

docsriver.com商家本本商家

最高人民法院 关于审理外商投资企业纠纷 案件若干问题的规定（一）

条文理解与适用

ZUI GAO REN MIN FA YUAN GUAN YU SHEN LI WAI SHANG TOU ZI QI YE JIU FEN AN JIAN
RUO GAN WEN TI DE GUI DING YI TIAO WEN LI JIE YU SHI YONG

主 编 万鄂湘

副主编 刘贵祥

最高人民法院民事审判第四庭 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



docsriver.com商家本本商家

为使读者更准确地理解和适用司法解释，本书主要由最高人民法院民四庭法官参与编写。这些法官大多参与了司法解释的起草、调研，对于条文的历史沿革、起草背景、理论依据以及所欲解决的实践问题都有着清晰和准确的理解，他们撰写的解释应该来说是兼具权威性、理论性与实践性的。

在体例结构上，主要包括以下方面的内容：一是条文理解与释义，侧重于从与公司法、合同法、物权法等相关规定的对比中，理解相关条文的主要内容、理论背景以及实务问题。二是法规链接，即附上条文所涉及的相关法律条文，以便于读者检索。三是部分裁判文书或典型案例。有些条文后附有生效的裁判文书，尤其是最高人民法院所作的文书；有些并未附有相关案例，或者是因为这些条文是相对比较新的规定，此前的司法实践中并未涉及；或者某些条文主要是宣示性规范，并不一定伴随有司法实践。就此而言，本书在体例处理上显示了一定的灵活性。但无论如何，其宗旨只有一个，那就是在便于读者尤其是法官准确适用法律的基础上，尽可能全面、深入地阐释条文的精髓，以期更好地指导司法实践。

——最高人民法院副院长

葛现洲

上架建议 司法解释·释义

ISBN 978-7-5093-2373-1



9 787509 323731 >

定价：76.00元

docsriver.com商家本本商家

最高人民法院 关于审理外商投资企业纠纷 案件若干问题的规定（一）

条文理解与适用

ZUI GAO REN MIN FA YUAN GUAN YU SHEN LI WAI SHANG TOU ZI QI YE JIU FEN AN JIAN
RUO GAN WEN TI DE GUI DING YI

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



docsriver.com商家本本商家

图书在版编目 (CIP) 数据

最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定 (一) 条文理解与适用/万鄂湘主编. —北京: 中国法制出版社, 2011. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2373 - 1

I. ①最… II. ①万… III. ①外资公司 - 经济纠纷 - 处理 - 法律解释 - 中国②外资公司 - 经济纠纷 - 处理 - 法律适用 - 中国 IV. ①D922. 295

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 221270 号

策划编辑 刘经纬 (L_Vigour@126.com)

封面设计 李 宁

**最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定 (一)
条文理解与适用**

ZUIGAO RENMIN FAYUAN GUANYU SHENLI WAISHANG TOUZI QIYE JIUFEN ANJIAN
RUOGAN WENTI DE GUIDING (YI) TIAOWEN LIJIE YU SHIYONG

主编/万鄂湘

经销/新华书店

印刷/三河市冀恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2011 年 1 月第 1 版

印张/22 字数/349 千

2011 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2373 - 1

定价: 76.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66070084

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

序

出口、投资与消费是拉动我国经济增长的“三驾马车”。利用外资是我国对外开放基本国策的重要内容，外商投资企业已经成为国民经济的重要组成部分。目前，我国一半以上的出口额是由外资企业贡献的，外资企业有效促进了出口额的增长。席卷全球的金融危机使国际投资者普遍紧缩或暂停了对我国的投资，导致我国利用外资水平下降。进一步做好利用外资工作，对于应对国际金融危机冲击，促进我国经济平稳较快发展，具有十分重要的意义。另一方面，绿色经济、结构优化、产业升级和区域协调已成为中国经济未来增长的核心，不断提高利用外资的质量，发挥外资在推动科技创新、产业升级和区域协调发展等方面的积极作用，对于促进经济结构调整、提高经济发展质量和效益至关重要。

就我国的外资立法而言，从1979年颁布首部外资立法《中外合资经营企业法》，到其后陆续出台《外资企业法》、《中外合作经营企业法》及相应的实施细则，加上在工商、税务、海关、外汇管理等方面的配套法律、行政法规和其他规范性文件，当前，我国已经形成了比较系统和完善的外资法律制度。我国现行外资立法，对鼓励、保护和规范外资企业的发展起到了不可替代的作用，其中的一些制度创新，例如外资准入制度、授权资本制度、董事会制度、股权转让制度、一人公司制度等，对于后来公司法的制定和修改具有十分重要的示范意义。但是理念的先进性、规范的完善性总是相对于特定历史时期而言的，随着我国社会主义市场经济体制的进一步发展和完善，伴随着我国加入WTO，既有的外资立法在很多方面已经不能满足司法实践的需要了。一方面，现行外资立法极为庞杂，同一法律关系的条文分散规定于不同法律法规中，内容重复、交叉、冲突现象严重，给司法实践带来了许多困难。另一方面，低位阶法律尤其是部门规章在实践中发挥着越来越大的作用，其中一些规章为了可操作性的考虑，其规定与高位阶法律的规定并不一致，如何衔接适用也成为司法实践的一大难题。特别是既有的外资立法“重微观管制、轻宏观控制”的立法理念、“重准入控制、轻投资管理”的控制方法，越来越显示出与投资自由、合同自由以及依法行政等理念不相适应，使法院在如何认定外资股权转让合同的效力、保护外资隐名投资者的合法权益以及衔接司法权与行政权之间等方面面临困境，亟待破解。

长期以来,最高人民法院十分关注外资政策导向与外商投资企业法的执行力的问题。2003年,最高人民法院将“我国法院审理外商投资企业纠纷案件存在的主要问题及其对策研究”列入年度重点调研课题。2005年和2007年,分别召开了“第二次全国涉外商事海事审判工作会议”和“全国涉港澳商事审判工作座谈会”,会后分别发布了《会议纪要》,本司法解释的部分内容已作为《会议纪要》的重要组成部分,在司法实践中起到了指导性作用。2008年正式启动了《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定》这一司法解释的起草工作,为此,最高人民法院民四庭继续进行深入的研究,广泛收集相关案例;分别到商务部条法司、中国国际经济贸易仲裁委员会等相关部门进行讨论;到广东、浙江、江苏、上海、福建等地召集三级人民法院审理外商投资企业纠纷案件的法官开座谈会,进行讨论研究;在重庆召开“部分高级人民法院庭长座谈会”,就司法解释稿征求意见;在最高人民法院召开两次“专家论证会”,召集合同法、公司法、外商投资企业法领域的知名专家、权威学者十余人以及全国人大法工委民法室、国务院法制办、商务部条法司、国家工商行政管理总局外商投资企业注册局的代表,共同讨论,对司法解释稿提出意见;就司法解释稿相关条款的可操作性与商务部条法司单独磋商。在此期间,该司法解释数易其稿,经过12次修改,最终于2010年5月17日由最高人民法院审判委员会第1487次会议通过,自2010年8月16日起施行。可以说,该司法解释是商法学界、涉外审判实务界人士“如切如磋、如琢如磨”的结晶,体现了司法解释起草者和参与者处理疑难法律问题的高超智慧与技巧,以及追求公正与效率的理念。相信该司法解释的颁布施行必将为统一涉外商事裁判尺度、平等保护中外当事人的合法权益,推进投资便利,营造公平市场环境产生重大作用。

