

厦门大学国际经济法文库 总主编/陈安

# 无形资产转让定价问题研究

——以美国和OECD的制度为中心

On The Transfer Pricing of Intangibles

—— Focusing on the U.S. and OECD Regimes

◎ 陈智超 / 著



厦门大学出版社 | 国家一级出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS | 全国百佳图书出版单位

厦门大学国际经济法文库 总主编/陈安

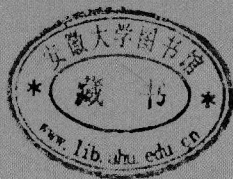
# 无形资产转让定价问题研究

——以美国和OECD的制度为中心

On The Transfer Pricing of Intangibles

—— Focusing on the U.S. and OECD Regimes

◎ 陈智超 / 著



厦门大学出版社 | 国家一级出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS | 全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目(CIP)数据

无形资产转让定价问题研究:以美国和 OECD 的制度为中心/陈智超著.

—厦门:厦门大学出版社,2012.12

(厦门大学国际经济法文库/陈安主编)

ISBN 978-7-5615-4302-3

I. ①无… II. ①陈… III. ①无形资产-转让价格-问题研究  
IV. ①F273.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 112660 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@xmupress.com](mailto:xmup@xmupress.com)

厦门集大印刷厂印刷

2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:18.25 插页:2

字数:318 千字 印数:1~1 200 册

定价:39.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

---

## 总序

---

国际经济法是发展中的边缘性法学学科。在世界范围,国际经济法作为独立的法学学科,已有近60年的发展史。在中国,经过20多年的发展,国际经济法已成为法学各学科中理论研究最活跃、实践性最强的学科之一。当前,在经济全球化和中国加入世界贸易组织的新形势下,国际经济法更呈现其鲜明的时代性和蓬勃的生命力。

得改革开放风气之先,厦门大学在我国较早开展国际经济法的教学和研究。经原国家教委批准,厦门大学于1981年和1985年在全国率先招收国际经济法专业硕士生和本科生,1986年开始招收国际经济法专业(1997年后调整扩大为国际法专业)博士生。1987年成立厦门大学国际经济法研究所。1995年,厦门大学“国际经济法及台港澳法研究”学科点被列为全国高校“211”工程重点建设项目。2002年,厦门大学国际法专业由教育部批准为国家重点学科。长期以来,厦门大学国际法专业学术群体秉承“自强不息,止于至善”的校训,囊萤映雪,开展了一系列国家急需的国际经济法理论和实务研究工作,为我国的法治建设和学科发展作出了应有的贡献。同时,经过不断探索,本专业逐渐形成“出人才”和“创成果”相互促进、相辅相成的研究生培养模式,培养了大批“懂法律、懂经济、懂外语”的国际经济法专门人才。

把本专业建成我国国际法领域的重要研究基地和人才培养基地是我们的奋斗目标。“厦门大学国际经济法文库”的编辑出版,是本专业学科建设和发展的长期性工作。“文库”的宗旨是以系列学术专著的形式,集中展现国际经济法领域的专题研究成果,促进学术和社

会发展。“文库”立足出版厦门大学学者、校友在国际经济法领域的研究成果,更欢迎海内外国际经济法学者惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,崇尚严谨治学,鼓励学术创新和争鸣。在出版国际经济法专家学者力作的同时,尤其关注国际经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上发展的学术专著。我们期望“文库”成为国际经济法专家学者辛勤耕耘的园地,源源不断地产出智慧之果,启迪思想,弘扬学术。同时,更希望“文库”发挥国际经济法“智库”的功能,为我国的国际经济条约实践、涉外经贸立法以及涉外经贸实务提供有益的理论指导或参考。

**“厦门大学国际经济法文库”编辑委员会**

2003年6月2日

## Preface

### 序 一

---

#### Introduction 简介

It is with great pleasure that I provide a Preface to Dr. Chen Zhichao's book. I congratulate Dr. Chen for writing a book that examines the most challenging issue in international taxation (transfer pricing in intangible property), analyzes the best-known international tax principle (i. e., arm's length's principle) in its historical, theoretical and practical contexts, and offers his insights on the current state of law and future development. It is indeed a book well researched and well written!

我很高兴有机会为陈博士的新书著序。首先,衷心祝贺陈博士对国际税法领域最具挑战性的课题通过该书进行了扎实的研究,从历史的、理论的以及实践的角度对著名的国际税法的正常交易原则进行了分析,同时对目前的法律现状和未来发展趋势提出了自己的真知灼见。可以说该书体现了作者扎实的研究能力以及优秀的写作水平。

I must confess that I have never met Dr. Chen in person. I am, however, aware of his work and have been keenly waiting to see the final manuscript. After reading the book, I became impressed with Dr. Chen's high quality of writing, thoroughness in research, solid understanding of the issues, the law, and policy challenges, as well as his ability to translate complex, highly technical concepts into Chinese. Writing a preface for such impressive book is thus both a privilege and an invitation to think

harder about the issues examined in the book.

