迎接世行营商环境评估

法律人既需家国情怀又需技术能力

罗培新

- 世行对中国的排名由北京、上海两个城市的数据组成，上海的权重为55%，北京为45%。因而，提升上海的营商环境水平，其重要意义不言而喻。
- 在创造监管环境方面，政府在明晰产权、最小化争议解决成本、提高经济活动的可预期性、针对权力滥用行为提供关键的保护措施等方面，发挥着重要作用。这些正是法律应当发挥重要作用的场域。
- 上海市委、市政府历来高度重视法治环境建设，并将优化法治环境作为优化营商环境的重要方面，拟推进建立“三平台三制度”营商环境法治保障体系。

世界银行的全球营商环境评估报告，影响日益广泛。2018年，在全球190个经济体的排名中，我国排在第78位，不仅远低于新西兰（第1名）、新加坡（第2名）、美国（第5名）等市场经济发达国家，而且也低于格鲁吉亚（第9名）、拉脱维亚（第12名）、马来西亚（第24名）、俄罗斯（第35名）等国，甚至落在蒙古（第62名）、越南（第68名）等国之后。

世界银行从2003年开始，对全球一百多个经济体的营商环境进行排序，对各国吸引投资、乃至于经济和社会发展，均产生了极其广泛的影响。在没有其他机构做出更全面、更权威的评估报告之前，世行的排名无疑具有风向标的意义。

党中央、国务院高度重视营商环境工作。2018年1月3日，李克强总理主持新年第一次国务院常务会议，即部署进一步优化营商环境工作。会议指出，优化营商环境就是解放生产力、提高综合竞争力。市委书记李强也指出，2018年，就是上海改善营商环境年。

世行对中国的排名由北京、上海两个城市的数据组成，上海的权重为55%，北京为45%。因而，提升上海的营商环境水平，其重要意义不言而喻。

为什么必须高度重视法律

根据世界银行的调查研究，摆脱贫困最有效的方式是，提供更多的、报酬更高的工作机会，以及提供良好的创业环境。实证研究也表明，一个经济体的整体营商环境取决于诸多要素。而其中，透明、可获得并可有效执行的监管措施，对于经济增长及创造就业非常重要。在创造监管环境方面，政府在明晰产权、最小化争议解决成本、提高经济活动的可预期性、针对权力滥用行为提供关键的保护措施等方面，发挥着重要作用。

而这些，正是法律应当发挥重要作用的场域。

在改善营商环境时，为什么要高度重视法律与政策的作用？其原因在于，世行专家对十个领域的打分，均采取“问”与“查”的方式来进行。“问”是指向中小企业、律师事务所、会计师事务所、建筑师事务所，报关公司等营商人士发放问卷，“查”是指查阅每一个问题相应法律法规或规范性文件，以确保被测评经济体的相关举措具有拘束力，可以普遍适用和反复适用。如果我们只是向世行介绍改革进程中的具体做法，而没有辅之以制度的保障与支撑，则无法得分。世行评估的一个基本理念是，领导更替频繁，做法也会因人而变，只有规则才是相对稳定的，因而才是可靠的。故而，世行专家建议我国，向世行提供一份MEMO，按照“测评问题、中国答案、作为支撑的法律或规范性文件、具体条文、实践做法与典型案例”等五个要素，逐一列明，以使世行专家在核验答案时一目了然。

为什么必须高度重视沟通

在推进营商环境工作时，政府与市场的沟通非常重要。

2018年3月27日，财政部与世界银行集团主办的“优化营商环境的国际经验及对中国的启示”研讨会在上海举行。世行首席执行官克里斯塔利娜·格奥尔基耶娃在致辞中称，政府采取的改善营商环境措施，如果没有营商人士感知到，反而徒劳无功，在营商环境排名中仍然无法得分。3月28日，笔者与负责中国营商环境评估的世行高级经济学家马钦博士沟通时，马钦博士再次强调，鼓励政府以各种形式与营商人士沟通，宣讲相关法律、政策和做法，最大限度地帮助被访谈人正确作答，从而保证世行评估结果的客观公允。

营商环境最直接的感知者，当属市场人士，它们是中小企业、律师事务所、会计师事务所、建筑师事务所，报关公司等……他们也正是世行调查问卷发放的对象。政府必须习惯于从他们的角度来考虑问题。

