



## 技術作價之課稅問題—

### 以所得費用認列時點與計算基準為中心（上）

張憲璋\*

#### 摘要

技術作價入股指的是無形資產所有權人將之移轉或授權予公司，用以抵充股款投資公司，並取得公司股票（股份），此際對於技術移轉之股東是否就取得之股票課稅，便是技術作價課稅問題。本文嘗試先以對此問題有比較完整規範的美國法制，作一整體性的介紹，以求明瞭技術作價課稅之問題全貌，並收「它山之石，可以為錯」之效。簡單來講，美國法制基於利益繼續性的考量，在移轉財產之股東控制團體可透過控制受讓人公司百分之八十以上股份之情形，間接控制彼等所轉讓的財產，在其轉讓財產僅為所有形式的改變而已，賦予緩課財產交易損益的法律效果。接下來本文剖析我國法制發展的狀況，也是從財政部原先採緩課解釋之後變更為不准緩課之立場，立法者亦透過特別規定的方式，謀求技術人股東投資部分產業能享有緩課所得稅的「租稅優惠」，另司法實務亦對此問題發展出一些看法，本文藉由所得概念、所得實現、收入（稅基）的認定、取得成本的認定及推計課稅的問題層次，提出本文之初步看法，並試圖釐清這個問題在量能課稅原則下應有的認識。

收稿日：97年7月1日

\* 作者現任德勤商務法律事務所（Member of Deloitte Touche Tohmatsu）律師，  
本文純屬個人觀點。



**關鍵字：**量能課稅原則、技術作價入股、現物出資、所得費用實現、所得費用認列、美國內地稅法第 351 條、組織架構調整之課稅、企業併購之課稅、促進產業升級條例第 19 條之 2、生技新藥產業發展條例第 7 條。

## 壹、前言

所謂技術作價入股的課稅議題是，擁有無形資產的技術所有人，在公司設立或增資時，將技術轉讓或授權予公司並取得相當之公司股票（股份），也就是用之抵繳股款，此時技術入股的股東就其取得的股票是否應繳納所得稅？就這個問題的處理，每一個國家都有其處理方式，例如美國法是對公司設立或增資的財產出資給予一般性的規範，而我國法制目前的作法比較接近日本法制，也就是對於現物出資案件並無一般性予以緩課所得稅之規範，而係以特別法針對部分案型予以特別規定<sup>1</sup>。不過我國法制在 2003 年以前是以財政部函釋解釋技術作價所得緩課，惟財政部後來變更解釋，對於 2004 年以後的技術作價案件均不准許緩課，所以立法者乃以促進產業升級條例第 19 條之 2 等特別法規定，就部分公司技術作價案件給予技術轉讓人股東緩課所得稅之租稅優惠。

不過本文想討論的是，摒除以上租稅優惠的規定，在稅法上是否能有一個符合稅法本質的觀點去處理這種案型？由於美國法係採一般性的規範，本文嘗試先將美國法制對這個問題的整體規範架構加以介紹，或許可從中取得其對技術作價乃至現物出資等案件的原則性觀點，以妥適瞭解此問題之本質與我國法上之因應對策。

<sup>1</sup> 日本法制的狀況，請參照金子宏，「租稅法」，頁 355-356，弘文堂，2008 年 4 月第十三版。



## 貳、美國法制之介紹～以內地稅法第 351 條為中心

### 一、概說

#### （一）技術作價與公司設立出資之態樣

美國並未針對技術作價案件予以特別規範，而係將之與一般財產的現物出資同視。一般而言，股東在設立公司時可能移轉現金、其他財產或是勞務：在現金出資入股時，如購買價格係與公平市場價格（Fair Market Value）相當時，並不會產生課稅問題，但如股東出資之現金較股票公平市場價格為低時，就股票折價部分應探究檯面下的實際狀況加以課稅，例如隱含為勞務報酬（compensation）者，即不該當內地稅法第 351 條免稅規定，應以內地稅法第 61 條或第 83 條對該等報酬課稅<sup>2</sup>；在稅上比較重要的情形是在股東以財產出資時，股票與作價的財產之間即有相當的關連性，亦即股東取得之股票可以形成對原來資產之間接所有權<sup>3</sup>，否則在一般未有特別規定之財產交換情形，應依內地稅法第 1001 條（a）之規定，以股東取得股票之公平市場價格扣除出資財產之調整成本（adjusted basis）計算並認列損益<sup>4</sup>；至於以勞務作價部分則應以報酬課稅，或者再搭配內地稅法第 83 條員工入股、第 421 條適格的員工認股權之相關規定辦理。

至於公司設立後，如有再以現金以外財產出資之股東，原則上必須在符合內地稅法第 351 條之前提下，始能享受緩課（tax free）

<sup>2</sup> Cheryl D. Block, 2004, Corporate Taxation: Examples and Explanations, U.S.: Aspen, Third Edition, at 52.

<sup>3</sup> Cheryl D. Block, id., at 52.

<sup>4</sup> Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope, 2005, Corporate and Partnership Taxation, U.S.: Thomson/West, Fifth Edition, at 117.



