

# 论市场主体退出权

葛方林

(西南政法大学 经济法学院,重庆 401120)

**摘要:**随着中国市场经济制度的确立和不断完善,中国经济正由数量上的扩张转向质量上的提升。在这种情况下,市场主体是否拥有完整的市场退出权并且能够自由行使,就成为反映市场经济质量提升和发育成熟的标志之一。从学理维度看,关于市场主体退出权理论的一般性、基础性研究有助于完善市场主体退出权制度,修补其整个制度中的法律漏洞,减少法律冲突。从实践层面看,一个完善的市场退出权制度,一方面可以维持市场主体正常的新陈代谢,保持市场经济的动态平衡,另一方面可以实现宪政秩序下的制度竞争。

**关键词:**市场主体退出权;公共利益;制度竞争;宪政秩序

中图分类号:F123.9

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2013)02-0048-10

市场如同一个生态系统,市场主体不仅可以进入,而且市场主体因为各种原因也可以退出市场,市场通过这种动态的调整,保持着自身的活力,其中市场主体自由行使退出市场的权利,称之为市场主体退出权或者市场退出权。在市场经济条件下,市场主体在决定进入或者退出某一产业时,不仅要考虑产业自身因素即利润率以及成长前景,而且还要考虑市场主体所在地区政府的制度。市场主体在对不同地区政府的制度进行选择的过程中,市场退出权是连接市场主体与政府的中介。早在亚当·斯密时期就已认识到市场退出权的功能,他在《国民财富的性质和原因的研究》一书中提出资本所有者不同于土地所有者,资本所有者是世界公民,可以自由流动,选择最优的税收制度和产权制度,而资本所在国政府也必须满足资本所有者的要求,否则资本所有者退出该地区,该国政府的收入也将会减少。1956年美国经济学家蒂布特(Tiebout)在美国的《政治经济学期刊》上发表了《一个关于地方支出的纯理论》,他认为具备消费者和投票者双重身份的社区居民,在考察不同社区的税负和公共产品后,通过“用脚投票”选择适当的社区生活。居民“用脚投票”引发地方政府间的竞争,从而促使地方政府提高公共产品提供的效率和质量,随后奥茨(Oates)在1969年的《政治经济学期刊》上发表《财产税和地方公共支出对财产价值的影响》一文,对蒂布特的理论进一步深化,认为理性消费者在选择社区居住时,将对地方公共服务带来的收益与税收负担的成本进行权衡。后来,人们将二者的理论统称为“蒂布特—奥茨假说”。当前中国所遇到的问题与亚当·斯密、蒂布特以及奥茨的阐述颇

收稿日期:2012-06-28

基金项目:2012年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“民间借贷与非法集资风险防范法律问题研究”(12JZD038);2012年度教育部哲学社会科学研究重点项目“新时期金融法变革中的消费者保护研究”(12AFX012);西南政法大学2011年度研究生科研创新项目“公益性与自利性的冲突与平衡——对我国地方政府行使国家干预权的分析”(2011XZYJS061)

作者简介:葛方林,男,河南获嘉人,西南政法大学2010级经济法学博士研究生,主要从事经济法学研究。

有几分相似之处,地方政府为了发展本地区经济围绕着资本展开了激烈的竞争,他们提供给市场主体优厚的条件——低税率、零地价、完美的基础设施和投资环境,市场主体基于自身利益最大化的考虑在众多地方政府中选择一个税负最低、公共产品最好的地方政府进行投资,而退出自己不满意的地地区。中国经济在飞速增长的同时,中国政府对市场进行积极干预,以推动经济结构的转型,市场主体退出权对推动经济结构的转型具有重要意义。经济法规范国家干预经济的现代性法律,它基本上围绕着市场与政府间的关系而展开,市场退出权作为连接市场主体与政府的中介,无论是对于政府干预市场还是市场干预政府都有非常重要的作用。因此,笔者拟从经济法的视角对市场主体的市场退出权进行一般性、基础性分析。

### 一、经济法视野下研究市场主体退出权的意义

#### (一) 研究市场主体退出权的理论意义

市场主体同自然人一样都有一个从出生到死亡的自然过程。比如,市场主体通过向市场管理部门登记进入市场,这相当于市场主体的出生;市场主体通过解散、破产、兼并等方式退出市场则相当于市场主体的死亡。经济法、行政法、民商法以及刑法等各个法律部门对市场主体从进入市场到退出市场进行了全程规制。其中,民法从个体本位的角度对市场主体的整个存在过程进行基础性的规定;经济法则从社会公共利益的角度对市场主体的整个存在过程进行全程规制;刑法也对市场主体在存在过程中的各种行为进行了规制。比如通过判定虚假出资罪和妨害清算罪对市场主体在进入市场和退出市场中的犯罪活动进行打击。与此对应,法学对市场主体从出生到死亡整个过程进行非常系统的研究,产生了市场组织制度理论、市场准入制度理论、市场竞争制度理论。但是,我们却没有对市场主体退出权理论进行一个基础性的研究。当前,市场主体退出权理论研究主要问题是:一方面对市场主体退出权理论的研究主要停留于具体制度层面,尚未对市场退出权制度的理论基础展开研究。比如法学界很少对市场退出权制度的经济学、政治学以及法理学基础研究,因而市场退出权理论的正当性不足。另一方面,市场主体退出权理论的研究一般分散在具体的制度中,缺乏系统性研究。这就可能导致各种具体的市场退出权理论之间发生冲突和矛盾,使市场退出权理论产生许多硬伤。笔者对市场主体退出权理论进行基础性研究,一方面可以解决市场主体退出权制度间的冲突与漏洞,提高市场主体退出权理论的自治性,同时还可以增强市场主体退出权自身的正当性和合法性。

