上海交通大學

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY

学士学位论文

THESIS OF BACHELOR



论文题目: 中美免税股权收购制度反避税问题比较研究——以"股东利益持续"为视角

学生	姓名:	陶永祺	
学生	学号:	5091919022	
专	业:	法学	
	教师:	李俊明	
学院	(系):	凯原法学院	



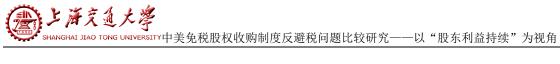
中美免税股权收购制度反避税问题比较研究 ——以"股东利益持续"为视角

摘要

财政部、国税总局 2009 年发布的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(财税[2009]59 号文,以下简称"59 号文")借鉴美国联邦税制经验,对原本缺乏体系的中国相关制度进行重铸,为我国建立起了完整的并购税制体系。其中,免税股权收购作为新体系中的两点,体现出了政府鼓励重组活动的价值取向。然而在纳税递延的期限利益面前,免税股权收购体系若缺少反避税手段作为屏障,则避税行为无疑将不断涌现。而正是由于 59 号文体系中的现存避税漏洞,导致其在实践中遭遇诸多困难。加之 2010 年国税总局发布的《企业重组业务企业所得税管理办法》(国税总局公告 2010 年第 4 号)所开创的"新三角重组",我国免税股权收购体系对制度根基——"股东利益持续"造成了严重破坏,避税漏洞被人为制造。而税务机关惯用的"商业目的"要件又因其自由裁量权而不可避免地存在损害纳税人权益之隐患,因此形成困局。

追朔制度源头,美国之免税股权收购制度历经判例法演进发展至今,确立起了一套完善的反避税体系,而其核心即为"股东利益持续"。美国无论立法基准还是裁判理据,都紧紧关注利益"持续"之真实性与有效性。从而实现了制度的成功运行。本文认为,税务机关短期内应当回归"股东利益持续"对条文漏洞进行填补,长期则应在规则中增加立法目的、立法原理条款以引入"股东利益持续"学说,从而达到普及制度原理、约束公权力、提供目的解释理据等目的,确保我国免税股权收购制度的健康运行。

关键字: 企业重组,股权收购,股东利益持续,商业目的,反避税



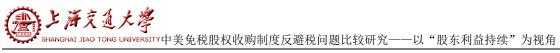
A COMPARATIVE EVALUATION OF THE ANTI-TAX AVOIDANCE APPORACH IN TAX-FREE REORGANIZATIONS JURISPRUDENCE IN THE PRESPECTIVE OF COI DOCTRINE

ABSTRACT

Notice of the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation on Several Issues Concerning the Enterprise Income Tax Treatment on Enterprise Reorganization (No.59 [2009] of the Ministry of Finance)-issued by Ministry of Finance and State Administration of Taxation—used the experience of America to recast China's tax-free reorganizations jurisprudence. As a part of the new jurisprudence, tax-free share acquisition reflects the government's support of the reorganization. However, under the temptation of period benefits provided by the non-recognition of gain or loss, tax-avoidance will inevitably emerge. Since provisions in No.59 [2009] of the Ministry of Finance seriously broke the Continuity of Interest (COI) principle, internal loopholes was created. However, if tax bureau regards the "business purpose" provision as a tool to fix the existing problems, then the interests of taxpayers will definitely be damaged because of the wide discretion given by this quasi general anti-avoidance rule.

To solve this dilemma, we should trace back the evolvement of the tax-free reorganizations jurisprudence. Through research, we find that the jurisprudence has experienced the development of case law and now established an effective approach of anti-tax avoidance in American. Specifically, the COI doctrine, as the core of America's approach, is central to all of the tax-free reorganization provisions and the basis of every decision. It is precisely because America jurisprudence implements the COI in the both case law and statute without deviation that ensure the success of its tax-free reorganization jurisprudence. In contrast, China's related provisions undermine this vital principle thus lead to the current situation. In short term, tax bureau shall revise the existing provisions in accordance with the principle of COI, and in the long term, this principle should be imported into the provisions in the form of legislative purposes or legislature theory. Only then can our tax-free reorganization jurisprudence get healthy, meanwhile, avoid the abuse of discretion.

Key words: reorganization, share acquisition, Continuity of Interest, business purpose, anti-tax avoidance



目录

引言	1
一、导论	2
(一) 股权收购概述	2
1. 重组概述	2
2. 收购与股权收购概述	2
(二)常规交易形态:应税股权收购	3
(三)美国联邦税制创新:免税股权收购制度	5
1. 美国免税股权收购制度概述	
2. 免税股权收购制度建立的价值取向	6
3. 免税股权收购制度建立的立法理由	
(四)中国免税股权收购制度的确立与困境	
1. 中国旧行免税重组制度之缺陷	
2. 新免税股权收购制度对美国制度之借鉴	
3. 新免税股权收购制度反避税之困境	
二、美国免税股权收购制度之核心:股东利益持续	9
(一)制定法下的"股东利益持续"	9
(二)普通法下的"股东利益持续"	
1. 普通法下的美国免税重组制度概述	
2. 股东利益持续的判例发展	
3. 重组后(post-reorganization)股东出售收购公司股票行为	
3. 重组前(pre-reorganization)股东出售收购公司股票行为	
三、中国免税股权收购制度避税漏洞分析	
(一)我国现行免税股权收购制度概述	
(二)中美免税股权收购制度之异同	
(三)中国免税收购制度避税漏洞之成因	
1. 重组前后股东出售收购公司股票行为	
2. 门槛过苛与"新三角重组"	
(四)现存避税漏洞的困境	
(五)美国经验的启示:股东利益持续之确保	
结语	
参考文献	
谢辞	28



引言

近年来,我国并购市场越发活跃,除却我们习以为常的海外跨国企业大肆并购中国公司以谋求获取中国市场外,新趋势也已产生——中国企业也越来越频繁地出现在海外并购市场上。

仅以笔者前一段时间关注研究的双边投资协议(Bilateral Investment Treaty)来观察,早于 1998 年的老一代中国双边投资协议往往拥有以不愿意适用大力的投资保护标准、不愿意采用广泛的投资者与国家间争议解决机制为特点。而由《巴巴多斯一中国双边投资协议》(1998 年)开始的新一代中国的双边投资协议则已经背离资本吸收国家的传统立场,为外国投资者提供了越来越多实质性与程序性保护,很大程度上类似于资本输出国家。这些变化,乃是中国 1998 年启动走出国门战略的直接结果。¹过去,中国在对外直接投资问题上一直习惯于施加限制,而从 2001 年开始,中国改变了其政策,开始鼓励海外直接投资,以减少对外顺差并获得其他发展中国家的自然资源。可见,中国政府正积极促进中国企业的海外扩张。就在本论文完成的前夕,市场上爆出了中国企业双汇 71 亿美元收购全球最大猪肉供应商美国史密斯菲尔德公司的消息,该项交易刷新中国企业收购美国企业的历史记录。

数据显示,2008 年到2012 年,中国企业海外并购实现了"五年增五倍",总投资金额从2008 年的103 亿美元发展到2012 年的652 亿美元。²另外,据统计,2008 年至2012 年,传统市场向新兴市场的投资额为1510 亿美元,而新兴市场向成熟市场的投资额则达到了近1610 亿美元。可见新兴市场并购市场的跃跃欲试。更值得关注的是,中国企业海外并购额2012 年在五大新兴市场的占比达到历史最高水平,2012 年中国企业"走出国门"对传统市场并购额高达226.8亿美元,占到五大新兴市场总并购额近70%。

可见,无论是海外企业并购中国企业谋求中国巨大市场与消费力,还是中国企业"走出国门"并购外国成熟企业谋求探索海外市场,并购都是未来的主旋律。并购作为企业扩张开拓新市场的首选手段,值得受到包括法学界在内的社会各界的关注,而股权收购作为并购最常用的手段之一,对于法科学子而言,则当然拥有巨大的研究价值。

恰笔者在对并购重组问题充满热情的同时,对税法领域亦有所偏爱,同时有期望为接下来前往美国的留学之路打下坚实的英语基础,因此选择以税法为视角探索并购活动,通过研读美国联邦税制下的并购内容与历史案例,结合 59 号文的内容,观察其中的共通和差异之处,由此完成本篇论文,以期能在完善个人并购税法知识的同时,为我国企业重组之税制建言献策,望能更好地促进我国并购市场的繁荣。

¹ 这一战略在国民经济和社会发展第十个五年计划中首次被提及。而中国共产党中央委员会在《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》中其重申了其对实施本战略的承诺。参见 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2003-10/21/content 1135402.htm。

 $^{^2}$ 财新网: 《中国企业海外并购五年增五倍 民企增速领先》,载 http://special.caixin.com/2013-06-03/10053 6528.html。最后访问日期: 2013 年 6 月 1 日。



一、导论

(一) 股权收购概述

1. 重组概述

要讨论股权收购,则必须先由其上位概念——重组入手。重组(reorganization),是公司在日常经营活动以外发生的法律结构或经济结构重大改变的交易,³是对公司的资金、资产、劳动力、技术、管理等要素进行重新配置,构建新的生产经营模式,使公司在变化中保持竞争优势的过程。在《布莱克法律英语词典》中,重组被直接从税法意义上(更确切地说,是从《国内收入法典》的意义上)进行了定义:A restructuring of a corporation, as by a merger or recapitalization, in order to improve its tax treatment under the Internal Revenue Code。⁴一言以概之,重组就是公司结构的改造,其重点即为对公司的 restructure。

对于重组的具体内涵,各国法律法规多以列举的方式处理。本文所重点涉及的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(下称"59号文")第 1 条就开宗明义地规定:"本通知所称企业重组······包括企业法律形式改变、债务重组、股权收购、资产收购、合并、分立等。"由此,将我国税法意义上的重组主要限定在(1)企业法律形式改变(2)债务重组(3)股权收购(4)资产收购(5)合并(6)分立这六种基本形式上。而美国《国内收入法典》(Internal Revenue Code)则在 §368(a)(1)下对美国税法中的重组进行了如下列举:

- (1) a statutory merger or consolidation,即A型重组,系指法定的吸收合并或新设合并;
- (2) a stock for stock acquisition, 即B型重组,系指以股权为对价的股权收购;
- (3) a stock for assets acquisition,即C型重组,系指以股权为对价的资产收购;
- (4) a transfer of property by one corporation to another, including a split-up of a single corporation into two or more corporation,即 D 型重组,系指分立;
 - (5) a recapitalization,即E型重组,系指资本结构重新调整;
 - (6) a mere change in form,即 F型重组,系指纯粹的公司法律形式变更。
 - (7) bankruptcy reorganization,即 G型重组,系指破产重组。5

中美两方对重组的列举,都将企业法律形式改变、股权收购、资产收购、合并以及分立囊括。而本文所聚焦的股权收购,便是广为接受的重组形式之一。虽然中美在概念使用上存在一定差异(依中国相关规定,重组与免税并不直接挂钩,只有满足 59 号文具体条件的重组,才能够获得免税待遇;而依美国相关规定,只有满足相关要求,才能被称之为重组,而一旦满足重组定义,即获得免税待遇),但可以明确的是,股权收购及其应税/免税待遇,与重组的概念息息相关。

2. 收购与股权收购概述

收购作为重组下的股权收购与资产收购概念的集合,存在广义狭义之分。狭义的收购,仅指收购公司(acquiring company)通过购买目标公司(target company)的股票或资产而获得对该家公司本身或其部分资产实际控制权的行为。6而广义的收购等同于广义兼并,是狭

³ 财政部 国家税务总局《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(财税[2009]59 号)第1条。

⁴ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (9th edn West, Eagan 2009) 1412.

⁵ Samuel C. Thompson, Jr., *Taxation of Business Entities: C Corporations, Partnerships and S Corporation* (West Publishing Co., St. Paul 1994) 714. 同时参见 Greenstein, Rogoff, Olsen & Co., LLP, *Corporate Tax Planning: Mergers, Acquisitions and Reorganizations*, available at http://www.groco.com/readingroom/ctpintro.aspx。最后访问日期: 2013 年 4 月 5 日。

⁶ 林德木: 《美国联邦公司并购税收制度研究》,科学出版社 2010 年版,第 3 页。

义兼并⁷、狭义合并⁸与狭义收购之总称,尤其是当收购与兼并(Merger & Acquisition)同时使用时。⁹首先明确,本文将使用狭义的"收购"概念。

在《布莱克法律英语词典》中,收购(acquisition)被狭义地定义为: The gaining of possession or control over something。¹⁰将其直译成中文即为: 对财产的获取或对某物的控制。可见,收购的实质,即是对控制权的获得,强调的是目标公司本身或部分资产实际控制权的转移,而目标公司的独立法人地位却并不消失。而以收购的标的为标准进行分类,常见的收购模式有两种: 资产收购(asset acquisition)及股权收购(share acquisition,又称 equity acquisition 或 stock acquisition)。

资产收购在《布莱克法律英语词典》中,被定义为 Acquisition of a corporation by purchasing all its assets directly from the corporation itself, rather than by purchasing shares from its shareholders, ¹¹系指收购企业以购买全部或部分资产的方式购买目标企业的全部或部分所有权。¹²在资产收购中,交易的主体为收购公司与目标公司,客体为目标公司之资产,由于仅对资产进行交易,不涉及债务,因此负债风险相对较小。

而回到本文所关注的股权收购,其在《布莱克法律英语词典》中被定义为,The acquisition of a corporation by purchasing all or most of its outstanding shares directly from the shareholders, ¹³系指收购企业以购买全部或部分股票的方式购买目标企业的全部或部分所有权。此时,交易的主体为收购公司与目标公司股东,客体为目标公司之股权。由于收购公司随后成为目标公司股东,虽然目标公司原有债务仍自行承担,但收购公司将在出资范围内承担责任,负债风险相对而言较大。

股权收购作为现代商业社会重要的收购方式,在 59 号文中首次得到了概念的定义,其中第 1 条第 3 款规定:"股权收购,是指一家企业(以下称为收购企业)购买另一家企业(以下称为被收购企业)的股权,以实现对被收购企业控制的交易。"同时,值得我们关注的,是收购公司购买目标公司股权所支付的对价。59 号文规定,"对价的形式包括股权支付、非股权支付或两者的组合。" ¹⁴其中,"股权支付,是指企业重组中购买、换取资产的一方支付的对价中,以本企业或其控股企业的股权、股份作为支付的形式。"而"非股权支付,是指以本企业的现金、银行存款、应收款项、本企业或其控股企业股权和股份以外的有价证券、存货、固定资产、其他资产以及承担债务等作为支付的形式。" ¹⁵这两种对价将会导致截然不同的税收待遇。

股权收购完成后,产生的效果为:收购公司持有目标公司的股份,而目标公司则继续存在,组织形式保持不变,法律上保有独立的法律人格。

(二) 常规交易形态: 应税股权收购

⁷ 狭义兼并,指一个公司吸收另一个公司或多个公司,前者依然保留自己的法律人格,后者则失去法律人格而成为前者的一个组成部分。相当于我国《公司法》第 173 条下的"吸收合并"。该条第 2 款规定: "一个公司吸收其他公司为吸收合并,被吸收的公司解散。"

¹¹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (9th edn West, Eagan 2009) 135.

