

合伙可以成为独立的民事主体和民事诉讼主体

陈 华 刘 勇*

我国法学理论界对合伙是否可以成为独立的民事主体历来存在争议,^①同时学者们对合伙是否具有独立的民事诉讼主体资格也有不同的见解。^②显然,对这两个问题的研究有助于确定合伙在社会经济生活中的地位以及合理地解决因合伙事务发生的纠纷。本文拟从新的角度对此问题提出自己的看法,并与学界同仁共同探讨。

一、合伙可以成为独立的民事主体

(一) 合伙的基本特征

笔者认为,在探讨合伙是否具有独立的民事主体地位之前,首先需对合伙的基本内涵或基本特征作出合理的界定。应该说,现实生活中的合伙形态多种多样,学者们也依据不同的标准对合伙作了多种分类。^③显然,对这些合伙一一进行研究是不可能的,同时也是不必要的。为了论证的需要,笔者将全部合伙分为两类:一类合伙具有某些共同的法律特征,它们在社会经济生活中最能体现合伙的作用,同时在合伙这一领域内影响力也最大;另一类合伙不完全具有这些法律特征,同时在社会经济生活中的作用也较弱。参考我国现行的关于合伙的法律规范,笔者认为,第一类合伙具有以下基本的法律特征:^④(1)由两个或两个以上的自然人(即合伙人)组成的团体或组织体^⑤(在本文中“合伙”与“合伙组织”为同一概念)。(2)因合伙协议而成立。(3)合伙的目的是共同营业。(4)合伙人共同出资、共享收益、共担风险。(5)合伙人对合伙债务负无限连带责任。^⑥(6)合伙要经行政管理部门核准登记后才能成立。(7)合伙有自己的字号和固定的业务场所。(8)合伙人之间相互代理、高度信任。

(二) 民事主体的构成要件

笔者以为,为了探讨合伙是否独立的民事主体,也需对民事主体的构成要件作一番深入的研究,即廓清一个社会存在(自然人或由自然人组成的团体,如法人)需具备什么条件才能成为

* 陈华,厦门大学法学院教授;刘勇,厦门大学法学院硕士研究生。

① 参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社1998年版,第193页;刘心稳:《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第180~181页;胡光志:《论我国民事主体结构的重建》,《现代法学》1996年第2期。

② 参见柴发邦:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第154~161页;江伟、王国征:《合伙不具有民事诉讼主体资格》,《法商研究》1999年第1期。

③ 有学者认为合伙包括民事合伙与商事合伙,个人合伙与法人合伙,企业型合伙与非企业型合伙,显名合伙与隐名合伙,登记的合伙与非登记的合伙,普通合伙与有限合伙等。参见高富平等:《合伙企业法原理与实务》,中国法制出版社1997年版,第9~11页。

④ 参见我国《合伙企业法》第8、9、15、17、19、25、32条。

⑤ 有学者主张法人也可以成为合伙人,但笔者认为至少目前还不允许法人参与合伙。因为法人成为合伙人会因合伙人的法定无限责任加重法人企业的债务负担,增加法人企业的原始投资人的风险。而目前我国国有企业在全部企业法人中占极大比例,允许这些国有企业成为合伙人可能会带来新的国有资产流失。另外,法人参与合伙也会增加合伙组织的复杂性,易引发纠纷。

⑥ 在有限合伙和隐名合伙中,有限合伙人与隐名合伙人仅以其出资额对合伙债务承担有限责任。但我国立法并未承认有限合伙与隐名合伙,故两者不在本文探讨之列。

民事主体。传统民法理论认为,民事主体是指“参加法律关系,享受权利和承担义务的人,即民事法律关系的当事人”,^⑦或者是“按照法律规定,能够参加民事法律关系,取得民事权利和承担民事义务的人。”^⑧由此可见,学者们一般都将民事主体理解为法律关系的参加者,且都认为其本质的含义是能够享受民事权利,承担民事义务。同时,虽然我国民法学界对民事主体的种类尚有争论,^⑨但是学者们都承认自然人和法人具有独立的民事主体资格。因此,结合传统民法理论的概念,研究自然人和法人的法律特征,可以科学地论证出民事主体的构成要件。笔者认为,自然人和法人具有以下共同的法律特征,相应地,这也就是民事主体的构成要件:^⑩

