



史良法学文库 拾伍

主编◎曹义孙

信任风险 的制度分配研究

XINREN FENGXIAN DE
ZHIDU FENPEI YANJIU

高国梁 / 著



中国政法大学出版社



史良法学文库 拾伍

主编◎曹义孙

信任风险 的制度分配研究

XINREN FENGXIAN DE
ZHIDU FENPEI YANJIU

高国梁 / 著



中国政法大学出版社

2018·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

信任风险的制度分配研究/高国梁著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 11
ISBN 978-7-5620-8709-0

I. ①信… II. ①高… III. ①风险管理—研究 IV. ①F272.35

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 257130 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	14.75
字 数	240 千字
版 次	2018 年 11 月第 1 版
印 次	2018 年 11 月第 1 次印刷
定 价	46.00 元

· 作者简介 ·

高国梁 1974 年生，陕西米脂人，南京大学法学院博士研究生，常州大学史良法学院教师。主持或参与国家级、省部级以及市厅级课题数项，在核心期刊等发表学术论文 20 余篇，主要从事法理学及劳动法学研究。

策划编辑：丁春晖

封面制作： 儿童文化
LU WENHUA

编 委 会

主任： 曹义孙

委员： 王淑芹 钱玉文 赵美珍 黄建文
莫良元 夏纪森 张 建

出版说明

一、《史良法学文库》是史良法学院组织编辑的开放式法学系列文库，旨在传承民盟先贤厉行法治的理念，纪念和缅怀为中国法律近代化作出过重要贡献并在中国现代法制史上享有崇高声誉的史良先生。

二、史良法学院教师（含特聘教授、兼职教授及其他特邀研究人员）的专著、主编的著作或丛书以及史良法学院学生的优秀作品，经文库编委会审核通过，均可纳入文库。

三、纳入文库的著作包括法学著作，也包括与法学研究密切相关、对法学研究起到支撑作用的部分其他关联学科的研究成果。

四、符合条件的著作，一经纳入文库，将统一编制出版序号。

五、除在封面显著位置标示文库 LOGO 及统一编制的文库序号外，对出版社、版式、装帧等，均不作统一要求。

《史良法学文库》编辑部

A 摘要

ABSTRACT

信任是在不完全信息之下的相信并愿意托付的一种心理和行为,包含着信任的主体、客体、场域和维度等几个基本要素。信任是面对复杂的社会现实和不确定的未来所进行的风险决策,信任主体在付出信任之后可能会面临着信任客体难以满足信任主体的期待和托付,并造成各种损失和责任承担等的风险。信任风险与信任危机、道德风险等有密切的关系,但是又不能完全等同。信任风险具有属人性、实践性、历史性、部分可控但不能完全消除性,以及分布的不均衡性等特点,信任风险存在的根源包括信任主体的局限性、信任客体的复杂性、交往过程的双重偶在性、信任关系结构的不均衡性、社会资源的相对稀缺性,以及利益的冲突性等方面。制度可以分为正式制度与非正式制度等基本类型,它们是信任关系得以形成和维系的重要机制,并以其特有的方式吸纳、应对和分配信任风险。

人们可以借助于一定的制度形式对信任风险作出调控和分配,以促进信任秩序的重建、分配正义的实现和治理机制的完善。信任风险的制度分配经历了一个历史变迁的过程。在传统社会里,法律只是处于附属的地位,难以独立发挥信任风险分配的职能;到近现代社会,法律日益成为独立的系统,并导致其与非正式制度之间的紧张关系。现代法律对于信任风险的分配经历了从形式平等到实质平等的发展过程,对于信任风险的不均衡性问题的处理成为信任风险法律分配的重要任务。

现代法律对于信任风险的分配应遵循几个基本原则:节制性原则;相对均衡和向弱势方倾斜原则;价值权衡和责险匹配原则;抑制性分配与赋权性分配并重原则。信任风险的法律分配主要是通过以下几种机制来实现的:基

