

過少資本税制の理念と諸問題

吉 川 保 弘

〔税務大 学 校〕
〔研究部前教授〕

岩 本 洋 一

〔税務大 学 校〕
〔研究部 教 授〕

目 次

はじめに	83
第1章 過少資本の発生要因その1（税が主たる要因である場合）	87
1 過少資本とは何か	87
2 発生要因・配当及び利子の税法上の扱い	90
3 居住地国課税と源泉地国課税	94
4 外国所得免除制度の場合の検討	98
第2章 過少資本の発生要因その2（税以外が主たる要因である場合）	100
1 商法上の配当制限	100
2 過少資本とディブ・ロック理論	101
3 銀行の自己資本比率規制（BIS規制）と支払利子	102
4 銀行法等の国内基準による規制	104
5 外為法による規制	105
第3章 過少資本税制の根拠	107
1 1987年OECD過少資本報告及びOECDモデル条約	108
2 適正資本構成の理論的存在とその測定基準	110
3 独立企業間原則による適正資本構成の測定	114
第4章 過少資本税制を巡る問題点その1（形式基準の検証）	117
1 限度算定方式である自己資本比率と独立企業間基準	117
2 算定方式の要素としての資本、負債の定義	121
3 ハイブリッド的資本・負債の取扱基準	126
第5章 過少資本税制を巡る問題点その2（実質基準の検証）	131
1 短期ローンの取扱と問題点	131
2 back to back loan	133
3 保証	136
4 外国法人の日本支店を通じた内国法人である子会社への融資の問題	138

5 外国銀行米国支店の支払利子の規制とBIS基準による外国支店の支払利子の検証	141
第6章 法人税法、移転価格税制、過少資本税制を巡る問題点	144
1 法人税法第22条と過少資本税制	145
2 法人税法第132条と過少資本税制	146
3 移転価格税制と過少資本税制	148
4 本支店間の内部利子若しくは配賦利子と過少資本税制	152
第7章 終わりに代えて	154

はじめに

1987年にOECD租税委員会が公表した過少資本に関する報告の「1. 問題の所在」の中で、エクイティ・ファイナンスに係る報酬が当該企業において利潤として課税されるだけでなく、株主に対しても配当として結果的に課税されるのに対して借入による資金調達の場合には支払利子は事実上法人所得税が免除されることになると述べて、「隠れた資本化 (= 本質的には自己資本であるものを借入金の形で提供するもの)」が存在しうるとしている。

すなわち、「ある特定のケースにおいて、企業の借入が自己資本に比して大きいかが否かを決定する際に、借入と自己資本のどのような関係をもってその基準とするかは全く明確ではないが、高い借入・自己資本比率は、不均衡な借入の利用によって節税を行おうとする努力を暗示しうる。」としている。そして、「隠れた資本化」のメカニズムは、多国籍企業グループによって、様々な方法で活用され得る。例えば、タックスヘイブンにおいて、介在する持株会社を設立し、これをグループに加えれば、親会社に対する所得課税を恐らく無期限に繰り延べられるという利点が付け加わることになりうるとしている⁽¹⁾。

この報告においては、過少資本が各国において深刻な租税回避問題として起こりうることを示唆しているのである。

我が国においては、企業の資金調達が長い間メインバンクによる融資に依存してきたことから自己資本比率が極めて低い状況が常態とされてきたため、過少資本という問題に対して総じて反応が鈍かった。一方、過少資本を利用した租税回避に対する課税は国外の課税当局の関心事となっていた。そして、外資系企業による対日直接投資が着実に増加し過少資本を防止する必要が高まり、諸外国の過少資本税制の整備やOECDでの議論等を踏まえ国際的な制度である

(1) *see, OECD Thin Capitalization/Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No.2, Paris Para (12) ~ (15)*

過少資本税制を我が国でも平成4年に導入することとなったのである。導入時期は欧米諸国に比較すると遅かったが、それは国内的に過少資本問題が多発していなかったことと関連する⁽¹⁾。

ところで、通商産業省「第31回外資系企業の動向（以下「同動向調査」と呼ぶ。）」（97年3月時点での調査）によれば、外資系企業と国内企業との資本利益率（ROE）を比較すると、外資系企業が国内企業の水準を大きく上回っており96年度で約3.5倍の11.8%に達している。また、資本金規模では資本金1億円以下の企業が全体の61.4%を占めている⁽²⁾。

「同動向調査」のデータ⁽³⁾を基に、外資系企業の資金調達状況における自己資本割合について分析してみると、外資割合が100%のグループが最も低く平均42.4%（借入金割合が57.6%であることを示している。）である。外資割合が50%超100%未満のグループは72.3%、同割合が50%以下のグループは57.4%であった。また、日本市場への参入時期別では、94年から96年に参入したグループが最も低く15.2%であった。ちなみに91～93年グループでは29.0%、88年～90年グループでは16.6%、85年～87年グループでは23.6%、82年～84年グループでは45%、81年以前グループは32.2%となっている。さらに、96年度母体国別では、世界全体では54.5%であったが、アジア系が15.2%と最も低い。アメリカ系は57.6%、欧州系は51.3%であった。

平成10年度の通商白書は、「自社内に広範な経営資源の蓄積があると見られる規模の大きい企業の（日本に進出している外資系企業の黒字総額に占める黒字の）シェアが高いのに加えて参入して間もない企業については赤字企業の比率が高く、事業期の立ち上げ期には困難が多いという様子が見られる。」⁽⁴⁾と述べている。

(1) 「平成4年改正税法のすべて」国税庁p195

(2) 外資系新設法人に限定すると資本金1億円以下の割合は、96年度83.9%、95年度82.7%とさらに高まる。「第31回外資系企業の動向」通商産業省編p52

(3) 「第31回外資系企業の動向」通商産業省編p219～231

(4) 平成10年度版「通商白書 総編」通商産業省p281

さらに、通商産業省「外資系企業の動向」(96年3月時点での調査)によると、93年以降に日本市場に参入した企業の約6割が赤字でアンケートによると事業が軌道に乗るまでに5年以上要すると回答した企業が3割にのぼっているとしている⁽¹⁾。

これらから言えることは、少なくとも多くの外資系企業が我が国においては小さな自己資本規模で進出していることがわかる。もちろん日本での事業展開が容易でないことを伺わせているが、必要な資金を借入金で調達している可能性があることを示している。そのことは、我が国への進出が浅い外資割合が100%のアジア系法人に特徴的に現れている。

これまで以上に規制緩和で外資系企業の我が国への進出が期待されるが、外資の企業行動からみると出資ではなくて融資の形による必要資金の調達ということが十分に想定される。したがって、過少資本を巡る課税問題は起こる蓋然性が極めて高く、過少資本税制の研究は重要なものと考えられる。

本稿は以上の問題意識において、次の構成で論じていきたいと考えている。

すなわち、第1章及び第2章においては、そもそも過少資本という現象がどのようなメカニズムで生じるのかという観点から検証する。1章においては課税制度としての側面から論じることとし、2章においては税以外の側面からも過少資本が起こりうることを検証することとしたい。第3章においては、過少資本税制の根拠とその測定基準である独立企業間原則の採用について、企業財務論におけるあるべき自己資本と他人資本の割合すなわち適正資本構成から検討を行うこととしたい。仮に適正資本構成が確認できるのであれば、租税においてはそれに拠ることが租税が取引に影響を与えないと言う中立性の原則から言っても最も望ましいからである。そして、その最適資本構成から乖離した場合に過少資本税制で規制するという仕組みが、過少資本税制の根拠として相応しいのではないかとの仮説を建て検討を行っていきたい。そして、その中で我が国の現在の過少資本税制が採用している独立企業間原則がどのような役割を

(1) 平成10年度版「通商白書 総編」通商産業省p282

果たすか検証したい。

第4章以下においては、実定法上の問題について論じることとして、第4章で先ず、形式的な資本負債割合の算定方式、その算定方式の要素である資本負債の範囲及びこれらの混合されたものの区分基準等を巡る問題について、我が国の制度を絡ませながら検討を行う。続いて、第5章では、例えば過少資本税制を巡る租税回避の問題といった実質的な基準を主題として論述していきたい。第6章においては、我が国過少資本税制の法としての位置付けといったことについて検証を加えることとし、さらにはこの税制は移転価格税制と極めて類似した制度であるが、両税制とも利子が課税対象とされていることから一つの課税客体に二つの税制が係わってくる。どちらが優先して課税されるのか、その場合の二重課税の調整はどうなるのかといったことについて論じていきたい。

最後の章では、資本コストとして同様な機能を有している利子と配当とを巡る税制の在り方について触れ、現行過少資本税制の役割について言及することとしたい。

第1章 過少資本の発生要因その1 (税が主たる要因である場合)

1. 過少資本とは何か

企業が事業を立ち上げ円滑かつ効率的に継続していくには、資金つまり広義の資本が必要となる。企業にとっては、必要とする資本を最も効率的に(すなわち、資本コストを安くということである。)調達することが極めて重要となる。

企業が投資を決定する際には必要な資本を如何に調達すべきかが問われる。現実には、様々な資本の源泉があって経済的に最も資本コストの安い資本の組み合わせが考え得る。

資本コストとは何かと云うことであるが、負債であればその借入期間に対応した確定利子率というものがそれに当たるであろうし、自己資本であれば企業リスクを負担するので確定利子率にそのリスク分を加算したものが要求されるであろう。この資本コストを上回る成果がなければ利潤を得ることができない。ひいて、ゴーイングコンサーンとしての企業継続を図ることが困難となろう。企業が投資をすべきかの判断の際に最初に考慮すべき重要な点であろう。

その場合に、資本コストを上回る超過利潤が最大となるのは、資本コストが最小化されたときと云うことになる。そこで、資本調達のどのような組み合わせが企業にとって最も利潤が最大となるかということが問題となる。そして、そもそも資本調達の方法を変えることにより資本コストが変化するものなのかどうかである。

一般に営業利益率が負債利子率を上回っていれば、負債比率の上昇は自己資本利益率の増加をもたらす。逆に、営業利益率が負債利子率を下回ってい

れば、負債比率が高ければ高いほど自己資本利益率は低くなる⁽¹⁾。

営業利益は、営業活動の結果得られるのものではあるが確実なものではない。営業リスクを伴うものである。営業リスクは資本及び負債の総計である総資産に対するリスクである。すなわち、総資産の利用から利益が生じるという前提に立てば、負債の導入は、自己資本が得られる利益を自己資本のみで活動する場合に比較して増大させる一方、損失を被る場合も同様に増大させるという二面の作用がある。こうしたことから自己資本にとって適正な負債構成割合があるかどうかの問題とされるが、経済学においては、企業にとって、企業がどれだけ負債を利用し自己資本をどのような構成にするのが最適であるかの問題は存在していないというのである。そして、自己資本と負債の資本コストは等しく、企業の資本全体の資本コストは資本構成から独立であるとする⁽²⁾。このため、法人税制の中で支払利息の損金算入の扱いと自己資本の利益に課税されるということが存在することにより負債の資本コストが自己資本のコストより低くなるのである。

しかし、企業の営業活動は営業リスクがあるので営業不振であれば、業績が悪化することが生じる。最悪の場合には倒産するという事態もあり得るわけである。そうした場合においても負債に対する利息は優先して支払われることから専ら営業リスクを負担するのは自己資本ということになる。したがって、自己資本があまりにも小さい場合には、倒産リスクをカバーしきれないということが起こり得るのである。したがって、こうした観点からは企業にとって自己資本が大きければ大きいほど倒産リスクを回避することができることになる。

次に、企業の資金調達における経営者、株主、債権者の関係から考察してみよう。

(1) 若杉敬明著「企業財務」東京大学出版会p20

(2) 若杉敬明前掲書p21 1986年にノーベル賞を受賞したモジリアーニーが1958年にミラーとの共同研究の中で証明されたとされている。

経営者と株主の関係

現代の株式会社においては、経営と所有が分離しており、通常、株主は自ら企業を経営することはなく、専門の経営者に企業の運営を委託する。したがって、株主は自らの利益を最大とするよう経営者に期待する。株主と経営者の関係は代理人の関係である。しかし、経営者は企業内において株主よりも多くの情報を持ち得ることから株主の利益とはならない行動を採る恐れもある。そこで経営者を監視する制度や経営者が効率的に活動させるためのインセンティブが考慮されることとなる。それが監査制度やストックオプション制度などの報酬制度である。このコストは株主の利益を減少させるものであるが経営を委託する際に必要なものである。こうしたコストを考慮に入れて株主の利益が最大となるような仕組みが考えられねばならない。株主にとっては、最大の配当が得られることだけが利益ではなく公開市場での株価水準が高いことも極めて重要な点である。

この結果、経営者は株主の利益が最大となるよう行動するものと予測される。

経営者と債権者の関係

債権者にとってのリスクは、貸倒れが生じることであろう。担保付きであれば貸倒れリスクは回避されるであろうが、そうでない場合に債権者が投資すべきかどうかの判断材料が必要となる。貸倒れリスクが大きければ債権の利子率は高くなるであろう。企業に関する正確な情報が開示されていれば、適切な利子率となることが期待できる。

さらに、債権者からみると貸付時に予測できる環境や企業行動から大きく逸脱しないことが貸倒れリスクを小さくすることから、債権者にとって好ましくない行動を採らないよう制約を加えることとなる。すなわち、企業が行う投資、資産構成、配当金の支払い等について貸付時に条件を付すのである。こうした枠組みの中では、経営者の行動が制限されることから株主の利益が最大とならない可能性が生じることとなる。

さらに、将来の環境変化というものが予測できないことから担保がない

負債は高金利になりがちである。上記及びは企業にコストを要求しており、このことから株主と債権者の利害は相反する立場と言えよう。

まとめ

企業財務という観点から述べてきたが、以上のことから言えることは、税コストと倒産リスクに伴うコストとの関係で最適資本構成が決定されることになるものと考えられる。

企業の資金調達源泉としては、自己資本と他人資本がある。前者が資本主に帰属し後者は資本主以外に帰属する。自己資本は貸借対照表で資本の部に計上し、他人資本は負債の部に計上する。他人資本が将来返済をしなければならぬのに対して、自己資本は返済を考慮しなくてもよい。既述したように自己資本コストは資本調達コストと所要の支払配当であり、他人資本コストは調達経費及び支払利子が基本的な要素である。支払配当は利益からの分配であるのに対して支払利子は日々発生し日数に応じて欠損であっても必ず支払わなければならないものである。企業経営者から見た場合には、すべて自己資本であることが望ましいが、税コストを考慮に入れば負債の資本コストが自己資本のコストより低くなることから、ある企業にとって負債と自己資本の最適な関係が導かれる。この最適な自己資本と他人資本との関係を人為的に他人資本に傾けた状態が過少資本の状態にあると言えよう。

2. 発生要因・配当及び利子の税法上の扱い

内国法人Aが内国法人B及び居住者Cに支払う場合の扱い

・支払配当の場合

内国法人Aが100の配当を内国法人Bに現金で支払った時のAの処理は、法人税相当額を控除した残額の中から現金で社外流出処理される。受け取った内国法人Bは、内国法人Aとの間において特定の関係にない場合には、受け取った配当100のうち負債利子(前事業年度の総資産の帳簿価額に占めるその株式の帳簿価額の割合を(特定利子を除く。))全負債利

子に乗じた額)を控除した残額の80%が益金不算入とされている。すなわち、20%相当額が益金として法人税の課税対象となる。内国法人BがAの発行する株式総数又は出資の金額の25%以上に相当する数又は金額を有している(このような株式等を特定株式等という。)ときは受け取った配当金額100全額(負債利子を控除した残額)が益金不算入とされている。(法人税法第23条1項)したがって、50%以上の株式をもつ親子会社間においては我が国では課税関係が生じない⁽¹⁾。配当時に源泉税20%が課税されるが法人税額から控除されている。

内国法人Aが100の配当を居住者Cに現金で支払った時のAの処理は、内国法人Bのときと同様である。受け取った居住者は、所得税法第24条により100全額が配当所得となる。但し、配当の起因となった元本取得に要した負債利子は控除される。そして、配当所得を有する場合には税額控除としての配当控除が認められる。すなわち、仮に課税総所得が1000万円以下である場合には配当所得の10%相当額の税額が控除される。

