

第三章合伙企业法

【导入案例】

A先生与B有限责任公司协商后，决定设立一家合伙企业。合伙企业协议中规定：B公司向合伙企业投资30万元，A负责经营管理，但不投资，B公司每年从合伙企业取得60%的收益，亏损时，责任及其他一切风险均由A承担。随后，双方共同向登记机关申请合伙登记，登记机关工作人员C在收取了A的贿赂后，作出登记决定，并颁发了合伙企业“营业执照”后A为了经营方便一直使用B有限责任公司的名义对外进行经营活动。

问题：本案中有哪些违法行为？应怎样处理？

案例精析：

(1) B的主体资格不合法律规定，因为B为有限责任公司，为非自然人；A无缴付的实际出资，不具备合伙企业成立的前提要件；B只收取收益，不承担亏损，不符合合伙企业协议法律特征的要求，致使双方在权利义务的承担上显失公平，是无效的合伙协议；并且该合伙企业被违法批准后以“有限公司”的名义对外活动不符合合伙企业名称的要求。根据《合伙企业法》第8条的规定，该合伙企业不具备设立条件，应予以撤销。(2)对于工商机关C收取贿赂，违法审批，已构成徇私舞弊、收受贿赂的违法行为，根据《合伙企业法》第77条的规定追究其相应的法律责任。

第一节商事组织L的法律MN

企业(enterprise)是国民经济的基本细胞，是现代社会中人们进行生产、流通、交换等经济活动的一种主要组织形式。

商事组织，亦称商事企业，是指能够以自己的名义从事营利性活动，并具有一定规模的经济组织。

在西方国家，商事组织有各种各样的组织形式，不同类型的商事组织在法律地位、设立程序、投资者的收益与风险、资金的筹措、管理权的分配、税收等各方面均有很大不同。选择适当的企业形式，对于实现投资者的期望值有着极为重要的意义。

一般来说，西方国家的商事组织主要有三种基本的法律形式，即个人独资企业(pro-prietorship or individual enterprise)合伙(partnership)和公司(corporation)。

一、个人独资企业

个人独资企业(individual proprietorship)即独资经营企业,是由一名出资者单独出资 并由其独自享有权益和承担风险的企业。从法律性质来说,个人独资企业属于自然人企业,不具有独立的法人资格,它的财产与出资人的个人财产是相通的,出资人就是企业的所有人,他以个人的全部财产对企业的债务负责。出资人对企业的经营管理拥有控制权。尽管个人独资企业有时聘用经理或其他职员,但经营的最高决策权仍属于出资人。出资人有权决定企业的停业、关闭等事项。个人独资企业是西方国家中数量最多的企业形式。个人独资企业大多属于中小型企业,但在解决国民就业方面作用巨大。在日本等国家,个人独资企业不得从事银行、保险等金融事业。

二、合伙

合伙(partnership)是两个或两个以上的合伙人为经营共同事业、共同投资、共享利润及共担风险而组成的企业。一般来说,合伙企业是一种“人的组合”,合伙人与合伙企业紧密联系,合伙人的死亡、退出或破产等都将导致合伙的解散。合伙人对合伙的债务负连带责任。大多数国家法律规定,合伙企业原则上不具有独立的法律人格,不属于企业法人。但法国、荷兰等大陆法系国家及苏格兰的法律则规定合伙企业也可具有法人资格。合伙企业在西方国家中属于数量较多的企业形式。但由于规模、组织以及资金来源等方面的限制,合伙一般归类于中小型企业,特别是家庭企业。

三、公司

公司(corporation)是依公司法的规定设立的,以营利为目的的企业法人。各国法律均规定,公司具有独立的法人资格,有权以自己的名义拥有财产,享受权利和承担义务。公司是一种“资本的组 合”,股东与公司之间是相互分离的。股东的死亡、退出一般不影响公司的存续,股东对公司通常只负有限责任。公司的经营主要由专门的经营管理人员负责。在现代西方社会中,以股份有限公司为代表的公司企业已成为国民经济的主要支柱,对社会经济生活具有举足轻重的影响。

作为一个商人在其选择从事商业活动的企业形式时,应注意的因素是多方面的,但主要集中在两个问题上:第一,投资者对商业活动中产生的债务承担是无限责任还是有限责任?第二,税法是否把该类企业划入适合投资者纳税的类别?但是两者相比,税法的考虑往往优先于责任的考虑。在美国,新的企业形式,如有限合伙(LP)、有限责任公司(LLC)^①或有限责任合伙(LLP)则把投资者的有限责任与税收优惠结合起来考虑。在20年前,有限责任只能与公司形式相联系,这表明有限责任必然与公司税收(二次所得税)相联系,但如今用一次所得税的合伙企业纳税法也同样可以适用享有有限责任的企业形式。

企业的纳税考虑要比投资者是否承担有限责任更加重要的另一个原因是因为在某类企业中,即使投资者需要承担无限责任,但这也只是一种可能性,一种风险,这种可能性和风险也许永远也不会变成真正的现实。此外,保险也有

利于帮助投资者避免最可怕的侵权

① Limited Liability Company, 应被翻译成“有限责任企业”, 而不是有限责任公司, 因为它与美国公司法上的“Closely held Corporation”是不同的, LLC是一种介乎于合伙与有限责任公司之间的企业形式, 详见本章第三节。

第三章 合伙企业法

赔偿。无限责任的风险可以通过努力予以躲避。即使无法避免, 也可以用不是自己的资产 或通过责任保险转移出去。但是, 纳税则不同, 它是现实的, 只要企业被列入二次所得税 制的公司系列, 就得每年支付实实在在的现金作为税负, 这对投资者来说是最现实的“考虑”。

在选择企业形式时, 除了要特别重视有限责任及纳税考虑之外, 还应重视下述因素:

- (1) **考虑**商业活动的性质是否适合此类企业形式投资者的数目及其相互关系;
- (2) **考虑**其内部运作的有效性及从业务活动的费用;
- (3) 筹措资金及其他经济资源的可能程度;
- (4) **考虑**企业未来发展是否方便融资。

