

论公司行政解散权的存废^{*}

李建伟

内容提要:与域外公司法普遍倾向于不承认行政解散权相对比,我国立法将过多的“违法事由”均托付给行政机关一揽子解决的泛行政解散权的规定,属于“泛行政解散权”的制度设置,这主要是对计划经济体制的承继与强大的行政干预的路径依赖,需要反思与检讨。泛行政解散权的消解,为深化经济体制改革与行政许可制度改革所必需。泛行政解散权的消解的主要方向是向公司自治、司法解散的回归,这并不是国家公权力的全面退出,而是要合理配置行政权与司法权,实现公司自治、行政监管与司法干预在公司解散事务上的和谐共生。

关键词:公司解散 行政解散 泛行政解散权 司法解散

李建伟,中国政法大学民商经济法学院教授。

一 泛行政解散权的规范分析与改革路径选择

(一) 泛行政解散权的由来

作为公司终止的两个原因之一,解散是决定公司“死亡”的最主要方式。^[1] 各国公司立法均将公司解散依其发生原因分为任意解散与强制解散,前者是指根据公司章程、股东决议等公司的自我意愿而解散,后者是指根据有权机关的裁决或命令而解散。进一步的,按照作出强制解散命令、裁决的机关不同而再分为司法解散和行政解散。^[2] 前者乃基于司法机关作出的裁决或者命令而发生,后者基于行政机关作出的行政决定而发生。如果说自愿解散意味着公司自愿选择退出市场,乃公司自治之行为,基于私法自治这一市场经济的基本法

* 本文受中国政法大学青年教师学术创新团队项目资助,为国家社科基金青年研究项目“政府规制公司法律问题研究”(08CFX027)阶段性成果。

[1] 对于公司终止、公司解散与公司破产的关系一直存在争论。一般认为,2005年《公司法》颁布后,公司终止的原因分为破产和解散。参见赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社2006年第2版,第498页。之所以称解散为公司终止最重要的原因,主要是就事实发生的数量上看,破产远远不能与解散相提并论。

[2] 参见赵旭东主编:《公司法学》,第500-502页;施天涛:《公司法论》,法律出版社2005年版,第681页;刘俊海:《现代公司法》,法律出版社2011年第2版,第923-924页;李建伟:《公司法学》,中国人民大学出版社2011年第2版,第137页。

则,法律无需干涉,那么强制解散恰好相反,它意味着国家公权力对公司退市的干预,为公司法制的头等大事之一,“盖以法人之解散犹如自然人之宣告死刑,不可不慎也”。^[3] 既然公权力要介入公司的退市机制,那么就有一个权力的配置问题。中国公司法存在的问题,一言以蔽之,就是在中国被强制退市的重大事项上,行政权力的重要性远高于司法权,甚至本应由司法权介入的领域也被行政权力所侵占,这与域外公司法的制度安排形成鲜明对比。虽然因为政治、经济、法律制度传统以及立法路径依赖的不同,各国公司法关于强制解散的公权力配置的结构上具有一定差异性,但都不存在类似于中国公司法那样的赋予行政机关以如此深度与广度的管制方式来干预公司存亡大事,甚至绝大多数域外公司法根本不存在行政解散权的规定,而将强制解散权悉数交由司法机关行使,即使个别国家、地区规定有行政解散权的,与中国公司法上的同名制度亦不可同日而语。在 2005 年公司法修正引入司法解散公司之诉前,中国立法甚至一直将行政解散规定为强制公司解散的唯一方式,排斥司法权的介入。在此意义上,中国公司法所规定的行政解散权,可被称为“泛行政解散权”。

中国实定法上关于行政解散的规范,不仅体现在商事组织立法之中,更多地体现在数以百计的商事登记管理法规、部门规章、地方政府规章及部门规范性文件之中,以及数以百计的经济法、行政法等立法文件之中。在所有这些立法规范的合力作用下,行政解散权空前膨胀,使之成为诸多行政主管部门交错行使的最常见的行政处罚措施,“泛行政解散权”由此而来,可谓一项极具中国特色的立法制度。

(二)立法与实践

由于关于行政解散权的规范出现在数以百计的多部门法、多层次的立法文件中,导致与其有关的很多立法词汇的混用,正如有学者所指出的,这些立法甚至混用解散、撤销、吊销、关闭、责令停产等基本词汇。^[4] 由此导致这一领域的立法用语一度非常的混乱,对于同一个事物的指称,不同立法文件使用了多个词汇,造成立法理解的困难。比如,各立法文件中,使用最频繁的“责令关闭”^[5]一词,类似表述还有责令停产、责令停业、责令停产停业、责令停业整顿、责令停产整顿、责令停产停业整顿、责令停止相关经营活动、予以关闭和予以关停等;关于“依法撤销企业”,类似表述还有取缔、予以取缔等;关于“吊销许可证”,类似表述还有撤回许可证、取消许可证、撤销许可证等;关于撤销公司登记,类似表述还有取消登记资格、撤销注册登记等;关于“吊销营业执照”,还有缴销营业执照、收回营业执照等,不一而足。站在立法解释的立场,对照分析可以发现以上词汇实则为同一个含义。以 2005 年修订公司法为契机,这一状态得到一定程度的统一与澄清。2005 年公司法明确了解散与撤销、吊销、责令关闭、终止、破产等概念的逻辑关系,并对“公司解散和清算”专章集中规定。按其规定,行政解散的具体形式有三:吊销营业执照、责令关闭与被撤销,居于中心地位的是吊销营业执照。这是因为:其一,《公司法》作为法律(狭义),规定的吊销营业执照的法定适用事由最为宽泛,有四种之多;其二,诸多行政法规、行政规章、地方性法规、地方政府规章以及部门规范性文件等下位法频繁引致《公司法》的条款,规定了更多的具体适用事由;其三,行

