

## 境外股权交易反避税监管的 达摩克利斯之剑

——评国税函[2009]698号文

张兰田\*

**摘要:**国税函[2009]698号文紧密衔接财税[2009]59号文,明确了股权转让所得的计算方法,从税收角度确认“刺破公司面纱”制度,规定了间接转让境内股权的特别申报要求,重申了对关联交易的纳税调整,有利于规范和加强境外股权交易的反避税监管。

**关键词:**境外股权交易 反避税 规定 解读

2009年12月中旬,国家税务总局发布了《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,以下简称698号文),该文件继往开来、宏观又不失详尽地规范和加强了非居民企业股权转让所得企业所得税管理,该文档清晰地表达出了其主要的立法意图——加强境外股权交易反避税监管。本文从如下几个方面进行分析解读:

---

\* 国浩律师集团(上海)事务所合伙人。

## 一、紧密衔接 59 号文

2009 年 5 月,国家税务总局发布了《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,以下简称 59 号文),该文是规范企业重组的纲领性文件,其中第 7 条涉及非中国居民企业之间转让中国居民企业股权。因为 59 号文是全局性的纲领文件并且主要的立法任务是明确适用“一般性税务处理”和“特殊性税务处理”的条件,因此第 7 条仅规定了上述跨国重组适用特殊性税务处理的一般条件,没有进一步地具体细化。698 号文在 59 号文的基础上,继往开来,对于境外股权交易(所得)的定义、文件的申报、所得的确定、转让形式的分类、刺破公司面纱、关联交易的调整等均有明确创新的规定,虽然这些规定的合理性在一定程度上有待商榷,但是其透漏出了监管层明确的反避税意图和加强监管理念,值得有关各方高度关注。

## 二、明确了股权转让所得的计算方法

非居民纳税人转让股权如何计算股权转让所得,一直是一个亟待明确的问题。在《企业所得税法》实施之前,内资企业股东和外资企业股东适用不同的计算标准,主要的区别在于是否对股息性质的所得征税:内资企业股东转让所得中股息性质的所得要征税(实质上是双重征税),外资企业股东相反。因为相关的国税发[1997]71 号、国税发[1998]97 号、国税发[2000]118 号等均已废止,因此在此不作详细的追溯陈述。

在 698 号文中,明确了:(一)股权转让所得是指股权转让价减除股权成本价后的差额;(二)股权转让价是指股权转让人就转让的股权所收取的包括现金、非货币资产或者权益等形式的金额。如被持股企业有未分配利润或税后提存的各项基金等,股权转让人随股权一并转

让该股东留存收益权的金额,不得从股权转让价中扣除;(三)股权成本价是指股权转让人投资入股时向中国居民企业实际交付的出资金额,或购买该项股权时向该股权的原转让人实际支付的股权转让金额。这些规定使用“不得扣除”的计算方法明确了对于股息性质的所得在股权转让环节仍然要征企业所得税。

尽管在《企业所得税法》颁布之后,国家税务总局有关负责人已经多次表示过类似观点,但是因为该规定确实有双重征税的嫌疑而存在广泛争议:被持股企业有未分配利润或税后提存的各项基金已经是被持股企业缴纳企业所得税后形成的,在股权转让环节仍然不得在收入中扣除,等于又征收一次企业所得税,同时受让方在以后利润分配时仍然要再缴一次企业(预提)所得税。当然如果仅仅从主体的角度来看没有双重征税:第一次征税的主体是被持股企业,第二次征税的主体是被持股企业的原股东,第三次征税的主体是被持股企业的新股东。

为在一定程度上化解 698 号文上述规定导致的双重征税,今后企业股权转让时可以考虑“先分后转”的模式,即被持股企业先行分配利润,然后再进行股权转让,此时的股权转让总额和不进行利润分配的转让总额相比,肯定会大大降低,从而减少了相对的直接收益,也就减少了纳税义务。

### 三、从税收角度“刺破公司面纱”,实行法人人格否认

698 号文规定,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。

在实务中进行的资本运作公司框架安排中,最基本的形式就是在境外设立多层次股的离岸公司,通过对这些离岸公司股权的操作,可以在不直接涉及境内公司的情况下,转移实际控制权、股权和实现相应的受益。

