

# 论外商投资企业的司法解散

葛伟军

---

**摘要：**外商投资企业的解散存在两种情况，一是因股东违约而解除合同，二是因公司僵局的存在。前者存在“判决解除合同—审批机关批准解散”的两步法，造成了法院和审批机关在其职责前后承接时认知上的冲突。内外资一致原则要求上海自贸区内的外商投资企业的解散，应当与内资企业保持一致，以确保两类企业的法律地位平等。在此基础上，应当借鉴国外的经验，扩大司法解散的适用情形。法院在审理类似案件时应当运用理论阐述股东与股东之间、股东与公司之间的关系，以正确认识合同解除与司法解散之间的关联。《外商投资法》施行后，公司制外商投资企业的组织形式将与《公司法》对接，传统的两步法将不复存在。

**关键词：**内外资一致原则；外商投资企业；司法解散；两步法；合同解除

[中图分类号] D922.291.91 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2019)06-0074-13

---

## 一、问题的提出

2013年下半年设立的中国（上海）自由贸易试验区（下称上海自贸区），对外资准入采取了负面清单的模式。对负面清单之外的领域，按照内外资一致的原则，将外商投资项目由核准制改为备案制（国务院规定对国内投资项目保留核准的除外），由上海市负责办理；将外商投资企业合同章程审批改为由上海市负责备案管理，备案后按国家有关规定办理相关手续。<sup>(1)</sup>

内外资一致原则，包含了两层含义。首先，无论投资者来自国内还是国外，都应当予以平等对待（即股东平等原则）。其次，无论企业的性质是内资企业还是外商投资企业，其法律地位应当平等，即在企业设立、组织架构、税收、市场退出等方面，都应当享受平等的待遇，不得予以差别对待。

上海市公布的《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（下称《管理办法》）提出了“区内企业”的概念，但是没有在文中界定区内企业的范围。根据另一份文件，区内企业应当包括以有限责任公司形式设立的外商投资企业以及中外合作非法人企业等。<sup>(2)</sup>

---

【作者简介】葛伟军，法学博士，上海财经大学法学院教授，博士生导师。

(1) 参见2013年国务院《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》。

(2) 根据2013年国家工商行政管理总局《关于同意中国（上海）自由贸易试验区试行新的营业执照方案的批复》的规定，试验区营业执照适用于在试验区内登记的公司及分公司、非公司企业法人及其分支机构、个人独资企业及其分支机构、合伙企业及其分支机构、中外合作非法人企业、外国（地区）企业在中国境内从事生产经营活动。

与国内开发区、保税区或者工业园区类似，上海自贸区的《管理办法》仅规定了区内企业的设立和运行等方面的条款，而没有涉及区内企业的市场退出机制（如解散和清算）。一般而言，区内企业如果是内资企业性质的公司，那么该公司可以适用《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）关于司法解散的条款。但是，区内企业如果是外商投资企业性质的公司，该公司能否直接适用《公司法》关于司法解散的条款，则不明朗。在现行的体制下，自贸区之外外商投资企业的解散，似乎正在适用一套迥异于公司的做法。

在一个案例中，一个合资企业（或称合营企业）的中外股东双方之间签订一个合资合同，其中包含了如下条款：“（1）合资企业因下列情形之一出现时解散：合作期限届满；合资企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营；由于一方不履行合资企业合同、章程规定的义务，致使合资企业无法继续经营；合资企业合同、章程中规定的其他解散原因已经出现；合资企业违反法律、行政法规，被依法责令关闭。（2）由于一方不履行合资企业合同、章程规定的义务，致使合资企业无法继续经营，违约方应对损失承担赔偿责任，守约方有权向审批机关提出申请，解散合资企业。（3）合资双方必须按期、如数向合资企业缴纳出资，否则属于违约，守约方有权按约终止合同，并要求违约方赔偿损失。”由于合资企业出现了经营性亏损，并且外方股东失踪，合资公司无法继续经营，因此中方股东（原告）向法院提起诉讼，主张外方股东（被告）严重违约，致使合资企业的目的无法实现，要求：（1）解除合资合同；（2）解散合资企业。

法院在审理此案过程中，碰见了一系列难题：（1）《公司法》第 182 条对请求法院解散事由限定为企业经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，原告的起诉是否符合《公司法》第 182 条的规定？（2）法院认定一方违约，判决解除合资合同时，解散是否仍需由审批机关批准？（3）外商投资企业的合资合同必须经审批机关批准，法院若判决解除合同以及解散企业，是否可能造成法院和审批机关的认知冲突？

《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》（下称《中外合资经营企业法实施条例》）第 90 条和《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》（下称《中外合作经营企业法实施细则》）第 48 条分别规定了合营企业和合作企业的解散事由。两类企业的解散事由基本相同（可分为违约和非违约两种情形），而且都必须经过审批机关的批准。在非违约的情形中，如果企业发生严重亏损，无力继续经营，或者因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营，或者企业未达到其经营目的，同时又无发展前途，或者企业合同、章程所规定的其他解散原因已经出现，那么由董事会（或者联合管理委员会）作出决定，报审批机构批准。在违约的情形中，如果一方不履行企业协议、合同、章程规定的义务，致使企业无法继续经营，不履行企业协议、合同、章程规定的义务一方，应当对企业由此造成的损失负赔偿责任；履行合同的一方或数方有权向审批机构提出申请，解散企业。

