



远东财经


吴晓灵 主编

金融与法一译丛

信托制度的经济结构

刘鸣炜 著
汪其昌 译

The Economic Structure of Trusts

 上海远东出版社


吴晓灵 主编

金融与法
译丛

信托制度的经济结构

刘鸣炜 著
汪其昌 译

The Economic Structure of Trusts

 上海遠東出版社

图书在版编目(CIP)数据

信托制度的经济结构/刘鸣炜著;汪其昌译.—上海:上海远东出版社,2014

(金融与法丛书/吴晓灵主编)

书名原文:The economic structure of trusts

ISBN 978-7-5476-0928-6

I. ①信… II. ①刘…②汪… III. ①信托—经济结构—研究
IV. ①F830.8

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 268290 号

“THE ECONOMIC STRUCTURE OF TRUSTS: TOWARDS A PROPERTY-BASED APPROACH, FIRST EDITION” was originally published in English in 2011. This translation is published by arrangement with Oxford University Press.

© M. W. Lau 2011

Chinese edition copyright © 2014 by Shanghai Far East Publishers.

All rights reserved.

本书中文版经由天津大学出版社授权上海远东出版社出版。未经出版者许可,本书任何部分不得以任何方式复制或抄袭。

图字:09-2013-597号

本书由上海文化发展基金会图书出版专项基金资助出版



·金融与法一译丛·

信托制度的经济结构

刘鸣炜 著 汪其昌 译

责任编辑/程云琦 装帧设计/张晶灵

出版:上海世纪出版股份有限公司远东出版社

地址:中国上海市钦州南路 81 号

邮编:200235

网址:www.ydbook.com

发行:新华书店 上海远东出版社

上海世纪出版股份有限公司发行中心

制版:南京前锦排版服务有限公司

印刷:昆山亭林印刷有限责任公司

装订:昆山亭林印刷有限责任公司

开本:710×1000 1/16 印张:16.75 插页:2 字数:309千字

2015年6月第1版 2015年6月第1次印刷

ISBN 978-7-5476-0928-6/F·532

定价:42.00元

版权所有 盗版必究(举报电话:62347733)

如发生质量问题,读者可向工厂调换。

零售、邮购电话:021-62347733-8538

金融与法丛书

编审委员会（以姓氏笔画为序）

顾 问 江平 吴敬琏

主 编 吴晓灵

编 委 许小年 许成钢 李扬 吴弘 吴志攀 顾功耘

执行主编 吴弘

执行编委 朱小川 吴弘 何海峰 汪其昌 贾希凌 黄少卿 傅蔚冈

丛书总序

研究金融法律问题 促进金融市场发展

明确金融活动的法律关系,有利于维护市场秩序,保护市场主体的正当权利。

首先,金融活动的本质是财产权的实现形式。财产权包括占有、使用、收益、处分等权能,此外还有用益物权、担保物权、信托权、租赁权等。物权与债权冲突时,物权优先。再有,用登记公示对抗善意第三方,等等,都是法律基础问题。金融活动一般是货币财产的处分、收益方式。货币是财产的一种表现形式,作为金融活动,可以是投资、出借、信托,就是让别人来替你管。所以,金融活动也是财产权的实现形式。金融活动的核心是渠道和价格。所谓渠道,包括直接融资和间接融资。究竟是直接出借,或是通过第三方出借,还是把资金委托给第三方全权处理,就是渠道问题。至于价格,就是指以怎么样的收益权来出让现在的使用权。这是金融活动非常重要的几个方面。

其次,金融活动的法律关系。可分为股权、债权债务和信托三类。股权主要是指投资人自行投入经营活动,承担风险享受收益的权益。债权债务主要是出让货币使用权,在约定期限内还本付息的权益。可分为两类:直接债权(债券和衍生品合同)和间接债权。做衍生产品的时候,因为有杠杆的作用,所以在最终清算的时候是轧差

清算。既然一般是做对冲,衍生品合同往往是净额清算,最后的表现形式就是债权债务。直接债权(如债券)是投资者和最终使用人的债权债务,间接的债权,并不直接表现为最终使用者的债权债务,间接债权有一个中介,表现为最初投资人和最终使用人对金融机构(银行)的债权债务关系。还有信托关系,包括资金信托和财产信托。至于保险关系,我一直认为这是一种互助关系。保险实际上就是根据大数法则,由大多数不发生风险的人出资救助少数出风险的人。这种经济补偿功能是由投保人出资完成的。最早的保险是海上保险,船东互保,后来衍生为各种由保险公司经营的保险,因为保险精算等方面的需要,出现了各种经营机构,投保人与这些经营机构就有债权债务关系。

