

doi: 10. 3969/j issn 1672-0598. 2009. 05. 020

# 商合伙的理论基础与立法进步

## ——以《合伙企业法》为中心视角

于新循

(四川师范大学 法学院,四川 成都 610068)

[摘要] 商事法律关系主体——商人的界定和法律确认是建立商事秩序的主体性基础。现代商合伙具有明显区别于民事合伙以及商个人、商法人的本质差异性,但有关认识却依然含混,影响到市场经济秩序的有效建立与完善,确实有待厘清。基于现代商合伙的理论基础,通过对我国立法特别是新《合伙企业法》的针对性分析、比较、评价,可有效揭示其法律蕴涵,并为法律实践提供准确的法律判断。

[关键词] 法律人格;人合性;多元形态;商合伙

[中图分类号] F047 [文献标志码] A [文章编号] 1672-0598(2009)05-0110-05

### 一、商合伙及其法律定义之考辨

一般而言,商合伙的形成可追溯于中世纪地中海沿岸城市出现的一种名为“康孟达”的合伙组织,其合伙人分别承担无限责任和有限责任。这种组织甚至构成了法人制度的最早雏形,而且,无论大陆法国家的两合公司、隐名合伙还是英美法国家的有限合伙,其基本精神均源自于此。另据考证,我国春秋战国时期的“管鲍之交”就反映了合伙人的内部关系,且传统上“重义轻利”的伦理哲学也为合伙这种营业形式提供了滋生、繁育的沃土。经过漫长历史演变,现代商合伙已成为一种为各国所普遍采用,尤其适宜于中小型营业的商组织形式。

严格意义上,现代商合伙是指两个以上自然人、法人或其他组织按照合伙协议,依法定条件和程序设立,具有商事能力,以自己名义(商号)独立从事营业,享有商事权利并承担商事义务,合伙人对营业所生债务承担无限连带责任抑或有限责任的非法人性商人。其往往以较稳定的组织形式存在,是一个“主体性组织体”,也就是具有某些法人的特征,诸如:可以自己名义从事营业活动;取得的权利归合伙组织所有,义务首先由合伙组织承担;可作为诉讼中的原告与被告;在与第三人关系上,债权人可直接指向合伙组织。<sup>[1]</sup>

英美法国家的商合伙一般都规定于单行合伙

法之中,如英国 1890年《合伙法》、1907年《有限合伙法》,以及美国 1914年制定并经 1994年、1997年修订的《统一合伙法》和 1916年制定并经 1976年、1985年修订的《统一有限合伙法》等,而且,美国合伙形式灵活多样,除了普通合伙(GP)和有限合伙外(LP)外,还有由普通合伙发展而来的“有限责任合伙”(LLP)以及由有限合伙发展而来的“有限责任有限合伙”(LLL)。所以说,与普通合伙被改造为“有限责任合伙”相对应,有限合伙也被改造为“有限责任有限合伙”。这样,不仅有限合伙人可享受有限责任的保护,而且普通合伙人只要不对合伙债务负直接责任,也可享受有限责任的保护。如此一来,有限合伙与有限责任公司便变得十分接近;相对而言,大陆法国家的商合伙则主要规定于商法典之中。其中,德国商法上的商合伙包括的是无限公司(普通合伙)、两合公司(实质上无异于有限合伙)和隐名合伙(亦称隐名公司或隐示公司)三种类型。事实上,《德国商法典》与《法国商法典》都未将公司与合伙予以严格区分。于此,正如有学者指出那样:合伙一般而言就是作为公司的一种形式而存在的,其在立法上并不称为合伙而以无限公司与两合公司的形式存在。<sup>[2]</sup>

对于合伙的法律定义,1890年《英国合伙法》第 1条将其定义为“从事共同经营的人之间为了获

\* [收稿日期] 2009-05-12

[作者简介] 于新循(1966-),男,四川蓬安县人,教授,四川师范大学法学院,主要从事商法学研究。

取利益而存在的一种关系”(这种突出商性质的合伙在当时英国法中还仅视为一种“关系”),而《美国统一合伙法》第 6 条则明确规定“合伙是两人或更多的人作为共有人为营利所进行营业的团体”。可见,美国法本身就是从主体性质的商合伙意义上定义合伙的,而这与我国《合伙企业法》规定的合伙企业这一典型商合伙形态并无本质区别。

