

证券交易印花税的规范 审查与实施评估

——以税法建制原则为分析工具*

叶金育**

摘要: 证券交易印花税制的频繁调整,不仅成为证券市场的一道风景线,也成为税法领域的一朵奇葩。历经近 20 年中的 11 次调整,证券交易印花税仍身陷公平性、正当性与合法性三重危机,既未践行量能课税意涵的实质正义,也未坚守稽征经济立基的比例原则所蕴含的技术正义,更未满足形式正义的税收法定,以致其不断遭受国人质疑。鉴于当下彻底摒弃证券交易印花税的适用,时机和条件仍不成熟。实现证券交易印花税从“政策之治”到“法律之治”,以税收法定原则对其进行总体指引,调适目前偏离量能课税与比例原则的制度设计和实施方式,方为理想之道。具体而言,从税制公平性上看,伺机扩大证券交易印花税的税基,实现市场与产品的一视同仁,是为首要之义;从税制正当性上看,精准定位证券交易印花税制目的,实现手

* 本文系 2015 年国家社科基金重点项目“分税制模式下地方财政自主权研究”(15AFX021)的阶段性研究成果。

** 武汉大学法学院讲师、社会学系博士后研究人员,法学博士。

段与目的的合比例,是当务之急;从税制合法性上看,全面落实证券交易印花税的法定化,实现政策与法律的无缝对接,是关键之举。

关键词: 证券交易印花税 量能课税 比例原则 税收法定

一、问题意向

“无论是在政治哲学领域,还是在经济学范畴,并不存在一个令所有理论家都能达成一致的税收正义原则。”〔1〕但在宪法上,税收正义作为基本原则〔2〕并无太大分歧。为落实税收正义的宪法原则,税法创设了税收法定原则、量能课税原则与稽征经济原则三大建制原则,它们分别代表税法不同层次的理性考虑。量能课税原则为依法课税的伦理基础,其导向税收的实质正义。税收法定原则为量能课税原则的制度基础,其攸关税收的形式正义。稽征经济应因于税收的技术正义追求,其立基之法律原则为比例原则。〔3〕三大原则浑然天成,造就了税法特色的正义标准。站在经济学的立场上,判断证券交易印花税优劣和存废的一个重要标准,就是看该税种是否符合税收的经济效率,即看它对资本成本的影响有多大,能否有利于资源的有效配置,是否会扭曲市场的正常投资活动和投资意愿。〔4〕但之于财税法学角度,则要看其是否能够顺利通过三大不同正义维度的检测。如若不能得到三大正义原则的认可,证券交易印花税便极有可能遭遇正当性危机,陷于合法性困局,最终丧失正义的税法基础。基于量能课税原则、比例原则和税收法定原则的独特功能和价值构造,本文尝试以它们为分析工具,对我国证券交易印花税进行立体化审视,既考察其正当性,也剖析其合法性;既对证券交易印花税进行规范审查,也对其运行的效果进行实证评估。以找寻未来证券交易印花税的中国方向,为此,本文主体部分的分析结

〔1〕 陈丹:《论税收正义——基于宪法学角度的省察》,法律出版社2010年版,第60页。

〔2〕 参见黄俊杰:《税捐正义》,北京大学出版社2004年版,第2页。

〔3〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代税法》,北京大学出版社2011年版,第128~129、260页。

〔4〕 参见饶立新:“中国印花税研究”,江西财经大学2009年博士学位论文。

构安排如下:其一,从整体上描述证券交易印花税的制度变迁与运行机理,展示其与税法三大建制原则之间的内在逻辑;其二,以税法三大建制原则为分析工具,对证券交易印花税进行规范审查,对其运行效果与立法目的匹比度等进行评估,揭示证券交易印花税偏离税收正义的制度设计和运营机制等缺陷;其三,在规范审查和实证评估的基础上,探寻证券交易印花税的理性定位和未来走向。

二、证券交易印花税述描:政策变迁与运行机理

证券交易印花税不仅是一个国家或地区财政收入的来源之一,同时也是它们调节证券市场的经济杠杆和重要手段。纵观世界主要国家和地区的证券市场税收状况,征税环节大体有四个:一是在证券发行环节课税;二是在证券交易环节课税;三是在证券交易所得环节课税;四是在证券财产移转环节课税。证券交易印花税发生在证券交易环节,多适用于证券市场初期发展的国家或地区,目的在于防止市场过度投机。^{〔5〕} 由于证券市场发展程度和经济、政治、文化等环境差异,各个国家或地区在证券税制设计上存有较大差异,有的仅针对单一环节征税,有的则选择多个环节同时课税。我国现行证券交易印花税聚焦证券交易环节,且仅针对二级市场上股票交易双方成交金额的一定比例课税。从税制属性上看,证券交易印花税脱胎于普通印花税,经历了从凭证税到行为税的变迁。证券交易在电子交易手段实现之前,买卖双方都要填写书面的被视为“股权转让书据”的委托交易单据,据此课征证券交易印花税。电子交易普及之后,纸质的“应税凭证”不复存在,证券交易税课税的基础事实只能理解为买卖双方所发生的买卖、继承、赠与等股权转让行为。此种情况下,证券交易印花税的税基是交易双方的流转额,在形式上已更为接近和演变为兼具流转税性质的行为税。^{〔6〕}

〔5〕 参见冯果、廖焕国:“论证券税制的发展趋势及中国证券税制之转型——基于网络经济时代背景下的考量”,载《法学评论》2007年第1期。

〔6〕 参见饶立新:“中国印花税法研究”,江西财经大学2009年博士学位论文。

不管证券交易税的课税基础是股权转让书据,还是股权转让行为,证券交易印花税对于我国股民来说,应该都不会陌生。自1990年7月1日诞生于深圳伊始,每当股市波动到比较严重的程度,提高或降低证券交易印花税税率都会为决策者所采纳。为世人所瞩目的莫过于“5·30”事件,即2007年5月29日深夜,财政部、国税总局一纸发文,以“半夜鸡叫”的突袭方式将证券(股票)交易印花税税率从1‰上调至3‰,顿时引起轩然大波。类似的税制调整事件,在短暂的证券交易印花税历史上,共发生11次(如表1所示)。纵览我国证券交易印花税的开征及其历次调整,可以发现如下规律或特征:其一,证券交易印花税由地方政府创设,后被国家认可;其二,税率成为政府干预证券市场的重要工具,而且税率调整的随意性较大,符合宏观调控“相机抉择”〔7〕的机理,因为环境和形式瞬息万变,宏观调控本身就是一个审时度势、及时因应的过程;〔8〕其三,政府调整证券交易印花税,特别是调整税率,其收入目的比宏观调控目的更加明显;其四,证券交易印花税创制与调整的抉择部门及其权限是否符合税收法律、法规的规定,值得商榷。〔9〕

表1 证券交易印花税制调整

序号	调整时间	调整后税率	纳税主体	发布部门
1	1990.06.28	6‰	单向征收	深圳市政府
2	1990.11.23	6‰	双向征收	深圳市政府
3	1991.10.10	3‰	双向征收	深圳市政府、上海市政府
4	1992.06.12	3‰	双向征收	国税总局、国家体改委
5	1997.05.10	5‰	双向征收	国务院
6	1998.06.12	4‰	双向征收	国务院
7	1999.06.01	B股3‰	双向征收	国务院

〔7〕 参见史际春、肖竹:“论分权、法治的宏观调控”,载《中国法学》2006年第4期。

〔8〕 参见周志忍、徐艳晴:“基于变革管理视角对三十年来机构改革的审视”,载《中国社会科学》2014年第7期。

〔9〕 参见李玉虎:“证券交易印花税功能的法学与经济学分析”,载《经济法论坛》2009年第6卷。

续表

序号	调整时间	调整后税率	纳税主体	发布部门
8	2001.11.16	2‰	双向征收	财政部、国税总局
9	2005.01.24	1‰	双向征收	财政部、国税总局
10	2007.05.30	3‰	双向征收	财政部、国税总局
11	2008.04.24	1‰	双向征收	财政部、国税总局
12	2008.09.19	1‰	单向征收	财政部、国税总局

由上可知,证券交易印花税制变迁的显著记忆便是税率,税率也由此成为个人权利、公共利益与国家权力在证券市场中博弈的经典工具,关乎证券交易印花税之正义的动态实践。^[10] 毕竟,“文本上的法律只是一种抽象规定。法的实效,即将纸面上的抽象规定转化为现实的秩序,需要一个过程,是为法律实施。这个过程体现为理想和现实的距离,也呈现出法律与社会的对应。”^[11] 从税法实施层面看,纳税人在实际生活中是否遵守税法,或者说是否会产生违法行为,在很大程度上取决于他们“意识到的责任”是否强烈。^[12] 政府运用税率手段,不断强化纳税人对证券交易印花税的认知度和熟悉度,有意无意地让纳税人知晓了“税率变动所带动的责任和后果”,实质上助推了证券交易印花税领域中的法治实施。因为“法治意识是实现法治的内驱力”,^[13] 要想实现税收法治,就必须培养和提高纳税人的税收遵从观念,增强依法征纳意识,^[14] 这些都离不开对基础税制的熟知和运用。照此理解,将证券交易印花税制变迁和调整的焦点定格或等同于税率变迁或税率调整,具有积极的税收法治建设价值。但正如所有硬币都有正反两面,调整税率固然可以加深纳税人对证券交易印花税的了解,同时也会造成社会各界将证券交易税税率等同于证券交易税制本身,而忘却证券交易印花税内置的其他税

