

我国市场退出法律制度初探

侯 帆

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要 国民经济和社会发展第十个五年计划纲要明确提出要完善市场退出机制。从分析市场退出法律制度的理论入手, 结合我国现有的立法状况, 全面总结了市场退出法的规制方式、程序和我国市场退出法需要克服的困难和改进措施, 以期对我国市场退出法律制度的立法完善有所裨益。

关键词 市场退出; 破产; 清算; 法规

中图分类号 D 922 29 **文献标识码** B **文章编号** 1008 - 3804 (2005) 02 - 0080 - 04

我们通常认为市场机制的组成部分包括市场进入机制、市场运行机制和市场退出机制。从我国目前的情况来看, 市场退出机制是其中法律保障最为薄弱的环节。市场经济的本质是竞争, 有进有退才能保证市场的活力和健康, 才能保证最有效的利用社会资源。

市场退出法律制度与市场准入法律制度相对应, 是规制市场主体从相关的产业或市场退出的法律制度。一般而言, 在成熟的市场经济国家, 由于市场机制健全, 经营者的退出应该主要由市场调节, 政府对企业的干预较少, 然而市场失灵总是存在的, 例如外部性问题: 经营不善, 应退不退造成交易风险激增交易成本变大; 另外, 市场主体的退出有时并非完全出于经济性亏损, 而是通过退出市场达到自身利益的最大化, 使“制度性”风险的外化, 我们称之为“市场主体退出陷阱”。市场退出法就是政府规制经营者的退出的法律制度, 体现了市场经济的法治性。

一、市场退出的规制方式

企业是市场的基本单位, 这里讨论市场退出主要是针对企业的退出。在商事法中, 企业退出市场又称企业的终止或是企业法律主体资格的消灭, 我国政府对企业的退出市场的干预已有相关的规定, 但还未形成完善的市场退出法, 其内容散见于: 《民法通则》第 45 条, 《全民所有制工业企业法》第 19 条, 《城镇集体所有制企业条例》第 17 条, 《中外合资经营企业法》和《外资企业法》也对外商投资企业的终止作了规定。从以上规定可以看出, 企业退出市场的情形大致有以下几种: 撤销、解散、破产和其他。但是, 在上述列举的法律法规中, 用语存在很多不规范之处^[1], “解散”一词在《民法通则》中是企业主动退出之意, 而在《全民企业法》中却含有被动退出之意, “政府主管部门决定解散”, 而《集体企业条例》的规定却是“企业申请解散, 原审批部门批准”。对于“撤销”也是既有依法, 也有违法。为此, 笔者不使用解散、撤销的字眼, 把企业退出市场的种类归纳为主动退出、被动退出、破产和其他。国家对企业不同的退出种类有不同的规制方式。

1. 主动退出。主动退出即当事人申请注销, 是当事人意思自治的表现, 主动退出的原因也有主观原因和客观原因之分, 前者如有关企业发现了盈利更高的机会, 而主动转移到其他产业或市场; 后者如原企业章程规定的经营任务已经完成或章程规定的存续期已经届满便自行解散。政府对这种退出情形的管理体现在, 即使是主动退出也仍然要履行一定的程序, 例如清算和注销登记。这样做主要是为了起到公示作用, 防止其他经营者由于不知情被恶意交易者利用了“空壳资源”进行交易, 另一

[收稿日期] 2004 - 07 - 12

[修回日期] 2004 - 11 - 22

[作者简介] 侯帆 (1980 -), 女, 湖北十堰人, 在读硕士研究生, 从事经济法研究。

方面保护其他债务人的利益，要求退出市场前进行清算完税等工作，避免当事人卷资而逃。

2 被动退出。如果说国家对企业的主动退出是一种消极干预，那么对于企业的被动退出，立法和执法都体现出了强烈的管理色彩，是典型的积极干预。被动退出一般被理解为登记机关吊销市场主体的营业执照，是一种行政制裁，这是狭义上的理解。实际上，企业退出的规制者不仅仅限于工商行政管理机关，还可以是法院、主管机关等。我国法院无权直接责令企业退出市场，只可接受债权人或债务人的破产申请，审理后决定是否进行破产宣告。在一些国家、地区，法院有权在某些情况下直接裁定解散企业，但都是在有申请的前提下。例如台湾《公司法》^[2]第 11 条规定：“合同之经营，有显著困难或重大损害时，法院得据股东申请，于征询主管机关及目的事业主管机关意见，并通知公司提出答辩后，裁定解散。”

3 破产。严格地说破产也可能归入主动退出或被动退出，由债务人提出的是主动退出，但这是客观原因导致，基本上属于被迫的主动退出；这里之所以单列破产为一种市场退出形式，是因为其程序上和立法上的特殊性，并且其将会成为市场退出的主要方式。要给破产下一个准确的适用于审判制度的定义是非常困难的。我们应从两个方面理解它：经济意义上的破产是指债务人的一种无力支付到期债务而最终不得不倾其所有以偿债务的经济状态；而法律意义上的破产，则是关于债务人在不能清偿到期债务时，经债权人或债务人向有管辖权的法院提出申请，由法院经过审理依法宣告债务人破产，并将债务人的全部财产公平清偿给所有债权人的法定程序。