因而，对于每个经济体而言，改善营商环境的种种举措，必须以通俗易懂的方式为营商人士所知。企业和营商人士的感受度，直接决定了营商环境的排名。

世行评估横跨企业全生命周期，评估体系极其庞杂而精细，包括“开办企业、办理施工许可证、获得电力、登记财产、获得信贷、保护中小投资者、纳税、跨境贸易、执行合同和办理破产”等10个领域的数百个指标，英文问卷厚达数百页。难度尤大者，以涉法指标为甚。它们往往以复杂案例设问的方式来进行。受访者囿于时间与精力，往往无法逐一细致研判。

因而，为提升营商环境的感知度，维护这项公共产品的应有品质，相关技术辅导必不可少。让更多的规则为营商人士了解和使用，这也是世行评估所要达致的效果。

涉法问题被大量误答错答

世行评估中的涉法问题，完全采取客观评价法，提问方式为“法律有没有规定”、“能不能起诉”等，有就是有，没有就是没有。法律的正确解读只有一种。然而，从历年问卷答问情况看，被误答与错答的情形比比皆是。

例如，作为世行评估的十大领域之一，“保护中小投资者”主要通过评价信息披露程度、公司透明度指数、董事责任程度、股东权利指数、诉讼便利度、所有权和管理控制指数等6个子指标，衡量上市公司中小投资者权益的保障程度。根据世行报告，我国2018年该领域仅得48.33分（排名第119位），不仅低于亚太平均水平，甚至远逊于同为金砖国家的印度（单项排名全球第4位）、巴西（第43位）、俄罗斯（第51位）。此项指标全球最佳的经济体为哈萨克斯坦，得分85分。我国在董事责任程度指数、所有权和管理控制指数、股东权利指数等三个满分均为10分的单项中，仅仅分别为1分、2分和3分，得分之低，实在是难以想象。

世行问卷将公司分为两种类型：其一，在某些场景中，问卷假设“买方”是一家形式为private limited companies或具有同等功能的实体，该公司的股票无法在证券交易所上市交易。其二，在某些场景中，问卷假设“买方”是一家publicly traded listed corporation或具有同等功能的实体，发行的股票能够公开交易，上市地点是受访者所在国家最大的证券交易所。

对于这一问题，许多受访者直接将“Private limited companies”理解为“私人有限公司”，未免望文生义，无论是“私人”还是“有限”都不准确。事实上，在中国语境下，应作以下两层理解：其一，“private”是相对于“public”而言的，后者是指承担公共管理职能的企业，如上海的申通公司，承担的是公共运输和管理职能，故而“private”宜理解为“非公共的，或者非国有的”。其二，“limited companies”，在中国语境下，宜理解为“有限责任公司或者非上市股份有限公司”。故而，全面的理解应当为“非国有的有限责任公司”。这样就和我国公司法关于公司类型的划分相一致，受访者答题时，就不会遗漏我国公司法关于非上市股份有限公司的诸多规定。

关于保护中小投资者的规则，有些受访者将其狭义地理解为人大制定的法律。事实上，我们拥有一套多层级的规则体系，包括法律、行政法规、司法解释（如最高法院关于公司法的四个司法解释）、部门规章（特别是证监会规章）、地方性法规、地方政府规章、各层级政府发布的规范性文件、以及交易所的业务规则等。另外，特别值得注意的是，在我国，证监会发布的一些规范性文件，虽冠以“指引”“意见”之名，但对所有上市公司具有约束力，监管部门可据此实施监管。

在针对上市公司的部分，世行问卷假设的问题如下：

詹姆斯先生持有买方60%的股份，该公司的董事会共有5名成员。除了詹姆斯本身为董事会成员之外，另有两名成员由其任命。詹姆斯既不是公司的首席执行官，也不是董事长。詹姆斯先生持有卖方90%的股权。卖方经营连锁零售店。由于财务压力，卖方关闭了大量门店，并闲置了许多卡车。詹姆斯先生提议，由买方购买卖方未使用过的卡车。买方同意并达成交易。该交易得到了各方的批准，且所有强制披露的信息均得到公开。买方向卖方支付现金以获得卡车，金额为买方资产的10%。该交易是买方日常经营过程中的一部分，并未超越权限。（也就是说，并未在买方的权力或授权范围之外）。之后，发现卡车的交易价格超过了市场价格。因此，该交易对买方造成了损害。买方股东想要针对詹姆斯先生和所有投票支持交易的董事会成员提起诉讼。

