

LEGAL APPROACHES TO
ANTI-ETHICAL RISK OF CORPORATION

企业道德风险的 法律防治

李 玉 梅 文 海 兴 李 爱 玲
张 冰 文 丽 莎 著

很多人认为，我们
现在生活在一个危机四伏的社会中。
企业的虚伪和欺骗，使这个原本和谐而又五光
十色的社会很多时候变得令人不安。为探究其中的
原因，十年前我们开始关注企业、企业家的道德和责
任，最终把视线聚焦到了企业道德风险这一为经济
学家们津津乐道的话题上。与他们不同的是，我们
是以法学工作者的身份，从法的视角来审视
这一现象的，并把观察思考的心得
以此书的形式奉献给大家。

 中国金融出版社

企业道德风险的法律防治

李玉梅 文海兴 李爱玲 张 冰 文丽莎 著



中国金融出版社

责任编辑：王素娟

责任校对：孙蕊

责任印制：陈晓川

图书在版编目 (CIP) 数据

企业道德风险的法律防治 (Qiyè Daode Fengxian de Fǎlǜ Fangzhì) / 李玉梅等著. —北京：中国金融出版社，2012. 11

ISBN 978 - 7 - 5049 - 6612 - 4

I. ①企… II. ①李… III. ①企业—职业道德—法律—研究
IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 234462 号

出版
发行

中国金融出版社

社址 北京市丰台区益泽路 2 号

市场开发部 (010)63266347, 63805472, 63439533 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com>

(010)63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 62568380

邮编 100071

经销 新华书店

印刷 利兴印刷有限公司

尺寸 169 毫米 × 239 毫米

印张 16

字数 239 千

版次 2012 年 11 月第 1 版

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

定价 38.00 元

ISBN 978 - 7 - 5049 - 6612 - 4/F. 6172

如出现印装错误本社负责调换 联系电话 (010) 63263947

前 言

很多人认为，我们现在生活在一个危机四伏的社会中。企业的虚伪和欺骗，使这个原本和谐而又五光十色的社会很多时候变得令人不安。为探究其中的原因，十年前我们开始关注企业、企业家的道德和责任，最终把视线聚焦到了企业道德风险这一为经济学家们津津乐道的话题上。与他们不同的是，我们是以法学工作者的身份，从法的视角来审视这一现象的，并把观察思考的心得以此书的形式奉献给大家。

在第一章，我们对企业道德风险的概念、形成原理和防治理论进行了介绍，并基于法律所独有的引导、预测、评价、教育和强制等品质，对法律作为防治企业道德风险工具的价值、原则和基本框架等进行了较为系统的探讨。

第二章至第五章，是我们倾尽心力关注的内容，主要从企业道德建设创新、企业产权制度安排和内部组织、权力架构治理、企业外部治理等角度，多方位论证了法律防治企业道德风险的可能性及其制度安排。其中，第二章研究了企业社会责任、企业道德规范和企业信用制度建设的方法、途径，以从根源上筑起企业自觉抵制道德风险发生的堤坝；第三章以“完善现代企业产权制度，增强企业自治能力”为题，对企业法人财产权、公司治理结构、企业产权流转等防治企业道德风险的基础法律制度进行了探讨；第四章以信息不对称是引发企业道德风险的关键因素为立论依据，在对企业公开的信息应具有产品性质这一观点进行分析的基础上，以全面质量管理思想为指导，提出了建立我国统一的强制性企业信息公开制度的设想；第五章的研究偏重于防治企业道德风险的外部环境建设，认为提高行政执法能力、促进中介机构和行业协会发展，对缩小企业机会主义空间、有效遏制企业道德风险

有重要意义。

在第六章，我们探讨了企业经营者的道德风险问题，希望通过一定的激励约束制度安排来抑制企业经营者这一企业道德风险种种问题的“始作俑者”的道德风险行为，进而完成对企业道德风险的防治。