于信息资源不均衡的法律分配；基于权力资源不均衡的法律分配；基于知识技能资源不均衡的法律分配；基于注意力资源不均衡的法律分配。

在非正式制度中，习俗、伦理道德、宗教等具有典型性，它们对于信任风险的分配都各自有着独特的机制，对于信任秩序的维系和信任风险的控制发挥着积极的作用。习俗、伦理道德、宗教等非正式制度曾经在传统社会中对于信任风险的分配发挥着主导性的作用，但在现代社会中它们的地位却有所下降，法律制度取而代之成为主导性的信任风险分配制度类型。非正式制度的变迁对于信任风险的分配会产生重要影响，它们的分配方式具有自生自发性，并与正式制度之间进行复杂的互动。相比于法律等正式制度，非正式制度一般都缺乏明确和可操作的行为规范，在适用的普遍性、变迁的快速性、实施机制的强制性和专业性等方面都存在一定的局限，为此需要新的时代背景下寻求其与法律制度的耦合路径。

在现代社会中，普遍存在着法律与习俗、伦理道德、宗教等非正式制度之间的断裂、冲突、分离等现象，这些现象既是现代性发展中必然会伴生的问题，也带来了信任风险的放大、信任风险分配的失衡和失控等严重的问题。面对这些现实问题，需要寻求法律与习俗、伦理道德、宗教等非正式制度之间耦合的有效机制。中国社会中法律与非正式制度的冲突既具有普遍性，也有着独特的背景和表现形式，这些冲突给中国社会的信任风险的分配与控制带来了巨大的挑战，为此需要寻找到适合于本国情况的制度耦合之路。

C 目 录

CONTENTS

摘 要	001
绪 论	001
第一章 信任风险及其分配的制度阐释	017
第一节 信任风险及其产生根源	018
第二节 信任风险分配的制度意涵	042
第二章 信任风险分配的制度变迁	058
第一节 早期社会中的信任风险分配制度	058
第二节 传统社会中的信任风险分配制度	062
第三节 现代社会中的信任风险分配制度	071
第三章 信任风险的正式制度分配	083
第一节 信任风险法律分配的基本原则	083
第二节 信任风险法律分配的主要机制	088
第三节 信任风险法律分配的局限性	134
第四章 信任风险的非正式制度分配	137
第一节 习俗与信任风险的分配	137

第二节 伦理与信任风险的分配	142
第三节 宗教与信任风险的分配	154
第四节 信任风险非正式制度分配的特点与局限	164
第五章 信任风险分配中的制度分裂与耦合	172
第一节 法律与习俗的断裂与耦合	172
第二节 法律与伦理的冲突与耦合	182
第三节 法律与宗教的分离与耦合	196
结 语	214
参考文献	217
后 记	228

绪 论

一、问题的缘起

人类社会的合作与交往活动离不开信任关系的支撑，信任是社会正常运转的润滑剂，是减少交易成本、提高活动效率、积聚社会资本的重要影响因素。信任既是一种内在的心理状态，也表现为外在的行为活动。由于人的理性能力有限，资源禀赋不同，社会分工差异，每个人都需要通过与他人的合作和交往来满足自身需要，但却难以对他人的品德、能力等有充分的了解，也难以预测和控制他人的未来行为趋向，只能借助于信任来跨越理性与信息的鸿沟，并将关系到自己切身利益的事务托付于他人来处理，以获取能够满足自身需要的资源。如果说在自然经济和社会分工不发达的传统社会，人们只要依靠自己知根知底的亲友和熟人就可以满足自己的大部分需要的话，那么在社会分工日益深化和交往手段日趋丰富的现代社会中，人们就需要与更多的从未谋面的陌生人建立超越时空界限的信任和合作的关系，以满足其衣、食、住、行和安全福利等基本需求。一般认为，现代社会中的信任关系主要不是建立在对彼此人格品质的熟悉和认同之上，而是建立在相信社会系统能够有效运行的基础之上。但是，社会系统不能孤立存在，而是需要与复杂的系统环境发生交往与互动；社会系统也不会自动运行，而离不开社会主体的参与和操作。复杂的系统环境可能会带来系统运行的不适和紊乱，而社会主体的逐利本能和机会主义倾向也使欺诈背信、损人利己等现象普遍存在。不管是系统信任还是人格信任，都存在着信任期待落空的问题，信任关系中充满着风险性。信任风险遍布于社会关系的各个领域，可以说，只要存在着社会的信任、交往和合作的关系，就会有信任风险的存在。信任风险既能够给人们带来合作的机会和收益，也会给人们带来机会丧失、财产损失和精神重

