

“原罪”的新制度经济学分析与产权基础设施建设

沈联涛，肖耿，王沅¹

中国企业家的“原罪”问题

中国经济在改革开放期间一直保持大约8%的高增长，创造了前所未有的财富。二十五年前几乎所有财产均为国有。通过国有企业私有化，土地使用权承租给个人、民企和外资企业，以及股票市场的建立，中国今日已经形成了相当规模的私有财富。中国的宪法现在已经明确保护私有财产权。私有部门的规模目前大约占到就业的四分之三，国民生产总值的三分之二，产业和居民房产价值的一半，股票市场资本总额的三分之一，以及银行贷款的五分之一。

但是，在私有财富快速增长的时候，中国却没有来得及建立一个稳固、完备而有效率的界定、交换、保护、执行产权的制度基础来及时解决不断增加的产权纠纷及经济犯罪案件。人们有许多问题无法得到解答：中国的企业家是如何获得他们的原始财富积累？是通过正当途径，还是通过侵占国有资产、腐败行为，偷税漏税，走私造假，及其他的非法活动获得？

中国企业家的财富积累及其相关产权关系普遍具有复杂、模糊、及违规的特性。一方面，大部分中国的企业家很难解释清楚其累积财富的最初来源。另一方面如果不违规、不违法，他们在现有的体制内就很难赚大钱。这种现象常常被称为“原罪”。企业家的“原罪”好像是一生下来就有了，且终身也洗不干净。

目前，在调查企业家“原罪”问题时，往往是将现有的法律和监管规则作为唯一的标准。但是，现有的法规可能已经过时或与实际脱节，与效率和平等的原则也不一致。事实上，中国过去几十年的改革历史就是中央计划体制时代沿袭下来的旧规则如何被逐渐修改的纪录。而且，有许多企业家的创新活动往往超出了现有法规的适用范围，也就是无法可依。这种情况为执法权力的滥用创造了条件，有可能鼓励有选择性地任意执法（人治）或干脆完全忽略法规的执行（无政府主义）。

对企业家“原罪”问题的社会关注已经引起大量的道德和政治层面的激烈辩论。一方面，许多人对“原罪”现象表现出极大的愤慨，认为非法所得的财富应当被没收充公，有关人员应当被刑事处罚。但如果十之八九的企业家都犯有“原罪”，将如何惩罚？严惩所有的“原罪”行为不仅有法不责众的问题，还有拖垮经济增长的风险。另一方面，也有人主张进行一次性大赦，就像有些西方国家给予过去的偷税漏税分子以大赦使其可以重新开始新的合法生活一样。但笼统地饶恕所有企业家的“原罪”，不仅在政治上行不通，也于情理不符。如果现有的法规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？

¹ 作者沈联涛和王沅就职于香港证券及期货事务监察委员会，肖耿就职于香港大学。本文仅系作者个人之观点，不代表其就职机构。肖耿在此感谢香港特区大学资助委员会（项目编号：AOE/H-05/99）和斯坦福大学国际发展中心对本研究的资助。作者感谢吴敬琏、高西庆、张军、梁治平、周其仁、梁红、钱颖一、胡祖六、刘卫、Lars Werin、Nicholas Hope、Pieter Bottelier、Rajiv Lall，参加北京、上海、香港、美国斯坦福大学等地研讨会的与会者，以及《洪范评论》审稿人对本文的评论。

如果历史遗留下来的企业家“原罪”问题得不到妥善解决，私营企业的发展前景就充满不确定性。而且，目前正在发生的企业家“原罪”行为可能会变得更为严重，并成为中国在法治环境下创造财富及建立公平社会的极大障碍。

“原罪”在各个不成熟的市场中都存在。除了产权环境不清晰，“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、缺乏明确的法规、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。

美国及亚洲国家的经验也表明如果“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其中一个原因。

媒体有关企业家“原罪”的辩论往往极端化、情绪化、及过分政治化。本文无意介入有关企业家“原罪”的政治、道德、及法律的辩论，而是采用科斯的新制度经济学中交易成本分析框架来客观、理性、科学地剖析“原罪”问题的经济层面的性质，并借鉴西方的实践经验，提出解决“原罪”问题的经济学原则及制度改革方向。²

“原罪”中的财富创造，财富转移和社会成本

在进一步分析并提出研究企业家“原罪”的理论框架之前，我们需要界定相关的三个主要经济变量：企业家创造的净财富[e]，企业家违规转移的财富[a]，及企业家违规活动的社会成本[b]。

- 企业家创造的净财富[e]：指企业家通过合法的经营活动创造的净财富。
- 企业家违规转移的财富[a]：指企业家在经营或寻租活动时从他人、国家、或公众违规转移到自己手中的资产或收益。
- 企业家违规活动的社会成本[b]：指企业家为获取违规财富转移直接耗费的资金、时间和其他资源，它们显然是社会资源的浪费，并将直接增加从事经济活动的成本。

以上三个变量在概念上必须分开。否则，我们就无法客观、透彻地分析企业家“原罪”这个复杂的问题。首先，我们必须看到，企业家“原罪”往往与企业家的财富创造活动同时发生。没有人会反对企业家创造财富的活动，因此我们在分析“原罪”时就有必要将企业家合法创造的财富[e]与他们以其他方式获得的财富区分开来，并将注意力集中在后者。我们称后者为违规转移的财富[a]。