之利益<sup>5</sup>，股東通常不能享有緩課利益之情形在於內地稅法第 351 條要求出資作價的股東必須控制公司百分之 80 以上有投票權股份 (stock)<sup>6</sup>，如果不是原始股東集團全體再行出資時，通常會有再次作價股東無法達成前述百分之 80 要件，除非將事後之行為視為原來出資行為之一環者<sup>7</sup>，詳本文貳、二、(五)、3、所述。

## (二) 所得費用認列之一般原則

美國內地稅法對於所得、費用之認列需視納稅義務人係採用現金收付制 (cash method of accounting) 或權責發生制 (accrual method of accounting)：

### 1. 現金收付制

採現金收付制之納稅義務人所認列之收入係以其收受時為準，不論其收受者為現金、財產或勞務，費用之認列亦以支付時為準 (內地稅法第 451 條 (a) 及施行細則 (簡稱 Reg.) § 1.464-1 (c) 1(i) 參照)，而現金收付制必須與擬制收受原則 (doctrine of receipt) 及經濟受益原則 (doctrine of economic benefit) 相參照，所謂擬制收受原則係指一項所得對於納稅義務人是可收受，但卻選擇不去收受時，此際應擬制納稅義務人已收受該項所得 (Reg. § 1.451-2)，現金收付制之納稅義務人以真實收受及擬制收受之較早者為認列

<sup>5</sup> 美國內地稅法對於設立公司情形，有關其間資產與股票之交換，並不認列損益，而待股票或資產於出售時，個別認列損益，雖其用語為“tax free”，實際上乃所得緩課之規定，並非真的免稅。

<sup>6</sup> 在美國法制本文對 stock 翻譯為股份，然而我國實務認為股票才該當稅上的「證券」，自然對股票與股份有嚴予區分之必要，故在我國法制的論述上，實務上皆以「股票」為主要討論對象，本文將視情形在於行文時以「股票」或「股份」論述。

<sup>7</sup> Cheryl D. Block, 2004, supra note 2, at 78.



時點 (Reg. § 1.464-1 (c) 1 (i))。另外美國在判例法上發展出之經濟受益原則與擬制收受原則有相當密切之關連，當給付者不可撤銷地為納稅義務人撥出 (set aside) 之金額，可以避免給付者的債權人對撥出金額行使權利，此際縱然納稅義務人並未實際收受該金額，仍應於撥出時點認列所得<sup>8</sup>。

## 2. 權責發生制

採權責發生制之納稅義務人認列所得是當確定收取之權利的所有事件已經發生而且其數額可以合理正確性加以決定者 (Reg. § 1.451-1 (a))。在收入部分，如果已先給付勞務而尚未收取報酬，亦應以給付勞務時點認列勞務報酬所得，不過在先預收報酬而未給付勞務之情形，依照最高法院 (Supreme Court) 在 American Automobile Association v. United States 案件之見解<sup>9</sup>，雖然納稅義務人主張所有事件並未發生，且依照一般公認會計原則 (GAAP)，預收款項可遞延至以後年度認列，法院判決認為稅務會計並不依循一般公認會計原則，從稅上目的而言，仍應以收受款項年度認列所得。該判決備受各界批判<sup>10</sup>，美國國稅局 (IRS) 後來在稅法程序解釋 (Revenue Procedure) 2004-34 作了修正規定，在收取預售款項年度可以財務會計目的認列之金額作為稅上認列之金額，其餘金額於下一年度全部認列。

在費用認列部分，決定債務所有事件已經發生及債務金額可以由合理正確性決定 (Reg. § 1.461-1 (a) (2))，對於尚未給付之未

<sup>8</sup> Joseph Bankman, Thomas D. Griffith, Katherine Pratt, 2005, Federal Income Tax: Examples and Explanations, U.S.: Aspen, Fourth Edition, at 170-171.

<sup>9</sup> American Automobile Association v. United States, 367 U.S. 687 (1961).

<sup>10</sup> Joseph Bankman, Thomas D. Griffith, Katherine Pratt, supra note 8, at 187.



來債務，依照前述的所有事件測試（all events test）於債務及金額確定後，應可於該時點認列該債務之現值，然而國會在內地稅法第 461 條（H）規定權責發生制之納稅義務人不能扣減未來費用，除非所有事件測試已經滿足及經濟履行已經發生（economic performance occurs），例如在公司現在和解之侵權責任債務，給付時點在未來年度，依照前述經濟履行發生之要件，在實際給付債務前應屬於未發生，公司不得於和解年度認列未來年度應給付之賠償金<sup>11</sup>。

### （三）技術作價（現物出資）緩課所得之立法理由

從前述所得費用認列的一般原則看來，納稅義務人係以收受所得項目（包括現金、資產或勞務）之時點作為所得認列之時點，即便是權責發生制之納稅義務人亦以確定收取權利及金額之時點為認列時點，除在財務會計上有可於以後年度認列外，似乎以技術作價換取股票並無緩課之理，所以內地稅法第 1001 條（a）規定在無特別規定情況下，股東即應於收受股票時課稅。然而所謂的特別規定通常可分為三大類，分別為投資繼續性（continuity of investment）案型、困難情況（hardship situation）及租稅規避計畫（tax avoidance scheme），其中困難情況僅適用於緩課所得，租稅規避計畫僅適用於遞延認列損費，而投資繼續性則可遞延認列所得及損費，例如內地稅法第 1032 條亦有規定同類型物交換（like-kind exchange）遞延課稅之規定，另外企業併購案件之所得緩課亦為一適例，要之，新投資僅為舊投資的繼續，僅係形式上之變動而非實質上變動<sup>12</sup>。

一般認為內地稅法第 351 條制訂之理由在於，納稅義務人就其

<sup>11</sup> Joseph Bankman, Thomas D. Griffith, Katherine Pratt, id., at 189.

<sup>12</sup> Marvin A. Chirelstein, 2005, Federal Income Taxation, U.S.: Foundation Press, Tenth Edition, at 346-347.



