

◎ 主 编 / 王肃元

XIBU FAXUE LUNTAN

西部法学论坛

(第二辑)

中国法制出版社

西部法学论坛

(第二辑)

主 编 王肃元
编 辑 任尔昕 史玉成
 冯乐坤 王存河
执行编辑 冯乐坤

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

西部法学论坛(第二辑)/王肃元主编.

—北京:中国法制出版社,2004.6

ISBN 7-80182-280-3

I. 西… II. 王… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 041832 号

西部法学论坛(第二辑)

XIBU FAXUE LUNTAN DIERJI

主编/王肃元

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/12.375 字数/306 千

版次/2004 年 6 第 1 版

2004 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-280-3/D·1246

定价:22.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66062741

市场营销电话:66062752

编辑部电话:66032924

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

序 言

《西部法学论坛》系由甘肃政法学院主办的以反映西部法学研究状况为主，汇集了部分西部法学研究成果的论文集。如果说《西部法学论坛》第一辑是总结了甘肃政法学院历年来的研究成果，向读者所作的汇报的话，那么现在呈现给读者面前的这本《西部法学论坛》第二辑，则是如实地反映了甘肃政法学院的科研人员以及其他高校的同行去年的部分优秀成果。

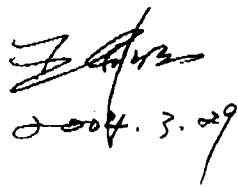
本辑在依托甘肃政法学院现有的法学学科基础上，共设了法学专论，学术研讨、理论与实践、西部法治、公安学论坛五个栏目，共收入 17 篇论文。

这些文章既有研究目前学界正在讨论的前瞻性的理论问题，也有从实务的角度对某些疑难问题提供了若干对策，还有充分体现甘肃政法学院学科特色的公安学文章，这将更好地促进该学科地发展。值得注意的是，两篇有关西部法治的文章，则是在立足于现有的西部法制前提下，详述如何解决目前的困境，而且也提出了切合实际的立法建议，以便为西部开发服务。

我们知道，西部地区的法学研究状况在全国比较落后，尤以西北地区为甚。本辑的一些文章虽然囿于西部的资料缺乏，某些论点尚有必要进一步斟酌，但作者们

的严谨、踏实地治学态度，却为这些文章增添了不少颜色。有些文章立意比较深刻，作者能够大胆地突破现有的理论框架，提出自己的见解，很是难得可贵，希望这些作者继续努力，有更好地佳作脱笔。

近年来，甘肃政法学院非常重视学术研究、制定和出台了一系列措施鼓励教学科研人员从事学术研究活动。目前，学院的学术气氛日益活跃，学术精品不断涌现。《西部法学论坛》的连续出版，体现了他们在这方面取得的成绩。我祝愿《西部法学论坛》越办越好，为推动中国法学的发展作出应有的贡献。



2004.3.29

(王利明系中国人民大学法学院教授、博士生导师、副院长)

目 录

法 学 专 论

- 我国合伙法律制度：现状与思考…………… 王肃元 任尔昕 (1)
- 论格式条款中的几个问题…………… 苟军年 (23)
- “历史”的幻象与超越
- “法治”的历史阐释及其对亚州的启示 …………… 冯玉军 (41)
- 西夏法律制度研究论纲…………… 陈永胜 (65)
- 当代国际关系发展对国家主权理论的影响…………… 张丽娟 (86)
- 行政强制行为要论 …………… 杨 红 (103)

学 术 研 讨

- 中外离婚诉讼比较研究 …………… 杨春华 (124)
- 从传统到现代
- 兼论法人法在民法的地位 …………… 冯乐坤 (146)
- 小康社会与法治国家之关系考论 …………… 许春清 (180)
- 公司设立若干法律问题研究 …………… 石旭变 (194)

理 论 与 实 践

- 黑社会性质犯罪的几个理论问题探讨 …………… 孙多金 (218)
- 上诉审制度若干问题探析 …………… 刘 琳 (231)
- 村官之法 …………… 王 鹏 (281)

