

民事欺诈研究

MINSHIQIZHAYANJIU

王长发 编 著

哈尔滨地图出版社

民事欺诈研究

MINSHI QIZHA YANJIU

王长发 编著

哈尔滨地图出版社

· 哈尔滨 ·

图书在版编目(CIP)数据

民事欺诈研究/王长发编著. —哈尔滨:哈尔滨地图出版社, 2006. 6

ISBN 7-80717-382-3

I. 民... II. 王... III. 合同-诈骗-研究-中国
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 064537 号

作者简介

王长发,男,1968年生,复旦大学毕业,硕士,律师,副教授,鸡西大学文法系主任。发表《合同解除溯及力问题研究》等论文20余篇,主编《邓小平法制思想研究》、《简明刑法学教程》等著作和教材。

哈尔滨地图出版社出版发行

(地址:哈尔滨市南岗区测绘路2号 邮政编码:150086)

哈尔滨太平洋彩印有限公司印刷

开本:850 mm × 1 168 mm 1/32 印张:6.75 字数:194千字

2006年6月第1版 2006年6月第1次印刷

印数:1~1 000 定价:14.80元

前 言

法律教学应包括理论教学和实践教学两部分,对于完整的法学教育而言,二者哪一方面都必不可少,又紧密相联,相互影响,相互渗透。然而,就我国目前的法学教育状况来讲,法律实践教学并不在法学院校里完成,法学院校似乎也不关心法律实践教学问题。不仅如此,即使在理论教学领域,也很少看到法律实践的影子。这种教学模式抛开了丰富而生动的法律生活,导致理论与实践、教育与现实严重脱节,理论教学自身不仅因此而成效不大,甚至因此而难以为继。为此,笔者向来主张采用案例教学,将理论知识、现行法规和案件解决三者统一融合到理论教学之中。本书便是这一努力的初步尝试。

本书是为鸡西大学法律专业学生选修《民事欺诈与反欺诈》课程编写的。在多年的律师执业生涯中,经常看到很多当事人因为对法律的无知而被奸滑之徒欺骗,却又无从寻求法律的事后救济。我认为,从效益上讲,事先预防总要强于事后救济,为此,我编写了这样一本书,希望能为读者们提供一些法律保障。

由于时间仓促,加之水平有限,书中不妥之处在所难免,希望读者给予批评与指正,以便再版时修改。

作者
2006年6月

目 录

假冒他人名义,行为效力若何?	
——主体真实与法律欺诈研究	1
“赚了平分,亏了就算借贷”的协议有效吗?	
——合伙人的确定与法律欺诈研究	8
迫人写借条,起诉被驳回	
——胁迫的民事行为与法律欺诈研究	13
巧为虚伪行为,规避法律无效	
——虚伪的民事行为与法律欺诈研究	18
危难被乘,可以撤销或变更	
——乘人之危与法律欺诈研究	23
代人抽奖高中,奖金能否平分?	
——附条件、欺诈的民事行为与法律欺诈研究	28
婚前财产有约定,赠与关系怎样认定?	
——法律行为之动机和条件的判定与法律欺诈研究	35
没有授权,以他人名义实施行为,是否有效?	
——表见代理与法律欺诈研究	40
主变从变,不可想当然	
——民法上的主、从关系与法律欺诈研究	47
任意撤销赠与,夫妻财产怎定?	
——无偿合同与法律欺诈研究	53
假离婚、真逃债,怎么办?	
——家庭债务清偿与法律规避研究	58
房屋被烧,可否请求未未租金?	
——损失赔偿范围与法律欺诈研究	63
借、贷有别,订、定相异	
——语言变体与法律欺诈研究	68
左腿骨折,是自伤还是他伤?	
——因果关系与法律欺诈研究	76
两笔欠款,究偿哪笔事体大	
——清偿抵充规则与法律欺诈研究	82
“还”字两义,如何判别?	

