

需要重建公司王国吗？

——不宜用公司法统领全部企业类型*

蒋大兴

内容提要:公司法只是企业法家族中重要但非唯一的一支,同理,公司也只是企业家族中重要但非唯一的成员。虽然“非公司制企业”的发展不断受到公司的影响,从而呈现出公司化倾向,但无论公司法如何扩张,企业和企业法家族仍保持着多元结构。公司法的发展并未使得“非公司制企业”消亡,相反,其不仅在数量上不断增长,而且在制度形式上还不断推动着公司的进化,甚至形成“公司企业的非公司化”。当民法典的编纂不断降低、打击着商法学者对商法典的预期时,一些学者主张通过改造公司法典的方式——增设公司法总则,同时以公司法统领全部企业类型,从而间接推动商法典出台。这虽是一种“润物细无声”的技术路线,但就“业主制企业”的立法调整而言,却是成本极高的方式。以公司法统辖全部企业类型,不仅打破了企业制度的进化路径,导致“业主制企业”失去其设立便利、运营便利、税收便利的优势,而且还产生了不必要的“制度转换成本”。因此,企业制度并非仅仅是理性设计的结果,还是商业实践的产物,更需要税收制度引导形成。中国的公司法王国不需要重建——在企业类型改造方面,不宜走以公司法统领全部企业类型的道路。

关键词:业主制企业 公司制企业 公司法 税收制度

蒋大兴,北京大学法学院教授。

公司类型之设计,始终是公司法改革的重要内容。“传统的企业分类,将企业分为独资企业、合伙企业和公司企业三种”,^[1]个体工商户一般不被视为企业组织。按照学界理

* 感谢北京大学法学院2016级博士生谢琳为本文写作做了部分理论综述,2017级博士生郭远为本文的写作收集了部分域外法的文献,当然,本文文责自负。

[1] 参见赵旭东:《独资企业、一人公司与国有企业辨析》,《中外法学》1991年第3期,第14页。

解,企业组织一般需具备一些特定要素,例如,王文字指出,“从法经济学角度观之,一般组织可以简化为‘独立人格’与‘独立资产’,然而以完善法律概念为基础进行详细分析,法人之基础应当包含代理机制(agency)、合同(contract)与独立财产(property),这三种法律要素结合在一起组成组织。”^[2]在国家决定编纂民法典后,中国事实上走上了民商合一的道路,^[3]商法典的编纂变得十分尴尬。在此前提下,有人提出通过改造公司法法典的方式“变通制定商法典”——例如,通过凸显公司法总则的方式,以变通实现商法典总则的设计;通过增加公司类型的方式,统一调整个体工商户、个人独资企业及合伙企业(简称“业主制企业”),^[4]将个体工商户、个人独资企业统一升级为一人公司,将合伙企业统一升级为无限公司,从而实现对商主体的统一立法调整;至于各种商行为,例如证券、保险等已多有特别法予以调整,维持其现状,从而在中国实现以“公司法典为核心”的商法典模式。^[5]此种学术主张,看似是制定商法典的便捷通道,依托公司法的改革机会,可以很便捷地完成“企业法样式的商法典”之构造。

然而,这样的一种商法典逻辑,是否适应中国现实的需要?我们真的需要重构公司王国吗?尽管理论上对此仍存不同见解,^[6]但本文认为,路径依赖是企业发展的重要逻辑,企业组织类型的进化并非纯粹/主要不是理性设计的结果。如果以公司法统领全部企业类型,在中国进行“业主制企业”的全面公司化改造,无疑是一种成本高昂的方式。中国

[2] 王文字:《揭开法人的神秘面纱——兼论民事主体的法典化》,《清华法学》2016年第5期,第100页。

[3] 参见李建伟:《〈民法总则〉民商合一中国模式之检讨》,《中国法学》2019年第3期,第283-302页。

[4] 虽然在《民法总则》中以及国家市场监督管理总局的统计口径中,个体工商户并不作为企业被对待,从功能意义上而言,个体户旨在解决个人或家庭的生计问题,其本质上与以营利为目的的企业仍存在区别,但因为就营业行为本身而言,个体工商户也具有企业的一般特点,因此,本文在讨论“业主制企业”时,暂且也将个体工商户视为一种企业形式。学术界有时将业主制企业理解为个人独资企业此种“单一业主制”的企业形式,将单一业主制企业与合伙企业、公司企业并列看待,前两种又称为“古典企业”形态。参见陈躬林、高兴民:《论企业制度的演进》,《求是学刊》2001年第6期,第43-48页。本文是在相对广义上理解“业主制企业”的,将业主制企业理解为包括个体工商户、个人独资企业与合伙企业等形态,这三种企业的内部投资者与企业的所有权分割不如公司制企业那样明显。

[5] 例如,华东政法大学钱玉林教授在2019年1月5日南京大学商法会议上提出了此种观点。他指出:“现行法上商事主体法律形态主要有个人独资企业、合伙企业(包括普通合伙企业和有限合伙企业)以及公司(有限责任公司、股份有限公司)。我认为可以把个人独资企业和合伙企业改造为无限公司和两合公司,及把整个商事主体公司化。实际上无限公司和两合公司就是个人独资企业和合伙企业的替代产品。从全球来看,有限合伙企业法的国家没有无限公司、两合公司形态,有无限公司、两合公司的国家没有合伙企业法。从这个角度而言,我们应当回归到无限公司、两合公司,将有限责任公司、股份有限公司一并改造为闭锁公司、公开公司,并以此为基础来制定《公司法典》。”参见《论坛实录:第二届〈商法通则〉立法研究学术研讨会内容概要(下)》,参见微信公众号:NJU商法研究中心(2019年1月23日)。

[6] 对统一的企业组织立法是否存在可能,目前大体上有两种观点。一种观点认为公司法不能囊括所有企业结构。其主要原因一是从企业形态本身出发,认为“企业形态是各异的,企业构成是复杂的,作为规范企业组织和行为的企业法是不能为这些各异并复杂构成的企业统一为一个模式的。单就公司而言,公司法也无法为不同构成和表现形态的公司提供一个统一的模式。所以,企业法首先需要为不同表现形态的企业进行不同的立法和制度设计”。二是从企业法的定位出发,指出“现代企业法是赋权型法律,而非管制型法律”。将企业法认为“是一种示范合同文本,或者模范条款,标准条款,为各方当事人缔结合同提供了便利”。参见徐强胜:《赋权型的现代企业法》,《河南省政法管理干部学院学报》2007年第4期,第80页。另一种观点并没有明确说企业类型是否可以统一立法,而是指出公司之所以成为公司的标志已经模糊,对不同组织类型区分的必要性提出了质疑。例如,顾敏康总结公司被称为法人的几个标志都已经不再是公司的“专有特征”,即独立人格、有限责任等。既然标志着公司之所以成为公司的几个因素都已经不再是公司所独有,按照此逻辑,企业组织统一立法似乎已经成为可能。参见顾敏康:《反思公司法的几个基石问题》,《法学》2013年第5期,第80页。

