

私募股权投资基金税法问题研究

吕海宁

(大连海事大学 法学院 辽宁 大连 116026)

摘要:私募股权投资基金(PE)是一种成熟的投资模式。为鼓励投资者采用,各国都通过科学合理的税收制度以及税收优惠政策加以鼓励和支持。笔者的分析和论述跳出税法本身,从商法的视角研究了我国私募股权投资基金税收制度,提出了与商法相契合的改进建议。

关键词:私募股权投资基金; 所得税; 营业税; 印花税; 增值税

中图分类号: F832.48 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-176X(2013)01-0073-05

私募股权投资基金(简称PE)是发源于20世纪40年代美国的一种投资工具。在商法领域里,它的法理基础源自于信托制度,即PE的主体通过签订法律协议,投资人将货币资产转移于管理人并交由其进行管理,形成信托法律关系,而信托的精髓就在于它转移并分割所有权的设计^[1],PE作为一种基金财产具有信托财产独立性,投资人根据协议可以指定自己或第三人为受益人,享有基金财产的收益权,管理人对投资人负有高度信义关系。因此,在这个过程中形成的以财产转移为基础的现金流转,就理所当然成为现代税法课税的对象。然而PE的运作过程是极其复杂的,如何确定课税对象避免重复纳税就成为税法和有关PE法律制度共同要面对和解决的问题。

一、税法与商法下PE制度间的差异与互动

1. 税法和PE制度在理论上的差异

PE税收的核心问题是课税要素,此乃重中之重,课税要素是国家征税必不可少的要素,是国家有效征税必须具备的条件^[2],一般包括征税主体、征税客体、税目和征税依据、税率、税

收特别措施、纳税时间和纳税地点等。PE是非常复杂的商事行为,其全部过程包括财富增加时、财产权转移时、财产持有及特定使用时等情形。笔者认为,清晰界定PE税制中的课税要素,并在实践中严格参照执行,是完善信托投资税收理论司法实践的关键和重点。同时,也应当考察商法中有关PE法律制度的特殊性。

PE的法理基础是信托原理。信托行为是以信托财产为标的,由负担行为和处分行为共同组成^[3]。信托关系产生后,信托财产在法律上的所有人与财产的受益人相分离,换言之,信托财产的转移并没有发生,信托财产的收益属于受益人,当然受益人是由委托人指定的。信托法律制度来自英美法系,其本质特征是双重所有权。PE是在信托原理基础上的一种变形,目的在于实现资金资源的合理化配置和资本的专业化运作,是在追求最大化财产收益的同时尽最大可能地降低风险的一种投资模式。投资人将资金作为信托财产转移给公司或合伙组织,但这种转移仅仅是名义上的转移,他们作为受托人以所有者的身份管理财产,所获得的收益归属于投资人指定

*

收稿日期:2012-11-21

基金项目:辽宁省教育厅项目“民营企业转型中风险规避与生存对策研究”(W2011117)

作者简介:吕海宁(1980-),女,辽宁大连人,讲师,主要从事国际商法研究。E-mail: haininglv@126.com

的受益人。由于名义上所有权与实际所有权相分离的独特的法律构造,使得作为信托财产的股权在当事人之间流转所形成的权利义务关系已经超越了大陆法系中传统的“一物一权”原则,信托财产形成后无法在大陆法系中找到相应的位置,因此导致信托财产和信托行为的法律性质在大陆法系国家中一直争议不断。信托行为中的财产转移是一种形式上的财产转移,受托人取得了财产但并未获得信托财产的收益,我国台湾学者将其称为形式上之转移,指行为人有财产处分行为,但财产取得人并未真正取得经济利益,其转移仅为名义上或回复财产行为^[4]。作为PE的投资公司或有限合伙组织也仅是投资资金的名义上的所有权人,不享有收益权。

