

## 论中国公司非破产清算中的司法介入\*

轩艳丽\*\*, 田柯\*\*, 金汝善\*\*

### 目 录

- I 引 言
- II 公司非破产清算的基本理论与司法介入的必要性
- III 司法介入清算的法理分析与域外立法
- IV 中国现行司法介入清算的立法评价
- V 中国司法介入清算制度中所存在的问题及其制度完善
- VI 结 束 语

#### 국문초록

청산이란 기업의 법인격을 소멸시키기 위하여 기업의 채권·채무 등 재산관계를 정리하고 해산기업이 체결한 각종 법률관계를 종결시키는 일련의 절차를 말한다. 청산은 파산청산(破産清算)과 자발적 청산(一般清算)이 있다. 파산청산은 최근에 공포된 破産法과 民事訴訟法 규정에 따라 절차가 진행되고, 자발적 청산은 회사법(公司法) 규정에 따라 절차가 진행된다. 일반청산은 보통청산과 특별청산으로 나눌 수 있다. 주주총회의 해산결의나 정관에 규정된 해산사유의 발생 또는 기타 법률이 규정하고 있는 해산사유로 인한 것은 보통청산(普通清算)이라 하고, 행정처분이나 법원 판결에 의한 해산 청산절차를 특별청산이라 한다. 논문은 보통청산과 특별청산에 대한 중국 회사법 규정(제 182조 및 제 190 조)을 살펴보고 있다.

해산사유가 발생하여 해산되는 경우 기업의 이사회(董事會)가 청산의 절차와 원칙 및 청산위원회의 명단을 작성하여 기업관련부서에 보고하여 허가(批准)를 받아야 하고, 아울러 기업관련부서의 청산절차에 관한 監督을 받아야 한다. 현재 중국의 국유기업 등과 같은 부실기업이 청산과정에서 채권자의 이익에 반하여 청산이 이루어지고 있다는 데 문제가 발생되고 있다. 따라서 회사법에서 사법기관이 강제적으로 청산과정에 개입하여 이를 감독, 조정 그리고 적극적으로 소송구조를 하여야 할 필요가 제기되고

\* 이 논문은 현영려(軒艳丽), 전가(田柯)가 쓴 논문을 김여선(金汝善)이 일부 수정하였음

\*\* 濟州大學 法學部 博士生

\*\* 濟州大學 法學部 碩士生

\*\* 濟州大學 法學部 助教授

있다. 논문은 중국 회사법의 관련규정을 통하여 우리나라 대중 투자기업에게의 시사점을 검토하고자 하였다.

주제어 : 중국, 사법개입, 행정개입, 특별청산, 회사법

## I 引言

长期以来, 中国《公司法》关于非破产清算制度的规定极不完善。新修订的《公司法》于2006年1月1日生效, 新法对公司非破产清算制度做出了一些变动。然而由于受“立法宜粗不宜细”、“重程序轻实体”等立法思维的影响, 关于司法介入公司清算方面的规定还不够完善, 立法与实践中的许多问题仍然得不到解决。本文侧重于新公司法对相关制度的变动, 从公司非破产清算中存在的问题出发, 通过论证司法介入公司清算的优越性, 在借鉴其他国家的相关制度的基础上, 对公司非破产清算的司法介入制度进行探讨, 并对司法机关介入公司清算的方式、具体程序等方面的内容作了若干设计。

公司的清算(liquidation of a corporation)是指公司解散后, 清结公司债权债务, 分配公司剩余财产, 最终向公司登记机关申请注销登记, 使得公司法人资格归于消灭的程序。<sup>1</sup>依据公司的清算是否依照破产规则进行, 可以将清算分为破产清算和非破产清算。破产清算由专门的破产法予以规定。破产外的其他原因导致的清算为非破产清算。根据公司法的一般原理, 不经清算, 公司的股东及其他成员都不得从公司的各种法律关系中解脱出来。公司清算的结果直接关系到债权人的利益、公司股东的利益和社会经济秩序的维护, 所以公司清算是公司退出市场过程中一个十分重要的环节。在理论研究中往往对破产清算投入极大的热情, 而对公司的非破产清算很少关注。事实上, 中国法律对非破产清算制度的规定不到位, 缺乏可操作性, 致使公司清算中侵害债权人利益的案件经常发生。所以, 公司的非破产清算制度更应当值得我们关注。

<sup>1</sup> 毛亚敏著:《公司法比较研究》, 中国法制出版社2001年版, 第341页。

## II 公司非破产清算的基本理论与司法介入的必要性

### 1. 公司非破产清算的基本理论

#### 1) 公司非破产清算的概念

由于合并、分立而解散的公司并不进行清算,所以更精确地说,非破产清算是指处理因破产、合并分立以外原因引起解散的公司的各项未了结事务,使得公司法人资格归于消灭的一种程序。

#### 2) 公司非破产清算的事由

公司非破产清算的事由,又称公司非破产清算的原因。公司解散具有引发公司开始清算的效果。如法国《商事公司法》第391条所规定:公司不论何种原因解散,即此进入清算。即公司清算的事由为公司解散,包括自愿解散(voluntary dissolution)与强制解散(involuntary dissolution)两种。其中,强制解散又可以具体分为行政解散与司法解散。

