

民事合伙的组织性质疑

——兼评《民法总则》及《民法典各分编(草案)》相关规定

李永军*

摘要:民事合伙不具组织性,不能成为民法上的主体,民事合伙各合伙人的连带责任源自其相互之间的共同共有关系。《中华人民共和国民法总则》第102条第2款将合伙企业纳入非法人组织的范畴是错误的。民事合伙是一种纯粹的契约关系,但这种契约关系具有不同于一般契约的特殊性,不能适用同时履行抗辩、不安抗辩等合同法上的抗辩权。合伙债务清偿的双重优先原则在我国法律体系下不具备适用的基础和前提;民事合伙仅仅在解散时需要内部清算,并不需要外部清算,更不存在所谓的先诉抗辩权问题;但合伙合同终止而进行内部清算时,可以先用合伙人的共同共有财产清偿,不足的部分再由各个合伙人承担。

关键词:民事合伙 商事合伙 非法人组织 共同共有 双重优先原则

我国在民法典编纂中增设“合伙合同”这一有名合同,是对《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)和《中华人民共和国民法通则》的重要补充,也是民法典编纂体系化的一项重要举措。如果没有“合伙合同”的相关规定,商事合伙就失去了基础,与合同有关的合伙规则就无法落实,尤其是在一些特别法上无法准用。例如,对于公司成立过程中的发起协议,在公司不能成立时应适用关于合伙合同的法律规定而不能适用合伙企业法的规定;如此一来,实际上没有可以准用的法律规范。《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第94条仅规定在公司不能成立时,发起人应当承担下列责任:(1)对设立行为所产生的债务和费用负连带责任;(2)对认股人已缴纳的股款,负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。但这种规定并不完整,对于诸如成立过程中是否有共同财产、是否应该清算、债权人如何请求等问题并未做交待,如果有关于合伙合同的规定,那么这些问题都可以准用有关合伙合同的规定。大陆法系国家的民法典基本都规定了合伙合同这种有名合同,我国民法典编纂中增加合伙合同是十分重要和必要的。但在民事立法和理论上,对于民事合伙的争议很大,主要有下列问题:(1)民事合伙是否具有组织性?能否成为民事主体?(2)非法人组织、商事合伙与民事合伙之间有何区别?《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第102条将合伙企业纳入非法人组织的范畴是否恰当?(3)民事合伙的合伙人对外债务承担连带责任,是源于合伙的组织性或者主体性还是源于合伙人之间的共同共有关系?(4)当合伙人的个人债权人与民事合伙经营中的债权人利益相冲突时,是否适用债务清偿的双重优先原则?(5)合伙是一种合同(契约)关系,当事人如何能够对外承担连带责任?合伙合同的特性是什么?它能否适用《合同法》的一般规定?(6)民事合伙是否需要清算,如需清算,又该如何清算?解决这些问题,在我国无论对于理论,还是对于实践和民法典编纂,都有重要意义和价值。本文将对以上问题进行探讨。

* 中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金重大项目(18ZDA141)、国家社会科学基金项目(18AFX014)

一、非法人组织、商事合伙与民事合伙的界分

之所以首先研究这一问题,是因为在我国的民商法理论、法律规范和实践中,“非法人组织”“商事合伙”“民事合伙”在“非法人组织”的大框中,几乎是一锅烂粥。在我国编纂民法典的过程中,应当将这些概念作体系化梳理以做正确定位和定性。

虽然民事合伙、商事合伙、非法人组织的对外责任(对于第三人的责任)都体现为连带责任,但责任根源和构造却有本质的差别。认识这种差别有着深远的意义。大陆法系国家的合伙及连带责任制度大都有罗马法的渊源,罗马古典法上的合伙是指两个人或者多人的联合,旨在通过共同手段实现共同目的。这种合同构造在历史上可以回溯到两个渊源——古代罗马法上的继承人共同体和资合性的取得合伙。^①古典的合伙是指合伙人通过不要式合意建立起他们的合作。合伙以“继续性合意”为基础,只有全体合伙人都坚持达成一致的意思时才能存续。古典的合伙仅在合伙人之间产生权利和义务而不对外产生代理权,它不形成任何团体性的集合。各合伙人对于外部人员以及外部人员对于各合伙人所为的法律上的行为,只能对该合伙人发生效力,而不能对全体合伙人整体发生效力,因为该整体并不构成一个集合。合伙人的出资一般是财物,有时也可以是劳务。合伙财产按照份额属于全体合伙人共有。^②也就是说,在古典罗马法上,合伙从来就不是一种组织体,而是一种个人之间的简单组合。这是认识合伙的起点。及至《德国民法典》,实质上存在三种“类合伙”:无权利能力的社团、商事合伙、民事合伙。这三种形式的合伙无论在本质上还是在结构上都有较大的不同。

(一)非法人组织与民事合伙

在德国法上,非法人组织被称为无权利能力的社团。从《德国民法典》的规定来看,无权利能力的社团与民事合伙属于两种截然不同的东西,《德国民法典》采取“二元化”的方式对待。《德国民法典》第54条规定:“无权利能力的社团,适用关于合伙的规定。以此种社团的名义对第三人实施的法律行为,由行为人负个人责任;行为人为数人时,全体行为人作为连带债务人负责任。”当然,对于这一规定,德国学者大都持反对意见。例如,德国学者拉伦茨指出,无权利能力的社团是一个其成员变动对其结构不发生影响的团体,在这一点上与合伙不同。因此,现在人们一般认为《德国民法典》第54条第1句的规定是不恰当的。无权利能力的社团在其整体结构上不是近似于民法上的合伙而是近似于有权利能力的社团。典型的民法上的合伙是特定合伙人松散或紧密的联合,各个合伙人的人格对于联合体有着重要意义。《德国民法典》之所以如此规定,实际上是想通过这种方式迫使所有社团进行登记,从而对其进行政治上的审查。司法判决已经普遍承认,无权利能力的社团的结构形式与合伙法规定不符;司法判决也已经对之类推适用《德国民法典》关于有权利能力的社团的规定。总的说来,无权利能力的社团与有权利能力的社团的法律地位越来越接近,而且在司法判决中,这个接近的过程至今还没有结束。^③德国学者梅迪库斯特持类似观点。^④从我国现行的民法体系来看,我国现行法上根本不存在“无权利能力的社团”和“民事合伙”的规范体系。我国私法中普遍存在的“非法人组织”大概相当于德国法上的“无权利能力的社团”,而民事合伙尽管在现实生活中大量存在,但在法律规范上却难觅踪影。不过,我国《民法典各分编(草案)》^⑤(以下简称《草案》)已将民事合伙纳入其中。至于非法人组织,从词语的适用上看,大概也是想表达:(1)它是一个组织;(2)它没有法人资格(权利能力)。因此,可以将其与《德国民法典》上的“无权利能力的社团”进行比较分析。《民法总则》第102条规定:“非法人组织是不具有法人资格,但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。非

