

中税出版

美国

国际税收：

案例及资料

鲁文·S·安永南◎著
朱晓辉◎等译

中国税务出版社

F87.123.2
4

美国

国际税收：

案例及资料

鲁文·S·安永南◎著
朱晓辉◎等译

中国税务出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

美国国际税收: 案例及资料 / (美) 鲁文·S·安永南著;
朱晓辉等译. —北京: 中国税务出版社, 2009. 9
ISBN 978-7-80235-438-8

I. 美… II. ①安…②朱… III. 国际税收—研究—美国
IV. F817.123.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 152278 号

著作权合同登记号

图字: 01-2009-0859

This reprint of **Avi-Yonah, U. S. International Taxation, 1st Edition (978-1-58778-082-0)**, is published by arrangement with Thomson/Sweet & Maxwell/West/Foundation Press.
Copyright © 2006/ Thomson / Sweet & Maxwell / West / Foundation Press
Licensed for sale in **the People's Republic of China** only, not for export.

经 Thomson/Sweet & Maxwell/West/Foundation Press 许可翻印出版《美国国际税收: 案例及资料》(第一版, 978-1-58778-082-0), 作者: 鲁文·S·安永南。
仅限于在中华人民共和国境内销售。

版权所有·侵权必究

书 名: 美国国际税收: 案例及资料

作 者: 鲁文·S·安永南 著

译 者: 朱晓辉 等译

特约编辑: 育向荣

责任编辑: 王静波

责任校对: 于 玲

技术设计: 刘冬珂

出版发行: **中国税务出版社**

北京市西城区木樨地北里甲 11 号 (国宏大厦 B 座)

邮编: 100038

http: //www. taxation. cn

E-mail: taxph@tom.com

发行处电话: (010) 63908889/90/91

邮购直销电话: (010) 63908837 传真: (010) 63908835

经 销: 各地新华书店

印 刷: 北京天宇星印刷厂

规 格: 787×1092 毫米 1/16

印 张: 24.5

字 数: 395000 字

版 次: 2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月北京第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-80235-438-8/F·1358

定 价: 58.00 元

如发现有印装错误 本社发行部负责调换

献给奥利、迈克和莎拉

序 言

当今世界,跨境资本日流量超过1万亿美元,使得国际税收也成为一个个日益重要的领域。10年前,国际税收还只是个别律师的专长,他们大多数在大的金融中心执业,如纽约、华盛顿或洛杉矶。然而今天,几乎任何一笔超过一定金额的交易都会包含国际元素,想仅仅关注美国国内因素就成了一种奢望,税务律师连想都不敢想。此外,随着新的金融领域的产生(如电子商务和衍生工具),国际税收规则也在不断变化,人们试图将其纳入一种框架之中,而这种框架的基本轮廓早已存在多年之久了。

本书力图为法学教师讲授美国国际税收提供一种相对简单、易用的案例教材。众所周知,这一领域很复杂,可能比联邦税收法律的任何其他领域都复杂。因此,我尽量把握其本质,即:美国税收法律如何对待从美国境内来源取得所得的外国投资者(入境交易)、如何对待取得境外来源所得的美国纳税义务人(出境交易)。全书自始至终都围绕一个焦点,即:税收法律的具体规定如何嵌入一个较广的体系。这一体系将在导言中予以描述。因此,希望本书能有助于学生将自己研究的特定问题置于一个更大的背景之下,以便形成一种直觉,去发现问题触及哪些领域。我有意省略了几个次要领域(如规范外汇的法律法规),目的在于让学生把注意力集中在国际税收制度的基本轮廓上。其余的可以更快地在实践中学到。

本书分为导言和五大部分。导言概括了课程全貌;在学习具体章节之前或之后阅读都会受益;第一部分阐述诸如税收管辖

权、收入和扣除项目的来源地认定规则之类的一般问题;第二部分探讨入境交易税收问题(之所以放在前面,主要是因为这些问题较简单);第三部分关注转让定价,这是入境交易和出境交易所共有的,并且是如何在相互竞争的税收辖区之间切分税收收入蛋糕这一实质性国际税收问题的中心;第四部分是最难的部分,因为它涉及递延和国外税收抵免,这些是国际税收中最复杂的话题;第五部分是结束语,考察了美国税收规则和体现在 2000 多个双边税收协定中的国际税收制度之间的关系,并且还阐述了关于 21 世纪国际税收将何去何从的一些政策问题。

