

改革者豁免权是新一轮改革的破题之举

丁是钉 张本

中国新一轮改革正面临着巨大的困境:一方面是社会各方对“改革是中国经济未来发展最大的红利”这一命题达成的空前广泛的共识;另一方面,新一轮改革却迟迟没有推动。在此背景下,上海市《关于促进改革创新的决定(草案)》可以被看做是启动新一轮改革的破题之举。

“对依照本决定规定程序决策,实施改革创新,而未能实现预期目标,且未牟取私利的,在政府绩效考核中对有关部门和个人不作负面评价,不予追究行政责任及其他法律责任”,是该《草案》中尤其引人注目的一段话。这一表述对于改革者消除疑虑、放下思想包袱、大胆进行改革,起到了主心骨和定心丸的作用。

无规则改革的后遗症

在过去的 30 多年里,中国的改革事业取得了巨大的成就。中国也从一个经济极为落后的国家,一举发展成 GDP 全球第二的发展中大国。但此前那种无规则约束的改革,也为社会的发展留下了两大严重的后遗症。

一是规则意识和法律尊严遭到极大的破坏。由计划经济向市场经济发展必然意味着对旧有体制甚至法律的破坏式创新。这种“闯红灯”式的改革因为受到了鼓励,因而导致全社会普遍的法不依问题。比如,目前在电解铝西进过程中,85%的企业没有经过审批就已经建成,就是很好的佐证。

二是造成了改革者原罪的问题大量产生。改革往往也意味着对现有政策、制度,乃至是法律的突破。很可能造成一方面是改革有功,另一方面是犯法有罪的困局。不要说是改革失败,即使是改革成功,改革者可能也要承担犯法的罪名。更可怕的是其裁量权是在当权者手中,改革者始终无法摆脱“原罪”问题。

因此,必须解决好这两大后遗症,

中国的新一轮改革才可能在正确的轨道上运行。

剩下的都是硬骨头

经过 30 多年的改革,剩下的可以说都是难啃的硬骨头。在现行体制下,法律赋予的改革空间已经基本用尽,而新一轮改革必然触及体制等深层问题。

首先是动力机制缺失的问题。有权力者无动力,有动力者无权力是当前改革中最明显的问题。改革意味着对既得利益者的冲击,而这些既得利益者往往又是权力的掌控者,因而缺少改革的愿望和冲动。对于那些有动力改革的人来说,许多改革措施显然会超越其取权范围,显然会冒一定的风险。这必然会降低其改革意愿和冲动。

其次是过分依赖顶层设计的心态。从理论上说,依靠顶层设计可以减少改革成本和阻力,也能尽量避免违法。然而,大量需要改革的问题都是出自实践中,并非是在办公室里就可以全然预测到的。对顶层设计的过分依赖很可能导致改革本身的僵化与偏差。

再次是面临无章可循、无例可参的困境。中国的改革速度、力度以及成果都是人类历史上前所未有的。所面临的大都是前人没有经历过、没有处理经验的问题。在这些限制条件下,必然会导致一定的错误与失误。但这绝不意味着,为了避免付出代价就不改革。例如大部制的改革,在上一轮调整后,部门之间的协调性并未达到预期效果,原有问题也并未完全解决掉。但是,对于大部制的改革要做的是进一步推进和深化,而绝非放弃或停滞不前。

创造改革的空间和动力

要启动新一轮改革,必须先解决现实中存在的不想改、不敢改、不能改和不会改的问题。

一是要有明确的成本意识,主动为改革失败买单。改革失败,付出的是显性成本。而不改革绝不意味着没有代价,其背后付出的隐性成本可能会更高,甚至会导致本可以通过改良来维持的体制走向僵化,乃至成为制约经济社会发展的障碍。因此,对改革失败者的宽容,也许是一种更为经济的做法。

二是要建立扁平化的解决机制,搭建基层直通决策层的渠道。以往的经验表明,在改革中往往存在上面急、下面急,中间不急的问题。建立隔级沟通的渠道,让基层问题直达决策层,是解决改革中存在的“中梗阻”问题,提高改革效率和效果的基础保证。

三是“宽容性”政策先行,避免大量“合理”的违法。2001 年 7 月,北京申奥成功特许放鞭炮的做法,既照顾到了北京乃至全国人民的喜庆心情,又避免了大量违法产生的尴尬,受到了广泛的好评。这一制度上的创新,为新一轮改革提供了一种思路——

