

张春燕 / 著

财
税
法
学
研
究
文
丛



总主编 刘剑文

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

并购交易所得税法律制度研究

——基于对利益持续原则的考量

Research on the Mergers and Acquisitions Income Tax Law Based on the Continuity Doctrine

并购交易所得税法律制度研究

——基于对利益持续原则的考量

Research on the Mergers and Acquisitions Income Tax Law Based on the Continuity Doctrine

财 税 法 学 研 究 文 丛

总主编 刘剑文

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

张春燕 / 著

本书受中央高校基本科研业务费专项资金资助
supported by "the Fundamental Research Funds for the Central Universities"

图书在版编目(CIP)数据

并购交易所得税法律制度研究:基于对利益持续原
则的考量 / 张春燕著. —北京:法律出版社, 2015. 3
(财税法学研究文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7688 - 1

I. ①并… II. ①张… III. ①企业兼并—企业所得税—
税法—研究—世界 IV. ①D912. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 053906 号



© 法律出版社·中国

责任编辑/沈小英 刘晓萌

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

责任校对/蒋晓虎

责任印制/吕亚莉

印刷/固安华明印业有限公司

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/11.75 字数/194千

版本/2015 年 4 月第 1 版

印次/2015 年 4 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7688-1

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

并购是现代公司财务运作中最重要、也最复杂的交易形式。相对于公司依靠自身积累来扩张的内源式发展,并购带来了跳跃式甚至几何式增长的契机。在过去的 20 世纪中,美国经历的五次并购浪潮不仅造就了数以百计的全球性公司,而且推动了美国产业结构持续进行调整和提升。在我国,不论是 20 世纪末开始的国有企业改制重组,还是当下互联网企业的异军突起以及参与全球化竞争,并购都扮演了最关键的角色。当然,来自资本市场的“市值管理”诱惑,也给本已如火如荼的公司并购交易“火上浇油”。并购的复杂源于并购交易所展现的公司战略、交易结构、利益冲突以及法律规制等多个侧面上的复杂性。仅就法律视角而言,公司法、反垄断法、证券监管、劳工保护、会计准则以及税务规则都对公司并购给予了不同程度的引导、调整或规制。其中,公司并购的税法规制又被公认为最复杂且影响最大的因素。美国经济学家、诺贝尔奖得主迈伦·斯科尔斯教授的研究发现,尽管并购交易受多种非税因素的驱动,但税制的变化对并购的影响是第一位的。所谓“魔鬼都在细节中”,用这一俗语来描述公司并购税制的面目再贴切不过。

抽象地看,公司并购税制的核心问题是如何对并购交易课税,确定“谁”在这一交易中实现了“可税收入”。尽管这是一个税法中的常规命题,但并购交易结构的复杂性导致实践中的判断很不确定。相对于通常以商人或公司为确定主体的商事交易,课税只需要关注交易标的,

而并购交易将“公司”本身变成客体,“股东—公司”的双层结构以及公司作为“财产与人集合”的法律拟制等特征,导致对公司并购交易的分析陷入整体与局部、具体与抽象的纠结之中。公司并购究竟是组织结构的调整还是股东变现其投资?是一种具有积极商业价值,需要税法上鼓励和扶持的独立交易形态,还是一种变形的应税销售行为?股东人数、对价形式、营业协同或资产是否持续利用等因素,究竟在判断一项交易的性质上有多大权重?从某种意义上说,传统的法教义学分析在公司并购税法领域遭到了最大的挑战。此外,税法内在的政策性因素使特定时期对公司并购的价值判断具有相当的影响力,也给任何力图对公司并购交易税制进行一以贯之的法教义学处理的尝试增加了障碍。或许因此,美国公司并购税制自20世纪初诞生后,一直在国会、法院、税务当局以及纳税人及其律师的博弈与论理中循环往复。在我国,作为企业所得税核心内容的并购税制,从当初拟议中的《企业所得税法》退至《企业所得税法实施条例》,最终落脚于财政部与税务总局联合发布的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》,也因其复杂性或技术性超出立法机关以及最高行政机关之理解范围,仅有短短13个条款却被公认为最晦涩难懂的税务文件。

