

合伙企业法 原理与实务

HEHUOQIYEFAYUANLIYUSHIWU HEHUOQIYEFAYUAN

江 平 审订

高富平

苏号朋

刘智慧 著

中国法制出版社

0902.190
516

合伙企业法原理与实务

江 平 审定

高富平 苏号朋 ~~刘~~智慧 著

中国法制出版社

前 言

目前,我国正在按照社会主义市场经济体制的要求构建规范市场主体的法律体系,其中很重要的一部法律就是《中华人民共和国合伙企业法》。它将和《公司法》等有关法律,奠定我国企业立法——市场主体立法的基础。

合伙企业是一种集联合资本与劳动为一体的古老的企业组织方式,在市场经济高度发达的现代社会,它之所以仍然具有顽强的生命力,原因就在于它组织简便、灵活、运营成本低、应变能力强等优点。因此,在引入市场机制,集中社会资源进行经济建设的当今中国,合伙这一企业组织形式又重新焕发出了新生的力量。

合伙企业有效运营的前提条件是合伙企业的组织必须规范。这就要求我国应当制定统一完备的合伙企业法,引导和规范合伙企业的组织与运行,降低组织合伙的交易成本,减少合伙纠纷的发生。由于我国长期以来没有专门的合伙立法,《民法通则》中关于合伙的条文仅有6条,致使合伙组织的成立与运作不甚规范,合伙纠纷经常发生而又不能得到迅速的解决。无疑,新通过的《合伙企业法》具有十分重要的现实意义。

“徒法不足以自行”。一部法律颁行之后,还需要我们对它进行正确的理解、掌握和运用。我们不仅要了解法律的条文内

容,更要明白其法理。只有如此,才能深刻地理解法律,融会贯通地运用法律。因此,这本《合伙企业法原理与实务》不仅有对《合伙企业法》条文的解释,而且还包括有关合伙企业各项制度的法理分析,以及对其他国家相关规定的介绍。

本书附有《合伙企业法》条文及合伙协议范本;《合伙企业法》允许合伙人自行约定、选择的事项,合伙企业需要向企业登记机关登记的事项,供读者参考。

本书自选题到写作的整个过程都得到了恩师江平教授的悉心指导和点拨,尤其是在我们完成初稿之后,江老师在百忙之中抽出宝贵时间逐字逐句地进行审阅,指出我们的不足之处,提出具体的修改意见,并对全书进行审定。在此,谨向江老师表示我们最真挚的感激之情。

作者

于1997年3月

序

《合伙企业法》是八届全国人大常委会立法规划中确立的一部重要的市场主体立法。在长达三年之久的反复讨论、修改后,终于在第八届全国人大常委会第二十四次会议上通过了,并将于1997年8月1日起开始实施。

合伙企业是古今中外都存在的企业组织方式。但是,在较单一公有制经济的特殊历史时期,这种企业形式却在我国被抑制了。改革开放以后,允许发展多种经济成分,合伙企业才有了生存的空间。但由于环境的不尽如人意,合伙企业还未得到充分地发展,甚至大量地以隐蔽的状态存在着,典型表现为合伙企业挂靠为集体企业。有资料表明,1994年注册为集体企业,实为自然人合伙的经济组织有23万家。这种扭曲发展的重要原因之一是合伙立法的简陋、不完备,以及按照投资主体属性进行企业立法的传统立法模式所导致的主体法律地位不平等。

《合伙企业法》是继《公司法》之后,按照投资方式、投资者责任形式等法律特征制定的又一部重要企业法律。它的颁行将结束我国合伙企业立法不健全、不完备、不规范的局面,为合伙企业的健康发展创造平等的法制环境。

合伙是一个相当复杂的法律制度,它不仅涉及到合伙人

之间的权利义务关系问题,而且也关系到合伙企业(以及合伙人)与第三人的法律关系问题。这也就是说法律既要保障合伙人权利的实现,又要保护第三人的利益,维护交易安全。如何平衡二者的利益、合理规范合伙人之间、合伙人或合伙企业与第三人之间的法律关系就是一个需要很好研究的法律问题。

