

外商投资境内合伙企业的税法分析

崔 威

内容提要:我国税法对在中国的投资性(包括创投和私募)合伙企业中持有有限合伙人权益的外国人是否因持有该权益而被认定为在中国有机构、场所没有明确规定,而理论界的探讨也十分欠缺。本文借助美国成文法和案例法中的相关概念和原则,对我国《合伙企业法》中与创投和私募基金相关的部分以及与之对应的税法规则进行分析,得出以下结论:虽然民商事法律有关合伙制度的规定会影响合伙税制的设计和解释,但是在分析有限合伙人权益是否构成非居民企业在华“机构、场所”这一问题上,税法的考虑可以有别于民商法。上述问题的解决最终取决于中国合伙税制的选择,而非民商法中合伙制度的发展。

关键词:私募股权投资 有限合伙 机构场所 合伙企业财产所有权“分流”规则 “上传”规则

崔威,中国政法大学中美法学院副教授。

导 言

2006年《合伙企业法》修改的一项最主要的内容就是新增了有限合伙制度。这一制度的创设适应了发展中国风险投资的需求,特别是那些希望在中国设立、运作、投资风险投资基金、私募股权(private equity, 简称为PE)基金的外国投资者的需求。较之风险投资和PE基金的中国发起人和潜在投资者,此类基金的外国发起人和管理人员更熟悉合伙形式的优点。虽然中国的PE及风险投资界也开始采用合伙形式设立基金,但这并不是因为他们对《合伙企业法》的相关规定和运行有所偏好,而是因为国外现存的基金模式几乎全部采用有限合伙制。^[1]因此,为中国境内设立的外商投资合伙企业设计合理的法律和税收制度,仍然是中国PE和风险投资行业的核心政策问题。

但是,迄今为止,一些重要的法律问题仍然悬而未决,使得设立外商投资合伙企业的可行性依然不明朗。其中一个关键问题是:如果外国企业持有中国投资性(包括创投和私募)

[1] 对于投资基金采取合伙形式,中方参与者最常谈及的好处是合伙企业本身无需缴纳所得税。但是,机构投资者参与的合伙企业应适用何种税收规则并不清晰。关于设计此种税收规则的讨论,见崔威:《公司合伙人与企业所得税对合伙税制的意义》,《法学评论》2009年第2期,第48-55页。

合伙企业的有限合伙人权益,是否意味着其在税法上应被视为在中国设有机构、场所?^[2] 由于在国际商业用语中,“机构、场所”经常被称为“常设机构”,这里可将其简称为“私募基金逢常设机构”问题。这个问题的重要性不难解释。根据《企业所得税法》,如果一个外国企业在中国境内设有机构、场所,与该机构、场所有实际联系的境内和境外所得均以净所得为基础纳税,适用25%的税率。如果该外国企业在中国境内没有机构、场所,但有来源于境内的所得,这种所得通常以毛收入为基础征收预提所得税。股息、利息和资本利得等类所得的法定预提税率为10%;^[3] 中国与许多国家签订的税收协定进一步降低了预提税率,有时甚至免税。由于预提税率较低,加上股息和资本利得等消极投资所得的可抵扣费用较少,外国投资者更希望避免被认定为在中国设有机构、场所,以使他们来源于中国的投资所得仅需缴纳预提所得税。

“私募基金逢常设机构”问题不仅在商业和政策层面具有重要意义,还涉及重要的学理性争议。从理论角度探究该问题主要有两种思路。第一种思路试图从合伙企业法和其他非税法规定中寻找解决之道,使税法的相关概念与之保持一致。第二种思路则将“私募基金逢常设机构”问题隐含的核心内容视为税收政策的考量范围,认为其关键不在于合伙法的规定,而在于税法中相对独立的政策目标(比如如何为本国合伙人和外国合伙人提供公平税收待遇)。第一种思路在国外的讨论比较多,但是国内鲜有论及。第二种思路在国内外都很少讨论,但是一些国家,例如美国的司法实践中对此作出了肯定。这也是本文所支持和给予论证的思路。

本文试图比较中美两国的相关法律规定,说明上述两种不同思路对有关法律的影响。与中国法律相比,美国合伙法对有限合伙组织的认识,在很大程度上倾向于采取实体论,而非集合论。^[4] 中国合伙企业法既没有清楚地排除将合伙财产归属于有限合伙人,也不反对把有限合伙人作为被代理人,从而将合伙企业代理人的行为归诸于有限合伙人的做法。相反,美国有限合伙法一般不允许做这种归属的推论。在思考中美合伙法差异对税法的潜在影响时,我们面临一个困惑。由于美国合伙法主要采取实体论,人们会认为在税法上仅持有在美国从事生产经营的合伙的有限合伙人权益不会被视为构成在美国从事生产经营。但事实是,美国税法将合伙在美国的生产经营行为归属于其外国合伙人(不论是普通合伙人还是有限合伙人)。美国税法的上述实践说明,税法规则的设计可以偏离非税法规则的框架。问题是:如何判断这种偏离的合理性?笔者认为,合伙行为是否应当归属于其外国有限合伙人,取决于该国合伙税法是否允许将合伙的损益分流至合伙人。如果这种观点成立,那么中国如何解决“私募基金逢常设机构”问题就取决于中国合伙税法规则的制定,而不是中国合伙企业法的规定。也就是说,通过比较法的论证,我们可以认识到为什么有必要抛弃上述第一种思路,而沿着第二种思路解决“私募基金逢常设机构”问题。

本文并非要给“私募基金逢常设机构”问题提供一个权衡全部政策因素之后的最终解

[2] 另一个问题是《合伙企业法》第108条规定:“外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的管理办法由国务院规定”,但国务院还没有公布相关的规定。