只有解除了体制的束缚,才能既顾及法律制度的权威,又保障改革的顺畅。

四是要坚持和深化“三个有利于”的标准,为改革打开空间。不能用现有的制度框架来衡量什么可以改,什么不可以改,同样也不能以此来判断改革的成败。因此,必须坚持和发展“三个有利于”的标准,使其更具体化、丰富化,并使其成为判断改革中方向性和成果性问题的“根本大法”。

五是要采取双轨制的改革线路,坚持依靠民间的智慧。要有自上而下和自下而上的双轨制改革线路,形成顶层设计和基层智慧的联动机制。基层对现行体制的弊端和问题体会更直接、感受最深刻、认识更清楚、改革最迫切,充分依靠民间智慧,吸收基层的改革意见和方法是推进改革最直接、最有效的途径。

改革必然是一个试错的过程,不可能每一项改革措施都完全正确,每一个改革效果都一定良好。不宽容失败,改革将寸步难行。

漫评

改革税制方能消除地方财政焦虑



财政部数据显示,今年一季度,地方财政收入同比增长 13.7%,而国有土地使用权出让收入为 7700 亿元,同比增长 46.6%。

地方财政增加主要是受土地使用权出让、房地产成交额影响,上述数据表明,地方对“土地财政”的依赖有增无减。必须加大地方财税改革的力度,唯有改革才能消除地方钱袋子背后的焦虑。

王利博制图

前瞻

中国式惩罚性赔偿:蚂蚁何时能震慑大象

任鹏飞

4 月 23 日至 25 日,十二届全国人大常委会第二次会议在北京召开。据媒体报道,《消费者权益保护法》(下称《消法》)修正案草案将在此次会议上进行审议。

自 1994 年实施以来,《消法》在 19 年后终于迎来首次大修。其中,有“灵魂条款”之称的 49 条——关于惩罚性赔偿的条款应如何修改,由于对消费者和企业影响深远而备受各界关注。

这是一个陌生而又熟悉的词汇

对于大多数中国人而言,“惩罚性赔偿”是个陌生的词汇,但对于英美等国的企业对消费者动辄数百万美元的赔款却印象深刻。比如:由于咖啡烫伤人,麦当劳赔了一位美国老太太上百万美元;由于香烟有害健康,万宝路赔了消费者数千万美元。

美国更是将与惩罚性赔偿有关的以弱胜强的案件屡次搬上银幕,这些影片由于对该法律条款及法庭规则的经典演绎,而被列为商学院、法学院学生必看的辅导教材。比如《永不妥协》中朱丽娅·罗伯茨为小镇上受污染毒害的居民辩护,最终为他们赢得了三亿三千三百万美元的巨额赔偿金;《爆炸内幕》中的罗素·克劳以其证词拿下了几大烟草公司两千四百六十亿美元的天文数字的赔偿。这些“蚂蚁撼动大象”的故事并不是编剧在天马行空,均是由真实的案件改编而成。

这些案例和影片理所当然地成

为人们茶余饭后的谈资,但在一次又一次用各种形容词描绘过赔偿数额之后,国人也只能感叹这些事情离自己是如此的遥远,期望在中国能够像这样“天降横财”仿佛是痴人说梦。

实际上,以上对于惩罚性赔偿的理解解存在两个误区。其一,惩罚性赔偿虽然数额巨大,但并不是为了让受害人变成暴发户。它存在的意义不在于“赔偿”而在于“惩罚”,即严惩不法企业的过失并对其以后的行为产生威慑作用。其二,惩罚性赔偿离我们的生活并不遥远。我国《消法》第 49 条中的“双倍赔偿”及《食品安全法》中第 96 条第二款的“十倍赔偿”之规定,均属于惩罚性赔偿的范畴。

企业自律的意义大于国家监管

近年来,中国食品、药品安全事件频发,“毒奶粉”、“毒胶囊”等恶性事件的主角,不乏享誉中外的中国企业;而国外知名企业诸如苹果公司也堂而皇之的对中国消费者采取双重标准;此外,企业恶意排污造成生态破坏的现象也时有发生。这些难道是由于政府没有尽到相应的责任吗?非也。

只是由于在无所不包的管理方式下,政府多数扮演的只能是救火队长的角色,在频出的各种状况中疲于奔命。从不得不包揽一切的方式中解放出来,能够对违法企业以不变应万变,恐怕是政府梦寐以求的事。而惩罚性赔偿的首要意义在于威慑不法行为,以警示企业自律,这恰恰能够释放政府的压力。