当然,公司并购税制在我国陷入立法冷遇存在一定的客观背景。公司并购以及所得税原理都是舶来品,在我国借助国企改革而进入实践不过短短20余年。在学理上,特别是从法教义学的角度对公司并购税制的研究更是付诸阙如,难以对立法和实践提供帮助。本书是在笔者的博士论文基础上形成的,通过梳理域外特别是美国公司并购税制的演进过程以及经典判例,笔者发现,尽管各国国情与对并购的价值判断以及税务管理水平不同,并购所得税制的具体内容存在差异,但总体上呈现出以“利益持续”原则作为基本脉络来构造并购税制基本框架的共性。利益持续原则,要求并购公司继续运营目标公司的历史性营业或历史性营业资产的重大部分,且目标公司的历史股东需继续保持其对目标公司转让资产的控制,以保障原投资利益的持续。以此为出发点,各国税法将并购交易区分为应税的并购交易与递延纳税的并购交易。对于存在利益持续的并购交易,各当事方可以免于在当期确认并购过程中所产生的收益或损失,递延至收入真正实现或税法所规定的条件出现时才予以纳税。可以说,利益持续原则成为贯穿公司并购税制的一根“红线”,将纷繁复杂的并购税务规则及其例外有机组合起来。借鉴域外经验,我们可以对现有公司并购税制的完善有一个明确、清晰的方向。

发现或梳理清楚利益持续原则只是深入研究公司并购税制的第一步,一方面,利益持续原则尚需要落实到大量的制度细节中,本书相关部分对此已经有所提及;另一方面,有原则也就有例外,本书在这方面的探索尚嫌不足。此外,在利

益持续原则的发源地美国,近年来学术界也开始质疑该原则的合理性,视其为税法对并购交易给予优惠待遇政策理由的装饰品。在公司并购税制这个复杂领域,出现各种不同声音一点也不奇怪,这也表明笔者的研究还可以持续下去。

笔者在博士研究期间还孕育了一个小生命,辛勤的耕耘使她在毕业季不仅收获了此书,还有一个活泼可爱的儿子。期待笔者的两个作品都能继续成长。

是为序。

刘 燕

2015年4月13日

导论	1
第一章 利益持续原则的基本原理	17
第一节 利益持续原则的税法解读	17
第二节 利益持续原则的现实意义	22
第二章 作为并购所得税法律制度逻辑主线的利益持续原则 ——以美国税法为例证	41
第一节 并购所得税制度中引入利益持续原则的起因	42
第二节 利益持续原则的历史发展概述	50
第三节 并购所得税法律制度中利益持续原则的内涵解析	61
第三章 利益持续原则在国外并购所得税法律制度中的运用	74
第一节 免税并购所得税制度中利益持续原则的体现	75
第二节 应税并购所得税制度中利益持续原则的体现	92
第三节 国外并购所得税法律制度的启示	108

第四章 我国并购所得税法律制度的发展及其存在的问题	
——基于对利益持续原则的评析	115
第一节 我国并购交易及并购所得税制度的历史发展	115
第二节 我国现行并购所得税收法律制度的基本内容	126
第三节 基于利益持续原则对我国现行并购所得税制度的评价	137
第五章 我国并购交易所得税法律制度的完善建议	142
第一节 完善并购交易所得税制度应遵循的理念	142
第二节 构建符合我国国情的利益持续原则	147
第三节 并购交易特殊性所得税处理规则的完善	151
第四节 并购交易一般性所得税处理规则的完善	161
结论	169
参考文献	172

