

金融法学文库

刘志云 主编

金融衍生工具 交易所得课税 问题研究

杨春娇 著



FINANCIAL
LAW

金融法学文库

刘志云 主编

集美大学学术著作出版基金资助出版

金融衍生工具 交易所得课税 问题研究

杨春娇 著



FINANCIAL
LAW

法律出版社 LAW PRESS • CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

金融衍生工具交易所得课税问题研究 / 杨春娇著
—北京:法律出版社,2016.9
(金融法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9867 - 8

I . ①金… II . ①杨… III . ①金融衍生产品—所得税
—课税—税法—研究—中国 IV . ①D922.222.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 194232 号

金融法学文库

金融衍生工具交易所得课税问题研究

杨春娇 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 17.25 字数 260 千

印次 2016 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9867 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

金融作为现代经济的核心,具有优化资源配置,调节经济运行之功效,其资本运作良善与否甚至关乎社会稳定的实现。基于此,金融业的发展成为各国政府关注的重中之重,而通过制度供给促进金融业的良好发展也成为普遍并可行的路径。在此背景下,金融法研究乘势而起,成为近世之显学。兴起虽晚,却生机勃勃,在深入汲取相关部门法的理论积淀的同时,也广泛容纳各种跨学科知识与方法,并探求自身内省性之品格,最终成就如今的这个底蕴深厚、逻辑自洽的新兴学科体系。

我国金融法的产生和发展伴生于改革开放的推进,经济体制转型的既有进路,型构了中国金融法制变迁之现实。虽然西方先验逻辑提供的立法技术素不匮乏,但我们真正所要面对的,却是如何让成熟的技术真正地契合本国的现实国情,发挥其应有的功效。内生金融交易秩序的制度根基的缺乏,曾使得中国金融法制在本土化复归的路途中一再迷失。同时在另一方面,全球化的推进,又敦促着中国必须及时完成经济转型,早日实现我国金融市场与国际金融市场的有效对接,从而更是加剧国内金融法制的发展困境。对于从事金融法研究的学者而言,任务艰巨如斯,前路漫漫,任重而道远。当然,

恰逢这一转型之历史路口的吾辈,能直面历史之转折,兢兢业业,矢志科研;鉴前世之兴衰,考当今之得失;博观而约取,厚积而薄发。显然,从一个视角观之,这是一种幸运。

“千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金。”厦门大学法学院是全国较早开展金融法教学和科研的单位之一。早在2005年,便开始挂靠其他专业博士点招收“金融法”方向的博士研究生;2006年,在厦门大学获得法学一级学科硕士、博士学位授予权的基础上,设立经济法博士点,金融法研究成为主要招生方向之一;2010年12月,厦门大学法学院正式成立金融法研究中心。近年来,金融研究中心的学术团队承担了大量的国家级与省部级科研项目,并相继出版与发表大量的学术专著与专业论文,在国内开始产生一定的影响。而今,金融法研究中心日益壮大,已经形成一支老中青相结合的优秀学术团队,并成为我国金融法高层次专门人才的重要培养基地之一。

“非学无以广才,非志无以成学。”为了进一步推动金融法研究中心的学科建设以及促进国内金融法研究的繁荣,我们于2014年起决定编辑出版连续性的《厦门大学金融法学文库》。期以“前沿意识、精品理念”为指导,以系列学术专著、译著的形式,集中展现我国金融法领域的专题研究成果,促进学术繁荣和理论争鸣。“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之名,不托飞驰之势,而声名自传于后。”诚如斯言,我们期以本文库作为思想传播之媒介,学术交流之平台,博学审问,慎思笃行,自由争辩,自察自省,通过严肃认真的学术讨论和学术批评,推动金融法研究的不断创新。

在法律出版社的支持下,2016年伊始,《厦门大学金融法学文库》正式更名为包容性更大的《金融法学文库》。本文库稿件来源不限于金融法研究中心的学者、校友,而以最大的诚意广泛征集海内外金融法专著、译著。当然,我们亦知,就整个金融法研究而言,本文库仅为沧海一粟。庙廊之才,非一木之枝,希望能与学界同仁相濡相闻,砥砺共进。

