



# 直面经济数字化 国际税收改革真问题： 利润分配新规则的重构、解构与建构<sup>\*</sup>

刘奇超 曹明星 王晶晶

**内容提要：**利润分配新规则的确定是当前经济数字化国际税收改革研究中的重点、难点与热点问题。从思维逻辑上看，用汇聚各方理论共识因素形成的“市场管辖区”概念来主张新征税权的方式，有助于搁置分歧、探寻实质性解决方案。从政策设计上看，修订的剩余利润分配法、部分分配法与基于分销的方法均或多或少突破了独立交易原则，强调了兼顾现行转让定价规则与探索简化方案之间选择的重要性。从配套规则上看，科学、合理地使用业务线与区域细分方法、限制政策适用的设计范围、妥善处理好亏损问题，都是有效实施利润分配新规则的制度性保障。通过全球在实质性简化措施的探索与细节性制度设计的共商方面作出的进一步努力，必将从根本上解决这一问题。

**关键词：**剩余利润分配法 部分分配法 基于分销的方法 利润分配规则 经济数字化

**中图分类号：**F812.42 **文献标识码：**B **文章编号：**2095-6126 (2019) 08-0010-09

DOI:10.19376/j.cnki.cn10-1142/f.2019.08.002

当前，数字经济发展日新月异，深刻重塑世界经济，改变人类社会面貌。在此背景下，各方为共享数字经济发展机遇、共寻新增长动能与发展之路、共治新征税权划分与剩余 BEPS 问题，围绕经济数字化国际税收改革的“双支柱”提案<sup>1</sup>，掀起了一场主题鲜明、时间紧凑的国际大讨论。其中，利润分配新规则作为当前

改革研究中的核心议题之一，亟待研究解决。

## 一、新思路：思维逻辑的总体重构

明者因时而变，知者随事而制。尽管 OECD 在 2019 年 5 月 31 日公布的《旨在制定应对经济数字化带来税收挑战的共识解决方案》（以下简称《共识》）工作计

<sup>\*</sup> 本文为 2018 年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“经济数字化下国际税收规则变革与我国税法的应对研究”（项目编号：18YJC820085）、2018 年上海市哲学社会科学规划青年课题“经济数字化下国家税基问题研究：理论发展、立法实践与路径前瞻”（课题批准号：2018EJ001）和中国法学会 2018 年部级法学研究课题“互联网经济下的税收问题研究：以平台为中心”（课题编号：CLS（2018）D95）的阶段性研究成果。

1 经济数字化税收改革“双支柱”提案，是指以“修订的利润分配和联结度规则”为第一支柱和以“全球反税基侵蚀提案”为第二支柱的改革提案。



划中提及多项新的政策细节，但始终不外乎是以看得见、摸得着的供给侧制度创新，去适应和满足市场国作为需求侧提出的“永新而无新”、多元化的实际利益需求。

从政府治理的角度看，国家是跨境交易“大写的”合同参与方，有权在表现为整体的聚合式生产越来越成为现代高级生产方式的当前和未来现代化后期，主张以国家为代表的整体利益的实现和增长。同时，基于化解单边措施带来的风险与不确定性这一特殊目的，建立在 BEPS 包容性框架基础上“非歧视”的协调机制，为以美国、英国为代表的“中心国家”和以印度、哥伦比亚为代表的“外围国家”之间，提供了一次共同探寻传统理论基础创新与新制度新规则供给之间的公平对话。其结果会让各方在同一思维逻辑框架内形成对原理的包容性阐释和规则的审慎性选择。

从理论融合的视角看，《共识》为业界留白了探寻如何在劳动价值论与边际效用价值论之间、在劳动一元价值论与要素多元价值论之间找到对用户参与和数据主张（原始）价值的理论支撑；留白了在价值创造地、经济活动地与现行征税地之间主张新征税权的自我解释空间；留白了围绕经济数字化时代下的政府与市场关系，研究政府贡献理论在确定征税权与征税规模的具体方法。但是，为确保“第一支柱”按时落地，《共识》巧妙地搁置了用户参与、营销型无形资产与显著经济存在（SEP）这三种理论主张之间的分歧，转向了由凝聚三种理论之间共识性因素的“市场管辖区”<sup>2</sup>概念来重提新征税权。事实上，主张新征税权具体理论的分歧并不一定会对“第一支柱”提案中其他内容的讨论产生重要影响，譬如，由新征税权确定利润的计算方法。而正是这种研究范式的思路转换为全球改革赢得了时间。

从政策创新的视角看，受新征税权约束的利润数额将对利润分配新规则的制定提出三重挑战：如何衡量和评估与新征税权无关企业的用户贡献？如何区分集团内不同活动与无形资产之间的贡献，以及这些贡献有多少在新征税权范围内？如何在集团执行有限或无实体的活动且几乎没有（或可能没有）有形资产或人员的情形下，将适当的利润数额分配给构成联结度