・支払利息の場合

内国法人Aが100の利息を内国法人Bに現金で支払った時のAの処理は、支払利息として通常は営業外費用として損金算入される。他方、受け取った利子は全額益金の額に算入され法人税の課税対象となる。

内国法人Aが100の利息を居住者Cに現金で支払った時のAの処理は、内国法人Bのときと同様である。受け取った居住者は、所得税法第35条により100から必要経費としての(ひも付き)支払利息を控除した残額が雑所得とした課税される。

(1)このような受取配当の益金不算入制度については一般的には次のように説明される。シャープ勧告の法人税を所得税の前どりとみる考え方に基づく制度で、法人の受取配当等に対しては支払法人の段階ですでに法人税が課されているから、法人所得に対して何回も重複して課税することを避けるためには、受取法人の段階でそれを法人税の対象から除外する必要があるとするものである。金子宏著「租税法第8版」弘文堂p267

．まとめ

配当モデル

内国法人A	(子会社)	内国法人B	(親会社)
益金(収入)	1,000	益金(配当)	100
損金(経費)	-800	益金不算入	-100
課税所得金額	200	課税所得金額	0
法人税40%	-80	法人税40%	0
税引後利益	120		
支払配当	-100		
留保金額	20	(留保金額)	100

利息モデル

内国法人A	(子会社)	内国法人B	(親会社)
益金(収入)	1,000	益金(利息)	100
損金(経費)	-800		
損金(利息)	-100		
課税所得金額	100	課税所得金額	100
法人税40%	-40	法人税40%	-40
留保金額	60	留保金額	60

上記をまとめると左記のようになるが、配当モデルであっても、支払利息モデルであっても内国法人AとBを連結して負担すべき法人税及び内国法人A及びBが留保することとなる金額には全く違いが出てこない。この観点から言えることはグループ企業内にお

いて親会社が子会社に対して資本で出資するか、貸付金として融資するかの判断においては、税は中立的に機能していると言えよう。しかし、内国法人Aが利益を出しており、内国法人Bが欠損である場合には、Aは利息で支払うことがグループ全体から見た場合に、税負担がないこととなる。

逆に、Aが欠損法人でBが利益法人とするとAは利益配当することができないから利息しかないということになる。Bはこの場合に配当で例えば益金不算入となるものが利息でめらうと課税対象として益金に算入せざるを得ない。こうしたことから、我が国においては、内国法人間において両者が利益法人である場合に資本として出資するか融資とすることによって、国としては課税所得を失うということはない。しかし、出資者が赤字法人で子会社が黒字法人という場合にはできるだけ資本を少な

くし必要資金を貸付金で賄うことによりグループ全体としての税負担を減少させることができる⁽¹⁾。

国内においても利息モデルが税務上企業にとって有利である場合がある。この結果、過少資本とすべき誘因があるということになる。

内国法人Aが外国法人B及び非居住者に支払う場合

・支払配当の場合

内国法人Aが100の配当を外国法人Bに現金で支払った時のAの処理は、法人税相当額を控除した残額の中から現金で社外流出処理される。受け取った外国法人Bが我が国に恒久的施設を有しその配当がその恒久的施設に帰せられる場合には、国内法人と同様に法人税法第23条の適用がなされ益金不算入となる。

国内に恒久的施設を有していないか、有していたとしてもその恒久的施設に帰せられない配当を受け取る外国法人には20%の源泉所得税が課せられることとなる⁽²⁾。我が国における課税関係はこれで終了する。

内国法人Aの法人税課税前所得を100、法人税率を40%とする。残り60を全額外国法人Bに配当していたとすると、Bは源泉税20%相当額12を控除した残額の48を受け取ることとなる。この48に対しては法人税が40と源泉所得税12が課税された残額であるからこの配当には総体で52%の税が我が国で課税されているということになる。

もっとも、租税条約が締結されている場合には源泉税率が軽減されているが問題は依然として残る。居住地国においてはこれらは一般に課税対象となることから我が国との二重課税については所在地国での救済手段である免除方式又は税額控除方式に頼ることとなる。

・支払利息の場合

(1) 留保金課税は益金不算入であっても対象となる。黒字企業間においては両者ともに課税されることとなる。全額が対象となるのではなくて所得基準、定額1500万円基準、積立金基準のうち最も多いものを超える部分が課税対象となる。

(2) 法人税法第138条五号、所得税法第213条1項一号

内国法人Aが100の利息を外国法人Bに現金で支払った時のAの処理は、支払利息として通常は営業外費用として損金算入される。受け取った外国法人Bが我が国に恒久的施設を有しその配当がその恒久的施設に帰せられる場合には、国内法人と同様に益金に算入される。

国内に恒久的施設を有していないか、有していたとしてもその恒久的施設に帰せられない利子を受け取る外国法人には20%の源泉所得税が課せられることとなる⁽¹⁾。我が国における課税関係はこれで終了する。さらに、租税条約が締結されている場合には源泉税率が軽減されている場合もある。

一方、我が国の課税庁としては、本来内国法人が受取者であれば国内で課税することができるが、恒久的施設のない外国法人の受取利子に対しては課税権を行使することができず配当の場合に課税できた相当額を逃しているということになる。

・まとめ

我が国の課税の側面から見ると配当よりは、利息として流出する方が企業にとって税負担の関係から有利である。国外における外国法人に対しては、国内における配当に関する益金不算入制度がない分、どうしても必要資金を資本ではなくて融資という形式を採用したいというインセンティブは働くであろう。

内国法人Aが黒字であれば、損金として認められる利子を支払うことにより法人税を軽減できるということになる。

3. 居住地国課税と源泉地国課税

ここでは、居住地国における課税及び源泉地国課税が国外における出資形態にどのような影響を与えるかを検証してみることとしたい。

・源泉地国課税

(1) 法人税法第138条六号、所得税法第213条1項一号

我が国における外国法人に対する支払配当及び支払利息に対する課税については、既述してきた。

OECDモデル条約は、所得・資産に対する課税は源泉地・所在地国の課税の仕方に応じて分類されている。

同条約第10条2項によれば、支払配当については源泉地国においてもその国の法令に基づいて課税できるとされている。但し、この課税権は制限的なもので資本関係が25%以上を所有する関係においては5%とし、その他の場合には最高で15%までとしている。

これは源泉地国はすでに法人の利益に課税できていることを根拠に挙げ、これより高い税率が合理化できる可能性はほとんどないと説明する⁽¹⁾。そして、5%とする理由として、子会社から外国親会社への配当課税をより軽いものとするとは、課税の繰り返しを避ける観点、また、国際的投資の促進の観点から合理的なものとする。

同条約第11条2項によれば、支払利息については源泉地国においてもその国の法令に基づいて課税できるとされている。但し、この課税権は制限的なもので当該利子の10%を超えないものとされている。

配当と異なり利子については債務者の段階で課税されることがないことから経済的^{二重課税}は生じない。契約に特段の取り決めがある場合を除いて利子に係る租税は受領者が負担する。制限税率を定める趣旨として、源泉地国が、借入資本によって賄われる投資から生じる所得若しくは利得に対し、既に課税権をもっていることを挙げ正当化している。

この点から配当と利子における出資形態の違いによる税効果について考察してみよう。

必要とされる資金を投下した結果100の利潤を稼得しているとしよう。そして資本コストはどちらも10とする。そのときの法人税率を40%とす

(1) see, *OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and Capital* (1992) Commentary on Art.10、国際税務13巻10号p45

る。資本金で出資した場合には100全額が課税対象となるから40の法人税と配当10に対する5%の源泉税0.5を源泉地国で収納できるということになろう。貸付金で出資した場合には100から10を控除できるから残額90に対して40%の税率を乗じると36ということになる。支払利子10に対しては10%の源泉税を徴収することができることから36の法人税と1の源泉税を源泉地国で課税できるということになろう。こうしてみると利子の場合が有利であることが理解できる。

しかし、大幅な差異ではない。投資による利潤が10としよう。その他は同じ条件で考えてみると、資本金の場合においては $10 \times 40\%$ で4の法人税が課される。資本コストは10だが、残りの6しか配当できないので源泉税は0.3となる。一方借入金の場合においては $10 - 10$ で課税対象額は0となる。支払利子は10だから1の源泉税を収納することができる。

すなわち、源泉地国課税の観点から言えば、親子会社間における源泉税率が配当が5%で利子が10%という点からみると配当が有利であるが、法人税を加味して考慮すると利子が有利である。さらに、企業の収益率が資本コスト率と同じかそれ以下である場合には法人税が課税されない分利子の有利度が増大する。

・居住地国課税

OECDモデル条約第10条1項によれば、配当受領者の居住地国での課税をすることができるかとされている。一般に居住者に対する課税は無制限納税義務が課されている。

受領者の居住地国における源泉地国での課税に対する救済はここでは規定されていないが同条約の第23条に規定する外国税額控除及び外国所得免除の規定とは関連がある。

OECDモデル条約第11条1項によれば、配当と同様、利子受領者の居住地国での課税をすることができるかとされている。一般に居住者に対する課税は無制限納税義務が課されている。しかし、ここでは、源泉地国での源

源泉課税と居住地国とでの二重課税を憂慮している⁽¹⁾。すなわち、同コメントリーパラ2ではこの二重課税がとりわけ貸付金に対する利益を減ずることとなる結果、資本の移転と国際投資の発展を阻害することとなるのは明瞭であるとする。

そして、同じく受領者の居住地国における源泉地国の課税に対する救済はここでは規定されていないが、同条約の第23条に規定する外国税額控除及び外国所得免除の規定とは関連があるという点は配当の場合と同じである。コメントリーの利子に関する二重課税の憂慮の程度は配当よりも記述上は強いが理由は不明である。しかし、次の事柄と関連しているのかもしれない。源泉地国における利子にかかる租税を居住地国で税額控除することでは二重課税は排除されないとする。源泉地国での課税が名目的な支払総額を対象とし、居住地国での課税が受取利子から支払利子を控除した残額に法人税が課される。利子の受領者が第三者から資金を借り入れた場合には、当該利子に係る利益は受け取る名目利子よりもかなり実際上少なくなるし、支払利子と受取利子が同じであれば利益は全く発生しないこととなる。この場合は国外源泉所得は「0」と言うことになる。仮に二重課税の排除の方法として外国税額控除制度が採用されているとすると、源泉地国で課税された源泉税（課税された源泉税は国外源泉所得として扱われるが受取利子額から生じる国外源泉所得は支払利子を控除すると0となるから）を完全に控除できずその範囲で二重課税を強いられることとなる。

すなわち、居住地国課税の観点からいえば、配当に関する二重課税の排除の方法により配当が有利か利子が有利かが決定される。配当に関する源泉地国における税が間接外国税額控除で完全に控除されるものであれば、配当であれ利子であれ結果として差異は生じないであろう。利子に関して

(1) see, *OECD Committee on Fiscal Affairs*, Model Tax Convention on Income and Capital(1992)Commentary on Art.11、国際税務13巻12号p36

は、調達コストを無視して支払利子額に対して源泉税が課されることから必ずしも配当より有利でない場合もある。しかし、社内余剰資金で投資するというのであれば、利子が有利であることは間違いない。

4．外国所得免除制度の場合の検討

居住地国において二重課税の排除方法として外国所得免除制度が採用されている場合に国外における出資形態にどのような影響を与えるかを検証してみることにしたい。

外国所得免除制度においては、国外から支払われた配当に関して配当そのものに居住地で課税しないと言うことであるから、次のモデルで検討してみよう。

必要とされる資金を投下した結果100の利潤を稼得しているとしよう。そして、出資の場合の配当も貸付の場合の利子も10とする。そのときの源泉地国での法人税率を40%とする。資本金で出資した場合には稼得した100全額が課税対象となるから40の法人税と配当10に対する5%の源泉税0.5を源泉地国で課税できるということになる。貸付金で出資した場合には支払利子10に対しては10%の源泉税を徴収することができることから1の源泉税を源泉地国で課税できるということになる。

これを居住地国における外国所得免除制度を適用すると、同制度の下では配当10に対して課税しないということであるから仮に居住地国での法人税率を40%とすると $4(10 \times 0.4)$ は課税を免れることとなる。しかし、源泉地国ではその配当には法人税6.6 [= 法人税 $40 \times$ 配当 $10 / ($ 所得 $100 -$ 法人税 $40)$] が課されているので実質 $6.6 + 0.5 = 7.1$ の税負担をしていることになる。一方、貸付金の場合にはどうか。利子に対する実質的な課税は源泉税の1だけでありかなり有利である。しかし、調達コストが受取利子と同じであれば、何らの利得もないのに源泉税だけが控除されず税を加味すると融資をすることにより損を生じるという現象が起こる。

しかし、この場合も社内余剰資金で投資するというのであれば、利子が有

利であることは間違いない。

第2章 過少資本の発生要因その2 (税以外が主たる要因である場合)

1. 商法上の配当制限

会社は営利法人であって、株主や社員は会社からの利益配当を目的として会社に参画するのであってそれを奪うことは許されない。

一方で、株式会社や有限会社における物的会社においては株主や社員はその有する株式の引受額を限度として責任を負うに過ぎない(商200)から、債権者にとって重要なのは会社が有する財産ということになる。すなわち、株式会社及び有限会社においては、会社債権者にとっては会社財産が唯一の担保となることから、商法は会社財産を確保するための基準となる一定の金額としての資本を定め、それに相当するだけの財産が現実的に会社に拠出され、かつ保有されなければならないとして、そのための規定を設けている。資本維持の原則と呼ばれるものである⁽¹⁾。こうしたことから、合理的な範囲で利益配当の額を制限したり、これを一時的にこれを停止することも許されるとしている。その具体的な規定としては、利益配当に関する厳重な制限(商290、有46)や法定準備金の制度(商288~289)等がその現れである。

商法の定める配当可能限度額の計算方法は次のとおりである。

イ 繰延資産がない場合

この場合の配当可能限度額は、(1)貸借対照表の純資産額(資産-負債)から、(2)資本の額、(3)決算期までに積み立てられた法定準備金の合計額、(4)その期に積み立てられる利益準備金の額、を控除した金額となる。利益処分による支出を行う場合にはその10%以上を利益準備金として積み立てることを要求しているところから、配当限度額の計算は{(1)-((2)+ (3))} × 10 / 11で算出される。

(1) 新堂・金子・藤木編「法律学小辞典第3版」有斐閣p503

□ 繰延資産がある場合

開業準備費（商186ノ2）、試験研究費、開発費（商286ノ3）が繰延資産として計上されている時には、(5)その額が、上記(3)の決算期までに積み立てられた法定準備金の合計額と(4)のその期に積み立てられる利益準備金の額の合計額を超えるときは、その超過額がさらに控除されることとなる。この場合は、 $\{ (1) - (2) + (5) \}$ として算定される。

(5)の額が上記(3)の決算期までに積み立てられた法定準備金の合計額と(4)のその期に積み立てられる利益準備金の額の合計額を超えないときは、イの繰延資産がない場合の算出方法により配当限度額が算出される。

上記の配当制限に違反して配当を行った場合には、違法配当となり無効となる。会社の取締役は、違法配当額の弁済責任と賠償責任を負う。（商266 一、五）

中間配当についても(1)直前の決算期において配当をすることができた額から処分した額を控除し、(2)その中間配当額の10%を利益準備金として積み立てた額が限度とされている。

利益準備金は資本の1/4まで每期積み立てなければならないこと（商288、有46）に加え、資本組入れが資本の欠損補填にだけ使用できる（商289、有46）とされている。

以上のように我が国の商法においては、かなり厳格な配当制限があることから、親子会社間における子会社の必要な資金は資本金としてではなく貸付金の形態とするというインセンティブがあろう。

2. 過少資本とディブ・ロック理論

子会社の破産に当たって、親会社の子会社に対して本来資本金として出資すべき資金を貸付金として処理した場合の過少資本の責任、あるいは親会社の子会社に対する不当経営に対する責任が認められる場合に、親会社の債権

