

# 关于合伙理论与实践的几个问题

魏振瀛

随着经济体制改革的发展，合伙经营方式被广泛采用。《民法通则》对合伙的基本问题作了规定，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《意见》），作了司法解释，为处理合伙关系提供了法律依据。合伙的立法和实践，为合伙法律理论研究开辟了广阔的天地，同时也为法学界提出了新的研究课题。

## 一、关于合伙的法律地位问题

《民法通则》对个人之间的合伙在公民一章中作了规定，对法人之间的合伙以联营的称谓在法人一章作了规定（第52条），在立法体系上具有新颖性、先进性。但是，由于规定比较原则，特别是将个人合伙和法人合伙分别规定在公民和法人两章中，法学界对合伙的法律地位，即是否是独立的民事主体，有不同的观点。

笔者认为，从《民法通则》的条文看，可以作两种不同的理解。即可以理解为合伙是民事主体，因为《民法通则》将合伙规定在民事主体（公民、法人）部分。也可以理解为合伙不是民事主体，而是公民或法人参加民事活动的特殊形式，因为将个人合伙与法人合伙分别规定在公民和法人两章中。这是理论性和实践性很强的法律问题，不仅需要从理论上作进一步的论证，更需要在实践中总结经验。笔者的基本观点是：合伙可以成为民事主体，但必须是有条件的，不是一切合伙都可以成为民事主体。一个社会组织要象自然人那样成为独立的民事主体，需要有独立的财产，能以自己的名义进行民事活动，享有民事权力，承担民事义务和民事责任，这种社会组织就是法人。合伙是介于自然人和法人之间的一种社会组织，合伙有相对独立于合伙人的合伙财产，合伙可以起字号，以自己的名义进行民事活动，享有民事权利，承担民事义务，在通常情况下是以合伙财产承担民事责任，只是在合伙组织资不抵债的情况下，才由合伙人承担连带责任。因此，合伙组织可以成为民事主体。合伙要成为民事主体，除具备合伙的一般条件外，还应具备下述三个条件：

（一）需要有合伙字号，对外以合伙的名义进行民事活动。

作为民事主体的合伙必须有代表其组织的字号（名称），否则仅是各个合伙人的集合，只能以合伙人为主体。《民法规则》第33条规定：“个人合伙可以起字号”，但并未规定合伙必须起字号。实践中有些合伙并未起字号或合伙企业名称。例如合伙人数少、资金少、规模小的加工承揽、饮食服务、农副产品运输等合伙，往往不起字号，对外进行民事活动以全

体合伙人或合伙人代理人的名义进行。对这类合伙不应赋予民事主体资格。《意见》第45条第2款规定：“未起字号的个人合伙，合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的，可以推举诉讼代表人参加诉讼，诉讼代表人的行为，对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人，应当办理书面委托手续。”这一规定既简化了诉讼手续，又对全体合伙人发生法律效力，无疑是科学的方法。根据这一规定可以推断，既然这类合伙不能成为诉讼主体，那么未起字号的合伙，合伙人在民事活动中为共同的当事人，合伙不能成为民事主体。在民事活动中，未起字号的合伙的合伙人也“可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营活动，由全体合伙人承担民事责任。”<sup>①</sup>按照传统民法的规定，合伙不是民事主体，合伙人的民事活动和民事诉讼都以全体合伙人为当事人参加，颇为不便。《民法通则》和《意见》的规定符合我国实际，也符合世界各国合伙立法的趋势。

