

# “营商环境条例”的成果与建议

郑少华

2019年7月，为认真贯彻落实国务院关于深化“放管服”改革，优化营商环境的决策部署，推动政府职能得到转变，加快营造稳定公平透明、可预期的营商环境，更大激发市场活力和社会创造力，国家发改委牵头全国有关部门研究起草了《优化营商环境条例（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”），并向社会公开征求意见。

对于该征求意见稿，笔者认为应从营商的基本规则来衡量其得失，并提出若干建议，以促进其进一步完善。

## 营商的基本规则

营商，是指让商事（市场）主体通过商事交易推动社会经济发展，即党的十八届四中全会决议“市场在资源配置中起决定性作用”的另一种表述。因此，营商环境，就是为“市场在资源配置中起决定性作用”发挥更好的功能，提供更好的环境条件，也就是更好地理清市场与政府、市场与社会的关系与边界，让商事（市场）主体在企业全生命周期中与政府、社会、其他商事（市场）主体交往中遵守法律法规的成本与时间，则构成了营商环境。营商的基本规则，包括下述五项：产权明晰、契约精神、自我担责、竞争中性、定分止争。而这五项内容的落实程度，就反映了一个国家或地区的营商环境的优劣。

优化营商环境，就应该从这些内容的落实着眼，提升其落实程度：

其一，产权明晰。市场交易的前提在于市场主体的产权是明晰的，其权利与义务的展开，必须以产权独立为条件。市场主体的财产权，包括知识产权不得遭受任何侵犯，非经法定程序，不得剥夺。因此，市场主体的产权不受政府、其他市场主体以及其他社

□ 营商的基本规则，包括下述五项：产权明晰、契约精神、自我担责、竞争中性、定分止争。而这五项内容的落实程度，就反映了一个国家或地区的营商环境的优劣。

□ 《优化营商环境条例（征求意见稿）》首次以条例的形式对优化营商环境的内容进行了规定，以条例的形式及时总结相关改革经验及吸收地方立法成果，涵盖了营商的基本规则的主要方面。

□ 营商环境涉及方方面面，目前只能以条例来规定主要内容，并进一步推动相关立法修改，以真正改善营商环境。从征求意见稿来看，建议进一步理顺与强化条例的逻辑结构，强化“产权明晰”的内容。

会组织的侵犯，构成了营商的第一要义。

其二，契约精神。信守契约要求其他市场主体要遵守信义约定，要求政府与其他社会组织遵守承诺，一旦出现背信弃约的行为，必须得到迅速而充足的补偿。

其三，自我担责。市场主体对于自己的经营行为，必须承担全责，若出现经营不能、支不抵债等情形时，应有及时退出机制。

其四，竞争中性。在涉及土地使用权、政府采购、信贷、税收等方面，市场主体不因性质、规模等原因而受到歧视待遇，而应享受一律公平待遇。

其五，定分止争。市场主体在遇到纠纷时应有公正而迅捷的纠纷处理机制。作为一个营商环境的重要组成部分——多元纠纷处理机制（调解、仲裁、司法）应该可以提供公平、迅捷的定分止争的公共产品。

营商的基本规则，是衡量营商环境优劣的基本准则。凡有影响力的营商环境评估标准，包括世界银行的营商环境评估体系皆是

以此为基础建立的评估指标体系。当然，我们要注意，任何营商环境评估体系只能反映营商环境的一个面向，而非全部事实，因为营商环境的一些事实是难以量化的。

## 征求意见稿的成果

征求意见稿分为总则、市场主体、市场环境、政务服务、监管执法、法治保障、附则7章，共计68条规定了优化营商环境的主要方面，具有下述的优点：

（一）首次以条例的形式对优化营商环境的内容进行了规定。在国务院持续推动“放管服”改革与政府职能转变的背景下，首次以国务院条例的形式对优化营商环境的内容进行了规定。该条例通过后，使各级政府“放管服”改革与政府职能转变中具有一个新的抓手，以此可以进一步深化相关方面的改革。