凡新建的企业, 在其开始阶段应使所有的事情简单化。小型的、资本较少的企业往往 通过尽量减少设立费用和把资金集中在管理上而不是过多用于律师费上。简单化往往意味 着所有权人应集中精力在业务上而不要过多地放在非本质的机构细节上。

第二节 合伙法

一、西方国家有关合伙企业的法律

合伙是一种古老的企业组织形式, 早在古希腊、罗马时代就已广泛存在, 有关合伙的 法律规定也随之产生。例如, 著名的《法学阶梯》就设有专门一节对合伙作了规定。

在现代大陆法系国家, 合伙法主要规定在民法典和商法典的有关章节之中。《德国民 法典》第二编第705~740条规定了民事合伙, 《德国商法典》第105~116. 条则规定了商 事合伙。《法国民法典》第三篇第四章为“合伙”。商事合伙最初规定在《法国商法典》 中, 后来于1966年7月24日制定了《商事企业法第66*537号》。其中第一编第一章、 第二章对商事合伙作了规定, 取代了商法典的有关规定。

在英美法系国家, 合伙法大都采取单行法的形式。英国1870年制定了合伙 法, 至今 依然有效, 该法对英美法系的其他许多国家的合伙法有较大影响。美国的合伙法属于州 法, 没有统一的联邦合伙法。为了消除各州合伙法之间的差异, 美国统一州法全国委员会 于1914年起草制定了《统一合伙法》(Uniform Partnership Act)。该法目前已被除佐治亚 州和路易斯安那州以外的所有州所采纳。该法包括7章45节, 主要适用于合伙人未订立 合伙契约的合伙企业。该《统一合伙法》平均每三至四年修改一次, 至今有数十稿之多。

二、合伙概述

(一) 合伙的概念与特征

合伙是两个或两个以上的合伙人为经营共同事业、共同出资、共享利润、共担风险而组成的企业。在大陆法系国家，合伙分为民事合伙和商事合伙，分别适用民法典和商法典或有关的商事法规。两者的主要区别在于，商事合伙必须是达到一定的经营规模并专门从事营利性活动的合伙企业；而民事合伙在上述两方面则具有更多灵活性。本章主要介绍商事合伙的法律特征。

英美法系国家，尤其在美国，合伙企业则分得很细，以便使其更适应社会发展的



而。

一般而言，合伙(英美法系主要是指普通合伙)具有以下主要特征：

第一，合伙是建立在合伙协议基础之上的一类企业。合伙人之间签订的合伙协议，规定各合伙人在合伙中的权利和义务。即使合伙企业设有一定的组织机构负责日常的业务，其内部关系仍然主要适用合伙协议的有关规定。

第二，合伙强调的是“人的组合”(aggregation)，从法理上说，合伙人的死亡、破产、退出等都影响到合伙企业的存续。

第三，合伙人对合伙企业的债务负连带无限责任(joint and several liability)。合伙人以个人的全部财产作为合伙债务的担保。一旦合伙企业的财产不足以清偿其债务，债权人有权向任何一位合伙人请求履行全部债务。

第四，合伙人有权平等地享有合伙的收益并享有参与管理合伙事务的平等权利，但合伙协议另有规定的除外，每个合伙人均有权对外代表合伙企业从事合伙的正常业务活动。

第五，合伙企业一般不具有法人资格，原则上不能以合伙企业的名义拥有财产，享受权利和承担义务。但法国、荷兰、比利时等国法律则规定合伙企业具有法人资格。英美国家虽不承认合伙企业的法人资格，但在某些特定场合也把合伙企业视为一个实体。如美国《统一合伙法》就规定，合伙企业是独立于合伙人的一个组织体(a partnership is an entity distinct from its partners)，它可以以合伙企业的名义起诉、应诉。①

(二) 合伙企业的利弊

作为一种企业形式，合伙企业对于投资者既有有利的一面，也有不利之处。

1. 合伙企业的有利之处

(1) 设立合伙企业的手续比较简单，费用较少。

(2) 通过合伙可以集中起比个人独资企业更多的资金和更广泛的业务联系。

(3) 每个合伙人均有参与管理的权利。

(4) 在英、美等国家，合伙企业不是法人，因而也不是独立的纳税单位，合伙企业本身无须交纳企业所得税，实行“先分利后纳税”原则，而公司除股东所得交纳个人所得税外，公司本身还必须交纳公司所得税，采取“先纳

税后分利原则”，属于“双重纳税”。

(5) 各国政府对合伙企业的监督和管理比较松，不要求合伙企业公开企业账目和年度报告，合伙企业的经营有较大的自由和灵活性。

2. 合伙企业的不利之处

(1) 合伙企业的合伙人数量有限，难以募集大量资本，因而规模一般不大。

(2) 合伙人对合伙企业债务承担连带无限责任，投资风险较大。

(3) 每一合伙人都有权参与管理，不利于企业管理的集中和统一，不利于实行有效

(4) 合伙企业存续时间不稳定，一旦有合伙人死亡或退出，合伙就可能解散，这不利于合伙企业的稳定发展。

从以上合伙企业的利弊分析可以看出，合伙企业主要是一种适合于中小规模企业或家庭企业经营的组织。

① Uniform Partnership Act (1994) 第 201 条。

三、合伙企业的设立

合伙企业一般基于合伙人之间订立的合伙合同 (partnership contract) 而成立。

合伙合同是规定合伙人之间权利义务的法律文件，是确定合伙人在出资、利润的分配、风险及责任的分担、合伙的经营等方面权利义务的基本依据，对每一合伙人均具有拘束力。合伙合同一般应采用书面形式。但也可以根据合伙人间的口头方式以及他们的行为来判定他们之间存在合伙关系。

(一) 合伙协议的主要条款

其一，合伙的名称及各合伙人的姓名。在西方国家，很多合伙企业的名称多以合伙人的姓氏命名，在合伙人的姓氏之后可加上“商行”(firm)，或“企业”(company or enterprise) 的字样。