由此带来的问题是，对于自贸区内的外商投资企业，是否能够和内资企业一样，直接适用《公司法》关于司法解散的规定。换言之，对于外商投资企业而言，股东一方违约，导致合资或合作

合同的目的落空，守约方是否有权直接请求法院判决解散外商投资企业。

本文的内容主要包括以下三个部分：第一，讨论我国《公司法》关于司法解散的规定及其缺陷。第二，分析适用于自贸区之外的外商投资企业解散的现行框架。第三，对自贸区内外商投资企业的司法解散提出见解。

## 二、对《公司法》第 182 条的解读

### （一）公司僵局的概念

《公司法》第 182 条为股东请求法院判决公司解散提供了救济渠道：公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权 10% 以上的股东，可以请求人民法院解散公司。该条涉及公司僵局的问题。

根据《布莱克法律词典》，公司僵局是指“公司的活动被一个或者多个股东或董事的派系所停滞的状态，因为他们反对公司政策的某个重大方面”。《麦尔廉-韦伯斯特法律词典》则定义如下：公司僵局是指“由于股东投票中，拥有同等权力的一些股东之间或股东派别之间意见相左、毫不妥协，而产生的公司董事不能行使职能的停滞状态”。<sup>(3)</sup>

学者对公司僵局也提出了不同的看法。有学者认为，这是一个描述公司政治与利益冲突的形象词语，是指公司股东之间、董事之间及股东与董事之间，在公司营运过程中，由于公司政治与利益冲突，彼此不愿妥协而陷入僵持、对抗，公司无法决策、正常经营甚至瘫痪的状态。<sup>(4)</sup> 有学者认为，公司僵局是指因股东之间、公司董事等高级管理人员之间出现难以调和的利益冲突与矛盾，导致公司运行机制失灵，公司事务处于瘫痪，无法形成有效的经营决策的状态。这个概念属于描述性概念，是对公司僵局这一状态的阐述、表达与描绘。所以，它并不像“公司”等法律概念那样明确无误。它需要法官发挥其主观能动性，在法律适用时体现一定的灵活性，妥当地裁决案件。<sup>(5)</sup>

还有学者认为，公司僵局是一个很狭窄的概念。其产生原因包括：（1）决策或投票等分而无法形成多数。（2）由于不完全合同或者机制设计的问题，章程规定的程序限制导致无法行使权力（例如章程规定股东会的最低出席人数等）。公司僵局的核心在于公司的股权被分裂成了完全平等的两部分，无法形成统一意见达成多数。<sup>(6)</sup>

值得注意的是，对“经营管理发生严重困难”，应理解为不是财务层面的困难，而是公司治理中的严重困难，常见情形包括股东会失灵、董事会失灵、经营层失灵。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（下称《公司法司法解释（二）》）规定的四种情形，其共性是

---

(3) 鲍为民：《美国法上的公司僵局处理制度及其启示》，《法商研究》2005 年第 3 期，第 130 页。

(4) 李曙光：《新〈公司法〉中破解“公司僵局”制度安排的探讨》，《武汉理工大学学报（社会科学版）》2006 年第 3 期，第 309 页。

(5) 梁上上：《公司僵局案的法律困境与路径选择——以新旧公司法对公司僵局的规范为中心展开》，《浙江社会科学》2006 年第 2 期，第 68 页。

(6) 邓峰：《普通公司法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 650 页。

股东会僵局和董事会僵局造成公司经营管理发生严重困难，公司陷入事实上的瘫痪状态。<sup>(7)</sup>

## (二)《公司法》第 182 条存在的问题

学者对中国的司法解散面临的困境进行了总结，该条主要存在以下问题。<sup>(8)</sup>

第一，缺乏必要的前置条件。“通过其他途径不能解决的”，到底包括哪些，不明确。该条件属于受理案件的条件，还是判决解散的条件，也不明确。

第二，提起司法解散诉讼的主体单一，仅仅限定在持有公司表决权 10%以上的股东，而排除了下列潜在的主体：持股 10%以下的小股东；更有意愿提起司法解散之诉的公司债权人；行政机关；等等。

第三，缺乏必要的过渡措施。美国法院对受压制股东提供的救济措施非常广泛，除了解散公司以外，还包括：第三方解决方式（例如法院指定临时董事、监管人等，为股东之间的纠纷提供一个中间协调人）；直接判决公司或控股股东从事一定的行为（例如命令公司分红、宣布公司股东会或董事会决议无效、判决赔偿原告股东损失等）；判决公司或者其他股东以公平价格收买异议者的股份。<sup>(9)</sup> 虽然我国《公司法》第 74 条也规定了股权强制收买请求权，但是该条适用的情形并不包括公司僵局。也就是说，出现公司僵局时，股东之间只能进行协商，如果协商不成，股东不能以公司僵局为由起诉到法院要求公司收买其股权。