持有財產僅屬形式上之變更<sup>13</sup>，亦即股東透過股份繼續持有原來作價之資產，除了國會有鼓勵設立公司之立法意圖外，藉由內地稅法第 351 條規定之資產換取股票及百分之 80 測試要件，使得控制股東團體在此種現物出資狀態符合利益繼續性（continuity of interest）之要件，股東的利益繼續性在於，舊資產反映於股票上以及股東可透過對公司之控制利益執行對舊資產的控制<sup>14</sup>。

## 二、內地稅法第 351 條構成要件

### （一）概說

內地稅法第 351 條是針對技術作價入股之主要條文，內地稅法第 351 條（a）規定，若一人或多人將財產移轉給一家公司以交換該公司的股權，且在此交換後，該等移轉人根據同法第 368 條（c）之規定直接控制該公司時，此項交易並不認列所得或損失。也就是說，如果以財產作價出資設立公司之股東，且出資後對該公司持股比例（與現金出資合併計算）達百分之 80 以上者，美國稅法才會例外給予緩課之待遇，並等到股票轉讓時再課稅<sup>15</sup>。

舉例而言，在 Eli Lilly 案<sup>16</sup>中，Eli Lilly 公司（下稱「Lilly」）開發止痛藥 Darvon 並於 1955 年取得專利權，後又研發止痛藥 Darvon-N，並取得主要成分 propoxyphene napsylate 的專利權，1965

<sup>13</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, Transfers to Controlled Corporations: Revised Section 351 Part 1, Vol.31, No.6, Corporate Taxation 3, 3(2004).

<sup>14</sup> Cheryl D. Block, 2004, supra note 2, U.S.: Aspen, Third Edition, at 56.

<sup>15</sup> 參照馮震宇，「技術入股政策與課稅爭議平議」，萬國法律雜誌第 135 期，頁 12，2004 年 6 月。

<sup>16</sup> Eli Lilly & Co. v. Commissioner, 856 F.2d 855 (7th Cir. 1988). 該案係有關移轉訂價課稅議題，請參照張憲璋，「涉及無形資產交易活動之移轉訂價稅制問題初探」，財稅研究雜誌第 40 卷第 3 期，頁 188-190，2008 年 5 月。



年 Lilly 在印地安那州設立子公司 Eli Lilly and Company, Inc.，並於 1966 年將前開二專利權技術作價予子公司，取得子公司百分之 100 的股權，此即為依內地稅法第 351 條進行技術作價之案例。

美國公司稅法教科書一般將內地稅法第 351 條分為 4 個主要構成要件，亦即財產（property）要件、移轉（transfer）要件、僅交換股份（solely in exchange for stock）要件及交換後即控制測試（control immediately after exchange test），茲詳述如下：

## （二）財產要件

### 1. 財產範圍

「財產」在內地稅法第 351 條並無明確定義，僅將勞務及特定種類之債務予以排除（內地稅法第 351 條（d）；Reg. § 1.351-1（a）（1）（i）），例如受讓人公司未以有價證券顯現負債、受讓人公司在移轉人持有期間結束時同時或後對負債所衍生的利息<sup>17</sup>，移轉債權如有債券（security）可證明時，亦屬於內地稅法第 351 條所稱之「財產」<sup>18</sup>。一般認為財產包括現金、智慧財產、應收帳款、移轉人或其他公司股權、合夥利益、存貨、租賃權等<sup>19</sup>，有論者引用美國國稅局在解釋函或稅法程序解釋發展出認定營業秘密之判斷原則：（1）該資訊創新品質；（2）該資訊的秘密性；（3）對該資訊法律保護的程度<sup>20</sup>。

<sup>17</sup> 參照馮震宇，「技術入股政策與課稅爭議平議」，萬國法律雜誌第 135 期，頁 12，2004 年 6 月。

<sup>18</sup> Cheryl D. Block, *supra* note 2, U.S.: Aspen, Third Edition, at 58.

<sup>19</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, *supra* note 13, at 3-4.

<sup>20</sup> 參照馮震宇，「技術入股政策與課稅爭議平議」，萬國法律雜誌第 135 期，頁 12，2004 年 6 月。



專利權或專門技術在特性上會與勞務相連結，此際在內地稅法第 351 條之立法目的而言，究竟是勞務或財產？在類似有勞務意味之財產作價案件 *United States v. Frazell*<sup>21</sup>，Frazell 提供地理服務給汽油及天然氣合夥事業以換取未來或有的合夥利益（contingent partnership interest），並將或有的合夥利益作為入股公司之對價，法院認為從內地稅法第 351 條之立法目的而言，這種或有的合夥利益並非「財產」。

在智慧財產作價的情形，有法院認為在決定是否為創意的發明或為有價值商業程序之勞務報酬是困難的，事實上一個發明不過是發明者的勞務成果，對於發明之給付本身必然地是給予發明者勞務報酬。法院也通常會傾向認定智慧財產屬於財產而非勞務<sup>22</sup>。

## 2. 與無形資產有關之勞務

美國國稅局對於與專利權、營業秘密、專門技術（know-how）有關之勞務如何適用內地稅法第 351 條，規定了下列的指導原則<sup>23</sup>：

- （1）假設移轉人同意要對移轉資產進行相關勞務，而該勞務對該移轉之資產為附屬的（ancillary and subsidiary），勞務是否為附屬乃係一事實問題，例如示範或解釋該資產如何使用。
- （2）如果資產與勞務均屬於對價，且勞務並非僅附屬於資產，就應對依資產與勞務比例分攤取得之股權。
- （3）在專門技術上訓練受讓人公司的員工，本質上會被認為是教

<sup>21</sup> 335 F.2d 487 (5th Cir 1964), 380 U.S. 961 (1965).

