

第一章

产权制度分析的主要概念和理论工具

产权 (Property Rights) 最初是罗马法关于规范人们财产占有行为的范畴, 作为经济学的概念, 它也有很久的历史了。在亚当·斯密和马克思的经济学中, 它被用以定义生产资料的所有制关系, 马克思在政治经济学中就是使用这一概念来解释劳动与资本的关系, 解释经济行为和经济制度演变的。但是在新古典经济学的理论范畴中, 它却被认为是经济行为的“外部性”, 而常常被假设为经济过程已经确定的制度前提。因此, 在很长一段历史中, “产权”概念往往不为“主流”经济学家们关注和讨论。在 20 世纪 70 年代以后, 随着科斯、阿尔奇安、威廉姆森以及张五常等人对企业制度、交换行为、交易成本、契约关系等问题研究的不断深入, 新制度经济学的学者们广泛地讨论了产权及其相关问题, 并对“主流”经济学派也产生了很大影响, 于是, 产权及其经济制度约束下的最大化问题成为了经济学研究的新主题。应该说明的是, 美国经济学家诺思 (Douglass North) 用新制度经济学解释人类社会经济变迁, 不仅深化了制度经济的理论研究, 而且还扩展了其研究范围, 创新了社会的、国家的、意识形态的历史研究方法。在他完成了《西方社会的兴起》和《经济史中的结构与变迁》这两部著作后, 产权制度的理论和分析方法迅速地为经济史学家们所运用, 有力地推动了经济史的研究, 这对于正在制度创新中的中国, 尤其具有重大的理论意义。

应当说, 产权分析仅仅是新制度经济学基本理论体系的组成部分

和分析工具之一。本书主要利用了产权结构演化、产权基本规定性和产权制度安排的“路径依赖”等基本分析方法，试图解释在中国近代特定的产权制度安排下，人们的经济行为、意识取向和社会的制度选择的成因和基本轨迹。因此，本章将适当结合中国经济史的发展个案，对新制度经济学在这些经济范畴上的论述作一简单的综合和概述。

一、产权结构的基本内容

产权是一个历史性的理论范畴。如果说原始部落最初的公有社会是经济史的逻辑起点，那么在没有任何私人占有和市场交换活动的状态下，“产权”是毫无意义的。人们之间不会存在经济资源的占有、使用、分配等权利的转让和交换行为，无论是人们的习惯规范还是社会的道德准则都不会受这些行为的成本和收益约束。如果说“鲁滨孙的世界”是经济学的逻辑起点，那么在经济资源无任何使用限制和没有市场交换的状态下，“产权”同样无用武之地。因为鲁滨孙不会担心有人会侵占他正在和将要使用的任何经济资源，他可以使用任何他能够使用的经济资源，因此使用经济资源的成本就只是他在使用时所耗费的直接体力和脑力，只有生产成本，而不发生任何交易成本。随着经济资源特别是生产资料的私有制产生和市场交易行为的出现，原始的公有社会开始解体，“鲁滨孙的世界”演绎为不同个体的交换市场，财产纠纷和交易冲突必然发生并逐步尖锐起来。于是，为维系经济、社会生活的正常秩序，人们通过部落、国家或者社会公共机构开始进行财产归属的界定和交易行为的规范，建立产权制度才成为社会的必需。

应当说，最初的产权概念与它所反映的经济现象同样的简单和抽象。人们所关心的仅仅是财产的所有权，因为“所有权”本身是与财产的使用、让渡、分割等权利融为一体的。而且，因为私人经济规模的狭小，市场交换关系的单一，财产的转让、租借、抵押以及投资行

为还没有普遍化，所有权就是产权的惟一形式。到了希腊罗马社会，在中国应当是周朝至春秋时期，市场范围和规模不断扩大，农业、手工业、商业、银钱业的行业分工专业化日趋明显，交换行为多样化和多元化，借贷、租赁、财产侵占和剥夺行为已经是日常现象，长期投资与雇佣也时常发生。因此，民间组织、政府机构和交易当事人都开始普遍地利用市场规制、法律法规以及合同等“契约”方式来规范人们的经济行为。这些规范和受规范制约的经济行为导致了产权的多样化和多元化趋势，财产的所有权不再是产权存在的惟一形式，所有权与使用权和经营权在事实上的分离，已经发展到对产权结构重构的理论和实践要求，产权的结构化也就应运而生了。工业革命以后，由于大量的发明家成为工业家，通过技术发明而成为财产所有者，或者是通过转让发明权而获得巨大收益，进而从事新的投资事业；此外，伴随着企业规模的日益扩大，大量生产和大量销售促成了巨型公司的出现，所有权与经营权彻底地分离，造就了一个新市场和阶层，这就是经理者市场和阶层。于是，知识和管理作为一种新的经济资源进入市场，并进行规模化的交易和转让，新的产权载体出现了，它从有形状态进入了无形状态，产权体系更为丰富，涉及的范围更加广阔。