⁸ 狭义合并,指两个或两个以上公司依照公司法联合组成一家新的公司,参与合并的公司解散而不再保留独立法律人格。相当于我国《公司法》第 173 条下的"新设合并"。该条第 2 款规定: "两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并,合并各方解散。"

⁹ 干春晖、刘祥生: 《企业并购:理论、实务、案例》,立信会计出版社 2002 年版,第 2 页。

¹⁰ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (9th edn West, Eagan 2009) 26.

¹² 财政部 国家税务总局《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(财税[2009]59 号)首次对资产收购进行了定义,依照其第 1 条第 4 款的规定,"资产收购,是指一家企业(以下称为受让企业)购买另一家企业(以下称为转让企业)实质经营性资产的交易。"

¹³ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (9th edn West, Eagan 2009) 1500.

¹⁴ 财政部 国家税务总局《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(财税[2009]59 号)第1条第3款。

¹⁵ 财政部 国家税务总局《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(财税[2009]59 号)第 2 条。 第 3 页 共 26 页



GHAI JIAO TONG UNIVERSITY中美免税股权收购制度反避税问题比较研究——以"股东利益持续"为视角

一般情况下的股权收购,收购企业多以现金、银行存款、应收款项等非股权性质财产作为对价进行股权交易,此即为上节提及59号文所称的"非股权支付"。在此情况下,收购公司通过非股权对价从目标公司股东手中购买目标公司的股票,从而成为该公司股东,获得对目标公司的控制权(见图1)。



图 1 应税股权收购交易结构

在这种股权收购模式下,由于目标公司并未直接参与交易,因此此时股权收购的税收后果并不涉及目标公司,通常涉及目标公司股东与收购公司二者。

在59号文发布前,我国《个人所得税法》¹⁶、《个人所得税法实施条例》¹⁷、《企业所得税法》¹⁸以及《企业所得税法实施条例》¹⁹等相关的税收法律法规均未对"股权收购"进行明确的税收待遇规定。但从交易的性质进行判断可知,股权收购对于收购公司而言,乃属股权投资行为,对目标公司股东而言,乃属转让股权投资行为。具体而言:对于目标公司股东而言,目标公司股东以目标公司股权交换收购公司支付的非股权对价,此时目标公司股东在税法意义上,应当被认定为出售目标公司股权,属于转让财产,应当依法确认股权转让的所得或损失。²⁰对于收购公司而言,其收购目标公司股权的行为应属于股权投资行为,收购公司对所收购的目标公司股权的原值,以收购对价的公允价值为基础确定。由此,收购公司也应当依法确认当期资产转让所得或损失。

而 59 号文的发布,则对上述应税股权收购的税收待遇进行了进一步明确,即所谓的"一般性税务处理"。59 号文依据《企业所得税法实施条例》第 75 条²¹的授权,在第 4 条第 3 款规定:"企业股权收购、资产收购重组交易,相关交易应按以下规定处理: 1.被收购方应确认股权、资产转让所得或损失。2. 收购方取得股权或资产的计税基础应以公允价值为基础确定。3. 被收购企业的相关所得税事项原则上保持不变。"

可见,59 号文对于"一般性税务处理规定"的税收待遇之规定,乃是对以往经验的总结,与该文发布前没有明显差异。总之,以现金等非股权对价进行交易时,股权收购的目标公司股东与收购公司二者都不可避免地要在交易发生后确认有关资产的转让所得或者损失。

应税股权收购可谓是最常见也是最自然的股权收购形式,而基于一定的立法原理和政

¹⁶ 由于讨论的时间节点是 59 号文发布前,因此此处所涉及的《个人所得税法》系指根据 2007 年 12 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议《关于修改〈中华人民共和国个人所得税法〉的决定》第五次修正后的版本。

¹⁷ 由于讨论的时间节点是 59 号文发布前,因此此处所涉及的《个人所得税法实施条例》系指根据 2008 年 2 月 18 日《国务院关于修改〈中华人民共和国个人所得税法实施条例〉的决定》第二次修订后的版本。

 $^{^{18}}$ 《中华人民共和国企业所得税法》由中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议于 2007 年 3 月 16 日通过,2007 年 3 月 16 日公布,自 2008 年 1 月 1 日起施行。

 $^{^{19}}$ 《中华人民共和国企业所得税法实施条例》由 2007 年 11 月 28 日国务院第 197 次常务会议通过,2007 年 12 月 6 日公布,自 2008 年 1 月 1 日起施行。

²⁰ 若目标公司股东为自然人股东:《个人所得税法》第 2 条: "下列各项个人所得,应纳个人所得税:…… 九、财产转让所得; ……"。《个人所得税法实施条例》第 8 条: "税法第二条所说的各项个人所得的范围: ……(九)财产转让所得,是指个人转让有价证券、股权、建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。……"。若目标公司股东为法人股东:《企业所得税法》第 6 条: "企业以货币形式和非货币形式从各种来源取得的收入,为收入总额。包括: ……(三)转让财产收入; ……"。《企业所得税法实施条例》第 16 条: "企业所得税法第六条第(三)项所称转让财产收入,是指企业转让固定资产、生物资产、无形资产、股权、债权等财产取得的收入。"

²¹《企业所得税法实施条例》第75条:"除国务院财政、税务主管部门另有规定外,企业在重组过程中,应当在交易发生时确认有关资产的转让所得或者损失,相关资产应当按照交易价格重新确定计税基础。"



策导向,免税股权收购应运而生。其诞生的地点,即为当今并购行为最为繁荣的美国。

(三)美国联邦税制创新:免税股权收购制度

1. 美国免税股权收购制度概述

美国《国内收入法典》和上述中国制度类似,设有应税股权收购的相关规定。然而如前所述,除却必须当期确认资产转让所得或损失的应税股权收购外,当公司的交易行为满足B型重组的定义时,美国还设计了递延确认资产转让所得或损失的所谓免税股权收购制度。对于免税股权收购,美国《国内收入法典》 §368(a)(1)(B)规定如下²²:

"The acquisition by one corporation, in exchange solely for all or a part of its voting stock (or in exchange solely for all or a part of the voting stock of a corporation which is in control of the acquiring corporation), of stock of another corporation if, immediately after the acquisition, the acquiring corporation has control of such other corporation (whether or not such acquiring corporation had control immediately before the acquisition);"《国内收入法典》则在§ 368(c)则将 control 其定义为: "the ownership of stock possessing at least 80 percent of the total combined voting power of all classes of stock entitled to vote and at least 80 percent of the total number of shares of all other classes of stock of the corporation." 以中文简洁表达即为: 免税股权收购,系指一家公司仅仅以本公司或其母公司全部或部分的表决权股份为对价收购另一家公司股份,在收购之后收购公司取得目标公司的控制权。²³具体而言,包含以下两类:

(1)直接 B 型股权收购(见图 2),指收购公司仅以本公司表决权股票为收购对价向目标公司股东购买目标公司股票,在交易完成后,收购公司持有目标公司至少 80%的有表决权股票以及至少 80%的其他各类股票。其结果为:目标公司成为收购公司的子公司,目标公司股东成为收购公司股东。

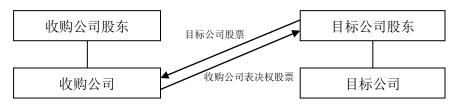


图 2 直接 B 型股权收购交易结构

(2) 三角 B 型股权收购(见图 3),指收购公司的子公司(下称"收购子公司")以收购公司有表决权股票为收购对价向目标公司股东收购目标公司股票,在交易完成后,收购子公司应持有至少80%的目标公司有表决权股票以及至少80%的其他各类股票。其结果为:目标公司成为收购子公司的子公司,目标公司股东成为收购公司股东。

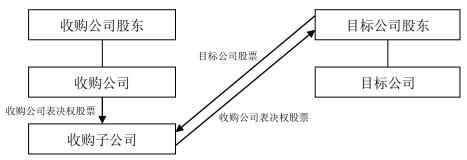


图 3 三角 B 型股权收购交易结构

20

²² 本文所参考的 Internal Revenue Code 版本,参见 http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26。

²³ I.R.C. §368(a)(1)(B) and I.R.C. §368(c).



通过两种模式我们可以发现,三角 B 型股权收购制度仅仅是 B 型股权收购制度出于隔离债务等目的的变种,免税股权收购制度与应税股权收购制度的真正差异在于收购公司收购目标公司股权所支付的对价。在应税股权收购中,对价为"非股权对价"。而免税股权收购中,对价则必须是"股权对价"。

2. 免税股权收购制度建立的价值取向

先撇开立法理由仅从政策层面观察,我们可知,免税股权收购,或者更确切地说,整个免税重组制度背后很重要的政策因素,就是政府对重组活动的鼓励。免税重组制度对税负的解放,将会促使公司更愿意进行有利于其发展的兼并与资本结构的改善。而兼并与资本结构调整,从其实质而言,乃是对公司经营的"优化",可以促使公司的运行更有效率与更符合市场规律,从而产生更多的净所得。由于政府所拥有的征税权使它成为每一家盈利公司的大股东,若重组会使政府获得更多税收,政府当然会愿意重组得到实施。

然而免税股权收购制度在促进了企业与市场的良性发展、政府财政收入上升的同时, 其带来的期限利益也不可避免地催生出大量避税行为。通过上述简单了解我们即可知,在存 在免税待遇的情况下,应税待遇必然是作为追求经济利益的目标公司股东和收购公司希望极 力避免的。即便免税重组为以上两方提供的只是期限利益,即所谓延迟给付物或货币所取得 的利益,但当交易额较大导致被递延的税款数额亦巨大时,在可图的利益(双方都不用确认 当期所得或损失)面前,企业的避税冲动一定会无法抑制地涌现。因此,若不对避税行为进 行遏制,不但会使国家损失正常税收,而且会促使企业进行大量没有经济意义的行为以求满 足免税条件,浪费资源,扭曲市场,危害颇大。所以,免税股权收购制度在确立鼓励重组活 动的价值取向的同时,也必须完善其反避税的价值取向。否则这一良好制度所带来的福祉, 就将会因为避税的滥用破坏殆尽。

3. 免税股权收购制度建立的立法理由

从政策考量回到法理,免税股权收购之所以存在,必然也有其背后的法律原理支撑,关于免税股权收购制度建立的立法理由,最为人所知的法理原因即为:在免税股权收购中,发生的"仅仅是形式上的变化"(a mere change in form)。对于目标公司的股东而言,他们实际并未将自己在目标公司中的投资以现金形式取出(cash out),而只是将他们在目标公司中的投资转换到了另一个相似或相关的公司——收购公司中,从而继续进行类似的投资。由于这类交易只产生"readjustment of continuing interest in property under modified corporate forms" ²⁴(在修改后的公司形式下,对财产的持续利益进行重新调整)的效果,因此,资产转让所得或损失的确认将被递延。Reg. §1.368-1(b)即规定:"the purpose of the reorganization provisions is to expect from the general rule [requiring recognition of gain realized when property is exchanged for other property] certain specifically described exchanges incident to such readjustments of corporate structures made in one of the particular ways specified in the Code, as are required by business exigencies and which effect only a readjustment of continuing interest in property under modified corporate forms."

