

争议解决法律

资管争议解决：基金退出纠纷之三 — 想说除名不容易

作者：尤杨 | 赵之涵 | 张树祥

《中华人民共和国合伙企业法》（下称“《合伙企业法》”）第四十九条第一款规定：“合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：（一）未履行出资义务；（二）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；（三）执行合伙事务时有不正当行为；（四）发生合伙协议约定的事由”。第六十三条第（四）项进一步规定，在有限合伙企业的合伙协议中，应当载明执行事务合伙人的除名和更换程序。前述规定在基金业协会发布的私募投资基金合同指引中亦有所体现。

《合伙企业法》赋予了除名合伙人的权利，体现了权利与义务相对等的原则。但实践中合伙人行使这一法定权利却往往举步维艰。本文通过从程序和实体上梳理除名合伙人时可能遇到的困难，在回答题述问题的同时给出建议。

一、除名为何那么难？

（一）程序上难以取得其他合伙人一致同意的决议

根据《合伙企业法》第四十九条的规定，除名需要其他合伙人一致同意。这在程序上给除名合伙人制造了一些难以克服的“障碍”。常见的情形有：

1. 合伙协议可能约定了前提条件

以 GP 除名为例，合伙协议可能约定应先由法院或仲裁机构来认定：只有法院或仲裁机构判定 GP 存在除名事由的，如 GP 执行合伙事务时有不正当行为，才可以将 GP 除名。该约定实际上给 LP 作出除名决议设置了“前置”条件 — 需要先通过司法程序确定 GP 是否存在除名事由。

2. 因合伙人之间存在关联关系导致无法作出其他合伙人一致同意的决议

合伙企业设立时，GP 或者 LP 的关联主体可能同时会投资合伙企业的合伙份额，成为合伙企业的合伙人之一。《合伙企业法》并未要求被除名的合伙人的关联主体需要“回避表决”。这种情况下客观上往往无法取得“其他合伙人一致同意”的决议。

对于除名 LP，我们在实务中遇到的一个问题是，尽管 GP 拟按照“发生合伙协议约定的事由”的

规定除名 LP，且合伙协议就除名的表决比例进行了约定，但是办理工商变更登记仍然需要全体合伙人签署文件，甚至于需要被除名的合伙人签署变更文件，这种情况下取得“全体”合伙人一致同意也无法实现。

3. 在只有一名 GP 和一名 LP 的情况下，法院可能认为合伙人无权作出除名决议

有法院认为，合伙人除名制度只适用于有三名或三名以上合伙人的合伙企业。例如，在梁某与某知识产权代理事务所、魏某合伙协议纠纷案中，法院认为：“……即对于合伙人的除名需满足相应法定事由的同时，还需满足‘经其他合伙人一致同意’这一程序要件，且该要件从字面含义理解，只能得出应适用于有三个或三个以上合伙人的合伙企业¹”。

（二）实体上，在合伙协议没有明确约定的情形下，难以论证存在法定的除名事由

《合伙企业法》第四十九条第一款列举了除名合伙人的法定事由。但该条规定较为原则，在合伙协议未作明确约定的情况下，可能难以论证被除名合伙人存在法定的除名事由。以下以《合伙企业法》第四十九条第一款第（二）、（三）项为例进行分析说明。

1. 难以证明因故意或者重大过失给合伙企业造成损失

《合伙企业法》第四十九条第一款第（二）项规定的除名事由是合伙人因故意或者重大过失给合伙企业造成损失。这一事由包含了两个要件：（1）主观上要求该合伙人具有“故意”或“重大过失”；（2）客观上要求造成合伙企业损失。这也给想提起除名的合伙人造成了以下难题（以除名 GP 为例）：一方面，需要证明 GP 主观上并非因为一般疏忽，而是因为故意或重大过失；另一方面，合伙型基金的 LP 除名 GP 时，往往合伙型基金尚未发生实际损失，或者较难举证实质损失。

2. 难以论证 GP 执行合伙事务时有不正当行为

《合伙企业法》第四十九条第一款第（三）项规定的除名事由是执行合伙事务时有不正当行为，但该法未进一步规定哪些行为构成“不正当行为”。《合伙企业法》起草修订工作组认为，“不正当行为”是指，合伙人在执行合伙事务过程中，侵害合伙企业或其他合伙人的权益，牟取个人私利的行为。²在合伙协议没有明确约定的情况下，法院对此拥有自由裁量权。

