



國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

所得稅協定及協定競購之濫用防免

Tax Treaties and Anti-Treaty Shopping Measures

葉子寧

Tzu-Ning Yeh

指導教授：柯格鐘 博士

Advisor: Ke- Chung Ko, Ph.D.

中華民國 110 年 10 月

October 2021



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

所得稅協定及協定競購之濫用防免
Tax Treaties and Anti-Treaty Shopping Measures

本論文係 葉子寧 君 (R05A21072) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國110年08月04日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

柯裕隆

口試委員：

陳衍仁

柯裕隆

陳清香

謝辭



本文在最後的撰寫期間及口試時，遇到新冠疫情期間，生活影響甚大，實為過去不曾想像，惟卻也因此能留有更多時間，於一隅之地潛心研究、沉澱，實為可貴。在這樣的特殊時期，才令人深刻明瞭，過去曾以為的日常，如此寶貴。本篇論文的完成須感謝諸多貴人，以下逐一致謝，倘有疏漏，在此望予海涵。

感謝恩師柯格鐘老師。感謝老師於研究所期間的諄諄教誨，使我能學習到各種稅法知識，同時也認識到稅法與不同領域的結合及運用。除此之外，於此期間更有幸擔任老師研究計畫之助理工作，使我受益良多，時常從中感受到老師對於稅法研究的熱忱與期盼，令我深感欽佩。更要感謝老師對於此論文撰寫時諸多指導與建議，老師總能快速釐清問題，並給予我諸多寫作的寶貴建議，最後始能有本論文的完成，學生不勝感激；同時感謝老師時常的鼓勵，我也將銘記於心。

感謝口試委員陳清秀老師。感謝老師於口試時對於本論文提出諸多寶貴的意見，也指出本論文的不足之處，甚至主動提供相關之資料，學生對此十分感激。本論文也參考老師諸多相關論著，才使我撰寫期間能更快地看出相關議題的重點，並從中發想出討論議題，學生受惠良多。

感謝口試委員陳衍任老師。感謝老師於口試時對於本論文提出各種精闢的見解，尤其對於論文基礎定義乃至於比較法上的概念連結，提供諸多寶貴的意見，使本論文的各種見解能具有連貫性。十分感謝老師於國際稅法課程的教導，學生從中汲取論文發想的各種養分，本論文也才能有機會提出。

感謝我的父母與姊妹。非常感謝您們對於我漫長求學生涯的包容，倘若沒有您的耐心陪伴與支持，此論文也無法撰寫完成。每當遇到困頓時，只要想著有您的陪伴，一切似乎也能迎刃而解。

感謝璟汶，感謝你從大學時期一直以來的陪伴，如果沒有你的督促，我大概也無法到此學習。在論文寫作期間，也感謝你在我自我躲藏、逃避的時刻，總會奮力

地將我拉起，讓我能繼續往前邁進。每當我猶豫不決，你卻比我還義憤填膺，謝謝你一直以來的愛護與扶持，謝謝你的相信，有你真好。

感謝稅法組的同學：R05 的大家，佳樺、林芊、布拉、育寧、睿宏、詣峰，從入學前的讀書會、招生會、研討會、普華盃，還有各種聚餐時光，都充滿了珍貴的回憶，非常感謝能有你們一起渡過。感謝承佑、俊瑤、韻容，一起辦了很多研討會，以及在稅法中心談天的時光都十分快樂且珍貴。感謝薰云、建廷，在研究助理期間，好在有你們一起分擔，才能順利完成；感謝韻璇、蕙竹，在研究所最後階段，感謝有妳們不時的聊天與陪伴。感謝法律女排的大家，大哥、培陪、阿之、大貓，感謝你們不論在球場上或研究生涯都給予我諸多支持與幫助。感謝小郭、勝庭、韻雯、冠儒，才讓我的研究所生涯增添許多趣味；也感謝院辦夥伴 Vivian、瑜絹、星逸，除了工作期間外，也給予我許多的幫助。感謝國考夥伴念竹、嘉威，在最艱難的時候有你們的陪伴。感謝在研究所期間遇到的你們，你們就是我在台大生活的全部。

感謝看到這篇論文的您，本篇論文充斥著不成熟的語句，期盼我對於相關文獻的理解，能提供您對於此領域研究的一點問題意識與發想，那就再好不過了

最後感謝終於完成論文的自己，其實在選定國際稅法的研究題目後也經歷不斷地自我懷疑，過程中也充滿著掙扎與匆促，成果雖然不盡完美，但能堅持走完碩士班的最後一哩路，真是太好了。

在論文寫作期間，經歷了一遍又一遍的修改過程，其實積累了不少負面情緒。然而在論文繳交的前夕，竟油然而升起一分不捨的心情，記錄下此刻的念想，以時刻提醒自己這將是起點而不是學習的終點，並期盼自己未來能繼續在稅法的路上邁進。

2021 年 9 月 28 日
葉子寧 謹致
於 霖澤館 1809 室

中文摘要



本文旨在探討所得稅協定與協定競購行為的防免措施。所得稅協定的起源，係伴隨跨國貿易的需求而生，為解決跨國貿易的雙重課稅問題，藉由雙邊國家訂立所得稅協定，調整雙邊國家對於跨境交易經濟成果之課稅管轄權，以期減少納稅人之稅捐負擔，進而促進跨境貿易的發展。然而所得稅協定所賦予的稅捐利益，卻反而成為跨國集團利用以避稅的手段之一，甚至導致雙重不課稅的情形，其中所得稅協定競購行為(Treaty Shopping)即為常見的濫用型態，BEPS 行動方案第 6 號中，即將其提出並呼籲各國政府應與防杜，顯見其重要性。我國雖並非 OECD 會員國，然我國目前已簽訂之所得稅協定範本多參照 OECD 所制定，因此協定競購行為避稅模式所產生之風險，我國亦應予以重視，以避免我國稅基的流失；且國際稅法議題並非侷限於單一國家之主權範圍，往往牽一髮而動全身相互影響，我國自當無法置身事外。因此本文透過法釋義學觀點，先就所得稅協定與協定競購行為之概念與性質進行說明，並開啟後續對於協定競購行為防免方式的探討。所得稅協定競購，為國際稅捐規避行為，關於協定競購之防免方式，比較法上主要分為所得稅協定條款中的防免濫用條款與在內國法中制定特別防杜條款兩種路徑。在所得稅協定條款的防杜中，早期主要透過確認適用所得稅協定之主體為所得的「受益所有人」為核心；此外，近年 OECD 協定範本亦參照美國協定範本納入「利益限制條款」，透過更明確的要件以確認適用協定的主體之居民身分。然本文認為，所得稅協定競購行為的防免，除上述以協定條款的方式防杜以外，更應在內國法中建立相應的特別稅捐規避防杜條款，故參考德國所得稅法之規定，以作為我國未來立法建議。

關鍵字：所得稅協定、所得稅協定競購行為、所得稅協定範本、受益所有人、利益限制條款、主要目的測試。

Abstract

This thesis is aimed at discussing treaty shopping and anti-treaty shopping measures. The origin of income tax treaties was accompanied by the rapid development of international trade. In order to eliminate double taxation and facilitate cross-broad trading, many countries entering into a bilateral tax treaty, which reduces the tax burden of bilateral residents through the previous negotiation of jurisdiction to tax. However, some taxpayers obtain the benefit of tax treaties by improper use of treaties that even lead to double non-taxation circumstances. Treaty shopping is one of the most common types of improper use of treaties, which has been emphasized in the BEPS action 6. Although we are not the member states of OECD, income tax treaties which we have been signed, are mostly based on the model tax convention of OECD. Due to the reason above, we have to attach great importance to the problem of treaty shopping, and prevent the base erosion in our country.

This thesis begins with the introduction of income tax treaties and the definition of treaty shopping. It then goes onto the following discussion of anti-treaty shopping measures. According to the comparative law, there are two approaches to combat the treaty shopping issue. One of them is included relevant clauses in bilateral tax treaties, the other is enacting a specialized regulation in domestic law. With regard to the anti-treaty shopping measures in tax treaties, the conception of beneficial owner has always played a vital role. Furthermore, OECD adopts the limited on beneficial clauses in the 2017 model tax convention, which is an important measure that originated in the US model tax convention, to avoid treaty shopping. In addition, the thesis concludes that anti-treaty shopping rule must be enacted in our income tax law.

Keyword: Tax Treaty, Treaty Shopping, Beneficial Owner, Model Tax Convention, Limit on Benefit Clause, the principal purposes test





目錄

第一章 緒論.....	1
第一節 問題意識.....	1
第一項 所得稅協定簡介.....	1
第一款 所得稅協定之起源.....	1
第二款 所得稅協定之目的.....	3
第二項 所得稅協定濫用相關案例介紹.....	5
第一款 Double Irish with a Dutch sandwich.....	5
第二款 我國實務與所得稅協定相關之案例.....	9
第三項 我國現行法對於所得稅協定競購防制之不足.....	13
第二節 研究範圍及方法.....	14
第三節 論文架構.....	15
第二章 所得稅協定與所得稅協定競購 (Treaty Shopping)	17
第一節 所得稅協定.....	17
第一項 所得稅協定之定義.....	18
第二項 所得稅協定之效力範圍.....	19
第三項 我國現行法下所得稅協定之範圍.....	21
第四項 所得稅協定範本簡介.....	23
第一款 OECD 所得稅協定範本.....	23
第二款 聯合國(UN)範本.....	26
第三款 美國(US)範本.....	27
第四款 小結.....	29
第五項 我國所得稅協定及其適用問題.....	29
第一款 締結程序及法律位階.....	30
第二款 條約與內國法的轉換.....	35
第三款 小結.....	38
第二節 所得稅協定競購 (Treaty Shopping)	39
第一項 所得稅協定競購之定義.....	39
第二項 所得稅協定競購之性質.....	40
第一款 稅捐規避.....	41
第二款 稅捐規避行為的防杜.....	52
第三項 所得稅協定條款防免措施.....	61
第三章 「個人」以所得稅協定競購取得稅捐利益.....	63
第一節 所得稅協定稅籍居民之認定標準.....	63
第二節 內國稅法作為主要判斷方式.....	64

第一項 以「住居地」作為判斷.....	64
第一款 我國所得稅法對於「個人」稅捐主體認定.....	64
第二款 德國法之個人居民認定方式.....	66
第二項 以「國籍」作為判斷基準：美國法之個人居民認定方式.....	66
第一款 美國公民(citizens).....	67
第二款 非美國公民.....	67
第三節 以所得稅協定範本解決內國法上稅籍居民認定衝突.....	71
第四節 以個人為主體之協定競購類型.....	74
第一項 透過「導管公司」的架設以適用所得稅協定.....	74
第一款 導管公司之定義.....	74
第二款 利用導管公司之典型案例.....	76
第三款 導管公司與特定內國稅法制度之利用.....	79
第二項 透過住所移轉以適用所得稅協定.....	83
第五節 所得稅協定競購行為之防免方式.....	84
第一項 國際稅法上之相關防免措施.....	84
第一款 受益所有人(beneficial owner).....	84
第二款 利益限制條款(Limitation on Benefits Clauses, LOB).....	90
第二項 以內國稅法防免之方式(日本所得稅法第 60 條之 2).....	92
第三項 協定競購行為特別防杜條款與我國法之適用關係.....	93
第一款 境外投資與協定競購行為.....	94
第二款 境內投資部分.....	96
第六節 本章小結.....	98
第四章「營利事業」以所得稅協定競購取得稅捐利益.....	99
第一節 所得稅協定中營利事業稅籍居民之認定標準.....	99
第一項 內國稅法作為主要判斷方式.....	99
第一款 設立準據法主義.....	100
第二款 本公司所在地主義.....	100
第三款 本公司所在地與管理支配地主義.....	102
第二項 以所得稅協定解決內國法上稅籍居民認定衝突.....	103
第二節 營利事業常見所得稅協定競購類型.....	104
第一項 與股利相關之所得稅協定競購行為.....	104
第二項 與利息相關的協定競購行為.....	107
第三項 與權利金相關的協定競購行為.....	109
第三節 對於營利事業協定競購之防制措施.....	113
第一項 所得稅協定條款之防杜.....	113
第一款 受益所有人(beneficial owner).....	113
第二款 利益限制條款(Limitation on Benefits Clauses, LOB).....	113
第三款 利益限制條款與受益所有人之適用關係.....	134

第四款 多邊公約作為防杜方式	135
第二項 以內國法作為防杜方式	136
第一款 德國法參考	136
第二款 我國特別防杜條款建置與現行法之適用關係	145
第四節 本章小結	150
第五章 OECD 協定範本之一般性濫用防免措施	151
第一節 所得稅協定條款之補充	151
第一項 納入所得稅協定中「前言」之建議	151
第二項 所得稅協定範本之主要目的測試條款 (the principal purposes test, PPT)	151
第三項 我國法上之主要目的測試條款	156
第二節 本章小結	158
第六章 結論	159
參考資料	162
附錄一	169

圖目錄



圖 1-1：Double Irishy 組織架構.....	6
圖 1-2：Double Irish with a Dutch sandwich 組織架構.....	8
圖 1-3：臺北高等行政法院 104 年訴字第 500 號判決事實關係圖.....	9
圖 1-4：臺北高等行政法院 97 年訴字第 898 號判決事實關係圖.....	11
圖 3-1 導管公司之直接利用關係圖.....	76
圖 3-2 中間墊腳石公司關係圖.....	78
圖 3-3 導管公司與持股免稅制度.....	80
圖 3-4：導管公司與稅捐減省免稅額條款.....	82
圖 3-5：境外投資與協定競購行為關係圖.....	94
圖 3-6：境內投資與協定競購行為關係圖.....	96
圖 4-1 與利息相關之協定競購行為.....	109
圖 4-2 與權利金相關之協定競購行為.....	112
圖 4-3 所有權測試及稅基侵蝕測試之集團關係示意圖.....	122
圖 4-4 所有權測試及稅基侵蝕測試之集團關係示意圖-2.....	124
圖 4-5 「相同稅捐減免」要件判斷之交易關係圖.....	141
圖 5-1 股份收益轉讓關係圖.....	153

表目錄



表 2-1：全面性所得稅協定列表.....	21
表 2-2：單項所得稅協定列表.....	22



第一章 緒論

第一節 問題意識

在全球化經貿發展下，跨國性商業交易為日常生活不可或缺的一環，在此同時，從事跨國交易之納稅人無不極力追求稅捐負擔的最小化，也因而衍生國際性的稅捐規避與逃漏稅之問題；故國際性的反避稅成為世界各國政府的共同課題。國際組織 OECD 亦致力於國際性稅捐規避及逃漏稅行為之防杜，並建置稅基侵蝕及稅基移轉(Base Erosion and Profit Shifting, BEPS)行動方案，在該行動方案中就各國就目前常見之避稅類型，共提出 15 個行動方案予以防制。其中，BEPS 行動方案第 6 號為「防免所得稅協定利益的不當授予」，係與濫用所得稅協定進行避稅行為有關，尤以所得稅協定競購行為(Treaty Shopping)的防杜作為核心議題。我國雖非 OECD 之會員國，然而截至 2021 年所簽訂之所得稅協定共有 33 個，且協定所參考之範本大多以 OECD 所發布之協定範本為主，因此對於 BEPS 行動方案之建議，與協定相關的反避稅措施也應予重視，避免我國所得稅協定成為納稅人，利用以進行稅捐規避之手段。基此，參照 BEPS 第 6 號行動計畫及相關外國法對於所得稅協定競購行為之法規建置，我國現行法制是否足以防杜此種避稅行為，此即為本文所欲關注之問題。

第一項 所得稅協定簡介

第一款 所得稅協定之起源

所得稅協定最早得追溯至 19 世紀末第一次世界大戰後，因國際情勢相對穩定，跨國性經貿往來的需求日升，為促進跨國投資或交易活動的順暢，降低稅捐所造成的貿易壁壘亦受到各國的重視，而使各國尋求與他國間稅權分配的共識，以降低跨國貿易所形成的不利因素，所得稅協定即在這樣的思潮下興起¹。在全球化的經貿

¹ CRISTIANA HJI PANAYI, DOUBLE TAXATION, TAX TREATIES, TREATY SHOPPING AND EUROPEAN COMMUNITY 20-21 (Kluwer Law International 2007).

發展下，從事跨國間交易行為的個人或營利事業，就其跨國交易所得，往往涉及不同國家就稅捐主權的行使，從而產生複數的稅籍管轄權，即發生國際間的重複課稅²。蓋國家稅捐管轄權之判斷，取決於對稅捐主體或稅捐客體具有「連結關係」存在，而連結關係的判斷在國際稅法的領域中，則有兩大核心基礎理論作為判準，即「來源地原則(the source principle)」及「居住地原則(the residence principle)」，兩者所採取不同之立場，將造成重複課稅之情形發生。

採取來源國原則者，以量益原則(benefit theory)作為論證基礎，認為一個國家稅權的取得，源於該國對一個「稅捐財」具有積極地資本與勞動力投入，且有賴於其提供良好的公共建設與法制體系，才能促使納稅人經濟成果的實現。在這樣的理論下，凡是在其境內所產生的所得，由於來源自該國領土相應資源的投入，則納稅人無論是否屬於該國稅籍居民，皆應就其取得之所得在該國繳納稅捐³。

採取居住國原則者，則認為稅權的取得與納稅人實際居住國具有較強的連結關係，意即只要屬於該國的居民，無論其所得的發生是源於居住國境內或境外，居民國都對該所得具有課稅主權。蓋採此原則者認為，居住國提供其居民於國內安居並享有基本權利，居民自應對於其居住地國負擔稅捐義務；此外，採此原則者認為，此種方式較能防範稅捐規避行為，且透過全球課稅才能夠使一個人的經濟負擔能力完整地被評價。基此，居民所取得之所得產生階段，即使具有來源於他國的資金或勞動力的投入，然而只要是歸屬於其居民之所得，居住國即有課稅管轄權的存在⁴。

前述兩種原則的衝突，即是國際間重複課稅發生的主要原因，而將對各國進行貿易活動產生不利影響，因此各國政府遂透過相互協商進而簽訂協定的方式，從而建立締約國雙方的稅權劃分準則，此為「所得稅協定」的發端。

² 本文所指之重複課稅，係指伴隨跨國交易而來，因各國間稅捐管轄權競合的情形，即國際間之重複課稅，與內國稅法之重複課稅不盡相同。國際間重複課稅相關說明，詳參黃茂榮（2007），〈重複課稅〉，《植根雜誌》，23 卷 5 期，頁 3-7。

³ CRISTIANA HJI PANAYI, *supra* note 1, at 2-3.

⁴ *Id.* at 3-4.



第二款 所得稅協定之目的

第一目 所得稅協定之功能

所得稅協定的功能主要涉及兩個層面⁵，其一為各國政府對於稅捐事務之主權行使，其二則為對於實際負擔稅捐之納稅主體而生的影響。就簽訂所得稅協定國家政府而言，透過簽訂所得稅協定，得清楚掌握締約國雙方的稅捐規範及稅權劃分，避免雙重課稅的發生，以促進雙邊居民投資交易的意願；更重要的是藉由所得稅協定的簽訂，其中包含「資訊交換」的條款，得以更清楚地掌握納稅資訊，同時有效降低稽徵成本。另一方面，對於適用所得稅協定之納稅人而言，所得稅協定不僅能使其於締約國他方從事交易行為時，經濟成果無須受到重複課稅；此外對於跨國交易時常發生稅權不明的狀態，更得以透過所得稅協定而降低其對於稅捐事務的不確定性；甚至於所得稅協定條款中為鼓勵雙邊交易的進行，亦有部分的條款，能夠使納稅人享有相較於其在締約國外之國家貿易時，更加優惠的稅捐負擔。此外，倘若發生跨國間的稅務爭端事件，更得以透過所得稅協定之「相互協議程序」開啟雙邊國家的協商，藉以消除爭議。所得稅協定出現的緣由，原為防範國際間的雙重課稅，而後逐步發展為避免所得稅協定濫用行為而導致雙重不課稅的情形發生，後續將以此為主軸作為論文討論之範圍。

第二目 雙重課稅之防免

由於國際稅法主要的共識之一，即在消除跨國間的貿易壁壘而促進經貿發展，因此各國若於同一時間對跨國貿易的納稅義務人課徵同種類型的稅捐，而產生雙重課稅的結果，將與上述目的背道而馳，對此國際稅法上建立「一次性課稅原則」，在此原則下納稅義務人將被確保於同一時段內就同一稅捐客體，僅會受到一個稅

⁵ 陳清秀（2011），〈租稅協定相關問題之探討〉，《法令月刊》，62卷5期，頁73-77。

捐高權的管轄而被課徵稅捐⁶。於所得稅協定而言，最早開始發展的目的，即在於實現此種一次性課稅原則，藉由締約國雙方事先透過協商，劃定所得稅之稅權行使範圍，從而達成締約國雙方防免雙重課稅之宗旨。

第三目 「雙重不課稅」之防免

由於適用所得稅協定的結果對於納稅人而言具有利益，因此也吸引許多從事跨國交易的投資人及跨國企業，將獲取「所得稅協定利益」納入稅捐規劃時的考量；然而跨國企業原始之組織架構，未必得享有所得稅協定之利益；且各國簽訂所得稅協定有賴於外交、經濟等各種因素，協商程序乃至於後續於國內法中生效程序往往曠日費時。基此，諸多從事跨國貿易之納稅人，於進行跨國交易時，並無法享有所得稅協定所賦予的稅捐利益，遂轉而僅透過轉換稅捐主體身分之方式，而使得其集團交易架構的安排「形式上」能符合所得稅協定居民的身分，從而適用所得稅協定，獲取稅捐利益；甚至配合特定國家內國稅法的稅捐優惠，而使得整體稅負降至極低或近乎於零稅率之狀態。為防杜前述日益增加的所得稅協定濫用行為，將影響各國稅基侵蝕與稅收減少，因此所得稅協定之目標在原先關注的避免雙重課稅議題之外；更重視的則在於防免納稅人透過形式上符合協定主體的方式，而實質上導致「雙重不課稅」的情形。蓋後者對於各國稅法的課稅權造成嚴重侵害，並根本上造成國際間稅捐負擔不公平的結果，完全偏離所得稅協定簽訂的宗旨。故對於防杜所得稅協定所產生的權利濫用行為，避免納稅人享有「雙重不課稅」的不當稅捐利益，遂成為現今所得稅協定之核心議題。雖單純的所得稅協定競購行為並不直接發生雙重不課稅的結果，然此種濫用型態卻得搭配特定國家所賦予內國法上的稅捐優惠，而間接導致雙重不課稅的結果，故本文始將此議題一併納入論述之中。

為落實避免雙重不課稅的核心目標，2017 年 OECD 所得稅協定範本更於協定前言(Preamble)明訂，締約國雙方國家在簽訂避免雙重課稅之所得稅協定時，應同

⁶ 柯格鐘（2017），〈國際租稅之原理原則與實際計算〉，《月旦法學雜誌》，268 期，頁 117-118。

時表明以不提供納稅人雙重不課稅(non-taxation)或以逃漏稅、稅捐規避的方式減少稅捐繳納之機會作為前提⁷。



第二項 所得稅協定濫用相關案例介紹

第一款 Double Irish with a Dutch sandwich

Double Irish with a Dutch sandwich 是用以形容一種國際上著名的組織型態，國際上有許多跨國企業都曾被揭露透過與此相似的組織架構，不當地獲取所得稅協定利益，並使其營利事業所得稅的有效稅率降至極低。此種組織型式是以兩間愛爾蘭公司，中間再搭配一間荷蘭公司作為導管公司的組織型態，因此被稱為 Double Irish with a Dutch sandwich，以下就此種組織結構分段說明。

第一目 Double Irish

首先，就「Double Irish」的部分所利用的是愛爾蘭內國稅法的規範，選擇在該國設立雙層子公司架構，係因其稅法具有以下特點：

- 1.愛爾蘭當地營利事業所得稅率為 12.5%，低於諸多已開發國家之所得稅率；
- 2.愛爾蘭公司之稅籍居民判斷，係以是否受國內公司「完全管理與控制」為準(Taxes Consolidation Act' Section 23A TCA 97 II)⁸；倘若為境外公司完全控制之子公司，雖於愛爾蘭當地登記設立，仍屬於境外公司。
- 3 愛爾蘭為吸引境外投資，對於關係企業的「移轉訂價(Transfer Pricing，簡稱 TP)」規範極為寬鬆。根據上述法規特點，諸多跨國企業會於愛爾蘭設立雙層母子公司架構，藉此享有稅捐利益，如下圖 1-1 所示：

⁷ OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/g2g972ee-en>, at M-5.

⁸ “Subject to subsections (3) and (4), a company which is incorporated in the State shall be regarded for the purposes of the Tax Acts and the Capital Gains Tax Acts as resident in the State.” Subsection (3) read: “Subsection (2) shall not apply to a company incorporated in the State if the company is a relevant company and (a) carries on a trade in the State, or (b) is related to a company which carries on a trade in the State”然而此法條已於 2013 年修正刪除，自 2015 年 1 月起則適用新修正之規定。

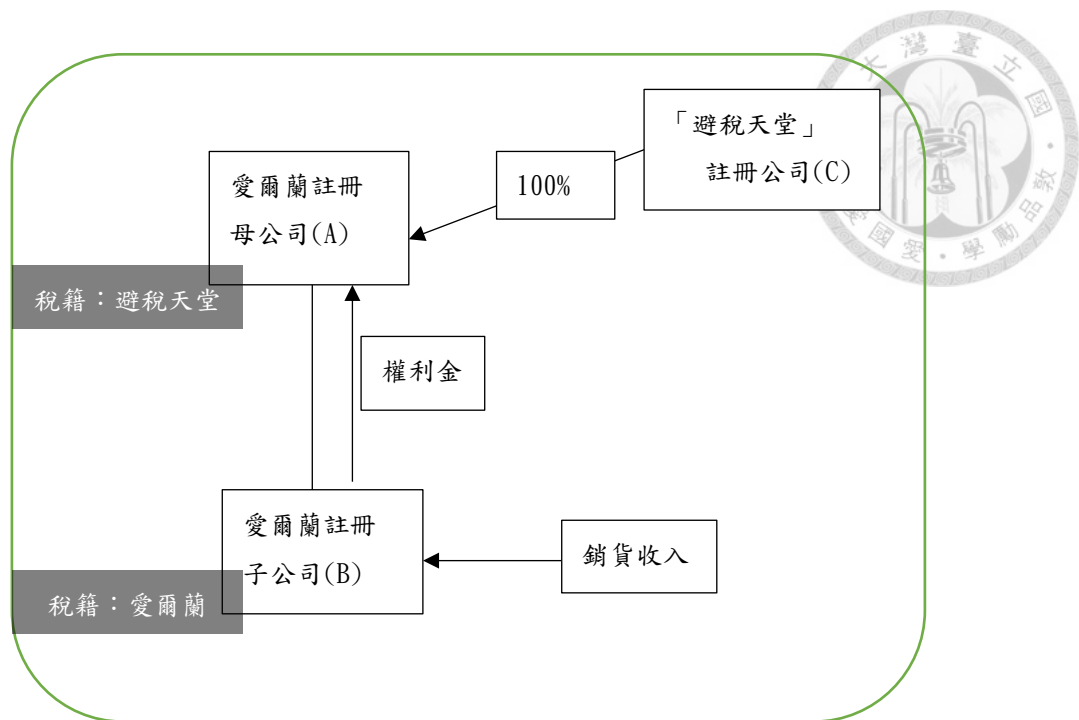


圖 1-1：Double Irishy 組織架構

資料來源：筆者自繪

集團公司於愛爾蘭當地設立 A、B 兩間子公司，其中將專利權或相關智慧財產權登記於 A 公司，並以 B 公司作為實質從事銷售的公司，利用愛爾蘭寬鬆的移轉訂價法規，將 B 公司大部分的營業利潤(銷售所得)，轉而透過給付權利金的形式，使其大部分的營業利潤再分配並歸屬於 A 公司(少部分於 B 公司繳納之所得，僅適用 12.5%稅率而低於大多數國家)；又依據前述提及的愛爾蘭稅籍居民認定方式，雖然 A 公司是於愛爾蘭當地註冊並設立，然而由於其股權皆由「避稅天堂」所設立公司的 C 公司完全控股，因此在 (Taxes Consolidation Act' Section 23A TCA 97 II) 的實質控制標準判斷下，A 公司並不會被認定為愛爾蘭的稅籍居民，而是屬於「避稅天堂」的稅籍居民，應適用避稅天堂的規定繳納稅捐。此架構將集團收入大量歸屬於 A 公司(權利金收入)，該筆收入僅依據避稅天堂的規範進行課稅，透過此種組織安排實際上等同於無需負擔所得稅。

第二目 Dutch Sandwich

Dutch Sandwich 所指的是於上述兩個愛爾蘭 A、B 子公司間，再插入一個荷蘭子公司(以下代稱 N)，實質上這個荷蘭公司往往僅是一個「導管公司」，並未從事任何營運活動，唯一的功能是為了避免上述 A、B 子公司間權利金給付時所產生的扣繳稅額⁹。由於依照愛爾蘭稅法規定「向無所得稅協定之地區（包括百慕達群島等地）給付權利金時，應就源扣繳 20%」¹⁰，又依據歐盟 2003/49 指令第 1 條規定，歐盟會員國間關於給付權利金時，應予以免稅¹¹，且依愛爾蘭及荷蘭間所得稅協定「愛爾蘭公司給付荷蘭公司權利金時扣繳稅率為 0%。且依據荷蘭內國法之規定，荷蘭公司向外國公司給付權利金時扣繳稅率為 0%。」綜合上述制度，於 N 公司設立前，原先 B 公司直接支付給 A 公司權利金時，由於 A 公司屬於境外公司且為未與愛爾蘭簽訂所得稅協定國家，故該筆權利金給付時，應由 B 公司於愛爾蘭就源扣繳 20%稅率之稅捐。然而設立 N 公司後，B 公司先將權利金給付予 N 公司，此時將因為荷蘭與愛爾蘭所得稅協定，使得扣繳稅率轉為 0%，因此該筆權利金移轉則無須再於愛爾蘭繳納扣繳稅；而後 N 公司再將權利金所得轉讓給 A 公司時，則適用荷蘭內國稅法規定，無須繳納所得稅，而使得該筆權利金收入，再次轉為 A 公司所有，該權利金轉讓之過程中毋庸支付扣繳稅款，且最終由屬於避稅天堂居民的 A 公司持有，在其稅籍居民國亦無須繳納所得稅。此種交易安排架構即為「Double Irish with a Dutch sandwich」，如下頁圖 1-2 所示：

⁹ Danielle Thorne, *The Double Irish and Dutch Sandwich Tax Strategies: Could a General Antiavoidance Rule Counteract the Problems Caused by Utilisation of These Structures?*, 13 (2013).

¹⁰ 林恆鋒、陳敬宏（2014），〈國際稅法界數十年來最大變革，OECD 出招解決稅基侵蝕問題〉，《稅務旬刊》，2252 期，頁 35。

¹¹ Council Directive 2003/49/EC, Article 1” Interest or royalty payments arising in a Member State shall be exempt from any taxes imposed on those payments in that State, whether by deduction at source or by assessment, provided that the beneficial owner of the interest or royalties is a company of another Member State or a permanent establishment situated in another Member State of a company of a Member State”

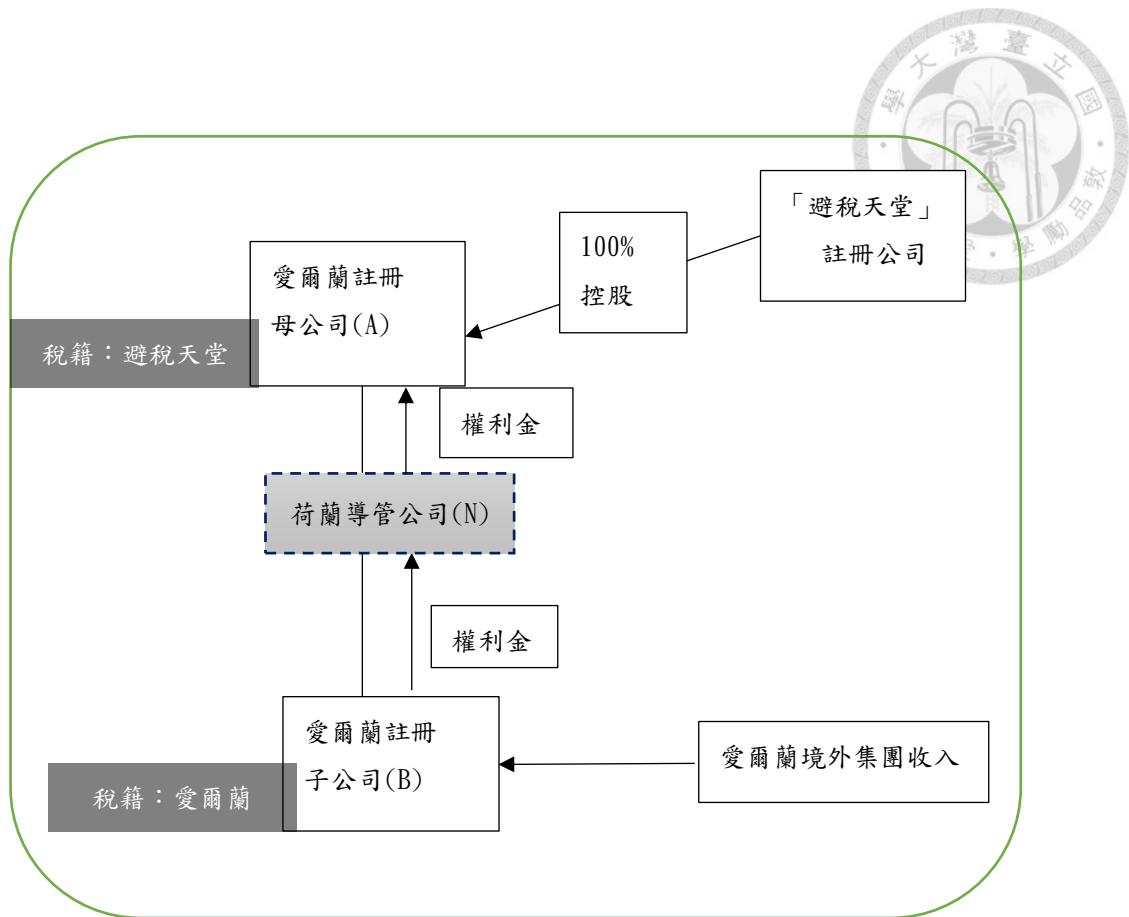


圖 1-2：Double Irish with a Dutch sandwich 組織架構

資料來源：筆者自繪

綜上，Double Irish with a Dutch sandwich 能使得原需繳納高額所得稅之集團收入，最終歸屬於「避稅天堂」，將集團稅負減至最低。而其中設立荷蘭 N 公司的部分，透過架設無實質經濟活動功能的導管公司，目的則為享有適用愛爾蘭及荷蘭間所得稅協定所生之稅捐利益，此種以導管公司型態不當適用協定條款，即屬於濫用所得稅協定的型態之一。由此案例能看出「所得稅協定利益」的取得實屬於跨國公司為稅捐規劃所考量時，重要的一環；而我國案例中亦有相關案型，藉由不當享有所得稅協定利益的方式為稅捐規避之行為，以下進行探討。

第二款 我國實務與所得稅協定相關之案例



第一目 以「個人」為稅捐主體之案例¹²

一、案例事實背景

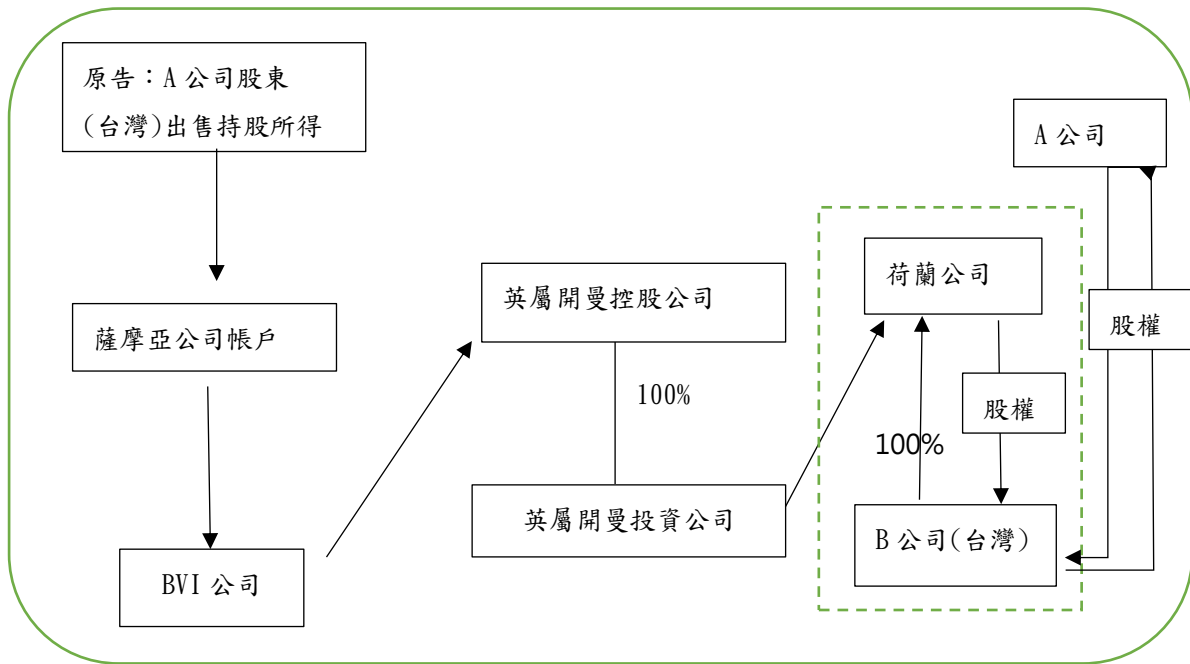


圖 1-3：臺北高等行政法院 104 年訴字第 500 號判決事實關係圖

資料來源：筆者自繪

本案原告為我國 A 公司之股東，經稅局查獲其先以形式上出售股權的方式，將該筆出售股利之所得用以設立一連串的境外導管公司，並使該所得透過借款或間接持有股權的方式由數個境外導管公司取得，最終再轉而透過股權移轉形式使我國 B 公司併購 A 公司的方式，實質上係將該筆所得回到原告間接持有的 B 公司，而達成稅捐規避的目的。倘若未透過此種安排，原告直接從 A 公司獲配股利所得之稅負將極高。而透過此種組織模式本案納稅人僅於 B 公司移轉股權予荷蘭公司時須繳納扣繳稅率，且該扣繳稅率因得適用台新所得稅協定而僅需繳納 10%

¹² 最高行政法院 105 年判字第 143 號判決、臺北高等行政法院 104 年訴字第 500 號。

扣繳稅率。

此案關事實經最高行政法院 105 年判字第 143 號判決，判決理由中認同稅局的主張，而認為本件納稅義務人透過與實質經濟負擔能力不同的形式安排而規避稅負的形成，依納稅人行為時之舊所得稅法第 66 條之 8 規定，認為其透過導管公司的設立係為規避個人所得稅的形成，因此違反實質課稅原則。在本件判決中應得肯認，法院認為該筆所得應歸屬之納稅主體，係為本件納稅義務人(即 A 公司股東)。

然而於臺北高等行政法院 104 年訴字第 500 號判決理由中，法院在判決理由中針對同一案關事實卻認為 B 公司配發股利予荷蘭公司時，該股利所得實質上由於荷蘭公司係由英屬開曼控股公司所間接持有，故應認為該筆股利所得實際上應歸屬於英屬開曼控股公司所有，而該筆所得之扣繳稅率不得適用台荷所得稅協定予以減免。此判決之所得歸屬主體認定，似與上述判決產生歧異。

二、本文見解

本文認為，本案對於扣繳稅部分的認定似乎有過度割裂的情況，且殊難想像判決結果何以將英屬開曼控股公司此一導管公司認定為所得的實質受益人，導管公司根本上即應排除實質受益人的認定範圍，此種認定方式似乎僅為解決扣繳稅率受到不當適用所得稅協定而產生的問題。案關事實應為 A 公司欲分配股利予 A 股東(原告)，故該筆 A 公司所分配的股利所得實質受益人應是 A 公司股東，而應對其補徵個人綜合所得稅，A 公司為我國境內公司分配股利予我國境內自然人居民，自不生適用台荷所得稅協定之可能，然而臺北高等行政法院 104 年訴字第 500 號的判決理由中，將同一筆股利所得割裂歸屬於兩個主體，令人費解。

本件納稅義務人透過一連串導管公司的建立，最終利用與我國具有所得稅協定的荷蘭公司，作為該筆所得形式上歸屬之主體，此部分實屬本文關注之處，蓋該筆所得原本是歸屬於我國自然人，而其卻透過組織形式的安排而轉換最終的所得歸屬主體，進而在最終要轉回我國境內公司的階段，再利用荷蘭導管公司的方式，



轉變為荷蘭居民身分，以不當享有台荷所得稅協定之扣繳優惠利益；關於此案例中如何避免透過導管公司的方式，不當利用與我國所簽訂之所得稅協定，防免納稅人為稅捐規避行為，即為本文討論的重點。

第二目 以「營利事業」為稅捐主體之案例¹³

一、案例事實背景

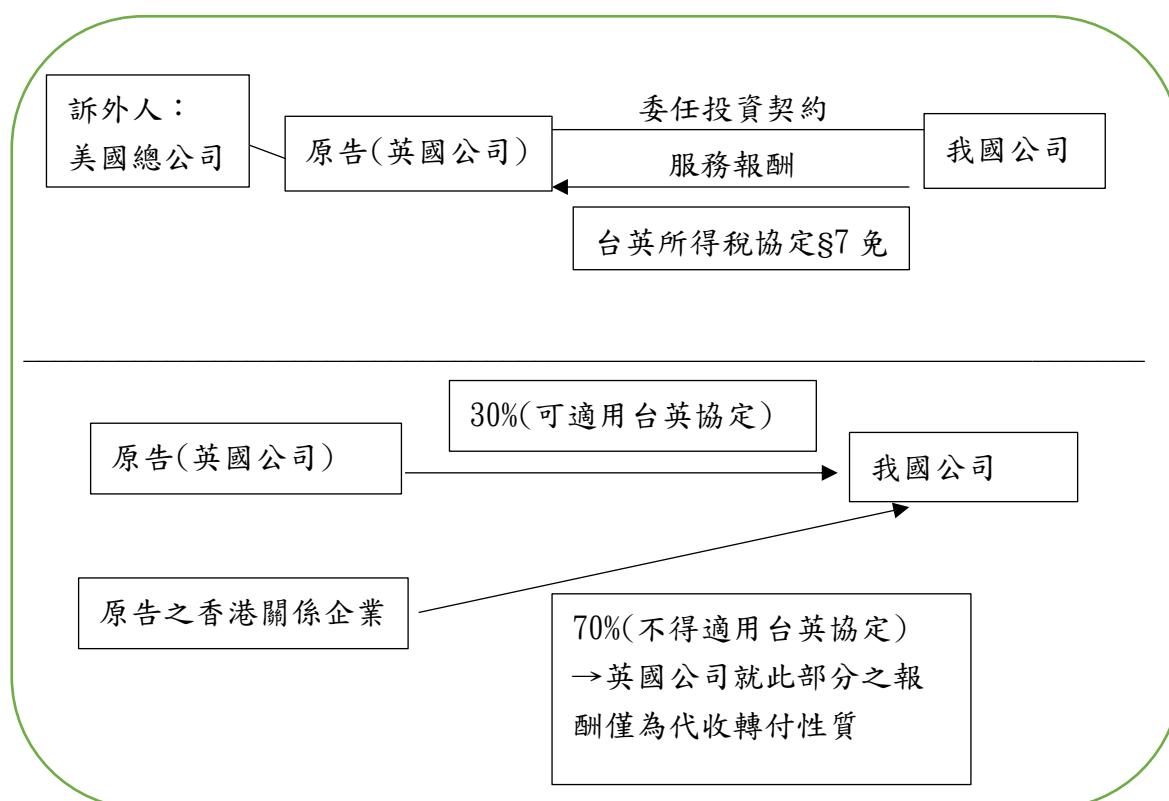
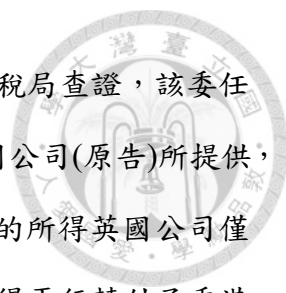


圖 1-4：臺北高等行政法院 97 年訴字第 898 號判決事實關係圖

資料來源：筆者自繪

本件為臺北高等行政法院 97 年訴字第 898 號判決，屬我國實務所發生與「營利事業」為納稅主體相關，且涉及不當獲取所得稅協定利益的情形。本件原告為英國公司，其與我國公司訂有委任投資契約，而依據台英所得稅協定，我國公司對英國居民公司支付委任契約之服務報酬時，我國公司得適用協定條款較低之稅率予

