

消除混合金融工具错配影响的反避税规制研究

刘嘉宁

华东政法大学经济法学院, 上海

收稿日期: 2024年1月23日; 录用日期: 2024年3月7日; 发布日期: 2024年3月13日

摘要

混合金融工具种类多、变化快、设计复杂, 通常税务机关很难通过其合同条款等法律形式对其股债性质做出合理的判断, 且不同国家的国内法对混合金融工具定性的规定也有所不同。这些都将引发金融工具混合错配问题, 这也是BEPS行动计划高度关注的问题之一。本文阐述了金融混合错配安排的原理, 规范地定义了混合金融工具的概念及主要类型, 接着列举出混合金融工具的避税形式及其影响, 归纳世界各国在金融混合错配的反避税措施。最后本文总结经验, 结合我国国情, 提出我国在金融工具混合错配的反避税的建议: 对于可扣除支付不再给予股息豁免, 补充说明双重居民身份的扣除, 积极与其他国家进行税收合作, 建立起反避税联动。

关键词

混合金融工具, 混合错配, 跨境投资, BEPS行动计划

Research on Anti Tax Avoidance Regulations to Eliminate the Mismatch of Mixed Financial Instruments

Jianing Liu

Department of Economic Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 23rd, 2024; accepted: Mar. 7th, 2024; published: Mar. 13th, 2024

Abstract

Mixed financial instruments have a wide variety of types, rapid changes, and complex designs. Usually, tax authorities find it difficult to make a reasonable judgment on the nature of their stocks and bonds through legal forms such as contract terms. Moreover, domestic laws in different

countries have different provisions for the qualitative analysis of mixed financial instruments. These will all lead to the problem of mixed mismatches in financial instruments, which is also one of the highly concerned issues in the BEPS action plan. This article elaborates on the principle of financial mixed mismatch arrangements, defines the concept and main types of mixed financial instruments in a standardized manner, and then lists the tax avoidance forms and their impacts of mixed financial instruments. It summarizes the anti tax avoidance measures taken by countries around the world in financial mixed mismatch. Finally, this article summarizes the experience and proposes suggestions for anti tax avoidance in the mixed mismatch of financial instruments in China, based on the national conditions. For deductible payments, dividend exemptions will no longer be granted, and the deduction of dual resident status will be supplemented. We will actively cooperate with other countries in taxation and establish anti tax avoidance linkage.

Keywords

Mixed Financial Instruments, Mixed Mismatch, Cross Border Investment, BEPS Action Plan

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

跨境交易的发生促进了资本的全球性流动,但也为国际税收治理带来了全新的挑战。部分跨国企业在开展业务时,会采取一系列激进的税收筹划措施,牟取不正当的税收利益。虽然各国在国内法和国际税收协定中提供了税收优惠条款,但企业对这些条款的滥用以及其他恶性筹划行为,将导致所在税收管辖区的税基受到严重的侵蚀。在此背景下,经济合作与发展组织于2013年6月发布了《BEPS行动计划》。在各国面临的反避税挑战中,混合错配是一个重要的问题,也是BEPS行动计划中的一个重要议题。2014年,BEPS项目制定了第2项行动计划——《消除混合错配安排的影响》。

混合错配安排是指由于交易所涉国家(地区)间在所得性质认定、实体性质认定、交易性质认定等方面的税制差异,对同一实体、金融工具或交易进行不同税务处理,从而产生双重扣除或者一方扣除、一方不计收入的错配结果,使得交易方总体税负减少的安排[1]。造成混合错配的原因有很多,BEPS第2项行动计划指出,金融工具混合错配是主要类型之一。金融工具混合错配是指公司为了达到降低税负的目的,利用各国对股权和债权定性的差异,借助交易双方所在国对同一混合金融工具实施利息和股息的税前扣除、免税等税收优惠政策,进行混合错配安排。

2. 金融工具混合错配安排的原理

金融工具混合错配安排主要利用的是股息红利与利息税收规则之间的差异。股息红利是指符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益以及在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益,但不包括连续持有居民企业公开发行并上市流通的股票不足12个月取得的投资收益[2],是免税收入。利息费用是指企业在生产经营活动中发生非金融企业向金融企业借款的利息支出、金融企业的各项存款利息支出和同业拆借利息支出、企业经批准发行债券的利息支出以及非金融企业向非金融企业借款的利息支出,不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额的部分,是税前准予扣除的部分。

