

民事合伙的体系勘误和适用完善

[德] 谢立敏

摘要：民事合伙的主体性问题，即权利能力和当事人能力，不应当通过其是否具有组织性来解答。凡是对外参与经济生活的外部合伙都可以被认定为具有主体性。民事合伙不仅是所有合伙的基本形态，也具有其独立的价值。（单个）合伙财产虽然为全体合伙人共有，但并非必定是共同共有或者按份共有，在遵循单个合伙人不得处分合伙财产（份额）的原则下，两种共有关系都可符合民事合伙的特点。民事合伙的立法欠缺与共有关系的制度衔接，共有关系所包含的团体关系属债权性质，但是只在物权法下进行了规范，从而使得（单个）合伙财产（份额）的处分等问题可能受到民事合伙与共有关系两种制度的同时制约，并出现关于优先购买权的矛盾。民事合伙的应用场景应进一步扩展到日常生活和经济活动的各领域中。民事合伙善意第三人的利益需要予以加强保护，合伙人的退伙、解散和清算应当拥有独立的规定或者类推适用《合伙企业法》。

关键词：民事合伙；主体性；合伙财产；共有

[中图分类号] D913 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 05-0001-23

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）的出台不仅将之前业已取得的民事立法成果进行了归纳整理，还在此基础上细分开拓了新的民法领域和制度，“合伙合同”一章的增设就是其中引人注目的代表之一。无论在理论上还是实务中，民事合伙都是一个既熟悉又陌生的概念。《中华人民共和国民法通则》（已废止，下称《民法通则》）曾经就经营类的个人合伙和法人间的联营作出规范，但就可能涉及的合伙关系而言^{〔1〕}，实际上已经被后期出台的《中华人民共和国合伙企业法》（下称《合伙企业法》）所取代，而且两者都不涉及商业领域之外的合伙行为。因此，非商业行为的合伙，也就是民事合伙，长期以来处于“只闻其声，不见其人”的状态。《民法典》将合伙合同作为有名合同纳入合同编，即是为了填补这个空白，结合我国“民商合一”的立法体例，确认民事合伙在各类合伙形态中的基础地位，提供适用于所有合伙形态的一般规定，与《合伙企业

【作者简介】谢立敏，德国法兰克福大学法学博士，德国大陆集团（Continental）大中华区总法律顾问，德国执业律师，仲裁员。

〔1〕《民法通则》第51条规定的是设立新法人的合资或合作行为，受《中外合资经营企业法人法》和《中外合作经营企业法人法》规范；《民法通则》第53条规定的是保留各自独立性，各自承担民事责任的协作，也与合伙无关。参见李永军：《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》，载《法商研究》2019年第2期，第127页。

法》等特殊规定一同建立完整的合伙制度体系。⁽²⁾然而,这个目标是否真的可以如此实现呢?

《民法典》中关于合伙合同的规定相当有限,大量实际问题没有直接涉及或者被回避,给实务应用造成较大困惑。《民法典》出台前后,关于民事合伙的理论体系和要点已经有了不少论述,以主体性、组织性、非交换性等为基点,就民事合伙的基本问题如对外责任承担、对外事务执行、财产归属、合同瑕疵和履行抗辩等提出了解决思路。然而在总体上,民事合伙制度仍然处于一个缺乏“存在感”的阶段,立法和相关的理论还没能转化成有效的法律适用,因此也无法引起实务的重视。民事合伙制度具有广阔的应用前景,如何使其顺利过渡至适用阶段,从“丑小鸭”变成“白天鹅”是当前务必要解决的问题。从内容上来看,《民法典》关于合伙合同的规定几乎就是《德国民法典》有关合伙合同规定的“简化版”,由此可见后者对前者的深刻影响以及两者的同源关系。但是在此过程中,对于德国民事合伙制度的理解还不尽全面和完善,而且《德国民法典》关于合伙合同的规定并不算是一个“成功”的立法,为了便于法律适用,其体系始终在不断地被勘误、修正和重构。笔者以此为切入点,尝试通过类似的途径用新的角度来审视适用民事合伙制度的关键问题,寻找实用的着力点,以此探讨如何使其发挥出应有的潜能。

一、“主体性”问题的解决路径

民事合伙是否可以并且以何种方式作为一个独立的民事主体参与社会经济活动,从而获得权利并承担义务,直接决定了其适用范围和价值,此即民事合伙的“主体性”问题。民事合伙是由多个合伙人组成的一个团体,其所依据的合伙合同是“两个以上合伙人为了共同的事业目的,订立的共享利益、共担风险的协议”(《民法典》第967条)。一个自然而然的问题是,作为一个团体,民事合伙能否以自己的名义从事民事法律活动?还是必须或者实质上仍然是以各合伙人自己的名义共同出现在法律生活中?这并非只是一个学术问题,而且对实务处理有重大影响。例如,如果某个合伙人以其所在的民事合伙的名义(不管其有没有向对方提到其他任何合伙人)对外签订合同,对方根据此合同享有债权,那债权人能否向该民事合伙求偿并将其(连同单个合伙人)起诉至法院?还是只能起诉单个和/或所有合伙人?在诉状里描述该民事合伙时是否可以只写其字号(如有且无论是否登记)?还是必须列出所有合伙人?这种“权利能力”(Rechtsfähigkeit)和“当事人能力”(Parteifähigkeit)是民事合伙“主体性”的核心问题,在《德国民法典》问世后已经经过了上百年的争论,至今未有定论,可以说这是个“世纪难题”。在中国,“主体性”问题也经历了漫长的讨论而悬而未决。

(一)《民法典》现有规定及相关讨论的缺陷

《民法典》目前仅仅确立了合伙企业的独立民事主体地位。《民法典》第102条第1款规定“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”,并且将合伙企业

(2) 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(四)》,人民法院出版社2020年版,第2733页。

明确列为非法人组织。因此，结合《合伙企业法》第2条的规定，在所有的合伙形态中，目前仅有普通合伙企业和有限合伙企业的主体性得到了确认。对于除此之外的民事合伙的主体性问题，《民法典》及其他法律法规没有作出任何相关规定。至于合伙企业为何被视为非法人组织从而具有主体性，理论上普遍认为主要是因其作为一个持续经营的以盈利为目的的团体具备较高的组织性和独立的财产。⁽³⁾之前的其他各种观点和争论已经通过立法画上了句号。⁽⁴⁾按照《民法典》第102条和第104条（前身为《中华人民共和国民法总则》（已废止，下称《民法总则》）第102条和第104条）的规定，非法人组织被认为应当有自己的名称、组织机构、场所和独立的财产，并依法登记，能够以自己的名义从事民事活动，而且当组织的财产不足以清偿债务时，其出资人或者设立人一般要承担无限责任。⁽⁵⁾该规定几乎就是对照合伙企业的特点所“量身定制”的产物，其所描述的非法人组织的特征本身就是合伙企业为了长期经营和存续而在现实中必须满足的条件（如名称、组织机构和独立财产），与其说合伙企业被归入了非法人组织，不如说《民法典》及其前身《民法总则》以合伙企业为基础创设了非法人组织这种法律主体。中国目前普遍认为非法人组织在德国法下被称为“无权利能力社团”（nicht rechtsfähiger Verein）。⁽⁶⁾然而，这其实是一种误解。《德国民法典》中唯一提到“无权利能力社团”的第54条仅仅针对“社团”（Verein）这一种组织形式而已，这是一种和合伙相对立的具有名称、独立权力机构、存续不受人员变化影响等特征的通常为法人的团体。⁽⁷⁾即使因为没有登记而不具备权利能力时⁽⁸⁾，其也不包括任何其他非法人团体，无论是否有权利能力，其和（德国法下）不具有法人资格但拥有权利能力的商事合伙等法律主体泾渭分明，更遑论作为非法人组织的概念统称，德国法下没有非法人组织这样的法律主体。或许是因为“Verein”被译为“社团”的缘故（译为“协会”更为恰当），引起了上述的误解，在相关概念的分析理解中应当注意避免混淆。有个别观点就抓取“无权利能力社团”和商事合伙之间在决策机构上的不同，从而否定非法人组织涵盖合伙企业的适当性⁽⁹⁾，不免有张冠李戴之嫌。

合伙企业主体性问题的尘埃落定并没有给民事合伙的主体性问题提供明确答案，只不过是

(3) 李建伟、岳万兵：《民法典合伙合同规范的体系功能及其解释》，载《西北工业大学学报（社会科学版）》2020年第4期，第100页；王利明：《论民法典对合伙协议与合伙组织体的规范》，载《甘肃社会科学》2019年第3期，第30-31页。

(4) 肖海军、傅利：《合伙契约性与主体性的解构——基于民法典分则“合同法编”的视角》，载《当代法学》2018年第5期，第16页。

(5) 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第517页。

(6) 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第516页；李永军：《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》，载《法商研究》2019年第2期，第124页。

(7) RG 143, 213 (216); 165, 143 (149); BGH LM § 31, Nr. 11.

(8) “无权利能力社团”是19世纪末德国政府政治打压工人运动的立法产物，因为违宪而已被普遍认为应和“有权利能力社团”同等对待。Jürgen Ellenberger, in: Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, § 54 Rn. 1.