本书源自与查理·金逊和菲尔·怀斯特的一个合作项目,尽管我们最终决定分道扬镳,但是他们的智慧和意见为本书做出了重要贡献,为此我深表感谢(但是任何纰漏由我负责)。我还想感谢迈克·格雷兹和丹·夏维洛对本书草稿发表的有益评论。还有那些较早研读本书草稿、苦苦思索的学生们,他/她们的反馈使我获益匪浅,这些学生分别来自哈佛大学、宾西法尼亚大学、密歇根大学和纽约大学。马丁·泰托提供了无价的研究帮助,斯蒂芬·艾瑞克及其根基出版社的同事也热情相助。最后,我想把本书献给奥利、迈克和莎拉·安永南,是他们的爱和支持在写作本书的六年间自始至终地帮助了我。

作 者

导言：国际税收制度

当我还是法学院二年级学生的时候,我选修了一门被称为“国际税收”的课程。由于年轻,并带有些天真,我(未经过多的考虑)就以为有国际税收法规之类的内容。直到实际上课时,我才发现这门课的真正名称是“美国所得税的国际视角”,并且这就是这门课的话题,而不是什么“国际税收制度”。

声称没有国际税收法规已是陈词滥调了。众所周知,只有国家才有权制定税收法律,其中一些法律具有国际视角,即,它们涉及对外国人的境内所得或本国居民的境外所得的课税。而且就某个基础层面而言,声称没有国际税收法规当然也是正确的,这就是为什么本书起名为“美国国际税收”,而不是简单地叫“国际税收”。

但是,我相信(如今我年纪更大了,但愿也更睿智了)我做二年级学生时所产生的那种最初的直觉实际上是正确的。也就是说,我相信存在一种国际税收制度,即以多种方式限制各国随心所欲地采纳国际税收法律的能力的一套连贯的原则。这种制度主要体现在现存的 2000 多个双边税收协定上,但是它也蕴涵在大多数国家——包括美国——本国的国际税收法律中。

本书的目的是帮助学生掌握国际税收制度的主要轮廓,以及当涉及非居民的美国来源所得(“入境”交易)和美国居民的境外来源所得(“出境”交易)时,美国《联邦税法典》(Internal Revenue Code)如何与这种制度协调。

下文将描述国际税收制度的主要特点,以及美国税收法律如何与这种制度协调。

国际税收体系:简化提案

74 Texas L. Rev. 1301 (1996)

现今的国际税收制度是一个奇迹,但也不乏瑕疵。称之为奇迹,是因为税收是人们所能期待主权国家达成共识的最不可能的话题,这是由于在某种程度上国际税收是一种零和游戏,一个国家税收收入的“得”就是另一个国家的“失”。若一个国家的居民从另一个国家的来源地取得收入,并且

两个国家都有合法的权力对这笔收入征税,而且也有能力行使这种权利,则任何一个国家都会因赋予对方征税的首要权力而损失税收收入。

但是,与人们演绎推理出来的期望相反,现实中的的确确存在一种国际税收制度,它不仅受到近乎普遍的支持,而且反映了单个国家的税收制度中所涉及的国际层面的税收问题的复杂性。这种国际税收制度是20世纪20年代起发展起来的,当时国际联盟首先着手研究避免国际双重征税的方式,后来也体现在经济合作与发展组织(OECD)和联合国(UN)制定的税收协定范本以及基于这些范本的众多双边协定中。这种国际税收制度的存在表明,尽管每个国家都要求税收事务上的主权,但也有可能达成一个国际上普遍接受的共识,并为世界大多数税收辖区所遵循。这种国际税收制度基于自发的共识,堪称20世纪国际法的主要成就之一。