我与陈博士从未见过面,但知道他的这项研究,而且一直十分期待阅读其最终稿。阅读此书后,陈博士高质量的写作,深入的研究,对相关问题、法律 and 政策的扎实理解,以及将高度复杂的技术概念翻译成中文的能力,给我留下了深刻的印象。为这样一部高质量的学术作品作序给我提供了一个对书中所研究的相关问题进行更深刻的思考的机会,也让我感到非常荣幸。

### **Transfer pricing transactions involving intangibles:**

#### **The Frontier of International Taxation**

### **无形资产转让定价交易:国际税收领域的学术前沿**

As stated by Dr. Chen at the beginning of the book, transfer pricing is one of the most, if not the most, difficult issues in international taxation. It potentially affects 60 percent of the world trade and investment, each and every multinational corporation, and most governments of the world. The law governing transfer pricing transactions is based on the arm's length principle, which requires related party transactions be benchmarked against transactions between independent parties. The rising importance of intangibles in related party transactions seriously challenges the theoretical foundation and practical implementation of the principle because intangibles are typically unique and not easily benchmarked against any arm's length transactions.

正如陈博士在其书中开始部分所述那样,在国际税法领域,转让定价即使不是最难的问题,也是最难的问题之一。它可能涉及世界上 60% 左右的国际投资与贸易,几乎所有的跨国公司和很多国家的国库。转让定价法的基本原则是“正常交易原则”(或独立交易原则)。正常交易原则要求关联企业之间的交易应该按照独立企业之间交易的价格定价。然而,随着无形资产在关联企业交易中越来越重要,由于无形资产自身的特殊性以及垄断型难以寻找到具有可比性的正常交易,这对正常交易原则的理论基础以及实践中的具体实施提出极大的挑战。

There are no clear answers at the moment to some of the most basic

questions, such as: What is an “intangible”? How to value an intangible property? Who is the owner? What should be the rate of return? How, in practice, can taxpayers and tax authorities determine the correct price for a transaction involving intangibles? Other than the United States that has fairly sophisticated regulations on intangibles, there are no clear national or international rules. On June 6, 2012, the OECD published a discussion draft report titled “Discussion Draft Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions” (6 June 2012) to address these questions. Courts in various countries struggle in their decisions in transfer pricing cases, adopting different approaches to the interpretation of the arm’s length principle.

目前对无形资产交易的转让定价所涉及的一些基本问题还没有明确答案。比如：何谓“无形资产”？如何衡量无形资产的价值？谁是无资产的所有者？回报率应如何确定？在实践中，纳税人和政府税收机关如何决定无形资产的交易价格？针对无形资产，只有美国制订了相对详细的规则，其他国家和 OECD 都在研究和关注这个问题。OECD 在今年 6 月 6 日发布了一份讨论报告，即《OECD 就修改转让定价指南第六章对无形资产及相关规定修改的讨论稿》。另外，各国的法院对转让定价案件的判决也可谓是十分纠结，采用不同的方法来解释正常交易原则。

The issue of transfer pricing and intangibles is important to China. As a major recipient of foreign direct investment (FDI) that has embedded intangibles created offshore, China faces the risk of tax base erosion when profits are shifted outside China through transfer pricing. Similarly, China’s growing outbound FDI that has embedded intangibles created by Chinese companies may face increasing transfer pricing scrutiny in other countries. For both Chinese tax authorities and taxpayers, transfer pricing in intangibles is an important issue. China has transplanted the arm’s length principle into domestic law and adopted many of the OECD Transfer Pricing Guidelines in practice. To the best of my knowledge, Dr. Chen’s book is the most recent and comprehensive examination of this issue in China.