一是名义独立。自然人能以自己的名义(姓名)与他人进行交往,从事各种民事活动。法人均拥有自己独立的名称从而能够以自己的名义(名称)与他人作为民事法律行为,而不是用法定代表人或其他内部成员的名义。二是意志独立。作真实意思表示的自然人是自主地对外进行活动,享有独立的意志。法人对外发生民事法律关系,是由于该法人的团体意志或独立意志,而不是某个或某几个成员的个人意志或个人意志的简单相加。三是财产独立。自然人有其个人财产,并享有占有、使用、收益、处分的充分的权利,不受他人的干涉。法人财产的独立性体现在两个方面:(1)法人财产与法人创立人或其成员的个人财产相区别,成为独立于个人财产以外的财产,并服务于法人的整体利益,为法人的共同利益所支配;(2)法人的创立人或其成员对法人财产没有直接支配权,而须以法人的名义依照法律或法人章程的规定来占有、使用、收益或处分法人财产。四是责任独立。自然人以其全部财产对外承担无限责任。法人以其全部财产承担责任,资不抵债时,实行破产,而不需由法人成员来清偿法人的债务。也就是说,自然人和法人都必须独立对外承担民事责任,均以自己所支配的财产作为承责的基础。

从权利义务的角度来说,名义独立和意志独立是民事主体能够享受权利的充分必要条件,没有自己的名义和意志,就不可能成为独立的个体,也无法享受权利;财产独立和责任独立是民事主体承担义务的物质基础和实际能力,缺乏这两者,主体将无法履行法律所规定的义务。并且,根据权利与义务相统一的原则,任何民事主体都不可能在民事法律关系中只享有权利而不承担义务,他(它)们在享受权利的同时必须也承担相应的义务;反之亦然。故上述四个构成要件密不可分、缺一不可。

简言之,自然人和法人之所以同时成为独立的民事主体,是因为两者具有上述共同的法律特征。也就是说,只要一个社会存在体(自然人或由自然人组成的团体)能够以自己的名义,根据自己的意志,支配自己的财产,实施一定的法律行为并独立承担该行为所带来的后果,法律就应赋予其民事主体的资格。

(三)合伙的民事主体资格

笔者结合民事主体的构成要件和合伙的基本特征来加以分析,认为前文所述的第一类合伙是独立的民事主体。理由如下:

1. 合伙的名义独立。合伙经过核准登记而成立,从而对外以一个独立的整体而存在。同时,它拥有自己的字号,故能以自己的名义(即字号)对外参与民事活动,而不是以组成合伙的

^⑦ 佟柔:《中国民法》,法律出版社1990年版第67页。

^⑧ 李开国:《民法基本问题研究》,法律出版社1997年版,第54页。

^⑨ 目前法学理论界有二元说(自然人、法人)、三元说(自然人、法人、合伙)甚至四元说(自然人、法人、合伙、国家)之争。参见胡光志:《论我国民事主体结构的重建》,《现代法学》1996年第2期。

^⑩ 传统民法理论对法人的本质曾有不同的见解,但目前占通说地位的是“法人实在说”。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第119页。本文采此说。

合伙人的名义。虽然合伙人为了实现共同的经济目的,都有权参与合伙事务的执行,但合伙事务执行人仍须以合伙的名义参与民事法律关系。也就是说,对外执行合伙事务的合伙人是合伙的代理人,该合伙人以合伙的名义所为的行为,直接对合伙发生法律效力。质言之,合伙能以自己独立的名义对外从事活动,同时也以自己的名义承担相应的后果。

