

在促进民营经济发展壮大的时代背景下

以价值判断与技术理性优化营商环境

罗培新

- 法治，是优化营商环境的核心要素。世界银行将营商环境定义为企业无法控制的一系列条件，这些条件对企业整个生命周期中的行为有着重大影响。世行评估的是企业运行的制度性交易成本。
- 价值判断，并不是一个科学问题，并不具备普遍性与恒定性，往往取决于判断者个人的内心确信。究竟作何选择，也往往取决于判断者自身的成长经历。尽管面临种种不确定性，法律工作者仍然应当根据不同的情境，合理确定公平原则，分配各方权利和义务。
- 创造公平、透明、可预期的政策法律环境；优化监管方式，引入“限额内”免监管的思路；坚持对标国际经贸规则，促进民营经济行稳致远；细化优化容错机制，提升其可操作性等，都是以技术理性优化营商环境的现实路径。

法治，
是营商环境的核心要义

2023年5月,世界银行推出了新的营商环境评估BR(Business-ready)体系,从规则框架完备性、公共服务可及性、企业办事便利性三个维度进行评估,贯穿着环境可持续、推广数字技术运用及性别平等的理念。与原DB体系相比,BR在项目名称、指标内容、评估范围、评估维度、数据采集、注重规则的实施等方面,存在着较大变化。

新的世行评估体系拥有 800 多个评分点，1700 多个问题，分为企业调查与专家调查。世行将对中国于 2023 年 10 月开始企业调查，2024 年 4 月开始专家调查。企业调查涉及八个指标，每个指标发放 2160 份问卷，分布于 31 个省市。专家调查则只针对上海进行。企业调查三年一次，而专家调查，则一年一次。

今年以来，全国多地召开高质量发展大会，发展经济成为主线，优化营商环境成为焦点议题。把世界银行新指标体系作为优化营商环境的重要参照系，在全面分析研判基础上充分吸收借鉴，也是优化营商环境的重要工作。笔者曾多年参与世行营商环境迎评工作，深刻地意识到，法治，是优化营商环境的核心要素。世界银行将营商环境定义为企业无法控制的一系列条件，这些条件对企业整个生命周期中的行为有着重大影响。也就是说，世行评估的是企业运行的制度性交易成本。

价值判断，
是法治化营商环境的底层逻辑

推进法治化营商环境，首先要做好价值判断，因为法治的底层逻辑是价值判断，而这也是最为艰难的部分。卡尔·拉伦茨在《法学方法论》一书中曾言，法学是指，以特定法秩序为基础及边界，借以探求法律问题之答案的学问。这种学问的要义在于，在法律判断中经常包含着价值判断。

然而,价值判断,并不是一个科学问题,并不具备普遍性与恒定性,往往取决于判断者个人的内心确信。究竟作何选择,也往往取决于判断者自身的成长经历。尽管面临种种不确定性,法律工作者仍然应当根据不同的情境,合理确定公平原则,分配各方权利和义务。

在经济领域，应当确定的是绩效导向的价值观，即谁更能干，效能更高，就应当为其配置更多的资源，鼓励其把蛋糕做大，从而解决更多就业，产生更多税收。而在社会领域，则以信守底线为价值，即以保护生命、健康、自由与尊严为价值。基于此，不同的政府部门的行事逻辑当有差异。发改、经信、商务等经济管理部门，信守的是绩效导向价值，而公安、民政、教育等社会管理部门，维护的是底线价值。不同场域的法律体现的价值观存在差异。

技术理性，
是优化营商环境的现实路径

优化营商环境要以降低制度性交易成本为依归。确立优化营商环境的价值体系，为企业营造厚重宁静、公平透明、可预期的法律政策环境，特别是对于当下发展面临一些困难的民营经济而言，尤为重要。运用法治思维和法治方式优化营商环境，回应民营企业进入新发展阶段的法治新需求、新期待，需要我们长期持续在制度供给上做好“加法”，在制度成本上做好“减法”。

