
1a. “原罪”的新制度经济学分析

(沈联涛 肖耿 王沅¹)

在中国及其他新兴市场国家中，私营企业比国有企业总体上更有效率与活力。私营企业更注重盈利，更能抓住市场机会。中国经过 20 年的改革，私营企业现在每年创造的财富已经占到了国民生产总值的一半。但私营企业的问题也很多，主要表现在利用改革时期社会的产权环境不清晰来谋取暴利。有的私营企业通过不正当的手段将国有资产变为个人或私营企业所有，有的通过逃税走私及经营赌博、吸毒、色情等非法活动获利，还有的通过上市及交易过程中的欺诈与市场操纵等获利。这就是人们常常辩论的“原罪”问题。原罪问题容易导致道德与政治的混乱，并成为经济与社会稳定发展的绊脚石。中国下一步的改革不得不触及到如何解决历史上形成的、广泛存在的原罪问题。如果私有企业家的原罪问题得不到妥善解决，私营企业的发展前景就不确定，也必将成为中国在法治环境下创造财富及建立公平社会的巨大障碍。

许多人认为有原罪的人一定要受到惩罚。但如果十之八九的企业家都犯有原罪，将如何惩罚（法不责众）？也有人认为原罪可以通过大赦的方法一次性解除。但笼统地饶恕所有原罪，不仅在政治上行不通，也于情理不符。如果法律不能得到公平地执行，如何要求公众遵守法律？如何培育尊重法律与产权的文化？现在有关原罪的辩论往往极端化、情绪化、甚至政治化，我们认为有必要首先客观、理性、科学地剖析原罪的性质，然后根据原罪的不同性质，采取不同的处置模式。

由诺贝尔奖得主科斯(R. H. Coase)发明的交易成本理论只有不到五十年的历史，交易成本理论的应用与普及更不到二十年。但这一理论和研究方法的突破，大大加快了发展中国家结合国情学习和引进先进制度的效果与速度。交易成本理论也帮助我们更清楚地区分在经济制度转型期间出现的不同类型的原罪。虽然原罪可以定义为利用法律的空子盗用国有资产获得财富的行为，但是从社会利益的角度，我们根据新制度经济学中的产权及交易成本理论来划分出两类不同性质的原罪：一种是富有企业家精神的原罪（确切地讲并不是“罪”而是产权纠纷），而另一种纯粹是属于偷窃或寻租性质的原罪。

一、富有企业家精神的原罪（或称产权纠纷）：在产权模糊不清的情况下，企业家不能合法地从市场上购买相关的国有资产产权。为了避免产权模糊导致的过高的交易费用，企业家采取不正规或非法手段获得了国有资产。但他们接管经营效率糟糕的国有资产之后，通过较好的私营方式治理，创造了更多的净财富。如果这些企业家在偿付了国家及其他私营部门所承担的腐败财富转移成本及腐败的社会成本之后，仍然有净财富的创造，我们就认为这种原罪是富有企业家精神的原罪。这种原罪也可以看作是一种产权纠纷，最好的办法是通过适当的赔偿而豁免。如果对这种富有企业家精神的原罪进行严厉的惩罚，包括没收企业家累计的个人财富，将会打击企业家创造财富的积极性，对国家、社会及企业家个人都不利，也不利于经济增长和就业。富有企业家精神的原罪——即产权纠纷——应该属于人民内部矛盾，可以通过适当的机制调和处置。在西方法律体系中，这类问题往往属于民法中

¹所有观点均属作者个人，不代表作者工作单位观点。本文初稿曾经在上海法律与经济研究所北京分部讨论。作者感谢吴敬琏、高西庆、张军、周其仁、梁治平、宁向东、田晓安、刘俏、香港证监会同仁、香港大学同事及北京与国际金融界朋友对本文初稿的评论与讨论。肖耿感谢香港研究基金拨款委员会及香港经济与工商策略研究所对本项研究的资助。

的债务纠纷 (liability rule)，处理的原则是合理的赔偿，以鼓励用最小的成本来创造最多的财富。

二、偷窃或寻租性质的原罪：若企业家的行为涉及到纯粹偷窃国有资产或其它寻租性质的行为，而没有创造财富，而且交易费用不高，其明显动机是利用产权界定不清、法规执行不严来犯罪，这类原罪就应该严惩。如果不严惩偷窃与寻租性质的原罪，社会的总财富就会减少，对国家、社会、经济增长及就业都不利。这类原罪与敌我矛盾相似，应该严肃处理以稳定经济与社会秩序。在西方法律体系中，这类问题属于刑法中的侵权行为 (property rule)，处理的原则是通过严厉的刑事惩罚及相应的赔偿，来阻止类似的侵权行为。