#### (二) 研究市场主体退出权的现实意义

经济法具有两大功能:其一,克服市场缺陷,其二,规范政府干预权的行使,以克服政府失灵。经济

法通过规制市场主体退出权的行使,对经济法矫正“市场与政府的双重失灵”具有重要的现实意义。

市场失灵有许多类型,但就处于经济社会转型期的中国而言,市场失灵往往包含着政府失灵的因素,而且这些政府失灵因素其本身就是导致市场失灵的一个极为重要的原因。例如,中国转型期的经济过热问题,在市场中表现为市场主体间的“过度竞争”或者说“恶性竞争”,其主要表现为企业开工率过低,产能严重过剩以及价格大战等。这不仅导致了市场秩序的紊乱,而且也导致了社会资源的浪费。张维迎教授将恶性竞争定义为:“价格小于边际成本的定价行为。”<sup>[1]</sup>笔者认为过度竞争是指参与市场竞争的任何一个市场主体所期望的利润都小于零的状态。过度竞争是市场主体在市场竞争中的“零和博弈”状态,这种博弈没有赢家。无论是根据经济学理论,还是从人性的角度看,如果企业陷入亏损时,市场没有退出壁垒,那么企业就会选择退出市场,从而减少损失。但是,在转型期的中国,不少行业都处于恶性竞争状态,恶性竞争大多和重复建设相关,而这些重复建设的背后都有政府主导或推动的影子,即便是这些行业处于微利(低于同期银行活期存款利率)或者亏损状态,市场主体也无法顺利地退出该行业。而在一些不存在重复建设的行业中,该行业中的某些国有企业也因为历史的原因长期处于亏损状态,但是却无法退出市场。市场主体无法顺利退出市场的一个重要原因是其退出市场的自由意志受到了政府公权力的不当干预,市场主体是否选择退出市场主要是基于经济利益的考量,而政府除了要考虑经济因素外,更多的是要考虑政治因素和社会因素,比如社会稳定、就业问题等。政府将自己的责任强加给市场主体,造成了市场主体在考虑退出市场时不仅仅要进行成本和收益的考量,而且也要将政治因素和社会因素纳入其预算之中,这样,市场主体退出的“市场价格”必然被扭曲,市场主体不能顺利退出市场,市场经济的动态平衡被打破,以过度竞争为特征的市场失灵在所难免。作为国家干预经济之法的经济法,应当通过消除公权力对市场主体退出市场的不当干预,即消除不合理的市场退出障碍,为市场主体退出权的行使创造一个宽松的制度基础,以解决市场经济中过度竞争的问题,实现市场主体间的良性竞争,保障市场主体正常的新陈代谢,最终实现市场经济的均衡发展。

政府失灵同样也是困扰经济发展的难题,比如政府运行效率低下、政府不受产权约束以及政府公权力寻租等。由于政府作为唯一的合法使用“暴力”的机关,其产生之日就有强制性与垄断性的特征,因

而,政府不可能像市场竞争中的私人主体一样,对辖区内的市场主体和民众提供高效而优质的公共产品;政府不受产权约束在转型期的中国主要表现为地方政府不当征税、罚款、收费等。当然,不同地区的地方政府其政府失灵程度存在差异,市场主体通过行使市场退出权,从政府失灵程度较高的地区迁出,迁入政府失灵程度较低而政府运行效率高的地区,这样该地方政府就面临着效率更高的其他地方政府的竞争压力,地方政府不得不改善其自身的运行效率,否则它将失去财政收入的来源。市场主体退出权的行使可以在一定程度上化解政府失灵问题,因为它将市场的自由竞争机制复制到政府运行中。这种机制主要有两个理论基础:一是美国经济学家查尔斯·蒂布特的地方性公共产品理论,他在《一个关于地方支出的纯理论》一文中强调,居民“用脚投票”引发地方政府间的竞争,从而促使地方政府提高公共产品提供的效率和质量。诚如他所言,“地方政府代表了一个在公共产品的配置上(作为对居民偏好的反映)不逊色于私人部门的部门”<sup>[12]</sup>。二是奥地利裔英国经济学家哈耶克的“分散性知识与信息理论”<sup>①</sup>,行为人的决策权力与其掌握的信息和知识相一致,才能保证决策的效率和正确性。“将市场自由竞争机制复制到政府运行中”的做法对经济社会转型期的中国,具有更为特殊的意义。自改革开放以来,中央政府就一直向地方放权让利,尤其是1994年中国开始实行分税制,中国地方政府在法律上具备了相对独立的利益主体地位。此外,根据中国当前的地方政府领导干部任用制度,地方政府主要官员的升迁主要由中央政府控制,中央政府主要依据地方政府官员任内的地方政府经济绩效来决定其升迁。市场主体行使市场退出权能够对地方政府官员的升迁产生很大的影响,可以对地方政府及其官员滥用经济干预权力的行为产生一定的约束。可见,市场主体退出权的行使可以促成地方政府之间的竞争,而地方政府竞争的背后则是制度竞争。市场主体通过行使市场退出权,以“用脚投票”的方式给予地方政府一定的压力,这种压力促使它不断进行制度创新。当然,在法制不健全的环境下,地方政府竞争容易衍生出副产品——地方保护主义。地方保护主义属于地方政府竞争的一种表现形式<sup>[3]</sup>。经济法不仅是政府干预经济之法,而且更是干预政府之法,经济法通过规范地方政府经济干预权的行使,解决地方保护主义问题,从而建立一个统一、自由公平的市场竞争秩序,最终实现资产的优

化配置。

## 二、市场主体退出权的法律界定

笔者认为,市场主体退出权其实就是市场主体按照法定程序在法律规定的范围内,为了获得竞争优势或者其他利益,暂时的或永久终止其主体资格、或者退出特定产业、地域市场的权利。