正是因为如此，在我们今天能够读到的经济学著作中，对于产权就有各种各样的定义。美国经济学家费希尔（I. Fisher）尽管不是制度经济学家，但却为新制度经济学家们所共同推崇，因为在他的理论体系中强调了经济制度对经济绩效产生的重要影响，他对产权的定义无疑对新制度经济学产生了重要影响。费希尔写到：“产权是享有财富的收益并且同时承担这一收益相关的成本的自由或者所获得的许可，……产权不是有形的东西或事情，而是抽象的社会关系。产权不是物品。”^①在这个定义中包含了产权的四个主要内涵：产权表明对财富收益的享有，产权有承担相应成本的义务，产权有“许可”的约束和保障，产权是抽象的社会关系。

^① I. Fisher, *Elementary of Economics* . New York: Macmillan, 1923, P.27

新制度经济学的创始人之一，美国经济学家阿尔奇安是这样来说明产权的：“任何社会里个人使用资源的权利（即产权）被各种成规、社会习惯、排斥力所规范和支持着，正式的法律条例国家强制力量来维护。许多影响着私有财产的约束都与成规、社会排斥力量有关。”^① 菲吕博腾和佩杰威齐在回顾了新制度经济学的产权分析方法后，从分配的角度定义了产权：“产权系统是分配权力的方法，该方法涉及如何向特定的个体分配从特定物品种种合法用途中进行任意选择的权利。”^② 另一位著名的新制度经济学家德姆塞茨这样来描述产权：“产权具有造福或伤害自己或他人的权利，这一点非常重要。生产更好的产品会伤害竞争者，不过这样是允许的，但向竞争者开枪则不行；允许向入侵者射击以求自卫，但不允许低于‘价格下限’出售产品。由此可以明白，产权具体规定了如何使人们受益，如何使之受损，以及为调整人们的行为，谁必须对谁支付费用。”^③ 冰岛大学的经济学埃格特森教授在他的一本教科书式的著作《新制度经济学》中将通常意义上的产权分为了三种类型：“第一是使用一项资产的权利——使用者权利，即规定某个人对资产的潜在使用是合法的，包括改变甚至销毁这份资产的权利。我们应当注意，如果价值较高的使用权被排除，则资产价值就被大大降低了。第二是从资产中获取收入以及与他人订立契约的权利。第三是永久转让有关资产所有权的权利，即让渡或出卖一项资产。”^④ 后来，菲吕博腾和瑞切特在他们的一篇文章中用更简明的语言表达了与埃格特森几乎同样的产权结构划分：“产权有各种分类，所有权是最广为人知的。一般认为，一项资产上的所有权包括三个因素：（1）使用该资产的权利，（2）从该资产获取收益的权

阿尔奇安：《Some Economics of Property Rights》，PP. 129—130；转引自：（冰）埃格特森著《新制度经济学》，商务印书馆 1996 年版，第 35 页。

② 菲吕博腾、佩杰威齐：《Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature》，Journal of Economic Literature 10（December）1972，PP. 1 137—1 162

③（美）德姆塞茨著：《所有权控制与企业——论经济活动的组织》（第 1 卷），经济科学出版社 1999 年版，第 129 页。

④（冰）埃格特森著：《新制度经济学》，商务印书馆 1996 年版，第 35—36 页。

利，(3) 改变其形式、内容和地点的权利。^①

以上的定义主要是说明了产权权能结构的基本构件。^② 产权的权能结构是产权安排的基本存在状态，它表现了现实经济活动中经济资源和资产为多种经济主体以不同的行为方式所利用和交换，而共同增加价值和创造新的财富。因此，产权权能结构的分析能够说明社会经济制度中产权安排的基本特征和演化过程，更为清楚地解释产权制度变迁过程中的各种现象。

