

合伙财产法律问题研究综述及评价 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_90_88_E4_BC_99_E8_B4_A2_E4_c122_479840.htm

合伙财产不仅是合伙事业经营的基础，而且也是合伙债务的担保，因此合伙财产的法律问题向来是学界研究的重点，而于其中合伙人出资、合伙财产的法律性质以及合伙债务承担的法律问题更是学界研究的重中之重。

一、合伙人的出资

1、劳务出资问题

我国《民法通则》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。”《合伙企业法》11条第一款规定：“合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资；上述出资应当是合伙人的合法财产及财产权利。”第三款规定：“经全体合伙人协商一致，合伙人也可以用劳务出资，其评估办法由全体合伙人协商确定。”由此可见，金钱、实物、权利、劳务作为合伙人的出资已经为我国法律所确认。对于金钱、实物以及无形财产之权利作为合伙人出资，学界并无甚争议，但在对于劳务是否可作为合伙人出资的问题上，学界却出现了一些争议。[1]而主流观点认为，合伙人依约定可以劳务出资，全体合伙人协商确定对劳务出资的评估办法。[2]也就是说以劳务作为合伙人出资不仅于法有据，而且于情合理，完全符合合伙中合伙人共同经营的条件，并且实际上就世界各国立法之概况而言，合伙人完全可以劳务出资。[3]但亦有学者认为向合伙组织提供劳务者可以作为合伙人，并在合伙协议或章程中约定提供劳务的合伙人分享利润和分担损失的比例，但提供劳务本身并不应是一种“出资”行

为。其理由是：劳务特别是技术性劳务、丰富的管理经验的提供会创造财富，即劳务在提供的过程中创造了财富，提供劳务本身并不是出资，而只是劳务的结果创造了资产。因此，劳务可以作为出资的立法规定，至少有以下缺点或矛盾：

： 劳务可以作为出资，使劳务这种行为与经济学中的资产、资本概念相冲突。 造成国家法律概念的不统一。 劳务作为出资，与合伙财产共有性质的冲突。 把劳务作为出资与违约救济手段相矛盾。 劳务作为出资，在实践中容易造成混乱。[4]依此观点，提供劳务的人可依据《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）》48条的规定成为合伙的合伙人，但其提供劳务本身并非出资，而且亦无法评估其劳务应折算为多少资金。笔者认为消除此种分歧的关键在于是否可以把合伙人提供的劳务视为合伙的财产，并且这种资产是否可以为全体合伙人所共有。既然合伙人在合伙协议中约定了某一个或某几个合伙人有义务向合伙组织提供劳务，并以此方式加入合伙组织，那么上述合伙人提供劳务之义务就成为了合伙组织所享有的债权，其债权的标的乃劳务行为。而债权作为一种组织的资产，应不存在任何问题，同时由于合伙财产为合伙人所共有，所以任何债权人都可以要求提供劳务出资的合伙人履行义务；而提供劳务的合伙人既作为此债的关系的债权人，又作为债务人，即发生了债的混同问题，但依据《合同法》106条之规定以及“债因混同而消灭，但涉及第三人利益的除外”之原理，其他合伙人仍有权要求提供劳务出资的合伙人履行劳务义务。而一旦此合伙人违反提供劳务的义务，即构成了对合伙协议的违反，则依法定或约定，亦或丧失合伙人之资

格，亦或丧失对利润分配的请求权。然而值得注意的是，如果经其他合伙人请求，该违约人仍然拒绝提供劳务，合伙人只能要求违约人赔偿损失，但不能要求法院强制执行违约人的劳务。[5]因此实际上一个合伙组织的全体合伙人都可以以劳务的形式出资。

2、信用、单纯的不作为出资问题

合伙人的信用对于合伙来讲虽然不是有形财产，但它却可以给合伙带来潜在的经济利益，它是一种无形财产，完全可以成为合伙的出资。[6]而且当今市场经济本身就是一种信用经济，信用对任何组织来说都是一种巨大的无形资产，对合伙之发展亦有十分重要之作用，以其作为出资形式应毋庸置疑。而单纯的不作为，即主要指竞业禁止是否可以作为合伙出资，则存在否定说和肯定说两种学说：否定说认为，合伙人须积极的协力于事业之经营，单纯的不作为仅是消极的不妨害事业之经营，故不得以之为出资。肯定说认为，单纯的不作为，如有财产之价值者应得为出资之标的。[7]竞业禁止的根本目的在于维护合伙的经济利益，但是一旦某个合伙人加入一个合伙后即停止自己正在经营的同合伙相同的经营业务，无疑将会使合伙人个人的经济利益受到损害，这显然是不公平的。因此为了衡平合伙与合伙人个人的利益，将合伙人的单纯不作为(竞业禁止)作为合伙的出资应该是一种公平的选择。