2. 合伙的意志独立。这表现在两个方面:(1)合伙因合伙协议而成立。合伙协议是一种共同的民事法律行为。它是合伙人为了共同的营业目的而就出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙等合伙事务意思表示一致的结果。经过有关部门的核准登记后,该协议产生法律效力,并得以对抗第三人和全体合伙人。固然,合伙协议来源于全体合伙人的个人意志(即意思表示),但一旦合伙协议成立并生效,它则脱离合伙人的个人意志,而上升为合伙的团体意志或独立意志,任何合伙人只能依据合伙协议的约定对外执行合伙事务。即使在合伙存续期间合伙协议需加以修改,也须经过全体合伙人的同意,而此种同意又形成了新的团体意志。同时,第三人也只能以合伙协议为依据与合伙发生关系。(2)在合伙协定没有约定的情况下,合伙的经营管理决策必须坚持共同决定的原则。^①也就是说,合伙人参与合伙的经营管理或执行合伙事务的途径是:全部合伙人通过少数服从多数或一致同意的方式将自己的个人意志汇集成为共同意志,并进而上升为合伙的团体意志或独立意志,合伙的一切活动以该独立意志为准。合伙的独立意志对内、对外都产生法律效力:对内得以对抗合伙人的个人意志,任何合伙人不得随意改变全体合伙人的决定;对外产生公示力,得以对抗第三人。任何一个合伙人只能依据全体合伙人的共同决定对外从事活动,第三人也只能按合伙人的共同决定与合伙发生关系。

3. 合伙的财产独立。合伙财产是指经营合伙事务所集合的各种财产的总称,包括全体合伙人的出资财产及合伙在经营过程中取得的各种收益。合伙财产为全体合伙人所共同共有。根据共同共有的性质,^②在合伙关系存续期间,合伙人对自己的财产份额并无任意处分的权利。如,在合伙被清算前,合伙人不得请求分割合伙财产;合伙关系存续期间,合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙中的全部或部分财产份额时,须经其他合伙人一致同意;合伙人以其在合伙财产中的份额出质的,须经其他合伙人一致同意。^③因此,合伙财产与合伙人的个人财产得以区别开来,取得了独立的地位。又如,某一合伙人的债权人不得以该债权抵销其对合伙的债务;合伙人负有债务,其债权人不得代位行使该合伙人在合伙中的权利。^④总之,合伙财产具有独立性和稳定性,合伙能以自己的名义独立支配该财产,并用于营业活动和清偿自己的债务,任何合伙人不得随意加以干涉。

4. 合伙的责任独立。否定合伙为民事主体的学者们认为,合伙人对合伙的债务承担无限连带责任,故合伙不能独立承担自己的责任,从而缺乏民事主体的构成要件。笔者认为,这些学者没有正确理解主体与其责任形式之间的关系。如前所述,自然人和法人均能独立承担民事责任。详言之,自然人以其所有的全部财产承担无限责任,直到财产被穷尽;法人承担有限民事责任,指“法人以自己的独立财产承担清偿债务的直接责任,法人创立人或其成员仅以自己的投资财产对法人债务承担有限责任,所以法人有限责任一词的真正含义是指法人创立人或其成员对法人债务的责任形式而言的,而法人本身作为一个独立存在的实体,却恰恰是承担

① 同④,第 19、21、23、24、25、28、30、31、34 条。

② 本文采通说,即不分割的共同所有权说。参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社 1997 年版,第 220 页。

③ 同④,第 20、21、24 条。

④ 同④,第 41、42 条。

无限责任的。”^⑮ 换言之,就穷尽自己所有的财产以清偿债务而言,自然人和法人本身都是承担无限而且独立的责任。对合伙来说,它首先是以全部合伙财产偿付其债务的,只有当合伙财产不足以清偿合伙债务时,才由各合伙人承担无限连带责任,即合伙人对合伙债务负补充性的连带责任。^⑯ 因此,合伙自身仍具有独立承担责任的能力。只不过它与法人相比,法人承担的是一种彻底、排他的独立责任,而合伙承担的是相对的独立责任。