(9) 李永军：《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》，载《法商研究》2019年第2期，第126页。

焦点从合伙企业重新转移到民事合伙上而已，以往的争议仍在继续，《民法典》对此依旧是三缄其口。在中国目前的讨论中，解答民事合伙主体性问题的关键被定位在民事合伙是否具有组织性这个问题上：如果民事合伙具有组织性，其就能被认定为是一个法律主体。^{〔10〕}作为一个基于合伙合同的团体，民事合伙的性质究竟是一个契约还是一个组织呢？少数观点认为（民事）合伙是纯粹的契约，其形态并非单一个体。^{〔11〕}还有一些观点认为（民事）合伙既非契约，也非组织，作为一种民事活动的特殊形式和财产共有关系不具备民事主体地位。^{〔12〕}大多数观点认可（民事）合伙的组织性，认为其不是单纯的契约。^{〔13〕}这种观点所依据的基础各有不同，其中一部分在肯定组织性的同时也认为（民事）合伙兼有契约和组织两种特征。^{〔14〕}上述各种观点令人眼花缭乱，莫衷一是。其实要回答这个问题，首先需要理解什么是组织并划定其范围，然而恰恰是针对这一点始终没有形成一个清晰的概念，甚至缺少相应的论述。有的观点直接从民事合伙下的法律行为是共同法律行为出发，认为合伙合同即为各合伙人提供了组织规则并以此建立了相互之间的团体关系，从而形成了组织性。^{〔15〕}有的观点在此基础上将独立财产也纳入组织性的特征，因为拥有相对独立财产的资金集合背后一定由组织运作。^{〔16〕}其他的观点认为民事合伙的形态具有多样性，包括契约型合伙和组织型合伙，《民法典》下合伙合同所预设的对象是未形成组织的合伙，在其和组织性最强的合伙企业之间，可以任意设置强弱不同的组织，从而形成不同的民事合伙形态。^{〔17〕}通过上述各种观点的比照可以发现，要准确定义能够普遍适用于民事合伙组织性的标准，几乎是一个“不可能完成的任务”，因为组织本身的含义和边界就极为多样和复杂，难以形成共识。因此，也有观点认为确立（民事）合伙的主体性不仅在理论上面临困境，而且还会因此陷入僵化状态，应当审时度

〔10〕 肖海军、傅利：《合伙契约性与主体性的解构——基于民法典分则“合同法编”的视角》，载《当代法学》2018年第5期，第15页；朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期，第20页。

〔11〕 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第463页；李永军：《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》，载《法商研究》2019年第2期，第127-134页。

〔12〕 江伟、王国征：《合伙不具有民事诉讼主体资格》，载《法商研究》1999年第1期，第23-24页；龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第411页。

〔13〕 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第196页；朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2013年版，第463-480页。

〔14〕 马强：《合伙法律制度研究》，人民法院出版社2000年版，第68页；谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第230页；梁慧星：《民法总则》，法律出版社2011年版，第144页；王利明：《论民法典对合伙协议与合伙组织体的规范》，载《甘肃社会科学》2019年第3期，第29页。

〔15〕 李建伟、岳万兵：《民法典合伙合同规范的体系功能及其解释》，载《西北工业大学学报（社会科学版）》2020年第4期，第102页；王利明：《论民法典对合伙协议与合伙组织体的规范》，载《甘肃社会科学》2019年第3期，第29页。

〔16〕 李建伟、岳万兵：《民法典合伙合同规范的体系功能及其解释》，载《西北工业大学学报（社会科学版）》2020年第4期，第102页。

〔17〕 朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期，第22-23页。

势, 根据不同的情形对其进行分类应对和具体规定。^[18] 然而, 即使承认民事合伙的组织性可强可弱, 《民法典》下关于合伙合同规定的大量留白也确实为这些变化提供了灵活的空间, 那不同的组织性又该对应什么程度的主体性呢? 显然这是一个更难完成的任务。例如, 虽然有观点主张以是否注册登记来作为标准^[19], 但面对不需要注册也难以注册的民事合伙来说, 几乎不具备可操作性。对于民事合伙的主体性, 实务中需要一个清晰而易于把握的抓手来指导法律适用, 至少组织性这个标准实在难以完成这个任务。

面对上述各类学术纷争, 目前立法上采取了沉默的态度, 在司法实践中也没有清晰的路径来确认或否认民事合伙的主体性, 与《民法典》合伙合同相配套的司法解释还没有出台。迄今为止, 仅仅针对《民法通则》下“个人合伙”的当事人能力有一些规定可循。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(法(办)发〔1988〕6号, 已失效)第45条规定:“起字号的个人合伙, 在民事诉讼中, 应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人, 并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为, 对全体合伙人发生法律效力。未起字号的个人合伙, 合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的, 可以推举诉讼代表人参加诉讼, 诉讼代表人的诉讼行为, 对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人, 应当办理书面手续。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2020〕20号)第60条也有类似规定:“在诉讼中, 未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的, 应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人; 被推选的代表人, 应由全体合伙人出具推选书。”然而如前所述, 《民法通则》下的“个人合伙”仅限于商业合伙的范畴, 而且已经被合伙企业所替代, 在多大程度上能够适用于《民法典》下的民事合伙存在很大疑问, 尤其是并不存在针对民事合伙字号的登记制度。除此之外, 《民法典》第973条仅仅规定“合伙人对合伙债务承担连带责任”, 没有明确合伙财产和合伙人财产用于清偿的顺序。虽然有论述表明司法实践可能倾向于“补充连带主义”, 即债权人应当首先要求以合伙财产作出清偿, 合伙财产不足的, 各合伙人就不足部分承担连带赔偿责任, 但该主张明确其并不以民事合伙是否有主体地位为基础^[20], 而且也没有说明其他可能的限制条件。

(二) 德国民事合伙主体性讨论的实际要点

作为中国民事合伙制度主要借鉴样本的德国民事合伙制度, 其关于民事合伙主体性的讨论自

[18] 李凤章:《从合伙的主体性到主体化》, 载《国家检察官学院学报》2006年第6期, 第11页; 肖海军、傅利:《合伙契约性与主体性的解构——基于民法典分则“合同法编”的视角》, 载《当代法学》2018年第5期, 第22页; 李昊:《我国民法总则非法人团体的制度设计》, 载《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第12期, 第86-100页。

[19] 李凤章:《从合伙的主体性到主体化》, 载《国家检察官学院学报》2006年第6期, 第11页。

[20] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(四)》, 人民法院出版社2020年版, 第2756页。

然也在中国国内受到了关注，对其学术理论的发展也已经有了较为详细的介绍。⁽²¹⁾ 然而，尽管对于各学说内容要点和发展历程的描述已经相当准确，但其整个论证体系却并没有恰当地反映在中国国内的讨论中，而且关于其背后的特殊历史背景，尤其是对司法判例在对相关理论进行取舍时的平衡考量缺乏足够的认识。

鉴于相关的介绍已经非常详尽，此处仅就德国民事合伙主体性的相关讨论和发展作一个简单概括，不再赘述。传统理论认为民事合伙只是一个契约关系，不具备法律主体的基础。各合伙人通过合伙合同形成一个共有团体，按照《德国民法典》第 714 条（合伙事务执行人代表其他合伙人）和第 718 条（合伙财产为合伙人共同共有财产）等规定，共有关系无法赋予民事合伙独立的权利能力，只有各合伙人才是权利和义务的载体。⁽²²⁾ 以德国民法学家弗卢梅（Flume）为代表的“团体学说”（Gruppenlehre）认为民事合伙是独立的法律主体，权利和债务亦可共同共有，而作为人的联合的共有关系可以形成共有团体从而具有（部分）权利能力，《德国民法典》第 719 条第 2 款（不可用对某个合伙人的债权抵销属于合伙财产的债权）、《德国商法典》第 162 条第 1 款第 2 句（民事合伙作为有限合伙人）和《德国破产法》第 11 条第 2 款第 1 项（可以对民事合伙执行破产程序）即确认了民事合伙的权利主体地位。⁽²³⁾ 与之相匹配，为了创建民事合伙独立承担债务的路径机制，还先后发展出了“双重债务理论”（Doppelverpflichtungstheorie）（合伙事务执行人同时代理民事合伙和各合伙人从而为两者同时创建债务）⁽²⁴⁾ 和“附属理论”（Akzessorietätstheorie）（合伙人债务是附属于合伙债务的从债务）。⁽²⁵⁾ 德国联邦法院在 2001 年具有里程碑意义的“红白判决”（Weiss-Rot-Entscheidung）中最终认可了民事合伙的（部分）权利能力和当事人能力，为此类推适用了“附属理论”所依据的《德国商法典》第 128 条关于普通商事合伙的规定（合伙人为合伙债务向债权人承担连带责任）⁽²⁶⁾，并在其后的判决中继续确认。⁽²⁷⁾ 不过这种确认只针对“外部合伙”（Außengesellschaft），即以自己的名义进行对外法律交往从而产生权利和义务的民事合伙。而那些不参与法律往来的“内部合伙”（Innengesellschaft）仍然不具有权利能力和当事人能力。⁽²⁸⁾ 在该判决之后，民事合伙原先由于过

(21) 王丹阳：《德国民事合伙之债务与责任学说的演变》，载《政治与法律》2009 年第 5 期，第 135-141 页；刘召成：《德国法上民事合伙部分权利能力理论及其借鉴》，载《政治与法律》2012 年第 9 期，第 133-141 页；杜景林：《德国最高法院的民事合伙造法及评价》，载《北方法学》2015 年第 1 期，第 62-63 页。

(22) BGHZ 23, 307 (313); 80, 222 (227).

(23) Werner Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136(1972), S.177 ff.; Fritz Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 158-163; Johann Kindl, Gesellschaftsrecht, 2011, § 5 Rn. 10.

(24) BGHZ 117, 168 ff.; Eric Kießling/Walther Hadding, in: Hans-Theodor Soergel (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 11/1, 13. Aufl. 2012, § 714 Rn. 9.