然而这个奇迹也是有瑕疵的。现今的国际税收制度也存在明显的缺点,尤其是随着世界经济的发展,20世纪20年代和30年代达成一致的那些原则变得过时了。这体现在两方面:服务于证券投资的国际流动资本市场的发展,以及一体化的跨国企业(MNEs)的兴起。因此,现今我们该重新审视占主导地位的国际税收制度,并且探究一下是否能达成一种新的共识以弥补其不足之处。

一、国际税收体系

1. 国际税收中的主动/被动(Active/Passive)的区别。

1923年,由四个经济学家组成的一个委员会向国际联盟提交了一份报告,首次阐述了国际税收管辖权所蕴涵的基本原则。报告指出,基于纳税能力的所得税无法回答各个税收辖区应考虑谁的纳税能力的问题。为回答这个问题,报告提出了“经济效忠义务学说”(Doctrine of Economic Allegiance),它体现了当代对税收管辖权的探讨。从根本上说,报告赞成“经济效忠义务”的两个基础,即:收入在哪里产生,或称为来源地管辖权;以及它在哪里消费或储蓄,或称为居住地管辖权。这两个基础为一个国家的征税提供了合理依据。

1923年的报告也阐述了双重征税的问题,即:在来源地和居住地税收辖区之间,哪一方应该享有对产生在另一方的所得征税的首要权利,而哪一方应该放弃这种权利从而承担防止双重征税的义务。根据惯例,来源地税收辖区享有首要权利,因为它通常可以首先对从本辖区取得的所得征税。但是,1923年的报告建议各税收辖区在未来的谈判中,按照产生所

得的基本经济活动是发生在来源地所在国还是居住地所在国划分所得项目,并在二者之间相应地分配对所得征税的优先权。

这些原则反映了现今人们就税收辖区如何恰当分配应纳税的所得所达成的共识。虽然来源地所在国被赋予对全部所得征税的优先权,而居住地所在国则承担防止双重征税的基本义务,但这是对来源地所在国首先征税的能力的一种妥协,并没有反映最优分配。国际税收制度所体现的终极目标是主动经营所得应该在它起源的那个国家征税(来源地所在国),而被动所得则应该在取得者所居住的国家(居住地所在国)征税。下面探讨这样划分的基本原理。

通过审查纵横交错的税收协定网络就可以清晰地看到这种共识在发挥作用。税收协定以两种方式反映出主动/被动的区别。第一,它们界定了在一个给定国家什么构成主动经营活动(“常设机构”标准),并且赋予来源地所在国对来自主动经营活动的利润课税的首要权利。对这些利润,至少只要来源地所在国已征税,居住地所在国就必须免征税:要么豁免境外来源经营所得,要么给予国外税收抵免。第二,税收协定力求尽可能地减少来源地所在国对从该国境内取得的被动所得(比如股息、利息、特许权使用费)课税,而把对被动所得课税的权利留给居住地所在国。

税收协定并不能完全达到按主动/被动这条界线在来源地所在国和居住地所在国之间划分国际税收管辖权的目标。首先,“常设机构”这个概念反映了一种折衷:并不是所有主动经营所得都应在来源地所在国纳税,而只是能归属到常设机构的所得,否则跨国企业将必须在每个国家都遵守纳税申报、缴纳税款等繁重的行政要求,哪怕在该国只有少许业务。但是,对于什么构成常设机构,制定门槛却非常低:一个办事处,甚或有权议定销售的一个代理商通常就足够了。其次,在来源地对被动所得征税的行为并没有被完全废止,而只是在大多数税收协定中都降到了最低水平。例如,《OECD1992年所得税协定范本》建议股息的税率为5%~15%,利息的税率为10%,特许权使用费的税率为0%;《1981年美国所得税协定范本》则建议股息的税率为5%~15%,利息、特许权使用费的税率为0%。这些较低的预提税税率代表了来源地所在国对外国人从本国境内取得的所得征收某种税的欲望与认为这种所得主要应当在居住地所在国征税的国际共识之间的一种折衷。在没有税收协定的情况下,对这些所得可能会适用较高的预提税税率;但是这些税率反映出这样一个事实:若没有税收协定,来源地所在国不能确信居住地所在国事实上会对所得征税,因此就妄称自己