的某税收管辖区？为妥善解决上述问题，《共识》将利润分配新规则的总体设计思路定位于“二元”结构，即摆脱现存利润分配交易的聚焦点，转而采用简化协议（包括偏离独立交易原则）的方法，以确保合规和管理成本的最小化，减少纳税人与税务机关之间的争议；使用当前利润分配规则，对不属于新征税权范围内的利润将继续按照现存规则在跨国集团的不同部门之间分配。由此，新规则应运而生。

## 二、新方法：主体规则的现实解构

### （一）修订的剩余利润分配法

总的来看，修订的剩余利润分配法（MRPS）的规则建构始终围绕该方法是要将跨国集团作为一个整体适用，还是要单独考虑不同的业务线和地理区域加以适用这个基本问题展开讨论和设计的。

#### 1. 确定应分配的总利润

若仅从会计角度看，在所有情况下，总利润的确定将以相关实体账目上记录的非经常性项目前的营业收入为基础。而对收入的一些特殊非经常性项目的处理，如无形资产转让形成的资本增值，需要清楚阐明以确保它们的会计处理前后的一致性。此外，对于非经常性费用的影响，如利息、非经常性业务以及其他未能被营业收入涵盖的概念，有待进一步探索。但若结合税法来看，则要重点解决好两项问题：

第一，选择好适用何种会计规则。代表性观点认为，为避免从税基角度开展国际协调，防止关联交易中出现大量重复性计算，以合并会计数据作为计算总利润起点的方法最为适宜。但现实是，目前全球主要采用的《美国公认会计准则》（US GAAP）与《国际财务报告准则》（IFRS）之间存在诸多差异，即便使用同一准则的国家和地区，也会因经济发展水平、社会历史文化背景的不同，导致在确定收入时间、退休金和递延补偿、折旧和摊销费用等问题的处理上有所区分。对此，可考虑使用母公司所在税收管辖区的会计准则来计算合并会计数据（亦可衡量税前利润等指标）。由于使用母公司的会计数据有利于税务机关随时获取跨国集团合并账户的信息，对经外部审计后的大型跨国集团而

<sup>2</sup> 在《共识》中，“市场管辖区”指企业的客户所在地，或者服务的使用地。在数字化商业模式的语境下，这一定义将涵盖用户所在地的税收管辖区，因用户直接从在线供应商处获得了商品或服务，或因在线服务商向针对此类用户的其他企业提供了服务（如广告）。





言,该方法也具有可靠性。不过,这种做法并不会考虑财务会计与税收规则之间的差异,如同收入时间安排有关的规则。

第二,评估好适用哪种方法。若采用集团范围法,须将来源于跨国集团不同实体的收入视为单一企业所赚取的。但此法可能导致在后续环节难以确定由哪个或哪些实体来承担受新征税权约束的重新分配的纳税义务问题。尽管有专家指出,可考虑使用按实体支付能力的机械规则,按低课税收入的可利用性,或按事实方法将纳税义务分配给那些获得非常规利润的实体,但这些方法的实施均须同现行国际税收规则相结合。若采用单一实体法或合并实体法,则先要确定新征税权所对应的跨国集团内的相关实体,后甄别这些实体是单一实体还是多个实体,进而依法计算合并利润。相比而言,综合性实体法也会出现类似集团范围法的实施所带来的问题,但相对涉及调整的实体数量与税收管辖区的范围较小<sup>3</sup>。

## 2. 剔除常规利润

通常,选择如何剔除常规利润,要根据MRPS确定总利润的方法来确定。对此,《共识》明确了两种方案。

第一,使用当前的转让定价规则。一种可能的方法是,按跨国集团的转让定价政策(即使用单边转让定价方法<sup>4</sup>和交易利润分配法<sup>5</sup>)计算出来的合并非常规利润来确定的。若在规则的适用中,不选择同第三方进行比较,而是选择将非常规利润作为利润总额加以量化,则须在新征税权的设计中保留同现行利润分配规则适用相关的复杂规则与争议风险。之所以这样,是因为对常规利润分配的争议将直接影响受新征税权约束的非常规利润数额。同时,如转让定价方法的选择决定了一个实体的利润是否可归为非常规利润,就会导致在新征税权下计算重新分配的问题,给了纳税人高估分配给常规活动回报的筹划空间。此外,若总利润是以整个跨国集团为基础确定的,则会为市场国的税务机关在执行上带来潜在的行政负担。税务机关