公司的解散可以通过民事、行政和司法三种途径进行。<sup>2)</sup>最新修订的公司法对公司解散的原因进行了修改,使公司解散的原因更加系统和完善。《公司法》第181条规定:公司因下列原因解散:①公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现;②股东会或者股东大会决议解散;③因公司合并或者分立需要解散;④依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销;⑤人民法院依照本法第138条的规定予以解散。其中,自愿解散是指①、②两项所规定的事由出现时的解散,主要体现的是股东的意思自治,通过民事途径进行;由于④项规定的公司依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销引起的解散通过行政途径完成,属于行政解散;⑤项所规定的公司僵局时法院判决的解散为司法解散,通过司法途径解决。此外,如上文所言,③项的公司的合并、分立导致的解散为自愿清算,但由于它并不导致公司的清算,故不作过多探讨。

#### 3) 公司非破产清算的分类

①依据公司清算程序的进行是否依据一定的法律程序,可以将清算分为任意清算和法定清算。任意清算依照公司章程或依照股东的决定进行,体现当事人的意思自治,一般适用于无限责任公司及两合公司,即人合公司。德国、日本、韩国等国家的公司法都允许人合公司进行法定清算。<sup>3)</sup>但并不是所有的国家都允许对无限公

<sup>2)</sup> 李燕:《对我国公司终止的有关法律规定的反思》,政法论坛(中国政法大学学报),2001年3月

<sup>3)</sup> 参见《德国商法典》第145条,《日本商法典》第117条,《韩国商法典》第247条。

司进行任意清算，比如中国台湾地区的公司法。中国公司法中没有关于任意清算的规定。即我们所讨论的公司的清算，均为法定清算。

②非破产清算的基础上，依据清算是否受到法院或其他机关的干预，可以将清算分为普通清算和强制清算。不少学者依此种标准把清算分为普通清算和特别清算。“普通清算又称自愿清算，是由公司董事、公司股东或股东大会组织依照法律规定自愿组织的清算。至于什么是强制清算或者特别清算在理论界存在着争议，作者将在下文予以探讨。

## 2. 公司非破产清算中存在的法律问题及司法介入的必要性

公司清算制度的弊端之一是清算人行使清算职权时无任何监督机制，公司清算随意性大，债权人无从了解整个清算程序的进展情况。在这种暗箱操作下，债权人的权益难以得到保障。<sup>91</sup>

按照一般公司法理论，公司解散之后是应该自行组织清算组进行清算的。但公司普通清算的顺利进行往往依赖于股东自身的善意和公司资产的充沛。然而，在实践中公司解散的，能够做到主动依法进行清算的寥寥无几，很多是不负责地解散公司，甚至有很多公司假借解散之机，逃废债务。<sup>92</sup>所以，当公司股东违反了诚信义务或公司资产并不充分时，普通清算就很难发挥作用。并且，由于清算工作的繁琐复杂性，公司在进行清算的过程中，还会遇到一些难以解决的障碍，以至于无法按照普通的程序进行下去。

由于公司的清算涉及到公司债权人、股东、及公司职工等诸多主体的利益，不清算或不及时清算不但会使利害关系人的利益得不到保障，也必然会影响社会秩序的稳定及整个社会信用体制的建立。在当事人无法通过自由的契约来解决他们之间的利益冲突时，就有必要通过法律对利益分配事项进行必要的强制，以弥补自由契约方法的不足。<sup>93</sup>为了解决公司非破产清算中存在的法律问题，应当建立全面的法律救济制度。所以，在这种情形下法律应当赋予利害关系人充分的司法救济手段，发挥法院在公司普通清算发生障碍时的补救作用。

由于公司法所规定的清算均为非破产清算，为了表述上的方便，在下文中我们将其简称为“公司清算”。

<sup>91</sup> 曹哲著：《公司特别清算程序设计》，《池州师专学报》，2004年6月。

<sup>92</sup> 杜万华、王艳彬著：《试论公司被吊销营业执照后的法人主体资格》载郭锋、王坚主编《公司法修改纵横谈》法律出版社，第125页。

<sup>93</sup> 刘敏著：《债务人解散时，债权人的司法救济途径》，《中国民商审判》，法律出版社2002年第1卷，第194页。

<sup>94</sup> 邱海洋著：《公司利润分配法律制度研究》，中国政法大学出版社，2004年7月版，第143页。

### III 司法介入清算的法理分析与域外立法

#### 1. 司法机关介入是完善公司清算制度的保障

##### 1) 司法介入清算的正当性

不少人认为公司的清算属于公司的内部事务，应当由当事人自主处理，司法机关不应干预和介入，司法机关只应受理涉及公司外部关系的法律事项。这种以内部关系排斥司法救济的认识是错误的。公司的内部关系属于公司法调整的范围，由此产生的争议也需要得到司法的救济。况且，公司解散之后进行清算，不仅涉及到公司股东、董事及职工的利益，还涉及到公司债权人的利益，甚至涉及公共利益，因此，不能完全交由公司自行处理，它更需要外部权力的介入。当公司不能自行解决清算问题时，往往会考虑外部力量的干预：一是考虑由行政机关直接干预公司的清算，对清算事务强化管制；二是通过赋予利害关系人以充分的诉权，使其权益受到损害时可以向法院申请救济，从而通过法院的介入来解决问题。

虽然本次公司法修订删除了原《公司法》191条关于行政机关直接干预公司清算的规定，但行政机关参与公司清算的规定在中国现行法律中仍然存在。行政机关直接介入公司清算活动是计划经济的产物。在转轨时期，行政手段原比法律手段更富有成效。正如吴志攀教授所言：在许多法律制度和程序都尚未定型的转轨时期，如果过多采用法律的方法，可能会增加改革的成本，特别是时间方面的成本。<sup>91</sup>然而，随着经济的发展和法制时代的到来，由行政权力直接干预公司活动的弊端日益暴露。就公司清算而言，行政机关的直接参与未必能够达到好的效果。