在该司法解释的起草过程中,主要坚持了以下一些指导原则:一是着力解决审判实践中存在的突出问题,如未经批准的外资股权转让合同的效力如何认定、隐名投资在何种程度上能够予以保护以及给予何种程度的保护、优先购买权如何行使及其效力如何认定等问题,一直是严重困扰涉外商事审判实践的问题,而其中最根本的问题又在如何对待外资审批以及协调司法权与行政权的关系。这些问题,恰恰成为了本司法解释规制的重点。二是着眼于解释论的角度,尽量在现行法律框架下拟定相关条文,并尽可能协调相关法律法规之间存在的冲突。在起草司法解释过程中,尽量尊重现行立法关于审批权设定等相关规定,没有擅加废止,更没有越权解释。但对于外资审批的性质、范围及效力等问题,在既有的外商投资企业立法并不完全合理的情况下,也进行了适度的变通,而没有墨守成规、机械执法。如在将未经批准的股权转让合同认定为未生效合同的基础上,进一步规定出让方及外商投资企业的报批义务系为一项独立于主合同的义务,从而

为违约责任的再楔入提供了可能。再如，本司法解释还规定在一定情况下，当事人对未生效合同也可以行使解除权，诸如此类的规定，都是本次司法实践的“亮点”，是对解释论的创造性的运用。三是侧重可操作性。“徒法难以自行。”法律如果不付诸于实践，而只是停留在纸面上，则不过是一纸空文。为此，本次司法解释特别注重条文的可操作性，希望能够真正解决当事人之间的争议，以做到案结事了。如实际投资者请求确权的情况下，规定除了要满足实际投资者已经实际投资、名义股东以外的其他股东认可实际投资者的股东身份外，还要求人民法院或当事人在诉讼期间就将实际投资者变更为股东征得了外商投资企业审批机关的同意。之所以规定第三项条件，就是出于可操作性的考虑。离开了这一点，就会偏离条文的方向。四是尽量与最高人民法院出台的其他相关司法解释协调一致。如在未经批准的合同效力问题上，就沿袭了合同法司法解释关于未生效合同以及自行报批等规定。当然，也没有完全照抄照搬，而是在认定未经批准的合同为未生效合同的基础上，进一步规定了当事人促成生效的义务（即报批义务），从而完善了未生效合同的效力实现机制。从这一意义上说，本司法解释对于未生效合同的规定，是对合同法司法解释有关规定的扬弃。

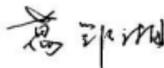
需要说明的是，基于外商投资企业纠纷案件在审判实践中的复杂性和存在问题的多样性、疑难性，我们决定将相关司法解释的制定工作分两步走：第一步，先解决外商投资企业在设立、变更过程中产生的纠纷的法律适用问题，主要包括未经审批的合同效力及法律后果、股权确认、股权转让、股权质押等问题，这就是本司法解释。在此基础上，第二步再就外商投资企业终止环节产生的纠纷的法律适用问题制定司法解释（二），主要包括外商投资企业的解散、清算等问题。此外，还需要特别说明的是，一方面，长期以来外商投资企业的组织形式多为有限责任公司，虽然近年来出现了股份有限公司，有限合伙等新的组织形式，但考虑到这些新类型的外商投资企业有其特殊性，相关纠纷较少，且审判经验不够成熟，本司法解释主要解决以有限责任公司这一组织形式的外商投资企业在设立、变更过程中所产生纠纷的法律适用问题。而在法律依据上，以公司法、合同法的规定作为一般规定，外商投资企业法的规定作为特别规定，坚持特别法优于一般法的法律适用规则，同时兼顾有关外商投资企业的低位阶法在外资管理实践中的功能作用，尽可能有效合理解决法律规范冲突问题。另一方面，目前在实践中日益增多的外资并购纠纷的法律适用问题，本司法解释亦未涉及。主要原因是此类纠纷更为复杂，不仅涉及私法领域，还涉及诸如反垄断法等公法领域，加之理论争议较大，审判经验不足，法律依据欠缺等，制定相关司法解释条件尚不成熟。

为使读者更准确地理解和适用司法解释，本书主要由最高人民法院民四庭法

官参与编写。这些法官大多参与了司法解释的起草、调研，对于条文的历史沿革、起草背景、理论依据以及所欲解决的实践问题都有着清晰和准确的理解，他们撰写的解释应该来说是兼具权威性、理论性与实践性的。在体例结构上，主要包括以下方面的内容：一是条文理解与释义，侧重于从与公司法、合同法、物权法等相关规定的对比中，理解相关条文的主要内容、理论背景以及实务问题。二是法规链接，即附上条文所涉及的相关法律条文，以便于读者检索。三是部分裁判文书或典型案例。有些条文后附有生效的裁判文书，尤其是最高人民法院所作的文书；有些并未附有相关案例，或者是因为这些条文是相对比较新的规定，此前的司法实践中并未涉及；或者某些条文主要是宣示性规范，并不一定伴随有司法实践。就此而言，本书在体例处理上显示出了一定的灵活性。但不论如何，其宗旨只有一个，那就是在便于读者尤其是法官在准确适用法律的基础上，尽可能全面、深入地阐释条文的精髓，以期更好地指导司法实践。

