企業グループに属している法人がUTPR実施国の居住者ではないが同国内にあるPEを通じて同国内において事業を行っており、当該UTPR実施国が当該法人に対して課税するケースにおいては、当該法人が（条約相手国ではなく）第三国の居住者である場合も考えられる。

管見の限り、UTPR条約違反説の立場から第三国が関係する場合を特に論

じた文献は不見当であるが、まずは、UTPRの税額が条約相手国の居住者の企業の利得を基礎として決定されている以上は、第三国の居住者への課税という法的形式も見せかけであって、その実質は当該条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税であると主張するのであろうか。ただし、かかる主張には、上記 1 及び 3 で述べたような疑問もある。

UTPR条約違反説の論者は、あるいは、UTPRに基づく課税が（条約相手国ではなく）第三国の居住者に対する課税であることを認めつつも、UTPR実施国と当該第三国との間に租税条約が締結されているときは、UTPRに基づく課税が当該第三国との間の租税条約のPE帰属所得規定に抵触すると主張するのかもしれない。もっとも、かかる主張の当否に関しては、上記 4 で述べた分析が同様に当てはまると考えられる。

6. 資本無差別規定——UTPRは外資系企業の差別？

（1）問題の所在

一般に、租税条約は、一方の締約国の居住者が営む企業であってその資本の全部又は一部が他方の締約国の一又は二以上の居住者により直接又は間接に所有され又は支配されているものは、当該一方の締約国において、当該一方の締約国の居住者の営む類似の他の企業に課されており若しくは課されることがある租税若しくはこれに関連する要件以外の又はこれらよりも重い租税若しくはこれに関連する要件を課されることはない、と規定している⁷²（以下、当該規定を「**資本無差別規定**」という）。

もっとも、租税条約上の無差別規定全般について、その適用範囲は狭いとされ⁷³、これらの規定によって、あからさま（overt）で直接的（direct）な差別は禁止されるが、隠れた（hidden）あるいは間接的（indirect）な差別的取扱い禁止されないとされている⁷⁴。資本無差別規定は、条約相手国の居住者が所有・支配している内国法人を、自国居住者が所有・支配する内国法人と比べて差別的に扱うことから保護する規定ではあるが⁷⁵、あくまで条

約相手国の居住者により所有・支配されていることをのみを理由とする差別を禁止する規定と解されている⁷⁶。

したがって、もし、UTPR実施国に所在する会社に対してUTPRに基づく課税がなされる場合、当該会社の資本の全部又は一部が、条約相手国の居住者により直接又は間接に所有され又は支配されていることのみを理由として、UTPR実施国の居住者の営む「類似の他の企業」と比較して不利な課税上の取扱いを課すものであれば、UTPRは資本無差別規定に違反することになる。

(2) UTPR条約違反説の内容

UTPR条約違反説によれば、要するに、UTPRは多国籍企業グループの法人、つまり、外国の親会社に所有・支配されている自国の居住者（内国法人）に適用されることが前提となっているため、資本無差別条項により禁止されるべき差別であるという⁷⁷。

(3) UTPR条約違反説への疑問

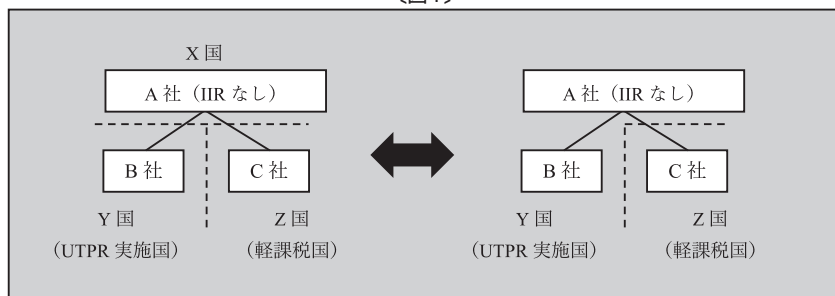
①UTPRは株主が条約相手国の居住者であることのみに基づく差異は設けていない

上記のUTPR条約違反説には疑問も呈されている。UTPRが、UTPR実施国の居住者である納税者が条約相手国の居住者によって所有・支配されているという事実のみに基づく異なる取扱いであるのか、定かでない。

すなわち、OECDモデル租税条約24条のコメンタリーのパラグラフ3では、租税条約の無差別規定が禁止するのは所定の理由にのみ基づいて（solely based on）異なる税務上取扱いを実施することに限られており、パラグラフ79では、資本無差別規定は、企業の資本を所有・支配する者の違いにのみ基づいて異なる税務上取扱いを実施することを禁止するだけである（“the paragraph prevents the discrimination of a resident enterprise that is solely based on who owns or controls the capital of that enterprise”）と明記されている。

したがって、外資系の内国法人に対して内資系の内国法人とは異なる税務上の取扱いをする場合であっても、内国法人が外資系であるという理由だけで異なる取扱いをしている場合ではないならば（何か他の理由から異なる取扱いをしている場合であれば）、資本無差別規定による禁止の対象にはならないと解される⁷⁸。すなわち、資本無差別規定は、株主が条約相手国の居住者であるという事実に起因して（caused by）異なる取扱いをする場合だけを禁止しているとされる⁷⁹。そして、株主を納税者（内国法人）の居住する国の居住者であると見做し、それ以外の事実は何も変更しない場合において、当該納税者がより有利な取扱いを受けることが可能になるケースでは、株主の居住者に起因する差異を設けたことになり、資本無差別規定に抵触すると解されている⁸⁰。

〔図1〕



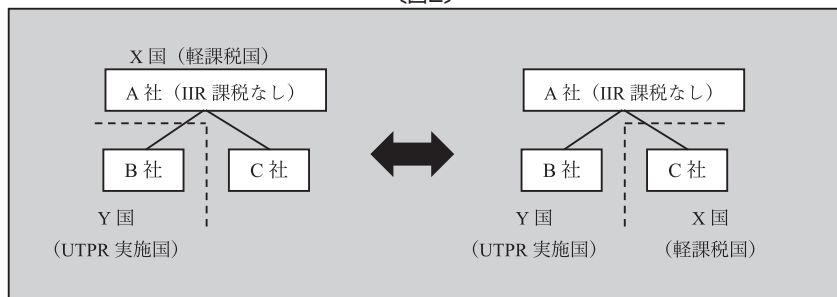
かかる解釈からは、UTPR実施国（Y国）が軽課税国（Z国）のC社に係るトップアップ税額についてUTPRに基づきB社に対して課税する場合（図1左側）について、株主（A社）を納税者（B社）の居住地国（Y国）の居住者であると看做しても（図1右側）、B社はUTPRに基づく課税を免れず、より有利な取扱いを受ける訳ではない（むしろ、Y国における従業員・有形資産がA社の従業員・有形資産だけ増えることになり、Y国がより多くのトップアップ税額の配分を受けるため、B社にとって不利になる可能性さえあ

る)。そうであれば、UTPRは資本無差別規定に違反しないという結論になりそうである。

なお、A社が実際にY国の居住者であるならば、UTPR実施国は通常はIIRも導入済みであるので、A社はY国においてIIRに基づく課税を受け、その反面、B社がUTPRに基づく課税を受けることはなさそうである⁸¹。しかしながら、比較を行う際に「それ以外の事実は何も変更しない」のであれば、比較対象においてもA社がIIRに基づき課税を受けていないことを前提とすべきように思われる⁸²。

A社がIIRに基づき課税されない限りB社はUTPRに基づく課税を免れないという関係は、むしろ、UTPRに基づく課税がB社の株主が条約相手国の居住者であるという事実とは別の事情に起因していることを示唆するようにも思われる⁸³（下記②も参照）。

〔図2〕



また、親会社（A社）が軽課税国（X国）に所在する結果として、UTPRに基づく課税が実施されるケースについても、上記と同様の分析が当てはまる⁸⁴。

すなわち、UTPR実施国（Y国）が軽課税国（X国）のA社やC社に係るトップアップ税額についてUTPRに基づきB社に対して課税する場合（図2左側）について、株主（A社）を納税者（B社）の居住地国（Y国）の居住者

であると看做しても（図2右側）、B社はUTPRに基づく課税を免れず、より有利な取扱いを受ける訳ではない。

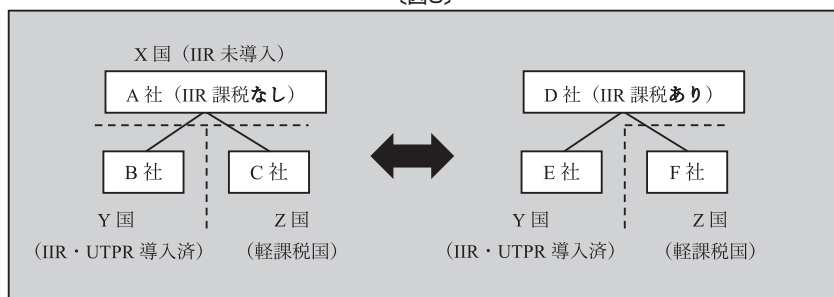
結局、UTPR条約違反説については、UTPRが、UTPR実施国の居住者である納税者が条約相手国の居住者によって所有・支配されているという事実のみに基づく異なる取扱いであるといえるのか、疑問もあるように思われる。

②UTPRは「類似の」内資系企業と比較して外資系企業を差別していない

さらに、資本無差別条項は、あくまで「類似の」（similar）⁸⁵内資系の内国法人と比較して外資系の内国法人に対して税務上不利な取扱いをすることを禁止しているということからも、UTPR条約違反説に対しては疑問が呈されている。