《合伙企业法》颁行之际,我的三位博士生合写的这本《合伙企业法原理与实务》也将与广大读者见面。他们对合伙问题的关注和研究起始于1995年秋我给他们讲授的有关合伙企业立法的课程。在其后的一年半时间里,他们不断地学习和总结,终于写成这本既有法理分析,又注重实务操作的著作。我相信,该书不仅将弥补我国合伙理论研究的不足,而且也是一本学习、掌握、运用《合伙企业法》的好教材。

该书是他们三人以严谨的治学态度完成的。作为他们的老师,我始终参与指导了该书的写作,并对书稿作了最后的修改和审定。故此,我很高兴地向读者推荐这本书。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive characters. The signature is positioned above the date.

1997年3月12日

目 录

前言	(1)
序	(1)
第一章 合伙与合伙企业概述	(1)
第一节 合伙的基本概念	(1)
第二节 合伙的法律特征	(5)
第三节 合伙的类型	(9)
第四节 合伙与企业	(12)
第二章 合伙企业立法的背景和意义	(15)
第一节 传统企业立法的弊端	(15)
第二节 企业立法的新框架及合伙企业立法 的完善	(19)
第三章 国外合伙企业立法概述	(25)
第一节 大陆法系合伙企业立法概况	(25)
第二节 英美法系的合伙立法及其合伙规范 的特点	(29)
第三节 有限合伙及有限合伙立法	(35)
第四章 我国合伙企业立法中的理论问题	(44)
第一节 合伙企业法的立法过程及其简要评 价	(44)
第二节 合伙立法的体系问题	(48)
第三节 合伙企业的法律地位问题	(52)

第四节	法人成为合伙人及法人合伙问题	(59)
第五节	合伙企业的破产问题	(66)
第六节	合伙企业的税收问题	(74)
第七节	有限合伙问题	(77)
第八节	隐名合伙问题	(84)
第五章	合伙与其他企业形态比较	(99)
第一节	企业形态及其选择	(99)
第二节	合伙企业与独资企业的比较与选择.....	(101)
第三节	合伙企业与公司企业的比较与选择.....	(109)
第六章	合伙企业的设立.....	(129)
第一节	合伙企业的设立条件.....	(129)
第二节	合伙协议.....	(137)
第三节	合伙企业的注册登记.....	(166)
第七章	合伙企业财产.....	(171)
第一节	合伙企业财产的构成.....	(171)
第二节	合伙企业财产的法律性质.....	(174)
第三节	合伙企业财产的管理与使用.....	(180)
第四节	合伙企业的利润分配和亏损分担.....	(194)
第八章	合伙企业的事务执行.....	(201)
第一节	合伙企业事务执行的概念.....	(201)
第二节	合伙企业经营管理事务的决策、执 行和监督.....	(203)
第三节	合伙企业经营管理权利的义务.....	(217)
第九章	合伙企业与第三人关系.....	(221)
第一节	合伙人的对外代表权.....	(221)
第二节	合伙企业债务与合伙人责任.....	(226)

第三节 表见合伙·····	(235)
第十章 入伙与退伙 ·····	(238)
第一节 入伙·····	(239)
第二节 退伙·····	(245)
第十一章 合伙企业的解散和清算 ·····	(265)
第一节 合伙企业解散的原因及效力·····	(265)
第二节 合伙企业的清算·····	(272)
第十二章 法律责任 ·····	(282)
第一节 法律责任概述·····	(282)
第二节 《合伙企业法》关于民事责任的规定·····	(285)
第三节 《合伙企业法》关于行政责任的规定·····	(289)
第四节 《合伙企业法》关于刑事责任的规定·····	(292)
附录一: 中华人民共和国合伙企业法·····	(297)
附录二: 合伙协议范本·····	(312)
附录三: 《合伙企业法》允许合伙人自行约定、 选择的事项·····	(319)
附录四: 合伙企业需要进行企业登记的事项·····	(321)
本书主要参考文献·····	(322)
后记·····	(324)