是为序。

刘志云

2016年7月22日

缩略语表

缩写语	英文全称	中文全称
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision	巴塞尔银行监管委员会
CTA	Corporation Tax Act	公司税法
CPDI	Contingent Debt Instruments or Normal Contingent Payment Debt	或有支付债务工具的税收条例
ERTA	The Economic Recovery Tax Act	经济复苏减税法案
FASB	Financial Accounting Standards Board	美国财务会计准则委员会
FRS13	Derivatives and Other Financial Instruments; Disclosures for Banking and Similar Groups	金融衍生工具和其他金融工具;银行和类似机构的披露
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act	海外账户税收遵从法案
FSA	Financial Services Act	金融服务法
GAARs	General Anti – avoidance Rules	一般反避税规则
HMRC	Her Majesty’s Revenue and Customs	税务海关总署
HIRE	The Hiring Incentives to Restore Employment Act	鼓励聘雇恢复就业法案
IAS	International Accounting Standards	国际会计准则
IAS32	Financial Instruments; Disclosure and Presentation	国际会计准则第 32 号——金融工具;披露与列报
IAS39	Financial Instruments; Recognition and Measurement	国际会计准则第 39 号——金融工具;确认和计量对金融工具披露
IASB	International Accounting Standard Board	国际会计准则理事会
IASC	International Accounting Standard Committee	国际会计准则委员会

续表

缩写语	英文全称	中文全称
IBFD	International Bureau of Fiscal Documenta- tion	国际财政文献局
IFA	International Fiscal Association	国际财政协会
IFRS	International Financial Reporting Standards	国际财务报告准则
IFRS7	Financial Instruments; Disclosures	国际财务报告准则第7 号——金融工具:披露
IRC	Internal Revenue Code	国内收入法典
ISDA	International Swaps and Derivatives Associ- ation	国际掉期及衍生工具协会
JCT	Joint Committee on Taxation	美国税务委员会
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development	经济合作与发展组织
TOFA	Act Taxation of Financial Arrangements Act	金融安排纳税条例

绪 论

一、问题的缘起与研究价值

(一) 问题的缘起

近年来,金融衍生工具呈现爆炸式的扩张,在提高融资本整体流动性的同时,借助一套自成体系的风险定价和风险转移机制,实现金融市场参与者之间收益与风险的重新分配,并客观推动了金融资源配置的优化。然而,由金融衍生工具引发的2007年全球金融危机,带来了全球经济萧条,造成许多国家预算紧缩、赤字暴涨。为回应这一挑战,加强金融衍生工具监管被大多数国家提上立法议程。^① 金融衍生工具具有广泛适用和易于复制等特性,投资者可以借此通过大量的减税策略,^②获取税收套利的潜在机会,如纳税主体利用金融衍生工具,将本应适用高税率的时间价值回报(如普通所得)转换为适用低税率的风险回报(如资本利得),以及推迟收入

① 如针对目前美国立法举措进行探讨,See Sewell Chan,After Health Care Win,Democrats Put Financial Overhaul at Top of Agenda,*N. Y. Times*, 2010-03-25(B3);关于欧盟当前的改革方案的讨论,See Sam Jones,et al., Call for Derivatives Rules Reform,*Fin. Times*,2010-03-11(2)。

② 如通过签订一份涉及购买资产协议与远期出售合约来转换交易的性质。

的确认或加速费用的扣除等,这些税收套利行为最终会侵蚀国家的税基。^①如此一来,米勒(Miller M. H.)的观点再度得到验证,即税法规制是推动金融衍生工具不断创新的主要因素,金融创新的成功源自减少税赋和逃避管制的强烈渴望。^②因此,为缓解预算紧缩导致的财政失衡,政府往往借助税收这一调控工具强化对金融衍生工具的监管,^③但这又会带来抑制金融创新、降低市场效率的风险,因此,如何在降低税收规避诱因与鼓励金融创新、提高市场效率之间寻找到平衡点,成为实务界、学术界和立法者共同关注的焦点。^④