[3] 见《企业所得税法》第3条第2款和第4条,《企业所得税法实施条例》第91条第1款。

[4] 有关合伙组织的这两种观点将在第一部分A中简要论述。

决方案,^[5]而是试图阐明分析这一问题最基本的方法,同时说明合伙法和税法之间复杂的互动关系,从而论证为什么“私募基金逢常设机构”是一个独立的税收政策问题。

一 税法和合伙企业法的互动

(一) 相关概念的引入

判断持有中国投资性合伙企业的有限合伙人权益是否构成在中国设立税法上的机构、场所,必须首先明确什么是“机构、场所”。根据《企业所得税法》,外国企业在中国的机构、场所可以体现于两种形式。一种是物质形式,即从事生产经营活动的管理、营业、办事机构,工厂、农场,开采自然资源、提供劳务、从事工程作业的场所等。另一种是营业代理人形式:“非居民企业委托营业代理人在中国境内从事生产经营活动,包括委托单位或者个人经常代其签订合同,或者储存、交付货物等”,也可构成机构、场所。^[6]

可见,持有合伙权益构成上述机构、场所中的任何一种就应被认定为在中国有机构、场所。但一般情况下,仅持有一个法人营业实体所有者权益(例如持有一家外商投资企业股权)不会被认定为在中国境内设有机构、场所。因此,如果持有合伙权益会产生与其不同的结果,法律就应给出相应的理由。同样,法人营业实体本身一般不会被认为是其所有者的代理人。由此,如果持有有限合伙人权益会产生营业代理人型的机构、场所,有限合伙人和执行有限合伙企业事务的人之间必须存在某种代理关系。

导言中提及的两种思路对此会得出不同的结论。第一种思路使用非税收法——如合伙企业法及其他民商法原则——指导税收规则的设计,参考中国民商法或者至少是一般的合伙企业的概念回答上述问题。第二种思路不考虑合伙法,而是遵循税法本身的逻辑,或者在合伙企业法框架之外引证具体的国内政策或行政考量设计税收规则。在下文第二部分回顾美国税法的演变史时,我们会看到针对合伙企业财产和行为是否归属于合伙人这个问题,纳税人和政府是如何运用这两种截然相反的方法的。不过,为理解美国税法的演变过程,这里有必要对第一种思路做进一步的介绍。

第一种思路涉及合伙理论的两个问题。第一个问题是合伙人是否被视为拥有合伙企业的特定财产。如果某一外国合伙人被认为拥有合伙企业的部分财产,那么在该合伙企业在境内有营业场所的情况下,该合伙人对该营业场所也有(部分)所有权。相反,如果合伙人不拥有合伙企业财产而仅仅是持有合伙企业的权益,那么合伙企业的营业场所就不是,或者说至少不必然是,合伙人的营业场所。如果合伙企业法本身已经明确哪种理解是正确的,税法也许只要遵循合伙企业法即可。第二个相关问题是合伙人相互之间是否存在代理关系。例如,根据美国法,普通合伙人互为各自的代理人。但是一般来说,普通合伙人不会被视为有限合伙人的代理人,因为有限合伙人一般对合伙事务没有控制权,而从定义的角度,被代理人必须能够控制代理人。如果这种观点在中国也成立,那么即使普通合伙人的经营行为可以归属于其他普通合伙人和合伙企业,也难以归属于有限合伙人。

[5] 参见 Wei Cui, “Will Partnership Law Be Worth It?” *International Financial Law Review*, September 2008, pp 30-32, 从商业和政策角度对此问题的一些论证。

[6] 《企业所得税法实施条例》第5条。

用合伙企业的两个不同基本理论考察上述两个问题,有助于理解以下对美国税法进行的讨论。一种基本理论认为,合伙企业仅仅是合伙人的集合,而非独立的实体;另一种理论则认为,合伙企业是一个实体,在法律上独立于合伙企业的所有人,就像公司在法律上独立于股东一样。明确上述两种理论有助于将涉及合伙企业具体问题的各种相互冲突的法律认定进行归类。上述有关合伙企业财产所有权关系的不同观点,显然一种采集合说,一种采集实体说。将合伙人视为其他合伙人的代理人,与集合说一致,而普通合伙人仅代表合伙企业,不代表有限合伙人,主张合伙企业与合伙人相互分离,则更接近实体说。

在其他合伙法律问题里也能发现上述两种理论的影子。^[7] 在合伙法律体系最发达的美国,法律有时采用集合说,而更多时候采用实体说:(1)在美国《统一合伙法》中,合伙企业符合实体说的特征多于集合说的特征;(2)在美国《修订统一合伙法》(1997年公布并已被美国半数州采用)中,实体说则占主导地位;(3)较之于普通合伙,有限合伙中的实体性特征更突出,而且实体说在美国《修订统一有限合伙法》(1976年)比《统一有限合伙法》(1916年)中更为显著。^[8] 随着时间的推移,似乎越来越多的法律倾向于采用实体说。

(二)我国合伙企业法下的财产所有权和代理关系

1. 合伙企业法下的财产所有权

新、旧《合伙企业法》都规定合伙企业可以自己的名义拥有财产,^[9]但两部法律都没有明确说明合伙人与合伙企业财产之间是否存在所有权关系。^[10] 有学者主张合伙人共有合伙企业财产。^[11] 他们认为合伙企业与《民法通则》上的合伙(简称“民事合伙”)类似:民事合伙既可能是一个独立的组织,也可能仅仅是个人之间的协议安排;它既可以以自己的名义拥有财产,也可以不以自己的名义拥有财产。^[12] 再加上其他一些原因,民事合伙自然被认为仅是合伙人的集合。而《民法通则》第32条规定:“合伙人投入的财产,由合伙人统一管理使用。合伙经营积累的财产,归合伙人共有。”因此,合伙人共有合伙财产的观点根源于合伙的集合理论。将这种观点扩展至合伙企业,那么合伙企业也就成了合伙人的集合。

在普通法中,共有的概念既适用于民事合伙也适用于合伙企业。美国《统一合伙法》通过之前,合伙为普通法下的概念,被视为合伙人的集合。普通法认为合伙人是合伙财产的共有人。《统一合伙法》沿用了这种观点。^[13] 不过,实体说占主导地位的《修订统一合伙法》

[7] 例如,对诸如合伙人退伙是否导致合伙企业自动解散,合伙企业能否起诉和应诉,以及合伙企业能否破产等问题的解答,都可以看作或是支持合伙企业的集合说,或是支持实体说。

[8] 见 A. Bromberg & L. Ribstein, *Bromberg and Ribstein on Partnership* (Aspen Publishers 1998), § 1.03 Partnership as a Legal Entity and § 11.03 Limited Partnership as a Legal Entity.