¹³ 臺北高等行政法院 97 年訴字第 898 號判決。



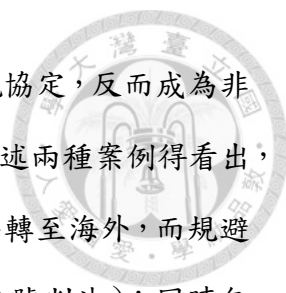
以扣繳（亦即英國公司得享有較優惠的扣繳稅率）。然而經我國稅局查證，該委任契約中所約定之服務內容，有 70%的服務內容實質上並非由英國公司(原告)所提供，而係由原告之香港關係企業提供服務，就該 70%服務內容所生的所得英國公司僅居於類似「代理人」之地位，係屬於先代收 70%之費用並將該所得再行轉付予香港公司，因此並非所得實際歸屬主體，因此該筆所得 70%部分之扣繳稅率並不得適用台英所得稅協定予以減免。法院判決結果亦肯認稅局之主張，認為原告就 70%的服務報酬，不得適用台英所得稅協定，而應補繳扣繳稅額。

二、本文見解

本文認為，此判決認定 70%部分的服務所得，實際上並非所得稅協定締約國居民所提供，故該部分不得適用所得稅協定的結論值得贊同。然而在判決理由所未提及而得歸納出的思考脈絡為，此案例實際上應是跨國母公司（訴外人：美國公司）在考量「台英所得稅協定」所賦予的稅捐利益後，所做出的集團交易架構，蓋本件 70%服務所得之實質受益人應屬於香港公司，然我國並未與香港簽訂所得稅協定，因此母公司為使集團稅負最小化，轉而由與我國具有所得稅協定之英國子公司作為與我國公司交易之契約相對人，然而其中 70%的服務費部分實際上仍是由香港子公司提供，而產生實際提供服務之主體與形式上納稅義務歸屬主體不一致的情形，此即跨國集團公司不當地利用組織形式而獲取所得稅協定利益，以降低取得我國來源所得時須繳納之扣繳稅負，此亦屬於本文所關注之爭議。

第三目 小結

根據上述我國的案例可見，許多納稅人可說是為求降低稅負而無所不用其極，在納稅人這樣的「精心布局」下，所得稅協定所生的利益縱然不一定是作為其唯一的考量，然而本文認為各國間是否具有所得稅協定的存在，且將最終稅負實現於得享有所得稅協定的主體上，仍是納稅人為降低整體稅負而須納入考量的一環，因此




亟需予以重視，以避免原先欲促進締約國雙方交易往來之所得稅協定，反而成為非締約國居民稅捐規避之手段，而導致我國稅捐的流失。而透過上述兩種案例得看出，在所得稅協定競購行為態樣中，包含我國境內居民藉由將資金移轉至海外，而規避我國境內所得稅負的情形（臺北高等行政法院 104 年訴字第 500 號判決）；同時包含境外公司與我國境內公司進行交易時（臺北高等行政法院 97 年訴字第 898 號判決），用以規避因取得我國來源所得而須繳納的扣繳稅。因此不論是我國稅籍居民對外投資，或他國稅籍居民對我國境內投資，都有可能產生不當濫用我國與他國簽訂之所得稅協定，以減免稅負的情形。

再者，根據我國經濟部國際貿易局委託專業團體所統計的我國與全球各區的經貿情勢分析¹⁴，我國 2019 年及 2018 年進出口貿易總量排名前兩名的國家分別為美國及中國，然而此兩國仍尚未與我國簽訂全面性之所得稅協定，因此得以想見的是，我國對於所得稅協定濫用情形的發生，仍然具有高度的風險。我國現行稅法對於此種稅捐規避型態並未清楚明定，造成實務上也只能以「實質課稅原則」的概念加以解釋，然而在如此概括性的判決理由解釋下，恐難使納稅人完全信服，更可能發生對未來適用法規時的疑慮。基此，本文認為對於所得稅協定濫用防免的探討及相關法制的修正，對於我國而言具有重要性，且應清楚地建置相關規範，避免我國稅權流失；也得以提升我國稅法對於境外投資人的透明度，降低其法律遵循成本，進而提升我國於全球經貿往來之競爭力。

第三項 我國現行法對於所得稅協定競購防制之不足

上述案例的行為涉及所得稅協定不當利用之情形，其中轉換稅籍居民身分，以選擇特定所得稅協定競購行為，應屬於廣義的稅捐規避行為。然而此種稅捐規避行為，於我國現行法規範中是否已足於防制，不無疑問。

¹⁴ 經濟部國際貿易局經貿資訊網站，<https://www.trade.gov.tw/Pages/List.aspx?nodeID=1590>（最後瀏覽日：07/20/2021）



我國法上針對稅捐規避行為已有不同法規範之建立，除了一般稅捐規避行為防杜條款外，尚有特別稅捐規避行為條款的制定。依稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項及納稅者權利保護法第 7 條第 3 項，為我國一般稅捐規避行為防杜條款；近年來亦增訂許多特別稅捐規避行為防杜條款，其中與協定競購行為具關連性者包含：所得稅法第 14 條之 3 第 1 項關於「隱藏性盈餘分配」條款；所得稅法第 43 條之 3 及所得基本稅額條例第 12 條之 1「受控外國公司條款」；以及所得稅法第 43 條之 4「實際管理處所條款」。本文認為，我國一般稅捐規避行為條款，基於其概括的特性，應可將所有類型的稅捐規避行為，皆涵攝至其要件當中。因此所得稅協定競購行為，性質上既屬濫用協定條款之稅捐規避行為，因此亦屬其規範範圍。然而所得稅協定涉及國際稅捐事務，以及諸多國際稅法概念的認定，與我國稅法之相關認定原則具有差異，因此僅依賴一般稅捐規避行為，可能造成行政機關與人民不易解釋適用的困境。另一方面，綜觀上述所舉之我國特別防杜條款，皆與納稅義務人身分轉換或利用境外子公司進行稅捐規避行為的態樣有關，因此與所得稅協定競購行為之稅捐規避手段上具有類似性；然而其法條文義亦尚未明訂與所得稅協定有關之內容，由於所得稅協定涉及締約國雙方對於稅捐主權認定範圍，且應考量因素除我國稅捐法外，尚須就所得稅協定之目的予以觀察，同時必須特別關注境外納稅義務人於我國進行投資時，如何判斷其確屬於得適用所得稅協定之主體。因此本文認為上述規範對於所得稅協定競購行為之防杜尚屬不足，因而得透過增訂相關特別防杜條款，以使得我國法對於所得稅協定競購行為之防杜得以完備，上述法規範與協定競購行為關聯性之細部分析，將於後續章節中，逐步開展並進行討論。

第二節 研究範圍及方法

本文研究主軸為「避免跨國雙重課稅之國際書面協定」，國際稅法上關於此種雙邊國家對於稅捐管轄權所簽訂之協定範本主要包含兩種類型，其一為以「所得與資本」相關稅捐為協議內涵(Model Tax Convention on Income and on Capital)，另一


種則以「不動產及遺贈稅」為核心 (Model Double Taxation Convention on Estates and Inheritances and Gifts)，兩者廣義上皆得稱為租稅協定，然本文係參考 BEPS 行動方案第 6 號建議，而其主要關注議題為關於所得與資本之稅捐協定，因此本文研究範圍僅以此種協定類型為限，為特定研究範圍，本文行文皆以「所得稅協定」稱之。此外，本文研究範圍雖圍繞在所得稅協定的濫用行為，然濫用行為實包含許多態樣，本文僅針對「所得稅協定競爭行為」此種特定類型，作為研究與後續相關防免制度探討之核心範圍，在此合先敘明。

本文研究目的為探討所得稅協定競爭行為之防杜方法，首先藉由法釋義學之觀點，就此行為之定義與態樣予以介紹，並結合我國現行法規範以探究其性質，進而檢視我國現行法是否具有協定競爭行為的防免措施。然而所得稅協定競爭行為之議題涉及國際稅捐議題，我國法學領域對於此議題之相關探討仍較為有限，因此本文透過比較法觀點予以補充。關於所得稅協定條款之防杜方式，主要參照 BEPS 行動方案第 6 號及 OECD 所得稅協定範本之建議；此外，本文認為除透過協定條款方式予以防杜之外，亦應在內國法中建置特別防杜條款之方式予以明文規範，此部分則參考德國所得稅法之規定，以作為我國未來立法建議。

第三節 論文架構

第一章問題意識，本文就所得稅協定之起源與宗旨進行簡介，而所得稅協定不僅對於國家稅捐管轄權具有重要性，同時對於納稅人之稅捐義務也具有影響力。然而所得稅協定競爭行為的出現，不僅使原先立意良善的所得稅協定受到濫用，從而也導致國家稅捐高權的流失，因此對於此行為的防制方法應受到關注，然我國現行法制是否足以防堵協定競爭行為的發生，本文後續遂對此進行討論與議題開展。

第二章係對於所得稅協定與協定競爭行為之基本概念與性質，分別進行介紹。首先說明所得稅協定之定義與效力範圍，簡介 OECD、聯合國及美國所得稅協定範本之特性；而後進一步檢視我國締結所得稅協定之程序，歸納出其應有的法律位階，



同時討論「適用所得稅協定查核準則」是否符合稅捐法定主義。所得稅協定競購行為(Treaty Shopping)部分，則就其定義與性質進行探討，從而歸納出其屬於廣義的稅捐規避行為，並在本章中檢視現行所得稅法上之特別稅捐規避防杜條款，與協定競購行為之關係，檢視我國現行規範是否足以作為防杜。

第三章則對於個人所得稅協定競購行為之態樣進行探討，首先介紹各國立法對於個人居民的認定，並介紹所得稅協定解決雙重居民身分之方式。其次，介紹個人為主體之協定競購類型，並對於實務案例中常見之導管公司利用進行介紹，說明協定競購行為在跨國交易中是如何進行組織安排，以不當取得協定所賦予的稅捐利益。最後，以 OECD 所得稅協定範本為基礎，介紹國際稅法上對於協定競購行為的防杜方式，特別是與受益所有人相關的認定規範，以解決導管公司之問題。

第四章與前章架構相同，然聚焦於以營利事業為稅捐主體之情形進行討論，先就營利事業居民身分的認定方式簡介。再者，介紹營利事業之協定競購行為之案例類型，以利用股利、利息與權利金的案例為討論核心。最後，關於營利事業為主體之所得稅協定競購行為，參照 OECD 協定範本之建議，應納入利益限制條款，以更全面地避免所得稅協定競購行為的產生。本章於介紹利益限制條款後，則進一步討論以內國法作為防杜方式之情形，並參考德國所得稅法規範作為借鑑。

第五章則補充關於 BEPS 行動計畫中所建議之其他防杜方式，包含於協定前言中表明宗旨，並得以主要目的測試條款作為概括防杜條款，審酌主張適用所得稅協定之納稅人，是否以獲得稅捐減免作為交易安排的主要目的。

第六章結論，則綜合各章研究議題，包含所得稅協定與協定競購行為相關防杜措施，整理出我國現行法上應修正之處，期能作為未來立法之參考。

第二章 所得稅協定與所得稅協定競購 (Treaty Shopping)


本章將介紹所得稅協定與所得稅協定競購行為之定義與性質，首先就所得稅協定之定義與效力談起；其次，就現今國際上三種不同的所得稅協定範本進行簡介；而後，則進一步檢討所得稅協定於我國法上之法律位階與締結程序。最後則就所得稅協定競購行為之定義與性質，乃至於與我國現行稅捐規避行為規範之適用關係進行探討。

第一節 所得稅協定

所得稅協定的出現是源於各國間課稅管轄權之爭議，即一個以上的國家對於同一納稅義務人之經濟成果，依其各別內國稅法皆具有課稅主權，因而產生國際稅收管轄權競合的情形。在此種情況下，毋寧會造成從事跨國貿易之納稅人相較於境內交易負擔更重之稅捐，而阻礙跨國交易的進行。為促進國際經濟發展，並避免國際間雙重課稅，早期各國透過預先簽訂雙邊所得稅協定之方式，事先明確地就稅權進行分配，並減少兩國間爭議的發生¹⁵。

然而雙邊所得稅協定之簽訂，不僅在協商之初即需耗費諸多時間、心力，後續在解釋適用條款時，仍有可能因為兩國間的內國稅法不同，而對於協定條款中的相關概念具有認定上差異而發生爭議。隨著前述雙邊協定適用所生的爭議，以及國際間對於促進跨國貿易與避免雙重課稅的共識逐漸升溫，催生了「所得稅協定範本」的擬定。在這樣的浪潮下，國際組織例如：經濟合作暨發展組織(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)與聯合國(United Nations, UN)，經過諸多專家、委員會的研討後，各自研擬出一套協定範本，使得各國欲與他國簽訂所得稅協定時，得從而選擇符合自身需求的協定範本，減少擬定條款所須耗費的時間、

¹⁵ 陳清秀 (2020)，〈租稅協定之適用問題—以臺英租稅協定之適用為例〉，《月旦法學教室》，212期，頁 52；黃士洲 (2020)，〈外商投資台灣適用租稅協定的實例分析—以常設機構及營業利潤為中心〉，《月旦會計實務研究》，30 期，頁 31。



心力；除此之外，亦有個別國家例如美國，即自行訂定一套所得稅協定範本，以供其日後與他國簽訂所得稅協定時之依據。所得稅協定範本的出現，使得不同國家與他國簽訂所得稅協定時，協定條款中的基本架構皆能夠趨於一致；此外，條款中所涉及之名詞解釋或相關概念認定也能透過協定範本之「註釋書(Commentary)」的方式，一併進行解釋，從而能使各國間更迅速地掌握條款內容、取得共識並避免後續爭議的發生。

本節以下將先就所得稅協定之定義與效力談起，而後就協定範本予以介紹，最後討論所得稅協定條款之法律位階，分析我國見解進而釐清所得稅協定與內國稅法適用之關係。

第一項 所得稅協定之定義

所得稅協定，係指締約國雙方透過共同協議的方式，針對兩國間的課稅主權範圍預先劃定，所簽訂之國際書面協定。旨在化解兩國居民於跨國貿易時，因雙邊國家基於「居住國原則」或「來源地原則」不同之國際稅法認定觀點，對於同一跨境所得產生的雙重課稅情形，使締約國雙方內國稅法根據該雙邊協定在一定情形下為限制與調整，相互配合以避免雙重課稅的情形產生¹⁶。

所得稅協定(Tax Treaty)，又被稱為「避免雙重課稅協定 (Double Taxation Agreements)」，由於協定內容是針對所得稅的課稅範圍而定，因此財政部又以「所得稅協定」稱之，我國目前已簽訂的協定中依條款適用範圍不同，而有「全面性所得稅協定」或「海、空運輸單項協定」之分；另學術文章中亦有以「租稅協定」的方式稱之。而本論文僅以針對所得稅及資本為主之避免雙重課稅協定為研究範圍，故為避免混淆並彰顯其適用範圍，本文討論皆以「所得稅協定」稱之。

¹⁶ 陳清秀，前揭註 5，頁 79。



第二項 所得稅協定之效力範圍

所得稅協定係源於締約國雙方同意而產生之協議，然而其所生的效力範圍仍應有所限制，故以下參照學者見解¹⁷，劃定其適用上所能發生的效力界限：

一、所得稅協定不得創設或擴大一國之課稅權

由於所得稅協定為締約國雙方針對原有課稅主權之協調與劃分，其核心目的為防止對同一納稅義務人產生雙重課稅的結果，並非藉此擴張或創設任一國之課稅權，僅透過所得稅協定限制締約國得行使的稅權範圍，且稅捐高權的範圍係透過一國依其主權制定之內國稅法而定¹⁸，故所得稅協定所協議之範圍，自應以雙邊締約國原有之課稅主權範圍為界限。同時應強調的是，所得稅協定如同普遍的雙邊契約一般，僅適用於簽訂國雙方之間，並不會且亦不得為簽訂國以外的第三國創設權利及義務¹⁹。

二、適用協定稅捐主體之效力範圍

所得稅協定之稅捐主體適用範圍，應以兩國居民為界，包含兩國之個人居住者、法人或其他人之集合體。對此，我國所簽訂之所得稅協定中對於適用主體判斷標準多與 OECD 的協定範本相同，於協定條款中第 1 條、第 3 條及第 4 條皆有規範。然而主體認定之實質標準，主要仍仰賴締約國之內國稅法予以判斷，協定中另一主要功能則在於解決若締約國雙方內國法適用下，使得同一納稅人具雙重居民身分產生時，應如何認定其所屬居民身分，藉此以避免雙重課稅的產生。

針對所得稅協定競購(Treaty Shopping)行為的防制，如何正確判定得適用協定的主體範圍，以免納稅人不當獲取協定利益尤其重要，因此除了原先所得稅協定

¹⁷ 陳清秀，前揭註 5，頁 79-84。

¹⁸ CHRIS FINNERTY, PAULUS MERKS, MARIO PETRICCIONE, RAFFAELE RUSSO, FUNDAMENTALS OF INTERNATIONAL TAX PLANNING 13 (IBFD 2007).

¹⁹ CRISTIANA HJI PANAYI, *supra* note 1, at 18.

判斷居民身分之基本條款外，將更進一步實質判斷居民身分，例如：受益所有人 (beneficial owner)、「利益限制條款」，皆為限縮所得稅協定適用主體範圍之條款，盡可能使得納稅人形式及實質皆符合締約國居民認定，避免所得稅協定受到不當利用，故為防免所得稅協定競購之情形，所得稅協定之主體效力範圍將受到限縮。

三、空間之效力範圍

所得稅協定所適用的空間效力範圍，即涉及締約國課稅主權的範圍，此應等同於一國領土主權的認定範疇。其認定方式應依據國際法上領土認定標準，即包含一國之領陸、領海及領空²⁰為所得稅協定效力範圍。

四、物的效力範圍

指所得稅協定對於締約國所適用「稅目」的範圍，國際上具有針對所得稅，亦有針對遺贈稅為主軸不同的稅捐協定，而本文研究主題係以針對所得稅協定範圍為主軸。在我國現行已簽訂之所得稅協定中，物之效力範圍具有兩大類型，包含全面性與僅針對海運或空運所簽訂之單項所得稅協定，前者物之效力範圍包括個人綜合所得稅、營利事業所得稅、所得基本稅額及上述各稅目所生之附加稅捐；而後者則以海運或空運相關之上述所得稅中為效力範圍。

五、時點之效力範圍

所得稅協定適用時點，應限於協定正式生效之日後所發生的納稅事實。此乃所得稅協定亦適用「法不溯及既往」原則而生之當然結果，即對於在協定簽訂前已發生並終結之納稅事實、行為皆不得主張適用所得稅協定；然而若是生效前已發生，課稅事實或狀態係於生效日後始完結之情形，屬於「不真正溯及既往」，則仍為所得稅協定效力範圍所及。

²⁰ 丘宏達，陳純一（修）（2012），《現代國際法》，修訂三版，頁 487，台北：三民。

第三項 我國現行法下所得稅協定之範圍

我國目前所簽訂之所得稅協定包含兩大類，其一為全面性的所得稅協定，其二為僅以海、空為協定範圍的單項所得稅協定，就我國目前所簽訂之所得稅協定表列如下：

表 2-1：全面性所得稅協定列表

全面性所得稅協定	
協定生效年度	簽署國(依簽署日期先後排序)
1982	新加坡
1996	南非、印尼、澳大利亞
1997	紐西蘭
1998	越南、甘比亞
1999	馬來西亞、北馬其頓(原「馬其頓」)、史瓦帝尼(原「史瓦濟蘭」)
2001	荷蘭
2002	英國
2004	塞內加爾、瑞典
2005	比利時、丹麥
2009	以色列
2010	巴拉圭、匈牙利
2011	瑞士、法國、印度、斯洛伐克
2012	泰國、德國
2014	盧森堡、吉里巴斯、奧地利
2015	義大利
2016	日本、加拿大、波蘭
2020	捷克

資料來源：財政部全球資訊網

表 2-2：單項所得稅協定列表

單項海、空運輸所得稅協定	
簽署年度	簽署國(依簽署日期先後排序)
1984	荷蘭(空運)、泰國(空運)
1985	盧森堡
1988	美國(海空運)、德國(海運)
1989	荷蘭
1990	歐聯(EU)、日本、瑞典(海運)
1991	挪威、韓國
1995	加拿大(空運)
1998	澳門(2018 前)
2015	澳門(2018 後)

資料來源：財政部全球資訊網

從圖表統計結果可見，我國截至 2020 年 11 月為止共計簽訂 33 個全面性所得稅協定，最早簽訂之全面性所得稅協定國家為新加坡，而自 2001 年與荷蘭簽訂所得稅協定後，有更多歐洲國家陸續與我國進行所得稅協定的簽署。另外在 2000 年以前有部分國家僅與我國簽署單項之海運、空運所得稅協定，於 2000 年後更進一步擴大效力範圍與我國簽訂全面性之所得稅協定，包含荷蘭、瑞典、德國、盧森堡、日本及加拿大。然而目前仍有部分國家，例如：美國、挪威、韓國及澳門與我國間仍僅簽訂單項之所得稅協定，其中美國與我國經貿往來密切，根據經濟部國際貿易局統計資料²¹顯示，2020 年 1 月至 9 月間，其為亞洲以外占我國貿易總額比重最高之國家，至今與我國仍未簽署全面性所得稅協定；此外，我國與中國貿易比重根據上述統計資料，高於全球所有其他國家，然而我國與中國間亦未簽署全面性所得稅

²¹ 經濟部國際貿易局網站，<https://www.trade.gov.tw/Pages/List.aspx?nodeID=1751>（最後瀏覽日：07/20/2021）

協定，雖曾於 2015 年推動「兩岸租稅協議」的簽署，然至今仍未進行後續的簽訂事宜。



第四項 所得稅協定範本簡介

為促進雙邊所得稅協定的簽訂，國際組織包含經濟合作暨發展組織 (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)、聯合國(United Nations, UN)皆推出所得稅協定範本，以供會員國於締約時的參考。此外，個別國家美國及荷蘭等，都有制定所得稅協定範本，以供其與後續國家締約時適用。所得稅協定範本的制定，不僅有助於後雙邊所得稅的商議，同時也能透過預先就條款內容註釋書的方式，以達成締約國對於協定內容的共識。然而礙於論文篇幅，無法就所有協定範本詳細介紹，基於我國所得稅協定範本多是參照 OECD 與 UN 所制定之範本，又關於後續欲探討的所得稅協定競購(Treaty Shopping)之相關條款，最早是源於美國所得稅協定範本而來，因此本文聚焦於此三種所得稅協定範本予以介紹。

第一款 OECD 所得稅協定範本²²


第一目 起源

OECD 所得稅協定範本（以下簡稱 OECD 範本）為最早制定的協定範本，聯合國與美國所制定的範本皆源自其基礎之上繼續開展，故此三種範本無論在條款的形式、結構乃至於相關概念的解釋都是具有共通性的²³。

在範本出現前，各國已有透過雙邊協定的方式解決雙重課稅，然而為了促進並擴展其成員國間簽署雙邊所得稅協定的可能性，並取得各國對於協定之相關原則、

²² OECD, *supra* note 7, at I-1-I-5.

²³ Doron Narotzki, Tax Treaty Models - Past, Present, and a Suggested Future, *Akron Law Review*: Vol. 50 :Iss. 3, Article 1., 12 (2017) <http://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol50/iss3/1>.



定義及解釋能有一致性的看法，所得稅協定範本的重要性逐漸提升。1928 年「國際聯盟(the League of Nations)」即提出所得稅協定範本的制定構想，旨在減少各國稅法不一致，所產生對於跨國交易的不利因素，解決國際間雙重課稅的議題。然於二戰後「歐洲經濟合作組織(OEEC)」，成員國間貿易與經濟合作需求日益增加，所得稅協定範本的擬定更獲重視。1963 年 OECD 財政委員會頒布” Draft Double Taxation Convention on Income and Capital”（避免所得與資本雙重課稅草案），並於同年 7 月 30 日施行，作為 OECD 成員國於簽定或修正雙邊所得稅協定時的準則。隨著國際商業活動型態推陳出新，為因應更複雜、多元的商業組織結構所產生的問題，於 1977 年遂正式提出完整的協定範本及註釋(Commentaries)。1980 年代 OECD 成員國間的經濟發展迅速，新型科技的誕生也為商業交易模式帶來根本性的變革，自此意識到除了原先的雙重課稅問題，如何避免國際間的稅捐規避與逃漏稅亦具有重要性，OECD 財政委員會乃重新檢視 1977 年的所得稅協定範本並作出修正。

1991 年後 OECD 財政委員會再度體認，國際經貿往來是一個不斷發展的進程，因此所得稅協定範本也應該不斷與時俱進。有別於以往欲追求一個穩固而完整的協定範本，在保有 1977 年當時制定之範本核心意旨的前提下，轉而透過制定一個具有期間性、即時性的「可變動的協定範本(ambulatory Model Convention)」，更能夠被有效地應用於當代的經濟活動。直至 2021 年為止最新的所得稅協定範本為 2017 年修訂發布之版本。OECD 財政委員會在修訂範本的同時，亦兼採非成員國及其他國際組織之觀點，期能與國際租稅規範與原則的發展更具有有一致性。

OECD 範本發展至今，無論是歐盟成員國或非歐盟成員國，許多國家於訂定所得稅協定時皆會參照 OECD 範本，我國雖非 OECD 成員國，然簽署所得稅協定時亦常以此作為參考範本。



第二目 協定宗旨與特性

根據 OECD 所得稅協定範本之前言(Preamble)得以看出其制定宗旨，係在消除資本及所得相關稅捐之雙重課稅，同時防堵納稅主體藉由本協定條款，而產生「雙重不課稅」的情形，並防制國際稅捐規避或逃漏稅的發生。而 OECD 因應國際經濟與稅捐事務，更透過(Base Erosion and Profit Shifting, BEPS)稅基侵蝕與利益移轉行動計畫持續關注重要議題，根據逐年公布的行動計劃報告，OECD 範本亦會做出調整，以報告所提出的觀點進行改正。

由於 OECD 成員國大多為資本輸出國，而使得該範本就稅權的分配自然以偏向資本輸出國有利的方式制定。其制定之初雖為提供予歐盟會員國擬定所得稅協定使用，然而其影響力早已遍佈許多非會員國。OECD 亦意識到此種現象，在所得稅協定範本中因而關注到非歐盟會員國的權益，不僅在研擬與討論修正版的協定範本時，邀集非歐盟會員國代表一同參與，並在條款中提供了非會員國保留條款的適用。非會員國因而得以在適用 OECD 範本時更具有自主性，得保留部分條款不納入在其所簽訂之協定條款中，在註釋中亦會清楚顯示特定國家對於部分條款保留或採納該條文的說明。

關於 OECD 協定範本的適用，其藉由協定範本的註釋(Commentary)進行逐條釋義，不僅顯示其修改歷程及修正原因，同時在特定條款中，亦透過案例的方式，對於條款內容所使用的名詞概念進行解釋，以利各國的適用。除此之外，部分條款藉由註釋，提供不同的條款版本，使得各國得以因應內國稅制的不同彈性選擇條款的制定。因此，註釋的內容雖無法於簽訂所得稅協定時發揮法律效力，然而對於條款解釋實具有重要性，目前最新的版本為 OECD 於 2017 年所修訂。



第二款 聯合國(UN)範本²⁴


第一目 起源

聯合國所得稅協定範本，全名為”Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries”早在 1967 年聯合國經濟及社會理事會(the Economic and Social Council, ECOSOC)於會議中的結論即指出，應鼓勵開發中國家與已開發國家間簽訂雙邊協定，對此聯合國於 1968 年成立專家委員會(the Ad Hoc Group of Experts on Tax Treaties between Developed and Developing Countries)，此委員會的成員分別由代表開發中與已開發國家中的官方稅務機關成員及專家所組成。此委員會於 1980 年提出了聯合國開發中國家與已開發國家間之所得稅協定範本(the United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 以下簡稱 UN 範本)。而後在聯合國認識到除了所得稅協定以外，其他非與所得稅協定相關的國際稅捐合作議題亦具有重要性，因此該專家委員會被重新命名為(Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, the Ad Hoc Group of Experts)。1990 年代起，the Ad Hoc Group of Experts 專責增修聯合國協定範本，由於意識到國際經濟、金融及財政有巨大的轉變，移轉訂價(transfer pricing)、租稅天堂(tax havens)和全球化與國際的經濟具有重要關聯，the Ad Hoc Group of Experts 為此亦不斷地提出新的 UN 所得稅協定範本，以及時與國際經濟趨勢接軌，近年最新的版本為 2017 年的修訂版。

第二目 制定宗旨與特性

UN 範本制定之初是參考 1977 年 OECD 範本，因此其建立的宗旨亦在避免雙重課稅的產生，同時聚焦在各國稅捐管轄權之劃分、雙重課稅之避免，同時鼓勵投資。然而有別於 OECD 範本，UN 範本更注重「來源國(source country)」的課稅權。

²⁴ United Nations(2017), Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf, at vi-ix.



由於 UN 範本的起草，即是為促進開發中國家與已開發國家間協定的簽署，因此其特別關注開發中國家與 OECD 多數成員國於國際貿易分工中之定位差異，蓋開發中國家多仰賴自身資源的提供藉以換取已開發國家的資本輸入，倘若與已開發國家簽訂雙邊協定時，協定條款的內容僅側重居民國稅權，將對開發中國家造成稅權分配上之不利益。對此，UN 範本旨在為開發中國家提供一個更妥善的法律及財政架構，促進其達成經濟發展目標；此外，不僅致力於防免境外投資人與境內納稅人間之差別待遇產生，近年來更關注於國際間稅基侵蝕與利益移轉的問題，促進各國對於稅捐事務的合作，包含稅捐資訊交換，藉以避免協定競購或協定濫用的情形產生。

承上所述 UN 範本側重於來源國稅權的保障，然而其亦在範本內容中表明，UN 範本的協定條款對成員國並不具有拘束力，僅是為促進國家間協談的機會、協助雙邊協定條款的解釋或使實務上能運用其所擬定的協定條款作為雙邊協定的內容。其條款內容主要是提供一種調和的方式，使開發中國家能夠了解自身的情勢，進而在與已開發國家簽訂所得稅協定時，得以評估並正確選擇條款內容。UN 範本注重來源國課稅權的特性，得透過股利、利息、權利金及資本收益此種被動所得 (passive income) 之稅權歸屬觀察之。

第三款 美國(US)範本

第一目 起源

在 OECD 範本及 UN 範本的制定過程中，美國代表與美國學者皆有與會參與相關的研討與擬定，然而最終美國政府並未選擇前述兩種協定範本，而是於 1976 年制定所得稅協定範本，全名為 United States Model Income Tax Convention，以下簡稱 US 範本。US 範本的內容雖一定程度地受到 OECD 及 UN 範本的影響，然而其更注重的則是如何與美國內國稅法典(Internal Revenue Code)相互融合，此種概念

亦顯現在 US 範本條款中。如何符合其國內稅收的最大利益，並保有與他國間稅捐政策的選擇權，為美國選擇獨自制定稅捐範本的重要因素²⁵。



第二目 宗旨與特性

而 US 範本所重視的協定目的，除了 OECD 所不斷強調的避免雙重課稅以外，尤其關注於所得稅協定濫用與雙重不課稅的情形。因此美國的所得稅協定範本，於制定之初即有諸多關於反濫用條款(anti-abuse)的制定。也由於所得稅協定濫用相關的條款係美國發展地較早，於近期 OECD 修正關於此部分的條款，例如本文所關注的「所得稅協定競購防免」條款，亦參考了 US 範本中相關協定條款作為修正方向。

US 範本係植基於 OECD 範本所制定，因此兩者的基本條款與結構是相通的，然而 US 範本仍有以下特點，與 OECD 範本不同²⁶：

- (一)保留條款(saving clause)：確保美國對於其居民與公民具有最終的課稅管轄權；
- (二)反對以「實質有效管理 (effective management)」取代公司居住地原則的條款；
- (三)強調「互惠原則」並注重各國間的稅捐資訊交換；
- (四)拒絕納入稅捐減省(tax sparing)條款；
- (五)建立利益限制條款(Limitation on Benefits)條款以輔助其居民條款(residence rules)。然而近年來 OECD 範本亦受到 US 範本的影響，故上述幾項特點，大多也已列入 OECD 範本條款中。

美國早期皆以個別與他國締結雙邊條約的方式，解決跨國稅捐管轄爭議，而由於其為資本輸出大國，故於協商條款中往往是以保有「居民國課稅權」為原則；然而近年來美國意識到其國際貿易情勢，因眾多外資投入而逐漸成為一個淨進口國

²⁵ MICHAEL LANG, PASQUALE PISTONE, JOSEF SCHUCH, STARINGER, C. (eds.), THE IMPACT OF THE OECD AND UN MODEL CONVENTIONS ON BILATERAL TAX TREATIES 1149-1152 (Cambridge Tax Law Series 2012).

²⁶ Doron Narotzki, *supra* note 23, at 12-13.

(net capital importer)，也因此對稅捐政策及條款的擬定作出改革。基此，美國更加重視跨國間逃漏稅問題、所得稅協定競購所產生的雙重不課稅問題和國際間稅捐資訊交換相關條款的擬定²⁷。



第四款 小結

上述三種不同的所得稅協定範本，雖於制定之初係因不同目標與特質而生，然而由於國際貿易與所得稅協定所衍生的影響，往往超出締約國的範疇，且各個範本經過歷次的修正後，不同的協定範本間亦相互影響，透過擷取其他範本的特性補充原本自身範本的不足，因此各範本發展至今，諸多重要概念已更具有共識。除了雙邊協定範本的擬定，OECD 近年來更積極推動多邊公約(Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, Multilateral Instrument, MLI)的簽署，期能透過多邊公約的方式，一次性地使簽訂公約的各國能夠取得對於國際稅捐事務的共識。而我國目前已簽署共 33 個全面性所得稅協定，依財政部之公告表明我國目前已簽訂的所得稅協定中，係以 OECD 與 UN 兩種所得稅協定範本為主。

第五項 我國所得稅協定及其適用問題

我國目前已簽訂的所得稅協定主要皆參考 OECD 及 UN 協定範本所定，而範本條款內容的落實，仍有賴於與他國實際締結雙邊所得稅協定，始能將範本條款的內容與意旨，實現於我國跨境交易的稅捐事務中。因此在介紹協定範本後，則應探討目前我國法上簽訂所得稅協定之方式及生效程序為何，其不僅會影響其法律位階的形成，同時將涉及協定條款內容若與內國稅法規定有所扞格時，究應以何者優先適用之問題，故本項將對此進行探討。

²⁷ *Id.* at 17-18.



第一款 締結程序及法律位階

第一目 條約與協定之區分

在說明所得稅協定之締結程序前，以下先就我國一般簽署國際書面協定之方式進行介紹。依條約締結法第 3 條，我國與他國簽署具有拘束力之國際書面協定，應分為條約與協定兩種類型，而因應兩者所協議之內容不同，後續應遵循的締結生效程序不盡相同，最終於我國所形成的規範位階亦有所區別。

一、條約之性質與締結程序

依憲法第 38 條規定，總統具有締結契約之權；而依憲法第 58 條第 2 項，行政院長、各部會首長須將條約案提出於行政院會議議決之；又依憲法第 63 條規定，立法院具有議決條約案之權限。就上述憲法條款觀之，得見我國條約之締結程序，係由總統具締結權，締結後原則上先經由行政會議決議，而後須交由立法院審議程序。憲法將條約案之提出及議決程序與一般法律案併列，因此依文義解釋應得認為經由上述程序締結之國際條約，在我國法的位階上同於法律。

又依司法院釋字第 329 號解釋文：「憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。」就此解釋之意旨，國際書面協定無論其名稱為條約、公約或協定，只要內容涉及國家重要事項或人民之權利義務時，除法律授權、經立法院事前同意或與國內法律內容相同者，否則原則上皆應送立法院審議。承上所述，條約案等國際書面協定，經立法院審議後，即屬於法律之位階。雖有認為該號解釋中將條約須經由立法院審議，即認為條約屬於法律位階之論證尚待商榷，然而得予肯認的是，凡涉及國家重要事項或人民權利義務之國際書面協定，皆應送請立法院

審議；而憲法第 63 條所規定之條約案須經立法院議決，始符合我國憲法所定之形式正當性，亦屬條約具有我國國內法效力之前提²⁸。

我國關於國際書面協定之締結程序，訂於條約締結法（下稱同法）之中，而條約案之性質，參照司法院釋字第 329 意旨，明文規定於同法第 3 條第 1 項：「本法所稱條約，指國際書面協定而有下列情形之一者：一、具有條約或公約名稱。二、定有批准、接受、贊同或加入條款。三、內容涉及人民之權利義務。四、內容涉及國防、外交、財政或經濟上利益等國家重要事項。五、內容與國內法律內容不一致或涉及國內法律之變更。」按條約性質除形式上具有條約或公約名稱，或定有批准條款等將被認定屬於條約；而即使不具有上述形式之特徵，倘若協議之實質內容涉及人民之權利義務，及國家重要事項者，或涉及對我國法律規範之變更，皆應屬於我國所稱之「條約」。關於同法第 3 條第 1 項各款規定，有認為條約案之區分不應以形式之名稱，或是否具有批准條款作為認定要件，而應著眼於「立法院職權行使之範圍」為準。此外，所謂「國家重要事項」所指涉之內涵，應認為該項第 4 款所訂之「國防、外交、財政或經濟事務」屬於例示規定，凡是協議內容涉及法律保留原則之事務或攸關「國家生存、領土或主權行使有關」之對外政治關係，皆應屬於該項第 4 款所指之國家重要事項²⁹。

又依同法第 3 條第 1 項所稱之條約案，應依同法第 8 條第 1 項之程序為之，「條約案經簽署後，主辦機關應於三十日內報請行政院核轉立法院審議。但未具有條約或公約名稱，且未定有批准、接受、贊同或加入條款之條約案，其有下列情形之一者，主辦機關應於簽署後三十日內報請行政院備查，並於條約生效後，主辦機關應報請行政院轉呈總統公布，並送立法院查照：一、經法律授權簽訂。二、事先經立法院同意簽訂。三、內容與國內法律相同。」意即，除符合但書規定之情形者外，條約案應經過立法院審議程序。

²⁸ 李建良（2014），〈論國際條約的國內法效力與法位階定序：國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務》，第 8 輯上冊，頁 198-199。

²⁹ 黃異（2006），〈國際法在國內法領域中的效力〉，《臺灣海洋法學報》，5 卷 1 期，頁 259-260。

綜上所述，國際書面協定屬條約者，係指符合司法院釋字第 329 號意旨，應無論其名稱，而涉及國家重要事項或人民權利義務者，並訂於條約締結法第 3 條第 1 項規定中。又依同法規定條約簽署後，則應依同法第 8 條之程序為之，除符合特定要件外，應送立法院審議，故性質上應屬於法律位階。

二、協定之性質與締結程序

國際書面協定除上述屬條約案性質外，對國家具有拘束力者，依條約締結法（下稱同法）第 3 條第 2 項規定：「本法所稱之條約以外，內容對締約各方均具有拘束力之國際書面協定。」將被認定屬於同法所稱之「協定」類型，而細究協定之特質，其協議內容應與條約有所區隔，故不應涉及立法機關之職權事項，僅屬於行政機關具有自主決定權之事項³⁰。有認為現行關於協定之分類並不明確，且礙於我國外交情勢，諸多國際文書皆以協定之名稱進行簽署，故現行條約締結法所稱之協定，根本上仍須回歸該國際文書之實質內容據以認定，與其簽署之形式名稱並無關係，只要是實質內容屬於「純粹專業技術性之行政交流或合作文書」皆屬此種類型³¹。意即被劃歸屬於協定之類型者，其協議內容應僅及於行政機關職權互助之事務範圍，而不涉及人民權利或國家重要事項，且協定成立亦不影響我國內國法之變更。

由於上述特性，亦得導出協定之締結程序得以較低密度之審查方式為之，而依同法第 12 條規定：「協定經簽署後，主辦機關應於三十日內報請行政院備查，並於協定生效後，以適當方式周知及送請立法院查照。但其內容涉及國家機密或有外交顧慮足以影響國家安全或利益者，不在此限。前項協定，行政院於備查時，並應函請總統府秘書長查照轉呈總統。」故條約締結法上區分為協定者，因內容屬各機關依法律授權之職權行使範圍³²，於簽署後程序則僅須於行政院備查，並於協定生效

³⁰ 黃異，同前註，頁 268-269。

³¹ 王震宇（2016），〈對外條約締結程序邁向法制化之新頁：簡評「條約締結法」〉，《月旦法學雜誌》，253 期，頁 133-135。

³² 參照條約締結法第 12 條立法理由。



後報立法院查照，無須經過立法院審議程序。

三、條約與協定之法律位階

國際書面協定依據條約締結法分為條約與協定兩種類型，條約案所協議之事項，在性質上因涉及人民權利保護與國家重要事項，本來就應由法律作為規範依據。然透過條約之方式為之，後應經由立法院審議程序，基此條約亦屬於法律之位階；協定中所訂的事項，即使對我國具有拘束力，然而內容僅是對於我國行政機關所職掌事務，與他國之行政機關以職權互助為出發點，所形成的國際文書；又締結程序僅由行政院備查，無須經由立法審議程序，故不應認為具有法律之性質，應僅相當於我國行政命令之位階。此外，在此補充說明國際條約與我國內國法之適用關係，屬於協定類型者，僅相當於行政命令之位階，因此依法律優位原則，就同一事務與我國內國法律產生衝突時，自應以我國法律為優先；然而屬於條約者，因與我國內國法屬於階屬於同一位階，且我國憲法並未規範國際法優先原則，故應透過「新法優於舊法」或「特別法優於普通法」之原則，以決定條約與內國法律之適用關係³³，而我國所得稅協定之法律位階，依所得稅法第 124 條：「凡中華民國與其他國家所簽訂之所得稅協定中另有特別規定者，依其規定。」故應屬於特別法之位階。

第二目 我國所得稅協定之締結程序

依前述條約締結法之中對於我國所簽訂之國際書面協定，關於條約與協定之區分標準，主要在於協議之內容是否涉及立法機關職權事項。對於所得稅協定之締結生效程序，雖有認為依所得稅協定之名稱，其締結程序屬於同法第 3 條第 2 項所指「指條約以外，內容對締約各方均具有拘束力之國際書面協定。」；而關於締結程序則依據同法第 12 條規定，於所得稅協定簽署後報請行政院備查，並於協定

³³ 李建良（2014），前揭註 28，頁 205-208。

生效後，以適當方式周知及送請立法院查照即可³⁴。然本文認為，審酌所得稅協定條款之內容，其中包含我國與外國稅捐主體之認定、稅捐客體與歸屬之判斷及稅捐資訊交換等，皆屬對納稅人稅捐權利義務具有影響；同時，對於所得稅協定中關於對於稅捐管轄權之分配，乃涉及我國稅捐高權之實現，因此自屬涉及「國家重要事項」或「人民之權利義務」；故參照司法院釋字第 329 號意旨，雖形式上不具有條約之名稱，然所得稅協定之協議內容應屬條約案之性質，應依據條約締結法第 8 條規定，原則上於締結後應經由立法院審議。

然而現行所得稅協定之締結程序，主要依稅捐稽徵法第 5 條規定：「財政部得本互惠原則，與外國政府商訂互免稅捐，於報經行政院核准後，以外交換文方式行之。」參照其立法理由，此條規定係為解決國際間雙重課稅問題，考量租稅條約之簽訂涉及事務廣泛，為求迅速解決，而明文授權將所得稅協定之簽訂交由財政部，並於報經行政院核准後，以外交換文³⁵之方式為之。故透過此項授權規範，我國現行簽訂之所得稅協定，僅透過外交換文之方式締結，根本上即因此而排除適用條約締結法的適用，也無須經由立法機關審查之程序。

本文認為，我國所得稅協定主要係以國與國之間稅權分配進行協議，且與我國人民之納稅權利相關，其事務性質涉及稅捐構成要件之形成，而依稅捐法定主義，稅法之法源應限於制定過程中具有民主正當性的法律、法規命令或地方自治規章³⁶。故所得稅協定之性質及協議內容範圍，實涉及應由法律規範之事務，而屬立法職權管轄範圍，故屬於條約締結法第 3 條第 1 項之「條約」，然現行法下卻以稅捐稽徵法第 5 條透過立法授權由財政部以外交換文之方式締結，而使得所得稅協定之締結程序無須經由立法院審議程序。又依所得稅法第 124 條：「凡中華民國與其他國家簽訂之所得稅協定中另有特別規定者，依其規定。」之文義解釋，得認為我

³⁴ 黃俊杰（2020），《租稅協定之定位與效力—最高行政法院 109 年度判字第 103 號行政判決》，〈月旦裁判時報〉，102 期，頁 28-29。

³⁵ 外交換文之程序，與一般條約締結程序不同，係由雙邊國家各自發出單方文件的方式，透過交換程序發生拘束力。相關論述參丘宏達，前揭註 20，頁 207-208。

³⁶ 陳敏（2019），《稅法總論》，頁 116-126，台北：自刊。

國所得稅協定屬特別法之性質，故就涉及所得稅協定條款所規定事項，應優先於其他稅法規範適用，學者³⁷亦認同之。綜上，我國所得稅協定之締結直接交由財政部以外交換文之方式為之，其締結程序中並未經過立法院審議，因此不具有民主正當性之基礎，而以所得稅協定作為納稅義務之規範，且就協定內容之事項為特別法性質而優先於我國內國法適用，此種締結方式實不妥適，且已與稅捐法定主義產生扞格。根本作法應將稅捐稽徵法第 5 條之規範刪除，改依條約締結法之條約案方式為之。

