

# 20世纪30年代合伙企业 连带无限责任制的确立与争议\*

——兼谈中国本土合伙责任问题

张世慧

**内容提要:**1930年施行的《中华民国民法债编》第681条骤改合伙“按股分担”习惯,实行连带无限责任制度。此制度改变了本土合伙企业中债务风险责任分配,扩大了合伙人的债务责任范围。商界认为此举导致合伙人权利与义务悬殊,有失立法公平,遂发起强烈抗议。在商界抗争下,潘序伦曾提出“分担无限公司”设想,但未获得学界、商界认可。部分立法委员提议下,1933年9月立法院表示可以在商业登记法中进行补救,即以合伙企业登记注册为前提,将合伙习惯融入成文法。基于此,“按股分担”习惯被纳入《商业登记法草案》第9条。然而,历经多次审议讨论,立法院最终未能通过该草案第9条,而是借助民法隐名合伙理论消弭了争议。通过对该问题的历时性考察,可以对中国本土合伙责任问题提供新思考,也有助于展现固有商业习惯和新式法律之间的复杂关系。

**关键词:**合伙 债务 习惯 无限责任

近代社会经济转型过程中,企业组织变革是重要内容之一。从理论上推演,近代中国企业组织变化应该包括两个方面,即一方面,新式企业组织如何引入、适用与融合;另一方面,传统固有企业组织如何改变以适应新变化。但从现有研究状况看,学界更多集中于前者,即新式公司制度的成长史,而对民国以来本土合伙制的发展状况,尤其是制度性变化方面关注不足。<sup>①</sup>与当前研究聚焦点不同,实际上近代中国社会经济中合伙制企业长期存在,且数量上占据优势地位。<sup>②</sup>因而,探讨民国以来合伙制的状况或变化,是弥补近代中国企业史研究之不足的应有之义。

在合伙企业组织中债务责任问题至关重要,是区别合伙制和公司制的重要标准之一。1930年施行的《中华民国民法债编》(以下简称《民法债编》)第681条骤改合伙“按股分担”习惯,实行连带无限责任制度。此制度改变了本土合伙企业中合伙人和债权人之间的风险责任分配,扩大了合伙人债务责任范围,引发了一场关于“合伙责任”<sup>③</sup>问题的持久讨论。此场争论,早在民国时期已受到日本“满铁”调查员的关注。1936年初,土肥武雄将部分资料整理后,连载发表于《“满铁”调查月报》。<sup>④</sup>

[作者简介] 张世慧,曲阜师范大学历史文化学院副教授,曲阜,273100,邮箱:zhangshihui2013@yeah.net。

\* 本文系山东省社会科学规划研究项目(23CLJ03)、山东省高等学校“青创团队计划”(2022RW079)、中国博士后科学基金面上项目(2023M742036)阶段性成果,向两名匿名审稿专家致谢。

① 关于民国合伙问题研究,主要研究成果有林达丰:《大理院合伙法律性质判例发展考述》,苏力主编:《法律和社会科学》第3卷,法律出版社2008年版;李玉:《中国近代合伙股份产权变更方式管窥:以北洋政府时期的报刊广告为视域》,刘兰兮主编:《中国现代化过程中的企业发展》,福建人民出版社2006年版,第67—83页;朱荫贵:《试论近代中国民间资本中合伙制企业生命力强大的原因》,《东南学术》2018年第3期;姜敏:《民国时期组合伙贸及其风险——以江津县为例》,《中国经济史研究》2019年第5期;Madeleine Zelin,“A Deep History of Chinese Shareholding,”*Law and History Review*, Vol. 37, Issue 2(May 2019), pp. 325—351等。

② 参见朱荫贵:《试论近代中国民间资本中合伙制企业生命力强大的原因》,《东南学术》2018年第3期。

③ “合伙责任”,又称“合伙股东责任”“合伙人责任”“合伙债务责任”等,是指合伙企业破产时,合伙人应当承担何种债务责任。

④ 土肥武雄「合夥股東の責任に関する一研究——民法第六八一条を中心として」『満鉄調査月報』第16卷第1—3号,1936年。

该文刊出仅数月,就在上海市商会组织下,经由李培皋、叶致中翻译,以《合伙股东责任之研究》之名出版。其第四、五章涉及合伙连带无限责任问题争议,但主要内容是时人部分言论汇编,未能展现出争论的动态过程;同时,该书出版时争论尚未结束,争论最终结果也未呈现。<sup>①</sup>新世纪以来,部分学者从商法和商业习惯角度对该事件进行了讨论;但研究时段侧重于民初,资料以土肥武雄的整理为主,对档案和报刊资料挖掘不足,以致纷争细节和曲折历程语焉不详。<sup>②</sup>在前人研究基础上,本文利用海内外档案、报刊等资料,从制度史研究视角,把此事件视为合伙制度长时段变革的重要节点;侧重展现变革的渊源,以及商界、立法院等各方较量的动态过程。本文试图为理解中国合伙责任制度提供部分新思考,也为探讨民国时期商业实践中固有习惯和新式法律的复杂关系,提供更丰富的侧面。

## 一、民法排拒习惯与合伙责任争议之缘起

合伙企业破产后,企业财产无法清偿亏欠债务状况下,合伙人应该承担何种责任呢?毫无疑问,合伙人需要承担无限责任,但在民国时期商业实践和理论中存在三种不同的无限责任制:其一,中国本土商业“按股分担”习惯。“按股分担”习惯是一种“按份”的无限责任,即合伙人仅在个人份额内承担无限责任。对此习惯,民初商界曾多次讨论和确认。1914年,全国商会联合会“商律案”审查中,曾指出“合资营业之担负应以议单契约为凭,其注重在盈余则按股均分,亏蚀则按股均认”。<sup>③</sup>1921年9月,上海总商会对合伙责任问题专门召开临时董事会讨论,决议“按照中国商家向来习惯,合伙营业遇有亏折,所负债务按股匀摊,只限自己执有一部分股本计算”。<sup>④</sup>1928年1月,上海总商会再次重申“合伙所负债务,按股分担,为吾国商业通行之惯例”。<sup>⑤</sup>其二,民初大理院在调和域外法理和习惯基础上实施的“连合分担”责任。1914年5月,大理院“上字第293号”判决书指出“民律现未颁行,凡合伙员对于外部所负之债务应负如何责任,尚无明文规定。惟查民事法条理及本院判例,凡合伙员对于合伙之债权人,皆就所有股分负按股分担之责;如合伙员中有无力清偿债务者,查明属实,即由其他合伙员按照股分,分任偿还债权人;决不能对于合伙员之一人,无故请求偿还全部债务,此所谓连合分担之制,而决非负有连带责任。”<sup>⑥</sup>相比“按股分担”习惯,“连合分担”责任下的合伙人除承担个人份额的责任外,还需要按比例承担其他无清偿能力或逃匿合伙人的债务。其三,近代西方商业合伙法律中实行的“连带无限责任”。该责任强调合伙人之间的连带性,即合伙人对合伙债务均负有全部清偿的义务;债权人有权向合伙人中任何一名或多名有产者,要求其承担全部或部分债务。当然,承担清偿责任的合伙人有权向其他合伙人追索超过自身清偿份额的债权。<sup>⑦</sup>与前两种无限责任不同,连带无限责任下合伙责任分配被视为内部契约,对债权人不具有约束性。此制度提高了合伙人的债务责任,扩大了债权人请求给付的范围,有利于保障债权,降低债权人索债成本。

民初围绕着合伙责任问题已经有所争议,上海、天津的商业组织极力反对大理院“连合分担”责任。借助上海民生伞厂破产案纷争,1926年大理院颁布解释例,承认合伙“按股分担”习惯具有优先适用性。<sup>⑧</sup>

① 土肥武雄:《合伙股东责任之研究》,李培皋、叶致中译,上海市商会出版1936年版。

② 魏淑君:《由一例民国时期的移植法与民间习惯冲突展开的思考》,《法学》2005年第9期;冯剑:《艰难的转变:近代天津民间合伙债务问题初探》,张利民主编:《城市史研究》第28辑,天津社会科学院出版社2012年版;王雪梅:《近代中国的商事制定法与习惯法》,四川人民出版社2015年,第238—266页;侯永国:《近代中国合伙责任立法及争议》,上海中山书社编:《近代中国》第29辑,上海社会科学院出版社2018年版。