可以说,免税重组制度得以设立的根基,即为上述原理,即所谓"股东利益持续":正 是由于目标公司股东在目标公司中的利益被持续而非变现,所以才能获得纳税递延的待遇。 从是否有权享受免税待遇的角度来看,当目标公司股东获得真实的持续时,则自然而然地有 权获得递延待遇。因此结合本文主题与制度的价值取向,反避税主要"监控"的对象应当为: "持续"的真实性和有效性。

同时,值得一提的是另一种支持免税股权收购的理论,即,目标公司的股东在免税股权收购交易中仅仅获得了收购公司的股票,并没有获得现金,因此他们并没有足够钱款支付

-

²⁴ Southwest Natural Gas Co. v. Commissioner, 189 F.2d 332, 334 (5th Cir. 1951)

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY中美免税股权收购制度反避税问题比较研究——以"股东利益持续"为视角

大量税金。²⁵这一观点虽然从结果出发,极其通俗,但拥有很大的说服力。其背后暗含的就是量能课税之原理。即,禁止国家超出人们负担捐税之能力课征税捐。²⁶按照量能课税原则的基本要求,税收应当依据纳税人的税收负担能力进行征收。而在量能课税理论的发展过程中,以塞利格曼为代表的客观负担能力说就强调,相比人丁、财产、消费或产品,在现代社会中,以所得为标准最能反映纳税人的能力。²⁷撇开北野弘久、²⁸葛克昌²⁹以及 Kruse³⁰等学者对于量能课税是否能作为税法基本原则的争论,至少从与所得税息息相关的股权收购而言,量能课税原则也是具有很大指导意义的。股权支付与非股权支付两类情况下,收购公司与目标公司股东之"所得"千差万别,因此可以说在股权支付中规定延迟纳税,才是最适合当时纳税人能力的制度。

(四) 中国免税股权收购制度的确立与困境

1. 中国旧行免税重组制度之缺陷

"仅仅是形式上的变化"(a mere change in form) 所推出的"投资的持续"(continuity of investment)等诸多理论为免税股权收购理论提供了支持,证明了免税重组制度及免税股权收购制度存在的意义。而中国在 59 号文之前确立的免税重组制度却是存在极大缺陷的。依照旧行文件的规定,³¹我国仅拥有免税合并、免税整体资产转让、免税整体资产置换三种类型的免税重组。却不存在免税股权收购制度。

股权收购作为现代一种常用的并购重组方式,由于缺少免税待遇支持,导致企业重组热情存在一定程度的削弱,不利于市场整合与健康发展。同时,这样的体系,由于不包含股权收购,违背了税收中性原则,人为造成了收购交易行为的扭曲,使得想要获得免税待遇的企业为了获得免税待遇,必须想方设法向免税合并、免税整体资产转让、免税整体资产置换三者靠拢,进行了大量无经济意义的交易行为。比如,大量企业多选择先合并后分立的方式,以求满足旧行免税重组制度之要求,大大增加了企业的重组成本。

2. 新免税股权收购制度对美国制度之借鉴

自市场并购活动越发活跃后,财政部与国税总局及时意识到了上述问题,认为依赖零散的国税总局《通知》等文件构建我国免税重组体系的现状必须改变,同时股权收购制度作为当代重要的重组手段之一也急需建立配套的免税制度,于是其内部报告在增加免税股权收购制度时给出了如下解释:"之所以增加这一类型,是因为股权收购与资产收购在本质上是一样的,只不过后者是收购企业通过直接购买被收购企业的资产实现直接收购,前者是通过购买其股东的股权实现间接收购。如果不补充这一类型,一是会违反税收中性原则;二是目前情况下企业为了使股权收购享受到'特殊'待遇,需要先进行合并在进行分立,徒然增加了企业的重组成本。"32基于此,财政部与国税总局部分借鉴了美国 B 型重组模式(B

²⁵ 这一点和《国内收入法典》 § 351 的立法原因相似。I.R.C. §351(a) No gain or loss shall be recognized if property is transferred to a corporation by one or more persons solely in exchange for stock in such c orporation and immediately after the exchange such person or persons are in control (as defined in section 368(c)) of the corporation.

²⁶ 黄茂荣: 《法学方法与现代税法》,北京大学出版社 2004 年版,第191页。

²⁷ 杨斌: 《治税的效率与公平》,经济科学出版社 1999 年版,第 58-70 页。

^{28 [}日]北野弘久: 《税法学原论》,陈刚、杨建广等译,中国检察出版社 2001 年版,第 95-113 页。

²⁹ 葛克昌:《量能原则与所得税法改革》,载《中原财经法学》1995年6月第1期。

³⁰ 陈清秀: 《税法总论》,台湾翰芦图书出版公司 2004 年版,第6章。

³¹ 《关于外商投资企业合并、分立、股权重组、资产转让等重组业务所得税处理的暂行规定》(国税发[19 97]71 号)、《企业改组改制中若干所得税业务问题的暂行规定》(国税发[1998]97 号)、《关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》(国税发[2000]118 号)、《关于企业合并分立业务有关所得税问题的通知》(国税发[2000]119 号)

 $^{^{32}}$ 崔威: 《对企业重组税务规则起草过程的反思》,载《税法解释与判例评注.第 1 卷》,熊伟主编,法律第 7 页 共 26 页



SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY中美免税股权收购制度反避税问题比较研究——以"股东利益持续"为视角

reorganization),在 59 号文中建立起了我国的免税股权收购制度。参与 59 号文立法的中国政法大学教授崔威就在 59 号文立法后总结了立法过程中的相关问题,写道:"首先增加的类型是股权收购,即一家企业(收购企业)购买另一家企业(被收购企业)不低于后者全部股权的 75%,且收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%的交易。该交易类型部分借鉴了美国 B 型重组模式("B reorganizations"),并受到中国上市公司当前使用的股权交换模式的影响。" 33

3. 新兔税股权收购制度反避税之困境

自财政部、国税总局借鉴美国联邦税制经验发布《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》后,我国建立起了一套完整的并购税制体系。而免税股权收购制度作为其中的核心内容,也在文件发布后被广泛使用。然而,由于 59 号文的内在缺陷以及随后《企业重组业务企业所得税管理办法》(2010 年 4 号公告)的放宽行为,自我国免税股权收购制度确立起,有关的避税行为也层出不穷,为税务机关执法带来困难,导致了国家财政收入的流失,而与此同时,税务机关开始越来越仰仗于 59 号文内置的"商业目的要件"进行反避税。而这一要件又因其宽泛的自由裁量权,及其有可能成为被税务机关滥用而损害纳税人利益的工具。

为解决此问题,探求缘何中国对美国免税股权收购制度的借鉴无法实现与其相同的健康运行,笔者回归我国制度借鉴之源头,通过对美国相关制度的案例与立法文件的阅读梳理,对美国免税股权收购制度在制定法和判例法中的百年发展进行梳理考察,从而寻找两国制度之差异与解决我国现存避税问题之思路。



二、美国免税股权收购制度之核心:股东利益持续

(一) 制定法下的"股东利益持续"

美国免税股权收购制度,即 B 型重组模式,之所以称为 B 型,乃是因为其制定法相关规定位于《国内收入法典》§368(a)(1)(B)。如前所述,该条将 B 型重组定义为: "The acquisition by one corporation, in exchange solely for all or a part of its voting stock (or in exchange solely for all or a part of the voting stock of a corporation which is in control of the acquiring corporation), of stock of another corporation if, immediately after the acquisition, the acquiring corporation has control of such other corporation (whether or not such acquiring corporation had control immediately before the acquisition);"随后,又在§368(c)中对上述 control 一词进行了定义。以中文表达,即为:免税股权收购,系指一家公司仅仅以本公司或其母公司全部或部分的表决权股份为对价收购另一家公司股份,在收购之后收购公司取得目标公司的控制权。据此,我们可以将《国内收入法典》下B型重组的制定法要件归纳为:(1)"仅仅以表决权股份为对价"与(2)"控制"两个要件。

所谓"仅仅以表决权股份为对价",系指收购公司购买目标公司股权所使用的对价,只能是有表决权的股份。所谓"控制",是指收购完成后,收购公司或收购子公司应持有目标公司至少80%的各类有表决权股票以及至少80%的其他各类股票。34

1921 年税法(Revenue Act of 1921)首次出现 B 型重组时,实际并未对 B 型重组的对价进行规制,由此产生了大量出售交易伪装成 B 型重组的避税活动(disguised sales)。³⁵比如,收购公司发行没有表决权的股票,作为对价收购目标公司股权,导致避税。由此,1934年税法(Revenue Act of 1934)为了封堵立法漏洞,对 B 型重组增加了"仅仅以表决权股份为对价"与"控制"两个要件。从其本质来看,"仅仅以表决权股份为对价"保证了目标公司股东对股东表决权的获得,作为一种固有权、共益权,体现出了目标公司股东在收购公司中的股东权利。而"控制"则确保了收购公司对目标公司的切实的控股地位。这两个要件仿佛锁链一般,将目标公司股东与目标公司,牢牢地锁在了收购公司的两端(见图 4)。

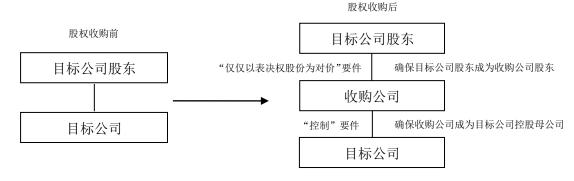


图 4 制定法要件对交易结构之作用

可以发现,这样做的目的,就在于使得目标公司股东在目标公司中的利益,在股权收购后,通过收购公司继续得以持续,即:确保"持续"的真实性和有效性。也就符合前述免税股权收购制度存在背后的原理——"仅仅是形式上的变化"(a mere change in form)、"投资的持续"(continuity of investment)。因此可以说,《国内收入法典》 \$368(a)(1)(B)与 \$368(c)对免税股权收购的制定法规制,其出发点就是普通法下免税重组制度最重要的核心原则——

³⁴ I.R.C. §368(c).

³⁵ Samuel C. Thompson, Jr., *Taxation of Business Entities: C Corporations, Partnerships and S Corporation* (West Publishing Co., St. Paul 1994) 711.



"股东利益持续"(continuity of proprietary interest)。对利益持续的确保,使得避税行为无法施展,通过对"持续"的确保,起到了有针对性反避税的效果。

(二)普通法下的"股东利益持续"

1. 普通法下的美国免税重组制度概述

早在现行《国内收入法典》 §368(a)(1)(B)对免税重组进行规范之前,美国法院就通过大量的司法实践,对漏洞颇多的早期重组条款进行了弥补,以达到鼓励收购活动与限制避税行为的目的。在悠久的司法实践过程中,形成了以下三个普通法下的要件:

- (1)股东利益持续要件(continuity of proprietary interest),即,为了使得股权收购获得免税之待遇,目标公司之股东必须对收购公司保持一定数量(proportion)与一定质量(quality)的所有者利益。作为免税制度背后的核心概念,具体内容以下将会详细论述。
- (2) 营业企业继续要件(continuity of the business enterprise),即,在股东利益持续要件满足的基础上,还要求目标公司的历史性业务得到延续,且营业资产在未来的营业中继续使用。此要件被用于弥补 1921 年税法、1924 年税法与 1926 年税法中的立法失误,由 Augustus Hand 法官在 Cortland Specialty Co. v. Commissioner³⁶一案中首次提出。随后,由美国联邦最高法院在 Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner³⁷一案中确认。
- (3) 商业目的要件(the business purpose test),要求重组不但要符合形式,而且必须要有一定商业目的。这一要求在 Helvering v. Gregory³⁸一案中首次被提出。联邦最高法院强调,交易并不会因为该交易存在避税之目的而不能获得免税之待遇,但一定需要满足的条件是,该行为的目的不能仅仅是出于避税。³⁹不能仅仅是"a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character"(披上企业重组的伪装以隐藏其真实目的装置)。⁴⁰

可以发现,营业企业继续要件实际是股东利益持续要件的延伸,其背后暗含的目的仍旧是对目标公司股东所有者利益持续的确保。而商业目的要件则更多意义上是一条兜底要件。因此,我们必须将更多的目光放到"股东利益持续"之上。

2. 股东利益持续的判例发展

"股东利益持续"乃是免税重组制度中最重要的要件。其内涵简单而言,就是当股东利益得到持续时,股权交易则不会立即扣动确认所得与损失的扳机。"股东利益持续要件"由早期重组条款的司法实践逐渐演变而来,现今已经被《国内收入法典》 §368(a)(1)吸收,形成"仅仅以表决权股份为对价"与"控制"这两个要件,由此在制定法中得到体现。

1921 年税法(Revenue Act of 1921)首次对重组(reorganization)进行了定义: merger or consolidation (including the acquisition by one corporation of at least a majority of the voting stock and at least a majority of the total number of shares of all other classes of stock of another corporation, or substantially all the properties of another corporation)。⁴¹可见,收购公司对目标公司有表决权股票的大部分及其他种类股票的大部分的收购,以及对目标公司资产的收购,都在重组之列。该定义中并未对收购公司所支付的对价作出任何要求。

而在此情况下,第二巡回法庭(Second Circuit)则在 Cortland Specialty Co. v.

³⁶ Cortland Specialty Co. v. Commissioner, 60F. 2d 937 (2D Cir. 1932).

³⁷ Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner, 287 U.S. 462, 470 (1933).

³⁸ Helvering v. Gregory, 69F. 2d 809 (2d Cir. 1934).

³⁹ Helvering v. Gregory, 69F. 2d 811 (2d Cir. 1934).

⁴⁰ Helvering v. Gregory, 293 U.S. 465 (1935).