需要有能力确定哪些由一个集团执行活动产生的非常规利润属于新征税权范围,以及哪些活动在范围外产生了常规利润。对此,可能需要扩大税务机关获取纳税人信息的权力。

第二,使用简化方法。事实上,简化方法并不寻求将常规活动和非常规活动区分开来,但为确定非常规利润,其允许分配给所有活动一个常规回报。在方法的选择上,大致有两种思路:(1)针对企业成本采用固定加成作为衡量常规利润的一种代理方法,以适用于不同的成本类型。例如,员工的成本可通过成本加成来确定报酬,有形资产可通过固定资产回报率来确定报酬<sup>6</sup>。但在实践中,需要一个基础理论来证明所采用代理的基本假设是合理的,若因使用这种机制导致计算出的非常规利润数额超过按转让定价方法所能确定的利润,则会引发重大争议。(2)制定适用于全部常规销售与分销活动的安全港规则。探索将该方法建立在BEPS第14项行动计划、BEPS多边公约等现有成果之上,采用多边主管当局间协议的方式予以确认。同时,该方法的实施可同多边风险评估与保证程序相结合,借鉴《国际合规保证计划》(ICAP)<sup>7</sup>经验,推动有关进程。

## 3. 确定非常规利润中属于新征税权范围的部分

目前,主要有三种简化方法,可确定非常规利润中属于新征税权范围的部分:

第一,使用以资本化支出为基础的代理方法。资本化支出法是一种根据开发在新征税权范围内的特定活动和资产所产生的相对累计成本,以及开发与非常规利润相关的其他活动和资产(如研发)所产生的累计成本,计算非常规利润的方法。该方法将使用成本作为一种相对于其他活动的代理指标,来确定新征税权所涵盖的活动和资产的相对贡献。它不会根据新征税权所针对的活动和资产的成本对其直接估值,因此,可能会低估这些活动和资产的价值。事实上,OECD在《修订的交易利润分配法指南》(以下简称“TPSM指南”)<sup>8</sup>中已考虑

3 若对少量实体采取合并实体法,则可在按MRPS确定合并利润时,选择逐一考量各税收管辖区的会计准则。

4 当一项交易使用单边方法时,交易的被测试方因其常规贡献而获得独立交易原则下的报酬,而另一方则获得非常规利润。

5 在使用利润分配法中的贡献分析时,可能无法清楚地确定利润分配的哪一部分是常规的,还是非常规的。

6 对于有形资产采用普遍加成的方法,或要依托第二支柱的反滥用规则来规制可能发生的税收筹划行为。

7 OECD. OECD International Compliance Assurance Programme[EB/OL]. <http://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/international-compliance-assurance-programme.htm>, 2019-06-29.

8 OECD. Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method[R]. Paris.OECD.2018.



到使用基于成本的方法来分配非常规利润的方式。但由于不同类型支出的风险是不同，成本因素并不总是恰当的价值衡量指标。此外，《共识》框架提出要明确哪些支出有助于开发新征税权涵盖的活动和资产，哪些支出有助于开发其他非常规利润所产生的因素；为各类支出和投资建立“使用年限”。除《共识》外，亦有观点提出要通过比较支出中不同类型的“资本化价值”结果计算出一个比率，以适用资本化支出法。由于跨国公司全部新支出的结果和被各种类型支出采纳的任意“摊销表”的运用，导致这一比率每年都将改变。出于简化目的，为避免对跨国集团采用基于事实的分析，政策设计可能需要商定不同类型成本的使用年限和相关摊销率，或将上述计算出的比率由每年调整改为适用一段时间后再调整。

第二，使用以未来收入预测为基础的代理方法。这种方法重点适用于无形资产的价值衡量，即通过贴现由潜在在无形资产产生的未来现金流来确定与无形资产相关的非常规利润的相对价值，该结果的净现值可与非常规利润总额进行比较，以确定在新征税权下分配的非常规利润的百分比。在实施路径上，大致有两种方法：（1）利用贴现现金流模型，通过预测无形资产使用寿命内的相关现金流并用经风险因素调整的贴现率折现计算净现值；（2）使用“特许权减免法”<sup>9</sup>，该方法假定企业不拥有自身的无形资产，且须向虚拟的许可方支付名义上的特许权使用费，但由于企业实际拥有无形资产，因此，可以减免这些特许权使用费的支付，从而增加非常规利润。出于使用“特许权减免法”的目的，可比的特许权使用费率将适用于潜在在无形资产使用寿命内的预测销售额。同时，为计算特许权使用费收入的净现值，需将其与非常规利润进行比较后，再次以风险因素调整后的贴现率折现。不过，虽然上述两种方法都具有概念上的稳健性，但在长期预测现金流或销售额的使用中，会面临内在假设和不确定因素带来的征管挑战。