③ 《全国商会联合会纪事(廿五)》,《申报》1914年4月10日,第10版。

④ 上海市工商业联合会编:《上海总商会议事录(四)》,上海古籍出版社2006年版,第1654页。

⑤ 严澍声编:《上海商事惯例》,新声通讯社出版部1933年版,第140页。

⑥ 《大理院民事判决:三年上字第293号》(1914年5月11日),中国第二历史档案馆编:《北洋政府档案·大理院》,中国档案出版社2010年版,第191页。

⑦ 现代合伙连带责任的特点,参见刘光大:《论合伙的连带责任》,《政治与法律》1992年第2期。

⑧ 《合伙员之责任与习惯》,《法律评论》第4年第8期(1926年8月)。关于民生伞破产案争议详情,笔者将另拟专文讨论。

南京国民政府建立初期,司法、法律体系并不完备,民法、商法等成文法尚未颁布。鉴于此,1927年8月国民政府司法部发布政令,“凡从前施行之各种实体法、诉讼法及其他一切法令,除与中国国民党纲或主义或与国民政府法令抵触各条外,一律暂缓援用”。<sup>①</sup>在此种背景下,司法实践合伙债务案件怎样判决呢?1927年底,江苏爆发大年米厂债务纠纷案,该案经江苏高等法院判决后,原告债权人吴钦德不服,遂上诉至最高法院。最高法院驳回吴钦德的上诉请求,并由此案形成“上字第448号”判例。该判例明确表示“合伙债务应由合伙员全体照契约所定股分各自分担责任,苟非其他合伙员确系无力清偿,债权人自不能指定合伙员请求偿还全部债务,此所谓连合分担之制度,非负有连带责任”。<sup>②</sup>同年8月,上海还发生南昌电器公司债务纠纷案,该案起诉至上海临时法院。上海临时法院判决股东刘午桥担负“连合分担”责任。<sup>③</sup>由此可见,南京国民政府初期,司法机构沿用了大理院判例,对于合伙债务实行“连合分担”责任。

在现代国家法律体系中民法居于主导地位,但清末法制变革以来,民法长期处于空缺状态。面对成文法缺失,南京国民政府建立后,立法机构开始酝酿制定民法。新民法实行分编的原则,1929年11月22日,国民政府立法委员会经过“审慎研讨,参以各国法例,准诸本国习惯”,正式颁布《中华民国民法》第二编——《债编》,并宣布于1930年5月正式施行。<sup>④</sup>《民法债编》主要是规范债权债务问题,其中第681条涉及合伙债务责任问题,规定“合伙财产不足清偿合伙之债务时,各合伙人对于不足之额,连带负其责任”。<sup>⑤</sup>这意味着合伙债务中合伙人要承担“连带责任”,此规定即无视传统合伙习惯,也放弃了中外调和性质的大理院“连合责任”判例,转为全面移植域外“连带无限责任”条款。关于此点,当时部分法学家也有所诧异,指出历次大理院解释例及最高法院判决例均实行连合分担制度,但《民法债编》却“一反其道,取连带制度,不问应负担之数”。<sup>⑥</sup>

何以《民法债编》的立法者要一改惯例,对合伙债务无限责任实行“连带”呢?时人指出连带无限责任可以保护债权不受损失,有助于“奖励投资者之热心”。<sup>⑦</sup>还有学者认为可以警示借用社会名流挂名合伙情况之发生,督促经营者谨慎经营,保障往来债权人利益。<sup>⑧</sup>除此之外,笔者认为还可以从民法立法理论上进行解释。20世纪前期,大陆法系中民商法立法存在“民商分立”和“民商合一”两大原则。19世纪大陆法系中法国、德国及日本都是实行“民商分立”,“民事行为”和“商行为”,分别适用民法典和商法典。<sup>⑨</sup>直至1907年《瑞士民法典》颁布,“民商合一”立法模式得以开创。<sup>⑩</sup>此种立法体例下,不再区分“商行为”与“普通民事行为”,不单独编订商法典,而是把商法典内容融入民法典,或编订单行本法律。该原则受到法学理论界的推崇,在近代中国逐渐流行开来,受到朱学增、伍渠源等法学学者的极力倡导。<sup>⑪</sup>受此影响,国民政府起草编纂民法典时,立法院院长胡汉民、副院长

① 《令司法部为暂定适用法律范围暨筹设最高法院筹办编订法典各办法由》(1927年8月11日),《司法公报》第1期(1927年12月)。

② 《合伙债务之责任》(1928年5月10日),郭卫、周定枚编:《最高法院民事判例汇刊》第1期,上海法学书局1934年版,第108—109页。

③ 该案基本状况,参见《钱业公会反对合伙连合分担制》,《银行周报》第12卷第38号(1928年10月)。

④ 参见谢振民编著,张知本校订:《中华民国立法史》(下),中国政法大学出版社2000年版,第762页。

⑤ 郭元觉辑校:《中华民国民法债编》,上海法学编译社1930年版,第111页。

⑥ 朱方编解:《民法债编详解》,上海法政学社1933年版,第342页。

⑦ 《合伙债务各合伙人应否负连带责任》,《民报》1933年8月18日,第7版。

⑧ 马寅初:《中国之新金融政策》(下),商务印书馆1939年版,第525页。

⑨ 民法与商法二元格局演变与形成过程,参见施鸿鹏:《民法与商法二元格局的演变与形成》,《法学研究》2017年第2期。

⑩ 近代瑞士法民商合一形成过程,参见殷安军:《瑞士法上民商合一立法模式的形成——兼评“单一法典”理念》,《中外法学》2014年第6期。

⑪ 参见朱学增:《民商法应否分立之商榷》,《法学会杂志》第1期(1921年7月);伍渠源:《民商法宜统一论》,《法律评论》(北京)第6卷第7号(1928年11月);江海颿:《商法与民法应统一不应分编》,《东方联合商务汇报》第1卷第1期(1929年5月);何措凤:《民商法统一论》,《法律月刊》第1期(1929年12月)。

林森也从“历史关系”“立法趋势”等八个方面,提出应以“民商合一”原则编纂民法典。<sup>①</sup>最终,1929年起陆续颁布的《中华民国民法》各编都体现了“民商合一”的编订原则。

“民商分立”和“民商合一”,对合伙的理解存在差别。“民商分立”原则下,民法典、商法典中都对合伙组织进行了规范,从而分化为两种合伙,即民事合伙和商事合伙。民事合伙是一种契约关系共同体,不具有主体资格;而商事合伙是组织共同体,具有主体资格,与无限公司无异。<sup>②</sup>不同的主体资格,导致合伙人对合伙债务承担责任方式也不同。民事合伙中合伙人对合伙债务责任要具体到单个合伙人,表现为共同责任和按份责任,即“连合责任”。《法国民法典》第1862、1863条,《德国民法典》第735条及《日本民法典》第675条都规定合伙人应对合伙债务承担“连合责任”。<sup>③</sup>这可能是民初大理院对合伙实行“连合责任”的法理依据。商事合伙中债务先由具有主体资格的合伙商号承担责任,而合伙人负有补充连带责任。<sup>④</sup>此点主要是基于经济活动中合伙行为共同性及牵连性,是对债权的补充性担保。从债务责任角度看,商事合伙与无限公司实际区别不大。在“民商分立”原则下,商法存在加重合伙人责任的倾向,究其缘由在于商法“更侧重于保护需要按时获得偿付的债权人的利益,所以它又是一种债权法”。<sup>⑤</sup>但“民商合一”立法原则中不再区分商行为和民事行为,合伙也就失去了商事合伙和民事合伙之分,而是把各类合伙组织均视为潜在具有经营性的商事合伙。基于此,“对普通合伙组织直接沿用“商事合伙”责任制度,即合伙人承担连带无限责任。1912年施行的《瑞士债务法》第544条规定“社员共同,或依代表。对于第三人负债务时,社员对于第三人负连带责任”。<sup>⑥</sup>在英美法系中,合伙组织分为普通合伙和有限合伙两类,普通合伙中合伙人对合伙债务也承担连带责任。<sup>⑦</sup>

总之,在“民商合一”立法原则下,为保障债权人权益,《民法债编》排拒固有“按股分担”习惯,实行“连带责任”制度。相比“按股分担”,连带无限责任提高了合伙人责任,这是争议之缘起。

## 二、商界抗议连带无限责任与“分担无限公司”设想

《民法债编》颁布后,商界已经意识到第681条对合伙债务案件判决的重要影响。1929年12月10日,上海市商整会致函各业征求意见,认为“民法一经颁行,其效力亦较判例为强”,此后合伙债务案件很难再以“按股分担”习惯为理由抗辩。<sup>⑧</sup>12月底,上海市商整会专门成立了12人组成的“审查委员会”,接收各业对合伙责任意见,并收集刊印,以资研究。<sup>⑨</sup>正如上海市商整会预言,合伙债务案件判决依据很快发生了转变。1930年10月9日,最高法院“院字第353号”解释例修改了之前判例,明确规定债务若发生在《民法债编》实施后,债权人可依照“连带责任负责之规定”向合伙人求偿。<sup>⑩</sup>1931年底,上海致和钱庄案的审理中,破产清算人唐在章会计师也请法院依法判令合伙人承担连带