违规转移的财富[a]体现的是一种不劳而获的不义之财，也就是寻租理论中的“租值”分配问题。从理论上讲，违规的财富转移对经济效率并没有直接影响，只是财富分配的问题。但显然“原罪”不仅仅只是一个“分配”不公的政治或道德问题。从经济效率的角度看，“原罪”往往伴随大量的不必要的资源消耗及浪费，我们称之为违规活动的社会成本。

新制度经济学有一个租值耗散定律，就是说寻租活动的社会成本(也就是完全被浪费的资源)最终会和租值相等，甚至超过租值。举个例子，如果有一万块钱在树上，产权没有界定清楚，

²本文是作者们近期有关中国金融及制度改革一系列研究的综合成果之一 (Sheng, 2004; Sheng, Xiao, and Wang, 2003a, 2003b, 2004a, 2004b, 2004c, 2004d)。

那么人们会去争这一万块钱，争抢的过程中大家要耗费时间，精力，甚至金钱。这些在争夺过程浪费的财富，可能超过树上的一万块钱。当然在这个寻租过程中，每一个人都会寻找一个对自己成本最低的方式去争树上的一万块钱。但只要产权不清，寻租活动的社会成本就必然存在并可能导致租值完全耗散。

有了以上三个明确定义的理论概念，我们就可以将企业家违规财富转移对经济社会的影响归纳为以下几点：

1. 企业家的违规财富转移是一种不平等的再分配，不利于合法的财富创造活动。如果失控，会导致社会不满，并对社会经济的稳定构成威胁。
2. 财富转移的结果可以表现为准财政成本，例如国有银行的呆帐和政府无资金支持但有义务提供的社会保险责任。这显然增加了国有经济部门的营运成本及风险。
3. 财富转移到私人手中之后的使用效率可能比在国家控制下更高，这是许多学者主张私有化的理由之一。
4. 财富转移本身，并不直接摧毁财富和购买力，只是一种从国有部门向私有部门的转移，所以财富转移[a]的规模不会直接影响国民总财富的规模。³因此在短期，企业家“原罪”行为并不一定会直接降低经济增长速度。
5. 企业家违规活动的社会成本[b]会直接减少国民总财富。为了增加国民总财富，就需要降低这一社会成本[b]。
6. 社会成本[b]与财富转移[a]密切相关。财富转移[a]正是导致与“原罪”有关的那些诸如国有资产流失和其他寻租行为的动力。这些活动直接浪费资源而带来社会成本[b]。如果没有有效的措施制止人们的寻租活动，那些试图获取财富转移[a]的寻租者也会相互竞争，并不断增加社会成本[b]，其结果可能会导致社会成本[b]大于被转移的财富[a]。
7. 为了增加国民总财富，我们不仅需要降低社会成本[b]，更需要使可能被转移的财富[a]最小。如果没有国有财产，也没有可通过管制权利的滥用对财富进行再分配的机会，可能被转移的财富[a]就为零，社会成本[b]也会自动趋于零。
8. 财富转移得以发生的基本条件是产权没有界定清楚及产权得不到有效的保护。这种情况在国有资产过多、监管过度及其相应的政府官员权利不受约束被滥用时更容易发生。由法律和行政规则导致的市场扭曲越严重，财富转移的机会[a]就越大。

以上的分析在理论上清楚明了，解释了组成“原罪”的三个基本变量，但问题是这三个变量在现实世界里是很难直接区分开来并独立测量的。在大部分企业家的“原罪”案例里，财富创造[e]、财富转移[a]、及社会成本[b]都同时发生，只是每一项的程度及规模不同。为了使理论分析对政策制定有帮助，我们需要提出一些更简单、更深刻的经济学原则来区别及处理不同性质的企业家“原罪”问题。

财富创造原则与“原罪”的区分

如果撇开政治、道德及现有法规的约束，一个从经济效益角度最为简单及合理的思路就是以财富创造的原则将企业家的“原罪”分为两类：

- 第一类：没有净财富创造的“原罪”（很可能是属于经济犯罪）；⁴
- 第二类：有净财富创造的“原罪”（很可能是属于产权纠纷）。

³ 为简化起见，我们假定不存在收入效应。

⁴ 企业家的净财富创造 = 企业家总财富[e+a] - 企业家归还违规转移的财富[a] - 与违规转移财富相关的社会成本[b] = [e] - [b]。

为了鼓励财富创造，从政策的角度看，应该严惩第一类“原罪”，宽恕第二类“原罪”。从经济效益和经济发展角度看，第二类“原罪”其实不应该是罪。邓小平说过“发展是硬道理”，创造财富不应该有罪。但在创造财富的过程中如果有侵占国有资产的情况，应该通过产权纠纷的调解，归还违规转移的财富。

仅以财富创造为原则来区分“原罪”在政治、道德及法律上很难有说服力。如果只要有钱就可以洗干净过去的“原罪”，那还有没有社会正义？从政策执行的角度看，财富创造原则还有一个棘手的问题：即财富创造的不确定性。财富创造受到企业家能力、市场环境、及运气的影响。即使我们能够事后准确地测量企业家合法创造的净财富，我们也不能确定它们的成功或失败是基于能力和勤奋、运气、还是有计划的经济犯罪活动。但是，财富创造原则可以作为考虑“原罪”问题时的一个经济效率因素，防止打击企业家“原罪”的政府政策对经济增长造成重大影响。