 $^{^{41}}$ Revenue Act of 1921, ch. 135, § 202(c)(2), 42 Stat. 227, 230 (1921). 文本参见 http://constitution.org/us law/sal/042_itax.pdf。



Commissioner⁴²一案中拒绝给予形式上满足上述定义的 Cortland Specialty 公司免税待遇。其理由为: "requisite that there must be some continuity of interest on the part of the transferor corporation or its shareholders in order to secure exemption. Reorganization presupposes continuance of business under modified corporation forms" ⁴³ (就目标公司或其股东而言,利益的持续是必不可少的,由此才能确保免税。重组应当以调整后的公司形式下的利益的持续作为前提条件)。随后,最高法院又在一起相似的案件 Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner⁴⁴中作出了相似的判决,换而言之,最高法院确立了"股东利益持续"要件,要求目标公司在重组完成后,其利益必须得到持续。收购公司仅仅以现金等非股权手段作为对价时,此要求将不会满足。

随后,在 Helvering v. Minnesta Tea Co.⁴⁵一案中,最高法院则在 Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner 的基础上,强调"this interest must be definite and material; it must represent a substantial part of the value of the thing transferred" ⁴⁶(所持续的利益必须是明确与实质的,此利益必须代表被转让物的相当一部分价值)而将 Helvering v. Minnesta Tea Co.一案的判决书进行解构,我们可以发现其将"股东利益持续"拆分成了两个组成部分: ⁴⁷

首先,目标公司股东必须获得收购公司中"明确与实质的"(definite and material)的利益。这一部分聚焦利益的质量(quality)。由此,只有股权性质的证券(如普通股、优先股)才能够符合"股东利益持续要件"的要求,而债权性质的证券则不能满足。

其次,目标公司股东获得的利益,必须是"相当一部分"(a substantial part)的。这一部分则聚焦利益的数量(proportion)。由此,收购的对价的大部分,必须是上述有股权性质的证券。

这两个方面对美国免税重组制定法制度的构成,打下了坚实的基础。也因此在 1934 年税法中,出现了将普通法规则吸收进制定法的情况,从而确立了上述所谈及的"仅仅以表决权股份为对价"与"控制"两个要件。自此,对"股东利益持续"要件之质量与数量方面的要求,也就尘埃落定。

3. 重组后(post-reorganization)股东出售收购公司股票行为

除却"股东利益持续"要件的质量与数量问题外,争议更多的,则是"股东利益持续"要件的时间持续性问题。首先需要关注的,即为重组后股东出售收购公司股票行为。换而言之,即目标公司的股东在重组完成后还需要持续持有收购公司的股票多久?举例而言,当收购公司成功股权收购目标公司,而目标公司股东获得收购公司股票后。如果在很短期限内,目标公司股东就将手中的收购公司股票卖出(即所谓 cash out their investment)。那么首先,目标公司股东毫无疑问将会因为他们的转让股权投资行为被征税。但较为复杂的问题在于,这种事后出售的行为,是否会影响到前面已经产生的免税待遇呢?

从上文可知,《国内收入法典》并没有对时间持续性问题提出任何的要求。然而在 Heintz v. Commissioner⁴⁸一案中,由于收购公司已经在收购前就先行协助目标公司股东对未来的收购公司股票出售事宜进行了安排,法院认为,应当将一切重组计划内的行为都考虑在内,由此判决该交易无法获得免税待遇。这一做法被有些学者认为乃是采用了多步交易

_

⁴² Cortland Specialty Co. v. Commissioner, 60 F.2d 937 (2d Cir. 1932).

⁴³ Cortland Specialty Co. v. Commissioner, 60 F.2d 940 (2d Cir. 1932).

⁴⁴ Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner, 287 U.S. 462 (1933). 最高法院在判决书中写道:

[&]quot;the seller must acquire an interest in the affairs of the purchasing company more definite than that incident to ownership of its short-term purchase money notes." *Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissi oner*, 287 U.S. 462, 470 (1933).

⁴⁵ Helvering v. Minnesta Tea Co., 296 U.S. 378 (1935).

⁴⁶ Helvering v. Minnesta Tea Co., 296 U.S. 378, 385 (1935).

⁴⁷ [美]谢里尔.D.布洛克: 《公司税:案例与解析》,中信出版社 2003 年版,第 332 页。

⁴⁸ Heintz v. Commissioner, 25T.C. 132 (1955).



(step-transaction)原则进行分析。⁴⁹而美国国内收入署(Internal Revenue Service)则在随后的《税收程序》(Revenue Procedure)中采纳了这一观点,对"股东利益持续"要件进行了扩张,其规定:"sales, redemptions, and other dispositions of stock occurring...subsequent to the exchange which are part of the plan of reorganization will be considered in determining whether there is a 50 percent continuing interest through stock ownership."⁵⁰(在确认是否有 50%的股东利益得到持续时,会将在重组后发生的、作为重组计划组成部分之一的股份出售、回购即其他处置行为纳入考虑。)

随后在 McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Commissioner⁵¹一案中,第七巡回法庭(Seventh Circuit)就贯彻这一观点,将 Heintz 相同的 McDonald 公司之行为,以多步交易分析法进行判断,认为其交易不能获得免税待遇,并且认为这实际是一笔现金交易。即,第七巡回法庭判决,重组后目标公司股东出售收购公司股票行为会导致"股东利益持续要件"的不满足。

此结论一出,即遭到多方的批评。很多人认为,只有当重组后目标公司股东将收购公司股票出售给收购公司自己或其关联方时,才会导致其免税待遇的失去,因为在此情况下,很明显目标公司股东实际是把自己的目标公司股票卖给了收购公司,而非持续他们的投资。而在 McDonald 案中,目标公司股东实际是将他们手中的收购公司股票卖给了第三方,乃是对其财产的合理处分。不难看出,Heintz 与 McDonald 两案中,法院对将"股东利益持续"要件与多步交易原则相结合,对"股东利益持续要件"进行了比较大的扩张适用。而这一点也正如前述,存在一定的不合理性,分析如下: 52

- (1)目标公司股东所获得的现金并非来自收购公司,而是来自无关联的第三方。在此情况下,目标公司股东获得收购公司股票后将其卖出,将要承担一定的市场风险。这和直接向收购公司出售目标公司股权获得现金是截然不同的。
- (2)目标公司股东在重组后向第三方出售收购公司股权并不损害任何纳税原则。这种出售和目标公司股东在没有发生重组的情况下出售其股权相似,都是基于财产转让所得征收所得税。至于在重组后多少时间内出售收购公司股权,即纳税递延多久,乃是目标公司股东的权利。
- (3)将会导致不确定性和纳税人的滥用。由于免税待遇的获得与否将掌握在目标公司股东的手中,这将会为事件增加不可预见性。举例而言,当纳税人因重组行为而发生亏损时,他就可以通过刻意安排一次重组后的股权出售行为,以此避免亏损不被确认。这相当于允许纳税人通过一项没有经济意义和商业目的的行为来滥用现行规定。

在得到批评后,财政部(Treasury Department)及时地发布了《最后规章》(Final Regulation),其中规定: "a mere disposition of stock of the issuing corporation received in a potential reorganization to persons not related...to the issuing corporation is disregarded." ⁵³由此,正式将目标公司股东在重组后将收购公司股权出售给与收购公司无关联的第三方的行为排除在外。据此,只有当目标公司股东在重组后将收购公司股权出售于收购公司及其关联公司时,才会导致"股东利益持续要件"要件的不满足。

3. 重组前(pre-reorganization)股东出售收购公司股票行为

重组前股东出售收购公司股票行为,也被称为历史性股东(historic shareholder)问题, 乃是前述重组后股东出售收购公司股票行为的孪生兄弟。在这样的情况中,新的目标公司股

⁴⁹ Jere D. Mcgaffry and Kenneth C. Hunt, 'Continuity of Shareholder Interest in Acquisitive Corporate Reorganization' [1981] Taxes 59, 670.

⁵⁰ Revenue Procedure 77-37, 1977-2 C.B. 568, 569.

⁵¹ McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Commissioner, 688 F.2d 520 (7th Cir. 1982).

⁵² 林德木: 《美国联邦公司并购税收制度研究》,科学出版社 2010 年版,第 93 页。

⁵³ Treasury Regulation §1.368-1(e)(1)(i).

东诚然会满足"股东利益持续"要件,但是问题在于,历史股东的撤资(cash-out)是否会影响到"股东利益持续"要件的满足呢?

首先从常理推断,如果要对重组后目标公司股东出售股权的行为进行限制,那么对重组前同样加以限制是必然的。因为 Heintz 与 McDonald 两案要求目标公司股东必须拥有持续不断的所有者利益,因此假若有足够数量的目标公司股东在收购发生前出售目标公司股权,那么毫无疑问"股东利益持续要件"同样将得到破坏。54

从判例来看,相关案例的判决是不断演进的。最早涉及此问题的案例即为 Yoc Heating Corp. v. Commissioner(图 5),55在该案中,收购公司以现金等为对价从目标公司股东手中购得了目标公司 85%的股票。作为目标公司 85%股票的新主人,收购公司随后安排将目标公司所有的资产转移至收购公司新成立的子公司,以换取此子公司向目标公司股东(其中就包含持有 85%股票的收购公司)发行股票。收购公司随后则以目标公司 85%的股权作为交换,获得了收购公司子公司的股票。国税局在本案中认为,此交易乃是 D 型重组,56因为收购公司在交易前乃是目标公司的股东,而在交易后则由立即控制了收购公司子公司,在此情况下"控制"要件得到满足。

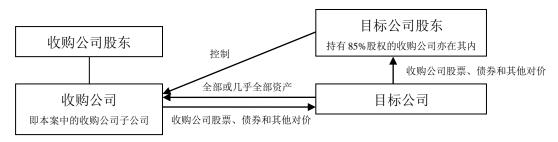


图 5 Yoc Heating Corp.案交易结构

而收购公司则声称,此交易应当被视作现金交易。这一观点得到了税法法院的支持, 认为目标公司原来的股东已经将目标公司 85%的股权卖出换取现金,因此他们实际并没有 在重组交易后"控制"本案中的收购公司子公司。由此,税法法院判决公司的历史性股东必 须保持其所有者利益,否则交易将不满足"股东利益持续"要件。

随后,J.E. Seagram Corp. v. Commissioner⁵⁷—案则再次涉及历史性股东问题。本案中,DuPont 公司与 Seagram 公司对目标公司 Conoco 公司的控制权进行竞争。两个公司都以现金为对价获得了 Conoco 公司一定的股权,但是最终 DuPont 公司获胜,一共购得 Conoco 公司 46%的股权。随后 DuPont 公司安排 Conoco 公司并入其子公司内,持有 Conoco 公司股份 32%的 Seagram 公司与 22%的其他公司则以其持有的 Conoco 公司股票换取 DuPont 公司股票。然而,由于 Seagram 公司在这次竞争中以现金高价购买股票产生了巨大损失,因此它希望能够确认损失。若此交易被认定为 A 型重组,⁵⁸则此目的无法实现。因此其声称本交易不满足"股东利益持续要件",理由为:只有 22%的 Conoco 公司股东乃是历史性股东。税法法院

_

⁵⁴ David S. Miller, 'The Devolution and Inevitable Extinction of the Continuity of Interest Doctrine' [1996] 3, 227.

⁵⁵ Yoc Heating Corp. v. Commissioner, 61 T.C. 168 (1973).

⁵⁶ D 型重组参见 I.R.C § 368(a)(1)(D), 该条规定: "a transfer by a corporation of all or a part of its assets to another corporation if immediately after the transfer the transferor, or one or more of its shareholders (including persons who were shareholders immediately before the transfer), or any combination thereof, is in control of the corporation to which the assets are transferred; but only if, in pursuance of the plan, stock or securities of the corporation to which the assets are transferred are distributed in a transaction which qualifies under section 354, 355, or 356;"以简洁中文表达,即为: 收购公司主要以股票为对价收购目标公司全部或几乎全部资产,目标公司按照重组计划清盘并将收取的收购对价与其未被收购自有资产分配给其股东,目标公司股东在收购后控制收购公司。

⁵⁷ J.E. Seagram Corp. v. Commissioner, 104 T.C. 75 (1995).

⁵⁸ A 型重组参见 I.R.C § 368(a)(1)(A), 该条规定: "a statutory merger or consolidation"。



上海交通大学 SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY中美免税股权收购制度反避税问题比较研究——以"股东利益持续"为视角

驳回了其主张,认为在 Yoc Heating 案中,乃是收购公司自己购得的股票不能计入。依此观 点,DuPont 公司近期内现金购得的 46%股权将无法计入,而 Seagram 公司虽然在重组前才 成为 Conoco 公司股东,但其 32%的股权应当被计入,外加 22%的其他历史性股东,杜邦公 司实际最终以 54%的股权对价和 46%的现金对价获得了 Conoco 公司的控制权。因此本案满 足"股东利益持续要件"。

随后,《最后规章》接受了税法法院在 Seagram 案中的立场, 规定: "a mere disposition of stock of the target corporation prior to a potential reorganization to persons not related...to the target corporation or to persons not related to the issuing corporation is disregarded..." 59,即,目 标公司股东在重组前将其股权处置给第三人时,只要第三人不是目标公司或者收购公司的关 联方,那么此行为就不会破坏"股东利益持续要件"。在此情况下回看 Seagram 案,即可见, 虽然 Seagram 公司在重组前才成为 Conoco 公司股东,但是由于其并非目标公司或者收购公 司的关联方,因此它并不影响"股东利益持续"要件的成立。

第14页 共26页

⁵⁹ Treasury Regulation § 1.368-1(e)(1).