は劣後的に取り扱われるべきではないかという問題である⁽¹⁾。このような考え方は米国の判例法として形成された理論でディープ・ロック理論と言われている⁽²⁾。典型的な例は、過少資本で組織して事業を開始した後資本主が融資の方法で必要資金を提供した場合に偽装資本として一般無担保債権よりも劣後とされ株式と同列に取り扱われるケースである。このような理論については、米国連邦倒産法により実定法として定めている場合にはともかくとして実定法上の規定がない我が国においては、上記のように親会社に責任があるとしても親会社の債権を劣後的に取り扱いをしないことをもって違法ということとはできないとされている⁽³⁾。

実務上は更生計画や和議条件においては、親会社の債権や取締役等特別利害関係人の債権は劣後的に扱われている⁽⁴⁾ということであるが、我が国の倒産法に明文がないことから、過少資本という問題は起こるものと考えられている。

3．銀行の自己資本比率規制（BIS規制）と支払利子

1987年12月10日、国際決済銀行規制監督委員会は、自己資本の測定に関する共通の枠組み及び国際的に活動している銀行によって遵守されるべき共通の最低目標自己資本基準について「自己資本と基準に関する国際的統一化への提言」にとりまとめ公表した。その後、スイスのバーゼルで開催された同委員会で国際的統一を図るための基本的な枠組みが合意された。

その内容は、リスク・アセットに対する自己資本の比率を一定の規制水準（8.0%）以上に維持しようとするものである。

自己資本比率の算出方法は次による。

-
- (1) 田原睦夫稿「結合企業と倒産法上の諸問題」ジュリスト1104号p71
 - (2) 米国連邦倒産法第510条、高木新二郎著「アメリカ連邦倒産法」p204、p556
 - (3) 東京地裁平成5.5.25判決判例時報1487号p134 親会社の破産債権を劣後的に取り扱うべきことを主張した事件である。
 - (4) 田原睦夫前掲稿p71

自己資本/リスク・アセット 8%

この基準の分母は、リスク・アセット・レイシオ方式⁽¹⁾、オフバランス取引の計上⁽²⁾、連結ベース⁽³⁾で計算することとされている。

分子である自己資本を構成するものは、基本項目と補完項目である。補完項目は、基本項目の額を限度として自己資本に算入ができるとされている。

基本項目には、資本勘定及び連結子会社の少数株主持分とされている。資本勘定には連結貸借対照表上の資本金、新株払込金、資本準備金、利益準備金、その他の剰余金等が含まれる。但し、当期利益のうち、配当及び役員賞与予定額のように社外流出が予定されているものは含まないものとされている。

補完項目は、有価証券の時価と帳簿価額との差額の45%相当額、貸倒引当金及び負債性資本調達手段とされている⁽⁴⁾。

そして、銀行相互間の株式の意図的持ち合いや営業権相当額等は損失補填

- (1) リスク・アセットとは、銀行の保有する現金、貸付金、有価証券等バランスシート上の各資産項目について、その性質の違いによって信用リスクの大小を判定し、種類の異なる資産ごとに、それに見合うリスク・ウエイトを掛け、これを合計した額をいう。

この結果、総資産が同額であっても、リスクの小さい資産の占める割合が高い場合には、リスク・アセットの額が小さくなり、自己資本の額が一定であれば自己資本比率が高く算定されることになる。

- (2) 分母となるリスク・アセットには、スワップ、オプション等の金利・外国為替関連取引をはじめとして、銀行のバランスシートに計上されていないオフ・バランス取引をも取り込んだ規制となっている。
- (3) 国際基準では、商法第211条の2第1項及び3項に規定する子会社を含む連結財務諸表に基づいて算出することとしている。
- (4) 負債性資本調達手段の内容としては、無担保でかつ他の債務に劣後する払い込みであること、償還されないものであること、損失の補填に充当される等の性質を有するもの及び期限後劣後債（原契約期間が5年超のもの）、期限付き優先株とされている。但し、期限後劣後債（原契約期間が5年超のもの）、期限付き優先株については、残存期間が5年以内になった場合に、年率20%の割合で累積的消却を行う条件で、基本項目の50%を限度として補完項目への算入ができるとされている。

の財源としては市場性がないこと等から基本的項目から控除されるものとされている。

BIS基準は全世界を連結した総資産に対する危険度を測定したものであるから、その評価を支店における資本算定に利用すると、一概に言えないが、少なくとも連結された全体のリスク評価より支店のリスク評価が悪い場合には支店における自己資本が大きく表現されることとなろう。その結果、大きく表現された分だけ負債を減少させることとなることからそれに対応する利子の損金算入が否認されることとなろう⁽¹⁾。

こうした場合に、支店の自己資本の認定を我が国のような方式（外国法人の資本等の額に外国法人の総資産の帳簿価額に東京支店の総資産の帳簿価額に占める割合を乗じる方式で算出される。）ではなくBIS基準とすると過少資本税制の対象として課税されるケースは出てくるであろう。

4．銀行法等の国内基準による規制

内国銀行については、最低資本金の額が定められており、下限として10億円としている。（銀行法施行令第3条）そして、その資本金額に達するまで毎期利益配当の1/5以上を利益準備金として積み立てることとされている。（同法18条）外国銀行の内国支店に対しては銀行法は株式会社であることを強制していない⁽²⁾ので、銀行法18条による利益積立金の規定を適用できないことから、支店の税引き後の当期利益の額の1/10以上を10億円に達するまで、利益準備金として積み立てなければならないとされている。そして、その見合いとなる資産について国債等の資産価値の確実なものに限定されている。

内国銀行については、原則として配当の基準は配当性向（配当/当期利益）が40%以内に収まる金額とされている。

(1) 具体的には第5章第5節後段を参照

(2) 小山嘉昭著「銀行法」大蔵財務協会p325

国際業務に携わっていない銀行については、BIS基準ではなく国内通達に基づく自己資本比率規制が適用されている。

すなわち、自己資本比率の算出方法は次による。

「資本勘定 [外部流出分を除く] + 諸引当金勘定 + 税効果相当額 + その他別に定めるもの」 / 「総資産 (期中平均残高) - 支払見返勘定 - 債権償却特別勘定」 4 %

外国銀行の支店については、外国銀行そのものの資本及び準備金はこれに相当するものとされている。(銀行法施行令第 9 条)

BIS基準より国内基準は緩いからより一層過少資本となる傾向はあろう。しかし、我が国における過少資本税制は、国内取引を対象としていないことから、BIS基準を巡る議論はここではない。

5 . 外為法による規制

上場会社等の株式の取得によって一外国投資家の保有が10%を超える場合に、次に掲げるいずれかの事態を生ずる恐れのある対内直接投資については、その取得に際して事前届出義務を課し⁽¹⁾国の安全等に係る対内直接投資等に該当すると認められる場合には変更又は中止させることができる⁽²⁾とされている。

・ 国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになること。

・ 我が国経済の円滑な運営に著しい悪影響を及ぼすこと。

一方、居住者による非居住者からの借入金については次に掲げるものが対内資直接投資等⁽³⁾とされ、平時事前届出をすれば良く⁽⁴⁾有事規制等ということになっている。

(1) 外国為替及び外国貿易法第27条 3 項

(2) 外国為替及び外国貿易法第27条 5 項

(3) 外国為替及び外国貿易法第26条 6 項、対内直接投資等に関する命令第 2 条第 1 項

(4) 外国為替及び外国貿易法第55条の 5 第 1 項

- ・ 金銭の貸付で期間が1年を超え5年以下であるものは2億円に相当する額

- ・ 金銭の貸付期間が5年を超えるものは1億円

したがって、非居住者による株式の取得について外為法上の規制があるため、我が国においても株式の取得に代わるものとしての融資の形式にならざるを得ない場合もあろうことが想定される。

但し、我が国における過少資本税制の適用が50%以上の資本関係にある場合としているところから、実際問題としては上場会社における過少資本問題が起こることは少ないと思われる。

第3章 過少資本税制の根拠

M.M.理論⁽¹⁾に拠れば、自己資本をS、借入資本をD、両者の合計をVとすると、VがSとDのいかなる割合で構成されていても、資本市場が完全競争であれば平均資本コストの値は一定である。すなわち、資本コストは資本構成から独立であるというのである。

ところが、法人税の計算上、借入資本の資本コストである支払利息の損金算入が認められ自己資本の資本コストである支払配当が損金不算入であるという非対象性が人為的な借入資本の利用を促し、国際的な税源の配分を歪めるほどの問題を提起してきた。本章では、過少資本税制の必要性と根拠について「1987年OECD過少資本報告及びOECDモデル条約」を評価し、その上でそもそも適正な負債と資本の関係があり得るのかどうかという観点からM.M.理論における適正資本構成が測定可能かどうかを概観する。それを踏まえて、OECD報告

(1) 1986年にノーベル賞を受賞したモジリアーニーが1958年にミラーと共同で研究した理論で頭文字をとって通常M.M.理論と呼ばれている。この理論では3つの命題から構成されている。

第1命題は、自己資本をS、借入資本をD、両者の合計をVとすると、VがSとDのいかなる割合で構成されていても、資本市場が完全競争であれば平均資本コストの値は一定である。すなわち、資本コストは資本構成から独立であるというのである。

第2の命題は、株式収益率が借入をしないときの自己資本コスト i (=)に危険プレミアムを加えたものに等しくなるので、通常 $i > r$ (= 利率)だから安価な借入資本の利用が多ければ平気資本コストが低価すると考えられそうだが実際は借入をしないときの i (=)よりも借入をしたときの i の方が危険プレミアム分だけ大きくなるというのである。

第3の命題は、企業が投資を行おうとするときSあるいはDのどちらで賄おうとも、そのコストは を考えれば良いとするものである。危険プレミアムを借入資本に加えると $[rD + (i - r)D / S \cdot S] / D = i$ となり、SとDの資本コストは等しくなるからである。かくして、企業の資本コストは資本構成ないし資本調達方法には依存しないというのである。

「現代経済学辞典」青林書院新社 p66

等が提言する独立企業間原則が適正資本構成を決定しうる絶対的な測定基準なのかどうかについて検討する。

1. 1987年OECD過少資本報告及びOECDモデル条約

1987年OECD過少資本報告

「B項.資金調達方法の選択と課税の関係」⁽¹⁾において、エクイティー・ファイナンスに係る報酬が企業の利潤として課税されるだけでなく、株主に対しても配当として課税される。(尤もこの二重課税は軽減されている。)他方、利子の支払いは法人税課税を免除されている。

かかる二つの異なる課税措置の違いの効果は特定の企業と出資者の組み合わせについてエクイティー・ファイナンスよりも借入による資金調達が税務上有利となることにある。税務当局は自己資本よりも借入資本の利用から派生する節税効果及び本質的には自己資本であるものを借入金形で提供するという(隠れた資本化)に関心を抱いてきた。そして、多国籍企業の中での資金移動の最大の柔軟性を当該企業全体にとって最小の税負担で達成することを目的に活用されるとしている。同報告の結論と勧告において、以下のように結んでいる⁽²⁾。

「委員会は、過少資本対策を目的とする規則の適用が、通常、独立企業間で発生したと仮定される利益を超過する額まで当該国内企業の課税利潤を増額すべきでないこと、既存の租税条約の適用において、特にモデル条約第25条に対応する規定に従った相互協議手続の運用に際して遵守されるべきである。」ことを述べ、「各国の過少資本規則が十分な柔軟性を持ち、二重課税の免除を認め関連二カ国間条約に従い相互協議により解決を図るべきである。」ことを勧告して、加盟国における国内規定としての過

(1) *see, OECD, Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No. 2, Paris 1987, (8)*

(2) *see, OECD, Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No. 2, Paris 1987, (89)(90)*

少資本税制による規制を認めている。

OECDモデル条約第9条（独立企業間原則）

第9条は特殊関係にある企業間の取引が自由市場における通常の商業条件（独立企業間原則）に基づいて行われない場合には特殊関連企業間の計算を修正することができるとしている。そして、本条は、過少資本に関する国内法の適用について、その適用の結果、借り手の利得を独立企業の状況において発生したであろう利得に対応する金額の利得に近似させるものである限りこれを妨げるものではないとしている⁽¹⁾。さらにローン契約における利子率が独立企業間のものであるかどうかを判定するのみならず、表面上のローンがローンとみなされるのか、あるいはその他の種類の支払、特に持分資本への抛出とみなされるかについても関連するとしている⁽²⁾。そして、過少資本を扱うべく設けられた規定の適用は通常、独立企業間の利得を超えて、問題とされている国内企業の課税利得を増額させるものであってはならず、また、この原則は既存の租税条約の適用に当たっても従うべきものであるとしており、過少資本税制による規制が独立企業間原則に拠る場合には認められるとしている⁽³⁾。

OECDモデル条約第10条（配当）

この条文の中での資本の用語は配当すなわち株主への利益の分配の課税上の取り扱いに関して使われている。

会社への貸付金その他の抛出金は会社法の下では資本とされない。しかし、国内法又は慣習法（過少資本税制や貸付金を株式資本とみなす取り扱い）により、それから生じる所得が本条の配当として取り扱われる場合に

-
- (1) *see, OECD, Committee on Fiscal Affairs , Model Tax Convention on Income and on Capital(1992) Commentary on Art. 9 para. 2 (a)*
- (2) *see, OECD, Committee on Fiscal Affairs , Model Tax Convention on Income and on Capital(1992) Commentary on Art. 9 para. 2 (b)*
- (3) *see, OECD, Committee on Fiscal Affairs , Model Tax Convention on Income and on Capital(1992) Commentary on Art. 9 para. 2 (c)*

は当該貸付金その他の拠出金は資本として扱われる⁽¹⁾。

OECDモデル条約第11条（利子）

所得の分配を受ける権利を有する債券及び社債は契約上貸付と認められる性格であるならば、貸付として扱われる。

この点は第10条においても同じであるが、関係国は利子配当に関する定義が整合性をもつようにしなければ二重課税の問題が残ることになる。

OECDモデル条約第24条（無差別条項）

第9条及び第11条に適合する過少資本税制により利子が配当と扱われる場合にはこの第24条は適用されないとしている。したがって、独立企業間原則に沿ったものであれば違反とはならない⁽²⁾。

OECDモデル条約第25条（相互協議）

過少資本あるいは隠れた資本化に関する規定から課税された場合において法的あるいは経済的二重課税かを問わず免除不可能な二重課税や条約に反する課税がなされた場合には解決の手段を提供するとしている。例えば、モデル条約第9条、第11条、第23条、第24条といった条文の規定に適合しない課税についてはこの条文の対象となるとしている⁽³⁾。

以上のことから、過少資本税制がOECDモデル条約の関連条項に立脚したものであれば少なくとも条約上適合した課税として国際的に成立するものとなる。

2. 適正資本構成の理論的存在とその測定基準

企業が調達する資金を負債と自己資本に分類する。負債は社債とそれ以外

(1) *see, OECD, Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital(1992) Commentary on Art.10 para.15(d)*

(2) *see, OECD, Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artists and Sportmen, Issues in International Taxation No. 2, Paris 1987, (66)*

(3) *see, OECD, Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artists and Sportmen, Issues in International Taxation No. 2, Paris 1987, (67)(69)*

の借入金に分類される。自己資本による資金調達には、増資と内部留保に分類され、前者においては普通株式、優先株式の発行がある。内部留保の他に減価償却費その他の引当金準備金への繰入額も投資資金として利用可能となる。別の観点からは負債と増資を外部資金、内部留保と減価償却額を内部資金と分類することができる。

企業財務での基本的問題としての一つに企業はどのような観点から負債と自己資本の構成比率を決定すべきかという課題がある。この点は、何が過少資本なのかという命題と直接的に関連する。仮に、企業財務において負債と自己資本に関して適正な割合というものが理論的に存在しており、そこには恣意性のない客観的な観点から決定しうるものであれば、過少資本を巡る課税上の問題の解決を容易にするヒントが発見できるからである。