<sup>22</sup> Cheryl D. Block, *supra* note 2, at 59-60.

<sup>23</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, *supra* note 13, at 4.



育或教學勞務之提供。

- (4) 在啟用階段 (start-up phase) 後以繼續性技術援助換取股權者，會被視為勞務報酬。
- (5) 協助建造工廠以安裝移轉的機器或安裝機器採用程式，會被認為具有建築或安裝工程師勞務的本質。
- (6) 如果任何智慧財產權是針對受讓公司之需求，而特別發展或是設計時，會被認為對受讓人提供服務<sup>24</sup>。

### (三) 移轉要件

移轉要件在國稅局解釋及法院判決有著迥然不同之見解，美國國稅局認為只有「買賣或交換」方式移轉，才符合內地稅法第 351 條之規定，不能僅是將權利授與受讓人公司<sup>25</sup>，不過智慧財產權常以授權方式出現，可能無法符合國稅局所採「買賣或交換」之解釋，如在移轉專利權之情形，如果對於專利權有任何的限制，都是屬於並未移轉所有權實質權利，不符合內地稅法第 351 條之要件<sup>26</sup>。

至於美國法院則對「移轉」採取較寬鬆的見解，認為租賃亦屬於移轉<sup>27</sup>，甚至在杜邦案<sup>28</sup>中，法院認為內地稅法第 351 條之立法目的乃在於國會欲求避免對紙上收益課稅，所以在適用「買賣或交換」原則時，重點在於處分是否完整，法院更表示只要移轉任何價值

<sup>24</sup> 參照馮震宇，「技術入股政策與課稅爭議平議」，萬國法律雜誌第 135 期，頁 12，2004 年 6 月。

<sup>25</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, *supra* note 13, at 4.

<sup>26</sup> 參照馮震宇，「技術入股政策與課稅爭議平議」，萬國法律雜誌第 135 期，頁 13，2004 年 6 月。

<sup>27</sup> R&J Furniture Co. v. Comm'r, 20 T.C. 857 (1953).

<sup>28</sup> E.I. Dupont de Nemours & Co. v. United States, 471 F.2d 1211 (Ct. Cl. 1973)，中文資料請參照馮震宇，「技術入股政策與課稅爭議平議」，萬國法律雜誌第 135 期，頁 13-14，2004 年 6 月。



都會構成第 351 條的移轉。

#### （四）僅交換股份要件

股東以技術等財產出資時，必須獲取公司之股份，任何非適格股份之對價都會被以獲得利益（boot）處理之（內地稅法第 351 條（b）參照），舊法本有列入某些公司債券（debt securities）亦可作為對價，然而國會於 1989 年修法時將之刪除，所以如非以股份作為資產交換對價者，即非屬可列入控制測試之對象（詳後述）。

然而並非所有股份均該當內地稅法第 351 條所稱之「股份」，不符資格之優先股（non-qualified preferred stock）即被排除，所謂優先股係指有某些限制之股份，且對公司發展沒有重要參與，並在有以下債務性質者<sup>29</sup>：1、股東有權利要求公司或其關係人買回（redeem）或購買其股票；2、公司發起人或其關係人必須買回或購買該股份；3、公司發起人或其關係人有權買回或購買該股票，且在發行日時執行該權利的可能性大於不執行者；4、股份之股利率是變動的，其設定可能參考市場利率、商品行情指數（commodity prices）或其他指數（內地稅法第 351 條（g）2（A）參照）。前 3 項所指股份執行買回或購買之權利或義務可能在發行日起 20 年內被執行，且發行日時並非不確定之權利或義務（內地稅法第 351 條（g）2（B）參照）。

---

<sup>29</sup> Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope, *supra* note 4, U.S.: Thomson/West, Fifth Edition, at 118-119.



## （五）交換後即控制測試要件

### 1. 控制團體（Control Group）

內地稅法第 351 條規定人或眾人（person or persons）在移轉財產交換股票後即刻控制公司者，可享有緩課交換之財產所得。所稱人或眾人包括個人、信託、合夥、公司等，若屬多數人出資之情形，法令並未要求多數人必須同時出資移轉財產，但後續人出資權利在之前就被定義，而執行協議應迅速與舊程序相配合（Reg. § 1.351-1（a）（1）），換言之，假設此種交易可被視為設立公司整體行為之一部分，縱未同時出資，亦構成此處的控制團體<sup>30</sup>。

### 2. 控制要件

內地稅法第 351 條所稱之「控制」係指同法第 368 條必須擁有百分之 80 以上之股份所有權，包括所有有表決權股份總數百分之 80 以上及其他種類股份所有股份數百分之 80 以上。控制並非由法律上名義所有權所決定，而係由受益利益（beneficial ownership）來決定<sup>31</sup>。

### 3. 控制時點

#### （1）概說

有關交換後即刻控制之要件，涉及到控制時點之問題，早期判例法顯示控制團體如簽訂協議將股份移轉予非控制團體成員，該部分股份就不被算入控制測試（即百分之 80 測試）中<sup>32</sup>。不過在另一

<sup>30</sup> Cheryl D. Block, supra note 2, U.S.: Aspen, Third Edition, at 61.

<sup>31</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, supra note 13, at 5.