有权课征本应在居住地所在国缴纳的税。

因而,区分主动与被动就成了现行国际税收制度的一个基本要素。这种区分反映了真正的区别吗?这里有三个理由可以证明它的确反映了真正的区别。

第一,从经济角度看,可以设想世界上的全部所得都是由价值增值公司创造的。公司是对其投资的个人的合资企业,并且以营利为目的。每个公司增加的价值都是其未分配利润的总和,外加它所支付的股息、利息、特许权使用费以及租金,而这些则代表了向投资于公司的个人分配公司收益的不同方式。投资可以是权益资本、债务资本,或有形和无形资产的形式,这取决于投资者所愿意承担的风险水平和类型。

从这个角度看,对主动经营所得征税代表了对公司利润的征税,而对被动所得征税则代表了对公司投资者之间利润分配的征税。在国际税收中的主动/被动的区分反映了这种经济分析。

第二,主动/被动的区分在某种程度上反映了人们对经营活动的控制程度。主动经营所得通常来自纳税人直接控制的经济活动。在国际范围内,它常常与外国直接投资(FDI)联系在一起。另一方面,被动所得经常是来自纳税人只有非常小的表决控制能力的经营活动。例如公司的小股东,或者与公司的关系中没有任何控制要素的第三方贷款人。但是,被动所得(就公司收益的分配而言)也可能是控制基本经营活动的人赚取的,比如当控股股东从其公司中取得股息或利息时。这种类型的被动所得(与直接投资相关联)经常受到与被动证券所得不同的对待,但是依照现今的共识,主要还是在控股股东的居住地所在国对其征税,而不是在公司从事经营活动的国家征税。在下面的讨论中,“证券所得”这个术语专指与控制权无关联的被动所得。

第三,主动/被动的区分很重要,因为从本质上讲,这与区分作为公开上市公司的一方同作为个人、密切关联公司,以及其他法律实体的另一方是重叠的。世界上的很多主动所得都是大型上市公司赚取的,若是在国际背景下考察,是由跨国公司赚取的;世界上的很多被动所得则是直接由个人或通过密切关联公司或“壳”实体(pass-through entity)赚取的。下面我们就探讨一下这种实证式区分的重要性。

2. 这种共识有根据吗?

如果区分主动/被动反映了某种经济现实,那么为什么要以来源地为基础对主动所得征税,而以居住地为基础对被动所得征税呢?1923年的国

际联盟报告试图分析哪种类型的所得更多地来自在哪个税收辖区从事的经营活动,但是这种类型的分析遭到当代经济学家的驳斥,他们怀疑,从逻辑意义上讲,所得是否可以被说成是从一个来源而不是另一个来源取得的。相反,如果我们考察一下两个极端的替代方式:在居住地所在国对全部所得征税,以及在来源地所在国对全部所得征税,我们就能更好地理解区分主动/被动背后所蕴涵的逻辑。

罗伯特·格林最近提出废除来源地原则税收,其根据是它与现代的支付能力观念不一致。实际上,因为来自一个来源地的所得不能充分地衡量支付能力,而只能用“从无论哪个来源地取得的全部所得”来衡量,所以要协调来源地管辖权与基于支付能力的所得税似乎很困难。但是这种观点本身不能解释为什么居住地税收辖区应该独享对全球所得征税的权利。按纳税人的经济效忠义务来说,纳税人既有义务向居住地所在国纳税,也有义务向来源地所在国纳税。每个国家都影响纳税人的获利能力,因此每个国家都有权对纳税人的全部所得征税,这反映了纳税人的全球支付能力。但是,因为这种结果不实际,而且会造成多重征税,所以一种明智的路径是允许每个税收辖区对从本辖区内取得的所得征税(也就是说,以来源地为基础),这样,其结果会是依据纳税人的支付能力对其全球所得征税。当然,每个来源地税收辖区可能有不同的税率(包括零税率),有的税收辖区可能没有向纳税人征税或按较低税率征税,但这一事实不能自动给予居住地税收辖区对该所得征税的剩余权利。