[10] 参见杨盛军:《税收正义——兼论中国遗产税征收的道德理由》,湖南人民出版社2014年版,第67页。

[11] 马怀德主编:《法律的实施与保障》,北京大学出版社2007年版,第131页。

[12] 参见郭星华、陆益龙等:《法律与社会——社会学和法学的视角》,中国人民大学出版社2004年版,第194页。

[13] 柯卫:《当代中国法治的主体基础——公民法治意识研究》,法律出版社2007年版,第191页。

[14] 参见王磊:《税收社会学》,经济科学出版社2011年版,第46页。

收构成要件,可谓“只见树木,不见森林”。

一般而言,税收构成要件是对于应加以课税的各项生活事实以法律规定的形式予以把握。由于缴纳特定税收义务亦即法律效果,原则上并不是根据一个法律规范,而是由数个不同的法律规范共同作用所产生,因此,税收构成要件是在实体的税法规范中,所规定产生税收债务的各种抽象前提要件的整体,而归于一项总括的概念。^[15]“作为各种税收的共同课税构成要件,其内容一般包括税收主体、税收客体(课税对象)、课税对象的归属、税基(课税标准)以及税率五种。”^[16]其思维逻辑是,只要能确定需要征税的税收客体,并通过法定的计算程序使之成为具体的课税标准,然后根据税收客体的归属关系确定税收主体,最后再对课税标准适用法定税率,就能计算出具体纳税人应当缴纳的具体税款。如果再加提炼,将归属内含于税收主体之中,将税基看成税收客体的量化形式,那么,税收的构成要件可以更简单,即税收客体、纳税人、税率。^[17]可见,税率只是证券交易印花税运行和发生作用的一个要件而已。在税收客体上,证券交易印花税创设之初便套用印花税征税范围,将其归入“产权转移书据”(股权转让书据)税目之下。随着电子商务的急剧发展,证券交易印花税的税收客体从原初的“产权转移书据”演变为“股权转让行为”,已经跃出印花税课税樊笼之外。至于纳税人更多人最为熟知的是《关于证券交易印花税改为单边征收问题的通知》(财税明电〔2008〕2号)中“对受让方不再征税”的规定,而早已遗忘深圳市政府首次开征证券交易印花税时的单边征收规定。^[18]

概言之,税率只是税收构成要件系统中最为敏感的一个要件而已。证券交易印花税的运转需要各个税收构成要件的精致互动,整体配合、彼此驰援。各个构成要件汇聚一体,方可撑起证券交易印花税。从法治

[15] 参见陈清秀:《税法总论》,台湾元照出版有限公司2014年版,第310~311页。

[16] 杨小强:《税法总论》,湖南人民出版社2002年版,第38页。

[17] 参见刘剑文、熊伟:《税法基础理论》,北京大学出版社2004年版,第191页。

[18] 《深圳市人民政府关于对股权转让和个人持有股票收益征税的暂行规定》第2条规定:“股权转让书据按书据转让时市场价格的金额,依千分之六的税率纳税,属买卖的股票由转让人贴花,转让人的代理人有代理纳税的义务;属继承、赠与、分割的股票由股票持有人贴花。办理股权转让的单位,负有监督纳税人依法纳税的责任,并由其代售印花税票,代征代缴税款。”

原则的角度来看,量能课税、比例原则、税收法定原则与《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》所要求遵循的“统一税制、公平税负、促进公平竞争的原则”^[19]内在契合,且已经形成稳定的规则体系,可以在检验证券交易印花税方面发挥标尺作用。量能课税是公平税负最基本的保障,是促进公平竞争的内在要求。据此,证券交易印花税应当尽可能统一适用,除非有足够的正当性,否则不应该选择性课税。即便基于证券市场稳健考虑,确有必要偏离量能课税原则,其正当性也必须接受比例原则的审查,观测目的与手段之间的合比例性。更进一步,不管证券交易印花税的是税率变动,还是税收客体重构,乃至纳税人调整等,都必须满足税收法定原则的要求,不得越权处置。^[20]否则,证券交易印花税理应追求的公平性、正当性和合法性就会存疑。如果是这样的话,与其让它玩弄于市场与国民之间,不如彻底改造甚或废除,以求新生。

三、量能课税:证券交易印花税的公平性检视

在大多数国家,量能课税被视为一个社会税收体系公正的基础之一,^[21]其立基于“课税必须遵循最小牺牲原则的同时,按照纳税人的负担能力平等征收”^[22]的思想。这一思想被税法学界和税收立法者引进税法的观念中,并发展成税法上体现税收公平原则的量能课税原则。^[23]所谓量能课税原则,系在个人的税收负担评价中,应按照纳税人给付(负

[19] 虽然《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》是在谈及税收优惠的清理、规范与统一立法时强调这些原则的指导作用,但作为税制公平理念的朴素表达,这几个原则之于任何税制领域的适用价值都是毋庸置疑的。

[20] 参见熊伟:“法治视野下清理规范税收优惠政策研究”,载《中国法学》2014年第6期。

[21] Frans Vanistendael, *Legal Framework for Taxation*, in Victor Thuronyi, ed. *Tax Law Design and Drafting* (volume 1), International Monetary Fund, 1996.

[22] David N. Hyman, *Public Finance, Contemporary Application of Theory of Policy*, 6th Ed., South - Western College Publishing, 1999, pp. 662 - 663.

[23] 参见刘剑文主编:《财税法学》,高等教育出版社2004年版,第334页。

担)税收的能力加以衡量,亦即依据纳税人经济上实质税负能力加以衡量。再者,若是基于“经济上实质税负能力”予以衡量,仍然必须受到人性尊严的限制,亦即“最低生存所必要之费用”自应予以扣除。^[24] 据此,立法者须在不同纳税人之间,加以比较衡量其税收负担能力有无异同,也就是立法者在选择税收客体时,须以纳税人的支付能力作为指标。^[25] “能力强者优先负担,能力弱者少负担,无能力者不负担。”^[26] 其实,属于国民共同的费用负担的税负,必须让国民公平地承担。这一观点,已被近代国家广泛、共同接受。问题是,“税收的公平”中包含向处于同等状况者课以同等税负,处于不同状况者则课以设定合适差异的税负的含义。何为“同等状况”、何为“设定合适差异的税负”,其含义无法从“公平”原则自身中引导得出,^[27] 演进至今,公认地能够充当“税收的公平”这一评判工具的是税负能力。具体衡量指标在两个世纪以前是财产和财富,随后代之以所得,所得被认为是最好的指示物。晚近,越来越多的支持者认为消费是最好的考量基础。^[28]

总体来说,能够表彰特定个人或组织之负税能力的指标主要为:所得、财产及消费。所以,将之选取为税收客体。以之为基础,可将各种税目归类为:所得型税收、财产型税收或消费型税收。^[29] 从税负能力指标上,很难机械地将证券交易印花税与典型税制型态对号入座,因为不管是早期证券交易印花税所确立的“按书据转让时市场价格的金额”,^[30]

[24] 参见许凯杰:“量能课税原则之研究”,台湾中正大学2008年硕士学位论文。

[25] 参见葛克昌:《税法基本问题——财政宪法篇》(2005年增订版),台湾元照出版有限公司2005年版,第164页。

[26] 许多奇:“论税法量能平等负担原则”,载《中国法学》2013年第5期。

[27] 参见[日]中里实等编:《日本税法概论》,张翠萍等译,郑林根总校,法律出版社2014年版,第19页。

[28] 参见杨小强:《中国税法:原理、实务与整体化》,山东人民出版社2008年版,第16页。

[29] 参见黄茂荣、葛克昌、陈清秀主编:《税法各论》,台湾新学林出版股份有限公司2015年版,第19页。

[30] 参见《深圳市人民政府关于对股权转让和个人持有股票收益征税的暂行规定》第2条。

还是后来“依书立时证券市场当日实际成交价格计算的金额”,^[31]都难以称得上典型的所得、财产及消费。然即便如此,借助市场价格或者实际成交价格相区别大体还是可以成立的,因为市场价格或实际成交价格越高者,担负的证券交易印花税多半也越高。反之,则反向运动。除此之外,更为关键的议题在于,在公民财产权日益受到重视的今天,如何将分配正义的价值追求注入财税法内在结构,从而使其发挥出“制约差距过大、保障平等与公平分配”的功能,始终是个悬而未决的难题。^[32]“量能课税原则以纳税人的负担能力分配税收,旨在创设纳税人与国家之间的距离,以确保国家对每一国民的给付无偏无私,不受其所纳税额的影响”,^[33]维持课税的中立性要求。“从效率性的观点看,即使征税也不宜因此歪曲人们的选择,这样才能有利于社会福祉(社会整体的满足度)的最大化。”^[34]是以,量能课税原则又进一步要求在税收负担上应保持中立性原则,亦即不应变更营业的公平竞争关系。如果对于竞争同业课以不公平的税负,而违背平等原则时,则亦违反竞争的中立性。税收中性原则则要求课税不应影响私经济部门(消费者及生产者)从事经济活动的经营决策,避免影响私经济部门的资源配置。^[35]简言之,“国家征税应避免对市场经济正常运行机制的干扰,特别是不能使税收超越市场机制而成为资源配置的决定因素。”^[36]

以上观测,如果不同税负能力的私经济部门最后承担的税负毫无差别,或者相同处境的私经济部门被选择性纳入课税范畴,或者虽都被吸纳至课税范围,但其中一部分却可以享受税收优惠待遇,这些情形的发

[31] 参见但不限于下列文件:《股份制试点企业有关税收问题的暂行规定》(国税发[1992]137号)第9条、《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(国发明电[1997]3号)、《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(国发明电[1998]5号)。

[32] 参见刘剑文:《强国之道——财税法治的破与立》,社会科学文献出版社2013年版,第62~63页。

[33] 刘剑文、熊伟:《财政税收法》,法律出版社2014年版,第191页。

[34] [日]中里实等编:《日本税法概论》,张翠萍等译,郑林根总校,法律出版社2014年版,第94页。

[35] 参见陈清秀:《税法各论》(上),台湾元照出版有限公司2014年版,第3页。

[36] 张怡:“税收法定化:从税收衡平到税收实质公平的演进”,载《现代法学》2015年第3期。

生,都会不同程度地破坏“税收的公平”。这种不公首先体现在证券交易印花税的征税客体取舍上。从证券市场运行的环节来看,证券市场既包括发行市场,也包括交易市场。能够用以交易的有价证券,既有股票,也有债券,还有基金,乃至金融衍生品等诸多金融商品。一个完整的金融交易税体系,应该涵盖所有的金融交易行为,包括证券、金融衍生品、货币交易,而目前我国的证券交易印花税,仅指证券交易,没有涵盖外汇交易和金融衍生产品交易。况且,在证券交易环节,也仅针对A股和B股交易卖方,单向按照1‰征收,基金、债券等其他金融交易被排除在外。^[37]与之关联,在二级市场上,仅对企业发行股票的收入按营业账簿征收印花税,对原始股不征税;而二级市场上的投资者却无例外地都必须缴纳,明显有失公平。这也是我国股票市场经常异常波动的制度性原因之一。^[38]此等做法,是为典型的选择性课税。本应同等对待的市场和产品,因为证券交易印花税的介入变得不再平等,市场不再能够起到关键性配置作用。厚此薄彼的选择性征税,违背税收正义不言而喻,也与中共中央《关于全面深化改革若干重大问题的决定》论及的“统一税制、公平税负、促进公平竞争的原则”相背离。