本书是集体劳动的结晶。李玉梅对全书进行了统筹，并撰写了第一章和第三章的第一节和第二节；文海兴撰写了第二章，并负责全书的最后审定；李爱玲撰写了第三章的第三节和第四章；文丽莎撰写了第五章；张冰撰写了第六章。

本书在写作过程中，得到了我们的家人、朋友及同事的倾力支持，我们对此深深铭记于心。很多学者的研究成果对我们的研究极具借鉴、启发作用，我们已尽力在文中对此有所列举，但难免有所疏漏，在此我们一并表示由衷的感谢，并对可能出现的疏忽和不周表示深深的歉意。

目 录

第一章 企业道德风险及其法律防治概述.....	1
第一节 企业道德风险及其防治理论.....	1
第二节 法律防治企业道德风险概述	15
第二章 提升企业道德水平，增进企业自律能力	31
第一节 加强企业道德建设	31
第二节 完善企业信用法律制度	46
第三章 完善现代企业产权制度，增强企业自治能力	69
第一节 独立的企业法人财产权	69
第二节 科学的公司治理结构	78
第三节 有效的企业产权流转制度	96
第四章 促进企业信息公开，消减信息不对称程度.....	108
第一节 强制性企业信息公开法律制度概述.....	108
第二节 企业信息公开义务及责任.....	128
第三节 提高企业信息公开质量的制度安排.....	154
第五章 提高市场监管效能，缩小企业机会主义空间.....	169
第一节 提升行政执法能力.....	169
第二节 提高中介机构执业质量.....	183
第三节 促进行业协会建设.....	191

第六章 企业经营者道德风险的法律防治..... 204

 第一节 企业经营者道德风险概述..... 204

 第二节 防治企业经营者道德风险的方法..... 213

 第三节 防治企业经营者道德风险的制度保障..... 228

参考文献..... 237

第一章 企业道德风险及其法律防治概述

只要市场经济环境存在，道德风险就具有不可避免性^①。企业作为以委托—代理关系和以契约为纽带建立起来的经济实体，滋生道德风险的几率尤为突出，对社会进步和企业发展具有很大的危害。法律所独有的引导、预测、评价、教育和强制等品质，在防治企业道德风险中占据重要位置。

第一节 企业道德风险及其防治理论

一、基本概念界定

（一）企业的概念

“企业”一词，源于英文 Enterprise，经日文翻译后传入中国。Enterprise 原意是企图冒险从事某项事业，且具有持续经营的意思，后来引申为经营组织或经营体^②，指从事生产、流通、服务等经济活动，以产品或劳务满足社会需要，并以获取盈利为目的，依法设立，实行自主经营、自负盈亏的经济组织。

1. 企业是社会经济的基本单位。企业是在社会化大生产条件下存在的，是商品生产与商品交换的产物。在技术和组织上，企业具有如下特点：（1）企业是经营性实体，主要从事生产、流通、服务等活动。（2）企业通

^① 李建华、易珉：《企业管理中的道德风险：经济学的视角》，载《湘潭大学学报》（哲学社会科学版），2008（3）。

^② 史际春：《企业、公司溯源》，见王保树主编《商事法论集》（第1卷），北京，法律出版社，1997。

过交换生产经营的成果与消费者或用户发生经济联系，满足一定的社会需要，同时获得盈利。(3) 企业具有独立的经济利益，自主经营，自负盈亏。(4) 企业通常为一定的团体或组织体，要依法设立并具备一定的法律形式。(5) 企业的经营活动具有持续性，这是企业与流动摊贩、一次性交易等非固定、非稳定的经营行为相区别的一个重要标志。(6) 企业是社会经济力量的基础，企业生产力的总和构成社会生产力。