公司法的改革,不是要将小企业公司化,而是应让小企业更自由,在主体类型设计上,应继续维持现有基本结构,同时,进一步松绑关于个体工商户、个人独资企业以及合伙企业的法律管制,避免个体工商户、个人独资企业以及合伙企业的公司化。这是维持营业自由和实现民生保护以及减少不必要的制度改革成本的最佳方式。

一 公司类型的改革:林林总总的理论设计

公司分类是公司法的一个基本内容,关乎公司法的结构,不同学者在其教材中,对公司类型往往会有不同的分类。例如,徐晓松主张将公司分成五类,^[7]刘俊海主张将公司分成十三类,^[8]也有学者主张从学理分类和立法分类两个角度分别归纳。^[9] 不同分类的区别主要是依据不同的分类标准。归纳起来,主要有以下分类。

表 1 学界对公司的分类

分类标准	类型
公司组织形态和股东责任	有限责任公司、股份有限公司、无限公司、两合公司、股份两合公司
投资者个性和公司资本要素的强弱程度	人合公司、资合公司与中间公司(人合兼资合公司)
公司之间的股权投资关系	母公司、子公司与相互投资公司
股东人数多寡以及股权流通性	开放型公司与闭锁型公司
股份是否在证券交易所挂牌上市流通	上市公司(公众公司)与非上市公司(封闭公司)
股东人数	一人公司与股权(股东)多元化公司
股东的国籍	内资公司与外商投资公司
公司设立的法律依据	一般法上的公司与特别法上的公司
公司组织管辖系统	总公司与分公司
公司国籍	本国公司与外国公司
公司股权结构以及股东身份	国有公司(国营公司)与非国有公司(民营公司)
是否适用于普通的企业	特殊企业法和普通企业法
公司开展商事活动的地域范围	区域性公司、跨区域公司、全国性公司和跨国公司
公司经营规模	大公司与中小公司
注册	注册公司与非注册公司。注册公司又分为私人公司和公众公司。私人公司主要有私人有限公司、保证有限公司和私人无限公司。非注册公司分为特许公司和法定公司。
控制关系	控制公司与附属公司
其他	关联公司、公司集团与离岸公司

[7] 参见徐晓松著:《公司法》(第四版),中国政法大学出版社 2014 年版,第 8-13 页。

[8] 参见刘俊海著:《公司法》(第二版),北京大学出版社 2012 年版,第 7-17 页。

[9] 参见郑云瑞著:《公司法》,北京大学出版社 2016 年版,第 38-51 页;朱慈蕴著:《公司法原论》,清华大学出版社 2011 年版,第 10-16 页;范健、王建文著:《公司法》(第 4 版),法律出版社 2015 年版,第 72-96 页;李建伟著:《公司法》(第 3 版),中国人民大学出版社 2014 年版,第 15-41 页。

由于学术分类标准不同,因此不同类型的公司相互之间又存在联系。同一公司也可能分属多种类型。例如,在我国设立的股份公司,同时可能是经营跨区域的上市公司,也可能是控制公司,或者是某个企业的关联公司;就其公司经营规模而言,又可能是大公司;就其控制权性质而言,又可能是国有公司,等等。尽管在理论上因采纳的分类标准不同,对可能的公司类型仍存较多分歧,但在公司法改革过程中,应如何设计中国的企业类型,似乎意见又相对集中,这些争议主要表现在以下领域。

其一,外商投资企业如何调整,应否回归公司法。以公司法统一“三资”企业法,同时,废除三资企业法是学界长期以来的学术主张,^[10]此次《外商投资法》的通过,基本实现了这一主张,三资企业法事实上已回归由公司法调整。

其二,公共企业如何调整,是否应在“普通公司法”之外,制定“特别公司法”。在我国,国有企业、集体企业长期以来均是以单行的企业法予以调整——此即按所有制分类的立法调整,^[11]在公司法颁行以后,国有企业、集体企业大多进行了公司化改制,由此,废除全民以及各类集体企业法的呼声与日俱增。对于含有公共投资的企业形式,是否应纳入公司法统一调整的问题,主流政策及学术观点持肯定看法,^[12]也有少数学者主张对其制定特别公司法,即公共企业法予以调整。^[13]

其三,个体工商户、个人独资企业、合伙企业等这些小企业类型如何调整,是否应统摄于公司法之中进行调整。对此,大体有两种观点:一种观点主张“维持现状”,允许个体工商户、个人独资企业继续存在,以确保民生的需要;^[14]另一种主张“小企业合并升级”,要么主张将个体工商户并入个人独资企业,废除个体工商户制度;^[15]要么主张将个体工商户、个人独资企业并入一人公司,^[16]将合伙企业改造为无限公司,在公司法中新增无限公司类型,从而实现小企业的“合并升级”。^[17]

其四,公司法内部公司类型如何设计。目前我国公司法只接受两种基本的公司类

[10] 较早时期文献可参见江平:《公司法与商事企业的改革与完善(二)》,《中国律师》1999年第2期,第55-57页;顾敏康:《以公司法为本,重构外资法体系》,载陈安主编《国际经济法论丛》(第4卷),法律出版社2001年版,第448-476页。

[11] 参见赵旭东:《融合还是并行外商投资企业法与公司法的立法选择》,《法律适用》2005年第3期,第15-18页。

[12] 例如,1997年十五大报告明确指出,“建立现代企业制度是国有企业改革的方向。要按照‘产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学’的要求,对国有大中型企业实行规范的公司制改革,使企业成为适应市场的法人实体和竞争主体。”参见江泽民:《高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪——在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》,1997年9月12日。相关文献还可参见王德山著:《公司法学》,中国政法大学出版社2008年版,第8页;张士元著:《中国企业法律制度研究》,立信会计出版社2013年版,第23页。

[13] 参见蒋大兴:《国企应从公司法中撤退——从“商事公司”向“公共企业”演进》,《中国工商管理研究》2013年第12期,第19-25页;胡改蓉:《论公共企业的法律属性》,《中国法学》2017年第3期,第142-163页。

[14] 参见李建伟:《个人独资企业法律制度的完善与商个人体系的重构》,《政法论坛》2012年第5期,第114-122页。

[15] 参见李建伟:《个人独资企业法律制度的完善与商个人体系的重构》,《政法论坛》2012年第5期,第114-122页;李友根:《论个体工商户制度的存与废——兼及中国特色制度的理论解读》,《法律科学》2010年第4期,第107页。

[16] 参见赵旭东:《独资企业、一人公司与国有企业辨析》,《中外法学》1991年第3期,第14页;石少侠:《对完善我国公司法若干问题的思考》,《当代法学》2005年第3期,第33页。