第二款 條約與內國法的轉換

第一目 國際條約與內國法之關係

國際條約簽訂後與內國法之適用關係，國際法學理上主要應關注者，應是我國對於條約究係採取「接納模式」或「轉換模式」之程序；前者係指條約於締結後即可產生如內國法相同的效力，而得以直接援引適用；後者則係認為條約締結後，仍待將該條約之內容轉換為內國法，始能作為規範依據；或如美國法上所謂國際條約於簽訂後是否得「自動履行」之討論³⁸。有認為雖我國憲法中並無明文規定，條約是否須經內國法之轉換程序，然而參酌司法院釋字第 329 號之意旨，將條約認定屬於法律之位階，故應可認為我國應較偏向「接納模式」，即使條約內容未經轉換為內國法律，仍可據以適用。然而即使認定我國對條約之落實採取接納模式，然而基於條約內容涉及締約國主權之行使，不宜過度限制，通常條款內容皆採取較為抽象、空泛之文字，因此在實際適用於我國法中，並提供人民作為權利主張時，仍待進一步的內國法規定予以落實。關於條約於內國法上之形成方式，學者認為我國現行做法具有以下幾種類型：「立法程序模式、成文法化模式、法律援引模式及行政程序模式」³⁹。

³⁷ 陳清秀（2019），《國際稅法》，四版，頁 202-204，台北：元照。

³⁸ 丘宏達，前揭註 20，頁 150。

³⁹ 李建良，前揭註 28，頁 199-205。



第二目所得稅協定與內國法轉換

所得稅協定為條約之性質，在我國規範上屬於法律位階，在肯認我國對條約係採取接納模式的前提下，所得稅協定締結生效後，即得對於我國人民發生直接效力。然而實際上所得稅協定條款內容，多屬框架性之國與國稅權分配或基本概念之磋商，條約之規範主體屬於國家與國家之間，而關於我國納稅義務人欲適用相關條款以減免稅捐義務，應具備何種資格、進行何種程序或後續得採取何種救濟程序，並未於所得稅協定中詳細規定，故仍須待仰賴內國法予以補充，而此種對於協定內容所為之補充規範亦應符合稅捐法定主義。

我國所得稅協定經外交換文程序後（稅捐稽徵法第 5 條參照），依所得稅法第 124 條：「凡中華民國與其他國家所簽訂之所得稅協定中另有特別規定者，依其規定。」明示所得稅協定屬於特別法性質，採取上述學者認定之「法律援引模式」，透過所得稅法之規定，概括性地將所得稅協定納入於內國法中⁴⁰。此外，我國更透過「適用所得稅協定查核準則」（下稱協定查核準則）具體化協定條款之適用，而協定查核準則既針對納稅義務人主張其適用所得稅協定予以規範，條文中更涉及人民依所得稅協定享有稅捐優惠之認定，與稅捐構成要件之認定有關，故應受依法課稅原則或稱稅捐法定主義之限制（司法院釋字第 607 號、第 635 號、第 674 號、第 685 號、第 693 號及第 779 號解釋參照）⁴¹。按依法課稅原則在層級化法律保留（司法院釋字 443 號參照）之下，係屬於一般法律保留，因此關於稅法之構成要件及法律效果，得由立法機關制定之法律或由立法授權之法規命令予以規範⁴²。然若採取法規命令作為規範方式，則自應受法治國原則下之授權明確性原則拘束，除有關執行母法之細節性及技術性事項之外，該授權規範之目的、內容及範圍應具體明確，且法規命令之規範範圍，不得逾越母法授權範圍（司法院釋字第 367 號及

⁴⁰ 李建良，同前註，頁 205。

⁴¹ 陳衍任（2018），〈適用租稅協定請求退還溢扣繳稅款問題之研究〉，《月旦財稅實務釋評》，2 期，頁 34。

⁴² 黃茂榮（2014），〈稅捐法定主義及其司法審查（一）〉，《植根雜誌》，30 卷 10 期，頁 394-400。

第 394 號參照)。

按協定查核準則係依 2011 年 1 月 7 日財政部台財稅字第 09904504820 號令所發布，該準則第 1 條規定，即指出其授權依據為所得稅法第 80 條第 5 項。且協定查核準則之性質屬對多數不特定之人所為之抽象規定，並對外發生法律效果，為法規命令之性質（行政程序法第 150 條第 1 項參照），而得作為稅法之法源，然而協定查核準則之授權是否具體明確，其規範範圍是否未逾越授權母法之範圍，而符合稅捐法定主義，則有進一步檢視之必要。

首先，協定查核準則之授權依據，係依所得稅法第 80 條第 5 項規定：「稽徵機關對所得稅案件進行書面審核、查帳審核與其他調查方式之辦法，及對影響所得額、應納稅額及稅額扣抵計算項目之查核準則，由財政部定之。」而與協定查核準則之制定範圍相關者，應為該條後段之「影響所得額、應納稅額及稅額扣抵計算項目」。審酌其立法理由，該授權規範係為「基於目前及未來對所得稅案件進行調查、審核之需要」而為制定，然而立法範圍是否涉及對於所得稅協定相關事項的授權，不無疑問。再者，就所得稅法體系而言，綜觀所得稅法條文皆是與國內稅捐徵收相關之事項，並未對於所得稅協定相關概念進行說明，因此立法當時是否已預見並審酌關於所得稅協定事項之授權並不明確。又協定查核準則之規範中，諸多國際稅法相關之概念解釋，例如：協定查核準則第 6 條居住者相關定義、第 7 條至第 9 條常設機構、第 10 條代理人、第 11 條及第 12 條所得課稅權之歸屬、第三章減免規定之適用（因適用所得稅協定而得減免）、第四章課稅所得計算（涉及常設機構營業利潤之計算、跨國勞務報酬之計算等）於現行所得稅法並無法推知相關概念而作為其授權依據；此外，協定查核準則中除上述定義性解釋外，尚包含對於適用所得稅協定而生之「溢繳返還請求權」之實體事項，就該請求權行使與消滅時效予以規範（協定查核準則第 24 條參照），此部分實應非所得稅法第 80 條第 5 項所指「針對所得額、應納稅額或稅額扣抵計算項目」之授權範圍，涉及納稅人請求溢繳返還之請求

權行使，自非僅屬細節性、技術性之規定，實已逾越母法授權範圍⁴³，而違反稅捐法定主義。



第三款 小結

本文認為，按所得稅協定之性質，應屬於條約締結法中所指「條約」案之性質，而其締結程序自應依照條約締結法中關於條約案相關程序，而須經由立法機關審議，始能證立協定條款依所得稅法第 124 條規定，應屬於特別法之性質。然現行法關於所得稅協定之締結，依稅捐稽徵法第 5 條，關於所得稅協定之締結生效程序，皆是透過立法授權的方式，交由財政部以外交換文之方式辦理，或有尊重財稅事務專業性或外交考量，然而藉由此規定而一概使所得稅協定無須經立法院之審議，而協定條款規定仍依所得稅法規定而有特別法之地位，本文認為應有民主正當性不足之虞，故根本上應刪除稅捐稽徵法第 5 條之規範，直接適用條約締結法第 8 條關於條約案之締結程序，經由立法院審議始能生效。另一方面，所得稅協定生效後雖得直接對我國人民發生效力，然為具體化協議之內涵，我國目前訂有「所得稅協定查核準則」作為適用規範，其雖係以所得稅法第 80 條第 5 項作為授權依據，然而其授權範圍是否涵蓋關於所得稅協定適用之相關國際稅捐事務處理之權限，不無疑問，且協定查核準則中涉及溢繳稅款請求權之實體事項，應已違反授權範圍，而有違授權明確性及依法課稅原則。對此，有學者認為，針對所得稅協定此種與國際稅法相關規範，得參考德國法上「涉外稅捐事務處理法」之立法方式，以制定專法的方式明定國際稅法上之相關概念⁴⁴。本文亦贊同之，蓋國際稅法上之諸多概念，並無法透過現行內國稅法之規定予以解釋，若得以整體性之涉外稅捐事務處理法，就相關概念與涉及稅捐請求權行使之事項於法律中訂之，並以明確的法規範授權作為行政機關制定相關法規命令之依據，始符合稅捐法定主義。

⁴³ 陳衍任，前揭註 41，頁 35-36。

⁴⁴ 陳衍任，同前註，頁 36。



第二節 所得稅協定競購 (Treaty Shopping)

所得稅協定，係指國與國間預先就兩國間之稅權分配協議，並給予締約國居民稅捐優惠之國際書面協定，其簽署的目的毋寧是為避免國際間雙重課稅的問題產生。然而國際上卻出現納稅人為適用所得稅協定而藉由形式安排，從而不當獲取稅捐利益的濫用行為，違反所得稅協定之目的，美國法上將此行為稱為所得稅協定競購(Treaty Shopping)。本文將於後續各章節中分別對此行為之相關議題進行探討。本節以「所得稅協定競購行為」之基本概念及性質作為核心，並檢視我國現行稅法規範是否足以防杜此種濫用行為。

第一項 所得稅協定競購之定義

所得稅協定競購(Treaty Shopping)，源於美國法上的概念，係指納稅義務人透過與實質經濟活動相背離的主體轉換形式身分，「選擇」成為具有特定所得稅協定國家之居民，藉以適用該國與他國間簽署之所得稅協定，進而獲取稅捐利益之行為，國內有學者譯為「所得稅協定之濫用⁴⁵」，為強調納稅人事先挑選具有所得稅協定國家而為主體身分轉換之行為模式，本文將其譯為「所得稅協定競購」，在此合先敘明。

在跨國貿易活動進行中，稅捐常是跨國企業組織結構的考慮，然而由於所得稅協定屬於雙邊協定性質，未相互簽署協定之國家間自無法適用，因此納稅人為盡可能減免稅捐負擔，是否符合所得稅協定之適用資格常成為進行跨國貿易時的考量，而所得稅協定競購即是基於此種稅捐減免目的所生的濫用行為。所得稅協定競購雖於美國法上概念，然而目前不論是 OECD 或美國所得稅協定範本皆已將此行為的防免明文納入條款中，故其重要性不言而喻。儘管如此，對於所得稅競購的定義，卻並未在上述兩個協定範本條款中明定，僅能夠由範本中相應的防免條款闡釋中

⁴⁵ 陳清秀，前揭註 37，頁 567。

推知。

我國學者認為，所謂所得稅協定競購，係指納稅義務人按其通常情況下，並無法享受所得稅協定條約或協定之利益，但其利用迂迴的法律形式，形式上滿足協定之條款規定，進而得以適用該規定所提供租稅優惠，屬於濫用法律形式的行為⁴⁶。美國法上，有學者則將其定義為，指第三國的居民將其經濟活動或投資的形式組織轉換到另一個來源國(source country)中，適用該來源國所簽訂的所得稅協定，並藉此取得原本第三國居民無法享有的稅捐利益⁴⁷；或認為協定競購為一種將源自一個國家所產生的所得轉移至另一個國家的路徑，而在轉移的過程中透過中介國家以獲得特定所得稅協定預期以外的利益；所得稅協定競購的主體除了事業組織以外，自然人也可能透過移轉其稅籍身分的方式，取得特定所得稅協定之利益⁴⁸。雖所得稅協定範本中並未對所得稅競購作出定義，然歸納上述學理，所得稅協定競購，應指締約國以外之第三國居民，透過居民身分的轉換或其他迂迴的法律形式，適用所得稅協定條款，以取得協定所賦予稅捐利益之濫用行為。

第二項 所得稅協定競購之性質

所得稅協定在我國法上既屬法律位階，故濫用協定而為所得稅協定競購，本質上應屬於脫法行為的一環。而納稅人透過濫用協定條款而取得稅捐利益，此種「鑽協定條款漏洞」之行為，應屬於廣義的稅捐規避行為⁴⁹。基此，以下將透過我國法上一般稅捐規避行為防杜條款之規定，就稅捐規避之定義、構成要件及防杜條款予以說明，檢視所得稅協定競購之性質，而後檢視我國現行特別稅捐規避防杜條款是否得予以防杜。

⁴⁶ 陳清秀，同前註，頁 567。

⁴⁷ Daniel W. Blum, Treaty shopping and prevention in a post-BEPS world: Part I, International Tax Report, <https://www.internationaltaxreport.com/investment-and-indirect-taxes/treaty-shopping-and-prevention-in-a-post-beps-world-part-i-126400.htm> (last visited: Jul. 20, 2021)

⁴⁸ ROY ROHATGI, BASIC INTERNATIONAL TAXATION, RICHMOND VOLUME I: PRINCIPLES, 165(Richmond Law & Tax 2005).

⁴⁹ 陳清秀，前揭註 37，頁 567。



第一款 稅捐規避

稅捐規避行為之定義依稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項及納稅者權利保護法第 7 條第 3 項規定有明文，係指納稅義務人為獲取稅捐利益，違反稅法之立法目的，濫用法律形式，為非常規交易的安排，進而達成與常規交易相同的經濟成果。

學者對於稅捐規避行為亦有進一步的闡述，認為稅捐規避屬於法律規避的行為態樣之一，專指納稅義務人規避立法者所制定之稅法規範，利用民法上私法自治的基礎，為一連串迂迴的法律形式安排，背離一般交易模式，達成與其所規避的法律中相當的經濟效果，同時規避稅法規範在該經濟實質下應形成的法律效果，亦即達到稅捐減免之效果，且本質上違反稅捐立法者所為之稅負分擔，而有違量能課稅原則⁵⁰。稅捐規避行為之範圍具有兩種面向，其一為規避稅法上構成要件的該當，而避免稅捐義務的成立；另一方面，則是納稅人積極地使其滿足稅捐優惠的要件，而享有稅捐減免之利益。

所得稅協定競購行為，應屬於廣義的稅捐規避行為之一⁵¹，蓋其係從事跨國經濟活動之納稅人，透過濫用法律形式的方式，藉以符合所得稅協定之要件，而享有稅捐減免的利益，以下整理稅捐規避行為之相關概念及構成要件，並藉以對所得稅協定競購行為進行檢視。

第一目 合法節稅、稅捐規避與逃漏稅之區分

國家稅捐高權的取得應是建立在對於人民私經濟的保障為前提，亦即國家不任意干涉人民為私經濟活動之自由，而僅透過稅捐收入作為維護國家職權、社會安全等任務。納稅人在此前提下，亦有權透過私法契約自由，在合於稅法規範的範圍內進行稅捐安排，以減輕自身稅捐負擔，此為合法節稅。然而倘若納稅人在進行稅

⁵⁰ 柯格鐘（2009），〈稅捐規避及其相關聯概念之辨正〉，《月旦財經法雜誌》，19 期，頁 69-71。陳清秀（2015），〈稅捐規避行為之探討〉，《月旦法學教室》，156 期，頁 39-40。葛克昌（2005），《稅法基本問題：財政憲法篇》，頁 182-183，台北：元照。

⁵¹ 陳清秀，同前註 37，頁 567。

捐規劃時，以違反常規的方式為法律安排，且該法律安排與經濟實質相悖，實質上並未變動其財產支配權，則此種行為已然逸脫合規義務之範圍，而屬於濫用稅法規範之稅捐規避行為⁵²。蓋合法節稅的情形，係指人民欲達成某種經濟目的時，法律形式上提供多種選擇，而人民僅在法律形式所賦予形成自由之界限內，選出一種對其稅捐負擔最有利的方式為之⁵³；且合法節稅係納稅人於符合法秩序或稅法規範目的之作為或不作為的前提下，所為之稅捐安排行為，本質上屬個人人格權展現的範疇，而應與稅捐規避行為嚴格區分⁵⁴。

此外，稅捐規避與逃漏稅之行為亦有所區別。逃漏稅行為依稅捐稽徵法第 41 條規定，係指納稅義務人以詐術或不正當方法為稅捐義務之免除。所謂「詐術」應指納稅人以「虛構事實」或「隱匿實情」的方式，使稽徵機關陷於錯誤，並因此免除其自身之稅負⁵⁵。亦有認為⁵⁶，逃漏稅行為參考德國稅捐刑事法之規定，非僅屬道德非難層次，本質上即是違法行為；而與稅捐規避行為的重要分野是在於，納稅人是否有「隱瞞課稅事實」之行為，若納稅人係基於真意為一連串迂迴的法律形成，且並未隱瞞其形式安排與課稅事實的行為，應屬於稅捐規避；然而倘若當事人透過積極作為或消極不作為的方式，隱瞞其課稅事實的存在，而使稅捐機關無從得知課稅事實，則應落入逃漏稅的層次。

第二目 稅捐規避之構成要件

依據稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項規定：「納稅義務人基於獲得租稅利益，違背稅法之立法目的，濫用法律形式，規避租稅構成要件之該當，以達成與交易常規相當之經濟效果，為租稅規避。」與納稅者權利保護法第 7 條第 3 項規定：「納稅者基於獲得租稅利益，違背稅法之立法目的，濫用法律形式，以非常規交易規避

⁵² 葛克昌，同前註 50，頁 83-85。

⁵³ 陳敏，同前註 36，頁 212。

⁵⁴ 柯格鐘，同前註 50，頁 89-90。

⁵⁵ 陳敏，同前註 36，頁 212。

⁵⁶ 柯格鐘，同前註 50，頁 93-94。

租稅構成要件之該當，以達成與交易常規相當之經濟效果，為租稅規避。稅捐稽徵機關仍根據與實質上經濟利益相當之法律形式，成立租稅上請求權，並加徵滯納金及利息。」上述兩者為我國一般稅捐防杜條款即明文規定稅捐規避構成要件，而依法條之文義，學者⁵⁷對於其構成要件有進一步的開展，以下整理學說見解說明之。

一、稅捐規避之客觀構成要件


(一)稅法規範客觀上具有法律漏洞存在

探究法律規避行為之前提，應檢視該法規範在客觀上是否具有法律漏洞存在，而該法律漏洞的存在係屬於立法者有意不加以規範的法外空間，或者屬於立法者於立法當時未預見而產生的規範漏洞，兩者間的區分係透過規範目的進行法律解釋。稅捐規避行為既屬稅法上之法律規避行為，因此應透過稅法規範目的予以解釋，探究納稅義務人之行為安排，所利用的是屬於稅捐立法者刻意不予規範的法外空間，或是立法當時未能預料或無法預料的規範漏洞。若屬於前者的情形，係屬合法避稅行為，納稅義務人本就有權選擇有利於己的方式為合法的稅捐規劃；然而若屬利用後者的稅法規範漏洞所為的稅捐安排，即與稅法規範目的不同，而屬稅捐規避。簡言之，稅捐規避行為成立的前提，為稅法規範客觀上具有漏洞存在。

(二)納稅義務人利用法律形成自由作成「非常規交易行為」

依稅捐稽徵法與納稅者權利保護法明文規定之「非常規交易行為」，係指與常規交易相比而有所違背者，然而經濟交易活動實屬多元，常規交易之判斷並不容易。參考德國法上見解，係透過稅法的規範目的作為基準，在立法者設計相關規範時，通常得預見依照該規範目的，若欲產生特定經濟成果，直接會產生的法律形成方式；倘若納稅人在達成該經濟行為時，實際上卻透過繞路的方式，取代符合規範目的之直接路徑，則將會被認定屬於不相當的法律形成(unangemessenheit der Gestaltung)，即

⁵⁷ 柯格鐘（2014），〈論稅捐規避行為之立法與行為的類型化〉，《興大法學》，15期，頁54-60。



可認為符合非常規交易行為的要件。也由於在達成相同經濟成果的前提下，立法者所預想而符合法律規範目的者，往往是典型、直接的交易路徑⁵⁸；從而學者認為，非常規行為得透過其是否具有「繁瑣、複雜、非理性或不透明」的特性加以辨識，意即納稅人是否透過一連串迂迴、繞遠路的方式，取代以直接路徑所為之法律形式；此外，德國實務見解，亦有透過理性第三人之立場觀察，倘若該交易安排欠缺稅捐利益時，在獲得相同經濟成果時，理性第三人並不會採用與納稅人相同的法律形成方式，以認定非常規交易行為⁵⁹。然而在此須特別說明，非常規行為仍以該法律行為有效為前提，只是在路徑上採用較不具經濟效率的方式為之，而與民法上無效之「通謀虛偽意思表示」不同⁶⁰；且稅捐規避與通常僅針對單一法律行為之通謀虛偽意思表示不同，納稅人往往會透過數個具關連性的法律行為作成稅捐規避安排，且其安排雖不符交易常規，然確係出於納稅人「真意」所為之，此點亦足表彰其與通謀虛偽意思表示之差異⁶¹。

(三)該非常規交易行為應被評價為濫用行為


納稅人所為的法律形成，即使屬於上述非常規交易行為並不一定即屬於稅捐規避行為，而仍須進一步評價該法律形成是否構成「濫用行為」。由於商業交易型態多元，考量納稅人在為法律形成安排所牽涉的因素甚多，故在判斷是否屬於濫用行為時，應由稅捐機關透過客觀事實的調查，釐清納稅義務人之交易全貌後，才能判斷該非常規行為是否具有取得稅捐利益以外的理由，例如：商業合理理由(good business reason)、個人興趣或愛好、政治風險，此部分須由納稅人提供整體計畫之相關資料，稅捐機關始能綜合評價；換言之，即使具有一商業合理理由存在，也不當然得推導出該法律形成不屬於濫用，仍須進一步綜合整體交易情形予以評價，有

⁵⁸ Englisch, in: Tipke/ Lang, Steuerrecht, Köln 2018, §5 Rn. 127.

⁵⁹ 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140。

⁶⁰ 陳敏，同前註36，頁211。

⁶¹ 柯格鐘，同前註50，頁81-85。



認為評價上得衡量該商業理由與納稅人透過該交易安排所能獲得之稅捐利益相互權衡，倘若納稅人因此取得之稅捐利益遠大於商業經濟利益，或商業理由僅具輔助性功能，此時即使有合理商業理由存在，然該法律形成仍會被認定為濫用⁶²。依納稅者權利保護法第7條第3項之立法理由，係參照德國稅捐通則第42條而定，因此關於納稅人之非常規行為是否屬於「濫用」的判斷，得以德國法作為參考，依德國稅捐通則第42條第2項，倘若納稅人得所選擇之法律形成具有「重要的非稅理由」，則不會被認為屬於濫用；因此即使納稅人主張其法律形成具有合理商業理由或其他非稅理由存在，仍須視該理由對於整體交易安排是否具有重要性，實務認定上得透過該法律形成所獲得之稅捐利益，與非稅理由對於該法律形成之重要性相互衡量作為評價；此外學者認為，對於納稅人法律形成是否具有「重要的非稅理由」予以判斷，本質上係涉及對納稅人主觀動機的檢驗，然而稅法的適用應取決於客觀上的個人經濟能力；或在稅捐優惠的情況下，則是需考量納稅人的交易安排是否符合規範所欲達成的公益目的，故稅捐構成要件的適用實不應仰賴納稅人主觀動機而有變化，因此學者認為對於此種例外情形的，應從嚴解釋⁶³。

(四)使納稅義務人或與其親近之第三人獲得稅捐上利益

倘認為納稅義務人之形式安排為濫用行為後，則須認定其客觀上是否使納稅人，能夠取得稅法上之稅捐利益，且該稅捐利益不符合稅法規範目的；同時應判斷上述非常規行為與納稅人取得之稅捐利益，兩者間是否具有因果關係。因稅捐規避而取得稅捐利益之受益人部分，有認為應不限於納稅人本身，而應該將納稅義務人有所「親近之第三人」亦納入範圍。所謂親近之第三人，應係指與納稅人具有特定身分關係或控制關係之第三人，包含配偶、親屬或由納稅人及其家族成員實質控制之營利事業等，均得納入此範圍⁶⁴。

⁶² 柯格鐘，同前註57，頁55-56。

⁶³ Englisch, (Fn. 58), §5 Rn. 131-133.

⁶⁴ 柯格鐘，同前註57，頁58。

再者，所謂「稅捐利益」之取得，有認為依稅捐稽徵法第 12 條之 1 及納稅者權利保護法第 7 條第 3 項法條文義觀之，係指因「規避租稅構成要件」而取得之稅捐利益，因此若是屬於納稅人利用法律形成而積極適用稅捐優惠，似不包含於我國一般稅捐規避防杜條款之適用範圍⁶⁵。然而有認為稅捐利益之範圍，應就納稅人所為之稅捐規避行為的整體圖像予以觀察，不僅限於納稅人因而免稅之情況，包含減少稅捐負擔、延長繳納期間或因而積極適用稅捐優惠要件，所獲取之稅捐利益皆屬之⁶⁶。

二、稅捐規避之主觀構成要件：納稅人規避意圖

除上述各項客觀構成要件外，稅捐規避行為之判斷，是否須審查納稅人之主觀構成要件，學說上實有爭議。蓋有認為稅捐規避行為僅是透過稅捐法規範目的解釋，應僅從客觀要件進行判斷，認定納稅人所為之法律形成與其經濟歸屬，是否與稅捐法上的立法目的相當，而納稅人的主觀意圖並不會因此對於課稅效果產生影響，故不須與以考量⁶⁷。然亦有認為稅捐規避行為的認定，仍應判斷納稅人之主觀意圖是否存在，蓋納稅人具備規避意圖之主觀構成要件，不僅得作為與合法稅捐規劃行為之劃分，且規避意圖的存在使納稅人不得主張因信賴稅法而為該法律形成之行為得受到信賴保護，蓋其主觀意圖的存在使其信賴不值得被保護（行政程序法第 119 條），故稅捐規避行為主觀要件的存在仍有其必要性⁶⁸。

第三目 稅捐規避之法律效果

一、補徵稅款


稅捐規避之法律效果依稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 6 項及納稅者權利保護法第

⁶⁵ 邱晨，前揭註 59，頁 144。

⁶⁶ 柯格鐘，前揭註 57，頁 58。

⁶⁷ 邱晨，前揭註 59，頁 148。

⁶⁸ 柯格鐘，前揭註 57，頁 59-60。



7 條第 6 項規定，稽徵機關於查明稅捐規避情事，得按交易常規與其所查得資料調整，並計算納稅人應納稅額。而法條文字所定之「調整」課稅，應指否定納稅人刻意安排的法律形式外觀所形成的稅法效果，而依實質課稅原則加以調整、認定符合其經濟實質歸屬的課稅事實據以補稅⁶⁹。然而依「調整」之文義解釋，似包含對於納稅人減少稅負的有利調整與增加稅負的不利調整，對此，學說上具有爭議，參照德國法上見解有認為稅捐規避之效果乃基於經濟觀察法所為的調整，因此自包含一切對納稅人有利及不利之情形，以符合經濟實質而為的調整；然而反對見解則認為，稅捐機關所為的調整課稅，應限縮於對納稅人不利的補稅調整，同時否認納稅人得主張實質課稅原則而對其為有利的調整⁷⁰。本文贊同後者的見解，蓋稅捐機關對於課稅事實雖有職權調查義務，然納稅人亦負有協力義務，故在通常情形下，稅法皆是以納稅人之實際經濟負擔能力予以課稅；納稅人在事後始主張依實質課稅原則為對其有利的稅捐負擔調整，得以想見的情況應該是其因先前自己所為的法律形成發生錯誤，因此始放棄當時的法律形成，根本上是因稅捐規避失敗而為主張，故法律上不應加以鼓勵⁷¹，因此符合稅捐規避的構成要件，則必然產生對納稅人予以補徵稅款之法律效果。

二、稅捐規避不應處罰

稅捐規避行為與逃漏稅捐不同，而係鑽法律漏洞之脫法行為，故多數認為並不應對單純稅捐規避行為處罰。且依納稅者權利保護法第 7 條第 7 項，對於稅捐規避行為，原則上主管機關除調整補稅以外，不得另課予逃漏稅捐之處罰，故我國法業已肯認單純的稅捐規避不予處罰的見解。

學理上對於稅捐規避不應處罰具有諸多論述，蓋稅捐規避行為並非違背稅法規範之逃漏稅捐，而僅是因規範漏洞存在，而利用稅法規範漏洞，採取迂迴、非常

⁶⁹ 林其玄（2016），〈稅捐規避行為可罰性之探討〉，《國立中正大學法學集刊》，50 期，頁 7。

⁷⁰ 柯格鐘，前揭註 57，頁 62-64。

⁷¹ 柯格鐘，前揭註 57，頁 64-71。

規的法律形式，以規避適用符合經濟實質的稅法規範，從而獲得稅捐利益。故依處罰法定原則，並不應對單純稅捐規避行為處罰之⁷²；亦有認為，應從主觀構成要件之可罰性予以探討，依納稅者權利保護法第 16 條第 1 項規定，非出於納稅者故意或過失違反稅法上義務之行為，不應予以處罰。稅捐規避行為的認定，涉及司法機關對於相關事實與稅法適用的評價，即使最終判定為稅捐規避，亦不得僅以納稅人之客觀脫法行為事實，論證其主觀上即有逃漏稅捐之故意。況且稅捐規避乃是利用客觀法律漏洞，對此種立法不完備的狀態，納稅人自無違反注意義務而認主觀上具有過失的可能存在，應交由立法機關將規範漏洞予以填補；因此稅捐規避之納稅人主觀上並不具有違背稅法規範之故意或過失，不應予以處罰⁷³。

需補充說明的是，稅捐規避行為本質上並不具可罰性，然納稅人為稅捐規避行為仍有產生稅捐處罰的可能。蓋納稅人之行為被認定為法律形式的濫用，而屬稅捐規避行為，法律效果的形成過程，係將一個稅捐機關認為符合規範目的之推測且適當的事實，用以取代實際上納稅人所安排的課稅事實，並以該推測的事實進行稅法評價，而在此階段若納稅人具有隱匿相關課稅事實的情形，則可能落入逃漏稅捐罪的層次⁷⁴。蓋稅捐規避行為不予處罰的重要立論，乃是植基於納稅人並未有違法之虛偽、隱匿行為之前提，即使其法律形式與立法者所預設之方式不相當，然納稅人對於其所選擇的法律形式應確實揭露，並善盡其稅法上協力義務。故倘若納稅人於稅捐機關調查稅捐規避相關課稅事實之際，未盡協力義務配合調查，甚至以積極隱匿相關事證，而有不當阻止稅捐機關調查之情事，則此時已非屬單純稅捐規避行為，而有受到行政罰或刑事罰規範加以處罰的可能⁷⁵。依納稅者權利保護法第 7 條第 7 項但書，亦肯認上述學者見解，明定「但納稅者於申報或調查時，對重要事項隱匿或為虛偽不實陳述或提供不正確資料，致使稅捐稽徵機關短漏核定稅捐者」，對於

⁷² 陳清秀，前揭註 50，頁 46。

⁷³ 柯格鐘，前揭註 57，頁 71-72。

⁷⁴ Englisch, (Fn.58), §5 Rn. 134.

⁷⁵ 柯格鐘，前揭註 57，頁 73。



稅捐規避行為例外產生處罰的法律效果。

第四目 所得稅協定競購為廣義稅捐規避行為

在定義所得稅協定競購行為性質前，應先提及的是，此種行為在外國法上實有出現對其管制與否的爭論⁷⁶，有認為部分國家本即欲透過此種行為以吸引資金對其國家的挹注，故在經濟層面接納此種協定競購行為，毋寧是屬於國家政策的選擇自由，採此立場者同時認為，國家選擇對此種行為予以管制，係因其國家稅收高權流失，才會主張應極力排除協定競購行為，並質疑對於協定競購行為管制的正當性與必要性。然而本文認為，所得稅協定競購行為應有管制之必要，蓋現今全球化分工的時代，不得僅將課稅事務認為僅屬一國主權行使之選擇，而更應透過各國共同建立稅捐中立的環境，因此本文認為其性質無關單一國家的稅制取捨，而所得稅協定競購行為必須受到防杜。

其次，所得稅協定競購行為與逃漏稅行為亦應有所分別，蓋稅捐逃漏行為是一種透過「隱匿」稅捐事實或實際應負擔之稅捐責任，而屬於詐欺行為。然而在所得稅協定競購中，非屬於締約國居民之納稅人，實際上並沒有隱匿其擁有來源於他國之所得事實；相反地，其必須在客觀上揭露其主體身分，並利用導管公司的居民身分，藉由此種繁複的交易架構，始能適用受益所有人原無法享有的協定利益⁷⁷。因此協定競購行為並非隱匿稅捐事實之逃漏稅行為，而應屬於一種利用所得稅協定條款漏洞，而不當獲得稅捐利益之行為，性質上屬稅捐規避行為。以下進一步就協定競購行為與稅捐規避行為之構成要件予以檢視。

⁷⁶ Reuven S Avi-Yonah, Christiana Hji Panayi (2010), Rethinking Treaty Shopping: Lessons for the European Union., Law & Economics Working Papers, https://repository.law.umich.edu/law_econ_current/art7 (last visited: Jul. 20, 2021)

⁷⁷ FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO, LIMITATION ON BENEFITS CLAUSES IN DOUBLE TAXATION CONVENTIONS 39 (Kluwer Law International 2006).



一、客觀構成要件

(一)所得稅協定條款漏洞客觀存在

所得稅協定條款內容屬法律之位階，而所得稅協定條款之漏洞是否存在，應探究協定宗旨予以判斷。而所得稅協定之宗旨，或可以 BEPS 行動計畫第 6 號之「前言」作為依據，即所得稅協定之締結並不以使納稅人發生雙重不課稅的情形為目的；此外所得稅協定係為提供締約國雙方居民交易時，免於雙重課稅的情形發生，同時鼓勵於締約國雙方進行交易，而提供之稅捐減免措施。而在所得稅協定中，應得認為關於「居民認定之條款」具有客觀漏洞，蓋其雖定有對於締約國居民身分認定之判斷標準，然而對於所得稅協定競購行為人創設導管公司，使得形式上雖符合締約國居民標準，但該居民在締約國境內並未實際從事商業交易的情況無法排除，而此種情形下，導管公司與相對人間並不具有真正的交易行為，本質上自無發生雙重課稅之可能，卻得適用所得稅協定條款，故有違協定之宗旨，應可認為居民認定條款本身有客觀漏洞存在。

(二)所得稅協定競購行為屬非常規交易行為

以所得稅協定競購行為不當獲得協定利益之納稅人，雖有以不同類型與方式為之，然往往係透過在特定協定締約國之一方建立形式納稅主體（例如：導管公司），取代原本具經濟實質之主體身分與他國進行交易，交易程序上創設一個非經濟活動所必要的主體，同時利用其內國稅法之規定達成減免稅負的效果。該法律形成雖涉及跨國性的稅法選擇，然其形式上仍係藉由一連串迂迴且繁複的法律形成，導致形式上與實際經濟成果的歸屬不相當的情形，因此應屬非常規交易行為。

(三)所得稅協定競購應屬於濫用行為

協定競購行為法律形式上之身分與其實際從事經營活動且享有經濟利益之主體身分，往往相互背離，而其採取與通常交易活動不相當之方式為之。倘若納稅人

對於此種法律形成，並不具有獲取所得稅協定利益以外之正當理由，或該正當理由與協定利益的取得相較並不具有重要性，則應認為該身分轉換行為實屬於濫用。而在 BEPS 行動計畫中，此點得透過主要目的條款予以檢視，倘若其交易安排的主要目的之一即為獲取協定利益，則該非常規交易行為即應屬於濫用。

(四)所得稅協定競購行為使納稅人獲得稅捐利益

利用所得稅協定競購之納稅義務人，藉由此種迂迴的形式而適用所得稅協定，透過受其控制的主體以適用條款中關於稅捐減免之措施，用以取得原本無法取得之稅捐利益，應可認為納稅人係藉由此行為而達成獲取稅捐利益之目的。

二、主觀意圖

本文認為，稅捐規避行為應檢視其主觀意圖是否存在，而所得稅協定競購時，即應檢視其是否具有不當獲取協定利益之意圖存在，始為該身分轉換行為，此部分亦可參考 OECD 協定範本中的主要目的測試條款概念，即使稅捐利益並非是屬於交易安排之唯一目的，然只要被認定取得協定利益為其「主要目的之一」，則亦得證立其具有稅捐規避之意圖存在。

三、小結

所得稅協定競購行為，或可透過一般稅捐規避條款予以檢視，然而各種行為類型的判斷，實須再透過進一步的相關概念涵攝始能確認，且其中涉及諸多國際稅法上概念的解釋，在我國不具有類似德國涉外稅法的情形下，將使課稅事實之認定充滿不確定性，因此本文認為所得稅競購行為，雖為廣義稅捐規避之一環，然現有一般稅捐規避條款實有不足，故本文認為應以特別防杜條款之方式予以防制。



第二款 稅捐規避行為的防杜

關於稅捐規避行為的防制，具有一般防杜條款及特別防杜條款兩種規範方式，我國早期就稅捐規避僅有特別防杜條款，例如：所得稅法第 43 條之 1 規範關係企業不合營業常規之稅捐規避行為，以解決稅捐規避之特定案例類型。直到 2013 年增訂稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項明定稅捐規避行為之定義與基礎構成要件，我國稅捐規避一般防杜條款亦自此確立；後於 2016 年制定之納稅者權利保護法第 7 條第 3 項中，也同時納入與稅捐稽徵法相仿的一般防杜條款。

第一目 一般稅捐規避行為防杜條款

針對稅捐規避行為的防制，立法上得以一般防杜條款為之，即以不特定類型的方式，以期將各種稅捐規避行為，通過概括性的稅捐規避構成要件後納入管制範圍。例如：德國租稅通則第 42 條規定，而我國關於一般防杜條款之規範，則以稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項以及納稅者權利保護法第 7 條第 3 項作為依據，已於前段說明。按稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項立法理由中即表明，關於稅捐規避行為之認定，應制定一般性之法律規範。另依納稅者權利保護法第 7 條之立法理由，則表示該項規定係參照稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項與德國稅捐通則第 42 條所為之規範。

相較於後續將進一步介紹的特別稅捐規避行為防杜條款，一般防杜條款原則上能適用於所有稅捐規避類型，然而也由於規範範圍廣泛，因此構成要件並不如特別防杜條款明確，因此在適用時仍應指明，納稅主體所實際上所規避的稅法規範為何，同時透過對於所規避的稅法規範解釋，進一步對納稅主體係屬「濫用」法律形成自由之行為予以評價。其性質上屬於「網羅性、兜底式」的構成要件，在個案中若無法涵攝適用於特別防杜條款，則仍得以一般防杜條款之構成要件進行檢視⁷⁸。承前所述，所得稅協定競購行為於一般防杜條款就部分概念難以明確適用，故以下

⁷⁸ 柯格鐘，前揭註 57，頁 89。

將探討我國是否已有相關特別稅捐規避行為防杜條款，足以作為防杜規範。



第二目 特別稅捐規避行為防杜條款

特別稅捐規避行為防杜條款，係為規範特定的稅捐規避類型而生。而所得稅協定競購，係屬不當藉由納稅主體身分的轉換，以獲取稅捐利益之行為。我國現行所得稅法中，亦定有特別防杜條款，得防堵利用納稅主體身分轉換，以不當獲得稅負減免之稅捐規避行為，以下對相關規定予以介紹，並檢視是否得以適用於所得稅協定競購之情形。

一、反「隱藏性盈餘分配」條款

所得稅法上以自然人為規範主體的特別防杜條款，係以所得稅法第 14 條之 3 第 1 項規定為代表。依該項規定，若自然人透過與國內外其他自然人或營利事業相互間，以資金、股權移轉或其他相當之虛偽安排之交易形式，不當地使自己或他人因而減免稅捐負擔，則於稽徵機關計算其正確稅額後，得報經財政機關核准後，依實際交易事實調整補稅。依本條立法意旨，此條文之規定係因我國稅法中，對於不同納稅主體具有不同的稅捐減免或稅捐優惠規範，為避免自然人利用控制關係，將股權轉由關係人或其控制之營利事業持有，以達成規避綜合所得稅目的而定之。

本條規定主要係對於學理上所稱「隱藏性盈餘分配」之稅捐規避類型予以規範，此種稅捐規避類型，係指自然人本身不直接投資上市公司，而是透過設立控制公司的方式，由控制公司進行投資，故形式上被投資公司進行盈餘分配時，將由該控制公司取得，進而隱藏原應由自然人取得之股利。蓋自然人投資營利事業所獲之股利所得應依所得稅法第 14 條第 1 項第 1 類規定，繳納個人綜合所得稅，然而透過「隱藏性盈餘分配」的方式，自然人因此在盈餘分配時不直接取得該筆股利所得，而無須負擔之個人綜合所得稅額⁷⁹；且通常該控制公司並不會將取得之股利再分配回自

⁷⁹ 柯格鐘，前揭註 57，頁 80-82。

然人，則由該控制公司依所得稅法第 66 條之 9 規定，就該未分配盈餘負擔加徵之營所稅⁸⁰。除此之外，依法條規範「藉其他虛偽之安排」及立法理由所示，得見自然人透過身分轉換的方式，將持股轉換予境外居民持有，即以「假外資」之形式規避個人綜合所得稅的形成，皆為所得稅法第 14 條之 3 第 1 項之規範範圍。對於此種行為，依本條規定屬稅捐規避，稅捐機關得依其所調查及認定之課稅事實，按納稅人實際交易情形對其補課綜合所得稅，此條款亦得適用於營利事業。

二、受控外國公司條款（所得稅法第 43 條之 3、所得基本稅額條例第 12 條之 1）


（一）受控外國公司條款

受控外國公司(Controlled Foreign Company, CFC)條款，係為防杜境內公司利用在低稅負國家設立受控公司的方式，間接投資境外公司，並透過此種組織安排，不當將原應歸屬境內公司所有之盈餘，保留於低稅負的受控公司中不予以分配，藉此以減少國內相關稅負之稅捐規避行為。我國參照 BEPS 行動方案第 3 號於 2016 年制定所得稅法第 43 條之 3，作為我國營利事業及其關係人 CFC 反避稅條款；並於 2017 年制定所得稅基本稅額條例第 12 條之 1，作為我國法上個人 CFC 反避稅條款之規範依據；雖上述 CFC 條款皆尚未生效，仍待行政院定其施行日期⁸¹，然對於我國跨境交易之反避稅具有重要意義。

依所得稅法第 43 條之 3 第 1 項規範，CFC 條款之規範主體為我國營利事業，且為免營利事業透過境外多層次之組織型態，規避 CFC 條款之適用，故營利事業之關係人亦屬於主體範圍，其中包含關係企業及關係企業以外之關係人，而適用不同判斷標準。CFC 之規範要件則以「控制關係」之判斷為核心，依 BEPS 行動計畫

⁸⁰ 謝政憲（2016），《重建我國不合營業常規移轉訂價法制》，頁 59-63，國立成功大學法律學系研究所碩士論文。

⁸¹ 葉佩穎（2018），〈受控外國企業及實際管理處所之專題探討〉，《月旦會計實務研究》，3 期，頁 13-14。



第 3 號建議，得以法律形式控制(legal control)、經濟控制(economic control)、實質控制(de facto control)或合併報表的控制(control based on consolidation)，上述不同類型的控制關係存否加以判斷，其中包含以表決權、享有 CFC 利潤、資本及資產的權利或決策權做為認定標準⁸²。而我國現行法對於控制關係的認定除本條外，並詳細定於「營利事業認列受控外國企業所得適用辦法」第 2 條及第 3 條中，其主要判斷方式包含形式持股比例與實質影響力兩種面向。倘若我國營利事業及其關係企業或關係人，形式上持有境外低稅負國家或地區之關係企業 50%以上之股權，該受控境外公司即屬本條所稱 CFC。除了持股比例之要件外，規範主體對於受控外國公司之人事、財務或業務情形具有實質影響力者，則亦得作為該受控公司為 CFC 之認定方式，而實質影響力之有無，則主要透過認定營利事業高層級職位人士是否具有特定身分關係，而以「營利事業認列受控外國企業所得適用辦法」第 3 條作為判斷標準。

符合上述形式或實質控制關係者，應被認定屬於 CFC，法律效果則依所得稅法第 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」，即將受控外國公司之盈餘視為該營利事業之盈餘，即使形式上因尚未分配盈餘而屬於受控外國公司所有，則在稅法上直接將其持有的資本額比例計算視同該我國境內之控制營利事業所有，而應繳納我國營所稅。

然倘若被認定屬 CFC 者，於其所在國家或地區有實質營運活動，或其當年度盈餘合計不超過新台幣 700 萬元者（營利事業認列受控外國企業所得適用辦法第 5 條第 3 項），則得以排除本條之規範。

⁸² OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>, at 24-25.