①清算工作并非政府的本职工作，行政机关人员是否具备进行清算工作所必须的专业知识与能力值得怀疑。这样不但会使工作效率大打折扣，而且还会影响到公正清算的实现。

②由于被行政解散的公司大量存在，如果都由行政机关负责清算，无论是从人力上还是在物力上都是难以承受的。

③我们不否认行政机关具有法律赋予的强制解散公司的权力，国家机关本来就负有维护社会利益的职责。公司的清算虽然也会涉及到整个经济秩序，但它更多还是牵涉到股东和债权人的利益，还主要体现为私法上的权利义务，所以，首先还应当把清算的主动权交于当事人手中。政府机关直接进行强制清算显然是违背当事人意志的。

##### 2) 司法介入公司清算的优越性

要建立真正完善的现代企业制度，就应该使公司具有真正独立的权利，而只有

<sup>91</sup> 参见吴志攀为北京大学出版社法学论丛“国际金融法系列”所写的《总序》。

公司自己和法院才有权决定公司的事务。<sup>9)</sup>与行政机关比起来,司法机关介入经济活动具有更多的优越性。

司法权就其本质而言是一种判断权,它具有较强的中立性、被动性,严格的程序性以及能够使利益相关人的参与,能为权利提供完整、公平、经济、迅速的保护。尤其是在私权的保护方面,司法权有着行政权不可比拟的优越性。“法院的实际组织和程序提供了比行政机关的组织 and 程序更强的合法性保证。这无疑是为为什么人们认为有必要将那些与行政职能联系的司法职能交付法院的理由”。<sup>10)</sup>

从世界各国公司立法来看,凡涉及公司清算事宜,或通过律师事务所和会计事务所等社会中介机构完成,或通过法院监督。尤其对公司强制解散的均由法院决定和主持,并未见行政机关主持公司清算的法例。虽然也有政府经济管理机关干预公司清算行为的立法,但其并不直接组织公司清算,而是向法院提出申请,由法院决定和主持清算程序。<sup>11)</sup>

由此可见,与行政机关对公司清算的干预相比,清算过程中适当的司法介入更具有合理性。

## 2. 司法介入公司清算的法律路径: 非讼程序

在理论上,民事案件可分为诉讼案件和非讼案件两种。非讼案件是中国司法实践中的习惯用语,在外国法及中国台湾地区立法中则称为“非讼事件”。非讼案件只是为了确定一种法律事实,不是解决民事权利义务争议,虽然有申请人和被申请人,但二者不是对立的争议主体,申请人申请法院确认某种法律事实的目的,并不是或者不完全是为了自己的利益。

审理非讼案件的程序为非讼程序。非讼程序首先是一种法院的审判程序,并不包括美、日等国家盛行的诉讼外替代性纠纷解决方式ADR,<sup>12)</sup>它是民事诉讼法学上的概念,但并未出现在中国的民事诉讼法典中。德国、奥地利、韩国、日本及中国台湾地区均有专门的非讼程序法。<sup>13)</sup>

非讼程序的特点是:①适用非讼程序的案件一般是不存在民事争议的案件,并且通常只有一方当事人,法院不需要经过实体审理就可以对利害关系人申请的事项

<sup>9)</sup> 参见王保树主编:《中国公司法修改草案建议稿》,社会科学文献出版社,2005年版,第534页。

<sup>10)</sup> 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第308页。转引自马宁:《论公司解散与清算程序中的债权人保护问题》吉林大学民商法学硕士论文,中国期刊网

<sup>11)</sup> 龚红兵:《构建我国特别清算制度的法律思考》,华东政法学院硕士学位论文,资料来源:期刊网 www.cnki.net 优秀硕博论文库。

<sup>12)</sup> ADR是Alternative Dispute Resolution的缩写,译为诉讼外替代性纠纷解决方式。起源于美国,后为许多国家采用。ADR是指诉讼外或非诉讼解决争议的各种方法的总称,包括司法ADR、行政ADR和民间组织ADR。只有司法ADR同非讼程序一样有法院的参与,包括法院附设调解、法院附设仲裁等,而非讼程序一般由法院审理。

<sup>13)</sup> 德国设有专门的《非讼事件管辖法》、奥地利的《非讼事件法》、日本有《非讼事件程序法》,中国台湾地区的为《非讼事件法》、韩国的《非讼事件程序法》。

作出判决<sup>14)</sup>。②由于非讼案件案情比较简单，所以审理期限要求严格，审判组织原则上采用独任制，一审终审。③非讼程序中没有原告和被告，只有申请人和被申请人。④非讼程序一般依职权主义，由于非讼案件一般涉及的是公共利益或他人的利益，申请人无实体上的处分权，一般由法院在法律规定的基础上依职权进行审理并作出决定。<sup>15)</sup>

由非讼程序的特点来看，将解除董事、监事职务、法人组织的变更、商业登记、公司的整顿与清算等商事事件采用非讼程序审理是十分合适的。上文所述的日本和中国台湾地区关于“特别清算”程序的内容都是在非讼程序法中规定的<sup>16)</sup>。