例如，《合伙企业法》第三十二条第一款规定，合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。但就 GP 违反竞业禁止义务的行为是否构成“不正当行为”，司法实践有不同的观点。在张某与谢某 1、谢某 2 合伙协议纠纷案中，法院即认为普通合伙人违反竞业禁止义务的行为，构成“不正当行为³”。而在赵某与张某、薛某合伙协议纠纷案中，法院则先对“执行合伙事务”作了限缩，认为赵某另行设立某生物公司、某投资公司的行为，显然不属于执行合伙事务，张某等人也未举证证明赵某因故意或者重大过失给合伙企业造成损失，故张某等人对赵某作出的除名决议不符合《合伙企业法》第四十九条的规定，应认定无效。至于赵某的行为是否违反竞业禁止义务，则不属于该案审理范围⁴。

¹ 江苏省徐州市中级人民法院，（2015）徐商终字第 0804 号民事判决书。持类似观点的判决书有：（1）湖北省丹江口市人民法院，（2016）鄂 0381 民初 564 号民事判决书；（2）北京市东城区人民法院，（2017）京 0101 民初 6601 号民事判决书，等。

² 参见《合伙企业法》修改起草工作组编著：《〈中华人民共和国合伙企业法〉（修订）条文释义》，上海财经大学出版社 2006 年版，第 195 页。

³ 南京市中级人民法院，（2018）苏 01 民终 5040 号民事判决书。

⁴ 浙江省金华市中级人民法院，（2018）浙 07 民终 3730 号。

二、合伙人该怎么办？

（一）在合伙协议中尽量明确约定相关事宜，做到“防患于未然”

《合伙企业法》第四十九条第一款的规定较为原则，《合伙企业法》也允许合伙协议中详细约定除名条件。司法实践往往也认可该类约定的效力。如果合伙协议对除名等事宜作出具体约定的，则法院可根据合伙协议的约定作出裁判。为免争议，**建议合伙协议中对相关事宜作出具体的约定。**

1. 细化除名决议的作出方式等约定

能否有效地作出除名决议是合伙人能否行使“除名权”的重要前提条件。建议合伙协议中对程序性事宜作出细化，包括：（1）细化除名决议的作出方式，如表决比例、关联主体表决权等；（2）细化除名决议的送达方式，如送达地址等条款。通过事前的约定，尽量做到“防患于未然”。

2. 细化除名事由

■ 在合伙协议中明确约定未足额履行出资义务是否构成除名事由

《合伙企业法》并未明确规定是否可以除名仅履行部分出资义务的合伙人。司法实践认为，应当根据合伙协议的约定来判断未足额履行出资义务是否属于除名事由。

有法院认为，“所谓合伙人‘未履行出资义务’是指合伙人拒绝或者不能履行出资义务的情形，如果合伙人履行了部分出资义务，则不属于未履行出资义务的情形⁵”。但在周某与许某等合伙协议纠纷案中，法院则认为，该案所涉合伙协议约定的**退伙方式包含自愿退伙、当然退伙和除名退伙**，并约定合伙人未履行出资义务，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名；**合伙人未按期缴纳或未缴足出资的，按退伙处理**。因此，在周某没有完全缴纳出资的情况下，其他合伙人作出决议将周某按除名退伙处理并无不当⁶。

建议在合伙协议中明确约定未足额履行出资义务是否构成除名事由，包括但不限于未出资的比例或金额、未履行出资义务的催告方式、法律后果等。这一约定在分期缴纳出资的基金中，尤为重要。

■ 在合伙协议中明确约定构成不正当行为的情形

在李某与孙某、张某退伙纠纷案中，法院认为，《合伙企业法》第四十九条规定了除名合伙人的事由；案涉《合伙协议书》第二十六条已经明确约定“合伙人不得自营或者同他人合作经营与合伙企业相竞争的业务。非经全体合伙人同意，合伙人不得同本合伙企业进行交易。合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动”，但李某家庭成员经营的某公司与案涉合伙企业经营范围相同，李某亦自述其研发的技术亦以某公司及李某某的名义向相关部门申请的专利，加之，合伙企业具有人合性的基本特征，故认定李某的前述行为违反协议约定，孙某、张某作出的除名决议有效⁷。建议在合伙协议中明确约定合伙人的哪些行为属于合伙人除名事由中的“不正当行为”，为后续主张除名提供依据。

（二）做好证据收集和留痕工作

为了确保合伙人作出的除名决议发生法律效力，建议做好相应的证据收集和留痕工作。具体而言：

⁵ 陕西省商洛市中级人民法院，（2019）陕10民终14号民事判决书。

⁶ 北京市第三中级人民法院，（2020）京03民终5328号民事判决书。

⁷ 吉林省长春市中级人民法院，（2020）吉01民终736号。

1. 做好向被除名的合伙人送达除名决议的留痕工作

《合伙企业法》第四十九条第二款、第三款规定：“对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起三十日内，向人民法院起诉”。