我国 1997 年《合伙企业法》(以下称旧法)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,共同投资、合伙经营、共享收益、共担风险,并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。”2006 年 8 月 27 日修订通过、2007 年 6 月 1 日起施行的《合伙企业法》(以下称新法)第 2 条则规定:“本法所称合伙企业,是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。”从旧法的定义便可看出,其所规范的对象较为单一,也是其先天不足的一个重要原因。其实,该法制订时便有不少问题上有过激烈争论,如法人能否作为合伙人、民事地位如何、有限合伙能否包含其中等。争论的结果,法人被“理所当然”地逐出了合伙企业“大家庭”,合伙主体仅限于两个以上的自然人,合伙人责任也仅限于无限连带责任。这一剔除极大地缩小了合伙企业范围,使该法的调整对象主要限定为规模较小的私营企业,不仅限制了愿意参与合伙但不愿承担无限连带责任的投资者的投资选择,而且限制了公司等法人组织利用合伙方式投资经营,特别是直接影响了大企业具有特定优势的中小企业通过设立合伙企业进行的合作。<sup>[3]</sup>可见,关于合伙企业的定义,新法较旧法有了根本性突破,彰显了我国合伙立法的重大进步。

## 二、商合伙法律特质之揭要

商合伙乃介于商个人与商法人之间的一类商人,从以下法律特征可有效揭示其所蕴含的法律特质,亦即:商人性——商合伙系经商事登记设立的具有主体资格的商人,联盟性——商合伙乃两个以上合伙人共同出资组建的联合体,人合性——商合伙突显出维系于人的信用关系的团体特征,契约性——商合伙存续的基础为合伙协议,平权性——商合伙之普通合伙人之间因平等地位所致的共同营业关系,非法人性——商合伙乃无完全独立财产及责任能力的法律拟制主体,财产相对独立性——商合伙财产为合伙共有或统一支配下准共有型的集合财产,责任综合性——责任构成包括一般的无

限连带责任及特定的有限责任。当然,对前述概括尚可从不同角度契入,且对有的特征还可作出不同侧面的合并与分解。

应特别说明的是,就合伙能否具有法人资格这一问题而论,大陆法国家对本质上为商合伙性质的无限公司、两合公司的态度本身就有所不同。例如,法国、日本认为法律人格即为法人,所以无限公司、两合公司都是法人,而德国和瑞士等国则一般不承认其法人人格;英美法国家的合伙均被作为一种独立的法律主体予以对待,并无大陆法意义上的“法人”身份之别。公司这一法人典型事实上在美国法中几乎是法人的同义语,但与大陆法无限公司、两合公司相对应的普通合伙与有限合伙则未能得到同样对待;依我国法及传统理论,合伙不具有法人资格,但有不少学者提出应重新构建我国法人制度并主张赋予合伙企业以法人资格。其实,可以说合伙企业与公司这一最为典型的商法人在法律人格上并无实质性区别,赋予合伙企业以法人资格倒也无妨。然而,为何同样的商组织却在是否是法人的规定与认识上存在如此大的差距呢?根本而言,这都是基于法人本质的各种学说如“法人拟制说”、“法人否定说”、“法人实在说”等态度不同而在各国法律制度中直接或间接产生了不同影响所致。为此,恰如有学者所评判那样:法国、日本等大陆法国家和英国的公司法更多反映了对“法人拟制说”的理解和接受,而美国、德国的公司法则更多体现了“法人实在说”的精神。<sup>[4]</sup>总之,在我国是否有必要赋予合伙企业以法人资格,尚如其他一些商事制度一样,都应在我国法的“实然”基础上实事求是地处理好其中的“应然”问题。

正是上述呈系统的法律特征,构成了商合伙明显区别于一般民事合伙及商个人与商法人之间的特殊差异性。其中的本质差异性即在于:作为一种典型的人合性商人,商合伙较民事合伙具有凸显的商人性,较商个人具有相当的资合性(有限合伙的资合性更为突出),而较商法人则具有显著的人合性。

基于商合伙的商人性而与民事合伙经纬分明,又因其非法人性而与商法人判然有别,故此不作专门探究。至于商合伙(主要就普通合伙而言,以下称前者)与商个人(以下称后者),二者虽同为非法人商人,却显现出以下差异:其一,投资主体数量不同。前者具有突出的团体性,后者则体现着单一性;其二,信用关系不同。前者乃典型的人合性商人,具有突出的人合性并有相应程度上的资合性(有限合伙呈现出人合性弱化而资合性强化的特