第三，使用以全部非常规所得的固定百分比为基础的代理方法。主流观点认为，对于不同行业适用不

同比例，允许分配更高比例的非常规利润给那些与新征税权范围密切相关的活动和资产的所在地，是一种可行方案。同时，固定百分比的这种简化方法，也可扩展使用到企业具体的业务线层面。可以说，该方法的优势十分明显，既简单明确、易于实施，又可在全球商定对百分比的共识基础上避免产生税收争议。但问题在于，即便改革对不同行业主张使用不同的百分比，仍会因政策设计不符合企业经营的实际情况而遭到诟病。不过，这种简化方案确实为降低征管复杂程度、提高税收确定性，提供了管控分歧的空间和付诸实施的可能。

#### 4. 将非常规利润分配给相关市场管辖区

通常，分配要素的选择可根据纳税人的具体情况或行业细分确定是由单一因素决定，还是由多种因素决定。从现有文献考察，大致有三种选择。

第一，收入因素。收入因素一直是学界主张分配剩余利润的重要指标之一，并可作为单一因素使用。当前，许多跨国集团都能从不同税收管辖区搜集到它们的销售数据，政策的实施看似没有问题，但如果企业从多边业务模式中获得了收入，而用户和客户位于不同的税收管辖区，则可能需要制定特殊的来源地规则来分配收入。譬如，如果企业通过B2B方式销售商品和服务（如出售给不相关的分销商和零售商的消费品、中介投入、资本品）获得收入，可能导致购买的中间企业同最终消费者不在同一税收管辖区。对此，有必要针对如何确定最终销售地制定具体规则，从而将这些销售收入分配给最终消费品被销售、或服务被使用的税收管辖区。又如，社交媒体和搜索引擎提供商可能会向居住在A国的用户提供服务，但向居住在B国的企业用户出售广告位来获取收入。如果最终销售或使用地点的判断规则是基于用户而非广告收入支付人所在地建立的，就需要在征管上研究企业是否有能力准确地沿着其从数字广告获取的收入，追踪到观众所在地。

第二，月活跃用户数量（MAU）因素。对一些高度数字化的企业来说，MAU因素是其财务报表中经常使用

9 特许权减免法是对品牌价值进行估值的方法之一。Gracia Rubio, Conrado M.Manuel, Francisco Pérez-Hernández. Valuing brands under royalty relief methodology according to international accounting and valuation standards[J]. European Journal of Management and Business Economics,2016,25:76-87.





的一项衡量指标,但该因素很难以用可靠的、可核查的方式加以确定。在分配利润时,依靠简单的用户数量作为分配因素,可能会忽略不同用户所产生的价值差异。例如,创建内容的用户比那些只查看内容的用户拥有更大的价值。

第三,特定成本因素。政策设计可考虑将某一税收管辖区内发生的或特定的成本作为相关贡献的代理因素。例如,开展营销活动产生的成本或为提供给用户免费在线服务而支出的成本。

## (二) 部分分配法

从《共识》看,部分分配法(FA)的实施除重点考量相关集团(或业务线)整体盈利能力外,仅须按新征税权确定受约束的非居民实体(或集团)应缴利润数额的比例,而不必区分常规利润与非常规利润。

在具体确定利润分配的方法上,《共识》提到两种方法。第一,使用现行转让定价规则。事实上,分配的利润数额除按现行转让定价规则确定并分配给实体利润之外,也可由非居民账目上的营业利润或息税折旧摊销前利润(EBITDA)计算得出。但使用现行转让定价规则,可能会为跨国集团创造采用侵蚀税基付款或有限风险分销商(LRDs)结构等方式实施税收筹划的机会。特别是,当分销实体在当地税收管辖区内的应税利润以集团的整体利润计算时,也会面临如何在跨国集团内构建起由相关实体分担新征税权税负的划分规则问题。第二,按全球利润率乘以本地销售额的方法来确定销售实体的利润。该方法虽相对简化,却忽略了不同企业的经营模式在各税收管辖区创造的价值与利润率并不相同的现实情况。

相比之下,目前各方对于FA第二步“选择分配要件”方法的讨论结果相对趋近,即考虑雇员(包括员工和工资)、资产、销售额和用户这四项因素。这些因素既可单独使用,也可作为公式加权因素的多项指标。其中,分配系数的设计宜反映不同行业价值创造的不同方式,譬如,用户因素可能存在于社交媒体平台、在线市场