实践中，有 GP 主张其在 LP 起诉前，未收到除名决议，并在该案中提出反诉要求确认除名决议无效。该案中，沈某于 2016 年 6 月 12 日向 XX@yixinshuyuan.com 邮箱发送相关的除名决议，但某发展公司认为该邮箱仅系其公司曾经使用的邮箱，其直至沈某起诉后，才知晓该份除名决议，且根据沈某举证，某发展公司最晚使用该邮箱的时间为同年 5 月。该案中，法院也认为，由于沈某与某发展公司未约定过送达相关文件的方式，从现有证据亦难以确定某发展公司在起诉前已获知此决议的存在，故某发展公司有权在该案中提出反诉⁸。

根据《合伙企业法》的规定，被除名人是否收到除名通知及其收到的时间，将成为除名决议是否生效以及被除名人是否有权提出异议的关键事实之一。建议合伙人做好除名决议通知被除名合伙人的相关证据，如快递邮寄凭证等留痕工作。

2. 做好被除名人存在被除名事由的证据收集工作

《合伙企业法》规定的相关事由涉及合伙企业的经营管理问题。当被除名人对除名决议的效力提出异议时，如果其他合伙人不能充分证明被除名人存在被除名事由的，法院可能基于司法的“谦抑性”，认为不宜过多干预企业经营管理问题，进而不认可除名决议的效力。因此，如拟除名合伙人的，建议自行或者聘请第三方机构协助收集并保存好存在被除名事由的证据。

（三）合伙人除名制度是否仅适用于有三名或三名以上合伙人的合伙企业？

如前所述，对于仅有 1 名 GP 和 1 名 LP 的情况下，法院可能认为合伙人无权作出相应的除名决议。对此，合伙人可以从以下角度争取论证除名决议的效力，主要包括：

1. 按照文义解释的方法，《合伙企业法》并未作出这一限制

前述司法裁判之所以得出这一结论，是因为法院认为从文义解释的角度而言，在仅有两个合伙人的合伙企业中，一方对另一方作出除名决议，不符合“一致同意”的条件。

《合伙企业法》第四十九条并未限制合伙人除名制度仅适用于有三名或三名以上合伙人的合伙企业。在合伙企业中，“某一合伙人有权利选择不与其他合伙人合作，而进行自愿退伙；其他合伙人当然也有权利选择不与某一合伙人合作，而进行除名退伙”。因此，即便是在仅有两名合伙人的合伙企业中，如果其中一名合伙人存在除名事由的，也应当允许另一名合伙人将其除名。

实际上，即便是在有三名合伙人的合伙企业中，也可能出现其中一名合伙人需要除名其他两名合伙人的情形。例如，该合伙企业的两名合伙人未履行出资义务。此时，如按照前述裁判思路，另一名合伙人也无法作出除名决议。

2. 根据体系解释的方法，也不应得出这一结论

《合伙企业法》亦规定了其他需要“其他合伙人一致同意”的情形。该法第二十二条规定，合伙人

⁸ 上海市第一中级人民法院，（2017）沪 01 民终 11709 号民事判决书。

对外转让其在合伙企业中的财产份额时，须经其他合伙人一致同意；第二十五条规定，合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；第四十八条第二款规定，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。而实践中往往也不会认为前述条款仅适用于有三名或三名以上合伙人的合伙企业。从体系解释的角度而言，不应认为合伙人除名制度仅适用于有三名或三名以上合伙人的合伙企业。

3. 如因除名导致合伙企业不具备法定人数的，相关问题可通过解散清算程序解决

允许一方对另一方作出除名决定，虽然表面上该合伙企业将丧失“合伙”的法律特征，但《合伙企业法》也对此作出了进一步的规定。该法第八十五条第（四）项规定，合伙人已不具备法定人数满三十天的，合伙企业应当解散。即，除名其中一名合伙人后，合伙企业可以进入解散清算程序。

司法实践中亦有法院认可了这一观点。例如，在某合伙企业、某基金公司、张某合伙企业纠纷案中，某合伙企业只有两名合伙人，即某基金公司和张某。法院认为，因某基金公司未履行出资义务，符合《合伙企业法》第四十九条规定的除名事由，张某有权将某基金公司除名……合伙企业的合伙人已不具备法定人数满 30 天的，应当解散。因某合伙企业已不具备有限合伙企业二个以上五十个以下合伙人满三十天，符合解散条件，应当解散⁹。

⁹ 浙江省宁波市中级人民法院，（2020）浙 02 民终 2279 号民事判决书。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

尤杨

电话： +86 10 8524 9496

Email: yang.you@hankunlaw.com