创等不利后果。

人类普遍存在着风险厌恶的倾向，而社会的正常运行也需要维持基本的信任秩序，为此，人们发展出多种手段来应对交往活动中的信任风险，这些手段可以大致分为技术和制度两大类，这两大类手段都源远流长。早在古代社会，人类就发展出篱笆、锁具、深墙大院等各种防盗的设备，而现代社会的技术手段更是层出不穷，如在商场普遍设置的监控探头和防盗感应器等，这些技术手段在防范信任风险的同时也为更大范围的信任与合作提供了条件。制度也是人类应对信任风险、维系信任关系的重要手段。从人类社会早期的习俗、道德、宗教等非正式制度到日趋严密复杂的正式法律制度，都可以对人的行为提供较为明确的预期和有效的约束，减少合作与交往中的不确定性，在一定程度上达到控制信任风险的效果。但是，风险是信任的内生性因素，不管是技术手段还是制度手段都不可能完全控制和消灭信任风险，信任风险的完全消灭也就意味着信任的取消、自由的丧失和全面的奴役状态。所以，人们需要正视信任风险的存在，在分享由信任和合作所带来的利益的同时，也需要通过一定的制度形式对信任关系中存在的风险及其不利后果在不同主体之间进行分配和分担。

人们所拥有的智力、体力、身份地位、权力、信息、知识技能等资源的差别也会带来信任风险权势的差别。拥有更多资源的社会主体会成为信任风险关系中的强势主体，而拥有较少资源的社会主体则会成为信任风险关系中的弱势主体。信任风险权势的差异会影响信任风险分配的格局，在没有形成有效的制度约束机制的情况下，信任风险的强势主体会有强烈的动机和便利的条件将风险转嫁给相对弱势的主体，并为自己攫取最大化的合作利益，最终导致弱肉强食的局面。当然，弱势主体也并非毫无反抗的手段，当信任风险的分配出现严重的失衡和不公时，弱势主体会对普遍的不信任和不合作作为理性的选择。这就会极大地提高社会的运行成本，并使强势主体要付出巨大的代价才能实现其利益，整个社会也会因此而陷入猜忌、对抗和停滞的泥潭。为了摆脱这种不利的境地，人们需要不断地探索一定时空背景下的相对合理并能被人们广泛接受的信任风险分配制度。

信任风险的制度分配可以在一定程度上改变信任风险主体之间的利益博弈过程和强弱对比关系，实现对利益关系的重构和对社会资源的重新配置。以现代民商法中的一些常见制度为例：如我国《合同法》第49条的表见代理

制度的规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”在该条规定中，就涉及对信任风险的制度分配，当第三人基于一定的权利外观对代理人拥有代理权形成合理的信任时，即使事后证明该代理人实际上没有代理权，法律仍然视同其有代理权，将信任风险分配给被代理人，以保护第三人的合理信任。这种信任风险的分配对于被代理人来说就是一种责任的承担，它有利于保障第三人和整个社会的交易安全，并促使被代理人对于可归责于自己的行为尽到应有的注意。再如，我国的《消费者权益保护法》基于经营者和消费者之间力量对比悬殊和信息不对称等现实状况，赋予了消费者以知情权，并对经营者规定了真实说明、明确警示和真实标记等义务，使消费者获得更多的制度手段与经营者进行平等博弈，在一定程度上改变了信任风险分配失衡的状况。此外，现代各国《公司法》中一般都会对公司的董事、监事以及高级管理人员等规定勤勉、忠实等一般义务，并且对违反这些义务的人员规定相关的法律责任，这同样是对公司股东和上述相关人员之间的信任风险的分配……另外，从公法的角度看，现代的民主宪政制度本身就是对于公民与公权力之间的信任风险重新分配的产物。可以说，现代法律中广泛存在着对于信任风险分配的制度安排，覆盖到私法和公法的多个领域。