^① 参见[德]马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第479~480页。这种合伙概念实际上就是今天各国民法典上民事合伙的概念。我国《民法典各分编(草案)》之合同编的合伙合同的概念也是源于这一概念。

^② 参见[德]马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第481~482页。

^③ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第236~237页。

^④ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第852~853页。

^⑤ 参见2018年8月17日《全国人民代表大会常务委员会委员长会议关于提请审议〈民法典各分编(草案)〉的议案》中的《民法典各分编(草案)》第751—162条。

法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。”可见，我国法上的规定恰恰跟德国法上的规定相反：合伙企业包括在非法人组织中，而民事合伙却不包括在其中。那么，这种规定是否合适呢？

对于民事合伙，《草案》第751—762条的规定基本上沿着“主体之间的契约+共同共有关系”的逻辑展开，其中偶尔也混杂着“组织体”观念。笔者认为，我国未来的民法典必须明确区分非法人组织与民事合伙，二者的法律差异主要是：(1)非法人组织本质上是一个“组织体”。发起人在发起设立的时候，就想成立一个组织，但因不具备取得权利能力的条件或根本就不想取得权利能力而使得该组织具有非法人性质。而民事合伙的合伙人之间的关系实际上就是契约关系，民事合伙从表面上看，类似组织，但实际上仅仅是“一群个体”。也许有的合伙想组成组织，也有形成组织的意思，但不可否认的是，确实存在无形成组织意思的合伙，其仅仅是契约关系。(2)非法人组织有自己的名称，可以自己的名义从事民事活动（这是《民法总则》102条对非法人组织的定义）。但作为民事合伙，很可能连自己的名称都没有，从《草案》和其他国家民法典来看，也没有将契约型合伙的名称作为合伙成立的必要条件的立法例。因此，从客观上看，至少在我国现实中，民事合伙是无法“以自己的名义从事民事活动”的。也许正因为如此，非法人组织不包括民事合伙。(3)非法人组织存在的依据是其章程，而民事合伙存在的基础是合伙人相互之间订立的合伙契约。相比之下，一个组织，其成立不仅有契约而且有章程。例如，公司的设立，首先是成立契约，然后必须有章程。但合伙仅仅有契约而没有章程。(4)作为非法人组织，其决议程序不一定实行全票制，但除非有授权，合伙的决议一般情况下必须是全票制。组织与民事合伙的主要区别在于：组织应该有自己的独立于其成员的意思，但民事合伙不可能存在这种意思。(5)非法人组织在诉讼过程中，可以作为原告或者被告，但合伙实际上不具有这种能力，因为它根本没有名称，在与第三人的诉讼中，只能以合伙人作为原告或者被告。(6)非法人组织与其成员实际上是分离的：组织不因某个成员的死亡或退出而解散。但在民事合伙中，成员对于合伙至关重要，合伙不可能脱离成员而存在。(7)在对外关系方面，非法人组织有负责人对外代表组织，其行为后果由非法人组织负责。例如，《民法总则》第105条规定：“非法人组织可以确定一人或者数人代表该组织从事民事活动”；《中华人民共和国民事诉讼法》第48条规定：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼”。在侵权行为方面，组织对外承担赔偿责任，而民事合伙的任何人无权代表合伙，合伙人相互之间以委托与代理的方式对外，对外责任按照代理的规则及共同共有的规则承担。在侵权责任方面，一般来说，民事合伙适用关于代理的规则——合伙人的不法侵害，由行为人负担，民事合伙因仅仅是契约关系，无法被过错归责，也无责任能力，也就不可能作为责任主体。(8)《民法总则》第103条规定非法人组织必须进行登记，否则不能成为真正意义上的非法人组织。而对民事合伙，《草案》没有规定登记的要求。(9)在对外责任方面，按照《民法总则》第104条的规定，除法律另有规定外，非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。但是，从实际情况看，非法人组织的种类繁多，有的从事营利活动，有的从事非营利活动或公益活动。如果让这些非法人组织的成员对组织的对外债务承担连带责任，显然与其性质不符，甚至会影响人们加入这种组织从事公益活动的积极性，故让其承担有限责任更合适。因此，在德国的司法实务中，非营利性无权利能力的社团，除了有权利能力者外，实际上也仅承担有限责任。^①对于民事合伙而言，虽然各个合伙人之间实际上是“债的关系”，但因在合伙过程中，各合伙人有共同的财产，其对外债权债务关系实际上是基于共同共有产生的连带责任，而不是对民事合伙的补充连带责任。^②

(二)非法人组织与商事合伙

尽管从司法实务及很多学者的观点看，非法人组织与商事合伙都具有权利能力，但从理论体系和逻辑

^① 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第859页。

^② 这里所说的“补充连带责任”，是指在合伙财产不足以承担债务的时候，合伙人才承担连带责任。《中华人民共和国合伙企业法》第38—39条和《中华人民共和国民法总则》第104条实际上指的就是这种补充性连带责任。

上说,两者存在很大不同。

首先,非法人组织本身是一个组织体,很多都有决策机关,对于事务的表决采取“少数服从多数”的原则,其存在的基础是自己的章程。而商事合伙存在的基础是合伙协议,合伙没有自己的决策机关,绝大多数事务必须经过全体合伙人一致同意。

