

## 合伙合同的四个维度

周江洪\*

**内容提要：**作为《民法典》新增的典型合同，合伙合同具有异质性。作为法律行为，共同行为的特性决定了意思表示瑕疵导致的法律行为撤销、无效，在合伙合同领域具有特殊性。作为合同，合伙合同并不具有典型双务合同交换性的特点，合伙人之给付乃是统合给付，排除同时履行抗辩权、不安抗辩权、风险负担规则以及债务不履行解除制度的适用。作为典型合同，合伙合同规范在共同事业目的型合同及当事人三人以上的合同类型中的典型合同功能有待挖掘。作为组织型契约，合伙合同明显有别于交易型契约，当事人之间的相互协作、相互信任引发的、关涉组织的持续性、独立以及自律性的合同权利义务体系有待进一步完善。合伙合同的上述特质，亦凸显《民法典》合伙合同规范在法律行为相关规则适用、双务合同相关规则适用的排除方面，在入伙、除名、退伙等组织性规则建构方面仍然存在不足。

**关键词：**合伙合同 法律行为 双务合同 典型合同 组织型契约

依《民法典》第 967 条规定，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。关于合伙，《民法通则》曾从民事主体的角度对个人合伙和合伙型联营作出了规定。1997 年《合伙企业法》对合伙企业作了专门规定。2017 年制定《民法总则》时，删去了《民法通则》关于个人合伙和联营的规定，仅将要求依法律规定登记的合伙企业作为非法人组织予以确认（《民法典》第 102 条、第 103 条）。由于其要求依法律规定登记，也就意味着《合伙企业法》以外的合伙类型，特别是从协议角度、而不是从组织角度予以调整的合伙规范阙如。这是《民法典》将合伙合同作为典型合同予以规定的重要原因之一。从合伙立法变迁来看，无论是《民法通则》还是《合伙企业法》，其立足点都在于合伙的“组织性”，而非其“协议性”；而《民法典》合伙合同章则更多地立足于合伙人内部之间的关系，意味着其更多地带有“协议

\* 周江洪，浙江大学光华法学院教授。

本文系中宣部文化名家暨“四个一批”人才工程项目成果。

性”。但是,即使偏重于合伙的“协议性”,也无法忽视合伙合同所具有的“组织性”特点,这是合伙合同区别于其他合同类型的重要特质之一。当然,所谓“合伙”,既有组织意义上的“合伙”,也有合伙合同意义上的“合伙”,《民法典》合伙合同章的“合伙”,指的是合伙合同意义上的“合伙”。总之,《民法典》规定的19类典型合同中,合伙合同具有其鲜明的个性,存在着完全不同于其他典型合同的异质性,具有明显的组织性与契约性相融合的特点。但与此同时,既然作为合同之一,合伙合同仍然是需要意思表示的法律行为,仍然是合同类型之一,同时更是《民法典》规定的典型合同之一,需要从各自的侧面来进一步观察合伙合同的特点。虽然在《民法典》编纂过程中有不少意见建议就合伙合同是否适用《民法典》总则编法律行为相关规则、是否适用《民法典》合同编通则相关规则作出规定,<sup>〔1〕</sup>但《民法典》合伙合同章并未很好地回应此等问题,而只能留待学说和实务的进一步发展。以下就从合伙合同的四个维度对合伙合同性质及其法律适用作进一步的剖析。

## 一、作为法律行为的合伙合同

合伙合同,首先是法律行为,需以意思表示为之。与通常的法律行为一样,合伙合同基于双方或者多方的意思表示一致而成立(《民法典》第134条)。合伙人仅为两人时,为双方意思表示一致;合伙人为两人以上时,则为多方的意思表示一致。对于法律行为,行为人非依法法律规定或者未经对方同意,不得擅自变更或者解除民事法律行为(《民法典》第136条第2款),当事人协商一致,可以变更合同(《民法典》第543条)。也就是说,若依当事人意思变更合同等法律行为,除非法律特别规定,通常需要全体当事人之间意思表示一致。在合伙合同中,合伙合同的成立虽然需各方意思表示一致,但合伙合同的变更,属于合伙事务之一,“合伙人就合伙事务作出决定的,除合伙合同另有约定外,应当经全体合伙人一致同意”(《民法典》第970条)。可见,就合伙合同具体条款的变更,合伙合同另有约定的,存在着采取多数决方式予以决定的可能,而并不一定需要全体合伙人意思表示一致。若是依照约定以多数决方式对合伙合同作出变更,则可归入《民法典》第134条第2款意义上的“决议”,适用决议相关的规则。<sup>〔2〕</sup>此处仅就合伙合同订立时的法律行为构造做分析。

民事法律行为能力方面的欠缺与合伙人资格问题,是法律行为方面面临的首要问题。在合伙人资格上,同样受限于法律行为能力的要求。若是以无民事行为能力人为合伙人,依《民法典》第144条,此等合伙合同无效。若是以限制民事行为能力人为合伙人,则依《民法典》第145条处理。但是,对于法定代理人对限制民事行为能力人订立的合伙合同的同意或者追认,如果涉及类似于成立合伙企业这种概括性、持续性经营的合伙合同,由于涉及行为能力不足者的全部财