[9] 原《企业合伙法》第19条“合伙企业存续期间,合伙人的出资和所有以合伙名义取得的收益均为合伙的财产。”新《企业合伙法》第20条“合伙人的出资、以合伙名义取得的收益和依法取得的其他财产,均为合伙企业的财产。”

[10] 原《合伙企业法》规定“合伙企业的财产由全体合伙人依照本法共同管理和使用”,但是新法取消了该条规定。

[11] 见王保树:《合伙企业团体能力的思考大纲》,载王保树主编:《中国商法年刊(2006):合伙与合作法律制度研究》,北大出版社2007年版,第3-12页,“合伙企业财产的载体是合伙企业,合伙企业财产的性质是共有”。苏号朋:《论合伙企业财产的法律性质》,《法学》1997年12期,“对于合伙人以现金或财产的所有权所作的出资,以及合伙企业以自己的名义取得的现金或财产所有权受益,其法律性质应为全体合伙人共同共有财产。”

[12] 《民法通则》并没有使用“合伙财产”的概念。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第54条使用过一次,但没有给出定义。

[13] 这种权益的类型非常特殊(“合伙中的共有”)指为合伙目的持有合伙财产的权利,剥离了所有权中其他通常具备的权利。见 J. Dennis Hynes, *Agency, Partnership and the LLC* (Nutshell Series, West 2001) § 67. 主张“合伙人共有合伙企业财产”的中国学者同样指出,共有关系表明合伙人个人对合伙企业财产的权利是受到限制的。例如,除合伙企业法另有规定外,合伙人在合伙企业清算前,不得请求分割合伙企业的财产。(《合伙企业法》第21条)。

第 203 条规定,“合伙企业取得的财产是合伙企业的财产,而不是合伙人个人的财产。”

中国法律并没有明确规定有限合伙人是否也共有合伙财产,学界对此也无定论。不过,《合伙企业法》中对此并未进行区别。具体来说,法律没有表明某种所有权只有普通合伙人拥有,而有限合伙人没有。普通合伙人和有限合伙人都持有合伙企业中的财产份额,有限合伙人在转让或出质其在合伙企业的财产份额时具有更大的灵活性。对“财产份额”一词,《合伙企业法》并没有给出定义,字面意思可理解为合伙人享有的部分合伙企业财产。有学者将其解释为仅指合伙人在合伙企业中分配利益和分担亏损的份额。^[14]若这种观点成立,“财产份额”不应是普通合伙人的唯一财产权利,因为普通合伙人还拥有管理和控制特定合伙企业财产的权利。综上所述,可以看出中国并没有形成“有限合伙人对特定合伙企业财产不享有权益”的共识。美国 1916 年《统一有限合伙法》就确定了这种共识。^[15]在财产所有权问题上,中国合伙企业法和学者的解读都倾向于集合说,即合伙人(包括有限合伙人)共有合伙企业财产。因此,将合伙企业的固定经营场所或者其他机构、场所归属于其合伙人,顺理成章。

2. 合伙企业法下的代理关系

新、旧《合伙企业法》都规定,普通合伙人可以对外代表合伙企业。^[16]经合伙人同意,也可以委托特定合伙人管理合伙事务,以限制其他合伙人的代表权限。但是,除非第三人知道根据合伙人协议某合伙人在某事务上不能代表合伙企业,否则该合伙人对第三方的行为对合伙企业有约束力。^[17]因为所有的普通合伙人都对合伙企业的债务承担责任,因此可以推论,每个普通合伙人都对其他普通合伙人代表合伙企业的行为承担责任。此外,有些学者还主张,根据合伙的集合说,普通合伙人之间存在相互代理关系。例如,至少在普通合伙企业中,“由于合伙企业是合伙人之间的一种松散的经营组织体,它本身并没有独立的法律地位。因此,基于合伙企业的人合性质,每个合伙人……都有权对外代表合伙企业……对于与合伙企业进行交易的第三人而言,任何一个合伙人都是合伙企业及其他合伙人的代理人,其行为都代表着全体合伙人的意思,并由合伙企业和全体合伙人承担行为的后果。”^[18]

另一个在现行中国法上难以回答的问题是,代表合伙企业的普通合伙人能否被视为有限合伙人的代理人。主张集合说适用于有限合伙企业的观点认为,合伙企业是合伙人的集合,因此合伙企业的代理人就是合伙人的代理人。但即使不承认集合说,也不能从现行立法中推导出普通合伙人不能成为有限合伙人的代理人的结论。美国法之所以认为普通合伙人不是有限合伙人的代理人,是因为按照定义,有限合伙人不能控制合伙事务(和普通合伙人对合伙事务的执行),而被代理人可以控制代理人的行为。^[19]这才是问题的关键。但中国的合伙企业法和代理法对这些问题都没有明确的规定。

[14] 苏号朋:《论合伙企业财产的法律性质》,《法学》1997 年 12 期。

[15] A. Bromberg & L. Ribstein, *Bromberg and Ribstein on Partnership* (Aspen Publishers 1998), § 13.04 Partners' Property Rights: Overview.