第四，公司解散事由狭窄。虽然从《公司法》第 182 条规定来看，其可以规范公司僵局问题。但是，司法解散之诉的范围比公司僵局的范围要广，公司僵局只是其中之一。而且，该条没有明确指出公司僵局的本质特征，与严格意义上的公司僵局还存在着一定的距离。<sup>(10)</sup> 《公司法司法解释（二）》第 1 条第 2 款明确规定“股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理”，从而将“公司僵局”以外、更普遍存在的股东压制案件（类似于英国法中的不公平妨害）完全排除在公司解散事由之外。法院总是希望当事人采取协商或者其他诉讼手段解决此类股东纠纷。<sup>(11)</sup>

第五，第 182 条还面临一个问题，即所谓的解散不清算。该条没有授予股东申请法院强制清算的权力。即使法官根据该条作出公司解散的判决，但是陷入僵局的公司或者由控股股东操纵的公司，其股东之间几乎不可能达成成立清算组的协议。没有清算组，意味着没有人执行法院的解散判决。更为严重的是，根据《公司法》第 182 条的规定，逾期不成立清算组的，债权人可以申

(7) 刘俊海：《现代公司法》，法律出版社 2008 年版，第 803 页。

(8) 杨勤法：《论我国公司司法解散的不足与完善》，《黑龙江政法管理干部学院学报》2007 年第 6 期，第 82-83 页。

(9) 耿利航：《有限责任公司股东困境和司法解散制度——美国法的经验和对中国的启示》，《政法论坛》2010 年第 5 期，第 135 页。

(10) 梁上上：《公司僵局案的法律困境与路径选择——以新旧公司法对公司僵局的规范为中心展开》，《浙江社会科学》2006 年第 2 期，第 72 页。

(11) 耿利航：《有限责任公司股东困境和司法解散制度——美国法的经验和对中国的启示》，《政法论坛》2010 年第 5 期，第 137 页。

请法院指定有关人员组成清算组进行清算。如果被解散的公司没有债权人或者虽有债权人但债权人不请求法院指定清算的,其他人是不能请求法院指定清算的,对于提起司法解散之诉的股东而言,只能看着法院的判决得不到执行而无能为力。公司不清算就无法注销,所以最后结果是法院虽然判决解散公司,但是公司仍然存在。

针对这个问题,有学者提出了解散与清算一并处理的原则。根据该原则,如果法院最终判决解散公司,应当一并处理公司解散后的清算问题。一并处理的裁决和安排是一种既有利于当事人又有利于社会的司法选择。<sup>(12)</sup>在法院判决解散的情况下,通常公司无法自行组织清算。因此,需要法院积极予以介入,在解散之诉中为清算事宜作出初步安排。一并处理应当尊重当事人意愿,即对于明确提出只要求判决公司解散而不要求组织清算的,法院不宜安排清算,此时应当交给当事人自行解决;如果无法自行清算的,再向法院提起清算之诉。<sup>(13)</sup>

### (三) 国外的相关规定

首先,在美国,《标准商事组织法》第 14.30 条(a)款主要涉及司法解散。<sup>(14)</sup>股东根据该款第(2)项提起的司法解散之诉,主要包括以下四类事由:第一,董事陷入公司事务管理的僵局当中,股东无法打破该僵局,并且公司面临无法补救之损害的威胁或者该损害已经产生,或者由于该僵局,公司的业务和事务不能再以有利于股东利益的方式开展;第二,股东在行使投票权时处于僵局,在包括至少连续两次年度大会日期的一段时间内,不能选出任期已满的董事继任人;第三,该公司的资产正在被滥用或浪费;第四,董事或者控制公司的人已经、正在或者将会以非法、压制或欺诈的方式行事。第一、二类的适用范围比较狭窄,而且条件严格。第三类的行为,例如公司高管为自己支付过高薪酬、用公司资产偿还个人债务、自我交易等案件。第四类中,“压制”比“非法”“欺诈”的含义广泛,不构成“非法”“欺诈”的行为同样有可能构成“压制”,例如将股东从管理层中排挤出去、拒绝分红、管理不善等。<sup>(15)</sup>

此外,股东也可以根据该款第(5)项提起诉讼,前提是公司已经抛弃业务并且不能在合理的时间内清算其财产。除了股东以外,在司法部长(该款第(1)项)、债权人(该款第(3)项)、公司(该款第(4)项)等主体提起的诉讼中,法院也可以解散公司。

其次,在日本,通过法院的解散分成两种情形。<sup>(16)</sup>

第一,命令解散,即法院应公司利害关系人或检察官之请求,或依职权以危害公共利益为由命令解散公司。这类似于中国的行政强制解散,只是作出解散命令的主体不同。根据《2005年公

---

(12) 李曙光:《新〈公司法〉中破解“公司僵局”制度安排的探讨》,《武汉理工大学学报(社会科学版)》2006年第3期,第314页。

(13) 金玄武:《公司行政解散和司法解散制度研究——以对公司解散的法理思考为基础》,《法学论坛》2009年第1期,第92页。

(14) 美国法中存在着“司法解散”以及“解散法令”的概念,其英文为“judicial dissolution”和“dissolution decree”。

(15) 耿利航:《有限责任公司股东困境和司法解散制度——美国法的经验和对中国的启示》,《政法论坛》2010年第5期,第131页。

(16) 曹锦秋、汤函淼:《中日公司司法解散制度比较研究》,《日本研究》2008年第1期,第89-90页。

司法》第 824 条的规定，提起诉讼的主体包括法务大臣、股东、债权人以及其他利害关系人。解散事由包括：（1）公司基于非法目的而设立；（2）公司无正当理由，在成立之日起一年内未开业，或连续停止营业一年以上；（3）公司执行业务的股东、执行官或董事不顾法务大臣的书面警告，继续、反复实施超越或濫用法令或章程规定的权限的行为及违反刑罚法令的行为。此时，法院为维护公共利益之目的，可以根据请求发布解散公司的命令。