其二，合伙企业所经营业务的性质和经营范围。

其三，合伙的期限。有些国家对合伙的期限加以限制，如法国法律规定，合伙的期限最多不得超过99年，但合伙人可以在此期限到期后请求延长。

其四，每一合伙人出资的种类及金额。

其五，合伙人之间利润的分配和损失的分担办法。

其六，合伙企业的经营管理方式。

其七，合伙人死亡或退出时，对企业财产及合伙人利益的处理方法以及合伙企业继续存续的途径。

其八，合伙人认为必须约定的内容。

(二) 登记注册事项

合伙企业设立的手续一般比较简便，但各国法律有不同的要求。如按照美

国《统一合伙法》的规定，合伙得依合伙人的协议而组成，也可以无须政府批准，但必须要有合法的目的；如果某些行业如律师业、医师业，必须要有执照才能开业者，则必须向有关主管部门申领开业执照。英国的合伙法对合伙的商号名称要求相当严格，合伙的商号一般应以合伙人的姓氏命名，在合伙人的姓氏之后，可加上商号或企业字样，但不得加上“有限”（limited）的字样，否则每天罚款5英镑。同时，根据其《商号名称注册法》（Registration of Business Names Act）的规定，凡在联合王国设有营业所的商号，如在商号名称中没有包含合伙人的真实姓氏或没有包含合伙人的真实姓名的开头字母者，均须向主管部门进行注册登记。

按照德国法律的规定，合伙企业必须在商业登记册上办理登记。全体合伙人必须事先提出合伙申请，在申请书中应载明每一合伙人的姓名名称、职业和长期住所，企业的名称和开设地点，以及开始营业的日期等。

（三） 合伙关系

在英美法国家，即使合伙人之间并未订立明确的合伙契约或对合伙是否存在发生争议，如果符合一定的条件，法院会判定当事人之间存在合伙关系。这种合伙一般称为“事实上的合伙”。在判定事实上的合伙是否存在时，法院主要考虑以下三个因素：（1）合伙



人是否分享利润和分担损失的事实；（2）合伙的财产是否由合伙人共同所有；（3）合伙人在经营管理中是否享有同样的权力和

四、合伙企业内部各合伙人之间的关系

合伙人之间的权利和义务通常都在合伙协议中予以规定，因而他们之间首先是一种合同关系。与此同时，合伙人之间也有一种相互信任的诚信义务（fiduciary duty），合伙人不得损害合伙企业或其他合伙人的利益，只牟取一己之利。

（一） 合伙人的权利

1. 分享利润的权利

每一合伙人均有根据合伙协议规定的比例取得利润的权利。如果协议中没有其他规定，则应根据各国合伙法的规定分配利润。英、美、德等国合伙法规定，合伙人应平均地分配利润，而不考虑合伙人出资的多少。法国法则规定应按合伙人的出资比例分享利润。

2. 参与经营管理的权利

除非合伙协议有相反的规定，每一合伙人均有平等地参与合伙管理、对外以合伙的名义进行业务活动的权利。在实际生活中，合伙协议常常规定由某一位或几位合伙人负责合伙的日常管理。如果每一合伙人都参与管理，企业的经营决策必须经每一合伙人的同意。

3. 监督和检查账目的权利

每一合伙人都有权了解、查询有关合伙经营状况的各种情况，负责日常业务的合伙人不得拒绝合伙人随时查阅合伙企业的账目并提出质询的要求。有些国家对合伙人的这项权利加以限制，以保证合伙企业的经营管理能够顺利进行。如法国法律规定，不参与日常管理的合伙人一年内查阅合伙账目一般不得超过两次。

4. 获得补偿的权利

合伙人为处理企业的正常业务或维持企业的正常经营，维护企业的财产利益而垫付的个人费用或因此遭受的个人财产损失，合伙企业和其他合伙人应予以补偿。但在原则上，合伙人不得向合伙企业请求支付报酬，也不领取工资。

(二) 合伙人的义务

1. 缴纳出资的义务

合伙人在签订合伙合同之后，有义务按照合同规定的时间、数额、方式缴纳出资 (contributions)。如合伙人到期拒不缴纳出资而使合伙无法成立或给其他合伙人造成损失的，其他合伙人有权要求其赔偿。合伙人一般可以以金钱、实物、技术或已完成了的劳务出资。

2. 忠实的义务

合伙人对合伙企业及其他合伙人负有忠实的义务 (duty of loyalty)。合伙人必须为合伙企业的最大利益服务；不得擅自利用合伙企业的财产为自己牟取私利；不得经营与合伙企业相竞争的事业；应及时向其他合伙人报告有关企业的各种情况和信息。合伙人违反忠实义务所获得的利益，必须全部转交给合伙企业。

3. 谨慎和注意的义务

参与经营管理的合伙人在执行合伙业务时，必须履行谨慎和注意义务 (duty of care)。如因其失职而给合伙企业造成损失，其他合伙人有权请求赔偿。

第三章 合伙企业法

4. 不得随意转让出资的义务

由于合伙人之间存在着“相互信任” (mutual confidence) 的关系，合伙人未经其他合伙人同意不得将其在合伙中的出资及各项权利转让给第三人，也不得介绍第三人入伙。但大多数国家均允许合伙人在一定条件下将请求分配利润的权利转让或馈赠给他人。除合伙协议另有规定外，合伙人的死亡或退出，即引起合伙的解散。但一般合伙协议都订有企业存续条款 (continuation agreement)，即如果某合伙人死亡或退出，合伙企业继续经营的条件。

五、合伙企业对第三人的关系

在合伙企业中，每个合伙人在企业所从事的业务范围内，都有权作为合伙企业和其他合伙人的代理人。这就是所谓合伙人相互代理的原则。根据这一原则，合伙企业同第三人的关系具有以下几个特点：

第一，每个合伙人在执行合伙企业的通常业务 (ordinary business) 中所作出的行为，对合伙企业和其他合伙人都具有拘束力。除非该合伙人无权处理该项

事务，而且与之进行交易的第三人也知道该合伙人没有得到授权，否则，合伙企业和全体合伙人都要就该合伙人的行为对第三人负责。根据英国合伙法的规定，每个合伙人，特别是从事货物买卖交易的合伙贸易企业的合伙人，在处理下列事务时，都认为具有默示的授权：（1）出售合伙企业的货物；（2）以企业的名义购买企业业务所需要的货物；（3）收受企业的债款，并出具收据；（4）为企业雇用职工；（5）以企业名义承兑和开立流通票据；（6）以企业的信用借款或以企业的货物作抵押借款；（7）委托律师为企业进行诉讼。