——借款合同与法律欺诈研究	86
疑假购假,双倍赔偿	
——消费者合同与法律欺诈研究	90
申请执行有期,承担保证有限	
——期间与法律欺诈研究	100
买房不过户已超两年,能否再办?	
——诉讼时效期间与法律欺诈研究	109
借款未写还期,诉讼时效如何计算?	
——诉讼时效计算与法律欺诈研究	116
债务履行未定期,何时偿还?	
——债务履行补充规则与法律欺诈研究	122
“一女嫁两家”,怎么办?	
——一物数卖与法律欺诈研究	128
债权转让后,时效期间如何计算?	
——债权转让通知与时效法律欺诈研究	134
承运人骗走蜜橘,居间人应否担责?	
——居间人审查义务与法律规避研究	139
新东方培育他人市场,遭诉讼还被判为侵权	
——知识产权保护战略与法律欺诈研究	145
商标规避,有风险也有收益	
——商标法律制度规避研究	150
代表人自认不利,官司怎么打?	
——诉讼欺诈法律问题研究	163
诉讼要交费,多少有技巧	
——诉讼收费与法律规避研究	168
老板抵赖工资,律师巧为追偿	
——举证责任与法律欺诈研究	173
明知无理,诉讼拖时	
——滥用诉权与法律欺诈研究	180
姓名被冒用,官司如何打?	
——诉讼选择与法律规避研究	185
王妃苦心归化,离婚是否有效?	
——国际私法上的法律规避研究	192
附录:相关案件汇编	197

假冒他人名义,行为效力若何?

——主体真实与法律欺诈研究

【案情简介】

案件1:2001年8月18日,金某到某商业银行储蓄所存入一万美元的定期储蓄存款。2002年3月23日,一自称为金某的人,持身份证到该储蓄所称存单丢失,要求办理挂失手续,该所工作人员在核对了确系持证人本人的身份证后(注:除了头像是持证人本人的以外,别的记载事项均与金某的身份证相同),又经专用的身份证鉴别仪鉴定是真证后,按挂失处理的规章,要求该人提供存款日期、存款种类、存款金额、账号等信息,经与微机中的资料核对无误后,为其办理了挂失手续,7天后,该人持挂失申请单将此笔款项提前支取。

2002年8月19日,真正的金某持存单来到该所要求兑付,储蓄所将上述情况向金某作了介绍,说明存款已按规定提前支取,不能再兑付给金某,并立即向公安部门报案。经公安部门调查得知,金某在办理出国劳务过程中,曾两次将该存单和其本人的身份证复印件留在某中介公司,而该中介公司在公安部门前去调查时早已人去楼空,有重大的作案嫌疑。

2002年9月,金某向法院提起诉讼,要求银行兑付存款本息。银行方面诉称,在办理挂失和提前支取的过程中,完全按章操作,不存在任何过错,不应承担任何责任,该笔存款损失是由于金某不慎将其存单和身份证复印件等资料泄露给他人造成的,应自行承担责任。一审法院虽然也承认银行是按操作程序审查、办理的业务,但以银行未能识别出伪造的身份证为由,判令银行承担全部兑付责任,而对银行方面提出的金某过失将存单和身份证复印件等资料泄露给他人导致存款损失应自行承担责任的主张,则以证据不足为由,不予采信。一审判决后,银行提起上诉,并申请法院去公安部门调取金某的笔录(该笔录中金某明确提到曾两次将存单和其身份证复印件交给中介公司)。二审法院经开庭审理后,认为银行是按操作程序审查、办理业务,因此判决驳回

金某起诉。

案件2:张丽是某著名学府的一位即将毕业的女大学生,因应聘时留下的身份证复印件被他人利用虚假注册成立公司而成为公司“股东”。公司因为他人提供担保而被告上法庭,法院追加了这位女大学生为共同被告并且判决其承担赔偿责任。