二、合伙财产的法律性质

合伙财产的法律性质对于合伙组织和合伙人来说都是一个十分重要的问题。因为假若合伙财产为按份共有，财产合伙人有权随时收回自己的财产份额；但假若合伙的财产为共同共有，那么合伙人在合伙存续期间就无权请求分割合伙财产，也不存在什么财产份额；更有甚者假若合伙财产为个人所有，那么合伙人就有权随时收回或转

让自己的财产。鉴于合伙财产法律性质的重要性，各国对此都作出了相应的规定，德国、台湾、瑞士都将合伙财产规定为共同共有，日本民法却规定合伙财产为按份共有。而我国《民法通则》第32条和《合伙企业法》第19条对此问题都规定的不甚明确，甚至两者之间还存在一些冲突和矛盾。《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。”《合伙企业法》第19条规定：“合伙企业存续期间，合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益均为合伙企业的财产。合伙企业的财产由全体合伙人依照本法共同管理和使用。”由此可见，我国法律对此问题并未给出一个确定的答案，这也造成了学界对此问题的激烈讨论。对于《合伙企业法》这种独特的立法模式，许多学者表示赞同，有的学者认为，我国《合伙企业法》的这一规定具有极大的科学性和灵活性，既吸收了《民法通则》的优点也摒弃了其缺陷，既考虑到了合伙企业财产组成内容的复杂性，又照顾到了全体合伙人对合伙企业的财产进行共同管理和使用的权利与实际需要。因此，这是一条成功的法律规定。[8]但亦有学者认为合伙企业法19条的规定存在以下两个缺陷：一是将本以明确的财产关系模糊化。二是给合伙解散或终止的财产处理带来困难。因此《合伙企业法》19条之规定与《民法通则》之规定相比似乎有不进却退之嫌。[9]综合上述之观点来看，尽管其对合伙经营积累财产的法律性质存在一些争议，但实质上他们都属于“统一管理和使用说”一派，即由法律不具体明确合伙财产的法律性质，而以“统一管理和使用”的用于来增强处理合伙财产法律性质问题的灵活性。但是合伙财产法律性质规

定的模糊性极有可能导致一种不确定性和不安全性，因此亦有学者主张将合伙财产法律性质明确规定为共有，于此之内又分为共同共有说和按份共有说。共同共有说认为：合伙财产权是基于合伙关系而产生的，合伙人对合伙财产的份额是对抽象的合伙资产而言的，是一种潜在的应有部分。在合伙关系存续期间，合伙人亦不能处分其份额，不能请求分割合伙财产。因此，合伙财产的法律性质应为共同共有。[10]而为了解决以非所有权的财产权出资构成合伙财产无法适用共同共有的问题，有学者主张引入“准共有”之概念，其认为我国在立法上有确立“准共有”之必要。[11]按份共有说认为：对合伙人而言，在丧失了对其出资的直接占有或占有处分权之后，法律上为其配置了一种新的权利和利益，称之为“财产份额”，而且这种财产份额以法权的形式存在。[12]也就是说，合伙人对合伙财产按照份额享有权利，即按份共有。同时亦有学者主张合伙财产为出资人个人所有，其认为合伙人可以财产的使用权投资从而形成由合伙人统一管理和使用的财产，但其所有权仍归合伙人个人所有。[13]笔者个人认为合伙财产个人所有说不符合合伙的组织性特征，而且与各国关于合伙财产性质规定的立法趋向相违背，而共同共有说和按份共有说亦各有利弊。至于“统一管理使用说”则会造成一种极大的不确定性，从而有可能导致合伙人逃避债务，损害合伙债权人的利益，进而影响合伙的健康发展。因此笔者个人认为对于合伙财产法律性质应作出如下规定：1、对于合伙人出资形成的合伙财产，应由全体合伙人约定是按份共有还是共同共有，但当合伙人无法达成一致意见或未约定时，由法律规定合伙财产为合伙人按份共有；2、对于合伙

经营积累形成的合伙财产，由于其是在合伙存续期间基于合伙这一共同关系形成的，应规定其为共同共有。如此之规定，一方面明确了合伙财产的法律性质，另一方面也给予了合伙人对由合伙出资形成的合伙财产的法律性质的选择自由，同时亦保障了合伙债权人的利益。而且合伙人出资形成的合伙财产产生于合伙这一共同关系之前，在当事人无约定时规定为按份共有较为合理，而合伙经营收益所形成的合伙财产产生于合伙这一共同关系的存续期间，规定为共同共有更宜。