〔1〕 参见周江洪:《关于〈民法典合同编〉(草案)(二次审议稿)的若干修改建议》,载《法治研究》2019年第2期。

〔2〕 当然,决议与意思表示合致的法律行为尚有不同。例如,关于公司决议,有观点认为,行为法规则无法回应公司决议的团体性,也与组织法的原则和价值相矛盾。法律行为制度以契约为原型,其规范重心在意思与表示的一致及双方意思表示的一致。公司决议制度则调整公司意思的形成,亦即部分成员或机关成员的意思如何成为公司的意思从而约束全部。公司决议本质是“公意”,而非“合意”。参见周淳:《组织法视阈中的公司决议及其法律适用》,载《中国法学》2019年第6期。

产，后果要严重于《民法典》第35条第1款规定的“处分被监护人的财产”。此时，基于最有利于被监护人的原则，应认为法定代理人超越代理权限，或者认为不能予以有效的同意或追认。<sup>〔3〕</sup>《合伙企业法》第14条规定合伙企业中的合伙人需要有完全民事行为能力，也是有此种考虑。当然，参加合伙企业与从事一般的民事活动毕竟有很大的不同。订立合伙协议、设立合伙企业不仅是一项重要的投资活动，需要各合伙人之间合伙经营、共担风险，还要求各合伙人必须为合伙企业的债务承担无限连带责任，所以这种投资决策以及随之而来的经营活动既关系到投资人个人全部财产的安危，也影响到其他合伙人的利益。既然如此，对于订立合伙协议、设立合伙企业以及参与合伙企业的经营等重大事务，就远非无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的智力与经验所及。可见，原《合伙企业法》第9条（现《合伙企业法》第14条）突破了《民法通则》和《合同法》关于限制民事行为能力人经其法定代理人同意或追认后可以从事民事活动的规定，要求合伙人应当是完全民事行为能力人，显然是有相应的立法政策基础的。<sup>〔4〕</sup>尽管在《合伙企业法》上有完全民事行为能力之要求，但就《民法典》合伙合同而言，因合伙事业目的的多样性，限制行为能力人是否得以成为合伙人，仍然需要根据《民法典》第145条规定，依所从事的共同事业的情况、合伙人责任风险、合伙期限等予以具体判断，判断其是否得以从事与其年龄、智力状况相适应的法律行为。

法律行为的核心要素在于意思表示，故意思表示瑕疵相关的法律行为效力规则是否得以适用于合伙合同领域是不可回避的问题之一。对此，有观点认为应当区分合伙是否开始其事业并与第三人发生交易关系来判断订立合伙合同的意思表示瑕疵效力问题。若在合伙开始其事业并与第三人发生交易关系之前，关于无能力及意思表示的总则编规定适用于合伙。其中，如果是三人以上合伙人缔结合伙契约之情形，其中一人的意思表示因瑕疵而无效或被撤销时，此时并不是仅仅该人脱离合伙关系，除非可以认定由剩下的人成立合伙这一意思，原则上应理解为合伙契约全部失去其效力。如果是在合伙开始其事业并与第三人发生交易关系之后，则着眼于交易关系及从信赖合伙这一外形的第三人来说，应类推商法关于设立无效之诉或者设立撤销之诉使得公司的存续面向将来解散的精神，意思表示瑕疵之人可以以此为由退伙，此时虽然可以依民法一般原理请求返还，但在与第三人的关系上与通常的退伙合伙人负同样责任；当然，因无行为能力而退伙的，则不负此等责任。<sup>〔5〕</sup>我国学理上亦有借鉴该观点主张区分交易前后予以判断者，认为当三人以上订立合伙合同时，其中一人的意思表示具有效力瑕疵而无效、被撤销或者确定不发生效力，基于合伙合同的特殊信任关系，可以考虑认为合伙合同全部丧失效力，而在其他合伙人之间也不能发生效力，除非可以认为其他合伙人有成立合伙的意思。即使合同效力仍然在其他合伙人之间发生，但其他合伙人可以因该重大事由而解除合伙合同。<sup>〔6〕</sup>但是，笔者认为，就合伙人一人之意思表示瑕疵是否影响合伙的存续，原则上应当是合伙人意思表示及合伙合同的解释问题；而且，

〔3〕 参见王轶等：《中国民法典释评 合同编 典型合同》（下卷），中国人民大学出版社2020年版，第596页。

〔4〕 参见戴孟勇：《未成年人及限制民事行为能力人的合伙行为能力问题》，载《人民司法》2004年第8期。

〔5〕 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义 V3：债权各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社2008年版，第230-232页。