西部法治

中国西部地区法律教育和法学研究的比较优势

..... 王 勇 李玉璧 (294)

论西北民族地区生态环境法治建设与可持续发展

..... 史玉成 (313)

公安学论坛

笔迹心理分析的理论依据 沙万中 (331)

论公安机关行政自由裁量权 张淑红 (354)

刑事侦查的价值分析 马红平 (366)

我国合伙法律制度：现状及思考

王肃元 任尔昕

自 20 世纪 80 年代我国开始重新构建合伙法律制度以来，特别是 1997 年《合伙企业法》颁行后，我国对合伙的法律规制和理论研究取得了很大成绩。但是，现行的合伙制度却并未产生立法者和学术界所预期的社会效果，《合伙企业法》实施后，社会反应不大。^①这种现象与合伙这种古老但又充满生机和活力的组织形式在现代社会所应当发挥的功能并不相符。因此，有必要对我国合伙法律制度进行全面检视，考查其现状，探究其中存在的问题，寻求其解决途径，特别是在当前商业组织多元化和《民法典》制定之际，对这一制度的研究就更显示出紧迫性。

一、我国合伙法律制度的现状

1987 年《民法通则》开始实施，标志着我国合伙法律制度正式建立。该法在第二章公民（自然人）中用了专节 6 个条文规制了个人合伙，又在第三章法人中以联营的名义规制了法人合伙。1988 年 4 月颁行的《中外合作经营企业法》中，事实上规定了中外合作经营企业（以下简称合作企业）的表现形式为契约式企业，类似于《民法通则》规定的法人合伙，^②但同时又规定符合中国法律关于法人条件规定的合作企业，可以依法取得中国

① 参见宋永新：《关于我国合伙法律制度的若干问题》，载《中国法学》，2001 年第 4 期，第 105 页。

② 参见甘培忠：《企业与公司法学》，北京大学出版社 2001 年版，第 154 页。

法人资格。紧接着,国务院于1988年6月颁布的《私营企业暂行条例》明确规定,私营企业有三种表现形式,合伙是其中一种。1992年以后,基于构建社会主义市场经济体制的需要,我国开始突破以所有制形态作为企业立法标准的做法,转而采用以企业的法律形态作为企业立法的标准,并于1997年颁布了《合伙企业法》,这标志着我国合伙法律制度的建设达到了一个新的层次。

构建在上述法律、行政法规基础上的我国合伙法律制度,从内容上看,主要体现为以下几方面的特征:

(一)从合伙的形式上看,虽然也认可合同型的合伙,但主要以组织(企业)型合伙为规制对象;从合伙的种类上来看,只认可和规范普通合伙,拒绝承认其他合伙类型。

《民法通则》将个人合伙定义为“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。”从此规定可以看出,只要合伙人按照协议形成一种合伙机制,即为法律所认可的合伙,而无论该合伙是否形成一个组织(企业)。但从《民法通则》第33条的规定看,该法实际上是鼓励组建企业型合伙的,根据该条,“个人合伙可以起字号,依法经核准登记,在核准登记的经营范围以内经营。”在我国,除个体工商户等外,其余的工商业设立登记只能是企业登记,故起字号且经核准登记的个人合伙应为企业型合伙。同时,《民法通则》第52条关于法人合伙(合伙型联营)的规定,完全是将法人合伙作为一个企业型合伙来设计的。

至于《私营企业暂行条例》、《中外合作经营企业法》以及《合伙企业法》中所规制的合伙,则纯粹是企业型合伙,而将合同型合伙排除在外。

关于合伙的种类,上述有关规制合伙的法律、法规一律将合伙的概念定义在普通合伙的范围内,拒绝承认其他形式的合伙,如《民法通则》规定,个人合伙的债务,由全体合伙人按照出资

比例或者协议的规定，以各自的财产承担清偿责任，合伙人对合伙的债务承担连带责任；法人合伙的债务，由合伙各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任，依照法律的规定或者协议的约定承担连带责任的，承担连带责任。《合伙企业法》则更明确规定，当合伙企业的财产不足清偿到期债务时，各合伙人均应承担无限连带清偿责任；各合伙人对执行合伙企业事务享有同等权利。

