

有限合伙制度确立后对最高院有关司法解释的影响 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E6_9C_89_E9_99_90_E5_90_88_E4_c122_480453.htm 修订后的《中华人民共和国合伙企业法》（下称“新《合伙企业法》”）即将于2007年6月1日起施行。新《合伙企业法》的一个重大突破就是参照国际立法，在我国法律中首次引进并确立了“有限合伙”制度：合伙企业中，部分合伙人承担无限责任，而部分合伙人可以承担“有限责任”。这一有限合伙制度的确立，尤其是该法的生效实施，无疑会对最高法院上世纪90年代后作出的一些涉及合同效力的司法解释产生影响：一些原来被认为“名为联营，实为借贷”，含有“保底条款”因而导致合同无效或部分无效的联营合同、合作建房合同、委托理财合同等等，在新的制度理念下应该被重新审视。相应地，最高法院似应对这些司法解释进行清理，以免和新的法律规定、规定的精神相抵触，并进而影响日新月异的经济的发展。本文首先对新《合伙企业法》关于有限合伙制度的规定做一简要介绍，然后重点对上世纪90年代后最高法院对具有“有限合伙”性质的商事合同所做的合同效力的司法解释进行分析，最后建议最高法院对前述司法解释进行重新审视。

一、参照国际立法，新《合伙企业法》首次引进并确立“有限合伙”制度 有限合伙是从普通合伙发展而来的一种企业组织形式。英国早在1907年就制订了《有限合伙法》，在法律上确立了有限合伙这一企业法律形式。在美国，有限合伙也是一种较为广泛采用的营业组织形式。在大陆法系的法国和德国，有限合伙企业是以两合公司的形式出现的。在有限合伙企

业中，合伙人由普通合伙人和有限合伙人组成：普通合伙人负无限责任；有限合伙人则以其出资额为限承担有限责任。无限合伙人负责企业的经营管理，而有限合伙人不能直接参与合伙事务的管理。合伙人通过合伙协议来约定他们的权利和义务。有限合伙融合了普通合伙和公司的优点。尤其是与普通合伙相比，允许投资者以承担有限责任的方式参加合伙成为有限合伙人，解除了投资者承担无限责任的后顾之忧，有利于吸引投资。由于有限合伙的上述特点，实践中为资本与智力的结合提供了一种便利的组织形式。即拥有财力者作为有限合伙人，拥有专业知识和技能者作为普通合伙人，二者共同组成以有限合伙为组织形式的风险投资机构，从事高科技项目的投资。同样为适应和促进风险投资行业的发展，并为市场主体提供更多的企业组织形式，作为这次《合伙企业法》最重大和最具有实质意义的修改，新《合伙企业法》参照国际立法，在我国法律中首次引进并确立“有限合伙”制度：新《合伙企业法》第二条规定：“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。该法并以专章的篇幅对有限合伙企业合伙人的构成、有限合伙企业的设立、有限合伙企业名称、有限合伙协议应当载明的事项、有限合伙人的出资范围、有限合伙企业合伙事务执行、有限合伙人转让其在有限合伙企业中的财产份额、有限合伙人的入伙、退伙，有限合伙人死亡或终止后的继承等内容作了明确规定。“有限合伙”制度的确立，无疑会为我国有限合伙企业的良好运转奠定了法律基础，并在新经济背景下，促进民间投资、风险投资等产业的发展。其实，早在1997年《合伙企业法》立法时

，《合伙企业法》草案中就有专章有限合伙制度的规定，但当时审议时被以“没有有限合伙的商业实践，也没有有限合伙的需求”为由而删除。那么，此前我国果然没有有限合伙的商业实践，也没有有限合伙的制度需求吗？回顾过去，我们发现《民法通则》实施后我国经济生活中其实存在着大量以有限合伙性质的契约为基础的有限合伙的商业实践。遗憾地是，由于没有法律依据，甚至和当时的法律规定想冲突，这些处在萌芽状态的有限合伙性质的商业实践几乎毫无例外的被司法否定了。

二、《民法通则》通过后我国有限合伙的商业实践 作为改革开放后规范民事法律行为的早期立法之一，我国《民法通则》对个人合伙作出了规定：“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。”这就是所谓的普通合伙。普通合伙的本质在于各合伙人对合伙债务以其全部财产承担无限连带责任。显然，《民法通则》为“个人合伙”所下的定义中并不包含“有限合伙”的内容。《最高人民法院关于贯彻 民法通则 若干问题的意见》第46条规定：“公民不参与合伙的经营活动，但约定参加盈余利润分成的，视为合伙人。这条规定显然注意到了实践中有合伙人只提供资金、技术等却不参与经营的情况，但该仍被“视为”普通合伙人，强调的是要和从事经营活动的合伙人一样负担连带无限责任而非有限责任。该解释仍未触及有限合伙的要义。然而，当时及此后的经济生活中，显然出现了具有有限合伙性质的商业实践或至少是有限合伙性质的商业契约，不少地区进行的企业改革的实践，实际上已经具有了有限合伙的萌芽。包括但不限于：1. 有限合伙性质的企业联营 《民法通则》除规定合伙外，还规定了法