(25) Carsten Schäfer, in: Münchener Kommentar BGB, Band 6, 7. Aufl. 2017, § 714 Rn. 34.

(26) BGHZ 146, 341 (358); 142, 315 (318).

(27) BGHZ 154, 88 ff.

(28) Karsten Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft: rechts-und parteifähig-Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29.1.2001, NJW 2001, S. 933 ff.; Herbert Wiedemann, Anmerkung zum BGH Urteil vom 20.1.2001, JZ 2001, S. 661 ff.

于不确定而被否认的在地产登记簿上进行登记的“登记能力”也得到了判例的支持。⁽²⁹⁾但是立法者随后通过修订《地产登记簿条例》(Grundbuchordnung)第47条对其进行了限制:虽然可以用民事合伙的名义进行登记,但其合伙人也要一一列出。对此,相关的讨论还在继续。

在德国,虽然理论上早已经认可民事合伙并非纯粹的契约关系,而是可以建立一个组织⁽³⁰⁾,但是相关的论证并没有依赖组织这个虚无的概念进行引导,而是直接从共有关系对权利义务的影响上去寻找答案。上述司法判例虽然指出了传统理论在学理上的弱点(合伙人因为共有关系而无法作为共同履行人单独履行以及混淆债务与责任)⁽³¹⁾,但其重点是如何从实际需要出发作出合理选择,而恰恰是这一点在中国国内的讨论中被忽略或者误解。在实践中,传统理论难以解决的问题之一是当合伙人变化时如何解释新合伙人需要继承或以其他方式承担之前的合伙(人)债务,因为在传统理论下不同的合伙人结构产生了不同的契约关系,除非重新签订或确认相应的合同(实践中难以执行),否则不同契约关系下的权利和义务无法对等且延续。对此,传统理论也不得不自相矛盾地打破对纯契约关系的固守,认为合伙人的全部权利义务可以被继承。⁽³²⁾和这种牵强的修补相比,认可民事合伙的权利能力自然更有说服力,但还不是唯一选择,真正起到决定作用的,是民事合伙在德国的社会经济生活中所处的地位和发挥的作用。在德国法下,民事合伙主体性的最大问题之一是其和普通合伙(offene Handelsgesellschaft)之间的冲突。根据《德国商法典》第105条的规定,有两种途径成为普通合伙:一是团体的目的是在共同的字号下进行商业运营,而且每个合伙人的对外责任都不加限制;二是其运营并非商业运营或者只是为了管理自身财富,通过将字号登记在商业登记簿上。也就是说,德国的普通合伙,虽然也有登记义务(《德国民法典》第29条),但其设立不以登记为先决条件,凡是符合法律规定的商业运营标准的合伙,即是普通合伙。而根据《德国商法典》第1条的规定,每个运营体都是商业运营体,除非该组织按照种类和范围并不需要一个以商业方式设立的运营体。其中,核心的关键词“商业方式”并没有绝对量化的标准,需要根据具体情况进行个案分析,这就为没有登记的普通合伙的认定带来了很大的不确定性,因为《德国商法典》第1条默认每个运营体都是商业运营体,同时倒置举证责任由该组织自己来证明其并非商业组织。⁽³³⁾在德国的经济社会生活中,大量的民事合伙在不知不觉中就跨过了“商业”这道门槛,“进化”成了普通合伙,在另一个方向,也有尚未登记的普通合伙因为业务萎缩等原因“退化”成了民事合伙,有时候这些变化也是合伙人所期望并主动营造的,而鉴于“商业”这个不明确的概念,要确定何时跨过或退回了这个门槛就成了难上加难的问题。此时,如

(29) BGHZ 179, 102 ff.

(30) Carsten Schäfer, in: Münchener Kommentar BGB, Band 6, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 163.

(31) BGHZ 146, 341 (343); 刘召成:《德国法上民事合伙部分权利能力理论及其借鉴》,载《政治与法律》2012年第9期,第134-135页。

(32) Wolfgang Zöllner, Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft-ein Sachverstands-oder Kommunikationsproblem?, in: Günther Hönn/Horst Konzen/Peter Kreutz (Hrsg.), Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, 1998, S. 715.

(33) Marc-Philippe Weller/Günter Roth (Hrsg.), Handels-und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2013, S. 96-98.

果坚持传统理论而使民事合伙和普通合伙在主体性这个问题上采取不同的体系,尤其是对外债务,那么合伙及合伙人在不同时间点的债务承担也会出现不同,在增加不确定性的同时还增加了交易成本,而且无法解释合伙人的权利义务如何变成了合伙的权利义务或者相反。⁽³⁴⁾另外,很多民事合伙广泛参与法律往来,甚至涉足商业领域,即使其还未达到法律上普通合伙的标准,但在行动上已无区别。在这种情况下,无论对外是否已经产生了关于普通合伙的“表见”,为了保护交易,再将民事合伙和普通合伙在责任承担上进行区分已无必要,只有在上述“内部合伙”的情形下,民事合伙才有合适理由不用体现出其主体地位。要解决上述这些实际问题,“移植”有关普通合伙的相关制度无疑是当前最有效的方法。同样,在不当得利的情形下合伙人如何为合伙有效给付,以及在侵权情形下合伙如何为合伙人的侵权行为承担责任,都无法绕开对民事合伙权利能力的承认以及在方法上对普通合伙相关规定的类推适用。

(三) 从实际需求出发确定民事合伙主体性

在中国国内关于民事合伙主体性的讨论中虽然经常提及德国联邦法院的上述判例,但是对于其背后的决定因素,即解决实际问题的需要,却鲜有实质性的提及和论述。个别观点还表达了对将普通合伙的规则适用于民事合伙的质疑,认为这会将民事合伙和普通合伙置于基本同等的地位,剥夺了小经营者保留民事合伙或者通过登记成为商事合伙的选择权,使普通合伙的规范基础丧失意义。⁽³⁵⁾另外,该观点还从“铸成概念法学上的严重谬误”的角度,批评类推适用普通合伙的做法超越了类推适用的工具性功能(仅是在法律技术和学理上将即使没有类推适用也同样具有正当性理由的结果结合在一起),认为由于不存在必要的目的性理由,这种类推适用被赋予了实质性功能(如不适用普通合伙的规则就不能达到结果),逾越了造法界限,酿成了不法裁判。⁽³⁶⁾这种观点曲解了德国联邦法院类推适用普通合伙规则的范围,将其扩大解释到普通合伙的全体系。如上所述,其实目前通过类推适用解决的仅是如何规制和联系合伙及合伙人对外债务的问题,这只是民事合伙的各类问题之一,民事合伙的事务执行和对外代理等规则并没有被普通合伙强制“同化”,仍然可以保留自己的独立和特点,更不影响小经营者选择保留民事合伙或是通过登记变成普通合伙的权利。至于类推适用的必要目的性,其实质就是认可民事合伙的权利能力,不仅存在,而且合理。不可否认,类推适用仅是体现这一结果的工具之一,不是为了直接创造它。关键在于,以批评概念法学为名,用类推适用的概念来否认其实际运用上的不合理,同样也是“步入了概念法学的泥潭”。促使德国联邦法院放弃传统理论的一大原因就是《德国民法典》下的民事合伙制度本身就建立在一个不完善的概念之上(下文会详细介绍),所以必须对此进行修正。⁽³⁷⁾因此,抛开现有(不完善)概念和体系的束缚,从解决实际问题的需求出发,也应当是解决我国民事合伙主

(34) BGHZ 146, 341 (344).

(35) 杜景林:《德国最高法院的民事合伙造法及评价》,载《北方法学》2015年第1期,第65-66页。

(36) 杜景林:《德国最高法院的民事合伙造法及评价》,载《北方法学》2015年第1期,第66-67页。

(37) Johann Kindl, Gesellschaftsrecht, 2011, § 5 Rn. 10.

体性问题的出发点。

要准确定位我国对解决民事合伙主体性（权利能力和当事人能力）问题的实际需求，除了上述那些普遍困难（合伙人变更时的权利义务延续和不当得利及侵权情形下的给付等）以外，尤其需要关注在我国是否也会出现像德国一样的民事合伙和普通合伙之间的冲突。《合伙企业法》并没有在定义上要求普通合伙满足一定的商业经营条件，但是强制要求书面协议和登记（《合伙企业法》第4条，第9条）。而对于民事合伙，《民法典》对于合伙目的和合伙合同的形式没有任何要求，民事合伙也可以从事一定的商业经营活动，而不必为此成为合伙企业。^{〔38〕}因此，在我国原则上不会像德国一样出现民事合伙因为经营活动（应当）具有一定规模而自动成为普通合伙的情形。如果民事合伙需要成为普通合伙，必须进行登记，相关的时间点很容易判断，而且也不会像德国一样出现没有登记且难以确认的普通合伙，因此似乎也就没有必要在主体性问题上（权利能力和当事人能力）将普通合伙的规定类推适用于民事合伙。然而在另一方面，可能存在大量没有也无法登记的民事合伙，其在组织结构上或多或少已经类同于普通合伙，而且也有自己未登记的字号，并且主动地对外开展各项经营活动，与普通合伙的形态几乎一致。但是由于目前民事合伙还没有被市场监督管理部门认可为可以颁发营业执照的主体，这种合伙形态在实务中只能以个体工商户的形式进行工商登记，以便合法地开展经营，但是其背后却是一个隐形的民事合伙。大多数情况是多人一起合伙经营小微业务（比如一个柜台或者摊位），但是由于不了解法律，或者为了简便灵活避免麻烦，没有去成立一个普通合伙企业，只是由一个合伙人出面登记成为个体工商户，而实际经营的是合伙业务。这种民事合伙大部分并非上文提到的“内部合伙”，因为其他合伙人也同样参与合伙业务，只不过仅仅授权了一个合伙人对外执行，所以该合伙仍然是在对外参与法律往来，只不过在日常经营中不会刻意去表明是以个人的名义还是以合伙的名义，交易相对方通常也并不在意其真正的法律形态。由于该民事合伙和执行合伙人之间确实存在委托代理关系，这时交易相对方至少应当有权根据“间接代理”的规则选择民事合伙和/或其执行合伙人作为债务人，而这样的民事合伙在对外关系中给交易相对方的印象已经和普通合伙相差无几。另一种常见现象是完全按照普通合伙的要求设立并运作，只是有意或者无意没有进行登记的合伙。这种没有登记的普通合伙自然不是法律意义上的普通合伙，其法律性质也一直模糊不清。按照《民法典》中合伙合同的立法目的来看，应当将其视作民事合伙，因为民事合伙应当是所有合伙的一般规定，在特殊规定无法适用时进行规范。只不过这种民事合伙和普通合伙几乎完全一致，如果仅仅是因为没有登记而采取不同的制度从而削弱对交易相对方的保护，则会显失公平，尤其是没有登记并非是交易相对方的过错，此时相应适用普通合伙对外关系的规则毫无疑问是一个更为合理的选择。