根据税法的基本原则和课税机理,税法上纳税义务的发生仅考虑经营行为的表象,仅以经营者的行为外观作为判断标准,即只要发生了财产转让的经营行为,就认定为具备了课税要件,发生了纳税义务。但商法中的信托制度产生的初衷是为了避税,其模式不同于普通商事行为,呈动态形式存在,运行极为复杂且灵活多变,涉及很多不同的税种。以所得税为例,税法中的所得税顾名思义以所得额为课税对象。税法下的PE所得税中的“所得”显然与商法下的PE制度中的股权基金所有权和收益权存在着很大的差异。税法以直观的角度确定纳税主体为受托人投资公司或合伙组织。这样,税法与商法的差异就显现出来。在商法中更强调股权和收益的法律性质,从性质上判断权利的主体,以商法上的私募性质判断PE的真正所有者确定纳税义务人,与税法视域里的纳税义务人是不同的。总而言之,基于相同的经营行为或法律行为,商法上的所有权主体与税法上的所有权主体不是同一主体,必然会导致重复征税。

2. 税法与PE制度在实践中的互动

尽管作为独立财产的PE的商法性质在我国商法学界乃至大陆法系都存有较大争议,一直未能形成主流观点或学说,但并未对PE的商事实践以及税收造成明显的影响。事实上,有关PE的商事法律与税收法律制度之间存在着互动。

鉴于商法中信托制度的高度灵活和天生的避税功能,同时又存在与税法的差异而导致重复征税的问题,因此西方国家经过长期的理论研究和丰富的信托投资实践,创设出了信托税制的基本

原理,解决了重复征税问题。一种为“信托导管论”,另一种为“信托实体论”。英美法系国家采取的是实体论,根据美国《国内收入法典》第641节(b)项规定“除本部分另有表述外,遗产或信托的应纳税收入计算方法应与个人的情况相同。”可见,在美国将信托本身作为纳税人,课税计算也是在毛所得基础上扣除宽免、折旧与损耗等可扣除项目后,按累进税率表的级别分别计算应纳税额的。但是在计算信托应纳税额时,信托在税率表、宽免额和慈善减免等方面和个人均有不同,而其中最核心的部分是J节中确定了分配减免制度,完成受益人和信托之间所得税义务的分配。以日本为代表的大陆法系国家在引进信托制度时,采取的“信托导管论”,主要区别是将信托仅仅作为财产转移的一种通道,信托本身作为纳税主体。两种理论都是在各自的法律体系内,从商法角度对信托制度的定性后创立的税法原则。在英美法系双重所有权体系下,信托本身和受益人就能够同时成为纳税主体,当然为避免重复纳税,美国税法也规定了“分配减免”原则。而大陆法系国家的日本在绝对所有权法律体系框架内,仅将信托看做是财产转移的导管,不作为纳税主体。

此外,以有限合伙模式构建的PE中,关于有限合伙人所持有份额是否应被视为在某国设有机构、场所的问题,我国和美国的税法都没有具体规定,但对当事人来说其重要性是不言而喻的。以我国税法为例,根据《企业所得税法》有关规定,一个外国企业在中国境内设有机构、场所,与该机构、场所有实际联系的境内和境外所得全部以净所得作为基础进行纳税,适用25%的税率,但是,如该外国企业在中国境内没有机构、场所,而有来源于境内的所得,其所得则以毛收入为基础征收预提所得税,法定预提税率为10%,且中国已经同很多国家签订的税收协定进一步降低了预提税率,有时甚至免税。美国也同样存在类似情况,美国的纳税人、法院,甚至立法者面对合伙企业的税法问题时,都会很自然地求助于税法框架外的合伙法,以寻找答案^[5]。显然,税法和商法的边界已经有些灰色地带,它们之间存在着某种互动。