（二）从合伙人的资格看，《民法通则》允许自然人之间的合伙，也允许法人之间的合伙，最高人民法院的有关司法解释实际上也承认自然人、个人合伙和法人之间的合伙存在；《合伙企业法》则对法人及合伙本身能否作为另一合伙的合伙人采取了回避态度，但从该法的其他规定看，似乎排除了这种可能性。

《民法通则》将合伙分为个人合伙和法人合伙。根据其规定，个人合伙是指两个以上自然人之间的合伙，法人合伙则是企业法人之间或者企业法人和事业单位法人之间的合伙。根据最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》的规定：“个体工商户、农村承包经营户、个人合伙、以及不具备法人资格的私营企业和其他经济组织与企业法人或者事业法人联营的，也可以成为联营合同的主体”。由于个体工商户和农村承包经营户可以看作是自然人经营的特殊形式，故此规定可以看作是允许自然人与法人之间建立合伙体。根据《民法通则》和上述司法解释，自然人、合伙及法人都具有合伙人资格，不仅自然人之间，法人之间可以组成合伙，而且自然人、法人及合伙相互之间也可以组成合伙。

相比之下，《合伙企业法》对此问题的规定上就有些含糊不清，根据该法，合伙企业的设立条件之一是有二个以上合伙人，并且都是无限责任的承担者。仅依此规定，只能得出公司不能成为合伙企业的合伙人结论，对其他形态法人的合伙人资格则无法作出判断。因为，按照法学理论，无限责任是指债务人以其全部

财产对其债务承担责任,直至清偿完毕始能免责。^①在我国,法人都要以其所有或所经营管理的财产承担民事责任,即法人所有的或所经营管理的财产,是其对外承担债务的一般担保,这种责任应是不折不扣的无限责任。^②因此,一般法人均应是无限责任的承担者。^③但根据《公司法》第12条立法精神看,禁止公司成为合伙企业等组织中承担无限责任的成员。^④按此理解,除公司以外的企业法人和事业单位法人是可以成为合伙企业的合伙人的,但是通篇考察《合伙企业法》,特别是第13条的规定,似乎又排除了法人及合伙企业本身成为合伙人的可能性。^⑤

(三) 关于合伙财产的法律性质

《民法通则》规定,合伙人投入的财产,由合伙人统一管理和使用;合伙经营积累的财产,归合伙人共有。对于将合伙经营积累的财产归合伙人共有的规定,学术界的观点几乎是一致的,认为应属合伙人共同共有;而对于合伙人投入的财产由合伙人统一管理和使用的使用的规定,学术界虽有不同看法,但大多数人认为,合伙人投入的财产虽然具有明显的共有财产的特征,但却不能直接构成共有财产,该部分财产的属性应在保证合伙作为一个经营体对经营财产的最低要求(即共同管理和使用)的前提下,由合伙人通过协议约定归合伙人共有还是归各出资的合伙人所有。^⑥

① 郑玉波:《民商法问题研究》(第一册),第117页。

② 参见江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第424页。

③ 笔者怀疑,我国《合伙企业法》中设立合伙企业“应当有二个以上合伙人,并且都是无限责任的承担者”的规定,实质上是对基本概念“有限责任”的误解所致,立法者实际上把法人对外承担的责任理解为“有限责任”了。

④ 参见江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第64页。

⑤ 《合伙企业法》第13条规定:合伙协议应当载明下列事项:……;(三)合伙人的姓名及其住所;……。这一规定明显将合伙人定位于自然人。

⑥ 参见贾桂茹等:《市场交易的第三主体——非法人团体研究》,贵州人民出版社1995年版,第145—146页;王利明等:《民法新论》(上),中国政法大学出版社1988年版,第332页。

