

信托受托人的忠实义务

姜雪莲*

摘要 信托受托人的竞业义务是忠实义务的一项重要内容。我国在制定信托法时没有明确规定受托人的竞业义务,学者虽肯定该义务,但是对其理论依据探讨甚少。公司与信托作为信义关系都负有信义义务,但其结构的差异使两者的义务内涵存在很多不同,信托受托人不宜类推适用公司法董事的竞业义务弥补竞业义务的缺失。《信托法》第25条第1款规定了“为受益人最大利益行事”,与美国《信托法重述》、日本《信托法》作为一般条款之忠实义务的表述相似,溯其本源,是由禁止利益冲突与禁止利益取得两规则构成。禁止利益冲突规则是行为规范,禁止利益取得规则是救济手段。受托人的竞业义务也可以被纳入到第25条第1款的一般条款中,违反义务的构成要件采实质审查主义,违反受托人竞业义务作为受托人权限外的行为类推适用《信托法》第22条的规定。

关键词 利益冲突规则 利益取得规则 竞业义务 机会理论 信义义务

一、问题的提出

信托受托人的忠实义务(duty of loyalty),无论是在信托制度发祥地的英美,还是在植入信托制度的大陆国家,都是受托人最重要的义务。2001年我国制定《信托法》之际,一并植入了受托人的忠实义务。我国《信托法》在忠实义务的具体内容上,规定了禁止自我交易、受托人不得利用信托财产取得利益等内容。但是,法律并没有明确规定禁止受托人的竞业行为〔1〕以及利用信息、

* 北京理工大学法学院讲师。本论文是“北京理工大学青年教师学术启动计划项目的阶段性成果。”

〔1〕 我国《信托法》第24条规定受托人可以是法人也可以是自然人,由于自然人“营业”的情形很少,更多的是与信托财产存在竞争的“非营业”行为,比如,受托人个人购买信托想要购买的土地,用于建房自住,因购买该土地不是“营业”行为,不可能构成“竞业”。另一方面,受托信托中以营业为目的的信托为少数,多为借贷信托,如果适用公司法中的竞业义务的构成要件,只有事业型信托才能适用。本论文言及的受托人的竞接下注〔1〕

机会之行为(以下简称信托机会)。^{〔2〕}竞业义务作为忠实义务的一项重要内容,其禁止的目的确实与自我交易行为、禁止利益取得行为大不相同。受信人滥用裁量权是信义关系内在的风险(inherent risk),^{〔3〕}信义义务(忠实义务)^{〔4〕}的主要功能是控制受托人的自由裁量权,^{〔5〕}控制裁量权自始就是课以受信人严格规则的正当理由。^{〔6〕}与此相对,竞业义务问题的出发点是限制受托人的个人行为,而不是限制被授予权限的行使问题。对于竞业义务的这种特殊性,有学者认为忠实义务兼具限制裁量权与保护企业组织的功能,承认竞业人员对公司的责任,竞业人员被包括在追求利益的企业组织体中,因此,此人的行为也应全部归属于公司。^{〔7〕}但是,信托明显不同于这种将董事、职员全部融合到企业组织内部的结构。^{〔8〕}尽管如此,受托人作为管理、运用信托财产之人,很容易知晓有关信托的信息,同时受托人亦处在可以自由使用这些信息的地位,确有“控制受托人滥用其个人地位”的必要。并且,从国外的立法例来看,信托受托人负有竞业义务是毋庸置疑的。^{〔9〕}信托受托人的竞业义务可谓我国信托受托人忠实义务内容的重大缺失。

〔1〕接上注〔1〕业行为,既包括与信托业务相竞争的竞业行为,也包括与信托处于竞争关系的“非营业”行为,其内涵要比公司董事竞业义务的内涵更加宽泛。缘于此,日本学者在探讨现行《信托法》第32条受托人的义务时,使用了“竞合行为”一词。参见能見善久、道垣内弘人:《信託法セミナー2》,有斐閣2014年版,页139。David Hayton and Charles Mitchell, *Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, London: Sweet & Maxwell, 2005, p.563;所谓的竞业是指受托人不得与信托处于竞争状态。

〔2〕Black Law Dictionary, West Publishing Company, 1990, p.340: 禁止公司受信人将公司拥有期待利益、财产利益或财产权利的交易机会,或从公平角度而言应属于公司的交易机会予以篡夺自用。对于信托机会,一般参考英美法中的禁止篡夺公司机会的概念,可以将其定义为禁止信托受托人将信托拥有的期待利益、财产利益或财产权利的交易机会,或从公平角度而言应属于信托的交易机会予以篡夺自用。

〔3〕Tamar Frankel, “Fiduciary law”, 71 *California Law Review*, 795 (1983).