如上所述，虽然民事合伙与普通合伙在我国的法律概念中界限分明，不像在德国法下容易互相跨界，但在实践中却常常会出现两者在运用形态上雷同而仅仅在概念上人为设定不同的场景，

〔38〕 李建伟、岳万兵：《民法典合伙合同规范的体系功能及其解释》，载《西北工业大学学报（社会科学版）》2020年第4期，第100页。

这种实质上的趋同必然要对概念上的非此即彼产生质疑，从而迫使民事合伙至少在主体性问题上（尤其是权利能力）向普通合伙靠拢。不过或许令人失望的是，这将会动摇民事合伙作为所有合伙形态的立法初衷，因为至少在形式上一般规定需要特殊规定来弥补其不足。2018年3月15日，全国人大法工委印发的《中华人民共和国民法典各分编（草案征求意见稿）》（法工委发〔2018〕12号）第537条曾规定：“本章对合伙合同的内容没有规定的，参照适用《中华人民共和国合伙企业法》的相关规定。”正是这种体系上的倒置在当时招致了激烈的批评，即使可能是“迫不得已”，最终也不得不默默消失。^{〔39〕} 如果通过历史的角度来审视，这种体系上的瑕疵其实并非不可容忍。《德国民法典》的制定时间要晚于《德国商法典》，也就是说德国法下的所有商事合伙（包括普通合伙）要早于民事合伙进行立法，这和我国的情况几乎一模一样。特殊规定和一般规定在某些方面保持一致并不说明特殊规定被适用于一般规定，只是在上述情形下（特殊规定先期出台）容易产生先入为主的错觉而已。德国立法者原本也同样希望将民事合伙定位成各类合伙的基本形态，所有商事合伙都能在没有特殊规定的情况下适用民事合伙的规定，只不过立法者当时认为民事合伙和商事合伙相比并没有多少独立的实际意义。^{〔40〕} 后来的发展出乎了立法者的预料，民事合伙不光得到了广泛的独立应用，还如上所述和普通合伙产生了交叉，民事合伙并没有完全成为普通合伙的基本形态，而是成了与之平行的一种合伙形态。最终，各方不得不承认当初的立法目的未能全部实现，相关的立法成果存在缺陷，只得通过类推适用普通合伙的规则予以弥补。这背后的共识就是本身有瑕疵的体系并不值得去坚守和捍卫，更何况这种类推适用只是一个技术手段，基于两者相同的本质提供一个请求权路径而已，将特殊法下更早确立的规则运用于后出台的一般法下并非违反体系，而只是确立了两者的共同点，重塑了一个体系。如果能够通过立法予以明确固然更加完美^{〔41〕}，瑞士就是将所有合伙形态进行了统一立法，德国虽然有过这种努力但没有实现^{〔42〕}，但鉴于学说争论的激烈和重新立法的难度，德国联邦法院现阶段通过判例予以调整是更高效和可行的做法，无可厚非。我国的立法顺序和目的不仅和德国高度相似，而且后续的发展也很有可能雷同，立法所遗留的关于主体性的问题也基本一致，因此恐怕不得不无奈接受难以实现立法所设想的“一般规定与特殊规定之完美体系”的结果。为了解决实际问题，尤其是为了便于民事合伙参与社会经济生活，有必要通过司法解释或判例进行类似的调整：在外部合伙的前提下，或者根据我国的国情限制在商业行为的范围内，参照普通合伙的规则（上文所提到的“补充连带主义”）认可民事合伙的权利能力；在当事人能力方面，鉴于当前登记公示手段缺乏，在认可的同时仍应当要求在字号（如有且无论是否登记）以外列出所有合伙人以保证判决的确定性和可执行性。同时，各政府部门应积极认可将民事合伙作为主体进行登记，在登记时将所有合伙人及其合伙关系列明。

〔39〕 严城：《民法典合同编（草案）合伙合同的成功与不足》，载《法治研究》2019年第1期，第86页。

〔40〕 Susanne Lepsius, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, 2013, §§ 705 – 740 Rn. 7.

〔41〕 严城：《民法典合同编（草案）合伙合同的成功与不足》，载《法治研究》2019年第1期，第86页。

〔42〕 Susanne Lepsius, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, 2013, §§ 705 – 740 Rn. 11 – 13.

二、共有关系的诠释困境

民事合伙的主体性问题解答了合伙和合伙人之间在法律人格上的关系，即合伙可以具有相对独立于合伙人的权利能力和当事人能力，从而具有一定的但尚未构成完整法人资格的法律人格。从这其中延伸出来的另一个问题是，合伙财产作为一个整体以及单个的合伙财产和合伙人之间在物权上是何种关系？具体而言就是合伙财产作为一个整体以及单个合伙财产如何归属于合伙人？《民法典》第 969 条和《合伙企业法》第 20 条都确认了合伙财产的存在，但其一方面没有禁止合伙人处分（单个）合伙财产，另一方面又对此进行了限制（合伙终止/清算前不得要求分割合伙财产），这种关系应当如何阐释？现有规定表明（单个）合伙财产不是由单个合伙人独有，所有合伙人都有处分（要求分割）的权利，因而其只可能是被各合伙人共有。^{〔43〕}虽然在上述肯定民事合伙权利能力的前提下，也可以认为（单个）合伙财产归民事合伙自身独立所有，除了有登记要求外，执行合伙人是合伙的名义还是以所有合伙人共同的名义处分（单个）合伙财产在实务中也没有实质性的区分意义，但这只能适用于外部合伙，并且只涉及和外部第三人之间的关系，对于合伙财产在各合伙人之间的关系，仍需要从物权法下的共有关系角度来审视。《民法典》第 297 条规定共有关系有按份共有和共同共有两种类型，但没有规定哪种共有关系适用于（单个）合伙财产。在《民法典》出台之前对于这个问题就有很大的争议，《民法典》出台之后，相关的争议不但没有得到解决，还因为和物权法体系的矛盾冲突而处于更为复杂的困境，产生更大的困惑。

（一）确定共有关系类型的可能性

迄今为止，在关于（单个）合伙财产共有关系的讨论中，既有观点支持按份共有^{〔44〕}，也有更多的观点支持共同共有。^{〔45〕}按照《民法典》中共有的定义，按份共有是“按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权”（第 298 条），而共同共有是“共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权”（第 299 条）。两者的主要区别在于按份共有人不仅对共有物享有份额，而且“可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额”（《民法典》第 305 条）。而共同共有人在共有物进行分割前对其不享有份额，并且只能经全体共同共有人同意才可共同对其进行处分（《民法典》第 301 条）。^{〔46〕}共同共有的这个特征和民事合伙各合伙人追求共同事业目的的特征非常吻合，前述合伙合同终止前合伙人不得请求分割（单个）合伙财产的规定（《民法典》第 969 条第 2 款），

〔43〕《民法通则》第 32 条将合伙财产区分为出资财产和合伙经营积累的财产，后者明确规定为合伙人共有，而对前者仅规定为“由合伙人统一管理和使用”。

〔44〕尹田：《物权法》，北京大学出版社 2013 年版，第 313—314 页；戴孟勇：《论共同共有的类型及其纯化》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第 14 卷，北京大学出版社 2016 年版，第 51—52 页。

〔45〕杨立新：《共有权研究》，高等教育出版社 2003 年版，第 167—171 页；刘家安：《物权法论》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 143 页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2010 年版，第 244 页；周显志、陆露：《试论我国合伙财产的立法定位》，载《河北法学》2005 年第 7 期，第 46—49 页；朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020 年第 8 期，第 26—28 页。