案件3:2000年7月,李某持王某身份证,以王某名义向某银行贷款30万元,约定采用月均还款法,5年还清本息,所有手续均由李某代签王某姓名,并加按手印。至2003年5月李某死亡,银行起诉要求王某归还借款,并追加李某继承人为共同被告。王某称自己一直不知道此贷款的存在。

案件4:外地人韩某在常熟市徐市镇的屈先生处打工。2002年3月,韩某购买了一辆飞翔125摩托车,为了上路方便,准备上个本地牌照,但他的身份证是淮安的,牌照上不了,于是他想到了老板屈先生。屈先生二话没说,将自己的身份证借给了韩某。几天后,韩某用屈先生的身份证给自己的摩托车上了牌照,领取了驾驶证,但其未按规定办理机动车驾驶证。

2002年5月9日晚,韩某无证驾驶该摩托车行驶到常熟市境内董徐线与徐市环镇路交叉处时,与骑人力三轮车的王某相撞,王某受伤后经抢救无效死亡。常熟市公安局交通巡逻警察大队经调查认定:韩某负事故的主要责任,王某负次要责任。同年8月,韩某因交通肇事罪被常熟市人民法院判处有期徒刑8个月。

事故发生后,公安交通管理部门两次组织双方调解,韩某与屈先生各支付了5000元给王某家属,但双方对余款未达成协议,王某家属遂向法院起诉,认为屈先生是摩托车车主,要求韩某和屈先生共同赔偿死亡赔偿金、被抚养人生活费等5万余元。

庭审中,屈先生坚持自己并非摩托车的实际所有者,并且已从道义上补偿了5000元,自己不应承担责任,要求驳回原告要求其赔偿的诉讼请求。

【适用法律】

《民法通则》第99条:“公民享有姓名权,有权决定、使用和依照规

定改变自己的姓名,禁止他人干涉、盗用、假冒。”

【法理研究】

以上四个案件均涉及民法上的主体真实问题,而与此问题有关的,就是身份证的功能问题,即身份证是身份证明,还是行为证明。

民法上的主体是指依据法律规定,享有民事权利能力,能够以自己的名义参加民事法律关系,享有权利、承担义务的自然人、法人和其他组织。任何法律都是调整人与人之间关系的,经过法律调整的人与人之间的关系就是法律关系。可见,主体是法律关系中必不可少的要素之一。同时,主体也是民事法律行为的首要要素,诚如学者所言:“作为一种行为,民事法律行为首先要有行为人,这是民事法律行为的一个构成要素。”

无论是主体作为民事法律关系的要素,还是作为民事法律行为的要素,都要求主体必须是真实的。主体的真实性需求,首先要求主体必须是客观存在的,而不是虚构的;其次要求主体必须不是假冒的。但是在实践中,却常常有虚构主体、假冒他人名义的情况发生。这时如何处理,值得研究。我认为,在虚构主体的情况下,应由实际行为人承担相应的法律后果,比如三个人伪造证件虚假设立公司的行为,所谓的公司是不存在的,因此所有法律后果应由三个人共同承担。

在主体是假冒的情况下,情况则比较复杂。首先,就假冒人与被假冒人之间的关系来讲,应适用过错原则确定责任。假冒人有过错的,由假冒人承担责任;被假冒人也有过错的,二人分别依据过错大小分担责任。就与第三人的关系来讲,如果是交易关系,则应从保护善意第三人的交易安全出发来确定法律关系的有效与否。如果是其他法律关系,应根据具体法律关系确定责任的承担。

实践中,主体不真实的情况多有发生,比如无权代理、表见代理、假冒等,本文案件主要涉及与身份证有关的主体不真实的情况,通过这几个案件的处理,也可以大体看到主体不真实案件的处理原则。

所谓居民身份证,顾名思义,就是拥有一国国籍的公民,依照法律领取的记载其个人基本信息资料、表明其合法公民身份的有效证件。

在宪政国家,公民是国家最重要的组成部分,公民的基本权利也是

宪法所保障的终极目标。由于身份证是公民身份和权利得到一国法律有效认可和保护的形式要件,因此可以说,身份证是公民权利的外化形式,与此相关的身份证法律即属宪法范畴。可见,身份证是民主国家里,“公民身份和权利的载体”。

