

马强·著

HE HUO FA LU ZHI DU YAN JIU

合伙法律制度研究



人民法院出版社

PUBLISHING HOUSE OF PEOPLE'S COURT

合伙法律制度研究

马 强 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

合伙法律制度研究/马强编著. —北京: 人民法院出版社, 2000

ISBN 7-80056-979-9

I. 合… II. 马… III. 合作经济-企业法-研究-中国
IV. D922.292.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 12695 号

合伙法律制度研究

马 强 著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 大 32 开 12.125 印张 304 千字

2000 年 3 月第 1 版 2000 年 3 月第 1 次印刷

印数: 0001—3000 册

ISBN 7-80056-979-9/D·1051

定价: 18.00 元

目 录

导论	1
第一章 合伙源论	13
一、合伙在国外	13
(一) 合伙的起源及其在欧洲中世纪的发展	13
(二) 合伙在近代西方国家的发展	26
(三) 合伙在现代西方国家的发展及其趋势	31
二、合伙在中国	37
(一) 古代中国的合伙	38
(二) 合伙在近代中国	55
(三) 合伙在新中国	61
三、简短的结论	67
第二章 合伙合同	68
一、合伙合同基本问题研究	68

二、合伙合同与其他合同的异同比较研究	70
(一) 合伙合同与一般债权合同的相同之处	71
(二) 合伙合同与一般债权合同的差别	72
三、对合伙合同形式问题的研究	75
四、合伙合同立法的完善	79
第三章 合伙财产	82
一、“合伙财产”确切含义探究	83
二、合伙人的出资	
——对信用(商誉)、单纯的不作为出资的法律思考	90
(一) 信用(商誉)	92
(二) 单纯的不作为	93
三、合伙财产的法律性质	96
第四章 合伙债务清偿问题研究	120
一、合伙债务的清偿责任	121
二、合伙财产和合伙人个人财产清偿债务的顺序	130
三、清偿合伙债务与合伙人个人债务的先后顺序	137
(一) 问题的提出	137
(二) 比较法上之观察	138

(三) 外国法规定之利弊分析及我国 法之走向	141
四、合伙人内部债务承担比例	144
第五章 复合伙	154
第六章 入伙	159
一、入伙程序	159
二、入伙人的责任	163
第七章 退伙及退伙纠纷实证研究	166
一、我国退伙形式立法的现状及不足	166
二、协议退伙	170
三、声明退伙	173
四、法定退伙	177
五、退伙纠纷实证研究	182
(一) 合伙人向经理人声明退伙之效力	182
(二) 合伙人退伙对抗第三人之效力 ——《合伙企业法》第 47 条、 第 56 条之评析	184
(三) 以财产使用权、劳务出资的合 伙人要求退伙应如何处理	186
(四) 退伙时, 退伙人对自己应承担 的债务份额与新的入伙人作了 了结, 退伙人对合伙债务是否 还承担连带责任	187
第八章 法人能否成为合伙人	189

一、法人成为合伙人与法人合伙	191
二、法人合伙与合伙型联营	196
三、法人能否成为合伙人	203
(一) 比较法上之观察	204
(二) 法人能否成为合伙人在中国	207
(三) 我们的看法和结论	
——法人能够成为合伙人	210
第九章 有限合伙	225
一、有限合伙探源与立法例考察	225
(一) 有限合伙制度探源	225
(二) 有限合伙立法例考察	
——以英美有限合伙立法为中 心	231
(三) 简短的结论	241
二、有限合伙基本问题研究	
——以美国法律为中心	241
(一) 有限合伙的设立	242
(二) 有限合伙人与普通合伙人	250
(三) 合伙人撤资和合伙权益的转让	262
三、有限合伙价值论	264
(一) 有限合伙制度的法律价值	264
(二) 有限合伙价值的经济分析	278
第十章 隐名合伙	294
一、隐名合伙基本问题研究	295
(一) 隐名合伙合同的法律特征	295
(二) 隐名合伙合同的效力	298