### （二）需有必要的登记制度。

从我国的实践看，企业登记制度还不够严格，缺乏必要的监督制度，是经济秩序不稳定的原因之一。早在1962年12月30日国务院发布的《工商企业登记管理试行办法》规定，应依本法的规定办理登记的，包括国营，地方国营，公私合营的工商业企业，也包括个体工商业者。将具有法人资格的企业和个体工商业者的登记同等要求，同等对待，从民事主体制度角度看，不够妥当。1986年3月31日国家工商行政管理局发布的《经济联合组织登记管理暂行办法》规定：承担连带责任的半紧密型的经济联合组织其注册资金不再规定最低限额，也可免于申报。上述规定体现了对法人与非法人登记的要求区别对待，是正确的。1986年11月27日《国家工商行政管理局关于执行〈民法通则〉对个人合伙登记管理的通知》规定：“对新申请的个人合伙，经审核符合条件的，发给个体工商户营业执照，按个体工商户管理。”至今还没有关于合伙登记的详细规定，实践中掌握不严，漏洞较多。如果缺乏必要的登记制度，一个合伙组织的合伙人的情况不明，资信情况不清，却赋予它民事主体资格，一旦资不抵债，很容易发生隐瞒合伙人数，故意逃避债务的情况，债权人的利益难以保障，这种情况在实践中时有发生。笔者认为对于不同类型的合伙，不必要也不应当实行统一的登记制度，也没有必要都赋予其民事主体资格。有些小规模合伙应给予灵活方便的登记管理办法，有的甚至不必登记（事实上一些临时性的合伙并没有强求登记）。

对于要求起字号成为民事主体的合伙（主要是指规模较大的合伙或法人之间的合伙）则应有较为严格的登记制度，以便于监督。对作为民事主体的合伙的登记要求应当严于非民事主体的合伙，而宽于法人，这样才能适应不同的经营方式的需要，有利于经济的发展和经济社会秩序的稳定。

### （三）需要有限制性规定。

具有民事主体资格的合伙是否能以合伙的名义参加其他合伙组织，成为其他合伙组织的成员，或者与其他合伙组织共同建立新的合伙组织？这是值得研究的问题。根据合伙的基本特征，通常合伙人（包括公民和法人）对合伙的债务承担连带责任。如果上述两种情况发生，将会使合伙人承担双重或多重的连带责任，会带来较多的问题：1.多重的合伙登记，手续烦琐，难以监督。2.合伙组织的相对人难以了解和掌握合伙组织的资信情况，容易产生疑虑，对合伙经济的发展不利。3.合伙组织的财产分散，降低合伙组织的相对独立性。在这种

<sup>①</sup> 《中华人民共和国民法通则》第34条第2款。

情况下，给合伙组织以民事主体资格，难以保护交易安全。要赋予合伙组织以民事主体资格，就应当限制其参加另外的合伙组织，在我国商品经济不够发达，法制不够健全的情况下，尤其应当强调这一点。

综上所述，只有具备了上述三个条件，合伙组织才能以自己的名义进行民事活动，享有民事权利，承担民事义务和责任（在资不抵债时才由合伙人承担连带责任），成为民事主体。

## 二、关于合伙财产的性质问题

《民法通则》第32条规定：“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。”本条对合伙人投入的财产的所有权归属，未作明文规定，因而有不同的理解。一种观点认为合伙人投入的财产仍归合伙人所有，只是由合伙统一管理和使用。另一种观点认为合伙人投入的财产归合伙人共有。第三种观点认为《民法通则》未明确合伙人投入的财产所有权的归属，是种灵活性的规定，合伙人可以商定归合伙人所有，也可以商定归合伙人共有。从条文本身来看，第三种意见较为符合立法精神，但这仅是对条文的文字解释。从立法史料看，还可以作实质性解释。1983年4月13日发布的《国务院关于城镇劳动者合作经营的若干规定》（以下简称“规定”）指出：“合作经营组织成员入股的资金或其他财物仍属个人所有，归合作经营组织统一使用和管理。”“规定”发布时还处于改革初期，对合伙经营与合伙的界限没有严格区别，这个“规定”实质是关于合伙的规定。当时政策上鼓励公民联合经营，考虑到公民可能担心参加合作经营出资的财产会变为公有，因此作了上述规定。《民法通则》与“规定”相衔接，但对“规定”作了较好的修改，是上述政策的延续和发展。《民法通则》对合伙人投入的财产的归属，为合伙人留下灵活处理的余地，合伙人可以约定投入的财产归合伙人共有，也可以约定由合伙人统一管理和使用，所有权仍归出资人自己所有。