〔4〕美国法中信义义务一般包括忠实义务与注意义务,注意义务主要规制因过失违反义务的行为,比如受托人投资判断错误行为作为违反受托人的注意义务产生受托人的损害赔偿责任,这种行为属于判断失误,与是否滥用裁量权无关。从这层意思上说,注意义务与防止滥用裁量权无关。而在英国法上,信义义务有时等于忠实义务。邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,页450。

〔5〕Tamar Frankel, *Supra* note 3, p.807: “This Article shows that all fiduciary relations give rise to the problem of abuse of power, that the purpose of fiduciary law should be to solve this problem, and ……”.

〔6〕Ernest J. Weinrib, “The Fiduciary Obligation”, 25 *University of Toronto Law Journal*, 1 (1975).

〔7〕Ibid., p.11.

〔8〕信托受托人本身具有很强的独立性,在信托发展初期,信托主要用于执行遗嘱、管理遗产,由有信用的律师等受托信托业务,而信用的积累来源于受托人个人。随着商事信托的发展,信托业务由信托公司等组织机构受托,信托公司具有浓厚的金融机构的性质,同时,作为金融机构的银行也开始受托信托业务。现今在美国以及日本,作为“营业”的信托业务大部分是由银行的信托部门和信托银行受托,作为银行的信托部门或信托银行的受托人有其固有业务,并且以发展其固有业务为本位,在其有余力的情形下才受托信托业务。受托人受托了信托业务而禁止其个人经营与信托相同的业务或行为,与受托信托业务的宗旨是相悖的。

〔9〕日本《信托法》第32条规定了受托人的竞业义务;信托法重述Ⅲ将受托人的竞业义务作为忠实义务之一般条款的规制对象。日本《信托法》第32条、信托法重述Ⅲ第78条第1款。

在我国的信托实务中也常会出现受托人个人与信托处于竞争的状态,经常有信托公司与受托的信托购买同一集合信托计划,信托公司也常以自有财产对企业贷款。信托公司本身可以经营贷款业务,根据《信托公司集合资金信托计划管理办法》第27条第6款的规定:“不得将同一公司管理的不同信托计划投资于同一项目”,该条禁止的是将同一受托人管理的不同信托财产投向同一信托计划,并没有禁止将固有财产与信托财产投资于同一计划。换言之,企业需要融资时,在制度上信托公司既可以从自有财产中贷出也可以从信托财产中融资,最终从哪部分财产中融资以及如何确定融资比例,会出现受托人个人行为与信托财产行为相竞争的情形。同样,在信托公司个人与信托财产同时对同一企业享有债权时,若该企业不能同时清偿这两个债权时,清偿是否存在优先劣后关系,亦涉及受托人的竞业义务。不仅如此,对于同一个“机会”,信托与受托人个人谁享有使用权,获得的利益应如何分配等问题亦然。

2005年我国《公司法》对忠实义务作出了重大修改,现行公司法承继了对其修改的内容,现行公司法较之于信托法,规定了禁止董事及高级管理人员的竞业义务、禁止侵占公司机会等制度。虽然我国信托实务中受托人多为信托公司,但笔者不赞同类推适用公司法的规定来规制信托受托人竞业义务。我国《公司法》第148条规定董事、高级管理人员的禁止行为,其中第5款规定:“未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”。从“所有权与经营权分离”之视角,公司股东“所有”与董事“经营”的分离已早被指出,^[2]在信托结构中,管理、运用信托财产的受托人与享受信托实质利益的受益人分离,对受托人的管理失误造成的损失,即使可能被受益人追究损害赔偿,但受托人并不承担信托财产价值减少的风险,该风险由信托关系中的受益人承担。这与公司中董事与股东的结构相似,是信托关系中“所有与管理分离”的现象。委托代理理论起初用于分析公司关系,被赋予了广泛的裁量权的管理者应为所有者的最大利益行事,当信托作为经营活动的组织登场时,该理论也被应用于信托关系。^[3]

