

关于合伙的几个问题

方流芳

合伙是独资企业与企业法人之间一个承前启后的枢纽，合伙的内部关系与外部关系又一一涉及民事主体、财产权、法律行为、债务与责任等重要的民法内容。因此，从不同的侧面来剖析合伙关系，不仅有助于完善我国的合伙法，而且对深入研究民法的其他组成部分也有触类旁通的启迪意义。

一、关于法人作为合伙人的权利能力

对于法人能否作为合伙人，学理上有禁止主义和许可主义两种不同的主张，反映在立法上就有两种截然相反的规定。

瑞士《债务法》第552条、第553条明文禁止法人成为合伙成员。日本《商法》第55条规定：“公司不得为其他公司的无限责任股东”。国民党政府制定的中国《公司法》第20条规定：“公司不得为他公司之无限责任股东或合伙事业之合伙人。”新中国成立之后颁布的《私营企业暂行条例》第20条规定：“公司组织的企业不得投资他企业为无限责任股东。”

禁止一个企业兼有法人与合伙人双重身份，被认为是对法人权利能力的一种限制，其理由如下：

第一，一个有限责任性质的企业成为合伙人，是与合伙关系的性质背道而驰的，因为法律要求合伙人对合伙债务连带承担无限责任。

第二，法人成为合伙人之后，法人的经营活动将受制于全体合伙人的共同意志，其后果是法人的董事会失去控制能力。

第三，法人加入合伙意味着法人财产的转投资，这一方面造成法人财产的不稳定状态，影响法人对债务的清偿能力，使法人的债权人难以得到可靠的财产保证；另一方面，又对股东利益构成潜在威胁，因为股东的同一投资将为公司的经营活动与合伙的经营活动承担双重风险。

与此相反，另一些立法则无条件地确认法人具有成为合伙人的权利能力。

美国《标准公司法》第4条第16款规定，公司可以“充当任何合伙、合营企业、信托或其他企业之发起人、合伙人、成员、合作者或经理”。美国《统一合伙法》第6条规定：“合伙是两人或两人以上作为共有人，以营利为目的而从事经营之组合。”该法第2条对“人”所作的解释是：“‘人’包括个人、合伙、公司及其他组合。”在法国，通过注册取得商人身份的自然人、合伙、法人都可以成为合伙成员。^①

根据《德国商法典》，合伙成员也不是仅仅限于自然人，象股份有限公司或有限责任

^① Cf, Jaques Heenen, "Partnership and other Personal business associations for profits", 24.

公司这样的企业法人可以成为合伙人，一个合伙人或有限合伙又能成为另一个合伙的成员。^①《苏俄民法典》第434条所规定的合伙，主要是指若干“社会主义组织”共同经营，但又“不转交给作为法人的组织进行经营管理的企业或机构”。由于法律禁止公民与“社会主义组织”结成合伙，公民之间的合伙又只能限于“满足个人日常生活需要”，不能从事营利性活动，所以，《苏俄民法典》所规定的合伙，其成员主要是公有制性质的企业法人。

主张法人可以兼有合伙人身份的理由如下：

第一，公司成员对公司的责任以投资为限，这一性质决不会因为公司加入合伙而有任何变化。因为，公司与公司成员是彼此独立的两个主体，双方对外并无权利、义务的牵涉；公司作为合伙人的连带无限责任意味着它不仅以出资，而且以公司所有或经营的其他财产作为清偿债务的保证，但公司的责任在任何情况下都不会转化为公司成员的责任，所以，由公司加入合伙推导出公司成员由有限责任变为无限责任是毫无根据的。

第二，一个公司参加任何形式的企业联合，都会程度不等地削弱该公司董事会对公司的控制能力。如果以此作为禁止法人加入合伙的正当理由，那么，一切形式的企业联合都将无法存在。

第三，公司的转投资是公司根据自己的意志和利益，以所有者或经营者的身份处分公司财产的物权行为。既然确认公司的法人地位，就没有理由限制公司处分财产的权利能力。公司对合伙的投资使公司成为合伙财产的共有人之一，公司在合伙财产中的应有份也是公司财产的一个组成部分，因此，公司本身的财产并未因为转投资而减少。相反，一个公司对另一个公司的转投资，倒是必然会减少公司财产。此外，公司对合伙的投资，未必会减少公司的注册资金，因为，公司可以用它的利润来进行投资。

根据《民法通则》，我国的企业法人与事业法人拥有成为合伙人的权利能力。《民法通则》第52条规定：企业之间、企业与事业单位之间共同经营而又不具备法人条件的，“以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任”，“依照法律规定或者协议约定负连带责任的，承担连带责任”。

根据《经济联合组织登记管理暂行办法》（《国务院公报》，1986年第13号），不具备法人条件但又作为“经济联合组织”登记注册的联营应在章程中载明“利润分配和承担连带经济责任的具体方案”，向工商部门递交“承担连带责任的证明文件”，在营业执照的“注册资金”一栏中注明“联合成员承担连带责任”。可见，共同经营而又不具备法人条件的联营，其成员对联营债务的连带责任，是一种法定责任。