〔46〕梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2010 年版，第 241 页。

以及合伙事务的决定须所有合伙人同意并且由全体合伙人共同执行的规定（《民法典》第970条）似乎就体现了这一点。然而容易被忽视的是，民事合伙的相关规定并没有禁止合伙人对（单个）合伙财产约定份额，《民法典》第974条还明文提到了合伙人的“财产份额”（其真实含义见下文论述），甚至可以认为，基于各自的出资比例，合伙财产本身就是可以或者应当有份额的，只不过法律规定各合伙人在合伙存续期间不得处分自己的份额。《民法典》第969条第2款关于禁止分割合伙财产的规定并不是否认（单个）合伙财产份额的依据，分割合伙财产并不意味着其之前必定没有份额，分割只是实现财产份额的一个方式而已。物权法下的共有物分割是指共有人对共有物采取实物分割或者价值分割等方式以结束共有关系⁽⁴⁷⁾，因此分割本身并不是确定份额，否则按份共有就无从分割。另外，《民法典》第303条规定了“按份共有人可以随时请求分割”，更加明确了份额与分割是两个概念。有观点认为《民法典》第969条第2款是任意条款，从而证明合伙人可以约定（单个）合伙财产的份额⁽⁴⁸⁾，实则是混淆了分割和确定份额的概念。要满足民事合伙共同事业之目的，禁止单个合伙人对（单个）合伙财产进行处分是不可或缺的一环，如果将该禁止留给合伙人在合伙合同中自行约定，虽然其并非如有的观点所认为的必定没有物权效力⁽⁴⁹⁾，因为物权法下的共有关系允许共有人之间可以另有约定（《民法典》第301条），但其最终还是难以保证在所有民事合伙形态中得到全面一致的执行，因此仍然应当留给法律作强制性规定。然而这种物权上的强制性限制并不以否认（单个）合伙财产的份额为绝对前提条件，禁止合伙人对（单个）合伙财产份额进行处分与禁止合伙人对（单个）合伙财产进行整体处分，在保障合伙目的的实现上效果是一致的。因此，在合伙财产共有关系的路径选择上就出现了两个可能：要么直接否认份额，选择共同共有，有关禁止合伙人处分（单个）合伙财产的规定只是重复了共同共有的原则；要么认可份额，选择按份共有，同时通过法律上的强制性规定在物权上禁止合伙人对其份额进行处分，确立一种“被限制的按份共有”。诚然，选择共同共有更为直接和便捷⁽⁵⁰⁾，然而在法律明确规定之前并不能作为唯一的解释。实际的现状是，当前《民法典》下的规定并没有为民事合伙财产与合伙人之间的共有关系提供一个清晰的模式。

上述共有关系在民事合伙中的多种可能性在《德国民法典》的立法过程中有着充分的体现。《德国民法典》第一版草案的第645条是按照罗马法下的“*societas*”模式来构建民事合伙的，这是一个以按份共有为基础的合伙，各个合伙人只是在债权上被禁止处分其份额，而物权上的处分并没有被排除。⁽⁵¹⁾按照这个规定，单个合伙人的债权人就有可能在执行过程中直接执行该合伙人对合伙财产的份额。为了避免这种情况，同时尽量保留第645条，第二届起草委员会增加了第645a

(47) 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（上），人民法院出版社2020年版，第501页。

(48) 朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期，第29页。

(49) 朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期，第27页。

(50) 朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期，第28页。

(51) Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band II, 1897-1898, CVII.

条,规定“对于共有物的执行只能基于针对所有合伙人的执行令。针对单个合伙人的执行令只能用于执行其在解散时享有的收益份额”。⁽⁵²⁾在后续的讨论中,委员会在奥托·冯·基尔克(Otto von Gierke)的推动下决定以德国法下的“共手原则”(Gesamthand)来取代第645条,形成了第二版草案中的第685条,也就是如今《德国民法典》的第719条,确立了共同共有的关系。⁽⁵³⁾至于共同共有的内容、构建以及标志,当时的观点并不一致,最后各方认为不需要在争议问题的理论层面表明立场,而只须考虑哪些规定更适合于实用⁽⁵⁴⁾,上述《德国民法典》第719条就是其产物。需要注意的是,该规定所确定的共同共有与中国《民法典》下的共同共有并不完全一致,德国法下的共同共有并不否认单个合伙人对合伙财产的份额(单个合伙人不得处分其合伙财产份额以及属于合伙财产的单个物品的份额),而只是强制规定不能对该份额进行处分,基本上符合上述“被限制的按份共有”的含义。另外,违反该禁令所进行的对整体合伙财产份额的处分被认为是可以通过追认而有效的暂时无效⁽⁵⁵⁾,或者被解释为是处分了根据《德国民法典》第717条随时可转让的在清算时享有的收益份额。⁽⁵⁶⁾只有单个合伙财产份额的处分被认为是绝对无效的,以保护共同共有的原则。⁽⁵⁷⁾也就是说,德国法下对共同共有关系中份额的认可,只限于整体合伙财产的份额,而单个合伙财产实际上并没有可以被处分和转让的份额,符合中国民法下的共同共有概念。由此可见,德国法下民事合伙财产的归属无法笼统地归于中国民法概念中的按份共有或共同共有,而是根据不同情形互相交织融合的产物。德国过往的立法进程和经验表明,作为一个全新创设没有绝对参照物的法律形态,民事合伙中(单个)合伙财产的共同共有原则并不是其原生态所固有的一个标志,而是人为选择为其披上的一件“外衣”⁽⁵⁸⁾,而且不是唯一选择。因而,学术上所讨论的各种理论和可能性并不一定具有绝对的说服力,但也无须过于纠缠,作出一个能够达到目的并合理解释的选择,同时给予当事人最大的空间维护其最大利益即是正确的解决路径。

有观点认为,为民事合伙的(单个)合伙财产归属选择何种共有关系意义不大⁽⁵⁹⁾,但这并不是一个可有可无的学术问题。虽然不管选择哪种模式都可以禁止合伙人对(单个)合伙财产(份额)进行处分,以确保合伙目的的实现,但不同的选择可以提供不同的扩展可能。如上所述,承认份额的存在有助于合伙人获得更多样性的经济利益,例如单个合伙人除了联合其他合伙人共同处分(单个)合伙财产外,还可以先期签订协议处分自己的份额并获得相关利益,只不过在物权上该处分需要通过所有合伙人追认或者在分割时才能实现,或者将其解释为是对在解散时享有的

(52) Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band II, 1897-1898, S. 988.

(53) Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, 1983, S. 296.

(54) Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band II, 1897-1898, S. 990.

(55) BGH NJW-RR 1987, 989 (992).

(56) OGH MDR 48 (1994), 394 (396).

(57) Carsten Schäfer, in: Münchener Kommentar BGB, Band 6, 7. Aufl. 2017, § 719 Rn. 2 ff.

(58) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/1, 1977, S. 3 f.

(59) 申卫星:《物权法原理》,中国人民大学出版社2016年版,第236页。

收益份额的处分。此外，（单个）合伙财产所产生的负担，如管理费用等，应当适用共有关系下的有关规定（《民法典》第302条）^{（60）}，并不一定能够通过合伙合同的规定在合伙人之间进行明确分配，因为《民法典》第972条只规定在没有约定或约定不明且协商不成的情况下，“合伙的利润分配和亏损分担”由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。（单个）合伙财产的负担并不等同于合伙的亏损，后者还可能包括其他经营费用和成本等，是合伙财产最后的状态，而前者可以是（单个）合伙财产的瞬时状态。当两者并不一致时，是否对（单个）合伙财产确定份额，直接决定了合伙人如何承担（单个）合伙财产的管理费用等负担（《民法典》第302条）。虽然如上所述合伙人可以约定（单个）合伙财产的份额，但是由于没有相应法规提示，在实践中，尤其是大量简单的民事合伙中，合伙人很可能忽略这一点，甚至就认为应当直接适用上述《民法典》第972条关于合伙利润和亏损承担的规定。另外，虽然“被限制的按份共有”确实可以为合伙人带来更大的灵活性，但也有可能使民事合伙的财产关系过于复杂，常人难以理解，造成适用上的障碍，难以发挥其优势。关于上述合伙财产负担如何分担的问题，技术上也可以通过类推适用《民法典》第972条予以解决。因此，最终如何选择并没有一个标准答案，各国的立法也各有不同。但无论如何，立法者应当作出一个选择明示方向，《民法典》目前囿于理论争议而三缄其口的做法并不有助于把问题留给学术讨论予以解决，反而有可能造成更长时间的困惑，当务之急是放下包袱尽快通过司法解释和判例对民事合伙财产的共有关系类型进行明确，提供切实可行的规则即可，不再也不必追求理论上的“最优解”。

（二）民事合伙与共有关系的体系冲突

无论最终选择何种类型，民事合伙财产为全体合伙人所共有无疑是其基本特征之一。在《民法典》下，共有关系由物权编进行调整，而民事合伙通过合伙合同由合同编进行调整，两者被规范的客体不同，所属的体系（物权和债权）也不同，一般情况下，似乎应当不会有什么冲突。上述提到的关于合伙财产负担如何分担的问题，就可以也应当与合伙的亏损分担区分处理。但是，偶尔也会有重合，例如，多个合伙人共同出资购买房屋并将其出租获取利益。按照合伙合同的定义（《民法典》第967条），共同出资购买房屋并将其出租获利符合“共同的事业目的”之要求，以此为基础，各合伙人之间就形成了一个民事合伙。在这种情形下，房屋所产生的负担（物业费）即是其作为共有物的一个负担（《民法典》第302条），在没有租金收入时，其几乎又构成了该民事合伙的亏损，此时上述提到的如何分担该费用的问题，就无法简单地选择物权法下的规定，而是要考虑《民法典》下合伙合同的规定是否（也）应当适用。只有在认可合伙人对（单个）合伙财产拥有份额时，民事合伙和共有关系下的规定才有可能得出同一个结论，而如果坚持合伙财产必然是共同共有的原则，那结论就会有所不同，是按照物权法下的规则平均分配还是按照合伙合同的规范按出资份额分配？虽然可以从请求权竞合的角度尝试对不同结论进行解释，但两种结