是为序。

最高人民法院副院长



2010年12月12日

目 录

最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的 规定(一) / 1

《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的 规定(一)》条文理解与适用 / 7

前 言 / 9

第 一 条 外资审批对合同效力的影响 / 12

第 二 条 补充协议的报批范围与效力 / 34

第 三 条 已获批准的合同未必有效 / 42

第 四 条 出资或者提供合作条件违约的处理 / 52

第 五 条 外资投资企业股权转让合同未经审批受让方可以解除合同 / 67

第 六 条 外商投资企业股权转让合同未经审批受让方要求继续履行 / 81

第 七 条 股权转让合同补办报批手续未获批准的处理 / 94

第 八 条 受让方未支付转让款而导致转让方未报批的处理 / 98

第 九 条 外商投资企业股权转让合同受让方违约的处理 / 104

第 十 条 股权转让未获批准而受让方已实际参与经营并收益的处理 / 114

第 十 一 条 股权转让给第三人时其他股东的同意权 / 121

第 十 二 条 侵害其他股东优先购买权对股权转让合同的影响 / 128

第 十 三 条 外商投资企业股权质押合同的效力 / 142

第 十 四 条 实际投资人请求股权确权的处理 / 153

第 十 五 条 实际投资人的权益保护 / 165

第 十 六 条 名义股东根本违约的处理 / 168

第 十 七 条 实际投资人向外商投资企业直接主张权利纠纷的处理 / 172

第 十 八 条 名义股东所持股权价值增值的法律后果 / 180

第 十 九 条 名义股东所持股权价值贬值的法律后果 / 188

第 二 十 条 隐名投资协议双方恶意串通的法律后果 / 193

第二十一条 虚假报批引发的股权争议的处理 / 201

第二十二条 港、澳、台、侨投资企业参照适用 / 215

第二十三条 本规定的溯及力 / 219

第二十四条 本规定与其他司法解释的关系 / 225

附录一

关于《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》的新闻发布稿 孙军工 / 228

《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》解读 刘贵祥 高晓力 / 233

附录二

中华人民共和国中外合资经营企业法 / 243
(2001年3月15日)

中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例 / 246
(2001年7月22日)

中华人民共和国中外合作经营企业法 / 259
(2000年10月31日)

中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则 / 263
(1995年9月4日)

中华人民共和国外资企业法 / 272
(2000年10月31日)

中华人民共和国外资企业法实施细则 / 275
(2001年4月12日)

附录三

再审申请人广东省中大中鑫投资策划有限公司股权转让纠纷一案民事再审裁定书 / 286

再审申请人陈永嘉与再审被申请人黄铭洲委托投资纠纷一案再审判判决书 / 302

再审申请人邓国灯与再审被申请人邓国光、安溪国光农业开发有限公司出资纠纷一案再审裁定书 / 311

上诉人陆亚斌、霍国昌与被上诉人中山市蓝海食品制造有限公司股权纠纷一案终审判决书 / 317

上诉人陈有金、黄星铎与被上诉人柯继照涉澳股权转让纠纷一案终审判决书 / 328

后 记 / 344

最高人民法院关于审理 外商投资企业纠纷案件 若干问题的规定（一）

（2010年5月17日最高人民法院审判委员会第1487次会议通过
2010年8月5日最高人民法院法释〔2010〕9号公布 自2010年8月
16日起施行）

为正确审理外商投资企业在设立、变更等过程中产生的纠纷案件，保护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》等法律法规的规定，结合审判实践，制定本规定。

第一条 当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的，自批准之日起生效；未经批准的，人民法院应当认定该合同未生效。当事人请求确认该合同无效的，人民法院不予支持。

前款所述合同因未经批准而被认定未生效的，不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款的效力。

第二条 当事人就外商投资企业相关事项达成的补充协议对已获批准的合同不构成重大或实质性变更的，人民法院不应以未经外商投资企业审批机关批准为由认定该补充协议未生效。

前款规定的重大或实质性变更包括注册资本、公司类型、经营范围、营业期限、股东认缴的出资额、出资方式的变更以及公司合并、公司分立、股权转让等。

第三条 人民法院在审理案件中，发现经外商投资企业审批机关批准的外商投资企业合同具有法律、行政法规规定的无效情形的，应当认定合同无效；该合同具有法律、行政法规规定的可撤销情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

第四条 外商投资企业合同约定一方当事人以需要办理权属变更登记的标的

物出资或者提供合作条件，标的物已交付外商投资企业实际使用，且负有办理权属变更登记义务的一方当事人在人民法院指定的合理期限内完成了登记的，人民法院应当认定该方当事人履行了出资或者提供合作条件的义务。外商投资企业或其股东以该方当事人未履行出资义务为由主张该方当事人不享有股东权益的，人民法院不予支持。

外商投资企业或其股东举证证明该方当事人因迟延办理权属变更登记给外商投资企业造成损失并请求赔偿的，人民法院应予支持。

第五条 外商投资企业股权转让合同成立后，转让方和外商投资企业不履行报批义务，经受让方催告后在合理的期限内仍未履行，受让方请求解除合同并由转让方返还其已支付的转让款、赔偿因未履行报批义务而造成的实际损失的，人民法院应予支持。

第六条 外商投资企业股权转让合同成立后，转让方和外商投资企业不履行报批义务，受让方以转让方为被告、以外商投资企业为第三人提起诉讼，请求转让方与外商投资企业在一定期限内共同履行报批义务的，人民法院应予支持。受让方同时请求在转让方和外商投资企业于生效判决确定的期限内不履行报批义务时自行报批的，人民法院应予支持。

转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的期限履行报批义务，受让方另行起诉，请求解除合同并赔偿损失的，人民法院应予支持。赔偿损失的范围可以包括股权的差价损失、股权收益及其他合理损失。

第七条 转让方、外商投资企业或者受让方根据本规定第六条第一款的规定就外商投资企业股权转让合同报批，未获外商投资企业审批机关批准，受让方另行起诉，请求转让方返还其已支付的转让款的，人民法院应予支持。受让方请求转让方赔偿因此造成的损失，人民法院应根据转让方是否存在过错以及过错大小认定其是否承担赔偿责任及具体赔偿数额。

第八条 外商投资企业股权转让合同约定受让方支付转让款后转让方才办理报批手续，受让方未支付股权转让款，经转让方催告后在合理的期限内仍未履行，转让方请求解除合同并赔偿因迟延履行而造成的实际损失的，人民法院应予支持。

第九条 外商投资企业股权转让合同成立后，受让方未支付股权转让款，转让方和外商投资企业亦未履行报批义务，转让方请求受让方支付股权转让款的，人民法院应当中止审理，指令转让方在一定期限内办理报批手续。该股权转让合同获得外商投资企业审批机关批准的，对转让方关于支付转让款的诉讼请求，人民法院应予支持。

第十条 外商投资企业股权转让合同成立后，受让方已实际参与外商投资企

业的经营管理并获取收益，但合同未获外商投资企业审批机关批准，转让方请求受让方退出外商投资企业的经营管理并将受让方因实际参与经营管理而获得的收益在扣除相关成本费用后支付给转让方的，人民法院应予支持。

第十一条 外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人，应当经其他股东一致同意，其他股东以未征得其同意为由请求撤销股权转让合同的，人民法院应予支持。具有以下情形之一的除外：

（一）有证据证明其他股东已经同意；

（二）转让方已就股权转让事项书面通知，其他股东自接到书面通知之日满三十日未予答复；

（三）其他股东不同意转让，又不购买该转让的股权。

第十二条 外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人，其他股东以该股权转让侵害了其优先购买权为由请求撤销股权转让合同的，人民法院应予支持。其他股东在知道或者应当知道股权转让合同签订之日起一年内未主张优先购买权的除外。