在现实生活中,身份证还是公民办理很多事务以及享受某些权利的必要前提,如存款、申领驾驶证、就业等。因此,身份证还是公民真正享受权利和生活的必备条件。

案件1中,一审法院以银行未能识别出伪造的身份证为由,判令银行承担全部兑付责任是值得商榷的。因为,在该案中,银行完全按照《储蓄管理条例》的有关规定及业务操作规程来办理挂失和支付业务,在主观上没有任何过错。要求银行鉴别身份证的真伪,实际上是加大了银行的审查义务,银行也不可能具备这样的专业职能和技术条件。银行与储户之间是一种储蓄存款合同关系,这一方面要求银行在办理业务中,要尽注意和审查的义务,严格遵守有关法律、法规 and 操作规程;另一方商也要求储户谨慎保管好自己的存单和身份证件,如果因为储户的过失,将这些资料泄露出去,由此造成的损失,应由其承担相应责任。但一审法院没有考虑储户的过失行为与其损失之间的因果关系,判决银行承担全部责任,这样的处理结果很难令人信服。

案件2中,我认为,法院的判决显然是缺乏依据的。法院作出这样的判决,是基于认定了女大学生是公司的股东,至少是形式意义上的股东,而得出这样结论的惟一证据是一份身份证复印件,而且是被别人盗用的。法院据此孤证作出的判决明显苍白无力,让无辜的、无过错的当事人承担败诉的民事责任,法理难通。同时,应明确的是,居民身份证只是证明居民身份的证件,不是证明居民行为的证件。我国采用统一的居民身份证制度,目的是在各种社会交往活动中准确、及时地辨别、确认某人具有什么样的居民身份,如姓名、性别、民族、出生日期、住址等,便于加强对公民的居民身份管理。在实际生活中,居民身份证的用途无所不在,租赁、贷款、买卖、应聘、子女入学、结婚登记,等等。在这些场合中,很多时候需要留用身份证或身份证复印件,但身份证的惟一目的只是证明身份,并不是公民实施法律行为的证据,不是“万能证

明”。

本案中,女大学生仅留下一份身份证复印件,便被利用成立公司,对公司的债务承担民事责任,法院的判决难以令人信服。根据我国法律的规定,申请设立公司除了要提交股东的身份证明外,还要提交申请书、公司章程、验资证明、公司住所证明等文件,因此,仅凭一份他人的身份证复印件是不足以成立公司的。对这个虚假公司的成立,女大学生没有任何过错,过错在于公司登记机关违规操作,在于实际行为人的欺诈假冒行为,应由公司登记机关和实际行为人承担相应的民事或刑事责任。事实上,没有足够的证据能证明女大学生有设立这个公司的民事行为,她也没有这个意思表示,既未出资,也未参与经营、从中获利,凭什么认定她是公司的股东,判决由其承担民事赔偿责任,于法无据,违背了民事法律行为与法律后果一致性原则。

民事法律行为的必要条件是民事主体实施的以发生民事法律后果为目的、以意思表示为构成要素的行为。以他人身份证设立公司,一来不是身份证所有者实施的,二来不是身份证所有者所要追求的目的,三来不是身份证所有者的真实意思表示,所以就不存在身份证所有者设立公司的法律行为,认定其是公司的股东、让其承担公司的债务是站不住脚的。身份证只表明了公民的身份,无法表明公民有什么样的意思表示,意思表示是要通过其他证据表现出来的。否则,任何人可以持他人的身份证从事申请贷款、买卖赊账等行为,让身份证所有者“买单”,这大大有损于社会秩序和信用经济。身份证是身份证明而非行为证明。