2. 企业的发展状态影响整个社会经济生活的发展水平，主要表现为：(1) 在生产领域，企业是生产的现场。劳动力同生产资料直接结合并生产出来产品，是在企业里实现的。(2) 在交换领域，企业是实现交换的基本环节。每个企业都要同原材料、能源、生产设备、设施的供应者、产品用户、运输单位、设计科研机构形成各式各样的交换关系。这些关系通过企业的销售活动和经营活动联系起来，形成整个社会的生产和再生产。(3) 在分配领域，职工要从企业得到工资、奖金、津贴等，每个职工的最终收入在很大程度上取决于企业的经营活动成果。国家要从企业得到税金，国家的政治、经济、文化生活等很大程度上也受到企业经营活动成果的影响。

(二) 企业道德风险的概念

1. 风险。风险，英文为 Risk，第五版《现代汉语词典》把风险解释为：“可能发生的危险”。学术界对风险的描述最早源于经济领域。经济学家莱特认为风险是这么一种情形：一种行为可以导致几种相互排斥的结果，而每一种结果都有已知的概率，如果这些概率是未知的，这种情形就包含了不确定性，风险就产生了。统计学家沃尔德从他的研究领域对风险进行了描述，认为风险就是当采用一个特别的决策函数时，由于最终决策的错误而产生的预期行为成本和预期损失之和。精算师特腾斯在年金保险中第一次精确地用数学定义了风险概念，建议将风险描述为平均偏差的一半。^① 我国一些学者将风险描述为由于各种不确定性因素的出现与变化影响经济活动的方向或方式，给经济主体带来一定损失或获利的机会。^②

① 丁义明、力福康：《风险概念分析》，载《系统工程学报》，2001（5）。

② 杨力：《商业银行风险管理》，上海，上海财经大学出版社，1998。

综上所述,风险应是相对于某个期望结果可能发生的变动情况,特指一种特殊的不确定性,是造成危险、损失的潜在因素。由此可见,风险是可以事先防范和控制的。

2. 道德风险。道德是人类社会特有的以善恶为评价标准,依靠社会舆论、内心信念、传统习惯来调整人们之间的相互关系的行为规范和准则。道德在指导和规范人的行为、调节人们之间的关系、维护社会生活秩序、建设社会的物质文明与精神文明等方面都起着重要的不可替代的作用。

道德风险的概念最初出现在保险理论中,指一个人参加保险后导致了思想上的麻痹或依赖保险的心理,反而降低了防止风险的努力程度,甚至出于恶意或不良企图故意造成危险事故,结果在保险后反而更容易发生危险。如人们购买了汽车保险以后,有可能不会像以前那样细心地驾驶汽车以避免车祸;购买了火灾险后,有可能不会像以前那样谨慎地防范火灾了。

经济学家对道德风险的关注始于亚当·斯密。他在《国富论》中这样写道,“要想股份公司的董事们监督钱财用途,像私人合伙公司成员那样用意周到,那是难以做到的。疏忽和浪费,常为股份公司经营上多少难免的弊端。惟其如此,凡属从事国外贸易的股份公司,总是竞争不过私人冒险者”。^① 斯密指出了股份公司董事(代理人)在监督不全的情况下不会尽力为公司股东(委托人)工作的现象,这就是道德风险问题。后来,道德风险的含义扩展为签订契约后代理人隐瞒不利信息或自动对委托人造成的不利结果。20世纪80年代,西方经济学家又从经济伦理学角度对道德风险进行了定义,特指从事经济活动的人在最大限度地增进自身利益、不完全承担风险后果时作出不利于他人的不道德行动。如国际货币基金组织出版的《银行稳健经营与宏观经济政策》一书,将道德风险定义为当人们将不为自己的行为承担全部后果时变得不太谨慎的行为倾向。在信息经济学文献中,道德风险是指签约双方由于目标的不一致,由信息不对称而引起的对最优契约执行结果的偏离。换句话讲,道德风险行为就是当签约一方不完全承担风险后果时所采取的自身效用最大化的自私行为。到20世纪90年代,道德风险被学者们广泛地用于解释保险市场、公共福利、卫生保健和借贷市场等行