这里可以看看美国最近的经验。美国安然公司利用能源衍生金融产品监管的漏洞，通过做假交易推高盈利，导致股价不断上升，从中非法牟利。事件暴露以后，美国五大会计师事务所之一的安达信公司由于没有尽责就与安然公司一起垮了。问题是，安达信公司的垮台对美国的影响比安然公司的丑闻要大很多。如果类似安然公司的情况再继续追查下去，恐怕美国其他四大会计公司也会陆续倒台，那对整个美国经济的影响就非同小可。显然，这五大会计公司对美国经济的正面影响远大于其与丑闻相关的负面影响。因此，美国的监管当局在安达信公司垮了之后，就向前看，将工作的重点转移到堵塞法律及监管漏洞方面了。美国的情况实际上是跟中国的类似，中国也需要打击官员腐败及企业家“原罪”，可是目前真的要把这些人都抓起来，经济也会整垮。所以需要找到一个成本比较低，而且鼓励财富创造的一种解决“原罪”问题的机制。

交易成本原则与“原罪”的区分

由诺贝尔奖得主科斯(R. H. Coase)创立的新制度经济学只有不到五十年的历史。交易成本是其中一个最重要的概念。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。

科斯定理就是以交易成本为基础来分析产权分配对经济效益的影响。科斯定理最简洁的表述是：当交易成本为零时，产权的任何初始分配状况对最终的资源分配及经济效益没有任何影响。当然，在现实世界中，甚至在发达的市场经济里，交易成本为零的情况是很少的。许多人对科斯定理有误解，以为科斯只相信市场经济，并相信交易成本在市场经济里很低，因而得出结论说科斯认为产权在市场经济中不重要。恰恰相反，按照瑞典经济学家Lars Werin⁵对科斯贡献的总结，科斯对经济学最大的贡献之一就是将其从经济学隐含的假设变成一个经济学研究的主要对象。Lars Werin 将产权的对称性(reciprocity)，即给与（剥夺）某个主体一组产权将会剥夺（给与）另一个主体相应的产权，看作是另一个科斯定理（Werin 2003, pg 72）。

将科斯的产权与交易成本理论应用到现实经济与法律系统中最重要的一个案例是Guido Calabresi 和 Douglas A. Melamed (1972)提出的基于交易成本概念的财产规则(Property

⁵科斯得诺贝尔奖的时候 Lars Werin 是诺贝尔奖经济学委员会的主席。他花了很多时间去研究科斯的新制度经济学。他的研究后来整理成一本有关新制度经济学的很有系统的文献综述（见 Werin 2003）。

Rule)和责任规则(Liability Rule)。西方法律传统通过这两个规则来区分刑事和民事案例。为了更好地理解交易成本原则及其对处理中国企业家“原罪”问题的启发意义，我们重温瑞典经济学家Lars Werin对财产规则和责任规则的更为精确的描述(Werin 2003, pg 204)：

- **财产规则：**“在自愿合约的交易成本低的情况下，某人如将他人置于遭受伤害或损失的风险之中，则必须从另一方购买这种权力。如果他未支付任何费用而造成一种伤害或损失，他将遭到处罚，前提是法庭得到足够的证据证明他的行为与这种伤害或损失有密切关系。他也许还需向受害者作出赔偿。”
- **责任规则：**“在自愿协议的交易成本高的情况下，某人如将他人置于遭受伤害或损失的风险之中，则他可以这样做。如果他造成伤害或损失，他必须向受害者作出赔偿，前提是法庭得到足够的证据证明他的行为与这一伤害或损失有密切关系。法庭将依据这种伤害或损失的程度计算并决定赔偿的规模。肇事者将被免于处罚。”

以上的财产规则和责任规则是学者从西方的实践中总结出来的，我们可以把它比喻为类似于牛顿定律这样的社会科学理论。社会科学研究的是人类行为，背后也有一些规律。根据交易成本总结出来的现代经济与法律体系运作的规律，也是一种科学，当然不一定象物理定律一样准确。西方法律体系中的很多法官在其判决中实际上会应用着财产规则和责任规则，虽然他们对诺贝尔经济学奖得主科斯的交易成本的经济学概念可能一无所知。

西方法律传统以保护个人产权，包括抵御国家干预，为原则，并以降低市场交易成本为基础。在交易成本低的情况下，人们倾向于通过市场获得资源从而使社会的总成本最小化。在交易成本高的情况下，利用市场获得资源则代价太高，因而非市场获得资源的渠道就特别有其吸引力。因而，交易成本原则其实与财富创造最大化的原则是一致的。

普通法环境下的几个简单例子可以帮助我们理解财产规则、责任规则及相关的交易成本原则之精髓：

- **情形一（适用财产规则）：**从药店里偷药的人会面临偷盗的刑事起诉。原因在于他可以在交易成本为零的公开市场上购买到药品，但他却为个人用途以药店的损失为代价选择了偷窃。
- **情形二（适用责任规则）：**如果这个人为了挽救一个大街上陌生人的性命冲进药店，在没有付钱的情况下就拿了和用了药店的药品，他是不会受到处罚的。因为立即付费购药的交易成本相对于挽救一个生命的紧迫性而言要更高。被救的陌生人可能需要事后支付药店已经使用的药品。
- **情形三（适用责任规则）：**工厂生产产品可能会造成污染，这对社区居民造成了一种伤害，但这种伤害可能是不得已造成的。工厂和受害者在事前达成一个谅解合约的交易成本很高。在这种情况下通过污染伤害社区居民可能是允许的，条件是必须对被伤害者进行赔偿。赔偿之后工厂不会得到惩罚，还可以继续生产。