二、PE税收制度与商法原则的统一

为保证我国的PE制度更加符合国际通行惯例,实现税法和商法在原则和法理上的一致性,

鼓励投资人选择技术性强的成熟投资模式。PE 的受益人负担纳税义务与其商法性质的关系极为密切,可以作为二者统一的突破口。

受益人负担原则是指实际受益获利者为纳税人,不实际受益获利者不纳税,避免对名义获益者、名义应税行为进行征税。本着“谁受益、谁纳税”的理念,作为名义信托财产的所有人地位的基金公司或有限合伙组织的受托人,因为不是最终信托利益受益者而不承担信托投资产生税负,相反,作为 PE 利益的享有者以及基金终止后的所有者,受益人理应成为最终的纳税人。有人认为受益人负担原则是“信托导管论”的具体体现,只有“信托导管论”将信托和信托财产定位为委托人与受益人间单纯的财产输送管道,信托中增加之利益被认为已直接由受益人享有,受托人的信托运作不过是信托利益输送的媒介,信托所产生的所得类别即为受益人取得的所得类别^[6],笔者认为略有偏颇,采纳信托实体论的英美法系,信托投资的所得税也是由受益人负担。分析美国的《国内收入法》(Internal Revenue Code, I. R. C.) A 部分的第 1 章的 J 节的有关规定,可以看出,虽然美国的税法将信托视为实体,但为了避免重复纳税,信托可以将其纳税义务通过分配减免(Distribution Deduction)的形式全部或部分地转移到它的受益人的身上,受益人对从信托获得的所得或者是已经确定的权益的所得按照普通方法支付税款,信托仅仅对尚未分配的所得支付税款。由此可以推出这样的结论,受益人负担 PE 的所得税是公平合理的,无论是学理上还是实践中都无争议。

笔者认为税法中受益人负担所得税对于商法中 PE 的定性问题有重大而深远的影响。虽然在大陆法系的商法中,如前所述,有关 PE 的商法性质的争议由来已久,以物权和债权的二分原则、一物一权原则构建的大陆民商法体系是封闭的,对于来自于异域的信托模式均由债权和物权复合而成,于是无法在大陆民商法体系中落户。大陆学者们都尝试着用各种法学方法和理论来解释,至今仍未形成学界主流观点。民(商)法与税法若对同一经济事实加以规范,民(商)法虽较税法提前适用,但其只有时间上之先行性,并无评价上之优先性。税法虽然属于公法,但其与作为私法的商法均在统一于法律秩序之中,公法与私法为相邻平等的法域,统一在宪法价值观

下^[7]。如果以商法之外的税法对 PE 受益人课征所得税为逻辑起点,可以推出 PE 作为一项财产,其所有权人为投资人作为委托人指定的受益人,彰显税法与商法的差异中的相互回应。

三、我国 PE 税收制度现有政策及存在问题

税收负担是影响 PE 发展的重要因素之一,在我国现有的税法以及相关政策体系中,从当前企业应当缴纳的税收种类分析 PE 税收问题,当下 PE 涉及的主要税种是流转税和所得税。具体而言,PE 涉及的税种主要有所得税、营业税和印花税。

1. 所得税

我国的实践中,PE 的设立与运作主要有公司型和有限合伙型两种类型。企业所得税是对中华人民共和国境内企业和其他取得收入的组织,就其来源于境内、境外的生产、经营所得和其他所得征收的一种税。但是,不具有法人资格的个人独资企业、合伙企业不征收企业所得税。因此,不同的企业组织形式亦会导致税负差异,同理,PE 的不同组织形式将会导致其税负有着很大的差别。

公司型的 PE 需要缴纳企业所得税,当然根据公司从被投资的公司、企业中所获得的收入的性质不同,其税率也不同。根据 2007 年《企业所得税法》的规定,股息、红利等权益性的投资收益属于免税收入,不需要缴纳企业所得税;转让股权所获收益,则应并入基金的应纳税所得,依法缴纳企业所得税。此外,股东还需要缴纳个人所得税,个人投资者获得的收益,依据《个人所得税法》的规定,视为利息、股息和红利所得,适用 20% 的所得税率;机构投资者的所得税率如低于或等于基金公司的税率,则应纳税所得额无需缴纳所得税;但如果高于公司基金的税率,机构投资者的税后利润应按规定补缴所得税。如此一来,公司型 PE 事实上存在双重征税的问题。

修改后的《合伙企业法》则明确规定,合伙企业不缴纳企业所得税,由合伙人分别缴纳所得税,这样,有限合伙型私募基金的税负相对较轻,且不存在双重税负问题。

然而,公司型 PE 虽然存在着重复征税的问题,但是根据我国现行的法律规章《关于促进创业投资企业发展有关税收政策的通知》规定:“创业投资企业采取股权投资方式投资于未上市

中小高新技术企业2年以上(含2年),凡符合下列条件的,可按其对中小高新技术企业投资额的70%抵扣该创业投资企业的应纳税所得额。”显然,如果公司型PE符合该《通知》中所称的创业投资企业,就可以享受到巨大的税收优惠政策。有学者提出,同样情况下,只对公司型PE给予大幅度的税收优惠,对于其他类型的PE如有限合伙型而言不公平,但这种观点是值得商榷的。在商法中,有限合伙型PE所依托的组织形式是合伙企业,基于商法理论,合伙企业是没有独立的法人资格,不能独立承担民事责任,需要普通合伙人和有限合伙人根据合伙协议共同承担,因此它本身不能作为缴纳所得税的主体,故它比公司型PE的税率低的多,投资人从合伙企业中分得的收益明显要高于公司。

