

## 受控外國公司課稅制度之研究\*

邱晨\*\*

<摘要>

德國於 1972 年成為僅次於美國設立受控外國公司課稅制度之國家，其間受到歐盟最高法院判決見解、OECD 之 BEPS 行動方案、歐盟 ATAD 反避稅指令與德國聯邦財務法院見解之影響，歷經多次修正，目前最新之版本則為 2021 年 7 月所修訂。其受控外國公司課稅制度之立法過程在在反映國際稅法、歐盟稅法的發展與改革。新版德國受控外國公司課稅制度修正之重點包含：受控外國公司課稅制度之擴大適用、應歸戶課稅之範圍為非源自於積極行為所取得之所得、以事實上徵收之稅負作為認定低稅負之依據、反證規定之內容修改為實質之經濟行為與採取間接稅額扣抵法作為避免雙重課稅之方式。反觀我國前年（2023 年）開始施行之受控外國公司課稅制度，從法條內容觀之，仍有諸多待釐清之爭議。有鑒於歐盟、德國對於受控外國公司課稅制度在法釋義學與審判實務之發展，本文最後借鏡德國新版之受控外國公司課稅制度，提出我國所得稅法第 43 條之 3 之修法建議，以期我國受控外國公司課稅制度盡早與國際接軌，以因應國際稅制的變動。

---

\* 本文為國科會 110-2410-H-030-012-MY3 研究計畫「受控外國公司課稅制度之發展與改革—以歐盟、德國及奧地利為中心」之部分研究成果。作者由衷感謝 2 位匿名審查者的寶貴意見。

\*\* 輔仁大學法律學院教授，德國敏斯特大學法學博士。

E-mail: 128199@mail.fju.edu.tw

• 投稿日：09/27/2023；接受刊登日：06/26/2024。

• 責任校對：陳怡君、江昱麟、羅元廷。

• DOI:10.6199/NTULJ.202509\_54(3).0002

關鍵詞：受控外國公司課稅制度、稅捐規避、境外公司、關係人、消極所得、  
低稅負、實質經濟行為、常設機構、避免雙重課稅、實質營運活動

## •目次•

### 壹、問題意識

- 一、Cadbury 準則受到挑戰
- 二、歐盟反避稅指令所揭櫫之最低標準
- 三、德國受控外國公司課稅制度在第三國適用關係之變革

### 貳、受控外國公司課稅制度之形成背景

### 參、受控外國公司課稅制度在歐盟之實踐

- 一、歐盟之反避稅指令
- 二、歐盟法院之見解

### 肆、受控外國公司課稅制度在德國之立法展現

- 一、德國受控外國公司課稅制度之立法沿革
- 二、德國受控外國公司課稅制度之最新發展
- 三、德國涉外稅法新版之受控外國公司課稅制度

### 伍、我國受控外國公司課稅制度之立法評析：以營利事業持有為中心

- 一、前言
- 二、受控外國公司課稅制度構成要件之再省思

### 陸、結論

## 壹、問題意識

在全球化時代，一定規模的企業不再單純的只有內國化，以目前國際發展趨勢，大部分企業會將商業的重要部分移往國外發展，這不僅是從銷售市場面向，更是從採購市場面向為考量。因此，企業的價值創造鏈超越國內之界限，而往國際發展。從稅捐法的角度來看，跨國集團企業（Konzernunternehmen）間之給付與投資關係，成為近幾年來國際稅法與歐

盟稅法關注之議題。尤其對於歐盟法來說，歐盟內部市場作為一個經濟競爭的共同體，其目的是要讓歐盟會員國企業涉及產品相關之活動與資本盡可能不受阻礙地在歐盟內部市場流動，這也是基本自由（Grundfreiheit）在經濟理論上的基礎。而在跨國集團企業間之給付關係中，尤其涉及稅捐分配、稅捐濫用與稅捐優惠之議題，歐盟法（EU-Recht）對此形塑了一套法律上的規則，在這個範圍內，要求企業與國家必須遵守之，以建立自由且公平的競爭市場，並且藉由歐盟運作條約的基本自由（Grundfreiheiten des AEUV）、歐盟指令與行政命令（Richtlinien und Verordnungen）以及歐盟補貼法（EU-Beihilfenrecht）確保之<sup>1</sup>。

在跨國集團企業之設立形式作為發展趨勢下，大部分的國家關注在境外子公司（ausländische Tochtergesellschaft）的透明化，而為了避免跨國集團企業基於稅捐利益的考量而將利潤轉移至低稅負的國家與導致課稅遲延的效果，採取的手段為，將境外子公司之利潤以擬制的發放方式而對股東課稅。關於此，美國在 1962 年時即在其內地稅法典（Internal Revenue Code, IRC）第 1 章分章第 3 部之 Subpart F 規定，在合於受控外國公司（Controlled Foreign Corporation, CFC）之定義下，其某些所得視為已經分配，美國母公司必須申報為該年度之股利所得<sup>2</sup>。德國並在 1972 年借鏡美國之規定，並在德國涉外稅法（Außensteuergesetz, AStG）第 7 條至第 14 條明定受控外國公司（Zwischengesellschaft, ZG）之所得（Zwischeneinkünfte）適用歸戶課稅（Hinzurechnungsbesteuerung）之規定。我國係於 2016 年參考經濟合作暨發展組織（Organisation for Economic Co-operation and Development, 下稱「OECD」）於 2015 年 10 月所發布之稅基侵蝕及利潤移轉（Base Erosion and Profit Shifting, 下稱「BEPS」）行動方案三「強化受控外國公司法則」之建議及國際間其他國家規定，建立受控外國公司課稅制度，並增訂於所得

---

<sup>1</sup> Schönfeld, Grenzüberschreitende Leistungsbeziehungen im Konzern, in: Europäisches Steuerrecht, Bd. 41, 2018, S. 493 f.

<sup>2</sup> Demleitner, Hinzurechnungsbesteuerung nach US-amerikanischem Recht, IStR 2012, 459, 459.

稅法第 43 條之 3 規定中，復於 2017 年於所得基本稅額條例第 12 條之 1 增訂個人受控外國公司課稅制度。

當受控外國公司課稅制度逐漸由歐盟會員國繼受的同時，歐盟關注的議題始終圍繞在各會員國之內國法規定是否牴觸歐盟法與歐盟運作條約之基本自由<sup>3</sup>，此外，是否與歐盟最高法院（Europäischer Gerichtshof, EuGH）在 2006 年之 *Cadbury Schweppes* 案所樹立之標準一致<sup>4</sup>。而藉由歐盟最高法院之見解與近期德國聯邦財務法院（Bundesfinanzhof, BFH）、德國財務法院（Finanzgericht, FG）所作出之判決以及 OECD 所發布之 BEPS 行動方案三、歐盟所發布之反避稅指令（Anti Tax Avoidance Directive, 下稱「ATAD」），對於德國受控外國公司課稅制度帶來新的發展趨勢與改革措施，並促成 2021 年德國涉外稅法第 7 條至第 14 條與相關涉及受控外國公司規定之修法。此外，全球最低稅負制（globale Mindestbesteuerung）的實施亦影響應歸戶課稅所得之稅捐負擔數額。以下更進一步分述上開發展及改革契因。

## 一、Cadbury 準則受到挑戰

在 *Cadbury Schweppes* 案樹立跨國集團企業設立子公司構成法律形成濫用之前提在於，該子公司未有「真實之經濟行為」（wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit）這個準則後，德國聯邦財務法院與德國財務法院不斷挑戰這個反證規定的內容。而這個內容也從形式上人與物的組成走向實質上之重要功能原則，並加入可比第三方原則之適用。

## 二、歐盟反避稅指令所揭櫫之最低標準

承接上開在跨國集團企業設立子公司之形成自由上，歐盟法所遵循的另一個準則，即為歐盟議會於 2016 年依據 OECD 所發布之 BEPS 行動方案而

<sup>3</sup> Reiche, in: Außensteuergesetz Doppelbesteuerungsabkommen, 3. Aufl., 2016, 339.

<sup>4</sup> Kreienbaum, Hinzurechnungsbesteuerung, in: Europäisches Steuerrecht, Bd. 41, 2018, S. 475.

在歐盟法層次所發布之 ATAD，歐盟會員國有義務將該指令作為最低標準，而將其實現於內國稅捐規避防堵之規定中。

ATAD 第 7 條與第 8 條係有關受控外國公司課稅制度之規定，此不僅是最低標準，亦是新的標準。申言之，相對於前揭歐盟最高法院所要求之「真實之經濟行為」的反證規定，在該指令第 7 條第 2 項第 2 句係要求「實質之經濟行為」（wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit）。「真實」與「實質」係 2 個不同的概念，蓋真實的經濟行為不一定是具有重要性的經濟行為，因此，較不具有經濟重要性之實質活動，例如透過財產的使用（占有）轉讓（Nutzung der Überlassung）所獲取收益之財產管理行為（vermögensverwaltende Tätigkeit），即排除在反證規定外<sup>5</sup>，以有別於以財產價值之變動及其用作為財產實質內容（Vermögenssubstanz）而構成重要經濟活動之營業性交易行為<sup>6</sup>。

相較於真實與實質之經濟行為，德國舊版之涉外稅法第 8 條第 2 項係規定「實際」之經濟行為（tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit），從而，修法前所遭遇的問題是，ATAD 之規定與其涉外稅法第 8 條第 2 項抵觸，因此，有可能解決的方式是，德國聯邦財務法院對於涉外稅法第 8 條第 2 項實際之經濟行為的解釋遵循 ATAD 之規定。但有疑問者在於，歐盟次級法在多大程度上能夠要求會員國之商業措施以及在多大程度上能干預內國之立法行為<sup>7</sup>，況且，ATAD 之相關措施，不是基於貿易保護主義，就是本質上存有雙重課稅之風險。這涉及到，當一個與歐盟法一致之措施，有可能違反德國基本法時，應該如何協調<sup>8</sup>。從而，德國亦在等待歐盟最高法院對於真實之經濟行為的解釋作出新的詮釋。然在等待之餘，因著 ATAD 在歐盟法的效力，德國已完成受控外國公司課稅制度之修法。

<sup>5</sup> Schönfeld, (Fn. 1), S. 521.

<sup>6</sup> 請參考邱晨（2015），〈德國所得稅法個人營業所得以及私有財產管理所得的一般界限〉，《月旦財經法雜誌》，37期，頁164以下。

<sup>7</sup> Kreienbaum, (Fn. 4), S. 476.

<sup>8</sup> Schönfeld, (Fn. 1), S. 500.

### 三、德國受控外國公司課稅制度在第三國適用關係之變革

歐盟最高法院在 2019 年 2 月 26 日<sup>9</sup>的一則判決中涉及，德國在瑞士之受控外國公司所獲取具有資本投資性質 (Kapitalanlagecharakter) 之收益依據行為時德國涉外稅法第 7 條第 6 項與第 6 項之 1 應歸戶課稅之規定，是否違反歐盟運作條約第 63 條所保障之資本交易自由 (Kapitalverkehrsfreiheit)。由於瑞士並非屬於歐盟會員國與歐盟經濟區成員國之國家，因此為所謂的第三國，從而並不適用德國涉外稅法第 8 條第 2 項實際之經濟行為的反證規定，這也衝擊到該規定是否會被宣告無效。而這個判決係繼歐盟最高法院在 2006 年的 *Cadbury Schweppes* 案與 2007 年的 *Columbus Container* 案後，第 3 次對於受控外國公司課稅制度作出的判決。在該判決後，德國聯邦財務法院分別在 2019 年 5 月 22 日<sup>10</sup>與 2019 年 12 月 28 日<sup>11</sup>之判決中再次具體化實際之經濟行為的要素，同時也影響德國聯邦財政部在 2020 年 3 月 24 日<sup>12</sup>針對 ATAD 所發布的修法建議<sup>13</sup>。

我國於所得稅法及所得基本稅額條例所增訂之營利事業與個人之受控外國公司課稅制度於 2023 年正式施行，然從法條內容觀之，仍留有諸多待予釐清之爭議。首先，就受控外國公司課稅制度之設立目的而言，係在於防堵境內母公司在境外成立一個無實質經濟行為之子公司，而將利潤移轉至該子公司之所在國以規避稅捐，從而，無論是 ATAD 或是德國之規定，均僅以子公司所獲取之消極所得作為應歸予母公司之所得，而計入母公司當年度之法人稅稅基中。然我國卻係以子公司當年度包含積極所得與消極所得之「未分配盈餘」作為應歸戶課稅所得，此立法例是否得以作為受控外國公司課稅制度之正當化論據，實有疑義。再者，就營利事業控制持有受控外國公

<sup>9</sup> EuGH, Urteil v. 26.02.2019 – C-135/17.

<sup>10</sup> BFH, Urteil v. 22.05.2019 – IR 11/19.

<sup>11</sup> BFH, Urteil v. 18.12.2019 – IR 59/17.

<sup>12</sup> BMF v. 24.03.2020, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie.

<sup>13</sup> Heckerodt/van Lück, Die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall, IStR 2020, 857, 858.

司而言，對於受控外國公司課稅制度之構成要件，我國似應如同德國一一檢視之。例如，我國營利事業對於受控外國公司控制持有之要件、受控外國公司之涵蓋範圍，亦即，是否應包含國內營利事業在國外之常設機構、應歸戶課稅之所得之範圍與低稅負之計算問題。再者，如同歐盟、德國所遇到對於「實質經濟行為」反證規定之要件之解釋，我國似應參考歐盟與德國實務之見解，以界定「實質營運活動」之概念。最後，要特別說明者為，就我國實定法而言，營利事業與個人之受控外國公司課稅制度係分別規定於不同之法規範，然其構成要件類似，所涉及之法律爭議雷同，礙於篇幅受限，本文僅探討營利事業持有受控外國公司之課稅問題。合先敘明。

綜上，歐盟、德國對於受控外國公司課稅制度的實務經驗必能啟發我國並提供我國諸多參考意見<sup>14</sup>，這除了對於我國 2023 年正式施行之受控外國公司課稅制度帶來法釋義學與審判實務上之正面影響外，亦促使我國受控外國公司課稅制度與國際接軌並因應國際稅制的變動。

## 貳、受控外國公司課稅制度之形成背景

境外從屬公司取得所得在法律上係與其股東分開而作為獨立的個體，申言之，境外從屬公司與其股東之課稅原則上係依循分離原則（Trennungsprinzip），與此相反者則為適用於人合團體（Personengesellschaft）而直接對其背後所持有之股東課稅之穿透原則（Transparenzprinzip）<sup>15</sup>。從而，當境外從屬公司之盈餘未分配予境內股東時，股東居住國因分離原則所產生之屏蔽效應（Abschirmwirkung），使得境內股東有機會將其未分配之盈餘移轉至低稅負國家，藉此逃避境內稅捐直到分配時點<sup>16</sup>。故此，在稅捐制

<sup>14</sup> 請參考黃士洲（2017），〈臺德受控外國企業稅制與裁判比較〉，《財稅研究》，46卷2期，頁181以下。

<sup>15</sup> Ziegler, Die Hinzurechnungsbesteuerung als Instrument gegen Steuerumgehung, 2018, S. 9.

<sup>16</sup> Vogt, in: Ertragsteuerrecht, 166. Aufl., 2022, Vor §§ 7-13 AStG Rz. 6.

度之設計上，應發展一套有助於防範境內公司所得流入境外從屬公司而導致稅捐逃竄之防堵措施，亦即，境外從屬公司藉由分離原則所產生之屏蔽效應應該要被破壞，否則，內國只能等到當股利分配予境內企業時才得以課稅<sup>17</sup>。

為了達成上述目的，德國承襲美國在 1962 年時於其內地稅法典第 1 章分章第 3 部 Subpart F 所規定之受控外國公司（CFC）相關課稅規定，該規定主要掌握來源於低稅負國家之境外公司，其所取得之非積極所得<sup>18</sup>。進一步言之，境內股東通常基於稅捐之考量而形塑受控外國公司之經濟關係與財產設備等。所謂利用低稅負國家，得以區分為幾個原因：首先，典型的租稅天堂（Steuerparadies）總體而言有一般較低的稅率；此外，國家時常對於較高稅率之國家請求較低之稅負，例如，藉由優惠之稅捐協議或是設立稅捐自由之特別區域；最後，稅捐形成本身得讓受控外國公司在其所在地之國家脫離課稅，例如，藉由國際上子公司之特別優惠規定（Schachtelprivileg）、境外盈餘之稅捐退還等<sup>19</sup>。

受控外國公司課稅制度之體系原則上大致呈現如下：

- （1）納稅義務人單獨或與其關係人共同控制境外從屬公司。原則上，納稅義務人指的是住居所或是所在地在境內之自然人或是法人，亦即所謂之非限制（unbeschränkt）之納稅義務人，之所以稱為「非限制」，係因該等人之居住國對於其於境內與境外之所得均有課稅權，此亦稱為「全球所得課稅原則」（Welteinkommensprinzip），以別於僅就納稅義務人來源於境內所得課稅之「屬地原則」（Territorialitätsprinzip）。而大部分訂有受控外國公司課稅制度之國家係採行全球所得課稅原則，以藉此掌握境內之非限制納稅義務人移轉至境外之利潤<sup>20</sup>。所謂控制指的是，各自持有從屬公司有

<sup>17</sup> Vogt, (Fn. 16), Vor §§ 7-13 AStG Rz. 7.

<sup>18</sup> Schindler, Internationale Steuervermeidungsstrategien, 2022, S. 5-6.

<sup>19</sup> Vogt, (Fn. 16), Vor §§ 7-13 AStG Rz. 8.

<sup>20</sup> Vgl. Schindler, (Fn. 18), S. 5-8.



表決權之股份總數、資本總額、盈餘或是清算收益（Liquidationserlös）超過半數者；

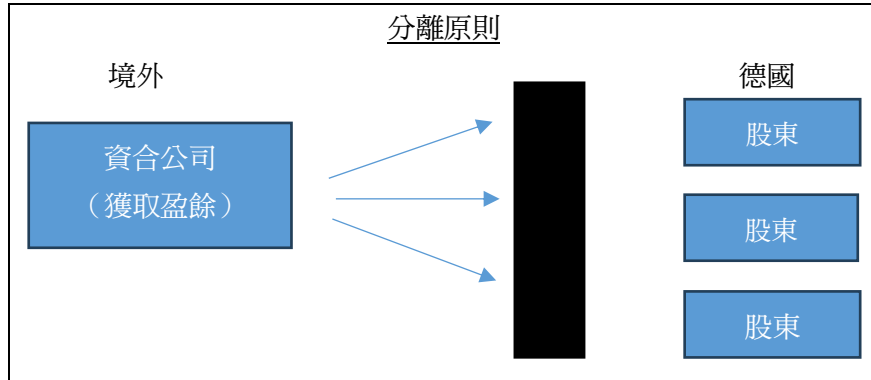
- （2）境外從屬公司取得消極所得（passive Einkünfte）；
- （3）該所得被課以較低之稅負；
- （4）對於境外公司從事真實經濟行為之反證證明無法順利提出；
- （5）源自消極與積極行為所取得之混合所得（gemischte Einkünfte）超越免稅界限。

在合致以上要件之情況下即會適用所定義之受控外國公司課稅制度<sup>21</sup>。該制度藉由 2 個思維予以支撐。首先，境外受控公司雖然作為境內稅捐高權以外之獨立稅捐主體而獲取所得，然卻增加其背後境內納稅者（Steuerinländer）之稅捐給付能力。該境內納稅者原則上直至分配股利時才須負擔稅負。屏蔽效應的基礎即在於有目的的避免盈餘之分配。其次，納稅義務人之稅捐給付能力依據稅法之評價已因境外從屬公司獲取所得時即提高，因為，在所得取得的當下，已在其支配範圍內且其亦得基於股東的地位事實上執行其支配權。該制度藉由境外從屬公司消極所得取得的時間點歸屬於境內股東並對其課稅，以此論據境內股東之給付能力提高之原因<sup>22</sup>。從而，受控外國公司課稅制度的目的即在於破壞分離原則所產生的屏蔽效應，以讓擬制（分配）之股利（fiktive Dividende）有課稅之可能。這可從以下的圖一以及圖二表示之<sup>23</sup>：

<sup>21</sup> Vogt, (Fn. 16), Vor §§ 7-13 AStG Rz. 9.

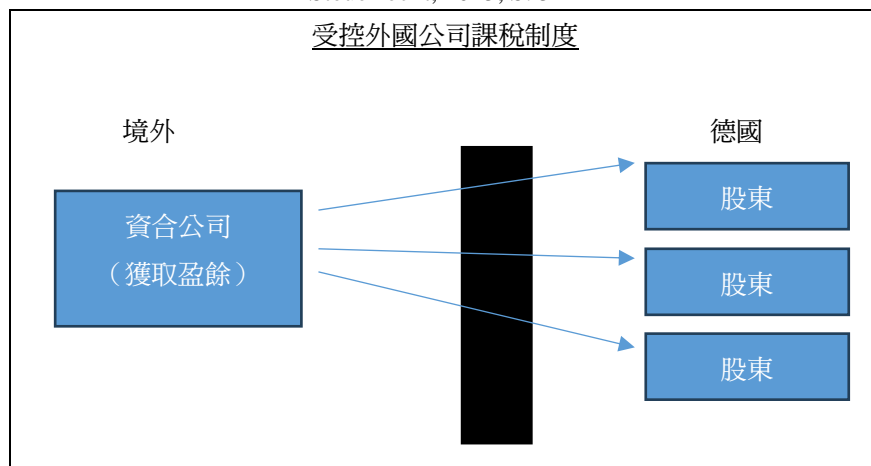
<sup>22</sup> Vogt, (Fn. 16), Vor §§ 7-13 AStG Rz. 12.

<sup>23</sup> Eding, Die Hinzurechnungsbesteuerung im deutschen Steuerrecht, 2015, S. 5 f.



【圖一】基礎：分離原則

※ 資料來源：Eding, Die Hinzurechnungsbesteuerung im deutschen Steuerrecht, 2015, S. 5。



【圖二】受控外國公司課稅制度

※ 資料來源：Eding, Die Hinzurechnungsbesteuerung im deutschen Steuerrecht, 2015, S. 6。

綜上，受控外國公司課稅制度設計之目的即在於，不再將境外資合公司視為單獨的稅捐主體，且同時將其所得依持股比例歸屬於境內股東，藉此防

止國際上之稅捐流竄，並將課稅權鎖定在實際上產生盈餘且創造價值之地點<sup>24</sup>。

## 參、受控外國公司課稅制度在歐盟之實踐

### 一、歐盟之反避稅指令

#### （一）背景介紹：OECD 發布 BEPS 行動方案三

##### 1. 概說

OECD 在 2013 年 2 月針對跨國企業導致利潤短缺與移轉之成因及影響向 G20 提出一份完整的報告。針對這份報告，G20 要求 OECD 擬定一份行動方案（Aktionsplan）。這份行動方案在 2013 年 7 月 20 日由 G20 在莫斯科予以批准，並有超過 60 個國家共同參與，其中除了 OECD 與 G20 之成員國外，亦包含一些開發中與新興工業化國家。此外，國際組織，例如聯合國、國際貨幣基金、世界銀行以及歐盟亦加入之。一個跨地域與地域性的稅捐組織由是形成。行動方案並作為防堵稅基侵蝕與利潤移轉之一系列措施，國際上在 2015 年底必須擬定共同的準則來對抗利潤短缺與移轉之問題<sup>25</sup>。

從近幾年之觀察，跨國企業相對於非跨國企業而言愈來愈常利用不同之稅捐體系而使其稅捐負擔達到最小化。因此，BEPS 行動方案之成果以減少稅捐行政之資訊落差、強化實質經濟活動作為課稅之範圍與地點之聯繫點、提高各個國家稅捐體系之一致性與防止不公平之稅捐競爭為目的<sup>26</sup>。

OECD 所發布之 BEPS 行動方案三，係對於受控外國公司課稅制度建立一個國際上的標準。其在 2015 年 10 月 5 日發布之最終報告中，傳達沒有約

<sup>24</sup> Maack, Analyse der Hinzurechnungsbesteuerung unter Berücksichtigung der ATAD-Richtlinie, Bd. 167, 2021, S. 8.

<sup>25</sup> Häffner, Base Erosion and Profit Shifting 2.0 (BEPS 2.0). Die globale Steuerreform der OECD/G20, 2022, S. 20 f.