从以上产权规则和责任规则的概念以及相关的例子我们可以清楚地领会交易成本原则在西方的经济与法律体系内是如何用来区分两类不同性质的产权冲突与矛盾的。我们从西方的经验中受到启发，中国也许可以借鉴交易成本原则来区分及处置两种不同性质的中国企业家

“原罪”：

- **经济犯罪**：在交易成本很低的情况下发生的“原罪”可以归类为经济犯罪或刑事案件，这一类确实是“罪”，应该使用类似西方产权规则的处置方法；
- **产权纠纷**：在交易成本很高的情况下发生的“原罪”可以归类为产权纠纷或民事案件，这一类其实不应该称作“罪”，应该使用类似西方责任规则的方法进行调解。

经济犯罪比较容易理解，往往与纯粹的偷窃国有资产及腐败行为有关。比如私营企业家与政府官员及国有企业管理人员勾结，在可以通过市场价格出售的情况下，通过作假等违法手段，低价变卖国有资产，并从中牟取暴利。

产权纠纷是在交易成本高的情况下发生，其性质就不容易看出。在计划经济里，许多可能通过市场达成的、对双方有利的交易往往由于政府管制无法完成，这就是交易成本无限高的情形。中国的改革开放实际上就是降低交易成本的过程。但是，相对发达的市场经济，中国目前的交易成本还是太高。这主要是因为，在转轨经济中，大量的产权还是掌握在国有部门，而国有部门的产权界定由于计划经济及官僚体制的影响常常是不够清晰，导致交易成本太高。在交易成本非常高的情况下企业家要创造财富就必须采取一些不正当的或违规的手段。比如说，中国的土地制度极其复杂，土地市场很不发达，企业家在市场上根本没有办法买到土地。也就是说，土地的市场交易成本接近于无限高。在这种情况下，企业家只有通过不正当手段才能搞到一块地。这就埋下了日后产权纠纷的种子，往往被错误地理解为“原罪”。其实在这种情况下，企业家所做的只是富有冒险精神的、但违反现有法规的、对社会经济发展有贡献的一种探索。但不幸的是，在企业家不断探索新的市场机会并创造新财富的过程中会有违规财富的转移及其相应的社会成本。

美国在处理“原罪”问题上的历史经验⁶

“原罪”在各种市场经济中都存在。美国 19 世纪就遇到过这种问题。美国当时正经历一个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，也没有现成的法律和社会秩序，大部分经济活动都是在现有的法律框架之外发生的。显然，这种基层民众普遍的非法活动，或在法律框架之外的活动同旧的社会历史上已形成的法律框架产生相当大的冲突。

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状况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占有者的侵犯，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那里也不明确。当时的法律缺少有效办法处理通过霸占得来的土地的转让及可疑地契等问题。偏偏这类非法或在现有法律框架外的土地占有及转让形式在当时盛行。

如何使美国大多数人正在行使的违规权利合法化？如何处理美国的“原罪”问题？这种情况很像中国目前经济发展的状况。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。从概念说，这里的情况与中国企业家“原罪”问题没有什么区别。企业家采用不太正规的，超出现有法律框架外的手段获得国有或公共资产，并为自己及社会创造新价值。

⁶ 这里有关美国处理“原罪”的历史经验主要参考秘鲁经济学家 Hernando de Soto 所著《资本的秘密》的第五章“遗忘的美国历史”（De Soto 2000）。

如果有争议，如何处置？

在美国西部开发的早期，现有的地主曾经试图重申他们过去的土地所有权，结果引起大量新移民土地占有者的强烈反抗，并引发骚乱。当新移民成为大多数，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。这种将非法转移或占用的财富合法化的法律机制，是通过一种叫优先购买权（pre-emption）的创新概念来实现的。通过允许土地占有者以一个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⁷。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。

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（1）阻止或不理睬这些非法（或在现存法律框架之外的）行为；（2）勉强地做些让步；或（3）积极拥护这些法外活动的权利⁸。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。最后，综合整理成一部完整一致的产权法体系。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。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。⁹

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¹⁰。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。官方的法律明显跟不上社会的发展与变化。按传统法律，政府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。制定的法律必须反映人民的需要，才能得到服从。经过千辛万苦，美国立法者和法理学家将法律之外的产权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¹¹。

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，但接受较轻的处罚，并要求了结过去的罪行。这种办法在经济上较有效率，因为需要大量的财政资源去调查与判定“原罪”的程度。当然，这种处理方法本身也可能出现腐败，需要较高的透明度及法官的专业精神。例如，最近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，美国法庭对涉案的十家大型投资银行就处以 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争端。

美国的历史经验与本文提出的交易成本原则与财富创造原则是一致的。过时的法律条文使得产权不清、交易成本太高。因此，它们不应该阻止企业家创造财富。中国可以从美国的历史经验中学到如何用清楚的原则来切合实际地处理历史遗留的问题。