二、隐名合伙人例外地负出名营业人之责任	301
三、有限合伙与隐名合伙异同之比较	310
四、对我国建立隐名合伙制度必要性的两点看法	314
五、隐名合伙合同与消费借贷合同的异同比较	317
六、对最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》第46条规定的理解	321
第十一章 禁止反言合伙	324
一、禁止反言合伙的概念	324
二、禁止反言合伙的构成条件	328
三、禁止反言合伙类型分析	336
四、禁止反言合伙的责任	342
第十二章 合伙法的未来 ——统一合伙法与统一有限合伙法立法前瞻	345
一、法出多门 ——《合伙企业法》未竟“统一”大业	345
二、所有制立法 ——《合伙企业法》未能摆脱的怪圈	350

三、民商分立	352
——《合伙企业法》留下难解之迷	
四、大势所趋	354
——统一合伙法与统一有限合伙法的制定（兼评民商合一与民商分立）	
参考书目举要	364
后记	374

身 论

合伙，这种源于罗马法的制度，由于其具有迅速筹集资金、设立方便、经营灵活的特点而历经千年不衰。合伙，作为一种经营方式，是在从私人独资企业向公司发展的过程中诞生的，但是，随着公司制度在世界范围内的广泛建立和完善，合伙作为一种过渡性的经营方式，不仅没有被取代，反而却日益成熟、发展。综观世界，市场经济较为发达的国家，均以投资形式为主来划分企业类型，并据此形成了公司、合伙、独资三种独立存在、并行竞争、发展的市场主体基本形态，对其市场经济的发展起着重要作用，这是在长期实践中市场选择的结果，是经济发展的客观需要。我国实行社会主义市场经济，离不开市场主体的参与，我国建立社会主义市场主体，必然适应经济发展的客观需要，摒弃长期以来形成的以不同所有制、不同地域、不同行业、不同部门归属为标准划分企业形态的传统计划经济模式，代之以依财产关系归属、责任承担和组织形式划分为公司、合伙、独资三种市场主体的现代企业方式，使三种企业形态在市场经济中相互并存、不可替代，各自发挥其自身的优势。由于合伙具有独资企业 and 公司无法比拟的优势，因此，合伙作为市场主体的一种企业形态，必将在我国社会主义市场经济中发挥越来越大的作用，扮演越来越重要的角色。

合伙一直是民法学的一个重要课题，但不知出于什么原因，

我国民法学界在长达 30 年的时间里很少有人研究这一问题，在 50 年代出版的民法教学大纲及教材中，既没有关于合伙主体地位的探讨，也没有关于合伙合同的论述。^①《中华人民共和国民法通则》的颁布，标志着我国合伙调整无法可依局面的结束。1997 年 2 月，我国第一部专门调整合伙关系的法律——《中华人民共和国合伙企业法》颁布、施行，《中华人民共和国合伙企业法》的颁布、施行，是我国建立现代企业制度的又一重要举措，这对加强合伙的法律调整无疑具有重要的作用。

《中华人民共和国民法通则》颁布以来，特别是《中华人民共和国合伙企业法》颁布以来，法学理论界开始对合伙予以重视，几年来，关于合伙问题的研究取得了丰硕的成果，但是，应当看到，我国理论界对合伙制度的研究，还存有诸多缺憾，理论研究滞后于实践发展的局面还没有太多的改变。从立法上看，现行法律中，《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国合伙企业法》对合伙制度作了规定，但总的说来，两部法律关于合伙的条文太少，规范、调整的问题十分有限，合伙制度中的许多问题尚未纳入法律调整的范畴，法律调整的“盲区”并未因《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国合伙企业法》的颁布、施行而消失。合伙实践的发展，迫切要求合伙理论的研究要向合伙制度的深度和广度发展，研究新情况，解决新问题。与此同时，许多新型合伙纠纷的大量发生，要求我国尽快完善合伙立法，堵塞漏洞，填补空白，全面规范、调整合伙法律关系，促进合伙稳定、健康地发展。