① 亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下册),北京,商务印书馆,1974。

为，泛指市场交易中的一方因难以观测或监督另一方的行动而导致的风险。

如果超出经济学领域限制，代表性的观点认为：“所谓道德风险，是指可能道德行为的不确定性，这种道德行为的不确定性既可以指作为行为主体本身可能道德行为的不确定性，也可以指一种社会措施所可能引起的社会可能道德后果的不确定性，且这种不确定性主要又是立足于其可能的结果及其潜在的危险性质而言的。”^①言下之意，人们在经济、政治、文化等各领域中的进行的道德评价的行为选择具有不确定性，既有可能是道德的也有可能是不道德的，而这种道德风险的重点则指向不道德的行动选择招致危险的不利结果的可能性。

3. 企业道德风险。在企业活动中，道德风险问题相当普遍，并广泛存在于企业与其利益相关者^②、企业股东与经理、企业经理与员工的关系中。例如，如果政府不能观测到企业污染环境的行为，企业就有可能为了自身利益选择污染环境，而使社会的利益受损。再如，股东利益的实现取决于经理工作努力的程度，在股东无法观测到经理的努力程度的情况下，经理有可能选择一个较低的努力水平，从而损害股东的利益。有鉴于此，学者们普遍认为企业道德风险概念有广义和狭义之分，广义的企业道德风险涉及范围较广，涵盖企业作为群体或法人的道德风险和企业内部的道德风险等诸多方面；狭义的企业道德风险特指企业内部的道德风险。本书使用广义的企业道德风险概念，主要研究企业作为群体或法人的道德风险。

综上所述，企业道德风险应是企业在最大限度地增进自身效用时作出不利于他人的行动，或是企业不完全承担风险后果时所采取的自身效用最大化的自私自利行为^③。

① 高兆明：《应当重视“道德风险”研究》，载人大复印资料《伦理学》，2001（8）。

② 所谓的利益相关者是指那些在企业发展过程中，对企业生产经营活动能够产生重大影响的团体或个人。这个团体或个人既可能是公司内部（如员工），也可能是公司外部的（如供应商、竞争对手等）。大多数情况下，利益相关者可分类如下：所有者和股东、银行和其他债权人、供应商、购买者和顾客、广告商、管理人员、雇员、工会、竞争对手、地方及国家政府管制者、媒体公众利益群体、政党及宗教群体和军队等。

③ 刘燕君：《管理者世界之“道德风险”》，http://www.chinavalue.net/Article/Archive/2008/5/6/113864_2.html，2011-12-12。

二、企业道德风险的种类

根据不同的分类方法和标准，可以把企业道德风险划分为不同的类型，其中最为常见的是从学科视角所作的分类。

（一）企业道德风险的信息经济学分类

在信息经济学文献中，道德风险是指签约双方由于目标的不一致，由信息不对称而引起的对最优契约执行结果的偏离。换句话讲，道德风险行为就是当签约一方不完全承担风险后果时所采取的自身效用最大化的自私行为。企业的行为有可能违反了契约，也有可能没有违反契约，但结果都是一样的，即因为道德风险行为使得最优契约结果发生了偏离。

信息不对称是指市场交易双方所掌握的信息量或信息准确性不对等。信息经济学认为，信息不对称性是产生企业道德风险的一个基本原因。不对称信息一般分为两类：一类是指外生的信息，诸如交易委托人的能力、偏好、身体健康状况等，这类信息不是由委托人行为造成的，某种意义上是一种先天的、先定的、外生的，一般出现在契约签订之前，比如一个企业在雇佣工人的时候，每个工人能力的高低雇主并不很清楚。当出现这种问题时，就要设计一种机制，使企业能够获得对其有用的信息，或诱使他人披露真实的信息，然后达到一种最好的契约安排。这类信息不对称称为隐藏信息，或者称为逆向选择。第二类是内生的信息，取决于委托人行为本身，即在签订契约的时候，委托人双方拥有的信息是对称的，但签订契约后，一方对另一方的行为无法监督、约束，如在签订雇佣契约后，工人是努力工作还是偷懒。在这种情况下，就产生了典型的激励问题：用什么样的激励机制能够诱使另一方采取正确的行动，如在企业中，雇主用什么样的工资制度让工人努力工作。这一类称为隐藏行为，或者称为道德风险。由此可见，道德风险模型可划分为两类：隐藏信息的道德风险和隐藏行为的道德风险。