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

社团法人等之所以需考虑存续与否的问题，主要原因在于与第三人进行交易的效果归属于社团法人本身，而对于合伙来说，与第三人交易的效果归属于全体合伙人，是合伙人之间的“合有”〔7〕性的归属，其实质上就是归属于各个合伙人，并不以团体之存在为必要。因此，合伙人一人之意思表示瑕疵是否影响合伙合同的存续，应当由剩余合伙人之意思的解释而定。〔8〕对于此等学理争议，2017年修改后新增的《日本民法典》第667之3条规定：“合伙人之一人存在意思表示无效或撤销之原因时，于其他合伙人之间，亦不得合伙合同之效力。”据此，受有意思表示瑕疵之合伙人，无论是否与第三人开始交易前后，均得以主张无效、撤销等，只是此等无效、撤销并不妨碍其他合伙人之间的合伙合同效力。〔9〕我国《民法典》对此并未作出规定，但因合伙人之一存在意思表示瑕疵事由而撤销或无效之情形，其实质上是合伙人之一的退伙，可以参照退伙予以处理，原则上并不妨碍其他合伙人之间合伙合同的效力。对此，《合伙企业法》就行为能力欠缺问题作出规定，合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙（《合伙企业法》第48条第2款）。该规定实际上考虑了民事行为能力欠缺者的保护与合伙企业作为组织体存续之间的利益平衡。不仅如此，《民法典》合伙合同章也仅将合伙人丧失民事行为能力等作为合伙合同终止的事由，而并未对其他效力瑕疵作出考量，属于立法“留白”的领域，据此也可以认为《民法典》合伙合同章亦得以考量合伙合同的组织型契约特点，以合伙合同关系的存续作为其原则。当然，在因某一合伙人的意思表示瑕疵而撤销、无效，并进而参照退伙处理时，若因此导致出现合伙协议约定的合伙目的无法实现等事由，其他合伙人亦可解散合伙（参见《合伙企业法》第85条）。

## 二、作为合同的合伙合同

依《民法典》第463条“本编调整因合同产生的民事关系”的规定，《民法典》合同编通则作为合同法总则性规定，理论上应同样适用于合伙合同。但有观点认为，契约法总则的规定乃是关于当事人交换给付场合的规定，而如同合伙这样为了全体当事人共同目的而统合给付的情形，不适用契约法总则才是合理的。〔10〕其中最为重要的就是双务合同相关规则的不适用，尤其是同时履行抗辩权、风险负担、合同解除方面的规定应不予适用。事实上，因为合伙人不履行合伙契约上的债务时，并不应依解除来处理，将其作为除名、退伙、解散等团体组成变动的事由来处理才是合适的。〔11〕我国学理上亦有认为，原则上不适用一般规则，只有在基于合伙合同中不同给付义务之间的关系，产生了与典型双务合同类似的利益基础时，才可以适用一般规则；因此，就

〔7〕关于“合有”，有学说认为，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。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。

〔8〕岡本裕樹「典型契約としての組合契約の意義」法政論集254号（2014年）723頁参照。

〔9〕河上正二「債権法講義〔各論〕第2部第10章組合（2）」法学セミナー786号（2020年）84頁参照。

〔10〕参见前引〔5〕，我妻荣书，第226页。

〔11〕参见前引〔5〕，我妻荣书，第230页。



出资义务的履行抗辩权，应区分是否为两人合伙或两人以上合伙、区分是否已有合伙人出资作区别对待。同时认为，合伙人之间的出资义务不存在交换关系，因此，即使只有两个合伙人，也应当认为这不属于《民法典》第568条第1款中“当事人互负债务”的抵销要件。<sup>〔12〕</sup>另有观点则主张，有必要通过司法解释对合伙合同中的出资义务抗辩权进行明确规定，主要是规定在合伙人人数较少并且没有对外从事经营活动的情况下，其他合伙人有抗辩权，在其他情况下不得行使出资义务的抗辩权。<sup>〔13〕</sup>亦有不少观点主张双务合同中的抗辩权在合伙中不能行使，认为民事合伙虽然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。<sup>〔14〕</sup>还有观点认为合伙合同本质上是一种共同行为，而非双务合同，某一合伙人履行其出资义务不是为了换取另一方的对待给付，也不是为了使另一方履行出资义务，而是为了共同的目的从事合伙经营活动，因此，在一方不履行其出资义务时，其他合伙人不能主张双务合同的同时履行抗辩权。<sup>〔15〕</sup>与此不同，我国学界长期以来主张合伙合同为双务合同。例如，有观点认为，合伙人有经过协商确定的对等义务，因而它又是双务合同。但同时特别指出，合伙人的义务不仅像一般双务合同那样，有对价的特点，而且内容也是相同的，如都负有出资的义务。这是其他双务合同不具有的特点。<sup>〔16〕</sup>《民法典》颁布后新修订的相关教材也认为，合伙合同当事人享有权利，以履行相应的义务为代价，各合伙人的出资义务互为对价，合伙合同为诺成性合同、双务合同、有偿合同、不要式合同。<sup>〔17〕</sup>

合伙合同是否为双务合同，关键在于双务合同的界定问题。对此，通常认为，双务合同指的是双方当事人互负具有对价意义的债务的合同，或者说双方互负具有给付与对待给付关系之义务的合同。双务合同的特色在于双方债务间的牵连关系或牵连性。<sup>〔18〕</sup>对于合伙合同中合伙人义务之间的牵连性，各学说多不否认，但持非双务合同说的多认为合伙人义务相互之间并不具有互为交换交付的交换性，因此合伙合同并非双务合同。<sup>〔19〕</sup>有观点认为，在典型的双务合同中，首先当然要求当事人的给付义务之间存在对价关系（牵连性），在合伙合同中也同样存在这种特征，例如合伙人出资的给付义务与其他合伙人出资的给付义务之间是相互依赖的。但是，在典型的双务合同中，当事人之间的给付义务还具有交换性，是为了各自的利益而交换给付，例如在买卖合同中，买方支付价款是为了获得卖方的交付并转移所有权。在合伙合同中，合伙人是“为了共同的事业目的”，是为了全体合伙人的利益而统合给付为目的，不限于一次性的或者具体化的交换，而是针对一个动态程序中的共同目的。<sup>〔20〕</sup>或者认为，合伙人履行出资义务不是为换取其他合伙人的对价，而是由各