其次,在对外关系方面,非法人组织有自己的代表机关(代表人),而商事合伙没有这种机构,合伙人相互之间还是采取代理的规则。《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)第26条规定:“合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利。按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定,可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业,执行合伙事务……”根据《合伙企业法》第29条的规定,合伙协议约定或者经全体合伙人决定,合伙人分别执行合伙企业事务时,执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时,应暂停该项事务的执行。如果发生争议,可由全体合伙人共同决定。受委托执行合伙企业事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的,其他合伙人可以决定撤销该委托。这是典型的以代理规则解决对外关系问题。但遗憾的是,《合伙企业法》第26条却规定合伙人“对外代表合伙企业”,这样一来疑问就出现了:受委托的执行合伙事务的合伙人,究竟是全体合伙人的代理人还是合伙企业的代表人?从《合伙企业法》第28条的规定看,显然他应该是全体合伙人的代理人而不是合伙企业的代表人。因为究竟是代理还是代表,对于合伙是否具有侵权能力意义重大:如果是代理,合伙事务执行人因执行代理事务对外造成的侵权责任,一般由代理人自己承担,被代理人一般不承担这种责任。而如果是代表,则会出现完全不同的结果:代表人因被视为被代表人的一部分(如法人的法定代表人本身就是法人的一部分),其行为造成他人损害的后果,当然就如同被代表人侵害他人一样。但这一问题在我国法上没有得到很好的讨论和研究。其实,无论是无权利能力的社团还是商事合伙,在德国立法上均被解读为“没有权利能力”,尽管主流理论和判例规则都把她们作为“有权利能力的主体”对待。^①而在我国,《民法总则》第102条和《合伙企业法》第20条均分别直接赋予非法人组织和商事合伙权利能力。

最后,在对外责任方面,也是最重要的方面,无论是非法人组织还是商事合伙,我国法律都规定其成员或者合伙人承担无限连带责任。例如,根据《民法总则》第104条和《合伙企业法》第2条的规定,非法人组织的成员对于非法人组织的债务、合伙人对于合伙债务都承担无限连带责任。只有特殊类型的合伙,合伙人具备特定条件时承担有限责任,如《合伙企业法》第55—84条规定的“特殊的普通合伙”与“有限合伙”。而且,《民法总则》第102条直接把商事合伙(合伙企业)作为非法人组织的一种。德国理论和实务认为,无权利能力的社团的责任应该限制在其财产范围内,成员不对社团的债务以自己的财产承担责任。^②但在德国法上,商事合伙与无权利能力的社团有根本的区别。我国立法也应该清楚地区分非法人组织与商事合伙,不能将它们作为“同类项”规定在一起。

(三)民事合伙与商事合伙

我国现行法上是否存在民事合伙与商事合伙的分类呢?如果仔细分析1986年《民法通则》,似乎很难对这一问题作出否定的回答。《民法通则》第30—35条的规定似乎就是旨在区分民事合伙与商事合伙,其中第33条针对商事合伙,而其他条文可以理解为针对民事合伙。

对于《民法通则》在“主体”部分规定“合伙”,可以作两种解释:一种解释是合伙本身就是主体;另一种解释是,合伙是自然人主体之间的契约关系。从《民法通则》的规定看:(1)经营所得和投入的财产并非归合伙所有,而是归“合伙人共有”;(2)没有作“合伙的债务应当先由合伙财产清偿,不足的部分由各合伙人承担连带责任”的规定。笔者更倾向于第二种解释,即《民法通则》根本就没有把合伙作为民事主体对待,即使是商事合伙,《民法通则》也没有将其作为民事主体对待,而是将其看作自然人之间的契约关系。对于

^① 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第853~860页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第236~247页。

^② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第244页。

法人之间的合伙,《民法通则》规定得更为清楚。《民法通则》第51条(法人型联营)规定:“企业之间或者企业、事业单位之间联营,组成新的经济实体,独立承担民事责任,具备法人条件的,经主管机关核准登记,取得法人资格”;第52条(合伙型联营)规定:“企业之间或者企业、事业单位之间联营,共同经营、不具备法人条件的,由联营各方按照出资比例或者协议的约定,以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的,承担连带责任”;第53条(合同型联营)规定:“企业之间或者企业、事业单位之间联营,按照合同的约定各自独立经营的,它的权利和义务由合同约定,各自承担民事责任”。第51条规定的实际上是不同性质的单位各自出资成立新的法人,与合伙无关;第52条规定的实际上是合伙,其可能是民事合伙(契约型合伙),也可能是商事合伙;第53条规定的实际上是协作关系(正常的交易关系),与合伙无关。由此可见,《民法通则》实际上是按照合伙人的不同,将合伙分为个人合伙与法人合伙。在个人合伙与法人合伙中,再划分民事合伙与商事合伙。但遗憾的是,《民法通则》的这种分类在现实生活中并没有显现出其意义和价值。真正的商事合伙实际上是在《合伙企业法》颁布以后对《民法通则》第33条进行了特别法上的具体规范。但在民商法体系中,对于民事合伙仍然缺乏体系性规范,因为《合同法》中没有“合伙合同”这种有名合同类型。虽然说,合同适用“契约自由”之原则,任何契约都可以订立,但由于合伙合同的特殊性,尤其是对第三人的关系上必须特别规定而不能约定,而事实上《合同法》总则部分也找不到这种适用的规则。因此,严格地说,我国法上关于民事合伙的规范体系是有缺漏的。不过,《草案》已经明确规定合伙合同,从而弥补了体系上的漏洞。

结合《草案》关于合伙合同的规定及《合伙企业法》的相关规定,民事合伙与商事合伙的主要区别应该是:(1)商事合伙需要进行登记,因此必须有自己的名称,而民事合伙不需要进行登记,也不需要自己的名称。(2)在对第三人的关系上,商事合伙有自己的名称,可以以自己的名义从事民商事活动,取得的财产归合伙企业所有而不直接归合伙人共有。因此,在责任承担上,各个合伙人对于合伙企业的债权人先有抗辩权。民事合伙人的经营所得归属全体合伙人共有,民事合伙人也不能以合伙的名义对外从事民商事活动。我国至少有三种类型的商事合伙:普通合伙、特殊的普通合伙和有限合伙。对于不同种类的商事合伙,合伙人的债务责任是不同的。但在民事合伙中,各合伙人的对外债务责任都是无限连带责任且不拥有先诉抗辩权。

(四)小结

我国采取的是“民商合一”的立法体例,因此区别非法人组织、商事合伙和民事合伙具有重要意义。这三者的区别很大,不能仅仅因为某一点或者某几点的共性就将其简单地等同。因此,《民法总则》第102条将合伙企业纳入非法人组织范畴的做法是不可取的。