三、中国免税股权收购制度避税漏洞分析

(一) 我国现行免税股权收购制度概述

2009 年财政部、国税总局发布 59 号文之前,中国免税重组仅包括免税合并、免税整体资产转让以及免税整体资产置换三类,并不存在免税股权收购这一制度。为了维护税收中性原则,不人为扭曲经济活动。财政部与国税总局部分借鉴美国 B 型重组模式⁶⁰确立了我国的现行免税股权收购制度。其相关规定如下:

首先,59号文第1条第3项对"股权收购"进行了定义,该条规定:"股权收购,是指一家企业(以下称为收购企业)购买另一家企业(以下称为被收购企业)的股权,以实现对被收购企业控制的交易。收购企业支付对价的形式包括股权支付、非股权支付或两者的组合。"

其次,59号文第3条将一般性税务处理与特殊性税务处理进行分类,规定:"企业重组的税务处理区分不同条件分别适用一般性税务处理规定和特殊性税务处理规定。"其中一般性税务处理即为上文所言的应税重组,包含应税股权收购。而特殊性税务处理则涉及免税待遇,包含免税股权收购。

随后,59号文第5条对企业获得特殊性税务处理的条件进行了规定,要求满足以下条件:"(一)具有合理的商业目的,且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。(二)被收购、合并或分立部分的资产或股权比例符合本通知规定的比例。(三)企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动。(四)重组交易对价中涉及股权支付金额符合本通知规定比例。(五)企业重组中取得股权支付的原主要股东,在重组后连续12个月内,不得转让所取得的股权。"同时在第6条第2项中对股权收购进行了细化规定:"股权收购,收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的75%,且收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%"

整理上述条文,企业要获得免税股权收购待遇,需要满足以下条件: (1) 具有合理的商业目的,且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。(2) 收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的 75%。(3) 企业重组后的连续 12 个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动。(4) 收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%。(5) 企业重组中取得股权支付的原主要股东,在重组后连续 12 个月内,不得转让所取得的股权。

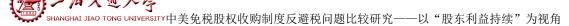
此外,当企业发生涉及中国境内与境外之间(包括港澳台地区)的股权收购交易,除 应符合本通知第五条规定的条件外,59号文第7条规定其还应同时符合下列条件:

(1) 非居民企业向其 100%直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权,没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化,且转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在 3 年(含 3 年)内不转让其拥有受让方非居民企业的股权;(2)非居民企业向与其具有 100%直接控股关系的居民企业转让其拥有的另一居民企业股权;(3)居民企业以其拥有的资产或股权向其 100%直接控股的非居民企业进行投资;(4)财政部、国家税务总局核准的其他情形。

(二) 中美免税股权收购制度之异同

先撇开涉及中国境内与境外之间的股权收购的进一步规定,我们可以发现,中国免税股权收购制度中的很多元素与前文论文的美国制度相似(表 1)。具体如下:

 $^{^{60}}$ 崔威: 《对企业重组税务规则起草过程的反思》,载《税法解释与判例评注.第 1 卷》,熊伟主编,法律出版社 2010 年,第 123-135 页。



- "具有合理的商业目的,且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的"这一要件,强调交易拥有合理的目的、存在经济意义,就类似于美国的商业目的要件。
- "收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的 **75%**"这一要件,要求收购企业掌握一定数量的被收购企业股权,类似美国制定法制度中的"控制"要件。
- "企业重组后的连续 12 个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动"这一要件,强调目标公司的历史性业务必须得到延续,且营业资产在未来的营业中继续使用,类似于美国普通法制度中的"营业企业继续要件"。
- "收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%"这一要件,对收购公司所支付的股权对价站所有对价比例提出要求,类似于美国普通法制度中"股东利益持续要件"下对目标公司股东获得的利益的数量的要求。

而美国判例法下对目标公司股东获得的利益的质量要求,以及制定法下"仅仅以表决权股份为对价"这一要件,中国则因《公司法》第 104 条规定:"股东出席股东大会会议,所持每一股份有一表决权。"同时,《公司法》没有规定优先股的相关条款,因此乃是同股同权一股一权,不存在无表决权股票。由此,以"股权支付"的相关要求将其全部涵盖。

美国免税股权收购制度	中国免税股权收购相似制度
普通法	/
股东利益持续要件 - 收购公司 - 质量要	/
求:对价必须是股权性质的证券	
股东利益持续要件 - 收购公司 - 数量要	收购企业在该股权收购发生时的股权支付金
求:对价的重大部分必须是股份对价	额不低于其交易支付总额的 85%
股东利益持续要件 - 股东 - 时间持续性	企业重组中取得股权支付的原主要股东,在
要求: 重组前/后股东出售股份行为	重组后连续 12 个月内,不得转让所取得的股
	权。
营业企业继续要件:目标公司原先营业必须	企业重组后的连续 12 个月内不改变重组资
在经过改变后的公司形态中继续进行	产原来的实质性经营活动
商业目的要件	具有合理的商业目的,且不以减少、免除或
	者推迟缴纳税款为主要目的
制定法	/
以本公司或其母公司全部或部分的股份为对	以本企业或其控股企业的股权、股份作为支
价收购另一家公司股份	付61
"仅仅以表决权股份为对价"	1
"控制": 收购公司持有代表目标公司所有表	收购企业购买的股权不低于被收购企业全部
决权股份的表决权总数的至少 80%及目标	股权的 75%
公司其他一切种类股份总数的至少80%	

表 1 中美免税股权收购制度比较

可以发现,普通法中"股东利益持续要件"下的数量与质量问题、"营业企业继续要件"与"商业目的要件",以及制定法下的"仅仅以表决权股份为对价"与"控制"两个要件基本与中国免税股权收购制度相差无几,有着较好的衔接,区别仅在具体数值上。而在"股东利益持续要件"下的时间持续性要求问题上,两者则出现了较大差异。同时,在"三角重组"问题上,亦出现了不同,而正是这些差异制造了避税的隐患,以下将进行探讨。

⁶¹ 依照《企业重组业务企业所得税管理办法》第6条规定: "《通知》第二条所称控股企业,是指由本企业直接持有股份的企业。"因此,此处所言的实为: 以本公司或其子公司的部分股权为对价。这与美国制度中的"以本公司或其母公司"差异较大。



(三) 中国免税收购制度避税漏洞之成因

对于避税,国际财政文献局(International Bureau of Fiscal Documentation)将其定义为: For tax purpose, avoidance is a term used to describe the legal arrangement of a taxpayer's affairs so as to reduce his tax liability。虽然在避税的构成要件上学者之间存在争议,但普遍都需要满足"滥用法律形成可能性"和效果要件, 62 其他可能还涉及主观意图要件等内容。如台湾学者陈清秀即认为,税收规避是当事人利用私法所赋予的自由,不合常理地选择不和常态的法律形式,实现所意图的经济目的或经济成果。 63 一言以概之,避税在形式上合法但在实质上违法,是介于两者之间的、利用体系漏洞减少税负的行为。

我国免税股权收购制度下的避税漏洞是由多重规定对"股东利益持续"违背所造成的。 重组前后限制目标公司股东出售收购公司股票相关规定的不一致、门槛过高导致的 4 号公告 突破性"新三角重组",引发了潜在的避税漏洞。

1. 重组前后股东出售收购公司股票行为

通过上文分析可知,美国相关制度从"股东利益持续"的扩张解释到《最后规章》的回溯,通过 50 年的司法实践,最后将重组后目标公司股东出售股票的行为,限制为:只要出售对象不是收购公司或其关联人,则其行为将不会违背"股东利益持续"。64而从 59 号文中我国的相关制度乃是规定:"企业重组中取得股权支付的原主要股东,在重组后连续 12 个月内,不得转让所取得的股权。"且对于涉及中国境内与境外之间的股权收购交易,还应满足以下条件:"非居民企业向其 100%直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权,没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化,且转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在 3 年(含 3 年)内不转让其拥有受让方非居民企业的股权。"

可见,在中国免税重组制度下,若仅涉及境内,则目标公司股东若想要获得免税待遇,则在股权收购后必须继续持有 12 个月收购公司股权。而若涉及境外,则目标公司股东必须持有的时间则长达 36 个月。这一立场与上述 Heintz 案及 McDonald 案中法院的立场相似,即重组后目标公司股东出售收购公司股票行为会导致"股东利益持续"的不满足。

而这一一概而论的做法在美国于 McDonald 案判决时,就被诟病。其强制要求目标公司股东不得向任何人转让收购公司股票的行为,使得目标公司股东承受了不必要的市场风险,同时也为目标公司股东提供了滥用的机会——当目标公司股东判断交易将会导致损失后,就会选择出售收购公司股票,以使得交易不再满足免税要求,以此确认损失。

将其放入案例中观察,将会更为明显(图6):

南昌 A 公司原系由德国 BL 国际与上海某公司共同出资与 2002 年 12 月 10 日成立的外商投资企业,其中德国 BL 国际占 80%的股份,从 2005 年起进入获利年度。2008 年 10 月,德国 BL 国际内部重组,将 80%的股权以股权支付的方式平价转让给其设立在香港的全资子公司香港 BL。2010 年 1 月,香港 BL 以增资(溢价)扩股形式引入了一家依据根西岛法律成立并存续的公司 MUL。重组后,德国 BL 国际以对南昌 A 公司 80%的权益估值 14,252,000 欧元持有香港 BL49%的股权,根西岛 MUL 则以该估值为议定价值,投入现金持有香港 BL51%的股权。南昌市国税局认为,德国 BL 国际 2008 年 8 月将持有南昌 A 公司股权转让给香港 BL,2010 年德国 BL 国际又将其持有的香港 BL 公司的股权以溢价增资扩股的形式间接转让给根西岛 MUL 公司,时间不足三年,不能适用资产重组特殊性税务处理。65

⁶² 刘剑文、丁一:《避税之法理新探》,载《涉外税务》2003年第8、9期。

⁶³ 陈清秀:《税法之基本原理》,台湾三民书局1994年版,第247页。

⁶⁴ Treasury Regulation § 1.368-1(e)(1).

⁶⁵ 刘剑文、熊伟、翟继光、汤洁茵: 《财税法成案研究》,北京大学出版社 2012 年版,第 211 页。 第 17 页 共 26 页

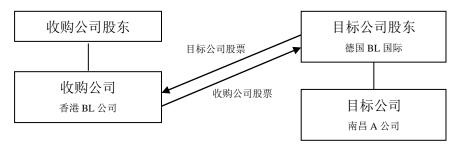


图 6 德国 BL 国际案交易结构

很明显,南昌市国税局所援引的依据,即为59号文第7条第1项对于"转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在3年(含3年)内不转让其拥有受让方非居民企业的股权"的要求原股东连续持有36个月的规定。

然而问题在于,从应然角度来看,香港 BL 公司的股权以溢价增资扩股的形式吸收根西岛 MUL 的资金,这种行为实际很难与股权转让等同。德国 BL 国际的股权虽然在比例上稀释了,但在价值上并没有减少,其每股的含金量因为 MUL 公司的投资而相应增加。⁶⁶因此将其定性为股权转让,因而声称其不满足 3 年标准而要求征税,有所牵强。

再从实然角度看,将前述"股东利益持续"放入本案中观察,本案中的目标公司德国BL国际在获得香港BL公司股权后,获得免税待遇,并成为其股东。虽然根西岛MUL公司随后加入,但即便德国BL国际直接将其手中的收购公司股票出售于根西岛MUL公司,参照《最后规章》确定时人们提出的针对Heintz案及McDonald案的意见可知,只要根西岛MUL公司不是收购公司香港BL公司或者其关联人,则同样无损"股东利益持续"的满足。因为,目标公司股东德国BL国际在股权收购后将收购公司香港BL公司股权转让或引入第三方投资的行为,并未损害任何纳税原则。德国BL国际所获得的免税待遇将递延多久,乃是其自己有权作出的选择。强制持有12个月乃至3年的要求着实令人费解。

然而更奇怪的是,再观察重组前股东出售收购公司股票的行为的话,我国与美国免税重组制度在历史性股东问题上的演进不同,59号文完全没有对重组前股东出售收购公司股票的行为进行限制。相较于"重组后"12个月与涉外3年的限制,此处59号文的态度又显得过于消极了。反而使得"重组后"12个月及3年的限制的相关变得形同虚设。

且不论目前"重组后"的相关限制之合理性,目标公司股东可以轻易地通过选择"重组前"出售股票从而避免在"重组后"出售失去免税待遇。从立法目的出发,59号文对"重组后"股权转让设限无疑是为了确保股东利益之持续,而并非鼓励目标公司股东将出售行为从"重组后"提前至"重组前"。当目标公司历史性股东选择在"重组前"出售股份时,依59号文其在形式上完全合法,却达到了59号文想要限制的"重组后"交易行为的相同效果,从而获取了意图的经济利益,构成避税,且将毫无疑问地促进目标公司股东的避税滥用。

2. 门槛过苛与"新三角重组"

此外,59号文由于门槛过苛亦引发"新三角重组"的问题。59号文第6条第2项规定 收购企业必须购买被收购企业75%以上的股权才能取得免税待遇。这一点在文件发布后立 即遭到了广泛的批评。特别是已经习惯了59号文之前的207号文所缔造的宽松的股权转让 规则的外商投资企业及其税务顾问,他们认为转让75%以下的股权不得递延纳税的做法, "有失公平"。67其原因在于大量产业中对外资的持股比例存在上限。75%的规定几乎对很

⁶⁶ 刘剑文、熊伟、翟继光、汤洁茵: 《财税法成案研究》,北京大学出版社 2012 年版,第 217 页。

 $^{^{67}}$ 崔威:《对企业重组税务规则起草过程的反思》,载《税法解释与判例评注.第 1 卷》,熊伟主编,法律出版社 2010 年,第 123-135 页。

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY中美免税股权收购制度反避税问题比较研究——以"股东利益持续"为视角

多行业重组的税收优惠政策,比如银行与电讯,直接判了死刑。⁶⁸虽然对于收购企业收购股权没有达到 75%,但是已经达到法律法规列明最高限制股权的限制时,是否给予免税待遇的问题,在《企业重组业务企业所得税管理办法》的讨论稿中曾经有过认可,但最终正式公布的 4 号公告却最终没有提及此事,这间接说明仍然还是要坚持 75%的股权比例要求。⁶⁹因此,当外资公司想要进入特殊产业收购目标公司时,它将会因为永远无法收购到 75%以上的目标公司股票,而与免税待遇无缘。