（二）企业道德风险的经济伦理学分类

1. 投机道德风险与纯道德风险，依据利益与风险主体的关系以及道德风险形成动机的差异性，企业道德风险分为投机道德风险与纯道德风险。

投机道德风险指企业为实现或扩大自己的利益,采取非正规和不道德手段,使其他相关主体蒙受利益损失的可能,包括企业从自己的利益出发,忽视自身所承担的社会职责而给社会公共利益带来损失的可能情形。“每个人都希望以尽可能少的牺牲取得更多的财富”^①。因此,投机道德风险是企业道德风险的主要形式,并有如下两种情形:(1)无意识投机道德风险,即企业在追逐自身利益的过程中,由于道德知识的缺乏或道德认知的差异,使得自身行为不符合或违背社会一般道德原则的可能性增大。如某股份公司为了追求自身收益,在不知情的状态下将招股说明书中的项目说得天花乱坠,可实际运作下来却是一年绩优、两年平平、三年亏损,给外部投资者带来损失。(2)有意识投机道德风险,即企业从一开始就把对利益的追求放到“至高无上”的地位,在增加自身利益的过程中清楚地知道行为的性质,有意地对社会一般道德标准进行违反。如证券市场中一些内幕信息的知情人,基于获利的企图利用内幕信息进行股票交易,进而直接造成了股市信息在内幕交易者和外部交易者之间的信息不对称,使股市信息结构发生巨大变化,从而对股市运行和交易者产生重大影响。

纯道德风险是指企业在无法增加自身利益的情况下行为不道德而造成损失的可能。如企业证券业务操作人员处于自己情绪的失控状态,或出于对证券市场、证券业务及证券从业相关人员的不满,在无法实现或得到自身利益的条件下行为不道德而造成证券市场相关主体利益损失的可能。这种风险是不受任何理性驱使所形成的,其风险来自于企业作为“经济人”所与生俱来的追求自身利益最大化的特性,就如亚当·斯密在《国富论》中所指出的那样:“每个人都在力图应用它的资本,来使其生产产品能得到最大的价值。一般地说:他并不企图增进公共福利,也不知道他所增进的公共福利为多少,他所追求的仅仅是他个人的安乐,仅仅是他个人的利益。”^②阿马蒂亚·森则断言经济活动之所以存在,经济人的经济理性存在是最主要的原因:“如果不是自利在我们之中起了决定性作用,正常的经济交易活动就会

① 西尼尔,蔡受百译:《政治经济学大纲》,北京,商务印书馆,1986。

② Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Cause of the Wealth of Nations* (Volume 2), Clarendon Press, 1979, p. 400.

停止。”^① 在人的利己动机驱使下，在外界的压力有所减弱或外界约束力不强的环境中，人性中恶的一面就常常扩大、膨胀，使人产生恶念或行恶的冲动。在这种情况下，人们就会忽视行为的意义和后果，满足自己“为恶”的欲望，从而产生纯企业道德风险。

2. 主观道德风险与客观道德风险。根据企业道德风险的实施主体不同，道德风险可分为主观道德风险与客观道德风险。

主观道德风险是指企业中存在的或由于自身道德不确定性形成的道德风险。主观道德风险的形成取决于企业的道德水准和道德约束的力度。任何道德约束的方法、制度和措施都是相对完善的，实际上都存在有不足、缺陷与漏洞。道德约束机制客观的绝对不完善性就给不道德行为留下了发展的空间。因此，在主观道德风险的形成过程中，企业道德意识发挥着决定性的作用，他们是主观道德风险的施动者，主动承担着道德风险的责任与后果。