（二）與反隱藏性盈餘分配條款之關係

本條規範與反隱藏性盈餘分配條款，所規範之案例類型實為相似，然而觀諸該條文義及相關立法理由皆未就兩者之適用關係予以說明，或可能造成法規適用之疑義。本文認為，自然人與營利事業，藉由控制公司進行境外投資，並將盈餘分配存放於境外控制公司之情形，實際上即應屬於兩者競合之規範範圍。而 CFC 條款除了稅捐規避行為類型之描述外，則更側重於認定我國自然人與營利事業對於該受控外國公司之控制關係，亦透過此要件直接將境外子公司之所得擬制為我國境內自然人或營利事業之所得。CFC 規範對於控制關係之認定與法律效果具有明確規定，故本文認為其應屬於所得稅法第 14 條之 3 反隱藏性盈餘分配條款之特別法規定，倘若符合其要件，則應優先適用 CFC 之規範。然而倘若不符合 CFC 條款規定，為免納稅人藉由股權調整或其他方式規避 CFC 要件，則得透過所得稅法第 14 條之 3 加以補充，以確實防杜此種利用境外控制公司，以達成稅捐規避目的之型態。

（三）與所得稅協定競購之關係

納稅人利用 CFC 之稅捐規避型態，屬於我國境內之納稅主體利用境內、外公司不同主體，且配合各國稅捐規範的不同，將所得透過安排而存放於低稅負國家，而不當獲有稅捐利益，在符合 CFC 要件後，稅法上將重新認定該所得歸屬。而本文所欲探討的所得稅協定競購行為，亦是透過組織安排與身分的轉換，將所得實現並歸屬於與其實質經濟活動不相當的主體，就此點而言具有相似性。然而兩者間仍屬對於不同的稅捐規避行為，蓋 CFC 條款所認定者，係為避免我國自然人或營利事業將所得存放在低稅負之國家，藉以規避直接對境外投資所生之我國所得稅；而所得稅協定競購行為中，應予判斷者，則是與國內營利事業交易之相對人，其是否確屬於與我國定有雙邊協定國家之居民，亦即所關注者係屬交易雙方當事人之經濟實質，是否皆歸屬於所得稅協定之雙邊締約國，而得享有所得稅協定之稅捐利益；



雖過程中亦可能具有在低稅負國家設立受控公司之情形，然而所重視者仍係交易安排中所得稅協定的適用主體與實際經濟交易主體是否相同；此外，在協定競購行為中，除我國納稅人對外投資時，利用組織安排以取得協定利益者外；尚包含外國營利事業或自然人欲對我國境內進行投資時，透過組織安排間接取得他國與我國間之所得稅協定利益，此時規範主體將是境外納稅義務人，而避免境外納稅人不當減少來源於我國之扣繳稅權減少；就此部分，與 CFC 條款中僅關注我國境內納稅義務人，避免事實上屬於我國居民之所得，藉由境外公司導致我國就該境內納稅人之全球所得減少之情形並不相同。

三、實際管理處所條款（所得稅法第 43 條之 4）


（一）實際管理處所之認定標準

所得稅法第 43 條之 4 之規定係為因應國際稅法之反避稅思潮，所制定之「實際管理處所」(Place of Effective Management, PEM)條款。按其立法理由，係為避免國際上納稅人透過法律形式安排，將其主體身分轉換至低稅負國家或租稅天堂，以減免受到境內所得稅課徵之稅捐負擔，此稅捐規避行為類型實與 CFC 之型態相同。為避免此種稅捐規避行為，透過 PEM 條款的建制，將符合相關要件者認為屬於我國具有實際管理處所，而應負擔我國營利事業相關之所得稅申報繳納及扣繳義務⁸³。

依所得稅法第 43 條之 4 第 3 項規定，外國設立公司若符合下列三種要件：

- 「1.作成重大經營管理、財務管理及人事管理決策者，為我國境內居住個人或境內營利事業；
- 2.之財務報表、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地，係位於我國境內；
- 3.係於我國境內實際執行其主要經營活動。」

⁸³ 陳衍任（2018），〈實際管理處所在適用上的爭議問題〉，《月旦會計實務研究》，3 期，頁 22。



則該外國公司之實際管理處所將被認定於我國境內，而依第 43 條之 4 第 1 項視為我國營利事業，故須負擔我國營利事業所得稅之報繳、扣繳等義務⁸⁴。關於實際管理處所之相關要件與程序事項，依所得稅法第 43 條之 4 第 4 項授權，交由財政部以「實際管理處所適用辦法」明定之。然而學者認為⁸⁵，關於我國實際管理處所之認定標準，仍有諸多須檢討之處，首先，所得稅法第 43 條之 4 第 3 項第 1 款，法條文義規定針對「重大經營、財務『及』人事管理事項」之決策者所在地予以認定，似乎認為須三種面向之決策者皆由我國境內居民或營利事業所為始得適用此要件，其適用範圍似乎過於限縮；再者，第 2 款關於帳簿及會議紀錄之製作或儲存，則依文義解釋，僅無論係何種帳簿或會議記錄，若製作或儲存之任一行為地係位於我國，即符合本款之要件；最後，第 3 款就「實際執行主要經營活動地」之判斷，法條文義並不明確，且實際管理處所適用辦法第 3 條第 3 款亦無進一步補充說明其判斷方式，法規適用上容易產生爭議，或使納稅人容易規避本款要件。依實際管處所適用辦法第 3 條第 3 項規定，僅補充說明上開各款要件之事實認定，應以實質經濟事實關係為依據，似乎欲透過實質課稅原則，作為要件的「補漏」手段，然而透過此種方式予以補充，容易使得我國稅法適用不具有可預見性，造成納稅人難以適用，進而影響跨國交易進行。對此，學者參考德國法規範，認為在 PEM 條款之要件設計上，應以「企業經營」、「是否作成企業經營的最高管理決策」及「是否為最高管理中心之所在地」，三者作為判斷要件，進一步判斷企業實際進行經營決策地是否於我國境內而定，我國現行法包含帳簿、會議記錄之製作或儲存地，乃至於實際執行主要經營活動地，則不應作為 PEM 認定之必要要件，僅得作為輔助判斷要件，蓋財務報表、帳簿或會議記錄等，於現今資訊高度發達的時代，不難想見該文件之製作或儲存可以任何方式移轉或以非實體方式呈現，將此作為 PEM 的必要條件並不適當，甚至反而可能使納稅人更容易規避 PEM 之形成。再者，對於

⁸⁴ 陳衍任，同前註，頁 23。

⁸⁵ 陳衍任，同前註，頁 23-25。

所得稅法第 43 條之 4 第 3 項第 3 款「實際執行主要經營活動地」的判斷，藉由文義解釋似乎僅停留在傳統的企業生產銷售實體貨物之狀態，倘若是以金融商品等方式作為企業經營，則實際執行地如何判斷實存在不確定性，同樣地亦使納稅人容易規避此要件之形成⁸⁶。

（二）與 CFC 條款之適用關係

PEM 條款與上述受控外國公司 CFC 條款，皆屬於我國因應國際反避稅措施所制定之特別稅捐規避條款，規避行為亦皆屬於利用租稅天堂之法律形式，而規避我國境內所得稅之歸屬，兩者規範競合時之適用關係，則應依第 43 條第 6 項規定，以 PEM 條款為優先。即倘若該營利事業已被認定其 PEM 係屬於我國境內者，則無須再適用 CFC 規範，由於認定一營利事業之 PEM 於我國境內，則實際上將認定為我國居民，就其營利所得應與我國營利事業具相同之稅捐負擔，而得就其全球所得予以課稅，自毋庸再以 CFC 方式認定受控外國公司之投資收益部分應歸屬於我國境內⁸⁷。然而兩者之規範要件不同，並非互斥之規範關係，倘若依 PEM 條款之規範檢視後並不適用該條規定，則得進一步以 CFC 條款之規範予以檢視⁸⁸。

（三）與所得稅協定競購之關係

就所得稅協定競購行為而言，PEM 與協定競購行為相似之處，在於兩者皆進一步透過實質經濟關係的判斷，以確認在法律形式上屬於另一國境內居民的主體。在適用所得稅協定時，主張適用協定之納稅人是否屬於締約國稅籍居民，原則上應仰賴各國內國法，然在營利事業居民身分的認定，各國可能因認定方式的不同，產生「雙重居民(dual Person)」的情形。在此種情形下，PEM 的所在國亦常作為認定

⁸⁶ 陳衍任，同前註，頁 29-30。

⁸⁷ 葉佩穎，前揭註 81，頁 13-14。

⁸⁸ 梁建道（2017），〈實際管理處所制度（PEM）立法介紹〉，《財稅法令半月刊》，40 卷 18 期，頁 44。

標準，即 PEM 在某國境內者，在雙重居民的情形，較有利於認定其屬於該 PEM 所在國之稅籍居民。

然而在所得稅協定競購行為的情形中，BEPS 行動方案第 6 號表明，即使屬於締約國之稅籍居民，然而仍須進一步認定是否屬於所得稅協定範本第 29 條利益限制條款中「有資格的居民(qualified person)」，故縱使經認定 PEM 於該國境內，亦無法表示其沒有進行協定競購行為的風險，故在主張適用所得稅協定時，仍需符合利益限制條款的相關要件。在 2015 BEPS 行動方案第 6 號最終報告中，也特別提出利益限制條款中，其中具有一種與 PEM 較相似的概念，即營利事業之主要管理與控制地(primary place of management and control)的判斷，然而與 PEM 的認定仍具有差異；在利益限制條款中，倘若營利事業於稅捐期間「主要管理與控制地」位於所得稅協定之締約國，得認為屬於有資格的居民並適用該國所得稅協定。然而在 BEPS 行動方案第 6 號中即特別指出，此處的主要管理與控制地之認定與 PEM 的概念並不同，PEM 的認定主要係以「最重要的管理或商業決定」是在何處被作成而判定；而主要管理與控制地則關注於該營利事業是在何處進行「經常性的管理與控制行為」，同時應整體性地觀察其商業活動與相關人員，以判斷該活動是在何處實際進行⁸⁹。故 PEM 的概念或與所得稅協定中判斷是否為締約國主體在本質上並不相同，即使得作為協定締約國居民認定方式的補充，仍不足以作為防免所得稅協定競購行為之條款。

第四目 小結

綜上所述，我國現行特別稅捐規避防杜條款，雖有部分與所得稅協定競購行為之特性類似，然而卻尚有不足之處，尤其在境外公司對我國進行投資時，藉由身分轉換，轉變為與我國具有所得稅協定之國家居民，以適用與我國所得稅協定時，並

⁸⁹ OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>, at 50.

非上述特別防杜條款之規範範圍，因此本文認為，仍應就相關概念為特別防杜條款的建置或立法修正。



第三項 所得稅協定條款防免措施

關於所得稅協定競購行為之防免，依 OECD 所得稅協定範本註釋，其防杜條款主要的建制方向包含以下幾種類型⁹⁰。(一)不締結所得稅協定法；(二)排除法；(三)透視法；(四)課稅空白排除法；(五)管道法。雖於個別所得稅協定條款中具有不同的要件，然而其根本概念實際上亦不脫離上述幾種類型之原則，而後續章節將會就特定防杜條款進行介紹。

⁹⁰ 陳清秀，前揭註 37，頁 579-584。



第三節 本章小結

所得稅協定應屬於「條約」之性質，而具有法律位階，然而現行我國法僅以外交換文之方式作為締結程序，並未經過立法院審議的做法並不妥適；且關於適用所得稅協定查核準則之法規命令，法律授權並不明確而有違反稅捐法定主義。本文認為應於所得稅法中建置與所得稅協定專章予以規範，或至少應有明確授權規範始能交由財政部制定之。

所得稅協定競購行為屬於稅捐規避之一環，我國雖具有一般防杜條款的建制，或可作為各式稅捐規避行為之防免措施，然而所得稅協定之濫用行為是否屬於一般防杜條款之適用範圍不無疑問，且本文認為國際稅捐事務與內國稅法有諸多不同的概念，一般防杜條款僅能概括地進行防制，恐有不易適用之困難，而為免適用上的困境，故應建立稅捐規避特別防杜條款較為妥適。而我國雖有特別稅捐規避防杜條款，包含所得稅法第 14 條之 1、第 43 條之 3 及第 43 條之 4 等規範，已於本章第二節第二項第 2 款中說明，然而皆無法確實適用於所得稅協定競購行為中。惟如何建立相關稅捐規避之特別防杜條款，將先以後續兩章就所得稅協定競購之國際或外國立法之方式與以探討，以作為我國未來之立法修正方向。

第三章 「個人」以所得稅協定競購取得稅捐利益

所得稅協定競購行為在實務上有許多類型，其核心內涵皆是透過納稅主體身分的轉換，藉以適用原本無法適用的所得稅協定，從而取得不適當的稅捐利益。而所得稅之稅捐主體主要分為個人或營利事業組織兩種類型，因此本文後續章節即以納稅主體分別探討。本章將先以「個人」透過所得稅協定競購取得稅捐利益之類型與相關防杜方式進行討論，第四章則進一步就營利事業為探討。由於所得稅協定競購行為，屬於利用交易架構的安排轉換原始的居民身分以適用協定利益，本章將先介紹「個人」適用所得稅協定時稅籍居民之認定標準，再就個人常利用的協定競購方式與以介紹，隨後介紹在所得稅協定中對於受益所有人的認定與協定競購行為防杜之關係，本章最後則提出在我國內國稅法上應具有特別防杜條款的建置，以避免此種協定濫用行為。

第一節 所得稅協定稅籍居民之認定標準

探討協定競購行為此種主體身分濫用前，本文先就所得稅協定中個人即自然人居民之認定予以介紹，而因應我國所得稅協定簽署主要參考之範本，以下協定範本條款未特別說明者，皆援引自 OECD 協定範本之規範。依據所得稅協定範本第 1 條第 1 項規定，協定適用於屬於締約國之一或雙方締約國之居民。而居民認定之方式，原則上依締約國之內國法，判定該納稅主體是否屬於締約國雙方之一的居民。以下簡介各國立法例對於稅籍居民認定之方式。國家對其居民具課稅高權，是立基於國家對具有居民身分的個人所提供之各種公共服務而生，各國所得稅之立法例對於個人居民多採取「屬人主義」，即全球所得課稅原則，因此只要被判定為該國的居民，不論該居民所取得之所得源於該國境內或境外皆具有課稅權；反之對於「非居民」身分者即僅就其來源於境內的所得予以課稅，此為「屬地主義」之展現

⁹¹。而關於一國境內自然人居身分的認定，根據各國的內國稅法皆有不同標準，然有認為大致上有以下幾種判斷基準：1.住所；2.居所；3.居住時間；4.主觀意願⁹²。



第二節 內國稅法作為主要判斷方式

第一項 以「住居地」作為判斷

第一款 我國所得稅法對於「個人」稅捐主體認定

我國稅法上以個人為課稅主體之規範，依所得稅法第 2 條規定：「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得，依本法規定，課徵綜合所得稅。非中華民國境內居住之個人，而有中華民國來源所得者，除本法另有規定外，其應納稅額，分別就源扣繳。」按此規定觀之，我國所得稅法之個人課稅主體具有兩種類型，係以是否居住於我國境內作為區分。

第一目 境內居住者

所得稅法第 2 條第 1 項係針對我國境內居住者之規範，按法條文義應就來源於我國境內之所得繳納所得稅，係採取「屬地主義」課稅原則的展現；然針對我國境內居住者自境外取得之所得，則另以「所得基本稅額條例」分別計算及課徵。我國的立法方式與外國稅法對於個人所得稅之課徵大多採取屬人主義，就居民的全球所得予以課稅之立法模式具有差異。因此在我國法上，自然人居民即使依所得稅法被認定為我國境內居住者，仍僅須就我國境內來源所得繳納綜合所得稅；取得來源於境外之所得，僅就所得基本稅額條例規定屬「個人基本稅額」者，依該條例計算後逾越新台幣 670 萬元之部分，按固定稅率 20%課徵之，並未納入綜合所得稅一併計算。

我國境內居住者之判斷標準依所得稅法第 7 條第 2 項規定，包含第 1 款在中

⁹¹ 陳清秀，前揭註 37，頁 17。

⁹² 陳清秀，同前註，頁 18。

中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者；及第 2 款規定在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿 183 天者。依照本條規定，我國境內居住者之判斷係以「於我國境內是否具有住所」及「於我國境內居留天數」作為標準。倘若在我國具有住所，且實際上亦經常居住於我國境內，即屬於我國境內居住者。個人是否「經常居住」於我國境內具體認定要件，則參照財政部 2012 年 9 月 27 日台財稅字第 10104610410 號函釋，指在我國境內設有戶籍⁹³且符合下列條件之一者：

(一)於一課稅年度在我國境內居住合計滿 31 天。

(二)於一課稅年度在我國境內居住合計在 1 天以上未滿 31 天，然其生活及經濟重心於我國境內。而生活及經濟重心是否於我國境內，則衡酌個人之家庭與社會關係、政治文化、職業或營業所在地、管理財產所在地等因素綜合判斷⁹⁴之。

倘若個人在我國境內並無住所，仍可能因該課稅年度期間內居留於我國合計超過 183 天（所得稅法第 7 條第 2 項第 2 款），因而認定屬於我國境內居民，而與上述於我國境內具有住所且經常居住之個人相同，於該課稅年度應就我國境內所得申報、繳納我國所得稅。

第二目 境外居住者

依所得稅法第 7 條第 3 項規範，於我國境內並無住所且於一課稅年度內在我國境內居留天數合計未滿 183 天者，即屬境外居住者。依所得稅法第 2 條第 2 項規定，境外居住者須就取得我國來源之所得，繳納我國所得稅，然而其課徵方式係依「就源扣繳」之方式，即由我國境內之交易相對人依所得稅法第 88 條規定以下，

⁹³ 我國境內是否具有住所，依台財稅字第 10104610410 號函釋觀之，係以是否於我國設有戶籍判斷之。

⁹⁴ 財政部(101)台財稅字第 10104610410 號函釋中認為得參考以下因素綜合判斷：「A.享有全民健康保險、勞工保險、國民年金保險或農民健康保險等社會福利。B.配偶或未成年子女居住在中華民國境內。C.在中華民國境內經營事業、執行業務、管理財產、受僱提供勞務或擔任董事、監察人或經理人。D.其他生活情況及經濟利益足資認定生活及經濟重心在中華民國境內。」

於給付「境外居住者」該筆所得時先予以扣繳其應納之所得稅。



第二款 德國法之個人居民認定方式

德國關於個人為稅捐主體的區分標準與我國相同，採取住、居所是否於境內作為基準。依德國所得稅法第 1 條第 1 項規定，自然人於德國境內有住所或居所者，屬於稅捐內國人(Steuerinländer)，而即為德國所得稅法上無限制之納稅義務人(unbeschränkte Steuerpflicht)，須就其全球所得繳納德國所得稅。德國所得稅法上之住所或居所之認定，則定於德國稅捐通則中。住所之規定，依德國稅捐通則第 8 條，「指在一地區擁有住宅，且依其情況足以認定其將繼續保有或使用該住宅」，而此種住宅之判斷僅以客觀事實為準，並不涉及納稅人主觀認定，只要納稅人得以任意且持續地使用該住所，即符合客觀標準；從而毋庸考量納稅人之「生活利益重心」，一旦在德國境內具有住所即須負擔無限制之納稅義務。若在德國境內並無住所，則須進一步檢視在德國境內是否具有「居所」，依德國稅捐通則第 9 條規定，居所指自然人於境內非暫時性的停留，而時間上持續居住超過六個月者，視為自始有居所。若未符合上述住、居所標準，而取得德國境內來源所得者，僅屬限制的納稅義務人(beschränkte Steuerpflicht)，僅須就德國境內來源所得負擔扣繳稅額⁹⁵。

第二項 以「國籍」作為判斷基準：美國法之個人居民認定方式

美國對於個人所得稅之課徵，規範於內地稅法(Internal Revenue Code)中，其將個人之課稅主體分為三種類型，包含美國公民(U.S. citizens)、居住於境內之外國人(resident alien)及非居住於境內之外國人(non-resident alien)，其中美國公民及境內居住之外國人應就其「全球所得課稅」，而非居住於境內之外國人則僅須就其「美國來源所得」繳納稅捐，以下就美國法上此三種居民類型簡介之。

⁹⁵ 陳清秀，前揭註 37，頁 24-28。

第一款 美國公民(citizens)

美國內地稅法對於個人所得稅的課徵基礎，主要係以「國籍身分」作為連結，在個人課稅主體的身分認定上並非於稅法中特別規範，而係仰賴國籍法作為判斷標準⁹⁶，只要個人屬於美國國籍法所認定之美國公民，不論其實際上居住於境內或境外，皆應就其全球所得繳納美國所得稅。上述以「國籍」作為課稅主體連結之正當性，經美國聯邦法院於 1924 年 *cook vs. Tait* 案確立⁹⁷，在該案件中認為具有美國公民身分的個人，即使居住於境外，仍有權尋求美國政府之保護；且美國公民隨時可以入境回國，並參與境內之經濟活動，因此即使美國公民不居住於境內，仍受到美國政府所提供的國家保障，故以國籍作為所得稅義務之連結具有正當性。然而美國公民倘若居住於美國境外，在規範上對於其取得來源自美國境外之所得，仍相較於實際居住於境內之居民繳納較優惠的稅。

非美國公民身分之外國人，若居住於美國或於美國境內從事商業活動，則在美國內地稅法上亦對其所得具有課稅管轄權。而對於外國公民的課稅權範圍，則繫諸居住於美國境內與否，而分為居住於美國境內之外國人(resident alien)及非居住於美國境內之外國人(non-resident alien)，以下分別說明之。

第二款 非美國公民

第一目 居住於美國境內之外國人(resident alien)

對於不具有美國國籍之外國公民，在美國內地稅法上係以「是否居住於美國境內」區分其課稅管轄權。依美國內地稅法第 7701 條(b)被認定為屬於居住於美國境內者，其稅捐義務與美國公民相當，即採取「全球所得課稅」原則而須就其境、內外所得繳納所得稅；然也因此其得以適用與美國公民相同的扣除額(deduction)或特

⁹⁶ JOSEPH ISENBERGH, INTERNATIONAL TAXATION 19 (2nd ed. Foundation Press 2005).

⁹⁷ RICHARD L. DOERNBERG, INTERNATIONAL TAXATION IN A NUTSHELL 23-24 (10th ed. West Academic 2015).



別扣除額(credit)之規範。而美國稅法上在認定外國人是否屬於境內居住者時，兼採形式及實質之判斷標準，以下簡介其認定標準。

一、形式標準：綠卡測試(green card test)⁹⁸

依據美國內地稅法第 7701 條(b)(1)(A)規定，外國居民若符合相關要件者，應被視為美國之居住者，並依同法第 7701 條(30)(A)與美國公民同屬美國所得稅法所指之納稅主體。而關於非美國公民之外國人，是否屬於美國境內居住者之形式判斷標準，亦非直接訂於美國內地稅法中，而是依美國移民法(U.S. immigration laws)及相關移民法規。外國公民符合美國移民法規之要件，即能取得綠卡(green card)身分，而屬於在美國境內享有合法永久居留權之移民。連結到稅法義務，依美國內地稅法第 7701 條(b)(1)(A)(i)之規定，外國人屬於美國境內居住者的首要判斷標準即為檢視其是否取得綠卡，倘若具有綠卡而享永久居留權，在所得稅法上即與美國公民之地位相當，除有美國行政機關或司法決定將該永久居留權廢除或其自行申請放棄該合法權限外，外國公民倘具有永久居留權之綠卡身分，即應就其全球所得繳納美國所得稅。

二、實質標準：實質居留測試(substantial presence test)⁹⁹

(一) 基礎判斷標準

除上述綠卡測試以外，外國人尚可能透過美國內地稅法第 7701 條(b)(1)(A)(ii)之實質居留測試，被認定屬美國境內居住者。實質居留測試(substantial presence test)之具體規範要件，訂於美國內地稅法第 7701 條(b)(3)(A)(ii)，倘若「該納稅義務人於課稅年度於美國境內至少停留 31 天以上」，且「在該課稅年度與過去兩年在美國境內天數總和有 183 天以上」，則符合實質居留之標準，而屬於稅法上認定的境

⁹⁸ ANDREW LYMER, JOHN HASSELDINE, *THE INTERNATIONAL TAXATION SYSTEM* 209 (Kluwer Academic 2002).

⁹⁹ *Id.* at 209-210.

內居住者，與美國公民相同而應就其境、內外所得繳納所得稅。

觀察上述要件美國內地稅法上就居留天數之計算，除了於當年度居留天數的觀察外，同時將前兩年度的居留天數一併納入居留天數的觀察，避免因僅觀察單一年度的居留天數而容易受到規避之問題。且居留天數總和之計算依照不同的年度定有不同比例，計算方式為：「課稅年度天數」+「1/3 上年度天數」+「1/6 前年度天數」之總和。舉例言之，假設外國公民 A 於 2018 年在美國境內停留 120 天、於 2019 年在美國停留共 90 天，並於 2020 年在美國停留共 40 天，而於 2020 年課稅年度計算 A 於美國居留天數時，依上述計算公式可得出 A 當年度及前兩度在美國停留之期間為：40 天(當年度)、30 天(1/3 上年度天數)；20 天(1/6 前年度天數)，合計為 90 天；因此 A 在 2020 年於美國居留天數總和未超過 183 天之標準，並不符合實質居留測試，故在此基準下 A 並不會被認定為美國境內居住者。

(二)例外排除計算之情形¹⁰⁰

在實質居留測試中，倘符合例外情形或個人係因特定情況而停留在美國的期間，亦不會因此被認定屬美國境內居民。

1.緊密連結之例外

依美國內地稅法第 7701 條(b)(3)(B)即使符合實質居留測試的外國人居民，倘若其在課稅年度實際在美國境內的期間小於 183 天，且在美國境外仍具有一個稅捐住所(tax home)或主要營業場所(main place of business)，得以證明其與他國相較於美國具有更緊密的稅捐連結(connection)則該居民可以被視為非美國境內居住者。緊密連結的判斷要素包含：個人大多數文件所記載的居所、永久住所(permanent home)所在國、家人或個人物品的所在國、具有投票權的國家……等。

¹⁰⁰ *Id.* at 209-210.



2.特定身分或特定期間之例外

(1)特定身分排除

依美國內地稅法第 7701 條(b)(3)(D)(i)，按同法規定符合特定身分者，其在美國停留的期間，應排除實質居留之計算，該特定身分包含：外交人員、國際組織相關人員與其親屬；具有相關簽證之教師、受訓人員及學生；因參與慈善運動比賽活動而暫時停留於美國境內之職業運動員。除了職業性質的因素外，尚須符合持有特定簽證之身分者，始能將其在美國停留的所有期間皆排除於實質居留測試之計算中。

(2)特定期間不算入

原則上在實質居留測試的情況，只要該自然人物理性存在(physically present)於美國境內的期間，都會被納入境內居留天數¹⁰¹，除非具有以下例外情況，該期間將排除於居留期間之計算：

- ①. 居住於加拿大或墨西哥而經常性通勤至美國工作者：所謂經常性通勤者係指在一定的工作週期中，超過 75%時間皆通勤至美國工作，該通勤期間不算入實質居留的天數之中¹⁰²。
- ②. 僅因轉機或交通而短期停留¹⁰³：限定於為前往另一國家之 24 小時以內的轉機期間，然而需注意的是，倘若個人藉轉機期間於美國進行商業會談，則有可能因此種行為，使該期間被視為有效的在美國從事工作之天數，而被納入個人於美國境內之停留天數計算。
- ③. 從事國際運輸事業之外國船舶人員短暫停留於美國期間¹⁰⁴。
- ④. 醫療期間¹⁰⁵：因在美國期間所發生之醫療原因，導致該居民須停留在美國當地

¹⁰¹ IRC§7701(b)(7)(A).

¹⁰² IRC§7701(b)(7)(B)

¹⁰³ IRC§7701(b)(7)(C)

¹⁰⁴ IRC§7701(b)(7)(D)

¹⁰⁵ IRC§7701(b)(3)(D)

進行治療之期間，並不納入居留天數的計算。(美國內地稅法第 7701 條 (b)(3)(D)(ii)規定)



三、第一年選擇權(First year election)¹⁰⁶

除上述形式綠卡測試與實質居留測試以外，美國稅法亦提供外國公民被認定屬美國境內居住者之選擇權，符合該規定要件之外國人居民得以選擇是否在該課稅年度被認定為境內居住者，雖然可能因此必須就其全球所得繳納美國所得稅，然而倘若其主要之所得皆來源於美國，亦得因此適用與美國公民相同之稅捐減免規定及所得稅率。故在納稅人認為相較於被認定為非居住於美國境內之外國人(non-resident alien)類型有利時，其可以因此種選擇權而選擇被認定為美國境內居民，以減輕其稅捐負擔。除了第一年選擇權以外，外國人若在當年度發生居留權變更的情況，在美國法上亦賦予其得以主張劃分課稅範圍，僅部分期間屬於境內居住者，而部分期間則屬於與其具有更緊密連結之他國稅籍居民¹⁰⁷。

第二目 非居住於美國境內之外國人(non-resident alien)

美國內地稅法中就個人為課稅主體的第三種分類為非居住於美國境內之外國人(non-resident alien)，僅就來源於美國境內之所得課徵所得稅。依美國法規定，非居住於境內之外國人倘若在美國境內居住 183 天以上，則應就其資本資產(capital assets)；從事美國不動產交易與美國具有關聯性的交易；或商業活動所生之資本收益(capital gains)應繳納所得稅¹⁰⁸。

第三節 以所得稅協定範本解決內國法上稅籍居民認定衝突

¹⁰⁶ IRC§7701(b)(4)

¹⁰⁷ 陳清秀，前揭註 37，頁 35-36。

¹⁰⁸ LYMER, HASSELDINE, *supra* note 98, at 212.

依 OECD 範本第 1 條第 1 項¹⁰⁹：「本協定應適用於一個或同時為兩個締約國之居民。」又依第 4 條第 1 項，居民身分應依締約國之內國法規範認定之，而認定的標準包含其住所(domicile)、居所(resident)或管理處所(place of management)等；然而例外排除僅因取得來源於締約國之所得而須繳納該國稅負者，不會因此而被認定為該締約國之居民¹¹⁰。

依據上述條款內容，在稅籍居民的認定上主要是依據各國內國稅法之規定¹¹¹，根據上述三種不同的內國稅法介紹，各國稅法居民的認定不盡相同，因此個人居民在進行跨境交易時，可能同時符合締約國雙方的居民標準，而解決此種管轄權衝突所產生的雙重課稅，實為所得稅協定之核心目的。因此對於雙重居民之稅籍管轄權認定，在 OECD 所得稅協定範本第 4 條第 2 項中訂有區分標準，建議締約國雙方得透過以下的順序判斷個人應歸屬於哪一國之居民：

1. 永久住所(permanent home)：指與個人或經濟關係較緊密者(經濟中心)

依據 OECD 範本註釋，永久的住所並不限定形式，然而必須要是一個具有永久性居住安排、保存的住所，不論是具所有權的房屋或是租賃的住所都可以是永久住所，只要是其安排為了在任何時間持續使用的住處。基於這樣的前提，倘若其住處透過租賃而轉由他人使用，而該房屋已不再能作為其永久住所。


2. 習慣性居所(habitual abode)

此條件的適用具有兩種情形，為個人在締約國雙邊都具有永久住所或在雙邊

¹⁰⁹ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital Article 1 :”1. This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States”

¹¹⁰ 針對此段例外排除部分，於第 4 條註釋中特別提及此排除範圍應綜合條款目的據以判斷，蓋其只是為了排除僅因受有締約國一方之來源所得而須繳納稅捐之非締約國居民；倘若締約國本身所得稅制即採取「屬地主義」，即使是居民身分也僅須就來源於當地之所得繳納所得稅，而無須負擔全球所得之稅負，然而其既已負擔了締約國一方完整的稅捐義務，而屬於其居民身分，自不屬於本項欲例外排除的範圍。詳參 OECD, *supra* note 7, at C(4)-3.

¹¹¹ OECD 所得稅協定範本第 4 條第 1 項主要是判斷個人是否在締約國負擔完全的稅捐(liable to tax)，即使該主體在締約國稅法中最終並沒有繳納稅捐亦然，例如：慈善機構即使因為符合免稅的要件而不需繳納稅捐，仍屬於該締約國的居民。然而雙邊締約國對於此點的認定具有協商空間。



締約國都不具有永久住所，而具有習慣性居所的一國，即較常居住國或在雙邊將視為與其個人生活與經濟關係較緊密，而為重要經濟中心(*centre of vital interest*)而屬於該國居民。而對於習慣性居所的認定，在註釋中認為不只是考量停留的天數，而應該考慮其停留的頻率、時間和規律性，且是否形成個人生活中固定而有規律的停留處所。而在範本條款中並未就習慣性居所形成的時間做出規定，然而在註釋中對此強調，對於是否為習慣性居所的判斷期間必須要具有足夠的長度，以全面性地觀察，而不是僅就該個人實際停留的期間觀察。例如：自然人 A 在某年的 190 天內因在 C 國及 D 國工作，而在兩國皆不具有永久住所，因此須判斷何者為 A 的習慣性住所，在判斷時不能僅觀察該 190 天的期間，而應該更長期地觀察，以判斷其在哪一個國家的停留具有固定性，而足以形成其重要經濟中心¹¹²。

3. 國籍(national)

4. 相互協議程序：倘若上述三種方式皆無法判斷該雙重居民的身分，則應由雙邊締約國家透過相互協議程序解決管轄爭議。

上述雙重居民身分認定之順序，於美國所得稅協定範本中亦有相同的規定，依美國協定範本第 4 條第 3 項中，關於雙重居民決定身分的順序，此兩種協定範本之條款完全相同。綜上所述，對於個人適用所得稅協定主體的判斷基準，原則上依據締約國內國稅法認定之，然為避免締約國雙方對於居民認定之差異，包含採取「住所」或「居所」是否於境內、亦有透過「國籍」的方式認定稅籍居民，因而產生個人屬於雙重稅籍居民的情形，就雙重居民身分的認定，則可以透過所得稅協定條款的順序，將稅籍身分歸於其中一個締約國，進而達成避免雙重課稅之目的。

¹¹² OECD, *supra* note 7, at C(4)-8-C(4)-9.



第四節 以個人為主體之協定競購類型

上一節已就「個人」稅籍居民之認定標準介紹，所得稅協定關於稅籍居民條款的目的，主要在於解決因雙重居民產生管轄權衝突而發生雙重課稅的情形。然而在所得稅協定競購的案例中所欲探討的，則是締約國以外的第三人居民，積極地透過主體身分轉換的方式，選擇成為特定締約國的居民身分，藉以不當地獲取特定所得稅協定之利益。以下將以國際稅法上以自然人為主體，常見的協定競購類型簡介之。

第一項 透過「導管公司」的架設以適用所得稅協定

第一款 導管公司之定義

在所得稅協定競購之案例中，實際上無論是以個人或營利事業為主體，皆常見以導管公司(conduit company)的方式為之，因此導管公司的認定，應為防止協定濫用行為之核心議題，其主要影響如股利、利息及權利金此種消極性所得之受益所有人判斷，而實具有重要性，而關於導管公司之特性在外國法上實具有不同論述。

在 OECD 協定註釋書中提及導管公司，係出現於對於受益所有人之判斷，而將導管公司與代理人(agent)、代名人(nominee)並列，認為應排除於受益所有人之外。然而其在註釋中並未就導管公司做出正面定義，而在相關的報告書¹¹³中，則以其交易特質作為判斷，導管公司係為所得稅協定締約國一方之居民，主要目的即為以其形式名義適用所得稅協定條款，再轉而將經濟上利益傳遞，歸由締約國以外之的第三人所有，而為達成此目的，導管公司之居民國通常為低稅負國家或具有特別的稅捐制度，以使得導管公司在本身取得或移轉所得時不致負擔過重的稅捐，故利用導管公司之跨國集團得因而獲得稅負大幅減少之目的。此外，由於 OECD 協定註釋書中，將導管公司、代理人與出名人並列排除於受益所有人之範圍，應此依照此見解得認為其性質上類似於上述代理人與出名人之地位，即對於其獲取之所得僅有

¹¹³ OECD, *supra* note 7, at R(6)-2- R(6)-3.

極小的決策權¹¹⁴。此外，根據 2017 年修正之 OECD 協定範本，仍未正面定義導管公司相關特性，而是轉而透過主要目的測試條款，辨識個案交易情形是否屬於「導管安排」之交易行為，以防免利用導管公司不當取得協定利益之行為。

美國法上關於導管公司的認定，則有以財產法及契約法區分角度切入予以論述，認為導管公司與代理人(agent)或代名人(nominee)的認定應有所區別。蓋關於消極性所得之移轉，代理人與出名人皆係基於美國財產法上之義務，而僅為代收的性質，該所得依法本質上即直接歸屬於本人，因此代理人與代名人自須於收受相關所得後，移轉交付予本人(締約國外之第三人)；然而導管公司則有不同，其認為導管公司應轉讓所得之法律原因係依據契約法而生。導管公司與締約國外第三人間具有契約關係，而導管公司本身於收受消極性所得時，實際上已取得該所得之權利，其於取得後須將該筆所得轉讓予第三人之義務，僅係基於契約法上關係而來，並非自始即欠缺對於該筆所得之決策權，因此導管公司本身亦得選擇違反契約義務而不將該所得轉讓予第三人¹¹⁵，根據此種論述則會認為導管公司的概念與代理人、代名人應有所區隔。

我國法上目前並無對於導管公司的概念說明，由於我國所得稅協定仍以 OECD 範本為主，故得參酌其註釋書所為之解釋。因此，導管公司應指性質上與代理人、代名人性質相當之法人組織，常設立於低稅負國家，本身不具有實質經濟功能，對於在交易安排中所獲得的消極性所得往往不具有使用或決定權，而僅負擔「代收轉付」該筆所得予受益所有人之功能，。

¹¹⁴ OECD, *supra* note 7, at R(6)-8.

¹¹⁵ Saurabh Jain, John Prebble, Allegra Crawford, Conduit Companies, Beneficial Ownership, and the Test of Dominion in Claims for Relief under Double Tax Treaties, 7-28
<https://www.business.unsw.edu.au/About-Site/Schools-Site/Taxation-Business-Law-Site/Documents/PREBBLE-John-et-al-Conduit-Companies-Beneficial-Ownership-and-the-Test-of-Dominion-in-Claims.pdf> (last visited Jul. 20, 2021)

第二款 利用導管公司之典型案例

介紹完導管公司之概念後，以下先介紹兩種利用導管公司，作成所得稅協定競購行為之典型案例，然而實際上在個人及營利事業皆會適用此兩種導管公司之架構，因此本文在此先為介紹，而與營利事業藉由此種架構再配合其他稅捐制度所為之協定競購行為，將於第四章進一步介紹。

第一目 導管公司之直接利用

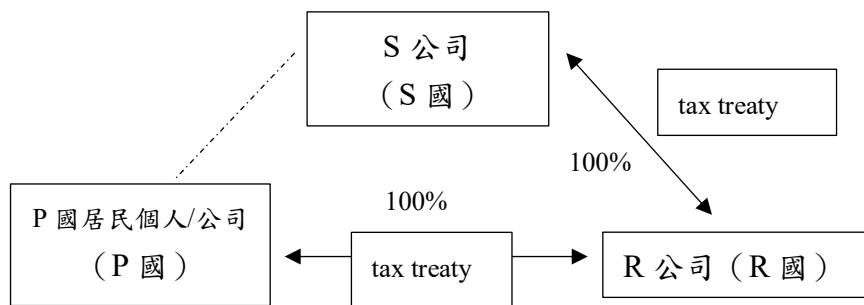



圖 3-1 導管公司之直接利用關係圖

資料來源：Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community, at 39.

此種所得稅競購行為的類型，多發生在跨國母子公司間，由於在原本符合經濟實質的組織安排下，交易雙方國家間並未簽署所得稅協定，為適用所得稅協定而獲得稅捐利益，則在第三國設立一個與交易雙方皆具有所得稅協定的中間導管公司，進而適用所得稅協定¹¹⁶，且該導管公司本身的居民國對於海外收益往往具有免稅或相關的稅捐優惠，此稱為導管公司的直接利用。其主要目的之一為對於境外公司進行投資時，藉由此種形式安排以適用所得稅協定條款，以降低取得境外投資收益時，須於被投資公司國家（來源國）繳納之扣繳稅款。依圖 3-1 所示，實際交易主體為 P 國居民（個人/公司）與 S 公司，然兩國間並不具有所得稅協定，因此當 P 國居民（個人/公司）對 S 公司進行投資時，S 公司直接將投資收益給 P 國居民，依來源地國（S 國）之稅法規定，P 須於當地繳納扣繳稅款；然在具有所得稅協定

¹¹⁶ PANAYI, *supra* note 1, at 38.



之情況下，為鼓勵締約國雙方之相互投資交易活動，締約國一方居民通常得以適用較低的扣繳稅率。因此，為享有所得稅協定所賦予的稅捐利益，在直接利用導管公司的案例中，P 國與 S 國間雖無所得稅協定，然兩國可能同時皆與第三國（R 國）訂有協定，因此 P 國遂利用此特性，在對 S 公司進行投資前，轉而先於 R 國設立導管公司 R 公司，而透過 R 公司對 S 公司進行投資，且 R 公司居民國內國稅法對於該投資收益採取低稅負或免稅之稅捐優惠。藉由此種安排，S 公司於盈餘分配時將先匯至 R 公司，再透過 R 公司匯回 P 公司，P 公司在此過程中，得因 S-R 國間所得稅協定以及 R-P 國間所得稅協定，以取得原本無法獲得的協定利益。

在此種交易架構中，該導管公司具有以下特徵：1.導管公司與利用此種所得稅協定競購方式之受益所有人(beneficial owner)，分別屬於不同國家之稅籍居民。2.導管公司在其所屬國境內，實際上僅從事極少的經營活動，而與其所取得之收益不相當(圖 3-1 R 公司)。3.所得歸屬於該導管公司(圖 3-1 R 公司)時，依該居民國稅法其僅須支付極低的稅捐¹¹⁷。

¹¹⁷PANAYI, *supra* note 1, at 38.

第二目 中間墊腳石公司

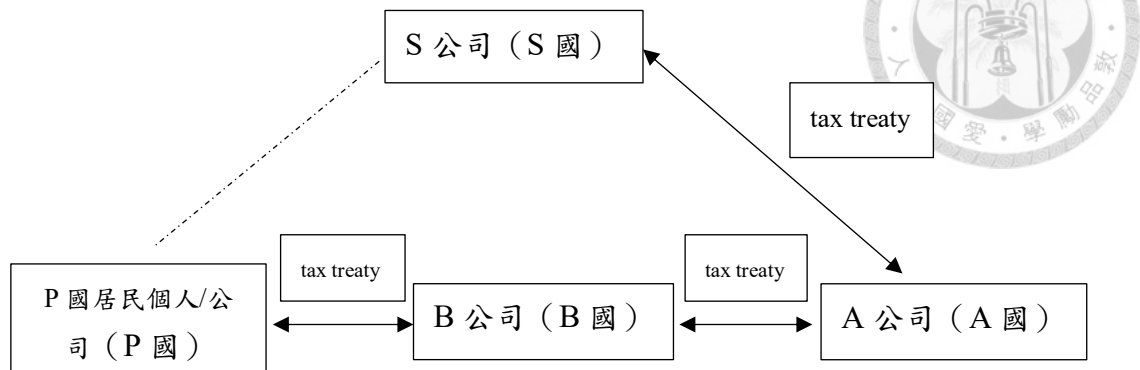


圖 3-2 中間墊腳石公司關係圖

資料來源：Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community, at 39.

除了上述直接利用導管公司的型態，跨國投資另有以「中間墊腳石公司」的方式（如圖 3-2），進行所得稅協定競購行為，而此種類型實際上也屬於導管公司的利用。不同的是在此種類型中，實際交易雙方並不具有與兩者國家間皆具有所得稅協定，且對於投資收益享有低稅率的第三國，因此必須透過更繁複的交易安排，達成獲取所得稅協定利益之目的。依圖 3-2 所示，實際交易雙方為 P 國居民與 S 公司間，P 國及 S 國間並未締結所得稅協定，且未具有適合設立直接利用導管公司的第三國（如圖 3-1 之 R 公司），因此 P 國居民於對 S 公司進行投資前，即透過與 P 國及 S 國分別訂有協定之 A 國與 B 國，建構多層次的導管公司。藉由上述方式，S 公司盈餘分配時欲給付予 P 公司之所得，將先交由 A 公司取得，而因 S 國與 A 國間具有所得稅協定而得享有較低扣繳稅率，然該筆所得將於 A 國課徵所得稅，A 公司遂透過服務費用、授權金或利息方式，移轉該筆所得交由 B 公司，並將該費用作為稅基之減項，降低須於 A 國繳納之所得稅。於此同時，B 公司往往會架設於對境外投資收益具有低稅負且與 P 國間具有所得稅協定的國家，因此在 B 公司取得該筆所得後，僅須在其境內負擔極低的稅負，且將所得轉由 P 公司取得時，亦得享有 B 國與 P 國間所得稅協定之優惠扣繳稅率，B 公司即為此交易安排所稱之「墊

腳石公司」，¹¹⁸。總體而言，透過一連串的組織安排，P 公司自 S 公司取得收益，同時利用了 A 國及 B 國所簽訂的所得稅協定與居民國之內國法，藉由不當獲得所得稅協定之利益而有效減少其稅捐負擔。

綜上所述，此種交易安排即因實質進行跨國經濟活動的交易雙方，相互居民國間沒有簽署所得稅協定，因此投資方（圖 3-2 之 P 國居民）遂透過雙方居民國有個別簽署所得稅協定的第三國與第四國架設導管公司進行投資，且其中的導管公司之一往往設立於「避稅天堂」，即為此種交易方式所稱之墊腳石公司，不僅在其境內適用極低的所得稅率，同時在將所得轉讓予受益所有人時，又能適用所得稅協定之優惠利益。藉由中間墊腳石公司的安排，在中間的交易過程中盡可能減免稅捐，使得投資方以最少的稅負而獲得最多的經濟利益¹¹⁹。

第三款 導管公司與特定內國稅法制度之利用

第一目 導管公司與持股免稅制度(participation exemption)

在利用導管公司為所得稅協定競購之型態中，在取得所得稅協定之利益情況下，再透過內國稅法之制度以確實達成減免稅捐之目的，也是選擇設立導管公司國家的考量，部分採取「持股免稅(participation exemption)」制度的國家，即具有於該地設立導管公司之吸引力。所謂「持股免稅(participation exemption)」制度，實際上是部份國家為避免雙重課稅問題而創設，賦予股東之稅捐減免制度。採取此種制度之國家認為，在營利事業進行盈餘分配之前已先繳納所得稅，因此在股東獲取股利所得階段，即不應再對該資本收益課徵個人所得稅。雖然營利事業與股東在法律上分屬不同之稅捐主體，故盈餘分配前階段營所稅課徵與後階段之個人所得稅課徵，並不會形成稅法上雙重課稅；然就已繳納過營利事業所得稅之盈餘，移轉於股東後

¹¹⁸ 陳清秀，前揭註 37，頁 573。

¹¹⁹ PANAYI, *supra* note 1, at 39.