<sup>32</sup> Intermountain Lumber Co. v. Commissioner, 65 T.C. 1025 (1976).



個案例中<sup>33</sup>，發起人與承銷商簽訂契約，將部分股份放入委託帳戶（escrow account），當承銷商成功向大眾募集優先股後，後承銷商依契約取得之股份將使控制團體低於百分之 80 之控制要件，不過法院認為控制團體在出資時就已經符合百分之 80 控制要件，應依內地稅法第 351 條規定緩課所得。

## （2）階段交易原則

從另一個觀點觀察，在決定控制時點必須基於系爭事實及其環境，如設立公司出資涉及多個事件時，究竟應視為是分別之事件或應視為單一整體之行為？階段交易原則（Step Transaction Doctrine）即是針對上開問題進行判斷，換言之，對於一系列看似獨立交易，在稅法目的上是否視為單一整體交易是依照事實及環境分析，包括<sup>34</sup>：

- A、當事人意圖（Intent of Parties）：這是最常被舉出且最有影響者。
- B、相互依存的交易（Mutual Interdependence of Transaction）：兩個以上交易如果缺少其一，其他交易就不會發生，此時就應將數個交易合併，不論其發生是否同時。也就是，一個交易如果為其他交易的必要條件（sine qua non），在稅上就應被視為一個整體的交易。然而每一個交易如果本身有其實質且有其交易目的（business purpose），這些交易就不應視為一整體行為。
- C、交易間隔（Interval Between Transaction）：如果兩個交易在時間點上愈靠近，愈有可能性被認為屬單一整體交易，然而在實務

<sup>33</sup> American Bantam Car Co. v. Commissioner, 339 U.S. 920 (1950).

<sup>34</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, supra note 13, at 6.



上有許多例外，法院毋寧是以當事人交易目的為準。

### （3）法院實務

法院在實務上對階段行為是否單一，發展出下述司法原則（Judicial Doctrine）<sup>35</sup>：

- A、相互依存測試（Mutual Interdependent Test）：假設一連串得獨立交易是如此相互依存，以致於進行其中之一而未完成其他交易者將是無益的（fruitless），於是數個看似獨立之交易將被視為一個整體交易，這個測試注重於交易間的關係。例如，在前述承銷商案件中，法院判決承銷協議本身並非計畫的必要條件，縱然沒有該協議，其他階段交易仍會發生。
- B、結果測試（End-Result Test）：假如一連串分別的交易似乎好像它們適當地被視為單一交易的一部分，所有步驟的努力都是為了達成一個通常的結果（common result），這些交易應在稅上被視為一個交易。
- C、拘束力協議測試（Binding-Commitment Test）：一連串交易之進行係依據有拘束力之協議。

### 三、技術作價（現物出資）之法律效果

#### （一）出資交易之股份及技術之取得成本認定問題

在技術作價（現物出資）滿足內地稅法第 351 條的要件時，作價的股東將不會被認列財產交易所得或損失，不過此並非永久免稅

<sup>35</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, id., at 7.



，國會透過內地稅法第 358 條取得成本規則（basis rule）將未認列的損益保留至股票交易時認列，論其實際即為所為損益遞延認列之法律效果，也就是說，轉讓人股東對其換得股份之取得成本會等於其對於被轉讓資產在轉讓前之取得成本（內地稅法第 358 條（a）（1）參照）。如果轉讓人股東取得多於一種之股份，取得成本將依照各種類股份之市場公平價格分攤（內地稅法第 358 條（b）參照）。至於股東取得新設立公司股票之持有期間之認定問題，包括作價轉讓之資產（並非一般財產，而係指資本（capital）或內地稅法第 1231 條規定之資產）持有期間（內地稅法第 1223 條（1）參照）。

例如轉讓人股東 A 同時轉讓土地及存貨設立新公司，土地之取得成本為 10,000 元、市場價格為 60,000 元，存貨之取得成本為 30,000 元、市場價格為 40,000 元，A 取得新公司股份 100 股，市場價格為 100,000 元。設該交易符合內地稅法第 351 條之規定，A 將不認列土地交易損失 80,000 元，A 對新公司股份的取得成本為 40,000 元（包括土地及存貨換得之總數），因為 A 轉讓之財產包括內地稅法第 1231 條之資產及一般所得資產（ordinary income asset），每個換得之股份必須區分持有期間，亦即百分之 60 部分可包括 A 持有土地之期間，百分之 40 部分則從交換時起算持有期間。如果 A 在交換後隔日即以 100,000 元出售股份，A 將認列 36,000 元長期資本利得及 24,000 元短期資本利得<sup>36</sup>。

對受讓人公司方面，其取得成本與轉讓人股東相同（內地稅法第 362 條（a）參照），不過在持有期間方面，均包括轉讓人之持有期間，並不區分該財產在轉讓人持有時係屬資本、內地稅法第 1231

<sup>36</sup> Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope, supra note 4, at 127.