但是,698号文的前述规定完全可能导致在实务中各方精心安排的上述避税方法失去预期效用,使境外投资的实际控制方面临承担巨额税款缴纳义务的危险境地。虽然“层报税务总局”说明税务机关非常审慎地运用该条款规定,但是此种“引而不发,跃如也”的姿态,同样令人感到高度的不确定性和风险揭示的必要性。如果以前还可以说避税港是中国税务当局监管的盲区,则698号文挑明了中国税务当局已将这一切都纳入监管审查范围。并且698号文还明确了“自2008年1月1日起执行”,此类税收实体法追溯调整的不当情形屡见不鲜,但是同样必须引起各方警惕。

#### 四、间接转让境内股权的特别申报要求

698号文规定,境外投资方(实际控制方)间接转让中国居民企业股权,如果被转让的境外控股公司所在国(地区)实际税负低于12.5%或者对其居民境外所得不征所得税的,应自股权转让合同签订之日起30日内,向被转让股权的中国居民企业所在地主管税务机关提供以下资料:(1)股权转让合同或协议;(2)境外投资方与其所转让的境外控股公司在资金、经营、购销等方面的关系;(3)境外投资方所转让的境外控股公司的生产经营、人员、账务、财产等情况;(4)境外投资方所转让的境外控股公司与中国居民企业在资金、经营、购销等方面的关系;(5)境外投资方设立被转让的境外控股公司具有合理商业目的的说明;(6)税务机关要求的其他相关资料。

698号文的上述规定和本文“三”有着密切的联系。因为“三”中所述的各类离岸公司基本均设立在“实际税负低于12.5%或者对其居民境外所得不征所得税”的地区(如维京群岛、百慕大、巴巴多斯等)。

上述“三”和“四”紧密结合,分别从程序和实体上衔接:“四”明确的是纳税人的资料申报义务,税务机关在得到这些资料后,就有权利和空间根据“三”中所述的标准进行判断,在实体上进行裁定。

## 五、一个可能导致纳税筹划失败的具体案例

现通过一个具体的案例进一步说明上述“三”和“四”的相关规定:

### (一) 案例

英属离岸公司 B 拥有一家中国大陆境内注册的 100% 控股的全资子公司 C, 2009 年 B 公司的股东决定在香港注册一家全资子公司 A, 并由 A 公司收购 B 公司所拥有的 C 子公司 100% 的股权, 收购完成后 C 公司变成 A 公司 100% 控股的全资子公司。

此为非常常见的具有代表意义的股权框架设置方案之一, 具有普遍意义。

### (二) 该收购的税收筹划目的

该股权收购的主要目的为规避(预提)企业所得税, 因为: (1) 根据企业所得税法及实施条例的规定, 2008 年 1 月 1 日起, 非居民企业从我国居民企业获得的股息将按照 10% 的税率征收预提所得税; (2) 根据大陆和香港之间的避免双重征税和防止偷漏税的税收安排(以下统称“协定”), 香港公司只要对境内子公司控股 25% 以上, 其从境内取得股息就可以按照协定股息税率 5% 计算预提所得税。上述策划的目的就是将预提企业所得税率从 10% 降低到 5%。当然也不排除间接转让公司股权的其他避税目的。

### (三) 该方案税收筹划目的不能实现的原因

因为离岸公司 B 所在国(地区)实际税负低于 12.5% 或者对其居民境外所得不征所得税的(这也是当初选择该地区的主要原因), 根据“四”的规定, 此类案例必须按照规定向中国税务机关报送各类交易资料、证据和说明; 根据“三”的规定, 如果税务机关认定此次股权转让是实际控制方滥用组织形式避税, 且不具有合理的商业目的, 则税务机关可以“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”。

**(四) 其实根据 59 号文的规定,上述税收筹划方案目的也难以实现**

根据 59 号文第 7 条主文中“同时符合”和第一款“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”的规定,可以判断出上述股权转让不符合适用特殊性税务处理的条件。再根据 59 号文第 5 条第一款的规定:“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”。因为 B 公司向 A 公司转让其拥有的 C 公司的股权属于非居民企业 B 向其 100% 直接控股的另一非居民企业 A 转让其拥有的居民企业的股权,转让目的是使以后预提所得税负发生变化,此行为不具有合理的商业目的,且以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的。所以也可以得出其不能适用特殊性税务处理的结论。

## 六、针对关联交易纳税调整的重申

698 号文规定,非居民企业向其关联方转让中国居民企业股权,其转让价格不符合独立交易原则而减少应纳税所得额的,税务机关有权按照合理方法进行调整。这种纳税调整的重申更明确体现了 698 号文的反避税立法价值取向,同时也是对上述“三”的进一步落实:根据“三”否认了相关法人人格以后,即可根据本条的规定具体计算纳税调整的金额。