

法律与“原罪”问题座谈会

吴玉章教授(中国社会科学院法学研究所):

今天《环球法律评论》请到各位,参加这样一个小型的、多少有点儿跨学科的学术研讨会,我和编辑部的同仁们都感到极为荣幸。请允许我代表编辑部简单说几句。大家都知道,最近,关于民营企业、民营企业有没有“原罪”,以及如何理解、认识和规范民营企业、民营企业家的活动,是一些非常重要的问题。我看到今天早上(2004年2月27日)搜狐网上全国政协副主席羹孟寰先生在最近一个会议上强调说:民营企业有所谓“原罪”,根本站不住脚,是一个伪命题。改革开放以来,民营企业在中国的经济和社会发展当中起了非常重要的作用,而在民营企业的发展当中,民营企业家就成为非常值得关注的群体。对民营企业家在原始资本积累阶段所做的事情,怎么认识?是对是错?是符合正义还是属于邪恶?“赦免”其中有问题的人,无论罪过也好,非法活动也好,在道德上能不能站得住脚?在法律上是属于合法还是非法?在经济活动当中,这种“赦免”究竟有没有效益?所有这些问题,我们都期待着今天在座各位一陈高见。虽然我们这个会议来的人不是很多,但在座各位作为法学界、经济学界的代表人物,一定会令我们今天的座谈会获得成功。关于民营企业家“原罪”问题,今年伊始,河北省委发布了“一号文件”,据认为是对民营企业家所谓“原罪”问题做出了一些规定和解释。而最近《南方周末》上的议论比较多,各种意见都有。作为主持人,我想简单讲到这里为止,下面请各位发表自己的看法。

张曙光教授(北京天则经济研究所):

一提起民营企业的“原罪”,好像民营企业在初期都是胡作非为的,这种印象是不对的。当然有这样的,但我看主要不是这样。第一,改革开放初期,制度方面有许多不完善,有许多“灰色地带”。“红色地带”是允许你做的,“白色地带”是不允许你做的,这都明确;但中间有个非常大的“灰

色地带”,很多人就是在这个地带做的,那么今天能不能说就是犯罪,我看不能。事实上,整个改革开放的过程都是对原本是合法但不合理的东西进行一些变革,很多东西都是从“违法”开始的,“包产到户”就是很好的例子。冲破当时不合理的东西,我看还是功劳。不冲破,你想想改革能推进吗?我看是推进不了的。所以,对民营企业来说,“原罪”这个说法本身就是有毛病的。第二,你们法律界讨论追诉时效问题。而我看,不仅过了追诉时效的不能追究,就是在时效之内的,也要历史地看当时的功过,不是简单的罪与非罪问题。历史的这一页翻过去了,我们现在考虑这个问题,应当考虑怎样有利于民营企业的成长,有利于中国经济的发展,我丝毫不怀疑河北省“一号文件”就是从这个良好的角度出发的。对这个“一号文件”许多民营企业家是回避的,因为你一说好,就说明你有问题,中国的许多事情都是这么联想的。我认为,毕竟不是什么走私、贩毒,过去的就让它过去了,以后再犯罪的,一律追究。就是说,承认现在这个事实,保护私有财产,使中国经济能够更好的发展,当然,这样操作可能会有一些问题,但不失为一个解决的办法。第三,现在不是民营企业“原罪”的问题,而是地方政府、国有企业、法院等侵犯民营企业的问题,现在这是一个普遍的事情。比如“红帽子”企业,开始都是个人投资,挂靠在某个国有企业名下,交“挂靠”费,但脱钩以后产权界定就成了一个问题。新领导来了,有的就把人家的产权剥夺了。这种荒唐的事情多极了,各地保护民营企业的文件多极了,但真正落实的又有几个呢?现在看来,我们经济界、法律界以及新闻界,应当共同努力营造一个保护私营企业、保护私人合法财产的法治环境,这也许是我们的当务之急。谢谢!我就讲这么多。

陈泽宪教授(中国社会科学院法学研究所):