（60）朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期，第32页。

论之间客观上的互相排斥使其难以调和。

当遇到（单个）合伙财产（份额）的处分和转让时，情况会变得更为复杂。一方面，物权法对共有物的处分作出了自己的规定；另一方面，债法下有关合伙合同的章节对合伙事务的执行有一套自己的规则，甚至还对合伙人“财产份额”的转让进行了规定。更让人为难的是，这些规定还有所不同，《中华人民共和国物权法》（已废止，下称《物权法》）规定共有物的处分需要占份额2/3以上的按份共有人或者全体共同共有人同意（《民法典》第301条），而且按份共有的其他共有人还享有优先购买权（《民法典》第305条和第306条），但无论是对合伙事务的执行（《民法典》第970条），还是对合伙人“财产份额”的转让（《民法典》第974条），有关合伙合同的规定都要求全体合伙人一致同意，而且没有赋予其他合伙人任何优先购买权。此时，如果认为合伙事务的执行也包括对（单个）合伙财产的处分，并且/或者严格按文义来解释《民法典》第974条中提到的“财产份额”，那物权和债法下两套规则的冲突可能就在所难免了。目前，确实有观点将《民法典》第974条中提到的“财产份额”简单解释为“合伙财产份额”。^{〔61〕}然而从该规定所处的位置来看，其并非合伙财产核心规定（《民法典》第969条）的延伸。从体系解释的角度出发，其所称的合伙人“财产份额”并非针对（单个）合伙财产的份额，而是包含合伙财产以及合伙人其他权利（合伙事务执行、利润分配和剩余财产分配等）在内的全部“合伙份额”。^{〔62〕}因此，将《民法典》第974条直接适用于（单个）合伙财产（份额）的路径并不顺畅，而且在现有物权法关于共有关系的规定面前，也难以看到类推适用的必要。至于合伙事务的执行，其和合伙财产处分的关系则要更为紧密。所谓合伙事务是指在合伙存续期间内，所有与合伙事业相关的、涉及合伙利益的事务。除了涉及入伙、退伙、延期、变更和解除等与合伙合同存续直接相关的事务，以及为了实现合伙目的而进行的经营之外，处分（单个）合伙财产（份额）涉及合伙关系的基础，毋庸置疑应当属于合伙事务的范围。^{〔63〕}当然，无论是否将上述有关合伙事务执行以及“财产份额”转让的规定适用于（单个）合伙财产（份额）的转让，在确认（单个）合伙财产属全体合伙人共同共有的前提下，物权法和债法的规定都要求所有合伙人一致同意，结论上并无二致。即使在“被限制的按份共有”的情形下，也可以理解为合伙人已经约定或者法律强制规定需要一致同意才可处分，不会面对一般按份共有物处分只须2/3份额同意的问题。但是，当合伙人对（单个）合伙财产约定份额或者认可其拥有份额的时候，其他按份共有的合伙人是否按照《民法典》第305条和第306条拥有优先购买权却是无论如何都无法回避的问题，因为“被限制的按份共有”只限制转让（单个）合伙财产（份额），并不必然需要限制优先购买权。如果认为涉及物权变更而适用物

〔61〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（四）》，人民法院出版社2020年版，第2760页。

〔62〕 朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期，第27页。

〔63〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（四）》，人民法院出版社2020年版，第2745页。

权法规定从而确认优先购买权，则会出现转让合伙份额无须考虑优先购买权（因为其并非物权），而转让范围更窄的（单个）合伙财产（份额）却受到优先购买权限制的矛盾，无论是从立法目的还是体系的角度都难以解释。而如果认为关于合伙合同的规范是特殊规定，从而排除物权法相关规定的话，又有悖于物权和债权之间的分离原则（Trennungsprinzip），两者应当各自独立，无论是否互为因果（“无因原则”或者“有因原则”），都不应是相互排除的关系。这种“各自为战”的关系也并非竞合关系，因为相冲突的条款并非请求权，而是对同一请求权基础的不同解释。此时，要想解决这个冲突，就只能在按份共有关系的物权法规定和有关合伙合同的债法规定之间作一个选择题。关于这个问题，目前在中国国内还鲜有相关的论述，似乎没有被发觉，然而其实际意义却不可忽视。

要想解决上述矛盾和冲突，不妨先来看一下德国法下的情形。有意思的是，和我国的民法体系不同，《德国民法典》并没有在物权编中对按份共有和共同共有进行区分并作出相应规定，其只在第 1008 条至第 1011 条对于“共同所有权”（Miteigentum）作了简单规定。根据《德国民法典》第 1008 条的定义，“共同所有权”就是针对实体物的一种按份共有。在接下来的仅仅 3 条规定中，其只规定了“为了单个共有人而对整个共有物进行负担”（第 1009 条）、“对共有人特殊继承者的效力”（第 1010 条）以及“单个共有人可以就整个共有物对第三人主张（除了交付）”等有限的内容。关于按份共有人之间的重要关系，尤其是处分所需的前提条件等，物权法的规定完全没有涉及。这部分内容实际上被安排在了属于债法编的《德国民法典》第 741 条至第 758 条，这一章的标题是“团体”（Gemeinschaft），根据第 741 条的定义也就是“按份共有团体”（Bruchteilsgemeinschaft），有关按份共有的管理和处分等都在这一章中进行了规定，和物权编的规定在内容上有明显的区分，没有发生交叉和重叠。而对于共同共有，《德国民法典》的物权编只字未提，只在民事合伙这一章中，也就是“团体”这一章的前一章，进行了一些规定。由于其本身并不否认份额的存在，相当于“被限制的按份共有”，因此在民事合伙缺乏相关规定的情况下，上述“按份共有团体”章节里的规定也可以适用于民事合伙。⁽⁶⁴⁾两者的主要区别只在于民事合伙有一个共同的合伙目的，而“按份共有团体”中的共有人可以有各自不同的目的。⁽⁶⁵⁾从《德国民法典》关于共有和民事合伙的架构中可以发现，其物权法和债法下的规定互不干扰，而且立法者并不认为需要在物权法层面对共有关系作详细的规定，视其本质为一种团体成员间的相互关系，选择通过债法来进行调整。这背后的深层考虑在于，基于民事法律行为（例如合伙合同）的团体的形成本身虽然是一个“负担行为”，会在各成员之间产生债权的权利和义务，但其同时也会对共有物/合伙财产的归属产生物权效果，然而其本质仍然是属于债法范畴的约定，因此这种关系的改变，例如共有物/合伙财产转让对各成员间关系的影响（一致同意或者优先购买权对于维持和保护这种关系的作用），还是通过债法来规范更为恰当。即使是由于法定的原因（如继承）产生了共有关系，其各共有人之间关系的

(64) Hartwig Sprau, in: Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, § 741 Rn. 5.

(65) Hartwig Sprau, in: Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, § 741 Rn. 1.

相对性仍然是债权的主要特征，不同于物权的绝对性。物权法只须对不和债法发生关联的纯粹“处分行为”或者债权行为的物权影响进行规范即可，而这方面的需求已经基本可以通过物权法的一般规定来解答，例如共有物（份额）所有权转让的物权要件与独有所有权转让的物权要件并无区别，留给物权法规范的空间已经所剩无几。德国的立法者选择从债法的角度依据不同的团体类型进行切入，将各共有人之间关系的关键问题集中在关于各种团体的债法章节中予以解答，其最后的效果就是，在德国法下，共有关系都有一个债权基础，其要么是一个“按份共有团体”，要么是一个民事合伙，以这种方式完成债权和物权的连接，同时又避免了两者之间的干扰和冲突。

中国《民法典》下共有关系和合伙财产的体系矛盾在于，对共有物/合伙财产（份额）转让中涉及的共有人/合伙人之间的关系，既在物权法中进行了规范，又在债法中的合伙合同章节中进行了规范，而且两者的内容并没有适当协调。在《民法典》出台之前，相关的规定只在《物权法》中存在，因此还不存在相关的冲突，在共有团体的债法基础还没有得到规范时，停留在物权法层面虽然值得商榷，但在立法技术上并非完全不可取，在债法和物权法分开立法的情形下，甚至还有利于法规的形式完整和普及适用。然而当《民法典》将物权法和债法进行统一规范时，尤其是首次就民事合伙这种团体形式进行立法时，共有关系中有关团体的债法逻辑就不应当被继续忽视了，即使不认同这种债法属性，也可以继续保留原有物权法下的规定，同时在债法层面进行规避。遗憾的是，《民法典》似乎无视了这个问题。或许是由于大多数观点都认为（单个）合伙财产的共有关系必然是共同共有，从而使得有关合伙/共有财产负担分配以及按份共有份额转让的优先购买权问题没有显现。但正如之前所述，限制甚至禁止合伙人在解散前约定（单个）合伙财产份额并无依据，而且除了可以规避上述矛盾之外，并无其他必要。而如果通过限制解释的方法将（单个）合伙财产（份额）处分排除在“合伙事务执行”之外，从而避开适用《民法典》第 974 条，又实在有悖于法理。目前更为合理的解释是将合伙合同有关合伙财产的规定视为特殊规定，优先于物权法有关共有物负担分配以及按份共有优先购买权的规定，从而规避其适用。这不仅符合上述共有人之间相互关系的债权特点，也更有利于厘清合伙关系和共有关系之间的界限。最为理想的状态还应当是通过立法或司法解释对物权法下的共有关系和债法下的团体/合伙关系进行整体梳理和协调，建立起类似于德国法下层层递进、环环相扣的完备体系。

