

銀行業を営む外国法人の支店に対する課税について

高尾 尚明

要 旨

支店に帰属する所得を算定する場合、同一企業内における内部取引を認識すべきか否かについて、OECD 加盟国においてコンセンサスが確立していない。国際的な銀行業の場合、支店は本店や他の支店から国境を超えて資金を借り入れたり、その逆に貸し付けたりする。この場合、本支店間の内部利子の控除を支店の課税所得を計算するにあたって認識すべきか否かは、銀行業を営む支店にとって、重大な問題である。しかし、この問題に OECD は早くから取り組んできた。特に 1984 年に公表された報告書で、OECD は銀行業における利子の取扱いを詳細に取り上げている。さらに、OECD は、2008 年に公表した PE に関する報告書で、支店形態で事業を営む代表的な取引として銀行業を挙げ、綿密な検討を行なっている。しかしながら、OECD の 1984 年報告書によると、OECD 加盟国の多数意見と米国及びわが国の内部利子の控除に関する見解は異なっているとす。国際的に内部利子の取り扱いやその算定方法が相対立し、さまざまな方法が採用されることは好ましくない。それにより、外国銀行の支店に帰属する所得金額が、源泉地国と居住地国とで異なることとなり、国際的な二重課税が発生するからである。

本稿の目的は、銀行業の内部利子に関する OECD や米国そしてわが国の規定及び考え方を比較、分析して、米国における判例や租税条約を参考に、こうした国際的二重課税に対するわが国のあり方を探ることである。

まず第 1 章で、OECD における銀行業の内部利子に関する規定の変遷と方向性を概観し、その考え方を明らかにする。OECD は、その第 7 条コメンタリーで内部利子を法的、経済的観点から認識する必要がないとする。しかし、銀行業については、特別な配慮が必要であるとする。OECD は、銀行業の内部利子を斟酌する理由として次を挙げる。銀行が非関連者である第三者から借入を行なう場合、銀行は通常、利子を支払う。よって、第 7 条は、銀行内の内部利子が銀行の支店の利益計算にあたって斟酌されねばならないことを要求している。さらに、銀行の主たる業務は、自己に預けられている金銭に利子を付して貸出し、これによって利益を得ることであり、内部利子は、銀行全体の実際の支出又は収入として考えられる。そして OECD は、本店又は支店の一方が内部利子を斟酌しない場合、国際的二重課税が生じることを

懸念する。また、OECD は、PE 報告書で、第 7 条の解釈をさらに進展させ、支店の機能、事実分析によって、支店の利得を算定していく方向性を示し、その PE 報告書の一部を第 7 条のコメンタリーに取り入れた。

第 2 章では、銀行業の内部利子に関するわが国の実像を検証する。国内法では、法人税法施行令 176 条第 2 号で、国内及び国外にわたって事業を行なう法人の本支店間又は支店相互間の貸付金に対する内部利子は認識しないとする。この解釈をめぐって意見は分かれている。一方、裁決事例においては、内部利子は認識しないとするものの銀行業の特殊性から、内部利子を収益に対する売上原価であるとして損金算入を認めている。この場合、当該原価の額の算定方法等につき法令上明文規定がないとしても、内部貸付金を第三者にまでトレースできることを前提に実際調達原価の額を限度として認めている。しかし、それが困難な場合には、ロイターレート等による仮定計算上の調達原価も認めている。そのため、結果的に OECD 加盟国の多数意見に近い。

第 3 章では、米国における外国法人に対する支払利子の控除規定の変遷を概観し、Revenue Ruling により国内法と租税条約に関する米国の考え方を明らかにする。さらに国内法と租税条約の整合性の論点について Nat'l Westminster Bank 事件を検証し、事件後の米国の対応についても、英米租税条約の交換公文をもとに検討を加える。米国の規定は、その支払利子控除額を資産の割合など一定の配分基準によって、支店に配分する。これは、納税者の裁量によって、借入資金が支店に付け替えられ、支払利子の控除額を操作することを防ぐこと、及び法的な裏づけを持たない内部取引は認識しないという 2 つの考え方によるとされる。そして、米国は、国内法と米国が締結した租税条約とは、整合性がとれていると一貫して主張してきた。しかし、米国の主張は、Nat'l Westminster Bank 事件において認められず、国内法である Treas.reg. §1.882-5 と租税条約は整合性が取れていないとされた。この判決後、米国は英米租税条約を改訂し、その交換公文で金融業に関する資本の額の配分に関する規定を明定し、国際的二重課税に対処するようである。

第 4 章では、これまでのまとめとして、わが国における国際的二重課税への対応措置の検討を行なう。つまり、国際的二重課税の排除及び納税者の予測可能性と法的安定性の確保から、銀行業に関し無償資本の配分規定も含めた内部利子の算定について、国内法上の立法措置

を取ることが必要である。同時に、国際的な二重課税への対応措置をとるため、条約に明文規定を挿入しておくことが必要であるとする。

目 次

はじめに	1
1. OECD における議論	2
1. 1 モデル条約における事業所得条項の確立	2
1. 1. 1 モデル条約第 7 条	2
1. 1. 2 OECD モデル条約前	3
1. 1. 3 1963 年・1977 年モデル条約	5
1. 2 1984 年レポート	7
1. 3 1994 年モデル条約	10
1. 4 PE 報告書	12
1. 5 モデル条約第 7 条コメンタリーの改訂	15
1. 6 小括	16
2. わが国の状況	17
2. 1 法人税法	17
2. 2 裁決事例	19
2. 3 租税条約	23
2. 4 小括	25
3. 米国の状況	25
3. 1 米国における支払利子控除規定	25
3. 1. 1 Treas.reg.§1.882-5 制定に至るまで	25
3. 1. 2 Treas.reg.§1.882-5	29
3. 1. 3 Treas.reg.§1.882-5 と租税条約	31
3. 2 Nat'l Westminster Bank 事件	33
3. 2. 1 NatWest I	33
3. 2. 2 NatWest II	37
3. 2. 3 NatWest III	40
3. 2. 4 NatWest IV	41
3. 3 Nat'l Westminster Bank 事件後	42
3. 3. 1 英米租税条約、日米租税条約の改正	42
3. 3. 2 Treas.reg.§1.882-5 の改正	43
3. 4 小括	45

4. わが国における対応	45
おわりに	47
参 考 文 献	49

はじめに

支店に帰属する所得を算定する場合、同一企業内における内部取引を認識すべきか否かについて、OECD 加盟国においてコンセンサスが確立していない。国際的な銀行業の場合、支店は本店や他の支店から国境を超えて資金を借り入れたり、その逆に貸し付けたりする。この場合、本支店間の内部利子の控除を支店の課税所得を計算するにあたって認識すべきか否かは、銀行業を営む支店にとって、重大な問題である。しかし、この問題に OECD は早くから取り組んできた。特に 1984 年に公表された報告書で、OECD は銀行業における利子の取扱いを詳細に取り上げている。さらに、OECD は、2008 年に公表した PE に関する報告書で、支店形態で事業を営む代表的な取引として銀行業を挙げ、綿密な検討を行なっている。しかしながら、OECD の 1984 年報告書によると、OECD 加盟国の多数意見と米国及びわが国の内部利子の控除に関する見解は異なっているとす。国際的に内部利子の取り扱いやその算定方法が相対立し、さまざまな方法が採用されることは好ましくない。それにより、外国銀行の支店に帰属する所得金額が、源泉地国と居住地国とで異なることとなり、国際的な二重課税が発生するからである。

本稿の目的は、銀行業の内部利子に関する OECD や米国そしてわが国の規定及び考え方を比較、分析して、米国における判例や租税条約を参考に、こうした国際的二重課税に対するわが国のあり方を探ることである。

検討方法として、まず第 1 章で、OECD における銀行業の内部利子に関する規定の変遷と方向性を概観し、その考え方を明らかにする。

第 2 章では、銀行業の内部利子に関するわが国の実像を検証する。

第 3 章では、米国における外国法人に対する支払利子の控除規定の変遷を概観し、Revenue Ruling により国内法と租税条約に関する米国の考え方を明らかにする。さらに国内法と租税条約の整合性の論点について Nat'l Westminster Bank 事件を検証し、事件後の米国の対応についても、英米租税条約の交換公文をもとに検討を加える。

第 4 章では、これまでのまとめとして、わが国における国際的二重課税への対応措置を検討する。

1. OECD における議論

OECD が最初のモデル条約¹である「所得と財産に対する二重課税条約草案」（以下、「1963 年条約草案」という）を 1963 年に公表して以来、モデル条約は、租税条約の交渉や解釈並びに適用に関し、広く影響を及ぼしてきた²。そして、その解釈指針であるコメンタリーは、幾度かの改訂を経て、2008 年 7 月に最新版³である「2008 年版 所得と財産に対するモデル租税条約」（以下、「2008 年モデル条約」という）が公表されている。本章では、OECD モデル条約とそのコメンタリー、そして関連する OECD の報告書を主な資料として、銀行業の内部利子に関する OECD で行われてきた議論と考え方を明らかにしていく。

1. 1 モデル条約における事業所得条項の確立

1. 1. 1 モデル条約第 7 条

銀行業の内部利子の取り扱いに関しては、OECD モデル条約第 7 条の事業所得条項に依拠することになる。OECD モデル条約第 7 条は、第 1 項において恒久的施設（以下「PE」という）なければ課税なしの原則を、第 2 項において独立企業原則を定め、そして、第 3 項において PE の所得を決定するに当たって、当該 PE のために生じた費用は、どこで生じたものであろうと控除されるべきことを明文により規定している⁴。

そして、OECD モデル条約第 7 条に関する現行のコメンタリーは、PE に帰属する所得を算定するにあたって、本店からその支店へ行われる内部貸付けに関して、前者から後者に利子の名目において請求される額があり得るが、銀行のような金融機関を除き、かかる内部利子は認識される必要がないことが一般に合意されている⁵としている。

この理由として、コメンタリーでは、以下のように言っている⁶。

法的見地からすれば、利子の支払いと交換に財産を移転し、支払期

¹ OECD, “Draft Double Taxation Convention on Income and Capital”, 1963 (hereinafter 1963 Draft Tax Convention)

² OECD Committee on Fiscal Affairs, “Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed Version 17 July 2008” (hereinafter 2008 Model Tax Convention), introduction, para12 ; その日本語訳として川端康之監訳『OECD モデル租税条約 2008 年版（所得と財産に対するモデル租税条約）簡略版』（日本租税研究協会、2009 年）9 頁

³ OECD, *supra* note 2; 川端・前掲注 2

⁴ *Id.*, Article 7

⁵ *Id.*, Article 7, para 41; 川端・前掲注 2, 127 頁

⁶ *Id.*, Article 7, para 41; 川端・前掲注 2, 127 頁

日に全額の返済を引き受けるということは、形式的行為であり、PE の眞の法的性質とは相容れない。

経済的見地からすれば、内部債務及び受取勘定は存在しない。何故なら、ある企業が完全に自己資本から形成されている場合には、当該企業が支払わなくてもよかった利子の控除は認められるべきではない。こういった内部利子は、企業全体の利益を恣意的に充分変更し得るからである。

しかしながら、コメンタリーは、内部利子控除の禁止については、銀行業という特別な状況においては除かれるとしている⁷。このような、モデル条約第 7 条における事業所得条項と銀行業の内部利子に関するコメンタリーの成立に至る変遷をたどり、その意義を確認していく。

1. 1. 2 OECD モデル条約前

OECD モデル条約第 7 条における事業所得の規定と借入に係る内部利子に関する記述をたどってみると、2008 年モデル条約コメンタリーに先立つこと 70 年以上前の国際連盟による 1935 年条約草案⁸において、事業所得に関する諸原則がまとめられたとされている⁹。1935 年条約草案では、PE の所得算定上、同一又は類似の条件のもとで同一又は類似の活動に従事する独立企業であったならば、稼得したであろう所得が PE に帰属する¹⁰としている。さらに、支店等が独立した会計単位として帳簿及び会計処理に不備がある場合、税務当局が必要であるならば、作成済みの会計記録について、独立当事者間で用いられる価額で帳簿に修正を加えるものとしている¹¹。そして、内部利子は所得を認識しないが、一般企業とは別に銀行業の PE に帰属する所得の計算にあたっては、支店間の資金提供に係る利子に関し損金性（ただし、PE の資本とされた相当部分に対応するものを除く）を認容するとされている¹²。

1935 年条約草案において、PE に帰属する所得算定上、独立企業原則

⁷OECD, *supra* note 2, Article 7, para 42; 川端・前掲注 2, 127 頁

⁸1935 年条約草案の日本語訳として、赤松晃「1935 年条約草案日本語訳」『国際租税原則と日本の国際租税法』税務研究会出版局（2001 年）476－483 頁

⁹赤松晃『国際租税原則と日本の国際租税法』税務研究会出版局（2001 年）112－116 頁、矢内一好「国際連盟によるモデル租税条約の発展～事業所得を中心として～」税大論叢 20 号（1990 年）408－410 頁

¹⁰赤松・前掲注 8, 478 頁、矢内・前掲注 9, 409 頁

¹¹赤松・前掲注 8, 478 頁、矢内・前掲注 9, 409 頁

¹²赤松・前掲注 8, 479 頁、矢内・前掲注 9, 409－410 頁

が採用された理由としては、以下のように述べられている¹³。

PE に本店とは分離した会計記録を保管し、その会計記録を基礎として、あたかも PE が独立企業であるかのように課税することによって、PE に課税する範囲が限定される。

企業全体の純利益を分割して配分する利益分割法に比べ、二重課税や納税者の恣意性を排除するのに優れている。

各国の異なる税制のなかで企業全体の純所得を把握しないで、PE の会計記録に基づくことによる実務上の利点。

そして、1935 年条約草案は、1943 年メキシコ・モデル租税条約¹⁴、及び 1946 年ロンドン・モデル租税条約¹⁵に取り入れられた¹⁶。そこでは、各議定書において、1935 年条約草案における独立企業原則が踏襲され、さらに、銀行業については、一方の締約国に所在する本店が、他方の締約国に所在する PE に資金を提供した場合、利子は債権者である本店において所得を生じ、債務者である PE において所得から控除される費用として生じたものとみなす。そして、かかる利子の額は銀行間利率で計算され、債務者である PE に配賦された無償資本に対する利子は債務者の所得から控除されないとの規定がみられる¹⁷。

メキシコ・モデル租税条約、ロンドン・モデル租税条約で定められた諸原則は、修正を伴いつつも、多くの二国間条約の締結に採用された。しかし、OECD の前進である OEEC（欧州経済協力機構）加盟国は、国際的二重課税を排除する措置の重要性を認識し、また条約の統一的解釈の合意を望むようになった。そして、1956 年には OEEC（欧州経済協力機構）の租税委員会が、条約草案を起草するための作業を始めた¹⁸。そして、OEEC は、1961 年に OECD に改組され、その後 1963 年に OECD 租税委員会によって 1963 年条約草案¹⁹が公表された²⁰。

¹³赤松・前掲注 9, 91－101 頁、矢内・前掲注 9, 412 頁

¹⁴日本語訳として、赤松晃「二重課税防止のための 2 国間モデル租税条約〈対比〉メキシコ草案／ロンドン草案」『国際租税原則と日本の国際租税法』税務研究会出版局（2001 年）485－515 頁

¹⁵赤松・前掲注 14, 485－515 頁

¹⁶赤松・前掲注 9, 134－135 頁、矢内・前掲注 9, 410－411 頁

¹⁷赤松・前掲注 14, 510-513 頁

¹⁸OECD, *supra* note 2, Introduction A.para4-5; 川端・前掲注 2, 7－8 頁

¹⁹OECD, *supra* note 1

²⁰OECD, *supra* note 2, Introduction A.para4, 川端・前掲注 2, 7 頁

1. 1. 3 1963 年・1977 年モデル条約

1963 年条約草案は、第 7 条第 1 項において P E なければ課税なしの原則を、第 2 項において独立企業原則を定め、そして、第 3 項において PE の利得を決定するに当たって、当該 PE のために生じた費用は、どこで生じたものであろうと控除されるべきことを明文により規定している²¹。この構成と文言は、上述の 2008 年モデル条約とほぼ同じとなっている。

1963 年条約草案の第 7 条 2 項のコメンタリーは、PE に帰属する利得は、PE が本店と取引するのでなく、通常の市場における条件で完全に別個の企業と取引する場合に当該 PE が得たであろう利得としている²²。この場合の 7 条 2 項における別個のかつ分離した企業の解釈について、2 つの解釈があるとされている²³。一つは、PE を完全に独立したものと捉える見解である。つまり、本店と PE の間には法的な契約などは、存在しないが、税務上は、非関連の第三者との契約があるかのごとく取扱うというものである。その結果として、借入金に対する利子やロイヤリティなどを本支店間において認識するというものである²⁴。いま一つは、7 条 2 項の規定を PE は部分的に独立したものであると捉える見解である。つまり、法的な契約関係にない以上、実際に本店と PE が非関連の第三者であるかのように事業を行なうことはできないから、名目上の契約を想定するのは適当でない。そのため、PE が企業の一部分であるという紛れもない事実を無視できないのであり、PE と本支店間の利子やロイヤリティなどを認識しないという見解である²⁵。