[3] 李燕:《对中国公司终止的有关法律规定的反思》,《政法论坛》2004 年第 2 期。

[4] 参见赵旭东主编:《公司法学》,第 498 页。

[5] 其实,这个使用最频繁的词汇,《行政处罚法》上并未使用,其第 8 条规定:“行政处罚的种类:(一)警告;(二)罚款;(三)没收违法所得、没收非法财物;(四)责令停产停业;(五)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;(六)行政拘留;(七)法律、行政法规规定的其他行政处罚。”应该认为,“责令停产停业”才是最规范的表述。

政执法实践中,执法部门适用吊销营业执照的活动也较多。可见,中国公司法上泛行政解散权的核心设计是吊销营业执照制度。

(三)行政解散权存在的边界与改革路径

如果启动行政解散权的改革,首先要重新界定其存在的边界。前已指出,域外主要市场经济国家、地区的公司法极少承认行政解散权。具体来说,以德、日、韩等为代表的大陆公司法只规定了司法解散制度,行政机关不得染指解散权,司法解散又分为司法命令解散与司法裁定解散,相对于中国的行政解散权制度设置的是司法命令解散,适用并无争讼性的非诉程序。英美公司法将强制解散权主要交付给司法机关,仅将个别简单事实认定场合下的行政解散权授权给登记机关,将不听话公司的登记除名,以突出效率与便捷。以美国《标准公司法》第14章B节的规定为例,行政命令解散公司的程序是:(1)如发生了公司应交的特许税费或罚款到期后60天内未支付、法定期限到期后60天内未向州务卿递交年度报告等违法情形的,州务卿签发解散确认通知书送达公司;(2)公司收到通知书后60天内拒不改正以上违法事实,也不能证明该事由不存在的,州务卿将签发解散证书,行政命令解散公司,公司继续存在但暂停营业;(3)解散生效的2年内,公司随时可向州务卿申请恢复,说明解散事由已经不存在或已被消除,州务卿确认属实后,撤销解散证书并准备一份恢复证书送达公司,公司即告恢复,重新营业如同行政解散从未发生过;(4)如拒绝公司的恢复申请,州务卿将通知拒绝的理由,公司收到通知后30日内可以向法院提起一项民事诉讼申请撤销解散,法官将命令州务卿恢复被解散公司,或者采取其认为适当的其他行动。这一程序有两个主要特征:其一,行政命令解散权适用的事由,基本上不存在事实认定争议与法律适用争议,可以发挥行政手段的效率优势。其二,行政解散命令既不具有直接执行力也不具有终局性,整个程序具有明显的可中止性、可逆转性与可司法救济性,整个制度设计始终尊重公司自治,与其说州务卿享有行政解散公司的权力,还不如说享有对于不听话公司的登记名录除名的权力。事实上,美国法对于干预公司自治的公权力始终抱着警惕的态度,公司法“十分注重企业自治和公司监控,以运作成熟且相当有效的市场监督机制,作为高度企业自治的配套措施”。〔6〕政府监管公司的微观经济活动的范围始终是十分有限的。可以说,主要市场经济国家的公司法对于行政解散权的规定在表面看存在一些差异,但关于行政权力介入公司解散事务的边界界定不存在实质差异,其制度精神与理念是相通的:原则上否定行政解散权或者将其限制适用于非常特殊的个别事项上。

“尽管各国法律观念和理论都存在一定的国情问题,但是过分强调中国特色或某种特殊性的做法可能会使我们不自觉地远离全球视野,从而对现代各国法律理论的发展潮流视而不见,最终阻碍自身的发展。”〔7〕中国行政解散权制度的存废之边界,要考虑现实国情与相关制度改革的进程,但更要遵循现代公司法制之基本法理与各国公司法的普遍经验法则。总结而言,域外法上要么只设置司法解散制度,要么配置强司法解散、弱行政解散的制度,而唯有我国实定法上实行强行政解散、弱司法解散的制度安排。这一立法格局的改革方案究竟如何选择,是一个关键性问题。

目前的改革方案主要有两种。一种方案主张,鉴于中国行政权力干预经济生活具有必

〔6〕 蒋大兴:《公司法的观念与解释I》,法律出版社2009年版,第24页。

〔7〕 易继明:《私法精神与制度——大陆法司法古典模式的历史含义》,中国政法大学出版社2003年版,第298-299页。

要性的社会经济背景也即中国特色国情,以及行政解散制度自身的强大制度惯性(立法的路径依赖),全部取消行政解散是不现实的,可以保留部分的行政解散权,其他部分回归司法权,维持行政解散与司法解散并列的制度安排,“上帝的归上帝,凯撒的归凯撒”。具体来讲就是分类改革方案,对于仅有简单事实认定、不存在自由裁量权的情形,继续适用行政解散权;对于存在复杂的事实判断以及法律适用自由裁量权的情形,回归司法权,扩大司法解散之诉的适用范围。^{〔8〕}这一方案,就改革后的行政权、司法权分立之格局,可以称为强制解散权“分立论”,又由于继续保留行政解散,可称为行政解散权“修正论”。另一种方案则主张,强制解散权应该全部归于司法,行政机关参与强制解散公司事务的唯一通道是站在公共利益的立场、代表国家就目标公司向人民法院提起解散申请,要求人民法院裁定解散公司,而不得运用行政权直接解散公司,唯此方符合现代公司自治之理念精神。这一主张,就改革后的行政解散权消灭、惟存司法解散权的格局,可以称为强制解散权“一统论”,又由于行政解散权全部废除而归属于司法,又可以称为行政解散权“废止论”。两种方案的争论核心,在于是否继续保留一部分行政解散权。对此,不忙于下结论,可以对于现行法上的行政解散权的具体形式与适用事由进行归类的立法解释,再来决定行政解散权的存废选择。如前所述,泛行政解散权的核心制度设计是吊销营业执照,关于吊销营业执照及其适用事由的规范分析,是从立法解释的角度解读泛行政解散权改革走向的关键。