<sup>26</sup> Haase/Nürnberg, Die neue Hinzurechnungsbesteuerung, 3. Aufl., 2021, S. 10.

束力的幾個建議，大致涉及下列範圍：受控外國公司課稅制度之一般適用規定與例外、受控外國公司之定義、應歸戶所得之定義、應歸戶所得調查與計算之規定與避免雙重課稅之處理方式。而這 6 個重要的組成要素又被稱為「building blocks」<sup>27</sup>。

## 2. OECD 之建議

### (1) 受控外國公司之定義

OECD 建議，受控外國公司之法形塑應盡可能地廣泛，包含法人、人合團體、常設機構<sup>28</sup>或是信託投資公司。稅捐定性應依照負有所得歸戶之義務人，其之居住地國的稅法規定<sup>29</sup>。

此外，OECD 建議連結 BEPS 行動方案二之混合錯配安排（hybrid mismatch arrangement）<sup>30</sup>，亦即，涉及在 2 個或是多個國家不同性質之法形

<sup>27</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT [OECD], PUBLIC DISCUSSION DRAFT BEPS ACTION 3: STRENGTHENING CFC RULES 5. (Apr. 3, 2015).

<sup>28</sup> 依據OECD租稅協定範本第5條規定，常設機構可區分為3種實體上的類型，亦即，第5條第1項、第2項與第4項之銷售型常設機構（Geschäftseinrichtungsbetriebsstätte）、第5條第3項之工程型常設機構（Bau-und Montagebetriebsstätte）以及第5條第5項與第6項連結第4項之（非獨立之）代理型常設機構（Vertreterbetriebsstätte）。常設機構之概念在國際稅法上有重要之意義，申言之，其指向對於經濟聯繫的存在並對於所得來源國的課稅權帶來正當性基礎。依據OECD 2017年租稅協定範本第7條規定，所得來源國僅在當有一個合於該協定範本第5條規定之常設機構存在時，對於企業之利潤始有課稅權。此規定亦有助於在避免雙重課稅協定下內國對於企業利潤之課稅請求權為領土上之界分。請參考邱晨（2023），〈數位經濟之課稅趨勢：以探討OECD與歐盟在所得稅之發展為主〉，《臺大法學論叢》，52卷1期，頁30-32；Lüdicke/Richter, § 20 Internationales Steuerrecht, in: Unternehmensteuerrecht, 2. Aufl., 2018, § 20 Rn. 18.

<sup>29</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT [OECD], DESIGNING EFFECTIVE CONTROLLED FOREIGN COMPANY RULES, ACTION 3: 2015 FINAL REPORT, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project 21-23 (2015).

<sup>30</sup> 所謂混合錯配安排指的是，利用多個國家對於同一混合金融工具或是權利主體在稅捐上之不同對待而達到雙重不課稅之效果。請參考Spahn, Die Umsetzung der OECD/G20 Empfehlungen zur Auflösung von „Hybrid Mismatches“ in deutsches Recht, in: BEPS konkret und weitere Entwicklungen im deutschen Steuerrecht, 2018, S. 49；陳清秀（2021），〈使混合錯配安排的影響無效化（BEPS行動方案2）之探

塑下，亦應有特別之混合錯配規定<sup>31</sup>。因為，藉由在受控外國公司之居住地國與在股東之居住地國不同之受控外國公司之定性處理受控外國公司之課稅，是不可能的。對此，OECD 導入美國法之勾選原則（Check the box Rule）<sup>32</sup>，其在多層次的集團企業，例如涉及孫公司（Enkelgesellschaften），亦有適用。

## （2）受控外國公司課稅制度之最低適用門檻

OECD 認為，對於受控外國公司課稅制度設定適用之最低要件過於廣泛，並非明智之舉。掌握外國子公司所有的消極所得而沒有界限，可能導致受控外國公司的稅法主體性遭到破壞，而忽略重點應在於回歸稅捐形成之濫用<sup>33</sup>。

---

討》，黃茂榮、葛克昌、陳清秀（主編），《BEPS行動方案與國際稅法》，頁179-180，元照。

<sup>31</sup> OECD, *supra* note 27, at 5.

<sup>32</sup> 依據美國稅法規定，其對於人合團體之所得課稅方式如同德國稅法，在企業組織層次不課稅，而是待盈餘分配予股東時，對於股東核課所得稅。相對於人合團體，資合公司之所得需依照法人稅法課稅。然一個企業組織被辨別為人合團體或是資合公司，依照美國舊內地稅法第7701條規定（該規定亦是1945年美國聯邦第九巡迴法院在U.S. v. Kintner所確立之標準），倘若一企業組織，在以下4個有關資合公司之特徵連2個都無法滿足時，則為人合團體：一、企業之存續不會因股東之死亡、宣告破產、成為無行為能力、被除名或是將股份轉讓而終止；二、集中經營管理；三、對於企業債務負有限之責任與四、企業股份之自由轉讓。然該標準仍產生諸多爭議，從而，在1996年美國內地稅務局發布所謂之勾選原則，讓獨立的企業實體（separate business entity），不論是合夥或是組織，在勾選系統範圍內選擇其法律形式而課稅，申言之，有資格的企業組織（eligible entity）大致有3種選擇方式：一、當企業實體有2個以上之出資者時，其得以人合團體或是資合公司之課稅方式核課稅捐；二、企業實體僅有1位出資者時，其得以資合公司之課稅方式核課稅捐，或是無視其企業組織之型態（disregarded entity），依獨資課稅。請參考Kroniger/Thies, Anwendung des check the box-Systems auf die KGaA als Joint Venture-Vehikel, IStR 2002, 397, 400 ff.；吳德華（2008），〈美國有限責任公司課稅方法之探討：以聯邦及紐約州為例〉，《中原財經法學》，20期，頁170以下。

<sup>33</sup> OECD, *supra* note 27, at 36.

OECD 建議，境外低稅負之要件作為重要之最低適用門檻，亦即，在受控外國公司所在地之稅率必須顯著低於負有所得歸戶課稅之義務人居住地國的稅率<sup>34</sup>。

### (3) 控股關係之定義

OECD 之報告對於控股方面有諸多關注，而這是受控外國公司課稅制度制定的目的，申言之，以防堵納稅義務人濫用法律形成為核心，從而，誰在法律上或是經濟上控制受控外國公司，其在事實上亦將課稅實體移轉至低稅負之國家。就此，OECD 建議法律上與經濟上的控制測試<sup>35</sup>。

此外，依據 OECD 的標準，當一個或多個股東基於同樣之利益持有境外公司超過 50% 之股份，則該境外公司屬於被控制之狀態，這包含股東本身及其關係人的持股。至於會員國是否可為更低持股比例之規定，OECD 持開放之態度<sup>36</sup>。

### (4) 應歸戶課稅所得之定義

OECD 對於應歸戶課稅之所得並沒有明確之規定，僅僅是藉由舉例的方式說明。申言之，針對慣例上易於移轉或是較少經濟活動之實質，例如，股利、利息與其他財務性收入、保險金、源自銷售貨物或勞務之所得及權利金或是其他源自實體經濟財之所得<sup>37</sup>。

應歸戶課稅所得的確定對於課稅的實質成果具有重要之意義。以真正價值創造為基礎或是源自實質經濟活動之所得，依據一致的見解，並非作為應歸戶課稅之所得。而消極所得，由於其有高度之流動性，因而 OECD 一再地將焦點放在此。

然而，OECD 並沒有提及特定的所得種類。因此，消極所得不會僅因其從法律規定屬於消極種類，就屬於應歸戶課稅所得。相反的，OECD 建議從

---

<sup>34</sup> OECD, *supra* note 27, at 36-37.

<sup>35</sup> OECD, *supra* note 27, at 23-25.

<sup>36</sup> OECD, *supra* note 27, at 25.

<sup>37</sup> OECD, *supra* note 27, at 44-47.

實質經濟面向分析，以據以判斷特定所得是否係從消極之行為而取得。從而，所得的形式比起實質來得不重要。就此，OECD 提出 3 個可能判斷的標準<sup>38</sup>：

1. 依據最低價值創造測試審查，受控外國公司的人員是否足以提供該公司所得之價值創造數值。在成立的前提下，受控外國公司的整體所得被視為積極所得。

2. 依據所謂之獨立性測試審查，當受控外國公司非作為集團企業之一部分時，其執行承擔風險與置入經濟財之功能是否仍貫徹。倘若答案為否定，則存有消極所得。

3. 在所謂之員工測試中調查，受控外國公司是否擁有必要之實質，例如，員工、企業能力與足夠之人力資源，以執行其所歸屬之功能。

此外，OECD 建議 2 種不同的體系公式，以確定應歸戶課稅所得的數額，亦即，依據以分類作為基礎之公式，區別不同種類之所得，並且對於每個所得種類適用不同之規則。另一方面是，依據可選擇之建議，計算應歸戶課稅所得之數額係以受控外國公司之所得高於獨立企業一般獲利率之數額為主。

#### (5) 應歸戶課稅所得之調查與計算

對於應歸戶課稅所得數額之具體計算應適用哪一個國家之規定，OECD 提出 4 個建議，亦即，負有歸戶義務之人居住國之法律規定、境外公司所在國之法律、由納稅義務人自由選擇或是選擇一個國際上共同標準。至於應歸戶課稅所得數額之分配，應就每個股東分別計算。例如，就對於受控外國公司持股之比例計算<sup>39</sup>。這也是大部分有受控外國公司課稅制度之國家所採取之措施。

---

<sup>38</sup> OECD, *supra* note 27, at 47-49.

<sup>39</sup> OECD, *supra* note 27, at 57-58.

### (6) 避免雙重課稅之處理方式

倘若應歸戶課稅所得在受控外國公司之居住地國負有繳納稅捐之義務時，OECD 建議，藉由稅捐計算理論之適用來避免潛在之雙重課稅<sup>40</sup>。然而對於在多個國家同時適用受控外國公司課稅制度之情況或是受控外國公司在另一個外國有受控外國公司，亦即在成立所謂相互聯結之受控外國公司（nachgeschaltete Zwischengesellschaften）之案例下，OECD 並沒有提及<sup>41</sup>。

## （二）歐盟反避稅指令之內容

### 1. 概說

歐盟議會（Europäischer Rat）在 2016 年及 2017 年依據 OECD 所發布之 BEPS 行動方案而在歐盟法層次針對稅捐規避而發布 ATAD I 與 ATAD II。ATAD I 係第 1 個針對在直接稅之領域主要涉及稅捐負擔之指令；而在相隔 7 個月後所發布之 ATAD II 最主要針對 ATAD I 有關混合錯配安排所為之修正。此外，ATAD 並沒有強制要求會員國須依照其規定逐字逐句地而將其成為內國法之一部分。相較於 OECD 之措施，依據歐盟運作條約（Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV）第 288 條規定，歐盟會員國有義務將 ATAD 之規定作為一個最低保護標準（Mindestschutzniveau）而轉置至內國法中<sup>42</sup>。因此，是否訂定比 ATAD 更嚴格的規定留待會員國自己決定<sup>43</sup>，法規範的一致性，並非 ATAD 所欲追求者。總體而言，在國際稅法中，OECD 之措施與歐盟之指令相互工作進而影響整個世界之稅捐運作<sup>44</sup>。

<sup>40</sup> OECD, *supra* note 27, at 65-69.

<sup>41</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 14.

<sup>42</sup> Vogt, (Fn. 16), Vor §§ 7-13 AStG Rz. 3; Seubert, Die außensteuerliche Hinzurechnungsbesteuerung de lege lata, 2020, S. 37.

<sup>43</sup> 然而在歐盟之基礎法（Primärrecht）有明定允許的濫用防堵之框架，會員國對該基本自由之保護有遵守之義務。從而，會員國在訂定更嚴格之規定時，須注意是否違反基礎法之規定。請參考 Vogt, (Fn. 16), Vor §§ 7-13 AStG Rz. 3。

<sup>44</sup> Kraft, in: Außensteuergesetz Kommentar, 2. Aufl., 2019, Vor § 7 Rz. 125 ff.



ATAD 係針對所有在一個或是多個歐盟會員國負有如同法人稅捐義務之納稅義務人，包含企業在第三國之常設機構。其作為濫用防堵之規定並且原則上涉及利息扣除之限制、出走稅（Exit Tax）<sup>45</sup>、一般濫用防堵規定、受控外國公司課稅制度與對於混合錯配安排採取相關措施<sup>46</sup>。其中，有關受控外國公司課稅制度之規定，大致承襲歐盟最高法院在 *Cadbury Schweppes* 案所樹立之標準<sup>47</sup>。

對於受控外國公司而言，依據 ATAD 第 7 條規定，會員國有義務對於特定之境外企業或是常設機構未分配之盈餘課稅。其適用前提為，對於境外企業的持有與低稅負。在此，受控外國公司或是常設機構所繳納之稅捐，必須低於納稅義務人於其所屬會員國依其稅捐體系下所繳納稅捐數額之一半。不負有納稅義務之受控外國公司之常設機構不計算在內。

此外，依據 ATAD 第 8 條規定，所謂應歸戶課稅所得指的是受控外國公司或是被包含在內的常設機構取得消極或是藉由法律形成濫用下之所得。其定義消極所得為：利息或是其他來自金融資產（Finanzanlage）之所得、權利金或是其他來自智慧財產權之所得、股利與轉讓企業經濟財之盈餘、來自融資租賃（Finanzierungsleasing）之所得、來自保險、銀行或其他金融行為之所得以及藉由銷售貨物與勞務予關係企業而從結算公司（Abrechnungsunternehmen）所取得之所得，且該所得僅具有極小之經濟上之剩餘價值<sup>48</sup>。

根據上開條文之規定，倘若納稅義務人能證明，受控外國公司在境外經由員工、設備、資本與場所執行重要的經濟活動時，則排除受控外國公司課稅制度之適用。然該提出反證之規定在受控外國公司位於第三國之情況下，

<sup>45</sup> 出走稅之稅捐客體為納稅義務人完全地從其國家遷出或是在國外有第二住所。請參考 Sassmann/Schenkel, Berücksichtigung von Exit Tax und Tax Amortisation Benefits bei der Verrechnungspreisermittlung im Rahmen von Funktionsverlagerungen, IStR 2018, 954, 954.

<sup>46</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 17.

<sup>47</sup> Vogt, (Fn. 16), Vor §§ 7-13 AStG Rz. 4.

<sup>48</sup> Kraft, (Fn. 44), Vor § 7 Rz. 160.

納稅義務人可選擇是否有該反證規定之適用。此外，會員國得規定所謂之總體界限（Nichtaufgriffsgrenzen）。這規定在 ATAD 第 7 條第 3 項，境外公司之消極所得不超過總體所得之 3 分之 1 時，得排除受控外國公司課稅制度之適用<sup>49</sup>。

除此之外，ATAD 給予會員國自由規定應歸戶課稅之所得，申言之，不一定須逐列規定消極所得之種類，只要藉由法律形成之濫用而目的在於獲取稅捐利益之所得概括作為應歸戶課稅所得之範圍亦可。法律形成之濫用存在於，受控外國公司或是常設機構取得所得之必要經濟財非自己所有或是相關之風險僅基於特定之理由而承擔，換言之，企業之行為並非由企業自身之人員、設備而執行<sup>50</sup>。

另外，受控外國公司盈餘之計算係依照納稅義務人居住地國之法律規定。雖然，納稅義務人之損失並不計入在內，但法律上得規定，該損失得藉由受控外國公司或是常設機構而提出並在下一年度為盈虧之互抵。對於納稅義務人盈餘之分配，其各自的持股比例具有重要性。依據 ATAD 之規定，應歸戶課稅所得之範圍，應停止在就稅捐之目的而言對於受控外國公司亦屬重要之課稅年度。其次，為了預防雙重課稅，可規定在盈餘實際分配予股東時，應歸戶課稅所得之數額不得作為稅基。最後，對於受控外國公司或是常設機構所繳納之稅捐，可規定將其視為納稅義務人依據內國法之繳納<sup>51</sup>。

## 2. 最低保護標準之意義

如前所述，ATAD 僅為一個最低標準，從而，會員國得發布更嚴謹之規定。這可依據 ATAD 第 3 條規定：「該指令並不妨礙內國為了保障境內法人稅之稅基而適用更嚴格之內國法或契約條款。」至於某項規定是否較 ATAD 更為嚴格，亦即，更容易合致受控外國公司課稅制度之規定，並非從表面數字上的較少或較多來決定，而是必須從 ATAD 之立法目的與個案之適用判斷之。

---

<sup>49</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 18.

<sup>50</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 18.

<sup>51</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 18.

第一個案例為，ATAD 規定所謂持股之掌控須達 50%以上，會員國 A 之內國法規定為達 40%以上，從法規範字面上之數字來說係少於 ATAD 之規定，然卻為較嚴格之規定，因為，在此更容易合致受控外國公司課稅制度之前提要件。從而，倘若會員國 B 之內國法規定為達 75%以上，則就會違反指令之最低保護（Mindestschutz）之規定。另一個案例為，依據 ATAD，所謂低稅負國家，若以目前德國法人稅稅率為基準，其門檻為 7.5%，而依據德國涉外稅法第 8 條第 5 項規定，其門檻為境外企業消極所得之收益稅負擔少於 25%，這是一個更嚴格的規定，因為，有更多境外企業之所在國家會合致受控外國公司課稅制度之要件<sup>52</sup>。

倘若內國法律之規定比 ATAD 更為寬鬆或是無此規定時，依據歐盟運作條約第 288 條之規定，會員國有義務將指令之規定增修至內國法中，期限為至 2018 年 12 月 31 日止。在內國法之規定比指令更為嚴格之情況下，仍留待之問題是，ATAD 第 3 條最低保障層級之規定與歐盟法保障企業設立自由之界限如何劃分<sup>53</sup>。

### 3. 濫用防堵規定

有關受控外國公司課稅制度與稅捐規避防堵概括條款之關係，依據 ATAD 第 6 條第 1 項與第 2 項規定：「（1）在考量所有重要事實與情況下存在不相當之形成或是順序，其主要目的或是主要目的之一在於獲取稅捐利益並且違反現行法律之目的或目標時，會員國計算法人稅之稅捐債務得不考慮該形成。一個形成得掌握多個片段或是部分。（2）在第 1 項之目的下，一個法律形成或是該形成之順序並非基於充分反映出經濟真實性之理由而為時，其在此範圍內被視為不相當。」

上開規定如同德國稅捐通則第 42 條規定，作為稅捐規避防堵之一般條款<sup>54</sup>。ATAD 認為，受控外國公司課稅制度係作為稅捐規避防堵之特別條款

<sup>52</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 19.

<sup>53</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 20.

<sup>54</sup> 該條文之內容，請參考本文頁30。

<sup>55</sup>，縱係 ATAD 第 7 條第 2 項之 2 規定之內容有部分與同指令第 6 條一樣，亦即，該規範內容為：「企業或是常設機構在合致受控外國公司之定義下，在納稅義務人所在之會員國必須將源自於企業或是常設機構且目的在於獲取稅捐利益而濫用法律形成之未分配所得，納入課稅基礎中。」

## 二、歐盟法院之見解

### （一）前言

在歐盟針對跨國集團企業藉由設立子公司以規避稅捐建立相關防堵措施前，其首要面臨之問題在於，歐盟會員國有關受控外國公司課稅制度之規定是否違反歐盟運作條約第 63 條禁止對於會員國間以及會員國與第三國間有關資本交易（Kapitalverkehr）或是支付交易（Zahlungsverkehr）為限制之規定。所謂第三國（Drittstaat）指的是非歐盟會員國與歐盟經濟區（Europäische Wirtschaftsraum，下稱「EWR」）成員國之國家。

在此，歐盟法遵循 2 個準則，以作為防堵稅捐濫用之正當性基礎。其一為歐盟最高法院於 2006 年 9 月 12 日在 *Cadbury Schweppes* 案所樹立之準則，亦即，在判斷納稅義務人是否構成非常規交易上，必須使其有機會在個案中提出反證（Gegenbeweis）之可能性；另外係從保障企業設立自由（Niederlassungsfreiheit）之層面上認為，當跨國行為涉及一個純粹人為且缺乏經濟實質之安排時，典型的稅捐規避防堵規定才具有正當性。此外，在這類案件中，應該給予納稅義務人對於具有實質內涵的國外金融公司（即納稅義務人所在國以外之其他歐盟會員國）<sup>56</sup>根據相當的經濟內容證明具有「真實經濟行為」之機會<sup>57</sup>。各會員國對於受控外國公司課稅制度之相關規定及解釋亦遵循前揭歐盟最高法院之見解。德國則是在其涉外稅法第 8 條第 2 項規定，納稅義務人對於在歐盟會員國或是 EWR 成員國之子公司有「實質經

<sup>55</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 20.

<sup>56</sup> 請參考陳衍任（2015），〈量能原則國際稅法之適用（中）：兼評受控外國公司課稅法案〉，《稅務旬刊》，2281期，頁20。

<sup>57</sup> Schönfeld, (Fn. 1), S. 498.

濟行為」的反證規定；我國所得稅法第 43 條之 3 第 1 項第 1 款亦有類似之規定。

然這個反證規定的必要要件為何，前揭歐盟最高法院並未說明，這帶來法釋義學上及審判實務的諸多爭議外，近幾年來有一股反對的聲浪，認為歐盟最高法院所揭櫫的標準過於嚴苛。

## （二）*Cadbury Schweppes* 案：EuGH v. 12.9.2006 – C-196/04

歐盟最高法院在 2006 年 9 月 12 日之 *Cadbury Schweppes* 案中表示，在合於特定要件下，位於會員國之公司於低稅負國家之境外子公司之盈餘必須納入其法人稅稅基。

*Cadbury Schweppes* 為位於英國之跨國集團企業，其在愛爾蘭設立 2 個子公司，主要負責整個集團公司之資金融通。由於這 2 個子公司位於都柏林，而愛爾蘭於 1987 年在此成立國際金融服務中心（International Financial Services Centre, IFSC）並以特別低的稅率吸引外商投資，其盈餘之適用稅率僅為 10%。依據英國之境外稅法，英國母公司持有在境外國家之子公司股份達 50% 以上，且該境外之稅率低於英國現行適用之稅率 75% 者，該境外子公司之盈餘應算入母公司之盈餘並以母公司作為稅捐主體而課稅。在此，子公司在境外所繳納之稅捐應予以扣除。然若得以提出證明表示該設立子公司之法律形成，其主要目的非在於規避英國之稅捐，則不適用之。在此案例下，英國稅務局認為，該案已合致前揭受控外國公司課稅制度之要件，因而提高母公司應給付之法人稅。然 *Cadbury Schweppes* 表示，英國之系爭規定已牴觸公司法所規定之設立子公司之自由。審理該案之英國法院將此問題提出至歐盟最高法院。

歐盟最高法院認為，當境外盈餘依子公司所在國之稅率而應歸戶課稅時，在此情況下，由於稅負上的差異導致設立子公司之自由受到限制，這可能妨礙企業在低稅負國家設立子公司。然其正當化論據在於，避免以純粹人

為之方式形塑缺乏經濟實質之法律形成，達到規避在一般情況下透過在境內為經濟行為而取得之盈餘所應擔負之稅捐<sup>58</sup>。

此外，企業為了減輕其稅捐負擔而利用其他會員國不同的法人稅稅率，仍非構成所謂之法律形成之濫用，仍須審查下列之客觀要素，亦即，僅當受控外國公司與虛擬的所在地（fiktive Ansiedlung）聯繫在一起時，申言之，其在該會員國並沒有真實從事經濟行為，此時，該受控外國公司的成立即構成法律形成之濫用，特別是，子公司為空殼公司（Briefkastenfirma oder Strohfirma）時<sup>59</sup>。

歐盟最高法院讓管轄之英國法院判斷，英國涉外稅法所規定之意圖測試（Motivtest）之例外規定是否得如此被解釋，以致於合於這個要求。此外，愛爾蘭稅務局對於客觀要件審查之必要資訊必須依照稅務行政互助指令（Amtshilferichtlinie）之規定。

這個判決對於受控外國公司課稅制度提出嚴格之要件，特別是對於法律形成之濫用必須提出客觀要素之證明。在此判決做出後，德國聯邦財政部（Bundesministerium für Finanzen）表示，德國涉外稅法第 7 條至第 14 條僅在企業投資歐盟與 EWR 成員國之企業係基於純粹人為之法律形成，以獲取稅捐之利益，始有適用<sup>60</sup>。直至歐盟最高法院在 2007 年作出 *Columbus Container* 案之判決後，德國始在其涉外稅法第 8 條第 2 項增訂，在位於歐盟會員國之境外關係企業從事實際上之經濟活動且納稅義務人可提出證明之情況下，境內企業排除受控外國公司課稅制度之適用。同樣，德國稅務局必須藉由兩國之行政互助而對此有審查之可能性。

---

<sup>58</sup> EuGH, Urteil v. 12.09.2006 – C-196/04; Joder, Die Hinzurechnungsbesteuerung als Treaty Override, Bd. 176, 2022, S. 184 ff.