任何合伙人就上述事项同第三人订立的合同，对合伙企业和其他合伙人都具有拘束力。所有合伙人均须对合伙企业同第三人所订立的合同或所承担的债务负连带的无限责任。

第二，合伙人之间如对任何一个合伙人的权力有所限制，不得用以对抗不知情的第三人。但如果第三人在同该合伙人进行交易时，已经得知该合伙人的权力受到限制而无权处理该项业务，则该合伙人所作出的行为就不能约束合伙企业和其他合伙人。

第三，合伙人在从事通常的合伙业务过程中所作的侵权行为（tort），应由合伙企业承担责任。但合伙企业也有权要求由于故意或疏忽的有关合伙人赔偿企业由此而遭受的损失。

第四，当一个新的合伙人被吸收参加一个现存的合伙企业时，他对于参加合伙之前该合伙企业所负的债务不承担责任。而当一个合伙人退出合伙之后，他对于其作为合伙人期间企业所负的债务仍须负责。至于已经退出合伙企业的合伙人，对企业日后所发生的债务是否仍须负责的问题，则须视不同情况而定。如果同企业进行交易的第三人在他退出合伙企业之前曾经同企业进行过交易，则他必须通知该第三人，说明他已经不再是合伙人，否则他仍须对该第三人负责；如果该第三人在他退出合伙企业之前并未同该企业进行过交易，也不知道他是合伙人，则他对于他退出合伙企业之后所进行的交易即可不承担责任。

六、合伙企业的解散

合伙企业的解散有两种情况，一种是自愿解散（voluntary），一种是依法解散（by operation of law）。所谓自愿解散是指合伙企业依合伙人之间的协议而解散，例如，当合伙章程订有期限时，合伙企业即于该期限届满时宣告解散；如果合伙章程中没有规定期限，合

国际商法

伙人之间也可以在事后达成协议，宣告合伙企业的解散。所谓依法解散是指合伙企业依照合伙法的有关规定而宣告解散。

第三节美国合伙企业分类

合伙企业的生命力就体现在其灵活性上，即合伙企业的发展历史表明，其能适应社会经济的发展而不断变化、调整和发展。在这方面，应该说美国是最具有代表性的，它的合伙企业形式多样，能适应各种投资者在不同投资领域的

需要。现分别介绍如下：

一、普通合伙

General Partnership (GP)在美国，即我们一般讲的普通合伙企业。普通合伙企业适用 美国《统一合伙法(1914)》(UPA1914) 与美国《修订统一合伙法》(Revised Uniform Partnership Act, RUPA #994, #996年、#997年两次修订)的示范原则。

RUPA#994对合伙的定义是：“两个或两个以上的人以营利为目的、对合伙财产进行 经营而形成的社团，如非为依公司法、独资企业法、非营利性企业法等设立，则视为在当 事人之间形成合伙关系，无论当事人是否有此意向。”该定义继承了 UPA 1914关于合伙是 一种“剩余企业”的概念，即凡未登记为其他企业的人合的、营利性组织推定为合 伙企 业，无论当事人是否有设立合伙的意思表示，也无须履行任何特定的成立手 续。

普通合伙中的合伙人可以是自然人、法人或其他社会团体，条件是必须有 经营行为且 必须以营利为目的，仅仅共同拥有财产或非营利性组织不视为合 伙企业法律关系。另外依 英美国家合伙法的相关判例，如多人共同经营一项事业， “合伙协议”约定按一定比例在 经营者之间分配毛收入(grose revenue)，由每 人各自承担其成本支出，则法律认为各经营 者之间不成立普通合伙关系即连带 责任。合伙人之间应分配净收入(net profit)，以体现 普通合伙企业共享利润、 共担风险的宗旨。

普通合伙在美国服务领域内是被广泛采用的一种企业组织形式，常见于法 律、会计、 医疗等行业。这些行业采用普通合伙主要注重合伙人的专业技术以 及他们之间的相互信任 与合作关系。合伙人共同出资，共同经营管理合伙企业， 在从事合伙经营过程中各合伙人 互为代理人并承担忠诚和不竞业义务，所有合 伙人对合伙企业的债务均承担连带无限 责任。

二、有限责任合伙

Limited Liability Partnership (LLP)的企业组织形式在英美都存在，在此将 之翻译为有 限责任合伙。有限责任合伙企业适用美国《统一合伙法(1914)》 (UPA 1914)、美国《修 订统一合伙法》(RUPA 1994, 1996年、1997年两次修 订)以及美国律师协会起草的《示 范有限责任合伙法》的示范原则。美国法将 有限责任合伙视为普通合伙的一种特殊责任形 式，只有普通合伙才可以申请享 有有限责任的保护。

有限责任合伙的合伙人均为普通合伙人，在经营管理上与普通合伙类似； 不同的是在 有限责任合伙这种组织形式下，对某一合伙人、员工等在提供专业 服务时的错误、不 作为、过失、低能力或渎职的行为所产生的侵权与违约责任， 全部合伙人以全部资产为限对

其债务承担有限度的连带责任，超过合伙资产总额的未偿付债务由过失合伙人 独立承担无 限责任，其他合伙人不再承担连带责任。美国得克萨斯州1991年 《有限责任合伙法》就 有相关规定。鉴于各州纷纷立法承认有限责任合伙，美

