



## 以新視角看《稅務條例》第 39E 和 16EC 條

本屆特區政府自上任以來，矢志要以新思維、新風格來推行管治；「稅務新方向」就是其中一個例子。行政長官在其首份施政報告中開宗明義，指出香港須策略性地運用稅務措施，以應對經濟轉型和全球競爭的新形勢。為此，政府除迅速落實了兩項稅務措施，即「利得稅兩級制」以及為企業的研究開發支出提供多倍的稅務扣減外，亦於 2017 年底召開「稅務新方向高峰會」，以此平台吸納社會各界的意見，為制定具前瞻性的稅務政策廣開言路。

特區政府的「稅務新政」惹人憧憬，帶動了本港各界對稅務改革的熱烈討論；隨著一些擱置經年的「冷門懸案」(Cold Cases)開始「升溫」，工商界對修訂《稅務條例》第 39E 條和第 16EC 條的呼聲再度響起。

最近，香港中華廠商聯合會與一家稅務諮詢機構合作，就香港稅務局有關《稅務條例》第 39E 條和第 16EC 條的法律解釋和執行實務進行了技術性的分析，並探討優化有關稅務條例的可行方案<sup>1</sup>，冀望政府能在推行「管治新風格」的背景下重新審視有關稅務條例，並帶動社會各持份者的討論和尋找解決這個「老問題」的辦法，以「積極的稅務政策」支援香港企業在境外的「延外式」發展。

### 39E 和 16EC 原屬反避稅條例

過去十多年，《稅務條例》第 39E 條和第 16EC 條引發了香港稅務局與納稅人之間曠日持久的爭論，亦是工商界議員與政府在議會上交鋒激辯的一個焦點。簡單而言，第 39E 條規定如果納稅人透過租賃安排購置機器設備，而在「租約」(Lease)生效期間由其他人在香港以外地方使用，便不能就有關機器獲得折舊免稅額(見附件一)。第 39E 條是在 1986 年訂立的，起初政府指該條例只適用於「售後租回」以及某些「槓桿租賃」的情況，並沒有限制加工貿易在外地使用的機器折舊；當局在訂立該條例時更表示，所有反避稅條例只會用來打擊過份的避稅安排，不會影響正常的商業交易。

但是，稅務局在 2006 年修訂了「稅務條例釋義和執行指引(第 15 號)」，首次明確地引用《稅務條例》第 2 條「租約」的定義，指香港公司提供機械或工業裝置給境外企業使用，即使沒有收取租金，有關安排仍屬於第 2 條界定的「租約」，故根據第 39E 條的規定，香港公司不能就租予境外企業的機械及工業裝置獲得折舊免稅額。

無獨有偶，《稅務條例》第 16EC 條的第 4(b)項本身亦是一項反避稅條款。

<sup>1</sup> 專項研究的結論收錄於廠商會 2018 年 2 月發表的《有關修訂稅務條例第 39E 及 16EC 條的建議報告》

2011年，特區政府修訂了《稅務條例》第16E條，旨在擴大了企業購買知識產權所產生費用的稅務抵扣範圍，同時亦引入「第16EC條」來防範濫用知識產權稅務抵扣的情況(附件一)。雖然修訂後的《稅務條例》第16EA條放寬了原先「在香港使用」的限制，不論知識產權是在香港還是在境外使用，均可就購買知識產權所招致的資本開支獲得扣稅；但第16EC條訂立了一些例外情況，其中的第4(b)條指，如果知識產權是由並非該納稅人的人士完全或主要在香港以外的地方使用，不論有否收取任何的特許權使用費，均不容許根據第16EA條作出稅務扣除。

### 進料加工首當其衝

眾所周知，隨著工業北移，許多香港企業都是以加工貿易的方式把生產活動交由設於內地的分支機構或者關聯的業務夥伴(分判商)來進行，通常又以「來料加工」和「進料加工」兩種模式最為常見。由於營運的需要，港商在加工貿易業務中將機器設備以及知識產權無償地授權予內地生產商使用的做法相當普遍。但無論是39E條還是第16EC條，均會導致在跨境生產中採用「進料加工」方式<sup>2</sup>的業務無法獲得相關的稅務扣減。

在「進料加工」的安排下，負責內地製造活動的外判生產商具有獨立的法人地位；表面上是港商向其「出售」原料，然後再「購買」製成品。香港稅務局認為，在加工過程中內地的外判廠商擁有原料及製成品的所有權，理論上他們可以自行處理作生產或出售；港商與加工廠之間構成了一種「買賣」交易的關係。故此，稅局的判定是內地製造活動所產生的利潤並非源自香港，必須由加工廠自行在內地繳稅。基於「地域來源徵稅」(Territorial Source Principle)的原則，香港稅局不會對內地製造活動的利潤徵收利得稅；相應地，按照「稅務對稱」(Tax Symmetry)的原則，稅局亦就不能對港商提供給生產商並於內地使用的機器准予折舊免稅額，而內地製造過程中涉及的知識產權同樣亦不能獲得稅務扣減。