等行业指标的设计中。但改革争论的焦点在于分配系数是采用预先确定的分配公式使用不变系数,还是针对行业细分采用可变系数。

从理论上讲,不变系数较为武断,它不考虑市场状况、单个企业所面对的特殊环境、管理层对资源的配置等问题,可能会导致最终计算的利润分配与交易的具体实施缺乏联系。而可变系数能使利润的分配更好地反映跨国集团的潜在经济状况,但它也会增加合规与管理的成本,给纳税人和税务机关带来不确定性。从实践上看,采用可变系数是当前全球主要发展趋势。在印度中央直接税局2019年4月18日公布的《关于修订常设机构利润分配规则的提案:公众咨询意见》<sup>10</sup>中,印方提出要考虑在经济数字化下企业运营中用户参与投入。对于中、低用户强度的企业,设定分配给用户因素10%的权重,给其他因素各30%的权重,因而,归属于在印度经营的利润=来源于印度的利润<sup>11</sup>× $[0.3 \times S_I/S_T + (0.15 \times N_I/N_T) + (0.15 \times W_I/W_T) + (0.3 \times A_I/3 \times A_T)] + 0.1$ <sup>12</sup>。而对于高用户强度的企业,设定分配给用户20%的权重,给雇员和资产各25%的权重,给销售因素30%的权重,因此,归属于在印度经营的利润=来源于印度的利润× $[0.3 \times S_I/S_T + (0.125 \times N_I/N_T) + (0.125 \times W_I/W_T) + (0.25 \times A_I/3 \times A_T)] + 0.2$ <sup>13</sup>。

## (三) 基于分销的方法

从本质上讲,基于分销的方法(DBA)是一种既为寻求将更多利润分配给市场管辖区,又为减少同营销和分销活动的适当定价相关的持续争议,设计的一种无论跨国企业是否在市场管辖区构成SEP均可适用的方法。该方法可看作是使用了SEP提案中建议的“经修订的核定利润法”,也可看作是一种简化的利润分配法。结合《共识》看,需从三个角度理解和运用DBA。

1. 从市场管辖区的角度看,由于不同行业细分、经营部门的基准利润可能存在不同,因此,可在衡量市场管辖区内的营销、分销和用户的相关活动的基础上,由各税收管辖区共同商定基准利润。通常,该基准利润反映了公众普遍理解的分销公司的营业利润<sup>14</sup>,

10 The Central Board of Direct Taxes, Department of Revenue, Ministry of Finance, Government of India. Public Consultation on the proposal for amendment of Rules for Profit attribution to Permanent Establishment[R]. New Delhi:India,2018.

11 来源于印度的利润=来源于印度的收入×全球经营利润率。但按规定,若全球经营利润率低于2%,则按2%计算;若高于2%,则据实计算。

12 公式中S、N、W、A分别代表销售因素、员工因素、工资因素和资产因素。I代表某集团在印度内运营的公司,T代表某集团在印度内运营的公司和在印度外运营的公司。

13 本文认为,印度可能出于对数字化企业高启动成本、用户网络效应的重要性等综合因素的考量,有意保留了公式中资产因素的计算分母。

14 这种营业利润可按年计算,也可选择按数年(如3年)平均计算和/或范围内确定营业利润,以抑制年度业绩产生的波动。



可将其设为市场管辖区销售额的2%到3%之间<sup>15</sup>。该基准营业利润可随跨国集团（或业务部门）整体盈利能力的提高而上调，上调方法据公式计算：首先，要假定一个基准利润率（如2.5%）是由各税收管辖区经衡量众多数据指标因素后商定由10%的基准回报率计算而得的，而该利润率可作为近似跨国集团视同获得非常规利润的盈利水平。其次，要商定一个适用于超过基准利润率的整体利润率的百分比（如20%），用以衡量从市场国利润中获得的近似利润。最后，根据跨国集团（或业务部门）的整体利润率，确定对基准利润率上调多少。譬如，一家跨国集团的整体利润率为12.5%，那么，2.5%的基准利润率将上调0.5%<sup>16</sup>，因此，可分配给该市场管辖区的营业利润将占该市场国销售额的3%。

2. 从远程销售的角度看，由于DBA适用于计算客户和用户所在地而非分销商所在居民国的应税利润，因此，对远程销售的利润<sup>17</sup>衡量要通过对企业向位于市场国内的客户或用户进行远程销售所产生的收入乘以一个核定的基准利润率来确定。借鉴SEP提案的设计思路，只有当实体在市场国构成SEP后才能使用利润分配法；而在DBA中，由于不区分实体是否构成SEP，相比而言，对于在市场管辖区内使用资源程度较低的远程销售实体（即不构成SEP）来说，有必要考虑下调划分给其按构成SEP的远程销售实体而设定的市场国基准利润。作为替代方案，可考虑仅在跨国集团（或业务部门）整体盈利能力有所增加时才对其进行营业利润的初始分配，或者，将这种具有远程销售的分配视同于集团在具有应税存在的市场管辖区的分配，以防止因少量分销活动而造成税负“悬崖效应”。

3. 从调整因素的角度看，要重点考虑三方面内容：第一，可探索由营销费用支出的多少作为衡量指标的方法，该方法将有力解释以品牌为重点的B2C模式下的市场和以低营销程度的B2B模式下的市场在利润率方面的差异。第二，从方法适用的前后顺序来讲，DBA作为一种简化的利润分配方法，宜当纳税人或税务机

