

## 摘 要

20 世纪以来基于数据这一新型生产要素的新经济蓬勃发展，如今基于数据的经济已经成为世界经济的重要组成部分。与此同时，数字经济背景下无形资产的内涵外延在悄然变化，利用无形资产转让定价的避税现象也愈来愈普遍，而相关税收法律制度、税收征管的调整则明显未随之跟进。

本文从数字经济、无形资产的相关概念出发，分析数字经济的涉税特征，进而探讨数字经济背景下无形资产转让定价避税的主要形式、特征等。传统国际税收规则中关联度的判定在数字经济背景下于无形资产管理明显不适用，进而导致数字经济背景下产生的无形资产价值难以衡量，使用权与法律所有权分离，再加上国际税制与税率差异下避税地的存在，使得跨国公司得以利用无形资产转让定价进行价值链安排，从而实现利润转移。

本文进一步从数据生产要素出发来分析数字经济，分析涉及数据的商业模式，发现基于数据生产要素的新经济突破了传统的税收规则，无形资产的内涵外延在悄然变化，而目前仍未有对数据明确完善的规则制度，这给各国税务当局税款征收带来了更大的挑战，此问题于数据要素产生的无形资产更为突出。本文研究发现，该数据类资产也具有无形资产的特征，应符合无形资产的定义，并且发现目前该类资产的转让定价管理存在较大的问题，主要表现为低估了涉及数据的商业模式中数据收集和储存主体承担的功能和风险。相应地，从跨国公司利用无形资产进行利润转移的形式出发，本文总结分析了特许权使用费、共享服务费、成本分摊协议三种架构的模式与特点。

针对数字经济带来的税收挑战，国际社会已有许多反避税措施的尝试与实践，其中以 OECD 的相关措施影响更大，本文研究了 BEPS1.0 时代十五项行动计划对于无形资产转让定价管理的影响，其结论是 BEPS1.0 时代是对于传统国际税收规则的改善，提出的 DEMPE 功能分析完善了无形资产转让定价的管理；而 BEPS2.0 时代的双支柱方案则是创造了新的国际税收规则，其中支柱一为数字经济背景下的税收管理创造了一种新的联结度，支柱二提出

的全球最低税方案拟通过最低税率的方式来抵消企业的避税影响，双支柱对于解决无形资产转让定价避税有着很积极的作用。在前述分析的基础上，本文引入了 Facebook 避税案例，分析了 Facebook 的信息流广告业务通过特许使用费转移出在市场国的利润以及低价转让无形资产和利用无形资产转让定价转移利润避税的行为，并将双支柱的规则运用于 Facebook 广告业务的税务管理中，这既是对本文前面提出问题的实例证明，也试图应用相关理论和制度设计解决该类问题。最后，从完善无形资产相关规则制度和完善相关税务征管规则制度两个角度提出政策建议。

**关键词：数字经济； 数据； 无形资产； 转让定价； 双支柱**

## Abstract

Since the 20th century, the new economy based on data as a new production factor has been booming, and now the data-based economy has become an important part of the world economy. At the same time, the connotation of intangible assets in the context of digital economy is quietly changing, and tax-avoidance through transfer pricing of intangible assets is becoming more and more common, while the relevant tax legal system and tax collection and management adjustments are obviously not followed.

This paper analyzes the tax-related features of the digital economy from the concepts of digital economy and intangible assets, and then discusses the main forms and features of transfer pricing of intangible assets for tax avoidance in the context of digital economy. The new economy based on data production factors has broken through the traditional tax rules, but there is still no clear and perfect rule system for data, which brings more challenges to tax collection by national tax authorities. This problem is more prominent for intangible assets generated by data factors. This paper finds that the data assets also meet the definition of intangible assets, and the transfer pricing management of such assets is found to be problematic, mainly because the functions and risks borne by data collection and storage subjects in the business model involving data are underestimated. Accordingly, this paper summarizes and analyzes the models and characteristics of three structures: royalties, shared service fees, and cost-sharing agreements, from the perspective of the forms of profit transfer by multinational companies using intangible assets.

In response to the tax challenges brought by the digital economy, there have been many attempts and practices of anti-avoidance measures in the international community, among which the relevant measures of OECD are more influential. This paper studies the impact of the fifteen action plans in the BEPS 1.0 era on the

management of transfer pricing of intangible assets and DEMPE analytics improves the management of intangible asset transfer pricing. The Two-Pillar of BEPS 2.0 creates new international tax rules. Pillar 1 creates a new degree of connectivity for tax administration in the context of the digital economy, while Pillar 2 proposes a global minimum tax scheme to offset corporate tax avoidance by means of a minimum tax rate, which has a very positive effect on addressing intangible transfer pricing tax avoidance. Based on the aforementioned analysis, this paper introduces the Facebook tax avoidance case and analyzes the transfer of intangible assets at a low price and the use of transfer pricing of intangible assets to shift profits to avoid tax, which is not only an example to prove the problems raised earlier in this paper, but also an attempt to apply relevant theories and institutional design to solve such problems. Finally, policy suggestions are made from two perspectives: improving the rules and systems related to intangible assets and improving the rules and systems related to tax collection and administration.

**Key Words: Digital Economy; Data; Intangible Assets; Transfer Pricing; Two Pillars**

# 目录

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1.绪论</b> .....                            | <b>1</b>  |
| 1.1 选题背景.....                                | 1         |
| 1.2 文献综述.....                                | 2         |
| 1.2.1 数字经济背景下无形资产的相关概念的变化.....               | 2         |
| 1.2.2 数字经济背景下无形资产的转让定价.....                  | 4         |
| 1.2.3 数字经济背景下无形资产转让定价的避税行为与反避税.....          | 5         |
| 1.2.4 简要评述.....                              | 7         |
| 1.3 研究意义与研究方法.....                           | 8         |
| 1.3.1 研究意义.....                              | 8         |
| 1.3.2 研究方法.....                              | 8         |
| 1.4 研究框架.....                                | 9         |
| 1.5 创新与不足.....                               | 10        |
| <b>2.概念界定与理论分析</b> .....                     | <b>11</b> |
| 2.1 数字经济的概念与涉税特征.....                        | 11        |
| 2.1.1 数字经济的概念.....                           | 11        |
| 2.1.2 数字经济的涉税特征.....                         | 12        |
| 2.2 无形资产的概念.....                             | 14        |
| 2.2.1 传统无形资产的定义.....                         | 14        |
| 2.2.2 基于转让定价视角的无形资产定义.....                   | 14        |
| 2.3 转让定价的相关理论.....                           | 16        |
| 2.3.1 关联企业.....                              | 16        |
| 2.3.2 转让定价的原则和调整方法.....                      | 17        |
| 2.4 无形资产转让定价避税的相关理论.....                     | 18        |
| <b>3.数字经济背景下无形资产转让定价避税现状、征管难题及主要形式</b> ..... | <b>20</b> |
| 3.1 数字经济背景下无形资产转让定价避税的主要特征及产生原因.....         | 20        |
| 3.1.1 数字经济背景下无形资产交易转让定价避税的主要特征.....          | 20        |
| 3.1.2 数字经济背景下无形资产交易转让定价避税产生的原因.....          | 22        |

|   |           |
|---|-----------|
| 3.2 新型数字无形资产的征管难题 .....                           | 24        |
| 3.2.1 从数据要素出发看数字经济 .....                          | 24        |
| 3.2.2 基于数据产生的资产 .....                             | 25        |
| 3.2.3 数据的商业模式与数据资产交易的转让定价分析 .....                 | 27        |
| 3.2.4 数据资产税务处理的现状与转让定价管理的困境 .....                 | 29        |
| 3.3 跨国公司利用无形资产转让定价进行转移利润避税的主要形式 .....             | 31        |
| 3.3.1 特许权使用费结构 .....                              | 32        |
| 3.3.2 共享服务费结构 .....                               | 33        |
| 3.3.3 成本分摊协议结构 .....                              | 34        |
| <b>4. OECD 的反避税措施及其影响 .....</b>                   | <b>36</b> |
| 4.1 BEPS1.0 时代 .....                              | 36        |
| 4.1.1 BEPS 行动计划 .....                             | 36        |
| 4.1.2 BEPS1.0 的影响及评价 .....                        | 37        |
| 4.2 支柱一 .....                                     | 38        |
| 4.3 支柱二 .....                                     | 40        |
| 4.3.1 支柱二简述 .....                                 | 40        |
| 4.3.2 全球最低税（补足税） .....                            | 41        |
| 4.3.3 收入纳入规则（IIR）、低税支付规则（UTPR）和应予征税规则（STTR） ..... | 43        |
| 4.4 BEPS2.0 对无形资产转让定价避税的影响 .....                  | 45        |
| 4.4.1 支柱一为无形资产交易的管理提供了新联结度 .....                  | 45        |
| 4.4.2 全球统一税法的尝试以遏制利润转移行为 .....                    | 46        |
| 4.4.3 对避税地的打击影响跨国公司的避税架构 .....                    | 47        |
| 4.4.4 BEPS2.0 尚未解决的问题 .....                       | 47        |
| <b>5. Facebook 避税案例分析 .....</b>                   | <b>49</b> |
| 5.1 Facebook 简况与主要税务纠纷 .....                      | 49        |
| 5.2 Facebook 主要业务及全球架构 .....                      | 51        |
| 5.2.1 Facebook 的广告业务 .....                        | 51        |
| 5.2.2 Facebook 的全球业务架构及避税架构 .....                 | 52        |

---

|  |           |
|--|-----------|
| 5.3 Facebook 避税行为分析及评价.....                | 54        |
| 5.3.1 利用特许权使用费转出利润规避市场国税负.....             | 54        |
| 5.3.2 调低无形资产估值以低价转让规避税负.....               | 56        |
| 5.3.3 在避税架构中利用无形资产转让定价实现利润转移.....          | 58        |
| 5.4 BEPS2.0 下 Facebook 广告业务的税务管理.....      | 60        |
| 5.4.1 将支柱一规则运用于 Facebook.....              | 60        |
| 5.4.2 将支柱二规则运用于 Facebook.....              | 62        |
| <b>6.结论与政策建议.....</b>                      | <b>64</b> |
| 6.1 结论.....                                | 64        |
| 6.2 完善无形资产相关规则制度的政策建议.....                 | 66        |
| 6.2.1 拓宽无形资产的定义.....                       | 66        |
| 6.2.2 完善数据类资产管理的规则制度.....                  | 66        |
| 6.3 完善相关税务征管规则制度的政策建议.....                 | 67        |
| 6.3.1 将支柱一中的新联结度规则运用于无形资产交易税务管理.....       | 67        |
| 6.3.2 探索全球最低税的实施措施.....                    | 68        |
| 6.3.3 借鉴 BEPS 行动计划在现有税收管理框架下完善反避税规则制度..... | 69        |
| <b>参考文献.....</b>                           | <b>70</b> |
| <b>致谢.....</b>                             | <b>73</b> |