第三,按法律关系和市场行为立法有利于维护市场秩序。直接融资的证券市场以信息披露为监管重点,防止信息欺诈、内幕交易、关联交易、价格操纵。直接融资的市场是“愿打愿挨”的市场,但是这有一个前提,就是能够拥有真实全面的信息。真实信息的获取涉及公众利益,应是监管当局的监管重点。

我国证券市场方面的最大问题是对证券的定义比较狭小。在国内,证券一般就是股票和债券。但一些集合投资计划,一些衍生产品,像金融期货期权等,应属于证券,但大家的认识就不一样。美国1933年证券法对证券的定义是:“证券”一词系指任何票据、股票、库存股票、债券、公司信用债券、债务凭证、盈利分享协议下的权益证书或参与证书、以证券作抵押的信用证书,组建前证书或认购书、可转让股票、投资契约、股权信托证,证券存款单、石油、煤气或其他矿产小额利息滚存权,或一般来说,被普遍认为是“证券”的任何权益和票据,或上述任一种证券的权益或参与证书、暂时或临时证书、收据、担保证书、或认股证书或订购权或购买权。在此之前,美国法律没有对证券下过明确的定义,证券市场是比较混乱的。之后美国吸取1929—1933年金融危机的经验教训,出台了证券法。在证券法里,一般体现为权益和收益的东西,基本都被界定为证券。在中国我们可以对“证券”下一个定义。“证券”,顾名思义,“证”是证明,“券”是纸张,证明的内容就是持有人的权益,具体来说就是他的收益。当然,风险和收益相对应。我们可以说证券是代表财产权益的、可均分、可转让或交易的凭证或投资合同。放宽证券的定义,相关的市场活动都可以被纳入到证券法规范的范围内,有利于更好地实现资产证券化。目前,国务院提出“用好增量,盘活存量”。所谓“盘活存量”,就是指将缺乏流动性的资产通过资产证券化的方式增加流动性,加以盘活。

因而,对证券狭义的解释不利于规范金融市场的交易活动,不利于搞活金融,也不利于打击各种名义的非法变相的证券发行和交易行为。

间接融资的信贷市场,以债权保护和风险控制为重点,主要对债权人保护,对出资人风险控制。资产管理的信托市场,立法应以信托财产的独立性和受托人的诚信、忠实责任为重点。过去对诚信、忠实责任关注不够,对权利、责任的描述太少。《信托法》是规范信托市场和相关活动的基础性法律,希望在修改《信托法》的时候,能够对信托财产的登记托管制度予以明确,能够把诚信、忠实责任的问题表述得更好。保险市场具有经济补偿功能,投保人互相帮助、保单形成债务。目前,保险公司对盈利的考虑多于对投保人权益的保护,买单容易退单难,买单容易理赔难。按照法理,应该是用投保人的钱对发生灾害的人进行补偿,保险公司应该是一个服务者,主要的功能不是融资,应强化保险产品的保障功能。

第四,立法应明确金融自由和监管的边界。金融既然是一种财产权,权利人就应当有处置财产的自由。当然,自由也是有边界的。用自己的货币资金进行的金融活动应给予交易自由。直接投资、民间借贷、非公众金融机构投资大多数属于这类情况。对于直接融资,除非是非常重要的行业,否则不应设过高的进入门槛。对于民间借贷,不管是机构之间还是个人之间,根据《合同法》,都应当有一定自由。之所以强调金融是一种财产权,是因为过去一提金融,就是政府管制。但我认为,只有在金融活动涉及公众利益的时候,政府才可介入。具体而言,用合格投资人的资金进行金融活动应该在立法时适度监管,如金融公司、各种私募基金活动。用小投资人的钱进行金融活动具有极强的外部性,要由公权力进行审慎监管以保护投资人利益,包括银行、保险、公开发行的证券交易等,对这些活动在立法时应有严格的审慎监管。通俗地说,就是“玩自己的钱,给他以自由;玩大客户的钱,对他适度监管;玩小客户的钱,对他严格监管”。我们金融立法的理念就应该是这样的。