从河北省的“一号文件”以及对这个文件的说

明来看,本身并没有什么问题。从刑法的角度来看,有这么几个问题值得探讨。第一是追诉时效问题。“原罪”表示与生俱来之罪,它不是一个法律概念,是借用来的,但很形象,它所指的就是民营企业在创业初期财富聚敛阶段可能有一些违法的行为。河北省“一号文件”对民营企业创业初期涉及犯罪的行为,说如果超过追诉时效的,不应再启动刑事追诉程序。这句话实际上只相当于对刑法有关追诉时效规定的一种重申。但有一个问题,根据刑事诉讼法的规定,虽然因超过20年而过了追诉时效,但认为还应当追诉的,应当报最高人民检察院核准。就河北省而言,根据这个“一号文件”,就有可能出现这样的情况,应当报“最高检”核准追诉的,也不报了,不再启动刑事追诉程序了。这种情况下,可能与刑法的规定有些背离的地方。但我也和《检察日报》的记者说,虽然有这么一点问题,但这种情况在中国非常罕见。技术上来说对法律的规定有些负面的影响,但对于打击犯罪来说,影响可以说微不足道。第二个与刑法有关的问题,就是关于国家工作人员在招商引资过程中得到的一些提成、奖励之类的东西。我记得这种规定不只是在河北,最早在山东,省里面也发过类似的文件,其他许多省市也都有相似背景,就是各地都在鼓励招商引资,激励机制就是对于牵线搭桥的人给予提成奖励。这就涉及招商引资人的身份,如果是一般老百姓,可能不发生刑事问题,但如果是一个国家工作人员,在招商引资中又利用了职务上的便利,这在刑法上就可能构成受贿罪,怎么区分罪与非罪就比较麻烦。而河北省的规定明确说,这种情况是合法的,这与刑法的有关规定可能会有冲突。当然,要看案件情况。

除以上两点外,我看不出其他的问题,因为我是搞刑法的,就从刑法角度谈这些。

信春鹰教授(全国人大常委会委员):

我是从法理的角度谈一些看法。最近媒体对河北省的“一号文件”炒得很热。我认为第一个要澄清的问题就是,这个文件是不是一个规范性文件?在我看来它不是。它是由河北省“政法委”搞的一个决定,然后由河北省委、省政府转发的,并不属于一个地方性立法,根据我国的立法法,它不在法律体系里。从这个前提出发,它对河北省的司法机关有没有约束力?理论上说,没有;但实践

中肯定有。

还有,关于这个“原罪”有各种定义,但我发现,包括今天的发言,法学家和经济学家的视角是不同的。从法学角度看,河北省“一号文件”涉及的所谓“原罪”问题,其实就是指当初是不是犯罪?追诉是否延续到现在?从文件的意思看,不仅是针对“原罪”问题,现在也得这么做。这从法治的角度看,就有很大的问题。因为根据这个文件,不处理的不仅是“原罪”,还包括“现罪”,我觉得这才是一个问题。那么,怎样看待这个问题?是不是只有民营企业才有这样的问题?我觉得不是。其实所有的企业都是在同一个经营背景下,都这么经营。你要盖几十个甚至上百个章,免不了有请客送礼之类的事发生,这叫所谓“磨损费”。这就是企业的生存环境,在这个环境里,我们的法律,包括刑法,是不是真的那么刚性?该规范的都规范了?我觉得这又是一个问题。

再回到这个文件本身,它的意义在哪儿呢?依我看,我可能把它估计得很低。我只是觉得它是要改善河北省的投资环境,这可能是它的本意。至于法律上该怎么办,不该怎么办,这个文件是没有权力干涉的。这样看来,我认为没有必要把这个文件看得太重要,也不要赋予它太多的意义。有些媒体把它看得很高,所谓“开风气之先”。从法治的角度,我倒觉得,这个“风气”不可开。我就讲这么多吧。

陈兴良教授(北京大学法学院):

我觉得讨论这个问题还是很有必要的。前天我在“全国工商联”参加一个座谈会,也是讨论这个问题。“全国工商联”作为民营企业家的一个联合体,对这个问题比较关注,但他们主要是从如何改善非公有制经济的法律环境这个角度切入的,也涉及“原罪”问题。“原罪”问题跟法律有关,当然也跟我们研究的刑法有关,我主要从刑法角度做一个简要探讨。第一是想对“原罪”这个概念以及它所反映的内容做一个简单分析。“原罪”不是一个法律术语,它主要想概括的是民营企业家在创业初期的不法或犯罪行为。这种行为可以分以下几种情况:第一种是计划经济向市场经济转型时期,有一些民营企业家是通过违反当时计划经济下的法律(当时甚至作为犯罪行为),发展起来的。但随着经济的转型,这些行为已经被法律所

