

有利発行と課税

M&A やグループ内再編その他様々な場面において、払込金額が募集株式の時価を下回る募集株式の発行が生じ得ます(以下、かかる募集株式の発行を「低額発行」、払込金額と時価が一致する募集株式の発行を「時価発行」といいます。)。しかしながら、低額発行に係る課税関係については、関連する条文がごく僅かしか存在しないため、未解決の問題が数多く存在します。また、低額発行に係る課税関係を考察することは、低額発行と同様に株主間の利益移転を生じさせる他の取引(例えば、高額発行や不公正な比率での組織再編成)に係る課税関係の考察にも有益であると考えられます。そこで、今回のニューズレターでは、低額発行に係る課税関係の概要について解説します¹。なお、議論が煩雑になることを避けるため、本稿に登場する株主は法人であることを前提とします。

1. 何故低額発行が課税上問題となるのか

低額発行が行われた場合、既存株主から募集株式の引受人(以下「株式引受人」といいます。)へ経済的価値が移転します。時価発行とは異なり、低額発行においては、この株主間の利益移転が生じるが故に、利益を移転する側及び利益の移転を受ける側の双方において課税の契機が生じます。

2. 株主間の利益移転に課税する法令上の根拠

法令上、株主間の利益移転に課税する旨を直接定めた個別の規定は設けられておりません。そのため、益金の発生事由に係る通則規定である法人税法 22 条 2 項に基づき、課税の有無を判断します。この点、同項は、(a)無償による資産の譲渡、(b)無償による資産の譲受け、(c)その他の取引、に係る収益の額を益金の額に算入する旨定めておりますので、低額発行に伴う株主間の利益移転が(a)~

(c)のいずれかに該当すれば、その利益移転の時点において益金が生じることになります。

以下、株式引受人とその他の既存株主に分けた上で、株主間の利益移転がどのような場合に(a)~(c)に該当するのかを検討します。

3. 株式引受人

株式引受人は、発行法人より募集株式の交付を受けているため、「資産の譲受け」は存在します³。問題は、いかなる場合にそれが「無償」と判断されるかです。「無償」と判断される場合には、「(b)無償による資産の譲受け」に該当することになりますので、払込金額と募集株式の時価の差額相当分の益金が生じます⁴。

(1) 株主按分型

低額発行が、既存株主に対しその持分割合に応じて按分的に行われる限り、株主間の利益移転は生じないため、株式引受人が「無償」で資産を譲り受けたことにはなりません(以下、かかる按分型の低額発行を「株主按分型」と、それ以外の低額発行を「非按分型」といいます。)。この点は、有価証券の取得価額について規定する法人税法施行令 119 条 1 項 2~4 号によっても間接的に明らかにされており、株主按分型の低額発行において株式引受人が取得する募集株式の取得価額は払込金額であると規定されております。従って、低額発行が株主按分型である限り⁵、株式引受人においては何らの課税関係も生じません。

(2) 非按分型(第三者を株式引受人とする場合)

第三者を株式引受人とする低額発行を行う場合、既存株主から株式引受人への経済的価値の移転が生じます。但し、かかる移転が生じる場合が全て「無償」に該当する訳ではありません。この点は、有価証券の取得価額について規

本ニューズレターの執筆者



北村 導人
パートナー
弁護士



黒松 昂蔵
アソシエイト
弁護士

本ニューズレターは法的助言を目的するものではなく、個別の案件については当該案件の個別の状況に応じ、弁護士・税理士の助言を求めて頂く必要があります。また、本稿に記載の見解は執筆担当者の個人的見解であり、当事務所又は当事務所のクライアントの見解ではありません。本ニューズレターに関する一般のお問合せは、下記までご連絡ください。

西村あさひ法律事務所 広報室
(Tel: 03-5562-8352 E-mail: newsletter@jurists.co.jp)

定する法人税法施行令 119 条 1 項 2~4 号によって間接的に⁶明らかにされており、「有価証券と引換えに払込みをした金銭の額・・・が払い込むべき金銭の額・・・を定める時におけるその有価証券の取得のために通常要する価額に比して有利な金額である場合」にのみ「無償」に該当します（以下、かかる場合の低額発行を「有利発行」といいます。）。そして、有利発行に該当するか否かは、原則として、払込金額と募集株式の時価の差額が当該時価の 10%以上であるか否かという基準（以下「10%基準」といいます。）」により判断されます（法人税基本通達 2-3-7 の注 1）⁸。従って、第三者を株式引受人とする低額発行を行う場合には、10%基準に照らして、それが有利発行に該当するのであれば、「(b)無償による資産の譲受け」に該当し、株式引受人において払込金額と募集株式の時価との差額相当分の益金が生じますが、有利発行に該当しない限り、株式引受人においては何らの課税関係も生じません。