[17] 例如,前述钱玉林教授的观点,参见《论坛实录:第二届〈商法通则〉立法研究学术研讨会内容概要(下)》,参见微信公众号:NUJ商法研究中心(2019年1月23日)。

型——有限公司(包含一人公司、国有独资公司)和股份公司(包含上市公司、非上市公众公司)。但在实践中,基于企业公开融资、公开转让股权的需要,又衍生出挂牌公司和非上市公众公司的概念。由此,形成公司法内部公司类型如何设计的问题。对此,大体有两类观点。

一种是“公司法结构调整说”。该说主张调整现行公司法的基本结构,即公司法应从偏重有限公司走向偏重股份公司的调整,^[18]相应地调整现行法关于公司类型的位置安排,将股份公司的法律条文设计在前,有限公司的法律条文设计在后,以规范股份公司为中心;^[19]还有人主张,在公司的结构类型设计上,应采英美公开公司和封闭公司的分类方式。^[20]

另一种是“公司类型调整说”。即主张增减公司类型,^[21]具体又可细分为“增加公司类型说”和“合并、减少公司类型说”两种主张。其中,“增加公司类型说”似为更多学者主张。从各国公司立法类型来看,我国现行公司立法中缺少的公司类型主要有两类:一类是其他国家公司立法中有规定而我国公司法中没有规定的,例如无限公司和两合公司;另一类是我国商业实践中存在,但未在法律法规中明确规定的,例如股份合作企业、相互保险公司。关于是否需要增加这些公司类型,学界有不同声音。例如,有人认为合伙企业与无限公司是不同的企业类型,主张要增设无限公司和两合公司,^[22]也有人认为二者实质无异,^[23]明确反对将合伙企业纳入公司法。^[24]关于股份合作企业是否要纳入公司法调整,也引起了学者的争议,有人赞同,^[25]也有人反对。^[26]此外,还有学者主张要增加一人股份有限公司、^[27]关系企业、^[28]离岸公司^[29]等等。“合并、减少公司类型说”主要涉及对传统的外商投资企业、国有企业、集体企业、独资企业以及合伙企业是否用公司法进行调整的问题。其中,比较激进的主张是用公司法统辖各种企业类型,从而实现商主体的统合调整,进而将公司法法典演绎为中国的商法典。

[18] 参见周友苏、李红军:《现代化视野下中国公司法改革前瞻——以公司形态调整为主线》,《社会科学》2012年第4期,第81-88页。

[19] 参见郑云瑞著:《公司法学》,北京大学出版社2016年版,第48页;叶林著:《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第10页。

[20] 参见张辉:《中国公司法制结构性改革之公司类型化思考》,《社会科学》2012年第9期,第90-98页。

[21] 参见范健、王建文著:《公司法》(第4版),法律出版社2015年版,第24页。

[22] 参见林艳琴:《我国私营企业法律形态种类立法的缺陷与多元化取向》,《现代财经(天津财经大学学报)》2009年第2期,第82-87页;曹兴权、杨佳红:《企业法律形态的分化设计》,《现代法学》2002年第5期,第96-100页。

[23] 参见刘俊海著:《公司法学》(第二版),北京大学出版社2012年版,第13页;张国键著:《商事法论》(第3版),我国台湾地区三民书局1984年版,第148页;叶林著:《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第6页。

[24] 参见刘俊海著:《公司法学》(第二版),北京大学出版社2012年版,第8页;王德山著:《公司法学》,中国政法大学出版社2008年版,第30页;叶林著:《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第6页。

[25] 参见李友根:《论股份合作企业的法律地位》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》1998年第3期,第149-158页。

[26] 参见范健、王建文著:《公司法》(第4版),法律出版社2015年版,第92页。

[27] 刘俊海著:《公司法学》(第二版),北京大学出版社2012年版,第6、12页。

[28] 刘俊海著:《公司法学》(第二版),北京大学出版社2012年版,第11页。

[29] 参见郑云瑞著:《公司法学》,北京大学出版社2016年版,第51页;叶林著:《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第51页;刘俊海著:《公司法学》(第二版),北京大学出版社2012年版,第15页。

综上所述,尽管对公司法应如何调整各种企业类型存在诸多层面的争议,但在公司法内部,较为集中的争点在于公司法如何调整公共企业、外商投资企业,以及公司法能否调整个体工商户、个人独资企业和合伙企业的问题。对外商投资企业的统一调整问题,因为《外商投资法》的出台而基本尘埃落定;对国企的调整问题,本人已另撰文讨论,本文主要回应公司法能否重构公司类型,从而一体化调整个体工商户、个人独资企业及合伙企业的问题。对此,有必要先了解各国对这些企业形式的立法现状。

二 域外“业主制企业”的立法调整

如果我们将研究视野拓展到中国之外,可以发现,个体工商户、个人独资企业、合伙企业等“业主制企业”是普遍存在的,并未被公司制企业一统天下。这可以从日本、美国、澳大利亚、新西兰等国家企业类型设置中窥见一斑。

(一) 日本

在日本,《公司法典》所规范的公司形态主要包括株式会社(股份公司)、合同公司(有限责任公司)、合资公司(两合公司)、合名公司(无限公司),所有这些都具有法人资格,法律对这些公司的规制环节主要涉及出资者责任、章程自治范围、设立费用、设立手续(时间)差异。而且,在税法上,所有公司类型的税收都是双重征税(参见表2)。^[30]

表2 日本主要公司类型

事项	公司类型 株式会社 (股份公司)	持分公司		
		合同公司 (LLC)	合资公司 ^[31] (使用较少)	合名公司 (使用较少)
出资者的责任	有限责任	有限责任	有限责任 + 无限责任	无限责任
章程自治范围	较窄	较宽	较宽	较宽
设立费用 ^[32]	最低约 20 万日元	最低约 6 万日元	最低约 6 万日元	最低约 6 万日元
设立手续·时间	复杂·所花时间 较长	简单·所花时 间短	简单·所花时间 短	简单·所花时间 短
税务	以法人基准课税 (双重课税)	以法人基准课税 (双重课税)	以法人基准课税 (双重课税)	以法人基准课税 (双重课税)

在日本,除以上法人组织外,还存在大量非法人企业组织(包括特别法上规定的一些具有法人人格的组合,例如,《日本劳动组合法》第 11 条第 1 款规定的劳动组合)。这些非法人企业种类繁多,其中,比较突出的是个人事业主(类似于我国的个体工商户)和组

[30] 此分类主要参见[日]伊藤靖史、大杉謙一、田中亘、松井秀吉著:《会社法》(第3版),有斐阁2015年版,第16页。

[31] 合同公司和合资公司在日本的实践中很少使用的理由在于,这两种类型的公司为法人,需要按法人的标准来纳税,因此它们没有不同于股份公司的节税功能。[日]江頭憲治郎著:《株式会社法》(第7版),有斐阁2018年版,第11页。