① 胡汉民、林森:《民商法划一提案审查报告书》,《工商半月刊》第1卷第12号(1929年6月)。

② 不同形式合伙的差异性,参见江平、龙卫球:《合伙的多种形式和合伙立法》,《中国法学》1996年第3期。

③ 具体条文内容,参见李浩培等译:《拿破仑法典(法国民法典)》,商务印书馆1997年版,第258—259页;商务印书馆编译所编译:《德国六法》,商务印书馆1913年版,第116页;南洋公学译书院译,何佳馨点校:《新译日本法规大全》第1卷,商务印书馆2007年版,第319页。

④ 《法国商法典》第20条和《德国商法典》第128条规定合伙人承担连带无限责任,参见全国人大常委会法制工作委员会研究室编:《法制参考资料汇编》第4辑,光明日报出版社1989年版,第207—208页。

⑤ 丹尼斯·特伦:《民商分立的沿革》,方流芳译,中国人民大学法律系编印:《外国民法论文选》第2辑,1985年印行,第3页。

⑥ 次威译:《瑞士债务法(二五)》,《法律评论》(北京)第9卷第2号(1931年10月)。

⑦ 如1914年美国《统一合伙法》第15条规定合伙所有其他的债务与责任,合伙人均需承担连带责任,参见虞政平编译:《美国公司法规范精选》,商务印书馆2004年版,第526页。

⑧ 《商整会函征合伙责任之意见》,《新闻报》1929年12月11日,第14版。习惯是20世纪20年代上海商界维持“按股分担”的主要理由,参见《致司法部、大理院请解释合伙责任电》(1926年6月28日),《上海总商会月报》第6卷第7号(1926年7月)。

⑨ 《商整会审查合伙责任》,《申报》1929年12月30日,第14版。

⑩ 《院字第三五三号:合伙商号倒闭债权人得对于有资力之一员求偿全部》,《法令月刊》第13、14合期(1930年11月)。

偿还债款之责任。<sup>①</sup> 鉴于此,1930年11月,首届全国工商会议中,四川重庆总商会在第1组第81号提案中提出“为《民法》规定合伙营业连带负责发生窒碍,恳请议定补充条文,转请立法院补充救济案”。<sup>②</sup> 从后续时人相关函文看,该案最初由重庆总商会会长李奎安报告理由及办法;讨论会中工商部长孔祥熙也对该提案表示支持,并称“本主席前在政治会议及常务会议时,对于连带负责曾经竭力声辩不表赞同,因当时同意者少致未通过”,他建议讨论妥善后,呈请政府停止或补充该条款。<sup>③</sup> 但起初商界并没有掀起大规模抗议,上海市商联会称“只以在当时《民法》颁布未久,窒碍纠纷为少”;直至金融恐慌到来,合伙商号破产案中“窒碍渐见、纠纷益多”的问题才被重视起来。<sup>④</sup>

受到经济危机影响,1933年合伙债务案件开始增多,推动商界人士对该问题的重视。同年3月,上海市商会向国民政府立法院呈文,请求修改第681条。<sup>⑤</sup> 立法院秘书处函复表示“已谕交民法委员会参考”,但此后迟迟无下文。6月25日,上海市商会召开第四次会员大会,杂粮油饼业、豆米行业等同业公会提出议案,请商会“博采輿情,维持商业”。基于此,7月初,上海市商会再次呈文立法院请求修正条文。<sup>⑥</sup> 8月中旬,江苏全省商会联合会主席于小川也呈函国民政府主席林森,祈求“将《民法》第六八一条修改为合伙债务按股分担,以昭公平而维商业”。<sup>⑦</sup> 7月至9月,全国商会联合会又先后三次呈文立法院请求“修改民法债编第六八一条”。<sup>⑧</sup> 同时,全国商会联合会还通电全国商会呼吁共同行动电呈立法院修改,<sup>⑨</sup> 得到重庆、汉口、南京等通商大埠的商会纷纷响应。

在商会的“联动”机制<sup>⑩</sup>下,由市到省,由省到全国,形成了全国商界要求修改合伙责任问题的浪潮。从函件内容看,商界认为“连带责任”条款不尊重固有习惯,权利与义务悬殊,有失公平和平等。上海市商会称“若责债务人以连带负责,在债权人非十足取还其本息不可,合伙员处此情形,虽倾产亦不足以代偿;此种保护债权人独厚,待遇债务人独酷之欧美色彩,实不合于我国虚公平恕之国情。”<sup>⑪</sup> 汉口市商会也认为“此种合伙制度之习惯,相沿已久,实已成为全国商场普通之则例,亦即权利义务平等对待之真精神也。今该项条文,与合伙营业之原有习惯,相去甚远,在立法当局之意,无非为维护债权起见。然债权固当维护,而合伙债务之全体,尤须于其相互间之利害关系,平情考虑,明分责任,方为允当。乃依该项条文之限制,则合伙人因一部分事业之失败,须负连带责任之额外损失,甚至举全部财产以相殉,事之不平,孰有甚于此者?”<sup>⑫</sup> 南京市商会也称“揆之立法本意,似仅为维护债权起见,而于合伙人将来之若何受累,则未及一为深思,似未免稍失平衡之义。”<sup>⑬</sup> 除地方商会外,省级乃至全国商会联合组织也呈函反对。江苏全省商会联合会呈文认为合伙“按股分担”习惯被一

① 《致和钱庄股东被控应负连带偿还债款之责》,《申报》1931年11月14日,第12版。

② 《附录:全国工商会议议案索引》,《工商公报》第3卷第36期(1930年11月)。

③ 参见《为修改补充民法条文事致天津市商会的函(附呈立法院文底)》(1933年9月23日),天津市档案馆藏,天津商会档案,档号J0128-3-008915-001。

④ 《商联会再建议合伙分担理由》,《申报》1933年9月9日,第18版。

⑤ 《为请修正合伙债务法例事呈立法院文》,《商业月报》第13卷第4号(1933年4月)。

⑥ 《市商会呈立法院改正合伙连带责任》,《新闻报》1933年7月3日,第12版。

⑦ 《关于修改民法第六八一条为合伙债务按股分担以昭公平而维商业》(1933年8月15日),台湾“国史馆”藏,国民政府档案,档号001-012031-00009-019。

⑧ 参见《全国商联会呈请修改民法合伙规定》,《新闻报》1933年7月22日,第12版;《商联会再建议合伙分担理由》,《申报》1933年9月9日,第18版;《全国商联会电立法院请迅改民法合伙条文》,《申报》1933年9月23日,第11版。

⑨ 《商联会请修改民法通电全国商会共同主张》,《新闻报》1933年9月27日,第13版。

⑩ 关于近代商会“联动”机制,参见朱英:《近代中国商会的“联动”机制及其影响》,《史学集刊》2016年第3期。

⑪ 《市商会呈立法院请改正合伙连带责任》,《申报》1933年7月3日,第11版。

⑫ 《汉商会函商联会请修正合伙债务条文》,《申报》1933年10月4日,第11版。

⑬ 《京市商会呈立法院请修改民法合伙条文并复全国商联会请查照》,《申报》1933年10月15日,第15版。

笔抹杀,会使“合伙人因一部分事业之失败,有举全部财产为殉之危险。”<sup>①</sup>全国商会联合会指出“量能力之大小,认股份之多寡;盈固按股分派,亏亦按股担认,固权利与义务相等,社会上已成为公平之习惯;今依据《民法》所载,盈则按股分派,亏乃连带负责,殊背权利义务相等之原则。”<sup>②</sup>同时,商界还指出“连带责任”颁行已经开始对商业活动造成了严重影响。上海总商会指出“专就上海一隅而言,由于上开法规而形成之案件,层见叠出,驯至合伙旧组织急求解散,而新组织更绝迹市场”。<sup>③</sup>从上述呈文可见,商界认为合伙“连带责任”法条抹杀原有合伙习惯,导致合伙人的“权利、义务失其平衡”,有失“立法政策之公平”,极端状况下会出现占股极少的合伙人承担全部合伙债务的情况。连带无限责任极大增加合伙人的债务责任,甚至使合伙人有倾产破家之危险。

该争议也引起了社会各界关注。与商界人士相反,会计师、律师等专业人士指出为保护债权人利益及合伙组织在社会上的信用,《民法》第681条无需修改。<sup>④</sup>也有学者对该问题提出建设性意见,其中以潘序伦的“分担无限公司”设想影响较大。1933年7月,潘序伦指出合伙债务“倘采分担主义,则在债务人固可减轻责任,保全自身,但在一般债权人即一般社会而言则流弊滋多。”他认为“按股分担”习惯对债权人“有四大流弊”,可分两方面:一方面,债权人诉讼成本高。合伙商号是由契约关系组成,不能作为诉讼主体。在现行法律下,债权人诉追债务“尚多以迁延烦累为苦,甚至自愿牺牲一切,宁听债务人尽量之折减,而不顾诉追者,比比皆是”。若实行分担主义,“伙员人数众多,地址分散,则进行诉讼之困难,更当较目下加增数倍,债权人之保障岂不尽失?”另一方面,债权人诉讼中面临着信息不对称和举证困难。合伙商号是非法人组织,其股东姓名、地址、份额转移、人数变更等信息并不公开。照以往经验,合伙商号破产后藏匿、遗失账簿及股东姓名、住址秘而不宣的情况比比皆是。在无法知悉合伙商号内部经营状况情况下,分担主义下债权人对股东的追责极难成功。同时,潘序伦也不赞同修改《民法》,他指出各国合伙均负连带责任,“我国法例,未便独异”;若修改此部分内容,“举凡合伙注册,财政公开,诉讼主体等等”均须大加增删。<sup>⑤</sup>鉴于此,潘氏认为《民法债编》中合伙“连带责任”规定无须修改,可在《公司法》中加入“分担无限公司”一章作为补救措施。