如果合伙人约定投入的财产归个人所有，由合伙人统一管理和使用，合伙人的内部财产关系会发生以下几种情况：

第一，根据《民法通则》第72条规定的精神和所有权原理，标的物的意外毁损灭失的风险由所有人承担，其他合伙人不承担责任。例如，甲乙二人合资开磨坊，承揽加工面粉。甲以房屋两间10年的使用权作为出资，乙以电磨一台10年的使用权作为出资。假若在合伙经营过程中，因雷击电磨被烧毁，其损失由所有人乙承担，甲不承担责任。这样看起来似乎不公平，但是假若甲乙坚持这样约定，法律上无须干预。事实上这种约定不会太多。

甲乙二人经营的盈利如何分配？仅从出资角度看，需要将房屋和电磨的10年的使用权折价，按比例分配，实质是类似按在共有财产中所占的比例分配。因此，上述“使用权”，属于物权性质。合伙人约定对投入的财产由合伙人统一管理和使用的，可以适用关于共有的法律规定，其性质属于“准共有”关系。

第二，如果上述合伙人甲乙约定，投入的财产发生意外毁损灭失，双方按投资比例承担，则电磨遭受意外毁损灭失时，由甲乙按出资比例承担。具体承担方式可分两种：一是按标的物的价值比例承担，如果电磨折价为一千元，则甲乙各承担 $1/2$ 为500元。也可以约定按电磨的10年的使用权折价分担。若折价为600元，则各承担 $1/2$ 为300元。这种承担方式实质上就是合伙人对共有财产损失的承担方式。其性质也属于“准共有”关系。

第三，如果甲乙丙三人合伙开磨坊，甲乙出资的形式和折价同上例，丙出小麦若干，折价1000元或600元。小麦是可消费物，不能以使用权出资，投入后其所有权只能归合伙人共有。在这种情况下，小麦若发生意外毁损灭失，则应由甲、乙、丙三人各承担小麦价1000元或600元的 $\frac{1}{3}$ ，在这种出资形式下，甲乙丙按出资财产的价值和使用价值的折价比例分享盈利，承担亏损，其财产关系也属于“准共有”关系。

### 三、关于合伙关系的认定问题

合伙的基本特征是合伙人共同出资，共同经营，共享收益，共担风险，这是各国法律规定所体现的一般特征，但各国法律规定又有不同。《民法通则》第30条规定：“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。”这条规定中把技术也作为出资的一种形式，具有时代特点。把共同劳动规定为个人合伙的一项条件，反映了我国合伙的社会主义特点。这一规定主要是与当时已经出现的名为合伙实为雇工较多的私有独资企业相区别。由于经济体制改革的发展，合伙关系又出现了一些新形式。为适应新的情况，《意见》第46条对《民法通则》第30条的规定作了新的解释，指出：“公民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。”实践中对该条规定有不同的理解。一种观点认为这里说的参与盈余分配包含着对合伙债务承担连带责任的意思。主要理由是根据权利与义务相一致原理，参与盈余分配就应承担风险。这种观点对于约定参与盈余分配，未明确约定一方承担亏损责任，是合适的。问题在于对于约定参与盈余分配，并约定不参与经营管理，也不承担亏损责任的，是否认定为合伙。例如，甲乙双方约定，甲出资若干元，不参与经营管理，不承担亏损责任。乙方按期付给定额利润和超额利润分成。后来乙方经营不善，造成亏损欠债。对此有一种观点认为这是甲出钱，乙管理，是分工合作，应属合伙关系。根据权利义务相一致原则，应当让甲承担亏损责任并承担连带责任。笔者认为这不是合伙，实际上是借贷关系。这里所谓利润实质上是利息。如果利息太高，应按高利贷处理。如果当事人超越经营范围非法借贷，按无效合同处理。同样的道理，以联营为名，实质上是高价出租房屋的，应按借贷关系处理，违法收取高额租金的，应依法处理。