1. 经济资源的所有权，从性质上讲是最基本的产权，从结构上讲是产权的组成部分之一，它表明对某一经济资源的最终归属权以及保障这一经济资源的租金^③ 所得权。所有权具有两种基本形式，即私有产权和公共产权，如果体现在对基本经济资源——生产资料的权利上，正如马克思所分析的那样，可以大体分为生产资料的私有制和生产资料的公有制，进而马克思用历史唯物主义和剩余价值理论精巧地论证了人类社会必定实现在生产力高度发达基础上的生产资料公有制。

新制度经济学不承认这一基本结论，没有将理论的着力点放在生产资料的所有制上，而是主要分析生产资料所有权的具体权能展开。这样的理论在本质上抛开基本经济制度的分析，容易将产权与所有权混为一谈，使经济分析时常产生混乱。因为，作为一个社会的生产资料所有权结构，它形成社会的基本经济制度，决定了社会产权体系的基本规范和人们经济行为的基本准则。生产资料的私人所有在社会所有权结构中占据主要地位，社会产权体系基本按照“私人产权神圣不

^① (美) 菲吕博腾、瑞切特编：《新制度经济学：一个评价》，上海财经大学出版社 1998 年版，第 6 页。

^② 笔者在 2000 年写博士论文时，提出了产权权能结构的概念并进行了论述，本书是对过去论述的一个归纳。汪洪涛在他的《制度经济学——制度及制度变迁性质解释》（复旦大学出版社 2003 年版）一书中也明确地提出了这种权能结构是以所有权、使用权、收益权和处置权作为全部内容的，这一划分说明产权权能结构已经为我国学者们普遍认同并运用了。

经济学上的租金是指经济资源所有权在使用或让渡过程中的收益，也就是马克思所说的所有权在经济上的实现。

可侵犯”的准则进行规范；生产资料的公共所有在社会所有权结构中占据主要地位，则社会产权体系必然按照“公共产权神圣不可侵犯”的准则加以规范。当然，我们必须看到，原始状态的“公共所有权”在当今社会是不存在的，因为所有权的存在本身就意味着对经济资源的占有和使用行为必须受到非个人能力以外的限制，稀缺的经济资源不可能自由地占有，财富还不可能充分地涌流，在这样的条件下，“公共所有权”也就是一种经济行为的约束体系。原来没有制约的公海捕捞行为现在也由于经济专属区的建立和公海捕捞许可证的规制而受到了有效的限制。

作为制度安排的所有权，香港大学的经济学家张五常对之有这样的区分：私人所有权、公共所有权和国家所有权。^①将公共所有权与国家所有权加以区别，对认识和解释许多经济行为十分有利。事实上，公共所有权在历史上更多的是以社区共同占有和使用的形态存在，如社区共同修建的道路、桥梁、公共场所、社区福利性事业等，又如我国历史上的“学田”也应该是此类公共资源。这些公共财产所有权虽然也有政府的规制，但是它却不同于国有土地和官府手工业，其所有权归属是社区性。这些财产的所有、使用、处置主要受社区共同的约定规范约束，除了灾荒、饥饿和战争等特殊情况外，国家不能也不应该在没有任何谈判和支付的情况下，使用和处置这些公共经济资源。同样，国家所有的经济资源，任何个人和社区也必须按国家所确定的法律规范和政府规制有代价地占有、使用和让渡，不能也不该自由占有、任意使用和侵吞。过去，在经济史的研究中，人们往往混淆了生产资料的国家所有权、公共所有权的区别，从而解释不了复杂的产权结构现象。

2. 经济资源的使用权。就生产资料的使用权而言，它又基本等同于经营权。这是在生产领域中，最早从所有权中分离出来而具有独

张五常：《关于新制度经济学》；摘自《契约经济学》，经济科学出版社 1999 年版，第 76—79 页

立交换和收益权利的产权。应当说还是马克思最先较系统地从工业资本、借贷资本和农业的资本主义经营的分析中，解释了所有权和经营权分离的现象。^①在理论逻辑上，公共产权当是最先实现所有权和经营权的分离，一旦生产分工和专门化发生在公共产权所有的经济资源使用中时，所有权必然要与使用权分离，生产组织才有可能。而私有产权的分离却是在生产专业化和交易水平发展到一定阶段，两权合一的交易成本已经高于两权分离的交易成本后，在市场选择下才实现的。