无形资产的转让定价问题对于中国来说十分重要。中国是世界上外商直接投资的主要接收国,海外创造的无形资产伴随投资进入中国,跨国公司可以通过转让定价的手段将无形资产在中国产生的利润转移出境,减少在中国的所得税,侵蚀中国的税基。同样,中国的海外直接投资也在逐年增长,在中国研发的无形资产在海外产生的利润会受到投资所在国税务机关的关注,中国公司的转让定价交易会受到越来越严格的税务审查。因此,不论是对中国的税务机关还是中国的纳税人来说,无形资产的转让定价问题都非常重要。中国已经将正常交易原则移植到其国内法中并且在实践中采用了 OECD 转让定价指南中的诸多内容。据我所知,陈博士的这本书是目前国内对无形资产转让定价问题最新、最全面的研究成果。

## The Arm's Length Principle and Intangibles

### 正常交易原则与无形资产

The arm's length principle was developed in the early part of the twentieth century. It is the basis of an international consensus on the sharing of profit derived by multinational corporations. It has arguably served the world community reasonably well until the prominence of intangibles, globalization, and the ability of multinational corporations to shift income cross-border through transfer pricing strategies. Applying the arm's length principle to transactions involving intangibles is extremely difficult. As discussed in Dr. Chen's book, it is tricky to identify transactions involving intangible or to apply the existing transfer pricing methods to such transactions. The arm's length principle suffers from some serious defects and has some severe criticism. And yet, there are currently no viable alternatives, even though formulary apportionment has been touted as such.

正常交易原则的发展始于二十世纪初期。该原则是国际上公认的对跨国利润进行分配的基础,对有形物品的交易适用良好。但遇到无形资产异军突起、全球化以及跨国公司利用转让定价策略跨境转移利润时该原则就难以应对了。对无形资产的相关交易适用正常交易原则是非常困难的。正如陈博士书中所述,识别那些包含无形资产的交易或将现存的转让定价方

法适用于这类交易是非常棘手的问题。正常交易原则本身有其严重的缺陷并饱受诟病,但目前还没有可以代替正常交易原则的其他可行性原则。公式分配法虽被广泛推崇,但实际操作难度太大。

## Soft Law and the Influence of the United States and OECD 软性法以及美国和 OECD 的影响

Students of international taxation may find it hard to believe that the area of transfer pricing is regulated primarily by “soft law”, that is, *OECD Transfer Pricing Guidelines*, as opposed to “hard” law in the form of detailed rules in domestic tax law or international tax treaties. The *Guidelines* do not have the status of law. The OECD is not a law-making body. The *OECD Guidelines* are not based on an agreement signed by OECD member countries and do not bind national tax administrations or taxpayers. They are only guidelines. And yet, tax administrators and taxpayers rely on the guidelines in practice out of necessity.

研究国际税法的同学也许很难相信目前转让定价领域在很大程度上依靠“软性法”,如《OECD 转让定价指南》,而并不是国内法或国际条约中的具体规则,即所谓的“硬性法”。《指南》本身并不是法律,OECD 也并非立法机构。《指南》也并非建立在 OECD 成员国签订的相关协议基础之上,它对任何国家的税务机关或纳税人都没有约束力,仅仅是一份指南而已。但在实践中税务机关以及纳税人一般依据指南行事,因为别无选择。

In the face of economic globalization, political borders are becoming less and less relevant to multinational corporations but remain fundamentally important to nation-states in setting tax policy and enforcing tax laws. The notion of sovereignty remains deeply rooted in tax law. It is unlikely that nation states would agree to cede their tax sovereignty in order to create a super-national tax organization. In the meantime, transfer pricing is a real issue. Any transfer pricing issue involves at least four parties, representing different interests; the two associated enterprises (Party A and Party B); the tax administration of the two countries (Country

A and Country B) in which transfer pricing transactions are conducted by Part A and Party B. The relationship between Country A and Party A, or between Country B and Party B, is governed by domestic law, the relationship between Country A and Country B is governed by a tax treaty. If a third party (Party C) is located in a third country (Country C, typically a tax haven) there is no legal instrument that governs the tax relationship of the three countries. There is no international law that compels any of the three countries to enter into tax treaties with one another. Outside the European Union, there are no multilateral tax agreements. In the foreseeable future, nation states and MNEs will be looking to the OECD for practical guidance.

由于经济全球化的关系,国界对跨国公司的影响日益减少但对各国的税收立法和税法实施仍然至关重要。国家主权的概念深植于税法之中。主权国家目前都不愿意放弃或割让本国的主权来创制一个国际税收组织。同时,转让定价是一个现实存在的问题。任何一个转让定价问题至少都包含代表不同利益的四方当事人:两个关联企业(A方和B方),转让定价交易所涉及的两个国家的税务机关(A国和B国)。A国与A方的关系或B国与B方的关系受由各自的国内法制约的,而A国和B国之间的关系受税收协定规范的。如果除此之外还有另外一个在第三国(C国,常为避税港)的第三方(C方),那么没有任何国际税收协定调整这三个国家的税收关系。国际公法并不强制这三个国家互相之间签订双边税收协定。在欧盟以外,多边税收协定基本不存在。在可预见的未来,主权国家以及跨国公司仍将依赖 OECD 的指引。

As discussed in Dr. Chen's book, the OECD is often influenced by the United States. Many U. S. transfer pricing rules find their way into the OECD Guidelines. For this reason, it is unthinkable to grasp transfer pricing rules without some appreciation of the developments in the United States. Dr. Chen did an excellent job in presenting the pertinent U. S. legislative rules and court decisions and in explaining their influence on the OECD position.