其实早在1928年工商部讨论《公司条例》修正期间,潘序伦、徐寄庠等人已向工商法规委员会提议,建议在《公司条例》第二章“无限公司”之后,增设“分担无限公司”一章。<sup>⑥</sup>所谓“分担无限公司”又称“比例无限公司”,是由无限责任股东组织而成,但股东责任按股份比例承担无限责任,而不是连带无限责任。此种责任是介于有限公司和无限公司之间,与传统合伙“按股分担”责任相同,是一种“比例无限或分担无限”。<sup>⑦</sup>潘氏主张设立分担无限公司出发点主要是“顾全商业习惯”,扩展公司组织及防止合伙欺诈流弊。具体包括两点:其一,从公司责任而言,潘氏指出两合公司及股份两合公司的确是无限公司和有限公司的折中;但两合公司制度是无限公司和有限公司的变体而已,实际上股东仅有无限和有限两种责任选择。就个人股东而言,潘氏认为分担无限公司才是股东责任的折中方式。在绝对无限责任和绝对有限责任之外,此规定为股东提供了一种新选择。其二,中国商界组织形式以合伙商号居多,数百年来合伙责任的习惯系“按股分担”,但合伙商号存在非法人资格且经营

① 《关于修改民法第六八一条为合伙债务按股分担以昭公平而维商业》(1933年8月15日)台湾“国史馆”藏,国民政府档案,档号001-012031-00009-019。

② 《全国商联会呈请修改民法合伙规定应恢复原有按股分担习惯》,《申报》1933年7月22日,第13版。

③ 《市商会呈立法院请改正合伙连带责任》,《申报》1933年7月3日,第11版。

④ 钱素君:《对于合伙责任问题之商榷》,《银行周报》第17卷第39期(1933年10月);士彬:《合伙债务责任之补救问题》,《法学杂志》(上海)第8卷第3期(1935年5月)。

⑤ 以上潘序伦观点,皆见《潘序伦对于合伙责任之意见》,《新闻报》1933年7月26日,第11版;《潘序伦对于合伙责任之意见(续)》,《新闻报》1933年7月27日,第12版。

⑥ 《关于分担无限公司条文草案之我见:附工商法规委员会提出原案》,《银行周报》第12卷第41号(1928年10月)。

⑦ 潘序伦:《论我国公司条例中应增设股份无限公司之规定》,《新闻报》1928年9月26日,第18版。

信息不透明的弊端。相比合伙商号,分担无限公司具有法人资格,责任会受到公司法规约束,相关企业经营的内部信息也会公开并接受监督。潘序伦认为增设分担无限公司,可以借此改造传统合伙组织,不仅可维持百年来通行的商业习惯,减轻股东责任;也能使债权得到保障,消弭商业习惯与法律的纠葛。<sup>①</sup>从上述潘氏观点看,分担无限公司的设想实际是将合伙组织置于公司法监督下,消弭合伙组织主体资格缺失和信息不公开的弊端,保留“按股分担”责任习惯。

分担无限公司设想提出后,引起学界异议。经济学家宓汝卓在反驳中指出“习惯有好恶,法律非可一律迁就”,“不良习惯,宜藉法律纠正之”;“分担无限制度虽对于组织合伙之商人有利,但对于一般债权人并无甚利”。该公司追责中需要债权人查明各股东分担比例,向每名股东一一起诉追索债权,其“糜时与繁琐,可想而知”;甚至会有零星小债权人遇到股东过多,而索债费用超过债权数额的情况。<sup>②</sup>潘序伦回应称已经考虑到此问题,并计划在“分担无限公司”草案中对该类公司股东进行人数限定,即股东最多为十人。<sup>③</sup>但经济学家顾翊群认为这会使公司无法通过扩充股东来吸收社会资本,失去现代公司制度之本意。并且,他断言“吾国原有之合伙商业,为保存秘密起见,恐对于此种组织之公司,难以欢迎。”对于合伙组织改造,他建议引入英美“有限合伙”制,其称“如必欲保留合伙之组织,则一部分之股东,尽可按照有限合伙(Limited Partnership)之办法,在官厅注册,证明其责任之限度,其他股东,至少须有一人,责任为无限。”<sup>④</sup>正如顾氏所言,商界对分担无限公司并不支持。1933年8月中旬,上海市杂粮油饼业等六大同业公会刊文表示不赞同分担无限公司,并从“法律行为”“商业登记”“无限公司”“各国法律”“立法精神”及“违反契约”六方面驳辩潘氏对合伙组织“流弊”的指责。<sup>⑤</sup>同时,上海市商会也函复潘序伦,认为其所言之“流弊”都可以进行补救,应“于合伙制度之中,行分担无限公司之精神”,“另起炉灶,固不如就合伙而改革其办法”。<sup>⑥</sup>最终,在商、学两界异议下,潘序伦提出的分担无限公司设想被搁置。

### 三、融“按股分担”习惯于成文法的尝试与流产

在商界迭次陈情和多方游说下,部分立法委员立场有所改变。吴开先、赵琛等立法委员向立法院提议修改《民法债编》第681条,具体修改方式为“民法第六百八十一条原文之后,增一‘但合伙之已向主管官署办理正式登记者,各合伙人得按其所认之股额分负责任’”。从修改内容看,实际上以合伙商号登记注册为前提,换取对“按股分担”习惯的承认。但该提议经立法院民法委员会和商法委员会联席会议共同讨论,并未被多数委员认可。1933年9月29日,立法院第三十次会议议决“《民法债编》第六百八十一条文,无庸加以修正,至合伙组织可另定商业登记法以为补救,拟请院会交付民法委员会会同商法委员会详细研究办理”。<sup>⑦</sup>由此可见,在商界抗争和游说下,立法院给出一个替代方案,即在《商业登记法》中增列相关条款予以补救。此补救方案决定被商界认为立法院默许可以将“按股分担”习惯融入成文法,这成为后续商界争取“按股分担”习惯的主要依据。

补救方案并未如商界预想的那么顺利,立法院迟迟未开展立法活动,《商业登记法》起草一直处于搁置状态。1934年6月17日,上海市商会第五届会员大会中,执行委员会再次提出“继续力争合伙债务连带负责案”,最终大会议决“应请呈立法院迅予议订,在该法起草以后,未经议决以前,并应

① 《潘序伦对于新公司法之主张:在立法院陈述分担无限公司之必要》,《钱业月报》第9卷第3号(1929年4月)。

② 宓汝卓:《公司法中之分担无限公司问题》,《银行周报》第13卷第15号(1929年4月)。

③ 潘序伦:《为分担无限公司进一解》,《银行周报》第13卷第16号(1929年4月)。

④ 顾翊群:《分担无限公司问题质疑》,《银行周报》第13卷第18号(1929年5月)。

⑤ 《杂粮业公会等对潘序伦合伙责任意见之驳辩》,《国货新声》第55期(1933年9月)。

⑥ 《本会函电纪要:为合伙制度事复潘会计师函》(1933年8月19日),《商业月报》第13卷第9号(1933年9月)。

⑦ 以上皆见《立法院长孙科函国民政府文官处关于民法第六八一条无庸修正》(1933年10月9日),台湾“国史馆”藏,国民政府档案,档号001-012031-00009-021。