征),商个人则无此二性;其三,财产权属不同。前者财产属合伙共有或统一支配下准共有型的集合财产,后者财产则属投资者个人(或家庭)所有财产;其四,决策机制不同。前者营业原则上由全体普通合伙人共同实施,后者营业则一般由业主个人实施完全控制(也可由业主委托、招聘他人负责营业);其五,投资权益转让及继承要求不同。前者具有相对灵活的投资权益转让性,合伙人投资权益转让或退伙并不直接影响合伙的存续,合伙人继承人也不能当然取得合伙人资格。后者则显现其特殊性,如仅在包括商号在内的营业全部转让(该“投资权益转让”涉及概括承受的营业转让问题)、解散或者投资者死亡且无继承人情形下解散时才能实现撤资(营业转让及有继承人时须履行变更登记);其六,投资风险、营业规模不同。相对于前者,后者存在单一投资风险较大、营业规模相对较小、营业决策不失灵活却易致专权、存续期不长等局限。

### 三、商合伙形态之比较

#### (一)关于普通合伙及有限责任合伙

现代商合伙基本形态乃普通合伙与有限合伙。其中,两个以上合伙人按照合伙协议共同组建,在某一商号名义下实行共同出资、共同营业、共享收益、共担风险,全体合伙人对合伙营业所生债务承担无限连带责任的商合伙,即普通合伙。

须指出的是,就普通合伙而言,合伙人共同投资(合伙人最基本义务)、共同营业(非执业普通合伙人除外)、共享收益、共担风险这些基本特征,缺一不可。其中,在共享收益及共担风险(亏损)上,一方面,若某合伙人仅分享收益而不承担风险,则违反合伙法,恰如新法第 33 条规定之“合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损”(有限合伙则允许合伙协议另有约定)。其实,仅分享收益而不承担风险者不能被认定为合伙人,正如某人取得的是合伙组织以利息方式对其支付的收入,取得利息的此人为借贷之出借人,而借贷关系却不能等同于合伙关系,故不能视为合伙人。同理,取得的收益是以合伙组织雇员的工资方式支付的收入,此雇员也不能视为合伙人;另一方面,合伙协议中关于不享收益仅承担风险之约定构成不公平条款,同样是违反合伙法的(新法第 33 条的规定即包括此情形)。当然,该合

伙人主动放弃应享利益则另当别论。

所谓有限责任合伙,是指适用于以专业知识和技能为客户提供有偿服务的专业服务机构,仅当执业合伙人因故意或者重大过失造成合伙债务而应当承担无限责任或者无限连带责任,其他合伙人以其在合伙中的财产份额为限承担有限责任的普通合伙。此种合伙乃近 10 年来流行于美国、英国(美国最早的有限责任合伙法即 1991 年德克萨斯州的立法)等国的一种新的商业组织形式,也是专为包括会计师、律师、医师等专业人士所采用的组织形式。作为在普通合伙基础上发展而来的特殊形式,不论是美国式还是英国式,都保留了普通合伙的传统特点。相对于传统合伙组织的根本性变化,该合伙就是将普通合伙人对合伙债务的无限连带责任改造为对合伙债务有条件地承担有限责任。同时,又根本不同于有限合伙,其所有普通合伙人都受到有限责任的保护,而这又不影响他们拥有参与合伙营业的权利(有限责任合伙中普通合伙人只要不对合伙债务负直接责任便可享受有限责任的保护,也因此变得与有限合伙有所接近)。也因此,美国的合伙法将有限责任合伙定位为普通合伙,以与有限合伙区别开来。

专业服务机构本质上是靠专业知识和技能“安身立命”的,而非靠注册资本。正由于普通合伙可给专业服务机构拓展异地业务带来更大的风险控制成本,而有限责任公司制又不能获得客户的充分信任,所以许多国际专业服务机构如普华、德勤、安永、毕马威 4 家国际最大的会计师事务所都普遍采用有限责任合伙形式。反观我国,注册会计师大多选择有限责任事务所而远离合伙制事务所,其原因主要在于:从注册会计师向社会公众提供专业服务的性质看,在合伙人、出资人承担民事责任上,可以说原有的普通合伙制事务所合伙人的责任是“过”(无过错合伙人要为其他合伙人违反独立审计准则的过错行为承担无限连带责任),而有限责任事务所出资人的责任则是“不及”(即使是有过错出资人也仅以其出资额为限对内承担有限责任,而对外不承担民事责任)。[5]由此可见,旧法没有规定有限责任合伙,使得会计师事务所等专业服务机构发展受到很大限制,难以与国外专业服务机构展开竞争。

实际上,商合伙营业事务的具体执行包括共同执行、分别执行、个别执行(委托执行)及聘任执行等方式,远比商个人的营业控制情形复杂得多。

新法将此种合伙企业称作“特殊的普通合伙企业”,在“普通合伙企业”一章中对其定义、企业名称、责任承担、执业风险基金及职业保险等内容作出了专节规定。显然,如此规定,使得会计师事务所这些专业服务机构的合伙人能够避免承担过度风险,有助于这类机构发展壮大、发展异地分支机构及与国际专业服务机构的竞争。