这些具体法律制度的实施在一定程度上改变了信任风险分配不公和失衡的状况，维护了基本的社会信任和交往秩序。但是，已有法律制度对信任风险的分配也不尽是合理和公平的，需要在今后的实践中不断发展和完善；同时，在快速变化和高度复杂的现代社会中，信任风险会以各种新的方式被制造出来，并且呈现出不断放大的趋势，法律制度也需要与时俱进，不断创设新的制度，以实现对新形态的信任风险的有效调控和合理分配。为此，就需要对众多分散的涉及信任风险分配的具体法律制度进行深入分析，探寻其对信任风险进行分配的一般原理和基本机制，为法律的创制和修改提供指导和参考。同时也要看到，法律制度只是社会制度体系的一个部分，按照制度经济学家诺思的分类，法律属于正式制度，而习俗、伦理、宗教等属于非正式制度。法律主要对社会交往中最重要和最基本的信任关系作出调整，还有大量的社会信任关系需要依靠习俗、伦理、宗教等非正式制度来调整，并且法律制度的产生和实施都受制于非正式制度的状况。法律制度只有实现与非正式制度之间的协调与耦合，才能在信任风险分配的过程中发挥更好的效果。

制度作为人类用以组织社会、协调关系、规范行为的基本方式,随着人类社会的发展经历了漫长的变迁过程。在人类社会早期,多种制度现象合为一体,难分彼此,共同维系着人类社会的信任与合作的秩序。而随着社会系统的演化和复杂化,制度也发生了分化,习俗、伦理道德、宗教和法律等制度子系统各自获得了相对独立的地位,同时又发生着复杂的互动关系。在传统社会中,习俗、伦理道德、宗教等非正式制度曾经作为社会控制的重要方式,在社会中处于主导性的地位,并且对于信任关系的维系和信任风险的分配发挥着至关重要的作用。但传统社会中对于信任风险的分配普遍具有等级身份制的特点,直到近现代社会之后,自由、平等、民主、效率等基本价值才被社会广泛接受,并成为信任风险制度分配的基本价值依据。在近现代社会中,市场经济、科学技术和民主政治的发展对人类的交往方式和信任关系状况产生了巨大的影响,信任风险的分配基本实现了形式平等,但没有完全扭转信任风险分配失衡的状况。随着社会主体的分化及其所掌握的信息、权力、财富等资源的差距扩大,信任风险分配失衡的问题也更加显著,为此需要制度对信任风险的分配从形式平等向实质平等转变,更加注重对信任风险关系中的弱势主体的保护。在现代制度体系中,法律制度日益理性化和科学化,获得了更为自治和独立的地位,并成为信任风险的主导性调控方式。习俗、道德、宗教等非正式制度一度因被认为有碍于法律的理性化和科学化而受到排斥,再加上社会的急剧变迁和转型,正式制度与非正式制度之间发生了断裂和冲突。这些断裂和冲突导致了制度的内耗,并给人们的行为发出相互矛盾的指引,引发整个社会的思想与秩序的紊乱。这种混乱状况也极大地制约甚至扭曲了法律制度对信任风险的分配成效,并带来了严重的法律信任危机。在现实生活中,一方面是法律越来越多、法网越来越严密,但另一方面是信任风险失控和失衡,欺诈和失信的现象屡见不鲜,不信任和缺乏安全感成为人们的普遍感受。面对这些现实问题,既需要继续推动正式法律制度的创新和完善,以实现对信任风险的合理分配,也需要实现正式制度与非正式制度之间的协调与耦合,通过二者的良性互动,共同应对和合理分配信任风险,推动社会信任秩序的重建。

面对上述问题,本书试图从制度的角度对信任风险及其分配的基本问题进行理论阐释,在此基础上,考察信任风险制度分配的历史变迁过程,然后分别对以法律为代表的正式制度和以习俗、伦理、宗教为代表的非正式制度

在信任风险分配过程中的基本原理和运行机制进行研究,进而分析正式制度和非正式制度在信任风险分配中的比较优势,并探讨两类制度耦合的基本路径。

二、文献梳理

(一) 信任及其风险性的研究

信任现象虽然在人类诞生之日起就已存在,但是直到晚近才将其作为学术问题来专门研究。在西方的学术界,齐美尔在其于1900年所著的《货币哲学》中对于信任在现代社会中的作用高度重视,认为“极少有什么关系是真正唯一地建立在对别人的可证实的认识之上,也极少有什么关系可以持久,若信心不是跟理智的证据甚至目睹的事实一样强或者更强的话”。^{〔1〕}齐美尔之后,信任问题的研究经过了一段时间的沉寂,到20世纪50年代,美国一批心理学家包括多依奇、霍夫兰、詹尼斯和凯利等人开始从心理学的角度对信任问题进行实证化的研究。到了20世纪70年代以后,信任研究在西方成为一个热门学问,被心理学、社会学、政治学和管理学等多门学科所涉足。在多学科视角下的信任研究中,有的学者把信任问题作为一种个体心理现象来对待,如约翰·鲍比、埃里克森、梅耶等人;有的学者把信任作为人际交往中的一种社会心理及其运行状态,如克拉克、罗佩尔、赫尔姆斯等人;有的学者把信任作为人们为了规避风险、减少交易成本而作出的一种理性选择,如赫希、科斯、威廉姆森、格兰诺维特及科尔曼等人;还有学者把信任问题作为一种和文化、制度与社会结构密切相关的社会现象,如卢曼、巴伯、吉登斯、福山、什托姆普卡等人。

