

# 限售股转让税收政策的法律评析

滕祥志

**【摘要】**限售股税收问题,理论界或实务界仍存在较大争议。在面对限售股股东对流通股股东支付的对价是否为应税所得、对限售股转让是否征收营业税、企业代个人持有限售股转让所得转付给个人时所得税课税主体的问题以及限售股股权收益权信托的性质这些疑难问题时,应该秉承实质课税的原则,借助交易定性分析工具和实质课税原理,对关乎税收主体、税收客体的有无以及税收客体定性等税法评价做出合乎法理的判断。

**【关键词】**限售股 税法评价 交易定性 实质课税

**【中图分类号】**D922.22 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2014)05-0080-06

目前,仍有诸多有关限售股的涉税问题在理论界或实务界存在较大争议,这些问题或关系税收客体的有无,或关系税收客体的定性,是对有关限售股的所得及经济行为进行税法评价最根本的问题,必须予以明辨。

## 引言:限售股税收的主要争议焦点

第一,根据《关于上市公司股权分置改革的指导意见》(证监发[2005]80号)的规定,股权分置改革中,非流通股股东应向流通股股东支付获得流通权对价。但是,股权分置改革的相关规定并没有对这一支付对价的性质予以明确。对价的性质直接关系到税法评价中是否存在“应税所得”的问题,也即税收客体有无的问题。

第二,限售股解禁之后,股东可以按照证监发[2005]32号规定的期限和比例进行流通。

但限售股解禁后转让是否征收营业税,税企两造各执一词且各地税务机关操作不一。另外,《国家税务总局关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告》(国家税务总局公告2011年第39号)规定,企业转让其代个人持有的上市公司限售股的所得税后转付给个人,实际投资者免征个税。根据商法的外观确定纳税主体,是否违反实质课税原则?

第三,限售股股权收益权信托产品,即融资者与信托公司签订股权收益权转让及回购合同,将股权收益权转让给信托公司并承诺溢价回购,融资者获得对价,同时,融资者将股权质押给信托公司用以担保债务的履行。这一复杂的交易外观下,其交易实质究竟是什么?对交易合同是按股权转让合同还是借款合同贴花?这一争议关系到税法评价中税收客体的定性,最终关系到纳税的税目及应纳税额计算。对纳

税主体意义重大，必须明辨之。

上述问题是税法评价中最根本的问题。问题一、二有关税收主体、客体的有无；问题三涉及税收客体的定性。笔者拟借助交易定性<sup>①</sup>的分析工具和实质课税原理对上述问题逐一解析。

## 一、限售股解禁获取对价的 应税性质

一如前述，股权分置改革方案并未明确限售股股东向流通股股东支付的对价的性质。理论上，对价的性质直接关系到该收益是否纳入“应税所得”的问题，也即税收客体的有无。

### （一）税法之实质所得观

笔者认为，股权分置改革中非流通股股东支付给流通股股东的补偿，源于对招股说明书中“不流通承诺”的更改，正是基于对国有股和法人股不予流通的信赖，流通股股东投资并取得股权，而招股说明书的签署、流通股的定价及认购都是在存在非流通股的前提下进行的，这样，相互之间形成了一个关于各自股票不流通或流通的合同关系，并据此确立了各自的法律地位和利益期待。非流通股要实行全流通和同股同价，必须商谈违约补偿的费用，以支付对价的方式换取流通股的“独占流通权”。因此，对价在法律上具有补偿和赔偿的性质，性质上与“违约金”一致。我国税法并未忽视违约金的收入属性，在所得税法、增值税法、营业税法规则中，皆有明文规定。故对流通股股东和上市公司而言，皆应依照税法相关规则计算缴纳所得税。另，股权分置改革的方案中，融入许多公法介入私法行为的因素，国家规定通过股权分置方案的程序，使得股权分置法律规范具有经济法的某些规制特性。<sup>②</sup>但是，这并不改变支付对价的交易定性，本案中，支付对价的交易定性只能由民商法提供。

《财政部、国家税务总局关于股权分置试点改革有关税收政策问题的通知》（财税〔2005〕103号）规定：“股权分置改革过程中因非流通股股东向流通股股东支付对价而发生的股权转让，暂免征收印花税。股权分置改革中非流通