前款规定的转让方、受让方以侵害其他股东优先购买权为由请求认定股权转让合同无效的，人民法院不予支持。

第十三条 外商投资企业股东与债权人订立的股权质押合同，除法律、行政法规另有规定或者合同另有约定外，自成立时生效。未办理质权登记的，不影响股权质押合同的效力。

当事人仅以股权质押合同未经外商投资企业审批机关批准为由主张合同无效或未生效的，人民法院不予支持。

股权质押合同依照物权法的相关规定办理了出质登记的，股权质押权自登记时设立。

第十四条 当事人之间约定一方实际投资、另一方作为外商投资企业名义股东，实际投资者请求确认其在外商投资企业中的股东身份或者请求变更外商投资企业股东的，人民法院不予支持。同时具备以下条件的除外：

（一）实际投资者已经实际投资；

（二）名义股东以外的其他股东认可实际投资者的股东身份；

（三）人民法院或当事人在诉讼期间就将实际投资者变更为股东征得了外商投资企业审批机关的同意。

第十五条 合同约定一方实际投资、另一方作为外商投资企业名义股东，不具有法律、行政法规规定的无效情形的，人民法院应认定该合同有效。一方当事人仅以未经外商投资企业审批机关批准为由主张该合同无效或者未生效的，人民法院不予支持。

实际投资者请求外商投资企业名义股东依据双方约定履行相应义务的，人民法院应予支持。

双方未约定利益分配，实际投资者请求外商投资企业名义股东向其交付从外商投资企业获得的收益的，人民法院应予支持。外商投资企业名义股东向实际投资者请求支付必要报酬的，人民法院应酌情予以支持。

第十六条 外商投资企业名义股东不履行与实际投资者之间的合同，致使实际投资者不能实现合同目的，实际投资者请求解除合同并由外商投资企业名义股东承担违约责任的，人民法院应予支持。

第十七条 实际投资者根据其其与外商投资企业名义股东的约定，直接向外商投资企业请求分配利润或者行使其他股东权利的，人民法院不予支持。

第十八条 实际投资者与外商投资企业名义股东之间的合同被认定无效，名义股东持有的股权价值高于实际投资额，实际投资者请求名义股东向其返还投资款并根据其实际投资情况以及名义股东参与外商投资企业经营管理的情况对股权收益在双方之间进行合理分配的，人民法院应予支持。

外商投资企业名义股东明确表示放弃股权或者拒绝继续持有股权的，人民法院可以判令以拍卖、变卖名义股东持有的外商投资企业股权所得向实际投资者返还投资款，其余款项根据实际投资者的实际投资情况、名义股东参与外商投资企业经营管理的情况在双方之间进行合理分配。

第十九条 实际投资者与外商投资企业名义股东之间的合同被认定无效，名义股东持有的股权价值低于实际投资额，实际投资者请求名义股东向其返还现有股权的等值价款的，人民法院应予支持；外商投资企业名义股东明确表示放弃股权或者拒绝继续持有股权的，人民法院可以判令以拍卖、变卖名义股东持有的外商投资企业股权所得向实际投资者返还投资款。

实际投资者请求名义股东赔偿损失的，人民法院应当根据名义股东对合同无效是否存在过错及过错大小认定其是否承担赔偿责任及具体赔偿数额。

第二十条 实际投资者与外商投资企业名义股东之间的合同因恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益，被认定无效的，人民法院应当将因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

第二十一条 外商投资企业一方股东或者外商投资企业以提供虚假材料等欺诈或者其他不正当手段向外商投资企业审批机关申请变更外商投资企业批准证书所载股东，导致外商投资企业他方股东丧失股东身份或原有股权份额，他方股东请求确认股东身份或原有股权份额的，人民法院应予支持。第三人已经善意取得该股权的除外。

他方股东请求侵权股东或者外商投资企业赔偿损失的，人民法院应予支持。

第二十二条 人民法院审理香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的投资者、定居在国外的中国公民在内地投资设立企业产生的相关纠纷案件，参照适用本规定。

第二十三条 本规定施行后，案件尚在一审或者二审阶段的，适用本规定；本规定施行前已经终审的案件，人民法院进行再审时，不适用本规定。

第二十四条 本规定施行前本院作出的有关司法解释与本规定相抵触的，以本规定为准。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》条文理解与适用

为正确审理外商投资企业在设立、变更等过程中产生的纠纷案件，保护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》等法律法规的规定，结合审判实践，制定本规定。

【条文主旨】

作为本司法解释的前言部分，其包括两个方面的内容：一是本司法解释的适用范围；二是制定本司法解释的法律依据。

【理论分析与释义】

《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（以下简称《规定》）已经最高人民法院审判委员会第1487次会议讨论通过，于2010年8月16日公布并于当日实施。

一、《规定》的起草背景及意义

近年来，随着我国改革开放进一步发展，外商投资环境不断改善，外商投资企业迅猛发展，并已成为我国国民经济的重要组成部分。同时，外商投资企业领域发生的纠纷也越来越多，近年来，外商投资案件量占涉外民商事案件量的20%左右。从外商投资企业的设立、变更到终止各个环节产生的纠纷在司法实践中都有所体现。诸如中外合资经营企业合同纠纷、中外合作经营企业合同纠纷、外商投资企业股权转让纠纷、外商投资企业股权确权纠纷、外商投资企业解散和清算纠纷等类型案件有较大幅度的增加，引起了社会较大关注，其中反映出来的法律问题错综复杂。

然而，我国有关外商投资企业的三部重要法律《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》颁布较早，虽然在2000-2001年间我国为加入WTO曾对三部法律作出修订，但至今没有全面修订，该三部法律的相关条款与现行《公司法》、《合同法》

等法律的相关规定并不完全一致；外商投资企业领域还存在大量的行政法规，包括《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》、《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》、《中华人民共和国外资企业法实施细则》等；此外，政府部门为实现监管目的，在外商投资企业领域颁布了大量的属于部门规章性质的文件，其中主要由外商投资企业的审批机关商务部（原对外经济贸易合作部）单独制定的或者是联合其他部委制定，这些部门规章虽然相比较而言更具可操作性，但与现行高位阶法律存在某些不一致之处。如何衔接适用上述法律、行政法规，如何对待该领域部门规章的规定，成为司法实践中的难题。

为了正确审理外商投资企业纠纷案件，统一裁判尺度，最高人民法院着手制定《规定》。在广泛调研的基础上形成了初稿，又通过走访、召开座谈会等多种方式广泛征求了各级人民法院、相关行政机关、仲裁机构、企业、专家学者、律师的意见，经过十几次的修订，形成了征求意见稿。在正式书面征求了全国人大法工委、国务院法制办、商务部、国家工商管理局、中国国际经济贸易仲裁委员会、最高人民法院内部各个相关审判庭、部分专家学者的意见以及整理了通过网络、信件等方式向社会公开征集的70多份意见后，形成了送审稿，报最高人民法院审判委员会讨论决定并获得通过。