# 1.绪论

## 1.1 选题背景

技术的发展引发生产的变革，进而影响到整个经济社会。20 世纪以来，信息技术经历了井喷式的发展，引起了经济社会的深刻变革，经过近百年的发展数字经济无处不在，早已成为世界经济的重要组成。我国十四五规划中明确指出到 2025 年数字经济增加值占 GDP 总比重达到 10%，同时，我国的数字经济规模已达到并多年位居世界第二的水平。技术的发展也使得数据规模爆发生长，数据早已成为了一种新的、也最具有活力的生产要素，在数字经济发展中具有重要的作用和地位。通过信息技术和互联网，数字经济创造了巨大的财富，是创新发展的重要驱动，但同时，与之而来的税收问题也随着数字经济的发展越来越明显。

在现阶段数据量爆发的数字经济时代，云计算、大数据分析等涉及数据的商业模式为跨国数字企业带来了巨量利润，引发了人们对于数据的管理和价值创造的讨论，而相关的规则制度却存在缺失。同时，数字经济时代呈现出对无形资产高度依赖的特点，无形资产逐渐成为了企业的资产的重要组成部分，也逐渐成为了决定企业的价值创造和利润水平的核心竞争力。数字经济背景下的无形资产的形式不断更新、概念不断延伸，相比起传统的无形资产更加复杂、多样和虚拟，跨国公司可以利用数字经济背景下无形资产价值难以衡量、交易难以管理的特点，在传统的国际税收规则下通过无形资产转让定价转移利润以获取税收利益，这也成为了跨国公司常用的避税手段。随着越来越多针对数字企业避税的指控被提出，国际社会开始逐渐重视数字经济下跨国公司利用无形资产转让定价避税的问题。

传统国际税收规则的不适用造成了许多企业利用无形资产转让定价的避税问题，相关概念的不确定与数字经济形式的飞速发展也带来了诸多税务方面的争议，为了应对数字经济的税收问题许多国家出台了数字服务税等单边措施，然而这种单边措施不仅不能缓解国际税收的公平扭曲问题，也加大了税收不确定性的风险，国际社会急需一个解决数字经济税收问题的共识。在此背景下，经济合作与发展组织(OECD)开展了相关行动以应对数字经济税收问题，其影响也最大。OECD 应对数字经济的反避税措施可以分为 BEPS (Base Erosion and Profit



Shifting) 1.0 时期和 BEPS2.0 时期, BEPS1.0 始于 OECD 在 2013 年发布《应对税基侵蚀和利润转移报告》, 主要是通过 2015 年 1 月正式批准的 BEPS 行动计划的 15 项成果对现有的国际税收规则进行完善, 其中也特别关注了转让定价的管理制度。BEPS2.0 时期主要是通过推出双支柱方案, 试图通过对数字经济创造新的联结度以及全球最低税等手段重新分配税收利益以构建新的国际税收规则, 其中具体的规则还有待进一步的完善, 影响和效果也有待国际社会的实践检验。

国际避税产生的逻辑是新的经济形式突破了传统的国际税收规则, 导致跨国企业有着避税操作的空间。随着商业模式的转变, 特别是基于数据这一新型生产要素的相关数字经济活动的发展, 现有的无形资产管理和转让定价的规则面临着极大的挑战。我国作为数字经济大国, 应积极参与到关于数字经济相关规则的制定中, 保证合理发挥数据要素的作用, 积极参与国际合作, 完善数字经济的治理体系。

## 1.2 文献综述

### 1.2.1 数字经济背景下无形资产的相关概念的变化

本文先从无形资产的概念出发, 总的来看, 在数字经济背景下, 无形资产的概念外延是不断延伸的。

传统的无形资产定义方式中比较常见的是采用列举定义来对无形资产进行分类定义, 这种定义方式首先将无形资产按照其特征进行了分类, 显然, 这是一种利于法律分析和财会管理的角度进行的定义。比如《OECD 转让定价指南》(2010) 将无形资产划分为营销型和交易型两种。

随着数字经济的发展, 传统的无形资产界定已经无法满足发展日新月异的经济形势, 在 2015 年, Michelle Markham (2015) 研究无形资产的界定问题中认为无形资产的定义应该随着经济社会的变化而不断拓宽其界限。姜跃生 (2014) 研究了数字经济的变化与无形资产概念的延伸, 认为这种变化是由于在成本分摊协议下的无形资产和营销型无形资产创造了价值, 应该纳入征税考虑, 这一观点与 2019 年 OECD 发布的文件中的某些观点相似。

BEPS 行动计划八《无形资产转让定价指引》(2018) 中无形资产是从税务管理角度定义, 即“是指既不是实物资产, 也不是金融资产, 而是可以拥有和控

制,在经营活动中使用,独立企业在类似情况下为其使用或转让支付对价的资产。”这一定义强调了在无形资产转让定价税务管理时基于独立交易可比性的支付对价。这种定义的目的是为了传统无形资产列举法定式下跨国企业的极端避税操作。

随着数字经济形式的不断发展,实务界和学术界对于数字经济的认识也更加深刻,也更多地关注到数字经济基于数据这一新型生产要素的底层逻辑而产生的数字经济背景下特有的数据类资产。对于数据是否属于一种资产,虽然目前国内学术界和实务界还未有定论,但国际社会也对这类新型的数据资产给予了更多的关注。WendyLI等(2019)统计发现,谷歌、亚马逊等国际互联网巨头企业,在近几年发生的并购交易中多数呈现出以数据整合为目的的特征,进而聚集拥有大量数据资产来获得超额收益,然而数据资产这类新型无形资产的价值衡量的相关研究仍存在缺失。蔡昌和曹晓敏(2022)在研究亚马逊公司业务时,指出其基于大量数据的云计算业务(AWS)极具发展前景,也是亚马逊公司未来的主要发展的业务,在数字经济不断深化的背景下,亚马逊公司可能会有进一步的避税行动。

因为由数据这一新的要素产生的新的无形资产形式最为直观的就是数据资产,因此数据资产也是目前学界探讨得最多的数字经济背景下的新型无形资产。目前学界大多认为数据资产是由数据形成的一类特殊资产,这种资产可以带来经济价值,如果其产权明晰、具备可计量属性时,则具备可税性。并不是任何数据就可以认为是数据资产,从数据要素变成数据资产需要经过一定的过程,蔡昌等(2020)在对数据资产化的研究中认为,将资产和数据两个概念聚合,价值就通过数字形式体现,数据资产化就是一种成本更低、效率更高的资产配置模式。

研究这类的数据资产的意义不仅在于其作为数字经济背景下的新生产物,研究其以完善相关规则制度,其也是最具有数字经济的相关特性,对待其的规则制度也为其他数字经济活动的管理提供了方向。可以见得,基于数据这种新型生产要素产生的相关无形资产越来越受理论界和实务界的重视,最早的对数字化资产的论述可以追溯到1996年Don Tapscott 所著《数字经济:网络智能时代的前景与风险》一书中:数字经济下所有信息和知识都能被数字化,自然也包含资产。将资产数字化是狭义的数字化资产,数字资产化则涵盖范围更多,基于数据产生的资产还包括数字方式存在的与资产交易有关的物流、信息等直接数据和行业数据等,自然也包含数字经济最前沿的大数据、云计算等相关概念,叶永青等(2022)

也通过数据的生命周期功能分析和价值链分析认为,大数据有在法律和会计层面确认为无形资产的合理基础。

### 1.2.2 数字经济背景下无形资产的转让定价

围绕着无形资产的经济活动有很多,本文着重讨论的是无形资产的转让定价,这是因为在数字经济的背景下,无形资产转让定价引发的问题更为凸显。

转让定价税制是指由于存在跨国企业与关联公司之间的转让定价行为,为了让税务机关管理和约束这种行为,国家、组织之间或不同国家地区之间制定的对于关联公司的转让定价确定和调整的原则和方法等程序性和实体性规则(励贺林,2014)。对于无形资产的转让定价,传统的国际税收规则认为“法律权利和合同安排构成了任何涉及无形资产交易的转移定价分析的起点”。但随着经济形式的发展,仅限于法律权力和合同层面的无形资产转让定价分析已经无法再适用于国际税务管理,OECD的转让定价指南(2017)第5.65段规定:“如果法定所有人既不控制也不履行与开发、增强、维护、保护或利用无形资产功能(DEMPE功能)有关的职能,则法定所有人无权享有任何由无形资产功能带来的持续利益。

关联企业是指存在关联关系的企业。李玉琪(2021)认为区别于传统经济形式,在数字经济环境下,一个网站就可以是关联企业,不需要传统的物理存在的厂房设备等,而是在虚拟数字世界互联网中就将一切活动进行完成,这种活动也很难被税务机构监控。为了适应数字经济的发展,2017年欧盟轮值主席国爱沙尼亚提出将“虚拟常设机构”作为标准补充和修改现行常设机构定义。

转让定价的另一个重要概念构成则是其适用原则,一般而言,独立交易原则是其基本原则,但是在数字背景下的无形资产交易,独立交易原则的适用就受到了较大的影响。万寿义,杨景海(2014)认为,无形资产的交易中可比性下降,无形资产的评估也是一个难题。Efendi, Faozan(2021)认为在独立交易原则下,无形资产转让定价管理中主要存在以下问题:在转让定价的第一个环节,纳税人往往无法解释和说服技术知识使用费的存在和经济效益、支付的款项是否合法与真实、支付款项的费率是否有类似的行业进行比较及一致。2017年美国《减税与就业法案》中对无形资产所有权归属和价值创造的分离问题的解决方法由独立交易原则转向全球公式分配法,这提供了解决无形资产转让定价问题的新思路(余永定,2018)。全球公式分配法是一种处理跨国公司通过无形资产转让定价

避税问题的尝试，且美国也已率先尝试，但是独立交易原则仍然是目前世界上转让定价原则的主流（李玉琪，2021）。

转让定价调整方法是转让定价适用原则的延伸。为了应对数字经济引起的税收挑战，OECD 在 2018 年 6 月发布 HTVI 税务指引，为税务机关提供了针对难以估值的无形资产的交易的转让定价调整方法。我国也借鉴国际社会最新研究成果更新了有关无形资产转让定价的规则，例如《特别纳税调查调整及相互协商程序管理办法》（国家税务总局公告 2017 年第 6 号）中的关于对无形资产转让定价管理内容规定，要求当企业支付或收取特许权使用费时，特许权使用费的金额确定要与相关无形资产创造的经济价值相匹配。