尽量征求商人团体意见,以免隔阂”。<sup>①</sup>7月11日,全国商联合会也发布函电,请立法院编订《商业登记法》,并要求“属会及各区埠商会,派员列席,以资补救而臻完善”。<sup>②</sup>在商界呼吁下,立法院开始推进《商业登记法》立法工作,商法委员会推定立法委员黄右昌主持起草该法案。7月下旬,黄右昌来沪调查商业习惯,此次调查主要有两点,一为“隐名合伙”;二为“不遵照公司法注册之商号”。<sup>③</sup>但实际会晤中,上海市商界仍关注合伙“连带责任”问题,商界领袖一致认为“合伙债务连带负责,实际上困难万分,如果实施,全国商业组织,必致大受打击,必须赖商业登记法以为补救”;建议加入“登记者按照登记所负之股数负责,未登记者,仍对外负连带之责”。<sup>④</sup>上海调查结束后,黄右昌赴普陀山起草该法案。<sup>⑤</sup>直至8月下旬,黄氏返回南京途中再赴上海市商会进行“更详尽之探讨”。<sup>⑥</sup>此次往返上海之行,黄右昌与上海商界对合伙“连带责任”补救问题达成了部分共识。1934年8月底,黄右昌基本完成了《商业登记法》起草工作。<sup>⑦</sup>从后续报道的《商业登记法草案》内容看,其中第9条明确规定“合伙人之姓名、住址及出资之种类数额,如已由各该本人向营业所所在地之主管署登记者,得于其出资限度内,负分担损失之责,股份有转移或变更时亦同。”<sup>⑧</sup>此条规定,意味着合伙“按股分担”习惯被《商业登记法》接受,合伙商号在官署登记注册后可以适用。

此补救方案源自于何?搜寻相关资料未见详细解释,笔者推断可能是借鉴香港地区的合伙法案。19世纪末20世纪初,香港华商界合伙商号破产债务纠纷问题频繁出现。当时合伙商号中“因股东多用堂名入股,遇事无从追讨债务”。鉴于此,香港华商“请政府立例,使各行店注册,惟因中西生意规则各相悬殊;政府斯时不见改换西例,以就华人生意规则,故其议遂寝”。<sup>⑨</sup>这里所说的“中西生意规则各自悬殊”,系指西例中“以股东之有力者先还债务,后由各股东取回”,即“连带责任”;而华商惯例系“生意盈亏苦乐均沾”,即“按股分担”。<sup>⑩</sup>“其议遂寝”的缘由,据调查员称“此事不提议其故有三:(一)华英法律关于倒盘生意,股伴担负债项各自不同;(二)华人不将真姓名注册,致有瞒骗争讼之事须费巨资,方能查出谁是真股伴;(三)订立此例足可以将港中之资本驱往别处及可以干预商务”。<sup>⑪</sup>直至1909年,港英政府法政司草拟了《注册伴生意则例》(The Chinese Partnerships Ordinance)。该则例草拟后,由法政司致函香港华商会征求意见。该则例主要内容是“凡属行店该股东须用真姓名注册”,如照此例注册,则实行“苦乐均沾”,即“如股份中曾受用过一分之利益者,须担负一分之亏折。”<sup>⑫</sup>1910年11月,香港华商会又对《注册伴生意则例》进行讨论,并提出若干修改意见。<sup>⑬</sup>1911年4月21日,港英政府第53号法令(No. 53 of 1911)颁行该则例。其序言特别说明是为规范华人合伙营业注册之法令,促使合伙商号合伙人能够登记注册,从而限制其责任;该条例第5条第3款明确规定已登记的合伙商号合伙人,按股份比例承担无限责任。<sup>⑭</sup>由此可见,此法案颁布后,香港地区对已注册华商合伙商号的股东实行“按股分担”责任。此规定与《商业登记法草案》第9条补救方案的内容基本相同。

① 《市商会力争合伙责任请速订商业登记法》,《新闻报》1934年6月21日,第11版。

② 《全国商联合会电立法院请速订商业登记法》,《申报》1934年7月11日,第12版。

③ 《立法院起草商业登记法黄右昌来沪调查商情》,《申报》1934年7月23日,第10版。

④ 《立法院着手起草商业登记法》,《银行周报》第18卷第30期(1934年8月)。

⑤ 《黄右昌将草拟商业登记法》,《中央日报》1934年7月30日,第3版。

⑥ 《立法委员黄右昌草竣商业登记法》,《申报》1934年8月25日,第13版。

⑦ 《商业登记:黄右昌起草法规脱稿》,《大公报》(天津)1934年8月29日,第3版。

⑧ 黄右昌:《商业登记法草案》,《实业季报》第2卷第1期(1935年1月)。

⑨ 《华商公局志事录:第87次叙会记录》(1910年11月20日),香港历史档案处藏,香港华商公局档案,档号HKMSI163-1-1。

⑩ 《华商公局为注册伴生意事会议》,《华字日报》1910年11月24日,第3版。

⑪ 《港督对于华人伴生意注册之议论》,《华字日报》1911年4月22日,第3版。

⑫ 《华商公局志事录:第81次叙会记录》(1909年12月7日),香港历史档案处藏,香港华商公局档案,档号HKMSI163-1-1。

⑬ 《华商公局志事录:第87次叙会记录》(1910年11月20日),香港历史档案处藏,香港华商公局档案,档号HKMSI163-1-1。

⑭ Hong Kong Government, "Chinese Partnerships Ordinances," *Laws of Hong Kong*, Hong Kong: Government Printer, 1912, p. 2063.



根据立法程序,《商业登记法草案》须由立法委员进行逐条审读。10月28日,黄右昌向立法院提交报告。该报告指出根据上海调查和各方意见,对于合伙责任问题采用“正式登记者按股分担责任,未登记者仍负连带之责”。<sup>①</sup>10月31日,立法院召开《商业登记法草案》审读会,其中实业部、商会联合会、上海市商会也派代表出席。此次会议中多方代表各抒己见,商界代表极力主张维持草案第9条采用“按股分担”责任,马寅初委员提出“保证有限公司”,<sup>②</sup>吴经熊委员认为可以恢复民初大理院采用的“连合责任”,也有委员提议“分担无限公司”,立法委员对合伙责任问题仍未达成共识。<sup>③</sup>除各方意见分歧外,马寅初还从法理上解释,其称《商业登记法》是民事特别法,主要是补充《民法》对登记商号及账簿规定的缺失,而对于合伙责任问题应否列入尚需研究;“纵拟列入,为衡情酌理及不背民法、商法,多数拟主采分担联合责任,俟下次开会再行决定办法”。<sup>④</sup>此解释与之前立法院起草《商业登记法》作为合伙组织补救的说法存在较大出入,成为后续争议焦点。

《商业登记法草案》第9条被搁置的消息传开后,上海市商会通电各地商会,表示“敝会除再呈立法院、实业部继续陈请外,务祈各地商会向院部一致主张”。<sup>⑤</sup>全国商联合会也呼应上海市商会,通电全国商界重视《商业登记法》第9条,号召“全国一致力争须照原草案通过施行”。<sup>⑥</sup>面对商界呼吁,立法院改变了对《商业登记法》立法的解释:声称起草《商业登记法》的目的系为代替旧《商人通例》,而不是商界所谓为“《民法》第六百八十一条谋补救而制定”。<sup>⑦</sup>但该解释并未被商会认同,在上海市商会倡议下,各地商会纷纷建言,电请立法院准予通过《商业登记法草案》,以资补救合伙责任问题。<sup>⑧</sup>1935年初,上海市商会再次催促立法院再行召集审查会议,采纳“按股分担”习惯,速定《商业登记法》。<sup>⑨</sup>在商界一再呈请下,1935年2月14日立法院商法委员会开会,第二次审议《商业登记法草案》。此次会议中部分委员有所妥协,提议可将“连带责任”和“按股分担”进行折衷,即采用大理院判例中的“连合分担”责任。对于此建议,商界早已表明反对,上海市商会认为“连合分担”与“连带负责”,“外表虽异,实际略同”;因此一致拥护《商业登记法草案》第9条,希望立法院予以顺利通过。<sup>⑩</sup>由于各方未达成共识,最终对此问题立法院委员决议“保留未讨论”。<sup>⑪</sup>

该审查结果公布后,商会并未放弃,此后一年多时间内,商会迭次催促实施《商业登记法草案》,但立法院均不为所动。<sup>⑫</sup>商界如此急切改订合伙责任,与1935年前后合伙商号大规模破产危机有关。受“白银风潮”影响,全国工商业出现了大规模倒闭停业现象。以上海为例,据统计1934年1月至1935年12月,工厂、商号等倒闭停业总数为1575家,其中普通商号723家,占一半左右。<sup>⑬</sup>这些普通商号多数为合伙组织,停业倒闭造成严重债务纠纷。在债务纠纷中,民法第681条“连带责任”

① 黄右昌:《商业登记法草案并报告》,叶致中编:《合伙法例》,上海市商会出版1937年版,第185—186页。

② 保证有限公司是指该公司破产时,除将公司所有资产抵充债务外,股东再出一倍、两倍或数倍股本,以为担保。关于保证有限公司基本状况,可参见萧韶:《保证有限公司制度之研究(一)》,《法律评论》(北京)第10卷第40号(1933年7月)。

③ 会议上各方具体观点和理由,参见马寅初:《合伙企业之连带无限责任问题》(上),《银行周报》第19卷第16期(1935年4月);《合伙企业之连带无限责任问题》(下),《银行周报》第19卷第20期(1935年5月)。

