

## CFC 法制中關於實質營運活動認定之消極性所得概念應設有除外規定

陳敬宏

### 壹、引言

財政部在 2016 年年初提出所得稅法第 43 條之 3、第 43 條之 4 修正草案，參考其他國家立法經驗，引進二個重要反避稅制度：受控外國企業（CFC）<sup>1</sup>及實際管理處所（PEM）制度，並送請立法院審議。立法院在 2016 年 7 月 12 日迅速完成該修正草案之三讀立法程序<sup>2</sup>，並經總統於同月 27 日公告，惟施行日期另由行政院定之。

財政部基於所得稅法第 43 條之 3 第 5 項、第 43 條之 4 第 4 項以及第 80 條第 5 項之授權，並依照行政程序法第 154 條第 1 項之規定，於 2016 年 11 月 9 日以台財稅字第 10500631360 號令預告訂定「受控外國企業適用辦法」及「實際管理處所適用辦法」草案（以下合稱「二草案」）。二草案之全文已刊登於 2016 年 11 月 14 日出版之行政院公報<sup>3</sup>，自刊登之隔日起算 30 日為預告期間，各界有任何意見或修正建議者，得於預告期間內向財政部陳述意見。

所得稅法第 43 條之 3 第 1 項關於受控外國企業僅訂有二款除外情形<sup>4</sup>，依該條項規定，營利事業及其關係人直接或間接持有在中華民國境外低稅負國家或地區之關係企業股份或資本額合計達 50% 以上或對該關係企業具有重大影響力者（按：此時該關係企業即為 CFC），除符合下列各款規定之一者外，營利事業應將該 CFC 當年度之盈餘，按其持有該 CFC 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：(1)CFC 於所在國家或地區有「實質營運活動」。(2)CFC 當年度盈餘在一定基準以下。但各 CFC 當年度盈餘合計數逾一定基準者，仍應計入當年度所得額課稅。

上述第(2)款情形，除係基於主管機關稽徵成本效益之稅政考量外，對營利事業而言，若 CFC 當年度盈餘在一定基準以下，即使計入營利事業當年度所得額課稅，稅額影響亦較為有限。因此論其實際，對營利事業影響較大者，係當年度已經有相當盈餘之 CFC，其盈餘是否應依所得稅法第 43 條之 3 計入課稅之問題，亦即與營利事業課稅利益較為攸關者為第(1)款情形：CFC 於所在國家或地區是否有「實質營運活動」之認定。

本文所欲討論者，即係目前預告訂定之「受控外國企業適用辦法」中就 CFC 是否有實質營運活動認定標準之「消極性所得」概念是否可再予以補充（是否應有一明確之範圍及除外規定）；為說明起見，亦將簡介美國聯邦所得稅法中關於受控外國公司法制規定的 Subpart F Income 之種類與除外規定，期能拋磚引玉，作為各界之參考。

### 貳、美國法的 CFC 稅基計算與台灣法的 CFC 除外規定

如上所述，於所得稅法第 43 條之 3 生效後，原則上營利事業之 CFC 的盈餘，均應依該條規定之方式計入營利事業之所得課稅，但若該 CFC 於所在國家或地區有「實質營運活動」，則免依所得稅法第 43 條之 3 計入課稅。

<sup>1</sup> CFC 一般習稱為「受控外國公司」，然而由於財政部依照所得稅法第 43 條之 3 第 5 項所訂定之法規命令草案中，將 CFC 稱之為「受控外國企業」，因此本文以下亦依財政部草案，以「受控外國企業」指稱 CFC。

<sup>2</sup> 目前所得稅法第 43 條之 3 關於受控外國企業之規定僅適用於營利事業而不及於個人，為避免利用個人名義設立 CFC 方式規避稅負，行政院另擬具建立個人 CFC 制度之所得基本稅額條例修正草案送請立法院審議中。

<sup>3</sup> 依財政部於函令中之說明 該二草案全文亦已置放在該部主管法規查詢系統網站(網址：<http://law-out.mof.gov.tw>)「草案預告論壇」項下網頁供參考，亦可逕連結：<http://law-out.mof.gov.tw/DraftOpinionTemp.aspx?id=106>。

<sup>4</sup> 該二款除外情形，在財政部所預告訂定之「受控外國企業適用辦法」第 5 條之立法理由中稱之為「豁免」規定。

關於 CFC 是否有實質營運活動之認定，乍看之下為一「有無」之問題，從而看似一「質」的判斷。然而財政部於 2016 年 8 月間，為二草案之擬定，於北中南各地所舉辦之各場座談會中，均已說明其將以「消極性所得」占一 CFC 收入之百分比，作為該 CFC 是否有實質營運活動之判斷標準，亦即操作上將採用「量」的判斷為決定標準。2016 年 11 月 9 日財政部所預告訂定之「受控外國企業適用辦法」第 5 條第 2 項中，亦已明定將採用「消極性所得」在一定之百分比以下（請詳下述）作為決定 CFC 是否有實質營運活動之判斷標準。