### 1.2.3 数字经济背景下无形资产转让定价的避税行为与反避税

跨国公司通过转让定价进行利润转移到低税率国从而降低整体税负的手段早已有之（Copithorne, 1971），上世纪 80 年代以来，“双层爱尔兰夹荷兰三明治”这种架构成为了多数美国跨国公司常用的避税手段，这种避税架构巧妙地利用全球低税率地特点，设立不同目的的关联企业，将成本和利润在不同公司之间分配以达到降低税负的效果，许多跨国公司利用转让定价避税的行为都可以看到这种架构的影子。Klassen（2012）通过比较跨国公司和关联公司之间的税前利润发现税前利润和地区所得税率呈反比关系，说明跨国公司可能利用关联企业间转让定价来进行避税。数字经济背景下更加依赖无形资产的跨国数字企业则可以更加方便且隐蔽地利用这种架构达到避税的目的。作为高度依赖无形资产的数字经济，其不仅有力推动了经济增长，也带来了复杂的税收问题。

数字经济的发展加剧了跨国公司国际避税的问题。张泽平（2018）认为，在数字经济背景下，当下跨国企业的新型商业模式已经严重冲击了形成于上个世纪 20 年代的传统国际税收秩序，利用信息技术和通过全球经营网络的跨国企业的激进税收筹划严重损害了世界各国的税收利益。蔡昌（2022）认为，信息的不对称性在数字经济背景下更加显著，这加剧了跨国企业避税行为的产生，这种跨国避税行为利用了当前国际税制的漏洞和信息技术支撑的数字经济优势。

随着数字经济化在全球范围的兴起，传统的国际税收规则对于数字经济背景下的交易活动来说存在着制度漏洞，许多跨国企业都采用无形资产转让定价的避税手段。Reuven .S（2007）认为，缺少完整的预提税规则和避税港的存在，再加

上信息交换的低效，居民国的有效征税难以有效开展，导致消极所得比如特许权使用费的双重不征税，造成税基侵蚀。Marvel Olbert and Christoph Spengel (2017) 认为数字经济为数字化跨国公司利用税制差异进行无形资产转让定价等方式进行国际避税提供了条件。

分析数字经济背景下跨国公司利用无形资产转让定价的避税问题往往采用价值链的分析方式，价值链理论认为企业的价值创造由一系列的活动构成，在一项价值创造活动中，各成员实体的主要价值贡献是由其承担的功能风险和相关资产的使用情况确定的。郭心洁，王学浩 (2016) 认为，跨国企业出于避税考量使得自身构建的价值链中各经济实体创造的经济价值和税收收益归属分离，常见于通过无形资产转让定价在整个价值链上控制各实体的成本与收益，将利润留在税率低的国家和地区。

OECD 也越来越关注转让定价中的价值链分析运用，于 2018 年发布的 BEPS 行动计划讨论稿中也提出了进行价值链分析时应充分考虑经济活动中的价值创造的观点。邱冬梅 (2019) 考察了谷歌公司近年来的税务风波，认为大型跨国数字企业有对无形资产高度依赖、用户对象可流动、业务功能可转移、对数据高度依赖的特点，利用国际税率差异，转移无形资产从而进行利润转移一直是这类跨国数字企业常用的避税手段。

应对数字经济发展带来的利用无形资产转让定价避税问题，国际社会学界和业界也积极应对。针对数字经济背景下关联企业的判断问题，Michael Butler and Marianna Danby (2015) 分析了在澳大利亚税法草案框架下税务机关如何应对人为避免成为常设机构以避税的问题，认为，在数字化时代无形资产的转移不再依赖于物理存在的常设机构，物理常设机构的判定已经落后。国内学界也普遍认为，跨国企业的无形资产转让定价的税务问题应当关注价值创造与利润分配的相匹配 (宁琦，2014；韩传模等，2015)。

应对数字经济背景下无形资产转让定价避税问题，国际社会上也做出了许多反避税实践活动。OECD (2022) 最新发布的转让定价指南中纳入了 2018 年的“HTVI”指南的规则，旨在给难以评估价值的无形资产一个较为规范的转让定价规则。其针对数字经济税收问题则给出了双支柱方案，其中支柱一提出的经济联结度可适用于无形资产转让定价的管理，高金平 (2020) 认为支柱一中的金额 A 不再囿于国际交易难以寻找可比交易的困境，而是直接从分析企业的剩余利润出发，从经济活动的实质层面对企业的剩余利润进行分配，这一点显然是和 2014

年发布的《无形资产转让定价指引》中法律所有和经济收益分离，经济收益和实质经济活动相适配的这一观点是相同的。而 2021 年年末 OECD 发布的最新的支柱二方案则试图引入一个最低税率的规则来从更大范围解决跨国公司的避税问题。

#### 1.2.4 简要评述

通过梳理相关文献发现，目前的文献有三个可以完善的方面：一是，大多数研究仍然停留在提出问题的理论研究层面，并且对于在无形资产转让领域的数字经济税收问题少有论述，对于跨国企业采用以无形资产转让定价达到避税目的分析往往只局限于某一单一案例，并未对其常见架构进行探讨。二是，对于数据这一新型生产要素产生的相关资产则处于研究起步阶段，目前的文献多集中在资产价值衡量的会计领域与产权归属的法学领域，研究体系也较为成熟，而其税务处理的研究则较少。由于各国的税务机关在数据资产方面的具体征管案例较少，因此对于这类问题只是简单地指出会带来税收争议与可能的税款流失，对于该类数据资产转让定价是怎样地带来税收问题，跨国企业会怎样利用该类资产进行避税操作，应该对其采取怎样的税收管理手段探讨较少。三是，对于国际社会应对无形资产转让定价的避税问题的相关实践层面的研究往往局限于某一特定法令和该税务实践在当时时期的国际税收背景下的讨论，而数字经济背景下经济形势变化迅速，OECD 提出的文件也更新密集。现有的研究对于双支柱的研究主要集中于支柱一中的经济联结度，但最新发布的双支柱方案中提出的支柱二方案引入的最低税率方案则适用于更多的企业和税务情形，对于这则最新的方案对于解决数字经济背景下无形资产转让定价的避税问题的相关研究也比较欠缺。

因此本研究的重点可以针对无形资产转让定价避税主要存在的问题的特征和产生原因，探讨数字经济中数据生产要素产生的资产带来的征管难题，总结归纳跨国公司在数字经济背景下利用无形资产转让定价避税的架构，分析跨国公司利用无形资产转让定价避税的操作手段，探讨相应的征管对策。通过梳理总结国际社会应对该类避税问题的税务实践，探讨双支柱等研究成果对于解决数字经济背景下无形资产转让定价问题的影响，结合我国的具体情况给出数字经济背景下无形资产转让定价避税问题的应对策略。同时将研究从理论层面逐渐过渡到政策选择上，给出政策建议。

## 1.3 研究意义与研究方法

### 1.3.1 研究意义

#### （一）理论意义

从数据要素出发分析数字经济下无形资产的税务管理问题,探索了分析数字经济税收问题的不同路径,扩大了在无形资产领域的研究范围,完善了数字经济背景下的形式不断变化、概念不断延伸的无形资产的相关研究。讨论在数据这一新型生产要素下产生的经济形式中的无形资产涉税特点,以及与数据有关的新型无形资产的转让定价管理,有利于完善无形资产转让定价管理体系。本研究将总结在数字经济背景下跨国公司利用无形资产转让定价避税的架构组成,形成对于跨国公司利用无形资产转让定价避税的系统性研究,分析数字经济背景下无形资产转让定价税务管理面临的挑战,结合目前有关无形资产转让定价管理的最新研究以及 OECD 提出的对于解决数字经济税收问题的最新意见,提出了解决无形资产转让定价避税问题的新思路,为完善无形资产转让定价管理体系提供参考意见。

#### （二）实践意义

本文研究了数字经济背景下无形资产税务管理面临的问题,并将相关研究运用于分析典型的运用数据的商业模式信息流广告中,探讨这一类数字经济业务的税务管理,提出了对于数字经济背景下无形资产转让定价管理更适宜的方式,归纳数字经济背景下跨国公司利用无形资产转让定价避税的结构,结合国际社会最新的研究实践成果探讨其对于解决该问题的适用性,探讨了 OECD 最新研究成果的可使用性和可以用于我国完善相关转让定价税收制度之处。有助于完善无形资产转让定价的税务管理体系以应对不断变化的新型世界经济形势,有利于维护国家的税收权益,降低税务风险。

### 1.3.2 研究方法

#### （一）文献研究法

收集和查阅大量相关文献,数字经济带来的税收问题近年来一直是国际社会的讨论热点,本文寻找了国际学界业界关于数字经济背景下无形资产转让定价的

理论研究和实践介绍，特别是 OECD 提出的双支柱方案对于解决数字经济税收问题的方法思路和影响。本文还聚焦了数字资产作为无形资产的转让定价。

### （二）比较分析法

一是利用数字经济背景下无形资产转让定价避税不同架构的比较，以期总结无形资产转让定价避税手段的特点；二是数字经济背景下催生出的新型数字无形资产与传统无形资产之间的比较，以探讨从税务层面应该如何管理这类无形资产的转让定价的交易及该如何应对其产生的税务争议。

### （三）案例分析法

近几年国际社会也出现了许多大型跨国企业的无形资产转让定价避税案例，本文将结合有关案例对数字经济背景下无形资产转让定价避税的一些特点进行探讨。通过研究国际上较为典型的案例，来分析数字经济背景下无形资产转让定价避税的新特点以及对税收法律制度及税收征管的挑战，进而探讨数字经济背景下无形资产转让定价避税的对策。

## 1.4 研究框架

第一章的绪论中介绍了数字经济背景下无形资产转让定价避税问题的背景和意义，通过梳理文献整理国内外对于该问题的研究情况，介绍本文的研究方法和框架，以及可能存在的创新与不足。

第二章介绍研究数字经济背景下无形资产转让定价避税问题涉及到的概念和理论，包括数字经济、无形资产、转让定价、避税的相关概念和理论，为本文分析提供基础。

第三章分析数字经济背景下的无形资产转让定价避税的特征与产生此问题的原因。针对问题体现出的特点，重点研究了数字经济下产生的涉及数据的无形资产的征管难题和跨国公司利用无形资产转让定价避税的常用架构。

