

ハイブリッド・ミスマッチに対する各国の 対応及び我が国における執行上の問題点

今 村 宏 嗣

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

論文の内容については、すべて執筆者の個人的見解であり、税務大学校、国税庁あるいは国税不服審判所等の公式見解を示すものではありません。

要 約

1 研究の目的（問題の所在）

近年、多国籍企業が課税権の隙間や抜け穴を利用した節税対策により税負担を軽減していることに国際的な批判が高まっている。この問題に各国で協調して対応するため、OECD租税委員会において、G20メンバー国との協働の下、「BEPSプロジェクト」の取組が進められ、2015（平成27）年10月に行動計画2の「ハイブリッド・ミスマッチの効果の無効化」の最終報告書が公表されたところである。

2015年最終報告書は、金融商品や事業体に対する複数国間における税務上の取扱いの差異（ハイブリッド・ミスマッチ）を類型化した上で、その効果が無効化するための国内法上の措置に加え、他国の租税の取扱いに自国の租税の取扱いをリンクさせて調整する、いわゆるハイブリッド・ミスマッチルールの導入を勧告している。

上記ルールが国内法に導入された場合、ミスマッチが実際に起こっているかどうかの判断が必要となる上、納税者及び税務当局が相手国における租税の取扱いを調べ、その取扱いに合わせた対応を行う必要がある。そこで、本稿においては、BEPSプロジェクトが指摘する主要なミスマッチ・アレンジメントについて、ハイブリッド・ミスマッチルールの適用例及び適用に伴い生じる問題点等について、執行上の観点からの検討を中心とした分析を加えるとともに、既にミスマッチ・アレンジメントに対して一定の対抗策を打ち出している諸外国の制度を考察することにより、我が国対応への示唆を行う。

2 研究の概要

（1）受領者国での益金算入を伴わない支払者国での損金算入（D/N I）

○ ハイブリッド金融商品

D/N I 効果をもたらすアレンジメントとして最もクラシックなも

のは、負債と資本の要素を併せ持つハイブリッド金融商品（hybrid financial instrument）であり、中でもオーストラリア法人が発行する「償還優先株式（Redeemable Preference Share）」が一般によく知られている。

資金調達手段として償還優先株式を利用した場合、一定の要件を満たした優先配当は、配当を支払う豪州法人において損金算入される一方で、優先配当を受け取った日本法人においては、外国子会社配当益金不算入制度の適用を受けることができる。

2015 年最終報告書は、支払者における控除否認を一次対応、通常の所得として算入を防御ルールとするハイブリッド・ミスマッチルールを基本としつつ（勧告 1）、国内法改定のための個別勧告として、控除可能な支払に対する受取配当免税の否認を要請している（勧告 2.1）。日本においては、上記勧告を踏まえ、平成 27 年度税制改正で、子会社の所在地で損金算入が認められる配当については、配当を受け取った日本の親会社において外国子会社配当益金不算入制度を適用しないこととした（法法 23 の 2）。

しかし、この平成 27 年改正法は、日本の内国法人が専ら外国子会社から配当を受け取る親会社の立場で起案された制度である。したがって、当該改正法だけでは解決できない場合が存在する。

例えば、負債と資本の区分を法形式ではなく経済実質を重視して判断する国があるとする。そして、当該国は、配当二重課税排除の方式として配当免税制度を採用しており、しかも勧告 2.1 を導入していない。こういう状況下、日本法人が自己資本増強を目的として、償還期限のない永久債を発行する場合を仮定する。日本法人は、永久債が金融商品会計基準により負債として取り扱われるため、当該社債から生ずる支払を費用と認識するが、海外の投資家において資本に起因する支払と判定され配当免税と取り扱われるとき、勧告 1 が適用され、日本法人は損金算入を否認されることになろう。そうすると、発行企業の資金調達計画に与

える影響は深刻である。制度設計上、特に自己資本比率規制のある金融業などの規制業種については柔軟な対応があつてよいと考える。

また、例えば株式を貸し手に移転して資金調達した上、また、その株式を一定期間後に買い戻すという「レポ取引」のような取引も対応できない場合の一つである。貸し手が居住する国は、法形式（売買・再売買）に従って課税するため、貸し手に所有権が移転した株式から生じる配当が免税と取り扱われる一方、借り手が居住する国は、経済実質（資産担保付貸付）に則した課税関係を考えるため、配当相当額を含むプレミアム（レポ差額）が控除可能な金融費用と取り扱われるというミスマッチが伏在することになる。このような「レポ取引」や「貸株取引」に見られるようなハイブリッド譲渡（hybrid transfer）を要素とするミスマッチに対しては、平成 27 年改正法はその射程外にあると解され、勧告 1 の導入が待たれるところである。

さて、この取引の厄介な点は、仕組まれた取決め（structured arrangement）であれば、非関連者間取引であってもハイブリッド・ミスマッチルールが適用されるところにある。しかし、レポ取引等が金融手段である以上、一般に仕組みを構築するのは貸し手であろう。なぜなら、貸し手に租税上の便益があるからこそ低コストの融資が実現できるからである。借り手が所在する国の税務当局が一次対応で借り手の金融費用を否認するためには、貸し手が自国の税制を利用することで、全体としてより低利の調達コストを達成する仕組みがあることを立証する必要がある。実務上、二以上の国をまたぐ取引の情報収集には限界があり、税務当局間の情報交換制度の更なる充実が期待される一方、条約非締約国との情報交換などは制度的に困難である。

○ ハイブリッド支払者が行う無視される支払

D/N I 効果を生じさせるアレンジメントは、税務上一方の国で透明体(transparency)、他方の国で不透明体（opacity）と取り扱われるハイブリッド事業体（hybrid entity）を利用することで容易に組成すること

ができる。

次の取引で説明する。B社は、法主体を有するB国居住法人であるが、A国から見ると課税上不存在とされる。B社は、親会社のA社から資金の貸付を受け、それに係る利子を支払う。B国においては利子の支払が控除可能な費用と取り扱われ、連結納税を通じてB社の事業子会社B1社の利益と相殺される一方、A国では資金の貸借取引が内部取引とされ、利子を益金として認識しないというのが mismatches の典型例である。

このようなハイブリッド事業体によるD/N Iは、係争となったIBM事件においても見受けられるとする意見がある。すなわち、米国IBMは、グループの税負担を回避又は軽減しようと様々なタックス・プランニングを実行しているが、そのうち、いわゆる平成17年譲渡については、「…みなし配当課税により計算上発生するに過ぎない株式譲渡損失が繰越欠損金となり、連結納税に持ち込まれて控除される一方(D)、合衆国では、2004年雇用創出法の認めたタックス・ホリデーの適用を受けた利益還流が行われた(N I)」というものである。

本件アレンジメントについては、その後に行われた税制改正によって適切な対応措置が講じられているが、2015年最終報告書は、支払者国における控除否認を一次対応、通常の所得として算入を防御ルールと勧告しており(勧告3)、仮に法律改正前の状態にハイブリッド・ mismatches ルールを適用するとなれば、一次的に日本の税務当局が納税者の損金算入を否認することになる。ということは、受領者国が mismatches を誘引する可能性がある税制を導入するという情報を、あらかじめ支払者国が入手しておく必要があるということになり、ますます税務当局間の情報ネットワークの拡充が期待される。

(2) 単一の支払に対する二重損金算入(DD)

○ ハイブリッド支払者が行う控除可能な支払

DD効果を生じさせるアレンジメントについても、主なものはハイブリッド事業体を利用したストラクチャーである。

先ほどの例でいうと、B国所在のハイブリッド事業体B社がB国銀行から資金の貸付を受けた場合、貸付に係る利子がA・B双方の国において損金の額に算入される仕組みとなろう。

無効化ルール（勧告6）は、二重損金算入をもたらす支払が、二重算入所得（dual inclusion income：A国でもB国でも益金算入されるB社の通常所得）を超えた額（超過控除）について適用される。超過控除額は繰り越され、将来における二重算入所得と相殺可能であるが、例えば、A社がB国からの事業撤退を決定した時などに有する未使用の繰越超過控除額（取り残された損失（stranded loss））について、事務負担の煩雑さが指摘されている。

2015年最終報告書は、超過控除が相手国において二重算入所得以外の所得と相殺されないことを証明した場合には控除可と勧告するが、国内法への導入を検討する際は、まず超過控除について繰越しを無期限に認めるのか、一定期間内に制限するののかという議論が必要であるほか、納税者に過度な事務負担を与えることのないよう後続年度における複雑な調整制度の簡素化も考慮に入れなければならない。私見ではあるが、各国の足並みがそろわないうちにDD効果の無効化ルール（勧告7を含む。）を尚早に導入することには慎重であるべきであり、むしろ、既にダブルディップ防止規定を国内法で措置しているBEP Sプロジェクト参加国の取組を検討すべきと考える。

（3）間接的D／N I

○ 輸入されたミスマッチ・アレンジメント

複数国間で生じるミスマッチは、普通貸付といったプレーンバニラ型の金融商品を利用することにより、他国に移転（輸入）することが可能とされる。

次の取引で説明する。A社は、完全子会社のB社にハイブリッド金融商品（A国配当免税、B国利子控除）を利用した資金の貸付を行う。B社は、A社から調達した資金をC国の借り手に普通貸付（B国通常所得

算入、C国利子控除）で転貸する。この仕組みを全体から見ると、A国とC国との間で間接的なD／N I 効果をもたらしていることになる。

無効化ルール（勧告8）は、C国借り手における控除否認（一次対応のみ）を勧告するが、C国税務当局がB社の資金源がA社であることを突き止め、更にA社の税務調整の状況までトレースすることが可能であろうか。

最終的にはミスマッチの除去と第三国に所在する支払者にまで適用範囲を広げるにより生ずる税務執行の不安定さとの比較考量で国内法制化の是非が判断されると思われるが、我が国が、完全とまではいえないまでも二重非課税を防止するために手当てした平成 27 年改正法の効果測定を見極めてからでも遅くはないのではなかろうか。

（4）小括

以上、主要なミスマッチ・アレンジメントの類型別に、その基本構造及び勧告ルールの適用に伴い生じ得る問題点を分析したが、無効化の順序（rule order）について次のように要約することができないだろうか。すなわち、D／N I 効果については、可能な限りアレンジメントの「川上（＝支払者）」でせき止める。DD効果については、アレンジメントの全容をよりよく知り得る「者（＝親会社）」が穴を埋める。このように整理すると、無効化ルールがミスマッチの起因となる「支払（payment）」という行為を効率的・効果的に統制することが可能となり、各国税務当局が勧告ルールを同じ目線で解釈・適用できる裏付けにもなる。

（5）ミスマッチ・アレンジメントへの諸外国の対応状況

一部の諸外国においては、B E P S プロジェクト開始以前から、一定のミスマッチ・アレンジメントに対処するため、外国の金融商品、事業体等の国内法上の取扱いを当該外国の税務上の取扱いにリンクさせるような個別的否認規定を導入している。

イ デンマーク

デンマークは、およそ 20 年近く前から国境を越える租税裁定に対抗

するアプローチの一つとして、対応原則に基づく「調整ルール (coordination rules)」の適用を実践している。ハイブリッド・ミスマッチルールのプロトタイプといえよう。

■ 租税賦課法セクション 5 G

同一の支出がデンマーク及び他の法域の双方で控除できないよう、1996 年にセクション 5 Gを導入。

■ 法人税法セクション 2 A、2 B、2 C

二重（多重）控除への対抗条項であったセクション 5 Gが、ハイブリッド事業体の益金算入を伴わない損金算入のケースに対処できていなかったため、2004 年にセクション 2 Aを導入。〔自国：不透明 vs. 他国：透明 →透明〕

また、ハイブリッド金融商品を利用した租税裁定に対する個別的否認規定として、2007 年にセクション 2 Bを措置。〔自国：負債 vs.他国：資本 →資本〕

更に、リバース・ハイブリッド対策税制として、2008 年にセクション 2 Cを追加。〔自国：透明 vs.他国：不透明 →不透明〕

ロ ドイツ

■ 法人税法セクション 14

ドイツでは、連結納税制度に類似した制度として、一定の要件を満たしたグループに属する内国法人の利益及び損失の全額を親会社に移転させる「オルガンシャフト (Organschaft)」という制度が認められているが、2001 年に同一の損失がドイツ及び他の法域の双方で控除できないよう定めた条項が挿入されている。

■ 法人税法セクション 8 b

利益の分配は、受取側の法人にとって通常免税となるが、その配当が支払者側の法人において費用として損金の額に算入される場合、「隠された利益配当」とみなされ配当免税制度は適用されない。

ハ ニュージーランド

■ 2007 年所得税法 C W 9 条

ニュージーランドは、原則として、保有割合 10 パーセント以上の外国子会社から受け取る国外配当について免税所得として取り扱うが、外国子会社の所在地国で控除可能なものを特例措置として除外している。

ニ 米国

■ 内国歳入法典 1503 条(d)項

米国は、二つの国を居住地国とする法人（Dual resident corporation）に生ずる二重連結損失（Dual Consolidated Loss）の控除を制限する規定として、1986 年に内国歳入法典 1503 条(d)項を制定している。この規定は、1988 年にその対象が支店などの個別事業ユニット（Separate Business Units）にも拡張され、例えば恒久的施設も子会社として二重連結損失制限の対象とされることとなった。

また、ポスト B E P S の動きとして、英国及び豪州がいち早く 2015 年最終報告書の勧告実施を正式にコミットし、また、欧州委員会（E C）も租税回避防止指令（Anti Tax Avoidance Directive）を含む租税回避防止パッケージを提示している。詳細についての研究は、この動きに追随するであろう各国の取組と併せ、継続して行う必要があるものと考ええる。

ホ 英国

英国では、2005 年に行動 2 で確認されているほとんどのミスマッチ事例に対処できるとする裁定取引防止規定（Anti-arbitrage rules）を導入していたが、2015 年最終報告書の公表を受け、2015 年 12 月に B E P S プロジェクトの勧告に沿った法案（Anti-hybrid rules）が議会に提出された。法案が発効されると（2017 年 1 月予定）、既存規定はリプレースされる。

ヘ EU

EU では、2016 年 1 月に欧州委員会（E C）がハイブリッド・ミス

マッチに対処するルールを提示した。指令内容は、ミスマッチに関与する他の加盟国は、支払源泉である加盟国の事業体や手段の法的性質に従うべきというものである。明らかにOECD 2015 年最終報告書の勧告内容と一致していないが、早ければ 2017 年 1 月の発効を目指しているとされる。

ト 豪州

豪州では、政府租税委員会（The Board of Taxation）が 2015 年最終報告書の実施についての審議を終了し、2016 年 3 月に財務大臣宛最終報告書を提出している。租税委員会は、一部若干の修正を要するものの OECD の勧告を受け入れるべきと表明しており、2018 年 1 月からの実施を予定している。

3 まとめ

特に補足したい 3 点について、若干のインプリケーションを交えて考察する。

最初に、ハイブリッド・ミスマッチルールが多国籍企業を対象とする規制であるならば、複数国をまたぐアレンジメントの全体像を俯瞰できる職制にある者が制御可能な企業グループ、つまり支配関係が強固な国外関連取引に限定して国内法制化し、まずは制度を混乱なく着地させることが選択肢の一つとして考えられる。この修正により、別表 17（4）（国外関連者に関する明細書）の情報が活用可能となり、執行上の事務負担を軽減することができるのではないだろうか。

次に、一次・防御の順序が整然と機能するのかという懸念である。無効化ルールは、防御ルールが適用される局面について、「一方の国がミスマッチを無効化しないときは、…他方の国が…」と規定している。本ルールは「自動的に適用（勧告 9.1(c)）」されることから、一方の国が一次対応規定を整備していないとき、あるいは一次対応について納税者と見解の相違がありその適用を留保している間に、他方の国によって防御ルールを発動されても致し方

ないと解されるのであろうか。そうであれば、二重課税を誘引するリスクは確かに存在する。

局地的な税の収奪状態が起き、双方の国で二重課税となった場合、紛争処理メカニズムとして相互協議の役割が従前にも増して重要となってくるだろう。相互協議の発生・繰越件数が増加基調にある中、B E P Sプロジェクトによってその傾向に拍車がかかるおそれが指摘されており、相互協議手続（この種の課税が条約に適合しない課税に該当するか否か、解釈適用協議の射程となるかを含む。）についても整理しておく必要がある。

最後に、多国籍企業に対する事務の適正・円滑な執行を図るためには、やはり一定の前提条件を置いた設例に基づきルールを取扱いをまとめた事例集の編さんが必須となると思われる。今後、O E C Dが作成検討する実施ハンドブックを我が国の事例集に取り込み、その事例集自体をソフト・ローとして活用することが実務において有用となるのではないだろうか。

目 次

はじめに	16
第1章 ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの概要	21
第1節 2015年最終報告書の概要	21
1 2015年最終報告書の構成	22
2 勧告の概要	23
3 事例集	23
第2節 国内法の改正に関する勧告	25
1 ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの意義	25
2 効果	27
3 要素	28
4 無効化ルール	31
5 スコープ	34
6 支払	37
7 制度設計原則	42
第3節 OECDモデル租税条約の改定	45
1 報告書第2部の概要	45
2 各項目の概要	45
第2章 主要なハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントと 無効化ルールの概要	48
第1節 金融商品（その1）	48
1 基本構造	48
2 勧告ルール	49
3 ハイブリッド金融商品ルールの適用関係	54
4 制度研究：各国におけるハイブリッド金融商品	69
5 事例研究：我が国における海外ハイブリッド金融商品の活用例	89
6 制度研究：我が国におけるハイブリッド金融商品と税制改正の	

状況	90
7 問題点の考察	98
第2節 金融商品（その2）	106
1 基本構造	106
2 勧告ルール	109
3 ハイブリッド金融商品ルールの適用関係	109
4 事例研究：ニュージーランド・レポ	117
5 問題点の考察	122
第3節 ハイブリッド支払者が行う無視される支払	125
1 基本構造	126
2 勧告ルール	127
3 無視されるハイブリッド支払ルールの適用関係	128
4 事例研究：ハイブリッド・ミスマッチの観点から見たIBM事件	136
5 問題点の考察	149
第4節 リバース・ハイブリッド	151
1 基本構造	151
2 勧告ルール	152
3 リバース・ハイブリッドルールの適用関係	155
4 事例研究：タワー・ストラクチャー	158
第5節 ハイブリッド支払者が行う控除可能な支払	164
1 基本構造	164
2 勧告ルール	166
3 控除可能なハイブリッド支払ルールの適用関係	167
4 問題点の考察	176
第6節 双方居住者が行う控除可能な支払	177
1 基本構造	178
2 勧告ルール	179
3 双方居住支払者ルールの適用関係	181

4 問題点の考察	184
第7節 間接的なD／NI効果	186
1 基本構造	187
2 勧告ルール	187
3 輸入されたミスマッチルールの適用関係	188
4 問題点の考察	197
第8節 小括	198
第3章 ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対する各国の対応	202
第1節 各国の対応	203
1 デンマーク	203
2 ドイツ	209
3 ニュージーランド	211
4 米国	212
第2節 ポストBEP Sに向けた各国の動向	213
1 英国	213
2 欧州連合（EU）	218
3 オーストラリア	220
結びに代えて	228
巻末 要旨（Executive summary）仮訳	231

はじめに

近年、各国がリーマンショック後に財政状況を悪化させ、より多くの国民負担を求めている中で、グローバル企業が国際的な税制の隙間や抜け穴を利用した節税対策により税負担を軽減している問題⁽¹⁾が顕在化している。この多国籍企業の課税逃れに対する国際的な批判が高まったきっかけは、おそらく 2012 (平成 24) 年 10 月 15 日付ロイター通信による署名記事⁽²⁾によるものであろう。

記事によると、米国シアトルに本拠を構えるコーヒーチェーン大手のスターバックスグループは、1998 年に英国での事業を開始して以来、累計 30 億ポンド (約 4500 億円) の売上高を計上し、735 店を展開するに至ったが、多額の損失が同時に計上されたため法人税の納付額はわずかに 860 万ポンド (約 13 億円) にとどまっていた。しかも、直近 3 年間に限ると、合計 12 億ポンド (約 1800 億円) もの売上げを計上していながら、英国では全く法人税を納めていなかったというスクープである。記者の分析は鋭く、「銭失いのライセンス (a licence to lose money)」、「豆の数を数える人 (経理屋、会計士の蔑称) (bean counter)」、「資金力ある借用人 (a cash-rich borrower)」という刺激的な副題の下、各々(i)オランダ関連法人に商標権や業務プロセスに係る知的財産 (I

(1) すなわち「二重非課税」や「価値創造の場と納税の場のかい離」を意味する。税制調査会平成 27 年 10 月 23 日第 6 回国際課税 DG 資料、財務省〔B E P S プロジェクトの最終報告について〕際 D6-1、総 24-1。

なお、OECD 租税委員会議長の浅川雅嗣財務官は、この「二重非課税」や「価値創造の場と納税の場のかい離」といった問題について、次のように述べておられる。

「一つは二重課税を排除しようとするルールに則って実際に経済活動が行われた結果、実は源泉地国にも居住地国にもどちらにも税金が落ちていない、この 2 カ国から見たら、二重非課税 (double non-taxation) のような弊害が出てきているのではないかというのが一つの問題意識。もう一つは、納税は行われているのだけれども、源泉地国と居住地国との間で、必ずしも経済活動が実質的に行われている国で適正な課税が行われていないのではないか、すなわち、真の経済活動と実際の課税地との間で若干の歪みがありはしないか。」。浅川雅嗣＝渡辺裕泰「OECD における最近の議論—B E P S を中心に」国際税務 34 巻 1 号 36～37 頁〔浅川発言〕(2014)。

(2) Tom Bergin (2012), “*Special Report: How Starbucks avoids UK taxes*”, Reuters. <http://www.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax-idUSBRE89E0EX20121015> (last visited June 23, 2016)

P : intellectual property) を移転し、その使用の対価として売上高の 6 パーセントに相当するロイヤルティを支払う、(ii) コーヒー豆は、スイス関連法人を経由して 2 割増しの価格で購入（オランダで焙煎された後、英国に輸入）する、(iii) 必要資金は米国本社からのインターカンパニー・ローンにより借入れ、その対価として LIBOR プラス 4 パーセントの利子を支払う、という三つの組み合わせによる「合法」的な節税方法の組み合わせを指摘した。

ロイター通信の報道をきっかけに、英国では政治家や消費者に反発が広がり、ボイコットの動きまで出てきたことから、スターバックス英国法人は、2013 年から 2 年にわたり 2 千万ポンド（約 26 億円）の法人税を「法の求めを超えて」（同社）支払うことで英当局と合意する⁽³⁾。

相前後して、多国籍企業の課税逃れ問題は世界的に問題視されるに至り、2012 年 11 月 12 日に英国議会下院の決算委員会（Committee of Public Accounts）は、スターバックスのほか、アマゾン、グーグルの上級幹部らを召喚し、これら 3 社が英国で商業活動を行いながら英国法人税を支払わない理由について説明を求めた。米国では、米国議会上院の常設調査小委員会（Permanent Subcommittee on Investigations）が 2012 年 9 月 20 日にマイクロソフトとヒューレットパッカードを、翌 2013 年 5 月 21 日にアップルを、2014 年 4 月 1 日にキャタピラーの経営陣を聴聞した。議会公聴会の内容は報告書⁽⁴⁾として公表され、この報告書により多国籍企業による精緻なタックス・

(3) 平成 24 年 12 月 8 日付日本経済新聞朝刊 9 面「スタバ無利益でも納税」。その後、スターバックスは、課税逃れ批判をかわすため、欧州事業の本社機能をオランダのアムステルダムから英国のロンドンに移転する旨を発表している。平成 26 年 4 月 17 日付日本経済新聞朝刊 9 面「欧州本社、英に移転。スタバ、課税逃れ批判対応」。

(4) 英国資料は、House of Commons (2012), *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts 2011-12*.

米国マイクロソフト及びヒューレットパッカード資料は、Committee on Homeland Security and Governmental Affairs (2012), *Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code - Part 1 (Microsoft & Hewlett-Packard)*

米国アップル資料は、Committee on Homeland Security and Governmental Affairs (2013), *Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code - Part 2 (Apple, Inc.)*

米国キャタピラー資料は、Committee on Homeland Security and Governmental

プランニングの仕組みが裏付けられた⁽⁵⁾。

このように、多国籍企業がその活動実態と国際課税ルールズの利用することにより、課税所得を人為的に操作し、課税逃れを行うことを「税源侵食と利益移転（B E P S : Base Erosion and Profit Shifting）⁽⁶⁾」ということは周知のとおりである。このB E P S問題に各国で協調して対応するため、OECD租税委員会において、G20メンバー国との協働の下、「B E P Sプロジェクト」の取組が進められ、2015年10月5日に13の報告書からなるB E P Sパッケージ⁽⁷⁾が公表されたところである⁽⁸⁾。

Affairs (2014), *Caterpillar's Offshore Tax Strategy*.

- (5) 実例として、“Double Irish with a Dutch Sandwich”、“Swiss Trading Company”、“Hybrid Bond”など。税制調査会平成25年10月24日第1回国際課税DG資料、太田洋〔B E P Sについて—多国籍企業のタックス・プランニングの実情—〕際D1-2。より詳細な分析は、太田洋「多国籍企業のタックス・プランニングとB E P Sプロジェクト」中里実ほか編著『クロスボーダー取引課税のフロンティア』9～41頁（有斐閣、2014）を参照。このほか、経済産業省貿易経済協力局貿易振興課「平成24年度アジア拠点化立地推進調査等事業（国際租税問題に関する調査（タックスヘイブン対策税制及び無形資産の取扱いについて）」）調査報告書128～143頁（2013）、本庄資「陳腐化した国際課税原則を見直し新しい国際課税原則を構築する必要性—OECDのB E P S対策の始動を中心として—」税大ジャーナル第21号35～77頁（2013、<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/journal.htm>）、居波邦泰『国際的な課税権の確保と税源侵食への対応—国際的二重非課税に係る国際課税原則の再考』382～403頁（中央経済社、2014）など。
- (6) OECDは、B E P Sプロジェクト開始後の2013年2月に公表したレポート『B E P Sに対処する』OECD (2013a), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing以降、「B E P Sとは何か」について必ずしも明確な定義を示していなかったように思うが、B E P Sパッケージと同時に公表した“F A Q s (Frequently Asked Questions)”の中で、「税制のギャップやミスマッチを利用した税務戦略で、税務上の利益を『消失 (disappear)』させ、もしくは実際の活動とはほとんどあるいは全く関係ないが、税負担が低い国に利益を移転させることで、全体の法人税負担額をほとんどあるいは全くないものとする」と言及している。（プリントバージョンQ113 : What is BEPS?）
- (7) B E P Sプロジェクトの成果、ポストB E P S環境など、プロジェクト全体を要約した解説文は、OECD (2015a), *Explanatory Statement*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD。和訳として、税制調査会＝財務省・前掲注(1)「税源侵食と利益移転 解説文（仮訳）」がある。
- (8) スターバックス英国法人の租税回避について、B E P Sプロジェクトにより期待される効果は、次のとおりとされる。（i）割高なロイヤルティに対しては、行動8（無形資産に係る移転価格ルール⁽⁹⁾の策定）、（ii）割高な材料費に対しては、行動13（移転価格税制の文書化に関するルール⁽¹⁰⁾の策定）、（iii）過大な利払いに対しては、

本研究は、全体で 15 ある行動計画のうち、主に行動 2 にフォーカスすることとする。行動 2 とは、すなわち、B E P S に悪用されるおそれがある「ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメント」の効果を無効化するための国内法上・租税条約上の措置を検討しようとする取組である。ハイブリッド・ミスマッチに関する定義・効果・要素等は、本稿の中で詳しく検討するが、一般にハイブリッド・ミスマッチとは、金融商品や事業体に対する複数国間における税務上の取扱いの差異をいい、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントとは、その差異を利用する取決めをいう。

B E P S パッケージの一つ、行動 2 に関する報告書は、ミスマッチ効果を無効化するための国内法上の措置を勧告し、国内法の改正によってもまだ二重非課税等となり得る場合に、他国の租税の取扱いに自国の租税の取扱いをリンクさせて調整する、いわゆる「ハイブリッド・ミスマッチルール」の導入を勧告している。このルールは、一次対応と防御ルールとに分かれ、2 か国以上の国が当該ルールを適用する際の調整に関するガイダンスが示されている。

さて、このハイブリッド・ミスマッチルールが我が国内法に導入された場合、どのような事態が生じ得るであろうか。まず、ミスマッチが実際に起こっているかどうかの判断が必要となる（ミスマッチの存否）。次に、相手国における租税の取扱いに合わせた対応が求められるため、納税者及び税務当局が海外税制を調査しなければならない。と同時に、クロスボーダーの相手国企業の税務処理の状況を把握する必要に迫られる。これには、相手国の税務当局が既に一次対応を発動しているかを含む。なぜなら、相手国企業の税務調整の状況が分からなければ、当然、自らの税務調整の方法が分からないからである。そこで、本稿においては、B E P S プロジェクトが指摘する主要なミスマッチ・アレンジメントについて、ハイブリッド・ミスマッチルールの適用例及び適用に伴い生じる問題点等について、執行上の観点からの検討を中心とした分析を加えることとしたい。

行動 4（支払利子等の損金算入を制限するルール設計上の基準を策定）でそれぞれ対応。税制調査会＝財務省・前掲注（1）。

また、本研究を進めるうち、一部の諸外国においては、B E P Sプロジェクト開始以前から、ミスマッチ・アレンジメントに対して一定の対抗策を打ち出していることが見えてきた。O E C Dにおいても、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに関する節目となった研究報告書『ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメント—租税政策とコンプライアンス問題⁽⁹⁾』(以下「2012 年ハイブリッドレポート」という。)の中でメンバー国の先駆的な取組事例を紹介しているが、諸外国の制度に関する先行研究が少ないことから、この点についても考察することとし、もって我が国対応への示唆を行うことを研究の目的とする。

第1章では、本研究の柱となるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントとは何かを平易にイメージできるよう、行動2に関する最終報告書に沿った形でハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの定義、効果、要素のほか、無効化ルールの概要とその適用範囲等を概観するとともに、O E C Dモデル租税条約の改定等について検討を行う。

第2章では、ミスマッチを生み出す税制上の差異を利用した、いわばタックス・プランニングとあってよいアレンジメントの類型別に、その基本構造及び無効化ルールを確認し、ガイドラインと位置付けられる事例集から可能な限りの設例を検討するほか、本稿が実践的な書となるよう、日本を含む各国で発生した実際のスキーム事例に基づき、無効化ルールの問題点を検証する。そして、その過程で浮かび上がった問題点を考察することにより、我が国対応への示唆を行う。

第3章では、2012 年ハイブリッドレポートで取り上げられた各国のハイブリッド・ミスマッチ対抗策を概観するとともに、今次のB E P Sパッケージの公表を受け、早くも国内法制化に取り組んでいる英国、欧州委員会及びオーストラリアの動向を紹介することとする。

(9) OECD (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD, Paris, pp. 15-21.

第1章 ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの概要

第1節 2015年最終報告書の概要

2015（平成27）年10月5日、OECD加盟34か国にOECD非加盟のG20メンバー8か国⁽¹⁰⁾を加えた「OECD/G20 BEPSプロジェクト」の最終報告書（BEPSパッケージ）が公表され、その報告内容は、最終的に11月15～16日のG20サミット（於：トルコ・アンタルヤ）で全面的な支持を得た⁽¹¹⁾。本BEPSパッケージを受け、今後は「ポストBEPS」として、①各国で必要な法整備及び租税条約の改正作業・各国の実施状況のモニタリング、②残された課題につき、継続検討、③開発途上国を含む幅広い国と関係機関が協調する枠組み（技術支援等を含む）の構築といった取組が実施されていくものとされている⁽¹²⁾。

本稿では、13もの報告書からなるBEPSパッケージのうち、『ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果の無効化／行動2：2015年最終報告書⁽¹³⁾』（以下「2015年最終報告書」という。）に光を当てて研究する。2015年最終報告書は、2014（平成26）年9月16日に第一弾報告書として公表された『ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果の無効化／行動2：2014

(10) アルゼンチン、ブラジル、中国、インド、インドネシア、ロシア、サウジアラビア及び南アフリカ。この8か国に加え、OECD加盟申請中のコロンビア及びラトビアもOECD加盟国と同様に意見を述べ、意思決定に参加し得るアソシエートとして参画。また、シンガポールとマレーシアは、議論には参加する一方で、その結論にはコミットしないパーティシパントという立場でプロジェクトに参加。緒方健太郎「BEPS最終報告書について」租税研究798号259頁（2016）。

(11) 財務省「G20 アンタルヤ・サミットの概要について（財務省関係）」ファイナンス51巻10号20～22頁（2016、http://www.mof.go.jp/public_relations/finance）。

(12) 税制調査会＝財務省・前掲注（1）。

(13) OECD(2015b), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

年デリバラブル⁽¹⁴⁾』(以下「2014 年デリバラブル」という。)と同様に、国内法に関連して 12 の勧告、租税条約に関連して 1 の勧告を提示しているが、附属文書 A (勧告一覧) 及び附属文書 B (事例集) が別添書類として添付されていることから、総ページ数 458 枚にわたる大部となっている。

1 2015 年最終報告書の構成

要旨⁽¹⁵⁾

報告書第 1 部 (国内法に関する勧告)

- 勧告 1 ハイブリッド金融商品ルール
- 勧告 2 金融商品の税務上の取扱いに関する個別勧告
- 勧告 3 無視されるハイブリッド支払ルール
- 勧告 4 リバース・ハイブリッドルール
- 勧告 5 リバース・ハイブリッドの税務上の取扱いに関する個別勧告
- 勧告 6 控除可能なハイブリッド支払ルール
- 勧告 7 双方居住支払者ルール
- 勧告 8 輸入されたミスマッチルール
- 勧告 9 設計原則
- 勧告 10 仕組まれた取決めの定義
- 勧告 11 関連者、支配グループ及び共働者の定義
- 勧告 12 その他の定義

報告書第 2 部 (条約に関する勧告)

- 勧告 OECD モデル租税条約第 1 条及び第 4 条 3 項の修正

附属文書 A (第 1 部の勧告一覧)

附属文書 B (事例集)

(14) OECD (2014a), *Neutratising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

(15) 巻末に要旨 (Executive summary) の仮訳を添付した。

2 勧告の概要

次表（以下「総括表」という。）は、2015 年最終報告書における勧告の概要（general overview）を一覧で整理したものである⁽¹⁶⁾。

ミスマッチ	アレンジメント	国内法改定のための 特定の勧告	勧告されたハイブリッド・ミスマッチルール		
			一次対応	防御ルール	スコープ
D/NI 〔受領者国での 益金算入を 伴わない 支払者国での 損金算入〕	ハイブリッド金融商品	控除可能な支払に対する受取 配当免税の否認 源泉所得税控除の比例制限	支払者における控除 否認	通常の所得として算入	関連者(25%)及び仕 組まれた取決め
	ハイブリッド支払者 が行う無視される支払		支払者における控除 否認	通常の所得として算入	支配グループ(50%) 及び仕組まれた取決 め
	リバースハイブリッド に対する支払	オフショア投資制度の改善 非居住投資家が中間法域にお ける事業体を透明体とみなさな い場合に、その透明性を制限	支払者における控除 否認	—	支配グループ(50%) 及び仕組まれた取決 め
DD 〔単一の支出に 対する二重 損金算入〕	ハイブリッド支払者 が行う控除可能な 支払		親会社における控除 否認	支払者における控除 否認	一次対応に制限なし、 防御ルールは支配グ ループ(50%)及び仕 組まれた取決めに適 用
	双方居住者が行う 控除可能な支払		居住地国における控 除否認	—	一次対応に制限なし
間接的D/NI	輸入されたミスマッ チ・アレンジメント		支払者における控除 否認	—	支配グループ(50%) のメンバー及び仕組 まれた取決め

3 事例集

2015 年最終報告書は、第一弾報告書（2014 年デリバラブル）に取って代わる（supersede）ものと位置付けられている⁽¹⁷⁾。比較してみて特筆すべきは、ミスマッチを埋める基本的なルールを実施するための詳細かつ膨大なガイドラインとして、80 もの設例（example）が追加された点にある。

中には 2015 年最終報告書の公表に間に合うよう加筆された例もあるだろうが、その大部分が 10 数年来にわたり、OECD 租税委員会の作業部会において議論されてきた実際の実例であろう。OECD は、濫用的なタックス・

(16) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.20.

(17) *Ibid.*, p.11.

プランニング (A T P : Aggressive Tax Planning) ⁽¹⁸⁾に対抗するため、2004 (平成 6) 年に「A T Pディレクトリ (ATP Directory)」の開発を行うステアリンググループを立ち上げている。A T Pディレクトリとは、加盟国から提供されたA T P事案を集積するデータベースであり、現在は第 11 作業部会(WP 11) ⁽¹⁹⁾で管理され、掲載された事例は 400 以上に上るとされている ⁽²⁰⁾。このように、ハイブリッド・ミスマッチという概念は、最近になって突如として現出したものではなく、長きにわたってO E C D加盟国の間で議論・検討が重ねられてきた問題 ⁽²¹⁾であることが理解できる。設例の中には外国特有

(18) A T Pを定義することは困難だが、B E P Sプロジェクト等の議論では、一般的に、タックス・プランニング (税負担を合法的に最小化する方策) のうち、法の字義には従いつつ、法の精神に反するものと理解され、これに有効に対抗するには違法な脱税への対応とは異なるアプローチが必要として議論が重ねられてきた。緒方健太郎「B E P Sプロジェクト等における租税回避否認をめぐる議論」森信茂樹編『フィナンシャル・レビュー126号、特集「税制特集Ⅳ－B E P Sと租税回避への対応」』197頁 (財務省財務総合政策研究所、2016)。

(19) B E P Sプロジェクトが始まってから立ち上がった部会で、C F C税制、利子損金算入制限、タックス・プランニング報告義務のほか、ハイブリッド・ミスマッチもこの作業部会の担当になっている。飯守一文「国際的租税回避・脱税に対応するための国際的取組～B E P S、情報交換を中心として～」国際税務 35 巻 1 号 31 頁 (2015)。

(20) O E C DのH P (<http://www.oecd.org/tax/aggressive/>) から引用 (平成 28 年 6 月 23 日最終閲覧)。D Bへのアクセスは、ステアリンググループ参加国の政府職員に限定されており、一般に閲覧不可となっている。

(21) O E C Dの過去の取組を理解するための代表的なレポートとして、①『銀行損金を巡る税務リスクへの取組』OECD (2010), *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, OECD Publishing、②『濫用的なタックス・プランニングを通じた企業損失の利用』OECD (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing、③『ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントー租税政策とコンプライアンス問題』OECD (2012), *see supra* note (9)。①は、国際銀行業務におけるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの利用について注目し、歳入当局は、「裁定・ミスマッチの機会を排除するための措置を講じるべきかを判断するために、潜在的に政策上の問題が生じる状況、特に、各国間の税務上の取扱いの差異によって同じ節税効果がある損失が2か国以上で除去されるような状況に政府租税政策担当者の注目を向けさせるべき」との勧告を行い、②は、各国に「同一の損失を多重に利用することでもたらされる結果が懸念される場合、その利用について制限の導入を検討」するよう勧告している。③は、事業体、金融商品、譲渡に対する税務上の取扱いを他国の税務上の取扱いにリンクさせる国内法 (リンキングルール) が、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対処するツールとして大きな可能性が秘められていると結論付けている。OECD (2015b), *see supra* note (13),

の制度に由来する事例も散見されるが、本稿では、できるだけ多くの設例に当たり問題点等を抽出することとしたい。

第2節 国内法の改正に関する勧告

1 ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの意義

(1) ハイブリッド・ミスマッチ

「ハイブリッド・ミスマッチ」という用語は、2015年最終報告書の勧告12（その他の定義）において、「これら勧告の適用上、勧告1、3、4、6及び7のpara 3において定義される。⁽²²⁾」と、類型化されたミスマッチの態様ごとに集合的な定義規定が置かれている。

では、そのプリミティブな観念である「ミスマッチ」とは、どのような状態を指すのか。ミスマッチは、同じく勧告12において「D/N I又はDD効果を意味し、今後、起こり得るものを含む。⁽²³⁾」と定義される。D/N I効果（Deduction / No Inclusion outcome）とは、「ある支払が一方の法域（支払者国）において控除され、かつ、他方の法域（受領者国）においては通常所得に算入されない状態⁽²⁴⁾」をいい、DD効果（Double Deduction outcome）は、「一方の法域で控除される支払が他方の法域でも控除される状態⁽²⁵⁾」をいう。

2015年最終報告書には、「ハイブリッド」という用語の直接的な定義は設けられていないが、国境をまたぐ税務上のミスマッチは、通常、金融商品（instrument）や事業体（entity）を媒介してもたらされる。この金融商品や事業体といった要素に対し、複数の法域が税務上異なる取扱いを行うことにより、例えば、「負債」と「資本」の性質を併せ持つ証券、「売買」

p.15 (para.1-2).

(22) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.122.

(23) *Ibid.*, p.123.

(24) *Ibid.*, p.121.

(25) *Ibid.*

と「貸付（貸借）」の要素が混在した取引、一方で「透明」片や「不透明」と取り扱われる事業体が組成されることとなり⁽²⁶⁾、その結果、上述したD／NI又はDDのような税効果を引き起こすこと、これを「ハイブリッド・ミスマッチ」と整理してよいだろう。

(2) ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメント

ここでもう一つ、「アレンジメント」という定義を確認しておく必要がある。なぜなら、BEPSプロジェクトが対処しようとするのは、多国籍企業に利用されている税制の隙間や抜け穴であり、BEPSにはアレンジメントの存在が前提となるからである。すなわち取決め（arrangement）とは、同じく勧告 12 において「履行強制可能か否かを問わず（whether enforceable or not）、実施された全ての段階（steps）及び取引を含む、合意（agreement）、契約（contract）、スキーム（scheme）、計画（plan）又は理解（understanding）をいう。広範な取決めの一部にすぎないこともあり、単一の取決めないしは複数の取決めから構成されることもある。⁽²⁷⁾」とされる。先にハイブリッド・ミスマッチを「金融商品や事業体に対する複数国間における税務上の取扱いの差異から引き起こされる税効果」としたことから、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントとは、その差異を利用する取決めということができる。

以上のように整理した上、OECDがこれまでに公表してきた一連のレポートにおける「ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメント」に関する書きぶりを見直すと、2014年デリバラブルの中で示された「金融商品や事業体に対する複数国間における税務上の取扱いの差異を利用し、取決め当事者の合計税負担を軽減させる効果を有する税務上のミスマッチを生み出

(26) 不一致を“debt versus equity”、“sale versus borrowing”、“the number and existence of entities”の3種類に整理する学者もいる。Graeme S. Cooper (2015), *Some Thoughts on the OECD's Recommendations on Hybrid Mismatches*, Bulletin for International Taxation, June / July 2015, IBFD, p.341.

(27) OECD (2015b), op. cit., p.121.

す取決め⁽²⁸⁾」という定義が勧告 12 から導き出されるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの包括的な概念を捉えており、理解しやすいだろう。

A hybrid mismatch arrangement is an arrangement that exploits a difference in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to produce a mismatch in tax outcomes where that mismatch has the effect of lowering the aggregate tax burden of the parties to the arrangement.

また、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントは、税収 (tax revenue) のみならず、競争条件 (competition)、効率性 (economic efficiency)、透明性 (transparency) 及び公平性 (fairness) に負の影響を与え、租税政策上の問題を惹起することも忘れてはいけない⁽²⁹⁾。

2 効果

ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントが引き起こすミスマッチの効果について、もう少し詳しく整理しておく。B E P S プロジェクトは、ミスマッチ・アレンジメントを次の3つに類型化した上、その税効果を引き起こす支払 (payment) を無効化することを射程としている。

(1) D/N I 効果 (payments that give rise to a deduction / no inclusion outcome)

受領者国での益金算入を伴わない支払者国での損金算入をもたらす支払。ハイブリッド金融商品に基づき行われる支払、ハイブリッド事業体が行う

(28) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.29 (para.41).

(29) OECD (2012), *see supra* note (9), pp.11-12.

財務省は、B E P S プロジェクトの意義をセクターごとに分析している。〔各国政府〕B E P S による税収の減少、租税回避行為阻止のためのコストの増加、税制に対する信頼の低下に対応できること、〔個人納税者〕多国籍企業の節税による個人納税者の相対的負担増を解消できること、〔法人〕節税を行う多国籍企業との競争条件の不利を是正できること。税制調査会＝財務省・前掲注 (1) 5 頁。

又はハイブリッド事業体に対する支払がこれに当たる⁽³⁰⁾。

(2) DD効果 (payments that give rise to a double deduction outcome)

単一の支出に対する二重損金算入をもたらす支払。D／N I 効果と同様に、特定の環境下においてハイブリッド事業体が行う支払がこれに該当する⁽³¹⁾。

(3) 間接的D／N I 効果 (payments that give rise to an indirect D/N I outcome)

支払者国での損金算入を受領者が打ち消してしまう支払。2 国間で締結したハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果をそれ以外の国に移転させてしまう支払をいい、通常の貸付手段などを通じて容易に達成できる⁽³²⁾。

3 要素

上記2で検討した税務上の取扱いの差異（ミスマッチ）は、いかなる要素によりもたらされるのであろうか。行動2が対象とするハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントは、その基本的なメカニズム（ハイブリッド要素）に基づき2つのカテゴリーに区分される⁽³³⁾。

(1) ハイブリッド金融商品 (hybrid instrument) ⁽³⁴⁾

(30) OECD (2015b), *see supra* note (13), pp.16-17 (para.6, para.7).

(31) *Ibid.*, pp.16-17 (para.6, 8).

(32) *Ibid.*, pp.16-17 (para.6, 9).

(33) ハイブリッド要素 (hybrid element) に関しては、2014 年デリバラブルの方がより行き届いた叙述となっているため、本項については同文献から引用。OECD (2014a), *see supra* note (14), p.30 (para.46-48).

(34) 本庄資名誉教授は、一定のアレンジメントが「金融商品」として販売される場合、そのアレンジメントにおいて使用される「証券」(instrument) と「商品」(product) であるアレンジメントを区別できないとして、financial instrument を「金融証券」と訳し、financial product 「金融商品」と区別されておられる。同様に、「事業体」(business entity) は、entity の一部にすぎないという考えに基づき、entity を「エンティティ」と訳しておられるが、本稿では、財務省の訳出に従い、hybrid financial instrument を「ハイブリッド金融商品」、hybrid entity を「ハイブリッド事業体」とした。本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 11 回）ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントをめぐる国際課税ルールの見直し〜ビジ

一つは、ハイブリッドな金融商品を利用する取決めで、同一の金融商品が複数国間において異なる取扱いを受けることにより生じる不一致である。このカテゴリーは、更に①ハイブリッド金融商品（hybrid financial instrument：ある金融商品の下でなされた同一の支払の取扱いについて、納税者が互いに相容れない立場をとる結果となる金融商品）と、②ハイブリッド譲渡（hybrid transfer：ある資産の所有権の性質について、2か国の納税者が互いに相容れない立場をとる場合の当該資産に係る取決め）とに細分化される。前者の典型的な例として、一方の国では負債（debt）、他方の国では資本（equity）と取り扱われる証券が挙げられよう。また、後者の例として、一方の国では資産の売買・再売買（a sale and repurchase of the asset）、他方の国では資産担保付貸付（a loan with the asset serving as collateral）と取り扱われる金融取引などが考えられる。

（２）ハイブリッド事業体（hybrid entity）

もう一つは、ハイブリッドな事業体を利用する取決めで、同一の事業体が複数国間において異なる取扱いを受けることにより生じる不一致である。例えば、一方の国では透明体（transparency）、他方の国では不透明体（opacity）と取り扱われる事業体がこれに該当する。

「透明」、「不透明」という概念について、我が国の民法上の組合（任意組合）を例にして若干補足すると、組合の事業から生じる所得の課税関係について、私法上の考え方から組合員が共同で事業を行っているものとしてその所得の帰属についても組合自体を帰属主体と考えず、持分等に応じて各組合員に所得が帰属するものと取り扱われている（所得税基本通達 36・37 共-20 等）。このときの任意組合という事業体が「透明体」であり、外国における任意組合契約等に類する契約とされる米国におけるゼネラル・パートナーシップ（構成員である全てのパートナーが経営を担い、事業から生じた損失について、それぞれが無限責任を負うゼネラル・パート

ナーから成るパートナーシップ) やリミテッド・パートナーシップ (事業の経営を担い、無限責任を負う一人以上のゼネラル・パートナーと事業の経営には参加しないで、出資の範囲内で有限責任を負う一人以上のリミテッド・パートナーから成るパートナーシップ) 等も「透明体」と取り扱われる事業体⁽³⁵⁾の代表例である。これに対し、我が国の内国法人は、納税義務の主体となるなど、言わずもがな「不透明」な事業体である。我が国の内国法人 (不透明体) が米国で透明体と取り扱われたり、米国のリミテッド・パートナーシップ (透明体) が我が国で不透明体と取り扱われたりする場合にミスマッチが生じる⁽³⁶⁾。

また、報告書には「リバース・ハイブリッド (reverse hybrid)」という概念も登場する。これは、勧告 4 において「投資家にとっては独立した (separate) 事業体、設立国の法令においては透明な (transparent) 事業体と取り扱われる者 (person) ⁽³⁷⁾」と定義されており、2 か国間で税制上異なる性格を有する事業体の一形態である。大雑把な言い方をすれば、支払の矢印の向きが逆 (リバース) になった事業体のことであるが、これでは不親切であろう。一方の国では組合、他方の国では法人として取り扱われる事業体は、組合扱いする国の側からはハイブリッド事業体、法人扱いする国の側からはリバース・ハイブリッドとなる⁽³⁸⁾といえよいか。要は、ハイブリッド事業体を逆から見たと考えればおよその概念はつかめるだろう。詳細は、第 2 章第 4 節に譲る。

(35) ただし、パートナーシップ契約であっても、その事業体の個々の実態等により外国法人と認定されるケースもある。住澤整ほか『改正税法のすべて [平成 17 年版]』157 頁 (大蔵財務協会、2005)。

(36) ハイブリッド事業体を巡る争訟事件として、例えば、東京高判平成 19 年 10 月 10 日訟月 54 卷 10 号 2516 頁 (ニューヨーク LLC 事件)、最判平成 27 年 7 月 17 日判タ 1418 号 77 頁 (デラウェア LP S 事件)、東京高判平成 26 年 2 月 5 日判時 2235 号 3 頁 (英領バミューダ LP S 事件) など。

(37) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.55.

(38) ハイブリッド・エンティティと法人課税制度について、増井良啓＝宮崎裕子『国際租税法 [第 3 版]』231 頁 (東京大学出版会、2015)。

4 無効化ルール

無効化ルールが有する基本コンセプトは、2013（平成 25）年 7 月 19 日に公表された『B E P S 行動計画⁽³⁹⁾』行動 2 が用意した 5 つのアイテム、すなわち（i）ハイブリッド商品・事業体が不当に条約特典を得るために使用されないことを確保するための O E C D モデル租税条約の改正（第 2 部で措置）、（ii）支払者が所得控除可能な支払に関する益金不算入・益金除外を防止する国内法の規定、（iii）受取者において所得に計上できない（そして C F C や類似の税制により課税を受けない）支払について、支払者における損金算入を否認する国内法の規定、（iv）他の国・地域でも所得控除可能な支払について、自国での所得控除を否認する国内法の規定、（v）必要な場合、一つの取引又は仕組みに対し、2 か国以上が調整又はタイブレーカールール⁽⁴⁰⁾を適用しようとする際のガイダンスである。

（1）国内法の改正（specific changes to domestic law）

2015 年最終報告書は、ミスマッチ・アレンジメントの効果を無効化するための措置として、国内法が意図する租税政策とより整合するよう、B E P S プロジェクト参加国に対して国内法改正について個別勧告を行っている。その具体的な勧告内容は、次の 5 項目である⁽⁴¹⁾。

イ 金融商品に基づき行われる控除可能な支払に関し、経済的二重課税を排除するための受取配当免税又はこれと同等の措置の否認

ロ ハイブリッド譲渡が、源泉地国で徴収された租税の重複控除に利用さ

(39) OECD (2013b), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, pp. 15-16. 日本語訳として、『税源侵食と利益移転（B E P S）行動計画』10 頁（日本租税研究協会、2013）。

(40) 均衡（tie）を破る（break）ためのルール。例えば、支払者において損金に算入される支払が、受取者で非課税となる場合には、当該支払は、両方で課税の対象とならないという点で均衡し、支払者又は受取者のいずれかで課税をするためには、どちらで課税をするのかという順序・ルールが必要となる。この順序（優先権）を決めるルールが、タイ・ブレイク・ルールであり、例えば二重居住性を有する場合における居住者該当性を判断するための順序・ルールがこれに該当する。E Y 税理士法人「B E P S への対応と我が国企業への影響に関する調査」平成 25 年度アジア拠点化立地推進調査等事業調査報告書（2014 年 3 月）30 頁。

(41) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.16 (para.5).

れることを回避する措置の導入

ハ 投資家の法域においてハイブリッド事業体の所得に課税できるようにするためのCFC税制又はオフショア投資制度の改正

ニ 法域内で組織された税務上透明な事業体に関し、適切な情報の報告及び申告要請の採択勧奨

ホ 支配グループの一員であるリバース・ハイブリッド事業体を、税務上透明体と取り扱うことの制限

(2) ハイブリッド・ミスマッチルール (hybrid mismatch rules)

2015 年最終報告書は、上記の個別勧告に加え、一方の国におけるミスマッチ・アレンジメントの税効果の調整結果が、他方の国においても整合するよう「ハイブリッド・ミスマッチルール」の国内法制化を勧告している⁽⁴²⁾。

また、ミスマッチを解消する一方、二重課税を回避するため「一次対応 (response)」を行うものとし、一方の法域で一次対応がされないときに他方の法域で「防御ルール (defensive rule)」を適用するものとされている⁽⁴³⁾。上記 2 で説明したミスマッチの効果の態様ごとに無効化の順序 (rule order) を考察する。

イ D/N I 効果

一次対応は、支払者国において控除を否認することとし、支払者国がミスマッチを無効化しない場合は、防御ルールとして、受領者国において当該支払を通常所得に算入する。⁽⁴⁴⁾

(42) *Ibid.*, p.16 (para.6).