第二，判决解散，即法院根据股东的请求而强制解散公司。根据《2005 年公司法》第 833 条的规定，提起诉讼的主体包括：持有全体股东表决权 10% 以上的股东，或持有已发行股份（自己股份除外）10% 以上数额的股东。解散事由包括：（1）公司业务的执行遇到严重困难使公司发生不可恢复的损害，或存在造成无法恢复的损害之虞时；（2）公司财产的管理或处分显著失当，且危及公司的存在时。

为防止个别主体濫用请求权，《2005 年公司法》对恶意诉讼行为设定了事先的防御机制以及事后的赔偿机制，建立了濫用诉权的防御措施。根据该法第 824 条、第 836 条的规定，针对命令解散或判决解散之诉，被告可以请求法院，要求提起诉讼的原告（公职机关除外）提供相应的担保，但前提是被告必须证明原告的诉讼是恶意的。第 846 条则规定了原告败诉时的损害赔偿赔偿责任：裁判败诉的原告，如果在诉讼中存在恶意或重大过失的，应对被告的损失承担连带赔偿责任。

最后，在英国，根据《1986 年破产法》第 122 条的规定，引起法院清算（winding-up by court）<sup>(17)</sup> 的事由包括：公司通过特殊决议由法院进行清算；如果是公众公司，该公司没有取得交易证明，并且登记已经超过一年；公司自成立之日起一年内没有经营，或者歇业超过一年；公司无力偿付债务；法院认为公司进行清算是“公正和公平的”等。第 124 条则规定，有权申请法院清算的人包括公司、公司董事、任何债权人、分担人<sup>(18)</sup>、公司清算人、有关行政部门、国务大臣、金融服务局或者社区利益公司监管人等。判例法也表明，股东可以申请法院清算。例如，持有已全额缴付股份的股东，如果能证明公司还有剩余财产可向其返还，那么该股东也有权申请清算<sup>(19)</sup>；如果准合伙公司经营陷入僵局，股东相互之间的谅解被实质性严重违反，那么清算公司是“公正和公平的”。<sup>(20)</sup>

《2006 年公司法》第 994 条至第 998 条规定了股东的不公平妨害之诉。基于下列理由，公司股东可以通过诉状向法院申请法令：（1）公司事务以不公平妨害所有股东或部分股东（至少包括他自己）之利益的方式正在或已经被处理，或者（2）实际或拟议的公司作为或不作为（包括代表其作为或不作为）构成或将构成这样的妨害。这些条款不仅适用于股东，也适用于不是公司股

---

〔17〕 英国法中的“winding-up”被一些学者翻译成“解散”。但是，结合《1986 年破产法》以及普通法的大量判例，英国法不存在公司解散和清算之间概念上的区别。因此，该词翻译成清算更加合适。根据该法，清算包括自愿清算和法院清算，自愿清算又包括股东的自愿清算和债权人的自愿清算。法院清算又称强制清算，是指基于法院的法令而进行的清算。清算的最终结果是公司不再存续。清算程序的目的是，在公司不再存续之前，确保公司的所有事务都得到清理，也就是解除公司所有的法律关系。

〔18〕 分担人（contributory），是指公司进入清算时，向公司承担支付责任的人，包括股东或董事等。

〔19〕 In Re Rica Gold Washing Co. (1879) 11 Ch. D. 36.

〔20〕 In Re Yenidje Tobacco Co. Ltd. (1916) 2 Ch. 426.

东但是公司股份因法律实施已经向其转让或转移的人。不公平妨害行为规制的现实意义在于，利益受到侵犯的股东可以直接援引法条的规定，对相关的人员提起诉讼。

该法没有明确规定不公平妨害行为的含义，但是普通法中大量的案例确定了哪些行为构成了不公平妨害，而哪些则不构成。对不公平妨害行为进行分类时，应当要注意：对不公平妨害的判断属于法官自由裁量权的范畴；不公平妨害行为的表现形式是不完全的，不存在一个穷尽的列举。不公平妨害行为包括但不限于将股东排挤出公司、不提供信息、不正当地操纵持股、为了侵害小股东之目的修改公司章程、违反董事义务、过高的薪酬、长期不分红等。<sup>(21)</sup>