承认。也就是说,从现在的法律看,这些行为已经不是犯罪行为。他们当时的违法行为实际上是对计划经济体制的一种冲击,代表着改革的一种力量,所以是具有正当性的。像这样的情况,无论如何也不能看做一种犯罪。第二种是在转型时期法律不太完善情况下大量的规避法律的行为。这种规避法律的行为,主要是当时的法律失范造成的,在当时就不是犯罪,因为规避法律不同于违反法律。但是,随着法律的完善,这些行为被后来的法律规定为犯罪。由于它当时不是犯罪,根据刑法不溯既往的原则,这些行为不能算是犯罪。第三种情况,在创业初期确实是靠犯罪起家的,不仅根据当时的法律是犯罪,而且根据现在的法律也是犯罪。但是在起家之后,一直守法经营,并且企业不断正规化。这种情况可能是我们今天所说的“原罪”。还有第四种情况,也值得我们注意,就是在创业时是合法的,但在创业之后,为了维护它的产业而有些违法犯罪,这个现象没有引起足够的重视。

我注意到,现在一些黑社会性质的犯罪,其组织性很多都是以企业为依托的。在“打黑除恶”的斗争中,有一些民营企业家陷入进去。这也要具体分析,比如企业向国家斥资购买了独家经营权,但国家保护不力,企业就养了一帮打手。打伤人,出事了,又向公安、工商行贿,最后成了一个“黑社会”。这说明,如果法律环境得不到改善,可能还会有大量的所谓“黑社会性质的犯罪”出现。我个人认为,“原罪”这个词,虽然有很强的概括性,但也有很强的迷惑性,不注意具体分析就很容易混淆罪与非罪,所以我主张尽量不用这个概念。这是我想讲的第一点。

第二点是关于对河北政法委的“一号文件”如何评价。在我看来,这种规定都是在经济比较落后的地区产生的,它所试图改善的法律环境,沿海地区在10年前就已经完成了。在河北、山东这样一些内陆省份,经济不太发达,法律环境也相对落后,现在才做这个工作,这本身也反映了中国各地经济和法律发展的不平衡。10年前的政策调整没有引起很大的反响,但为什么现在这样一些政策调整却引起了这么大的震动?这个问题恰恰需要引起我们的重视,我后面还要谈到。现在我想谈河北“一号文件”所涉及的刑法、刑事诉讼法问题。这个文件在刑事程序方面提出了两点意见,

第一点,对于犯罪情节轻微的,尽量不采取关押的强制措施。第二点,对于有重大贡献或者有重大项目在身的民营企业家,涉嫌犯罪的,只要不采取关押措施不至于发生社会危害的,尽量不予关押。从我国目前情况看,审判前的羁押是普遍现象,达到90%左右,这种情况本身就是与法治理念相违背的,是亟须改变的现象。所以,这个文件在这一点上是对的,不违反法律。过去办案,多不考虑社会效果,人关进去了,企业也垮了;人又放出来了,企业却不存在了。这对社会生产力造成很大的破坏。

从刑事实体法角度看,这个文件涉及四个问题:第一,它强调要区分罪与非罪界限,要增加民营企业的法律预期。这个问题我觉得还是很有意义的。因为在经济领域之中,特别是在社会转型时期,经济犯罪和经济纠纷之间的界限,是不太容易区分的,很多情况是把经济纠纷当作犯罪来处理,这样做非常不利于民营企业的发展。这个文件的规定,实际上是1992年“三个有利于”思想的体现,在法律上也没有障碍,因为从刑法上说,区分罪与非罪,原本就是一个基本的准则。第二点涉及追诉时效问题。这个文件涉及的是民营企业“创业初期的犯罪行为”,应当说这个用语还是比较准确的。超过追诉时效不得启动刑事程序的规定,也是没有问题的。第三个是说量刑方面。如果行为没有超过追诉时效并且需要定罪的,在量刑时,文件讲的是“综合考虑犯罪性质、情节、后果、悔罪表现和所在企业当前的经营状态及发展趋势,依法减轻、免除处罚”。第四点,它提出来,依法能够判缓刑的,尽量判处缓刑。前提都是“依法”,这种规定本身也不违反法律。这些都可以说是对法律的重申,本身不是法律文件,实际上是对政策的一种宣示,它的影响是政策引导性的。如果说可能引起什么问题,那就是法律原本应当平等保护每个人,无论他是不是民营企业家,但这个文件却只强调保护民营企业家。不过,我们要看到,之所以特别提到对民营企业家的保护,我想,跟当前民营企业家所遭受的不平等待遇有关。虽然民营企业在国家经济生活中起了重大作用,但民营企业家的法律地位一直得不到落实。在这种情况下,强调保护民营企业家,这样的初衷应该是无可厚非的。