### (一) 市场主体退出权的内涵

笔者主要对市场主体退出权进行基础性研究,因此,笔者将从权利的构成要素——资格、自由、能力、利益等四个方面对市场主体退出权的内涵进行界定。

第一,资格。诚如英国法学家米尔恩所言:“权利概念之要义是资格。说你对某物享有权利,是说你具有资格享有它。”<sup>[4]</sup>根据权利的“资格”说,市场主体享有市场退出权是一种资格,即市场主体可以自由退出市场的资格。如果市场主体可以正常经营,市场主体的意思机关具有行使市场退出权的资格,其中非法人企业的业主享有行使市场退出权的资格;而法人企业则相对比较复杂,在封闭型公司中股东拥有行使市场主体退出市场的资格;在开放型公众公司中,一般是公司的董事会具有行使市场退出权的资格。如果市场主体无法正常经营,比如市场主体陷入债务危机,根据利益相关者理论,公司债权人事实上也具有行使市场主体退出权的资格,即向司法机关申请破产清算。

第二,自由。市场主体享有某种“资格”是市场主体自由退出市场的前提性条件,一旦市场主体获得这种“资格”后,“自由”就成为市场主体退出权行使的外部表现。诚如梁启超先生所言:“自由者,权利之表征(征)也。”根据权利“自由”说,市场主体退出权的行使主要体现为两个层面:(1)决定是否行使市场退出权的意志自由,即市场主体自行决定是否退出市场,法律授予了市场主体选择的权利,从而决定了市场主体是否退出市场;(2)对市场退出权进行处分的意志自由。市场主体在法律许可范围内可自由支配市场主体退出权,比如转让、变更或者取消。这两个层面保证了市场主体退出权内容的完整性。

第三,能力。根据权利“能力”说理论,即使市场主体获得了退出市场的“资格”,但是如果缺乏行使市场退出权的能力,那么这种权利就不能称之为权利,因而,市场主体能够自由地退出市场体现为一种潜在能力。法律通过对市场主体的授权与限权使市场主体退出权得以实现。其中民商法是授权法,赋予了市场主体退出市场的能力。比如市场主体可以

① 详见弗里德里希·冯·哈耶克:《哈耶克文选》,冯克利译,江苏人民出版社,2007年版。

申请破产、解散或者进行合并。但是,市场主体退出市场并不仅仅涉及到自身利益,它所产生的负外部影响可能会侵犯其他主体利益。经济法从社会本位出发,对市场主体退出权的行使进行适当干预,进而实现个体与社会的共生、个人自由与市场秩序的均衡。

第四,“利益”是市场主体退出市场最主要的动机和目的。无论是“资格”、“自由”还是“能力”,只有针对真实客观存在的“利益”才有意义。依据权利“利益”说理论,对于市场主体来说,如果它退出市场不能获得任何的利益,那么市场主体退出权的行使对于它来说就没有任何意义,而这种权利只是一种虚幻的权利。一般而言,市场退出权的行使,都是市场主体为了寻求一定的利益,比如减少企业亏损、降低企业税负、寻求更加自由的投资环境,或者进入利润更高的产业而退出原来的产业。总而言之,市场主体决定是否退出市场,首先要考虑的就是能否增进自己的利益,用边沁的话讲就是“一项行动增大共同体幸福的倾向是否大于它减少这一幸福的倾向,并且这一倾向是否能够给利益有关者带来实惠、好处、快乐、利益或幸福,或者是否能够防止利益有关者遭受损害、痛苦、祸患或不幸”<sup>[5]</sup>。根据边沁的理论,行使市场退出权的市场主体是追求自身利益最大化的经济人,“退出市场的利益”是市场主体退出权行使的最终目的,当然,这种市场主体退出权中的“利益”是法律认可的利益。

综上所述,笔者从权利四个构成要素——资格、自由、能力、利益对市场主体退出权的内涵进行基础性阐述,其中,资格是市场主体退出权行使的前提性条件;自由则是市场主体退出权行使的外在表现;能力体现了市场主体退出权可以行使的最大范围;利益则是市场主体退出权行使所追求的目标。

## (二) 市场主体退出权的外在表现形式

根据不同的划分标准,市场主体退出权可以划分为不同类型,而不同类型的市场主体退出权其行使的自由度存在一定差异,即是说,它们行使过程中遭受政府公权力限制的程度存在一定的差异。

### 1. 依市场主体意思自治程度对市场主体退出权进行划分

依据市场主体的意思自治程度,市场主体退出权表现为:市场主体从市场中主动退出、市场主体从市场中被动退出、兼具主动因素和被动因素的市场退出。(1) 市场主体从市场中主动退出。主要表现为以下几种方式:企业所有者主动解散企业;出现企业章程所规定的解散企业的事由;因企业组织变更比如企业合并、分立而解散企业。(2) 市场主体被动

的从市场中退出。在市场主体退出权这种表现形式中,市场主体缺乏意思自由。具体表现为:市场主体违反强制性法律规定而被消灭主体资格,例如营业执照的吊销、企业被撤销或者关闭;企业债权人向司法机关提起诉讼申请企业破产。(3) 兼有主动因素和被动因素的市场退出。这种市场主体退出权表现形式,是指市场主体可以主动行使市场退出权,但是在行使过程中要受到公权力的干预,或者在公权力的支持下才能够顺利退出市场。例如,持有一定表决权的股东在公司出现僵局的时候,向司法机关申请解散公司;市场主体以债务人身份向司法机关申请破产保护。

### 2. 根据市场主体退出市场的范围进行划分

从市场主体退出市场的范围看,市场主体退出权包括市场主体从市场中完全退出和有限退出。(1) 市场主体从市场中完全退出。类似于自然人的死亡,这是指作为一个整体的市场主体从市场中全部退出,并且办理了注销登记手续,市场主体的主体资格从此就不复存在。(2) 市场主体的有限退出包括两种情况:一是市场主体停止它所经营的部分产品或者服务;二是市场主体撤销其部分分支机构。市场主体的有限退出作为市场退出权的一种表现形式其主要意义在于,在特定行业,比如金融行业,无论是停止经营某种产品或者服务,还是撤销部分分支机构,都必须接受监管机构的监管,履行一定的程序。