在不公平妨害之诉中，法院可以颁布的法令包括：（1）调整将来公司事务的处理；（2）要求公司去做或者停止做某个事项；（3）允许提交诉状的原告以公司的名义、代表公司提起民事诉讼；（4）要求公司未经法院同意不得对其章程作出任何修改；（5）要求其他股东或者公司本身购买其中任何股东的股份，并且如果是公司自己购买，据此减少公司资本。要注意的是，这些法令并不包含允许作为原告的股东提出关于清算公司的请求。换句话说，不公平妨害之诉只是为利益受到侵犯的原告股东提供了一种司法救济，其中最严厉的措施是允许原告股东将其股份转让给其他股东或者公司，然后退出公司。只有在满足《1986年破产法》第122条所列举的更严重的条件后，股东才可以要求法院清算公司。

上述美国、日本和英国的规定，与中国公司法存在一些不同。首先，对于股东提起的司法解散之诉，中国的规定类似于日本法，对股东的持股比例予以限制。该限制不利于保护公司的小股东，并且将比例限定在10%也没有说服力。其次，中国现行的法律仅将司法解散的事由限于公司僵局，大大缩小了股东利益受到损害时可以申请解散公司救济的范围。英国法表明，虽然不公平妨害之诉没有赋予股东要求清算公司的权利，但是破产法以及判例法授予法院一个广泛的自由裁量权，只要法院认为公司的根基已经丧失了，那么基于股东的申请，法院可以颁布清算法令。应当借鉴国外的类似经验，扩大中国司法解散的适用情形。最后，关于可以要求法院解散公司的主体（除了股东以外），中国公司法的规定明显过于狭窄。国外的经验表明，应该允许更多的利害关系人可以提起解散之诉，例如债权人、公司董事、行政部门等。

### 三、合同解除与公司解散之间的关系

#### （一）针对外商投资企业的两步法

对于外商投资企业，如果法院认定合营或合作一方违约，判决解除合营或者合作合同，那么该合营或合作企业的解散是否仍需由审批机关批准？如果出现《中外合作经营企业法实施细则》第48条第1款第（3）项的情形，即中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使合作企业无法继续经营，实践中的具体做法是：法院首先对解除合同、违约行为等作出认定，然

---

(21) Paul Paterson, *A Criticism of the Contractual Approach to Unfair Prejudice*, 27 COMPANY LAWYER 204, 206-209 (2006).

后再由审批机关批准解散。这种“判决解除合同—申请批准解散”的做法，可以简称为“两步法”。

两步法产生于合营企业。早在 1998 年，最高人民法院在一个司法解释中就指出：“即国外合资经营企业一方当事人向人民法院提起诉讼，要求解散合营企业并追究对方违约责任的，人民法院仅应对合营合同效力、是否终止合营合同、违约责任等作出判决。”<sup>(22)</sup> 法院只认定合同效力、是否终止、违约责任等，而不组织清算。

商务部在 2004 年的一个文件中表明，在因合营一方违约而提起的解散申请中，审批机关批准解散合营企业时，必须要有仲裁机构或法院关于一方违约的生效裁决。审批机关无权判断违约方与守约方，是否违约的问题应该交由仲裁机构或法院解决。<sup>(23)</sup> 这个观点在 2005 年得到国务院法制办公室的支持。<sup>(24)</sup>

2008 年，商务部办公厅在一个文件中，再次对因违约而产生的解散公司的情形作出了明文规定：中外合资、合作企业投资者因对方不履行合同、章程规定义务致使企业无法继续经营而单方提出解散申请的，应当向审批机关报送提前解散申请书，并提供有管辖权的人民法院或仲裁机构作出的生效判决或裁决，判决或裁决中应明确判定或裁定存在对方违约致使企业无法继续经营的情形。该文件还首次指出，外商投资企业部分股东按照《公司法》第 182 条规定请求解散公司的，应直接向有管辖权的法院提出。<sup>(25)</sup>

上述法律的精神，在实践中也得到了贯彻。例如在一个案例中，法院就这样判决：“关于声辉公司主张对合资企业进行清算，本院认为，根据法释〔1998〕1 号《最高人民法院关于审理中外合资经营合同纠纷案件如何清算合资企业问题的批复》的精神，即国外合资经营企业一方当事人向人民法院提起诉讼，要求解散合营企业并追究对方违约责任的，人民法院仅应对合营合同效力、是否终止合营合同、违约责任等作出判决。合营企业清算问题则应根据《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》《外商投资企业清算办法》的有关规定办理，法院不组织清算。因此，该

---

(22) 1998 年 1 月 15 日《最高人民法院关于审理中外合资经营合同纠纷案件如何清算合资企业问题的批复》。

(23) 2004 年 4 月 29 日《商务部关于请对中外合资经营企业合营各方出资及外商投资企业清算相关行政法规条文具体应用问题予以解释的函》：“在实践中，经常有合营一方方向原审批机关主张另一方未如期缴付或缴清出资，故其作为‘守约方’向原审批机关申请解散合营企业或者申请批准其另找合营者承担‘违约方’（另一方）在合营合同中的权利和义务。对此，我们认为，审批机关无权仅凭合营一方的单方主张，径行判断另一方未‘如期缴付或者缴清出资’，也无权判断谁是为‘守约方’或‘违约方’。在对‘合营一方未按照合营合同的规定如期缴付或者缴清出资’的认定上，我们认为，当合营各方就缴付或缴清出资问题上存在争议的情况下，审批机关必须凭籍相关仲裁机构或法院的生效裁决认定，方能批准解散合营企业或者批准守约方另找合营者承担违约方在合营合同中的权利和义务。”