《合伙企业法》的规定与《民法通则》不同。首先它明确规定,合伙企业存续期间,合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益均为合伙企业的财产;其次,不再区别合伙人出(投)资财产和合伙名义取得的收益(合伙经营积累财产)的不同法律地位,也不再对这两类财产的性质作出直接规定,而是规定合伙企业的财产由全体合伙人共同管理和使用。这种规定,有的学者认为其既吸收了《民法通则》的优点,也摒弃了其缺陷,既考虑了合伙企业财产组织内容的复杂性,又照顾到了全体合伙人对合伙企业财产进行共同管理和使用的权利与实际需要,其在立法技术上极为高明,是一条成功的法律规定。^①有的学者认为,虽然这种规定考虑到合伙出资财产的复杂性,具有灵活性,但却未从根本上解决合伙财产的法律性质问题。^②还有的学者认为,《合伙企业法》提出:“合伙企业的财产”这一新概念,使得投入财产和收益财产在整体上有新的发展。合伙人自投入后不可能再就其投入的特定财产主张任何意义上足以对抗其他合伙人的所有权,该财产已经为第三者——合伙企业所有,并融入到合伙企业所有的整体财产之中。^③这实质上是确认了合伙企业对合伙财产的所有权。

(四) 合伙人对合伙债务的责任

合伙人应当对合伙的债务承担无限连带责任,这是传统合伙制度的一个基本观点,也被认为是合伙与公司最根本的区别之一。但在合伙人具体如何对合伙承担连带责任,我国各法的规定却又不尽相同。《民法通则》规定,个人合伙的债务,由合伙人按照出资比例或者协议的约定,以各自的财产承担清偿责任;法人合伙则由合伙各方按照出资比例或者协议的约定,以各自所有

① 参见苏号明:《论合伙企业财产的法律性质》,载《法学》,1997年第12期。

② 参见马强:《合伙法律制度研究》,人民法院出版社2000年版,第100页。

③ 甘培忠:《企业与公司法学》,北京大学出版社2001年版,第54页。

的或者经营管理的财产承担民事责任,依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的,承担连带责任。对此规定,最高人民法院在有关司法解释中阐释为:法人合伙,可先以合伙经营组织的财产清偿债务。合伙经营组织的财产不足以抵债的,由各方按照合同约定的债务承担比例,以各自所有或经营管理财产承担民事责任;合同未约定债务承担比例,合伙各方又协商不成的,按照出资比例或盈余分配比例确认合伙各方应承担的责任,同时,合伙各方要对合伙债务负连带责任。这一规定表明:法人合伙的合伙人对合伙债务承担的仅为补充无限连带责任。《中外合作经营企业法》虽然没有对非法人合作企业(合伙)的责任作出规定,但该法《实施细则》规定,不具有法人资格的合作企业及其合作各方,依照中国民事法律的有关规定承担民事责任。而此处所说的中国民事法律,主要指《民法通则》第52条及最高人民法院的有关司法解释中关于法人合伙的规定。这说明,非法人性质的合作企业的民事责任同法人合伙。

《合伙企业法》则规定,合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿,合伙企业财产不足清偿到期债务的,各合伙人应当承担无限连带责任。这就明确了合伙人对合伙企业的无限连带责任是补充无限连带责任。

由此,可以得出,凡组织(企业型)合伙的合伙人对合伙承担的均为补充无限连带责任;而合同型合伙的合伙人对合伙债务承担的无限连带责任是何种形式的无限连带责任,我国相关法律没有作出明确规定。

(五) 合伙的法律地位

根据前述对我国合伙法律制度现状的描述,合同型的个人合伙因其非组织性而不具主体特征,不能成为独立的民事主体。组织(企业)型合伙(主要有合伙企业、不具法人资格的中外合作经营企业、法人合伙等)因其可以以自己的名义(字号、名称)处分财产,并以自己的名义以其财产承担民事责任,所以其作为