但是,对于个人税收,较之来源地征收,人们更倾向于居住地征收,这似乎有几个确凿的根据。第一个是务实的根据:个人在任一既定时间只能身处一地。因此,个人的居住地是一个相对容易确立的概念,事实上,要为判定个人税收意义上的居住地制定明确界限规则(如美国那样,基于计算天数)是可能的。但另一方面,确立所得的来源地却很成问题,在多数情况下,所得不只有一个来源。因此,如果给予一个税收辖区向个人征税的首要权利,或者至少是对来源地未课税的所得征税的剩余权利,居住地管辖权显然是一种候选方式。

第二,因为多数个人只有一个居住地税收辖区,并且只属于一个社会,所以只有在居住国才能够有效地解决分配的问题。如果要使个人所得税通过累进税率实现显著的再分配功能,我们就有必要在计量支付能力时包括全部所得(包括境外来源所得)。对于地理位置等同的两个纳税义务人,其中只有一个在国外投资并在当地取得低税负所得,只要另一个也能享有

同样的投资选择权,那么征税不同可能就不会有横向公平的问题。但是,有些投资者国内收益低而在境外不课税的国外收益高,而有些人只有较低的国内收益,若对二者征收相同的税,就会产生显著的纵向公平的问题。这个问题也能得到解决,条件是允许居住地税收辖区基于剩余原则对未在境外课税(或者按较低的实际税率课税)的境外来源所得征税,并且允许国外税收抵免。如果给予居住地税收辖区对居民的全部所得征税的首要权利,再谈这个问题就会更简单了。

第三,在某种程度上个人的居住地与其政治效忠义务是重叠的。在民主国家里,个人有权通过自己的代表参与决定他们应缴纳多少税,这一点被认为很重要。反过来甚至意义更重大:民主的立法机构更倾向于向外国人征税,确切地说这是因为他们无法投票。因此,居住地原则税收是代表制税收制度的一种虽不完美,但却有用的代用制度。

第四,经济学家指出居住地原则税收符合资本输出中立原则的(Capital Export Neutrality)目标。这个目标要求在既定地点的投资决策不会受到税率的影响;否则,税前产生最高收益的投资项目可能因为税后收益较低而被放弃,因而会缩减全球福祉(基于分配效益)。在由税率不同的众多税收辖区所构成的世界中,按居住地所在国的税率对所有投资者征税能最大限度地实现资本输出中立。

那么,为什么不像格林教授所建议的那样遵循单纯的居住地原则税收呢?驳斥这种立场有两个主要根据。第一个是要实施完全的居住地原则税收,要么必须人为地判定公司的居住地,而这又不能依照个人居住地的判定方式;要么把公开上市的跨国公司的收益归属给股东(格林教授支持的一种替代方法),而这又是一项非常复杂的任务,并且可能在行政管理上行不通。

第二个反对单纯的居住地原则税收的理由是这样会造成发达国家征收过多的税收收入而发展中国家征收得太少。要说明这一点,我们参照一个只由三个税收辖区组成的格式化的世界模型:一个发达国家(如美国)、一个发展中国家(如印度)以及一个避税港(如开曼群岛)。美国的居民从美国取得主动所得,从在美国和开曼的投资中取得被动所得,并且从对一个总部设在美国的跨国公司X的投资中取得被动所得。印度的居民从印度取得主动所得,在印度为X工作取得主动所得,如果是一个精英,还会从美国和开曼取得投资所得。X在美国开发产品,在印度制造,然后在美国销售,但是它的利润却在很大程度上通过一定的渠道转移为在开曼的投资。

在这个格式化的世界里,如果所有税收都基于居住地,美国将会收到对其居民所得(主动的和被动的)课征的税,以及对X课征的全部税,或是因为X的总部设在那里(如果公司拥有一个税收意义上的居住地),或是因为X的所有股东都是美国居民而没有一个是印度居民。这样印度这个发展中国家将只能对其居民的境内所得,以及它的精英们从美国和开曼取得的所得征税,而征收对印度而言又是非常困难的。这笔所得对印度来说可能远远不够,因此在居住地原则税收制度中,印度会拒绝合作。