<sup>59</sup> 所謂空殼公司指的是，在法律上有註冊登記而存在之公司，然而實際上於其所在國未有經濟行為。依據歐盟最高法院之見解，在設立空殼公司之情況下並不能主張享有設立子公司之自由。請參考 EuGH, Urteil v. 12.09.2006 – C-196/04；Forstthoff/Eisendle, in: Das Recht der Europäischen Union Kommentar, Bd. 1, 79. Aufl., 2023, Art. 45 AEUV Rn. 311.

<sup>60</sup> BMF – Schreiben v. 8.1.2007, BStBl 2007 I S. 99.

（三）Columbus Container 案：EuGH v. 6.12.2007 – C-298/05

Columbus 是一間位於比利時之屬於人合團體中之兩合團體（Kommanditgesellschaft），其在所爭議之課稅年度 1996 年被比利時稅務局依據行政命令之規定認定為跨國企業之協調管理總部（Koordinationszentrum）<sup>61</sup>。其資本額由德國來自同個家族之 8 位自然人直接（各持有 10%）與間接藉由一間德國人合團體（持有 20%）所持有。

Columbus 在所爭議之課稅年度主要負責集團之金融交易、帳冊製作、子公司之償付能力、廣告與行銷活動等。依據德國稅法之規定，境內納稅義務人持有境外兩合團體如同境內納稅義務人在境外設有常設機構，從而，在稅捐之對待上，Columbus 之盈餘直接計入境內納稅義務人之所得<sup>62</sup>。然依據比利時法人稅法之規定，Columbus 為法人稅之課稅主體，其所獲之所得課予低於 30% 之法人稅。依據德國與比利時所簽訂之雙重課稅禁止協定（Doppelbesteuerungsabkommen, 下稱「DBA」），倘若一筆盈餘已在比利時課稅，則德國有義務藉由國外所得免稅法（Befreiungsmethode）之適用而在德國不予課稅，以避免雙重課稅<sup>63</sup>。然依據當時之德國涉外稅法第 20 條第 2 項規定，當境外常設機構屬於非法人團體型態且在當地為非限制之納稅義務人，在其取得之消極所得負有歸戶課稅之義務下，雙重課稅之避免並

<sup>61</sup> 通常跨國企業會成立一個總部來協調全球的管理工作。倘若跨國公司的協調管理總部設立於比利時，並提供財政上的資源、經費管理或是研究與發展活動給予其他在會員國的被投資企業時，依據比利時 1983 年以來由歐盟執委會所認可的特別規定，該企業可享有較多的法人稅扣除額以及相關的稅捐優惠。請參考邱晨（2020），〈歐盟稅法上「禁止國家補貼原則」在直接稅之適用：以歐盟法院之實踐為中心〉，《臺北大學法學論叢》，115 期，頁 15。

<sup>62</sup> Zilch, Reform der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung – Reichweite und Ausgestaltung des Motivtests, 2022, S. 118; von Brocke/Hackemann, BFH: Die Niederlassungsfreiheit beschränkt die Hinzurechnungsbesteuerung Anmerkungen zu dem BFH-Schlussurteil in der EuGH-Rs. „Columbus Container“, DStR 2010, 368, 369.

<sup>63</sup> EuGH, Urteil v. 06.12.2007 – C-298/05.

非藉由國外所得免稅法（Freistellungsmethode），而是國外稅額扣抵法（Anrechnungsmethode）。由於 Columbus 所取得之消極所得課予之稅率屬於低稅負，從而，該筆所得亦須計入德國股東所得稅之課稅基礎中。

本案管轄之德國敏斯特地方財務法院向歐盟最高法院提出之問題為，當內國法之規定經由逾越協定（Treaty Override）之方式<sup>64</sup>拒絕 DBA 之國外所得免稅法，而以國外稅額扣抵法取代時，是否違反歐盟保障設立企業與資本交易之自由<sup>65</sup>。歐盟最高法院認為，系爭規定立基於會員國間對於公司之稅捐平等對待，從而，並不得將其視為保障設立公司自由之限制規定<sup>66</sup>。

#### （四）德國 X 有限公司案：EuGH v. 26.2.2019 – C-135/17

歐盟最高法院在 2019 年 2 月 26 日<sup>67</sup>的一則判決中涉及，德國受控外國公司課稅制度在第三國適用關係之變革。

該案例事實為，德國 X 有限公司持有瑞士 Y 股份有限公司 30% 之股份。Y 公司獲取具有資本投資性質之收益，依據當時德國涉外稅法第 7 條第 6 項與第 6 項之 1 規定屬於應歸戶課稅之所得。管轄之德國聯邦財務法院認為有疑問者在於，國內之股東就其位於第三國之受控外國公司所取得具有資本投資性質之收益，由於並不適用當時德國涉外稅法第 8 條第 2 項「實際經濟行為」之反證規定，從而，在對於該第三國是否有實際經濟行為並無給予提出證明之可能性下即應歸戶課稅，是否合於歐盟運作條約第 63 條所保障之資本交易自由之規定。這也衝擊到上開德國涉外稅法第 8 條第 2 項規定是否會被宣告無效<sup>68</sup>。

歐盟最高法院表示，當納稅義務人在第三國之投資非基於經濟上之理由而適用受控外國公司課稅制度時，始合於歐盟運作條約第 63 條之規定。此外，依據同法第 64 條規定，倘若會員國對於第三國投資的限制，係在 1993

<sup>64</sup> 請參考邱晨，前揭註 28，頁 49。

<sup>65</sup> EuGH, Urteil v. 06.12.2007 – C-298/05.

<sup>66</sup> EuGH, Urteil v. 06.12.2007 – C-298/05.

<sup>67</sup> EuGH, Urteil v. 26.02.2019 – C-135/17.

<sup>68</sup> EuGH, Urteil v. 26.02.2019 – C-135/17.



年 12 月 31 日就已存在時，則不適用同法第 63 條之規定。該條又被稱為保持效力條款（Standstill-Klausel）。歐盟最高法院表示，德國之受控外國公司課稅制度在 1972 年即予明文化，雖然在 2000 年有修法，但並不會導致第 64 條規定即不再適用。然其亦尊重德國聯邦財務法院之見解，該規定並不得作為成立在第三國之受控外國公司適用歸戶課稅之正當化論據<sup>69</sup>。申言之，在此案例下仍須審查對於位在第三國之投資公司未有如同在歐盟會員國與 EWR 成員國有反證規定之適用，是否係因該兩群體在客觀上非立於可比較之地位，或是否有重大之公益考量。其接著表示，基於濫用之防堵，並不能僅以在第三國成立之公司獲取具有資本投資性質之收益，即應歸戶課稅，縱係該法律形成有高度之濫用嫌疑。這也是在 *Cadbury Schweppes* 案即已確立者，稅捐機關必須給予納稅義務人辯駁其不具有濫用嫌疑之機會<sup>70</sup>。此外，位於第三國之受控外國公司之經濟活動亦須藉由雙邊之資訊交換協議而使得內國稅局得以掌握<sup>71</sup>。從而，本案所針對 Y 股份有限公司於 2005 年及 2006 年所取得之具有資本投資性質之收益，由於德國並無法掌握足夠的稅務資訊，因此，系爭收益適用歸戶課稅之規定並不牴觸歐盟法。

---

<sup>69</sup> 德國聯邦財務法院在 2019 年 5 月 22 日的一則判決中表示，歐盟運作條約第 64 條在受控外國公司課稅制度之案例下不再予以適用，仍須回歸同法第 63 條之規定。此外，具有資本投資性質之收益而應歸戶課稅之規定所導致資本交易自由之限制得基於重大之公益考量而獲得正當性基礎，例如，為了防堵稅捐逃漏與稅捐規避。然這並不適用在，當納稅義務人提出其投資境外公司非基於法律形成之濫用時。這個證明的可能性必須在第三國與德國稅局簽訂契約而負有義務之情況下，以致於德國稅局對於納稅義務人陳述之正確性在事實上得以審查。請參考 BFH, Urteil v. 22.05.2019, I R 11/19。

<sup>70</sup> Joder, (Fn. 58), S. 187-191.

<sup>71</sup> EuGH, Urteil v. 26.02.2019 – C-135/17.

## 肆、受控外國公司課稅制度在德國之立法展現

### 一、德國受控外國公司課稅制度之立法沿革

有鑒於在 1965 年起，德國逐漸重視境內母公司在租稅天堂成立資合公司，並介入最終於境內完成銷售、給付或是支付之經濟活動，在其作為獨立於境內稅收之中介基地下，藉由其之介入將境內之應課稅利潤流向其之所在國之問題，此即德國聯邦財務法院所稱之基地公司（Basisgesellschaft）<sup>72</sup>。在德國稅捐實務上，基地公司向來與受控外國公司為同義字<sup>73</sup>。為了防堵境內母公司在境外低稅負國家成立基地公司而規避稅捐，德國在 1972 年借鏡美國之規定，成為僅次於美國，第二個在其稅法導入受控外國公司課稅制度之國家。該制度訂定在德國涉外稅法第 7 條至第 14 條規定中。德國學說根據該規定所產生之法效力，亦將其稱為歸戶課稅（Hinzurechnungsbesteuerung）<sup>74</sup>。

其後，上開德國涉外稅法第 7 條至第 14 條規定歷經 2001 年、2008 年與 2010 年多次之修正，現行之版本則係 2021 年所修訂。最大幅之調整為受到 OECD 在 2015 年 10 月 5 日所發布之 BEPS 行動方案三最終報告中建議各國對於受控外國公司課稅制度制定有效規範之影響。雖然德國已有受控外國公司課稅制度之建立，因此並非該報告所指涉應檢討之對象<sup>75</sup>。然歐盟在受到該報告之影響下發布 ATAD 指令，並對於會員國之受控外國公司課稅制度有新的建議<sup>76</sup>。

<sup>72</sup> Horn, in: Kommentar zur Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 2023, § 42 Rz. 165; BFH, Beschluss v. 25.03.2004 – III B 1/03.

<sup>73</sup> Maack, (Fn. 24), S. 9.

<sup>74</sup> Trennheuser, US-amerikanische Subpart F-legislation und deutsche Hinzurechnungsbesteuerung, 2014, S. 2.

<sup>75</sup> Geurts, in: Außensteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., 2023, S. 417 ff.

<sup>76</sup> Schaumburg/Englisch/Dobratz/Fehling/Flüchter/Kofler/Oellerich/Reimer, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl., 2020, S. 671.

如前所述，ATAD 第 7 條與第 8 條係有關受控外國公司課稅制度之規定，其規範重點亦如同德國法，大致有 3 個面向：（一）境內所控制之境外公司；（二）該具有境內股東之境外公司持有特定所得之歸屬；（三）該境外公司位於低稅負之國家。其從建議與必要修法 2 個面向促使德國重新檢視受控外國公司課稅制度之相關規定：

### （一）納稅義務人位於境外常設機構之所得之歸戶課稅

在 ATAD 上開規定中，除了受控外國公司之特定所得應歸戶課稅外，境內母公司在境外之常設機構所獲取之所得，倘若在境內公司所在國毋須課稅的話，則該所得亦應適用受控外國公司課稅制度。從而，建議修法的方向在於境內公司在境外之常設機構亦成為受控外國公司課稅制度應掌握之標的<sup>77</sup>。這也促成了德國涉外稅法第 20 條第 2 項之修改。

### （二）受控外國公司課稅制度相關要件之再省思

首先，有關持有份額之計算問題，依照 ATAD 第 7 條規定，只有當納稅義務人單獨或是與其他關係企業直接或間接持有境外企業資本額或是股份超過 50% 以上者，始得考慮境外企業之利潤歸戶課稅之問題。然德國在舊法係規定，歸戶課稅之納稅義務人為營利事業單獨或是與其關係人共同持有境外企業股份或是表決權超過 50% 以上者，換言之，倘若在德國境內之 A 股份有限公司持有境外 B 公司 20% 股份，另有一間亦在境外之 C 公司持有 B 公司 40% 股份及 A 股份有限公司 30% 股份，依當時德國法之規定，B 境外公司並非受控外國公司。然依照 ATAD 之規定，由於 A 與 C 為關係企業，其持股比例合併計算已超過 50%，因此 B 境外公司為德國 A 股份有限公司之受控外國公司。由於控制持有關係為受控外國公司課稅制度最基本的

---

<sup>77</sup> Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl EU Nr. L 193, Art. 1.

構成要件，德國在 2021 年依循 ATAD 之規定而為德國涉外稅法第 7 條之修法。

再來是應歸戶課稅所得之範圍。德國舊法與 ATAD 均限縮在受控外國公司基於消極行為類型（Passivkatalog）所取得之消極所得，然對於消極所得之界定，德國與 ATAD 有不同見解。其中最有爭議在於股利收入與轉讓股權收入。德國認為，這兩者係基於受控外國公司之積極行為所取得，因此應歸類為積極所得（aktive Einkünfte）<sup>78</sup>。此外，ATAD 係規定，在消極所得「未分配」之情況下，始有歸戶課稅之適用<sup>79</sup>。德國則係將受控外國公司取得之消極所得直接視為境內母公司所取得。對此，德國在 2021 年針對德國涉外稅法第 8 條之修正有完全不同於 ATAD 之立法方式。此外，除了未分配之消極所得應歸戶課稅外，ATAD 另一個應歸戶課稅的所得種類為受控外國公司在「法律形成濫用下所獲取之所得」<sup>80</sup>。然德國在 2021 年修正德國涉外稅法第 8 條第 1 項規定時，並沒有將此考量進去。

此外，舊版之德國涉外稅法不同於 ATAD 之規定，在計算應歸戶課稅所得時，允許為跨年度之盈虧互抵<sup>81</sup>，這也導致新版之德國涉外稅法第 8 條第 5 項規定在稅基之計算上為有限制之盈虧互抵。另外，在避免雙重課稅上，由於 ATAD 對於境外公司在其所在國所繳納之稅捐僅允許為稅捐債務之扣除<sup>82</sup>，從而，德國法可選擇性地從稅基扣除境外公司之稅捐。

---

<sup>78</sup> Schnitger/Rasch/Holle (Hrsg.), Nationales und internationales Unternehmenssteuerrecht im Fokus, 2022, S. 276.

<sup>79</sup> Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl EU Nr. L 193, Art. 7 Abs. 2.

<sup>80</sup> Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl EU Nr. L 193, Art. 7 Abs. 2 Buchstabe b.

<sup>81</sup> Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl EU Nr. L 193, Art. 8 Abs. 1 Satz 2.

<sup>82</sup> Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das

基於以上之建議，德國隨後在 2021 年 6 月 25 日公告 ATAD 轉置法（Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie, ATADUmsG），並於同年修正德國受控外國公司課稅制度之相關規定<sup>83</sup>。這也可稱之為新版之德國受控外國公司課稅制度。

## 二、德國受控外國公司課稅制度之最新發展

新版之德國受控外國公司課稅制度，除了擴大控制持有之要件外，修正之重點仍有：股利所得在合於特定要件下有可能認定為消極所得；應歸戶所得數額之計算方式適用德國盈餘與所得之調查方式；對於雙重避免課稅規定導入新的體系<sup>84</sup>。

此外，為了讓跨國數位集團企業之利潤移轉活動仍然得以降低集團有效稅負，OECD 在 2021 年 10 月提出支柱方案一與支柱方案二（Pillar One und Pillar Two）之包容性架構藍圖，作為新的解決方案，以藉此 2 個支柱方案（Two-Pillar Solution）為營業利潤所現存之秩序帶來一個基礎性的新規則。其中支柱方案二係針對年銷售額達一定門檻之跨國集團企業，其營業利潤有一個統一之 15% 之全球最低稅負，並藉此降低稅捐規避之誘因<sup>85</sup>。該措施影響應歸戶課稅所得之稅捐負擔數額<sup>86</sup>。

---

Funktionieren des Binnenmarkts, ABl EU Nr. L 193, Art. 8 Abs. 7.

<sup>83</sup> Geurts, (Fn. 75), S. 421.

<sup>84</sup> Geurts, (Fn. 75), S. 421.

<sup>85</sup> 請參考 ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT [OECD], OECD SECRETARY-GENERAL TAX REPORT TO G20 FINANCE MINISTERS AND CENTRAL BANK GOVERNORS (July 2021), <https://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2021.pdf> (last visited Sep. 22, 2023)；邱晨，前揭註 28，頁 39。

<sup>86</sup> 請參考陳衍任（2022），〈「全球最低稅負制」對國際稅法的衝擊與挑戰〉，《臺大法學論叢》，51 卷 4 期，頁 1514-1516。

### 三、德國涉外稅法新版之受控外國公司課稅制度

#### （一）前言：與稅捐規避一般防堵條款之關係

如前所述，ATAD 認為，受控外國公司課稅制度係作為稅捐規避防堵之特別條款，亦即，受控外國公司課稅制度之構成要件為法律形成濫用之特別案例。然這個見解並不被德國實務所接受。

依據德國稅捐通則第 42 條規定：「（1）稅法不因法律形成可能之濫用而得規避。各別稅法設有稅捐規避防堵之規定者，於其構成要件實現時，依該規定之法律效果。在其他情形，有第 2 項規定所稱之濫用時，依與經濟過程相當之法律形成成立稅捐請求權。（2）選擇不相當之法律形成，致納稅義務人或第三人，相較於相當之法律形成，獲有法律未預見之稅捐利益時，即存有濫用。當納稅義務人能證明所選擇之形成，在總體關係之整體圖像上具有稅捐考量以外之重大理由時，不適用之。」該條規定作為德國稅捐規避防堵的概括條款，其掌握了以法律形成可能性之濫用（Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeit）來規避稅捐法構成要件實現的案例<sup>87</sup>。由於該條文係有別於德國涉外稅法第 7 條以下受控外國公司課稅規定之要件與法律效果，這也導致在實務上產生兩者規範領域之界限<sup>88</sup>。

歐盟最高法院認為受控外國公司之設立係納稅義務人濫用設立子公司之自由<sup>89</sup>，從而，在該見解下，德國涉外稅法第 7 條以下構成德國稅捐通則第 42 條第 1 項後段：「各別稅法設有稅捐規避防堵之規定者，於其構成要件實現時，依該規定之法律效果。」之規定，而應優先適用於該條之規定<sup>90</sup>。因此，兩者具有特別法優先於普通法（lex specialis derogat legi

<sup>87</sup> 請參考邱晨（2017），〈德國法上稅捐規避防堵的概括條款：以探討稅捐規避之構成要件及法適用為中心〉，《東吳法律學報》，29卷1期，頁130。

<sup>88</sup> Reiche, (Fn. 3), S. 335.

<sup>89</sup> EuGH, Urteil v. 12.09.2006 – C-196/04.

<sup>90</sup> 依據德國財務行政見解，當一個稅捐規避特別防堵條款之構成要件完全滿足德國稅捐通則第42條之濫用要件時，該一般防堵條款始無適用之餘地。請參考BMF 17.7.2008, Tz 1。

generali) 之關係。然而，受控外國公司課稅制度直接與法律形成之濫用劃上等號之見解並非德國聯邦財務法院所採。該院在 2000 年的一則判決表示，依據行為時德國涉外稅法第 7 條以下規定，係以境外之受控外國公司作為所得取得之主體，而該主體所取得之應歸戶課稅所得在適時之時點應視為已分配之盈餘。其立法目的在於，避免所謂基地公司之介入而導致稅捐之流竄。而適用受控外國公司課稅制度之要件不僅為在低稅負之國家設立基地公司，亦包含該基地公司取得消極所得，然基地公司單純取得消極所得並不能將其評價為濫用<sup>91</sup>。此外，德國聯邦財務法院在 2020 年的 1 則判決亦表示，針對在屏蔽效應下導致利潤移轉而制定之稅捐規避防堵條款，其與德國稅捐通則第 42 條所規定之法律形成之濫用要件分屬不同情況<sup>92</sup>。最後，在法律效果上亦有不同，申言之，受控外國公司在適用德國稅捐通則第 42 條之法律效果上，由於該法條直接否定該受控外國公司之存在，從而，應歸戶課稅之所得直接擬制為受控外國公司股東之所得，而非如同受控外國公司課稅制度般，先將其作為受控外國公司之應歸戶課稅所得，然後針對境內公司課稅<sup>93</sup>。

綜上所述，由於適用受控外國公司課稅制度之要件與德國稅捐通則第 42 條之要件完全不同，從而，在爭議案例合致德國涉外稅法第 7 條以下規定之情況下，即應適用該等條文之規定，且與德國稅捐通則第 42 條第 1 項後段：「各別稅法設有稅捐規避防堵之規定者，於其構成要件實現時，依該規定之法律效果。」之規定亦非構成特別法與普通法之關係。除非納稅義務人之法律形成在於規避德國涉外稅法第 7 條以下規定之適用，此時即應審查是否合致德國稅捐通則第 42 條之規定並予以稅負上之調整<sup>94</sup>。

<sup>91</sup> BFH, Urteil v. 19.01.2000 – I R 94/97.

<sup>92</sup> BFH, Urteil v. 17.11.2020 – I R 2/18.

<sup>93</sup> Reiche, (Fn. 3), S. 335; Joder, (Fn. 58), S. 71 f.

<sup>94</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 35.

## （二）受控外國公司課稅制度之構成要件

### 1. 合於一般之控制要件（德國涉外稅法第 7 條第 1 項與第 2 項規定）

有關控制要件，在 OECD 之 BEPS 行動方案三，主要以持股比或權益占比超過 50% 以上之量化標準作為判斷依據<sup>95</sup>。在舊版之德國涉外稅法第 7 條第 1 項規定亦為如此，依該規定，對於受控外國公司課稅制度之適用要求境內非限制之納稅義務人（unbeschränkt Steuerpflichtiger）持有在德國法人稅法規定下所在地與實際管理處所位於境外之法人、人合組織體（Personenvereinigung）或是財產集合體（Vermögensmasse）之註冊資本額（Nennkapital）超過 50% 以上。然這個規定在 ATAD 針對一般之控制要件（Allgemeiner Beherrschungstatbestand）有所規定後，新版之德國涉外稅法即有所修正。申言之，舊版對於控制持有之要件較為限縮，僅規定為納稅義務人「直接」（unmittelbar）持有境外公司一定數額之資本額，然 ATAD 針對納稅義務人持有之要件包含「間接」（mittelbar）持有後，依據新版之德國涉外稅法第 7 條第 1 項第 1 句後段規定，該控制持有資本數額之計算包含直接與間接持有，此即明顯擴大受控外國公司課稅制度之適用範圍<sup>96</sup>。例如下圖之位於德國境內之 A 有限責任公司（Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH），持有位於境外低稅負且獲取消極收入之受控外國公司之股份達 49%；位於法國之 B 有限責任公司（SARL）則持有 A 有限責任公司資本額超過 25% 且持有該受控外國公司之股份為 2%。原則上，A 有限責任公司對於該受控外國公司持有 49% 之股份並不構成境內持有之要件，然而，B 有限責任公司為 A 有限責任公司之關係人（nahestehende Person）<sup>97</sup>，從

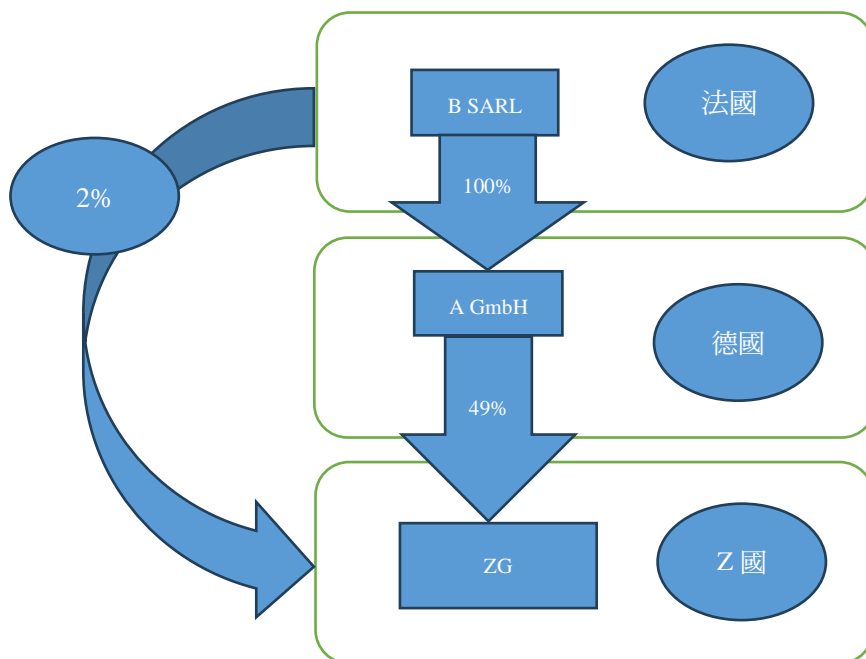
<sup>95</sup> 請參考林家玉、江向才（2022），〈受控外國公司國際反避稅制度之探討〉，《財稅研究》，51卷4期，頁28。

<sup>96</sup> Kanduth-Kristen/Müller-Thomczik/Reiter, Die Umsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung gemäß ATAD in Deutschland und in Österreich: zentrale Aspekte im Rechtsvergleich, IStR 2021, 533, 534.

