

*Negotiating Power* 吴晓灵、周振华作序推荐  
*Generation and Application of Trust Institution*



# 谈判力

## 信托制度的形成与应用

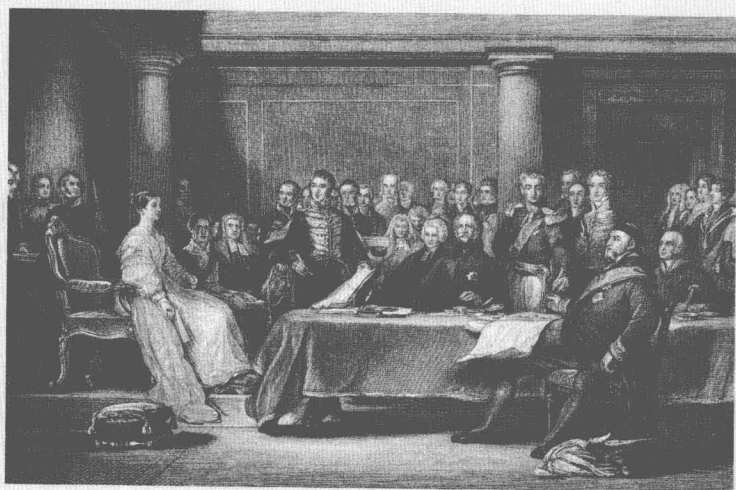
汪其昌 著

上海远东出版社

# 谈判力

汪其昌 著

## 信托制度的形成与应用



*Negotiating Power*  
*Generation and Application of Trust Institution*

## 图书在版编目(CIP)数据

谈判力：信托制度的形成与应用/汪其昌著. —上海：上海远东出版社, 2012

ISBN 978-7-5476-0684-1

I. ①谈… II. ①汪… III. ①信托制度—研究  
IV. ①F830.8

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 238163 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

责任编辑：程云琦

封面设计：张晶灵

## 谈判力 信托制度的形成与应用

著者：汪其昌

出版：上海世纪出版股份有限公司远东出版社

地址：中国上海市仙霞路 357 号

邮编：200336

网址：[www.ydbook.com](http://www.ydbook.com)

发行：新华书店上海发行所 上海远东出版社

制版：南京前锦排版服务有限公司

印刷：上海市印刷二厂有限公司

装订：上海市印刷二厂有限公司

版次：2012 年 11 月第 1 版

印次：2012 年 11 月第 1 次印刷

开本：710×1000 1/16

字数：392 千字

印张：23.25

ISBN 978-7-5476-0684-1/F·488

定价：58.00 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：021-62347733-8555

## 以经济学方法解析信托法理

规制各类投资基金的法理基础是信托。本书是作者参与我主持的《证券投资基金法》修订课题组,负责研究信托法理的一个理论成果。我国没有信托传统和习惯,虽然我国 2001 年颁布实施了《信托法》,但由于信托法律制度是从英美法系移植过来以及独特的法理,很多人对于信托法律制度还是比较陌生。因此,如何阐述信托法理,让人们易于理解、接受和应用,就显得非常重要。

该著富有创新性的研究之处在于指出信托法律制度的两个基础是英国的地产权和衡平法,并且进行了透彻的经济学分析。在这两个基础上形成的信托法律制度包含三个层次的内容:产权制度、财产管理制度和治理制度。作者认为对于信托法律制度的理解不能以大陆民法系的物权——债权的思维范式和罗马法系的所有权概念去理解,也不能仅从已有信托成文法的概念和条文出发去理解,因为它不是理论指导发展的结果,而是英国各利益集团谈判力长期博弈的结果,应从具体的历史背景中去阐释。不理解这两个基础,就难以正确理解信托法理,也难以移植和应用信托法律制度。

英格兰的封建地产权制度不同于大陆法系的土地制度,是英格兰国王在封建保有制的基础上,为加强中央集权,与贵族、教会和律师职业阶层围绕税收

长期博弈的结果,是一个按时间、空间和内容分解的抽象权利束。在此基础上产生的普通法地产权和衡平法地产权构成了信托的双重所有权,也是后来发展为信托财产权的独特特征之基础。双重所有权制度不能用大陆民法系的权能分解理论去套用,是一个关于所有权权利不断分解的权利束,在这个权利束中是一组关于现在和未来收益的财产权利。建立在地产权基础上的信托财产权制度,顺应了现代社会专业化分工发展趋势,因而成为全球广泛采用的财产权制度和财富管理制度。所以作者认为双重财产权制度不是移植信托法律制度的难点,难点在于大陆民法系国家的所有权内涵不同于英美法系国家。