### 條例「捉錯用神」

對於香港稅務局就39E條和第16EC條的詮釋，業界和許多稅務專業人士，包括香港特許公認會計師公會等並不表認同。一方面，香港企業將機器設備或知識產權提供給境外工廠以便生產指定的產品，這本身是正常的商業行為，並沒有證據顯示有任何避稅的意圖，就連稅務局對此亦認同不諱。可見，稅務局以反避稅的觀點和準繩來對待業界正常的經營活動可謂「捉錯用神」，不但失之偏頗，亦非相關法例訂立時的原意，與政府推出知識產權扣稅優惠政策的初衷並不相符。

另一方面，稅務局對加工貿易的稅務判定是基於表面上的「形式」(Form)多於業務本身的「實質」(Substance)。在現實中，港商於開展「進料加工」過程中

---

<sup>2</sup> 香港稅務局執行第39E條的實務中對「來料加工」和「進料加工」兩種業務採取不同的處理方法。稅局認為「來料加工」是港商不作價地向內地的加工單位提供原料，所有製成品必須交回港方；其間港商和加工單位並沒有「買賣」交易，港商參與了生產業務並因此而在內地使用了機器，故認同其部分利潤源自內地的加工活動，得以按50:50方式計算應課利得稅利潤，有關機器亦相應地可獲得50%的折舊免稅額。

對生產安排、原料採購、知識產權的使用乃至產品的銷售等，均擁有完全的控制權；與自身使用知識產權和機器設備進行生產並無本質的分別，只是製造工序的地點設於境外而已。

更何況港商一般亦會就此業務獲得的主要利潤向香港稅局繳稅，有關利潤其實並非單純是來自買賣環節的貿易利潤，而是反映了港商在整個供應鏈管理上的貢獻和相應的得益，包括已將其提供機器設備及知識產權予內地加工廠等因素計算在內。有稅務專家指出，「進料加工」的港商即使將獲得的利潤全數於香港交稅，他們提供給內地加工廠使用、並且由始至終隸屬自己名下的機器或知識產權亦無法享有扣稅額；這才是違反「稅務對稱」(Tax Symmetry)的基本原則。

### 形式與實質的誤區

在 2008 年之後，許多在「珠三角」經營的港資企業因應內地經營環境改變的客觀需要以及國家產業政策的要求，紛紛由「來料加工」的營運方式轉為「進料加工」。根據香港中華廠商聯合會對屬下會員在珠三角經營活動的調查，從事「來料加工」的回應公司從 2008 年的超過四成下降至 2017 年的不足一成，而採用獨資形式(具備經營「進料加工」的法定資格)的企業則從五成多上升至八成多。港資企業的營運方式由「來料加工」轉為「進料加工」，這種改變顯然不是出於任何規避稅收成本的考慮；而在此轉型過程中，組織和法律「形式」的變化充其量只屬於技術上的調整，企業內部的分工和利益關係並無發生「實質」上的改變。

如果說「來料加工」和「進料加工」的最大區別在於原材料和製成品的所有權在外發加工的過程中出現了「換手」，從港商到內地加工廠再回到港商手上；但這種轉換其實更像是法律名份上的「空轉」。從實際操作的角度看，無論是「來料加工」還是「進料加工」，港商在這兩種模式中扮演的角色並無根本性的分別；均須負責提供原料、機器設備以及科研、管理等運作和行政上的支援，而內地的加工單位只提供廠房及工人，並按港商的指令和要求執行加工的任務。從這個角度看，港商在「來料加工」和「進料加工」的稅務待遇上「同工不同酬」的現象並不合理。港商在改行「進料加工」模式之後，反而在稅務上處於不利位置，部份企業甚至因此而被香港稅務局「翻舊帳」，這亦有悖於特區政府鼓勵港資企業轉型和提升競爭力的政策方向。

### 修訂條例的新視角

廠商會在其發表的《有關修訂稅務條例第 39E 及 16EC 條的建議報告》(下稱《報告》)中，除了回顧這兩條稅例的「前因後果」之外，亦指出當前內外環境的多項新發展已為重新檢討和修訂第 39E 條和第 16EC 條提供了新的視角：