仍再課徵所得稅，在經濟層面仍有重複課稅之情形，故為吸引投資人於該國設立控股公司，部分國家選擇避免此種經濟上可能對境外投資而言較不利的稅捐制度，採取持股免稅制度，使投資該國公司的股東，於取得該國境內之股利所得得予免稅。

基於上述稅捐利益，採取此制度之國家自成為投資人進行跨國投資，或創設導管公司時的優先選擇，蓋透過該國的居民身分進行投資，不僅得享有該國與他國簽訂之所得稅協定利益，另一方面其投資收益亦能適用參與免稅制度之稅捐利益。

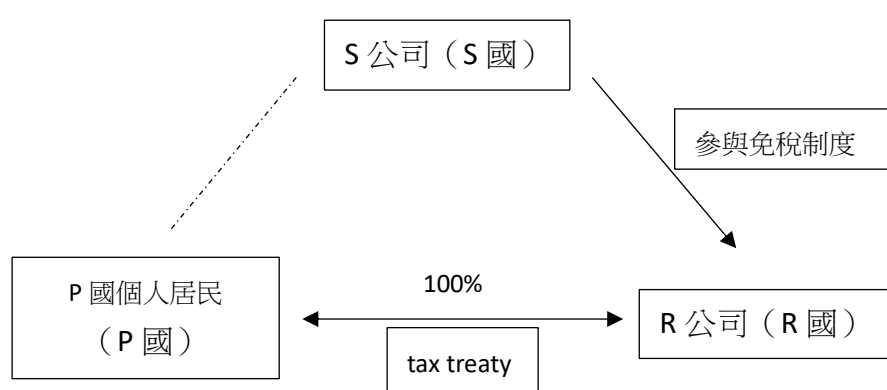


圖 3-3 導管公司與持股免稅制度

資料來源：筆者自繪

以導管公司之直接利用為例，配合持股免稅制度，如圖 3-3 所示，此例中 P 國個人居民欲投資持有 S 公司的股份，然而若由 S 公司直接分派股利予 P 國居民時，可能因 S 公司在當地享有稅捐優惠，或 P 國具反避稅條款的限制等原因而無法適用持股免稅的規定。在此種情形下，P 國居民遂轉而透過在第三國(R 國)設立導管公司的方式，間接持有對 S 公司的持股，之後於分派股利時先由 S 公司將股利分配給 R 導管公司，再由 R 導管公司分配予 R 國居民。

P 國居民透過導管公司的安排，先由 S 國分派股利予 R 公司，在 R 國就 S 公司所分派之股利所得，得適用 S 國之持股免稅措施，在盈餘分配時無須於 S 國扣繳；另一方面由於 P 國與 R 國間存在所得稅協定，透過協定中的反歧視條款(non-discrimination) (Art.23 and 24 OECD MC)，締約國的一方居民可以要求在相同的情

況下，與他國居民相同對待，因此即使是源自 S 國之股利所得，只要經由 R 國再移轉予 P 國股東，在適用反歧視條款後仍應 P 國得主張與 R 國居民相同對待，而適用持股免稅制度，因此 P 國居民最終就該股利所得毋庸繳納所得稅。此種情形即是 P 國居民透過在 R 國創設導管公司，藉以適用 P 國及 R 國間之所得稅協定，為利用導管公司所為之協定競購行為¹²⁰。

第二目 導管公司與稅捐減省免稅額 (Tax Sparing credit)

某些國家在所得稅協定中，會納入稅捐減省免稅額(Tax Sparing credit)相關條款，其適用於締約國一方之居民受到締約國他方之稅捐優惠時，即使因而在他方並無繳納稅捐，對居民國而言仍需「視同已在他方繳納稅捐」，並給予其和已於締約國他方繳納稅捐時相同的免稅額，此條款對於納稅人極為有利，也因此可能受到締約國外第三人的不當利用。稅捐減省條款之訂立目的，係因部分國家為獎勵投資，會在當地提供投資人如取得當地公司之股利免納扣繳稅之稅捐優惠；然而倘若投資人所在之居民國，卻因此認為該筆股利所得並未在他國繳納扣繳稅款，故於居民國課徵所得稅時即應按照原訂稅率計算，這樣的結果，卻會使得來源國（提供免納扣繳稅之一方）原本欲對投資人提供稅捐優惠之目的無法達成¹²¹，因此遂透過所得稅協定條款的方式，要求居民國仍須給予該筆所得減免稅率的適用。舉例言之，A 國居民投資 B 國公司而獲有股利所得，B 國為增進投資因此於盈餘分配時就該筆股利免徵扣繳稅，然而 A 國對於居民所獲得該筆股利所得適用之所得稅率，須於來源國（B 國）已實際繳納扣繳稅款，始能就該已扣繳部分享有免稅額；然而在 A 國如此的制度下，將使得 B 國原欲給予該 A 國居民的稅捐優惠，反而使得 A 國

¹²⁰ LUC DE BROE, INTERNATIONAL TAX PLANNING AND PREVENTION OF ABUSE: A STUDY UNDER DOMESTIC TAX LAW, TAX TREATIES AND EC LAW IN RELATION TO CONDUIT AND BASE COMPANIES 8 (IBFD 2008).

¹²¹ Howard M. Liebman, *A Formula for Tax-Sparing Credits in U.S. Tax Treaties with Developing Countries*, 72 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 296, 306(1978) ; Kristian Reinert Haugland Nilsen, *The Concept of Tax Sparing: A General Analysis, and an Analysis and Assessment of the Various Features of Tax Sparing Provisions*, 8-10 (2013).

居民就源於 B 國的股利所得因未於 B 國受到扣繳，而無法主張部分免稅，而須負擔 A 國對於股利所得之原始稅率；在此情況下 B 國所提供的稅捐優惠，反而使得在 B 國未繳納之扣繳稅款轉由 A 國取得稅捐管轄之利益，且無法達到促進投資的目的。為解決此問題，B 國可能會透過與 A 國簽訂所得稅協定，並於協定中納入稅捐減省免稅額的條款，使得 A 國居民因 B 國提供之稅捐優惠而未於來源國(B 國)繳納之稅捐，仍可視為已繳納而在 A 國適用稅捐減省免稅額 (Tax Sparing credit)而抵免該部分之稅款，以確保 B 國稅捐優惠目的之達成。

稅捐減省免稅額(Tax Sparing credit)條款之設立係為促進締約國雙方的投資，然而卻時常受到濫用，而為所得稅協定競購行為之類型之一。對於此種類型舉例如下：

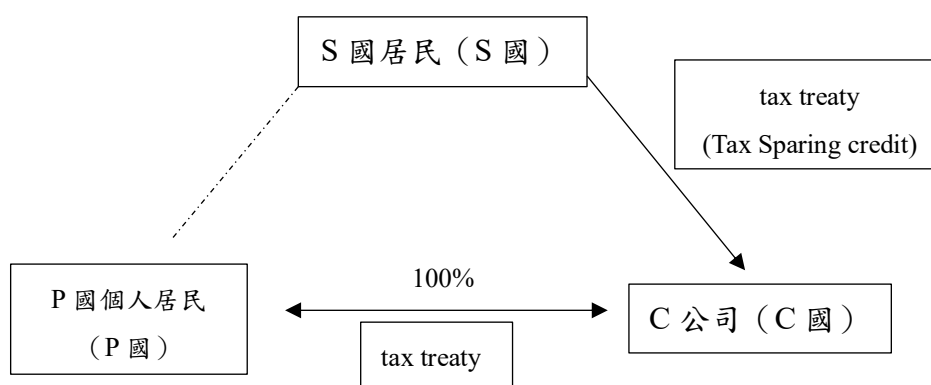


圖 3-4：導管公司與稅捐減省免稅額條款

資料來源：筆者自繪

P 國居民欲借款或租賃(無)有形資產予 S 國的居民，從而將獲得來自 S 國的利息或租金收入，該租金收入雖得在 S 國享有免徵扣繳稅之稅捐優惠，然而 P 國與 S 國間所簽訂之所得稅協定，並不具有稅捐減省免稅額條款；另一方面，C 國與 S 國簽訂之所得稅協定，具有稅捐減省免稅額條款，為此 P 國居民轉而先於 C 國架設導管公司，並將該資金或資產租借給 C 國之導管公司，再由 C 導管公司轉借給 S 國居民。由於在 C 國與 S 國之所得稅協定中，源於 S 國所取得的利息及權利金無須於 S 國當地課徵扣繳稅，而僅由 C 國課稅且對於該筆收入並得適用稅捐減省

之免稅額¹²²。

上述兩種類型，雖為適用特定的稅法規範或協定條款，然而本質上皆須透過導管公司的利用始能作成，因此在所得稅協定競購行為的防杜中，如何避免非締約國居民藉由導管公司的安排不當取得協定利益，仍是問題的核心。

第二項 透過住所移轉以適用所得稅協定

由於海外資產所得之稅捐課徵，在所得稅協定範本中係以「居民國」課稅為原則，在諸多國家簽定的雙邊所得稅協定中亦可以看出，我國已簽定之所得稅協定中亦有此條款，例如：台日所得稅協定第 13 條第 5 項。基於此種因素，部分個人居民會利用移轉住所於海外資產所得不須課稅的國家，同時適用該國與股權所在國家之所得稅協定，進而達成轉讓股份無須繳納所得稅之目的。

舉例言之，A 國居民於 A 國持有股權，而依 A 國稅法於 A 國居民移轉股份所獲得之資本利得，須繳納 A 國所得稅。另一方面，A 國與 B 國間具有所得稅協定，且 B 國稅法對於海外資產利得不課徵所得稅。在此情況下，A 國居民於轉讓持股前移轉住所於 B 國，而轉變為 B 國之稅籍居民，因此其轉讓在 A 國的持股時得適用兩國間之所得稅協定，而僅由 B 國具有課稅權，同時 B 國對於 B 國居民於 A 國持股轉讓之所得，屬於海外資產利得而不予課稅，在此種移轉住所的安排下，該自然人居民即可享有免納稅捐之利益¹²³。

此種住所移轉之類型，較上述介紹的方式較為不同，並非透過導管公司所為交易安排，而是藉由取得境外所得前轉換住所的方式以適用特定的所得稅協定，此種並非締約國居民卻透過身分轉換的方式以獲得協定利益，自屬於所得稅協定競購行為欲防杜之類型，然而基於其與導管公司架設的形式安排不同，因此應適用不同的防杜方法，將於以下防免措施中介紹。

¹²² BROE, *supra* note 120, at 8.

¹²³ 陳清秀，前揭註 37，頁 577；*Id.* at 8-10.



第五節 所得稅協定競購行為之防免方式

從前一節介紹的案例類型中可以觀察出，個人為協定競購行為之類型，包含透過「導管公司」的設立，或利用改變住所轉換稅籍身分的方式以適用特定所得稅協定，從而獲取稅負減免之稅捐利益。針對協定競購行為之防免，無非是為看穿法律形式背後實質收取經濟利益之納稅人，為此得透過所得稅協定條款或內國稅法之方式為之，本節以下將分為此兩部分說明之。

第一項 國際稅法上之相關防免措施

關於所得稅協定競購行為，於 OECD 範本及 US 範本中皆有相關防免條款之擬定。有認為倘若在所得稅協定中對於反避稅條款已有完足的規定，而得以防杜此種稅捐規避行為，即毋庸再適用國內法之一般稅捐規避防杜條款¹²⁴。因此以下先就所得稅協定範本中與協定競購有關的防免措施，受益所有人(beneficial owner)及利益限制條款(Limitation on Benefits Clauses)予以介紹。

第一款 受益所有人(beneficial owner)

為防杜利用導管公司為所得稅協定競購，最早出現的防杜條款即為「受益所有人」條款，主要目的為確保適用所得稅協定條款的納稅主體，即等同於實際享有所得而須負擔稅捐義務的主體，以下將先就受益所有人條款探討之。

第一目 受益所有人之起源¹²⁵

現今在所得稅協定中常用的「受益所有人」概念，最早應是源於英國衡平法(equity)上之所有權概念。英國普通法(common law)對於所有權的概念與大陸法系相同，對於同一所有權係無法分割而應歸於同一主體；為適用於信託關係，始透過

¹²⁴ 陳清秀，前揭註 37，頁 574-575。

¹²⁵ ROHATGI, *supra* note 48, at 173-175.

英國衡平法發展出，將所有權在概念上區分為二種型態，包含法律形式上的所有權人(legal owner)及實際享有權利的受益所有人(beneficial owner)。信託關係建立於信任關係，受託人在法律形式上屬於信託財產之所有人，然本質上須為信託受益人之利益持有或使用、管理信託財產，而信託財產所生之所得自歸屬於受益人之所得。雖然受益所有人之概念係因信託關係產生，然在英國稅法中也借用了此種受益所有人的概念，例如：1970 年英國所得稅法中為解決集團公司之稅捐減免(group relief)，而於條文中運用了受益所有人的概念¹²⁶。

1996 年 US 協定範本將受益所有人定義為，指對於所得具有最終控制資格之人，排除代理人作為受益所有人的可能性。因此 US 範本的定義下即使某個主體取得所得，然實際上對於該所得並無最終控制權者則不屬於受益所有人。而 OECD 範本於 1977 年亦引進受益所有人的概念，作為防免協定競購的方式，其認為倘若對於某資本來源國的所得具有實質控制權，始屬於受益所有人，而判斷上須透過法律形式、經濟與事實觀點的控制綜合判斷之。

第二目 受益所有人之概念與相關法律之適用


受益所有人的概念雖源於信託制度，然而其母寧是為了描述實際所有權人與法律形式所有人分離之特性，因此在其他法領域亦有適用，尤其針對金融、洗錢防制之相關領域多有探討¹²⁷，故以下先對相關概念簡介之，或可提供其在所得稅協定中認定方式的參考。

一、證券交易法之受益所有人

證券交易法上為保障投資交易之安全，並防止內線交易等違法問題，對於公司內部人，訂有申報及資訊揭露義務之規範，此相關規範即包含受益所有人概念的適

¹²⁶ STEF VAN WEEGHEL, THE IMPROPER USE OF TAX TREATIES 65(Kluwer Law International 1998).

¹²⁷ 黃源浩(2013)，〈論國際稅法的「受益所有人」概念〉，《東海大學法學研究》，39 期，頁 51-52。



用。公司內部人的範圍除了董事以外，亦包含持有一定比例而對公司具有控制權之大股東。然而股東可能會透過「以他人名義」持有股權之方式，以規避揭露義務的適用，並藉此進行違法交易行為，因此為計算股東持股數是否達公司內部人之標準，在美國證券交易法上即透過「受益所有人」之概念，即認為除了形式上登記於股東名簿之股權外，亦應納入股東作為受益所有人而實質控制的股權一併計算¹²⁸。因此美國證券交易法之受益所有人，指利用他人名義而實際上直接或間接持有證券者。依據美國證券交易法第 16 條第(a)項第(1)節及第(2)節之規定，係就公司內部人持股申報制度及短線交易之公司歸入權行使為規範，其中即直接將持股超過百分之十的「受益所有人」認定為董事、主要職員以外之規範主體，意即直接將受益所有人的概念納入公司內部人的範圍之中¹²⁹。

我國證券交易法對於公司內部人持股轉讓之申報制度訂於第 22 條之 2 中，而於 1988 年 1 月修訂時，亦參考美國法之規定而新增第 3 項規定，將原定第 1 項之規範主體「利用他人名義」持有之股票亦應受到申報制度之規範，避免公司內部人藉由將股權在形式名義上由他人持有，規避資訊揭露義務，此條文雖未使用「受益所有人」一詞，然就此種經濟實質與法律名義脫離之關係，應可謂屬於與受益所有人相同之規範，並認定利用他人名義且享有經濟實質之股東始為證券之實質受益人¹³⁰。而關於第 22 條之 2 第 3 項規範所指「利用他人名義持有者」之範圍如何判斷，則規定於證券交易法施行細則第 2 條中，該條規範認為「利用他人名義持有股票」，指具備下列要件：「一、直接或間接提供股票與他人或提供資金與他人購買股票。二、對該他人所持有之股票，具有管理、使用或處分之權益。三、該他人所持有股票之利益或損失全部或一部歸屬於本人。」此規範亦應屬於證券交易法上，受益所有人之判斷標準。

¹²⁸ 林廷機，龔新傑，文大中，蔡宜靜，王怡華（2015），《公司內部人義務與資訊揭露》，頁 13，台北：新學林。

¹²⁹ 黃源浩，前揭註 127，頁 51-52。

¹³⁰ 劉連煜（2016），《新證券交易法實例研習》，頁 218-220，增訂十四版，台北：自版。



二、洗錢防制法之受益所有人


根據防制洗錢金融行動工作組織(Financial Action Task Force, FATA)所發布的建議，關於洗錢防制亦有關於「受益所有人」概念的定義，其認為受益所有人終歸於一個自然人主體，係指最終掌控客戶並實際進行交易之人，同時得以終局(ultimately)掌控並安排法人活動的自然人¹³¹。

「為防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作(洗錢防制法第 1 條參照)」，我國亦於 2018 年制定洗錢防制法，同時要求金融機構或指定之非金融事業人員，於進行金融業務時須確認客戶之資訊，尤其應辨識客戶之「受益所有人」。而關於受益所有人之認定要件則訂於金融機構防制洗錢辦法(下稱洗防辦法)中，該辦法第 3 條第 7 款關於受益所有人之辨識，應針對不同主體之客戶特性加以確認：「(一)客戶為法人、團體時：1.具控制權之最終自然人身分。所稱具控制權係指直接、間接持有該法人股份或資本超過百分之二十五者，金融機構得請客戶提供股東名冊或其他文件協助完成辨識。2.依前小目規定未發現具控制權之自然人，或對具控制權自然人是否為實質受益人有所懷疑時，應辨識有無透過其他方式對客戶行使控制權之自然人。3.依前二小目規定均未發現具控制權之自然人時，金融機構應辨識高階管理人員之身分。(二)客戶為信託之受託人時：應確認委託人、受託人、信託監察人、信託受益人及其他可有效控制該信託帳戶之人，或與上述人員具相當或類似職務者之身分。」從洗防辦法可以看出，關於受益所有人檢驗的認定方式，與 FATA 之建議內容相符，主要透過控制股權之數量、是否屬於公司內部之高階管理人員，而能決定或安排公司之交易活動，從而辨別出最終具有控制權之自然人，即屬於受益所有人。

第三目 受益所有人於所得稅協定中之適用

由於在所得稅協定競購的情形中，締約國以外之第三國居民為適用特定所得

¹³¹ OECD, *supra* note 7, at C(10)-7.



稅協定而獲取利益，經常透過實質控制導管公司，再透過股利、利息及權利金等此種被動所得轉讓的方式最終取得經營利益，因此為排除第三國居民對於締約國雙邊協定之不當利用，判斷獲得所得稅協定提供之稅捐利益，是否與實際獲利者相同自屬首要目標，而在所得稅協定中藉由「受益所有人」的概念認定之。主要規範客體為易作為協定競購之股利、利息及權利金，要求其歸屬主體應屬於「受益所有人」，始能享有所得稅協定條款中之稅捐減免。

依據 OECD 範本註釋中所提及關於「受益所有人」之敘述，在此概念出現於範本至今，條款中並沒有提供一個專門的名詞解釋，則強調其必須透過協定條款中的上下文脈絡一併解釋，且必須仰賴締約國雙方內國稅法的補充。蓋受益所有人之概念十分多元，因此必須透過條款體系及所得稅協定之目的予以解釋，包含所得稅協定之避免雙重課稅與防止稅捐逃漏之宗旨。然而註釋中則對於某些特定類型的股利受領人(recipient)，認定應排除其被視為受益所有人之可能，例如：代理人、代表人或導管公司，由於這些類型的股利收受者，之所以得享有股利所得，係根據契約或其他法律關係之義務而須將該股利所得移轉給他人，根本無法實際利用或享有股權。反面解釋，倘若不具有上述特性而直接享有並得實際利用股利的受領人，即為股利之受益所有人。

第四目 我國對於所得稅協定之受益所有人認定

我國所簽訂的所得稅協定中大多已包含受益所有人之條款，而欲主張適用所得稅協定減免稅負者，依據「適用所得稅協定查核準則」(以下簡稱協定查核準則)第三章減免規定之適用有所規範，須由受益所有人提供在締約國一方之居住者證明或營業證明。而關於容易作為所得稅協定競購行為之稅捐客體，即股利、利息及權利金等，依協定查核準則第 15 條，主張適用所得稅協定之上限稅率時，應一併提出「受益所有人」之證明。然而依據該條文之內容所述，僅表明受益所有人證明須包含相關資訊、或由他方締約國出具之證明，卻未於條文中就受益所有人之相關定義或判斷標準予以規範。

對此，財政部則以 108 年台財際字第 10800577770 號函釋¹³²補充，其參照 OECD 協定範本，採取反面解釋的認定方式，認為如有以下幾種特性，應非屬受益所有人：


「三、稅捐機關受理前二點申請，可合理認定他方締約國居住者有下列情形之一者，非屬案關所得之受益所有人：(一)代理人 (agent)，為代理之本人取得案關所得之人。(二)代名人 (nominee)，以自己名義為他人利益取得案關所得，且就該所得無運用決定權之人。如借名登記之出名人，或信託關係中對案關所得無運用決定權之受託人。(三)財務導管實體 (conduit financing entity)，對案關所得不具運用決定權或無權享有之法人或法律安排，其係為規避或減少該所得稅負、延緩該所得稅款繳納或退還該所得有關稅款。至依他方締約國稅法規定對取得之案關所得負有納稅義務，嗣後分配之所得來源為他方締約國，且未有依案關所得相關之契約或法律義務，應將該所得移轉予他人情形之實體，非屬財務導管實體。(四)其他依案關所得相關之契約或法律義務，應將該所得移轉予他人，限縮其對該所得運用決定權或享有該所得權利之人。」

審酌上述函釋內容，係與 OECD 協定範本註釋所建議之認定標準相同，列舉 OECD 範本註釋中認為應排除適用於受益所有人的範圍，本文肯認函釋之內容，然而本文認為受益所有人之定義，涉及稅捐構成要件中「稅捐客體對主體之歸屬」，僅以行政函釋方式為之，應有違稅捐法定主義。

第五目 小結

雖然受益所有人的概念在我國證券交易法與金融機構防制洗錢辦法皆有出現，用以表現實際所有權歸屬之人，然而無論就法規目的與主體適用範圍皆與所得稅協定中所稱的受益所有人不盡相同。此點在 OECD 範本的註釋中亦特別提到，其

¹³² 財政部(108) 台財際字第 10800577770 號函釋：「一、他方締約國居住者取得中華民國所得稅相關法律規定應課稅之所得（以下簡稱案關所得），依適用之所得稅協定及相關規定申請減免，應檢具受益所有人證明者，除該所得稅協定另有規定，他方締約國居住者得提出敘明其為案關所得受益所有人之自我聲明，以資證明。二、依華僑及外國人投資證券管理辦法規定，以基金型態登記之他方締約國之外國機構投資人，或非以基金型態登記之他方締約國之外國機構投資人，與他方締約國之居住者簽訂信託契約方式投資於國內有價證券，取得中華民國來源之股利及利息，該基金或信託依適用之所得稅協定規定為他方締約國居住者，得依前點規定，提出敘明該基金或信託為案關所得受益所有人之自我聲明，以資證明，免依適用所得稅協定查核準則第 15 條第 6 項各款規定辦理。」




表示國際上其他對於受益所有人的相關的認定，包含防制洗錢金融行動工作組織(Financial Action Task Force, 簡稱 FATA)以及 OECD 公司治理程序小組(OECD Steering Group on Corporate Governance)都有提出相關定義，兩者皆認為受益所有人是指對於實體(entities)與資產具有最終控制權之自然人。然而回到所得稅協定目的以觀，受益所有人的概念主要是為了實際認定股利或權利金等被動所得，從股利的來源國實際支付的對象，即股利「受領人」是否為受益所有人，而符合協定欲達成避免雙重課稅之目的；反觀洗錢防制與公司治理中透過受益所有人的概念，主要欲辨別的是某一法人企業股權的實際控制者為何；除此之外，在所得稅協定中受益所有人的概念實際上不僅適用於個人，以營利事業為主體之「法人」組織亦能適用相同的標準；而洗錢防制與公司治理中受益所有人判斷，最終將歸屬為某一具有股權之「自然人」股東，而與所得稅協定中所稱認定之受益所有人實具有差異。

受益所有人的概念在所得稅協定中，主要是為了判斷關於股利、利息、權利金真正得享有、利用該所得之人。因此始對其提供所得稅協定條款中，來源國減免扣繳稅款之優惠，進而達成避免雙重課稅及鼓勵雙邊貿易之目的。然而由於商業交易活動具有多元性，因此在協定範本中對於受益所有人也只能採取「反面排除」的方式，將代理人、代表人或導管公司此種基於契約或其他法律義務，而根本上無法享有所得利益，僅具「代收轉付」的功能者，排除於受益所有人的範圍，而關於適用所得稅協定之主體是否屬於受益所有人，仍必須根據不同個案輔以協定目的判斷之。由於受益所有人的判斷，將導管公司排除適用，故能作為防杜以導管公司為協定競購行為的方式之一。

第二款 利益限制條款(Limitation on Benefits Clauses, LOB)

關於協定競購行為於所得稅協定條款中的防杜方式，除受益所有人外，亦有透過利益限制條款。早在 1996 年 US 協定範本第 22 條中即有利益限制條款的建置，而其中對於個人部分的認定，以美國內國稅法的公民(citizens)作為標準，而認為由



於美國公民須就其全球所得在美國繳納所得稅，應符合利益限制條款中個人的要件，自得適用美國與他國簽訂之所得稅協定。然而此種以「公民」作為判斷標準的方式受到批評，在本章第二節中關於美國稅法的介紹中有提及，依據美國內地稅法上公民係以國籍作為認定，且在 *cook vs. Tait* 案之後確立，即便是居住於境外的公民仍受到美國政府所提供的保障，故須就其全球所得負擔所得稅。由此可見，即使在美國稅法上被認為公民並不表示其與其領土具有事實上的聯繫，此種特性與利益限制條款中，欲限制適用協定之納稅人須與居民國具有足夠事實聯繫的原則相違。除此之外，以「公民」作為標準的情況在美國以外的國家並不常見，因此更容易發生雙重居民的情況，產生協定適用的問題。基於上述的缺失，US 協定範本中關於個人居民的認定標準作出修正，而須符合居民之認定，始屬於利益限制條款中「有資格的居民」，而其標準除了為美國稅法上之公民外，更須符合在美國「實質居留(substantial presence)」始得適用所得稅協定，對實質居留的判定依據美國內地稅法的標準，得參考本章第二節中說明。

即使符合所得稅協定的居民身分，在部分條款中認為要適用協定優惠，除了所得的受領者須屬於締約國之一方居民外，且該受領者必須要同時屬於該所得的「受益所有人」始能適用。然而在該註釋中也提及，有特定的稅捐規避及部分的協定競購行為，並無法僅透過受益所有人予以防免¹³³。蓋受益所有人的概念在所得稅協定範本條款中僅針對特定稅捐客體，如股利、利息及權利金，要求上述客體所歸屬之主體，必須以受益所有人為限，此種條款對於所得稅協定競購行為的防杜實屬有限。為更加全面性的防杜所得稅協定競購行為，OECD 範本在條款中亦納入利益限制條款(Limitation on Benefits Clauses, LOB)的建制，唯有符合此條款中所謂「有資格的居民(qualified person)」始能適用所得稅協定。其與所得稅協定條款中其他居民身分認定條款之適用順序如下¹³⁴：1.須符合締約國之一的居民。2.須為該所得之受

¹³³ OECD, *supra* note 7, at C(10)-6.

¹³⁴ VEGA BORREGO, *supra* note 77, at 115.

益所有人。3.須為利益限制條款中的任一主體。而利益限制條款的創設即為避免所得稅協定競購的情形，只有在納稅人基於真實的商業目的而在居民國獲取所得，或者該納稅人於其居民國具有足夠的事實聯繫¹³⁵。

依 2017 年修正之 OECD 協定範本第 29 條規定，即為利益限制條款，而針對個人的部分，然而利益限制條款實際上並沒有給予更多的限制，而是認為回歸締約國居民的認定¹³⁶，意即只要符合締約國之一的自然人居民身分，即符合利益限制條款，而得以適用所得稅協定，而該個人在特定的情況下，必須以符合上述之受益所有人之認定為前提，自不待言。

綜上所述，針對個人部分的利益限制條款，原則上仍然是回歸協定中對於個人居民的判斷，僅是基於其建制原則，特別強調須個人與其居民國具有經濟生活的聯繫始屬於「有資格的居民」；而利益限制條款的功能，主要顯現在針對「法人」身分主體適用協定的限制，此部分將於第四章探討之。

第二項 以內國稅法防免之方式(日本所得稅法第 60 條之 2)

關於第四節第二項中之案例類型，即針對個人居民移轉住所，作為所得稅協定競購之方式規避持股轉讓所得稅，日本法上對此種情形訂有專法以防杜之。依據日本所得稅法第 60 條之 2 第 1 項，「規定對於持有時價一億元以上之有價證券等資產者，於出國前十年內，超過五年為境內居住者，而轉出國外時，該人所持有之有價證券等資產，視為轉讓進行所得課稅。」¹³⁷

日本法於 2015 年因應 BEPS 建議方案而修正上述條文，透過該規範，對於符合條文要件之境內居住者，於其移居國外時，逕將其所持有之股權視為已轉讓該股權，因此而於移居時對該居民課徵資本利得稅，而避免原日本居民轉換為他國居民後，而造成日本資本利得稅之稅收流失，學者認為此為所謂「出國稅(exit tax)」之

¹³⁵ *Id.* at 92.

¹³⁶ OECD, *supra* note 7, at C(29)-6.

¹³⁷ 陳清秀，前揭註 37，頁 577。

性質，係屬資本來源國課稅原則的展現¹³⁸。



第三項 協定競購行為特別防杜條款與我國法之適用關係

綜合上述防免措施的介紹，個人協定競購行為除住所移轉類型外，其餘類型基本上皆涉及導管公司的利用，而對於利用導管公司所為之協定競購行為，除以所得稅協定條款的方式防杜以外，亦得透過內國法的方式，避免此種稅捐規避行為。而我國現行法上關於個人利用導管公司進行稅捐規避行為，具有相關特別防杜條款，包含所得稅法第 14 條之 3 第 1 項反隱藏性盈餘分配條款及基本稅額條例第 12 條之 1 之個人 CFC 條款，皆涉及納稅人將導管公司架設於低稅負國家，所為之稅捐規避行為，對於此種特質，與協定競購行為的在理論上具有相通之處，因此對於協定競購行為於內國法的防杜方式，是否仍需要再行建置特別防杜條款的存在，則必須對於上述兩種現行法的適用範圍進行探討，以下詳細說明之。

在跨境交易中往往涉及居民國與來源國之稅權分配問題，亦因此促使所得稅協定的簽署，而在不同的雙邊交易進行中，雙方締約國皆可能立於居民國或來源國而具有稅捐管轄權，故所得稅協定內容所預先協議者自當涉及上述兩種稅捐管轄權立場的調整或限縮，並提供締約國雙方居民稅捐利益。而所得稅協定競購行為，係屬非締約國一方居民濫用協定條款之稅捐規避型態，因此對於協定締約國而言，協定競購行為之防杜，概念上自應包含該國居民為境外投資(outbound investment)與外國居民對其境內投資(inbound investment)兩種面向，而兩者皆可能產生的國家稅基流失風險。舉例言之，我國與他國締結所得稅協定，得適用於我國居民於締約國他方進行投資時，以減免在我國須繳納之居民國稅負；另一方面，締約國他方居民，於我國進行投資時亦得對我國主張適用所得稅協定條款，減免於我國須繳納之來源國稅負。因此以下將透過此兩種面向分別討論，所得稅協定競購行為對於我

¹³⁸ 谷口勢津夫（著），蔡孟彥（譯）（2016），〈日本稅基侵蝕與利潤移轉(BEPS)對策基本內容〉，《財稅研究》，45 卷 4 期，頁 41。

國居民為境外投資與外國居民進行境內投資時，對於我國稅基流失之風險，以及規範適用的關係。



第一款 境外投資與協定競購行為

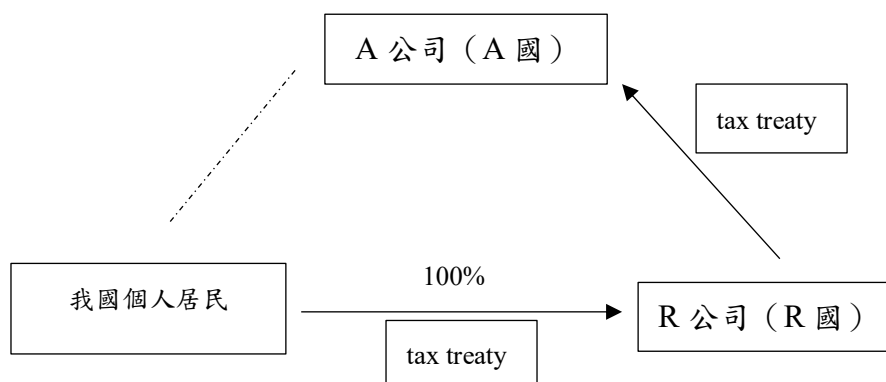



圖 3-5：境外投資與協定競購行為關係圖

資料來源：筆者自繪

個人為稅捐主體進行境外投資時，為減免居民國之所得稅，可能會透過導管公司安排的方式為之，舉例如圖 3-5 所示，假設我國與 A 國間並無所得稅協定，我國居民於投資 A 公司時，遂選定低稅負或具有特定稅捐優惠，且同時與我國與 A 國間訂有所得稅協定的 R 國，建立之 R 導管公司進行投資。而在這樣的交易架構下，由於 R 國導管公司並非此交易安排之受益所有人，卻適用與我國締結之所得稅協定而享有協定利益，故屬於所得稅協定競購行為。而此種我國居民所為之協定競購行為，對我國而言，投資於 A 公司的股利先給付予 R 國，而後可能再透過於我國支付服務費用等方式，藉由我國與 R 國間之協定條款將大多數之利潤存放至導管公司，而原本屬於我國對外投資利潤之營所稅稅捐基礎將因此流失。我國現行所得稅法第 14 條之 3 之反隱藏性分配條款，即係對於「境內個人」利用境內、外個人或營利事業之控制關係，藉由資金、股權移轉或其他虛偽安排的方式，而為稅捐規避行為之特別防杜條款，上述我國居民架設 R 導管公司，而達成適用所得稅



協定以減免稅負之行為，蓋我國居民與 R 公司間客觀上具有控制公司，而有股權移轉及所得稅協定條款的適用，該方式應得認為屬於所得稅法第 14 條之 3 第 1 項「其他虛偽安排方式」，故主管機關對於此種稅捐規避行為自得進行調整稅捐，而不得使 R 國導管公司適用我國與 R 國間所得稅協定之稅捐減免。

此外，倘若我國居民所控制之 R 導管公司，符合所得基本稅額條例第 12 條之 1 個人 CFC 條款所訂之形式股權比例或實質影響力，則亦得將 R 公司視為我國境內居民公司，而在此情況下 R 國自不屬於適用我國與 R 國間所得稅協定之主體，進而防杜此種型態之協定競購行為；而個人 CFC 條款與反隱藏性盈餘分配間之適用關係，本文初步認為前者屬於特別法應優先適用，已於第二章中說明。

綜上所述，我國居民於境外投資時，利用導管公司以取得所得稅協定之稅捐規避行為，為不當取得所得稅協定之利益，而亦屬於協定競購行為之類型，然該導管公司與我國居民間具有控制關係，且其股權移轉雖以取得所得稅協定利益為目的，僅為稅捐規避整體行為之手段之一，故應得適用我國所得稅法第 14 條之 3 第 1 項及所得基本稅額條例第 12 條之 1 規範予以防杜。

第二款 境內投資部分

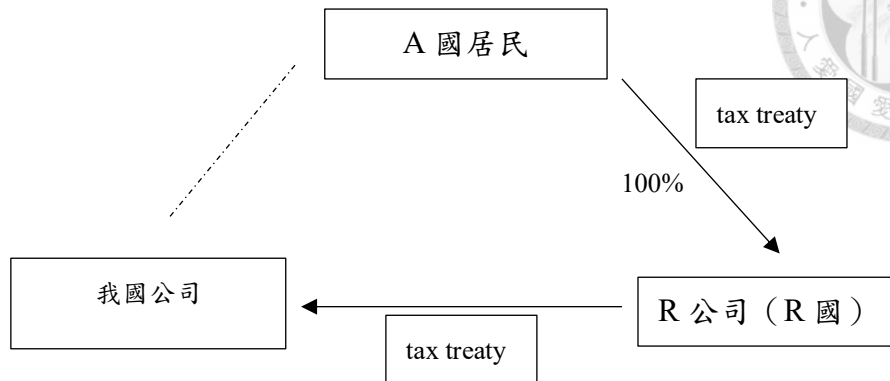



圖 3-6：境內投資與協定競購行為關係圖

資料來源：筆者自繪

然而所得稅協定競購行為的防杜中，除了我國境內居民對外投資外，特別關注之面向，應在於境外居民對我國境內進行投資行為時。如圖 3-6 所示，A 國個人居民對我國進行投資時，基於來源國課稅原則，得對 A 國居民所取得之我國境內來源所得課徵扣繳稅款。然我國目前締結之所得稅協定數量並不算多，因此在境外居民對我國境內公司進行投資時，可能會基於減免扣繳稅款的目的，藉由將導管公司設置於與我國訂有所得稅協定之國家，以獲得協定利益。然而此種「境外居民」利用「境外導管公司」，以適用我國所得稅協定之協定競購行為，而造成我國對境外公司扣繳稅款流失的情形，是否屬於上述所得稅法第 14 條之 3 第 1 項或所得基本稅額條例第 12 條之 1 中所包含的規範情形似有疑義。蓋所得稅法第 14 條之 3 第 1 項之立法目的，應在於避免我國居民將資產「隱藏」於海外公司的型態，而使得我國所得稅稅基流失的情形；雖該規範主體中並未明文區分境外與境內稅捐主體，然本文認為該立法意旨應不及於，如上圖 3-6 中之對我國境內投資之所得稅協定競購情形；退步言之，即使得以涵攝於所得稅法第 14 條之 3 第 1 項之規範中，其法條文義並無法對於所得稅協定競購行為之特徵進行判斷，因此並不足以確實防杜此種稅捐規避態樣。此外，所得基本稅額條例第 12 條之 1 個人 CFC 條款，在法律效果上係將我國個人居民在符合規範要件的情況下，直接將境外所得視為我國境內之所得，按其規範意旨實係為避免我國境內所得稅之流失。然而對內投資的所得



稅協定競購行為，則是欲分辨出境外公司之受益所有人非屬於與我國具有所得稅協定之國家居民，防免我國「扣繳稅」的流失，即必須確保境外公司屬於有資格享有我國所得稅協定稅捐減免之主體，因此本文認為個人 CFC 規範並無法適用於所得稅協定競購行為的防杜。

綜上所述，我國現行稅捐規避特別防杜條款，應無法確實防杜境外個人以所得稅協定競購行為，導致我國扣繳稅流失的情形，因此以內國法對於此種稅捐規避行為予以防杜，建立所得稅協定競購行為特別防杜條款應有必要性，而該規範的建置將於第四章中接續討論。



第六節 本章小結

本章介紹個人為主體的所得稅協定競購行為，主要的行為類型除直接移轉住所外，則大多透過導管公司的方式為之，因此如何防免導管公司的利用即屬核心議題。所得稅協定中針對本章所介紹之個人為主體之協定競購行為，應以受益所有人條款為防免核心，為確保適用所得稅協定之主體與實際享有經濟成果的主體一致，係屬稅捐構成要件中「歸屬」的判斷。關於受益所有人的認定，在協定條款中係採取「反面排除」的方式，將代理人、代表人或導管公司此種基於契約或其他法律義務，而根本上無法享有所得利益，僅具「代收轉付」的功能者，排除其適用協定的資格。然關於適用所得稅協定之主體是否屬於受益所有人，仍必須根據不同個案輔以協定目的判斷之。受益所有人概念的增訂雖於所得稅協定條款中訂立，然而其適用範圍與判斷方式，仍待內國稅法進行補充。於我國稅法上對於受益所有人的概念尚未有明確定義，我國實務做法僅透過行政函釋的方式做為解釋，並排除特定型態的主體被認定為受益所有人，本文認為由於受益所有人之認定直接涉及稅捐構成要件的判斷，故應將其納入法律位階的規範中，或至少應有符合授權明確性之法規命令作為適用基準；除受益所有人外，針對所得稅協定競購行為的防免，OECD 協定範本亦納入利益限制條款作為防免規範，其詳細內容將會於第四章一併進行說明。關於所得稅協定競購行為的防免，除於協定條款作為防杜方式外，本文認為得參照外國法上建立特別防杜條款的方式，以避免利用導管公司進行稅捐規避，後續第四章中將進一步介紹。

第四章「營利事業」以所得稅協定競購取得稅捐利益

本章接續探討所得稅協定競購之防免，然以營利事業之主體為核心。雖因應營利事業組織與個人之差異，因此就協定競購行為之防杜將有所調整，然而部分基礎概念係個人與營利事業所共通，例如「導管公司」之設立與受益所有人之判斷，於營利事業的情形亦得適用，已於第三章中說明本章將不再贅述，僅會提出特別為營利事業更進一步規範之部分。本章論述架構將以各國對於營利事業稅籍居民之認定方式為始，而後就營利事業為主體之所得稅協定競購類型為介紹，最後則針對利益限制條款與德國法在其內國法中所建置的反協定競購行為特別防杜條款進行討論，以作為我國立法之參考。

第一節 所得稅協定中營利事業稅籍居民之認定標準

本章在探討以營利事業為主體之所得稅協定競購前，亦先就適用所得稅協定主體的認定方式予以介紹，而主體認定在所得稅協定中係依各國內國稅法作為判斷標準，因此在第一節將介紹各國立法上常見之營利事業判定標準，進而說明在OECD所得稅協定範本條款中，同時符合締約國雙方居民身分之主體，建議應透過何種判斷因素決定其稅籍身分。

第一項 內國稅法作為主要判斷方式

在各國立法例中常見之營利事業稅籍居民判斷方式包含設立準據法主義、本公司所在地主義及兼用本公司所在地與管理支配地主義幾種類型，以下依序就上述不同類型的判準與適用國家說明之¹³⁹：

¹³⁹ 陳清秀，前揭註 37，頁 50-53。

第一款 設立準據法主義

設立準據法主義，係指營利事業的稅籍判斷，係根據其依法設立並取得法人格之國家而定，而應於該公司設立地國家負擔全球所得課稅原則。美國即採取此種立法模式，依美國內地稅法第 7701(a)(4)關於「境內(domestic)」之定義，「當境內(domestic)一詞適用於公司(corporation)或合夥(partnership)組織時，指其係於美國境內創造或組織而成，或者依據美國聯邦法或任何州法所設立，合夥之情形，則另由財政部規定之¹⁴⁰。」依據此規定得看出美國法上將公司組織分為境內(domestic)及境外(foreign)兩種類型，區分的標準則依該公司組織設立時之準據法而定。依據美國境內任一州法所規定成立之公司即屬於境內公司，而須就其全球來源所得繳納美國所得稅；而依據美國法以外之外國法所設立者屬境外公司，僅須就來源於美國境內之投資或商業活動而獲取之所得負擔稅捐義務¹⁴¹。

採取準據法主義之優點對國家行政而言，稅籍居民的判斷得以迅速、簡便，然而卻也因此而備受質疑，蓋有認為此種純粹形式主義的判斷，僅透過公司組織的設立準據地作為區分之標準，僅由於某一個國家賦予其法人格地位，即因此其在美國稅法下所須負擔之稅捐義務有所不同，而未審酌該營利事業之其他營運事實狀態，似乎過於草率；然面對此種質疑則有認為，在美國稅法上已透過其他規定，以補充形式判斷主義的不足，包含諸多以「透視法」(look-through)之規範以判斷所得來源，以及受控外國企業(CFC)制度的建立，盡可能確保美國所得稅法的適用不因採取準據法主義而受到規避¹⁴²。

第二款 本公司所在地主義

採取「本公司所在地主義」之立法方式，係認為營利事業稅籍居民之認定，應以其本公司所在地作為判斷標準，由於其認為該地亦會是主營業所或主事務所所

¹⁴⁰ 26 U.S.C. § 7701.