二

进入新世纪以来,国际上金融、法律的实践与理论都发生了重大发展变化,相应学术界也较活跃,针对金融市场的改革创新、公司治理与金融监管、金融消费者保护等方面需要,金融或法律专家学者们结合经济学和法学理论,综合运用结构分析、历史分析、比较分析和实证分析等研究方法,认真审视当前全球金融

危机的机理,深入系统地探讨金融改革的方向与路径,努力实现法与金融的良性互动,有很强的借鉴价值。

在国内,在全面深化改革和全面依法治国的背景下,金融体系正向国际潮流与前沿转型发展,需要大量的理论支撑,以揭示金融与法律的内在关系,界定金融市场监管的角色定位,提高金融立法的效能与权威,促进金融市场创新及运行,并在移植的基础上构建本土化的法与金融体系。

为此,我们组织出版了这套“金融与法丛书”。本丛书分为两大系列:一是“金融与法(译丛)”,意在翻译介绍目前全球范围内著名大学或科研机构的金融、法律学的名家名作,涉及金融与金融法发展的理论、法律移植与金融市场发展、立法执法效率与金融创新、企业的融资成本与公司价值、公司治理与法律制度等方面的研究成果;二是“金融与法(文丛)”,重在收录中国本土化的法律与金融研究成果,包括金融法律体系与其构成要素研究、金融运行法治化及具体环节的探讨,以及金融创新的法治促进和金融改革难题的法治对策。

本丛书的作者汇集了来自全国的金融与法的研究专家,他们在相关的研究领域具有很深的造诣,团队阵容强大。有些学者还结合自身长年海外访学的学术经历,或结合长期从事实务的经验,提出了立体系统而颇有裨益的理论框架和操作方案。

丛书中的著作不仅题材新颖、视角独特,而且呈现多元化的思辨维度,旨在为理论和实践提供可参考应用的第一手材料,也便于专家学者深入研究思考先进金融制度的移植、消化和创新,为监管部门和金融机构提供理论支持,助力我国的金融体制的深化改革。相信本丛书能为热爱金融与法、学习或从事金融与法律理论与实务人士提供一个理论扎实和价值更高的学习平台。

吴晓灵

全国人大财经委员会副主任委员

2015年3月

正确理解信托是有效移植信托的关键

一、为什么要翻译这本书

2001年我国颁布实施了《信托法》，突破了自清末以降移植信托公司缺失信托法律、有信托业务之名无信托之实的局面，为正名信托观念和信托制度，推动其应用于实际经济生活中，起到了很积极的作用。由于基础理论研究薄弱，^①加上我国历史传统中没有信托制度，在司法实践和民事与经济金融的商事活动中实施信托法律总有“油水分离”、准橘为枳之感，难以进入诉讼领域，造成了法律制度资源的巨大浪费。^②在我国从商品和劳务的输出，再到技术和资本的输出，形成有影响的大国背景中，这种法律制度资源的浪费不利于我国融入获得通识的全球化游戏规则之中，因为信托制度是英美法系与大

^① 参见江平口述，陈夏红整理：《沉浮与荣枯：八十自述》，法律出版社，2010年版，第404-417页；张淳著：《中国信托法特色论》，法律出版社，2013年版，第20-32页。事实上，当时国内研究信托法的著作主要是江平的学生周小明所著《财产权革新——信托法论》（贵州人民出版社，1995年版）、《信托制度比较法研究》（法律出版社，1996年版），还有就是张淳所著《信托法原论》（南京大学出版社，1994年版）。周小明的这两本著作对我国《信托法》的制定起了理论奠基作用，直到现在，国内许多研究信托的著作还没有超出他们当时的研究水平和大陆民法系思维范式。

^② 在2002—2014年期间，出版的各期《最高人民法院公报》、各期《人民司法》、各期《人民法院案例选》和各卷《中国审判案例要览·商事审判案例卷》，没有刊登过我国法院以《信托法》中的有关条文为依据来处理的案例。2012年最高人民法院公布的十五个司法重大调研课题中就有“关于信托法和信托理念在商事审判中适用的调研”，可见这一状态的不正常。