1. 金融衍生工具对各国税制带来巨大挑战

自20世纪80年代以来,金融管制的放松使金融市场的自由化和全球化程度进一步加深,金融衍生工具在金融市场的认可度与日俱增;加之计算机技术的飞速发展和金融理论的逐渐突破,大量金融衍生工具不断推陈出新以图摆脱原有监管的各种束缚。投资者在传统交易和合成工具之间徘徊,除了投资回报和风险化解之外,他们还特别关注金融衍生工具的相关税制。一方面,基于税收利益的驱动,投资者在运用金融衍生工具进行风险管理时,可能会利用相关金融衍生工具交易所得税制的缺漏,在不改变其经济特性的同时设计出不同架构(风险与报酬)的金融工具,从而套取税收利益。另一方面,不同国家和地区的国内税收规范针对金融衍生工具交易所得制定的税收规则尚未达成一致,不仅使投资者利用国内、国际税收规则的不对称性进行税收筹划或税收规避的空间得到拓展,更可能会造成法律或经济双重征税或双重不征税的现象,^⑤进而扭曲单次征税原则。^⑥对此,有

① Warren A. C., Financial Contract Innovation and Income Tax Policy, *Harvard Law Review*, 1993, 107(2), pp. 470 - 473.

② Miller M. H., Financial Innovation: The Last Twenty Years and The Next, *The Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 1986, 21(4), pp. 459 - 471.

③ 多数国家在金融衍生工具交易课税方面取得普遍的共识足以表明税收作为财政收入的一个重要手段。

④ Raskolnikov Alex, *Reforming the Taxation of Derivatives-An Overview*, *Columbia Law and Economics Working Paper No. 372*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596909, 2013 - 03 - 04.

⑤ Jacob Friedhelm, German Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-border Transactions, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000, 54(8/9), p. 443.

⑥ 单次征税原则作为国际税收体系的两大基本原则之一,要求对来自跨国交易所得只应被征一次税,即不能多次征税,也不能不征税。See Avi-Yonah R. S., *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 3.

学者认为,大多数的金融衍生工具创新是源于税收因素的影响,任何一次成功的创新都会以节税的方式为使用者带来直接的好处。^① 国际清算银行1988年的调查显示,税收制度是影响金融创新实践的首要因素,这使前文中的观点进一步得到验证。因此,当大量金融衍生工具被用来管理金融风险时,如何保持税法体系的连贯性和一致性,将是立法者和税收征管者面临的重大挑战。^②

综观金融市场的不断渗透融合、资本跨国流动的加速,金融衍生工具交易的日趋复杂性与多样性、参与主体的多元性与运用方式的灵活性,给我国金融税制带来巨大的挑战。当前我国的金融衍生工具税收法律制度,在立法上仍处于空白状态,即便是现行的税法规范,也基本上是依据金融工具的二元形态^③(即基于权益产生的股息与基于债务产生的利息)分类基础而建构的,这种税收制度远远滞后于金融市场发展的步伐,难以为投资者提供合理稳定的税负预期。一方面会诱发投资者利用潜在的税收“漏洞”,采取大量的非激励性金融创新策略,造成国家税收收入的减少与资本市场的运行机制的扭曲;另一方面也使投资者背负着巨大的税收风险,造成纳税主体之间的税收不公平,有违税收中性原则。此外,这种“缺漏”也对我国金融税制的设计和税收征管带来诸多难题:在瞬息万变的经济活动中纳税主体的认定、所得性质的识别,课税时点的确认、税基的量化、税率的确定以及跨国税收管辖权的协调等。因此,立足现实设计出适合我国实际情况的金融衍生工具交易所得税法规范和制度框架,无疑是金融衍生工具税法理论研究中一个不可回避的课题。

2. 利用金融衍生工具避税成为国内外税法学高度关注的议题

考察国际金融衍生工具的发展史可知,金融衍生工具的价格发现和避险功能有助于实现金融市场参与者之间收益与风险的重新分配,进而提高

① [美]莫顿·米勒:《金融创新与市场的波动性》,王中华、杨林译,首都经济贸易大学出版社2002年版,第10页。

② Jeffrey M. Colon, Financial Products and Source Basis Taxation; U. S. International Tax Policy at the Crossroads, *University of Illinois Law Review*, 1999(3), p. 775.