このような問題に接近するために、企業財務に関する企業行動を分析解明した小宮隆太郎、岩田規久男著「企業金融の理論」を参照しながら検証を行った。企業は長期的にある「目標負債比率」を設定する。ここでの「目標負債比率」とは、企業の総価値すなわち負債総額と株式時価総額の和に対する比率であるとする。通常日本では簿価を基準としている点がそれとは異なっていることに留意をする必要がある。この「目標負債比率」が決定されるとそれに必要な計画期間中の投資額とその投資をファイナンスするために必要な調達資金総額に占める負債の割合が同時に決定される。これを「負債調達比率」という。他の事情を一定とすると「負債調達比率」が高ければ高いほど資本コストは低下する⁽¹⁾から、実施すべき有利な投資額は増大する。

法人税が影響するとしても企業は資本コストのみに基づいて調達資金の

(1) 小宮隆太郎、岩田規久男著「企業金融の理論」日本経済新聞社p39 企業全体としての資本コストは長期的な資金調達計画における負債と自己資本の調達額の比率により負債と自己資本の資本コストを加重した平均値とすべきであるとし、「負債調達比率」の決定にあたっては単に自己資本と負債の資本コストの差だけでなく他の要因が考慮されねばならない。従って、負債の資本コストが自己資本のそれより低いからと言って必要資金の99.99を負債で調達すべきであるということにはならない。

構成を決定するわけではない。負債比率を妨げる主たる原因として負債の貸し手（社債の引受、購入者）によって課される量的・質的制約にあるという。量的制約の問題として、貸付には基本証券が存在しないことから貸倒リスクはある。リスクプレミアムを得たとしても量的には制限される。金融機関や社債の引き受け手にしてもリスクプレミアムを得たとしても倒産の可能性が無視できないほど貸し出したり起債を引き受ける行動はとらないとする。質的制約の問題として、貸し手は債権保全のため借り手の経営の機動性や自主性を制約する条件をしばしば課す。貸し手の観点は債権保全にあるから借り手の長期的に利潤を最大としたい観点とは相容れない。したがって、借り手の経営者は経営の機動性や自主性を制約しない範囲内に負債比率を留めようとする。

こうした次元の異なる量的な要因と質的な要因に基づく「目標負債比率」の決定は、資本コストの最低点という単純な数量的関係から導かれまいとする。なぜなら、意思決定の際には、当該企業の属する業界固有な事情、金融機関との関係、株式の時価を考慮した企業の資本構成に対して企業経営者、投資家、金融機関などの関係者がもっている一般的な観念、景気・物価・利潤などの一般的経済事情についての長期見通しなどが考慮されるからであるとする。

以上の考えに別の要素を加えた最適資本構成論がある。

すなわち、株主あるいは債権者のエージェントとしての経営者が自己の満足を最大化しようとするれば結果としてプリンシパルである株主あるいは債権者の利益を損なうかもしれない。あるいはプリンシパル間に不公平な結果をもたらすかもしれない。その結果、各々は自己の利益を守るために様々な行動を採ることが容易に想像される。このような認識からジェンセン、メックリング及びマイヤーズはエージェンシー関係を持つことから生じる幾つかのコストを指摘しこれが企業価値に対してマイナス効果をもたらすこと

を証明し最適資本構成を説明しようとした⁽¹⁾。すなわち、エージェンシーコストの最小化という観点から最適資本構成モデルを検討した。結論的に言えば、ジェンセン、メックリングにおいては、外部株式を利用する場合のエージェンシーコスト及び負債を利用する場合のエージェンシーコストの合計が最小となるところの自己資本と他人資本との比率が最適だといっているのである⁽²⁾。マイヤーズにおいては、企業価値と負債価値が同時に最大化されるような借入額の選択が最も望ましい資本構成政策とすれば、そのような借入額の選択は不可能であるとした。このことが株主サイドに立つ経営者は、企業価値最大化指向に基づく借入金を優先させ、法人税法において破産コストが節税に対して有意な存在でないとしても、エージェンシーコストを加味した修正M.M.理論における無制限の負債利用による企業価値の最大化行動は生じないとした⁽³⁾。

これらのモデルでは、少なくとも理論的には最適資本構成の存在を支持している。しかし、確かに、実証的あるいは計量的にどの程度有効な理論であるかについては疑問があるという意見がある⁽⁴⁾。

ここでの検討から適正資本構成の理論的存在については抽象的に理解できるとしても、企業財務論における実際のな比率としての測定は困難であることを示しているものであろう。

小宮隆太郎教授、岩田規久男教授は、「ある時点、ある国において一つの産業では、有力な各企業の資本構成は比較的近似している場合が多い。これは各社の経営者は貸し手の負債供給における量的・質的制約を考慮して長期的な資本構成を決定するが、同じ産業に属する企業については、規模に関する差を除けば、その将来の投資政策も似ている場合が多いであろう。そこで

(1) 堀彰三著「最適資本構成の理論」中央経済社p119

(2) 堀彰三前掲書p137、エージェンシー理論については若杉敬明著「企業財務」東京大学出版会p60以降を参照。

(3) 堀彰三前掲書p155

(4) 堀彰三前掲書p156

負債供給の際に貸し手の課す制約もほぼ同様なものになる（あるいは各企業の経営者が主観的にそのように判断する。）と考えられるのである。」と記述している⁽¹⁾。

このことは次に議論する独立企業間原則の考えに近く、独立企業間原則は最適資本構成理論とも矛盾しないことを示唆している。

3. 独立企業間原則による適正資本構成の測定

最適資本構成の理論を過少資本の観点から詰めれば、多国籍企業間の資金の移動であれ、独立企業におけるそれであれ、最適資本構成から乖離した借入に対する支払利子は、配当と見なす余地があるということになる。しかし、実際には、多国籍企業における恣意的な意志に基づく非正常な借入を規制しようとするものである。過少資本税制は、不正な負債資本構成を最適資本構成に是正しようとするものではなくて、多国籍企業の租税回避に対応した税制と考えるべきであろう。

過少資本の問題は古くから存在しており、実質主義の観点から租税回避として捉えるという試みがあった。このようなアプローチでは過大な他人資本を自己資本として課税関係を認定し直す基準として確立し得なかった⁽²⁾。

このことは最適資本構成を計量的に把握することが困難であることと関連していると考えられる。過少資本における課税問題を多国籍企業における特殊関連会社間の課税問題として整理することができれば、独立企業間における状況と比較することにより最適資本構成すなわち、適正な自己資本比率が把握できる。このような観点から言えば、過少資本税制は特殊関連会社間における自己資本比率を独立企業間原則で測定しようとする制度と言えよう。

では、具体的には独立企業間原則をどのように機能させるのであろうか。

(1) 小宮隆太郎、岩田規久男著「企業金融の理論」日本経済新聞社p188

(2) 佐藤英明稿「我が国の過少資本税制と問題点」ジュリスト1075号p26、水野忠恒稿「過少資本税制」租税法研究第21号p126

1987年OECD「過少資本」報告にある提案を検証してみよう。同報告によれば、過少資本かどうかを測定する基準として、すなわち資本が借入かに関して二つのアプローチを挙げている⁽¹⁾。

一つは、一般的な乱用防止アプローチで独立企業間原則に拠る場合も含むものである。

個々の調達に関して、出資の条件及び性質、並びに、それが行われた状況を見て、すべての事実及び状況を勘案して、出資の本質が借入か自己資本かを決定する。

この場合に、一般的脱税防止規定、法律の濫用防止規定、本質を形式に代用したり異常な経営行為を無視したりすることを可能とする規定等に加えて、独立企業間原則によるアプローチで決定されうる規定があり得るとしている。殊に、独立企業間原則によるアプローチは、独立企業間でなされると仮定される額を超えていれば借入が独立企業間の額を上回る部分は事実上利潤の一部を受け取るために行われたとみなされるというものである。これに対しては、独立企業間で採用されている慣行がどのようなものであるかに関して明白な指針がないこと、一貫性のある実施基準が策定が困難であることを挙げている。

二つには、定率アプローチといわれるものである。この方式によると借入企業の債務全額が、その自己資本の一定割合を上回る場合には、当該借入に係る利子、あるいは承認された割合を上回る分に係る利子は自動的に控除対象から除かれ配当として扱われる。

少数の国は、比較的限定された状況において唯一の方法として適用しているが、多くの国においては、これをセーフ・ハーバーとしており納税者に対しては当該企業自体の借入比率が独立企業間比率であるか、その他の理由で承認可能であることを示すことができる選択を与えているとする。

(1) *see, OECD, Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artists and Sportmen, Issues in International Taxation No. 2, (25)*

OECD報告における第一のアプローチの独立企業間原則の概念は、比率による執行も可能といえるが、各国の指針、実施基準の策定に当たりここでの独立企業間原則の解釈が異なる可能性があり、したがって、独立企業間原則が拡張する余地があることを指摘しておきたい⁽¹⁾。

(1) 岡村忠生稿「国際課税」岩波講座現代の法第8巻p307、水野教授は、過少資本に関するOECD租税委員会報告書においても租税条約としてあるべき負債自己資本比率については言及しておらず、過少資本税制の構成原理としてのarms ' lengthの基準を確認するにとどまっているのであり、租税条約において、各国の国内法における過少資本税制が統一される方向にはないとしている。水野忠恒稿「過少資本税制」租税法研究第21号p135

第4章 過少資本税制を巡る問題点その1 (形式基準の検証)

実定法としての過少資本税制においては、過少資本かどうかを測定する基準としての算定方式を巡る問題と算定方式の計算要素である負債及び自己資本の範囲を巡る問題が提起されている。前者においては、そのことが過大な負債となるかどうかの限度額を決定することから重要である。後者においては負債となる範囲が狭ければそれだけ課税対象となる額が減少することから、対象とすべき範囲について検討されねばならない。そして、そこにおいては負債と資本とのハイブリッドなものの扱い、殊に混合証券で負債と整理されているものを如何にして区分できるかということが問題となろう。

1. 限度算定方式である自己資本比率と独立企業間基準

我が国の過少資本税制は、自己資本比率について3：1という割合を法定している。この機械的な利子否認方式を補完する制度として、類似法人の自己資本割合と比較する方式が採用されている。この制度は自己資本比率が3倍を超えていたとしても、類似法人の自己資本割合が当該法人の自己資本割合より高ければ過少資本税制を適用しないというものである。

過少資本をどのように規制すべきかの方法としては、個別規制方式と総量規制方式がある。どのような規制方式が独立企業間基準から正当化されるべきか。

さらに、このような制度の仕組みに対して自己資本比率には抵触するが、取引自体は真正な独立企業間取引である場合についてどのように扱われるべきであるかという問題がある。加えて、自己資本比率の形式基準は取引内容の独立企業間基準で反証可能であれば正当化できるのかどうか⁽¹⁾である。

(1) 岡村教授は、そもそも過少資本税制がALSを破るかどうかと言った議論は次の理由

個別規制方式とは、法人が行う個別の借入に着目し、当該借入がその諸条件（利払いの条件、利率、リスク負担、借り手の債務状況等）に照らして貸付を出資とみなされるかどうかを判断するものである⁽¹⁾。このタイプの税制としてはドイツ、米国の内国歳入法第385条がこれに当たると言われている。このタイプの問題点としては利率などの諸条件に踏み込むことから移転価格税制との区分が問題となる。加えて、基準が曖昧であるところから実務的には適用の難しさがあるようである⁽²⁾。事実、米国においては第385条の適用に当たっては同条（b）項の条件を如何に認定するかという問題があり実際上は機能せず第163条j項の制定の要因となった。米国における利子控除をどのように取り扱うかという問題は、非常に長い歴史があり、判例法における実質主義の適用におけるすなわち負債の形式が真実は借入金であり株式を仮装したもので借入利子を配当とみなすという問題であった。抽象的な理論としては首肯し得ても執行上課税庁における認定の難しさがあつたとされている。⁽³⁾そこで、1989年改正により米国内国歳入法第163条j項の制定により一定限度を超える負債に起因する支払利子についてその利子としての性格を否認し所得計算上控除を否認することとされたのである。つまり、総量規制方式を導入したのである。

から意味がないとしている。「独立企業間原則やALS（アームズレグス・スタンダード）が日米タイプの過少資本税制を正当化できるかどうかであるとして、1987年OECD過少資本報告書は、過少資本税制をALSの延長として捉えていながらも同税制適用後算定される利益は、独立当事者が獲得するであろう利益を超えるべきでないとし、負債自己資本比率の法定はALSに反するから反証可能な推定に留めるべきであるとしている。」と述べ、「しかし、ALSは利益をさしていることと概念が拡張するので報告書のいうことは意味がない。ALSの概念は拡散しており空洞化している。」と指摘されている。岡村忠生稿「国際課税」岩波講座現代の法 8 巻p307

- (1) 「平成4年改正税法のすべて」国税庁p194
- (2) 羽床正秀稿「過少資本税制の問題点」水野忠恒編「国際課税の理論と課題」税務経理協会p113
- (3) 水野忠恒稿「過少資本税制」租税法研究第21号p129

総量規制方式とは、外資系法人の国外関連者からの借入が自己資本の一定倍を超える場合にその超過額に対応する支払利子を損金不算入とするものである。このタイプの税制としてはフランス、カナダ、オーストラリアの制度がこれに属すると言われ我が国の制度もこのタイプである。

総量規制方式では、例えば自己資本の3倍を超える国外関連者からの借入は過少資本税制では超過分に対応する支払利子は損金不算入となる。借入が第三者から借入れる場合よりも有利であることが立証できる場合は、宥恕できる条件を付すことも考えられよう⁽¹⁾。

現行の我が国の規定から言えば課税を宥恕することはできない。すなわち、我が国の過少資本税制は自主申告型の制度であるから、法定された自己資本割合以内で申告する場合には良いが、その企業の自己資本割合が3倍を超えてはいるが同業者の独立企業間基準に従っている旨の申告をしようとするれば第一義的には自ら立証しなければならないということになる。(法令上は類似法人の比率に照らし妥当と認められる倍数を用いることができるのは、その倍数が妥当であることを明らかにする書類等を保存している場合に限られるとされている。)

過少資本税制では資本と借入の選択が問題なのであって、借入条件等において第三者より有利に親会社が融資できるとしても、そのことをもってその借入が資本ではなく真正な借入であるとは言えないだろう。すなわち、その借入の本質を資本と見ればどんな借入よりも有利に調達が可能となるからである。

類似内国法人の資本比率の適用に対しては、幾つかの評価がある。すなわ

(1) 成道秀雄稿「日米の過少資本税制の解説と最近の議論」税研93.5 p13 この論考の中で筆者は、3倍を超えていてもそれが正当なものであることを立証できれば認めても良いのではないかと、例えば、親会社からの借入が第三者からの借入よりも有利である場合や緊急資金調達で第三者からの借入や増資手続が間に合わなかった場合を例として掲げている。

ち、「資本負債比率の形式的な基準に対する救済規定であり、実質主義に基づく立証の簡素化を試みた規定とも言え、独立企業間原則のアプローチのもとでの資本負債比率の規制は推定規定としては存在する。」⁽¹⁾という評価や、また、「実行可能性や納税者の予測可能性の考慮から3：1という固定的な比率を原則基準、類似法人の比率を例外基準とする規定の形式は移転価格税制の特別規定として位置づけられる制度である。この点から固定的な比率は安全地帯ルールに過ぎない。」⁽²⁾等がある。

個別規制方式であるべきか総量規制方式であるべきかという選択の問題は、税制の簡素と公平との均衡に帰着すると考えている。すなわち、実行可能性や納税者の予測可能性を高めるとすれば、相当の割切りを入れた簡素な制度にならざるを得ないであろうし、第三者である納税者との公平を重んじれば、理論的に精緻な制度とならざるを得ないがそのことをして複雑な制度となり実効性の乏しいものとならざるを得ないこととなろう。

個別規制方式の検討方法は独立企業間基準に則ったものと言えよう。そうした観点からは個別規制方式が良いということになるが、企業にとっての第三者情報の入手困難と自主申告を如何に担保すべきかという問題点がある。他方、自己資本比率の形式基準を主題とする総量規制方式についても2倍が良いのか3倍が良いのかと言った形式基準そのものの問題、第三者である納税者との関係から有利に取り扱われていないかどうかという視点も重要である。

我が国の現行法が総量規制方式を採用し、一方で第三者における自己資本割合をもってこれに代替できることとしていることは独立企業間基準に準拠した所得計算を考慮しているものと言えよう。