正是基于我国合伙理论的研究现状和立法现状，作者从我国

① 张新宝等著：《新中国民法学研究综述》，中国社会科学出版社 1990 年版第 104 页。

合伙制度需要解决的众多问题中采撷了合伙合同、合伙财产、合伙债务清偿、复合伙、入伙、退伙、法人能否成为合伙人、有限合伙、隐名合伙、禁止反言合伙等几个急需在理论上澄清和立法上解决的问题进行专题研究。

本文研究的问题大体上分为两部分：第一部分是合伙基本理论问题。这个部分的研究重点放在合伙财产、合伙债务清偿和退伙问题上，应当承认，合伙财产、合伙债务清偿和退伙问题在我国现行法中已有所规定，但其中有些问题尚有从理论上探讨的必要，本文就是围绕这些需要研讨的问题展开创作的。第二部分是关于我国现行合伙法未规定问题的研究，包括法人能否成为合伙人、有限合伙、隐名合伙、禁止反言合伙。这些问题现行法虽然没有规定，但生活中已多有发生，专门研究这些问题的理论价值和立法完善的意义是不言而喻的，同时，从合伙实践的角度来考察，论证这些问题也是十分必要的。

遵循上述写作思路，本文对合伙合同、合伙财产、合伙债务清偿、复合伙、入伙、退伙、法人能否成为合伙人、有限合伙、隐名合伙、禁止反言合伙进行了专题研究：

合伙合同之对于合伙，犹如公司章程之对公司一样重要，举凡合伙出资、财产分配与债务承担、入伙与退伙等诸多问题均端赖于合伙合同。本文重点研讨了合伙合同的性质、合伙合同与一般双务合同的异同和合伙合同形式对合伙的影响等问题。在合伙合同与一般双务合同的差异性方面，作者认为，有关双务合同的基本法理亦应适用于合伙合同，只是在同时履行抗辩权的适用及风险负担制度的适用上应有所限制。在合伙合同形式对合伙的影响问题上，作者认为，尽管我国法律均规定合伙合同应以书面形式为之，但此规定过分绝对，不利于合伙的发展，在审判实践中，应区别对待，不能简单地一概否定口头合伙合同的效力。

为经营合伙事业，必须有相当财产以供运用，合伙目的之达到，各合伙人协力经营固然是其不可或缺的因素，但稳定的合伙财产却是合伙事业成败的关键所在。不仅如此，合伙财产又是合伙债务的担保，合伙债权人的利益能否得以充分保障，交易秩序能否稳定也端赖于合伙财产，正如此，合伙财产才成为合伙制度中的一个至关重要的问题。然而，合伙财产问题确又是一个颇有争议的问题，由古至今，关于合伙人出资类型和合伙财产法律性质的争议一直没有停止过，我国现行法律对这两个问题的规定也不甚具体、明了。本文重点围绕这两个问题进行了研究。关于合伙人出资的类型，作者对已成定论的实物、现金和劳务出资未加论及，重点论及了信用（商誉）和单纯的不作为能否作为合伙人的出资的问题。作者认为，信用是指合伙人在社会上的良好声誉，它是一种广义的财富，是一种财产利益；而单纯的不作为则是指债务人不为一定的行为，在合伙法中主要是指竞业禁止，就性质而言，不为竞争营业，消极地也为合伙人的利益。由于信用和单纯的不作为都体现为财产利益，作者认为信用（信誉）和单纯的不作为完全可以作为合伙人的出资。关于合伙财产的法律性质，作者认为，合伙财产是由合伙人的出资和合伙经营积累的财产所组成的，由于合伙经营积累的财产体现为共同共有的性质，因此，合伙财产的法律性质将更多地取决于合伙人的出资，本文重点考察了对合伙财产的法律性质起决定作用的合伙人的出资。作者认为，由于合伙人出资的法律性质不同，导致合伙财产的法律性质不同，因此，合伙财产的法律性质应当以共同共有和准共同共有为普遍原则，以个人所有为特殊原则。