### 3. 司法介入公司清算的合理限度

法院对公司清算的介入应当合理，即法院应当适度干预。因为依据公司法原理，与公司清算有着直接利害关系的莫过于公司的债权人与股东，在清算的过程中，应当充分发挥利害关系人的监督作用。国有独资公司或者国家控股公司的清算中，为了防止国有资产流失，还应当发挥行政机关的监督作用。法院只是处于中立地位的机关，只有在利害关系人向提请法院救济时才介入清算。包括裁定组成清算组、对清算组成员的选任，对清算事务的监督主要通过审查清算方案、清算报告等方式进行。法院对清算的有限介入模式时最经济，也是最合理的。

### 4. 司法介入清算的域外立法

#### 1) 韩国司法介入清算的相关规定

《韩国商法典》把公司分为无限公司、两合公司、股份有限公司和有限公司四类，并且对其清算分别进行了规定，无限公司和两合公司的清算由公司本部所在地的地方法院管辖监督，对股份有限公司和有限公司的管辖和监督由公司本部所在地的地方法院合议部担当执行。公司进入清算程序后，法律将其定义为“清算中的公司”。

韩国把清算分为“任意清算”和“法定清算”两种，“任意清算”是指根据公司章程的规定或者全体公司人员的决议自行进行清算，“法定清算”是指任意清算中规定的情况不存在的时候则根据法律规定进行清算。

因为韩国绝大部分是股份有限公司和有限公司，并且中国公司法也只包括对股份有限公司和有限责任公司，所以下我们将主要参照对这两类公司的规定进行比较论述。

《韩国商法典》规定股份有限公司解散后，公司可以自行清算并且选定股东作为清算人，也可以根据公司章程或者股东大会的选举来选定清算人，在选定清算人时法院还可以根据利害关系人的请求选任清算人。《中国公司法》只规定了债权人可以

<sup>14)</sup> 刘海渤：《民事非讼审判程序初探》，《中国法学》2004年3月。

<sup>15)</sup> 蔡虹：《非讼程序的理论思考与立法完善》，《华中科技大学学报》，2004年第3期。

<sup>16)</sup> 参见日本《非讼事件程序法》第二编第一章；第台湾《非讼事件法》第81条—96条。

申請人民法院組成清算組進行清算，而沒有賦予公司股東、公司職員等其他利害關係人以救濟申請權。

根據《中國公司法》第184條規定公司應當在解散事由出現之日起十五日內成立清算組，開始清算，但是卻沒有對公司解散事由出現的日期的具體判定標準。韓國一般是根據公司解散登記制度判定公司解散事由出現的日期的，而現在中國對關於公司解散登記制度還沒有做出規定。

為了使法院對公司清算程序的監督起到實效，韓國規定了當清算人被認定後起兩週內必須到法院進行登記，包括公司解散的事由和時間，清算人的姓名、居民登錄證號碼、地址等內容的清算人登記制度。

為了防止公司名稱的先占和減輕繁雜的公司登記事務等目的，韓國把在一定期間只是存在登記，但是實際上已經停止營業或者公司實體已經不存在的公司稱作“休眠公司”。法院可以要求休眠公司解散並且進行清算。

《韓國商法典》中還對清算人在清算過程中應當制成的一系列相關清算材料以及期限做出了詳細的規定，中國則只是規定了清算人編制資產負債表和財產清單，而對於在什麼時間內必須提交給公司或監督機關並沒有作出相關規定。

雖然韓國是在《韓國民法典》第93條中規定清算人負有破產宣告申請義務，即清算人在公司清算過程中發現法人的財產明顯地不足以償還公司的債務時，應該立即申請破產並且發布公告，使公司清算進入破產清算程序。這與中國《公司法》第188條的規定完全相同。此外對國家持股超過二分之一的股份公司，或者涉及金融保險類公司要按照其他特別法進行清算。

股東大會可以通過決議隨時解任清算人，但由法院選任的清算人除外。當清算人有不適當行為時，股東可以請求法院對清算人進行解任。清算結束後，法院根據清算人或利害關係人的請求指定保管人對公司的帳簿和其他經營、清算的相關資料在一定期間內進行保存處理。中國《公司法》雖然對清算人的選任、職權、責任等做出了規定，但是對清算人的解任和清算結束後相關資料的保存都沒有涉及。

## 2) 其他國家地區司法介入清算的相關規定

其他國家或地區的立法，在破產清算中均有法院介入。然而，在公司非破產清算中是否允許司法介入以及司法干預的程度大小等內容卻各有不同。

在日本、中國的台灣地區，該種由法院介入清算的制度屬於股份有限公司“特別清算”(special liquidation)的一種。特別清算是股份有限責任公司在普通清算開始後，因發生困難或公司負債超過資產有不實嫌疑時，經法院命令而進行的一種特殊的清算程序<sup>17)</sup>。如日本公司法(日本商法第二編 公司)第431條規定：①認為在對清算的執行能帶來顯著障礙時，法院可依債權人、清算人、監察人或股東的中述或依職權，命令開始對公司進行特別清算。在認為公司有債務超過之嫌疑時亦同。②公司有債務超過之嫌時，清算人須進行前項之中述。

在澳門公司法中該種由司法機關介入的清算被稱為“司法清算”。《澳門公司

<sup>17)</sup> 吳新平、高旭晨編著：《台灣公司法》，中國對外經濟貿易出版社，1991年版第141頁。



法典》把清算分为两类：非司法清算（extra-judicial）与司法清算（judicialmente）。其中前者是指不受法院监督或控制的自行清算，后者则是指在法院严格监督和主持下的清算。<sup>19)</sup> 分类的法律依据是《澳门商法典》第319条的规定：①法院以外之清算，自登记解散之日起至登记清算结束之日，不得逾两年。②清算在该期间内仍未结束时，应由法院接管；清算人应在上款所指期间届满八日内，声请法院继续清算。有限公司和股份有限公司在“司法清算”的过程中，如果发现公司之资产不足清偿公司所有债务时，清算人应申请破产。<sup>19)</sup>