独立的民事主体地位在我国立法和学术界已得到确认。学术界对此问题的分歧主要在于,既然合伙具有区别于合伙人的独立的法律人格已经在事实上得到肯定,那么法律是否需要明确承认合伙的法律人格(即赋予其法人资格)。对此问题,大多数学者认为,由于组织型合伙在其财产不足以清偿其所欠债务时,合伙人全体得负连带之债,这与我国法人的本质特征——法人必须能够独立的承担民事责任相矛盾,因此,此类合伙在法律地位上只能具有团体资格,不能取得法人资格。^①但也有人认为,经济生活的不断发展,已向传统的民法理论提出挑战,而且正引导它走出陈旧的思维定式,拓展新的发展空间,对于合伙的法律地位,同样不能囿于传统的理论框架,应以全新的发展的眼光来看待它。^②更有人直接认为,明确承认合伙的独立法律人格(法人资格)有利于合伙本身的稳定性和连续性,也有利于社会,且已形成国际上的发展趋势。^③

二、对我国合伙法律制度及其研究的检讨

(一) 关于合伙的形式及种类

1. 组织(企业)型倾向的合伙立法,忽视了社会对合伙形式的多元化需求,导致合伙制度功能缺失。多年来,我国的合伙立法一直倾向于组织型合伙,《民法通则》虽然认可合同型合伙,但其将合伙置于民事主体中予以规范的做法本身就体现了立法者的某些倾向,这种做法对于强化合伙的独立民事主体地位起到了很大的作用。但同时,它却忽视了社会对合伙形式的多元化需求,导致了合伙制度功能缺失。首先,合伙作为一种共同经营的形式,

① 甘培忠:《公司与企业法学》,北京大学出版社2001年版,第57页。

② 参见贾桂茹等:《市场交易的第三主体——非法人团体研究》,贵州人民出版社1995年版,第82至第83页。

③ 参见宋永新:《关于我国合伙法律制度的若干问题》,载《中国法学》,2001年第4期,第111页。

其最大特点就在于灵活性和适应性,它既能满足希望设立一团体从事经营的当事人的需要,又能满足仅希望通过协议协调各方关系、不设立团体(组织)从事经营的当事人的需要;既可以作为组建正式的组织所采用的一种形式,又可以作为组建非正式组织所采用的一种形式。可以说,社会对合伙形式的需求是多元化的,合伙也正能满足社会的这种需求。但组织型倾向的合伙立法给社会提供的合伙制度却是单一的,它使得企图仅通过协议从事合伙经营的当事人在法律上得不到有效的指导,遇到困难时也难以得到有效的法律救济。

其次,这种立法倾向忽视了合伙制度的另一功能——填补空缺。在一般市场经济国家,合伙法有时被认为是解决当事人之间事先未就其权利义务的配置作出明确约定的共同经营形式发生争议时一套填补空缺的默认法律制度规则。而我国组织型的合伙立法,要求合伙要有自己的名称,要经核准登记,合伙人之间要有书面的合伙协议,这些要求实质上将事实上存在的合伙排除在合伙法的适用范围之外,使合伙制度的功能得不到全面发展。

2. 企业化的合伙立法倾向,使得我国主要的合伙法律的使用范围狭窄,浪费了法律资源。从总体上看,我国采取的是民商合一的立法结构,但在合伙立法上,却有明显的“商”化倾向,《合伙企业法》即是典型代表。事实上,我国的许多社会组织都不是以企业形式体现出来的(如律师事务所、医院、会计师事务所和非法人社会团体等),但它们的组织形式却是合伙,这就等于把非企业合伙组织排除在《合伙企业法》之外。虽然非企业合伙组织和合伙企业在某些方面是不同的(例如,合伙企业以营利为目的,非企业合伙组织一般不以营利为目的或不以营利为主要目的),但作为合伙组织它们在大多方面都是相同的,完全可以用一部合伙法律来规制。这种企业化的合伙立法倾向,使得《合伙企业法》的适用范围过于狭窄,许多合伙组织都不能直接使适用该法,造成了法律资源的闲置。