新制度经济学以“委托—代理”理论，从组织构架和治理结构的角度，对所有权和经营权的关系、运作规范以及产生的“租金”和“道德风险”等一系列问题进行了分析和论证。^②当然“委托—代理”理论不仅仅包括所有权和经营权的关系，它分析了全部代理行为，包括没有经营性质的代理行为，比如，社区管理和政府机构中的科层代理等，但它确实是注重了经营权分割后的多层和多元化的产权权能结构，以及它们之间的权利和约束关系，从而深化了对人们的委托—代理行为的解释。我们必须看到，“委托—代理”理论是以所有权与经营权分离为前提的，这对经济史的分析相当有用。例如，近年来一些学者对租佃制、工场手工业、官府手工业、商业行会和票号钱庄等制度和组织的产权结构及其行为关系的解释，就都受了这一理论的重要影响。^③

3. 使用经济资源的剩余收益分配权。马克思是在剩余价值的范畴内研究了收益的分配问题，将除劳动之外的一切生产要素的分配都归结为剩余价值的分配，利润、地租、利息不过是剩余价值的具体形态，它们都是劳动创造的，是被剥夺的本该属于劳动的财富。尽管新制度经济学像所有非马克思主义的经济学一样，不接受马克思关于劳动是惟一能够创造出超过它自身价值的价值，即剩余价值的经济资源

① 参阅马克思：《资本论》第3卷，人民出版社1975年版。

② 参阅科斯和威廉姆森的有关著作。

③ 例如王玉茹等编写的《制度变迁与中国近代工业化》（陕西人民出版社2000年版）。

这一批判资本主义经济体系的理论，然而，他们却比其他的经济学流派更加注重对剩余收益的索取和分配权利的研究。新制度经济学的学者们认为，剩余收益的索取和分配权利作为产权结构中的一个重要部分，不仅在于它是所有权在经济上的实现，而且更为重要的是在于它集中体现了产生产权激励的制度安排，是在产权权能分化中，各类产权实施的基本依据。

在新制度经济学家们看来，实现经济资源效益最大化的激励因素不仅来源于市场价格机制和需求偏好，而且还源于产权制度安排。在经济资源规模和质量相同，市场机制和需求偏好不发生重大变化的条件下，产权制度的不同或者发生变化，将导致经济资源的使用效益发生重大的变化，这样的事实在历史上和现实中都是不胜枚举的。这是因为产权制度的变化改变了经济资源使用后产生的剩余收益分配权利，使激励机制发生重大变化，改变了生产者和消费者的行为，因而产生或者消失了最大化的可能，使经济绩效发生变化。^①

同时，由于经济活动结果的不确定性，多元化的产权权能结构使“事先合同安排不可能罗列出所有的权利、义务关系，因为许多权利和利益的衍生往往是无法预见的，这部分权利的归属即剩余索取权的归属就是产权界定中的主要议题了，所以，契约论者认为，所谓产权归属，就是剩余索取权的归属。剩余索取权明确了，产权也就明确了。”^② 因此，产权的收益权是产权经济意义的基础，是明确复杂产权权能体系的根本性权利。

4. 经济资源的处置权。这是指改变经济资源，即资产、劳动、土地、经济组织、专利等的存在形态和使用方式的权力。对于这种权

科斯在 1960 年就发表了他著名的论文《社会成本问题》，在论文中，他提出了两个市场协商模型：一个是交易成本为零，这是传统经济学的模型；一个是交易成本大于零，这是更符合实际的模型，也就是以后新制度经济学遵循的分析前提。他认为传统经济学忽视了交易成本的存在，将产权安排当成是一种无成本的“外部性”因素，因而看不到因产权存在和不断地调整而产生的交易成本变化，以及这种变化的潜在激励。

^② 汪洪涛著：《制度经济学——制度及制度变迁性质解释》，复旦大学出版社 2003 年版，第 10 页。

利，许多学者都没有展开论述，笔者在这里进行探索性的讨论。

每一经济资源都有不同的属性，它不仅表现在不同的使用价值上，而且还表现在不同的处置方式上，对这些处置方式的选择和实施就表现了对经济资源的产权拥有。比如对固定资产（包括房产）的销毁、改造的权利，改变田地用途的权利等，这些权利所激励和保护的经济行为都将改变经济资源的原有价值和用途，使它更符合或更符合使用者和所有者的意图。

一般而言，处置权与所有权具有同一意义，对某一经济资源的物质形态进行改变或改造，是表现了对这一经济资源的所有权。但随着货币化进程和产权交易的深化，所有权与处置权的分离越来越明显了。例如，在保证土地所有者收入（租金或者其他收入）不变的条件下，所有者对使用者改变地面和地下资源状态予以认可，并不对使用者处置这些资源的权力和享受的利益进行干预；又如，上市公司的股东只关心股红和股价，而不关心公司的固定资产的变更和转换。当然，处置权作为独立存在的产权形式与使用权和分配权一样，是通过契约来执行和维系的，也正是这样，它才有了法律的存在方式。