案件3中,有人认为,李某用王某身份证以王某名义贷款是代理行为,因李某实际使用了贷款,须承担还款责任,王某作为身份证所有人承担连带责任。也有人认为,该行为应是假冒他人名义贷款行为,应由假冒者承担责任(本人死亡的,由继承人承担),被假冒者不承担合同责任。我同意第二种观点。理由如下:

第一,居民身份证是证明居民身份的有效证件,表示“我是谁”,只能由所有人使用,既不允许随意出借给他人,也不允许使用他人的。《居民身份证法》第16条规定,出租、出借、转让居民身份证的,由公安机关给予警告,并处二百元以下罚款,有违法所得的,没收违法所得。

第 17 条规定,冒用他人居民身份证或者使用骗领的居民身份证的以及购买、出售、使用伪造、变造的居民身份证的,由公安机关处二百元以上一千元以下罚款,或者处十日以下拘留,有违法所得的,没收违法所得。第 18 条规定,伪造、变造居民身份证的,依法追究刑事责任。可见,李某使用王某居民身份证进行贷款活动,是违法行为,不应得到认可和支持。

第二,银行没有理由相信李某持有他人的居民身份证是合法的,更没有理由相信李某持有他人的居民身份证是授权人行为。现实中持有他人居民身份证的原因很多,有盗窃、拾得、保管、出借、捎带……要使相对人相信持有他人居民身份证行为合法,持有人应提供其他证明,否则相对人没有理由相信该持有是合法行为。

第三,李某持王某的居民身份证,不能认为李某是受王某的委托。银行不能仅凭居民身份证就认定李某为王某的代理人。如果王某委托李某办理贷款,应另行出具授权委托书,写明委托的事项、委托权限和范围。

第四,李某贷款过程中未表明其代理身份。虽然代理人是以被代理人的名义实施民事法律行为,但是应让交易对方知道自己是某人的代理人,知道他到底在同谁做交易,从而对民事行为的风险和后果有所预料。李某在办理贷款手续及履行合同过程中,始终未表明是代理王某进行贷款,况且作为代理人在签署被代理人姓名(代签名)后也应签署自己的姓名,并注明代理人身份,但他仅仅使用了王某的姓名和身份证,而未使用自己的。李某的行为是冒名贷款,而不是代理。

第五,无代理权的李某贷款后,王某对其行为没有进行追认。依民法通则和合同法有关规定,未经追认的无权代理行为应由行为人承担民事责任,对被代理人不发生效力。

当然,王某对身份证保管使用不当造成本案纠纷发生,应承担相应责任,但该责任是由公安机关对王某出借行为依《治安管理处罚条例》进行处罚,而不是让其承担贷款合同责任。

在案件 4 中,屈先生虽违法将身份证借与他人使用,但本案属于侵权案件,依侵权法理论,屈先生出错身份证的行为对受害人所造成的损害

来讲,是谈不上过错的,此其一。其二,在屈先生出错身份证的行为与受害人所受的伤害之间是没有法律上的因果关系的。综上两点,屈先生是不应承担侵权损害赔偿的责任的。据此,法院审理认为,车辆的所有人一般以登记车主为准,但如有证据表明车辆事实上的车主与登记车主不一致的,车辆的所有人以事实上的车主为准。韩某承认摩托车是他的,且根据两被告提供的证据可以认定该摩托车实际车主为韩某,屈先生虽属登记车主,但他既不是车辆运行的支配者,也不是车辆运行的利益受益者,对该车发生的事故没有过错,依法不承担责任。法院遂依照国务院《道路交通事故处理办法》有关规定判决韩某赔偿死者家属死亡赔偿金、被抚养人生活费等共计 59 000 元,扣除已支付的 5 000 元,实际应再给付 54 000 元;驳回原告要求被告屈先生赔偿的诉讼请求。

“赚了平分,亏了就算借贷”的协议有效吗?