OECDモデル租税条約のコメンタリーでは類似性の判断基準は示されていないものの、米国モデル租税条約についての技術的説明では企業活動の類似性や資本所有の類似性を意味すると説明されている⁸⁶。また、「類似性」は、課税国の税法がどのような基準で区別を行っているのかによると解されており⁸⁷、例えば、ある活動の違いに応じて税務上の扱いが切り替わるのであれば、当該活動を同じく営む企業でなければ、「類似」した企業とは言い難いとされる⁸⁸。

〔図3〕



このような「類似」性に係る解釈を前提に、IIR未導入国（X国）に所在する親会社（A社）に所有されている多国籍企業グループの構成会社等である内国法人（B社）と（図3左側）、IIR導入済みの国（Y国自身）に所在する親会社（D社）に所有されている多国籍企業グループの構成会社等たる内国法人（E社）（図3右側）とは「類似」の状況にないとする見解も有力に主張されている⁸⁹。

かかる見解からは、Y国はB社に対してUTPRに基づく課税を行うがE社に対してはUTPRに基づく課税を実施しないという差異があるとしても、E社はB社と「類似の」内資系の内国法人ではないため、資本無差別規定への抵触は問題とならないことになる。

7. PE無差別規定——UTPRはPEを有する海外企業の差別？

（1）問題の所在

①PE無差別規定とUTPR

UTPRに基づく課税として、多国籍企業グループに属している法人がUTPR実施国の居住者ではないが同国内にあるPEを通じて同国内において事業を行っており、当該UTPR実施国が当該法人に対して課税するケースが考えられる。

一般に、租税条約では、一方の締約国の居住者が営む企業が他方の締約国内に有するPEに対する租税は、当該他方の締約国において、同様の活動を行う当該他方の締約国の居住者の営む企業に対して課される租税よりも不利に課されることはない、と規定している⁹⁰（以下、当該規定を「PE無差別規定」という）。

したがって、UTPRに基づくUTPR実施国内にPEを有する非居住者（条約相手国の居住者）に対する課税が、「同様の活動」を行うUTPR実施国の居住者に対する課税よりも不利な課税である場合には、UTPRに基づく課税はPE無差別規定に違反することになる。

②OECD/G20 BEPS包摂的枠組みの立場

OECD/G20 BEPS包摂的枠組みとしては、UTPRに基づく追加課税は、PE無差別規定により禁止される差別ではないとの立場が、ブループリントにおいて明示的に論じられていた。

すなわち、ブループリントでは、UTPRがPEを有する非居住者に対してもUTPR実施国に所在する法人と同様に適用されること、及び、UTPRはIIRのバックストップとして機能するように設計されていることに言及した上で、UTPRは、UTPR実施国内に非居住者がPEを有しているという理由のみから、同様の活動を行う内国法人より差別的に扱うものではないと結論付けている⁹¹。

（２）UTPR条約違反説の内容

一方で、UTPR条約違反説は、PEを有する非居住者が不利に課税されているか否かは、外国親会社の存在しない内国法人との比較において判断されるべき旨⁹²を確認した上で（つまり、ブループリントのように外国法人の国内子会社との比較で判断すべきではないとした上で）、UTPRは純粋な国内企業には課税しない一方、PEを有する非居住者には課税する仕組みであるから、PE非差別条項に違反する差別に他ならないとする⁹³。

（３）UTPR条約違反説への疑問

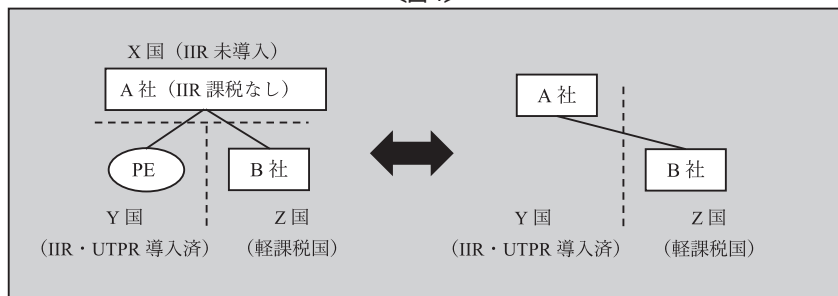
上記のUTPR条約違反説には疑問もある。まず、PE無差別規定に抵触するかの検討に際して、外国親会社の存在しない内国法人と比較するとしても、当該内国法人が「同様の活動」を行っていることが前提となる。「同様の活動」を行う内国法人との比較を行うには、検討中の課税と関連性がある限り様々な要素を考慮すべきとされ（法的なストラクチャー（legal structure）といった「活動」という文言には一見当てはまらない要素さえも含まれるとされている）、要するに、関連する全ての点で非居住者のPEと同一である内国法人との間で比較する必要があると解されている⁹⁴。

そこで、納税者（課税国にPEを有する非居住者）を課税国の居住者であ

ると見做し、それ以外の事実は何も変更しない場合において、当該納税者がPEに係る課税を軽減することが可能になるケースでは、PE無差別規定に抵触すると解されている⁹⁵。

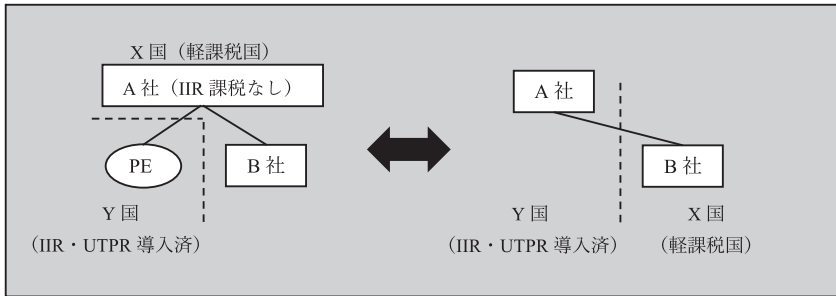
また、PE無差別規定が禁止しているのは「より不利に課される」(less favorably levied) 課税である⁹⁶。このため、PEに係る非居住者の税額と居住者の税額の比較のみが問題となり、PEを有する非居住者に居住者と異なる租税制度を適用したとしても、課税額の観点から不利でない限り、PE無差別規定には抵触しないとされる⁹⁷。例えば、OECDモデル租税条約24条のコメントリーのパラグラフ34は、非居住者のPE帰属所得には源泉徴収により課税し、居住者には申告納付により課税するとしても、前者が後者の課税額を超えない限り、PE無差別規定への違反にはならないとしている。

〔図4〕



かかる解釈から、UTPR実施国（Y国）が軽課税国（Z国）のB社に係るトップアップ税額についてUTPRに基づきA社のPE帰属所得に対して課税する場合（図4左側）について、納税者（A社）をPE所在国（Y国）の居住者であると看做しても（図4右側）、A社はY国からIIRに基づく課税を受けることになるため、通常、A社の税負担が軽減されることはない。すなわち、PEを有する非居住者に対してはUTPRが適用され、居住者に対してIIRが適用されるという差異はあるが、課税額の観点から不利ではない⁹⁸。

〔図5〕



また、親会社（A社）が軽課税国（X国）に所在する結果として、UTPRに基づく課税が実施されるケースについても、上記と同様の分析が当てはまる⁹⁹。

すなわち、UTPR実施国（Y国）が軽課税国（X国）のA社やB社に係るトップアップ税額についてUTPRに基づきA社のPE帰属所得に対して課税する場合（図5左側）について、納税者（A社）をPE所在地国（Y国）の居住者であると看做しても（図5右側）、A社はY国からIIRに基づく課税を受けることになるため、通常、A社の税負担が軽減されることはない。

結局、UTPR条約違反説の主張するように、外国親会社の存在しない内国法人と比較すべきであるとしても、それだけではUTPRがPE無差別規定に抵触することの根拠としては不十分でないか、といった疑問があり得るだろう。

Ⅲ. どの租税条約につきUTPR条約違反説を主張するか

前章の検討を踏まえつつ、UTPR租税条約違反説を前提として、UTPR実施国がどの法域と締結した租税条約が問題となるのかを整理すると、以下のとおりである。

(1) 事業所得条項（上記Ⅱ 1 参照）	UTPR実施国に配分されるトップアップ税額の基礎となった利得を得た企業を営む者の居住国
(2) 資本無差別規定（上記Ⅱ 6 参照）	UTPRに基づく課税を受ける内国法人を直接・間接に所有・支配する者の居住国
(3) PE帰属所得条項及びPE無差別規定（上記Ⅱ 4, 7 参照）	UTPRに基づく課税を受ける（UTPR実施国内にPEを有する）者の居住地国

まず、UTPRに基づく課税が事業所得条項に抵触すると主張する前提として、UTPR実施国と軽課税国であってQDMTTを実施していない国¹⁰⁰との間で租税条約が存在する必要がある。軽課税国であり、かつ、QDMTTも未実施である国との間でUTPR実施国が租税条約を締結している可能性は低い。したがって、実務上は、そもそも適用可能な租税条約が存在しないため、事業所得条項に抵触するとの主張が困難であることが多いかもしれない。

一方で、それ以外の主張については、通常、ホスト国（進出先となるUTPR実施国）とホーム国（進出元となる多国籍企業グループの構成会社等の税務上の居住国）との間に租税条約が存在すれば足りる。このため、UTPR条約違反説は、実務上は、事業所得条項よりも、無差別規定（及びPE帰属所得条項）に関して主張されることが多いと予想される。

IV. UTPR条約違反説の実際上の難点

UTPR条約違反説に対しては、その理論上の可否とは無関係に、多国籍企業グループにとって、UTPRに基づく課税が条約違反であることを争う実益がそもそも限定的なのではないか、との疑問が呈されている。

例えば、米国に最終親会社の存在する多国籍企業グループがUTPR実施国である日本に現地子会社を設けており、バミューダに所在するグループ企業の利得を基礎に計算されたトップアップ税額の一部について、日本が当該現地子会社に対してUTPRに基づく課税を行ったとする。もし、当該多国籍企