(43) 2014 (平成 26) 年 3 月、OECD が行動 2 に関する勧告案を一般に公表したディスカッションドラフト (国内法への勧告) の段階では、「ハイブリッド・ミスマッチルール」を「リンキングルール (linking rules)」と呼称し、また、一次対応は“primary rule”、防御ルールは“secondary or defensive rule”という用語を当てていた。OECD (2014b), *Public Discussion Draft, BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, p.16, p.18.

ただし、2015 年最終報告書も要旨 (11 頁) において、これら用語を用いている。

(44) OECD (2015b), *op. cit.*, p.17 (para.7).

ロ DD効果

一次対応は、親会社における重複控除を否認することとし、親会社が所在する国が対応しない場合にのみ、支払者において控除を否認する防御ルールが適用される。⁽⁴⁵⁾

ハ 間接的D／NI効果

受領者が、受け取った所得と別個のミスマッチ・アレンジメントに係る費用とを相殺してしまう場合（輸入されたミスマッチ・アレンジメント）、支払者国において控除を否認することとする。⁽⁴⁶⁾

(3) 補論：ハイブリッド・ミスマッチルールの導入勧告と国内法改正のための個別勧告との関係

2015年最終報告書は、ハイブリッド金融商品の無効化ルールとして、勧告1（ハイブリッド金融商品ルール）の後に勧告2（金融商品の税務上の取扱いに関する個別勧告）を、また、リバース・ハイブリッドの無効化ルールとして、勧告4（リバース・ハイブリッドルール）の後に勧告5（リバース・ハイブリッドの税務上の取扱いに関する個別勧告）を置いている。勧告の順序からして、国内法の改正よりむしろハイブリッド・ミスマッチルールの導入を急務と考えているようにも読めるが、第1節2で紹介した総括表の形式⁽⁴⁷⁾をはじめ報告書全体を通して読み解くと、両者に優劣はないように思われる。税務上の取扱いの差異が国内法の改正によってもまだ二重非課税等となり得る場合に、ハイブリッド・ミスマッチルールを導入すべきと解するのが自然であろう⁽⁴⁸⁾。

(45) *Ibid.*, p.17 (para.8).

(46) *Ibid.*, p.17 (para.9).

(47) 表中「国内法改正のための個別勧告」が「ハイブリッド・ミスマッチルール勧告」の左列に配置されていること。

(48) 同旨の見解として、荒井優美子「ハイブリッド・ミスマッチの効果の無効化（行動2）」旬刊経理情報 1398 号 63 頁（2014）。岡村教授は、「主たる対応と防御ルール、その前段階として国内法改正という、いわば三段構えの構図を作った…」と評されている。岡村忠生「国際課税におけるミスマッチとその対応について」（公社）日本租税研究協会第 66 回租税研究大会 2014『法人税改革と激動する国際課税』66 頁（租税研究、2014）。

5 スコープ

過度に広範なハイブリッド・ミスマッチルールは、適用及び執行が困難になるかもしれないことから、各ルールにはおのずと定義された適用範囲が決められており、包括的でターゲットが明確、かつ、管理可能といった点で全体的にバランスのとれたものとなっている⁽⁴⁹⁾。しかしながら、スコープとされる「関連者 (related parties)」、「仕組まれた取決め (structured arrangements)」、「支配グループ (control group)」の用語が独立した章建て (勧告 10 及び 11) で定義されるなど、その観念は重要である。問題点の指摘は後に譲るとして、ここでは概要だけ押さえておきたい。

(1) 関連者 (related parties)

勧告 11.1 (一般的定義) は、(a)項で「二人の者 (person) が同一の支配グループに属する場合、一方の者が他方の者に対し 25 パーセント以上の投資をしている場合、又は両者に対し 25 パーセント以上の投資をしている第三者がいる場合、当該二人の者は関連する (related)。⁽⁵⁰⁾」としているため、ハイブリッド・ミスマッチルールの適用上、この定義に該当する者が「関連当事者 (related parties)」とされる⁽⁵¹⁾。者 (person) には、「自然人、法人及び法人以外の団体、信託 (受託者として行動する者を含む) を含む⁽⁵²⁾」。下図⁽⁵³⁾のような資本関係にある場合、全ての者との取引が関連者間取引に該当する。

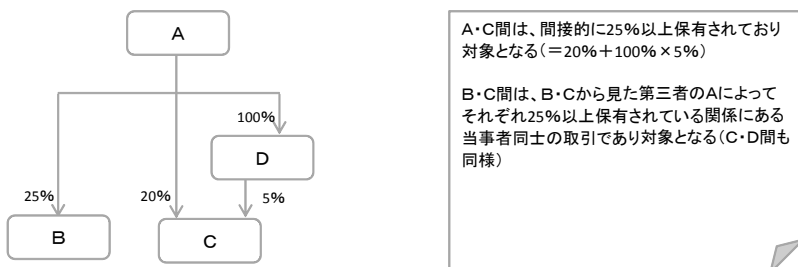
(49) OECD (2015b), op. cit., p.18 (para.16). つまり、無効化ルールの適用範囲について、ボトムアップ・アプローチを採用したことを意味する。

(50) *Ibid.*, p.113.

(51) *Ibid.*, p.114 (para.354).

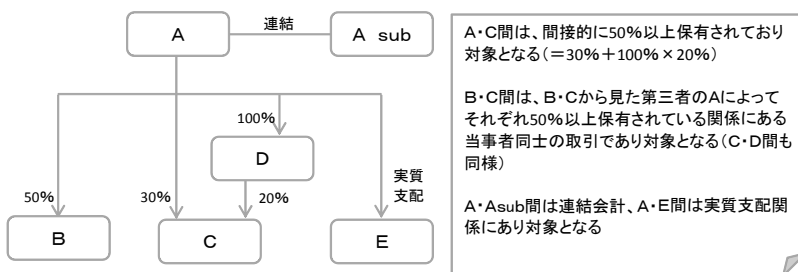
(52) *Ibid.*, p.123.

(53) 図は、秋元秀仁「B E P S 行動計画を踏まえた国際税務事例の考察と実務への影響」国際税務 34 巻 11 号 38 頁、40 頁 (2014) に掲載されたものを参考に筆者が作成。



(2) 支配グループ (control group)

また、支配グループとは、同(b)項で「次のいずれかに該当するとき、二人の者は、同一の支配グループ (control group) にある。(i)二人の者が会計上連結している場合、(ii)一方の者が他方の者に対し実効的な支配権 (effective control) を伴う投資をしている場合、又は両者に対し実効的な支配権を伴う投資をしている第三者がいる場合、(iii) 一方の者が他方の者に対し 50 パーセント以上の投資をしている場合、又は両者に対し 50 パーセント以上の投資をしている第三者がいる場合、(iv)二人の者がOECDモデル租税条約第9条の特殊関連企業 (associated enterprises) とみなされる場合。⁽⁵⁴⁾」と定義されている。(下図参照⁽⁵⁵⁾)



(3) 共動者 (acting together)

上記の関連者、支配グループの関係を考えるとき、「共に行動する (acting together) 者」の存在が重要になる。勧告 11.3 は、「次のいずれかに該当

(54) OECD (2015b), op. cit., p.113.

(55) 秋元・前掲注 (53) を参考に筆者が作成。

するとき、二人の者は、議決権又は受益権の所有又は支配に関して共に行動する者と取り扱われる。(a)同一家族の一員である場合、(b)一方の者が、常に他方の者の希望に従って行動する場合、(c)議決権又は受益権の価値又は支配について重要な取決めに締結している場合、(d)議決権又は受益権の所有又は支配が、同一の者又は者のグループによって管理されている場合⁽⁵⁶⁾。」と定義している。

この規定は、納税者が有する議決権等を、自らの指示どおりに行動し続ける他の者に移すことによって、関連者、支配グループの要件を回避することを防止するために措置されたものである⁽⁵⁷⁾。例えば、A社がB社の株を 24 パーセントしか保有していないが、A社の役員がB社株を 1 パーセント保有しているような場合には、これらを合わせて 25 パーセントの資本関係があるとされる⁽⁵⁸⁾。

(4) 仕組まれた取決め (structured arrangements)

仕組まれた取決めは、勧告 10 に定義が置かれている。すなわち、勧告 10.1 (一般の定義) で「ハイブリッド・ミスマッチが取決め条件の中に価格設定 (プライシング) されている場合又は取決めの事実関係 (契約条件を含む。) がハイブリッド・ミスマッチを生み出すよう企図されていることを示す場合の取決め⁽⁵⁹⁾」をいう。事実関係を判断する際には、当事者間の関係やアレンジメント締結に至った状況、アレンジメントを実行に移すために引き受けた段階 (steps) 又は取引、アレンジメントそれ自体の条件や取引の経済的・商業的な便益などを見ていかないと、「ハイブリッド・ミスマッチを生み出すよう企図」されているかどうかは決められない⁽⁶⁰⁾。

(56) *Ibid.*

(57) *Ibid.*, p.117 (para.369).

(58) 秋元・前掲注 (53) 38 頁。

(59) OECD (2015b), op. cit., p.105.

(60) *Ibid.*, p.107 (para.326).

6 支払

ここまでの検討で、ミスマッチの税効果は、一貫して「支払 (payment)」という行為が主語となって引き起こされていることに気付く。重要な用語であるので、定義規定を確認しておく。支払には、「支払われることができる (capable of being paid) 全ての金額を含む。金銭の分配 (distribution)、貸勘定 (credit)、借勘定 (debit)、発生 (accrual) を含む (これに限定されない) が、税務上支払われたものとみなされ (deemed to be made)、かつ、当事者間に経済的な権利を創出しない支払を含まない。⁽⁶¹⁾」と定義される。

このように、「支払」の概念は広く、金融商品に基づき行われる金銭 (money) の支払には、「あらゆる形態の金銭、金銭代替物 (anything that is convertible into money)、独立企業間 (at arm's length) で支払われる資金供与が含まれる⁽⁶²⁾」ほか、「支払われ得る (capable of being paid) 金額を含むため、将来債務 (future obligation)、偶発債務 (contingent obligation) をも含む⁽⁶³⁾」とされる。また、デリバティブ取引に見られる「想定元本 (notional amount) のような概念も含まれる⁽⁶⁴⁾」とされる。この辺の概念については、かなり曖昧な部分があるため、2015 年最終報告書で示された設例を検証することにより整理したい。

なお、本稿で参照する図表に係る説明は、原則として、原文ママで引用することをあらかじめお断りしておきたい。その理由は、筆者の事実誤認があり得ること、定訳が見当たらないのに適当な日本語を当て込むことにより取引自体の意味合いが歪んで伝わるおそれがあることである。ご了承願いたい。

(1) 設例 1.14 (Deemed interest on interest-free loan) ⁽⁶⁵⁾

イ 事実関係

A 国所在の A 社は、B 国所在の子会社 B 社に対し、無利息貸付を行う。

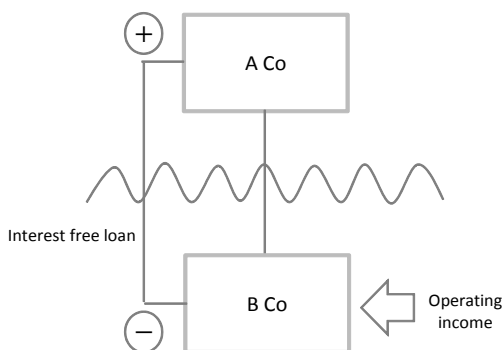
(61) *Ibid.*, p.123.

(62) *Ibid.*

(63) *Ibid.*, p.130 (para.423).

(64) *Ibid.*

(65) *Ibid.*, p.217.



B国は、あたかもB社が市場金利で貸付に係る利子を支払ったものとみなして、税務上損金の額に算入することを認めている。A国は、貸付を負債又は資本のいずれと取り扱ってもよいとしており、A国においては対応する調整（受取利子又は

受取配当の益金算入）は行われない。貸付期間満了時には、支払金額全額が貸付の返済又は出資の払い戻しと取り扱われ、課税関係は一切生じない。

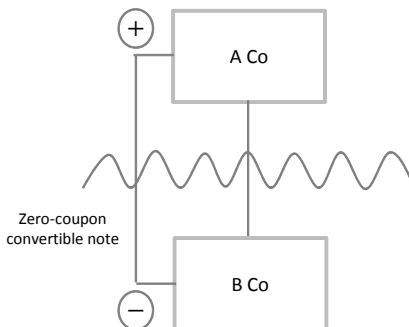
ロ 適用関係

この種のアレンジメントは、B国税務上控除を生じさせる貸付に「支払（支払われ得る金額）」が存在しないため、ハイブリッド金融商品ルール（勧告1）は適用されない。

（2）設例 1.15（Differences in value attributable to share premium paid under mandatory convertible note）⁽⁶⁶⁾

イ 事実関係

A国所在のA社は、B国所在の完全子会社B社が発行するゼロ・クーポン転換証券（5年物、元本100）を引き受ける。ゼロ・クーポン証券は、満期日に自動的に（automatically）B社株式に転換される。証券の転換に伴



(66) *Ibid.*, p.219.

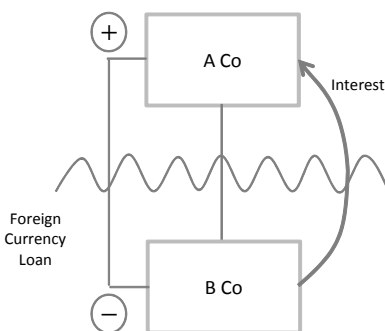
い生じる株式プレミアムは、B 社においては損金算入、A 社においては益金算入と取り扱われるが、株式プレミアムの評価に関する考え方が異なり、A 社は 15、B 社は 30 とそれぞれ計算する。

ロ 適用関係

株式プレミアムの評価の差異は、単なる支払に関する評価の違いに過ぎず、2 国間における支払の性質決定の差異に関連しないことから、ハイブリッド・ミスマッチには該当しない。

(3) 設例 1.17 (No mismatch with respect to measurement of foreign exchange differences) ⁽⁶⁷⁾

イ 事実関係



A 国所在の A 社は、B 国所在の子会社 B 社に対し、普通貸付を行う。貸付に係る利子は、毎年 1 回後払い、市場金利で計算され、貸付元本は、満期日に返済される。A 国、B 国ともに貸付を負債として認識し、貸付に基づく支払の性質決定は両国で同じとする。した

がって、貸付に係る利子は B 国において損金の額に算入され、A 国において益金の額に算入される。

貸付の元利は、A 国通貨建てにより支払われる。貸付期間において、B 国通貨が A 国通貨に対して下落したことから、B 国通貨での元利の支払が増加し、B 社は、この増加費用を損金の額に算入する。A 社の益金算入額は、A 国通貨で行われるため特段の調整はない。

ロ 適用関係

B 国通貨の下落は、B 社の損金算入額を増加させることになるが、A

(67) *Ibid.*, p.223.

社の益金算入額には影響しない。外国為替を現地通貨又は機能通貨に換算することにより生じる為替差損益は、支払自体の価値ではなく、各国が金銭価値を計測する方法に帰せられるため、ミスマッチとはされない。

(4) 設例 1.20 (Release from a debt obligation not a payment) ⁽⁶⁸⁾

イ 事実関係

A国所在のA社は、B国所在の子会社B社に対し、普通貸付を行う。その後B社は、財政状況が悪化し、貸付元利の支払が困難となったため、A社は債権放棄を行い、B社に対し元本及び未払利子の更なる支払債務を免除する。債務免除額は、A国において損金の額に算入されるが、B社において債務免除益に算入されない。

ロ 適用関係

債務免除 (forgiveness of debt) は、A社からB社への価値の移転に該当するが、金融商品に基づき行われる支払には該当しない。債務の履行 (discharge)、返済 (satisfaction)、免除 (release) 自体は、当事者間で価値の移転があったとしても、支払とは取り扱われない。

(5) まとめ

これまで「支払」に着目して、ハイブリッド・ミスマッチルール適用の場面を概観してきたが、2015年最終報告書は、B E P Sプロジェクト参加国に対し、「勧告 12 (その他の定義) が自身の概念と専門用語を用いて国内法に組み入れられることを期待するとともに、無効化ルールが二重課税を排除した上で効果的なものとなるよう、他国のルールと調和的であるべきことを要求⁽⁶⁹⁾」している。ということは、ハイブリッド・ミスマッチルールを導入する際は、ルールの適用において整合 (首尾一貫) 性が確保されるよう勧告 10 (仕組まれた取決めの定義) 及び勧告 11 (関連者、支配グループ及び共働者の定義) と併せ、勧告 12 の内容を国内法で整備する

(68) *Ibid.*, p.229.

(69) *Ibid.*, p.123 (para.379).

必要がある⁽⁷⁰⁾。

当面、「支払」という用語の国内法化について検討する。我が国所得税法にも源泉徴収をする時期を明確化するため、所得税法第 181 条から第 223 条まで（源泉徴収）の共通関係通達において「支払」の意義を明らかにしている。

（支払の意義）

181～223 共 1 法第 4 編《源泉徴収》に規定する「支払の際」又は「支払をする際」の支払には、現実に金銭を交付する行為のほか、元本に繰り入れ又は預金口座に振り替えるなどその支払の債務が消滅する一切の行為が含まれることに留意する。

本通達に従うと、次の場合には、それぞれ次のように取り扱われ⁽⁷¹⁾、おおむね一致を見たと思われるが、上記（４）設例 1.20（支払に該当しない債務免除）のように、債務者が債権者から債務の免除を受けたことによる債務の消滅など、BEP S プロジェクトが示す定義と一部異なった取扱いとなっており、支払の概念が整合しない箇所の調整が必要となることに留意が必要である。

イ 弁済

弁済（民法 474～）は、典型的な債務消滅事由であるから、当然に「支払」に該当するが、弁済と同様の法効果が生ずる第三者弁済（民法 474）、代物弁済（民法 482）、弁済のための供託（民法 494）、相殺（民法 505、

(70) 本庄資名誉教授は、定義規定の整備について「我が国の租税回避事案の裁判例では、税法以前の『借用概念』をめぐる争訟が多く、税法上の用語の定義のないことが、租税法主義の下で納税者有利に作用する傾向があったが、OECD 勧告では国際的に共通の用語の定義を各国に義務づけているので、日本のみがこれまでの通説（私法と税法の統一説）により税法に固有の定義を置かず『借用概念』を用いることは国際的に許されないであろう。」と述べられた上で、「…これらのルールにおいて最も重要な概念は、『管轄』（jurisdiction）概念である。『日本企業』概念を準拠法、本店所在地、資本所有比率、実質管理支配のどの基準でとらえるかによって、…国際課税ルールの基礎概念…が変化することに注意すべきであろう。」と示唆されておられる。本庄・前掲注（34）307～309 頁。

(71) 武田昌輔＝神谷修監修『DHC 所得税務積義〔加除式〕』4831～4832 頁（第一法規、2016）

…)等も「支払」に該当する。

預金利子の元加は、利息債務の弁済（支払）と準消費寄託（預入）であり、貸付金の利子の元加は、利息債務の弁済と準消費貸借であるから、いずれも「支払」に該当する…。

ロ 債務の免除

債務の免除（民法 519）は、債務の消滅事由であるから、給与等その他の源泉徴収の対象となる所得の支払者が、その未払額につき支払債務の免除を受けた場合には、当該債務の免除を受けた時においてその支払があったものとして源泉徴収を行う。（中略）

また、債務の免除が弁済による支払債務の消滅と同視されるのは、債権者がその支払を受けることを前提として、任意にその債務を免除する場合に限られるので、例えば、和議法による和議条件の適用を受けて債務の免除を余儀なくされたような場合には、これにより支払債務は消滅しても支払と同視することはできない…。

ハ 債権の放棄

債権の放棄は債務の免除と同様、支払債務が消滅するので、現実の支払と同視すべきである…。

ニ 時効、債権譲渡、債務引受

いわゆる消滅時効（民法 166～、商法 522）により支払債務は消滅するが、その消滅は、現実の支払と同視することはできないので、「支払」には該当しない。

債権の譲渡又は債務の引受により、従前の債務者については支払債務は消滅するが、これは、債務者の変更があったにすぎず、債務そのものは存続しているので、「支払」には該当しない。

7 制度設計原則

無効化ルールは、納税者にとっての予測可能性の確保、二重課税回避という観点から、他国との調整・協調（co-ordination）が重要とされる。ここで

いう調整・協調とは、各国が勧告ルールを首尾一貫して施行し、税務当局が勧告ルールを同じ方法で解釈・適用することを確保することにより達成される⁽⁷²⁾。そこで、第2節の締めくくりとして、2015年最終報告書が示す制度設計の原則（design principle）について概観することとする。

（1）設計原則⁽⁷³⁾

勧告 9.1 が掲げる 9 つの設計原則とは、すなわち、(a)法域で生ずる租税上の便益を回復（reverse）させるより、むしろミスマッチの無効化を優先すること、(b)包括的であること、(c)自動的に適用されること、(d)ルールの調整を通じ二重課税を回避すること、(e)現行国内法との途絶を最小限にすること、(f)ルールの運用が明確かつ透明であること、(g)各国の法体系にルールを組み込む際は十分な柔軟性を提供すること、(h)納税者にとって実行可能で、コンプライアンスコストを最小化すること、(i)税務当局にとって執行の負担を最小限にすることである。

「このうち重要なのは、失われた税収の『回復』よりも、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの消滅をより上位の目的として掲げている…(a)にある」という意見⁽⁷⁴⁾がある。つまり、「ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果の無効化は法域の税源に対するリスクに対処するものとなる一方で、これはハイブリッド・ミスマッチルールそれ自体により追加的な税収を捕捉することによっては達成されず、むしろ当該ルールは、より伝統的な（orthodox）租税政策上の道具によって法域がもっと容易く対処できるような、より複雑でなく、かつより透明な租税上の仕組み（tax

(72) OECD (2015b), op. cit., p.94 (para.272).

(73) *Ibid.*, p.93.

(74) 吉村政徳「B E P S 行動計画 2：ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効果否認について」青山慶二主幹『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方～国内法への帰属主義導入と B E P S（税源侵食と利益移転）問題を中心に～』48 頁（21 世紀政策研究所、2014）。この先行研究の基礎となった OECD (2014b), *see supra* note (43) における (a) に相当する書きぶりは、「当該アレンジメントによって税収を『喪失』した法域がルールを適用することなしにミスマッチの効果を消滅するように作用すること」となっていたが、根底にある考え方は 2015 年最終報告書と同旨であると考えられる。

structuring) へと納税者を導くことが意図されているのである」というディスカッションドラフトの説明⁽⁷⁵⁾を引用し、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを用いた税源侵食の取戻しを直接の目的とするのではなく、そうしたアレンジメントの抑止を通じて、B E P S リスクに対処することが明らかにされている旨分析している。

別の論者は、この点を「税収を失ったこと（納税額が減少したこと）を、国は主張する必要はないとし…ハイブリッド・ミスマッチにおいて、どちらの国が税収を失ったかは決められない」⁽⁷⁶⁾と分析している。

(2) 実施及び調整⁽⁷⁷⁾

2015 年最終報告書は、各国が更なる行動を取り、国境を越えて首尾一貫したルール解釈・適用を確保するため、7つの措置を勧告 9.2 で提示している。すなわち、(a)勧告に関する協定ガイダンスの開発、(b)勧告の実施に向けての調整（実施時期を含む）、(c)経過措置の開発（現行のアレンジメントの適用除外について何ら推定は置かない）、(d)勧告の効果的かつ整合的な実施に向けてのレビュー、(e)ハイブリッド金融商品・事業体に係る各国の取扱いについての情報交換（E O I）、(f)納税者が関係情報を利用できるようにするための取組（OECD の努力規定を含む）、(g)他の B E P S 行動計画に基づく行動（行動 3 及び 4 を含む）と勧告との相互作用の検討である。

この勧告された措置は、いずれも重要である。まずガイダンス(a)について、「附属書類Bの事例集は、設例の追加、明確化、更新、修正が必要とされる場合、定期的な見直しを予定」⁽⁷⁸⁾とされる。一貫した解釈・適用には事例集の拡充が欠かせないことから、ポストB E P S の動きの一環として新たな取組が期待される。

(75) OECD (2014b), *see supra* note (43), p.10. OECD (2015b), *op. cit.*, p.95 (para.278).

(76) 岡村・前掲注 (48) 66 頁。

(77) OECD (2015b), *op. cit.*, p.93.

(78) *Ibid.*, p.100 (para.305).

また、E O I (e)の役割については、従前にも増して重要となってくるだろう。2015 年最終報告書は、勧告 8（輸入されたミスマッチルール）を適用する局面を特に強調するが⁽⁷⁹⁾、全ての勧告の国内法制化に伴い E O I の実施は不可避である。O E C D 主導による E O I 制度の円滑な実施及び基本情報の共有のための方策が提起されることが期待される。

第 3 節 O E C D モデル租税条約の改定

1 報告書第 2 部の概要

第 2 部は、第 1 部を補足し、行動 2 の中でもハイブリッド金融商品、ハイブリッド事業体（双方居住者（dual resident entities）を含む。）が、条約上の恩典を不当に享受するために利用されないことを確保する観点から、「O E C D モデル租税条約」⁽⁸⁰⁾の改定を提示している部分のほか、国内法改正と O E C D モデル租税条約との関係に特別な関心が払われるべきと強調されている部分について取り扱う。⁽⁸¹⁾

具体的には、①両国で居住者とされる者（双方居住者）及び②両国で課税上の取扱いが異なる団体（課税上透明体）の取扱いに関する措置を提示するとともに、③報告書第 1 部が勧告する国内法上のハイブリッド・ミスマッチルールと租税条約との関係につき分析している。

2 各項目の概要

研究の目的で述べたとおり、本研究は、主にハイブリッド・ミスマッチルールの導入に伴う問題点等を洗い出すことに柱を置いており、2015 年最終報告書第 2 部に関しては、租税政策当局が「我が国では従前より行動 2 で示された規定と同様の規定を設けることをポリシーとしているところ、今後の交

(79) *Ibid.*, p.102 (para.314).

(80) OECD (2014c), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014*, OECD Publishing.

(81) OECD (2015b), *op. cit.*, p.135 (para.427).

渉においても、引き続き当該規定を設けるべく尽力している予定…」⁽⁸²⁾と、いずれの措置も対応済との立場を取っているため、本稿においては、財務省作成資料⁽⁸³⁾を参考に、以下、全体を概観するにとどめる。

(1) 双方居住者

双方居住者が、租税条約の振分けルールにより、租税条約の適用上相手国の居住者として取り扱われる場合に、国内法の適用上は依然として居住者として取り扱われると、国内法上の居住者としての有利な取扱いと租税条約の非居住者としての特典のいずれも享受し得ることとなる。

この懸念に対処するため、行動6（租税条約の濫用防止）に関する作業の一部として、OECDモデル租税条約4条（居住者）3項の改定が勧告された。これは、双方居住者の振分けルールを管理支配基準から個別判定方式に変更しようとするものである。ただし、租税条約の改定によって全てのBEP S懸念に対処できるとは限らず、双方居住者に関する租税回避の解決は、国内法に見出さなければならない。

しかしながら、両国間で租税条約が締結されており、各締約国の国内法に「租税条約の適用上相手国の居住者とされる者は、国内法の適用上非居住者とみなす」という規定が盛り込まれている場合、事業体の不当な特典の享受については、国内法に基づきいずれか一方の締約国の居住者、すなわち、条約上で定められる国の居住者とされる可能性が高い。⁽⁸⁴⁾

(2) 透明体に関する条約上の規定

課税上透明体を通じて取得される所得について生ずる二重課税及び不当な特典の享受を防止するため、源泉地国側が相手国の取扱いに合わせて、相手国で居住者とされる者の所得として取り扱われる部分に対して租税条約の特典を与えることとする規定を、モデル条約に追加する。具体的には、OECDモデル租税条約1条（人的範囲）に2項を新設するとともに、モ

(82) 財務省主税局参事官室編「BEP Sプロジェクトの各行動計画の概要①」国際税務 36 卷 3 号 39 頁（2016）。

(83) 税制調査会＝財務省・前掲注（1）19 頁。

(84) OECD (2015b), *op. cit.*, pp.137-138 (para.430-433).

デル租税条約コメンタリーにパラ 26.3 からパラ 26.16 までを追加しようとするものである。⁽⁸⁵⁾

(3) 報告書第 1 部と租税条約との関係

第 1 部で提案された勧告の中には、ミスマッチを無効化するため「支払が D／N I 効果を生じさせる限りにおいて、支払者国が当該支払に係る控除を否認」というハイブリッド・ミスマッチルールが含まれており、租税条約がこのような控除の否認をオーソライズするかどうかの疑問が生じる。これについて、モデル租税条約 7 条（事業利得）の下では、P E 帰属利得に対する具体的な課税方法（損金算入の範囲等）は各国の国内法に委ねられているため、同条に反しないとされる。

更に、第 1 部で示された勧告は、所得の取扱いの差異に基づくルールであるから、居住者・非居住者の区分等に基づく差別的取扱いを禁止するモデル租税条約 24 条（無差別待遇）に反しない。

また、二重課税排除の方法として規定されているモデル租税条約 23 条 A（免除方式）及び 23 条 B（税額控除方式）に関連して、国内法上の受取配当益金不算入制度の適用停止措置は、租税条約で国外所得免除方式が採用されている場合には、国内法に対する租税条約優先により無効化されるため、租税条約では外国税額控除方式を採用すべきとしている。⁽⁸⁶⁾

(85) *Ibid.*, pp.139-144 (para.434-435).

(86) *Ibid.*, pp.145-149 (para.436-450).

第2章 主要なハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントと無効化ルールの概要

第2章では、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの類型別に、その基本構造及び勧告ルールを確認し、ガイドラインというべき事例集から可能な限りの設例を検討する。そして、勧告された無効化ルールの適用に伴い生じ得る問題点について、主に執行上の観点からの分析を加えることにより、我が国対応への示唆を行う。

第1節 金融商品（その1）

第1節では、D／N I 効果を生じさせるミスマッチのうち、ハイブリッド金融商品 (hybrid instrument) を要素とするアレンジメントについて検討する。このハイブリッド要素について、ハイブリッド金融商品 (hybrid financial instrument) とハイブリッド譲渡 (hybrid transfer) の二つのカテゴリーに分かれることは既に説明したが、後者については次節へ譲り、まず前者について深度ある検討を加える。

さて、D／N I 効果をもたらすアレンジメントとして最もクラシックなものは、負債 (debt) と資本 (equity) の要素を併せ持つハイブリッド金融商品であろう。中でもオーストラリア法人が発行する償還優先株式 (R P S : Redeemable Preference Share) に係る優先配当やブラジル法人が支払う利子 (I N E : Interest on Net Equity) が一般によく知られているが、各国の制度研究は後回しとし、まずはB E P Sプロジェクトが指摘するミスマッチの基本構造を明らかにした後、ハイブリッド金融商品の効果を無効化するルール策定に係る勧告内容及び勧告ルールの適用関係について説明する。

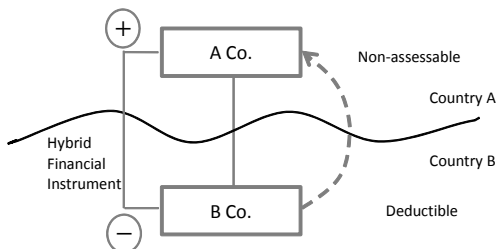
1 基本構造

第2章において7節にわたり概観しようとするアレンジメントの基本構造

については、2014 年デリバラブルに登載された 7 つの図 (figure 2.1、2.2、2.3、2.4、3.1、3.2、4.1) を引用する。シンプルな一例であることが大きな理由であるが、2015 年最終報告書事例集の設例は、全てこの 7 例を発展させたにほかならないからである。

早速、右⁽⁸⁷⁾がハイブリッド金融商品 (Hybrid Financial Instrument) の略図である。

B 社 (B 国居住の事業体) は、A 社 (A 国居住



の事業体) に対してハイブリッド金融商品を発行する。この金融商品は、B 国税務上負債として取り扱われ、当該金融商品に基づきなされる利子の支払について損金算入が認められる一方、利子の支払を受ける A 国においては課税が行われない、あるいはある種の減免措置 (免税、不算入、間接税額控除など) が認められるというものである。このミスマッチは、発行者にとっては負債 (debt)、保有者にとっては資本 (equity) といった金融商品の性質決定の差異から生ずるのが最も一般的であり、この差異のため、発行者にとって控除可能な利子 (interest) の支払が保有者の国において配当 (dividend) と取り扱われ、しばしば受取配当免税それと同等の減免措置の対象となる。

2 勧告ルール

2015 年最終報告書が勧告する「ハイブリッド金融商品ルール (勧告 1)」の内容は次のとおりとなっている。次節で検討しようとするハイブリッド譲渡に特有の項目も含まれるが、全体の概説は本項で行う。

なお、2015 年最終報告書は、章の概観 (overview) において「D/N I 効果を生み出す金融商品に対する税務上の取扱いの差異を利用する仕組み

(87) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.33.

た取決め、あるいは関連者との取決めといったものを、納税者が締結できないようにすること、これが勧告 1 の背後に隠された政策である。⁽⁸⁸⁾」とコメントする。第 1 章第 2 節 7（制度設計原則）で検討したとおり、無効化ルールを置くことにより、多国籍企業にとってアレンジメントを組成する難易度やリスクが上がることで、全体として組成自体を「事前に踏みとどまらせる効果⁽⁸⁹⁾」を期待していることがうかがわれる。勧告 1 が適用される金融アレンジメントは、(i) 金融商品 (financial instruments)、(ii) ハイブリッド譲渡 (hybrid transfers)、(iii) 代替支払 (substitute payments) である。

勧告 1（ハイブリッド金融商品ルール）

1.1 支払が D／N I 効果を生じさせる限りにおいてミスマッチを無効化

ハイブリッド・ミスマッチをもたらす金融商品に基づき行われる支払、及び金融商品を譲渡するアレンジメントに基づく代替支払に対しては、次のルールが適用される。

- (a) 支払が D／N I 効果を生じさせる限りにおいて、支払者国 (payer jurisdiction) が当該支払に係る控除を否認。(一次対応)
- (b) 支払者国がミスマッチを無効化しないときは、支払が D／N I 効果を生じさせる限りにおいて、受領者国 (payee jurisdiction) が当該支払を通常所得に算入。(防御ルール)
- (c) 支払の認識時期の差異 (timing differences) については、D／N I 効果を生じさせるものとして取り扱わない。ただし、当該支払が合理的な期間内に通常所得に算入されることについて、納税者が税務当局に対し得心のいく証明を行うこととする。

1.2 金融商品及び代替支払の定義

(88) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.25 (para.18).

(89) 居波邦泰「税源侵食と利益移転 (B E P S) に係る我が国の対応に関する考察 (Ⅱ)」税大論叢 83 号 455 頁 (2015, <http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/83/02/index.htm>)。

本ルールの上、

- (a) 金融商品 (financial instrument) とは、受領者及び支払者双方の国の負債、資本又はデリバティブに課税するルールに基づき課税される取決めをいい、ハイブリッド譲渡を含む。
- (b) ハイブリッド譲渡 (hybrid transfer) には、納税者が別の者と締結する金融商品を譲渡する取決めで、次のいずれにも該当するものを含む。
 - (i) 当該納税者が譲渡資産の所有者であり、かつ、当該資産に関する取引相手方の権利が当該納税者の義務として取り扱われること
 - (ii) 取引相手方を管轄する国において、取引相手方が譲渡資産の所有者であり、かつ、当該資産に関する納税者の権利が当該取引相手方の義務として取り扱われること
- (c) 各国は、一方の者が他方の者に対し貸付又は出資のリターン (financing or equity return) の対価として金銭を提供する取決めについては、当該貸付又は出資のリターンの範囲で金融商品と取り扱うものとする。
- (d) 取引相手方を管轄する国で金融商品と取り扱われない取決めに基づく支払は、当該支払が貸付又は出資のリターンを構成する限りにおいてのみ、ミスマッチをもたらすものとする。
- (e) 代替支払 (substitute payment) とは、支払が原金融商品に係る貸付又は出資のリターンを含む、あるいはそれらを表象する金額の支払である限りにおいて、金融商品を譲渡する取決めに基づきなされる当該支払で、支払又はリターンが金融商品に基づき直接なされたとき、次のいずれかに該当するであろうものをいう。
 - (i) 支払者の通常所得に算入されない、
 - (ii) 受領者の通常所得に算入、あるいは、
 - (iii) ハイブリッド・ミスマッチをもたらす。

1.3 **ルールは、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす金融商品に基づく支払についてのみ適用**

金融商品に基づく支払は、ミスマッチが商品の条件に起因して生じるときハイブリッド・ミスマッチをもたらす。ただし、ミスマッチが単に納税者の属性又は商品環境に起因して生ずる場合には、支払は商品条件に帰するとはされない。

1.4 **ルールのスコープ**

本勧告は、関連者に対する支払である場合、又は支払が仕組まれた取決めに基づき行われ、かつ、納税者が当該仕組まれた取決めの当事者である場合においてのみ適用される。

1.5 **ルールの例外**

勧告 1.1(a)の一次対応は、次に掲げる場合には、設立国の法令に基づく特別規則及び特別租税措置の対象となる投資ビークル (investment vehicle) が行う支払には適用しないものとする。ただし、勧告 1.1(b)の防御ルールは、投資ビークルが行う支払に対し引き続き適用されるものとする。

- (a) 設立国の租税政策が、次のいずれをも確保するために、金融商品に基づく支払に係る控除を保護する場合
 - (i) 納税者が、その投資所得について無税又は最小限の課税しか受けないこと
 - (ii) 納税者が発行した金融商品の保有者が、当該支払について時価主義で通常所得として課税を受けること
- (b) 設立国の規制及び税制が次に掲げるような影響を与える場合
投資ビークルが発行した金融商品が、納税者の投資所得の全てあるいは実質的に全てを、当該金融商品の保有者に対する支払又は分配をもたらすこと。また、その結果は、当該所得が納税者によって得られ又は受領された後の合理的な期間内に発生すること

- (c) 支払の全額が次のいずれにも該当することを、設立国の租税政策が意図する場合
 - (i) 設立国の受領者の通常所得に算入されること
 - (ii) 設立国と受領者国との間の条約に基づき、受領者の通常所得不算入とされないこと
- (d) 支払が仕組まれた取決めに基づき行われないこと

また、2015 年最終報告書は、勧告 1 と併せて、国内法改正に関して二つの個別勧告（勧告 2）を行っている。国内法の改正を要するかどうかは、その国の国内法の現状次第とされるが⁽⁹⁰⁾、我が国においては、行動 2 に関する議論を踏まえ、平成 27 年度税制改正で勧告 2.1 に沿った形で外国子会社配当益金不算入制度を改正した。改正の内容については、本節 6（制度研究：我が国におけるハイブリッド金融商品と税制改正の状況）で説明する。

勧告 2（金融商品の税務上の取扱いに関する個別勧告）

2.1 控除可能な支払に対する受取配当免税の否認

金融商品から生ずる D/N I 効果を回避するため、経済的二重課税を排除するために規定された受取配当免税制度は、支払配当が支払者において控除可能である限りにおいて、国内法で認められるべきでない。それと同時に、原利益に対する経済的二重課税を排除するために認められるその他の種の配当減免措置についても、各国は、同様の制限の導入を検討すべきである。

2.2 ハイブリッド譲渡に基づく外国税額控除の制限

ハイブリッド譲渡に基づく税額控除の重複適用を回避するため、ハイブリッド譲渡に基づき行われる支払に対して源泉徴収された租税に減免措置を認める国は、納税者の課税所得に応じた減免となるよう便益を制限すべきである。

2.3 ルールのスコープ

(90) OECD (2015b), op. cit., p.45 (para.105).

これら勧告の適用範囲に制限はない。

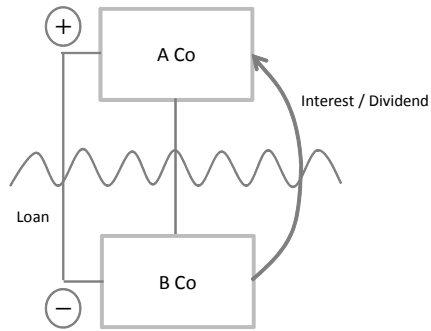
3 ハイブリッド金融商品ルール of 適用関係

事例集には、全部で 80 もの設例が掲載されている。読み始めると、2014 年デリバブルの 7 例とは異なり、かなり複雑なストラクチャーとなっていることに気付く。そして、「ハイブリッド金融商品ルール（勧告 1）」に関する設例が、そのうちの半数近い 37 例を占めている。本ルールが全勧告を理解する上で重要なパーツとなっているのであろう。

(1) 設例 1.1 (Interest payment under a debt/equity hybrid) ⁽⁹¹⁾

イ 事実関係

A 国居住の A 社は、B 国居住の B 社 (A 社の完全子会社) に資金を貸し付ける。貸付金利は市場レートで 6 か月ごと後払い。当該貸付に係る元金の支払は、B 社の一般債権者に劣後し、B 社の支払能力が低下した場合には元金払いを停止できる。



本件劣後ローンは、B 国において負債として取り扱われ、利子は損金の額に算入される一方、A 国では資本として取り扱われるため、10 パーセント以上を 12 か月以上継続保有している場合、当該子会社からの配当は益金不算入とされる。

ロ 適用関係

A 国が勧告 2.1 (控除可能な支払に対する受取配当免税の否認) を採用している場合は、ミスマッチは存在しない。A 国が勧告 2.1 を実施しない場合、A 社及び B 社は、ルールの射程となる関連者に該当し、B 国

(91) *Ibid.*, p.175.

（支払者国）における控除否認を一次対応、A国（受領者国）における通常所得として算入を防御ルールとする。留意すべきは、当事者が金融商品を契約するに至った事情は、ルールの適用について何らの影響を及ぼさないということである。例えば、A社が非関連者から本件劣後ローンを購入したとしても、本設例ではルールは適用される。

（２）設例 1.2（Interest payment under a debt/equity hybrid eligible for partial exemption）⁽⁹²⁾

イ 事実関係

A国が、被支配外国子会社（controlled foreign entity）からの受取配当に対し一部免税措置（partial tax exemption）を講じているほかは、設例 1.1 と同じ。本設例においては、受取配当の 90 パーセント相当額を免税として取り扱っている⁽⁹³⁾。

ロ 適用関係

A国が勧告 2.1 を適用しない限り、ミスマッチは存在する。B国は、A国での受取配当免税に対応する金額（90 パーセント相当額）を控除否認（一次対応）。B国が一次対応しないとき、A国は、配当金額全額を通常所得として算入（防御ルール）。

（３）設例 1.3（Interest payment under a debt/equity hybrid that is subject to a reduced rate）⁽⁹⁴⁾

イ 事実関係

A国が配当金額に対し軽減税率を適用しているほかは、設例 1.1 と同じ。本設例において、B国の標準法人税率は 40 パーセントであるが、配当所得については 4 パーセントの軽減税率を適用している。

ロ 適用関係

(92) *Ibid.*, p.178.

(93) 例えば、米国居住者が 50 パーセント超保有する C F C からの現金配当の 85 パーセント相当額をタックス・ホリデーとする米国雇用創出法（American Jobs Creation Act of 2004）の規定がこれに該当するだろう。別途、第 2 章第 3 節で触れる。

(94) OECD (2015b), op. cit., p.182.

本件劣後ローンに対する税率と金融商品全般に対する税率とが同率である場合にはミスマッチは生じないが、劣後ローンに対する税率が金融商品から生じるその他所得に適用される税率より低い場合にはミスマッチが存在するとされる。したがって、A国が勧告 2.1 を適用しない限り、B国がA国での益金不算入額（36 パーセント相当額）を限度として控除否認（一次対応）。B国が一次対応しないとき、A国は、配当金額全額に対し標準税率を適用（防御ルール）。

つまり、ルールの適用上、A国が金融商品から派生する所得について、他の所得より低率で分離課税している場合はミスマッチとしないが、本件では、配当という特定の所得に対してのみ軽減税率を適用していることからハイブリッド金融商品ルールが発動されると解してよいだろう。

（4）設例 1.4 (Interest payment eligible for an underlying foreign tax credit) ⁽⁹⁵⁾

イ 事実関係

外国子会社が納付した外国法人税の二重課税排除の方式として、A国が間接税額控除制度を採用しているほかは、設例 1.1 と同じ。本設例において、A国の法人税率は 35 パーセント、B国は 20 パーセント、A国における控除額は外国子会社の法人税額（12）に、税引前所得金額（100）のうちに配当金額（40）の占める割合を乗じた金額 4.8（ $=12 \times 40/100$ ）とする⁽⁹⁶⁾。

(95) *Ibid.*, p.187.

(96) 前提となる税引前所得金額（pre-tax retained earnings）は、劣後ローンを資本と取り扱う A国から見た金額なので、60 ではなく 100 となる。

なお、我が国の間接税額控除額は、外国子会社の所得に対して課される外国法人税の額のうち当該配当等の額に対応するものとして計算した金額（ $=$ 外国子会社の法人税額 \times 内国法人に対する配当等の額 \div （外国子会社の所得金額 $-$ 外国子会社の外国法人税額））であるため（旧法 69⑧）、根本的な制度設計に相違があることに留意。

A Co			B Co		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Divident received	40	40	Other income	100	100
<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid	(40)	(40)
Net return		40	Net return		60
Taxable income	40		Taxable income	60	
Tax (35%)	(14)				
Tax credit	4.8				
Tax to pay		(9.2)	Tax to pay (at 20%)		(12)
After-tax return		30.8	After-tax return		48

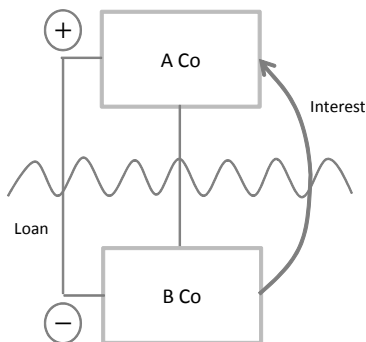
ロ 適用関係

A国が勧告 2.1（後段部分）を適用しない限り、B国は、控除した利子 40のうちA国において通常税率で課税された部分の金額 26.29（＝40×9.2/14）を超える金額を否認（一次対応）。B国が一次対応しないとき、A国は、受取配当を通常所得に算入した上、間接税額控除 4.8の適用を否認（防御ルール）。

（5）設例 1.5（Interest payment to an exempt person）⁽⁹⁷⁾

イ 事実関係

双方の国が劣後ローンを負債として取り扱っているほかは、設例 1.1と同じ。A社は、政府系投資ファンド（sovereign wealth fund）であり、全ての所得が免税となることから、利子について課税を受けない。



ロ 適用関係

A社が単に免税事業体であることが理由でA国に課税が生じない場合は、ハイブリッド・ミスマッチとされない。当該利子が一般の納税者についても課税されないといった金融商品自体の条件に帰せられるとき、ハイブリッド金融商品ルールが発動され、B国において控除否認（一次

(97) OECD (2015b), op. cit., p.192.

対応)。ただし、B国が一次対応しない場合、A国での課税は生じない（A社は免税主体）。

（6）設例 1.6（Interest payment to a person established in a no-tax jurisdiction）⁽⁹⁸⁾

イ 事実関係

A国には法人税制が存在せず、その他の法域においても課税主体とされないほかは、設例 1.1 と同じ。

ロ 適用関係

利子を受け取ったA社は、いずれの国においても納税者に該当しない。したがって、支払が益金の額に算入される受領者国（payee jurisdiction）が存在しないので、ハイブリッド金融商品ルールは適用されない。

（7）設例 1.7（Interest payment to a taxpayer resident in a territorial tax regime）⁽⁹⁹⁾

イ 事実関係

A国が純粋な国外所得免除方式（territorial tax system）を採用し、国内源泉所得のみに課税するほかは、設例 1.1 と同じ。本設例において、B社はA国にP Eを有していないため、国外源泉所得に該当する貸付金の利子についてA国での課税はない。

ロ 適用関係

ミスマッチが金融商品の条件によるものではなく、A国が全ての国外源泉所得を免税としていることに帰せられるため、ハイブリッド金融商品ルールは適用されない。この点、受領者国（payee jurisdiction）が配当のみを免税としている設例 1.1 と対照的であることに留意。

（8）設例 1.8（Interest payment to a tax exempt PE）⁽¹⁰⁰⁾

(98) *Ibid.*, p.194.

(99) *Ibid.*, p.195.

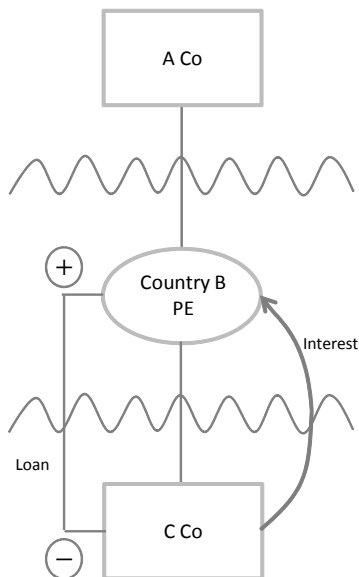
(100) *Ibid.*, p.197.

イ 事実関係

A国所在のA社は、完全子会社のC社にB国所在のP Eを通じて資金を貸し付ける。本件ローンは、A国、B国、C国ともに税務上負債として取り扱われる。C国は、本件貸付に係る利子を損金の額に算入するが、A国は、国外のP Eを通じて稼得した所得を免税と取り扱っているため、通常所得に算入しない。

ロ 適用関係

一方の国の租税の取扱いを他方の国の租税の取扱いに関連付けて調整するためには、支払を行った・受け



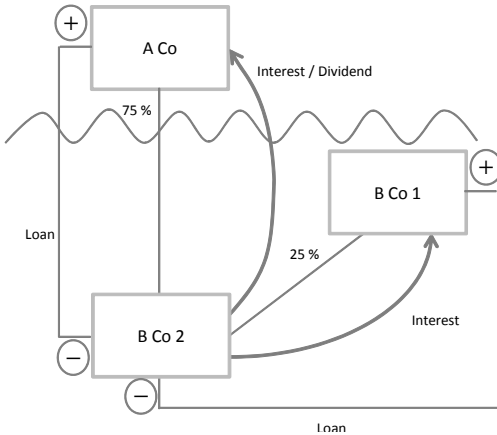
取った納税者及びその法域を特定する必要がある。大半のケースでは、受領者はA社、受領者国はA国ということになるだろうが、本設例においては、P Eという税務上透明な組織体を通じて利子を受け取っているため、ミスマッチが生じているか否かは、B国における租税の取扱いを調べる必要がある。

すなわち、B国P Eが受け取る利子についてB国が課税しているという事実を、納税者が自国の税務当局が得心する程度まで証明できる場合には、ハイブリッド金融商品ルールは適用されないが、本設例では、受取利子がB国において通常所得に算入されているかについて言及されていない。したがって、C社がB国において利子が課税されていることを証明できない場合には、C国において控除否認（一次対応）。C国が一次対応しないとき、B国が当該利子を通常所得に算入（防御ルール）。

いかなる場合においても、ルールを適用することによりA社に対し追加の納税義務が課されることはないと言われる。なぜなら、本件ミスマッ

チが金融商品の条件によるものではなく、A国が国外所得免除方式という特殊な税制を採用していることに起因しているからである。

(9) 設例 1.12 (Debt issued in proportion to shares re-characterised as equity) ⁽¹⁰¹⁾



イ 事実関係

B国居住のB 2社は、発行済株式の75パーセントをA国居住のA社に、残り25パーセントをB国居住の別法人B 1社に保有されている。

B 2社は、追加資金2,000の調達を考えており、A社・B 1社双方から株式

の出資割合に応じたB 2社債の引受けの合意を得ている。つまり、A社が1,500、B 1社が500をそれぞれ、固定金利で通常利子を支払う貸付を引き受けたことになる。

B国は、貸付を負担調達手段と取り扱うため、B 2社は支払利子を損金の額に算入し、B 1社は受取利子を益金の額に算入する。しかしながら、A国は株式の発行割合に応じた社債を資本(株式)と取り扱うため、受取利子は受取配当免税へと性質再決定される。

ロ 適用関係

利子の支払がミスマッチを引き起こしており、A国が勧告 2.1 に従い受取配当免税の便益を否認しない限り、ハイブリッド金融商品ルールが適用される。

本件貸付は、金融商品の定義を満たしており (B国では負債、A国で

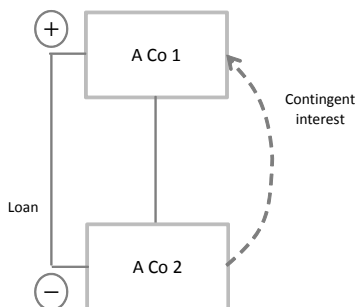
(101) *Ibid.*, p.210.

は資本)、A社とB 2社が関連者に該当するため(発行済株式の 75 パーセント保有)、B国は、A社の益金に算入されない範囲(1,500)で利子の損金算入を否認(一次対応)。B国が一次対応しないとき、A国は、受取配当全額を通常所得として算入(防御ルール)。

(10) 設例 1.21 (Mismatch resulting from accrual of contingent interest liability) ⁽¹⁰²⁾

イ 事実関係

A 1 社及びA 2 社は、ともにA国居住法人であり、A 1 社は、A 2 社の株式の全てを保有する。A 1 社は、A 2 社に資金を劣後ローンで貸し付ける。貸付に係る利子は、満期時に支払われるが、A 2 社の自由裁量により満期より早く支払うことも可能



である。本件貸付は、長期間(50 年)にわたって設定され、A 1 社は、利子の受取をいつでも放棄することができる。

A国において、本件劣後ローンは負債として取り扱われるが、A 1 社及びA 2 社は、貸付に関し異なる会計基準を採用している。すなわち、A 2 社においては、貸付に係る利子について、経過利子を每期損金の額に算入するが、A 1 社においては、利子が実際に支払われた年度の益金の額に算入する。更に、A 1 社がいずれかの時点で経過利子を受け取る権利を放棄した場合、A 2 社は、この放棄をA 2 社に対する資本拠出とみなし、それまでに行われた利子控除の取戻し(recapture)が行われないことに留意。

ロ 適用関係

支払には、発生額(将来において事業の負担となる可能性のある偶発

(102) *Ibid.*, p.230.