根据上文的分析和论证,笔者认为,现实生活中具有民事主体资格的合伙(即前文所述的第一类合伙)包括:一是由《合伙企业法》所调整的合伙企业;二是由一些专门立法和行政法规^⑰ 所调整的合伙组织(习惯上不称为企业),如合伙会计师事务所、合伙律师事务所。此类合伙组织不以盈利为根本目的,而是通过提供有偿服务的形式获取报酬和维持自身的生存发展,故不以企业来命名。同时,它们向社会提供的服务具有很强的专业性,因此需要特殊的法律规范来调整,也就是说,这些专门立法和行政法规的存在是必要的。问题在于,这些法律、法规主要体现了自身的行业特点,而对合伙组织的运行方面,尤其是合伙人之间和合伙人与第三人之间的关系的处理方面规定得不够具体、不够全面,这给司法实践带来了一定的困难。另外,《合伙企业法》也并未明文规定是否可以适用于这些合伙组织。笔者认为,不直接规定适用的原因是根据目前的法律,合伙律师事务所等不需要到《合伙企业法》所规定的工商机关注册登记,而由其他行政管理部门(如司法局)核准登记即可。但不应否认这一合伙组织也具有与合伙企业相同的特点,即这两类合伙具有前文所述的共同的法律特征。因此,这类合伙组织完全可以适用《合伙企业法》的有关规定。并且,从长远来看,笔者建议在适当的时候将《合伙企业法》这一名称改为《合伙组织法》或《合伙法》,并将法律条文中的有关概念也作相应的修改。因为:(1)借鉴国外的相关立法体例,即英美法系和大陆法系国家都未将合伙作为企业来规范,而是以营业组织来对待;^⑱ (2)“企业”本身不是一个法律概念,以“企业”来概括不同形式的合伙组织显然有损法律概念的严肃性和准确性;(3)促进合伙规范的统一,提高立法的效益。至于《民法通则》中关于合伙的法律规范,笔者认为可予以保留,目的在于为现实生活中大量存在的不具有民事主体资格的合伙提供法律依据。

综上所述,笔者认为,就全部合伙形态而言,合伙是“可以成为”独立的民事主体的,但不能说合伙“就是”独立的民事主体。换言之,具有独立的民事主体资格的合伙只占全部合伙组织的一部分。

二、合伙可以成为独立的民事诉讼主体

在民法上享有民事权利、承担民事义务的人,当然享有诉讼权利能力,这是民事诉讼当事人与民事主体的相互重合之处。^⑲ 据此,笔者认为,具有民事主体资格的合伙当然也是独立的民事诉讼主体,即合伙可以成为独立的民事诉讼主体。确切地说,符合一定条件(即民事主体的构成要件)的合伙属于我国《民事诉讼法》第 49 条所规定的“其他组织”,此类合伙应由其主要负责人代表合伙参与诉讼;不符合一定条件的合伙则由《民事诉讼法》第 53 条来加以规范,