業グループが日本のUTPRに基づく課税が租税条約に違反すると争うのであれば、日本とバミューダとの間に租税条約は締結されていないため、日米租税条約の資本無差別規定に依拠して争うことになる可能性が高いと思われる。

この場合、多国籍企業グループは、当該現地子会社をして¹⁰¹、当該現地子会社に対するUTPRに基づく課税についての課税処分がなされた後で、当該課税処分に係る追徴税額を一旦納付させつつ、当該課税処分の取消しを求めて日本での不服審査手続を経させてから、最終的に日本の裁判所に訴えを提起させる必要があると思われる¹⁰²。

もし、裁判所が当該現地子会社の主張を認め、当該課税処分を取り消す判決を下した場合には、当該現地子会社に対して日本がUTPRに基づき課税することはできないことになる。

しかしながら、日本が当該現地子会社に対してUTPRに基づき課税していたトップアップ税額は、（未だに無効と判断されていない）他のUTPR実施国の間で（再）配分され、これらの国が自国のUTPRに基づき自国内の構成会社等に対して課税することは、妨げられないと解される¹⁰³。これは、多国籍企業グループの側からすれば、日本での訴訟に（おそらく多額の）費用や時間を投じて仮に勝訴できたとしても、それだけでは多国籍企業グループ全体の税負担の軽減に結びつかないことを意味する。

すなわち、(i) ホーム国と租税条約を締結していないUTPR実施国、(ii) ホーム国と租税条約を締結しているものの所謂トリイティー・オーバーライドにより租税条約よりも国内法であるUTPRが優先することになるUTPR実施国¹⁰⁴、(iii) その他実務上の理由でUTPRを争うことが困難なUTPR実施国¹⁰⁵ のいずれかにおいて、多国籍企業グループの構成会社等が1社でも所在している場合には、それ以外のUTPR実施国（何か国にもなり得る）の全てにおいて、UTPRに基づく課税が租税条約に違反し無効である旨の司法判断を勝ち取ることができたとしても、基本的には、当該多国籍企業グループ

全体の税負担の軽減には結びつかないことになる¹⁰⁶。

そうすると、多国籍企業グループにとっては（そして、UTPRによるグローバル・ミニマム課税の徹底を阻止したい政治勢力にとっても）、UTPR条約違反説に依拠してUTPRに基づく課税を各国で争うことに多額のコストを投じる実益が存在するのか、疑わしく感じられるかもしれない。

V. UTPRに基づく課税の租税条約の対象租税への該当性

1. 新たな見解の登場

これまでは（UTPR条約違反説にせよ、そうでない見解にせよ）UTPRに基づく課税は租税条約の対象租税（Taxes Covered）¹⁰⁷に含まれることを当然の前提として議論してきた。

ところが、近時、そもそもUTPRに基づく課税は、租税条約の対象租税に含まれておらず、対象租税以外にも適用される条項（例えば資本無差別規定）に基づく制限を除けば、UTPRに基づく課税が租税条約によって制限されることはない（その限りでUTPR条約違反説も成り立たない）、という新たな見解が登場し¹⁰⁸、注目される。

2. UTPRに基づく課税は対象租税に該当しない

この見解によれば、UTPRに基づく課税は所得に対して課される税ではないとされている。その要点は、UTPR実施国にとっては、UTPRに基づく課税額は、(i) グループ企業の利得、(ii) グループ企業の他国での実効税率、(iii) 軽課税国やUTPR未導入国に所在するグループ企業に係る要素を排した配賦基準を組み合わせで決定される任意の金額に過ぎない、という指摘にある¹⁰⁹。

すなわち、UTPRに基づく課税は、納税義務者となる居住者の財務上の純損益や課税所得（PEを有する非居住者が納税義務者の場合は、PEに係る財

務上の純損益やPE帰属所得）を参照せずに計算されており、(i) 納税義務を負う企業の所得、(ii) 当該納税義務を負う企業に対して配賦・帰属されるべき他の企業の利得、及び (iii) 他の企業の既存の所得税の納税義務とも関係がない。UTPRに基づく課税は、せいぜい間接的に他の企業の一定の財務上の純損益に結びついているに過ぎないが、そのような間接的な結びつきを以て、所得に対して課される税であるということとはできない。そして、UTPRに基づく課税のみを目的として、費用の損金算入を制限し、課税額を増やすという仕組みは、追加税、附加税、その他の個別負担金（an additional tax, a surtax, or any other separate levy）を課すことと実質的に変わらない¹¹⁰。

以上を踏まえれば、UTPRに基づく課税は、当該多国籍企業グループの一員であることに對して課される税であつて、所得に對して課される税（租税条約上の対象租税）ではない、というのである¹¹¹。

3. 若干の考察

UTPRに基づく課税が所得に對して課される税ではないという見解は、一定の支持を得ているようであるが¹¹²、まだ評価が定まっていないうに見受けられる¹¹³。この見解は、その当否とは別に、以下のようにUTPR条約違反説の抱える課題の一つを炙り出した点で、重要な意義を有すると思われる。

まず、これまでは、UTPRの税額は外国企業の利得を基礎として決定されること、また、当該外国企業の利得が自国の居住者に実質的に帰属すると見做すべき事情がないことを強調してきたのは、他ならぬUTPR条約違反説の側であつた（上記Ⅱ 1（2）参照）。UTPR条約違反説は、課税国による自国と結びつき（Nexus）のない所得に対する前代未聞の課税制度であるとして、UTPRに基づく課税を非難してきたのである¹¹⁴。

上記の新しい見解もまた、UTPR条約違反説と同じく、UTPRに基づく課税をUTPR実施国の居住者に対する所得課税とは理解していない。ところ

が、上記の見解は、かかる理解を突き詰めて、UTPRに基づく課税は所得に対する課税ではないと指摘し、租税条約に基づく制限は及ばないと結論している¹¹⁵。UTPR条約違反説と同じ出発点から正反対の結論を導いたこと自体が、この見解の印象的なポイントであり¹¹⁶、UTPR条約違反説に対する痛烈な皮肉とさえ感じられる。

そもそも、国際的な経済活動に対して各国がバラバラに課税するのが原則なので、様々な形態の多重課税が発生するのがベースラインである。その意味で、租税条約のような多重課税を取り除く試みは、むしろ例外に当たる。しかも、租税条約は二重課税の排除を目的の一つに掲げている訳であるが、多種多様な形態の多重課税の全てに対処することにはなっておらず、基本的には、「所得」に課される「税」¹¹⁷に関する問題だけに自ら対象を限定している¹¹⁸。したがって、UTPRに基づく課税が、旧来の国際取引に対する所得課税の在り方から（著しく）乖離した課税に見えるというのであれば¹¹⁹、むしろ、租税条約によって対処されていない、多重課税がそのまま放置されているベースラインへの回帰を想定すべきであるかもしれない¹²⁰。

以上をまとめると、UTPR条約違反説は、一方では、租税条約によって許容されてきた典型的な所得課税とUTPRに基づく課税との差異を指摘しなければならないが、他方で、UTPRに基づく課税と所得課税との連続性にも留意しなければならない、そのようなジレンマの狭間で隘路を切り開く必要がある、ということになる。

そして、そのような立論が困難ということになれば、UTPR条約違反説の中心は、租税条約上の対象租税であるか否かに拘わらず適用があり得る規定（例えば、資本無差別規定）へと移り変わっていくのかもしれない。

VI. グラクソ事件最高裁判決とUTPR条約違反説

1. はじめに

一般に、UTPRに基づく課税が租税条約に反するか否かは、UTPR実施国の国内法が同国の締結した租税条約に抵触するか否かを審査するために各UTPR実施国が設けている手続において判断されることになる¹²¹。

したがって、UTPR条約違反説に依拠してUTPRに基づく課税を阻止できるのかは、各UTPR実施国において国内法と租税条約の関係がどのように位置づけられているのか（例えばトリートリー・オーバーライドの有無）、また、国内法よりも租税条約が優先するとして納税者がそれを争う仕組みが存在しているか等に左右されることになる。さらに、あるUTPR実施国において、国内法の租税条約への抵触を裁判で争うことが可能であるとしても、その国の裁判所がUTPR条約違反説に親和的な解釈姿勢であるかは別問題である。

以下では、全てのUTPR実施国の裁判所がUTPR条約違反説に親和的な解釈姿勢であるとは限らないということを例証する趣旨で（上記Ⅳのとおり、全てのUTPR実施国においてUTPRに基づく課税処分を取消しを受けない限り、多国籍企業グループ全体の税負担の軽減に結びつかないことに留意）、日本のグラクソ事件最高裁判決に触れておきたい。

上記Ⅱ 1（2）のとおり、UTPR条約違反説の主張の一つは、UTPRの自国の居住者への課税という法的形式は見せかけであるので重視すべきでなく、その実質に沿って条約相手国の居住者が営む企業の利得に対する課税であると看做し、事業所得条項への違反と認定すべき、というものであった。これと対照的に、グラクソ事件最高裁判決は、法的形式での割切りを重視する判断を下しているように思われる。そこで、グラクソ事件最高裁判決について次項で概観する。

2. グラクソ事件最高裁判決

(1) 事業所得条項への抵触の有無は法的形式で割り切る

グラクソ事件では、シンガポールに子会社を有する日本の内国法人に対する外国子会社合算税制¹²²の適用につき、日本・シンガポール租税条約第7条第1項（事業所得条項）への違反が主張されたものの、最高裁判所はその主張を退けた。

最高裁判所は、まず、「同項は、〔一方の締約国〕の企業に対するいわゆる法的二重課税を禁止するにとどまるものであって、同項が〔他方の締約国〕に対して禁止又は制限している行為は、〔他方の締約国〕の〔一方の締約国〕企業に対する課税権の行使に限られるものと解するのが相当である」との事業所得条項の解釈を示した。