¹⁴¹ 26 U.S.C. § 11, § 882.

¹⁴² ISENBERGH, *supra* note 96, at 26-27.


在之處，故應以該地政府具有稅籍管轄權。

我國法即採取本公司所在地主義，依我國所得稅法第 3 條：「凡在中華民國境內經營之營利事業，應依本法規定，課徵營利事業所得稅(第 1 項)。營利事業之總機構在中華民國境內者，應就其中華民國境內外全部營利事業所得，合併課徵營利事業所得稅。但其來自中華民國境外之所得，已依所得來源國稅法規定繳納之所得稅，得由納稅義務人提出所得來源國稅務機關發給之同一年度納稅憑證，並取得所在地中華民國使領館或其他經中華民國政府認許機構之簽證後，自其全部營利事業所得結算應納稅額中扣抵。扣抵之數，不得超過因加計其國外所得，而依國內適用稅率計算增加之結算應納稅額。營利事業之總機構在中華民國境外，而有中華民國來源所得者，應就其中華民國境內之營利事業所得，依本法規定課徵營利事業所得稅(第 2 項)。」依所得稅法規定以總機構是否於我國境內作為區分標準，屬於境內營利事業者，應就其全球所得繳納所得稅；倘若是總機構在我國境外之營利事業，則僅就來源於我國境內之所得負擔納稅義務，而其稅負依所得稅法第 88 條規範，應由與境外營利事業之我國境內交易相對人，於給付交易價金時，以扣繳之方式就該境外營業人所須負擔之稅額繳納之。

日本稅法亦採取本公司所在地主義，依日本法人稅法第 2 條第 3 款之規定，「內國法人，指在國內有本公司(本店)或主事務所之法人。」而依日本稅法之認定，本公司係指其「營業活動中心」，而其判斷標準係採取形式主義，以「公司章程」所定之本公司所在地為準。然而在日本法上，依據其法律所設立之公司法人，即規定應於日本設立「本公司」或「主要事務所」，因此綜合觀之，日本法在本質上亦與「設立準據地主義」相同¹⁴³。

我國採取本公司所在地主義，即以營利事業之總機構是否於我國境內判斷其是否屬於我國稅籍居民，雖我國所得稅法中並未明確說明如何判斷營利事業屬總機構於我國境內，然參照我國公司法規定係採取依設立登記國家為公司所屬國家

¹⁴³ 陳清秀，前揭註 37，頁 54-55。



之判斷，故所得稅法中營利事業之主體範圍雖與公司法不盡相同，然而仍可依此認定我國係採取總公司之準據法主義，因此其優、缺點是與上一段所述之準據法主義相似，為補足此種形式判斷主義所產生容易受到規避的缺點，我國遂於 2016 年參考外國法增訂所得稅法第 43 條之 3 受控外國公司及第 43 條之 4 關於實際管理處所之相關條文，前者透過認定境外公司與我國營利事業間之實質控制關係，以避免利用境外設立受控公司的方式達成稅捐規避之目的；另一方面，所得稅法第 43 條之 4 第 1 項規定：「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。」根據該條文義所示，在此條文正式施行後，倘若營利事業之實際管理處所於我國境內者，將直接發生擬制效果，而認屬總機構在我國境內之營利事業，應於我國就其全球所得負擔所得稅，故我國對於營利事業之稅籍認定方式，將兼採管理支配地主義，。

第三款 本公司所在地與管理支配地主義

為預防上述兩種以公司設立地或本公司所在地所產生之稅捐規避風險，部分國家在本公司所在地以外之形式判斷標準外，兼採「管理支配地主義」。例如：德國法人稅法第 1 條第 1 項規定，法人在國內若有「業務管理場所(Geschäftsleitung)」或「住所(Sitz)」者，即屬境內營利事業，應負擔無限制的納稅義務。該規範中，除如同自然人以在其境內是否具住所或居所作為判斷因素，透過純法律形式之所在地為依歸以建立稅捐法上之聯繫關係。同時判斷公司的業務管理場所是否位於德國境內，以認定是否屬於境內公司。業務管理場所之要件則依德國稅捐通則第 10 條規定，指該營利事業之「業務上領導管理之中心地點」¹⁴⁴，即採管理支配地主義。

¹⁴⁴ 陳清秀，前揭註 37，頁 56-57。

第二項 以所得稅協定解決內國法上稅籍居民認定衝突

以營利事業作為適用所得稅協定之主體時，與個人作為適用主體時相同，由於在認定稅籍居民時仍以締約國雙方之內國稅法為優先，而不同類型的立法下，同一營利事業在主張適用所得稅協定時，可能會因此而被認定為同屬締約國雙方之居民，為解決此種雙重居民身分之所得稅歸屬爭議，OECD 所得稅協定範本第 4 條第 3 項為此提供解決方案。依 OECD 範本第 4 條第 3 項規定¹⁴⁵，「依第 1 項規定之非自然人主體同時為雙邊締約國之居民時，締約國雙方之主管機關應盡力以相互協議(mutual agreement)的方式，以決定在此協定之目的下該主體應被視為屬於哪一方之居民，即透過關於實質營運處所(place of effective management)、設立準據地或以其他方式組成之地點以及其他相關之要素決定之。欠缺上述協議程序，除雙方締約國之主管機關已表示同意之範圍或方式外，此種具雙重身分之非自然人主體不得被賦予本協定所提供的任何稅捐減免措施。」

上述條款內容係依 2017 年所修訂之 OECD 協定範本，透過其條款文義得見，在以營利事業為主體的雙重居民認定與個人並不相同，而未提供判定的標準或順序，則建議各國在發生管轄權衝突時，營利事業稅籍身分的認定應由締約國雙方以相互協議程序的方式進行認定，僅提供相關協議的標準，自此取代過去以「實質營運場所」作為雙重居民身分的打破僵局條款(tie-breaker clauses)。而在相互協議程序中應如何判斷屬於哪一方之居民，該條款之註釋提供進一步的說明，在協議中應透過各項營利事業的特徵判斷之，包含董事會之開會地點、主要執行管理人員或資深管理人主要執行職務之處所、資深管理人員日常(day-to-day)進行管理之處所、總機構所在地、其法人資格係於哪一國的法制之中建立、會計帳簿保管處所、倘若認

¹⁴⁵ OECD Model Convention(2017)§4 III :Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.

為該營利事業屬於一方締約國之居民，是否可能會造成「不當適用所得稅協定(the improper use of the convention)」之風險……等¹⁴⁶。協定條款於 2017 年後，雖期待締約國雙方就自然人以外主體之雙重居民認定，能透過開啟相互協議程序之方式解決爭議，然而在註釋中表明，各國於締結所得稅協定時，仍得選擇適用過去的判別方式，明定以「實質營運場所」作為判定標準。

第二節 營利事業常見所得稅協定競購類型

在營利事業的課稅型態中，雖各國對於稅籍居民之認定方式不盡相同，然居民國對其營利事業居民，多就其全球所得進行課稅。對此，跨國性營利事業集團時常透過將所得實現於低稅率國家的方式，或者選擇將所得實現於具有所得稅協定之集團成員間，以降低集團整體稅負。所得稅協定競購行為之稅捐規避類型，亦常被營利事業利用作為降低稅負之方式，在法人組織間主要倚賴導管公司作為「中介組織」而為交易安排，由於導管公司之基本概念探討已於前章說明，因此本章不再贅述；以下就導管公司的交易安排中，最容易作為操縱之稅捐客體：股利、利息及權利金，相關課稅形式與交易架構進行介紹。由於此三種所得型態，與傳統商業模式直接所生之營利所得或勞務所得不同，主要係透過資金、財產甚或技術的投入進而獲取收益¹⁴⁷，具有易於轉讓之性質，故常被利用作為協定競購行為的客體，本節以下針對我國課稅型態與所得稅協定條款中賦予的協定利益進行介紹。

第一項 與股利相關之所得稅協定競購行為

第一款 股利所得之課稅形式

股利所得，係指股份有限公司或其他有限責任營利事業形態，分配予參與股東之利益¹⁴⁸。我國法上關於股利所得課稅，依所得稅法第 8 條第 1 款規定，以「債務

¹⁴⁶ OECD, *supra* note 7, at C(4)-11.

¹⁴⁷ 陳清秀，前揭註 37，頁 316。

¹⁴⁸ OECD, *supra* note 7, at C(10)-1.

人居住地」作為來源地判斷基準，倘若該給付股利之營利事業係依我國法設立登記，或經我國政府認許於我國境內營業之外國公司，其向投資人支付的股利即屬於我國境內來源所得，而取得境內來源所得者，無論屬境內或境外營利事業皆應就該所得繳納我國所得稅。又我國營所稅對於境內營利事業採全球所得課稅原則（所得稅法第 3 條第 2 項參照），故我國境內與境外營利事業相互投資時，我國境內營利事業就其所獲配之股利所得，依我國所得稅法應於報繳營所稅時一併繳納，適用 20% 之稅率（所得稅法第 5 條第 5 項規定參照）；而境外營利事業取得我國境內營利事業所給付之股利所得者，則透過就源扣繳的方式，由該給付股利之境內營利事業，於給付時按給付額或分配額 21% 之稅率扣繳（所得稅法第 88 條第 1 項第 1 款及各類所得扣繳率標準第 4 條參照）。


第二款 OECD 所得稅協定範本所適用之限制稅率

所得稅協定為促進雙邊投資與避免雙重課稅，在股利所得之相關條款訂有上限稅率條款，主要係對於來源國稅權之限制。依 OECD 所得稅協定範本第 10 條第 2 項前段規定：「給付股利之公司如係一方領域之居住者，該領域亦得依其法律規定，對該項股利課稅。但股利之受益所有人如為他方領域之居住者，其課徵之稅額不得超過以下各款之上限：

- (a)該股利之受益所有人，如為包含股利分配日之 365 天之期間內，直接持有給付股利公司之資本百分之二十五以上之公司，不得超過股利總額之百分之五。
- (b)除前款以外之情形，不得超過股利總額之百分之十五。雙方締約國機關應透過相互協議程序以確立適用此上限稅率之申請方式。

前項規定不影響對該公司用以發放股利之利潤所課徵之租稅¹⁴⁹。」

¹⁴⁹ OECD Model Convention(2017) §10 II: However, dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:
a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends throughout a 365 day period that includes the day of the payment of the dividend (for the purpose of computing that period, no



本項規範但書即為關於股利所得課稅之上限稅率條款，係為締約國雙方國家協議，締約國一方居民分配股利予他方居民時，給付股利之一方締約國基於股利來源國之地位，而對該股利具有課稅權，然由於其已得對該支付股利之居民公司課徵營利事業所得稅，OECD 範本因而認為來源國對於股利課徵之稅率應以 15%為上限（OECD 範本第 10 條第 2 項(b)款參照）¹⁵⁰。此外為促進國際投資，提供子公司給付股利予母公司時得以享有更低的稅負，依本項(a)款規定，於符合期間要件的前提下，締約國他方營利事業，直接持有分配股利之締約國一方居民 25%以上的資本時，則該股利所得於來源國之課稅稅率以 5%為上限。

以我國股利所得之課稅為例，在一般情形下，我國營利事業分配予外國投資營利事業之股利，應由我國（股利債務人居民國）具有課稅權，而依所得稅法規定我國營利事業應以 20%之扣繳稅率，於分配股利時由我國營利事業為就源扣繳。然而倘若該外國事業之居民國與我國定有所得稅協定時，則得主張適用所得稅協定中較優惠之上限稅率，例如：台德、台日及近年最新簽署之台捷所得稅協定，皆明訂股利之受益所有人如為他方領域之居住者，其課徵之稅額，不得超過股利總額之百分之十，而享有較低之扣繳稅率。

第三款 股權移轉交易與協定競購行為

承上所述，OECD 所得稅協定範本第 10 條第 2 項係關於股利所得之課稅上限稅率，盈餘分配時倘若一個營利事業為締約國一方之居民時，該給付股利之締約國得依其內國法規定予以課稅。然而倘若該股利之受益所有人為他方締約國之居民時，則盈餘分配之來源國所課徵之稅率不應超過一定的範圍。為取得較低之來源國扣繳稅率，所得稅協定以外之第三國居民，可能會透過「導管公司」的方式，先於與股利所得來源國具有所得稅協定之國家設立控股公司，再由該控股公司轉投資

account shall be taken of changes of ownership that would directly result from a corporate reorganisation, such as a merger or divisive reorganisation, of the company that holds the shares or that pays the dividend);b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

¹⁵⁰ OECD, *supra* note 7, at C(10)- 2.

於該股利分配之國家，進而享有稅捐利益。除此之外，更可能結合股權移轉交易的方式，更進一步獲取優惠扣繳稅率。依據 OECD 所得稅協定範本第 10 條第 2 項(a)款，針對持有盈餘分配之公司 25%以上之股利受益所有人，給予優惠的 5%上限稅率，因此為適用此種稅率，營利事業可能藉由股權移轉的方式，於「盈餘分配前」符合 25%之標準，以享有更加優惠之扣繳稅率。

對於此種協定競購的型態，利用導管公司的部分應由「受益所有人」之認定而排除其適用可能。而在符合該股利所得受益所有人的情況，為進一步避免受益所有人利用股權移轉交易之行為，不當獲取 5%之優惠稅率，BEPS 行動方案第 6 號中亦指出此項問題，並於 OECD 範本條款中增訂「持有期間」的限制，蓋股權移轉交易行為的濫用案型，大多數發生於與盈餘分配相近的時間，此種為獲取優惠稅率而短期持有的濫用行為，於 2017 年修正之 OECD 協定條款中即規定，須「包含盈餘分配日在內之 365 天的期間內」，皆直接持有該分配股利營利事業的 25%，始能適用 5%之上限稅率。而該 365 天期間的計算，不考量公司因合併或分割而造成所有權影響的情形¹⁵¹。

第二項 與利息相關的協定競購行為

利息所得，係指納稅人對他人提供金錢資本，以獲取由該筆金錢債權所生之收益¹⁵²；利息與股利所得的區別，主要在於後者須承擔公司之風險¹⁵³。依所得稅法第 8 條第 4 款規定，自我國政府、我國境內營利事業或我國境內居民取得之利息，為我國境內來源所得與多數國家相同，在利息收入的來源地判斷採取「債務人主義」¹⁵⁴。取得我國境內利息收入時，屬我國境內居民者應於綜所稅或營所稅中一併繳納；然屬於境外個人或營利事業，除特定金融機構外，應依所得稅法第 88 條規定於給

¹⁵¹ OECD, *supra* note 89, at 634.

¹⁵² 陳清秀，前揭註 37，頁 345。

¹⁵³ 陳清秀，同前註，頁 347。

¹⁵⁴ 依 2017 年修訂之 OECD 所得稅協定範本第 11 條第 5 項，關於利息收入之來源地，亦採取債務人主義。

付時予以扣繳，依各類所得扣繳標準第 3 條第 1 項第 4 款規定，利息收入之扣繳稅率為 15%至 20%。

依所得稅協定範本第 11 條第 1 項及第 2 項前段規定，「於締約國一方所產生並給付予他方之利息，得於締約國他方課稅。產生利息的締約國，依據其內國稅法，亦得對該項利息課稅，但如該項利息之受益所有人，為締約國他方之居民，其課徵之稅額不得超過利息總額的 10%¹⁵⁵。」由此條款觀之，所得稅協定範本並未認為利息收入專屬於居民國或來源國一方之稅權，然而為促進雙邊交易的進行，對於來源國一方的稅捐課徵採取上限稅率的方式限制之。由於此種上限稅率的設置，將使得適用所得稅協定之締約國居民得以在取得利息收入時，繳納較低的扣繳稅率，例如在我國的情況，一般而言境外居民在我國取得利息收入，依上述規定應予扣繳 15%至 20%；若屬於與我國訂有所得稅協定國家之居民，則得以適用上限稅率，僅得課徵利息總額的 10%。部分公司為適用所得稅協定中的上限稅率條款，然而卻因原本欲投資的公司國家與其居民國間並未簽訂所得稅協定，遂可能轉而透過導管公司之方式，將導管公司設立於與被投資公司之居民國間及其本身之居民國皆具有所得稅協定之國家，同時可能利用導管公司的內國稅法規定，以適用較低的扣繳稅負，交易架構如下頁所示。

¹⁵⁵ OECD Model Convention(2017) §11 II: However, interest arising in a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation.

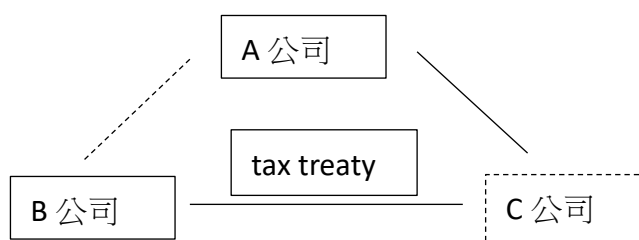


圖 4-1 與利息相關之協定競購行為

筆者自繪

與利息相關之協定競購行為，利用導管公司進行交易架構安排，如圖 4-1，A 公司(A 國居民)原欲以借款形式投資 B 公司(B 國居民)，然而 A 國與 B 國間並不具有所得稅協定，因此將來 B 公司給付利息予 A 公司時，於 B 國須繳納 20%之扣繳稅款。另一方面，B 國與 C 國間具有所得稅協定，於該協定條款中約定，兩國間關於利息之扣繳稅率不得高於利息總額的 10%，且 C 國的內國稅法對於給付利息予外國公司時並不課徵扣繳稅。因此，A 公司為減少利息給付時之扣繳稅款，可能選擇於 C 國設立一導管公司(C 公司)，而 A 公司借款時透過 C 公司取得，再移轉予 B 公司，從而在利息給付的階段，B 公司給付利息予 C 公司時得適用 B、C 國間的所得稅協定條款，享有協定條款中較優惠之扣繳稅率；接著再利用 C 國稅法之稅捐優惠，C 公司移轉利息予境外 A 公司時，無須予以扣繳。透過此安排，B 公司即得以將利息給付予 A 公司，並享有較低的扣繳稅負，此種型態即屬於與利益相關之所得稅協定競購行為之典型態樣¹⁵⁶。

第三項 與權利金相關的協定競購行為

權利金係對於使用特定權利所給付的對價，而權利的範圍在我國法上依所得稅法第 8 條第 6 款規定，包含專利權、商標權、著作權、秘密方法及各種特許權利；依 OECD 所得稅協定範本第 12 條第 2 項規定，權利金(royalties)包含各式權利使用之對價，無論為文學、藝術或科學成果的著作權、專利權、商標權、設計或模

¹⁵⁶ Treaty Shopping, <https://www.lowtax.net/features/Treaty-Shopping-572028.html> (last visited: Jul. 20, 2021)

型(model)、秘密製程(secret process)等。


我國權利金的來源地判斷，依所得稅法第 8 條第 6 款規定，為「在我國境內供他人使用」所取得之權利金，採取「使用地主義」；然而在外國法上有採取「債務人主義」者，即以給付權利金之債務人居住地，作為來源地的判斷¹⁵⁷。倘若境外營利事業取得權利金收入，係因該權利於我國境內供他人使用，依所得稅法第 88 條第 1 項第 2 款，應予以扣繳；又依各類所得扣繳率標準，該取得權利金之納稅人若屬我國境內居民，應按給付額扣繳 10%；若為境外居民，則應按給付額扣繳 20%。參考 OECD 所得稅協定範本中對於權利金收入之稅捐管轄權認定，依協定範本第 12 條第 1 項規定：「產生於締約國一方，而由締約國他方居民受益取得之權利金，僅應於他方締約國予以課稅¹⁵⁸。」得見條款中係採取「權利人居民國」課稅原則，而與我國認定「權利金來源國」亦享有稅權的情形並不相同。然依聯合國所得稅協定範本第 12 條第 1 項及第 2 項前段：「締約國一方所產生並給付予締約國他方之權利金，得於締約國他方課稅。產生權利金之一方締約國，依據其內國稅法，亦得對該項利息課稅，但如該項利息之受益所有人，為締約國他方之居民，其課徵之稅額不得超過權利金總額的___%。(比例由雙方締約國協議)¹⁵⁹。」依此聯合國協定條款得見，其採取「稅收分享原則」，即認為不論權利人居民國或權利金來源國，對於權利金收入皆享有稅權，蓋權利金來源國具有經濟上貢獻，且考量權利金債務人於給付權利金時得將其作為營所稅之費用扣除，而減少權利金來源國對其居民課徵之所得稅負，因此應允許來源國對於該權利金給付具有扣繳稅權¹⁶⁰。

¹⁵⁷ 陳清秀，前揭註 37，頁 381-382。

¹⁵⁸ OECD Model Convention (2017) §12 I: Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State.

¹⁵⁹ UN Model Convention (2017) §12 I Royalties arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State. II However, such royalties may also be taxed in the Contracting State in which they arise and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the royalties is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed ___ per cent (the percentage is to be established through bilateral negotiations) of the gross amount of the royalties. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation.

¹⁶⁰ 陳清秀，前揭註 37，頁 387-388。



由於我國之經濟發展尚處於須引進他國之權利階段，因此在判斷來源國時，係選擇以權利使用地作為基準，對於我國之稅權認定較為有利。此外，我國目前所締結之所得稅協定，在權利金相關的協定條款，多遵照聯合國協定範本的標準，採取「稅收分享原則」以保有我國對於境內使用之權利金具有來源國之扣繳稅權，並如同前述之股利、利息採取上限稅率的方式課徵之。例如：台捷所得稅協定第 12 條第 1 項及第 2 項規定：「一、源自一方領域而給付他方領域居住者之權利金，他方領域得予課稅。二、前項權利金來源地領域亦得依該領域之法律規定，對該權利金課稅。但權利金之受益所有人如為他方領域之居住者，其課徵之稅額不得超過：（一）使用或有權使用工業、商業或科學設備所給付之對價，為權利金總額之百分之五。（二）其他情況，為權利金總額之百分之十。」

根據上述關於權利金相關之協定條款之介紹，在適用不同所得稅協定範本條款下，權利金收入可能會限縮僅須由取得權利人之居民國課稅，而權利金來源地國對該筆權利金則應予免稅；或即使認為雙邊國家皆具有稅權，亦會透過上限稅率條款以限縮來源國的稅權，而給予締約國雙方居民稅捐利益。因此在所得稅協定的適用下，得使納稅人減免稅負，也因此吸引締約國以外之第三人居民透過改變權利人的居民身分，將特定權利登記於低稅負或具有稅捐優惠的國家，以透過所得稅協定競購行為，減免權利金收入所生之稅負。

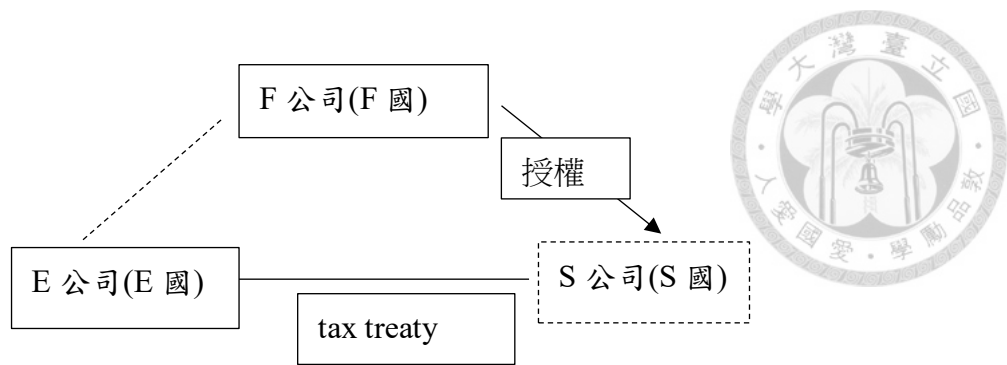


圖 4-2 與權利金相關之協定競購行為

資料來源：筆者自繪

例如：E 公司(E 國)與 F 公司(F 國)原欲簽訂專利權契約，而由 F 公司授權專利予 E 公司使用，並應由 E 公司給付權利金作為對價，然而 E 國與 F 國間並不具有所得稅協定，因此在由 E、F 公司直接進行交易情況下，E 公司給付權利金時須依其內國法規定由 F 公司負擔 20%之扣繳稅。為減少權利金收入之扣繳稅負，F 公司可能選定與 E 國具有所得稅協定之 S 國建立導管公司。在此種交易安排下，於 E 公司給付權利金予 S 公司時，則依所得稅協定條款所採取之立場而定，可能無須於 E 國進行課稅（權利人居民國原則）或僅須繳納 10%之扣繳稅率（稅收分享原則）；另一方面，S 公司的設立通常會選定於低稅負國家或對於權利金具有特定稅捐優惠制度的國家，而使得權利金收入在居民國亦得減免稅捐，進而達成避稅目的。

綜上所述，由於股利、利息與權利金收入，皆與資金、財產或技術投入所獲得之收益具有關聯性，易於藉由營利事業間的控制關係進行移轉，在協定競購行為中亦因此時常作為被利用的稅捐客體，而如何使得適用所得稅協定之主體與享受實質經濟利益之主體一致，避免透過法律形式轉換而不當獲取協定利益，即屬於防杜重點，以下將介紹與營利事業相關之協定競購防免措施。



第三節 對於營利事業協定競購之防制措施

第一項 所得稅協定條款之防杜

第一款 受益所有人(beneficial owner)

關於股利、利息及權利金之部分，所得稅協定條款中多以設立「上限稅率」之門檻範圍，以限制上述所得之來源國課徵稅捐之上限，以促進締約國雙方之商業交易。由於上限稅率之稅捐利益，應僅適用於締約國雙方之居民，而上述所得又具有易於轉讓之性質，為避免藉由協定競購行為取得上述所得，然實質上卻欠缺合理的商業活動，因此在 OECD 協定範本條款第 10 條至 12 條中皆限定適用主體，除應符合原本協定範本中關於締約國居民的認定之外，必須要屬於該所得之「受益所有人」。受益所有人之相關介紹詳參第三章之說明，蓋適用於認定個人是否屬於相關所得受益所有人之方式，亦適用於以營利事業為主體之情形。

第二款 利益限制條款(Limitation on Benefits Clauses, LOB)

關於營利事業協定競購行為於所得稅協定條款中之防杜方式，除受益所有人外，同時納入利益限制條款，始能更全面地予以防杜。利益限制條款(Limitation on Benefits Clauses, LOB)係源於 US 協定範本之規範，而 OECD 於 2015 年發布的 BEPS 行動方案第 6 號最終報告中，認為由於「受益所有人」僅適用於所得稅協定特定稅捐客體之不足，應參考 US 所得稅協定範本之規定將此條款納入 OECD 協定範本。2017 年 OECD 所得稅協定之修正版本，遂參考 2016 年修訂之 US 範本正式將「利益限制條款」增訂於範本第 29 條中，此條款中尤其對營利事業是否屬所得稅協定適用主體詳細規範，而具有重要性，就相關認定要件詳述如下。

第一目 利益限制條款之宗旨

在 BEPS 所提出之 15 號行動計畫中，有部分協定條款被認定涉及協定締結之核心宗旨，而屬於雙邊國家締約時的「最低標準」(minimum standard)，強烈建議

應納入協定條款中；BEPS 行動計畫第 6 號最終報告—避免不當授予所得稅協定利益之情形，即屬於最低標準的範疇。而 BEPS 行動計畫第 6 號認為「利益限制條款」的建置，對於防免協定競購行為中非締約國之居民，以不同的形式不當獲取協定利益的情形具有重要性，其中包含在締約國一方建立實體組織(entity)，再透過該實體間接獲取協定利益之協定競購行為態樣。由於此種不當適用所得稅協定的行為，將會影響所得稅協定之雙邊性及互惠原則，使得協定適用範圍不當地擴張至締約國以外之第三國。因此透過利益限制條款的建置，以確保主張適用所得稅協定並獲得協定利益之主體，實際上確屬於所得稅協定締約國一方之居民，以達成防免協定競購行為之目的¹⁶¹。

第二目 利益限制條款之規範架構

關於所得稅協定中利益限制條款之建置，實際上係屬對適用所得稅協定條款主體範圍之限制。關於適用所得稅協定稅籍居民之判斷方式，首先應依據 OECD 協定範本第 1 條及第 4 條的規定，須為締約國一方之居民始能適用所得稅協定，原則上依締約國之內國稅法而定已於本章第 1 節說明。而 OECD 範本第 29 條第 1 項利益限制條款乃進一步規定，非屬於本條第 2 項「有資格的居民」¹⁶² (qualified person) 或第 3、4、5、6 項之例外規定外，即不得被賦予所得稅協定之稅捐利益，此條款主要的特性為盡可能透過明確的客觀要件進行主體的檢視，而非僅倚賴對於納稅人主觀交易目的之判斷¹⁶³。然而應補充說明，此條款為限定締約國稅籍居民之認定範圍而生，故倘若某個協定條款原本即可以適用於締約國以外之居民者，自不會受到本條款的限制；此外，採納利益限制條款之目的，即對於主張欲適用所得

¹⁶¹ OECD, *supra* note 7, at C(29)-2.

¹⁶² 利益限制條款中最主要的條款功能即明定須為所謂“qualified person”始能享有協定所給予的稅捐利益，由於在所得稅協定條款中“person”一詞為概括性地指自然人、營利事業及各種具有稅捐義務之組織實體，而屬於締約國任一方稅籍居民的情形，因此本文將此一名詞翻譯為較中性的「有資格的居民」一詞。

¹⁶³ Qunfang Jiang, *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project*, 69 BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, 1, 5(2015).

稅協定所給予稅捐居民之利益為更嚴格的檢視，並不會因此擴張協定利益之適用範圍，而協定中其他條款對主體範圍的限制也不會因為本條款而受到排除，例如：協定第 10 條股利之受領人除符合本條之有資格的居民外，仍必須為該股利所得之「受益所有人」，否則仍可能被排除適用協定利益。以下簡述利益限制條款之規範架構：

第 1 項：明文規定除具有本條第 3 項至第 5 項之情形外，協定利益僅得由第 2 項所認定之有資格的居民享有。

第 2 項「有資格的居民」認定要件：針對各種不同的組織形式，詳細規定所謂得適用協定的「有資格的居民」在不同的組織型態下應如何判斷，符合本項規定者原則上即可適用並享有所得稅協定之各項稅捐利益。然而倘若適用協定的納稅人，不符合本項有資格的居民要件，仍可以接續審查本條第 3 項至第 6 項之規範要件，以例外取得適用協定的資格。

第 3 項積極從事營業活動(active conduct of a business)條款：雖不符合前項有資格的居民要件，然而倘若該納稅主體得證明，某一筆所得與其在該國所從事的商業活動具有連結關係，則該筆所得得以例外適用所得稅協定之稅捐利益。

第 4 項「衍生利益(derivative benefits)」條款：在特定的情況下，假設由締約國外的第三國本身直接對締約國之一方投資，與透過欲適用本所得稅協定之納稅主體對締約國一方進行投資相比時，也能獲得同等的稅捐利益者，則允許受締約國以外第三國居民控制之特定主體（即欲適用本協定之主體），即使不符合第 2 項之有資格的居民，仍得以例外地適用所得稅協定。

第 5 項總公司(headquarters company)條款：符合此項條款要件而認定為「總公司」者，則該總公司之特定所得，能例外適用所得稅協定

第 6 項締約國雙方協議條款：賦予締約國雙方政府經協議後，允許不符合第 2 項資格之居民，例外適用所得稅協定之最終決定權限¹⁶⁴。

¹⁶⁴ OECD, *supra* note 7, at C(29)-3.

在 OECD 協定範本建議的利益限制條款與諸多條款相同，於協定註釋中訂有簡易版本(simplified version)與詳盡版(detailed version)供各國於締約時得以因應其內國稅法之情形，彈性地選擇不同的條款版本。為防杜所得稅協定競購行為，協定註釋中提供以下三種不同規範路徑的建議，分別透過第 9 項「一般反避稅條款」、「第 1 項至第 7 項特定限制條款簡易版」與「第 1 項至第 7 項特定限制條款詳盡版」不同的搭配方式予以訂立：

- (一)僅納入第 9 項的一般反避稅條款，此種路徑賦予締約國最大的適用空間；
- (二)納入第 1 至 7 項簡易版與第 9 項一般反避稅條款，採此種方式得以在符合第 1 項至第 7 項之特定情形時，迅速判斷並適用各項條款要件；同時配合第 9 項之規範得以補充性地適用第 1 至 7 項所未規範到的特殊不當利用所得稅協定之避稅案型。
- (三)納入第 1 至 7 項詳盡版之規範，由於此種方式並未納入第 9 項「兜底式」的反避稅條款，因此必須配合內國稅法中健全的反避稅條款，以有效防免「導管公司(conduit)」的防制¹⁶⁵。

第三目 利益限制條款中「有資格居民(qualified person)」之認定方式

利益限制條款對於主體資格的限制，主要體現於條款第 2 項中，其中明定得適用所得稅協定之「有資格的居民」判斷標準，並根據不同的主體類型訂有不同的要件，規範主體類型包含：

- 「(a)個人(individual)；
- (b)一方締約國或地方政府及其所屬相關政府機構(a Contracting State, its political subdivisions and their agencies and instrumentalities)；
- (c)特定的公開發行公司與實體(certain publicly-traded companies and entities)；
- (d)特定的非營利組織與退休基金(certain non-profit organisations and recognised

¹⁶⁵ OECD, *supra* note 7, at C(29)-1.



pension funds)；

(e)符合特定所有權與稅基侵蝕要求的實體(other entities that meet certain ownership and base erosion requirements)；

(f)特定集合投資工具(certain collective investment vehicles)。」

根據不同的主體類型，在 OECD 註釋中具有詳細的規範建議；有鑑於本文論述核心為營利事業，以下僅就涉及此類型之規範要件，即第 2 項第(c)款的部分進行介紹，：

一、特定的公開發行公司與實體

依據協定第 29 條第 2 項第(c)款，倘若「公司及相關實體」為在被認可的證券交易所之公開發行公司，得認為屬於「有資格的居民」。此為關於營利事業首要判定方式，由於 OECD 認為公開發行公司股權之持有狀態通常較為分散，而非僅由少數股東控制，因此不易作為協定競購的主體¹⁶⁶。

(一)OECD 範本條款

關於此款之詳細規範，於所得稅協定範本註釋中提出簡易與詳盡版本供各國作為締約時之參考。

1.簡易版之規範：「一個公司或其他實體，倘若其主要種類的股權(the principal class of its shares)經常性地於一個或多個被認可的證券交易所進行交易。」

2.詳盡版之規範：「一個公司或其他實體，在包含當時的整個納稅期間，其主要種類的股權以及任何不成比例種類的股權(disproportionate class of shares) 經常性地於一個或多個被認可的證券交易所進行交易。且符合以下任一條件：(i)其主要種類的股權於一個或多個被認可的證券交易所進行交易，且該交易所係位於與該公司或實體之居民身分相同的締約國一方。

(ii) 該公司或實體的主要管理及控制場所係位於與其居民身分相同的締約國之一

¹⁶⁶ *Id.* at C(29)-1.

方。」



(二)適用要件

綜合上述規範得以看出在公司及其他事業實體為主體時，判斷是否具有居民身分，應透過以下幾種要件：

1.屬於締約國一方之居民

2.主要股權在經其所屬居民國認可的證券交易所進行交易：

所謂「經認可之證券交易所」，並不限於在締約國之一方所屬之證券交易所；且關於發行「股權」的定義除了公司所發行之股份外，包含由公司以外之事業實體所發行之相似的權利類型，例如公開交易的信託基金等形式。此外，本款涉及營利事業之股權「主要交易(primarily traded)」地之判斷，並未於條款中明訂應超過一定比例以上之股權交易數量，只要該公司或實體在居民國所交易的股權數量，超過在其他各地證券交易之數量即符合此要件。此外於註釋中補充說明，關於此要件的判斷亦須考量各國的金融市場情形，例如：屬於歐洲經濟區單一股權及證券交易之國家，可以適當的修改此要件，不限於僅於單一國家評價之。

3.上述股權交易行為具有「經常性」：

由於公開交易的判斷包含在一個或多個證券交易所，因此經常性要件的判斷，亦須綜合其進行交易的所有證券交易所判斷之。關於此款規定的「課稅期間」要件，並不要求在該期間內每天都進行公開交易，然而為符合經常性地交易的要件，則須要求具有一定比例的股份，於課稅期間中足夠的時間內被有效地進行交易。例如：一間公司給定類別的股份約 10% 的流通股，於課稅期間中的 60 天內於被認可的證券交易所進行交易，得符合此要件。而關於課稅期間的判斷，則仰賴內國稅法中對於一課稅年度的標準而定。



4.該居民主要管理與控制場所設於其居民國境內

此為補充要件，為避免公開發行公司或實體可能透過法律形式上符合特定國家之居民要件，然而實際上並不具有足夠的關係(sufficient relationship)以證實其得以獲取該國所締結之所得稅協定利益；且有鑑於全球化的金融市場發展下，許多國家的居民會選擇在外國的證券交易所發行股權，因此避免前述要件不足判斷居民身分，故得透過判斷公開發行公司的「主要管理及控制場所」是否於居民國境內，作為居民認定之替代標準。

二、特定的公開發行公司與實體之分支機構

由於跨國營利事業常透過多層次的控制公司以達成商業活動目的，同時也可能利用分支機構達成避稅的目的。因此在利益限制條款中，如何判斷公開發行公司之分支機構，是否屬於得適用所得稅協定之「有資格的居民」實具重要性。主要判斷方式為透過「所有權測試」(ownership test)及「稅基侵蝕測試」(base erosion test)的方式進行審查，前者透過主體身分的確認，後者則是側重檢視稅捐客體及稅基的流向，以確保該分支機構的存在並不具有濫用所得稅協定的風險，而是具有合理的商業需求。在分支機構的有資格居民認定，須同時符合上述兩種面向的測試，始得適用協定所賦予的利益，以下對此相關條款內容與適用要件進行說明。

(一)OECD 協定範本條款

依據 OECD 協定範本第 29 條第 2 項(d)款，屬特定公開發行公司與實體之分支機構，符合「有資格的居民」，而享有本協定所賦予之利益者係指：

「1. 一個公司在當年度的課稅期間，至少 50%的表決權及股份價值(以及至少 50%的表決權及股份價值的任何不成比例種類股份)，由五個或五個以下符合(c)款有權獲得利益的公開發行公司或實體擁有；然而在間接所有的情況下，應以每個中介的所有者皆屬於符合本公約所欲提供利益的締約國居民作為前提，或是屬於一個有



資格的中介所有權人，以及；

2. 除依本公約第 10 條所提供的利益之外，該公司或受測集團在當年度課稅期間，須低於 50% 的總收入或低於 50% 的集團總收入，係以付款形式直接或間接支付或應計予非屬任一方締約國中依據本協定第(a)、(b)、(c) 或 (e)款得享有本協定利益的居民，且該公司於居住國當年度之課稅期間內，且於本協定所涵蓋的稅收範圍該付款得作為稅捐減項(然而不包括在商業日常中對於服務或無形資產之常規交易付款；且在測試集團的情形，不包含集團內的交易)¹⁶⁷。」

(二)適用要件

根據上述條款內容及協定註釋，認定營利事業之分支機構屬於協定中有資格的居民，係透過所有權測試(ownership test)及稅基侵蝕測試(base erosion test)為判斷要件，以下分別說明之。

1.所有權測試(ownership test)

所有權測試之目的，係為避免原屬第三國居民之控制公司，不當利用分支機構之方式，獲取特定的所得稅協定利益，因此在分支機構居民認定部分，須先就其「控制公司」的身分範圍予以限縮，確保分支機構背後的控制公司，本身亦屬於得適用此所得稅協定之主體，始能肯認其分支機構之從屬公司亦屬於「有資格的居民」。

¹⁶⁷ OECD Model Convention(2017)§29 II(d): a company, if:(i) throughout the taxable period that includes that time, at least 50 percent of the aggregate vote and value of the shares (and at least 50 per cent of the aggregate vote and value of any disproportionate class of shares) in the company is owned directly or indirectly by five or fewer companies or entities entitled to benefits under subparagraph c) of this paragraph, provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of the Contracting State from which a benefit under this Convention is being sought or is a qualifying intermediate owner; and; or
(ii) with respect to benefits under this Convention other than under Article 10, less than 50 per cent of the company's gross income, and less than 50 per cent of the tested group's gross income, for the taxable period that includes that time, is paid or accrued, directly or indirectly, in the form of payments that are deductible in that taxable period for purposes of the taxes covered by this Convention in the company's Contracting State of residence (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property, and in the case of a tested group, not including intra-group transactions) to persons that are not residents of either Contracting State entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), b), c) or e);



所有權測試之要件分述如下：

(1)於當年度之課稅期間內

(2)其 50%以上之表決權及股份價值由五個或五個以下之控制公司持有：

此要件須確保控制公司同時擁有此分支機構 50%以上的表決權及股份價值，倘若具有 50%以上的表決權卻不具有 50%之股權價值，則不符合此要件的規範¹⁶⁸。

(3)其控制公司應符合特定身分之限制：

在直接控制的情況下，持有該分支機構之公司與實體須為符合(c)款要件之上市公司或實體；而於間接控制的情況，中介的所有者須符合兩種身分之一：(i)有資格享有本公約利益之締約國居民或；(ii)屬第 29 條第 7 項之有資格的中介所有權人 (qualifying intermediate owner)。

2.稅基侵蝕測試(base erosion test)

為符合第 29 條第 2 項(d)款以分支機構作為有資格的居民，於符合上述所有權測試後，仍須進一步透過稅基侵蝕測試予以檢驗，藉由審查其總收入的半數以上是否透過付款形式減項，而利用本協定之利益而減免所得稅負之情形，以確保該分支機構並未受到不符合適用協定資格的主體利用以避稅。稅基侵蝕測試包含下列兩種情形：

(1)低於 50%公司總收入(以及 50%集團總收入)，在該公司請求適用協定利益的課稅年度，是透過付款的形式直接、間接支付或應計予不具有資格的居民 (ineligible persons)¹⁶⁹，且上述付款基於稅收目的，在該公司之居住國計算稅捐時得做為稅基的減項。

¹⁶⁸ *Id.* at C(29)-12.

¹⁶⁹ 本文將協定條款中 *ineligible persons* 譯為「不具有資格的居民」，係為相對協定條款中「有資格的居民」；而其概念上係指締約國一方居民中，依據協定第 29 條第 2 項 a.b.c.e 款認定屬「有資格的居民」「以外」的任何人。因此即使締約國一方居民係依據第 2 項 d 或 f 款認屬有資格的居民，仍會被認為屬於 *ineligible persons*。蓋為避免第三國居民利用此條款以間接累積一個龐大的稅基侵蝕費用，進而享有協定利益，此段論述參考 *Id.* at C(29)-13.

(2)倘若為受測團體，低於 50%的受測團體總收入，在該公司請求適用協定利益的課稅年度，是直接或間接支付給不具有資格的居民(ineligible persons)，而基於稅捐目的，在居民國計算該受測團體的任一成員稅收時，得因此主張協定利益而作為減項。

(三)條款適用方式

為避免上述協定條款之規範過於抽象，關於該規範之適用方式，在 OECD 範本註釋中，透過案例之方式解釋所有權測試及稅基侵蝕測試之檢驗方式，以下說明之¹⁷⁰：

例 1：

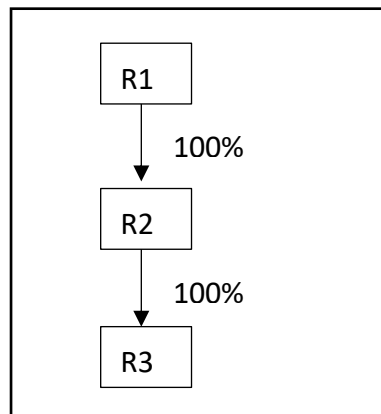



圖 4-3 所有權測試及稅基侵蝕測試之集團關係示意圖

圖片來源：筆者自繪

依上圖 4-3，假設在課稅期間 R2 為 R3 之完全控制公司，又 R1 為 R2 之完全控制公司，而 R3 欲適用所得稅協定條款時，應先通過所有權測試，即對於 R3 背後之所有控制公司主體身分進行檢視。此例中 R1 為符合協定範本第 29 條第 2 項 (c)款之公開發行公司，而 R1、R2 和 R3 依據 OECD 範本第 4 條皆屬締約國他方之

¹⁷⁰ *Id.* at C(29) - 13- 15.