このような観点からあまりにも低い自己資本割合の形式基準の設定は独立企業間基準に反したものの意見が強いが、各国の自己資本割合もまちな

(1) 水野忠恒前掲稿p138

(2) 谷口勢津夫稿「過少資本税制と租税条約」総合税制研究No.3 p123

ちでどれが適正な自己資本割合であるかという議論はない。自己資本割合が高ければセーフ・ハーバーとして有効であるとの議論がある⁽¹⁾。しかし、自己資本割合の国際的調和が取れていないため二国間における相互協議すらできない。したがって、理論的で国際的に調和のある適正な自己資本割合というものを確立できなければならないであろう⁽²⁾。

なお、我が国の過少資本税制が3：1の基準をおいていることが実は移転価格税制におけるself assessment systemにおいて独立企業間価格が把握できないとの納税者からの批判にも応えられるものとなっていることを評価すべきであろう。

2. 算定方式の要素としての資本、負債の定義

通常、自己資本の調達としては、創立時の資本金、そして継続企業の追加調達としては増資、あるいは純利益の内部留保で行われる。また、負債の調達は、金融機関からの借入や社債の発行が典型である。このようなものは区分上特に問題となることはないが、借入資本と自己資本との比率といっても、何をもちて借入といい、資本とのかという区分基準の問題がある。

ビジネス・リスク負担基準

企業が調達する資本は、ビジネス・リスクを負担する自己資本（株式）と負担しない負債に大別される。特質として前者が企業業績に応じた最終的な企業の残余収益の分配を受けるのに対して、後者は業績の如何を問わず期間や担保に関する種々の契約条件の下で一定の元利の支払を受けることにある。

営業利益は、自己資本が稼得した利益と支払利息として負債に配分すべ

(1) 羽床正秀前掲稿(115)

(2) 主要国の過少資本税制の状況を見ると、米国1.5：1、英国2：1、カナダ3：1、ドイツ総資産の10%というように各国負債自己資本割合が異なっている。川田剛著「国際課税の基礎知識」税務経理協会p202参照。

き額の合計であるから、資本全体の利益と言えるであろう。しかし、営業利益が変動に晒され絶えず変化しても負債に対して利息が支払われることから自己資本のみがビジネス・リスクの影響を受けるということになる。このことから、両者の差異の一つは、企業活動に不可避的な収益の変動というリスクを負うかどうかである。

事実、OECDモデル条約10条コメンタリーパラ25⁽¹⁾においても貸付者が法人の生み出すリスクを実質的に共有する限りにおいては、例えば支払が企業の事業の成功又はその他に大きく依存する場合には貸付金に対する利子は配当として扱おうとしている。

そして、資本か負債かは、原則としては個別判断であるが、この場合の具体的な判断基準の例を挙げている。

- 「 . 貸付金の比率がその他の当該企業に対する拠出金を大きく超えており（又は、相当程度の割合の資本金に代えて貸し付けられたものであり、）売却可能な資産の価値に比べて著しく劣る場合
- . 債権者が法人のいかなる利益も共有する場合
- . 貸付金の支払いが他の債権者の支払要求や、配当の支払に従属的になされるものである場合
- . 利子の支払う程度が、法人の利益の状況に依存することとされている場合
- . 金銭貸借契約において、明確な支払期日が定められていない場合」

この中で については次に掲げる の基準と関連する。

なお、1987年OECD報告⁽²⁾は、自己資本と借入資本にかかる法的な相違点として次のようにいう。

「株主は、通常、企業利潤の一部を受け取る権利を有している。そして、

(1) この規定は、1992年の改正で追加的に規定されたものである。

(2) see, *OECD Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No.2, Paris 1987* (3)

企業の解散の際を除き、元本の投資額を回収できないのが普通である。引き受けるリスクは、通常、応募を引き受けた自己資本に限定される。

借入資本の提供者は、通常、企業の利潤の多少及び有無にかかわらず、貸付額に係る固定利子を定期的に受け取る権利を有する。資金貸付者は、一定期間後に、その投資額を回収するのが普通である。」

これらのことから、この基準は資本の特質を当然に明らかにしたものといえよう。

返済（満期）期限基準

次に、自己資本には返済期限、満期期限がないことである。さらに、株式会社において投下した自己資本を回収したい場合には売却するがその場合には元本は保証されていないことである。これに対して借入債務には期限が定められる。従って期限のない債務は借入債務ではない。この基準はいわば借入の当然の特質を表現したに過ぎないといえるだろう。

なお、1987年OECD報告⁽¹⁾は次の点も指摘する。「株主は、普通、その所有する株を売却することによって、投資の現在価値を回収できる。この現在価値は、当初の投資額に比べて上下している可能性があるとしている。他方、貸付においても場合によっては、貸付者は、その期限が来る前に、他者に権利を売却できることがあるが、株式の場合と同様、この時点で回収する額は、当初の投資額と一致しないことがある。但し、債権の売却価格に影響する要因は、株式の売却に影響することも異なることも十分考えられる。貸付者は、株主と同様、その投資の全額を損失するリスクを負っている。」

このような点を踏まえれば、公開会社においては債権譲渡が可能な市場があると株式で参加するか債権を購入するかによって大きな違いは出てこないこととなるだろう。

(1) *see, OECD Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No.2, Paris 1987 (3)*

定期的報酬基準（利率の設定）

この点に関して、1987年OECD報告⁽¹⁾は法的相違点として、借入資本の提供者は、通常、企業の利潤の多少及び有無にかかわらず、貸付額に係る固定利子を定期的に受け取る権利を有する。資金貸付者は、一定期間後にその投資額を回収するのが普通である。

定期的報酬としての利率の設定は借入資本の典型的な特徴といえるであろう。

さらに同報告は、経済的な相違点として次のようにいう。

「債権者がその貸付資本の使用に係る一定の定期的報酬、及び、貸付期限到来時における当該資本全額の回収を期待できる。自己資本の応募者は、企業が利潤を再投資ではなく配当に振り向けるまで待たなければならない。」⁽²⁾

したがって、無利子の借入は過少資本税制における借入資本とはならない。なお、割引債のような場合は借入となろう。

株主総会における議決権有無の基準

議決権を有しているものは借入資本であっても資本とみなしうる。しかし、株式であって、議決権を有していないものの扱いである。例えば、議決権を奪うが配当については考慮するというような累積的優先株のような場合である。社債にかなり近く借入資本とも見られるが、配当が企業の利益処分の範囲内で行われることから、資本と整理すべきものとする。この基準は絶対的なものではない。

担保有無の基準

株式の取得に当たって取得価額はその回収が保証されているわけでは

(1) *see, OECD Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No.2, Paris 1987 (3)*

(2) *see, OECD Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No.2, Paris 1987 (4)*

ない。企業の残余財産を処分したときに配分を受けることは制度としてはあり得るが、實際上企業が資本額に見合った純資産を保有して解散清算することは通常あり得ないであろうし、累積欠損額が資本額を超えれば配分がないということになる。

貸付においては一義的には期限までに貸付金額全額が返済される。その場合に、企業の業績は関係がない。しかし、返済能力によっては全額は返済されないかもしれない。そこで担保の有無が問題となろう。有担保であれば、担保価値が下落しない限り確実に元本は保証されていると言えよう。しかし、無担保債権の場合には、株式よりは会社倒産時には優先するであろうが、かなりのリスクはあることになる。

有担保の場合は確実に負債と言えるが、無担保の場合にそのことだけをもって負債でない⁽¹⁾とは言えないだろう。

その他の基準

ここでは、以上の他に想定される幾つかの基準に若干触れておきたい。契約書の有無については、ない故に「その借入は負債ではなく資本となる。」ということにはならないが、期限とか利率とかをいかに証明するかということが問題となろう。貸付金割合については極端に高い場合には、資本部分が内在している蓋然性が高いであろうことが推測される。大口借入金については、貸付金を回収できないというリスクは大きく株主と変わらないとも認められる。しかしそれだけでは資本と判断すべきではなく、債権者が事業利潤に参加していること、貸付の返済がその他の債権者への支払いよりも劣後していること、利子の水準及び支払が事業利潤に影響されること、元本の返済期限を決めた規定が存在しないことなどを総合勘案することとなろう。

(1) OECDモデル条約11条コメンタリーパラ18によれば、利子の用語は一般的に全ての種類の債権から生じる所得（担保の有無及び利得の分配を受ける権利の有無を問わない。）をいうとされている。

企業財務においては、企業活動による買掛金による支払日の延長、支払手形、未払金・費用の計上、負債性引当金の計上も負債の調達に含まれるとしている⁽¹⁾。

しかし、以上の基準から言えば曖昧な点があるが、利子を実際に支払わないのであれば、これらの金額を資本と認定しそれに係わる利子を否認するという過少資本の問題は生じないものと考えられる。

我が国の過少資本税制における負債資本の定義

負債とは、「利子の支払いの基因となる負債」をいう。従って、負債であっても、無利子であれば本税制の対象外である。この利子には手形の割引料、社債発行差金その他経済的性質が利子に準ずるものも含まれる⁽²⁾。

これらは、元本の返済期限、利率（相当額）が明示的であるから、上記の基準からいっても認められるものとなろう。

自己資本となる額は、当該法人の純資産額であるが、具体的には当該内国法人の当該事業年度における合理的な方法で計算した平均的な総資産の帳簿価額から合理的な方法で計算した平均的な総負債の帳簿価額を控除した額とされている⁽³⁾。

その他、実質的に国外の支配株主が融資したものと認められるものも対象とされるが、この点については別章で記述することとしたい。

3. ハイブリッド的資本・負債の取扱基準

企業の必要とする資金調達源は、金融工学の発達、投資家の需要にあわせ

(1) 若杉敬明著「企業財務」東京大学出版会p234

(2) 租税特別措置法施行令第39条の13 買掛金を支払手形で支払った場合において手形の割引料を負担した場合の割引料相当額、営業保証金、敷金その他これらに類する預り金の利子や金融機関の預金利息及び給付補填備金繰入額（これに準ずる繰入額を含む）がこれらに当たるとされている。（措置法通達66の5 - 7）

(3) 租税特別措置法施行令第39条の13 一・二

て拡大多様化している。その結果、従来の負債、資本といった概念では定義しきれないハイブリッドな混合証券といったものが出現している。こうしたものをどのように取り扱うべきか。負債と見るべきかそれとも資本なのか。扱いによって自己資本割合が変化する。さらに、この点を利用した租税回避行為も行われ易い。そうでなくても課税庁による更正を受けることがあれば企業における予測可能性が立たなくなる恐れがある。こうした点についてここでは検討することとしたい⁽¹⁾。

企業の資金調達には、既に論述しているように自己資本の調達と負債の調達がある。前者には株式の発行による方法もあれば利益の内部留保による方法もある。株式の発行には額面発行と時価発行とがある。内部留保による場合もどれだけを配当し留保するかということが企業財務では重要である。そして、負債の調達に関しても、金融機関からの借入と社債発行がある。社債にも担保の有無や転換権や新株引受権が付与されたものもある。

株式の中にも非参加的累積的優先株式のように利益配当が一定額に限られその分確実に配当される可能性が大きい点で社債に類似しているものから、転換社債⁽²⁾のように社債ではあるがいつでも株式に転換できる点で株式に類似しているものがある。

株式と負債の混合証券というかハイブリッドなものをどのように取り扱うべきか。こうした命題について1987年OECD報告及びOECDモデル条約から検討する。

「過少資本」1987年OECD報告における「複合型資金調達」の取扱

-
- (1) 佐藤英明稿「わが国の過少資本税制とその問題点」p26 佐藤教授は、過少資本を租税回避の問題と捉え実質主義の観点から過大な他人資本を自己資本に認定し直して課税関係を規律しようとするアプローチがあったが、適正かつ適用可能な自己資本と他人資本の区分のメルクマールは確立できなかったとしている。
- (2) 転換社債の発行は社債の発行であるとともに、株式の条件付発行とされている。金子宏他編「法律学小辞典」有斐閣p848

() 「複合型資金調達」の区分の考え方⁽¹⁾

「複合型資金調達」のケースには、参加貸付(支払われるべき利子額が全体的あるいは部分的に借入企業の利潤に依存するもの)、転換貸付(ある段階において利子受取権を利潤分配権に転換できる権利を貸し手に与える貸付)、さらに、場合によっては、匿名組合の身分、又は所有権あるいは証券自体に付随する権利が同一会社における株式所有と密接に関連しているような証券が含まれる可能性があるとしている。

そして、各国の扱いはまちまちであるが、参加貸付は自己資本出資として取り扱われることもあるが、これは一般的ではないとする。転換社債は実際に転換が行われるまでは通常借入資本とみなされるが、自動的に自己資本として取り扱われる場合もある。匿名社員は株主として扱われたり扱われなかったりする。

() 配当と利子の区分基準⁽²⁾

- ・債務者の利潤参加権を含む債権：貸付の出資者が実際に当該企業の事業リスクを共有する場合は、過少資本税制又は隠れた資本化に関する国内規定により利子を配当と扱うことを妨げない。
- ・大口債権：大口債権は貸付金を回収できないというリスクが大きいかことは事業リスクを負う株主と変わらないが、この場合において配当というには債権者が当該事業利潤に参加していること、当該貸付の返済はその他の債権者の支払請求あるいは配当請求よりも劣位におかれていること、利子の水準あるいは支払が利潤に左右されること、定められた期日までの返済に関する規定がない等を示す必要があるとしている。

(1) *see, OECD Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No.2, Paris 1987, (23)*

(2) *see, OECD Thin Capitalization / Taxation of Entertainers, Artistes and Sportmen, Issues in International Taxation No.2, Paris 1987, (57)(58)(59)*

- ・利益配当社債：モデル条約第11条で利子に含まれているので通常は配当でないと合意されている。
- ・転換社債：当該社債が実際に株式に転換されるまで通常配当とみなされないことも合意されている。

OECDモデル条約第11条の考え方

利益参加型社債：通常は配当と区別される。転換社債に係る利子についても当該社債が株式に転換されるまでは同様とされている。しかし、当該貸付が事実上債務会社が負うリスクを共有するものであれば当該債券に係る利子は配当と考えられる⁽¹⁾。

公債、債券及び社債については、それらに付されるプレミアムや報酬も利子の概念に含まれる。一般的に、貸付証券により生じた源泉地国で課税される利子を構成するものとしては、借入をする機関が支払い込まれた総額に上乗せして支払うもの、つまり、利子に発行又は償還時に支払われるプレミアムを加えたものである。したがって、債券や社債が額面以上の価格で発行された場合、債権者が払戻される額を超過して支払った分は負の利子として、課税の対象となる利子から控除されるべきである。一方、債券保持者による第三者への当該債券売買により生じた利益及び損失は、場合に応じて事業利益あるいは損失、資本利益あるいは損失又は21条に定めるその他の所得に分類される⁽²⁾。

まとめ

混合証券の典型としては、株式側では優先株式であろう。これについては、既述しているように仮に議決権を奪うが配当については考慮するというような累積的優先株のような場合であっても、配当が企業利潤の範囲で

(1) see, OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital(1992) Commentary on Art . 11para.19

(2) see, OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital(1992) Commentary on Art . 11para.20

あることから株式と見ざるを得ないであろう。

ここでの議論から言えば、利益参加型社債で当該社債利子が企業利潤の中から配分されるとするとこれは負債でないといえよう。転換社債や新株引受権付社債は転換するまでは負債であろうし後者については新株を引き受けても社債は存続しているので負債ということになる。

最近の例としては、償還期限が100年という社債（センチュリーボンド）については、米国では発行後一定期間経過後の利子の損金算入を認めないこととしている⁽¹⁾が、証券の内容によっては、利子部分配当部分といった区分の仕方も考慮すべきとなる。償還期限が特に定められていないコンソール公債⁽²⁾のようなものを社債として発行しそれを外国親会社が引き受けたような場合には返済期限基準を採用し資本への出資と見ることとなる。