つぎに、1963 年条約草案の第 7 条 3 項のコメンタリーは、7 条 3 項が、PE に帰属する利得を算定するにあたって、PE のために生じた費用は、どこで生じたものであろうと控除されるべきことを明文により規定しているとし、その PE のために生じた費用の額は、実額でなければならないとしている²⁶。そして、第 7 条における PE の所得算定には、二つの方法があるとされている²⁷。一つは、PE の独自の帳簿記録をも

²¹OECD *supra* note 1, Article 7

²²*Id.*, Commentary on Article 7, para10

²³Klaus Vogel, “Double Taxation Conventions Third Edition” Kluwer Law International LTD, 1997, Article7, C. II .2.f) aa)

²⁴*Id.*, Article7, C. II .2.f) aa)

²⁵*Id.*, Article7, C. II .2.f) aa)

²⁶OECD *supra* note 1, Commentary on Article 7, para13

²⁷Klaus Vogel, *supra* note 23, Article7, D. II .2.a); 谷口勢津夫「外国企業課税に関する帰属所得主義と全所得主義（1）」税法学 389 号（1983 年）16-17 頁

とに PE に帰属する所得を計算する方法で、分離会計または直説法と呼ばれる。いま一つは、企業全体の利益を特定の方法で割当てることにより PE に帰属する所得を計算する方法で、間接法と呼ばれる²⁸。コメンタリーでは、税務当局が PE に帰せられる利得を検証するため、PE の事業勘定が利用され、利得の調整を行なう場合には、その事業勘定が出発点となる²⁹としていることや、7条2項の独立企業原則によって、分離会計法が望ましい方法であるといわれている³⁰。

しかし、コメンタリーは、PE から本店に対する借入金の利子の支払いは、PE の課税利得を計算するうえで、控除されるべきでない³¹としている。ただし、銀行など金融業における内部貸付（資本として配賦されたものを除く）に対する利子の支払については特別の配慮が必要であるとし、その理由として、資金の貸借が金融本来の事業に密接に係わっているためである³²という。

その後、OECD は 1963 年条約草案とコメンタリーの改訂に着手し、1977 年に、新たな OECD モデル条約が公表³³（以下、「1977 年モデル条約」という）された。1977 年モデル条約では、第 7 条の事業所得条項に若干の変更が加わり、コメンタリーにも変更が加わっているものの、1963 年条約草案とそのコメンタリーを基本的に踏襲している。そして 1977 年モデル条約の後、移転価格に係る研究が進む中で、1984 年に銀行業の貸付利子についての独立企業原則に関する OECD のレポート「移転価格及び多国籍企業—三つの課税問題；多国籍銀行企業の課税」（以下、「1984 年レポート」という）³⁴が公表された。この 1984 年レポートは、その分析を銀行取引の性質から始めて、銀行支店に対する課税の重要な問題点を指摘しているので、次節でその内容を中心に概観していく。

²⁸Klaus Vogel, *supra* note 23, Article 7, D. II .2.a); 谷口・前掲注 27, 16-17 頁

²⁹OECD *supra* note 1, Commentary on Article 7 ,para10

³⁰Klaus Vogel, *supra* note 23, Article 7, D. II .2.b)

³¹OECD *supra* note 1, Commentary on Article 7 ,para15

³²*Id.*, Commentary on Article 7 ,para15

³³OECD, “Model Double Taxation Convention on Income and Capital”, 1977 (hereinafter 1977 Model Tax Convention)

³⁴OECD, Reports of the OECD Committee on Fiscal Affairs, “Transfer Pricing and Multinational Enterprises Three Taxation Issue”, 1984 (hereinafter 1984 Reports) ; その日本語訳として、木村弘之亮訳「移転価格と多国籍企業、三つの課税問題—OECD 租税委員会 1984 年報告書—」『多国籍企業税法—移転価格の法理—』慶應義塾大学法学会（1993 年）, 1984 年レポートを取上げた論文として、宮本十至子「多国籍銀行企業の恒久的施設課税」税法学 560 号（2008 年）

1. 2 1984 年レポート

1984 年レポートによれば、銀行業の主たる業務は、自己に預けられている金銭を投資するか、あるいは利子を付して貸出し、これによって利益を得る³⁵ことであるとする。そして、銀行は、子会社よりも企業全体の信用力を利用して低いコストで資金調達ができる支店形態で取引を行なう傾向がある³⁶とする。また、その銀行の財政的信用は自己資本と留保利益に依存し、場合によっては、劣後ローンにより補完されるとしている³⁷。

そして、1984 年レポートによれば、銀行業における利子の性質について、営利企業の場合には、調達した資金は、資産の取得や債務の支払などのために企業内ですべて費消されてしまう³⁸。それに対し、銀行の場合には、顧客からの預金及びこれに対する支払利子は、銀行の基本的支出であり、受取利子は基本的な収入であるとしている³⁹。要するに、通常の営利企業の場合には、粗利益は主として商品販売の売上高及び販売にかかる商品の売上原価からなっている。これに対し、銀行の場合には、粗利益の主要要素は、銀行による投資及び貸出に対する受取利子と、これらにあてられた資金の直接費すなわち、預金及びその他の銀行業務の過程で調達した資金に対する支払利子とからなっているとする⁴⁰。

つぎに、1984 年レポートは、モデル条約第 7 条を銀行業に適用する場合、二つの問題が生じるとしている⁴¹。

その一つは、PE の借入に係る内部利子は支店の利益計算に当たって斟酌すべきかという問題である。そして、1984 年レポートは、銀行業の内部利子は次の二つの理由から斟酌されるべきとする⁴²。

第一の理由は、OECD モデル租税条約第 7 条によれば、恒久的施設の利益はその恒久的施設が当該企業の他の部分からまったく独立して別個のかつ分離した企業として同一又は類似の条件の下で営んでいるかのように、算出されなければならないからである。つまり、銀行が

³⁵OECD, *supra* note 34, para10

³⁶*Id.*, para15

³⁷*Id.*, para16

³⁸*Id.*, para21

³⁹*Id.*, para22

⁴⁰*Id.*, para23

⁴¹*Id.*, para43

⁴²*Id.*, para47

その銀行業の枠内において非関連者の第三者から借入を行なう場合、同銀行は通常のごとく利子を受領し又は払う。それ故、第 7 条は、銀行内の内部利子が銀行の恒久的施設の利益計算に当たって斟酌されねばならないことを要求している⁴³。

第二の理由は、金銭の借入れ及び貸付けを業としない企業については、支店相互間又は本支店間の内部利子が、企業が実際に非関連者に支払うであろう利子に合致していない限り、その支店相互間（ないし本支店間）における内部利子を恣意的なものとして取扱うことは合理的である。したがって支店の独立企業間利益の計算に当たって無視される⁴⁴。しかしながら、上述のとおり銀行の主たる業務は、自己に預けられている金銭を投資するか、あるいは利子を付して貸出し、これによって利益を得ることであるから、内部利子は、企業全体の実際の支出又は収入として考えられうる。よって銀行内のすべての内部利子（これが資本抛出と直接関連するものを除く）が斟酌されることは、第 7 条のコメンタリー⁴⁵で述べられている原則に合致している⁴⁶とする。

さらに、1984 年レポートは、簡単な例を挙げ、本店〔A〕がある特定の貸付業者（L）の許で借り入れて、直接にさらにその支店〔B〕に貸し付ける金員を取り上げている。この支店自身〔B〕がさらにこの金員を非関連者の第三者〔C〕に転貸する。この取引に基づき当該支店〔B〕に生じる利益を算定するにあたって、その支店〔B〕が受け取った利子が利益として斟酌される一方でもし支店が独立企業として非関連者の第三者と同じ条件で本店から当該金員を借入れたとするならば、その支店が支払わねばならないであろうそのような利子の控除が認められないならば、それは不満足であろう。この場合、他の調整措置が講じられないのならば、当該受取利子は全額につき利益として取扱われることとなる⁴⁷とし、1984 年レポートでは、さらに具体的な数値を使い考察している⁴⁸。（図 1 参照）

⁴³OECD, *supra* note 34, para48

⁴⁴*Id.*, para49

⁴⁵OECD, *supra* note 33, para17

⁴⁶OECD, *supra* note 34, para49

⁴⁷*Id.*, para50

⁴⁸*Id.*, para51

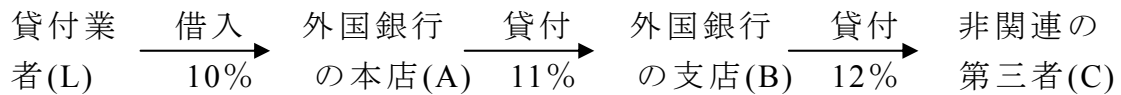


図 1 内部利子の取引例

この銀行の全世界所得は 2%に相当する利益となるが、このうち支店に 1%に相当する利益が帰属する。

1984 年レポートでは、OECD 加盟国の過半数が、銀行業の内部利子を斟酌すべきとしている。しかし、わが国と米国は、OECD モデル条約第 7 条コメンタリーのパラグラフ 17⁴⁹の銀行業の内部利子について特別な配慮が払われるという部分に関し、その特別な配慮の論拠がないことを理由に内部利子を必ずしも斟酌しなくてよいものと解釈している⁵⁰。

モデル条約第 7 条を銀行業に適用する場合のいま一つの問題点として、1984 年レポートは、PE の利益から控除される支払利子の計算に当たって、PE が実際に支払った利子でなく、当該企業全体の支払利子を割当によって PE に配分すべきかという問題を挙げている⁵¹。これについて、1984 年レポートは、1977 年モデル条約コメンタリーのパラグラフ 23 の解釈によって、説明している⁵²。つまり、パラグラフ 23 は、PE ごとの会計記録に基づいて、正確に PE の利得と費用を算定することが、なによりも優先されるが、場合によっては、本店と PE との業務が密接に関連し、PE の業務部分のみを PE の会計記録に分離することができないため、相当な数式又は適切な基準で配分する場合もありうると述べている⁵³。しかし、パラグラフ 23 は、同一国内の PE について、間接法の適用ケースを述べているものであって、PE の属する企業全体の利益を相当な数式又は適切な基準で配分する第 7 条 4 項とは関係ない⁵⁴とする。よって、OECD モデル条約第 7 条の目標は、直接的計算法により利得をひとつの PE に帰属させることであるとした⁵⁵。

次に 1984 年レポートは、銀行支店の無償資本の問題についても述べており、そこでは多くの国の銀行法が、外国銀行の国内支店にその貸借対照表において、資本を計上しなければならないことを定めている。

⁴⁹ OECD, *supra* note 33, on Article 7, para 17

⁵⁰ OECD, *supra* note 34, para 52

⁵¹ *Id.*, para 43

⁵² *Id.*, para 64

⁵³ *Id.*, para 65, 66

⁵⁴ *Id.*, para 66

⁵⁵ *Id.*, para 70

しかし、その資本が PE に実際に保有された資産によって、カバーされないため、本店がそのカバーされない部分を貸付によって資金を移転したとしてもその資金に対する支払利子は控除されない⁵⁶とする。そして、そのような資金に対し支払われる利子は、銀行業以外の企業がその本店に支払う内部利子となんら異ならないためであるからだとしている⁵⁷。そして、いかなる資本金の額が支店に帰属するかを決定するかは、銀行が、支店として実際に用いる資本の額であって、国内法人の自己資本比率又は過少資本規定にしたがって拠出されねばならない金額ではない⁵⁸としている。

1. 3 1994 年モデル条約

1984 年レポートの後、1994 年にモデル条約が改訂され、その改訂されたモデル条約である「1994 年版 所得と財産に対するモデル租税条約」（以下、「1994 年モデル条約」という）では、第 7 条のコメンタリーに変更⁵⁹が加えられ、新しいパラグラフも追加された。まず、第 7 条 2 項に関するコメンタリー、パラグラフ 12.1 において、本店と PE との事業勘定が、当該企業の現実の経済的な機能を反映した内部合意に基づいており、その勘定が対称的に記帳されている場合には、その事業勘定は税務当局に受け入れられる⁶⁰とした。

つぎに、第 7 条 3 項に関するコメンタリー、パラグラフ 17 は、第 7 条 2 項と 3 項の明らかな矛盾点について論じている。つまり、第 7 条 2 項は、PE と本店の間の取引の価格が独立企業原則に基づいて通常設定されるべきことを要求するのに対し、3 項の文言は PE のために生じた費用は利得を加えることなく実額でなければならないとする⁶¹。このことは、実際上の困難を惹起するが、コメンタリー、パラグラフ 17 は第 7 条 2 項と 3 項の間に原則の違いはないとする⁶²。コメンタリーは、一般に相互に取引を行なう際に、独立企業は、独立企業間価格を考慮するのに対し、特定の財産や役務には独立企業から得ることができたとは考えられない状況や、独立企業間であっても共同で行なわれ

⁵⁶ OECD, *supra* note 34, para77

⁵⁷ *Id.*, para77

⁵⁸ *Id.*, para82

⁵⁹ OECD, Committee on Fiscal Affairs, “Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed Version 1994” (hereinafter 1994 Model Tax Convention)

⁶⁰ *Id.*, Commentary on Article7, para12.1

⁶¹ *Id.*, Commentary on Article7, para17

⁶² *Id.*, Commentary on Article7, para17

た一定の経費を分担する状況も存在し、これらの特定の状況においては、実際に PE に生じた経費を PE に割当て⁶³のが適当であるとする⁶⁴。また、パラグラフ 17 の追加によっても、完全に第 7 条 2 項と 3 項の論点が解決したわけでない⁶⁵ともいわれている。

そして、コメンタリーは、内部利子が 7 条のもとで法的小および経済的な観点から認められないことを前節に記述のとおり確認している⁶⁶。ただし、銀行業については、特別な配慮が必要で、この論点は、1984 年レポートで検討されており、コメンタリーは 1984 年レポートの立場から乖離するものでないとした⁶⁷。

1994 年の第 7 条コメンタリーの改訂は、それまでの OECD における議論を踏まえ、その立場をより明確にしたが、その後、1995 年には OECD 移転価格ガイドライン⁶⁸が形成され、独立企業原則の考え方が進展した⁶⁹。これによって、OECD はモデル条約第 7 条 2 項の下で、第 9 条の独立企業原則をいかに適用していくか⁷⁰について、作業部会を設置し検討を重ねた。そして、最初の成果として、2001 年に「恒久的施設への帰属利益の算定に関するディスカッション・ドラフト⁷¹」が公表された。その後、このドラフトは、幾度かの改訂を経て、2008 年に完成版として、「恒久的施設への帰属利益の算定に関する報告書」(“Report On the Attribution of Profits to Permanent Establishments”以下、

⁶³ Philip Baker, “Double Taxation Conventions A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital” Sweet & Maxwell, para7B.23, 2002 において、ドイツの判例として、外国銀行の本店経費をドイツの支店に配分するにあたり、税務当局が支店の帳簿勘定への不明を理由に控除を否認したが、判決により、本店費用が、支店の事業のためであれば、その費用の配分が適切になされ、それを証明することにより、控除を認容するとの判決が紹介されている。

⁶⁴ OECD, *supra* note 59, Commentary on Article7, para17.1

⁶⁵ Philip Baker, *supra* note 63, para7B.21

⁶⁶ OECD, *supra* note 59, Commentary on Article7, para18

⁶⁷ *Id.*, Commentary on Article7, para19

⁶⁸ OECD, “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, 1995 ;日本語訳として、岡田至康監修者『新移転価格ガイドライン「多国籍企業と税務当局のための移転価格算定に関する指針」 平成 10 年 9 月』(日本租税研究協会、1998 年)

⁶⁹ OECD 2008 Report, Part I Introduction, para5

⁷⁰ *Id.*, Part I D, para82

⁷¹ OECD, “Discussion Draft On The Attribution Of Profits To Permanent Establishments Part I – IV” Part I – PartIII, 2004 , PartIV, 2005 ;日本語訳として、立川正三郎監訳『恒久的施設への帰属利益の算定に関するディスカッションドラフト』(日本租税研究協会、2006 年) ,ディスカッションドラフトを取上げたものとして、青山慶二「OECD における恒久的施設 (PE) の帰属利益の算定に関する議論」租税研究 678 号 (2006 年) 101–123 頁, 西村聞多・古賀昌晴「金融業を営む外国法人の支店に対する課税について [その 1]」租税研究 682 号 (2006 年) 111–130 頁

「PE 報告書⁷²⁾」が発表されるに至っている。次節においては、OECD によるこの 2008 年 PE 報告書を概観していく。

1. 4 PE 報告書

PE 報告書は、その序文において、OECD モデル条約第 7 条の解釈について、OECD 加盟国においてコンセンサスがないので、二重課税が生じる可能性がある。そして、コンセンサスを確立するため、7 条のもとで PE に利得を帰属させるための望ましいアプローチに関する作業仮説を開発した。そして、その作業仮説の開発が充分進展したことにより、その作業仮説を承認された OECD アプローチ(authorised OECD Approach、以下「AOA」という)であるとした⁷³⁾。また、この AOA の開発は、これまでの第 7 条の趣旨や歴史的な解釈及び適用によって、制約を受けないで行なわれたという⁷⁴⁾。