その上で、外国子会社合算税制による課税が「あくまで我が国の内国法人に対する課税権の行使として行われるものである以上、日星租税条約7条1項による禁止又は制限の対象に含まれないことは、上述したところから明らかである」と判示した。

さらに、最高裁判所は、「日星租税条約7条1項は、一方の締約国の企業の利得に対しては、他方の締約国は、自国の内国法人に対する課税という形であっても、恒久的施設がない限り一切課税権を行使することはできないことを規定したものと解すべきであるとする所論は相当ではない」と念押しする判示を付け加えている。

以上のように、グラクソ事件最高裁判決は、「我が国の内国法人に対する課税権の行使」（すなわち「自国の内国法人に対する課税という形」）である限り、租税条約の事業所得条項への違反は存在しないという、法的形式で割り切る判断をしたと解される¹²³。

(2) 「趣旨目的に明らかに反するような合理性を欠く課税制度」の実質的条約違反の余地

最高裁判所は、事業所得条項に関しては上記（1）のように法的形式で割

り切る判断をしつつも、「各締約国の課税権を調整し、国際的二重課税を回避しようとする日星租税条約の趣旨目的にかんがみると、その趣旨目的に明らかに反するような合理性を欠く課税制度は、日星租税条約の条項に直接違反しないとしても、実質的に同条約に違反するものとして、その効力を問題とする余地がないではない」と判示した。

もっとも、結論としては、外国子会社合算税制は「全体として合理性のある制度」であり、「シンガポールの課税権や同国との間の国際取引を不当に障害し、ひいては日星租税条約の趣旨目的に反するようなものということもできない」と述べ、租税条約への実質的な違反も否定した。

以上の判示は、上記（１）の形式的な割切りの下では租税条約の違反とならない場合でも、実質的な租税条約違反を問題とする余地が一応は存在していることを示した点で、特徴的である¹²⁴。しかしながら、その極めて迂遠な書きぶりからすれば、最高裁判所が税制の合理性欠如を理由として租税条約違反と判断する可能性は低いと見られている¹²⁵。

なお、担当調査官の解説によれば、この判示に関しては、条約の誠実解釈義務・誠実履行義務（ウィーン条約法条約26条及び31条１項参照）の観点から、締約国間の通商や資本の移動を不必要に制限し、あるいは一方の締約国の課税ベースを不当に侵食することになるような租税制度は条約上も許されないと解釈する余地があり、例えば、条約相手国で現に活発に事業活動を行っている同国法人の所得を親会社である内国法人に無条件に帰属させるような税制は慎重な検討を要するという¹²⁶。

3. 若干の考察

グラクソ事件最高裁判決を前提とする場合、UTPRに基づく課税は「自国の内国法人に対する課税という形」で実施される以上、事業所得条項への違反はないとの割り切りがなされ、問題は、UTPRに基づく課税が“租税条約の趣旨目的に明らかに反するような合理性を欠く課税制度”なので租税条約

に（実質的に）違反しているとして“その効力を問題とする余地がないではない”場合であるかに限定されることになりそうである。

それでは、UTPRに基づく課税が「租税条約の趣旨目的に明らかに反する」のだろうか。UTPRに基づく課税はグローバル・ミニマム課税を徹底することを目的としており、租税条約の趣旨目的（租税回避の機会を生じさせることなく二重課税を排除すること）とは別の政策目的に基づく課税制度であることは否定し難いが¹²⁷、それでも租税条約の趣旨目的と「明らかに反する」とまで言えるか否かは、見解が分かれ得るかもしれない。なお、UTPRに基づく課税は、所謂実体ベースの所得控除も考慮して決定されるトップアップ税額のうち、IIRに基づく課税がなされなかった残額中から、自国内の従業員及び有形資産に応じて配分された金額について課税する制度であるから、少なくとも、調査官解説で例示されていたような「条約相手国で現に活発に事業活動を行っている同国法人の所得」を内国法人に「無条件に」帰属させるような税制ではないことは確かであろう。

また、グラクソ事件最高裁判決は、「全体として合理性のある制度」であることに着目して結論を導いていたことにも留意が必要であろう。UTPRについても、関連するグローバル・ミニマム課税の仕組み全体を加味して「全体としての合理性のある制度」であるか否かを検討する必要があるのかもしれない。

例えば、条約相手国（軽課税国）が法人税率を引き上げる（QDMTTを実施する）ことは租税条約の「趣旨目的に明らかに反する」とは言い難いように思われるところ、そうしたグローバル・ミニマム課税の実現を促すための制度（バックストップ）を設けたとして、それが租税条約の「趣旨目的に明らかに反する」と言えるだろうか。

また、もし日本がUTPRに基づく課税を実施していなかったとしても、第三国のUTPRに基づく課税を考慮すれば、原告の属する多国籍企業グループの全体の税負担は変わらなかったというケースもあると予想される。このよ

うなケースであっても、日本のUTPRに基づく課税が条約相手国（軽課税国）の課税権や同国との間の国際取引を不当に阻害していると評価できるだろうか。

いずれにせよ、グラクソ事件最高裁判決の判示を前提とする限り、UTPRに基づく課税が租税条約に違反するという結論を導くことは、一筋縄ではないと考えられる。グラクソ事件最高裁判決では直接判断されていない無差別規定への抵触の点も含め、UTPR条約違反説には、更なる検討の余地があるように思われる。

Ⅶ. 結語

本稿では、UTPR条約違反説の内容を検証した。まず、UTPR条約違反説において論拠に挙げられることの多い租税条約の諸規定、具体的には事業所得条項・セービング条項、PE帰属所得規定（独立企業原則）、資本無差別規定、PE無差別規定を順に検討したが、いずれの論拠も決定的とまでは言い難く思われた。

次に、UTPR条約違反説の事業所得条項違反の主張はQDMTT未実施の軽課税国との租税条約が締結されていることが前提となるという難点を指摘した。このため、UTPR条約違反説は、実務上は、事業所得条項よりも、無差別規定（及びPE帰属所得条項）に関して主張されることが多いと予想している。

さらに、あるUTPR実施国でUTPRに基づく課税額の取消しを勝ち取っても、通常は、当該課税額は他のUTPR実施国の間で（再）配分されるだけであり、多国籍企業グループ全体の税負担の軽減に結びつかない。このため、UTPR条約違反説の理論的な当否にかかわらず、多国籍企業グループにとってUTPRに基づく課税を争う動機が限られるかもしれない。

また、近時、UTPRに基づく課税がUTPR実施国の居住者に対する所得課

税とは言い難いという理解を突き詰める形で、UTPRに基づく課税は所得に対する課税ではなく、租税条約に基づく制限は及ばないという見解が登場している。この見解との対抗において、UTPR条約違反説は、UTPRについて、所得課税との差異と連続性の両方を同時に主張しなければならないジレンマに陥ると思われる。その結果、UTPR条約違反説の中心が、租税条約上の対象租税であるか否かに拘わらず適用があり得る資本無差別規定に移る可能性もあろう。

さらに、実際に日本でUTPR条約違反説を主張する場合について、グラクソ事件最高裁判決との関係を検討した。グラクソ事件最高裁判決を前提とする場合、UTPRは内国法人への課税という法的形式で実施されるため、事業所得条項への違反はないとの割り切りがなされ、問題は、UTPRに基づく課税が「租税条約の趣旨目的に明らかに反するような合理性を欠く課税制度」か否かに限定される可能性がある。

以上のとおり、UTPR条約違反説には疑問点や課題が残されているように思われる。今後、更なる議論の進展があるか、引き続き動向を注視したい。

【脚 注】

- 1 本稿は、ニューヨーク大学ロースクール在学中に執筆したりサーチペーパーにおける分析を基礎としつつ、全体的に構成を見直した上で加筆し、その内容を発展させたものであるが、本稿の執筆期間の大半が在外研修中であったため、邦語文献の引用は限定的である。
- 2 OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, STATEMENT ON A TWO-PILLAR SOLUTION TO ADDRESS THE TAX CHALLENGES ARISING FROM THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY (2021) .
- 3 グローバル・ミニマム課税については、邦語文献に限っても既に多数の解説が存在するが、比較的最近のものとして、小宮敦史「グローバル・ミニマム課税（「第2の柱」）の国内法制化について」月刊国際税務43巻4号（2023）14頁参照。
- 4 本稿執筆時点ではグローバル・ミニマム課税を実施するための法改正は未施行である（関連政省令も未公布である）が、本稿では、説明の便宜上、当該改正後の法人税の条文