就这点而言,另一个极端的替代方式,即基于来源地对全部所得征税,看上去更有吸引力。在这个简化了的世界,其结果是美国对来自美国的主动和被动所得征税,包括X来自美国的所得,而印度对来自印度的主动和被动所得征税,包括X来自印度的所得(假定能够基于来源地有效地向X征税)。较之每个国家都有权对其居民的被动所得以及在境内取得的主动所得征税的制度,印度将不会从这种安排中蒙受损失,但它所放弃的是来自美国和开曼的被动所得,印度很难征收这部分所得的税收。而且,只要投资者有从印度取得的证券所得,印度还会获利。

但是,正如先前所指出的,单纯的来源地原则税收也没有吸引力。它削弱了在居住地所在国把所得税作为再分配机制来运用的能力,除非实施一种复杂的具有国外税收抵免机制的剩余居住地原则税收制度;它还切断了税收和参与政治进程之间的联系;并且它不符合资本输出中立原则。

这些理由中的任何一个用在主动经营所得上,都不能像用在被动所得上那样有说服力,确切地说是因为世界上许多主动所得都是跨国公司取得的,它们不参加投票选举,也不是任何单个社会的居民。而且,资本输出中立原则应用在跨国公司上,不像应用在证券投资上那样强有力。要说明这一点,须考虑三个原因:

第一,世界上大多数国际投资都是证券投资,跨国公司的作用尽管绝对地说仍然在增长,但相对于证券投资的增长却是缩减的。例如,在1970年,外国直接投资占美国收到的境外所得的75%;在1990年,美国来自外国证券投资的收入超出了来自直接投资的收入,尽管公司利润用于直接投资的比例从1970年的10.8%升至1990年的17.9%。流入美国的外国证券投资存在同样的现象,在1990年差不多是流入美国的外国直接投资的三倍。

第二,通过债务融资和转让定价操纵,跨国公司有能力降低在高税负辖区纳税的税率从而实现有效的资本输出中立。事实表明,只要跨国公司

能够扣除利息费用,它们就会扩张,直至在一个既定国家的资本报酬率等于跨国公司支付的全球利率(外加专属特定国家和项目的风险溢价),而且表明来源地和居住地的综合税率与这项决策无关。

第三,在应用到跨国公司上时被误导了,因为它只把资本输出中立应用在母公司恰好在美国注册成立的跨国公司,这被越来越多地认为是单纯的形式差别。正如乔·斯莱姆罗德所写的,这恰恰像对公司名称以字母A到K打头的公司与以L到Z打头的公司征收不同的税,并且禁止变更名称一样重要!若将真正的资本输出中立原则应用在跨国公司上,则要么美国必须向所有跨国公司就其全球所得征税,要么所有跨国公司必须由其居住地所在国在世界范围内征税(假定居住地所在国的判定一致)。但这两个条件哪个都不可能被满足。

来源地税收辖区对主动经营所得征税而居住地税收辖区对被动证券所得征税似乎解决了前面所说的大多数问题。基于居住地对被动所得征税与为取得大部分此类所得的个人(尤其当人们忽略联属公司取得的被动所得时)保留再分配与代表权的需要是一致的,并且也符合实现资本输出中立的目标。放弃对个人和密切关联公司取得的被动所得的来源地原则税收似乎也不可能显著地损害来源地所在国。来源地所在国对主动所得征税与为来源地所在国保留某些税收收入来源的需要是一致的,并且如果大多数此类所得都是跨国公司取得的,基于居住地对其征税的观点就不适用了。因此,现行的国际共识看起来有明显的优势,我们在思考如何使其简化并与时俱进的时候应该牢记这些优势。

二、主动/被动的区分和美国国际税收

美国国际税收制度中所体现的根本区别是本国纳税义务人(美国公民、居民、本国公司、合伙企业和信托)和外国纳税义务人(其余所有)之间的区别,政府对本国纳税义务人的世界范围的所得征税,而只对外国纳税义务人的美国来源所得征税。美国向本国纳税义务人征税是因其与美国的人身联系,即以居住地为基础,尽管美国把非居民美国公民也纳入这一类。美国向外国纳税义务人征税是因其与美国的领土联系,即以来源地为基础。这种区分所产生的一个问题是纳税义务人要在以居住地为基础纳税或以来源地为基础纳税之间做出初始选择,因为公司是根据其正式注册成立地点划分为本国公司或外国公司的,因此本国纳税义务人有可能通过把所得转到一个在境外注册成立的公司从而把所得从居住地原则税收转