亦有解读认为,59号文的起草者要将75%设定为特殊性处理的资产、股权的比例下限的原因在于:《中外合资经营企业法》第4条第2款规定:"在合营企业的注册资本中,外国合营者的投资比例一般不低于百分之二十五。"即外商投资的比例不得低于25%,而中方投资比例则必然小于75%。同时,《证券法》第50条规定:"股份有限公司申请股票上市,应当符合下列条件:……(三)公开发行的股份达到公司股份总数的百分之二十五以上;公司股本总额超过人民币四亿元的,公开发行股份的比例为百分之十以上;……"因此,非公开发行的股份比例则必然小于75%。由此,可以达到将多数并购重组纳入一般性税务处理的范畴之目的,从而避免人为利用有关比例进行税务安排,使得重组体现的不是合理商业目的,而是避税目的。70

有观点指出,正式由于外资持股受限及 59 号文所规定的 75%红线在现实中满足过于困难,大面积的上市公司重组不能适用 59 号文件享受免税待遇,体现出政策本身的适用性存在很大问题。加之利益集团加强对国税总局的政策说服工作,由此以 4 号公告对政策进行放宽,增强政策的实用性。¹¹作为立法者之一的国税总局所得税司何俊雄处长对此的解释就是,4 号公告将 59 号文"控股企业"解释为"由本企业直接持有股份的企业",这主要考虑在适用特殊重组的限定条件中,已经对股权收购、资产收购的比例做了要求,而作为股权支付对价,再严格要求已失去意义。⁷²而正是此放宽行为,对"股东利益持续"进行了彻底的违背,打开了避税的潘多拉魔盒。

具体来看,依照《国内收入法典》§368(a)(1)(B)的规定,美国重组制度下的免税股权收购中,收购公司可以以本公司的全部或部分的表决权股份,或者其母公司全部或部分的表决权股份作为对价收购另一家公司股份。此处所言"母公司"的支付方式,即为所谓的"三角重组"。按照其规定,B型股权收购即可分为以下两种形式:

(1) 直接 B型股权收购(图 6),只涉及收购公司与目标公司两个公司当事方。



图 6 直接 B 型股权收购交易结构

(2) 三角 B 型股权收购(图 7),则涉及目标公司、收购子公司及收购母公司(即对收购字子公司拥有控制权的母公司)三个公司当事方。

⁶⁸ 齐洪涛: 《利用财税[2009]59 号文进行企业重组的筹划》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_5ed646f7010 0dvy4.html。最后访问日期: 2013 年 4 月 1 日。

⁶⁹ 张伟:《再谈财税[2009]59 号文件中的股权收购问题》,载 http://bbs.esnai.com/thread-4747172-1-1.html。最后访问日期: 2013 年 4 月 1 日。

⁷⁰ 王骏: 《漫谈重组 59 号文的 75%问题》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_493cd61c01018j69.html。最后访问日期: 2013 年 4 月 1 日。

⁷¹ 张伟: 《财税[2009]59 号文件及 2010 年 4 号公告解读》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_564591830101 9ohi.html。最后访问日期: 2013 年 4 月 5 日。

⁷² 王骏: 《重组所得税山路十八弯之二》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_493cd61c0102e8kc.html。最后访问日期: 2013 年 4 月 24 日。



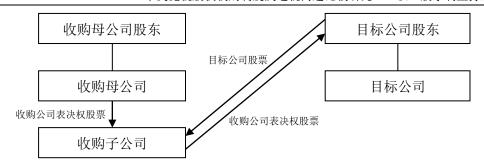


图 7 三角 B 型股权收购交易结构

三角重组具有直接重组所没有的灵活性,比如,它可以使收购母公司与目标公司的债务相隔离。通过新设立一个子公司进行股权收购,真正的收购主体收购母公司可以避免承担过度的环境污染责任、产品责任等等责任。美国重组制度下三角重组制度的采纳则告诉我们,公司并购的经济现实决定着美国联邦并购税制的发展,而促进重组活动,则是美国联邦并购税制的重要价值目标之一。73

当然,从"股东利益持续"的视角观察,这样的结构亦是符合免税重组背后原理的。三角重组较之直接重组,唯一的差别在于,在原先"目标公司股东"一"收购公司"一"目标公司"的利益持续链条中增加了一层,形成了:"目标公司股东"一"收购母公司"一"收购字公司"—"目标公司"的状态。目标公司股东的利益则由此通过其对收购母公司的持股、到收购母公司对收购子公司对控股、到收购子公司对目标公司的控股,三个链条得以延续。目标公司,通过两层持股关系,仍旧保持在了目标公司股东的麾下。因而在符合利益持续这一免税原理的情况下,此交易会获得免税待遇,不立即确认损失与所得。

回到中国现行制度,59 号文对美国三角重组的模仿,规定:"股权支付,是指企业重组中购买、换取资产的一方支付的对价中,以本企业或其控股企业的股权、股份作为支付的形式;"⁷⁴本通知出台后,理论与实务界普遍认为此处所言的"控股企业",是指收购公司母公司,由此才能满足免税重组中"股东利益持续"对利益连续性的要求。⁷⁵然而,出乎意料的是,对 59 号文进行补充规定的《企业重组业务企业所得税管理办法》(2010 年 4 号公告)却在其第 6 条明确地规定:"《通知》第二条所称控股企业,是指由本企业直接持有股份的企业。",换而言之,股权支付成为了以本企业或其子公司的股权、股份作为支付的形式。在此情况下,中国的免税股权收购的"新三角重组"(图 8)。

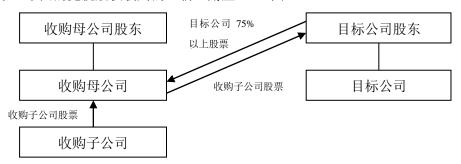


图 8 4号公告开创的"新三角重组"交易结构

即,中国4号令下的免税股权收购,可以由一家公司以本公司或其子公司的股份为对价收购另一家公司股份。在此情况下,目标公司股东获得收购子公司股票,成为其股东。而收

⁷³ 林德木: 《美国联邦公司并购税收制度研究》,科学出版社 2010 年版,第75页。

⁷⁴ 财政部 国家税务总局《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(财税[2009]59 号)第2条。

 $^{^{75}}$ 赵国庆: 《以控股企业股权作为支付对价企业重组的特殊性税务处理》,载 http://bbs.esnai.com/thread-4 668173-1-1.html。最后访问日期: 2013 年 4 月 5 日。



购母公司则获得目标公司股票,成为股东控制目标公司。控股关系如下所示(图9)。

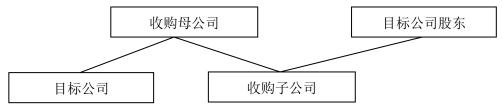


图 9 4号公告 "新三角重组"结构下的控股关系

我们可以清晰地发现,由于收购活动的主体——收购母公司使用其子公司股权作为对 价,换取了目标公司股东手中的目标公司股权,导致收购母公司同时控制目标公司与收购子 公司两家公司。而目标公司股东则只对收购子公司持股,形成了"目标公司股东"—"收购 子公司"的单链。直接致使目标公司股东与其原始财产——目标公司断绝了关系。在此情况 下,目标公司对目标公司的利益,将不能得到延续,此交易的实质乃是目标公司股东将目标 公司的利益,换成了收购子公司的利益。"股东利益持续"将直接无法得到满足。因此本交 易模式将会完全破坏免税制度背后的原理,乃是对免税制度的一种背离。诚然如前所述,有 消息指出,59 号文所规定的"收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的75%"在 现实中满足过于困难,大面积的上市公司重组不能适用 59 号文件享受免税待遇,体现出政 策本身的适用性存在很大问题。由于利益集团加强对总局的政策说服工作,由此以 4 号令对 政策进行放宽,增强政策的实用性。76因此,这种背离及其有可能是制定者有意为之的,但 立法者的本意仅仅是希望鼓励更多的重组行为,而非为以重组为伪装的其他交易提供免税待 遇,而依现行规定,免税股权收购突破最大障碍,变得过于容易实现:收购母公司可以任意 地设立一家子公司,或者在股市上购买股票,用其股票参与股权收购,使得目标公司股东与 其获得本不应获得的免税待遇。这无疑与立法者的立法目的向左,但又由于 4 号令的粗糙规 定而不违反任何规定,破坏了税收公平,为以重组为伪装的企业带来的经济利益,构成避税。 究其本质,乃是过度且随意的放宽,且早已超出制定者对水闸流量的自主调整范畴,而是由 于其对制度确立原理——"股东利益持续"的违背,实为对水闸彻底的破坏。其结果则是, 漏洞无疑将会驱动本有意进行应税股权转让或其他应税交易的公司,通过"不具有合理的商 业目的"的行为,获得递延的待遇。

(四)现存避税漏洞的困境

由于上述避税漏洞本身乃是因条文缺陷而起,因此当避税活动大量产生时,税务机关实际无法运用 59 号文本身的相关规定进行反避税,唯一可以使用的内置规定只有第 5 条第 5 款,即:"具有合理的商业目的,且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的",由此通过认定股权转让双方行为缺乏商业目的剥夺其免税待遇。

一见此条文,我们便会想起《企业所得税法》第 47 条的一般反避税条款。该条规定: "企业实施其他不具有合理商业目的的安排而减少其应纳税收入或者所得额的,税务机关有权按照合理方法调整。"而《企业所得税法实施条例》第 120 条则进一步明确: "企业所得税法第四十七条所称不具有合理商业目的,是指以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。"可见,59 号文内置的合理商业目的要件与一般反避税条款在判断标准上实无差异。差异仅在结果上,前者为"有权按照合理方法调整",而后者为剥夺当事人的免税待遇与期限利益。其实质都是自由裁量权的运用。

一般反避税条款作为弥补法律漏洞的、兜底性的条款,可以网罗所有无法归于具体反避税条款中但又构成需要法律规制的避税行为。然而,为加强税收法制,规范国家权力运作,

⁷⁶ 张伟: 《财税[2009]59 号文件及 2010 年 4 号公告解读》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_564591830101 9ohj.html。最后访问日期: 2013 年 4 月 5 日。

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY中美免税股权收购制度反避税问题比较研究——以"股东利益持续"为视角

保护当事人合法权利,立法中仅仅适合采取个别防范的方式,一般条款的采用应极力避免。 其原因在于,一般条款为行政机关在税收构成要件外提供了广泛的自由裁量权。"加之我国 《企业所得税法》及其《实施条例》未对所谓的"不具有合理商业目的的安排"进行详细定 义,而我国目前税收执法水平又存在一定问题,对一般反避税条款的采纳,极其有可能会成 为缺乏标准又伤害力过大的武器被税务机关滥用,侵害纳税人的合法权利。因此,一般反避 税条款诞生之后,曾引起学界巨大的讨论。

鉴于其自由裁量权可能导致的巨大隐患,国家税务总局发布了《特别纳税调整实施办法(试行)》(国税发[2009]2号),其中第97条规定:"一般反避税调查及调整须层报国家税务总局批准。"由此将一般反避税条款的审批权收归国税总局,以避免滥用。然而如今我们可以发现,当《企业所得税法》等大层面的一般反避税权力由于潜在的威胁而被回收的同时,59号文以及其他文件却将"合理商业目的"通过要件的形式,暗度陈仓进了小层面文件中,使税务机关获得了一定的裁量权。59号文之外的例子还包括《关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》(国税函[2009]698号),其第6条就规定:"境外投资方(实际控制方)通过滥用组织形式等安排间接转让中国居民企业股权,且不具有合理的商业目的,规避企业所得税纳税义务的,主管税务机关层报税务总局审核后可以按照经济实质对该股权转让交易重新定性,否定被用作税收安排的境外控股公司的存在。"亦将"合理的商业目的"设为税务机关的判断标准之一。

如此一来的结果既为,当股权收购由于 59 号文本身的缺陷导致避税行为越发猖獗时,无能为力的税务机关必然会趋向于选择使用手中这把锋利好用的武器——带有一般反避税条款形式的"合理商业目的"要件来实施反避税任务。从而进一步引发学界对于一般反避税条款当年的忧虑。诚然如前文所述,美国判例法制度下亦存在合理商业目的要件,但由于美国制度中"股东利益持续"漏洞的不存在以及判例法不拘泥于条文、法官造法的特点,因此不会发生将合理商业目的要件作为反避税主力军使用的情况。而中国在实践中则极其有可能会走向:不管,则避税泛滥,国家财政收入损失。管,则最上手的武器亦可能对纳税人合法权益造成伤害这样的困境。

(五)美国经验之启示:股东利益持续的确保

前述的重组前后规范不一致以及 4 号公告所打开的避税隐患,均为文义所不及,因此目前若要对其进行打击,使用无需国税总局审批的 59 号文内置准一般反避税条款——"具有合理的商业目的"要件,对税务机关而言无疑是最方便的选择。从实践角度出发,想要引导税务机关减少使用自由裁量的频率,最立竿见影的方法即是为税务机关提供更完善的税制与受到约束但更为有效的反避税工具。要实现以上两个目的,需要从两方面入手:

首先,59号文的相关规定应当遵循"股东利益持续"的原理进行修订。

在重组前后出售目标公司股权的规范上,59 号文至少应保持"前后"一致,避免明显的漏洞。然更可借鉴美国《最后规章》之经验,规定目标公司股东在重组前后将其股权处置给第三人时,只要第三人不是目标公司或者收购公司的关联方,那么就不会破坏"股东利益持续"的满足。

在门槛过苛问题上,若相关法律规定持股比例上限,而收购公司已尽其所能获得最大数目的目标公司股票。同时目标公司股东则获取了其可以获得收购公司股票的最大值,成为收购公司股东。则在此情况下,可以适当降低标准,授予免税待遇。当然,虽严格确定75%等数字容易造成制度的僵化,但持股受限情况下的灵活性的也应严格受限,不得违背"股东利益持续"这一制度建立的核心基础。