を参照している。

- 5 Heydon Wardell-Burrus, *The UTPR as a Rule of Recognition*, 108 TAX NOTES INT'L 1527, 1528(2022); Wei Cui, *Strategic Incentives for Pillar Two Adoption* 11(Working Paper, 2022), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4161375.
- 6 See Ruth Mason, *A Wrench in GLOBE's Diabolical Machinery*, 107 TAX NOTES INT'L 1391, 1393(2022) ("Failure to cooperate results in a revenue loss for the uncooperative state, but it does not protect any multinational from taxation."). 岡直樹ほか「IFA日本支部：第11回ウェブセミナーの報告 テーマ：GloBEルールと日本のCFC」租税研究879号80頁〔岡発言〕も、UTPRによりグローバル・ミニマム課税が「息が詰まるほど徹底」されていると評価する。
- 7 OECD, *TAX CHALLENGES ARISING FROM THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY – ADMINISTRATIVE GUIDANCE ON THE GLOBAL ANTI-BASE EROSION MODEL RULES(PILLAR TWO)* (2023).
- 8 See, e.g., Letter from Congressional Republicans to Janet Yellen, Sec'y, Dep't of the Treasury (Dec. 14, 2022), https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/sfc-sfr-wm_r_letter_to_secretary_yellen.pdf ("there is growing consensus among tax experts, including former Treasury officials, that the Pillar Two UTPR is inconsistent with our bilateral tax treaties."). その後、米国下院歳入委員会所属の共和党議員らが、2023年5月23日付けでUTPR実施国に対して報復的な追加課税を行うことを内容とする法案(Defending American Jobs and Investment Act(H.R. 3665))を提出して(当該法案が成立する可能性は低いものの)UTPR実施予定国への牽制が続いている。なお、米国系経済団体が各国のGloBEルール国内法化に際したパブリックコメントにおいて、UTPRは租税条約に違反するので実施すべきでない旨の意見を投じた事例も見受けられる。See, e.g., Stephanie Soong, *Netherlands and OECD Should Revisit UTPR's Legality, Firms Say*, 108 TAX NOTES INT'L 1456, 1457(2022).
- 9 なお、本稿では扱わないが、UTPRと租税条約との関係とは別に、UTPRと(慣習)国際法との関係についても問題提起がなされている。例えば、「居住地ベースのネクサスの旗印の下でなら、その国が思うがまま何でもなし得るというのは、国際法上、許されるはずがないのではないか。自国の居住者に課税する方法であっても、何らかの制限は存在するはずだ。ピーターが税務上は自国の居住者であることを奇貨として、ポールの得た利得に対してピーターに課税することは、適切とは思えない」(Robert Goulder, *Confessions of a UTPR Skeptic*, 108 TAX NOTES INT'L 907, 908(2022))といった趣旨の主張がなされている。かかる主張に対しては、自国の居住者であることに基づく課税をどのように設計するかに関して、(各国の憲法その他の国内法上の制約はあるとしても、それとは別に)国際法に基づく制約は考え難いといった反論がなされている。UTPRと(慣習)国際法との関係を巡る議論の詳細については、see, Michael Lennard, *Customary International Law and Tax — The Fog of Law*, 109 TAX NOTES INT'L 601, 601-08(2023); Sjoerd Douma et al., *The UTPR and International Law: Analysis From Three Angles*, 110 TAX NOTES INT'L

857, 862-68(2023).

- 10 なお、厳密には、UTPRの適用に当たって基準となるのは住所ではなく所在地 (location) であるが、GloBEモデルルール10.3.1に定められた所在地の判断方法は住所の判断方法と概ね重なっているため、結果的に住所と所在地が一致する場合が多いと思われる。そこで、本稿では住所と所在地とを特段区別せずに議論している。
- 11 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (以下、「**OECDモデル租税条約**」) という 3条 (1) (d) 及び7条 (1)、United States Model Income Tax Convention (以下、「**米国モデル租税条約**」) という 3条 (1) (c) 及び7条 (1) 参照。
- 12 Reuven S. Avi-Yonah, The UTPR and the Treaties, 109 TAX NOTES INT'L 45, 46(2023).
- 13 OECD, TAX CHALLENGES ARISING FROM DIGITALISATION – REPORT ON PILLAR TWO BLUEPRINT: INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS(2020)
- 14 *Id.* at para. 679.
- 15 *Id.* at para. 471(“the allocation of the top-up tax does not entail taxation of the profit of one entity in the hands of another”).
- 16 *Id.* at para. 680(“as a general matter, then, tax treaties should not present any obstacle to jurisdictions implementing an IIR and UTPR along the lines envisaged under the GloBE”).
- 17 OECD, TAX CHALLENGES ARISING FROM THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY – GLOBAL ANTI-BASE EROSION MODEL RULES(PILLAR TWO).
- 18 当初のブループリント段階では、一次的には軽課税国に所在する多国籍企業グループの構成会社等への控除可能な支払金額、二次的には多国籍企業グループ内の純支出額に基づいてトップアップ税額を配分することが想定されており、軽課税国への利益移転との結びつきの強弱を多少なりとも分配の多寡に反映させようとする方向性が打ち出されていた(ブループリントのセクション7.4参照)。ところが、その後公表されたGloBEモデルルールでは、ブループリントの上記の方向性は放棄されており、概要、各UTPR実施国内の従業員数および有形資産の額に応じてトップアップ税額を配分する旨が規定された (GloBEモデルルール2.6.1参照)。
- 19 See, e.g., Soong, *supra* note 8, at 1457; Stephanie Soong & Andrew Velarde, *Too Soon for Domestic Minimum Tax Safe Harbor*, OECD Adviser Says, 109 TAX NOTES INT'L 652, 653(2023).
- 20 OECD, *supra* note 7, at 6.
- 21 See, e.g., Maarten de Wilde, *Why Pillar Two Top-Up Taxation Requires Tax Treaty Modification*, KLUWER INTERNATIONAL TAX BLOG (Jan. 12, 2022), <https://kluwertaxblog.com/2022/01/12/why-pillar-two-top-up-taxation-requires-tax-treaty-modification/>; Jinyan Li, *The Pillar 2 Undertaxed Payments Rule Departs From International Consensus and Tax Treaties*, 105 TAX NOTES INT'L 1401, 1406-07(2022); Michael S. Lebovitz et al., *If Pillar 1 Needs an MLI, Why Doesn't Pillar 2?* 107 TAX NOTES INT'L 1009, 1011 (2022); Jefferson VanderWolk, *The UTPR: Taxing Rights Gone Wild*, 108 TAX NOTES

- INT'L 1369, 1369(2022); Ana Paula Dourado, *The Pillar Two Top-Up Taxes: Interplay, Characterization, and Tax Treaties*, 50 INTERTAX 388, 393-95(2022); Brian J. Arnold, *The Ordering of Residence and Source Country Taxes and the OECD Pillar Two Global Minimum Tax*, 76 BULL. INT'L TAX'N 218, 223(2022); Douma et al., *supra* note 9, at 871.
- 22 Mindy Herzfeld, *The GLOBE Information Return In the Crosshairs*, 109 TAX NOTES INT'L 297, 300(2023).
- 23 Heydon Wardell-Burrus, *Four Questions for UTPR Skeptics*, 108 TAX NOTES INT'L 699, 701(2022).
- 24 See Allison Christians & Tarcísio Diniz Magalhães, *Undertaxed Profits and the Use-It-or-Lose-It Principle* 108 TAX NOTES INT'L 705, 708(2022) ("it is just as accurate to say that what the UTPR shifts is not [a non-resident]'s income to [a resident of implementing country] at all, but rather [...] taxing right to [implementing country].").
- 25 See Wardell-Burrus, *supra* note 23, at 701. なお、管見の限り、UTPR条約違反説の論者から、どのようにして事業所得条項違反となる金額を具体的に特定するかの方法論は、未だに提案されていないように見受けられる。
- 26 $45 = 100 \times \{50\% \times 56 / (44+56) + 50\% \times 510 / (510+990)\}$
- 27 $55 = 100 \times \{50\% \times 44 / (44+56) + 50\% \times 990 / (510+990)\}$
- 28 OECD, TAX CHALLENGES ARISING FROM THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY –GLOBAL ANTI-BASE EROSION MODEL RULES(PILLAR TWO)EXAMPLES(2022).
- 29 See, e.g., Avi-Yonah, *supra* note 12, at 48("Form frequently controls in international taxation just as it does in domestic corporate tax.").
- 30 租税条約では、「一方の締約国の居住者」は、「当該一方の締約国の法令の下において、住所、居所、市民権、本店又は主たる事務所の所在地、法人の設立場所その他これらに類する基準により当該一方の締約国において課税を受けるべきものとされる者」等と定義される例が多いのではないかと考えられる (OECDモデル租税条約4条 (1)、米国モデル租税条約4条 (1)参照)。この定義は、課税国と納税者との間の関係性のみに注目しており、課税国と課税所得との間の関係性は必ずしも考慮していない。そうすると、UTPR条約違反説の主張するような「課税国の納税者との関係性からすれば居住者に対する課税であるが、それとは別に課税国と課税所得との関係性を検証し、その関係性が希薄な場合には、やはり居住者に対する課税として扱うべきではない」といった解釈が租税条約において予定されていると言えるのか、定かでないと思われる。以上につき、ニューヨーク大学ロースクールのMitchell Kane教授からのコメントに特に感謝する。
- 31 より具体的に、親会社は子会社に対して株主として利得の分配を請求し得ることと比較して、兄弟会社や親会社が利得を得ても、その利得の自社への分配を請求できる訳ではないので、自国の居住者の兄弟会社や親会社たる外国企業やその利得に対し、当該居住者が何らかの支配力・影響力を及ぼしているとは言い難い、との指摘がなされることがある。前掲 (注21) の各引用文献参照。
- 32 See Werner Haslehner, *Article 10*, in KLAUS VOGEL ON DOUBLE TAX CONVENTIONS

930, 996-997(Ekkehart Reimer & Alexander Rust eds., 5th ed. 2022) (“like an initial determination of whether there has been any income or profit, it remains a decision for each Contracting State to decide to whom the income should be attributed”). 反対、浅妻章如「タックスヘイヴン対策税制（CFC税制）―判例の解釈と今後の政策論―」租税研究728号（2010）252頁（「勝手に日本国内法で…帰属する所得であると言ってしまうとすると、これはちょっと問題があるのではないかと思うわけです。…それは条約違反にならないと言ってよいのかは疑問が残ると思っています」）及び中里実「タックスヘイヴン対策税制」『租税法の潮流〔第二巻〕金融取引の課税』（税務経理協会、2021〔初出2005〕）326-31頁（概要、外国子会社合算税制に関して、所得の帰属を国内法のみで変更することは租税条約の事業所得条項の下では許容されていないと論じている）。