在动态的市场上，股票市场反映的是未来利润的预期，因此其市值将会偏离相对来说是事后的资产负债表的账目。所有者所获得的任何收益都反映在其股票的资本收益中，因此营业收入税本身就是没有必要的。另一方面，在排除资本收益的同时对营业收入征税，将把企业家在股票市场获得的收益排除在“收入”之外。至于不拥有股份的合伙制和单人企业，所有者的经营收入会被直接征税。对经营收入和股票的资本收益两者都征税，会对高效率的企业家双重征税。因此，真正的统一所得税，根本就不应对股东按份拥有的经营收入征税，而应对其股份的资本收益征税[3]。

“混合”是指不同税收管辖区的法律或有关制度对交易中的相关因素性质定义有差异，如混合实体中的透明与非透明实体。“错配”是指根据不同税收管辖区的法律所得出的税务处理结果存在双重不征税的现象。“安排”是指混合错配结果产生的过程中由纳税人主观故意操纵并达到目的[4]。权益工具就是投资方通过给付现金或非现金财产从而获得被投资方企业股份的金融工具，投资方成为被投资方企业的股东，享有知情权、监督权、分红权等股东权益，其中最常见的权益工具就是股票。金融负债是指投资方出资购买被投资企业的债券等金融工具并在未来收回本金，投资方在持有期间可以获得固定的现金流回报，但不能干预被投资企业的经营管理，其中最常见的就是债券。金融市场的发展日新月异，金融工具的类型也在不断创新，产生了混合金融工具。顾名思义，与传统的金融工具不同，混合金融工具不能被简单地划分为单一的金融负债或权益工具，而是兼具股债双重性质，其合同条款通常也是复杂多变，很难简单地通过混合金融工具的形式界定其股债属性。

常见的混合金融工具包括永续债、优先股、明股实债、可转债、债转股、附有认股权证的债券。永续债又称无期债券，是指没有明确的到期时间或者期限非常长的债券，永续债券一般以3年或5年为一个计价周期，在一个计价周期内该债券的利率锁定为一固定水平，发行人按该利率水平向投资者支付利息，在债券的每个计价周期末，发行人有权选择是否将债券赎回。即通过无固定期限实现“永续”效果，通过约定还本付息义务成为“债券”产品。永续债也被称为“债券中的股票”，因为永续债发行人不仅没有固定的还本期限，同时在永续债的每个付息日，发行人也可以自行选择将当期利息以及已经递延的所有利息，推迟至下一个付息日支付，且不受任何递延支付利息次数的限制，亦不被视为违约行为。优先股主要指在利润分红及剩余财产分配的权利方面优先于普通股享有优先权，预先设有股息收益率；优先股通常在股东大会上没有表决权，选举权及被选举权，一般来说对公司的经营没有参与权，优先股股东不能退股，只能通过优先股的赎回条款被公司赎回，但是能稳定分红的股份。优先股的利息是固定且每期必须支付的，所以说优先股具有债券的特征，但优先股的股本是不用偿还的，这体现出优先股权益工具的特征。绝大多数明股实债类混合金融工具的使用有赖于投资方和被投资方之间签署的股权转让协议，其中约定投资方以股权形式出资，并且被投资方承诺在未来的规定期限内回购投资方的所有股权，按照约定的利率偿还本息，保证投资方能够转让股权以确保退出。可转债是指债券持有者可根据发行时约定的条件将所持债券在一定期间内转换为公司的普通股股票的债券。可转债兼具债权性质和股权性质，债权性是可转债的基本属性，可转债转股后，原来的债权人就变成了公司股东，享有红利分配等股东权。可转债是在公司债券的基础上附加了一份有条件的期权，是债权与股权互换而成的金融衍生品，具有期权性，具体包括了下调转股价的权利、提前赎回的权利和回售的权利。债转股债转股是指通过将公司的债务转换为公司的股权，双方由还本付息的模式转换为分红模式。债转股是一种投资行为，具有股债双重特性；具有可转换性。附有认股权证的债券的特点是债券持有者可约定条件在一定期间内认购发行公司的股票。预先规定的条件主要是指股票的购买价格、认购比例和认购期间。按照附认股权和债券本身能否分开来划分，这种债券有两种类型：一种是可分离型，即债券与认股权可以分离，可独立转让，即可分离交易的附认股权证公司债券；另一种是非分离型，即不能把认股权证从债券上分离，认股权不能成为独立买卖的对象。

