

股权代持相关问题探讨

陈爱华 ■

摘要：股权代持行为广泛存在于我国资本市场，然而相关财税政策不太明确，导致在实务操作中其会计处理和税务处理存在较大争议。本文对某合伙制私募股权投资公司股权代持案例进行剖析，具体包括：代持行为的法律效力、现行所得税财税政策解析及局限性、股权代持具体涉税处理建议等；同时，本文分别从法律形式和商业实质两个角度，对股权代持行为的税务处理结果进行分析，为股权代持的相关处理提供借鉴。

关键词：股权代持；税务处理；法律形式；商业实质

中图分类号：F275.2 **文献标志码：**A **文章编号：**1003-286X(2019)22-0053-03

一、案例背景

2017年，云顶公司和厦门升华有限合伙股权投资基金（以下简称升华基金）共同出资26100万元受让了黄厝项目公司50%股权。其中：云顶公司实际出资20880万元取得40%股权，升华基金实际出资5220万元取得10%股权。

黄厝项目公司当时已经进入房地产开发项目贷款申请阶段，银行信贷审批对基金持股有顾虑，为了项目公司能顺利申请到贷款，项目公司的股权结构中暂不出现基金，因此，升华基金持有的10%股权委托云顶公司代持并签订《合作收购协议》，详细约定代持双方的权利和义务。

2018年，项目合作方天空地产以6160万元的价格，购买升华基金实际持有的黄厝项目公司10%股权。天空

地产收购股权时，股权回购款直接支付给升华基金，而工商登记股东是云顶公司，无产权交易合同的情况下无法办理产权过户，天空地产继续委托云顶公司代持10%股权。交易完成后，该10%股权的股东由升华基金变更为天空地产，但是工商登记的股东仍为云顶公司。

2019年，云顶公司通过公开挂牌转让股权的方式退出黄厝项目，按工商登记的股权比例，云顶公司在北京金融资产交易所需按50%股权比例挂牌。最终天空地产以30180万元的价格摘牌，签订产权交易合同完成全部股权过户。

思考：

1. 股权发生转让时，纳税主体是显名股东，还是隐名股东？在存在股权转让收益的情况下，云顶公司是否存在企业所得税纳税义务？天空地产直接将

股权转让款支付给升华基金，云顶公司并无收入，其是否存在纳税义务？隐名股东升华基金是否需要纳税？

2. 无论是股权代持的委托方还是受托方缴纳税款，股权转让涉及的资产计税成本如何确定？云顶公司代持的10%股权经历了一次隐名股东的转让后继续代持，原隐名股东升华基金出资5220万元，天空地产以6160万元收购后继续由云顶公司代持，那么，当这10%的股权最终在云顶公司名下进行转让时，股权的计税成本是5220万元，还是6160万元呢？

二、股权代持的法律效力问题

关于股权代持协议的法律效力问题，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》（法释[2011]3号）第二十五条规定，有限责任公司的实际出资人与名

基金项目：厦门国家会计学院云顶课题“私募股权投资基金的会计和税务问题研究”（YD20180104）

作者简介：陈爱华，厦门国家会计学院副教授，财务会计与审计研究所所长，硕士生导师。

义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无《合同法》第五十二条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。

本案例中,升华基金持有的10%股权委托云顶公司代持并签订《合作收购协议》,详细约定代持双方的权利和义务,与此同时,升华基金转让10%股权给天空地产,后者继续委托云顶公司代持。此代持协议不存在《合同法》第五十二条规定的合同无效情形,因此,合同是有效的。

三、升华基金的涉税分析

本案例的特殊之处在于,升华基金转让10%的股权份额,出现转让价差,但是在法律形式上并没有发生产权工商过户,是否发生纳税义务?针对两种常见的股东形式,现行的所得税相关税法规定有所不同:

如果股东是法人投资者,《国家税务总局关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》(国税函[2010]79号)规定,企业转让股权收入,应于转让协议生效、且完成股权变更手续时,确认收入的实现。转让股权收入扣除为取得该股权所发生的成本后,为股权转让所得。企业在计算股权转让所得时,不得扣除被投资企业未分配利润等股东留存收益中按该项股权所可能分配的金额。由此可见,法人投资者转让股权纳税义务发生时点,强调的是转让协议生效和完成股权变更手续