《规定》的重要意义就在于为我国法院审理外商投资企业纠纷案件司法实践中存在的重大、疑难问题提供了统一的裁判尺度，其必将对平等保护中外当事人的合法权益，推进投资便利化，营造公平市场环境，尤其是良好稳定的司法环境产生重大作用。

事实上，最高人民法院很早就注意到了外商投资企业纠纷案件在司法实践中的特殊性问题，最高人民法院2003年度重点调研课题就有《外商投资企业纠纷案件中存在的主要法律问题及其对策研究》，民四庭于当年内完成了调研报告。此后，民四庭分别于2005年和2007年召开了“第二次全国涉外商事海事审判工作会议”和“全国涉港澳商事审判工作座谈会”，会后分别发布了《会议纪要》，其中《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第七部分和《全国涉港澳商事审判工作座谈会会议纪要》第四部分均是关于审理外商（港、澳）投资企业纠纷案件的规定。两个《会议纪要》中的观点基本得到了全国各级人民法院审判实践的认同，《会议纪要》不是司法解释，不具有法律约束力，其仅具有指导性功能。司法解释可以作为人民法院审理案件的裁判依据，《会议纪要》不能作为裁判依据，只是指导法官形成意见的司法文件，因此，有必要在《会议纪要》的基础上制定新的规定。

二、《规定》的指导思想

《规定》在制定过程中突出了以下指导思想：

1. 着力解决审判实践中存在的突出问题；
2. 具有可操作性，能够真正解决当事人之间的争议，有利于做到“案结事了”；
3. 在现行法律框架下拟定相关条文，并尽可能协调相关法律法规之间的关系；
4. 与最高人民法院出台的其他相关司法解释协调一致。

三、《规定》的调整范围

基于外商投资企业纠纷案件在审判实践中的复杂性和存在问题的多样性、疑难性，我们决定将相关司法解释的制定工作分两步走：首先解决外商投资企业在设立、变更过程中产生的法律适用问题。主要包括就未经审批的合同效力及其法律后果、股权确认、股权转让、股权质押等问题制定本规定；其次，再就外商投资企业终止环节产生的纠纷的法律适用问题制定司法解释（二），主要包括外商投资企业的解散、清算等问题。本司法解释就是首先完成的第一步，《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（二）》目前正在调研中。这正是本司法解释第一句将本规定的调整范围限于“外商投资企业在设立、变更等过程中产生的纠纷案件”，而不包括解散、清算问题的原因。

此外，本司法解释在制定过程中还考虑了如下因素：

第一，制定司法解释不是立法，制定司法解释的目的是为了解决司法实践中存在的疑难问题。长期以来，外商投资企业的组织形式多为有限责任公司，虽然近年来出现了股份有限公司、合伙等新的组织形式，但考虑到这些新类型的外商投资企业有其特殊性，相关纠纷较少，且审判经验不够成熟，本司法解释主要解决以有限责任公司这一组织形式的外商投资企业在设立、变更过程中所产生纠纷的法律适用问题。

第二，目前在实践中日益增多的外资并购纠纷的法律适用问题，本司法解释亦未涉及。主要原因是此类纠纷更为复杂，不仅涉及私法领域，还涉及诸如反垄断法等公法领域，加之理论争议较大，审判经验不足，法律依据欠缺等原因，制定相关司法解释条件尚不成熟，故本规定并未涉及。

第三，本司法解释重点解决的是外商投资企业股东之间以及股东与企业之间在外商投资企业设立、变更过程中产生的相关纠纷，并不解决外商投资企业作为独立的法人在从事日常经营活动过程中产生的与其他民事主体之间的纠纷。

四、司法解释制定的法律依据

司法解释的目的在于解决司法实践中存在的疑难问题，统一裁判尺度，因此，必须以现行有效的法律、行政法规为制定依据，不能脱离法律，也不能挑战

法律。

本司法解释在法律依据上，以公司法、合同法的规定作为一般规定，外商投资企业法的规定作为特别规定，坚持特别法优于一般法的法律适用规则，同时兼顾有关外商投资企业的低位阶段在外资管理实践中的功能作用，尽可能有效合理解决法律规范冲突问题。

需要特别指出的是，司法解释的行文、语气与立法不同，不能直接规定当事人的权利、义务，而是从对于某种情况人民法院是否予以支持的角度表达观点。

第一条 当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的，自批准之日起生效；未经批准的，人民法院应当认定该合同未生效。当事人请求确认该合同无效的，人民法院不予支持。

前款所述合同因未经批准而被认定未生效的，不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而设定的相关条款的效力。

【条文主旨】

本条是有关外资审批行为与合同效力关系的规定，分为两款，包括两层意思：一是审批是合同的特别生效条件，未经审批的合同为未生效合同；二是未生效不等于无效，合同未生效并不影响合同中有关报批条款以及因该报批义务而设定的相关条款的效力。

【理论分析与释义】

一、我国外资审批制度概述

我国外商投资企业的审批（以下简称“外资审批”）包括设立外商投资企业阶段的审批和外商投资企业成立后的变更审批两种类型，其中设立审批又包括立项审批与合同、章程、协议书等的审批（为与狭义的合同审批区别起见，下文将三者合称为“广义的合同审批”）。立项审批涉及外资准入问题，其相关政策的规定主要见于2002年2月国务院正式发布的《指导外商投资方向规定》以及与

之相配套的《外商投资产业指导目录》、《中西部地区外商投资优势产业目录》。《外商投资产业指导目录》在2002年公布后，于2004年、2007年又进行了修改。立项审批部门主要是国家或地方发改委，但涉及特殊行业管制的，还需要由特定的行业主管部门进行审批。为了进一步完善社会主义市场经济体制的需要，国务院于2004年7月颁布了《关于投资体制改革的决定》。在此基础上，国家发改委于2004年10月发布《外商投资项目核准暂行管理办法》，详细规定了外国投资者来华投资的核准程序、核准条件、核准机关等事项，其中的核准机关明确为国家或地方各级发改委。这次改革意味着作为外资准入第一步程序的立项审批程序被核准程序替代，并明确核准是外资准入的必经程序。立项审批后，商务部门还需要对设立外商投资企业的协议、章程、合同等进行审批。申请者在收到批准证书后的法定期限内，还需要向工商行政管理部门申请登记、领取营业执照，向税务部门办理税务登记，才算完成外商投资企业的设立程序，成立外商投资企业。