3. 金融工具混合错配的典型模式

金融工具混合错配的模式包括混合权益性金融工具和跨境混合金融工具。

3.1. 混合权益性金融工具

以永续债这一混合金融工具为例,其资本弱化的实施路径为:一是企业在会计上将永续债计入权益工具,在税收上将其计入负债,利息支出在税前扣除所产生的税盾效应。二是净资产的增加可使企业相应增加关联债务融资的规模(不超过安全港比例),增加的关联债务融资的利息支出在税前扣除所产生的税盾效应。

由此可见,企业能够利用永续债避税的原因之一在于税收与会计对混合金融工具的界定方式存在差异。“债”与“股”的划分是永续债会计确认和税务处理的核心,而两者又可归结于负债与所有者权益这两个会计要素。《金融负债与权益工具的区分及相关会计处理规定》将永续债的会计处理总结为:如果永续债被划分为权益工具,则贷方记入“其他权益工具——永续债”科目;如果永续债被划分为债务工具,则贷方记入“应付债券——永续债”科目。该文件从三个方面对永续债的性质进行明确,根据是否存在固定到期日、未来赎回时间及持有者对债务清偿的请求权,是否存在与普通债券及一般债务的不同清偿顺序,是否存在利率跳升次数限制,从而判断永续债的具体属性。

对永续债的会计规定存在两个问题。一方面,由于会计没有设置三项判定条件的效力等级排序,一些企业利用该项规定的漏洞,在永续债并没有同时满足会计三项权益属性判定条件的情况下,仍将其划分为权益工具。例如,企业在发行公告中将“清偿顺序”表述为“等同于发行人普通债务”后,在会计确认上,还需要结合发行方是否承担交付现金等合同义务的预期来慎重判断永续债的会计属性,由此提高了将永续债计入权益工具的可能性。而该表述也满足了税法中清偿顺序优先于一般股东的债务属性判定条件,在税法“九选五”判定机制下,极大地提高了永续债在税务处理时被划分为债务属性的可能性,从而造成会计上为“股”、税法上为“债”的税会差异问题。另一方面,会计中的三项要素在税法中仅存在“到期日”与“清偿顺序”两项,税法仅涉及具体利率设置。此外,税法还增加了六项判定条件,如还本义务、净资产所有权、风险承担序列等。

解决这一问题,不仅应完善永续债会计属性划分标准,对三项判定条件具体效力等级加以说明和排序,还应增加税会差异调整条款。笔者建议对国税发[2019]2号文中“权益投资为企业资产负债表所列示的所有者权益金额”的表述作出相应的补充,增加“在复合金融工具属性判定存在税会差异的情形下,权益投资为企业资产负债表所列示的所有者权益金额,减去会计划分为权益性质但税法划分为债务性质的金融工具金额”的税会差异调整条款。

很多国家的税收法规中都包含“实质重于形式”原则精神的规定,以求消解实务中可能出现的税法适用不确定性^[5]。目前我国对于金融工具的分类与会计处理的规定主要有《企业会计准则第22号——金融工具确认和计量》《企业会计准则第37号——金融工具列报》,以及财政部2014年3月17日下发的《关于印发〈金融负债与权益工具的区分及相关会计处理规定〉的通知》。这些准则和规定都强调了一个原则,即:企业应根据所发行的金融工具的合同条款及其所反映的经济实质而非仅以法律形式,并结合金融资产、金融负债和权益工具的定义,在初始确认时对该金融工具或其组成部分进行分类,不得依据监管规定或工具名称进行会计处理。我国可以借鉴美国在判断混合金融工具的性质时考虑到的五大因素,包括是否需要按照约定的日期返还本金和利息、偿还顺序、公司的资产负债比、转换为公司股份的可能性,以及交易双方的关系和持有目的。

3.2. 混合转让运行机制

混合转让多用于股份质押式贷款回购交易活动之中。跨国企业所属不同国家的分公司均将此项混合

金融工具归属权划归自身，在开展相关税务处理时，股权卖出方在融资成本中列示交易股份所产生的股息，并按照税法规定在缴税前抵扣；股权购买方则在投资收益项目中列示交易股份所产生的股息并根据相关税法规定进行免税处理。混合转让具体应用情况如图 1 所示。跨国企业 A 在 N 国设有全资子公司 C，将 C 企业股份转让给信托企业 B 并约定在一定时限内进行回购，回购价格为股份转让时约定价格，C 企业股份回购前所产生的股息均由信托企业 B 享有，企业 C 的股息包含在转让款中。按照 M 国税法规定，企业 A 在进行税务处理时可将股息作为融资成本进行抵扣。对于地处 N 国的信托企业 B 而言，股份转让完成后的企业 C 为自身下属子公司，股息为自身投资收益的一部分，按照 N 国税法规定，信托企业 B 可对此部分股息收益进行免税处理。