二 吊销营业执照的规范分析

(一) 吊销营业执照作为一种行政处罚措施

根据《行政处罚法》所列的行政处罚种类,吊销营业执照属于比较严厉的行政处罚措施之一,因为行政机关剥夺了行政相对人行为能力或者资格。^{〔9〕}营业执照是公司依法开展营业的法律依据,公司被吊销后即丧失营业资格,不再开展营业而只能从事清算活动。^{〔10〕}公司作为营利法人,进行营业行为乃其存在的唯一目的,如果公司丧失营业资格,也就丧失继续存在的意义,所以只能走向终止。

与吊销营业执照具有同样法律后果的另一种行政处罚措施是撤销公司登记。依照《公司法》第 199 条规定,撤销公司登记仅适用于一种情形即虚假登记。此处的虚假登记与吊销营业执照适用情形之一的虚假登记的含义完全相同,有权作出决定的机关也一样,也即工商机关。核准登记与签发营业执照乃是公司注册登记程序中密不可分两个行为,可谓公司登记的“一体两面”,所以相应地,撤销公司登记与吊销营业执照的含义也并无任何实质不同,之所以并存这两个概念,乃是因为现行公司登记管理法规的一个立法误解。所以本文不再对“撤销公司登记”作进一步的关注。

与吊销营业执照相近的还有一种处罚措施,即吊销许可证。吊销许可证与吊销营业执照之区别,在具有多项行政许可营业项目的公司比如综合性证券公司身上,体现的最为明显。如吊销许可证,既不影响公司的法人资格存续,也不影响其他行政许可业务的经营以及一般营业项目的经营,此即为“行为主义退市模式”,如吊销营业执照,则直接消灭营业资格

〔8〕 依照《公司法》第 183 条的规定,我国现行的司法解散之诉仅仅适用于公司僵局这一种情形。

〔9〕 参见应松年主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社 2005 年版,第 227 页。

〔10〕 [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社 2010 年版,第 163 页。

与法人资格,也即为“主体主义退出模式”。^[11]在吊销许可证比吊销营业执照的惩罚力度为轻的表面的背后,实际上是更具有灵活性的优势。上世纪90年代以来中国商事立法越来越多地引入吊销许可证来替代吊销营业执照,这在2006年修订的《证券法》中体现得非常明显。^[12]

吊销营业执照、吊销许可证终将会导致公司的主体退市或者行为退市的法律后果,在此意义上都属较严厉的处罚措施。但对于并不必要适用如此严厉措施的违法场合,分别还有较为缓和的措施:暂扣营业执照与暂扣许可证。暂扣营业执照与暂扣许可证会导致公司的全部或者部分营业项目在一定时期内暂停,但在违法行为得到纠正之后,执法机关一般会决定取消暂扣措施,从而恢复公司的全部或者部分营业;只有在公司拒不纠正或者违法后果比较严重的,执法机关再作决定吊销营业执照或者吊销许可证。相比之下,暂扣营业执照、暂扣许可证要比吊销营业执照、吊销许可证更为灵活,也体现了行政执法机关对于轻微违法的公司的善意与亲商情怀。

(二) 吊销营业执照作为一种行政解散措施

依照实定法的规定,工商机关专享吊销营业执照的权力,但营业执照被吊销的法律后果,曾经长期存在混乱的规定,这从稍早期的立法可见一斑。1994年《公司登记管理条例》第66条规定,“公司破产、解散清算结束后,不申请办理注销登记的,由公司登记机关吊销营业执照。”照此规定,公司清算结束之后还能被吊照,这不仅混淆了解散与清算之间前后承接的程序关系,吊照的法律后果更加模糊不清。后来,人们的争议集中在公司的法人资格是否丧失这一点。工商部门的立场曾经长期坚持肯定论,国家工商行政管理总局《公司登记管理若干问题的规定》(工商局[1998]第83号)第34条明确规定:“被撤销登记、吊销营业执照的,该公司自始即无法人资格”,^[13]后来在《关于企业登记管理若干问题的执行意见》(工商企字[1999]第173号)第10条进一步重申:企业被吊照的,其法人资格或经营资格终止。这样的规定存在两个问题,一是不符合营业资格与主体资格分立的基本法理,二是公司未经清算,法人资格已告终止,那么置清算程序于何地?更严重者,如果被吊照后公司无需清算就发生了法人资格终止的后果,岂不是鼓励股东恶意逃债?审判机关也一度认同工商部门的观点,^[14]但面临公司解散纠纷审判第一线的实践让其率先意识到这一观点的致命缺陷。故而,一年后最高人民法院给甘肃省、辽宁省高院的个案意见批复中,确认了企业被吊销营业执照后至注销登记前,法人资格仍视为存续。^[15]到了2005年修订公司法,明确吊销营业执照乃引发解散事由之一,解散是公司终止的原因之一,解散事由发生之后、公司终止之前还需经过清算程序,后经注销登记,法人资格始告终止。至此才算正本清源,还原了吊照的本来私法效果:终止营业资格。