“连带责任”意味着“每个债务人，都负有清偿全部债务的义务”；联营各方“各自所有的或经营管理的财产”又包括各方以自己名义所有或经营的财产和各方以联营名义共有的财产。从“不具备法人条件”和责任不以投资为限这两点来看，法人在我国是可以通过联营形式组成合伙的。

二、关于法人合伙与个人合伙的划分

在我国《民法通则》中，公民合伙与法人合伙是截然分开的。前者作为自然人的集合体列入“公民”一章，后者作为“联营”的一部分列入“法人”一章。这就留下了一个法律上的空白：自然人与法人之间的合伙，既不属于个人合伙，又不属于联营，因而在民法中处于

^① Norbert Horn, "German private and commercial law", 498.

一种身份不明确的状态。但是,一些经济政策和经济法规却又鼓励自然人与法人之间的联营,联营又可采用合伙形式。例如:1983年国务院有关规定指出,“社队与国营企业、社员联营企业、家庭小工业之间也可以联营”^①;《中共中央关于1984年农村工作的通知》指出:“鼓励农民向各种企业投资入股;鼓励农民和集体本着自愿互利的原则,将资金集中起来,联合兴办各种企业”;1984年《全国个体工商业和合作经营组织管理工作会议纪要》指出,“个人同国营、集体单位联营,可参照《国务院关于城镇劳动者合作经营的若干规定》办理,其经济性质不变,保持原来的生产资料所有权,承担原来对国家、社会应负的责任”;1986年国务院《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》又重申“经济联合不受所有制限制”。

在商品经济关系中,把个人合伙与法人合伙截然分开并没有什么现实意义。既然法人、自然人都有资格成为合伙人,两者作为合伙成员的权利、义务又没有什么差别,那么,借鉴国外立法的经验,制定适用于一切民事主体的合伙法也许更合理一些。

三、清偿合伙债务与合伙人个人债务的先后顺序

如果对合伙人连带责任进行深入分析的话,我们还会发现这样一个问题:如果同时存在合伙债务与合伙人个人债务,应当如何确定清偿这两种债务的先后顺序?当合伙与合伙人都处于资不抵债的困境时,这就成为一个十分尖锐的问题。

在英美合伙法中,合伙人个人的债权人优先于合伙的债权人从合伙人的财产中得到满足,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,“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”。^②易言之,合伙财产优先用于清偿合伙债务,个人财产优先用于清偿个人债务,这是衡平法院在两个多世纪之前就确立的资产摊派规则(marshaling of assets)或称为“双重优先权”(dual priorities)。

美国的《联邦破产法》已明确接受了“双重优先权”规则,该法第5条第7款规定:“来自合伙财产的净收益应用以清偿合伙债务,来自普通合伙人个人财产的净收益应用以清偿个人债务”,“合伙人清偿了全部个人债务之后还有剩余财产的,其剩余部分得于必要时添加到合伙财产中,用以清偿合伙债务。”^③

在德意志联邦共和国,“合伙可以被宣告破产,这对合伙的债权人是有利的:他可以先于合伙人个人的债权人从合伙财产中得到清偿。”

我国在司法实践中也采用过“双重优先权”规则,1957年最高人民法院的一个批示曾经指出:“关于合伙经营的企业与独资经营的企业均负有债务,独资企业无力偿还时,拍卖合伙企业的财产,应先清偿合伙企业的债务,然后才能就各合伙人按比例分得部分,清偿其独资企业所负债务。”^④

我认为,“双重优先权”是对合伙人连带无限责任的必要补充。如果仅仅有合伙人对合伙债权人的无限连带责任而没有“双重优先权”,合伙人个人的债权人有可能无法从合伙人

① 见《国务院公报》1983年,第5号。

② Rate A. Howell, *Business Law*, 539, "Firm creditors in firm assets and individual creditors in individual assets"

③ Roscoet Steffen, *Agency—Partnership*, 275, 272.

④ 见“民事手册”(最高人民法院编),第一集(下),第397页。

个人财产中得到清偿。因此,“双重优先权”公平合理地维护了合伙债权人与合伙人个人债权人双方的利益,使两者都有均等的机会从合伙共有财产与合伙人个人财产中得到清偿,它是一个值得借鉴的合伙法原则。

四、关于合伙在民事实体法中的地位

一些学者之所以否认合伙为一种独立的民事主体,是与大陆法系的传统影响分不开的。

近代民法理论是个人主义思潮的产物,它在观念上被认为是以个人为本位的私法。个人意思自主在私法关系中居于至高无上的地位,这就是所谓“私法自治”。对民法体系产生了重大影响的法国大革命使人们摆脱了中世纪的专制、黑暗和愚昧,发现了个人的尊严、个人的权利和个人的价值,而“法人”、“公司”、“团体”这一类概念却使人联想起窒息了个人活力的教会、商人的特权和专横的行会组织。当时认为,只有自然人的财产才受法律保护,因为只有单个的自然人是财产的所有者;团体和教会的人格纯粹是法律的虚构,因此它们的财产应当返还给社会。