——合伙人的确定与法律欺诈研究

【案情简介】

案件1:河北省某县居民张平贵初中毕业后学得厨师手艺,欲在该县第一中学附近经营饭店,苦于没有资金,一直未成。一天,他找到同学李默然,劝其出资与自己合伙经营,并说自己手艺好,稳能赚钱。李默然对此兴趣不大。张平贵便说:你借我5 000元钱也行,如果赚了,咱们就平分,如果赔了,就算你借给我的。李默然见如此有利可图,便同意了张平贵的意见,与张平贵签了一个书面协议,写明了上述内容,并约定李默然不参与经营。

不久,饭店开张。头两个月生意红火,李默然每月分得利润的一半1 000元。但后来,由于多种原因,饭店经营日益不景气,不但没有盈利,反而还欠了房主的几个月房屋租金共5 000元。张平贵不能清偿,被房主起诉到法院,法院在审理时追加李默然为被告。

案件2:2000年5日,王某见木材加工市场行情好,便萌发办木材加工厂的念头。王某找到邻居石某,提出租用其闲置的3间平房及房前空地,月租金1 500元。石某认为办木材加工厂肯定赚钱,就提出不收租金,王某只需向其交纳每年利润的三成即可。王某同意了石某的要求。于是双方就出租房屋及利润分成等签订了合同。2000年6月,王某在工商局领取了营业执照。随后,王某多方筹措资金,购买了机器设备、木料,招聘了工人,木材加工厂正式投产。2001年6月王某付给石某1.5万元。此后,因木材产品价格下跌,加之王某管理不善,木材加工厂开始亏损,至2002年底,木材加工厂已欠债8万多元,王某自己无力偿还债务,于是债权人将王某与石某一起起诉到法院。石某在庭审中辩称,他并未参加实际经营管理,亏损是因王某经营管理不善所致,所欠债务应由王某个人承担,自己不应对亏损承担责任。

但法院经审理后判决,木材加工厂的债务由王某与石某共负连带清偿责任。

【适用法律】

《民法通则》第30条：“个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。”

《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第46条：“共同按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的，或者提供技术性劳务而不提供资金、实物，但约定参与盈余分配的，视为合伙人。”

《合伙企业法》第2条：“本法所称合伙企业，是指依照本法在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。”

《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，可以由全体合伙人共同执行合伙企业事务，也可以由合伙协议约定或者全体合伙人决定，委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务。”

【法理研究】

合伙是指两个或者两个以上的民事主体根据合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，对外承担无限连带责任。

合伙具有如下特征：

第一，合伙由两个或者两个以上的民事主体共同组成。两人以上相契，才叫合，此其一。其二，合伙的目的是为了集合众人的力量和智慧，取长补短，互相协力，以期完成单凭某一入之力无法完成的某项事业。由此可见，无论从哪个角度来讲，合伙都必须是由两个或者两个以上的民事主体来组成，一个民事主体不能成立合伙。至于合伙人是否只能是自然人，法人能否成为合伙人，则各国立法和理论并不相同。我认为，自然人、法人以及合伙本身都可以成为合伙的主体。

第二，合伙以从事共同事业为目的。这种共同事业可以是持续性的，也可以是临时性的或者仅为一次性的。这种共同事业，按照目前《民法通则》和《合伙企业法》的规定，只能是经营性事业。我认为，这一限定过于狭窄，从民法的角度理解，凡是属于民事活动范围内的事项，都应可以成为合伙事业，凡不属于民事活动范围内的事项，如政治

结社,虽有合伙属性,也不应适用民法关于合伙的规定。此诚如史尚宽先生所言:合伙人共同事业的种类,不限于营利事业,纵非营利事业,如以宗教、祭祀、学术、技术、慈善等为目的,均无不同。^①

第三,合伙人要共同出资,共享收益,共担风险。首先,不出资不能成为合伙人。这是由合伙的性质决定的,也是人类基本道德所要求的。因此,现实生活中,那种凭借自己权势,强行从合伙中收取干红的人,不是合伙人。其次,合伙人要共享收益,共担风险。因此,如果某人虽然参加了合伙的劳动,但并没有依合伙协议分取合伙利润,那他就不是合伙人,而有可能是受雇人;如果某人只参与合伙利润的分配而不承担风险,那么,他与其他合伙人之间就不一定是合伙关系而有可能是其他关系,如借贷等。