[16] 原《合伙企业法》第 25 条:“各合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利……执行合伙企业事务的合伙人,对外代表合伙企业。”新《合伙企业法》第 26 条:“合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。”

[17] 见原《企业合伙法》第 26 至 29 条及第 38 条:“合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不得对抗不知情的善意第三人。”又见新《合伙企业法》第 26 至 29 条及第 37 条(略同)。

[18] 苏号朋、王斌来:《论合伙人的对外代表权》,《法学天地》1997 年第 3 期。

[19] 见本文第一部分(B)节对 *Wroblewski v. Brucher* 案件的讨论。

首先,尽管《合伙企业法》第68条规定“有限合伙人不执行合伙事务,不得对外代表有限合伙企业”,但是有限合伙人的某些行为,虽然不构成执行合伙事务,但却有可能构成有限合伙人对普通合伙人的控制,如对企业的经营管理提出建议;在有限合伙企业中的利益受到侵害时,向有责任的合伙人主张权利;执行事务合伙人怠于行使权利时,督促其行使权利。这些例外的确切范围有待于法院进行解释(或以其他方式确定)。而在此之前,中国的有限合伙人可以在多大程度上控制普通合伙人仍是不确定的。

其次,根据《合伙企业法》,即使有限合伙人积极参与合伙事务,也并不因此而丧失其有限合伙人的法律地位。《合伙企业法》第76条规定:“第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的,该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙人企业名义与他人进行交易,给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的,该有限合伙人应当承担赔偿责任。”因此,即便有限合伙人的行为不符合有限合伙人身份,他需要针对该行为对其他合伙人、合伙企业和第三人承担责任;这个行为本身不会影响其有限合伙人的法律地位。^[20]

再次,中国的代理法本身极不完备。从《民法通则》有关代理的规定中很难推断出普通合伙人不能作为有限合伙人的代理人这一结论。^[21]《合伙企业法》第26条规定,“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。”根据这个规定,在普通合伙人和有限合伙人之间似乎可以创设委托代理关系。对于可能引发的这种代理关系是否会影响有限合伙人有限责任的顾虑,似乎也可以这样来解释:即使普通合伙人是有限合伙人的代理人,有限合伙人也不必为普通合伙人的行为承担无限责任:可以主张有限合伙人为普通合伙人承担责任的范围限于有限合伙人对合伙企业承担的责任范围,而有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。尚未发现有其他的法律依据否认普通合伙人与有限合伙人之间存在代理关系。

总之,由于立法并不明确,在代理问题上,根据中国现行非税收法律将普通合伙人的行为归属于有限合伙人是有一定道理的。这一结论与中国合伙企业法将合伙财产归属于有限合伙人的倾向一致。所以,如果税法完全遵循非税法的民商法逻辑,将有限合伙人在中国合伙企业的权益判断为在中国构成机构、场所,是有一定理论基础的。

二 美国税法和合伙企业法的区隔

在美国税法中,与“私募基金逢常设机构”相对应的问题是美国合伙企业中的外国有限合伙人是否会被视为在美国从事经营行为。两者的可比性在于,美国税法下“在美国从事经营”的概念与中国税法下“机构、场所”概念的作用相同——两者都用以判断外国人是否

[20] 见《合伙企业法》第82条:“除合伙协议另有约定外……有限合伙人转变为普通合伙人,应当经全体合伙人一致同意。”对比《统一合伙法》第7条:“有限合伙人无需承担与普通合伙人同样的责任,除非在行使作为有限合伙人所享有的权利以及权限之外,他参与了对合伙企业事务的控制。”该条款被理解为,对合伙事务进行控制的有限合伙人自动承担与普通合伙人同样的责任。

[21] 事实上,《民法通则》没有明确承认合伙可以作为代理中的委托人。《民法通则》第63条:“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。”只有《合伙企业法》规定合伙人和第三人可以代表合伙企业。如《合伙企业法》第86条(原第59条):合伙企业可“委托第三人,担任清算人”。

以净所得为基础纳税。^[22]《美国国内税收法典》第 875 条规定,“如果非居民外国个人或外国公司作为合伙人的合伙企业在美国从事经营,那么该非居民外国个人或外国公司应视为在美国从事经营”。

在美国,将合伙企业的经营行为归属于合伙人这一制定法规则历史悠久,因此学术界对其原理进行的探讨较少。但在相关制定法颁布之前,发生于 1936 年的一个案例可以帮助我们了解制定法的部分逻辑。在 *Cantrell & Cochrane, Ltd.* 一案^[23]中,一家爱尔兰公司和一家美国公司签订了长年合作项目,在美国合作生产。当时的税务上诉委员会(Board of Tax Appeals)裁定,由于合作项目在美国从事经营,该爱尔兰公司被认为在美国有经营行为。该委员会认为,该合作项目是普通法上的普通合伙企业,^[24]不具有独立于合伙人的法律实体资格,因此合伙企业的经营行为和设施就是合伙人的经营行为和设施。换言之,委员会根据合伙企业仅是合伙人的集合而不是独立法律实体的理论,将合伙企业的行为归属于合伙人。^[25]

之后几起案件的结果与此案类似——美国普通合伙企业的经营行为均被归属于外国合伙人。^[26]但 20 世纪初期以来,美国合伙形式的使用情况发生了巨大变化,有限合伙变得更加普遍。根据美国各州的有限合伙法,不能再认为合伙企业财产和行为当然归属于合伙人。事实上,由于有限合伙人的存在,美国关于合伙的国内税法(尤其是判断向有限合伙人分派的损失和责任是否会产生“重大经济影响”的税收规则)发生了较大的调整。^[27]但是,这一切对第 875 条没有带来任何改变,第 875 条既适用于普通合伙人,也适用于有限合伙人。^[28]

第 875 条的理论基础也曾经遭遇过两次挑战。一次是 1963 年的 *Donroy* 案,^[29]另一次是 1991 年的 *Unger* 案。^[30]在这两起案件中,加拿大公司或个人是美国有限合伙企业的有限合伙人,他们提出质疑的不是第 875 条本身,而是美国国内收入署对美、加税收协定的常设机构条款的应用。纳税人主张,现代合伙法意味着美国合伙企业的固定营业场所不能归属于有限合伙人,因此,持有美国合伙企业的有限合伙人权益并不应在美国构成常设机构。其中纳税人的推理和法院的回应针锋相对、各执一词,值得仔细推敲。

Donroy 一案中,纳税人是几家加拿大公司,他们是两家加州合伙企业的有限合伙人。虽然合伙企业在旧金山的办公地址也是这些加拿大公司在美国的办公地址,但是作为有限合伙人,这些公司并未积极参与合伙事务。纳税人认为,根据美、加税收协定,他们在美国不

[22] 对于该类比的讨论,见崔威:《外商投资二元课税模式及其政策取向——基于“机构、场所”概念的分析》,《中外法学》2008 年第 6 期,第 851-865 页。

[23] 19 BTA 16, 22-25 (1930).