(1) 中里実著「キャッシュフローリスク・課税」有斐閣p55

(2) 償還期限が特に定められていない国債の一種である。コンソール公債は永久確定付公債である。英国で発行したもので元本償還がない代わりに利子は永久に支払われることになっている。但し政府による任意償還条項はあるが、低利率であることから償還の可能性はないとされている。徳田博美他編「国際金融用語辞典」銀行研修社p211

第5章 過少資本税制を巡る問題点その2 (実質基準の検証)

我が国の過少資本税制においては、国外支配株主等の資本持分を計算する場合に間接保有の株式等も考慮されることとなっている。このことから、外国親会社が日本に子会社と孫会社を有している場合に、親会社から子会社へ融資をし、子会社がそれを原資に孫会社に出資をすれば孫会社の資本金額が拡大することから実質的に親会社は孫会社に多額の貸付を行うことができることとなる。こうしたことについて、孫会社の資本金が子会社の資本金を超えるときは超える金額と親会社の子会社への融資額とを比較して少ない金額を孫会社の資本金から控除するといったことでこのような租税回避を防御している⁽¹⁾。

前章においては、負債、資本に関する形式的な限度の算定方式及びその要素の範囲といったことについて検討をしてきた。本章においては、形式的な基準についてはクリアーしているがそれを容認すると過少資本税制の公平な執行が保たれなくなるようなケース等実質的な基準を巡る問題について検討することとしたい。

1. 短期ローンの取扱と問題点

我が国の過少資本税制は総量規制方式を採用している。限度計算の算式においては事業年度を通じて平均的な負債残高をもって当該事業年度における負債の額として計算することとなっている。短期ローンであっても当然にその負債残高の中に組み込まれてくる。自己資本の額は「総資産 - 総負債」で計算されるが、この中には買掛金などの各種の負債勘定も対象となる。

損金不算入額は国外支配株主に支払う利子総額に、「()この国外支配株主等に対する利付き負債に係る平均残高に、() ()から国外支配株主

(1) 「平成4年改正税法のすべて」国税庁p198

等の持分の3倍を控除した額が占める割合」を乗じて計算される。

ところで、資金として拘束される期間からみると資本は長期のものであるから、短期の負債は過少資本税制の対象となる負債からそもそも除外されるべきではないかという議論が成り立つ。また、短期の貸付の性格は小切手と性質が類似しているという指摘がある⁽¹⁾。そうした立場に立ってみると、短期ローンを繰り返す場合はどのようになるのか。その場合には単なる証書の書き換えなら認めないとするのも可能であるが、実際に資金移動が伴う場合にはどうするのか。この場合も連続して引き続いている場合には認めないと言うことも可能となるかもしれない。それでは不連続であった場合にどのようにすべきか。多種多様に必要とされる資金事情があり、何が固定的な借入と判断すべきかは實際上困難を伴うことになるだろう。

米国においては、「90日以内の短期債務でその期間に利子の発生しない未払費用、未払税金、その他の未払費用」及び「棚卸資産の仕入のためになされる資金手当で当該棚卸資産が担保に入れられ、販売時にまたはその前に返済されるもので独立企業間でも同じ条件で合意されている借入金」は負債資本比率の計算から除かれることとされている⁽²⁾。

米国においては期末時点での帳簿価額による負債資本比率であるところから、事業年度末90日間において発生した債務の減少額は翌事業年度90日以内の負債増加額の範囲内でなかったものとされる。そして、事業年度末90日以内の関連者から移転された資産は翌事業年度開始の日から90日以内に関連者に移転（戻す）された資産がある場合にはその資産の移転は認められないこととされている。

我が国において関連者からの対価の伴わない資産の移動が可能かどうかであるが、法人税法で受贈益が立つことから過少資本税制を回避するために

(1) 水野忠恒稿「過少資本税制をめぐる国際的諸問題」租税研究97. 2、p93

(2) see, Internal Revenue Code Sec.163(j)(2)

資産額だけが增加するという取引は想定されない⁽¹⁾。

短期ローンについては、実質的に資金移動が行われず結果として長期間返済がなく、借入金全体に占める割合も高く金額が多額である場合には資本と見る余地はあろうと考える。

なお、我が国の仕組みにおいては、利付き負債の平均残高を対象としていることから現実には大きな問題とはならない。

2 . back to back loan

back to back loanとは、二国間に跨り二つの個別の貸出契約を結ぶことにより、自国通貨以外の資金調達を得る形態をいうとされている。例えば、米国企業Aがフランス企業Bにドル建の貸出を行い、反対にBがAにフランス・フラン建の貸出を行う。このようなものの類似形態として米国の親会社Aがフランスの企業Bの米国子会社bにドル建の貸出を行い、フランスの親会社BがAのフランス子会社aにフランス・フラン建の貸出を行うパラレル・ローンがある⁽²⁾。

このようなパラレル・ローンを我が国で実施されれば、我が国に所在する外国子会社は支配株主である親会社から直接借入金を調達せずに、第三者からの借入金ということで我が国の過少資本税制をクリアーすることが可能となるという問題である。

水野教授は、非居住者である親会社が銀行に預金をして預金を受けた銀行が代わって子会社に貸し付けるというような形態を取る場合の問題を取り

(1) 佐藤英明稿「我が国の過少資本税制とその問題点」ジュリスト1075号p27 この中で「現行法や通達の扱いを前提としても、巨額の資産を一時的に得る等の方法で規定の適用を回避する可能性が皆無ではない。アメリカ法における租税回避への対処規定を参照とするならば、対価を伴わず、短期間に反対取引が行われるような場合を負債の「平均残高」の計算の基礎から除く等の措置を講ずることも検討に値するものと思われる。」としている。

(2) 徳田博美他編「二訂国際金融用語辞典」銀行研修社p422

上げておられる。そして、特に問題となるのは、親会社から預金を受けた銀行が子会社と同じ管轄圏に属している、課税管轄が同じである場合であるとする。過少資本税制が一般的には外国親会社との取扱なのでその間に入ってきている金融機関、銀行が子会社と同じ国であると国内取引となって課税ができないことになると指摘する⁽¹⁾。

措置法施行令第39条の13第4項によれば、「国外支配株主等に対する負債及び国外支配株主等に支払う負債の利子には、当該内国法人に係る国外支配株主等が第三者を通じて当該内国法人に対して供与したと認められる資金に係る負債の利子を含むものとする。」とされている。ここで問題となる点としては「通じて」の概念である。これをどのように解すべきか。

一般に、国外支配株主等に対する負債の額に国外支配株主等が第三者に対して融資を行い、その第三者がその内国法人に融資をした場合のように、実質的に国外支配株主等がその内国法人に対して供与したと認められる資金に係る負債も含まれるとされている。

ところで、移転価格税制やタックスヘイブン税制に同様な規定がある。移転価格税制においては、「法人が国外関連者との取引を他の者を通じて行っている場合には、法人とその非関連者との取引は、その法人の国外関連取引とみなして本制度が適用される。」(措置法66条の4)ものとされている。そして、法人が国外関連者との取引を「他の者(非関連者)を通じて」の内容について規定している。すなわち、販売と購買とに区分して、「法人がその取引を行った時において契約その他によりあらかじめ定まっている場合で、かつ、その販売、譲渡、貸付又は提供に係る対価の額が法人とその国外関連者との間で実質的に決定されていると認められる場合」(措置法施行令第39条の12)とされている。これらの取引において、非関連者が介在することの合理性の有無は問題とされず、イ取引の対象資産が国外関連者又は法人に再移転することが取引の時点であらかじめ定まっていること、ロ再移転の

(1) 水野忠恒稿「過少資本税制をめぐる国際的諸問題」租税研究97. 2 p93

対価の額が法人と国外関連者との間で実質的に決定されていると認められることの要件を満たすことで足りるとされている。そして、イにおいては契約の中でその旨のことが明示されているかは問われておらず、ロにおいては法人と国外関連者とが支配・被支配の関係にある場合にはいずれか一方が取引価格を決定して他方がそれに従うということも想定しうるがそのような場合にもロの要件に該当するとされている⁽¹⁾。

タックスヘイブン税制においては、特定外国子会社が独立企業としての実態を備えかつその国等で事業活動を行うことにつき十分な経済的合理性があると認められる場合には課税対象としないとされている。除外基準の一つに非関連者基準がある。この基準に拠れば特定外国子会社等とその関連者との取引が非関連者を介在させて間接的に行われている場合には、そのような介在させることについて相当の理由があると認められる場合を除いて、その特定外国子会社等と非関連者との間の取引は、その特定外国子会社等と関連者との間において直接行われたとみなして非関連基準を適用することとしている。(措置法施行令第39条の17)ところが、保険業においては、内国法人が第三者である国内の保険会社と保険契約を締結するが再保険については、当該国内保険会社が当該内国法人の特定外国子会社等と取り引きするという仕組みで軽課税国に所得を留保するということが行われた。このような再保険取引の形で非関連者が介在する場合には関連者の取引とみなす規定の取扱が不明確であった。すなわち、国内の親会社が実質的にも海外子会社に保険料を支払うケースでも直接の保険契約とするのではなく一旦非関連者との契約を結ぶこととすることにより非関連基準が充足していると解釈される懸念があったとされ、平成7年度の税制改正により非関連者基準の検討において、保険契約によって担保される保険危険の50%超が非関連者の財産かどうかで判断することとされた⁽²⁾。(措置法施行令第39条の17 五)

(1) 国際税務実務研究会編「国際税務の実務と対策」第一法規p4110

(2) 「平成7年改正税法のすべて」国税庁p297

第三者を通じての解釈問題は、移転価格税制及びタックスヘイブン税制と繋がる場所があると思われる。

「通じて」に関する法令用語の意味するところに抛れば、イ「全体を合わせて」、ロ「経由して」、ハ「一定の手段・方法」、ニ「通謀して」の4通りの意味があるとされている。イ及びハの概念はここでの議論と異なるので省くとして、二の「通謀して」と言うことであればこれは仮装行為とも認められ本条項がなくても租税回避行為として課税できるものと考えられるが、問題はロの「経由して」の場合である。

そこで、仮に「通じて」を「経由して」の意味とした場合であるが、(「通じて」は「通謀して」又は「経由して」と解することが可能であるが、日本語の意味合いとしては「通謀して」よりは「経由して」の方が弱い。) 通謀があれば仮装行為として親会社が直接内国法人に対して貸し付けたと認定することが可能であるから、通謀の事実の確認がなくともすなわち、言い換えれば課税庁で通謀の立証ができなくても、形式的に第三者(当然に銀行を含む。)に融資している事実があって第三者から内国法人である子会社に融資している事実(現実に供与していることが重要)があれば、この融資は当事者間で直接融資したもの(第三者を導管)としてみなす趣旨と措置法施行令第39条の13第4項を解したい。

したがって、back to back loan が実際に資金移動を伴うものである以上我が国の過少資本税制の対象となろう。

3. 保証

保証とは、民法上、保証債務又は保証契約をいう。保証債務とは、主たる債務者Aが債権者Bに債務の履行をしない場合に、これに代わってその履行をしなければならない保証人Cの義務をいい、保証契約とは、そのような内容をもつBC間の契約である。

一方、租税特別措置法施行令第39条の13第4項に「供与した」とあることから、第三者を通じた資金提供については現実に国外関連株主等から第三者

に資金が提供されていることが前提となっている。国外関連支配株主が第三者に対して保証債務をした場合、すなわち第三者に対して現実に資金提供がない場合は同項にいう第三者に含まれないと解されている⁽¹⁾。

親会社による「保証」の問題に対して、佐藤英明教授は次のように問題を提起する⁽²⁾。

「第一に 外国法人Bの在日子会社Aが、A、Bと支配関係等のない外国法人 から金銭を借入れる債務につきBが保証を行った場合、Bの保証がなければ はAに対してそのような融資は行わなかったと考えられる場合には、これは、我が国の過少資本税制の制度の潜脱にあたると思われる。第二に、 Aに対するこのような融資を行ったのがA、Bと支配関係等のない内国法人 であった場合には、現在の我が国の制度上、Aの支払利子がBの在日支店bの所得となる場合が適用対象から除かれているとの均衡から、この場合のAの に対する債務はBに対する債務として計算すべきではない。」とし、「 のケースを適用対象に含めつつ、 のケースをそこから除くという解釈にはやや無理があると考えられるところから、ここでは、 のケースも令4項の適用範囲外であるという解釈にしたがっておきたい。」と述べられて、 のケースについては新たな規定を設けるべきであることを提言している。米国

(1) 川田剛著「国際課税の基礎知識(三訂版)」税務経理協会p196

(2) 佐藤英明稿「わが国の過少資本税制とその問題点」ジュリスト1075号p28
教授の主張をモデルにしてみよう。

・外国法人Bが外国法人 に保証し、外国法人 がBの在日子会社Aに融資をした場合に、Bの保証がなければ外国法人 がAに融資をしない場合には、過少資本税制の潜脱にあたると思われる。

・次に、外国法人Bが内国法人 に保証し、内国法人 がBの在日子会社Aに融資をした場合に、Bの保証がなければ内国法人 にAに融資をしない場合にも同様、過少資本税制の潜脱というかどうか。教授は が対象ならないのだからこれも対象とすべきではないと考えられているのではないかと。

・外国法人Bの東京支店bに在日子会社Aが融資をした場合には過少資本税制の対象とならない。

における保証については実質的な扱いをする⁽¹⁾ことから、筆者も国際課税制度調和の観点から規定の整備を図るべきものとする。このケースについては、支店法人との関係から対象とすべきでないとしておられるが、外国法人が我が国に支店と子会社を有している場合の問題もあることからその均衡も考慮する必要がある。

4. 外国法人の日本支店を通じた内国法人である子会社への融資の問題

米国法人が我が国に東京支店と100%子会社を所有しているというケースで検討してみよう。米国法人は本店でもあり親会社でもある。

・米国本店が第三者から借り入れた資金を東京支店に送金する。

米国本店の仕訳	東京支店の仕訳
送金時仕訳：	
現金 × × / 借入金 × ×	現金 × × / 本店 × ×
支店 × × / 現金 × ×	
支払利子計上時：	
支店 × × / 受取利子 × ×	支払利子 × × / 本店 × ×

この場合には、第三者への借入利子が本店において実際に発生しているため本支店間の内部利子の規定（法人税法施行令第176条第3項第2号）をクリアーし⁽²⁾、東京支店の本店勘定は利付き負債として過少資本税制の対象となる。

・米国本店の余剰資金又は内部留保を支店への送金する。

支店 × × / 現金 × ×	現金 × × / 本店 × ×
支店 × × / 受取利子 × ×	支払利子 × × / 本店 × ×

この場合の利子の受け払いは内部取引であるから利子そのものが損金算

(1) *see*, Internal Revenue Code Sec.163(j)(6)(D)、羽床正秀稿「過少資本税制の問題点」水野忠恒編著「国際課税の理論と課題」税務経理協会p124

(2) 吉川元康編「法人税法基本通達逐条解説（平成11.6.10）」税務研究会20-1-5（本支店間の内部利子等）p1287

入されない。したがって、本店勘定は利付き負債ではないため、過少資本税制の対象とはならないと考えられる。

* 、 のように支店への送金原資が区分されておれば良いが、区分されていないときは、例えば、本店が第三者から調達した資金と在日支店が国外支配株主等から調達した資金との構成比⁽¹⁾による等合理的な区分をしなければならない。

次に、米国本店が東京に東京支店（黒字）と100%子会社（黒字）を有しているとする。

上記の例の下に、東京支店が本店から送られてきた資金を子会社に全額融資し、そして東京支店が子会社から利子を受け取るとする。この利子は法人税法施行令第138条第6号に該当し「国内業務に係る貸付金の利子」として国内源泉所得となる。一方、米国本店に支払われる利子は当該国内源泉所得の損金となる。そして、米国本店から東京支店に送金された資金（本店勘定で経理されている。）は、過少資本税制の対象となるが、東京支店と子会社間の融資は国内取引でかつ東京支店が我が国で納税の義務が生じるので過少資本税制の対象とはならない。