众所周知,追求利润最大化是商人的本性。在利益驱使下,商人有一

种难以遏制的犯罪冲动。但是,如果违法、侵权的代价是动辄数千万、上亿美元的代价时呢?惩罚性赔偿就像一把悬在商人头上的“达摩克利斯之剑”,当不法分子触动消费者利益之时,也是被触及灵魂之日。建立和完善惩罚性赔偿的制度,能够从源头上改变违法成本小、维权成本大的不合理现象,有效遏制大规模侵权行为发生。从这个角度来说,完善惩罚性赔偿的制度以促使企业自律的意义大于国家的监管。

但是,这并不是说惩罚性赔偿制度就一定能保证企业的自律。对于理性经理人来说,在无利可图甚至是获取负收益的情形下,他会放弃其行为;而对于非理性的行为人,无论法律如何规定惩罚性赔偿,只对其有惩罚性而不具有遏制功能。因此,国家监管和社会监督仍旧必不可少。

完善惩罚性赔偿制度是大势所趋

惩罚性赔偿制度由于具有促使企业自律的功能而备受各国关注。建立并完善具有本国特色的惩罚性赔偿制度,对中国也具有深远意义。

首先,建立惩罚性赔偿制度,是中国民事立法的重大突破,应该坚持并积极推广,以鼓励消费者同欺诈行为和假冒伪劣商品作斗争,鼓励全社会积极参与打假行动;其次,建立惩罚性赔偿制度,有利于改变英美国家可以对中国企业要求惩罚性赔偿,而中国却不能对英美国家企业要求惩罚性赔偿的状况;同时,建立惩罚性赔偿制度,也是在社会主义市场经济诸多领域中规范企业行为的需要。

中国能够借鉴英美等国家的惩罚性赔偿制度是一种进步。但是,与“不设上限”的惩罚性赔偿相比,中国目前无论从赔偿数额还是对不法企业的威慑效果方面来说,与英美国家都有不小的差距。设定赔偿上限使得这一制度似有鸡肋之嫌,对侵权者的惩罚如同隔靴搔痒,难以起到威慑作用。因此,如果不完善惩罚性赔偿制度,降低消费者维权成本、提高社会监督打假的积极性及加强企业自律就无从谈起。

完善惩罚性赔偿制度,就要进一步将赔偿基数增加,甚至不设上限,并对何种情况下应该赔偿、如何赔偿做进一步明确。只有违法成本大于违法所得,才能真正对企业的违法行为起到威慑作用;只有维权所得大于维权成本,才能真正提高消费者维权的积极性;只有进一步明确赔偿的条件及赔偿的方式,才能切实减轻维权者的种种困扰,增强维权的信心和底气。

同时,巨额的赔偿也能够促使律师与维权者达成某种协议,比如只象征性地收取部分律师费甚至免费提供服务,而在帮助原告赢得巨额赔偿后可以按比例抽成。在这种潜在巨额收益的刺激下,律师和维权者都会积极主动。当然,在此过程中,律师也要承担一部分诉讼可能失败的风险。

在《消法》修改前夕,再一次期待中国的“蚂蚁”们有朝一日能够撼动“大象”,这并不是为了挑战自然法则,而是为了给某些巨无霸一种“万蚁噬象”后的痛苦和恐惧,用以威慑以强更能敬畏生命。对于企业而言,时刻充满对消费者的敬畏并不是坏事,整天围着消费者转,总比整天围着官员转更能确保产品的质量安全。

来论



私募江湖警钟响起

蔡恩泽

3 月 13 日,英国央行(BOE)在其公布的季度公报中称,私募股权企业的高水平杠杆作用会对金融系统稳定构成重要风险。

一直以来,国际上私募基金是一个比较成熟的资本市场,是一片安定的绿洲。但是,英国央行敲起了警钟,值得人们反省。

私募基金(Private Fund)起源于美国。20 世纪末,有不少富有的私人银行家通过律师、会计师的介绍和安排,将资金投资于风险较大的石油、钢铁、铁路等新兴产业,这类投资完全是由投资者个人决策,没有专门的机构进行组织,这就是私募股权基金的雏形。

由于私募基金是私下或直接向特定群体募集的资金,有一定的风险隔离带。一般情况下,不会发生大的风险。

但是,随着规模的不断膨胀,私募基金已对金融系统产生潜在的风险威胁。以对冲基金为例,全球对冲基金资产规模在 1990 年还不足 400 亿美元,而 2012 年底,对冲基金资产规模已达 2.25 万亿美元。如此庞大的资金规模,如果发生不测,又没有接盘者,风险很容易波及整个金融系统。