关在穷尽当前转让定价规则后仍无法重新评估出利润的分配方法时，才作为一种终局分配方法来使用。因此，对于未考虑风险因素而创设的DBA方法而言，理应允许市场国根据传统转让定价规则，对诸如本地分销商拥有并控制高额利润的营销型无形资产的全部风险等情形，主张分配更高的回报。第三，应设定基准利润调整后的最低或最高回报限额。对于最低回报来说，要考虑是否计算亏损的问题。如不考虑亏损，那么，下调后的利润将始终是正数。但有观点提出，对于这种只主张接受新征税权的利润而不承担亏损的市场国，应同步限制其上调回报的额度。但如果考虑用对称损益处理法计算下调后的回报，则计算出的最低回报可能是负数。相比而言，鉴于回报的调整范围仅限于新征税权下的利润分配，理应设定一个最高回报。如明确全球所有市场国主张新征税权的合并回报总额不超过集团营业利润的40%；或对全球营业利润率超过40%的跨国集团，主张最高上限为4.5%的市场国分配利润率。

### 三、新观察：配套规则的审慎建构

#### （一）开发使用业务线与区域细分

从理论上讲，无论新征税权的利润分配规则如何设计，对于不同行业细分、业务部门层面适用相应的分配规则来说，都具有可行性。但在实践中，政策设计应审慎制定。

一方面，要多维度考量利润分配的代理因素。对于拥有多个业务部门的跨国集团而言，其可能仅有个别业务部门处于新征税权的范围内。同时，不同业务部门的盈利能力和收入可能存在巨大差异，如果单纯主张将销售收入作为在不同税收管辖区之间分配新征税权的关键因素，易造成扭曲效应。以云计算<sup>18</sup>业务为例，用户参与和数据可能并非是该业务赚取高额利润的关键要素，因此，对于将低利润率的零售业务与高利润率的云计算业务相结合的企业来说，若仅将销售额作分配要素主张新征税权，则利润的分配结果有利于零售销售集中的税收管辖区，而不利于云计算业

15 营业利润率是衡量利润水平的指标，在现行转让定价规则下，分销活动是根据该指标确定的报酬。

16  $(12.5\% - 10\%) \times 20\% = 0.5\%$ 。

17 该利润不区分是否为常规利润，还是非常规利润。

18 云计算指包括计算、存储、软件和数据管理以及共享实体和虚拟化资源（如网络、服务器和应用程序）的标准化、可配置、按需要的在线计算机服务。由于云计算是通过供应商的硬件在线提供的，因此，无论身处何处，用户都可以通过各种链接物联网的设备来获取这种服务。





务的硬件运行地和投资支出地。

另一方面，要多视角审视开发使用业务线与区域细分所面临的现实困境。通常，企业在不同地理区域的盈利能力是存在差异的。例如，跨国集团的低营业利润率可能是由成熟市场的高利润和新兴市场的亏损相综合后的结果。因此，针对不同业务范围或区域差异，制定差别化的规制政策可能更为妥当，但这也会带来重要的合规问题。譬如，跨国集团通常不按业务部门准备细分账目，税务机关不得不使用纳税人为缴纳税款而临时性准备的业务部门财务数据，且这些数据可能很难审计。又如，区域销售数据虽易获取，但跨国集团可能不会按区域计算其营业利润，由此会导致企业在核算账务时分摊由多个子公司集中产生的费用。同时，由于现行缺乏全球标准，在实施业务线与区域细分时，相关财务信息的披露会造成显著的行政管理负担（如同会计法、证券法等监管法规之间的协调）和数据获取中的伦理、合规问题。此外，实施区域细分方案，还需评估现行标准的可用性，查明出于遵从和管理目的的主要风险指标（如间接费用、捆绑产品、对账单、数据可核查性等），并探索制定新的数据需求和报告义务的规则。

## （二）设计范围的限制

由于新征税权范围内的活动和资产不会被所有企业承担或利用，因此，有必要对新征税权包括的范围加以限制。综合来看，主要有两类方法。

### 1. 基于业务性质的限制

第一，多重筛选测试。该方法的使用既可要求企业满足新征税权范围内的部分或全部标准，也可将不符合某一标准的企业排除在外。首先，这种测试法可基于企业执行的活动进行积极测试，或基于企业没有执行的活动进行消极测试。譬如，消极测试可用于区分 B2B 业务与 B2C 业务，从而主张以 B2B 业务与征税范围内的活动和资产的相关性有限、最终消费地点难以确定等原因为由，将 B2B 业务排除在政策规制范围之外。但是，这种广泛的排除可能会造成政策漏洞。又如，积极测试可将某些支出与收入的比率，或某些支出与总支出的比率作为衡量标准，并可实际运用到运营免费平台、广告或经营远程销售的支出因素的判定中。其次，可使用安全港规则来排除明显不属于新征税权规制的对象。例如，将农产品和矿产品（如钢铁、