〔12〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第601—603页；前引〔6〕，朱虎文。

〔13〕 参见张其鉴：《股东出资义务的请求权主体研究——兼评〈民法典〉合伙合同、利他合同条款》，载《法商研究》2022年第1期。

〔14〕 参见李永军：《合同法》（第6版），中国人民大学出版社2021年版，第417页；前引〔7〕，李永军文。

〔15〕 参见王利明：《合同法》（下册），中国人民大学出版社2021年版，第438页；谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注：合同编 典型合同与准合同4》，中国法制出版社2020年版，第480—481页。

〔16〕 参见王家福、谢怀栻等：《合同法》，中国社会科学出版社1986年版，第390页。

〔17〕 参见魏振瀛：《民法》（第八版），北京大学出版社、高等教育出版社2021年版，第574页。

〔18〕 参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第76页。

〔19〕 参见前引〔5〕，我妻荣书，第226页。

〔20〕 参见前引〔6〕，朱虎文。

合伙人履行出资义务后形成共同的合伙财产,为实现共同事业目的奠定物质基础。合伙人实际上是通过合作的方式指向共同的目的,而非站在对立的角度进行等价交换。<sup>[21]</sup> 据此,合伙合同并非双务合同。<sup>[22]</sup> 但是,亦有学说认为,决定是否为双务合同的,并非存在交换关系债务的相互负担,而是当事人之间“因对方负担债务则自己也负担债务”的债务之间的相互牵连性,并不能以给付的非交换性否定其双务合同性质。而且,各典型合同是否适用合同编通则的规定,应根据合同编通则的具体规定逐一判断。不仅仅是合伙合同,就其他典型合同而言,合同编通则的规定也并非都得以适用,仍然需要根据各典型合同的性质和合同编通则的具体规定具体判断。<sup>[23]</sup> 另外,也有一些合同法教科书只强调双务合同中的“互为原因”性。即一方承诺作出主给付恰恰是为了、也仅仅是为了得到另一方作出对待给付的承诺,是“我给你是为了你给我”的意义上相互关联。<sup>[24]</sup>

虽然对双务合同的理解与界定不同会导致合伙合同是否为双务合同的结论不同,但即使认为合伙合同是双务合同,也通常会认为其不同于一般的双务合同。合同编通则有关双务合同的规定对合伙合同并不予以适用。例如,在合伙合同不适用债务不履行合同解除和风险负担规则问题上,并无多大争议;而对于合伙人出资的同时履行抗辩权问题,则不管是持双务合同说还是非双务合同说,其争论也只是个别情形的同时履行请求权的肯定与否问题。<sup>[25]</sup> 对此,2017年修订后新增的《日本民法典》第667条之2条明确规定:“(1)第533条及第536条之规定,不适用于合伙合同。(2)合伙人,不得以其他合伙人不履行基于合伙合同之债务为理由,解除合伙合同。”据此,在日本民法上,合伙合同不仅不适用债务不履行的解除,也不适用《日本民法典》第533条规定的同时履行抗辩权和第536条规定的风险负担规则。从这层意义上来说,至少在日本民法上,合伙合同越来越远离有偿双务合同的观念。当然,就出资瑕疵而言,若用于出资的标的物存在瑕疵,补救措施请求权及损害赔偿请求权等确保出资履行的合同编通则制度,在合伙合同中亦可适用。<sup>[26]</sup>

《民法典》对合伙合同是否适用双务合同的相关规则并未作出规定,反倒是在《民法典》976条规定了不定期合伙合同的任意解除制度。但是,该“解除”并非《民法典》第563条意义上的“解除”,而是合同的终止。虽然关于任意解除权的行使、解除方式、时间等,适用《民法典》第565条关于解除权的一般规定,但该解除乃是面向将来发生效力,其具体效力依《民法典》第566条第1款予以确定。<sup>[27]</sup>

关于合伙合同的解除,除了不定期合伙合同的任意解除,亦有观点主张得以适用债务不履行情形的法定解除。例如,有观点主张,合伙人迟延履行出资义务,经催告后在合理期限内仍未履

[21] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《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2736页。

[22] 当然,亦有观点认为,合伙合同为非交换性的双务有偿合同,认为其仍然是双务有偿合同,原因在于,合伙合同的债务合同属性使得合伙人互负促进义务,尤其是互负出资义务,从而在此之间形成对价关系。参见龙卫球:《中华人民共和国民法典合同编释义》(下册),中国法制出版社2020年版,第1100页;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。