陆民法系几百年自由竞争中胜出而通行于全球的一种正式制度。

那么,我们应该如何避免这种制度资源的浪费?首先要正确理解原汁原味的信托制度及其背后配套支撑的东西,才能正确有效移植信托制度。这就是我翻译刘鸣炜博士《信托制度的经济结构》一书的初衷,希望这本书有助于国内学界和实务界从理论上有效地理解信托制度,从而裨益于我国《信托法》的修订与实施。与从概念与条文出发理解信托制度的法律思维不同,刘博士的这本著作是以法经济学的思维方法解析信托制度。与从纸上和短期逗留英美研究信托的“印象派”学者不同,刘博士自幼在香港受到正宗英国信托的熏陶,又负笈英伦十载从本科读到博士,亲炙信托研究国际权威 Hayton、Penner,专攻信托,持有美国纽约州律师执照,又是家族信托的用家。这使得刘博士对信托的理解有别于大陆学者。

为从刘博士的大作中吸取于我们有益的营养,请允许我分两个部分讨论,第一部分是有效理解刘博士大作所做的铺垫,介绍信托制度的两个基础:地产权和衡平法;第二部分是刘博士大作的评析,谈谈如何吸收对于我们有用的东西。

二、信托制度的基础:地产权和衡平法

信托制度像孙悟空一样,具体运用形式变化多端,据《布莱克法律词典》统计有 160 多种,广泛运用于人类社会生活的各个方面,但是我认为万变不离其宗,信托制度有不可分割的三个核心内容:财产权利、财产管理和治理。^①这三个不可分割的内容源于英国独有的地产权制度和衡平法制度。我国制定《信托法》时对这两个制度缺乏深入研究,缺少透彻理解,造成了一些缺陷。^②信托制度不同

① 汪其昌著:《谈判力:信托制度的形成与应用》,上海远东出版社,2012年版,第1页。

② 从江平的回忆录来看,当时对这两个方面几乎没有研究(参见江平口述,陈夏红整理:《沉浮与荣枯:八十自述》,法律出版社,2010年版,第404-417页)。当时参与信托法的起草者何宝玉对衡平法与信托的关系有些研究(参见何宝玉著:《英国信托法原理与判例》,法律出版社,2001年版),后来张天民博士意识到这一基础研究的重要性(参见张天民著:《失去衡平法信托》,中信出版社,2004年版),但遗憾的是他对繁杂艰深的衡平法本身没有展开多少研究,国内最早对衡平法与信托关系研究的是沈达明编著的《衡平法初论》(对外经济大学出版社,1997年版)。这些对衡平法的研究似乎对制定我国《信托法》没有产生太大影响。至于对地产权与信托的关系,国内的研究更少,笔者所见到的研究只有咸鸿昌(参见咸鸿昌著:《英国土地法律史——以保有权为视角的考察》,北京大学出版社,2009年版)、李培峰(参见李培峰:《英美信托财产权难以融入大陆物权法体系的根源》,《环球法律评论》,2009年第5期)和赵萃萃(参见赵萃萃:《论英美法信托的特质》,《东岳论丛》,2010年第3期;赵萃萃著:《英美财产法之Estate研究》,山东大学2010年博士论文)有些研究。

于大陆民法系法律制度的一个方面,就是它并非套用某个先验的理论范式构建出来的,而是在英国特定的历史土壤中各利益集团长期势均力敌演化博弈出来的一种制度,打上了深刻的英国经验主义印记。因此为理解刘博士的著作,我认为有必要首先从历史的角度对地产权和衡平法与信托制度的关系做些介绍。

1. 英国的地产权与财产权特征

英美法系的财产法律制度根植于英格兰的地产权制度,地产权制度主要源于诺曼征服英国后建立不同于欧洲大陆的封建保有制:我的封臣的封臣是我的封臣;贵族要向国王交税;国王靠自己的封地养活,但其土地大于任何一个贵族,各贵族的封地互不相连,政治、经济、司法和社会生活关系全部置于保有制之下。所谓保有制就是全部土地属于国王,所有土地进行横向和纵向的分封,各级受封的贵族直至最底层的农奴是土地的实际占有者和使用者,只是以不同的保有形式(如军役保有、教役保有、侍役保有等)保有土地。在这一结构中,每个人通过土地确定自己的身份,也通过土地与他人相连,一个人的社会地位取决于其在保有制关系结构中所处的地位。土地层层保有,结果英王是唯一的土地所有者,其余都是土地保有人。^①保有人对保有的享有是以向领主承担保有制义务同时领主也向保有人承担一定不对等的义务为前提条件的,保有制关系使领主与保有人相互制约。不同保有形式有不同的人身义务(如臣服礼、宣誓效忠)和经济附属义务(贡金、监护权与婚姻权、继承金与国王先占权、归复权与没收权等)关系,这种义务关系虽不平等但是互惠互负,具有相对性,是一种契约,不是一种绝对权利。