條資產或一般所得資產(內地稅法第 1223 條(2)參照)。

最後一提的是，假設移轉財產的取得成本高於公平市場價格，此時該財產即有內建損失(Built-in Losses)，受讓人公司對該財產之取得成本必須限於公平市場價格(內地稅法第 362 條(e)(2)(A)參照)，或者轉讓人股東可與受讓人公司協議選擇將轉讓人股東取得股份的取得成本調減為市場公平價格(內地稅法第 362 條(e)(2)(C)參照)。舉例來說，A 轉讓土地予新公司，土地的取得成本為 180,000 元，市場公平價格為 100,000 元，共換得新公司 100 股，市場價格為 100,000 元，假設符合內地稅法第 351 條之要件，A 不得認列 80,000 元的土地交易損失，新公司對土地的取得成本為 100,000 元(限於公平市場價格)，或者可由 A 與新公司協議選擇限制 A 對於新公司股份之取得成本為 100,000 元，新公司對於土地的取得成本則可以 180,000 元為準。前揭規定的目的係為避免以內建損失之資產透過內地稅法第 351 條之交易複製經濟上損失<sup>37</sup>。

## (二) 股東獲取適格股票以外「利益」之處理

股東以技術等財產出資時，必須獲取公司之股份，任何非適格股份的對價都會被以獲得「利益」(boot)處理之，在邏輯上，如獲得利益並不符合內地稅法第 351 條的構成要件，不過法律僅規定在該收取利益部分認列所得而已(內地稅法第 351 條(b)參照)，例如 A 將不動產出資至新公司，市場價格為 200,000 元、取得成本為 20,000 元，A 取得新公司價格 170,000 之股份及 30,000 元現金，A 總共「實現」(realize)<sup>38</sup>180,000 元的所得，不過只有 30,000 元「

<sup>37</sup> Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope, id., at 126-128.

<sup>38</sup> 美國法對於緩課損益之規定，都將被緩課之所得使用 realize 的用語，而後該



認列」(recognize) 所得，其餘的 150,000 元不在作價入股時認列所得<sup>39</sup>，亦即在收取現金部分以外的所得仍可緩課。

如果轉讓人股東同時獲取適格股份及利益作為對價時，此際應如何計算其股份取得成本？內地稅法第 358 條 (a) (1) 規定之計算公式為：1、轉讓人股東對轉讓財產之取得成本；扣除 2、收取現金之價額或利益的市場價格；加上 3、已認列之所得。以上例來說，亦即不動產取得成本為 20,000 元扣除現金 30,000 元加上已認列的所得 30,000 元，調整後之股份取得成本為 20,000 元，如 A 於取得股份後立即以 170,000 元出售，其認列之股份資本利得為 150,000 元，亦即交換時所緩課之 150,000 元所得。

雖然前述的取得成本計算公式在一般情形下，扣除第 2 項並加上第 3 項的結果與轉讓人股東對財產的取得成本是相同的，不過在特殊情況下，例如轉讓人股東取得之利益可依分期方式認列並緩課所得，常見的情形就是指分期償還的債券 (note)，目前美國稅法對於這個問題並無特別規範，然而從國會對於採分期認列所得方式之相似交易（如同類型物交換或公司組織架構調整）看來，轉讓人股東收受債券、證券或債務免除證明等利益，得依照分期認列所得方式申報，此亦為內地稅法施行細則草案 Reg. § 1.453-1 (f) (3) (ii) 所規定<sup>40</sup>。

---

所得要課稅時使用 recognize 的用語，不過我國法制比較傾向認為實現與認列意義相同。

<sup>39</sup> Cheryl D. Block, *supra* note 2, at 68-69.

<sup>40</sup> Cheryl D. Block, *id.*, at 71.



### (三) 公司承受股東債務之處理

如果受讓人公司在內地稅法第 351 條的交易中，承受了轉讓人股東的債務，這將被視為利益（內地稅法第 357 條 (a) 參照），不過該債務承受被視為利益僅是為了計算轉讓人股東就受讓人公司股份的取得成本，所得仍是緩課，不於取得股份時認列。例如：A 轉讓土地設立新公司，土地的取得成本為 20,000 元、市場價格為 60,000 元，其上有 10,000 元的債務，A 換得新公司普通股份價值 50,000 元，A 不必認列因 10,000 元債務免除而生的利得，不過 A 對於新公司股份的取得成本為土地取得成本 20,000 元扣除視為利益之債務 10,000 元，調整後的取得成本為 10,000 元<sup>41</sup>。

然而，如果受讓人公司承受債務是由於納稅義務人為規避聯邦所得稅或並非基於真實之公司商業目的（*bona fide corporate business purpose*）時，轉讓人股東就所有被解除的債務應視為取得利益，並認列所得（內地稅法第 357 條 (b)、Reg. § 1.357-1 (c) 參照）。在有清楚的優勢證據（*the clear preponderance of the evidence*）下，納稅義務人對於欠缺不適當目的之事實負擔舉證責任（內地稅法第 357 條 (b) (2) 參照）。從上段的例子而言，如 A 為個人費用之支付而以土地借款，土地上之債務可能被認為欠缺真實商業目的，所以 A 必須認列 10,000 元所得，A 對新公司股份的取得成本為土地取得成本 20,000 元扣除視為利益之債務 10,000 元加上已認列之所得 10,000 元，亦即取得成本為 20,000 元<sup>42</sup>。

假若受讓人公司承受的債務超過轉讓人股東轉讓財產的取得

<sup>41</sup> Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope, *supra* note 4, at 132-133.

<sup>42</sup> Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope, *id.*, at 133-134.