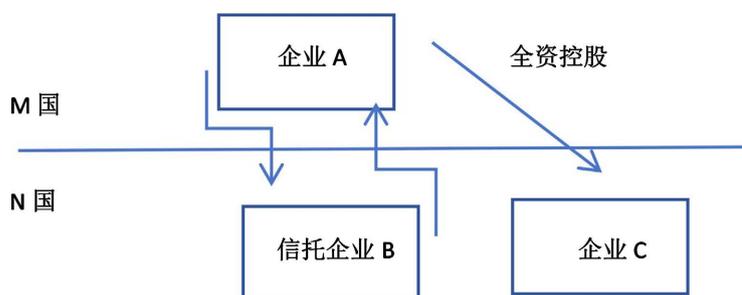


Figure 1. Schematic diagram of mixed transfer operation mechanism
图 1. 混合转让运行机制示意图

3.3. 混合金融工具支付

混合金融工具支付是指公司在跨境交易中运用混合金融工具，利用两方税收管辖区不同的税收规定，产生双重扣除或者是一方税前扣除、另一方不计入收入的避税结果，实现公司整体税负的降低。如图 2 所示，企业 A 和企业 B 的税收管辖区分别为 M 国和 N 国，且 N 国税收法规中包含参股免税等税收优惠政策。企业 A 通过发行混合金融工具向 B 公司借款，并定期按照约定的利率向其支付利息。在 M 国税法体系下，企业 A 和企业 B 的这一交易行为被认定为债权投资，企业 A 所支付的利息可以进行税前扣除。而在 N 国，由于企业 B 持有企业 A 的股份，并定期获得股息回报，这笔借款却被认定为股权投资，企业 B 所获得的股息无需计入其应税收入。

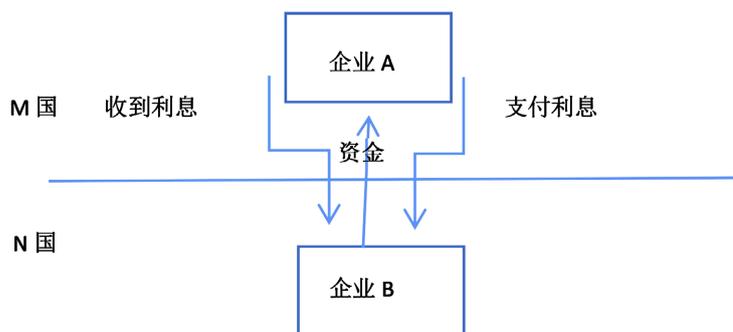


Figure 2. Schematic diagram of hybrid financial instrument payment
图 2. 混合金融工具支付示意图

3.4. 输入性错配安排

输入性错配是一种衍生的错配模式，是指企业通过正常的交易，将原本存在的错配模式输入另一国

家，从而达到混合错配的效果。如图 3 所示，A 公司、B 公司和 C 公司的税收管辖区分别为 A 国、B 国和 C 国，其中 A 国税法中包含参股免税等税收优惠政策。在这一架构中，B 公司通过向 A 公司发行混合金融工具获得资金，并将这一笔款项借给实际借款人 C 公司。其中 C 公司定期向 B 公司支付利息，B 公司定期向 A 公司支付利息。在 A 国税法体系下，B 公司的这笔借款却被认定为股权投资，A 公司持有 B 公司的股份，并定期获得股息回报，这一收入无需计入 A 公司的应税收入。在 C 国，C 公司因债权融资而支付的利息可以进行税前扣除。由此，在整体上实现了双重不征税的结果。而对于 B 公司而言，其利息支出和利息收入相互抵消，实则是输入性错配的中间体。