⁷ 参考以上引用 de Soto 所著 第 120 页。

⁸ 参考以上引用 de Soto 所著 第 130 页。

⁹ 参考以上引用 de Soto 所著 第 146 页。

¹⁰ 参考以上引用 de Soto 所著 第 148 页。

¹¹ 参考以上引用 de Soto 所著 第 150 页。

de Soto 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，如果法律系统排除了 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：我们要知道真实社会的财产合约；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。”¹²

“原罪”的新制度经济学分析：贡献及难题

在新制度经济学框架下，中国企业家的“原罪”可以更清楚地区分、界定为两大类：

- 第一大类，企业家寻租过程中的经济犯罪：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，而且交易成本不高，其动机明显是利用法规执行不严来犯罪，这类行为就应该严惩。通过严厉的刑事处罚及相应的赔偿来阻止类似犯罪行为。如果不严惩这类经济犯罪，社会的总财富就会减少，对社会经济稳定、经济增长及就业都不利。
- 第二大类，企业家财富创造过程中的产权纠纷：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违规手段获得了国有资产。但他们接管效率低的国有资产之后，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财富转移损失及相应的社会成本之后，仍然有净财富的创造，这种产权纠纷就不应该看作是一种犯罪。发展是硬道理，最好的办法是通过合理的赔偿而豁免企业家历史上违规行为的责任，以鼓励用最小的成本来创造最多的财富。如果对这种富有企业家精神的违规行为进行严厉的惩罚，包括没收企业家积累的个人净财富创造，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。

用财富创造及交易成本原则来对企业家“原罪”进行经济分析并分类是一个非常清晰及客观的新思路、新方法、新的分析框架。这个新分析框架的优点包括：

- 系统性，即治本而不仅是治标：中国目前处理企业家“原罪”主要还是用行政、道德、及法规手段治标，而忽视以系统的制度经济分析及改革策略来治本。中国经济因此而经历了无数“一抓就死、一放就乱”的政治经济周期。反腐败与打击企业家“原罪”运动往往是一刀切，同时打击了两类不同性质的“原罪”，并往往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，反腐败与打击企业家“原罪”运动也就不得不中止。一旦运动过去，新的“原罪”及腐败重新出现。本文提出的对“原罪”的经济分析及分类超越了传统的分析思路，如果两类不同性质的“原罪”能够得到区分及不同的处置，人们的行为就会变得越来越合理，新的“原罪”就会不断减少。
- 客观性：交易成本是低还是高、净财富创造是正还是负，虽然不容易准确测算，毕竟原则上都是可以由局外人来测量的变量。这就至少在理论上有了一个比较清晰及可靠的并独立于政治、道德、及现有法规的、比较客观的、富有建设性的、更少感情色彩的分析框架。
- 前瞻性：有些读者指出我们的分析过分强调经济因素，过于理论化，不能直接对现有的“原罪”问题给出立竿见影的解决方案。这些批评都有道理，但是从另一角度看，本文提出的是一个超出现有解决“原罪”问题思路、超出中国现有制度基础的、与现代西方社会历史经验相符合的分析框架。这个超前新思路有利于寻找及确定我们在解放思想及制度建设方面与发达社会的差距。我们需要先在概念上区分犯罪类

¹² 参考以上引用 de Soto 所著 第 151 页。

的“原罪”和非犯罪性的产权纠纷类“原罪”，这样才能在实践中区别对待这两类不同性质的行为。

- 可比性：运用本文的分析框架，可以分析比较中国目前的“原罪”问题与美国早期的“原罪”问题。
- 互补性：本文的分析集中在经济层面，但这与对“原罪”的政治、道德、及法规分析并不应该有太大的冲突，而应该是互补的。特别是如果根据现有法规对某个“原罪”案例的处置与根据本文经济学原理得出的处置方式完全对立，我们就应该问：现有的法规是否应该改变？我们的经济学分析有什么重大遗漏与错误？
- 解释力：企业家创造财富的活动符合个人及社会利益，因为它创造就业、经济增长和税收。但是，随之而可能发生的违规财富转移却成为众矢之的，因为它与寻租、不公正行为和腐败相联系。根据对财富创造与财富转移哪个部分更大的不同判断，人们会对中国企业家“原罪”问题持完全相佐的观点。按照我们的分析，“原罪”问题的复杂性就在于将犯罪性财富转移活动和非犯罪性产权纠纷混淆了，一旦将这两类行为分开，有关“原罪”的疑问及复杂性就很好解释了。
- 针对性：我们的分析强调对财富创造和交易成本的重视及测量，这自然地提出了制度改革的方向。在现实中，如果没有一个运作良好的产权基础设施，就很难衡量净财富创造和交易成本，也就无法解决“原罪”问题。对净财富创造和交易成本的公平估算只能通过透明、平等的寻源调查机制，而不可能依靠行政的或是政治的手段来完成的。这就是为什么我们再三强调建立产权基础设施的重要性。有的读者指出我们的结论与建议不切中国的实际，因为中国需要在产权基础设施还没有建立之前找到解决“原罪”问题的方法。我们的回应是，改革的最终目的其实是降低交易成本、创造更多财富，而解决“原罪”问题只是一个自然而然的结果。在建立产权基础设施之前，发展中国家不可能、也没必要消灭企业家“原罪”。“原罪”只是一个现象，其根源是产权基础设施薄弱而导致的产权不清及交易成本太高。