成本時，轉讓人股東就超過部分必須認列所得（內地稅法第 357 條（c）參照），舉例而言，A 移轉土地設立新公司，土地的取得成本為 30,000 元、市場價格為 100,000 元，其上並有 55,000 元債務，A 取得新公司股份，市場價格為 45,000 元，由於新公司承受之債務超過土地取得成本，此際必須適用內地稅法第 357 條（c），亦即 A 必須認列超過部分 25,000 元之所得，至於 A 對新公司股份之取得成本為土地取得成本 30,000 元扣除 A 免除債務 55,000 元加上認列的所得 25,000 元，亦即調整後的取得成本為 0 元。該規定的目的可能在避免轉讓人股東取得受讓人公司股份之取得成本為負數<sup>43</sup>。

#### 四、特殊問題之處理

##### （一）不成比例取得股份

一般而言，轉讓人股東間所獲取的受讓人公司股份比例，會與轉讓人股東各自轉讓之財產價值的比例相當，如果出現比例不均衡的情形，雖獲得的股份並非必然應與財產轉讓前價值的比例相當，但必須以整體交易的實質（true nature）來進行課稅的處理（Reg. § 1.351-1（b）（1））。例如：母親與女兒分別將其所有財產作價設立新公司，並個別獲得百分之 50 之新公司股份，如果母親與女兒出資財產價值之比例為百分之 90 比百分之 10，此時應參照事實及環境情況來決定整體交易的實質，所以母親會被認為出資百分之 90 並取得百分之 90 之新公司股份，女兒出資百分之 10 並取得百分之 10 之新公司股份，接下來母親將其 40% 的新公司股份贈與給女兒，所以就必須依照贈與關係處理母親可能應繳納贈與稅之問題<sup>44</sup>。

<sup>43</sup> Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope, id., at 134.

<sup>44</sup> Cheryl D. Block, supra note 2, at 66.



## （二）有關外國人適用內地稅法第 351 條之問題

有關外國人能否適用內地稅法第 351 條規定之問題，基本上可以從二個面向分析，其一係美國納稅義務人將土地、股票或技術等財產移轉至外國公司作價出資，其二係外國人將其財產移轉至美國公司作價出資。內地稅法第 367 條對前者有明確規範，至於後者雖原則上得適用內地稅法第 351 條之規定，惟其中亦有一些灰色地帶，不過要注意的是，雖然外國人得適用美國內地稅法第 351 條之規定，仍應注意外國人居住國或財產所在國對該種財產移轉行為之課稅規定。

在第一種類型由美國納稅義務人以技術等財產出資予外國公司並獲取股份的情形，依決定財產交換認列所得的稅上目的，外國公司並不被認為屬內地稅法第 351 條的「公司」（內地稅法第 367 條 (a) (1) 參照），亦即此種現物出資行為並不適用內地稅法第 351 條之規定，但是在該轉讓人股東之外國公司屬於交換或組織架構調整的一份子或在美國外有活躍性的交易或作為，前開規定並不適用<sup>45</sup>，換言之，對此種外國公司之作價出資仍得適用內地稅法第 351 條之規定。不過又依據內地稅法第 367 條 (d) (2) 的規定，如果將無形資產在內的財產移轉給外國公司以獲取股份時，美國稅法就直接規定此等行為應被視為已經出售該無形資產，因此美國的技術人應該在移轉時認列損益，並無緩課的優惠<sup>46</sup>。依照內地稅法第 367 條 (d) (2) 規定「無形資產」(intangible) 之文義，應包括所有之無形資產，不過內地稅法施行細則草案對於外國商譽 (foreign

<sup>45</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, *supra* note 13, at 15.

<sup>46</sup> 參照馮震宇，「技術入股政策與課稅爭議平議」，萬國法律雜誌第 135 期，頁 15，2004 年 6 月。



goodwill) 或部分無形資產有特別處理之規定 (Reg. §1.367 (d) -1T )，然其既非現行規定，於茲不贅。

欲進一步言者，如美國納稅義務人移轉國外公司或國內公司股份至國外公司作價出資時，依照財政部及國稅局在 2006 年 2 月發布之規定 (TD9250)，該等交易並不適用內地稅法第 367 條之規定，其立法理由乃為避免國際間重複課稅<sup>47</sup>。

對於第二種類型由外國人移轉財產至美國公司作價之情形，並無特別規定不得適用內地稅法第 351 條之規定，原則上應得適用內地稅法第 351 條之規定，然其交易架構如疑似該當內地稅法第 367 條時，即會產生得否適用內地稅法第 351 條之爭議。例如：外國公司持有二家國內公司 DC1、DC2 全部股份，外國公司將其持有 DC2 之全部股份移轉予 DC1，以換取 DC1 所發行之新股，此際外國公司係以 DC2 股份作價出資予 DC1，屬於內地稅法第 351 條之交易，然有無構成內地稅法第 367 條所規範之情事？DC1 雖與外國公司進行股份交換，但並不是將其資產移轉至外國公司而換取外國公司之股份，並不該當內地稅法第 367 條之規定，故仍屬適用內地稅法第 351 條之案件<sup>48</sup>。又對照上述財政部之規定，可以知悉對於美國納稅義務人移轉其他公司股份至海外之行為並不適用內地稅法第 367 條規定，故更可論證美國公司受讓外國人資產而發行其股份之行為，並非內地稅法第 367 條之適用範圍所及，仍應有內地稅法第

<sup>47</sup> KPMG LLP, US Outbound: IRS issues final cross-border stock transfer rules, Website: [http://www.internationaltaxreview.com/?ISS=21935&PUBID=35&Page=10&SID=633654&TYPE=20\(2006.06\)](http://www.internationaltaxreview.com/?ISS=21935&PUBID=35&Page=10&SID=633654&TYPE=20(2006.06)).

<sup>48</sup> Andrew Mitchel LLC, Inbound 351 Exchange, Website: [http://www.andrewmitchel.com/charts/inbound\\_351.pdf\(2006\)](http://www.andrewmitchel.com/charts/inbound_351.pdf(2006)).