債務に関して発生する金額)を含むことを既に検討した(第1章第2節6)。一方の者が発生時に利子費用として控除し、他方の者が実際に受け取るまで通常所得に算入しないという事実のみでは、直ちに税務上のミスマッチが生じているとまで断定できないが、本件では、満期日、金融商品の支払条件に加え、関連者間取引であることが、当事者が偶発利子の支払というものに商業的な重きを置いていないことを示唆すると解説されている。

したがって、納税者がA国において合理的な期間内に利子が通常所得に算入されることを証明しない限り、ハイブリッド金融商品ルールが適用され、A国はA2社の控除を否認。ただし、A国が、利子が実際に支払われるまでA2社の控除を繰り延べるというルールを導入する場合には、この限りではない(一次対応のみ)。

支払の認識時期の差異は、ハイブリッド・ミスマッチとはされないが(勧告1.1(c))、本設例では、A2社で損金算入された利子の受取を放棄する場合、永久にA1社において益金算入されないこととなる。A1社は、満期までいつでも利子の受取を放棄する権利を有しており、A2社で損金の額に算入された利子がA1社において益金の額に算入されるか不明であるため、ハイブリッド・ミスマッチに該当し得るということであろう。

本設例において、OECDが親会社・子会社ともに同一国居住と設定したのは、おそらく、ある国が同一の金融商品に対して会計上(ひいては税務上)異なる取扱いを許容するということは、同一国内においても、税務上の取扱いの差異があればミスマッチとなり得ることを表現したかったのではないかと考えられる。しかし、同一国内のミスマッチについては、その国の国内法で解決すればよいだけの話であり、例としてはあまりうなずけない。ここは単純に、A2社をB国居住のB社(A1社の完全子会社)と読み替えて勧告内容を理解した方がよいかもしれない。そうすると、B国が一次対応しない場合、A国が当該利子をA1社の通

常所得に算入（防御ルール）となるだろう

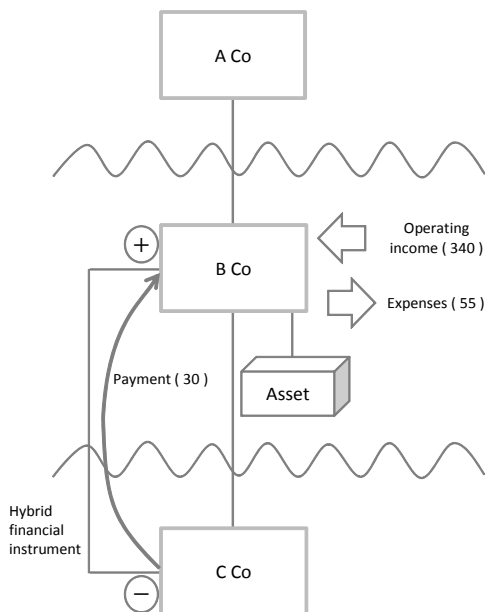
(11) 設例 1.24 (Payment included in ordinary income under a CFC regime) ⁽¹⁰³⁾

OECDは、「CFC税制によって捕捉された所得を無効化ルールの適用上通常所得に算入すべきか否かについて、2014年デリバブルが公表された時点ではコンセンサスが得られていないため、議論を継続し、2015年9月までにコメントリーとして公表予定」⁽¹⁰⁴⁾としていた。これは実効性のあるCFC税制があるにもかかわらず、無効化ルールが適用されるとCFC税制との間で二重課税が生じかねないという問題が議論を複雑にしていた模様である⁽¹⁰⁵⁾。OECD最終案である本設例は、我が国の外国子会社合算税制と仕組みが異なり、理解の及ばない点多々あるが、重要な事例であるため紙幅を割いて説明したい。

イ 事実関係

C国居住のC社は、ABCグループの一員である。C社は、B国居住のB社に対しハイブリッド金融商品に基づく30の支払を行う。B社は、この30のほかに、他の源泉所得から生ずる収益・費用（銀行借入に係る利子の支払を含む）がある。

グループの親法人A社は、A国においてCFC



(103) *Ibid.*, p.237.

(104) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.12 (para.7).

(105) 飯守・前掲注 (19) 69 頁。

税制の適用を受ける。すなわち、被支配外国子会社が得た特定の受動的所得（passive income）について、その持株割合に対応する部分の金額を支配株主に帰属させ合算課税をするものである。A・C国は、本報告書の勧告を実施している。

B Co			A Co		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Active income	280	280	CFC income	80.4	
Passive income (including rents, interest and royalties)	60	60	Foreign tax credit	27.6	
Payment under hybrid financial instrument	-	30			
<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
Interest expense	(10)	(10)			
Depreciation	(15)	-			
Employment expenses	(45)	(45)			
Net return		315	Net return		0
Taxable income	270		Taxable income	108	
			Tax (at 30%)	(32.4)	
			Tax credit	27.6	
Tax to pay (at 40%)		(108)	Tax to pay		(4.8)
After-tax return		207	After-tax return		(4.8)

B社の課税所得は340（賃借料、使用料、利子といった受動的所得60を含む）。ハイブリッド金融商品に基づく30の支払は、B国におけるB社の課税所得に算入されない。減価償却費を含む70の費用が控除され、270の差引所得に40パーセントの税率を乗じて課税される。

A社の唯一の所得は、A国のCFC税制に基づき合算されるB社の所得である。税務上通常所得に算入される80.4が法人税率30パーセントの課税に服し、B国で納付された外国法人税額のうち27.6が間接税額控除の適用を受ける。

ロ 適用関係

納税者は、グループ親法人の法域（A国）において合算課税を受けており、C国でハイブリッド金融商品ルールが適用されるのを避けるため、支払が関係国において全額益金の額に算入され通常税率での課税を受けていることを税務当局に証明するはずである。しかし、設例では、ハイブリッド金融商品に基づく支払がCFC税制の射程となっているかどうか

か（なっているのであればどの程度まで）についての詳細な情報が提供されていないため、この状況では税務当局がハイブリッド金融商品ルール⁽¹⁰⁶⁾の適用を見合わせるかどうかの結論を導くのは難しい。

もし納税者が、A国のCFCに関する法令と支払がA国において通常所得に合算されていることを示す確定申告書を参考にして説明することができれば、C国は、二重課税を回避するためハイブリッド金融商品ルールを不適用とするか検討すべきである。しかしながら、ルールの適用除外は、当該支払がB国での控除項目によって減算・相殺されない範囲、かつ、A国において税額控除等が受けられない範囲で認められるべきである。

最後に、A国において通常所得に算入される金額に対し、C国のハイブリッド金融商品ルールが発動されないためには、合算所得がA国のハイブリッド控除と相殺されないことを証明する必要があるが、本設例では、A国が本報告書の勧告を実施していることから、所定の要件を満たすとされる。

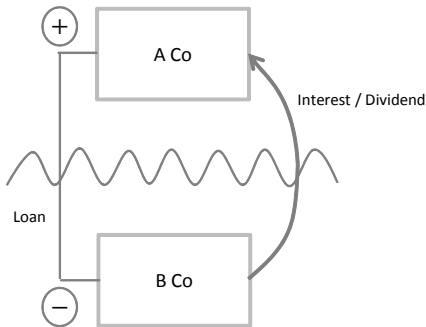
設例を作成したOECD自身が「情報不足（insufficient information）⁽¹⁰⁶⁾」とコメントするのはいささか解せない感もあるが、A国でCFC合算所得とされたのは、B社の受動的所得の全額とハイブリッド金融商品に基づく支払の合計額 90（＝60＋30）から、減価償却費以外の費用を按分した金額 9.6（＝55×55/315）を差し引いた金額 80.4 である。しかし、支払が控除項目によって減算・相殺されない範囲で認められるべきとされるため、ハイブリッド金融商品に基づく支払 30 のうち、益金の額に合算されるべき金額は 26.8（＝30－(30/90×9.6)）とすることができる。

更にA国のCFC税制は、被支配外国子会社に係る外国税額控除を認めているが、合算課税される支払は、当該支払が税額控除によって保護

(106) OECD (2015b), op. cit., p.239 (para.8).

される (sheltered) 範囲で通常所得に算入されないものとすべきである。設例では、B社の調整後所得 315 のうちに算出税額 108 の占める割合で計算した金額 $27.6 (=80.4 \times (108/315))$ を外国税額控除の対象としている。この税額控除の効果は、A国のCFC税制に基づき合算された金額に係る租税債務の 85 パーセント相当額 $(=27.6/32.4)$ をかくまう (shelter) ことにある。先ほど計算した金額 26.8 にこのパーセンテージを適用することにより、税務当局は、ハイブリッド金融商品に基づく支払のうち益金の額に算入される金額を $4 (= (1-0.85) \times 26.8)$ と結論付けることができる。

(12) 設例 10.1 (Hybrid mismatch priced into the terms of the arrangement) ⁽¹⁰⁷⁾



イ 事実関係

A社とB社は、互いに非関連の関係にある。A社は、B社に 30 万ドルを貸し付け、年利を受け取る。貸付は、B国においては負債として取り扱われるが、A国においては資本とみなされ、受取配当免税の取扱いを受けるため、当該

支払はD/N I 効果をもたらすこととなる。

貸付金利は、市場利子率をA国法人税率分割引きで計算される $(= \text{market rate} \times (1-\text{tax rate}))$ 。予想市場利子率が 6 パーセントでA国法人税率が 30 パーセントのとき、ハイブリッド金融商品の利子は毎期 12,600 ドルとなる $(=30 \text{ 万ドル} \times 6\% \times (1-30\%))$ 。

ロ 適用関係

ハイブリッド・ミスマッチから生ずる租税上の便益が金融商品の条件

(107) *Ibid.*, p.433.

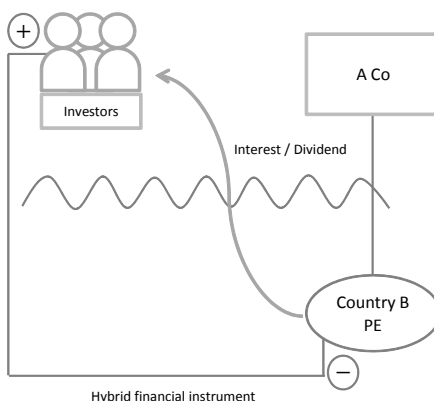
の中にプライシングされている場合、アレンジメントは仕組まれたものとして取り扱われる。設例では、商品条件が明らかに租税上の便益分だけ割引かれて計算されている。

(13) 設例 2.1 (Application of Recommendation 2.1 to franked dividends) ⁽¹⁰⁸⁾

事例集には、勧告 2 に関する設例も数例用意されている。本例は、我が国制度とは異なるインピュテーション方式⁽¹⁰⁹⁾を採用している国の事例と思われるが、“franked dividends”に対する勧告 2.1 の適用関係について設例を確認しておく。

イ 事実関係

A 国居住の A 社は、B 国に P E を有している。A 国は、海外の P E の所得には課税を行わない。A 社は、B 国 P E を通じて A 国の投資家らに債券を発行する。債券は、元本金額で発行され、6 か月ごとに経過利子を支払う。債券(投



資家らから見た貸付) は、A 社の一般債権者に劣後し、A 社の支払能力

(108) *Ibid.*, p.279.

(109) 個人所得税の補完として法人税を課すことにより生じるバイアスの調整方法の一つ。数値例は次のとおり。税率（法人所得：30%、個人所得：40%）。ある会社が 100 の所得を稼得し、30 の法人税を納付後の利益 70 全額を配当として処分。個人株主段階での調整は、受取配当金額 70 に会社が納付した法人税額 30 を加算 (gross-up) した 100 に税率 40% を適用。ここから会社が納付した法人税額 30 を税額控除して、10 の個人所得税を納付。このように、100 の所得を稼ぐのも 30 の法人税を納付するのも本来は会社であるが、制度上、個人株主に帰属するものとみなして計算することをインピュテーション方式という。日本の所得税法は、受取配当税額控除方式を採用しているが、インピュテーション方式のほうがより精巧とされる。個人株主段階での数値例は次のとおり。受取配当金額 70 に税率 40% を適用。ここから配当控除 7 (配当金額の 10%) を控除して、21 の個人所得税を納付。増井良啓『租税法入門』180～183 頁（有斐閣、2014）。

なお、“franked dividends”について定訳が見当たらないが、一応、「税額控除適格配当」という訳を当てておく。

が低下した場合には元利払いを停止できる。A社が発行した債券の一部は、公開市場で非関連者である投資家らが取得している。

劣後債は、B国においては負債として、A国においては資本として取り扱われている。B国は、債券に基づき行われる支払について、P E所得の計算上損金算入が認められる。A国は、当該支払を居住者（A社）が居住者（株主）に対して支払う配当と取り扱う。A国は、当該配当を納税者の限界税率により課税するが、株主に対して配当に係る税額控除（franking / imputation credit）の適用を認めている。

ロ 適用関係

設例では、債券に基づき行われる支払は、(a)B国において控除可能であり、(b)支払の原資となる利益がA国において課税対象とされていない（支店免税）ため、税引前利益から支払われているとされる。したがって、A国は、勧告 2.1（後段部分）に従い、投資家らに対して損金算入配当に対する税額控除を認めないとすべきである。

A国が勧告 2.1 を適用しない限り、ミスマッチは依然存在する。投資家らは非関連者であるため、ハイブリッド金融商品ルールは、支払が仕組まれた取決めにに基づき行われる場合にのみ適用される。本件では、貸付（債券）それ自体、税効果のミスマッチが生じるよう仕組まれたことを示唆する特徴を有してはなさそうだが、租税上の便益を期待する投資家に対して売り込まれていた可能性はある。もしそのような事実があれば、A社と投資家らは仕組まれた取決めの当事者となるため、B国は、利子の支払につき、A社P Eの控除を否認する。

B国が一次対応しない場合、A国が投資家らの配当控除を認めないとするはずだが、事例集には、そこまでの解説はない。単に防御ルールの説明を省略したとも考えられるが、設例のように公開市場で流通するハイブリッド金融商品を無効化するには、ハイブリッド・ミスマッチルールではなく、まず各国が国内法の改正で対応すべきと示唆しているのではないだろうか。なぜなら、勧告 1 を導入し投資家の配当控除を否認す

るということは、すなわち勧告 2.1 に従い国内法を改正することと同義であるからと考える。

4 制度研究：各国におけるハイブリッド金融商品

第1節の冒頭で、ハイブリッド金融商品の代表例として、オーストラリアのハイブリッド証券に係る優先配当、ブラジルの利子配当について頭出しを行った。本項では、オーストラリア、ブラジルにおける各制度を研究するとともに、ACE (Allowance for Corporate Equity) と呼ばれる「みなし利子控除制度」について、ベルギーとイタリアの各制度を概観することにより、OECDが射程とするハイブリッド金融商品のレンジを確定したい。

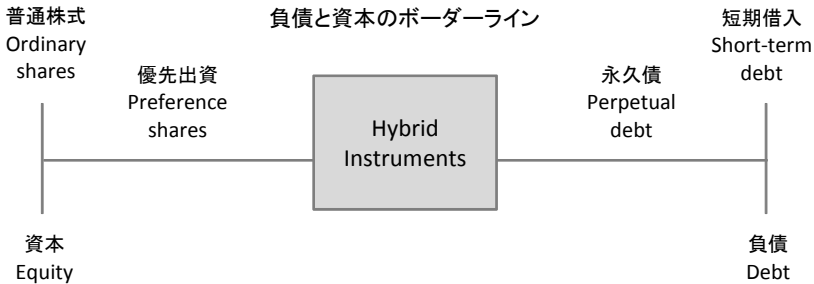
(1) オーストラリア

オーストラリアでは、かねてから、一般的租税原則の下での負債と資本との差異は、課税所得を生み出す営業費用（負債費用）と利益が計算された後の株主へのリターン（配当）との相違であると明確に整理されていないが、負債と資本の両方の性格を併せ持つ洗練されたハイブリッドな金融商品の開発に伴い、法形式に基づくアプローチ（a legal form approach）では、そのアレンジメントの実質にそぐわない税効果が導き出されると指摘されてきた。同時に、過少資本事業体に対する懸念もますます高まってきた。こういう状況を背景とし、豪州政府は、2001年に豪州1997年所得税賦課法（ITAA: Income Tax Assessment Act 1997）に、経済実質を重視するアプローチ（substance-over-form approach）に基づく第974条を導入したとされる⁽¹¹⁰⁾。

(110) Board of Taxation (2015), *Review of the debt and equity tax rules*, Commonwealth of Australia 2015, p.5-6.

負債＝資本ルール施行後の問題点を検証するため、豪州政府租税委員会が作成した報告書であり、豪州と他国の間で租税裁定機会を生み出しかねない負債と資本の区分に関する規則の不一致への対処案を含む。租税委員会は、本報告書において8つの勧告を行っている。

http://taxboard.gov.au/files/2015/07/Debt_Equity_Final_Report.pdf (last visited June 23, 2016)



それでは、ある持分が負債持分 (debt interest) と資本持分 (equity interest) のいずれに該当するのかを決定づけるプロセスはどのようなものか。それは、I T A A 1997 年法第 974 条に規定される「負債＝資本テスト (debt and equity tests)」に見て取れる。豪州税務当局 (A T O : Australian Taxation Office) のウェブ上で公開されている設例の中から 4 例を抽出して検討したい。

イ 償還優先株式 (R P S : Redeemable Preference Share) ⁽¹¹¹⁾

約定期日に強制償還され、証券の額面価額に年利が付される償還優先株式は、二つの相容れない特徴、すなわち約定期日償還 (fixed date of redemption) という負債類似の特徴と利払い (coupon payment) という資本類似の特徴を併せ持つことで、ハイブリッド金融商品の代表例とされている⁽¹¹²⁾。

(イ) 設例

ある企業は、R P S s を 2001 年 8 月 15 日に 1 株当たり 2 豪ドルの額面で発行する。この株式は、8 年後 (買収の申し出が取締役会で承認された場合はそれ以前) に額面価格で償還される。償還優先株式に係る配当は、普通株に係る配当と同時期に発行価額の年 7.25 パーセント

(111) Examples available online at <http://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/?page=19> (last visited June 23, 2016)

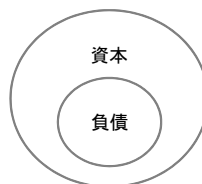
(112) Anton Joseph (2015), *BEPS, Hybrid Entities and Financing*, Derivatives & Financial Instruments, 2015 (Volume 17), No.4, IBFD

で支払われる。当該企業は、償還優先株式に対する配当の支払が終了するまで、普通株に対する配当を支払うことが認められていない。

(7) 負債＝資本テストの適用関係

A 資本テストのステップ1／その持分は、資本に係る持分か？

豪州ATOのガイダンスを一読する限り、負債テストに先立ち、まず資本テストが実施される様子である。当該持分が負債に係る持分であるためには、少なくとも資本に係る持分であることを必要条件とするとい



う論理思考に基づくものと思われる（ベン図参考）。つまり、ある持分が負債テストと資本テストの両方をクリアしたとき、タイプレールが発動され、当該持分が負債に係る持分として取り扱われるということになるのであろう⁽¹¹³⁾。

一般に、スキームに基づく持分が、(i) 法人のメンバー又は株主としての持分、(ii) 実質的に経済業績に左右されるリターンに対する権利を有する持分、(iii) 法人の自由裁量であるリターンに対する権利を有する持分、又は(iv) 資本に係る持分を発行する権利に転換もしくは供与する持分のいずれかであれば、資本に係る持分とされる（資本テスト）⁽¹¹⁴⁾。

本設例においては、当該持分は、「株式 (share)」の形態を取っているため、負債に係る持分に該当しない限り資本に係る持分に該当すると解説されており、これ以降に負債テストが実施される。

B 負債テストのステップ1／スキームはあるか？

負債テストの第1要素は、スキームが存在しなければならない (There must be a scheme.)。スキームとは、「取決め (arrangement) 又はスキーム (scheme)、計画 (plan)、申し出 (proposal)、行動

(113) Board of Taxation (2015), *see supra* note (110), p.9 (para.2.17).

(114) *Ibid.*, p.10 (para.2.18).

(action)、行動指針 (course of action)、行動方針 (course of conduct) を意味し、片務的か否かを問わない (whether unilateral or otherwise)」と定義されている。本設例では、発行会社と株主との間の「取決め (arrangement)」の形態を取っており、スキームは存在するとされる。

C 負債テストのステップ2／スキームは金融アレンジメントか？

負債テストの第2要素は、スキームが金融アレンジメントでなければならない (The scheme must be a financing arrangement.)。金融アレンジメントは、一般に事業体に対する出資形態を含むとされ、例えば、出資者と企業との間の融資契約がこれに当たる。この場合の金融アレンジメントとは、企業に対する貸付資本の供与である。少々難解な規定であるが、その文脈からRPSの利用が発行体にとって資金供与の手段であることと解しても差し支えなさそうである。

なお、本設例において、RPSに関する契約は、その事業体が資金を調達するために締結されたアレンジメントたるスキームであり、第2の要素を満たすとされる。

D 負債テストのステップ3／発行体が本アレンジメントに基づき金融利益を得ているか？

負債テストの第3要素は、発行体による金融利益の受領がなければならない (There must be a financial benefit received.)。金融利益とは、経済的価値があれば何でも含まれ、資産や役務などが該当する。一般に、金融アレンジメント条件の中で特定された発行価格、つまり金融利益を得るために支払った金額又は将来受け取る金額を指す。

本設例では、出資者がRPSの代金として支払った金額、すなわち2ドルの金融利益を発行会社が受け取っているため、第3の要素を満たすとされる。

E 負債テストのステップ4／発行体が金融利益を支払うための実効的な非偶発債務を負っているか？

負債テストの第4要素は、発行体にとっての投資家に対する金融利益の支払義務の存在である（The issuing entity (or connected entity) must have an effectively non-contingent obligation to provide a future financial benefit.）。実効的な非偶発債務（ENC O : effectively non-contingent obligation）が存在するか否かを決定するためには、金融アレンジメントの期間、条件、値決めなどが考慮される。債権者が支払期日が到来しているとする権利を有するとき、債務者が債務を支払うことができない、又は支払う意思がないといったことは、偶発的な債務ではない。複数の事業体が債務を負っている場合、ATO長官は、どの事業体が負債に係る持分を発行したかを決定する権限を与えられている。また、ENC Oが存在するかを考慮するに当たり、人為的かつ非物質的な行為は無視される。

難解な規定であるが、負債＝資本テストを理解する上で最も重要な要素である。偶発債務の意義が「いまのところ現実の債務にはなっていないが、将来において一定の事象が生じた場合に、当該企業の負担となる可能性のあるような債務をいう⁽¹¹⁵⁾」ことから、ENC Oとは、その対語となる「現時点で発生することがほぼ確実な支払の義務を負っている」と考えればよいのだろう⁽¹¹⁶⁾。潜在的な債務が含まれるかについては、形式的に（in form）ではなく実質的に（in

(115) 桜井久勝『財務会計講義〔第17版〕』248頁（中央経済社、2016）。

(116) 「偶発的（contingent）」の用語が持つニュアンスは、次の例文からくみ取っていただきたい。「非偶発的なリターンを生み出すのは、一般に負債持分であり、偶発的なリターンを生み出すのは、一般に資本持分である（an interest that gives rise to “non-contingent returns” will generally be a debt interest, and an interest that gives rise to “contingent returns” will generally be an equity interest.）」。Robin Woellner et al. (2009), *Australian Taxation Law, 19th Edition*, CCH a Wolters Kluwer business, p.1204.

substance) 負う債務とされるので、蓋然性が測定できないものは含まれないと解してもよいだろう。

本設例では、配当の支払が原資となる利益如何に左右されるため、発行体は、年間配当を支払うという E N C O を負ってはいないが、償還時に発行価額を払い戻さなければならないという E N C O を負っているとされる。

F 負債テストのステップ 5 / 支払われる金融利益が受け取った金融利益と同額もしくは超える可能性が、そうでない可能性より高いか？

発行体が E N C O を負う場合、負債テストの第 5 要素は、発行体が支払う金融利益と受け取った利益とが少なくとも同額ではないことを上回ってそうでありそうという要件を満たす必要がある (It must be substantially more likely than not that the value of the financial benefit to be provided will be at least equal to or exceed the financial benefit received.)。少々、迂遠な言い回しとなっているが、「that 節以下 (支払金額 \geq 受取金額) ではないことを上回ってありそう」が直訳なので、「半分以上の確率で支払金額が受取金額を超える可能性が高い」となるであろうか。もっと噛み砕いて言えば、元本以上の償還が要件とされると解してよいだろう。

ここで、「発行者が支払う金融利益」とは、発行体が持分に関して投資家に支払う E N C O を指し、初期投資元本の償還額を含むとされる。

また、金融利益の評価額の計算方法については、アレンジメントで取り決めたパフォーマンス期間に従うこととされ、当該期間が 10 年以下のとき評価額は名目値とされ、当該期間が 10 年を超えるときは現在価値に引き直して計算される。ここで、「パフォーマンス期間」とは、諸条件の下、発行体が持分に関する E N C O に応じなければならない期間をいい、「現在価値」とは、利益の名目値について調整

ベンチマークレート⁽¹¹⁷⁾を用いて割り引いて求められた価値とされる。

本設例においては、パフォーマンス期間が 10 年以内であり、利益の評価額は名目値とされる。すると、企業が証券発行時に受け取った利益の評価額は、当該証券の価格すなわち 2 ドル、また、本スキームに基づき支払う利益の評価額は、元本償還額の 2 ドルである。したがって、企業が支払う 2 ドルと受け取る 2 ドルは等価であるため、負債テストの第 5 の要素を満たすとされる。

G タイブレーカールール

上記検討のとおり、株式テスト及び負債テストの全ての要件を満たしているので、ATO のガイダンスは、本スキームの持分を「負債に係る持分」と性質決定している。

ロ 転換優先株式 (Converting Preference Share) ⁽¹¹⁸⁾

(i) 設例

ある銀行は、転換優先株式を 2001 年 7 月 1 日に 1 株当たり 100 豪ドルで発行する。配当は年 7.5 パーセント、2006 年 6 月 30 日に強制転換される。

(ii) 負債＝資本テストの適用関係

A 資本テストのステップ 1 / その持分は、資本に係る持分か？

当該持分は、株式の形態を取っているため、負債に係る持分に該当しない限り資本に係る持分に該当する。

B 負債テストのステップ 1 / スキームはあるか？

銀行と株主との間の取決めの形態を取っており、スキームは存在

(117) 「調整ベンチマークレート」とは、普通負債 (ordinary debt) 又は株式等価物 (an equivalent equity) への投資であって、複利その他利子と比較可能な方法で金利計算がなされる投資の内部収益率と定義されるベンチマークレートの 75% 相当額とされる。

(118) Examples available online at <http://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/?page=20> (last visited June 23, 2016)

する。

C 負債テストのステップ2／スキームは金融アレンジメントか？

転換優先株式に関する契約は、その銀行が資金を調達するために締結されたアレンジメントである。

D 負債テストのステップ3／発行体が本アレンジメントに基づき金融利益を得ているか？

銀行は、本アレンジメントに基づき発行価額 100 豪ドルに相当する金融利益を得ている。

E 負債テストのステップ4／発行体が金融利益を支払うための実効的な非偶発債務を負っているか？

配当の支払が銀行の利益如何にかかっており、転換により株式価値が無視されるため、銀行は、将来の金融利益を支払うという ENCO を負っていない。したがって、本スキームの持分は、負債持分に該当せず、「資本に係る持分」と性質決定される。

ハ 転換証券 (Convertible Note) ⁽¹¹⁹⁾

(i) 設例

ある企業は、15 年物の転換証券を 2001 年 7 月 1 日に 1 株当たり 9 豪ドルで発行する。クーポンは年 7 パーセント。クーポンの支払義務は、偶発事象に左右されず、いかなる事情があっても繰延べ又は放棄は認められない。2007 年 7 月 1 日以後であればいつでも、企業はアレンジメントを早期解除できるが、早期終了であれ元々の満期日 (2016 年 7 月 1 日) であれ、証券保有者は、9 豪ドルで証券を償還するか、1 証券につき 4 株の割合で株式に転換するオプションを有する。証券は、現在 1.75 豪ドルで流通しており、企業の通常負債利子率は 8 パーセントである。

(119) Examples available online at <http://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/?page=21> (last visited June 23, 2016)

(四) 負債＝資本テストの適用関係

A 資本テストのステップ1／その持分は、資本持分か？

証券保有者に対し発行者に資本持分を発行せしめる権利を付与している、あるいは企業の資本持分に転換できるという理由から、持分は資本持分に該当する。

B 資本テストのステップ2／スキームはあるか？

証券発行企業と証券保有者との間の取決めの形態を取っており、スキームは存在する。

C 資本テストのステップ3／金融アレンジメントはあるか？

転換証券に関する契約は、その企業が資金を調達するために締結されたアレンジメントである。以上のことから、負債に係る持分に該当しない限り資本に係る持分に該当する。

D 負債テストのステップ1／スキームはあるか？

上記Bのとおり、スキームは存在する。

E 負債テストのステップ2／スキームは金融アレンジメントか？

上記Cのとおり、本件スキームは金融アレンジメントである。

F 負債テストのステップ3／発行体の本アレンジメントに基づき金融利益を得ているか？

証券発行企業は、本アレンジメントに基づき転換証券の発行価額、すなわち9豪ドルの金融利益を得ている。

G 負債テストのステップ4／発行体は金融利益を支払うための実効的な非偶発債務を負っているか？

発行企業は、証券保有者に期間中7パーセントのクーポンを支払うというENCOを負っているほか、証券保有者が証券を株式に転換する権利を行使しない場合、満期時又は早期終了時に9豪ドルの返還義務も負っている。この種の権利は、それ自体出資の払い戻し義務を生じさせないのだが、本件では、出資の払い戻し義務がENCOであると考えられる。

H 負債テストのステップ5／支払われる金融利益が受け取った金融利益と同額もしくは超える可能性が、そうでない可能性より高いか？

6 年経過後に償還オプションはあるものの、オプションを行使する ENCO がいないため、パフォーマンス期間は 10 年超とされる。したがって、利益の評価は、現在価値に割り引いた形で、すなわち、 $[1 + \text{調整ベンチマークレート}]^n$ ⁽¹²⁰⁾ で名目値での金融利益の金額又は評価額を除して計算した金額とされる。発行者が発行時に受け取る金融利益の価値は 9 豪ドルであるので、各証券に関して企業が支払う金融利益の価値は、次のように計算される。

- 期間当たりのクーポン額：0.63 豪ドル（＝9 豪ドル×7%）
- 調整ベンチマークレート：6 パーセント（＝8%×75%）
- 企業が支払う金融価値：9.87 豪ドル（＝ $0.63/(1.06)^1 + 0.63/(1.06)^2 + \dots + 0.63/(1.06)^{14} + (9 + 0.63)/(1.06)^{15}$ ）

上記計算により、企業が支払う金融価値 9.87 豪ドルは、企業が受け取る金融価値 9 豪ドルより大きいので、当該持分は負債に係る持分に該当する。

I タイブレーカールール

上記検討のとおり、株式テスト及び負債テストの全ての要件を満たしているため、ATO のガイダンスは、本スキームの持分を「負債に係る持分」と性質決定している。

ニ 関連事業体からの通知貸付（Connected entity at call loan）⁽¹²¹⁾

(イ) 設例

ある企業は、支配株主（関連事業体）から 500 万豪ドルの貸付を受ける。融資の条件は、元本に対し年 7 パーセントの利子となっている。

(120) 現在価値計算であるため「べき乗」であることに留意。

(121) Examples available online at <http://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/?page=22> (last visited June 23, 2016)

融資には特定の返済期日が設けられておらず、貸し手は、絶対的裁量で資金の回収を求めることができる。企業は、「小規模事業者の売上高カーブアウトテスト (small business turnover carveout test) ⁽¹²²⁾」の要件を満たしていない。企業のベンチマークレートは、年 6 パーセントと仮定する。

(ii) 負債＝資本テストの適用関係

A 資本テストのステップ 1 / その持分は、資本持分か？

返済全額が関連事業体 (connected entity) の裁量で行われるため、資本に係る持分に該当する。ここで関連事業体とは、一方の事業体が法人、かつ、グループを構成するメンバーである場合、一方の事業体の関連者 (associate) 又は同一のグループに属する他方のメンバー (another member of the same wholly owned group) をいう。

関連事業体の概念とは、持分が負債・資本のどちらに係るものかを決定する際に関連する単一事業体の立場だけではなく、関連事業体の立場がある状況にも関連するとされる。例えば、実効的な非偶発債務 (ENC O) を有する事業体があるスキームに基づく金融利益を受け取っていないが、関連事業体が受け取っている場合、金融アレンジメントは負債に係る持分とされる。同様に、株式テストにおいては、金融アレンジメントの発行者が提供する金融利益の額を決定する関連事業体の能力が考慮される。

B 資本テストのステップ 2 / スキームはあるか？

法人と関連事業体との間の取決めの形態を取っており、スキームは存在する。

(122) 「通知貸付 (at call loan)」とは、あらかじめ返済期日を定めず、貸し手の要求で返済がなされるものをいう。関連事業体との間の通知貸付は、2005 年 6 月 30 日以後に負債＝資本テストが適用される一方で、特定の小規模事業者の行う通知貸付については、本テストからカーブアウトする旨の通達が発遣された。修正案では売上高 2 千万豪ドル以下の事業者が行う関連事業体からの通知貸付は、負債に係る利子と取り扱われる。

C 資本テストのステップ3／金融アレンジメントはあるか？

合意は、その企業が資金を調達するために締結されたアレンジメントである。以上のことから、負債持分に該当しない限り資本に係る持分に該当する。

D 負債テストのステップ1／スキームはあるか？

上記Bのとおり、スキームは存在する。

E 負債テストのステップ2／スキームは金融アレンジメントか？

上記Cのとおり、本件スキームは金融アレンジメントである。

F 負債テストのステップ3／企業がアレンジメントに基づき金融利益を得ているか？

企業は、関連事業体からの借入金 500 万豪ドルに相当する金融利益を得ている。

G 負債テストのステップ4／企業が金融利益を支払うための実効的な非偶発債務を負っているか？

企業は、年7パーセントのENCOを負っている。

H 支払われる金融利益が受け取った金融利益と同額もしくは超える可能性が、そうでない可能性より高いか？

貸付の返済要請がいつなされてもおかしくない条件となっているが、10年以内に返済するというENCOがないため、パフォーマンス期間は10年超とされる。したがって、利益の評価は現在価値に引き直して計算される。

金融利益の評価は、所定の現在価値公式を用いて計算される。

- 期間当たりのキャッシュフロー：35 万豪ドル（＝500 万豪ドル × 7%）
- 調整ベンチマークレート：4.5 パーセント（＝6% × 75%）
- 企業が支払う金融価値：約 7,777,777 豪ドル（＝ $350,000/(1.045)^1 + 350,000/(1.045)^2 + \dots + 350,000/(1.045)^{100} + (5,350,000)/(1.045)^\infty$ ）

上記計算により、企業が支払う金融価値約 7,777,777 豪ドルは、企業が受け取る 500 万豪ドルより大きいため、当該持分は負債に係る持分に該当する。

I タイブレーカールール

上記検討のとおり、株式テスト及び負債テストの全ての要件を満たしているため、A T O のガイダンスは、本スキームの持分を「負債に係る持分」と性質決定している。

ホ まとめ

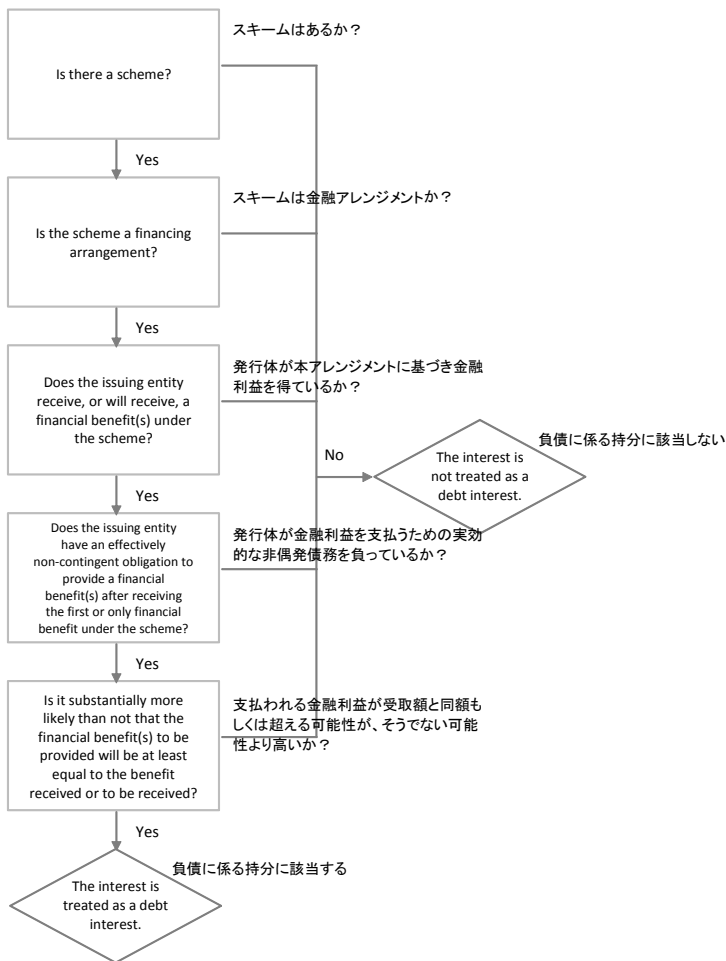
これまで見てきたように、豪州 A T O は、負債と資本の相違について、証券の種類という法形式 (basis of legal form) ではなく、証券の経済実質 (basis of economic substance) を重視することにより税務上の取扱いを決しており、償還優先株式 (R P S) への出資であるから発行体の所在地国 (豪州) で利子が損金算入されていると直ちに断ずることはできない。持分の性質は、I T A A 1997 年法第 974 条に規定する「負債＝資本テスト」というタイブレーカールールにのっとり判断されるため、証券のパフォーマンス期間、プライシング、発行条件等といった諸条件如何によっては、資本持分となり得ることに留意を要する。現に、オーストラリアでは一定の転換証券 (Convertible note) も資本扱いされることが確認された。

なお、豪州政府租税委員会 (The Board of Taxation) は、2015 年 3 月現在で豪州と他法域の負債・資本ルールの不一致に対処するための国内法改正の要否については、O E C D / G 20 の勧告に対する政府の対応次第である旨の所見を示していたが⁽¹²³⁾、2015 年最終報告書が公表されたことを受け、一部若干の修正を要するものの O E C D の勧告を受け入れるべきと表明している。詳細については、第 3 章第 2 節で述べる。

(123) Board of Taxation (2015), *see supra* note (110), pp.63-64 (para.5.17-5.24)

【参考】 フローチャート

下図(124)は、持分が発行された時点において負債に係るものと取り扱われるか否かを解決するための基本的テストをフローチャートにしたものである。



(124) Flowchart available online at <http://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/?page=4> (last visited June 23, 2016)

(2) ブラジル

ブラジル政府は、1995 年の税制改正でブラジル居住法人が、会社の資本に基づき計算した利子を会社の財務利益の分配策として株主に対して支払うことを選択できるという制度（法律第 9,249/1995 号第 9 条）を導入した。ブラジル居住法人は、この支払に伴い生じた利子配当（I N E : Interest on Net Equity, in Portuguese, “*Juros sobre o Capital Próprio*”）について、一定の制限の下、税務上（corporate income tax (IRPJ) and social contribution on net profits (CSLL)）損金の額に算入できる。

一般に、会社の資本勘定の総額から課税されていない潜在的再評価引当金を控除した金額（修正純資本額）が利子配当計算の基礎となり、資本勘定の総額が関連する期間中に変わるような場合はプロラタとされる。適用される利子配当率は、所定の時期にブラジル国家通貨審議会（National Monetary Council）が設定する長期利子率（long-term interest rate (TJLP)）の変動率を超えてはならない、また、控除金額は、支払企業の年間利益の 50 パーセントと支払企業の利益剰余金の大きい額を超えてはならないとされる。

配当（dividend, in Portuguese, “*dividendo*”）は、ブラジル国内において課税されないが、利子配当（interest on net equity）は、源泉地（ブラジル）において 15 パーセント（受益者が軽課税国に居住している場合は 25 パーセント）の税率で源泉徴収される⁽¹²⁵⁾。

なお、ブラジル政府は、2015 年 9 月 30 日に経過措置 694/2015（PM 694）を発遣し、利子配当の損金算入限度額を、会社の修正純資本額に TJLP 率と年利 5 パーセントのいずれか少ない方を乗じた額に制限するとともに、クロスボーダーの利子配当の支払に係る源泉徴収税率を 18 パーセント（ブラックリストのタックスヘイブン居住者への利子配当の支払に

(125) 以上、Bruno Fajersztajn, et al. “*Welfare Taxes Do Not Apply to Interest on Net Equity, Court Says*”, Tax Notes International, Volume 66, Number 3 (2012), p.225 から引用。

係る源泉税率は引き続き 25 パーセント) へ引き上げるという課税強化案を公表している⁽¹²⁶⁾。

(3) ベルギー

ベルギー政府は、2006 年 12 月 31 日以降に終了する事業年度 (2007 年課税年度) から、ベルギー法人及び外国法人のベルギー支店が、株主資本に基づいて計算された利子を課税所得から控除できるという、みなし利子控除 (N I D : Notional Interest Deduction) 制度を導入している⁽¹²⁷⁾。ベルギー財務省が公表したリーフレット⁽¹²⁸⁾によると、制度導入の目的は、資金の負債調達と資本調達との間にある税制上の差別の是正とコーディネーションセンターと呼ばれる外国企業誘致のための優遇税制⁽¹²⁹⁾の段階的な廃止に伴う代替策であるとされる。

N I D の算定原則は極めてシンプルなもので、課税ベースから控除できる金額は、調整株主資本 (adjusted equity capital) にみなし利子率 (notional interest rate) を乗じた金額とされる。大企業に対するみなし利子率は、適用年の 2 年前のベルギー 10 年償還国債の利率が用いられ、中小企業に対するみなし利子率は、大企業のみなし利子率に更に 0.5 パーセントが上乘せられる (2007 課税年度の N I D 率は、大企業が 3.442%、中小企業が 3.942%であった)⁽¹³⁰⁾。前掲リーフレットで紹介された設例を基に計算過程を概観する。

(126) PwC, Tax Insights 「利子配当に関する課税強化案 (ブラジル)」国際税務 35 巻 12 号 6 頁 (2015)。

(127) みなし利子控除制度 (N I D) の適用と損金算入配当との関係について、秋元秀仁「外国子会社配当益金不算入制度における税務 (20)」国際税務 35 巻 10 号 99 頁 (2015)。

(128) Notional Interest Deduction: an innovative Belgium tax incentive, Tax Year 2013 - Income 2012 at http://www.minfin.fgov.be/portail2/belinvest/downloads/en/publications/bro_notional_interest.pdf (last visited June 23, 2016).

(129) 主に多国籍企業を対象に一定の条件の下で運営費用を法人税の課税ベースとみなすものである。この制度は EU や OECD から有害税制という指摘を受け、2010 年までに段階的に廃止されることとなった。山田直夫「イタリアの ACE について—ベルギーの N I D との比較—」11 頁証券経済研究第 86 号 (2014)。

(130) 山田・前掲注 (129) 11 頁。

イ 設例 1

2013 課税年度におけるベルギー企業のバランスシートは次のとおり、株主資本 100,000 全額がグループ企業向け融資に向けられている。イントラグループ利率が 4 パーセントとすると、税引前利益は 4,000 となる。N I D 導入前であれば、法人税は 1,360 (33.99%) となるところ、N I D のおかげで実効税負担額は 340 (8.5%) に収まっている。

Assets	Liabilities	P&L科目	適用前	適用後
Group Financing	Share capital	税引前利益	4,000	4,000
100,000	100,000	NID (3%)	-	-3,000
		課税所得	4,000	1,000
		法人税 (33.99%)	1,360	340
		実効税率	33.99%	8.50%

ロ 設例 2

2 例目では、別の角度から N I D 制度が説明されている。自己 (株主) 資本利益率 (R O E : return on equity) がみなし利率と同率又はそれ以下である限り、法人税の納付義務はない。R O E に対応する実効税率は次のとおり。

Assets	Liabilities	Net result	
Business Assets	Share capital	(rerurn on equity)	Effective tax rate
100,000	100,000	≤ 3%	0%
		4%	8.5%
		5%	13.5%
		6%	17%

(4) イタリア

イタリアのみなし利子控除制度 (A C E) は、奇しくも同じ略号である A C E (Aid to Economic Growth, in Italy, “*Aiuto alla Crescita Economica*”) という。イタリア政府は、1997 年から 2003 年まで D I T (Dual Income Tax) という名称のみなし利子控除制度を導入していたが、2011 年に A C E という名称で再導入した。制度の対象は、イタリア企業と外国企業のイタリア支店等とされる。

仕組みについては、ベルギーの N I D に類似しており、2010 年度の利益

を差し引いた 2010 年 12 月 31 日現在の財務諸表上の純資産からの増加額にみなし利子率を乗じて法人税の課税ベースから控除する額を求める。みなし利子率は、2011 年から 3 年間は 3 パーセント、2014 年は 4 パーセント、2015 年は 4.5 パーセント、2016 年は 4.75 パーセントと上昇傾向にある。

ある年度の課税所得を上回る控除額は繰越しの上翌年度以降の課税所得との相殺に使用できる。例えば、純資産の増加分が 1,000、みなし利子率を 3 パーセントとすると、30 だけ課税ベースから控除される。イタリアの法人税率は 27.5 パーセントであるから、税額は 8.25 減額できる。もし A C E 控除前の税額が 5 であれば、差額の 3.25 を翌年以降に繰り越せることになる⁽¹³¹⁾。

(5) まとめ

繰り返しとなるが、みなし利子控除制度（A C E : Allowance for Corporate Equity）とは、実際の利払いの有無を問わず、法人の自己（株主）資本の一定割合を自己資本調達費用（利子）とみなして課税ベースから控除する税制をいう⁽¹³²⁾。

では、ベルギー、イタリアのほかにもどのような国が実際に A C E を導入しているのだろうか。次表は、みなし利子控除の導入国についての先行

(131) 以上、山田・前掲注 (129) 4 頁から引用。

(132) 1991 年に英国財政研究所 (Institute for Fiscal Studies) が提案し、国際通貨基金 (IMF) の報告書やマーリーズ・レビューでも積極的に評価された法人税改革の手段、仕組みで、課税ベースを消費に求める代表的な税制の一つ。また、利子控除を一切認めないという、A C E とは逆のアプローチで資金の負債調達と資本調達の中立性を達成した税制を、1992 年に米国財務省が提案した包括的事業所得税制度 (C B I T : Comprehensive Business Income Tax) という。法人税が会社の資金調達（新株発行・借入金）のやり方にバイアスをかける理論について、増井・前掲注 (109) 176～181 頁、229 頁。法人税の課税ベースを消費課税の観点から検討を加えたものとして、岡村忠生「法人税の課税ベースと消費課税」（公社）日本租税研究協会第 67 回租税研究大会記録 2015『税制改革と国際課税 (B E P S) への取組』82～106 頁（租税研究、2015）、神山弘行「法人課税とリスクー法人課税改革案における課税ベースを題材に」金子宏ほか編『租税法と市場』321 頁（有斐閣、2014）など。

研究⁽¹³³⁾から引用した図表である。先行研究によると、みなし利子控除制度は、これまで 5 か国で導入されており、そのうちオーストリア及びクロアチアにおいては既に廃止されている（イタリアは 2011 年に再導入）。また、ブラジルの I N E は、上記（2）で検討したとおり、会社の資本に基づき計算した利子を会社の財務利益の分配策として株主に対して支払うことを選択できるという制度であり、名目（notional）、擬制（fictitious）と形容される観念上の利子を控除するわけではないため、厳密に言うと A C E と異なるといえよう。したがって、みなし利子控除制度（A C E）を有するのは、今のところ、ベルギーとイタリアの 2 か国のみということになる⁽¹³⁴⁾。

(133) 山田・前掲注（129）3 頁。出所は、Klemm, A. (2007). “*Allowances for Corporate Equity in Practice*.” CEsifo Economic Studies 53 (2), pp.229-262 とされる。神山准教授も法人税の課税ベースの研究において同文献を引用している。神山・前掲注（132）334 頁。

(134) ラトビアが最近 A C E を採用した旨の指摘もある。濱田洋「企業行動に対する租税の影響とその是正—トレード・オフ、ペッキング・オーダー仮説を参考に—」一橋法学編集委員会編『一橋法学』第 9 巻第 1 号 259 頁（一橋大学大学院法学研究科、2010）。

国	期間	名称	株主基金	みなし利子率	概要
オーストリア	2000-2004	Notional Interest	新規株式の帳簿価額	国債流通市場の平均収益率+0.8%ポイント	25%の軽減税率(通常は34%)
ベルギー	2006-	Notional Interest Deduction/Risk Capital Deduction	株式の帳簿価額	・2年前の国債利率の月次平均 ・上限があり、かつ各年の変動は1%ポイント以内 ・特定の中小企業は+0.5%ポイント	みなし利息を控除
ブラジル	1996-	Remuneration of Equity	株式の帳簿価額	長期貸出金利	みなし利息分まで配当分を控除
クロアチア	1994-2000	Protective Interest	株式の帳簿価額	5%(工業製品のインフレ率が正の場合は、5%にそれを加えたもの)	みなし利息を控除
イタリア	1997-2003	Dual Income Tax	・新規株式の帳簿価額 ・2000年は新規株式の帳簿価額の120% ・2001年は新規帳簿価額の140%	・7% (1997-2000) ・6% (2001-)	・19%の軽減税率(通常は37%、2003年は34%) ・2001年以前は平均税率が27%以上になるよう制限
	2011-	Aiuto alla Crescita Economica/Aid to Economic Growth	新規株式の帳簿価額	・3.00% (2011-2013) ・4.00% (2014) ・4.50% (2015) ・4.75% (2016)	みなし利息を控除

次に、ACEに対するハイブリッド金融商品ルールの適用関係を検討する。第1章第2節6（支払）で見たとおり、2015年最終報告書は、支払（payment）には、「税務上支払われたものとみなされ（deemed to be made）、かつ、当事者間に経済的な権利を創出ししないものを含まない⁽¹³⁵⁾」と定義しており（勧告12）、このことは設例1.14⁽¹³⁶⁾でも確認した。

以上の考察から、OECDが射程とするハイブリッド金融商品に該当するのは、筆者が調べた限りにおいて、豪州「負債＝資本テスト」の振分けルールにより負債持分と性質決定されたハイブリッド証券（RPS等）に係る配当とブラジルの利子配当のみと判断しても差し支えないだろう⁽¹³⁷⁾。

(135) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.123.

(136) *Ibid.*, p.217.

(137) ラトビアの例もあり、断定はできない。濱田・前掲注(134)。

なお、ルクセンブルクの非公開会社SARLが米国向けに発行する「優先資本証券（PES: Preferred Equity Certificates）」及び「転換優先株式証券（CPES: Convertible Preferred Equity Certificates）」も、米国では資本、ルクセンブルクで

5 事例研究：我が国における海外ハイブリッド金融商品の活用例

さて、前項において研究した海外のハイブリッド金融商品が、いざ我が国でどのような利用のされ方をしているかといっても、ハイブリッド金融商品を利用する企業が法令等に基づき自らその内容等を開示する義務もないし、筆者が調べた限りにおいて、そのようなアレンジメントが争訟に発展した例も見当たらない。なぜなら、例えば内国法人が海外子会社から受け取った優先配当が、相手国において損金の額に算入されているからという理由で、益金算入配当として否認することを日本の税法が予定していないからである。

日本の法人税法は、会社と株主との間の取引を「資本等取引」と呼び、損益取引から区別して取り扱っている。そして、その系として、法人税法は、自己資本（equity）と他人資本（debt）を区別し、自己資本の典型例である株式と他人資本の典型例である社債との間で線引きを行い、それぞれに対して異なる課税ルールを当てはめている（株主の眼から見たリターン）⁽¹³⁸⁾のである。したがって、ある支払が益金又は損金の額に算入されるか否かは、当然の帰結として、支払の基となる取引が損益取引又は資本等取引の別によるのであって、相手国の税務上の取扱いの結果に左右されるわけではない。

そこで、ここでは実際に会計事務所が発行したニュースリリースを参考に、我が国で利用され得るアレンジメントについて推察することとする。

図⁽¹³⁹⁾は、国税庁が外国子会社配当益金不算入制度の対象となる剰余金の

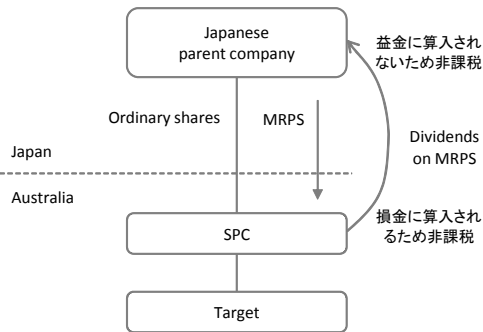
は負債として取り扱われることから、ハイブリッド商品に該当する。ただし、米国からルクセンブルクへの投資において用いられる金融手段であることから、検討から除外した。Jasper L. Cummings, Jr., *Using Luxembourg Preferred Equity Certificates*, Tax Notes, Volume 150, Number 3 (2016), pp.323- 332.