二、民事合伙的主体性质疑

虽然大陆法系很多国家将民事合伙纳入民法典“债编”之“合同”部分,但对于其性质的理解仍存在争议。有些日本学者和德国学者认为民事合伙为团体的一种形式。例如,日本学者我妻荣认为,民事合伙虽然是团体的一种,但其团体组织乃是由成员(合伙人)相互之间的权利义务构成,带有契约的色彩,从而与社团相对立。也就是说,在社会关系中,社团作为统一体而出现,作为其构成分子的个人已经完全丧失其重要性。而与此相反,作为合伙的构成分子的个人仍然有其独立性,只不过为了达成共同目的而在必要的限度内被统一起来,从而具有组织性。^①我国也有学者认为民事合伙具有组织性,各个合伙人基于一种相互信赖关系而组成一个共同体。^②

关于民事合伙的主体性问题,德国学理与判例有“否定说”与“肯定说”之分。持“否定说”的学者认为,合伙契约的根本特征在于约定的共同目的以及与之相应的所有合伙成员的支持义务。这种通过订立合伙

① 参见[日]我妻荣:《我妻荣民法讲义 V3——债法各论》(中卷二),周江洪译,中国法制出版社2008年版,第222页。

② 参见王利明:《论合伙协议与合伙组织体的相互关系》,《当代法学》2013年第4期。

契约而产生的合伙,依据主流观点,是一个没有权利能力或者仅有部分权力能力的人员共同体。由此人们得出结论,该共同体没有当事人能力以及参与能力、破产能力、地产登记能力、商标法能力、票据能力等。^①早期的民事合伙,只要其拥有合伙财产,就被认为是一种带有属于全体合伙人的特别财产的合伙人之间的债之关系。根据这种“传统的”“忠于法律”的教义,合伙人作为归属主体以及那些属于特别财产的客体的拥有者,具备共同共有的联系。合伙人(而非民事合伙自身)是那些以民事合伙名义订立的法律行为的权利人或义务人。如果不同于《德国民法典》第709条和第714条的规定,个别合伙人在合伙契约中被赋予了事务执行权或代理权,则他以民事合伙名义为一定行为的能力应当在与《德国民法典》第714条相协调的前提下作如下理解,即他有权针对第三人代理其他合伙人。据此,这些债权在没有特别的代理规则的情况下,必须由所有合伙人共同主张。然而债务却并非作为合伙债务而是作为共同债务存在,对于此种债务,合伙人原则上必须以个人财产负责。这一思路也适用于《德国民事诉讼法典》第736条的强制执行规定。^②

“肯定说”主要是以“群体理论”为代表的理论与判例观点。在20世纪后期,“否定说”越来越多地受到由弗鲁梅在1972年倡导的所谓“群体理论”的质疑。持“群体理论”者认为对于那些拥有共有财产的民事合伙,应当将其作为独立的、与合伙人相区别的、权利义务的归属主体看待。据此,合伙财产的承担者便成了拥有(部分)权利能力的民事合伙本身,而与个别合伙人无关。相应地,债务(作为共同债务)也应首先针对民事合伙本身主张,而若要主张合伙人的个人责任,则必须有特别的承担义务的原因。20世纪末期,“群体理论”在有关合伙法的文献中得到广泛的支持和贯彻,并在德国联邦最高法院的判决中被日渐接纳。不过,持“否定说”的学者认为“群体理论”偏离了法条文义且与立法目的不符。^③

在立法者通过《德国破产法》第11条第2款和《德国民法典》第14条第2款引发民事合伙的“升值评价”之后,德国联邦最高法院的判例走向了无条件承认民事合伙在外部关系上的权利能力的道路。德国联邦最高法院在2001年1月29日做出的一项判决认为,民事合伙具备权利能力,只要法律没有相反规定,其即可以自己的名义参与法律交往,获得权利、承担义务、起诉与应诉。合伙人的财产权利被限制在对合伙财产共同共有的参与上,对于民事合伙的债务,他们原则上依照“附随理论”的标准承担责任。此后,该观点被司法判决所接受和认可。^④对于外部关系中的责任承担,司法实践中将民事合伙与普通商事合伙同等对待,^⑤这使得民事合伙进一步向商事人合合伙靠拢,民事合伙作为人合合伙的基本形式的特征也得到进一步强化。由于商法在代理、事务执行以及有限责任合伙人的责任方面的特别规定,对于不同合伙形式的区分具有现实意义。^⑥德国联邦最高法院在一起案件中确立了民事合伙法律地位的转变。^⑦此后,民事合伙在程序法上既可主动亦可被动地成为当事人,民事合伙可以成为其它企业的成员,可以成为一个合作社或股份有限公司或有限责任公司或另一个民事合伙的成员。^⑧

然而,上述关于民事合伙组织性与主体性的理论和判决在理论的逻辑起点和规范的文义解释方面都存在重大疑问。从理论的逻辑起点看,民事合伙仅指“个人之间的契约关系”,并不涉及组织性或主体性问题。民法典上的合伙合同是一个基础性的有名合伙,有可能基于这种合同登记成立有主体性或团体性的组织。但合伙仅就以合同形式存在的话,其仅仅是产生合伙人相互之间的债的请求权关系,而不能成为一个主体或者组织的逻辑起点。当然,不可否认,即使是以民事契约形式存在的合伙关系,也存在共同经营的问题,也可能产生共同财产和共同债务。但这种共同财产或者共同债务与是否一个组织或者主体没有

① Vgl. Jauernig/Stürner, 14. Aufl. 2011, § 705, Rn. 1.

② Vgl. Ulmer/Schäfer, Münchener Kommentar zum BGB 66. Auflage 2013, Rn. 9-13.

③ Vgl. Ulmer/Schäfer, Münchener Kommentar zum BGB 66. Auflage 2013, Rn. 9-13.

④ Vgl. Ulmer/Schäfer, Münchener Kommentar zum BGB 66. Auflage 2013, Rn. 9-13.

⑤ Vgl. BGHZ 146, 341; NJW 02, 1207.

⑥ Vgl. Prütting/Von Ditfurth, 6. Aufl. 2011, § 705, Rn. 5.

⑦ Vgl. BGH NJW 01, 1056.

⑧ Vgl. Prütting/Von Ditfurth, 6. Aufl. 2011, § 705, Rn. 35.