5. 对经济资源及其所有权、使用权、收益权和处置权的转让权。这项权利与前一项权利一样，是随着交易行为在规模和形式上都日益多样化和多元化后，才最后从所有权中独立起来的。应当说，它们是经营权和使用权独立化不断扩张的结果。经济资源使用权的经营有两个明显的变化趋势：一是长期化，二是不确定化。在我国明清之际发展起来的永佃制就是历史上土地使用权长期化的典型案例。在近现代，经营权和使用权长期化的案例就更加广泛了。由于使用权的长期化，使用者面对经济资源的产权纠纷就会多于所有者，因为在长期契约的约束下，所有者的收益是有了保障，而收益风险却集中于使用者，追求效益最大化的使用者为了规避或减少收益风险，就必然产生并不断扩张对经济资源独立处置或转让的需求。要想改变所有者对他的处置和转让经济资源行为的制约，就必须让处置权和转让权从所有权中分离并独立出来。对于经济资源的使用和经营而言，使用者和经

营者所具有的使用技能和信息要比所有者多，二者的信息是不对称的。在经济和技术发展水平相对低下，市场环境和生产要素生产率变化不大的古代社会，使用或经营经济资源的效益预期是相对确定的。但是，在手工业和工业不断发展，技术和技艺日益提高，市场环境趋于复杂，并且竞争较前有了强化的条件下，经济效益的预期就变得越来越难以确定了。因此，所有权在收益上日趋固化，由不确定性产生的责任、风险和收益就越来越成为使用权和经营权的规范。这样又进一步强化了使用者和经营者对经济资源处置权和转让权的要求，在长期的“谈判”过程中，必然使处置权和转让权从所有权中分离出来，与使用权和经营权更为紧密地相伴。

事实上，经济资源的使用权、处置权和转让权与经济发展过程中的不确定性日益加深和普遍化密切相关。在市场和经济不确定性的条件下，稳定的收益是规避风险的结果，这种收益不为不确定性承担责任，因而也就不参与不确定性产生的剩余收益分配。所有权与其他产权的分离正是表现了所有者对稳定收益的偏好，因此，使用权、处置权和转让权就在对不断增长的剩余收益分配占有的激励下独立化出来并不断扩张了。

以上的五大权利，即经济资源的所有权、使用权、收益权、处置权和转让权构成了一个社会主要的基本产权结构，对人们的经济行为产生着最基本也是最重要的影响。因此，要理解某一社会的经济现象，解释人们的经济行为，发现其经济运行的规律，就必须对它的产权结构进行深入的分析，对形成特定产权结构的规范、成本和效益进行分析。在历史和现实中，我们常常发现这样的情况，产权并不单一存在于某一具体个人或者机构，它或者是五权统一，或者是三权合一，或者是一权在握，所以说，产权的结构是因社会、因社区、因机构、因人而异的，正是产权结构的这种丰富性，表现了社会、社区和机构的不同。

二、产权的基本属性

新制度经济学的许多学者为“产权”定义了三大基本属性，即“产权的排他性”、“实施产权的约束性”和“产权结构的历史选择性”，并将其作为产权实施的原则。产权的基本属性及其对人们经济行为的影响只有在实施产权的过程中才能体现出来，因此，笔者力图以清代旗田的回赎到私有化的过程为案例，证明产权的基本属性在中国具体的历史事件中是能够得到实证的，以便为本书运用新制度经济学进行的近代历史的分析做一个必要的铺垫。

旗田，是清初朝廷分配给旗丁的土地，政府规定了旗田业主只有使用权而无所有权，不纳捐税，不允买卖，“无论旧圈自置，概不准售予民人”^①；若典鬻旗地，从盗卖官地律，授受同罚。^②在康熙时，有相当多的旗人因不习耕种，而开始典押和转让旗田。1735年（雍正十三年），清政府开始对旗田进行强制回赎，所付赎金大都低于原价或根本就不付赎金。这实际上是想以部分剥夺甚至完全剥夺承典人利益的强硬手段，来制止旗田使用权的流动。^③然而，作为旗田所有者的清政府采用“回赎”这一市场性的行为，却在事实上和法律意义上承认了旗田的典押和转让，其结果必然对旗田的使用者——旗丁和交易对方都产生了更大的交易激励。因为旗田既然可以由政府回赎，旗丁们典押和转让旗田的交易权就受到法律的实际保护，只要旗田承典人在认定回赎风险成本，并可以接受旗田使用权转让和抵押的年限、价格后，交易就可成功进行。于是，交易双方不必再谋求设法规避法律的制裁，而是全力去寻求都能够满意的契约时间和价格。一般而言，在交易风险一定的情况下，典押和转让时间越长，土地收益相对就越大。因此，只要典押和转让时间保证的收益大于交易价格加上