导 论

一、问题的提出

并购的实质是一种权利让渡行为,是权利主体依据产权作出的制度安排进行的优化重组。并购可以促进优势互补,实现资源的最优配置以及更大规模的经济效应,它在改善产业结构、促进产业优化升级、构建现代企业制度方面的重要性不言而喻。当今世界,经济全球化的迅速发展以及日益激烈的国际竞争迫使各国公司不断扩大规模,以增强自身的竞争优势。美国著名的经济学家施蒂格勒就曾说过:“几乎没有一家美国的大公司,不是通过某种方式、某种程度的兼并与合并成长起来的,几乎没有一家大公司主要靠内部扩张成长起来的。”^①在这种情形下,世界各国的政府不断调整相应的政策对并购进行激励和规范,以促进本国并购交易健康有序地发展。

与国际并购活动的发展历程及活跃程度相比,我国的并购实践起步较晚,真正意义上的并购交易始于 20 世纪 80 年代初期,但却呈现出发展迅速的态势。根据清科研究中心的统计,在国际金融大环境复苏以及中国经济强劲发展的带动下,2010 年我国并购市场实现了“井喷式”的增长,全年共完成并购交易 622 起,其中披露价格的 501 起并购交易总金额达到 348.03 亿美元,与 2009 年

^① 转引自戚庆余:《中国企业并购战略与经典案例》,中国法制出版社 2012 年版,第 2 页。

所完成的 294 起并购交易相比,增长 111.6%。^① 即便是在 2011 年后金融危机时期,全球经济仍然持续震荡、中国经济宏观调控紧缩资金的背景下,我国的并购市场在并购交易数量方面与 2010 年相比仍然呈现明显增长态势,当年共发生并购交易 2504 宗,较 2010 年上升了 14.9%。^②同时,为深入贯彻党的十八大和十八届二中、三中全会精神,认真落实党中央和国务院的决策部署,营造良好的市场环境,充分发挥企业在兼并重组中的主体作用,2014 年 3 月国务院颁布了《关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》,未来我国企业的并购行为将会继续大量涌现。^③

尽管并购的发生是多种因素共同作用下的复杂过程,但税收法律制度绝对是其中不容忽视的重要内容。有学者在实证考查后发现,虽然并购交易受多种非税因素的影响,但税制的变化对并购的影响仍然是第一位的。^④ 这是因为,现代的法理念早已不再局限于传统的理财观——仅将税收作为筹集国家财政收入的工具,而是作为宏观经济调控的主要内容,被广泛地用作推行国家经济政策和社会政策的重要手段,政府开始重视并自觉运用税收所固有的经济调节功能,并通过税收杠杆大量介入市场主体的社会经济生活。^⑤ 而以获取税收利益为目的的并购重组行为,在国外常被视为是纳税人与财政税务部门的“零和博弈”,税收发挥的作用在一定程度上取代了资源从纳税人到公司的再分配。^⑥ 税收可以通过改变纳税人的现金流来影响其并购的决策、并购方案的选择,并最终决定并购实施的可能性。在这种情形下,如何利用税收的调节机制及调控功能对纳税人的并购行为进行有效规范和指导,如何构建并完善并购税收法律制度,成为转型时期政府必须认真考虑的问题。

在并购交易涉及的各类税收问题中,所得税处理一直是学术界以及实务界关注的焦点。自 1997 年政府出台一系列规范并购交易的税法规则以来,对并购所得税制度的探讨和争论就没有停止过。在 2008 年新的《企业所得税法》出台之前,我国对内外资企业的并购所得税处理分别适用不同的税法规定,学界争议的

① 清科研究中心:“2010 年中国并购报告”,载《新理财》2011 年 4 月。

② 北方交通大学中国企业兼并重组研究中心著:《中国企业并购年鉴(2012)》,中国经济出版社 2012 年版,第 7 页。

③ 参见《关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》(国发[2014]14 号)。

④ Myron S. Scholes & Mark A. Wolfson, The Effects of Changes in Tax Laws on Corporate Reorganization Activity, *Journal of Business*, pp. 141 - 164, January, 1990.