任何关系。就如持“否定说”的德国学者所言,共同共有原则并不影响合伙债务的构造,合伙债务从债务性质而言即是合伙人的债务,合伙人是债务人。因此,不存在合伙名义下的行为,所有合伙人实施的行为,是每个合伙人以自己的名义实施的行为。如果一个合伙人以代理人的名义实施行为,则他同时以个人名义和其他合伙人的名义实施行为。^①从规范层面看,《德国民法典》关于合伙契约的规定也很难体现出合伙契约之组织性或者主体性的含义:(1)合伙人之间是以代理的形式与第三人发生法律关系(第714条);(2)合伙财产属于全体合伙人共有而非合伙组织所有(第718条);(3)合伙合同因合伙人一人死亡而终止(第718一次)。从《草案》第753—754条的规定看,合伙人也是以授权的方式与第三人发生法律关系,合伙财产也属于全体合伙人共有,很难看出其组织性的特点。然而,从体系解释上看,无论是《德国民法典》,还是我国正在编纂的民法典却又都把“合伙合同”规定在“债的体系”中。这种结构表明,合伙合同当事人之间的关系问题属于债的关系问题而非主体问题。如果是主体问题,尤其是在我国民法典上,就应该将其规定在“总则”部分。从程序上来看,民法上的基于合伙契约的合伙甚至没有名称,在合伙人与第三人发生纠纷时,如何能够充当被告或者原告?因此,被告与原告只能是全体或者部分合伙人。如果契约型民事合伙也可以成为民事主体的话,那么夫妻也能够成为一个组织体和主体,因为他们之间的对外对内关系比民事合伙更加紧密,而且还进行了登记,共同生活、共同生产和经营,还有共同财产。但为什么没有人提出夫妻关系构成组织体或者主体呢?笔者认为,民法典规定的合伙合同中的合伙人之间的关系,纯粹是主体之间的契约关系而不是一种新的团体,更不是非法人组织。他们之间的关系依据契约而定,对外关系则是因共同共有导致的对第三人的连带责任关系。

需要特别指出的是,尽管民事合伙在民法上不具有主体资格,但在特别法上又有可能具有主体资格,这种情况主要发生在破产程序中。由于《德国破产法》《日本破产法》都承认“破产财团”的概念,因此合伙人共有的财产就有可能作为破产财团而成为破产清算的对象。例如,《德国破产法》第11条规定:“(1)可以对任何自然人的财产和任何法人的财产开始支付不能程序。在此方面,无权利能力的社团视同法人。(2)除此之外,可以对无法律人格的合伙、两合公司、自由职业者合伙、民事合伙、航运企业、欧洲经济利益集团的财产开始支付不能程序;依第315条至第334条可以对遗产、对延续共同财产关系中的共同财产、或者对共同财产关系中由夫妻双方共同管理的共同财产开始支付不能程序”。德国学者指出,根据《德国破产法》第11条的规定,对于通过共同共有关系结合起来的特定财产可以适用破产程序。立法者仅在《德国破产法》第11条第2款第1项把民事合伙规定为有破产能力,也明确了有关实体法上的法律性质问题不受此规定的影响。^②其实,《德国破产法》一旦承认对共同共有财产可以进行破产清算从而认为其具有“清算能力”(清算主体),那么规定民事合伙是否具有破产清算能力的价值就不大了。《合伙企业法》第92条规定:“合伙企业不能清偿到期债务的,债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请,也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的,普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。”但对于民事合伙却难以作出相同的解释,因为我国破产法并不承认“破产财团”、遗产等共同财产的破产能力,也就无法从中解释出民事合伙具有破产主体的资格。

另外,在民法或者商法理论上,如何认定非自然人主体?标准是什么?对此,奥地利学者凯尔森认为,社团之所以被认为是一个人,就是由于法律秩序规定了其某些权利与义务,它们关系到社团成员的利益但又并非成员的权利与义务,因而就被解释为社团本身的权利和义务。只有当几个人已经被组织起来,且每个人对于其他人而言都有特定的功能时,他们才组成一个集团或联合。当他们的相互行为由秩序、规范制度所调整时,他们才被组织起来。构成这一联合的就是这种秩序,或者说是这种组织。这一联合具有机关的意思,同组成联合的人由一个规范所组织的意思一样。构成社团秩序或者组织的章程是调整社团成员

① 参见王丹阳:《德国民事合伙之债务与责任学说的演变》,《政治与法律》2009年第5期。

② 参见[德]莱因哈德·波克:《德国破产法导论》(第六版),王艳柯译,北京大学出版社2014年版,第14~17页。

行为的规范的总和。^①人们如何“被组织起来”呢?在这一问题上,凯尔森与康德都主张:所谓“被组织起来”,意味着必须有章程、有代表机关和执行机关。这也是《公司法》(第36—43条、第98—107条)要求公司法人必须有决策机关(权力机关、意思机关)的原因。章程和决策机关其实就是被组织起来的标志。任何合伙,无论是民事合伙,还是商事合伙或无权利能力的社团,都不符合这种标准,因此很多大陆法系国家的民法典都将其区别于法人这种主体而将其规定为非主体,目的不在于解决其主体地位问题,而在于解决其对第三人的责任问题,从而保护第三人。学者和法院的判决将其作为主体实际上违背了主体理论体系和立法者的初衷。但问题在于,事实就这样发生了:我国毫不犹豫地将其作为主体对待。而对此问题,在德国还有争议^②且在将无权利能力的社团和合伙作为主体对待的时候,还存在犹豫并有“部分权利能力说”的观点。^③《民法总则》第102条将合伙企业纳入非法人组织的范畴是一个极大的错误,因为非法人组织与合伙有着本质的差别。

三、民事合伙人连带责任溯源

如果说民事合伙人之间的关系是契约关系,那么他们对于第三人的连带责任来自何处?理论根据是什么?这涉及民事合伙的主体性问题,即民事合伙存续过程中的财产归全体合伙人共有还是归合伙所有。如果民事合伙是一个主体且有权利能力,那么财产就应该归属之,债务也就自然由合伙财产清偿;合伙人承担的不应该是连带责任,而是补充责任。^④反之,如果民事合伙不是一个主体,那么民事合伙本身就没有财产和义务的归属资格,取得的财产自然就归全体合伙人共有,义务自然也由全体合伙人共同承担。这是合乎逻辑的结论。