第三点,我想谈谈如何对待“原罪”的问题,我

个人觉得,所谓的“原罪”,不是一个单纯的法律问题,而更多的是一个政治问题。前面提到过,10年前沿海地区的调整没有像现在这样产生震动,因为当时的调整是在一种正当化的话语下进行的,是受社会肯定的改革举措。为什么内陆省份当前所做的与10年前几乎相同的事情,却受到了关注甚至批评?尤其是从法律角度进行的批评,说这样的做法是违反法律的。这反映了很复杂的社会心理和社会矛盾。一方面,人们的法制观念健全了。10年前你地方政法委怎么说都可以,人们还不敢或不知道去质疑,而现在人们法律意识加强了,可能自然而然动用法律进行评价。但我认为深层次的原因可能还是我们社会矛盾的产物,尤其是当前贫富差距越来越大,反映了资本和劳动的矛盾。这种矛盾,我理解,就是马克思所说的阶级矛盾。过去公民都是平等地给国家“打工”,但通过若干年的改革,造就了一批有资本的人或者称资本家,包括民营企业家。这就引起了当前的劳资矛盾,由于国家政策调整的不到位,这一矛盾还有激化的趋势。在这种情况下,整个社会有一种“仇富”的心理。对此如果不加引导疏通,那对我们的社会经济发展是有害的。有人提出对所谓“原罪”进行清算,就是这种“仇富”心理的反映,但它却是以法律的名义提出来的。虽然获得了法律上的某种正当性,但其内容却反映了某种对于一个健康社会有害的心态。

当然,“原罪”的提出还反映了另外一种社会的心理和要求,也就是说,我们的社会发展到了这一步,民营企业不断发展壮大,这种情况下要注意保护民营企业的发展,要平等对待民营企业。之所以特别提出对民营企业的保护,可能是因为民营企业发展所遇到的障碍比国有企业大得多。在“原罪”问题上同时反映了两种对立的社会心理,所以我觉得必须正确引导、平衡、调节、调和这些矛盾。在劳资矛盾面前,我们的法律应当更具有超脱性和中立性。我们要注意保护资本,尤其是个人合法资本,它虽然在个人名下,但实际上是社会财富的一部分;另一方面我们要保护劳动,不应当挫伤劳动者的积极性。

法律、法治在这当中的作用是特别重要的,承担着重大的历史使命。我们应当考虑,在一个法治社会里,法律应当如何应对这种情况?我认为我们不当要机械的法律观念,法律要有利于社

会发展,有利于创造良好、宽松的社会环境。我们现在的法律观念,尤其是刑法观念,还有很多建立在“专政”基础上的法制理念,需要加以改善。我觉得,法治的根本功能,是要对国家权力加以限制,要对公民个人权利加以保护。对一个行为罪与非罪的评价,尤其要从这个角度来看。法律观念以及立法固然重要,但更关键的还在司法环节,我们现在司法权威的丧失已经到了不能容忍的地步。司法裁判得不到社会认同,但司法改革又举步维艰。司法机关在解决社会纠纷方面起不到应有的作用,这是令人忧虑的。还由于过去专政思想造成的极端,这个社会现在缺乏一种宽容的精神,这样的社会很难得到健康的发展。因此,我们学者也应当从提倡社会宽容这个角度来考虑解决“原罪”问题。

朱景文教授(中国人民大学法学院):

我也是搞法理的。对于“原罪”,我想有刚才兴良教授讲的法治问题,但它成为一个热点,可能更重要的还在于它的背景和社会问题。之所以引起社会关注,可能是人们在解读它的时候,更多地把它当作一种政治信号。也就是说,不管民营企业初期的行为是否犯罪,通过这个文件都要把它合法化。俄罗斯脱胎于苏联之后,也有类似的情况:对于那些大亨,不管你以前怎样,过去的就都算了,以后你只要不违法就行了。由此带来的问题是,虽然你把过去的合法化了,但你能保证以后没有新的“原罪”吗?这是不是意味着,我现在做的,不管对错,总有一天会被你认可?这些问题引起了国内外的关注。

