

试论避免公司间经济性重复征税的税法完善*

陈红彦

内容提要:消除公司间的经济性重复征税,应该坚持税收中性、适度消除和区分征税这三项原则。《企业所得税法》极大地完善了我国的避免经济性重复征税制度,但依然存在明显不足,主要表现为对与免税收入相关的费用和损失的处理规则不明确;没有规定反避税规则以防止公司间股息免税规定被滥用;间接抵免方法中的核心问题尚不明确。

关键词:《企业所得税法》 居民公司间股息免税制 间接抵免制

陈红彦,广东商学院法学院讲师,法学博士。

伴随着中国经济发展的进一步推进和深化,特别是WTO等各种国际经济规则的纵深融入,中国资本市场得以急速发展。而作为资本市场主力军的股权投融资,无论从规模还是从质量上看,都发展迅速。因此,如何通过完善税法,进一步对股权投融资领域广泛存在的经济性重复征税加强规范,是我们必须认真思考的问题。

所谓经济性重复征税,是指由于对不同纳税主体在经济上的同一税源课税而产生的重复征税。经济性重复征税普遍存在于公司与公司股东之间的股息分配问题上。因为公司的税后利润在作为股息派发给股东之后,又要作为股东的所得被再一次征税,也就是说,对于利润这一税源,在公司和股东两个层面被重复征税。事实上,任何在经济上具有同一性或者关联性的不同纳税主体之间,如丈夫和妻子、继承人和被继承人之间等,都可能发生经济性重复征税。然而,从避免经济性重复征税这一角度出发,无论是各国的理论界还是实务界,都将目光紧锁在公司和股东之间的股息分配这一问题上,这是经济性重复征税发生的重灾区,也是各国税法规制的重点所在。

一 避免经济性重复征税应遵循的原则

避免经济性重复征税制度作为整个税收法制的一部分,除了应遵守税收法制的一般性规则之外,笔者认为,还应着重遵循以下原则:

(一) 税收中性原则

税收中性原则强调减少税收对经济的非正常干预性。由于对公司股东的股息分配存在经济性重复征税,使得投融资人和企业的经济决策都受到影响:比如,投资人在选择投资于合伙企业还是公司时,由于前者不存在经济性重复征税而倾向于选择前者;投资人原本打算采用股权形式进行投资,但考虑到债权投资可以避免经济性重复征税,而放弃了股权投资计划;公司原本打算派发股息,但这样做无疑会遭

* 国家社科基金项目:《经济全球化进程中税收国际协调法律问题研究》(03BFX047)。

受经济性重复征税,于是将分配利润改做保留利润。^[1] 凡此种非经济性的选择都严重违反了税收中性原则。因此,避免经济性重复征税的制度设计必须贯彻税收中性原则。

(二) 适度消除原则

避免经济性重复征税的含义在于缓解或者减轻经济性重复征税,而不是完全避免或者消除。尽管我们不能忽视税收对经济的负面影响,但同时,我们也不能不认识到,税收因素仅仅是若干经济因素中的一种,影响最终经济决策的绝非税收这一种因素。比如说,公司形态承载着有限责任、透明度高等多种非公司形态所无法比拟的优势;股权投资相对于债权投资而言,可以使投资人深度参与被投资人的经营管理活动;而派发股息可以在公司信息不对称的前提下向股东传递公司经营情况的信号,加强投资人的投资信心,这绝非保留利润所能做到的。^[2] 上述事实提醒我们,在考虑税制改革时,不能忽视影响税收客体和主体整体利益的其他重要因素。完全取消经济性重复征税,或者完全不提供经济性重复征税的减免,都不利于税制和其他制度的衔接,无法兼顾公司和股东的不同利益。因此本文认为,在一定程度上消除经济性重复征税才是必要和可行的。

(三) 区分原则

区分原则包括两方面的含义:

第一,区分公司间股息分配引起的经济性重复征税和公司个人股东股息分配引起的经济性重复征税,并提供不同的解决方法。从理论上讲,给予公司间的股权投资收益经济性重复征税的缓解,和提供给个人股东经济性重复征税的缓解,原理并不太一样。一般认为,公司股东不同于个人股东,公司股东在取得股息收入后,尽管它可能将其用来再投资,但是,归根到底,该股息还是要被再分配给具体的个人股东的。因此,如果不对公司股东的股息收入予以缓解,那么将可能导致对同一笔股息收入无限多重的征税。正如美国学者以美国为例所指出的:尽管美国国会对公司征税的态度是容许双重征税的,但是国会并不希望在一个更长的公司所有权链条中存在三重或者更多更广的征税。^[3] 因此,无论是理论界还是各国的立法实践都表明,必须对公司间股息分配存在的经济性重复征税提供可能的缓解措施。然而,对于个人股东而言,是否需要提供或者在多大程度上提供缓解措施,各国的实践并不太一致。由于对个人股东的股息分配不存在被多重循环性征税的可能,加之很多学者认为,个人股东在承受经济性重复征税的不利的同时,也享受了股权投资这种投资模式带来的可能收益,因此,对个人股东提供的缓解措施要相对严格得多。^[4]