股股东通过对价方式向流通股股东支付的股份、现金等收入，暂免征收流通股股东应缴纳的企业所得税和个人所得税。”另，《财政部、国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知》（财税〔2008〕1号）规定，流通股股东及企业获得的对价收入免税，系税收“单项优惠政策”，执行到“股权分置改革结束”。《国家税务总局关于股权分置改革中上市公司取得资产及债务豁免对价收入征免所得税问题的批复》（国税函〔2009〕375号）<sup>③</sup>又重申：“股权分置改革中，上市公司因股权分置改革而接受的非流通股股东作为对价注入资产和被非流通股股东豁免债务，上市公司应增加注册资本或资本公积，不征收企业所得税。”可见，现行税法规则中，因股权分置改革中而获得对价收入（股份、债务豁免或现金等收入）应予免税，明确被定位为“单项税收优惠”政策。从税收特别措施的法理来看，特别措施的出台往往取决于宏观调控的考量，而非特定的交易行为本身具有免税的特质。税法如何看待股权分置改革中的对价问题，取决于对价的性质剖析，而不取决于现行的“单项优惠政策”。

### （二）坊间论点评析

一是“补足投资论”。<sup>④</sup>该说认为非流通股

① 滕祥志：《税法的交易定性理论》，《法学家》2012年第1期。

② 王欣新、徐阳光：《上市公司股权分置改革法律问题辨析》，中国民商法律网，2014年3月25日访问，<http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=28843>。

③ 该函开宗明义，“根据《财政部国家税务总局关于企业所得税若干优惠政策的通知》（财税〔2008〕1号）的规定，《财政部国家税务总局关于股权分置试点改革有关税收政策问题的通知》（财税〔2005〕103号）的有关规定，自2008年1月1日起继续执行到股权分置试点改革结束。”第二自然段规定：“股权分置改革中，上市公司因股权分置改革而接受的非流通股股东作为对价注入资产和被非流通股股东豁免债务，上市公司应增加注册资本或资本公积，不征收企业所得税。”因此，“注入资产或者豁免上市公司债务”应“作增加注册资本或资本公积”处理，亦系“单项税收优惠政策”，执行到“股权分置改革结束之日”。

④ 郑斌：《股权分置改革“补偿论”的法学分析》，《法制与社会》2009年第26期。詹浩勇：《股权分置改革对价依据辨析》，《商场现代化》2006年第9期。龚慧艳：“股权分置改革的法律问题探索”，暨南大学2007年硕士学位论文。

股东支付给流通股股东的补偿（违约金）系对最初投资的补足，系再投资行为，与上市公司的收益无关，故不构成收入。该说的错误在于，未看到法人股或国家股在当初发起设立股份公司时，其投资已经足额缴纳，否则，公司发起设立和上市融资根本就不能奏功。应该说，当公司发起设立且发起人认购原始股份并公开招股上市起，在股价问题上不存在投资不足的问题，否则，极易出现因出资不足引起的股东侵权诉讼，两种身份的股东之间不能长时间达成动态平衡。可见，现实中流通股股东并不认为当初的法人股或国家股股东存在出资不足的问题。二是“不符合会计收入论”。即不符合企业会计准则有关收入的界定，<sup>①</sup> 鉴于补偿金或者对价与“补足投资有关”而“与日常经营无关”，因此补偿或者对价不属于流通股股东和上市公司的所得。三是“会计科目决定论”。<sup>②</sup> 论者认为：根据目前会计处理文件规定，非流通股股东对于对价支付的会计处理为“股权分置流通权”和相应的资产类科目，而流通后出售股权的收益属于投资收益，也证实了“股权分置流通权”实质上等同于“长期股权投资”科目的性质，因此，限售股股东支付的对价系“补足投资”。

会计与税法的“收入”概念并非完全等同。会计准则之宗旨在于解决经济活动中的客观计量问题，以供投资决策者财务判断。在上市公司，股东藉会计师出具之财务报表等研判财务状况，以作投资决策参考之凭据，故会计准则的直接目的是客观计量和防止财务造假，因此，当会计计量与税法判断之间存在冲突时，会计计量应服从于税法规则。不能以会计判断取代税法判断，更不能以会计计量之技术手段论证某经济交易的税法评价。质言之，经济交易的税法评价是由交易性质决定，而非由交易的会计计量手段决定。有时，交易的会计计量手段和记账科目之分类，即代表或者指代税法之交易定性，但更多情形之下，二者并非一一对应。