[32] 这些费用主要包括了制作章程原本所需要花的印制税(如果章程为电子版的话,可以免去该费用)、向公证人支付的手续费,登陆免許税等。参见《日本公司法施行细则》第5条。

合(类似于我国的合伙),以下分述之。

其一,个人事业主。与公司比较,个人事业主主要有以下特点:(1)节税。由于个人事业主并非法人而无需缴纳法人税,因此,在规模较小时比公司节税;(2)设立费用为 0 日元,个体事业主无需像公司那样进行复杂登记,只需去日本税务署办理开业文书即可;^[33] (3)虽然并非必要,但个人事业主可进行商号登记;^[34] (4)承担无限责任。

其二,组合。日本民法上的组合种类多样,可区分为法人型组合和非法人型组合。以下主要介绍有限责任事业组合和投资事业有限责任组合。

有限责任事业组合,是日本版的有限责任合伙,一般译为“Limited Liability Partnership”,主要具有以下特点:(1)在一定场合下有节税功能。有限责任事业组合为非法人型组合,并不以法人基准课税,而是对其构成员课税(Pass-through Taxation,以下简称穿透课税),组合本身不像公司那样需要双重课税;^[35] (2)有限责任事业组合的设立最低费用约为 6 万日元左右;(3)其成员承担有限责任。

投资事业有限责任组合,在日本一般译为“investment limited partnership”,类似于我国的有限合伙,主要有以下特点:(1)在一定场合下有节税功能,投资事业有限责任组合也采用穿透课税方式;(2)投资事业有限责任组合的设立最低费用约为 3 万日元左右;(3)其成员中一部分承担有限责任,一部分则承担无限责任。

(二)美国

在美国,公司法的立法权属于各州,因此,各州关于公司的设立和功能存在一定差异。^[36] 但总体来说,美国公司类型主要包括公开公司、闭锁公司、有限责任公司、C 公司、S 公司,其中,投资人都是承担有限责任的,但在课税上存在差别,法律对有限责任公司和 S 公司采穿透课税方式课税(可参照表 3)。^[37]

表 3 美国主要公司类型

公司类型 事 项	公开公司	闭锁公司	有限责任公司	按照税制的分类	
				C 公司	S 公司 ^[38]
出资者责任	有限责任	有限责任	有限责任	有限责任	有限责任
课税方式	双重课税	双重课税	穿透课税	双重课税	穿透课税 ^[39]

[33] 参见日本国税厅:<https://www.nta.go.jp/taxes/tetsuzuki/shinsei/annai/shinkoku/annai/04.htm>,最近访问时间[2019-04-20]。

[34] 参见《日本商法》第 11 条。

[35] 参见日本经济产业省:https://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/faq.pdf#search=%E6%9C%89%E9%99%90%E8%B2%AC%E4%BB%BB%E4%BA%8B%E6%A5%AD%E7%B5%84%E5%90%88+%E7%A8%8E%E5%8B%99,最近访问时间[2019-04-20]。

[36] See Gevurtz, Franklin, *Corporation Law*, 2nd Edition, West Academic Publishing (2010), pp. 53-57.

[37] 参见王妍著:《企业形态及企业法律制度创新方向研究》,法律出版社 2015 年版,第 2-10 页。

[38] 严格来讲,S 公司并非一种公司实体,其指的是按照《美国国内税收法案》(Internal Revenue Code)进行纳税的公司。申请成为 S 公司需要遵循一定条件:需为美国国内公司,股东人数不能超过 100 人,且股东须为自然人和美国公民,同时公司只能有一种股份。参见《美国国内税收法案》S 分章:<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/1361>,最近访问时间[2019-04-20]。

[39] S 公司的课税方式和有限责任公司相似,但有细微不同,例如,有限责任公司利润分配是以雇员标准来进行课税,而 S 公司并非如此。有限责任公司可以申请成为 S 公司,以 S 公司的课税形式进行纳税。

除以上企业形式外,在美国还有独资企业(sole proprietorship)和合伙企业(partnership)等非法人企业。

其一,独资企业。该类企业主要有以下特点:(1)独资企业的出资者为个人;(2)因不具有法人格,独资企业的出资者需承担无限责任;(3)虽然各州对独资企业的立法各不相同,但整体来说,个人独资企业要比公司设立和运行费用低,运营受限也较少;(4)按投资者个人所得纳税,不需像企业那样进行双重课税。

其二,合伙企业。在美国,合伙企业一般分为一般合伙(general partnership)、有限合伙(limited partnership)和特殊普通合伙(limited liability partnership)。这三类合伙企业之间最突出的差异是成员承担责任形式的不同。一般合伙的成员需对合伙企业债务承担无限责任;有限合伙中则是有一部分成员承担有限责任,另一部分成员承担无限责任;而特殊普通合伙的成员都承担有限责任(一般来说,如律师、会计师等特殊的职业会采用该类型的合伙类型,在一些州,只有这些特殊的职业可采用特殊普通合伙)。^[40] 这三类合伙企业的相同之处在于,它们都是以穿透课税方式缴纳税款,^[41] 因此,与公司相比,采取合伙企业方式,可在一定的情况下起到节税功能。但由于合伙企业也可能采取有限责任形式,此种税收安排可能使部分投资人将“公司合伙化”,国会因此考虑将公司税扩张适用于“社团”。^[42] 美国财政部解释认为,其并不依赖州创造的企业种类去征税,而是根据其所认为的主体特征(包括持续存在、集中管理和有限责任)来界定社团,^[43] 符合这些特征的则属于公司,应当实行双重课税。因此,最高法院认为,拥有这些特征的信托满足了公司税收目的下的“公司相似性”标准。^[44] 在 *Kintner v. United States* 案中,联邦上诉法院运用这些因素判决政府败诉,认定医疗社团是一家公司,可以享受雇员受益计划中的扣减。^[45] 财政部其后通过了所谓的 *Kintner* 规章,该规章称,企业必须满足这四项主要特征中的半数以上,才能成为税法目的意义上的公司。^[46] 近三十年来,*Kintner* 标准有效地强调了有限责任,根据这些规则,若某企业所有成员都承担有限责任,则其不能以合伙身份缴税(有限合伙可以合伙身份缴税,是因为其拥有承担无限责任的普通合伙人)。因此,税收分类规则有效地迫使企业为了享受完全的投资者有限责任而需向联邦政府缴公司税。企业游说各州将有限责任加到合伙形态头上,至多使企业成为州税法目的下的合伙,而非联邦税法目的下的合伙,^[47] 因为在联邦税法下,这会被视为公司。将公司税的基础聚焦于

[40] 参见郭富青:《特殊普通合伙企业:游走于无限与有限责任之间》,《当代法学》2009年第1期,第94-95页。

[41] 参见美国国内税务局:<https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/partnerships>,最近访问时间[2019-04-20]。