⑤ 刘剑文:“西方税法基本原则及其对我国的借鉴作用”,载《法学评论》1996 年第 3 期。

⑥ 李维萍:“我国税制对公司并购激励的实效性探讨”,载《财经问题研究》2007 年 4 月。

重点主要集中在内外资所得税不统一所导致的不公平待遇以及税收征管体制滞后等问题上,其认为我国的并购所得税制度难以适应并购实践发展的需要,该处理规定不仅会加大纳税人的税收负担,还会导致以避税为目的的并购交易的发生,进而对纳税人的并购行为产生一定的扭曲作用。^①

2008年我国统一了内外资企业的所得税处理规则,并首次以法律的形式对并购交易涉及的所得税问题进行了原则性的规定。^②此后,财政部与国家税务总局将之前分散的并购所得税处理规则进行了系统化的整理和完善,先后颁布了以《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号通知)、《关于发布〈企业重组业务企业所得税管理办法〉的公告》(国家税务总局2010年第4号公告,以下简称4号公告)以及《关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》(财税〔2014〕109号,以下简称109号通知)为代表的一系列涉及并购交易的所得税处理规则。这些文件填补了企业所得税法及其实施条例未就并购作出具体规定的法律空白,为并购的所得税处理制定了基本的框架和规则,目前我国并购交易的所得税处理规则已经基本形成。

从总体上看,我国现行的并购所得税制度在立法理念与内容上基本符合我国的现实国情,其统一了内外资企业并购所得税的处理方法,降低了纳税人的税收负担;同时,现行并购所得税制度又与国际所得税的发展趋势接轨,引入了西方发达国家一些通行的所得税处理方法,这无疑会对我国并购实践的进一步发展打下良好的基础。但也有不少学者对现行的并购所得税制度持质疑态度,主要争议集中在以下几点:一是认为我国的并购所得税制度缺乏系统性和灵活性,在一定程度上难以适应并购市场创新发展的需要;^③二是认为并购所得税制度在结构体系和具体设计方面存在一些技术性的缺陷,如合理商业目的缺乏明确的判断标准、反避税等措施需要进一步加强等;^④三是认为并购所得税制度还有一些空白之处,如收购对价如何在收购资产中进行分摊等问题,还需进一步细化和具体化;^⑤四是认为虽然我国在制定并购所得税制度时借鉴了国外的一些税法规则,体现了

① 冯果:“反思与重构:我国企业并购税制之检视”,载《甘肃政法学院学报》2007年7月。

② 参见《企业所得税法实施条例》第75条规定:“除国务院财政、税务主管部门另有规定外,企业在重组过程中,应当在交易发生时确认有关资产的转让所得或者损失,相关资产应当按照交易价格重新确定计税基础。”

③ 中国证券报编著:《扩张的时代:中国企业并购重组之路》,中国法制出版社2011年版,第5页。

④ 蔡昌:“企业重组税制缺陷与反避税安排”,载《税务研究》2011年第6期。

⑤ 林德木:“我国现行企业应税并购制度的解构与完善”,载《福建论坛》(人文社会科学版)2010年第10期。

浓厚的对于其他国家的法律理论及实践的借鉴,但在中国国内的环境下实施效果如何尚不明确。^①

笔者认为,之所以会产生这些争议,归根结底是因为目前我国对并购所得税处理规则背后所蕴含的基本原理提炼不足。众所周知,并购活动具有交易结构复杂、涉及环节多、资金量大等特点,对并购涉及的所得税进行核算是一项非常复杂的工作。在国外,尤其是以美国为代表实行判例法的国家,其税务法官在长期实践中不断地对并购所得税处理所应遵循的基本原理进行归纳和总结,并以这些基本原理为基础对制定法中的相关税收规则进行解释和补充,这一过程不仅使纳税人所适用的税收待遇标准变得日益成熟与完备,也使得本国的并购所得税法律制度自成体系,体现出越来越细致严密的特点。^②