人型、合伙型和协作型三种联营方式。（见《民法通则》第51、52、53条以及最高人民法院关于《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》）有了法律上的明确规定，加之当时国家政策上鼓励和推动，上世纪80年代后半期国内企事业单位之间各种形式的联营非常盛行。例如，联营办厂、联营做贸易、甚至联营走私汽车等等。当时的联营合同中，除成立具有法人性质的联营企业外，不少合同型和合伙型的联营合同约定：联营体一方只提供资金不参与经营，约定享有固定的回报，甚至约定不承担损失等内容。这些约定一方承担无限责任，另一方承担有限责任的商事契约正符合有限合伙的本质，至少应该是具有了有限合伙性质的商业实践的萌芽。2

· 有限合伙性质的房地产合作开发经营（合作建房）八十年代后期开始，企业之间、尤其是企业事业单位之间通过签订联合开发合同，合作建房的商业实践很是普遍。实践中，房地产合作开发建房主要采取一方提供土地使用权，另一方提供资金和技术，以单方、双方名义共同开发或成立独立的项目公司进行开发，双方按照合同的约定进行分配。在这些合作建房的商业实践中，不少合作建房合同约定：提供土地使用权的开发方负责开发经营并承担经营风险，合作另一方只投入资金或技术，不参加经营及承担风险，只是享受固定的利润分成或获取固定的房屋作为投资回报。这种一方承担无限责任，另一方承担有限责任的合作建房合同显然也具有了“有限合伙”契约的性质3

· 有限合伙性质的委托理财 委托理财类合同纠纷案件是指因委托人和受托人约定，所引发的合同纠纷案件。委托理财作为资本与专业技术相融合一种新型的资产经营管理模式，上世纪90年代末开始在我国经济生

活中出现。委托人将其资金、证券等金融性资产委托给受托人，由受托人在证券、期货等金融市场上从事股票、债券等金融工具的组合投资、管理活动。委托理财合同通常被冠以“委托理财协议”、“委托投资管理协议”、“委托管理协议”、“资产管理协议”、“合作投资协议”等名称。不少委托理财合同中，受托人为了招揽生意而承诺并保证在协议到期时返还委托人所支付的本金，并且按约定支付本金收益，这即是合同中的保底条款。（实践中，保底条款主要有以下三种：保证本息固定回报、保证本金不遭受损失、保证本息最低回报。）这样，在委托理财合同中，委托人其实是承担了有限责任，而受托人则承担无限责任。委托理财也具有有限合伙性质。

4. 有限合伙性质的中外合作经营企业与中外合资、外商独资企业相比，中外合作经营企业显然更具有灵活性。《合作经营企业法》第二十二条规定，中外合作者依照合作企业合同的约定，分配收益或者产品，承担风险和亏损。中外合作者在合作企业合同中约定合作期满后合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的，可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法。也就是说，《合作经营企业法》允许合作外方承担有限责任，即在合同中约定先行收回投资，收取固定回报。合作中方则承担无限责任，即可能经营失败的风险和责任。

5. 有限合伙性质的民间投资 近年来，为了充分调动和发挥民间投资者的积极性，支持民间投资健康发展，国家有关部门出台了关于促进和引导民间投资的若干意见，以鼓励并促进民间投资的发展。政策除依法保护民间投资者的合法权益并逐步放宽投资领域外，还鼓励和引导民间投资以独资、合作、联营、

参股、特许经营等方式，参与经营性的基础设施和公益事业项目建设。然而，问题是，若民间投资采取合作、联营的方式，很可能又会牵涉到合同中所谓的保底条款即投资一方作为有限合伙人不参与经营管理，只享受固定收益等的问题。甚至民间投资会不会仍被认为是“名为投资，实为借贷？”

6. 有限合伙性质的风险投资 风险投资一般是由风险投资公司发起，依靠吸引投资者募集资金来实现。风险投资机构出资1%左右发起，成为普通合伙人，其余99%左右吸收企业或者金融保险机构等投资者出资，成为有限合伙人。风险投资的特性决定了风险投资企业的组织形式不太适合采用公司制，而有限合伙的有限责任与无限责任并存的架构正适和风险投资者各方的需要。在目前的法律环境下，风险投资合同有限责任的约定是否仍被认为保底条款、非法借贷？

三、人民法院对上述具有有限合伙性质的商业实践的司法审查 上述这些有限合伙性质的商业实践因缺乏有限合伙的法律规定而往往引起争议，最终面临人民法院的司法审查。

1. 法院对具有有限合伙性质的联营合同是否有效的司法审查 鉴于当时联营合同纠纷比较多，适用法律不一，最高人民法院于1990年11月12日颁布《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》。解答认定两种情况下的联营合同中的约定属于“保底条款”，即：

1. 联营一方虽向联营体投资，并参与共同经营，分享联营的盈利，但不承担联营的亏损责任，在联营体亏损时，仍要收回其出资和收取固定利润的条款；
2. 企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的。