[42] 参见《美国国内税收法典》第7701(a)(3)条(“公司”这一术语包括社团……);同上,第7701(a)(2)条(“合伙”的定义)。

[43] 参见[美]拉里·E.利伯斯坦著:《非公司制组织的兴起》,罗培新译,法律出版社2018年版,第134页。

[44] 参见 *Morrissey v. Comm'r*, 296 U.S. 344 (1935)。转引自[美]拉里·E.利伯斯坦著:《非公司制组织的兴起》,罗培新译,法律出版社2018年版,第134页。

[45] 参见 216 F.1 d 418 (9th Cir. 1954)。转引自[美]拉里·E.利伯斯坦著:《非公司制组织的兴起》,罗培新译,法律出版社2018年版,第134页。

[46] 参见[美]拉里·E.利伯斯坦著:《非公司制组织的兴起》,罗培新译,法律出版社2018年版,第134页。

[47] 参见[美]拉里·E.利伯斯坦著:《非公司制组织的兴起》,罗培新译,法律出版社2018年版,第134-135页。

有限责任,至少有两个原因:第一,有限责任使政府在征税及监管时握有筹码,企业想通过合同来复制这一特征困难最大,换言之,企业对有限责任的需求使政府能对企业收取更高的费用;第二,不同税收根据其税率不同,会在不同层面鼓励企业留存收益。相反,合伙税收会事实上鼓励企业分配收益,因为所有者无须就其未收到的收益缴税。^[48]

(三) 澳大利亚

在澳大利亚,可按公司出资者承担责任的形式和是否向公众进行募资对公司类型进行区分。其中,按出资者责任形式,可将公司分为股份公司、担保责任公司、无限公司;按是否公开募资,可将公司分为公开公司和私有公司。所有这些公司形式基本都采双重征税方式,只有从事慈善类事业的担保责任公司可在得到澳大利亚税务局的认可后免税(参照表 4):^[49]

表 4 澳大利亚的主要公司类型

公司类型 事项	股份有限 公司	担保责任公司	无限公司	公开公司	私有公司
出资者责任 形式和是否 公开募资	有限责任	公司不存在股份,出资者在 公司破产清算时以其当初 在公司章程中承诺的金额 限度内承担有限责任,一般 用于慈善类事业	无限责任,在 现实中使用 较少,一般用 于某些特殊 职业。	公开向公众 进行募资	不公开向公 众进行募资
课税方式	双重课税	从事慈善类事业的担保责 任公司可在得到澳大利亚 税务局的认可后免税	双重课税	双重课税	双重课税

当然,澳大利亚也还存在其他一些非法人企业形式。其中,最常见的有个体商(sole trader)和合伙(partnership)。

其一,个体商。在澳大利亚,个体商的设立费用最低,且设立所花时间最少。在税务承担上,由设立该个体商的自然人纳税(在年收入超过 75000 澳元时需支付商品和服务税),^[50]同时,该自然人需对个体商的债务承担无限责任。若个体商想设立字号,还需进行专门注册。^[51]

其二,合伙。在澳大利亚,合伙一般分为一般合伙和有限合伙,在有限合伙中还有一种特殊的企业形式为有限合伙企业(incorporated limited partnerships),其特点与上述美国关于合伙的分类大致相同。在税务上,合伙的成员需以其在合伙企业中分得的利润缴纳

[48] 参见[美]拉里·E.利伯斯坦著:《非公司制组织的兴起》,罗培新译,法律出版社 2018 年版,第 134-135 页。

[49] See Hudson, Alastair, *Understanding company law*, Routledge, 2018, pp. 63-64.

[50] 参见澳大利亚税务局:<https://www.ato.gov.au/business/starting-your-own-business/before-you-get-started/choosing-your-business-structure/sole-trader/>,最近访问时间[2019-04-20]。

[51] 参见澳大利亚证券投资委员会:[https://asic.gov.au/for-business/your-business/small-business/starting-a-small-business/registering-a-business-name/](https://asic.gov.au/for-business/your-business/small-business/starting-a-small-business/small-business-registering-a-business-name/),最近访问时间[2019-04-20]。

税收。^[52]

(四) 新西兰

在新西兰,主要有四种类型的公司,其中,有两类为有限责任公司,包括一般有限责任公司和“穿透公司”(Look Through Company, LTC)。另外,还存在无限公司和合作社公司的分类,只有穿透公司不需双重征税,采取穿透课税方式计税。各类公司的分类与特点可参照表 5。^[53]

表 5 新西兰主要公司类型

公司类型 事 项	有限责任公司		无限公司	合作社公司
	一般的有限责任公司	穿透公司(LTC) ^[54]		
股东责任和交易要求	股东承担有限责任	只能有 5 个以下的股东;股东不能为公司;股东承担有限责任;只能有一种类型的股份 ^[55]	股东承担无限责任	必须存在 60% 以上的交易发生在股东之间 ^[56]
税务	双重课税	穿透课税	双重课税	双重课税

除了这些公司类型外,新西兰的非法人企业类型也有个体商和合伙(一般合伙和有限合伙)等非法人组织。

其一,个体商。其特点基本上与上述各国相似。新西兰的个体商的责任为无限责任,需到新西兰税务局(Inland Revenue Department, IDR)获得一个 IDR 号码从而进行税款缴纳,在年收入超过 60000 新西兰币时还得支付商品和服务税。^[57]

其二,新西兰的合伙(一般合伙和有限合伙)也同样与上述各国相似。在税收方面,合伙企业并不需要进行税款缴纳,承担缴税义务的为各个合伙人。

综上,各国在立法上一般严格区分公司和业主制企业,在一些国家,业主制企业虽然可能采取公司形式(例如无限公司),但其在税收负担上,需按照公司一样进行双重征税。在另外一些国家,法律对业主制形式的公司进行“穿透征税”。当然,此种情形实质上是“公司合伙化”或者“合伙公司化”的表现。但无论如何,很少见到有国家完全取消业主制企业,而以公司法统辖全部企业类型。这可能意味着业主制企业亦有其无法比拟的优势,也正是这些优势影响、阻碍着公司王国的扩张范围。

[52] 参见澳大利亚税务局:<https://www.ato.gov.au/Forms/Partnership-tax-return-instructions-2013/?page=15>,最近访问时间[2019-04-20]。

[53] 参见新西兰公司注册部(New Zealand Companies Office):<https://companies-register.companiesoffice.govt.nz/help-centre/before-you-start-a-company/choosing-a-type-of-company-for-your-business/>,最近访问时间[2019-04-20]。

[54] 此公司类型在 2011 年创建,替代了新西兰一种旧的公司类型抵损资格公司(Loss-attributing Qualifying Company),也称“抵税公司”。

[55] 参见新西兰税务局:<https://www.ird.govt.nz/yoursituation-bus/running/accounting-income/lc-qc/lc/becoming/what/>,最近访问时间[2019-04-20]。