[23] 参见前引[8],岡本裕樹文,第732页。

[24] 参见〔德〕海因·克茨:《德国合同法》,叶玮昱、张焕然译,中国人民大学出版社2022年版,第149页。

[25] 参见前引[8],岡本裕樹文,第732-734页。

[26] 参见前引[9],河上正二文,第84页;前引[3],王轶等书,第608页。

[27] 参见前引[3],王轶等书,第648页。

行，或者迟延履行出资义务，致使不能实现合同目的，其他合伙人可依据《民法典》第563条第1款解除合同。<sup>〔28〕</sup>或者认为，合伙人未出资或未适当出资，符合约定或法定解除条件的，其他合伙人可解除合伙合同；合伙合同解除的，合伙合同的权利义务终止，并依《民法典》第978条规定的合伙合同终止的清算程序处理。<sup>〔29〕</sup>但笔者认为，从合伙合同的特点来看，关于债务不履行的合同法定解除规则并不应予以适用。例如，若数十个合伙人之间订立的合伙合同，因合伙人之一未履行出资义务，且符合《民法典》第563条第1款法定解除之要件，其他合伙人之一以此为由要求解除合同，而另外的其他合伙人则希望维持合伙合同关系。若得以适用法定解除，意味着合伙合同的终止和合伙的解散。此时用解除的原理并不妥当，也不符合合伙合同具有组织型契约的特点。此时，即使能够适用关于解除的规定，此等解除权的行使亦应服从于解除权不可分原理，由其他合伙人共同“解除”。若是如此，其实质就是“除名”。因此，从这层意义上来说，此时依不同的构成要件，通过除名、退伙、解散合伙等合伙特有的方式予以救济更为妥当，更符合合伙的构造。

另外，部分观点将《合伙企业法》中规定的退伙、除名等事由亦作为合伙合同法定解除权产生的事由或法定终止事由；同时认为合伙合同另有约定或者合伙人另有约定时，可以认为该解除效果仅针对行使解除权的部分合伙人发生，合伙合同继续在其他合伙人中存续。<sup>〔30〕</sup>不少观点认为，合伙合同同样发生其他合同一样的法定解除问题。<sup>〔31〕</sup>该观点的实质在于坚持《民法典》合伙合同规范的契约型合伙本质，认为发生退伙、除名等事由，或因解除权行使而导致合伙合同终止，或者直接发生合伙合同终止；但当事人另有约定时除外。笔者认为，将《合伙企业法》规定的退伙、除名等涉及团体成员变动的组织性规则，非要借助“解除”的通道适用于合伙合同之中，不仅会造成“解除”概念含义的混乱，而且在“解除”的法律效果方面，还需要与退伙、除名等规则进行权衡，徒增混乱。合伙合同，原则上不适用因债务不履行解除的规则。而除名等事由中，明显存在着不履行出资义务等债务不履行的情形（参见《合伙企业法》第49条），也为采取非“合同”类的救济提供了重要的途径。更为妥当的方法，应当是在立法上规定合伙合同中的退伙、除名等规则；退而求其次的方法，则是参照适用《合伙企业法》的退伙、除名等规则予以填补漏洞，但在填补漏洞时，需注意《民法典》合伙合同章规范的体系协调。

从合伙合同不同于双务合同的特性以及同时履行抗辩权、不安抗辩权、风险负担规则、债务不履行解除的制度目的来看，笔者认为合伙合同并不适用此等规则。<sup>〔32〕</sup>而对于合同编通则中规定的其他规则，原则上仍应适用，但应根据各具体规则的制度目的及合伙合同的特性具体判断是

〔28〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第609页。

〔29〕 参见徐涤宇、张家勇：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第997页。

〔30〕 参见前引〔3〕，王轶等书，第653页。

〔31〕 例如，不少观点将“解除合同”作为合伙合同终止的原因之一。参见前引〔17〕，魏振瀛书，第576页；黄薇：《中华人民共和国民法典合同编解读·下》，中国法制出版社2020年版，第1545页。

〔32〕 有观点认为，合伙合同的共同行为性决定了，不存在危险负担规则是否适用于合伙合同的问题，而只是使得因发生不可归责于自身事由无法出资的人无法成为合伙人而已。参见前引〔15〕，谢鸿飞、朱广新主编书，第484页。另外，亦有观点认为，无需就合伙人出资义务相关的风险负担规则作出规定，通过《民法典》第563条第1款第1项中的法定解除权统一解决即可。参见前引〔3〕，王轶等书，第609页。但就后一观点而言，会涉及合伙合同的“解除”能否适用《民法典》第563条规定的问题。笔者认为，无论是因不可抗力等不可归责于合伙人的事由引起的出资义务履行不能，抑或是因其他债务不履行引起的出资义务违反，并不适用法定解除的规定，而应当参照适用退伙规则予以处理。

否得以适用。例如,关于合同权利义务移转的规定,在合伙合同领域的适用也应当谨慎,合伙人以合同当事人的身份移转权利义务时,应当适用关于退伙与入伙的规则。《民法典》第974条为此规定了合伙人转让财产份额的规则。