（二）以条例的形式及时总结相关改革经验及吸收地方立法成果。如征求意见稿中将负面清单管理模式、权力清单、责任清单等“清

单式”管理等近几年的改革成果固定下来。并将辽宁、天津等地方法规立法的有益内容进行吸收。

（三）涵盖了营商的基本规则的主要方面。征求意见稿涵盖了营商的基本规则的主要方面，如竞争中性、契约精神、自我担责、定分止争等。

## 进一步完善的建议

营商环境涉及到企业等市场主体的方方面面，不可能仅通过一个条例进行全方位的规定，只能是以条例来规定营商环境的主要方面，并进一步推动相关立法进一步修改，以真正改善营商环境。从征求意见稿来看，尚存在下述不足，亟需进一步改善：

（一）进一步理顺与强化条例的逻辑结构。将目前征求意见稿的七章改为六章，删去第四章“政务服务”。因为“政务服务”的有些内容可以放在第三章“市场环境”，而另一些内容可以放在第五章“监管执法”。

而且“市场环境”中的最重要内容是政府提供的面向市场主体的“政务服务”。如减证便民、优化服务流程等，而征求意见稿中的政务服务监管、诉求处理机制可以纳入“监管执法”中去。

（二）强化“产权明晰”的内容。从征求意见稿来看，对于营商的基本规则来说，征求意见稿中“产权明晰”涉及到的内容较少，似可增加这方面的内容，如关于市场主体财产的征收与征用的“充分、及时”的补偿原则、以及更加严格的知识产权保护规则等。

总之，一部比较完善的《优化营商环境条例》的颁布，将是我国持续优化营商环境的重要举措，将有助于中国经济社会的可持续发展。

（作者系上海财经大学法学院教授）

# 组织考试作弊等罪司法解释的几点不足

桂亚胜

2019年9月4日“两高”颁布了《关于办理组织考试作弊等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）。该解释共14条，对组织考试作弊等罪的定罪量刑标准和有关法律适用问题做了全面、系统规定。

总体上看，《解释》为司法实践提供了一系列清晰、明确的标准，具有很强的操作性和指导性。但是，在笔者看来，《解释》也还存在个别不足之处，仍然有进一步的研究必要。

## “考试作弊”的含义应当明确

“考试作弊”无疑是组织考试作弊等罪的核心概念，但是对于“考试作弊”的概念和表现形式在立法上却一直缺乏统一的规定。

在对“考试违规违纪”和“考试作弊”的界定上，相关规范性文件的规定也不完全一致。

有的文件如中央组织部、人保部、国家公务员局共同颁布的《公务员录用违纪违规行为处理办法》，没有区别考试违纪违规和考试作弊，笼统列举各种考试违纪违规行为，只不过是将其作为考试违纪违规的一种严重形态，这就导致无法准确界定考试作弊应有的内涵。

有的文件如教育部制定的《国家教育考试违规处理办法》，则不仅将考试违纪违规行为和作弊行为相区别，而且还分别列举了各自的表现形式，但其所规定的作弊的外延过大，甚至把有关考试工作人员的诬陷、打击报复考生的行为，也列为作弊的表现之一。显然，这种形式的“作弊”，并不能构

成刑法意义上考试作弊。

《解释》没有从刑法角度上统一考试作弊的概念，可能是认为没有定义的必要。诚然，在一般情况下对于何为“考试作弊”，人们往往有一致的看法。抄袭、替考、夹带、交换试卷等等，都是没有争议的典型的作弊行为。即便不在规范层面上将其规定为考试作弊，也根本不会影响对该行为性质的判断。

不过，应当认识到，在实践中还有一些行为，尽管其违背考试公平，但其是否属于“考试作弊”颇有争议。比如对于考生故意销毁试卷的行为，《国家教育考试违规处理办法》将其规定为作弊行为，而在《公务员录用考试违纪违规行为处理办法》中则只是将其列为一般违纪违规。由此产生的问题是，组织多人故意销毁试卷的，是否是组织考试作弊？再比如，通过弄虚作假，将考生安排到录取分数线比较低、录取率比较高的省份参加高考的（即所谓的“高考移民”），从而获得不公平考试机会的，是否属于作弊，相关行为能否构成组织考试作弊罪？