[56] 关于该类型公司的特征,参见《新西兰合作社公司法》。

[57] 参见新西兰公司注册部(New Zealand Companies Office):<https://www.business.govt.nz/getting-started/choosing-the-right-business-structure/becoming-a-sole-trader/>,最近访问时间[2019-04-20]。

三 “业主制企业”的优势：路径依赖及制度成本因素

“业主制企业”是最早存在的企业形式，因此又被称为古典企业形态。早在有限公司诞生前，个体商人和无限责任商人就已广泛存在。虽然基于法人格和投资者有限责任、股份公开交易（公开筹资）以及规范的公司治理等法律设计，“公司制企业”有无可比拟的优势，但无论公司法如何扩张，“业主制企业”的领地并未被其完全占领。这一方面可能是因为“业主制企业”在其发展过程中会“自我优化”——古典企业形态可能会吸收现代公司企业的一些优势，以“非公司制企业公司化”的方式，强化自我竞争力。例如，“业主制企业”采行有限责任优势形成有限合伙等包含有限责任的企业形态，^[58]或者采取公司治理的方式提升其内部治理的效率；另一方面，也可能是因为“业主制企业”所具有的天然优势。例如，“业主制企业”通常设立简便、税收成本低、运营灵活——甚至“公司制企业”也可能被这些优势所吸引，并以其改造日益僵化的公司制度，从而在一定程度上呈现出“公司制企业非公司化”的特点，以此增强“公司制企业”的竞争力。“业主制企业”与“公司制企业”的这种交互影响仍在发展之中，但无论企业组织形态相互如何影响、如何促进，也无论“公司制企业”如何演进成现代企业形态，“业主制企业”迄今并未被完全替代，各国大多允许“业主制企业”在一定范围内存在和发展，甚至在特定时期还可能出现“非公司制企业的复兴”——商事组织整体、特别是灵活的非公司制组织的发展演进，就成为经济发展的一个重要方面。^[59]这不仅是因为企业/组织进化的路径依赖使然，更可能是由上文提到的“业主制企业”的三个优势所决定的。也正是这些因素的存在，冀望以公司法统领全部企业类型，可能是不切实际、成本高昂的想法。

（一）统辖打破了企业制度进化的路径依赖

按照维默（David L. Weimer）的观点，虽然政治、经济制度常常出于有目的的设计，但大多数社会制度似乎都是逐渐演变的结果，而非某个突然的发明创造。^[60]正是因为制度变迁的惯性，多数制度的演化都存在纵向与横向的“路径依赖”问题，企业制度进化过程中也同样如此。“如果没有了惯例和规范，这个世界几乎是无法想像的，我们利用惯例和规范对其他人的未来行为作了无数预测”，^[61]人为地突破制度演化中的路径依赖，将产生高昂的“制度接受成本”。“业主制企业”和“公司制企业”的发展，都存在路径依赖的问题，其中最为重要的路径依赖是“法人格”的有无问题。“法律人格”理念经过长期的发展，已经在我国逐渐得到确认。详言之，在中国，除个体工商户被视为自然人从事经营活动的特殊情形外，大部分“业主制企业”一直被视为无法人资格的经营实体。换言之，在

[58] 如同顾敏康教授所言，本来有限责任是公司之所以成为公司的一个标志，但是有限合伙将有限责任的引入，使得有限责任不再为公司独有。参见顾敏康：《反思公司法的几个基石问题》，《法学》2013年第5期，第80页。

[59] 参见[美]拉里·E·利伯斯坦著：《非公司制组织的兴起》，罗培新译，法律出版社2018年版，第339页。

[60] 参见David L. Weimer：《制度设计：概述》，载戴维·L·韦默主编《制度设计》，费方域、朱宝钦译，上海财经大学出版社2004年版，第2页。

[61] 参见Patrick Croskery：《制度设计中的惯例和规范》，载戴维·L·韦默主编《制度设计》，费方域、朱宝钦译，上海财经大学出版社2004年版，第132页。

我国现行立法中,投资者是否承担有限责任往往是与企业实体是否具有法人资格密切相联的。“公司具有法人资格”以及“业主制企业不具有法人资格”——这样的观念已经随着公司法的颁行而逐渐形成并生根发芽,不仅在制度上已楚河汉界、区分明晰,而且在实践中也已形成共识。

“制度间的相互关系增加了复杂性,例如,不同形式的经济组织的可行性取决于有效的特定产权制度,而这又严重依赖于民法和刑法的规定及实施。”^[62]若以公司法统辖全部企业类型,同时保留所有公司具有法人资格的传统,无疑将打破立法设计的投资者有限责任与法人格的伴生关系;反之,若以公司法统辖全部企业类型,同时,认可合伙等无限公司不具有法人资格,势必又打破了“公司都具有法人资格”以及“投资者承担有限责任”这样的习惯。“制度是建立和嵌入社会规则的一个持久体系,这些规则建构了社会互动”,^[63]诺斯认为,“制度是人类强加给人类的互动约束”。^[64]因此,我们无往不在约束之中,无论是“在公司法中认同合伙企业具有法人资格,同时认同投资人承担无限责任”,还是“将合伙企业认同为公司,同时认可该类公司不具有法人资格”都将打破好不容易形成的“民众常识”——“公司是法人”以及“公司的投资者承担有限责任”。由此,公司以及企业组织制度进化中的路径依赖都将被打破,我们将花费巨大力气重新进行普法宣传,推翻已形成的前见,重新解释“何谓公司”以及“何谓法人”。此种制度变化的成本是否太高,值得反思。

(二) 统辖导致“业主制企业”失去优势

用公司法统领全部企业类型,可能导致“业主制企业”失去其现有的优势和便利。目前,“业主制企业”的数量远超过公司,而且,在新设企业中,“业主制企业”数量也远远超过公司。以2018年为例,该年度期末实有市场主体11020万户,其中企业3474.2万户,而“业主制企业”中的个体工商户就有7328.6万户。在该年度新设的2149.6万户市场主体中,个体工商户占1456.4万户,企业实体只占670万户。^[65]可见,“业主制企业”即便在公司盛行的当代仍具有旺盛的生命力,具有明显的“实践理性”。

比较而言,若以公司法统辖业主制企业,则“业主制企业”在设立便利、运营便利、税收便利等方面的优势将可能完全丧失。

其一,设立便利之丧失。目前,“业主制企业”的设立虽然存在仿袭公司法的问题,但其总体上的设立要件和设立程序仍较公司宽松。例如,个体户、个人独资企业均不需注册资本,只要求有申报的出资即可;再如,对营业场所的要求也要弱于对公司的要求,这使“业主制企业”的设立成本要低于普通“公司制企业”。若将“业主制企业”升级为“公司制企业”,则此种设立便利无疑可能丧失。

[62] 参见 David L. Weimer:《制度设计:概述》,载戴维·L. 韦默主编《制度设计》,费方域、朱宝钦译,上海财经大学出版社2004年版,第3页。