除开选择性课税之外,税收优惠也时常将证券交易印花税拖入税制不公的泥潭。比如,《关于办理上市公司国有股权无偿转让暂不征收证券(股票)交易印花税有关审批事项的通知》(国税函[2004]941号)第1条规定:“对经国务院和省级人民政府决定或批准进行的国有(含国有控股)企业改组改制而发生的上市公司国有股权无偿转让行为,暂不征收证券(股票)交易印花税。对不属于上述情况的上市公司国有股权无

[37] 参见杨峰、刘先良:“论我国金融交易税收制度的完善——以欧盟法借鉴为中心”,载《法律科学》2015年第2期。

[38] 因为一旦发行新股,二级市场上的资金就会大量进入一级市场中购新股,而发行新股又采取的是定价而非竞价方式,新股上市的当天就会有较大幅度地上涨,而一级市场的购买行为又不涉及印花税,具有明显的“低成本,高收益”特征。一级市场不征税对大额资金拥有者更有利,因为大额资金的中签率比小额资金要高得多,甚至有些机构的巨额资金长期滞留在一级市场而不进入二级市场。这样,股市的风险就转移到二级市场上,使其发生剧烈的波动。参见冯果、廖焕国:“论证券税制的发展趋势及中国证券税制之转型——基于网络经济时代背景下的考量”,载《法学评论》2007年第1期。

偿转让行为,仍应征收证券(股票)交易印花税。”根据该条规定,上市公司国有股权无偿转让行为是否课征证券(股票)交易印花税的界分标准是:是否满足属于“经国务院和省级人民政府决定或批准进行的国有(含国有控股)企业改组改制”。满足“国务院和省级人民政府决定或批准”者,可暂不征收证券(股票)交易印花税。反之,仍应征收证券(股票)交易印花税。同样一项上市公司国有股权无偿转让行为,被国税函[2004]941号文区隔为应税行为和暂不征税行为,税收待遇天差地别。此举变相鼓励纳税人寻求国务院和省级人民政府的支持,干扰纳税人正常的经济决策无疑。晚近的例证便是,珠海投资有限公司《申请报告》(海投[2015]6号),要求对无偿划转格力地产股份有限公司国有股股权免征证券交易印花税,上海市税务局根据国税函[2004]941号文第1条的规定,同意其请求,给予双方免征证券(股票)交易印花税。^[39]再如,甘肃省农垦资产经营有限公司《关于免征证券交易印花税的申请》(甘垦资经[2015]2号),要求对无偿划转甘肃莫高实业发展股份有限公司国有股股权免征证券交易印花税,上海市税务局照样根据国税函[2004]941号文第1条的规定,同意其请求,给予双方免征证券(股票)交易印花税。^[40]诸如此类“一事一议”的证券交易印花税优惠政策,在税收方面实行差别对待,既不符合宏观调控的理念,更与税收公平、税收中性相去甚远乃至背道而驰。^[41]

总之,基于资源配置系统中的“二元配置”和效率考虑,凡是市场配置更有效的,就应实行市场化;只有存在市场失灵,且政府配置更具有合理性时,才需要政府配置。^[42]不管是基于证券市场稳健性考虑,还是受制于征管技术,乃至其他理由,证券交易印花税采取选择性课税,局限于二级市场中的股票交易,都难言公平。毕竟,“一种公平地对待所有公民

[39] 参见《关于格力地产股份有限公司国有股股权无偿划转免征证券交易印花税的通知》(沪地税财行[2015]5号)。

[40] 参见《关于甘肃莫高实业发展股份有限公司国有股股权无偿划转免征证券交易印花税的通知》(沪地税财行[2015]7号)。

[41] 参见夏红梅、谢贵春:“论企业并购税制中的税收中性原则”,载郭锋主编:《证券法律评论》,中国法制出版社2015年版。

[42] 参见张守文:“政府与市场关系的法律调整”,载《中国法学》2014年第5期。

的税制,不仅是基于社会正义的合理诉求,而且是提高税收水平的功能性要求。”^[43]至于证券交易印花税给予特定纳税人以税收优惠,不那么容易得出结论。从税负的承担力这一点来看,尽管是纳税人都处在同一状况下,但税收优惠在税负的承担力上是给予特定者以特别利益的。故,税收优惠是同税之公平主义相抵触的。^[44]因此,税收优惠必须是增进公共利益所必要。^[45]由此意味着,仅当创设的税收优惠政策是为了增进公共利益时,方可视为其具备正当理由。以其为标准,判定证券交易印花税创设的税收优惠是否背离“税收的公平”,关键在于判定其是否具有公共利益属性。然而,“公共利益的概念,由最高位阶的宪法以降,所有国家之行为皆广泛使用公益作为其行为合法性的理由以及行为之动机。”^[46]在创设税收优惠政策时,不管是处于自身立场考虑,还是为行政活动追求目标所累,公共利益演化为部门利益也是常有之事。从实践来看,证券交易印花税领域存在的税收优惠,不管是早期的支持国有企业改革,^[47]还是新世纪应对国有(含国有控股)企业改组改制,^[48]乃至收购、承接和处置的银行不良资产等,^[49]幕后似乎都浸透着公共利益思维,但这种公共利益间接而又朦胧,反倒是优惠政策所福佑的具体国有企业、金融资产管理公司等“私人利益”更为直接且实在。从这个意义上说,我们倾向于认为当下的证券交易印花税距离税收公平的要求甚远,难以通过量能课税原则的审视,自然也就难以达到证券交易印花税所应追求的实质正义。

[43] [美]B. 盖伊·彼得斯:《税收政治学:一种比较的视角》,郭为桂、黄宁莺译,江苏人民出版社2008年版,第173页。

[44] 参见[日]金子宏:《日本税法》,占宪斌、郑林根译,法律出版社2004年版,第68~69页。

[45] 参见黄茂荣:《税法总论》(第1册),植根法学丛书编辑室编辑2002年版,第287页。

[46] 陈新民:《德国公法学基础理论》(增订新版·上卷),法律出版社2010年版,第229页。

[47] 参见《关于上市公司国有股权无偿转让征收证券(股票)交易印花税问题的通知》(国税发[1999]124号)。

[48] 参见《关于办理上市公司国有股权无偿转让暂不征收证券(股票)交易印花税有关审批事项的通知》(国税函[2004]941号)。

[49] 参见《关于中国信达等四家金融资产管理公司受让或出让上市公司股权免征证券(股票)交易印花税有关问题的通知》(国税发[2002]94号)。

四、比例原则：证券交易印花税的正当性反思

量能课税原则确保税课的公平性,同时亦用以防范税课的过度。公平课税如不能进一步发展为适当负担的平等性,仍只是徒具形式而已。换句话说,量能课税原则追求公平,须是合乎比例原则下的公平。课税的界限,即为比例原则。^[50] 如若从发展脉络上看,比例原则源于法国国原则,它基于基本权利自身本质需要而生,^[51] 以追求实质正义与个案正义为价值取向,^[52] 演进至今,比例原则经历了从警察法学到行政法学,再到宪法的转变,其演进脉络可简单勾勒为:警察法学→行政法学→宪法学。当比例原则延伸至宪法学以后,意味着公权力的行使都应臣服于比例原则之下。^[53] 在税法上,比例原则本就是税收实体法和税收程序法共通的一项核心原则。^[54] 通说认为,比例原则的概念源自德国。它不仅由三个分支原则所构成,并且这三个分支原则^[55] 在适用时呈现

[50] 参见葛克昌:《税法基本问题——财政宪法篇》(2005年增订版),台湾元照出版有限公司2005年版,第165页。

[51] 参见[德]安德烈亚斯·冯·阿尔诺:“欧洲基本权利保护的理论与方法——以比例原则为例”,刘权译,载《比较法研究》2014年第1期。

[52] 参见姜昕:“论比例原则的正当性基础”,载《法学杂志》2008年第4期。

[53] 参见姜涛:“追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论”,载《法律科学》2013年第1期。

[54] 参见姜昕:《比例原则研究——一个宪政的视角》,法律出版社2008年版,第18页。

[55] 一般认为三个分支原则主要指:(1)有效性原则,即适当性原则。要求所采取的手段必须是有助于目的达成,强调对目的导向的要求,侧重于分析手段与目的之间的相关性;(2)必要性原则,即最小损害性原则。要求在同等有效地达成目的的手段中,使用对公民利益损害最小的手段来实现国家所追求的目标,强调对法律结果的要求,侧重于比较不同手段之间何者对结果更具可适性;(3)狭义比例原则,即均衡性原则。该原则是比例原则的精髓,要求在符合宪法的前提下,先考察手段的有效性,再选择对公民利益最温和的手段来实现同样可以达到的目标。最后还必须进行利益上的总体斟酌,考察此手段实现的目标价值是否过分高于因实现此目标所使用的手段对公民的人身财产等基本权利的损害价值。参见叶金育、顾德瑞:“税收优惠的规范审查与实施评估——以比例原则为分析工具”,载《现代法学》2013年第6期。

“位阶化”的操作规则。^[56]但也有学者认为:“完整的比例原则应当包括四个部分:目的正当性原则、适当性原则、最小损害性原则和狭义比例原则。目的正当性原则,要求立法者、行政者的公权力行为必须出于正当的目的。”^[57]不管学者们对比例原则的理解有何不同,都不会否认其“核心是手段、目的之间的衡量”。^[58]

当证券交易印花税设置的选择性课税与本质上创设租税特权的税收优惠与量能课税相左时,^[59]要想获得其正当性,就必须论证此种做法既有正当的税制目的,又有实现目的的合适手段,还有良好的实施效果。每一种税都是为了追求某种目的。如果立法目的不对,其正当性必然存疑,^[60]证券交易印花税也不例外。“立法目的是法律规则保持正确方向的重要指引,是该法律制度的终极目标,与该法律制度的性质密切相关。”^[61]然而,税收立法背后的政策目标多元化且相互冲突,致使在具体的条文设计时很难描述法律的一般目的。因此,税法一般又不阐述立法的目的。^[62]尽管如此,每个各税法的制度设计仍会围绕一个主导性的税制目的而展开,透过具体的制度设计便可寻得其意欲实现的税制目的。如果将证券交易印花税的法源追至《印花税法》和《印花税法暂行条例实施细则》,则很难追踪到证券交易印花税本源的税制目的,因为证券交易印花税的税目与印花税法税目存在显著性差异。尤其是在电子商务时代,传统的证券交易书据已被无纸化手段所替代,套用产权转移书据税目课税的理由不再充分。因此,寻求证券交易印花税的税

[56] 参见蒋红珍:《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》,法律出版社2010年版,第38~40页。

[57] 刘权:“目的正当性与比例原则的重构”,载《中国法学》2014年第4期。

[58] 许玉镇:“试论比例原则在我国法律体系中的定位”,载《法制与社会发展》2003年第1期。

[59] 参见刘继虎:“税收优惠条款的解释原则——以我国〈企业所得税法〉相关条款的解释为例”,载《政法论坛》2008年第5期。

[60] 参见熊伟:“法治视野下清理规范税收优惠政策研究”,载《中国法学》2014年第6期。

[61] 王霞:《税收优惠法律制度研究:以法律的规范性及正当性为视角》,法律出版社2012年版,第88页。

[62] Victor Thuronyi, *Drafting Tax Legislation*, in Victor Thuronyi, ed. *Tax Law Design and Drafting* (volume 1), International Monetary Fund, 1996.