第一章 合伙与合伙企业概述

第一节 合伙的基本概念

一、合伙的产生及发展

合伙具有悠久的历史,它起源于人类需要合作——共同生产劳动——这一简单事实。在一定意义上家庭就是一种合伙形式。因为在古代,家庭是一个重要的生产单位,家庭成员共同劳动、分享劳动收益。但家庭不是现代意义上的合伙。现代意义上的合伙是一种契约联结,而家庭则是以血缘关系为基础的。不过在大的家族中也已存在了合伙因素,他们可能对家庭财产、劳动所得的分配等作出某种约定。因此,人们一般认为合伙起源于家族共有制。

合伙作为一种营利性安排,它可以追溯到古巴比伦的共耕制度。而且也正是古巴比伦的《汉穆拉比法典》第一次规定了合伙原则,即“某人按合伙的方式将银子交给他人,则以后不论盈亏,他们在神面前均分”。在罗马共和国时期,法律对合伙的性质和合伙人的权利与义务已有相当明确的规定。他们将合伙定义为:二人以上互约出资共同经营事业并共同分配其损益结果的契约。并且在当时出现了共有合伙、贸易合伙、单项合伙等合伙类型。据学者考证,在罗马人与被征服地区的人民进行贸易的过程中,将合伙制度传到欧洲。

在中世纪,为了调动资金用于长距离的海上贸易,在资本家和从事海上贸易的商人之间出现了一种合伙安排,被称为康孟达(commenda)。这是最早的有限合伙形式(也有学者认为是隐名合伙),虽然在当时有逃避高利贷的责难之目的,但毕竟促进了合伙制度的发展。后来又出现了另一类贸易合伙——陆上合伙。也许合伙的这一新发展为后来公司制度的建立奠定了基础。

19世纪中期,随着公司(法人)由严格特许走向普遍认可,公司得到了充分的发展。但公司并没有完全取代合伙,合伙并没有因此而变得无足轻重。由于具有组织简便、灵活等优点,合伙始终是很多中小企业普遍采取的企业组织形式。古老的组织形式与现代化经营并非绝对排斥,同时法律对合伙制度的修正和发展也使得合伙能更加适应现代社会的需要。因此,合伙自身优点和合伙制度的不断完善,使合伙成为现代社会不可或缺的企业形式,发挥着日益重要的作用。

合伙作为人类联合从事生产经营活动的基本形式,不仅可以作为自然人合作的形式,而且也适用于法人之间的联合。这不仅指法人可以成为合伙人成立普通或有限合伙,而且更重要的是企业之间可以根据合伙的原则组成各种联合体,如我国所称的企业集团、国外所谓的卡特尔、辛迪加等企业联合体都可以按照合伙的原则来组织。因此合伙不仅是自然人投资合作的手段,而且也是法人(公司)联合的媒介;不仅可适用于中小企业,也适用于大公司。

总之,合伙是一个古老而又有生命力的人类生产活动组织方式,在现代社会仍起着非常重要的作用。

二、合伙的定义

从上述合伙的产生来看,合伙的出现主要是为了解决共同生产劳动问题,它是通过参与人(合伙人)的共同约定(即契约)而实现的。最初合伙人限于一定的血缘关系之内,后来扩展到纯粹的“外人”之间。外人之间自愿合作的唯一粘合剂就是契约。因此,合伙一直被看作是人与人之间通过契约而联合起来的一种关系。也正因此许多国家立法把合伙界定为一种关系或契约。如《法国民法典》第 1832 条规定:“合伙为二人或数人约定以其财产或技艺共集一处,以便分享由此产生的利益及自经营所得利益的契约。”《德国民法典》第 705 条规定:“各合伙人依合伙契约,互负以契约方法促进共同事业的完成,特别负履行约定的出资义务。”《日本民法典》第 667 条 1 款也规定:“合伙契约因各当事人约定出资以经营共同事业而发生效力。”而英国合伙法径直规定,合伙是“为了营利而从事业务活动的个人之间建立的关系”。由此可见,合伙的首要法律特征在于它是一种契约联结。