但是，本文对企业家“原罪”的新制度经济学分析框架也存在一系列问题，更提出了更多的难题，包括：

- 区别及处理以上两类“原罪”的关键在于净财富的创造及交易成本的高低。虽然邓小平“发展是硬道理”的名言实际上就是财富创造原则，交易成本原则对中国的决策层、法律界、司法部门、监管机构及普通老百姓还很陌生，需要解释、宣传、及教育。
- 中国还没有建立相关的制度基础设施来实施本文提出的这些经济学原则。由谁去衡量交易成本的高低？怎么衡量？谁去估算净财富创造的规模，怎么估算？经济学家可以创造并解释理论概念，但是，解决复杂的产权纠纷的具体办法和机制还是属于法律、司法和监管的领域。本文的分析其实是提出了法律、司法和监管领域的一系列改革问题。
- 中国需要将改革重心放在建设运转有效的产权基础设施方面，特别是有效地处理产权纠纷的专业化司法体系。产权基础设施的作用不仅限于解决“原罪”和产权纠纷问题。随着每一个历史问题的解决，实践中的惯例与现存法律法规之间的脱节会逐步减轻，从而减少新的“原罪”的发生。这是每个国家在法律和经济体制现代化过程中都必须经历的阶段。但是，产权基础设施的内容是什么？如何建立？如何保证其有效运作？
- 西方社会运用交易成本原则的主要是普通法/案例法体系内的法官。中国目前通行的是大陆法体系，如何采用交易成本原则？按照本文对“原罪”的新制度经济学的分

析，中国在制度改革方面现在可以做什么？

我们在一篇文章内当然不可能回答以上所有问题。但是，我们还是希望更深入地探讨一下建立产权基础设施的问题，因为这是最终“原罪”问题能否不再发生的关键。

制度改革的目标：建立稳固的产权基础设施

现代市场经济实际上是一套界定、交换、和保护产权的体系，它的根基其实是整个法律与经济制度，特别是其中与产权的界定、交换、与保护直接相关的制度，即产权基础设施。这些产权基础设施包括信息和会计服务、法律服务、监管体系、司法制度以及其它辅助机制。¹³产权基础设施包含三类广义的制度及程序：

第一， 界定产权的制度及程序，包括：

- 对土地、财物、有价证券和其他资产的所有权的统一登记。产权的正式记录大大减少了产权执行中的纠纷，也大大降低了解决这些纠纷的成本。
- 界定一些与复杂的资产形式，包括诸如股票、证券、期权和其他占有方式，及其相关的产权所必需的会计和法律程序。

第二， 产权交换的制度及程序，包括：

- 零售和批发市场，拍卖行，股票交易市场，期货市场，银行和保险公司等产权交易机构与制度。
- 用于辅助完成复杂的金融和非金融交易的有管制的中介及相关机制，例如律师，会计师，审计师，信用评估机构，信贷机构，担保人以及其他信息服务的提供商。这些中介机构的作用在于 确认、提供和核实有关产权价值与质量的信息。它们是对产权交易进行资质调查时所必不可少的制度环境。
- 安全、及时、有效和便利地完成金融和非金融交易所需要的清算、交割及支付体系。

第三， 保护、执行、裁决及微调产权的制度及程序，包含：

- 构成现代市场的法律与经济规则：例如保护在所有时间及地域范围参与交易各方之产权的法律、法规、标准和规范。
- 裁决产权纠纷和对产权作必要的微调所需要的独立而透明的司法体系。
- 产权执行的基础设施，包括保证法律判决得以落实及坚定而公正地保护产权所需要的警察、监管者及武装力量。这些机构在保护产权及执法过程中的成本应当低于其带给社会和市场的效益。
- 强制性信息披露制度。其目的在于确保关于产权的重要信息，例如上市公司的财务报告，能够被独立地得到证实。对这些信息的真实性与否必须是可问责的，以便促进企业的自我约束、监管约束和市场约束。
- 积极的、独立的公众监督，包括通过媒体、消费者协会、以及各种民间团体来强化公众压力和信誉来鼓励合理行为及提高可问责性。
- 具备有效制衡机制、运作良好的政府，以便保证基本的政治与社会秩序。

完善的产权基础设施有助于建立和保持合理的市场行为和良好的信用文化，是企业、政府机构、市场监管者及其他市场参与者建立良好治理机制之基础。强有力的产权基础设施的最终效果将反映在企业 and 政府决策的质量上，这种决策质量对各方面的风险管理都意义重大。具

¹³关于产权基础设施的概念、作用和功能，作者在其他文章中有详细讨论（Sheng, Xiao, Wang, 2004c），这里只做简要阐述。

体来说，好的产权基础设施可以培育好的资本市场，而后者则可以为好的企业提供低成本的融资渠道。

历史学家黄仁宇将中国现代化及建立市场经济的过程形象地总结为一个“立”字的三个部分：顶部的上层架构，底部的基层结构，以及与上下层相联系的法制与财政金融制度。他认为经过接近一个世纪的奋斗，中国已经成功地构造了上层架构与基层结构，但是还必须建立一个法制与金融的中层管道：