信托的另一个基础是衡平法,衡平法的独特之处在于:只要信托关系成立,对处于信赖和有信息与专业优势地位的受托人就强加一个忠实义务和谨慎义务,对处于谈判力弱勢的受益人以衡平法救济,便于治理受托人很容易产生的道德风险和懈怠行为。没有衡平法基础,信托制度就难以成为财产权制度和财产管理制度。值得注意的是,衡平法下的信托义务是一个否定性义务,就是告诉你不能做什么,而不是告诉你应该做什么。这一制度安排有利于治理人类普遍存在的机会主义行为,把代理人容易产生的负外部性成本内部化,节约交易费用,从而把法律的公平正义要求与经济学上的效率概念内在联系起来。虽然移植信托的国家没有衡平法,但基于共同的人性,都有衡平法精神和治理机会主义行为的内在需要,所以信托法律关系不只是规制信托公司的,还可以广泛运用到商业、金融、政治等领域,即使没有信托财产的转移管理,也同样适用信托法理。由此说来,我国可以将信托法理的适用范围扩大到公司治理、金融服务者与金融消费者关系等领域。

汪其昌博士的研究不是基于概念和条文去理解信托法理,而是从人性出发,运用经济学方法,建立一个谈判力的分析框架去阐释,因而给人耳目一新的感觉,也得出了许多有新意的分析结论。我应邀为他作序,希望该著为信托法律制度的研究和应用开阔视野、加深理解起到促进作用。

**吴晓灵**

第十一届全国人民代表大会常委  
全国人大财经委员会副主任委员

## 序二

### 谈判力：

### 理解制度变迁和信托制度的一个新视角

新古典经济学认为经济增长是资本、劳动和技术参数的函数。自新制度经济学崛起后才发现制度是经济增长的重要内生变量,但是好的制度是怎样形成的?过去的制度怎样影响制度变迁的方向?为此,新制度经济学家提出了不同的理论模型以解释真实世界的制度变迁,主要有三种:一是理性构建主义,典型的是诺斯提出的产权理论、国家和意识形态理论,认为有效率的产权是经济增长的关键,一个社会的所有权体系如果能够明确规定个人的财产权利,并对之提供有效的保护,就能减少经济活动的成本和费用,使个人收益接近社会收益,从而具有激励个人创新,提高整个社会经济效率的功能。二是演进主义,将生物学上的自然选择和进化演进方法,应用于制度变迁的历史分析之中,认为制度的形成和变迁是自然演进的,只有自然演进的制度,才能形成好的制度。要形成自然演进的制度,就必须保证不同的经济主体,特别是个人的自由,只有保证个人自由,才可能有自然演进的制度。三是利益集团理论,认为制度变迁的根源取决于利益集团的形成和发展,不同利益集团的博弈,才是决定一个制度优劣的根本原因。利益集团的强大和发展会影响一个好的经济制度,利益集团的削弱和减少会有利于一个好的经济制度的出现。

上述理论分析模型虽然可以分别解释不同的制

度变迁现象,但仍有不足,有难以解释的盲点,比如理性构建主义没有解释有效率产权制度是如何形成的,无法解释国家悖论。演进主义忽略了人类社会的演进不同于生物的演化在于,人类世界不是平等竞争的,不是一个简单的优胜劣汰问题,无法解释在自然演进的过程中,有着自由选择权利的个人,选择的往往不是一个好的制度,而是一个坏的制度。利益集团理论的困惑在于:为什么在利益集团强大的时候,经济制度就接近“坏”的制度,在利益集团弱的时候,经济制度就接近于“好”的制度。这些理论解释存在的一个共同缺陷,就是忽略了在交易和博弈中的人是异质的,利益集团是异质的。