在研究信任问题的众多西方学者中,有少部分学者对信任存在的风险性进行了论述,其中主要包括卢曼、什托姆普卡、吉登斯等人。卢曼从社会系统论的视角出发,认为“信任都是一种社会关系,社会关系本身从属于特殊的规则系统。信任在互动框架中产生,互动既受心理影响,也受社会系统影响”。^{〔2〕}由于社会的交往和互动充满了复杂性和偶在性,如果不借助于信任,人们将陷入无尽的恐惧和苦恼中,而难于付诸行动,而信任可以作为一种社

〔1〕〔德〕G. 齐美尔:《货币哲学》,许泽民译,贵州人民出版社2009年版,第143页。

〔2〕〔德〕尼克拉斯·卢曼:《信任——一个社会复杂性的简化机制》,瞿铁鹏、李强译,上海人民出版社2005年版,第6~7页。

会复杂性的简化机制，推动人们在不具有完全的信息和经验的情况下作出风险决策。“信任绝不只是来自过去的推断，它超越它所收到的信息，冒险去界定未来。信任行动减少未来世界的复杂性。”^{〔1〕}这样的信任决策必然是充满风险的，所以卢曼认为对于信任的付出应该有所节制，以理性的态度评估其达到目标的可能性。波兰社会学家什托姆普卡认为信任与未来的不可预测性和不可控制性，以及他人的行动自由有关，在面对不确定的未来而必须有所行动时，人们只能付诸信任，由此产生信任风险：“信任自身，即‘好像’风险很小或不存在一样采取行动，实际上增加了另一种风险——‘信任的风险’。信任通过把风险同另一种风险交换来应对这种风险。”^{〔2〕}英国社会学家吉登斯则把信任、风险与现代性问题联系起来，他认为在传统社会中没有风险概念，风险概念是现代社会的产物。^{〔3〕}信任在传统社会主要表现为时空统一背景下的人格信任，而在现代社会中，发生了时空的分离和脱域现象，社会信任主要表现为对抽象系统的信任：“所有的脱域机制（包括象征标志和专家系统两方面）都依赖于信任。因此，信任在本质上与现代性制度相联系。信任在这里被赋予的，不是个人，而是抽象能力。”^{〔4〕}在此情况下，信任风险也将主要表现为因抽象系统的脆弱性和失效所引发的风险。

从西方国家的研究状况来看，经过多年的学术积累，西方学者已经对信任问题形成了多学科、多角度的研究成果，并对信任的风险性问题提出了独到而深刻的见解，从不同侧面揭示了信任风险得以形成的内在机理，为其提供了重要的理论基础。但是，在西方学者中尚未见到专门针对信任的风险性问题进行系统研究的成果，而且其部分观点也有值得进一步商榷或澄清之处，如吉登斯认为风险的概念是现代社会的产物，而在传统社会中的人们则把一些意料之外的事件归结为运气、命运或者上帝的意志。^{〔5〕}但是，人们在传统

〔1〕〔德〕尼克拉斯·卢曼：《信任——一个社会复杂性的简化机制》，瞿铁鹏、李强译，上海人民出版社2005年版，第26页。

〔2〕〔波兰〕彼得·什托姆普卡：《信任——一种社会学理论》，程胜利译，中华书局2005年版，第41页。

〔3〕参见〔英〕安东尼·吉登斯：《失控的世界》，周红云译，江西人民出版社2001年版，第18~19页。

〔4〕〔英〕安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社2011年版，第23页。

〔5〕参见〔英〕安东尼·吉登斯：《失控的世界》，周红云译，江西人民出版社2001年版，第18~19页。