制目的,必然性地落到更为直接的规范性依据上。解剖这些更为直接的制度设计,证券交易印花税的税制目的大致可以勾勒一二。综观推动税制变迁的历次证券交易印花税规范,可以发现并不一样的税制目的(“立法目的”或“政策目的”)景象:20世纪决策部门每次调整税制,都会直接或间接书写税制目的(如表2所示);步入21世纪,税制目的的描述逐渐为“经国务院批准”所取代,^[63]犹如中国股市,扑朔迷离。

表2 证券交易印花税税制目的

规范依据	税制目的	发布部门
《关于对股权转让和个人持有股票收益征税的暂行规定》	完善对股票交易和收益的税收征收管理,促进股份制改革和股票市场的健康发展	深圳市政府
《股份制试点企业有关税收问题的暂行规定》(国税发[1992]137号)	加强对股份制企业税收管理工作,促进股份制企业试点健康发展	国税总局 国家体改委
《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(国发明电[1997]3号)	促进证券市场稳步健康发展,适当调节市场参与者的收入	国务院
《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(国发明电[1998]5号)	为促进证券市场的健康发展	国务院

从表2可以看出,政府开征证券交易印花税的主要目的有三:其一,完善股票交易和收益税制,促进股份制改革;其二,促进股票市场、证券市场健康发展;其三,适当调节市场参与者的收入。如果将其与宏观调控的一般原理进行比对,不难得出证券交易印花税的主要目的在于宏观调控。^[64]证券交易印花税孕育于中国市场经济早期,当时证券市场无比稚嫩,分税制改革蓄势待发。面对亟须推进的市场经济,极度渴望的多元化筹资与投

[63] 参见但不限于下列文件:《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(财税[2005]11号)、《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(财税[2007]84号)、《关于证券交易印花税改为单边征收问题的通知》(财说明电[2008]2号)。

[64] 宏观调控是国家和政府运用经济变量手段,间接影响市场主体和社会主体的各种再生产行为,以实现充分就业、经济增长、物价稳定、国际收支平衡和公平分配宏观经济协调发展目标的经济管理活动。参见徐澜波:“宏观调控法治化问题研究”,中南大学2013年博士学位论文。

资渠道,却又匮乏防范和化解资本供求矛盾和资本结构调整的有效经验等种种现实环境,政府创设证券交易印花税伊始,便将促进股份制改革和证券市场健康发展作为重要目的,高度契合了当时的经济体制改革大势,体现了税收服务于经济建设的本源目的。将“适当调节市场参与者的收入”列入证券交易印花税之目的,则隐含着决策者对股民一夜暴富,过度拉大贫富差距的担忧,因为邓小平关于“社会主义的目的就是要全国人民共同富裕,不是两极分化”的论调,依然是主导中国政治走向的共识性基础。一旦因证券交易而生贫富两极分化时,证券交易印花税的宏观调控功能将被给予厚望,因为“宏观调控不仅涉及整体利益与局部利益平衡,同时也将直接影响到私法主体的权益。换言之,任何宏观调控措施都可能改变私法主体之间的财富分配。”^[65]初步来看,证券交易印花税原初的税制目的与当时的经济变革与政治主张基本是匹配的,具有目的上的正当性。不过,也必须意识到,不像在古代社会,行动或法律的正当性来自于自然或神意。时至今日,基于合法性的正当性要想成立,就必须证明法律自身是有效的。^[66]之于证券交易印花税的正当性,则须进一步观测通过证券交易印花税是否能够达到原初的宏观调控目的。

为了实现证券交易印花税的调控目的,决策部门屡次调整税制,尤以税率调整最为典型。证券交易印花税税率的每次调整,基本都对证券市场产生了巨大影响,但学界对其调控效果的判断并未形成共识,^[67]就连税制调整前后的股市走向也让人难识调控效果之庐山真面目。比如,2008年4月23日,经国务院批准,从4月24日起证券(股票)交易印花税税率起由3‰下调至1‰,当日沪、深两市涨幅超过9.29%和

[65] 吴越:“宏观调控:宜政策化抑或制度化”,载《中国法学》2008年第1期。

[66] 参见唐丰鹤:《在经验和规范之间:正当性的范式转换》,法律出版社2014年版,第193、200页。

[67] 参见但不限于下列文献:范南、王礼平:“我国印花税变动对证券市场波动性影响实证研究”,载《金融研究》2003年第6期;刘红忠、郁阳秋:“印花税对证券市场波动性影响的不对称性研究”,载《税务研究》2007年第11期;李捷瑜、朱惊萍:“印花税变动对股票波动率和换手率的影响——基于投机市场的分析”,载《国际经贸探索》2008年第2期;张凤娜:“股票交易印花税税率调整对我国股市影响的实证分析”,载《税务研究》2009年第7期;吴昱、秦芳、张睿、吴贾:“印花税率调整对A股市场微观结构影响的实证研究”,载《投资研究》2013年第9期。

9.59%,但涨势至4月30日即止。同样的事情发生在2008年9月19日,经国务院批准,财政部、国税总局发文决定“对受让方不再征收证券交易印花税”,当天股市全线涨停,沪指涨幅高达9.64%,再现1996年以来单日涨幅最大行情。但9月26日之后,股市再次一路下跌,其调控目标化为泡影。^[68]可见,要想科学判断证券交易印花税是否实现了既定的宏观调控目的,还需要更进一步的实证数据以甄别。鉴于证券交易印花税历次变迁的重点是税率调整,故将每次税率变动前后的股市情况以及股指后续表现进行比较(如表3、表4所示),便可以观测到每次税率调整的实际效果,进而度衡证券交易印花税的目的实现情况。当然,这种观测而致的结论也不可能百分之百精准,但最起码是对既成事实的相对合理性解释,理当重视。

表3 中国历史证券交易印花税制调整与当天股市反应情况^[69]

调整时间	调整后税率		调整当天市场情况					
			沪市			深市		
	沪市	深市	开盘	收盘	涨跌幅	开盘	收盘	涨跌幅
1990.06.28		6‰ 单边						
1990.11.23		6‰						
1991.10.10	3‰	3‰	190.71	191.01	1%	717.04	641.41	-10.02%
1992.06.12	3‰	3‰	1164.11	1171.71	-0.56%	2369.58	2389.57	0.94%
1997.05.10	5‰	5‰	1490.78	1500.40	2.26%	5991.89	6026.88	2.76%
1998.06.12	4‰	4‰	1373.11	1383.39	2.65%	4074.06	4056.52	2.52%
1999.06.01	3‰ B股	3‰ B股	1283.30	1311.59	2.52%	3277.55	3377.71	3.28%
2001.11.16	2‰	2‰	1725.45	1646.76	1.57%	3503.08	3305.41	1.12%
2005.01.24	1‰	1‰	1258.02	1255.78	1.73%	3114.30	3111.40	1.82%
2007.05.30	3‰	3‰	4087.41	4053.09	-6.50%	12651.20	12627.15	-6.16%

[68] 参见饶立新、徐为人：“中国证券交易印花税的变革趋势”，载《当代财经》2009年第10期。

[69] 注1：除特别注明外，表3和表4中所指税率一律为双向征收，且为A、B股共同执行；注2：表3和表4为朱文旭根据上海证券交易所、深圳证券交易所网站资料整理而成。参见朱文旭：“我国证券交易印花税改革初探”，财政部财政科学研究所2010年硕士学位论文。

续表

调整时间	调整后税率		调整当天市场情况					
			沪市			深市		
	沪市	深市	开盘	收盘	涨跌幅	开盘	收盘	涨跌幅
2008.04.24	1‰	1‰	3539.87	3583.03	9.29%	12787.38	12914.76	9.59%
2008.09.19	1‰ 单边	1‰ 单边	2067.64	2075.09	9.46%	7110.77	7154.00	9.00%

表4 中国历史证券交易印花税制调整与股指后续反应情况

调整时间	调整后税率		股指后续表现
	沪市	深市	
1990.06.28		6‰ 单边	
1990.11.23		6‰	
1991.10.10	3‰	3‰	半年后沪指从180点升至1429点,升幅达694.%
1992.06.12	3‰	3‰	盘整1个月从1100多点跌至300多点,跌幅超70%
1997.05.10	5‰	5‰	直接导致沪指出现200点左右的跌幅
1998.06.12	4‰	4‰	沪指此后形成阶段性头部,调整近1年
1999.06.01	3‰ B股	3‰ B股	沪B指1个月内从38点升至62.5点,升幅达50%
2001.11.16	2‰	2‰	股市生产一波100多点的阶段行情,16日为行情的启动点
2005.01.24	1‰	1‰	1个月内现波段行情,随后继续探底,直至股改行情启动
2007.05.30	3‰	3‰	A股市场连续5个交易日内最大跌幅高达21.45%
2008.04.24	1‰	1‰	沪指反弹200点后从3700点下滑至1800点
2008.09.19	1‰ 单边	1‰ 单边	沪指反弹200点后继续探底至1664.93点后步入上升通道