客观道德风险是指因企业利益相关者的不道德行为而造成企业损失的可能。大多数社会和经济行为都不能由企业单独完成，它们往往牵涉各种其他利益体，构成复杂的行为和利益关系。在其他利益参与者的道德无法得到保证的情况下，企业就不得不面对由于利益相关者的不道德行为而带来损失的可能。也就是说，企业利益相关者的主观道德风险使企业承担了客观道德风险，如经营设施被破坏、商品被偷窃和毁损、少数顾客的恶意退货等。在客观道德风险中，企业承担道德风险是被动的，是风险形成的受害主体，被迫对风险的后果承担责任。

（三）企业道德风险的法学分类

根据企业道德风险的行为表现及其直接侵害的社会关系的不同，可对其作如下分类：

1. 政策性道德风险。政策性道德风险指企业违反国家法律规定从事经营活动或谋求某些特殊权利的活动。其基本特征是违反国家法律和政策法规，并主要表现为大搞权钱交易，利用贿赂获取不正当利益；恶意隐瞒收入和应税行为以偷逃税款；从事国家禁止的生产经营活动，或生产国家禁止生

^① 阿马蒂亚·森，王宇、王文玉译：《伦理学与经济学》，北京，商务印书馆，2001。

产的产品和质量低劣、有毒有害产品；视《劳动法》为一纸空文，肆意践踏劳动者权益等。以上行为会形成企业对国家政策或法律规定逃避的惯性，严重损害法律和政府的权威性和严肃性。

2. 市场性道德风险。市场性道德风险指企业违反市场竞争规则，以损害竞争对手利益的不正当手段获取最大化利益的行为，其主要表现为垄断和不正当竞争行为，不守信用、肆意毁约不遵，千方百计转嫁责任和经营风险，逃避债务等。这些行为妨碍了良好的市场竞争秩序的建立和市场经济体制的完善，是我国目前市场经济体制建设的最大障碍之一。

3. 公益性道德风险。公益性道德风险指企业违反公共利益，从事危害自然环境，妨碍可持续发展的生产经营活动。这种风险突出地表现在对社会公德或自然环境的破坏上，如乱采滥伐、过度利用自然资源、大量排放废物、制造环境污染等。

三、企业道德风险的形成原理

目前，国外学者围绕企业道德风险成因形成企业道德风险外生论和内生论两大流派。企业道德风险外生论认为，社会环境对企业施加影响，并设立企业道德的条件，企业道德决定于企业外部环境怎样为它的社会责任和持续政策设立条件。当出现有碍企业道德形成的因素时，企业会损害其他利益主体，企业道德风险出现。这些障碍因素包括竞争压力、制度压力、社会文化准则等。企业道德风险内生论认为，企业道德意识与诚信氛围、企业内部组织和权力结构、企业实施层面——经理与员工的个人道德等，直接决定了企业道德风险的发生几率。具体到我国而言，企业道德风险的形成与企业微观活动和社会宏观环境有很大关联。

（一）企业道德风险成因的微观分析

从微观方面看，我国企业道德风险主要来自于企业的功利主义、信息不对称和契约的不完备性。

1. 功利主义是企业道德风险产生的主观动因。“道德风险的哲学根源在于

道德本身的功利性”^①。在市场经济条件下，企业设立的目的非常明确，就是获得利润和回报。每个企业都希望以最低的成本获取最大的利益，因而存在着为自己谋求最大限度利益的行为倾向。企业可以在合理、合法的范围内追求自身利益最大化，也可能利用一些机会将利益内在化，同时将成本和费用外在化，逃避责任，如企业会有目的、有策略地利用信息，按个人目标对信息加以筛选和扭曲，并会违背对未来的承诺，从而导致道德风险的产生。