④ 《马寅初谈商业登记法》,《申报》1934年11月3日,第3版。

⑤ 《市商会通电各地商会表示商业登记法意见》,《申报》1934年11月5日,第10版。

⑥ 《全国商联合会重视商业登记法第九条》,《时事新报》(上海)1934年11月6日,第9版。

⑦ 《立法院民商法两委会起草商业登记法》,《中央日报》1934年11月13日,第3版。

⑧ 《各地商会纷请速订商业登记法》,《时事新报》(上海)1934年11月22日,第9版。

⑨ 《市商会呈催速订商业登记法》,《新闻报》1935年1月22日,第10版。

⑩ 《市商会执监会议讨论商业登记法》,《申报》1934年11月9日,第10版;《市商会呈院部述登记法意见》,《申报》1934年11月12日,第9版。

⑪ 《立法院商委会审查商业登记法》,《新闻报》1935年2月15日,第8版。

⑫ 参见《市商会再电立法院请速订商业登记法》,《申报》1935年3月4日,第11版;《武汉商联合会请迅颁商业登记法》,《申报》1935年4月19日,第7版;《市商会呈立法院请速订商业登记法》,《申报》1936年6月26日,第12版等。

⑬ 《上海工商金融等业倒闭停业统计》,《经济统计月志》第3卷第5期(1936年5月)。

条款,成为债权人追索债务的法律资源。如黄楚九经营的共发公司宣告倒闭清理;1934年9月,债权人控告汪裕泰茶号、华洋药房、刘嘉记等合伙人承担连带债务责任。<sup>①</sup>1935年6月,永兴钱庄倒闭停业,债权人新文化书社控告郁震东、陈静涛等钱庄合伙人,也要求合伙人承担连带清偿责任。<sup>②</sup>同年,财政部给上海钱业公会的训令也强调,钱庄系合伙性质,各合伙人应“连带负无限责任”。<sup>③</sup>此期间部分合伙债务上诉案件中,最高法院也是依据民法第681条要求合伙人承担连带责任。<sup>④</sup>

上述案例的出现,使上海商界意识到“按股分担”习惯面临被废弃的危机。1936年7月下旬,在十九省市商会联席会议召开之际,各省商会代表再次提出“所有关于合伙债务,无论从修改《民法债篇》第六八一条入手,抑仍维持另订《商业登记法》,以资补救原议,总以迅赐议决”,议决赴南京立法院“面谒立法院长孙科”。<sup>⑤</sup>根据商会联席会决议,7月24日,王晓籁、余蓉樵等率领的21省县商会代表抵达南京商会,就裁撤厘金、修正商会法及合伙责任问题分别向中央党部、行政院、立法院、财政部、实业部请愿。<sup>⑥</sup>此次请愿取得了一定成效,立法院表示“修改民法第六八一条合伙责任,允呈报孙院长核办。”<sup>⑦</sup>但立法院的妥协遭到法学界人士反对,吴振源指出《商业登记法草案》第9条若实施,“全体合伙人均经登记,是无异于股份有限公司之破产”,“凡与合伙交易之债权人,皆无辜受损”。<sup>⑧</sup>9月17日,立法院民、商法两委员会召开合伙责任问题第三次讨论,但“究应照民法六八一条负无限责任,抑照商界意见负有限责任,仍无具体结论”。<sup>⑨</sup>此后,上海市商会和其他各地商会代表仍未放弃,仍电请立法院通过《商会登记法草案》。<sup>⑩</sup>

直至1937年6月18日,立法院召开会议讨论,《商业登记法》最终获得审读通过。<sup>⑪</sup>6月28日,《商业登记法》正式公布,但与草案相比,正式法案第9条发生重大改动。其第9条内容为“经营商业之合伙,应将合伙人之姓名、住所、出资之种类、数额向主管官署声请登记。合伙已依前项规定为登记,其约定出资而未登记为该合伙之合伙人者,视为隐名合伙人,适用《民法》关于隐名合伙人之规定”。<sup>⑫</sup>也就是说,经过商业登记的合伙人仍须承担连带责任,若合伙人不想承担连带责任只能充当隐名合伙人。对于隐名合伙人债务责任,依据《民法债编》第703条规定“仅于其出资之限度内负分担损失之责任”。<sup>⑬</sup>此方案对已登记和未登记合伙人债务责任进行区分,立法院认为这是对于合伙责任问题的“折衷规定”;同时,立法院还指出隐名合伙规定可以防止奸猾之人利用社会名人效应,提高合伙营业信用,防范骗取贷款。<sup>⑭</sup>利用隐名合伙理论解决合伙责任问题,可能是马寅初提出的。早在1935年,他曾就建言“从各方面来看,合伙分担问题不如在民法隐名合伙之规定上设法解决。只须将隐名合伙加以明白解释,不必另行修改,当可适应商人之需要,足以补救连带无限责任之缺点。”<sup>⑮</sup>1936年2月,最高法院“上字第2984号”判例曾对隐名合伙进行了司法解释,其指出“隐名合伙人仅于其出资之限度内负分担损失之责任等语并非强制之规定,如当事人间另有特别约定,自应

① 《日夜银行债权人呈控合伙股东》,《申报》1934年9月5日,第15版。

② 《永兴钱庄倒闭后新文化社控诉》,《申报》1935年6月12日,第10版。

③ 《财政部监督停业各庄清理事宜》(1935年4月29日),上海市档案馆藏,上海钱业公会档案,档号S174-1-63。

④ 《最高法院判决二十四年度上字第二四八一号》,《商业月报》第17卷第3号(1937年3月)。

⑤ 《昨日第三次大会后商会联席会议闭幕》,《申报》1936年7月23日,第12版。

⑥ 《各省市商会代表昨晚晋京请愿》,《申报》1936年7月24日,第11版。

⑦ 《各省市商会晋京请愿代表返沪请愿各点结果圆满》,《申报》1936年7月27日,第9版。

⑧ 吴振源:《民法上合伙人之责任问题》,《政问周刊》第32号(1936年8月)。

⑨ 《立法院本周院会》,《申报》1936年9月18日,第8版。

⑩ 《市商会再呈立法院催订合伙连带责任》,《时事新报》(上海)1936年11月10日,第9版。

⑪ 《立法院院会昨通过商业登记法等案》,《中央日报》1937年6月19日,第3版。

⑫ 《公布商业登记法令》(1937年6月28日),《国民政府公报》第2392号(1937年6月)。

⑬ 郭元觉辑校:《中华民国民法债编》,第115页。

⑭ 《商业登记法制定动机:关于合伙责任问题已作折衷规定》,《时事新报》(上海)1937年6月19日,第5版。

⑮ 马寅初:《合伙企业之连带无限责任问题(下)》,《银行周报》第19卷第20期(1935年5月)。

从其约定”。<sup>①</sup> 从此解释来看,早在《商业登记法》颁布前,最高法院判例已经暗示隐名合伙人和出名合伙人可以存在特殊约定。换言之,隐名合伙人和出名合伙人之间的“按股分担”习惯也被予以承认。

由此可见,经商界持续抗争和努力,“按股分担”习惯一度被纳入《商业登记法草案》,但该草案历经三轮讨论均未获得立法院通过,最后仅是借助民法隐名合伙理论为合伙人摆脱“连带责任”提供了一个选择。这实际是《民法》隐名合伙规定的扩大化解释,实质仍是一种隐名合伙。这与商界建议合伙登记注册后,承认普通合伙人“按股分担”习惯的主张相去甚远。随着全面抗战爆发,尽管商界对该问题仍有异议,<sup>②</sup>但已难以改变既定法律。最终,“按股分担”习惯未被纳入成文法,仅存在于出名合伙和隐名合伙的特别约定之中。

#### 四、本土合伙责任问题的再思考

从1929年《民法债编》颁布到1937年《商业登记法》出台,合伙责任问题争论历经8年,直至抗战爆发才得以停息。以商会为代表的商界力量进行了持久抗争和游说,期间立法院立场曾有妥协犹豫,但最终合伙习惯仍被排拒在成文法之外。债务责任是商业史研究的重要问题,有学者曾指出商业史就是制度化过程的历史,商业史研究重要内容之一就是传统无限债权向现代有限债权的演变。<sup>③</sup>《民法债编》第681条合伙连带无限责任立法是近代中国企业组织演变的关键节点,从商学两界对该问题的争论出发,可以为中国合伙责任问题提供部分新认识。