4 其他。主要指兼并、转产等。需要明确的是，兼并与合并不同，合并、分立不是企业退出市场的形式，公司实质上并未彻底消灭，只不过是改变了公司的存在形态。但合并与市场退出并非全无联系，国外的经验表明^[3]，如果一家大型企业面临着破产的前景，它就可以与另一家大型商场合并，即使这样做会受到指控。破产公司原则的理论基础在于，与其让公司破产，不如让新的所有人通过合并并取得并管理公司的资产，以便继续保持竞争状态。

不管是主动退出还是被动退出，企业的终止都不能是无声无息的，需要履行特定的程序，维护债权人利益和国家税务秩序。实践中应当尽量避免企业倒闭或被责令停业后陷于无人问津、责任人逃匿、财产流失等非正常状态。清算和注销登记这两个程序是市场退出的必经程序，其他特殊的退出方式各有自身特殊的程序，例如破产中还有破产申请、和解、重整等程序，国有企业自行解散中还有向上级主管机关申请和等待审批的程序等等。

二、我国市场退出的障碍分析

我国企业退出市场存在许多障碍，其产生的原因是多方面的，有企业产权不清晰、资本市场缺乏效率等。主要表现如下：

1 地方和部门利益驱动造成退出困难。尽管中央政府对待企业实施资产重组态度明确，但由于地方政府肩负着所辖范围内的社会经济发展的重任，出于“增加地方财政收入、满足本地需求”工作目标的需要，地方政府会设法阻止企业的退出，因为国内企业尽管亏损甚至全行业都亏损，但很多亏损企业会得到中央财政补贴，自身压力并不大，同时企业的存在对缓解地方就业压力，安置干部都有好处。再则，盈利企业的存在，为他们提供了“寻租”的机会。同样，对行业主管部门来说，兴办和管理的企业越多，它的权力就越大，能够享受的经济利益就越多。因此，地方和部门会制造出种种可能的退出障碍，阻止企业退出。

2 国有企业债务负担带来退出困难。我国不合理重复建设主要集中在竞争性领域，而在这些领域仍分布着众多的国有企业。在全部工业亏损额中，国有企业所占比重高达 70%。由于国有企业的大面积亏损，导致国有企业的负债率过高。据第三次工业普查的资料显示，1995 年国有企业的负债率平均为 65.8%，比集体企业略低，但比“三资”企业高 6.6 个百分点，比股份制企业高 10.7 个百分点^[4]。根据成熟市场经济国家的经验，企业自有资产和借入资产的比例应各占 50%，显然我国国

有企业的债务比例确实太高,而且这些债务是欠银行的,这些企业若破了产,银行的债务很难收回,这实际上等于破了银行的产,因此银行宁愿维持国有企业的现状。

3. 市场退出法律法规不健全是企业退出市场困难的主要原因。具体表现如下:

(1) 保证企业退出有序是必要的,然而过多过繁的手续容易导致诸多市场主体退出市场时,采取“销声匿迹”等待被吊销营业执照的退出的方式,而不是主动办理注销登记。例如北京市2002年主动办理注销登记的企业占全部退出市场企业的比重不到12%。沈阳市2002年退出市场的内资企业总数为5124户,其中自愿退出市场、办理注销登记的企业只占11.69%;2003年沈阳市的这一比重进一步下降为11.1%。被吊销营业执照的企业,绝大多数都只是违犯年检规定^[5]。这种不主动进行注销登记的行为不利于开展公平有序的市场竞争,而且加大税收征管成本,造成税务发票管理的混乱。

(2) 根据《行政处罚法》,吊销营业执照的规定只能由法律、行政法规做出,可见吊销营业执照是位于限制人身自由之后最严厉的行政处罚措施,其应成为制裁市场主体的制假售假、商标侵权、不正当竞争等严重违法行为的重要手段,如今却成了市场主体退出市场的主要渠道。事实表明,以吊销营业执照为主要退出方式的市场退出制度不但不能实现立法初衷,而且严重影响了行政处罚的严肃性^[5]。

(3) 我国至今将破产范围限定于企业法人。在立法上没有个人破产制度的企业法人破产制度是不完善的,在实践中一些经营者会利用企业法人制度,故意损害债权人的利益,而如果没有个人破产制度则无法追究其个人的财产责任。

三、完善市场退出法的若干建议

我国转轨时期各项配套改革尚不完善,需要制定企业退出市场的法律法规和各项政策,使企业退出市场有法可依、有章可循;同时要建立企业退出市场的管理系统和操作系统,使企业退出市场有门有路,有条不紊。具体说来有以下几个方面:

1. 要进一步制定企业退出市场的基本法律规范,按照不同领域、不同行业规定不同的退出市场标准。从经济学的角度,市场主体退出的标准是出于市场退出成本与收益比较,出于市场主体经济性亏损的大小,或预期收益大于机会成本时,所进行的自觉调整性退出。从法律的角度,市场主体退出标准为,必须经过实质意义上的清算程序(除合并、分立外)和形式意义上的注销程序,才能完全退出市场。即实体上市场主体全部财产被依法清算,了结一切债权债务,为市场主体退出的内在标准;在程序上向登记机关完成办理注销登记并公告,为市场主体退出的最终标志,两个条件缺一不可。