### (三) 市场主体退出权的理论基础

市场主体退出权并不是笔者主观臆造的,它不仅客观存在,而且还具有一定的理论基础。

#### 1. 市场主体退出权理论的经济学基础

假定没有市场退出障碍,如果市场主体提供产品的平均成本高于其价格时,市场主体就陷入亏损状态,作为一个理性的经济人它会选择退出。当然,市场主体不存在退出障碍,只是我们设想的理想状态,这种理性状态只是一种假设,市场主体行使市场退出权时必然把所有成本包括市场退出成本纳入它的预算中。自20世纪60年代以来,由于信息技术的飞速发展,市场主体退出权使成本急剧下降。“如果一个区位丧失了成本竞争力,生产设施大都会迁往别处”<sup>[6]</sup>，“经济企业家们用脚投票:他们退出,采取我们可称之为‘区位替代’的行动”<sup>[7]</sup>。随着生产要素在现代市场经济重要性的变化,资本和技术已经成为市场主体退出权行使所必须考虑的基本要素。亚当·斯密在《国民财富的性质和原因的研究》一书中也提出了资本所有者不同于土地所有者,资本所有者是世界公民,可以自由流动,选择最优的税

收制度和产权制度,而资本所在国政府也必须满足资本所有者的要求,否则资本所有者退出该地区,该国政府的收入也将会减少<sup>②</sup>。

## 2. 市场主体退出权理论的政治学基础

根据公共选择理论,中央政府与地方政府之间是一种博弈关系,而地方政府之间则主要是一种竞争关系。在中国经济社会转型期,由于宪政民主制度不完善,政府尤其是地方政府常常滥用公权力,地方政府间的竞争就成为公民约束地方政府公权力的一种有效选择。如果地方政府不能给辖区内的居民或者市场主体提供令他们满意的公共产品和法律制度,或者地方政府征收过高的税收,那么他们就会行使市场退出权选择税负低而公共产品供给状况良好的地区定居或者投资。如果过多的居民或者企业从该地区迁出,那么该地区的经济不仅会停滞甚至会倒退,而且政府财政收入也必然下降,该地区的公共机构由于没有足够的经费,因而也就难以正常运行。进一步讲,该地区经济的不景气,不仅使地方政府失去了与中央政府进行博弈的最重要筹码,比如地方政府必须有足够的经济绩效才能从中央政府获得各种优惠政策,否则就会被经济发达地区的地方政府抢走;而且地方政府主要官员也会因此失去了升迁资格。因为“政绩”是当下中国地方政府官员晋升的主要依据,而地方的经济表现则是衡量其政绩的主要标准。所以,市场主体退出权是研究连接中央政府与地方政府以及地方政府间关系的重要切入点。而对中央政府与地方政府以及地方政府间的关系进行研究有助于深化对市场主体退出权理论的认识。

## 3. 市场主体退出权的法理基础

财产权与自由迁徙权是公民的基本权利。市场主体同普通公民一样也同样享有这两项基本权利。其中,市场主体中的自然人享有这些基本权利自不待言,市场主体中的法人以及非法人组织也同样享有这些权利。比如,作为大陆法系代表性国家的德国在其《基本法》中规定,这些权利不仅适用于公民,也适用于公司法人<sup>[8]</sup>。同样,作为普通法系代表性国家的美国,其联邦法院根据宪法第14修正案的法律平等保护条款适当地发挥其司法能动作用,将宪法和法律对这些权利的保护覆盖到市场主体中的法人以及非法人组织上。因此,对于公民享有的财产权和迁徙权,市场主体也同样享有。笔者认为,市场主体退出权是公民财产权的自然延伸,它是财产权的占有、使用、收益、处分等权能在市场退出领域的具体表现,市场主体退出权其本质就是市场主体对

自己所有的财产进行自由处分。无论是国际人权公约,还是各国宪法,都明确规定了公民的私有财产权不受侵犯,国际人权公约、宪法和法律也就成为市场主体退出权成立的法理基础。另一方面,公民的迁徙自由也受到了国际人权公约和各国宪法的普遍承认,市场主体退出权也体现了公民迁徙自由的精神。比如,市场主体的地域型市场退出,即市场主体退出某一地区转向其他地区经营或者投资,其本质就是公民迁徙自由在市场法制领域的体现。市场主体是劳动者、管理者和资本的联合,市场主体退出权行使的效果“依赖于贸易自由、迁徙自由和货币兑换自由,以及保障这些自由的元规则”<sup>[9]</sup>。成熟的市场经济国家一般对这三项自由都予以承认。例如,欧共体条约就规定了四大自由,即“商品流通自由、人员流动自由、开业自由和服务自由、资本流通和支付往来自由”<sup>[10]</sup>,这四大自由是市场主体退出权得以有效行使的重要保障。

## 三、对市场主体退出权的限制及其限度

由于市场主体是有限理性的经济人,它在行使市场退出权时必然产生负外部性问题,从而导致市场秩序的紊乱。国家基于社会公共利益的考虑,通过经济法授予政府以经济干预权力,对市场主体退出权的行使进行适当干预。具体而言,当市场主体退出权行使导致负外部性影响,造成市场失灵时,国家可通过“内部约束”和“外部限制”这两种经济法制措施对其进行干预。

### (一) 市场主体退出权行使时的内部约束

市场主体退出权的内部约束主要是指,市场主体在退出市场之前所必须主动履行的义务。根据经济学理论,这些义务就是市场主体退出权行使必须支付的成本。这些成本落实到法学中就变成了市场主体的义务。市场主体在退出市场之时不仅需要积极履行必要的法定义务,而且还必须履行不侵犯他人权利和利益的消极义务,这些义务都是市场主体退出权行使的内在自我限制。笔者将其称为市场主体退出权的内部约束。此种内部约束通常体现为以下几个方面。