从表3和表4可以看出,在证券交易印花税制调整后的短期内,股票市场反应强烈,在绝大多数情况下,上调税率股指暴跌,下调税率股指暴涨。但从长期走势来看,调整税率所带来的宏观效果不明显,股市并没有出现根本性转折。历经近20年中的11次调整,我国股票市场对证

券交易印花税制调整的免疫力得到显著增强,税制的调控作用逐步变弱,反而加剧了股市的大起大落。^[70]这与大部分国外学者对证券交易印花税功能的基本认识相同,即短期内对股价和成交量有显著影响,但是对股市的波动程度影响不大。也就是说,证券交易印花税并未实现稳定证券市场、适当调节市场参与者收入等宏观调控目的。事实上,这也成为20世纪90年代以后世界各大主要证券市场逐步取消该税种的理论依据。^[71]的确,由于中国的市场结构并不完全,特别是资本市场和货币市场在相当大的程度上仍属管制市场,缺乏有效的市场传导机制使宏观调控成为一种外生于市场条件的政府安排。^[72]因此,指望借助证券交易印花税实现上述宏观调控目的注定不容易实现,终归来说,证券交易印花税只不过是证券市场上的一个“并不是容易控制的、有效的政策工具”而已,^[73]其功效的发挥离不开利率、法定准备金率、公开市场操作、窗口指导等关联调控工具的支持和配合,且这些工具在使用上较之证券交易印花税具有更大的自主性和灵活性。仅凭证券交易印花税一己之力,不仅难以实现稳定证券市场、调节收入差距等税制目的,而且投资者面临的系统性风险也就被放大了。

与宏观调控目的难以确定的成效不同,证券交易印花税的财政收入目的体现得更明显。在证券交易印花税制频繁调整的1993年至2009年区间,我国证券交易印花税收入规模快速增长,其年均增长速度快于全国财政收入总量的增速(如图1、图2所示)。虽然证券交易印花税率率的调整与收入增长之间并未发现明显的逻辑关联,但是税率上调的当年,税收收入较往年一般都有显著增长趋势(如图1所示)。比如,财税

[70] 唯一出现股市逆效应的是1997年5月10日的政策调整,当时税率从3‰调整到5‰,股市反而出现了2.76%的涨幅,其他几次税率调整均取得了正效应。参见朱文旭:“我国证券交易印花税改革初探”,财政部财政科学研究所2010年硕士学位论文。

[71] 参见徐为人:“证券交易印花税的理论分歧与国际经验启示”,载《税务研究》2008年第5期。

[72] 参见吴超林:“宏观调控的制度基础与政策边界分析——一个解释中国宏观调控政策效应的理论框架”,载《中国社会科学》2001年第4期。

[73] 李捷瑜、朱惊萍:“印花税率变动对股票波动率和换手率的影响——基于投机市场的分析”,载《国际经贸探索》2008年第2期。

[2007]84号文将证券交易印花税税率由1‰上调到3‰,当年证券交易印花税收入创历史新高,达到2005.31亿元,增幅高达1017.41%。不具有显著性规律的是,税率下调,似乎并不必然导致证券交易印花税收入的减损。例如,国发明电[1998]5号文将证券交易印花税税率从5‰下调至4‰,1999年较之1998年,证券交易印花税收入反而实现了9.89%的增幅。更为突出的是,国发明电[1999]1号文将B股的证券交易印花税率由4‰调低至3‰,2000年的证券交易印花税收入相较于1999年,却实现了95.87%的增长,占财政收入的比重也高达3.57%,仅次于2007年的3.91%。总而言之,“从证券交易印花税的收入情况来看,其税收功能比较明显,提高税率的当年会导致税收出现较大幅度的增长,而降低税率之后的若干时间内,税收收入会下降。”^[74]



图1 证券交易印花税收入(1993~2009年)

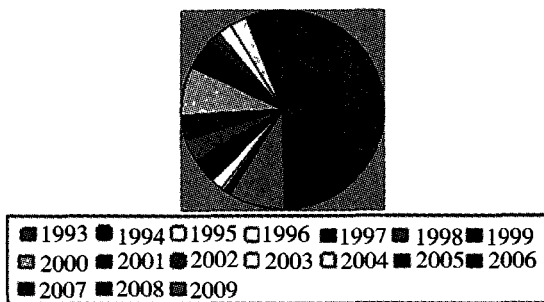


图2 财政收入(1993~2009年)

[74] 李玉虎:“证券交易印花税功能的法学与经济学分析”,载《经济法论坛》2009年第6卷。

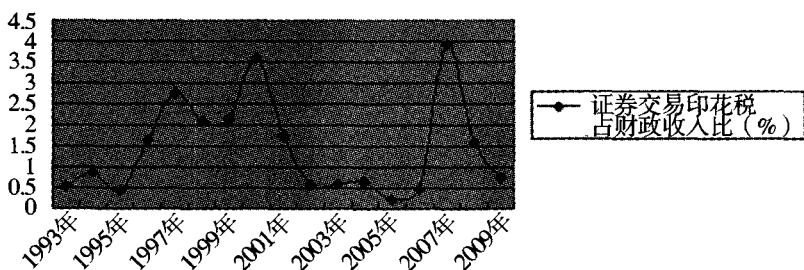


图3 证券交易印花税占财政收入比重(1993~2009年) [75]

佐证证券交易印花税的税制目的异化为财政收入的另一个重要依据是,中央政府和地方政府就证券交易印花税分成比例^[76]所进行的博弈安排以及它的发展演变过程。^[77]自1988年财政部《关于“印花税”“城镇土地使用税”有关预算管理问题的补充规定的通知》(财预字[88]第60号)规定的“印花税,中央与地方暂实行五五分成”,至2000年国务院发布《关于调整证券交易印花税中央与地方分享比例的通知》(国发来电[2000]4号)明定的“证券交易印花税分享比例由现行的中央88%、地方12%,分三年调整到中央97%、地方3%”。即2000年中央91%、地方9%;2001年中央94%、地方6%;从2000年起中央97%、地方3%”分成比例。经过中央和地方十余年的数度博弈,证券交易印花税基本沦为中央税。证券交易印花税收入从央地均分天下到中央独大,固然有中央“增强中央宏观调控能

[75] 图1、图2、图3所涉及的数据来源于《中国统计年鉴》、《中国税务年鉴》、《中国财政年鉴》以及相关的门户网站。

[76] 参见但不限于下列文件:财政部《关于“印花税”“城镇土地使用税”有关预算管理问题的补充规定的通知》、财政部《关于改变“印花税”预算级次问题的通知》、国务院《关于实行分税制财政管理体制的决定》、国务院《关于调整证券交易印花税中央与地方分享比例的通知》、国务院《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(国发来电[1997]3号)、国务院《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(国发来电[1998]5号)、《国务院关于调整证券交易印花税中央与地方分享比例的通知》。

[77] 我国的证券交易印花税的实质其实就是证券交易税,它的由来带有了30年来计划经济体制因素与市场经济体制因素二元并存格局下经济转型过程中的浓厚色彩。随着中国证券市场的逐渐发展壮大,中央政府逐渐加重对证券市场的行政统一管理和对证券交易印花税等市场收益的关注,在和地方政府的利益博弈中,逐步改变了证券交易印花税和地方政府的分成比例,使之成为中央政府财政税收收入的重要部分。参见陆一:“中国证券交易印花税的来龙去脉”,载FT中文网, <http://www.ftchinese.com/story/001041217>, 2015年6月25日访问。

力”的考虑,但事实上也增强了中央的财政能力,证券交易印花税的财政收入目的在宏观调控的启动中不经意间被实现。

从比例原则出发,证券交易印花税不管是在创始之初,还是日后的屡次税制调整,都未能有效地实现初始的宏观调控之税制目的。反倒是证券交易印花税天然的财政收入目的脱颖而出,成为更为显赫的税制目的,得以展现。问题的关键在于,“在现代经济中,由于以增值税、所得税为代表的税收筹资手段大大加强,政府收入一般不再是困扰政府的问题。”^[78]在税源相对丰硕的当下,是否需要借助原本就存有税制不公嫌疑的证券交易印花税来充实财政收入,值得深思。特别是考虑到目前“财政在整个国民收入分配中所占份额越来越大,但现行财政制度不仅没有达到实现收入公平分配的目标,反而助长收入分配的失衡,放大收入分配的不公。”^[79]在此语境下深究,纵然宏观调控和财政收入目的都贵为税法的重要目的,都具有目的上的正当性,但以证券交易印花税作为税制目的的实现工具,确实有违比例原则所要求的目的与手段之间的均衡限度。由此意蕴,证券交易印花税在比例原则的考究下,实难获致正当性。

五、税收法定:证券交易印花税的合法性质疑

税收法定原则源于宪法原理。它既是税收立法的原理,也是解释和适用税法的基本原理。^[80]“在税法的基本原则中,税收法定原则是最重要的原则”,^[81]它“并不仅仅是依据其历史性的沿革和宪法思想史的意义而产生,而且在当今复杂的经济社会中它还必须保证能给予各种经济贸易和事实上的税效果以充分的法的安定性和预测可能性的内容”。^[82]这些内容

[78] 吕冰洋:“从市场扭曲看政府扩张:基于财政的视角”,载《中国社会科学》2014年第12期。

[79] 李灯强:《调节居民收入分配的财政制度研究》,湖北人民出版社2011年版,第60页。

[80] 参见[日]北野弘久:《税法学原论》(第四版),陈刚、杨建广等译,中国检察出版社2001年版,第61页。

[81] 翟继光:“税收法定原则比较研究——税收立宪的角度”,载《杭州师范学院学报》(社会科学版)2005年第2期。

[82] [日]金子宏:《日本税法》,战宪斌、郑林根等译,法律出版社2004年版,第59页。

“大致包括税收要件法定原则和税务合法性原则。前者要求有关纳税主体、课税对象、归属关系、课税标准、缴纳程序等,应尽可能在法律中作明确详细的规定。后者则要求税务机关严格依法征税,不允许随意减征、停征或免征,更不能超出税法的规定加征”〔83〕“从这种意义上来讲,税收法定原则所要解决的根本问题就是税收的合法性问题。”〔84〕此处所言及的法律,依据民主原则和法治原则,仅是指人民行使权力的议会制定的法律或议会授权制定的法规,但最主要、大量的应是议会制定的法律。〔85〕不难看出,税收法定原则的核心要旨就是对征税权的规范和控制。〔86〕借助税收法定原则,税权运行的边界得以明定,即一般情境下,立法机关制定税法,行政机关执行税法,司法机关保护税法运行,各司其职、各负其责,相互制约又彼此支持,任何税权主体不得随意越界行使税权。