### （三）“赠与说”不能成立：赠与及其税前扣除

在民法，赠与系单方且无偿之合同行为，

而股权分置改革中非流通股股东对流通股股东的支付，具有违约赔偿和置换“独占流通权”的性质，系双务和有偿行为，并非单务、无偿之赠与行为；依所得税法，赠与财产应依法合并计算为应税所得，赠与方应就赠与财产缴纳所得税；由于支付对价的补偿性质，《企业所得税税前扣除办法》（国税发〔2000〕84号）第五十六条规定：“纳税人按照经济合同规定支付的违约金（包括银行罚息）、罚款和诉讼费可以扣除。”而赠与的税法后果是，只要不属于公益捐赠，就不满足税前扣除之法定要件，而限售股股东支付的对价不得税前扣除，这显然不符合客观实际，也不符合税法法理。实际上，法人股股东按照国家规定支付对价，这种对价旨在换取股份流通资格从而获得股份的交易价值，与企业生产经营密切相关，该项支出符合国家税务总局《关于印发〈企业所得税税前扣除办法〉的通知》（国税发〔2000〕84号）中规定的税前扣除应遵循的相关性原则，即纳税人可扣除的费用从性质和根源上必须与取得应税收入相关。<sup>③</sup> 所以，该项支出可以税前扣除，或计入“长期股权投资”计税成本。

## 二、限售股解禁后转让的税法评价问题

### （一）限售股转让是否征收营业税

以“两面针补税案”为例，<sup>④</sup> 税企两造意见

① 《企业会计准则第14号（2006）》第二条收入：“是指企业在日常活动中形成的、会导致所有者权益增加的、与所有者投入资本无关的经济利益的总流入。”

② 谢芳玲：《重组对价，是捐赠？还是投资？——谈股权分置改革中重组对价的税收问题》，浙江省总会计师协会网，<http://www.zjco.com/tytcdsabbs/disppbbs.asp?boardID=2&ID=24&page=7>。2010年3月8日访问。笔者认为，“会计科目决定论”系“补足投资论”的一个分支。

③ 陈萍生：《股权分置改革所得税处理解读》，萍乡市地方税务局网，2014年3月25日访问。[http://www.jxds.gov.cn/portalV3/site/site/portal/px/con\\_detail.portal\[contentId=200331\]\[categoryId=4579\]\[siteName=px\]\[categoryId=001031002012002\]](http://www.jxds.gov.cn/portalV3/site/site/portal/px/con_detail.portal[contentId=200331][categoryId=4579][siteName=px][categoryId=001031002012002])

④ 参见《两面针被追缴1300万营业税上市公司或再掀补税潮》，新华网，[http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-02/27/c\\_124392386.htm](http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-02/27/c_124392386.htm)，2013年3月25日访问。

分歧明显。税务机关依据《中华人民共和国营业税暂行条例》（国务院令 540 号，下文简称《营业税暂行条例》）第五条第四项之规定，认定两面针公司转让限售股行为应缴纳营业税。两面针公司认为，其转让限售股的行为实质上是股权转让行为，根据 2002 年《财政部、国家税务总局关于股权转让有关营业税问题的通知》（财税 [2002] 191 号）第二条的规定，不应该缴纳营业税。

征管实务中，各地税务机关做法不一。目前，南京、长沙、福建、浙江、厦门、天津、海南等地地税局对上市企业的限售股转让应当征收营业税有明确规定。部分税务机关以国税总局未有明确规定为由，对限售股转让暂不予征收营业税，如北京、宁波。

### （二）税企争议的焦点

税务机关认为，依据《营业税暂行条例》第五条第四项规定做出认定。《营业税暂行条例》规定：“外汇、有价证券、期货等金融商品买卖业务，以卖出价减去买入价后的余额为营业额”。根据该规定，对外汇、有价证券、期货等金融商品买卖要征收营业税。《营业税税目注释（试行稿）》（国税发 [1993] 149 号）规定，“金融商品转让，是指转让外汇、有价证券或非货物期货的所有权的行为”。《国家税务总局关于〈金融保险业营业税申报管理办法〉》（国税发 [2002] 9 号）第七条对金融商品的转让（买卖）也做出了相同的解释，“金融商品转让，指转让外汇、有价证券或非货物期货的所有权的行为，包括股票转让、债券转让、外汇转让、其他金融商品转让。”