合伙债务的清偿问题是本文阐述的另一基本理论问题。任何一个合伙，不论合伙人的信誉多高，资本金多么雄厚，都不可避免地要解决合伙债务的清偿问题，因为合伙债务的清偿，不仅关

系到各个合伙人之间的财产利益、损益得失，而且直接关系到合伙债权人的债权能否充分实现，直接关系到整个社会交易秩序的稳定，可以说，合伙债务的清偿问题解决的好与坏是合伙能否存在和发展的前提。本章重点阐述了以下四个问题：

第一，合伙债务的清偿责任。就世界范围言之，合伙债务的清偿责任的承担有分担主义和连带主义两种规定。分担主义就是合伙的债权人求偿债权时，对于每个合伙人仅能按其出资比例或损益分配比例请求清偿，要求其承担无限责任。连带主义就是合伙的债权人对于合伙债务可以对合伙人中的一人或数人或全体成员，同时或先后请求清偿全部或一部，合伙人中的一人如果被请求清偿全部债务时，即应清偿全部债务，不得以有其他合伙人为由主张按其各自分担部分清偿。作者认为，分担主义和连带主义各有利弊，但总的说来，分担主义弊多利少，其最大弊端在于对债权人的债权保护不利，市场经济要求法律侧重保护债权人的利益以维护交易秩序的稳定，而连带主义最能保护债权人的债权，因此，我国现行立法采用连带主义是十分正确的。

第二，合伙财产和合伙人个人财产清偿债务的顺序。关于合伙财产和合伙人个人财产清偿债务的顺序，世界上主要有并存主义和补充连带主义两种立法例。所谓并存主义，是指对合伙债务，用合伙财产和合伙人个人财产承担连带清偿责任，债权人可就合伙财产和合伙人个人财产选择求偿。而补充连带主义是指对合伙债务，债权人应首先要求以合伙财产作为清偿，合伙财产不足清偿时，各合伙人就不足部分连带负其责任。作者认为，并存主义虽然对债权人债权的实现非常有利，但该原则对债务人的要求过严，施加了过重的义务，而补充连带主义在充分保护债权人的债权的同时，又合理地保护了债务人的利益，因此，我国现行法采补充连带主义十分合理。

第三，清偿合伙债务与合伙人个人债务的先后顺序。这是一个我国现行法律并未规定而合伙实践中却又必然面临的问题，世界各国立法为解决此问题确立了合伙债权优先原则和双重优先权原则。合伙债权优先原则是指合伙债权人就合伙财产优先受偿，不足部分，与合伙人个人债权人就合伙人个人财产共同受偿。双重优先权原则是指合伙人个人的债权人优先于合伙的债权人从合伙人的个人财产中得到满足，合伙债权人优先于合伙人个人的债权人从合伙财产中得到满足。本文结合双重优先权原则在国外的最新发展，重点探讨了双重优先权原则的合理性及我国未来立法采此原则的可行性。本文指出：合伙债权优先原则体现了合伙债务清偿的彻底性和无限连带性，保护了合伙债权人的利益，但是，这种保护是以牺牲、损害合伙人个人债权人的利益为前提的，是建立在合伙人个人债权人债权无法实现的基础上的，它漠视了合伙人个人债权人的利益，对于合伙人个人债权人是不公平的。相反，双重优先权原则强调企业的债权人立足于企业财产，个人的债权人立足于个人财产，区分了合伙债务和合伙人个人债务的不同，划分了合伙债务和合伙人个人债务的不同，划分了两种财产的性质，更强调合伙债务应当用合伙财产偿还，这更符合合伙的特征，因此我国未来的合伙立法和审判实践应当采用双重优先权原则。