由于英国法律中并不存在公司破产的观念，其清算分为强制清算（compulsory winding-up）和任意清算（voluntary winding-up）两种。法院在两种清算均能介入，只是干预的程度不同而已。<sup>20)</sup>

由于各国的政治、经济、文化背景不同，应当允许其公司清算制度有所不同。然而，无论司法介入公司清算的方式如何不同，只要能够有利于公司利害关系人的利益公平受偿、公司清算的高效顺利完成，以及有利于清算成本的最大节约，都可以拿来为我们借鉴。

## IV 中国现行司法介入清算的立法评价

### 1. 中国现行立法关于司法介入清算的规定

#### 1) 公司法的相关规定

关于法院对公司非破产清算程序的干预，《公司法》所规定的内容仅限于公司解散后清算组不能及时成立时由债权人申请法院指定清算组进行清算一种情况。具体体现在《公司法》184条：公司因本法第181条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。其实，关于清算组不能及时成立时的法律救济在修改前的《公司法》第192条中也存在，<sup>21)</sup> 只是修订后的公司法增加了强制清算和司法清算在清算组不能选任时同样可以申请法院指定清算组，使得清算制度的内容更加系统、更

<sup>19)</sup> 米也夫著：《澳门商法》，中国政法大学出版社1996年版，第268页。

<sup>20)</sup> 参见《澳门商法典》第322条第五款规定：公司之资产不足清偿公司所有债务时，清算人应在获悉后，即声请公司破产；但无限责任股东清偿该等债务者，不在此限。

<sup>21)</sup> 柯枝芳著：《公司法论》，三民书局印行，民国七十一年版，第557页。

<sup>22)</sup> 参见修改前的《公司法》第191条：公司依照前条第（一）项、第（二）项规定解散的，应当在十五日内成立清算组，有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由股东大会确定其人选；逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组，进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时指定清算组成员，进行清算。

加完善。此外,《公司法》的187和189条还增加规定了法院对清算方案、清算报告的审查确认程序。不少学者认为此处增加的内容是针对与公司被司法解散一种情况,并不适用于其他解散公司的强制清算。<sup>229</sup>对此作者不能认同。法院确认清算方案、清算报告的规定应该是针对法院指定清算组后对清算组具体行为监督的规定,这使得法院对清算的监督更具有操作性。

## 2) 程序法方面的规定

在民事诉讼法中却没有关于司法介入公司清算的程序性规定,只有最高人民法院2000年印发的《民事案件案由规定(试行)》(简称《案由规定》)的通知中,将利害关系人向法院申请组织清算组进行强制清算的案件放在了第四部分适用特别程序案件,案由认定为“申请法院指定清算组成员案”规定在效力层次不高的司法解释中,并且规定的内容过于简略。

## 3) 其他法律中的例外规定

现行法律体系下并不是所有的公司都有向法院申请救济的权利。针对外资公司清算的《外商投资企业法》的规定中,利害关系人的救济只能向企业的审批机关提出,并且后来的司法解释更确认了外资公司的清算排除法院参与的内容。<sup>230</sup>针对金融类公司被行政解散后的清算仍然是由行政机关直接组织的,如《商业银行法》第70条,《保险法》第86条等。从法理上看,作为特别法的《商业银行法》、《保险法》优先于《公司法》适用,对行政解散的金融公司由其主管机关直接进行强制清算。不排除金融类的公司由于其自身的特殊性质需要特殊监管,然而对于自愿解散的金融公司仍然要适用《公司法》的一般规定。此外,并非所有的金融公司行政解散后都有行政机关直接负责清算的规定,如证券公司。

## 2. 对现行立法的评价

从总体上来看,现行立法关于司法介入公司清算的规定过于简单模糊,导致有的法院往往以法无明文规定的可操作性程序为由而不予受理。此外,针对不同类型的公司,法院介入的程度也不同,制度不够统一,并且法律之间的衔接不够完善,仍然没有完全摆脱行政干预清算的影子。

从现有的文献资料来看,不少学者将“清算组不能选任时的司法救济”认定为

<sup>229</sup> 参见甘培忠:《关于新公司法对公司设立、合并、解散、清算、破产作出调整规定的几个问题》, <http://www.law-walker.net/detail.asp?id=3460> 作者认为,增加因司法解散的公司的清算方案应当除了报股东会、股东大会外,还应当报告受案法院的规定,以照应司法解散公司的制度安排。

<sup>230</sup> 参见最高法院法释[1998]1号《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》,该批复指出,中外合资企业清算问题应依据《外商投资企业清算办法》的有关规定办理,人民法院没有主管资格。

中国的“特别清算”制度，然而中国现行法律中是否存在“特别清算”制度吗？真正的特别清算制度是日本、台湾地区规定的那种清算，由于组织清算的机关为行政机关，所以外商投资企业法所规定的并不是真正意义上的“特别清算”。