从最严格的税收法定原则出发,课税只能由法律规定,证券交易印花税的创设与课税要素的变动也应该只能由法律规定。以此检视证券交易印花税法立法,结论不证自明。不过,必须注意的是,即使严守税收法定原则的国家和地区,也很难完全排斥授权立法,尤其是在税收法治化相对薄弱的国家和地区。我国就是如此,在税法领域,除开个人所得税法、企业所得税法、车船税法、税收征收管理法等少数几部是由最高立法机关制定的税法以外,绝大多数领域的税法规范都是授权立法而致〔87〕的结果。尽管授权立法可能因部门利益而生瑕疵,但这些瑕疵肇因于在

〔83〕 刘剑文、熊伟:《税法基础理论》,北京大学出版社2004年版,第105页。

〔84〕 王鸿貌:“税收法定原则之再研究”,载《法学评论》2004年第3期。

〔85〕 参见张守文:“论税收法定主义”,载《法学研究》1996年第6期。

〔86〕 参见刘剑文:“落实税收法定原则的现实路径”,载《政法论坛》2015年第3期。

〔87〕 改革开放以来,全国人大对国务院做过2次税收立法授权。“1984年授权决定”由全国人大常委会做出,内容仅限于工商税制改革和国企的利改税。“1984年授权决定”通过后,国务院据此发布了6个税收条例草案试行,内容涉及产品税、增值税、盐税、营业税、资源税、国营企业所得税。“1985年授权决定”由全国人大做出,内容覆盖经济体制改革和对外开放的各个方面。“1985年授权决定”通过后,国务院制定了一系列税收暂行条例,未再以草案形式发布税收条例(草案)试行。1993年,随着增值税等税收暂行条例的实施,上述6个税收暂行条例(草案)同时被废止。2009年6月22日,第十一届全国人大常委会通过了《关于废止部分法律的决定》,“1984年授权决定”被废止。不过,“1985年授权决定”目前仍然有效,现行税收暂行条例,如《增值税暂行条例》、《营业税暂行条例》、《消费税暂行条例》等,都是以它作为法律依据的。参见熊伟:“论我国的税收授权立法制度”,载《税务研究》2013年第6期。

先授权,还不能完全将其置于违法性境地。基于此种考虑,作为印花税母法而存在的《印花税法暂行条例》可以视为税收法定原则的产物。与授权立法相关,税收法定原则也承认财税主管机关解释税法的权力,但仅仅限于解释税法,不能借解释税法之名行税收立法之实。^[88]故,财政部依据《印花税法暂行条例》第15条的规定制定《印花税法暂行条例实施细则》在当时的税收立法能力和税收法治环境下,也可以接受。但这两部因授权立法和税法解释而致的税法规范文本都难以为证券交易印花税奠定合法性依据。根据深圳市政府、上海市政府、国务院、国税总局、财政部等部门关于证券交易印花税法的规定可以看出,这些部门都将证券交易印花税的税法渊源追至《印花税法暂行条例》和《印花税法暂行条例实施细则》,遵照其中的“产权转移书据”税目据以课税。此举间接折射出行政机关受制于税收法定原则的困苦,因为要想独创证券交易印花税必须经过最高立法机关认可,或至少也要获得最高立法机关的明确授权,这些运作起来都不容易。更为简便的办法是,将其嵌入已有的印花税法税目,获取合法性。证券交易印花税开征和运行的制度轨迹和法治逻辑,税收法定原则能认可吗?

《印花税法暂行条例》第2条将“产权转移书据”列为印花税的应纳税凭证。根据《印花税法暂行条例实施细则》第5条的解释,《印花税法暂行条例》第2条言及的“产权转移书据,是指单位和个人产权的买卖、继承、赠与、交换、分割等所立的书据”。这两条规定,书就了“产权转移书据”印花税法课税依据,也同时宣告了“产权转移书据”印花税法凭证税性质。症结在于,证券交易印花税法立基的“股权转让书据”,能否归于此处的“产权转移书据”。产权主要是在经济学语境下使用,几乎对应着法学意义上的财产权,范围事实上包括物权、债券、股权、知识产权等权利形态。“股权是一种兼具人身权与财产权性质的特殊权利形态,是投资者基于股东身份而获得的针对公司有形和无形财产的概括性权利。因此,股权转让在属性上至少应包括财产权利的转移和股东身份的让渡这一双重意义。”^[89]根据这种理解,股权转让作为产权转移的一种形态问题

[88] 参见熊伟:“重申税收法定主义”,载《法学杂志》2014年第2期。

[89] 罗培新:“抑制股权转让代理成本的法律构造”,载《中国社会科学》2013年第7期。

不大,立法似乎并不完全认同这一点。按照《印花税暂行条例》“附件:印花税税目税率表”的规定,产权转移书据仅包括财产所有权和版权、商标专用权、专利权、专有技术使用权等转移书据,并未将股权转让列示其中。本条规定能否涵盖股权转让书据需要进一步分析。从该条来看,股权转让书据归入版权、商标专用权、专利权、专有技术使用权书据几无可能,要想获得该条的认可,则要么归入财产所有权书据税目,要么为“等书”条款所兜底。《印花税暂行条例》和《印花税暂行条例实施细则》并未给出明确答案,也就使股权转让书据能否作为一种产权转移书据,进而寻得证券交易印花税的法源依据,见仁见智、并无共识性结论。否则,国税总局也不会是在时隔3年之后的1991年9月18日,又对“产权转移书据”税目中的“财产所有权转移书据”进行解释,将其范围进一步明确为:“经政府管理机关登记注册的动产、不动产的所有权转移所立的书据,以及企业股权转让所立的书据”。^[90] 国税总局不是不可以对税法进行解释,但针对明晰课税要素的规定实质上就已经异化为税收立法了,这显然背离了税收法定原则的基本出发点和根本要义。更为致命的是,国税发[1991]155号文将“企业股权转让所立的书据”明确解释为“财产所有权转移书据”,却再次藐视了证券市场上的“股权转让书据”,并未将其列示其中。可见,虽然股权转让作为一种产权转移的理论障碍不大,但立法上将“股权转让书据”嵌入印花税的“产权转移书据”,作为证券交易印花税的法定主义基础并不牢固。^[91]

与含糊其辞的印花税立法不同,在《印花税暂行条例》与《印花税暂行条例实施细则》出台之后,国税发[1991]155号文颁发之前的1990年6月28日,深圳市政府颁发《关于对股权转让和个人持有股票收益征税的暂行规定》,言辞凿凿地将并不清晰的《印花税暂行条例》作为股权转

[90] 参见《关于印花税若干具体问题的解释和规定的通知》(国税发[1991]155号)第10条。

[91] 即便国税发[1991]155号文可以视为证券交易印花税的课税依据,也悄然偏离了税收法定原则的正常航向,难言是税收法定原则的产物。

让书据印花税的税法法源广而告之,据此课税。^[92]自此之后,相关部门“遵循先例”,不再言及股权转让书据印花税的上位法依据,更像是将其作为一种既成事实欣然接受。比如,由国税总局、国家体改委联合制定的《股份制试点企业有关税收问题的暂行规定》(国税发[1992]137号)第9条就直接规定:“股份制试点企业向社会公开发行的股票,因购买、继承、赠与所书立的股权转让书据……缴纳印花税。”已然看不见任何证券交易印花税的上位法依据。不仅地方政府、国务院部委如此,就连国务院也似乎不再关心和考究证券交易印花税法源的合法性,而将其视为当然的合法性存在。例证是,《调整证券(股票)交易印花税税率的通知》(国发明电[1997]3号)规定:“……对买卖,继承,赠与所书立的股权转让书据……交纳印花税……”。与之几乎完全一样的是,《关于调整证券(股票)交易印花税税率的通知》(国发明电[1998]5号)中的“……对买卖、继承、赠与所书立的股权转让书据……缴纳印花税……”之规定。既然《印花税法暂行条例》和《印花税法暂行条例》能否为证券交易印花税带来合法性依据都尚且存疑,那么这些借助解释《印花税法暂行条例》和《印花税法暂行条例》之名、行证券交易印花税法立法之实,屡屡调整税率、纳税人等税收构成要件事实的规范性文件,更不可能为证券交易印花税带来税收法定原则所要求的合法性依据了。

除此之外,在证券交易印花税的规范实践中,还有一类看似合法性程度颇高的制定模式,即在规范性文件的文首部分注明“经国务院批准”。例如,《关于调整证券(股票)交易印花税税率的通知》(财税[2007]84号)规定:“……经国务院批准……对买卖、继承、赠与所书立的A股、B股股权转让书据,由立据双方当事人分别按3‰的税率缴纳

[92] 《关于对股权转让和个人持有股票收益征税的暂行规定》开篇即规定:“……根据《印花税法暂行条例》和《个人收入调节税暂行条例》规定,结合我市的实际情况,对股权转让和个人持有股票的收益征税问题作如下规定……”

证券(股票)交易印花税。”^[93] 证券交易印花税领域存在的这类规范与一般税制领域的类似规范有不小的差别,^[94] 决策部门在书写“经国务院批准”之时,对批准的缘由、制定的目的等并未做任何辅助性说明,犹如一种行政命令。需要深究的是,“经国务院批准”是否就意味着国税总局和财政部就可以变更纳税人,调整税率? 其变动税率、改变纳税人是否就此获得合法性依据? 如何理解这一屡见不鲜的徘徊于立法与解释之间的税政现象? 要想回答这类问题,可以将“经国务院批准”与税制实践中极为相似,但内涵完全不一的“由国务院决定”^[95] 进行比对分析。根据立法上的“批准”与“决定”的用语来看,2015年《立法法》共有14处涉及“批准”,45处指向“决定”。研究这些语词在法律规范中的位置和作用,可以发现,“批准”主要适用于下级请示上级,更多是一个程序性步骤。^[96] “决定”则不然,其往往伴随着实体权力的行使。^[97] 基于此种分析,财税[2007]84号文虽然“经国务院批准”,但因其“决定”的是调高证券交易印花税率,属于典型的课税要素变动,已经超出了国务院只言片语所能“批准”的权限范围。的确,在税法上,为执行税法,