③ 税法领域的二元形态往往是沿用或借用国内民法或公司法的分类形态,此问题可以延展到国际税法层面。

金融资源配置效率,推动国际金融市场发展。根据国际清算银行(BIS)统计,截至2013年6月底,全球金融衍生工具的场外市场持仓名义金额已达693万亿美元,其中,668万亿美元来自13个国家的交易商所提供的半年期调查报告,25万亿美元来自另外34个国家的交易商所提供的三年期调查报告。^①一般而言,金融工程师对金融衍生工具的熟练程度远远超越税务机关和立法者,纳税主体经常利用金融衍生工具的易于复制、解构、重构等特性来设计金融衍生交易,以期通过改变所有权结构、所得性质、课税时点、所得来源地等因素,降低本应承担的税负并有效规避税收征管。因此,一些跨国公司经常单独或者综合利用金融衍生工具,作为其激进性税收筹划(Aggressive Tax Planning, ATP)的一项策略。正如谢泼德(Sheppard)所言,“在公司避税策略讨论中(税务执业者不愿谈论,财政报告也只是拐弯抹角地提及),有90%会涉及金融衍生工具,即利用金融衍生工具作为避税手段”。^②2007年雷曼兄弟投资银行破产一案,进一步曝光金融机构如何利用现行税制的缺漏,设计新型的金融衍生工具帮助其客户从事大量的避税活动而不被税务机关所察觉。^③劳卡南(Laukkanen)进一步指出,税收滥用和避税是金融衍生工具不断创新的两大诱因,也容易引发不同政治家对其课税的税收政策的政见分歧。^④据2008年美国参议院调查结论,在过去十年中,美国华尔街的杰出金融机构所精心设计的“衍生品噱头”(derivatives gimmicks),使联邦税收至少每年损失1000亿^⑤美元。^⑥然而,这些问题大部分仍被隐蔽在公众和监管的视野之外,极大地诱惑着金融衍生工具的设置

① BIS, *OTC Derivatives Statistics at End-June 2013*, http://www.bis.org/publ/otc_hy1311.pdf, 2013-12-01.

② Lee Sheppard, *Slow and Steady Progress on Corporate Tax Shelters*, *Tax Notes*, 1999, 19 (7), p. 9.

③ Levin Carl, *Coleman Norm, Dividend Tax Abuse: How Offshore Entities Dodge Taxes on U. S. Stock Dividends*, <http://www.levin.senate.gov/imo/media/doc/supporting/2008/091108DividendTaxAbuse.pdf>, 2014-01-15.

④ Laukkanen Antii, *Taxation of Investment Derivatives*, Amsterdam: IBFD, 2007, p. 234.

⑤ 每年1000亿美元的损失是由多数税收研究专家估算而来。See Guttentag Joseph, Aviyonah R. S. Closing the International Tax Gap, Max B. Sawicky, ed. *Bridging the Tax Gap: Addressing the Crisis in Federal Tax Administration*, Economic Policy Institute, 2006, pp. 45-48.

⑥ Bernhard Warner, *Wall Street Tax Dodge*, *Slate Magazine*, 2008-09-19 (Business).