[24] 只有制定法许可,才可以采用有限合伙的经营方式——设立有限合伙企业必须向政府机关申请许可证。见 J. Dennis Hynes, *Agency, Partnership and the LLC*, 第 298 页。

[25] 因为 *Cantrell & Cochrane* 一案将合伙组织行为归入合伙人的规则适用于外国公司,该案在 1966 年立法扩大至外国公司之前起到补充立法的作用。

[26] 例如, *WC Johnston*, 24 TC 920 (1955) (非居民外国纳税人是合伙企业的合伙人,该合伙企业与另一家合伙企业在美生意达成口头协议;税务法院认为,从联邦所得税的角度,两个合伙企业之间的关系本身就是一个在美国从事经营行为的合伙组织;因此适用第 875 条的前身,将其中一个合伙企业的非居民外国纳税人的合伙人视为在美国从事经营)。

[27] 例如财政部规章 § 1.704-1(b)(2)(ii)(d) 的“经济影响的另用标准”。

[28] 例如 *Vitale v. Commissioner*, 72 TC 386 (1979)。

[29] *Donroy, Ltd. v. United States*, 301 F2d 200 (9th Cir. 1962)。

[30] *Robert Unger*, TC Memo 1990-15, affirmed on appeal in *Unger v. Comm'r*, 936 F2d 1316 (DC Cir. 1991)。

构成常设机构。理由是根据加州法律,有限合伙人本身不能执行合伙事务,必须由普通合伙人负责管理;所以,有限合伙人不同于普通合伙人,无法通过对代理人的普遍授权、依其签订合同而从事经营。纳税人主张,他们应该被认定为仅通过独立代理人在美国从事经营活动,根据税收协定不构成常设机构。^[31]

审理此案的第九巡回法院承认,根据《统一合伙法》,普通合伙人不具备为有限合伙人签订合同的普遍权限。但是法院认为,这不会“消除或影响普通合伙人在一般合伙事务执行过程中为有限合伙人的经营利益行使的广泛权利”。法院不仅驳回了纳税人关于普通合伙人是有限合伙人的独立代理人的主张,还提出了一个更具争议性的观点:“只要有限合伙人与普通合伙人共同设立合伙企业,那么就从事经营活动而言,普通合伙人将被视为有限合伙人的普通代理人。”

美国其他法院并不赞成该案对加州法律的解释。如在 *Wroblewski v. Brucher* 案^[32] 中,美国联邦地区法院指出,根据加州法,“尽管普通合伙人拥有普遍代理权限,可以约束合伙企业财产和其他普通合伙人……但是他不能约束有限合伙人。与 *Donroy* 一案法院的推理相反……他根本不是有限合伙人的普通代理人。”审理 *Wroblewski* 案的法院特别引用了统一州法委员会对《统一有限合伙法》的评注,大意是说,有限合伙人不仅不是合伙企业的经营行为中的被代理人,并且只“对合伙企业而非合伙企业的债权人”承担责任。法院还指出,“有限合伙人不需为普通合伙人行为承担被代理人责任的原因是,有限合伙人的法律地位决定了他不可能控制普通合伙人。”其实,认为普通合伙人和有限合伙人之间不存在委托代理关系的不仅只有加州法律。美国布罗姆博格和立布斯坦关于合伙的权威著作是这样表述的:“虽然有限合伙企业的普通合伙人可能有权约束合伙企业,但是他(她)没有权力约束有限合伙人个人,他(她)也不是有限合伙人的代理人。”^[33] 因此, *Donroy* 案的结论并非是建立在对合伙企业法的正确理解之上。

此外, *Donroy* 案判决中采用的合伙企业的集合说同样倍受争议。^[34] *Donroy* 案判决写道:“在加利福尼亚州……合伙企业被认为是个人的联合,而不是一个法律实体。……根据合伙是个人联合体的概念,可以推论每一个合伙人,不管是普通合伙人还是有限合伙人,对合伙企业的财产和利润都享有权益……所以在法律上,合伙企业的办事处或常设机构就是合伙人的办事处,普通合伙人和有限合伙人皆是如此。”*Donroy* 案中法院对加州法律的理解并没有被此后的案例所接收。例如,在 1976 年的 *Evans v. Galardi* 案^[35] 中,加州高等法院明确指出,根据加州法律,基于有限合伙人的法律地位,有限合伙人对合伙企业的财产不享有

[31] 根据美国与加拿大的税收协定,只有通过“有为雇主或者被代理人签订合同的普遍授权,或者拥有存货可以规律性地执行接受订单的雇员或代理人”在一个国家从事生产经营,才会在那个国家构成常设机构。这是当代大部分税收协定的共同特点,在《经济合伙与发展组织关于对所得和财产避免双重征税的协定范本》的第 5 条第 5、6 款也有体现。

[32] 550 F. Supp. 742 (W. D. Okla. 1982) (根据加州通过的《统一有限合伙法》成立的有限合伙企业,其有限合伙人对合伙企业的资产、财产或者权利不享有任何权益或权利;因此,有限合伙人没有为合伙企业权利辩护的利益基础,不能因有限合伙人的居民身份确定跨州管辖权)。

[33] A. Bromberg & L. Ribstein, *Bromberg and Ribstein on Partnership*, § 14.02 Acts for Apparently Carrying on in the Usual Way the Business of the Partnership.