^⑮ 同⑦。

^⑯ 参见史尚宽:《债法各论》,台湾三民书局印行 1971 年初版,第 705 页。

^⑰ 包括我国《注册会计师法》、《律师法》、《合伙律师事务所管理办法》、《律师事务所登记管理办法》等。

^⑱ 如《德国商法典》、英国《合伙法》、美国《统一合伙法》。参见高富平等:《合伙企业法原理与实务》,中国法制出版社 1997 年版,第 25~35 页。

^⑲ 参见江伟:《中国民事诉讼法专论》,中国法制出版社 1998 年版,第 357 页。

即此类合伙的合伙人作为必要的共同诉讼人参与诉讼。

值得一提的是,有学者主张,合伙组织参与诉讼,合伙组织成员不多的,应作为必要共同诉讼对待,全体合伙人应一同起诉或被诉。合伙组织人数众多,由其派代表参加诉讼,作为其他组织对待。^②显然,该学者虽然承认合伙可以作为独立的民事诉讼主体,但他以合伙人人数的多少来作为判断的标准:人数众多,则作为独立的民事诉讼主体;人数不多,则全体合伙人为必要共同诉讼人。笔者认为这一观点不妥。人数是否众多只是合伙的表面现象,而不涉及合伙的本质。合伙是因其本质(即法律特征)而成为独立的民事诉讼主体的。也就是说,只有具有民事主体资格的合伙人才拥有民事诉讼主体地位。如果某一合伙不具有民事主体的构成要件,如没有自己的字号或未经行政管理部门核准登记,即使其成员人数很多,也不能就此认定其为独立的民事诉讼主体。反之,如果某一合伙是独立的民事主体,即使其成员人数很少,也应作为独立的民事诉讼主体来对待。简言之,民事诉讼主体是合伙成为民事主体后所产生的必然结果,是不以其他因素为转移的。并且,笔者认为,依据是否为民事主体而将合伙划分为两类(民事诉讼主体和非民事诉讼主体),具有以下重要的法律意义:

1. 体现和顺应两种不同类型的合伙的法律特征。

一般而言,无独立民事主体地位的合伙(即非民事主体)有两个最主要的特征:(1)它是一种松散性、暂时性的人的联合,合伙人在成立合伙时不以长期谋取共同利益为目的,故合伙人之间的信任度较弱。(2)它不经过行政管理部门的核准登记,也没有自己的字号,故从法律上讲,该合伙的成立不对外产生公示的效力,信息披露也不足。因此可能会影响交易安全,难以充分保障与之交易的第三人的合法权益。与这两个特征相适应,法律允许诉讼相对当事人(即第三人)直接对一个或数个合伙人提起诉讼,并且在诉讼过程中他还可以根据需要进行追加其他合伙人为必要共同被告,这有利于他充分、及时地行使自己的诉讼权利,从而最大限度地保障自己的利益。同样,在合伙作为起诉方时,一个或数个合伙人也可直接对第三人提起诉讼,而不必在合伙协议中约定或事后委托某一合伙人参与诉讼。因为此类合伙的合伙人之间的关系并不很密切,故全体合伙人作为必要共同诉讼人亲自行使自己的诉讼权利显然更有利于维护自身的合法权益,也更符合他们的意愿。

与此相对应,具有独立的民事诉讼主体地位的合伙(即民事主体)也有两个最主要的特点:(1)它是长期、稳定的人的合伙组织,合伙人在成立合伙时以长期共同营业、共享收益、共担风险为宗旨,故合伙人之间有高度忠诚信用的关系。(2)它须经过行政管理部门的核准登记才能成立,且拥有自己的字号,故对外有较强的公示效力。因此,依据这两个特点,第三人与合伙进行交易的安全性得到了较充分的保障。那么,在合伙参与诉讼时,法律就更倾向于实现诉讼经济,即要求全体合伙人在合伙协议中约定或事后委托一名或数名合伙人(可称为主要负责人)参与诉讼,诉讼参与人的行为所导致的后果在法律规定的范围内归属于全体合伙人,合伙人因相互之间的高度信任关系也愿意承担有关法律后果。同样,在交易安全得到较好保障的前提下,若第三人需对合伙提起诉讼,他只能以合伙这一独立的主体为被告。显然,由主要负责人参与诉讼与全体合伙人作为必要共同诉讼人参与诉讼这两种方式相比,前者更利于诉讼程序简便化和快捷化,从而节约有限的司法资源,减少司法部门的负担。