^① 《清史稿》卷5，“田赋考五 八旗田制”。

^② 嘉庆朝《大清会典事例》卷135。

回赎成本，旗田的交易就会更大规模地进行。到乾隆朝时，旗田回赎的规定又有过几次修改，最初是以年限和契价为准计算回赎价，以后又“无论年分远近，契价多寡，总以现在租息为断”。^①于是，回赎价格仅取决于土地的经营效果，土地肥力上升、经营效果好，回赎的价格就高，回赎也就更为困难，而回赎劣质土地，因更难耕种，便只能以更低的价格转售和典押。

1852年（咸丰二年），清政府颁布《旗地买卖章程》，正式准许旗地“互相买卖，照例税契升科”，^②旗田从国有财产开始演化为私有财产了。这一事例完全可以证明，所有权和使用权在分离的过程中，将会不断强化使用权的独立性，因此原有二元化的产权结构深化了产权的分离进程，对使用权实施了转让和独立处置，使转让权和处置权也独立出来，人们对旗田的交易行为和经营行为都随之发生了变化。最后，使收益权也彻底分离出来，所有权的收益与所有权、转让权和处置权一样得到了实现，一个较为完整的产权结构在原来的国家所有与旗丁经营相结合的旗田上建立了。

实施产权之所以能够改变人们的经济行为，从而改变社会的产权结构，这是由产权自身所具有的属性所决定的。

1. 产权的排他性，这是产权最基本的特征。经济资源按特定的生产函数投入使用而获得报酬的过程也是一系列的决策过程，选择什么资源进行生产，如何进行选择，用来生产什么，由谁来组织生产，如何分配生产结果等等，这都是一系列的决策问题。众所周知，经济资源是具有稀缺性的，因此任何一种经济决策都有成本和风险，而且在特定的空间和时间上，任何经济资源都不可能无代价地被重复运用和重复决策。经济资源之所以能由某一个人、社区、团体、组织、政府所决定其用途和收益分配，就是因为这个决策者对经济资源或者经济资源的某一经济属性拥有排他性的权利，除他外，没有第二个此种

张晋藩主编：《清朝法制史》，中华书局 1998 年版，第 249 页。

光绪朝《大清会典事例》卷 160。

产权的拥有者。

当产权完整时，排他性也是完整的；当产权分离时，排他性也随之而分离。一般来说，自耕农对其土地拥有完整产权，即拥有其土地的所有权、使用权（经营权）、收益权、处置权和转让权，因此，对于他所拥有的土地就有完整的排他性，即可以在既定的市场环境和国家法律的约束范围内，完全自主地对土地的使用、处置、转让以及收益分配进行决策。因而，他会对自己的土地精心耕种，在能够运用的技术和能力条件下，尽最大努力保持和提高土地肥力。而前述的旗田，其产权就不完整，国家拥有旗田的所有权，旗丁拥有使用权，国家以租粮豁免权和土地赎回权来体现其所有权的排他性。当旗丁自己耕种土地时，因为使用权、收益权、处置权和转让权是完整的，因而土地产权的排他性还相对完整，作为业主的旗丁会像自耕农般地对待土地。一旦旗田被旗丁典押，在典押期内，土地的使用权、处置权、收益权和转让权发生了分离，使用权、处置权和部分收益权转移到承典人手上，而旗丁就只有典押收入和尽管还保留着却已不能实施的转让权。这就意味着，由于产权的分离，伴随使用权和处置权的转移，产权排他性特征发挥作用，已使旗田的使用和处置以及随之而来的土地收益不能再由旗丁拥有，旗丁也就不关心土地的耕种和土地肥力之类的问题了。旗田在承典人手中，其使用权和处置权仍有可能在典押期内发生分离，如果承典人将旗田租给佃户耕种，而又不允许改变土地的使用性质，则土地的处置权保留在承典人手中，而土地的使用权转移到了佃户手中。在佃租期内，由于旗田处置权的排他性使佃户不能改变土地的用途，而土地使用权的排他性使得承典人不会也不愿关心耕种的效果和土地的肥力，却保证了佃户能够尽自己的能力和技术精心耕种，至于对土地的改造以增加肥力的努力，则要视租佃期的长短和获得的剩余收益多少而定了。