区别以上两类原罪的关键在于交易成本的高低及净财富的创造。由于中国还没有完善的产权基础设施来区别处理这两类不同性质的原罪，中国经济经历了无数“一抓就死、一放就乱”的政治经济周期。反腐败运动往往是一刀切，同时打击了两类不同性质的原罪，而导致财富创造的下降快过腐败社会成本的下降，引起经济滑坡，反腐败也就不得不中止。一旦反腐败运动过去，腐败的社会成本就重新上升，可是私营企业创造的财富也迅速上升。回顾中国经济过去 20 年的发展，中国经济的快速增长主要得益于国家放开私营企业及市场经济。很明显，总体上私营企业创造的净财富比腐败的社会成本高许多，也就是说，富有企业家精神的原罪比偷窃与寻租性质的原罪应该多很多。只要私营企业创造财富的速度高于腐败的社会成本上升的速度，经济就持续增长。但这并不说明我们应该对原罪听之任之，因为不正当、不合法的腐败行为会造成道德及经济秩序的混乱，直接影响到政治、经济、社会的稳定。减少腐败可以降低交易费用，促进市场繁荣，改善经济，增加财富。

原罪在各个不成熟的市场中都存在。除了社会产权环境不清晰，原罪的发生还受到其它因素的影响，包括：存在官商勾结的机会、缺乏明确的法律与规制、执法不严、陈旧的法规不能适应社会发展，导致每个人都在触犯法律。带有原罪的企业家都希望他们的财富可以合法化，以便长久地安心地保存他们的财富。不同的市场通过不同的法律与政治体系解决原罪问题，我们这里看一看美国的经验。

美国在 19 世纪曾经遇到过很严重的原罪问题²。美国当时正经历大规模的自发的开发西部边疆荒漠地区的运动，几乎所有的移民都是非法占有土地或非法开矿。他们的行为不受注册资格或契约的限制，大部分经济活动都是在当时法律框架之外展开。这种基层民众普遍的非法(或在法律框架之外)的活动，同历史上形成的法律框架有相当大的冲突。美国法律的基础是英国的普通法，但当时千变万化的美国社会与相对稳定的英国社会相差太大。普通法或判例法可以保护既有土地所有者不受非法侵犯，因为现有土地所有权是清晰的。可是，在大量移民进入新大陆拓荒的情况下，大家都没有明确的地契，甚至连拓荒地区的边界在哪里也不清楚。当时的美国法律不能有效地处理如何转让通过霸占得来的土地及可疑地契等问题，可偏偏这类非法(或在法律框架之外)的土地占有及转让是当时经济活动的重要内容。

² 本文有关美国处理原罪的历史经验主要参考秘鲁经济学家迪索托所著《资本的秘密》第五章：被遗忘的美国历史经验 (Hernando de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* by New York: Basic Books, 2000. Chapter Five: The Missing Lessons of U.S. History)

在西部开发初期，原来的地主曾经试图重申他们过去的土地所有权，结果引起新移民土地占有者的强烈反抗，并引发骚乱。非法土地占有者造成的冲突几乎演变成一场政治运动。美国政客们当时有三种选择：他们可以阻止或不理睬这些非法行为，或勉强地做些让步，或积极维护这些法外活动的权利。美国国会选择了第二及第三，逐渐消除分歧，缓解了因传统土地法与现实差距太大而产生的冲突。一旦新移民成为大多数，新的法律得以通过，承认了新移民占用土地的既成事实具有合法性。例如，对于在国有土地非法采矿的案例，美国 1866 年制定的个人采矿合法化的矿业法，明确主张法律应该保护和鼓励资产增值的行为。这种将非法转移或占用的财富合法化的法律机制是一种叫优先购买权 (pre-emption) 的创新概念。通过允许土地占有者以适当的价格优先购买他自己已经改良过的土地，从而使既成事实的土地霸占行为合法化。将非法土地占有活动合法化后，西部各州的政府不仅在政治及法律上有了一个台阶下，还可以得到一笔以前得不到的收入，这不能不说是一种双赢结局。最后，这些综合整理成一部完整的产权法体系。这个产权法体系成为美国成文法中有关平等的两个伟大原则的基础：（1）占有者拥有改良他们占有的土地的权利；（2）定居者对其私人拥有土地的所有权将得到保障，条件是在七年内其所有权不受任何挑战，或者只要在这期间付了税，不管当时的所有权是如何的不清楚，就可以有清楚的所有权证书。

正如迪索托的分析，“法律必须变革以适应大多数人的经济和社会需要。逐渐地，西方社会开始承认自发产生并存在于官方法律之外的社会合约其实是法律的源泉，也找到了将这些合约吸收到正规的法律框架中去的方法。”³ “美国政客们花了很长的时间才醒悟过来，在官方法律外，超出现存法律框架之外的社会产权合约已经得到普遍发展，并且已成为国家产权体系的核心。为了建立全面的能够在全国范围内执行的法律体系，他们必须与时俱进，向那些正在界定产权、使用产权和分配产权的人民学习。”⁴