外商投资企业成立后，涉及重大事项变更的，还要履行变更审批手续，仍由商务部门审批。与涉外商事司法实践密切相关的是外商投资企业设立阶段的广义的合同审批以及成立后的变更审批。总体来看，我国的外资审批制度具有以下一些特点：一是审批的复合性。即在审批机关的设置上，既有横向权限的划分，也有纵向权限的划分。横向权限的划分表现在：立项审批主要由发改委以及特定的行业主管部门来审批，而广义的合同审批以及变更审批则由商务部门来行使。纵向权限的划分表现为：在确定了由哪一部门负责审批后，该审批机关可以将审批权限委托或下放给地方，地方审批机构又可以在自己的权限范围内再次下放审批权。二是审批的逐次性、概括性。所谓逐次性是指在立项审批上，任何外资项目，不论投资额大小，不论投向哪个行业，都必须经过审批机关的审查，获得批准后方能成为合法投资。所谓概括性是指，在审批事项上，并无明确具体的审查范围，实践中，任何外资事项均在审批范围之内，当事人对于审批行为难以有合理的预期。三是规范的低位阶性、多头性以及滞后性。在规范形态上，法律法规的规定较为抽象，可操作性不强，实践中据以操作的往往是审批部门尤其是商务部门制定的规章，其位阶较低。审批部门的规章固然细化了审批制度，使之更具可操作性，但其往往欠缺体系性、前瞻性的考量。而且很多法律、法规、规章制定时间较早，在我国已经加入WTO，《合同法》、《行政许可法》、《公司法》、《物权法》等法律相继出台的情况下，很多既有的规范与这些基本法并不相符，但并未得到及时的清理与修改而仍在实践中适用，导致了诸多矛盾。

二、本条的适用范围

本条适用于当事人在外商投资企业设立、变更等过程中的合同审批纠纷，对

此，应明确以下几点：

（一）须是外商投资企业纠纷

本司法解释主要解决的是外商投资企业纠纷，因此，本条也仅与外商投资企业相联系。外商投资可以采取不同的形式，它既可以采取企业形式，如采取合伙、有限责任公司、股份有限公司等形式，也可以采取 BOT 投资、外资并购等形式。目前，我国已经制定了《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》，以及各自的实施细则或实施条例，形成了具有中国特色的外资立法体系。该体系呈现出较为明显的“重组织（外资所采取的企业组织形式）轻投资”、“重微观轻宏观”的倾向。为了与我国的外资立法相一致，本司法解释仅调整中外合资企业、中外合作企业以及外资企业这三类企业的纠纷，而不调整外商投资股份有限公司、外资个体工商户以及外资合伙企业等企业形态，更不调整非以组织形式出现的外资，如 BOT 投资、外资并购等。

（二）须发生在外商投资企业设立、变更过程中

本条适用于外商投资企业设立、变更等过程中因合同审批而发生的纠纷，而不包括经营管理、终止或解散过程中的纠纷。外商投资企业在经营管理中所发生的纠纷，只有在其发生变更审批时，才有本司法解释的适用。至于外商投资企业终止或解散过程中发生的纠纷，应适用破产程序或非破产清算的有关规定，本司法解释也未涉及。

（三）审批的对象须是合同

首先，本条仅适用于外商投资企业设立、变更过程中的合同审批纠纷。如前所述，外商投资企业设立阶段的审批包括立项审批与广义的合同审批。其中的立项审批主要涉及外资准入问题，并不涉及广义的合同审批的问题，所以不在本条的适用范围之内。

其次，就外商投资企业设立阶段而言，本司法解释主要涉及广义的合同审批，包括合同、协议与章程的审批。其中，合同指的是双方当事人意思表示的一致，性质上属于双方法律行为，是典型的交易行为。协议即设立协议指的是发起人在企业设立过程中订立的关于企业设立事项的协议，包括设立中外合作经营企业的合作协议、设立中外合资经营企业的合营协议、设立公司的发起人协议等类型。而章程则是发起人制定的，对企业、股东、企业的经营人员都具有普遍约束力的、调整企业内部组织关系和经营行为的根本规则，是企业自治的总纲。尽管

设立协议与章程存在明显的区别,^①但二者的性质均为共同行为,且内容上也有诸多相同之处,因此二者具有更多的共性,有别于作为双方行为的合同,此种区别表现在:一方面,合同是交易的主要形式,而设立协议和公司章程则主要与组织体的设立运营相联系,与直接的交易无关。另一方面,作为交易行为,合同属于双方行为,双方当事人利益上具有对立性,而设立协议或公司章程行为性质上属于共同行为,受约束的各方当事人间具有利益上的共同性。可见,设立协议、公司章程与合同各不相同,应予区别。但三者可能都存在报批问题,就其与审批的关系问题上,三者又呈现出共同性,这正是我国外商投资企业法在区别三者的基础上又将其一并规定的原因。如《中外合作经营企业法实施细则》第10条就对合作协议、合同、章程进行了明确的区分,根据该条规定,合作企业协议是指合作各方对设立合作企业的原则和主要事项达成一致意见后形成的书面文件;合作企业合同是指合作各方为设立合作企业就相互之间的权利、义务关系达成一致意见后形成的书面文件;合作企业章程是指按照合作企业合同的约定,经合作各方一致同意,约定合作企业的组织原则、经营管理方法等事项的书面文件。当合作企业协议、章程的内容与合作企业合同不一致时,以合作企业合同为准。在区别三者的基础上,该细则第11条规定:“合作企业协议、合同、章程自审查批准机关颁发批准证书之日起生效。在合作期限内,合作企业协议、合同、章程有重大变更的,须经审查批准机关批准。”该条明确了合同、协议及章程都必须经审查机关批准后才能生效。《中外合资经营企业法》也有类似的规定,该法第3条规定:“合营各方签订的合营协议、合同、章程,应报国家对外经济贸易主管部门审查批准。”总之,此处所谓的合同审批是从广义上说的,它包括合同、设立协议及章程的审批。

再次,就变更审批而言,也只有基于广义的合同而发生的变更才有本条的适用。根据本司法解释第2条的规定,外商投资企业成立后发生的重大或实质性变更需要履行变更审批手续。但此种重大变更可能源于某一法律事件,如因股东自然死亡而使外商投资企业发生变更;也可能源于某一事实行为,如企业投资者因不履行企业合同、章程规定的出资义务,在经原审批机关批准后,被强制更换或变更股权;但更多的则是源于法律行为,尤其是合同,如因股权转让合同而

^① 设立协议与章程的区别表现在:第一,除采取有限公司形态的外商投资企业要求要有设立协议外,公司法并没有要求将设立协议作为设立公司的必备环节。而公司章程则是公司设立的必备环节。第二,设立协议调整的仅是发起人之间的关系,而企业章程则调整股东与股东之间、股东与公司之间、公司的管理机构与公司之间的法律关系,因此,新加入的股东也要受章程的约束。第三,设立协议调整的是公司设立过程中的法律关系,仅适用于从设立开始到设立终止这一期间,公司的成立即意味着设立协议的终止;而公司章程的效力则始于公司成立,并延续至公司存续的始终。参见赵旭东:《公司法学》,高等教育出版社2003年版,第153页。