此處應該說明者為，在 CFC 法制發源地之美國，與上述「消極性所得」概念差堪比擬之所得，係 Subpart F Income 中的外國私人控股公司收入（foreign personal holding company income）<sup>5</sup>。然而在美國稅法上，並不會因為 Subpart F Income 在一定比例以下，就排除 CFC 法則之適用。質言之，在美國聯邦所得稅法下，不論一個 CFC 有無實質營運活動，其美國股東均可能因持有 CFC 股份而被額外課徵聯邦所得稅<sup>6</sup>，此與目前財政部所預告訂定之「受控外國企業適用辦法」第 5 條第 2 項有明顯之不同。

我國 CFC 法制與美國聯邦所得稅法另一個明顯之不同係，後者之規定並非規定將一 CFC 之全部盈餘均依比例計入控制該 CFC 的美國股東的年度所得課稅<sup>7</sup>，而僅係將該 CFC 之盈餘中約略相當於上述「消極性所得」之部分（亦即該 CFC 的 Subpart F Income）依比例計入控制該 CFC 的美國股東的年度所得課稅。亦即，美國聯邦所得稅法上，一個 CFC 的 Subpart F Income 高低僅影響持有該 CFC 的美國股東依比例計入課稅部份的「稅基多寡」，而不會影響該 CFC 的盈餘是否被「除外不課」。

目前財政部所預告訂定之受控外國企業適用辦法，消極性所得之高低係影響該 CFC 的盈餘是否被「除外不課」，而非如美國之規定，僅影響 CFC 依比例計入課稅部份的「稅基多寡」。受控外國企業適用辦法第 5 條第 1 項規定：「符合第二條規定之受控外國企業，於所在國家或地區有實質營運活動或當年度盈餘在規定標準以下者，得免依本法第四十三條之三規定辦理。」此項僅為所得稅法第 43 條之 3 第 1 項除外規定之重述。而受控外國企業適用辦法第 5 條第 2 項規定：「前項所稱有實質營運活動，指受控外國企業符合下列條件者：一、在設立登記地有固定營業場所，並僱用員工於當地實際經營業務。二、當年度股利、利息、權利金、租賃收入、出售資產增益等消極性所得合計數占營業收入淨額及非營業收入總額合計數低於百分之十，但屬海外分支機構相關收入及所得不納入計算。該受控外國企業以經營銀行及保險為本業取得之利息收入或將其於設立登記地自行研發之無形資產授權取得之權利金收入及出售該無形資產之增益，不納入計算。」<sup>8</sup>依其立法理由，第 5 條第 2 項規定所定之二項條件應同時符合，方能除外；僅符合其一者，仍無法除外。

綜上所述，只要一 CFC 的「消極性所得」合計數占其營業收入淨額及非營業收入總額合計數大於或等於 10%，則該 CFC 就非為有實質營運活動之 CFC，從而其盈餘應該依所得稅法第 43 條之 3 計入課稅。此外，由於過往國人習於設立海外控股公司，該等控股公司若有獲配之股利（財政部已明示股利為消極性所得），很容易因為股利高過於 10% 門檻，而使得該控股公司被認為非為有實質營運活動之 CFC，因此本款規定之實務影響將甚為鉅大。職是之故，CFC 法制中關於實質營運活動認定之「消極性所得」概念是否應有明確之範圍及除外之規定，值得各界進一步思考。

### 參、美國 Subpart F Income 中的除外規定

<sup>5</sup> 美國的 CFC 法制並非將 CFC 之全部盈餘均計入控制該 CFC 的美國股東所得課稅，而僅將特定盈餘計入。該等特定盈餘，依其所在章節之位置，被稱為 Subpart F Income。另應說明者為：美國聯邦所得稅法上的 Subpart F Income，不限於「消極」之所得，而尚包括為了避稅之目的移至外國之積極銷售所得等，因此與受控外國企業適用辦法中之消極性所得概念，並不完全相當。

<sup>6</sup> 美國聯邦所得稅法中的美國股東（United States shareholders）專指持有 CFC 的 10% 以上的投票權之美國人（請參閱美國聯邦所得稅法第 951 條(b)）。