第二,区分居民企业^[5]间境内投资活动产生的经济性重复征税与居民企业跨国投资活动产生的经济性重复征税,并提供不同的解决方法。从各国的实践来看,在提供经济性重复征税的减免时,原则上是将国内经济活动和跨国经济活动予以区别对待的。很多国家在对居民企业间国内经济活动产生的经

[1] 有关经济性重复征税对税收中性的影响,可参见 John Tiley: *Revenue Law*, Hart Publishing, 2000, pp. 758 - 760; 理查德·A. 马斯格雷夫、佩吉·B. 马斯格雷夫:《财政理论与实践》,邓子基、邓力平译校,中国财政经济出版社 2003 年版,第 390 - 391 页; 杨斌:《比较税收制度——兼论我国现行税制的完善》,福建人民出版社 1993 年版,第 331 页; Hugh J. Ault: *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer Law International, 1997, pp. 285 - 287; OECD: *OECD Tax and the Economy*, OECD, 2001, pp. 44 - 45。

[2] 部分学者主张不必采取任何措施来消除经济性重复征税,其观点可参见马斯格雷夫:《财政理论与实践》,邓子基、邓力平译校,中国财政经济出版社 2003 年版,第 389 - 390 页; 杨斌:《比较税收制度——兼论我国现行税制的完善》,福建人民出版社 1993 年版,第 332 页; OECD: *Corporate Tax Incentives for Foreign Direct Investment*, OECD, 2001, pp. 14 - 18; OECD: *Tax Burden*, OECD, 2000, p. 24。

[3] 谢里尔·D. 布洛克:《公司税:案例与解析》(第二版),中信出版社 2003 年版,第 120 页。

[4] 有关个人股息所得的经济性重复征税问题,可参见 Daniel R. Fischei: *The Law and Economics of Dividend Policy*, *Virginia Law Review*, 1981, 67(4): 699 - 726; *Worldwide Tax Daily: Reforming Corporate Dividend Taxation in Germany and the United States*, <http://www.lexisnexis.com>, 2003 - 8 - 11; 杨家新:《公司股利政策研究》,中国财政经济出版社 2002 年版,第 51 - 53 页; OECD: *Tax Burden*, OECD, 2000, pp. 79 - 80。

[5] 《中华人民共和国企业所得税法》在我国首次引入居民企业的概念。根据该法,居民企业是指依法在中国境内成立,或者依照外国(地区)法律成立但实际管理机构在中国境内的企业。居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税。

济性重复征税做出规定的同时,也一定程度上对居民企业境外投资活动产生的经济性重复征税予以缓解。从理论上讲,如果一国对国内的交易行为提供消除经济性重复征税的措施,这些措施也应该包括跨国事实的情形,因为只有对国内投资者和跨国投资者实行同等的待遇,才能够保证资本的自由流动。^[6]但是显然不同于国内投资关系,跨国投资中的措施受到很大的适用限制。这主要是因为,是否对跨国投资中产生的经济性重复征税提供单边措施,很大程度上受到该国国际经济和政治关系的影响,特别是该国对外投资政策的影响。只有一国的对外投资政策变得更加开放时,即容许甚至鼓励本国居民企业的境外投资,该国才可能通过国内法上的单边措施对境外投资产生的经济性重复征税予以缓解。另外,提供国内法上单边措施的这一慷慨举动可能会削弱其在税收协定谈判中与缔约对方讨价还价的能力。^[7]也就是说,由于国内法上的单边措施不具有针对性和特殊政策导向性,使得国家无法通过双边谈判来鼓励或者限制对特定国家、地区或者产业的投资鼓励或者限制措施。

下文将根据上述三原则,对我国税法中的现有相关规则进行讨论,并提出改进意见。

二 居民企业间股权投资中的相关规则及其完善

(一) 立法现状

根据 2008 年 1 月 1 日开始实施的《中华人民共和国企业所得税法》第 26 条的规定,符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益为免税所得。这一规定结束了原有规则对内外资企业两种待遇两套标准的做法。

原先适用于内资企业的《企业所得税暂行条例》及其《实施细则》,并没有对内资企业间股权投资收益的征税做出任何减免性的规定。但是在国家税务总局下发的《关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》中规定了企业股权投资的所得税处理。根据该文件的精神,我国对内资企业股权投资取得的股息收入,容许在一定程度上缓解经济性重复征税:以投资方取得的税前所得在投资方应缴纳的税额为抵免限额,如果该投资所得在被投资方所缴纳的企业所得税额低于抵免限额,则投资方还需就差额部分进行补缴;而如果高于或者等于该限额,投资方既无需缴纳进一步的所得税,也无权就差额部分主张返还。