<sup>97</sup> 有關關係人之定義，請參考本文頁38。



而，其持有之股份計入 A 有限責任公司。因此，A 有限責任公司持有該受控外國公司股份達 51%，縱然實際上只有 49% 歸屬於 A 有限責任公司<sup>98</sup>。



【圖三】直接與間接持有

※ 資料來源：Fuhrmann/Geurts, in: Außensteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., 2023, Rz. 113。

此外，依據德國涉外稅法第 7 條第 1 項與第 2 項規定，適用受控外國公司課稅制度之要件又可區分如下：

<sup>98</sup> Fuhrmann/Geurts, in: Außensteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., 2023, S. 460; Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 45.

### (1) 非限制之納稅義務人

何者作為非限制之納稅義務人，係依據個別稅法之規定。從而，自然人<sup>99</sup>與法人，尤其是資合公司（Kapitalgesellschaft）<sup>100</sup>均包含在內。至於納稅義務人是否知悉自己持有受控外國公司，並不重要。

### (2) 限制之納稅義務人

依據德國涉外稅法第 7 條第 1 項第 4 句規定，限制之納稅義務人（beschränkt Steuerpflichtiger）<sup>101</sup>亦可能負有歸戶課稅之義務。此前提要件為，當境外納稅者（Steuerausländer）在境內從事德國所得稅法第 15 條第 2 項營業行為<sup>102</sup>之常設機構直接或間接持有境外公司之情況下。所謂常設機構，依據德國稅捐通則第 12 條規定，特別是有助於企業之行為而位於境內之固定營業場所或是設施。在此意義下，境外母公司亦得經由持有境內之人

---

<sup>99</sup> 依據德國所得稅法（EStG）第 1 條第 1 項第 1 句與第 2 項規定：「（1）在境內有住所或長期居所之自然人，負非限制所得納稅義務。（2）有下列情形之德國國民，亦負非限制所得納稅義務：1. 在境內無住所或長期居所，且 2. 任職於境內公法人之勤務關係下並以此自公庫領取薪資（Arbeitslohn）者，以及與該德國國民共同生活，擁有德國國籍或無收入或收入僅於境內有所得納稅義務之家屬。前述規定之適用，以自然人在該國家有住所或長期居所，且於該國家對其收入僅以類似於在限制所得納稅義務之範圍內課徵者為限。」、同法第 1 條之 1 前段規定：「對於歐盟成員國或應適用歐盟經濟區成員國之國民，依第 1 條第 1 項負非限制所得稅義務或依第 1 條第 3 項適用有限制所得納稅義務者……。」

<sup>100</sup> 依據德國法人稅法（KStG）第 1 條規定：下列實際管理處所或是所在地在境內之法人、人合組織體與財產集合體負非限制之法人納稅義務：資合公司、包括歐洲合作社之合作社、互助保險與養老基金協會、其他之私法人、非具有權利能力之協會、營造物、基金會與私法規定具有其他特殊用途之基金會以及由公法人所經營之具有商業性質之企業。

<sup>101</sup> 依據德國所得稅法第 1 條第 3 項規定，在境內無住所或長期居所，有第 49 條之境內收入者，得依申請負有限制所得納稅義務；德國法人稅法第 2 條第 1 項規定，實際管理處所或是所在地非位於境內之法人、人合組織體與財產集合體，其境內所得負有限制之法人納稅義務。

<sup>102</sup> Kortendick/Ekinci, Das neue Beherrschungskonzept in der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem ATADUmsG (RefE), IStR 2020, 615, 620.

合團體或是合夥事業而促成境內常設機構之存在<sup>103</sup>。所謂營業行為指的是，獨立、持續且參與一般經濟交易之獲取利潤意圖之行為<sup>104</sup>。

該情況發生在，例如，位於瑞士之 A 股份有限公司持有德國 B 人合團體之資本額，該公司並在低稅負國家持有 C 公司之資本額。由於 A 持有 B 之資本額，從而 A 在德國屬於限制之納稅義務人。境內常設機構 B 持有 C 之資本額藉由其從事營業行為之情況下而歸屬於 B。倘若 C 取得消極所得且該消極所得存在低稅負之情況下，則 A 必須在德國就其對於 B 可分配之盈餘包含 C 之應歸戶課稅所得繳納稅捐<sup>105</sup>。

### (3) 境外之資合公司

無論是 OECD 之 BEPS 行動方案三或是 ATAD 之規定，均將受控外國公司擴張至境內母公司於境外之常設機構，只是 ATAD 係在不必考慮雙重課稅避免之情況下，將境外常設機構納入受控外國公司之範圍，而這也影響德國新法之規定。

德國涉外稅法第 7 條第 1 項明確表示，受控外國公司之組織型態為德國法人稅法第 1 條所規定之法人、人合組織體或是財產集合體。從而，非類似於該等法律類型之境外組織，例如人合團體或是缺乏權利能力之組織，則只有在合致同法第 20 條第 2 項之規定下，才會合於受控外國公司之概念<sup>106</sup>。依據該條文之規定，非限制之納稅義務人在境外之常設機構屬於非法人團體之型態且其所取得之應歸戶課稅所得根據避免雙重課稅協定不予課稅時，此時該境外之常設機構亦適用受控外國公司課稅規定。

<sup>103</sup> BMF-Schreiben v. 26.09.2014, IV B 5 - S 1300/09/10003, Anwendung der Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) auf Personengesellschaften, in: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF\\_Schreiben/Internationales\\_Steuerrecht/Allgemeine\\_Informationen/2014-09-26-Anwendung-DBA-Personengesellschaften.html](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2014-09-26-Anwendung-DBA-Personengesellschaften.html) (最後瀏覽日：09/03/2023)

<sup>104</sup> 請參考邱晨，前揭註 6，頁 169 以下。

<sup>105</sup> Vogt, (Fn. 16), § 7 AStG Rz. 96; Schnitger/Rasch/Holle (Hrsg.), (Fn. 78), S. 261-263.

<sup>106</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 47 f.

組織型態的確認為稅捐核課的前提問題，申言之，倘若境外組織較類似於德國法人之情況下，根據分離原則，係對於該境外之資合公司為稅捐之核課，而非該公司之股東；倘若境外組織較類似於德國之人合團體，則依據穿透原則，係針對該公司背後之股東課稅<sup>107</sup>。德國帝國財務法院（Reichsfinanzhof）在 1930 年的 1 則涉及委內瑞拉之資合公司是否類似於德國境內之資合公司之判決表示，重點在於，該境外公司之組織是否類似於德國之資合公司，而該組織型態之認定係依據該境外公司所在地之公司法，申言之，該境外公司之設立與經濟地位係依據當地之法規範是否合致德國法人之概念<sup>108</sup>。如前所述，受控外國公司課稅制度之形成背景即在於破壞分離原則，藉此防堵境內公司之利潤移轉至境外低稅負之國家。

#### （4）對於受控外國公司之控制

就以目前版本的德國涉外稅法第 7 條第 1 項規定不再以非限制之納稅義務人對於潛在之受控外國公司持有超過 50% 之註冊資本額為要件，取而代之則為，對於潛在之受控外國公司之「控制」（Beherrschung）。依據同法第 7 條第 2 項規定，當納稅義務人單獨或是與其關係人在境外公司取得收入之會計年度終了時直接或間接持有該公司超過 50% 之表決權（Stimmrecht）或是註冊資本之股份（Anteil），或是，直接或間接有權請求對於該公司超過 50% 之盈餘（Gewinn）、資產清算收益（Liquidationserlös）時，則納稅義務人對於該公司即具有所謂之控制持有關係（Beherrschungsbeteiligung）。從而，重點在於，個別之會計年度終了時之持有額度。由於歸戶課稅要件的不確定取決於納稅義務人在會計年度終了時對於該境外公司之持有關係，這亦帶來了納稅義務人在法律上的形成可能性

<sup>107</sup> 德國之人合團體或是合夥事業並不負有繳納德國所得稅或是法人稅之義務，其所取得之營業所得按持有資本額之比例歸屬於其經營者。請參考 BMF-Schreiben v. 16.04.2010 – IV B 2 – S 1300/09/10003, Anwendung der Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) auf Personengesellschaften ; Kortendick/Ekinci, (Fn. 102), S. 616.

<sup>108</sup> RFH, Urteil v. 12.2.1930 – VI A 899/27.

（Gestaltungsmöglichkeit）<sup>109</sup>。倘若納稅義務人濫用該法律上之形成可能性，而規避德國涉外稅法之受控外國公司課稅規定，則依據德國稅捐通則第 42 條規定為相關法律效果之調整<sup>110</sup>。

因此，控制持有關係為適用歸戶課稅之重要要件。倘若在涉及德國涉外稅法第 1 條第 2 項關係人之情況下，多個非限制之納稅義務人之持有合併計算作為 50% 界限之判斷。依據該條文，所謂關係人指的是<sup>111</sup>：

- a) 該人直接或間接持有納稅義務人或是納稅義務人直接或間接持有該人至少 25% 之註冊資本額、會員權、參與權、表決權股份或公司財產。此即構成所謂之重要持有（wesentliche Beteiligung），或是
- b) 該人對於納稅義務人或是納稅義務人對於該人有權請求至少 25% 之盈餘或是資產清算收益，或是
- c) 該人對於納稅義務人或是納稅義務人對於該人具有直接或間接之重要影響力（beherrschender Einfluss），或是
- d) 對於該人與納稅義務人均有重要持有之第三人（eine dritte Person），或是
- e) 對於該人或是納稅義務人有權請求至少 25% 之盈餘或是資產清算收益之第三人，或是
- f) 對於該人或是納稅義務人具有直接或間接之重要影響力之第三人，或是
- g) 該人或是納稅義務人能夠在達成商業關係之協議下對於納稅義務人或是該人在該商業關係以外具有影響力或是當他們其中之一人對於另一人所獲取之收入有個人之利益時。

此外，依據德國涉外稅法第 7 條第 3 項第 2 句規定，在人合團體或是合夥事業（Mitunternehmerschaft）合致同法第 1 條第 2 項關係人之要件下，亦得作為關係人<sup>112</sup>。

<sup>109</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 50.

<sup>110</sup> Vgl. Nürnberg, Nahestehende Personen, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 64, 2023, Rn. 3.

<sup>111</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), Rz. 460 f.

<sup>112</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 45 f.

所謂重要持有，單純係以所持有之份額為認定。例如德國 A 股份有限公司持有德國 B 股份有限公司 50% 之股份；而 B 股份有限公司持有法國 X 股份有限公司 50% 之股份，則 A 股份有限公司對於 X 股份有限公司具有重要之持有，因為，A 股份有限公司對於 X 股份有限公司之持有份額為 25%<sup>113</sup>。而所謂重要影響力則依據具體之商業關係，尤其是會帶來納稅義務人所得減少之影響<sup>114</sup>。此外，在沒有重要持有與重要影響之情況下，在商業關係以外仍能發揮影響力之人，亦構成關係人，此指的是家族、朋友或是其他基於人之因素之關係<sup>115</sup>。而之所以要將關係人納入控制持有關係係因，透過該等人亦有可能導致利潤之移轉<sup>116</sup>。

另外，依據德國涉外稅法第 7 條第 4 項第 1 句規定，在下列情況亦合致關係人之要件，亦即，當其與納稅義務人透過一致性行為（abgestimmtes Verhalten）對於受控外國公司共同產生效力（Zusammenwirken）時，此即擴大關係人之適用範圍。然所謂共同產生效力之定義，在條文中未有明定，是否必須涉及受控外國公司的經濟行為或是收入之獲取，仍留待商榷<sup>117</sup>。此外，從立法理由來看，立法者特別欲針對在家族持股之情況下基於對於境外公司一致之利益（gleichgerichtetes Interesse）所引發之共同效力而為規範，申言之，各該家族成員對於境外公司持有股份之情況下，雖然不當構成同法第 1 條第 2 項關係人之定義，然藉由對於受控外國公司一致之目標，仍視為納稅義務人之關係人<sup>118</sup>。依據德國聯邦財務法院之見解，當「一致性」存在於股東之間時，即具有一致之利益，此不僅侷限在取得收入之協議上，例如，在股份佔有之現存關係中對於期貨價格之預期與市場交易之維護<sup>119</sup>。至於，何謂「共同產生效力」，立法者援引上開所提及之 *Columbus Container* 案。

---

<sup>113</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 465.

<sup>114</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 467.

<sup>115</sup> Nürnberg, (Fn. 110), Rn. 5.

<sup>116</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 450 f.

<sup>117</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 52.

<sup>118</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 52.

<sup>119</sup> BFH, Urteil v.22.11.2016 – I R 30/15.

該案具有爭議之位於比利時之人合團體，其資本額由德國來自同個家族之 8 位自然人（各持有 10%）與由該 8 位自然人作為出資者之德國人合團體（持有 20%）所持有。歐盟最高法院認為，法定所在地位於歐盟會員國之公司之總體資本額，由一個或多個住居所在地在另一個歐盟會員國之自然人取得，且其居住國授予該等自然人對於公司有重大之決策影響力，並保障該等人有設立公司之自由。由於資本額係由家族成員直接或是間接持有，其依循共同之利益且藉由同個家族代理人在公司募集資金下對於公司為重大之決策，在此，設立公司之自由應予保障<sup>120</sup>。立法者由此推論出，保障設立公司自由的關鍵要素，並非在於個別股東的持有範圍，而是基於一致的利益與聚焦於利益的履行所產生之股東之聯繫。也由於歐盟最高法院所持之見解，立法者認為控制要件之適用範圍應擴大至德國涉外稅法第 7 條第 4 項之規定。

最後要注意的是只有控制持有份額須滿足至少 50% 之要件，對於所謂之歸戶比率（Hinzurechnungsquote）則沒有最低持有（Mindestbeteiligung）之界限。而歸戶比率係依據境內納稅者各自持有之比率計算應歸戶課稅之盈餘。例如，境內納稅者 A 持有境外受控外國公司 60% 之股份，無論是控制持有份額或是歸戶比率均為 60%；倘若境內納稅者 A 與其境外關係人 B 各自持有境外受控外國公司 30% 之股份，則 A 之控制持有份額為 60%、歸戶比率為 30%，B 之歸戶比率則為 0%<sup>121</sup>。

#### （5）間接持有

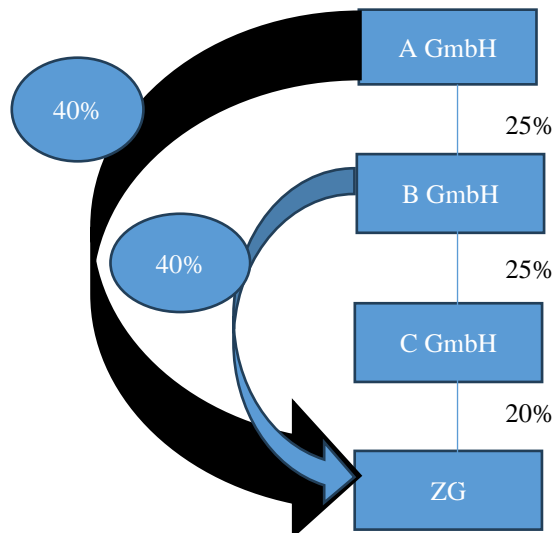
在新法規定中，間接持有受控外國公司之註冊資本額，亦作為適用歸戶課稅之要件。這係來自於 ATAD 規定，在對於受控外國公司之持有份額具有相互聯結之關係下，亦即成立所謂之具有相互聯結之受控外國公司時，關鍵之境內納稅義務人負有直接歸戶課稅之義務。

德國規定受控外國公司課稅制度以來，均針對對於境外公司直接持有註冊資本額之境內納稅義務人。而在增訂藉由關係人之持有對於境內納稅義務

<sup>120</sup> EuGH, Urteil v. 06.12.2007 – C-298/05.

<sup>121</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 56.

人亦有可能負有歸戶課稅之義務時，在德國涉外稅法第 7 條第 1 項第 2 句亦新增一個例外情況。據此，當這個持有境外公司註冊資本額之關係人，依據德國涉外稅法或是訂有類似於德國涉外稅法有關受控外國公司課稅制度之外國法規定，負有歸戶課稅之義務，且其本身所取得之應歸戶課稅所得因此不存有較低稅負之適用時，則該間接持有之情況排除德國受控外國公司課稅制度之適用，此係為避免雙重課稅。例如：德國 A 有限責任公司與德國 B 有限責任公司分別持有受控外國公司（ZG）各 40% 之註冊資本額；德國 C 有限責任公司則持有受控外國公司 20% 之註冊資本額。A 持有 B 25% 之資本額；B 持有 C 25% 之資本額。A 及 C 均為 B 之關係人。可參考以下圖四：



【圖四】間接持有排除歸戶課稅之情況

※ 資料來源：Fuhrmann/Geurts, in: Außensteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., 2023, S. 458。

A、B 與 C 均合致控制之要件。蓋 A 除了其直接持有 40% 外，由於 B 為其關係人，從而，B 持有之股份亦計入 A。此外，由於 C 並非 A 之關係人，然在 B 作為 C 之關係人之下，B 透過 C 所持有受控外國公司之資本額亦計入 A 對於受控外國公司所間接持有之資本額。因此，A 之控制持有份額為  $40\% + 40\% + (25\% \times 20\%) = 85\%$ 。對於 B 而言，其為 A 與 C 之關係人，從而，其控制持有份額為該等公司直接持有之份額與 B 本身持有之份



額，亦即  $40\% + 40\% + 20\% = 100\%$ 。至於 C，由於 B 為其關係人，從而，其控制持有份額為其本身持有之份額外，再加上 B 對於受控外國公司之持有份額，亦即為  $40\% + 20\% = 60\%$ <sup>122</sup>。然而在法律效果須注意的是，由於 B 與 C 均適用歸戶課稅之規定，從而，當 B 與 C 之應歸戶課稅所得並非被課予低稅負時，則 A 與 B 對於受控外國公司之間接持有即排除歸戶課稅之適用<sup>123</sup>。然而這個例外規定僅有在間接持有下發生，卻忽略，同法第 7 條第 2 項規定之適用亦延伸至境內外之母公司與境內外之子公司，這導致，該例外規定無法排除受控外國公司課稅制度之適用並因此產生雙重課稅之危險<sup>124</sup>。

## 2. 合於積極行為之例外規定（德國涉外稅法第 7 條第 1 項連結第 8 條第 1 項規定）

### （1）概要

受控外國公司課稅制度所掌握者為境外公司非在從事實質經濟活動下所取得之所得。OECD 之 BEPS 行動方案三將該所得稱為消極所得，並建議從實質經濟面向分析特定所得是否從消極行為而取得。在 ATAD 之規定下，亦將該等所得稱為消極所得，並針對特定所得種類作為該所得之下位概念。此外，會員國之內國法亦可概括性地將藉由法律形成濫用所獲取之所得作為應歸戶課稅所得，依據 ATAD 之規定，該 2 種類型之所得係在「未分配」之情況下始應歸戶課稅。不同於 ATAD 之規定，德國立法者認為，受控外國公司課稅制度之立法目的著重在區別境外公司具有特定的具體行動（bestimmtes aktives Tätigwerden），以排除受控外國公司課稅制度之適用。這可從德國涉外稅法第 8 條第 2 項規定得知，重點在於「實質經濟行為」（wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit）<sup>125</sup>，而非特定的所得種類。這不同於所得稅法著重在所得形式上的區分，而不論係來自於積極或是消極行為而取得。從而，德國立法者在德國涉外稅法第 8 條第 1 項明定屬於從事積極行為

<sup>122</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 458.

<sup>123</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 458.

<sup>124</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 57.

<sup>125</sup> 有關德國涉外稅法第 8 條第 2 項之規定，請參考本文頁 58 以下。

之類型（Aktivkatalog）並定義之，以排除受控外國公司課稅制度之適用。因此，該條僅有規定特定行為之範圍，而非歸屬之所得種類<sup>126</sup>，同時在立法技術上，依循原則（Regel）、例外（Ausnahme）與例外之例外（Rückausnahme）之立法方式，規定在從事該等經濟活動下構成何者要件時，即應歸屬於例外之消極行為之類型，而應適用受控外國公司之課稅規定，而在認定為消極行為之下，當納稅義務人得以證明境外公司有實質經濟上之功能（wesentliche wirtschaftliche Funktion），亦即提出功能上之證明（Funktionsnachweis）時，又可被認定屬於積極行為<sup>127</sup>。此外，境外子公司在獲取立法者所欲掌握之消極所得時，即應歸予境內母公司所有。該條文規範之積極行為類型共計有 9 種，分別明定在德國涉外稅法第 8 條第 1 項第 1 款至第 9 款之規定，內容分述如下：

#### A. 從事農林業之行為

依據德國涉外稅法第 8 條第 1 項第 1 款規定，來自於農林業（Land- und Forstwirtschaft）之所得屬於積極所得。然而該條文並沒有進一步規範該所得之內涵。參考德國所得稅法（Einkommensteuergesetz, EStG）第 13 條之規定，所謂農林業所得係來自於基於獲取盈利意圖之藉助土地及土地上附著物（Grund und Boden）之自然力所持續生產之自然產品與藉此在一般經濟交易下所獲取之產品<sup>128</sup>。然而，僅從所得稅法之面向解釋該所得類型之內容是不足夠的，因為，如前所述，所得稅法著重在所得形式上的區分，而不論係來自於積極或是消極行為而取得，這不同於受控外國公司課稅制度之立法目的著重在區別具有特定的具體行動，以排除受控外國公司課稅規定之適用。從而，在德國所得稅法中被歸屬於營業所得（gewerbliche Einkünfte）之從事

<sup>126</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 508 f.; Echterfeld, Systematisierung und Konzipierung passiver Einkünfte, 2017, S. 181 ff.

<sup>127</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 57 f.

<sup>128</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), Rz. 508 f.