33 UTPRを実施する国内法が（租税条約ではなく）各国の憲法に抵触しないかを問題とする余地はあるかもしれない。例えば、外国子会社合算税制に関する叙述であるが、濤圭吾『所得課税の国際的側面』（有斐閣、2016〔初出2009〕）367頁は、「①内国法人の②実質的にはタックス・ヘイヴン国を源泉としない所得に対する課税である、という実質論が成り立たない…場合、あくまで内国法人に対して課税されていることに注目して、所得のないところに課税が行われている、という批判を向けることができよう。法人に対する所得課税において課税標準が理論的な所得から乖離すること自体は許容されるが、極端に理論的な所得を上回り、それを正当化する理由がない場合には（もはや所得課税ではないということで）違憲となる場合があるかもしれない」と指摘する。

34 なお、セービング条項が一般原則の成文化に過ぎないとの立場からは、セービング条項を含まない租税条約（米国が当事国となる租税条約を除くとセービング条項を含む租税条約は稀である）の適用・解釈に当たっても、セービング条項が含まれている場合と同じ結論に至るように適用・解釈されることになると考えられる。したがって、以下の分析は、セービング条項を含まない租税条約についても同様に妥当するものと考えられる。

35 ただし、一般に、租税条約の無差別規定は、ある国の自国居住者に対する課税権を制限することが意図されており、セービング条項の例外として明記されることが多い（OECDモデル租税条約1条（3）、米国モデル租税条約1条（5）参照）。（資本）無差別規定については下記6で検討する。

36 OECDモデル租税条約1条（3）、米国モデル租税条約1条（4）参照

37 See, e.g., Dourado, *supra* note 21, at 395.

38 See, e.g., Angelo Nikolakakis & Jinyan Li, *The UTPR — No Taxation Without Value Creation!*, 110 TAX NOTES INT'L 49, 51 (2023); Douma et al., *supra* note 9, at 871.

39 See, e.g., Wilde, *supra* note 21; Lebovitz et al., *supra* note 21, at 1011; Li, *supra* note 21, at 1406; Nikolakakis & Li, *supra* note 38, at 51.

40 Jefferson VanderWolk, *Tax Treaties Pose Problems for the UTPR*, 108 TAX NOTES INT'L 29, 29 (2022); See also, David G. Noren, *Modifying Bilateral Income Tax Treaties to Accommodate Pillar Two UTPR Rules*, 63 (25) TAX MGMT. MEM. 3 (2022) (“given how far beyond prior precedent the UTPR has gone in terms of asserting extraterritorial rights

- to impose tax on a formulary basis despite longstanding nexus and separate entity accounting principles.”).
- 41 Wardell-Burrus, *supra* note 23, at 700(“[a] black letter interpretation would suggest that the treaty does not prevent a contracting state from taxing its own residents on whatever basis it chooses.”).
- 42 本項につきニューヨーク大学ロースクールのMitchell Kane教授からのコメントに特に感謝する。
- 43 ただし、セービング条項の明文の例外である無差別規定については、UTPRがセービング条項によって保護されるか否かにかかわらず、UTPRに基づく課税に適用可能である（前掲（注35）参照）。無差別規定については下記6で検討する。
- 44 UTPRに基づく課税が「一方の締約国の居住者に対する当該一方の締約国の課税」ではないとすれば、セービング条項限定解釈を取って持ち出すまでもなく、文言上、UTPRはセービング条項の適用対象に該当していないと端的に論じれば足りるはずである。
- 45 UNITED STATES MODEL TECHNICAL EXPLANATION ACCOMPANYING THE UNITED STATES MODEL INCOME TAX CONVENTION OF NOVEMBER 15, 2006 3-4(2006).
- 46 *Duncan v. Commissioner*, 86 TC 971, 974(“In construing a treaty, the provisions of the savings clause take precedence over the other provisions in the treaty, unless the other provisions are specifically excepted from the provisions of the savings clause.”) ; *Filler v. Commissioner*, 74 T.C. 406, 410-11.(“Since the savings clause does not include article 15 among the articles which take precedence over the savings clause, the savings clause has the effect of providing that the source of income allocation rules found in the Internal Revenue Code are applicable to U.S. citizens, rather than the provisions of article 15.”)
- 47 See Alexander Rust, *Some Thoughts about the Inclusion of a Saving Clause in the OECD Model*, in THINKER, TEACHER, TRAVELER. REIMAGINING INTERNATIONAL TAXATION, at Section 35.3.3(Ruth Mason et al., eds., 2021).
- 48 Jacques Sasseville, *A Tax Treaty Perspective: Special Issues*, in TAX TREATIES AND DOMESTIC LAW 37, 50(Guglielmo Maisto ed., 2006) (“When the saving clause [in the US Model] is read together with these exceptions, it becomes clear that the true purpose of the saving clause, as regards residence taxation, is to prevent the treaty from restricting residence taxation *in an unintended way*. The list of exceptions is thus an exhaustive list of the provisions that, according to both contracting States, should restrict residence taxation in a certain way.”). See also, Luc De Broe & Joris Luts, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, 43 INTERTAX 122, 139(2015).
- 49 OECD, PREVENTING THE GRANTING OF TREATY BENEFITS IN INAPPROPRIATE CIRCUMSTANCES, ACTION 6 – 2015 FINAL REPORT, para. 62(2015).
- 50 Josef Schuch & Nikolaus Neubauer, *The Saving Clause: Article 1(3) of the OECD Model*, in BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING(BEPS)27, 31(Michael Lang et.al., eds.,

2016) (“The saving clause is guided by the principle that a tax treaty should limit the domestic taxation of resident taxpayers [...] only in very rare circumstances.”).

- 51 Georg Kofler, *Some Reflections on the “Saving Clause”*, 44 INTERTAX 574, 575 (2016). ただし、Georg Kofler教授はDouma et al., *supra* note 9の執筆者の一人であり、UTPR条約違反説の立場を採るようである。

52 *Id.* at 577.

53 *Id.* at 580.

- 54 *See Id.* (“the saving clause makes sure that conflicts between domestic law and treaty law are permanently avoided, so that the residence State also has ‘the opportunity to pursue treaty overrides without having to violate its obligations under the tax treaty’, although, of course, making fundamental changes without consulting the treaty partner may be unwise diplomatically.”).

- 55 *See, e.g.,* Noren, *supra* note 40, at 3 (“If this were actually permitted, one wonders what the remaining purpose of the business profits article would be — countries could dream up any sort of notional group income tax base, determined based on factors having no connection to the tax-imposing country, and as long as they have the fig leaf of imposing legal liability for the tax only on a locally resident entity, they can tax any MNE group on an extraterritorial, formulary basis.”); Douma et al., *supra* note 9, at 872. (“a saving clause would enable states to subject any taxable group entity to corporate tax on effectively the worldwide profits of the multinational firm involved [...] on any arbitrarily founded taxable basis or [...] without any restriction under the tax treaties concluded. This reading would, however, render tax treaties meaningless”)

- 56 確かに、多国籍企業グループにとってUTPRに基づく課税を免れることは容易ではない。しかしながら、各国が多国籍企業グループの一員である自国居住者を対象に独自に増税しても、UTPRと同程度に多国籍企業グループが免れることが困難な制度となる訳ではない。UTPRがグローバル・ミニマム課税を徹底する機能を果たすことができるのは——多国籍企業グループの一員である自国居住者に対する課税という制度設計よりも——課税総額を決めてからUTPR実施国間で分け合う仕組みとした上で（UTPR実施国が一つでもあれば課税額の全部を徴収可）、それをクリティカル・マスの国々で同時に実施することに成功したためである（Ⅰ参照）。UTPRの革新性は、こうして多国籍企業グループはUTPRを導入しているクリティカル・マスの国々から全て撤退しない限りグローバル・ミニマム課税を免れなくなる仕様を実装してみせた点にあるのではないだろうか。多国籍企業グループの一員である自国居住者に対する課税を各国が一方的に導入するだけでは、多国籍企業グループの利得への実効的な課税を実現する突破口にはならなかったように思われる。各国がそのような一方的な課税制度の導入に踏み切ってこなかったのは、単に実効性を欠いていたためかもしれない。そして、実効性に欠ける課税を行う権限が、わざわざ租税条約で制限されていなければならないと解するべきなのか、定かでない。

- 57 外国子会社合算税制に関する叙述であるが、淵・前掲（注33）367頁参照。

- 58 当該法人が第三国の居住者である場合については、下記5で論じる。
- 59 OECDモデル租税条約7条（1）（2）、米国モデル租税条約7条（1）（2）参照。
- 60 OECD, *supra* note 13, at para. 471.
- 61 *Id.* at para. 689.
- 62 *Id.*
- 63 See, e.g., Vikram Chand et al., *Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the Various Challenges*, 14(1) *WORLD TAX J.* 3, 28(2022); Lebovitz et al., *supra* note 21, at 1011; Nikolakakis & Li, *supra* note 38, at 54.
- 64 Jacques Sasseville, *Article 7: Business Profits*, in *GLOBAL TAX TREATY COMMENTARIES*, sec. 5.1.4(Pasquale Pistone et al., eds., 2019).
- 65 *Id.* at sec. 4.2.5.2.
- 66 なお、UTPR条約違反説の事業所得条項違反の主張に対する疑問として述べた各点は、PE帰属所得条項違反の検討に当たっては無関係かもしれない。OECDモデル租税条約7条のコメントリーのパラグラフ17では、PE帰属所得は、企業全体の利益をPEとその余の部分に配分して決定するのではなく、PEに帰属する所得をあたかも独立企業であるかのように決定すべきものとされ、企業全体でみれば赤字であってもPE帰属所得が黒字となるケースもあり得るとされている。このため、最終的なUTPRの税額と外国企業の利得との間の対応関係をトレースすることが困難であること（上記1（3）①）、また、UTPRに基づく課税は非居住者の営む企業の損失年度にも発生し得ることは（上記1（3）②）、いずれも、UTPRがPE帰属所得の決定に影響を与えていないという決定的論拠とまでは言い難いだろう。
- 67 例えば、金子宏『租税法〔第24版〕』（弘文堂、2021）361頁は「租税政策上または経済政策上の理由から」定められた規定の例として交際費等の損金算入制限規定（租税特別措置法61条の4）を挙げ、同431頁では、「法人の支出する交際費等の中には事業との関連性の少ないものもあり、また交際費等の損金算入を無制限に認めると、いたずらに法人の冗費・乱費を増大させるおそれがある」ことが当該規定の根拠であるとする。
- 68 See Avi-Yonah, *supra* note 12, at 47-48(“the point of the soak-up tax is that the tax on the income attributable to the PE under the arm’s-length principle is determined based on the tax liability of its parent in the [jurisdiction of the parent], and that is like the UTPR” and “the soak-up tax rule shows that it is legitimate for an [country of PE] to apply a tax to a PE based on the tax treatment of the parent by the [country of parent], and that there is no jurisdictional rule in a treaty that prevents the [country of PE] from applying a soak-up tax but not taxing other PEs if a credit is not available.”).
- 69 See *Id.* at 47(“instead of applying the UTPR directly to the PE [...], the [implementing country] can just increase the tax rate on the PE until it reaches the level required by the UTPR.”).
- 70 *Id.* なお、OECDモデル租税条約24条のコメントリーのパラグラフ58は無差別規定に關