正如陈博士在其书中所讨论的那样,OECD 经常受到美国的影响。《OECD 转让定价指南》中有很多美国转让定价规则的影子。因此,若想真

正理解并掌握转让定价规则,对美国转让定价规则的发展和演进过程进行研究和理解是非常必要的。在其书中,陈博士非常出色地论述了美国的相关法律法规、案例以及其对 OECD 立场的影响。

## Contributions of the book

### 本书的贡献

Dr. Chen was modest in stating the contributions of his book. I believe that the book fills a void in Chinese literature on transfer pricing. It will provide Chinese researchers, students, tax administrators and policy-makers with a rich body of materials that have thus far available primarily in English. The book goes beyond merely presenting the materials. It offers Dr. Chen's analysis and viewpoints. The book should also have some impact on the formulation of Chinese transfer pricing rules on intangibles, which are currently inadequate. Chinese transfer pricing rules are largely transplanted from the OECD Guidelines and some best practices in the United States and other countries. It is reasonable to expect that future rules on intangibles will draw from developments in the OECD and United States. In this sense, the materials and discussions in this book should prove a source of invaluable information and insights.

谈及该书的贡献问题,陈博士非常谦虚。我相信该书填补了国内在该领域的学术空白。该书向中国的研究人员、学生、税务工作者以及决策者提供了大量详实的资料,其中很多是英文原版资料。该书不仅呈现这些资料,还包括陈博士大量的分析和观点。这无疑会对中国无形资产转让定价规则的形成产生积极的影响,因为中国目前的有关法律尚不健全,移植 OECD 指南以及美国和其他国家的一些先进经验需要首先了解 OECD 的发展和美国的资料。

I enjoy reading the manuscript. It is true that some of the materials are highly technical and inherently difficult to understand. This is certainly not due to the fault of the author, but the nature of the beast. Transfer pricing is not easy to anyone. Dr. Chen did an admirable job in distilling

the difficult materials in English and presenting them in Chinese. I hope readers learn as much as I did in reading the book.

总之,阅读该书令我受益匪浅。确实,书中包含一些技术性很强且难以理解的资料,但这不是作者的问题,而是课题本身的复杂性所致。转让定价对谁来说都不是一个简单的问题。我很佩服陈博士能出色地将复杂的英文资料提炼并用中文表达出来。我希望该书的读者在阅读完本书后能与我有同感!



**Li Jinyan**

**Professor, Osgoode Hall Law School of York University, Canada**

**李金艳**

**加拿大欧思古德法学院教授**

**2012年7月15日**

---

## 序二

---

20世纪90年代中期以来,随着经济全球化的迅猛发展,国际税法经历了重要发展变化的领域之一,是关于规制纳税人各种国际逃税和避税行为的各国国内税法制度和相关的国际条约规范。在国际税法的这一领域中,最重要的发展变化则是旨在规制国际关联企业间滥用转让定价避税的转让定价税制的发展变化。而在转让定价税制中,已经并将继续对税收权益的国际分配产生重要影响的税制变化,应推国际关联企业无形资产转让定价税制的发展变化。

有关无形资产转让定价税制问题,之所以从上世纪90年代开始成为跨国公司、各国税务当局、有关国际组织以及国际税法学界共同关注研究和激烈讨论争议的课题,一方面是由于在今天知识经济时代,无形资产已成为驱动经济增长的主要动力,对确立企业的竞争优势地位和利润贡献的作用影响日益加大;另一方面则是因为跨国企业利用无形资产具有的独特性和垄断性,越来越多地通过涉及无形资产的内部关联交易,实现其利润国际转移以减轻和规避集团整体税负的目的。有关各国政府为维护本国的税收权益以遏制这种趋势的发展,在近20年内通过建立和修改有关无形资产转让定价税制,赋予税务当局在调整关联企业内部涉及无形资产转让定价交易方面更大和更为灵活的规制权力,从而进一步激化了国际税收权益分配的矛盾。而为了缓和经济全球化时代条件下的国际税收利益冲突,有关国际组织在这一时期也进一步加强了国际关联企业无形资产转让定价税制问题的研究,以求更好地统一协调各国转让定价税制在这方面的发展变化。这一时期以来美国的无形资产转让定价税制的发展变化和经合组织不断修订和