这是个典型的关联交易案件，熟悉中国司法资格考试的读者不难判断，此题与司考题目极为类似，接下来世行问卷的所有问题，均以上述案例为基础，无论是“董事责任程度指数”、“股东诉讼便利度指数”、“股东诉讼便利度指数”，还是“所有权和管理控制指数”项下的问题，都存在误答误判的情况。

以下兹举数例：

【世行问题之一】股东原告是否能够因此项交易给公司带来的损害，追究詹姆士责任？

【世行问题之二】股东原告是否能够因此项交易给公司带来的损害，追究批准主体（首席执行官、董事会成员或监事会成员）的责任？

【世行问题之三】在股东原告成功地实现了权利要求的情况下，詹姆士是否要为给公司造成的损害负赔偿责任？

【世行问题之四】在股东原告成功地实现了权利要求的情况下，詹姆士是否要退还从交易中获得的收益？

针对问题一，有专家认为，《公司法》第112条规定“经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。”因而，即使董事会决议给公司造成损失，只要董事个人表明了异议并且被记录在案，就可以免责。

事实上，这位专家只知其一，不知其二，未对我国《公司法》进行体系性理解，从而导致误判。在这笔交易中，詹姆士在买方和卖方中均属于控股股东，属于典型的关联人。而我国《公司法》对于关联人规定了加重责任。该法第21条规定，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。也就是说，即便詹姆士在买方公司的董事会决议上表示异议，但其本人属于买方的实际控制人（持有买方60%的股份，占有董事会5个席位中的3席），而且因为持有卖方90%的股份，而使其在这笔交易中获得了净收益，具体算法是：假定这笔交易使买方亏损10万元，则詹姆士在买方中受损6万（其持股60%），但在卖方中受益9万（其持股90%），这样，詹姆士的净收益为3万元。则根据《公司法》第21条，原告股东可以追究詹姆士的法律责任。此题应获肯定回答。

问题二是前一问题的延续，我国也应得分。因为《公司法》第149条明确规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。第152条则赋予股东直接诉权，即“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼”，第151条还规定了股东派生诉权，无论是哪种情况，批准的主体均要承担责任。

问题三及问题四的答案不言自明，既然詹姆士败诉，原告的诉讼请求当然包括返还财产和赔偿损失，这也是其违背忠实义务所要承担的后果。

以上四题答错，6分尽失，实在是令人痛心。在笔者看来，在中小投资者保护这一领域，至少有近20分可以挽回。在“获得信贷”、“办理破产”等领域，也存在类似的情形。唯一合理的解释是，由于缺乏足够的激励，甚至是声誉激励，答题的律师等于专业人士不愿投入时间，没有反映其真实的专业水平。对于这项公共产品，希望受访者多一些家国情怀，多一份社会责任。

构建最完备的营商环境保障体系

上海市委、市政府历来高度重视法治环境建设，并将优化法治环境作为优化营商环境的重要方面，拟推进建立“三平台三制度”营商环境法治保障体系。“三平台”包括：1.建立全市政府立法信息统一平台，实现立法信息的全程留痕、智能管理，进一步提高制度供给效能；2.建立全市规范性文件统一管理平台，实现科学化的文件制定、标准化的文件公布、智能化的备案报送、动态化的文件清理，推动落实行政机关、法院、检察院三方规范性文件审查衔接机制；3.建立全市行政执法管理信息统一平台，进一步提升行政执法管理效能。

“三制度”是指：1.落实政府规章立法后评估制度，对涉及企业开办效率、放管服改革等方面的政府规章组织开展后评估，提高制度供给的及时性和有效性；2.深入推进重大决策事项目录管理制度，出台重大行政决策公众参与规则；3.推进建立行政执法全过程记录制度和行政执法公示制度，进一步完善重大执法决定法制审核制度。

营商环境的改善，永远在路上。作为一种功在长远的安排，可以进行更为广泛的社会动员，建立世行营商环境评估法律研究协同机制，组织本市知名律师、专家学者，全面研判世行评估体系中的涉法问题，根据世行测评体系和评估结果，向国家提出修法建议，并根据中国实际情况，向世行提出完善营商环境评估标准的建议，贡献世行全球营商环境评估的上海智慧。

提升中国的全球营商环境排名，功在当代，利在千秋！

（作者系上海市政府法制办副主任、法学教授）