### 三、作为典型合同的合伙合同

在《民法典》编纂过程中,是否新增典型合同以及如何新增典型合同,曾有各种观点。但立法机关经研究认为,在现实的社会经济生活中,合同类型多种多样,适应社会发展和纠纷处理的需要,适当增加新的合同类型是必要的,但并非所有合同类型都需要在合同编中加以规定,从立法技术的角度看,也不可能做到这点。原则上讲,应当作为典型合同加以规定的合同类型,须满足以下条件:一是合同的典型性,即该类合同要么适用比较普遍,要么问题较为突出;二是问题的特殊性,即该类合同涉及的问题较为特殊,适用合同编通则中的规则难以完全解决,需要作出特别规定;三是规则的可抽象性,即对该类合同的规则没有多大争议,且较为成熟,从立法技术上可以抽象提炼出来;四是规则的缺失性,即对该类合同,还没有法律作出专门的规定。基于此等考量,关于合伙合同,立法机关认为,实践中,民事主体通过签订合伙合同以实现共同事业目标的情形大量存在,且与其他合同相比,合伙合同中当事人的权利义务内容较为特殊,法律有必要对此加以规定。《民法通则》规定了个人合伙,个人合伙既包括民事合伙,也包括商事合伙。我国的《合伙企业法》主要规定了商事合伙。《民法典》实施后,《民法通则》被废止,商事合伙可由《合伙企业法》继续调整,但民事合伙将无处归依。为了解决这个问题,同时也为了更好地规范实践中存在的大量民事合伙合同关系,合同编专章规定了合伙合同,具体规定了合伙人之间的权利义务、合伙事务的执行等内容。<sup>〔33〕</sup>

但在考虑典型合同的规则设计时,不仅仅是要确定某一类型合同是否得以成为《民法典》上的典型合同,同时也需要考虑典型合同的功能。典型合同具有设定依据框架、分析基准等诸多功能,<sup>〔34〕</sup>更为重要的是,关于某典型合同的规范,不仅仅适用于该具体合同类型。在符合该类型合同相关规范旨趣的限度内,得以通过直接适用、准用或参照适用等方式补充当事人之间的具体合同内容,同时也是合同解释时的重要指南。事实上,《民法典》第467条第1款也规定:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”得以参照“最相类似合同的规定”这一规则,为各典型合同相关规范发挥更大作用奠定了规范依据。也就是说,即使某一合同并非严格意义上的合伙合同,特别是当事人从事共同事业目的的合同并不限于合伙合同形式,对于那些重视共同事业目的的合同类型等来说,合伙合同也就有可能具有典型合同的重要意义。不仅仅对于以共同事业为目的的合同具有“模型”或“典型”的意义,合伙合同还可以发挥三个当事人以上的合同类型的“模型”或“典型”的作用。<sup>〔35〕</sup>就这方面而言,究竟合伙合同相关规范中哪些可以适用或可以参照适用于以共

〔33〕 参见石宏:《合同编的重大发展和创新》,载《中国法学》2020年第4期。

〔34〕 参见周江洪:《典型合同与合同法分则的完善》,载《交大法学》2017年第1期。

〔35〕 参见前引〔8〕,岡本裕樹文,第753页。



同事业为目的的合同类型，哪些可以适用或可以参照适用于三个当事人以上的合同类型，仍有待学说和实务进一步发展。但至少可以考虑，从合伙的“共同事业目的”性质出发，合伙人之间的损益分配规则、狮子合伙（societas leonina）的禁止等等，在其他共同事业目的型合同中都有参照适用的余地。例如，有观点就认为，对于公司成立过程中的发起人协议，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。<sup>〔36〕</sup>而对于三个当事人以上的合同类型，合伙合同中关于多方意思表示一致的合同成立及意思表示瑕疵规则、同时履行抗辩权等双务合同规则的讨论，同样具有典型合同功能上的意义，得以作为参照对象予以参照适用。也正是从这层意义上来说，合伙合同不仅仅是区别于其他合同类型的合伙合同自身的“典型合同”，同时也是相类似合同的“典型合同”。

#### 四、作为组织型契约的合伙合同

在《民法典》编纂过程中，有不少文献从如何区分《合伙企业法》为代表的合伙组织体和《民法典》为代表的合伙合同角度，就合伙及合伙合同的组织性作出探讨。<sup>〔37〕</sup>对此，有观点认为，民事合伙的合伙协议也具有一定的组织规则的属性。因为民事合伙并不纯粹是一种单纯的合同关系，也可能具有组织体的属性，所以，合伙协议的成立也可能成为形成组织体的基础，从而发挥组织规则的功能。所谓组织规则，是指确定组织体及其成员内部和外部关系所应当遵循的规则。某一组织体制定组织规则的本质在于为主体资格的确认提供制度框架，明确组织决策与管理的协商机制，并为与该组织体进行交往的第三人提供保障。合伙协议在合伙组织中实际上发挥了类似于公司章程的组织规则的作用。就对内责任而言，合伙的双重属性决定了合伙人违反合伙协议的双重责任。即，一方面，合伙人违反合伙协议需要对其他合伙人承担相应的责任。此种责任仍然属于典型的债务不履行的责任。另一方面，违反合伙协议的合伙人需要对合伙组织体承担责任。所谓违反合伙协议的责任，是指合伙人违反法定或约定的义务，而应对其他合伙人及合伙组织体承担的责任。<sup>〔38〕</sup>