(138) 増井良啓「法人税の課税ベース」金子宏編『租税法の基本問題』476 頁、484 頁（有斐閣、2007）。

(139) PwC Australia (2012), 「優先株式配当等に係る外国子会社配当益金不算入制度上の取扱い」Provocative thought ～PwC Australia 日本語ニュースレター～（2012 年 5 月 17 日号）に掲載された図を、一部筆者が加工。
Available online at <http://www.pwc.com/jp/ja/globalization/country/australia/news-letter.html> (last visited June 23, 2016)

なお、図では、MRPS: Mandatory Redeemable Preference Shares という償還優先株式が利用されている。「強制償還」もしくは「償還義務付」という条件が付されて

配当等の額の範囲について、そのHP「質疑応答事例」上で見解⁽¹⁴⁰⁾を示した直後に、会計事務所が豪州投資にRPSを利用した投資スキームが利用しやすくなる旨をコメントした際に示された図である。一見して分



かるとおり、優先株式を通じたファイナンスを受けるのは、豪州の買収対象企業の支配権を取得するための受皿として設立されたSPC⁽¹⁴¹⁾である。このSPCは、供与された資金をもって既存株主から株式公開買付といった手段で買収手続を進めていくものと想定される。

本件MRPSが豪州税法上負債として取り扱われるか、資本として取り扱われるかは、前項4（1）で紹介した「負債＝資本テスト」の結果如何であるが、おそらく本事例における豪州SPCは、MRPS優先配当を負債に係る利子として損金算入する一方、我が国親会社は、受け取った配当について外国子会社配当益金不算入制度の適用を受けているものと思われる。

6 制度研究：我が国におけるハイブリッド金融商品と税制改正の状況

我が国市場にも、1990年代から様々な負債の特徴と資本の特徴を併せ持った「ハイブリッド証券」という新しいタイプの証券が登場している⁽¹⁴²⁾。現

いるようであり、明らかにRPSと異なる法的効果を有していると思われるが、D／NIという税務上の効果を生じさせるという点においては両者に異なるところはないので、本稿では同義として取り扱うこととする。

(140) 内容については、次項6（3）で説明。

(141) 組織形態はおそらく Proprietary Limited (Pty Ltd)、資本金1ないし2豪ドルであろうか。

なお、RPSの条件の例として、10年で償還・無議決権、元本に対して8%～12%の累積的優先配当。太田・前掲注（5）。

(142) 後藤文人＝大槻奈那『ハイブリッド証券入門—デットとエクイティとのクロスオーバー—』2頁（金融財政事情研究会、2008）。

行法令等にハイブリッド証券を統一的に定義した規定は見当たらないが、おおむね、負債であるのに返済の期限の定めがなかったり、株式であるのに議決権がなかったりという、社債と株式の中間的な性格を有する証券を意味し、元来、資本ではないが資本に準ずる役割を果たすことなどから、「擬似資本」や「負債性資本」などとも呼ばれる⁽¹⁴³⁾。本項では、まずこれら証券の種類と特徴を概観した後、法人税法上の取扱いを整理する。

(1) ハイブリッド証券の種類と特徴

日本銀行金融研究所の「デットとエクイティに関する法原理についての研究会」は、社債的性質を持つ株式として (i) 利益配当優先株を、また、株式的性質を持つ社債として (ii) 劣後債（残余財産分配における劣後性を有する社債）、(iii) 永久債（非償還性を有する社債）及び (iv) 利益参加社債（利益参加性を有する社債）を取り上げ、各ハイブリッド証券が、いかなるキャッシュフローに対する権利（株主が保有する利益配当請求権や残余財産分配請求権、社債権者が保有する利息支払請求権や元本償還請求権等）及びコントロールに関する権利（株主の株主総会における議決権、とりわけ取締役の選任権等）を有しているか等について分析している⁽¹⁴⁴⁾。

(143) 後藤＝大槻・前掲注 (142) 2 頁。

(144) 翁邦雄編『『デットとエクイティに関する法原理についての研究会』報告書』金融研究第 20 巻第 3 号 38～45 頁（2001）。

ハイブリッド証券		キャッシュフローに対する権利		コントロールに関する権利
利益配当優先株	剰余金の配当において、他の株式よりも優先的な取扱いを受ける	累 積 的	定められた剰余金の配当が一定額等に達しない場合、不足分を次年度以降の利益で補てんするもの	一定の条件のもとで議決権を制限し、議決権を有しない株式
		非累積的	その補てんがされないもの	
		参 加 型	優先株主に対し配当した場合でも、剰余金の余りがあるときに普通株主に対して配当する際の配当に参加するもの	
		非参加型	それに参加しないもの	
劣 後 債	倒産等の発行者の支払能力に問題が生じたときに一般的な債権者よりも劣後して弁済される			議決権を有しない社債
永 久 債	元本の償還が行われないという性質から、期限なく金利のみが毎年支払われ続ける			議決権を有しない社債
利 益 参 加 社 債	確定利子の支払に加えて、発行会社の分配可能な利益がある場合には、それに応じて追加的な利払いが約定されたもの（狭義）その支払を配当可能利益、配当額、配当率等を基準として利息額を決定されるもの（広義）			議決権を有しない社債

上表は、同研究会の分析やこれに続く研究論文⁽¹⁴⁵⁾の考察内容について、筆者がマトリクス状に要約したものであるが、このうち非参加型・累積的優先株式で議決権が付与されていないものと劣後債と永久債とを組み合わせた永久劣後債（陰影部分）について、論者は次表⁽¹⁴⁶⁾を示した上で、ほぼ同じ条件での発行が可能であるにもかかわらず、企業会計においては、両者の経済的な性質を考慮せず、社債である永久債は負債として、株式である無議決権優先株式は資本として貸借対照表に計上されることを整理する。そして、法人税法上、資本と負債の区分や当該証券から生ずる支払に関する課税上の取扱いについて、具体的な別段の定めが存在しておらず、法人税法においても、企業会計と同様に、ハイブリッド証券の経済的実質を考慮せずに、第一義的に私法上の取扱いに従っている旨指摘している⁽¹⁴⁷⁾。

(145) 渡辺裕泰『ファイナンス課税〔第2版〕』192～196頁（有斐閣、2012）、高儀栄紀「ハイブリッド証券に係る法人税法上の資本と負債の区分に関する一考察—無議決権優先株式と永久債を中心に—」『第10回「税に関する論文」入選論文集』305～359頁（納税協会連合会、2014）など。

(146) 高儀・前掲注（145）315頁。

(147) 高儀・前掲注（145）314～315頁。

	永久劣後債	無議決権で非参加型・累積的優先株式
利回り	定率	定率
支払の要件	無条件(破産等一定の事由が生じた場合には、他の負債に劣後して弁済)。	利益処分案が株主総会により承認される必要あり(赤字の場合には、なし)。
議決権	なし	なし
償還時期	会社消滅時(多くの場合、会社がコールオプションを保有)	償還期限なし。
貸借対照表上の区分	負債	純資産
投資回収上の優先順位	一般債権の下、株式の上	債権の下、一般株式の上

また、別の論者は、両者の課税関係に大きな差があることについて、ファイナンス理論の観点から疑問を呈し、負債と資本に関する法人税法上の取扱いを変えるべき時に来ているのかもしれないと示唆する。そして、税務当局に負債と資本の区別に関する判断権限を与えても本質的な問題は解決せず、税法上社債と株式の取扱いを同じにする以外に根本的な解決方法は考えられない旨の見解を示している⁽¹⁴⁸⁾。

以上の検討により、日本のハイブリッド証券(負債)のうち、OECDが射程とするハイブリッド金融商品(利子の支払を受ける他の国で課税が行われない可能性がある金融商品)は、永久債(劣後債と組み合わせて発行された永久劣後債を含む。)及び利益参加社債と整理できる⁽¹⁴⁹⁾。ただし、利益参加社債については、会社法(旧商法)上発行の適法性が不確実であると指摘されており、昭和34年に関東電気工事が発行を計画したものの、税務上の取扱いを巡って受託銀行による理解を得られず発行を断念したほか、平成16年にある持株会社が国内で初めて発行したようであるが、私

(148) 渡辺・前掲注(145)196～199頁。解決方法として、CBIT又はACEの実施を提案。別の研究者も金融商品の法的性質の区分又は利子・配当の税制上の取扱いを統一することは困難である旨を指摘した上で、相手国の税制上の取扱いによって課税を行うか否かを決定する方法を我が国の国内法に導入することが望ましいと示唆する。見島絵里香「ハイブリッド金融商品を用いた税源侵食への対応に関する一考察」『租税資料館賞論文集第24回(2015年)下巻』3～71頁(公益財団法人租税資料館、2016)。

(149) 我が国で資本に区分される無議決権優先株式に基づく支払は、No Deduction / Inclusion となり得ることがあったとしても、D/N Iとはならない。

募債であり内容非公表といった事例しかないため⁽¹⁵⁰⁾、検討の対象から外しても差し支えないと思われる。

なお、上記のハイブリッド証券は、いずれも有価証券の範疇に含まれるが、それと類似した特性を有するメザニン融資も 2015 年最終報告書事例集の中で劣後ローン (subordinated loan) として取り上げられており (設例 1.1、1.2、1.3 ほか)、広義でのハイブリッド金融商品に含まれるであろう⁽¹⁵¹⁾。メザニンとは「中 2 階」の意味であり、上層階のシニア債務には劣後するものの、下層階の普通株式には優先する位置付けにある。したがって、ハイブリッドとメザニンはともに、デットとエクイティが交り合った性格を意味する⁽¹⁵²⁾。

(2) 法人税法上の取扱い

もう一度、法人税法における永久債の取扱いを整理する。社債でありながら実質的に償還が行われない永久債は、金融商品会計基準第 5 項⁽¹⁵³⁾により負債として取り扱われた上で、当該証券から生ずる支払は、概念フレームワーク第 15 項⁽¹⁵⁴⁾により費用として取り扱われる。そして法人税法においては別段の定めがないため、法人税法第 22 条第 4 項を受けて永久債は負債として取り扱われ、当該証券から生じる支払は損金の額に算入され

(150) 渡辺・前掲注 (145) 196 頁。

(151) 例えば、平成 28 年 6 月 15 日付日本経済新聞朝刊 1 面「60 年の劣後ローン、J F E、設備刷新へ 2000 億円—」J F E ホールディングスは 6 月下旬にも、期間 60 年の劣後ローンで約 2000 億円を調達する。マイナス金利政策の影響で金利が全般に低下する環境を生かし、低コストで超長期の事業資金を調達する。…劣後ローンは一定の割合が自己資本と見なされ、財務体質の強化につながるメリットもある。」。

(152) 後藤＝大槻・前掲注 (143) 2 頁。

(153) 平成 20 年 3 月 10 日に企業会計基準委員会が修正・公表した企業会計基準第 10 号 (金融商品に関する会計基準)。第 5 項において、「金融負債とは、支払手形、買掛金、借入金及び社債等の金銭債務並びにデリバティブ取引により生じる正味の債務等をいう。」と定義される。

(154) 平成 16 年 7 月 2 日に企業会計基準委員会が公表した討議資料「財務会計の概念フレームワーク」。第 15 項において、「費用とは、純利益または少数株主損益を減少させる項目であり、原則として資産の減少や負債の増加を伴って生じる。」と定義される。

る⁽¹⁵⁵⁾。このように、我が国におけるハイブリッド証券の取扱い、企業会計基準委員会の会計基準・適用基準等や証券保有者の形式的な地位⁽¹⁵⁶⁾に基づいている。

以上の考察から、ハイブリッド金融商品ルールが国内法に導入される場合、これまでの会計基準・適用基準等への依拠が改められ、別段の定めに従うという条文構成になると思われる。

(3) 我が国における税制改正の状況

我が国は、2015 年最終報告書の勧告 2.1 を踏まえ、平成 27 年度の税制改正において、子会社の所在地国で損金算入が認められる配当については、配当を受け取った日本の親会社において外国子会社配当益金不算入制度を適用しないこととしたが（法人税法第 23 条の 2、以下「平成 27 年改正法」という。）、まず改正前の状況について整理した後、平成 27 年改正法のあらましを解説する。

イ 平成 27 年度改正前の状況

外国子会社から受ける配当に係る二重課税排除の方式として、…外国子会社が海外市場で獲得した利益…を必要な時期に必要な金額だけ戻すという配当政策に対する税制の中立性の観点に加え、適切な二重課税の排除を維持しつつ、制度を簡素化する観点も踏まえ、…平成 21 年度の税制改正において、これまでの…間接税額控除制度に代えて、親会社が外国子会社から受け取る配当を親会社の益金不算入とする制度⁽¹⁵⁷⁾…が導入されたことは周知のとおりである。

ところで、この外国子会社配当益金不算入制度は、内国法人が、外国子会社（持株割合が 25 パーセント以上であり、かつ、保有期間が 6 月以上）から受ける剰余金の配当等の額がある場合には、その剰余金の配

(155) 高儀・前掲注 (145) 316 頁。

(156) 株主か債権者のどちらに該当するかという属性。高儀・前掲注 (145) 307 頁。

(157) 泉恒有ほか『改正税法のすべて〔平成 21 年版〕』424～433 頁（大蔵財務協会、2009）。

当等の額の 95 パーセント相当額を益金不算入とすることができる⁽¹⁵⁸⁾ というものであるが（旧税法 23 の 2）、制度の対象となる剰余金の配当等の額の範囲について、我が国法人税法によって配当等と認識されるものとされ、特段の制限が設けられなかったため、実務上いささか不安視する声が高まったようである⁽¹⁵⁹⁾。なぜなら、平成 21 年度改正前においては、間接外国税額控除の計算の基礎となる外国子会社の配当等からは、損金算入配当及び優先株式に対する優先配当は含まないものとされていた⁽¹⁶⁰⁾からである。

この質疑に應えるため、国税庁は、その H P 「質疑応答事例」上において、外国子会社配当益金不算入制度の導入により、①外国子会社の所得については、その所在地国の課税によって完結しており、所在地国における課税の可否や税率の多寡は問わないこと、②優先株式に対する優先配当は、換言すれば社債利息のようなものであるということから間接外国税額控除制度の対象外とされていましたが、種類株式の多様化に伴い優先配当のみを除外することに整合性が乏しくなったこと、③本制度の導入が簡素化の側面と経済対策的な側面を併せ持つこと、という財務省主税局が示した 3 つの理由を引用して、損金算入配当及び優先株式に対する優先配当についても、外国子会社配当益金不算入制度の対象となる旨を明らかにした⁽¹⁶¹⁾。

ロ 平成 27 年度改正のあらまし

上記イで説明したとおり、我が国税制が国際的な二重課税排除の方式

(158) 泉ほか・前掲注 (157) 425 頁。

(159) 当時の状況について、会計事務所のニュースレターなどが詳しい。例えば、Pwc Australia (2012)・前掲注 (139) ほか、税理士法人プライスウォーターハウスクーパース「豪州償還優先株式MR P Sに係る優先配当の税務上の取り扱いの改正可能性」Transaction M&A News, November 2014, Issue 73 など。

(160) 泉ほか・前掲注 (157) 430 頁。

(161) 国税庁 H P (<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitugi/hojin/25/02.htm>) を参照。

なお、平成 27 年改正法を受けて、現在では財務省主税局が示した 3 つの理由は削除されている。

について、現在の全世界所得課税及び外国税額控除制度の枠組みを基本的に維持した上で、間接外国税額控除制度に代えて、外国子会社配当益金不算入制度を導入⁽¹⁶²⁾した結果、奇しくも「国際的二重非課税（D／N I 効果）」が生ずることとなったのは皮肉であるが、こうした状況下、配当益金不算入制度の採用国は損金算入配当を適用対象外とすべきであるという勧告 2.1 を踏まえ、内国法人が外国子会社から受ける配当等が当該外国子会社の本店所在地国の法令上、課税所得の損金の額に算入することとされている場合（損金算入配当の場合）には、本制度の適用対象から除外する措置を講じたところである⁽¹⁶³⁾。具体的な改正内容は、以下のとおり⁽¹⁶⁴⁾。

- (イ) 内国法人が外国子会社から受ける配当等の額で、その配当等の額の全部又は一部が当該外国子会社の本店所在地国の法令において当該外国子会社の所得の金額の計算上損金の額に算入することとされている場合には、その受ける配当等の金額は、本制度の適用対象から除外される（法人税法第 23 条の 2 第 2 項第 1 号。原則法）。
- (ロ) ただし、内国法人が外国子会社から受ける配当等の額で、その配当等の額の一部が当該外国子会社の所得の金額の計算上損金の額に算入された場合には、その受ける配当等のうち、その損金の額に算入された部分の金額（(ハ)において「損金算入対応配当等受取額」という。）のみを、上記(イ)により本制度の適用対象から除外する金額とすることができる（同条第 3 項。実額法）。
- (ハ) 上記(ロ)の適用を受けた事業年度後の各事業年度において、内国法人が外国子会社から受けた配当等の額につき損金算入対応配当等受取額が増額された場合には、その増額された後の損金算入対応配当等受取額を、本制度の適用対象から除外する（同条第 4 項）。

(162) 泉ほか・前掲注 (157) 424 頁。

(163) 関禎一郎ほか『改正税法のすべて〔平成 27 年版〕』615～623 頁（大蔵財務協会、2015）。

(164) 金子宏『租税法〔第 21 版〕』515 頁（弘文堂、2016）。

- (ニ) 上記(イ)から(ハ)までにより本制度の適用対象から除外する配当等の額に対して課される外国源泉税等の額は、外国税額控除の対象とする。

7 問題点の考察

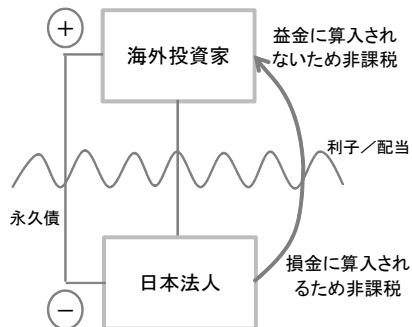
第1節を小括する意味も含め、この項では、ハイブリッド金融商品がもたらすミスマッチを無効化するための勧告ルール適用に伴い生じ得る問題点について考察する。

(1) インバウンド投資に対する対応

BEPSプロジェクトの勧告 2.1（控除可能な支払に対する受取配当免税の否認）を踏まえて措置された平成 27 年改正法により、かなりの部分のミスマッチが解消されるだろうとされ⁽¹⁶⁵⁾、現に財務省も行動2に関しては、平成 27 年度税制改正で対応済との立場を取っている⁽¹⁶⁶⁾。

しかし、この平成 27 年改正法は、日本の内国法人が専ら外国子会社から配当を受け取る親会社の立場で起案された制度である。したがって、これとは逆に日本が支払者国（payer jurisdiction）となる場合のインバウンド投資に対しては、当該改正法だけでは解決できない場合が存在することを最初に指摘しておきたい。

例えば、負債と資本の区分を法形式ではなく経済実質を重視して判断する国があるとする。そして、当該国は、外国子会社から受ける配当二重課税排除の方式として配当免税制度（二重課税排除の方式として間接外国税額控除制度でも



(165) 岡村忠生・前掲注 (48) 65 頁。

(166) 税制調査会＝財務省・前掲注 (1)。ただし、今後も対応する必要性の大きいものについて、適宜手当を行うとしている。財務省主税局参事官室・前掲注 (82) 39 頁。

可)を採用しており、しかも勧告 2.1 を導入していない。こういう状況下、日本法人が自己資本増強を目的として、償還期限のない永久債（又は永久劣後債）を発行する場合を仮定する。日本法人は、永久債が金融商品会計基準により負債として取り扱われるため、当該社債から生ずる支払を費用として認識するが、海外の投資家において資本に起因する支払と判定され配当免税と取り扱われるとき、勧告 1 が適用され、日本法人は損金算入を否認されることになろう⁽¹⁶⁷⁾。

そうすると、発行企業の資金調達計画に与える影響は深刻である。これまで、日本国内で永久劣後債を発行したのは、主に政府による資本増強（早期健全化法による資本注入）の例⁽¹⁶⁸⁾や金融機関が規制上の自己資本を増強するために発行した例⁽¹⁶⁹⁾が大半であるが、償還期限の定めがないという性質上金利を高めに設定するであろうから、支払利子が有税となると発行そのものが見直されるかもしれない。

ハイブリッド金融商品ルールは、資本関係 25 パーセント以上等の関連者取引に対して適用され、永久劣後債の主な引受先が政府や国内機関投資家である実態を見ると、案外、影響は限定的かもしれない。ただし、O T

(167) 例えば、配当可能利益がないときはクーポンの支払を繰り延べるといった条件で発行された永久劣後債は、豪州の「負債＝資本テスト」上、投資家に対して金融利益を支払うという実効的な非偶発債務（E N C O）を負っていないとして、資本と判定される可能性が高い。

(168) 1999 年 3 月、旧富士銀行、旧日本興業銀行、旧三和銀行、旧三菱信託銀行に対して注入されている。後藤＝大槻・前掲注（143）10～11 頁。

(169) 例えば、平成 27 年 7 月 24 日付日本経済新聞朝刊 5 面「三井住友 F G 永久劣後債発行、3000 億円—三井住友フィナンシャルグループは 23 日、償還期限のない『永久劣後債』と呼ぶ社債を 3000 億円発行することを決めた。生損保会社など国内機関投資家向けで、当初の金利は 2.49～2.88% に設定した。永久劣後債は通常の債券より返済順位が低く、資本に組み入れられるのが特徴だ。今回は普通株などで算出される自己資本比率が 5.125% を下回った際に元本が削減されるが、同比率が上向けば元本も回復する条項を付けた。国際展開する銀行への資本規制の強化を踏まえた措置。みずほフィナンシャルグループもこのほど 3000 億円の永久劣後債の発行を決めている。」、「富国生命は 620 億円発行、ドル建てで—富国生命保険は 23 日、償還期限のない永久劣後債を米ドル建てで発行し、約 620 億円を調達すると発表した。当初 10 年間の金利は年 5% で据え置くが、その後は金利を変動させるか繰り上げ償還できる。」。

Cで発行した永久債等の場合は、特定の引受先と資本関係がなくとも、その目的如何によって仕組まれた取決め（structured arrangement）の範疇に分類され、ルールの射程となる可能性が大となることに留意を要する。

この点、楽観的すぎるという批判もあろうことから、経団連が提言するように、自己資本比率規制のある金融業などの規制業種について、規制上の要求を満たす目的の資本調達スキームに無効化ルールを適用するのは合理的ではなく、制度設計上、ルールから除外する等の柔軟な対応（flexible stance toward regulated industries）⁽¹⁷⁰⁾があつてよいと考える。

なお、例えば日本の特定目的会社や投資法人が、その利益の9割以上を資本参加免税国に所在するオランダ法人等に配当する場合に二重非課税の状態となることが指摘⁽¹⁷¹⁾されるが、現行ではこれに係る損金不算入規定は手当てされていない。相手国の国内法にもよるが、二重非課税（D/N I）の状態は解消されないこともあり得ることを付記しておく。同様の税効果は、日本の匿名組合契約に係る利益分配金にも起こり得ることが指摘⁽¹⁷²⁾されており、この種の実質主義を塞ぐべきかという議論が再燃するか、興味深いところである。

（2）勧告1と勧告2.1の調整に対する対応

平成27年改正法は、現在計画中の投資案件の見直しに要する期間を考慮して、内国法人が平成28年4月1日以後に開始する事業年度において外国子会社から受ける剰余金の配当等の額について適用される。ただし、内国法人が同日前に開始した事業年度において外国子会社から受けた剰余

(170) OECD (2014b), *see supra* note (43)に対し、平成26年4月28日付で経団連が提言した「B E P S 行動2（ハイブリッドミスマッチ取決めの効果の無効化）に係わる公開討議草案に対する意見」の一部。OECD (2014d), *Comments received on Public Discussion drafts, BEPS ACTION 2: Neutralised the effects of hybrid mismatch arrangements*, OECD Publishing, p.344 (para.26 – 28).

日本語版は、経団連のHP（<https://www.keidanren.or.jp/policy/2014/041.html>）で閲覧できる（平成28年6月23日最終閲覧）。ほかにもCBI and 100 Groupが同様の見解を述べている。OECD (2014d), *Ibid.*, p.116.

(171) 秋元秀仁「変わりゆく国際課税制度と課税実務」国際税務36巻1号36頁(2016)。

(172) 秋元・前掲注(53)43頁。

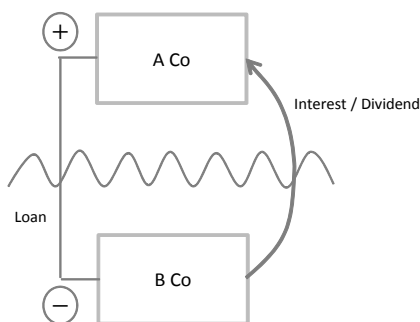
金の配当等の額のほか、既に行った投資に係る課税関係の激変緩和の観点から、内国法人の平成 28 年 4 月 1 日から平成 30 年 3 月 31 日までの間に開始する各事業年度において受ける剰余金の配当等の額(平成 28 年 4 月 1 日において保有する外国子会社に該当する外国法人の株式等に係るものに限る。)についても従前どおりとされている(改正法附則 24①、②)⁽¹⁷³⁾。

そこで、平成 27 年改正法が適用される前後の移行時期において、勧告 1 と勧告 2.1 が錯綜する可能性があるため、両ルールの調整を OECD のガイダンスに基づき整理し、考えられる問題点を提起する。

○ 設例 2.3 (Co-ordination of hybrid financial instrument rule and Recommendation 2.1)⁽¹⁷⁴⁾

イ 事実関係

A 国居住の A 社は、B 国居住の B 社(A 社の完全子会社)に資金を貸し付ける。毎年 10 月 1 日に経過利子が支払われるが、本件貸付は劣後ローンで、B 社の支払能力が低下した場合には元利払いを猶予することができる。



本件劣後ローンは、B 国において負債として取り扱われ、利子は損金の額に算入される一方、A 国では資本として取り扱われるため、外国子会社配当は益金不算入とされる。

2 年目に B 国はハイブリッド・ミスマッチルールを導入し、その年度は利子に係る控除を否認する。3 年目に A 国は勧告 2.1 に従い国内法を改正し、以後、子会社の本店所在地国で損金算入された支払に対する受取配当免税を適用しないこととする。

(173) 関ほか・前掲注 (163) 623 頁。

(174) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.284.

ロ 適用関係

A国が勧告 2.1 に従って国内法を改正する年度（switch-over period）において、B国は、ミスマッチが無効化される限り、一次対応を停止しなければならない。ただし、B国は、A国の改正法発効以前に終了する会計年度にミスマッチが生じていれば、その控除を否認する。また、A国は、改正法発効以前に終了する会計年度について、B国における一次対応による影響を考慮するものとする。

以上のことから、勧告 2.1 の導入に伴いルールの適用が複雑化し、二重課税のリスクが高まるため、ミスマッチルールの発動より勧告 2.1 による調整の方を優先させていることが読み取れる。しかし、A国がB国における一次対応による影響を考慮（Country A should take into account the effect of any adjustment that were made under the hybrid financial rule in Country B）とはどういうことか。移行期（switch-over period）における両国の調整過程を分析する。

(イ) 2年目

各年の経過利子は 100。A 社、B 社ともに他の収益費用は発生せず、収支は暦年計算とする。2 年目は、勧告 2.1 が導入されていないため、B 国が税務上 100 の支払を否認（次表参照）。

	Country A A Co			Country B B Co			Total
	Tax		Book	Tax		Book	
Year 2	<u>Income</u>			<u>Income</u>			
	Divident		0	100	100		
				<u>Expenditure</u>			
				Interest	0	(100)	
	Net return		100	Net return		0	100
	Taxable income		0	Taxable income		100	100

(ロ) 3年目

3 年目の期首に勧告 2.1 が導入され、B 国はハイブリッド金融商品ルールを停止する。ただし、B 国は、発生主義で利子の費用計上を認

めるため、支払利子 100 のうち 25 パーセント相当額は前期 (Year 2) において否認済となっている。したがって、A 国は、同額だけ減額する必要がある (次表参照)。

	Country A A Co		Country B B Co		Total
	Tax	Book	Tax	Book	
Year 3	<u>Income</u>		<u>Income</u>		
	Divident	75	Operating income	100	
		100			
			<u>Expenditure</u>		
			Interest	(100)	
				(100)	
	Net return	100	Net return	0	100
	Taxable income	75	Taxable income	0	75

(ハ) 4 年目

4 年目に本件貸付は満期を迎え、経過利子の支払は 4 年目の 10 月 1 日に終了する。A 国において受取配当免税 100 が否認されており、事実上 B 社に追加 25 の課税所得が生じていることになるため、支払の認識時期のズレは解消される (次表参照)。

	Country A A Co		Country B B Co		Total
	Tax	Book	Tax	Book	
Year 4	<u>Income</u>		<u>Income</u>		
	Divident	100	Operating income	100	
		75			
			<u>Expenditure</u>		
			Interest	0	
				(100)	
	Net return	75	Net return	0	75
	Taxable income	100	Taxable income	0	100

実務上、二以上の国をまたぐ取引について、このような複雑な調整は可能であろうか (しかも、設例では A 社と B 社は非関連者である)。経団連は、関連者の範囲について「仮に完全子会社のように支配関係が強固であれば、現地税法に精通した出資先ファイナンス部門とのコミュニケーションを取ることも可能かもしれないが、そうでない場合、相手国における課税上の取扱いを確認する際に、現地税制に精通する人材が手当できず、確認作業に相応の時間・コストを要する恐れがある。また、

そもそも相手国企業又はアドバイザーの見解とその国の税務当局の見解が異なる可能性もある。⁽¹⁷⁵⁾」とコメントしているが、当を得た意見であると考ええる。すなわち、25 パーセント程度の支配関係では、2 国間の調整は不調に終わる可能性が高く、確定申告時における自発的な申告調整は期待できないということになる。

(3) ステートレス・パーソンに対する対応

最後に、いずれの国においても居住者とされないステートレス・パーソン (stateless person / entity) に対して、ハイブリッド金融商品ルールが無効であることを指摘しておきたい。

再び、多国籍企業が資金ファイナンスする場合の負債調達と資本調達との差異について話を戻したい。外国子会社が株式を発行して親会社が出資すると子会社の居住地国に法人税収が生ずる。子会社が負債により資金調達して親会社はその資金を融資すると親会社の居住地国に法人税収が生ずる。ここで両国の税率が異なれば、租税裁定が働くことになり、極端な場合、親会社の居住地に法人税が存在しなければ、負債によって子会社の資金調達を行うと、子会社居住地国で課税所得が減る一方で、親会社の居住地国では受取利子に一切課税しない。これは、どちらの国でも課税されない所得 (stateless income) の説明⁽¹⁷⁶⁾であるが、どちらの国でも課税されない者をステートレス・パーソンという。

このような二重非課税所得について、ハイブリッド金融商品ルールは発動されない。なぜなら、本節 3 (6) 設例 1.6 で検討したとおり、いずれの国においても納税者に該当しないステートレス・パーソンについては、

(175) OECD (2014d), *see supra* note (170), p.343 (para.19)、経団連・前掲注 (170)。補足すると、本コメント (関連者の定義を現実的なものとする) は、ディスカッションドラフトの段階で関連者の範囲が 10% 支配関係とされていたことに対する反論である。OECD (2014b), *see supra* note (43), p.34.

なぜ 10% という数字が提示されたのかについて、欧州における資本参加免税の要件が念頭にあったのかもしれないという見解がある。幕内浩「産業界から見た B E P S 報告書第一弾 (2)」T&A Master569 号 18 頁 (2014)。

(176) 増井＝宮崎・前掲注 (38) 209 頁。

支払が益金の額に算入される受領者国 (payee jurisdiction) が存在しないからである。

ステートレス・パーソンについては、次のような設例も考えられる。例えば、居住者の判定について、A国は管理支配地基準を取る。仮にA国で設立されたA社が第三国で管理支配されている場合には、A国において居住者とされない。しかも第三国がタックスヘイブン国であれば、A社はいずれの国においても課税主体に該当しないことになる。A社は、B国に居住するB社からハイブリッド金融商品に係る支払を受ける。この場合についても、利子を受け取ったA社は、いずれの国においても納税者に該当しない。したがって、そもそもミスマッチが存在しないとされるであろう。

実例の報告もされている。アップル社による有名な「D I D S (Double Irish with a Dutch Sandwich)」である⁽¹⁷⁷⁾。すなわち、アイルランド法に準拠してアイルランド法人を設立し、その実質管理支配を米国で行うと、当該アイルランド法人は、全世界所得課税を行う米国が準拠法主義を採用しているので、課税上は外国法人となり、全世界所得課税を行うアイルランドが実質管理支配主義を採用していたので、課税上非居住法人とされ、米国及びアイルランド以外の国から得た所得は、両国の国外源泉所得として米国でもアイルランドでも課税されないことになる。…このようなアイルランド法人は、“Stateless Entity” (Carl Levin はこれを「幽霊会社」という。) と呼ばれ、当該国外所得は “Stateless Income” と呼ばれた⁽¹⁷⁸⁾。

このようなアレンジメントを組成するのは、一般に、海外事業に関する

(177) 太田・前掲注 (5)。

(178) 本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討 (第 19 回) 国際課税において実質課税の強化 (国内法化) を促す OECD/G20 BEPS プロジェクトの合意・勧告」租税研究 799 号 165 頁 (2016)。

なお、2013 年に「無国籍」企業規定を導入したアイルランドは、2014 年 10 月、ダブルアイリッシュの手法を 2015 年 1 月から段階的に廃止すると発表した (2020 年までは経過措置)。E Y 税理士法人ニューズレター「B E P S アップデート—2014 年の総括」(2015)、平成 25 年 10 月 21 日付日本経済新聞朝刊 17 面「国際課税の抜け穴対策、アイルランド、税制一部見直し」など。

知的財産（IP）から生じる収益を低税率国に集積させるためであり、ステートレス・パーソンに対しては、行動3（外国子会社合算税制の強化）や行動8（無形資産取引に係る移転価格ルール）、行動15（多数国間協定の策定）などで対抗するしかないであろう。

なお、本店所在地基準と管理支配地基準の衝突により、双方の国の居住者となったことに伴い生じるミスマッチについては、第6節で別途検討する。

第2節 金融商品（その2）

第2節では、ハイブリッド譲渡（hybrid transfer）を要素とするミスマッチについて検討する。ハイブリッド譲渡については、2015年最終報告書の「総括表⁽¹⁷⁹⁾」中、第1節で検討したハイブリッド金融商品アレンジメントに包含されているが、2014（平成26）年3月19日に公表されたディスカッションドラフトの段階では「ハイブリッド金融商品及び譲渡⁽¹⁸⁰⁾」というカテゴリーとして別項で検討されるなど、その内容は重要である。それでは、基本構造を明らかにするところから始める。

1 基本構造

下図⁽¹⁸¹⁾は、2014年デリバラブルが示すハイブリッド譲渡を利用したミスマッチ・アレンジメントの略図である。

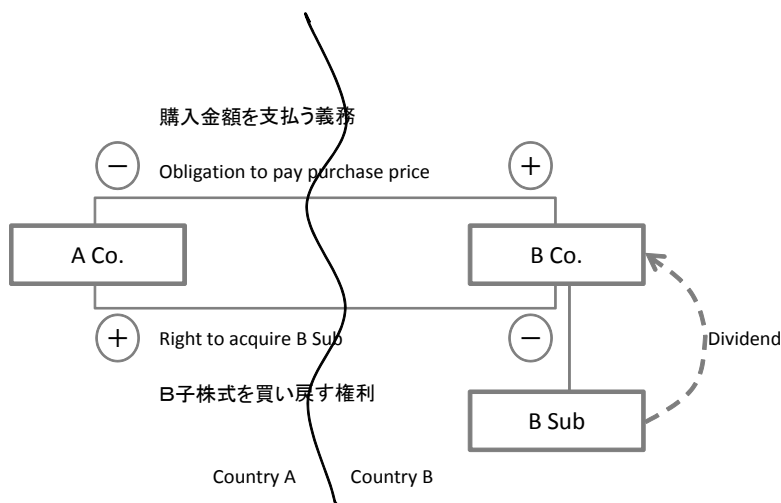
A社は、A社保有株式をB社に売却する。ただし、この取決めには、A社があらかじめ約定した期日にあらかじめ約定した価格で買い戻すという特約が付されている。つまり、取引開始時にB社は購入金額を支払う義務を負い、Aは株式を買い戻す権利を有する。この売却により、A社保有株式の発行体

(179) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.20.

(180) OECD (2014b), *see supra* note (43), p.18.

(181) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.35. 筆者が一部加工。

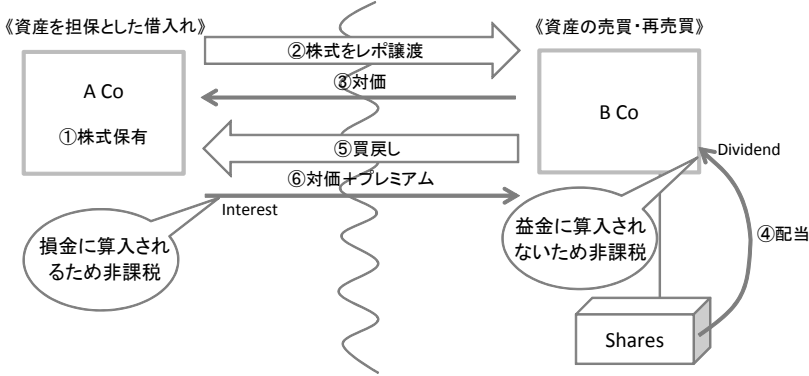
はB社の子会社となるので、買戻しが行われるまでの間、B子会社は、B社に対して配当を支払う。



このようにA社が在庫玉を使って行う資金調達を、一般にレポ取引というが、税務上のミスマッチが生じる原因は、A社が買戻しの際に支払う金利相当額（B社に支払われる配当金額を含む。）が控除可能な金融費用と取り扱われる一方、配当の支払を受けるB国においては、控除、不算入、免税その他の減免措置が認められるところにある。更に、B社は株式をA社に売り戻す際に生じるキャピタルゲインについても、B国は、資本参加免税又は適用除外とするかもしれない。

もっと分かりやすく表現すると、ハイブリッド金融商品が「負債」と「資本」の区分に関するミスマッチであったのに対し、ハイブリッド譲渡は、「借入（A社が株式を担保に資金を借りた）」と「売買（B社が株式を譲り受けた）」の混在に起因するミスマッチであると換言できる⁽¹⁸²⁾。

(182) 図は、秋元・前掲注（53）30頁を基に筆者が一部加工。



なお、2015 年最終報告書では勧告 2.2（外税控除の比例制限）に収斂し、やや後退したような印象を抱くが、ディスカッションドラフトの段階までは、ハイブリッド譲渡には「税額控除ジェネレータ（tax credit generator）」という過剰な(surplus)な税額控除についての議論があったことを補足したい。

次表⁽¹⁸³⁾は、A 社が B 社に移転させた証券の発行体（B 子会社）、A 社及び B 社の課税関係をまとめた表である。

	B Sub		A Co		B Co	
Net income calculation	Income	100	Dividend from B Sub	70	Dividend from B Sub	70
			Foreign tax credit	30		
			Net income	100		
			Interest paid to B Co	(70)		
Net taxable income		100		30		0
Tax at 30%		(30)		(9)		0
Foreign tax credit				30		
Country A net credit		0		21		0
Country B (net tax)		(30)		0		0

B 子会社は、100 の所得に対する法人税を B 国に納付し、税引後利益 70 の全てを B 社に配当処分する（B 社は受取配当免税）。A 社は、レポ取引を資産担保付貸付と見るため、B 子会社配当 100 を総額で課税所得に算入した上、B 社に対する金融費用 70 を損金の額に算入する。この場合において、A 社が B 子会社から受け取る配当金 100 と A 社が B 社に支払う利子 70 の差額に対して発生する税額 9（＝30×30%）よりも、A 社が控除できる外国税額控

(183) OECD (2014b), *see supra* note (43), p.22 (para.71).

除 30の方が上回ることになり、過剰な税額控除を生み出す (generate excess tax credits) ことから、この種のストラクチャーは、「税額控除ジェネレータ (tax credit generator)」と称される⁽¹⁸⁴⁾。

2 勧告ルール

勧告内容については、第1節2（勧告ルール）に記載した。ハイブリッド譲渡が引き起こすD／N I 効果を無効化するルールについても、金融商品の税務上の取扱いに関する個別勧告（勧告2）に従い国内法を整備した上、支払者による控除否認を一次対応、通常の所得として算入を防御ルールとするハイブリッド金融商品ルール（勧告1）の適用が基本となっている。

3 ハイブリッド金融商品ルールの適用関係

（1）設例 1.31 (Loan structured as a share repo) ⁽¹⁸⁵⁾

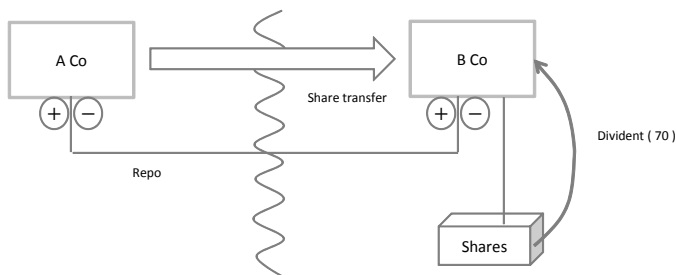
イ 事実関係

A国居住のA社は、B国居住の非関連者B社からの資金調達を希望したところ、当事者間の調達コストを低減させるため、B社からレポ取引 (repo: a sale and repurchase arrangement) を利用したローンの仕組みを提案された。本件アレンジメントでは、A社はB社に証券を移転させるが、A社は、あらかじめ約定した期日にあらかじめ約定した価格（約定価格にレポ差額を付した金額）で当該証券を買い戻す。

この種の金融アレンジメントが「正味支払レポ (net paying repo)」と形容されるのは、貸し手兼レポ期間中の一時的な証券保有者のB社が、原資産に係る受取配当金を経済的所有者であるA社に支払わないことに由来する。

(184) *Ibid.*, (para.73).

(185) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.256.



本設例の前提は次のとおり。すなわちB国では、その形式（form：資産の売却及び買戻し）に則した課税が行われるため、B社はあたかも原資産の受益的所有者であるかのごとく取り扱われ、受取配当は益金不算入となる。一方、A国は、その経済実質（economic substance：資産を担保とした融資）に従って課税するため、課税上レボは、移転した証券を担保とするA社に対する貸付と取り扱われ、A社は、レボの存続期間中に支払われる配当を受け取る権利を有する証券所有者とみなされる。したがって、A社は、配当金額に内在する租税（underlying tax）を支払われたものとみなしてグロスアップ課税を受けるが、みなし課税額に対する税額控除が認められる。しかしながら、本件レボ取引は、資金の貸し手が当該配当金をあらかじめ合意した金額の一部として保持する「正味支払レボ」であるため、A社は、B社が保持する配当相当額を金融費用として控除する。

B社の当初支払金額を2000、レボ期間1年、レボ差額3.5パーセントと仮定すると、A社には2070で証券を買い戻す義務が生じる。しかしながら、本設例において、B社は受取配当をそのまま持ち続けているため、買戻価額は2000（A社にとってのレボコストは70）となる（次表参照）。

A Co			B Co		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Dividend	70	70	Dividend	0	70
Gross up for deemed tax paid	30	0			
<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
Expenditure under repo	(70)	(70)			
Net return		0	Net return		70
Taxable income	30		Taxable income	0	
Tax (30%) on net income	(9)				
Tax credit	30				
Tax benefit		21	Tax to pay		0
After-tax return		21	After-tax return		70

A社の視点から本件アレンジメントを見ると、実質的に通常ローンと変わらない効果がある一方、B社にとっては、A社が支払う金融費用がB国の配当免税制度の適用により免税配当となり益金の額に算入されないという点において、70の租税上の便益（tax benefit）を生みだすアレンジメントとなる。

ロ 適用関係

A社とB社は非関連者であるが、本アレンジメントが税務上の mismatchesを生みだすように設計されているため、ハイブリッド金融商品ルールは適用される。したがって、A国における金融費用の控除を否認（一次対応）。A国が対応しないときは、B国が通常所得として算入（防御ルール）。

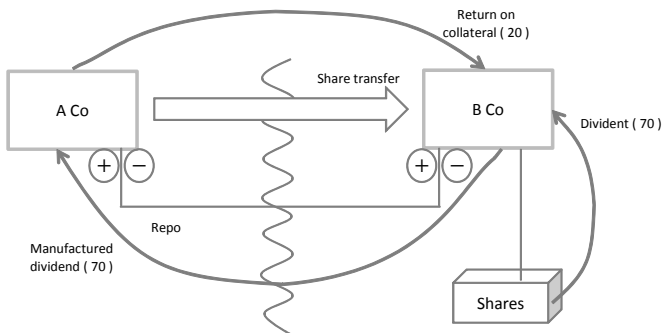
留意すべきは、B国が既に勧告 2.1 を採用している場合であっても、控除可能な支払に対する受取配当免税の否認規定は適用されないことにある。なぜなら、証券発行体の所在地国において支払配当が損金の額に算入されているわけではないため、勧告 2.1 では mismatches を無効化することはできないからである。

(2) 設例 1.32 (Share lending arrangement) ⁽¹⁸⁶⁾

イ 事実関係

貸株取引 (Share lending arrangement) 又は証券担保ローン (share loan) は、証券が一時的な保有者 (borrower) に譲渡され、あらかじめ約定した期日に返却されるという点でレポ取引に類似しており、譲渡人 (transferor or lender) が証券所有者としてのリスク及びリターンを、譲受人を通じて引き続き有している。大きな違いは、一時的な証券保有者があらかじめ約定した期日に貸し手に同種・同量の証券を返還する義務を負っているところにある。

B 社は、証券の空売り (short) を意図して関連会社である A 社から証券を借り受け、借株と等価の担保物を別途差し入れる。本設例では、B 社は借り受けた証券を続けて処分することなく、配当支払日まで証券を持ち続ける。したがって、B 社は、原資産に係る配当相当額 70 を A 社に対する “manufactured payment” として支払わねばならない (この点、設例 1.31 の正味支払レポと異なる)。一方、A 社は、取引期間中に B 社が差し入れた担保物に係る利子 25 を収入するが、取引終了時には B 社からの貸株手数料 5 を差し引いて、担保物とともに B 社に返還する。



B 国は、B 社を証券の所有者として取り扱うことから、B 社は配当免税の適用を受けるとともに manufactured dividend は金融費用として

(186) *Ibid.*, p.261.

課税所得から控除される。一方、A国は、証券の移転がなかったものとして、A社を引き続き証券の所有者として取り扱うことから、**manufactured dividend** として受け取った金額を原資産に係る配当として配当免税の適用を受ける。

本件アレンジメントから生ずる総所得は 95（配当 70、利子 25）であるが、税務上はB社に損失 50、A社に貸株手数料 5 の課税所得を生じさせるのみである（次表参照）。

A Co			B Co		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Fee paid by B Co	5	5	Interest paid by A Co	25	25
Interest on collateral	25	25	Dividend on borrowed shares	-	70
Exempt dividend	-	70			
<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
Interest paid to B Co	(25)	(25)	Fee paid to A Co	(5)	(5)
			Manufactured dividend	(70)	(70)
Net return		75	Net return		20
Taxable income	5		Taxable income	(50)	

ロ 適用関係

設例の **manufactured dividend** は、代替支払（substitute payment）に該当し、B社の控除 70 が証券担保ローンに係る支払に対する税務上の取扱いにではなく、原資産の取得及び処分に帰する場合であっても、ハイブリッド金融商品ルールの適用範囲となる。

A社とB社は関連者である。したがって、B国における金融費用 70 の控除を否認（一次対応）。B国が対応しないときは、A国が通常所得として算入（防御ルール）。

なお、勧告 2.1 は、証券発行体の所在地国で支払配当が損金の額に算入されているかどうかを参照する規定であるため、B国が既に勧告 2.1 を導入している場合であっても、当該規定は、本アレンジメントに適用されない。

本設例で取り上げられた「代替支払」は、2014 年デリバラブルには登場しない用語である。概念自体は、ハイブリッド譲渡に包含されていたのであろうが、ルールの精緻化を意図したのであろうか、勧告 1 では別

項 (1.2(e)) に明示されている。

(3) 設例 1.33 (Share lending arrangement where transferee taxable on underlying dividend) ⁽¹⁸⁷⁾

イ 事実関係

原資産に係る配当 70 が、B 国において配当免税とされず課税対象となるほかは、設例 1.32 と同じ。A 国は、証券の移転がなかったものとして、A 社を引き続き証券の所有者として取り扱うことから、**manufactured dividend** として受け取った金額を原資産に係る配当として配当免税の適用を受ける。そのため、A 社は貸株手数料 5 以外の租税債務を負わない。

B 国は、借株から生じる配当を課税対象と取り扱うことから、B 社は A 社に支払う **manufactured dividend** の控除を認められる。B 社はまた、担保物に係る利子を益金の額に算入するため、純利益 (**net return**) と課税所得とは一致する。本アレンジメントの正味の影響は、A 社・B 社ともに、まるで取引自体が行われなかったかのように同一のポジションとなっているといえる (A 社の貸株手数料 5 を除く)。

A Co			B Co		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Fee paid by B Co	5	5	Interest paid by A Co	25	25
Interest on collateral	25	25	Dividend on borrowed shares	70	70
Exempt dividend	-	70			
<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
Interest paid to B Co	(25)	(25)	Fee paid to A Co	(5)	(5)
			Manufactured dividend	(70)	(70)
Net return		75	Net return		20
Taxable income	5		Taxable income	20	

ロ 適用関係

証券担保ローン (share loan) は、ハイブリッド譲渡であり、証券担保ローンに基づく **manufactured dividend** の支払は、D/N I 効果を引き起こす。B 国は、**manufactured dividend** を別個の控除項目として取り扱う一方、A 国は、原資産に係るリターンを受取配当免税として取り

(187) *Ibid.*, p.266.

扱う。したがって、税効果のミスマッチは、A国・B国双方の性質決定方法の差異に起因し、ハイブリッド譲渡に基づく支払と取り扱われるため、ハイブリッド・ミスマッチに該当する。

他の金融商品と同様に、ハイブリッド譲渡ルールは、証券を移転することにより調達した資金が、課税もしくは免税を生み出す資産に投資されたか否かを考慮することはない。譲渡人（A社）がレポ取引又は証券担保ローンに基づく支払に関して必要とされる調整は、B社において原資産に係る配当が課税されているという事実関係には影響されない。

しかしながら、B社が自己売買業の一環として証券を取得するトレーダー（資産の取得、保有、処分から生ずる正味利益の全てに課税されるという前提を置く。）であれば、B国においてハイブリッド金融商品ルールが適用されることはない。Manufactured dividend は、D／N I 効果をもたらす代替支払に該当するが、B社は、原資産から生ずる受取配当に課税されているため、何らの調整を要しない。

解釈がやや難解な規定である。B国で manufactured dividend が損金算入される一方、A国では対応する受取配当が免税とされているため、確かにここにミスマッチは存在する。しかし、B社が自己トレーディングから生ずる全ての金融利益に課税される「トレーダー」であり、結果として借株から生ずる配当が課税されているため、あえてB国における一次対応（金融費用 70 を否認）は不要という理屈であろうか。

ある論者は、レポと証券担保ローンを引き合いに出し、ルールを更に複雑化していると指摘する⁽¹⁸⁸⁾。すなわち、証券トレーダー・ディーラーにはハイブリッド譲渡の継続を認め、租税裁定を利用することを容認するが、それ以外の者（civilians）には認めないのかという批判である。

本設例におけるトレーダーの経理処理について理解の及ばないところがあり、直ちに我が国への影響度合いは測りかねるが、国内法制化に当

(188) Lee A. Sheppard, *BEPS Action 2 (Hybrid Mismatches): The Hybrid Hydra*, Tax Notes International, Volume 80, Number 2 (2015), pp.109-113.

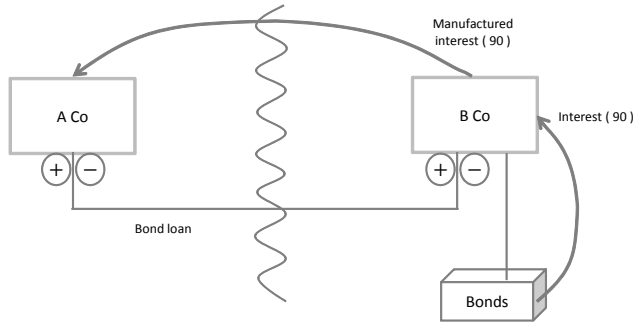
たっては、十分な検討が必要となろう。

(4) 設例 2.2 (Application of Recommendation 2.2 to a bond lending arrangement) ⁽¹⁸⁹⁾

イ 事実関係

アレンジメントの金融手段が株式 (share) ではなく債券 (bond) であるほかは、設例 1.32 と同じ。B 社は、原債券に係る利子 (源泉税控除後) を **manufactured payment** として貸付期間にわたり A 社に支払う。A 社は、証券所有者としてのリスク及びリターンを、B 社を通じて引き続き有している。

B 国は、B 社を証券の所有者として取り扱うことから、B 社は債券利子 100 を収益に計上し、A 社に支払う 90 の **manufactured payment** (源泉所得税 10 を控除後の金額) を金融費用として課税所得から控除するとともに、源泉税 10 を所得税額控除する。一方、A 国は、A 社を引き続き証券の所有者として取り扱うことから、**manufactured payment** として受け取った金額を債券利子として収益計上するとともに、源泉税 10 を外国税額控除する。



ロ 適用関係

A 国、B 国ともに受取金額を通常所得に算入しており、D/N I 効果というミスマッチは生じていない。問題は、ハイブリッド譲渡が税額控

(189) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.281.