当有记者就这个问题采访我的时候,我提到这种情况非常像法国作家雨果《悲惨世界》里的冉·阿让。他先犯罪,后来在宗教的感召下从善了,但一个忠于职守的警长一直追着他,为了他的“原罪”。我觉得文学作品的震撼力可能就在这儿。我们现在谈的问题比冉·阿让的问题要复杂得多,到底有多少民营企业是靠偷税、漏税、伪劣产品、行贿受贿起家的?我现在没有看到可靠的调查数据。但可以肯定地说,确实有这种“原罪”的存在。对于这种“原罪”,要具体分析,但确实有不法的资本原始积累。现在河北“一号文件”所规定的,实际上是南方省份在这个问题上经常做的。“原罪”问题在南方实际就是这样走过来的,其核心是承

认现实。再有一个我想谈的是:我们对法律到底怎么看?法律和社会经济的矛盾到底怎样?我们法学家看问题就应该从法治的观点看,要遵纪守法。如果不这样的话,那么就连一个最基本的立脚点都没有了。但是有些法律确实是“睁一只眼,闭一只眼”的法律,弹性是很大的。但什么样的情况应当是刚性的?什么样的情况应当是灵活的?由谁说了算?这又是一个非常复杂的问题。在现今社会我们是否还要运用这种灵活性,这在我们的法治建设中到底是利是弊?这些都是重要的问题,我提出来和大家一起讨论。

蔡定剑教授(中国政法大学):

“原罪”这个问题之所以引起较大震动,我想是因为两个深层次的原因:

一个是法律和经济的关系问题。我们都同意市场经济未来的发展,但是要怎么发展?是不是在法治的轨道上发展?关于“原罪”问题我看了很多观点,感觉到经济学家比较赞成,理由是“有利于发展”。但我们真正面临的问题是,我们到底应该怎么发展?过去我们曾经有过无序的状态,但现在我们要走向文明,走向市场经济,我们必须强调规范的、法治的发展方向。我们不能再强调突破法治来发展,或者是要网开一面的发展观。这个文件是否违法?我刚才听了,有各种争论,但我的观点很明确:这个文件是违法的。不管它如何表述,它就是网开一面,这个指导精神是非常清楚的。

我从宪法、法理的角度分析,这个文件至少有两个危害:第一,我们讲法治,是讲平等保护。不能一讲到保护,就把谁单拎出来,又是要从轻,又是要免除等等。这是破坏法治平等的,是它的一大危害。要这样的话,我们都可以随意解释法律了,并且辩解“我们过去都是这样的”。但我们现在的法学家,是不是还要强调用“红头文件”解决问题。河北省“一号文件”虽然不是法律,但它是超法律的,一旦落实,河北的司法机关对这类犯罪是不会再去管的。我们应当给官员们一个信号:我们不能都用这种方式,一旦如此,我们的法治还能统一吗?所以我认为这不是一个小事情。

第二个要说的是,“原罪”问题之所以产生这么大的效应,还因为它涉及公平和效率问题。老百姓对于“化公为私”等问题之所以愤慨,就是因

为它引起不公平。过去我们强调私营企业的发展带来效率,但却忽略了它带来的一些不公平问题。这个我就不多讲了。我一直不认为公平和效率是个很深的矛盾,但不能单纯强调发展和效率而破坏公平。司法实践中,有些司法机关确实不像话,整民营企业,找它的茬子,影响了地方经济发展。造成这种情况的原因,我认为多是执法问题。我们不能笼统地说“原罪”,到底有哪些可能追究刑事责任呢?早期是投机倒把。过去法律不完善,违法行为是比较少的,经济领域主要是一个投机倒把。刑法修改后,反而大大扩展了罪名和追究范围,比如抽逃资金,都是后来加上去的。这很大程度上还是司法机关具体掌握的问题,不是立法的问题。我希望经济学家和法学家都来关心经济和法律、公平和效率的关系问题,正确地引导社会向法治经济方向发展。

王卫国教授(中国政法大学):

首先我们探讨一下“原罪”的概念。根据《圣经》,“原罪”就是指由个体的罪过延伸到整个族类群体的罪过。说民营企业的“原罪”,实际上暗含这样一个假设:它们的资本原始积累是不正当进行的,所以后来的所有财产都缺乏合法性。进一步的结论是,民营企业的财产是不受保护的、可以剥夺的,而且,如果它不就范的话,可以随时随地拿“原罪”来治理它、惩治它。“原罪”问题的实质是,在改革开放20多年民营企业有了相当的壮大之后,我们的整个社会、整个法律制度怎么去对待这一批人、这一批企业、这一批财产的问题。对于这个问题,我是站在民商法学者的角度来关注的,从财产的角度来切入的。