计者和开拓者。^① 2013 年,谷歌、苹果、亚马逊和星巴克等跨国公司相继被证实一直以来享受着较低的有效税率;^②再如,有数据表明,金融机构与大中型企业正在大量运用亿万美元“税后对冲交易”(after-tax hedging)^③的激进性的税收筹划方式。^④ 上述冒险性的税收筹划,不仅严重破坏了国家的税收收入、税收主权和税收公平,也扭曲了金融资源的有效配置。^⑤ 这些事件进一步激发税法理论界对有关跨国公司的利润转移和避税问题的讨论,也促使一些国际组织将跨国公司的所得课税问题列为国际税收政策的首要议程。正如甘米(Gammie)所言,通常情况下,金融工具一旦危及一国的税基,政府会立即采取行动,^⑥并确保所采取的行动足以防止因税收体制“黑洞”所造成的税收流失。对此,有些国家如美国呼吁应对金融衍生工具课税进行根本性的变革。^⑦ 一些国际组织如二十国集团(G20)在 2012 年 6 月洛斯卡沃斯(Los Cabos)的首脑会议上强调,有必要对跨国公司利润转移和避税采取行动。随后,经济合作与发展组织(Organization for Economic

① Raskolnikov Alex, *Taxation of Financial Products: Options for Fundamental Reform*, *Tax Notes*, 2011, 133 (12), p. 1550. 此外,美国的 JCT 2011 报告就是一个很好的例证。See JCT, *Present Law and Issues Related to the Taxation of Financial Instruments and Products* (JCY - 56 - 11), <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=4372>, 2013 - 06 - 05.

② 据报道,谷歌、苹果等跨国公司对其国外利润仅缴纳 3% 和 1% 的税收。See Hugh J. Ault, *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*, *Tax Notes International*, 2013, 70 (12), p. 1196; See also Sullivan M. A., *Economic Analysis: Should Tech and Drug Firms Pay More Tax?* *Tax Notes International*, 2012, 65, p. 655.

③ 一般而言,税后对冲交易由具有反向操作的持仓部位组成,并考虑对冲前后两笔交易的税收待遇;因此,在税后对冲交易中,与一方有关的风险通常会被另一方的对冲交易所中和。

④ OECD, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, http://www.oecd.org/ctp/aggressive/after_tax_hedging_report.pdf, 2014 - 02 - 02.

⑤ 诸多学者曾就跨国公司利用金融衍生工具进行激进税收筹划所带来的危害做出评论。See Edward D. Kleinbard, *Equity Derivatives Products: Financial Innovation's Newest Challenge to the Tax System*, *Texas Law Review*, 1991, 69 (5), p. 1321; See also Schizer M. David, *Balance in the Taxation of Derivative Securities: An Agenda for Reform*, *Columbia Law Review*, 2004, 104 (11), p. 1888.

⑥ Gammie M., *The Source Taxation of Derivative Financial Instruments*, "Synthetic Securities", *Financial Hedging Transactions and Similar Innovative Financial Transactions*, *Derivatives & Financial Instruments*, 1999, 1 (5), p. 233.

⑦ 美国参议院财政委员会和美国众议院委员会曾在 2011 年 12 月 6 日举行了“税收改革和金融产品的税务处理”联合听证会。<http://www.finance.senate.gov/newsroom/ranking/release/?id=0156b7fe-ad50-4388-b2a1-fc288eea66dc>, 2013 - 11 - 12; See also Raskolnikov Alex, *Taxation of Financial Products: Options for Fundamental Reform*, *Tax Notes*, 2011, 133 (12), p. 1549.

Cooperation and Development, OECD) 于 2013 年先后颁布《税基侵蚀和利润转移》报告 (Addressing Base Erosion and Profit Shifting, BEPS)^① 和《关于税基侵蚀和利润转移的行动计划》(Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting)^②。目前, 西方国家普遍面临预算赤字与财政能力之间紧张的问题, 税收作为财政保障的基石, 正是缓解财政紧缩的一项有效策略。各国政府意图改变对金融衍生工具交易课税^③的策略, 并反复重申应加强国际政府间的税收合作,^④ 在全面衡量来源地国和居民国之间税收均衡的基础上, 力求消除或减少双重征税和双重不征税的情形。然而, 一直以来学界对上述问题鲜有深入的研究成果面世, 如何有效解决这些问题始终是学术界和立法者关注的焦点。^⑤