近海捕漁業、遠洋漁業與畜牧業所獲取之所得亦得以合致於該條之從事農林業所獲取之所得<sup>129</sup>。

#### B. 從事工業之行為

依據德國涉外稅法第 8 條第 1 項第 2 款規定，對於有體物之製造、處理、加工或安裝、能源之生產與地下資源之探勘與開採屬於具有技能上（handwerklich）之積極行為。準此，該規定著重在工業上之原料生產（industrielle Urproduktion）行為，並進而排除受控外國公司課稅制度之適用。之所以將其列為積極行為，係因該行為涉及一個新的經濟財之形塑過程，申言之，其涉及有體物、能源與地下資源之價值創造（Wertschöpfung）<sup>130</sup>。然而有疑問者在於，該經濟財是否須透過境外公司本身之行為而完成。從該條文所指涉之工業生產（industrielle Produktion）行為來看，其本涉及分工之經濟活動，從而，縱係產品之價值貢獻有一部分係由第三人所帶來，亦不影響其合致該條文之工業行為之概念<sup>131</sup>。

#### C. 從事銀行、金融服務與保險業務之行為

依據德國涉外稅法第 8 條第 1 項第 3 款規定，經營信貸、金融服務機構與保險公司（Kredit- sowie Finanzdienstleistungsinstituten und Versicherungsunternehmen）為積極行為。然該行為必須具有同法第 8 條第 2

<sup>129</sup> 在德國所得稅法當中，農林業所得與營業所得分屬不同的所得種類。申言之，所得稅法第 2 條第 2 項第 1 款規定將利潤所得（Gewinneinkünfte）區分為農林業所得（Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft）、營業所得（Einkünfte aus Gewerbebetrieb）以及獨立工作所得（Einkünfte aus selbständiger Arbeit）3 個課稅範圍。相對於此，同法條的第 2 項第 2 款規定涉及以私有財產作為主要資本的剩餘所得（Überschusseinkünfte）。在剩餘所得之下，又區分為非有大型資本置入的非獨立工作所得（Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit），以及以私有財產管理行為（private Vermögensverwaltung）為主的資本利得（Einkünfte aus Kapitalvermögen）、租賃所得（Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung）以及被歸類在所得稅法第 22 條意義下的其他所得（sonstige Einkünfte）。請參考邱晨，前揭註 6，頁 167。

<sup>130</sup> Vogt, (Fn. 16), § 8 AStG Rz. 75.

<sup>131</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 510 f.

項之實質經濟活動<sup>132</sup>。所謂銀行業務包含資本投入（Einlagen）、抵押債券（Pfandbriefen）之發行、辦理信用貸款（Krediten）、貼現（Diskont）、發行證券（Effekten）、儲蓄（Depot）、擔保（Garantie）、轉帳（Giro）與貸款（Darlehen）<sup>133</sup>。然若該等商業行為係與特定範圍之人所進行，亦即納稅義務人或其依據同法第 1 條第 2 項規定之關係人且佔境外公司總體商業活動 3 分之 1 以上之範圍者，則屬於消極行為。立法者為此規定係依據 ATAD 第 7 條第 3 項第 2 句規定，當境外公司或是常設機構之應歸戶課稅所得佔其所得之 3 分之 1 或少於 3 分之 1 時，則會員國可以決定該境外公司或是常設機構不與受控外國公司為同等之對待<sup>134</sup>。

#### D. 從事交易之行為

依據德國涉外稅法第 8 條第 1 項第 4 款規定，交易行為（Handel）屬於積極行為。該條文對於交易行為並沒有定義，因此必須根據德國涉外稅法第 8 條為體系之解釋。所謂交易行為涉及經濟財的購置與轉讓，而不涉及經濟財本身之實體價值創造，且直接涉及經濟財在供應上之數量、種類與契約之簽訂<sup>135</sup>。在此必須要排除非針對所有權取得（Eigentumserwerb）之行為，例如，租賃、借貸、使用權之約定等。另一方面是，當個人負責境外公司之銷售部門（Vertrieb）、承擔交易上之風險時，該人之行為亦得被歸屬於積極行為，包含以自身名義且自負責任從事加盟契約（Franchise-Vertrag）範圍內行為之自營商（Eigenthändler）。而所謂之代理商（Kommissionär），其雖然並不承擔委託人所應負擔之交易風險，然透過其對外行為與其有自行介入之可

<sup>132</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 513 f.

<sup>133</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 514 f.

<sup>134</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 514.

<sup>135</sup> BMF-Schreiben v. 14. 5. 2004, IV B 4 – S 1340 – 11/04, Grundsätze zur Anwendung des Außensteuergesetzes, in: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF\\_Schreiben/Internationales\\_Steuerrecht/Allgemeine\\_Informationen/2004-05-14-Grundsätze-Anwendung-AStG.html](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2004-05-14-Grundsätze-Anwendung-AStG.html)（最後瀏覽日：09/03/2023）

能性因而產生交易活動（Handelsaktivität）<sup>136</sup>。此外，依據代理業務（Kommissionsgeschäft）與代銷商品（Kommissionsgut）之內容，亦有可能屬於從事銀行業務或是銷售勞務之行為。相對於此，經紀人（Makler）與商業代理人（Handelsvertreter），由於其行為僅侷限在居間之功能（Vermittlungsfunktion）或是僅負責交易之部分行為之人，例如運輸、市場分析、廣告等<sup>137</sup>，該等人所從事者並非交易行為，而為下一款所規範之銷售勞務（Dienstleistung）之行為。此外，交易之標的包含所有可交易之動產、不動產、有形與無形之財產與貨物<sup>138</sup>。而該等財產與貨物必須歸屬於境外公司之流動資產（Umlaufvermögen）<sup>139</sup>。

值得注意者在，當交易行為之對象為德國境內負有非限制之納稅義務之關係企業成員間時，則該交易行為可能會被認定為消極行為。因為在此情況下可能存有特殊的商業關係，申言之，集團內部的銷售行為得以讓境外公司對於所購置之財產或是貨物具有支配力（Verfügungsmacht），這足以導致境內所得轉移至境外之危險。此外，依據德國涉外稅法之立法目的，其對於利潤移轉之防堵所採取之財政上行政措施本不限於移轉訂價（Verrechnungspreis）之修正，而是包含境外所得得以直接歸屬於境內納稅義務人<sup>140</sup>。然若納稅義務人在此情況下得以證明，境外公司針對其經營之業務係以商業之經營方式（der in kaufmännischer Weise eingerichtete Betrieb）

<sup>136</sup> BMF-Schreiben v. 14. 5. 2004, IV B 4 - S 1340 - 11/04, Grundsätze zur Anwendung des Außensteuergesetzes, in: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF\\_Schreiben/Internationales\\_Steuerrecht/Allgemeine\\_Informationen/2004-05-14-Grundsätze-Anwendung-AStG.html](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2004-05-14-Grundsätze-Anwendung-AStG.html)（最後瀏覽日：09/03/2023）

<sup>137</sup> BMF-Schreiben v. 14. 5. 2004, IV B 4 - S 1340 - 11/04, Grundsätze zur Anwendung des Außensteuergesetzes, in: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF\\_Schreiben/Internationales\\_Steuerrecht/Allgemeine\\_Informationen/2004-05-14-Grundsätze-Anwendung-AStG.html](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2004-05-14-Grundsätze-Anwendung-AStG.html)（最後瀏覽日：09/03/2023）

<sup>138</sup> BFH, Urteil v. 29.11.2000 – I R 84/99.

<sup>139</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 531.

<sup>140</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 531.

參與一般之經濟交易（am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr）<sup>141</sup>，且位於德國境內負有納稅義務之關係企業並無共同參與涉及特定交易之行為，則該交易由於存在於獨立之商業夥伴間，因而可認定為屬於積極行為<sup>142</sup>。所謂以商業經營方式，可從德國聯邦財務法院在 2010 年 10 月 13 日之判決意旨推論出，亦即，必須有從事交易行為所具備之人與物之組成且依據境外法律有帳冊之製作。因此，以商業經營方式係直接涉及經濟活動的組織，而非本身必須參與市場之交易。至於德國涉外稅法第 8 條第 1 項之「以商業之經營方式」與同法第 8 條第 2 項「實質經濟行為」之界限為何，該判決並沒有為進一步之說明<sup>143</sup>。

#### E. 從事銷售勞務之行為

在不涉及集團內部銷售勞務之行為下，基於該行為所獲取之所得並不需要歸戶課稅。該款之規範目的在於，防堵以特定之基地公司型態（Basisgesellschaftstypen）並在此之下藉由移轉訂價而將利潤移轉至境外<sup>144</sup>。然在涉及集團內部銷售勞務，亦即所謂之自我服務（Sich Bedienen）之行為下，當納稅義務人證明，境外公司針對其銷售勞務之商業行為係立於參與一般之經濟交易且位於德國境內負有納稅義務之關係企業並無共同參與該銷售勞務之行為時，則該交易同樣存在於獨立之商業夥伴間，因而可認定為屬於積極行為<sup>145</sup>。此外，依據德國稅務行政之見解，所謂共同參與銷售勞務指

<sup>141</sup> 所謂參與一般的經濟交易係指有對價的特定給付在買賣交易市場中，對於第三人而言係立於公開可認識的狀態下而提供時，此外重要的是，參與一般的經濟交易行為必須是有對價性的，財產的交換亦包含在內。因此，若是無償的贈與行為或是乞討行為即不屬於在一般的經濟交易狀態下。另外，若營業人將其顧客限縮在某個群體範圍或是少數的個體內，亦不影響此特徵之實現。請參考邱晨，前揭註 6，頁 172。

<sup>142</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), Rz. 127.

<sup>143</sup> BFH, Urteil v. 13.10.2010, I R 61/09, BStBl II 2011, 249.

<sup>144</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), Rz. 158.

<sup>145</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 68 f.

的是，當該人之行為依其功能對於各該給付有所貢獻時，特別是藉由人員或是設備之提供參與給付或是全部或部分承擔該給付重要計畫之部分內容<sup>146</sup>。

#### F. 從事租賃之行為

依據德國涉外稅法第 8 條第 1 項第 6 款之規定，對於居住空間私有使用的出租（Vermietung）與其他權利使用上之出租（Verpachtung）屬於積極行為。然而在涉及專利權之使用轉讓（Überlassung von der Patentverwertung）<sup>147</sup>、不動產之出租（Grundstücksvermietung）<sup>148</sup>與租賃公司（Leasinggesellschaft）之經營下，則屬於消極行為，除非納稅義務人得以證明，在涉及專利權之使用轉讓下，該專利權係境外公司自行研究與發展之成果，而未有納稅義務人與其關係人之共同參與；在涉及不動產之出租下，當該所得由納稅義務人直接取得時，依據避免雙重課稅協定，該所得屬於免稅所得；在涉及動產之出租下，境外公司係立於參與一般之經濟交易下從事營業之租賃行為且未有納稅義務人與其關係人之共同參與。

由於租賃行為本身即非具有積極性與招徠性（werbend），從而，大部分的租賃行為均會被認為屬於該條款之例外規定，而立法者所欲掌握者即在於基地公司所從事之消極行為。然有認為，經營租賃公司與其他租賃行為不同在於，前者必須投入大量廣告、宣傳以招攬客戶，而認為應排除於消極行為之列<sup>149</sup>。

#### G. 獲取德國法人稅法第 8b 條之收入

依據德國涉外稅法第 8 條第 1 項第 7 款之規定，當獲取德國法人稅法（Körperschaftsteuergesetz, KStG）第 8b 條之收入（Bezüge）時，不需要歸

<sup>146</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 69.

<sup>147</sup> 德國所得稅法所規定之 Überlassung，在中文雖然也釋為轉讓，然而此轉讓是非涉及所有權的轉讓，而只是為了使用目的的占有轉讓（Nutzung der Überlassung），例如租賃契約、借貸契約。此外，若涉及物之所有權的移轉，在德文會用 Veräußerung。請參考邱晨，前揭註 6，頁 167。

<sup>148</sup> Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl., 2021, Rz. 8.553.

<sup>149</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 548.

戶課稅。申言之，當境外公司獲取資合公司、合作社、保險與退休基金協會、其他私法人、非具有權利能力之社團、營造物、基金會、私法上之財團法人與國營企業之股利、股票、參與盈餘與清算收益之分配權、盈餘、隱藏性盈餘分配（verdeckte Gewinnausschüttung）、源自於資本資產（Kapitalvermögen）所獲取之收入、從法人、人合團體之減資所獲取之收入時，屬於源自於積極行為所獲取者<sup>150</sup>。然若該等收入減少給付之公司（leistende Gesellschaft）之所得、境外公司屬於股票自由流通投資者（Streubesitzbeteiligung）<sup>151</sup>或是來自於信貸機構、有價證券機構與金融服務機構之收入，則會構成積極所得之例外<sup>152</sup>。除非，該等分配之所得依據德國受控外國公司課稅規定負有歸戶課稅之義務、隱藏性盈餘分配增加受控外國公司或其關係人之所得，或是，這些所得並不存有低稅負之情況，則又會構成消極所得之例外規定，而無需歸戶課稅<sup>153</sup>。

#### H. 從事轉讓股份之行為

依據德國涉外稅法第 8 條第 1 項第 8 款規定，境外公司之積極所得包含持有另一公司之股份轉讓（Veräußerungsgewinn eines Anteils）所獲取之盈餘。所謂轉讓，依據德國實務見解，係指公司股份之經濟上所有權在有對價之情況下予以讓出<sup>154</sup>，特別是股份之售出與交換。此外，與轉讓行為同等視之之隱藏性資本投入（verdeckte Einlagen）亦包含在內。所謂隱藏性資本投入指的是，股東或其關係人在沒有對價之情況下贈與（Zuwendung）法人具有資本性質之財產利益，這屬於法人之特別收益（außerordentlicher Ertrag）

<sup>150</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 561 ff.

<sup>151</sup> 所謂股票自由流通投資者係指持股不超過10%之股東。因此，倘若位於德國境內之A有限公司持有亦位於德國境內之B有限公司8%之資本額，則當B分配予A盈餘時，依據德國法人稅法之規定，A必須就該盈餘繳納法人稅。而當A持有受控外國公司100%之股份，該受控外國公司持有B 8%之資本額，則B分配予該受控外國公司盈餘時，構成德國涉外稅法第8條第1項第7款之例外規定，而須歸戶課稅。請參考Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 565.

<sup>152</sup> Vogt, (Fn. 16), § 8 AStG Rz. 252 ff.

<sup>153</sup> Vogt, (Fn. 16), § 8 AStG Rz. 257.

<sup>154</sup> BFH, Urteil v. 27.7.1988 – I R 147/83, BStBl II 1989, 271.



<sup>155</sup>，而須依照德國法人稅法之規定繳納法人稅。從而，基於體系上之解釋，該款亦包含境外公司取得其股東或其股東之關係人具有資本性質之財產利益，縱係該款沒有特別提及<sup>156</sup>。

### I. 從事企業轉型之行為

依據德國組織重整稅法（Umwandlungssteuergesetz, UmwStG）規定，所謂組織重整過程（Umwandlungsvorgänge）指的是企業之合併（Verschmelzung）、分割（Spaltung）、形式轉變（Formwechsel）與財產轉讓（Vermögensübertragung）或是類此之境外事實關係以及藉由個人之繼承所取得之企業財產與股份之交換。此外，在該法規定下之權利轉讓或是繼受之人包含所在地位於歐盟會員國、EWR 成員國與第三國之人<sup>157</sup>。

### 3. 合於低稅負之要件（德國涉外稅法第 8 條第 5 項規定）

#### (1) 概要

所謂低稅負，依據 OECD 之 BEPS 行動方案三，指受控外國公司所在國法人稅之稅率「明顯低於」境內母公司之稅率。ATAD 則將低稅負之門檻量化為，境外公司所在國之法人稅稅率未逾會員國所定之 50%。德國新法之規定則更為嚴格。依據德國涉外稅法第 8 條第 5 項規定，所謂低稅負（niedrige Besteuerung）指的是，依據同法第 10 條第 3 項所計算之屬於應歸戶課稅之所得適用少於 25% 稅率的收益稅（Ertragsteuer）負擔，這亦包含收益稅之稅率在法律上（rechtlich）至少為 25%，然事實上（tatsächlich）卻非以該稅率核課之情況。此外，依據同法第 10 條第 3 項規定，應歸戶課稅所得額應依照德國稅法所涉及之條文計算之。所有應歸戶課稅所得視為營業所得

<sup>155</sup> Hottmann, Außerordentliche Aufwendungen und Erträge, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 64, 2023, Rn. 3 ff.

<sup>156</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 569 f.

<sup>157</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 577 f.

（Einkünfte aus Gewerbebetrieb），其之計算係依照德國所得稅法第 4 條第 1 項之規定<sup>158</sup>。

受控外國公司課稅制度所欲掌握者為境外公司源自於非屬德國涉外稅法第 8 條第 1 項積極行為之所得且該所得適用低稅率。依據同法條第 5 項規定，當消極所得之稅捐負擔少於 25% 時即屬於低稅率。這個界限之適用獨立於在境內之稅捐負擔<sup>159</sup>。在 2008 年以前，德國涉外稅法所規定之低稅率為 30%，而在德國法人稅法對於盈餘分配所適用之稅率由 40% 降為 30% 後，該 30% 即跟著調降為 25%<sup>160</sup>。

一般而言，不同國家的稅捐負擔比較應該考量稅捐體系的特殊性。在收益稅之稅捐負擔下係藉由 2 個重要的因素確定其稅捐額度：首先是稅基計算的方式，再來是稅率。依據上開條文之規定，所謂低稅率係以德國稅法之一般原則而計算出之應歸戶課稅之境外公司所得為主，此外，當在境外公司之所在國適用之一般稅率縱係超過 25%，然而基於稅捐特權（Steuerprivilegien），所涉及之所得事實上課以較低之稅率時，亦存有低稅負之情況<sup>161</sup>。另外，不同於 ATAD 第 7 條受控外國公司稅捐負擔之計算包含積極所得與消極所得，在上開條文之規定下，負擔之計算僅依據消極所得。立法目的在於，由於該制度之規範意義與目的在於避免消極且課以低稅率之所得被移轉，從而在體系上，消極所得為關注之重點。在此，受控外國公司位於境外之常設機構之所得亦不得分開觀察<sup>162</sup>。

## （2）低稅負之要件

依據德國涉外稅法第 8 條第 5 項規定，重點在於掌握受控外國公司消極且課以低稅率之所得。在此，可分從 4 個要件而為更進一步之說明。

<sup>158</sup> 依據該條項規定，盈餘是會計年度末的企業財產與上一會計年度末的企業財產間之差額。

<sup>159</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 611.

<sup>160</sup> Maack/Stöbener, Die Niedrigbesteuerung des § 8 Abs. 3 AStG bei ausländischen Betriebsstätten, IStR 2008, 461, 462.

<sup>161</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 611 f.

<sup>162</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 612.

### A. 所得之調查

依據德國涉外稅法第 8 條第 5 項規定，受控外國公司之收益稅負擔係依據德國稅法所計算出之應歸戶課稅所得，並以此為基礎調查其應在境外公司所在國所繳納之稅捐。受控外國公司課稅制度之設立目的在於在德國課稅之範圍內掌握境外公司課以低稅負之消極所得。當境外公司取得之所得係源自於積極與消極行為之混合所得（gemischte Einkünfte）時，收益與費用係從其引發之原因面向（Veranlassungsgesichtspunkt）<sup>163</sup>分別將其歸屬於積極與消極行為。而收益稅負擔之計算僅考慮消極所得<sup>164</sup>。然有疑問者在於，當消極所得係源自於不同的消極行為時，所謂低稅負之認定應以消極所得之總額所計算之總體收益稅負擔為基礎，抑或是應以分別所計算出之收益稅負擔為主。例如，境外公司從一個消極行為取得一筆消極所得 200 歐元，其適用 30% 之稅率，稅捐負擔為 60 歐元（ $200 \times 30\%$ ）；其從另一個消極行為取得一筆消極所得 200 歐元，該筆所得則適用 15% 之稅率，稅捐負擔為 30 歐元（ $200 \times 15\%$ ）。從而，總體之稅捐負擔所適用之稅率為 23%（ $90/400$ ）。這導致適用高稅率之消極所得亦被認定為受控外國公司之應歸戶課稅所得；另

<sup>163</sup> 所謂引發原則（Veranlassungsprinzip）或稱因果原則，係以認定費用之產生係基於納稅義務人之職業行為，或是有助於納稅義務人之私人生活，而認定該筆費用應作為納稅義務人之客觀或是主觀費用。依據該原則而發展出 2 個審查步驟：首先，納稅義務人之行為最終所欲達成之目的為何，再從客觀面向來論證該目的。此時，該行為不是歸屬於納稅義務人之職業範圍（Erwerbsphäre）就是歸屬於其之私人範圍（Privatsphäre）。然在行為同時存在於職業與私人之範圍時，亦即，當費用所產生的原因，不僅主要透過納稅義務人之職業行為，同時亦在重要之程度上有助於納稅義務人之私人生活時，即合致所謂之混合之引發（因果）（gemischte Veranlassung）時，德國實務發展出費用比例分配原則，並不容許為費用扣除之禁止。請參考 Joachim Englisch（著），邱晨（譯）（2016），〈客觀淨額所得原則的憲法基礎以及界限〉，《成大法學》，31 期，頁 75-77；陳清秀（2021），《稅法各論（上）》，增修 4 版，頁 138-146，元照；Weber, Die Abgrenzung zwischen Erwerbs- und Privatsphäre nach dem Veranlassungsprinzip, StuW 2009, 184, 184 ff.

<sup>164</sup> BMF-Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04 BStBl 2004 I Sondernummer 1/2004 S. 3.

一方面，亦有可能導致適用低稅率之消極所得在總體上因而不存有低稅負之情況。這發生在以下之案例：境外公司從一個消極行為取得一筆消極所得 500 歐元，其適用 30% 之稅率，稅捐負擔為 150 歐元（ $500 \times 30\%$ ）；其從另一個消極行為取得一筆消極所得 100 歐元，該筆所得適用 10% 之稅率，稅捐負擔為 10 歐元（ $100 \times 10\%$ ）。總體之稅捐負擔所適用之稅率為 27%（ $160/600$ ）<sup>165</sup>。

有學者認為，適用不同稅率之消極所得作為總體收益稅稅捐負擔之基礎將導致未合於事理之結果，從而認為在上述案例之情況下，應適用一個特別的稅率，並進而認定是否合於低稅負之要件<sup>166</sup>。

#### B. 所得之收益稅負擔

當境外公司消極所得之總體收益稅負擔適用低於 25% 之稅率時，該筆所得即應歸戶課稅。該條文所掌握者為境外核課之收益稅負擔，然對該概念並沒有為定義性之解釋。依照一般之理解，以相當於德國收益稅之境外稅捐為主，從而，收益稅之稅捐負擔係透過對照德國稅法所計算之應歸戶課稅所得與境外公司所繳納之稅捐而認定之<sup>167</sup>。

此外，境外任何形式之收益稅均應考量在內，不論從何種層級之公法人所課徵，申言之，當一個稅捐之計算基礎（Bemessungslage）係境外公司之收益且非其財產時，不論係鄉鎮市、省或是區域稅（Gemeinde-, Provinz- und Kantonssteuer），均包含在內。所得之收益稅負擔亦不論由哪個國家所課徵，有可能係境外公司之所在國、境外公司實際營運管理（Geschäftsleitung）之國家或是常設機構所在之第三國。在此，應考量者為消極所得總體所課徵之稅捐<sup>168</sup>。

<sup>165</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 615 f.

<sup>166</sup> Reiche, (Fn. 3), S. 461.

<sup>167</sup> BMF, Schreiben v. 14.5.2004 – IV B 4 – S 1340 – 11/04 BStBl 2004 I Sondernummer 1/2004 S. 3.

<sup>168</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 620.

### C. 事實上所課徵之稅捐

依據條文之規定，當收益稅之適用稅率在法律上至少為 25%，然實際上卻非以該稅率為核課時，亦可能存在低稅負之情況。從而，重點在於事實上有效之稅捐負擔（tatsächliche, effektive Steuerbelastung），而非抽象之應課徵之稅捐<sup>169</sup>。德國聯邦財務法院在 2003 年的一則判決涉及，境內之納稅義務人在盧森堡設立一間資合公司，該資合公司負責將該境內之納稅義務人之研發成果藉由權利金之給付而授權予第三人。盧森堡稅務局認為該資合公司屬於控股公司（Holdinggesellschaft），而在盧森堡不需繳納稅捐。系爭判決認為，縱係盧森堡之法人稅高於 30%，然該公司實際上未繳納任何稅款，因而認定該公司合致低稅負之要件，因此，該公司所獲取之所得應歸戶課稅<sup>170</sup>。

至於在境外所核定之款項是否屬於稅捐，依據德國聯邦財務法院在 2006 年的一則判決中表示，在歐盟會員國境內所核定之款項，只要合致於德國稅捐通則第 3 條第 1 項稅捐之要件<sup>171</sup>，即為稅捐性質，並且會進入到德國涉外稅法第 8 條第 5 項收益稅負擔之計算中。該案涉及位於愛爾蘭都柏林之國際金融服務公司給付予歐盟某一會員國一筆款項，該筆款項為其所得之 30%。該法院認為該筆款項之核定應視為法人稅之核定，並因此該當於德國涉外稅法第 8 條第 5 項之收益稅，而非將其視為德國稅捐實務向來認定之自願性給付（freiwillige Zahlung）<sup>172</sup>。

<sup>169</sup> Maack/Stöbener, (Fn. 160), S. 462.