2. 优化和简化注销登记程序,降低退出成本,鼓励和引导企业通过正常途径合法注销。我国法律对此的规定有矛盾之处,如《企业法人登记管理条例》第22条规定“企业法人领取《企业法人营业执照》后,满六个月尚未开展经营活动或者停止经营活动满一年……并将注销登记情况告知开户银行。”而《公司登记管理条例》第62条规定的却是“公司成立后无正当理由超过6个月未开业的,或者开业后自行停业连续6个月以上的,由公司登记机关吊销营业执照。”根据后法优于先法的原则,应该以6个月为准,符合国际惯例。但是这些规定仍然远远不够,应通过加强相关立法予以解决,而不是在登记法中“门槛”高筑。建立个人破产制度也是当务之急。不同破产主体适用不同的破产制度会导致不同性质主体在法律适用上的不平等性,这也是需要修改的内容之一。在注销程序上,未经清算而擅自解散公司的,债权人有权要求有限责任公司的股东或股份有限公司的董事会承担无限连带责任。对于未经清算而被解散、注销的,负有责任的主管机关也应承担连带责任。

3. 建立和完善信用管理体系,加强信息沟通,依法有序开放市场主体退出信息,并建立失信惩罚机制。失信惩罚机制实质上是加大市场主体失信的成本,增加无序退出的无形沉淀成本,如对不法

市场主体列入“黑名单”制度，通过各种途径向社会公布，对其责任人实施时效性的市场禁入制度等。目前北京市开通了“企业信用信息系统”，将 2002 年的 3.9 万户、2003 年的 4.1 万户被吊销营业执照的企业及其法定代表人（负责人）记入“警示信息系统”，这一举措对市场主体不规范退出行为产生了极大的震慑作用。

4. 加强对恶意退出市场行为和有序退出的监管，提高有序退出成本，通过建立以各类市场主体为对象的预警机制，对市场主体的准入、经营行为、退出进行动态监控。一方面从源头上依法管理市场主体，将不合格的市场主体拒之市场门外；另一方面让那些为逃避债务、税收而不清算、不注销的市场主体和投资人没有藏身之地。另外，要完善企业年检制度。企业年检是指工商行政管理机关依法按年度对企业进行检验，确认企业继续经营资格的法定制度。企业年检不合格，或无正当理由不参加年检的，年检机关有权依法吊销该企业营业执照。这是行政审批后续监管最主要的途径。当前需要完善之处是充分给予年检机关市场退出监管的权力，同时要严格退出标准，防止权力滥用。

5. 要建立有效的社会保障体系，保障企业退出后人员的安定，社会秩序的稳定。在失业救济、人员安置、再就业的培训和安排等方面，给退出市场的企业人员予以基本的社会保障，广泛开辟就业渠道，为企业退出市场解除后顾之忧。我国社会保障体系的建设已持续数年。当前应在总结经验的基础上，试点、推广完全积累式社会保障制度。这实质上是一种强制储蓄，使积累起来的财产，成为能够获得收益应付未来失业、医疗、养老保障需要的基金。基金的有效管理是建立完善的社会保障体系的重要方面。管理社会保障基金应设立精简、高效的机构，以较低成本实现有效管理，另一方面，管理方式采用政府保障机构和基金管理机构、基金经营机构分离的做法比较好，其经营职能由社会上的各大信托公司承担，由其与其他法人组建投资基金，通过分散投资、合理组合，可将风险降至最小，实现保障基金的保值、增值。

[参考文献]

- [1] 李友根. 论立法语言的规范性——从企业终止原因的法律规定谈起 [J]. 法律科学, 1996, (6): 89-91.
- [2] 顾经仪, 黄来纪. 公司法比较研究 [M]. 澳门: 澳门基金会出版社, 1998: 210.
- [3] [美] 马歇尔·C·霍华德著, 孙南申译. 美国反托拉斯与贸易法规 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1991: 151-152.
- [4] 白凤峥. 我国市场进入（退出）机制失灵对重复建设的影响 [J]. 生产力研究, 2000, (6): 20-24.
- [5] 殷鸿生. 对市场主体法律制度的思考 [J]. 中国工商管理研究, 2002, (2): 20-25.

Legislation of Market Exit Mechanism in Present-day China

HOU Fan

(College of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: This paper discusses the theories and legislation practice on the market exist mechanism in China, introducing the relevant laws and regulation, its process and difficulties, and proposing ways for its improvement

Key words: market exit; bankruptcy; liquidate; legislation

(此文系厦门大学卢炯星教授主编的《微观经济法》(待出版)的部分内容,在卢教授指导下完成,特此鸣谢。)

资料来源: 国务院研究室工交贸易司张泰整理的《国务院研究室送阅件》总 1328 号 (根据国务院研究室与国家工商总局联合开展的“市场主体退出制度”课题研究的有关材料整理而成)