三、民事合伙的应用场景和内外利益兼顾

自《民法典》对民事合伙进行规范立法以来，实务中迄今为止并没有出现积极的回应。这种冷淡并非是由上述民事合伙主体性问题及其与共有关系之间的体系矛盾等所造成的。恰恰相反，正是由于在实践中缺少对民事合伙的发现和相应规则的适用，使得上述问题没有得到足够的重视。关于民事合伙的立法意义，除了文首所提到的确认其在各类合伙形态中的基础地位，提供适用于所有合伙形态的一般规定之外，似乎在经济生活中并没有体现多少独立存在的价值。然而实际情况是，由于受到《合伙企业法》的挤压以及对于新法规的陌生感，大量可以或者应当适用民事合

伙规范的情形没有得到辨识，湮没在司法程序之中。民事合伙有着自己独立而广阔的适用空间，需要通过更敏锐的视角来开拓其应用场景。另外，正如上述论证所揭示的，目前的各种讨论还受制于各种原则和体系的桎梏，没有贴近实际需求。虽然有些实际问题已经得到了澄清，形成了一些有利于法律适用的共识，例如目前普遍认可合伙合同是为了共同目的而订立的团体协议，并非是出于交换目的的双务合同，因此履行抗辩权和有追溯力的合同撤销权等不能适用于民事合伙⁽⁶⁶⁾，但是仍有部分实际困难有待解决。

（一）应用场景扩展

通过上述关于民事合伙财产共有关系的论证可以发现，不仅民事合伙中包含共有关系，共有关系本身也会形成或衍生出一个团体，而这个团体有可能也是一个民事合伙，可谓是“你中有我，我中有你”。是否以及在何种条件下确认这种情况，也同时关系到是否能将其扩展为民事合伙的应用场景之一。以上述多个合伙人共同出资购买房屋并将其出租获利为例，如果各合伙人不以出租获利为目标，而只是为了共同使用及管理，同时共同承担相关的费用，按照合伙合同的定义（《民法典》第967条），“共同的事业目的”并不明确排除对共有物的共同使用及管理，在相关费用也是共同承担的前提下，购买房屋之后的情形也应当认定为一个民事合伙。虽然《民法典》第300条对共有物的“管理”进行了规定，而且“管理”也包括使用⁽⁶⁷⁾，但这只涉及管理权的归属，对于共有人如何行使管理权并没有相关规定，其更依赖共有人之间的约定，民事合伙制度的引入（特别是关于合伙事务执行的规定）可以为其填补空白，提供依据。需要注意和辨识的是，该情形下合伙的目的应当是共同使用，而不是各自使用。前一种情形下每一个合伙人都应当拥有使用所有房间和设施的权利，而且互相之间通过安排不存在冲突，类似于家庭成员之间的关系。而后一种情形下各合伙人只能使用各自分配到的房间，此时虽然可能还有共用区域和设施，但各人已经是为了各自不同的目的在使用，不存在共同的目的，类似于合租的情形。只有前一种情形才具有共同的目的，能够被认定为民事合伙，而后者只是按份共有的关系。如果在这个例子上继续“缩减”，当所谓的共同目的只是“共同拥有”时，共有关系中就无法再派生出具有独立价值的民事合伙了，因为其只停留在物权层面，没有需要合伙合同来规范的超越物权的共同目的。不过，如果出现了共同管理的需要，例如修缮和维护，虽然《民法典》第301条对共有物的重大修缮、性质或者用途变更规定了前提条件，但对于如何（对外）执行仍然缺乏相关规定，此时（类推）适用民事合伙的规范不失为一个较为理想的选择。在《民法典》缺乏类似德国法下各类（共有）团体互相衔接的制度安排的背景下，按照上述规则在一定条件下从共有关系中提炼和衍生民事

(66) 李建伟、岳万兵：《民法典合伙合同规范的体系功能及其解释》，载《西北工业大学学报（社会科学版）》2020年第4期，第102-103页；朱虎：《〈民法典〉合伙合同规范的体系基点》，载《法学》2020年第8期，第33-35页；王利明：《论民法典对合伙协议与合伙组织体的规范》，载《甘肃社会科学》2019年第3期，第29-30页。

(67) 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（上），人民法院出版社2020年版，第495页。

合伙关系不仅可以扩展民事合伙的应用场景，还可以为共有物管理等提供系统和可行的法律依据。

除了上述物权法下的共有关系之外，在日常生活中还有很多人与人之间的紧密关系能够进入民事合伙的范畴。上述关于“共同使用”的要求往往就是以生活中的紧密关系为基础，所以很多情形下不必通过共有关系的延伸，只须将丰富的生活场景归纳在“共同的事业目的”之下也能更充分地发挥民事合伙的作用。目前的讨论中往往以短期的甚至有一定盈利目的的共同目标作为“共同的事业目的”的主要范例，比如上述共同购买房屋并出租获利的例子。其他类型的共同目标，尤其是长期的，不涉及物质利益的目标，虽然并没有被法律排除，但在实践中并没有得到普遍的认可。其中一个值得考虑的例子是非婚同居。在我国，目前现行有效的关于非婚同居的法律规定乏善可陈。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（法释〔2020〕22号）第3条第2款规定：“当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”除此之外，该司法解释第22条只规定了“被确认无效或者被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，除有证据证明为当事人一方所有的以外，按共同共有处理”。对于事实婚姻以外的同居关系，只能适用《民法典》的一般规则，最后仍然需要依靠共有关系规则。在德国法下，非婚同居关系（*nichteheliche Lebensgemeinschaft*）可以被（类推）认定为民事合伙，但门槛较高。普通的“共同生活”的目标尚不足够，同居双方必须有超越实现共同生活目标的（默认）约定，例如通过共同账户或者对方账户使用权所体现的建立共同财产或者获取共同收益的意图。^{〔68〕}在我国共有关系所对应的团体类型缺乏规范的背景下，不妨考虑扩大对“共同的事业目的”的解释，明确纳入共同生活这样的长期非物质利益目标，使得民事合伙的（部分）规则（如事务执行和解散）可以在非婚同居等生活关系中得到（类推）适用。即使沿用德国法下的严格标准，也可以为大量的此类纠纷提供解决途径。

除了日常生活以外，在各类经济领域中，民事合伙同样具有独特的生命力。除了上文提到的小微业务外，大型的经济活动中也可以发现民事合伙的影子。当企业之间进行合作之时，合作双方或者多方经常会签订“战略/项目合作协议”，但并不会为此成立合资企业。此时的合作关系往往具有民事合伙的特征，其“共同的事业目的”就是一个战略目标或者具体项目的实现，各方都会投入自己的资源并且共享或者分享收益。对于这一类合作协议纠纷，目前还基本依赖协议本身的约定，当约定不清或有漏洞时，一般只是通过合同解释或者民法的一般规则来解决，缺乏系统的方法和路径。民事合伙的规范可以很好地对此进行补充，尤其是关于对外事务的执行、各类责任和费用的分担等问题。这类合作所形成的团体也被称为联合体，在德国法下，联合体（*Konsortium*）是普遍认可的民事合伙。^{〔69〕}在我国，联合体的概念只在《招标投标法》等少数法律法规中出现。《招标投标法》第31条第1、3款只对联合体进行了少量规定：“两个以上法人或者

〔68〕 BGH NJW 2008, 3277 (3289); Hartwig Sprau, in: Otto Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, § 705 Rn. 46.

〔69〕 BGH LM Nr. 14; BGHZ 125, 74 (78).

其他组织可以组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标”；“联合体各方应当签订共同投标协议，明确约定各方拟承担的工作和责任，并将共同投标协议连同投标文件一并提交招标人。联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。”这些少量规定已经体现了民事合伙的特征，尤其是肯定了其（部分）权利能力（以一个投标人的身份共同投标），至于其他没有规定的部分，民事合伙规范可以提供理想的路径。另一种特殊的联合体是银团，主要出现在银团贷款中，目前只有银监会发布的《银团贷款业务指引》（银监发〔2011〕85号）对此进行了一些规范。按照其第3条的定义，“银团贷款是指由两家或两家以上银行基于相同贷款条件，依据同一借款合同，按约定时间和比例，通过代理行向借款人提供的本外币贷款或授信业务”。这种银团组织也具有民事合伙的基础，尤其是代理行“提供贷款，并接受银团委托按银团贷款合同约定进行银团贷款事务管理和协调活动”（第11条）的职责非常类似于执行合伙人的角色。作为一部监管法规，《银团贷款业务指引》对银团成员的分工职责以及内部和外部的贷款管理上有较为详细的规定，但是没有明确银团的民事属性，包括权利能力、责任承担和财产归属等问题，例如代理行收取的还款和费用是否属于有别于银团各成员财产的合伙财产？虽然无论是监管法规还是行业惯例都不要求银团贷款的转让需要各银团成员的同意，不同于合伙份额转让的一般要求，但是《民法典》第974条明确允许合伙合同可以另有约定，因此并不妨碍通过（类推）适用民事合伙的规则来解答上述有关银团（贷款）基本属性的问题。