2. 营业税

营业税是对规定的提供商品或劳务的全部收入征收的一种税,在我国境内提供应税劳务、转让无形资产或销售不动产的单位和个人是营业税的纳税义务人。

投资机构作为提供各种投资服务的专业金融机构,按照现行的税收法律制度,需要按其营业额缴纳营业税。根据《中华人民共和国营业税暂行条例》及其实施细则,金融机构在中国境内转让无形资产要缴纳5%的营业税。但是,由于PE中的资金财产的运行过程非常复杂,可能会经过多次所有权的变动,而现行的营业税则是以应税财产的流转额作为课税依据,每一次的转让均缴纳营业税,这必然就会导致PE在整个运行过程中被重复征收营业税。

3. 印花税

一般来说,印花税是以经济活动中签订的各种合同、产权转移书据、营业账簿和权利许可证照等应税凭证文件为对象所征的税。PE设立时,本质上属于产权书证转移,因此涉及立据人缴纳印花税。在作为受托人的投资机构进行投资运作和管理过程中,受托人就管理、处分信托财产时所形成的应税凭证(包括信托业务管理账簿)要缴纳印花税。信托投资终止环节,受托人将信托财产交还受益人时,也会发生产权转移书据的印花税义务。

如前所述,委托人在PE设立时,将资金财产转移给受托人即投资公司或合伙组织,在PE终止时,受托人再将资金财产转移给受益人,导

致两次转移都被征收印花税。换言之,同一笔所得将被征收两次印花税,如此便加重了信托的税收负担。事实上,依据信托导管论可推知,PE这种表面上的两次转移,一次是形式上的转移,另一次是实质上的转移,实际只相当于一次真实转移。

PE的现有税收政策法律中并未考虑到商法中基于信托制度设立的PE的所有权二元性特质,导致重复征税问题严重,主要表现在两个环节:一是PE设立时,就投资人资金财产转移产生的纳税义务与PE终止时的纳税义务重复;二是PE存续期间产生的所得税纳税义务与收益分配时产生的所得税纳税义务相重复。此外,税收优惠政策的单一,也不利于鼓励投资人充分利用已经成熟的技术性投资模式,导致其在投资市场中发挥的作用非常有限。

四、完善我国PE税收法律制度的建议

1. 消除PE中的重复纳税

对于PE税收法律制度而言,首先要解决的问题就是重复征税,亦可谓重中之重。世界各国将投资税制,尤其是以信托制度设立的投资模式的重点都放在避免投资的设立、存续和终止等诸多环节发生多重征税上,均有明确的税法规定,将纳税义务进行公平合理的分配,以最终实现税负的“无增无减”,契合现代税法的精神。各国都围绕避免重复征税做了详尽的制度设计。例如,在英美法系国家普遍以收益是否归属于受益人为标准,将投资收益区分为受托人(或信托)收益与受益人收益两种,由受托人和受益人分别负担所得税义务,从而避免重复征税现象。日本则直接在信托税收法律中规定“信托财产不属于受托人的财产,由信托财产所产生的信托收益,在税法上直接视为是受益人的权益。”因此,对受益人课税而不是对受托人课税,也不是对信托课税,有效地避免了重复征收所得税现象的出现。

可见,从各国的经验看,对于所得税的重复征税问题的解决关键在于坚持受益人负担PE所得税的原则。无论是公司型还是合伙型的投资机构,投资人以合同形式将资金转移给投资机构,由投资机构负责运作管理,并依照合同收取服务费,所获得的收益归属于投资人指定的受益人。因此PE仅是一个虚拟的主体,依前述导管论解释,它仅仅是一个连接投资者和投资机构的“中