实际上，笔者此处所谓的合伙合同作为组织型契约，除了组织体意义上的“组织性”，还存在着替代市场功能的组织功能的“组织性”。在《民法典》规定的合同类型中，既存在着以买卖为代表的权利移转型合同、以租赁为代表的财产利用型合同、以委托合同为代表的服务型合同，也存在着以合伙为代表的“组织型”合同类型。组织型合同，以实现共同利益、且在特定情形形成组织体为目标。从合伙合同来看，一方面存在着将各合伙人聚在一起从事共同事业的特点，另一方面，也存在着将各合伙人的财产聚集为合伙财产的特点，存在着人与财产的集合，因此具有一定的共同体特征。虽然组织性存在着强弱之分，既存在着像合伙企业一样的具有较强组织性的非法人组织，也存在并不以形成组织体为目标的较弱组织性的合伙合同，但其具有一定的组织性本身无法否定，均是以共同事业为目标将人与财聚集起来。当然，“组织型”合同乃是与“交易

〔36〕 参见前引〔7〕，李永军文。

〔37〕 参见王利明：《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；前引〔7〕，李永军文。

〔38〕 参见前引〔37〕，王利明文。

型”合同相对应的概念，但实际上这亦是一个相对动态分类。按照“组织性”的强弱，既存在一般的买卖一样的较弱组织性的“交易型”契约，也存在着合伙合同一样的组织性较强的“组织型”契约，同时也存在着两者的中间状态，如保险合同、持续性买卖、连锁合同等“中间型”契约。<sup>〔39〕</sup>就“组织型”契约来说，组织性越强，当事人相互协作的必要性也就会增强；当事人之间越是追求持续性合作关系，当事人之间的人身信任关系等就会越强，进而在协作义务、合同终止等方面都会表现出不同于“交易型”契约的诸多特点。但就“组织型”契约整体而言，我国学界和实务界关注的并不多。从这层意义上来说，若就合伙合同中各合伙人围绕共同事业目的而形成的诸多权利义务关系作出梳理，特别是对组织性相关的组织的持续性、独立性，以及组织的自律性相关的权利义务关系作出分析，对于组织型契约的认识也会得到进一步的深入，进而也更能发挥前述合伙合同作为典型合同的重要意义。

论及合伙合同的组织性，势必会涉及《民法典》合伙合同章与《合伙企业法》相关规范之间的关系。一般来说，《民法典》合伙合同章的规定着重于合伙人之间的内部关系，主要是从合同的角度对合伙作出规范，但也涉及合伙财产、合伙事务执行、合伙债务的承担等诸多涉及外部关系的规范，具有一定的组织性。《合伙企业法》着重合伙企业这一组织体的规范，更多的是从主体角度对合伙作出规范，但也部分涉及合伙协议等。对此，有观点指出，商事合伙契约性与组织性（团体性）这一双重属性决定了商事合伙应通过《民法典》和商事单行法共同调整：商事合伙的主体地位需由《民法总则》加以确立，《合伙企业法》作为特别法将专门调整商事合伙。《民法典》与单行法分别调整商事合伙的立法模式具有内在合理性且符合域外法经验，《民法典》编纂后仍应当予以坚持；就法律适用顺位而言，商事合伙的法律适用秉承特别法优先于普通法的规则，《合伙企业法》优先于《民法典》适用，《民法典》同时具有补充法的性质。<sup>〔40〕</sup>类似的观点认为，《民法典》总则编确立了合伙企业的独立民事主体地位，为该类主体广泛从事市场交易活动奠定了基础。《民法典》合同编调整民事合伙法律关系，侧重合伙的内部关系，是处理合伙法律关系的一般规定。《合伙企业法》则全面规定了合伙企业内外部关系规则，属于对商事合伙的特别规定。<sup>〔41〕</sup>有观点亦主张《民法典》合伙合同规范的一般法地位，认为《合伙企业法》作为特别法优先于一般法，如果《合伙企业法》没有规定或规定不明，则适用《民法典》关于合伙合同的规定。但同时也认为，《合伙企业法》与《民法典》合伙合同章是分别规范不同合伙类型的，《合伙企业法》的有关规定不宜简单套用在合伙合同关系之中，对于那些较为长期性的合伙合同，如其已形成较为正式的管理制度，则完全可以适用《合伙企业法》有关规定，但应灵活处理。<sup>〔42〕</sup>另有观点则认为，与《合伙企业法》以形成组织的合伙（组织型合伙）为预设对象不同，《民法典》合伙合同一章的规范以未形成组织的合伙（合同型合伙）为预设对象，这决定了《民法典》中合伙合同有关合伙财产的归属、合伙债务的承担、合伙出资的价值确定以及入伙和退伙等方面的诸多具体规范与《合伙企业法》有明显差异。《民法典》中合伙合同的预设