检讨这一立法演变过程,之所以此前行政执法与审判实践将吊销营业执照与法人资格

[11] 参见蒋大兴:《公司法的观念与解释I》,第252页。

[12] 《证券法》有十几处出现“暂停或者撤销相关业务许可”、“撤销证券业务许可”的表述。参见《证券法》第191~192条、第205条、第209条、211~212条、217条、220~223条、第226条等。

[13] 这一规定明确了两个问题,第一,撤销公司登记与吊销营业执照的后果是一样的;第二,一旦被撤销公司登记与吊销营业执照,该公司自始(从成立起)即无法人资格。必须指出,关于第二点的效力规定违背了公司法的基本原理。

[14] 参见《关于企业歇业、撤销或被吊销营业执照后的诉讼问题》,载最高人民法院经济庭主编《经济审判参考》第2卷,法律出版社2000年版,第147~152页。

[15] 参见法经[2000]23号、24号函。其中24号函明确指出:“企业法人被吊销营业执照后,应当依法进行清算程序结束并办理工商注销登记后,该企业法人才归于消灭”。

的终止联系在一起,盖因为登记效力的合一主义立法模式将营业执照赋予双重功能:取得营业执照,就取得公司的法人资格与营业资格。^[16] 照此逻辑,既然营业执照是法人资格取得的凭据,那么被吊销当然意味着法人资格的丧失。可见,登记效力的合一主义立法模式导致了实践中难以解释的法理困惑和逻辑尴尬。^[17] 要彻底解决这一立法问题,需要转向全面分离主义立法模式,也即在登记法规中明确两点:其一,在公司的“生”的环节,营业执照的签发是取得营业资格的凭证,法人资格乃基于核准登记的完成而获得,将核准登记与签发营业执照在程序上分开,并分别赋予不同的效力;其二,在公司的“死”的环节,吊销营业执照仅仅表明公司丧失了营业资格,法人资格在“注销登记”完成后方告终止。这就是登记效力的全面分离主义立法模式的全部含义。^[18] 尽管在公司“死”的环节,吊销营业执照与公司的法人资格消灭没有联系,但在 2005 年公司法明确这一点之前,执法部门、司法机关只好暂时采用符合形式逻辑、实践理性但违背彼时实定法规定的文义解释的方式,来应对行政执法与审批实践的一时需要。但奇怪的是,尽管合一主义立法模式不仅缺乏实践理性,在逻辑上也难以自圆,应该被立法抛弃,但时至今日,在公司(及其他商事主体)“生”的环节,关于签发营业执照标志着取得主体资格的规定,仍然盛行于各种法律文本之中,^[19] 这表明商事登记效力的合一主义模式在立法上还远远没有被肃清。

(三) 实定法上的适用事由

总结《公司法》、《公司登记管理条例》及其他数十部商法、经济法的部门法规定,吊销营业执照的适用事由主要有四种情形。

第一,虚假登记。根据规定,虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记,情节严重的,撤销公司登记或者吊销营业执照。实践中的虚假登记主要集中在虚假出资上,这与公司法过于严厉的资本制度有关。

第二,无故停业。根据规定,公司成立后无正当理由超过一定期限未开业的,或者开业后自行停业连续一定期限的,由工商机关吊销营业执照。

第三,不按规定年检。年检是工商机关日常监管公司的主要手段,公司违规不参加年检,情节严重的,工商机关吊销营业执照。

第四,违法经营。虽然历经 20 多年的市场经济洗礼,但实定法上关于禁止经营、限制经营、特许经营以及经营环节中的强制性规定仍然很多,“雷区”遍布,凡违反者即可能构成违法经营,工商机关得直接吊销营业执照。

实定法上的行政解散措施有三种,吊销营业执照、责令停产停业与依法撤销公司。除吊销营业执照适用的四种具体事由外,责令关闭与依法撤销公司的适用事由较为简单,责令关闭仅适用于一种情形,即违法经营。至于依法撤销公司,又分为违法性撤销与政策性撤销,

[16] 很多立法文件一方面规定“签发营业执照的日期”为商事主体的“成立日期”,同时又规定“领取营业执照后,方可从事经营活动。”即是此种立法模式的体现。

[17] 参见蒋大兴、章琦:《从统一主义走向分离主义:企业登记效力立法改革研究》,《南京大学法律评论》2000 年(秋季卷)。

[18] 冯果、柴瑞娟:《中国商事登记制度的反思与重构——兼论中国的商事登记统一立法》,《甘肃社会科学》2005 年第 4 期。

[19] 参见《公司法》第 7 条、《合伙企业法》第 11 条、《个人独资企业法》第 13 条、《中外合作经营企业法》第 6 条、《外资企业法》第 7 条、《中外合资经营企业法实施条例》第 9 条、《公司登记管理条例》第 3、25 条、《合伙企业登记管理办法》第 17 条、《个人独资企业登记管理办法》第 3 条、《外资企业法实施细则》第 12 条。以上条文均规定,营业执照的签发日期为相应商事主体的成立日期。

后者原来主要适用于国有、集体单位开办的公有制企业,但随着政企分开与公有制企业的公司制、股份制改造基本完结,已经完成历史使命而不复存在价值,惟剩余的违法性撤销,主要适用于金融等极少数的行业,唯一适用事由也是违法经营。