## (二)关于有限合伙

与普通合伙相对应,在某一商号名义下从事营业,至少由一名承担无限连带责任的普通合伙人和至少一名以其认缴出资额为限承担有限责任的有限合伙人组成的商合伙,即有限合伙。这种组织形式由具有良好投资意识的专业管理机构或个人作为普通合伙人,行使合伙事务执行权并对外承担无限连带责任。相对应,作为资金投入者的有限合伙人则依据合伙协议享受收益,对合伙债务只承担有限责任,不对外代表合伙,也不直接参与合伙营业。

有限合伙主要适用于 20 世纪 60 年代快速发展起来的一种风险投资领域的股权投资方式,即通过持有股权投资于在创业阶段有快速成长可能的科技型中小企业,以促进这类企业技术开发、创业发展和资金融通。这种合伙形式的三大优点,正如全国人大财经委法案室主任朱少平所言:一是资本放大效应,二是可以避免投资者双重纳税,三是有利于将具有投资经验和技术研发能力的机构或个人与具有资金实力的投资机构有效地结合起来,因而被认为是发展风险投资的有效方式。事实上,美国 80%至 90%风险投资企业采用的都是有限合伙形式。相比之下,风险投资在我国出现虽然已有 20 年左右,但仍处于瓶颈期。造成这种状况的主要原因就是“出口不畅”即风险投资退出机制不完善、“进口不顺”即风险投资可供选择的组织形式太少。<sup>[6]</sup>所以,我国引入有限合伙制度不仅必要,而且极为迫切。

值得高度评价的是,新法最大亮点之一就是扫除了我国在合伙立法上存在已久的一大盲区而对有限合伙作出了系统规定,实乃商人立法上的重大突破,势将在鼓励民间投资,完善资本市场(比如为私募基金开了一条路等),尤其在引导和鼓励社会资源更多流向创新企业、推动风险投资事业发展方面产生巨大影响。此外,特别值得一提的是在目前之金融危机情形下,有限合伙立法所独有的价值功能亦将更加突显。

## (三)关于其他商合伙形态

对于企业型合伙与非企业型合伙,前者如我国

法规定之合伙企业,后者如个人合伙。此种划分基本类似于大陆法国家商合伙和民事合伙这一最基本的分类。有学者就此归纳道:《合伙企业法》颁布后,我国的合伙形式就存在着企业型与非企业型之分。该法只调整具备企业特点的合伙,不具备企业特点的合伙则由《民法通则》规范和调整。有关合伙的基本规则仍适用《民法通则》。<sup>[7]</sup>对此,也有学者对于旧法在合伙形式及种类上的立法模式进行了批评,认为企业组织型立法倾向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,使我国主要的合伙法律适用范围狭窄,浪费了法律资源,单一的合伙种类难以适应现代社会高风险投资的需求。<sup>[8]</sup>

对于登记合伙与非登记合伙,前者为商合伙,后者则一般为民事合伙。我国《民法通则》规定,合伙可以起字号,在登记的范围内从事营业。一般而言,企业型合伙必须起字号并就其字号进行登记,从而成为登记合伙。非企业型合伙如我国商合伙性质上的个人合伙,应像国外如日本法之“小商人”制度那样免除其强制登记义务,即不登记不得享有商号权等权利,但同样要履行从事营业的相应义务。其他民事合伙是否应当登记,法律不作强求。

还有协议合伙与表见合伙之分。前者是基于合伙协议形成的合伙,一般商合伙均为协议合伙。后者又叫不可否认的合伙或者禁反言合伙,是指非合伙人以言词或者行为使善意第三人误认为其是某合伙的合伙人并为此与其发生了交易,则该非合伙人应对善意第三人承担与合伙人同样责任的商事制度。表见合伙制度系由英美法国家确立(传统上大陆法国家少有规定),《美国统一合伙法》规定的表见合伙最为完备。一般而言,构成表见合伙须满足两个基本要件:一是作出陈述;二是对此种陈述的信赖。其中,不得对合伙组织反言,或者是因为行为人对他人作出自己是合伙人的陈述,或者是同意他人对第三人作出自己是合伙人的陈述。至于就此种陈述的信赖,法律要求此种第三人的信赖是合理的信赖,且仅是那些因为信赖他人陈述而遭受损失的人,在真实地相信他人的陈述并因此而与他人从事交易时,始能要求法院将他人作为表见合伙人对待。<sup>[9]</sup>