紧接着我要提出的问题是:民营企业有没有“原罪”?我们知道,在改革开放的初期,民营企业的生存条件总的来说是非常恶劣的,没有产权保护,缺乏资源分配和市场空间,更没有符合市场规律的行为准则。民营企业要生存,靠什么?第一,靠自己的勤劳和智慧;第二,是利用政策和法律当中的有利空间;第三,就是用金钱与政府的权力相交换,因为当时所有的资源都是在政府的控制之下。当然,也有些人通过走私贩私、假冒伪劣、欺诈等等人类公认的违法手段来获取财富,更有一些政府部门、国有企业的人,通过种种手段侵吞国有资产,以此作为投资加入了民营企业行列。

我的看法,前三种情况,要承认历史条件,是制度性问题。可以说,这也是“原罪”问题的缘起。对于不合理的制度导致的异常行为,是不是应当与合理制度下的异常行为有所区别?回答是肯定的。尤其是,当某些行为是有利于并推动了历史发展的情况下,再去追究,显然是不合适的。因此,笼统地说“原罪”问题,有可能扩大了民营企业发展初期的违法范围,导致了一种有罪推定的观点和做法。其实,某些国有企业的一些肮脏和罪恶,如果揭开来看,也是触目惊心的,但从来没有有人说国有企业有“原罪”。

我的第三个观点是对民营企业的历史评价。首先,它们的出现符合中国经济市场化的潮流;其次,它的存在符合中国社会的利益;第三,它的发展有利于中国的社会进步。所以,总的来说,“十六大”的基本政策之一就是保护民营企业,促进非公有经济的发展。要实现这些目标,就应该澄清那些对它们不客观、不公正的理解和评价。尤其是要摘掉加在它们头上的“原罪”的帽子。河北省的文件之所以要重复一个在刑法学家看来属于常识性的问题,实际上反映了一个比较普遍的现象,就是在地方上存在利用“原罪”的概念,压制、打击、敲诈甚至剥夺民营企业的现象。“原罪”以及与之相关的有罪推定的概念,成了一些人的工具,他们利用这个工具的目的,不是为了维护社会利益,而是基于恶意和自利的动机。河北省出台这样的文件,不是无的放矢,也不是无事生非。事出有因,可以理解。

第四点,必须说明,澄清“原罪”概念并不是要赦免真正的犯罪。我的看法,对民营企业,既不存在“原罪”的概念,也不存在“大赦”的概念。一句话,该保护的,该保护的,该追究的,该追究的。一切根据法律,平等保护,一视同仁,但一定要坚持无罪推定原则。

现在我要提出一个理性思考的问题,就是制度尤其是变迁中的制度和这个时期行为的关系问题。我们知道,没有十全十美的制度,也没有一劳永逸、一成不变的制度,违反制度的行为,总的来说是要被制度否定或制裁的。但是,制度的改良往往也是在行为的冲击之下发生的。中国民营企业初期的一些行为,确实与当时的制度发生过严重的冲突,这些冲突在某些方面也确实促进了制度的进步和完善。我们应以什么样的标准评价这

些行为?难道说法学家的使命只能是充当既成事实的代言人和忠实守护神吗?难道法学家就没有改革制度的使命吗?在改革制度的时候,是不是应当对那些冲击了制度的行为抱一种冷静的、客观的态度,并且站在历史进步的立场上来进行理性评价呢?这是我正在思考的问题。谢谢大家!

张维迎教授(北京大学光华管理学院):

“原罪”这件事一开始与我有一定的关系。我在2002年12月“中国企业家例行年会”上的演讲中,提出关于税收的问题。我的观点是,本着向前看的精神,在中国特定的历史条件下发生的事,现在又讲不清楚,一个合理的做法就是,过去的事既往不咎。这个观点还遭到“网上”的批评。当时我主要讲税的这一部分,现在看,与“原罪”问题的讨论有点儿相关性,但我从来没有用过“原罪”这个概念。

有一个小问题。我理解追诉时效是用来约束官方的,不能你想什么时候抓人就什么时候抓,要有一个约束。该抓时不抓,就是失职。不能当时不抓,时过境迁再去翻旧账,这是我的理解。还有就是河北“一号文件”涉及的提成、奖励问题,我理解,这要看是谁定的标准。如果是自己给自己定的标准,那就有问题了;如果是上级定的,就没有问题。

另外,法律的一个重大功能是给我们一种预期,但真正阻碍我们做出预期的,仍然是我们政府的执法部门。如果政府部门今天说这样,明天说那样,那么人们的行为就没有了可预期性。我跟企业来往较多,它们现在担心的,根本不是假冒伪劣之类的事情被追究,而主要是像税这样的问题。国家税务总局前段时间提出“无限期追究”,这就造成资本外逃、办出国护照等等。这说明,人心恐慌就是因为没有可预期,不知道以后会发生什么。