使外商投资企业发生变更。在前述的导致重大或实质性变更的事由中，只有在因广义的合同行为（包括双方行为、共同行为）而使外商投资企业发生变更时，才有本条适用的空间，那些基于事实行为或事件而发生的变更不适用本条规定。当然，前述事实行为或事件因其可能导致企业的重大变更，从而会引起章程的变更。此时，根据规定，章程的变更需要通过董事会等企业权力机关决议通过，如我国《中外合资经营企业法实施条例》第33条规定：“合资企业章程的修改必须由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议，并报经审批后方能生效。”此时，变更审批的对象并非引起特别决议的某类事实行为（违约行为）或事件（死亡），而是企业作出变更章程的特别决议行为，其仍在本条适用范围之内。

最后，本条仅涉及合同审批，而不涉及其他材料的审批。其他材料可能是合同审批中需要审查的事项，但本身并非审批的内容。如原对外经贸部和工商总局于1997年共同出台的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》（以下简称“外资股权变更规定”）第9条规定，变更外商投资企业的股权，企业须向审批机关报送诸如投资者股权变更申请书、企业批准证书和营业执照复印件、企业董事会关于投资者股权变更的决议、企业投资者股权变更后的董事会成员名单等文件材料，此类材料本身并非审批的内容。

三、设定外资审批的规范依据

根据该条，只有“法律、行政法规”才能成为设定外资审批的依据。准确理解设定外资审批的法律依据，需要注意以下几点：

首先，《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”据此，设定外资审批的依据只限于“法律、行政法规”，不包括地方性法规、行政规章与部门规章等规范性文件。实践中，设定外资审批的法律法规主要包括：《中外合资经营企业法》第3条及其实施条例第14条、第20条、第21条；《中外合作经营企业法》第5条、第7条、第10条及其实施细则第11条、第16条、第23条；《外资企业法》第6条、第10条及其实施细则第17条、第22条。

其次，在外商投资领域，法律法规的可操作性较差，导致在实践中起支撑作

用的是反而是部门规章，尤其是商务部的规章。如《外资股权变更规定》第2条^①将外商投资企业因投资者或股权份额而发生的所有变更情况都纳入了变更审批的范畴。而如前所述，三部外商投资企业法及其实施细则（条例）将变更审批的范围限于“重大变更”，并非事无巨细都要经由审批。可见，“外资股权变更规定”确定的范围显然更宽，其合理性值得探讨。此外，根据原对外经贸部及工商总局于1990年联合出台的《关于承包经营中外合资经营企业的规定》，“外国、港澳台地区企业与中外合资经营企业签订的承包经营合同”须经审批，这是部门规章设定外资审批的另一例证。在《行政许可法》颁布后，在对“非行政许可审批项目”的清理中，该规定并不在清理之列，而是被《关于保留部分非行政许可审批项目的通知》（国办发〔2004〕62号文件）保留了下来，因此其继续具有效力。这就与《合同法》第44条规定发生了冲突，从而也导致了实践中法律适用的混乱。我们认为，此时应优先适用高位阶的法——《合同法》的规定，即未经审批不影响合同效力。当然，因该规定并未废止，意味着审批事项并未废止，只不过未经审批不影响合同效力罢了。

最后，关于司法解释与此处的“法律、行政法规”的关系问题，仍存在探讨的必要。司法解释^②是针对应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何适用法律所作的规定。一方面，其只是解释法律，并没有也无权制定法律，所以，司法解释不能作为设定审批的依据。从这一意义上说，《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法司法解释（一）》）第9条只不过是《合同法》第44条的解释，本身并不能作为设定外资审批的法律依据。另一方面，正因为司法解释是对法律的解释，所以从某种意义上说，它具有类似于法律的效力。因此，当某些部门规章与司法解释不一致时，基于法律之于规章的优位性，应优先适用司法解释的规定，此点在后述的未经审批合同的

^① 《外资股权变更规定》第2条规定：“本规定所称的外商投资企业投资者股权变更，是指依照中国法律在中国境内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业（以下统称为企业）的投资者或其所在企业的出资（包括提供合作条件）份额（以下称为股权）发生变化。包括但不限于下列主要原因导致外商投资企业投资者股权变更：（一）企业投资者之间协议转让股权；（二）企业投资者经其他各方投资者同意向其关联企业或其他受让人转让股权；（三）企业投资者协议调整企业注册资本导致变更各方投资者股权；（四）企业投资者经其他各方投资者同意将其股权质押给债权人，质权人或受益人依照法律规定和合同约定取得该投资者股权；（五）企业投资者破产、解散、被撤销、被吊销或死亡，其继承人、债权人或其他受益人依法取得该投资者股权；（六）企业投资者合并或者分立，其合并或分立后的承继者依法承继原投资者股权；（七）企业投资者不履行企业合同、章程规定的出资义务，经原审批机关批准，更换投资者或变更股权。”

^② 最高人民法院于1997年发布了《关于司法解释工作的若干规定》（法发〔1997〕15号），根据该规定，司法解释包括“解释”、“规定”、“批复”三种形式。对于如何应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何适用法律所作的规定，采用“解释”的形式；根据审判工作需要，对于审判工作提出的规范、意见，采用“规定”的形式；对于高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示所作的答复，采用“批复”的形式。

效力问题上体现得尤为明显。

四、未生效合同的效力

自从《合同法司法解释（一）》第9条在司法解释层面开创了“未生效合同”概念后，“合同未生效不同于无效”得到了较为广泛的认可。本司法解释规定了合同未生效并不影响当事人间有关报批义务条款以及因该义务而设定的相关条款的效力。理解未生效合同的效力，应将其置于合同的效力体系中，把握其与不成立、无效、效力待定等制度的联系与区别。

（一）合同效力体系概述

法律对合同的控制既需要体现私法自治原则，又需要维护社会公共利益。落实到具体的制度设计上，往往由成立要件与生效要件的相互配合来实现。因此，有必要对合同的成立要件与生效要件进行通盘考虑。着眼于私法自治与国家强制综合作用的视角，我们认为，合同的要件可以分为“成立要件”、“积极生效要件”和“消极生效要件”。其中，成立要件是民法对所有合同所作的基本要求，具备成立要件，合同基本“成形”。至于“积极生效要件”，指的是民法或特别法对于特定行为，要求特定的主体从事一定的积极行为，或发生一定事实，才承认其效力的，该积极行为或特定事实即为“积极生效要件”。鉴于积极生效要件仅适用于部分法律行为，换言之，并非所有的法律行为都需要积极生效要件，故也可将其称为特别生效要件。任何合同都可能因为违反国家的效力性的强制性规范而归于无效，此种导致合同无效的效力性的强制性规范就是消极生效要件，又称为阻却生效要件。^①