第一，创造公平、透明、可预期的政策法律环境。“法治是最好的营商环境。”法治发挥着固根本、稳预期、利长远的作用。当下，从全国情况看，我国民营经济出现的一些问题，很大的原因在于政策可预期性较弱，急转弯的情形多次发生。例如，我们对某些行业厉行整治，虽有一定成效，但破坏了市场主体的投资预期，代价比较大。

有鉴于此，我们建议：其一，确立营商环境领域“非禁即可”的理念。民企敢闯，不是闯红灯，而是闯无人区，遵循“法无禁止皆可为”的原则，呵护民营经济的“闯劲”。其二，对于违法行为，在法定责任幅度范围内，存在加重责任与减轻责任的选择时，行政监管部门与政法机关，可以依法根据案情选择减轻责任。其三，确立“容新也容旧”的理念，对于老模式与新模式、老业态与新业态，只要法无明令禁止，均应采取包容的态度，放手让民企选择。

第二，优化监管方式，引入“限额内”免监管的思路。根据世界银行营商环境评估的方法论，放松管制，降低监管频次，减少制度性交易成本，是优化营商环境的方向。习近平总书记曾指出：要运用法治思维和法治方式贯彻落实新发展理念。新发展理念，也包括监管理念与监管方式的发展。例如，民营企业在离岸贸易过程中，需要进行贸易结算，可以通过一个名为“离岸通”的平台办理，但实践效果并不理想，原因在于我国政策规定商业银行在做离岸贸易结算时，要遵循“了解客户、了解业务和勤勉审查”三原则，但又没有细致的规定。这就造成外汇形势良好时管理部门放任不管，一旦外汇形势发生逆转，管理部门又往往会以银行未尽审查为由对其处罚，民营企业也将因此无法进行贸易结算。

在此种预期性较弱的政策环境下,民营企业往往不敢闯,怕结算出问题。鉴于此,可以探索创新监管方式,即在离岸贸易中,根据企业贸易的频次,参考其投资资本、业态等方面,进行额度规定。在额度范围内,银行可以直接将款项汇出。在一定的额度内,选择信任,免于监管,并在一定年限内做必要的事后审查,有助于营造稳定的营商环境,为民营经济保驾护航。

第三，坚持对标国际经贸规则，促进民营经济行稳致远。我国对外开放经济模式飞速增长的拐点，就是中国加入世界贸易组织之时。遵守国际贸易规则是我国多年来高速发展的一个重要动因。而今，国际贸易规则除对货物贸易进行规制外，还涉及到服务贸易

易、数字贸易、政府采购、对外补贴、劳工保护、环境保护等一系列领域。因此,在构建营商环境相关政策和制度时,应对标国际经贸规则,着重关注市场的开放程度,与国际进一步接轨,促成经济的进一步增长。

特别是要对标世行营商环境 BR 指标体系,从政府监管与政务服务两个维度,全面梳理与先进经济体存在差距的法律政策与习惯做法,通过法律的立改废释,优化营商环境。例如,《合伙企业法》规定了合伙企业中的财产份额可以质押,但未明确质押登记机关。《市场主体登记管理条例》及其《实施细则》也未规定合伙企业中财产份额的质押登记。目前,合伙企业财产份额的转让登记由市场监管部门负责办理,建议参照这一做法,通过行政规范性文件,明确合伙企业中财产份额的质押登记在市场监管部门办理。

第四，细化优化容错机制，提升其可操作性。这对于民营经济的发展尤为重要，它包括两方面，一方面是对市场主体的轻微违法行为免罚及免于实施行政强制措施；另一方面则是对政府部门改革探索的容错。法治社会，规则如林。企业主稍有不慎，即可能掉入责任的泥潭。特别是小微企业，成立时间不长，合规意识与能力较弱，初次违法，很多是无心之失，如果一概科以行政处罚，并记入失信名单，不仅过罚失当，甚至可能让企业就此一蹶不振。