其实我们法治中的“法”应当是自然法意义上的法,是符合社会公认的道德的法,不能是违背道德的所谓“实证法”。还有,我们这些经济学家和法学家今天坐在这里讨论这个“原罪”问题,虽然有意义,但恕我直言,不大可能解决实际问题。要从根本上解决问题,我看还需要大政治家,像邓小平一样的政治家。

周汉华教授(中国社会科学院法学研究所):

我也讲几个观点。“原罪”这个现象实际上反

映了我们在过渡时期、转型时期的一种深层的矛盾和困惑。也就是说,我们的旧的一套行为规范和制度,同改革后的新的运行模式发生了冲突。这个是非常普遍的,包括民营企业戴“红帽子”、“上下打点”这样的问题。你看前些时候的“粤海铁路案”,这帮领导全给判刑了。为什么呢?说是私分国有资产罪。这个里面很危险:当时领导层做的决定,但你是国有公司,定的工资那么高,就是私分国有资产。其他类似单位也是一样,管你是个人还是集体做的决定,都有可能是私分国有资产罪。这太可怕了。转轨时期这样的弊端,比比皆是,哪儿都是。越没有开放的领域越严重。你要说是有“原罪”的话,司法机关确实是随时可以“打”你,想“打”谁就“打”谁。

这就是我们面临的所谓“非规范”的现象,很难叫它违法,只能叫“非规范”。这样就有一个很难的判断问题。传统的执法都比较简单,把这种“非规范”都纳入违法,这就涉及一个判断标准问题。“非规范”其实可分两种:一种确实是违法,像赖昌星那种;另一种实际上是制度创新,是对旧的不合乎社会发展要求的规则体系的冲击,如果简单地把“非规范”全部都算是违法,我想这就会阻碍我们的发展。

我也一直在想判断标准的问题。是仅有一个法律的形式标准,还是有某种实质标准,像小平所说的“三个有利于”?按法律的形式标准评价,实际上是很空的标准。比如环境保护,按形式标准,我们国家是最有法制的,十几个环保方面的法律,非常全,但实际上环境非常差。所以,转型时期的实质标准我觉得非常重要。国外现在实际上也在采用实质性标准,也不再实行自由资本主义时期的形式标准。所以我们现在应该引入一个实质性的标准,就是看到底是不是有利于公平、正义。

河北这个做法是想引导民营企业的发展,提高人民的生活水平。当然情况有一点复杂,因为马上有人会问了:谁来做这个判断?就有这个问题。经济学家的实质标准就是讲效率,法学家就是讲公平。谁有这个权力?所以就面临着这样一个困惑。实际执法中,有一个执法者的认知和觉悟因素,立法完善当然好,不完善就要靠执法者了。

规则之所以有用,就在于它降低成本。如果按实质标准的话,实际上不需要规则,每次都来实

质性的判断。要一个规则,就是为了在大量的案件当中不要进行实质判断,就按这个标准就行了,这就省事了,简单了。但疑难案件却需要一个实质性的标准,不可能把法律过程全变成一个机械过程:规则都有了,降低交易成本,也不需要利益衡量,直接从法律里面生出结果来。这个说明,在转型期,实质标准非常重要,需要一些公平、正义的东西,需要形式标准和实质标准的结合。如果你说只要实质标准,那成本也太高了,那还要法干嘛?还要法学家干嘛?

第三个我要谈谈对党的文件的理解,这可能是一个比较敏感的问题。我觉得,党的文件在中国的地位取决于中国的特殊国情。当年的土地批租、公司改造,包括现在的破产案件,都是把法律搁在一边儿了。所以,党的文件是过渡阶段必须正视的一个问题。我的看法是,有比没有好。

第四个我要谈的是,河北“一号文件”还是有许多创新的。最大的创新就是它规定:法律不禁止,就可以做。这个问题许多人,包括国家机关,都还没有把握。许多人问我是不是有这么个原则:对于国家机关,法律没有规定就不能做;对于公民,只要法律不禁止,你都可以做?我说“没问题呀”。但他们说不是没问题,中国现在实际上没做到这个。河北省政法委能把这个原则规定下来,我觉得就很可贵了。这个如果能确定下来,对中国的法治来说,就是一个巨大的进步。