其一，當前香港正大力促進創新和科技發展，政府擬從增加研發投入、提供稅務優惠、完善科研基建以及培育人才等方面著手，為創科、創業和創意活動營造良好的生態環境，推動業界在創科路上奮起直追。但須指出的是，在經濟全球化的背景之下，創新及科技的應用已突破了地區的界限；如果對企業於香港境外使用的機器設備、知識產權之相關費用的稅務抵扣施以不當的限制，無

異於「作繭自縛」，一方面會令政府鼓勵企業提升技術裝備、加強創新等政策的實際效用大打折扣，另一方面亦不利香港打造知識產權貿易中心。

其二，特區政府已宣佈將引入詳盡的轉讓定價法例；該稅務原則要求關聯方(及非關聯方)進行的交易應以公平價格(Arm's Length Basis)定價，而進行交易的企業所賺取的利潤須按交易雙方獲得的經濟利益、承擔的風險以及體現的職能來釐定。從事加工業務的香港企業擁有相關機器設備及知識產權並提供予加工方在生產過程中使用，他們於價值鏈中擔任主體的角色(Principal)，而加工方只是依照香港企業預設的規格和指示進行生產的分判商(Limited Risk Contractor)。基於這種功能和風險的分配，整個加工業務價值鏈中產生的商業價值在很大程度上依賴於港商為外地加工方提供的機器設備、技術及知識產權。

從轉讓定價角度看，香港企業理應賺取整個生產鏈的剩餘利潤(Residual Profits)，而外地加工方則只能根據其承擔的有限風險及功能獲得常規程度的利潤(Routine Profits)。在符合轉讓定價原則下，香港企業在加工貿易過程中應可賺取合理程度的利潤，並須就相關利潤於香港繳納利得稅；從另一個角度看，他們的應稅利潤其實已將其提供機器設備及知識產權予外地加工方的因素納入了考慮。根據稅務對稱原則，香港企業作為購買機器設備及知識產權一方，不論相關機器設備及知識產權是否被外地加工方在香港以外地方使用，理應可以就相關費用獲得稅務抵扣及折舊免稅額。

其三，香港各界正積極參與「一帶一路」建設，越來越多的港商有意到沿線國家投資甚至開展生產業務。鑑於「一帶一路」國家多為法律制度尚未健全的新興經濟體，對投資者權益以及知識產權的保護仍有待完善；即使在有些情況下企業從海外加工方收取租金或特許權使用費，他們在收款或跨境匯款時，亦可能因當地信用制度落後、外匯管制等原因而遇到困難。故此，香港企業若須提供機器以及知識產權予海外加工方使用，一般仍會選擇由香港公司自己持有。但如果港商在稅務上無法就購買機器設備和知識產權而獲得費用方面的抵扣，他們到香港以外地區開設廠房和投資的興趣可能會減低。

此外，隨著「粵港澳大灣區」發展計劃的啟動，區內經濟和社會融合的步伐加快，亦為香港稅制帶來新的挑戰和新的考量點。正如行政長官林鄭月娥日前在立法會回應吳永嘉議員就修訂《稅務條例》第 39E 條的提問時指出，粵港澳大灣區或可為重新探討這一議題提供一個契機，「大灣區的經濟，要做到人流、物流、資金流、資訊流都是無障礙地流通，那麼機器都可以自由流通都是可以考慮的」；她並表示，政府將會研究《稅務條例》的相關條例，力爭在滿足本港稅務完整性以及保障稅收的同時，又能夠與時並進。

### 稅法修訂的方向

可以說，修訂與跨境業務相關之稅務法例的現實意義已不單單是為廠商在境外的業務發展消除障礙，亦是體現和深化特區政府的產業政策以及提升香港稅制競爭力的必行之舉，更關乎本港能否有效地配合國家的發展策略以及把握當前國際經濟合作的新機遇。廠商會的《報告》呼籲特區政府以新思維和全局的視野優化跨境業務的相關稅法和實務準則，盡早將檢討《稅務條例》第 39E 條、第 16EC 條等提上議事日程。《報告》並就條例的修訂方案提出了具體的建議，

其切入點是透過收窄這兩項稅務條例的適用範圍，使得港商正常的加工貿易活動得以豁除。

對於《稅務條例》第 39E 條，修訂的方案是改變條例中「租約」的定義。香港企業於第 39E 條下遇到的挑戰主要是源於《稅務條例》第 2 條對「租約」設下了過於廣泛定義；根據現行條例，「租約」包括任何提供機器設備予另一單位的安排，不論提供機器設備一方是否收取任何租金。為了解決上述情況，可考慮對《稅務條例》下「租約」的定義應作出修訂，將香港納稅人在不收取租金情況下提供機器設備予另一方用作生產其銷售產品的安排從「租約」定義中剔除，從而把「租約」的定義局限於一般提供機器設備而收取租金的安排。