国统一州法全国委员会对1994版本的《修订统一合伙法》作出修改，增加了有限责任合伙的规定。美国《修订统一合伙法(1997)》第306(c)节规定：“一个人并不因为他是一个合伙人而直接或间接地，包括以补偿、分摊、评定或以其他方式对合伙成为有限责任合伙后所发生、设定、接受的可向合伙收取的债务负责，无论该债务系源自侵权、合同或其他义务。”各州关于责任限制与该示范法不一致的地方在于，很多州的有限责任合伙法将有限责任合伙人的有限责任限定于因其他合伙人执业过错而产生的侵权之债，只有科罗拉多，佐治亚，印第安纳，马里兰，明尼苏达，蒙大拿和纽约这几个州将有限责任合伙人的有限责任从侵权之债扩大到既包括侵权之债也包括违约之债。

有限责任合伙组织形式如今在美国被广泛适用于大规模的会计师事务所、律师事务所等专业性合伙企业，国际四大会计事务所及绝大多数美国律师事务所都采用有限责任合伙的企业形式，以避免成百上千的合伙人自己并不熟悉的其他合伙人的执业过错承担连带无限责任。

但是，有限责任合伙并不意味着合伙人完全解除了对合伙债务的无限责任。从各州有限责任合伙法的规定看，在以下三种情形下，合伙人需要对合伙债务承担无限责任(个人责任)：(1)因合伙人本身的过错行为引起的对他人债务或对第三人的侵权责任，该合伙人就必须对此承担个人责任；(2)合伙人如果参与了合伙的雇员的不当行为，或者负有监管责任的合伙人参与受其监管的雇员或其他合伙人的不当行为、渎职行为，或者明知其有不当行为或不行为而不采取适当措施加以制止时，该合伙人要承担个人责任；(3)对于合伙在一般商业环境下发生的、法律明确排除在有限责任保护范围以外的行为，如未能偿还贷款、交付租金或履行契约义务等，合伙人依照传统合伙法的规则应承担个人责任。上述后两种情形，特别是负有监管责任的合伙人对其下属或其他合伙人的执业过失所承担的个人责任，是《示范有限责任合伙法》所保留的合伙人个人责任中争议最大的问题，它涉及如何界定“监管责任”的范围，其结果将决定着有限责任合伙这种新的组织形式到底能够在多大范围内解除合伙人的个人责任。由此可见，有限责任合伙的合伙人对于他人过错能否享有有限责任保护只能就具体事件具体分析，而对自己的过错则必须承担无限责任，这一点上与普通合伙无异。

三、有限合伙

Limited Partnership (LP)通常译为有限合伙。有限合伙企业适用美国《统一有限合伙法(1916)》(Uniform Limited Partnership Act, ULPA 1916)、美国《修订统一有限合伙法》(Revised Uniform Limited Partnership Act, RULPA 1976, RULPA 1985)、美国《统一有限合伙法(2001)》(Uniform Limited Partnership Act, ULPA 2001)的示范原则。有限合伙在中世纪的欧洲就出现了，这种制度安排是由资金的所有者向贸易操作者提供资金，投资者按约定获取利润的一部分，但不承担超过出资之外的亏损；如果经营者不存在个人过错，投资者也不要求经营者对其投资损失承担赔偿责任。这种制度安排使中世纪欧洲财富的持有者，能秘密进入商业活动获取丰厚利润，且承担的风险损失有限。有限合伙作为公司制度的先驱，极大地促进了中世纪欧洲及地中海沿岸贸易的发展。有限合伙制度首先为1673年法国商法所承认和保护，后来被1807年《法国商法典》第23~28节吸收。美国的有限

合伙制度完全是成文法的产物，是美国借鉴法国法的产物，并被传统法学者认为是普通法原则的侵害。美国统一州法全国委员会先后发布了 ULPA 1916、RULPA 1976、RULPA 1985、ULPA 2001 几部规范有限合伙的示范法，这几部示范法被美国绝大多数州所采纳。

有限合伙是将一部分合伙人的有限责任与合伙的一次纳税待遇相结合的一种商主体形式。20世纪初有限合伙制度在美国以成文法的形式被确定下来，有限合伙的企业组织形式被广泛用于各类风险投资的经营运作中。20世纪以来，风险投资行为采用的主要组织形式即为有限合伙，且通常以基金的形式存在。投资人以出资为限对合伙企业债务承担有限责任，而基金管理人以普通合伙人的身份对基金进行管理并对合伙企业债务承担无限责任。这样既能降低投资人的风险，又能促使基金管理人为基金的增值勤勉谨慎服务。依责任形式的不同，有限合伙中的合伙人分为普通合伙人 (general partner) 与有限合伙人 (limited partner) 两类，普通合伙人与有限合伙人可以为自然人或法人。在美国，依 ULPA 1916 的规定，有限合伙企业中至少有一位普通合伙人，他 (他们) 对有限合伙企业的债务承担连带无限责任，对有限合伙企业事务享有管理权，并对有限合伙企业及所有合伙人负有诚信和忠诚的义务；而有限合伙人只以其出资为限对有限合伙企业的债务承担有限责任，但有限合伙人对有限合伙企业事务无管理权，其一旦介入对合伙事务的经营管理则被视为普通合伙人，承担连带无限责任。

四、有限责任有限合伙

Limited Liability Limited Partnership (LLLP) 直译为有限责任有限合伙。在美国，申请有限责任有限合伙的责任形式的前提条件必须是一个有限合伙企业。有限责任有限合伙作为有限合伙的一种特殊责任形式受美国《修订统一有限合伙法 (1985)》(RULPA 1985) 与美国《统一有限合伙法 (2010)》(ULPA 2001) 示范原则的指导。

在美国，有限责任有限合伙与有限合伙一样，主要适用于风险投资行业。有限责任有限合伙将有限合伙与有限责任合伙的优势结合起来，以有限责任有限合伙组织形式的风险投资基金为例，不仅作为有限合伙人的出资人受有限责任的保护，作为普通合伙人的基金管理人 (自然人) 也享有有限责任合伙中普通合伙人有条件地有限责任保护，即普通合伙人只对自己的过失给风险投资企业造成的损失承担无限责任，而对其他普通合伙人在管理风险投资基金过程中产生的过失不承担连带责任。