三、合伙债务承担的法律问题 合伙债务是以合伙名义所负的一切债务。其不是合伙人的个人债务，而是合伙人共同设立合伙以后以合伙的名义对外所负的共同债务。[14]尽管我国法律只对合伙债务进行了笼统的规定，并未对其进行分类，但学界却将合伙债务分为营业债务和清算债务。营业债务是指合伙成员在共同经营中根据合伙业务需要而发生的债务；清算债务是指合伙解散时尚未清偿或合伙资不抵债时所发生的债务。[15]营业债务一般用合伙财产就可以清偿，而且一般不会导致合伙的解散；而清算债务却发生于合伙解散或合伙资不抵债时，其清偿不仅需要用合伙的财产，可能还需要用合伙人个人的财产清偿。因此学者对合伙债务的承担问题的研究大多集中于合伙清算债务的承担问题。

1、对外承担合伙债务的问题。关于各合伙人对合伙债务清偿问题，世界各国主要存在两种立法体例： 分担主义，就是合伙的债权人求偿债权时，对于每一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。实行分担主义的国家，主要是日本和法国。 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其全

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合伙债务时，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。规定连带主义的国家主要是德国、瑞士、美国及我国台湾地区。分担主义的优点在于使全部责任的承担一步到位，减少了不必要的诉讼程序和不必要的诉累，而且客观上会促使合伙人事先把责任承担份额划分清楚。基于分担主义的上述优点，尽管我国对合伙债务的承担规定的是连带主义，但实践中合伙债务的清偿大多是按分担主义处理的。但是分担主义的弊端也是显而易见的，其中最不公平的就是加重了债权人的举证责任，不利于对债权人的保护。而连带主义却能很好的解决这一问题，它减少了债权人的诉累，最能保护债权人的债权，完全符合市场经济侧重保护债权人利益的要求。因此我国《民法通则》35条对此问题规定采用连带主义，并为学界所认同。而对于这种连带责任是一种有限连带责任，还是一种无限连带责任，依学者马强对《民法通则》35条的理解，其立法意愿应包括两层含义：一、合伙债务未超出资额的，按照出资比例或者协议的约定承担债务。二、合伙债务超过出资额的，由各个合伙人以各自财产承担无限清偿责任。也就是说，通常所说的合伙人对合伙债务负无限连带责任，是针对合伙清算债务而言，有限责任适用于经营债务的清偿，无限责任则适用于清算债务的清偿。[16]而在合伙财产和合伙人个人财产清偿债务的顺序方面亦存在两种立法体例：一是并存主义，就是对合伙债务，由合伙财产和合伙人个人财产负担连带清偿责任，债权人可就合伙财产和合伙人个人财产选择请求清偿。采取并存主义的国家，主要有瑞士和德国。二

是补充连带主义，就是对合伙债务，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，各个合伙人就不足之额连带负其责任，即合伙人个人对合伙债务仅负补充责任。世界上规定补充连带主义的国家和地区，仅有巴西和我国台湾。依据我国《合伙企业法》第19条规定：“合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带清偿责任。”因此对此问题我国采取的是补充连带主义，因为合伙财产相对于合伙人个人的财产具有相对的独立性，那么基于合伙经营而产生的合伙债务首先应由合伙财产来负担，只有在合伙财产无法完全清偿的情况下，出于保护债权人利益的考虑才由合伙人承担补充连带责任，以弥补未受清偿之债权，而于实践之上建立连带责任制度亦能减少诉累。通常而言，采用并存主义，债权人为了使自己的债权得到充分的保障，会将合伙及合伙人全部作为被告行使诉权。它不但使合伙组织要应诉，同时合伙人个人也需要应诉，这样就增加了诉讼成本和诉累，而补充连带主义则可避免上述情况的发生。[17]至于清偿合伙债务与合伙人个人债务的先后顺序问题，同样存在两种立法体例：并存债权原则，又称为合伙债权优先原则，就是指合伙债权人就其债权在合伙财产中优先受偿，不足部分与合伙人个人债权人就合伙人的个人财产共同受偿。[18]但是这一原则忽视了合伙人个人债权人的债权利益，对于合伙人个人的债权人是不公平的。双重优先权原则，其是英美合伙法中一条著名的衡平法原则，这也是“对等即公平”这个古老的衡平法原则的发展和具体体现。所谓双重优先权原则，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。[19]此原则划分了两种财产的性质，更符合合伙的特征，更加公平合理。尽管我国法律对此未作出明确规定，但在《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》中却明确规定了双重优先原则，该司法解释明确规定：“联营体是合伙经营组织的，可先以联营体的财产清偿联营债务。联营体的财产不足以抵债的，由联营各方按照联营合同约定的债务承担比例，以各自所有或经营管理的财产承担民事责任；合同未约定债务承担比例，联营各方又协商不成的，按照出资比例或盈余分配比例确认联营各方应承担的责任。”