(3) 非按分型(既存株主の一部を株式引受人とする場合)

既存株主の一部を株式引受人とする低額発行を行う場合、他の既存株主から株式引受人への経済的価値の移転が生じます。この場合の株式引受人に係る課税関係は、基本的に、第三者を株式引受人とする低額発行を行う場合の株式引受人に係る課税関係(前記(2))と同様になります。但し、既存株主の一部を株式引受人とする場合には、その他の既存株主が保有する既存株式に損失が生じるのみならず、当該株式引受人が保有する既存株式にも損失が生じます(以下、かかる損失を「希薄化損失」といいます。)。そのため、株式引受人の課税関係を考えるに当たって、かかる希薄化損失を考慮すべきか否かが新たに問題となります。

この点、株主按分型(前記(1))においても、株式引受人の内部において既存株式から募集株式への利益移転は生じていますが、かかる利益移転は「無償」に該当するか否かの判断には影響を及ぼさず、株主間の利益移転が生じたか否かのみが着目されております。かかる取扱いとの均衡に鑑みれば、有利発行に該当する場合に株式引受人において生ずる益金の額を算定する場面においても、払込金額と募集株式の時価の差額全額を益金に計上するのではなく、そこから希薄化損失相当額を控除すべきとの考えも成り立ち得ます⁹。

しかしながら、かかる考えを採用するに当たって障害となるのが法人税法施行令の文言です。益金の額を算定する

場面において希薄化損失相当額を控除するためには、募集株式の取得価額を算定する場面においても希薄化損失相当額を控除しなければなりません(さもないと、損失の二重控除が生じてしまいます)。ところが、法人税法施行令 119 条 1 項 4 号は、有利発行により交付される募集株式の取得価額を「その取得の時におけるその有価証券の取得のために通常要する価額」と定めております。この「通常要する価額」を算定するに当たって、希薄化損失という株式引受人に固有の事情を考慮することは、その字義に反するとも考えられます^{10 11}。

従って、タックス・プランニングをする際には、希薄化損失は考慮されないとの前提で検討せざるを得ないと思われま。なお、希薄化損失を考慮しない場合、株式引受人以外の既存株主において寄附金が生じるときは、当該寄附金の額(希薄化損失相当額を含まない)と、株式引受人において生じる受贈益の額(希薄化損失相当額を含む)が対応しなくなりますので、グループ法人税制の適用を受けることが可能な事案であっても、その対応しない部分に係る受贈益は、益金不算入とはならない点に留意が必要です(法人税法 25 条の 2 第 1 項括弧書)。それ故、グループ法人税制が適用される事案においては、上記の受贈益の益金不算入制度の適用を受けられないとの問題が生じることを考慮して、有利発行ではなく、株式を時価で発行し、発行直後に株式引受人以外の既存株主から株式引受人に株式を贈与する方法を採る方が納税者にとって望ましい場合があると考えられます。

4. 株式引受人以外の既存株主

通常であれば、低額発行の当事者ではない株式引受人以外の既存株主においては、(a)「無償による資産の譲渡」、(c)「その他の取引」のいずれも観念できませんので、何らの課税関係も生じません。

しかしながら、最三小判平成 18 年 1 月 24 日判時 1923 号 20 頁(以下「オウブンシャホールディング事件最高裁判決」といいます。))は、少なくとも「株主間の利益移転が、(i)株式引受人以外の既存株主の支配の及ばない外的要因によって生じたものではなく、(ii)株式引受人以外の既存株主において意図し、かつ、株式引受人において了解したところが実現した」との要件¹²を充足する場合には、株式引受人以外の既存株主においても、(a)「無償による資産の譲渡」又は(c)「その他の取引」のいずれか¹³が生じたと認められる旨判示しました。従って、かかる要件を充足する場合

には、株式引受人以外の既存株主においても、(a)「無償による資産の譲渡」又は(c)「その他の取引」に係る収益(株式引受人に移転した利益相当額の収益)の額が益金に算入されることになると考えられます¹⁴。