[93] 例如,《关于调整证券(股票)交易印花税率的通知》(财税[2005]11号)规定:“……经国务院批准……对买卖、继承、赠与所书立的A股、B股股权转让书据,由立据双方当事人分别按1‰的税率缴纳证券(股票)交易印花税。”再如,《关于证券交易印花税改为单边征收问题的通知》(财税明电[2008]2号)规定:“……经国务院批准……将现行的对买卖、继承、赠与所书立的A股、B股股权转让书据按千分之一的税率对双方当事人征收证券(股票)交易印花税,调整为单边征税,即对买卖、继承、赠与所书立的A股、B股股权转让书据的出让方按千分之一的税率征收证券(股票)交易印花税,对受让方不再征税。”

[94] 比如,财政部、国家税务总局《关于调整和完善消费税政策的通知》(财税[2006]33号)就明确规定:“为适应社会经济形势的客观发展需要,进一步完善消费税制,经国务院批准,对消费税税目、税率及相关政策进行调整……”

[95] 比如,《消费税暂行条例》(国务院令第135号)第2条第2款规定:“消费税税目、税率的调整,由国务院决定。”

[96] 比如,2015年《立法法》第72条规定,设区的市的人大及其常委会……可以……制定地方性法规……须报省、自治区的人大及其常委会批准后施行。此处的“批准”隐舍之意便是,省、自治区的人大及其常委会无权制订适用于设区的市的地方性规范,仅具有审批由设区的市的人大及其常委会自行制定的地方性法规。

[97] 比如,2015年《立法法》第9条规定:“本法第八条规定的尚未制定法律的事项,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规……”

容许行政机关解释税法、定颁税法的实施细则等解释性文件不假,但税收主体、税收客体、税收客体的归属、税基及税率等课税要件皆应该由法律加以规定。^[98] 否则,即违反课税要件法定主义,^[99]也就背离了税收法定原则。

论及至此,结论日渐清晰。证券交易印花税自开征之初便身陷合法性危机,随后虽深圳市政府直接将其法源明定为《印花税暂行条例》和《个人收入调节税暂行条例》,国税总局、财政部,乃至国务院也间接认可了深圳市政府的此种做法,且通过各自的规范性文件固化了原本存有合法性危机的法源事实。财政部、国税总局甚至抛出“经国务院批准”这一尚方宝剑,企图为其调整证券交易印花税制寻得合法性依据。但只要对税收法定原则稍有认识,便可知晓地方政府、国务院部委,乃至国务院自身针对证券交易印花税所进行的十余次调整,都难言“合法”。如此理解,绝非否认各级政府为稳定证券市场等的决心和为之付出的种种艰辛和努力,只是税收构成要件兹事体大,如果不受法律控制,行政机关便可任意解释、肆意创设针对税收构成要件的规范性文件,纳税人的财产将被置于风险之地,纳税人权利保护也唯恐沦为空洞乏味的宣示性口号。除此之外,证券交易已从原初的凭证时代过渡到无纸化时代,依然将其归入书据类税目课征证券交易印花税,抛却课税依据的合法性不谈,其有名无实,法理依据不足等税制弊病,显而易见。这也会加剧证券交易印花税的合法性危机。概言之,不管是从税种、税目及税率适用,还是从决定机关,乃至法理依据等角度剖析,对证券交易“行为”课征作为“凭证税”的证券交易印花税,其合法性都难以证成。^[100]

六、证券交易印花税的未来方向

在税收法制实践中,“我国目前的情况是重行政而轻立法,重政策而

[98] 参见黄茂荣:《税法总论》(第1册),植根法学丛书编辑室2002年版,第261页。

[99] 参见陈清秀:《税法总论》,台湾元照出版有限公司2014年版,第46页。

[100] 参见袁明圣:“疯狂股市、印花税与政府法治——证券交易印花税调整的法理思考”,载《法学》2008年第8期。

轻法律,政策过度膨胀而立法过于削弱,法律空洞化现象严重。”^[101] 这一点在证券交易印花税制创设与变迁实践中体现的尤其明显。只要证券市场出现决策部门认为的异常波动,证券交易印花税总被给予厚望,屡屡成为决策部门调控证券市场的利器,多半是因为它们对证券交易印花税内置的调控功能深信不疑。也为此,带来证券交易印花税制十余次的频繁变动。然而,从税法建制原则层面窥测,证券交易印花税既未践行量能课税意涵的实质正义,也未坚守稽征经济立基的比例原则所蕴含的技术正义,更未满足形式正义的税收法定。可以说,现行证券交易印花税制身陷公平性、正当性与合法性三重危机,以致其不断遭受国人质疑。究其源,不应忽略税制变迁背后的行政之治,因为在证券交易印花税制的频繁变迁过程中,虽然可以采纳经济学、伦理学、行政管理学等标准,但只要政府愿意接受并通过政治过程把税收入法律的轨道,其他标准都不是很重要,只有政治的考量才是决定性的。^[102] 特别是在中国这样一个行政传统浓郁的国家,即便立法机关没有赋予行政机关调整证券交易印花税的权力,在实际依法治税的过程中,行政机关依然我行我素,可能是基于证券市场稳健的考虑,也可能是基于财政收入的需要,还有可能是基于调节收入分配的便利。概言之,与其说证券交易印花税是税法建制原则的选择,毋宁说是基于行政的考量与决策。

证券交易印花税制的频繁调整,不仅成为证券市场的一道风景线,也成为税法领域的一朵奇葩。尽管30多年来,取消证券交易印花税,恢复市场力量对资本市场的基础调节功能,减少证券交易印花税对资本市场的耗散作用,提高本国资本市场的国际竞争力之类的共识逐渐达成,但发端于2007年的世界性金融危机又使得证券交易印花税重新成为各国调控资本市场的关键性工具。之于中国,虽证券交易印花税并非达到预期的调控效果,但目前暂无其他更为合适的税制手段替代其在证券市

[101] 邢会强:“政策增长与法律空洞化——以经济法为例的观察”,载《法制与社会发展》2012年第3期。

[102] 参见[美]B.盖伊·彼得斯:《税收政治学:一种比较的视角》,郭为桂、黄宁莺译,江苏人民出版社2008年版,第3页。

场上的作用。^[103] 彻底摒弃证券交易印花税的适用,时机和条件仍不成熟。面对此种欲罢不能的情境,实现证券交易印花税从“政策之治”到“法律之治”,以税收法定原则对其进行总体指引,调适目前偏离量能课税与比例原则的制度设计和实施方式,方为理想之道。毕竟,对证券交易印花税而言,一味依赖于财税主管部门的“政策之治”,以行政机关的规范性文件代替证券交易印花税立法,极有可能造成证券税制领域税务行政权的过度膨胀和税收立法权的过分削弱。长此以往,立法权将难以控制行政权,司法权在税收领域的缺位更是使得税务行政成为了一匹脱缰的野马,极易危及纳税人的人身和财产安全。而以“法律之治”调整证券交易印花税制,则可以克服“政策之治”的上述弊端。

问题的关键在于,如何实现证券交易印花税制从“政策之治”到“法律之治”的过度,进而实现税制本应追求的公平性、正当性与合法性的统一。问题解决仍需要回归到税法建制原则上,特别是需要充分挖掘和利用作为税法帝王原则的税收法定之功效。近几年,税收法定原则在中华大地上快速推进,已由原来的学界共识逐渐上升至社会各界的共识。这些共识既有执政党的决策依据,又有立法的明确规定。例如,十八届三中全会专门论及“落实税收法定原则”,十八届四中全会决定“全面推进依法治国”,2015年3月15日,《立法法》修改,税收法定明确写进《立法法》。^[104] 再如,中央审议通过《贯彻落实税收法定原则的实施意见》,规划实现税收法定主义的路线图。在此语境下,相较于整个税法中落实税收法定,证券交易印花税制的规范治理也刻不容缓。此种治理因聚焦资本市场而变得更为复杂,要实现券交易印花税的公平性、正当性与合法性,实属不易,但也并非不可能。具体阐释如下:

从税制公平性上看,现行证券交易印花税在征税客体上的选择性,在税收待遇上的照顾性等,都不是税制公平的本有做法。在证券市场极度不发达,证券产品严重匮乏的20世纪90年代,此种做法尚可理解。然时至今日,不管是证券市场的发展态势,还是证券产品的丰富程度,都

[103] 参见饶立新、徐为人:“中国证劵交易印花税的变革趋势”,载《当代财经》2009年第10期。

[104] 《立法法》(2015年修正)第8条规定:“下列事项只能制定法律:……(六)税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度……”

今非昔比。伺机扩大证券交易印花税的税基不用再做任何动员,需要更多斟酌的是,究竟是将证券交易印花税推至全部证券交易市场,比如,股票市场、债券市场、期货市场和基金市场等,一级市场和二级市场等,还是再次进行选择课税;在课税市场中,如何选择课税产品,理想的做法是将所有具有竞争属性的证券类产品都列入课税税目。比如,可以考虑将投资基金、可转让债券、企业债券、金融债券、国债,甚至期货、期权、远期利率协议、利率掉期等金融衍生产品都纳入可能的征税范围,为兼顾过度投机的抑制和资本合理流动的保持,可以实行适度差别税率。^[105]从量能课税原则处考虑,将所有证券市场和证券产品纳入课税范畴,之于税制公平性的实现,是较为理想的选择。除非有足够正当的理由,的确不应该选择性课税。这种认识照样适用于现存的证券交易印花税优惠。更进一步,即便是有足够的理由,也不宜使其成为证券交易印花税制的常态现象,任由其干预市场主体的经济决策,架空以实质正义为追求的量能课税原则。总而言之,考虑到证券市场和证券产品的发展概况,以及决策部门调控证券市场的路径依赖和工具选择偏好等因素,通过扩大证券交易印花税的税基,达到缓和、甚至解决证券交易印花税公平性危机的目的,不一定是最佳的选择,但最起码是最为稳妥的选择。况且,宽税基的设计也能更好地为降低税率提供空间,而低税率又会进一步减少投资人寻求避税交易的积极性,最终减少税制对投资决定和市场的扭曲。^[106]需要进一步权衡的是,税基扩大到什么程度,一步到位,还是分布推进。这已经“不只是一个简单的立法行动,也是社会,更是政