[34] 正如本文第一部分(A)节所述,集合说仅是对合伙企业的两种可能观点之一,绝非主导观点。

[35] 16 Cal. 3d 300, 546 P.2d 313 (1976) (基于有限合伙人的法律地位,有限合伙人对合伙财产不享有利益,不能以有限合伙组织的资产承担判决中有限合伙人的个人责任)。

任何权益。该法院明确拒绝遵循 Donroy 案,认为该案判决旨在是解释税收协定,而不是解释和适用州法。^[36] 上文引用的 Wroblewski 案也拒绝适用 Donroy 案的集合说,认为“有限合伙人对合伙企业的资产、财产或权利不能主张任何权益或权利”。对此,有学者论著提出了更具一般性的判断,“……在财产所有权的问题上,法院往往将《统一有限合伙法》下的有限合伙视为法律实体,例外的情况极其罕见。”该书作者还指出,“保护税收收入的压力比详尽的合伙理论更能解释 Donroy 案件的判决结果。”

有趣的是,尽管 Donroy 案将合伙企业的行为和常设机构归属于有限合伙人的做法似为根基于对合伙企业法的错误理解,但在税法领域该案却被奉为圭臬。^[37] 美国国内收入署还根据 Donroy 案的判决发布了一系列税收裁定(具有相当于规章的效力)。直到 1991 年才出现另一位加拿大纳税人在美国税务法院对 Donroy 案提出挑战。加拿大公民罗伯特·昂格(Robert Unger)主张,他所持有的麻省房地产合伙企业的有限合伙人权益在美国不构成常设机构。因此,根据美、加税收协定,该合伙企业实现的所得中他的分配份额应该在美国免税。纳税人特别指出,法院应该抛弃 Donroy 案的先例,因为它“代表过时的合伙法观点,完全不能适用于现在的经济现实”。罗伯特·昂格援引了 Evans 案、Wroblewski 案和其他案件,证明根据合伙法的现代解释,Donroy 判决是错误的。根据“现代的观点”,有限合伙企业的普通合伙人不是有限合伙人的代理人,有限合伙人不享有合伙企业财产的不可分割的权益。

昂格的论点简单有力,但是税务法院的回应同样斩钉截铁。税务法院认为,昂格仅仅是提出了合伙的实体说,而:

对于合伙的实体说和集合说之争,还没有形成适用于所有问题的一致意见……甚至是《国内税收法》,纵然适用的情形不同,两种学说也都有运用……尽管该法在某些方面适用实体说,但是对于合伙企业的所得和利得,由合伙人个人分别缴税,这是适用集合说的表现。该法第 701 条规定:“本章规定的所得税不适用于合伙企业本身。从事生产经营的合伙人独自、或以个人身份承担缴纳所得税的义务。”为计算合伙企业的……利润承担的实际税负,将合伙企业描述为个人的联合,可能是联邦所得税制下合伙企业最重要的特征……由于合伙企业税收的实际征收是基于合伙的集合说,因此,我们认为在判断合伙人是否在美国构成税收协定中的“常设机构”时,也应该适用集合说……而不考虑合伙人到底是有限合伙人还是普通合伙人。^[38]

此处的原则似乎是,由于合伙税法的根本性规定与合伙的集合说相符,所以合伙的所有税务问题都应当依集合说进行解释,不用考虑非税法的合伙法的规定。但是,这个原则本身的依据是什么,税务法院并没有清楚的阐述。

在原告将该判决上诉至上诉法院时,上诉法院也支持了国内收入署的决定,但理由稍有不同。上诉法院指出,“多年以来,国内收入署一直遵循 Donroy 案及其规则……因此,国境

[36] Evans v. Galardi, 546 P.2d at 319-320 n.11.

[37] Kuntz & Peroni, *U.S. International Taxation* (Warren Gorham & Lamont), § C1.04[4][e] (Partner in Partnership Engaged in U.S. Trade or Business); Anderson, *Analysis of United States Income Tax Treaties* (Warren Gorham & Lamont), § 3.02[1][b][iv] (Deemed (constructive) fixed place of business); McKee, Nelson & Whitmire, *Federal Taxation of Partnerships and Partners*, § 9.03[4].

[38] Robert Unger, TC Memo 1990-15, 936 Fzd 1316 (DC. Cir. 1991).

两边的整整一代的投资人都已经知道,投资于一个在另一国成立且构成常设机构的有限合伙企业可能带来的税收后果。考虑到联邦所得税法统一执法的目标,如无合理理由,法院不应打破人们长期以来形成的对有关法律期待。”

昂格一案给人留下很多困惑。一方面,从整体来看,税务法院关于“合伙企业的税务处理无需遵循合伙企业的非税法规则”的观点无疑是正确的,这种观点也被广泛接受。合伙企业税制的设计确实需要考虑很多因素——如减少税收造成的经济扭曲、为企业的设立和经营提供灵活性、方便税收征管等——这些因素与合伙企业法的其他部分无关。但另一方面,税务法院和上诉法院都没有说明,在判断持有有限合伙人权益是否构成常设机构时,为什么税法应该与合伙法不同的真正原因——即关于税法特殊考虑的说明。上诉法院似乎暗示,该规则唯一的理由在于国内收入署和纳税人都已经依赖这个规则;如果 Donroy 案的判决不同,法律可能就会不同。^[39]

通过回顾美国税法中合伙企业财产和行为向合伙人归属的问题,可以大致得出以下结论:纳税人、法院,甚至立法者面对合伙企业的税法问题时,都会很自然地求助于税法框架外的合伙法寻找答案,如 Cantrell、Donroy 和 Unger 案。显然,这种推理方式对纳税人和政府都具有一定的吸引力。但是,至少是在有限合伙企业问题上,税法和非税法有很大分歧,税法似乎并不认可有限合伙人的消极投资身份和合伙企业的独立地位。

在中国,与合伙相关的商法和税法尚不完备。这一方面意味着,由于缺乏细节性规定且较少适用,中国合伙企业法难以为税法规则的适用提供参考。另一方面,可以断言,我国合伙企业法和税法规定之间不存在既成差异。有鉴于此,中国合伙税制的设计者如果希望避免与其他法律造成冲突,其余地要比美国同行大得多。问题在于,就合伙企业营业行为是否向合伙人归属这一问题,税法是否应与其他法律存在差异。这是我们下一部分要探讨的。