351 條之適用。

### （三）規避問題的處理

#### 1. 欠缺商業目的之轉讓

內地稅法第 351 條的法律效果要有效發生，除了必須符合前揭的構成要件外，尚必須有「無聯邦稅的商業目的」(non-federal-tax business purpose)，此為非明文規定的構成要件，美國國稅局認為：當一個母公司及其下二個子公司將內建損失的資產移轉給新設立的子公司，其目的僅是為了藉由銷售資產及新公司股份來複製內建損失，國稅局認為此際內地稅法第 351 條不得適用。另外國稅局也認為，關係企業之一員將無價值的財產移轉給非關係企業成員時，是以降價求售 (Dutch auction) 方式換得優先股，並無真正的商業目的來支持緩課所得之處理，其目的是藉由轉讓人股東先銷售優先股，再由受讓人公司放棄該無價值的資產，等於是複製稅上損失，不得適用內地稅法第 351 條<sup>49</sup>。在前述的 Eli Lilly 案，法院認為移轉無形資產至關係企業的交易為國會立法所鼓勵此種移轉 (內地稅法第 351 條)，稅務當局不得以租稅規避防杜處理，又其欠缺對內地稅法 351 條的所得扭曲防杜 (distortion of income prong) 權限，故不得以該技術作價案為非常規交易而否認所有權的移轉<sup>50</sup>，這種案型也非此處所談的規避。

#### 2. 規避適用內地稅法第 351 條

<sup>49</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, *supra* note 13, at 11.

<sup>50</sup> 參照張憲璋，「涉及無形資產交易活動之移轉訂價稅制問題初探」，財稅研究雜誌第 40 卷第 3 期，頁 189，2008 年 5 月。



雖然內地稅法提供轉讓人股東以技術等財產出資時，有緩課損益的法律效果，然而在某些情況下，對於轉讓人股東並不是真的有租稅上利益，例如轉讓人股東在有虧損可供扣抵的情況下可能希望以一個課稅的交易認列所得；或者轉讓人股東想要認列財產交易損失；或者轉讓人股東為了使受讓人公司對財產的取得成本較高，是以市場價格認定而非轉讓財產的取得成本入帳，此際受讓人公司可攤提比較多的折舊費用<sup>51</sup>。

通常規避或者說是妨礙內地稅法第 351 條適用的方法是以買賣方式或不符合控制要件為之，這裡談到的規避並非前述使受讓人公司承擔轉讓人股東債務的規避，而是為了前段所述的稅上意圖而規避內地稅法第 351 條的構成要件。

美國稅捐實務對於股份與債務的區辨會使用「債股分析」(debt-versus-equality analysis)，受讓人公司給予轉讓人股東的債務，可能會依租稅目的定性為權益，其結果仍可能適用內地稅法第 351 條<sup>52</sup>，在某些案件中，轉讓人股東雖取得受讓人公司的債券，但其性質有頗多的權益性質，所以其安排的買賣交易會被認為屬於轉讓財產換取股份之交易，亦即將之當作內地稅法第 351 條的交易而不是一個銷售財產的行為<sup>53</sup>。

##### 五、組織架構調整與現物出資創設公司之關係

美國稅法上的「組織架構調整」(Reorganization) 下的子類型頗多，不過符合內地稅法第 368 條的組織架構調整係指雖然一家或

<sup>51</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, supra note 13, at 13.

<sup>52</sup> Houck v. Hinds, 215 F.2d 673.

<sup>53</sup> Burr Oaks Corp. v. Commissioner, 43 T.C. 635 (1965).



多家公司的組織或所有權有根本性的變更，但不過是繼續公司企業的一種調整，投資繼續性仍然繼續維持，也就是說如果符合內地稅法第 368 條的組織架構調整，財產移轉交易的所得並不認為應於交易時認列。在組織架構調整的分類上可大致分為收購型、分割型、非收購且非分割型：所謂收購型係指一家公司取得目標公司的資產，包括合併(mergers)、股權換取股權收購(stock-for-stock acquisitions)、股權換取資產收購(stock-for-asset acquisitions)；分割型係指一家公司分為二家以上的情形；非收購非分割型則是指其他對單一繼續公司企業的調整<sup>54</sup>。

以收購型的組織架構調整為例，A 公司移轉所有資產及負債設立 B 公司，A 公司因此取得 B 公司所有已發行的股份，之後 A 公司進行清算，將所有 B 公司股份分配予股東，同時該當內地稅法第 351 條的出資及內地稅法第 368 條的合併。又例如 A 公司的股東將所有公司的股份出資設立 B 公司，並取得 B 公司的所有已發行股份，如此既該當內地稅法第 351 條的出資，亦符合內地稅法第 368 條股權對股權收購<sup>55</sup>。

在 Helvering 案件中<sup>56</sup>，美國最高法院認為內地稅法第 351 條及內地稅法第 368 條並不相互排除，該當內地稅法第 351 條的交易也同時有可能該當一種以上的組織架構調整，內地稅法第 351 條與第 368 條並不互相牴觸。

～未完待續～

<sup>54</sup> Stephen Schwarz, Daniel J. Lathrope, supra note 4, at 285.

<sup>55</sup> Gersham Goldstein, Orlando Medina, Transfers to Controlled Corporations: Revised Section 351 Part 2, Vol.32, No.1, Corporate Taxation 3, 9-10(2005).

<sup>56</sup> Helvering v. cement Investors, 316 U.S. 527 (1942).