(24) 2005 年 1 月 20 日国务院法制办公室对《商务部关于请对中外合资经营企业合营各方出资及外商投资企业清算相关行政法规条文具体应用问题予以解释的函》的复函：“二、关于原审批机关如何认定合营一方违反出资规定第七条规定，构成违约行为的问题。我们认为，当合营一方根据出资规定第七条规定，要求原审批机关批准解散合营企业或者申请批准另找合营者时，原审批机关应当根据法院或者相关仲裁机构的生效裁决，认定合营的另一方构成出资规定第七条所称的违约行为，批准解散合营企业或者批准守约方另找合营者承担违约方在合营合同中的权利和义务。”

(25) 2008 年 5 月 5 日《商务部办公厅关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见》（商法字〔2008〕31 号）第二点。

项主张本院不予支持。”<sup>(26)</sup>

由此可得出两个结论。首先，现行的法律框架以及司法实践对于外商投资企业的解散采取两步法，即外商投资企业的股东因对方股东违约而要求解散公司时，必须先向仲裁机构提起仲裁或者向法院提起诉讼，请求解除合营合同或合作合同，得到准予解除合同的裁决后，凭着生效的裁决才可以向审批机关申请解散公司。

其次，《中外合资经营企业法实施条例》第90条第1款第(3)项和《中外合作经营企业法实施细则》第48条第1款第(3)项中，如何理解致使企业“无法继续经营”？笔者认为，这个条件已经失去了意义。一方面，因一方违约（涉及公司治理结构方面的，例如导致股东会或董事会失灵，但是违反出资的行为除外）而导致企业无法继续经营，有可能属于《公司法》第182条的“经营管理发生严重困难”，从而构成公司僵局。这时候，适格的股东完全可以依据该条直接向法院提起解散之诉，而不必仅仅要求法院认定对方违约。另一方面，根据两步法，有权审查违约行为、判决解除合同的机关是仲裁机构或法院。只有在守约方取得了这些机关的裁决后，才可以凭着生效裁决向审批机关申请解散公司。换句话说，审批机关只要看到生效的解除合同的裁决，就应该受理并决定解散公司；此时，审批机关没有必要再去审视“企业是否还可以继续经营”。反之，如果这个条件还能发挥作用，审批机关在收到守约方的解散申请后，以“企业还可以继续经营”为借口，决定不解散公司，那么必然会出现这样的尴尬场面：仲裁机构或法院已经判决解除合同，而审批机关却不批准解散公司；最终的结果是，该公司的法律地位十分模糊，不利于正常交易秩序的构建。

## （二）合同解除的条件及其在公司解散中的地位

合同解除的条件有别于合同生效的条件。有些合同的成立和生效必须要经过批准，并不意味着该合同的解除也必须要经过批准。合同解除，是合同特有的终止原因，是指在合同有效成立后，因一方或双方当事人的意思表示使合同关系終了，未履行的部分不必继续履行，既已履行的部分依具体情形进行清算的制度。根据《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第93条和第94条<sup>(27)</sup>的规定，合同解除分为：（1）双方合意：合意解除，即因双方的意思表示而使合同归于消灭，不以解除权的存在为必要（第93条第1款）。（2）单方行使解除权，又分为：①约定解除，即依合同保留解除权（第93条第2款）；②法定解除，即依法律规定发生的解除权（第94条）。<sup>(28)</sup>

当事人一方因其违约行为致使不能实现合同目的，守约方可以解除合同。这被称为根本违约，

(26) 参见辽宁省沈阳市中级人民法院（2003）沈民（4）外初字第26号民事判决书。

(27) 《合同法》第93条规定：“当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。”《合同法》第94条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。”

(28) 韩世远：《合同法总论》（第二版），法律出版社2008年版，第447页。

起源于英国的普通法，后来被《联合国国际货物销售合同公约》第 25 条所吸收。<sup>(29)</sup> 根本违约有两个条件：(1) 违约造成的损害程度（实质上剥夺了守约方根据合同有权期待得到的东西）；(2) 对损害是否可以预知（违约方能否预知以及一个与违约方同等资格、通情达理的人处在相同状况中能否预知）。根本违约的两个时间点是：(1) 守约方根据合同有权期待得到的东西，是指在订立合同的时候，即在订立合同时对方所许诺的履行应为守约方带来的利益。(2) 违约方对违约后果的预知，是指在订立合同后违约方违约时，或者在违约方能预知违约的严重后果之时。<sup>(30)</sup>

对于本文第一部分提出的案例，以下若干问题应当予以关注。首先，合资合同第(1)条和第(2)条互相参照，产生了一个矛盾：由于一方不履行合资企业合同、章程规定的义务，致使合资企业无法继续经营，这是合意解除，还是单方行使解除权？第(1)条表明，出现该违约情况，合资企业自行解散，意味着合资合同的解除条件已经出现，无须任何一方行使解除权，合资合同根据双方约定的意思表示而解除。但是，根据第(2)条，此时守约方有权向审批机关申请解散企业，这表明守约方获得了一个合同的解除权，既可以行使也可以不行使该权利。