值得研究的是一方出房屋、土地，参与经营管理活动，收取定额利润和超额利润分成，不承担亏损的，是否应认定为合伙？这是改革中出现的新情况，对此，可考虑以下三种处理方案：1.根据关于合伙的法律规定，不是合伙合同（或联营协议），认定合同无效。2.认定为显失公平的民事行为，根据《民法通则》的规定，按可变更或可撤销的民事行为处理。3.若无违法内容，可认定为无名合同，按照当事人签订的合同或民事法律行为的一般规定处理。第三种方案可能较为合适。

### 四、关于合伙债务承担问题

《民法通则》规定，个人合伙的合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。合伙人承担连带责任与以合伙财产清偿债务之间的关系如何，《民法通则》未明确规定。对此各国立法例上有两种处理方法：一是债权人可以就合伙财产或合伙人个人单独所有的财产，选择请求偿还，两者没有先后次序之分，学者称之为并存主义。另一种是合伙的财产不足清偿债务时，合伙人对于不足部分负连带责任，学者称之为补充主义。前者对债权人

最为有利，但对债务人失之过严。从我国的习惯看，采取并存主义并不易执行，采取补充主义为好。

《民法通则》第35条第1款规定：“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。”《意见》第57条对“以各自的财产承担清偿责任”作了解释，指出“合伙人以个人财产出资的，以合伙人的个人财产承担；合伙人以其家庭共有财产出资的，以家庭共有财产承担；合伙人以个人财产出资，合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的，应先以合伙人的个人财产承担，不足部分以合伙人的家庭共有财产承担。”这与《民法通则》第29条的规定相适应。该条规定：“个体工商户，农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。”上述规定，分清了个人的财产责任与家庭的财产责任，可以避免责任不清，相互“连坐”。

家庭成员中的一人以个人的财产出资参加合伙，收益归个人所有，合伙的亏损当然应由个人承担，而家庭的其他成员不承担责任，因为家庭其他成员与合伙没有财产关系。

合伙人以其家庭共有财产出资的，是合伙人为了家庭财产共有人共同的利益而参与合伙的经营活动，分得的盈余归家庭共有，合伙的亏损自应由家庭共有财产承担，而不应由合伙人个人承担。如果以家庭共有财产承担仍不足弥补合伙亏损的如何处理？《意见》未作规定，对此有不同的理解。一种观点认为“合伙人以其家庭共有财产出资的，以家庭共有财产承担”指仅仅是以家庭共有财产承担，不足部分家庭财产共有人不再承担责任。笔者认为这种观点值得商榷。仅仅以家庭共有财产承担责任，就是让家庭财产的共有人对其向合伙的出资承担有限责任，这与《民法通则》第35条规定的“合伙人对合伙的债务承担连带责任”规定的精神相违背。合伙人以其家庭共有财产出资，实际上是家庭共有人共同出资，合伙人实质是家庭财产共有人的代表而已。家庭财产共有人因出资而分得盈利是无限的，而承担的责任却是有限的，实际上把出资的“家庭共有财产”以具有独立民事主体资格的法人的财产对待，是不妥当的。

从实践看，以家庭共有财产出资而得的盈利，可能转化为家庭共有财产，也可能转化为家庭成员个人的财产。当事人可能用扩大个人财产的方式逃避债务，则法律上难以监督，不利于保护债权人的利益。

笔者认为《意见》第57条的基本精神是在家庭成员参加合伙经营中，要把个人财产与责任和家庭共有财产与责任区别开来；不应当让不参加合伙盈余分配的家庭成员对合伙的债务承担责任。为避免误解，建议《意见》第57条规定的“合伙人以其家庭共有财产出资的，以家庭财产承担，”之后增加：“不足部分由参与合伙盈余分配的家庭财产共有人承担连带责任。”还应当指出，这里说的“家庭财产共有人”不包括无劳动能力不能独立生活而靠其他家庭成员扶养的人。

（作者单位：北京大学法律系）

责任编辑：张 涵