这样,有两个问题就变得很清晰。其一,实定法上行政解散的诸措施中,吊销营业执照的适用事由最广泛,执法实践适用也最多,究竟有无必要保留,需要进一步讨论。其二,吊销营业执照、责令关闭、依法撤销公司这三种措施存在一个共同的适用事由:违法经营,这就意味着违法经营这一个事实可能被选择适用三种措施之一,且都导致强制公司解散的后果,这里面有很多的法律问题:三种措施之间是什么关系,执法机关如何选择适用,有无必要对同一种事由规定三种处罚措施,等等。这些问题的答案,只能从现行立法的展开解释中获得。

三 吊销营业执照的适用事由的立法解释

(一) 虚假登记

虚假登记发生在公司设立登记、变更登记环节,“虚假”的事项主要集中在公司资本制度和行业准入许可这两个领域。域外公司法上,对于轻微的虚假登记,适用罚款、责令改正等处罚措施即为已足,对于严重的虚假登记,不适用行政解散权来处理,而由公司设立无效之诉来解决。^[20] 行政机关参与此类诉讼的方式,就是代表政府向法院提起公司设立无效之诉。虽然多次被讨论,被迄今中国公司法还没有确立公司设立无效之诉,背后的原因较为复杂。比如有人担心,面对实践中大量的虚假登记现象,公司设立无效之诉的制度设置难以承受调整之重任。根据《公司法》第199条关于虚假登记的定义以及实践情况看,只有在将来公司资本制度朝向放松管制、行业准入行政许可大幅消减的两项改革完成之后,现行法意义上的虚假登记行为才会大幅度减少,到那时,基于严重虚假登记导致的公司设立无效之诉的数量完全是可控的。而且,从各国司法实践看,公司设立无效之诉本身应该被慎用,^[21] 在将来的中国公司法上也应该仅限适用于严重的虚假登记行为。所以,如果以发展的眼光来审视,关于司法机关无法处理海量公司设立无效之诉的担心可以说将是多余的。

(二) 违法经营

此处的“违法经营”,在实定法上大体可以分为两类。

第一,越权经营。也即违反实定法上的国家限制经营、特许经营以及禁止经营规定的。公司的经营范围可以分为一般经营项目和许可经营项目,前者指不需行政审批、公司领取营业执照之后即可展开的营业项目,后者指法律、法规规定须经有关部门审批核准后方可开展营业的项目,涉及到行政审批的问题。对于越权经营的立法分类最周详的,见于国务院2002年颁布的《无照经营查处取缔办法》第四条1款,共分为五类:第一,应当取得而未依法取得许可证或者其他批准文件和营业执照,擅自营业的无照经营行为;第二,无须取得许可证或者其他批准文件即可取得营业执照而未依法取得营业执照,擅自营业的无照经营行为;第三,已经依法取得许可证或者其他批准文件,但未依法取得营业执照,擅自营业的无照经营行为;第四,已经办理注销登记或者被吊销营业执照,以及营业执照有效期届满后未按照规定重新办理登记手续,擅自继续营业的无照经营行为;第五,超出核准登记的经营范围、擅

[20] 参见刘俊海:《现代公司法》,法律出版社2011年第2版,第88页。

[21] 王宪森:《关于“公司设立无效”之诉的比较、认定及处理》,《法律适用》2002年第9期。

自从事应当取得许可证或者其他批准文件方可营业的违法经营行为。在以上行为中凡营业执照尚存的,该《办法》第 6 条规定工商部门应当撤销注册登记或者吊销营业执照。按照现行法的规定,上述这些特殊营业许可属于公司设立前置审批程序,未来的改革方向应该是法人资格与营业资格分立,经营资格许可不再作为公司登记的前置程序,而是后置为公司成立后的营业许可。^[22] 这一项立法改革完成后,公司在营业过程中如有越权经营行为的,应该招致的处罚是责令停产停业(责令关闭),而非吊销营业执照。

第二,非法经营。也即公司有权开展某项营业,但经营行为违反各类法律、法规的强制性规定的。《公司法》第 214 条规定:“利用公司名义从事危害国家安全、社会公共利益的严重违法行为的,吊销营业执照”,就是指向这种情况。此种情况多见于为规制市场秩序、维护特定主体地位或者履行国家某项特定政策而设特定行业标准、需要特定行业资质的法律、法规。由于有权干预市场运行的行政机关繁多,与前述虚假登记、无故停业、不按规定年检不同的是,此种情形下的执法具有政出多门、多头行政的问题,通常由主管机关对企业的违法行为进行查处,决定公司的停业、关闭,或者撤销相关业务许可从而导致某一项业务的“被关闭”,^[23]再经该机关建议由工商管理部门吊销营业执照。

上述二分法的逻辑,与刑法上的非法经营罪相吻合。非法经营行为严重危害社会的,可以构成非法经营罪。《刑法》第 225 条规定此罪的行为有三项:“(一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的;(二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的;(三)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”这里的第(一)(二)项行为,实际上就是越权经营,违反了意在限制、禁止与特许营业的行政许可制度,第(三)项乃是扰乱市场秩序的违规经营。