#### 1. 沉没成本对市场主体退出权行使的限制

依据经济学理论,某些资产具有一定的专用性,即它只能用于特定的用途,而不能通用。当市场主体从特定行业退出并进入其他行业的,这些具有专用性的资产难以在新的行业继续发挥作用,因而,我们将其成为沉没成本。如果市场主体严格按照成本—收益进行经营,市场主体作为一个理性的经济

<sup>②</sup>详见亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下卷),郭大力,王亚南译,北京商务印书馆,2007年版,第408页。

人,它在决定行使市场主体退出权之前首先会考虑沉没成本,如果市场主体尚未弥补沉没成本,它一般不会行使市场退出权。同样,市场主体在进入市场之前,它也要考虑到未来退出市场时,市场主体的资产有多少不能转让或者用于其他用途,即必须计算企业的沉没成本,这有助于市场主体理性作出投资决策,从而避免因盲目投资而导致的恶性竞争问题。

### 2. 债务清偿义务对市场主体退出权行使的限制

市场主体行使市场退出权必须首先清偿其所欠债务,市场主体清偿债务的义务也构成了限制市场主体退出权行使的重要因素。这些债务既包括私法之债,也包括公法之债。比如,市场主体在退出市场之前必须偿还普通债权人的债务、劳动者的工资,这属于私法之债;此外,市场主体还必须缴清应纳税款,这是公法之债。

### 3. 环境保护义务对市场主体退出权行使的限制

市场主体退出市场后必须履行退出市场后的环境保护义务,这样,市场主体履行相应的环境保护义务也构成了限制其市场退出权行使的内部约束因素。此类环保义务主要是市场主体转产、停产后必须对废旧设备和具有放射性、有毒性、污染性的原材料以及半成品等进行安全处理。中国环境保护法对市场主体退出市场必须履行后续的环境保护义务作了非常详细的规定。比如,《危险化学品安全管理条例》第27条规定,经营危险化学品的企业在退出市场之前,必须对危险化学品及其原料、生产储存设施进行必要的安全处理。

## (二) 市场主体退出权行使时所受到的外部限制

在市场主体退出权行使的实践中,市场主体退出市场不会同亚当·斯密所说的那样会自动增进社会公共利益;相反,市场主体退出市场所产生的负外部性影响有时还会损害社会公共利益。国家为了维护社会公共利益,并保护其他社会群体的个体利益,国家一般要对市场主体退出权的行使进行适当限制和干预,这就构成了对市场主体退出权行使的外部约束。这种外部约束主要体现在以下几个方面。

### 1. 基于经济安全而对市场主体退出权行使进行限制

经济安全主要是指一个国家的经济主权、正常的经济秩序和经济主体的正当利益不受威胁和侵犯的客观状态。积极的经济安全指国民经济能够健康和可持续的运行;消极的经济安全指国家能够抵御各种威胁经济安全的不利因素的能力。与中小企业相比,大型企业尤其是那些类似通用汽车公司的巨型企业,它们市场退出权的行使对国家的经济安全影响非常大。它们在行使市场主体退出权过程中不

仅会对企业的股东以及其他社会相关利益群体的利益产生各种正面和负面的影响,而且还会影响到国家利益,特别是对国家的经济安全构成潜在或者现实的威胁。如果不对大型企业市场退出权的行使加以干预和限制,那么它们在自身利益的驱动下,就可能做出非理性行为。比如,大型企业在行使市场退出权时只是从自身利益的角度来计算退出市场能够给自己带来多大利益,并没有考虑它这种行为对国家经济安全的影响。由于大型企业在其所属行业以及国民经济中占有比较大的比重,因而,它的市场退出权行使必然会导致市场结构发生变化,并有可能损害经济安全。比如2008年美国雷曼公司破产所导致的多米诺骨牌效应。所以,政府为了维护国家经济安全,对大型企业市场退出权的行使实施适当的干预,从而保障大型企业市场退出权行使所产生的负外部性不至于影响经济良性运行。在干预过程中,政府必须作出恰当的价值选择,即对安全与效率的权衡。当然,政府对安全与效率的追求采取的是一种中庸的态度,如果极端追求安全,政府对所有的要素都进行管制,那么市场主体就缺乏最基本的经济自由,也就不存在真正的市场;相反,如果政府将天平完全倾斜到效率,我们就会进入到霍布斯所说的丛林社会,这样任何人都不会有自由。如果说安全代表国家干预所追求的目标,效率代表市场调节所追求的目标,那么国家所追求的目标就是一种国家干预与市场调剂的混合状态,即既有安全又有效率。为此,政府首先依据一定的宏观经济数据,对宏观经济运行状况进行分析,然后在经济安全与经济效益之间选择一个黄金分割点。如果经济健康运行,那么政府主要追求经济效率目标,政府一般不会对市场主体退出权的行使进行过多的限制,以保证市场经济正常的新陈代谢。相反,当国民经济陷入系统性危机时,政府对市场主体退出权的行使所实施的干预就主要围绕着如何维护国家经济安全来展开,政府必然会对市场主体退出权的行使实施力度较大的干预。

以金融市场为例,无论是发达国家还是发展中国家,都对金融企业市场退出行为进行了限制和干预,尤其是针对大型金融企业被动型市场退出,各国金融法一般规定了中央政府的救助责任,而且在金融监管实践中,政府一般也尽力对这些金融机构实施救助。比如2008年美国政府对AIG集团(美国国际集团)的救助。这主要是由于金融行业的自身特征决定了,金融风险具有传染性,哪怕是一个金融机构退出市场,其产生的市场恐慌也足以影响整个金融系统的稳定,进而损害金融安全。而经济安全的