虽然特别清算制度也包括“普通清算遭遇障碍时由法院依中照请组织清算”的情形，却与中国公司法所规定的内容有着极大的不同。从本质上说公司的特别清算制度适用于财务状况恶化又无再建希望的公司，结果是终止该公司的活动，<sup>24)</sup>是介于普通清算和破产清算之间的一种程序，它的前提条件包括“清算组发现公司资产有超过债务嫌疑”，且只适用于股份有限公司，它还可以以“协定”的方式终结清算<sup>25)</sup>。这些特点都是中国公司法所规定的“清算组不能选任时的司法救济”制度所不具备的。

由此可见，中国立法中尚不存在真正意义上的特别清算制度，而只是存在某些“特别清算”制度的萌芽。并且我认为中国现有关于强制清算制度的立法与澳门“司法清算”更具有相似性，都排除了“发现公司资产不足清偿债务”的前提条件，无论是在立法中还是在实践中更具有可借鉴性。

## V 中国司法介入清算制度中所存在的问题及其制度完善

### 1. 中国司法介入清算制度中所存在的问题

中国司法介入清算在立法与实践中所存在的问题，归纳起来大致可以分为两类：第一类是法律法规对一些必要的问题没有做出规定，在法律法规对某一问题没有做出相关规定的情况下，公司面临的是在实务中如何处理的问题。第二类是有关法律法规虽然对强制清算的某一问题做出了规定，但是规定彼此之间存在差异，甚至相互冲突。具体表现为：

#### ①法院介入公司清算的范围过于狭窄

对于利害关系人可以申请法院指定清算组，公司法仅规定了逾期不能成立清算组一种原因，是不够完善的。由于清算是一个复杂的程序，如果清算组成立后在清算的过程中遇到了难以克服的问题（比如清算组成员之间产生了严重的分歧），以至于公司清算无法进行下去，利害关系人是否可以申请法院介入清算程序呢？或者公司解散后虽然及时成立了清算组，清算组却怠于清算，利害关系人是否有权申请法院组织清算呢？公司清算的目的在于结束公司法人资格的过程中，保护债权人利益、股东利益和维护社会经济秩序。如果公司的利害关系人在公司的普通清算遇到障碍时能及时获得救济，势必会影响清算目的实现。

#### ②关于向法院申请救济的主体

<sup>24)</sup> 邹建林著：《破产程序和破产实体制度比较研究》，法律出版社1995年版，第8页。

<sup>25)</sup> 所谓协定终结，即是指公司与债权人团体之间，以协定的方式，对债务清偿做出安排，经法院认可发生法律效力后终结清算的一种方式。

《公司法》第184条规定，当普通清算不能及时成立清算组时，公司的债权人有权申请法院指定清算组。即中国公司法赋予了公司债权人申请法院指定清算组的权利。然而，与公司有利害关系的主体除公司债权人外，还包括公司的股东、公司的职工等。股东作为公司的内部成员与公司的关系比债权人还要密切。由于公司的清算不仅牵涉到债务的清偿，还涉及到股东之间对剩余财产的分配问题，如果清算不能进行，债权人的利益落空，公司股东也不能享有应得的利润。把股东排斥在外，就相当于剥夺了其申请救济的权利，必然会影响到股东实体权利的实现。况且，法律不赋予股东申请强制清算的资格也不符合国际惯例。<sup>26)</sup>此外，对被解散公司的职工而言，如果公司长期处于停业状态而不仅行清算，职工既领不到工资，也无法通过清算程序得到应有的补偿。不赋予职工申请救济的资格，就相当于剥夺了职工获取报酬及补偿的合法权利。

所以，申请法院指定清算的主体制度的缺位会导致法院因为缺乏法律依据而拒绝利害关系人的请求。这样会把矛盾推向社会，其结果只能使矛盾更加激化。

### ③关于法院介入公司清算的程序

有人认为利害关系人申请法院组成清算组的案件属于非讼案件，直接由法院启动并在其组织下进行。<sup>27)</sup>审理非讼案件的程序为非讼程序。认为利害关系人只能以申请人的身份向法院申请启动公司清算，而不能以原告的身份起诉。法院受理申请后裁定其在一定期限内组成清算组织，清理公司债权债务，强制其依法进行公司清算。<sup>28)</sup>然而，中国程序法中并不存在“非讼案件”、“非讼程序”的概念。至于法院应当采取怎样的程序来处理利害关系人申请法院组织清算组的案件，包括案件的管辖，案件的审理，以怎样的方式结案等内容法律均没有规定，这也是阻碍司法机关在公司清算发挥作用的一个重要因素。

### ④关于法院在清算中发挥的作用

法院在强制清算过程中的作用，具体体现为法院与其指定的清算组之间的关系方面。从现行法律上看，法院只决定公司是否进行强制清算、指定清算组成员进行清算，确认清算方案和清算报告，决定是否终止或终结强制清算进行审查并作出裁定，而对清算组的清算行为不予干预。目前的公司法并未赋予法院在公司清算中承担其他任务，法院即使要对清算组的工作进行监督，也没有法律依据和程序依据。<sup>29)</sup>中国法院在公司清算过程中发挥的作用是微乎其微的。

此外，仅仅依靠法院的监督是不够的，真正与清算有法律上利害关系的是股东与债权人，没有规定其发挥监督作用的法律依据，比如可以参照破产法的规定增加债权人会议等。

### ⑤关于法院判决公司解散后对清算的处理

新修订的公司法增加了于公司出现僵局时股东可以请求法院解散公司的内容。然而，对于法院判决公司解散后如何处理解散公司的清算问题，法律却没有规定。

<sup>26)</sup> 日本、中国的台湾和香港地区都有股东可以申请法院指定清算组进行清算的权利。

<sup>27)</sup> 参见谭剑文：《公司运作的司法程序保障初探》，《法学》，1998年第5期。

<sup>28)</sup> 范广略：《论公司清算中保护债权人利益的救济措施》，对外经贸大学硕士论文，资料来源：期刊网 www.cnki.net 优秀硕博论文库。