公司、代理、信托作为经营活动的组织体,可以通过比较掌握其共性及其差异。学者普遍认为信托与公司在制度结构上存在诸多不同。首先,公司拥有独立人格,可以明确区分董事利益与公司利益,公司股东的共益权使其可以享有剩余索取权;而信托财产本身不具有法人资格,其财产在名义上转移给了受托人,信托的受益人只能要求财产上的权利。此外,公司法对忠实义务规则已采用事前批准与信息披露的宽松方式,而非严格禁止一切利益冲突行为,^[4]美国法学会公司治理规则回避使用忠实义务而使用公平交易规则,^[5]传统的信义规则被公平标准所替代(By replacing traditional fiduciary rules with the concept now known as the fairness

[2] See Adolf A. Berle, Jr. and Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York: Macmillan, 1932, pp. 69-70.

[3] See Robert H. Sitkoff, “An Agency Cost Theory of Trust Law”, 89 *Cornell Law Review*, 621 (2003-2004),

[4] 邓峰,见前注[4],页440-442。

[5] ALL, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations Introductory Note*, 1994, p.200

test),〔6〕信托受托人的信义义务(fiduciary duty)一般要比公司董事的信义义务要严格。〔7〕信义义务作为上位概念包括多种信义关系,公司—董事、信托受托人—受益人作为典型的信义关系,当然负有信义义务。但是,不同受信人并不负有相同的信义义务。笔者认为,从信托与公司的设立目的看,信托受托人在管理运用信托财产时,为了受益人的利益要尽量规避风险投资,而公司的运营一般伴随一定的风险,公司的股东追求净资产回报率,因此,董事的信义义务的标准有别于信托。而负有不同义务标准的受信人之间不宜类推适用。

为弥补信托受托人忠实义务的缺失,笔者尝试将我国《信托法》第25条第1款“为受益人最大利益行事”,作为忠实义务的一般条款,将竞业义务纳入一般条款规制的对象,探讨忠实义务一般条款项下的竞业义务的构成要件以及违反该义务的法律效果。由于学者对我国《信托法》第25条第1款是否为忠实义务条款还未达成共识,对其性质是注意性条款抑或是效力性条款亦无探讨,遑论该条款的内涵与外延的界定。由此,研判第25条第1款的内涵及其能否作为忠实义务的一般条款具有重要意义。

二、忠实义务的一般内涵:利益取得的博弈

早期英国没有确立“忠实义务”之术语,英国现今的教材还是延续了以往的习惯,在判例或教材中偶有使用忠实义务之表述,但实为少数,也有人使用信义义务概念表达类似忠实义务的内容,该内容由禁止利益冲突规则(no-conflict rule)与禁止利益取得规则(no-profit rule)构成。〔8〕美国法最初继承了英国判例法,〔9〕进入19世纪,出现了信托公司,商事信托得到长足发展,建立起商业色彩浓厚的信托法律规范。一般认为在卡多佐(Cardozo)法官的 *Meinhard v. Salmon* 一案的判决〔10〕中,“忠实”一词被用于信托。该案不是一个典型的信托案件,涉及一家合营企业租赁土地经营宾馆,20年的土地租赁权到期后,经营人之一没有通知其它经营人,以自己的名义将上述该土地与周边的土地一起承租,拆除原有的宾馆并新建商业大楼。该案判决因使用的“不可分的忠实(undivided loyalty)”被广泛引用而闻名。但是,对忠实义务的具体内容、法律效果并没有明确阐述。在该案中,违反忠实义务的主要体现内容其实就

〔6〕 Lawrence E. Mitchell, “Fairness and Trust in Corporate Law”, 43 *Duke Law Journal*, 425(1993—1994).

〔7〕 Robert H. Sitkoff, “The Role Fiduciary Law and Trust in the twenty-first Century: A conference inspired by the work of Tamar Frankel; Panel II: An Interdisciplinary View of Fiduciary Law: the Economic structure of Fiduciary Law”, 91 *Boston University Law Review*, 1039 (2011).

〔8〕 See J.E. Penner, *The Law of Trusts*, Oxford University Press, 2012, p.406.

〔9〕 Ames 教授撰写的信托法判例教材中,收录了200个判例,其中有8成以上是英国的判例。在司法实践中,以英国的判例作为先例进行探讨。See James Barr Ames, *A Selection of Cases on the Law of Trusts*, The New York Public Library, 1882.

〔10〕 *Meinhard v. Salmon*, 249 N.Y. 458(1928).