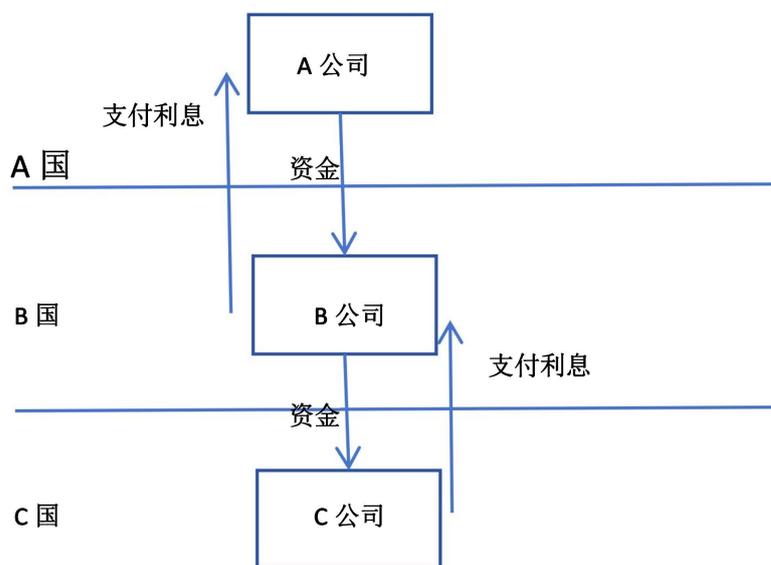


Figure 3. Schematic diagram of input mismatch arrangement
图 3. 输入性错配安排示意图

4. 跨境混合金融工具的反避税制度设计各国的措施及实践

4.1. 欧盟打击避税筹划的措施

欧盟现在迫切需要一个能够将税基与真正实质的经济活动联系起来，并限制唯一目的在于将利润最高的业务放置在低税或无税法域的“信使”子公司的国际条约。这要求各国为了一个共同的、统一的公司税法基础而达到更高层次的监管协调，而不是仅仅依赖有些设计不完善的避免双重征税条约[6]。

根据欧盟的计划，各国都需要对来自于其他成员国的子公司的收入纳税，如果其他成员国视这部分支出为可税收抵扣的费用。除了这条规定，欧盟委员会推出了反滥用规则，以阻止公司通过设立虚假中介公司进行避税。虽然这些措施可能对解决税基侵蚀和利润转移的国际努力有所帮助，但是两个技术原因使得它们难以免受争议。首先，混合方案是否滥用税收规则值得商榷。其次，这些措施的实施可能会给欧盟成员国之外的公司或私募股权基金带来竞争优势，因为它们不受这些措施影响。

4.2. 英国

英国针对一项金融工具的双重不征税情况进行了特殊立法，会在具体情况下向相关公司发出通知，告知其所提出的税前扣除申请会受到税务机关的拒绝。这一税收法规的实施需要同时满足四种情况：交易中包含混合金融工具或混合实体、英国居民企业已经进行了税前扣除、进行交易的主要目的之一是降低企业在英国负担的税负且企业由此获得的税收利益超过了一定的最低数额。

4.3. 丹麦

丹麦则是对一些禁止进行税前扣除的费用进行规定，包括：1) 无论在丹麦还是在其他国家都不计入应税收入的款项；2) 在国外已经进行过或者可以进行税前扣除的款项。

4.4. 美国

美国国会于 2010 年 3 月通过的《外国账户税收合规法案》FATCA 适用于全球所有接收来源于美国的支付的金融机构，要求金融机构披露哪些帐户是由美国纳税个人或由美国人享有超过 10% 权益的公司持有的，其主要目标在于保护国内税收收入。该法案采用了双管齐下的方法，一方面要求美国公民和永久居民(绿卡持有者)报告他们所持有的外国帐户，另一方面要求外国金融机构向国税局提供美国客户的信息。

4.5. 澳大利亚

澳大利亚规定，如果一项混合金融工具被认定为债权融资，后续来自其他税收管辖区的交易方所支付的股息无论在当地如何处理，都不能在本国享受股息豁免的待遇。

5. 对国内法的修改建议

设置股息豁免这一税收优惠政策最初是考虑到股息本属于税后收入的分配，其在被投资企业已经缴纳过相应的税款，因此股东在获取股息收入时不应当再次对其征税。但是在金融工具混合错配安排中，这一免税待遇却被跨国公司用于进行不当的避税安排，对此，BEPS 第 2 项行动计划最终报告建议各国在修改国内法时，对于可扣除支付不应当再给予股息豁免。同时，BEPS 第 2 项行动计划建议税前扣除款项设置抵免比例限制，混合安排中相关企业所享受的国外税收抵免额度应当限制在应纳税额的一定比例，主要是避免税收抵免规则被滥用，从而保证混合安排下各方的经济利益平衡、一致。对内，国内税法可通过适用“匹配原则”，保证一笔款项在付款方支付时允许税前扣除，收款方就其取得收入纳税，实现税收处理的一致性。而在国际税收领域，假如缺少国家间的税收合作，“匹配原则”则难以落实，会给纳税人提供税收套利空间。因而，尽管各国各自面临着不同的国内挑战，但多边合作仍是解决全球经济难题的最好方式。BEPS 第 2 项行动计划还提出需要引入特殊的金融工具混合错配反避税规则，引导各国建立起“联动性原则”，即在本国加入反避税规则时，需要提前考虑到交易方税收管辖区的法律对混合金融工具的税收规制情况。