[63] 参见[英]杰弗里·M. 霍奇逊著:《制度经济学的演化——美国制度主义中的能动性、结构和达尔文主义》,杨虎涛等译,北京大学出版社2012年版,第416页。

[64] 参见[英]杰弗里·M. 霍奇逊著:《制度经济学的演化——美国制度主义中的能动性、结构和达尔文主义》,杨虎涛等译,北京大学出版社2012年版,第419页。

[65] 参见国家市场监督管理总局:《2018年全国市场主体发展基本情况》,资料来源:http://www.samr.gov.cn/sj/tjsj/201902/t20190228_291539.html,最近访问时间[2019-04-26]。

其二,运营便利之丧失。由于所有权与控制权的分离,法律通常对公司制企业的治理都有明确要求,这些要求甚至不乏以强制性规范形式出现的情况。但法律对“业主制企业”的治理规定却相对简略。例如,法律对个体工商户如何治理基本没有规定;对个人独资企业仅规定其可以自己管理或者聘用管理人员管理企业,^[66]至于内部治理结构如何设计,法律也未多言;法律对个人合伙企业也仅规定可以由合伙人执行合伙事务或者聘用管理人员执行合伙事务,^[67]同样对内部治理结构如何设计,没有明确规定。虽然在实务上,合伙企业的治理结构呈现出“公司化”的一面^[68],但在立法设计上,合伙企业仍存在很大的运营便利,法律不对其内部治理结构作出强制安排。一旦以公司法统领全部“业主制企业”,则因为公司法对公司治理的强制要求,无疑将使“业主制企业”的运营便利丧失。此时,“业主制企业”的合规成本也将大大增加。如果在公司法中降低对此类“业主制企业”的要求,此种“公司化”的过程,又将变得没有意义。

其三,税收便利之丧失。另一个很重要的原因是“业主制企业”具有明显的税收优惠。一旦将“业主制企业”升级为公司,则其将丧失单层纳税的优势,税收负担将因此增加。以个人独资企业和一人公司为例比较,不难发现将个人独资企业升级为公司,将导致税收成本大大增加。

目前,税收征收方式主要有两种,一是查账征收,二是核定征收。一人公司需缴纳的企业所得税,不论采取哪种征收方式,在公司对股东进行利润分配时都需再缴纳 20% 的个税,此外在股权变更、注销、分红时也都会涉及 20% 的个税。而个人独资企业因投资者对企业财产拥有所有权,在法律上并无利润分配之说,对该类企业投资人只根据企业销售额征收个人所得税,因此,不同的征收方式在税负上差别很大。我们举个简单的案例:^[69]

假设 A 企业取得年销售收入 100 万元(人民币,下同),发生成本费用 70 万元,最终利润 30 万元全部分配给投资者个人(不考虑其他情况)。

(1) 假设 A 企业是一人公司,那么需先缴纳企业所得税: $30 \times 25\% = 7.5$ 万

给股东分配利润时,还需缴纳个税: $(30 - 7.5) \times 20\% = 4.5$ 万

总共需要缴纳税收: $7.5 + 4.5 = 12$ 万元

(2) 假设 A 企业是个人独资企业,采用查账征收方式,则其需缴纳个人所得税 $300000 \times 35\% - 14750 = 90250$ 元,比一人公司少缴了近 3 万的税。

假设 A 企业是采用核定征收的个人独资企业,核定率为 10%,那么应纳税额 = $100 \times 10\% = 10$ 万

[66] 例如,《个人独资企业法》第 19 条规定:“个人独资企业投资人可以自行管理企业事务,也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务,应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同,明确委托的具体内容和授予的权利范围。受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务,按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制,不得对抗善意第三人。”

[67] 例如,《合伙企业法》第 26 条规定:“合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定,可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业,执行合伙事务。”第 35 条规定:“被聘任的合伙企业的经营管理人员应当在合伙企业授权范围内履行职务。被聘任的合伙企业的经营管理人员,超越合伙企业授权范围履行职务,或者在履行职务过程中因故意或者重大过失给合伙企业造成损失的,依法承担赔偿责任。”

[68] 实践中,一些合伙企业设立诸如董事会、监事会等机构,使得合伙企业的内部治理呈现出“公司治理”的特点。

[69] 参见《个人独资企业和有限公司的利弊》,资料来源:<http://www.newrp.com.cn/html/news/79.html>,最近访问时间[2019-04-25]。

级数	全年应纳税所得额	税率(%)	速算扣除数
1	不超过 15000 元的	5	0
2	超过 15000 元至 30000 元的部分	10	750
3	超过 30000 元至 60000 元的部分	20	3750
4	超过 60000 元至 100000 元的部分	30	9750
5	超过 100000 元的部分	35	14750

通过税率表我们看到,适用的税率是 30%。

需要缴纳的个税 = $100000 \times 30\% - 9750 = 20250$ 元,核定征收比查账征收方式要少交 7 万元税金,比一人公司少交了近 10 万元。

可见,一旦将个人独资企业升级为公司,在现行税法体系下,企业运营中的税收便利优势将大大丧失,这无疑会增加企业运行成本。此时若调整公司法中的一人公司税收,使其与现行个人独资企业税收相当,则无疑又打破了法人/公司所得税体系,且对一人公司中的大型公司(例如法人独资公司)又属税收“过于优待”,影响了企业间的公平竞争。

“业主制企业”最大的意义在于其已在中国社会基础层形成了市场经济习惯。中国现在虽然被称为市场经济,但尚未形成市场经济所需求的交易习惯。“业主制企业”是最基层的企业形式,直接面对与形成市场,有助于形成基础的市场交易规则。事实上,“法律和政治基于经济结构”,^[70]如果我们缺乏最基层的市场,则公司制度也将丧失其存在的基础。这可能也是长期以来为什么中国的公司制度不能很好地实现市场化的重要原因,以及发达国家为什么一直在公司制度外允许“业主制企业”自然存在、自由发展的重要原因。

(三) 统辖产生了不必要的“制度转换成本”

撰写制度变迁的经济学家一般将制度变迁看作是对帕累托有效改进机会的一种反映。例如,诺斯(Douglass North)将制度变迁视为一个“势不可挡的增长”过程。通过它,在现有规则内营运的企业家对相对价格和偏好的变化作出反应。根据他的观点,制度变迁可以提高事前的效率,但如果企业家在作出变化时采用了不正确的模型,则制度变迁在事后可能是无效率的。交易费用使得那些变迁的受益者不能充分补偿那些有阻碍力量的损失者。^[71]