是“没有通知共同经营人而缔结了新的租赁合同”。〔11〕

禁止利益取得规则源于英国法上受托人处理信托事务无报酬的原则。〔12〕衡平法院认为,受托人作为一种名誉职务,是受托人的名誉与良心的负担,不得以报酬为目的受托信托。〔13〕如果允许受托人接受报酬,可能会因增加信托财产的负担而使信托财产变为无价值的财产。并且,每个人时间的价值不同,确定报酬金额亦非易事。〔14〕另外一种观点认为受托人作为信托财产的保护人,负有监督信托财产不受损失的义务,受托人获得报酬与受托人履行信托义务相冲突,衡平法院不允许受托人身置这种情形。〔15〕由该原则引申出受托人不得获得间接利益或附随利益,也不得因受托人的地位获得利益。〔16〕在1856年发生的一起接因接受贿赂而辞去受托人职务的案件中,法院判决辞任受托人所获得的利益应为信托所有。〔17〕这是禁止利益取得规则的雏形。

在早期英美信托实务中,最多见的是出售信托(trust for sale)。〔18〕在Welpdale v. Cookson 案件〔19〕中,为了清偿委托人的债务,委托人以遗嘱的形式设立了土地信托,受托人自己以竞买的方式购买信托财产的部分土地。哈德威克大法官(Lord Hardwicke)认为即使该竞买不存在欺诈、竞买的价格高于其他人的情形,该交易也不能有效成立。至此,禁止自我交易规则得以确立。起初,自我交易的禁止是从合同法的结构出发,认为一人不能担任买方与卖方双重的角色(混同),缺乏合同的对立形式,是纯粹的形式主义。〔20〕该主张被嗣后的判例所摒弃,认为虽为自我交易,受托人是否违反义务应取决于受托人是否实质上取得了利益,因为没有利益就不存在纠纷。〔21〕亦有观点将其归咎于自我交易的证明困难;〔22〕最终上升为防止利

〔11〕 Ibid., p.475. Kelli A. Alces, The Fiduciary Gap, 40 *Journal of Corporation Law*, 351 (2014—2015).

〔12〕 Sutton v. Jones, 15 Ves .584 ,33 Eng. Rep. 875 (1809).

〔13〕 Francis Williams Sunders, *An Essay on the Nature and Laws of Uses and Trusts; Including a Treatise on Conveyances at Common Law, and those deriving their effect from the Statute of uses*, London: Bell—Yard Temple—Bar, 1791, p.256.

〔14〕 Robinson v. Pett, 3 P.Wms. 249 (1734); 24 Eng. Rep. 1049 (1734).

〔15〕 New v. Jone, Eng. Rep. 1562 (1833).

〔16〕 J. G. Riddall, *The Law of Trusts*, Butter worths, 1992, p.328.

〔17〕 Sugden v. Crosland, 3 Smale and Giffard 192; 65 Eng. Rep. 620 (1856).

〔18〕 所谓的出售信托,是指债务人将自己的财产转移给受托人,由受托人变现首先用于清偿债务(债权人作为受益人),如财产有剩余转移给债务人(剩余财产归属人)的信托。

〔19〕 Welpdale v. Cookson, 1 Vesey Saenior 9; 27 Eng. Rep. 856 (1747).

〔20〕 Thomas Lewin, James Henry Flint, *Practical Treatise on the Law of Trusts and Trustees*, Blackstone publishing company, 1888, pp.659—660.

〔21〕 Whichcote v. Lawrence, 3 Vesey Junior 740; 30 Eng. Rep. 1248 (1798).

〔22〕 Ex parte Lancy, 6 Vesey Junior 625; 31 Eng. Rep. 1228 (1801).

益冲突。^[23]

由于判例法的特殊性,英国信托制度中禁止利益取得规则与利益冲突规则之间的关系尚不明确。早期的英国教材对法院的判决按照案件的相似性进行了整理,但欠缺理论、体系化的视点,禁止利益取得规则与禁止自我交易规则是分开论述的。