上海市是国家参与世行营商环境评估的指标城市，近年来以规范性文件的方式，推出了多个领域的市场主体轻微违法行为免罚清单，规定了近百种情形可免于处罚，从而细化了裁量基准，统一了执法尺度。例如，违反《无证无照经营查处办法》第2条，经营者未依法取得营业执照从事经营活动，经立案调查前已提交申请营业执照材料并通过审核的，属于“先上车后补票”型，没有明显的主观恶意，故免于处罚。相关政府部门可以在相关领域，推出轻微违法免罚清单，以细化行政执法裁量基准，增加可操作性。另外，政府内部也要细化监管容错机制。各地可以考虑结合实际情况，在法治框架内积极探索优化营商环境具体措施。对探索中出现失误或者偏差，但有关单位和个人勤勉尽责、未牟取私利的，不作负面评价，依法予以免责或者减轻责任。

优化营商环境，以市场化为主线，以法治化为基础保障，以国际化为重要标准。而无论是市场化还是国际化，最终都必须落实到法治化。只有法治化，市场化才能长长久久，国际标准才能转化为国内规则，从而落地生根，起到固根本、稳预期、利长远的作用。

(作者系华东政法大学副校长、教授、博导，中国证券法学研究会副会长，第七届“全国十大杰出青年法学家”)

《清华法学》 精华推荐

(2023 年第 4 期)

主管部门：中华人民共和国教育部
主办单位：清华大学

探寻刑法教义学的科学品质：
历史回望与现实反思
作者：陈璇（中国人民大学法学院）

摘要: 刑法教义学自主知识体系的建构,需要处理好知识的本土性与普适性、实践性与科学性之间的关系,这离不开科学方法论的系统研发。通过梳理三百多年来德国刑法学方法论的演进脉络可以发现,在刑法教义学的发展历程中,曾经出现过试图对刑法教义学知识进行科学化的努力。不论是倚重自然法和哲学理念,还是求助于刑法规制对象之物本逻辑结构的尝试,虽然留下了宝贵的历史经验,但总体上均归于失败。当代德国刑法教义学总体呈现弱化科学要求、偏重实用效果的趋向,这既反映了现代法学理论发展的必然趋势,也有值得反思之处。

探寻刑法教义学的科学品质,关键在于:第一,深化对刑法教义学不同体系类型的理解;第二,为刑法教义学确立起符合时代要求的科学标准;第三,在刑法教义学内部建立起多层次的科学检验机制。

刑法修正与司法解释关系重塑： 一个“交互型”视角

作者：俞小海（上海师范大学哲学与法政学院）

摘要:我国刑法修正与已有司法解释的紧密关联是广泛存在的客观现象,可归纳为刑法修正对司法解释的援引式吸收、解释式吸收和批判式吸收三种类型。当前理论界秉持的“平行”“事后”“单向”视角分别导致对刑法修正与司法解释关联的忽视、认识不足和片面,现实维度刑法修正与司法解释则存在简单重复、角色错位和直观冲突等问题,远远无法承载刑法修正与司法解释关联的丰富内涵和应然视域。

“交互型”聚焦刑法修正与司法解释的双向回应、配合制约和循环交互，是对刑法修正与司法解释关系的一种科学重塑。“交互型”关系统摄于刑事一体化和刑事法秩序统一前提，能够很大程度上改变刑法修正与司法解释分散发力、各行其是的面貌，其基础在于司法解释立法化的正名、刑事法律适用过程的多层性和刑事政策刑法化的过渡性。“交互型”关系的方法路径包括“试验性”司法解释定位的确立、刑法修正与司法解释质量的提升、刑法修正与司法解释的协调性、刑法修正与司法解释的反思性调控四个方面。

论合同承担之一元论构造

作者：刘骏（华东政法大学法律学院）

摘要: 合同承担移转的是合同关系,而非债权和债务。除三方合同外,合同承担还可由相对人准许让与人和受让人订立的承担协议而实现,未经准许,对相对人不生效。视当事人之意思亦可成立并存的合同承担。确定合同承担所移转之债的范围应考虑继续性合同的特性。

相对人不得向受让人主张其与让与人因其他关系所生之抗辩,受让人不得向相对人主张属于让与人的抗辩以及其与让与人承担协议中的不履行抗辩。从基础合同当事人处受让已产生债权的受让人能否对抗嗣后受让人基础合同的受让人,取决于它们各自产生对抗性的时点之先后;若债权在让与时未产生,合同地位的受让人优先。