<sup>29)</sup> 蔡晖：《特别清算操作程序的若干问题》，人民法院报，2004年11月3日。

在法院在判决解散的时候是否应对清算问题一并解决问题上存在着争议。有人认为被强制解散的公司因股东之间的尖锐矛盾和公司管理机构的瘫痪，在通常情况下已无法自行组织清算，在作出公司解散裁决的同时，一并作出特别清算的裁决和安排可能是既有利当事人又有利于社会的司法选择。<sup>301</sup>还有人建议应当一概省去自行清算的前置程序，明确规定由法院发出清算命令组成清算组进行清算，以防清算延误。<sup>311</sup>

从现行公司法来看，立法者的意图在于公司被司法解散以后，仍然是以普通清算为前置，在普通清算遇到障碍时再赋予利害关系人申请法院指定清算组。我认为在判决公司司法解散时不应当对清算问题做出一并处理。由于公司的清算是一项复杂的工作，需要数年才能完成，如果法院在判决中对清算问题一并作出规定，会导致案件的久拖不决。<sup>321</sup>此外对“公司解散之后股东之间对清算问题达不成协议的”的担心是没有必要的，因为即使股东对普通清算达不成一致意见，被清算公司的利害关系人便可以提起强制清算的请求，强制清算程序启动后一样可以解决问题。当然，利害关系人提出强制清算之申请的“法院”，原则上应当为判决公司解散的法院。这主要是出于既方便当事人又方便法院方面考虑。

## 2. 完善中国公司非破产清算程序司法介入制度的构思

由于中国公司清算制度的立法不够完善，加上清算工作的纷繁复杂性，势必会影响清算工作的效率。司法介入清算制度的目标就是要通过司法权力作保障，来完善公司的清算制度，在最大程度的节约清算成本的基础上保证清算工作的迅速完成，使相关人员尽快从即将终止的法律关系中解脱出来，并使债权最终得以公平实现，以维护全体债权人的利益。

那么，设计一个什么样的司法介入方案才能使债权人和股东的利益都能最大限度受偿呢？从中国的立法现状出发，考查在实践中遇到的具体问题，并借鉴国外相关制度的规定，关于司法介入公司清算的制度，作者提出以下完善的方式：

①统一法律对司法介入清算制度的规定，明确法院有干预公司清算的权利。

针对不同公司的清算，法律赋予了利害关系人不同的救济方式，内容十分混乱，并且法律之间衔接不够完善。针对外资公司的《外商投资企业清算办法》只是一个部门规章，虽然效力层次低于《公司法》，且对公司清算的干预是由行政机关进行的，但其中关于“特别清算”的规定相对比较完善，可以为《公司法》所借鉴。鉴于行政机关干预公司清算的种种弊端，应当赋予外资公司的当事人选择救济途径的权利，允许其选择司法救济还是申请行政机关直接干预的选择权，不要绝对排除司法机关在外资公司清算中的介入权。对于金融类的特殊公司，法律应当统一不同金融类公司非破产清算的司法介入内容，并且随新修订公司法的变动做出相应的改动，使一般法与特别法更好地衔接。

<sup>301</sup> 赵旭东著：《企业与公司法纵论》，法律出版社2003年9月版，第307页。

<sup>311</sup> 官欣荣、李法永：《公司清算制度创新的不足与完善》，(http://www.gblaw.com.cn/htm/show-shuofa.asp?id=14)

<sup>321</sup> 齐奇主编：《公司法疑难问题解析》，法律出版社，2003年版，第168页。

## ②拓宽法院介入公司清算的领域

除公司解散后清算组不能及时成立外，当出现清算组虽然成立却不愿清算或清算不能的情形时，也应当赋予利害关系人有申请法院救济的权利。

## ③增加有权申请清算司法救济的主体

与清算有关的利害关系人都应当享有申请法院救济的权利。不仅仅包括债权人，还应包括其他利益相关人，如股东、公司职工等。

## ④建立公司解散公示制度，确定申请司法救济清算的时间

《公司法》184条规定，在公司解散事由出现之日起15日内应当成立清算组，逾期不成立的，利害关系人可以申请法院指定清算组进行清算。但是，由于中国不存在公司解散登记制度，并且通知或公告债权人又在清算组成立之后，所以债权人缺乏得知公司解散信息的渠道。<sup>331</sup>债权人无从知道公司解散的具体日期，这对债权人申请指定清算组成员增加了难度。所以，应当建立公司解散的公示制度。

## ⑤完善法院介入公司清算的程序性内容

依据最高人民法院2000年印发的《案由规定》的通知，中国关于“申请法院指定清算组成员案”案件的审理适用特别程序审理。然而，此处的特别程序并非传统意义上的特别程序<sup>332</sup>。至于属于怎样的特别程序，法律需要给予明确规定。并且，《案由规定》的只规定在效力层次较低的司法解释中，应当吸收在民事诉讼法中规定。

## ⑥明确法院在介入公司清算的具体内容

### 第一，“申请法院指定清算组成员案”案件的管辖

一般规模公司的“申请法院指定清算组成员案”案件可以由公司所在地的基层人民法院管辖。上市公司或规模较大的公司“申请法院指定清算组成员案”案件可以由中级人民法院审理。