PE 報告書の構成は、Part I から PartIV となっており、Part I では、OECD モデル租税条約 7 条における AOA の適用についての一般的指針を提供し、PartII 以下において事業活動ごとに AOA がどのように適用されるかを論じている。本稿は、Part I と銀行業に焦点をあてた Part II を取り上げる。なお、PartIII、PartIVはそれぞれグローバルトレーディング、保険業について論じている。

まず PE 報告書は、OECD モデル条約第 7 条 1 項における「企業の利得」の解釈について、現在、大きく分けて二つの解釈がある⁷⁵⁾とする。第一の解釈である関連事業活動アプローチは、「企業の利得」を、PE が関与した事業活動(「関連事業」)から生じた利得のみを指すものとして定義する⁷⁶⁾。他方、第二の解釈である機能的分離企業アプローチは、PE に帰属される利得をあたかも当該 PE が同一又は類似の条件

⁷²⁾PE 報告書を取上げたものとして、井阪喜浩「国際課税の最近の動向について—OECD の議論を中心に—」租税研究 703 号(2008 年)112-124 頁、西村聞多「OECD による恒久的施設 (PE) の帰属利益に関するレポートの公表と OECD モデル租税条約第 7 条(事業所得)に関するコメントの改正について」租税研究 693 号(2007 年) 113-130 頁、宮本・前掲注 34, 180-183 頁、増井良啓「第 60 回 IFA 大会の報告—PE に帰属する利得を中心として—」租税研究 688 号(2007 年) 137-158 頁、Wolfgang Schoen, “Attribution of Profits to PEs and the OECD 2006 Report” Tax Notes International. Vol.46,no10, 2007, p1059-1072; その日本語訳として、緒方健太郎訳「PE への利得帰属と OECD2006 年報告書」租税研究 703 号(2008 年) 164-182 頁

⁷³⁾ OECD *supra* note 69, PREFACE, para2, 3

⁷⁴⁾ *Id.*, PREFACE, para3

⁷⁵⁾ *Id.*, Part I C, para60

⁷⁶⁾ *Id.*, Part I C, (i), para61

で、同一又は類似の機能を果たす別個のかつ分離した企業であれば、稼得したであろう利得であるとし、その利得は第 7 条 2 項の独立企業原則を適用して決定される⁷⁷とする。

例えば、企業が販売活動を行う PE を有しており、本店による購入等が 80、PE による販売が 100 として、企業の関連事業活動から生じた利得全体が 20 とする。この場合、関連事業活動アプローチによれば、PE の帰属利得は PE の活動の範囲に限られ、企業の利得 20 を超過することはない。

他方、機能的分離企業アプローチによれば、PE の帰属利得は、当該 PE が「別個のかつ分離した」企業であれば稼得したであろう利得であり、全体としての企業利得に制限されない。本店と PE との間の独立企業間価格が 90、70、110 となることにより、PE の帰属利得は 20 以上の場合も 20 以下の場合もある。

これらの 2 つのアプローチの結果が大きく異なる状況がある。特に全体としての企業利得が赤字となっている場合、機能的分離企業アプローチによれば PE に利得が帰属しうるが、関連事業アプローチによれば PE に利得は帰属しえない⁷⁸。

PE 報告書ではこれらの 2 つのアプローチのメリットを比較衡量して、機能的分離企業アプローチを、「簡便性」「執行可能性」「整合性」の観点からして AOA に採用することを決定している⁷⁹。

次に、AOA の下での 7 条 2 項の解釈では、2 つのステップの分析が必要とされるところ⁸⁰。第 1 ステップは、PE を分離独立した法的主体と擬制するために PE に機能、リスク、資産、無償資本が帰属される。次に第 2 ステップとして、その擬制された法的主体に対し独立企業原則に基づき PE の利益を決定することとなる⁸¹。

第 1 ステップにおいて、PE を分離・独立した法的主体と擬制するために、まず PE の機能分析を行なう。この際に、PE において果たされている人的機能が考慮される。次に、PE がその機能を果たすために必要な資産の経済的所有権を PE に帰属させる。銀行業の場合、金融資産の創出に際して最も重要なリスク引き受け機能（重要な企業家的リスク引き受け機能（key entrepreneurial risk-taking function）という）はセ

⁷⁷ OECD *supra* note 69, Part I C, (ii), para69

⁷⁸ 西村・前掲注 72, 114－115 頁

⁷⁹ OECD *supra* note 69, Part I C, (iii), para78

⁸⁰ *Id.*, Part I D, para85

⁸¹ *Id.*, Part I D, para85

ールス／トレーディング機能とリスク管理機能であると述べている⁸²。そして、その機能を果たす結果生じるリスクが算定される。そして、実務上どのようにリスク測定するのか困難が伴う⁸³ため、銀行業の場合、PE 報告書では、規制に基づくアプローチとして、1988 年にバーゼル銀行監督委員会が発表した「自己資本の計測と基準に関する国際的統一化（International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards）」の内容（以下、「BIS 規制」という）とその後の修正による規制上のベンチマークを参照して、資産をリスクでウェイト付けすることも考えられるとしている⁸⁴。

次に、PE が遂行する機能、使用する資産及び引き受けるリスクをサポートするために必要なものとして、妥当な額の資本が当該 PE に配賦される⁸⁵。AOA における無償資本の決定の方法については、資本配分アプローチ、過少資本アプローチ、準過少資本アプローチがある。資本配分アプローチは、企業全体としてのリスクのウェイト付けをされた資産の総額に対して PE が保有するリスクのウェイト付けをされた資産の割合に基づいて資本を配分する。したがって、仮に PE が銀行のリスクウェイト付けをされた資産の 10%を保有するとしたならば、銀行の無償資本の 10%が PE に帰属されることとなる⁸⁶。過少資本アプローチは、PE が当該 PE の租税管轄において同一又は類似の条件で、同一又は類似の活動を行う独立した銀行企業が保有していたであろう額と同額の無償資本を、そのような銀行企業との比較可能性分析を実施することにより、保有することを要求するものである⁸⁷。準過少資本アプローチ（セーフハーバーアプローチ）は PE に対して、PE 所在地で活動する独立した銀行企業に対して規制目的上要求される無償資本の最低額以上の無償資本を保有することを要求するものである⁸⁸。ただしこのアプローチは、AOA ではないとしている⁸⁹。なお、PE 報告書は銀行業に関し、無償資本の BIS 規制上の取扱いを付属文書⁹⁰として記載している。BIS 規制上の資本区分は、Tier1（払込資本、留保利益

⁸² OECD *supra* note 69, Part II B, para10

⁸³ *Id.*, Part II D-1, para90

⁸⁴ *Id.*, Part II D-1, para90

⁸⁵ *Id.*, Part I D, para142

⁸⁶ *Id.*, Part I D, para155

⁸⁷ *Id.*, Part I D, para163

⁸⁸ *Id.*, Part I D, para169

⁸⁹ *Id.*, Part I D, para169

⁹⁰ *Id.*, Part II Annex-BIS Ratio Approaches

など)と Tier2 (劣後債、長期債など)とに区分されるが、付属文書は、2つの無償資本の額と無償資本でない資本の区別に関する取り扱いを挙げている。その一つ Pure BIS Ratio アプローチは BIS 規制上の Tier1 と Tier2 の両方を支店に配分し、その資本内容の税務上の取扱いは、PE 所在地国に従うというものである⁹¹。一方、Cleansed BIS Ratio アプローチは PE 所在地国で税務上資本とされる部分のみを PE に帰属させる。PE の必要とする資本が帰属された資本を超える部分は、PE の利子費用決定の際内部借入れとされる⁹²。この二つの取り扱いの違いとして、前者は、Tier 2 の金利が通常の借入よりも高額となるのが一般的であり、これを PE に配賦することにより、PE により多くの利払いをみとめるものであり、一方、後者は、Tier 2 の金利と内部借入金利との差額が本店で負担されることになり、PE 所在地国の税務当局が有利な結果となる⁹³。

そして、第二ステップとして、移転価格ガイドラインの比較可能性に関する指針を類推適用して、内部取引に係る独立企業間価格を決定し、PE に帰属する利得が算出されることとなる。

1. 5 モデル条約第 7 条コメントリーの改訂

OECD は「PE 報告書」を発表した後、OECD モデル条約第 7 条コメントリーを 2008 年 7 月に改訂した。本節では、2008 年改訂によって、PE 報告書がどのようにコメントリーに取り入れられたのかについて、概観していく⁹⁴。

7 条 1 項における企業の利得の解釈について、企業が全体としては全く利益を生み出してこなかったとしても、第 2 項の定める指針により恒久的施設に利得が帰せられることがあり得る⁹⁵とした。

内部取引について、2008 年コメントリーは、内部取引勘定の信憑性

⁹¹ OECD *supra* note 69, Part II Annex-BIS Ratio Approaches, para1

⁹² *Id.*, Part II Annex-BIS Ratio Approaches, para5

⁹³ 井阪・前掲注 72, 119 頁

⁹⁴ 2008 年改訂コメントリー第 7 条について、井阪・前掲注 72, 158-159 頁、川田剛・徳永匡子「OECD モデル租税条約コメントリー 最近の主な改正点〈2〉」国際税務 28 巻 12 号 (2008 年) 76-81 頁、田中琢二「OECD における租税条約に関する議論の展開—2008 年 OECD モデル租税条約の改訂を中心に」国際税務 29 巻 2 号 (2009 年) 60-63 頁、田中琢二・宮木優治「OECD モデル租税条約を巡る国際課税の成果と課題—2008 年 OECD モデル租税条約の改訂を中心に—」租税研究 712 号 (2009 年) 147-153 頁

⁹⁵ OECD, *supra* note 2, Commentary on Article7, para11; 川端・前掲注 2, 118 頁

を判断するためには、その記録及び文書が一定の要件を満たさなければならぬ⁹⁶とし、記録及び帳簿が 7 条 2 項に適合するよう調整するにあたって、PE 報告書で定めた 2 ステップアプローチを行なうべき⁹⁷としている。このようにコメンタリーは、PE 報告書の機能・事実分析によるリスク割当てによる分離企業アプローチを採用したが、内部取引に際して、本店と PE との間の会計記録と同時作成文書が、PE に利得を帰属させる上で重要な出発点になるとした⁹⁸。

そして、コメンタリーは、7 条 3 項に関し、本店から支店に対する借入金に係る内部利子については、銀行業など金融機関をのぞき、引き続き認識されないとした⁹⁹。しかしながら、コメンタリーは、利子の控除に関する論点として、PE は、独立企業原則の下で、その機能、資産、リスクを維持するために妥当な額の無償資本を有するべきであるとし、PE にその無償資本を配分した後に、独立企業間の金額の利子を配分するとした¹⁰⁰。そして、無償資本の配賦の方法として、受け入れ可能な種々のアプローチがあるとし、独立企業原則に基づく無償資本の額は単一ではなく、帰属可能な資本の額には幅が存在し、当該幅の範囲内で無償資本の額を見つけることができる¹⁰¹としている。さらに、コメンタリーは、無償資本の PE への帰属に際して、さまざまなアプローチが存在することで、二重課税の問題が惹起されると述べている¹⁰²。この点について、コメンタリーは、源泉地国と居住地国のそれぞれの国内法令が選択した資本の帰属方法が相違し、かつ源泉地国が承認を受けたあるアプローチをその資本の帰属のために使用し、かかるアプローチが独立企業原則と整合的な結果を生み出すことに合意が存在している場合において、源泉地国のアプローチを居住地国側が受け入れるべき¹⁰³とした。

1. 6 小括

上述のとおり OECD においては、PE に帰属する利得は、独立企業原

⁹⁶ OECD, *supra* note 2, Commentary on Article 7, para 16; 川端・前掲注 2, 120 頁

⁹⁷ *Id.*, Commentary on Article 7, para 17; 川端・前掲注 2, 118 頁

⁹⁸ *Id.*, Commentary on Article 7, para 20; 川端・前掲注 2, 121－122 頁

⁹⁹ *Id.*, Commentary on Article 7, para 41; 川端・前掲注 2, 127 頁

¹⁰⁰ *Id.*, Commentary on Article 7, para 45; 川端・前掲注 2, 128 頁

¹⁰¹ *Id.*, Commentary on Article 7, para 46; 川端・前掲注 2, 128 頁

¹⁰² *Id.*, Commentary on Article 7, para 47; 川端・前掲注 2, 128 頁

¹⁰³ *Id.*, Commentary on Article 7, para 48; 川端・前掲注 2, 128－129 頁

則に基づき原則として内部取引を認識する一方で、PE は企業の一部であり、法的には分離できないという事実から、恣意性を喚起する内部貸付に係る支払利子は認識しないとされる。しかしながら、OECD は、銀行業の内部利子に関しては、1984 年報告書が明らかにしたとおり支払利子であるものの、銀行の本来業務の一部であり、資本と認められる部分を除き、その損金性が認められるべきとする。さらに、OECD は PE 報告書で、PE について分離企業アプローチを採用し、PE の独立性を強調しようとしている。その一部は 2008 年のモデル条約第 7 条のコメンタリーの改訂に取り込まれた。今後さらにモデル条約第 7 条とそのコメンタリーの改訂も検討されている¹⁰⁴。

2. わが国の状況

前章で OECD におけるこれまでの議論と OECD の取り組みについてふれた。次に、わが国におけるこの問題に対する状況について、法人税法における取り扱いを概観し、次いで裁決事例、租税条約について見ていくことにする。

2. 1 法人税法

外国法人は、国内に源泉のある所得について納税の義務を負う。（法人税法第 4 条第 3 項）この場合における国内に源泉のある所得を「国内源泉所得」と総称し、法人税法第 138 条は、その範囲を、11 種類の所得に区分して規定している。そして、法人税法第 138 条第 1 号は国内源泉所得に関するいわば包括的規定であって、2 号以下の各号に規定する所得部分を除いた国内での事業から生ずる所得、国内にある資産の運用や保有若しくは譲渡により生ずる所得、そして、それ以外の政令で定める所得の 3 種類の所得から構成されている。

そして、外国法人がもっぱら国内においてのみ事業を営む場合に、その稼得する所得の全部が国内源泉所得とされることは問題ないが、外国法人が国内及び国外の双方にわたって事業を営む場合に、いかなる範囲の事業所得をもって国内源泉所得とするかが問題となる¹⁰⁵。

この場合、法人税法は、法人税法施行令第 176 条で、国内及び国外

¹⁰⁴ OECD, “Discussion draft on a new Article7 (Business Profits)of the OECD Model Tax Convention” (2008)

¹⁰⁵ 武田昌輔編著『DHC コンメンタール法人税法』（第一法規・加除式）5,697－5,698 頁、小松芳明『国際租税法講義（増補版）』税務経理協会（1998 年）61-62 頁

の双方にわたって事業を行なう法人について、第 1 項 1 号のたな卸資産の購入販売業から、2 号のたな卸資産の製造販売業、3 号の建設業、4 号の国際運送業、5 号の保険業、6 号の出版業又は放送業とそれぞれの業種ごとに国内所得とする場合の基準を定めている。そして、前各号に該当しない事業を行なう場合については、7 号として、独立企業原則により判定するとしている。これについて、法人税法施行令第 176 条は、第 1 項 1 号から 6 号までの各号に明定しないその他の業種についてのみ、いわゆる独立企業の原則を採用すべきこととしている¹⁰⁶とする解釈と、一方、法人税法施行令第 176 条第 1 項 1 号から 6 号の規定は、7 号に定める独立企業原則を総則として、特定の種類の事業所得に関する課税上の取り扱いを例示列举する法構造であるとして、独立企業原則が国内法として受容されているとする見解がある¹⁰⁷。

そして、内部利子に関し、法人税法施行令第 176 条第 3 項は、国内及び国外にわたって事業を行なう法人が「次に掲げる行為をする場合には、当該行為からは所得が生じない…」とし、その第 2 号で、「その法人が国内又は国外において行なう事業に属する金銭、工業所有権その他の資産をそれぞれその法人が国外又は国内において行なう事業の用に供する行為」としている。

また、この条文に関する基本通達、20-1-5 で「令第 176 条第 3 項第 2 号《内部利子等》の規定は、例えば外国法人が本店の事業資金を国内にある支店の事業の用に供し、これにつき本支店間における金銭の貸借であるものとして支店において本店に対する支払利子を計上する場合のように、同号に規定する資産を国内又は国外において行う事業の用に供したことにより本支店間又は支店相互間においていわゆる内部利子、内部使用料等を計上した場合であっても、これらの内部取引からは所得が生じないことを定めたものであることに留意する。」としている。

しかし、その金融機関の本店等において、その資金を集めるために要した費用、例えば預金のために外部の者に対して実際に支払った利子等は支店の所得計算上損金に算入されるのは当然である¹⁰⁸として、銀行業などの金融機関の内部利子の損金性を認めている。小松芳明教授も、金融機関の日本支店が日本企業に融資を行い、利子を取得する