中国本土合伙责任问题,早已受到学界关注。部分学者认为传统中国合伙担负无限责任,但也有研究试图探寻传统合伙商号中有限责任的萌芽,其中具有代表性的是山西晋商的“股俸制”和自贡盐业的“井债井还”制度。<sup>④</sup> 关于上述两种“有限责任”观点,笔者以为尚有待进一步讨论。清代以来的晋商“股俸制”,实际上是一种资本与人力相结合的特殊合伙。一般来说,合伙中“股”往往是指对商号所有权的占有份额,仔细分析晋商“股俸制”可以看出,经营人享有“身股”并不是对合伙所有权的占有份额,而是一种盈利分配份额。<sup>⑤</sup> 换言之,“身股”中的“股”与现代意义对企业占有的“股”并不是同一概念。晋商“股俸制”中经营人的“有限责任”并不是现代意义上鼓励股东投资和分担风险的有限责任,而是类似一种人才激励手段。对于自贡盐业“井债井还”的有限责任,<sup>⑥</sup>主要疑问有三点:首先,正如学者所言,使用史料均为民国以后资料,是否为近代以来产物尚存疑问。<sup>⑦</sup> 其次,作为矿冶业的盐业有其特殊性,即需要前期大量资本和固定资产投入,出现旧业、新业或上、中、下分节采办也较为普遍。矿冶业商号本身存在大量固定资产,且一旦开采成功还有持久的收益;即使采办过程中出现债务危机,也可以用固定资产和未来收益抵偿。<sup>⑧</sup> 再次,需要区分债务清偿中道义上的无限责任和实际清偿中的有限责任,不能以实践中有限案例倒推为制度上的有限责任。从道义上讲“欠债还钱,天经地义”,但债务人真正无法清偿债务时,明清以来实践中双方往往是协商摊还解决。<sup>⑨</sup> 自贡井盐实践中存在打折或减额清偿债务的案例,能否推论为制度或习惯表达上的有限责任存在疑问。基于以上分析,笔者认为整体看中国本土合伙是无限责任。

① 《章子蔚与杨律和因请求摊偿亏款事项上诉案》(1936年2月20日),《司法公报》第150号(1936年11月)。

② 参见楚声:《商业登记法与商店债务责任》,《钱业月报》第17卷第7号(1937年7月)。

③ 科大卫:《公司法与近代商号的出现》,陈春声译,《中国经济史研究》2002年第3期。

④ 参见刘秋根:《中国古代合伙制初探》,人民出版社2007年版,第36—37页。

⑤ 关于晋商股俸制特点,参见张正明:《清代晋商的股俸制》,《中国社会经济史研究》1989年第1期。

⑥ 相关研究参见彭久松、陈然:《中国契约股份制》,成都科技大学出版社1994年版,第166—171页;支果:《论我国传统盐业合伙债务清偿的特点》,《四川理工学院学报(社会科学版)》2007年第3期。

⑦ 张忠民:《前近代中国合伙企业组织的产权制度特征》,《中国经济史研究》2022年第1期。

⑧ 关于矿冶业合伙特点,参见刘秋根:《中国古代合伙制初探》,第353、359页。

⑨ 参见娄敏:《“有限”与“无限”之间:摊还规则的偿债逻辑——以江津县债务类司法档案为中心》,《中国经济史研究》2018年第2期。

在明确合伙无限责任基础上,还需要注意区分无限责任的类型。众所周知,现代法律中合伙无限责任具有连带性。关于此点,近期有学者讨论前近代合伙企业组织产权制度特征时,也认为无限责任和基于无限责任的连带赔偿是前近代中国合伙企业的基本特征。<sup>①</sup>但从上述《民法债编》第681条争论看,中国本土合伙责任是一种按股无限责任,而不是连带无限责任。这种按股无限责任的无限性被限定于合伙人所占份额内,单个合伙人承担的债务份额具有明确划分,合伙人之间债务责任被彻底切割且互不关联。按股无限责任使单个合伙人的责任风险具有独立性、可控性,能够避免受到其他合伙人破产的波及。在按股无限责任下,合伙人之间内部责任对第三方债权人也具有效力,是介于绝对无限和有限之间的相对无限责任,存在一定的“有限性”。与按股无限责任相反,连带无限责任具有不可分割性,且合伙人之间存在连带关联,单个合伙人之间债务责任数额划分只在合伙组织内部有效,不能以此对抗债权人。

需要说明的是,上述讨论主要是指出资合伙人之间的债务责任关系,并不是出资合伙人与其家属之间的责任关系。民国以前中国往往是家庭或家族共财,不存在现代意义上的个人财产;合伙债务清偿连带家庭、家族其他成员是常态。这种基于血缘关系的连带责任,与合伙人之间连带责任需要区分开来;以往部分学者在讨论过程中,存在将两种连带责任混为一谈的现象。还有一点需要指出,应该区分普通私人债务和涉及官款、公款的债务。对于后者,帝制时期的地方官为维护自身利益和保障公款,往往迫使其他股东承担连带清偿责任,甚至还会牵连行业组织。<sup>②</sup>此外,还要注意商业实践中存在债务人迫于家资散尽,无奈与债权人协商“摊还”,而呈现出“暂时性有限责任”状况。<sup>③</sup>

在合伙责任问题争论中,商界函电中称“按股分担”习惯是“商场自昔沿袭之通例”。<sup>④</sup>该习惯具体始于何时已经很难考证,从现有资料看,早在19世纪中后期已经是通行商贸口岸的合伙习惯。1887年11月,《皇家亚洲文会北华支会会报》曾刊文指出,上海、天津、汉口、广州等地谙熟中国商业的驻华领事曾对中国合伙责任问题进行讨论,最终他们认为“按股分担”责任是中国合伙债务的普遍习惯。<sup>⑤</sup>同时,有学者对同光时期巴县司法档案中66件工商业合伙债务案例进行考察,也认为晚清巴县合伙债务清偿可归纳为“按股分担的无限责任”。<sup>⑥</sup>徽商合伙商号债务纠纷案件审理中,也支持合伙人“各账各算”“按股摊还”。<sup>⑦</sup>由此可见,在19世纪中后期合伙“按股分担”责任已经较为普遍。再向近代以前追溯,巴县司法档案中也可看到类似案例。范雋修、张可秀两人合伙集成庆记商号,嘉庆十年(1805)二月,范雋修之父范敦儒使用集成庆记商号图章,赊买陕西客商权辉先棉花114包,计银4074两6钱1分。但到十月约定缴纳货款时,范敦儒生意赔折,无法偿还债务。由于购买棉花使用集成庆记图章,亏欠货款不得不由集成庆记商号承担。最终,该债务纠纷处理结果为合伙人张可秀偿还一半债务,另一半有范氏父子与权辉先另立契约,缓期偿还。<sup>⑧</sup>同时期,巴县档案中合伙退伙、

① 参见张忠民:《前近代中国合伙企业组织的产权制度特征》,《中国经济史研究》2022年第1期。

② 典型案例是18世纪广州商行债务案件,参见陈国栋:《经营管理与财务困境——清中期广州行商周转不灵问题研究》,花城出版社2019年版,第189页。19世纪中后期债务审断情况,参见张世慧:《政务活动下的债案审断:19世纪中后期地方官府与倒账案》,《中国经济史研究》2019年第6期。

③ 参见娄敏:《“有限”与“无限”之间:摊还规则的偿债逻辑——以江津县债务类司法档案为中心》,《中国经济史研究》2018年第2期。

④ 《总商会呈国府文:为合伙营业责任事》,《新闻报》1928年11月15日,第16版。

⑤ “Chinese Partnerships; Liability of the Individual Members,” *Journal of The China Branch of the Royal Asiatic Society*, Vol. 22, Nov. 18th, 1887, pp. 40 - 41, 46 - 47.

⑥ 谢晶:《无“法”的司法——晚清巴县工商业合伙债务纠纷解决机制研究》,《法律史研究》(台湾)第25期(2014年6月)。

⑦ 参见范金民等著:《明清商事纠纷与商业诉讼》,南京大学出版社2007年版,第37—38页。

⑧ 《本城翠微坊权辉先具告范雋修等买棉花欠款一案》(嘉庆十一年三月),四川省档案馆藏,巴县档案,档号清6-05-4652。

拆伙契约也表明,在合伙商号亏折后,合伙人承担自己所占股份份额的债务后,便可顺利退伙或拆伙。<sup>①</sup> 上述两个案例从正反两面表明,合伙人之间的债务责任可以被独立分割开来,属于“按股分担”责任。除巴县外,河西走廊永昌地区嘉庆、道光 and 同治年间多份“分伙契约”也载明,合伙债务分担是“照股均认”“按股均分”。<sup>②</sup> 此外,道光早期地方司法判牒中的案例也支持合伙经营亏折后,按股分担债务责任。道光二年,雷声纯、雷声照兄弟受领李天培、宋正股本银共计二千两,在陕西泾阳开设兴盛和杂货布铺。道光九年,雷氏兄弟生意经营败坏,抵消铺户存银后,尚欠外债一万余两。经过协商,除舍弃本银外,李、宋二人再出银四千二百五十两偿还六折债务后,“无论足与不足,此后利害具不与李宋二东相干,立有‘永断葛藤’字据”。但雷声照并未将李、宋二人银两用于偿还债务,以致债主公盛福铺伙杨布瀛赴官府控诉,请求偿还债务。最终,地方官判定该案“有‘永断葛藤’四字铁据,南山可移,此约不可易矣”,公盛福号债款应该由雷声照承担。<sup>③</sup> 此案可以看出,合伙人之间按股分担债务责任的效力获得了地方官府支持。另外,还有学者发现,万历四十一年(1613)徽州祁门合伙也存在按照股份各自清偿债务,不得涉及他人的案例。<sup>④</sup> 以上案例表明,这种合伙按股无限责任,在前近代商业实践中已经存在。当然,普遍到何种程度,还需要进一步探讨。