居民，屬於相同的合併稅捐團體(tax consolidation group.)；此外，R1 透過 R2 而間接持有 50%以上之 R3 表決權及股權價值，且 R1 為符合第(c)款之有資格的居民；另外 R2 作為中介機構，其同屬於締約國另一方之居民，而符合具資格的中間所有人(qualifying intermediate owner)要件，因此本例中 R3 合於上述「所有權測試」之要件¹⁷¹，然而 R3 是否屬於第 29 條第 2 項(d)款有資格的居民，仍待後續稅基侵蝕測試之檢驗。

承上所述，R3 已符合所有權測試，應進而判斷是否符合「稅基侵蝕測試」，藉由確認 R3 之收入與支出的流向，檢視其在客觀上是否具有交易功能。本例中，假設在課稅年度由 R3 所生之收入包含：自第三國取得\$200 之股利收入(非適用所得稅協定之稅捐客體，故排除 R3 在締約國另一方所生之總收入)及源自協定締約國一方\$100 之利息收入，此利息收入為 R3 欲適用本協定第 11 條的稅捐客體。關於欲適用本協定\$100 利息收入，在 R3 的支出面：其中\$49 以稅基侵蝕費用(base eroding payment)的形式，給付予一個不具有資格的居民(ineligible person)；額外\$51 部分則以股利分配的方式給付予 R2。而中介公司 R2 所取得之收入包含：R3 給付之\$51 股利所得，另外取得受測集團外之人給付\$100 收入；R2 支出部份，則將\$51 之稅基侵蝕費用予不具有資格的居民。

在此例中，由於 R1、R2 和 R3 適用合併稅捐團體之稅制，因此組成(d)款所謂受測團體，而 R3 為適用所得稅協定之稅捐利益，其與受測團體成員皆須符合稅基侵蝕測試。依據 OECD 範本第 29 條第 2 項(d)款(1)，R3 透過付款形式支付給不具有資格的居民，並作為其居住國稅基減項之部分，須低於其總收入之 50%，而依上述情形，R3 應計算之總收入為\$100，又 R3 僅支出\$49 的稅基侵蝕費用，並未超過 R3 應計總收入\$100 之 50%，因此 R3 在此部分符合稅基侵蝕的要件。

又依據 OECD 範本第 29 條第 2 項(d)款(2)，受測團體給付給不具有資格的居民之付款，應低於集團總收入之 50%。而受測團體之總收入認定，應須減除第三國

¹⁷¹ *Id.* at C(29) -13-14.

居民支付予 R3 之\$200 以外，並扣除集團內部之交易所得，即 R2 所取得之 R3 股利所得\$51。因此本例中受測團體之總收入，為 R3 之\$100 利息收入與 R2 之\$100 集團外收入，共計總收入為\$200。而後須計算 R2 及 R3 所給付給不具有資格的居民之稅基侵蝕費用，在本例中包含 R2 所給付之\$51 與 R3 給付之\$49，共計\$100。綜上，本例受測集團之總收入為\$200，然該受測團體中給付予不具有資格的居民之費用為\$100，已達集團總收入之 50%，因此該受測集團不符合稅基侵蝕測試之要件，R3 最終並不屬於(d)款之有資格的居民，而不得適用所得稅協定。

例 2：

承上述例 1 之集團關係，然而假設 R3 的收入只有源自締約國一方之\$100 股利收入，而在該課稅年度不具有其他的收入，R3 僅欲適用 OECD 範本第 10 條以享有股利收入相關之稅捐利益，而該收入於稅基侵蝕測試時並不列入總收入的範圍，因此 R3 僅須符合(d)款要件中的所有權人測試，即屬於有資格的居民，而在符合 OECD 範本第 10 條的其他要件之前提下，得享有所得稅協定之利益。

例 3：

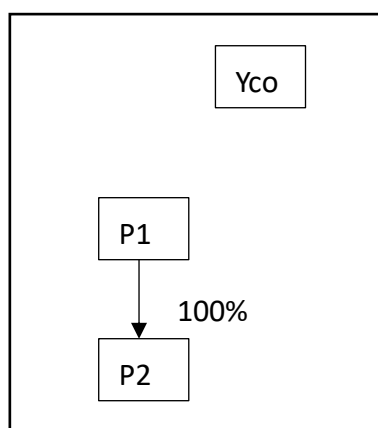



圖 4-4 所有權測試及稅基侵蝕測試之集團關係示意圖-2

圖片來源：筆者自繪

假設 P2 為 P1 之 100%受控公司，而 P1 為符合(c)款之公開交易公司，且 P1 及 P2 皆為締約國一方之居民，於課稅期間 P2 僅有源自締約國他方的\$100 利息收入



(依 OECD 範本第 11 條得享有稅捐利益)，此外 P2 對 P1 給付\$100 利息費用，且該筆費用得做為 P2 於其居民國的稅基減項。另一方面，P1 對 Y 國居民 Y 公司(不具適用所得稅協定資格主體)給付\$100 的費用，同時可做為其稅基的減項。在此情況下，由於 P2 唯一的利息收入與得做為稅基費用減除的金額相同，因此 P2 在此可能被視為係透過 P1 將\$100 的稅基侵蝕費用，間接給付給一不具適用協定資格的主體 (Y 公司)，故此例中 P2 不符合稅基侵蝕測試。

綜上所述，特定公開發行公司或實體之分支機構，在符合「所有權測試」及「稅基侵蝕測試之」要件後，始得確認其符合所得稅協定中「有資格的居民」，而得以享有協定所賦予的稅捐利益。而在 OECD 協定範本註釋中對於本款的要求，亦有提供不同的版本供各國彈性適用，其中包含對於具關連性的公司或實體適用更嚴格的稅基侵蝕測試要件；亦提供較寬鬆的標準，認為在特定公開發行公司持有的分支機構，僅適用所有權測試，毋庸再為稅基侵蝕測試的檢驗，交由各國選擇適合的要件予以適用。

三、符合特定所有權與稅基侵蝕要求的實體

除上述對於公開發行公司或實體及其分支機構以外，在協定條款第(f)款中，提供自然人以外的其他種類實體皆能適用的認定要件，實際上亦是透過所有權測試與稅基侵蝕測試的審查方式，以認定該主體是否屬於協定中「有資格的居民」。

(一)OECD 協定範本條款

1.簡易版：「任何屬締約國一方居民的實體，在該適用協定利益的課稅年度中，至少須 12 個月內有半數以上的時間，其 50%以上的股份，直接或間接由締約國符合前述第 2 項各款者擁有(包含 a、b、c、d 款簡易版)。」締約國得選擇適用此版本條款，僅規定於課稅年度中持續半數以上的期間，該欲適用所得稅協定的實體，係由「有資格的居民」所有即可，亦即僅經由所有權測試，無須再額外進行稅基侵蝕測

試的檢驗，同時在間接持有的情形中，所有權測試的範圍亦不及於中間所有人。

2.詳盡版：「此款適用於自然人以外各種類型的法律實體，然而適用此條款需通過所有權及稅基侵蝕兩項測試。

(i)所有權測試：50%以上的表決權與股權價值(包含其他種類股份之表決權及股權價值)，在 12 個月內的期間內有半數以上的時間，由符合 a.b.c.e 款之締約國居民直接或間接持有。且在間接持有的情形中，每一個中間的所有人必須符合「有資格的中間所有人」。

(ii)稅基侵蝕測試：「低於 50%的總收入或低於 50%的集團總收入，係以付款形式直接或間接支付或應計，予非屬任一方締約國依據本項第(a)、(b)、(c) 或 (e)款而有權享有協定利益的居民，且於該實體居民國當年度之課稅期間，於本協定所涵蓋的稅收範圍內在其居民國得作為稅基減項(然而不包括在商業日常中對於服務或無形資產之常規交易付款；且在測試集團的情形，不包含集團內的交易)。」

關於稅基侵蝕測試，基本上如同分支機構的情形，就該主張適用協定的實體，檢視其收入及以稅基侵蝕費用支出之比例，是否低於其總收入或合併稅收團體總收入之 50%。

(二)適用要件及適用方式

此款規定實際上為補充性規範，非前述兩種公開發行公司或其分支機構者，得在符合所有權測試及稅基侵蝕測試的情況下符合協定條款之有資格的居民，關於其適用方法，以下藉由 OECD 範本註釋中之案例進行說明¹⁷²：

¹⁷² *Id.* at C(29)-25- 26.




例 1：

假設在該課稅年度，R2 主張其為符合(f)款之實體，依據協定條款第 11 條取得締約國他方「利息收入」時，享有稅捐減免的利益。對此 R2 須通過上述所有權測試及稅基侵蝕測試。本例中 R2 為受 R1 完全控股之從屬公司，而 R1 則受自然人 Z 完全控制，首先於所有權測試中，Z、R1 及 R2 皆依協定第 4 條中符合締約國一方之居民，且 R1 及 R2 為相同的合併稅收集團。在此情形中，R2 之 50%以上表決權及股權價值受 Z 間接控制，又 R1 同屬於締約國一方之居民而為有資格的中介所有人，因此 R2 符合所有權測試。

隨後進行稅基侵蝕測試，R2 當年度收入包含：第三國居民所給付之\$50 股利收入及締約國他方所生之\$50 利息收入。R2 當年度支出的費用包含：\$24 的可抵減利息支出，係給付予不具資格的居民；此外，R2 於當年度分派\$51 的股利給 R1。另一方面，同屬合併稅收集團的 R1 當年度收入包含：R2 給付之\$51 股利收入及集團外第三人給付之\$100 收入；R1 在支出費用部分，僅有給付予不具資格的居民\$51。綜合上述的情形，R1 與 R2 所組成的受測團體總收入，應先排除集團內部之盈餘分派，及非 R2 主張適用所得稅協定之稅捐客體（R2 由第三國居民所取得之股利收入\$50），因此應計算收入包含 R2 之\$50 利息收入與 R1 自第三人取得之\$100，故受測團體總收入為\$150。在稅基侵蝕費用的計算部分，則應包含 R2 給付予不具資格的居民且得做為稅基減項之\$24，及 R1 所給付予不具資格的居民之\$51，故受測團體支付費用總和為\$75。綜上所述，本例中受測集團支付之稅基侵蝕費用，已達其集團總收入之 50%，因此不符合須低於 50%之規定，故本例中 R2 不屬於(f)款規定之有資格的居民。

例 2：

承上例事實關係，在其他情況不變的前提下，同樣地 R2 主張其為有資格的居民，而欲適用所得稅協定關於「股利所得」的條款。假設 R2 的總收入包含，源自



第三方國家及締約國他方各取得\$50之股利收入，此時兩者皆屬於得適用協定之稅捐客體，因此R2之總收入為\$100。而R1的收支情形如前例所述，則此時由R1及R2所組成的受測集團，扣除集團內給付的股利後，集團總收入為R1自第三人取得之\$100及前述R2總收入\$100，共為\$200。而在此例中，由於稅基侵蝕費用之給付並未變更，承前例集團稅基侵蝕費用共計\$75，並未超過總收入\$200之50%，在此例中R2即符合稅基侵蝕測試之要件，而屬於(f)款之有資格的居民。

四、小結

綜合上述規範要件，利益限制條款中關於有資格的居民判斷要件，除公開發行公司以外，係以「所有權測試」與「稅基侵蝕測試」為判斷標準。前者屬於對適用所得稅協定主體其背後控制公司之身分確認，後者則更進一步關注該欲適用協定主體的所得流向，確認欲適用所得稅之主體其收入與費用支出之情形。前者認為必須50%以上的股權，皆為締約國居民所持有，透過此種股權比例的客觀要件，以確保適用所得稅協定的主體，其背後具控制關係的營利事業原本也具有適用該所得稅協定的資格，進而確認該受控公司的設立，並非以作成協定競購行為為目的。稅基侵蝕測試，則在所有權測試的基礎上，進一步對於欲適用所得稅協定主體之所得流向進行審查。由於在符合所有權測試的情況下，受控公司仍有可能會透過大量的可扣抵稅基費用，例如集團服務費之方式，將其大量所得轉讓予不得適用所得稅協定之第三國居民，從而產生協定適用主體與經濟歸屬主體不相當的情況，此屬於協定競購行為欲防杜的重點¹⁷³。因此透過稅基侵蝕測試，其規範要件的設計則係為確保適用協定的主體，不得有過半數以上的所得，皆用以給付予締約國外之居民或不具資格的居民，且其所給付的費用又同時能作為其在締約國境內稅基的減項，否則該適用協定的主體，有極大的可能是為了適用所得稅協定而設立，透過此要件的檢視就應排除其適用所得稅協定之資格，以防杜協定競購行為。透過上述相關要件的

¹⁷³ Jiang, *supra* note 163, at 17.

探討，亦得觀察出 OECD 協定範本第 29 條第 2 項，關於利益限制條款中「有資格居民」的判斷，皆是透過客觀要件的設計，且其核心判斷要件之「所有權測試」涉及稅捐主體身分的判斷；而「稅基侵蝕測試」則是涉及稅捐客體、稅基流向的限制要件，並非如同「受益所有人」之要件，僅從所得對於主體之「歸屬」要件進行判斷，從而能夠更全面地防杜協定競購行為之發生。

第四目 非居民而例外納入之認定條件

OECD 協定範本第 29 條(以下簡稱「本條」)主要涉及適用所得稅協定主體範圍之限制，原則上須符合上述第 2 項「有資格的居民」者，始得享有所得稅協定所提供之稅捐減免利益。然而儘管不符合第 2 項要件，在符合本條第 3 項至第 6 項之例外情形下，仍得就特定範圍的稅捐客體適用所得稅協定條款而減免稅捐，以下對此進行說明：

一、積極從事營業活動(active conduct of a business)條款

依 OECD 協定範本第 29 條第 3 項規範¹⁷⁴，締約國一方居民在其所屬居民國積極從事營業活動，因該營業活動或附屬於該營業活動而生，來源於他方締約國之所得，不論該居民是否為本條第 2 項之有資格的居民，皆應被賦予本協定之利益，此應屬於核實課稅原則的展現¹⁷⁵。為適用此規範締約國一方居民，應符合以下要件¹⁷⁶：

1. 具有積極從事營業活動：

本項所指「營業活動」，並未特別指何種型態，然而性質上應限於具有實質營運的商業活動，排除僅具有行政輔助性質的營運活動。OECD 協定範本第 29 條第 3 項(a)款規定中明文列舉，締約國居民所為以下營業活動，不屬於本項積極從事營

¹⁷⁴ OECD, *supra* note 7, at C(29)-31-32.

¹⁷⁵ Jiang, *supra* note 163, at 18.

¹⁷⁶ OECD, *supra* note 7, at C(29)-32-33.



業活動之範圍：

(i) 以控股公司之形式為營業活動；(ii) 僅從事對集團公司整體監督或相關行政事務；(iii) 集團融資；(iv) 非銀行、保險公司或已註冊之證券商此種日常以投資為營業活動者，而從事投資或管理投資事務¹⁷⁷。

2. 所得與其營業活動具有事實關聯性：

符合上述積極從事營業活動者，仍應檢視該居民所欲主張適用所得稅協定知所得，是否與該營業活動具有「事實關聯性」(factual connection)。關於事實關聯性的判斷，須基於整體事實及情況，並參酌締約國雙方的業務範圍及營業活動加以認定。依商業交易觀點，一般而言從事某種營業活動，自得獲取特定收入之情形，則得以認為營業活動及所得間具有事實關聯性。例如：從事研發專利之公司，於授權專利後而收取之權利金，兩者即具有事實關聯性。

在所得為股利或利息收入的情況下，則須進一步就該交易相對人(締約國他方居民)所從事的營業內容是否與欲適用協定條款之居民業務具有關聯性。例如：A 國居民公司從事 X 商品之製造，其完全控股之 B 國子公司則負責從事 X 商品於 B 國當地之銷售，此例中由 B 國銷售之商品係源於 A 國母公司所製造而成，因此得認為 A 國母公司與 B 國之商品銷售間具有關聯性，故該產品銷售之盈餘以股利分配予 A 國時，即得認為該筆股利所得屬於源自 A 國營業活動所生，而具有事實關聯性，因此 A 國居民就該股利所得符合本項積極從事營業活動之要件，得適用兩國間之所得稅協定條款¹⁷⁸。

3. 關係人交易時，該所得與相對人之營業活動須具有實質性：

OECD 協定範本第 29 條第 3 項(b)款規定，對上述(a)款所認定源於積極從事營

¹⁷⁷ *Id.* at C(29)-33-34.

¹⁷⁸ *Id.* at C(29)-34-35.

業活動之所得，認為在締約國雙方為關係人時，應進一步審查締約國居民與所得來源國居民所從事兩者間之營業活動具有實質性。實質性的判斷則須綜合考量交易雙方之商業活動情形，包含：商業規模、兩國間的經濟與市場規模，並觀察兩者之商業活動性質。例如：A 國居民公司與 B 國關係企業進行交易，而 A 公司僅為具研發功能之小規模公司，B 公司為大藥廠，而兩者間之企業規模差異巨大，而 A 公司對於 B 公司之營業活動是否具有實質性則不無疑問。然而倘若 A、B 公司並非關係企業，則無需再檢視實質性。

最後，OECD 協定範本第 29 條第 3 項(c)款則為「歸屬」原則之規範，適用在關係人(connected person)之交易中，以確立所得之歸屬者。

依據上述各項要件，本項積極從事營業活動之條款適用方式，如以下案例：

P 國居民 P 公司於 A 國具有兩個子公司分別為 Hco.及 Opco1，同時於 B 國具有子公司 Opco2。A 國及 B 國間具有所得稅協定，而在該集團中，Hco 僅作為控股公司持有 Opco1 及 Opco2 之股權，而不具有積極營業活動；而 Opco1 及 Opco2 負責於其所屬國進行相同商品的製造。透過 OECD 協定範本第 29 條第 3 項(c)款之規定，Hco.得被視為在 A 國透過 Opco1 進行積極營業活動，然而當 Opco2 給付股利予 A 國時，由於屬關係人間之交易，須進一步審查該股利與 Hco 的營業活動是否具有事實關聯，在此例中 Opco1 與 Opco2 皆進行相同商品之製造活動，因此並無法證明兩者具有事實關係，故最終 Hco.不得適用本項規定享有協定利益¹⁷⁹。

二、衍生利益(derivative benefits)條款

OECD 協定範本第 29 條第 4 項為關於衍生利益之條款規定，透過衍生利益測試(derivative benefits test)以檢視欲適用協定條款的營利事業主體，使得不屬於同條第 2 項之有資格的居民，仍得在符合特定要件的情況下適用所得稅協定。關於衍生利益測試之要件，雖因應各國政府對於所得稅協定競購行為的防免態度，或對於特定國家所之特別稅收制度(special tax regime)的防範有所調整，然而其與第 2 項(f)

¹⁷⁹ *Id.* at C(29)-37.

款規範要件相似，基礎架構皆由「所有權測試」與「稅基侵蝕測試」所組成。在所有權測試部分，應確保該適用條款主體，係由「同等受益人」(equivalent beneficiaries)所直接或間接控制之，要件中並應確保其 95%以上之表決權及股權價值，係由 7 個以下的同等受益人所持有¹⁸⁰；且在間接持有的情況中，所有中介所有人皆須符合本條第 7 項規定之有資格的中介者。而關於稅基侵蝕測試之部分，避免該主體之收入大多透過費用形式給付予非同等受益人，或以稅基侵蝕費用之方式給付予同等受益人。本項所稱「同等受益人」係指，即使不透過欲適用本協定之主體進行交易，而由其本身直接與來源國之居民進行交易時，亦得享有相同或更優惠的稅捐減免條件者，符合同等受益人之要件，因其所控制之營利事業，較不具有濫用形式而不當獲得協定利益之疑慮，因此縱使不符合本條第 2 項之有資格的居民，仍得就符合衍生利益條款之稅捐客體部分適用協定。而在此項之規範目的之下，僅須該營利事業符合本項測試之要件，即使其功能上屬於控股公司，而不符合上述第 3 項之積極從事營業活動的主體範圍，仍得適用本項規定以享有所得稅協定之利益¹⁸¹。

三、總公司(headquarters company)條款

OECD 協定範本第 29 條第 5 項為關於總公司之例外條款，符合本條款之規範者，雖非第 2 項有資格的居民，然就其跨國集團公司成員¹⁸²所給付之股利或利息範圍內，得享有協定所給予之利益。為適用本項總公司之規定，須符合本項規定之要件，以下簡介之：

(一)為締約國一方之居民，且主要管理與控制地應於其所屬居民國境內。

(二)跨國集團成員必須由至少 4 個不同國家(包含締約國雙方國家)的居民公司所組成，且該成員應在其所屬國從事符合第 3 項之積極營業活動，且個別集團成員或

¹⁸⁰ 此為 OECD 範本註釋中就詳盡版之建議比例；另外本項簡易版之建議條款，則訂為 75%以上之表決權與股權價值由同等受益人所有，且未規定持有該主體之同等受益人數量。

¹⁸¹ OECD, *supra* note 7, at C(29)-37-44.

¹⁸² 依據 OECD 範本第 29 條第 5 項註釋，所謂跨國公司集團係指由其直接或間接控制之分支機構，而不包含其上層之公司(upper-tier companies)。



集團成員小組因而產生之收益，至少應達集團總收入之 10%。

(三)上述跨國集團公司成員，如非屬締約國一方之居民，則其所生之總收入，須低於集團整體總收入之 50%；意即，倘若一個公司之跨國公司集團於他方締約國(所得來源國)所生之收益，高於集團總收入之 50%，則該公司即不符合此要件。

(四)源自締約國他方之收入，不得高於該公司 25%之總收入。

(五)該公司必須符合一般的公司稅規範，即在締約國一方從事積極營業活動。

(六)應符合稅基侵蝕測試

上述六個要件必須於該公司取得股利或利息而欲適用所得稅協定條款之課稅年度，予以檢視¹⁸³。

四、締約國一方酌情減免(discretionary relief)條款

OECD 協定範本第 29 條第 6 項為酌情減免條款，倘締約國居民不符合第 2 項，且不符合上述三種例外情形時，上述否准其適用所得稅協定之締約國一方主管機關，得在符合本協定意旨之前提下，且由欲適用本項條款之締約國居民，向主管機關證明其營利事業之設立、併購、維持或從事營業活動，所有相關之營業行為皆不以獲取所得稅協定利益作為主要目的，得准其就特定所得適用所得稅協定。而其證明之方法，包含提出關於其為該營業或組織形成具有明確且非稅的商業理由，並須證明其與居民國具有實質且非稅的關聯性，倘若只為適用該國較優惠之國內稅法或相關所得稅協定，則不得認該居民與其居民國具有實質關聯性。此外，倘若授予協定利益將導致雙邊國家對於該特定所得皆未課稅或僅課徵極少的稅捐，主管機關須衡酌締約國雙方之國內法與本協定之目的，以決定授予協定利益。關於本條款中所謂「主要目的之一」的判斷，為取得協定利益之目的，毋庸為單一或具主導性地位之因素，僅須屬於眾多主要因素之一即符合此要件，而不得授予其協定利益¹⁸⁴，

¹⁸³ *Id.* at C(29)-44-(29)-45.

¹⁸⁴ *Id.* at C(29)-51.

此項規範將於第五章中補充說明。

本項規定賦予主管機關就協定利益之授予與否及授予利益之範圍、適用期間具有裁量權限，然而該裁量權之行使必須衡量個案中之所有情形，並須符合協定之宗旨，實際上得例外適用的情形應嚴格限縮；同時在本項條款中亦要求，無論主管機關准否該協定之適用，皆應會同並諮詢締約國他方之主管機關以做成決定。

第三款 利益限制條款與受益所有人之適用關係

上述利益限制條款係對於欲適用所得稅協定之主體，所為之全面性範圍的限縮，本質上係對於所得稅協定第 4 條居民範圍的限制，且並非僅適用於特定稅捐客體。而受益所有人則僅是針對第 10 條、第 11 條及第 12 條之適用主體所為之限制。兩者間的適用關係，在任何欲適用所得稅協定之主體，應先就其類型以判斷是否符合利益限制條款的限制，而後倘若其欲適用第 10 條至第 12 條特定稅捐客體類型之條款，自須再判斷其是否實際上屬於該稅捐客體之歸屬，即進行受益所有人之判斷。將上述利益限制條款之內涵與受益所有人認定，藉由稅捐構成要件予以觀察，所謂受益所有人實際上即是對於稅捐客體對主體之「歸屬」的認定；然而利益限制條款中主要區分的核心，包含所有權測試與稅基侵蝕測試，前者所涉及者即屬於稅捐主體的認定，而後者則是涉及稅捐客體及稅基要件的判斷；也因此藉由利益限制條款的建置，始能將欲適用所得稅協定之納稅主體及其相關課稅事實更全面地進行檢視。


第四款 多邊公約作為防杜方式

在以所得稅協定之防免路徑中，除了上述以雙邊協定為主的範本條款外，OECD 亦致力於多邊公約的發展，透過多國共同擬訂公約的方式，針對稅基侵蝕與利益移轉相關問題的解決方案達成共識，稱為「適用稅基侵蝕與利益移轉相關所得稅協定措施之多邊公約」(Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting)。鑒於 BEPS 行動方案的提出，對於所得稅協定之條款作出許多修改建議，然各國若為因應各種修正後的協定範本條款，須分別對締約條款重新磋商與協議勢將曠日廢時。因此 OECD 遂發展多邊公約的方式，使得參與國家得對於相關協定防免措施表明立場，並一體適用於該國所有的所得稅協定條款中，而免於各別商議或修正之累，然公約所擬定的條款中具有特定範圍，參與成員仍得本於其稅捐事務管轄權自行決定應採行或保留的條款規範，截至 2021 年 8 月為止共計有 95 個稅捐管轄權參與多邊公約的簽署¹⁸⁵。

現行多邊公約的目的旨在打擊過於激進的國際稅捐交易安排，而造成稅基侵蝕或雙重不課稅的情形發生；確保經濟成果的取得與實際從事商業活動之主體相當，而並非透過人為移轉的方式，造成課稅地與價值創造地不相當的情形。主要關注的議題包含：混合錯配安排、避免所得稅協定濫用、避免以人為方式影響常設機構的認定問題以及改善爭議解決機制¹⁸⁶。其中與所得稅協定競購行為相關之條款，訂於多邊公約的第三部分「所得稅協定濫用」的章節中，包含多邊公約第 6 條「所得稅協定之目的（對於所得稅協定前言的修正）」；第 7 條「避免所得稅協定濫用」；第 8 條「股權移轉交易」；第 9 條「轉讓主要源自不動產之股權或利息所生的資本利得」(Capital Gains from Alienation of Shares or Interests of Entities Deriving their Value Principally from Immovable Property)；第 10 條「常設機構位於第三國管轄權

¹⁸⁵ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm> (last visited Sep. 9, 2021)

¹⁸⁶ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (last visited Sep. 9, 2021)



之反濫用條款」；第 11 條「適用所得稅協定以限制締約國一方對其居民之課稅權」，上述條款皆為 2015 年 BEPS 行動計畫第 6 號最終報告中，建議作為防免所得稅協定濫用行為的條款內容。關於所得稅協定競購行為的核心防杜條款，主要目的測試條款與利益限制條款皆訂於多邊公約第 7 條「避免所得稅協定濫用」中，關於多邊公約第 7 條規範內容中，要求參與成員至少須同意納入主要目的測試條款，然對於利益限制條款之部分，則交由各國自行決定是否欲採用，且得選擇適用簡易版或詳盡版的條款內容。

綜上，關於所得稅協定競購行為之協定防免條款，除了以雙邊協定的方式於締結時由雙邊國家達成協議，在多邊公約的發展下，各國更得透過簽署公約的方式表明其國內對於特定條款的立場，並藉此對於過去之所得稅協定條款內容作出修正，以落實協定競購行為的防免。然我國目前仍未加入此多邊公約的簽署，為解決我國所得稅協定條款中對於協定競購行為防免的不足，應可考慮透過內國法的方式建立特別稅捐規避條款，因此以下將就德國所得稅法中的反協定競購規範予以介紹。

第二項 以內國法作為防杜方式

第一款 德國法參考

由於所得稅協定競購行為，係為納稅人不當適用特定的所得稅協定而享有利益，多數案例皆透過導管公司的設立以取得協定利益。因此為根本性地防免導管公司之問題，除了上述所得稅協定條款內容之增訂外，在外國立法例中亦有直接於內國法中以特別防杜條款的方式作為協定競購行為的防免方式。德國所得稅法(Einkommensteuergesetz)即有反協定競購行為之規定，針對個人或法人組織，利用如「導管公司」此種無經濟上功能之主體，而主要為減省稅捐目的之作法，認為構成「法律形式的濫用」而無法適用特定的稅捐減免規範。德國法上對於外國公司就來源於德國境內之所得應繳納扣繳稅款，然而適用所得稅協定條款之納稅義務人，得享有扣繳稅之減免，為防止納稅人以協定競購行為不當獲得扣繳稅的減免，因此

透過所得稅法第 50d 條第 3 項予以防杜¹⁸⁷。由於我國關於一般稅捐規避防杜條款之立法即是參照德國稅捐通則第 42 條之規定，因此對於特別稅捐規避防杜條款之建置應得以德國法作為借鑑，故以下針對德國所得稅法之反協定競購行為規範進行探討。

第一目 立法背景

現行德國所得稅法第 50d 條第 3 項，係為反所得稅協定競購行為所為的特別稅捐規避防杜條款(Anti-Treaty Shopping Regelung)，主要為打擊國際性的稅捐規避行為而生¹⁸⁸，迄今經歷多次的法案修正。德國稅法上的反所得稅協定競購規定起源，最早係因聯邦財政法院 Monaco 案例而生，在該判決中以中介公司所為的交易安排，屬於典型的對境內投資協定競購形式架構(Inbound Treaty Shopping Gestaltung)，然而在當時的法規範適用中卻不被視為屬於法律濫用。對此，有認為德國稅捐通則第 42 條的規定，恐怕無法適用在有限制的納稅義務人範圍，從而遂在 1994 年參考聯邦財政法院判例見解，建立所得稅法第 50d 條第 1 項以回應此種問題。2002 年 StÄndG 法案，更進一步制定第 50d 條第 3 項，作為所得稅協定競購行為的防杜規範。然而上述早期的防杜規範，多僅關注於納稅人「形式」的交易安排，在後續的法律發展中，則開始意識到應納入對於稅捐主體實質性判斷的要件。聯邦財政法院於 Hilversum II 的判決之後，關於公司作為稅捐主體規範適用問題層出不窮，從而於 2007 年 JstG 法案中，再度對反協定競購條款進行改革，引進新的構成要素於所得稅法第 50 條第 3 項中，主要修改方向為更進一步地將金融管理意義上的解釋問題，透過法條文字予以具體化。2007 年制定的版本中，不僅規範在何種要件下的形式安排資格是屬於濫用及並明定法律效果，自此所得稅法第 50d 條第 3 項，

¹⁸⁷ Draft law proposes changes to anti-treaty shopping rules, Deloitte <https://www.taxathand.com/article/15712/Germany/2020/Draft-law-proposes-changes-to-anti-treaty-shopping-rules> (last visited Jul. 20, 2021)

¹⁸⁸ Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl., 2017, S. 815.

確立為德國法上反所得稅協定競購行為的規範¹⁸⁹。然德國所得稅法第 50d 條第 3 項分別於 2012 年及 2017 年，經歐洲法院(Europäischer Gerichtshof, EuGH)判決宣告違反歐盟法設立自由(Niederlassungsfreiheit)，因此德國所得稅法再度作出相應的調整與修正。然而 2017 年的修訂版本卻在歐洲法院 2018 年的判決中，再度被認為違反歐盟法，因此德國聯邦財政部遂於 2020 年 11 月發布的「扣繳稅減免現代化法案」(Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetzes, AbzStEntModG)¹⁹⁰中，對於所得稅法第 50d 條第 3 項反所得稅協定競購之規定進行修正，核心修正方向係為落實歐盟法院判決與歐盟反避稅指令第 6 條(der Anti Tax Avoidance Directive , ATAD)之內涵，具有大幅度的規範修正。而此項草案已於 2021 年 5 月經德國聯邦議院通過，並於 2021 年 6 月 9 日正式生效¹⁹¹。

第二目 法規架構與主體適用範圍

依德國所得稅法第 50d 條第 3 項規定：「公司、合夥團體或其他法人如有以下情形，不得請求適用依據雙重課稅協定所賦予的資本利得稅及依第 50a 條的稅捐減免(第 1 段)：

- 1.其股東或依該法人組織規章享有受益權之人直接取得該所得之情況下，不具有相同的稅捐減免請求權；
- 2.該公司、合夥團體或法人組織的經濟活動與其所取得之來源所得(die Einkunftsquelle)間不具有實質關聯性；所得之取得、對於股東或受益人的移轉及相關活動，或從事與其商業目的不相當的交易安排，皆非屬經濟活動。

公司、合夥或其他法人得證明，其為中介組織(Einschaltung)並非以獲得稅捐利益作

¹⁸⁹ Michael Rudof, Treaty Shopping und Gestaltungsmissbrauch, 2012, S. 355-356.

¹⁹⁰ Schönfeld/Erdem, Die geplante Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG durch das AbzStEntModG, IStR 2021, 189, 189 f.

¹⁹¹ Lars H. Haverkamp, Germany: New Legislation on WHT Relief, Anti-Treaty Shopping and Transfer Pricing, Bloomberg Tax, <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/germany-new-legislation-on-wht-relief-anti-treaty-shopping-and-transfer-pricing> (last visited Jul. 20, 2021)

為主要目的之一；或其主要的股權實質且經常性地在一個受認可的交易市場中進行交易者，不適用第 1 段之規定；但德國稅捐通則第 42 條不受影響(第 2 段)¹⁹²。」

依據德國所得稅法第 50d 條第 3 項第 1 段，其規範要件係透過以股東身為主的「主體減免範圍」及營業所得相關的「事物範圍」兩種層次的檢驗形成，而倘若符合此兩種檢測應予排除的主體，將會直接被推定屬於所得稅協定之濫用行為，而不具有適用所得稅協定或相關稅捐減免規範之主體資格。而依據德國所得稅法第 50d 條第 3 項第 2 段之規範，受第 1 段推定效果之稅捐主體，得透過舉反證的方式推翻前段法律效果，以取得所得稅協定或相關稅捐減免規範之適用資格；而納稅主體的證明方式包含證明其設立目的具有足夠的非稅因素¹⁹³存在；或具有公開交易的事實¹⁹⁴。

德國反協定競購條款於 2021 年之修正版，關於規範主體的部分，將舊法時期的「境外公司」法條文字刪除，因此其主體適用範圍在法條文義上應擴張及於無限制的營利事業納稅主體(unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften)，然需補充說明的是，此種修正之主要目的是為了將國際稅法上可能出現的「雙重居民」納入規範

¹⁹² EstG§50d III: Eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse hat auf der Grundlage eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung keinen Anspruch auf Entlastung von der Kapitalertragsteuer und vom Steuerabzug nach § 50a, soweit

1. Personen an ihr beteiligt oder durch die Satzung, das Stiftungsgeschäft oder die sonstige Verfassung begünstigt sind, denen dieser Anspruch nicht zustünde, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen, und

2. die Einkunftsquelle keinen wesentlichen Zusammenhang mit einer Wirtschaftstätigkeit dieser Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse aufweist; das Erzielen der Einkünfte, deren Weiterleitung an beteiligte oder begünstigte Personen sowie eine Tätigkeit, soweit sie mit einem für den Geschäftszweck nicht angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb ausgeübt wird, gelten nicht als Wirtschaftstätigkeit.

Satz 1 findet keine Anwendung, soweit die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse nachweist, dass keiner der Hauptzwecke ihrer Einschaltung die Erlangung eines steuerlichen Vorteils ist, oder wenn mit der Hauptgattung der Anteile an ihr ein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet. § 42 der Abgabenordnung bleibt unberührt.

¹⁹³ Tighter German Anti-Treaty Shopping Rules, ebnerstolz, https://www.ebnerstolz.de/en/1/0/3/8/4/2/tighter_german_anti-treaty-shopping_rules.pdf (last visited Jul. 20, 2021)

¹⁹⁴ Draft law proposes changes to anti-treaty shopping rules, Deloitte, <https://www.taxathand.com/article/15712/Germany/2020/Draft-law-proposes-changes-to-anti-treaty-shopping-rules>; Beutel/Oppel: Verschärfung des § 50d Abs. 3 EStG im Fahrwasser der EuGH-Rechtsprechung?, DStR 2021, 1017, 1019 f.

主體範圍內所為的考量¹⁹⁵，例如在一些案例中，某公司的營業住所登記在德國，而屬於德國境內公司，然而其同時在德國境外具有實質管理支配地，在此種情況下此公司是否得適用所得稅協定的減免，須透過兩國各自的所得稅協定予以判斷；因此，新修正的規範將主體適用範圍予以擴大的目的，在此種案例中實具有意義。此外，其規範主體除了公司外，尚包含投資基金、基金會與信託¹⁹⁶。惟新法下的主體範圍雖有擴張的趨勢，然其規範的核心意旨，仍在於避免集團公司藉由在股東與分配股利的德國境內公司之間，插入一個不具功能性的公司，而享有資本收益或扣繳稅的稅捐減免利益¹⁹⁷，因此本質上該規範主體仍以境外公司為主。

第三目 構成要件

德國所得稅法第 50d 條第 3 項之反所得稅協定競購行為，主要藉由「主體範圍」與「事物範圍」兩種層次的檢驗，以認定是否須排除納稅主體適用扣繳稅減免措施的資格，以下針對兩種檢驗規範予以說明。

一、主體減免範圍 (persönliche Entlastungsberechtigung) 檢驗

主體範圍檢驗依德國所得稅法第 50d 條第 3 項第 1 段第 1 點規定，主要採用「穿透法」的測試方式，透視欲申請適用所得稅協定以減免扣繳稅之納稅主體；假設直接由其背後的控制公司、股東或受益人自行取得來源於德國境內所得，不透過欲申請扣繳稅減免主體作為中介機構時，其背後的控制公司本身，是否也有權能享有相同的稅捐減免規定。本規範中所謂「相同的稅捐減免」，在德國法上係採取限縮解釋，除在法律效果上產生相同的稅捐減免結果外，並要求該稅捐減免係源自於「同一法律基礎」者始屬於本規範所指之相同的稅捐減免。例如：源自相同的「所

¹⁹⁵ Beutel/Oppel, (Fn. 194), S.1019 ff.

¹⁹⁶ Schönfeld/Erdem, (Fn. 190), S. 190 ff.

¹⁹⁷ Jochimsen/Gsödl, Die geplante Reform des § 50d Abs. 3 EStG im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zum Begriff des Nutzungsberechtigten und zum Missbrauch, IStR 2021, S. 392.

得稅協定」而享有稅捐利益，以下圖 4-5 所示交易架構進行說明：

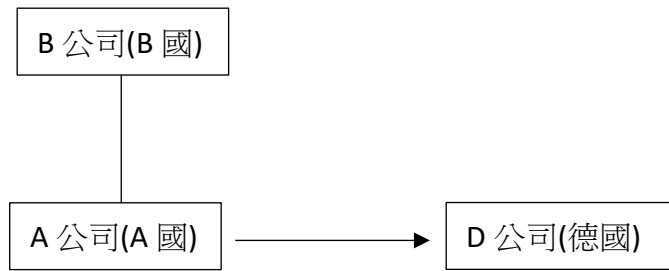


圖 4-5 「相同稅捐減免」要件判斷之交易關係圖

資料來源：筆者自繪

依圖 4-5，A 國 A 公司為 B 國 B 公司之控股公司，而 A 國 A 公司與德國 D 公司訂有專利權契約，而 D 公司於給付權利金予 A 公司時，須於德國境內就該筆權利金所得予以扣繳。A 公司主張依 A 國與德國之所得稅協定適用扣繳稅減免，此時須受到德國所得稅法第 50d 條第 3 項的檢驗，在主體範圍檢測中，將檢視 A 公司背後之控制股東 B 公司，假設由 B 公司與 D 公司直接進行交易而取得該筆授權金時，是否亦得享有「相同的稅捐減免」。

本例中由於 B 公司與 A 公司分屬不同國家之居民，雖 B 公司在直接交易的情況下，得適用 B 國與德國所簽訂之所得稅協定予以減免扣繳稅，然而其仍無法適用 A 國與德國之所得稅協定，因此在「相同的稅捐減免」要件上採取限縮解釋的結果，將使不同的所得稅協定表徵不同的法律基礎，故不屬於相同的稅捐減免規定。綜上，A 公司在主體範圍的檢測中，會被認為其股東 B 公司直接與 D 公司進行交易時，並無法享有「相同的稅捐減免」，故將被認為符合所得稅法第 50d 條第 3 項第 1 段第 1 點的規定應予排除的主體範圍，然是否 A 公司是否具有適用 A 國與德國所得稅協定的資格，則仍須進一步為「事物範圍」檢驗¹⁹⁸。

上述案例僅為較單純的控股架構，然考量跨國交易安排，往往具有一個以上的控制股東或透過多層次的集團交易架構進行，因此在主體減免範圍的測試中，此時

¹⁹⁸ Schönfeld/Erdem, (Fn. 190), S. 191 ff.

將會對於各個股東分別進行測試。多層次的集團架構下，在相同層次部分（水平架構），視各別股東股權的比例，分別檢視該所得是否全部或僅有部分得適用扣繳稅減免。而在不同層次的控股架構中（垂直架構），將會依序向上層的控制股東進行檢視，直到發現有不適用本條規範或檢驗出某一層股東無法享有相同的稅捐減免時為止¹⁹⁹。

二、事物減免範圍(sachliche Entlastungsberechtigung) 檢驗

倘若申請適用扣繳稅減免的納稅主體，應受到前述主體減免範圍的排除，則須接續依德國所得稅法第 50d 條第 3 項第 1 段第 2 點之規定，就事物減免範圍予以檢視，而此檢驗包含以下兩個層面的測試：

(一)實質性測試(Substanztest)

此部分針對欲適用所得稅協定之稅捐主體的經濟活動(Wirtschaftstätigkeit)實質性進行判斷，以排除未實質從事經濟活動的導管公司適用稅捐減免規範。此規範所謂「經濟活動²⁰⁰」，參照歐洲法院判決意旨，應包含資產管理型態的商業活動在內，蓋透過資產管理而生的收入並不會被認定為濫用行為²⁰¹。此外，在所得稅法第 50d 條第 3 項第 1 段第 2 點後段則明示稅捐主體所從事的活動若僅是「單純獲取所得」、「移轉所得予股東或受益人（第三人）」或與商業目的不相當的交易安排之情形，根本上即不屬於本規範所訂「經濟活動」的範疇，該稅捐主體將被認為並未從事經濟活動。在規範的適用上，稅捐機關得透過過去歐盟法院判決所提及的各項因素予以判斷，包含該公司之營運管理、資產負債表、成本結構、營運費用、員工人

¹⁹⁹ Schönfeld/Erdem, (Fn. 190), S. 191-194 ff.

²⁰⁰ 關於實質性判斷採用 Wirtschaftstätigkeit 的法條文字，而與德國所得稅法第 15 條第 2 項所訂的 Gewerblichkeit(營利活動)或 OECD 協定範本第 3 條第 1 項所採用的 Geschäftstätigkeit(商業活動)並不相同，故本文將其譯為「經濟活動」。相關論述參照 Beutel/Oppel, (Fn. 194), S.1021 ff.

²⁰¹ Beutel/Oppel, (Fn. 194), S.1021 ff.

數、營業場所和其他設備²⁰²，以衡量稅捐主體所從事之經濟活動是否具實質性。



(二) 功能性測試

除了上述經濟實質性測試外，在事物減免範圍中尚有功能性測試，此部分係檢驗稅捐主體的經濟活動與其取得之所得間，是否具有「重要關聯性」。功能性測試的主要判斷，該稅捐主體是否在交易架構下僅具有「代收轉付」的經濟活動功能，例如：該主體取得所得後，在短期內將其全部或絕大部分的所得皆移轉給第三人，則此種特徵可能足以顯示該稅捐主體的交易安排，與經濟目的的達成並不具有重要性(Wesentlichkeit)。然此項測試主要仍倚賴稅捐機關就各項要素綜合判斷，檢視納稅主體與其取得之德國來源所得間是否具有重要關聯性²⁰³，與舊法僅要求外國公司具有經濟活動不同，新法透過此要件，進一步確保該主體的經濟活動與所得間具有重要性，而不能只是在該經濟活動中擔任完全從屬性的地位，例如該公司僅從事集團內部子公司的輔助性服務(unterstützende Dienstleistungen)²⁰⁴在新法可能被認為不具功能性。

三、例外得適用稅捐減免規範之舉證

依德國所得稅法第 50d 條第 3 項第 2 段規定，即使稅捐主體在上述主體與事物範圍的檢測中，被認定屬於應排除而不具適用稅捐減免資格者，則得透過以下主要目的測試或公開交易例外的舉證，以推翻第 1 段的法律推定效果，進而適用相關稅捐減免規範。有認為新修正的德國所得稅法第 50d 條第 3 項第 1 段對於濫用推定的門檻較低，外國公司可能很容易受到濫用的推定效果，因此將來關於例外條款的運作，與納稅人舉證推翻的可能性，顯得更具重要性。以下對兩種例外條款進行說明：

²⁰² Schönfeld/Erdem, (Fn. 190), S. 194-195 ff.

²⁰³ Schönfeld/Erdem, (Fn. 190), S. 195-196 ff.

²⁰⁴ Beutel/Oppel, (Fn. 194), S.1022ff.