法国革命所激发的非团体思潮给法国民法打下了不可磨灭的烙印:1804年问世的《法国民法典》完全摒弃了法人这一概念,在《法国民法典》中唯一的民事主体是自然人,一切由自然人所组成的团体都没有法律人格,因此,在合伙关系中,主体当然是独立存在的合伙人而不是合伙组织。1979年重新修订的《法国民法典》仍然没有关于法人的专门条款,但是却有两处未加解释地使用了“法人”这一术语,而这两处正是确认合伙具有法人资格的第1842条与第1844—8条,这确实是一个有趣的变化。

德国民法典首先确认法人为独立的民事主体。于是,出现了法人与自然人并存的民事主体制度。但是,在法人与自然人之外并不存在第三种民事主体。合伙既不是单个的自然人,也不是法律拟制的“人”,它当然没有作为主体的资格,只能是主体之间的合同关系。国民党政府制定的中国民法典沿袭德、日民法体系,把合伙作为契约之一种列入债编,这对我国当代的合伙法理论仍然或多或少地产生着影响。

恩格斯说:“……私法本质上只是确认单个人之间现有的,在一定情况下是正当的经济关系”。^①合伙作为一个自然人的集合体之所以不具有私法上的主体地位,显然只能从崇尚个人主义而贬抑团体观念的私法理论中得到解释。

但是,近年来无论在大陆法国家还是在英美法国家都对合伙的法律地位作了新的规定:由1978年第9号法令重新修订的《法国民法典》第1842条规定:“除本编第三章所规定的共同冒险外,合伙自登记之日起具有法人资格。”^②在美国,《统一合伙法》与各州的制定法,使合伙可以象法人一样以商号的名义拥有不动产、宣告破产、起诉和被告;由合伙行为而产生的法律后果首先涉及合伙,合伙财产不足以清偿债务时才涉及合伙成员,诸如此类的规定使合伙基本上具有与法人相同的权利能力和行为能力。所以,有些美国学者认为:“合伙与公司在美国都是法人,但又不是同一类别、同一层次的法人。”^③

自然人为唯一的民事主体曾经被认为象几何公理一样可靠,但是,法人的出现则使民事主体由个人本位演变为自然人与法人并举;法人责任与法人成员责任的分离曾被视为法人的

① 《马克思恩格斯全集》第4卷,第428页。

② 引自JOHNH. CRABB所译《法国商事企业法》(英文)。

③ Robert Corley, Principle of Business law, 628.

基本特征,但是,有些国家的立法确认合伙为法人,则使法人分裂为有限责任与无限责任两个部分。这种变化说明:现实生活不断地向民法理论提出挑战,并迫使它适应现实生活的变化。所以,对合伙法律地位的认识也不必囿于前人的见解而不敢越雷池半步。

我认为,在民法所调整的商品交换过程中,凡是能够以自己的名义合法地转让商品所有权,同时又能够以自己的名义合法地接受商品所有权转让的个人或团体,都是民事主体。换言之,个人或团体即使不是商品的所有者,但只要他能够作为一个独立的商品交换者来处分该商品的所有权时,他就具有民事主体的资格。合伙无论是由自然人组成、由法人组成,还是由两者混合组成,都能够作为商品交换关系的一方来处分商品所有权,所以,合伙是自然人与法人之外的一种民事主体。

(作者单位:中国人民大学法学研究所)

责任编辑:张广兴

试论共同危险行为

杨立新

共同危险行为也叫准共同侵权行为。它是指二人及二人以上共同实施有侵害他人权利的
危险的行为,对所造成的损害后果不能判明谁是加害人的情况。例如,数人均有加害行为而致
损害,如果这一损害的发生是由于全体行为人的行为所致,这是共同侵权行为;如果这一损害
的发生是由其中一人或部分人的行为所致,而且已经判明谁是加害人,这是一般的侵权行为
或共同的侵权行为,已经判明与损害没有因果关系的行为人不负赔偿责任;如果损害事实
确已发生,并且可以判明损害确系数人的危险行为所致,而不能判明谁是加害人,这就是共
同危险行为。

共同危险行为的特征有以下四点:

第一,行为是由数人实施的,这是共同危险行为的数量特征,也是共同危险行为成立的
前提。一个人实施的行为造成损害是不能叫做共同危险行为的。

第二,行为的性质具有危险性,这是共同危险行为的质量特征。这种危险性指的是侵害
他人合法权益(财产权、人身权)的可能性。这种危险性主要表现为:“虽无意,有可能,
无定向”。其一,从主观上看,行为人没有致人损害的故意,在数人中,既没有共同的故
意,也没有单独的故意,只存在疏于注意义务的共同过失。其二,从客观上看,数人实施的
行为有致人损害的可能性。没有致人损害可能性的行为就不是危险行为。例如,数人在一起游
览,这种行为没有致他人损害的可能性。数人在一起燃放烟花,就有致害他人的可能性。前
者不是具有危险性的行为,后者则是具有危险性的行为。对这种可能性的分析,可以从行为