其次，存在着外商投资企业与内资企业的割裂。只有外商投资企业才享有如此优惠的待遇：将合资合同（以及合作合同）的违约情形，作为是否准予公司解散的理由之一，尽管只有那些导致企业无法继续经营的合资合同，法院才会判决解除。但是同样的情况，却不适用于内资企业（本文仅限于公司制企业）。内资企业的股东之间也有合作协议（或称发起人协议）；但是，这些企业的股东无法要求法院判决解散。因为《公司法》第 182 条的适用条件非常严格，除了公司僵局外，法院不会去考虑合作协议违约的情形；在实践中，也很少见法院判决解除内资企业股东之间合作协议的案例。

最后，法院和审批机关的认知冲突。2008 年 10 月 20 日《国家工商行政管理总局、商务部关于外商投资企业解散注销登记管理有关问题的通知》第二点第(三)项规定：“中外合资、中外合作的公司按照《中外合资经营企业法实施条例》第九十条第一款第(三)项、《中外合作经营企业法实施细则》第四十八条第一款第(三)项规定，在经营期限届满前单方提出解散的，应当经审批机关批准解散或经人民法院裁定解散。”该文件对审批机关批准解散和法院裁定解散作了区分。笔者认为，该规定应当作此解释：如果合营合同或合作合同的一方违约，导致企业无法继续经营的，守约方可以向审批机关申请解散企业，但是两步法仍然适用（即先向仲裁机构申请仲裁或向法院起诉，要求解除合同，然后持有效裁决向审批机关申请解散）；如果满足《公司法》第 182 条的条件，出现了公司僵局，那么利益受到重大影响的股东可以向法院申请司法解散。

由此可见，从解散公司的角度上看，法院和审批机关各司其职（两者的职责是互相平行的），不会造成认知冲突，因为这两者对判决或者批准解散公司的事由是不同的。法院判决公司解散（基于公

---

(29) 《联合国国际货物销售合同公约》第 25 条规定：“一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以致于实质上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，即为根本违反合同，除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。”

(30) 张玉卿：《国际货物买卖统一法：联合国国际货物销售合同公约释义》，中国对外经济贸易出版社 1998 年版，第 93-97 页。

司僵局),适用的是《公司法》第182条;审批机关批准公司解散(基于违约),适用的是《中外合资经营企业法实施条例》和《中外合作经营企业法实施细则》。真正的冲突产生于这样的场合:法院判决解除合营或合作合同,但是审批机关却不批准解散。该冲突产生的原因在于,法院和审批机关针对同一个公司解散的情形履行职责(此时两者的职责是前后承接的),因此可能会产生不同的看法。

#### 四、外商投资企业司法解散前瞻

##### (一) 取消两步法

综上所述,在现有的体制下,外商投资企业的一方股东违约,守约方有权向审批机关申请解散公司。违约方的违约情形可能是各种各样的,例如违背约定没有实际缴纳全部或者部分出资,或者没有按照约定提供合作条件,或者不按照约定分配利润等,都可能引发公司解散。而对于内资企业,违反股东之间的合作协议,通常不能作为公司解散的理由。

外商投资企业法是公司法的特别法,两者在投资主体、企业治理结构、企业设立程序、股权转让程序等多方面存在着差异。学者指出,公司法应当是统一公司法,而不仅仅是内资公司法。<sup>(31)</sup>“内外有别”的割裂状态,不仅导致法律体系的混乱,而且违反了公司平等和股东平等原则,增加了审批成本,降低了公司效率。

应当在自贸区内,取消适用于外商投资企业解散的两步法。其理由有三:第一,自贸区的外商投资企业登记,已经由审批制改为备案制,审批机关的审批功能不复存在,因此与之相适应,企业解散也不必再取得审批机关的批准。第二,“区内企业”是一个完整、统一的概念,所有的企业在市场准入和退出机制上,都应当适用一套机制,除非法律另有规定(如负面清单)。第三,如本文第三部分所述,两步法本身是不合理的,可能会造成法院和审批机关之间的冲突。取消两步法的后果是,外商投资企业可以直接依据《公司法》的规定提起司法解散之诉。

2019年3月,《中华人民共和国外商投资法》颁布,该法将于2020年1月1日起施行。根据第31条,外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则,适用《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定。因此,在不久的将来,公司制外商投资企业的司法解散,将直接适用《公司法》第182条,两步法将作为一道记忆,留在外商投资企业的发展史上。

##### (二) 适用理论阐述股东与股东或公司之间的关系

笔者认为,应当扩大司法解散的适用条件,既包括可以主张司法解散的具体情形,又包括可以提起司法解散之诉的主体。法院在审理公司解散纠纷的案例时,应当以一种或数种理论来阐述股东与股东之间、股东与公司之间的关系。实际上,很多外商投资企业采取有限责任公司的形式。这类公司的特点是股东人数少、彼此比较了解、具有人合性和封闭性等。