考察我国, 2010 年 4 月 16 日, 沪深 300 股指期货正式上市交易, 按照成交额每天 1800 亿元至 2800 亿元计算, 预期股指期货将为券商带来 163.4 亿元至 254.1 亿元的收入。^⑥ 2011 年 4 月 1 日, 人民币期权交易正式启动, 同年 5 月人民币期权共成交 25 笔、金额 1.2 亿美元。^⑦ 如此庞大的交易所得是否课征所得税, 以及应依何种所得类型进行课征、避险交易损失能否扣除等诸多问题, 一直困扰着税法理论界与实务界。

3. 金融衍生工具税制构建中相关理论的匮乏和立法的缺失

不论国外还是国内, 法学界对于金融衍生工具课税的研究远不如金融学界和税收学界来得敏感和深入。固然, 税法因其相对稳定性, 确实和金融领域的更新与演进有相悖之处; 但是, 税收不仅作为保障国家财政需要而存

① OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD, 2013.

② OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD, 2013.

③ 对金融衍生工具交易征税不仅包括所得税、交易税和流转税, 由于后两者不在本书的探讨范围之内, 故不展开。

④ 如 2012 年 6 月在墨西哥洛斯卡沃斯举行的 G20 财政部长会议, 随后 2013 年 2 月 OECD 公布了《税基侵蚀和利润转移》(BEPS) 报告都表明了政府间应联合应对税基侵蚀和转移定价的立场。

⑤ Raskolnikov Alex, *Reforming the Taxation of Derivatives-An Overview*, *Columbia Law and Economics Working Paper No. 372*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596909, 2013-03-04.

⑥ 钱满旻:《融资融券预期造好券商期货股》, 载《上海证券报》2010 年 1 月 9 日第 1 版。

⑦ 高国华:《交易量持续上升, 银行间市场人民币外汇衍生品交易活跃》, 载《金融时报》2011 年 6 月 11 日第 1 版。

在,更是国家“有形之手”,^①税法理应对金融衍生工具不断发展所引发的变革做出回应,以期实现社会财富再配置正义的功能。是故,在金融全球化的当下,金融自由权与税收制度常常处于深沉的张力之中,当我们的研究视野由抽象的法学、经济学理论层面拓展到税法的具体制度设计时,如何借助金融衍生工具交易所得税的制度安排,在实现税法公平、保证国家税基与兼顾金融自由权之间达到适度的平衡,便是目前一个亟待解决的重要命题,也是本书寻找的终极答案。

(二) 选题价值

有关金融衍生工具课税制度的研究逐渐成为人们关注的焦点,但综观现有以金融衍生工具课税为题的研究成果,对金融衍生工具的特性以及由此引发的税收问题着墨不多,且局限于从纯粹的国内法层次探讨金融衍生工具的应对策略。有些研究虽对国外先进税收制度和税收条约进行探讨,但在跨国交易和来源地国与居民国的税收管辖权共存的背景下,探讨金融衍生工具交易所得的课税规则,如何突破权益与债务的二元税法框架体系,实现宏观与微观的结合,并提出相应可行的改革方案的研究尚付阙如,并未形成理论化、系统化的研究体系和成果。因此,本书拟在整合金融衍生工具交易所得课税的基础理论的同时,探寻金融衍生工具所得税制的演变历程,并对有关金融衍生工具交易的纳税主体、所得性质的分类、课税时点和税基的量化等议题进行深入的探讨;并在此基础上,论述跨国金融衍生工具交易所得的征税权分配规则;最后立足我国金融市场和税法环境,结合我国金融衍生工具税收立法的现状,建议采用混合式的立法模式,并落实到微观层面上的金融衍生工具税制的具体构建原则和完善路径,以弥补目前此领域研究的不足。

此外,对金融衍生工具课征所得税时,无论是技术层面还是征管层面都会面临极大的挑战,故通过对金融衍生工具交易所得税制所应遵循的一般原则、立法模式的选择直至具体金融衍生工具税制的完善的研究,为相关的税收政策制定者建立一套公平有效的课税规则奠定了基础。这不仅有利于为投资者和相关的市场参与者提供更明确的税收负担预期,也是金融市场健康发展中必须解决的重大理论和实践问题。