《草案》第753条规定民事合伙的财产由全体合伙人共有。如果对比《合伙企业法》关于合伙企业(商事合伙)财产归属的规定,就会发现其中的差别。《合伙企业法》虽然在第20条规定“合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产,均为合伙企业的财产”,但并没有规定合伙企业的财产归全体合伙人共有。从比较法上看,多数国家民法典和学理也主张此种观点。《日本民法典》第668条规定:“各合伙人的出资及其他合伙财产,为全体合伙人共有。”日本学者我妻荣认为,民事合伙财产的性质其实是“合有”。其实,所谓的“合有”,是指各共有人根据共同关系对标的物共同享有管理权,同时也共同地享有收益权,各共有人也可以享有应有的部分,但在共同关系结束前,各共有人不得请求分割财产。^⑤“合有”制度虽然起源于日耳曼法,但《德国民法典》却没有采用这一概念,而是采用了“共有”的概念,并把“共有”区分为“一般共有”和“共同共有”。一般共有其实就是“按份共有”。^⑥按照德国学者的观点,这种共同共有的财产,可产生于民法上的合伙、无限责任公司、两合公司、夫妻共同财产以及共同继承的财产。任何一个共有人在属于共同共有财产上所享有的份额,在物权法上是无法触及的,故而也无法处分。^⑦从这个意义上看,日本学者所谓的“合有”其实就是德国学者所讲的“共同共有”,而德国学者所谓的“共同共有”与我国物权法及理论上的“共同共有”其实也是一样的。

按照共同共有的基本规范,共有人要对外承担连带责任。对此,《中华人民共和国物权法》第102条规定:“因共有的不动产或者动产产生的债权债务,在对外关系上,共有人享有连带债权、承担连带债务,但法

① 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第109—111页。

② Vgl. Jauernig/Stürner, 14. Aufl. 2011, § 705, Rn. 1; Prütting/Von Dittfurth, 6. Aufl. 2011, § 705, Rn. 5.

③ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第851~862页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第245~247页。

④ 在笔者看来,补充责任都显得牵强:一个有权利能力的主体,就应该有独立承担义务和享有权利资格,让成员承担作为独立主体的合伙的债务,没有逻辑上的可行性。让一个主体对另一个主体的债务承担责任,要么是自愿(如保证),要么是有特殊原因。

⑤ 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第695页。

⑥ 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》,张双根译,法律出版社2004年版,第33~39页;[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第29~30页。

⑦ 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》,张双根译,法律出版社2004年版,第34~35页;[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第30页。

律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿”。德国理论也认为，共同共有会发生连带债务。^①因此，让全体合伙人对外承担连带债务责任的并不是合伙契约或者合伙本身，而是他们之间的共同共有关系。

四、契约关系与共同共有关系的区分

从体系解释上说，由于合伙契约被规定在各国民法典的“债编”之“合同”部分，因此合伙契约当然是契约。但问题在于：(1)这种契约是否共同共有的基础？(2)这种契约是否适用合同规范的一般规则，如同时履行抗辩、不安抗辩及合同解除？

关于第一个问题，尽管合伙人之间的契约关系与共同共有关系是二元区分的，但契约关系与共同共有关系之间有密切联系，甚至可以说，这种契约关系是共同共有关系的基础。契约关系的不存在会导致共同共有关系的终止。《草案》第753条的规定其实就体现了这一含义。

关于第二个问题，实际上涉及合伙契约的性质，即合伙契约属于双务契约还是多方法律行为。合伙契约的性质一直备受争议。最初“双务契约说”占优势，后来又出现了“共同行为说”。这些学说争议始终围绕着“合同法总则”在什么范围内适用于合伙这一问题而展开。^②笔者认为：(1)合伙契约是一种特殊类型的契约而非双务契约。与一般买卖合同、租赁合同等不同，合伙契约不具有两造的交易性或者对价交换的特点，而具有为共同事业的意思表示。因此，学者将其理解为“共同行为”是有道理的。但其与设立社团的行为是不同的——其目的不是为了设立一个社团，而是为了将来的共同事业而约定权利义务，相互之间不具有相互给付的对待性。而双务契约不仅契约当事人具有相互给付的义务，而且给付具有“对待”之意，具有相互交换性，如买卖、互易等。但合伙合同本身并没有这种特性——合伙人根据合伙合同，尽管也有给付义务，但该给付与其他合伙人的给付并不构成“对待关系”。因此，合伙契约不是双务契约，而是多方法律行为。即使合伙人只有两个人，也不构成双务契约，但在规则上有例外而已。(2)合同法总则应有限制地适用于合伙合同。从体系上讲，合同法有总则与分则；从法律适用的意义上讲，在分则中的具体合同类型中没有规定时，应适用总则之规定。但是，对于合伙合同，总则之规定是否应当适用呢？有一种观点认为，不应适用总则的规定。理由是：合同法总则的规定乃是适用于当事人交换而结合给付的情形，而如合伙这种为全体当事人共同目的而结合的给付的情形，其不适用合同法总则才是合理的。^③笔者认为，这种观点值得商榷：首先，从规范体系上看，合伙合同规定在合同法分则部分，而合伙合同并没有直接排除总则的适用，当然就应该解释为适用总则。实际上，在很多国家的民法典中，总则中的哪些规则不适用，是有直接规定的。例如，《日本民法典》第667条之一规定：“第533条及第536条之规定，不适用于合伙契约”。其次，从法律适用上看，如果不适用总则，那么合伙合同的成立规则、解释规则、无效规则等规则到哪里去寻找？因此，应该有限制地适用合同法总则的规定。那么，合同法总则中的哪些规则不能适用于合伙合同呢？总的来说，关于同时履行抗辩、不安抗辩和合同解除的规则不能适用于合伙合同。因为，这些规定都是基于双务契约的特性而设计的，即法律基于合同当事人以作为各自利益而交换对待给付为前提，法律为确保此“对待给付”的公平实现为前提，而合伙合同不具备这样的前提。因此：(1)当合伙人被请求履行依据合伙合同规定的出资义务时，不能以其他合伙人尚未履行出资义务进行同时履行抗辩，或者在具备其他条件时主张适用《合同法》第68—69条的规定。(2)关于法定解除的规则即《合同法》第94条之规定不能适用于合伙合同。就如日本学者所言，《日本民法典》中关于解除的规定，虽然并不一定适用于有偿契