起源于英国法的“合理期待”理论,可以解释这类公司股东与公司之间的关系。根据前面所述

(31) 刘俊海:《现代公司法》,法律出版社2008年版,第795页。

的不公平妨害之诉，股东对公司事务将以一种特定的方式管理具有合理期待，即使公司章程或者法律没有明确规定。如果不能以这种合理期待的方式运营公司，就对该股东的利益构成不公平妨害。这种把期待也考虑进去的公司种类，通常是有限责任公司，又可称作“准合伙公司”。要注意的是，法院只关注股东之间的谅解、考虑，而不包括一些股东对其他股东以特定方式行事的信任或相信。准合伙公司的股东之间关系破裂，并不必然导致不公平妨害，这是一种经营风险。<sup>(32)</sup>

美国法引入了“合理期待”理论。法官通过判例表明，小股东投资于公司的目的，是为了能够被公司雇用、分享公司利润、参与经营公司或者获得某种保障等。如果大股东利用控制公司的机会挫败小股东的这些合理期待，同时又没有其他救济的方式，那么小股东就会受到压制。换句话说，小股东的合理期待就落空了。合理期待的认定具有两方面的标准。首先在主观上，合理期待不仅仅是主观上的希望，而且应当为大股东所知道或者在小股东进入公司时大股东就应当知道。其次在客观上，大股东的行为的确挫败了小股东的期待，而且这种期待根据一般人的认识是合理的，是对小股东决定是否投资于该公司起到决定性作用的。要判断小股东的期待是否合理，要具体按照个案进行分析。<sup>(33)</sup>

中国的公司形式主要包括有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司的股东，更多地参与公司经营，除了明示的公司章程以外，股东之间存在大量的非正式书面协议，这些协议既可以反映在日常的交流、沟通里，也可以反映在某些行为的作出和默许上。这类协议通常不被外部人所察觉。因此发生纠纷时，法院就要仔细找出并审查此类协议，判断股东的合理期待是否被违反。与之相反，如果是一个股份有限公司，公司章程应当视为已经包括了所有股东之间的协议、谅解，股东之间的非正式书面协议通常不能予以承认，法院也不能基于该协议对股东利益是否受到损害进行判断。

## 五、结语

自贸区设立之后，区内企业设立数量与日俱增。相关的法律法规仅仅涉及企业的设立和运行，而没有考虑企业解散（特别是司法解散）的情形。本文审视了现行法律框架内外商投资企业解散的两步法，并且讨论了《公司法》关于司法解散的一般规定。

区内企业应当一视同仁，抛弃两步法，统一适用司法解散。法院只受理并裁决解除股东之间的合资（合作）合同，除了给予审批机关批准解散的依据之外，没有其他实质意义。而如果法院判决解除合同，再由审批机关批准解散，难免有流于形式之嫌。因为法院在判断解除合同的时候，势必将公司是否需要继续存在一并加以考虑。

关于司法解散的一般规定过于狭窄。参照国外的经验，司法解散的依据应当扩大，不仅包括公司僵局，而且包括更广泛的情形。例如，当股东之间存在根本违约导致股东合作协议的履行变得不

---

(32) Mayson, Stephen W, French, Derek and Ryan, Christopher, MAYSON, FRENCH & RAYON ON COMPANY LAW 570-571 (2009).

(33) 耿利航：《有限责任公司股东困境和司法解散制度——美国法的经验和对中国的启示》，《政法论坛》2010年第5期，第133页。

可能，或者说法院认为该合同应当解除时，就意味着公司存在的根基已经丧失了，公司应当解散。

对于自贸区之外的外商投资企业，其解散仍然适用两步法，但是仅限于股东违约的场合；如果出现了公司僵局，那么可以直接适用《公司法》第 182 条提起司法解散之诉。对于两步法的施行，当法院和审批机关的职责相互平行时，在认知上没有问题；但是，当法院和审批机关的职责前后承接时，会产生认知上的冲突。在判断是否解散公司时，法院应当适用一些理论来阐述股东与股东之间、股东与公司之间的关系，例如“合理期待”理论。

上述讨论的所有情形，将随着 2019 年《中华人民共和国外商投资法》的施行以及过渡期的经过，而发生根本性的变化，最终将成为我国外商投资企业发展史上的一段历程。外商投资企业的组织形式，将采取公司或合伙企业的形式；关于其解散，也将适用公司法或合伙企业法的规定。

## Judicial Dissolution of Foreign-Invested Enterprises

GE Weijun

**Abstract:** There are two circumstances for foreign-invested enterprises to be dissolved, the termination of contracts by shareholders' breach and the existence of deadlocks. As to the former, so-called two-steps, "termination of contracts by judgement-approval of the dissolution by authority", make a conflict between the court and the authority when they perform their duties one after another. Consistency principle requires the dissolution of foreign-invested enterprises in SFTZ to follow the same procedures as the domestic enterprises, enabling those two kinds of enterprises to have the equal legal statuses. Bases on this, the experiences abroad shall be implanted, expanding the application of the judicial dissolution. In hearing such cases, the courts shall use theories to elaborate the relationships between the shareholders and the shareholders/companies, so that they may correctly understand the relevance of the termination of contact and the judicial dissolution. After the "Foreign Investment Law" puts into force, the form of the incorporated foreign-invested enterprises will apply to the "Companies Law", and the traditional two-steps will be no longer in existence.

**Keywords:** Consistency Principle; Foreign-Invested Enterprises; Judicial Dissolution; Two Steps; Termination of Contract

(责任编辑：楼秋然)