有限责任有限合伙产生 (，为了规避普通合伙人所要承担的苛刻的连带无限责任，有限合伙的合伙人一般通过一系列复杂的设计，使管理公司承担普通合伙人的角色 (见上文 LP)。这种责任限制保护机制的设计，不仅使有限合伙内部结构复杂化而且使作为普通合伙人的管理公司分得的合伙收益必须缴纳公司所得税，削弱了合伙的税收优势。而有限责任有限合伙中的普通合伙 (然))

既可 合伙企业的 ，享

限责的保。 ，这 限责保的然作为普通伙要承 于董事的责任，这种压力促使他们更好地履行自己管理有限责任有限合伙风险投资企业的职责。因此，LLLP通过综合LP+LLP的优点，实际上将LLLP主体形

式的风险投资推向了更加类似于投资公司的位置，同时又能保有税收上的优势，但有限责任有限合伙中普通合伙人的有限责任是有条件和不完全的。

LLLP的合伙人为了获得有限责任的保护，必须向州政府提交有限责任有限合伙的申请，经审查后，方可获得批准登记并须在当地媒体上公告，其企业名称必须有LLLP字样以标明其责任形式。

1997年美国国税局出台的被称为check - the - box - rule的政策，同样允许有限责任有限合伙企业自由选择按合伙方式或按公司方式缴纳联邦税。

在经济高度发达、商业形式多样成熟的美国，有限责任有限合伙也是一种新颖的企业组织形式。虽然越来越多的州依据RULPA 1985 + ULPA 2001的相关原则颁布本州的立法允许在本州设立有限责任有限合伙企业，但其立法的成熟性及普及程度远逊于其他合伙制企业。关于有限责任有限合伙的相关程序性与实体性法律原则，尚需在其实践中不断地发展完善并确定下来。

五、有限责任企业

Limited Liability Company (LLC)应译为有限责任企业，适用美国《统一有限责任企业法(1994)》(Uniform Limited Liability Company Act, ULLCA 1994)示范原则的指导。

本书认为Limited Liability Company其中“Company”一词不应翻译为中文通常意义上的“公司”。因为，在美国，Limited Liability Company的实质类似于所有合伙人均为有限合伙人的合伙企业，Limited Liability Company不受美国联邦或州的任何《公司法》规范的约束，美国法学院的教材中一般都将Limited Liability Company置于非公司企业法的体系下讲述。因此，本书认为，将Limited Liability Company译为有限责任公司，不仅容易与大陆法系国家的有限责任公司(两种截然不同)相混淆，更扭曲了Limited Liability Company作为非注册公司(non - corporate)企业的本质。当然，有限责任企业在一定程度上是合伙与公司的混合体，其既可以享有合伙企业的一次纳税(不含纳企业所得税)的待遇，同时出资人又以出资为限享有有限责任的保护。依我国商事主体法的基本原则，美国的有限责任企业的组织形式是一个矛盾体或是一个悖论，但这正体现了美国商事主体立法适应实践的灵活性以及美国政府对中小企业的扶持态度。

有限责任企业并非美国首创，但毫无疑问是在美国获得了最大的发展。有限责任企业在美国的诞生同一家石油公司的名字联系在一起，正是后者的直接需求催生出这一全新的企业形式。汉密尔顿石油兄弟公司(Hamilton Brothera Oil Company)是一家石油开采公司，从20世纪60年代后期开始，主要在巴拿马以有限责任企业组织形式从事国际石油开采和天然气开采，并尝到了甜头。为了在国内也能设立有限责任企业，汉密尔顿石油兄弟公司的代表起草了相关的立法草案并向有关州进行游说。起初选择的目的地是阿拉斯加州，但以失败告终；同一份草案又被呈递至怀俄明州，并获采纳，于1977年被通过，成为美国第一部有限责任公司法。5年以后，佛罗里达州通过了类似的立法。但是，其他州的反应并不积极，而是持观望态度，主要原因是国内税收局(IRS)一直未就是否会给予这种给所有成员提供有限责任保护的新企业形式合伙税收待遇的问

题表态。1988年，IRS 最终发布了第88 -76号裁决，同意对有限合伙企业按K章征税，即允许其享受合伙税收 待遇。这一关键问题一旦解决，各州争相出台有限责任企业立法。1994年，美国统一州法 全国委员会制定了《统一有限责任企业法》示范法，到1999年，美国50个州都制定了本 州的有限责任企业法，有限责任企业这一企业组织形式在美国得到了广泛的承认。美国 《统一有限责任企业法(1994)》示范法规定：“一个或一个以上的人均可向州务卿交存组 织 程，~~或~~其他除另有规定外，有限责任企业的成员对企业的债务和责任区别于其个人的法律权利

债务、义务和责任，其成员不对这些债务、义务和责任承担超出其出资的个人责任”。但以LLC名义签订的合同，合同主体的名称中必须明示LLC字样，否则，签署人对合同承担一个责。

有限责任公司具有公司的某些特征，如出资人(member)对企业债务以出资为限承担有限责任；可选择所有权与经营权分离(manager-managed)的运作方式；可以选择以公司主体形式纳税；出资人可以对管理者提起派生诉讼；不参与LLC经营的出资人的出资被美国证券交易委员会(SEC)视为证券，享有证券法对出资人的保护等。有限责任公司又具有合伙企业的许多特征：如出资人可以选择自治(member-managed)的运作方式，由出资人对公司直接进行经营管理，出资一般不得自由转让；选择作为合伙企业只缴纳个人所得税等。在美国有限责任公司可以选择有存续期(a term LLC)或无限存续(an at-will LLC)。有限责任公司的出资人的人数和国籍不限，在这一点上，优于美国《国内税法典》(Internal Revenue Code) s 章的规定。

有限责任公司出资人享有有限责任保护的同时还可以选择直接参与企业的运营管理、一次纳税，因此是许多小型企业甚至大型企业创业之初的首选组织形式。虽然有限责任公司拥有诸多优势，但这种企业组织形式在美国并不及传统有限责任公司(close corporation)普及，其中原因可能是有限责任企业的设立程序尚未被普通人广泛了解；另外，虽然LLC的成员(member-)所持有的出资额受相关证券法的管辖与保护，但此LLC企业不能像传统有限责任公司那样可以直接转型为公众公司(publio corporation)。