这样看来，明确考试作弊的概念及其表现，还是有必要的。《解释》在这一问题上的缺漏，略显遗憾。在笔者看来，对于考试作弊的定义，可以借鉴国家教育考试的相关规定，将其界定为“以不正当手段获得或者试图获得试题答案、考试成绩”的行为，在此基础上，可以进一步明确其具体的表现。

## “情节严重”不应包含“违法所得”

《解释》第二条从六个方面规定了组织考试作弊罪“情节严重”的认定标准：一是

考试类型，如普通高等学校招生考试。二是行为后果，如导致考试推迟。三是行为主体，即考试工作人员违背所承担的职责组织考试作弊。四是地域范围，即组织考生跨省、自治区、直辖市作弊的。五是数量标准，如组织三十人次以上作弊。六是违法所得，《解释》将违法所得三十万元以上规定为“情节严重”。

总的来说，《解释》为“情节严重”提供的认定思路基本上是合理并且是可行的，但是，将“违法所得”作为“情节严重”的标准，笔者表示不能赞同。

在刑法上，“情节严重”作为加重处罚的条件，其根据在于主观恶性加深或是客观危害更重。对于组织考试作弊罪而言，行为人违法所得的多少，与其主观恶性和客观危害并没有必然的联系。直接将其作为加重处罚的依据并不充分，在实践中也可能导致处理的不公。试想这样两种情况：甲组织了三人作弊，每人收一万元，共计违法所得二十九万元，在没有其他严重情节的情况下，当处三年以上有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。而乙组织了三人作弊，每人收十万元，则乙因违法所得达三十万元，属情节严重，应处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。但是，乙只组织了三人作弊，没有理由认为其危害性大于组织二十九人的甲。尽管从表面上看，在后一个案件中，三名考生的付出更多，但组织考试作弊罪的权益侵害是体现在对国家的考试秩序的侵害上，而不是考生的财产损失或是行为人的获利上。

## 既遂的标准值得商榷

《解释》第四条规定：组织考试作弊，在考试开始之前被查获，但已经非法获取考试试

题、答案或者具有其他严重扰乱考试秩序情形的，应当认定为组织考试作弊罪既遂。对于这一规定，《解释》起草者的理由是：组织考试作弊罪的构成要件行为是组织作弊以及为他人实施组织作弊犯罪提供作弊器材或者其他帮助，而作弊目的是否实现不应当影响犯罪既遂的成立。基于严厉惩治组织考试作弊犯罪的考虑，对于在考试开始之前即被查处组织考试作弊的案件，可以认定为既遂。

笔者同意考试作弊目的是否实现不影响犯罪既遂的成立。但是对于在“考试开始之前”只要是“已经非法获取考试试题、答案或者具有其他严重扰乱考试秩序情形的”就是既遂的规定，笔者并不赞同。

一则，非法获取考试试题、答案的行为不能等同于组织考试作弊行为，不能将该行为的完成作为组织考试作弊既遂的标准。

二则，按照《解释》的观点，似乎可以认为在非法获取了考试试题、答案的情况下，只要具有组织考试作弊的故意，即便没有其他行为，也成立犯罪既遂。这恐怕并不妥当。

三则，如果认为非法获取考试试题、答案就已经属于考试作弊既遂，但如果没有组织行为，也无法认定为存在“组织”考试作弊的既遂。

最后，组织考试作弊罪与刑法中的组织偷越国（边）境罪、非法组织卖血罪等相类似，同属于组织型犯罪。对于这类犯罪的既遂标准，尽管在理论上有所争论，但都一致认为这类犯罪的既遂至少需要“组织行为”的完成。

简言之，《解释》的这一规定使得组织考试作弊罪的既遂时间大大提前，甚至有可能将本属于犯罪预备的形态直接变为犯罪既遂。其是否合理，恐值得商榷。

（作者系上海对外经贸大学法学院副教授）