但是，上述关于金融商品转让的解释并没有具体明确限售股转让是否属于金融商品的问题。

### （三）限售股转让行为的交易定性

税法评价是一个税法事实认定、税法解释和税法适用的动态过程。目前，我国法律未对金融商品统一立法，部门法以及相关税收政策中也无金融商品的定义性说明。为此，不能期待通过对解释金融商品的概念来判断限售股转让是否属于金融商品转让，只能通

过对金融商品转让中已列举的法学概念的释来解释来判断。

解禁后进入二级市场流通的限售股完全具备有价证券的全部特点。转让限售股的行为，就是转让有价证券的行为，进而，也就属于买卖金融商品的行为。所以，限售股转让，属于营业税征税客体。

财税 [2002] 191 号文“股权转让不征收营业税”规定，清晰地采用了“股权转让”而非“股份转让”的概念。因此，由于交易性质不同，财税 [2002] 191 号文“对股权转让不征收营业税”的规定，不适用于上市公司限售股的转让。实务界之所以产生限售股转让能否适用财税 [2002] 191 号的疑问，或误读概念所致。

### （四）代持限售股转让所得税纳税主体问题

代持股份是我国企业改制中的一个特殊问题，其形成原因复杂。为规避职工持股会持股、有限责任公司股东人数限制、股东资格认定审批等法律限制和障碍，一些家族企业、大股东为掩盖“一股独大”的实质而建立分散股东的“伪股份公司”，以及一些控股股东为输送私有利益、规避税收等，均可能产生代持股份问题。股权代持行为，在民商法上被认可，例如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释 [2011] 3 号）第二十五条至第二十七条关于有限责任公司中名义股东和实际出资人的法律规定，即规制股份代持法律关系。

#### 1. 现行税法规则

《国家税务总局关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 39 号）规定，企业转让其代持的限售股所得的收入，在纳税后将余额转付给原限售股实际所有人时，原实际所有人不再缴纳个人所得税。

该规则解决了征管实践中长期存在的对同一所得重复征税问题。但是，该规则背后的税法原理是什么？为什么代持企业在转让所得纳税之后，将余额转付给实际出资人，实际出资人不再就其所得缴纳所得税？是因为实际出资

人本身不构成纳税主体，还是因为这部分所得本身具有免税特质？或是其他的原因？在对转付限售股减持收益的“所得”进行税法评价时，首先应对与这一“所得”紧密相关的基础法律关系进行分析。

名义股东将限售股转让所得再转付给实际出资人是基于何种法律关系，事关如何确定所得税纳税主体，必须予以明确。

## 2. 股份代持关系的法律性质

股份代持关系的性质，根据日后是否有转让股份的合意分两种情形：

第一，如果双方没有在协议中达成何时转让股份合意，而是在一定期限后另行签订股份转让合同的，代持协议的内容符合《合同法》第二十一章委托合同的特征，股份代持关系就是单一的委托合同关系。实际出资人是委托人，名义股东是受托人。委托事项为受托人以股东名义持有出资人股份，代为行使股东权。处理委托事项的收益和风险归属于委托人，名义股东可以向实际出资人请求支付处理委托事项的报酬。

第二，如果代持协议中双方除了就委托代持事项进行约定之外，还约定在限售股解禁之后的某个时间或一定条件下由实际出资人取回股份的，股份代持关系就构成一个复合的法律关系：协议不仅包括委托合同关系，还包括以取回股份为目的的股份转让关系。转让股份合同自成立时生效，但股份的实际交割须等到解禁之后双方在证券登记结算机构进行交割登记时完成。

## 3. 国家税务总局 2011 年第 39 号公告评议

国家税务总局 2011 年第 39 号公告（下称“39 号公告”）规定，因股权分置改革造成原由个人出资而由企业代持有的限售股，依法完成纳税义务后的限售股转让收入余额转付给实际所有人时不再加征个人所得税。39 号公告规定只对代持限售股的企业征收所得税，有效避免了对同一所得双重征税的问题。笔者认为，39 号公告将所得税纳税主体确定为代持限售股的企业而不是实际出资人主要是出于税收征管便利和效率考量，同时也尊重股份代持的商法外