两个条件。

如果股东是自然人投资者,《国家税务总局关于发布〈股权转让所得个人所得税管理办法(试行)〉的公告》(国家税务总局公告2014年第67号)第20条规定,具有下列情形之一的,扣缴义务人、纳税人应当依法在次月15日内向主管税务机关申报纳税:受让方已支付或部分支付股权转让价款的;股权转让协议已签订生效的;受让方已经实际履行股东职责或者享受股东权益的;国家有关部门判决、登记或公告生效的;本办法第三条第四至第七项行为已完成的;税务机关认定的其他有证据表明股权已发生转移的情形。

前述规定对股权转让所得税纳税义务发生时点做出了一般意义上的规定。相比国税函[2010]79号文要求的转让协议生效和完成股权变更手续而言,国家税务总局公告2014年第67号涵盖的范围似乎更广泛,尤其是“其他有证据表明股权已经发生转移”兜底条款。在会计实质处理上,升华基金在不附带任何追索权的情况下转让10%的项目公司股权,虽然在法律属性上没有办理工商变更,但是已经完全实现了风险报酬转移并真实取得所得,在经济实质上已经实现了转让所得金额940万元(6160-5220)。

在所得税的税务处理上,升华基金转让10%的项目公司股权,可能出现的两种不同的理解:

1. 升华基金已经实现所得940万元,在合伙基金层面按照《财政部 国家税务总局关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》(财税[2008]159号)的处理思路,基于“先分后税”的原则,在升华基金的合伙人层面缴纳企业所得税或个人所得税,与此同时,天空地产持有的10%项目公司的股权计税基础相应提高到6160万元(继续由云顶公司代持),这种理解完全是从经济实

质视角出发的。

2. 由于升华基金转让10%项目公司给天空地产,依旧有云顶公司代持,在法律形式上并没有发生权属变更登记。升华基金即使在会计处理上做出了收益实现处理,但是没有进行所得税涉税处理,当然此时也需要维持10%股权的计税基础为5220万元不变(笔者了解到,此案例中,升华基金转让10%黄厝项目公司的股权收益,已经针对实现的所得在合伙人层面缴纳企业所得税或个人所得税),此时也需要注意会计和税法之间的差异与衔接处理。

四、云顶公司的涉税分析

(一)关于“股权代持”涉及股权转让所得税的基本规定

《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)第二条和第三条做出了具体规范:

1. 第二条“企业转让代个人持有的限售股征税问题”中规定,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,企业转让时按以下规定处理:企业转让上述限售股取得的收入,应作为企业应税收入计算纳税。上述限售股转让收入扣除限售股原值和合理税费后的余额为该限售股转让所得。企业未能提供完整、真实的限售股原值凭证,不能准确计算该限售股原值的,主管税务机关一律按该限售股转让收入的15%,核定为该限售股原值和合理税费。依照本条规定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纳税。依法判决、裁定等原因,通过证券登记结算公司,企业将其代持的个人限售股直接变更到实际所有人名下的,不视同转让限售股。由此可见,国家税务总局公告2011年第39号第二条认可两点做法:对显名股

东征税、实际转付给隐名股东不再重复征税的原则；依法通过法院判决裁定等措施，隐名股东转正时不对显名股东征税。然而，国家税务总局公告2011年第39号第二条仅仅适用于股权分置改革这一特殊背景下企业代个人持有的限售股转让征税问题，对于一般意义上的各类股权代持行为，是否可以参考此处理未做明确说明。

2. 第三条“企业在限售股解禁前转让限售股征税问题”中规定，企业在限售股解禁前将其持有的限售股转让给其他企业或个人（以下简称受让方），其企业所得税问题按以下规定处理：企业应按减持在证券登记结算机构登记的限售股取得的全部收入，计入企业当年度应税收入计算纳税；企业持有的限售股在解禁前已签订协议转让给受让方，但未变更股权登记、仍由企业持有的，企业实际减持该限售股取得的收入，依照本条第一项规定纳税后，其余额转付给受让方的，受让方不再纳税。这一条明确限售股转让的两个基本问题：在实际减持时纳税原则、显名股东纳税。