核心就是金融安全,一旦由于金融机构的不当退出行为导致金融市场出现问题,那么整个宏观经济肯定要受到影响。事实上,尽管中国的国有商业银行目前不存在破产风险,但这并不表明监管部门对此无所考虑和防范。在实践中,对于大型金融机构的市场退出行为尤其是被动型比如通过破产的方式退出市场,无论是成熟的市场经济国家还是经济转型的国家都实施高强度的干预。这不是依据市场规则,而是基于政治、经济和社会压力<sup>[11]</sup>。除了金融机构整体性市场退出外,金融机构根据市场经营的需要,也可以通过撤销分支机构、停止经营某种金融产品作出局部性退出的行为。当然,即使是金融机构局部性退出,也必须接受金融监管机构的监管,履行相应的义务。

## 2. 基于市场秩序而对市场主体退出权的行使进行限制

市场主体的有序退出是指市场主体依据法定程序履行市场退出的必要义务,最后“干干净净”地从市场中退出。如果市场主体从市场中无序退出,将会破坏正常的市场交易秩序,导致市场主体间无法正常交易,甚至引发普遍性市场失灵,造成市场的恐慌。比如,曾经有一段时期东南沿海的“跑路”风波就引发了市场恐慌。国家为了维护正常的市场秩序,对市场主体退出权的行使进行必要的干预和限制。例如《公司法》、《个人独资企业法》、《合伙企业法》规定企业通过解散、破产的方式退出市场,即以合并以外的方式退出市场,不仅需要履行企业清算义务,向企业债权人发出通知,清偿债务,而且在法律规定的期限内,市场主体还需要向企业登记机关提交清算报告,进行注销登记。国家对不同类型企业的市场退出权的行使,所实施的干预和限制程度存在着较大的差异。非法人企业如个人独资企业或者合伙企业,受到的干预和限制程度最低,无需严格执行企业清算程序;而普通法人企业如公司则必须严格履行清算义务。除此之外,还有一些特殊情况,如城乡个体工商户即所谓的自雇型企业,由于其规模微小,它市场退出权的行使对市场秩序的影响微乎其微。国家公权力对个体工商户的市场退出权行使几乎不作任何干预,个体工商户只需按照民事法律的规定就可以退出市场。相比之下,像金融企业、城市公用事业企业这种特殊企业,国家一般通过专门立法对其市场退出权行使进行规制。如果市场出现无法预见的特殊情况,严重威胁市场秩序,政府一般会制定规范性文件对严重威胁市场秩序的市场主体进行干预和限制。

可见,国家基于市场秩序对市场主体退出权的

行使进行干预,主要根据市场主体的规模,市场主体受到干预的程度与其规模成正比。如果市场主体规模比较大,它的市场退出权行使对市场秩序就会产生比较大的影响,那么国家干预程度就比较高;相反,如果市场主体规模较小,国家的干预程度就比较低,如国家对个体工商户的市场退出权行使几乎不作干预。当然,国家基于市场秩序的考虑,对市场主体退出权行使所进行的干预必须遵守适度原则。

## 3. 国家为了保护社会弱势群体利益而对市场主体退出权行使进行限制

社会中的弱势群体与强势群体是相对而言的,但是像消费者、劳动者、失业者以及残疾人这些人群则是社会中相对固定的弱势群体。国家为了保护这些社会弱势群体利益而对市场主体退出权行使进行限制。《消费者权益保护法》第35条规定消费者的合法权益受到经营者的侵害,即使经营者因分立或者合并而退出市场,分立后或者合并后的市场主体必须向消费者承担赔偿责任。此外,金融法律制度中对金融企业市场退出权行使进行了干预,以保护作为弱势群体的金融消费者利益。金融企业退出市场后,法律规定了个人存款、保险金的优先受偿权。

城市公用事业企业所提供的产品和服务是消费者日常生活的必须。消费者每天都需要用水、用电、乘坐公交,需要一个清洁的环境,如果城市公用事业企业在退出市场之前没有提供相应的过渡性措施,那么就会直接影响消费者的正常生活,损害其合法权益。因此,城市公用事业企业的市场退出权行使一般都受到政府的严格限制,它们在退出市场之前必须按照政府的要求制定一些过渡性措施,从而保障消费者的正常生活。例如,建设部的《城市生活垃圾管理办法》第35条规定了城市环卫企业在决定停业歇业半年前就需要向当地政府市政管理部门提出申请,经批准后方可歇业或者停业。并且市政管理部门必须制定相应应对措施。

残疾人就业权关乎其基本生存权,对于经营状况不太好的残疾人福利性企业,政府要对其市场退出权行使作出一定程度的干预和限制,防止这些企业在退出市场之时损害残疾人这种弱势群体的就业权,从而保护其基本的生存权不受侵犯。当然,具有公益性质的残疾人福利企业很少存在退出风险,因为它依据的不是市场规则,更多的是从社会关怀和政治压力的角度来维系其经营。

(三) 国家对市场主体退出权进行干预和限制时所受到的约束

政府对市场主体退出权行使进行干预主要是基于社会公共利益的考虑,但是社会公共利益也需要

被严格界定。社会公共利益不仅划定了市场主体退出权的行使范围,即市场主体退出权的行使以不侵犯社会公共利益为限,而且也划定了政府公权力的边界,即政府对市场主体退出权行使所进行的干预以社会公共利益为限,超过了这一边界则属于对权力的滥用,二者是对立统一的。在法治环境下,政府出于社会公共利益的考虑对市场主体退出权的行使进行干预并非无限度,相对于市场主体退出权,社会公共利益本身并不具有超越性。它必须受到一些原则的约束。

首先,政府出于社会公共利益的考虑对市场主体退出权的行使进行干预,必须保障市场主体的基本生存权。在某些情况下,市场主体退出市场可能关乎市场主体的基本生存权,“人类自由的最终与不可侵犯的领域确实存在;它超越所有公共权力的干预”<sup>[12]</sup>。这时政府干预一定要量力而行,否则会导致巨大的社会成本。《商业银行法》第64条和第66条规定了商业银行如果出现或者可能出现支付危机,从而影响存款人利益时,银监会可以对危机银行实施接管,并行使商业银行的经营管理权利。但是,这时如果危机银行股东为了减少损失,就会考虑行使市场主体退出权,向司法机关申请破产保护,向金融监管部门申请关闭分支机构或者停止经营某项金融业务。然而,在接管期间,接管组织掌握了危机银行的经营管理权力,危机银行的股东无法通过行使市场退出权以减少自己的损失。相反,如果监管机构错误地判断了当时的宏观经济环境,人为地抑制了这些金融机构市场退出权的行使,不仅会损害银行股东和客户的利益,而且会引发严重的道德风险,从而危及更多群体的生存权。因此,在市场主体退出市场涉及其生存权领域时,公共权力基于公共利益需要对它的干预和限制也就比较谨慎,手段也比较温和。