而且对冲基金一般都是采用高杠杆方式操作,产品结构又十分复杂,撬动的资本数额特别大,一旦出现偿付危机,很可能引发系统性风险,1998 年美国长期资本管理公司(LTCM)破产引发的金融市场动荡就是前车之鉴。

再就是由于欧美私募基金享有广泛的监管豁免权,仅有出资人能获取相关信息,信息不对称问题严重,不利于监管机构及时发现风险隐患。“裸泳”的骗子麦道夫就是美国对冲基金“生事”的反面教材,他所有的诈骗活动都冠以“内部消息”这个极为神秘的词头。

有鉴于此,私募基金的监管愈来愈受到人们的关注。

在中国,虽说眼下私募基金尚属新生事物,但发展势头可观。据统计,截至目前,全国已经有私募公司 500 家,成立的产品超过 1000 只,管理的资产已经超过 1500 亿元。而且多属私募股权基金(PE),对企业 IPO 有较大的期望值。在全民 PE 的浪潮中,私募也会遇到更多的风险。与公募相比,私募江湖更显得鱼龙混杂。2012 年,北京一家有限合伙私募基金管理人自制基金净值数据,投资者直到赎回时才发现亏损。一起私募基金“净值门”事件无疑暴露了有限合伙私募在信息披露的可靠性及资金安全性方面的问题。

眼下一个严峻的事实是,大批私募基金已经进入退出期,但他们所投资的项目甚至都还没有机会申报 IPO。来自中国首创的一份报告显示,目前处于这种境地的基金大约有 8000 个,其对应的投资金额大约为 6472 亿元。如此庞大的资金数额如果监管不到位,就会像野马一样东奔西突,弄不好就会闯祸。

鉴于我国资本市场还不十分成熟,应根据国际私募基金监管经验和教训,扬长避短,走兼顾效益和安全的中国特色的监管之路。

首先,要完善顶层设计。我国合伙企业法的修订工作已于 2006 年 8 月 27 日完成,这是继公司法修订之后完善我国商事主体立法的又一个标志性成果。眼下要做的是尽快出台相应细则,将合伙企业法落到实处,要支持有限合伙制基金设立。在税负方面,要实行税负平衡政策,解决有限合伙制基金双重税负问题。要明确信托制私募股权基金设立的法律规范,放开并鼓励信托公司受托管理私募股权基金业务。

其次,要完善私募基金退出机制。私募的“钱途”在于退出。私募基金有一个好退路,才能安分守己。眼下,中国本土有 130 亿私募等待退出。一般情况下,IPO 是私募退出的最佳选择。这主要是因为上市退出回报率最高,IPO 的高回报是其与生俱来的光环,创业板更使其大放异彩,具有逐利本性的私募自然会将 IPO 奉为神灵。因此,要积极筹办新一轮 IPO,使私募大军在“撤退”中有利可图。政府要构筑多层次的资本市场体系,让私募的退路顺畅一点。

再次,要构建灵活有效的监管体系。一方面监管部门要加强外部监管,谨防私募嬗变成非法集资;另一方面应充分发挥行业协会的职能,加强行业自律,以期构建一个政府监管与行业自律有机结合的、灵活有效的监管体系。必须把握三个核心监管内容,一是私募基金公司必须有牌照或注册,二是基金投资的自由度必须得到适当限制,三是基金资产必须由受托人或托管人持有。

(作者系晶苏传媒首席分析师)

微评



灾难面前需要同舟共济

同舟共济,自强不息,是我们中华民族历经磨难,却能够始终不渝奋勇向前的动力源泉。有了这种精神,雅安灾区人民就能够直面灾情,克服重重困难,勇往向前。有了这种精神,大家就能够团结一心,跨越一切艰难险阻,取得抗震救灾的胜利。

(如东 杨亚军)

防震细节必须落到实处

目前,百万灾民处于“有家不能回”的状态,加之救灾人员的住宿和救灾工作的需要,搭建帐篷还是解决燃眉之急的最常规、最实用的举措。无论搭建帐篷或在帐篷里居住,都必须考虑到气象环境 and 安全因素,这就是所谓的“帐篷气象学”。

(铜陵 霍寿喜)

地震之后更多的是反思

每一次灾害,都值得我们反思;每一次对比,都让我们去寻找借鉴和启示。“8 级抗震、9 度设防”为何抵不住 7 级地震?这是一个沉重的问号。更重要的是,要到什么时候我们才不需要再重复这样的问号。

(武汉 郭文婧)