相比西方发达国家严密系统的并购所得税法体系,我国的并购所得税制度显得相对单薄、缺乏整体的考虑、空白面较多,且过于强调简便性,不利于指导实践。这是因为长期以来,我国并购所得税制度的制定与修订缺乏系统性的设计与安排,长期以来基本上都是以“打补丁”的方式进行的,针对并购实践中不断涌现的新问题而对相关税收法规进行补充和调整,因此我国的并购所得税制度首要的目标是追求灵活性,而非发布效力的长久性。^③ 这样的立法方式从长远来看既不利于并购交易的规范发展,也不易于被广大纳税人甚至税务部门所理解和把握,而纳税人如果无法对其行为的税收效果进行合理的预测,将会严重影响其作为市场主体的自由和理性的选择。

以目前我国并购所得税制度中最为重要的文件——59号通知为例,虽然该通知仅包含13个条款,却被学者们誉为是所得税税务处理中最为晦涩难懂的部分,同时也是企业所得税领域中最复杂、最专业的文件。^④ 它的“复杂性”并非源于众所周知的并购交易所得税处理是一项非常复杂的工作,而是源于该通知对并购交易结构所作的大量的、未明确说明的假设,即便是税务专业人士对这些结构也并不熟悉;同时,该文件的大部分内容,即便是一些看上去相对清楚的规定,也令许多税务专业人士感到迷茫,主要是因为立法者是基于自身对企业所得税原理的理解而制定的文件,但这些理解既未在现行的税法中予以明确,也并未广泛地

① 崔威:“国有企业重组的‘超特殊’税务处理:法律背景及评议”,载《中外法学》2010年第6期。

② 雷根强、沈峰:“国外公司并购税制的主要特点和发展动态”,载《涉外税务》2003年第10期。

③ 崔威:“企业重组税务规则起草过程的反思”,载熊伟主编:《税法解释与判例评注》(第1卷),法律出版社2010年版,第132页。

④ 同上,第123页。

为税务专业人士及纳税人所领会。^①

要解决我国并购所得税制度中存在的问题,应当在厘清并购交易本质的基础上,对并购所得税法规则背后所蕴含的基本原理进行提炼和总结,进而再结合我国的现实国情构建一套深层次且具有前瞻性的并购所得税法律体系。以此为背景,本书试图以并购交易所得税规则背后所蕴含的基本原理,即利益持续原则为起点,对并购交易所涉及的所得税事项进行剖析,并通过借鉴其他国家或地区成熟的并购所得税立法经验及实践,探索我国并购所得税收法律制度未来的发展及完善方向。

二、相关概念的界定及题目的说明

(一) 并购的含义

随着我国市场经济的不断发展和完善,并购已经成为经济实践中的重要现象,而“并购”一词也开始频繁地出现在各类学术著作及相关论文中。但由于我国现行的法律法规并没有对“并购”的概念和范围作出明确的界定,因此不论是学术界还是在实践中,对“并购”一词的使用非常灵活,而正是这种经济用语的灵活性导致了它的不严谨性,人们对“并购”一词的使用日趋宽泛。^②在很多情形下,兼并、合并、收购、联合、购并、重组等概念往往和“并购”交叉起来或是混合起来使用,这在一定程度上造成了人们对这些术语的模糊认识甚至滥用,因此,对“并购”及相关概念的厘清对本书的写作非常必要。

1. 经济学意义上的“并购”

“并购”原本是一个经济学的用语而非法学的术语,国外的学者们一般用“merger and acquisition, M&A”表示并购,我国的学者通常将其翻译为“兼并与收购”,而“并购”一词正是“兼并与收购”的简称。

其中,“兼并”(merger)一词在经济实践中一般有狭义与广义两种含义。“merger”常用于指代狭义上的兼并,是指一家公司被另一家公司所吸收,前者丧失独立的法人地位,而后者则继续保持其独立法人资格,并获得前者的财产、责任义务以及权利等事项。^③广义上的兼并则常用“consolidation”表示,是指两个或更多的独立公司合并组成一个公司的行为,通常是一个占优势的公司吸收另一家或

^① 崔威:“企业重组税务规则起草过程的反思”,载熊伟主编:《税法解释与判例评注》(第1卷),法律出版社2010年版,第124页。

^② 朱华芳:“与并购相关的几个概念的界定”,载《运城学院学报》2005年10月。

^③ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Company, 1979, p. 891.