(一)主要目的測試(Hauptzweckprüfung)

第一種方式為主要目的測試，此種方式與OECD所得稅協定範本中之主要目的測試條款(PPT)的概念近似，倘若稅捐主體得證明其組織形式的安排，並不以獲得稅捐利益作為主要目的，而具有非基於稅捐因素的正當商業安排，則仍得適用稅捐減免規範。有認為關於主要目的測試例外條款，即為關於納稅人主觀要素的審查。此規範的判斷在主體部分不僅須考量申請適用所得稅協定的公司本身，亦應就該公司的關係企業或集團架構整體觀察，衡量因素包含組織、經濟、交易架構、交易成本、專業技術、營運策略與其他集團間的重要因素等。納稅人必須舉證其架構安排具有上述非稅捐的因素，稅捐機關則須綜觀整體交易安排中的所有重要情形及因素，以分辨其中哪些對於個案中的外國公司作為中介組織而言才是具有決定性的因素；倘若衡量其架構安排所取得之稅捐利益相對於其他交易因素所獲得之利益較少者，可能認定稅捐利益在該交易安排中是不具重要性而可以忽視的，即使該外國公司的形式安排具有稅捐利益，也僅屬於附隨目的而不會被認為屬於主要目的。反之，稅捐機關審查後若認為獲取扣繳稅利益係屬於主要目的，則德國所得稅法第50d條第3項第1段的濫用推定就仍然存在²⁰⁵。

需特別注意的是，此處關於是否以「稅捐利益」為主要目的之審查，除了德國境內的稅捐利益外，在德國新修正的本條規範中，同時包含該主體在德國境外所能獲得的稅捐利益亦納入考慮範圍；德國法上關於此要件的適用範圍與歐盟法院的解釋並不一致²⁰⁶，使得德國法在此將採取極為嚴格的立場，將來欲適用所得稅協定的外國公司欲舉證其並不以稅捐利益作為主要目的時，可能因此格外艱難，仍需持續關注未來德國實務對於相關案例的發展與見解。關於此例外舉證的適用範圍，可能係因德國法屬於歐盟成員之特殊立法考量，故本文認為我國未來立法時，或可適度放寬審查標準，將是否取得稅捐利益的部分，僅限縮於取得

²⁰⁵ Beutel/Oppel, (Fn. 194), S. 1023-1024 ff.

²⁰⁶ Schönfeld/Erdem, (Fn. 190), S. 196-197 ff.

「我國」所賦予的稅捐利益，避免產生難以適用的困境。



(二)公開交易例外(Börsenausnahme)

除了上述主要目的測試外，稅捐主體得舉證證明其主要的股份，實質且經常性地於受德國認可之證券交易所進行公開交易，應不具有濫用所得稅協定之風險，以適用相關稅捐減免規範。公開交易例外的適用，不僅適用於申請適用稅捐減免的主體本身，倘若其屬於多層次集團組織安排的情況下，則在前述向上層進行主體或事物範圍的檢視後，則須向下層檢視各層是否具有公開交易的例外²⁰⁷。

第四目 法律效果與法規適用關係

本條規範的法律效果，為產生一法律上的推定效果，否准稅捐主體適用所得稅協定或其他扣繳稅減免規定的資格。倘若符合第 1 段應排除的主體及事務範圍者，則推定具有稅捐規避目的，故不得適用相關的扣繳稅減免規範。此外，本條規定為稅捐規避特別防杜條款，適用要件上僅針對其是否對於扣繳稅減免相關規範，具有濫用的風險存在，而應予以排除其適用減免規範的主體資格進行判斷；並不涉及對於其他稅捐規避行為的判斷，因此在德國所得稅法第 50d 條第 3 項第 2 段中即表示，德國稅捐通則第 42 條一般稅捐規避防杜條款的適用並不會因本條而受到影響。

第二款 我國特別防杜條款建置與現行法之適用關係

第一目 我國特別防杜條款與所得稅協定競購行為之適用關係

本文認為在我國所得稅協定防杜不足的現狀下，或可透過特別稅捐規避條款之立法以避免協定競購行為的發生，而上述德國法關於反協定競購行為之立法，得

²⁰⁷ Schönfeld/Erdem, (Fn. 190), S. 197 ff.

作為我國立法參考。本款以下將檢視反協定競購行為之特別防杜條款與我國現行特別防杜條款之適用關係，並指出現行法不足之處予以檢討。

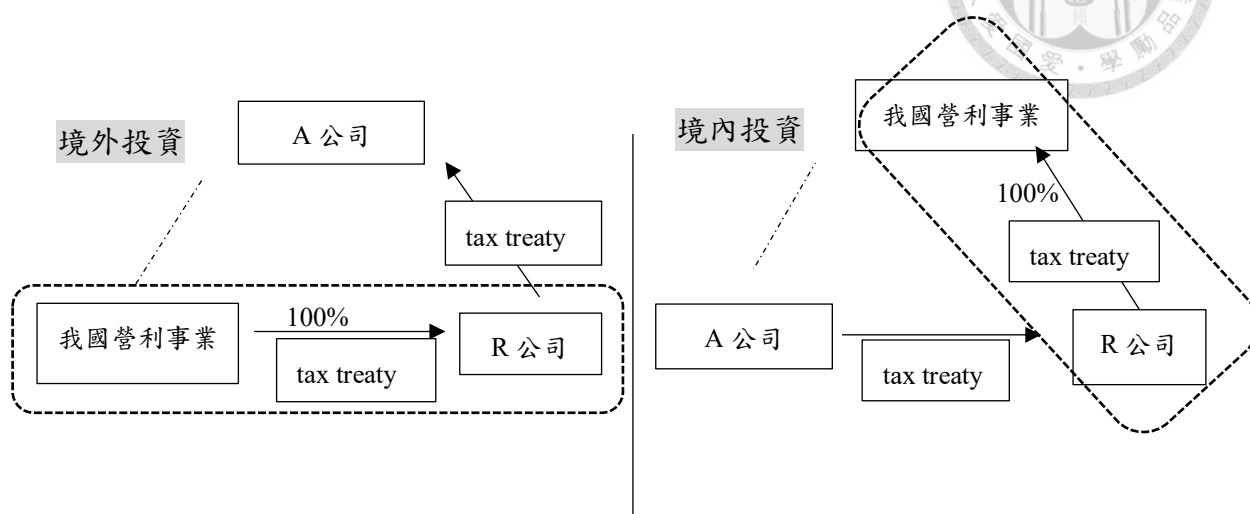



圖 4-6：所得稅協定競購行為與防免措施示意圖

資料來源：筆者自繪

由於營利事業之協定競購行為大多涉及導管公司的設立，以適用特定所得稅協定，本質上即為透過身分轉換而為之稅捐規避行為。如同第三章第五節之探討，所得稅協定競購行為在概念上如圖 4-6 所示，包含兩種面向，其一為境內營利事業為境外投資時，透過導管公司進行主體身分轉換，而適用我國與導管公司間之所得稅協定，此種情形可能造成我國作為居民國時營所稅之流失風險；另一方面，則包含境外營利事業對我國境內營利事業進行投資，然而卻利用與我國具有所得稅協定之國家設立導管公司，藉以適用該導管公司之居民國與我國所簽訂之所得稅協定，則造成我國作為來源國時扣繳稅之流失風險。

以前頁圖 4-6 之關係圖為例，本文認為，圖左之境外投資架構，應得以適用我國所得稅法第 14 條之 3 之稅捐規避條款，蓋其本質上係屬我國營利事業利用境外營利事業而為股權移轉，並從而取得稅捐利益之稅捐規避行為；本文認為，此時雖有透過協定競購行為而不當取得協定利益的情形，然其僅屬於整個稅捐規避行為的手段之一，故應屬於其規範範圍；此外，倘若在此種協定競購行為的作成中，符合相關要件，亦得進一步適用所得稅法第 43 條之 3 之 CFC 規定與第 43 條之 4 之




PEM 規定，而適用的法律效果將會使得形式上歸屬於 R 導管公司之所得，擬制為我國境內營利事業所有，而須繳納我國營所稅，在此同時 R 公司（R 國居民）的所得即使具有形式上的移轉，然由於並非所得之歸屬主體，故自應否定 R 公司適用我國與 R 國所締結的所得稅協定，而防杜此類型的協定競購行為。

然而在圖 4-6 關係圖中，圖右為 A 營利事業（A 國居民）對我國境內營利事業進行投資示意圖，由於 A 國與我國間不具有所得稅協定，其轉而透過與我國和 A 國皆具有所得稅協定之 R 國架設 R 導管公司，間接取得我國與 R 國所得稅協定之利益，此部分的防杜實為反協定競購行為之特別防杜條款的規範核心。依德國法規範主體側重於「境外公司」即得看出，協定競購行為的規範核心應屬於境外未與我國締約之國家居民，透過與我國具有所得稅協定之國家居民間接投資的行為。我國所得稅法第 14 條之 3 雖法條文義並不僅限於境內營利事業，然其主要立法目的應在於避免我國投資人將大部分所得實現於境外的情形，因此立法意旨是否包含境外國家於我國進行投資時所為之所得稅協定競購行為，應有疑義；退步言之，倘若得涵攝於該規範當中，仍欠缺明確的要件據以判斷是否存在所得稅協定競購行為。因此我國反所得稅協定競購特別防杜條款的建置，具有規範實益；且現行我國已締結之所得稅協定中皆並未包含利益限制條款，透過內國法之方式對於協定競購行為進行防杜，實具有必要性。

第二目 我國反所得稅協定競購特別防杜條款之建構

前段已檢視現行我國特別稅捐規避防杜條款，然而上述規範皆無法明確規範所得稅協定競購行為，因此本文認為應參考德國法之立法模式，設立反所得稅協定競購行為之特別防杜條款，建立明確地規範要件以確實防免此種國際稅捐規避行為。

蓋所得稅協定競購行為的防免，主要的核心應在於解決稅捐主體利用「導管公司」以不當適用所得稅協定之情形。雖我國現行實務已透過第 3 章中提及的財政



部 108 年台財際字第 10800577770 號函釋，將「財務導管實體」認定為非屬於所得之「受益所有人」，或可作為利用導管公司為所得稅協定競購行為之依據，然而先不論其僅屬於行政函釋，而與稅捐法律主義有違；由於該函釋中所定中對於協定競購的防免僅針對受益所有人的認定，即專注於認定該主體是否對於所得具有決策權限，僅包含稅捐構成要件中關於「歸屬」的認定，而並未涉及其他稅捐構成要件的判斷，且受益所有人之規範適用範圍，亦僅及於特定所得稅協定條款之範疇。

參考前述德國所得稅法第 50d 條第 3 項規範，係全面性地針對欲申請適用所得稅協定之納稅主體進行主體範圍與事物範圍兩種面向的檢驗，不僅明辨其背後的控制股東身分；更進一步判斷所得與該稅捐主體的經濟活動是否具有實質性、重要性予以檢視，從而避免導管公司不當適用所得稅協定利益之風險。此兩種層次的檢測，透過客觀要件的建立，能更全面地觀察並判別適用所得稅協定的主體，是否具有稅捐規避的風險存在。

綜上所述，本文認為我國現行規範對於協定競購之防免不足，應有設置反所得稅協定競購行為特別防杜條款之必要。反所得稅協定競購行為之防杜條款在規範主體部分，參照德國所得稅法之規範應包含公司、合夥、基金會與其他法人組織，而在我國法之建置則依所得稅法之法條文字，應以「營利事業」及「教育、文化、公益、慈善機關或團體」作為規範主體。

此外，由於所得稅協定競購行為特別防杜條款的建置，爰為解決「對我國境內投資之境外法人組織」所生的協定濫用問題，因此在適用主體部分，實際上應以「境外法人組織」為主。而反協定競購行為特別防杜條款的適用範圍，即應側重於境外法人組織，作為一中介的導管公司，取得我國來源所得，而不當適用我國與其居民國間的所得稅協定，以達成扣繳稅減免目的之稅捐規避態樣。關於導管公司的排除，參照德國所得稅法之規定，應建立「主體範圍」與「事物範圍」的測試要件；法律效果參照德國法規範，則是倘若同時符合兩者要件即應推定其具有濫用所得稅協定之風險，並否准其適用所得稅協定之資格。此外，亦得以納入主要目的測試條款

與公開交易條款，而例外允許具有正當的經濟交易理由而非以獲得稅捐利益作為主要目的之稅捐主體；或已於受我國認可之證券交易所進行公開交易之稅捐主體，適用我國與其居民國所簽署之所得稅協定。

而反所得稅協定競購行為條款的建置，主要為防杜境外法人組織，取得來源於我國所得，在所得稅法上應就源扣繳之所得稅，因此在法規體系上實與所得稅法第 88 條以下之扣繳程序相關，然而有鑑於所得稅法目前於體系編排上大多將與營利事業有關的國際稅捐規避行為，納入第 43 條之 1 以下，因此本文認為在我國就涉外相關稅捐規範未有較系統化的立法前提下，所得稅協定競購行為之特別防杜條款，得先新增為所得稅法第 43 條之 5，法條文字參照德國所得稅法，詳見本文「附錄一」所示。



第四節 本章小結

本章介紹營利事業相關之所得稅協定競購行為防免方式，核心議題仍為防止透過「導管公司」的設立，以不當取得協定利益。主要的防免方式包含以所得稅協定包含雙邊協定或多邊協定的方式進行防杜；另一種方式則是透過於內國法建立特別稅捐規避防杜條款的方式予以防免。在協定條款的防免方式中，包含受益所有人條款以確認所得的實質「歸屬」；OECD 於 2017 年修訂協定範本後，更透過利益限制條款之方式為締約國居民身分的限縮，相對於原有的受益所有人條款，其能更廣泛地適用於所有的稅捐客體中，而透過明確且客觀的要件認定協定條款中「有資格的居民」。而利益限制條款之規範方式，一方面藉由「所有權測試」之要件，觀察該營利事業背後實際控制之主體，是否屬於締約國居民，或是否亦屬於與締約國他方具有相同所得稅協定之國家居民，以降低實際所得歸屬主體，利用形式轉換身分之風險；另一方面則透過「稅基侵蝕測試」，以審查適用協定主體之收支狀況，以避免利用不具有實質經濟功能之導管公司不當獲取稅捐利益。以稅捐構成要件分析以上所得稅協定條款的防免措施，利益限制條款中關於「所有權測試」係屬於與稅捐主體相關之要件；「稅基侵蝕測試」則是涉及稅捐客體與稅基構成要件的檢視；而「受益所有人」的判斷，則是屬於稅捐客體與主體之「歸屬」構成要件的認定，因此利益限制條款的建置能夠使得適用協定主體身分的認定，對於稅捐構成要件而言更具有全面性。然而我國現行已締結之所得稅協定中，仍尚未納入利益限制條款，本文認為或可參考德國法之立法模式，透過反協定競購行為條款之建立，以落實我國對於協定競購行為的防免。蓋德國所得稅法之反協定競購條款，包含主體範圍與事物範圍兩種層面的檢驗，再輔以例外的主要目的測試作為例外條款，實際上將 OECD 協定利益限制條款中的「所有權測試」、「稅基侵蝕測試」，乃至於主要目的測試落實於內國法中，故本文認為應得作為我國立法之借鏡。



第五章 OECD 協定範本之一般性濫用防免措施

第一節 所得稅協定條款之補充

第一項 納入所得稅協定中「前言」之建議

關於所得稅協定競購行為的防制，在 2015 年 BEPS 行動方案第 6 號最終報告提出的首要方式為，修改所得稅協定「前言」。為確立協定之目標，雖然僅為概述性的方針，然而在各協定條款的解釋上，時常要求回歸協定宗旨據以認定是否賦予協定主體相關之利益，因此仍具有一定的影響性。為防免所得稅協定競購行為，上述報告中建議各國於所得稅協定前言中納入「避免提供所得稅協定競購之機會」的聲明。對此，我國目前已參照 OECD 之建議，將所得稅協定之前言以：「咸欲於不為逃稅或避稅行為提供雙重不課稅或減免稅機會下（包括第三國居住者藉由協定競購安排間接獲取本協定利益），締結避免所得稅及資本稅消除雙重課稅協定。」取代過去之協定前言。

第二項 所得稅協定範本之主要目的測試條款 (the principal purposes test, PPT)

第一款 主要目的測試條款係作為補充性條款

依據 2015 年 BEPS 第 6 號行動方案最終報告，對於所得稅協定的防免措施建議透過三種路徑，第一種為上述納入所得稅協定「前言」中的宣誓，第二種方式即將第四章所探討「利益限制條款」納入於協定中，就各種稅捐主體身分，透過客觀要件予以檢視。第三種方式則建議除利益限制條款外，各國政府得在所得稅協定中納入一般性的防杜條款，即關於主要目的測試之條款(the principal purposes test, PPT)。蓋 LOB 條款雖具有諸多清楚的要件及客觀標準，得以判斷是否有協定濫用之情形，然 PPT 條款則能提供各國一個更具彈性的認定方式。在 PPT 條款中講求對於每個個案的交易或安排進行判斷，以確認其交易或安排是否具合理的理由而

作為主要目的之一。而依據 OECD 註釋書關於 PPT 條款與 LOB 條款的適用關係，則認為 PPT 條款較類似「補充性」的地位，故即使符合 LOB 條款具有資格的居民身分，仍得適用 PPT 條款否准締約國居民適用所得稅協定。蓋 LOB 條款係以明確的法律客觀要件檢視，先就締約國居民公司的所有權進行篩選，而在 LOB 條款篩選過後之交易安排，是否實際上符合所得稅協定中各條款之目的或是否具有濫用的客觀情事，則進一步交由 PPT 條款進行審查，始能更全面地避免所得稅協定之利益受到不當取得²⁰⁸。

第二款 適用要件

第一目 所得稅協定利益之範圍

依據 PPT 條款所認為以獲取協定利益作為主要目的，而所謂協定利益之範圍為何，於 OECD 註釋書中認為所有協定條款中所生，對於所得稅負實現之限制皆為本條所稱之協定利益範圍，包含稅捐扣除、稅捐繳納期間的展延或稅款返還之利益等²⁰⁹。此外，取得所得稅協定利益的方式，包含以直接或間接方式為之，間接取得利益之情況包含以導管公司作為適用所得稅之主體，而該導管公司所獲得之利益即屬其控制公司間接取得之協定利益。

第二目 以獲取協定利益為「主要目的」

2017 年修訂之 OECD 協定範本，即將主要目的測試納入為協定條款第 29 條第 9 項之規範中：「如在考慮所有相關事證後，得合理認為納稅人係以獲取某項協定優惠，作為直接或間接產生該優惠的任何安排或交易之主要目的之一，則不能授予本協定中關於所得或財產的優惠，不受本協定任何其他條款限制。但能證明其交

²⁰⁸ OECD, *supra* note 7, at C(29)-85-C(29)-86.

²⁰⁹ *Id.* at C(29)-87.

易或安排，符合本協定相關條款的宗旨與目的者，不在此限²¹⁰。」依本條款之規定，規範要件為判斷納稅義務人之交易「主要目的」是否為獲得協定利益，然而由於其作為補充性條款的特性，實際上此要件的適用仍待締約國主管機關以個案判斷之。OECD 註釋書則特別說明，該主要目的並不需要屬於形成交易安排的唯一目的，只要其主要目的之一以獲取協定利益為目的，且不符合協定條款所欲達成之宗旨，則不應准其藉此獲得協定所生的稅捐利益。主要目的之一的判斷，則須綜合一切客觀事證，包含該交易安排之所有主體的功能判斷之²¹¹。由於 PPT 條款所適用的範圍較廣，因此其要件實具不確定性，OECD 註釋書中透過舉例，期能作為各國認定之參考，以下摘錄部分案例：

一、股份收益權轉讓案例²¹²

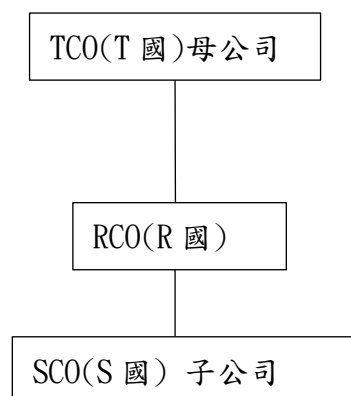


圖 5-1 股份收益轉讓關係圖


資料來源：筆者自繪

本案例為 T 國 T 公司持有 S 國 S 公司之股權，在由 S 公司直接對 T 公司為股利分配時，將於 S 國適用 25% 之稅率予以扣繳。為此 T 公司與 R 國 R 公司達成協

²¹⁰ OECD Model Convention (2017) §29 IX “Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention. “

²¹¹ OECD, *supra* note 7, at C(29)-88- C(29)-89.

²¹² *Id.* at C(29)-90- C(29)-91.



議，將 T 公司原有 S 公司的無表決權優先股三年的股利收益權利轉讓予 R 公司，T 公司仍為股權之形式名義人。此外，R 國與 S 國間具有所得稅協定，故於 S 國分派股利時，僅須繳納 5% 之扣繳稅，且 R 公司屬於利益限制條款第 2 項(c)款之有資格的居民。然而本案例仍得透過主要目的測試條款，檢驗 R 公司與 S 公司間之交易安排是否符合協定目的。透過 T 公司與 R 公司的股權收益協議看出，R 公司給付 T 公司該三年期股利之對價，實際上即與 S 公司股份三年期之股利價值相當。基於此因素，R 公司若無法證明其與 T 公司為該股利移轉安排具有其他商業考量，則因該交易安排並無法產生通常之經濟成果，因此應認為 T 公司僅是為減省扣繳稅額之目的，始為此種股權交易之安排，該形式安排係以 R 公司取得 RS 所得稅協定之利益為主要目的，故應否准此交易安排，而 R 公司不得適用所得稅協定所給予之較低扣繳稅率。

二、集團管理服務費案例²¹³

TCO 為一間 T 國上市公司，其於諸多國家皆直接或間接持有子公司。其子公司之功能，多為於子公司所屬國當地提供商業活動。TCO 於某地區擁有 5 個子公司，分別設立於 5 個鄰近國家中。今 TCO 為提供區域性的集團管理服務，例如會計、法律顧問、人資、金融、風險評估管理以及一些非金融相關的服務，因此欲在此地區內設立公司以提供上述服務。TCO 經評估後將負責區域性管理服務之子公司設於 R 國(RCO)，因經其評估後認為 R 國具有專業勞動人員、健全的法律制度、友善的商業環境、政治安定，且屬於該區域性集團的會員國、具繁榮的金融市場及全面性的租稅協定，且 R 國與上述五間子公司的所屬國都簽有協定，因此當上述此區域內之子公司給付區域管理服務費時，得適用 R 國簽訂之所得稅協定，而享有較低的扣繳稅率。倘若 RCO 公司確有提供上述區域性集團管理服務，並有權對於自身進行的商業做出必要決策，應認為 RCO 設立具有實質的經濟目的，並實際

²¹³ OECD, *supra* note 7, at C(29)-90- C(29)-93-94.

擁有相關資產且承擔相對應之風險，且該管理服務的提供是持續由該公司本身的勞工予以完成。因此，在這種情況下倘若否定 R 公司與 5 個子公司的所得稅協定優惠並不合理。綜上，本案例中雖 RCO 的設立得適用相關所得稅協定而降低稅負，然而並不能認為此為 RCO 設立的主要目的，故不得以主要目的測試條款排除其適用協定利益之資格。

三、股利及利息相關案例²¹⁴

TCO 為 T 國上市公司，在全球經營跨國性業務。然而由於交通、時差及語言差異，使得 TCO 對於外國子公司管理不易。因此 TCO 考量建立一區域性據點，因應 R 國具有國際貿易及金融之發展性，同時具有高質量的勞動力，故於 R 國建立 RCO，以作為發展海外商業活動的據點。RCO 在當地從事多樣化之商業活動，包含批發、零售、製造、金融及國內外投資。RCO 擁有與其營業活動相應的人力與金融資源(例如法律、金融、會計、稅務、風險管理、審計及內控)，故得認為其具有積極的商業行為。

而在 RCO 之營業活動中，亦負責為 T 國位於 S 國子公司開發新的生產設備，並投入資本及提供貸款予 SCO，RCO 從而將取得 SCO 給付之股利及利息，而 R 國與 S 國間具有所得稅協定，故該股利及利息得適用協定優惠。在此案例中，RCO 的設立如前所述具有商業效率原因(business efficiency reasons)，且其對於 SCO 所為的投資及借款是 RCO 在 R 國所從事之營業活動範圍。因此縱使 TCO 所為設立 RCO 的交易安排，從而使 RCO 得取得所得稅協定所提供之稅捐利益，然而除有其他事證外，審酌 RCO 上述商業效率原因，應得認為 TCO 設立 RCO 的主要目的之一並非為取得 RS 國之間的協定利益。

綜合上述案型得以看出，主要目的條款須仰賴主管機關就交易安排的所有事證進行客觀審查，而難以透過單一之標準判斷其是否違反此規範。而參考 OECD

²¹⁴ OECD, *supra* note 7, at C(29)-90- C(29)-94-95.

註釋書中所舉的案例，主要判斷因素包含：交易安排之期間；交易安排之對價是否具有實質性；該國政治或經濟環境穩定性；是否具有足夠的勞動力或營運能力以獲取經濟成果；適用主體獲取之所得與其營業活動功能是否具有相當性等。本文認為，主要目的判斷實際上是透過檢視交易安排的客觀事實，以歸納或建構出納稅人背後作成該交易安排的實際意圖，以稅捐規避要件以觀，應屬於對於客觀上是否屬常規交易安排的認定，及主觀上是否具有獲取稅捐利益之意圖，此兩種要件的判斷方式。

第三項 我國法上之主要目的測試條款

我國目前已簽訂的所得稅協定條款中，多具有主要目的條款內容，而係以「利益限制條款」稱之。例如：台日協定第 26 條：「一方領域之居住者或與該居住者有關之人所從事之活動係以取得本協定利益為其主要目的或主要目的之一，該居住者不得享有他方領域依本協定所提供之減稅或免稅利益，不受本協定任何其他條文規定之限制。」依本條規範所示，與上述 2017 年協定範本內容相當，即係透過檢視納稅人所為之交易安排，是否以「獲取協定條款利益」作為其交易之主要目的。

此外財政部於 2021 年 4 月 16 日所發布之「適用所得稅協定查核準則修正草案」中，亦有參照 BEPS 行動計畫之建議將主要目的測試條款納入其中。依協定查核準則修正草案第 4 條第 5 項規定，「稅捐稽徵機關依前項規定調查、審核適用所得稅協定案件相關事實及情況，可合理認定有關之交易或安排，其主要目的之一係為直接或間接規避或減少稅負、延緩繳稅、退還稅款或獲取其他協定利益情形，且授予該等協定利益未符適用之所得稅協定條文意旨者，得依該協定有關防止協定濫用規定辦理；其未規定者，依納稅者權利保護法或其他法律有關租稅規避處理規定辦理。」按草案修正理由說明，此條款之修訂乃參照 BEPS 行動計畫第 6 號之防免協定濫用建議，將主要目的測試條款納入規範中，以補充我國目前已簽訂之部分所得稅協定中，未訂有類似條款規範的情形，因而於協定查核準則草案予以明訂，

且納稅人經認定主要目的之一為不當獲取稅捐利益後，若協定條款中未訂有進一步防止濫用規定者，得再依我國納稅者權利保護法第 7 條第 3 項一般稅捐規避防杜條款規定或相關稅捐規避條款辦理；然倘若已簽署協定中本具有類似之條款規定者，則應直接適用協定條款之規範。



第二節 本章小結

本章就 OECD 所得稅協定範本之前言與主要目的測試條款為介紹，雖主要目的測試條款亦屬於 OECD 協定範本中關於利益限制條款的範疇，然而其規範要件較彈性，本文認為其應屬於補充性條款之性質，因此未納入前述章節中介紹。「主要目的測試條款」實際上是賦予締約國機關極大的權限，須於個案中綜合所有交易客觀事證，判斷該納稅人所形成的交易安排，是否以獲取協定利益為主要目的之一，而有違反所得稅協定目的之可能。我國近期透過財政部所頒布之「適用所得稅協定查核準則修正草案」亦將此條款明文納入規範當中，其立法意旨乃參考 OECD 註釋之建議進行修正，並提供主管機關於後續審酌納稅人申請適用所得稅協定資格之參考，對此修正方向本文予以肯認。

然而本文認為，主要目的測試條款之草案範圍實涉及納稅人主張適用所得稅協定之主體資格而與其納稅義務相關，因此不應僅由協定查核準則予以制定；且 PPT 條款之適用須綜合所有交易安排事實，而須投入大量行政成本，故仍應結合前章之 LOB 條款中有資格的居民相關客觀要件，始能更有效地進行判斷。而根本上的作法，得透過內國法的方式納入反協定競購條款，並將主要目的測試落實於內國法的範疇中。否則主要目的測試條款本質上僅屬於我國一般防杜條款中關於常規交易及主觀稅捐規避意圖的輔助判準，規範性質應僅屬於補充性條款的地位，故僅有 PPT 條款單獨的法規範，實難以落實對協定競購行為的防杜。而在第四章中參照德國所得稅法之反協定競購特別防杜條款內容，其中亦包含 PPT 條款之意旨，判斷納稅人是否以取得協定利益作為主要目的之一，故本文認為，於我國所得稅法中應參考德國法之立法方式，建立相關特別稅捐規避行為防杜條款，結合 LOB 條款及 PPT 條款之內容，以期更完善地防杜所得稅協定競購行為。



第六章 結論

本文研究主題為所得稅協定與協定競購行為的防免，所得稅協定之起源係為保障納稅人進行跨國交易時，其經濟成果常須受到多個國家予以課稅，而產生相較於境內交易更高的交易成本，因此為促進跨國交易的進行，雙邊國家始透過預先協議的方式，將雙邊國家的稅捐管轄權在特定的情況下予以限縮或調整，避免國際間雙重課稅的情況，並促進跨國交易的進行。然而所得稅協定競購行為的出現，卻根本性地違背原欲達成促進雙邊交易的協定本旨，甚至間接產生「雙重不課稅」的情形。在全球化的貿易體制下，此種不當適用所得稅協定的情形，應受到關注並予以防杜，以避免納稅人藉由此種方式，造成我國稅基的流失，本文研究核心即圍繞於所得稅協定競購行為的防免。

本文第二章就所得稅協定與所得稅協定競購行為之基本概念與定義予以說明。本文認為，我國所得稅協定之性質，參照司法院大法官第 329 號解釋，由於涉及人民權利義務與國家重要事項之國際書面協定，應屬於「法律」位階，然而實際檢視所得稅協定之締結與生效程序，僅依稅捐稽徵法第 5 條之規定，由我國財政部以外交換文的方式為之，在簽署後並未經由立法院審議程序，即發生效力；此外關於納稅人適用所得稅協定之規範，亦僅透過「適用所得稅協定查核準則」作為依據。本文認為，我國所得稅協定之締結生效方式與適用規範，皆與稅捐法律主義有違，應予以檢討。


所得稅協定競購行為屬於稅捐規避的性質，在我國法上雖得適用我國稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項及納稅者權利保護法第 7 條第 3 項之一般稅捐規避防杜條款規定作為防杜方式。然而所得稅協定競購行為，涉及所得稅協定相關國際稅捐事務的認定，例如受益所有人或導管公司的認定，我國現行稅法規範皆未有明確定義，因此應有建立特別防杜條款的必要性存在。而在建置特別防杜條款之前，本文認為應就所得稅協定競購行為的態樣與以介紹，有鑑於此稅捐規避的型態，係以「稅捐主體」身分的轉換作為核心，因此本文嘗試以「個人」與「營利事業」此兩種層面

的稅捐主體分別進行探討，並藉此分析兩種稅捐主體為所得稅協定競購行為時，具有何種特徵，同時找尋兩種稅捐主體皆能共通適用的防杜方式。

本文第三章即針對「個人」作為所得稅協定競購行為的主體時，常見的交易安排方式進行介紹。由於個人居民的稅籍認定，往往涉及該自然人之住所，乃至於經濟生活重心的判斷。因此，在協定競購行為中，個人常見以住所移轉或透過架設「導管公司」的方式進行。首先參照 OECD 所得稅協定範本之建議，得透過協定條款的方式，確認欲適用我國所得稅協定之主體，為該所得之「受益所有人」，而其認定方式主要以反面排除的方式為之，排除代理人、代表人或導管公司此種對於其獲取之所得不具有使用與決策權之主體。此外，本文認為我國現行特別稅捐規避防杜條款，包含所得稅法第 14 條之 3 第 1 項反隱藏性盈餘分配條款及所得基本稅額條例第 12 條之 1 個人 CFC 條款，雖與協定競購行為具有關聯性，然仍不足以作為我國內國法個人所得稅協定競購之防免措施，因此本文認為除仰賴所得稅協定之防杜方式以外，或可建置反協定競購行為之特別防杜條款，透過內國法的方式進行防免。

本文第四章則針對營利事業為所得稅協定競購行為之稅捐主體進行介紹，而在營利事業的方式中，跨國集團亦時常透過在交易安排中插入一個與經濟活動並無關連性之導管公司，僅為將所得實現於得以適用所得稅協定的特定國家，而達成獲取稅捐減免之目的。為防杜此種稅捐規避態樣，得透過所得稅協定條款或內國稅法兩種路徑加以防制。OECD 所得稅協定範本中除受益所有人條款外，更建議締約國納入「利益限制條款」中關於「有資格的居民」判斷之客觀要件，在該條款的建置下使得欲適用所得稅協定之營利事業主體，須通過「所有權測試」與「稅基侵蝕測試」兩種層面的檢驗，始能認為屬於有資格適用所得稅協定的主體，更全面性地防杜協定競購行為。

除上述以所得稅協定條款作為防杜方式之外，德國所得稅法更透過反所得稅協定競購行為特別防杜條款，落實此種稅捐規避行為的防免。其作法實際上亦參照



OECD 協定範本之建議，主要係透過「主體範圍」與「事物範圍」的測試，確保適用所得稅協定之主體身分與經濟活動實質性，並輔以主要目的測試作為考量。本文認為，由於我國目前已簽署的所得稅協定條款中，皆僅有概括性的反濫用條款；且我國所得稅法上現有的特別防杜條款，皆難以防杜境外營利事業利用導管公司作為形式安排，進而適用我國所得稅協定以減免其扣繳稅義務之情形，故應參照德國所得法之立法模式，於內國法中制訂特別稅捐規避防杜條款，以更明確地落實所得稅協定競購行為的防免。

本文第五章為所得稅協定範本中，對於協定競購行為防免的概括規範，在 BEPS 行動方案第 6 號中認為，主要目的條款(PPT)的設置得作為此種協定濫用行為的防免方式；而我國於 2021 年 4 月 16 日所發布的「適用所得稅協定查核準則」修正草案中，亦將主要目的條款納入規範當中；本文就查核準則的修正，參照 OECD 所得稅協定範本與 BEPS 行動方案之建議，作為其修法方向實為贊同，然而本文認為，主要目的條款的判斷，實際上仍須倚賴稅捐機關就個案中所有課稅事實與交易安排，進行綜合考量，因此本條款的法規定位應屬於「兜底式」的補充性條款地位，並不足以取代特別防杜條款的建置。

綜上所述，本文參考德國所得稅法第 50d 條第 3 項之規範，認為應於所得稅法中新增第 43 條之 5「反所得稅協定競購行為」之特別防杜條款，始能更明確地就此種稅捐規避的態樣予以防免，期能作為我國未來所得稅法修正之方向。



參考資料

一、中文文獻（按作者姓名筆劃排序）

（一）書籍

- 丘宏達，陳純一（修）（2012），《現代國際法》，修訂三版，臺北：三民。
- 李建良（2014），〈論國際條約的國內法效力與法位階定序：國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務》，第8輯上冊
- 林廷機，龔新傑，文大中，蔡宜靜，王怡華（2015），《公司內部人義務與資訊揭露》，臺北：新學林。
- 陳敏（2019），《稅法總論》，臺北：自刊。
- 陳清秀（2019），《國際稅法》，四版，頁194-195，臺北：元照。
- 葛克昌（2005），《稅法基本問題：財政憲法篇》，臺北：元照。
- 劉連煜（2016），《新證券交易法實例研習》，增訂十四版，臺北：自版。

（二）期刊文獻

- 王震宇（2016），〈對外條約締結程序邁向法制化之新頁：簡評「條約締結法」〉，
《月旦法學雜誌》，253期，頁131-142。
- 谷口勢津夫（著），蔡孟彥（譯）（2016），〈日本稅基侵蝕與利潤移轉(BEPS)對策基本內容〉，《財稅研究》，45卷4期，頁37-46。
- 林其玄（2016），〈稅捐規避行為可罰性之探討〉，《國立中正大學法學集刊》，50期，頁1-52。
- 林恆鋒、陳敬宏（2014），〈國際稅法界數十年來最大變革，OECD出招解決稅基侵蝕問題〉，《稅務旬刊》，2252期，頁34-41。

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 127-163。

柯格鐘（2009），〈稅捐規避及其相關聯概念之辨正〉，《月旦財經法雜誌》，19 期，頁 67-101。

柯格鐘（2014），〈論稅捐規避行為之立法與行為的類型化〉，《興大法學》，15 期，頁 28-98。

柯格鐘（2017），〈國際租稅之原理原則與實際計算〉，《月旦法學雜誌》，268 期，頁 110-134。

梁建道（2017），〈實際管理處所制度（PEM）立法介紹〉，《財稅法令半月刊》，40 卷 18 期，頁 34-46。

陳衍任（2018），〈實際管理處所在適用上的爭議問題〉，《月旦會計實務研究》，3 期，頁 22-33。

陳衍任（2018），〈適用租稅協定請求退還溢扣繳稅款問題之研究〉，《月旦財稅實務釋評》，2 期，頁 33-46。

陳清秀（2011），〈租稅協定相關問題之探討〉，《法令月刊》，62 卷 5 期，頁 73-102。

陳清秀（2015），〈稅捐規避行為之探討〉，《月旦法學教室》，156 期，頁 39-48。

陳清秀（2020），〈租稅協定之適用問題：以臺英租稅協定之適用為例〉，《月旦法學教室》，212 期，頁 52-59。

黃士洲（2020），〈外商投資台灣適用租稅協定的實例分析：以常設機構及營業利潤為中心〉，《月旦會計實務研究》，30 期，頁 30-38。

黃茂榮（2007），〈重複課稅〉，《植根雜誌》，23 卷 5 期，頁 1-26。

黃異（2006），〈國際法在國內法領域中的效力〉，《臺灣海洋法學報》，5 卷 1 期，頁 209-290。

黃源浩（2013），〈論國際稅法中的「受益所有人」概念〉，《東海大學法學研



究》，39 期，頁 39-97。

黃俊杰（2020），《租稅協定之定位與效力—最高行政法院 109 年度判字第 103 號

行政判決》，〈月旦裁判時報〉，102 期，頁 28-29。

葉佩穎（2018），〈受控外國企業及實際管理處所之專題探討〉，《月旦會計實務研

究》，3 期，頁 13-21。

(三)學位論文

謝政憲（2016），《重建我國不合營業常規移轉訂價法制》，國立成功大學法律學

系研究所碩士論文。

二、英文文獻（按作者姓氏排序）

(一)書籍

BROE, LUC DE (2008), INTERNATIONAL TAX PLANNING AND PREVENTION OF ABUSE: A STUDY UNDER DOMESTIC TAX LAW, TAX TREATIES AND EC LAW IN RELATION TO CONDUIT AND BASE COMPANIES (IBFD).

DOERNBERG, RICHARD L. (2015), INTERNATIONAL TAXATION IN A NUTSHELL (10th ed. West Academic).

FINNERTY, C., MERKS P., PETRICCIONE M., RUSSO R. (2007), FUNDAMENTALS OF INTERNATIONAL TAX PLANNING (Raffaele Russo ed. IBFD).

ISENBERGH, JOSEPH (2005), INTERNATIONAL TAXATION (2nd ed. Foundation Press).

LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J., STARINGER, C. (eds.). (2012), THE IMPACT OF THE OECD AND UN MODEL CONVENTIONS ON BILATERAL TAX TREATIES (Cambridge Tax Law Series).

LYMER, A., HASSELDINE J.(2002), THE INTERNATIONAL TAXATION SYSTEM (Kluwer

Academic).

PANAYI, CRISTIANA HJI (2007), DOUBLE TAXATION, TAX TREATIES, TREATY SHOPPING
AND EUROPEAN COMMUNITY (Kluwer Law International).

ROHATGI, ROY (2005), BASIC INTERNATIONAL TAXATION, RICHMOND VOLUME I:
PRINCIPLES (2nd ed. Richmond Law & Tax).

VEGA BORREGO, FÉLIX ALBERTO (2006), LIMITATION ON BENEFITS CLAUSES IN DOBLE
TAXATION CONVENTIONS (Kluwer Law International).

WEEGHEL, STEF VAN (1998), THE IMPROPER USE OF TAX TREATIES (Kluwer Law
International).

(二)OECD 資料

Multilateral Convention to Implemsnt Tax Treaty Related Measures to Prevent Base
Erosion and Profit Shifting [https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-
convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf](https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf)

OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 -
2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD
Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate
Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit
Shifting Project, OECD Publishing, Paris,
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>

OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version),
OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/g2g972ee-en>.



(三)聯合國資料

United Nations(2017), Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf

(四)期刊論文

Jiang, Q. (2015), *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project*, 69 BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, 1-27.

Narotzki, D. (2017), *Tax Treaty Models - Past, Present, and a Suggested Future*, 50 AKRON LAW REVIEW 384-417.

Liebman, Howard M. (1978), *A Formula for Tax-Sparing Credits in U.S. Tax Treaties with Developing Countries*, 72 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 296-316.

(五)學位論文

Nilsen, K. R. H. (2013), *The Concept of Tax Sparing: A General Analysis, and an Analysis and Assessment of the Various Features of Tax Sparing Provisions* (Master thesis, University of Oslo). Oslo: University of Oslo.

Thorne, D. (2013), *The Double Irish and Dutch Sandwich Tax Strategies: Could a General Antiavoidance Rule Counteract the Problems Caused by Utilisation of These Structures?* (LLM Research Paper, Victoria University of Wellington). Auckland: Victoria University of Wellington.

(六)網路資料

Daniel W. Blum, Treaty shopping and prevention in a post-BEPS world: Part I, International Tax Report, <https://www.internationaltaxreport.com/investment-and->

[indirect-taxes/treaty-shopping-and-prevention-in-a-post-beps-world-part-i-126400.htm](#) (last visited: Jul. 20, 2021)

Draft law proposes changes to anti-treaty shopping rules, Deloitte,

<https://www.taxathand.com/article/15712/Germany/2020/Draft-law-proposes-changes-to-anti-treaty-shopping-rules> (last visited Jul. 20, 2021)

Lars H. Haverkamp, Germany: New Legislation on WHT Relief, Anti-Treaty Shopping and Transfer Pricing, Bloomberg Tax, <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/germany-new-legislation-on-wht-relief-anti-treaty-shopping-and-transfer-pricing> (last visited Jul. 20, 2021)

Reuven S Avi-Yonah, Christiana Hji Panayi (2010), Rethinking Treaty Shopping: Lessons for the European Union., Law & Economics Working Papers, https://repository.law.umich.edu/law_econ_current/art7 (last visited: Jul. 20, 2021)

Saurabh Jain, John Prebble, Allegra Crawford, Conduit Companies, Beneficial Ownership, and the Test of Dominionin Claims for Relief under Double Tax Treaties, <https://www.business.unsw.edu.au/About-Site/Schools-Site/Taxation-Business-Law-Site/Documents/PREBBLE-John-et-al-Conduit-Companies-Beneficial-Ownership-and-the-Test-of-Dominion-in-Claims.pdf> (last visited: Jul. 20, 2021)

Signatories and Parties (MLI Positions), <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> (last visited: Sep. 9, 2021)

Tighter German Anti-Treaty Shopping Rules, ebnerstolz,

https://www.ebnerstolz.de/en/1/0/3/8/4/2/tighter_german_anti-treaty-shopping_rules.pdf (last visited Jul. 20, 2021)

Treaty Shopping, <https://www.lowtax.net/features/Treaty-Shopping-572028.html> (last visited: Jul. 20, 2021)





三、德文文獻

(一)書籍

- Rudof, M. (2012). Treaty Shopping und Gestaltungsmissbrauch: zugleich ein Beitrag zur Identifizierung und Bewältigung kollidierender Missbrauchsmaßstäbe im deutschen, europäischen und internationalen Steuerrecht. Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Schaumburg, H. (Hrsg.)(2017). Internationales Steuerrecht (4.Aufl., Bd. 2). Köln: Dr. Otto Schmidt.
- Tipke, K./Lang, J. (Hrsg.)(2018). Steuerrecht (23.Aufl.).Köln: Dr. Otto Schmidt.

(二)期刊文獻

- Beutel, D./Oppel, F. (2021). Verschärfung des § 50d Abs. 3 EStG im Fahrwasser der EuGH-Rechtsprechung? *Deutsches Steuerrecht*, 1017-1025.
- Jochimsen, C./Gsödl, M. (2021). Die geplante Reform des § 50d Abs. 3 EStG im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zum Begriff des Nutzungsberechtigten und zum Missbrauch. *Internationales Steuerrecht*, 387-395.
- Schönfeld, J./Erdem, E. (2021). Die geplante Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG durch das AbzStEntModG. *Internationales Steuerrecht*, 189-198.



附錄一

所得稅法第 43 條之 5 立法建議：

「I.營利事業或教育、文化、公益、慈善機關或團體如有以下情形，不得適用依據所得稅協定所賦予的稅捐減免：

- 1.其股東或依該法人組織規章享有受益權之人，在直接取得我國來源所得之情況下，無權享有相同的稅捐減免且；
- 2.營利事業或教育、文化、公益、慈善機關或團體經濟活動與其所取得之來源所得間不具有實質關聯性；單純獲取所得，或僅對於股東或其受益人為所得移轉，或從事與其商業目的不相當的形式交易安排，皆非屬經濟活動。

II.營利事業或教育、文化、公益、慈善機關或團體得證明，其設立並非以獲得稅捐利益作為主要目的之一；或其主要的股份實質且經常性地在一個受認可的證券交易市場中進行交易者，不適用前項規定；但稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項及納稅者權利保護法第 7 條第 3 項，不受影響。」