第四章分析国际社会对于数字经济税收问题的应对措施，分析 OECD 的 BEPS1.0 时期对现有国际税收规则的完善和 BEPS2.0 时期提出的全新的国际税收制度改革，以及其对数字经济背景下无形资产转让定价避税行为的影响。

第五章在现有的研究基础上，引入了典型的数字经济公司 Facebook 的避税案，作为分析数字经济背景下无形资产税务征管难题的实例佐证，试图根据案例分析得到的启示，利用相关理论和制度设计以期解决该类问题。



第六章节对本文的研究进行总结得出结论，并且根据研究结论从无形资产管理和税务征管制度两个角度提出政策建议。

## 1.5 创新与不足

本文可能的体现的创新点有：

对涉及数据要素的商业模式进行转让定价分析，探讨数字资产的征管难题。本文从数据要素出发去分析数字经济中的商业模式，用转让定价分析的角度来探讨涉及数据的商业模式中税务管理存在的问题。针对数字资产难以估值、价值创造难以衡量的问题，本文探讨了数据资产作为无形资产转让定价的税收法律制度及征管，丰富了无形资产的研究内容和角度，为研究数字经济的税收问题探索了一条不同的研究路径。

探讨 BEPS2.0 对无形资产转让定价避税的影响，并运用在具体案例中进行分析。在国际反避税方面，作为国际反避税研究最新成果的双支柱方案，本文则试图梳理分析国际最新反避税研究成果对于数字经济背景下无形资产转让定价的影响，在案例分析环节中引入双支柱规则，探讨双支柱规则对于某一具体公司具体业务的影响，以探讨其是否能够解决数字经济背景下无形资产转让定价避税问题，以及进一步的对策。

将本文初步研究成果运用在具体的信息流广告业务中进行分析。在案例选取方面，本文选择了典型数字经济公司 Facebook，从其高度数字化的信息流广告业务入手分析，研究其全球的业务架构以分析其避税架构，分析这类数字经济公司利用无形资产转让定价的避税行为，并引入国际最新反避税措施探讨在 BEPS2.0 下这类数字经济业务的转让定价管理。

本文存在的不足：由于能够搜集到的案例资源有限，该案例中有些税务纠纷的涉及案件仍在审理过程中并未结案，从而具有不确定，拟将影响到案件的佐证力；此外，本文以信息流广告业务作为涉及数据的商业模式进行分析，而目前大多数企业未将涉及数据的资产体现在财务报表上，因此缺少具体业务的数据，因此对于这类业务模式只能运用转让定价理论进行研究。

## 2.概念界定与理论分析

研究数字经济背景下无形资产转让定价避税问题时首先要研究涉及到的数字经济、无形资产、转让定价和避税的相关概念和理论，在此基础上了解基于这些概念和理论上的税收规则与制度，以进一步地分析数字经济背景下的无形资产转让定价避税问题。

### 2.1 数字经济的概念与涉税特征

#### 2.1.1 数字经济的概念

数字经济是指以使用数字化的知识和信息作为关键生产要素、以现代信息网络作为重要载体、以信息通信技术的有效使用作为效率提升和经济结构优化的重要推动力的一系列经济活动。常见的对于数字经济的理解是数字产业化和产业数字化两方面，前者是指利用数字化信息作为主要生产要素并通过现代的信息技术载体将信息技术用于提升效率和优化经济结构的活动，后者是指通过信息技术将原存在的传统产业进行数字技术赋能从而带来效益的提高。简而言之数字经济是以数据为主要生产要素的新型经济模式。党的十九届五中全会将数据作为一种新的生产要素，与劳动、资本、技术等并列。理解数据、数字经济和税收间的关系，就能够帮助理解数字经济的涉税特点。

数字经济发展到现在的水平，其显著特征就是作为新的生产要素——数据，在数字经济中得到了爆发式的增长。互联网信息技术的快速发展和广泛运用，特别是云计算和移动互联网的普及，网络社交媒体下沉之后的网民数量爆发增长都造成了数据的巨量增长。截止到2022年6月，我国网民规模为10.51亿，互联网普及率达74.4%。全球数据早已进入爆发增长期，根据互联网数据中心(Internet Data Center)测算，截止2022年全球累计产生数据估计为97 ZB<sup>1</sup>，并且随着信

<sup>1</sup>衡量数据的单位，1024GB=1TB，1024TB=1PB，1024PB=1EB，1024EB=1ZB。

息技术的进一步发展，预计 2025 年全球将累计产生 180ZB 的数据，中国的数据量到 2025 年将达到 49ZB，占全球数据规模的 27.8%。

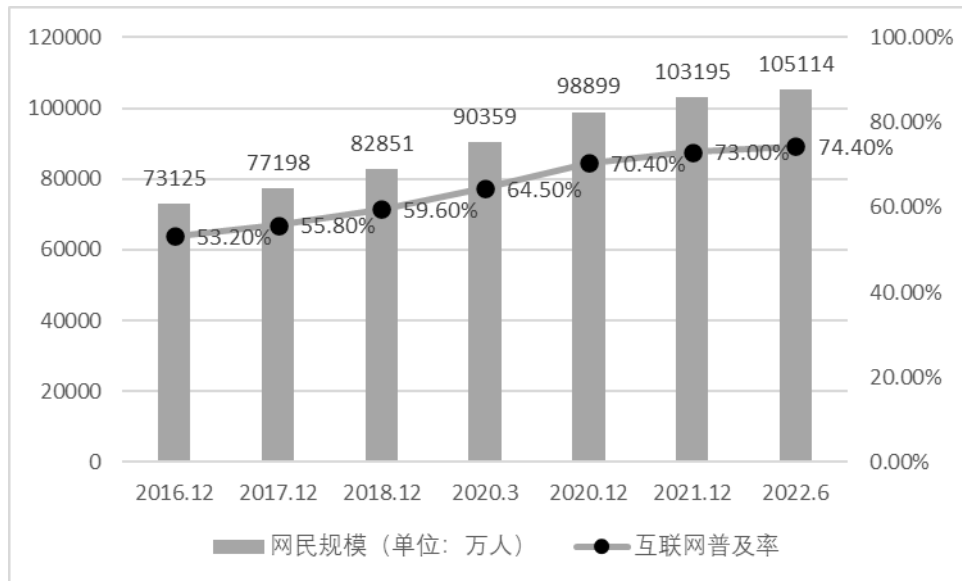


图 2-1：中国网民规模与互联网普及率<sup>2</sup>

随着数字经济的发展，人类世界的的数据规模在新世纪大幅度增加，这种数据的暴增也促进了基于数据这一生产要素的商业模式的广泛发展。跨国公司利用数据这一生产要素生产数字经济产品，从而创造出巨大的经济价值，成为创新发展的重要推动力。

### 2.1.2 数字经济的涉税特征

将数据作为主要生产要素的数字经济，在涉税方面的特征表现为经济形式上高度依赖无形资产，商业形式上具有虚拟性，以及数据特有的用户参与性带来的价值创造与税收利益归属的争议。

在经济形式上表现为高度依赖无形资产：数字经济以数据为主要生产要素，在形式上则表现为对无形资产的高度依赖。在数字经济背景下，无形资产首先是多样的，与此同时，无形资产也借助数字经济的形式不断更新，产生了许多新的载体形式。新型经济形式下的商业模式中无形资产的表现形式也以原先的知识产权为主转变为数字资产为主，比较常见的形式有大数据、云服务、用户数据营销

<sup>2</sup> 中国互联网络信息中心，第 50 次《中国互联网络发展状况统计报告》。

型无形资产等。这一类的数字资产不仅包括数字化业务功能，也包括了难以进行鉴定的用户参与，具有高度的流动性，给税务管理带来了不小的困难。

数字经济挑战传统国际税收规则的一个显著的地方便是其虚拟性。虚拟性包括活动形式的虚拟性和交易内容的虚拟性。在内容层面上，数字经济背景下商品和服务呈现出数字化的特点、数字企业体现出资产的无形化，比较明显的一个例子便是大数据云服务等商品和服务是以纯数据的形式体现。数字企业的内部资产多以商誉、研发产生的知识产权、专利权等无形资产为主，这类无形资产是跨国数字企业创造价值的主要来源，同时其交易活动也常在网络构筑的虚拟空间中进行经济活动，具有非中介化和网络化的显著特征，也因此原因成为了跨国数字企业进行国际避税的重要手段。一种普遍的看法是网络的虚拟性是数字经济的虚拟性的来源，交易行为以数据的形式展现，并不留下物理痕迹。数字经济交易活动的虚拟性突破了传统物理判定的国际税收规则，其经济活动的“去实体化”给各国税务机关管理带来了不小的麻烦，对无形资产创造价值的收入来源国的税收管辖权造成了冲击。

建立在数据这一新型生产要素上的数字经济区别于传统经济的一个显著特点即是价值创造的不同，数字经济背景下的价值创造具有用户参与的特点。传统的交易活动往往是一种价值由生产方传向消费者的单向关系，消费者作为交易活动的末端，一般只对产品进行使用与消费，不会创造价值，因此价值的实现地与价值的创造地往往也是匹配的，在这种交易模式下，物理联结作为征税依据是适用于这种价值创造的。而数字经济背景下的价值产生却呈现出新的特征，在数字经济时代，消费者在消费数字无形资产的同时，其本身作为数据的来源也构成了数字经济活动的价值，同时数字经济中的及时反馈和网络社群的特性也让用户在数字经济活动中创造了价值。这类用户参与使得大型跨国数字企业获得了大量的无形资产收益，而传统的税收规则并没有匹配用户所在地对这类价值创造的征税权，这无疑引起了利润产生与征税的不匹配。

## 2.2 无形资产的概念

### 2.2.1 传统无形资产的定义

传统的无形资产定义比较常见的是采用列举定义来对无形资产进行分类定义，这种定义方式首先将无形资产按照其特征进行了分类，显然这是一种利于法律分析和财会管理的角度进行的定义。常见的分类方法是分为营销型和交易型两种无形资产（《OECD 转让定价指南》）。交易型无形资产与技术有关，通常需要通过研发流程产生，营销型无形资产（Marketing Intangibles）指该类无形资产与跨国公司在利润来源国的商业拓展活动有关，包括开发面对本土市场的子品牌，发展的独立的营销渠道、网络和重大关键客户关系，且能够明显影响到市场的销售。