换成来源地原则税收;如果所得来源于境外,结果就会逃避当期的美国税收(因为这是外国公司的境外来源所得)。美国现行国际税收制度的复杂性大多源自试图解决这个问题的努力。

1. 外国纳税义务人

主动/被动的区分反映在美国对外国纳税义务人来源于美国境内的所得征税的两种方式上:与美国贸易或经营活动实质有效关联的所得,即主动所得,是根据净额征税的,与本国企业取得的此类所得的征税是一样的。“固定的、可确定的、年度的或定期的所得”,即被动所得,名义上根据总额按相对高的税率(30%)征税。但是,来源地认定规则、法定豁免以及税收协定的综合运用,造成一般只有外国企业作为其主动经营活动的一部分而取得的此类所得才征税。

在美国,主动经营活动的征税相对简单明了。“实质有效地”与美国“贸易或经营活动”关联的所得按常规税率根据净额征税,计税基础与本国纳税义务人取得的所得一样。美国《联邦税法典》(Internal Revenue Code)中没有定义“贸易或经营活动”和“实质有效关联”这些关键术语,但是一系列税收裁定(rulings)和法院判例试图区分受这种制度规范的主动经营活动和不受其规范的单纯投资活动。特别是自1966年以来,美国一般不把外国企业在美国的被动所得按净额征税,除非企业的资产或经营活动参与创造了被动所得。此外,《联邦税法典》一项具体的规定中,未把通过美国经纪人所做的投资视为此处所指的贸易或经营活动。

一般而言,实质有效关联所得的定义符合主动经营所得的经济定义。但是,实质有效关联的所得比来源于美国的主动经营所得在某些方面更广义些,而在另一些方面则较狭义些。首先,来源地认定规则所起的作用是从美国税收辖区中排除根据税收协定的常设机构门槛不应缴纳美国所得税的所得。特别要指出的是,销售所得一般根据卖方的居住地溯源,而销售购入存货取得的所得根据所有权在哪里转让(完全受纳税义务人控制的形式特征)溯源,除非此类所得可归属给一个美国办事处或其他固定经营场所。类似的,来自国际通讯的所得和来自空间活动的所得(新加入来源地认定规则的其中两项)根据卖方的居住地溯源(因此如果卖方是外国人就不必缴纳美国税),除非可归属给一个美国办事处或固定经营场所。这些规则反映了国际共识,即:主动经营所得的来源地原则税收应该局限于超过东道国(经营地所在国)设定的最低标准的经营活

在某些情况下,美国把被动所得(反映了企业利润在投资者之间分配

的所得)视为实质有效关联的所得。例如,来自位于美国的不动产的销售的资本利得被视为实质有效关联的所得,即使外国投资者所起的完全是消极被动的作用。而在另一些情况下,不能清晰地界定是主动所得还是被动所得的视为主动所得:非实质有效关联的,但也不是“固定的、可确定的、年度的或定期的所得”(FDAP)或资本利得的美国来源所得(如非实质有效关联的存货销售)就是这种情况。

在对被动所得的课税方面很难看出美国是怎样遵循国际共识的,因为成文法规定对来源于美国的被动毛所得扣缴重达 30% 的预提税。但是,在这种情况下有必要撇开法定税率来确定一下按现行税收制度实际征税的案例究竟有多少。实际上,通过综合运用来源地认定规则、税收协定和法定豁免,没有多少外国证券投资最终缴纳这 30% 的税,而且政府也没有从这种税中得到多少收入。1990 年,美国从外国人取得的总计 160 亿美元被动所得中总共只收缴了约 20 亿美元的预提税(即只有 12.5% 的实际税率),其中包括控股股东取得的被动所得,而同时有另外 420 亿美元的被动所得根据下面阐述的规定被豁免了。