但是两个以上的人联合起来从事一种共同事业必然结合成为一种团体或组织。因此,合伙还可以从组织体的角度去观察。美国的《统一合伙法》第 6 条就是从这一角度定义的:“合伙是两个或两个以上的人作为共同所有人从事营利事业(A business for profit)的联合体或团体(association)。”该定义的落脚点是联合体,而不是关系或契约,突出了合伙组织性。我国新颁布的《中华人民共和国合伙企业法》也是从组织的角度定义的,该法第 2 条规定:“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,对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。”这是一个典型的从组织的角度界定合伙的定义。当然,这一定义的出发点是合伙企业而不是合伙。这隐含着合伙有企业和非企业之分。

实际上,两种定义之间的差别只是角度不同,并不具有实质意义。更为准确地说它反映了特定历史时期和特定法律制度背景中人们对合伙的主体性的认识的差异。在法人制度确立之前,自然人是唯一的法律主体,自然人的联合——合伙仅仅被看作是他们之间的一种契约关系,并不能组成具有对外效力的独立主体。这在简单商品经济条件下似乎也没有给社会生产造成太大的障碍。但是随着近代工业化生产体系的确立和社会生产活动商品化、社会化程度的加深,将合伙仍视为一种关系,给合伙组织广泛参与经济活动带来了许多不便。大陆法系通过商法来弥补民法典上的合伙制度的不足,从而确立了商事合伙制度。商事合伙与民事合伙的主要区别就是合伙的商号需要注册登记,合伙可以以登记后的商号名义对外从事交易活动。这一做法得到了包括英美国家在内大多数国家的认可。美国的《统一合伙法》体现了这一倾向,而我国的《合伙企业法》则是将合伙直接作为企业(主体)来规范的。关于此,在下面的中外合伙立法章节中还要详细论述。

因此,两种合伙概念不是平行的相互区别关系,而是层次的递进关系。凡是合伙,都是通过契约而联结的,也都具有共同的运行规则,只是从企业(主体)的角度看待合伙,进行立法,发展和补充了以前已确立的合伙规则。下面我们从合伙的法律特征的角度,对此加以论述。

第二节 合伙的法律特征

一、全面认识和理解合伙的最好的途径是把握它的法律特征。

从契约或关系的角度观察,合伙具有以下法律特征,这也是所有合伙共同具有的基本的特征。

(一)合伙因契约而成立。

合伙是合伙人之间的自愿联合,合伙存在的前提是合伙人就出资、利润分享等事项达成一致协议(或称合伙合同或契约)。与其他契约不同的是合伙协议的目的不是在合伙人之间转让财产或提供劳务,而是建立一种长期合作关系,这种合作关系的维系主要依靠合伙人对合伙协议的自觉遵守并本着诚信原则解决随时可能遇到的问题。合伙协议的达成仅仅是合伙关系的确立,要继续维持这种关系还需要不断的“谈判”、协商以及默契的配合。因此合伙可以说是一个连续的交易——谈判——契约过程。

(二)合伙契约的标的是共同营业

营业是一个很宽泛的概念,它泛指一切通过向社会提供物质产品或服务以获取利润的经营活动。一切营业活动都是一种营利活动或商业活动。营业可以由一个业主经营,也可以由两个以上的业主经营。合伙营业是由全体合伙人共同经营的,全体合伙人都是业主,都是所有人。因此合伙的目的就是共同经营管理一种事业。

(三)合伙人之间存在受托信任关系

合伙人的地位是平等的,都是合伙营业的业主,都有权对内经营管理营业事务,对外代表合伙从事交易活动。因此,每个合伙人都是合伙的代理人或代表人,同时也是其他合伙人的代理人。每个合伙人在营业范围内从事的交易活动、缔结的契约对合伙和其他合伙人都产生效力,合伙人在履行职务过程中的侵权行为所导致的责任也由全体合伙人共同分担(如果行为人有过错,该合伙人要对内承担责任)。因此合伙是建立在合伙人之间高度信任基础之上的一种对人关系,它是合伙人相互选择的结果;一旦缺失信任,就意味着合伙的解体。