异质在何处?就是交易和博弈中的各自然人和各利益集团的谈判力往往不是相同的和对等的。为此,汪其昌博士把商务和纳什博弈论中的谈判力理论一般化了,提出了各利益集团不同的谈判力是推动制度变迁的重要力量。那么什么是谈判力?作者认为,谈判力就是讨价还价的能力,这种能力取决于对资源和信息的相互依赖程度和控制能力。这里所谓的资源包括强制资源、经济资源和政治资源,强制资源主要是军队、警察、法庭等暴力资源,经济资源主要是各种税收、特许权、财富、对生产资料的所有权和有效利用等能够为各方带来经济利益的资源,政治资源是指历史惯例、意识形态、权力、政治势力的支持程度等。其中暴力是最重要的决定因素。各利益集团的谈判力决定了相互抗衡的程度,谈判力对等才能形成妥协。一个利益集团为了增强谈判力,往往会与另一个或另几个利益集团结成联盟进行合作博弈。当一个利益集团的谈判力处于绝对优势时,与其他利益集团很难有合作博弈。利益集团的谈判力变化了,就会重新谈判博弈。因而不同制度的形成是各利益集团谈判力不同所博弈的结果。当一个利益集团的谈判力明显压倒另一个或另几个利益集团谈判力时形成的制度,其制度内容当然主要是体现处于强势谈判力利益集团的意志和利益,当几个利益集团谈判力势均力敌时,很容易妥协,所形成的制度内容当然是各利益集团的意志和利益的反映。由谈判力决定的博弈是一个反复演化博弈的过程,有多重均衡结果,不是只有一种结果。当由谈判力决定的博弈均衡是纳什均衡时,不管其制度是好是坏,都是稳定的。当利益集团的谈判力变化时,重新谈判博弈形成新的纳什均衡或者非纳什均衡。由此,各利益集团谈判力的变化不断推动制度变迁。

这一具有创新意义的分析视角对于我们理解制度变迁和许多制度现象具有诸多启示。比如,为什么具有同样背景的法国会走上不同于英国的发展道路?是因为两国的主要利益集团谈判力各自不同所致。人类为什么会选

择对大多数人不利的制度？为什么许多地区的社会不会自然演化出一个好的制度？是因为一个利益集团的谈判力相对于其他利益集团处于绝对强势地位，其他利益集团的利益难以表达和体现。为什么英国各利益集团谈判力对等博弈形成的宪政制度具有普世意义？是因为通过分权限权，让军队和法庭保持中立，让各利益集团平等博弈进行利益表达，容易获得一致同意和妥协而具有效率。为什么中国历史自秦以降至清末处于长期超稳定的专制状态？这与家国不分的皇权谈判力相对于其他利益集团处于绝对强势地位有关。当然，这一研究视角对于我们今天反思主流改革思维，应该怎样确立符合市场运作内在机理的规则也有意义。

作者参与全国人大财经委吴晓灵副主任主持修订《证券投资基金法》课题组，负责信托法理研究，作为该研究的一个学术成果，该著以利益集团的谈判力理论为分析框架贯穿全书，阐述信托制度的形成与特质及其应用，也很有新意。首先他认为信托作为融合了普通法和衡平法所有权的一个产权制度，是英国历史上多元化利益集团以税收为中心的长期谈判博弈的结果。英国各利益集团谈判力源于英国独特的封建保有权为路径依赖：国王靠自己的封地收入和封臣的人身义务与封建附属义务作为治理国家的财政收入，没有常备军队，“我的封臣的封臣是我的封臣”。因此，首先是英国国王为加强中央集权进行征税的谈判力略胜于贵族、教士，导致了普通法和普通法财产权制度的形成，后来加上司法独立、法律发展形成的职业律师阶层和随工商经济发展崛起的乡绅、市民阶层和资本家阶层，导致王室税收结构的变化，不依靠土地税收而依靠工商业的财产税、交易税、关税。这些利益集团增强了与国王的税务谈判力但又受到制约，结果形成了衡平法和衡平法财产权利，并最终形成信托财产权的普通法所有权和衡平法所有权这种独特的财产权制度。因为国王不保护普通法所有权和衡平法所有权，就无法获得税收进行统治。英国代议制和宪政的形成就是各利益集团围绕税收的谈判力势均力敌博弈的结果。其次，信托制度的核心是对受托人强加信托义务，即忠实义务和谨慎义务。这一法理的合理性在于：对处于谈判力强势地位的受托人进行拘束，以治理代理人的机会主义行为，把可能存在的负外部性成本内部化，有利于实现实质正义。这是各利益集团谈判力长期博弈中形成的共有信念。信托制度的形成具有偶然性，但因为符合普遍的人性特点，具有普世价值，因而信托制度移植到全球，广泛运用到政治、商业、金融等领域。