对外商投资企业的股权投资,《外商投资企业和外国企业所得税法实施细则》规定,外商投资企业在中国境内投资于其他企业,从接受投资的企业取得的利润(股息),可以不计入本企业应纳税所得额;但其上述投资所发生的费用和损失,不得冲减本企业应纳税所得额。

上述的两套规则,事实上导致了内资企业的税收待遇要低于外商投资企业。因为,外商投资企业的股权投资收入可以免税,而对于内资企业而言,只有在适用于其的公司税率等于或者低于被投资企业的公司税率时,它才可能享受免税待遇,否则它还需就税率差额部分进行补缴。从理论上讲,内资企业的这种补缴税款并没有法理依据。补缴税款是考虑到投资公司与被投资公司之间的不同税率。然而,税率的设定是通过立法程序完成的,税率的差别反映了立法者对特定时期、特定地区或者特定产业的公司形态的不同政策倾向,因此,不应该通过补缴税款的形式变相地改变这一不同税率背后所体现的政策取向。《企业所得税法》的实施,根本结束了两套规则、两种待遇的历史。

(二) 对现有规则的几点思考

1. 与免税收入相关的费用和损失的处理

《企业所得税法》中有关居民企业间的股权投资收益免税的规定,很大程度上更类似于原《外商投资企业和外国企业所得税法实施细则》中的相关规则。但两者存在一个重要的表述上的区别:《外商投资企业和外国企业所得税法实施细则》在规范企业间的股权投资收益免税的同时,要求因上述投资所发生的费用和损失,不得冲减本企业应纳税所得额。但《企业所得税法》及《企业所得税法实施条例》均

[6] A. A. Knechtle: *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, 1979, p. 81.

[7] John Tiley: *Revenue Law*, Hart Publishing, 2000, p. 371.

没有做出类似的规定。

从理论上讲,如果企业的部分收入被纳入免税收入,那么对于为取得这部分收入而支出的费用或者损失,当然不能主张扣除,因为这样必定导致对企业其他应纳税所得额的冲减,从而为企业带来双重利益。但是,从《企业所得税法》上下文的逻辑来看,并非一定得出上述结论。《企业所得税法》第5条规定,企业每一纳税年度的收入总额,减除不征税收入、免税收入、各项扣除以及允许弥补的以前年度亏损后的余额,为应纳税所得额。第6条规定,股息、红利等权益性投资收益应纳入收入总额。第8条指出,企业实际发生的与取得收入有关的、合理的支出,准予在计算应纳税所得额时扣除。这样,居民企业取得的投资于其他居民企业而获取的股息收入根据第6条应纳入收入总额,而与该投资相关的比如可行性研究费用、投资贷款的利息支出、投资管理费用等费用或者损失,根据第8条的规定也应准予在计算应纳税所得额时扣除。这样推理下来,企业一边主张居民企业间的股权投资收益免税,一边主张扣除上述投资所发生的费用或者损失,从而取得双重利益不是不可能的,而这显然违背了立法者的立法初衷。因此,建议《企业所得税法》或者其实施条例应该明确规定,符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益免税,但为取得该收入所发生的费用和损失,不得冲减本企业应纳税所得额。

2. 对居民公司间股息免税持股比例和持股时间的思考

《企业所得税法》规定,符合条件的居民企业之间的股息免税。从《企业所得税法实施条例》的规定来看,所谓的“条件”主要是指持股时间的限制,即只有投资人对作为被投资人的上市公司持股时间超过12个月的,才可以享受公司间股息免税的优惠。立法做出这样的规定主要是为了反避税。这也是世界各国共同的立法实践。比如,美国国会就要求享受公司间股息扣除的公司必须要持股一段时间,以防止临时性的购买股票,在分配结束后又出售股票的行为。^[8] 瑞典规定,持股人需至少在1年时间内持续性地持有分配股息公司的股票。^[9] 在丹麦,如果母公司能够证明在分配股息以前至少1年以内始终拥有子公司20%以上的股份,则收到的股息免税。^[10] 而对于非上市公司,由于其股权的转让受到了公司内部管理机制的诸多约束,因此,无需公司法在此作出特别的限制性规定。

除对持股时间做出限制外,我国对很多国家立法中的最低股权限制并没有做出规定。所谓最低股权限制,主要是指只有进行投资的公司对被投资公司的持股达到了法定的最低比例时,才可以主张股息免税。比如在美国,免税的比例因股东持股比例的不同而不同。对100%控股股东而言,其收到的全部股息都可以扣除;而对低于20%持股的股东而言,可扣除股息数额的70%。^[11] 在丹麦,如果母公司能够证明在分配股息以前至少1年以内始终拥有子公司20%以上的股份,则收到的股息免税。而对其他股息,就收到股息总额的66%进行征税。^[12] 其他国家,如荷兰(5%)^[13] 瑞典(10%)^[14] 法国(5%)^[15] 等都规定了最低股权限制。规定最低股权的限制,使得提供公司间股息免税的理由更加充分。正如前文所述,公司间股息征税所导致的循环性征税,是各国提供经济性重复征税缓解的一个重要理由。对于构成重大参股的公司股东而言,显然公司间的股息免税将避免同一笔所得上的最终税负过于沉重。