2、合伙债务的内部承担问题。

对于合伙债务内部承担比例的问题，各国规定不尽相同，主要有以下几种立法体例：按合伙人协议约定的债务（亦称损失）分配比例承担；如果未约定债务分配比例，但约定了利益（盈余）分配比例的，按利益分配比例分担；如果既没有约定债务分配比例，又没有约定利益分配比例的，则由各合伙人平均分担。作此规定的，以德国为代表，我国香港地区的合伙法也做了这种规定。合伙合同约定了损益分配比例，则从约定；如果未约定损益分配比例，则按出资比例负担损失。作出此规定的，主要有法国、日本、我国台湾地区。法定比例优先于合伙人的约定比例适用。采此规定的，为我国《民法通则》第35条第1款。按照协议约定的债务承担比例或出资比例分担；如果没有约定，可以按照约定的或实际的盈余分配比例承担。我国《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）》47条就做此规定。[20]依学者马强的观点，第二种立法体

例更符合合伙法理论，也较为合理。第一种立法体例可能导致显失公平的情况的发生，而合伙作为一种合同关系应遵循当事人意思自治之原则；而第三种立法体例以强制性法律规范规定合伙人内部债务应按出资比例承担，在不存在出资比例的情况下方适用合伙人约定的比例。这不仅违反了意思自治原则，而且优先适用出资比例实际上使合伙人约定的债务分担比例变的毫无实际意义；第四种立法体例将出资比例优先适用于实际盈余分配比例，以法定比例排斥约定比例同样不合理。综上所述，第二种立法体例以合伙人约定为主，以法定比例为补充，更符合合伙合同当事人意思自治之要求，更加公平合理。而且依据民法典草案612条规定：“损益分配的比例，无论仅就利益或者仅就损失约定，都通用于利益或者损失的分配；无损益分配比例，出资也无明确比例的，应当以等分原则处理。”也就是说民法典草案在此问题上基本上采用了第二种立法体例，只是补充规定在出资比例亦不明确的情况下由合伙人等份，从而使第二种立法体例更趋完善。实际上，学界对上述两个问题的争议并不是很大，并且正逐步趋向于统一，对于某些问题实际上以达成一致。笔者认为，在合伙债务的对外承担问题上，加强对债权人利益的保护已成为主流，并且这也完全符合市场经济发展的稳定性要求，而双重优先原则的采用亦有利于达到合伙债权人与合伙人个人债权人利益平衡之目的，整个制度的设置更趋于公平合理，更能达到经济之目的；而于合伙债务内部分担问题上，更注重将风险在合伙人之间合理分配，在尊重当事人意思自治的前提下，保证合伙风险依据合伙人所得或其所投入在合伙人之间公平分摊。注释：[1] 参见王伯庭主编：《民商

事重点难点问题解析与适用》，吉林人民出版社2001年版，第532?535页。 [2] 魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社2000年版，第104页。 [3] 参见德国民法典706条，法国民法典1832条等 [4] 详见前引[1]，王伯庭书，第534?535页。 [5] 马强：“论合伙出资”，载《法律适用》2001年第9期，第40页。 [6] 前引书，第39页。 [7] 史尚宽：《债法各论》(下)，(台)荣泰印书馆有限公司1981年版，第651页。 郑玉波：《民法债编各论》(下)，(台)三民书局1981年版，第650页。 转引自马强：《论合伙出资》，载《法律适用》2001年第9期，第39页。 [8] 马强：《合伙法律制度研究》，人民法院出版社2000年版，第99页。 [9] 王宗正：“论合伙财产的法律性质”，载《中外法学》1997年第4期，第107页。 [10] 前引[2]，魏振瀛书，第254?255页。 [11] 参见前引[9]，王宗正文。 [12] 参见钱玉林：“合伙人的财产份额及其相关的几个法律问题”，载《河北法学》2001年第3期。 [13] 郑立、王作堂主编：《民法学》(第二版)，北京大学出版社1995年6月第2版，第95页。 转引自李明发：“我国合伙企业法中的若干规定评析”，载《中外法学》1998年第1期，第106页。 [14] 参见前引[2]，魏振瀛书，第104?105页。 [15] 马强：“合伙债务清偿问题研究”，载《法学家》1997年第4期，第55页。 [16] 详见前引文，第56?59页。 [17] 参见前引[1]，王伯庭书，第547?548页。 [18] 前引[1]，王伯庭书，第548页。 [19] 前引[15]，马强文，第61页。 [20] 前引[8]，马强书，第144?145页。(作者：何旺翔，南京大学法学院中德法学研究所) 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。 详细请访问 www.100test.com