する解説だが、PE帰属所得に対して累進税率を適用することを前提に議論されており、PE帰属所得規定が変動税率の適用を禁止している訳ではないことを示唆するように思われる。

71 See Yariv Brauner, *The Rule of Law and Rule of Reason in the Aftermath of BEPS*, 51 INTERTAX 1, 4(2023).

72 OECDモデル租税条約24条(5)、米国モデル租税条約24条(5) 参照(もっとも、実際には資本無差別規定を含まない租税条約も少なくないとされる。See Alexander Rust, *Article 24*, in KLAUS VOGEL ON DOUBLE TAX CONVENTIONS, *supra* note 32, at 1904, 1956.)。なお、租税条約には資本無差別規定の他にも支払無差別規定(OECDモデル租税条約24条(4)、米国モデル租税条約24条(4) 参照)が含まれることがあるが、GloBEモデルルールにおけるUTPRは支払無差別規定に関しては問題無いとの解釈が一般的であるため、本稿では支払無差別規定については扱わない。See, e.g., Allison Christians & Stephen E. Shay, *The Consistency of Pillar 2 UTPR With U.S. Bilateral Tax Treaties*, 109 TAX NOTES INT'L 445, 451(2023) ("The person being taxed by the treaty partner under the UTPR is either a corporation resident in that country or a branch of a nonresident corporation. Because both would be subject to the UTPR in the same way, there would be no discrimination for purposes of paragraphs 2 or 4 of the U.S.(or OECD) models.") ; Chand et al., *supra* note 63, at 31 ("denial of deduction applies to all payments made by the UTPR taxpayer(domestic or cross border to low-tax or high-tax entities). If the denial is linked to all payments, then discrimination issues may not arise.")。

73 See Kees Van Raad, *Issues in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses*, 42 BIFD 347, 347(1988) ("[non-discrimination clauses] do not take a broad neutrality approach [and] constitute an incoherent collection of fairly narrow clauses.")。

74 Rust *supra* note 72, at 1908. ("Article 24 OECD and UN MC only prevents overt, direct discriminations. Hidden or indirect forms of discriminations are not prohibited by Article 24 even if in most instances the less advantageous treatment burdens the person which is protected by Article 24.")。なお、増井良啓「二国間租税条約上の無差別条項」ソフトロー研究第17号(2011) 10頁も参照。

75 Rust, *supra* note 72, at 1954; Niels Bammens & Frans Vanistendael, *Article 24: Non-Discrimination*, in GLOBAL TAX TREATY COMMENTARIES, *supra* note 64, at sec. 2.5.2.1. ただし、一部の租税条約(カナダが締結している租税条約に多いとされる)では、自国居住者ではなく第三国の居住者が所有・支配する内国法人との比較において不利益な取扱い可否かを問題とする旨が明記されていることにも留意が必要である。

76 *Id.* at sec. 2.5.1.3. See also, paragraph 78 of the commentary for Article 24 of the OECD Model([no violation of this non-discrimination provision if] "the different treatment is not dependent on the fact that the capital of the company is owned or controlled by non-residents.")。

77 Li, *supra* note 21, at 1407. See also, Noren, *supra* note 40, at 4-5.ただし、このUTPR条

約違反説の指摘は、自国居住者ではなく第三国の居住者が所有・支配する内国法人との比較を問題とする一部の租税条約（前掲（注75）参照）については当てはまらないように思われる。

78 Bammens & Vanistendael, *supra* note 75, n. 158.

79 John F. Avery Jones et al., *Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses*, 3(2) *WORLD TAX J.* 179, 180(2011). *See also*, Square D Co. v. Commissioner, 118 T.C. 299, 314-15(2002) (Held that the ownership non-discrimination clause does not apply “when there is no connection between the residence of the owners and the different tax treatment.”).

80 Rust, *supra* note 72, at 1954.

81 Christians & Shay, *supra* note 72, at 451.

82 UTPR条約違反説からは、納税者（B社）とは別の法人（A社）に関する事情を考慮することは許されないと主張（より具体的には、下記②で述べるA社に関する事情を考慮して比較対象の類似性を欠くとする解釈論は、否定されるべきであるとの主張）もなされている。Nikolakakis & Li, *supra* note 38, at 51 (“if one were to point to the criterion that the foreign-owned CE’s UPE is not subjected to an IIR or a QDMTT, that would not be relevant to the situation of the foreign-owned CE, but rather to a different taxpayer — the UPE.”).また、親会社（A社）に対するIIRに基づく課税額だけ子会社（B社）に対するUTPRに基づく課税額が減少するという関係を考慮することに対して、OECDモデル租税条約24条のコメントリーのパラグラフ77が（連結納税制度を内国法人間でのみ認めることが資本無差別規定に反しないことを説明する文脈で）「居住者企業とその資本を所有する非居住者の複合的な取り扱いと、同じ国の居住者企業とその資本を所有する居住者との比較」(comparing the combined treatment of a resident enterprise and the nonresident that owns its capital with that of a resident enterprise of the same State and the resident that owns its capital)を否定していることとの整合性を疑問視する見解もある。Douma et al., *supra* note 9, at 874.このように、UTPR条約違反説は株主（A社）に対する（IIRに基づく）課税の状況が無関係な事情として扱うべき旨を強調している。しかし、そうであれば、本文で述べたように比較の前後で株主（A社）に対する課税の状況に手を加えないことになる（その結果、むしろ、UTPRに基づく課税は資本無差別規定に反しないと考えられる）のではなかろうか。

83 *See* Christians & Shay, *supra* note 72, at 451. (“Any discrimination that might arise, however, would not arise because the U.S.-parented company is foreign owned, but because its parent is from a non-pillar 2 country.”).なお、資本無差別規定は、隠れたあるいは間接的な差別を禁止する規定ではないと解されており（Bammens & Vanistendael, *supra* note 75, at sec. 2.5.1.3.）、株主がIIRに基づく課税を受けるか否かと株主の居住地との間に事実上の関連があるだけでは、資本無差別規定により禁止される差別には該当しないと考えられる。

84 ただし、最終親会社の居住地国に当該最終親会社以外の構成会社等が所在しておらず、

かつ、問題となるUTPR実施国以外の第三国にも構成会社等（子会社又はPE）が全く所在していない多国籍企業グループのケース（図2のC社が存在しないケース）では結論が異なり得る。このようなケースでは、最終親会社をUTPR実施国の居住者とみなすと、純粋な国内グループとなりUTPR（およびIIR）は適用されなくなるためである。もっとも、このような多国籍企業グループは、実際には稀かもしれない。

85 なお、租税条約によっては“in the same circumstances”や“carrying on the same activities”といった表現を用いるものもある。See Bammens & Vanistendael, *supra* note 75, at sec. 2.5.2.1.

86 United States Model Technical Explanation Accompanying the United States Model Income Tax Convention of November 15, *supra* note 45, at 81. (“For this purpose it is understood that ‘similar’ refers to similar activities or ownership of the enterprise.”)

87 Rust *supra* note 72, at 1955.

88 See *Id.* (“[i]f a different activity results in a different tax liability then the two enterprises are only in a similar situation if they exercise the same activity.”)

89 Christians & Shay, *supra* note 72, at 452. See also, Diane M. Ring, *Testimony for the Hearing “Cross-border Rx: Pharmaceutical Manufacturers and U.S. International Tax Policy,”* <https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/Diane.Ring.Submitted.Testimony.SFC.Hearing.Cross-BorderRx.5.9.23.pdf> (“Claims of discrimination seems unsupported.”).

90 OECDモデル租税条約24条（3）、米国モデル租税条約24条（2）参照。

91 OECD, *supra* note 13, at para. 696. (“The UTPR applies to a PE that is a UTPR Taxpayer, in the same way as to a UTPR Taxpayer that is a group entity, as a mechanism to allocate top-up tax resulting from a low-tax outcome within an MNE. [...] It is a rule designed to serve as a backstop to the IIR by allocating top-up tax among the Constituent Entities in an MNE Group when the IIR does not apply. The UTPR, therefore, does not discriminate against a PE situated in a state compared with a resident entity of that state which carries on the same activities merely because it is the PE of a non-resident entity.”)