<sup>170</sup> BFH, Urteil v. 09.07.2003 - I R 82/01.

<sup>171</sup> 依據德國稅捐通則第 3 條第 1 項第 1 句規定：「稅捐是由公法團體（öffentlich-rechtliches Gemeinwesen）以獲取收入之目的，對於所有該當於給付義務法律構成要件之人所課徵之金錢給付（Geldleistung），而非屬特定給付之對價給付（Gegenleistung）。」透過此規定，稅捐的概念可由 3 種要素建構：第一、稅捐是一個沒有針對特定對價給付而產生的金錢給付；第二、稅捐係由公法人所收取，針對每個負有繳納義務的納稅義務人；第三、課稅的前提在於滿足稅法的構成要件。請參考邱晨（2016），〈德國法上稅捐規避防堵的法理論基礎〉，《輔仁法學》，51 期，頁 128。

<sup>172</sup> BFH, Urteil v. 03.05.2006 - I R 124/04.

## D. 稅基之計算為有限制之盈虧互抵

從上述事實上所課徵之稅捐之脈絡下，繼續衍生的是，稅基之計算問題。在一般之情況下，稅局所核定且事實上所繳納之稅捐會與法律上所負擔之稅捐債務一致。然而，有時在個案之情況下並非如此。因此，對於負擔之計算不再僅依據法律上應核課之稅捐，而是就個案中依據公司被核課之稅捐審查法律上所負擔之稅捐債務是否與實際上核定且徵收之稅捐一致。在不一致之情況下，除了上述所提及適用之稅率與法律上所應適用者不一致外，有可能係出於負擔計算之方式<sup>173</sup>。

依據條文之規定，應歸戶課稅之消極所得是否不予核課稅捐或適用低稅率，其稅基之計算並不考量其他積極所得可扣抵之損失<sup>174</sup>。按盈虧互抵（Verlustausgleich）可分為水平之盈虧互抵（Horizontaler Verlustausgleich）、垂直之盈虧互抵（Vertikaler Verlustausgleich）與跨年度之盈虧互抵（Verlustvor- und rücktrag）。損失應從當年度同一種類之所得扣除之，此稱為水平的盈虧互抵；倘若有餘額，則可從當年度之其他種類之所得扣減之，此稱為垂直的盈虧互抵；若仍有餘額，得在過去或未來課稅年度中扣除之，此稱為跨年度之盈虧互抵<sup>175</sup>。而該條文所規定之收益稅之負擔計算係在應歸戶課稅之消極所得未與其他積極所得為垂直之盈虧互抵與損失未為跨年度之盈虧互抵下所應核課之稅捐<sup>176</sup>。該立法目的在於，當稅基依據境外法律並藉由不同所得源泉（Quelle）之虧損扣抵或不同年度之虧損結轉而減少時，即非事實上應核課之境外稅捐，而係著眼於在一個被修正之稅基下境外公司所應繳納之稅捐<sup>177</sup>。

另外一個條文未為規範之部分為，負擔之比較係依據境外貨幣或是歐元。由於單純的稅捐負擔比率並不會涉及匯率之換算，這產生之問題是，稅

<sup>173</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 624.

<sup>174</sup> Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 73.

<sup>175</sup> Hallerbach, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuergesetz/Körperschaftsteuergesetz Kommentar, 2016, Anm. 1-2.

<sup>176</sup> Vgl. Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 73.

<sup>177</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 624.

基之調查方式係依據德國法律，然卻是以境外貨幣而為計算，其中所產生之匯兌之損失應如何處理。這可能會涉及到法條未為規範之虛擬之換算（fikitive Umrechnung）問題<sup>178</sup>。

### （3）OECD 支柱方案二與低稅負要件之調和

作為 OECD 兩個支柱方案部分內容之全球最低稅負，其掌握在過去 4 個課稅年度中至少有 2 年營業額達 750 萬歐元之跨國企業，其全球淨所得之有效稅捐負擔至少為 15%<sup>179</sup>。全球最低稅負與德國受控外國公司課稅制度目前之調和方式為，低稅負之受控外國公司，其應歸戶課稅所得額之收益稅負擔須考量全球最低稅負之目的而將稅率提高至最低稅率之負擔額度<sup>180</sup>。

茲以下列案例說明之：適用全球最低稅負制之德國母公司從其控制持有之境外公司取得應歸戶課稅所得額 50 萬歐元，該境外公司之收益稅稅率為 10%。從而，收益稅負擔為 5 萬歐元。然在與全球最低稅負制之調整下，還得多繳納 2 萬 5 千歐元之稅捐與德國稅局【 $50 \text{ 萬} * (15\% - 10\%) = 25000$ 】<sup>181</sup>。

## （三）受控外國公司課稅制度之阻卻事由

### 1. 前言

在適用受控外國公司課稅制度之情況下，ATAD 允許納稅義務人在提出境外公司執行重要之經濟活動，或是，消極所得不超過總體所得 3 分之 1 之情況下，排除適用受控外國公司課稅制度之法律效果。而這也部分影響德國新法之規定。

<sup>178</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 625.

<sup>179</sup> Polatzky/Michelberger, Die Umsetzung der globalen Mindestbesteuerung in Deutschland im Lichte der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG, IStR 2023, 89, 89 ff.

<sup>180</sup> Richter/Lentes, Zur Allokation von erfassten Steuern im Spannungsfeld von Pillar Two und Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2023, 409, 409.

<sup>181</sup> Polatzky/Michelberger, (Fn. 179), S. 92.

依據德國涉外稅法第 8 條第 2 項至第 4 項規定，位於歐盟會員國與 EWR 成員國之境外公司在其所在國或在其實際營運管理所在國從事實質經濟行為時，縱係其合致所有受控外國公司應歸戶課稅之要件，即得免除歸戶課稅之責任。由於該要件須由納稅義務人提出該涉及主觀上之證明，因此亦稱之為反證規定（Gegenbeweis），免責證明（Entlastungsbeweis）或是意圖檢測（Motivtest）<sup>182</sup>。此外，德國稅捐立法者亦明定，境外公司之所在國或其實際營運管理之所在國未經由兩國資訊交換而獲悉執行稅捐所必要之資訊時，則不適用反證之規定。

德國財務行政因受到上述所提及之歐盟最高法院在 2006 年之爭議案件 *Cadbury Schweppes* 案之影響，因而在 2007 年表示，在歐盟會員國與 EWR 成員國之受控外國公司合致特定之要件下對於尚未確定之稅捐核定處分有可能作為適用受控外國公司課稅制度之例外案例<sup>183</sup>。德國稅捐立法者並進而在 2008 年於德國涉外稅法明定之。系爭增訂之規定，亦即德國涉外稅法第 8 條第 2 項至第 4 項，由於係以 *Cadbury Schweppes* 案中依據歐盟法保障設立子公司自由為立法論據，因此，保障子公司設立自由之範圍自僅限於在歐盟會員國與 EWR 成員國之境外公司才有反證規定之適用，從而，倘若設立之子公司位於第三國，則就不在歐盟法之保障範圍內<sup>184</sup>。此後，歐盟最高法院在上述所提及之 2019 年 2 月 26 日 C-135/17 之判決，針對德國在瑞士之受控外國公司所獲取具有資本投資性質之收益，依據行為時德國涉外稅法第 7 條第 6 項與第 6 項之 1 規定應作為歸戶課稅之所得，且因瑞士屬於第三國，從而並不適用行為時德國涉外稅法第 8 條第 2 項「實際之經濟行為」之反證規定，是否違反歐盟運作條約第 63 條所保障之資本交易自由提出疑義。在該判決後，德國聯邦財務法院分別在 2019 年 5 月 22 日-IR 11/19 與 2019

<sup>182</sup> Schneider, Der Gegenbeweis nach § 8 Abs. 2 bis 4 AStG nF im Lichte des Unionsrechts, IStR 2023, 501, 501.

<sup>183</sup> BMF-Schreiben v. 8.1.2007 – IV B 4 – S 1351 – 1/07 KAAAC-35082, BStBl 2007 I S. 99.

<sup>184</sup> Vogt, (Fn. 16), § 8 AStG Rz. 414.



年 12 月 28 日—IR 59/17 之判決中再次提及這個爭議<sup>185</sup>。雖然 ATAD 已表示，反證規定亦適用在有簽訂資訊交換之第三國中。對此，德國聯邦財政部在 2021 年 3 月 17 日針對資本保障自由之適用範圍所發布之修法建議中亦表示，意圖檢測規定亦應有適用在第三國之可能性<sup>186</sup>。然德國稅捐立法者認為，依據歐盟最高法院之見解，在涉及第三國之案例下，倘若相關規範僅涉及保障設立子公司之自由時，資本交易自由在此即被排除在外<sup>187</sup>。據此，不論是德國受控外國公司課稅制度或是 ATAD 所規範之受控外國公司課稅規定，均係以保障設立子公司之自由為立法論據，從而，並不考慮德國涉外稅法未將反證規定適用在受控外國公司設立於第三國之案例下，可能導致牴觸歐盟運作條約第 63 條保障資本交易自由之情況<sup>188</sup>。因此，在新版之德國涉外稅法第 8 條第 2 項規定，仍將適用反證之規定限於設立於歐盟會員國與 EWR 成員國之受控外國公司。有學者認為，德國涉外稅法第 7 條第 1 項所規範者不僅涉及多個納稅義務人及其關係人設立子公司之自由，亦包含個別納稅義務人在自由市場中之財產交易行為，從這個面向來看，反證規定適用在第三國之限縮可能會遭受批評<sup>189</sup>。

除了上述爭議外，德國學說與實務亦聚焦在德國涉外稅法第 8 條第 2 項之「實質經濟行為」之要件。以下為更進一步之說明。

## 2. 反證之內容－實質經濟行為

有關反證之內容，歐盟最高法院在 *Cadbury Schweppes* 案中使用的用語是「真實」之經濟行為（wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit），舊版之德國涉外稅法是「實際」之經濟行為（tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit），新版之德國涉外稅法則是「實質」之經濟行為（wesentliche wirtschaftliche

<sup>185</sup> Zilch, (Fn. 62), S. 96 ff.

<sup>186</sup> BMF -Schreiben v. 17.3.2021 – IV B 5 – S 1351/19/10002:001, 2021/0290319, BStBl 2021 I S. 342.

<sup>187</sup> EuGH, Urteil v.13.11.2012 – C-35/11.

<sup>188</sup> Heckerodt/van Lück, (Fn. 13), S. 858 ff.

<sup>189</sup> Schneider, (Fn. 182), S. 502 ff.

Tätigkeit)。德國稅捐實務並沒有區別「真實」、「實際」與「實質」之差異。然學者認為，新版之規定比過去有更嚴格之要求，因為從字義上之理解，不論是「真實」或是「實際」，均僅單純涉及「是否」有經濟行為之存在，而「實質」則包含有質量上(qualitativ)的要求。申言之，「真實」代表實際上存在，而「實質」則代表有特別之重要性<sup>190</sup>。

此外，新版之德國涉外稅法第 8 條第 2 項對於實質經濟行為並沒有清楚之定義，然其在條文特別提及，在以下之情況合致實質經濟行為之概念，亦即，境外公司在其所在國所從事之行為必須具有必要之物與人之組成(erforderliche sachliche und personelle Ausstattung)。這衍生出，該行為必須藉由具有足夠資格之人員在以獨立且自我負責之方式下從事之。從而，實質(Wesentlichen)之概念會藉由相關之行為所取得之所得為認定，申言之，該行為必須導致境外公司取得特定之所得。這代表著，重要之功能(entscheidende Funktion)在涉及各別收益之形成下有被執行。在此，必須一併從「可比第三方原則」(Fremdvergleichsgrundsatz)<sup>191</sup>檢視，所得之形成並非藉由人為(künstlich)之收益與費用之調整而形成。例如，境內關係企業 A 在歐盟會員國 C 以子公司之形式從事銷售勞務之行為，該子公司對其執行之行為有辦公處所與實際管理之人員。該子公司之功能僅在於純粹為行政上之行為，例如，記帳、建立帳冊與監管應收帳款。該公司對其行為以成本加成的方式獲取報酬(Kostenaufschlagsvergütung)。此外，該子公司支配境內關係企業母公司之資金作為自有資本，並依照母公司進一步之指示貸款予集團內部之其他企業。德國稅捐立法者對此表示，藉由授予貸款行為所獲取之利息與子公司實質所執行之經濟行為並沒有關聯性，屬於純粹人為之形成。從而，該利息應歸戶課稅<sup>192</sup>。最後，當境外公司將其實質經濟行為主

<sup>190</sup> Schneider, (Fn. 182), S. 503; Haase/Nürnberg, (Fn. 26), S. 74.

<sup>191</sup> 「可比第三方原則」亦稱為「常規交易法」(Arm's-Length-Grundsatz)，其係作為關係企業間跨國交易之訂價準則，具體實現即展現在以價值創造為主之跨國交易之企業利潤在常規交易下之合理分配。請參考 Greil/Fehling, Verrechnungspreisbestimmung im Zeitalter der Digitalisierung, IStR 2017, 757, 758.

<sup>192</sup> BT-Drucks. 19/28652, S. 93.

要部分委由第三人執行時，亦排除境外公司實質經濟行為之存在<sup>193</sup>。因為，在此委外（Outsourcing）之情況下為典型之具有稅捐規避嫌疑之案例<sup>194</sup>。

歐盟最高法院在 2006 年之 *Cadbury Schweppes* 案中對於真實之經濟行為之要件著重在境外公司從事企業行為之空間、人員與設備之組成。因此，納稅義務人必須在物與人之組成形式下表明具備「實質活動」之要件，以證明境外公司確係事實上而非虛擬上之存在。在此，歐盟最高法院特別提及空殼公司缺乏實質活動所具備之要件。而德國稅捐立法者對於境外公司是否具備實際之經濟行為之認定比歐盟最高法院更為嚴格，亦即，除了物與人之組成外，再加上，境外公司須穩定且持續地參與經濟活動，此外，其核心功能（Kernfunktion）之執行不能假他人之手，而必須由其本身執行之<sup>195</sup>。德國敏斯特財務法院在 2015 年 11 月 20 日的一則判決中第一次對於從 *Cadbury Schweppes* 案所樹立之反證規定之要件為說明。該判決涉及德國母公司間接持有位於賽普勒斯的一間公司，該公司從集團內部關係企業獲取之權利金所得是否應歸戶課稅之爭議。該判決表示，「實際之經濟行為」的要件在於，納稅義務人只須證明受控外國公司在該地確實有設備、辦公室、人員等，並係考量在該地具有特別的資源及經濟條件，例如，特別划算的產品製造空間、機器及良好的人員、生產條件等「經濟上的實質活動」（wirtschaftlicher Substanz）<sup>196</sup>。然而這個判決的上訴審法院，亦即，德國聯邦財務法院，在 2018 年 6 月 13 日作出不同於德國敏斯特財務法院之見解認為，當受控外國公司應歸戶課稅之所得係依據「實際之經濟行為」而獲取且因此係以受控外國公司本身執行之行為為基礎時，則不適用受控外國公司課稅制度。而所謂「實際之經濟行為」，係依據「重要人員功能原則」（Significant People Function; Personalfunktion）。該原則指的是，企業的行為由企業本身之人員

<sup>193</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), 589 f.

<sup>194</sup> 請參考 Schneider, (Fn. 182), S. 504；陳衍任（2019），〈國際稅法上的「經濟實質」標準：兼論境外公司經濟實質法案〉，《月旦會計實務研究》，16期，頁76-78。

<sup>195</sup> BT-Drucks. 19/28652, S. 57.

<sup>196</sup> FG Münster, Urteil, 20.11.2015 – 10 K 1410/12 F.

從事之，特別是使用、購置、製造、管理、轉讓、永續發展、保護、風險調控以及企業機會與風險之決策、變更由企業自身人員執行之<sup>197</sup>。此外亦須結合 OECD 在 BEPS 行動方案八到十對於關係企業在無形資產之領域中應發揮價值創造之功能，亦即，發展（Entwicklung）、改善（Verbesserung）、保存（Erhaltung）、保護（Schutz）與使用（Verwertung）功能，在德國法上將該等功能以各自的英文開頭字母簡稱為 DEMPE 功能（DEMPE-Funktionen）<sup>198</sup>。從而，系爭位於賽普勒斯之境外公司執行其實質核心業務，例如購買、管理著作權與取得再次授權之權利金，均主要透過在其烏克蘭與俄羅斯之關係企業，因此並非由在塞普勒斯之銷售市場所為<sup>199</sup>。

#### （四）受控外國公司課稅制度之法律效果

納稅義務人在合致德國涉外稅法第 7 條與第 8 條受控外國公司課稅規定下，境外公司所取得之消極所得應視為納稅義務人所取得，並在適用該境外公司所在國之稅率下向德國稅局繳納稅捐。為了避免雙重課稅<sup>200</sup>之情況發生，在境外公司嗣後實際分配盈餘給境內母公司時，得按其所持有之股份數額而減少所分配之盈餘數額<sup>201</sup>。

<sup>197</sup> Brüggen, Wertschöpfungsgerechte Betriebsstättenbesteuerung, Dissertation zur Erlangung des Grades Doktor der Wirtschaftswissenschaft (Dr. rer. pol.) der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, 2022, S. 178-180.

<sup>198</sup> Bernhardt, Neue Verrechnungspreisvorschriften in Deutschland infolge der BEPS-Aktionspunkte 8 bis 10, in: BEPS konkret und weitere Entwicklungen im deutschen Steuerrecht, 2018, S. 61, 64 ff.

<sup>199</sup> BFH, Urteil v. 13.06.2018 – IR 94/15.

<sup>200</sup> 雙重課稅又區分為法律上之雙重課稅（rechtliche Doppelbesteuerung）與經濟上之雙重課稅（wirtschaftliche Doppelbesteuerung）。前者指的是，對於同一納稅義務人之同一所得為多次之課稅，例如境內公司在境外有常設機構之情況下。相對於法律上之雙重課稅，將不同納稅義務人之同一所得作為稅基之計算基礎，此即產生所謂之經濟上之雙重課稅。請參考Kraft, (Fn. 44), § 1 Rn. 910.

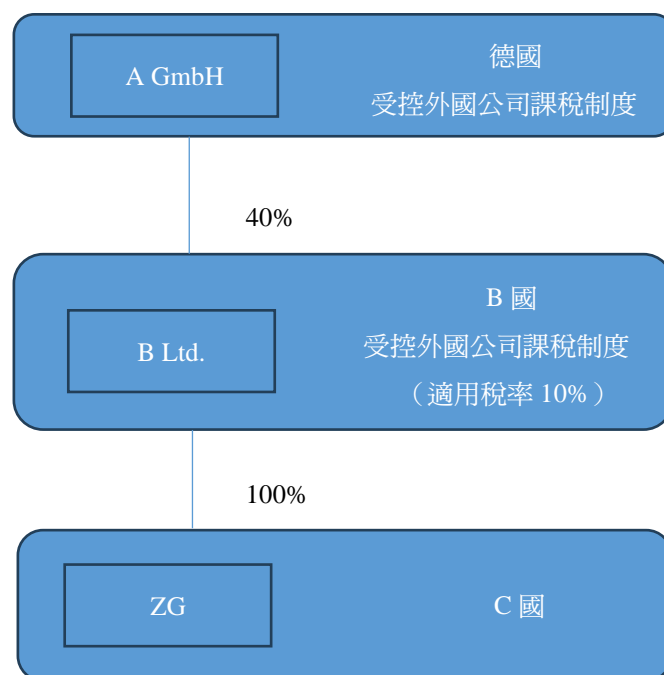
<sup>201</sup> Geurts, (Fn. 75), S. 422 f.

此外，依據 ATAD 之規定，在境外公司對於應歸戶課稅所得亦在其所在國繳納稅捐之情況下，允許就其所繳納之稅捐在境內為扣抵（Anrechnung）。而稅捐扣抵所採取之方式，依據德國涉外稅法第 12 條第 1 項規定，納稅義務人所負擔之所得稅或是法人稅包含應歸戶課稅所得時，境外公司對該應歸戶課稅所得實際所繳納之稅捐可從納稅義務人之所得稅或是法人稅予以扣抵，這即所謂之「間接稅額扣抵法」（indirekte Steueranrechnung）。按在避免雙重課稅的單邊措施中，最常出現者為國外稅額扣抵法。依該理論又可區分為間接稅額扣抵法與直接稅額扣抵法（direkte Steueranrechnung）。前者指的是，境內納稅義務人可扣抵之稅額除了其於境外直接所繳納之稅捐外，亦得扣抵境外非由其本身而是另一納稅義務人所支付之稅捐。申言之，該扣抵之範圍涉及間接由境外公司為其本身所支付之法人稅之扣抵。例如，境內母公司得以從其稅捐負擔扣抵直接由境外子公司為其於境外所扣繳之股利所得稅外，亦得扣抵子公司為其本身於境外所繳納之法人稅，並以此避免經濟上之雙重課稅（wirtschaftliche Doppelbesteuerung）。相對於此，直接稅額扣抵法僅允許境內母公司扣抵境外子公司為其扣繳之股利所得稅。其主要係避免對於同一稅捐主體之同一所得為雙重之課稅，亦即，其係解決法律上之雙重課稅（rechtliche Doppelbesteuerung）問題<sup>202</sup>。因此，根據上開條文之規定，納稅義務人得扣抵「境外公司對該應歸戶課稅所得實際所繳納之稅捐」，從而，該實際所繳納之稅捐包含境外公司為納稅義務人所扣繳之股利（營利）所得稅與境外公司為其自己所繳納之法人稅。

除了上述 2 個情況有可能發生雙重課稅之情形外，當德國境內母公司負有歸戶課稅之義務且其境外受控外國公司在其所在國亦負有類似於德國受控外國公司課稅規定歸戶課稅之義務時，由於係對於不同納稅義務人之同一經濟財為雙重之課稅，此亦產生所謂之經濟上之雙重課稅。茲以下列案例為說明：位於德國境內之 A 有限責任公司持有位於 B 國之 B 有限公司（Ltd.）

<sup>202</sup> 請參考 Ismer, in: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 7. Aufl., 2021, Art. 23 Rz. 124 ff；陳衍任（2022），〈跨國公司間股利分配時的雙重課稅防免措施〉，《東吳法律學報》，33卷3期，頁173-177。

40%之資本額。B 有限公司則 100%持有位於 C 國之受控外國公司（ZG）之股份。依據 B 國之規定，其有類似於德國涉外稅法第 7 條至第 14 條之規定，從而 B 國將該受控外國公司之消極所得歸於 B 有限公司所有。該應歸戶課稅所得適用 10%之稅率。茲以以下圖五表示：



【圖五】經濟上之雙重課稅

※ 資料來源：Fuhrmann/Geurts, in: Außensteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., 2023, S. 707.

依據德國法之規定，由於 B Ltd. 為 A GmbH 之關係人，從而，A GmbH 亦控制持有 ZG，此外，B Ltd. 持有 ZG 之股份數完全計入於 A GmbH。雖然 ZG 所取得之消極所得已歸戶為 B Ltd. 之所得並依據 B 國之類似於德國受控外國公司課稅制度繳納稅捐，然由於 B 國之稅率為 10%，屬於低稅負之國家，因此，A GmbH 必須將視為 B Ltd. 所取得之應歸戶課稅所得依據德國涉外稅法第 7 條與第 8 條規定繳納稅捐。在此情況下即導致經濟上之雙重課

稅，因此，依據德國涉外稅法第 12 條第 2 項規定，在 B 國所繳納之稅捐可從在德國應繳納之稅捐為扣抵<sup>203</sup>。

## 伍、我國受控外國公司課稅制度之立法評析： 以營利事業持有為中心

### 一、前言

我國所得稅法於 2016 年所增訂之營利事業受控外國公司課稅制度，與財政部經由所得稅法之授權，於 2017 年所發布並於 2023 年年底修正之營利事業認列受控外國企業所得適用辦法（下稱「適用辦法」）於 2023 年正式施行，然從法條內容觀之，仍有諸多留待釐清之爭議。首先對於受控外國公司課稅制度之構成要件，我國似應如同德國一一檢視之。例如，我國營利事業對於受控公司持股計算之問題、受控外國公司是否亦包含國內營利事業在國外之常設機構、應歸戶課稅所得之範圍。最後是低稅負之要件。再者，如同歐盟、德國所遇到之對於「實質經濟行為」反證要件之解釋，我國似應參考歐盟與德國實務見解，以界定「實質營運活動」之概念。

### 二、受控外國公司課稅制度構成要件之再省思

#### （一）受控外國公司課稅制度之構成要件

依據我國所得稅法第 43 條之 3 第 1 項、第 2 項及第 4 項規定：「營利事業及其關係人直接或間接持有在中華民國境外低稅負國家或地區之關係企業股份或資本額合計達百分之五十以上或對該關係企業具有重大影響力者，除符合下列各款規定之一者外，營利事業應將該關係企業當年度之盈餘，按其持有該關係企業股份或資本額之比率及持有期間計算，認列投資收益，

---

<sup>203</sup> Fuhrmann/Geurts, (Fn. 98), S. 706 f.