其次,政府基于社会公共利益,对市场主体退出权的行使进行干预,必须遵循一定的公法原则,如法律保留原则和比例原则。这主要是为了防止政府对公权力的滥用,以保护市场主体退出权的正当行使。

最后,如果市场主体在行使市场退出权过程中受到国家公权力的不当干预,市场主体应当获得司法救济,其所受到的损失也应得到充分的补偿。

#### 四、完善中国市场主体退出权制度所要实现的目标

中国正处于经济社会转型时期,在政府的主导下,经济社会发生了巨大的变化。但是,法律制度与经济社会的变化相比,则比较滞后,法律对社会变化的回应性不足。市场主体退出权制度具有明显的转

型特征,比如市场主体退出权制度的身份性特征明显,国有、民营、外资在权利的行使过程中受到的待遇不同;又如市场主体行使市场退出权过程中受到公权力的过度干预;再如与中国的市场化程度相比,市场主体退出权制度尤其是特殊市场主体,如金融机构的市场退出权制度落后于经济的发展。

在经济社会转型时期的中国,理想的市场退出权制度和现实的市场退出权制度存在很大的差距,理想的市场退出权到底如何,其实现的目标是什么?笔者认为,从整体上讲,理想的市场退出权制度要实现的目标包括两个层次,笔者将其称为直接目标与间接目标。

##### (一)完善中国市场主体退出权制度的直接目标

维持市场主体正常的新陈代谢实现市场经济的动态平衡,是完善中国市场主体退出权制度所要实现的直接目标,这是一个宏观性目标。因为一个完善的市场主体退出权制度,能够使“物竞天择、适者生存”的市场竞争法则的作用得以充分发挥,这样一方面可以保障市场主体一旦竞争失败就得“依法”退出市场<sup>[13]</sup>,从而为其他市场主体腾出生存空间,以便优化市场结构;另一方面,完善的市场主体退出权制度可以保障市场主体自由流动,从而通过“用脚投票”选择投资环境更好的地区进行投资。完善的市场退出权制度通过以上两条路径,保证市场主体自由进入、退出市场,从而实现市场经济的动态平衡。

一个完善的市场主体退出权制度除了要实现宏观上的直接目标外,还需要实现一些具体性目标。一个完善的市场主体退出权制度,一方面,能够将市场主体退出权行使所产生的负外部性影响内部化,从而保障国家的经济安全,保障市场秩序和经济自由的实现;另一方面,一个完善的市场主体退出权制度可以防止政府对公权力的滥用,保障市场主体可以公平的行使市场退出权,保护市场主体的基本生存权,并对受市场主体退出权影响的社会弱势群体给予特殊的关怀。

##### (二)完善中国市场主体退出权制度的间接目标

实现宪政秩序下地方政府间的制度竞争是完善中国市场主体退出权制度的间接目标,这是理性状态下的市场主体退出权制度所能实现的终极目标。地方政府之间的制度竞争简称政府竞争。政府竞争的概念最早源于美国经济学家布雷顿提出的“竞争性政府”(competitive governments)概念<sup>[14]</sup>。他认为在联邦制体制下,联邦的组成单位,比如州政府之间、州政府内部之间以及州政府与其他行为主体之间是一种竞争性关系,它们在选票和税收压力下,必须提供合意的公共产品和服务,以满足辖区内居民



和经济组织的要求。在居民和经济组织拥有退出权即可以自由流动的情况下,政府必须给居民和经济组织提供最优的公共产品和公共服务才能吸引居民在当地定居、经济组织在当地投资。这类类似于企业之间的竞争,政府之间、政府内部部门之间以及政府与政府之外行为主体之间为了提高自身的吸引力,也会围绕居民和资源相互竞争<sup>[14]</sup>。

地方政府间的制度竞争理论作为一种适用于联邦制体制的经济学理论,那么它是否适用于经济社会转型期的中国呢?中国是单一制国家,从理论上讲,地方政府间的制度竞争理论不适用于中国。但是在中国经济社会转型期,在经济领域,中央政府和地方政府之间的关系与联邦制国家中联邦政府与州政府间的关系非常相似,无论在法律上还是在具体的政治实践中,中央政府给予地方政府很大的自主性,并且中央政府承认了地方政府尤其是省级地方政府相对独立的利益主体地位。具体而言,表现为两个方面:其一,地方政府享有相对独立的财政权力。首先,《预算法》规定地方政府是一个独立的预算单位;其次,在中国1993年“分税制”改革之后,中央政府与地方政府之间的财权和事权得到相对清晰的界定,地方政府具有了固定的征税对象;再次,中国《企业国有资产法》第4条规定对于除央企之外地方性国有企业,由地方政府代表国家履行出资人职责享有出资人权益。其二,地方政府获得了相对独立的经济社会管理权力,主要体现在两个方面。首先,中国《宪法》、《立法法》授予了地方政府立法权,地方政府在不违背法律保留的原则下,可以对地方经济社会事务进行立法。其次,转型期以来,中央政府将大量的经济管理权力下放给地方政府,地方政府可以在法律规定的范围内对地方经济事务进行管理。通过以上分析,可以发现中国地方政府具有相对独立的利益主体地位,在经济领域具有类似于联邦制国家州政府的地位。因此,笔者认为,地方政府间的制度竞争理论同样可以适用于经济社会转型期的中国。