¹⁰⁶武田・前掲注 105, 5,697-5,698 頁、小松・前掲注 105, 61-62 頁

¹⁰⁷赤松・前掲注 9, 298-317 頁

¹⁰⁸武田・前掲注 105, 5,701 頁

等の場合に、その外国の本店等においてその資金を集めるために要した（外部取引に伴う）費用等は、支店の所得計算上損金に算入されることは言うまでもない¹⁰⁹としている。

しかし、基本通達 20-1-5 のコンメンタール¹¹⁰によると、独立企業の原則の考え方を根拠として、このような内部利子等を国内源泉所得に係る所得の金額の計算上、損金に算入することができるのではないかと解する向きもあるので、基本通達は、このようなことも念頭においてその取り扱いを明らかにしている¹¹¹とし、独立企業の原則は、国内及び国外を通じて行なわれる取引に係る所得を国内源泉所得と国外所得とに配分する場合の基準、すなわち事業所得に関する源泉地配分の基準（ソース・ルール）の一つであって、本支店間において内部利子や内部使用料の計上を認めることを意味するものではない¹¹²としている。そして、外国銀行の内部利子について、あくまでも実際に発生した資金コストのうち国内業務にかかる部分の金額をマークアップなしで配賦しなければならないとしている¹¹³。

一方、法人税法施行令第 176 条第 3 項第 2 号の趣旨は、OECD の 1984 年レポートの検討を基に、PE の独立企業原則に則った所得を算出するのに当たって、単なる企業内の資金等の費用計上を認めることはせずに、当該 PE の事業に帰属する費用の控除を認めることを再認識している規定であって、実務上 LIBOR による支払利子計上を認容していることの法的根拠はこの解釈に求められる¹¹⁴という見解もあり、銀行業における外国法人の内部取引をめぐって見解が分かれている¹¹⁵。

2. 2 裁決事例

これまで内部利子の問題について、法人税法の取り扱いについて、通達もふくめて概観した。次にこの問題に関する裁決事例を見ていくことにする。

まず、昭和 50 年 12 月 17 日裁決¹¹⁶で、請求人である銀行業務を営む

¹⁰⁹小松・前掲注 105, 68 頁

¹¹⁰渡辺淑夫・下山宏執筆『コンメンタール法人税基本通達』税務研究会出版局（1996 年）1,081-1,082 頁

¹¹¹渡辺・下山・前掲注 110, 1,082 頁

¹¹²渡辺・下山・前掲注 110, 1,082 頁

¹¹³渡辺・下山・前掲注 110, 1,082 頁

¹¹⁴赤松・前掲注 9, 322-324 頁

¹¹⁵宮本・前掲注 34, 186 頁

¹¹⁶ 国税不服審判所,「裁決事例集」11 巻 43 頁, 宮本・前掲注 34,187-189 頁, 河合

外国法人は、国外本店から国内において行なう銀行業務のために資金の供給を受け、その資金を銀行業務と国内にある支店開設資金とした。そして、本店に対して当該資金に係る利息を支払い、同額を国内源泉所得に係る所得金額の計算上損金の額に算入した。これに対し、原処分庁は、営業資金の利息のうち本店所在地国の公示した公定歩合に基づいて計算した金額を超える部分の金額と支店開設資金に係る利息の全額を否認したものである。

請求人は、支店は、本店とは独立した立場で銀行業務を行なっているものであり、本件内部利息の額は、銀行業務の通常取引条件にしたがって計算しているものであるから、法人税法施行令第 176 条第 1 項第 7 号の独立企業原則により、すべて損金の額に算入すべきであると主張した。

一方課税庁は、法人税法施行令第 176 条第 3 項第 2 号の規定により本支店間の内部取引からは所得は生じないが、外国銀行の場合には内部利息は原価性を認めるが、内部利息の額すべてが損金性を有するわけでないとして主張した。

これについて、審判所は、法人税法施行令 176 条第 3 項第 2 号の規定から国内源泉所得の計算上、内部利息としては、損金の額に算入することはできない。しかし、請求人の国内にある支店が、国外にある本店から供給を受けた資金に係る本件内部利息については、当該資金が国内において貸付け、その他の銀行業務の用に直接供され、収益を得ている場合に、「当該事業年度の収益に対する売上原価、完成工事原価その他これらに類する原価の額に相当するものとして、損金の額に算入されるものと解されるべきである。」とした。そして、当該損金の額に算入される金額は、国外にある本店において当該営業資金を調達するため、実際に要した費用の額に基づいて計算すべきであるとした。また、請求人の国内にある支店の開設資金に係る内部利息の額については、国外にある本店から投下された資本に相当するものであり、費用に相当するものでないとした。この判決は、審判所だけでなく課税庁側も内部利子の損金性は認めているが、その額については、実際に要した費用の額に基づくべきとした事例である。

次に、昭和 51 年 5 月 26 日判決¹¹⁷で、事案の概要としては、国内に

昭五『判決事例詳解』大蔵財務協会（1981 年）331－333 頁

¹¹⁷国税不服審判所、「判決事例集」12 巻 29 頁、宮本・前掲注 34, 189－190 頁、河合・前掲注 116, 333－334 頁

支店を置いて銀行業を営む外国法人である請求人が、ロンドン支店からユーロドル資金を取り入れる際、ロンドン支店の承諾日のロイターレートを採用していた。処分庁は取入日の前日のロイターレートに基づき利息の額を計算するのが相当であるとして、その日のロイターレートにより計算した利息の額を超える金額を損金として認めなかった事例である。

審判所の判断としては、「一般的に金銭消費貸借に係る利率の約定は、契約の際、当事者間において取決められる」ので請求人の主張する承諾日のレートを採用すべきとして請求人の主張を認めた。請求人は、資金を必要とする際、調達先の支店へ電報で依頼していたのだが、その調達先の依頼の電報に対する承諾の電報上に貸付月日、貸付金額、貸付期間及び貸付利率が示されていたこと、さらに、請求人において承諾の電報をもとに補助元帳に取入日、金額、期間、日数及び利率が記帳されていたこと、そして、資金調達支店はユーロドルをユーロ金融市場で調達し、請求人は、当該ユーロドルを国内で貸付、その他の銀行業務に供していることが認められること、以上の事実から、審判所は、請求人が損金に計上した内部利息に係るユーロドル資金が収益にかかる売上原価として認められるとした。この判決は、内部利子を原価として認める場合の事実要件を具体的に述べたものである。

最後に平成2年2月5日判決¹¹⁸で、日本で銀行業を営む外国法人である請求人は、日本支店の所得金額の計算上損金の額に算入する内部利子の額について、日本支店とすべての資金取引店との間の取引を、各取引ごとに日本支店の計上している内部利子の額がロイターレートを基準として算出された額を超える場合の超過額と当該内部利子の額がロイターレートを基準として算出した額に満たない場合の不足額とを通算し、通算後の超過額を所得金額に加算していた。これについて課税庁は、日本支店が損金に算入した資金調達原価の額の計算の基礎となる利率の根拠が不明であるとして更正処分をした事例である。

請求人は現行の法令及び通達には、資金調達原価の額の算定方法について具体的な規定がないから、請求人が従来から採用してきた全ての資金取引店についてそれぞれ超過額・不足額を算定し、これらを相互に通算する計算方法は是認されるべきと主張し、一方、課税庁は、同一の資金取引店に係る超過・不足額を通算しているのは、多数回にわ

¹¹⁸ 国税不服審判所、「裁決事例集」39巻308頁、宮本・前掲注34、190－191頁

たる資金調達の中には実際調達原価がロイターレートを上回る場合もありうるから、超過額の合計額の範囲内で通算を行なうものであり、個々の資金取入店の取引事情を度外視して、超過・不足額を通算する理由はないと主張した。これについて審判所は以下のとおり判断した。

まず、審判所は、実際調達原価について、「貸付資金の源泉が、第三者までトレースされ、第三者の資料によってあきらかにされたもの」とし、個別的にトレースすることができない場合は、仮定計算上の調達原価といい、それは「客観的かつ合理的と認められる公表金利指標のロイターレートを適用して算定した調達原価」をいうものとした。そして「銀行業における貸付資金の調達原価の額は法人税法 22 条第 3 項に規定する原価の額に相当すると解されるから、当該原価の額を損金の額に算入すべきであるところ、当該原価の額の算定方法等につき法令上明文の規定がないとしても、同法施行令第 176 条第 3 項第 2 号の規定は、いわゆる内部取引からは所得は生じないとし、資金取入店に対する内部利益相当額の支払を認めないこととしていると解される」よって、「損金の額に算入する金額は、前述の実際調達原価の額（又はこれに代わるものとしての仮定計算上の調達原価の額）を限度とすべき」とした。したがって「不足額の生じた資金取入店の当該不足額と超過額の生じた資金取入店の当該超過額とを相互に通算することは、不足額が生じた資金取入店の実際調達原価の額に内部利益相当額を加算した金額を損金の額に算入することを認める結果となることから、現行の法解釈としては到底認められない」とした。この裁決は、内部利子を原価として算定する場合に貸付資金の源泉が第三者までトレースできない場合に、ロイターレートにより仮定計算上の原価の算定を認めている。しかしながら、内部利益相当額については、加算できないとしている。

上記のとおり、わが国の銀行業における本支店借入に係る内部利子の取り扱いについては、算定方法を定めた具体的規定もなく¹¹⁹、実務上、裁決は、銀行業の特殊性から、収益と資金とのひもつき関係を重視し、その場合、原価として損金算入を認めている。しかし、資金使途を限定することは、困難であり、仮定計算上の調達原価の額を原価とすることも認めている。こういったことから、銀行業について、内部利子の損金算入をどの程度認めるかが不明瞭であり、相手国とわが

¹¹⁹宮本・前掲注 34, 190 頁

国との間で内部利子の算定方法に齟齬が生じることも想定され、銀行業の内部利子、無償資本の算定について、ある程度の基準の明確性が必要といわれている¹²⁰。ついで、銀行業の内部取引に関する租税条約を見ていく。

2. 3 租税条約

わが国は現在、45 の条約を締結しており、これらの租税条約は 56 カ国に適用されている¹²¹。そして、わが国の租税条約の構造は、留保されている諸点を除けば、第 2 章で述べた OECD モデル条約に準拠した租税条約を締結してきている¹²²。

一方、OECD モデル条約は先進国と発展途上国との間の条約としては必ずしも適切でないとの主張から、先進国対発展途上国条約との観点から OECD モデル条約に修正を加えるという方式のもとに国連モデル条約が作成されている¹²³。また、国連モデル条約は、居住地国よりも源泉地国の課税を手厚く保護するつくりになっているといわれている¹²⁴。

国連モデル条約における PE に帰属する利得の算定については、第 7 条に規定されているが、第 7 条第 3 項は、PE が企業の本店又はその他の事務所に支払った金額であって、その PE に対する貸付けに係る利子（当該企業が銀行業を営む企業である場合を除く。）については損金に算入することを認めないとして、銀行業を除く本支店間の内部利子を明文により否定している¹²⁵。この明文は 1979 年の国連モデル条約の採択以来、規定されていて、OECD モデル条約の第 7 条との相違が顕著な部分である¹²⁶。

¹²⁰宮本・前掲注 34, 190 頁

¹²¹平成 21 年 10 月現在。財務省 HP, <http://www.mof.go.jp/jouhou/syuzei/siryou/182.htm>

¹²²小松芳明『租税条約の研究（新版）』有斐閣（1982 年）13 頁、赤松晃「国際課税の実務と理論～グローバルエコノミーと租税法」税務研究会出版局（2007 年）103 頁、社団法人日本租税研究協会『租税条約の解説 日米租税条約（2003 年 11 月 7 日署名／平成 16 年条約第 2 号）』日本租税研究協会（2009 年）2 頁

¹²³小松・前掲注 122, 11 頁

¹²⁴増井良啓「日本の租税条約」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣（2007 年）573 頁

¹²⁵ United Nations, Model Double Taxation Convention Between Developed And Developing Countries, Article 7 3. (2001)

¹²⁶Kees van Raad, “Model Income Tax Treaties A comparative presentation of the texts of the model double taxation conventions on income and capital of the OECD(1963 and 1977) United Nations(1980) and United States (1981) ” Kluwer Law and Taxation Publishers ,1983,p24-29

わが国が締結してきた租税条約のうち、事業所得条項を概観したところ、ほぼ、OECD モデル租税条約に準拠したものとなっているが、議定書に、以下のような文言が入る租税条約がある¹²⁷。

議定書

1 条約第 7 条 3 の規定に関し、企業の恒久的施設が当該企業の本店又は当該企業の他の事務所に支払った又は振り替えた支払金（実費弁償に係るものを除く。）で次に掲げるものについては、損金に算入することを認めないことが了解される。

…（中略）…

（c）当該恒久的施設に対する貸付けに係る利子（当該企業が銀行業を営む企業である場合を除く。）

この議定書の文言は、最近では 2008 年 1 月に署名されたパキスタンとの新しい租税条約の議定書¹²⁸にも見られる。パキスタンとの旧租税条約¹²⁹は、事業所得について帰属主義を採用するわが国の租税条約のなかで、唯一総合主義を採用していた¹³⁰条約で、2008 年の改正で帰属主義に改められた¹³¹注目すべき条約である。そして、上記の議定書の文言も旧条約には見あたらないが、2008 年の改正であらたに加えられている。

さらに、租税条約に関して、銀行業の内部利子に関するものとしては、2003 年に改訂した新日米租税条約¹³²がある。新日米租税条約は、事業所得条項に関して、支店課税に関する交換公文が交わされている。

この交換公文では、まず第 1 文で PE に帰せられる利得を決定するために独立企業原則が適用されるとする。そして、第 2 文において、PE が当該 PE と同一又は類似の活動を行う別個のかつ分離した企業であるとしたならば、その活動を行うために必要な資本の額と同額の資本

¹²⁷日・パキスタン租税条約（平成 20 年条約第 10 号）議定書 1、日・メキシコ租税条約（平成 8 年条約第 10 号）議定書 5、日・トルコ租税条約（平成 6 年条約第 13 号）議定書 4、日・タイ租税条約（平成 2 年条約第 6 号）議定書 2、日中租税条約（昭和 59 年条約第 5 号）議定書 2、日比租税条約（昭和 55 年条約第 24 号、改正平成 20 年条約第 14 号）議定書 2

¹²⁸日・パキスタン租税条約（平成 20 年条約第 10 号）議定書 1

¹²⁹日・パキスタン租税条約（旧条約）（昭和 34 年条約第 14 号・改正昭和 36 年条約第 14 号）

¹³⁰川田剛・徳永匡子『OECD モデル租税条約 コメンタリー逐条解説』税務研究会出版局（2006 年）116 頁

¹³¹田中琢二「最近の租税条約の動向」租税法研究第 36 号（2008 年）25 頁、財務省 HP、<http://www.mof.go.jp/jouhou/syuzei/sy200123pa.htm>

¹³²社団法人日本租税研究協会・前掲注 122

の額を有しているものとする。さらに、第 3 文においては、締約国は、金融機関に関して、その自己資本の額を当該金融機関の資産（危険の評価を考慮して算定した資産）のうちその各事務所に帰せられるものの割合に基づいて配分することにより、恒久的施設に帰せられる資本の額を決定することができるとしている。同様の交換公文は他の条約締結国にはないものであり、現在のところ米国だけとなっている¹³³。

2. 4 小括

わが国国内法は、上述のとおり銀行業における本支店貸付に係る内部利子の取り扱いについて、具体的な算定方法を持たないため、その解釈についても統一されていない。よって、銀行業の内部利子についても本店経費と考え、利鞘を上乗せしないで、国内と国外に配分するという見解と、独立企業原則に則り、PE の事業に帰属する費用であるとして、損金算入されるとの見解に分かれる。裁決は収益と資金のひもつきを重視し、実際調達原価を損金算入するというものの、その原価の額を定める明文規定はないとし、資金のひもつきを明らかにできないときは、ロイターレートなどにより仮定計算上の調達原価の損金算入を認めている。結果として、わが国では、独立企業原則に則った利子費用の控除が認容されている。

3. 米国の状況

3. 1 米国における支払利子控除規定

3. 1. 1 Treas.reg. §1.882-5 制定に至るまで

米国で事業を行なう外国法人は、IRC § 882(a)(1)のもとで、その米国事業に実質的に関連する所得に対し課税される。そして、その課税所得を算定するにあたっては、米国に実質的に関連する所得から一定の控除が認められる。そして、この控除の配分についての具体的計算は、Treasury Regulations（財務省規則）による¹³⁴としている。この場合の財務省規則は、Treas.reg. §1.861-8¹³⁵が該当する¹³⁶が、外国法人に認め

¹³³ 他に日本・オーストラリア租税条約（2008 年 1 月 31 日署名／平成 20 年条約第 11 号）議定書 10 において、事業利得の算定方法は毎年同一の方法により、正当な理由がある場合に変更できるとしている。この正当な理由として、独立企業原則に従って事業の利得を最も適切に決定する別の方法がある場合を明示している。

¹³⁴ IRC §882(c)(1)(A)