<sup>7</sup> 美國聯邦所得稅法上的 CFC 係指一年中有任何一天其 50% 以上的投票權或資本額被美國股東所持有之外國公司。

<sup>8</sup> 該條項但書以下規定之立法理由為：「又本法第四十三條之三立法目的，係就受控外國企業於所在地未從事實質營運活動而保留盈餘遞延課稅情形予以規範，為避免於所在地無實質營運活動之受控外國企業，藉合併位於其他國家分支機構之收入及所得，降低消極性所得占比而豁免適用，爰於計算消極性所得占比時，排除分支機構之收入及所得；另參考國際間規範，以經營銀行及保險為本業取得之利息收入或將其於設立登記地自行研發之無形資產授權取得之權利金收入及出售該無形資產之增益，不納入計算。」

如上所述，美國聯邦所得稅法中，僅將 CFC 的 Subpart F Income 依比例計入控制該 CFC 的美國股東的年度所得課稅，我國則原則上將 CFC 的經過一定調整後之「當年度盈餘」<sup>9</sup>，均依所得稅法第 43 條之 3 規定之方式計入控制該 CFC 的營利事業之所得課稅，二者有甚大之不同。

質言之，我國的「消極性所得」高低係影響一 CFC 的盈餘是否被「除外不課」，而非僅影響該 CFC 的「稅基多寡」，因而影響更大。然而受控外國企業適用辦法中就何謂消極性所得並無定義，僅在第 5 條第 2 項規定中提及「當年度股利、利息、權利金、租賃收入、出售資產增益」等消極性所得<sup>10</sup>。其中股利、利息、權利金、租賃收入、出售資產增益等項目為法律上之列舉或例示規定，並不清楚，且同條項又將特定之利息收入及權利金收入等項目排除不列為消極性所得，因此該等所得是否均能夠僅由其項目名稱，判斷是否為消極性所得，易生疑問。雖然實務上可能認為，何謂消極性所得，若有爭議，亦可採個案具體認定；然而，考量消極性所得之認定影響甚大，即使僅有潛在之爭議可能，筆者以為，我國 CFC 法制中之「消極性所得」仍應事先劃定一較為明確之範圍。

為劃定上述「消極性所得」範圍之參考，本文以下謹簡要說明 CFC 法制發源地之美國，其 CFC 法制中之 Subpart F Income，與我國規定最為相近者之內容。囿於篇幅，本文僅能臚列各種 Subpart F Income 之種類與概說。由以下簡介可以清楚地看出，美國聯邦所得稅法上的 Subpart F Income 確有劃定範圍並設有除外規定。

依美國聯邦所得稅法第 952 條，Subpart F Income 包括：該法第 953 條所規定之「保險收入（insurance income）、該法第 954 條所規定之外國基地公司收入（foreign base company income）、以及 CFC 在美國所不承認或抵制之國家所行之賄賂或回扣或其他收入等。其中外國基地公司收入（foreign base company income）為 Subpart F Income 中最重要的項目，又可分為：

- 一、外國私人控股公司收入（foreign personal holding company income）：請參考美國聯邦所得稅法第 954 條(c)(1)之原則規定<sup>10</sup>，其下又包含特定條件之下列項目：
  1. 股利等：包括股利、利息、權利金、租金、年金等
  2. 特定財產交易所得
  3. 大宗商品交易
  4. 外幣交易
  5. 相當於利息之所得
  6. 名日本金契約所得
  7. 替代股利之給付
  8. 私人服務契約
- 二、外國基地公司銷售收入（foreign base company sales income）：請參考美國聯邦所得稅法第 954 條(d)(1)之原則規定。本條規定主要係在處理特意於外國設立公司處理銷售事宜，透過關係公司間之交易，將銷售利潤停泊在稅率較低之司法管轄權之情形。此與我國規定之消極性收入，在目的及概念上均略有不同。
- 三、外國基地公司服務收入（foreign base company service income）：請參考美國聯邦所得稅法第 954 條(e)(1)之原則規定。本條規定主要係在處理特意於外國設立公司處理服務提供事宜，透過關係公司間之交易，將服務提供利潤停泊在稅率較低之司法管轄權之情形。此與我國規定之消極性收入，在目的及概念上均略有不同。
- 四、外國基地公司石油相關收入（foreign base company oil related income）：請參考美國聯邦所得稅法第 954 條(g)(1)之原則規定。此為美國針對石油業者之特殊規定。

針對銀行及金融業及保險業，因為此類行業的性質較為特殊，其他行業的被動收入在此類行業可能為

<sup>9</sup> 請參考「受控外國企業適用辦法」第 5 條第 5 項及第 6 條。

<sup>10</sup> 請注意第 954 條(c)(1)僅為原則性的臚列規定，其後的(c)(2)至(c)(6)項有各種說明與調整。

主動收入（例如銀行對客戶放款的利息收入），因此美國聯邦所得稅法第 954 條(h)對銀行及金融業之積極行為產生的收入作有特別規定（special rule for income derived in the active conduct of banking, financing, or similar businesses），第 954 條(i)對保險業之積極行為產生的收入亦作有特別規定（special rule for income derived in the active conduct of insurance business）。目前財政部預告訂定之受控外國企業適用辦法亦已經針對銀行業及保險業之收入作有特殊規定。