然而,如果对公司间股息免税设定最低持股要求,将导致对中小企业的保护力度不够。一方面,中小企业和个人投资者一样,他们的资金实力不如大企业那样雄厚,但是受制于企业的身份,它无法享受提供给个人的优惠措施;另一方面,由于存在股权投资最低限额的要求,他们极有可能因为达不到最低持股要求而无法享受公司间股息免税的利益。为了鼓励中小企业的发展,规定了最低持股比例要求的

[8] 谢里尔·D. 布洛克:《公司税:案例与解析》(第二版),中信出版社2003年版,第122页。

[9] Anna Berglund: Corporate Investment Income, <http://online2.ibfd.org/gi/>, 2006-1-23.

[10] 国家税务总局税收科学研究所:《外国税制概览》,中国税务出版社2004年版,第110页。

[11] Hugh J. Ault: *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer Law International, 1997, pp. 308-311.

[12] 国家税务总局税收科学研究所:《外国税制概览》,中国税务出版社2004年版,第110页。

[13] René Offermanns: European Tax Survey, <http://online2.ibfd.org/eth/>, 2006-1-23.

[14] Anna Berglund: European Tax Survey, <http://online2.ibfd.org/eth/>, 2006-1-23.

[15] Séverine Baranger: European Tax Survey, <http://online2.ibfd.org/eth/>, 2006-1-23.

国家往往都对中小企业实施特殊的税收政策。比如瑞典在对公司间股息扣除规定了 10% 的最低持股要求的同时,规定:如果分配股息的瑞典公司在分配股息前 4 年中的任何时间直接或者间接持有的瑞典上市公司或者非居民上市公司的投票权或者资产低于 10% 的,则对于其向个人股东分配的股息,个人股东可以主张免税,免税额为其在分配股息公司持有的股份价值与政府借贷利率的 70% 相乘的结果。^[16] 即尽管该瑞典小公司的对外股权投资上的股息无法免税,但是在该小公司向个人股东再分配股息时,给个人股东以宽免,从而间接地缓解了同一笔所得上的多重征税,并且也鼓励了个人股东对中小企业的投资。而在美国《国内税法》(Internal Revenue Code,以下简称 IRC)第一章的 S 分章,专门规定了对 S 类型公司的税收优惠。S 类型公司本身不是一个纳税实体,而是要将其所得、损失、扣除和抵免直流给其股东。^[17] 而只有符合法律规定的小企业才可以选择按照 S 类型公司进行纳税。

我国没有规定享受股息免税优惠的最低持股要求。这表现出我国对中小企业的特别关注。事实上,这次企业所得税法的合并和修改,从多个角度考虑到了维护中小企业的利益。比如对符合条件的中小企业是按 20% 的税率征收企业所得税。但为了防止我国当前的规则被不当滥用,建议应该增设限制性的条款。

不规定最低持股要求的一个最大弊端在于,非公司形态的法律主体可以轻松地通过设立公司进行间接投资,从而套取投资收益免税的利益。比如,我国《公司法》容许一人有限责任公司的设立,这就意味着个人投资者可以通过设置一个空壳的一人有限公司,间接投资于另一居民企业,从而套取股息免税的利益。因此,出台相应的反避税规则是必要的。加拿大的税法就规定,对形式上的公司间股息分配,但实质上股息是被个人股东接收的,则需就该股息上个人本应缴纳的税进行补缴。^[18]

3. 对相关资本利得的限制性规定的思考

在完善有关公司间股息免税的制度时,还需要处理好股息所得和转让股份的资本利得关系。因为分配股息的公司除息日后的一段时间里,其公司的股票会出现技术性的下跌。此时,如果股东借机转让股票,则他不仅可能就除息时分配到的股息享受股息扣除的利益,而且还可以就可能的资本转让损失冲减应纳税所得额,从而套取双重利益。很多国家对此做出了专门的规定。比如在美国,针对上述行为,IRC 第 1059 条规定了“特别股息”规则,即被持有不足 2 年的股票上的特别股息。在计算处置该股票的资本利得的损失时,必须在股票的基础上扣除股息上未征税的部分。举例来说,比如乙公司打算分配股息,于是甲公司以 200 元的价格购买了乙的股票,随后它就收到 50 元的股息。由于它是公司股东,根据 IRC 的有关规定,它可以就股息上的 70% 予以扣除纳税,因此只有 15 元的股息是应税所得。在乙公司分配股息后,该公司的股票跌至 150 元。此时如果甲卖掉股票,则它就会主张 50 元的亏损。然而,根据上述的“特别股息”规则,甲公司 200 元的资本成本应减去股息上未征税的 35 元,即 165 元。这样甲公司的资本损失就是 15 元,而不是 50 元了。^[19]