在我国法律中，所得税实施条例中对无形资产的定义也是为满足征税的需要，从税法的角度根据无形资产的特点而下的定义。《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第六十五条规定，“无形资产，是指企业为生产产品、提供劳务、出租或者经营管理而持有的、没有实物形态的非货币性长期资产，包括专利权、商标权、著作权、土地使用权、非专利技术、商誉等”。

显然，上述两种定义是一种法律和财会意义上的定义，这种法律定式的定义为跨国公司提供了避税操作的空间，已经无法再适用日新月异的数字经济的需求。

### 2.2.2 基于转让定价视角的无形资产定义

区别于传统列举定义方法的是 BEPS 行动计划第 8 项《无形资产转让定价指引》中的从税务管理角度出发的定义将“无形资产”定义为：<sup>3</sup>“无形资产，是指既不是实物资产，也不是金融资产，即可以拥有和控制，在经营活动中使用，独立企业在类似情况下为其使用或转让支付对价的资产。”这一定义出于避免在传统无形资产列举法律定式下跨国企业的极端避税操作的目的，强调了在无形资产转让定价税务管理时基于独立交易可比性的支付对价。如内部程序、人力资本、与客户或供应商之间的非合同关系，以及网络效应，这类“资产”不一定在法律上存在确切的界定，但是会在特定的经济活动中产生价值创造，并且这类经济活

---

<sup>3</sup> OECD 转让定价指南（以下简称 OECD TPG）第 6.6 段；UN TPM 第 6.2.1.3 段 UN TPM。

动中的非关联方也应当给予这类价值创造的补偿，因此，在相关的转让定价分析中，应当认为这类项目具有价值创造的经济特征。本文基于前述概要介绍，出于转让定价目的对无形资产界定如下：缺乏物理实质的，具有非货币属性、可识别性、可分离性、可控制性，并且在未来具有经济意义或效用的可加以认识的不同所有权形式。

为了应对数字经济背景下日趋复杂的无形资产交易，OECD 在 2018 年发布了《关于难以估值的无形资产（即 Hard-to-Value Intangibles，以下简称“HTVI”）税务管理应用指南》，主要陈述了税务机关在对 HTVI 进行价值评估时应遵循的基础原则，其中，HTVI 被定义为在实施交易测试时缺少可靠的可比对象，在搭建交易时预计现金流难以确定，或者评估现金流的假设条件存在不确定性的无形资产或无形资产中的权利，其在转让时很难预测其的最终价值<sup>4</sup>。本文根据 OECD 转让定价范本以及联合国范本，总结 HTVI 主要具有的特征有：转让时的部分开发；这类无形资产的商业利用预计在交易之后若干年；包含在属于 HTVI 定义范围内的开发或增强项目中；缺乏类似无形资产的业绩记录；一次性付款下的转让；将此种无形资产纳入成本分摊协议或类似安排。

HTVI 概念解决了两个问题。一是转让定价视角下的无形资产的概念范围，即出于转让定价目的来确定的无形资产，并不一定等同于从法律或会计视角确定的无形资产，HTVI 的概念就可以在这种关联方交易之间可以确定存在无形资产，使得风险管理和融资功能的分析更加细致，以完善税务管理，当然也可能使税收机关的征管活动更复杂。二是对于选址节约和其他本地市场特征、集合劳动力和协同效应等相关项目，由于不能被拥有或控制，或者非关联方之间的转让不会得到补偿而在国际认同角度上不能出于转让定价的目的被视为无形资产，而 HTVI 概念的提出则承认了这些因素可能很重要，可能会影响转让定价分析。因此，应当将此类因素视为具有经济意义的特征或可比性因素，应予适当的考虑。

通过对无形资产概念界定的梳理可以看出，随着经济形式的不断发展无形资产的概念并不是一成不变的，而是不断适应新的经济形式。数字经济以数据这一新的生产要素展开涉及数据的商业模式，催生出许多与数据有关的无形资产。然而数据确权是一个极其复杂的过程，涉及多方面的规则制定，目前国际国内社会也没有对数据属于资产有着明确的法律和会计层面的界定。相关规则的缺失使得

<sup>4</sup>OECD TPG 第 6.189 段，也可参见联合国 TPM 术语表第 639 页中非常类似的定义。

跨国公司可以在涉及数据的业务中更好地操作无形资产转让定价以达到避税的目的。

出于转让定价税务管理角度的无形资产概念界定显然是正确的，这种无形资产的概念界定有利于在关联交易中税务处理更加符合价值创造，这也为后文对数字经济产生的新型数字类资产的无形资产分析提供了理论基础。

## 2.3 转让定价的相关理论

转让定价是一种内部交易作价行为，包括企业集团内部的企业间、企业各部门间，或者关联企业间的产品交易和服务提供。转让定价是企业集团进行整体管理完成战略目标的重要手段，但也常用于企业集团的避税。通过转让定价跨国企业能够人为地调节利润以获得额外的利益，各国的税率差异为跨国企业将利润转移到低税地提供了基本前提。

转让定价分为有形资产转让定价和无形资产转让定价，其中，无形资产转让定价因为无形资产难以估值、交易过程容易被操纵、税务机关难以调查和挑战而成为了国际避税行为的频发领域，这种避税方式也是本文研究的重点对象。

### 2.3.1 关联企业

对转让定价的判定主要基于关联企业和关联交易的判定。为完成转让定价操作，跨国公司需要在居民国设立关联企业子公司，再与其进行关联交易以达到经营或者避税的目的。因此现有国际税收框架下对关联企业和关联交易的界定是评估无形资产转让定价避税行为是否构成的基础。关联交易的简单理解就是关联企业间的交易行为，在传统的国际税收框架下对于关联的判定主要看是否存在“物理存在”。

关联交易一定程度上违背了市场经济的公平性和经济价值与税收相匹配的原则，因此当关联交易的支付对价明显低于市场合理值时，往往需要转让定价调整。交易行为主要包括交易型无形资产和营销型无形资产的使用权和所有权的转让，在传统的国际税收管理中，这类关联交易的界定都以会计准则为主，且只要关联方之间存在资源和风险转移的行为，都应被判定为关联交易。关联交易在现代的商业模式中十分常见，对于企业经营而言，关联交易能提高经营水平和减少交易成本，但是关联交易也往往是避税行为的高发领域，税务机关很难核定涉及

无形资产关联交易中的支付定价和利润率，特别是数字经济背景下无形资产的关联交易尤甚，给税务机关带来了极为棘手的问题。

### 2.3.2 转让定价的原则和调整方法

#### （一）转让定价的原则

转让定价原则主要为独立交易原则和总利润原则。

独立交易原则是现行税收框架下最常使用的转让定价原则。独立交易原则强调关联交易要像非关联方之间的独立的交易一样，根据公平交易价格为计算税收的基础。税务部门采用独立交易原则时对转让定价行为进行反避税要寻找转让定价支付对价是否存在可比交易进行比照，在涉及无形资产转让定价时通常会涉及成本分摊协议，这时要进行关联企业的功能分析，分析跨国公司各个企业部门之间的成本风险和利润分配是否合理。

总利润原则强调总体利润在企业部门间的合理分配。采用总利润原则时，第一步要计算得出企业集团总体利润；第二步是对子公司进行功能分析，分析子公司在整个经济活动中的定位承担的风险；第三步是根据子公司的功能定位并按照一定的标准将总利润分配给各个子公司。

#### （二）转让定价的调整方法

转让定价的调整方法分为事前调整和事后调整。

事前调整，即预约定价制度（APA），指在关联交易之前，与税务机关签订预约定价安排，将转让定价中的成本、风险分配和交易价格都提前确定。包括单边预约定价、双边预约定价以及多变预约定价。APA 这种事前调整方法是一种事前预防避税的手段，能够减少跨国公司和税务机关的成本，但它并不能完全解决转让定价避税的问题，尤其是在数字经济背景下，经济活动形式和涉及无形资产的经济活动不断变化，预约定价中的关键内容，比如提前预测的利润和其它条件，可能不再适应最新的经济情况。

事后调整方法是根据独立交易原则和总利润原则的延伸。本文整理如下：



表 2-1：常见的转让定价事后调整方法

|        | 调整方法          | 关键内容                           | 适用范围                         |
|--------|---------------|--------------------------------|------------------------------|
| 独立交易原则 | 可比非受控价格法（CUP） | 按照没有关联关系的交易各方进行相同或者类似业务的价格进行定价 | 理论上几乎所有关联可比交易都可适用，但可比性要求比较高。 |
|        | 成本加成法（CPLM）   | 关联企业的成本加上一定利润率标准的利润作为公平交易价格。   | 通常适用于有形商品、劳务等关联交易。           |
|        | 再销售价格法（RPM）   | 以关联方将商品再销售给非关联方的价格作为公平交易价格。    | 除无形资产相关的交易以外的其他实体商品。         |
| 总利润原则  | 利润分割法（PSM）    | 将公司集团的总体利润按子公司的贡献合理分配。         | 业务高度整合子公司无法单独核算情况。           |
|        | 交易净利润法（TNMM）  | 按照可比非受控业务的净利润水平确定利润            | 不涉及价值重大的无形资产转让定价跨国企业业务       |
|        | 可比利润法（CPM）    | 按一定标准确定可比非受控企业的利润率。            | 转让无形资产、销售有形货物。               |
|        | 全球公式分配法       | 合并跨国企业全球利润所得，按照既定公式分配利润        | 跨国企业集团内部子公司承担不同的功能风险         |

传统国际税收框架下，独立交易原则是最易于操作也最接近公平实质的原则，可比非受控价格法也是最常使用的方法，但是在数字经济背景下，传统的转让定价管理已不适用对无形资产转让定价，这主要表现在两个方面：一是从关联企业和关联交易判定的角度，传统的国际税收规则中重点关注“物理存在”的判定，而在数字经济背景下涉及无形资产的活动往往是信息化的、虚拟的，税务机关很难以“物理存在”的判定方式来判断关联交易中的公平交易实质，显然“物理存在”的判定难以适应数字经济时代的税收管理。二是从转让定价原则和调整方法的角度，数字经济背景下无形资产转让定价难以找到可比交易，成本认定不适用，因此常用的独立交易原则在应对数字经济背景下无形资产转让定价的管理时很难再加以适用，这也使得跨国公司很轻易地操纵无形资产交易的价格以实现利润的转移。

## 2.4 无形资产转让定价避税的相关理论

我国现行税法对避税行为的认定描述为：“企业实施的不具有合理商业目的而获取的税收利益的避税安排。<sup>5</sup>”