其他所有的公司。^①我国学者一般将“consolidation”翻译为“合并”,但实际上在国外的并购实践中,consolidation与merger并没有很严格的区分,均可用于表示广义上的“兼并”,也即各种形式的公司合并。^②

“收购”(acquisition)一词在实践中也有狭义与广义的区分。狭义的“收购”是指一个公司通过产权交易取得对另一个公司一定程度上的控制权,以实现特定经济目标的行为。从定义可以看出,狭义上的“收购”强调控制权的转移,其不会因此而引起被收购公司法人人格的变化,即被收购公司通常在收购后仍保留其法人实体地位,这与兼并后被兼并公司会丧失其法人资格不同。按照收购标的不同,狭义的收购可分为资产收购(asset acquisition)与股票收购(stock acquisition)两种类型。前者指收购公司为获取目标公司经营某种业务的能力,而购买目标公司的全部或者部分资产的行为。而后者,即股票收购的目的是取得目标公司的股权,因此收购公司购买的是目标公司的全部或者部分股份。广义上的“收购”则是对上述兼并(merger)、合并(consolidation)以及资产收购(asset acquisition)与股票收购(stock acquisition)的总称,尤其是其被当作收购与兼并同时使用的时候。^③但一般而言,经济实践中的“收购”通常用于指代狭义上的含义,即仅包括资产收购与股票收购。

由此可以看出,经济学意义上的并购一般包括三种类型:合并、资产收购与股票收购。^④

2. 法律意义上的“并购”

“并购”一词常出现在一些法律法规中,如《上市公司并购重组财务顾问业务管理办法》(中国证券监督管理委员会第54号令)、《关于外国投资者并购境内企业的规定》(商务部等六部委〔2006〕第10号)等文件都对“并购”有所提及。但遗

① 转引自《大不列颠百科全书》1999年版,林德木著:《美国联邦公司并购税收制度研究》,科学出版社2010年版,第2页。

② 林德木著:《美国联邦公司并购税收制度研究》,科学出版社2010年版,第3页。

③ 千春晖、刘祥生著:《企业并购:理论、实务、案例》,立信会计出版社2002年版,第4页。

④ 值得注意的是,经济学上所谓的“重组”是比“并购”范围更广的一个概念,主要包括四类产权变动行为,第一类为扩张型重组,包括兼并、收购、发盘收购、联营,第二类为收缩型重组,包括分立、分离、资产剥离,第三类与第四类均代指企业本身不发生变动的前提下内部股东发生变化,其中第三类主要包括公司的控制,如溢价回购、代表权争夺等;第四类则是指所有权结构的变更,如转为非上市公司、杠杆收购等。从一定意义上讲,“并购”实际上是扩张型重组行为的总称,因为合并、收购等行为在概念上存在本质的共通之处,在经济运行中产生的作用也基本一致,即不断扩大企业的规模,以发挥规模效应。参见[美]J.弗雷德·威斯通、[韩]S.郑光、[美]苏珊·E.侯格等著:《兼并、重组与公司控制》,唐旭等译,经济科学出版社1998年版,第3页。