在前述三要件中，“成立要件”是前提，只有合同成立后，才有“积极生效要件”和“消极生效要件”判断的可能与必要。反过来说，合同如不具备成立要件，则意味着没有任何行为存在，则既无后续要件判断的必要，也无效力转换的可能。合同成立后，如仅欠缺积极生效要件的，属于未生效、效力待定或可撤销的合同。因其并没有违反法律规范的效力性的强制性规范，则仍有经由补正而继续生效的可能。而无效合同因其违反了强制性规范，本身具有反社会性，所以有悖于法律秩序，不可能经由转换而继续生效。可见，在前述三要件中，成立要件是合同规制的前提，积极生效要件是对合同所设的积极要件，其对应的是私法自治的考量；而消极生效要件则是为了排除反社会的行为，避免民法挖公法“墙角”而设的消极要件，其落实的是国家管制的考量。

^① 参见苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第25页。

（二）未生效合同在合同效力体系中的地位

1. 未生效合同与无效合同

根据本条规定，应报审批而未经批准的合同，属于未生效合同。实践中，一些人将未生效与无效相混淆，并不妥当。合同无效的机理在于：合同违反了法律、行政法规效力性的强制性规范，^①经由《合同法》第52条第（四）项的引致，导致合同无效；而未经批准而使合同未生效的机理则在于：当事人报批后，审批机关认为合同违反了法律、行政法规的管理性的强制性规范，作出不予批准的决定，导致合同不生效。二者的区别具体表现在以下几个方面：

首先，就违反的公法规范类型看，合同无效是因为合同违反了法律、行政法规的效力性的强制性规范。在因未经审批而使合同未生效的情形下，违反的则是法律、行政法规有关审批的规范，此种规范属于典型的管理性的强制性规范。行政机关管理社会的方式有很多，审批不过是其中的一种，除此之外，还包括诸如备案、登记、行政许可等，因此，有关审批的规范只是管理性规范的一种。效力性规范和管理性规范（取缔性规范）的区分在我国台湾地区最早由史尚宽先生提出：“强行法得为效力规定与取缔规定，前者着重违反行为之法律行为价值，以否认其法律效力为目的；后者着重违反行为之事实行为价值，以禁止其行为为目的。”^②

审判实践中，如何区分效力性的强制性规范与管理性的强制性规范，学界有不同认识。有一种观点认为，在对二者进行区分时，既应探求立法目的，也应根据规范对象是法律行为还是事实行为来加以认定。但为增加可操作性，我们认为，应对强制性规范作如下的区分：（1）如果强制性规范禁止的是合同行为本身的，只要这些合同行为对应的交易发生，就会绝对地损害国家利益或者社会公共利益。此时，强制性规范的目的在于禁绝此类交易的存在。这种类型的强制性规范属于效力性的强制性规范，如若违反，合同当然就是绝对无效的合同，例如拐

^① 关于效力性规定和管理性规定的上位概念，《合同法司法解释（二）》采用的是“强制性规范”的提法，但我们认为，更准确的提法应是“禁止性规范”，因为任何一项强制性规范背后同时都隐藏着一项禁止性规范，即“当事人不得排除积极规范的适用”。如此，则在判断合同效力场合，应认为是违反了禁止性规范，而非强制性规范。应当看到，禁止性规范本身可作此二分自不待言，但强制性规范并非禁止人们为一定行为，因而其本身可能与合同效力无关。因而，违反强制性规范，有时可能根本不会影响法律行为的效力。例如，违反合同法上的具有强行性的告知、保密等诚信义务，行为虽然要承担相应的违约责任，但却不会影响合同本身的效力。违反强制性规范，有时虽然影响合同的效力，但根本不会导致法律行为无效。例如，法律法规规定应当办理批准、登记手续合同才生效的，未经批准登记合同虽然不生效，但不生效并不意味着无效。且此时不生效，彼时可因为作出了补救而生效，与无效的“自始、绝对、当然、永久、确定无效”完全不同。但鉴于我国《合同法》及其司法解释仍沿用了“强制性规范”的提法，为避免产生不必要的混淆，本文虽在采用“强制性规范”的提法，但实则指的是“禁止性规范”。

^② 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第330页。

卖妇女、儿童、买卖毒品、雇凶伤人等交易。(2) 如果强制性规范禁止的并非某种类型的合同行为，而是与当事人的“市场准入”资格有关，则某种类型的合同行为仍属法律所允许，但禁止市场主体在未取得交易资格时从事此类交易行为。例如法律或者行政法规上设有强制性规范，市场主体未经审批手续取得相应的经营资格，就不得从事特定的交易行为。但市场主体违反该强制性规范在未取得经营资格时径行进行交易，该交易行为本身法律并不禁止，法律禁止的仅是不得在未取得相应经营资格时进行该类交易行为。此类规范实则是对于特定管理机关的权力授予规则，在“没有明确授权，就没有公权力”、“凡是没有明确授权的，都是禁止的”等诸如此类的法治原则下，使得特定的管理机关行使公权力时必须“师出有名”。法律设置此类强制性规范的目的在于实现特定管理机关，尤其是行政管理机关的管理职能，以维护特定的社会秩序。这种类型的强制性规范属于管理性的强制性规范，如若违反，合同未必绝对无效。(3) 强制性规范禁止的并非某类合同行为，而是某类合同的履行行为，如市场主体根据合同的约定进行的债务履行行为触犯了法律或者行政法规的强制性规范。如甲公司与乙公司订立买卖石油的合同，乙公司将走私石油交付于甲公司，从而触犯了强制性规范。这种类型的强制性规范，自然也是属于管理性的强制性规范，如若违反，不会对合同效力产生影响，不能认定合同绝对无效。

在前述三种情形中，第一种情形中的效力性的强制性规范，与第二种和第三种情形中的管理性的强制性规范明显存在不同。效力性的强制性规范是禁绝特定交易行为的发生，以此来维护国家利益或者社会公共利益不受侵害；管理性的强制性规范并不指向特定交易行为本身，该交易行为仍是法律以及行政法规所允许的。管理性的强制性规范是可以类型化的，一般包括：(1) 属于与市场准入资格有关的强制性规范，即交易关系的当事人违反的强制性规定与交易活动的前提条件有关。这些前提条件主要体现为特定资格的取得，如从事旅游业经营的资格、从事相应建筑活动的资格等。(2) 指向特定履行行为的强制性规范。如果当事人的履行行为触犯了法律或者行政法规的强制性规范，此时只需要对触犯法律的人追究相应的行政乃至刑事责任即可，并不影响合同效力的发生。可见，违反管理性的强制性规定的合同，并非必然是绝对无效的合同。

其次，就引致规范而言，合同无效对应的引致规范是《合同法》第52条第(四)项，而未生效合同对应的引致规范则是《合同法》第44条，该条是有关法定生效要件的规定。尽管无效和未生效均存在通过引致规范将公法规范引入到合同法的问题，但二者仍然是有区别的：有效性审查的主体是人民法院，在法院已经受理的纠纷中，人民法院可以依职权主动审查并确定合同的效力；而行政审批的主体则是作为行政主管部门的审批机关，审批机关本身无权对合同效力