なお、オウブンシャホールディング事件最高裁判決において争点とされなかった問題として、(a)「無償による資産の譲渡」又は(c)「その他の取引」に該当する場合に、株式引受人以外の既存株主において、株式引受人に移転した利益相当額の収益に対応する既存株式の譲渡原価の損金算入が認められるか否かも問題となります。この点、株主間の利益移転は(a)「無償による『資産』の譲渡」に該当すると解するのであれば、それは正に株式が譲渡されたのとほぼ同様に取扱うことを意味しますので、既存株式の譲渡原価の損金算入を認めるべきだと思います¹⁵。他方、株主間の利益移転は(b)「その他の取引」に該当するものと解し、株式の譲渡とは異なる取扱いをすべきと判断するのであれば、別異に解する余地もあり得ます。いずれにせよ、この点は取扱いが明確になっていないため、タックス・プランニングをする際には、譲渡原価を確実に損金算入できるようにするために、有利発行をするのではなく、株式の時価発行と株式引受人以外の既存株主から株式引受人への株式の贈与を組み合わせた方が納税者にとって望ましい場合があると思われ¹⁶。

5. 外国法人が内国法人の低額発行に係る募集株式を引き受けた場合の課税関係

クロスボーダーの M&A やグループ内再編を行う場合には、日本に恒久的施設を有しない外国法人¹⁷(以下、単に「外国法人」といいます。)が、内国法人の低額発行に係る募集株式を引き受ける場面が生じ得ます。そのような場面においては、当該外国法人に対し、日本の法人税が課され得る点に留意が必要です。

(1) 国内法上の取扱い

外国法人は、国内源泉所得を稼得した場合、内国法人に準じて、日本の法人税が課されます(法人税 141 条 4 号、142 条)。そして、外国法人が、内国法人の低額発行に係る募集株式を引き受けることで、当該募集株式の時価と払込金額の差額相当額の所得を稼得した場合、当該所得は、法令上列挙された国内源泉所得のうち「国内にある資産に関し供与を受ける経済的な利益に係る所得」(法人税法 141 条 4 号イ、法人税法施行令 187 条 1 項 6 号、178

条 5 号)に該当し得ると解されております¹⁸。従って、当該外国法人の課税関係は、内国法人が低額発行に係る募集株式を引き受けた場合の課税関係(前記 3 にて論じた課税関係)と基本的に¹⁹同様になります(希薄化損失に係る問題も同様に未解決のままです)。

(2) 租税条約上の取扱い

租税条約上、募集株式の時価と払込金額の差額相当額の所得は、配当や利子といった個別に列挙された所得には該当しませんので、「その他の所得」として取り扱われ²⁰ます。この点、OECD モデル租税条約[2010 年版]の 21 条では、「その他の所得」について、居住地国でのみ課税される²¹として、源泉地国による課税を制限していることから、かかる内容に沿う租税条約を日本との間で締結している国に所在する外国法人が、当該所得を稼得した場合には、日本(源泉地国)の法人税は課されないこととなります。これに対し、①かかる内容とは異なり源泉地国の課税が制限されていない租税条約を締結している国や②源泉地国の課税は制限されているものの、一定の留保(当事者の特別の関係により生じた場合を除く旨の留保等)²²を付している租税条約(例えば、日米租税条約や日蘭租税条約)を締結している国に所在する外国法人が、当該所得を稼得した場合には、日本の法人税が課される可能性があるという点に注意が必要です。

¹ 発行法人においては、低額発行は資本等取引に該当し、特段の課税関係は生じないため、発行法人は除外して解説します(法人税法 22 条 5 項)。

² 低額発行に係る課税関係について詳述した代表的な文献としては、岡村忠生『法人税法講義[第 3 版]』(成文堂、2007)322~328 頁、岡村忠生=高橋祐介=田中晶国『有利発行課税の構造と問題』岡村忠生編『新しい法人税法』(有斐閣、2007)253 頁、瀧圭吾『新株の有利発行と受贈益課税』『金融取引と課税(1)』(トラスト 60、2011)1 頁、があります。

³ 東京地判平成 22 年 3 月 5 日裁判所ウェブサイトも、新株の発行を適正な価額より低い価額で引き受けることは、無償による「資産の譲受け」に該当する旨判示しています。