英国封建保有制以土地为基础,是军队、税收、司法和行政组织的依托,不仅是一种政治法律制度和社会关系,还是一种土地财产制度,形成了英国独有的地产权(estate)制度。这种地产权制度按照不同的法律依据、保有方式、保有程度、享受权利的确定性、权利享有者的数目及其相互关系构成了非常复杂的地产权利体系,^②虽然1925年英国财产法对此有所简化。我把它的特征概括如下:

(1) 每一块土地保有具有不同的产权依据(title):是继承还是转让或者封赐而来。产权是取得保有的理由和依据。转移产权依据也是解除和转移封建附属

^① 时至今日,尽管英国的封建制度已经消亡,附着在土地上的封建义务也基本消亡,但下列观念依然正确:所有土地属于英王,所有人都不拥有(own)土地,都只是保有(hold)土地。

^② 参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社,2003年版,第490-493页。

义务和人身义务的依据。

(2) 地产权是主体对依附于土地的一个“抽象实体”(notional entity)所产生的一组(束)在这块土地享有的抽象财产权利,不是土地这种实实在在的东西。这些权利是人的思想意识的创造物,不仅可以“一地多权”,而且按照契约在时间和空间上自由创设与分割,不预设权利。^①

第一,所谓“一地多权”是指在同一块土地上,有几种不同的地产权同时存在,互不排斥,这是封建保有权时期对土地层层分封和保有的结果,如骑士乙享有某块土地的保有权,这块土地来自公爵甲的封授,而公爵甲封授给乙的这块土地又来自国王的封授,在此情况下,该土地上就同时存在着骑士乙、公爵甲和国王这三者的权利。

第二,地产权是一个时间与土地结合的抽象权利概念,可以按时间的顺序进行纵向切割,切割的结果是在一个地产上产生了一个占有性质的土地权益加一个或多个未来权益。这首先表现在不同的地产权是按保有权关系的时间长短划分的,不同形态的地产权完全是从时间维度上对土地权利的表述。终身地产权是地产权人终其一生享有的土地保有权。在自由继承地产下,只要地产权人有法定继承人存在,该地产就可以无限期地延续。在限定继承地产下,只要被限定的继承人存在,该地产也可以无限期延续。回复地产、剩余地产都是未来性地产权,地产权人虽然必须在前位地产终止后才能占有土地,但他的这种土地权益是一种在现实中可以继承、转让的财产权,而不是一种在未来某个时刻主张获得土地的请求权。其次,同一地产权按时间段划分不同的地产权,如甲享有一块地产的自由继承地产权,该地产权在持续时间上就表现为一个可以向后无限延伸的时间链条。甲可以把这个时间链条截取一段,为乙设置一个终身地产权,把剩余的时间链条再转交给丙,为丙设立一个剩余地产权。各个地产在享有土地的时间上前后相继。再次,地产权以占有为基础,是现在占有与未来占有加各种并存的权益。^②占有基于分封关系而产生,既是一种事实也是一种权利。按照地产权人

^① 对大陆法而言,确认权利、属性和类型化是获得救济的前提。

^② 这种占有非常不同于罗马法中的占有。参见小奥利弗·温德尔·霍姆斯著,冉昊、姚中秋译:《普通法》,中国政法大学出版社,2006年版,第181-217页;[美]哈罗德·J.伯尔曼著,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译:《法律与革命》,法律出版社,2008年版,第299-300页;[英]S.F.C.密尔松著:《普通法的历史基础》,中国大百科全书出版社,1999年版,第124-125页;[德]萨维尼著,朱虎、刘智慧译:《论占有》,法律出版社,2007年版。

是否能够实际占有土地并获取土地上的收益为标准,可以将土地权利分为“现实占有的地产权益”和“未来性地产权益”两类。现实占有的地产权益是指地产保有人能够即时占有土地并从中获取收益的地产形式,具体包括终身地产、自由继承地产、限定继承地产三种,是普通法权利(所有权)。未来性地产权益是指权利人享有的尽管是一种现实中可以继承、转让的地产,但是必须在未来某一个时期才能实际占有土地并从中获益,具体包括回复地产、剩余地产,是衡平法权利(所有权)。所以地产权包括普通法地产权和衡平法地产权。