在 *Whichcote v. Lawrence* 案件^[24]中,委托人为了清偿债务,将土地信托给多个受托人,受托人为了变现土地偿还债务进行公开拍卖。土地购买人是受托人之一,该受托人转卖该土地获得了利益。罗斯林大法官(Lord Rosslyn)认为,禁止自我交易行为的理由不是因为欠缺买卖合同的对立结构而当然无效,其真正的理由在于,为了他人的利益管理事务之人不得为自己谋取利益,因此,所有受托人因购入信托财产获得利益,都构成违反义务的情形。罗斯林大法官进一步阐述了自我交易规则,认为自我交易规则不是一个抽象的规则,与受托人是否获得利益毫无干系的案件,以及没有获得利益而适用该规则的案件至今还没有听说过,也不认为会产生这样的情形。因为,受托人没有获得利益,谁也不会将此作为问题对待。换言之,受托人违反自我交易规则以获得利益为要件。

但是,埃尔顿大法官(Lord Eldon)否定了自我交易规则必须以受托人获利为要件。在 *Ex parte Lancy* 案件^[25]中,破产管理人^[26]之一在竞买中取得了构成破产财产的部分土地,同时从破产债权人(受益人)处购买了分配请求权(dividends),前者属于自我交易行为,后者属于受托人与受益人的交易行为。埃尔顿的判决理由言及了受托人在成为受托人那一瞬间,就不能考虑自己的利益,这是衡平法的规则,否定了罗斯林大法官的观点。埃尔顿大法官认为受托人只要没有从信义关系中解放出来,不管受托人是否实际获得利益,受益人都有选择权来决定是否撤销该行为从而恢复信托财产。在个案中,虽然表面上受托人没有获得利益,在诉讼中证明受托人是否获得利益,如有100个案件,其中99%是不能证明的。换言之,埃尔顿大法官采用了形式判断标准,带有利益冲突的色彩,只要形式上是自我交易则被禁止,自我交易作为利益冲突的一种特殊类型^[27]与禁止利益取得规则有所区别。

以上论述可知,自我交易规则发展的初期受托人是否获得利益是判断违反规则的重要要素,但是,最终只要具备自我交易的结构则被看作利益冲突行为而被严格禁止,违反这些规则受托人所获得利益要返还给信托财产。在嗣后的判例发展中,利益冲突的概念被普遍接受,占据主流地位。^[28] 纵观司法实践将两者作为不同的规则,还是将一个规则视为另一个规则的

[23] *Compbell v. Walker*, 5 Ves, 678; *Jairus Ware Perry, A Treatise on the Law of Trusts and Trustees*, Little Brown in Boston, 1889, pp.245-246; Austin W. Scott, "The Trustee's Duty of Loyalty", 49 *Harvard Law Review*, 521 (1935-1936).

[24] *Whichcote v. Lawrence*, 3 Vesey Junior 740; 30 Eng. Rep.1248 (1798).

[25] *Supra* note 30.

[26] 在英美法中,破产管理人被视为破产债权人的受托人。

[27] Earl R. Hoover, "Basic Principle underlying Duty of Loyalty", 5 *Cleveland - Marshall Law Review*, 8 (1956).

[28] J.E. Penner, *Supra* note 16, p.120.

分支并没有达成一致意见。^[29] 在 *Bray v. Ford* 案件^[30]中,赫歇尔大法官(Lord Herschel)同时使用了两者(a trustee is not entitled to make a profit and that he cannot put himself in a position where his interest and duty conflict)。在 20 世纪英国的判例中,单独使用禁止利益取得规则的判例只有三个。^[31] 在 *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver* 案件^[32]、*Boardman v. Phipps* 案件^[33]中,英国法院倾向于将禁止利益冲突与禁止利益取得作为两个不同的规则看待。这两个规则之间存在重叠的情形,但却有所不同。^[34]

受托人获得利益,从禁止利益取得规则的角度容易解释的案件,禁止利益取得规则作为一个独立的规范可以更好的解释受托人承担责任的正当性,^[35]禁止利益取得是受托人取得不当的利益,是不当的利益得以返还的规范。从这层意思上说,禁止利益取得是禁止利益冲突的表象;即便不能证明利益冲突,有利益取得之事实则视为存在利益冲突,禁止利益冲突规范包涵了禁止利益取得规范。^[36]利益冲突规则适用于受信人以无污点的方式行使裁量权,禁止利益取得规则是一个结果保护本人的商业结构。这种分类为至今为止无根源的两个词语提供了一个概念之家(the classification can be used to provide a conceptual home for two hitherto rootless forms of words)。^[37] 换言之,禁止利益冲突指向受信人的行为规范,禁止利益取得则是对结果的保护。