2. 维护交易安全,增强第三人与合伙进行交易的信心,同时也鼓励了交易。

^②参见柴发邦:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第161页。

由于无民事诉讼主体资格的合伙存续的时间一般较短, 合伙人之间的关系不够密切, 并且合伙的有关信息(如合伙人的出资情况、合伙协议等)因未登记而没有得到足够的披露, 故与交易的安全性较差。如果法律不允许第三人将全体合伙人作为必要共同诉讼人来起诉, 而规定必须由全体合伙人委托主要负责人代表合伙参与诉讼, 那么将可能产生两个问题: (1) 合伙协议对此并未约定, 或全体合伙人迟迟不推选主要负责人; (2) 法院判决后, 合伙人之间因信任度不足而相互推诿责任。这都将影响第三人及时、充分地实现其权利, 并最终影响其与合伙组织进行交易的积极性。如前文所述, 如果第三人可以全体合伙人为必要共同被告提起诉讼, 就能较好地解决这些问题, 并最大限度地弥补这类合伙的特征所造成的交易安全的不足。

对于有民事诉讼主体资格的合伙而言, 全体合伙人必须委托主要负责人代表合伙参与诉讼, 故其他合伙人不得直接实施诉讼行为, 而只能被动地承受诉讼参与人的行为所带来的法律后果。与合伙人作为必要共同诉讼人亲自参与诉讼相比, 显然前者所承担的风险更大, 合伙人可能会因诉讼参与人的行为不当而遭受损失。为了尽量减少诉讼参与人行为不当或滥用诉讼权利的可能性, 每个合伙人在设立合伙时, 都会认真、谨慎地选择最诚实、可靠的合作伙伴, 从而增加了合伙组织的紧密度, 使得合伙存在的基础——合伙人之间的忠诚信用——更加坚实, 并有力地维护了合伙参与交易的安全性。

简言之, 法律设置两种不同的制度: 民事诉讼主体之合伙+负责人代表合伙参与诉讼; 非民事诉讼主体之合伙+全体合伙人作为必要共同诉讼人参与诉讼, 其目的都是为了增强第三人与合伙进行交易的安全性, 提高合伙在社会经济生活中的地位, 并由此鼓励全社会的交易活动。

三、结语

综上所述, 在司法实践中, 我们应以两种途径对合伙适用法律:

(1) 具有民事主体地位的合伙(适用《合伙企业法》和其他一些法律、法规)→民事诉讼主体→由合伙的负责人代表合伙参与诉讼(适用《民事诉讼法》第 49 条)。

(2) 不具有民事主体地位的合伙(适用《民法通则》)→非民事诉讼主体→全体合伙人作为必要共同诉讼人参与诉讼(适用《民事诉讼法》第 53 条)。

当然, 这可能会增加司法实践的复杂性, 从而带来一定的消极后果。但是, 如前所述, 这种适用法律的方法也具有极大的优点。更重要的是, 法律有其自主性与独立性, 即“为了使法律具有逻辑自恰性、可预见性和稳定性, 高度发展的各个法律制度都力图创建一个有关法律概念、法律技术与法律规范的自主体。……法律试图从内部形成它自身的发展道路, 并试图尽可能地从其自身的概念和观念的逻辑中推论出解答法律问题的答案”。^② 也就是说, 任何法律制度都有其固有的独立的运行轨迹或演绎模式, 这一轨迹或模式不受外部因素的随意干涉。但是, “这并不意味着法律是静止的或不能发展和改善的, 而是说人们试图使它以一种特立独行的方式存在和发展”,^③ 使法律的具体规则、概念在一定范围内自发地产生和发展, 从而符合法律自身的内在的需要。这样才能保证法律规范的逻辑的严密完整以及价值的公平正义, 也才能维护法律体系的和谐统一发展。因此, 合伙是否具有独立的民事主体资格和民事诉讼主体资格, 完全由合伙自身的本质特征所决定, 而不以其他因素为转移。

责任编辑 田国宝

^②[美] 博登海默:《法理学: 法律哲学与法律方法》, 邓正来译, 中国政法大学出版社 1999 年版, 第 240 页。

^③同上。