第三,地产权按空间划分。地产权保有人不仅享有附着于土地上的财产权利,而且享有上至一定空间、中至地面、下至地下的财产权利,如享有一定空间、地役权、地上野生动物和地下矿山的权利。

第四,地产权上的权利还可按照不同性质和权能分割为不同的独立财产权利,如抵押、占有、进占、用益、收益和租赁等,大陆法系所有权的四个权能不能成为单独的财产权利。

(3) 地产权上的权利还可以是诉讼与救济权利(*chose in action*),或者说地产上的权利动产。这与英国法独特的司法裁判土壤密切相关:无令状无诉讼,无诉讼无救济,无救济无权利;司法相对独立。在英国法上,有普通法救济和衡平法救济。一般地说,普通法上的救济是对物的,衡平法上的救济是对人的。无论是普通法地产权还是衡平法地产权都包含因为司法诉讼救济产生的权利,如禁止令、强制履行令、追踪等。

(4) 地产权的抽象性反映了英国人在封建保有制下对于土地利用之终极价值,而不是像罗马法那样追求对土地的控制和绝对占有以及有形的物。地产上的多个权利并存,平等而没有高低之分,都可以独立进行转让和处分,不存在一种权利制约另一种权利,只有权利在时间上的优先性。罗马法所有权中的各个权能,以绝对占有为根本,没有绝对占有其他权能就难以独立存在。

(5) 所有的财产权利关系体现的是人与人之间的契约关系,这种关系都是对封建保有制关系的拟制。庞德认为普通法和衡平法的形成得益于封建法和日耳曼法。^① 得益于封建法是其处理问题都是以封建保有制中的领主与封臣的义务关系进行类推,或者说拟制;得益于日耳曼法是其习惯法是以财产为中心,所有

^① 参见罗科斯·庞德著,唐前宏、高雪原译:《普通法的精神》,法律出版社,2009年版,第10-21页。这就不难理解麦克尼尔写的《新契约社会论》还是以关系来论述。

的权利都归结为财产,一切有价值的东西都是权利或者财产,比如神父的圣职任免权、司法令状、司法管辖权等。这就奠定了英国走向地产权法而不是罗马那样的所有权法的历史基石。^①

这样,地产权(estate)作为一种独立财产从土地上分离出来的制度设计,深深影响了英美的财产法体系。今天英美的地产权制度就是按照这一模式发展而来。地产并非作为物的土地本身,而是对土地上存在的权利的一种抽象,并将抽象出来的东西当做一种独立财产(抽象物),可以对之进行独立的转让、处分等。通过这种方式,将地产(作为一种权利或抽象的财产)与土地(作为实物)分开,作为转让、处分的独立标的物,从而产权的流转就可以脱离对实物的占有、使用、收益,不仅适应封建制土地保有制下的现实,而且解决了物的排他性和流转性之间的矛盾,即对物的排他权利不再阻碍物的变相流转。^②

所以今天英美法中财产权利完全具有地产权特征,都是一种抽象物,并且是一束从时间、空间、救济方式、质地、权能等多维度进行分解和自由创设的权利,^③进而进行独立转让和处分,都是一种人与人之间对物利用的契约关系而不是对物的占有。这种权利特征不同于罗马法中的无体物,特别适合于知识和信息经济时代,特别有利于创新,不会遇到大陆罗马法系那样人格权、人身权与物的关系相分离(如知识产权、股份表决权与股份的关系)、物权法定的麻烦。在英美法中,这种财产权利束的任何一种权利又称为所有权,与大陆法系中所有权具有完全不同的内涵。上述英美法中的权利分解和所有权完全不同于大陆法系中四个权能分解,也决定了英美法系与大陆法系在财产权利的归属和利用、法律思维方面的根本区别,对此,John Henry Merryman 说得很生动:“罗马法的所有权可以看做是一个盒子,这个盒子上写着所有权(ownership)的名字。谁只要拥有这个盒子,他就是所有人(owner)。在完全的无负担的所有权的情形,这个盒子包含使用权、占有权、收益权和转让权。所有人可以打开盒子,取出一项或几项权利转让给他人,但只要盒子还是他的,即使盒子已完全是空的了,他也仍然享有所