① 参见[德]迪特林·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第608页。

② 参见[日]我妻荣：《我妻荣民法讲义V3——债法各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社2008年版，第225～226页。

③ 参见[日]我妻荣：《我妻荣民法讲义V3——债法各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社2008年，第226页。

约或者双务契约,但可以肯定的是,其主要目的仍是调整当事人交换给付情形的关系。不仅如此,在合伙人不履行合伙合同之债务时,并不依解除规则来处理,而是依退伙、解散等规则处理更合适。^①但“意定解除”的规则仍适用于合伙合同(全体一致的解散合伙关系)。

既然合伙合同是一种契约,那么《合同法》第79—90条之关于合同权利义务转让或者移转的规则能否适用?从民事合伙角度看,其是以契约关系维系的共同共有关系,即各个合伙人的权利义务以契约为存在基础。但是,合伙的契约关系与共同共有关系必须从规范使用上进行区分。问题在于:合伙人的权利义务关系究竟是适用关于合同权利义务转移的债法规则还是适用关于共同共有的物权法规则?合同法规则与物权法规则应分别适用于合伙合同。就合同关系来说,合同法总则之关于权利义务移转的规则不适用于合伙合同,也就是说,由于合伙契约具有很强的人身信赖属性,故这种债的权利义务的移转不同于一般合同的权利义务。合伙人以合同当事人的身份移转权利义务时,应该适用关于退伙与入伙的规则,必须经过全体合伙人一致同意,并且要对该退伙合伙人的财产与债务进行清算。对此,《日本民法典》第677—681条、《德国民法典》第736—740条有明确规定。可惜的是,《草案》关于“合伙合同”的部分对此并无规定,也没有关于准用《合伙企业法》的规定。

如适用关于共同共有关系的物权法规则来调整合伙合同关系,则会发生“共同共有的份额”及转让问题。在这里有两个问题需要讨论:(1)在共同共有关系中,是否存在份额?(2)对于份额的转让是相对限制还是绝对限制?

关于第一个问题,从《德国民法典》第719条、《日本民法典》第676条、《草案》第758条的规定来看,合伙人对于共同共有的财产是有份额的。但是,就如德国学者梅迪库斯所言,对于《德国民法典》第719条第1款规定,始终存在争议的问题是:共有人是否拥有对合伙财产中具体财物的份额(尽管从文字上看显然是拥有的)。^②这实际上涉及如何理解共同共有的份额问题。在多数国家的民法典中,共同共有中的份额在共有关系存续期间几乎是没有什么意义的,只有到财产分割时才起作用。就如德国学者所言,对于共同财产的适用或者变价,仅属于全体共同共有人;共有人在共有财产上的份额,仅仅是价值上的分配比例,且仅在共有财产分割时起作用。^③《物权法》第99条和《草案》第98条的规定也采取了这种观点。理论通说认为,在共同共有中,对共有物之权利并没有份额。^④但从《草案》第758条之规定看,在合伙这种共同共有关系中,却明显是存在份额的。笔者认为,在共同共有关系中,各个共有人是存在份额的,否则,共有关系结束时就无法分割。只不过,在共有关系存续期间,该份额是没有意义的——合伙事务的表决、执行都与份额无关。在这一点上,合伙与公司这种社团是不同的。

第二个问题指向合伙人之外的第三人转让份额的问题,因为如果合伙人之一将共有财产中的份额转让与其他合伙人,无论从人身信赖关系还是共同共有的财产使用收益等方面看,并无影响。至于向合伙人之外的第三人转让财产份额的情形,从立法例上看有两种模式:一是相对限制,如《草案》第758条规定:“除合伙合同另有约定的以外,合伙人向合伙人以外的人转让其全部或者部分财产份额的,须经其他合伙人一致同意”。二是绝对限制,如《德国民法典》第719条之一规定:“合伙人不得处分其属于合伙财产的份额,也不得处分属于合伙财产的个别物件的份额;合伙人无权请求分割合伙财产”。在这一点上,《日本民法典》第676条的规定颇有特色,该条第1款规定:“合伙人就合伙财产处分其份额时,不得以其处分对抗合伙及与合伙进行交易的第三人”。对于这款规定,日本学者的解释是其采取了“中间状态”:一方面,就对内效力,所谓不能对抗合伙,指的是其他合伙人就该财产可以认为不存在该处分,该财产仍然属于全体合伙人共有而对其进行管理和适用,并在合伙解散时,仍然可以将其纳入清算对象,但其他合伙人都同意该处分的除外;另一方面,就第三人而言,即使全体合伙人同意,从物权效果来说,对于该份额的处分也是无

① 参见[日]我妻荣:《我妻荣民法讲义 V3——债法各论》(中卷二),周江洪译,中国法制出版社2008年版,第230页。

② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢谔译,法律出版社2007年版,第389页。

③ 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》,张双根译,法律出版社2004年版,第35页。

④ 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第721页。

效的。^①《日本民法典》采取这种态度的理由是:从共同目的的视角看,必须严格限制合伙财产的处分。因为,作为实现合伙目的手段的合伙财产的共同所有权人中加入了合伙人以外的人这一事实本身,对于其他合伙人来说,他就不能再为合伙业务的执行而利用该财产;而对于合伙的债权人来说,也不能再将该财产作为合伙债务的一般担保,从而使该财产丧失了作为合伙财产的意义。换句话说,合伙人为了共同目的而结合在一起本身就反映了该财产的所有关系,且限制了该财产份额的处分。^②笔者认为,从体系解释及逻辑自洽性上说,德国法的方案是最完美的,因其坚持了“共同共有”的基本特性。但从价值判断上说,《草案》所采取的方案最符合社会需求:一方面,经过其他合伙人同意,不破坏合伙人的相互信赖性;另一方面,又不对具体财产进行分割,仅仅限于“观念中的份额价值”进行转让,不影响共同目的的实现。此外,如果有的合伙人已经无法在合伙中存在,也可以被解放出来,以优化合伙关系;合伙份额的观念转让,在物权法规范层面上并不影响第三人(如债权人)的利益,合伙人对于债权人的连带责任则是在入伙与退伙层面上展开。