三 税法和商法差异存在的合理性

实际上,“私募基金逢常设机构”问题隐含着各国都面临的根本性问题:如果外国合伙人持有在 X 国营业的合伙企业的有限合伙人权益,那么是否因此导致该外国合伙人在 X 国构成商业连接?^[40] 一般而言,成为 X 国公司的外国股东并不构成该股东在 X 国的商业连接。如果债权不是在借贷业务中发生的,成为该公司的债权人也不会构成商业连接。根据现代有限合伙规则,有限合伙人对合伙企业的经营管理只有很少的控制权,甚至根本没有控制权。这些有限合伙人既没有持有比股东对公司更多的控制权,也没有比债权人对债务人更多的控制权。典型的有限合伙企业会将管理权全部或部分授予一个或几个普通合伙人。^[41] 因此,按照一般逻辑,与股东权益或债权人权益相比,有限合伙人权益似乎不应更易成为商业连接。

[39] 可以推论,如果第 875 条(合伙企业的常设机构不可归属于合伙人,但是美国的生产经营可以归属于合伙人)不是制定法,而仅是一项规章,如果纳税人挑战其法律效力,那么美国法院可能会象 Unger 案为 Donroy 规则辩护那样,为第 875 条辩护。

[40] 比较典型的规定是,交易连接点会导致外国合伙人来源于合伙 X 国生产经营的所得,以净所得为基础缴纳 X 国所得税。

[41] 见 Ribstein, *Uncorporating the Large Firm* (2008), Sections I. C and D, III. C (网址 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138092.)。

但是,很多国家和地区的法律并不支持上述推论。上文第二部分介绍的美国联邦所得税法就是一例。在这点上,美国大多数州的法律实践相同:如果合伙企业在某个州从事生产经营,那么其有限合伙人也视为在该州从事生产经营。^[42] 问题在于,是否可以对这种法律实践提供比 Donroy 案和 Unger 案中的判决更具有说服力的解释。答案应该是肯定的,但在做出解释之前,必须先对合伙企业征税的基本方法加以论证。

近年来,“透明体”的概念在中国税法领域逐渐为人们知晓并使用。在美国,合伙企业在税法上被视为“透明体”有其特定的含义:如果合伙企业取得特定类型的收入或承担特定类型的损失,那么适用于合伙人的税法规则应与该合伙人直接取得收入或承担损失时适用的税法规则相类似——就像合伙企业不存在一样。^[43] 其中至少包含两个原则。首先,合伙企业所得的税收属性在分配给股东时应当予以保留。例如,如果第三方向某合伙企业支付十万元利息,该企业将其分配给某合伙人,该合伙人应当被视为取得了十万元利息收入。同样,如果合伙企业转让资产获取资本利得性质的所得,当把相应所得归属给合伙人时,合伙人应被认为获取资本利得性质的所得。第二,合伙企业遭受的损失被视为由合伙人承担,从而可以减少合伙人的应纳税所得额。只有在至少满足这两个原则的情况下,才能说合伙企业的所得和损失真正得以“分流”(或“上传”)至合伙人。

下面将要论及,中国合伙税法目前并没有适用这两个原则,因而并非真正实行合伙企业“分流”税制。但这里的关注点是,“分流”税制的概念(即将合伙企业视为透明体更精确的涵义)如何帮助我们理解美国税法针对外国合伙人的规定,以及美国税法偏离美国合伙法的原因。对这一原因,可以作如下解释。

假设某一有限合伙企业在美国从事生产经营,但是与第 875 条规定相反,该企业的外国有限合伙人并不因此被视为在美国从事生产经营。另外,再假设该外国合伙人在美国没有从事其他营业行为。在这种情况下,该合伙人从合伙取得的收入都不是与美国生产经营有实际联系的所得。^[44] 任何来源于美国的所得都只能以毛收入为基础征税。这可能给“分流”税制适用于外国合伙人造成困难。首先,如以毛收入为纳税基础,将费用分配给外国合伙人就缺乏依据。其次,“分流”至合伙人的所得和损失保留原性质在很多情况下会失去意义,因为在复杂的税制结构中,所得和损失的性质通常根据是否来源于生产经营予以判断。^[45] 如果外国合伙人没有在美国从事生产经营,怎么可能认为它取得来源于美国生产经营的所得或遭受来源于美国生产经营的损失呢?但是如果外国合伙人取得所得的性质不确定,该所得的来源和适用的税率也不确定。换句话说,将合伙所得视为来源于生产经营,但是该笔所得在向外国合伙人分配或分派该时又不视为来源于生产经营,很大程度上会阻碍

[42] 同样也存在一些例外。例如,德克萨斯州、田纳西州和密歇根州免除在这些州生产经营的合伙有限合伙人的纳税义务。

[43] 有关美国联邦所得税法合伙税制采取的“分流”(“上传”)规则的概述,可见 Laura 和 Noel Cunningham 所著 *The Logic of Subchapter K*。

[44] 有关外国人是否在美国构成生产经营的重要性的概述,见 Sicular 和 Sobol 著:“Selected Current Effectively Connected Income Issues for Investment Funds,” *56 Tax Law* 719 (2003), Stanford G. Ross, *United States Taxation of Aliens and Foreign Corporations: The Foreign Investors Tax Act of 1966 and Related Developments*, *22 Tax L. Rev.* 279 (1967)。中文版简要介绍可见崔威《外商投资二元课税模式及其政策取向——基于“机构、场所”概念的分析》,第 861 - 864 页。

[45] 以美国联邦所得税法为例,在生产经营中使用的财产的销售所得(第 1231 条规定的所得)是一类特殊所得,适用特殊的所得税率;生产经营导致的坏账损失可以根据《国内税收法典》第 165 条予以扣除,而其他坏账损失不能扣除。

合伙“分流”税制两项基本原则的实施,瓦解这种税制内部的逻辑。

当然,对外国合伙人从合伙企业获得的所得可以不根据“分流”制度征税。外国合伙人可以从合伙取得的净所得为基础纳税,而不是同时分摊收入和费用;适用的税率也可以不取决于所得的组成。^[46] 这种对外国合伙人征税的方法实际上被某些地区(包括美国个别州)采纳。但是这种非“分流”方法与合伙“分流”税制的不同之处在于,合伙人本身的税务特征不再决定其从合伙企业获得的所得的最终税负。^[47] 如果对本国(或本地区)合伙人采用“分流”税制,但对外国(或地区外)合伙人采用非“分流”方法,就很容易引起实质上不同的税收待遇。在某些情况下,这不利于外国合伙人,并可能导致该规定被认定为违反大多数所得税条约规定的非歧视条款。^[48] 在其他情况下,来源于合伙的所得单独计算所得税可能对外国合伙人有利,但是这就意味着相对于仍适用“分流”税制的本国合伙人,外国合伙人的税收待遇更优惠。