¹³⁵ IRC § 861 は米国内源泉所得に関する規定で、IRC § 861(a)においていわゆるソースルールを定め、IRC § 861(b)において、課税所得に関する規定を定めている。

られる支払利子の控除に関する規定については、別途、1981年に施行¹³⁷された Treas.reg. §1.882-5 に従うこととなる。この Treas.reg. §1.882-5 は、1996年、さらに2006年に改正され、現在、Treas.reg. §1.882-5T となっている。この規則については、第2章の1984年レポートにおいても取り上げ、裁判例もあるので、本章の検討の中心となるが、まずは、それ以前の支払利子控除に関する規則について概観する。

Treas.reg. §1.882-5 制定前においては、1954年に施行された IRC § 861(b)の米国実質関連所得を算定する規定が該当する。しかしながら、IRC § 861(b)は、米国実質関連所得から、一定の費用や損失が控除されるとしているだけで、計算方法などは明定していない¹³⁸。ただし、1957年に米国財務省は Treas.reg. §1.861-8 において、その計算方法と具体的例示を簡単に示している¹³⁹。それによると、支払利子などの費用や損失の控除額の計算にあたっては、米国実質関連所得に直接関連する費用の額は全額控除され、米国外源泉所得に直接に関連する費用の額は控除が認められない。そして、米国実質関連所得と米国外源泉所得のいずれにも直接関連しない費用については、全世界所得の合計額に対する米国実質関連所得の割合によりその控除額を計算するとしている¹⁴⁰。

その後、1977年に、米国財務省は、IRC § 861(b)のもとで、米国に実質的に関連する課税所得を計算する場合に控除される金額について、その具体的算定方法を提供するため、Treas.reg. §1.861-8 を大幅に改正した¹⁴¹。そして、支払利子の控除額の算定方法が、新たに Treas.reg. §1.861-8(e)(2)として、定められた。Treas.reg. § 1.861-8(e)(2)では、一般的に、支払利子は、所得よりも納税者によって利用され、

外国法人の米国内源泉所得について定めた IRC § 882 についても IRC § 861 に関する Treas.reg. §1.861-8 に基づいて、国内課税所得を算定する体系になっている。

¹³⁶ Treas.reg. §1.861-8(e)(2)(i), (f)(1)(iv); Treas.reg. §1.882-4(c)(1)

¹³⁷ Treasury Decision 7749 (1981)

¹³⁸ IRC §861(b)

¹³⁹ 1957 Treas.reg. §1.861-8(a)(TD6258, 1957-2C.B.368), 計算方法の例示として、全世界所得\$180,000, そのうち米国関連所得\$36,000(内訳: 利子 9,000, 配当 4,000, ロイヤリティ 12,000, 資産の譲渡 11,000), 一方費用は全世界費用\$78,000(うち米国内源泉所得に直接に関連する費用 8,000, 米国外源泉所得に直接に関連する費用 40,000, これら以外の費用 30,000) の場合、費用控除は、 $8,000 + 30,000 \times 36,000 / 180,000 = 14,000$ となり、課税所得は $36,000 - 14,000 = \$22,000$ となるケースが示されている。

¹⁴⁰ 1957 Treas.reg. §1.861-8(a)(TD6258, 1957-2C.B.368)

¹⁴¹ 1977 Treas.reg. §1.861-8, preamble (TD7456, 1977-1C.B.200)

投資される資産に、より密接に関係すると考えた¹⁴²。よって、支払利子の控除額は、これまでの所得ベースでなく資産価値をベースとした計算方法に変更された。つまり、米国実質関連所得から控除される支払利子の額は、支払利子の総額を納税者の資産総額に対する米国実質関連所得を発生させる事業に関連する資産の額の割合に応じて配分する¹⁴³ことになる¹⁴⁴。この場合の資産価額は、税務上の簿価若しくは時価の選択ができるとされる¹⁴⁵。

米国財務省は、この計算方法の根拠として、納税者が特定の目的のために金銭を借入れたとしても、容易にその金銭を他の目的や活動に利用できることを挙げている。また、資金の貸し手側も納税者のすべての活動に対するリスクを負い資金を提供しているので、借入に係る支払利子を特定の資産や活動に帰属させるべきでない¹⁴⁶とする。この計算方法と考え方は、代替性アプローチ（Fungibility approach）と呼ばれ¹⁴⁷、財務省と内国歳入庁は、納税者の裁量によって、借入資金を支店に付け替え、支払利子の控除額を操作することに最も注意をはらっていたという¹⁴⁸。

しかし、この計算方法によると、銀行全体の借入金に係るコストと、米国支店における借入金に係るコストが相違する場合、問題が提起される¹⁴⁹。例えば、日本の銀行が米国支店のために、日本において円建ての資金を調達し、同時に、米国支店も独自に米国国内でドル建ての資金を調達した場合を想定する。この場合、日米の為替による金利差によって、ドル建てで資金調達したほうが、調達コストが高くなったとしても、資産総額に対する米国資産価額の割合で支払利子を米国支店に配分してしまう。そのため、米国支店における支払利子控除額が

¹⁴² 1977 Treas.reg. §1.861-8(e)(2)(v) (TD7456, 1977-1C.B.200)

¹⁴³ 1977 Treas.reg. §1.861-8(e)(2)(v) (TD7456, 1977-1C.B.200)

¹⁴⁴ 1977 Treas.reg. §1.861-8(g) Example(1) (TD7456, 1977-1C.B.200) に計算方法の例示として、控除可能な支払利子総額\$150,000、米国所得を発生させる活動等に関連する資産\$3,200,000、国外所得を発生させる活動等に関連する資産\$800,000の場合、支払利子控除額の配分は、 $150,000 \times 3,200,000 / 4,000,000 = \$1,200,000$ となるケースが示されている。

¹⁴⁵ 1977 Treas.reg. §1.861-8(e)(2)(v) (TD7456, 1977-1C.B.200)

¹⁴⁶ 1977 Treas.reg. §1.861-8(e)(2)(i) (TD7456, 1977-1C.B.200)

¹⁴⁷ Richard L.Reinhold and Catherine A.Harrington, “What NatWest Tells Us About Tax Treaty Interpretation”, Tax Notes International, Vol.50, no.2, at925, 2008 ; W.Anne Jie, “The NatWest Saga: The Beginning of an End?”, Tax Notes International, Vol.34, no.7, at767, 2004

¹⁴⁸ Richard L.Reinhold and Catherine A.Harrington, *supra* note 147, at925

¹⁴⁹ W.Anne Jie, *supra* note 147, at767

実際の調達コストよりも少なくなるという結果を引き起こす¹⁵⁰。

納税者の中には、Treas.reg. § 1.861-8(e)(2)に基づいて支払利子の控除額を算定しないで、実際の米国支店における借入金に係る支払利子の額を米国課税所得から控除すべき支払利子の額とすべきとするものが出てきた¹⁵¹。こうした納税者は、Treas.reg. § 1.861-8 における租税条約との調整に関する文言¹⁵²を根拠に、租税条約における PE の利得計算の事業所得条項によって、支払利子の控除額を計算するべきとした¹⁵³。

そのため、Treas.reg. § 1.861-8(e)(2)と米国の締結した租税条約との整合性に関する問題が提起され、内国歳入庁は 1978 年に Revenue Ruling として、その見解を示した¹⁵⁴。具体的には、日本の銀行の米国支店が米国内で、通常業務目的で、1978 年 3 月に資金調達を行い、同年 9 月には同じ米国支店の通常業務のために、日本においても資金を調達した¹⁵⁵。これらの調達した資金に係る支払利子に関し、条約に則ったルールにより支払利子控除額を決定してよいものなのかどうか。要するに、日米租税条約第 8 条第 1 項から第 3 項¹⁵⁶における PE の帰属利益に関する条項と、Treas.reg. § 1.861-8(e)(2)における支払利子控除額の算定に関する規定との整合性の問題である¹⁵⁷。この問いかけに対して、米国内国歳入庁は、日米租税条約第 8 条第 1 項から第 3 項までの条文は、Treas.reg. § 1.861-8 と整合性に問題はないとした¹⁵⁸。その理由として、第 8 条第 2 項における PE を全く独立の立場で取引を行なう者であるとしたならば、その PE に帰せられる利得という文言に関し、この文言は支店があたかも独立の者であるものとして課税を行なうという意味ではなく、むしろ支店は単に企業全体の一部である。言い換えると、企業（銀行）は本店と各支店から構成されていて、支店はそのひとつ

¹⁵⁰ Jessica L.Katz, “Treaties And Interest Expense Allocation: Moving In A Natwest Erly Direction”, Tax Notes, Vol.86, no.3, 404, 2000 ; W.Anne Jie, *supra* note 147, at 767

¹⁵¹ Richard L.Reinhold and Catherine A.Harrington, *supra* note 147 at 926 ; W.Anne Jie, *supra* note 147, at 767

¹⁵² 1977 Treas.reg. § 1.861-8(f)(1)(iv) (TD7456, 1977-1C.B.200)では、一定の場合には、米国との租税条約における条項が、外国法人の所得算定上適用され、この場合、条約における条項を本規則に優先させることができるとしている。

¹⁵³ Richard L.Reinhold and Catherine A.Harrington, *supra* note 147, at 926 ; W.Anne Jie, *supra* note 147, at 767

¹⁵⁴ Rev.Rul.78-423, 1978-2C.B. 194

¹⁵⁵ Rev.Rul.78-423, 1978-2C.B. 194

¹⁵⁶ 日米租税条約（旧条約）（昭和 47 年条約第 6 号）

¹⁵⁷ Rev.Rul.78-423, 1978-2C.B. 194

¹⁵⁸ Rev.Rul.78-423, 1978-2C.B. 194

であるということを言っているに過ぎないとした¹⁵⁹。そして、日米租税条約第 8 条第 3 項は経営費及び一般管理費を含む費用で PE に帰属する利得と合理的に関連するものは、それがどこで生じたかに係わらず控除できるとしているが、第 8 条第 2 項の独立企業原則は、どの費用がその利得と合理的に関連するかを決定するものではない。さらに、日米租税条約は費用配分に関する具体的なルールを規定していない。故に、具体的なルールがない以上、日米租税条約第 2 条第 2 項¹⁶⁰により、米国所在の PE の利得に合理的に関連する費用を決定するにあたっては、米国国内法が適用されるべきであり、今回のケースは、外国銀行の全世界利子費用の配分に関する規定である Treas.reg. §1.861-8 が適用されるとした¹⁶¹。

3. 1. 2 Treas.reg. §1.882-5

前節に記述のとおり内国歳入庁は、Treas.reg. §1.861-8 と租税条約は整合性が取れているとしたのであるが、1981 年には、外国法人の課税所得算定における支払利子の控除額のルールを Treas.reg. §1.861-8 から Treas.reg. §1.882-5 に改めた¹⁶²。

Treas.reg. §1.882-5 は、3 ステップアプローチといわれる 3 段階の計算方法によって控除される支払利子が計算される。

まず、第 1 ステップとして、外国法人の米国資産を決定する。ここにいる米国資産とは、米国事業所得を発生させ、又は発生させるであろう所得に合理的に関連する資産をいう。この米国資産の金額は米国税務上の帳簿価額か時価のいずれかによることができる¹⁶³。

次に、第 2 ステップとして米国実質関連負債を決定する。米国実質関連負債は、納税者の全世界ベースの平均資産残高のうち全世界ベースの平均負債残高が占める割合により実績率を算出し、第 1 ステップで求めた米国資産にこの実績率を乗じて計算する¹⁶⁴。この率は、いわ

¹⁵⁹ Rev.Rul.78-423,1978-2C.B. 194

¹⁶⁰ 日米租税条約（旧条約）（昭和 47 年条約第 6 号）,第 2 条(2)に、「一方の締約国がこの条約を適用する場合には、この条約において用いられる用語で特に定義されていないものは、文脈により別に解釈すべき場合を除くほか、この条約の対象である租税に関する当該一方の締約国の法令上有する意義を有するものとする。」とされている。

¹⁶¹ Rev.Rul.78-423,1978-2C.B. 194

¹⁶² T.D.7749,1981-1 C.B. 390,

¹⁶³ 1981 Treas.reg. §1.882-5(b)(1)(T.D.7749,1981-1 C.B. 390)

¹⁶⁴ 1981 Treas.reg. §1.882-5(b)(2)(ii)(T.D.7749,1981-1 C.B. 390)

ば、銀行の資本比率である。また、実績率とは別に固定率として、米国資産に 95%の割合（銀行業の場合であり、その他の納税者は 50%）を乗じて米国実質関連負債を決定することもできる¹⁶⁵。ただし、第 1 ステップで時価を選択した場合には、第 2 ステップの平均資産残高も時価ベースを用い、第 1 ステップで米国税務上の帳簿価額を選択した場合は第 2 ステップでも米国税務上の帳簿価額を用いることとなる。

そして、第 3 ステップでは、支店帳簿／資金プール方式（Branch book/dollar pool method）もしくは、個別通貨プール方式（Separate currency pools method）を選択して、支払利子の控除額を決定する¹⁶⁶。

支店帳簿／資金プール方式では、米国支店の帳簿上の平均負債残高と第 2 ステップで算出した米国実質関連負債を比較し、適切な調整を行なうことにより外国法人の支払利子控除額が決定される。つまり、もし納税者の米国支店の帳簿上の平均負債残高が米国実質関連負債を超えているならば、外国法人の支払利子控除額は米国帳簿上の支払利子にスケーリング率（米国支店の帳簿上の平均負債残高における米国実質関連負債の占める割合）を乗じて、減額することにより算出されることとなる¹⁶⁷。そして、もし納税者の米国実質関連負債が、米国支店の帳簿上の平均負債残高を超えているならば、米国支店の帳簿上の支払利子の額だけでなく、次の額についても控除が認められることとなる。その額は、米国実質関連負債のうち米国支店の帳簿上の平均負債残高を超えている場合のその超過額に米国外の支店における米ドル平均調達レートを乗じて算出するか、もしくはその米国外の支店の米ドル平均調達レートが入手できないなら、30 日平均 LIBOR 値を乗じて算出した額となる¹⁶⁸。

もうひとつの方法である個別通貨プール方式では、支払利子の控除額を保有する米国資産の通貨別に算定する方式となる。それぞれの通貨ごとの米国支店の負債残高に、第 2 ステップの実績率を用いて通貨ごとの米国実質関連負債を決定する。そして、米国実質関連負債に利子率（各通貨ごとの全世界支払利子計上額／各通貨ごとの全世界平均負債残高）を乗じて支払利子控除額を決定し、最後に、その各通貨ごとの支払利子控除額を合計するというものである¹⁶⁹。

¹⁶⁵ 1981 Treas.reg. § 1.882-5(b)(2)(i) (T.D. 7749, 1981-1 C.B. 390)

¹⁶⁶ 1981 Treas.reg. § 1.882-5(b)(3) (T.D. 7749, 1981-1 C.B. 390)

¹⁶⁷ 1981 Treas.reg. § 1.882-5(b)(3)(i)(A) (T.D. 7749, 1981-1 C.B. 390)

¹⁶⁸ 1981 Treas.reg. § 1.882-5(b)(3)(i)(B) (T.D. 7749, 1981-1 C.B. 390)

¹⁶⁹ 1981 Treas.reg. § 1.882-5(b)(3)(ii) (T.D. 7749, 1981-1 C.B. 390)

しかしながら、3 ステップアプローチの計算の過程において、外国企業の本支店間又は支店相互間での内部取引に係る資産、負債、支払利子の額については、まったく考慮されない¹⁷⁰。

3. 1. 3 Treas.reg. §1.882-5 と租税条約

1981 年に施行された Treas.reg. §1.882-5 であるが、外国銀行から、Treas.reg. §1.882-5 と租税条約との整合性に関して疑問が提起され、内国歳入庁は Revenue Ruling で見解を示している。

その Revenue Ruling の内容は、1985 年に、日本の銀行の米国支店が、内国歳入庁に対し、Treas.reg. §1.882-5 は、日米租税条約第 8 条第 3 項の下で損金算入が認められている費用の額と整合性があるのかとの問いかけに対するものである¹⁷¹。内国歳入庁は、1978 年の Revenue Ruling¹⁷² を引用し、Treas.reg. §1.861-8 に続く規定である Treas.reg. §1.882-5 は、米国 PE の所得計算上、その所得に合理的に関連する支払利子の控除額を計算するための米国国内法であり、1978 年の Revenue Ruling と同様に、日米租税条約第 8 条第 1 項から第 3 項との間で整合性に問題ないとした¹⁷³。さらに、Treas.reg. §1.882-5 は、Treas.reg. §1.861-8 よりも、PE の米国内所得と合理的に関連する費用の算定により適合した規則である。よって、日米租税条約第 8 条第 3 項¹⁷⁴の下で控除が認められている外国銀行の全世界利子費用の配分による控除額の算定と Treas.reg. §1.882-5 は、整合性が取れているとした¹⁷⁵。

さらに、1989 年に、米国内に支店を有する英国の銀行より Treas.reg. §1.882-5 は、米国内の英国銀行の支店の所得を計算する際に、英米租税条約¹⁷⁶第 7 条第 3 項の下で控除が認められている支払利子の額の算定と整合性がとれているのかと問いかけが行なわれた¹⁷⁷。1989