五、民事合伙的债务承担

建立在契约基础之上并且仅仅依契约而存在的民事合伙,在对于第三人的债务承担方面,主要有两个问题需要讨论:(1)合伙人的个人清偿义务与共同共有财产的关系如何?(2)合伙人个人的债权人与合伙的债权人利益冲突时如何解决?这两个问题是民事合伙最重要的也是最基本的问题,也是实践中亟需解决的问题。

关于第一个问题,《草案》第757条规定:“合伙人对于合伙财产不足以清偿的合伙债务,承担连带责任。清偿合伙债务超过自己应当承担份额的合伙人,有权向其他合伙人追偿”。但这一规定如何在程序上得以实现呢?这条规定究竟是在说合伙人主动向债权人履行债务,还是说债权人请求合伙人清偿债务?在第一种情况下,合伙人主动向其债权人履行债务,当然可以先以共同财产偿还,不足的部分由全体合伙人承担连带责任。清偿合伙债务超过自己应当承担份额的合伙人,有权向其他合伙人追偿。但第二种情况在中国的实体法和程序法上将无法实现:在债权人因债务人不履行债务而起诉债务人时,显然合伙人是被告而合伙无法作为被告。《草案》第57条之规定似乎赋予了各合伙人先履行抗辩权,即债权人必须先就共同共有的财产进行债务清偿,不足的部分由各合伙人承担。那么各合伙人进行抗辩的话,且假设共同共有的财产足以清偿全部债务,债权人又该如何呢?商事合伙有自己的商号且是一个主体,因此《合伙企业法》第38条规定的这种先履行抗辩权当然是可以实现的。当债权人请求各个合伙人履行债务遭到抗辩时,可以先起诉并执行合伙企业及其财产,不足的时候再起诉各合伙人。但在民事合伙,这一点似乎难以实现。因此,《草案》第757条的规定其实是无法实现的。由于民事合伙根本就不是主体,其契约关系结束时的主动“清算”是可以的——合伙合同终止,各合伙人主动对于共同财产和债务进行清理。但对于被动的清算,似乎难以实现。“破产法上的清算”更是不能成立,因为我国破产法上的清算程序不承认这种“财团主体”,也不承认个人破产,按照这种程序,申请和受理都不能进行。

关于第二个问题,一方面,合伙人对合伙债务(因共同共有关系产生的对第三人的债务)承担连带责任,故第三人直接对合伙人要求承担义务;另一方面,每个合伙人也可能具有自己个人的债务。如此一来,合伙人个人之债权人与合伙之债权人的利益就会发生冲突,他们之间是否具有清偿的顺序规则?在有些国家存在所谓双重优先权的规则,即合伙财产优先清偿合伙的债权人的债权,合伙人的财产优先清偿合伙人的债权人。例如,1914年《美国统一合伙法》第40条h款明确规定:“当法院对合伙人的个人财产进行分配的时候,合伙债权人对于合伙财产有优先权,个人债权人对于个人财产有优先权,同时保留置留权和作为担保债权人的权利”。1997年《美国修正统一合伙法》第307条保留了这一规则。美国的判例也承认

① 参见[日]我妻荣:《我妻荣民法讲义 V3——债法各论》(中卷二),周江洪译,中国法制出版社2008年版,第270页。

② 参见[日]我妻荣:《我妻荣民法讲义 V3——债法各论》(中卷二),周江洪译,中国法制出版社2008年版,第269页。

这一规则。^①但是,应当注意的是,这种所谓的双重优先原则:(1)仅仅适用于破产的情形;(2)仅仅适用于把合伙作为主体对待的立法例,至少在破产法上作为主体对待;(3)必须承认个人破产能力。双重优先原则在我国能否适用呢?笔者认为不能。即使对于合伙企业(商事合伙),尽管我国的立法和理论基本上也认为其具有主体资格且具有破产能力(《合伙企业法》第92条),甚至还专门规定了合伙企业财产对于其债权人的优先清偿(《合伙企业法》第38条),但由于我国目前尚不承认个人破产制度,因此,在我国法律体系中,所谓双重优先原则即使对于合伙企业也难以适用。而在不破产的情况下,《合伙企业法》第21条规定“合伙人在合伙企业清算前不得请求分割合伙企业的财产”;第42条规定“合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的,该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿;债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿”。这里并不涉及合伙的财产用于清偿合伙人的债务问题,就如公司股东的个人债权人只能请求执行该股东在公司中的股权而不能执行公司的具体财产一样。对于民事合伙,更谈不上适用双重优先原则。因为适用双重优先原则的两个前提条件不存在:首先,民事合伙不具有主体资格,在我国法上不可能成为适格的原告或者被告;其次,民事合伙无法适用破产法。

六、结论

民事合伙不具有组织性,不能成为民法上的主体,也不具有破产法上的破产能力。必须将民事合伙与非法人组织和商事合伙进行区分。事实上,即使是商事合伙,也与非法人组织有本质的区别。故《民法总则》第102条第2款将合伙企业纳入非法人组织的范畴是错误的。民事合伙的各合伙人的连带责任并非源于民事合伙的组织性和主体性,而是源自民事合伙人之间的共同共有关系。这与《物权法》第102条的主旨是一致的。民事合伙是一种纯粹的契约关系,但基于契约关系会发生共同共有财产,就如同夫妻,一方面是特殊契约关系,另一方面具有共同财产。因此,就如同夫妻关系不是主体一样,民事合伙当然也不是主体。但民事合伙的这种契约关系具有不同于一般契约关系的特殊性,不能适用合同法上的许多抗辩权如同时履行抗辩、不安抗辩等。合伙债务清偿的双重优先原则在我国法律体系下也不具备适用的基础和前提;民事合伙仅仅在解散的时候需要内部清算,而不需要外部清算。更不存在所谓的先诉抗辩权问题,不能对债权人以“先用合伙人的共同共有财产清偿”这一适用于合伙企业的规则进行抗辩。但合伙合同终止而进行内部清算时,可以先用合伙人的共同共有财产清偿,不足的部分再由各个合伙人承担。

责任编辑 何艳

^① See United States V. Lewis, 13, N. B. R. 33, Fed. Cas. No. 15, 595 (Pennsylvania Circuit Court, 1875); Re Wilcox (D. C.) 94 Fed. 84 (Massachusetts Distric Court, 1899); Conrader V. Cohen, 121 Fed. 801 (3rd Cir, 1903).