① 所以在英美法中,特别讲究契约关系,直至麦克尼尔。信托制度首先是一种类似封建保有制那样的法律关系,拟制信托也是如此。

② 特别值得注意的是,中国古代南北朝兴起至民国的地权,也具有英国地产权类似特征,可以将土地上的权利分解为租、田面权、田底权、主业权、佃权、典权等,租不拦典,无法用欧陆的民法系所有权类型化。

③ 即哈耶克所说的否定性权利,也就是我们今天大力鼓吹的负面清单。支持这种权利特征的是司法独立、判例法和法官造法等制度安排。

有权。与之相反,英美法中,没有盒子,只有不同系列的法定权益。无限嗣继承地产权(fee simple)是一个人所能获得的最大可能的权利束。当他将其中一项或几项权利转让给他人时,权利束的一部分就丧失了。”^①

2. 衡平法与衡平法的精神实质

衡平法是英国人对人类法律思想最惊人的贡献,是一种非常独特的法律制度,宏大而难以把握,^②在英国法中有多种含义,一是与普通法对应的一种法律规则、程序和救济方式以及由此产生的财产权利,由衡平法院弥补普通法院的缺陷发展而来,是对普通法的补充;二是对普通法的严厉、适用所有一切情形规则导致的不合理、不公正结果的一种矫正,也就是法官根据自由裁量原则调适的个案公正;三是指公平、正义、平等、良心的道德原则。总之衡平法是一种道德化的法律,由判例和十几条格言组成。虽然普通法院与衡平法院在1873年的司法改革中合并,但是衡平法还处于孩童时代,还在发展。

如果说地产权是信托之父,那么衡平法就是信托之母,其核心和灵魂是信义义务(fiduciary duties/obligations)。信义义务存在于信义关系(fiduciary relation)之中,是受信人(fiduciary)所负有最严厉、最苛刻和最繁重的义务,并且与其权利不对等。信义关系是对封建保有制关系的拟制。根据英美判例的长期发展,信义关系成立有三个标准:信任标准(trust and confidence test)、承诺标准(undertaking test)和脆弱性标准(vulnerability test)。所谓信任标准,早期有关学说和判例认为如果一方被施加信赖,而这种信赖却被滥用,那么无论是否存在信托财产,衡平法院将对另一方面给予救济。后来这一标准进一步向三方面发展,一是信任标准客观化,要求主观信任存在合理的依据(reasonable grounds),信任的衡量主体是理性人(resonable person)。二是将信任标准与双方不对等地位联系起来。三是将信任标准与法律义务联系起来。所谓承诺标准,就是受信者是承诺代表他人利益行事之人,这种承诺与是否采取合同形式,是否有偿无关。所谓脆弱性标准是针对受益人来考虑的,有三个特征:一是受信者拥有行使某种自由裁量权或权力的机会;二是受信者能够单方面行使上述权

① John Henry Merryman, "Ownership and Estate: Variations on a Theme By Lawson", *Tulane Law Review*, Vol. 48, 1973-1974, p. 927.

② 密尔松著,李显冬译:《普通法的历史基础》,中国大百科全书出版社,1999年版,第82页;伯尔曼说“英国法律史犹如一部侦探小说,衡平法或许就是其中最神秘的角色”。参见[美]伯尔曼著,姚剑波译:《信仰与法律》,中央编译出版社,2011年版,第50页。

力以影响受益人法律的或者实际的利益；三是受益人特别容易受到受信人的伤害，或者任其摆布。根据司法实践，Frankel 和 Hudson 对此做了进一步总结。^①

根据信义关系发生的不同基础，它可以分为法律上的信义关系(status-based fiduciary relationship)和事实上的信义关系(fact-based fiduciary relationship)。法律上的信义关系，或者说传统上的信义关系，就是法律明文规定当事人之间的关系必须适用衡平法上的信义关系，有受托人与受益人、委托人与代理人、公司与董事、合伙人之间、医生与患者、律师与委托人、交易商和经纪人与其顾客的关系等。由于信义关系的推广运用，产生了许多新型的信义关系，如夫妻之间、除经纪人和交易商之外的中介、朋友之间、抵押经纪人与开具现金支票的机构之间等。