¹⁷⁰ 1981 Treas.reg. § 1.882-5(a)(5)(T.D.7749,1981-1 C.B. 390)

¹⁷¹ Rev.Rul.85-7,1985-1C.B. 188

¹⁷² Rev.Rul.78-423,1978-2C.B. 194

¹⁷³ Rev.Rul.85-7,1985-1C.B. 188

¹⁷⁴ 日米租税条約（旧条約）（昭和 47 年条約第 6 号）第 8 条(3)「恒久的施設の産業上又は商業上の利得を決定するにあたっては、経営費及び一般管理費を含む費用でその利得と合理的に関連するものは、…(中略)…損金に算入することを認められる。」（傍点筆者）

¹⁷⁵ Rev.Rul.85-7,1985-1C.B. 188

¹⁷⁶ 1975 Convention between the government of the United States of America and the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains(hereinafter 1975 UK-US treaty)

¹⁷⁷ Rev.Rul.89-115,1989-2C.B. 130

年当時の英米租税条約は、1975年締結のものであるが、第7条3項の文言が日米租税条約の文言と相違していた。英米租税条約の第7条3項は、支払利子の合理的な割当てを含むPEのために生じた費用という文言が明定されていた。内国歳入庁は、Treas.reg. §1.882-5は英米租税条約第7条第3項¹⁷⁸の支払利子の合理的な割当てという文言と適合した規定である¹⁷⁹とした。さらに、内国歳入庁は、英米租税条約においてはPEの利得計算上、具体的な支払利子控除額の配分規定がないので、英米租税条約第3条第2項¹⁸⁰により、米国の規定であるTreas.reg. §1.882-5が適用されるとした¹⁸¹。そして、1978年と1985年のRevenue Rulingの見解を踏襲し、さらに、英米租税条約は、Treas.reg. §1.882-5以外の他の手法に、外国銀行に支払利子の配分を認めるとする解釈はできないと述べた¹⁸²。

その後、内国歳入庁は1996年にTreas.reg. §1.882-5の改正を行ったのであるが、その改正の内容としては、第2ステップにおいて、銀行業の固定率が95%から93%へ引き下げられ¹⁸³、第3ステップにおける個別通貨プール方式において、従来、負債をベースに控除される支払利子を計算していたが、改正後は、米国資産の通貨別に支払利子を計算していく方法に変更される¹⁸⁴などであった。しかしながら、計算上の変更だけでなく、特に注意すべき改正部分としては、租税条約との適合性に係る文言が追加されたことである。具体的には、Treas.reg. §1.882-5が、米国が締結する租税条約のもとにおいて、PEに帰属する所得算定上、控除される支払利子の額を決定する唯一の方法であることが明定された¹⁸⁵のである。しかし、この財務省と内国歳入庁の見解は以下において検討する判決によって大きく揺らぐことになる。

¹⁷⁸ 1975 UK-US treaty, Article 7 (3), "In the determination of the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions those expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including a reasonable allocation of executive and general administrative expenses, ... interest, ..."

¹⁷⁹ Rev. Rul. 89-115, 1989-2 C.B. 130

¹⁸⁰ 1975 UK-US treaty, Article 3 (2) "As regards the application of this Convention by a Contracting State any term not otherwise defined shall, unless the context otherwise requires and subject to the provisions of Article 25 (Mutual Agreement Procedure), have the meaning which it has under the laws of that Contracting State relating to the tax which are the subject of this Convention"

¹⁸¹ Rev. Rul. 89-115, 1989-2 C.B. 130

¹⁸² Rev. Rul. 89-115, 1989-2 C.B. 130

¹⁸³ 1996 Treas. reg. § 1.882-5(c)(4) (T.D. 8658, 1996-1 C.B. 161)

¹⁸⁴ 1996 Treas. reg. § 1.882-5(e) (T.D. 8658, 1996-1 C.B. 161)

¹⁸⁵ 1996 Treas. reg. § 1.882-5(a)(2) (T.D. 8658, 1996-1 C.B. 161)

3. 2 Nat'l Westminster Bank 事件

前節で述べたように、米国財務省と内国歳入庁は、Treas.reg. §1.882-5 が、米国が締結する租税条約のもとにおいて、PE に帰属する所得算定上、控除される支払利子の額を決定する唯一の方法であり、また、内部取引を認識しないことも租税条約に適合しているとの認識であった¹⁸⁶。しかし、銀行のなかには、米国財務省のこういった考え方を批判し¹⁸⁷、ときには米国での税額を計算するにあたって Treas.reg. §1.882-5 を無視した¹⁸⁸。英国の銀行である National Westminster Bank PLC (以下、「NatWest」という) もそういった銀行の一つであり、米国支店の支払利子控除額を算定する上で Treas.reg. §1.882-5 を無視し、英米租税条約を拠りどころとして、支払利子控除額の計算をしてきたのである¹⁸⁹。しかし、内国歳入庁は、NatWest の計算を否認し、多額の税額を課した。そして、NatWest はこれを不服として、1996 年 7 月に合衆国連邦請求裁判所 (United States Court of Federal Claims、以下、「請求裁判所」という) に対し、略式判決の申し立てを行なった。そして、1999 年に判決¹⁹⁰ (以下、「NatWest I」という) が下される。その後、NatWest と米国の両者は NatWest I とは別の争点について、再び略式判決の申し立てを行い、2003 年 (以下、「NatWest II」という) に請求裁判所の判決¹⁹¹が下り、さらにまた別の争点につき 2005 年 (以下、「NatWest III」という) にも請求裁判所の判決¹⁹²が下されている。そして、2008 年に合衆国控訴裁判所 (United States Court of Appeals for the Federal Circuit、以下、「控訴裁判所」という) の判決¹⁹³ (以下、「NatWest IV」という) が下されたのであるが、これらの事件について、以下において検討していく。

3. 2. 1 NatWest I

事件の概要は、次のとおりであった。

¹⁸⁶ Jessica L.Katz, *supra* note 150, at405

¹⁸⁷ *Id.*, at405

¹⁸⁸ *Id.*, at405

¹⁸⁹ *Id.*, at405

¹⁹⁰ National Westminster Bank,PLC v.United States,44 Fed.Cl.120(1999)(hereinafter NatWest I)

¹⁹¹ National Westminster Bank,PLC v.United States,58 Fed.Cl.491 (2003)

¹⁹² National Westminster Bank,PLC v.United States,69 Fed.Cl.128 (2005)

¹⁹³ National Westminster Bank,PLC v.United States,512 F.3d 1347 (2008)

原告である NatWest は、世界各国に支店を保有し、金融ならびに金融関連事業を展開している英国の銀行で、その米国支店は、英国本店や香港支店などの他支店だけでなく非関連の第三者からも資金を借り入れ、それらの資金を顧客に貸付けて利子を稼得していた。

これらの本支店間の資金の貸借について、資金の貸し手である本店や他の支店は、米国支店に対し利子を請求し、米国支店も同様に本店や他の支店に対し利子を請求していたが、米国支店はその回金による利子をそれぞれが別個の非関連の銀行との取引であるかのように取り扱っていた。また、米国支店の帳簿（他支店の帳簿上も同じく）上も、本支店間の受取利子、支払利子の内部取引が、それぞれ別個の非関連の銀行との取引であるかのように記帳されていた。

しかし、内国歳入庁の調査において、米国支店の帳簿上の利子是否認された。内国歳入庁は、米国支店に計上される支払利子の控除額は Treas.reg. § 1.882-5 に基づいて計算されなければならないとして、多額の税額を課した。

これに対し、NatWest は、Treas.reg. § 1.882-5 の米国支店への適用は、英米租税条約¹⁹⁴の第 7 条における事業所得条項とは整合性がないとして、米国に対し税額の返還を求め、略式判決の申立てを行ったことが、この事件の概要である。

NatWest と米国の両者とも、租税条約第 7 条は、課税目的上、米国支店である PE を分離した企業であるものとして取り扱わなければならない規定であることについては、争いがないとしている。よって、米国支店を分離した企業として取り扱うということは、その米国支店に帰属する利得を計算するにあたり他の部署との内部借入を認識するのかどうかという点で両者の見解が分かれることになる。実務上の観点から、より具体的に争点を絞ると米国支店の所得計算上控除される支払利子を決定するにあたり、米国支店の帳簿に計上された支払利子（必要ならば適切な資本を配分し、また、内部借入に係る支払利子を独立企業間価格に調整して計算したもの）を米国における納付税額の計算上使用するのか、それとも米国支店の帳簿に計上された内部借入を無視して、Treas.reg. § 1.882-5 に規定する計算方式を使って支払利子を決定するのかどうかということである¹⁹⁵。

請求裁判所は、この事件が英米租税条約と Treas.reg. § 1.882-5 の解

¹⁹⁴ 1975 UK-US treaty

¹⁹⁵ National Westminster Bank, PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999), II C

釈により解決されると判断した¹⁹⁶。

請求裁判所は、まず第 7 条の文言について、米国支店の課税所得を計算するにあたって、米国支店が NatWest の他の部署から独立し、分離した第三者であるものとして、本店の費用のうち合理的に配分される費用が控除されなければならないことを意味しているのは明らかであるとした¹⁹⁷。そして、「別個の (distinct)」「分離した (separate)」という語句や「全く独立の立場で取引を行なう (dealing wholly independently)」というフレーズには他の解釈はありえないとした¹⁹⁸。

次に請求裁判所は、英米租税条約の批准にあたっての 1977 年の米国財務省のレポート及び上院外交委員会の報告書に、第 7 条 2 項が PE に帰属する所得を計算するにあたって、PE が独立した第三者であるかのように取り扱うとしていることを確認した¹⁹⁹。

そして、請求裁判所は、この第 7 条における PE に帰属する所得計算上、PE が独立した第三者であるかのように取り扱うことの解釈にあたって、1963 年の条約草案とそのコメンタリーにその論拠を求めた²⁰⁰。なぜなら、英米租税条約は OECD の条約草案やそのコメンタリーを拠り所としている²⁰¹こと、OECD コメンタリーは、条約の解釈と論争の和解に資することを想定しており、コメンタリーの起草者もそのことを意図している²⁰²からであるとした。

1963 年 OECD コメンタリーによると、そのパラグラフ 10 において、税務当局は、支店の利得が適切に算定されているかを検証する際には、PE の事業勘定が使用されるべきであり、さらに PE の利得に調整が行われるときは、常に PE の事業勘定に記載された事実を出発点にしなければならないと述べている²⁰³。

請求裁判所は、条約草案 7 条 2 項とそれに関する OECD のコメンタリー、特に第 7 条に関するコメンタリーのパラグラフ 10,11,12 から、第 7 条 2 項の独立企業原則は、内部取引を含む PE が行う取引の事実を適切に反映しているその帳簿を根拠として算定されなければならない

¹⁹⁶ National Westminster Bank, PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999), II C

¹⁹⁷ *Id.*, III

¹⁹⁸ *Id.*, III

¹⁹⁹ *Id.*, IV

²⁰⁰ *Id.*, V

²⁰¹ *Id.*, V

²⁰² *Id.*, V

²⁰³ OECD *supra* note 1, Article 7 para 10

とした²⁰⁴。

しかしながら、米国側は、第 7 条コメンタリーのパラグラフ 14 において、第 7 条の独立企業原則の下でも、内部取引を認識すべきでない取引として、支払利子が挙げられている²⁰⁵ことを指摘し、さらに英米租税条約には、その第 7 条 3 項において、企業全体のために生じた費用で、経営費、一般管理費、支払利子、などを合理的に配分（reasonable allocation）するという文言があり、独立企業原則によらず費用の配分により計算することも許容されていると主張した²⁰⁶。この解釈について、請求裁判所は、費用においても独立企業原則がなじまないものがあり、コメンタリーパラグラフ 15 の PE のために本店によりなされる支払などがそれであって、またパラグラフ 14 の冒頭に通常費用と考えられているものは、独立企業原則になじまないものから除くとされているし、銀行業の支払利子は、まさしくその通常費用であるとした²⁰⁷。さらに、コメンタリーのパラグラフ 15 に、銀行などの金融機関による内部利子については、特別な配慮が必要であり、それは、支払利子は金融機関の通常の業務に密接に関連するからであるとのコメンタリーによって請求裁判所のこの解釈は証明されるとした²⁰⁸。

請求裁判所は、上記の OECD 条約草案とその関連するコメンタリーから、外国支店の所得計算上控除される支払利子を決定するにあたっては、支店があたかも別個のかつ分離した企業で、非関連の第三者と取引をしたものとして、帳簿上の支払利子の額（必要ならば適切な資本を配分し、また、内部借入に係る支払利子を独立企業間価格に調整して計算したもの）を米国における納付税額の計算上使用すると解釈した²⁰⁹。

上記の解釈に基づき、Treas.reg. § 1.882-5 が租税条約第 7 条と整合性があるかについて、請求裁判所は、Treas.reg. § 1.882-5 は支払利子の控除額算定上、NatWest が銀行業にもかかわらず、内部取引を無視していること及び Treas.reg. § 1.882-5 は、米国支店の負債の額を計算する際、全世界資産のうち全世界負債の割合によって計算し、米国支店の分離、独立した活動を基本として支払利子の控除額を計算していない

²⁰⁴ National Westminster Bank, PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999), VII

²⁰⁵ OECD *supra* note 1, Article 7 para 14

²⁰⁶ Jessica L. Katz, *supra* note 150, at 412

²⁰⁷ National Westminster Bank, PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999), VII

²⁰⁸ *Id.*, VII

²⁰⁹ *Id.*, VIII

ことの 2 つの理由から租税条約第 7 条と整合性が取れていないとした²¹⁰。

さらに、請求裁判所は前節でも触れた 1989 年の Revenue Ruling²¹¹についても判断し、租税条約が PE に帰属する利得の算定上、控除される支払利子の計算に関する特別な規定を設けていないことから、その欠如を理由に租税条約第 3 条 2 項により Treas.reg. § 1.882-5 が適用されるとの米国財務省の回答について、Revenue Ruling は租税条約第 7 条 2 項と 3 項を誤って解釈しているとし、租税条約第 7 条 2 項と 3 項は、明確に銀行業に関して、支払利子の控除を認めているとした²¹²。

3. 2. 2 NatWest II

前節のとおり、NatWest I で、請求裁判所は、銀行業を営む外国支店はあたかも他の支店とは、別個のかつ分離した企業であるかのように取り扱われ、それを反映した帳簿と勘定を維持し、そして、内部貸付けに関する帳簿や勘定が、別個のかつ分離した企業であるために必要に応じて、支店に適切な額の資本を配分し、さらに内部利子の額が市場金利に適合しているように調整をおこなうことを条約は求めているとした²¹³。裁判所の決定したこの判決は、当事者に今度は、支払利子の控除額を算定するにあたって、適切な資本の額はいかに決定されるべきかという争点を与えることになった²¹⁴。

NatWest は米国に六つの支店を持ち、さらに子会社である NatWest U.S.A も保有していたが、支店はおもにホールセールを行い、子会社はリテールを行なっていた²¹⁵。支店の資本比率は 0.76%から 1.75%であったが、子会社は 6.03%から 7.19%であった²¹⁶。米国は英米租税条約第 7 条における支店を別個のかつ分離した企業として扱うという部分から、別個の会社組織が保有する資本と同じくらいの資本を有するように NatWest の支店の帳簿も調整されるべきであると主張した²¹⁷。一方、NatWest は、米国の主張する方式で資本を決定することは、英

²¹⁰ National Westminster Bank, PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999), IX B

²¹¹ Rev. Rul. 89-115, 1989-2 C.B. 130

²¹² National Westminster Bank, PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999), X

²¹³ *Id.*, VIII

²¹⁴ National Westminster Bank, PLC v. United States, 58 Fed. Cl. 491 (2003), Opinion, I

²¹⁵ *Id.*, Opinion, II B

²¹⁶ *Id.*, Opinion, II B

²¹⁷ *Id.*, Opinion, III A

米租税条約 7 条とその関連する規定にも則っていないと主張した²¹⁸。

別個のかつ分離した企業として支店の利益を算定する際の出発点は支店の継続して記帳されている帳簿記録であることに両当事者ともに異議はないとしており、争点は、英米租税条約において課税当局が支店の帳簿記録を調整することをどの程度許容し得るのかであった²¹⁹。上記のとおり米国政府は、支店と同程度の独立した銀行が保有する資本の額と同程度の資本が外国銀行の支店にも配分されるべきであるとして、税務当局は支店が本店から受取った借入金のうち一定額は資本注入として取り扱うべきで、利息として取り扱わないことができると主張した²²⁰。