根据加拿大的规定,对可以享受公司间股息扣除利益的股息分配,不容许扣除分配后出售该股票下的任何损失。^[20]

国家税务总局《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)的第 2 条第 3 款规定了企业股权投资转让损失的所得税处理,“企业因收回、转让或清算处置股权投资而发生的股权投资损失,可以在税前扣除,但每一纳税年度扣除的股权投资损失,不得超过当年实现的股权投资收益和投资转让所得,超过部分可无限期向以后纳税年度结转扣除。”显然,这里所设定的限制并不是将特定关联交易的收益和损失相联系,而是将每一年度所有的股权投资损失和该年度实现的股权投资收益和投资转让所得相联系。如果根据我国的规则来考察上述美国法中的案例,假设甲公司当年只有案例中提及的交易,

[16] Anna Berglund: Corporate Investment Income, <http://online2.ibfd.org/gi>, 2006-1-23.

[17] 谢里尔·D. 布洛克:《公司税:案例与解析》(第二版),中信出版社 2003 年版,第 4 页。

[18] Julie Rogers-Glabush: European Tax Survey, <http://online2.ibfd.org/eth>, 2006-1-23.

[19] 谢里尔·D. 布洛克:《公司税:案例与解析》(第二版),中信出版社 2003 年版,第 122 页。

[20] Hugh J. Ault: *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer Law International, 1997, pp. 308-311.

则当年的股权投资收益即股息所得为 50 元,而当年的投资损失也为 50 元,即转让股票下的 50 元亏损。此时显然这 50 元根据我国的规则可以全部扣除,使得纳税人轻松套取税法上的双重利益。

因此笔者认为,我国也应该对公司间股息分配后发生的资本转让损失做出限制性规定。

三 居民企业跨国投资活动中的相关规则及其完善

(一) 立法现状

避免居民纳税人境外股权投资收益上的经济性重复征税,从理论上讲,可以采取两种途径:国内法上的单边措施和国际法上的双边税收协定。在《企业所得税法》实施之前,中国的国内立法中并不存在单边措施。但是在我国签订的绝大多数双边税收协定中,都明确规定了我国给予间接抵免待遇的条款。由于双边税收协定中的规定相当原则化,于是如何落实协定义务就成为相当大的问题。事实上由于我国国内法的缺位,跨国投资人在主张协定利益时困难重重。《企业所得税法》的通过,根本上解决了上述问题。该法首次引入了“间接抵免”制,以解决跨国母子公司之间股息分配存在的经济性重复征税。

相对于税收协定的双边措施而言,国内法上的单边措施显然具有不可替代的优势,它的适用不以存在双边税收协定并订立间接抵免条款为前提;而且,将涉及多层多国的跨国投资予以囊括。由于双边税收协定中的间接抵免条款仅仅适用于缔约双方居民企业间的投资,如果出现缔约双方之外的第三国,除非相关当事国之间都订立了容许间接抵免的协定条款,否则这种多层多国公司之间的股息分配,将无法适用双边税收协定。而国内法上的间接抵免显然不受此限制,对于多层多国公司之间的股息分配,只要最终满足母公司居住国的条件,即可适用间接抵免。因此《企业所得税法》的实施,有利于我国居民企业“走出去”,提高国际竞争力。

(二) 对现有规则的几点思考

《企业所得税法》第 24 条规定:“居民企业从其直接或者间接控制的外国企业分得的来源于中国境外的股息、红利等权益性投资收益,外国企业在境外实际缴纳的所得税税额中属于该项所得负担的部分,可以作为该居民企业的可抵免境外所得税税额,在本法第二十三条规定的抵免限额内抵免。”因此,间接抵免的有效实施,依赖于以下几个关键性因素。

1. 适用间接抵免的适格主体,即什么样的公司间的股权投资才能适用间接抵免

间接抵免一般都仅适用于跨国的母子公司之间。但是对于母子公司的构成标准,需要立法者在设计时做出选择。比如美国的公司税法规定,当美国母公司对其外国子公司以及上层子公司对下层子公司直接持有 10% 以上的有表决权的股份、而美国母公司间接拥有外国公司 5% 以上有表决权的股份时,美国母公司可以主张间接抵免。^[21] 而英国的标准为上层公司必须至少控制下层公司 10% 的投票权。^[22] 我国《企业所得税法实施条例》第 80 条规定,“企业所得税法第二十四条所称直接控制,是指居民企业直接持有外国企业 20% 以上的股份。企业所得税法第二十四条所称间接控制,是指居民企业以间接持股方式持有外国企业 20% 以上的股份。”

由此可见,我国国内法采用 20% 的资本控制标准来确定适格的母子公司关系。国内法上的这一标准和我国对外签订的双边税收协定中的适用标准并不太一致。目前,我国采用间接抵免条款的双边税收协定无一例外都规定,只有当中国居民公司至少持有缔约对方居民公司至少 10% 的股份时,才可以主张间接抵免。^[23] 两相比较,国内法和双边税收协定中都采用了资本控制标准,这和我国的公司法特

[21] IRC § 1.901(a).