鉴于“申请法院指定清算组成员案”案件的公司可能会最终进入破产程序，所以，可以参考《破产法》中关于案件管辖的规定，并允许引入管辖权转移制度，本着方便法院审理的原则，允许“申请法院指定清算组成员案”案件与破产案件在不同法院间的转移。

### 第二，法院审理“申请法院指定清算组成员案”的审判组织、审级、终结案件方式

法院在公司清算中的具体作用体现在：受理利害关系人的申请，并对申请进行审查，认为符合条件的，裁定指定清算组，开始进行清算。认为不符合申请条件的，裁定不予受理。对于受理申请作出的裁定，应当是一审终审。对于不予受理的裁定，应当赋予当事人以上诉权。

法院审理“申请法院指定清算组成员案”一般采用独任审判，对疑难案件或者规模较大的公司的清算，可以由合议庭进行审判。

<sup>331</sup> 孙强：《企业清算法律制度研究》，中国政法大学博士论文，资料来源：期刊网 [www.cnki.net](http://www.cnki.net) 优秀硕博论文库。

<sup>332</sup> 传统意义上的特别清算程序为中国民事诉讼法中所规定的审理四种案件的程序，包括：选民资格案件；宣告失踪、宣告死亡案件；认定公民无民事行为能力、限制行为能力的案件；认定财产无主案件。

由于是对程序性内容的处理，终结案件的文书应当为裁定。

第三，法院除了受理“申请法院指定清算组成员案件”外，还应当增加法院依申请或依职权对清算组成员的解任权。

第四，法院对清算组提交的清算方案、清算报告进行审查，当发现清算过程中存在帐目不明、股东滥用公司人格的情形导致清算无法进行时，应当裁定中止清算程序。利害关系人可以另外提起针对股东“公司人格否认”的诉讼。

法院通过清算组提交的清算报告后，应当裁定终止清算程序。

## VI 结 束 语

文章所研究的司法介入非破产清算制度是在参考了域外先进立法与理论，并结合了中国的立法和司法实践的基础上进行的。作者在文章写作资料收集的过程中发现，中国公司非破产清算制度中所存在的最大问题在于司法权的缺位，此种缺位导致了公司清算立法上的一系列漏洞。

虽然中国《公司法》中早已存在法院通过指定清算组成员介入公司清算的规定，但由于规定过于简陋模糊而缺乏可操作性，以至于在司法实践中此类问题因缺乏法律依据而得不到解决。

新生效的《公司法》对公司的解散清算制度做出了一些变动，例如增加了公司司法解散的规定等内容，这体现了立法者对司法权的重视。但是对法院介入公司清算制度仍然没有做出实质性的变动，非破产清算制度仍然需要不断的完善。

然而就目前为止，对非破产清算中的司法介入问题仍然是“仁者见仁，智者见智”，除少数论文见诸报刊外，至今还未能形成统一的观点，立法上也没有统一规定。

虽然文章论述了公司非破产强制清算制度的基本理论，对中国实践中存在的问题进行分析，并对完善中国的非破产清算制度提出了自己的见解。但限于本人的水平及资料的缺乏，所呈文章难免有挂一漏万之处，肯请指正。

## 参 考 文 献

- 1、王保树主编：《中国公司法修改草案建议稿》，社会科学文献出版社，2005年版。
- 2、柯枝芳著：《公司法论》，三民书局印行，民国七十三年版
- 3、赵旭东著：《企业与公司法纵论》，法律出版社2003年9月版

- 4、齐奇主编：《公司法疑难问题解析》，法律出版社，2003年版
- 5、吴新平、高旭晨编著：《台湾公司法》，中国对外经济贸易出版社，1991年版
- 6、毛亚敏著：《公司法比较研究》，中国法制出版社2001年版
- 7、米也夫著：《澳门民商法》，中国政法大学出版社1996年版，
- 8、孙强：《企业清算法律制度研究》，中国政法大学博士论文，资料来源：期刊网 [www.cnki.net](http://www.cnki.net) 优秀硕博论文库
- 9、李燕：《对我国公司终止的有关法律规定的反思》，政法论坛(中国政法大学学报)，2004年3月。



<Abstract>

**A Study on the Judicial Intervention in the Non-  
bankruptcy Liquidation of the Chinese Corporation**

Xuan Yanli, Ph. D. Dept. of Law, Cheju National Univ.

Tian Ke, Graduate student, Dept. of Law, Cheju National Univ.

Kim, Yeu-sun Professor, Faculty of Law, Cheju National Univ.

The active liquidation law and regulations of China put much concern on the bankruptcy of the corporation, while bankruptcy is not the sole reason of the corporation's dissolution. There are many cases leading to a non-bankruptcy, such as shareholders deciding to shut the corporation down, running into a deadlock, and the revoking of a corporation's business license, which is what the article focused on in the discussion of judicial intervention. Where there are various obstacles in the course of the ordinary liquidation, judicial intervention is usually considered, which has superiority compared with the administrative intervention. The author points out that the judicial intervention is more rational because of its neutrality, passivity and formality after discussing the disadvantages of the administrative intervention. It is a common practice in most industrialized countries that the court takes charge of the liquidation. A further discussion was made in the dissertation on the liquidation system of some countries such as Japan and South Korea. Based on the above discussion, the author made some suggestions to perfect China's compulsory liquidation system by analyzing the problems existing in China's legal practice.

**Key words:** China, judicial intervention, administrative intervention, particular liquidation, Corporation Law