計入當年度所得額課稅：一、關係企業於所在國家或地區有實質營運活動。二、關係企業當年度盈餘在一定基準以下。但各關係企業當年度盈餘合計數逾一定基準者，仍應計入當年度所得額課稅。」、「前項所稱低稅負國家或地區，指關係企業所在國家或地區，其營利事業所得稅或實質類似租稅之稅率未逾第五條第五項第二款所定稅率之百分之七十或僅對其境內來源所得課稅者。」、「營利事業於實際獲配該關係企業股利或盈餘時，在已依第一項規定認列投資收益範圍內，不計入所得額課稅；超過已認列投資收益部分，應於獲配年度計入所得額課稅。其獲配股利或盈餘已依所得來源地稅法規定繳納之所得稅，於認列投資收益年度申報期間屆滿之翌日起五年內，得由納稅義務人提出所得來源地稅務機關發給之納稅憑證，並取得所在地中華民國駐外機構或其他經中華民國政府認許機構之驗證後，自各該認列投資收益年度結算應納稅額中扣抵；扣抵之數，不得超過因加計該投資收益，而依國內適用稅率計算增加之結算應納稅額。」準此，可將我國受控外國公司課稅制度之構成要件分述如下：

#### 1. 合於一般之控制持有要件或是具有重大影響力

營利事業及其關係人直接或間接持有在中華民國境外低稅負國家或地區之關係企業股份或資本額合計達 50% 或對該關係企業具有重大影響力者，原則上構成受控外國公司課稅制度下之納稅義務人，而該境外關係企業則為受控外國企業。所謂營利事業，依據我國所得稅法第 3 條第 2 項規定，指的是總機構在中華民國境內之營利事業，此外，依據所得稅法第 43 條之 4 第 1 項規定<sup>204</sup>，包含依外國法律設立而實際管理處所在中華民國境內之營利事

<sup>204</sup> 請參考所得稅法第 43 條之 4 規定：「依外國法律設立，實際管理處所在中華民國境內之營利事業，應視為總機構在中華民國境內之營利事業，依本法及其他相關法律規定課徵營利事業所得稅；有違反時，並適用本法及其他相關法律規定。（第 1 項）依前項規定課徵營利事業所得稅之營利事業，其給付之各類所得應比照依中華民國法規成立之營利事業，依第八條各款規定認定中華民國來源所得，並依本法及其他相關法律規定辦理扣繳與填具扣（免）繳憑單、股利憑單及相關憑單；有違反時，並適用本法及其他相關法律規定。但該營利事業分配非屬依第一項規定課徵營利事業所得稅年度之盈餘，非屬第八條規定之中華民國來源所得。（第



業。復按適用辦法第3條第1項與第2項規定，所謂關係人，包括關係企業及關係企業以外之關係人，而所謂關係企業大致以重要持有、重要影響力、商業關係與家族關係為認定標準<sup>205</sup>。此外，關係人之主體資格應僅限於營利事業及自然人，而不包含獨資或是合夥。

2項)第一項所稱實際管理處所在中華民國境內之營利事業，指營利事業符合下列各款規定者：一、作成重大經營管理、財務管理及人事管理決策者為中華民國境內居住之個人或總機構在中華民國境內之營利事業，或作成該等決策之處所在中華民國境內。二、財務報表、會計帳簿紀錄、董事會議事錄或股東會議事錄之製作或儲存處所在中華民國境內。三、在中華民國境內有實際執行主要經營活動。(第3項)前三項依本法及其他相關法律規定課徵所得稅、辦理扣繳與填發憑單之方式、實際管理處所之認定要件及程序、證明文件及其他相關事項之辦法，由財政部定之。(第4項)」

<sup>205</sup> 請參考適用辦法第3條第2項及第4項規定：「前項所稱關係企業，指營利事業與國內外其他營利事業相互間有下列關係者：一、營利事業直接或間接持有另一營利事業有表決權之股份或資本額，達該另一營利事業已發行有表決權之股份總數或資本總額百分之二十。二、營利事業與另一營利事業直接或間接由相同之人持有或控制之已發行有表決權之股份總數或資本總額各達百分之二十。三、營利事業持有另一營利事業有表決權之股份總數或資本總額百分比為最高且達百分之十。四、營利事業之執行業務股東或董事與另一營利事業之執行業務股東或董事有半數以上相同。五、營利事業及其直接或間接持有之股份總數或資本總額超過百分之五十之營利事業，派任於另一營利事業之董事，合計達該另一營利事業董事總席次半數。六、營利事業之董事長、總經理或與其相當或更高層級職位之人與另一營利事業之董事長、總經理或與其相當或更高層級職位之人為同一人，或具有配偶或二親等以內親屬關係。七、營利事業直接或間接控制另一營利事業之人事、財務或業務經營，包括：(一)營利事業指派人員擔任另一營利事業之總經理或與其相當或更高層級之職位。(二)非金融機構之營利事業，對另一營利事業之資金融通金額或背書保證金額達該另一營利事業總資產之三分之一。(三)營利事業之生產經營活動須由另一營利事業提供專利權、商標權、著作權、秘密方法、專門技術或各種特許權利，始能進行，且該生產經營活動之產值達該營利事業同年度生產經營活動總產值百分之五十。(四)營利事業購進之原物料、商品，其價格及交易條件由另一營利事業控制，且該購進之原物料、商品之金額達該營利事業同年度購進之原物料、商品之總金額百分之五十。(五)營利事業商品之銷售，由另一營利事業控制，且該商品之銷售收入達該營利事業同年度銷售收入總額百分之五十。八、營利事業與其他營利事業簽訂合資或聯合經營契約。九、營利事業與另一營利事業屬同一信託關係之委託人、受託人或受益人，且該信託關係之信託財產為低稅負區關係企業股份或資本額。但受託人為其所在租稅管轄區主管機關許可之信託業者，該受託人視為非關係企業。十、其他足資證明

我國所規定之控制持有要件，包含直接持有受控外國公司與透過關係人間接持有受控外國公司超過 50% 之股份或資本額，此與德國涉外稅法第 7 條第 1 項之規定一致。然不同在於，除了控制持有要件外，對於境外企業具有重大影響力之境內企業，亦可能成為我國受控外國公司課稅制度之納稅義務人。何謂具有重大影響力，依據適用辦法第 2 條第 5 項規定，指營利事業及其關係人對在低稅負國家或地區之外國企業之人事、財務及營運政策具有主導能力。通常合致該要件之情況為具有重要之持有，然該要件跟前揭持有數額分開，可見，該要件並非指前揭持有份額超過 50% 以上之情況。有學者認為，在持股利益具有可主導受控外國公司之情況下，即對於該境外公司具有重大影響力<sup>206</sup>。本文亦贊同此見解，亦即，當境內母公司直接或間接對於境外公司之持有數額雖然未超過 50%，然根據股權結構，在對於境外公司之持有具有決定性之影響下，亦合致納稅義務人之要件。

此外，我國法或是主管機關之解釋令函未予提及者仍有：受控外國公司之組織型態。依據德國涉外稅法第 7 條第 1 項明確表示，受控外國公司之組織型態為德國法人稅法第 1 條所規定之法人、人合組織體與財產集合體。這 3 種型態的具體類型為具有法人資格之公司。至於不具有法人資格之人合團體，例如合夥，或是常設機構，是否有可能成為受控外國公司。在 OECD 之

---

營利事業對另一營利事業具有控制能力或具有參與其人事、財務、業務經營或管理政策之決策權力。」、「第一項所稱關係企業以外之關係人，指與營利事業有下列關係之國內外個人或教育、文化、公益、慈善機關或團體：一、受營利事業捐贈金額達其平衡表或資產負債表基金總額三分之一之財團法人。二、營利事業及其董事、監察人、總經理、相當或更高層級職位之人及該等人之配偶或二親等以內親屬擔任董事總席次達半數之財團法人。三、營利事業之董事、監察人、總經理或相當或更高層級職位之人、副總經理、協理及直屬總經理之部門主管。四、營利事業之董事、監察人、總經理或相當或更高層級職位之人之配偶。五、營利事業之董事長、總經理或相當或更高層級職位之人之二親等以內親屬。六、與營利事業屬同一信託關係之委託人、受託人或受益人，且該信託關係之信託財產為低稅負區關係企業股份或資本額者，其委託人、受託人或受益人本人、配偶及二親等以內親屬。七、其他足資證明對該營利事業具有控制能力或具有參與其人事、財務、業務經營或管理政策之決策權力之人。」

<sup>206</sup> 請參考陳清秀（2021），《國際稅法》，增修5版，頁594-595，元照。

建議中，人合團體或是常設機構均能成為受控外國公司之組織型態。ATAD則係有限制的承認境外常設機構成為受控外國公司之可能。依據該指令，境內母公司在境外之常設機構所獲取之所得，倘若在境內公司所在國毋須課稅的話，則該所得亦應歸戶課稅。德國則是在其涉外稅法第 20 條第 2 項規定，非限制之納稅義務人在境外之常設機構屬於非法人團體型態且其所取得之應歸戶課稅所得根據避免雙重課稅協定不予課稅時，則此時該境外之常設機構亦適用受控外國公司課稅制度。我國法在此則未有規定。本文認為，受控外國公司課稅制度之立法目的即在於破壞分離原則，因此，受控外國公司之組織型態自然限於有法律上獨立人格之公司。至於非法人團體，基於穿透原則，本係對於其背後之持有者課稅，即不會產生藉由在境外低稅負國家設立子公司而為利潤移轉之情況；而常設機構，在國際稅法之藍圖下，其係作為境外公司獲取境內所得時作為價值創造國對於營業利潤課稅之聯繫點<sup>207</sup>，從另一方面來說，其係針對在境外公司未持有境內子公司之情況下，藉由常設機構概念之引入，將穿透原則亦適用在此情況下，目的在於將境外公司藉由常設機構而成為限制之納稅義務人<sup>208</sup>。從而，非法人團體或是常設機構之存在均不會觸及在分離原則下未分配盈餘所產生之課稅爭議，亦當然非屬受控外國公司課稅制度所欲防堵之設立子公司之組織形式。然由於非法人團體與常設機構均有可能從事營業行為，從而，境內納稅義務人仍有可能透過持有境外之非法人團體或是藉由境外之常設機構而為利潤之移轉。因此，德國涉外稅法有限制的將該兩組織亦包含在受控外國公司課稅制度之範圍內，其展現在，所謂關係人包含境內納稅義務人所持有之非法人團體；而常設機構則是從雙重課稅之排除下找到對於境內納稅義務人課稅之正當性。為了防堵全面的利潤移轉可能性，本文認為關係人應包含我國非法人團體而從事營業行為之獨資或是合夥；並有限制的承認受控外國公司為常設機構之可能。最後，

<sup>207</sup> 請參考黃源浩（2020），〈歐洲稅法觀點下的常設機構：從母子公司指令到數位常設機構指令草案〉，《會計師季刊》，285期，頁17。

<sup>208</sup> Vgl. Staringer, Sollen Betriebsstätten wie Tochtergesellschaften besteuert werden? in: Internationales Steuerrecht, Bd. 36, 2013, S. 261, 273.

具有法人性質之外國分公司，由於在我國法制之下，分公司之盈餘係與總公司合併計算，從而並不會產生關係企業因分離課稅原則所產生之屏蔽效應，而發生延後課稅結果，因此，就我國而言，受控外國公司之組織型態並不會擴及至分公司。

## 2. 合於低稅負之要件

所謂在中華民國境外之低稅負國家或地區之關係企業，依據我國所得稅法第 43 條之 3 第 2 項與適用辦法第 4 條第 1 項規定，包含 2 個情況，一為關係企業所在國家或地區，其營利事業所得稅或實質類似租稅之稅率未逾我國營利事業所得稅稅率之 70%，亦即 14%。此外，關係企業所在國或地區採取屬地主義課稅、境外來源所得不課稅或於實際匯回始計入課稅者。在該情況下可能導致境外所在國或地區之法定稅率高於 14%，然實際有效稅率未逾 14%<sup>209</sup>。此外，依據前揭條文第 2 項規定，關係企業所在國家或地區對特定區域或特定類型企業適用特定稅率或稅制者，以該特定稅率或稅制依前項規定判斷之。這發生在，當境外公司所在國適用之一般稅率縱係超過 14%，然基於稅捐特權，所涉及之所得事實上課以較低之稅率時，此時亦存有低稅負之情況，尤其是，境外國家有扭曲市場競爭的稅捐優惠規定或是與企業達成恣意的稅務預先核釋<sup>210</sup>。

首先，有關受控外國公司所得之計算，應以哪一國家為主，不無疑義。就以德國而言，如前所述，受控外國公司之收益稅負擔係依據德國稅法所計算出之應歸戶課稅所得並以此為基礎調查其應在境外公司所在國所繳納之稅捐。我國學者有認為，根據適用辦法第 6 條第 1 項規定，受控外國公司當年度盈餘之計算係依中華民國認可之財務會計準則，從而，似以國際財務報導準則作為計算所得之依據<sup>211</sup>，且依據該準則計算之盈餘或損失，減除與加回依權益法認列之金額<sup>212</sup>。

<sup>209</sup> 請參考適用辦法第 4 條第 1 項規定：「第二條所稱低稅負區，指關係企業所在國家或地區有下列情形之一者：一、關係企業所在國家或地區之營利事業所得稅或實質類似租稅，其法定稅率未逾本法第五條第五項第二款所定稅率之百分之七十。二、關係企業所在國家或地區僅就境內來源所得課稅，境外來源所得不課稅或於實際匯回始計入課稅。」

<sup>210</sup> 請參考邱晨，前揭註 61，頁 11 以下。

<sup>211</sup> 請參考陳清秀，前揭註 206，頁 596-598。

<sup>212</sup> 請參考林隆昌（2023），〈架構個人 CFC 2023 年期初資產負債表之建議〉，《月旦會計實務研究》，70 期，頁 43。

再者，比較之標的為境外營利事業所得稅或實質類似租稅之稅率。首先，每個國家對於企業所課徵之稅捐客體為所得之稅捐即有不同之稅目，就以德國而言，涉及與企業所得相關的稅捐在國稅為法人稅，在地方層級為營利事業稅（Gewerbesteuer），我國所欲掌握者係國稅之法人稅，亦或包含所有涉及企業所得作為稅捐客體之稅目。此外，何謂實質類似租稅之稅率。稅捐之概念應依照我國法之規定，然我國對於稅捐之概念並未如同德國稅捐通則第 3 條有任何定義性之規定，如何確定境外公司所在國之法律所規定者為類似於我國稅捐概念之公法上金錢負擔<sup>213</sup>，實有疑問。

### 3. 關係企業當年度之盈餘未予分配

依據我國法之規定，應歸戶課稅之所得為受控外國公司當年度未分配之盈餘<sup>214</sup>，而這當年度盈餘之計算基礎自然包含受控外國公司之積極所得與消極所得。然受控外國公司課稅制度之立法目的在於掌握境外公司具有高度流動性之「消極所得」，這可從 OECD 之措施、ATAD 及德國之規定得知。蓋受控外國公司課稅制度之正當化論據在於防堵母公司藉由濫用設立子公司之形成自由而稅捐規避，從而，重點在於子公司在其所在國並無積極行為，而非當年度之盈餘未予分配，因此，我國之立法例以子公司當年度之盈餘未予分配作為受控外國公司課稅制度之構成要件，是否得以作為該制度之正當化論據，實有疑義，從而，我國似應借鏡國外之立法例，將我國應歸戶課稅所得修改為受控外國公司所取得之「消極所得」，以合於受控外國公司課稅制度之立論基礎。

<sup>213</sup> 亦請參考柯格鐘（2020），〈論稅捐（上）〉，《財稅法令半月刊》，43卷22期，頁36。

<sup>214</sup> 有關當年度盈餘之計算係依據適用辦法第6條第1項第1款規定：「當年度盈餘＝受控外國企業依中華民國認可財務會計準則計算之當年度稅後淨利（損）及稅後淨利（損）以外純益（損）項目計入當年度未分配盈餘之數額－第二款規定之受控外國企業源自非低稅負區採權益法認列轉投資事業之投資損益＋第三款規定之受控外國企業源自非低稅負區採權益法認列轉投資事業之投資損益已實現數＋第四款規定之受控外國企業源自處分非低稅負區採權益法認列轉投資事業股權之調整數＋依第七條規定計算之數額。」

#### 4. 未有實質營運活動

依據所得稅法第 43 條之 3 第 1 項規定，關係企業於所在國家或地區有實質營運活動者，得排除受控外國公司課稅制度之適用。復按適用辦法第 5 條規定<sup>215</sup>，所謂實質營運活動指的是，個別受控外國企業當年度盈餘在新臺幣 700 萬元以上，且（一）在設立登記地有固定營業場所，並僱用員工於當地實際經營業務以及（二）當年度投資收益、股利、利息、權利金、租賃收入及出售資產增益之合計數占營業收入淨額及非營業收入總額合計數低於 10%<sup>216</sup>，然受控外國企業將其在設立登記地自行研發無形資產或自行開發、興建、製造有形資產，提供他人使用取得權利金收入、租賃收入及出售該資產增益與經中華民國主管機關許可之銀行業、證券業、期貨業及保險業，其控制之各受控外國企業在設立登記地亦以經營銀行、證券、期貨及保險為本業者，本業收入不納入分子計算，以排除從積極行為而取得之傳統分類上列為消極所得之所得種類計入消極所得占總體所得之百分比中。

<sup>215</sup> 依據適用辦法第 5 條第 1 項至第 3 項規定：「受控外國企業於所在國家或地區有實質營運活動或當年度盈餘在一定基準以下者，得免依第八條第一項規定辦理。（第 1 項）前項所稱有實質營運活動，指受控外國企業符合下列各款要件者：一、在設立登記地有固定營業場所，並僱用員工於當地實際經營業務。二、當年度投資收益、股利、利息、權利金、租賃收入及出售資產增益之合計數占營業收入淨額及非營業收入總額合計數低於百分之十。但下列項目不納入分子或分母計算：（一）受控外國企業之海外分支機構相關收入及所得，不納入分子及分母計算。（二）受控外國企業將其在設立登記地自行研發無形資產或自行開發、興建、製造有形資產，提供他人使用取得權利金收入、租賃收入及出售該資產增益，不納入分子計算。（三）經中華民國主管機關許可之銀行業、證券業、期貨業及保險業，其控制之各受控外國企業在設立登記地亦以經營銀行、證券、期貨及保險為本業者，本業收入不納入分子計算。（第 2 項）第一項所稱當年度盈餘在一定基準以下，指個別受控外國企業當年度盈餘在新臺幣七百萬元以下。但屬中華民國境內同一營利事業直接持有股份或資本額且不符合前項有實質營運活動要件之受控外國企業當年度盈餘或虧損合計為正數且逾新臺幣七百萬元者，應就各該當年度盈餘為正數之受控外國企業，依第八條第一項規定辦理。（第 3 項）」

<sup>216</sup> 亦請參考黃士洲（2022），〈全球稅務布局、受控外國公司稅制與移轉訂價：以 Google 亞太市場為例〉，《月旦會計實務研究》，57 期，頁 78。

首先，從立法技術上，我國將受控外國公司從事實質營運活動列為受控外國公司課稅制度之消極要件，而非如同德國之立法，係將其作為阻卻事由，亦即，在合致受控外國公司課稅制度所有之要件下，藉由納稅義務人證明境外公司實質營運活動之存在，而阻卻適用受控外國公司課稅制度之法律效果。此外，從德國之立法例來看，該阻卻事由並非單方經由納稅義務人提出證明即可，在德國稅局亦有盡職權調查之義務下，境外公司所在國或其實際營運管理所在國須與德國簽訂兩國資訊交換之協議。對於我國而言，該消極要件亦須經由我國稅局依職權調查而證明，從而，在我國未能獲悉境外公司所在國稅捐資訊之情況下，我國稅局即難掌握境外公司之經濟活動，而導致該消極要件之規定在實際上根本無從證明亦無從適用之。因此，我國亦應如同德國法之規定，該消極要件之適用前提在於，我國稅局有知悉境外公司稅捐資訊之管道，這包含藉由租稅協定之簽訂或是在有可能的情況下，稅局依職權為境外營運事實之調查。

此外，就該實質營運活動之具體內容而言，首先，境外公司在設立登記地有固定營業場所，並僱用員工於當地實際經營業務。這如同歐盟最高法院在 *Cadbury Schweppes* 案中，對於真實經濟行為之要件著重在形式上境外公司從事企業行為之空間、人員與設備之組成，以代表該境外公司並非虛擬上之存在。然既然我國係規定「實質」營運活動，從而，並非單純涉及「是否」有經濟行為之存在，而係該經濟行為有特別之重要性，此外，境外公司所取得之所得種類亦非重點。因此，我國似可依循德國稅捐立法者與德國聯邦財務法院在 2018 年 6 月 13 日所持之判決見解認為，所謂「實質」，係依據營業行為之特徵要素與「重要人員功能原則」，亦即，境外公司除須穩定且持續地參與經濟活動外，其核心功能之執行必須由其本身執行之，且該行為必須導致境外公司取得特定之所得，該所得並須經由可比第三方原則之檢驗。

## （二）受控外國公司課稅制度之法律效果

關係企業在合致受控外國公司課稅制度下，依據我國所得稅法第 43 條之 3 第 1 項規定，營利事業應將該關係企業當年度之盈餘，按其持有該關係



企業股份或資本額之比率及持有期間計算，認列投資收益，計入當年度所得額課稅。準此，該法律效果為，將境外公司之利潤以擬制的發放方式而對股東課稅，以此破壞分離原則可能導致利潤之移轉。而為避免之後實際發放股利或盈餘導致法律上雙重課稅之效果，同條第 4 項前段規定，營利事業於實際獲配該關係企業股利或盈餘時，在已依第一項規定認列投資收益範圍內，不計入所得額課稅。

此外，就受控外國公司而言，在其對於該擬制分配之股利或是盈餘亦在其所在國繳納稅捐之情況下，依據所得稅法第 43 條之 3 第 4 項後段規定，其獲配股利或盈餘已依所得來源地稅法規定繳納之所得稅，於認列投資收益年度申報期間屆滿之翌日起 5 年內，得由納稅義務人提出所得來源地稅務機關發給之納稅憑證，並取得所在地中華民國駐外機構或其他經中華民國政府認許機構之驗證後，自各該認列投資收益年度結算應納稅額中扣抵；扣抵之數，不得超過因加計該投資收益，而依國內適用稅率計算增加之結算應納稅額。準此，該法所規定可扣抵者，應為境外公司在其所在國為境內母公司所扣繳之股利所得稅，而不包含境外公司在當地為自己所繳納之營利事業所得稅，從而，我國受控外國公司課稅制度所採取者為「直接稅額扣抵法」，而非德國之「間接稅額扣抵法」<sup>217</sup>。