事实上的信义关系，是指在无法律明文规定情况下，一方当事人基于对另一方当事人的信赖而将自己置于易受伤害的地位时，法官根据衡平法“公平、正义和良心”理念，通过拟制、推定技术，寻找掩盖在形形色色现实关系面纱下的信义本质，裁决双方当事人之间存在信义关系，进而对受信人施加忠实、注意义务。事实上的信义关系往往是法官自由裁量的结果，也是一种拟制。

确定一种关系是否属于事实上的信义关系，取决于它是否具有上述信义关系的基本构成要件或者特征。有两个层次的适用规则，一种是衡平法下的公平、正义、良知的道德原则，另一种是利益原则，即任何人不能通过不当影响、不能从其犯罪行为中获得利益，如欺诈、非良知；不得有不当得利；不得违反信义义务的公平规则和禁止自我交易规则，不得产生利益冲突；要保持必要注意和合理谨慎，^②如投资组合、像对待自己的财产一样小心谨慎，具备专业知识和技能。所以，除专属于衡平法规范的信托法外，衡平法并没有发展为完整的系统，只是以其富有弹性的衡平法义务之原则适用具体情形。因而在英美法中，衡平法与信托法几乎不可分割。

一旦当事人之间构成信义关系，受信人所承担的义务与所享有的权利就不对称。对受信人的责任和约束围绕如下两点展开：一是受信人不得利用其身份、地位、知识或者机会为自己或者第三方谋取利益，二是受信人在履行其职责范围

① See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 4 - 25; Alastair Hudson, *Law of Finance*, Thoson Reuters Limited, First Edition, 2009, pp. 96 - 102.

② 类似于“居职如家”之类。

内,不能同第三方有任何关联关系,除非得到受益人的知情同意或法律授权。豁免受信人信义义务有三种例外情形:一是委托人同意,二是法院认可,三是创设受信人职位者的同意。^①

衡平法是在英国历史上一系列耦合事件中创造的,为什么衡平法的灵魂——信义义务——在英美的宪法、公司法、合同法、遗嘱、信托法等公法、民事和商事法律中得到广泛运用并且流传至今?甚至还在进一步发展?为什么大陆法系国家在借鉴英美法系制定合同法、公司法、信托法等法律制度时也吸收和引进信义义务?这些现象背后的共同基础是什么?有何合理性?

康芒斯和科斯认为人们在交易中交换的不是物而是权利和义务,因此通过符合人性的、科学合理的立法和司法,以确保交易安全和效率就是至关重要的,其中的关键是权利与义务的配置。因为这决定了人们进行行为选择的空间和方式,或者说相互博弈策略。立法是第一次权利义务的配置,司法是第二次,矫正交易。科斯第一定理作为一种参照物,指出只要交易成本为零,无论初始权利如何配置,当事人都能够通过交易达到资源优化配置。其隐含的假定为:人是完全理性,没有信息不对称,消除了不确定性。这在真实世界并不存在。

放松上述假定,存在交易成本,产生了科斯第二定理,即权利义务如何配置影响资源配置效率。由此有三个推论。第一个推论是,清晰地界定权利义务,增加外生交易费用,以减少内生交易费用和中性交易费用。第二个推论是,如果交易费用大于交易收益,应该将权利配置给出价最高者。库特和尤伦把波斯纳的第一个推论称为规范的科斯定理:建构法律以消除私人协商的障碍,润滑交易。这实际上是保证交易安全以达到效率。把第二个推论称为规范的霍布斯定理,建构法律以最小化私人协商失败导致的效率损失,即纠正错误配置。^②波斯纳称之为波斯纳定理。^③这是对初始配置的矫正以达到效率。

根据哈特等人的不完全合约理论,^④法律是不完备的法律,不可能事前给定一个能够覆盖现实一切情形的规定。因此,第三个推论是,将义务配置给能够以

① See Johan McGhee editor, *Snell's Equity*, Thomson Reuters Limited, 2011, pp. 185 - 186.

② See Cooter and Ulen, *Law and Economics*, 4th. edition, Addison-Wesley, 2003, p. 97.

③ 参见[美]理查德·A·波斯纳著,蒋兆康译:《法律的经济分析》(上),中国大百科全书出版社,1997年版,第20页。

④ See Grossman, S & Hart, O, "The Cost and Benefits of Ownership: A theory of Vertical and Lateral Integration", *Journal of political Economy*, Vol. 94, 1986, pp. 691 - 719.