除の重複適用 (double-dip or duplication) を認めているところにあり、租税の減免措置の付与は、納税者の課税所得に相当するものに制限すべきとの勧告 2.2 に従い、B 国の所得税額控除 10 は 3 までしか認められず、控除超過額 7 が否認される (次表参照)。

A Co			B Co		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Manufactured interest	90	90	Interest	90	90
Amounts withheld	10	0	Amounts withheld	10	0
			<u>Expenditure</u>		
			Manufactured interest	(90)	(90)
Net return		90	Net return		0
Taxable income	100		Taxable income	10	
Tax on income (30%)	(30)		Tax on income (30%)	(5)	
Tax credit	10		Tax credit	10	
Tax to pay		(20)	Tax to pay		0
After -tax return		70	After-tax return		0

なお、税額控除は、納税者の課税所得相当額に制限されるため、本事例において、A 社の外国税額控除 10 については影響を及ぼさない。

4 事例研究：ニュージーランド・レポ

この項では、実際にハイブリッド譲渡を利用して租税回避を企図したバンク・オブ・ニュージーランド事件⁽¹⁹⁰⁾を題材に、本事件におけるニュージーランド当局の対応方を研究するとともに、勧告ルールの適用関係等を考察する。

なお、本事件では、バンク・オブ・ニュージーランド (BNZ) 傘下の SPC が締結した 6 件のストラクチャード・レポ取引が争訟の対象となっている。内容が複雑な上、1 件ごとに取引当事者が相当数登場するため、ニュージーランド税制の解説書『ニュージーランド税制 2014 年版』⁽¹⁹¹⁾の「租税回避 (Tax Avoidance)」の章で紹介されたアウトラインを訳出することで簡約

(190) *BNZ Investments Ltd v Commissioner of Inland Revenue* (2009) 24 NZTC 23,582 (HC)

(191) Robert Vosslamber et al. (2013) “*New Zealand Taxation 2014 – Principles, Cases and Questions*” Thomson Reuters, p.1017

化する⁽¹⁹²⁾。

(1) 事件の概要 (抄訳)

ニュージーランドの納税者であるBNZは、海外エンティティに対して証券(受益証券)投資を行った。本件投資は、レポ契約に基づき実行されたものであるため、海外カウンターパーティがあらかじめ約定した期日にあらかじめ約定した価格で当該証券を買い戻すという条件が付いている。海外カウンターパーティの親会社は、BNZから債務保証手数料(GPF: Guarantee Procurement Fee)の支払を受け、子会社(海外カウンターパーティ)が証券を買い戻すことを保証した。

本件レポ取引は、BNZが借入コスト、債務保証手数料及び金利スワップ取引から生じるネット費用を控除できるように仕組みられている。また、BNZが受け取る分配は、国外配当免税制度又は外国税額控除制度により免税所得(tax-exempt income)として取り扱われる。ニュージーランド税法の下では、本件レポ取引は、証券投資(equity investments)とされるが、カウンターパーティの租税管轄下では担保付貸付(secured loans)として取り扱われる。したがって、カウンターパーティは、BNZに対して行う支払(BNZが無税で受け取った金額)を貸付金の利子として控除することが可能となる。BNZは、1996年から2006年の間に9件のレポ取引を締結した。そのうち3件については、内国歳入庁長官通達(binding rulings from the CIR)に従ったが、残り6件についてはその限りではなかったため、裁判所で争うこととなった。

これら6件の取引について、BNZは、導管制度(conduit regime)に基づく国外配当免税、又は外国税額控除制度(FTC regime)によるニュージーランド税額控除のいずれかを受けた(were either exempt or relieved from New Zealand tax)。そして、各取引に関連する費用を控除

(192) より詳細な先行研究は、中嶋美樹子「クロスボーダーレポ取引と課税」『租税資料館賞論文集第19回(2010年)中巻』267～322頁(公益財団法人租税資料館、2011)を参照。本研究でもBNZ事件を取り上げており、訳出に当たり、著者作成の図(306頁)を参考にした。

した。なぜなら、当該支出は利子（又はみなし利子）であり、企業が支出する利子は、それが課税所得に関連する支出かどうかを問わず控除可能とみなされるからである。

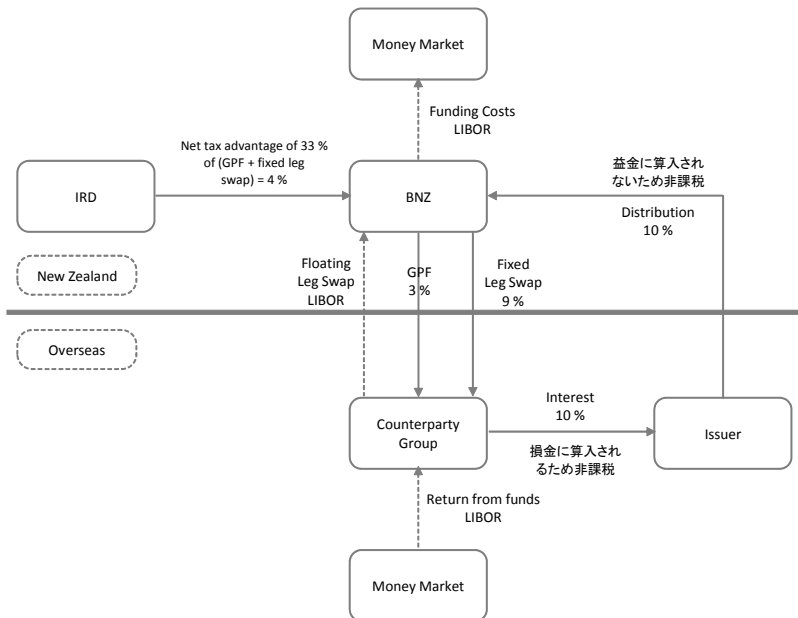
裁判所は、内国歳入庁に有利な司法判断を下した。すなわち、納税者が締結したレポ取引は、B G 1 の意義の範囲内で租税回避アレンジメントを構成しており、租税回避行為に対抗するための内国歳入庁のアプローチを支持するというものである。

（２）補足

図は、引用文献の添付図⁽¹⁹³⁾であるが、B N Z とカウンターパーティとの間で、金利スワップ契約が結ばれている。これは、取引当事者双方が短期金融市場からの調達コストに係る金利変動リスクをヘッジするために行ったものと思われる（B N Z は、市場に対して支払う調達コスト（Funding Costs）にカウンターパーティから受け取る変動金利（Floating Leg Swap）をぶつけて固定化することにより、リスクフリーとしている。カウンターパーティも同旨。）。

また、I R D から B N Z に向かって伸びる矢印は、国庫（内国歳入庁：Inland Revenue Department）からもたらされた正味の節税額を意味するものと推察する。B N Z が負担する金利スワップ固定金利 9 パーセント及び債務保証手数料（G P F）3 パーセントは、ニュージーランド税制上、課税所得から控除できる損金の額に算入できるので、これに法人税率 33 パーセントを乗じて算出された 4 パーセント相当額が租税上の正味利益（net tax advantage）であろう。

(193) Robert Vosslander et al. (2013), *see supra* note (191), p.1018. 筆者が一部加工。



なお、抄訳中に「BG 1」という条文が出てくるが、これは、ニュージーランドの現行法たる 2007 年所得税法（Income Tax Act 2007）のパート B の BG 1 条⁽¹⁹⁴⁾のことであり、所得税法上租税回避アレンジメント⁽¹⁹⁵⁾は、内国歳入庁長官に反するとして無効とされ、内国歳入庁長官は、パート G（Avoidance and non-market transactions）に基づき、居住者が当該租税回避アレンジメントから得る租税利得に対抗することができる旨が規定されている。ニュージーランド当局は、この包括的租税回避否認規定（GAAR : General Anti-Avoidance Rule）⁽¹⁹⁶⁾に基づき、BNZ が受け取った

(194) 原文は次のとおり。BG1 (1) A tax avoidance arrangement is void as against the Commissioner for income tax purposes.

(2) Under Part G (Avoidance and non-market transactions), the Commissioner may counteract a tax advantage that a person has obtained from or under a tax avoidance arrangement.

(195) “tax avoidance” 及び” tax avoidance arrangement” などの定義規定は、所得税法パート Y サブパート YA 1 条に規定されている。

(196) ニュージーランド GAAR の詳細な研究については、酒井貴子「租税回避行為と

分配金を担保付ローンの利子であると認定して配当免税の取扱いを否認し、裁判所も問題の 6 件の取引全てが B G 1 条の射程となる旨判示している⁽¹⁹⁷⁾。すなわち、裁判官 Wild J は、(a) B N Z にとって実質的に租税負担を変更することが取引の目的であること、(b) 取引には、商業的目的又は理論的根拠がないこと、(c) 最初の取引において B N Z が適用した外国税額控除は、制度の趣旨に反していること、(d) 残り 5 件の取引は、議会が予定した導管制度を利用していないこと、等の理由で結論を導き出している⁽¹⁹⁸⁾。

(3) 本事件におけるミスマッチの所在

繰り返しになるかもしれないが、本件レポ取引においてミスマッチが生じることとなった原因は、ニュージーランドにおいてレポ取引が売買・再売買取引として取り扱われ、取引の相手方の所在地国においては担保付貸付として取り扱われるといったように、同一の取引が 2 国間で異なる性質決定をされたところにある。具体的には、レポ取引の担保に供された受益証券について、B N Z は、カウンターパーティから取得したと取り扱い、受け取った分配金 10 パーセント（図 Distribution 10%）を受取配当免税とする一方、カウンターパーティは、当該証券を資金調達担保として取り扱い、B N Z への支払金額 10 パーセント（図 Interest 10%）をレポ取引に係る金融費用として損金の額に算入した。

包括的租税回避否認規定—ニュージーランド版 G A A R を参考に—岡村忠生編『租税回避研究の展開と課題』241～263 頁（ミネルヴァ書房、2015）、海外論文 David Dunbar (2008), *Statutory General Anti-Avoidance Rules: Lessons for the United Kingdom from the British Commonwealth*, Bulletin for International Taxation, Vol.62, No.12.を紹介した、今村隆「制定法上の一般否認規定：英連邦諸国からの英国に対する教訓」租税研究 724 号 219～256 頁（2010）など。

(197) See *supra* note (190), para.526.

(198) 本件レポ取引は、平成 24 年 9 月 30 日から 10 月 4 日にかけて米国ボストンで開催された I F A（International Fiscal Association：国際租税協会）の年次総会においても報告されている。議題 2—デット・エクイティの区分に関する難問（Subject 2—The debt-equity conundrum）を参考。古賀昌晴＝居波邦泰『I F A 第 66 回年次総会（ボストン大会）の模様』税大ジャーナル第 21 号 141 頁（2013 年、<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/backnumber/journal/21/pdf/07.pdf>）。

(4) ハイブリッド・ミスマッチルールの適用関係

ニュージーランド当局は、GAARの規定に基づき配当免税の取扱いを否認したが、勧告された無効化ルールに従い課税関係を整理すると、およそ次のようになるだろう。すなわち、本事件のレポ取引は、ハイブリッド譲渡に該当し、原資産に係る配当の支払が取引当事者間でD／N I 効果を生じさせているため、ハイブリッド金融商品ルールの射程となる。したがって、海外の取引相手国がカウンターパーティの金融費用の控除を否認（一次対応）。取引相手国が対応しない場合、ニュージーランドが配当所得を通常所得として課税する（防御ルール）。

ニュージーランドは、外国子会社の所在地国で控除可能な分配（a deductible foreign equity distribution）を受取配当免税から除くという税制（2007 年所得税法C W9 条）を有しており⁽¹⁹⁹⁾、勧告 2.1 には対応済といえようが、事例のようなミスマッチを除去しようとする、やはりハイブリッド金融商品ルールの国内法化が必須となることを確認できた。

5 問題点の考察

これまで見てきたハイブリッド譲渡（代替支払を含む。）に係る無効化ルールの問題点について考察する。

(1) 仕組まれた取決めであることの立証の困難性

ハイブリッド譲渡の厄介な点は、仕組まれた取決め（structured arrangement）であれば、設例 1.31 で検討したとおり、非関連者間取引であつてもハイブリッド・ミスマッチルール（A国における控除否認を一次対応、B国における通常所得算入を防御ルール）が適用されるところにある。ニュージーランド・レポ事件においても、BNZと海外カウンターパーティとの間に資本関係はない。

しかし、レポ取引等が金融手段である以上、一般に仕組みを構築するの

(199) Robert Vosslamber et al. (2013), *see supra* note (191), p.734

は貸し手であるB社であろう。なぜなら、B社に租税上の便益があるからこそ、この便益を原資に低コストの融資が実現できるからである。設例1.31も、「取引当事者にとってより低い税コストの確保(secure a lower tax cost for the parties under the arrangement) ⁽²⁰⁰⁾」が、ひいては調達コストの低減となるという前提事実を置いて解説を進めている。

しかし、執行の現場感覚として、これには相当の違和感を覚える。その理由は、A国税務当局が一次対応でA社の金融費用を否認するためには、単にB国が配当免税制度を採択しているという事実だけでは不十分で、B社が自国の税制を利用することで、全体としてより低利の調達コストを達成する仕組みがあることの立証を要求されているように感じるからである。つまり、属地主義が原則とされる執行管轄権⁽²⁰¹⁾の適用範囲を超えた対応が求められていることにならないだろうか。

租税条約に基づく情報交換(E O I)に活路を見いだすとしても、実務上、二以上の国をまたぐ取引の情報収集には限界がある。税務当局間の情報交換制度の更なる充実が期待される一方、情報交換が制度的に困難である条約非締約国が絡む取引をどこまで規制するか、ハイブリッド譲渡の抱える問題は大きい。

(2) 我が国レポ市場への影響

次に、我が国が本節における設例においてA国(借り手)の立場であった場合の影響度合いを考えてみる。

我が国において、レポ取引は、担保付貸付として取り扱われる⁽²⁰²⁾としながらも、法令上レポ取引の対象を「債券」に限定していることから、債券以外の資産(例えば株式)を対象としたクロスボーダーレポ取引が行われた場合には、その取扱いが売買・再売買とされる可能性がないとはいえ

(200) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.259 (para.19).

(201) 増井=宮崎・前掲注(38) 17頁。

(202) 我が国のレポ取引と課税について、渡辺・前掲注(145) 263~273頁。

ないと指摘する先行研究⁽²⁰³⁾がある。しかしながら、金融商品取引法で規制される我が国の金融機関等は、「有価証券関連業経理の統一に関する規則」（昭和 49 年 11 月 14 日付日本証券業協会自主規制規則）のほか、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に従って適正に処理しなければならないとされる。したがって、金融商品取引業者が行うレポ取引については、次に掲げる勘定科目等により「金融費用」、すなわち担保付貸付と処理されることとなるため、確かに指摘どおり可能性はゼロではないが、一般に我が国で売買・再売買に基づく経理が行われるとは考えにくい。

大 科 目	中 科 目	内 容	計上時期
金 融 費 用	有価証券貸借 取引費用	有価証券貸借取引により発生した費用	・毎月末及び期末には、 期間費用を算出し未払費用として計上する。

この状況下、ハイブリッド金融商品ルールが導入されると、どのような影響が生ずるであろうか。日本の金融商品取引業者は、レポ取引を担保付貸付と認識した上、レポ差額（貸付金の利子）を金融費用として損金の額に算入するであろうから、担保として差し入れた証券から生ずる分配について、取引相手方が受取配当免税等の減免措置を行った場合、一次対応として日本の税務当局が金融費用の控除を否認することとなろう。

取引相手方の税務上の取扱いをどのような方法で入手するのかといった問題（ましてや非関連者の場合はなおさら）については、上記（１）で指摘したのでさておき、そもそも設例のようなレポ・貸株取引等は、資金の貸し手が仕組みを構築する取引であるのに、なぜ、資金の借り手が一次対応しなければならないのかという疑問について、今のところ合理的な解を見いだすことはできない。設例 1.33 のトレーダーが行う取引の取扱いも併せ、無効化ルールが我が国レポ市場へもたらす影響は甚大であることから、私見ではあるが、ハイブリッド譲渡に関する勧告採択に留保を付し、慎重

(203) 中嶋・前掲注（192）313 頁。

な検討を続けるべきと考える。

更に、平成 24 年 3 月改正で措置された過大支払利子税制の適用上、関連者支払利子等の額及び控除対象受取利子等合計額から、貸付けと借入れの紐付き関係にある特定債券現先取引等（いわゆるレボ取引）に係る利子が除外されていることにも留意する必要がある（措法 66 の 5 の 2②、措令 39 の 13 の 2⑩）。除外対象となる理由について、支払利子と受取利子の対応関係を特定することが可能であることのほか、現在の金融市場において債券現先取引等が果たしている金融仲介機能といった点が考慮されている⁽²⁰⁴⁾。

（3）個別勧告 2.2（外税控除の比例制限）に対する対応

最後に、勧告 2.2（外税控除の比例制限）について多少の考察を行う。設例 2.2 で確認したとおり、同一の支払（債券利子）に対し、双方の国で二重に税額控除（A 国：外国税額控除、B 国：所得税額控除）が適用された場合、A 国、B 国ともに D／N I 効果が生じていないため、それを防ぐためには勧告 2.2 のとおり、外国税額控除を比例制限する措置を国内法化するしかない。

理論的には首肯できる措置である。ただし、我が国にどのくらいの事例が伏在しているのであろうか。こちらについても、我が国市場に与える影響を見極めてからでも遅くはないのではないか。

第 3 節 ハイブリッド支払者が行う無視される支払

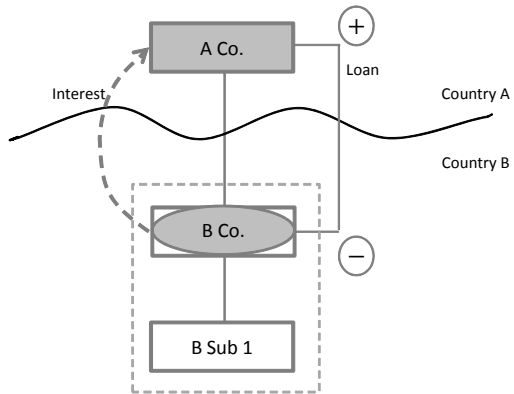
第 3 節では、D／N I 効果を生じさせるミスマッチのうち、一方の国では透明体（transparency）、他方の国では不透明体（opacity）と取り扱われる事業体のように、同一のエンティティでありながら複数国間で異なる取扱いを受けるハイブリッド事業体を要素とするアレンジメントについて検討する。

(204) 吉沢浩二郎ほか『改正税法のすべて〔平成 24 年版〕』566 頁（大蔵財務協会、2012）。

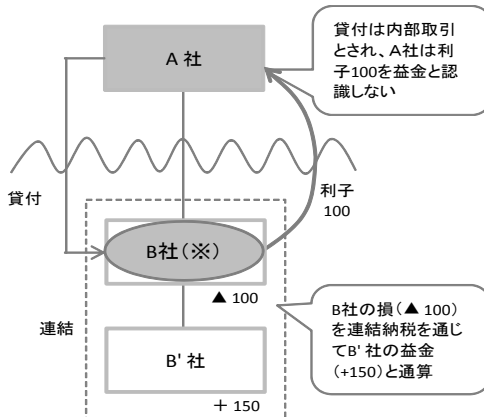
1 基本構造

右図⁽²⁰⁵⁾は、2014 年デリバラブルが例示する、ハイブリッド事業体が関連者に対して行う無視される支払 (Disregarded Payments Made by a Hybrid Entity to a Related Party) について単純化したものである。

設例では、A 社は、外国子



会社 B 社の株式の全てを保有する。B 社は、A 国税務上透明体と取り扱われ、その存在が無視されるハイブリッド事業体である。B 社は、A 社から資金の融資を受け、貸付金に係る利子を支払う。B 社が無視されるということは、A 社と B 社との間で行われた貸付契約（ひいては貸付金の利子までも）が A 国税務上無視されるということを意味する。B 社は、税務上事業子会社 B 1 社と連結納税を行っており、これにより、利子費用の控除という租税上の便



※ B 社は、A 国では透明体、B 国では不透明体

益を B 1 社に移転することができる。

2014 年デリバラブルは、連結納税制度を通じて租税上の便益を「移転 (surrender)」できることにより、利子費用の控除と A 国で課税されない所得との相殺を可能とするという説明を行っているが⁽²⁰⁶⁾、

(205) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.42.

(206) *Ibid.*, p.42 (para.74).

やや迂遠な表現で理解しづらいため、左図⁽²⁰⁷⁾のとおり、より平易な例を掲載することにより補足としたい。

2 勧告ルール

2015 年最終報告書が勧告する「無視されるハイブリッド支払ルール（勧告 3）」の目的は、「納税者が、支払者に対する税務上の取扱いの差異を利用し、D／N I 効果を達成しようとする取決めに締結できないようにすること…⁽²⁰⁸⁾」であり、第 1 節（金融商品）と同様にアレンジメントの抑止効果を狙っていることが読み取れる。ルールの概要は次のとおりである。

勧告 3（無視されるハイブリッド支払ルール）

3.1 支払が D／N I 効果を生じさせる限りにおいてミスマッチを無効化

ハイブリッド・ミスマッチをもたらすハイブリッドな支払者が行う無視される支払に対しては、次のルールが適用される。

- (a) 支払が D／N I 効果を生じさせる限りにおいて、支払者国（payer jurisdiction）が当該支払に係る控除を否認。（一次対応）
- (b) 支払者国がミスマッチを無効化しないときは、支払が D／N I 効果を生じさせる限りにおいて、受領者国（payee jurisdiction）が当該支払を通常所得に算入。（防御ルール）
- (c) 支払者国における控除が、受領者及び支払者双方の国で通常所得に算入される所得（二重算入所得（dual inclusion income））と相殺される限りにおいて、ミスマッチは生じない。
- (d) 二重算入所得を超過した控除（超過控除（excess deduction））は、翌期以降の二重算入所得との相殺が認められる（繰越可）。

(207) 税制調査会平成 26 年 4 月 4 日第 3 回国際課税 DG 資料〔BEP S プロジェクトの進捗状況について〕際 D-5 に掲載された図を、筆者が一部加工。なお、D／N I 効果を強調するため、A 社の課税関係の説明ぶりを変更している。

(208) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.50 (para.115).

3.2 ルールは、ハイブリッドな支払者が行う無視される支払についてのみ適用

本ルールの適用上、

- (a) 無視される支払とは、支払者国において控除可能であり、かつ、受領者国において認識されない支払をいう。
- (b) 受領者国における支払者の税務上の取扱いが原因で、支払が無視されるとき、当該者はハイブリッドな支払者とされる。

3.3 ルールは、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす支払についてのみ適用

支払者国における控除が二重算入所得以外の所得と相殺される場合に、ハイブリッド支払者が行う無視される支払は、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす。

3.4 ルールのスコープ

本勧告は、ミスマッチの当事者全員が同一の支配グループに属する場合、又は支払が仕組まれた取決めに基づき行われ、かつ、納税者が当該仕組まれた取決めの当事者である場合においてのみ適用される。

3 無視されるハイブリッド支払ルールの適用関係

本項では、「無視されるハイブリッド支払ルール（勧告3）」の適用関係について、適宜、事例集から設例をピックアップして考察する。

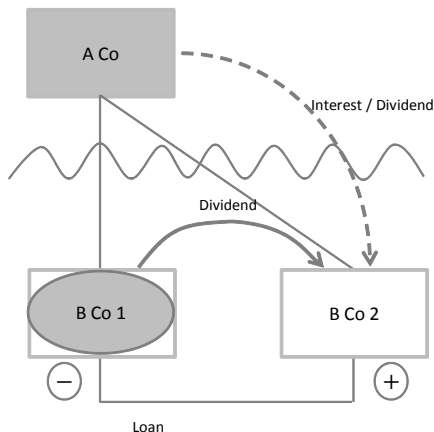
(1) 設例 1.23 (Payment by a hybrid entity under a hybrid financial instrument) ⁽²⁰⁹⁾

本設例は、ハイブリッド事業体がハイブリッド金融商品を利用する複合的な取決めである。勧告1と3の異同に留意して検討したい。

(209) *Ibid.*, p.235.

イ 事実関係

左図のB 1 社（A社の 100パーセント子会社）は、法主体を有するB国居住法人であるが、A国から見ると課税上不存在とされる。B 1 社は、同じくA社の 100パーセント子会社であるB 2 社から資金の貸付を受けるが、B国では出資と取り扱われるため、B



1 社において損金算入されない代わりに、B 2 社においても益金算入されない（免税配当）。しかしながら、A国では負債と取り扱うため、課税上不存在とされるB 1 社の支払利子は、A社自身の支払利子として損金算入される。

ロ 適用関係

本件融資は、B国では資本、A国では負債と取り扱われ、「金融商品（financial instrument）」の定義（勧告 1.2(a)）を満たしている。そして、支払がA国においては控除され、かつ、B国においては通常所得に算入されないというD／N I 効果が生じている。つまり、A・B双方の国における税務上の取扱いの差異に起因するミスマッチといえ、ハイブリッド金融商品ルール（勧告 1）の射程となる。

したがって、D／N I 効果を生じさせる限りにおいて、A社の控除が否認され（一次対応）、A国が無効化ルールを適用しない場合、B国がB 2 社の手中にある配当を通常所得に含めて課税する（防御ルール）。

このように複数のハイブリッド要素が絡まる局面では、「支払」の税効果を見極める必要があることに気付かされる。勧告 3 が定義するミスマッチとは、「ハイブリッド支払者が行う無視される支払（勧告 3.3）」であり、無視される支払とは、「支払者国で控除可能であり、かつ、受領

者国において認識されない支払（勧告 3.2(a)）」である。つまり、本設例における受領者 B 2 社は、通常所得に算入しない（not included）のであって、支払を認識しない（not recognised）のではない。

（２）設例 3.1（Disregarded hybrid payment structure using disregarded entity and a hybrid loan）⁽²¹⁰⁾

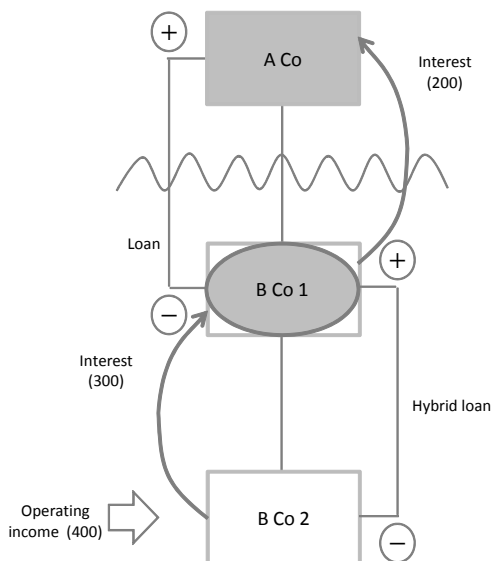
本設例もハイブリッド事業体が、ハイブリッド金融商品を利用する複合的な取決めである。設例 1.23 との違いを十分に理解したい。

イ 事実関係

A 社は、事業子会社 B 2 社の持株会社として B 1 社を設立する。B 1 社は、B 国税務上法主体を有する事業体であるが、A 国税務上は存在が無視されるハイブリッド事業体である。B 2 社は、A・B 双方の国において独立した課税主体とされる。

A 社から融資を受けた B 1 社は、その資金を原資として B 2 社にハイブリッドローンを出し付ける。ここでいうハイブリッドローンとは、貸付に係る利子は、B 国において通常所得に算入されるが、A 国においては受取免税配当と取り扱われるものである。

B 1 社は、A 国税務上存在が無視されるため、A 社・B 1 社間の利子 200 は税務上無視され、A 国における課税所得は発生しない。ハイブリッドローンに係る利子 300



(210) *Ibid.*, p.288.

は、A国法令上認識はされるものの、免税配当と取り扱われるためA社の各事業年度の所得の計算上、益金の額に算入されない。

B国法令上B 2社は、営業収益 400 からハイブリッドローンの利子 300 を控除できる。B 1社は、ハイブリッドローンの利子収入 300 を認識するが、A社に対する無視される支払利子 200 を更に控除することができる。本件ストラクチャーを全体から見ると、A社に全く課税所得が生じない一方で、B社グループには 400 の営業収益がありながら、200 の課税所得しか認識していないことになる（次表参照）。

Country A A Co			Country B B Co 1		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Interest paid by B Co 1	0	200	Interest paid by B Co 2	300	300
			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid to A Co	(200)	(200)
			Net return		100
			Taxable income	100	
			B Co 2		
			<u>Income</u>		
			Operating income	400	400
			<u>Expenditure</u>		
			Interest under hybrid loan	(300)	(300)
Net return		200	Net return		100
Taxable income	0		Taxable income	100	

ロ 適用関係

ハイブリッドローンに係る支払が、B国において損金算入、A国において益金不算入という意味で「ハイブリッド」と形容されているが、B国の法令上利子がB 1社の通常所得に算入されていることから、ハイブリッド金融商品ルール（勧告1）の適用はない。

しかしながら、支払者及び支払ともにA国において無視されることからB 1社はハイブリッド支払者に該当し、無視されるハイブリッド支払ルール（勧告3）が適用されることになる。すなわちB国は、まず、二重算入所得を超える範囲内でB 1社の損金算入を否認することを一次対

応として求められ、次表のとおり、B 1 社がA社に対して支払った 200 の利子控除が否認される。

Country A A Co			Country B B Co 1		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Interest paid by B Co 1	0	200	Interest paid by B Co 2	300	300
			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid to A Co	0	(200)
			Net return		100
			Taxable income	300	
			B Co 2		
			<u>Income</u>		
			Operating income	400	400
			<u>Expenditure</u>		
			Interest under hybrid loan	(300)	(300)
Net return		200	Net return		100
Taxable income	0		Taxable income	100	

B 国において無視されるハイブリッド支払ルールが適用されない場合、
防御ルールとして、A 国が支払全額 200 を通常所得に算入する（次表参
照）。

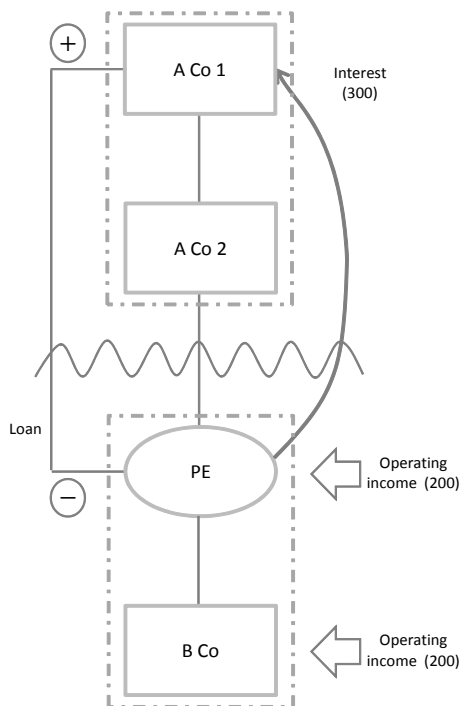
Country A A Co			Country B B Co 1		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Interest paid by B Co 1	200	200	Interest paid by B Co 2	300	300
			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid to A Co	(200)	(200)
			Net return		100
			Taxable income	100	
			B Co 2		
			<u>Income</u>		
			Operating income	400	400
			<u>Expenditure</u>		
			Interest under hybrid loan	(300)	(300)
Net return		200	Net return		100
Taxable income	200		Taxable income	100	

(3) 設例 3.2 (Disregarded hybrid payment using consolidation regime and tax grouping) ⁽²¹¹⁾

イ 事実関係

A 1 社は、完全支配関係にある A 2 社と連結グループを構成する。連結納税を行うことによる税効果は、連結グループ間で行われる全ての取引及び支払が税務上無視されるという点にある。A 2 社は、B 国に B 社の発行済株式の全部を保有する P E を有している。P E は、B 国税務上 B 社と連結されている。

A 2 社は、A 1 社から資金の貸付を受けるが、これは B 国にある A 2 社の P E に帰属する。本件融資に係る利子の支払は、B 国にお



いて控除されるが、A 1 社はこの支払を所得として認識しない。

A 国税務上認識される所得というのは、A 2 社の営業収益 200 のみであり、A 国において 30 パーセントの課税に服す (60)。B 国においては、A 2 社が A 1 社に対して支払った利子 300 が、B 社グループの所得 400 から控除され、差引所得 100 に対して 30 パーセントの課税に服す (30)。本件ストラクチャーを俯瞰すると、A・B グループ全体で 400 の営業収

(211) *Ibid.*, p.293.

益がありながら、課税所得は 300 にとどまっていることが分かる（次表参照）。

Country A A Co 1			Country B A Co 2 and B Co combined		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Interest paid by A Co 2	0	300	Operating income of A Co 2 and B Co	400	400
Operating income of A Co 2	200	0			
			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid by A Co 2 to A Co 1 under loan	(300)	(300)
Net return		300	Net return		100
Taxable income	200		Taxable income	100	
Tax on income (30%)	(60)		Tax on income (30%)	(30)	
Tax to pay		(60)	Tax to pay		(30)
After - tax return		240	After - tax return		70

ロ 適用関係

B 国税務上関連者間における控除可能な利子の支払がミスマッチを引き起こし、当該ミスマッチが 2 国間における税務上の取扱いの差異に起因するときハイブリッド金融商品ルール（勧告 1）が適用され、B 国が A 1 社に対する利子 300 を一次的に否認すべきとされる（次表参照）。

Country A A Co 1			Country B A Co 2 and B Co combined		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Interest paid by A Co 2	0	300	Operating income of A Co 2 and B Co	400	400
Operating income of A Co 2	200	0			
			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid by A Co 2 to A Co 1 under loan	0	(300)
Net return		300	Net return		100
Taxable income	200		Taxable income	400	
Tax on income (30%)	(60)		Tax on income (30%)	(120)	
Credit for taxes paid by A Co 2 in Country B	60				
Tax to pay		0	Tax to pay		(120)
After - tax return		300	After - tax return		(20)

なお、B 国が A 2 社の支払利子の全額を否認するということは、本アレンジメントで発生した全所得が B 国で課税される結果となるため、ハ

イブリッド金融商品ルールの発動に伴い、A 2 社が P E を通じて B 国で支払った税額（60）が、A 1 社において控除されることに留意する必要がある。

B 国においてハイブリッド金融商品ルールが適用されない場合、次に無視されるハイブリッド支払ルール（勧告 3）の適用が検討される。本件の場合、A 2 社が無視される支払を行ったハイブリッド支払者に該当する。なぜなら、A 2 社は A 国の連結グループに属し、A 国の連結納税制度上連結グループ間で行われる全ての取引及び支払は税務上無視されるからである。したがって、B 国が一次対応として、ハイブリッド支払者である A 2 社が A 1 社に支払った利子 300 のうち、二重算入所得 200 を超える範囲内で A 2 社の損金算入 100 を否認すべきとされる（次表参照）。

Country A A Co 1			Country B A Co 2 and B Co combined		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Interest paid by A Co 2	0	300	Operating income of A Co 2 and B Co	400	400
Operating income of A Co 2	200	0			
			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid by A Co 2 to A Co 1 under loan	(200)	(300)
Net return		300	Net return		100
Taxable income	200		Taxable income	200	
Tax on income (30%)	(60)		Tax on income (30%)	(60)	
Credit for taxes paid by A Co 1 in Country B	0				
Tax to pay		(60)	Tax to pay		(60)
After - tax return		240	After - tax return		40

B 国においてハイブリッド金融商品ルール（勧告 1）及び無視されるハイブリッド支払ルール（勧告 3）のいずれも適用されない場合、次は A 国がミスマッチの範囲で防御ルールを適用する。本件の場合、次表のとおり、A 1 社が利子控除 300 のうち A 2 社の二重算入所得 200 を上回る部分の金額 100 を通常所得に算入することとなる。

Country A A Co 1			Country B A Co 2 and B Co combined		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Interest paid by A Co 2	100	300	Operating income of A Co 2 and B Co	400	400
Operating income of A Co 2	200	0			
			<u>Expenditure</u>		
			Interest paid by A Co 2 to A Co 1 under loan	(300)	(300)
Net return		300	Net return		100
Taxable income	300		Taxable income	100	
Tax on income (30%)	(90)		Tax on income (30%)	(30)	
Credit for taxes paid by A Co 1 in Country B	0				
Tax to pay		(90)	Tax to pay		(30)
After - tax return		210	After - tax return		70

本設例は、複数のハイブリッド・ミスマッチルールが適用され得るストラクチャーとなっており、ルールの適用順序が錯綜する事例となっている。設例のコメンタリーをまとめると、①B国におけるハイブリッド金融商品ルールの一次対応、②B国における無視されるハイブリッド支払ルールの一次対応、③A国における無視されるハイブリッド支払ルールの防御ルールの順となっている。しかし、B国における複数のルール（①と②）について、なぜハイブリッド金融商品ルール（①）が優先適用されるのか、特段の理由は記載されていない。無効化ルールを国内法に落とし込む際は、この辺りの適用順序を理論的に説明することが求められるであろう。

4 事例研究：ハイブリッド・ミスマッチの観点から見たIBM事件

ハイブリッド支払者が行う無視される支払について、より実践的な検討を加えるため、本項では、同族会社が100パーセント子会社に当該子会社の株式を譲渡し、みなし配当額を譲渡対価額から控除して計算した譲渡損失額を損金の額に算入したことにつき、税務署長が法人税法第132条（同族会社等の行為又は計算の否認）第1項に基づき否認した更正処分を違法と判断した

事例（IBM事件）⁽²¹²⁾を例にして、どのようなミスマッチが伏在していたのか、勧告されたハイブリッド・ミスマッチルールはどのように適用され得るのか、考えられる執行上の問題点と対応策は何か等について検討する。

なお、この試みは、ハイブリッド・ミスマッチの観点から事件を観察しようとするものであり、法人税法第132条第1項の「不当」性についての評釈は意図しない。

（１）事件の概要

有限会社であるXは、①平成14年2月、A社の100パーセント子会社であったB社（外国法人）にその全持分を取得されてB社の100パーセント子会社となり（B社によるXの持分取得）、②同年4月、B社の払込みを受けて1億3,320万円の増資及び1,330億6,680万円の資本準備金の積立てをし（本件増資）、③同月B社との間でB社が有するC社の発行済株式全部（153万3,470株）を1兆9,500億円（1株当たり127万1,625円）で購入する（本件株式購入）とともに、④その購入代金債務のうち1兆8,182億2,000万円を10年間無担保等の条件で消費貸借の目的とした（本件融資）。これにより、C社の100パーセント親会社（中間持株会社）となったXは、C社の自己株式取得に応じ、その株式の一部を、いずれも取得価額と同じ1株当たり127万1,625円で、平成14年12月、平成15年12月、平成17年12月の3回にわたり譲渡した（本件各譲渡。譲渡代金総額約4,298億円）。

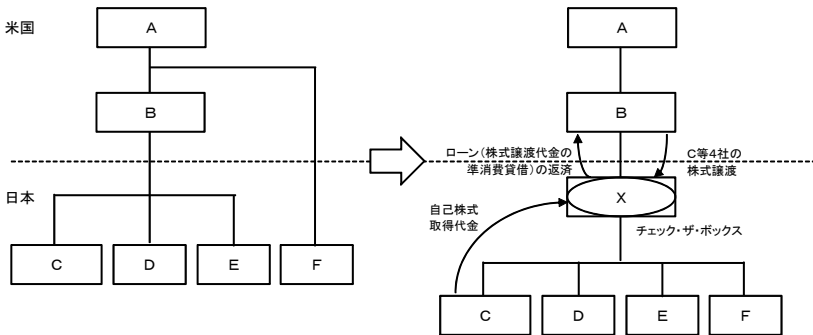
Xが本件各譲渡によりC社から受領した対価のうち、同社の資本等の額のうち当該株式に対応する部分を超える額（受領した対価の約93%）がみなし配当とされ（法人税法第24条第1項第5号）、当該みなし配当の額は、同法第23条第1項に基づき所得の計算上益金の額に算入されない一方、本件各譲渡に係る譲渡損益の計算においては譲渡対価の額から控除されるため（同法第61条の2第1項第1号）、Xは、益金に算入されないみなし

(212) 東京地判平成26年5月9日判タ1415号186頁。控訴審判決として東京高判平成27年3月25日判時2267号24頁。

配当の額を譲渡損失額（総額約 3,995 億円）として、本件各譲渡をした平成 14、15 及び 17 年の各事業年度（本件各譲渡事業年度）の所得の金額の計算上損金の額に算入して欠損金額による確定申告をし、また、連結納税の承認を受けて、X の本件各譲渡事業年度の欠損金額を含む欠損金額を連結繰越欠損金額として確定申告をしたところ、処分行政庁が、法人税法第 132 条第 1 項を適用し、本件各譲渡に係る譲渡損失額を本件各譲渡事業年度の所得の金額の計算上損金の額に算入することを否認する旨の本件各譲渡事業年度更正処分を含む本件各更正処分等をした。

本件は、X が、本件各譲渡事業年度更正処分は法人税法第 132 条第 1 項の要件を満たさない違法なものであるとして、本件各更正処分等の取消しを求めた事案である。

下図は、事業子会社を全て中間持株会社の下に置くこととする「日本再編プロジェクト」と呼ばれた組織再編計画の関係図である⁽²¹³⁾。



（２）米国チェック・ザ・ボックス規則の概要

ここで、なぜ日本法に準拠して設立された有限会社という組織が米国税法上透明体となることが可能であるか、簡単にその規則の制度をおさらいしておく。

1996 年に導入された米国のチェック・ザ・ボックス規則においては、会

(213) 取引図は、宮塚久＝園浦卓「ビジネス・タックス・ロー・ニューズレター（2014 年 7 月）」西村あさひ法律事務所に掲載されたものを基に、筆者が一部加工。

社段階で当然に所得課税に服するもの…を「当然法人（per se corporation）」として抜き出す。そして、それ以外の「適格エンティティ」については、納税者が選択により、法人の段階で課税する方式か構成員の段階で課税する方式かのいずれかを選ぶ。つまり、外国子会社（X）の損益についても、構成員（＝株主である国内親会社（B社））に帰属するものとして課税する方式を選択できるようになったということであり、子会社（X）を支店と同様に扱う選択を認めたことを意味する（括弧内の略称名は筆者が加筆）⁽²¹⁴⁾。

我が国の有限会社が構成員課税を選択できる適格エンティティに分類されたのは、ドイツの有限会社（GmbH）と同様に、「企業の継続性」と「持分の自由譲渡性」が欠けているという理由による⁽²¹⁵⁾。

なお、米財務省規則 § 301.7701-2(b)(8)には、連邦税法上「当然法人（per se corporation）」と分類される外国エンティティが限定列挙されており、我が国の「株式会社」は、透明体を選択することができない。

（３）みなし配当と譲渡損失との関係

本判決からは発行法人であるC社の資本金等の額に関する情報が読み取れないため、みなし配当と譲渡損失のメカニズムについて、もう少し分かりやすい設例⁽²¹⁶⁾で説明したい。

(214) 増井＝宮崎・前掲注（38）32頁。

(215) チェック・ザ・ボックス規則制定前は、いわゆるキントナー原則と呼ばれる「存続の継続性」、「管理運営の集中」、「有限責任」、「持分の自由譲渡性」という4つのテストによって法人かどうかの区別を行っていた。有限会社やGmbHを透明体とした判定は、このキントナー原則を外国企業に当てはめたのと同じことである。渡邊幸則「チェック・ザ・ボックス規則について」金子古希『公法学の法と政策（上）』587頁（有斐閣、2000）。また、渡邊教授は、本書の中で「…我が国の有限会社は、米国では、親会社である納税者の選択によってパス・スルーとなりうるから、我が国に企業進出する場合に、当然スタート・アップの段階では損失が出ることを見越して有限会社として設立し、米国においても、我が国においても、損失を計上し、後日利益が出る段階では株式会社に組織変更する等のタックス・プランニングは現実のものとなる可能性がある。」として、DDのミスマッチ効果を指摘しておられる（608頁）。

(216) 設例は、税理士法人プライスウォーターハウスクーパース「Transaction M&A News, February 2010, Issue 16」に掲載されたものを使用。ほかに、通常の自己株

設例：保有株式の第三者譲渡と発行人への譲渡の比較

【前提条件】

保有株式数：100株
帳簿価額：15,000
譲渡株式数：100株
譲渡単価（時価）：200

売り手（A社）
↓
100株（50%）
↓
対象会社（B社）

資本金等：20,000
発行済株式総数：200株
1株当たり資本金等：100

【ケース1：第三者譲渡】
（A社の会計処理）

現金	20,000	B社株式	15,000
		譲渡益	5,000

（A社の税務処理）

現金	20,000	B社株式	15,000
		譲渡益	5,000
		（益金算入）	

【ケース2：発行人への譲渡（自己株式取得）】
（A社の会計処理）

現金	20,000	B社株式	15,000
		譲渡益	5,000

（A社の税務処理）

現金	20,000	B社株式	15,000
譲渡損	5,000	みなし配当	10,000（＊1）
（損金算入）		（益金不算入（＊2））	

（＊1）（譲渡単価200－1株当たり資本金等100）
×譲渡株式数100株
（＊2）みなし配当の益金不算入額算定にあたり、
控除負債利子はないものと仮定
（＊3）みなし配当に係る源泉税は未考慮

上記は、平成 22 年度の資本に関する取引等に関する改正前の税制における自己株式取得の際の課税関係を取りまとめたもので、同一株式につき第三者に譲渡した場合（ケース 1）と発行人に自己株式として取得させた場合（ケース 2）とを比較したものである。

ケース 1 の場合は、特段の税務調整は生じないため、会計上 5,000 の譲渡益が認識され、同額の課税所得が算出される。これに対し、ケース 2 の場合は、会計上 5,000 円の譲渡益が認識されるが、税務上はみなし配当 10,000（＝（譲渡単価 200－1 株当たり資本金等 100）×譲渡株式数 100 株）と譲渡損 5,000（＝（譲渡対価 20,000－みなし配当 10,000）－譲渡原価 15,000）が認識され、譲渡損が損金算入される一方で、みなし配当が益金不算入となる結果、5,000 の欠損金が生じることになる（下図は筆者作成）。

	みなし配当 10,000	会計上の 譲渡益 5,000	譲渡損失額 5,000
資本金等の額 @100	税務上の 譲渡対価 10,000	税務上の 譲渡原価 15,000	

区分	総額	留保	社外流出
当期利益の額	5,000	5,000	配当 他
加算			
みなし配当	10,000	10,000	
有価証券譲渡損	10,000	10,000	
減算			
変取配当の益金不算入額	10,000		※ 10,000
仮計	▲ 5,000	5,000	▲ 10,000

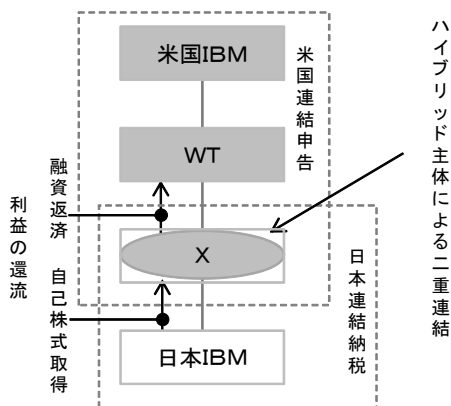
式取得、親会社が中間持株会社を設けて行う自己株式取得、米国の親会社が日本に中間持株会社を設けて行う自己株式の 3 ケースに分けて、みなし配当に係る課税状況を解説した、朝長英樹『検証・IBM 事件高裁判決〔第 3 回〕』T&A Master596 号（2015）4 頁などが参考になる。

このように、会計処理上は譲渡益が認識されるものの、税務処理上は欠損となるような「損失」が計算上の損失に過ぎず、実態を伴ったものではないと指摘⁽²¹⁷⁾されるゆえんが正にここにあると言えよう。

本件に戻って整理すると、本件株式購入の際のXの取得価額（1株当たり127万1,625円）とほぼ同額の1株当たりの価額で本件各譲渡がされている結果、本件各譲渡事業年度の所得の金額の計算上、法人税法第23条第1項の規定により益金の額に算入されないものとされるみなし配当の額は、同法第61条の2第1項の規定によりそのままXの有価証券（C社株式）の譲渡に係る譲渡損失額となって損金の額に算入され、他に所得を生じるような特段の事業をしていないXにおいては、ほぼその金額に相当する金額が欠損金額として生じ、それに相当する金額が翌期以降の事業年度に繰り越されることとなったのである。

（4）本事件におけるミスマッチの所在

本件には、様々なタックス・プランニング（ここでは税負担を合法的に最小化する方策という意）を実行した形跡が多々見受けられる。最初に税負担の回避又は軽減事例をピックアップした後、2015年最終報告書が射程とするハイブリッド・ミスマッチを特定したい。右図⁽²¹⁸⁾は、本件を概括的に象徴した図である。



(217) 岡村教授は、IBM事件における本件損失と事業上の損失が真に生じていたヤブー事件（最判平成28年2月29日（http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=85709））における損失とをきっちり峻別されておられる。岡村忠生『平成26年度重要判例解説』ジュリ1479号（2015）211～212頁。

(218) 岡村・前掲注（217）から引用。

イ 利益還元に係る源泉所得税の負担の軽減（回避）

本件組織再編が実施される前は、C社は、B社の100パーセント子会社であり、B社がC社から資金を回収する術として、利益の配当を手段としていた様子である（一審判決に添付された別紙11⁽²¹⁹⁾によると、平成9年3月から平成12年7月までの間で約1,843億円。このほか、消却を伴う自己株式の取得もあった（同期間約2,170億円））。そして、当該配当には、支払金額の10パーセントに相当する源泉所得税が課される。

米国連邦税法上、…各国から送金される配当等に対して各国政府によって課された源泉所得税は…外国税額の控除により調整されて国際二重課税が排除されるのが原則であるが、米国においては一定額以上の収入がある場合にこれらの損金への算入や税額控除を制限する制度（いわゆる代替ミニマム税ないし最低ミニマム税。）があり、これにより控除が認められなかった本来の税額控除の対象となる額は将来の事業年度へ持ち越される…ところ、2002（平成14）年頃、…A社は、多額の税額控除の繰越しを抱えていたために、上記の源泉所得税の額に係る税額控除を直ちには受けられない状況にあったとされる。しかしながら、Xを中間持株会社とすることにより、C社が徴収義務者として源泉徴収したみなし配当に係る源泉税は、Xにおいて所得税額控除により還付される（法人税法第68条第1項）とともに、従前、C社からB社への利益還元（配当）として送金していた額は貸付金（本件融資）の元本の返済に置換され、配当源泉税の国際的二重課税の解消を達成したわけである。

しかし、BEP Sの観点から本件源泉所得税回避スキームを概括すると、BEP Sプロジェクトが対処しようとするアレンジメントは、ハイ

(219) 別紙11「Cによる配当・自己株式取得の状況」は、一般に公開されていないため、朝長税理士が引用した表を集計した。朝長英樹「検証・IBM事件裁判〔第2回〕」T&A Master556号11頁（2014）。

ブリッド・エンティティ、ハイブリッド金融商品、ハイブリッド譲渡等といった要素に基づき、D／N I 又はDDといった効果の達成を狙ったものであるから、このタイプのスキームは、ハイブリッド・ミスマッチには分類されない。

ロ 本件株式購入：組織再編成に伴う中間持株会社への本件株式の移転について

次に、B社がXに対して行ったC社等4社株式の譲渡について、日本における課税関係を検討する。B社は、日本国内に法人税法第141条第1号ないし3号に定める恒久的施設を有しない外国法人（いわゆる4号法人）に該当すると認定されている。そのB社がXに対して行ったC社等4社株式の譲渡は、①譲渡事業年度終了の日以前3年内のいずれかの時において、内国法人の特殊関係株主等（B社）がその内国法人の発行済株式等の総数の25%以上の株式等を所有していたか（所有株数要件）、②譲渡事業年度において、その譲渡を行った内国法人の特殊関係株主等B社がその内国法人の発行済株式等の総数の5%以上に相当する株式等の株式を譲渡したか（譲渡株数要件）、のいずれの要件も満たしているため、事業譲渡類似株式の譲渡に該当する（法人税法施行令第187条第1項第3号）。しかしながら、日米租税条約第13条第7項（2003年改正前日米租税条約第8条第1項）の規定により、源泉地国である日本における課税が認められていない。

では、C社等4社株式の譲渡による所得は、居住地国である米国において課税を受けたのであろうか。我が国で昭和12年に設立されたC社は、1911（明治44）年に創立されたA社の間接子会社であるが、A社の子会社であるB社がグループ内でC社株式の取得価額を引き継いでいる可能性が高いことや、平成9年6月30日から平成12年7月26日までの間におけるC社とB社との間の自己の株式の取得に係る取引の価格は1株当たり15万3,765円から19万9,814円の間で推移していること等に鑑みると、…巨額のキャピタルゲイン課税が米国において発生

することが想定される…からである。筆者の推計によると、優に1兆円を超えると見積もられる。

ところが、B社とXとの間の株式の譲渡については、米国の税制上、譲渡先であるXがB社から独立した法人として取り扱われぬ我が国の有限会社であることから、上記取引は内部取引として取り扱われ…、本件株式購入がされた段階においては、米国の税制上、B社には何らの課税関係も生じないことになる。

キャピタルゲイン課税を生じさせないまま、原告において株式簿価のかさ上げを達成した本件取引は、論者が「タックスシェルター」⁽²²⁰⁾と指摘する取引に該当するが、ハイブリッド・ミスマッチルールにおいて、ハイブリッド事業体を要素とするが、D/N I 又はDDの効果を引き起こす支払 (payment) がないので、ハイブリッド・ミスマッチには分類されないものと思われる。

しかし、これは根深い問題をはらんでいる。各国が租税条約を締結する目的は、大きくいって二重課税の回避及び脱税の防止の2点である⁽²²¹⁾。それでは、租税条約には二重非課税を防止する目的が内在しないのであろうか。『OECDモデル租税条約のパートナーシップへの適用 (パートナーシップレポート)』⁽²²²⁾は、一方国が自らの国内法上の取扱いをそのままあてはめるのではなく、相手国の取扱いを基準とする…という「条約に内在する原則」を持ち出すことによって解決を図り、解釈により課税の真空をなくすという一定の方向を打ち出したが、解釈論としての限界に挑戦していることも事実であり、国際的に課税の真空が生まれても、別にそれでもかまわないという反論が加えられてい