虚假登记和违法经营是行政解散的适用事由中明显包含自由裁量权空间的两类情形。对于前者,需要判定公司是否存在虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实骗取登记的,对于后者的判定则更复杂一些,尤其在产品质量、环境污染、食品安全等领域还涉及专业技术知识的应用,不论是对事实认定还是法律适用,都有自由裁量权的很大空间。行政机关执法之前肯定要对这些事实进行判断,尔后再决定采取何种处罚措施,这与司法机关在审判程序中的事实认定与法律适用活动不存在实质区别。同时,较大的自由裁量权空间也是滋生寻租的沃土,行政监管易于被“俘获”。^[24]因而,从行政权与司法权的秉性角度来判断,虚假登记和非法经营这两种情形下的行政解散权必须归于司法。具言之,对于虚假登记,应该交付公司法上的公司设立无效之诉处理,对于违法经营,应该交付司法命令解散之诉来处理。在将来的公司法修正中引入这两项诉讼之后,工商机关以及其他主管行政机关发现有公司存在虚假登记与非法经营的,无权作出吊销营业执照、责令关闭、撤销公司等行政解散决定,而是在作出警告、罚款、没收违法所得、责令改正、责令停产停业、暂

[22] 广东省的商事登记改革试点地区的最新地方性法规,将现行法上的绝大多数设立前置审批规定为公司成立后的营业许可程序,参见《珠海经济特区商事登记条例》第 22 条。

[23] 如国务院 2002 年颁布的《无照经营查处取缔办法》第 4 条第 2 款规定,对于无照违法经营行为,公安、国土资源、建设、文化、卫生、质检、环保、新闻出版、药监、安全生产监督管理等许可审批部门应当依照法律、法规赋予的职责予以查处。

[24] 某种意义上,同样是非法经营行为,对于当事人公司而言,行政机关作出的行政解散决定比法院作出的非法经营罪判决的后果还要严重,因为后者只包括罚金与没收财产等财产刑,并不否定公司的主体存在,参见《刑法》第 225 条。如果对比非法经营罪须由法院经过严格的刑事诉讼程序才能作出裁定,更难以接受只需一纸行政决定即可直接决定公司“死亡”之命运的规定。

扣或者吊销许可证、暂扣营业执照等行政处罚决定后,如有必要,向人民法院提起公司设立无效之诉或者请求判决强制解散公司之诉,由后者决定是否宣告公司“死亡”。

有人认为,不按规定年检与无故停业属于典型的简单事实认定,实定法之所以简单地交由行政机关作出行政处罚也即吊照来处理,是因为在事实判断和法律适用方面并无自由裁量空间,所以此类行政解散权的存在,具有合理性。其实,在讨论这两种事由下的强制解散权的归属之前,需要研讨这两个概念的身世,也即它们从何处来,又应当到何处去。

(三)不按规定年检

公司年检是一项极具中国特色的制度,是工商机关按年度对企业定期检查并使之制度化的监管模式。在域外公司法上鲜见年检制度,政府对公司的日常监督主要通过不同程度的强制信息披露义务的方式实现,包括公众有权向登记部门申请查阅公司资料以及公司有义务按时提交年度报告、财务信息报告等,但中国主要依靠年检来实现对公司的日常监管,且纳入到登记制度中,^[25]并与公司的主体资格相联系,成为公司拥有持续法人资格的条件之一:如果不按照规定参加年检,公司将被处以罚款并限期接受年检;逾期仍不接受年检的,吊销营业执照;如年检隐瞒真实情况、弄虚作假,情节严重的也要被吊销营业执照。^[26]这样,年检就不单单是一次一般意义上的监管活动,而是演化为一项确认企业继续营业资格的制度,或者说异化为一种行政许可行为,由此被称为“二次许可”。^[27]这样一来,年检是否符合政府监管公司的合理界限与具备正当的法理基础,一直受到各界质疑。为应付每年一次的年检活动,不仅公司付出极大的成本,负责审查海量的企业报送繁杂的规定文件与运行复杂的年检程序^[28]的工商机关也为此耗费极大的人力物力,^[29]以至于在每年的某段时间里都要例行的进入“年检季”,需要动员极大的人力集中处理年检事务。^[30]但是,由于运行过程中的程序模糊、行政责任不明、后续管理缺乏约束力等问题,制度实效却比较有限。根本原因在于,面对海量的年检材料,如果理解为工商机关担负实质审查真伪的职责,即使在配备庞大的行政机构和行政人员的情况下,也是不可能的,如果理解为仅担负形式审查义务,那么这项耗费了极大人力物力的制度的功效到底何在?到头来无非在政府与企业之间运行行为一场默契的流于形式的年度游戏。一句话,强大的行政权力传统,造就了庞大的行政机构设置和行政人员配置,最后沦为低效率的行政管理。

总之,年检制度亟须实质性改革。^[31]被国家工商总局、广东省政府授权试行商事登记改革的深圳、珠海等地,新近通过商事登记法规不约而同地取消年检,代之以英国公司法的年度报告制度,^[32]也类似于前述美国《标准公司法》的“公司除名”制度,就其制度内容与后

[25] 李振华:《论中国商事登记制度的建立与完善》,《法理学论丛》2005年第2期。

[26] 参见《公司登记管理条例》第76条、《企业年度检验办法》第19条。

[27] 汪艳生:《企业年检制度的缺陷与改进》,《中国工商管理研究》2006年第2期。

[28] 这可以从《企业年度检验办法》的规定一窥其详。第6条规定的企业年检程序有四道之多,第7条规定的企业提交材料有将近十种之多,第9条规定的企业年检报告书包括五部分的内容。

[29] 《河北推行内资企业网上年检,节约大量人力和资金》,中国政府网 www.gov.cn。从报道的题目就可以反向看出,推行网上年检之前每年要耗费“大量人力与资金”。按该报道的内容,节约“大量人力和资金”是指企业与管理者双向意义上的。访问时间:2013年4月30日。