对名义税率为 30% 的预提税最明显的免责规定是利息,根据 1984 年起实施的一项免责条款,外国证券投资者取得的利息不纳税。这项免责条款的各种免责规定具有启发性:其中之一涉及在其经营的常规业务范围内向美国发放贷款的外国银行,在这种情况下,利息代表主动经营所得。另一项免责涉及向权益超过 10% 的外国股东支付的利息。这个规则反映出前面叙述的基于控制权对主动所得和证券所得所做的区分,而且它也为这些股东把股息伪装成利息设置了一些障碍。类似的,另一项规则对“或有利息”限制适用免责,或有利息与股息极其相似,因而在控股股东手中会被滥用。

此外,如果支付方的产权比率(ratio of debt to equity)过高,还有另一项规则限制向境外关联方(一般而言,设置的门槛是 50% 的普通股股权)支付的利息抵扣能力。这项“收益剥离”规则也是为阻止利息/股息的区分,防止过高比例的在美国的经营利润作为可扣除利息支付给控股股东而设计的。对于权益超过“10% 外国股东”限制和抵扣能力限制这二者的结合,意味着通过子公司在美国从事主动经营活动的外国企业不能通过利息支付降低子公司利润并免缴预提税的手段逃避美国的税收,尽管这样的结果也可以通过由境外非关联企业(只要它不是“银行”)向子公司融资的方式实现。在收益剥离规则和证券利息豁免的 10% 免责规定中都强调关联,其中所反映出的观念是境外关联方通过对自己子公司的控制在美国真正从事

主动经营活动,它取得的利息所得代表的就不仅仅是单纯的被动所得。因此,这些规则与境外母公司和子公司之间的形式上的区分是背道而驰的,尽管国际公认的常设机构的定义不会仅仅因为母公司控制子公司就把母公司视为在美国从事主动经营活动,但是它们符合把被动所得限定为证券所得的观点。

若是股息,情况就更复杂了。首先,根据美国税收协定范本,利息不缴纳预提税,但股息则不同,即使存在税收协定,股息也要在来源地纳税(税率 5% 或 15%,取决于是否支付给拥有支付方 10% 股权的股东)。其次,股息潜在着三重征税的可能,因为支付方不能扣除又必须扣缴预提税,并且在接受者手中也可能要纳税(例如,如果根据外国的来源地认定规则——这些规则往往不如美国所遵循的支付方居住地规则正式——它们被视为来源于该国境内的股息,就不能享受国外税收抵免或者豁免)。因此,作为汇回美国公司收益的一种方式,股息的税收效率非常低。

但是,即使对于股息而言,某些规则所起的作用也是降低证券股息实际按来源地原则税收制度征税的可能性。同利息一样,来源地认定规则对股息来说也是形式上的,即:股息基于支付者的居住地溯源。这意味着全部所得都实质有效地与其美国贸易或经营活动相关联的外国公司可以向外国股东支付股息而不必扣缴预提税。事实上,人们修订了来源地认定规则,从而使在某些情况下这类股息被划为来源于美国;但是在实践中,美国财政部发现不可能对外国公司支付给外国股东的股息执行扣缴,并且美国的许多税收协定都禁止这样做。为抵消这种结果,美国国会在 1986 年颁布实施了分支机构利润税,力图对外国公司从其美国贸易或经营活动中抽取的收益征收同等的税。分支机构利润税所起的作用是替代就外国公司从其美国经营活动中支付的股息(和利息)扣缴的预提税,我们应该注意(不像股息的预提税那样),它是对从事美国主动经营活动的公司征收的一种附加税,它可能会也可能不会传递给该公司的被动投资者。此外,美国尽力避免向居住地在其许多缔约国的公司课征分支机构利润税,而且事实上也没从分支机构利润税上征缴到多少税收收入。

最后,在许多情况下,股息会被伪装成利息,从而使小投资者可以从证券利息豁免中获益。尽管《1993 年税收法案》在某种程度上缩小了这个漏洞,但这种现象仍存在,例如,基于公开交易股票市值的利息。这些规则的综合运用意味着,就证券投资者而言,股息扣缴并不频繁。

要避免特许权使用费和租金的预提税比避免股息或利息的预提税略