然我國稅捐立法者未予考慮之情況在於，當境內母公司負有就擬制分配之股利或盈餘繳納稅捐之義務，且其受控外國公司在其所在國亦負有類似於我國受控外國公司課稅制度之繳納義務時，此時亦有可能產生雙重課稅之爭議。例如，位於我國境內之 A 有限責任公司持有位於 B 國受控外國公司（ZG）51%之股份。B 則 100%持有位於 C 國之受控外國公司（ZG）之股份。依據 B 國之規定，其有類似於我國所得稅法第 43 條之 3 之規定，從而 B 國將位於 C 國 ZG 之當年度未分配盈餘歸於 B 所有。而依據我國之規定，B 國 ZG 之未分配盈餘應歸於 A 所有，然該未分配盈餘之計算基礎可能包含 C 國 ZG 歸於 B 且已依據 B 國營利事業所得稅法核課稅捐之未分配盈餘。另一個產生雙重課稅之案例在於，位於我國境內之 A 有限責任公司持

<sup>217</sup> 請參考陳清秀，前揭註206，頁599-600；陳衍任，前揭註202，頁182-185。

有位於 B 國之 B 有限公司已發行有表決權之股份總數 40%。B 有限公司則 100%持有位於 C 國之受控外國公司（ZG）之股份。依據 B 國之規定，其有類似於我國所得稅法第 43 條之 3 之規定，從而 B 國將該 C 國 ZG 之當年度未分配盈餘歸於 B 有限公司所有。依據我國法之規定，由於 B 有限公司為 A 有限責任公司之關係人，從而，B 持有 ZG 之股份數完全計入於 A，因此 A 亦控制持有 ZG。這導致，C 國 ZG 之未分配盈餘已歸於 B 而依據 B 國規定核課稅捐，而該筆未分配盈餘仍須歸於 A 而依據我國所得稅法第 43 條之 3 繳納稅捐。該經濟上之雙重課稅，如何消弭之，有待我國未來之修法。

## 陸、結 論

德國於 1972 年成為僅次於美國而設立受控外國公司課稅制度之國家，其間受到歐盟最高法院判決見解、OECD 之 BEPS 行動方案、歐盟 ATAD 反避稅指令與德國聯邦財務法院見解之影響，歷經多次修正，目前最新之版本則為 2021 年 7 月所修訂。因此，德國受控外國公司課稅制度的立法過程在反映國際稅法、歐盟稅法的發展與改革。從而，實可成為我國今年開始施行之受控外國公司課稅制度之典範。

新版德國受控外國公司課稅制度修正之重點包含以下幾點：

### 一、受控外國公司課稅制度之擴大適用

新版之德國涉外稅法第 7 條第 1 項第 1 句要求，境內非限制之納稅義務人必須控制持有在境外「確實存在」之在德國法人稅法規定下所在地與實際管理處所位於境外之法人、人合組織體或是財產集合體。此外，依據該法第 7 條第 1 項第 1 句後段規定，該持有包含直接與間接持有。再者，限制之納稅義務人在境內之常設機構從事營業行為且持有境外之受控外國公司時，該限制之納稅義務人亦得成為受控外國公司課稅制度之稅捐主體。其次，不具有法人資格之從事營業行為之人合團體，例如合夥，亦得成為關係人，而在間接持有下，當這個持有境外公司註冊資本額之關係人，依據德國涉外稅法或是訂有類似於德國涉外稅法有關受控外國公司課稅制度之外國法規定

負有歸戶課稅之義務且其本身所取得之應歸戶課稅所得因此不存有較低稅負之適用時，則該間接持有之情況排除德國受控外國公司課稅制度之適用。最後，非限制之納稅義務人在境外之常設機構屬於非法人團體之型態且其所取得之應歸戶課稅所得根據避免雙重課稅協定不予課稅時，此時該境外之常設機構亦適用受控外國公司課稅規定。此即明顯擴大受控外國公司課稅制度之適用範圍。

## 二、應歸戶課稅之範圍為非源自於積極行為所取得之所得

德國立法者認為，受控外國公司課稅制度之立法目的著重在區別境外公司具有特定的具體行動，以排除受控外國公司課稅制度之適用。從而，重點在於所得係基於積極或是消極行為而取得，而非特定的所得種類。因此，德國立法者在德國涉外稅法第 8 條第 1 項明定屬於從事積極行為之類型並定義之，同時在立法技術上，依循原則、例外與例外之例外之立法方式，規定在從事該等經濟活動下構成何者要件時，即應歸屬於例外之消極行為之類型，而應適用受控外國公司之課稅制度，而在認定為消極行為之下，當納稅義務人得以證明境外公司有實質經濟上之功能時，又可被認定屬於積極行為。

## 三、低稅負要件之清楚明訂

所謂低稅率係以德國稅法之一般原則而計算出之境外公司應歸戶課稅所得為主，而當在境外公司所在國適用之一般稅率縱係超過 25%，然基於稅捐特權，所涉及之所得事實上課以較低之稅率時，亦存有低稅負之情況。

此外，境外任何形式之收益稅均應考量在內，不論從何種層級之公法人所課徵。至於在境外所核定之款項是否屬於稅捐，依據德國聯邦財務法院之見解，在歐盟會員國境內所核定之款項，只要合致於德國稅捐通則第 3 條第 1 項稅捐之要件，即為稅捐性質，並且會進入到德國涉外稅法第 8 條第 5 項收益稅負擔之計算中。

## 四、反證規定之內容修改為實質之經濟行為

有關反證之內容，舊版之德國涉外稅法是「實際」之經濟行為，新版之德國涉外稅法則修正為「實質」之經濟行為。差別之實益在於，「實際」代

表真實存在，而「實質」則代表有特別之重要性。此外，實質經濟行為要求，境外公司在其所在國所從事之行為必須具有必要之物與人之組成。這衍生出，該行為必須藉由具有足夠資格之人員在以獨立且自我負責之方式下從事之。從而，實質之概念會藉由相關之行為所取得之所得為認定，申言之，該行為必須導致境外公司取得特定之所得。這代表著，重要之功能在涉及各別收益之形成下有被執行。在此，必須一併從「可比第三方原則」檢視，所得之形成並非藉由人為之收益與費用之調整而形成。

### 五、採取間接稅額扣抵法作為避免雙重課稅之方式

依據德國涉外稅法第 12 條第 1 項規定，納稅義務人所負擔之所得稅或是法人稅包含應歸戶課稅所得時，境外公司對該應歸戶課稅所得實際所繳納之稅捐可從納稅義務人之所得稅或是法人稅予以扣抵。從而，該實際所繳納之稅捐包含境外公司為納稅義務人所扣繳之股利所得稅與境外公司為其自己所繳納之法人稅。

從而，借鏡德國新版之受控外國公司課稅制度，本文提出我國所得稅法第 43 條之 3 之修法建議：

#### 一、受控外國公司課稅制度適用範圍應擴大

以目前我國法之規定觀之，關係人之主體資格應僅限於營利事業及自然人，而不包含獨資或是合夥。至於受控外國公司之組織型態似乎為境外之資合公司。然境內納稅義務人仍有可能透過持有境外從事營業行為之非法人團體或是藉由境外之常設機構而為利潤之移轉。為了防堵全面的利潤移轉可能性，本文認為關係人應包含我國非法人團體而從事營業行為之獨資或是合夥；並有限制的承認受控外國公司為常設機構之可能。至於具有法人性質之外國分公司，由於在我國法制之下，分公司之盈餘係與總公司合併計算，從而並不會產生關係企業因分離課稅原則所產生之屏蔽效應，因此，就我國而言，受控外國公司之組織型態並不會擴及至分公司。

#### 二、就低稅負之要件應有所說明

由於每個國家對於企業所課徵之稅捐客體為所得之稅捐有不同之稅目，就以德國而言，涉及與企業所得相關的稅捐在國稅為法人稅，在地方層級為

營利事業稅，我國所欲掌握者係國稅之法人稅，亦或包含所有涉及企業所得作為稅捐客體之稅目。此外，何謂實質類似租稅之稅率。蓋稅捐之概念應依照我國法之規定，然我國對於稅捐之概念並未如同德國稅捐通則第 3 條有任何定義性之規定，如何確定境外公司所在國之法律所規定者為類似於我國稅捐概念之公法上金錢負擔，實有疑問。

### 三、應歸戶課稅之所得應修改為受控外國公司所取得之消極所得

依據我國法之規定，應歸戶課稅之所得為受控外國公司未分配之當年度盈餘。然由於受控外國公司課稅制度之規範意義與目的在於避免消極且課以低稅率之所得被移轉，從而在體系上，消極所得為關注之重點。因此，所應掌握者應僅限於消極所得。

### 四、實質營運活動應增訂適用之前提要件

從立法技術上，我國將受控外國公司從事實質營運活動列為受控外國公司課稅制度之消極要件，然該消極要件亦應經由我國稅局依職權調查而證明，從而，在我國未能獲悉境外公司所在國稅捐資訊之情況下，我國稅局即難掌握境外公司之經濟活動，而導致該消極要件之規定在實際上根本無從證明亦無從適用之。因此，我國亦應如同德國法之規定，該消極要件之適用前提在於，我國稅局有知悉境外公司稅捐資訊之管道，這包含藉由租稅協定之簽訂或是在有可能的情況下，稅局依職權為境外營運事實之調查。

此外，所謂「實質」，應依據營業行為之特徵要素與「重要人員功能原則」，亦即，境外公司除須穩定且持續地參與經濟活動外，其核心功能之執行必須由其本身執行之，且該行為必須導致境外公司取得特定之所得，該所得並須經由可比第三方原則之檢驗。

### 五、應增訂在成立相互聯結之受控外國公司下如何避免雙重課稅之規定

我國稅捐立法者未予考慮之情況在於，當境內母公司負有就擬制分配之股利或盈餘繳納稅捐之義務且其境外受控外國公司在其所在國亦負有類似於我國受控外國公司課稅制度之繳納義務或是在間接持有下應歸戶課稅所得重複計入關係人與納稅義務人所得稅或是法人稅之稅基時，此時即有可能

產生雙重課稅之爭議。該經濟上之雙重課稅，如何消弭之，有待我國未來之修法。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- Joachim Englisch (著), 邱晨 (譯) (2016), 〈客觀淨額所得原則的憲法基礎以及界限〉, 《成大法學》, 31 期, 頁 55-102。
- 吳德華 (2008), 〈美國有限責任公司課稅方法之探討：以聯邦及紐約州為例〉, 《中原財經法學》, 20 期, 頁 149-191。
- 林家玉、江向才 (2022), 〈受控外國公司國際反避稅制度之探討〉, 《財稅研究》, 51 卷 4 期, 頁 25-50。
- 林隆昌 (2023), 〈架構個人 CFC 2023 年期初資產負債表之建議〉, 《月旦會計實務研究》, 70 期, 頁 38-46。  
<https://doi.org/10.3966/168067192016060031002>
- 邱晨 (2015), 〈德國所得稅法個人營業所得以及私有財產管理所得的一般界限〉, 《月旦財經法雜誌》, 37 期, 頁 159-186。  
<https://doi.org/10.3966/1815008X2015110037006>
- (2016), 〈德國法上稅捐規避防堵的法理論基礎〉, 《輔仁法學》, 51 期, 頁 123-220。
- (2017), 〈德國法上稅捐規避防堵的概括條款：以探討稅捐規避之構成要件及法適用為中心〉, 《東吳法律學報》, 29 卷 1 期, 頁 127-164。
- (2020), 〈歐盟稅法上「禁止國家補貼原則」在直接稅之適用：以歐盟法院之實踐為中心〉, 《臺北大學法學論叢》, 115 期, 頁 1-59。
- (2023), 〈數位經濟之課稅趨勢：以探討 OECD 與歐盟在所得稅之發展為主〉, 《臺大法學論叢》, 52 卷 1 期, 頁 1-71。  
[https://doi.org/10.6199/NTULJ.202303\\_52\(1\).0001](https://doi.org/10.6199/NTULJ.202303_52(1).0001)
- 柯格鐘 (2020), 〈論稅捐 (上)〉, 《財稅法令半月刊》, 43 卷 22 期, 頁 36-48。

- 陳衍任（2015），〈量能原則國際稅法之適用（中）：兼評受控外國公司課稅法案〉，《稅務旬刊》，2281 期，頁 18-22。
- （2019），〈國際稅法上的「經濟實質」標準：兼論境外公司經濟實質法案〉，《月旦會計實務研究》，16 期，頁 72-82。  
<http://doi.org/10.3966/252260962019040016009>
- （2022），〈「全球最低稅負制」對國際稅法的衝擊與挑戰〉，《臺大法學論叢》，51 卷 4 期，頁 1453-1541。  
[https://doi.org/10.6199/NTULJ.202212\\_51\(4\).0003](https://doi.org/10.6199/NTULJ.202212_51(4).0003)
- （2022），〈跨國公司間股利分配時的雙重課稅防免措施〉，《東吳法律學報》，33 卷 3 期，頁 155-212。
- 陳清秀（2021），〈使混合錯配安排的影響無效化（BEPS 行動方案 2）之探討〉，收於：黃茂榮、葛克昌、陳清秀（主編），《BEPS 行動方案與國際稅法》，頁 179-205，元照。
- （2021），《國際稅法》，增修 5 版，元照。
- （2021），《稅法各論（上）》，增修 4 版，元照。
- 黃士洲（2017），〈臺德受控外國企業稅制與裁判比較〉，《財稅研究》，46 卷 2 期，頁 177-192。
- （2022），〈全球稅務布局、受控外國公司稅制與移轉訂價：以 Google 亞太市場為例〉，《月旦會計實務研究》，57 期，頁 72-81。  
<https://doi.org/10.53106/252260962022090057008>
- 黃源浩（2020），〈歐洲稅法觀點下的常設機構：從母子公司指令到數位常設機構指令草案〉，《會計師季刊》，285 期，頁 17-26。

## 二、英文部分

- Organisation for Economic Co-operation and Development (2015). *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3: 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.  
<https://doi.org/10.1787/9789264241152-en>



- (2015, April 3). *Public Discussion Draft BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules*. v. 3.4.2015. <https://drtp.ca/wp-content/uploads/2015/09/oecd-discussion-draft-beps-action-3-strengthening-CFC-rules-03.04.2015.pdf>
- (2021). *Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*. <https://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2021.pdf>

### 三、德文部分

- Bernhardt, L. (2018). Neue Verrechnungspreisvorschriften in Deutschland infolge der BEPS-Aktionspunkte 8 bis 10. In A. Oestreicher (Hrsg.), *BEPS konkret und weitere Entwicklungen im deutschen Steuerrecht* (S. 61-73). NWB.
- Brandis, P./Heuermann, B. (2022). *Ertragsteuerrecht*. (166. Aufl.). Vahlen.
- Brüggen, N. (2022). *Wertschöpfungsgerechte Betriebsstättenbesteuerung*. Dissertation zur Erlangung des Grades Doktor der Wirtschaftswissenschaft (Dr. rer. pol.) der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.
- Demleitner, A. (2012). Hinzurechnungsbesteuerung nach US-amerikanischem Recht. *Internationales Steuerrecht*, 459-462.
- Echterfeld, K. (2017). *Systematisierung und Konzipierung passiver Einkünfte*. Dr. Kovač.
- Eding, V. (2015). *Die Hinzurechnungsbesteuerung im deutschen Steuerrecht*. GRIN.
- Fuhrmann, S./Geurts, M./Nientimp, A./Wilmanns, J. (Hrsg.) (2023). *Außensteuergesetz Kommentar* (4. Aufl.). NWB.
- Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (2023). *Das Recht der Europäischen Union Kommentar* (79. Aufl., Bd. 1). C.H.Beck.
- Greil, S./Fehling, D. (2017). Verrechnungspreisbestimmung im Zeitalter der Digitalisierung. *Internationales Steuerrecht*, 757-765.

- Haase, F. (2016). *Außensteuergesetz Doppelbesteuerungsabkommen* (3. Aufl.). C.F. Müller.
- Haase, F./Nürnberg, P. (2021). *Die neue Hinzurechnungsbesteuerung*. (3. Aufl.). NWB.
- Häffner, E. (2022). *Base Erosion and Profit Shifting 2.0 (BEPS 2.0). Die globale Steuerreform der OECD/G20*. GRIN.
- Heckerodt, D./van Lück, N. (2020). Die deutsche Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall. *Internationales Steuerrecht*, 857-866.
- Hermann, C./Heuer, G./Raupach, A. (2016). *Einkommensteuergesetz/Körperschaftsteuergesetz Kommentar*. Otto Schmidt.
- Hottmann, J. (2023). Außerordentliche Aufwendungen und Erträge. In A. Hendrik/B. Lukas/F. Charlotte u.a. (Hrsg.), *Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon* (Edition 64). C.H.Beck.
- Joder, K. (2022). *Die Hinzurechnungsbesteuerung als Treaty Override: Zwischen legitimer Missbrauchsbekämpfung und Unionsrechtsverstoß* (Bd. 176). Duncker & Humblot.
- Kanduth-Kristen, S./Müller-Thomczik, S./Reiter, L. (2021). Die Umsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung gemäß ATAD in Deutschland und in Österreich: zentrale Aspekte im Rechtsvergleich. *Internationales Steuerrecht*, 533-545.
- Kortendick, A./Ekinci, O. (2020). Das neue Beherrschungskonzept in der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem ATADUmsG (RefE). *Internationales Steuerrecht*, 615-622.
- Kraft, G. (2019). *Außensteuergesetz Kommentar* (2. Aufl.). C.H.Beck.
- Kreienbaum, M. (2018). Hinzurechnungsbesteuerung. In M. Lang (Hrsg.), *Europäisches Steuerrecht* (Bd. 41, S. 475-492). Otto Schmidt.  
<https://doi.org/10.9785/9783504386009-011>

- Kroniger, A./Thies, A. (2002). Anwendung des check the box-Systems auf die KGaA als Joint Venture-Vehikel. *Internationales Steuerrecht*, 397-405.
- Lüdicke, J./Richter, T. (2018). § 20 Internationales Steuerrecht. In J. Lüdicke/ C. Sistermann (Hrsg.), *Unternehmensteuerrecht* (2. Aufl., § 20 Rn. 1-Rn. 134). C.H.Beck.
- Maack, A. (2021). *Analyse der Hinzurechnungsbesteuerung unter Berücksichtigung der ATAD-Richtlinie* (Bd. 167). Dr. Kovač.
- Maack, T./Stöbener, J. (2008). Die Niedrigbesteuerung des § 8 Abs. 3 AStG bei ausländischen Betriebsstätten. *Internationales Steuerrecht*, 461-465.
- Nürnberg, P. (2023). Nahestehende Personen. In A. Hendrik/B. Lukas/F. Charlotte u.a. (Hrsg.), *Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon* (Edition 64). C.H.Beck.
- Polatzky, R./Michelberger, L. (2023). Die Umsetzung der globalen Mindestbesteuerung in Deutschland im Lichte der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG. *Internationales Steuerrecht*, 89-92.
- Richter, L./Lentes, P. (2023). Zur Allokation von erfassten Steuern im Spannungsfeld von Pillar Two und Hinzurechnungsbesteuerung. *Internationales Steuerrecht*, 409-415.
- Sassmann, J./Schenkel, A. (2018). Berücksichtigung von Exit Tax und Tax Amortisation Benefits bei der Verrechnungspreisermittlung im Rahmen von Funktionsverlagerungen. *Internationales Steuerrecht*, 954-957.
- Schaumburg, H./Englisch, J./Dobratz, L./Fehling, D./Flüchter, K./Kofler, G./Oellerich, I./Reimer, E. (2020). *Europäisches Steuerrecht* (2. Aufl.). Otto Schmidt.
- Schindler, J. (2022). *Internationale Steuervermeidungsstrategien: Welche Folgen hat die Hinzurechnungsbesteuerung hinsichtlich des ATAD-Umsetzungsgesetzes und Steueroasen-Abwehrgesetzes?* GRIN.

- Schneider, H. (2023). Der Gegenbeweis nach § 8 Abs. 2 bis 4 AStG nF im Lichte des Unionsrechts. *Internationales Steuerrecht*, 501-505.
- Schnitger, A./Rasch, S./Holle, F. (Hrsg.) (2022). *Nationales und internationales Unternehmenssteuerrecht im Fokus*. NWB.
- Schönfeld, J. (2018). Grenzüberschreitende Leistungsbeziehungen im Konzern. In M. Lang (Hrsg.), *Europäisches Steuerrecht* (Bd. 41, S. 493-534). Otto Schmidt. <https://doi.org/10.9785/9783504386009-012>
- Schwarz, B./Pahlke, A. (2023). *Kommentar zur Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung*. Haufe.
- Seubert, M. (2020). *Die außensteuerliche Hinzurechnungsbesteuerung de lege lata: Eine kritische Untersuchung der §§ 7-14 AStG unter besonderer Berücksichtigung aktueller Reformentwicklungen im Kontext der Anti-Tax-Avoidance-Directive I*. GRIN.
- Spahn, M. (2018). Die Umsetzung der OECD/G20 Empfehlungen zur Auflösung von „Hybrid Mismatches“ in deutsches Recht. In A. Oestreicher (Hrsg.), *BEPS konkret und weitere Entwicklungen im deutschen Steuerrecht* (S. 49-59). NWB.
- Staringer, C. (2013). Sollen Betriebsstätten wie Tochtergesellschaften besteuert werden? In M. Achatz (Hrsg.), *Internationales Steuerrecht*, (Bd. 36, S. 261-273). Otto Schmidt. <https://doi.org/10.9785/ovs.9783504383589.261>
- Tipke, K./Lang, J. (2021). *Steuerrecht* (24. Aufl.). Otto Schmidt.
- Trennheuser, J. (2014). *US-amerikanische Subpart F-legislation und deutsche Hinzurechnungsbesteuerung*. Springer Gabler. <https://doi.org/10.1007/978-3-658-07198-1>
- Vogel, K./Lehner, M. (2021). *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar* (7. Aufl.). C.H.Beck.
- von Brocke, K./Hackemann, T. (2010). BFH: Die Niederlassungsfreiheit beschränkt die Hinzurechnungsbesteuerung Anmerkungen zu dem BFH-

Schlussurteil in der EuGH-Rs. „Columbus Container”. *Deutsches Steuerrecht*, 368-371.

Weber, G. (2009). Die Abgrenzung zwischen Erwerbs- und Privatsphäre nach dem Veranlassungsprinzip. *Steuer und Wirtschaft*, 184-198.  
<https://doi.org/10.9785/stuw-2009-860209>

Zieglmaier, H. (2018). *Die Hinzurechnungsbesteuerung als Instrument gegen Steuerumgehung*. Dr. Kovač.

Zilch, L. (2022). *Reform der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung – Reichweite und Ausgestaltung des Motivtests*. Kassel. <https://doi.org/10.17170/kobra-202208156626>

## Research on the Controlled Foreign Corporation

*Chen Chiu\**

### Abstract

In 1972, Germany became the second country after the United States to establish the Controlled Foreign Corporation (CFC). During this period, it was influenced by the judgments of the EU Supreme Court, the OECD's BEPS action plan, the EU Anti-Tax Avoidance Directive and the opinions of the German Federal Financial Court. It has been revised many times, and the latest version was revised in July 2021. The development and reform of international tax law and EU tax law reflect the legislative process of the CFC in Germany. The key points of the revision of the new German CFC include: the expansion of the application of the CFC, the income from active activities is excluded from the scope of application of CFC, the actual tax burden is used as the basis for determining a low tax burden, the content of counter-evidence is modified into substantive economic behavior and the indirect tax deduction method is adopted as a way to avoid double taxation. Taiwan's CFC, in contrast, there are still many disputes that need to be clarified. Therefore, the development of European Union's and Germany's CFC in terms of dogmatic and trial practice will definitely contribute to Taiwan. Consequently, this article uses Germany's experience and suggests amending Article 43-3 of Taiwan's Income Tax Law, in particular expansion of the scope of application of CFC, passive income is as the scope of tax by CFC, the actual tax burden is used as the basis for determining a low tax burden, substantive operating activities should be added on the applicable elements and exceptions from exceptions, provisions should be added on how to avoid double taxation when establishing interconnected CFC. It is hoped that Taiwan's CFC will be in line with international standards as soon as possible and learn the lesson from the

---

\* Professor, Graduate Department of Law, Fu Jen Catholic University.  
E-mail: 128199@mail.fju.edu.tw

European Union and Germany, so that Taiwan can respond to the variation of the international tax system.

**Keywords:** Controlled Foreign Corporation, tax avoidance, overseas company, related party, passive income, low tax burden, substantive economic behavior, permanent establishment, avoidance of double taxation, substantive operating activities