3. 单一的合伙种类, 难以适应现代社会高风险投资的需求。如前所述, 我国现行合伙法律制度只调整普通合伙, 没有规定有限合伙等其他合伙种类。其理由大致有两个: 第一, 我国目前没有这种企业形态的实践, 也没有这种企业形态的需求, 既无实践经验, 也无立法需求, 故无规定之必要;^①第二, 有限合伙可能会导致腐败(禁止从事经营活动的国家工作人员通过有限合伙这一形式从事经营活动, 或者国有企业领导人通过有限合伙这一组织形式非法转移国有资产致其流失)。现在看来, 这两点理由都是不能成立的: 高科技风险投资在我国方兴未艾, 而有限合伙被认为是高科技风险投资的最好形式; 腐败现象的产生, 有其深刻的社会政治原因, 有限合伙与腐败并无内在联系。

在高科技风险投资中, 由于有限合伙的有限责任与无限责任并存的架构正适合风险投资者各方的需要, 有限合伙协议的灵活性可以解除法律对技术出资设立的诸多限制, 有限合伙的内部治理结构可以满足风险投资管理的特殊性要求, 有限合伙可以为高科技风险投资提供便捷的退出通道等原因, 它已经成为高新科技产业吸引风险投资法律形式的优良选择。^②在这种情况下, 我国现行合伙制度中关于合伙种类的单一规定, 显然已不能适应社会发展的步伐, 因此, 抛弃陈旧立法观点, 尽快建立我国有限合伙法律制度, 已成为我们的迫切任务。

(二) 关于合伙人的资格

谁可以成为一个合伙的合伙人? 在我国, 这个问题可以转化为法人可否成为一个合伙的合伙人? 如前所述, 在《民法通则》的框架内, 法人和合伙本身都可以成为合伙人, 但根据《合伙企

① 参见江平等:《论有限合伙》, 载《江平文集》, 中国法制出版社2000年版, 第543页。

② 参见江平等:《论有限合伙》, 载《江平文集》, 中国法制出版社2000年版, 第535页以下。

业法》，法人实质上是被排除在合伙人之外，立法者的主要理由是：第一，目前我国法制尚不健全，有些国有企业存在经理（厂长）损公肥私的严重问题，如果允许国有企业法人成为合伙人，可能造成国有资产流失。^① 因此对国有企业法人成为合伙人，应持谨慎态度。第二，合伙企业的特征不允许法人成为合伙人。^② 对于后一个理由，可能是立法者对“有限责任”的错误理解所致。立法者认为法人型企业都是负“有限责任”的企业，合伙人对于合伙企业的债务则需承担无限清偿责任，如果法人型企业成为合伙人，则会发生本来负“有限责任”的企业再负无限责任问题。如果说禁止公司法人成为合伙人是为了使公司避免面临重大的投资风险进而损害股东和债权人利益的理由还能成立的话，那么以法人负有限责任为由拒绝法人成为合伙人的结论完全是荒唐的，它建立在一个错误的命题——法人型企业是负有限责任的企业——之上。对于前一理由，笔者认为也是不成立的：首先以可能造成国有资产流失为由拒绝国有企业法人成为合伙人实质上是一种因噎废食的做法，它没有考虑到国有企业法人成为合伙人而可能给其带来巨大收益的问题；其次，如果确实认为国有企业法人成为合伙人会导致国有资产流失，那也只应禁止国有企业法人而不应阻却所有的法人成为合伙人的道路。

因此，在讨论法人能否成为合伙人这一问题时，必须重新寻找理论依据。在理论界，认为法人不得充当合伙人的理由主要有

-
- ① 出自全国人大财经委员会副主任委员黄毅诚：《关于〈中华人民共和国合伙企业法〉（草案）的说明》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》，1997年第1号。
- ② 全国人大法律委员会副主任委员厉以宁在《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国合伙企业法（草案）〉审议结果的报告》中曾提出：“一些常委委员、部门、地方和法律专家提出，根据合伙企业的特征，在本法中应当修改设立合伙企业的法定条件。因此，建议将草案第十一条中的第一项修改为，设立合伙企业应当‘有两个以上合伙人，并且都是依法承担无限责任者’。按照这一法定条件，依法承担有限责任的企业，包括国有企业，不能成为合伙企业的合伙人。”