一方、請求裁判所は、NatWest の主張を支持し、7 条の文言のどこにも、政府に対して、他の別個の独立した企業と同程度の資本注入を仮想して支店に配分することを許すとは、明記されていない。英米条約第 7 条の別個のかつ分離したという文言は、支店が独立し組織された 1 つの企業として取り扱うという意味でなく、単にその支店の属する銀行の他の部門とは別個かつ分離しているという意味であり、このことは、課税目的上、銀行の他部門との取引について独立して行なわれたものであるように帳簿記録を調整する権限を課税当局に与えているにすぎないのである²²¹。また、米国の解釈は、条約当事者間の共有する考えを反映していない。英米租税条約の 7 条がその解釈の指針²²²とする OECD 条約草案とそのコメンタリーにおいても、税務当局が支店に帰属する利得を算定する際、必要な調整は、あくまで事実に基づいた帳簿記録をベースに行なうべきであって、中身のない架空の利益をつくることは認められない²²³としている。そして、請求裁判所は 1979 年のテクニカルエキスプレナーション²²⁴や当時の米国上院のレポートのどこにも支店が銀行の通常の業務のために受取った借入金を政府に

²¹⁸ National Westminster Bank, PLC v. United States, 58 Fed. Cl. 491 (2003), Opinion, III B

²¹⁹ *Id.*, Discussion, I A

²²⁰ *Id.*, Discussion, I A

²²¹ *Id.*, Discussion, I A

²²² National Westminster Bank, PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999), V

²²³ OECD *supra* note 1, Article 7 para 10

²²⁴ The Treasury, Technical Explanation of the Convention between the government of the United States of America and the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains, 1979 (hereinafter 1979 the Treasury Technical Explanation of UK-US treaty) Article 7 para 3

よって資本注入として取扱うというような記述はないとした²²⁵。

次に、請求裁判所は、政府がその主張の拠りどころとした 1984 年レポート²²⁶、2001 年²²⁷及び 2003 年²²⁸の OECD のディスカッションドラフトについても検討した。

まず、1984 年レポートは、支店に交付される資本が資本の形でなく貸付けによる資金移転であった場合、そのために支払われた利子は控除されないとしている。そして、1984 年レポートでは、このことはモデル条約コメンタリー²²⁹においても確認されている²³⁰としているので、米国政府が帳簿にない資本を支店に配分することを許容していると請求裁判所は判断する。しかし、同時に請求裁判所は、1984 年レポートのパラグラフ 81 において、外国銀行の支店がその本店に支払った支払額のうち相当の部分が実際に自己資本の使用に対する対価である場合には、課税庁は、当該相当の部分を自己資本の使用に対する対価として取扱うことができる²³¹という記述に着目し、1984 年レポートは、あくまで支店に帰属させる自己資本の額は、本店から実際に受け取った額になるとしているとした²³²。よって、実際に支店が受け取っていない、国内の銀行が有する自己資本と同程度の額を支店に自己資本として配分する権利を税務当局は有していないとした²³³。さらに、資本不足の国内銀行に借入金のうちの一定額を資本として取り扱い支払利子控除を制限することができないように、自己資本が不足している支店に対し本店からの借入を資本注入であるとするのは、英米条約第 24 条の無差別条項²³⁴に反するであろうとした²³⁵。

請求裁判所は、2001 年 OECD ディスカッションドラフトについて、それが 1975 年当時の条約締約国の互いの理解を反映していないのは疑いなく、また、ディスカッションドラフトの規定自体、必ずしも 7

²²⁵ National Westminster Bank, PLC v. United States, 58 Fed. Cl. 491 (2003), Discussion, C

²²⁶ OECD *supra* note 34

²²⁷ OECD, Discussion Draft on Attribution of Profits to Permanent Establishments, 2001 (hereinafter 2001 Discussion Draft)

²²⁸ OECD, Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments: Part II (Banks), 2003 (hereinafter 2003 Discussion Draft)

²²⁹ OECD *supra* note 33, Article 7 para 17

²³⁰ OECD *supra* note 34, para 77 ; 木村・前掲注 34, 396-397 頁

²³¹ *Id.*, para 80 ; 木村・前掲注 34, 398-399 頁

²³² National Westminster Bank, PLC v. United States, 58 Fed. Cl. 491 (2003), Discussion, 1.D.1

²³³ *Id.*, Discussion, 1.D.1

²³⁴ 1975 UK-US treaty, Article 24(2)

²³⁵ National Westminster Bank, PLC v. United States, 58 Fed. Cl. 491 (2003), Discussion, 1.D.1

条の当初の意図あるいは歴史的な慣行や解釈によって制約されていないことをその序文で述べている²³⁶ため、今回の訴訟には不適切であるとした²³⁷。

また、請求裁判所は、2003 年 OECD ディスカッションドラフトについても、1975 年当時の条約締約国の意図を反映していないとした。また、請求裁判所は、2003 年 ディスカッションドラフトについて、その目的が利益に関して支店と子会社との間で結果の平等を達成することではなく、利益の決定に関して、一つの企業の別々の部署間における取引に対しても、関連会社間に適用されるものと同一の移転価格の原則を適用することにある²³⁸とした。そして、その目的は、米国が主張する支店と子会社を同一に扱おうとするものとは異なるものであるとした²³⁹。結局、請求裁判所は 2003 年 ディスカッションドラフトについても、今回の訴訟には不適切であるとした²⁴⁰。

さらに、条約の文言や立法経緯において米国政府の主張が受け入れられないだけでなく、カナダの保険会社の判例における米国政府の敗訴²⁴¹などからも米国政府の主張は認められなかった²⁴²。

3. 2. 3 NatWest III

2005 年に再び、NatWest の米国支店に配分される資本について、米国と NatWest の間で争われた。まず、NatWest II での判決のように支店における資本の認識は、実際に支店に資本金として配分され、また、帳簿にも資本目的として記録されることが求められるのであるが、NatWest の米国支店が 1970 年代の支店開設時に本店から固定資産の購入や開設に伴う諸費用として前払い金を収受し、実際に帳簿に資本借入と個別に記帳していることについては争いがないとした²⁴³。しかし、米国政府は、内国歳入庁の税務専門家などの供述書を基に銀行資本は、店舗や固定資産の購入以外にも、リスクの手当、銀行に対する

²³⁶ OECD, *supra* note 227, Preface, para3

²³⁷ National Westminster Bank, PLC v. United States, 58 Fed.Cl.491(2003) ,Discussion, 1.D.2

²³⁸ OECD, *supra* note 228, A.Introduction, para4

²³⁹ National Westminster Bank, PLC v. United States, 58 Fed.Cl.491(2003) ,Discussion, 1.D.3

²⁴⁰ *Id.* ,Discussion, 1.D.3

²⁴¹ North West Life Assurance Co.of Canada v. Commissioner, 107 T.C.363(1996)

²⁴² National Westminster Bank, PLC v. United States, 58 Fed.Cl.491(2003) ,Discussion, III

²⁴³ National Westminster Bank, PLC v. United States, 69 Fed.Cl.128 (2005)Factual Background C, Discussion C 2.

信用といった目的もあるし、資産の価値の下落や支払い能力に対する準備金としての目的もあるとした²⁴⁴。よって、米国政府は、NatWestの米国支店の帳簿記録は上述のような経済的資本を反映していないと主張した²⁴⁵。しかしながら、米国政府の主張にもかかわらず、英米租税条約と英国税務当局の銀行業に係るマニュアルのいずれもが、PEに経済上のリスクを担保するために適切な資本を必要とすることを意図していないとし、請求裁判所は、米国政府の主張を斥けた。その他にも、米国にあるNatWestの6支店を一つのPEと認識するかどうか、NatWestの帳簿記録の信憑性なども争われたが、いずれもNatWestの主張が認められている。

3. 2. 4 NatWestIV

2008年に米国政府は、NatWest I、NatWest IIの判決について合衆国控訴裁判所（United States Court of Appeals for the Federal Circuit 以下、控訴裁判所）に上訴した²⁴⁶。

控訴裁判所は、1975年の英米租税条約の第7条第3項のPEのために生じた費用（合理的に配分された利子などの費用を含む）という文言²⁴⁷は、企業全体の費用を合理的に配分するとしており、PEのために直接生じた費用のことを言っているのではないとし、NatWest Iで指摘のとおり1963年のコメンタリーで銀行業の内部利子は、事業に密接に関連する費用であるため、PEに直接帰する費用であって、米国政府は条約をミスリードしているとした²⁴⁸。そして、1975年の英米租税条約の文言を忠実に解釈すると、内部利子を含め、PEのために生じた費用は控除可能である。そして、この解釈は、1963年のモデル条約コメンタリーや、英国の条約締結当時の解釈と一致しているとした²⁴⁹。さらに、条約締結当時、米国と英国の条約に対する解釈が相違していたという証拠はなく、1978年のTreas.reg.§1.861-8は、PEの所得計算上、控除できる支払利子を決定するにあたって内部取引を明確には無視してい

²⁴⁴ National Westminster Bank, PLC v. United States, 69 Fed. Cl. 128 (2005) Factual Background C

²⁴⁵ *Id.*, Discussion C 2.

²⁴⁶ National Westminster Bank, PLC v. United States, 512 F.3d 1347 (2008)

²⁴⁷ 1975 UK-US treaty, Article 7(3), “a reasonable allocation of executive and ... interest, and other expenses incurred for the purposes of the enterprise as a whole ...”(emphasis added)

²⁴⁸ National Westminster Bank, PLC v. United States, 512 F.3d 1347 (2008) Discussion

²⁴⁹ *Id.*, Discussion

ないことや、Treas.reg. §1.861-8 の規定の中に、租税条約とTreas.reg. §1.861-8 との優先順位に関する規定²⁵⁰があり、その場合は条約が優先するとしていることなどから、米国政府の現在の 1975 年英米租税条約の解釈は、当時の英国の解釈や条約の文言、さらには条約の交渉経緯とは少し異なるようであるので、Treas.reg. §1.882-5 は 1975 年の英米租税条約と整合性がとれていないとした²⁵¹。

そして、支店に帰属する元入資本について、控訴裁判所は、支店と同程度の独立した銀行が保有する資本の額と同程度の資本を支店に配分されるべきであるとする米国政府の主張を実際の支店の状況を反映するものでないとして斥け、NatWest II の判決を支持した²⁵²。

3. 3 Nat'l Westminster Bank 事件後

3. 3. 1 英米租税条約、日米租税条約の改正

Nat'l Westminster Bank 事件の後も、米国財務省は、米国国内法における内部取引を認識しない支払利子の配分規定が、外国法人の米国 PE に帰属する利得の算定に関する租税条約の条項と整合性がとれているとの立場は崩さなかった²⁵³。しかし、NatWest I の判決により、英国との租税条約に関しては、こういった米国財務省の立場には、議論の余地があるとの認識を持った²⁵⁴。

そして、米国財務省は 2001 年改正における英米租税条約の交換公文に新たに事業所得条項に関する規定を追加した。その交換公文では、PE に帰属する利益を決定するために OECD の移転価格ガイドラインに定める原則を適用することができることを確認し²⁵⁵、また、PE の利得算定上、PE が当該 PE と同一又は類似の活動を行う別個のかつ分離した企業であるならば、その活動を行うために必要な資本の額と同額の資本の額を有しているものとして PE を扱うとしている。そして、PE に配分される資本の額は、金融機関の総資本の額を金融機関のリスク評価を加味した資産に応じて配分することにより決定することがで

²⁵⁰ 1977 Treas.reg. §1.861-8(f)(1)(iv) (TD7456, 1977-1C.B.200)

²⁵¹ National Westminster Bank, PLC v. United States, 512 F.3d 1347 (2008) Discussion

²⁵² *Id.*, Discussion

²⁵³ [Joint Committee Print] ; 108TH Congress, 1st Session, JCS-4-03

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ 2001 Convention between the government of the United States of America and the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains (hereinafter 2001 UK-US treaty)

きるとした²⁵⁶。

英米租税条約のテクニカルエキスプラネーション²⁵⁷によると、PE が別個のかつ分離した企業であるならば、その事業活動に必要な資本が帰属されるべきであり、そのための支払利息は PE の所得から控除されない²⁵⁸。そして、租税条約のもとにおいて、PE に帰属する利得算定上控除される支払利子の計算規定は、Treas.reg. §1.882-5 であることを再度確認した²⁵⁹。しかしながら、Treas.reg. §1.882-5 は個々の資産の持つリスクをかならずしも反映していない²⁶⁰ため、Treas.reg. §1.882-5 の計算によると米国支店に適切な額以上の資本の額が配分されることになり、納税者の支払利子控除額を減少させてしまう²⁶¹こともあるとし、こういった場合には金融機関である納税者は、規制上又は業務上の理由から資産のリスク測定を実施しているので、より適切な方法により PE に資本を配分することを妨げないとした²⁶²。しかしながら、英米租税条約のテクニカルエキスプラネーションは納税者が、代替的な方式によって支払利子控除額を決定することを要求するものでなく Treas.reg. §1.882-5 を引き続き適用するとしている²⁶³。2003 年に改訂された日米租税条約の交換公文は前章でも触れたが、日米租税条約に関する米国財務省のテクニカルエキスプラネーションも英米租税条約のテクニカルエキスプラネーションとほぼ同様の内容となっている²⁶⁴。

3. 3. 2 Treas.reg. §1.882-5 の改正

その後、2005 年 8 月に内国歳入庁は Notice²⁶⁵を公表し、Treas.reg. §1.882-5 の改正の動きが始まった。そこでは、1996 年改正に

²⁵⁶ 2001 UK-US treaty

²⁵⁷ The Treasury, Technical Explanation of the Convention between the government of the United States of America and the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains, 2001 (hereinafter 2001 the Treasury Technical Explanation of UK-US treaty)

²⁵⁸ 2001 the Treasury Technical Explanation of UK-US treaty, para3

²⁵⁹ *Id.*, para3

²⁶⁰ *Id.*, para3

²⁶¹ *Id.*

²⁶² *Id.*, para3

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ 社団法人日本租税研究協会・前掲注 122 ; The Treasury, Technical Explanation of the Convention between the government of the United States of America and the government of Japan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains, 2003 (hereinafter 2003 the Treasury Technical Explanation of Japan-US treaty)

²⁶⁵ Notice 2005-53, 2005-2 C.B. 263

明記されていた文言である、Treas.reg. §1.882-5 が、米国が締結する租税条約のもとにおいて、PE に帰属する所得算定上、控除される支払利子の額を決定する唯一の方法であるとの部分について、英米租税条約と日米租税条約に照らして、もはや正確なものではなく、改正により削除されるべきとの提言がされた²⁶⁶。Notice は、英米租税条約、日米租税条約の改訂における交換公文と調和をはかるためである²⁶⁷としている。

その後、2006 年に Treas.reg. §1.882-5T が発表された²⁶⁸のだが、2005 年の Notice で削除が提案された支払利子控除額を決定する唯一の規定であるとの文言も残された²⁶⁹。そして新たに、Treas.reg. §1.882-5T(a)(2) に明確に米国租税条約と関連文書（交換公文を含む）に規定されている場合を除き、支払利子控除額を決定する唯一の規定であるとされた²⁷⁰。

理由として、米国財務省と内国歳入庁の解釈は、租税条約に示された PE に帰属する利益を算定するための国内法に代わる方法は、PE に帰属する利益の上限を決定するためのものであって、納税者は英米租税条約及び日米租税条約のテクニカルエクスプラネーションで説明されているとおり Treas.reg. §1.882-5 を適用し続けることができ、また、国内法に代わる代替的方法は、日英以外の租税条約国には明定されていないので、あくまで国内法の計算方法が、唯一の方法であるとの理由である²⁷¹。

その他にも改正点として、3 ステップアプローチのうち第 1 ステップにおいて、米国資産を決定する場合に時価を選択したときは、第 2 ステップにおいても時価を選択しなければならない。また、そのときは、米国資産に乗じる割合は固定率でなく、実績率を選択しなければならないとした。これは、近年の無形資産の増加と重要性から、第 2 ステップで固定率を選択し、かつ第 1 ステップの米国資産の算出時において時価を選択した場合、米国実質関連負債をゆがめる結果になるという理由からである²⁷²。さらに第 2 ステップの固定率が 93% から 95%

²⁶⁶ Notice 2005-53, 2005-2 C.B. 263

²⁶⁷ *Id.*

²⁶⁸ T.D. 9281, 2006-2 C.B. 517 (2006)

²⁶⁹ Treas.reg. § 1.882-5T(a)(2) (T.D. 9281, 2006-2 C.B. 517)

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ T.D. 9281, 2006-2 C.B. 517 (2006) 2.b. ; Notice 2005-53, 2005-2 C.B. 263

²⁷² T.D. 9281, 2006-2 C.B. 517 (2006) ; Notice 2005-53, 2005-2 C.B. 263

に変更されるなどの改正が行なわれた。

3. 4 小括

米国財務省の Regulation を概観してみると、米国における支払利子控除の規定は、借入金に係る金銭は代替性のあるものであること、及び法的な裏づけを持たない内部取引は認識しないという 2 つの考え方に支配されてきたようである。しかし、NatWest 事件は、米国の考え方と OECD における多数意見との整合性を認めなかった。さらに、国際的二重課税を回避するという租税条約本来の目的によって、米国の国内法の規定に基づいて計算した所得金額は修正されてしまうことが明らかにされた。にもかかわらず、米国は、Treas.reg. §1.882-5 が米国において、支払利子の控除額を計算する方法であるとしている。そして、NatWest 事件を受けて、米国は英国およびわが国との租税条約において、交換公文を取り交わした。交換公文のテクニカルエクスプラネーションによると資本の配分方法は Treas.reg. §1.882-5 により計算することとなっており²⁷³、NatWest 事件に類似する判決に備えると同時に、国際的二重課税に対応する目的もあると思われる。また、2006 年に改正された Treas.reg. §1.882-5T は交換公文による代替的手法も許容されるとするが、具体的にその方法は明示していない。