(220) 中里実『タックスシェルター』173～174頁 (有斐閣、2002)。

(221) 増井＝宮崎・前掲注 (38) 22頁。

(222) OECD (1999), *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Issues in International Taxation, No.6, OECD Publishing. 日本語訳として、古賀明監修『OECDモデル租税条約のパートナーシップへの適用』(日本租税研究協会、2000)。

る⁽²²³⁾。

また、日米租税条約の適用に当たり、「日本は、持分権者（B社）の居住地国である米国が課税をする限りでそれを優先させなければならないが、この事件のように米国が課税をしないのであれば、課税できることになる（括弧書は筆者挿入）。」という意見⁽²²⁴⁾もある。

このような状況下、最近の我が国条約例は、例えば、平成 22 年に発効した中華人民共和国香港特別行政区政府との租税協定のように、株式譲渡に係るキャピタルゲインについて居住地国課税とする締約例が多いように見受けられる。周知のとおり、香港は、いわゆるオフショア所得非課税制度を採用しており⁽²²⁵⁾、一般に日本国内に源泉がある事業譲渡類似株式の譲渡益については、日本でも香港でも課税されないことになるが、株式譲渡に係るキャピタルゲインについて、今後、相手国の課税上の取扱いを参照とする方向に議論が進むかどうか、その動向に注視を要する。

ハ 本件各譲渡：平成 14 年譲渡、平成 15 年譲渡及び平成 17 年譲渡について

(イ) 株式譲渡に伴う損失と米国連結所得との関係

Xが行った本件各譲渡は、米国の税制上、チェック・ザ・ボックス規則により、B社とC社との間で直接行われたものとして取り扱われ、…B社が（Xをパス・スルーして）C社から自己の株式の取得により交付を受ける金銭については、米国連邦税法上…分配と扱われ（内国

(223) 増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面—外国パートナーシップの性質決定を中心として—」日税研論集第 55 号『金融資産収益と所得課税』113 頁、118 頁（日本税務研究センター、2004）。

(224) 岡村忠生「最近の重要判例—I BM事件」ジュリ 1483 号 40 頁（2015）。

(225) 香港の事業所得税上、所得が課税対象となるためには、①香港で事業を行っていること、②香港での事業から発生した所得であること、③所得の源泉地が香港であることであり、源泉地が香港外のオフショア所得は非課税となるほか、そもそもキャピタルゲイン非課税である。税理士法人トーマツ『アジア諸国の税法〔第8版〕』241～244 頁（中央経済社、2014）。

歳入法典 § 302(a)、317)、C社のE & P (Earning and Profits) から支払われている限り…キャピタルゲイン又はキャピタルロスが計上されるのではなく、…「配当」と取り扱われ(同 § 316(a))⁽²²⁶⁾、…B社の総所得に算入されるが、これは、B社を含む関連グループ法人全体の連結確定申告をしていたA社の連結所得を構成する。

ここで一つの疑問がある。Xを介してB社が受領した自己株式の譲渡対価約 4,298 億円は、A社の連結所得に算入されたはずであるが(米国連邦税法においては、…一定の条件の下に、課税所得の計算上、配当額の一定割合(100%、80%又は 70%)を控除することが…可能であるようだが、これら特別控除は、…米国に源泉のある利益から配当される部分に限られる…ため、特別控除はされていないものと思われる。)、チェック・ザ・ボックス規則により透明体となったXの巨額の損失約 3,995 億円は、B社の損失としてA社の連結申告に取り込まれたのかということである。

ここからは筆者の推論であるが、確かに日本の税務上譲渡損失が約 4,000 億円発生しているが、1株当たり約 127 万円で購入したC社株式をほぼ同額で発行法人へ譲渡しているので、A社の連結確定申告に取り込まれる金額はゼロではないかと考える。また、そもそも米国連邦税法は、費用損失のうち一定のものを二重連結損失(Consolidated Loss)とし、他の連結法人の所得との相殺を禁じている(同 § 1503(d))⁽²²⁷⁾ため、A社の連結確定申告に取り込まれる余地はない。以上のことを前提とすると、この時点で、BEP Sプロジェクトが対処しようとするD/N I効果は生じていないことになる。

(ロ) 米国雇用創出法との関係

しかしながら、平成 17 年譲渡(譲渡金額 1,939 億円余)に係る米国

(226) 関係法令の引用は、高橋祐介「株式発効法人への株式譲渡時に生じた譲渡損失と法人税法 132 条 1 項の適用の可否－I BM事件」ジュリ 1473 号 9 頁(2014)を参考。

(227) 岡村・前掲注(217) 212 頁。

連邦税法に基づく所得税につき、…A社は、本件各譲渡に係るC社からの利益還元の時期を2004（平成16）年から2005（平成17）年に延期し、2004年10月に制定された…米国雇用創出法（American Jobs Creation Act of 2004）による軽減措置を受けた。米国雇用創出法とは、海外子会社に留保されている所得を米国内に戻すことで米国内での投資を促進し、もって雇用の創出を図ることを目的として成立したもので、米国居住者により議決権の総数の50パーセント超を保有される被支配外国子会社（CFC：Controlled Foreign Corporations）から受ける現金配当（cash dividends）については、その金額の85パーセントを課税所得から控除するという内容となっている（同§965）。つまり、通常の税率パーセントを当該適用年分に限って5.25パーセント（＝ $(100-85) \times 35\%$ ）まで引き下げたのと同じ効果となる。

この海外子会社配当に係る特別控除制度適用後のA社の税効果を試算してみると、C社がB社に対して振込送金した金額が約1,580億円であるので、その85パーセントに相当する約1,342億円が課税所得から控除されたことになる。ただし、一般の限度額が5億ドル（約590億円／平成17年12月末T/M118.07円で換算）と制限されているため（同§965(b)）、軽減額は当該金額にとどまっているかもしれない。

したがって、平成17年譲渡に限って言えば、損金算入された利益を非課税（85%相当）で受領したこととなり、D/N Iの効果が生じていることとなる。

(ハ) 補論：みなし配当の額に相当する株式譲渡損の「支払」該当性

平成17年譲渡がD/N I効果を引き起こすミスマッチ・アレンジメントであるという見解は、「当時の有限会社がリバース・ハイブリッド主体（合衆国からはハイブリッド主体）に仕立てられ、みなし配当課税により計算上発生するに過ぎない株式譲渡損失が繰越欠損金となり、連結納税に持ち込まれて控除される一方（D）、合衆国では、2004年雇用創出法の認めたタックス・ホリデーの適用を受けた利益還流が行

われた（N I）」という意見⁽²²⁸⁾を前提としたものであるが、一方で「支払がないから適用はない」とする識者意見⁽²²⁹⁾もある。

確かに指摘どおり、有価証券の譲渡損は、みなし配当の金額に相当する金額を譲渡対価の額から控除するという規定（法人税法 61 条の 2 第 1 項第 1 号）から導き出された計算上のものであり、勧告 12 で定義する「支払」には当たらないようにも見える。附属文書 B の事例集にも、設例 1.2 で受取配当の一部免税（partial tax exemption）の取扱いを例示しているが、これは控除可能な利子（支払）と非対称的に受取側で一部免税となっていることを示すだけで、厳密にいうと本事件のミスマッチの構造とは異なる。

しかし、本事件の D/N I が、自己株取得に伴う株式譲渡損失の発生によってではなく、連結納税によりこの損失が連結子法人（C 社）の所得から控除されたことで生じている⁽²³⁰⁾ことを重視すれば、本件アレンジメントは、当然に OECD が射程とするミスマッチと捉えるのが相当と考える。ただし、定義規定は見直さなければならぬだろう。

（5）ハイブリッド・ミスマッチルールの適用関係

これまで見てきたとおり、みなし配当と譲渡損失の構造自体は、法人の設立から清算までを通じて考えると理論としては整合的ではあるものの、租税回避に利用されるおそれがあることから、平成 22 年度税制改正において資本に係る取引等に係る税制の見直しが行われ、100%グループ内法人の株式の発行法人に対する譲渡については、譲渡損失を認識せず（法 61 の 2^⑩）、譲渡損益相当額を譲渡法人の資本金等の額に加減算する（法

(228) 岡村忠生「二重連結損失とハイブリッド・ミスマッチ」173～209 頁法学論叢 176 巻第 2・3 号（京都大学法学会、2014）。

(229) 税務研究会（平成 27 年 12 月 16 日開催）の席上における藤谷武史東京大学准教授のご教示に負う。記して感謝申し上げる。ただし、本文中に含まれ得る誤りは全て筆者の責に帰する。

(230) 岡村・前掲注（224）40 頁。岡村教授は連結申告なしに、X の支払利子が X の所得から控除されるだけであれば、B E P S としての D/N I に該当することはないとの見解。

令 8①十九) と改正されたほか、自己株式として取得されることを予定して取得した株式に係るみなし配当については、受取配当等の益金不算入の規定を適用しないこととされている(法法 23③、81 の 4③)⁽²³¹⁾。

本件アレンジメントについては、この改正により適切な対応措置が講じられているが、仮に法律改正前の状態に無視されるハイブリッド支払ルールを適用するとなれば、支払者国における控除否認を一次対応、通常の所得として算入を防御ルールとしていることから、一次的に日本の税務当局が納税者の損金算入を否認することになる。ということは、受領者国がミスマッチを誘引する可能性がある税制を導入するという情報を、あらかじめ支払者国が入手しておく必要があるということになり、ますます税務当局間の情報ネットワークの拡充が期待される。

なお、日本が対応しない場合は、米国が非課税扱いされた現金配当の所得控除(85%)を封印することになる。

5 問題点の考察

(1) ハイブリッド事業体の把握

I BM事件を検討するうちに気付いたが、そもそも日本の事業体が海外においてハイブリッドな事業体として活用されているかについて、国税庁は、必ずしも十分な把握ができていないように思える。したがって、日本の内国法人が海外グループ企業の法人所得税申告に合算されているような場合、その情報を入手する仕組みを考案するのも一考であろう。

実質的には、米国チェック・ザ・ボックス規則の適用(選択)事例が大半であろうから、事務の煩雑さを考慮して、株式会社形態以外の組織体に限定してもよい。また、様式については、法人税申告書等に添付する「法人事業概況説明書(税務署所管法人用)」又は「会社事業概況書(調査課所管法人用)」、あるいは法人税申告書別表 17(4)(国外関連者に関する明

(231) 泉恒有ほか『改正税法のすべて〔平成 22 年版〕』234～238 頁、337～339 頁(大蔵財務協会、2010)。

細書)等を利用するのが簡便である。

(2) 参考事例集の編さん

本節で検討した設例のように、複数のハイブリッド要素が複合的に絡まるアレンジメントについては、「支払」の税効果を確認しながらルールの適用を考えなければならない。現に筆者は、設例 1.23 を一読後、ハイブリッド事業体(支払者)に目を奪われ、ハイブリッド金融商品ルール(勧告 1)と無視されるハイブリッド支払ルール(勧告 3)とを混同してしまった。

ハイブリッド・ミスマッチルール導入後、多国籍企業に対する事務の適正・円滑な執行を図るためには、一定の前提条件を置いた設例に基づきルールの取扱いをまとめた事例集の編さんが必須となるとと思われる。

我が国では、移転価格税制の分野において、国税庁が移転価格事務運営指針別冊「移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」⁽²³²⁾及び連結法人に係る移転価格事務運営指針別冊「連結法人に係る移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」⁽²³³⁾を公表している。これら参考事例集は、「事例のポイント」、「前提条件」、「移転価格税制上の取扱い」、「解説」等からなっており、2015 年最終報告書の事例集に類似した構成となっていることから、十分に参考になるであろう。

(3) 実施上の問題解決に対するコメント

事例集に掲載された幾つかの設例については、実施上の問題解決(implementation solutions)がコメンタリーの形で付されている。例えば、設例 3.1 について、B 1 社は、区分経理された会計帳簿を備え付けており、B 国の要請に応じて二重算入所得の全項目の累計額を保管し、当該累計額を限度に無視される支払を控除しないであろうと推量する。そして、A 社は、B 1 社が企業グループ間支払について B 国における控除金額に関する情報(B 国法令に基づき収集された情報)と A 社に帰属する B 1 社の

(232) 国税庁HPを参照。 <http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/jimu-unei/hojin/010601/pdf/bessatsu.pdf>

(233) 国税庁HPを参照。 <http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/jimu-unei/hojin/050428/pdf/bessatsu.pdf>

所得金額に関する情報（A国法令に基づき収集された情報）を有しているはずとの前提を置き、A国は、二重算入所得が生じない範囲内でA社に受取金額を通常所得に算入するよう要請するであろうと考えているようである。

本コメントリーから読み取れることは、支配関係が強固な企業グループであれば、相手国の税制に関する情報交換も容易であろうし、一方の国で損金の額に算入した金額のうち他方の国で益金の額に算入されない金額を双方の国で共有することはさほど困難ではないということであろうか。

確かに、ハイブリッド・ミスマッチルールが多国籍企業を対象とするものであり、当該企業には全体をグローバルな視点で見渡せるグローバルヘッド／コントローラのような役職が存在する。しかしながら、各国の税務当局が多国籍企業と同旨の情報共有を実施することは、そう容易なことではない。

第4節 リバース・ハイブリッド

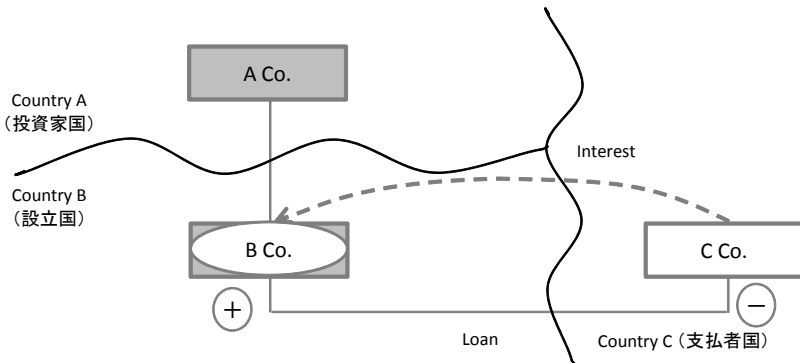
第4節では、第3節（ハイブリッド支払者が行う無視される支払）とは逆に、ハイブリッド事業体が海外の投資家にとっては不透明（opaque）体、事業体の設立国においては透明（transparent）体として取り扱われることによってD／N I効果を生じさせるミスマッチについて検討を進める。

1 基本構造

下図⁽²³⁴⁾は、2014年デリバラブルが示す外国のリバース・ハイブリッドに対する支払（Payment to a Foreign Reverse Hybrid）を利用したミスマッチである。このストラクチャーにおいては、A国（投資家国）所在のA社は、B国（設立国）で設立された外国子会社B社の株式の全てを保有する。B社

(234) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.45. 筆者が一部加工。

は、B国税務上透明体として取り扱われるが、A国税務上は法主体を有する事業体とみなされる。C国（支払者国）所在のC社は、B社から資金の融資を受け、貸付金に係る利子を支払う。



リバース・ハイブリッドに対する支払が、支払者国（C国）において損金の額に算入される一方、投資家国（A国）又は設立国（B国）のいずれにおいても益金の額に算入されないとき、D／N I 効果を引き起こすことになる。A国、B国ともに益金の額に算入しない理由は、双方の国が当該支払を自国の居住者の所得として取り扱わないからである。もっと具体的に言うならば、いずれの国も他国の居住者によってもたらされた所得と取り扱うからである。

2 勧告ルール

2015 年最終報告書が勧告する「リバース・ハイブリッドルール（勧告 4）」の内容は次のとおりである。本ルールは、広範な範囲の控除可能な支払に適用され、例えば、利子、使用料、賃借料、役務提供の対価を含むが、(a)リバース・ハイブリッドに対する支払で、(b)支払が直接投資家になされていたなら税効果のミスマッチは起きていなかったであろう場合にのみ適用されることに留意を要する⁽²³⁵⁾。

(235) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.55 (para.139).

勧告 4（リバース・ハイブリッドルール）

4.1 支払がD／N I 効果を生じさせる限りにおいてミスマッチを無効化

ハイブリッド・ミスマッチをもたらすリバース・ハイブリッドに対する支払に対しては、支払がD／N I 効果を生じさせる限りにおいて、支払者国（payer jurisdiction）が当該支払に係る控除を否認。（一次対応）

4.2 ルールは、リバース・ハイブリッドに対する支払についてのみ適用

リバース・ハイブリッドとは、投資家にとっては独立した（separate）事業体、設立国の法令においては透明な（transparent）事業体と取り扱われる者（person）をいう。

4.3 ルールは、ハイブリッド・ミスマッチについてのみ適用

発生所得が投資家に対して直接支払われていたならミスマッチには該当しなかったであろう場合に、支払は、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす。

4.4 ルールのスコープ

本勧告は、投資家、リバース・ハイブリッド及び支払者が同一の支配グループに属する場合、又は支払が仕組まれた取決めに基づき行われ、かつ、支払者が当該仕組まれた取決めの当事者である場合においてのみ適用される。

ここで、リバース・ハイブリッドルールが一次対応のみを規定し、防御ルールを定めていないことに気付く。この点、2015 年最終報告書によると、リバース・ハイブリッドに対する支払を投資家国において課税できるよう、C F C 税制又はオフショア投資制度の改善を求める勧告（勧告 5）を勧案すれば、防御ルールは不要であるとの理由による⁽²³⁶⁾。併せて、勧告 5 も概観す

(236) *Ibid.*, p.56 (para.144).

る。

勧告 5 (リバース・ハイブリッドの税務上の取扱いに関する個別勧告)

5.1 C F Cその他オフショア投資制度の改善

各国は、リバース・ハイブリッドに対する支払からD／N I 効果が生じることを回避するため、オフショア投資制度を導入又は改正すべきである。それと同時に、輸入されたミスマッチ・アレンジメントに関しても、オフショア投資制度の導入又は改正を検討すべきである。

5.2 非居住投資家の税務上の透明性を制限

リバース・ハイブリッドの所得が設立国で課税されず、かつ、リバース・ハイブリッドと同一の支配グループに属する非居住投資家の発生所得が投資家国で課税されない場合には、当該リバース・ハイブリッドは、設立国において居住納税者として取り扱われるべきである。

5.3 仲介者の情報報告

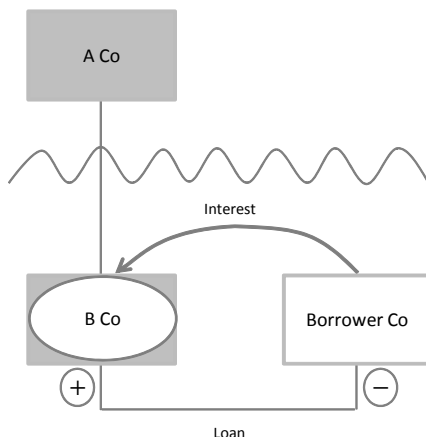
非居住投資家に帰属する支払につき、納税者及び税務当局双方の適切な決定に資するため、各国は、それぞれの法域内で設立された者に関する適切な税務申告及び情報報告要請を導入すべきである。

3 リバース・ハイブリッドルールの適用関係

(1) 設例 4.1 (Use of reverse hybrid by a tax exempt entity) ⁽²³⁷⁾

イ 事実関係

B国で設立されたB社は、B国税務上透明体と取り扱われる事業体であり、B国は、請求に応じてその株主名簿 (shareholder register) を一般に公開している。本事例では、B社を独立した課税主体と取り扱うA社がB社を完全保有している。A社は、A国税務上課税されない免税主体である。



B国に所在する借り手は、B社から独立企業間 (arm's length) の標準的な条件で、かつ、市場金利で資金の貸付を受ける。アレンジメントは、借り手に税優遇を与えるものではないし、借り手は、B社の株主情報を提供されていない。貸付に係る利子は、B国税務上損金の額に算入されるが、A社、B社いずれの益金の額にも算入されない。

ロ 適用関係

支払が直接投資家になされたとき、当該支払が投資家の通常所得に算入されなければ、ハイブリッド・ミスマッチと取り扱われることはない。更に借り手、A社及びB社が同一の支配グループに属していないため、リバース・ハイブリッドルールは適用されない。

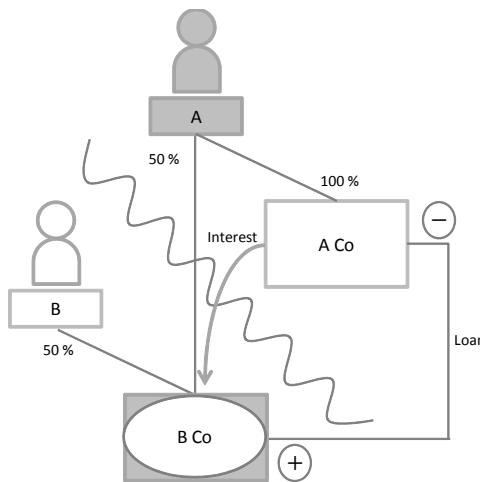
本ケースでは、所得がリバース・ハイブリッドによって免税主体である投資家に割り当てられたこと (設例 1.5 に類似)、また、借り手、A社

(237) *Ibid.*, p.299.

及びB社が同一の支配グループに属していないことがルール適用外の大きな要因である。ただし、本件取引が仕組まれた取決めで、かつ、借り手がアレンジメントの一部であればルールの射程となる。事実関係と状況から、一見して (*prima facie*)、本アレンジメントがA社とB社との間で仕組まれたことが明らかで、特に、ミスマッチを生じさせる目的のみでB社を貸借取引に挟み込んでいるように見える。しかし、本件貸付は、独立企業間の標準的な条件・市場金利で行われ、株主情報を知らされていない借り手が租税上の便益を受けていないことから、借り手を仕組まれた取決めの一部として取り扱うことはできないとされる。

(2) 設例 4.2 (Application of Recommendation 4 to payments that are partially excluded from income) ⁽²³⁸⁾

イ 事実関係



A国居住の個人AとB国居住の個人Bは、個人Aが完全所有するA社に対する資金供与を考えている。貸付は、個人Aと個人Bとが直接行うのではなく、個人A及び個人Bが持分を出資するB国所在のB社を通じて行うこととする。A社が支払う貸付に係る利子は、A国において損金の額に算入される。

B国税務上支払の半分は個人Aに帰属するが、B国は、非居住者の国外源泉所得について課税を行わない。支払の残り半分は個人Bに帰属し、その全額が限界税率で課税される。A国は、ハイブリッド金融商品ルー

(238) *Ibid.*, p.302.

ルを導入している。

ロ 適用関係

投資家にとっては独立した（separate）事業体、設立国の法令においては透明な（transparent）事業体と取り扱われる者（person）をリバース・ハイブリッドというが、本設例では、設立国であるB国においても、居住納税者とされているようである。ただし、当該利子が非居住投資家（個人A）に割り当てられるか帰属する場合に、国外源泉所得として課税されないことを主張できる点において、透明体制度と同様の効果が見て取れるため、B社はリバース・ハイブリッドとされる。

また、本設例では、支払の半額しかB国で課税されておらず、A国においては課税が全くされていない。このようにD／N I 効果が生じていることから、二重課税を引き起こさない範囲でリバース・ハイブリッドルールが適用されるべきであり、したがって、設立国（B国）で課税されていない部分の金額について、支払者国（A国）がその控除を否認することとなる。

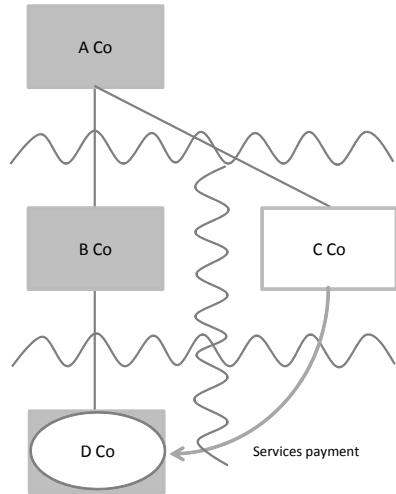
なお、支払者（A社）、リバース・ハイブリッド（B社）、投資家（個人A）の関係について、個人Aが2社の持分 50 パーセントを保有していることから、同一の支配グループに属しているとされる。B社は、ミスマッチを生じさせるためにストラクチャーに挟み込まれており、A社は、アレンジメントを考案した個人Aに完全支配されているため、一般に仕組まれた取引の一部とみなされることとなろう。

(3) 設例 4.3 (Recommendation 4 and payments that are included under a CFC regime) ⁽²³⁹⁾

イ 事実関係

B国居住のB社（A国居住のA社の100パーセント子会社）は、D国にリバース・ハイブリッドD社を設立する。D社は、同一グループに属するC国居住のC社から役務提供対価の支払（services payment）を受ける。

A国で施行されているCFC税制は、関連当事者が支払う役務提供所得を帰属所得と取り扱い、全額を限界税率で課税する。D社には、それ以外の所得及び費用も発生しない。



ロ 適用関係

役務提供対価の支払は、グループの究極の親法人A社において合算課税されており、D／NI効果は生じていない。C社がC国税務当局に対し、この事実関係を説明すれば、リバース・ハイブリッドルールは適用されない。

4 事例研究：タワー・ストラクチャー

本項では、カナダの企業グループによるアメリカでの企業買収に係る資金調達を目的としたハイブリッド・エンティティ・スキームが問題とされた FLSmidth 事件⁽²⁴⁰⁾を題材に、一方で「透明体」、他方で「不透明体」と取り

(239) *Ibid.*, p.305.

(240) *LSmidth Ltd. v. The Queen*, 2012 TCC 3.

本稿では、同事件を評した海外論文 Nathan Boidman and Michael Kandeve (2012), *Tax Court of Canada Shaves Benefits of Hybrid Entity Financing Structure*,

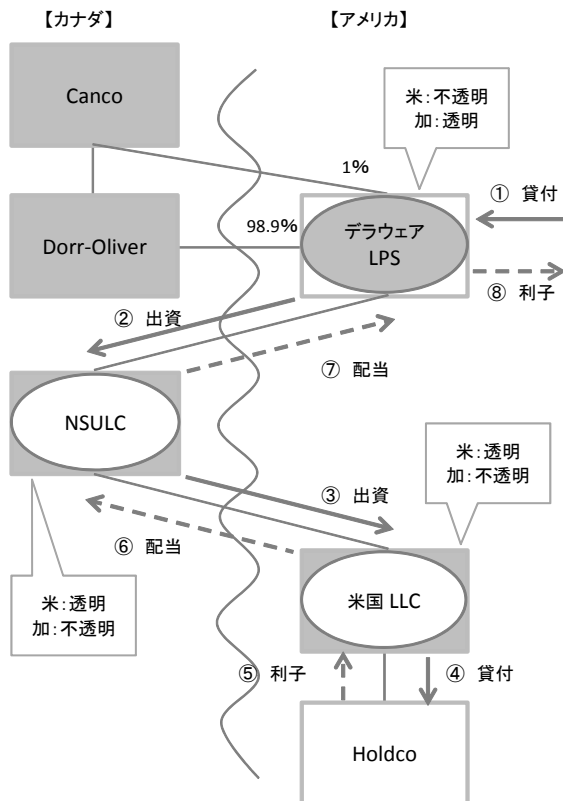
扱われる事業体に係るミスマッチ・アレンジメントを考察する。アレンジメントは、ハイブリッド事業体とリバース・ハイブリッドとがチェーンのように連鎖しており、租税専門家の中で「タワー・ストラクチャー⁽²⁴¹⁾」として知られている。

(1) ストラクチャー

FLSmidth 事件では、Groupe Laperrière & Verrault (以下「Canco」という。)を頂点とするカナダ法人グループが、アメリカの事業を取得するための資金を手当てすることを考え、この目的のため、アメリカの持株会社 (以下「Holdco」という。)との間に3つのエンティティを設立する。非常に複雑なストラクチャーとなっており、どちらの国から見て透明体となっているかを確認しながら読み進めていただきたい (図は筆者が作成)。

Volume 65 Tax Notes International, pp.455-460. を紹介した吉村准教授の日本語訳及び図表を参考とした。吉村政穂「カナダ租税裁判所がハイブリッド・エンティティを利用した資金調達スキームの利益を一削り」租税研究 760号 218～227頁(2013)。

(241) 「タワー・ストラクチャー」には多様なバリエーションがあり、ハイブリッド・エンティティから第三国へのミスマッチの輸出もこの例となる。OECD (2014b), *see supra* note (43), p.59.



一つは、(i)デラウェア・リミテッド・パートナーシップ (LPS)。このLPSは、Cancoの子会社(Dorr-Oliver)が98.9パーセント持分を有するリミテッド・パートナー、Cancoが1パーセント持分を有するリミテッド・パートナー及びCancoの他の完全子会社が0.1パーセント持分を有するゼネラル・パートナーから構成され、内国歳入法上は、法人として扱われることを選択した。

次は、(ii)カナダ・ノバスコシア州の無限責任会社(NSULC)。デラウェアLPSは、資金需要のおそらく全てを第三者から借入れ(①)、資金の全てを当該NSULC株式に出資(②)する。この会社は、内国歳入法典上無視されるものである。

最後に、(iii)米国LLC。NSULCは、資金をアメリカの某州法に基づいて設立されたLLCの株式に出資(③)する。当該LLCも、内国歳入法典において存在が無視される。こうして当該LLCは、目標とするアメリカでの企業取得に充てるため、その資金の全てを Holdco に貸し付けた(④)。Holdco は利子(⑤)を支払い、米国LLCは配当(⑥)を支払い、NSULCは配当(⑦)を支払い、デラウェアLPSは利子(⑧)を支払う。

(2) 本事件におけるミスマッチの所在

イ アメリカ税法上の取扱い

アメリカの課税上の観点から、デラウェアLPSはアメリカの内国法人として扱われ、NSULCと米国LLCは無視されるため、Holdco が支払った利子を受け取るのは、デラウェアLPSである。このように、デラウェアLPSは利子所得を受け取るが、第三者たる債権者に対する利子費用とオフセットされ、米国での課税は取るに足りない規模と想定される。

ロ カナダ税法上の取扱い

カナダの課税上の観点から、デラウェアLPSは租税法上透明なものとして扱われ、タワ一次階層のNSULCは普通のカナダの課税法人として扱われ、次々階層の米国LLCは、NSULCの国外関連者である非居住法人として扱われる。したがって、Holdco が支払う利子を受け取るのは米国LLCとなるが、非居住法人である米国LLCに対してカナダ税法は射程外である。カナダには、国外関連者の受動的所得をカナダの株主段階(NSULC)で合算課税する制度があるが、米国LLCが Holdco から受け取った利子は、カナダ所得税法 95 条 2 項(a)(ii)によって、合算対象となる国外発生受動的所得を構成しない。

また、カナダ法人として扱われるNSULCが非居住法人である米国LLCから受け取る配当は、カナダの「非課税剰余金(exempt surplus)制度」により免税となる。非課税剰余金制度とは、当該国外関連者が、

カナダが包括的な租税条約を締結した国の居住者であり、かつ、当該配当が、当該国外関連者の能動的事業所得に起因することを満たす場合に、国外関連者がカナダ法人株式に対して支払う配当に資本参加免税を与えるものである。

(3) ハイブリッド・ミスマッチルールの適用関係

上記で概観したとおり、カナダのCFC税制又は非課税剰余金制度上、受動的資産性所得から能動的事業所得に性質再決定されていたことが、カナダにおける租税裁定の要因であるが、ミスマッチ・アレンジメントの観点からは更に続きがある。税務上デラウェアLPSは透明体と扱われるため、NSULCがデラウェアLPSに支払った配当は、デラウェアLPSが第三者たる債権者に対して支払う利子費用とともに、Cancoらパートナーに割り当てられる。この部分の税効果について、引用論文は「当該パートナーシップ（デラウェアLPS）は、NSULCから受けた配当をその所得に算入し、かつNSULC株式取得のために借り入れた金銭に係る利払を控除する。当該パートナーシップ（デラウェアLPS）は、期中に支払った当該アメリカ税も控除しており、これが本事件で争われている控除額である。Dorr-Oliver は、パートナーシップ所得の配賦分を自らの所得に算入しているが、Dorr-Oliver によって算入された額は、…リミテッド・パートナーシップが控除をしたものを按分で分割したものであった。課税所得を計算するにあたり、Dorr-Oliver は、…当該リミテッド・パートナーシップが受け取ったNSULC配当の按分額を控除している（括弧書は筆者挿入）。」⁽²⁴²⁾と説明しているが、BEP Sの観点から問題となるのは、Cancoらパートナーに割り当てられた利子費用が損金の額に算入される一方で、CancoらがデラウェアLPSをパス・スルーして受け取る配当が、カナダ居住法人からのものである限り益金の額に算入されないというD/N I効果を生じさせている点にあるのではないと思われる。この理解が

(242) Nathan Boidman and Michael Kandeve (2012), *see supra* note (240), p.458. 日本語訳は、吉村・前掲注(240) 223頁。

正しいとすると、支払者（デラウェア L P S）の控除を否認となる（一次対応）。

しかし、別の視点から見ると、デラウェア L P S の第三者たる債権者に対する支払が、米国税務上利子費用として控除される一方、Canco からカナダ居住者に割り当てられた利子費用がカナダにおいても控除されるという、いわゆるダブルディップ資金調達スキームと受け止めることもできる⁽²⁴³⁾。この場合は、親会社（Canco）の控除を否認となろう（一次対応）。

ごく限られた情報では、正答にたどり着くことができない。裏返せば、複雑なストラクチャーについては、解釈が分かれるおそれがあり、予測可能性の確保が困難であるといえる。

（４）まとめ

以上を取りまとめると、Canco と Holdco との間に、カナダの視点から見ると透明体、米国から見て不透明体であるハイブリッド事業体（デラウェア L P S）、カナダからは不透明体、米国から透明体であるリバース・ハイブリッド（N S U L C 及び米国 L L C）を挟み込むことにより、全体として「アメリカの事業から剥ぎ取られた収益（stripped earnings）は、カナダにおいて課税されず、また、借入コストは、カナダにおいて、グループのカナダにおける事業所得から控除することができた…⁽²⁴⁴⁾」アレンジメントを達成したことになる。

しかしながら、本アレンジメントと類似したストラクチャーを利用可能な国は限定的であると考ええる。我が国も米国チェック・ザ・ボックス規定により、リバース・ハイブリッド（米国では法主体、日本では組合）を組成することは可能であるが、カナダのような C F C 制度又は非課税剰余金

(243) 本事案を念頭に置いたかどうかは不明であるが、事業体に関するミスマッチを解消するため、「アメリカとカナダの間で利子のダブルディップが問題になったときにアメリカが国内法で対処したやり方」をモデルにしたのかという発言がある。浅川＝渡辺・前掲注（１）52 頁〔渡辺発言〕。

(244) Nathan Boidman and Michael Kandev (2012), *see supra* note (240), p.458. 吉村・前掲注（240）224 頁。

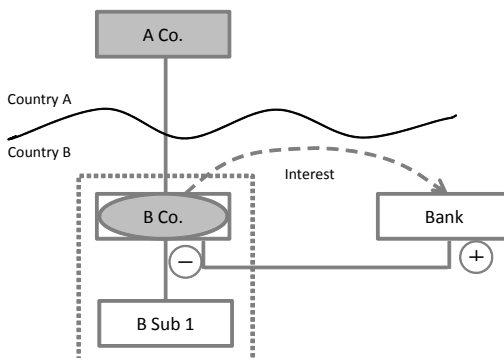
制度は存在しないため、「タワー・ストラクチャー」に巻き込まれることはないものと思われる。

第5節 ハイブリッド支払者が行う控除可能な支払

第1節から第4節までD／N I 効果を引き起こす様々なアレンジメントについて検討したが、本節ではハイブリッド事業体を要素としてDD効果を生じさせるミスマッチ・アレンジメントを考察する。

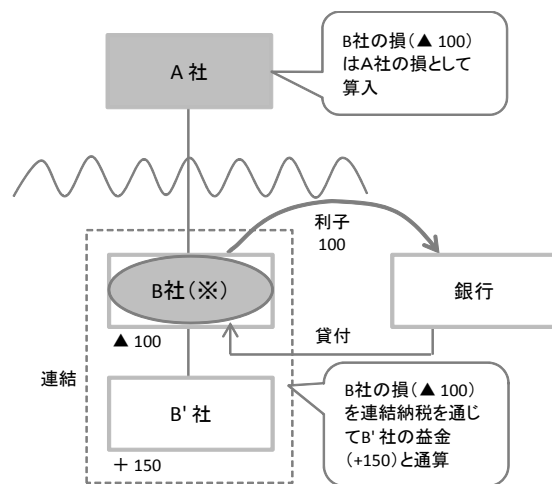
1 基本構造

右図⁽²⁴⁵⁾は、ハイブリッド事業体を利用した基本的な二重控除の仕組み（Basic Double Deduction Structure Using Hybrid Entity）を説明する2014年デリバラブルの例示である。



(245) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.51.

この設例では、A社は、外国子会社B社の株式の全てを保有する。B社は、A国税務上その存在が無視される事業体である。B社は、銀行から資金の貸付を受け、それに係る利子を支払う。B社にはその他の所得がないものとする。B社がA国税務上無視されるということは、A社が本件融資の借り手となる。つまり、本アレンジメントにより、A・B双方の国において支払利子が損金の額に算入されることを意味する。B社は、税務上事業子会社B1社と連結納税を行っており、これにより、利子費用の控除という租税上の便益をB1社に移転することができる。



※ B社は、A国では透明体、B国では不透明体

本章第3節（ハイブリッド支払者が行う無視される支払）の「基本構造」の項で述べたことと同旨であるが、2014年デリバラブルは、連結納税制度を通じて租税上の便益を「移転 (surrender)」できることにより、利子費用についての二つの控除がA国・B国で

生じる別々の所得と相殺可能になるという、やや迂遠な説明となっているため⁽²⁴⁶⁾、左図⁽²⁴⁷⁾のとおり、より平易な例を掲載することにより補足したい。

なお、支払者国（設例ではB国）に他の納税者と連結納税の適用適格な恒久的施設（PE）を設けることにより、同様のDD効果を達成することができる⁽²⁴⁸⁾。

(246) *Ibid.*, p.52 (para.95).

(247) 税制調査会＝財務省・前掲注（207）の図を参考に筆者が作成。

(248) *Ibid.*, p.52 (para.96).

2 勧告ルール

2015 年最終報告書が勧告する「控除可能なハイブリッド支払ルール（勧告 6）」の適用場面は、(a) 2 か国以上の法域において、支出が納税者の課税所得の計算に含めるよう義務付けられている場合、(b) 投資家のうちの 1 社によって透明体とみなされるハイブリッドな者が行う支払の場合で、支払が当該投資家の課税所得の計算上控除可能と取り扱われるとき⁽²⁴⁹⁾で、内容は次のとおりとなっている。

勧告 6（控除可能なハイブリッド支払ルール）

6.1 支払が DD 効果を生じさせる限りにおいてミスマッチを無効化

支払者国で控除可能で、かつ、親会社管轄国においても重複控除を引き起こすという、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす支払を行うハイブリッド支払者に対しては、次のルールが適用される。

- (a) 支払が DD 効果を生じさせる限りにおいて、親会社を管轄する国（parent jurisdiction）が当該支払に係る控除を否認。（一次対応）
- (b) 親会社管轄国がミスマッチを無効化しないときは、支払が DD 効果を生じさせる限りにおいて、支払者国（payer jurisdiction）が当該支払に係る控除を否認。（防御ルール）
- (c) 控除が、親会社及び支払者双方の国で通常所得に算入される所得（二重算入所得（dual inclusion income））と相殺される限りにおいて、ミスマッチは生じない。
- (d) 二重算入所得を超過した控除（超過控除（excess deduction））は、翌期以降の二重算入所得との相殺が認められる（繰越可）。取り残された損失（stranded loss）が発生することを回避するため、超過控除が相手国において二重算入所得以外の所得と相殺されないことを、納税者が税務当局に対し得心いくまで証明した場合には、当該超過控除を控除することができる。

(249) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.68 (para.180).

6.2 ルールは、ハイブリッドな支払者が行う控除可能な支払についてのみ適用

次に該当する者は、支払者国において控除可能な支払に関するハイブリッドな支払者とされる。

- (a) 支払者が支払者国の居住者に該当しないとき、支払者が居住する国（親会社の管轄国）の税務上、当該支払が支払者（又は関連者）に重複控除を引き起こす場合
- (b) 支払者が支払者国の居住者に該当するとき、他方の国（親会社の管轄国）の税務上、当該支払が投資家（又は関連者）に重複控除を引き起こす場合

6.3 ルールは、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす支払についてのみ適用

支払者国における控除が二重算入所得以外の所得と相殺される場合に、当該支払は、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす。

6.4 ルールのスコープ

防御ルールは、ミスマッチの当事者全員が同一の支配グループに属する場合、又はミスマッチが仕組まれた取決めにに基づき発生し、かつ、納税者が当該仕組まれた取決めの当事者である場合においてのみ適用される。一次対応の適用範囲に制限はない。

3 控除可能なハイブリッド支払ルールの適用関係

前節までの例に倣い、「控除可能なハイブリッド支払ルール（勧告6）」の適用関係について、適宜、事例集から設例をピックアップして考察する。

(1) 設例 4.4 (Interaction between Recommendation 4 and Recommendation 6) ⁽²⁵⁰⁾

まずは、ハイブリッド事業体間のミスマッチを解消するための無効化ル

(250) *Ibid.*, p.307.

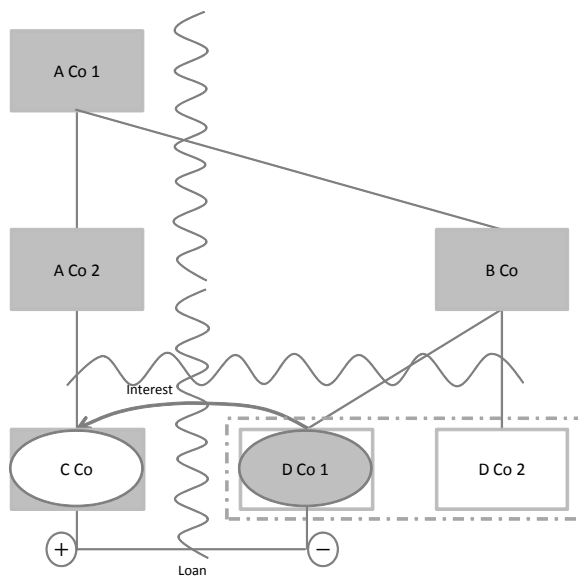
ールの適用に当たり、リバース・ハイブリッドルール（勧告４）と控除可能なハイブリッド支払ルール（勧告６）がどのような相互関係にあるのかを検討する。

イ 事実関係

A 1 社及びA 2 社は、ともにA国居住法人である。A 1 社は、A 2 社及びB国居住のB社の株式の全てを保有する。

A 2 社は、C国税務上では存在を無視されるもA国税務上は法主体を有する事業体C社をC国に設立する。A国は、特定外国子会社（foreign controlled entity）が得た利子所得について、税務上親会社の所得とみなして合算するといったC F C 税制を導入していない。

B社は、D国にハイブリッド子会社D 1 社を設立する。D 1 社は、同じくB社の子会社であるD 2 社と連結納税を行う。C社は、D 1 社に資金の貸付を行う。B国・D国ともにハイブリッド・ミスマッチルールを導入済である。



ロ 適用関係

リバース・ハイブリッドとは、前節において検討したとおり、設立国（C国）においては透明体であるが、投資家（A2社）から見ると独立した別個の事業体をいう。C国において透明体ということは、C社の所得は、直近の親会社A2社に直接帰属することを意味するが、A国におけるC社は法主体を有する事業体であり、A2社に帰属するとされる所得は、A国税務上通常所得に算入されない。したがって、C社はリバース・ハイブリッドに該当する。

支払が支払者国（D国）で控除され、かつ、受領者国（C国）で通常所得に算入されない限り、リバース・ハイブリッドに対する支払がD／N I 効果を生じさせていることにほかならず、しかもその支払は、D国とB国の双方の国でなされていることになる。本設例では、B社とD1社が支払者に該当し、勧告4に従い両国が当該利子の支払に係る控除を否認する。

なお、この否認がDD効果を減殺してしまっているのもはや勧告6の適用はない。

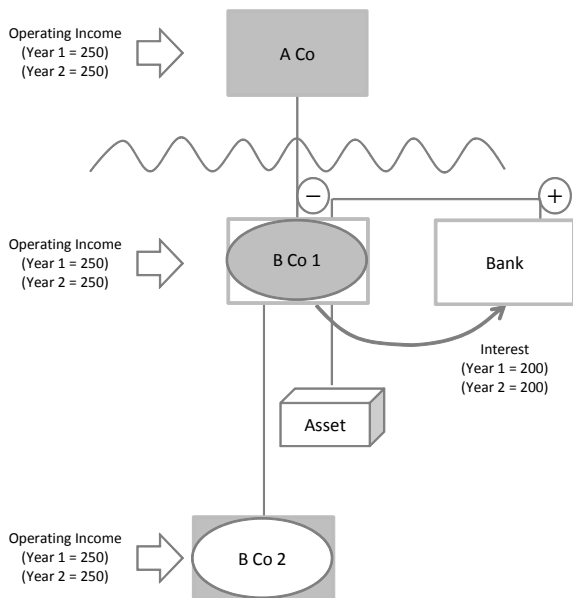
かなり入り組んだ面倒な設例である。筆者は、ハイブリッド子会社D1社がB国から見ると透明体、D国では連結グループを構成する法人と取り扱われ、D1社のリバース・ハイブリッドC社に対する支払がB・D双方の国でDD効果を生じさせていることから、親会社B社を管轄するB国が一次対応で控除を否認すればよいと考えたが、確かにこの措置だけではC社をパス・スルーしてA2社に帰属する所得への課税が不十分であることが分かる。

結果として、受領者国において通常所得に算入という防御ルール（勧告1又は3）が適用されるケースに該当しないため、本設例ではB社及びD1社における控除否認が正答となるであろう。いずれにせよ、4か国にまたがるストラクチャー全体を俯瞰できなければ、無効化ルールの適用は非常に困難であることは間違いなさそうである。

(2) 設例 6.1 (Accounting for timing and valuation differences) ⁽²⁵¹⁾

イ 事実関係

A社は、B国に居住するハイブリッド子会社B 1社の株式の全てを保有する。B 1社は、地元の銀行から資金を借り入れ、また、減価償却資産を有するほか、B 2社の株式の全てを保有する。



ハイブリッド子会社B 1社は、A国税務上存在を無視されるが、B国では法主体を有する納税者として取り扱われるため、B 1社の全ての収益・費用については、双方の国で課税がなされる。B 2社は、A国税務上独立した事業体であるが、B国税務上その存在を無視されるリバーズ・ハイブリッドである。B 2社の性格付けに対するA・B国間における税務上の取扱いの差異が原因で、B 2社の全ての所得は、B 1社により得られていると取り扱われる（つまり、B国で課税関係が生じるが、A国においては一切の課税が生じない。）。

(251) *Ibid.*, p.310.

B 1 社及びB 2 社は、2 事業年度にかけてそれぞれ 500 の営業収益を稼得する。仕組まれた取決めに従えば、B 1 社の収益・費用（減価償却費を含む。）は、A・B 双方の国で課税所得を構成する。しかしながら、A 国とB 国との間には、収益・費用の金額及び帰属時期について差異があり、具体的には次のような期ズレ等が生じる。

- (a) A 国では、B 1 社の 2 事業年度の営業収益 500 のうち 20%（100）が第 1 期に、80%（400）が第 2 期に生じたと認識する。また、第 1 期に B 1 社において生じた利子費用の 50%（100）が第 2 期に繰り延べられる。A 国は、減価償却について政策減税を実施しており、A 社に対し、B 1 社所有資産に係る多額の無税償却（180）を認めている。
- (b) B 国では、B 1 社収益の 60%（300）が第 1 期に、40%（200）が第 2 期に生じたと取り扱う。利子費用及び減価償却費は、每期均等に計上される。（次表参照）

	Country A A Co			Country B B Co 1 and B Co 2 Combined		
		Tax	Book		Tax	Book
Year 1	<u>Income</u>			<u>Income</u>		
	Operating income of A Co	250	250	Operating income of B Co 1	300	250
	Operating income of B Co 1	100	0	Operating income of B Co 2	250	250
	<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
	Interest paid by B Co 1	(100)	0	Interest paid by B Co 1	(200)	(200)
	Depreciation	(180)	0	Depreciation	(120)	(120)
	Net return		250	Net return		180
	Taxable income	70		Taxable income	230	
Year 2	Country A A Co			Country B B Co 1 and B Co 2 Combined		
		Tax	Book		Tax	Book
	<u>Income</u>			<u>Income</u>		
	Operating income of A Co	250	250	Operating income of B Co 1	200	250
	Operating income of B Co 1	400	0	Operating income of B Co 2	250	250
	<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
	Interest paid by B Co 1	(300)	0	Interest paid by B Co 1	(200)	(200)
	Depreciation	(180)	0	Depreciation	(120)	(120)
	Net return		250	Net return		180
	Taxable income	170		Taxable income	130	
Net return for Years 1 & 2			500	360		
Taxable income for Years 1 & 2			240	360		

〔B国〕第1期にB1社とB2社は、連結ベースで合計550の収益に対し320の費用が計上され、差引230の所得となる。次年度Bグループは、前年度より100少ない収益を認識するが、同額の費用計上をするため、差引130の所得となる。

〔A国〕支払の帰属時期の不一致により、A国は、第1期のB1社収益100、利子費用100しか認識しない。ただし、A社はB国より多額の減価償却費の計上を認められる。第1期のA社の所得は70、第2期は期ズレ分が調整された結果、所得は170となる。

以上を取りまとめると、本ストラクチャーの事業体は、2事業年度総計860の純利益（net return）があったにもかかわらず、認識した課税所得は600にすぎない。最大260が二重算入所得ではない所得と相殺（二重控除）されていることになる。

ロ 適用関係

B国居住法人のB1社の利子費用と減価償却費が、B1社の投資家A社においても二重に控除されているほか、B1社の収益がA国においても計上され、双方の国で二重算入所得となっていることから、これら支払は、二重算入所得を超える範囲でDD効果を生じさせている。

したがって、控除可能なハイブリッド支払ルールが適用され、親会社を管轄する国（A国）が二重算入所得を超える範囲で控除を否認する。本設例では、A社が二重に控除している利子費用及び減価償却費の合計額（280）のうち、A社が二重に算入しているB1社の所得（100）を超える部分の金額（180）が否認され、A社は、第1期の課税所得を250と認識する。この際、A社は、超過控除（180）を翌期以降に繰り越すことができる。（第1期の調整は次表のとおり）

	Country A A Co			Calculation of adjustment under Country A law			Carry forward
		Tax	Book		Tax	Book	
Year 1	<u>Income</u>			<u>Dual inclusion income</u>			
	Operating income of A Co	250	250				
	Operating income of B Co 1	100	0	Operating income of B Co 1		(100)	
	Adjustment	180					
	<u>Expenditure</u>			<u>Double deduction</u>			
	Interest paid by B Co 1	(100)	0	Interest paid by B Co 1		100	
	Depreciation	(180)	0	Depreciation		180	
	Net return		250				
	Taxable income	250		Adjustment	180	(180)	

A社は、第1期の否認(180)に続き、第2期において二重控除をしている利子費用及び減価償却費の合計額(480)から、二重算入所得(400)を差し引いた金額(80)を否認する。2事業年度にわたる控除可能なハイブリッド支払ルールの適用により、A社は、自身の事業活動から生じた非二重算入所得の全てが課税されるとともに、B1社の活動から生じた損失260(=500-(400+360))を表象する超過控除を繰り越すことができる。(第2期の調整は次表のとおり)(252)

	Country A A Co			Calculation of adjustment under Country A law			Carry forward
		Tax	Book		Tax	Book	
Year 2	<u>Income</u>			<u>Dual inclusion income</u>			
	Operating income of A Co	250	250				
	Operating income of B Co 1	400	0	Operating income of B Co 1		(400)	
	Adjustment	80					
	<u>Expenditure</u>			<u>Double deduction</u>			
	Interest paid by B Co 1	(300)	0	Interest paid by B Co 1		300	
	Depreciation	(180)	0	Depreciation		180	
	Net return		250				
	Taxable income	250		Adjustment	80	(260)	

A国が一次対応しないとき、代わって支払者国(B国)が二重算入所得を超える範囲で控除を否認する。本設例では、B1社が二重に控除している利子費用及び減価償却費の合計額(320)のうち、B1社の二重算入所得(300)を超える部分の金額(20)が否認され、B1社は、第1期の課税所得を250と認識する。この際、B1社は、超過控除(20)

(252) *Ibid.*, p.314. 引用文献の誤植であろう箇所(Operating income of B Co 1: 100, Interest paid by B Co 1: (100))について、筆者がそれぞれ400、(300)と訂正。

を翌期以降に繰り越すことができる。第2期も同様。(第1～2期の調整は次表のとおり)

	Country B B Co 1 and B Co 2 Combined			Calculation of adjustment under Country B law			Carry forward
		Tax	Book		Tax	Book	
Year 1	<u>Income</u>			<u>Dual inclusion income</u>			
	Operating income of B Co 1	300	250	Operating income of B Co 1		(300)	
	Operating income of B Co 2	250	250				
	Adjustment	20					
	<u>Expenditure</u>			<u>Double deduction</u>			
	Interest paid by B Co 1	(200)	(200)	Interest paid by B Co 1		200	
	Depreciation	(120)	(120)	Depreciation		120	
	Net return		180				
	Taxable income	250		Adjustment	20	(20)	
Year 2	Country B B Co 1 and B Co 2 Combined			Calculation of adjustment under Country B law			Carry forward
		Tax	Book		Tax	Book	
	<u>Income</u>			<u>Dual inclusion income</u>			
	Operating income of B Co 1	200	250	Operating income of B Co 1		(200)	
	Operating income of B Co 2	250	250				
	Adjustment	120					
	<u>Expenditure</u>			<u>Double deduction</u>			
	Interest paid by B Co 1	(200)	(200)	Interest paid by B Co 1		200	
	Depreciation	(120)	(120)	Depreciation		120	
	Net return		180				
	Taxable income	250		Adjustment	120	(140)	

2事業年度にわたる控除可能なハイブリッド支払ルールの適用により、B1社は、B2社の非二重算入所得(500)の全てが課税されるとともに、B1社の活動から生じた損失140(=500-(400+240))を表象する超過控除を繰り越すことができる。

本設例で、支払(payment)には減価償却費(depreciation allowances)のような内部費用も含まれることが明らかとなった。

また、実施上の問題解決のコメンタリーの中で、双方の国には、収益・費用を表す納税申告書が用意されているはずであるから、税務当局は、二重控除あるいは二重算入所得を特定する出発点としてこのような既存の情報源や所得計算明細を利用できると述べている。この設例が示すように、複数国間で収益・費用の金額や帰属時期について認

識の差異がある場合、ストラクチャー全体を俯瞰できなければ、無効化
 ルールの適用は非常に困難である。

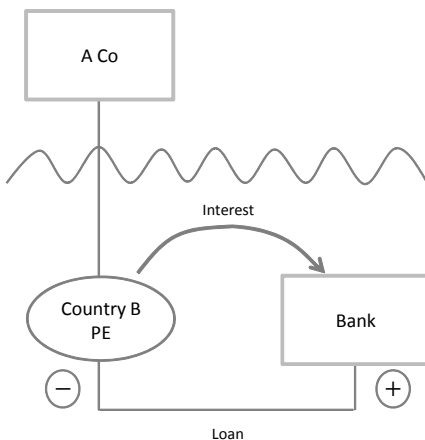
(3) 設例 6.2 (Whether DD may be set off against dual inclusion income) ⁽²⁵³⁾

イ 事実関係

A社は、B国にP Eを設置する。P Eは、地元の銀行から資金の貸付
 を受ける。貸付に係る利子は、A・B双方の国で控除できる。P Eには、
 その他所得がない。

ロ 適用関係

A社は、控除可能な利子の
 支払者国（B国）の居住者で
 はなく、かつ、当該支払が親
 会社の管轄国（A国）におい
 て重複控除を引き起こすこと
 から、ハイブリッド支払者に
 該当する。P Eの所得がA・
 Bの双方の国で課税されるこ
 とを前提とすれば、P Eには
 相殺可能なその他の所得がな
 いため、DD効果の発生が想
 定される。



A国において、利子の支払は、B国源泉以外のA社の所得から機械的
 に控除される。それゆえ、A国が控除可能なハイブリッド支払ルール
 の一次対応をしない限り、利子は、同国の非二重算入所得と相殺できる。

問題は、B国で純損失となる利子の支払である。この損失を翌期以降
 B国において控除することができる（may）か否かは、損失の利用及び
 A国間の相互関係を律するB国のルール次第ということになる。

(253) *Ibid.*, p.317.