(四) 合伙人负连带无限责任

合伙是自然人之间的一种联合,任何人对自己的债务承担全部清偿责任是一项最基本的法律原则,因此,全体合伙人也应当对合伙债务承担全部清偿责任。全部清偿的意思是倾债务人全部所有偿还债务。具体到合伙就是用合伙财产和合伙人的个人财产的全部来清偿债务。由于合伙人不仅用合伙财产也用合伙人个人财产承担债务清偿责任,习惯上称无限责任。实际上无限的含义是不限于合伙财产。为了简化债务人讨债程序,提高合伙信誉、维护交易安全,形成了每个合伙人对合伙债务承担全部清偿责任的规则。也就是每个合伙人的债务责任都包含了其他合伙人的责任,因此称连带责任。这也是合伙人都是业主、他们之间存在相互的受托信任关系的必然结果。

(五) 合伙是一种出资、收益、风险融为一体的“共同体”

合伙一般以共同营业、谋取利润为目的,因此需要投资,同时也有风险。合伙正是以合伙人共同投资而设立。其投资比例可能相等,也可以不等。通常利润分享、责任或风险承担

在没有特殊约定的情况下与合伙人的投资比例相一致。但这里的出资、收益与责任或风险相一致的关系,仅是对他们之间的关系而言的。在对外关系上每个合伙人承担的是无限连带责任,而对内仍可以就其他合伙人应承担的份额进行追偿。显然在其他合伙人无偿债能力的情况下,合伙人的责任—风险可能远远大于按出资比例所应承担的责任。因此,合伙既是利益共同体,又是责任共同体。对外的无限责任将合伙人连为一体,加大了每个合伙人的责任和风险。

(六) 合伙不具有法人资格

合伙虽然是共同投资、共同经营、共享收益和共担风险的营业共同体,但是法律上视合伙为自然人的联合体或聚合体,而不是独立的主体。合伙财产为合伙人共同所有,但同时也被视为合伙人的个人财产,亦即合伙没有独立承担责任的独立财产;合伙对外是承担连带责任的一个个的人,而不是被拟制为一个人——法人。因此,合伙仍然是人与人之间的一种契约,一种可以由合伙人自由约定的存在物。

上述从契约的角度来规范合伙的作法与合伙作为对外从事商业交易的营业共同体是相冲突的,于是就有了使合伙上升为某种主体的努力。

如果从主体的角度观察,合伙还具有以下法律特征:

(一) 合伙可以以注册登记后的商号的名义从事经营和诉讼活动

合伙可以起商号(亦称字号),但只有经注册登记后的商号才具有法律意义。合伙的商号一经登记,就如同赋予合伙以主体地位一样,合伙人可以以商号的名义对外从事经营活动、诉讼活动;第三人也可以直接与以商号为名义的行为人

——可能是合伙人也可能不是——订立契约,并让全体合伙人承担履约义务和责任。这样合伙就可以成为独立的行为主体,只是还不是完全独立的责任主体,合伙人仍然对合伙承担无限责任。

(二)合伙可以实行授权经营

传统的合伙规则赋予每一位合伙人平等的经营管理权,但这并不等于说他必须行使,合伙人也可以推选某一个或几个合伙人作为合伙的代表人,代理全体合伙人经管合伙营业。大规模的合伙营业还可以选用经理人员,负责合伙的日常事务。所有这些都大大减化合伙对外代表的繁杂性,提高合伙的运营效率,实现合伙的企业化经营。

(三)某些合伙人也可以承担有限责任

合伙人负无限责任是合伙的一般规则。但在承认有限合伙的国家,合伙中还可以存在承担有限责任的合伙人。有限合伙由承担无限责任的合伙人和承担有限责任的合伙人组成,只是有限合伙人必须放弃参与合伙事务或营业的管理。因此有限合伙的存在在一定程度上修正了原来的合伙规则。

(四)合伙有可能长久存在下去

合伙具有强烈的人合特征,因某合伙人的退出或死亡,或因合伙人之间纷争都可能引起合伙的解散。但是如果进行合理的清退,由原合伙人的继承人或剩余合伙人继续经营,也可以继续维持下去。因此只要当事人愿意,合伙是可以继续延续下去的。

合伙的以上特征使合伙营业更加具有独立性、主体性特征,因而在现代社会中可以作为一种企业形态加以规范和调整。这些特征是合伙在强调社会干预、强调秩序和稳定的现代