因此,若以公司法统辖全部“业主制企业”,还会产生不必要的“制度转换成本”——为实行新的制度而必须付出的成本。若“业主制企业”转换为公司企业,则按照现行制度,需在其名称中标明“公司”字样,企业因此需要更换牌匾,仅此一项就可能增加大量成本。同样,以 2018 年底的数据为例,如前所述,全国有市场主体 11020 万户,其中企业 3474.2 万户,个体工商户 7328.6 万户。以个体工商户为例,若将其全部升级为公司,按照一块牌匾 500 元人民币计算,则需要支出 $7328.6 \text{ 万户} \times 500 \text{ 元} = 366.43 \text{ 亿元}$ 。如果考虑到企业可能还需更换标有企业名称的办公用品(例如公文纸、信封等),则上述“制度转

[70] 参见[英]杰弗里·M. 霍奇逊著:《制度经济学的演化——美国制度主义中的能动性、结构和达尔文主义》,杨虎涛等译,北京大学出版社 2012 年版,第 14 页。

[71] 参见 David L. Weimer:《制度设计:概述》,载戴维·L. 韦默主编《制度设计》,费方域、朱宝钦译,上海财经大学出版社 2004 年版,第 8 页。

换成本”的支出数额将进一步扩大。

另一个方面，“制度转换成本”将直接影响到普通民众的生活。个体工商户与个人独资企业，因其设立简便，成本低廉，已成为没有其他特别谋生手段、缺乏固定工作的民众赖以生活的制度通道，这也是为什么个体户的数量远远超过公司的原因。若将其升级为公司，因此而增加的商业成本将使这些没有生计的民众望而却步，这种制度转换成本将极大地增加社会的不稳定性。如同美国学者泰恩特(Joseph A. Tainter)在《复杂社会的崩溃》中所言，人类社会是一个解决问题的组织，社会政治体制需要能量来维持其生存，社会复杂性的增强伴随着人均投资成本的提高，作为解决问题的途径，对社会政治复杂化的投资通常会达到一个“边际回报递减”的拐点。^[72]也许，废除“业主制企业”就是这样一种“边际回报递减”的拐点，从而影响复杂社会的稳定。

最后，“制度转换成本”还隐藏着一个需要对现行制度进行“外科手术”的问题。“制度可以被解释为重复博弈的均衡”，但参与人对某种可能结果的偏好往往胜过均衡结果，制度的一般均衡理论的一个主要复杂之处在于多重均衡的存在。重复博弈一般具有多重均衡。^[73]我国现行立法体系一直是将“业主制企业”与公司企业区分对待，这是一种均衡状态，如若用公司法统领全部企业类型，则需要同时进行相关的制度改革，废除、改革不合时宜的制度，此种“立法手术刀”所引发的震动也是巨大的，尤其是刚通过的《民法总则》已沿袭《民法通则》的立场，对法人的概念、条件进行明确规定，同时将个体工商户视为自然人从事民事活动的特殊形式等等，凡此种种规范，是否有立即修改的可能？答案可能不太乐观。

四 结 论

“社会是由许多相互间关系复杂的制度构成的。”^[74]公司法只是企业法家族中重要但并非唯一的一员，同理，公司也只是企业家族中重要但并非唯一的成员。虽然“非公司制企业”的发展不断受到公司的影响，从而呈现出公司化的倾向，但迄今为止，无论公司法如何扩张，企业和企业法家族仍保持着多元的结构。公司法的发展并未使得“非公司制企业”消亡，相反，其不仅在数量上不断增长，而且在制度形式上还不断推动着公司企业的进化，从而形成“公司企业的非公司化”，例如，公司企业不断采纳非公司制企业的自由优势，提升自己的竞争力。“如果立法机关在两个或更多的政策方向上进行选择，那么，在所有偏好模型中，除了一些无足轻重的情况外，任何偏好都可以被另外某种偏好战胜。可预见的结果是，即使立法者有稳定的偏好，立法机关也不能产生稳定的政策选择。”^[75]

[72] 参见[美]约瑟夫·泰恩特著：《复杂社会的崩溃》，邵旭东译，海南出版社2010年版，第166页。

[73] 参见 David L. Weimer：《制度设计：概述》，载戴维·L.韦默主编《制度设计》，费方域、朱宝钦译，上海财经大学出版社2004年版，第6-7页。

[74] 参见 David L. Weimer：《制度设计：概述》，载戴维·L.韦默主编《制度设计》，费方域、朱宝钦译，上海财经大学出版社2004年版，第16页。

[75] 参见 David L. Weimer：《制度设计：概述》，载戴维·L.韦默主编《制度设计》，费方域、朱宝钦译，上海财经大学出版社2004年版，第6页。

当民法典的编纂不断降低、打击着商法学者对商法典的预期时，一些学者主张通过改造公司法典的方式——增设公司法总则，同时以公司法统领全部企业类型——间接推动商法典的出台，这虽然是一种“润物细无声”的技术路线，但就“业主制企业”的立法调整而言，却是成本极高的方式。以公司法统辖全部企业类型，打破了制度设计中的多重均衡——这种立法设计不仅可能打破企业制度进化的路径依赖；还可能导致“业主制企业”失去其设立便利、运营便利和税收便利的优势；而且，“归一统辖”还将导致不必要的“制度转换成本”。因此，企业制度并非仅仅是理性设计的结果，还是商业实践的产物，更是税收制度引导的结果。鉴于“业主制企业”符合实践理性，我们现在面临的主要问题，不是如何用公司机制改造“业主制企业”的问题，而是如何让“业主制企业”远离复制公司机制的逻辑，更加自由、符合天性地向适应民生需求的问题，或许，公司法王国真的不需要重建——中国公司法的改革，在企业类型改造方面，不宜走以公司法统领全部企业类型的道路。

[Abstract] Corporate law is an important but not the only one in the enterprise law family. Similarly, the corporation is only an important but not the only one member of the enterprise family. Although the development of “unincorporated enterprise” is constantly influenced by the company and thus shows a corporatization tendency. But no matter how the corporate law expands, the enterprise and the relevant laws still maintain a multi-dimensional structure. The development of corporate law has not caused the “unincorporated enterprise” disappeared. On the contrary, the “unincorporated enterprise” not only continues to grow in quantity, but also constantly promotes the evolution of the corporate forms, and even forms the non-corporatization of the corporation and enterprise. When the compilation of the Civil Code continued to reduce/impact the expectations of commercial law scholars on the Commercial Code, some scholars advocate to add the general rule of the corporate law and the corporate law should be leading all the enterprise types, so to indirectly promote the legislation of Commercial Code. Although this is a “smooth and silent” technical route, in terms of the regulation of the “ownership enterprises”, it is a very expensive way. If the corporate law governs all types of enterprises, it would break up the evolution path of the enterprises, and make the “ownership enterprises” lose its advantages of convenience in establishment, operation and taxation, and it maybe causes the unnecessary “system conversion costs”. Therefore, the enterprise system is not only the result of rational design, the product of commercial practice, but also it is led by the taxation system. The corporate law kingdom in China does not need to be rebuilt, in terms of the transformation of enterprise types, it is not appropriate to take the corporate law to lead all types of enterprises.

(责任编辑:姚 佳)