在中国经济社会转型期,政府间尤其是地方政府间的制度竞争是一种普遍现象,这是推动中国经济持续增长市场化转型的一个关键因素。正如张五常先生在《中国的经济制度》一书中所讲的地方政府间的竞争是中国经济30年来持续快速增长的一个关键因素<sup>③</sup>。由不同地方政府所提供的“制度商品”构成了一个“制度市场”,市场主体作为消费者在“制度市场”中对不同地方政府所提供的“制度商

品”进行比较,市场主体通过行使市场退出权,选择最优的“制度商品”。其中,市场主体退出权的行使,主要表现为将其产业从一个地区迁入到另一个地区。这样无形中就给了制度产品的提供者——地方政府带来了巨大的竞争压力,这种压力转变为地方政府不断进行制度创新和制度变迁的动力。比如,落后地区地方政府为了追赶经济发达地区就不得不学习先进地区的制度,一般是通过法律移植的方式进行制度创新,在法律移植的过程中,通过学习其他法律制度背后的理性,结合本地区的社会经济情况,制定出新的法律。而先进地区地方政府为了维持已有的优势不断改进已有制度,进行制度的自主创新,通过发现社会中的制度,运用规范性的语言加以表述。这样中国的经济制度在这种竞争过程中被不断创新。

“制度市场”同普通商品市场类似,如果说普通商品市场的竞争秩序需要市场竞争规制来维护,那么“制度市场”的竞争秩序则需宪政规则来维护。笔者认为宪政秩序是实现地方政府间良性制度竞争的前提条件。在制度竞争中,为了争夺“制度商品”的消费者——拥有市场退出权的市场主体,作为“制度商品”的生产者——地方政府同样会出现类似市场竞争的不正当竞争问题以及制度竞争的失败者。在制度竞争中,宪政秩序的基本功能在于为“制度市场”提供一种制度竞争规则,并建立一种解决地方政府间制度竞争冲突的机制。对合法的制度竞争者给予保护,比如通过制定法律将地方政府制度创新的成果在全国推广。对违宪的制度竞争予以制裁,比如通过违宪审查制度撤销地方政府所制定的侵犯其他地区利益以及违反上位法的地方性法规,从而解决地方政府在制度竞争中的争议,并救助失败的制度竞争者,从而实现“制度市场”公平有序的竞争秩序。这样就凸显了中央政府在制度竞争中的作用。具体而言,中央政府在制度竞争中主要承担三种角色:其一,中央政府基于人权保障的考虑,为地方政府制度竞争划定一个制度底线。因为地方政府在竞争过程中,为了吸引具有市场退出权的市场主体前来投资,即招商引资,常常以牺牲劳动者、消费者以及环境为代价发展本地区经济,这严重侵犯了公民的人权。因此,中央政府基于人权保障的考虑,为地方政府制度竞争划定一个制度底线,制定一些强制性规范,以保障公民的基本人权。比如中央政府在《劳动法》中规定劳动者的最低工资标准,在《产品质量法》中规定产品质量的3C标准,在《环境保护

<sup>③</sup> 详见张五常:《中国的经济制度》,北京:中信出版社,2009年版,第158-170页。

法》中规定环境保护标准等。其二,救助失败的竞争者,中央政府通过转移支付制度对制度竞争失败的地区进行救助。其三,解决地方政府间在制度竞争中的冲突。比如,中央政府通过建立违宪审查制度,对地方政府制度竞争中的冲突进行裁决,处罚制度竞争中的不正当竞争者和恶性竞争者,保护合法竞争者,从而维护统一的市场经济秩序。

#### 参考文献:

- [1]张维迎,马捷. 恶性竞争的产权基础[J]. 经济研究,1999(6):11.
- [2]CHARLES M. Tiebout: A pure theory of local expenditures [J]. The Journal of Political Economy, 1956,64( 5 ):424.
- [3]冯兴元. 地方政府竞争——理论范式、分析框架与实证研究[M]. 南京:译林出版社,2010:121.
- [4]A·J·米尔恩. 人的权利与人的多样性——人权哲学[M]. 夏勇,张志铭,译. 北京:中国大百科全书出版社,1997:111.
- [5]边沁. 道德与立法原理导论[M]. 时殷弘,译. 北京:商务印书馆,2006:58-59.
- [6]柯武刚,史漫飞. 制度经济学——社会秩序与公共政策[M]. 韩朝华,译. 北京:商务印书馆,2004:423,467
- [7]张千帆. 西方宪政体系(下册·欧洲宪法)[M]. 北京:中国政法大学出版社,2005:149.
- [8]乌茨·施利斯基. 经济公法[M]. 喻文光,译. 北京:法律出版社,2003:26-52.
- [9]杨帆. 金融危机处置与退市法律保障[M]. 北京:中国社会科学出版社,2003:79.
- [10]李曙光. 转型法律学——市场经济的法律解释[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:120.
- [11]ALBERT BRETON. Competitive governments: An economic theory of politic finance[M]. Cambridge University Press, 1996.
- [12]周业安,冯兴元,赵坚毅. 地方政府竞争与市场秩序的重构[J]. 中国社会科学,2004(1):56-57.

## On the Market Withdrawing Right

GE Fanglin

(School of Economic Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

**Abstract:** With the China's market economy established and constantly perfected, the China's economy has been converting expanding in quantity into upgrading in quality. In this background, whether the market subject possesses integral market withdrawing right and can freely exercise the right is one of signs of the full-fledged market economy. From an academic perspective, the general basic theory of the market withdrawing right will contribute to improving market withdrawing right system, revamping the whole legal loopholes in the system, reducing the conflict of laws. From a practical perspective, a perfect market withdrawing right system can not only maintain the market subject's normal metabolism and realize the dynamic balance of the market economy, but also realize institutional competition in constitutional order.

**Key words:** market withdrawing right; public interest; institutional competition; constitutional order

(责任编辑 胡志平)