铝）的销售者和生产者排除在外。再次，审慎运用成本、收入等单一因素。即使事前商定了哪些类型的支出可以用来判定基准利润，但到实践中，在界定不同费用时也可能引发争议。例如，为改善平台上的用户体验而开发的软件费用，是属于征税权范围内相关活动和资产支出，还是属于征税权范围外的支出？最后，探索多元化指标判定因素。如使用 MAU、用户/客户投入的价值或数量、第三方分销商在市场管辖区内销售产品的收入等指标。但是，若只利用这些因素来确定最终范围，可能会导致新征税权的规则范围较窄。

第二，预先定义商业模式的类型。事实上，欧盟委员会在《显著数字存在指令》提案中就采用了这种方法，其除定义了“数字服务”的概念与范围外，还在附件中分别设置了 26 项正面征税清单和 19 项负面排除清单。但是，由于高度数字化商业模式的不断演变，以及该方法可能产生的重叠效应或边界排除效应，很难在全球范围内给出各方均认同的定义与分类清单。例如，是在线游戏平台能从用户参与中获益，还是商业咨询公司能从营销型无形资产中获益？这些问题判定结果的不同，会对企业产生实质性的税收影响。同时，若按预先定义的商业模式来判定，在实施过程中，必须在审查每项业务安排的事实和环境后，判断其是否属于新征税权的范围，导致征管成本增加。此外，随着 5G 技术的广泛应用，引发的产业革命可能很快会产生突破现有设计的业务类型，从而导致政策失灵。

第三，业务线方法。一般认为，该方法在实际政策的设计中可能比较有效。例如，在强生集团的医疗器械部门中有致力于视力健康的 Vision Care 公司和致力于研究、开发电生理介入诊疗产品的专业医疗器械的 Biosense Webster 公司，前者在市场上高度注重客户需求，而后者旨在将医疗器械销售给医院，而并不面向患者群体。不难看出，按业务线细分比按部门划分更加容易确定受新征税权约束的利润。实际上，采用该方法，既可解决某一跨国集团的某些经营活动会超出新征税权范围内业务活动定义的情形，又能兼容适用安全港排除规则。但是，集团内细分不同业务线将进一步增加管理难度与合规成本。

### 2. 基于规模的限制

理论研究表明，大型跨国集团和高度的数字化企业有能力利用现行国际税收框架中的政策漏洞和错配



规则，通过税收筹划的方式人为降低应税利润。同时，大型企业的平均利润通常也高于中小型企业，更有可能产生非常规利润。因此，政策规制的聚焦点可能要更加倾向于大型跨国集团。事实上，OECD在《中期报告》中已强调临时性课税政策宜设计“双门槛”适用规则，即经济数字化税收政策一般不适用于全球年收入低于7.5亿欧元的跨国集团，不适用在市场国年收入低于特定门槛的跨国集团。为进一步完善政策适用的范围，有观点提出可额外增加集团净资产价值和/或员工数量的判定标准。例如，采用欧盟委员会对中、小、微企业的定义，对“雇员少于250人，且年营业额不超过5000万欧元，或年资产负债表总值不超过4300万欧元的企业”排除适用<sup>19</sup>。不过，规模限制门槛可能会与欧盟法律和其他国际义务（如贸易协定）相冲突，须加以详细审查。

### （三）制定亏损处理的规则

从道理上讲，既然市场管辖区主张从新征税权中获得有利的收益，那么，也应在某种程度上接受潜在的不利因素。但是，亏损处理将增加实施新征税权的征管困难，并可能形成与部分市场国主张改革初衷相背离的政策效果。从实践上看，现有三种可选方案：

第一，制定对称适用于损益的利润分配规则。将分配机制对称地适用于损益，将确保税收管辖区在不接受潜在不利因素的前提下，不会从新征税权中获得有利收益。即在某些情形下，可以将额外的亏损分配给市场国。特别是，该方法也符合现行转让定价框架。OECD TPSP指南规定，在使用剩余利润分配法时，“无论交易是否导致相关利润或亏损，都应以同样的方式适用”。同时，改革应就该方案的实施制定详细规则。例如，一家跨国集团可能应该在显示亏损的税收管辖区提交纳税申报表，甚至在该集团产生利润之前就应提交纳税申报表。特别是在产生盈利之前的那些年，该集团应该在何地、何时以及如何申报并主张亏损？这些规则亟待明确。