憾的是,这些文件并没有对“并购”的含义及范围加以明确。反而是一些与并购相关的概念如“兼并”、“合并”、“收购”、“重组”等,在我国的相关法律规范中有相应的界定。

“兼并”一词最早出现在国家体改委、国家计委等部门在1989年联合发布的《关于企业兼并的暂行办法》(体改经[1989]38号)中,指的是“一个企业购买其他企业的产权,使其他企业失去法人资格或改变法人实体的一种行为”。1996年财政部颁发《企业兼并有关财务问题的暂行规定》(财工字[1996]224号,已失效),该规定对于“兼并”的界定与《关于企业兼并的暂行办法》中基本一致,规定兼并是指一个企业以购买等有偿方式取得其他企业的产权,使后者失去法人资格或虽然保留法人资格但变更投资主体的一种行为。与上述经济学意义上的“兼并”相比,法律上“兼并”显然指的是广义上的兼并,即“合并”行为。

“合并”一词的含义在我国的《公司法》中予以了明确。根据现行《公司法》的规定,合并包括“吸收合并”和“新设合并”两种类型。其中,吸收合并是指一家公司吸收其他公司的行为,被吸收的公司合并后解散;新设合并则是指两个以上公司合并设立成为一个新公司的行为,合并后各方均宣告解散。^①无论是吸收合并还是新设合并,合并各方的债权债务均由合并后存续的公司或者新设的公司承继。两者唯一的区别是吸收合并中并购公司事先已经存在,而在新设合并中并购公司是合并后新成立的公司。

“收购”一词在我国的证券法律法规中出现的频率最多,如我国《证券法》第四章规定“上市公司的收购”是指投资者可以采取要约收购、协议收购及其他合法方式收购上市公司的股份,以达到对该公司控股或兼并的目的。由此可以看出,证券法上所谓的“收购”实际上等同于经济学意义上的“股票收购”。这一点在2012年新修订的《上市公司收购管理办法》(中国证监会第77号令)中也有所体现,根据该办法,上市公司收购意味着收购方通过取得股份的方式,或者通过投资关系、协议以及其他途径成为被收购方的控股股东或实际控制人。^②

值得注意的是,相关证券法律法规中对“资产重组”一词也有所涉及,如2011年的《上市公司重大资产重组管理办法》中指出,重大资产重组指的是“上市公司及其控股或者控制的公司在日常经营活动之外购买、出售资产或者通过其他方式进行资产交易达到规定的比例,导致上市公司的主营业务、资产、收入发生重大变

① 参见《公司法》第172条。

② 参见《上市公司收购管理办法》(中国证监会第77号令)第5条。

化的资产交易行为”。^① 尽管该文件中用的是“资产重组”一词,但从定义中可以看出,它实际上指的是经济学意义上的“资产收购”,即收购的另外一种形式。

相比之下,我国的税收法律法规中对于“重组”一词的界定显然要宽泛很多。财政部及国家税务总局在 59 号通知中指出:“企业重组是指企业在日常经营活动以外发生的法律结构或经济结构重大改变的交易,包括企业法律形式改变、债务重组、股权收购、资产收购、合并、分立等。”其中,法律形式的改变是指企业注册名称、住所以及组织形式等内容的简单改变;债务重组则是指在债权人在债务人发生财务困难的前提下,与其达成一致或根据法院裁定就债务人的债务作出让步的行为;股权收购是指收购方通过购买另一家企业的股权,以获得对该企业控制权的交易;资产收购则是指收购方购买另一家企业实质性经营资产的行为;合并的定义是一家或多家企业将其全部资产及负债转让给合并企业(包括现存的企业或新设的企业)的交易;而分立则意味着被分立企业将其部分或全部资产分离转让给分立企业(包括现存企业或新设企业)的行为。^② 从定义可以看出,税法上的“重组”比“并购”所包含的范围更广,这一点类似于经济学中对“重组”的界定。^③

综上所述,由于“并购”一词目前并不是一个法律术语,而相关法律法规也并未对其进行明确的界定,因此本书探讨的“并购”将借用其在经济学意义上的含义,即主要是指一家公司为获取另一家公司的部分或全部控制权,通过取得控制性股权而成为另一家公司的大股东的过程,是购买公司、售卖公司或与不同公司结合的一系列产权交易活动。^④ 并购包括合并、资产收购、股票收购三种行为。