<sup>5</sup> 国家税务总局令（第 32 号）《一般反避税管理办法（试行）》中第二条的相关描述。

各国实务界和学术界普遍比较认同的避税的概念外延界定分为广义上的避税和狭义上的避税。广义上的避税是纳税义务人为减轻或免除税负所采取的一切正当和不正当的行为。采取正当行为的避税即节税概念，符合税法宗旨和政策意图。采取不正当行为的避税通常是一种非违法行为，即纳税义务人利用了税法和政策上的某种漏洞，达到了减轻税负或排除税法适用的效果，该行为实际违反了税法宗旨，损害主权国家的税收管辖权，也会影响经济的合理运行，因此是反避税规制的主要对象。狭义的避税仅指上述采用不正当手段进行的避税行为。本文讨论的避税就是这种狭义的避税，即不具有合理商业目的而获取税收利益的行为。

国际避税则是避税活动在国际范围内的延伸和扩展，在经济全球化的背景下，国际避税造成了显著的 BEPS 问题，即税基侵蚀和利润转移的问题。本文研究的避税问题是利用税法漏洞进行的不正当避税，即利用现行相关税务管理规定的缺失达成无形资产的低价转让规避税负以及利用国际税收制度的差异安排无形资产转让定价将利润转移到低税地，根据 OECD 在 2011 年的统计，171 家跨国企业在低税地的利润率是整体利润率的 2 倍，而且，首 17 家比率最高的跨国企业达到了夸张的 4.4 倍，这也反映了跨国公司国际避税的严峻趋势。

## 3.数字经济背景下无形资产转让定价避税现状、征管难题及主要形式

随着数字经济的发展，建立在传统的国际税收规则上的现行税收法律与制度已经不再适用于新的经济形式，无形资产转让定价操作成为了大型跨国公司集团进行激进税收筹划达到税负规避效果的重要手段。跨国公司利用数字经济背景下无形资产转让定价进行避税主要体现在：利用数字经济背景下相关无形资产变化多样、难以估值、难以进行税务判定的特点将这类无形资产进行低价转让，这一点在与数据相关的商业模式中极为常见，常用的避税手段是搭建好跨国避税架构后通过无形资产的转让定价转移利润。分析这类问题的主要逻辑是税收利润是否符合经济活动的价值创造。

### 3.1 数字经济背景下无形资产转让定价避税的主要特征及产生原因

#### 3.1.1 数字经济背景下无形资产交易转让定价避税的主要特征

依托于无形资产的数字经济形式突破了传统的国际税收规则，使得无形资产的税收利益与其价值创造形成分离，无形资产的转让定价在数字经济的条件下也体现出的新的特征：

##### （一）新型无形资产的价值难以衡量

依托于数据这种新型生产要素，数字经济产生的新资产也更难界定与价值衡量，这也为跨国公司将这类新型无形资产进行低价转让规避税收提供了可能。这样的问题在近几年随着全球数据量爆发式增长，信息技术井喷式发展的背景下，跨国公司依托数字产业取得的新技术、新资产而产生的相关转让定价问题可能更加严重。

数字经济的一大表现就是数字的产业化，以数据为生产要素的经济形式也产生了许多信息时代的产物，诸如大数据、云计算，以及最近大火的基于广大数据

库强化学习的 AI Chatgpt 等。数字经济背景下新的商业模式与传统的企业不同，这种数字经济的商业产品是以数据为基础体现与消费者交互能力的产品，是一种可以真正实现数据价值的数字资产。然而这种商业模式下的涉及数据的经济活动需要由企业集团内多方参与，各方在数字资产价值链中承担的功能不同，价值创造不同，也难以客观认定，导致了收益的分配难以客观确定，这类数字资产的认定目前还没有一个比较合理的认定方法。无形资产价值衡量的失真毫无疑问造成了其交易的税收价值衡量与其应该有的价值创造的背离。

### （二）无形资产的法律所有权与收益所有权的认定差异

转让定价分析的起点就是权属分析，而传统的国际税收规则往往更加关注无形资产的法律权属，这就导致了一般情况下拥有法律所有权就拥有无形资产的收益所有权，这种认定方法在传统的经济形式下不仅合理而且税务管理上管理成本也更低。然而，数字经济背景下无形资产的法律所有权与价值创造却很容易通过人为的安排进行分离。

跨国企业内部关联方确定的无形资产法定所有者，往往首先收取利用无形资产的获益，然而，无形资产的法定的所有权并非等同于其收益权。根据 DEMPE 分析，经济收益要与经济活动实质有关，经济活动实质常常观察主体是否执行了职能，是否适用该无形资产，是否对该无形资产的相关活动承担风险，跨国企业关联主体具有实质经济活动，贡献了无形资产的价值创造，却不能直接分配经济收益。跨国企业往往通过这种法律所有和实际经济收益的分离，将无形资产创造的利润划分到处于低税国的无形资产所有的实体。

### （三）跨国公司（Multi-National Enterprise，简称 MNE）通过全球价值链利用无形资产转让定价进行避税

前文提到的价值链的理论下企业的价值创造由一系列的活动构成，在一项价值创造活动中，各成员实体的主要价值贡献是由其承担的功能风险和相关资产的使用情况确定的。在经济全球化的背景下，跨国企业往往不会把自身实体分布在一个国家地区中，而是根据自身战略在全球不同国家或地区分布不同的实体，各实体在整体的业务中处于价值创造的不同阶段，根据承担的功能和风险，各实体会在价值链上创造自己的价值，最终所有实体共同创造的价值便是整个企业集团总的价值。然而，跨国企业也会出于避税的考量使得自身构建的价值链中各经济

实体创造的经济价值和税收收益归属分离，常见于通过无形资产转让定价在整个价值链上控制各实体的成本与收益，将利润留在税率低的国家和地区。

具体手段大体表现为：跨国企业集团的无形资产多集中在数字化的产品服务上，无形资产有数据化的特点，没有物理存在的必须条件下，跨国企业就可以只在利润来源国建立极少的本地团队，大多数业务通过互联网进行。关于成本分配方面，低税率国家的公司也加入到承担分摊成本的活动，从而在法律层面其就可以获得该无形资产创造的利润，在利用该项无形资产获得利润后整体企业集团进行利润分配时，留存利润就因为关联公司之间的高额特许权使用费支付而减少了，同时企业集团内部通过知识产权交易、签订成本分摊协议等方式，低税率国的公司就可以获得全部利润或者部分利润，这样就达到了利润归属的税负最低的结果。

### 3.1.2 数字经济背景下无形资产交易转让定价避税产生的原因

无形资产转让定价进行避税也是上文提到的利用税法漏洞进行的不正当避税，而这种避税行为产生的原因包括两方面，主观方面是跨国公司作为理性人有着寻求税收利益的动机，客观方面则是跨国公司有着获得这种避税利益的条件，而这种条件则表现为其新的经济形式可以突破传统的国际税收规则，跨国公司可以很轻松地进行无形资产转让定价避税，这种避税行为产生的主要的客观方面原因本文总结如下：

#### （一）数字经济背景下无形资产交易的界定的联结度失灵

在对于转让定价的税务管理是从关联交易出发的，传统的国际税收规则是基于“物理存在”的原则进行判定，一般而言，一笔交易中企业在某国设立常设机构，且该笔交易利润与之有关联，该来源地国家就对这笔交易有着税收管辖权。在数字经济背景下的无形资产交易脱离的物理存在的范围，通过网络一笔交易就可以完成。这种情况下，无形资产交易双方可能并没有在来源地国家设立常设机构，可能连服务器都没有，毫无疑问突破了现有的联结关系。同时，收入来源地的税收与价值创造过程也可能不一致。近几年欧洲、印度、澳大利亚等地与互联网巨头企业之间的税收冲突就体现了这一点，在一个数字化企业中，数据的来源和使用分散在各用户所在地。显然，传统的联结度规则很难适用于数字经济背景下的经济活动。

## （二）转让定价调整中“独立交易原则”难以适用

“独立交易原则”是税务机关对关联交易进行转让定价调整的最广泛使用的方法，其中的关键就是参照可比非受控交易进行调整，确定非受控价格。然而，数字经济背景下跨国企业对无形资产高度依赖，数字化产品和服务占比显著提高，数字化的无形资产诸如网络数据等是虚拟的，很难确定无形资产的可比交易。

无形资产的成本认定就存在争议，首先无形资产从研发开始到获益的周期长，这使得很难预测其未来收益，同时在无形资产的研发过程中，各个参与者的贡献、承担的风险也很难客观确定，这也是许多跨国企业选择成本分摊协议进行避税的原因之一，并且，数据等数字经济背景下的无形资产本身价值就难以认定。诸如上述的原因，“独立交易原则”的运用遇到了困境。

## （三）数据商业模式中的价值贡献的认定和分配形成争议

前文提到数字经济是以数据作为主要生产要素的经济形式，涉及数据的商业模式中价值创造的认定和分配往往形成争议，特别是在涉及用户参与的商业模式中，相关用户参与的价值难以认定。以淘宝这类线上销售平台为例，平台在向用户提供网购服务的同时，也获得了大量的消费者数据，对用户数据的挖掘和利用会带来巨量的价值，比较直观的商业变现方式就是定点投送广告，同时，消费者的评论也会影响到其他消费者的选择，这种用户参与促进了平台的社区功能完善和作为交换商品和服务的信用机制建设，最终会推动更多的交易并增加平台收入，这种用户的参与间接或直接地构成了企业的营销型无形资产。然而传统的国际税收规则并未对这种用户参与的价值创造做出相关规定，导致某些价值创造国流失了大量对利润创造的税收。国际社会也对这种新型的价值创造应该如何认定和分配有争议，有些国家地区甚至直接采取诸如“数字服务税”等单边措施来限制这种税收流失状况<sup>6</sup>。对于解决这种用户参与创造价值贡献税收问题还需要国际社会协调合作，达成共识。

## （四）避税地的存在给了跨国公司隐匿利润的空间

传统的国际税收规则尊重各税收管辖区的征税权与不征税权，国际税制的差异造就了避税地的存在。跨国公司利用无形资产转让定价转移利润时也

<sup>6</sup> 在支柱一的最新进展中已经明确要求各辖区取消数字服务税和其他相关的类似措施。

需要将其取得的利润转移到一个税率较低的地方，以取得在传统国际税收规则下的税收利益，避税地的存在显然给了数字跨国企业这样一个选择。

在数字经济背景下，数字跨国企业很容易建立一个在传统国际税收规则制度下的避税地公司，同时将涉及数字经济业务的无形资产转移到避税地公司所有，这样在传统国际税收规则下，跨国公司就通过非违法的手段将利润留存归集到了避税地，同时由于数字经济的特性，相关的操作也更加复杂隐蔽，难以管理。显然，在数字经济背景下，国际避税地的问题更加显著。