充实其制定颁布的《跨国公司和税务当局转让定价准则》(通称经合组织《国际转让定价准则》)这一重要国际文件的工作,代表和反映了无形资产转让定价税制发展的前沿动态。

摆在读者眼前的这本关于无形资产转让定价税制研究的专著,正是这样一部力图准确阐述晚近无形资产转让定价税制发展的主要内容,客观评析其对传统转让定价税制的影响及其有待解决的相关问题的学术作品。正如作者在本书绪论中指出的那样,由于无形资产转让定价问题的特殊复杂性和转让定价税制的这一分支领域发展变化的频繁性,近年来国内外虽有不少研究无形资产转让定价税制具体问题的论文发表,但比较系统全面的阐释晚近这一专门领域税制发展内容和深入探析这些发展变化可能带来的影响、问题和应对之策的专门著述,却十分有限。陈智超博士撰写的这本专题论著,似可在一定程度上弥补目前国内外这方面研究文献不足的遗憾。

本书的学术价值贡献主要体现在作者围绕美国晚近无形资产转让定价税制发展变化以及经合组织《国际转让定价准则》因应美国转让定价税制发展影响而做出的相应修订内容这一主线,注意从原始第一手资料出发,结合美国国会相关立法、财政部规章、美国法院相关判例和经合组织的有关研究报告内容,揭示了晚近美国无形资产转让定价税制和经合组织《国际转让定价准则》中先后引入的“经济实质”、“现实可得替代选择”、“周期性调整”和“商业理性”等一系列重要概念、标准、方法和原则的背景原因、实质内涵及其对建立在传统的正常交易原则基础上的转让定价税制的冲击与影响,并在此基础上分析指出它们对适用正常交易原则规范关联企业无形资产转让定价交易可能产生的问题。这对于包括中国在内的各国立法部门和财税主管当局认识把握晚近国际无形资产转让定价税制的发展脉络,进一步健全和完善本国的无形资产转让定价税制,具有很好的参考价值。同时,对于日常经营活动中涉及无形资产转让定价交易的众多跨国企业而言,本书的内容也富有实践指导意义。

本书是陈智超博士在厦门大学攻读博士学位研究生三年期间辛勤耕耘的智慧与汗水的结晶。作为陈智超的博士论文研究指导教师,看到学生三

年努力研究的成果获得了国内同行专家的好评肯定,并入选“厦门大学国际经济法文库”付梓出版,我自然是十分的欣慰。承作者的盛情约请,在本书出版问世之际,匆忙写下以上文字内容作为序文,以表示对作者和本书问世的祝贺。

中国国际经济法学会副会长  
中国财税法学研究会副会长  
厦门大学法学院教授

廖益新

2012年7月15日



---

## 内容摘要

---

本书研究的时代背景为无形资产转让定价问题引发的重大税收后果；制度背景为无形资产转让定价制度的新发展；理论背景为正常交易原则与公式分配法的传统分野以及与所得相配比标准引入之后，正常交易原则的适用出现的变化。本书所要研究的问题是无形资产转让定价问题的宏观和微观两个方面，即指导原则的选择以及具体适用。本书的前提是：(1)无形资产转让定价问题仍应当以正常交易原则为指导；(2)从适用效果以及实际情况的角度而言，应当接受与所得相配比标准的引入给正常交易原则带来的变化，包括适用范围方面的扩张以及新的转让定价方法的引入。本书的问题意识，主要是正常交易原则与与所得相配比标准实际上存在着部分不可兼容性。为此，适应于正常交易原则和与所得相配比标准分别依赖经验证据和经济论理的特征以及无形资产转让定价制度的技术性，本书选取的研究进路偏重于根据实践经验发现与受控交易界定相关的原则和概念的论理缺陷与不足，并提出应对之策。此外，作为制度性研究，本书还分析了相关制度设计的实际影响与因应。

除研究进路的选取外，本书可能的创新点和贡献主要在于论题的界定方式以及对最新发展的覆盖：为了突出反映无形资产转让定价制度新发展的重心所在，根据二分法研究无形资产转让定价问题，即将无形资产转让定价审查分为受控交易的界定以及转让定价方法的适用，并系统地研究了迄今为止上述两个方面的最新发展。结构上，全书除绪论和结束语部分外，共分四章。其中：

第一章通过研究美国和加拿大的公式分配法实践存在的实际困难和理论争议，并在欧盟统一合并公司税基的公式分配法动议下加以检验，指出公式分配法难以取代正常交易原则对于无形资产转让定价问题的指导地位。