至於第 16EC 條的修訂方法，則是調整該條例中「使用」一詞的概念。依照現行的《稅務條例》第 16EC(4)(b)條，當香港企業的知識產權完全或主要在香港以外地方使用，不論有否收取任何的特許權使用費，購買相關知識產權的費用將不予稅務抵扣。為了避免以上問題，建議《稅務條例》第 16EC(4)(b)應不適用於將香港納稅人提供知識產權予另一方作生產其銷售產品的安排，從而把《稅務條例》第 16EC(4)(b)的應用範圍局限於一般提供知識產權而收取特許權使用費的安排。

當然，要對《稅務條例》的條文進行文字斟酌與修正，在技術上並非難事；而業界和政府對第 39E 條、第 16EC 條理解上的分歧，在一定程度上亦是「觀點與角度」之爭。「解鈴還須繫鈴人」，解決問題的關鍵始終在於，政府特別是掌握稅法詮釋權和執行權的稅務主管部門能否應時而動，以促進產業和經濟發展的新視角來檢視、重整和變革政策制定與執行的思維。

新一屆政府立志要樹立「管治新風格」，在施政上「壯新猷」與「遷舊秩」相信同樣可期；擾攘多年的第 39E 條和第 16EC 條能否成為「稅務新方向」下的另一個「新猷」，令人拭目以待。

2018 年 2 月

---

以上資料由香港中華廠商聯合會秘書處編寫，內容僅供內部參考；如有任何查詢，請聯絡政策研究部。  
電話：2542 8611；傳真：3421 1092；電郵：[research@cma.org.hk](mailto:research@cma.org.hk)

## 附件 1、《稅務條例》第 39E 條與第 16EC 條摘錄

### 《稅務條例》39E 條

#### **39E：就租賃機械及工業裝置的資本開支而根據本部可得的免稅額**

- (1) 即使本部有相反規定，任何人(在本條中稱為該納稅人)如在提供機械或工業裝置方面招致資本開支，而該機械或工業裝置是該納稅人根據在《1986 年稅務(修訂)條例》(Inland Revenue (Amendment) Ordinance 1986)(1986 年第 7 號)生效日期訂立的合約而取得，以產生根據第 4 部應課稅的利潤者，則在該機械或工業裝置由該納稅人擁有期間，如有任何人根據該機械或工業裝置的租約而持有承租人權利，且該機械或工業裝置又符合以下情況，則該納稅人不得獲給予第 37、37A 或 39B 條所訂明的初期免稅額或每年免稅額—
- (a) 該機械或工業裝置在被該納稅人取得之前，是由該名持有承租人權利的人(不論單獨或與他人)或該人的任何相聯者(該人或其任何相聯者以下稱為最終使用者)所擁有及使用的；或
- (b) 該機械或工業裝置並非船舶或飛機或其任何部分，而在該租約生效期間—
- (i) 該機械或工業裝置是由並非是該納稅人的任何其他人士完全或主要在香港以外地方使用；或 (由 1992 年第 15 號第 4 條修訂)
- (ii) 取得或建造該機械或工業裝置方面的全部或主要部分成本，是直接或間接以一項無追索權債項提供資金的。

### 《稅務條例》16E 條

#### **16EA：指明知識產權的購買**

- (2) 如有關指明知識產權，是購入以供有關行業、專業或業務用於產生該人根據本部應課稅的利潤，則該人在課稅年度的評稅基期內招致的任何指明資本開支，須予扣除。
- (7) 任何指明知識產權，如部分是用於產生根據本部應課稅的利潤，而部分用於其他用途，則根據本條可容許作出的扣除，為有關指明資本開支中，與該項知識產權用於產生根據本部應課稅的利潤的程度成比例的部分。

#### **16EC：條在某些情況下不容許根據第 16E 或 16EA 條作出扣除**

- (4) 在以下情況下，不得根據第 16E 或 16EA 條，容許就任何人(納稅人)購買的有關權利作出扣除：在納稅人擁有該項權利期間，任何人根據該項權利的特許而作為特許持有人持有權利，而—
- (a) 在該納稅人購買該項權利之前，該項權利是由該人(不論單獨或與他人)，或該人的任何相聯者(該人或其任何相聯者在本條中稱為該最終使用者)所擁有及使用的；
- (b) 在該特許有效期間，該項權利是由並非該納稅人的人完全或主要在香港以外某地方使用；或
- 購買該項權利的全部或主要部分代價，是直接或間接以一項無追索權債項提供資金的。