产权归属是个人，排他性属性就保护了个人的权利，其他的个体是不能侵害这一权利的；产权归属是社区或者团体的，排他性属性就保护社区或团体的权利，只有该社区或该团体成员才能共同享有这种

权利；产权归属是国家，排他性属性就保护国家的权利，任何个人、团体、社区和其他国家都不能享有或侵害这种权利。如果这种排他性不被认同或者被削弱，那就是产权被侵害或者被弱化，因此产权存在并强化的基本特征就是排他性的存在和强化。

在市场经济条件下，产权的实施与产权的交易过程是联系在一起的。经济资源的交易不仅是交易其使用价值，而且也是交易产权。特别是生产要素的交易，其产权的让渡是关键，如果没有产权的让渡，经济资源的交易是不可想象的。没有旗田使用权从旗丁向承典人的让渡，就没有旗田的典押行为。而要完成土地的典押过程绝不像在集市上购买几天食用的大米那样简单，它必然有谈判、检验典押物、定价、起草和签订契约，最后还得取保，这样才能完成产权的让渡。这是由于产权所具有的排他性，规定了必须有这样的过程，才能保证原有的业主已经没有权利来行使其对土地的使用权了。因此，排他权不仅保护了经济资源的有效使用，而且还形成了经济资源让渡的屏障，产权的交易成本就因此而产生，产权也就因此在经济资源的配置中发挥了作用。

2. 实施产权的限制性，这同排他性一样，也是产权的基本属性。产权本身赋予了经济资源所有者在占有、使用、处置、分配、转让经济资源上的排他性，但同时，也就规范了产权所有者实施产权的约束，这些约束也就是实施产权的限制性条件。事实上，人们所有的经济行为都是在一系列约束条件下发生和进行的，实施产权的过程就是将这些约束条件现实化的过程。张五常说：“如果一种财产真正被‘公共’持有，在某种意义上，对其使用的竞争就不受约束，对众多的竞争者就没有限制，那么，在现实世界资源稀缺的情况下，这种类型的公共产权很难被发现。”^①没有约束的产权在现实社会中是不存在的，就是在封建专制统治下，国有产权的实施也是要受限制的。这

张五常：《关于新制度经济学》，摘自《契约经济学》，经济科学出版社 1999 年版，第 77 页。

在下面我们还将更深入地论述。

实施产权的限制性来自两个方面，一是民间的，包括社区的和市场上形成的，主要是指由于经济资源的稀缺性和社会共同遵循的道德规范和行为习惯所形成的约束。比如，在长期交易过程中就某种产品和生产要素形成了某一区域大家都认同并执行的定价原则、交易的时间、委托—代理习惯、契约的写法和订约习惯、违约处罚和谅解的条件、信用保证方法等等。我们可以发现，在信息不通畅和市场交易规模不大的社会中，实施产权的地缘和血缘的约束比较强，习惯势力有时甚至会与国家的产权规制产生冲突，这充分说明了民间自发形成的产权约束在实施产权中有相当的影响和作用。

二是来自政府的产权实施限制，这是指由法律法规和政策形成的约束。毫无疑问，这类约束是靠政治力量强制实行的。在现代社会，实施产权的限制性主要产生于政府约束。但当我们把眼光投向经济史，对此进行考察时，就会发现，来自于政府的约束大多数是对长期实行有效的民间约束的法律法规的政府的肯定而已。因此，我们几乎可以这样认为，产权约束完善的历史就是不断从民间约束走向政府约束的历史。当然，也不可否认，有些由民间长期约定俗成而固化了的、用于自发调节市场交易的产权约束，并没有必要形成政府的约束。比如，某一有相当技术含量的产品已具有为大家公认的较高交易价格，优质土地的估价比劣质土地的估价要高等等，这些都是由于经济资源的稀缺性形成的定价规则，政府不会去制订法律性的规范。新制度经济学家们更注重对政府约束的研究，因为在他们看来，来自于民间的产权限制是属于市场约束，是新古典经济学已经研究过的了，它应只作为产权研究的前提。实际上，不注重对民间形成的实施产权约束的研究，是不可能历史地全面地理解产权的限制性特征的。