〔39〕 大村敦志『新基本民法5契約編』（第2版）（有斐閣、2020年）（Maruzen eBook Library 電子書）175頁參照。

〔40〕 參見前引〔37〕，王利明文。

〔41〕 參見前引〔21〕，最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組書，第2733頁。

〔42〕 參見前引〔15〕，謝鴻飛、朱廣新主編書，第474-475頁。

对象与《合伙企业法》的预设对象分别构成了合伙类型光谱中的两个极点，大量中间类型的合伙根据其组织性的强弱个别考量适用或者类推适用何种规范，从而使得规范的适用更为灵活和更为符合当事人的利益安排，实现规范的最大体系效益。根据上述组织性的判断因素，具体类型合伙的组织性越强，越有理由类推适用《合伙企业法》的规范和《民法典》中非法人组织的规范；组织性越弱，越有理由类推适用《民法典》中合伙合同的规范。因此，也很难将《民法典》合伙合同的规范简单地认为是一般性规范，而将《合伙企业法》中关于合伙协议的规范认为是特别规范，否则就会出现一般性地适用《民法典》合伙合同规范的结果，丧失适用上的灵活性。<sup>〔43〕</sup>从目前的学说探讨来看，如何协调《民法典》合伙合同章中有关规范与《合伙企业法》相关规定的适用关系，仍有待在个案中根据具体案情做分析。但不管如何，《民法典》第467条关于无名合同得以参照适用“其他法律最相类似合同的规定”这一原理，在合伙合同领域亦可以适当借鉴。合伙合同属于《民法典》规定的典型合同，并不构成《民法典》第467条意义上的“本法或者其他法律没有明文规定的合同”，但因《民法典》合伙合同章规则的阙如，在特定情形参照适用《合伙企业法》的规则也是当下不得不选择的变通路径之一。《合伙企业法》关于合伙协议及合伙人之间权利义务关系的相关规范，恰恰构成了“其他法律最相类似合同的规定”。当然，在参照适用时，仍然需要根据特定的案情以及拟参照适用规范的立法目的等作出是否得以参照适用的慎重探讨。

## 五、结 语

上述四个维度意义上的分析表明，合伙合同具有独特的异质性，具备不同于其他典型合同的典型合同功能，《民法典》将其作为典型合同予以规定具有重要意义。但与此同时，正如有学说所主张的那样，《民法典》合伙合同的规范以何种类型的合伙作为预设对象，不同法域都有不同的预设。《德国民法典》关于合伙的规定侧重于合同性，而《德国商法典》关于普通合伙的规定侧重于主体性；《意大利民法典》和我国台湾地区“民法”关于合伙的规定更多地体现主体性；《瑞士债务法》区分规定了单纯合伙和普通合伙，前者强调合同性，后者强调主体性。而我国《民法典》中的合伙合同规范，以未形成组织的合伙为预设对象，与《合伙企业法》相结合能够发挥最大的体系效益，并通过代理制度解决未形成组织的合伙的对外行为效果归属问题。<sup>〔44〕</sup>但从总体上来说，《民法典》合伙合同规范虽然侧重其合同性，但制度供给明显不足，特别是关于合伙合同区别于其他合同的规范明显偏少，出现“契约化不足”的现象；与此同时，因刻意强调其合同性，忽略了入伙、退伙、散伙等方面的组织性规范，在法律适用上不得不求助《合伙企业法》等。<sup>〔45〕</sup>《民法典》合伙合同章规则“契约化不足”和“组织性规范缺失”，就会导致在法律适用和学理上出现不少争议点。也正是存在着这样的立法背景，在理解和适用《民法典》合伙合

〔43〕 参见前引〔6〕，朱虎文。

〔44〕 参见前引〔6〕，朱虎文。

〔45〕 有观点指出，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》。参见谢立敏：《民事合伙的体系勘误和适用完善》，载《经贸法律评论》2021年第5期。

同规范时，要时刻注意把握合伙的组织性和契约性双重法律属性，<sup>〔46〕</sup>要谨慎区分其与《合伙企业法》规定的不同点，以及与双务合同规则、通常的法律行为规则之间的不同。<sup>〔47〕</sup>上述分析也表明，《民法典》合伙合同规范的供给并不足，有待学说和实践中进一步发展。特别是在法律行为部分规则的不适用、双务合同部分规则的不适用、作为典型合同功能的扩展、组织型契约规则的构建等方面，均存在诸多发展和完善的空间。而在法律规则得以完善发展之前，作为规则阙如时“没有办法的办法”，在特定情形中则可以参照适用《合伙企业法》的部分规则。

---

**Abstract:** As one type of the nominate contracts in PRC Civil Code, there are many dissimilarity between the contracts of partnership and other nominate contracts. As juridical acts, the validity of declaration of will in the contracts of partnership is different from the others. As contract, it is different from reciprocal contract. The rules about exception on adimpleti contrattus, the rules about unsicherheitseinrede, the rules about risk-assuming, and the rules about rescission of contract are not applicable. As nominate contract, the functions of nominate contract should be valued. The possibility which the contracts for a joint enterprise and the contracts involving three or more parties shall apply mutatis contracts of partnership should be admitted. As organizing contract, the rules about the contracts of partnership is lacking.

**Key Words:** contracts of partnership, juridical acts, reciprocal contract, nominate contracts, organizing contract

---

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)

---

〔46〕 参见前引〔21〕，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组书，第2733页。

〔47〕 参见周江洪：《民法典合同编的制度变迁》，载《地方立法研究》2020年第5期。