在该书的最后几章，作者应用谈判力理论对信托制度法理进行解析，指



出应该以信托法律关系去规制处于谈判力强势地位的控制股东和金融服务者,以解决公司治理和委托理财中金融消费者保护的司法难题。这是该著的内在逻辑展开。

该著承接了科斯和波斯纳的法经济学分析方法,但不是以财富最大化为效率的核心,而是以代理人成本内部化为效率的核心。作者试图把法律史、经济史、政治史、政治学、经济学、金融学、法学等多学科知识,纳入到一个统一的谈判力理论框架中,分析信托制度形成及其法理与应用,很不容易,要把其中的内在有机联系充分揭示清楚难度很大,希望作者再接再厉,进一步加强利益集团谈判力与产权制度、税收、信托制度的形成以及经济增长的实证研究。

**周振华**

上海市人民政府发展研究中心主任  
上海市经济学会会长

序一/吴晓灵	1
以经济学方法解析信托法理	
序二/周振华	1
谈判力：理解制度变迁和信托制度的一个新视角	
<b>第一章 分析框架：人性、谈判力与演化博弈均衡</b>	1
第一节 已有研究述评	2
第二节 人性、交易费用与谈判力	5
第三节 制度变迁的路径依赖与谈判力	19
第四节 研究的基本思路	28
<b>第二章 信托制度形成的路径依赖：日耳曼习惯法和英国封建制度</b>	30
第一节 日耳曼习惯法	31
第二节 英国封建保有制	33
第三节 土地保有制的类型和权利义务	37
第四节 英国封建保有制的特征	50
第五节 封建保有制下的地产权制度	55
<b>第三章 信托制度形成的内生性：战争、税收与各利益集团的博弈</b>	79
第一节 英国的军役和军队与国王的谈判力	80
第二节 英国国王的收入与支出及其平衡	85
第三节 战争、税收引起英国各利益集团谈判力的变化与权力分解	104

<b>第四章 国王的谈判力略胜其他利益集团：普通法的形成与信托的普通法所有权</b>	134
第一节 普通法的形成：国王通过司法加强中央集权	135
第二节 议会与普通法的发展	158
第三节 信托的普通法所有权	164
<b>第五章 税收结构的变化和利益集团谈判力的变化与衡平法的形成、发展及信托的衡平法所有权</b>	179
第一节 衡平法的形成与发展：国王与贵族和新兴资产阶级的谈判力	180
第二节 信托的衡平法所有权的形成和确立	194
第三节 衡平法下的信义义务与信托义务	209
<b>第六章 信托制度特质分析</b>	228
第一节 信托财产权利的独特性及其学理解释	229
第二节 信托制度的治理：以司法为中心	237
第三节 信托法律制度的法律思维特点	242
第四节 交易费用、谈判力与治理机会主义行为制度的比较	250
<b>第七章 信托制度在中国的应用</b>	260
第一节 1949年之前：有信托之名无信托之实	260
第二节 1949年至1999年：信托机构从停业到恢复发展	273
第三节 2001年至2011年：信托法理的真正应用	279
第四节 我国继受信托制度过程的几个问题	282
<b>第八章 信托制度在规制控制股东中的应用</b>	298
第一节 控制股东的产生：谈判力与股东的异质性视角	298
第二节 控制股东负有信托义务的学理基础	303
第三节 以信托义务规制控制股东的若干问题	308
第四节 建立控制股东信托义务的责任体系	312
<b>第九章 信托制度在委托理财中的应用</b>	324
第一节 我国理财市场的现状	324

第二节	关于金融理财合同的法律规定	327
第三节	金融服务者与个人理财的金融消费者关系： 委托—代理关系	333
第四节	以信托关系分析委托理财司法审理的几个问题	341
<b>参考文献</b>		350