第二，制定一种“盈利”方法来处理亏损。该方法同毕马威建议的“剩余亏损账户”方案类似，即由

一个跨国集团维持一个名义上的累积亏损账户，且只有在该累积亏损账户被随后的利润冲减为零后，才能对利润主张新征税权。进言之，“盈利”法并不寻求对非常规利润的新征税权限制，转向考虑在不将非常规亏损分配给享有新征税权的税收管辖区的前提下，直接“挂账”到纳税人（如主要公司）的居民国，而这些损失将通过限制未来几年分配给其他税收管辖区的非常规利润来实现“追补”。对于纳税人和税务机关来说，这种方法比对称损益处理法更容易实施。但是，为确保居民国不怠于通过“追补机制”履行对某些税收管辖区新征税权的限制，可能需要增加额外的报告义务，以便让全部相关的税收管辖区能够监控和审计居民国对亏损处理的情况。

第三，制定同时包含对称损益处理法和“盈利”法两项要素的混合制度。事实上，这种混合制度就是用“盈利”法先行汇总累积亏损且暂不分配，而后尽可能“对应式”地分配给拥有新征税权的税收管辖区。该方法在实施的经济效果上，大致等同于对称损益法。不过，考虑到某些企业（特别是高度的数字化企业）因回报周期较长、多元化经营投入等因素导致的长期亏损，有必要制定相应限制规则，以确保只有相关的非常规亏损才能“挂账”到居民国的亏损账户中。例如，一家主要公司可能无法利用其融资活动所造成的亏损来冲减新征税权下重新分配的非常规利润。在政策选择上，可综合考量多种方法：1. 亏损向前结转、亏损向后结转或两者兼而有之；2. 限制亏损结转额，或设定上限最高额，或以亏损百分比为上限，或两者兼而有之；3. 针对特定业务线或特定的区域/税收管辖区，实施亏损“圈离”制度。

综上所述，尽管《共识》提供了一份菜单式的政策选择框架供各方研究，但其中蕴藏的风险和不确定性十分凸显。可以说，全球就利润分配新规则的改革达成共识，还有一段艰难的路要走。●

### 参考文献：

[1] OECD. Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the

19 European Commission. What is an SME? [EB/OL]. [https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition\\_en](https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_en), 2019-06-29.





- Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy[R]. Paris:OECD, 2019.
- [2] KPMG, PwC, BlaBlaCar, Johnson & Johnson, P&G, etc. Comments on OECD Public Consultation Document on Addressing the Tax Challenges of the Digitalized Economy[R]. Paris:OECD, 2019.
- [3] Barry Larking. OECD Weighing Extensive Input on Digital Economy Tax Proposals[J]. Tax Notes International. 2019,94(6):509-525.
- [4] 曹明星. BEPS 背景下转让定价税制的冲突与协调——以特殊地域优势的利润分割原则与方法为中心 [J]. 税务研究, 2019(6): 57-61.
- [5] 曹明星, 杜建伟. 求本溯源 存异求同: 国际税收竞争与协调的最新发展与完善路径 [J]. 国际税收, 2019(1): 31-34.
- [6] 刘奇超. 经济数字化税收政策体系建构的新观察与新思路: 一个总体分析框架 [J]. 国际税收, 2019(3): 25-33.
- [7] 刘奇超, 科尔曼·茉莉, 张春燕, 屠琳舒. 欧盟数字经济公平课税方案的总体思路、核心理念与政策要领: 一个全景式分析框架 [J]. 国际税收, 2018(10): 35-43.
- [8] 科尔曼·茉莉, 刘奇超, 陈明. 经济数字化背景下常设机构的规则调整: 一个总体框架 [J]. 国际税收, 2018(6): 38-46.

### Facing the Key Issues of International Tax Reform in Economic Digitalization: Reconstruction, Deconstruction and Construction of New Profit Allocation Rules

Qichao Liu, Mingxing Cao & Jingjing Wang

**Abstract:** The determination of new profit allocation rules is the key, difficult and hot issue in the current study of international taxation reform against economic digitalization. From the perspective of thinking logic, the concept of market jurisdiction formed by the theoretical consensus of all parties to claim new taxing right helps to put aside differences and explore substantive solutions. From the perspective of policy design, the revised residual profit split method, fractional apportionment method and distribution-based approaches have more or less broken through the arm's length principle, emphasizing the importance of taking into account the current transfer pricing rules and exploring simplified measures. From the perspective of supporting rules, the scientific and rational use of business lines and regional segmentation methods, design scoping limitations, and the proper treatment of losses are all institutional guarantees for effectively implementing the new profit allocation rules. It is believed that through further efforts made by the whole world in the exploration of substantive simplification measures and the consultation of detailed system design, this problem will be fundamentally solved.

**Key words:** Residual profit split method Fractional apportionment method Distribution-based approach Profit allocation rules Digitalisation of the economy

作者单位: 国家税务总局上海市浦东新区税务局  
中央财经大学国际税务研究中心  
上海大学管理学院

(责任编辑: 赵薇薇)