[30] 按照《企业年度检验办法》第13条规定,登记机关对年检材料的主要审查内容竟然有十一项之多。

[31] 李建伟:《公司法学》,中国人民大学出版社2011年第2版,第96页。

[32] 其实直接取法我国香港地区的《公司条例》,这也是深圳、珠海经济特区毗邻港澳的一个优势。《珠海经济特区商事登记条例》第27条、《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》第21条明确宣告:“商事登记实行商事主体年度报告制度,不实行年检验照制度。”《深圳经济特区商事登记若干规定》第29条也如此规定。

果看,与过去的年检制度已是楚河汉界。深圳、珠海等地的改革举措,可以看作公司年检的立法改革之先声,到那时,“不按规定年检”将成为历史,相应地,以所谓“不按规定年检”为适用事由的行政解散权也将不复存在。

(四)无故停业

如果一家公司“在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”,无非两种情由,一则,投资人成立公司之前思虑不周,或在公司成立、开业一段时间后遭遇暂时困难,欲维持营业但心有余而力不足;二则,投资人不复有开展营业或者回复营业之意愿。或许,正是基于对第二种事由下被推定的意愿,公司法规定“可以由公司登记机关吊销营业执照”,以终止其“营业资格”,最终消灭公司。这一切似乎是顺理成章的,公权力依其职权消灭其法人资格,一方面不违背被推定的公司意愿,与公司自治不悖,另一方面有利于杜绝商事登记簿上的名存实亡现象,节约法律资源与监管成本。更何况,“在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”的事实认定很单纯,不存在事实认定的争议,所以符合行政解散的适用情形。所以,即便现行法上的大部分行政解散权回归司法,此种情形下的行政解散权仍有保留之必要。

以上,是主张对无故停业的事由下适用行政解散权的观点的论证。这一论证似乎完成了逻辑自证,但有两点尚需进一步的商榷。其一,存在推定的解散意愿?正如上文指出的,生活的逻辑与现实都无法排除第一种情形,虽然公司陷入暂时的困难,但投资人并无解散公司之意愿。再考虑到在中国注册成立一家普通公司所付出的极大成本,^[33]以及由此转化而成的公司牌照的较大重置成本,投资人不愿意解散公司,不仅是对于度过暂时困难的信心,而且具有现实的利益考量。所以,仅凭发生停业之事实而一概推论自愿解散之意愿,不免失之武断。其二,不存在事实认定的争议?回答也是否定的。一则,关于“开业”本身,并无明确的判断标准,是以最低标准——开门营业即可构成,还是以较高标准——与交易相对人形成客观的业务往来甚至多次业务往来?即便如此,一家公司已经进货、尚未销售出一单的情形,已经有具体的交易关系,算不算开业?在立法中都缺乏基本的规定。^[34]依照最低标准,现实生活中已成立但从不开业的公司恐怕不存在;按照较高标准,则难以照顾到所有公司的情形,如古董买卖行业,俗语有谓“三年不开张,开张吃三年”,半年内没有一单交易也属正常,无需大惊小怪,更不能直接被行政权力“宣告死亡”。二则,本条的规定显然还允许公司得以“正当理由”相抗辩,关于何者构成正当理由以及是否存在正当理由,可能包含复杂的事实认定,需要当事人的质证与抗辩。

综上,对无故停业一分为二的处理可能更为恰当。对于确有解散意愿的,适用强制解散还算合理,对于不存在解散意愿的,需要转换解决思路。公司立法、执法需要在理念上放弃以前那种防弊的心态,^[35]不再通过严峻入市标准与不合法即制裁的心态去监管公司,而是立足于提供优良公共服务的心态帮助它们克服创业与营业的困难,建立亲商型的立法与

[33] 在中国注册公司的成本相对较高,主要体现在四处,一是较高的公司出资成本;二是繁重的程序搭付的金钱与时间成本。繁重的程序体现在:一是种类繁多的设立事前审批与设立后的营业项目行政许可,二是营业场所应当取得规划、环保、消防、文化、卫生等相关部门的审批(所谓开办一家公司需要盖几十个章,即由此而来),三是登记时限的较长规定。域外市场经济国家、地区公司法一般规定,登记机关自收件到核准登记之日不得超过 3 至 7 个工作日,我国《公司登记管理条例》规定的工作日,一般是 15 个,多者甚至是 20 个。

[34] 参见蒋大兴:《公司法的观念与解释 I》,第 259 页。

[35] 参见方流芳:《温故而知新——谈公司法修改》,载郭锋、王坚主编《公司法修改纵横谈》,法律出版社 2000 年出版。

执法理念,即便对于轻微“不听话”者,政府也要扮演“慈父”之角色,尽量使用“怀柔”政策。具体做法,可以借鉴我国台湾地区的经验。我国台湾地区“公司法”第10条规定,成立后超过6个月未开业的公司原则上得被命令解散,但允许办理延展登记而豁免解散;开业后自行停业6个月以上者得办理停业登记而豁免解散。这里的延展登记、停业登记为暂时陷入营业困境、并无解散意愿的公司提供了一条生路,避免了被强制解散的厄运,体现了政府对于鼓励创业、扶持营业和帮扶困难者的善意。在中国要引入延展登记、停业登记制度,需要首先解决公司的法人资格与营业资格登记的分野,然后顺势构建两个规则。其一,营业资格之“生”与营业延展登记。公司核准格登记后基于某种原因暂时不能、不愿意开展营业的,得申请延展登记——过一段时间择机再开业,目的是保住已取得的法人资格。其二,营业资格之“死”与停业登记。基于类似的道理,在营业过程中公司基于某种原因暂时一段时间不能、不愿意维持营业的,得选择申请停业登记——过一段时间择机再复业,目的同上。延展登记、停业登记制度之引入,减少了行政解散的适用,有助于维护企业维持原则,体现了法律对于商人经商艰难之体谅,更加符合商业社会的生活实态。