在按股无限责任下,债权人需要向每个合伙人一一追索;若发生单个合伙人逃匿或破产,债权损失将无法避免。而连带无限责任下,合伙人内部债务责任划分,仅在合伙组织内部有效,对第三方债权人无效;债权人可以直接向合伙组织中有资力的任意合伙人要求清偿全部债权。即使出现单个合伙人逃匿或破产状况,债权人仍可以要求其他合伙成员承担。同时,债权人仅向单个合伙人要求清偿全部债权,也极大降低了债权人的追索成本。因此,1930年合伙连带无限责任制度的确立较大程度提高了合伙人债务责任。这是近代中国合伙组织的重要变革,可以视为一种债务违约风险责任的调整,改变了本土合伙组织中合伙人和债权人之间的风险责任分配。合伙人债务责任的改变对传统金融行业冲击较大,成为促进其组织形式改革的催化剂之一。1935年,受白银风潮影响,宁波爆发大规模钱业倒闭风潮,二十余家钱庄倒闭。<sup>⑤</sup> 次年,鄞县钱庄同业公会函请财政部核准钱庄改组有限公司,在陈述改组理由时,曾指出“钱庄为合伙商店,股东应负无限责任,巨商富贾,不愿投资,商业金融,未能活泼;小本工商,苦难维持,市面萧条,怒焉忧之;敝会为谋同业之福利,力图改革,拟将钱庄组织为股份有限公司”。<sup>⑥</sup> 对于此变革,经济学家李权时评论称“其真正困难,实在股东之连带无限责任繁重;失败时,家境宽裕之股东将有不胜连带无限赔累之苦耳;设国家立法能顾到国内向来商界按股无限分担之习惯,则钱业或不致亟亟请求改组为股份有限公司之组织也”。<sup>⑦</sup> 自抗战爆发至1940年11月,上海“汇划钱庄”中依照有限公司设立者已经有福利、金源两家,另有四家钱庄正在改组筹备中。<sup>⑧</sup> 抗战中后期,江浙地方合伙钱庄也开始“银行化”的改组趋势,其中变革债务连带无限责任也是经营者的考量因素。<sup>⑨</sup> 从此点反推,近代中国民间资本中合伙制企业表现出强大的生命力,除了以往学者关注的成本低、规模小等特点外,<sup>⑩</sup> 债务责任问题可能也是重要原因。

① 两个较为典型的契约是嘉庆十三年“武云等分伙约”和道光六年(1826)“方日刚等拆伙约”,参见李玉:《从巴县档案看传统合伙制的特征》,《贵州师范大学学报(社会科学版)》2000年第1期。

② 谢继忠:《清代河西走廊“合伙经营”及其特点——以新发现的永昌契约文书为中心》,“中国经济史学会年会”论文,山西太原,2018年。

③ 该案详情参见邱煌:《府判录存》卷5,道光十九年刻本,第15—20页。

④ 参见侯永国:《近代中国合伙责任立法及争议》,上海中山书社编:《近代中国》第29辑,上海社会科学院出版社2018年版。

⑤ 徐世治:《调查:宁波钱业风潮报告(附表)》,《浙江商务》第1卷第1期(1936年1月)。

⑥ 《钱庄照股份公司组织》,《新闻报》1938年12月3日,第25版。

⑦ 权时:《钱庄与股份有限公司组织》,《银行周报》第22卷第50期(1938年12月)。

⑧ 《钱业筹组有限公司钱庄》,《新闻报》1940年11月19日,第7版。

⑨ 参见林鑫:《20世纪40年代钱庄业的复兴与改制——以永嘉县为例的考察》,《中国经济史研究》2018年第3期。

⑩ 朱荫贵:《试论近代中国民间资本中合伙制企业生命力强大的原因》,《东南学术》2018年第3期。

## Establishment and Disputes of Co-partnership's Joint and Several Liability during the 1930s

### —Concurrently Discuss of Native Partnership Liability

Zhang Shihui

**Abstract:** In 1930, Article 681 of the Civil Code of the Republic of China introduced joint and several unlimited liability for partnerships, expanding the scope of liability of partners for debt risks. However, businesspersons protested the disparity between the rights and obligations of partners. Under the protest of the merchants, Shu Lun Pan proposed the idea of “Pro-Rata’s unlimited company” (分担无限公司), but it was not approved by the academic and business circles. At the suggestion of some legislators, the legislature indicated that the remedy could be in the business registration law. The registration of partnership firms was a prerequisite for the incorporation of local partnership customs into statutory law. Based on this, the custom of “Pro-Rata’s liability” (按股分担) was incorporated into Article 9 of the Draft Commercial Registration Law. However, after many deliberations, the Legislative Yuan was unable to adopt Article 9 of the draft, and the controversy was eliminated through the civil law theory of anonymous partnership. This issue highlights the complex relationship between inherent customs and new styles of law, providing new insights into partnership liability in China.

**Keywords:** Partnership, Debt, Custom, Unlimited Liability

(责任编辑:高超群)

## 《矿政:清代国家治理的逻辑与困境》出版

中山大学温春来教授的《矿政:清代国家治理的逻辑与困境》一书由社会科学文献出版社 2024 年 1 月出版。

“国家的维系,有赖于资源的汲取。资源汲取的方式,对应着不同的国家治理模式。”该书从这一观点出发,通过丰富的档案、政书、实录等史料呈现清王朝的矿产资源汲取模式,进而揭示彼时国家治理的结构性困境。

清王朝大量铸钱,对币材(铜、锌、铅)有大规模需求,由此推动了矿业发展。清统治者已经认识到官办矿业无法解决贪腐与效率低下的难题,因此让百姓办矿。但彼时除银矿外,矿业回报率较低,富商大贾不愿投资,主要靠缺乏机会成本的一些穷民集资从事矿业。当铜、锌、铅矿业因此而面临困难时,朝廷指示各省筹集经费解送滇黔,并向矿厂放贷,同时积极修筑道路,解决运输问题。

清王朝举全国之力推动铜铅锌矿业,并通过一套复杂而严苛的税费政策,控制了绝大部分产品,极大压制了自由市场。自雍正末年到太平天国起事之前,官方平均每年的矿业收益约为 50 多万两白银。官方的收益,以“息”名之。这类“息”是一种不考虑真实市场要素,通过行政力量严格限定原料、产品、运费、人工、管理的价格后制造出的盈余,它并不反映真实的经济事实甚至与之严重背离,此为“行政造‘息’”,与“市场生‘息’”相对。

官方的收益很不稳定。矿业成本具有递增性。矿厂初开时,虽然税费很重,厂民尚可获利。成本递增,厂民就会亏损,矿厂有倒闭之虞。国家只得做出税费让步,或给厂民补助,双方达到一个新的平衡点。但成本不断递增,新平衡点再次被打破,官方被迫继续让利,达到一个更新的平衡点。随着时间推移,必然会到达一个最后平衡点,此时,官方难以在满足需求的同时保证自己与厂民均不亏本,除非能找到新的富矿,否则矿业衰落不可避免。清代矿业在嘉道年间已经陷入这一结构性困境,之后太平天国运动令矿业崩溃。太平天国被镇压后,朝廷力图恢复云贵矿业,但财权的中央集中体制已经被破坏,各省不再恪遵命令解银至滇黔,矿业再也不能恢复旧观。

通过上述历史过程,联系明清王朝对食盐、丝绸、瓷器、马匹等重要物资的汲取模式,结合 15—18 世纪国家转型的大背景,该书阐发了“中央全面决定机制”“猜忌型决策”“行政造‘息’”“事例原则”等概念,以揭示清代国家治理的逻辑与困境。清王朝强化了中央集权,但又无力知悉地方实情,对地方持怀疑态度,因此力图全面指令地方官的行动。这些指令往往与实情不符,在运作中也会导致低效。这反映了在传统的交通与信息手段制约下,一个广土众民、各地情形迥异的大一统中央集权国家,实现有效治理的困难。不得已之下,清代国家治理中,贯穿了“事例原则”。这些“例”,原本只是一个个案,从未上升为形诸文字的普遍性规定,但却跨越空间和时间,成为后继者的标准,让此地遵彼地之例,此时遵彼时之例。但例的僵化性决定了它无法一成不变地执行,在实践中必然产生变通。中国历史上的许多制度在地方的实践均是如此,制度不变通就不可以落地——正如思想不诠释就不可以传播,制度变通的过程就是它落地的过程。(黄国信)