而在三角重组问题上,我国与美国情况有所不同。虽然我国《公司法》第149条仅明确

第22页 共26页

[&]quot; 刘剑文、熊伟: 《税法基础理论》,北京大学出版社 2004 年版,第 154 页。

禁止公司收购自身股票,并没有直接立法禁止子公司持有母公司股份,但在实践中,由于存在母公司与子公司之间的互相持股可能会导致公司资本被重复计算,造成虚假,从而损害公司债权人及其他相关方的利益的担忧,⁷⁸上述行为一般是不被允许的。而形成对比的是,美国公司法几经周折,最后原则上允许公司取得自己股份,并以库藏股(Treasury Stock)的形式保存,影响所及,子公司也获准自由取得母公司股份。⁷⁹因此,美国三角重组中,收购子公司以其母公司有表决权股票为收购对价向目标公司股东收购目标公司股票更容易实现,在而中国语境下,存在一定困难。然而需要强调的是,三角 B 型股权收购制度仅仅是 B 型股权收购制度出于隔离债务等目的的变种,较 B 型股权收购而言,三角 B 型股权收购在"股东利益持续"的贯彻上有所减弱但尚可为制度所接受。因此,缺失三角重组并不会影响体系的完整性,三角重组仅仅是免税股权收购制度本体上衍生出的、便于实务利用的附属制度。59 号文在 4 号公告的调整下,为了附属制度、为了便于操作运用而破坏免税股权收购制度的基本原理,造成严重的避税隐患,是得不偿失的。因此从短期来看,应当限制 4 号公告下"新三角重组"的实施。而从长期来看,可以借鉴美国对会计等制度进行完善,克服子母公司互相持股的弊端并予以开放,抑或不做改变同时不设立"三角重组"制度也无妨,至少应优先做到封堵避税漏洞。

其次,上述遵循"股东利益持续"修订相关规定仅是治标不治本的弥补手段,要彻底解决立法偏差之隐患,则笔者认为在相关规定中引入立法目的颇为有效。虽然大陆法系无法想英美法系一般通过判例确立某项原则并在之后的案例中进行适用,但在59号文等文件中加入立法目的和立法原理将无疑大有裨益,包括以下几个方面:

- (1) 为基础税务机关人员普及制度原理。笔者就 59 号文问题向多位税务机关工作人员征询,得到的结果均是,这些基层税务机关工作人员熟悉 59 号文规定并涉及执行工作,但对 59 号文之源头——"股东利益持续"等内容一无所知。即,他们并不了解免税重组制度建立的原因。的确,59 号文等复杂文件往往由国税总局与财政部专家起草,而全国各地负责实施的基层税务机关工作人员所拥有的知识当然不可与起草者同日而语,且常常缺乏必要的法律知识基础。因此致使各类文件在基层工作人员眼中仅为死记硬背的复杂规则,没有任何规律可循、意义可追。在文件中特辟条文引入立法原理与立法目的,无疑有助于基层税务机关执法人员理解制度体系,减少对条文的误解、政策的误判,避免对"商业目的"要件的过度依赖。
- (2) 约束税务机关解释权。当文件立法目的处于不明状态时,目的解释就无法发挥其积极作用。而当立法目的立法原理融入文件后,则可以为实务人员提供了实务操作上的新途径。譬如,行政诉讼中的律师即可依据立法目的等理由,凭借学理与税务机关据理力争,降低税务机关"一家独大"解释税法及相关文件的可能。
- (3)填补立法漏洞。59号文在实践中仍存在诸多有待完善的漏洞,而引入立法目的立法原理将有助于解决类似问题。以上述三角重组为例,实务上目前存在的一个问题即为,4号公告第6条规定:"《通知》第二条所称控股企业,是指由本企业直接持有股份的企业。"而此处所谓的"本企业直接持有股份的企业"究竟是在税法上单独进行定义(即,哪怕仅持有1股也算控股企业),还是仍然参照会计制度中概念(即只有超过50%控股比例的绝对控

⁷⁸ 例如,某两个投资者出资 1000 万元设立 A 公司,该公司再出资 800 万元设立一家子公司 B 公司。此时,出资与股权关系是这样的:投资者出资 1000 万元,拥有 A 公司 100%股权;A 公司出资 800 万元,拥有 B 公司 100%股权;通过这样处理的结果是投资者实际出资 1000 万元,直接拥有 A 公司 100%股权,并间接拥有 B 公司 100%股权。如果允许 B 公司出资 500 万元投资于 A 公司,A 公司的注册资本将增加至 1500 万元,而投资者的实际出资仍然为 100 万元。在投资者实际出资没有改变的情况下,A 公司的注册资本被虚增。可以发现,B 公司向 A 公司出资后,A 公司的股东由两个投资者变更为两个投资者和 B 公司,而 B 公司的股东却是 A 公司,股权关系的混乱是显而易见的。

⁷⁹ 吴义茂、林伟明:《子公司取得母公司股份法律问题探讨》,载《河北法学》1999年第3期。

上海交通大学 SHANGHAT MAD TONG UNIVERSIT

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY中美免税股权收购制度反避税问题比较研究——以"股东利益持续"为视角

股或者相对控股)才符合要求,又产生了一定疑问。⁸⁰而通过"股东利益持续"之原理我们可以立即判断,只有后者才更贴近 59 号文制度确立的背后理念。⁸¹因此对立法目的立法原理的引入无疑能为我们判断体系内问题提供指南。

其实,前文对美国免税股权收购发展过程的大量论述,即是在强调立法目的、立法原理作为立法与执行背后之灵魂的重要性。诚然,出于税收公平的要求,我们可以认同一般反避税条款,以及类似的"商业目的"要件的合法性。⁸²但他们的主要控制对象,应当被严格限制在规制体系由于滞后性无法管控的创设性避税行为上。而对于已经可以识别和分析产生原因的避税行为(比如 59 号文的现存漏洞),其法律漏洞的解决,应当以弥补修订为第一解决方案,而且此弥补应当是有针对性的弥补,从而将现存漏洞纳入文义之中,再对其使用法律解释,以文义与文义内的目的解释维护制度的完整性。从美国免税重组制度中的股权收购来看,其制定法中的"只以有表决权股份为对价"要件与"控制"要件,以及其判例法中的利益持续要件之分支,均对免税重组中的避税行为进行了有效的限制,"商业目的要件"虽然存在,但在反避税问题上担任配角角色,保证了反避税中任意武断带来的危害性降到最低。可见,美国使用的方案,就是首先确保税收构成要件对"股东利益持续"原理的绝对维护,而非在税收构成要件外提供了广泛的自由裁量权。

因此,美国免税重组制度对反避税价值取向的实现途径,乃是对免税重组的基础——"股东利益持续"的贯彻。这也是前文一再强调的,即 59 号文内的反避税的落脚点,应当在"持续"的真实性和有效性之上。59 号文对美国相关制度进行了有效的学习,明确体现出了其鼓励并购重组活动的价值取向。然而之于反避税的价值取向而言,59 号文及 4 号公告则应当首先回归制度原理,将相关规定进行调整以遵从"股东利益持续",以此实现对潜在避税行为的漏洞填补。其次,中国作为大陆法系国家,并不似美国可以通过制定法之外的判例法体系,直接以案例提出"股东利益持续"的命题。但却可以选择在相关规定中对免税重组制度的构建原理进行一般阐述,加入立法目的、立法原理的条文,以为未来的执法活动提供指引,并给与文义解释与文义内的目的解释发挥的空间,为税务机关反避税实践提供一般反避税条款之外的上手工具。将其扩展,此问题之于股权收购、之于免税重组而言是如此,之于其他所有一般反避税条款广泛适用的领域而言,亦是如此。"商业目的"要件等武器由于其锋利,应当被严格限制谨慎使用,法律应避免创设和引导行政机关是动用万灵药型的条文。面对任何问题,最合适的武器,不是最锋利的那把,而是从制度设立原理、漏洞产生原理出发打造的针对个案的武器。

-

⁸⁰ 上海市税务局在 2010 年汇算清缴政策问答中规定,59 号文件中以控股企业的股权支付,是指以绝对控股企业或相对控股企业的股份支付。但由于国税总局层面上对此没有明确界定,因此造成了各地执行不

 $^{^{81}}$ 若为前者,即允许任意股权作为股权支付额,则先分立后股权收购的策划将应运而生。例如,M 公司有两个股东 A、B,分别持有 M 公司股权比例 80%和 20%,为了实现股东分资产的目的,可以采取第一步先分立为 M1、M2 公司,A、B 股东分别持有两个分立后公司 80%、20%股权,该项分立符合特殊性税务处理条件,12 个月后 B 公司以其持有 M1 公司 20%股权收购 M2 公司持有的 M2 公司 80%股权,如果认为 B 公司以 M1 公司 20%股权支付也属于股权支付额,则该项股权收购也符合特殊性税务处理。通过以上两步,实现了 A、B 公司无税分家的目的。

⁸² 王晶: 《一般反避税条款之立法分析》,北京大学 2004 年硕士学位论文。



结语

本文首先对美国免税股权收购制度演变过程中的判例法发展与制定法内容的检视梳理,随后对中美免税股权收购的比较,通过以上路径,对由 59 号文与 4 号公告建立起的中国免税股权收购体系进行了缺陷分析,并针对避税漏洞产生之成因——"股东利益持续"之违背——提出了相关规定的修订意见。

本文认为,我国无论在免税股权收购体系、重组体系还是税法或任何法律部门的修订与起草中,都应更加重视立法原理和立法目的的维护和体现,并将其在条文中明确,以供司法机关、执法机关以及实务人员更好把握条文内涵,实现该制度为社会带来的福利。就本文之重点——免税股权收购体系而言,"股东利益持续"是整个制度的灵魂,是制度构建过程中每一个条文的骨架和判断其恰当与否的量尺。而当面临反避税之问题时,"股东利益持续"则可以代替税务机关由于权力收归而无法实施的一般反避税条款或存在滥用隐患的准一般反避税要件,亦能成为最恰当的武器。因此参照美国相关制度,对"股东利益持续"最强力的贯彻,就是对免税股权制度最好的实施。

此外,在本文写作过程中,作者还获得了以下感想:

首先,本文通过上述研究,对美国从 Cortland Specialty Co. v. Commissioner 到 Helvering v. Minnesta Tea Co.以及衍生案例的判例法发展历程、以及从 1921 年税法到《国内收入法典》的制定法发展历程有了更为清晰的认识,对美国法律制定过程中的社会参与、法律原理在真实案例中的应用等有了更深刻的体会。

其次,本文通过对中美制度的比较,对制度引进的利弊有了一些的体会。笔者感受到,对于先进体系的借鉴有两方面乃是重中之重,其一是对借鉴对象发展过程之理解的重要性,不理解则终将成为不知所以然的"依样画葫芦"。其二是对借鉴对象本土化过程中适应国情进行调整的重要性,否则就成了鲁莽的"拿来主义",比如美国判例法对于制定法的补充,在中国法律体系中就无法实现。因此,此二者缺一不可,只有都满足才可以使得我们更好地利用外国经验,踩在被人的肩膀上远眺。

笔者愚钝,谨希望以自己的研究为我国免税股权收购乃至免税重组体系的完善提出自己的建议。本文从无到有,即体现出了笔者这段时间来对此问题的阅读和思考成果,也体现出了笔者在法学基础以及实务等方面的稚嫩。愿以本文作为学生法律学习与法律职业慢慢长路中的一个注脚,成为笔者永远难忘的一次写作体验,也与此同时,为我国税法体系与法制社会的改革抛砖引玉,尽个人绵薄之力。



参考文献

- [1] [日] 北野弘久:《税法学原论》,陈刚、杨建广等译,中国检察出版社 2001 年版。
- [2] 陈清秀:《税法总论》,台湾翰芦图书出版公司 2004 年版。
- [3] 陈清秀:《税法之基本原理》,台湾三民书局 1994 年版。
- [4] 崔威:《对企业重组税务规则起草过程的反思》,载《税法解释与判例评注.第1卷》,熊 伟主编,法律出版社 2010年。
- [5] 干春晖、刘祥生:《企业并购:理论、实务、案例》,立信会计出版社 2002 年版。
- [6] 黄茂荣:《法学方法与现代税法》,北京大学出版社 2004 年版。
- [7] 林德木:《美国联邦公司并购税收制度研究》,科学出版社 2010 年版。
- [8] 刘剑文、熊伟、翟继光、汤洁茵:《财税法成案研究》,北京大学出版社 2012 年版。
- [9] 刘剑文、熊伟:《税法基础理论》,北京大学出版社 2004 年版。
- [10] [美]谢里尔.D.布洛克:《公司税:案例与解析》,中信出版社 2003 年版。
- [11] 杨斌:《治税的效率与公平》,经济科学出版社 1999 年版。
- [12] 葛克昌:《量能原则与所得税法改革》,载《中原财经法学》1995年6月第1期。
- [13] 刘剑文、丁一:《避税之法理新探》,载《涉外税务》2003年第8、9期。
- [14] 吴义茂、林伟明:《子公司取得母公司股份法律问题探讨》,载《河北法学》1999 年第3期。
- [15] 王晶:《一般反避税条款之立法分析》,北京大学2004年硕士学位论文。
- [16] 财新网:《中国企业海外并购五年增五倍 民企增速领先》,载 http://special.caixin.com/2 013-06-03/100536528.html。最后登录时间: 2013 年 6 月 24 日。
- [17] 齐洪涛:《利用财税[2009]59 号文进行企业重组的筹划》, 载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_5ed646f70100dvy4.html。最后登录时间: 2013 年 6 月 24 日。
- [18] 王骏:《漫谈重组 59 号文的 75%问题》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_493cd61c0101 8j69.html。最后登录时间: 2013 年 6 月 24 日。
- [19] 王骏:《重组所得税山路十八弯之二》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_493cd61c0102e8 kc.html。最后登录时间: 2013 年 6 月 24 日。
- [20] 张伟:《再谈财税[2009]59 号文件中的股权收购问题》,载 http://bbs.esnai.com/thread-47 47172-1-1.html。最后登录时间: 2013 年 6 月 24 日。
- [21] 张伟:《财税[2009]59 号文件及 2010 年 4 号公告解读》,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_5645918301019ohj.html。最后登录时间: 2013 年 6 月 24 日。
- [22] 赵国庆:《以控股企业股权作为支付对价企业重组的特殊性税务处理》,http://bbs.esnai.com/thread-4668173-1-1.html。最后登录时间: 2013 年 6 月 24 日。
- [23] Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary (9th edn West, Eagan 2009).
- [24] Samuel C. Thompson, Jr., Taxation of Business Entities: C Corporations, Partnerships and S Corporation (West Publishing Co., St. Paul 1994).
- [25] Jere D. Mcgaffry and Kenneth C. Hunt, 'Continuity of Shareholder Interest in Acquisitive Corporate Reorganization' [1981] Taxes 59.
- [26] David S. Miller, 'The Devolution and Inevitable Extinction of the Continuity of Interest Doctrine' [1996] 3.
- [27] Greenstein, Rogoff, Olsen & Co., LLP, Corporate Tax Planning: Mergers, Acquisitions and Reorganizations, available at http://www.groco.com/readingroom/ctpintro.aspx.
- [28] Southwest Natural Gas Co. v. Commissioner, 189 F.2d 332 (5th Cir. 1951)