总之,假设美国放弃第 875 条的规定,不将合伙行为归属于外国有限合伙人,这将会与对外国合伙人适用“分流”税制的原则相矛盾。不但如此,在这种情况下,如果对国内合伙人继续采取“分流”税制,外国合伙人和本国合伙人的税收待遇就会不同。申言之,在合伙税制采取“分流”规则的国家或地区,如果外国人在该国家或地区有商业连接,则以净所得为基础纳税;没有商业连接,则以毛所得为基础纳税,此时将合伙企业的生产经营行为归属于其外国合伙人是保证外国合伙人和本国合伙人享受平等税收待遇的需要。可见,《国内税收法典》第 875 条各项规定的合理性取决于下列三个税收政策因素:(1)合伙税制的征税方法;(2)同时以毛收入和净所得为基础对境内投资所得征税;(3)为外国合伙人和本国合伙人提供公平税收待遇的要求(或义务)。

显然,这些分析涉及的都是税法中相对独立的问题,而不涉及有关合伙的非税法规则。上述论证说明了税法偏离合伙法的合理性,并表明,在回答“私募基金通常设机构”问题时,相对于遵循合伙法的指引——也就是引言中所讲的第一种思路,以及 Donroy 案中法院的观点和 Unger 案中纳税人的主张——制定税收政策考虑的更多的是这些政策自身的特点和逻辑。

那么,我国能否采取第二种思路呢?要回答这个问题,我们首先要探讨两个问题。第一个问题是,我国现行合伙税法是否实行“分流”制度。尽管由于篇幅所限,在这里我们无法详细讨论有关细节,但可以断言我国现行合伙税法并没有实行“分流”制度。例如,费用和损失不能分配至合伙人,只能直接冲减合伙企业所得,余额向后期结转。因此,合伙企业发生的损失不能视为由合伙人直接遭受。另外,合伙所得的性质一般不能传至合伙人。这意味着在我国仍不能以合伙企业按照“分流”制度征税为理由,主张将合伙企业的行为归于其外国有限合

[46] 也就是说,一个合伙企业可以象公司企业一样计算应税所得额,只不过针对此所得缴税的不是企业,而是企业的合伙所有人。《国内税收法典》第 1446 条针对外国合伙人与美国生产经营有实际联系的所得代扣代缴采取的是这种方式,但外国合伙人的最终税负是在纳税申报时根据纳税人的整体情况确定的。

[47] 举例而言,假设合伙企业有一种支出或费用,其税前扣除在税法中受限制,额度取决于纳税人的总收入、利润等(慈善捐款、资本转让损失、广告费等经常会收到这种限制)。那么该项支出是否可以扣除是按照合伙人还是按照合伙企业的总收入、利润限制额度,两种作法会有很大差异。

[48] 见《经济合作与发展组织关于对所得和财产避免双重征税的协定范本》(2005)第 24 条(3)(缔约国一方企业在缔约国另一方的常设机构税收负担,不应高于进行同样活动的另一国企业)。美国各州不是美国签订的所得税条约的当事人。

人,或主张外国法律主体持有我国有限合伙人权益在中国即构成机构、场所。

第二个问题是,我国今后是否会实行“分流制度”。上述状况并不意味着中国将来也不会实行真正的合伙“分流”税制。由于合伙制创投基金和私募基金受市场青睐,投资者仍对采取“分流”税制表现出强烈兴趣。因为只有这样合伙企业取得投资所得的性质在分配给合伙人时才能够得以保留。对于本国个人合伙人而言,由于股息、利息和资本所得等消极所得与其他类型的合伙所得相比适用的税率较低以及公司间的股息所得免税及一些其他原因,本国公司合伙人也可以从“分流”制度受益。对于外国合伙人而言,假定持有合伙利益不构成在中国设立机构、场所,“分流”制度也允许该合伙人适用有利的税收条约。^[49] 可以预见,如果合伙形式在其他行业得到更加广泛的使用,“分流”税制可能受到进一步关注。

因此,根据我国合伙税制的发展方向,支持或反对将有限合伙人利益视为在中国设立机构、场所的主张可能会发生变化。这种变化所隐含的意义将是错综复杂的。例如,如果实施“分流”税制,外国投资者一方面会获得其期望的税收优惠的结果,但另一方面,根据上述讨论,他们将面对将合伙行为归属于合伙人的问题。从这个意义上讲,对于那些对我国合伙基金有兴趣的外国人而言,合伙的“分流”税制可能是一把双刃剑。

[Abstract] Regarding foreigners who hold partners' interests in partnership enterprises (including those engaged in venture capital and private equity funds) within China and because of this, they should be defined as having establishments or places of business in China, the tax laws have not provided any clear stipulations. And there lacks theoretical discussion on the issue. Based on relevant concepts and principles established in statutory and case laws of the U. S. , this article examines provisions concerning venture capital and private equity contained in the Partnership Enterprise Law of the PRC and provisions contained in tax laws. The article concludes that although provisions of partnership system in civil and commercial laws may influence on the design and interpretation of partnership taxation, yet in analyzing whether a partnership interest will give rise to an establishment of a non - resident enterprise for tax purpose in China, tax laws can have different considerations. Ultimately, the resolution of the issue depends on the choice of Chinese system of partnership taxation, rather than the development of partnership system provided in civil and commercial laws.

(责任编辑:陈 洁)

[49] 就各类合伙人从合伙“分流”税制中得益的讨论,参见崔威:《公司合伙人与企业所得税法对合伙税制的意义》,《法学评论》2009 年第 2 期,第 48 - 55 页。