总而言之，超出现存法律框架之外的产权的认可和整合是美国成为重要市场经济国家和世界主要的资本创造国家的关键因素。美国过去的经历与现在的第三世界国家和经济转轨国家很相似。例如，现在中国大量的农村劳动力及土地开发商进入产权地契还没有明确的城市边缘地区。严格地说，他们占用的土地应该属于国家或集体，但现存的法律并不适合处理这类纠纷。从概念上说，这里的土地产权问题与企业家原罪问题没有什么区别。企业家采用不正规的和超出现有法律框架外的手段获得国有或公共资产，为自己及社会创造新价值。如果有争议，如何处置？传统法律已经无法控制社会发展中衍生的超出现行法律框架的新事物和现象，法律只有反映人民的需要才能得到服从。美国立法者和法理学家将西部开发时期出现的法外产权问题整合成一部正规的产权法律体系，他们实质上创造了更有利于生产力发展和市场经济有效运作的制度体系。

直到今天，原罪问题在美国仍然存在，解决原罪的办法也在更新。美国有一种“认罪从宽协议” (plea bargaining) 的法律处理办法：被告与法官讨价还价，尽早认罪，换取较轻的处罚，并可以了结过去的罪行。例如，美国法庭在调查证券分析师在 2000 年科技股泡沫后暴露的不正当市场行为时，对涉案的十家大型投资银行处以了 14 亿美元的罚款。虽然这些投资银行在法律上不承认其责任，但是他们却愿意为过去的不正当行为付出代价。这种法律机制能够妥善解决社会发展过程中不可预见的一些产权纠纷。这种办法在财

³ 参考以上引用迪索托所著 第 106 页。

⁴ 参考以上引用迪索托所著 第 126 页。

政上较有效率，因为调查与判定原罪的程度需要花费大量的社会财政资源。当然，这种处理方法本身也可能出现腐败，因而需要较高的透明度及法官的专业精神。

美国及亚洲国家的经验也表明如果腐败和市场不正当行为等原罪问题不解决，有原罪的富裕阶层会通过插手政治使自己的过去合法化。暴富阶层的联盟会从后门融入政治集团，以便达到“利益集团控制监管”的目的。不健康的“裙带资本主义”是导致亚洲金融危机的原因之一。

迪索托总结得非常好：“今天，发展中国家和前社会主义国家的产权法律往往与大多数人民的生活与工作问题无关。如果法律系统排斥了 80% 人的需求，法律如何得到其合法性？矫正法律失灵是巨大的挑战。美国的经验表明，建立有效的法律体系需要做三件事情：我们要知道社会上已经存在的真实的（但却是在现有法律框架之外的）财产合约关系；将它们整合成法律体系；精心构思政治策略让改革成为可能。”⁵

(沈联涛和王沅任职香港证监会，肖耿任职香港大学经济金融学院。)

⁵ 参考以上引用迪索托所著 第 151 页。

<<视角>>
中文版
第4卷, 第2期
2004年4月30日
海外中国青年论坛
<http://www.oycf.org/>

版权所有。未经许可, 不得转载。

本期内容

1. 经济

- a. “原罪”的新制度经济学分析 (沈联涛 肖耿 王沅)
- b. 经济发展和政治制度的关系 (杨小凯 曲祉宁)
- c. 人民币离岸金融中心究竟离我们有多远? (刘青松)

2. 政治理论与实践

- a. 农民负担、政府管制与财政体制改革 (陶然 刘明兴 章奇)
- b. 中国的“明星村”与农村治理结构 (乔新生)
- c. 建立国际经济新秩序是否可能: “南北问题”新解 (许建明 张敏)

3. 法律

WTO争端解决机制漫谈之一 (高树超)

4. 社会与文化

- a. 记我的三次反思历程: 《思辨录》自序 (王元化)
- b. 发展的可能: 南印度之行随感 (潘家恩)

主编: 李波 胡晓江 李艳 孙速

本期责任编辑: 胡晓江

执行编辑: 曾敏

编辑: 蒋洪生 李琥 李克非 刘建萍 马峻陵 祁冬涛 乔红 沈杰 施婷婷 王海 王

正绪 吴端 伊肖东 张俊富 赵蕊 郑文通

资深编辑: 陈进 刘羽 温智敏 周黎安

文字编辑: 何菁 高鲁慧 乐朱莉 李卓蔚 李恩佑 李菁 陆挺 芮思儒 应旭珺 曾敏 邹浩

欢迎订阅或投稿, 请电邮 editor@oycf.org.

欢迎赞助, 请电邮 info@oycf.org.

欢迎点评本刊登载文章, 请使用 <http://www.oycf.org/BBS/bbsFrameset.htm>.

通讯地址: OYCF, 11423 Potomac Oaks Drive, Rockville, MD 20850