⁴ 森文人編著『法人税基本通達逐条解説』(税務研究会出版局、2011)238 頁参照。

⁵ 株主按分型であるか否かは、募集株式が「法人の株主等が当該株主等として金銭その他の資産の払込み等又は株式等無償交付により取得をした当該法人の株式・・・(当該法人の他の株主等に損害を及ぼすおそれがないと認められる場合における当該株式・・・に限る。)」に該当するか否かにより判断することになります(法人税法施行令 119 条 1 項 4 号)。そして、「他の株主等に『損害を及ぼすおそれ』がないと認められる」との文言は、種類株主総会の要否について定める会社法 322 条 1 項所定の「損害を及ぼすおそれ」との文言を借用したものであり(いわゆる借用概念)、会社法と同様に解釈すべきと考えられています(岡村=高橋=田中・前掲(注 2)258~259 頁)。なお、「損害を及ぼすおそれ」があるか否かの判断が難しいため、種類株主総会決議を念のために取得するような場合もありますので、実際に種類株主総会決議を取

得したか否かと、「損害を及ぼすおそれ」に該当するか否かと必ずしも連動しません(法人税基本通達 2-3-8 の注参照)。

6 法人税法施行令 119 条 1 項 2~4 号は、有利発行の場合の募集株式の取得価額は「その取得の時にけるその有価証券の取得のために通常要する価額」、有利発行以外の場合の募集株式の取得価額は払込金額であると規定しております。

7 日本証券業協会の自主ルール「第三者割当増資の取扱いに関する指針」の 1(1)に規定される基準。

8 10%基準を利用する趣旨については、「株式の証券取引所への新規上場の場合における払込金額の決定方法等をも考慮して定められたもの」と解説されており(森・前掲(注 4)235 頁)、低額発行の実務を妨げないように政策的に設けられた取扱いであると考えられます。従って、かかる取扱いを拡張して、低額発行以外の理由により株主間の利益移転が生じる場面(上記の趣旨が及ばない場面)においても、取引価額と株式の時価の差額が当該時価の 10%未満であれば、法人税法 22 条 2 項所定の「無償」には該当しないと一律に解することは困難であると思われます(現に、低額発行以外の場面において、かかる取扱いが認められることを示唆する通達等も存在しません)。

9 更に、有利発行に該当するか否かを判断する場面においても、希薄化損失を考慮すべきとの考え(払込金額と募集株式の時価の差額が当該時価の 10%以上となってもよいとの考え)もあり得ます。東京高判平成 22 年 12 月 15 日裁判所ウェブサイト(前掲(注 3)記載の裁判例の控訴審)において、納税者側はそのような考えを主張していたようです。

10 岡村=高橋=田中・前掲(注 2)268 頁も、現行法上、希薄化損失は考慮されていない旨述べています。但し、前掲(注 9)の東京高判平成 22 年 12 月 15 日は、譲渡制限株式会社である募集株式に係る「通常要する価額」を算定する場面において、株式引受人が発行人の親法人であり、発行人は株式引受人の意向に従って行動することから、譲渡制限株式会社であることは「通常要する価額」を減額する要因とはならない旨判示しています。従って、判例上は、「通常要する価額」を算定するに当たって株式引受人に固有の事情を考慮することは否定されておらず、現行法上、希薄化損失を考慮する余地が完全に否定されている訳ではないと考えられます。

11 希薄化損失を考慮することが、評価換えを禁止する法人税法 25 条 1 項及び 33 条 1 項に反するか否かも問題となり得ます。しかしながら、この場合、既存株式の取得価額と募集株式の取得価額が平均化されることによって希薄化損失が考慮されるに過ぎず、既存株式の評価換えを行うものではありませんし、現に、株主按分型(前記 3(1))においてはそのような形で希薄化損失が考慮されている以上、「通常要する価額」の解釈とは別個にこの点を問題にする必要はないと考えられます(岡村=高橋=田中・前掲(注 2)270 頁参照)。

なお、前掲(注 9)の東京高判平成 22 年 12 月 15 日において、納税者側は希薄化損失の考慮について主張したものの、法人税法 25 条 1 項に反することなどを理由として、かかる主張は排斥されております。但し、この事案は、株式引受人が有利発行を行った発行人の株式を直接保有していた事案ではなく、発行人の親法人の株式を保有しており、その親法人株式に生じた希薄化損失が問題となった事案になりますので(既存株式の取得価額と募集株式の取得価額の平均化の議論もできず、株主按分型の事案とも大きく異なりますので)、かかる判示の射程については議論の余地があると思われれます。