[22] Income and Corporation Taxes Act 1988, s. 840.

[23] 截止到目前为止,我国已经和 86 个国家以及我国的香港和澳门地区签订了避免重复征税和防止偷漏税的双边税收协定或者安排。这其中,据笔者统计,只有 28 个国家以及澳门地区的双边税收协定或者安排中没有涉及间接抵免的规定,其余都规定了间接抵免制度。

征紧密相关。我国的公司法目前实行较为严格的“一股一票”制,对公司资本的控制基本上相当于对公司表决权的控制,因此,我国并没有采用表决权控制标准。但是从达到控制标准的具体百分比来看,国内法设定了明显高于双边税收协定的标准。一国的国内立法究竟应该采用什么样的百分比来确定适格的控制标准,当然取决于一国的国内立法和对外投资政策,但这一百分比一定有一个理论上的下限和上限。这一百分比不能太低,因为这将会使得从事间接投资的投资者套取间接抵免的利益。^[24]同时,这一百分比也不能太高,太高意味着将进行海外投资的大部分投资者排除在适用间接抵免的范围之外,即事实上是限制本国居民的境外投资。《企业所得税法实施条例》最终选定了 20% 的中间标准,具有一定的合理性。同时,从法理上讲,国内法的高标准和国际条约的低标准符合签订双边税收协定的初始目标,因为双边税收协定就是需要通过谈判来促进双边的投资互动,以克服国内法单边性所导致的规范对象的不特定性。

但是从现实角度考察,我国确立 20% 的资本控制标准,是否会阻碍我国对外投资政策目标的实现呢?对比来看,20% 的标准不仅大大高于税收协定中 10% 的标准,也大大高于前述英美国内法上的标准。这引起的一个现实问题是,我国居民公司向非协定国或者协定中没有间接抵免条款的协定国进行投资时,由于不能按照 10% 的最低控股标准主张间接抵免,而可能需要付出更多的投资成本。^[25]那么国内法设置的 20% 的股份控制标准是否将阻碍投资者的对外投资,进而影响国家当前和今后“走出去”投资政策的实施呢?对此,必须进行实证分析。结合商务部的统计,2006 年末中国非金融类对外直接投资存量前 20 位的国家(地区)中,^[26]没有通过双边税收协定采纳间接抵免的只有哈萨克斯坦、沙特阿拉伯和赞比亚三国。我国对这三国的投资主要集中于其自然资源,因此,这一投资从经济角度看不具有可替代性,税收对投资政策的影响相对较小。而目前我国没有签订双边税收协定或者协定中没有规定间接抵免条款的国家和地区中,除极少数国家和地区外,我国企业对其的投资都相当有限。因此,从这一角度考察,国内法规定的 20% 这一较高控制标准也具有现实意义上的合理性。

除了上述百分比控制标准之外,适格主体中另一重要问题是有关抵免层次的规定。单层抵免仅仅指本国居民公司就其外国子公司的股息分配主张抵免;而多层间接抵免则容许对外国子公司从外国孙公司取得的股息主张抵免,以此类推下去。比如英国容许英国母公司对所有符合“相关性”条件的下层公司向上层公司支付的股息主张抵免。要达到“相关性”,关键因素是上层公司至少控制下层公司 10% 的投票权。如果英国母公司控制外国子公司超过 10% 的投票权,而外国子公司控制外国孙公司超过 10% 的投票权,那么母子公司以及子孙公司都符合“相关性”标准,此时,英国母公司可以就其子公司和孙公司的利润主张间接抵免,尽管母公司本身可能并没有控制孙公司超过 10% 的投票权。只要母公司对子公司符合相关性要求,而子公司对孙公司符合相关性要求,这就足够了。^[27]美国的规则与英国不同。美国采用两种标准进行判断,即上层公司对下层公司直接持有 10% 以上有表决权的股份,并且美国母公司间接拥有外国公司 5% 以上有表决权的股份。美国容许对满足上述条件的六层之内的公司利润进行间接抵免。^[28]我国的规则与上述两国都不一样。我国从形式上看,容许多层间接抵免,只要中国母公司直接或者间接持有外国下层公司 20% 的股份。但是从该规则实际的运行效果上看,要求国内母公司间接持有外国孙公司或者更低层次公司 20% 以上的股份这一条件相当苛刻,所以除非链条上的上层公司全资控制下层公司或者构成重大参股,否则多层间接抵免很难实现。这也反映了立法者