第五个我讲一下“一号文件”的瑕疵。首先,招商引资是一种政府的商业化行为,文件把这个问题搅上去,让人有不好的联想。其次是文件说娱乐业不要去检查,这也很容易让人感觉要搞“无烟工业”,单挑出娱乐业不太合适。这两点,我觉得是文件不足的地方。

刘作翔教授(中国社会科学院法学研究所):
我想简单谈谈看法:

第一个看法就是,“原罪”这个问题纯粹是媒体炒作出来的。这也反映了我们现在新闻文化的一个特点:只要有机可乘,就钻进去。从文件本身来看,没有这个意思。文件涉及的犯罪主要是现行犯,没有涉及过去很久远的事情。从文本角度,看不出任何涉及“原罪”的意思。去年山东省也有一个文件,是法院的,好像比这个走得还远。

第二个看法也是关于党的文件性质的。党的

文件的指导意义,这是毋庸置疑的,关键就是它不能作为执法和司法依据。这是个大问题。党的“十三大”以来一直强调,党的主张,要通过相应的立法程序转化为人民意志,才有法律约束力。在立法转化之前能不能作为执法依据,这就是一个大问题。既然国家选择了法治这个路线,那么就要遵循法治的过程。党有权发布任何文件,但它不具有法律效力,要通过转化。中央的“修宪”建议,也仅仅是个建议,要通过“人大”转化成法律上的东西。直接以党的文件做依据而判案的,我还没有见过;以政府文件为根据,这种情况是有的。

刘俊海教授(中国社会科学院法学研究所):

去年“全国政协”关于非公有制企业健康发展问题有一个调研,其中有一点体现得非常明显:非公有制企业家非常担心,我们是不是政策有变?不仅是抓了几个人问题,是不是党的政策发生了变化?还有一个背景就是,发展非公有制经济,也是因为当前国有企业在改制阶段,不太争气,为了发展经济而推出的政策。我想河北政法委要起草这个政策的一个原意,就是想把十六届三中全会关于鼓励非公有制经济健康发展的精神,在当地以党的文件的方式体现出来。

那么,民营企业家所谓初期犯罪大概有几种形态呢?我认为有四种:一种是当时确实是违法的,但违反的是恶法。比如民营企业不能从“四大银行”贷款的规章,这东西完全是歧视性待遇,这个规章本来就是恶法。如果当初为了取得贷款而戴了“红帽子”怎么办?如果贷款偿还了,这肯定没问题;如果偿还不了,是不是就定诈骗罪?好像好多人都认为这构成犯罪,其实很多时候是正常的违约,它确实还不起。第二种,当时的行为是合法的,只不过当时的司法理念是落后的。比如许多司法机关认为,法律没说让民营企业做什么,

就不能做。这种理念在欠发达的地区是比较常见的。所以,有的时候民营企业家也有因此被抓的。第三种情况,当时行为违法,现在看来不违法。第四种情况,当时是违法的,现在仍然是违法的。

现在最急迫的,从商法角度看,是如何构筑一个有利于非公有制经济发展的法治环境。第一个是“市场准入”的问题。还要接着清除歧视非公有制经济的法律、法规、规章,它们没有说不让非公有制企业进来,但它们设立不合理的条件,使非公有制企业不能进来。我认为“入世”以后,凡外国企业享有的市场准入优惠待遇,应当自动适用于内资民营企业。第二个,资本的问题也要解决,要解决民营企业融资难的问题。从制度上做出调整,就避免了民营企业为争得合理的目标去侵犯一些不公平的规则。第三个关于“红帽子”企业。我认为要坚持两条:一是坚持以工商登记为准,如果有相反的证据可以推翻;二是要解决对国有企业、民营企业双向保护不平等的问题。有一个国有企业岌岌可危了,一个人把它买下来,不出一个月就扭亏为赢了。这时领导跟他说:你必须把产权还给我,而且是无偿的。这是改革的需要、发展的需要、稳定的需要。这位民营企业家想起来,市长动员他收购这个企业产权的时候也说:你得买下来,你有能力,你有魄力,你有创新精神。这是改革的需要、发展的需要、稳定的需要。也是这几句话,所以,人家民营企业家就必然对政府是不是个诚信的政府有所怀疑。河北“一号文件”也触发了对这个问题的讨论。我就简单说这么多,谢谢!

(本摘要由邓子滨博士整理,特别致谢!另外,感谢《环球法律评论》编委黄列、王晓晔、周汉华、王雪梅等人对于座谈会做出的贡献。)