したがって、B国が二重算入所得ではない所得との相殺を防止するルールを有していない場合、もしくは、納税者が、控除が取り残された損失（stranded loss）を生み出すことを税務当局が得心するよう証明できない場合に、控除可能なハイブリッド支払ルールが適用される。

このような条件下、A国が一次対応を行い、A社の控除を否認するとともに、翌期以降の二重算入所得に対する超過控除の繰越しを認める。防御ルールは、B国によるP Eの支払利子の否認となる。

一次対応が親会社において控除を否認であるため、支払者国で控除が未使用の場合、控除可能なハイブリッド支払ルールが「取り残された損失（stranded loss）」、すなわち「実務上又は商業上の理由で一方の国で使用できない、あるいは、勧告6が適用されたという事実によって他方の国で使用できない控除」⁽²⁵⁴⁾を引き起こす可能性がある。例えば、A社がB国での事業展開をあきらめP Eを閉鎖しようとするが、前期までの未使用の繰越控除が残っているような場合がこれに当たる。このケースでは、勧告 6.1(d)(ii)は、A国税務当局に対し、超過控除を二重算入所得以外の所得との相殺を認容するよう依頼するとともに、納税者に対してもB国からのP E廃止によりB国で生じた損失が相殺できないことを証明するよう要請している。

なお、この設例でも実施上の問題解決のコメンタリーとして、A社が、P Eの収益・費用を示す個別勘定元帳の備え付ける旨のA国要請に応じない場合、B国へ提出した納税申告書や情報申告を利用し、A社で否認すべきB国P Eの損失を調査することでできると述べている。

4 問題点の考察

（1）取り残された損失（stranded loss）への対応

無効化ルール（勧告6）は、二重損金算入をもたらす支払が、二重算入

(254) *Ibid.*, p.73 (para.202).

所得（dual inclusion income：A国でもB国でも益金算入されるB社の通常所得）を超えた額（超過控除）について適用される。超過控除額は繰り越され、将来における二重算入所得と相殺可能であるが、設例 6.2 で検討したように、A社がB国からの事業撤退を決定した時などに有する未使用の繰越超過控除額（取り残された損失）について、事務負担の煩雑さが指摘されている⁽²⁵⁵⁾。

また、2015 年最終報告書は、超過控除が相手国において二重算入所得以外の所得と相殺されないことを証明した場合には控除可と勧告するが、国内法への導入を検討する際は、まず超過控除について繰越しを無期限に認めるのか、一定期間内に制限するののかという議論が必要であるほか、納税者に過度な事務負担を与えることのないよう後続年度における複雑な調整制度の簡素化も考慮に入れなければならない。

（2）情報交換マニュアルの整備

設例 6.1、6.2 の実施上の問題解決のコメンタリーのとおり、無効化ルールを円滑に執行させるためには、B E P S プロジェクト参加国の間で情報交換の重要性を再認識することが肝要と思われるが、実務上、情報交換にはいろいろな制約が課されている。したがって、ハイブリッド・ミスマッチルールが導入される時期までに、相手国の権限ある当局から我が国へ必要な情報提供要請があった場合の検討事項、例えば租税条約の除外事由に該当するか、自国内での調査手段を尽くした上での要請か等、実施をする上での留意点をフローチャートにして整理しておく必要があると考える。

第 6 節 双方居住者が行う控除可能な支払

本節では、第 5 節において検討した DD 効果を生じさせるハイブリッド・ミ

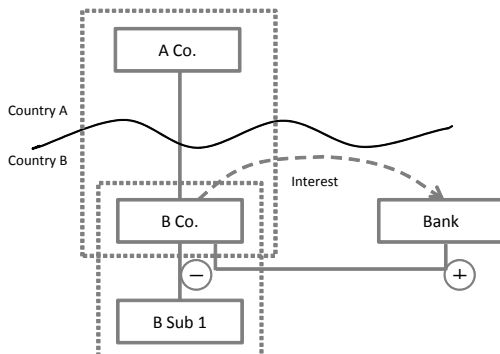
(255) 経団連は、「取り残された損失を防ぐためにはハイブリッド支払に係わる控除が他者の所得との間で相殺されることのないことを課税当局が納得するよう立証する必要があるが…、こうした要件も納税者の事務負担の増加を招く。」とコメントする。OECD (2014d), *see supra* note (170), p.341 (para.8). 経団連・前掲注 (170)。

スマッチのうち、双方居住者（**dual resident entity**）を要素とするアレンジメントを概観する。双方居住者とは、2015 年最終報告書の中で「二以上の国の法令に基づき税務上居住者とされる納税者」と定義されてはいるものの⁽²⁵⁶⁾、どのような判定基準の差異により二重居住の状態が生じ得るかについて詳細な記載は見当たらない。しかし、OECD が BEPS プロジェクトを主導している以上、OECD モデル租税条約に定める「居住者（**resident**）」の概念が下地となっていることは疑いようもなく、しかも 2015 年最終報告書の第 2 部で双方居住者に関する勧告がされていることを併せて考えると、居住者の判定に当たり、異なる基準（例えば、本店所在地基準と管理支配地基準）を利用して、支払が複数国で重複控除される取決めに対象としているものと思われる。

本稿は、多国籍企業の BEPS をテーマとしていることから、法人を例にとると、本店所在地基準を採用する日本に対し、英国のように事業の指揮管理を行う場所を基準（管理支配地基準（**place of management test**））にして法人の居住地を決める国もある。日本の会社法に基づいて設立した会社が、東京に本店を有しており、経営上の重要な意思決定など実質的な管理支配をロンドンの支店で行う場合、日英双方の国の居住者として取り扱われるといった抵触が生じ得る⁽²⁵⁷⁾。

1 基本構造

右図⁽²⁵⁸⁾は、双方居住者が行う控除可能な支払が他国で重複控除を誘発するというミスマッチであり、この種のミスマッチが二重連結の仕組みにより設計可能



(256) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.77.

(257) 増井＝宮崎・前掲注 (38) 11 頁。

(258) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.55.

となることを表す 2014 年デリバラブルの例示である。

二重連結法人 (Dual Consolidated Companies) の設例では、A 社は、A 国で設立され、A 国で課税される居住者 (法人) である。B 社は、B 国で設立され、A・B 双方の国で課税される居住者 (法人) であり、A 社の 100 パーセント子会社である。B 1 社は、B 国で設立され、B 国で課税される居住者 (法人) であり、B 社の 100 パーセント子会社である。そして、B 社は、A 国法に基づき A 社と、B 国法に基づき B 1 社と税務上連結納税を適用している。

B 社は、銀行から資金の貸付を受け、それに係る利子を支払う。B 社にはその他の所得がないものとする。B 社は、A・B 双方の国の居住者に該当するため、両国で全世界所得をネットベースで課税され、両国の連結納税制度により純損失を他の居住者 (A 社及び B 1 社) へ移転することができる。双方の国の連結納税制度を通じて租税上の便益を「移転 (surrender)」することにより、利子費用の二つの控除が A 国・B 国で生じる別々の所得と相殺可能になる。

2 勧告ルール

2015 年最終報告書が勧告する「双方居住支払者ルール (勧告 7)」の概要は次のとおりである。

なお、本勧告は、2014 (平成 26) 年 3 月に公表されたディスカッションドラフトには見られなかった新たな勧告⁽²⁵⁹⁾であることに留意したい。

(259) 鶴田廣巳「B E P S と国際課税原則—ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを中心に—」日本租税理論学会編『国際課税の新展開』114 頁 (財経詳報社、2015)。二重連結法人が引き起こす D D 効果の無効化ルールは、OECD (2014b), *see supra* note (43), p54 に示されてはいるものの、勧告自体は、総括表 (p18) の中で独立していない。

勧告 7（双方居住支払者ルール）

- 7.1 支払がDD効果を生じさせる限りにおいてミスマッチを無効化**
支払者が居住する双方の国で控除可能で、かつ、DD効果というハイブリッド・ミスマッチをもたらす支払を行う双方居住者に対しては、次のルールが適用される。
- (a) 支払がDD効果を生じさせる限りにおいて、全ての居住地国（resident jurisdiction）が当該支払に係る控除を否認。（一次対応）
 - (b) 控除が、双方の国で通常所得に算入される所得（二重算入所得（dual inclusion income））と相殺される限りにおいて、ミスマッチは生じない。
 - (c) 二重算入所得を超過した控除（超過控除（excess deduction））は、翌期以降の二重算入所得との相殺が認められる（繰越可）。取り残された損失（stranded loss）が発生することを回避するため、超過控除が二重算入所得以外の所得と相殺されないことを、納税者が税務当局に対し得心いくまで証明した場合には、当該超過控除を控除することができる。
- 7.2 ルールは、双方居住者が行う控除可能な支払についてのみ適用**
税務上、納税者が二以上の国の居住者とされる場合、当該納税者は、双方居住者とされる。
- 7.3 ルールは、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす支払についてのみ適用**
他方の国における控除が二重算入所得以外の所得と相殺される場合に、当該支払は、ハイブリッド・ミスマッチをもたらす。
- 7.4 ルールのスコープ**
ルールの適用範囲に制限はない。

本勧告の下では、全ての居住地国が一次対応を取るため、防御ルールは提

案されていない⁽²⁶⁰⁾。理論的に二重課税が生ずるはずだが、その調整については、次項の設例を通じて読み解いていきたい。

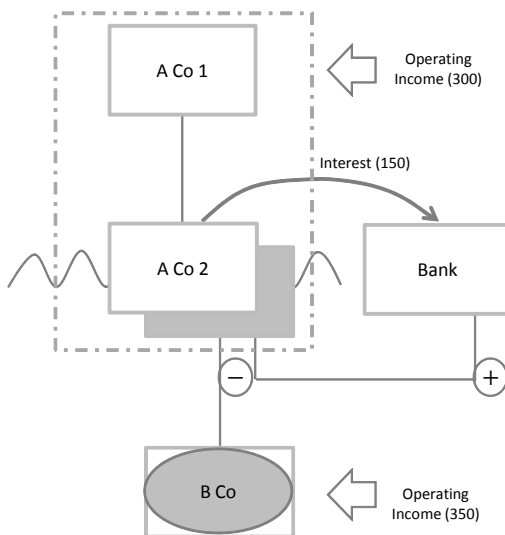
3 双方居住支払者ルールの適用関係

事例集に登載された「双方居住支払者ルール（勧告7）」の適用関係については、次の1例のみとなっている。

○ 設例 7.1 (DD outcome using a dual resident entity) ⁽²⁶¹⁾

イ 事実関係

A 1 社は、A・B 双方の国の居住者とされる A 2 社の株式の全てを保有し、A 国税務上 A 2 社と連結する。A 2 社は、A 国税務上独立した事業体であるが、B 国税務上存在が無視されるリバース・ハイブリッド B 社の全ての株式を取得する。



A 2 社は、銀行から資金の貸付を受ける。貸付に係る利子は、A・B 双方の国で控除できる。A 2 社には、その他所得がない。(A・B グル

(260) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.78 (para.220).

(261) *Ibid.*, p.336.

ープの税務上の損益は次表⁽²⁶²⁾のとおり)

Country A			Country B		
A Co 1			A Co 2 and B Co Combined		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Operating income of A Co 1	300	300	Operating income of B Co	350	350
<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
Interest paid by A Co 2 to bank	(150)	-	Interest paid by A Co 2 to bank	(150)	(150)
Net return		300	Net return		200
Taxable income	150		Taxable income	200	

A 国の連結納税制度により、A 2 社の支払利子が直接 A 1 社の営業収益から控除され、課税所得は 150 となった。B 国税務上 B 社の課税所得は、A 2 社が生み出したものとみなされ、A 2 社の支払利子が控除され、課税所得は 200 となった。A・B グループの正味利益は 500 であるにもかかわらず、課税所得はわずか 350 にすぎない。

ロ 適用関係

A 2 社は、双方居住者に該当するため、A 2 社が居住する A・B 双方の国で支払利子が控除される。A 国の連結納税制度が同一の連結グループに属する納税者を単体の納税者として取り扱い、かつ、その間の取引がないものとするとき、A 2 社は、本ルールの適用上 A 国居住者とみなされることになる。

A 2 社にはその他の所得がなく、A・B 双方の国で DD 効果を引き起こす。これは、A 国の連結納税制度と A 2 社の B 国リバース・ハイブリッドへの投資によるハイブリッド・ミスマッチなので、A・B 双方の国が利子控除を否認する。

(262) *Ibid.*, p.337. 原文は、“A Co 1 and B Co Combined”となっているが、誤植と思われることから、“A Co 2 and B Co Combined”と訂正した。

Country A A Co 1			Calculation of adjustment under Country A law			Carry forward
	Tax	Book		Tax	Book	
<u>Income</u>			<u>Dual inclusion income</u>			
Operating income of A Co 1	300	300				
Adjustment	150					
<u>Expenditure</u>			<u>Double deduction</u>			
Interest paid by A Co 2 to bank	(150)	-	Interest paid by A Co 2 to bank		150	
Net return		300				
Taxable income	300		Adjustment	150	(150)	

Country B A Co 1 and B Co			Calculation of adjustment under Country B law			Carry forward
	Tax	Book		Tax	Book	
<u>Income</u>			<u>Dual inclusion income</u>			
Operating income of B Co	350	350				
Adjustment	150					
<u>Expenditure</u>			<u>Double deduction</u>			
Interest paid by A Co 2 to bank	(150)	(150)	Interest paid by A Co 2 to bank		150	
Net return		200				
Taxable income	350		Adjustment	150	(150)	

双方の国が「双方居住支払者ルール」を適用したことにより、課税所得の総計が 650 に増加する。これでは本アレンジメント下の現実の所得を超過するため、A 2 社は、過大な税負担を除去するためのストラクチャリングの機会を与えられる。

一法として、A 2 社が調達した資金を同率のレートで A 1 社に貸し付けることが考えられる。A 1 社に対して資金を転貸することにより、二重控除と同額の二重算入所得を生み出すことになり、ミスマッチの除去とともに、本アレンジメントにおける正味利益が双方の国で課税されることになる。この方法だと、A 国において支払利子の課税が行われないが、同一の所得に対する経済的二重課税を排除する効果があるため、二重算入所得の定義を満たすことになる。(次表のとおり) (263)

(263) *Ibid.*, p.339. 引用文献の誤植であろう箇所 (Country B の Net return 300、Taxable income 300 は誤植と思われるため、筆者がそれぞれ 350 に訂正。

Country A A Co 1			Country B A Co 2 and B Co Combined		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Operating income of A Co 1	300	300	Operating income of B Co	350	350
			Interest paid by A Co 1	150	150
<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
Interest paid by A Co 2 to bank	(150)	-	Interest paid by A Co 2 to bank	(150)	(150)
Interest paid by A Co 1 to A Co 2	-	(150)			
Net return		150	Net return		350
Taxable income	150		Taxable income	350	

その他、過課税（over-taxation）を回避するための方法として、B社がA国において課税される配当を支払うことが考えられる。B社はB国では無視される事業体なので、本件配当についてB国で課税関係は生じないが、経済的二重課税を排除する効果があるため、二重算入所得の定義を満たすことになる。（次表のとおり）

Country A A Co 1			Country B A Co 2 and B Co Combined		
	Tax	Book		Tax	Book
<u>Income</u>			<u>Income</u>		
Operating income of A Co 1	300	300	Operating income of B Co	350	350
<u>Expenditure</u>			<u>Expenditure</u>		
Interest paid by A Co 2 to bank	(150)	-	Interest paid by A Co 2 to bank	(150)	(150)
Dividend paid by B Co	150				
Net return		300	Net return		200
Taxable income	300		Taxable income	200	

4 問題点の考察

（１）二重課税解消のための対応

設例で検討したとおり、双方居住支払者ルールは、双方の国が一斉に重複控除を否認することを容認しているため、二重課税を生じさせる。この問題に対し、OECDが用意した設例では、納税者に転貸（on-lending）や配当手段の組み合わせでアレンジメントを修正できるとしているが、こういう税務ポジションになっていれば否認が行われないであろうことを示唆しているにすぎず、かなり使い勝手の悪いルールであるといえよう。

要するに、「A 2 社は、過大な税負担を除去するためのストラクチャリングの機会を与えられる⁽²⁶⁴⁾」としているのは、あくまで確定申告の前段階での調整であり、税務調査等により更正等が行われた後の調整手段については、何らコメントしていないように思われる。

これを解決するのは、2 国間租税条約に定められる締約国の権限ある当局による相互協議手続（mutual agreement procedure, MAP）に負うところが多い。2 国間租税条約には、（i）個別事案に関する協議、（ii）租税条約の適用又は解釈等に関する協議（解釈適用協議）、（iii）租税条約に定めのない場合における二重課税を除去するための協議（立法的解決協議）、の三つのタイプの協議がある⁽²⁶⁵⁾が、果たしてこの種の課税が租税条約に適合しない課税であるとして、納税者の申立てが協議のテーブルに上るのか、ここから詰めていかないといけない⁽²⁶⁶⁾。

また、D D 効果を無効化しようとする取組であるため、控除可能なハイブリッド支払ルール（勧告 6）と同様、おのずから「取り残された損失（stranded loss）」が生じ、後続年度での厄介な調整が必要となることを付記する。

（2）租税条約による双方居住問題の解決について

O E C D モデル租税条約は、条約の適用上、「一方の締約国の居住者」とは、当該一方の締約国の法令の下において、住所、居所、事業の管理の場所その他これらに類する基準により当該一方の締約国において課税を受けるべきものとされる者をいい（第 4 条第 1 項）、1 の規定により双方の締約国の居住者に該当する者で個人以外のものについては、その者の事業の実質的管理の場所が存在する締約国の居住者とみなす（同条第 3 項）として

(264) *Ibid.*, p.338 (para.9).

(265) 中里実ほか『租税法概説〔第 2 版〕』346～347 頁（有斐閣、2015）。

(266) 藤谷武史東京大学准教授は、ミスマッチの解釈が自国とカウンターパーティとの間で食い違くと、租税条約上の問題ではなく、各国税法の適用の不整合なので相互協議には乗らないだろうと示唆される。税務研究会（平成 27 年 12 月 16 日開催）の席上におけるご発言。記して感謝申し上げます。ただし、本文中に含まれ得る誤りは全て筆者の責に帰する。

いる。我が国は、モデル租税条約の直接・間接に実質的管理の場所に言及する本条の規定及びその他の条項に留保を付し、法人について本店所在地国の居住者とするを租税条約締結方針としながらも、権限ある当局が協議により居住地国を決定するという条約例も数多く締結している⁽²⁶⁷⁾。

本節冒頭で例にした、本店所在地基準と管理支配地基準とが衝突することにより発生する双方居住者の問題は、通常、租税条約締約国同士であれば、双方居住者の振分けルールにより解決が図られ、解決が困難な場合は権限ある当局による相互協議の手段もある（日英租税条約では、法人は協議により振分け（第4条第3項））。

以上を考え合わせると、私見ではあるが、各国の足並みがそろわないうちにDD効果の無効化ルール（勧告6を含む。）を尚早に導入することには慎重であるべきと考える。それよりむしろ第3章で検討するとおり、既にダブルディップを防止するため、幾つかの国で措置されている方法を検討すべきと考える。

第7節 間接的なD／N I 効果

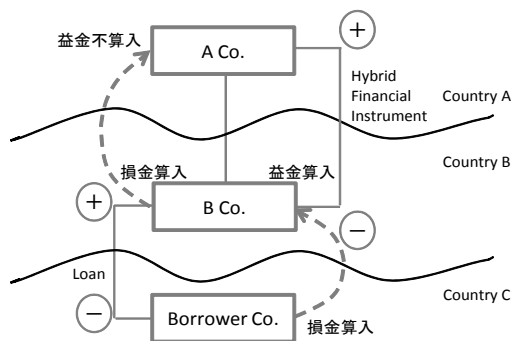
複数国間で生じるハイブリッド・ミスマッチは、普通貸付といったプレーンバニラ型の金融商品を利用することにより、他国に移転（輸入）することが可能とされる⁽²⁶⁸⁾。本節では、ハイブリッドではない利子、使用料、賃料、役務提供の対価といった広範な支払から生じる課税所得が、オフショア法域で仕組まれたハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメント（D／N I）から創出される控除と直接又は間接的に相殺される場合のアレンジメントを検討する。

(267) 川田剛＝徳永匡子『2014 OECDモデル租税条約コメンタリー逐条解説〔第3版〕』83～96頁（税務研究出版局、2015）。

(268) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.59 (para.106).

1 基本構造

右⁽²⁶⁹⁾は、2014年デリバラブルが示す、ハイブリッド金融商品から輸入するミスマッチ（Importing Mismatch from Hybrid Financial Instrument）について単純化した設例である。



本ストラクチャーでは、A社は、完全子会社のB社に対し、ハイブリッド金融商品を利用した資金の貸付を行う。この商品に係る支払は、A国税務上免税と取り扱われる一方、B国税務上は控除することができる。C国居住の借り手は、B社から資金の貸付を受ける。本件貸付に係る利子は、C国税務上控除することができ、B国税務上B社の課税所得に算入される。この仕組みを全体から見ると、A国とC国との間で間接的にD／N I効果が生じていることが分かる。B社の所得と控除は互いに打ち消しあい、B国の税収には影響を及ぼさない。

2 勧告ルール

2015年最終報告書が勧告する「輸入されたミスマッチルール（勧告8）」の概要は次のとおりである。

勧告8（輸入されたミスマッチ）

- 8.1 支払が間接的D／N I効果を生じさせる限りにおいて控除を否認
受領者が、輸入されたミスマッチ支払と受領者国におけるハイブリッド控除とを相殺する限りにおいて、支払者国（payer jurisdiction）が当該支払に係る控除を否認。

(269) *Ibid.*, p.59. 筆者が一部加工。

8.2 ハイブリッド控除の定義

ハイブリッド控除とは、次の支払から生じる控除をいう。

- (a) ハイブリッド・ミスマッチをもたらす金融商品に基づく支払
- (b) ハイブリッド・ミスマッチをもたらすハイブリッド支払者が行う無視される支払
- (c) ハイブリッド・ミスマッチをもたらすリバース・ハイブリッドに対する支払
- (d) ハイブリッド・ミスマッチをもたらす重複控除を引き起こすハイブリッド支払者又は双方居住者が行う支払

この控除には、他方の者が支払とハイブリッド控除とを相殺する限りにおいて、当該他方の者に対する支払から生じる控除を含むものとする。

8.3 輸入されたミスマッチ支払

輸入されたミスマッチ支払とは、ハイブリッド・ミスマッチルールが適用されない受領者に対する控除可能な支払をいう。

8.4 ルールのスコープ

本勧告は、納税者が輸入されたミスマッチ・アレンジメントの当事者として同一の支配グループに属する場合、又は支払が仕組まれた取決めにに基づき行われ、かつ、納税者が当該仕組まれた取決めの当事者である場合において適用される。

3 輸入されたミスマッチルールの適用関係

事例集には「輸入されたミスマッチルール（勧告8）」に関し、16もの設例が掲載されている。紙幅の制約もあり要領よく検討したい。

（1）設例 10.5（Imported mismatch arrangement）⁽²⁷⁰⁾

上記1（基本構造）で検討した設例について、B社とC国借り手との間

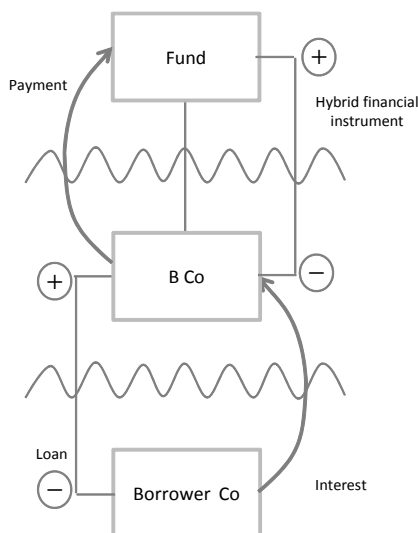
(270) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.443.

に出資関係を系統的に示す実線が引かれていないことに気付く。つまり、C国借りが手がA・B社と共に行動する（acting together）者でない限り、非関連者間で仕組まれた取決めということになる。まず、この仕組まれた取決めについて概観する。

イ 事実関係

中規模法人に対する資金の貸付業を営むA国居住のファンドは、C国居住の借りに対し運転資金の無担保貸付を実行する交渉を開始する。

C国借りとA国ファンドは、A国税務上は資本、C国税務上は負債と取り扱われる劣後ローンを活用しては如何という税務助言を受ける。C国におけるハイブリッド・ミスマッチルールを回避するた



め、ファンドは、B国の完全子会社とバック・トゥ・バック・アレンジメント（ミラー取引）を利用する仕組みを考案する。B国は、この種の劣後ローンを負債として取り扱うが、ハイブリッド・ミスマッチルールを施行していない。したがって、ファンドとB社との間のローンは、税効果のミスマッチを生み出し、アレンジメントがC国税務上輸入されたミスマッチをもたらす。

ロ 適用関係

C国借りがアレンジメントの設計に深く関与し、その構造を理解し、税効果を予知していれば、借りは、仕組まれた取決めの当事者とされる。第4節で取り上げた設例 4.1 の事実関係とは逆に、C国借りは、税務上の取扱いがハイブリッド化される可能性が当事者らによって特

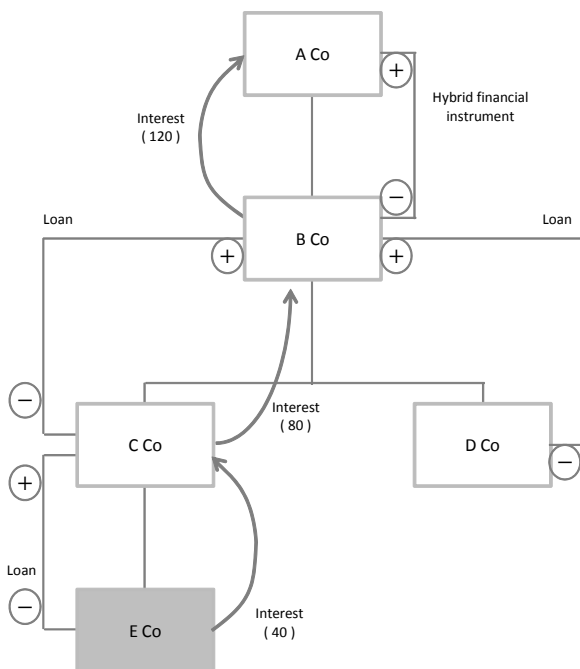
定された時点でA社と議論を開始している。借り手は、A国ファンドとB社との間の金融取決めの詳細を知らないかもしれないが、B社とA国ファンドが関連者であり、調達資金が間接的にA国ファンドから拠出されているという事実気付いているはずである。また、税務上の理由、とりわけ借り手がハイブリッド・ミスマッチルールに基づく利子控除の否認を回避するため、B社がストラクチャーに挟み込まれていることにも気付いているであろう。以上のような理由で、C国借り手は、A国ファンドとB社との間のハイブリッド金融商品について直接の関与又は自覚がなくとも、アレンジメントの全体設計に深く関与したとされる。

(2) 設例 8.1 (Structured imported mismatch rule) ⁽²⁷¹⁾

イ 事実関係

A国に所在するA社は、A B C D E グループの親法人である。A社は、ハイブリッド金融商品（B国利子控除、A国配当免税）を利用してB国所在のB社（A社の完全子会社）に資金を融資する。B社は、ハイブリッド金融商品に基づき調達した資金をC社及びD社（各々C国、D国所在）に転貸する。C社は、E国所在のE社（C社の完全子会社）へ再転貸する。E社が所在する国のみ、本報告書の勧告を実施している。

(271) *Ibid.*, p.341.



ロ 適用関係

同一のグループ間金融アレンジメントの下で実行される融資と関連する支払、すなわちB社が行うハイブリッド控除をもたらす支払とE社が行う輸入されたミスマッチ支払は、仕組みられた取決めの一環と取り扱われるものとされる。

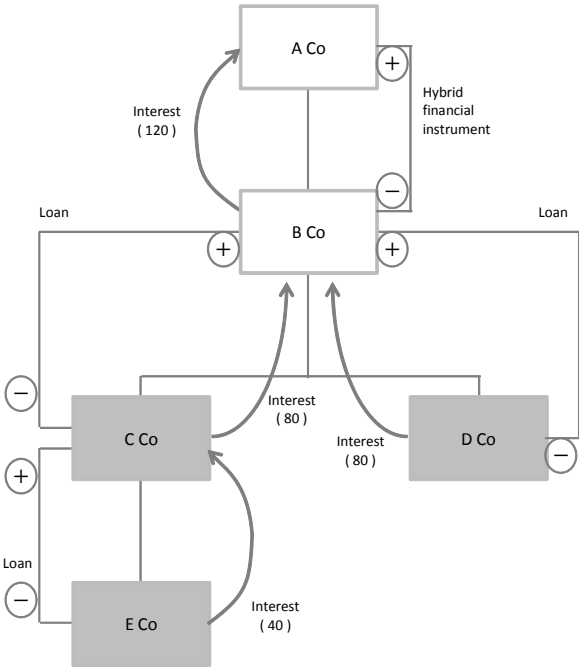
まず直接のハイブリッド控除を特定する。B社の120が該当する。次に納税者は、追跡アプローチ（tracing approach）を適用し、輸入されたミスマッチ支払とハイブリッド控除との間接的な相殺範囲を決定すべきとされる。C社は、B社に国境をまたぎ80の支払をしており、いずれか低い金額(80)がC社の間接的ハイブリッド控除とされる。更に、E社は、C社に国境をまたぎ40の支払をしており、いずれか低い金額(40)がE社の間接的ハイブリッド控除とされる。したがって、E国が輸入されたミスマッチルールを適用し、40の控除を否認する。これが勧

告 8 のうち「仕組みれ輸入されたミスマッチルール (structured imported mismatch rule)」と呼ばれるルールである。

(3) 設例 8.2 (Structured imported mismatch rule and direct imported mismatch rule) ⁽²⁷²⁾

イ 事実関係

B 社が既存アレンジメントを整備し、D 社とのグループ金融の仕組みを非関連としたこと、C 社・D 社・E 社が所在する国が、本報告書の勧告を実施していることのほかは、設例 8.1 と同じ。



ロ 適用関係

輸入されたミスマッチルールは、本報告書が勧告する全てのルールを導入した国の受領者に対する支払 (any payment made to a payee) には適用されない。E 社が C 社に対して行った支払については無効化され

(272) *Ibid.*, p.345.

ており、E国において輸入されたミスマッチルールの適用はない。

C社が行った利子の支払は、輸入されたミスマッチルールの射程となる。B社・D社間の貸付は、同一の取決め（スキーム、計画、理解）の一環と認定されない限り、ルールは適用されない。

まず直接のハイブリッド控除を特定する。B社の120が該当する。次に、B社が行う支払とC社が行う輸入されたミスマッチ支払は、仕組まれた取決めの一環であるとして取り扱われる。輸入されたミスマッチ支払から生ずる所得が同一の仕組まれた取決めに基づきハイブリッド控除と直接的・間接的に控除される限りにおいて、支払者国が当該控除を否認しなければならないので、本設例ではC社が行う輸入されたミスマッチ支払80がB社のハイブリッド控除120と相殺されており、C国がC社の支払利子80全額を否認する。

これは、「仕組まれ輸入されたミスマッチルール」の適用であるが（設例8.1と同じ）、最後に、D社がB社に対して行った支払が残余のハイブリッド控除と相殺される限りにおいて、D社に対する「直接の輸入されたミスマッチルール（direct imported mismatch rule）」の適用が検討され、D社の控除が否認される。否認額は、次の算式で計算された40となる。

$$\text{支払者が行った輸入されたミスマッチ支払(80)} \times \frac{\text{発生した残余のハイブリッド控除の総額(40)}}{\text{受け取った輸入されたミスマッチ支払の総額(80)}}$$

（4）設例 8.3（Application of the direct imported mismatch rule）⁽²⁷³⁾

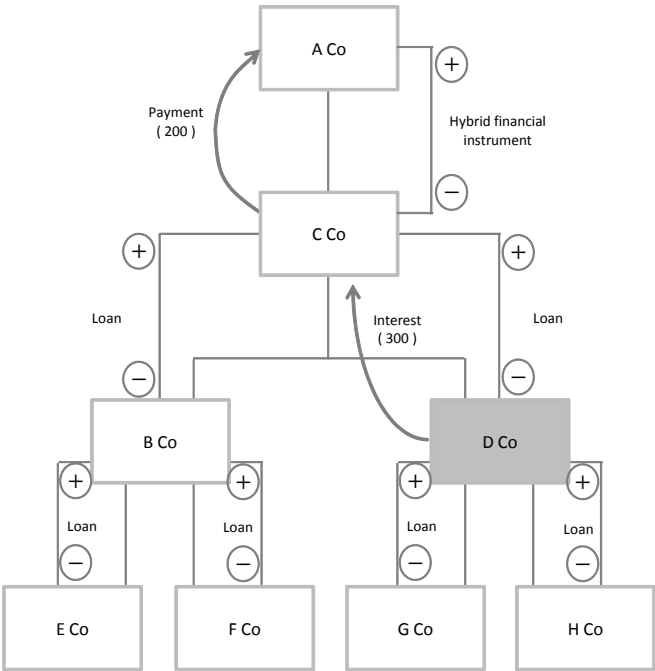
イ 事実関係

A社は、C社に資金の貸付を行う。C社は、B社とD社に貸付を行い、B社とD社は、子会社に貸付を行う。各社は、それぞれ異なる法域の居住者である。

A・C間のローンは、ハイブリッド金融商品（ただし、仕組まれた取決めではない）であり、ハイブリッド控除は200である。D社が所在す

(273) *Ibid.*, p.349.

る国のみ、本報告書の勧告を実施している。D社は、C社に対して 300 の控除可能な利子の支払を行う。



ロ 適用関係

ハイブリッド金融商品に基づくC社の支払 200 は、直接のハイブリッド控除に当たる。

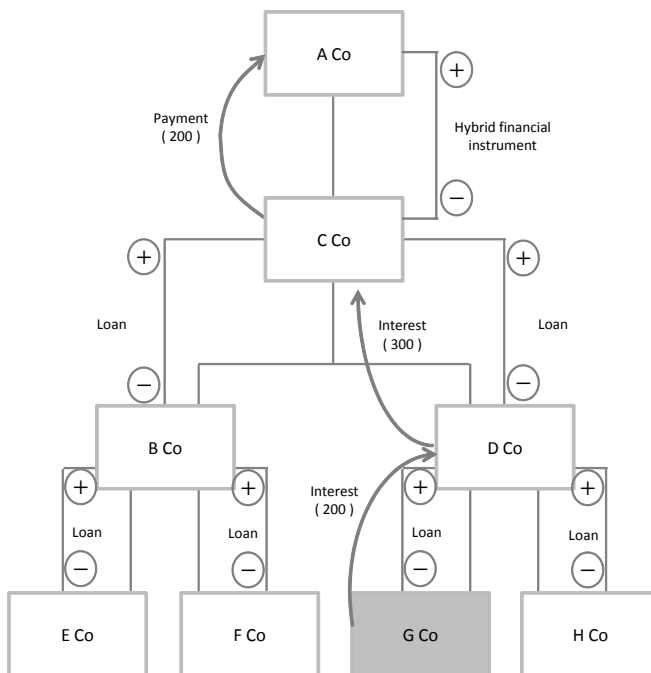
仕組まれた取決めではないという前提を置いているため、「仕組まれ輸入されたミスマッチルール」は適用されず、「直接の輸入されたミスマッチルール」がD国において適用され、D社が行った輸入されたミスマッチ支払がC社のハイブリッド支払と相殺される限りにおいてD社の控除が否認される。否認金額の計算式は、設例 8.2 のとおりであり、D社がC社に対して支払った利子の 3 分の 2 (200) が否認される。

$$\text{D社が行った輸入されたミスマッチ支払 (300)} \times \frac{\text{C社のハイブリッド控除 (200)}}{\text{C社が受け取った輸入されたミスマッチ支払 (300)}}$$

(5) 設例 8.5 (Application of the indirect imported mismatch rule) ⁽²⁷⁴⁾

イ 事実関係

G 社が所在する国のみ、本報告書の勧告を実施していることのほかは、設例 8.3 と同じ。G 社は、D 社に対して 200 の控除可能な利子の支払を行い、D 社は、C 社に対して 300 の控除可能な利子の支払を行う。



ロ 適用関係

ハイブリッド金融商品に基づく C 社の支払 200 は、直接のハイブリッド控除に当たる。

仕組まれた取決めではないという前提を置いているため、「仕組まれ輸入されたミスマッチルール」は適用されない。また、本設例では「直接の輸入されたミスマッチルール」も適用されない。なぜならば、ハイブ

(274) *Ibid.*, p.355.

リッド控除を「直接」ファンディングしている事業体（B社とD社）が、輸入されたミスマッチルールを施行していない国の居住者であるからである。

このように、C社のハイブリッド控除は、「仕組まれ輸入されたミスマッチルール」及び「直接の輸入されたミスマッチルール」では無効化されないため、「間接の輸入されたミスマッチルール（indirect imported mismatch rule）」の適用が検討される。すなわち、C社の過剰な（surplus）ハイブリッド控除が、他のグループ企業にとって間接的なハイブリッド控除を引き起こすとみなされるべき範囲を決定することとなる。

本設例で、C社の過剰なハイブリッド控除は、直接のハイブリッド控除の金額（200）とされる。これは、ハイブリッド金融商品に基づく支払（200）から、「仕組まれた又は直接の輸入されたミスマッチルール」によって無効化されたハイブリッド控除の額（0）を差し引いて計算される。

C社の過剰なハイブリッド支払は、他のグループ企業から「調達された課税支払（funded taxable payments）」と最初に相殺されるものとする。課税支払は、他のグループ企業が行った輸入されたミスマッチ支払から直接調達される限りにおいて調達された課税支払とみなされる。設例では、G社がD社に対して200の輸入されたミスマッチ支払を行っており、D社がC社に対して行った課税支払の3分の2（200/300）が調達された課税支払とされる。

D社の調達された課税支払（200）は、C社の過剰なハイブリッド控除（200）と同額であり、C社は、その過剰なハイブリッド支払を調達された課税支払と相殺したものとみなされ、その結果、D社が間接的なハイブリッド控除200を有するとされる。

C社の過剰なハイブリッド控除は、調達された課税支払と完全に相殺されたため、C社には残余の過剰なハイブリッド控除は残されていない。

D社の間接的なハイブリッド控除は、直接の輸入されたミスマッチルールに従い無効化される。次の計算式のとおり、G国がG社の利子控除200の全額を否認することとなる。

$$\text{G社が行った輸入されたミスマッチ支払 (200)} \times \frac{\text{D社のハイブリッド控除 (200)}}{\text{D社が受け取った輸入されたミスマッチ支払 (200)}}$$

4 問題点の考察

(1) 追跡アプローチ (tracing approach) の実現可能性

設例 8.1 のコメンタリーは、直接のハイブリッド控除を特定した後、輸入されたミスマッチ支払が当該ハイブリッド控除と間接的に相殺される範囲を決定するために、納税者に対し追跡アプローチの適用を要請している。そして、資金のトレースを行うべき納税者とは、本設例の場合ではE社を指す⁽²⁷⁵⁾。確かに、この設例では「仕組まれ輸入されたミスマッチ」という前提が置かれているため、企業グループ内で作業を実施するのは不可能ではないだろう。

無効化ルール（勧告8）は、E社における控除否認（一次対応のみ）を勧告するが、E国税務当局の立場で考えると、E社の資金源がC社であることまでは帳簿書類から追跡できようが、C社の資金源がB社であることを突き止め、更にA社の税務調整の状況までトレースすることが実際に可能であろうか。

(2) ルールの適用範囲

2014年デリバラブルが「レポ取引等の資本市場取引及び輸入されたミスマッチについては、勧告内容をより洗練（refined）される必要がある⁽²⁷⁶⁾」と自認したとおり、ディスカッションドラフトで示された「輸入されたミスマッチルール」に対するパブリックコメントには、厳しい見解⁽²⁷⁷⁾が多数見受けられた。

(275) *Ibid.*, p.343 (para.8).

(276) OECD (2014a), *see supra* note (14), p.11 (para.6).

(277) 本庄・前掲注 (34) 281～302 頁。原文は、OECD (2014d), *see supra* note (170).

経団連が「輸入されたミスマッチの取扱いを再考すること⁽²⁷⁸⁾」とコメントしたほか、一般社団法人日本貿易会も「…ハイブリッド取決めに全く関与してない支払者の所在地国にまで、ハイブリッド・ミスマッチルールの対象を広げることは、ミスマッチを生じていない取引に対しても、支払者の所在地国において損金不算入とされる危険性を高め、税務執行の安定性を欠く…⁽²⁷⁹⁾」とコメントしている。

バックストップとして意図された輸入されたミスマッチルールについて、最終的にはミスマッチの除去と設例のように第三国に所在する支払者にまで適用範囲を広げるにより生ずる税務執行の不安定さとの比較考量で国内法制化の是非が判断されると思われるが、我が国が、完全とまではいえないまでも二重非課税を防止するために手当てした平成 27 年改正法の効果測定を見極めてからでも遅くはないのではなかろうか。

第8節 小括

第2章第1節から前節まで、主要なハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを7つの類型に分類した上で、その基本構造及び勧告ルールの適用に伴い生じ得る問題点を分析してきたが、最後まで解消できなかった疑問が無効化の順序（rule order）である。

なぜ、ミスマッチ効果がD/N I の場合、一次対応が支払者における控除否認で、DDの場合が親会社における控除否認なのであろうか。理論的には、この逆、つまり受領者が通常所得に算入する（D/N I）又は支払者の控除を否認する（DD）でも構わないはずである⁽²⁸⁰⁾。

(278) OECD (2014d), *Ibid.*, p.345 (para.31). 経団連・前掲注 (170)。

(279) *Ibid.*, p.338. 日本語版は、日本貿易会のHP (http://www.jftc.or.jp/proposals/2014/20140502_1.pdf) で閲覧できる（平成 28 年 6 月 23 日最終閲覧）。

(280) 筆者の論文指導にお骨折りいただいた今村隆教授のご指摘による。記して感謝申し上げます。

各国の租税条約締結プロセスの形成に最も影響力があるとされる「OECDモデル租税条約」の規定ぶりからも推察されるとおり、OECDは、基本的には源泉地国の課

ミスマッチ	ハイブリッド・ミスマッチルール	
	一次対応	防御ルール
D/NI	支払者における控除否認	通常の所得として算入
DD	親会社における控除否認	支払者における控除否認

税権を抑制する方向で、資本やモノの流れを促進していく方向でルール作りをしてきた⁽²⁸¹⁾ことから、当初は所得の源泉地国において否認（一次対応）するという順序を考えたが、第5節で検討した「ハイブリッド支払者が行う控除可能な支払」などはこの考え方に当てはまらない。

では、税源侵食を受けている国が否認するとも考えたが、D/N I、DDともに複数国の税源が侵食されているわけであるから、これもまた当てはまらない。そもそも、ミスマッチが生じる原因は、各国が租税政策に従って採択した制度が整合しないことに由来するのであって、制度そのものに欠陥や脆弱性を抱えているわけではない。租税政策の枠組みの中で決定された性質決定に基づき課税関係を考えているだけである。

BEPSプロジェクトの作業部会における議論の中で、無効化の順序を巡り、歳入確保を目的に多くの国が一次対応を主張したことは想像に難くない。また、識者の中には、「政治的な交渉⁽²⁸²⁾」を示唆する意見もある。階層構造的にまとめられたルール（rules that are organised in a hierarchy）⁽²⁸³⁾の適用順序については、本当に、プロジェクト参加国の事情に基づく何か妥協といったような要素で決着したのであろうか。

(281) 浅川＝渡辺・前掲注（1）36頁〔浅川発言〕。

(282) 吉村政徳准教授は、既に対抗オプションを有している国は、制度改正に伴うコスト（立法コスト等）を嫌って、自国の採用したオプションが第一ルールとなるように主張すると考えられるとする。吉村・前掲注（74）48頁。

(283) OECD (2015b), *see supra* note (13), p.18.

しかし、次のように要約することができないだろうか⁽²⁸⁴⁾。すなわち、D／N I 効果については、可能な限りアレンジメントの「川上（＝支払者）」でせき止める。DD効果については、アレンジメントの全容をよりよく知り得る「者（＝親会社）」が穴を埋める。確かにこのように整理すると、無効化ルールがミスマッチの起因となる「支払（payment）」という行為を効率的・効果的に統制することが可能となり、各国税務当局が勧告ルールを同じ目線で解釈・適用できる裏付けにもなる。これは、国際課税原則や税制の中立性といった理論的見地から導き出された解ではないが、OECDの基本コンセプトとして明快、かつ、自然であり、違和感なく受け入れることができる。

勧告ルールは、国際的に統一して実施されることにより初めてワークする性質のものである。しかし、一部の国は既に先行し、ユニで幾つかの措置を講じており⁽²⁸⁵⁾、その代表例が2015年4月1日にイギリスで導入された「迂回利益税（Diverted Profit Tax）」である。迂回利益税は、多国籍企業が英国でのPE認定を人為的に回避するための取引、又は経済的実体のない取引を行うことによって、英国から利益を移転している場合、移転された利益に対して法人税率よりも高率（25％）の租税を課すというもので、BEPSへの対応を目的とするが、国際的に議論されていた内容より更に積極的なBEPS対抗措置である⁽²⁸⁶⁾。

ある論者は、この状況を「舞い上がったほこり（dust）」と例え、大半の国が立ち止まって事態の收拾を見計らっていると評している⁽²⁸⁷⁾が、ハイブリッド・ミスマッチルール導入の検討が本格化する際、一部の国で先行措置された

(284) 以下、緒方健太郎主税局国際租税総合調整官、秋元秀仁東京国税局統括国税実査官（役職は執筆当時）のご示唆に負う。記して感謝申し上げます。

(285) プライスウォーターハウスクーパースLLPがまとめたところによると、2014年に19か国が30以上のユニのBEPS対抗措置を導入したとされる。豪州、チリ、ポーランド、ロシア、南ア、韓国、スペインなど。Amanda Athanasiou, *Jumping the Gate on BEPS Unilateral Actions*, Tax Notes International, Volume 77, Number 11 (2015), p.937.

(286) 緒方・前掲注（10）258頁。

(287) Paul Carman (2015), *BEPS Action 2: Hybrid Mismatch Arrangements, Derivatives & Financial Instruments*, 2015 (Volume 17), No.3.

ユニの制度がコスト⁽²⁸⁸⁾となって国際的統一の足かせとなることが懸念される⁽²⁸⁹⁾。

(288) 吉村・前掲注(74) 48 頁。

(289) 吉村准教授も、一部の国の個別策によって、B E P S プロジェクト参加国の足並みが乱れ、二重課税等の混乱が生じることを懸念される。吉村政穂「B E P S とは何か」ジュリ 1483 号 24 頁 (2015)。

第3章 ハイブリッド・ミスマッチ・ アレンジメントに対する各国の対応

一部の諸外国においては、B E P Sプロジェクト開始以前から、一定のミスマッチ・アレンジメントから生ずる便益を明確に否認する規定が措置されており、これら規定は、外国の金融商品、事業体等の国内法上の取扱いを当該外国の税務上の取扱いにリンクさせることを主眼に置いている。適用範囲、方法、効果は各様であるが⁽²⁹⁰⁾、各国の先駆的な取組・経験を学ぶことは有用である。

さて、2012年ハイブリッドレポートが、「一方の国の税務上の取扱いを他方の国の税務上の取扱いにリンクさせるといった明確かつターゲットを絞ったルールには、特定のハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対処するための大きな可能性が秘められており、既に一部の国においてはこれを実践している⁽²⁹¹⁾」旨結論付けていることから、いわばハイブリッド・ミスマッチルールの原点となる報告書と位置付けてよいだろう。

そこで本章では、第1節において同報告書で紹介された事例を中心に諸外国の制度を概観することで、2015年最終報告書が勧告するハイブリッド・ミスマッチルールの根底にある考え方を考察することとする。

また、2015年最終報告書の公表を受けて、既に幾つかの国でハイブリッド防止規定の法制化作業が進展している。具体的には、英国が2015（平成27）年12月9日にハイブリッド・ミスマッチ防止法案を公表した。続いて欧州委員会（E C）が、2016（平成28）年1月28日に租税回避防止指令（Anti Tax Avoidance Directive）を提示し、ハイブリッド・ミスマッチに対処するルール案を公表した。また豪州も、2016年5月3日に政府租税委員会（The Board of Taxation）が財務大臣に宛てた実施に係る最終報告書を公表するなど、ポストB E P S環境は、一歩ずつ確実に前進している。そこで第2節において、これらの国の動きを紹介する。

(290) OECD (2012), *see supra* note (9), p.15.

(291) *Ibid.*, p.25.

第1節 各国の対応

1 デンマーク

デンマークは、国境を越えて行われる租税裁定に対抗するアプローチの一つとして、対応原則（principle of correspondence）に基づく「調整ルール（coordination rules）」の適用を実践している。この対応原則とは、控除や免税といった租税上の便益（tax benefit）は、他国の租税の取扱いによって決せられるというものである⁽²⁹²⁾。この考え方は、ハイブリッド・ミスマッチルールのプロトタイプといえ⁽²⁹³⁾、正にB E P Sプロジェクトが勧告するハイブリッド・ミスマッチルールの先取りして実践しているといえよう。条文が多岐にわたるので、以下、個別に制度を概観することにする。

(1) 租税賦課法セクション5 G⁽²⁹⁴⁾

最初の租税裁定防止規定は、同一の支出がデンマーク及び他の法域の双方で控除されるというダブルディップ（double dip structures / arrangements）を防止するため1996年に導入された租税賦課法セクション5 Gである。

デンマークに居住する納税者が支払う次に掲げるものの額は、所得の金額の計算上損金の額に算入しない。

(i) 他法域で控除可能な費用であつて、その費用がデンマークの課税所得の計算上益金の額に算入されないもの。

(292) Jakob Bundgaard (2013), “Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross-Border Tax Arbitrage - The case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments”, Bulletin for International Taxation, April / May 2013, IBFD.

(293) I F A第67回年次総会（コペンハーゲン大会）において同旨の言及があったことを、今村隆教授からご教示いただいた。記して感謝申し上げます。

(294) 租税賦課法（“Ligningsloven” which can be translated as Assessment Act）は、次の租税関係法規D Bで閲覧可能。ただし、原文はデンマーク語であるため、本稿における条文は、OECD (2012), *see supra* note (9)で英訳されたものを更に日本語に訳出したものである。後掲注 (296) の法人税法についても同じ。

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=173414> (last visited June 23, 2016)

(ii)他の法域で控除可能な費用であって、その費用がデンマークの課税所得の計算上益金の額に算入されない関係会社から派生するもの。

このダブルディップ防止規定は、第2章第5節で検討したハイブリッド支払者が行う控除可能な支払について適用される。基本構造で例示した設例でいくと、A社が例えば米国法人、ハイブリッド事業体B社が米国税制上不存在とされ、デンマークの事業子会社を支配するデンマークの持株会社に該当するであろう。

なお、この規定は頻繁には適用されていない (not frequently used) という指摘もあり⁽²⁹⁵⁾、実際の運用については不明な点が多い。また、勧告6で示された取り残された損失 (stranded loss) の調整についても、収集した資料から読み解くことはできなかった。

(2) 法人税法セクション2 A⁽²⁹⁶⁾

二重 (多重) 控除への対抗条項であったセクション5 Gが、ハイブリッド事業体 (他国においては不存在とされるデンマーク法人) の益金算入を伴わない損金算入のケースに対処できていなかったため、デンマーク政府は、2004年にセクション2 Aを導入した⁽²⁹⁷⁾。本セクションは、一つには米国チェック・ザ・ボックス規則を利用することによって引き起こされる mismatches に対応するために措置された規定であったため、C T B 防止規定 (anti check-the-box rules) とも呼ばれている。

(295) Jakob Bundgaard (2013), *see supra* note (292), p.200.