(二) 利益持续原则的含义

利益持续原则(continuity doctrine)最早是由美国判例法提出的一个概念,是美国法院在长期的司法实践中对并购所得税处理规则所应遵循的基本逻辑进行提炼与总结的结果。提出该原则的首要目的是防止纳税人的应税销售行为滥用美国税法典对于免税并购的规定,而后又逐渐体现在立法者对并购所得税制度的具体设计之中。

① 参见《上市公司重大资产重组管理办法》(中国证监会第 73 号令)第 2 条。

② 参见《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)第 1 条。

③ 我国税法上的“重组”概念显然是借鉴了国外税法尤其是美国《联邦税法典》(U. S. Internal Revenue Code)第 368 条中对于“重组”的界定。该法第 368 条尽管并不是美国税法中唯一适用于公司重组的条款,但却是最为重要的一个条款。该条款对公司的重组行为规定了颇为详细的技术要求,并对其进行了必要的分类,即 A 型重组(法定兼并或合并)、B 型重组(股票收购)、C 型重组(资产收购)、D 型重组(资产转移给受控公司)、E 型重组(资本重组)、F 型重组(公司名称、形式或地点等事项的变更)以及 G 型重组(破产重组)。

④ 载 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%85%BC%E5%B9%B6>, 2011 年 5 月 3 日访问。

具体来说,利益持续原则有两个层面的含义:在公司层面意味着营业的持续 (continuity of business enterprise, CBE),即并购后目标公司的历史性营业或历史性营业资产的重大部分应当继续得以运营;在股东层面则是指股东利益的持续 (continuity of shareholder interest, COI),即目标公司的历史性股东可继续保持对并购前目标公司的资产及收益的所有者权益,且与其他历史性股东的相互关系也应当像并购前一样。^①

(三) 关于题目的说明

公司并购一般要经过前期准备阶段、并购交易阶段以及并购后的整合阶段,每一个阶段都会涉及相关的税收问题,而本书所要探讨的主要是并购交易阶段的税收法律事项。另外,并购交易中涉及的当事人比较宽泛,包括被并购方(目标公司)、被并购方股东(目标公司股东)、收购方(并购公司)、收购方股东(并购公司股东),以及所有其他相关人员,特别是与被收购方或收购方有合同或其他法律关系的债权人等。^②但基于对所得税事项的考虑,本书主要关注以下三方当事人,即目标公司、目标公司股东和收购公司。值得说明的是,由于并购交易涉及的环节多、金额大,在此过程中会产生大量的税收问题,纳税人可能会面临诸如所得税、增值税、营业税、契税、印花税等多个税种的税收处理问题,但由于并购交易的核心是资产权属的改变,所得税即成为其中最主要且最重要的税种,因此,如不作特别说明,本书的研究均指向并购交易中所涉及的所得税问题。

三、国内外相关研究文献综述

(一) 国外研究概况

西方国家的并购实践始于19世纪下半叶,经过100多年的发展,大多数国家已经形成了较为完善和全面的并购所得税法体系。与本国的并购实践发展相一致,以美国学者为代表的西方学者,在并购所得税法领域的研究也较为活跃,且始终处于领先地位,研究成果颇丰,这为我国进行相关的研究工作提供了必要的借鉴和参考。

总的来说,国外学者在并购所得税法律制度方面的研究主要集中在两个领域:一是对各种具体并购模式下的所得税课税规则的深入剖析。如 Richard L.

^① Robert A. Jacobs, Reorganizing the Reorganization Provisions, *New York University Tax Law Review*, 34:415, 1979.

^② V. 图若尼主编:《税法的起草与设计》(第2卷),国际货币基金组织、国家税务总局政策法规司译,中国税务出版社2004年版,第913页。