このケースで問題となるのは、子会社の資本金が極端に小さく直接親会社である米国本店から融資を受けると3倍基準を超えて過少資本税制により課税される場合である。

東京支店におけるみなし資本金（自己資本の額）は次のように計算される⁽²⁾。

$$\left(\text{外国法人の資本等の金額} \right) \times \left(\text{東京支店の資産の帳簿価額} \right) / \left(\text{外国法人の総資産の帳簿価額} \right)$$

東京支店の規模が大きくてみなし資本金（自己資本の額）が大きくと、例えば支店の3倍基準が子会社の3倍基準より大きく算出されるような場

(1) 川田剛前掲著 p201

(2) 租税特別措置法施行令第39条の13第21号

合には、我が国の過少資本税制を潜脱することが可能となろう。

上記の例の下では、米国本店と東京支店とは内部取引でかつ東京支店と子会社間の融資は国内取引となるので、いずれも過少資本税制の対象とはならない。

しかし、東京支店は、子会社からの受取利子に対しては我が国で益金となるが、本店への支払利子は損金とはならないので、このようなスキームは採用されないであろう。

次に、米国本店が東京に東京支店（欠損）と100%子会社（黒字）を有しているとする。

上記の例の下で、東京支店が本店から送金を受けた資金を子会社に全額融資したとする。そして東京支店が子会社から利子を受け取るとする。この利子は法人税法施行令第138条第6号に該当し「国内業務に係る貸付金の利子」として国内源泉所得となる。一方、米国本店に支払われる利子は当該国内源泉所得の損金となる。そして、米国本店から東京支店に送金された資金（本店勘定で経理されている。）は、過少資本税制の対象となるが、東京支店が欠損であると、受取利息は累積欠損と相殺される。過少資本税制で3倍を超えて課税部分があっても、累積欠損金額内であれば我が国では納税がないこととなる。

加えて、子会社の資本金が異常に少なければ上記の場合と同様の問題はある。

上記の例の下では、米国本店と東京支店とは内部取引でかつ東京支店と子会社間の融資は国内取引となるので、いずれも過少資本税制の対象とはならない。

しかし、東京支店が赤字であれば子会社からの受取利子と相殺され、結局のところ、子会社の我が国での課税が軽減されることとなる。

以上、 から まで支店と子会社とが関係する融資と課税関係を見てきた。こうした事例が顕在化してはいないが、我が国の課税権の喪失に結びつくところから立法的措置も視野に含めることが肝要となる。

5 外国銀行米国支店の支払利子の規制とBIS基準による外国支店の支払利子の 検証

既述したように外国法人の我が国支店におけるみなし資本金（自己資本の額）は次のように計算される。

（外国法人の資本等の金額）×（東京支店の資産の帳簿価額） / （外国法人の総資産の帳簿価額）

米国では我が国のような計算方法は採らない。すなわち、支店の課税所得の計算上本店に支払われた支払利子そのまま税務上の経費となるわけではない。財務省規則1.882 - 5により三段階の計算方法で負債額を認定し控除できる支払利子額が算定されるのである⁽¹⁾。

〔第1段階〕米国資産の算定

米国資産 = （米国事業所得を発生させる資産） - （本支店取引で生じた資産） ----- （a）

〔第2段階〕米国関連負債の算定（次の 又は を選択する。）

・ 固定率で米国関連負債を計算する。

米国関連負債 = 米国資産（a）× 固定率（銀行：93%、その他：50%）
----- （b）

・ 実績率で米国関連負債を計算する。

米国関連負債 = 米国資産（a）× 実績率 ----- （c）

実績率 = （本店の全世界平均資産残高 ± 米国税法基準による調整） /
（本店の全世界平均資産残高 ± 米国税法基準による調整）

〔第3段階〕支払利子控除額の算定（次の 又は を選択する。）

・ 平均米国帳簿負債による算定法

（1） see, *Federal income Tax Regulations* 1.882-5、山崎昇稿「米国における外国法人の支店課税に関する一考察」税大論叢第29号p292、計算過程については本稿を参照した。

イ 平均された米国支店の帳簿に記載された米国支店の負債額(以下「平均米国帳簿負債」という。)>米国関連負債((b)又は(c))の場合
 支払利子控除額 = (米国帳簿の記載された利子) × (平均米国関連負債) / (平均米国帳簿負債)

ロ 米国帳簿負債 < 米国関連負債((b)又は(c))の場合
 支払利子控除額 = (米国帳簿の記載された利子) + (超過米国関連負債に係る利子)

超過米国関連負債に係る利子 = (米国関連負債(b)又は(c) - 米国帳簿負債) × (米国外で支払われた米国ドル負債に係る利子) / (米国外の米国ドル負債)

・通貨別資金法(各段階で通貨ごとに計算する。)による算定法

支払利子控除額 = 米国関連負債((b)又は(c)) × (全世界総計利子) / (全世界平均負債残高)

米国の税務基準は、「外国法人の米国支店は、特定の直接配賦利息額を除き、支店独自の外部債権者に対する支払利息額にかかわらず、その会社ベースの支払利息額を按分して米国支店に配賦する必要がある。」ことから、資金には色がついておらず代替可能であるという考えから生じたものとされている⁽¹⁾。

この考え方は、国際決済銀行が採用する自己資本測定基準であるBIS基準と相似している。すなわち、BIS基準は銀行本店のみの自己資本を見るのではなく、連結された全世界ベースにおけるリスクを資産に加味したところから計算された全リスク・アセットに対する自己資本比率を支店を含めたグループ全体に適用する。そうした資金に色がついていないという意味において、米国における場合にも全世界ベースが基本にあるのである。

そこで、外国支店の支払利子の扱いをBIS基準による場合にどのような計算が可能か検証して見ることとする。

(1) 須田徹著「アメリカの税法」中央経済社p296

外国銀行の日本支店と外国銀行の株主等との間においては我が国の過少資本税制が適用となる。この場合に負債（借入金）を300としてその1/3の100を自己資本とし資産を400とすれば、我が国においては過少資本税制の適用を受けない負債資本割合と言うことができよう。

この支店にBIS基準を適用するとどうなるか試算してみよう。

連結された全世界ベースの外国銀行貸借対照表を次の通りとする。

資産4,000 / 負債3,000

資本1,000

資産のリスク率を50%とする。その結果、リスク・アセットは2,000となる。その結果、BIS基準は、資本1,000 / リスク・アセット2,000 = 50%となる。

この支店の資産のリスク率を例えば75%とすると、 $400 \times 75\%$ で支店のリスク・アセットは300と算定される。そして、連結された外国銀行のBIS基準は50%であるから、資本 = $50\% \times$ リスク・アセット300 = 150となる。その結果、修正されたバランスは資産400 / 資本150、負債250となる。

この場合に当初支店負債300のうち、50は資本と認定されるのである。その結果、50に対応する支払利子の損金の算入が否定されるのである。

こうした考え方の是非はともかくとして、今後は、国内源泉所得に対応する費用として実際に支払われた利子（本店に支払われたもので独立企業間利率として、例えばLIBORに拠ったものであれば認められているというような利子）に関しても、その連結された全世界の実際に負担している利子総額から当該支店に合理的な基準で配賦するというような方法が検討されることも予想されるのである。

第6章 法人税法、移転価格税制、 過少資本税制等を巡る問題点

昭和53年にタックスヘイブン税制が導入されてから、昭和61年に移転価格税制が、平成4年の税制改正により過少資本税制が創設された。これらは国際的な租税回避等であり先進各国はこれに対処するため我が国と同様の法制を整えている。

ところで、過少資本という形式を利用した租税回避は、過少資本税制の導入がなければ規制できなかったものなのかどうか。法人税法においては一般的な所得計算基準である第22条がある。この規定には、通則的な機能だけではなく租税回避にも対処しうるものとの見解がある⁽¹⁾。さらに、法人税法第132条は同族会社の行為計算否認規定と呼ばれ、同族会社固有の租税回避に対応できるものとされている。この規定は非同族会社にも適用できるとの見解もある⁽²⁾。これらの規定は過少資本を巡る租税回避にどのように機能するののかとこのことをここで検証することとしたい。

他方、国際的な移転価格に対応する税制として移転価格税制がある。この税制においては低利貸付や高利借入といったことも対象となり、過少資本税制においても利子が課税の対象とされていることから、一つの課税客体に二つの税制が係わるということになる。

独立企業間原則に沿った規制をすることによって過少資本税制は移転価格税制の特別規定であるとの見解がある。この見解に従えば、両税制が競合する場合に過少資本税制を優先して適用しその後移転価格税制を適用するということになるが、その場合に過少資本税制適用後の借入元本は移転価格税制の適用はないのかどうか。過少資本税制で問題がなく移転価格税制では問題がある場

(1) 金子宏稿「無償取引と法人税」、「所得課税の法と政策」所収有斐閣p353 この中で法人税法第22条2項の無償取引に関連して議論されている。

(2) 清永敬次著「租税回避の研究」ミネルヴァ書房p413

合の適用はどうなるのか。過少資本でも問題があり移転価格でも問題がある場合に明文がなくても過少資本税制による課税分を控除できるのかどうか。解釈上問題がないのかどうか。

こうした点について検討する。

1. 法人税法第22条と過少資本税制

わが国の過少資本税制の基本的な仕組みは、借入金の量を問題とするいわゆる総量規制方式を採用している。総量規制方式では、否認した支払利子を配当と認定することはかなり困難を伴う。すなわち、個別規制方式においては、それぞれの借入金ごとに資本の性格を有するかどうかを吟味するということになるが、借入金を総量で制限するということは借入金の個別の性格を吟味することなく支払利子額の一定量の損金算入を制限しているに過ぎないということになる。つまり、利子が配当かを決定する基準となる元の資金の性格を検証していないことから損金算入を制限したという事実を取り上げてそれをもって配当と認定することはできないということになる。

こうした考え方に立てば、我が国の過少資本税制は支払利子を配当に仮装した利子として捉えているのではなくて、支払利子のうち一定の範囲内の利子について損金算入を制限しているということになる。

つまり、検討の対象となった利子について損金算入は制限されてはいるが、利子としての性格そのものまで否認されているわけではない。これを前提として考えると、法人税法第22条第3項において利子は経費として損金算入が認められており、その損金算入を制限するための規定である過少資本税制は、同項に規定する「別段の定め」と位置付けることができる。

加えて、過少資本税制導入前の状況を見ると、元来借入金が資本金に比して多い状態であった我が国の企業においては過少資本という問題意識はかなり低いものであったはずである⁽¹⁾。

(1) 水野忠恒稿「過少資本税制」租税法研究第21号p126

財務会計におけるこのような観点を考慮すると、過少資本という形式を利用した租税回避に対しては、法人税法第22条では十分な対応はできず、すなわち、過少資本税制は創設的な規定と考えられる⁽¹⁾。

2. 法人税法第132条と過少資本税制

同族会社の行為計算否認規定を適用する要件として「法人税不当減少基準」がある。この基準を巡って二つの見解がある。一つが非同族会社が通常

(1) 過少資本税制が法人税法第22条の確認規定か創設的な規定かという問題であるが、次のような観点からの議論もありえよう。

すなわち、第5項においては、法人が行う利益又は剰余金の分配も資本等に含めているが、この点については次のように説明される。「この規定は配当等が損金の額に算入されないことを明らかにしたものであろう。この場合の利益又は剰余金の分配の典型的なものは配当であるが、これは必ずしも利益処分によるもののみを指しているわけではなくて、要するに実体的にそれが利益の分配又は剰余金の分配であればこの資本等取引に該当することとなる。」(武田昌輔編「注解法人税法」会計ジャーナル1972年2月号p16)としている。

したがって、本来資本取引であるものが損益取引に仮装されてその結果費用として益金から控除されているのが明らかであれば、第5項の規定により損金算入を否認すると言うことができる。さらに、実体的に利益の分配とみなすことができれば資本等取引と認定することができよう。

これらのことから法人税法第22条においても過少資本による過大な支払利子の損金算入を規制することは可能となろう。しかしながら、関連者からの借入をどんな基準をもって資本とみなすかということが明らかではない。

さらに、法人税法第22条を納税者間の租税負担をパリティにおく規定(金子宏稿「アメリカ合衆国の所得課税における独立当事者間取引の法理」、「所得課税の法と政策」所収有斐閣p262、教授は、「米国内国歳入法第482条は独立当事者間取引の基準に即して関連企業の所得を計算し直すことを認めることにより関連企業と非関連企業とのタックス・パリティを維持しようとしている。」と述べられ、22条の性格及び目的をどのように評価すべきかにおいて貴重な判断材料になるとしている。p310)であると位置づけるとすると、独立企業間原則によって過少資本であるかどうかを測定することが可能となろう。

こうした考え方を敷衍すれば現行の過少資本税制と近似してくる。言い換えれば、我が国の過少資本税制は一般法である法人税法第22条の資本等取引と損益取引とを区分する基準を明示したものと考えることができる。

行う行為計算と比較して同族会社故に容易に選択できるような行為計算かどうかを基準（非同族法人比準説とも呼ばれる。）とするもので、他の一つが純経済人の選ぶ行為計算としては不自然不合理であるかどうかを基準（経済的合理説と呼ぶ。）である。企業がある投資を計画している場合にどのような手段で資金を集めるかということが問題となる。そのときに本来株式として資金調達すべきところ、借入それも親会社から調達した場合を考えてみよう。「本来」といったが、何をもって「本来」というのか。非同族会社なら当然に株式として資金調達すべき行為を行う。このことの前提として当然に純経済人として経済的合理性に基づいて行動したと考えるべきである。すなわち、非同族会社において不合理不自然な行為が許されるとすると営利を追求するという法人の概念が根底から崩れるからである。そして、両基準は同じ内容とする見解がある⁽¹⁾。本来とは非同族会社が行う経済的合理性に基づく行動をいう。このような観念的な基準は理解できる。その結果、法人税が減少していることが判明すれば「法人税不当減少基準」を満たしていると考えられることができる。

このことから、過少資本についても法人税法第132条で規制することは可能であろう。

しかし、「当然に株式として資金調達すべき行為」を何をもって判断すべきか具体的な基準がわからない。親会社から借入をすること自体が私法上特異な法形式を採用したり濫用したりしているものではない。結局のところ、非同族法人比準説であれ経済的合理説であれ、独立企業間原則により過少資本であるかどうかを測定せざるを得ないのではないかと考える。すなわち、「独立企業間価格とは、問題となった関連企業間の取引が、同様の状況の下で非関連者間において行われた場合に成立すると認められる価格をさすものといえる。」という見解⁽²⁾や「関連企業との間で取引を行っている企業も、

(1) 清永敬次前掲著p423

(2) 水野勝著「租税法」有斐閣p431

独立企業との間で取引を行っている企業も同じ価格で取り引きし、同じ水準の利益をあげるべきとの価値判断が存在するものと考え。」との見解⁽¹⁾を踏まえると、ここにいう「法人税不当減少基準」と独立企業間原則とはほぼ同じ内容といえるからである。

しかしながら、法人税法第132条は同法第22条や第37条から離れた所得計算を認めるものでないこと等から、必ずしも国際的な所得移転に適切に対処できないとされている⁽²⁾。

なお、独立企業間原則は国際間の取引にかかる所得を各拠点に帰属させるための一方法であり、法理念としては法に内在していない。従って、この独立企業間原則を使用する場合には「文言」として法文中に示される必要があると考える。

3. 移転価格税制と過少資本税制

我が国の過少資本税制の基本フレームとして、法人の国外支配株主等からの借入が原則として国外支配株主等の資本の持分の3倍を超える場合にはその超える額に対応する支払利子は損金に算入しない、なお、当該法人が類似法人の負債・資本比率に照らし、の3倍比率に代えてその比率に拠ることができる、とされている。

他方、OECDモデル条約第9条は、過少資本税制が独立企業間原則に則ったもの、すなわち、類似法人の借入・資本比率を採用する方法をも採用することができるのであれば、租税条約の無差別条項に反しないとしており、我が国では同様の趣旨の方式が取られている⁽³⁾。