## 分析框架

### 人性、谈判力与演化博弈均衡

信托制度是一种正式的法律制度,有三层不可分割的含义:一是财产权制度,是英美财产法的一个分支,二是关于财产管理的法律制度,三是关于治理代理人的法律制度,也就是通常所说的信托责任。信托因其独特的制度安排风行全世界。这是为什么?国内研究信托一般都是从法学概念和法律条文出发<sup>①</sup>,将其作为财产权和财产管理制度进行研究,几乎没有人研究信托为何作为一种财产权及其财产管理制度会具有治理制度功能,因而对信托制度的价值认识不透彻,造成制度资源的浪费。

本书的目标是通过解释信托制度的历史形成来透彻理解信托制度原理,并力求正确应用信托原理来研究解决中国的现实问题。为透彻理解信托为何成为一个具有普世意义的三个不可分割层次的制度,本书从信托制度的历史形成出发进行研究。为了避免史料的堆砌和罗列,同时对信托制度形成的历史过程有一个整体的有机的理解,笔者把信托制度看成是英国人在既定约束条件下行为选择的结果。这样,理解英国人面临的既定约束条件是什么,在这些既定约束条件下又是如何选择的,就非常重要。因此,本章试图从人的自然本性出发,以经济学的路径依赖、交易费用和各利益集团谈判理论建立一个一般分析框架,以期便于深刻理解信托制度的形成,同时对信托制度的特质有一个准确认识,避免以大陆法系的概念和法律思维去理解,也避免

<sup>①</sup> 常见不少论文、论著通常是“英国如何规定”,“美国如何规定”,“德国如何规定”,“日本如何规定”,“中国应当如何”。美国法学家格雷曾经辛辣地讽刺道:“律师们常常发现,法学教授总是教条地提出有关法律的一般见解,实际上却对实践中任何一个法律体系毫无所知;同时,他还自满于那些阐释种种陈词滥调的科学,并且坚持这些陈词滥调应该适用至所有的法律。”参见约翰·奇普曼·格雷著,马驰译:《法律的性质与渊源》,中国政法大学出版社,2012年版,第4页。

从一种主观的模型出发去裁剪真实世界<sup>①</sup>，从而为信托制度在中国的应用打下一个理论基础。

作者的这种解释框架，是从真实世界出发，解释不同利益集团谈判力及其变化是推动制度变迁的力量，并且把谈判力概念一般化。因此对于理解中国目前的转型、政治体制改革、公司治理等许多领域的问题也有启发意义。

## 第一节 已有研究述评

梅特兰说：“如果有人要问，英国人在法学领域取得的最伟大、最杰出的成就是什么，那就是历经数百年发展起来的信托概念。”<sup>②</sup>确实，自信托起源并成型于英国后，不仅英国和美国许多州将信托法成文化，而且英国的殖民地大多继受英国的信托法制，许多大陆法系国家和混合法系国家都承认和引进信托制度。<sup>③</sup> 信托从民事领域广泛运用于商事、政治、公益、环保等领域，信托目的从消极的财产转移发展为形式多样化的财产管理、企业并购重组、信贷资产证券化、资产保全、企业组织设计、公司治理等方面。正如美国斯科特所言，“信托的运用可以与人类的想象力媲美”。

信托是舶来品，1949年前我国就借信托之名从事银行、证券投资等金融业务之实，1979年我国成立了中信信托公司后<sup>④</sup>，历经5次整顿，2001年颁布实施《信托法》，随后我国才真正将信托原理运用于融资、证券投资、信贷资产证券化、企业年金、企业并购重组、股权分置改革等社会经济、金融生活中。

---

① 美国著名法学家庞德曾经这样评论学院派教授的理论分析框架：“据说威廉·詹姆士曾经说过，任何一个问题的最大敌人就是这一问题的教授们。他这样说，是指的像医药和法律这类实际活动。在这些实际活动中，从事实际业务的人不断地与生活 and 自然界的事实保持接触。他从经验里得出他的观念，而且必须经常加以改变，并改造他的理论，使其适合于必须应用这些理论的事实。另一方面，教授却从其他人的关系中去认识那些生活和自然界的事实，并且假定这些东西都是被人给予他的。他从这些事实中进行概括并整理出各种概念和理论来，然后再从推论得出更多的概念和理论；根据这些事实，他建立起一套顽强的、违反生活和自然界事实的和非常固执的教义，并企图使生活和自然界符合他的理论模型。”罗斯科·庞德著，沈宗灵译：《通过法律的社会控制》，商务印书馆，1984年版，第1页。

② Richard Edwards & Nigel Stockwell, *Trust and equity*, Law Press, 2003, p. 1.