- [29] Cortland Specialty Co. v. Commissioner, 60F. 2d 937 (2D Cir. 1932).
- [30] Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner, 287 U.S. 462 (1933).
- [31] Helvering v. Gregory, 69F. 2d 809 (2d Cir. 1934).
- [32] Helvering v. Gregory, 293 U.S. 465 (1935).
- [33] Helvering v. Minnesta Tea Co., 296 U.S. 378 (1935).
- [34] McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Commissioner, 688 F.2d 520 (7th Cir. 1982).
- [35] Yoc Heating Corp. v. Commissioner, 61 T.C. 168 (1973).
- [36] J.E. Seagram Corp. v. Commissioner, 104 T.C. 75 (1995).



谢辞

四年一瞬,光阴荏苒。恍然想起四年前那个懵懂的自己第一次踏进交大校园来到法学院门前新生报道,望着面前恢宏的法学院大楼畅想大学四年的生活。可曾知,这四年就这样如同白驹过隙一闪而过了。今天的法学院资料室空空荡荡,我仍旧坐在这个坐了四年的老位置,伴着雨滴击打窗户的声音轻轻打下这些字,眼前不禁浮现起过往四年在这里度过的时光。

犹记得第一次踏进这片小天地时内心的激动,却在巡视完整个书架后,立即"绝望地"给高中好友们发送了这样一条短信:"完了,竟然有那么多法"。犹记得每一个复习备考阶段的刻骨铭心,三两好友带上四五罐咖啡,从书架上搬来六七本书埋头苦读,直到期末"战死"。还有那托福复习时,趁着中午人少轻轻练习口语的小心翼翼,以及叔同路上伴着淅淅沥沥小雨渐行渐远的行人和那满地斑斓的梧桐叶。一切对法学院的美好回忆和宝贵经历,似乎都浓缩在了这资料室的书香和细语中。

当然,除却回忆,更重要的是肚子里比起四年前多出的墨水。四年前那个由于美国律 政剧而对法律有一腔热血,却无丝毫概念的高中生,已然成为了一位法学院本科毕业生,在 此自信地写下了这洋洋洒洒两万字的毕业论文。除却四年打下的基本的法律知识外,也寻找 到了自己在法律领域中的一片热忱之处,有了自己更进一步的职业规划。今天的我,拥有了 走上法律职业的理论知识,也更加确信了自己对法律职业的热爱,并且即将走上留学的道路, 以作为职业发展进一步探索。而今日的这份自信和快乐,和法学院每一个老师的悉心教导息 息相关。在此, 诚挚地感谢: 季卫东老师、郑成良老师(法理学导论)、王彬老师(宪法)、 付荣老师(民法总论)、张绍谦老师(刑法总论)、顾祝轩老师(合同法)、其木提老师(侵 权法)、金泽刚老师(刑法分论)、徐小冰老师(国际法)、张晓梅老师(物权法、婚姻家庭 法)、崔香梅老师(商法)、刘永沛老师(知识产权法、模拟法庭)、王先林老师(经济法)、 叶必丰老师(行政法原理)、何渊老师(行政诉讼法)、林喜芬老师(刑事诉讼法)、黄韬老 师(国际私法)、王福华老师(民事诉讼法)、赵劲松老师(海商法)、韩长印老师(保险法、 破产法)、胡加祥老师(国际经济法)、尚立娜老师(房地产法、劳动和社会保障法)、杨力 老师(法理学)、李学尧老师(中国法制史、法律职业伦理)、杨华国老师(环境资源保护法)、 林喜芬老师(法律文书)、李俊明老师(财税法)、许多奇老师(金融法)、沈伟老师(外国 法专题)、赵秀举老师(判例研究)以及所有行政老师。感谢您们在学生这四年求学生涯中 的默默付出,这些课程为那个无知的我拼起法学领域的一块又一块拼图,构建起了我的法律 知识体系。

当然,其中最需要感谢的,是我的论文导师——李俊明老师。虽我大三下半学期才与老师相识,但老师的一言一行让我在大学后半程感触良深。记得他亲自削苹果赠与我、记得他邀请我去他的书屋做客喝茶、记得他每封课件邮件中的温暖问候、记得他无时无刻的循循教导,最美好的记忆,当属协助他筹备税法创新课程发表会的点点滴滴。也是由此,我第一次尝试去对追逐更高的目标,虽然实习申请遭到普华永道的最终拒绝,却自此鼓起勇气努力奋斗,得到了君合实习乃至成功申请 Georgetown 法学院。这一切的一切,都源自于他最初给我带来的教诲。之于毕业论文,学生亦得益于李俊明老师提供的机会,有幸作为唯一的本科生参加武汉大学的财税法博士论坛,从而获得更多灵感,将论文进一步升华。总之,感谢李老师一路来的相伴和教导,学生没齿难忘。

交大凯原法学院是我人生的一段奇妙旅程,诚然毕业之后我将与你告别,但这四年来的每一个瞬间我都将铭记。而且,你为我提供的知识与精力,将会成为一把钥匙,为我开启通向未来的大门。因此,我将会紧握你赠予我的这份宝贵的礼物,把心永远和你放在一起。



ABSTRACT

Although issued by Ministry of Finance and State Administration of Taxation instead of the National People's Congress, Notice of the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation on Several Issues Concerning the Enterprise Income Tax Treatment on Enterprise Reorganization (No.59 [2009] of the Ministry of Finance) and Announcement of the State Administration of Taxation on Promulgation of the Administrative Measures for Enterprise Income Tax on Enterprises' Restructuring Business (Announcement of the State Administration of Taxation [2010] No. 4) are definitely the milestones of Chinese legal system of reorganization which have the force of law and play an important role in Chinese current tax jurisprudence.

As we all known, these two rules thoroughly reshaped Chinese tax-free reorganization jurisprudence. To be specific, they not only introduced new approaches of tax-free reorganization into China but also established new requirements for corporations to acquire the tax-free treatment. By comparing Chinese new tax-free reorganizations jurisprudence to its American counterpart, we will easily discover the fact that the Chinese policy makers recast China's tax-free reorganizations jurisprudence by reference to the American experience. There is no denying that it's wise to learn the legislative experience from the top development country that has the biggest mergers-and-acquisitions market in the world. However, duplication or arbitrary modification is not advisable. As an integrated system, every part of American's tax-free reorganization jurisprudence work together to keep the success of system. Common law and statute law are all indispensible and the soul of the jurisprudence—Continuity of Interest doctrine—is the foundation of the whole. When our policy makers borrowed ideas from this integrated system, they underestimated the importance of its soul and the difference between common law jurisprudence and civil law jurisprudence. Therefore, problems arise when the rules were promulgated.

As a part of the new jurisprudence, tax-free share acquisition is newly introduced and, obviously, reflects the government's support of the reorganization. However, under the temptation of period benefits provided by the non-recognition of gain or loss, tax-avoidance will inevitably emerge. However, due to the nature of the civil law jurisprudence and loopholes of Chinese existing regulation, tax bureaus will face the problem that they don't have the necessary means to fix it. To solve this, we have to review America's history of the doctrine underlying tax-free reorganizations. Answer can only be found in the origin of this jurisprudence.

The tax-free reorganization jurisprudence of America has experienced the development of case law and now become statute. Rather than provide a general definition of "reorganization", Congress provide precise definitions for it in § 368(a)(1) of the Internal Revenue Code with an exclusive list of seven specific types of transactions that will be considered "reorganization." Type B ("stock for stock" acquisition) is exactly the same thing of Chinese tax-free share acquisition. According to § 368(a)(1)(B), Type B reorganization refers to the acquisition by one corporation, in exchange solely for all or a part of its voting stock (or in exchange solely for all or a part of the voting stock of a corporation which is in control of the acquiring corporation), of stock of another corporation (whether or not such acquiring corporation had control immediately before the acquisition); The reason underlying the rule is that: the exchange represents a "mere change in form" of the shareholders' interest in the business enterprise. Therefore, the participants have not



"cashed out" on their investment; rather they have substituted one investment in the business enterprise for a similar investment in the same or related business. That's the base of tax-free reorganization jurisprudence—Continuity of Interest (COI) doctrine.

Although § 368(a)(1) now include a statutory built-in Continuity of Interest requirement, which make the application of the judicially developed Continuity of Interest test unnecessary, the history of doctrine is still vital for us to digest the essence of it. In Cortland Specialty Co. v. Commissioner, the concerned transaction technically fit the old definition, but the court rejected tax-free treatment and found lacking the continuity of interest. Then in Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner, the Supreme Court as well, refused to interpret the old definition literally and support the establishment of the Continuity of Interest test. Subsequently, court f Helvering v. Minnesota Tea Co. set up two requirements to ensure the accomplishment of Continuity of Interest: quality requirement (sellers muse receive a "definite and material" interest in the purchasing corporation) and proportion requirement (proportion of the total consideration must come from these "definite and material" types). Meanwhile, McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Commissioner, Yoc Heating Corp. v. Commissioner and J.E. Seagram Corp. v. Commissioner respectively introduced the issues of post-reorganization continuity and historic shareholder continuity into public's awareness. While the Final Regulations finally solve these two problems by eliminating the negative consequences as long as target shareholders' sales of stock before or after reorganization are not related to the target corporation or to persons not related to the issuing corporation.

From the history of Continuity of Interest doctrine in America, we can find that their jurisprudence has established an effective approach of anti-tax avoidance. Specifically, the principle of Continuity of Interest, as the core of their approach and the reason why the jurisprudence exists, is central to all of the related cases and provisions. It is precisely because America jurisprudence implements the Continuity of Interest doctrine in the both case law and statute law without deviation that ensure the success of its tax-free reorganization jurisprudence. To restrict the tax avoidance, everything they need to do is to ensure the accomplishment of Continuity of Interest.

In stark contrast, China's related provisions learn the system from America but undermine this vital principle thus create several loopholes which lead to the severe tax-avoidance. According to the provisions in Notice of the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation on Several Issues Concerning the Enterprise Income Tax Treatment on Enterprise Reorganization, our tax-free reorganizations jurisprudence only sets up a restriction on the post-reorganization but ignores the pre-reorganization one, which will definitely impel the target shareholders to sell the stock before reorganization. Thus they can fit the provision and get the period benefits at the same time, which make the existing restriction perform practically no function. In addition, According to the interpretation of "controlling enterprise" in Announcement of the State Administration of Taxation on Promulgation of the Administrative Measures for Enterprise Income Tax on Enterprises' Restructuring Business, the "controlling enterprise" refers to the enterprises in which the enterprise concerned directly has shares. In America's jurisprudence, only parent company's share can be used by its subsidiary in America's jurisprudence. However, given the new definition, our jurisprudence creates a type of triangular reorganization where the parent company can use its subsidiary's share as a consideration to do the transaction. All of the problems mentioned above severely violate the Continuity of Interest doctrine, which opened the Pandora's Box of tax



avoidance.

However, if tax bureau regards the "business purpose" provision in the Notice of the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation on Several Issues Concerning the Enterprise Income Tax Treatment on Enterprise Reorganization as a tool to control the existing tax avoidance generated by the loopholes, then the interests of taxpayers will definitely be damaged because of the wide discretion given by this quasi general anti-avoidance requirement. People once expressed their concern about the general anti-avoidance rule in the Chinese Enterprise Income Tax Law. So now, the discretion creates by general anti-avoidance rule are back to the hand of State Administration of Taxation from the local tax bureau. However, it's a bad phenomenon that many "notice" issued by State Administration of Taxation import the "business purpose" provision into the provision which again provide discretion to the local tax bureau. Given the quality of the local tax bureaus' job performance, it's very dangerous. But anyway, tax-avoidance needed to be control. To solve this dilemma, we can take America's history of Continuity of Interest doctrine as a reference. Indeed, America's tax-free reorganization jurisprudence also include the Business Purpose Test established by Gregory v. Helvering, but this requirement never become the core of their major tool of anti-tax avoidance. It is the assurance of Continuity of Interest that promise the success of its tax-free reorganization jurisprudence. Therefore, State Administration of Taxation shall follow the principle of Continuity of Interest to revise the existing provisions, and this principle should be imported into the provisions in the form of legislative purposes or legislature theory. Only then can our tax-free reorganization jurisprudence get healthy, meanwhile, avoid the abuse of discretion.