2. 信息不对称是引发企业道德风险的关键因素。经济活动产生信息并伴随着信息流转，信息是每一个经济活动的生命线。如果没有可靠的信息，市场就不可能很好地运转。但由于社会分工的出现和发展，再加上主体的有限理性、信息的单向性（甚至暗箱操作）、获取信息成本过高等原因，市场上的信息必然是不对称的，且随着社会分工深化，信息不对称程度越来越深。信息不对称的客观存在，使企业有条件通过“隐蔽行动”而不完全承担其行为的全部后果，从而有动机也有可能在实现自身利益最大化的过程中损害其交易对象的利益，而其交易对象则要承担过度风险，这是道德风险产生的一个“外因”。信息不对称程度越大，产生道德风险的可能性就越大。例如，正是由于确信消费者在购买产品前很难通过市场获得有关产品全面的真实信息，企业才敢冒天下之大不韪去生产销售有毒有害产品。

3. 不完备契约是企业道德风险产生的重要根源。在现代企业理论看来，企业是一系列契约的组合，企业行为是所有企业成员及企业与企业之间博弈的结果。一个完备的契约指的是准确地描述了与交易有关的所有未来可能出现的状态，以及在每种状况下契约各方的权利和责任的契约。如煤矿企业与发电厂之间的长期供货合同要规定什么时间、什么地点供货，煤炭的质量标准、价格，当生产成本变化时价格如何调整，货款支付方式以及不能履约时的赔偿办法。对比之下，如果一个契约不能准确地描述与交易有关的所有未来可能出现的状态以及每种状态下契约各方的权利和责任，这个契约就是不完备契约。简单地说，不完备契约就是一个留有漏洞的契约。由于有漏洞，不完备契约常常不具法律上的可执行性。现实生活中，由于信息的不对称、未来经济活动的不确定性以及人的有限理性，完美无缺、无所不包的契约是

^① 曾欣：《中国证券市场道德风险研究》，成都，西南财经大学出版社，2003。

根本不可能存在的。契约有漏洞，考虑不周、估计不到、有空子可钻是永远不可避免的。

当契约不可能完备时，要让企业选择帕累托最优努力水平是不可能的。根据新制度经济学的解释，道德风险存在于下列情况：由于不确定性和不完全的或有限制的合同使负有责任的经济行为者不能承担全部损失（或利益），因而他们不承受他们的行动的全部后果，同样也不享有行动的所有好处。在完备契约条件下不会出现任何法律纠纷，“只要能够简单地把全部后果转嫁给这个经济行为者，问题就很容易被解决。事实上，这就是一个完全的合同”^①。而不完备契约因为事前无法描述所有内容，合同中包含缺陷和遗漏，使得企业有可能不对自己的行为负有全部责任，从而使企业有动机也有可能损人利己、中饱私囊，从事道德风险行为，最大化自己的效用，且由此产生的损失由其交易者承担。企业的道德风险问题很多是由于权利和责任不对等造成的明目张胆行为，即当事人敢于在行为完全透明的情况下把主要责任推给无辜的一方^②。契约的不可能性，大大提高了发生合同纠纷的可能性和重新谈判的事后成本，从而大大增加了市场的交易费用；这也使合同双方无法通过最优的合同设计，形成有效的监督与约束机制来规范行为主体的行为，导致合同行为主体严重的道德风险行为，使合同双方面临极大的道德风险。

（二）企业道德风险成因的宏观分析

从宏观方面看，我国法律制度和社会道德缺失，刺激了企业道德风险的发生。

1. 法律制度缺失是产生企业道德风险的激励因素。追求自身利益或效用的最大化是企业行为的基本动机，作出决策前企业总是在反复权衡比较边际效用，看怎样才能使自己获利最大，怎样以最小的成本或代价获取最大的利益。法律一方面告诉了企业何者可为，何者不可为，为企业行为提供了一

① 徐滇庆：《民营银行与道德风险》，载《南方周末》，2003-11-20。

② 许国平、陆磊：《不完全合同与道德风险：90年代金融改革的回顾与反思》，载《金融研究》，2001（2）。