“一个国家希望资金广泛的流通，经理人员与所有权分离，技术上的支持因素如交通通讯全般活用，务必先在法制上创造一个可以在数目上管理的局面。中国过去以文士管制亿万农民用刑法作张本，于今引用商业习惯，以律师、会计、工程师作前导，注重民法。这是两种完全不同的体系。二十世纪的革命，即显示着整个社会重新构造过程中的艰辛。”¹⁴

产权基础设施正是黄仁宇先生所指的中间管道。一方面，产权基础设施是一个公共产品，必须有国家机器这个上层架构的支持；另一方面，产权基础设施又必须为基层老百姓及企业服务；它还必须相对独立于上下层结构，以保持其中立、稳定、连续、客观、有效率、可操作等性质。更重要的是，产权基础设施的运作原则，需要考虑成本、效益及社会财富的创造，也就是黄仁宇先生再三强调的“可以在数目上管理”。黄仁宇没有分析中国走向市场经济过程中的“原罪”的问题，也没有用新制度经济学里的交易成本理论，但他却强调了中国历史上重刑法而轻民法，以致直到最近才开始发展律师、会计等行业来界定、保护产权及解决合同纠纷。这与我们的分析方向完全一致。许多黄仁宇著作的读者都提出一个问题：“可以在数目上管理”的意思究竟是什么？从我们的分析框架看，“可以在数目上管理”就是具备有效、稳固的产权基础设施。

产权基础设施如同高速公路。高速公路方便人与物的流动，而产权基础设施则方便财富的流动及产权的创造与交换，它是制度的高速公路。在金融领域重复发生的一些事故，如坏账、腐败、商业欺诈、公司治理状况恶化、操控市场等等，其根源都在产权基础设施的不健全，即残缺的制度高速公路。

当制度的高速公路上出现事故时，中国现有体制的第一反应是救人、救车、控制损害程度，然后是追究各方面责任，看看司机（个人）、车辆（机构）、交通规则（政策及监管条例）、警察（监管机构）等等有无问题。可是有两个最根本的因素经常被忽略：公路的素质（产权基础设施中最重要的成分：如土地注册及交易体系）与路灯的亮度（透明度）。

2000年时，中国每 11,000 人中有一个律师，而美国每 300 人就有 1 个律师，英国每 700 人，日本每 6300 人中就有一个律师。同样，中国每 9650 人中有一个会计师，香港每 412 人就有一个会计师，美国每 166 人中有一个会计师。2001 年，中国的服务业的从业人员占总就业的 28%，比美国、法国、英国、新加坡和香港的超过 70% 相比，实在是非常之低。因此中国在建立服务业和为产权的界定、转移和保护方面的制度方面任重而道远。

瑞典经济学家 Lars Werin 继承了美国大法官及制度经济学家 Richard Posner 的思路，对西方发达经济中的法律体系作出系统的经济学分析。其中一个创新的想法是将西方发达经济

¹⁴ 黄仁宇，《放宽历史的视野》，第 3 页。

中的法律归为两类¹⁵：

- 第一类是以政治为基础的的法规，通常通过立法体系自上而下制定，基本上与成文法相联系，注重公平、收入分配、社会效益等政治、社会目标。这类法律与欧洲大陆法系的形式及法律哲学体系相近，即将国家、执政党、官僚机构及公众利益置于市民个人利益之上。立法机构通过法律条款明确国家和公民个人的权利，在有纠纷或法律模糊的领域，通过国家官僚机构或修订法律条款来解决争议，而不是通过独立的法官判例裁定。这种自上而下的法律体系的天生的弱点是法律的设计者不能够“预见”市场的变化、特殊情形和社会变革，因而不能及时调整以适应市场的新发展。因此，每当社会发生大的变革，法律条规往往就落后于现实，有时不得不通过激烈的政治运动甚至政体变革来改变法律。
- 第二类是以法官判例为基础的判例法，即基于普通法体系自下而上的机制，它在西方社会里提供个人的基本产权保障，主要注重经济效益及财富创造。独立法官以及与其相配的陪审团制度和行政官员的区别在于前者的中立性，法官的判决威力由此而来。这类法律与产权基础设施紧密相关，也是目前中国及其它发展中国家最为欠缺的。

基于判例的普通法体系的优点在于它真正是注重实效的、凭借经验的体系，好比你要过河时，感觉法律好象是一块石头急你所需。市场和社会体系每天都要产生非常特殊和非常复杂的情况或案例，通过不同层次的法庭去测试。相关的成文法也需要客观的解释，而且每当新的情况或知识更新出现，法官得以一些法律或社会原则来决定如何界定产权及相关的利益及损失。法官的每一次审判决定不断地积累就构成了一个经验库，为社会解决冲突以及做出具有社会合法性的判决提供了一个既稳定又不僵化的参考体系。这实际也就是摸着石头过河的法律体系，避免了公众对行政决定的怨气。

普通法在持久稳定及实用性上的一个重要的原因是它的透明性和合理性。每位法官都知道他需要清楚了解当前的法律法规以及他的前任在判决类似案件的先例。反对的一方既要提供证据也要提供法律原则供法官做出判决。如果法官做出了错误的判决，被告方也可以上诉到更高级法庭。为防止法官的判决受行政干扰，普通法一般都强调司法独立于行政。