## 四、我国商合伙立法之总结

我国合伙立法的法律渊源主要有《民法通则》、最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》及《合伙企业法》等,规范对

象主要包括《民法通则》规定的个人合伙和合伙型联营(一种颇具中国特色的非规范性合伙组织)及《合伙企业法》规定的合伙企业。其中,《民法通则》是有关合伙原则和制度的一般性规定,既规范有书面或口头合伙协议、未经核准登记、无字号(商号)的临时性民事合伙关系,也规范有书面合伙协议、经核准登记、有字号的商合伙关系。《合伙企业法》作为我国商合伙制度最为重要的法律渊源,则系统规范了有企业名称、合伙资产、组织机构、营业场所并经工商登记为合伙企业的商合伙。此外,《中外合作经营企业法》、《外资企业法》中关于非法人的中外合作经营企业以及非法人且非独资的外资企业等规定,也涉及特别法意义上的商合伙。

无疑,合伙企业乃最为规范、最具典型意义及市场影响力的现代商合伙。事实上,基于适应市场经济主体多元化的内在要求,各国在立法上予以不同程度的重视并形成了各具特色的合伙企业法律制度。我国 1997 年《合伙企业法》的制定改变了此前合伙立法的零散状况,并以企业形式来规范商合伙的组织形式,既适应了市场经济对现代企业模式的客观要求,又符合当时生产力结构的实际状况。而且,就该法自身特点而言,无论在立法技术还是在规范内容上均体现出相当的进步性。当然,鉴于我国当时市场经济的不成熟及经济生活复杂性等因素,该法对一些问题曾采取了不当的回避态度,也因此造成不少认识上的误区并引发诸多争议。不过,令人欣慰并值得高度评价的是,随着彰显立法进步的新《合伙企业法》的修订通过,许多悬而未决已久的问题可谓迎刃而解,诸如增加有限合伙及特殊普通合伙制度,明确法人可以参与合伙

(但国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人),合伙制律师事务所承担责任形式可适用本法,合伙企业可选择适用破产清算程序,合伙企业营业所得由合伙人分别缴纳所得税,防止非法集资活动(比如要求除法律另有规定外有限合伙企业由 2 个以上 50 个以下合伙人设立)等,有效实现了重大突破与制度创新。完全可以这样评价:新法在企业立法变革上充分体现了“与时俱进”和“与世俱进”的法制追求。

#### [参考文献]

- [1] 李永军. 商法学 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2004. 223.
- [2] 范健, 王建文. 商法论 [M]. 北京:高等教育出版社, 2003. 355.
- [3] 严义埝. 合伙企业法修订的理由 [N]. 光明日报, 2006-05-08.
- [4] 赵旭东. 企业与公司法纵论 [M]. 北京:法律出版社, 2003. 92.
- [5] 刘航宇. 关于我国会计事务所组织形式的思考——对修订注册会计师法的一点建议 [J]. 财务与会计, 2004 (1).
- [6] 许浩. 合伙企业法修订草案详解:民间资本投资有了新动力 [N]. 中国经济周刊, 2006-05-22.
- [7] 王小能. 商法学 [M]. 北京:高等教育出版社, 2000. 62.
- [8] 王肃元, 任尔昕. 我国合伙法律制度的现状及检讨 [J]. 中国法学, 2003 (1).
- [9] 张民安, 龚赛红. 商法总论 [M]. 广州:中山大学出版社, 2004. 103.

(责任编辑:杨 睿)

## On modern commercial partnership: foundation of theory and progress in legislation ——In new 《Partnership Enterprise Code》 field of vision

YU Xin-xun

(Law School, Sichuan Normal University, Sichuan Chengdu 610068, China)

**Abstract:** Commercial legal relation body—the definition of businessmen and approval of the laws are subjectivity basis to establish commercial order. Modern commercial partnership obviously has essential differences from civil partnership, commercial individual and commercial corporation. However, the cognition of partnership has been frequently made at a loss, which affect the establishment and perfection of market order. Based on the general legal concept of commercial partnership, this paper tries to reveal the internal legal quality of modern commercial partnership, mainly in combination of the new 《Partnership Enterprise Code》, so that one more definite judgment on commercial partnership can be theoretically made and applied to legal practice.

**Keywords:** legal personality; nature of human-gathering; multiple forms; commercial partnership

据最高人民法院有关司法解释,当事人之间没有书面合伙协议,但具备合伙的其他条件,有两个以上无利害关系人证明的口头合伙协议或者有其他证据证明的,可以认定为合伙关系。