(296) 法人税法 (“*Selskabsskatteloven*” which can be translated here as Corporate Tax Act) は、次の租税関係法規D Bで閲覧可能 (デンマーク語のみ)。
<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=169477> (last visited June 23, 2016)

(297) 本条項導入の背景には、ある米国企業のグループストラクチャーの存在があったとされる。すなわち、米国親法人は、デンマーク国内に米国C T B規則の適格持株会社を設立し、配下に事業子会社を置いた後、負債を投下する。その結果、持株会社が支払う利子を損金算入することにより、連結納税制度を通じて事業子会社の事業収益と相殺される。米国税務上利子の支払は、P Eと米国本店との間の内部取引に過ぎないため課税関係が生じず、結局、どの関係国においても損金算入に対応する益金算入を伴わない二重控除をもたらした。Jakob Bundgaard, *op. cit.*, p.200.

デンマーク法人又は国内にP Eを有する外国法人は、次のいずれにも該当する場合には、デンマークの税務上透明体と取り扱われるものとする。

- (i) 当該法人が他の法域で透明体と取り扱われるとき。
- (ii) 当該法人の所得が、当該法人を不存在とする国に所在する一以上の関連法人の課税所得にも算入されるとき。
- (iii) 海外関連法人が当該法人を支配しているとき（資本総額の50%以上保有）。
- (iv) 他の法域が欧州連合（E U : European Union）又は欧州経済地域（E E A : European Economic Area）加盟国家⁽²⁹⁸⁾、もしくはデンマークと租税条約を締結している国の場合。

本規定によりセクション2 Aが適用される法人⁽²⁹⁹⁾は、支店扱いされ、外国の親会社に対する支払については、その損金算入が認められないことになる。

このセクション2 Aは、第2章第3節で検討したハイブリッド支払者が行う無視される支払について適用される。基本構造で示した設例では、A社が例えば米国法人、ハイブリッド事業体B社が米国税制上不存在とされ、デンマークの事業子会社を支配するデンマークの持株会社に該当するであろう。

セクション2 Aの効果測定は困難であるが、実際、この条項は、デンマークに進出する米国系多国籍企業の投資戦略に非常に大きな影響を与えられる。ただし、複雑な規定であるがゆえ、税務当局の見解を常に正確に予見できるとは限らないと評されている⁽³⁰⁰⁾。

(298) E U加盟国及びアイスランド、リヒテンシュタイン、ノルウェイ。

(299) 米国連邦税法上、当然法人（per se corporation）とされるデンマークの事業体は「株式会社（Aktieselskab）」のみである（Reg.301.7701-2(b)(8)）。引用論文は、米国C T B規則で適格とされる事業体として、合同会社（Limited Liability Company）のほか、有限会社（private limited company, in Danish, “Anpartsselskab”）の形態で組織されたデンマーク法人を掲げている。Jakob Bundgaard, op. cit., p.201.

(300) *Ibid.*, p.201.

(3) 法人税法セクション 2 B

ハイブリッド事業体のほか、ハイブリッド金融商品を利用した租税裁定取決めに対する個別的否認規定として、2007 年にセクション 2 B が措置された。この規定の目的は、デンマークの税務上利子を伴う負債と分類されながら、投資家の所在地国では資本とみなされ支払が免税配当と取り扱われるような、デンマーク国内で発行されたハイブリッド金融商品 (inbound hybrid financial instruments) が有する「非対称の (asymmetric)」税務上の取扱いに対抗することにある⁽³⁰¹⁾。

次の(i)から(iv)に掲げる要件を満たすハイブリッド金融商品は、デンマークの税務上資本とみなす。

- (i) 課税主体であるデンマーク法人又は国内に P E もしくは不動産を有する外国法人が、債務を負っている又は同様の状態にあること (indebted or similarly obligated) 。
- (ii) 債務を負っている又は同様の状態にあるとは、債権者である非居住者 (個人、法人を問わない) がデンマーク債務者に対し決定的な影響力 (decisive influence) を有している、又は債務者が法人グループ (group of companies) に帰属していることをいう。
- (iii) 問題となる金融商品がデンマークで負債とみなされる一方、
- (iv) 当該金融商品が投資家の居住地国で資本又は払込資本金と取り扱われること。

この再分類の結果、負債に係る利子費用又は資本損失は、所得の金額の計算上損金の額に算入されない。また、その帰結として、当該支払に対する源泉所得税は、利子・キャピタルゲインに対する税率ではなく、配当に対する税率が適用されることとなる。

このセクション 2 B は、第 2 章第 1 節で検討したハイブリッド金融商品について適用される。基本構造で示した設例では、A 社が非居投資家、B

(301) これが本節冒頭で述べた「対応原則 (principle of correspondence)」とされる。
Ibid., p.203.

社がデンマーク法人（債務者）となるだろう。

（４）法人税法セクション２Ｃ

デンマーク議会は、更にリバース・ハイブリッド対策税制として、2008年にセクション２Ｃを追加している。デンマークで透明体とされる事業体の典型はパートナーシップであるが、当該パートナーシップの米国パートナーが米国の視点からチェック・ザ・ボックス規則で課税主体となることを選択した場合、二重非課税の状態が生じ得る。つまり、デンマークの視点からは透明体として取り扱われるため、パートナーシップの活動はデンマーク国内においてＰＥを構成せず、その活動から生じる所得に対して課税されない一方、米国パートナーはデンマークでの課税主体を選択しているため、米国でも課税が行われないという背景があった模様である⁽³⁰²⁾。

外国法人のデンマーク支店及び国内で組織された透明体のうち、次に掲げる要件を満たすものは、国内に登記の場所又は実質管理の場所を有するものとする。

（i）パートナーの過半数が非居住者であること。

（ii）非居住者の法域が透明体を独立した課税主体とみなすとき、あるいはデンマークと租税条約⁽³⁰³⁾を締結していないとき。

本規定によりセクション２Ｃが適用される透明体は、不透明体へと転換され、デンマーク居住法人と課税上同一の取扱い（25%の標準単一税率で課税）を受けるとともに、適用前は無税の資金異動であった当該事業体からの分配は、税務上配当と取り扱われ、その結果、所得税が源泉徴収される。

このセクション２Ｃは、第２章第４節で検討したリバース・ハイブリッドについて適用される。基本構造で示した設例においては、Ａ社がデンマークの非居者とされるパートナー、ハイブリッド事業体Ｂ社がデンマーク

(302) *Ibid.*, p.201.

(303) この項での租税条約とは、租税に関する情報交換などの執行共助条約をいう。*Ibid.*, p.202.

税制上透明体から不透明体へと性質再決定されるパートナーシップとなるだろう。

(5) 法人税法セクション 13

デンマークが資本参加免税制度 (participation exemption regime) を制限する規定を導入したのは 2006 年であるが、現行法人税法の形となったのは 2008 年とされる。

デンマークの親会社が受け取る配当が外国子会社の所得金額の計算上損金の額に算入される場合は、配当免税を適用しない。ただし、当該配当が EU 親・子会社指令 (EU Parent-Subsidiary Directive) の射程内にある場合を除く。

広範な射程を持つ本規定は、発行体において負債、デンマークにおいては資本として取り扱われる国外で発行されるハイブリッド金融商品 (outbound hybrid financial instruments) の大部分を含むとされる⁽³⁰⁴⁾。

(6) まとめ

以上、デンマークにおけるミスマッチ・アレンジメント対策税制を概観したが、およそ 20 年近く前からクロスボーダーの租税裁定に対する個別的否認規定の整備に着手する先見性、また、他国の取扱いに対応する原則を採用するなどの政策措置の柔軟性については、深い感銘を受けたところである。

しかし、引用論文の著者⁽³⁰⁵⁾が批判するように、調整ルール適用について中腰を入れた分析が欠如しており、租税政策分析や影響評価が不確かであるという前提を置きながら、ユニラテラル (片務的) な本ルールの適用は対外直接投資を弱め、結果として高い代償を支払わせられているかもしれないという懸念も指摘されている。特に、金融技術の革新は、租税以外の便益を実現させる道具として受け入れられており、これに対して陰悪な

(304) *Ibid.*, p.204.

(305) Jakob Bundgaard., PhD., and Managing Director, CORIT Advisory LLP and CORIT Academic Foundation, and Honorary Professor, Aarhus University *Ibid.*, p.204.

逆境を作り出してしまうことは、企業の競争力を阻害してしまう可能性もあり、税制の抜け穴（loophole）に対するゼロ・トレランス政策（zero tolerance policy）⁽³⁰⁶⁾を再考するのに時宜にかなっているようだと指摘している。

デンマークのように一方の国のみでミスマッチを無効化する方策については、構造的な問題解決に結びつかず、経済競争を蝕むという批判もあるが、OECD/G20の協働で国際課税ルールが見直されようとする今、大いに参考となる税体系であると思われる。

2 ドイツ

（1）法人税法セクション 14⁽³⁰⁷⁾

ドイツ法人税法上、連結納税制度に類似した制度として、一定の要件を満たしたグループに属する内国法人の利益及び損失が全額親会社に移転される「オルガンシャフト（organschaft）」という制度が認められている。この移転により、グループ全体の利益及び損失が親会社の利益及び損失として、親会社において課税対象となる。損益移転契約による利益移転は配当ではないため、配当源泉税の対象とならない。オルガンシャフトの適用には、①親会社は従属会社の議決権の 50 パーセント超を直接的又は間接的に適用年度開始の日から保有していること（§ 14-(1)-1）、②損益移転契約（損益プーリング契約）が最低 5 年間締結されており、かつ、実際に履行されていること（§ 14-(1)-3）などの要件を満たす必要がある⁽³⁰⁸⁾。

法人税法 14 条から 19 条までがこのオルガンシャフトを定めた規定であるが、2001 年、条文中に同一の損失がドイツと他の法域の双方で控除され

(306) 小さな悪事であれ、いかなる違反も断固として許さないという措置。

(307) 法人税法（“*Körperschaftsteuergesetz*” which can be translated as Corporation Tax Act）は、Prof. Dr. Dieter Endres et al. (2012), *Unternehmensbesteuerung in Deutschland (Corporate Taxation in Germany)*, IDW-Verlag の英語対訳を参考にし訳出した。

(308) 税理士法人トーマツ編『欧州主要国の税法（第 2 版）』168 頁（中央経済社、2008）。

ないよう定めた条項（第 5 項）が挿入されたとされる。

§ 14 オルガンシャフト子会社（従属会社）としての公開会社又はリミテッド・パートナーシップ

(1) 欧州の会社 (*Europäische Gesellschaft*)、公開会社 (*Aktiengesellschaft*) 又はリミテッド・パートナーシップ (*Kommanditgesellschaft auf Aktien*) で、ドイツ国内に事業の管理の場所があるものが、損益移転契約（損益プーリング契約）に基づきその利益の全てを単体の他の事業体に譲渡することを約束した場合、オルガンシャフトに属する子会社（従属会社）の所得は、次に掲げる要件を満たすときには親会社（支配会社）に帰属するものとする。

1 ～ 4 （略）

5 親会社（支配会社）の損失が、当該親会社に適用されるドイツ税法に対応する形で外国の法域でも損金の額に算入される場合には、オルガンシャフト制度上損金の額に算入しない。

本条は、ドイツ及び他の法域を居住地とする法人が双方の国で単一の損失を控除することを禁じる規定であるが⁽³⁰⁹⁾、二重居住法人のほか、ドイツでは法主体を有するも他国では透明体と取り扱われるハイブリッド事業体（例えば G m b H⁽³¹⁰⁾）に適用されると思われる。

(2) 法人税法セクション 8 b⁽³¹¹⁾

利益の分配は、受取側の法人にとって通常免税となるが、その配当が支払者側の法人において費用として損金の額に算入される場合、配当免税制度は適用されない。この課税対象とみなされる配当は、隠された利益配当 (hidden distributions of profits or constructive dividends, in German, “*verdeckte Gewinnausschüttung*”) という。

(309) OECD (2012), *see supra* note (9), p.15.

(310) 米国連邦税法上、当然法人 (per se corporation) とされるドイツの事業体は「アクチエンゲゼルシャフト (*Aktiengesellschaft*)」のみである (Reg.301.7701-2(b)(8))。

(311) OECD (2012), *op. cit.*, p.19.

3 ニュージーランド

(1) 2007 年所得税法 C W 9 条⁽³¹²⁾

第2章第2節4（事例研究：ニュージーランド・レボ）でも検討したが、ニュージーランド法人が保有割合 10 パーセント以上の外国子会社から受ける配当については、国内法で免税所得として取り扱っているが、これには例外規定が設けられており、所得税法 E X 34 条（CFC rules exemption）及び 35 条（Exemption for interest in FIF resident in Australia）の要件をいずれも満たさないもの、定率株式（a fixed-rate foreign equity）、外国子会社の所在地国で控除可能なもの（a deductible foreign equity distribution）などは除かれる。

(2) 2007 年所得税法 B G 1 条及び G A 1 条

このほか、個別的否認規定で対応できない租税回避については、一般的租税回避否認規定（G A A R : General Anti-Avoidance Rules）を適用しており（第2章第2節4を参照）、B G 1 条(1)において、所得税法上租税回避アレンジメントは、内国歳入庁長官に反するとして無効（void）とされる。そして、B G 1 条(2)で、内国歳入庁長官は、居住者が当該租税回避アレンジメントから得る租税利得（tax advantage）に対抗することができる旨が規定されている。内国歳入庁長官の権限は G A 1 条(2)及び(3)で定められ、適切（appropriate）と考える方法で課税所得を調整又は税額控除の是否認を行うことができるとされる。

同国で G A A R の原型が初めて導入されたのは 1878 年と相当の歴史がある。1960 年代から課税庁による G A A R の適用に関する紛争が徐々に生じてきたとされ、現行 G A A R の適用対象が広範なことから、近年では税務訴訟事例全体の 20～30 パーセントが G A A R の適用を争う事例となっ

(312) Robert Vosslamber et al. (2013), *see supra* note (191), p.734.

なお、N Z の租税関係法規は、次の D B (<http://www.legislation.govt.nz/>) から閲覧可能。

ているとされる⁽³¹³⁾。

4 米国

○ 内国歳入法典第 1503 条(d)項

米国は、1986 年の税制改革により二つの国を居住地国とする法人 (Dual resident corporation) に生ずる二重連結損失 (Dual Consolidated Loss) の控除を制限する規定として、内国歳入法典 1503 条(d)項を制定している。この規定は、1988 年にその対象が支店などの個別事業ユニット (Separate Business Units) にも拡張され、例えば恒久的施設 (P E) も子会社として二重連結損失制限の対象とされることとなった。したがって、もし P E がその国の他の法人と連結申告を行うことが認められている場合、P E の損失は二重連結損失となり、制限に服することになる。⁽³¹⁴⁾

§ 1503(d) 二重連結損失

- (1) 一般原則。二重連結損失 (Dual Consolidated Loss) は、それが生じた法人以外の連結法人のいかなる年度の所得も減額することができないものとする。
- (2) 本セクション上…
 - (A) 一般原則。サブパラグラフ(B)に別段の定めがあるものを除き、「二重連結損失」とは、その所得に対して外国の課税を受ける内国法人の正味事業損失 (net operating loss) をいう。その所得とは、国内外の源泉から生じたものであるかどうか、又は居住地国基準で課税されたかどうかを問わないものとする、
 - (B) 外国法の下で使用されない損失に係る特別規則。財務省規則に定める限りにおいて、「二重連結損失」には、外国の所得税法によりいかなる外国法人の所得を打ち消さない損失を含まないものとする。
 - (3) 個別事業ユニットに生じた損失の取扱い。財務省規則に定める限りに

(313) 酒井・前掲注(196)247 頁。

(314) 岡村・前掲注(228)174～175 頁。

において、内国法人の個別ユニットに生じた一切の損失は、その事業ユニットが当該内国法人の完全子会社であるものとして、本セクションの制限を適用するものとする。

(4) (略)

この規定の導入当時、立法政策論上の議論としては、双方居住法人が二つの国において欠損金を控除できるのは二重に甘い汁を吸うものであって不当だという意見と、国境を越えた連結は標準的な慣行にすぎず外国で欠損金をどう扱うかは米国の課税とは無関係であるべきだとする意見が対立していたといわれるが、議会はこの問題を居住地概念の濫用と位置付け、規制に乗り出した。租税条約上の無差別条項に反するのではないかという点について、上院は、仮に条約に反したとしても国内法上の新規定が優位すると結論付けた⁽³¹⁵⁾とされる。

第2節 ポストB E P Sに向けた各国の動向

第2節では、2015年最終報告書の公表を受けた英国、欧州委員会、豪州の最新の動きをウォッチする。詳細については、これらに追随するであろう各国の取組と併せ、継続して研究する必要があるものとする。

1 英国

英国政府は、2015年12月9日、そのHP上にポリシーペーパー「法人税：ハイブリッド防止規定⁽³¹⁶⁾」、実際の草案である「ドラフト 33 節⁽³¹⁷⁾」、その

(315) 増井良啓「連結納税制度の国際的側面—米国法を参考にした問題点の素描」ジュリ 1104 号 133 頁 (1997)。

(316) “Corporation Tax: anti-hybrid rules”
(<https://www.gov.uk/government/publications/corporation-tax-anti-hybrid-rules/corporation-tax-anti-hybrid-rules>) (平成 28 年 6 月 23 日最終閲覧)。

(317) “Draft clause 33”
(https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/483552/Draft_clause_33.pdf)

注釈となる「ドラフト 33 節の解説⁽³¹⁸⁾」の 3 点を公表した。まず、新ルール導入に至るまでの英国政府の動きについて、大手会計事務所の評釈要旨⁽³¹⁹⁾を参考としたい。

(1) 背景

2015 年 12 月 9 日、英国政府は、OECD の BEPS イニシアティブ行動 2 を実施するための法案を公表した。この草案は、HMRC と HM 財務省が 2014 年 12 月 4 日に発行した諮問文書と OECD が 2015 年 10 月 5 日に公表した 2015 年最終報告書を受けたものである。

英国は、既に租税裁定防止規定⁽³²⁰⁾を有しているが、草案が 2017 年 1 月に発効されると、本ドラフトが既存規定をリプレースする。法案は、幅広い状況に適用され、特に新法では目的テスト (purpose test) は実施されない。これは、主たる目的の一つが課税上の利益を達成するためではないと過去に HMRC からクリアランスを得ていた企業グループにでさえ、法案が適用されることを意味する。

法案は、関連者間取引 (資本関係 25% 以上) もしくはハイブリッド・ミスマッチを生み出すことを企図した第三者との間の仕組取引に適用される。適用されるアレンジメントは、ハイブリッド事業体、金融商品、貸株ローン、レポ、有限責任パートナーシップ (LLP)、双方居住者を含む。

法案には適用除外事項が定められていないため、2017 年 1 月 1 日以後

なお、現在は閲覧可能であるが、“Withdrawn, do not use” となっている (平成 28 年 6 月 23 日最終閲覧)。

(318) “Draft explanatory notes clause 33”

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/484378/Draft_explanatory_notes_clause_33-6013.pdf

なお、現在は閲覧可能であるが、“Withdrawn, do not use” となっている (平成 28 年 6 月 23 日最終閲覧)。

(319) Ernst & Young (2015), *UK Government publishes draft legislation on hybrid and other mismatches*, Global Tax Alert / 18 December 2015.

(320) BEPS 行動計画で確認されているほとんどのハイブリッド・ミスマッチの事例に対処できるとされている。EY 税理士法人・前掲注 (40) 117 頁。EY 税理士法人「BEPS への対応と我が国企業への影響に関する調査報告 (全 3 回) 第 1 回」租税研究 780 号 342 頁 [上田発言] (2014)。

行われる取引に適用される。効力発生日までわずか1年しか残されていないため、ルールの影響の検証と優先順位を付けて取引を再構築する必要がある。

(2) 既存規定

前述のとおり、2017年1月に草案が発効すると現行の租税裁定防止規定は廃止されるが、2012年ハイブリッドレポートを訳出することで、簡単に概要だけ押さえておきたい。

イ ダブルディップ防止規定⁽³²¹⁾

同一の支出が他の法域との双方で控除されないよう、英国は、Taxation (International and Other Provisions) Act 2010 のセクション 244 条に租税回避スキーム対策税制を有している。本税制が適用されるためには、(i) 取引がハイブリッド事業体やハイブリッド金融商品を利用するなど、「適格スキーム (qualifying scheme)」の一部を構成していること、(ii) 英国居住法人の利益からの控除又は相殺が存在すること、(iii) スキームの主たる目的の一つが課税上の利益を得るためであること (to obtain a UK tax advantage)、(iv) 課税上の利益の額が一定額を超えていること、の4つの要件を満たす必要があるとされる。

ルールが適用される場合、HMRCは、納税者に対し、税制が適用され、英国税務上控除が認められない旨を指示する通知書を発行する。自主的なクリアランス手続が運用されており、HMRCが本税制を適用しない旨の見解を出したときは、「お墨付き」となり税務当局を拘束する。

ロ 相手国での益金算入を伴わない英国での損金算入⁽³²²⁾

英国税務上損金の額に算入されるが、相手国において対応する益金算入がない支払についても、上記の4要件を満たすとき適用される。HMRCによる通知書の発行についても同様である。

(321) OECD (2012), *see supra* note (9), p.16 (para.41).

(322) *Ibid.*, p.18 (para.50).

ハ 相手国での損金算入を伴う英国での益金不算入⁽³²³⁾

通常の状況下で英国税務上益金不算入となる一定の受取については、
 (i) ある取引又は一連の取引を用いて法人と他の者との間に用意された又は強いられたスキームがあること、(ii) 他の者が法人に対して適格支払(例: 法人に対する資本拠出等)に該当する支払を行うこと、(iii) スキームから生ずる所得と相殺されない支払に関し控除可能な金額があり、当該支払が、英国税務上あらゆる英国居住法人に対して生ずる所得又は利得として取り扱われないこと、(iv) 法人及び他の者が、支払の結果生ずる便益が課税対象となる受取にならないと予想していること、の4要件を満たす場合は、英国税務上免税措置が適用されない。H M R Cによる通知書の発行は必要とされる。

(3) 新法案の概要

イ 改正案

法案は、2016年度予算案の中で、Taxation (International and Other Provisions) Act 2010 (T I O P A) のパート6 Aが置き換えられる形で導入される。本稿では、ドラフト 33 節の目次を訳出することで紹介に代える。

第1章 はじめに

259A 編の概要

第2章 主要な定義

259B 所得に対する租税(外国租税等を含む)の意味

259BA 英国以外の法域の法令に基づく本編の同等規定の参照

259BB 「支払」、「準支払」、「支払者」、「受領者」等の意味

259BC 基本ルール

259BD C F C及び外国C F Cに関し課税対象とされる法人

259BE 「ハイブリッド事業体」、「投資家」、「投資家国」の意味

(323) *Ibid.*, p.20 (para.57).

259BF D／N I ミスマッチが許容される理由

第3章 金融商品から生じるハイブリッド・ミスマッチ

259C 章の概要

259CA 章が適用される状況

259CB ハイブリッド又は容認できないDDミスマッチ及び範囲

259CC 支払者が支払期間に法人税を課される場合の反作用

259CD 受領者が法人税を課される場合の反作用

第4章 D／N I ミスマッチをもたらすハイブリッド譲渡

259D 章の概要

259DA 章が適用される状況

259DB 「ハイブリッド譲渡取決め」、「原商品」等の意味

259DC D／N I ミスマッチをもたらすハイブリッド譲渡及び範囲

259DD 支払者が支払期間に法人税を課される場合の反作用

259DE 受領者が法人税を課される場合の反作用

第5章 D／N I ミスマッチをもたらすハイブリッド支払者

259E 章の概要

259EA 章が適用される状況

259EB D／N I ミスマッチをもたらすハイブリッド支払者及び範囲

259EC ハイブリッド支払者が支払期間に法人税を課される場合の反作用

259ED 受領者が法人税を課される場合の反作用

第6章 D／N I ミスマッチをもたらすハイブリッド受領者

259F 章の概要

259FA 章が適用される状況

259FB D／N I ミスマッチをもたらすハイブリッド受領者及び範囲

259FC 支払者が支払期間に法人税を課される場合の反作用

259FD ハイブリッド受領者がLLPの場合の反作用

第7章 DDミスマッチをもたらすハイブリッド事業体

259G 章の概要

259GA 章が適用される状況

259GB 投資家が法人税を課される場合の反作用

259GC ハイブリッド事業体が法人税を課される場合の反作用

第8章 DDミスマッチをもたらす双方居住者

259H 章の概要

259HA 章が適用される状況

259HB 双方居住者のDD額の反作用

第9章 輸入されたミスマッチ

259I 章の概要

259IA 章が適用される状況

259IB 輸入されたミスマッチ支払に関する関連控除の否認

第10章 合理的な推定の調整

259J 推定が合理性を失った場合の調整

第11章 解釈

259K 「金融商品」の意味

259KA 支配グループ

259KB 関連者

259KC 「50%投資」、「25%投資」の意味

259KD パートナiershipの一員である者の取扱い

259KE 定義

2 欧州連合（EU）

（1）背景

2016(平成28)年1月28日、欧州委員会（EC: European Commission）

は、租税回避防止指令案（A T A : Anti Tax Avoidance Directive）を含む、7つの部分からなるパッケージ文書を提示した。A T A指令案には、(i) 利子の損金算入、(ii) 出国税のルール、(iii) スイッチオーバー条項、(iv) 一般的租税回避防止ルール（G A A R）、(v) C F Cルール、(vi) ハイブリッド・ミスマッチに対処するルールが含まれている。

本指令が採用されるためには、E U財務相会合（E C O F I N）閣僚理事会における加盟国の全会一致が必要とされ、E Uは、早ければ2017年1月1日ないし7月1日の発効を目指しているとされる⁽³²⁴⁾。

(2) 勧告内容

上記(vi) ハイブリッド・ミスマッチについて、実際のA T A指令案を概観すると、驚くべきことに、ミスマッチに関与する他の加盟国は、支払源泉である加盟国の事業体や手段の法的性質に従う⁽³²⁵⁾こととされている。つまり、ミスマッチの起因となる支払の源泉地国（the Member State in which the payment has its source）が行う性質決定に他国が従うということは、受領者国での益金算入を伴わない支払者国での損金算入や、単一の支出に対する二重損金算入といったミスマッチに対しては、受領者国（又は親会社）が支払者国の税務上の取扱いに準ずることになる。

一次対応のみをE C加盟国に要請する本指令は、明らかに2015年最終報告書の勧告内容と一致していない。E U域内では整合するだろうが、域外の相手国とはO E C D勧告案を適用しようとするのであろうか。詳細は明らかになっていないが、今後の動向が注目される。

(324) EU DTG Newslert 「租税回避防止パッケージの提示（E U）」国際税務 36 巻 3 号 7 頁（2016）。

(325) 原文は次のとおり。In order to ensure that Member States introduce rules to effectively combat against these mismatches, this Directive prescribes that the legal characterisation given to a hybrid instrument or entity by the Member State where a payment, expense or loss, as the case may be, originates shall be followed by the other Member State which is involved in the mismatch.

3 オーストラリア

(1) 背景

オーストラリアにおける動向については、ジョー・ホッキー財務相が政府租税委員会に対し書簡を発出し、OECD2015年最終報告書が勧告するハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの無効化ルールの実施に関し、審議するよう要請したことから始まっている⁽³²⁶⁾。

要請を受けた租税委員会は、2015年11月20日にディスカッションペーパーを公表した後、ATO、財務省、学者、コミュニティ組織、実業界、法務・会計事務所等から構成される産官学協同の作業グループを立ち上げ、審議が行われ、2016年3月31日にその最終報告書⁽³²⁷⁾が提出された。

(2) 勧告内容

租税委員会による最終報告書が公表されたのは2016年5月3日であり、本研究においてその内容を詳細に検討する時間的余裕がないことから、租税委員会の17の勧告をまとめた要旨部分を紹介する。

■ 勧告1（2015年最終報告書の勧告の採択）

オーストラリア政府は、OECD2015年最終報告書の勧告を採択するものとする。ただし、一部若干の修正を加える。

■ 勧告2（実施時期）

豪州におけるハイブリッド・ミスマッチルールは、2018年1月1日又は法案が元首の裁可（Royal Assent）を受けた後6月以後に行われる支払から実施するものとする。

■ 勧告3（適用除外・経過措置）

原則として、既存の取決めについては適用除外としない。ただし、法

(326) 豪州政府租税委員会のHP (<http://taxboard.gov.au/consultation/implementation-of-anti-hybrid-rules/>) から引用（平成28年6月23日最終閲覧）。

(327) Board of Taxation (2016), *Implementation of the OECD hybrid mismatch rules*, Commonwealth of Australia. 下記URLから入手可能（平成28年6月23日最終閲覧）。<http://taxboard.gov.au/files/2016/05/Implementation-of-the-OECD-hybrid-mismatch-rules.pdf>

案が整備される中で、適用除外とするのが適当である特定の 카테고리의取決めはあり得る（例えば、ハイブリッド・ミスマッチルールを適用することにより、投資家に重大な不利益をもたらすおそれのある第三者取決めなど）。

ハイブリッド・ミスマッチルールの適用開始予定日までに納税者に対し十分な通知が行われるならば、原則として、経過措置は不要とする。

■ 勧告 4（デミニマス閾値・目的テスト）

ハイブリッド・ミスマッチルールには、デミニマステスト及び目的テストが含まれていないことを確認する。ただし、デミニマス閾値が輸入されたミスマッチルールの適用を簡素化するためのオプションとして検討されるものとするという所見を付す。

■ 勧告 5（期間的差異）

ハイブリッド・ミスマッチが単にタイミングのズレにより生ずる場合、期間 3 年以内の金融商品に対し、OECD 勧告 1 を適用しないものとする。

また、期間 3 年超の金融商品については、OECD 勧告 1 の一次対応を適用し、相手国の税務上益金算入が認識されるまで、オーストラリアの借り手の損金算入を先延ばしとする。また、防御ルールがオーストラリアの貸し手に適用される場合、相手国において発生ベースで損金算入される金額が、オーストラリア受領者の毎期の課税所得に算入されるものとする。

これは、2015 年最終報告書が提案するアプローチからかけ離れた措置である。

■ 勧告 6（OECD 勧告 2.1 及び 2.2 の採択）

OECD の個別勧告 2.1 の採択を勧告する。個別勧告 2.2 については直ちに実施せず、完全性懸念が特定された場合、将来的に実施する余地を残しておくものとする。

■ 勧告 7（二重算入所得の特定）

簡素な二重算入所得アプローチを採択し、不必要な複雑さを回避するとともに、納税者のコンプライアンスコストを最小限にとどめるものとする。超過控除は、翌期以降の二重算入所得と相殺できるよう繰越しが認められるものとする。

■ 勧告 8（輸入されたミスマッチルール）

輸入されたミスマッチルールを適用することによる不確実さと潜在的なコンプライアンス負担を減じるための仕組みの検討を要する。その一方で、完全性の適正な水準を確保しつつ。

また、法制の設計過程において、974-80 条で特定された解釈及びコンプライアンス問題が輸入されたミスマッチルールに再現されることのないよう入念な検討を要することを租税委員会は強く勧告する。また、ルールの適用に当たり、納税者及び税務当局（ATO）を支援するため、内国歳入庁長官が同時期に執行ガイダンスを提供すべきことを勧告する。

（所見）

輸入されたミスマッチルールについて、コンプライアンスと不確実さを最小限にするためのデミニマステスト又はセーフハーバーテストに向けた考慮を要する（たとえ経過措置の立場に立ったとしても、複数の国が自身のハイブリッド・ミスマッチルールを施行するまで）。

■ 勧告 9（特例措置）

法制の設計過程において、ハイブリッド・ミスマッチルールについて以下を含む（これに限定されない）特定の例外措置を設けることについての更なる考慮を要する。

2015 年最終報告書で勧告された特例。特別投資ビークル（証券化ビークルを含む。）に関する勧告 1.5 で取られたアプローチと一致させること。買戻取決めや貸株取決めに係る金融トレーダー。管理された投資信託（広く受け入れられている）。

■ 勧告 10（過少資本）

次のことについては更なる考慮を要するものとする。

負債に係る控除がハイブリッド・ミスマッチルールの運用により否認された場合の状況下、その控除が関係するハイブリッド負債を、あらゆる場合において調整平均負債残高の計算から除算すべきかどうか。

ハイブリッド・ミスマッチルールの運用した結果、その帰結として生ずる変更点を過少資本税制の中で加味する必要があるかどうか。

■ 勧告 11（利子に係る源泉徴収税）

利子に係る租税の源泉徴収は、現行の利子の源泉免除規定が適用される場合を除き、ハイブリッド負債金融に基づき行われる利子の支払について引き続き適用するものとする。

■ 勧告 12（GAAR）

ハイブリッド・ミスマッチルールの適用を回避するために納税者が企てるリストラクチャーに対して一般的租税回避規定（**general anti-avoidance rule**）が適用されるかどうか、また、どのような状況で適用されるかについて、内国歳入庁長官は、執行ガイダンスを提供するものとする。

■ 勧告 13（定義）

■ 勧告 13.1（金融商品）

国際的な調和を最大限に高めるため、2015 年最終報告書中の「金融商品」の定義は、オーストラリアのハイブリッド・ミスマッチルールにおいても使用されるものとする。ただし、定義規定は明確であるべきであり、ハイブリッド・ミスマッチルールの適用上、定義の範囲は、金融商品がオーストラリアの会計標準又は会計基準においても「金融商品」である場合に限定するものとする。

また、リースについては「金融商品」の定義から特に切り出して決めるものとする。その他カーブアウトすべきものも法制の設計過程において、適切かつ考慮するものとする。

■ 勧告 13.2（仕組まれた取決め）

仕組まれた取決めの概念は、ハイブリッド・ミスマッチルールの射程となるかどうかにつき、納税者の予測可能性を確保するため、その適用範囲について明確に定義することとし、ガイダンス資料により裏付けられるものとする。

委員会は、特定の「広く受け入れられているもの」や「市場性のある証券」のカーブアウトについて勧告を差し控えるが、そのような取決めが一般に仕組まれた取決めの定義に合致しないことを明確にするために法整備やATO執行ガイダンスの中で図られるものとする。

■ 勧告 14 (OECD 勧告 5)

OECDの勧告5については直ちに実施せず、完全性懸念が生じ、かつ、更なる分析でメリットが指摘された場合、将来的に実施する余地を残しておくものとする。

■ 勧告 15 (ハイブリッド規制資本)

銀行・保険会社は、十分なオフショア業務と税額控除適格の貸方残高を持つ控除可能又は税額控除適格の規制資本 (deductible / frankable regulatory capital) を発行することで、利益を上げる。

委員会は、適切な政策対応というものが、全ての規制された事業体間の公正な競争条件を可能な最大限まで提供し、オーストラリアの規制された事業体が資金源を多様化し、また、複雑さ、コンプライアンス、市場に対する混乱を最小限に抑えることを可能にすると考ええる。

規制資本に対してハイブリッド・ミスマッチルールを適用することは、部分的に全ての規制された事業体間の公正な競争条件の達成に資するかもしれない。しかし、公正な競争条件をよりよく促し、更に一段と踏み込んで多様化目的を達成し、複雑さ、コンプライアンス、混乱を抑えるという方法で、そのような取決めに係るハイブリッド・ミスマッチ効果を無効化する可能性がある。このことは、規制資本に対するオーストラリアの税務上の取扱いについて包括的な検証 (holistic review) を要することを意味し、215-10 条及び控除適格流動規則の改正の可能性を含

む。

複雑さ、関与する作用、検証のための限られた期間、意図しない結果を生まないことを評価・確保するための包括的な検証に着手する必要性といった問題に対し、適切な政策対応を検討するための更なる時間を確保することが当然に認められるものとする。

委員会は、機能する解決策を特定するために財務省、ATO、利害関係者との協働を提案しており、更なる作業が優先事項として引き受けられることになっているため、始期はハイブリッド・ミスマッチルールの実施時期と整合するだろう。

市場の混乱、第三者の投資家への影響を最小限に抑えるため、現行の控除可能又は税額控除適格のAT1（Additional Tier 1）債発行に対する適用除外を支持するか、経過措置を含むかについて激しい議論があったことを付記しておく。したがって、租税委員会は、適切な適用除外又は経過措置が更なる検証の一部として考慮されるべきであると勧告する。将来のAT1債発行（更なる検証期間中になされるかもしれない発行を含む。）の混乱を抑えるため、適用除外又は経過措置がカットオフされる日時については、明確に定義されるものとする。

■ 勧告 16（法制・執行問題）

ハイブリッド・ミスマッチルールの、オーストラリア租税法規とは別制度で起草されるものとする。

ハイブリッド・ミスマッチルールの支持するハイレベルな政策を提示する原則主義（principles-based）の草案バランスとし、適用に当たっての確実性を提供するため、明確な境界線を要するルールの範囲について、より正確な起草と一体とする。

ハイブリッド・ミスマッチルールの、オーストラリアの他の租税法規より優先的に適用されるものとする。

内国歳入庁長官は、ハイブリッド・ミスマッチルールの導入と同時期に詳細な執行ガイダンスを発行するものとする。

■ 勧告 17（実施後の再検証）

オーストラリアがハイブリッド・ミスマッチルールを施行する最初の国の一つとなる可能性があることを認め、オーストラリアのハイブリッド・ミスマッチ法制の施行後に再検証することとする。できれば複数の国がハイブリッド・ミスマッチルールを実施した後、OECD第 11 作業部会が示唆する更なる勧告又はベストプラクティスアプローチの観点からの検証が望ましい。

（3）我が国に対する影響

政府租税委員会の勧告のうち、我が国の税務に最も大きな影響を及ぼすのは、おそらく勧告 6（OECD 勧告 2.1 の採択）ではないだろうか。

そもそもオーストラリアは、1990 年に措置された ITAA1936 年法セクション 23A J で、10 パーセント以上の議決権を有する外国法人から受け取る非ポートフォリオ配当を免税扱いとしていたが、免税規定は配当の法形式に拠っていたため株式（share）からの分配に限られ、株式とは異なる資本持分（non-share equity interest）からの分配は、実質的に株式配当であっても課税対象となるとされてきた⁽³²⁸⁾。その後、ITAA1997 年法第 974 条（負債＝資本テスト）が導入されたこともあり、豪州政府は、2014 年 10 月 16 日以後なされる分配及び非株式配当の取扱いについて、法セクション 23A J を廃止し、新しく法第 768A 条を導入することとした⁽³²⁹⁾。

すなわち新条項は、免税適用を非ポートフォリオ持分に限定せず、法第 974 条に基づき「資本持分」と性質決定された持分に係るリターンを免税にしようというものであるため⁽³³⁰⁾、豪州法人が 10 パーセント以上の参加持分を有する外国法人から受け取る償還優先株式（RPS）のような負債持分に係る配当は、豪州において課税対象となるが、この逆、豪州法人が

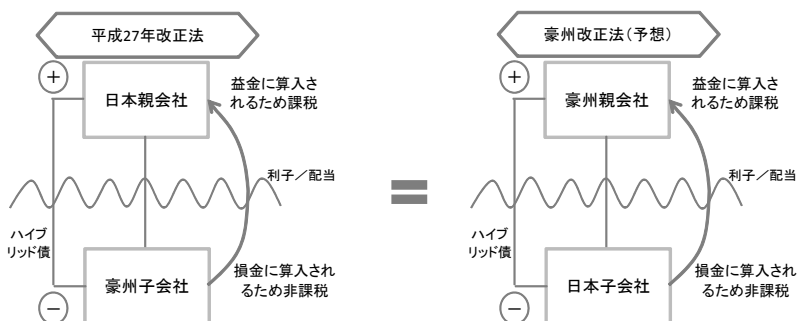
(328) Anton Joseph (2015), *see supra* note (112), para.2.

(329) *Ibid.*, para.6.2.

(330) Board of Taxation (2015), *see supra* note (110), p.58 (para.4.68-4.69).

支払う負債持分に係る配当は、日本やオランダにおいては益金の額に算入されず、譲歩的な状況にある⁽³³¹⁾と指摘されている。

このように、我が国の負債＝資本の区分に関する不一致が最も顕著であったオーストラリアが、我が国の平成 27 年改正法と類似の税制を導入することになれば、少なくとも日豪間においては、相手国において損金算入される（＝課税されない）配当については益金不算入制度の適用外となり、負債＝資本に関するミスマッチは解消することになる。（下図参照）



なお、豪州政府租税委員会は、OECD 勧告 2.1 の採択に伴い、現行の配当免税条項（Subdiv.768-A）については、改正する必要があるだろうと述べるとともに、配当免税その他類似の租税政策を取る国が、OECD 勧告 2.1 を導入することを期待するとコメントしている⁽³³²⁾。

(331) Anton Joseph, op. cit., para.7.

(332) Board of Taxation (2016), *see supra* note (327), p.28 (para.3.48).

結びに代えて

本稿においては、OECD 2015 年最終報告書が勧告する無効化ルールについて、主に附属文書 B（事例集）に掲載された設例を分析することによって、国内法制化に伴う問題点について考察を行った。ただし、現実の法案を目の当たりにしたわけではないため、勧告内容がどのように既存の租税法規と整合するかイメージできず、単に設例を概観した上で、思い付くままにコメントした印象は拭えない。また、各国とも（英国、オーストラリアを除く。）、BEPS パッケージのうちミニマム・スタンダードとされた分野⁽³³³⁾から順に措置していくであろうから、一般に拘束力が劣るとされるハイブリッド・ミスマッチルールの検討はこれから本格化すると思われ⁽³³⁴⁾、比較法的な検討が全くできなかったのは残念である。

設例で取り上げられたストラクチャーについて、これまでの実務経験上では、現行法で対処可能かどうかを判断すれば事足りたのだが、今後、他国の税務上の取扱いを参照するという新たな動作が加わることにについては、やはり相当な不安を覚える。そこで、これまで本稿の中で述べてきたことと重複するが、特に補足したい 3 点について、若干のインプリケーションを交えて考察する。

第 1 に、ハイブリッド・ミスマッチルールが多国籍企業を対象とする規制であるならば、複数国をまたぐアレンジメントの全体像を俯瞰できる職制にある者が制御可能な企業グループ、つまり支配関係が強固な国外関連取引（措法 66 の 4①、関連者の範囲を資本関係 25% 以上から 50% 以上に引き上げ）に限定して国内法制化し、まずは制度を混乱なく着地させることが選択肢の一つとして考えられる。この修正により、法人税申告書別表 17(4)（国外関連者に関す

(333) 条約漁りの防止、国別報告書の提出、有害税制への対抗、紛争解決の改善。

OECD (2015a), *see supra* (7), p.6 (para.11).

(334) なぜなら、BEPS プロジェクトは、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの分野の成果について、「各国は、一般的な税制の方向性に合意した。各国の税制が、合意された共通のアプローチの実施を通じて、徐々に収斂させていくことが期待され、これにより、将来、そうした措置をミニマム・スタンダードとすべきか否かに関する更なる検討が可能となる。」と総括しているからである。*Ibid.*

る明細書)の情報が活用可能となり、執行上の事務負担を軽減することができるのではないだろうか。

第2に、一次・防御の順序が整然と機能するのかという懸念である。これは、どの程度の期間待てば、防御ルールが発動が認められるかが明確化されていないことによる。無効化ルールは、防御ルールが適用される局面について、「一方の国がミスマッチを無効化しないときは、…他方の国が…」と規定している。本ルールは「自動的に適用(勧告 9.1(c))」されることから、一方の国が一次対応規定を整備していないとき、あるいは一次対応について納税者と見解の相違があり、争訟準備等のためその適用を留保している間に、他方の国によって防御ルールを発動されても致し方ないと解されるのであろうか。そうであれば、二重課税を誘引するリスクは確かに存在する。

理論的に帰属の所在が決せられないミスマッチ状態となった税源の奪い合いであるがゆえ、局地的な税の収奪状態が起き、双方の国で二重課税となった場合、紛争処理メカニズムとして相互協議の役割が従前にも増して重要となってくるだろう。行動 14(相互協議の効果的实施)の進捗との兼ね合いもあるが、相互協議の発生・繰越件数が増加基調にある中⁽³³⁵⁾、B E P Sプロジェクトによってその傾向に拍車がかかるおそれが指摘されており⁽³³⁶⁾、相互協議手続(この種の課税が条約に適合しない課税に該当するか否か、解釈適用協議の射程となるかを含む。)についても整理しておく必要がある。

第3に、多国籍企業に対する事務の適正・円滑な執行を図るためには、やはり一定の前提条件を置いた設例に基づきルールの取扱いをまとめた事例集の編さんが必須となると思われる。今後、O E C Dが作成検討する実施ハンドブックを我が国の事例集に取り込み、その事例集自体をソフト・ロー⁽³³⁷⁾として活

(335) 剣持俊幸「最近の相互協議の状況について」租税研究 797 号 345 頁 (2016)。

(336) 経団連「B E P Sプロジェクトを踏まえた今後の国際課税に関する提言」。経団連HP (<http://www.keidanren.or.jp/policy/2016/024.html>) で閲覧可能(平成 28 年 6 月 23 日最終閲覧)。

(337) 今村隆日本大学大学院教授は、移転価格税制の要件事実の全体像を論じる中で、要件事実の抽出・確定に当たっては、法令(措置法 66 条の 4 ほか)以外の通達等によって形成されたソフト・ローの成果のうち合理的なものを取り込むべき旨指摘さ

用することが実務において有用となるのではないだろうか。

最後に、今後の方向性についてまとめておきたい。2015（平成 27）年 11 月の G 20 アンタルヤ・サミットで全面的な支持を得た行動 2 を含む B E P S パッケージは、その後、プロジェクトの成果を「広範に」「実施する」ための「包摂的枠組み」に、これまで本プロジェクトに参加してこなかった開発途上国等が参加することを奨励し、合意事項の各国における実施状況のモニタリング、B E P S の抜け穴防止のための参加国拡大への取組、積み残しの技術的検討等を実施する段階にきている⁽³³⁸⁾。B E P S プロジェクト参加国が 40 数か国であるのに対し、プロジェクトの実施フェーズの幕開けとなる「B E P S 包摂的枠組国会（2016（平成 28）年 6 月 30 日～7 月 1 日開催予定）」について、100 か国を超す国が参加する⁽³³⁹⁾との情報もある。これだけ多数の関係国が参加し、あらゆる場で議論が始まるということは、他国の状況を見極めながら、必然的に採択しなければならない勧告が絞り込まれていくという流れになろう。今後の動向から目が離せない状況が、今しばらく続くものと思われる。

さて、以上をもって閑筆としたい。筆者の理解不足により十分な研究に至らない部分も多々あるが、本稿が今後の税制の企画立案及び税務行政執行の参考となることを期待して結びに代えさせていただきたい。

最後に、本稿の作成に当たっては、税務大学校客員教授である日本大学大学院今村隆教授に論文指導をいただき、数え切れないほどの助言を賜った。心より御礼申し上げる。

れておられる。今村隆「移転価格税制における独立企業間価格の要件事実」税大ジャーナル第 12 号 36 頁（2009、<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/journal.htm>）。

(338) 税制調査会平成 28 年 5 月 26 日第 7 回国際課税 D G 資料、財務省〔G 20、G 7 報告等〕際 D7-2。

(339) G 7 仙台財務大臣・中央銀行総裁会議議長国記者会見（平成 28 年 5 月 21 日）における麻生財務大臣発言。財務省 H P（http://www.mof.go.jp/public_relations/conference/my20160521.htm）で閲覧可能（平成 28 年 6 月 23 日最終閲覧）。

巻末 要旨 (Executive summary) 仮訳

ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントとは、事業体や金融商品に対する複数国間における税務上の取扱いの差異を利用し、長期の課税繰延べを含む二重非課税を達成しようとするものである。この種のアレンジメントは、広く蔓延するため、関係国の課税ベースへの実質的な侵食を引き起こし、競争条件、効率性、透明性、公平性に対して、全般的に負の影響を与える。

法人所得課税の整合性を国際的な水準で高める観点から、OECD/G20 BEPSプロジェクトは、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの税効果が無効化する国内法の設計とともにモデル租税条約の開発に関する勧告を要請した。本報告書は、これらの勧告について示したものである。第1部は国内法改正のための勧告を含み、第2部ではOECDモデル租税条約の改定に係る勧告を示している。一旦、これらの勧告が国内法及び租税条約に取り入れられれば、ハイブリッド・ミスマッチは無効化され、単一の支出に対する複数国間での重複損金算入や相手国における益金算入を伴わない損金算入、あるいは単一の外国税額支払に対する重複外国税額控除などに終止符を打つことができるであろう。税効果のミスマッチを無効化するルールは、ミスマッチ・アレンジメントがBEPSのツールとして利用されることを防止することとなり、また、国境を越えた貿易・投資に悪影響を与えることもない。

本報告書は、第一弾BEPSデリバラブルの一環として2014年9月に公表された中間報告書「ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果の無効化（OECD2014年）」に取って代わる。同中間報告書と比較すると、本勧告第1部には、更なるガイダンスと実践的な設例が補完され、より詳細なルールの運用が説明されている。また、貸株取引やレポ取引などの資産譲渡取引、輸入されたミスマッチ、CFC税制に基づき課税所得に合算される支払の取扱いについては、更なる作業が続けられており、これらの問題に関して得られたコンセンサスについては、本報告書に反映されている。2014年9月の中間報告書でも示したが、各国は、イントラグループのハイブリッド規制資本に係るミ

スマッチに対し、ハイブリッド・ミスマッチルールを適用すべきかどうかについて、政策選択に自由度を残している。特定のハイブリッド規制資本商品について、一方の国がハイブリッド・ミスマッチを無効化するためのルールを適用しないと選択しても、他方の国が当該特定商品についてルールを適用するかどうかの政策選択に影響することはない。

第 1 部

本報告書の第 1 部では、ハイブリッド金融商品に基づき行われる支払、又はハイブリッド事業体に対して、あるいはハイブリッド事業体が行う支払に関して生じる税務上のミスマッチに対処するためのルールに係る勧告を示す。また、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果が第三国に輸入された際に生じる間接的なミスマッチへの対処についても勧告する。これら勧告は、金融商品又は事業体の税務上の取扱いを相手国における税務上の取扱いと一致させるというリンキングルールの形態を取るが、その他の点においては商業上の結果に影響を与えない。ルールは自動的に適用され、プライマリールール及びセカンダリー（又は防御）ルールという形の規則順序がある。こういう適用順序を定めることにより、同一の取決めについて複数の国がルールを当てはめようとするのを防ぎ、以て二重課税を排除するのである。

プライマリールールは、相手国において受領者の益金の額に算入されない、又は相手国においても損金の額に算入される限りにおいて、各国が納税者の損金算入を否認しようとするものである。プライマリールールが適用されないとき、相手国は一般に防御ルールを発動し、ミスマッチの性質に応じて損金の額に算入される支払を益金の額に算入する、あるいは重複控除を否認することとなる。

本報告書は、ハイブリッド・ミスマッチルールの実施と適用に当たり、調整・協調の重要性を認識し、ルールが効果的、かつ、納税者のコンプライアンスコストと税務当局の執行コストが最小限となるよう努めている。この目的を達成するため、報告書は、共通する一連の設計原則及び用語の定義を明確にすることで、ルール適用に当たっての一貫性の確保を意図している。

第2部

第2部は、ハイブリッド金融商品や事業体（双方居住者を含む。）が租税条約の特典を不当に得るために利用されないこと、また、租税条約が、第1部で勧告した国内法改正の適用を妨げないことを狙った行動2の部分について対処している。

第2部は、まず双方居住者の問題、すなわち税務上2か国の居住者とされる事業体について調査している。留意すべきは、行動6に係る作業が、双方居住者の問題に関連した幾つかのB E P S懸念に対処していることである。これは、租税条約に基づく双方居住の事例について、事業体を管理支配基準という現行ルールではなく、むしろ個別判定方式で解決を図ろうとするものである。ただし、租税条約の改定により、双方居住者に関する全てのB E P S懸念に対処できるものではない。双方居住を含む租税回避戦略に取り組むためには国内法の改正が必要とされるのである。

また、第2部は、ハイブリッド事業体、すなわち条約締約国の一方又は双方の国が納税主体と取り扱わない事業体（多くの国におけるパートナーシップなど）に対する租税条約の適用についても取り上げている。本報告書は、「OECDモデル条約（OECD2010年）」の中に新たな条項及び詳細なコメントを加えることを提案している。これら新条項等により、事業体の所得について適切な場面で租税条約の特典が認められるのみならず、条約締約国の双方が自国の国内法上、事業体の所得をどちらかの国の所得として取り扱わない場合、条約特典を与えないことを確保する。

最後に第2部は、報告書第1部の勧告に伴い生じ得る条約上の潜在的な問題にも対処している。報告書はまず、損金算入を否認する、又は相手国での通常所得への益金算入を求めるといった無効化ルールに関する租税条約上の問題点を調査した上で、租税条約が一般にこれらのルールの適用を妨げないと結論付けている。そして、二重課税排除に関する租税条約に対して第1部の勧告が与える影響について調べ、外国法人から受け取る配当について、国外所得免税方式を適用するという内容の2か国間条約を締結している場合に問題が起き得る

と注意を喚起し、これらの問題に対処するための条約改正の可能性について述べている。第2部で取り上げる最後の問題は、第1部の勧告が無差別待遇に関する租税条約への影響の可能性であり、報告書は、これらの勧告を実施するために起案される国内法が適切な文言で記載されている限り、無差別待遇規定に反しないと結論付けている。