最近几年中国的司法制度在判例法的实践中取得了很大的进展。但是还应该投入更多的资源，建立稳固灵活的法律体系，以适应市场经济快速发展中出现的急需解决的产权纠纷问题。中国在采纳新法律方面取得了很大的进步。移植法律条文是容易的，但要搞清楚问题症结所在却不易。过去的二十年，中国已从先进的经济体系引进了大量被历史证明良好的法律，如合同法，公司法，证券法及银行法。可是，由于缺少稳健的产权基础设施，有效公平地执法很困难。首先是法官队伍尚未专业化，法官中仍有不少是退伍军人或转业的党政干部，而且案例的判决还受到当地现任党政官员的直接或间接干涉。还有一点是，中国司法官员的机会成本太低。官员的腐败行为一旦被发现，他损失的实际上是他今后的收入，但是目前官员的收入很低，官员腐败一次的所得会大大超过他一辈子的收入总和，因此官员的腐败动机是很高的。

根据香港及新加坡的经验，处理腐败和“原罪”问题不仅需要类似英国普通法一类的法官判例司法体系，还需要建立一个类似香港廉政公署的一个监测调查机构。而且需要支付法官及

¹⁵参考 Lars Werin (2003)。

政府官员与他们的责任相对应的较高的薪金。对历史上的“原罪”，在适当的时候（产权基础设施大致建立后），也需要进行一次性赦免，就象香港在廉政公署成立时所做的一样。这些，都需要政治决心与相对独立的司法体系。廉政的过程实际上是一个提高透明度的过程。尤其是在对商业交易的监督上，自由媒体会对交易的透明度起很大的促进作用。

有些与产权基础设施相关的制度建设，应该立即展开。如检讨会计业的发展，强化审计纪律和提高信息披露的质量。重新检讨律师业和司法部门的发展，例如考虑建立金融案件的专门法庭来处理金融部门产权问题的争端（类似香港的不正当市场行为法庭，用于解决市场操纵、内部交易等问题）。研究设立国家信用查询系统的可行性，该机构能够为银行和其它贷款机构提供借款人的信誉状况。研究设立全国各类财产所有权注册中心的可行性，这类财产注册中心能够提供一个统一的中央注册系统，以便核查担保抵押物品的质量及产权归属。建立公司治理状况的信誉评估机构，也就是让市场对上市公司的治理水平进行评估。对专业资产评估公司实行注册，以提高市场资产评估的技术与质量。

中国的经济增长已经达到一个关键的阶段，目前宏观经济的良好条件非常有利于下一阶段的攻坚战：构筑稳固的产权基础设施，以便市场力量发挥更有效的作用。只有建立产权的基础设施，才能够有效地解决新老“原罪”问题。因为只有在有法可依，有规可循的前提下，才可能处理那些已经成为既成事实的产权问题，其中包括灰色领域中的产权。否则，新的制度没有建立，而对以前积累的财富也无明确结论，这会大大地阻碍中国生产力的发展，使社会公众感到不平，财富的拥有者也感到不安全。由此会引起更深一层次的社会问题：积累的财富不能用于有效投资、资本外逃、群众不满等。这对中国社会的稳定发展显然是不利的。

参考文献

- Calabresi, Guido and Douglas A. Melamed. (1972). "Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral." *Harvard Law Review*, 85(April), 1089-1128.
- De Soto, Hernando. (2000). *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic Books,
- Huang, Ray. (1990). *China: A Macro History*. New York: M. E. Sharpe.
- Huang, Ray. (1999). *Broadening the Horizons of Chinese History*. Chinese edition, Taipei: New Century Publisher. English edition, ME Sharpe, New York.
- Sheng, Andrew. (2004). "Optimal Financial Structure for Economic Growth: Lessons from Other East Asian Economies." Paper presented at Beijing University CCER Tenth Anniversary conference, 16-17 September 2004.
- Sheng, Andrew, Geng Xiao and Yuan Wang. (2003a) "China's Financial Reform: Property Rights Infrastructure and the Resolution of 'Original Sin'." In Chinese. Presented at Shanghai Institute of Law and Economics, Beijing, 13 December 2003. (<http://www.econ.hku.hk/~xiaogeng>).
- . (2003b). "The Future of Capital Markets in Developing Countries: Implications for China's Equity Markets." Paper presented at Stanford Center for International Development conference *China's Market Reforms*, Stanford, 19 September 2003. (<http://www.econ.hku.hk/~xiaogeng>)
- . (2004a). "A New Institutional Economic Analysis of 'Original Sin'." In Chinese. *Perspectives*, 4(2), 1-4. (<http://www.oycf.org/Perspectives/Chinese>).
- . (2004b). "Corporate Governance, Capital Market, and Property Rights Infrastructure: The Experiences of Hong Kong and Lessons for China." Paper presented at Shanghai Academy of Social Science & 1990 Institute conference *State-owned Enterprise Governance in China*, Shanghai, 28-29 May 2004. (<http://www.econ.hku.hk/~xiaogeng>).
- . (2004c). "China's Financial Reform and Property Rights Infrastructure." Forthcoming in October 2004 issue of *Perspectives*. (<http://www.econ.hku.hk/~xiaogeng>).
- . (2004d). "The Property Rights Micro-Foundations of Macro-History: Ray Huang's Analysis of Market Reform in China." Unpublished manuscript. (<http://www.econ.hku.hk/~xiaogeng>).
- Werin, Lars. (2003). *Economic Behavior and Legal Institutions: An Introductory Survey*, London: World Scientific.