介”而已,根据实质课税原则,由受益人就所得税缴纳税收,重复征税即可避免。

信托财产转移过程中还可能涉及契税、印花税等,仅凭受益人纳税原则无法消除课税环节重复的问题。依据“一元所有权”原则,委托人在信托设立时将信托财产转移给受托人,在信托终止时受托人再将信托财产转移给受益人,两次转移都应当缴纳相关的税收,加重了信托的税收负担。从信托导管论可知,信托资金这种表面上的两次转移,实际上只相当于一次真实转移,因此应当避免对名义转移行为的课税,当委托人与受托人订立资金信托合同时免于缴纳,仅在受托人与被投资企业签订合同时缴纳税收,从而消除重复征税^[8]。

2. 扩大税收鼓励政策的范围

当前税收优惠政策局限性明显,我国目前仅有对公司型PE的税收优惠政策。笔者认为应当扩大鼓励政策的范围,扩及到投资人,给予投资人一定的税收优惠或减免税负,调动投资人的积极性,以税收优惠鼓励投资者或自然人投资人参与这种技术性强且成熟的投资模式,从而在一定程度上解决民间投资中出现的问题。高利息的放贷是一种低级的投资模式,加之没有法律保障,风险非常大,国家的监管难度也非常大。而科学化、技术性较强的成熟投资模式,能够将投资风险降到最低。美国税法对参与私募股权投资的投资人给予了很多税收优惠,如对于风险投资中遭到的任何资本损失,都可以冲抵其一般收入,从而减轻投资人的税收负担,降低投资风险。这一鼓励性的税收政策给了我们很好的启示。

3. 适时将征收营业税改为征收增值税

日前召开的国务院常务会议,决定扩大营业税改征增值税试点范围,尽管还没有扩及到金融投资行业,但是势在必行。本文不从技术层面讨论和研究关于PE的营业税改征增值税面临的问题,仅从应用角度论证。

首先,对PE改征营业税为增值税避免重复征税。PE中的资金财产在其运行中两次所有权的变更中,其中第一所有权变动仅是形式上的转移,并且就资金财产本身来说对于企业投资人或投资人没有增值或赢利。

当然,有学者提出营业税重复征税的方案:信托终止环节,在自益信托情况下,信托财产分配不属于销售或视同销售行为,因此无论受托人

还是委托人均不负有流转税纳税的义务。在完全让渡信托的情况下,信托财产向受益人的分配仅仅是赠予行为的完成,其流转税已按照发生主义原则在信托设立环节征收完毕,因此财产在此环节的转移也不应缴纳营业税或其他流转税^[9]。对于这个观点,笔者不能苟同。这仅是对于信托类投资的权宜之计,从PE的基本原理以及长远发展看,改征增值税是彻底解决之道。

其次,可借鉴各国的成功经验。在英国,如果受托人经营企业并提供应缴纳增值税的应税货物或劳务,如果应税收入额超过49 000英镑,则应缴纳增值税。在日本,其消费税就是国际上通常意义上的增值税。信托财产从委托人到受托人的转移本身不征消费税;由于信托财产被认为是属于受益人所有,所以用实物方式收到的收益也无须缴税;支付给专职受托人的报酬应缴纳消费税^[9]。有鉴于此,我国也应当遵循这一国际上的新规则。

最后,从金融投资行业的整体视角看,如果金融业改征增值税,则前面环节税款得以在金融业中抵扣,而金融业作为生产性服务业,也还会使增值税抵扣的链条延续下去。

参考文献:

- [1] 方嘉麟. 信托法之理论与实务[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2004. 2.
- [2] 张守文. 税法原理[M]. 北京: 北京大学出版社 2009. 43.
- [3] 中野正俊. 信托法[M]. 张军建译. 北京: 中国方正出版社 2004. 46.
- [4] 郑俊仁. 信托税制与实质课税原则[J]. 月旦法学 2002 (1): 50.
- [5] 崔威. 外商投资境内合伙企业的税法分析[J]. 环球法学评论 2009 (6): 131.
- [6] 余巍. 信托投资税收法律问题研究[D]. 重庆: 西南政法大学硕士学位论文 2007. 33.
- [7] 葛克昌. 税法基本问题(财政宪法篇)[M]. 北京: 北京大学出版社 2004. 162.
- [8] 安体富, 李青云. 英、日信托税制的特点及对我们的启示[J]. 涉外税务 2004 (1): 39-43.
- [9] 张建棣. 信托收益所得税法的比较与借鉴[A]. 刘剑文. 财税法论丛(第二卷)[C]. 北京: 法律出版社 2003. 276.

(责任编辑: 巴红静)