^① 税收通常作为国家干预市场的重要工具之一,对市场经济发挥着重要的作用。

二、国内外文献研究评述

相关文献的梳理,在某种程度上不仅可以凸显出本论题研究的学术价值和现实意义,也有助于日后的深入研究和相互交流。有关金融衍生工具交易所得税问题的研究,主要围绕其交易的纳税主体、所得的分类、所得的来源地、所得的课税时点等议题展开。这些议题的探讨,一般可归纳为如下:一是来自金融衍生工具交易所得是否属于应税所得;二是在前述条件成立时,其收入和损失应如何、何时予以确认。^①前者解决所得课税的“有无”问题,是课征的前提条件;后者主要解决“如何”课税的问题。

(一) 国外研究概况与评述

1890年美国国会提议的《巴特沃斯法案》,旨在对期货和期权经营者征税,^②该法案虽最终未能通过,却激发了学术界与实务界对金融衍生工具交易所得课税的探讨,这主要体现为以下几个方面:

1. 国外研究概况

(1)金融衍生工具交易所得的可税性探讨。在西方学术理论探讨中,对于金融衍生工具交易所得课税的必要性和可行性的问题,莫衷一是,见仁见智。基于税法公平原则、量能课税原则和保护国家税基免遭侵蚀的考量,很多学者主张对金融衍生工具交易所得课税。从笔者所收集的其他国家和地区有关金融衍生工具的大量文献来看,早期主要是围绕金融衍生工具交易所得是否符合税法“所得”的内涵展开讨论。^③诚然,因各国法律传统迥异,对所得概念的界定难免宽窄不一。依学说,所得的概念一般有“所得增益概念”(accretion concept)、“所得的来源概念”(source concept)、“所得的信托概念”(trust concept)三种。^④实务中,无论采用何种概念,法院均认为必须在所得已经实现时^⑤才能对其课税。因此,在课征金融衍生工具交易

① Kok Reinout, *Netherlands-Tax Treatment of Derivatives, Derivatives and Financial Instruments*, 2012, 14(Special), p. 19.

② 巫文勇:《期货与期货市场法律制度研究》,法律出版社2011年版,第29页。

③ Thuronyi Victor, *Comparative Tax Law*, Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 235-239.

④ 柯格钟:《论所得税法上的所得概念》,载《法学论坛》2008年第37卷第3期。

⑤ 所得概念以实现为要素,亦即主张所得税之课征应采收付实现制。

所得税时,各国税法通常是根据自己的国情有选择地修正适用。大部分国家认为,金融衍生工具交易所得,即便是投机交易所得也应予以课征所得税,澳大利亚麦克·泰南(Mc Tiernan)法官在 *Rv. Connare Exparte Wawn* (1939)一案的判决中指出,金融衍生工具交易不同于单纯转移财产而不产生任何直接利益的赌博,它不仅为其成员提供就业机会,更提供了直接的利益。洛德·唐纳森(Lord Donaldson)法官在另一判决中认定,金融市场以满足真实的商业需求为目的,金融衍生工具交易通过增加市场的深度和流动性来提高金融市场的效率。^① 因此,金融市场的“生产性”同样是不容置疑的,通过及时将各种有关的信息反映在有关金融工具的变动中,让市场上的各行为主体(金融交易的当事人)在交易过程中加以消化,从而使资源得到有效的配置,减少“沉没成本”(sunk cost)。这意味着,金融工具的交易“增加值”或“增量”构成“所得”,依税法公平原则和量能课税原则应予以课征所得税。但有少数国家或地区,如我国台湾地区^②认为金融衍生工具的交易额是一种虚拟金额,且其交易结果具有零和性的特点,所以交易本身并不能创造真正的财富,无非是投资者之间的收益发生转移,因而作为非新增的价值并不应当纳入所得课税的范围。