此外，《国家税务总局稽查局关于2017年股权转让检查工作的指导意见》（税总稽便函[2017]165号）第五条“关于代持股票的纳税主体确定问题”第二款也做出了补充规定，对代持股票转让的营业税征收以及企业之间代持股票转让的企业所得税征收，应按其法定形式确认纳税主体，以代持方为纳税人征收营业税及所得税，如委托方已将收到的转让款缴纳了营业税及所得税，且两方所得税又无实际税负差别的，可以不再向代持方追征税款。进一步明确：无论是流转税还是所得税，应该以法定形式确定纳税主体。同时规定，如果已经对实际委托方课税完毕，在所得税上无税负差异时不再对形式上的代持方追征税款。

表1

转让方(云顶公司)		受让方(天空地产)	
总对价30 180万元		总对价30 180万元	
自有： 40%	成本=20 880万元 对价=24 144万元(30 180×80%) 真实收益=3 264万元	新购入40% 股权的计税 基础	24 144万元
代持： 10%	初始成本=5 220万元 第一次转让后成本=6 160万元 真实收益 A=30 180×20% - 5 220=816(万元) 真实收益 B=30 180×20% - 6 160=-124(万元) A和B的差值=940万元	隐名股东转 正10%股权， 如何判断计 税基础？	可能出现两种理解： (1) 维持初始6 160万元 不变，只是一个权利确认 过程 (2) 按照6 036万元确定 计税基础，出现资产转让 损失124万元

备注：方便简化直观分析，本表中仅考虑企业所得税问题，暂不考虑印花税和增值税等问题。

(二) 案例深度分析

云顶公司将50%的项目公司股权（包括代天空地产持有的10%的股权）转让给天空地产时，交易对价为30 180万元。具体如表1所示。

如表1所示，云顶公司在金融产权交易所转让项目公司50%的股权时，需要区分自有部分和代持部分，处理方法有差别：(1) 针对40%的自有部分，转让方确认3 264万元的收益并缴纳企业所得税，同时购入方天空地产针对40%股权确认的计税基础为24 144万元；(2) 针对10%的代持部分，严格意义来讲，本质可以理解为隐名股东转正，在会计处理上，转让方云顶公司不得确认收益。然而，在税务处理上，天空公司取得的10%股权的计税基础可能存在不同的理解：第一，维持初始6 160万元不变，10%股权只是一个权利确认过程，不是真实股权交易行为；第二，按照6 036万元确定计税基础，出现资产转让损失124万元，将10%股权当做真实购入交易处理。

笔者比较倾向于第一种处理方式，似乎更接近商业实质，但是其难度在于：升华基金转让10%股权给天空地产，升华基金及合伙人层面是否针对此环节纳税，以及云顶公司代持的10%股权在没有真实发生股权变动时将资

产计税基础从5 220万元提升到6 160万元，未必能够得到税务机关认可（参考前面提到的国家税务总局公告2011年第39号和税总稽便函[2017]165号两个文件），毕竟从法律形式上理解时，云顶公司代持的10%项目公司股权初始对价为5 220万元。

此外，还存在另一种理解：从法律形式讲，云顶公司转让50%股权（卖出价=30 180万元，买入价=20 880+5 220万元），价差=4 080万元，全部按照25%税率在代持人云顶公司层面缴纳企业所得税，然后再将代持部分对应的剩余金额，实际支付给天空地产时不再纳税。然而困境在于升华基金转让10%股权时是否已经在法人合伙人层面（适用税率25%）或自然人合伙人层面（适用税率5%~35%）缴纳过所得税？如果有，如何解决重复征税问题？此外，由于云顶公司、升华基金（原隐名股东）和天空公司（新隐名股东），针对股权转让的实际所得税税负可能不一致，形式上对云顶公司征税可能导致多征或者少征情况出现。与此同时，如果完全针对商业实质课税，很多隐蔽交易行为似乎无法被税务机关知晓，亦会增加税收征管难度并导致更大的税收征管风险。☞

责任编辑 武献杰