第四，合伙人内部债务承担比例。合伙人内部各自承担债务的比例决定着合伙人承担债务清偿责任的大小，直接关系到合伙人的切身利益，因此，确定各合伙人的债务承担比例至关重要。对这一问题，各国规定不同，大体上有四种立法例。论文在详细比较了四种不同立法例的优缺点的基础上得出这样的结论：关于合伙人内部各自承担债务的比例，合伙合同约定了损益分配比例的，则从约定；如果未约定损益分配比例的，则按出资比例负担

损失。即：在合伙人债务内部分担比例上，应当坚持以合伙人约定为主，以法定比例为补充的原则，有约定的，从约定；未约定的，从出资比例。《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国合伙企业法》、《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）》及《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》等的规定均有不妥之处，应当修正之。此外，本文还对合伙人既约定了盈余分配比例，同时又约定了亏损分担比例，但是两者又不一致时适用哪种比例的问题进行了研究，作者认为，于此情形，应当充分尊重当事人的意愿，分别适用两种不同的比例。

复合伙是指一个合伙人同时参加两个或两个以上的合伙。复合伙为多国合伙法所允许，我国现行法也未禁止。作者在剖析了复合伙的弊端的基础上得出了这样的结论：在我国法律不完善，特别是破产法尚未对自然人、合伙企业和独资企业的破产问题作出明确规定的情况下，允许复合伙的存在弊大于利，我国应当禁止复合伙。

入伙和退伙从性质上均属合伙人的变更。关于入伙，本文论述了入伙程序和入伙人的责任，重点分析了入伙人是否应对其入伙前的合伙债务承担清偿责任的问题。关于退伙，本文论述了现行法规定的几种退伙形式，并对实践中经常发生的退伙问题进行了实证研究。

法人能否成为合伙人问题在我国合伙实践中占有很重要的地位，我国现行法律是否允许法人参与合伙，牵涉到现已组成的法人合伙向何处去的问题，针对我国目前法人参与合伙中存在的诸多问题，本文择其要者重点阐述了下面三个问题：

第一，法人能否成为合伙人与法人合伙。这两个概念在实践中常被混同，甚至在许多人看来，法人能否成为合伙人与法人合

伙是一回事。不可否认，在特定条件下，这两个概念在外延上常有交叉和重复，但实际上二者并非是相同的概念，法人能否成为合伙人所要解决的是法人是否具备合伙人资格的问题，法人具有合伙人的资格，才能参加合伙。而法人合伙是与个人合伙相对应的合伙的分类，是合伙的类型划分。因此，法人能否成为合伙人与法人合伙是互为因果的关系，前者是后者之因，后者是前者之果，有果必有因，但有因不一定必然有果，二者不能混淆。

第二，法人合伙与合伙型联营。长期以来，许多学者认为合伙型联营就是法人合伙，其实仔细分析，二者并非同质。从《中华人民共和国民法通则》第52条对合伙型联营的规定上看，合伙型联营以各个成员对联营债务承担无限责任为常态，而以各个成员对联营债务承担无限连带责任为例外，就此点观之，在多数条件下，法人合伙有别于合伙型联营，二者的区别，主要体现在合伙成员对合伙债务承担责任的性质上。

第三，法人能否成为合伙人。这是本章重点研究的内容。作者在比较了外国法对法人参加合伙问题规定的基础上指出，我国现行立法禁止法人参加合伙的理由是值得推敲的：首先，公司责任和股东责任是两种性质不同的责任，法人参与合伙，并不会使股东承担无限责任，在今天，对“法人的责任是有限的”的观点，很有重新加以研讨的必要。其次，法人参加合伙，并不当然地使法人母体受制，因为是否参与合伙，是法人自主经营权的外在体现，悉由法人自主决定。再次，事业单位法人能否参加合伙不能一概而论，对于企业化管理、以营利为目的的事业单位法人，应当允许其组成合伙。最后，法人参加合伙与国有资产流失没有必然的联系，在立法上，不能因噎废食。在我国，不仅有国有企业法人，还有私营企业法人，合伙法禁止法人合伙，这无疑将与国有资产流失毫无干系的私营企业法人也排斥于合伙之外，