(2)金融衍生工具作为一种避税策略的研究。目前鲜有直接证据能够证明金融衍生工具为何被频繁作为一种避税工具,但学者们显然已认识到,基于避税动机而设计的金融衍生工具明显有违税法公平原则。爱德华·凯恩伯(Edwar D. Kleinbard)认为,税收将增加交易成本,理性的纳税主体会寻求税额最小化,并在衍生性金融交易中考虑税收因素。^③ 当一笔交易的期望值为正数时,属风险趋避的纳税主体,只有在期待的税收利益显著时,才会基于税收因素进行金融交易;在税法规则不确定的情形下,纳税主体会获得更多的机会使用金融衍生工具,以得到较佳的税后纯收益。弗兰克·帕特诺伊(Frank Partnoy)的理由则是,投资者(或股东)倾向于增加税后纯收益,而举债者会倾向于降低税后借贷成本的方向进行“税

① *City Index v. Leslie*, 1991.

② 我国台湾地区在 2012 年之前对期货交易所得税实行交易税,而免征所得税。

③ Edward D. Kleinbard, *Equity Derivatives Products, Financial Innovation's Newest Challenge to the Tax System*, *Texas Law Review*, 1991, 69(5), pp. 1319 - 1352.

收套利”(tax arbitrage)。^①因此,金融中介机构会迎合投资者和举债者的需求,创设出一些“结构型交易”(structure transaction)进行避税。虽然这些基于税收考虑进行金融交易的避税效用并非那么明显,但的确会扭曲资本市场。马克·安逊(Mark, J. P. Anson)从美国税法规范出发认为,经济实质相同而法律形式不同的金融衍生工具却享有不同的税收待遇,而且混合型金融衍生工具(synthetic derivatives)的“现金部位”(cash position)收益的税负低于一般现金投资收益的税负,为纳税主体提供了较大的节税操作空间。^②拉斯科利尼夫(Raskolnikov)则指出,金融衍生工具课税的“补丁式”(patchwork)立法,鼓励了减税策略的产生。^③多诺霍·迈克尔(Donohoe, P. Michael)将金融衍生工具认为一种避税工具主要归因于以下四点:第一,金融衍生工具具有“税收凸性”(tax function convexity)和“税盾效应”(tax shield)的特性;^④第二,金融衍生工具交易所得的性质认定差异;第三,纳税申报系统中存在着非一致性、非对称性和非完整性;第四,认知因素(cognitive aspects)。^⑤

(3)金融衍生工具交易所得课税与金融市场发展的互动关系。金融衍生工具课税问题是一个极为复杂的课题,不仅需要综合权衡政府的财政收入、交易成本、市场效率等诸多因素,还要考虑投资环境和各国交易所之间的竞争。针对金融衍生工具课税是否影响其流动性和交易所的竞争力问题,早期学者如西尔弗斯坦·肯尼斯(Silverstein Kenneth)认为,企业从事期货交易的目的是规避风险,而不是获取利润;如果对其交易课征税收,会增加避险的成本,从而使企业放弃期货市场,导致期货市场的流动性受到影响。^⑥更为严重的是,企业会将期货交易转移到不收交易税

① Frank Partnoy, Financial Derivatives and the Costs of Regulatory Arbitrage, *Journal of Corporation Law*, 1997, 22(2), pp. 228 - 230.

② Mark J. P. Anson, *Accounting and Tax Rules for Derivatives*, New York: John Wiley & Sons, 1999, p. 157.

③ Raskolnikov Alex, Taxation of Financial Products: Options for Fundamental Reform, *Tax Notes*, 2011, 133(12), pp. 1549 - 1550.

④ 传统的理论认为,税收凸性和税盾效应能够很好地解释金融衍生工具作为避税工具的原因。

⑤ Donohoe P. Michael, *Financial Derivatives in Corporate Tax Avoidance: Why, How, and Who?* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2076858, 2013 - 07 - 07.

⑥ Silverstein, Kenneth, Proposal to Tax Annuities, Futures Trades Draws Outcries, *Corporate Cash flow, Atlanta*, 1992, 13(April), p. 48.