我们还是回到关于旗田的研究上来，用经济史的事实来证明实施产权的两种约束有各自不同的特点及其相互间的关系。清政府在雍正朝回赎旗田的法令中规定：凡红契典卖的旗田，可全价回赎，而白契

典卖的旗田则仅付半价或根本不用付费就可以回赎。^① 这里所指的“红契”是指经地方政府验契纳税后加盖过红色印鉴的契约，而“白契”则是未经政府验契纳税，没有加盖官印的民间自订契约。很显然，红契反映的是在政府（尽管不是中央政府）约束的限制下，旗田产权交易的实施结果，而白契却反映了在民间自发形成交易约束下，旗田产权让渡的实施结果。当时的清廷是禁止旗田买卖的，所以红契是“微乎其微”，^② 而旗田的绝大部分交易行为则都是由白契来反映的。由此可见，民间的产权交易可以大量地发生在国家有法规明令禁止交易的旗田上，在这种情况下，旗田的产权交易就基本不受政府约束的限制，而主要受制于民间长期形成的市场习惯的约束了。结果，政府不得不以回赎的方式将旗田交易的行为合法化，等于承认了白契的合法有效性，将旗田典押的民间约束转化为政府约束，以重新界定旗田产权的限制性交易条件。

还值得一提的是，清政府仅以回赎方式来解决旗田交易问题，在法律形式上是只承认典押的合法性，而否定了买卖的合法性。应当说，这一用意清政府是非常清楚的。明代以前，人们在法律概念上多将典卖混同，《大明律》对此作了明确的区分，而界限简单明了，就是以契约中是否对交易的经济资源（主要指不动产），在一定期限内具有回赎的权利和义务约束，有回赎约束为“典”，没有回赎约束为“卖”。清政府利用政权的强制性权威，对所有旗田的交易都规定了有时间限制的回赎约束。于是，这样一种对产权实施行为的限制，使得旗田的让渡又回到了清初政府所规定的不准买卖的约束上来，使人们不再刻意追求旗田产权的买卖，而是将交易行为限制在典押上，从而暂时性地保证了旗丁对旗田使用权的相对完整性，延缓了旗田的私有化过程。实施产权的民间约束和政府约束始终处于一种相互推动又相互制约的矛盾状态之中，也许正是这样的状态才形成了一个特定的产

① 嘉庆朝《大清会典事例》卷 135。

② 张晋藩主编：《清朝法制史》，中华书局 1998 年版，第 248 页

权实施过程，认识这一点有助于我们理解为什么特定的社会存在着特定的产权体系和特定的产权实施方式。

对产权的不同约束，在产权实施过程中产生了不同的限制性规制，从而对产权的实施效果也产生着不同的影响。首先是通过改变产权交易成本而影响人们的产权交易行为。新制度经济学家常常用这样的极端事例来说明这一道理：“在某些领域，契约执行得不到政府帮助或政府明确禁止占用资产或交换有关资产（如海洛因），高昂的交易成本会限制甚至完全阻止了交换。”^①要阻止一种交易行为，就设置一个法律或法规性的障碍，提高其交易成本；要鼓励一种交易行为，就赋予某项特许权或政策性优惠，降低其交易成本。这是最为方便也最为常见的政府约束产权实施的方式，但是任何一种改变产权交易成本的方法都会引起另一种交易成本的变化。正如清政府的旗田回赎约束否定了旗田的买卖，从而提高了旗田产权买卖的交易成本，但同时也提高了优质旗田的回赎成本，大量的贫困旗丁因此无力回赎旗田，而使旗田落入了部分官僚、富商手里，却最终导致了旗田的私有化，实现了旗田的买卖。

其次，不同的产权约束条件也可以通过改变产权结构而影响人们的产权交易行为。我们可以观察到这样一种现象，不同的国家存在不同的产权结构，在很大程度上是因为规范产权实施行为的限制性条件不同。有的国家没有外汇管制，货币所有者的货币处置权就比较完整，可以将自己的货币形式在本国币和外币间自由转换，因而在货币产权的实施上就没有国界的限制。而有的国家有严格的外汇管制，货币所有者兑换外币的权利就被严格限制，货币处置权因之发生了部分的分离，其对外贸易和对外投资的交易成本就会高于没有外汇管制的国家，于是，两国国民的贸易和投资行为都有很大的区别。一旦外汇管制解除，货币的产权结构就将发生变化，处置权完整地回归货币所有者手中，进行国际贸易和投资的交易成本也将随之下降，人们将会

①（冰 埃格特森著：《新制度经济学》商务印书馆 1996 年版，第 36 页