合伙人是否必须共同参加合伙劳动,亲自从事合伙经营?《民法通则》要求合伙人必须“共同劳动”,但《合伙企业法》并没有如此作出规定,而是允许合伙人共同经营,也可以推选代表人经营,这是一个进步。

第四,合伙人对合伙债务承担无限连带责任。我国法律不承认有限合伙和隐名合伙。依现行法规定,合伙财产并没有从实质上与合伙人个人财产相分离,也就是说,合伙并没有独立承担民事责任的、与合伙人个人财产完全分离的合伙财产,各合伙人的个人财产仍然是合伙债务的担保。因此,合伙人要对合伙债务承担无限连带责任,任何一个合伙人都有义务以自己现在和将来所有的全部财产清偿全部合伙债务。当然,清偿合伙债务超出自己应承担的份额的合伙人,可以向其他合伙人按份求偿。

以上是合伙的四个特征,其中第三个特征,也是判断合伙人的基本标准。根据上述标准,案件1中的李默然虽然没有参与合伙经营,但其对合伙出了资,并参与了合伙盈余的分配,因此,可以认定其为合伙人,至少,他要对合伙的对外债务承担无限连带责任。

值得一提的是,本案庭审中,李默然举出他与张平贵订立的协议,

^① 史尚宽著《债法各论》(下),第650页。

认为自己不应当承担任何责任,同时还要求张平贵归还其 5 000 元钱。对此,我认为,应从对外法律关系和对内法律关系两个方面分别解决问题。从合伙对外关系来讲,如前所述,李默然要对合伙债务承担无限连带责任无疑。但就对内关系而言,是否一定要认定李默然是合伙人,我看不一定。这里关键是看张平贵与李默然之间的协议效力如何?我认为该协议性质上属于混合合同,既有合伙合同的内容,又有借贷合同的成分。从合同法鼓励交易原则出发,法律并不限制混合合同。

因此,如果该协议意思表示真实,并且没有其他效力瑕疵事由,那么应认定该协议有效。^① 如果该协议存在效力瑕疵事由,如张平贵认为该协议显失公平或者是李默然乘其之危,则可将该协议认定为纯正的合伙协议。

需要交待的是,本案判决生效后,因为张平贵身无分文,法院对李默然进行了全额执行。李默然不仅自己借出去的 5 000 元要不回来,还要再对外清偿 5 000 元,很是后悔。更使李默然生气的是,张平贵此时已跑得无影无踪,看来李默然对他的追偿权也是无法行使了。

本案也暴露了我国合伙立法方面的某些弊端。如前所述,我国法律目前还不承认有限合伙或者隐名合伙,这实际上就限制了那些只愿出资而不想出名经营或者只欲承担无限责任的人投资的渠道和积极性,也限制了那些缺少资金的人进行合伙融资的渠道,不利于社会经济的发展。因此,我国有必要承认有限合伙或者隐名合伙制度。

有限合伙是相对于普通合伙而言的。普通合伙是指极据合伙协议,所有合伙人都对外承担无限连带责任的合伙。有限合伙是指至少一名普通合伙人和至少一名有限合伙人组成的合伙。^② 有限合伙人虽向合伙出资并分享利润,但不参与合伙经营,且仅以出资为限对合伙债

① 当然这并不影响对李默然合伙人身份的认定,因为本案中认定李默然是合伙人,主要是就对外关系上保护债权人的利益角度而言的。同时,张平贵与李默然之间的协议只具有相对性,不具有对抗第三人的效力,因此,承认该协议的效力也不意味着李默然对外不承担无限连带责任。

② 佟柔主编《中国民法》,第 141 页。