观和商法规则，并不违背税法原理。

实务中，在形成代持关系时，所得税的实际负担，或经过商事契约安排，由转让财产所得的实际归属者承担，这并不违背税法原理，也不侵害税收征管秩序，系商法意思自治的范围。为平衡权利义务，双方或约定实际出资人为税收负担的承担者，这样，代持限售股的企业实质上只是所得税的“纳税”主体，而非“负税”主体。对名义股东征收股权转让所得税，而在转付实际股东环节免征，尊重商法外观和商法秩序，符合实质课税的原理，还尊重了征管效率原则。这在第三人介入交易的诸多交易结构之中，有较多体现。<sup>①</sup> 比如：国税发[1999] 40 号文规定，在拍卖交易中以拍卖人为增值税纳税主体，实际出卖人无须再缴纳增值税；名义借用中，以名义被借用人为增值税纳税主体，实际出卖人无需再缴纳增值税；<sup>②</sup> 电力公司为零散电力销售户代销交易中，电力公司代缴零散户销售电力增值税成为纳税主体；等等。

由此，如能实质性地避免双重征税或者双重不征税，按照商法的外观确认纳税主体，未尝不契合税法实质课税原则。不过，39 号公告将企业代持的限售股严格限定为股权分置改革造成的限售股，从税法原理上讲，将这一规则扩充至股权转让领域，亦存在扩充且广泛适用的法理依据，符合税法评价的公正原则。不过，实际投资人<sup>③</sup>如果是法人、自然人、居民纳税人或者非居民纳税人，情况会纷繁复杂且千差万别；如果实际投资人与实际受益人不一致，比如信托交易结构，则情况更加复杂。另外，39 号公告的规定还会导致税收征管漏洞的存在：如果代持股份的企业发生亏损，那么企业无需就转让限售股所得纳税，

① 滕祥志：《复合交易的纳税主体认定》，《中国税务报》2013 年 5 月 15 日。

② 滕祥志：《破解增值税发票管理困局的实践、制度与法理——以再生资源行业为例》，《税务经济研究》2013 年第 3 期。

③ 崔晓静：《国际税收透明度同行评议及中国的应对》，《法学研究》2012 年第 4 期。

实际出资人因此可逃避转付的所得收入的税款，此不赘述。

结语：有关限售股涉税问题的税法评价必须秉承实质课税的原则，借助交易定性的税法分析工具，在交易的法律外观与交易实质相悖时，发掘交易背后的经济实质，以实现公正的税法评价。通过上述分析，可以得出如下结论：

第一，限售股股东向流通股股东支付的对价性质上属于违约金，在税法上，其具有应税“所得”的性质，应纳入税法规制范围。之所以对其免征所得税，是出于宏观调控的政策考量。

第二，限售股解禁之后，其有偿转让行为属于有价证券的买卖，属于营业税征税客体。另外，企业将减持限售股的收益转付给实际自然人出资人，在转付环节实际投资人

免征所得税，源于其代持关系背后的委托合同关系。

第三，限售股股权收益权信托的实质为未来收益权之权利质押并融资行为，应按照借款合同缴纳印花税。否则，若依交易外观以股权转让合同贴花，将严重侵害纳税人的税收利益，违背实质课税之公平正义原则。

本文作者：北京大学政府管理学院法学博士，中国社会科学院法学研究所商法学博士后；中国社会科学院财经院税收研究室副研究员，中国社会科学院财税法案例研究中心主任；兼中国人民大学公共政策研究院政府管理创新研究中心研究员，中国税务学会第四研究部学术委员

责任编辑：赵俊

## The Application of Tax Law on Transfer of Sale-Restrictive Shares from the Perspective of Transaction Characterization

*Teng Xiangzhi*

**Abstract:** In different phases of the reform of share rights splitting, there are many tax issues concerning sale-restrictive shares still under heated debating in the theory and practice circle. On judging whether the consideration belongs to taxable income or not, whether one should pay business tax on transferring sale-restrictive shares, who is the taxpayer when transferring income acquired by transferring shares from corporate shareholders on behalf of the individuals and what is the nature of the trust of the right to equity interests, the tax authorities should insist on the principle of substantial justice, using transaction characterization and the principle of substantial justice to analyze these problems related to ascertainment of the taxpayer, existence and true nature of tax object so as to realize fairness and justice in the application of tax law.

**Keywords:** sale-restrictive shares; the application of tax law; transaction characterization; existence and true nature of tax object