[105] 比如,潭洪清在2001年提出开征证券交易税,以取代现行证券交易印花税,将投资基金、可转让债券、企业债券、金融债券、国债等证券品种纳入征税范围的设计,同时他认为税负结构宜设计成五个层次:第一层次为国债,按照国际惯例,给予免税;第二层次为金融债券,税率可定为0.05%;第三层次为企业债券,税率可定为0.1%;第四层次为对于投机性较强的可转让债券,交易税率可定为0.15%,考虑到培养机构投资者的需要,基金交易税率也可定在这一层次;第五层次为股票,税率可定为0.3%。参见潭洪清:“我国现行证券市场税收制度的缺陷及其完善”,载《现代经济探讨》2001年第3期。

[106] 参见张亚伟:“近年来国外金融交易税理论研究新进展”,载《学术界》2015年第3期。

治共同关注的话题,解决好它既需要智慧,也需要勇气,难度可想而知”。^[107]

从税制正当性上看,在财政收入来源不断丰富的当今社会,一国和地区开征、保留和废除证券交易印花税的正当理由大都归于其蕴含的宏观调控功能,也为此大都将证券交易印花税之核心目的定格为稳定证券市场、调节参与者收入等调控目的。尽管前述的实证分析显示,证券交易印花税的宏观调控目的远不如财政收入目的直接和奏效,但这并不意味着税制目的有误,更多恐怕还在于税制设计偏差和实施不力。但也必须警醒,现行证券交易印花税承载了过多的政策功能,导致其本身的宏观调控作用发挥受影响,应当明确其抑制高频投机交易、稳定证券市场的税制目的。^[108] 换句话说,在既有的证券交易印花税制难以做较大调整的情势下,决策者应降低对证券交易印花税的制度预期,为其减负,使其专心服务于证券市场。财政收入不应成为证券交易印花税制调整的关键考量因素,充其量只适宜对税制调整所生的财政效应进行评估。至于调节证券市场参与者的收入分配目的,则可以考虑通过改造现有的带有资本利得性质的个税制度来实现。比如,《关于实施上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》(财税[2012]85号)对于股息红利所得按照持股时间设定差别化税基,^[109]表面上看是基于税收优惠的考量,其实主要还是照顾到资本利得和所得的不同特点。从税制原理上看,资本得利与所得不应当采用同样的课税方法,但我国对于股票

[107] 叶金育:“收入分配改革中的财税政策工具及其立法配置”,载《中央财经大学学报》2013年第9期。

[108] 参见杨峰、刘先良:“论我国金融交易税收制度的完善——以欧盟法借鉴为中心”,载《法律科学》2015年第2期。

[109] 《关于实施上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》(财税[2012]85号)第1条第1款规定:“个人从公开发行和转让市场取得的上市公司股票,持股期限在1个月以内(含1个月)的,其股息红利所得全额计入应纳税所得额;持股期限在1个月以上至1年(含1年)的,暂减按50%计入应纳税所得额;持股期限超过1年的,暂减按25%计入应纳税所得额。上述所得统一适用20%的税率计征个人所得税。”

转让所得暂不征收个人所得税的规定,^[110]使得股息红利税制在很大程度上担当起资本利得与所得区别课税的功能,所以,财税〔2012〕85号文更像是一种寻求结果公平的制度设计。这种制度设计,区分了证券市场中的投资性交易和投机性交易,持有股票时间越长越倾向于投资,越具有资本利得的性质,故设置相对较轻的税负。反之,投机成分更多,设置较重的税负。正是这种制度设计,巧妙地实现了调节证券市场参与者收入分配的目的,同时,也间接地驰援了稳定证券市场的目的。

当然,从调节收入分配效果上看,扩大个人所得税的征税范围,将证券交易所得列为课税对象,开征个人资本利得税或许是更为高效、更为理想的办法。因为对资本利得和其他所得一样征税能够体现量能课税原则,课征资本利得税可以对社会财富的积聚和集中起到缓解作用,实现收入分配的公平。^[111]纵然如此,在逢税必反的当今时代,探讨“新税”无疑会面临巨大的阻力。况且,对个人转让证券的增益征税原本就是一个较复杂的问题。^[112]比如,如果对资本利得课税,如何判定纳税义务的发生时间,就值得商榷,已经开征资本利得税的国家和地区的做法也不尽一致。^[113]此外,资本利得税所缠绕的双重课税、引发的国际税收竞争、对投资积极性的影响等,^[114]无不提示决策者务必谨慎行使,谋定而后动。不过一旦决策者决意推动资本利得税的发展,政治权力总能扫除这些疑云和障碍。“法律总是直接或间接地受制于政治,并以政治作为自己的基础。”^[115]“相对于其他权力来说,政治权力的独特之处在于它的政治性。”^[116]政治权力以其强大的强制力,将政治、经济与法律交织

[110] 《关于个人转让股票所得继续暂免征收个人所得税的通知》(财税字〔1998〕061号)规定:“为了配合企业改制,促进股票市场的稳健发展,经报国务院批准,从1997年1月1日起,对个人转让上市公司股票取得的所得继续暂免征收个人所得税。”

[111] 参见林天义:“中国开征股票资本利得税的制度设计研究”,辽宁大学2009年博士学位论文。

[112] 参见邓远军:“德国证券税制的基本经验与借鉴”,载《涉外税务》2003年第3期。

[113] Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, 2003, p. 265.

[114] 参见[美]克里斯·爱德华兹·丹尼尔·米切尔:《全球税收革命:税收竞争的兴起及其反对者》,黄凯平、李得源译,中国发展出版社2015年版,第44~47页。

[115] 卓泽渊:《法政治学研究》,法律出版社2011年版,第43页。

[116] 毛寿龙:《政治社会学》,中国社会科学出版社2001年版,第27页。

起来,也只有通过政治过程才能完成赋税的征收和缴纳。^[117] 基于资本市场对于税收规则的固有敏感,即使有意启动资本利得税,也需要选择合适的时机。^[118] 此外,资本利得税如果开征的话,则证券交易印花税是否还有存在的必要,^[119] 就有必要反思了。这种反思既是基于资本利得税原本也有宏观调控功能的考虑,也是处于证券交易印花税与资本利得税之间双重征税嫌疑的考虑。通过税收立法技术固然可以缓解,甚至彻底解决双重征税难题,但是如果资本利得税能否担负起调控证券市场和收入分配的双重目的,又何必两税并立,徒增舆论压力。而且,只要税制设计得当,运转高效,以资本利得税取代证券交易印花税,“一开一废”,也符合“我国一直在通过调整和优化税法结构,施行实质上的‘结构性减税’”^[120]的大背景,更可大大降低新税获批的难度。

从税制合法性上看,不管是证券交易印花税的法源,还是后续的屡次税制调整都难言合法。如果说20世纪90年代,税收法定原则尚未形成共识,“政策之治”当道尚可理解的话。发展至今,税收法定共识已然形成,也为决策者所认可,立法所明定。全面落实税收法定原则,已是当前经济体制改革中的一大关键任务。该项任务如能顺利实现,则既可以进一步规范政府行为,也可以推动完善我国税收法律制度,使其在国家治理中发挥更加积极、有效的作用,还可以为实现国家治理体系和治理能力现代化提供更坚实的制度保障。^[121] 按照《贯彻落实税收法定原则

[117] 参见[美]詹姆斯·M. 布坎南:《制度契约与自由——政治经济学家的视角》,王金良译,中国社会科学出版社2013年版,第189页。

[118] 以开征股票资本利得税为例,就我国现实情况来看,应从宏观经济运行情况、股票市场运行情况两方面综合考虑。一方面,资本利得税不宜在经济衰退期时开征。另一方面,资本利得税更适宜选择在牛市开征。参见周晓光:“资本利得税收法律问题研究”,武汉大学2015年博士学位论文。

[119] 其实,从税收的时效性上看,证券交易印花税并不是长期有效的税种,它不仅取决于资本控制的有效性,还取决于金融市场的发达程度。在证券市场发展初期,由于市场上投机盛行,征收证券交易印花税对其有一定调节作用。但是,随着证券市场的发展,证券交易印花税并不是必要的税种。参见史晨呈、范幸丽:“证券交易税理论与实践的发展”,载《财贸经济》2004年第5期。

[120] 张守文:“‘结构性减税’中的减税权问题”,载《中国法学》2013年第5期。

[121] 参见陈丽平:“规范政府行为完善税收法律制度——全国人大常委会法工委负责人就《贯彻落实税收法定原则的实施意见》答记者问”,载《法制日报》2015年3月26日。

的实施意见》，在 2020 年前，相关税收条例将会逐步上升为法律，这其中当然也包括与证券交易印花税有着千丝万缕关系的《印花税法暂行条例》。治理证券交易印花税法制必须迎合这种法定主义大势，着力推进和规范以下事宜：其一，借助印花税法暂行条例上升为印花税法的契机，厘清证券交易印花税法与印花税法的关系，确定证券交易印花税的合法性法源。其二，未来证券交易印花税法制的任何调整，特别是涉及课税要件事实的变动，必须按照税收法定原则的要求，经过立法机关决意，不能再将其视为简单的政策工具，任意处置。其三，未来不管是创设独立的证券交易税，还是开征资本利得税以替代现行证券交易印花税法，都必须根据相关工作的进展情况，同步起草相关法律草案，并适时提请全国人大常委会审议。倘若能够妥善处置好这些关键事宜，证券交易印花税的合法性危机必可解除。其实，只要以税收法定原则明示证券交易印花税法制，为进入证券市场的投资者提供兼具安定性和可预测性的税制规定，他们便可斟酌以做出理性的经济活动。到底说来，在多数的经济行为中，税收负担的问题，都是合理的经济人应纳入考虑的最重要因素之一。^[122] 反过来，纳税人根据安定与可预期的证券交易印花税法制进入证券市场，又可进一步稳定证券市场。从这个层面上说，税收法定原则不只具有形式正义功能这般简单，其直接关乎量能课税原则之实质正义和比例原则之技术正义在证券交易印花税法领域的实现。毫不夸张地说，抓好了税收法定原则这个龙头，证券交易印花税的公平性、正当性和合法性危机便可解除，证券交易印花税的法治化时代便可期待。

[122] 参见张进德：《诚实信用原则应用于租税法》，台湾元照出版有限公司 2008 年版，第 110 页。