（二）内外利益的兼顾

民事合伙为了实现“共同的事业目的”，一方面对合伙人的对内关系予以强化，另一方面对外部关系进行一系列的限制。例如上文所述的合伙财产的归属，合伙财产虽然为各合伙人共有，但单个合伙人无法处分自己的份额。从另一个层面，单个合伙人的债权人也难以从该合伙人在合伙财产的份额中获得清偿，只能追索该合伙人在合伙财产以外的个人财产。^{〔70〕}《民法典》第975条将此原则继续细化，规定“合伙人的债权人不得代位行使合伙人依照本章规定和合伙合同享有的权利，但是合伙人享有的利益分配请求权除外”。倘若合伙财产为物权，作为第三人的单个合伙人的债权人尚有可能通过善意取得实现自己的利益，而如果合伙财产为债权，即全体合伙人的“共同债权”^{〔71〕}，上述规定就堵塞了债权人通过代位求偿获得清偿的道路。同样的结果也适用于抵销。《合伙企业法》第41条规定：“合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。”《民法典》中虽然没有明文规定，但普遍认为民事合伙也同样不允许共同债权的债务人以其对单个合伙人的债权抵销该共同债权，相关的抵销无效，而且作为债务人的单个合伙人也不得以其个人债务抵销共同债权。^{〔72〕}但是当共同债权的债务人没有通过代位求偿或者抵销来获得清偿，而是在善意的情况下直接向单个

〔70〕 张永健：《资产分割理论下的法人与非法人组织——〈民法总则〉欠缺的视角》，载《中外法学》2018年第1期，第68页。

〔71〕 李中原：《多数人之债的类型建构》，载《法学研究》2019年第2期，第45页。

〔72〕 邱聪智：《新订债法各论》（下册），中国人民大学出版社2006年版，第28页。

合伙人履行该共同债权时，上述的无效结论可能就会过于简单粗暴，伤害债务人的利益。因为如果代位求偿或者抵销无效，无须债务人的任何努力就可以恢复原状，而且没有任何损失，而如果履行无效，债务人就需要向单个合伙人主张返回，从而面对各种实际困难，对于善意的债务人来说不甚合理。因此，《德国民法典》在禁止上述抵销的同时（第 719 条第 1 款），还在第 720 条规定，债务人在向单个合伙人履行时，只有在知晓该债权归属于合伙财产的情况下才必须受制于该归属关系，否则就像债权转让一样，仍然可以有效地向（作为/疑似原债权人的）单个合伙人履行。这个规定合理地平衡了合伙人和债务人之间的关系，具有实际的借鉴意义。

除了上述对第三人利益的照顾之外，合伙人在民事合伙内部的利益保护也有改进的空间。尤其是关于民事合伙的退伙、解散和清算，《民法典》的规定寥寥无几。退伙是合伙合同终止的情形之一，此时虽然有合伙人主动退出，但合伙继续存续。解散是合伙合同终止后合伙不再存续的情形。清算则是解散后的费用承担和收益分配以及相关程序。《民法典》对于退伙只字未提。关于解散，《民法典》第 977 条只规定了，“合伙人死亡、丧失民事行为能力或者终止的，合伙合同终止；但是，合伙合同另有约定或者根据合伙事务的性质不宜终止的除外”。而对于之后的清算，《民法典》第 978 条只是规定了在清偿费用和债务之后的剩余适用《民法典》第 972 条关于民事合伙利润分配的规定，没有任何相关程序安排。与之相比，《合伙企业法》对于合伙企业退伙、解散和清算的规定要详细得多，其不仅列明了可以退伙（第 45 条）和当然退伙（第 48 条）的情形，还规定了可以将合伙人除名的情形（第 49 条），甚至对于合伙份额的继承也有细致的规定（第 50 条）。关于解散，《合伙企业法》规定了应当解散的情形（第 85 条）以及清算的程序及后果（第 86—92 条），尤其是清算人的确定和职责（第 86—87 条）以及注销后原（普通）合伙人对合伙企业存续期间债务的承担（第 91 条）具有重要的实际意义。民事合伙同样存在规范上述情形的需要，《民法典》合同编通则关于合同解除的规定不能有效地适用于退伙、解散和清算这三种不同的情形。或许是由于前文提到的民事合伙与合伙企业之间在立法时间上的尴尬关系，使得被定位于特殊规定的《合伙企业法》的相关内容未被移植到作为一般规定的民事合伙之中，然而如前所述，这种顾虑应当摒弃，特殊规定的立法在先不应当影响挑选其部分规则作为一般规定，只须进行适当的取舍和调整即可。针对民事合伙的特点，由于其定义强调“共同的事业目的”，可以考虑将共同目的无法实现也列为民事合伙法定解散的情形之一，类似于《德国民法典》第 726 条的规定。《民法典》第 563 条因为合同目的不能实现而给予当事人的合同解除权以双务合同为基础，不适合非交换性的合伙合同，而且其以不可抗力或违约为先决条件，不能涵盖民事合伙下共同目的不能实现的所有情形。情势变更的原则也并非总能适用，因为共同目的是合伙合同的构成要件，不只是其基础，而且共同目的不能实现往往也不是因为任何基础有所变化或者丧失，可能只是合伙人个人能力不及而已。《德国民法典》第 723 条还给予不定期民事合伙的合伙人随时终止合同的权利，是否对此也进行借鉴还需要更全面的考量。

四、结语

《民法典》给予了民事合伙一个独立和具体的法律地位，丰富了其内容，为实际适用创造了更佳的条件。然而，由于缺乏相应的共识、历史沿革和交易习惯作为参照，即使在理论上提炼和确立了少量的固有特征和原则作为其体系基础，但在实现路径上仍然高度依赖立法者的路径选择，难以有效地留给学术争论或司法实践来探寻最优的解决之道。同时，由于《合伙企业法》立法在先，一定程度上禁锢了民事合伙的立法理念和技巧，使得借鉴和沿用《合伙企业法》变成众矢之的，民事合伙只能被迫独立去完成其作为所有合伙形态一般规定的任务，最终陷入了旷日持久的争论，进一步加深了立法者的顾虑，也影响了立法的决心和力度。另外，作为一个完全“凭空创造”但又被赋予宏大目标的法律体系，对于民事合伙在实践中的具体应有场景，难免出现一些出人意料的发展，以及与民法其他体系的匹配问题。德国民法关于民事合伙发展的经验表明，鉴于其本身的“先天不足”，除了修法以外，应当积极且持续地在适用过程中对其进行调整，不囿于传统理论和观点的条条框框，开拓出适合其发挥作用的环境。

为了实现这个目标，首先应当顺应实践中对民事合伙的需求，并以此来理解经典判例对于相关问题的解答。在我国，民事合伙很有可能像在德国的发展一样，作为一种具有独立价值的合伙形态参与社会经济生活，而不只是各类合伙理论上的基本形态。例如，大量表面作为个体工商户进行登记，然而实则为民合伙的小微业务，以及没有登记的合伙企业，都是主动地对外参与各项经济活动，与合伙企业无异。至少对于这一类民事合伙，在权利能力和当事人能力这样关于民事合伙主体性的问题上，应当采取与合伙企业一致的规范予以肯定，以保护各方当事人的合理期望和诉求，而不是纠结于难以被他人了解的民事合伙是否具有组织性的问题。在（单个）合伙财产的归属问题上，除了应当明确单个合伙人不得处分（单个）合伙财产（份额）之外，没有必然的逻辑认定（单个）合伙财产应当为合伙人共同共有还是按份共有，两种共有方式都可以适应民事合伙的要求，只能通过立法或者司法解释来予以明确。同样遗憾的是，民事合伙的立法没有有效地与共有关系进行衔接，使得对（单个）合伙财产（份额）的处分可能受到民事合伙和共有关系两种体系的同时规范，而且如果选择“被限制的按份共有”作为民事合伙下的共有关系，则还会面对其他合伙人是否拥有优先购买权的矛盾。这种矛盾的核心源于共有关系包含有自己独特的团体关系，而这种债权性质的团体关系应当如《德国民法典》一样由债法进行规范为宜，《民法典》沿用《物权法》的规定将其纳入物权编就必然会造成和其他团体关系（如民事合伙）的冲突。目前更为合理的解决方法是将民事合伙的规范解释为特殊规定，从而规避共有关系相关规定的适用。另外，民事合伙制度的应用场景可以进一步扩展，弥补《物权法》关于共有物管理和使用方面的未尽之处。日常生活中的紧密关系如非婚同居等也可以类推适用民事合伙的规定，从而获得更全面的解决途径。大型经济活动中的招投标联合体以及银团贷款等也是民事合伙的应用场景之一，能够从中找到其在民法体系中的定位和基础规范。最后，民事合伙制度还应当更多地考虑善意第

三人的利益，其作为债务人对单个合伙人的履行可以考虑为有效。各合伙人在退伙、结算、清算时的利益也需要独立的规定或者类推适用《合伙企业法》的规定来保护，《民法典》合同编通则并不能适应其非交换性合同的特点。

System Correction of Civil Partnership and Improvement of Application

XIE Limin

Abstract: The subjectivity problem of civil partnership, i.e. the capabilities of power and party, shall not be answered by the organizational nature. All civil partnership actively participating in economic and social events shall be deemed to be legal subjects. Civil partnership is not only the basis form of all partnership, but also has its independent value. Though (single) partnership asset is owned by all partners, it does not have to be owned in common or owned in parts. Provided that a single partner is not allowed to dispose (of the part) of the partnership assets, the two forms of the co-ownership both fit into the features of civil partnership. The legislation of civil partnership is lack of systematic link to the mechanism of co-ownership. The interactive relationship contained in the co-ownership is of obligation right nature, but is regulated under the real right which leads to the situation that issues like the disposal (of the part) of the (single) partnership assets would be subject to the mechanisms of both civil partnership and co-ownership as well as the conflict with the preemptive right. The application scenarios of civil partnership should be extended to more areas of daily life and economic activities. The interests of persons in good faith to the civil partnership shall be more protected. The Law on Partnership Enterprises shall apply mutatis mutandis to the exit of partners and the termination and liquidation of civil partnership.

Keywords: Civil Partnership; Subjectivity; Partnership Assets; Co-ownership

(责任编辑: 傅广宇 汪友年)