[24] 各国都规定,间接抵免仅仅适用于居民企业的跨国直接投资,而对于以谋求投机利益而非被投资企业经营管理权利益为主的间接投资不适用间接抵免。

[25] 截至 2006 年末,中国对外直接投资分布在全球 172 个国家和地区。参见中国企业国际化战略报告课题组:《中国企业国际化战略报告 2007 蓝皮书》,http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/i/dxfw/nbgz/200711_2007-11-20。

[26] 商务部:《2006 年末中国非金融类对外直接投资存量前二十位的国家(地区)》,http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_2007-10-26。

[27] Juhn Tiley: *Revenue Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1103.

[28] IRC § 902(b).

希望促进对外实质性股权投资的立法初衷。

2. 间接抵免的计算方法

对此,我国学者已多有论述。^[29] 间接抵免的关键无非是还原对应于子公司支付的股息上已经承担的外国公司税。这一问题远非表面看起来的那样简单。具体来讲,对于一个新设的公司而言,如果公司在第一次营利的纳税年度就分配股息,那么显然股息是来源于当年的营利,此时还原公司税没有任何疑问。但是,如果公司是用累积利润来支付股息的话,问题就出现了,股息到底是用哪一年度的营利进行支付的?相应的应该按照哪一个纳税年度的公司税率进行还原?这一问题处理不当,可能会对财政产生消极影响。因为母公司很可能利用外国子公司的有效税率在各年中的变动而避税,即在外国子公司的有效税率低的时候不做分配,而等待在有效税率高的年度进行分配,从而套取国内法上更多的抵免额。

对于上述问题,英国法的规定是:如果股息是为特定的一段时期支付的,则为那段时期的利润;如果不是为特定时期支付的,但是用特定的利润支付的,则为该利润;如果股息既非来源于特定的时期,也非来源于特定的利润,则为与支付股息前完成的企业账簿最接近年度的利润。如果根据上述规则确定利润时,发生了股息数额超过了所确定年度的营利时,那么对于超出的部分,就以所确定年度之前年度的利润进行补充,首先考虑最接近年度的利润,其次考虑次接近年度的利润,以此类推。^[30] 可以看出,英国法的规定是希望尽可能还原股息分配的真实面貌。

美国则以1986年的税收改革为界,采用新旧两套规则。两套规则的最大区别是,旧规则强调每一纳税年度的税后利润,而新规则强调多年未分配利润的累积。^[31] 具体来说,旧规则认为,在任一应税年度,子公司分配给母公司或者下层公司分配给上层公司的股息,应被视为来自于子公司或者下层公司当年的累积利润。如果当年累积利润不足以支付股息时,可以依次向前回溯往年的累积利润。^[32] 而新规则将计算方法改变为:国内股东支付的外国所得税 = 下层公司支付的外国所得税 × (股息 ÷ 下层公司的未分配利润)。其中外国所得税是指股息分配当年外国公司支付的外国所得税加上以前年度外国公司支付的外国所得税,除非它们已经在以前年度的类似计算中被使用过了。^[33]

美国出台新规则的一个重要原因正是为了防止纳税人利用各年有效税率的不同进行避税。^[34] 举例来说。假设美国公司甲拥有一外国全资子公司乙。乙在第一年和第二年分别获得税前利润1000元。第一年的税率为5%,第二年的税率为30%。这样,乙第一年的税额为50元,税后利润950元;而第二年的税额为300元,税后利润为700元。按照旧规则,如果乙第一年向甲支付股息500元,甲可以间接抵免外国税26.3元 $[50 \times (500 \div 950)]$,乙第二年再支付股息500元,则甲可以间接抵免外国税214.3元 $[300 \times (500 \div 700)]$,两年共抵免240.6元;如果乙第一年不支付股息,而等到第二年一次性支付股息1000元,则甲可以间接抵免外国税315.8元(1000股息被视为是用分配当年的税后利润700元以及第一年中的300元进行支付的,因此甲可以主张 $300 + [50 \times (300 \div 950)]$ 的抵免)。在旧规则下,纳税人利用两年当中的税率差多赚了75.2元的抵免。

同样的分配情形,如果采用新规则,则减少了纳税人避税带来的利益。在乙第一年向甲支付500元股息时,甲可以主张26.3元的间接抵免,第二年再支付500元股息后可主张140.7元的抵免 $(50 + 300 - 26.3) \times [500 \div (950 + 700 - 500)]$,两年共抵免167元;如果第二年集中支付股息1000元,甲可以主张的抵免额为212.1元 $\{(50 + 300) \times [1000 \div (950 + 700)]\}$ 。新规则下,两种不同的分配方

[29] 参见廖益新:《国际税法》,北京大学出版社2001年版,第330-332页;刘剑文:《国际税法》(第二版),北京大学出版社2004年版,第181-182页。

[30] Income and Corporation Taxes Act 1988, s. 799. 同时参见 Juhn Tiley: *Revenue Law*, Hart Publishing, 2000, p. 1103.