我が国の移転価格税制においては、法人が国外関連者で行う金銭の貸付又は借入に係る利率については独立企業間利率に則ったものと比較して差が

(1) 中里実稿「独立企業間価格決定のメカニズム」租税法研究21号p50

(2) 「昭和63年改正税法のすべて」国税庁p63

(3) 志賀櫻稿「過少資本税制」ジュリスト998号p7

あれば差額分について所得移転があったものとして課税することとしている。

したがって、当該支払利子については、過少資本税制によるアプローチと移転価格税制によるアプローチが考えられるのである。

そこで、移転価格税制と過少資本税制について異同について整理してみよう。

・ 移転価格で問題となる取引は、関連外国会社からの低利貸付と高金利借入である。

ここでは、貸付及び借入の両サイドが本税制の対象となる。(質的な規制)

過少資本税制では、金利ではなくて借入金の総額が問題となる。(量的な規制)

したがって、借入サイドだけが問題とされるのである。

・ 過少資本税制がモデル条約第9条違反でないといわれるのは、独立企業間原則に沿っていることを証明しそれが認められる仕組みが担保されているからである。そのときに、独立企業である第三者である企業が借り入れている借入金と資本金との比率と比較して、その範囲内であれば過少資本ではないとするものである。したがって、両税制とも独立企業間原則と密接な関連を有している。

・ の立場から言えば、移転価格税制においては、適正金利のみならず独立企業が取り得る適正借入金額を測定しなくてはならない。(独立企業間原則には量的な規制もある。)

しかし、我が国の制度には資金量を測定する方法は明示されていない。この場合も借入サイドだけが問題とされるのである。

すなわち、両税制は必ずしも同心円ではないということである。ここで両税制が競合する場合の取扱について検討してみよう。

【例】資本金10億円(外資系内国法人) 外国親会社からの借入金40億円、借入金利は5%。支払利子2億円。ALP金利は3%とする。

過少資本税制で課税対象分

支払利息 { 40億円 - 30億円 (資本金の3倍分) = 10億円 } × 5% = 5千万円

移転価格税制で課税対象分

40億円 × (5% - 3%) = 8千万円 (30億円分 = 6千万円、10億円分 = 2千万円) 重複分 (10億円 × 2% = 2千万円)

どちらを先に計算するのか規定がない。両規定を同時に適用すると二重課税となるが、その調整がない。これらをどのように取り扱いすべきか。

独立企業間原則に沿った規制をすることによって過少資本税制は移転価格税制の特別規定であるとの見解がある⁽¹⁾。

特別規定だとすると優先して過少資本税制を適用することとなる。このような見解に立っても、第一に過少資本税制を適用し、支払利息5千万円を否認する。第二に移転価格税制を適用し、40億円 × 2% = 8千万円の支払利息を過大として否認することとなるが、移転価格税制には過少資本税制適用による重複分2千万円分を除外する規定がないのである。特別法的位置付けなるが故に二重課税が自動的に排除されるわけではない。

ところで、関連者間における借入が真実かどうかという問題は移転価格の問題なのかどうかである。移転価格における問題は通常取引を通じて所得が移転するということの問題なのである。その場合にどのような基準で移転価格ありと判断するのかということである。それを独立企業間基準で測定して移転価格による所得を計算する。

一方、過少資本税制で問われていることは、借入が真実でなければその果実も元本の実態にあわせて真実の姿とはしないということではないか。借入金の総量が他の非関連法人との比較において多いとした場合に、第一ステージとして非正常の借入金と正常のそれとを区分する。そして、次に非正常に係る利子の損金算入を認めないということになる。最初に支払利息を通じ

(1) 谷口勢津夫稿「過少資本税制と租税条約」総合税制研究3号p135

て所得移転が想定されるから支払利息を独立企業間基準で規制するというのではない。非正常の借入金と正常の借入金との区分を独立企業間基準で行う。そして、その上で、非正常の利息の損金算入を認めない、若しくは配当とみなしていると考えべきではないか。したがって、無利息であれば結果として過少資本税制での否認はないこととなる。

その場合に、貸し手サイドにおいては適正利率との関係で否認されることとなるが、それは移転価格税制の適用となる。

租税特別措置法第66条の4では、その他の方法として金利水準を移転価格税制の対象として課税できる仕組みになっているが、借入金総量については課税できる要件は規定されていない⁽¹⁾。すなわち、我が国の移転価格税制では当初から借入金の総量を規制するということにはなっていないのである。一般法は特別法に規定がないものについて補充的に適用される⁽²⁾ものとする、過少資本税制が移転価格税制の特別法とするには、移転価格税制のどの規定を補充的に扱うのかということが問題となる。

移転価格を規制する方法としては、独立企業間価格基準だけでなく他の方法もある⁽³⁾。したがって、我が国の過少資本税制は我が国の移転価格税制の特別法としての位置付けではなく創設的な規定と考えるべきであろう。すなわ

(1) 齋藤教授によれば、両税制は次の点で異なるとしている。 規制内容：質的規制と量的規制、 判定：個別判定と総量判定、 規制対象：すべての個別要件と支払利息の総額、 規制基準：適正利息の非対象と適正利息であっても対象、 所得計算のし直しと支払利息の否認、 差額調整の有無：有り無し、 国際的二重課税の有無：有り無し、 対応的調整の有無：有り無し 齋藤著「移転価格税制」中央経済社p28

(2) 我妻栄編「新法律学辞典」有斐閣p34

(3) 中里実著「国際取引と課税」有斐閣p405 教授はここで独立当事者間基準に基づく方式とは異なる移転価格税制の代替的なあり方を考えることは理論的には不可能とは言えないし、 租税制度の影響が存在しないとしたら行われるであろう取引に付されたであろう価格や実現された利益に着目して課税する方式、 事業所得について一定の形式的なソース・ルール的なものを設ける方式、 一種のミニマム・タックスを課税する方式等を挙げている。

ち、両規定が独立企業間基準を採用していることに異論はない。しかし、我が国の移転価格税制が採用している独立企業間価格の測定基準と過少資本税制における独立企業間における借入金総量とを比較するという基準とは同じではない。過少資本の問題は従来の規定では対処し得ない納税者の不当行為を過少資本税制で規制しようとしていると考えることができるからである。

このように考えたとしても独立企業間基準による借入金総量の測定の余地があるのでOECDモデル条約第9条の規定には抵触しないといえる。

なお、過少資本税制の除籍期間は3年、移転価格税制のそれは6年である。この辺の整合性も必要ではないかと考える。

4．本支店間の内部利息若しくは配賦利子と過少資本税制

第5章3において、本支店間の内部利子の規定（法人税法施行令第176条第3項第二号）により内部取引からは所得が生じない例の場合では、国内問題となり過少資本の問題が生じないとの事例を紹介した。また第5章4において、支店利益に係る本店配賦利子（米国財務省規則1,882-5）は3ステップにより全世界ベースの総資産等を使用し利子の控除限度額が決定される方法を紹介し、併せてBIS基準のリスクアセットを基に支店に資本を配賦し得ることを述べた。

我が国においては、支店の本店に対する支払利子のうち、法人税法施行令第176条第3項の内部取引からは所得が生じない旨の規定の適用がなく、かつ同令第188条第1項第一号により合理的な基準を用いて配分された金額については、損金として認められることになる。利子の合理的配賦基準について具体的な規定はないが、いわゆる紐付き資金の場合に直接的に利息配賦をするケースと費目別配賦として総負債に対する支店が使用する負債の占める割合を乗じて配賦するケースが考えられる。前者のケースは独立企業間原則に沿ったものと考えられ、後者のケースは同令第176条第1項第四、七号の国内事業から生ずる所得の計算に当たり国外国内にわたる業務につき生

すべき所得をPS法に類似した寄与度で分割する方法に沿って配賦されたものと考えうる。

一方、過少資本税制では負債資本割合が同業者比率を満足していれば独立企業間原則を充足するため内外資無差別のルールに反しないとし⁽¹⁾、この場合を除き負債割合が資本の3倍を超えた部分に対する支払利子を否認することとなっている。

すなわち利子の直接的配賦及び過少資本下での配賦のいずれもが独立企業間原則のテストを受けなければならない、一方のテストを満足しても一方が満足されなければ課税を受けるという二重のALPの歯止めがかけられている費目といえる。

また、米国における、米国の支店利益に係る本店配賦利子⁽²⁾は、支店が独自に国外の外部債権者に利子を支払えば当該利子はアメリカで源泉徴収の対象となり、本店から利子を配賦することにより源泉課税を回避することを防止するための税制であり⁽³⁾、米国支店の資産に対する平均負債割合が全者ベース（米国標準負債）を上回った場合その期の費用とされないが、ここに独立企業間原則のテストはなく、むしろ負債額すなわち資産マイナス資本金を基準として過大負債に対し限度額が決定されるという意味で過少資本税制の範疇に入る税制といえる。なお、当税制（米国財務省規則1,882 - 5）により課税されていた英国ナショナル・ウェストミンスター銀行との訴訟において、同規則が英米租税条約第7条の独立企業間原則に反しており強制的に適用できないとの判決が出されたため当税制について何らかの改訂が行われることが予想される⁽⁴⁾。また、その結果税法の位置付けも変わるものと思われる。

(1) 「平成4年改正税法のすべて」国税庁p195、p200

(2) *see, Federal income Tax Regulations* 1.882 - 5

(3) 須田徹著「アメリカの税法（6訂版）」中央経済社p295

(4) 「英国ナショナル・ミンスター銀行対IRS」国際税務Vol.19 No.10p20、No.9 p5

第7章 終わりに代えて

第1章及び第2章においては、過少資本という現象がどのようなメカニズムで生じるのかという観点から論じてきた。

第3章においては、過少資本税制の根拠とその測定基準である独立企業間原則の採用について、企業財務論におけるあるべき自己資本と他人資本の割合すなわち適正資本構成から検討を行った。仮に適正資本構成が確認できるのであれば、租税においてはそれに拠ることが租税が取引に影響を与えないと言う中立性の原則から言っても最も望ましいという考えから出発して、その最適資本構成から乖離した場合に過少資本税制で規制すると言う仕組みが、過少資本税制の根拠として相応しいのではないかと仮説を建て検討を行ってきた。その結果、最適資本構成が抽象的に存在することを確認はしたが、計算可能な測定基準は見いだし得なかった。しかしながら、企業財務論における検証の中で、「ある特定の産業における有力な企業の資本構成は比較的近似している場合が多い。」という独立企業間比率のアプローチの根拠を是認しうる示唆が発見できたのである。

第4章以下においては、実定法上の問題について論じることとして、第4章で先ず、形式的な資本負債割合の算定方式、その算定方式の要素である資本負債の範囲及びこれらの混合されたものの区分基準等を巡る問題について、我が国の制度を絡ませながら検討を行った。この中では具体的な区分基準を提案してきたところである。

第5章では、例えば過少資本税制を巡る租税回避の問題といった実質的な基準を主題として論述してきた。

第一に保証の問題である。保証が我が国の過少資本税制の対象とならないと確認してきた。ところで、第31回「外資系企業の動向」によれば、我が国に所在する外資系企業の資金調達的手段として保証債務の伸び率が極め

で高いことが明らかにされている⁽¹⁾。この現象は我が国の過少資本税制の仕組みと無縁ではないはずである。すなわち、保証による第三者融資が我が国の過少資本税制の規制を受けないことから、子会社の必要資金を資本としてではなく保証による貸付により提供しているものといえよう。実は、このことが今日我が国で過少資本税制による課税問題が発生しないことの一因ではないのかと推測するのである。

少なくとも親会社の保証がなければ到底借入ができないことが明らかである場合に規制できなければ、我が国の過少資本税制は実効性を失うものとなる。

第二に、我が国の支店法人課税における内部利子の扱いと外資系内国法人への過少資本の扱いの非対称性が租税回避の誘因となりうることを具体的な問題として検証した。

なお、このことは過少資本税制においてのみならず支店に対する課税と子会社に対する課税の非対称性に問題があることを示している。

さらに、BIS基準によるみなし資本の動向はこれからの各国の過少資本税制にかなりの影響を与えそうな予兆がある。

第6章においては、我が国過少資本税制の法としての位置付けといったことについて検証を加えた。すなわち、法人税法第22条第3項においては利子は経費として損金算入が認められており、その損金算入の制限規定である過少資本

(1) 外資系企業の資金調達で債務保証による借入金が増加している現象がある。

(単位：億円)

年 度	(H3)91	(H4)92	(H5)93	(H6)94	(H7)95	(H8)96
短期借入金	19100	20263	17222	17255	15510	17184
長期借入金	12308	13848	14064	16350	15664	13997
内債務保証	2408	2562	2327	2385	4745	4942
借入金総額	31408	34111	31286	33605	31174	31181

借入金に占める債務保証割合を見ると91年度の7.7%から96年度15.8%へ増加している。

通商産業省編「第31回外資系企業の動向」p60

税制は同項に規定する「別段の定め」と位置付けられるのである。過少資本税制は、移転価格税制と極めて類似した制度であるが、両税制とも利子が課税対象とされていることから一つの課税客体に二つの税制が係わってくる。どちらが優先して課税されるのか、その場合の二重課税の調整はどうなるのかといったことについて論じてきた。

ところで、資本コストとして同様な機能を有している利子と配当とが、課税に関して同じ扱いであること、すなわち中立であることが根本的な問題解決となる。そこで、企業行動に中立的な法人税の課税ベースについて検証し最終章の締め括りとしていたい。

企業の資金調達で問題とされるのは、増資等による自己資本と借入による調達に関する法人税の非中立性である。

中里教授は、法人税の課税物件として、 \cdot 自己資本形態の投資家（株主）のリターン（＝利益） \cdot 自己資本形態の投資家（株主）と借入金形態の投資家（債権者）のリターン（＝利益＋支払利子＝借入金利子の損金算入を否定した利益） \cdot 投資家（株主と債権者）のリターンと労働のリターン（＝利益＋支払利子＋支払賃金＝付加価値） \cdot 経済学的な意味の純利潤（レント）（＝利益－自己資本コスト）のようなものが考えられるとしている⁽¹⁾。

以外はいずれも法人税における非中立性を解消するものとなる。の方法は包括的事業所得課税方式（Comprehensive Business Income Tax Prototype）と呼ばれる米国財務省が検討したものと同じである。これは、法人段階では配当・留保の法人税だけでなく支払利子も課税ベースに含めて課税し、個人段階では配当も利子も課税しない方式である。この方法に抛れば、利子と配当の法人課税上の非中立性が解消され過少資本問題は発生しないこととなる。

（1）中里実著「キャッシュフロー・リスク・課税」有斐閣p193、これは確定決算主義と企業会計の検討で述べられており、企業の利益のみを課税対象している場合にのみ企業会計は関係するとしている。

金子宏教授は、「（財務省）報告書が利子控除を認めず、利子と配当を同列に取り扱っている点は、クラシカル・システムのもたらす最大の歪みの一つを大幅に解消する点で大きな意味があるが、しかし、地代その他の賃料も利子と同様に資産の用益の対価であるから、理論上は、利子の控除を否認するならば地代・家賃等の控除も否認すべきだという議論に発展する可能性があり、次々に控除否認の範囲が拡大すると、法人税はやがて範囲の限定された所得型の付加価値税へと性質を替える可能性がある。」と述べられている⁽¹⁾。

これに対して横山彰教授は、「現行の法人所得税の枠組みの中での改革としては、課税ベースの基礎を確定決算主義から申告修正主義に移行し、資金調達への中立を確保するために課税ベースに支払利子を含めた包括的事業所得課税を検討する。この発展として、さらに賃金や地代などを含めた付加価値を課税ベースとした法人税をも検討に値しよう。」と述べられている⁽²⁾。

過少資本を巡る租税回避に対する抜本的な解決は、利子と配当における課税の違いを解消することにある。しかし、この問題は配当と利子の法人税における課税ベースの非中立性といったものに限定されず、配当及び利子の受け手である個人の所得税と法人税との関係、国際的な制度の調和といったこととも関係があり、当面は対症的に法律を運用して規制していかなければならないであろう。

そうした意味においてこの過少資本税制の役割も大きなものがあるということを指摘して筆を措く。

(1) 金子宏稿「アメリカにおける法人税・所得税の統合論の動向」「所得課税の法と政策」有斐閣p479所収

(2) 横山彰稿「法人税の課税ベースと租税政策」武田唱輔編著「企業課税の理論と課題」税務経理協会p39