如本文前述，美國聯邦所得稅法上的 Subpart F Income，不限於「消極」之所得，而尚包括為了避稅之目的移至外國之積極銷售所得等（例如上述第(2)種及第(3)種所得），因此與受控外國企業適用辦法中之消極性所得概念，並不完全相當。各種 Subpart F Income 中，與我國消極性所得概念最接近者為上(1)所述之「外國私人控股公司收入」。

然而應注意者，針對外國私人控股公司收入，美國聯邦所得稅法第 954 條(c)中亦設有除外規定。例如，第 954 條(c)(2)(A)中規定，即使一 CFC 並非銀行或保險等金融業，若其所收受之租金或權利金等係來自該 CFC 之本業上積極行為（rents and royalties derived in active business）且係由非關係人所支付者，則亦例外地不計入該 CFC 之外國私人控股公司收入<sup>11</sup>。舉例而言，若 CFC 係以投資、出租資產或以授權為專業者，則其自非關係人處所收受之股利、租金及權利金等，可例外地不計入其外國私人控股公司收入（從而不計入 Subpart F Income）。

與上述美國聯邦所得稅法之規定相較，即可發現，雖然目前財政部預告訂定之「受控外國企業適用辦法」第 5 條第 2 項第 2 款末句中，針對銀行及保險業已規定：「以經營銀行及保險為本業取得之利息收入或將其在設立登記地自行研發之無形資產授權取得之權利金收入及出售該無形資產之增益，不納入計算。」然而同項款之首句，則仍將股利、利息、權利金、租賃收入、出售資產增益等項目均列為「消極性所得」，且並未如美國針對外國私人控股公司收入此一項目作進一步之細緻規定，亦即並未考量部份公司可能本來即係以投資、出租資產或授權為專業之情形，設有相應之除外規定。考量目前針對消極性所得所設之門檻僅為 10%，縱使主管機關於具體案件中，尚有依個案情形妥為認定之空間，然而「消極性所得」數額之認定，牽涉一 CFC 之盈餘是否應依所得稅法第 43 條之 3 計入課稅，影響鉅大，因此仍以事先有明確規定為宜。

## 肆、結論

我國之 CFC 基本法制（所得稅法第 43 條之 3）業經總統公告，雖然施行日期另由行政院定之，但考量世界各國立法趨勢，此一法制可謂已箭在弦上。目前所得稅法第 43 條之 3 第 1 項關於受控外國企業僅訂有二款除外情形，其中與廣大對外投資公司最為攸關者係一 CFC 於所在國家或地區有無「實質營運活動」之認定問題。

依財政部於 2016 年 11 月 9 日預告訂定之「受控外國企業適用辦法」第 5 條第 2 項，一 CFC 必須「當年度股利、利息、權利金、租賃收入、出售資產增益等消極性所得合計數占營業收入淨額及非營業收入總額合計數低於百分之十」者，方有可能被認為有實質營運活動。然而該條項中之股利、利息、權利金、租賃收入、出售資產增益為列舉或例示規定，並不清楚，而「消極性所得」所指範圍為何，於所得稅法中及受控外國企業適用辦法中均未有規定。本文以美國 CFC 法制中與消極性所得概念上最為接近之外國私人控股公司收入（foreign personal holding company income）為例，說明即使非銀行或保險業之 CFC 所收受之租金或權利金，亦可能因係來自其本業上積極行為且由非關係人所支付，而不計入外國私人控股公司收入。此一立法例，或可作為目前尚在預告訂定階段之「受控外國企業適用辦法」關於消極性所得規定之參考。

本文以為，由於「消極性所得」之數額認定，將影響一 CFC 之盈餘是否依所得稅法第 43 條之 3 計入課稅，影響甚大；尤其目前行政院另擬具建立個人 CFC 制度之所得基本稅額條例修正草案，送請立法院審議中，亦即我國 CFC 法制之適用範圍將擴及於個人，對實務影響更為深遠，因此「消極性所得」之範

---

<sup>11</sup> 美國聯邦所得稅法第 954 條(c)(2)(A)首句之原文為："Foreign personal holding company income shall not include rents and royalties which are derived in the active conduct of a trade or business and which are received from a person other than a related person (within the meaning of subsection (d)(3))."

圍應予明確訂定；此外本文亦建議可仿照美國聯邦所得稅法第 954 條(c)中針對外國私人控股公司收入之設計，考量於特定情形下，CFC 之盈餘可不認為係消極性所得，而設置除外規定。不揣簡陋，敬提意見，期能作為各界之參考。

(作者係理律法律事務所資深律師，本文不代表事務所之意見。)