六、美国合伙企业组织形式对中国合伙立法的借鉴意义

我国有关合伙制企业的立法中确认的合伙制企业的种类有限，远不如美国合伙制企业灵活多样。目前，我国法律只承认普通合伙企业和有限度地承认有限合伙企业的合法地位，而美国的有限责任合伙、有限责任有限合伙、有限责任公司等合伙制企业形式在中国尚未得到法律认可。当然，我国的企业家和立法工作者也正试图探索更多的合伙企业组织形式在中国适用的问题。

《中华人民共和国合伙法》未明确法人或其他经济组织是否可以成为普通合伙企业的合伙人问题，且在中国成立普通合伙企业必须登记注册，普通合伙企业也需缴纳企业所得税，这几点与美国相关的普通合伙的立法精神有本质区别。在中国，限制法人和其他经济组织成为普通合伙企业的合伙人，不利于合伙企业吸纳各方资金，限制了合伙企业的规模和可能在我国经济中起到的作用。另外，对未在工商登记注册但满足合伙条件的经济组织的定性问题也是我国合伙企业立法的一个空白。我国合伙企业立法应吸收美国关于普通合伙是一种“剩余企业”的概念，即凡未登记为其他企业的人合的、营利性组织便推定为普通合伙企业，无论当事人是否有设立合伙的意思表示，也无须履行任何特定的成立手续。这有利于对未登记的企业的债权债务的清理，即所有的经营参与者都对相关的债务承担连带无限责任。中国的普通合伙企业亦须缴纳企业所得税，使合伙人在承担无限责任风险的同时尚得不到税收上的好处，因此，在中国，除了专业性的律师、会计师等行业，在普通的商贸领域，几乎没有企业主动选

择普通合伙这种企业形式。《中华人民共和国合伙法》的修订与完善势在必行。

①

① 详见：沈四宝. 法律的真谛是实践. 2版. 北京：法律出版社，2008.

案例分析题

案例一*

2011年2月，吴某与个体工商户A、B共同设立某服装有限责任公司(下称服装公司)，吴某拥有公司的大部分股权，并被选聘为公司执行董事兼经理。2012年7月，服装公司先后与凯丰服装厂签订了两份皮衣和西服购销合同。合同约定：凯丰服装厂向服装公司供应某品牌皮衣12件、西服40套，共计价款9.9万元。同年9月，凯丰服装厂按约将皮衣和西服运送至服装公司仓库。10月20日，服装公司因经营状况不佳，资金紧张，+ 吴某达成协议，向其借款10万元人民币。服装公司因主客观等多方面的因素，经营状况不好，在与凯丰服装厂订立皮衣、西服购销合同前已拖欠多笔债务未还。并且，也有多个债务人拖欠其钱款未还。至2013年5月11日，服装公司虽经多方筹措，只能偿付凯丰服装厂4万元货款。

鉴于经营状况不景气，同年6月，服装公司召开股东会，作出解散公司的决议。随即公司股东组成清算组，对公司财产进行清理，并公告债权人。在清理债权债务时，吴某主张，自己作为公司的债权人，有权要求公司偿还欠款10万元。但凯丰服装厂和公司其他债权人主张，吴某是公司股东，无权作为债权人要求公司偿还其借款。公司财产只能用于清偿其他债权人的债务。且如公司财产不足以清偿债务，吴某还应以其个人财产负清偿责任。故凯丰服装厂联合其他公司债权人，以吴某和服装公司为被告诉至法院，要求吴某和服装公司共同承担赔偿责任。问题：

(1) 凯丰服装厂和其他债权人能否要求吴某以个人财产对服装公司的债务承担赔偿责任？

(2) 吴某和服装公司之间是什么关系？他是否有权要求公司偿还其借款？

案例精析：

(1) 凯丰服装厂和其他债权人不能要求吴某以个人财产对服装公司的债务承担赔偿责任。因为，服装公司是依法成立的法人，应以其全部财产对外独立承担民事责任，这是公司法人独立性的集中表现。公司财产最初源自股东投资，但在法律上，股东与公司具有相互独立的人格，股东未投入公司的财产，一般不能强迫用于清偿公司债务。按照公司法的规定，有限责任公司的股东仅以其出资额为限对公司承担法律责任，公司以其全部资产对公司债务负责，公司清债务的债务全部资产为限，公司的全部

资

产不足以清偿其债务时，其股东没有义务以其个人资产为公司清偿债务。总之，在本案中，并无否定服装公司法人格人而令吴某承担直接清偿根据，因此，吴某作为公司股东，无须以个人财产对公司债务负清偿责任。(2) 吴某和服装公司之间具有双重身份：一为基于对公司的投资而取得的股东身份；二为公司向其借款而取得的债权人身份。吴某作为公司股东，其投入公司的出资额，属于公司财产，不能抽回，只有在公司解散清偿债务后，就公司剩余财产按出资比例受偿。但是，吴某同时又是服装公司的债权人，其借给公司的钱属于自己个人财产，公司成立后就作为独立的法人与其股东的财产分离，和其股东之间是相互独立的法律主体，即使公司向其股东借钱，也应偿还。故吴某有权要求公司偿还其借款，不能将吴某的股东身份与其债权人身份混淆。

案例二

2011年1月，甲、乙、丙、丁四人决定投资设立一合伙企业，并签订了书面合伙协议。合伙协议的部分内容如下：(1) 甲以货币出资10万元，乙以实物折价出资8万元，经其他三人同意，丙以劳务折价出资6万元，丁以货币出资4万元；(2) 甲、乙、丙、丁按2: 2: 1: 1的比例分配利润和承担风险；(3) 由甲执行合伙企业事务，对外代表合伙企业，其他三人均不再执行合伙企业事务，但签订购销合同及代销合同应经其他合伙人同意。合伙协议中未约定合伙企业的经营期限。

合伙企业在存续期间，发生下列事实：

(1) 2011年5月，甲擅自以合伙企业的名义+善意第三人A公司签订了代销合同，乙合伙人获知后，认为该合同不符合合伙企业利益，经与丙、丁商议后，即向A公司表示对该合同不予承认，因为甲合伙人无单独与第三人签订代销合同的权力。