认定无效的理由有二：其一是保底条款

违背了联营活动中应当共担风险、共负盈亏的原则；其二是

有保底条款的联营，是名为联营，实为借款，违反了企业间不得拆借资金的金融法规。在最高人民法院的司法解释中，上述联营合同除被认定无效外，责任方还要面临处罚。

2. 人民法院对有限合伙性质的合作建房合同的司法审查

在这些合作建房合同中，合作各方共同投资，共同经营、共享利润、共担风险的，除了因土地使用权和开发手续的问题外，合同的效力似乎问题不大；但和其他联营合同一样，仍有不少合同约定：合同的一方不参与经营、不承担风险，而是收取固定收益。对这类合同，同样，最高院的司法解释强调了合同双方的权利义务的性质确认合同的法律特性，其中，合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同；合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只分配固定数量房屋的，应当认定为房屋买卖合同；合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只收取固定数额货币的，应当认定为借款合同；合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只以租赁或者其他形式使用房屋的，应当认定为房屋租赁合同。至于转性后的土地使用权合同、房屋买卖合同、借款合同以及房屋租赁合同是否有效，则应当各种根据相应的法律法规作出判断，而非依据合作开发合同的法律依据。这样又有大量具有有限合伙性质的合作建房合同被认定为非法借贷合同或含有“保底条款”的合同而认定无效。

3. 人民法院对有限合伙性质的委托理财合同的司法审查

在委托理财经营失败时当事人之间也产生了许多讼争，自2003年以来，全国各地法院受

理的委托理财类合同纠纷案件大幅上升。争议的焦点在于委托理财协议中的保底条款的效力。鉴于《证券法》规定：证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺，司法实践中，人民法院都会依据该规定，认定券商与委托人签订的委托理财合同中的保底条款无效。而对于非券商与委托人签订的委托理财合同中的保底条款，一般也会被认定为无效。

4. 人民法院对中外合作企业合同的司法审查 由于有明确的法律规定，合作合同中的有关约定没有被认为是保底条款而否定合同的法律效力。于是，很多外商利用这种形式来规避中国的法律，如不允许企业之间互相借贷，但很多外商则以这种合作的方式来对中国企业进行融资借款，收取固定利率。大概这是过去二十多年唯一合法存在的有限合伙的商业形态。其实，从道理上来说，合同的有限合伙的性质都是一样的。

5. 人民法院对或可能对民间投资进行的司法审查 民间投资采取合作联营的方式，有可能又会牵涉到合同中所谓的保底条款；甚至民间投资会不会仍被认为是名为投资，是为借贷？在现有的司法解释下，难保法院不会做出这样的推论！

6. 人民法院对或可能对风险投资合同进行的司法审查 在风险投资采取有限合伙企业的情形下，基于法律的明确规定，似乎人民法院不会再作出合同无效的推论。但在当事双方只采取契约而不是企业的形式下，也难保法院仍会依据有关司法解释，否定风险投资合同的效力。

四、有限合伙制度确立后对上述司法审查的重新审视 综上所述，基于当时民法通则关于普通合伙和联营的规定，加之我国实行金融专营的规定，改革开放后我国有限合伙的商业实践大多被最高院以“名为联营，实为借贷”，联营

合同中的“保底条款”无效为由，而被司法实践所否定。客观上也限制了我国“有限合伙”商业实践的发展。究其根源在于人民法院在我国当时的民事立法只有普通合伙而没有有限合伙的规定的情况下，以法律对普通合伙的规定来统一规范有限合伙的商业实践。虽然有点刻舟求剑、削足适履的味道，却也无可厚非。毕竟当时有当时的法律环境。然而，问题是，有限合伙制度的确立，意味着法律上承认有限合伙是一种合法的企业形式；意味着我国诸多具有有限合伙性质的联营体的合法性、联营契约的有效性。随着有限合伙企业法的即将实施，最高法院实有必要对此前对具有有限合伙性质的商业实践（或契约）主要基于普通合伙的原理而作出的涉及合同效力的司法解释进行重新审视。这些司法解释包括但不限于：1．最高人民法院于1990年11月12日颁布的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》；2．最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答 法发〔1996〕2号 3．最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释 法释〔2005〕5号；4．《关于审理金融市场上委托理财类合同纠纷案件的若干规定》（征求意见稿）；5．最高人民法院关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复；6．其他涉及联营、合作建房、委托理财、借贷等合同效力的司法解释

五、结论

市场主体的自由与权利需要得到充分的司法尊重，司法应尽可能赋予当事人的行为自由是市场经济与意思自治的共同要求。然而，在过去的二十多年里，由于法律没有有限合伙制度的规定，经济生活中许多具有有限合伙性质的商业实践多被人民法院以“名为联营，实为借贷”，合同中的“保底条

款”无效为由而予以否定。这在当时的法律环境下，无可厚非。然而，随着我国《合伙企业法》中有限合伙制度的确立，随着合伙企业法的即将实施，最高法院有必要对上世纪90年代以后制定的几个涉及具有有限合伙性质的商业契约效力的司法解释予以重新审视并予以修改或废除，以避免使司法过于落后于经济生活的实践，避免司法成为日新月异的经济实践的障碍。（作者：宗海潮，建纬（北京）律师事务所）

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