BEPS 第 2 项行动计划提出的特殊反避税规则按照顺序又分为首要规则和次要规则，既能确保可以消除金融工具混合错配带来的税基侵蚀问题，还可以避免不合理的双重征税情况，兼顾了企业和国家双方的利益。具体而言，针对一般的由混合金融工具导致的错配情况，首要规则是支付方所在国不允许税前扣除，次要规则是收款方所在国计入企业一般收入。即先由支付方所在国行动拒绝企业提出的在税前扣除所支付利息的请求。如果支付方所在国未采纳首要规则，那么收款方所在国便可以根据次要规则将该笔款项计入该公司的应税收入中。而 PPT 规则旨在对交易或实体的主要目的进行测试，倘若通过判断得出某一交易或者实体的存在仅仅是为了帮助公司避税，那么其就无法享受所在税收管辖区及其签订的税收协定中所提供的税收优惠条款。

在《实施税收协定相关措施以防止税基侵蚀和利润转移(BEPS)的多边公约》中，中国选择了“主要目的”这一最低标准，询问纳税人设计和使用的商业或投资安排的“主要目的之一”是否为了获取税收协定优惠。如果税务机关确定某项安排是出于此目的，则可能会拒绝给予税收协定优惠。中国的立场文件对现行税收协定的相关条款作出识别，这些税收协定针对股息、利息、特许权使用费和其他收入条款的现行规定是对以获取税收协定优惠为“主要目的或主要目的之一”的安排拒绝给予税收协定豁免。

为了有效打击混合错配安排利用双重居民身份进行避税，除了与更多的国家谈签税收协定，我国还可以补充说明双重居民身份的扣除：第一，不允许具有双重居民身份的纳税人税前扣除其支付款；第二，仅允许对符合下列条件的支付款扣除：如果纳税人具有双重居民身份，其支付款在不同税收管辖区扣除的同时也就收入履行了在所属税收管辖区的纳税义务；第三，在我国税收管辖权范围内，可以用当期超过双重计税的扣除抵减其他期间双重计税的收入，同时为了避免滞留亏损的出现，规定在任一税收管辖区的超额扣除都不能抵减当地双重计税的收入，满足以上条件方可在我国进行扣除[7]。

由于国家之间的经济竞争和规则主导权博弈，国际税收监管合作多停留在双边范围，多边税收监管合作仅在涉税信息分享方面有所进展[8]。这些差别路径主要是国内法域外效力的规则和执行力的竞争。当前国际税收制度改革的关键问题之一是跨国公司的利润如何分配给各个国家，即跨国经济活动中的税基划分问题。根据统治的掠夺理论，统治者总是希望将自己的财富和权力最大化，因为国家税收往往是统治者实现自己私人目的的手段。

参考文献

- [1] 黄晓里. 消除混合错配安排的影响[J]. 国际税收, 2014(10): 18-20.
- [2] 朱大旗. 税法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 210.
- [3] 穆雷·罗斯巴德. 权力与市场[M]. 刘云鹏, 戴忠玉, 李卫公, 译. 北京: 新星出版社, 2007: 106.
- [4] 高健敏. 完善我国税收政策体系以消除混合错配安排的影响[J]. 国际税收, 2020(12): 37-42.
- [5] 叶佳艺, 彭启蕾. 对税务案件“实质重于形式”原则的探讨——以“明股实债”的税收争议为例[J]. 国际税收, 2018(8): 48-51.
- [6] 沈伟. 后金融危机时代的全球反避税措施: 国别差异路径和全球有限合作[J]. 比较法研究, 2018(1): 122-142.
- [7] 查尔斯·沃尔夫. 市场, 还是政府[M]. 陆俊, 谢旭, 译. 重庆: 重庆出版社, 2007: 7-9.
- [8] 张泽平. 全球治理背景下国际税收秩序的挑战与变革[J]. 中国法学, 2017(3): 184-201.