(2) 2012年1月，合伙人丁提出退伙，其退伙并不给合伙企业造成任何不利影响。2012年3月，合伙人丁撤资退伙。于是，合伙企业又接纳戊新入伙，戊出资4万元。2012年5月，合伙企业的债权人A公司就合伙人丁退伙前发生的债务24万元要求合伙企业的现合伙人甲、乙、丙、戊及退伙人丁共同承担连带清偿责任。丁以自己已经退伙为由，拒绝承担清偿责任。戊以自己新入伙为由，拒绝对其入伙前的债务承担清偿责任。

(3) 执行合伙事务的合伙人甲为了改善企业经营管理，于2012年4月独自决定聘任合伙人以外的B担任该合伙企业的经营管理人员；并以合伙企业名义为C公司提供担保。

(4) 2013年4月，合伙人乙在+ D公司的买卖合同中，无法清偿D公司的到期债务8万元。D公司于2013年6月向人民法院提起诉讼，人民法院判决D公司胜诉。D公司于2013年8月向人民法院申请强制执行合伙人乙在合伙企业中全部财产份额。合伙人乙被人民法院强制执行其在合伙企业中的全部财产份额后，合伙企业决定对乙进行除名。

结合案例分析材料(1)~(4)哪些情况是合理的, 哪些是不合理的。

案例精析:

(1) 甲以合伙企业名义与 A公司所签的代销合同为有效合同, 其他合伙人不能否认其有效性。合伙人在执行事务时, 合伙协议可能限定某一个或几个合伙人执行事务, 或者对事务执行人的权限做出限制。这些限制是合伙企业的内部约定, 只对合伙人有效, 对第三人并无约束力。根据《合伙企业法》第38条的规定: “合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制, 不得对抗不知情的善意第三人。” 在本案例中, 尽管合伙人甲超越了合伙企业的内部限制, 但A公司为善意第三人, 因此甲以合伙企业名义与 A公司所签的代销合同有效。虽然其他合伙人不能否认与 A公司代销合同的有效性, 但如果其他合伙人的权益在+A公司的合同中受损, 乙、丙、丁合伙人可以向甲合伙人索取一定的赔偿, 因为甲的行为违反了合伙协议中签订购销合同及代销合同应经其他合伙人同意的有关规定。

(2) 其一, 合伙人丁属于通知退伙。根据《合伙企业法》的规定, 合伙人通知退伙应满足以下条件: ①合伙协议未约定合伙企业的经营期限; ②合伙人退伙不会给合伙企业事务执行造成不利影响; ③应当提前30日通知其他合伙人。

其二, 丁的主张不成立。根据《合伙企业法》的规定, 退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务, 与其他合伙人承担连带责任, 故丁不能以已经退伙为由拒绝承担清偿责任。

第三章 合伙企业法

如果“向A公司偿还了 24万元的债务, 丁可以向合伙人甲、乙、丙、戊进行追偿, 追偿的数额为24万元。退伙人“(对外)对其退伙前已发生的合伙企业债务承担连带责任, 但在合伙企业(内部)对合伙企业债务不承担清偿责任。

其三, 戊的主张也不成立。根据《合伙企业法》的规定, 入伙的新合伙人对入伙(合伙企业的债务承担连带责任。入伙的后果是入伙人取得合伙人的资格; 入伙人对入伙(合伙企业的债务承担无限连带责任; 除入伙协议另有约定外, 入伙人与其他合伙人享有同等权利, 承担同等责任。故戊不能拒绝承担债务偿还责任。

(3) 甲聘任B担任合伙企业的经营管理人员及为C公司提供担保的行为不符合规定。根据《合伙企业法》的规定, 合伙企业委托一名或数名合伙人执行合伙企业事务时, 以下事项必须经全体合伙人一致同意: ①处分合伙企业的不动产; ②改变合伙企业的名称; ③转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利; ④向企业登记机关申请办理变更登记手续; ⑤以合伙企业名义为他人提供担保; ⑥聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员; ⑦依照合伙协议约定的其他事项。

(4) 合伙企业的做法不符合法律规定。根据《合伙企业法》的规定, 合伙人被人民法院强制执行其在合伙企业中的全部财产份额的, 属于当然退伙, 当然退伙以法定事由实际发生之日为退伙生效日。以下情况发生时合伙人当然退出合伙组织: ①作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡; ②个人丧失偿债能力; ③作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤

销，或者被告宣告破产；④法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具备有相关资格而丧失该资格；⑤合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

案例三

甲、乙、丙3人各出资5万元组成合伙企业松美汽车配件厂。合伙协议中规定了对利润分配和亏损分担办法：甲分配或分担 $\frac{3}{5}$ ，丙、乙各自分配或分担 $\frac{1}{5}$ ，争议由合伙人通过协商或调解解决。该合伙企业的负责人是甲，对外代表该合伙企业，合伙企业经营汽车配件生产、销售，经营期限为2年。

:

(1) 甲在担当合伙企业负责人期间，能否与王某再合作建一个经营汽车配件的门市部，将门市部的货卖给松美汽车配件厂？为什么？

(2) 假如合伙协议中明确规定，甲不得代表合伙企业签订标的额10万元以上的合同，后来，甲与某机械公司签订了12万元的合同，此合同是否有效？为什么？

案例精析：

(1) 甲在担任合伙企业负责人期间，不能再与王某合作建立一个经营汽车配件的门市部。因为按照合伙企业法对合伙人的要求，合伙人应该做到对合伙企业忠实，忠实具体来说就包括竞业禁止和交易禁止。因此甲不能再与王某合作建立一个经营汽车配件的门市部，同时也不能把门市部的货卖给松美汽车配件厂。

(2) 合伙企业对某个合伙人权利的限制，不能对抗不知情的第三方。如果某机械公司知道该限制，则合同为效力待定的合同。如果机械公司不知道该限制，则该合同有效，合伙企业对该合同负责。对于该合同对合伙企业造成的损失，其他合伙人可以向甲进行追偿。