12 岡村=高橋=田中・前掲(注 2)279~280 頁は、この要件は必要条件ではなく十分条件に過ぎない可能性がある」と指摘しております。

13 オウブンシャホールディング事件最高裁判決は、(a)「無償による資産の譲渡」と(c)「その他の取引」のいずれに該当するかを明らかにしておりません。

14 株式引受人における課税関係(前記 3)とは異なり、どの程度利益が移転した場合に益金が生じるのかについては、法令及び通達において何らの規定も設けられておりません。そのため、無償取引ないし低廉取引に法人税法 22 条 2 項を適用する一般的な場面と同様に、払込金額が「適正な価額」と認められるかどうかにより、益金が生じるか否かを判断します。従って、株式引受人における課税関係(前記 3)とは異なり、10%基準をクリアすれば益金が生じないことが担保されている訳ではありません。

また、株主引受人以外の既存株主において益金が生じる場合、株式引受人に移転した利益の額は、基本的に寄附金となりますので、同額を損金に算入することも制限されます(法人税法 37 条 1 項)。なお、かかる利益の移転に経済合理性が認められるならば、寄附金には該当しませんが、法人税法 22 条 2 項により益金が計上されるにも拘らず(即ち、払込金額が「適正な価額」とは認められないにも拘らず)、かかる経済合理性が認められる場合がどの程度あるのかについては、議論の余地があると思われれます。

15 渚圭吾「法人税法 22 条 2 項にいう『取引』の意義—オウブンシャホールディング事件」水野忠恒=中里実=佐藤英明=増井良啓=渋谷雅弘編『租税判例百選[第 5 版]』(有斐閣、2011)101 頁は、株主間の利益移転は(a)「無償による資産の譲渡」に該当するとして、譲渡原価の損金算入を認めるべき旨指摘しています。

16 その他にも、グループ法人税制が適用される事案においては、有利発行をするのではなく、時価発行と株式の贈与を組み合わせることで、既存株式に係る譲渡益の繰延べが認められることが明確になります(法人税法 61 条の 13 第 1 項)。

17 法人税法 141 条 4 号所定の外国法人。

18 中野百々造『会社法務と税務[全訂 5 版]』(税務研究会出版局、2012)730 頁、仲谷栄一郎=井上康一=梅辻雅春=藍原滋『外国企業との取引と税務[第 5 版]』(商事法務、2013)172 頁。但し、株式引受人が稼得する所得の源泉が他の既存株主からの経済的価値の移転に存することに鑑みれば(前記 3)、発行人たる内国法人の株式が全て国外にある場合に、当該所得が「国内にある資産に関し供与を受ける経済的な利益に係る所得」に該当するか否かについては、議論の余地があると思われれます。

19 前記 3 にて論じた課税関係のうち、グループ法人税制に関連する記述など、内国法人に特有の課税関係については、外国法人には妥当しません。

20 OECD モデル租税条約[2010 年版]の 21 条に関するコメントリーの 7. 参照。

当事務所は、旧興銀税務訴訟、東京都外形標準課税訴訟をはじめ、税務争訟・訴訟において多数の実績を上げ、現在も複数の移転価格案件、国際金融取引に関する大型税務訴訟等において、クライアントに助言しています。本ニューズレターは、当事務所に所属し、国内・国際取引に関わる税務訴訟・争訟・税務アドバイスの携わる弁護士・税理士から構成されるビジネス・タックス・ロー研究会により定期的に発行される予定です。当事務所のビジネス・タックス・ロー研究会は、当事務所の弁護士・税理士が、クライアントに対しより一層的確なサービスを提供できるよう、税務に関する最新の情報・ノウハウを共有・蓄積するとともに、ビジネス・ローに関する最新の情報を発信することを目的として活動しています。なお、本ニューズレターのバックナンバーは、<http://www.jurists.co.jp/ja/topics/newsletter.html>に掲載しておりますので、併せてご覧下さい。

(当事務所の連絡先) 東京都港区赤坂 1-12-32 アーク森ビル 〒107-6029

Tel: 03-5562-8500(代) Fax: 03-5561-9711

E-mail: info@jurists.co.jp URL: <http://www.jurists.co.jp/ja/>

© Nishimura & Asahi 2013