③ Maurizio Lupoi, *Trust Comparative Study*, Cambridge University Press, 2000, pp. 271 - 290; David Hayton, *Modern International Development in Trust Law*, Kluwer Law International, Ltd. 1999, pp. 19 - 36.

④ 在2007年之前，我们一直把信托公司称为信托投资公司，2007年之后，中国银监会颁布新的《信托公司管理办法》中一律改称为信托公司。

最近几年,银行、大型产业(实业)集团、外资金融机构纷纷收购、参股、重组信托公司,信托公司的信托特许经营权成为一种稀缺资源,这也说明人们对信托制度的价值有了新的认识。

但是我国在移植和应用信托法原理的同时,理论准备比较匆促和薄弱<sup>①</sup>,信托法与大陆法系的立法和司法理念、中华法系制度传统产生严重冲突,造成在现实中,一方面因为对信托制度的历史形成过程缺乏认识,对其在封建保有制下的地产权和衡平法基础缺乏了解,因而对信托原理理解有误,立法有缺陷,以为信托法律制度仅仅是适用和规制信托公司的;另一方面缺乏配套实施机制,从而使信托法执行不下去,同时不少人都认为信托制度是信托公司的特许经营权,反而造成这一重要法律制度资源的巨大浪费。如何正视和解决这些问题,必须在基础理论研究方面下功夫。信托的基础理论涉及很多方面,但信托法律关系的基础是信托财产,信托治理机制的核心和关键是衡平法下的信托义务。所以,笔者选择信托制度的历史形成来理解信托制度。只有首先知道信托制度是怎样形成的,才能更好地在中国应用信托制度。

信托制度首先是一种财产权利制度,体现的是当事人之间的法律关系。<sup>②</sup>英美法系国家的研究者着眼于其财产权和合同性质展开研究<sup>③</sup>,大陆法系的学者着眼于法律性质的解说,以大陆法系的概念和思维去理解信托制度,提出了债权说、物权说、法主体说、限制性权利转移学说、双重构造说、物权债权并行说、附解除条件法律行为说。<sup>④</sup>中国的学者也是囿于此。他们很少这样思考:为什么这种作为财产权利及其管理的法律制度具有如此的灵活性和适用性?为什么其法律关系具有普世的治理意义?我们要怎样移植信托制度才能发挥信托制度的功能?

有学者从比较法和法经济学角度研究信托制度价值,认为信托制度发挥了其他法律制度发挥不了的功能。这方面的论文主要有五篇:汉斯曼和马太

---

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。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《财产权的革新——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),还有就是张淳著《信托法原论》(南京大学出版社,1984年版)。直到现在,许多研究信托的著作还没有超出他们当时的研究水平。

② 这体现在英国1925年和2006年《财产法》中。

③ 参见汪其昌著:《信托财产权的形成与特质》,中国财政经济出版社,2011年版,第3-5页。

④ 参见中野正俊、张军建著:《信托法》,中国方正出版社,2004年版,第18-27页;唐义虎著:《信托财产权利研究》,中国政法大学出版社,2005年版,第271-280页;周小明著:《财产权的革新——信托法论》,贵州人民出版社,1995年版,第30-34页。

的《信托法的作用：比较法与经济分析》、王文宇的《信托法的分析框架及可行的发展方向》<sup>①</sup>、Stikoff 的《信托法的代理成本理论》<sup>②</sup>、谢哲胜的《信托法的功能》<sup>③</sup>和石纬林的博士学位论文《信托法律制度的经济分析》(2009年)。汉斯曼和马太通过对信托与合同法、代理法比较,认为信托的格式合同条款能够降低达成交易的谈判成本,与公司法比较,确立了债权人权力机制,便于资产分割。王文宇的论文是模仿汉斯曼和马太的分析方法,分别从契约法、物权法、组织法三个方面,说明信托法结合多重法律关系的核心内涵,在五个方面具有普适性:信托财产的独立性、信托财产的登记制度、受托人忠实义务、有限责任、任意规定与强制规定的调和。谢哲胜也是模仿汉斯曼和马太的方法,认为信托提供了契约法、代理法、公司法、物权法所无法达成的功能,具有典型契约条款的效率。这三篇论文分析方法相似,都指出信托制度的独特性在许多方面没有其他制度可替代。Stikoff 和石纬林的论文都是基于经济学的委托代理模型,对捐赠信托和信托法律制度的成本与效率进行了经济分析,认为可以降低代理成本或者降低交易成本从而提高效率。