## 3.2 新型数字无形资产的征管难题

区别于传统的无形资产，大数据、云计算等一众基于数据这一新型生产要素产生的无形资产在数字经济活动中越来越重要，而相关制度规则却存在缺失，概念判定模糊，在涉及数据的商业模式中，数据的收集和储存主体的价值创造往往被低估，对数据的转让定价管理也不完善，这为跨国数字经济企业转移利润提供了操作空间。

### 3.2.1 从数据要素出发看数字经济

数字经济带来了生产关系的转变，催生出了新的商业模式，从生产要素与生产关系的底层逻辑出发，我们可以看到无论是产业数字化还是数字产业化，显著的特征就是数据要素在经济活动中重要性剧增。

随着信息技术的不断成熟，数字经济中也逐渐出现了以数据为主要生产要素的商业模式，在数字经济商业模式中常见的“B to C”（面向消费者）的模式中，每一个参与到数字经济活动中的用户所产生的数据，这里既包括拥护者本身的数据，也包括用户在数字经济平台上的行为产生的数据，都可以带来价值：数字经济企业可以对广泛用户数据进行融合、分析及挖掘利用，提炼出消费者偏好的产品或服务，比如各大网络社群平台的广告业务；或者将广泛的数据进行强化学习以创造信息技术产品，比如美国 OpenAI 2022 年发布的 Chat GPT；或者收集数据、储存数据并进行融合分析并进行“B to B”（面向企业）和“B to G”（面向政府）的业务，比如中国人工智能龙头企业商汤科技。

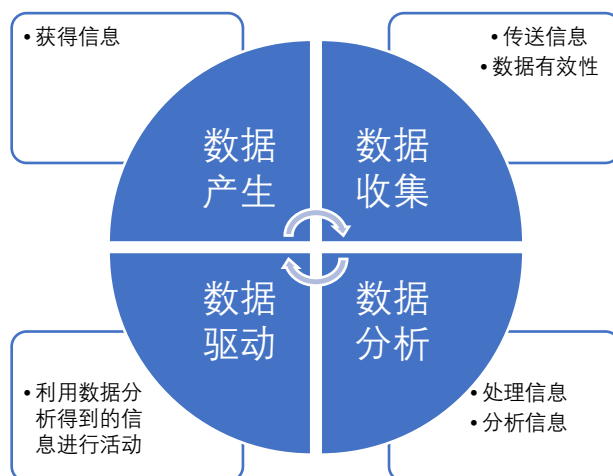


图 3-1：数据的商业模式

以数据为主的经济活动，无论是“B to C”、“B to B”，还是“B to G”的商业模式，其主要分为数据的产生、收集、分析、驱动，四个阶段。数据的产生及获得原始数据，包括既有的网络数据和在新的数字经济活动中新产生的数据；数据的收集及经济活动主体通过一定的手段抓取数据，传递信息，同时保证数据的有效性；数据的分析即将收集到的数据通过一定的信息技术进行整理分析，使原始数据形成可以使用的有价值的整体；数据的驱动则是利用数据分析得到的有价值的整体进行信息活动，即一项数字经济活动中最直观的经济行为，同时这种经济行为也会使得用户产生新的原始数据。

在传统的涉及数据的商业模式中的价值分析时，往往因为数据分析和数据驱动要承担更多的研发资金和市场风险，而被认为具有更高的附加值，但是随着信息技术的发展，一方面，在数据量暴增的大数据时代，有效地收集数据也变得复杂，另一方面，数据安全也逐渐成为了世界范围内人们更多的考量，数据收集和数据传输也面临更多的法律合规风险。

### 3.2.2 基于数据产生的资产

数字经济的浪潮使得数据的重要性日益凸显，国际社会近年来也开始普遍探索对于数据的管理机制，就我国而言，2020年发布的《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》就将数据与传统的土地、劳动力、资本、技术要素并列为五大生产要素，数据要素市场化是建设数字中国的关键一环，数据资产时代已然来临。数据资产化的目的在于将数据这一新的生产要素的核心价值最大化释放，目前各利益相关方的动向亦正在为数据资产化的进程扫除



障碍。我国深圳、天津、上海等地近两年也相继出台与数据管理的地方性法规文件来推进数据的权属界定和交易流通等标准的制定，加快数据要素市场的建设。

数字经济的发展带来了生产关系的转变，新的生产方式也使得无形资产的概念不断拓展，而反映在无形资产这一领域上，就是在数字经济化的过程中，基于数据产生的相关经济活动已经为跨国公司，特别是最依赖数字经济的互联网企业带来了巨额收益，其已经具备了形成资产的相关特征。在信息经济时代，技术变革中最重要的也就是数据，数据是数字经济企业重要的战略资产，能带来巨大的商业价值。数据资产化的制度建设涉及很多方面，虽然数据是否属于资产在我国实务界以及在法律和会计层面尚未明确定论，但是可以看到在实际经济活动中，越来越多的经济交易行为已经是以数据为目的，特别是跨国互联网巨头，近几年的并购交易也多数以数据纵向整合为目的，以谷歌（Google）公司为例，在其公开的收购案例中，并购交易基本情况中多数以获取数据为主要目的，如下表所示。

表 3-1：谷歌公司并购交易公开案例的基本统计情况

| 年份   | 被收购公司                      | 收购价<br>(亿美元) | 业务         | 国家/地区 | 并购目的                 |
|------|----------------------------|--------------|------------|-------|----------------------|
| 2006 | Youtube                    | 15.6         | 视频分享       | 美国    | 数据                   |
| 2007 | DoubleClick                | 31           | 在线广告       | 美国    | 数据分析                 |
| 2009 | AdMob                      | 7.5          | 移动端广告平台    | 美国    | 数据分析；流量获取成本（TACs）    |
| 2011 | ITA Software               | 6.76         | 航班信息       | 美国    | 数据；数据分析              |
| 2012 | 摩托罗拉移动                     | 125          | 移动设备       | 美国    | 数据设备；数据              |
| 2013 | 位智导航<br>(Waze)             | 13           | GPS 导航软件   | 以色列   | 数据                   |
| 2014 | Nest Labs                  | 32           | 智能家居       | 美国    | 物联网；数据               |
| 2018 | HTC Smartphone<br>Division | 11           | HTC 部分手机业务 | 中国台湾  | 数据设备；数据；流量获取成本(TACs) |
| 2019 | Fitbit                     | 21           | 智能健康穿戴设备   | 美国    | 数据设备；数据              |
| 2020 | Looker                     | 26           | 商业智能软件与大数据 | 美国    | 数据                   |

狭义的数字资产仅指数字货币，如虚拟货币 nft，这类数字资产是资产数据化的体现，广义的数据资产则是数据资产的体现，指在信息技术下，由信息系统

产生的以数字化形式存在的直接同资金、信息、商品流的资产交易相关的数据，或者行业数据，是一种基于数据产生的区别于传统资产类别的带来经济利益的新型资产。数据能成为资产一方面是因为现代信息技术的发展已经可以通过人工智能深入学习，大数据分析等手段发掘巨量数据的价值，同时数字经济商业模式下的用户参与性也让数据有了更多的价值，在涉及数据的商业模式中，广大而又繁杂数据转化为了可选择的、可用的、有导向性的信息，并进一步被加工成了产品或服务，这一过程中数据就变成了可控的、能为企业带来利益的整体，这种基于数据这一新型生产要素产生的整体，即本文所讨论的数字经济催生出的新型资产——数据类资产。

数据具有可以同时被多个主体使用且不会被消耗并创造价值的特点，因此，学界业界的主流观点也倾向于数据属于无形资产。同时，从经济可税性的角度，数据作为生产资料、商品和交换媒介等方面接入经济生活并创造价值，基于数据产生的无形资产进行的相关经济活动也应具有可税性，但是这类无形资产与交易活动具有虚拟性使得相关交易认定难以判定，同时国际上对于这一领域的税收规则也存在着缺失，使得相关税务管理成为了难题。

### 3.2.3 数据的商业模式与数据资产交易的转让定价分析

#### （一）转让定价的权属分析

法律权利和合同安排构成了任何涉及无形资产交易的转移定价分析的起点，分析所有权属是进行转让定价关联交易的起点。

推进数据确权是一个涉及多方面的极其复杂的过程，目前世界上主要司法管辖区还尚未出台明确的数据确权的立法，但是国际社会仍然通过各种层面上的实践来充分保护和利用数据资产，通过不同的法律机制进行数据确权，如发布数据法、隐私保护法等。欧盟 2018 年发布了《通用数据保护条例》将数据的权属分离予以明确，对数据主体和数据的处理者与控制者做出了区分。

通过研究近年来我国发布的涉及数据的法律文件以及相关司法实践可以发现，尽管我国目前对于数据确权有全国性的法律规制，我国也在逐步建立一套以数据为核心的法律体系，一套关于数据的法律法规也在近年频繁推出，本文将近年来我国有关数据的法律文件梳理总结如下：

表 3-2：我国有关数据管理的全国性法律文件与地方法规

|         | 文件名称            | 施行时间            | 有关内容  |
|---------|-----------------|-----------------|---|
| 全国性法律文件 | 《民法典》           | 2021 年 1 月 1 日  | 总则第一百二十七条“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定”                |
|         | 《个人信息保护法》       | 2021 年 11 月 1 日 | 明确了个人信息的性质和处理原则                                     |
|         | 《数据安全法》         | 2021 年 9 月 1 日  | 确立了数据分类分级管理、数据安全审查、风险评估、检测预警和应急处理等基本制度              |
|         | 《网络安全法》         | 2017 年 6 月 1 日  | 确立了网络信息安全的相关制度                                      |
| 地方性法规   | 《广东省数字经济促进条例》   | 2021 年 8 月 3 日  | 依法获取的数据资源开发利用的成果产生的权益受保护；鼓励设立数据交易场所                 |
|         | 《深圳经济特区数据条例》    | 2022 年 1 月 1 日  | 自然人对个人数据依法享有权益；合法的数据产品和服务享有法律规定的财产权益；完善了数据交易的制度     |
|         | 《天津市数据交易管理暂行办法》 | 2022 年 1 月 25 日 | 完善了数据交易的规则制度，对数据交易涉及到的数据确权内容提出了探索性质的规定 <sup>7</sup> |
|         | 《上海市数据条例》       | 2022 年 1 月 1 日  | 推进浦东新区数据权属界定、开放共享、交易流动、监督管理等标准制定和系统建设               |