4. わが国における対応

第 2 章で検討したとおり、わが国の銀行業における内部利子の取り扱いについては、算定方法を定めた具体的規定がない。法人税法施行令 176 条第 1 項第 7 号、第 3 項第 2 号などに関連する規定があるもののその解釈は、分かれている。

一方、わが国が租税条約を締結している国のうち、英国、オーストリア²⁷⁴は国内法に AOA を採り入れ、他にドイツにおいても行政基準として、金融業について無償資本の配賦の基準が示されている²⁷⁵。OECD は、上述のとおり源泉地国と居住地国のそれぞれの国内法令が選択し

²⁷³ 2001 the Treasury Technical Explanation of UK-US treaty, para3; The Treasury, Technical Explanation of the Convention between the government of the United States of America and the government of Japan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains, 2003 (hereinafter 2003 the Treasury Technical Explanation of Japan-US treaty), para3

²⁷⁴ 増井・前掲注 72, 148 頁

²⁷⁵ 宮本・前掲注 34, 191－198 頁

た資本の帰属方法が相違し、かつ源泉地国が承認を受けたあるアプローチをその資本の帰属のために使用し、かかるアプローチが独立企業原則と整合的な結果を生み出すことに合意が存在している場合において、源泉地国のアプローチを居住地国側が受け入れるべきとしている。しかしながら、具体的規定を持たないわが国の場合、相手国である居住地国が合意する可能性は低いと思われる。

また、米国は日米租税条約における交換公文で明記された金融機関の総資本の額を金融機関のリスク評価を加味した資産に応じて PE に配分するという規定が Treas.reg. §1.882-5T であるとする。しかし、交換公文が明記する金融機関に関して、その自己資本の額を当該金融機関の資産（危険の評価を考慮して算定した資産）のうちその各事務所に帰せられるものの割合に基づいて配分することにより、恒久的施設に帰せられる資本の額を決定することができるとする類似の規定はわが国には存在しない。そのため、わが国所在の PE に帰属する所得金額について二重課税のリスクは払拭されない。また、日米租税条約の交換公文において代替的手法を認容しているとはいうもののその具体的な取り扱いは明示していないため、OECD の AOA が適用可能かどうか不明である。

よって、国際的二重課税及び納税者の予測可能性と法的安定性の確保から、銀行業に関し、無償資本の配分規定も含めた内部利子の算定についての国内法上の立法措置を取る必要がある。同時に、国際的な二重課税への対応措置をとるため、条約に明文規定を挿入し、相手国とわが国の内部利子算定に関する国内法について、合意を得ておくことが必要であると考ええる。

なお、国内法上の立法措置において AOA を検討する場合、AOA によるリスク割当の手法について、さまざまな批判があることも念頭におくべきである。簡単にその批判を挙げると、同一企業内で異なるリスク構造を構築することは困難で、PE の地理的境界にそのリスクを特定するのはさらに困難という意見がある²⁷⁶。また、AOA は上層部と現場の意思決定を区別しようとしているが、実際は難しい²⁷⁷し、リスクを基盤とする分離企業アプローチの概念は、独立の子会社に与えられている通常の取り扱いを超えているという²⁷⁸。つまり、親会社のため

²⁷⁶Wolfgang Schoen, *supra* note 72, at1072 ; 緒方・前掲注 72, 178 頁

²⁷⁷*Id.*, at1067, ; 緒方・前掲注 72, 172 頁

²⁷⁸*Id.*, at1067 ; 緒方・前掲注 72, 173 頁

に子会社が設立され、業務に関与したとしても子会社の利得には何の影響も及ぼさない。例えば、親会社の業務関与の決定により発生した損失は、子会社の損失であり、親会社の損失ではないとの指摘もある²⁷⁹。

おわりに

銀行業の内部利子の問題について、OECD、米国そしてわが国の規定や考え方を比較、分析し、米国の判例や対応を参考にしながら、この問題に対するわが国のあり方について論じた。OECD の立場は、銀行業の貸付に係る内部利子の控除を独立企業原則により認める。一方、米国は、伝統的に法的裏付けのない内部利子の控除は認めない立場であって、銀行業の支払利子の控除の算定については、資産の割合など一定の配分基準によって、銀行の支店に配分するというものである。わが国は、法人税法施行令で内部貸付からは所得は生じないとするのみで、銀行業の内部利子の算定に関する具体的な明文規定は持たない。しかし、実務上、銀行の内部貸付に関する支払利子を収益に対する原価として損金算入を認容する。結果的にわが国の方法は、米国よりもOECD の多数意見に近い。このように、銀行業の内部利子についての算定方法が異なるため、銀行業の支店に帰属する所得について国際的な二重課税が生じている。

OECD は、源泉地国と居住地国のそれぞれの国内法令が選択した資本の帰属方法が相違する場合の取扱いをコメンタリーで述べている。つまり、源泉地国がその資本の帰属計算において使用したアプローチが独立企業原則と整合する結果を生ずることに合意が存在している場合において、居住地国が源泉地国の無償資本のアプローチを受け入れるというものである。

米国は、NatWest 事件後も、内部利子に関する基本的な立場を原則的に維持している。しかし、NatWest 事件の反省から日本と英国について、租税条約の交換公文で金融業に関する資本の額の配分に関する規定を明定し、国際的二重課税に対処する。

わが国は、具体的な明文規定を持たないため、外国銀行の支店に帰属する所得が、わが国と居住地国とで異なり二重課税となったとしても、条約による相互協議により相手国でわが国の課税所得が受け入れられる可能性は低い。日米租税条約の交換公文に関しても、米国の

²⁷⁹ Wolfgang Schoen, *supra* note 72, at 1067 ; 緒方・前掲注 72, 173 頁

Treas.reg. §1.882-5 に対応した文言であって、わが国において類似の規定はない。

よって、国際的二重課税の排除及び納税者の予測可能性と法的安定性の確保から、銀行業に関し無償資本の配分規定も含めた内部利子の算定について、国内法上の立法措置を取ることが必要である。同時に、国際的な二重課税への対応措置をとるため、条約に明文規定を挿入しておくことが必要であると考ええる。

参 考 文 献 (アルファベット順、年代順)

- 赤松晃『国際租税原則と日本の国際租税法』(税務研究会出版局、2001年)
- 赤松晃「恒久的施設 (PE) の認定と帰属する所得—国内法と OECD モデル租税条約—」租税研究 688 号 (2007 年)
- 赤松晃「国際課税の実務と理論～グローバルエコノミーと租税法」(税務研究会出版局、2007 年)
- 赤松晃「国際課税の基本的な仕組み」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣、2007 年)
- 青山慶二「OECD における恒久的施設 (PE) の帰属利益の算定に関する議論」租税研究 678 号 (2006 年)
- 浅妻章如「PE をめぐる課税問題」租税法研究 第 36 号 (2008 年)
- Brian J Arnold, (鈴木一路訳)「各締約国における利得の帰属」租税研究 701 号 (2008 年)
- エドワード・デネヒーほか「英国ナショナル・ウエストミンスター銀行対 IRS—財務省規則第 1.882-5 条は英米租税条約規定に矛盾するとの判決」国際税務 19 巻 10 号 (1999 年)
- 荻圭吾「取引・法人格・管轄権 (一) —所得課税の国際的側面—」法学協会雑誌 121 巻第 2 号 (2004 年)
- 本庄資『新日米租税条約 解釈研究 基礎研究』(税務経理協会、2005 年)
- 井阪喜浩「国際課税の最近の動向について—OECD の議論を中心に—」租税研究 703 号 (2008 年)
- ジェフリー・オーエンス「国際租税を巡る OECD の動向について」租税研究 704 号 (2008 年)
- Jessica L. Katz, “Treaties And Interest Expense Allocation: Moving In A Natwest Erly Direction”, Tax Notes Vol.86, no.3, 2000
- J.G. Rienstra, “US Court of Appeals Decision in National Westminster Bank PLC v. United States”, European Taxation. Vol.48, no.7, 2008
- 川端康之監訳『OECD モデル租税条約 2003 年版 (所得と財産に対するモデル租税条約) 簡略版』(日本租税研究協会、2003 年)
- 川端康之監訳『OECD モデル租税条約 2005 年版 (所得と財産に対するモデル租税条約) 簡略版』(日本租税研究協会、2006 年)
- 川端康之監訳『OECD モデル租税条約 2008 年版 (所得と財産に対するモデル租税条約) 簡略版』(日本租税研究協会、2009 年)

- 川田剛・徳永匡子『OECD モデル租税条約 コメンタリー逐条解説』（税務研究会出版局、2006 年）
- 川田剛・徳永匡子「OECD モデル租税条約コメンタリー 最近の主な改正点〈2〉」国際税務 28 巻 12 号（2008 年）
- 河合昭五『裁決事例詳解』（大蔵財務協会、1981 年）
- Kees van Raad, “Model Income Tax Treaties A comparative presentation of the texts of the model double taxation conventions on income and capital of the OECD(1963 and 1977) United Nations(1980) and United States (1981)”, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983
- Kees van Raad, “1963 and 1977 OECD Model Income Tax Treaties and Commentaries 2nd edition” Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990
- 木村弘之亮訳「移転価格と多国籍企業、三つの課税問題—OECD 租税委員会 1984 年報告書—」『多国籍企業税法—移転価格の法理—』（慶應義塾大学法学研究会、1993 年）
- Klaus Vogel, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions Third Edition”, Kluwer Law International LTD, 1997
- 国際法事例研究会『日本の国際法事例研究（5）条約法』（慶應義塾大学出版会、2001 年）
- 小松芳明「租税問題の国際化—国際課税原則の認識と国際協調—」ジュリスト 681 号（1979 年）
- 小松芳明「国際租税法の発展と動向」租税法研究 第 10 号（1982 年）
- 小松芳明『租税条約の研究（新版）』（有斐閣、1982 年）
- 小松芳明『国際租税法講義（増補版）』（税務経理協会、1998 年）
- KPMG 税理士法人 小森健次著・八田陽子編『米国税務の実務ガイドランス』（税務研究会出版局、2005 年）
- 増井良啓「第 60 回 IFA 大会の報告—PE に帰属する利得を中心として—」租税研究 688 号（2007 年）
- 増井良啓「日本の租税条約」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣、2007 年）
- 増井良啓・宮崎裕子『国際租税法』（東京大学出版会、2008 年）
- 宮本十至子「多国籍銀行企業の恒久的施設課税」税法学 560 巻（2008 年）
- 水野忠恒「国際租税法の基礎的考察」『国際課税の制度と理論』（有

斐閣、2000 年)

水野忠恒「外国法人の支店に対する課税」『国際課税の制度と理論』
(有斐閣、2000 年)

村井正編著『教材国際租税法』(慈学社出版、2006 年)

西村聞多「OECD による恒久的施設 (PE) の帰属利益に関するレポ
ートの公表と OECD モデル租税条約第 7 条 (事業所得) に関する
コメンタリーの改正について」租税研究 693 号 (2007 年)

西村聞多・古賀昌晴「金融業を営む外国法人の支店に対する課税に
ついて [その 1]」租税研究 682 号 (2006 年)

OECD, Reports of the OECD Committee on Fiscal Affairs, “Transfer
Pricing and Multinational Enterprises Three Taxation Issue”, 1984

OECD Committee on Fiscal Affairs, “Model Tax Convention on Income
and on Capital September 1992 Condensed Version”, 1992

OECD Committee on Fiscal Affairs, “Model Tax Convention on Income
and on Capital September 1996 Condensed Version”, 1996

OECD Committee on Fiscal Affairs, “Model Tax Convention on Income
and on Capital June 1998 Condensed Version”, 1998

OECD Committee on Fiscal Affairs, “Model Tax Convention on Income
and on Capital Condensed Version 28 January 2003”, 2003

OECD Committee on Fiscal Affairs, “Model Tax Convention on Income
and on Capital Condensed Version 15 July 2005”, 2005

OECD, “Report on The Attribution of Profits to Permanent
Establishments”, 2008

OECD Committee on Fiscal Affairs, “Model Tax Convention on Income
and on Capital Condensed Version 17 July 2008”, 2008

OECD, “Discussion draft on a new Article 7 (Business Profits) of the
OECD Model Tax Convention”, 2008

岡田至康監修者『新移転価格ガイドライン「多国籍企業と税務当局
のための移転価格算定に関する指針」平成 10 年 9 月』(日本租
税研究協会、1998 年)

Philip Baker, “Double Taxation Conventions and International Tax Law A
Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital
of 1992”, Sweet & Maxwell, 1994

Philip Baker, “Double Taxation Conventions A Manual on the OECD

- Model Tax Convention on Income and on Capital”, Sweet & Maxwell, 2002
- Richard L. Reinhold and Catherine A. Harrington, “What NatWest Tells Us About Tax Treaty Interpretation”, Tax Notes International, Vol.50, no.2, 2008
- Rostyslav I. Shiller, “Interest Expense Deduction of Foreign Banks Operating in the U.S.”, Tax Notes International, Vol.46, no.3, 2007
- 社団法人日本租税研究協会『租税条約の解説 日米租税条約（2003年11月7日署名／平成16年条約第2号）』（日本租税研究協会、2009年）
- 社団法人日本租税研究協会『租税条約の解説 日本・パキスタン租税条約（2008年1月23日署名／平成20年条約第10号）』（日本租税研究協会、2009年）
- 社団法人日本租税研究協会『租税条約の解説 日本・オーストラリア租税条約（2008年1月31日署名／平成20年条約第11号）』（日本租税研究協会、2009年）
- 島谷博ほか『（改訂新版）外国法人課税の実務と理論』（税務研究会出版局、1989年）
- 須田徹『アメリカの税法・連邦税・州税のすべて』（中央経済社、1998年）
- 鈴木路夫「外国銀行における支払利子控除額の算出方法の改正」（<http://us.kpmg.com/jnet/japanese/Archives/2006/SepOct/>）
- 立川正三郎監訳『恒久的施設への帰属利益の算定に関するディスカッションドラフト』（日本租税研究協会、2006年）
- 田川利一「外国法人の支払利息控除に関する米国財務省最終規則 882-5 条 解説」国際税務 16 卷 7 号（1996 年）
- 武田昌輔編著『DHC コンメンタール法人税法』（第一法規・加除式）
- 田中琢二「最近の租税条約の動向」租税法研究第 36 号（2008 年）
- 田中琢二「OECD における租税条約に関する議論の展開—2008 年 OECD モデル租税条約の改訂を中心に」国際税務 29 卷 1 号、2 号（2009 年）
- 田中琢二・宮木優治「OECD モデル租税条約を巡る国際課税の成果と課題—2008 年 OECD モデル租税条約の改訂を中心に—」租税研究 712 号（2009 年）

- 谷口勢津夫「外国企業課税に関する帰属所得主義と全所得主義（１）」
税法学 389 号（1983 年）
- 谷口勢津夫「外国企業課税に関する帰属所得主義と全所得主義（２）」
税法学 390 号（1983 年）
- 谷口勢津夫『租税条約論－租税条約の解釈及び適用と国内法－』（清
文社、1999 年）
- 徳永匡子「恒久的施設に帰属する利益—2006 年 OECD 報告書におけ
る改訂事項」租税研究 691 号（2007 年）
- 辻美枝「内部再保険取引の税法上の認識」税法学 560 卷（2008 年）
- United Nations, “Model Double Taxation Convention Between Developed
And Developing Countries”, 2001
- 占部裕典「租税条約における「恒久的施設」概念の機能と限界」総
合税制研究（財団法人納税協会連合会、1992 年）
- W. Anne Jie, ”The NatWest Saga :The Beginning of an End ? ”, Tax Notes
International. Vol.34, no.7, 2004
- 渡辺淑夫・下山宏執筆『コンメンタール法人税基本通達』税務研究
会出版局（1996 年）
- William W. Chip, “Interpreting Tax Treaties After NatWest”, Tax
Management International Journal.Vol.37, no.6, 2008
- Wolfgang Schoen, “Attribution of Profits to PEs and the OECD 2006
Report”, Tax Notes International, Vol.46, no.10, 2007
- Wolfgang Schoen,（緒方健太郎訳）「PE への利得帰属と OECD2006 年
報告書」租税研究 703 号（2008 年）
- 山崎昇「米国における外国法人の支店課税に関する一考察」税大論
叢 29 号（1997 年）
- 矢内一好「国際連盟によるモデル租税条約の発展～事業所得を中心
として～」税大論叢 20 号（1990 年）
- 吉村典久「国際租税法における恒久的施設概念（P.E.）に関する若干
の考察」ジュリスト 1075 号（1995 年）
- 財団法人納税協会連合会『平成 21 年版 租税条約関係法規集』財団
法人納税協会連合会（2009 年）