那么,对于无故停业、又具有解散意愿的公司以及虽然不存在解散意愿但最终需要被解散的公司,究竟适用何种强制解散方式?从比较法的视角看,只有少数国家和地区的立法如美国、我国台湾地区的公司法规定适用行政解散,更多的规定由行政机关向法院提起司法解散之诉。按照前文的法理分析,可以看到现行法上的行政解散适用的诸事由中,需要保留的惟有这一种事由了。我们认为,如果从价值论上根本否定行政解散权的合法性与合理性,那就彻底废除该制度,可以规定公司无故停业的,工商机关如认为有必要,得向人民法院提起申请要求裁定解散公司。退一步,如认为鉴于现实国情而有必要保留此场合下的行政解散权,那么建议同时引入延展登记与停业登记,以体现行政解散权的慎用原则。

四 结 论

本文关于行政解散公司制度及其适用的立法解释论,揭示出行政解散权的存在确实值得商榷。如果采用非激进的改革立场,在部分保留行政解散权的前提下,如何界定三种行政解散措施的适用边界?根据前文的分析,从行政法的合理性与必要性原则出发,我们提出三个具体规则。第一,在不需要立即强制解散的场合下,优先适用责令关闭(更精确的含义是“责令停产停业”),该决定实施后的一段期间内,如公司改正了违法行为,自无再适用行政解散的必要;如拒不改正或者无法改正,严重危害社会公共利益的,则走向行政解散。第二,在需要立即强制解散的场合下,对于现行法上的金融、外资企业等整个主体资格被行政许可(而非单项营业行政许可)的特殊商事公司,适用依法被撤销制度。第三,在需要立即强制解散的场合下,对于普通商事公司,吊销营业执照可以继续保留适用,但同时强调暂扣营业执照、暂扣许可证、吊销许可证等措施在多数场合下对它的替代功能,我们赞成立法慎设、执法慎用吊销营业执照的立场,因为与另外三种措施相比,吊销营业执照过于严厉与绝对,应该限制在必须适用的场合。

总之,政府的职能是监管市场主体的退出活动而不是代替市场主体的退出,立法的首要作用是对市场主体退出活动的利益关系进行梳理,通过制定规则尽可能排除退出过程中的利益冲突,使市场退出机制公正有序的进行,使竞争性的自律性的退出机制成为市场主体退

出的主渠道,强制退出手段只在少数必要的时候才实施,这将大大降低整个退出市场的制度成本。申言之,不需要强制解散的退出监管才是最好的退出监管,处罚与强制不过是工商机关的第二职能,提供公共服务才是首要职能。即使确实需要适用,强制与处罚也有层次之分,监管机构有义务遵循在从轻到重的次序排列中进行选择而非相反。各种立法的制订需要考虑强制与处罚的层次性,以尽可能地降低强制、处罚的执法成本,以及带给市场主体的制度成本。在此意义上,与域外公司法普遍倾向于不承认行政解散权相对比,中国立法将过多的“违法事由”均托付给行政机关一揽子解决的泛行政解散权的制度设置,显得格外的扎眼。对“泛行政解散权”的法律改革,目前的主要障碍不在于技术而在于观念认识,要破解一些似是而非的认识,为此需要统一三个认识。

首先,泛行政解散权的存在,与其说是政府管制公司退出机制的合理设计,不如说是对计划经济体制的承继与强大的行政干预的路径依赖。泛行政解散权的立法格局,更多的根源于传统体制,现在到了深刻反思的时候了。

其次,泛行政解散权的消解,为深化经济体制改革与行政体制改革所必需。泛行政解散权本是与严厉的公司资本制度、过多的营业行政许可设置相配套的,随着公司资本和行政许可制度的宽松化改革的推进,其存在之根基将发生严重动摇,泛行政解散权的消解乃为大势所趋。

最后,泛行政解散权的转型,并非国家公权力的全面退出,而是要合理配置行政权与司法权,实现公司自治、行政监管与司法干预在公司法上的和谐共生。虽然同属于公权力,司法权的本性相比于行政权的本性更适合用于强制解散公司的场合,大部分行政解散权向司法的回归,并不意味着公权力在市场主体退出机制上的全面退出,而是要实现公司自治、行政监管与司法干预的更合理配置,真正实现“上帝的归上帝,恺撒的归恺撒”。认识到这一点,可以打消很多顾虑。

[**Abstract**] Corporation legislations in other jurisdictions tend to deny administrative power in dissolving a corporation. On the contrary, legislation of China gives the administrative branch excessive power in deciding the dissolution of corporations. A Corporation will be dissolved by the administrative branch for various illegality reasons. Such an excessive-administrative dissolution power system needs some rethinking and review. It is mainly inherited from the planned economy system, and reflects a path dependence on the strong administrative intervention tradition. The reduction of such a power is a necessity to deepen the reform in economic structure and administrative license system. Along with the reduction of administrative dissolution power is the recovery of corporation autonomous right and judicial dissolution power. This doesn't mean a full retreat of state power, but a more reasonable balance between administrative power and judicial power, which will achieve a harmonious coexistence of corporation autonomy, administrative supervision and judicial intervention on corporation dissolution matters.

(责任编辑:姚 佳)