在司法实践中，也有案例认可数字经济企业拥有数据资产权益，如我国的首例社交网络平台不正当竞争纠纷案——脉脉非法抓取使用微博用户信息不正当竞争纠纷案中，法院明确认可新浪微博的用户信息是其合法获得的且经过授权的，对用户信息的使用具有排除性，是其重要的商业资源<sup>8</sup>。因此，虽然目前尚未将数据界定为一种资产和明确权属，但是相关文件和司法实践认可了数据的经济价值，数据的资产化和法律确权是明确的方向。同时，就像微博案中提到的，数据的收集与储存的主体在取得合法授权的前提下有权使用数据，相关法律文件也认可了数字经济主体可以外购数据并转化为有经济利益的资产。

<sup>7</sup> 《天津市数据交易管理暂行办法》第十三条规定：数据供方应确保交易数据获取渠道合法、权利清晰无争议，能够向数据交易服务机构提供拥有交易数据完整相关权益的承诺及交易数据采集渠道、个人信息保护政策、用户授权等相关材料。数据供需双方签订的合约要求禁止转让的数据，数据需方不得向第三方转让。

<sup>8</sup> 北京知识产权法院民事判决书（2016）京 73 民终 588 号。

## （二）转让定价的功能分析

转让定价的功能分析主要分析无形资产的法定所有人是否履行 DEMPE 功能，经济活动中的主体承担的风险越大，所获的收益也应更高，OECD 的转让定价指南中规定，若经济活动中主体实质上控制了相关风险，则承担功能和风险的就是该主体<sup>9</sup>。根据承担风险越大收益越大的基本经济学原理，控制风险主体承担相关风险，因此有权享有因此风险相关的收益。

数据的功能分析主要包括涉及数据的商业模式的不同阶段的功能分析，即数据的产生，数据的收集与储存与整合，数据的加工和分析，数据的驱动。在传统的涉及数据的商业模式中，认为数据的价值大多由数据的加工和驱动环节来创造，因为相比起将数据转化为市场产品的风险，然而，在数据量爆炸式发展的大数据时代，与用户交互的渠道重要性更加凸显，同时，数据的收集和储存主体要承担数据的安全风险，因为若数据安全无法保障，合法授权无法取得，则后续的阶段则将缺乏法律正当性。特别是在国际社会对数据安全持续关注、数据制度不断完善背景下，拥有交互渠道和合法授权的数据收集和储存活动将具有不可替代性，从而体现更高的商业价值，影响企业的获利能力。因此，在现如今的数字经济中，承担数据的收集、储存和分享的主体也应在数据的价值链中获得更多回报。

综上所述，从权属分析和转让定价功能分析的角度来看，从一定程度上，满足一定条件的数据可以被确认为无形资产，同时，从转让定价功能分析的角度，数据的收集、储存的主体也可以被认为承担了相关风险，因此拥有相关数据资产的经济收益。

### 3.2.4 数据资产税务处理的现状与转让定价管理的困境

一方面，现阶段的数据资产税务处理往往会忽视数据收集和储存阶段的价值贡献，另一方面，这类无形资产的管理交易很难找到可比交易从而很难适用独立交易原则，目前实践中通常考虑的交易净利润法也容易低估数据收集和储存的主体应得的收益。

#### （一）数据的收集和储存环节价值创造被低估

---

<sup>9</sup> 根据 OECD TGP，这里的实质控制风险包括：（1）有权且能够决策是否接受具有风险的商业机会，并实际履行决策功能；（2）有权且能够决策如何应对伴随商业机会的风险，并实际履行该决策功能。

目前,在涉及到这种以数据为主的商业模式中的数据类无形资产转让定价时,通常将价值创造归集在数据分析和数据驱动阶段。其原因包括两方面,一方面是上文提到传统的涉及数据的价值链分析认为数据的分析和驱动环节需要更多的技术支持和投入,而数据本身并不显现价值;另一方面则是跨国公司也更倾向于把数据商业模式中创造的价值归集在分析和驱动环节,这是因为涉及数据的分析和驱动环节的场所以安排更加灵活,跨国公司可以将执行该类功能的无形资产安排在其目标利润归属国。这种现状就给了跨国数字企业利用涉及数据的无形资产转让定价转移利润的操作空间。

随着数字经济的发展,数据的产生和数据的收集阶段的重要性也逐渐被人们所重视,各国都意识到了数字经济中用户参与性所创造的价值,许多国家也出台了数字服务税等相关单边措施来保护自己的税收权益。同时,学界业界中一种被广泛接受的观点认为,数据的商业模式中规模广泛的数据本身带来的交互可能性和用户规模相互交织是数据资产重要的估值基础,对于涉及数据的商业模式中,通过交互端口的数据收集、符合必要合理法律要求的数据保存、经过用户授权的合法共享、基于用户行为的数据统计和对外交互,更加真实地体现数据的价值创造,数据的产生和收集阶段,强调以数据为基础的商业模式中的用户交互,才是跨国数字企业创造利润的主要来源。在如今的数字经济时代,数据已成为驱动商业模式创新和发展的核心资源,甚至已成为各国的核心竞争要素。目前要完善数据类资产的制度主要有三个方面的问题:法律角度的数据类资产确权、市场角度的数据资产估值和交易、会计角度的数据类资产入表<sup>10</sup>,这三个方面也已经有广泛的学术讨论。

## (二) 涉及数据的转让定价管理存在的问题

数据类资产的关联交易很难找到可比交易,因此难以适用独立交易原则,目前国内国际上涉及数据的转让定价管理中通常选择交易净利润法作为主要的考虑因素之一。选择交易净利润法的主要原因:一是,现有的法律和会计制度还暂未对数据提出专门的管理,大部分涉及数据商业模式中的用户数据收集和外购数据等活动主要通过费用化支出,因此大部分企业资产负债表并未体现数据资产;二是,数据的收集和储存往往被认定为低价值创造的活动,不承担复杂的功能和重大风险,因此不认为有显著的无形资产。因此涉及数据的转让定价交易中

<sup>10</sup> 关于这三个问题的讨论可以详见普华永道 2021 年发布的《数据资产化前瞻性研究白皮书》。

的收集、储存主体往往被选定为验证主体，并选择交易净利润法进行分析，使用完全成本加成率或税前利润率等指标给予有限的回报。

这种税务管理方法显然与数据类资产的价值创造产生了一定的背离，低估了数据收集和储存主体应得的收益，同时交易净利润法也很难找到合适的可比公司，在实践中可比公司的范围也往往因为样本数的要求被扩大到其他业务范围的公司，因此，对于数据资产交易的转让定价管理中，交易净利润法并不是最好的方法，它为跨国公司通过无形资产转让定价进行利润转移以规避税负提供了操作空间。

本文认为在涉及数据商业模式的无形资产交易中更适合利润分割法。我国转让定价的规定中也说明利润分割法更适用于企业及关联方均对利润创造具有独特贡献，同时业务高度整合并且单独评估各方交易结果具有很大难度的关联交易<sup>11</sup>。因此对于将数据转化为商业模式的主体，特别是数据价值链中的数据收集和储存主体，都拥有重要的无形资产，且这些与数据有关的无形资产都对该主体的利润创造有重要贡献，在涉及数据资产相关的关联交易时，无法找到可以适用的非受控价格时，利润分割法可能会更加适合转让定价的分析。

### 3.3 跨国公司利用无形资产转让定价进行转移利润避税的主要形式

跨国公司在数字经济的背景下搭建好跨国避税架构后通过无形资产的转让定价转移利润。本小节将具体分析跨国公司利用无形资产转让定价的跨国避税的主要形式。本文将跨国公司利用无形资产转让定价进行利润转移主要分为三种模式：特许权使用费结构、共享服务费结构以及成本分摊协议结构，三种模式都是通过跨国公司集团内部的无形资产转让定价协议达成利润的人为安排，以达成规避税收的结果。

<sup>11</sup> 国家税务总局公告 2017 年第 6 号《特别纳税调查调整及相互协商程序管理办法》。

### 3.3.1 特许权使用费结构

特许权使用费指使用不属于本单位所有的各类无形资产的付款，这种支出对于所得受益人而言属于财产收入。特许权使用费结构由一个负责无形资产研发的 R&D 公司与一个进行制造活动的公司或开展分销活动的运营公司构成，这一结构可概要图示如下：

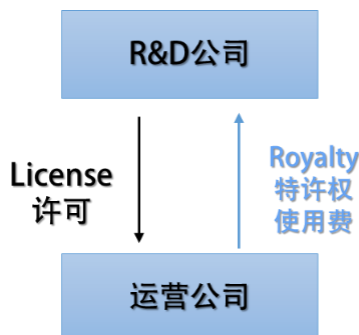


图 3-2：特许权使用费结构图例

在这一结构中，R&D 公司负责无形资产的研发，并将无形资产许可给运营公司，由运营公司将该无形资产用于制造或分销产品或服务。在有些情形下，无形资产可能会集中于一个中间公司之中，由中间公司专门负责持有无形资产，即下图所示：

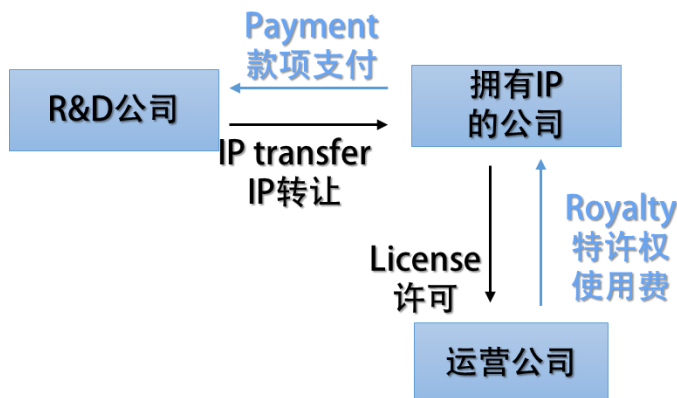


图 3-3：存在集中化拥有 IP 的公司的特许权使用费结构图例

这一结构中 R&D 公司仍负责无形资产的研发，并将无形资产许可给中间负责持有 IP 的公司，后者再将其许可给运营公司，由其将该无形资产用于制造或分销产品或服务，这种情况对于大型的数字经济企业集团也更常见，因为数字经济企业集团通常会设立不同业务线上的研发公司。这种结构下 R&D 公司或拥有 IP 的公司贡献无形资产研发的活动和资本，承担相关风险，因此应该获得大部分与无形资产相关的收益。然而在实践中，因为特许权使用费等费用发生在无形资

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/126235205124010035>