这些研究忽视了信托制度的两个基础:地产权和衡平法,对于信托法制度的核心设计——财产权分割、信托财产的独立性和衡平法义务,由于缺乏历史的理解,难以进行透彻的经济学逻辑分析,从而对于信托制度优势背后的原理阐述不够彻底、不够清晰。比如,由于对交易费用的概念在科斯的基础上缺乏应有阐释,无法解释的一个现象就是运用信托制度不但没有降低反而提高了交易费用,如信贷资产证券化,还有就是交易费用占 GDP 的比例反而越来越高。另外就是对信托制度的三个层次内容缺乏清楚的认识,因而对于明示信托和推定信托、信托制度的治理功能和法律思维特征缺乏清晰的理解。

为此,笔者从古今中外共同的人性出发,提出了一个关于交易费用与谈判力的理论,不仅对信托制度的形成进行解释,还对信托制度本身特质具有的治理功能进行解释。笔者认为信托制度现在作为一种博弈规则,其形成是英国中世纪至工业革命时期,英国的各利益集团基于税收进行的讨价还价的

① 这两篇论文分别参见《比较》(第9辑),中信出版社,2004年版,第107-129页(英文 *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, N. Y. U. Law Review, 1998, p434-479),《北大法律评论》第9卷第2辑,北京大学出版社,2008年版,第283-309页。

② Robert H. Stikoff, *An Agency Costs Theory of Trust Law*, working paper, 2004.

③ 《信托法的功能》,载于谢哲胜著:《财产法专题研究》(三),中国人民大学出版社,2004年版,第160-177页。



博弈而形成的博弈均衡结果,信托作为非常有用的博弈规则主要是体现了人类治理交易的基本价值追求:交易安全和交易效率。信托制度体现交易安全是指委托人把财产转移给受托人成为信托财产后,信托财产具有独立性。它独立于委托人、受托人、受益人的固有财产和其他信托财产。独立后的信托财产可以实现破产隔离、抵消的禁止、混淆的禁止、法院查封的禁止,以信托财产为限承担有限责任。信托财产制度体现效率是指:第一,由于权利的分解和创设,有价值的东西易于被人发现和利用,顺应了专业化分工和提高资源利用效率的追求。第二,受托人承担了法律和法官强制施加衡平法下以忠实义务和谨慎义务为主的信托义务,一方面克服了法律的僵硬,另一方面可以最大限度防范普遍存在的机会主义行为所造成的道德风险,防止负外部性,使得交易的收益大于内生交易费用、外生交易费用和中性交易费用之和。第三,信托目的和信托财产的设置与管理极具弹性和灵活性,可以满足多样化的交易需求。

## 第二节 人性、交易费用与谈判力

法律制度是基于人的自然本性自然选择的结果。罗宾斯和科斯都认为经济学是研究人类行为选择的学科,所以经济学分析方法才能运用于分析诸如法律、政治等方面的人类行为选择。<sup>①</sup>这也是今天行为法学研究方法风行的原因。在方法论上,秉承科斯和波斯纳的法律经济分析传统,本书用经济学的方法研究信托法律制度的形成与特质。与他们不同的是,本书不是以微观经济学的价格理论和卡尔多—希克斯效率标准作为分析基础,而是从基本的经济人本性出发,以人类行为选择作为分析基础,效率是一种诺斯所说的动态适用性效率,还有就是交易的收入减去内生交易费用、外生交易费用和中性交易费用之和的剩余。通常认为经济学是研究资源优化配置的。其实这是新古典经济学的分析方法,资源优化配置与否,是人类行为选择的结果。这是现代经济学的分析方法。

信托制度是英国人在既定的约束条件下演化博弈选择的结果,成为一种既定制度后,又成为一种有效的博弈规则。为此我们需要理解的是:信托制

<sup>①</sup> 参见科斯著,盛洪、陈郁译:《企业、市场与法律》,上海人民出版社、上海三联书店、格致出版社,2009年版,第2-3页。