[31] John F. Cooper, I. Richard Gershon: *International Tax Guide: U. S. Income Taxation*, West Group, 1999, Chap. 21, p. 15.

[32] IRC § 1.902, Reg. 1.902.

[33] John F. Cooper, I. Richard Gershon: *International Tax Guide: U. S. Income Taxation*, West Group, 1999, Chap. 21, p. 15.

[34] Thompson, S. C. Jr.: *U. S. Taxation of International Transactions*, West Publishing Company, 1995, p. 376.

案, 纳税人可以主张的抵免差额为 45.12 元, 比旧规则明显减少。

澳大利亚的规则类似于美国。根据澳大利亚的税法, 本国居民公司被视为已交纳的外国税相当于 [基础税 \times (股息 \div 可分配利润)]。其中基础税是指公司应税利润上的应缴外国税。它的确定需要三个步骤: 首先, 确定支付股息的利润; 其次, 确定这些利润所代表的应税利润; 最后, 确定这些应税利润上的基础税。在确定支付股息的利润时, 股息应被视为来自于 1987 年 7 月 1 日之后的全部累积利润。应税利润主要是指可以用作股息分配的账目上的利润, 它的确定很大程度上需要借助于公司的财务账簿和报表。同样, 这些利润上的基础税也应集中。^[35] 因此, 澳大利亚的规则同样强调将股息分配前多年的累积利润及其对应应税予以集中考察。

显然, 在确定支付股息的利润来源以及与之相对应的公司税时, 英国、美国、澳大利亚采用了不同的方法。英国的立法更加理想化, 它试图发现支付每笔股息的真实利润来源; 而美国、澳大利亚的方法更加务实, 他们假设, 公司作为以营利为目的的法人, 应以实现自身利益的最大化为目标。在此前提下, 公司必然会利用不同纳税年度的不同税率来尽可能地谋取利益。从上文的案例中可以清楚地看到, 在第一类假设下 (即乙公司两年之中分别支付 500 元的股息), 如果按照旧规则, 甲在第二年可以主张 214.3 元的抵免, 而根据新规则, 这一抵免额锐减为 140.7 元。为什么会出现这么大的差距? 笔者认为, 关键在于新旧规则中所体现出的两种根本不同的假设。老规则假设, 当乙足以用第二年的营利 700 元支付股息 500 元时, 乙当然性地从第二年的营利中支付 500 元的股息。而新规则假设, 尽管乙第二年的营利足以支付股息 500 元, 但是它可能依然主要是从第一年的剩余利润中支付股息, 因为这些股息所承担的实际公司税负要大大低于第二年, 而母公司却可能依照第二年的公司税率主张抵免, 这无疑会增加纳税人的可得利益。同样, 第二类假设下, 纳税人的这种避税动机就更明显了, 即为了套取 75.2 元的税差, 对于本来在营利当年 (即第一个纳税年度) 就应分配的利润, 却一定要等到第二个纳税年度进行集中分配。新规则正是基于上述对纳税人经济行为的基本判断, 通过将相关年度的累积利润和累积税率集中并拉平, 从而大大减少了纳税人利用税率差套取抵免利益的可能性。笔者认为, 美国的这一经济假设符合经济现实, 所做出的相应法律调整具有法律上的合理性以及操作层面上的简捷性。而英国的规则虽然从理论上讲可能更接近经济事实, 但一个现实的问题是, 如何判断股息为特定时期或者用特定利润支付的? 由于这一客观标准很大程度上依赖于主观上的判断, 因此实际的运行效果并不一定理想。

然而, 《企业所得税法》及其实施条例都没有涉及上述问题。因此, 无论立法者选择更具理性的英国式规则还是选择更简捷也更务实的美国式规则, 明确这一缺失的规则, 使得纳税人有法可依, 可能才是当前最必要的。

[Abstract] To eliminate inter-company economic double taxation, China should adhere to three principles: tax neutrality, moderate elimination and differential taxation. The Enterprise Income Tax Law has greatly improved the rules on the elimination of economic double taxation, but still leaves some obvious deficiencies. Rules about expenses and losses relating to exemption income are not clear; there are no provisions on preventing the misuse of inter-company dividend exemption rules; and some key elements of indirect credit method are still unclear. All these problems need to be solved through the amendment of the Law.

(责任编辑: 支振锋)

[35] Robin Woellner: *Australian Taxation Law 2002*, CCH Australia Limited, 2001, p. 1446.