92 Rust, *supra* note 72, at 1930-31.

93 Chand et al., *supra* note 63, at 30.

94 Bammens & Vanistendael, *supra* note 75, at sec. 2.3.2.1.1. なお、OECDモデル租税条約24条のコメントリーのパラグラフ37 ([the comparison should be made to an enterprise] “that has a legal structure that is similar to that of the enterprise to which the permanent establishment belongs”) 及びパラグラフ38 (“regulated and unregulated activities would generally not constitute the ‘same activities’ for the purposes of [the PE non-discrimination clause]”) も参照。

95 Rust, *supra* note 72, at 1930.

96 ただし、一部の租税条約では、「異なる」(other than) 課税を禁止していることにも留

- 意が必要である。See *Id.* at 1942.
- 97 *Id.* at 1932. See also, Bammens & Vanistendael, *supra* note 75, at sec. 2.3.3.2.
- 98 See Avi-Yonah, *supra* note 12, at 48 (“The correct comparison is between the domestic MNE subject to the IIR and the PE and its affiliates subject to the UTPR, and in that case the foreign MNE is not subject to a higher tax and will usually be subject to a lower tax by the [implement country] than the domestic MNE.”).
- 99 ただし、前掲（注84）の補足説明を参照。
- 100 もし、軽課税国がQDMTTを導入していれば、当該軽課税国に係るトップアップ税額はUTPRに基づく課税に先立ち当該QDMTTにより徴収されることになると考えられる。
- 101 争点は日米租税条約の無差別規定に関するものであるが、米国の最終親会社は、日本で課税処分を受けた訳ではないため、課税処分の取消しを争う手続の当事者にはならないと考えられる。
- 102 なお、当該現地子会社は、日本の権限のある当局に対して日米租税条約25条1項に基づく相互協議（及び仲裁）を申し立てることも可能であろうが、相互協議（及び仲裁）で意図した結果を得られる見込みが低い場合は、日本における訴訟手続にて本格的に争うことになると考えられる。
- 103 Wardell-Burrus, *supra* note 23, at 702; Douma et al., *supra* note 9, at 875.
- 104 英国、オーストラリア、カナダ、ニュージーランド、オーストリア、ドイツではトリートリー・オーバーライドが認められており、さらにEU加盟国ではEU指令により租税条約をオーバーライドする余地があると議論されている。See, e.g., Chand et al., *supra* note 63, at 34-35; Avi-Yonah, *supra* note 12, at 47.
- 105 See, e.g., Herzfeld, *supra* note 22, at 297 (“at the end of the day, the technicalities of the legal debate may be irrelevant” [because companies may not want to] “risk litigating an issue on which it’s questionable whether they will succeed on the merits” [for the sake of] “the desire to continue to do business in a jurisdiction while maintaining the goodwill of politicians, bureaucrats, and the public.”).
- 106 さらに、このような実情を各国の裁判官が（暗に）考慮し、UTPR条約違反説に消極的にならないとも限らない、との指摘もある。Wardell-Burrus, *supra* note 23, at 701.
- 107 OECDモデル租税条約2条、米国モデル租税条約2条参照。
- 108 See generally Christians & Shay, *supra* note 72.
- 109 *Id.* at 446. (“What [...] some commentators miss is that the UTPR tax amount is a tax on neither income nor capital. In relation to the UTPR country imposing the tax, it is an arbitrary amount determined in part on income of an affiliate, in part on the affiliate’s effective tax rate (ETR) in another country, and in part on apportionment metrics that take no account of the factors of the affiliate with the income and other affiliates in countries not applying the UTPR. Consequently, the UTPR properly is excluded from the scope of taxes covered by existing U.S. bilateral income tax treaties.”)

- 110 *Id.* at 447-48
- 111 *Id.* (“the UTPR tax amount can best be understood as an additional tax, in the nature of an excise tax, imposed on the constituent entities of an MNE group in a UTPR jurisdiction by virtue of their being members of that group.”) なお、この見解は、「留保金課税およびタックス・ヘイブン対策税制によって課される義務が本当に『租税』債務なのか、『所得税』債務なのかという問題もある。この点は…租税条約や通商・投資関係条約との関係で問題となりうる」(測・前掲(注33) 405頁〔初出2013年〕)という指摘と相通ずるところがあるように思われる。
- 112 *See, e.g.,* Reuven S. Avi-Yonah, *What Does the US Get from Pillar 2?*, <https://ssrn.com/abstract=4389419>; Ring, *supra* note 89.
- 113 *See, e.g.,* Douma et al., *supra* note 9, at 869.
- 114 *See, e.g.,* VanderWolk, *supra* note 21, at 1370 (“The fact is that the UTPR departs from one of the fundamental elements of tax jurisdiction - the nexus requirement - in an unprecedented way”); Angelo Nikolakakis & Jinyan Li, *UTPR: Unprecedented (and Unprincipled?) Tax Policy Response* 109 TAX NOTES INT’L 743, 743-44 (2023).
- 115 なお、UTPRに基づく課税が所得課税(法人税)であるのか否かは、その合憲(違憲)性の争い方にも影響すると考えられる。もし、UTPRに基づく課税が、所得課税とは別の課税であるならば、UTPRに基づく課税の結果として課税ベースが理論的な所得から(極端に)乖離するため違憲であるという立論は成り立たない(前掲(注33)参照) ことになりそうである。
- 116 *See* Brauner, *supra* note 71, at 3.
- 117 「UTPRは、必ずしも源泉地国でも居住地国でもない国によるミニマム税課税であり、しかも、それは国の歳入を賄うための“税”とは別物である疑いが強い」(岡ほか・前掲(注6) 69頁〔岡〕)との見解もある。この見解を突き詰めると、UTPRに基づく負担の適否は、租税条約ではなく、他の法領域の分析枠組みを用いて検討すべきなのかもしれない。例えば、二国間投資協定その他の通商法・国際投資法の規律との抵触の問題とする余地があるかもしれない (*See generally,* Catherine Brown & Elizabeth Whitsitt, *Implementing Pillar Two: Potential Conflicts with Investment Treaties*, 71 CAN. TAX J. 189 (2023)). 関連して、柱2は「多国籍企業同士の競争条件をできるだけ揃えるためのものとして、国家補助規制の観点からのみ正当化できるのではないか」(測圭吾「国際課税の地殻変動」租税法研究50号(2022) 23頁)との指摘が目を引く。
- 118 例えば、一般消費税・個別消費税(物品税)・社会保障税・贈与税・相続税その他の税目についても、それぞれ租税管轄の重複の問題を生じ得るし、また、これらの税目と所得課税との間で課税ベースが重複することも考えられ、こうして様々な形態の多重課税が発生するにもかかわらず、(理論的根拠というよりは歴史的な偶然で)租税条約の対象は所得課税にほとんど限定されてきた、との指摘がある。 *See, e.g.,* Wei Cui, *Article 2 - Taxes Covered*, in GLOBAL TAX TREATY COMMENTARIES, *supra* note 64, at 2.5.2.1.
- 119 例えば、「UTPRはこれまでの国際課税が要求した課税根拠(ネクサス)不要の課税で

あり、もう一つの『ニューワールド』だ」（岡ほか・前掲（注6）68頁〔岡発言〕）、「UTPRは国境を越えた課税のありかたに新しい展望をもたらしたと言える」（同73頁〔岡発言〕）との指摘がある。

- 120 岡・前掲（注117）23頁は、より一般的に、「国際的二重課税を極力排除するよりも、国際的二重課税の危険を犯してでもあらゆる所得がどこかの国で課税されるということが重視されるようになりつつある。ここでも、他国の管轄権行使の可能性があるからといって自国の管轄権行使を自制する必要はない、という思考が支配的になってきている」と指摘している。

121 See, e.g., Wardell-Burrows, note 23, 702-03.

- 122 UTPRに基づく課税が租税条約や（慣習）国際法に抵触するか否かの議論に関連して、外国子会社合算税制のアナロジーでUTPRを捉えることの適否が議論されているが（compare, Tarcisio Diniz Magalhães & Allison Christians, *Why Data Giants Don't Pay Enough Tax*, HARV. L. & POL'Y REV. (forthcoming 2023) (manuscript at 14-16), <https://ssrn.com/abstract=4342650>, Christians & Magalhães, *supra* note 24, at 707-10, Reuven S. Avi-Yonah, *UTPR's Dynamic Connection to Customary International Tax Law*, 108 TAX NOTES INT'L 951, 952(2022), and Michael L. Schler, *Pillar 2 and Minority Interests* 109 TAX NOTES INT'L 715, 715(2023), with Jefferson VanderWolk, *The UTPR, Treaties, and CFC Rules: A Reply to Avi-Yonah and Schler*, 109 TAX NOTES INT'L 187, 187(2023), Herzfeld, *supra* note 22, at 299, Nikolakakis & Li, *supra* note 114, at 744-48, and Douma et al., *supra* note 9, at 871-72. このほか岡ほか・前掲（注6）68-78頁〔岡・浅妻発言〕も参照）、本稿はこの議論に立ち入らない旨、念のため付言する。本稿は、かかるアナロジーの適否は一旦脇に置くとして、いずれにせよグラクソ事件最高裁判決の法的形式での割切りを重視する態度はUTPR条約違反説と相性が悪いように見受けられる、という点を示すことを意図している。

- 123 例えば、岡田幸人「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成21年度〔下〕』（法曹界、2012）790-91頁は「内国法人に対する課税である以上、それがたとい特定外国子会社等が稼得した所得を合算対象としてされたものであったとしても日星租税条約7条1項に反するものとは解し難い（同項の規律の対象外である）という本判決のような割り切り」と指摘している。弘中聡浩「判批」中里実ほか編著『租税判例百選〔第7版〕』（有斐閣、2021）146頁も、本文で言及した判示部分は「形式論理」による判断であると評している。駒宮博史「判批」判評619号（2010）14頁も同旨と思われる。

124 浅妻章如「判批」ジュリスト1399号（2010）54頁参照。

- 125 弘中聡浩＝采木俊憲「判批」中里実ほか編著『タックス・ヘイブン対策税制のフロンティア』（有斐閣、2013）69-70頁。

126 岡田・前掲（注123）792-93頁。

- 127 See, e.g., Wilde, *supra* note 21; Chand et al., *supra* note 63, at 33-34; Douma et al., *supra* note 9, at 871.