美国继承了英国信托判例法理,斯科特(Scott)以“忠实义务”将英国判例法中发展起来的禁止利益取得规则与禁止利益冲突等规则融合在一起,具体内涵表述为“只为了受益人的利益”行事,忠实义务作为法律术语因此得以确立。确立后的忠实义务,不再强调禁止利益冲突规则与禁止利益取得规则之间的关系,而是聚焦于忠实义务的具体内容。

三、对信托受托人竞业行为的规制

(一)英国:判例法对竞业行为的规制

在 *Keech v. Sandford* 案件^[38]中,受托人为了受益人的利益而企图更新土地的租赁权,但是出租人因受益人为未成年人而拒绝更新,在这种情形下,受托人以个人名义取得了作为信托财产的土地租赁权。法院判决受托人违反了作为受托人的义务,该土地租赁权应作为拟制信

[29] A.J. McCLEAN, “Theoretical Basis of the Trustee’s Duty of Loyalty”, 7 *Alberta Law Review*, 218 (1969).

[30] [1896] AC 44 House of Lords.

[31] *Supra* note 32, p. 223

[32] [1967] 2 AC 134.

[33] [1967] 2 AC 46.

[34] *Supra* note 32, p. 227. (需要统一大小写)

[35] *Supra* note 32, p.221.

[36] *Supra* note 16, p.120.

[37] Ernest J. Weinrib, *Supra* note 6, p.16.

[38] 25 *Eng. Rep.* 223 (1726).

托之信托财产,为了受益人的利益保有、管理该财产。在该案件中受托人以个人名义取得的租赁权本应归属于受托人个人,为使该租赁权归属信托财产,使用了拟制信托之法理。从广义上讲也属于受托人违反竞业义务的情形。

由于信托“营业”出现的较晚,真正称得上竞业的案件是 *In Re Thomson*^[39] 案(信托法重述Ⅱ第 170 条注释 p 中的案件)。该案中遗嘱人在生前经营快艇中介业务,女儿与其他几个人作为遗嘱执行人,遗嘱声明在一段期间内如遗嘱执行人认为继续经营为宜的,则继续经营,如认为出售为佳的,可出售经营的事业,所得款项交付女儿。由于中介快艇的房屋租赁期限届满,需要迁移,遗嘱执行人之一 A 在别处以自己的名字租赁了房屋,准备自己开始经营中介快艇业务。A 在遗嘱人生前为中介事业的经理。其他遗嘱执行人在得知 A 的意图后,起诉 A 将其取得的租赁权转移给信托,A 为了避免纠纷,将租赁权转移给了其他遗嘱执行人。遗留的问题是诉讼费用由谁承担,就需要判断在提起诉讼之时点,A 是否违反了义务。法院判决 A 负有不得与信托产生相竞争的义务,认为 A 违反了义务,应承担诉讼费用。

在 *Scott v. Ray*^[40] 案件中,若干债权人对同一债务人享有债权,其中几个债权人为了得到清偿将债权信托转让给其他债权人,其他债权人作为受托人,从债务人处得到了一定金额的清偿,但是,债务人财产不能全部满足受托人与受托人个人两方的债权。法院判决根据双方的债权比例进行清偿。

由以上的判例可知,英国早期的司法对竞业行为适用严格的规则,*Keech v. Sandford* 案件^[41]中,受托人为受益人更新作为信托财产的土地租赁权,但是出租人因受益人为未成年人拒绝更新,在此情形下受托人为自己取得了该租赁权,在理论上,受托人已经没有为受益人更新租赁权的义务,受托人的义务与受益人的利益是不冲突的,但法院认为受托人违反义务,将所获得的利益归入信托财产。有学者将其作为形成禁止利益取得规则的案件,^[42]有的学则将其定性为构成禁止利益冲突规则的案件,学说莫衷一是,但都是受托人信义义务规制的内容。^[43]嗣后竞业义务的判例发展,并未承继 *Keech v. Sandford* 的严格规则,违反竞业义务的法律效果也出现了不同于传统的自我交易的利益归入,而是按照比例分配。^[44]

(二)美国模式:作为一般条款规制对象的竞业行为

信托法重述Ⅱ第 170 条忠实义务项下第 1 款作为忠实义务的一般条款规定了受托人“只为了受益人的利益(a duty to administer the trust solely in the interest of the beneficiaries)管理信托财产”,第 2 款规定了禁止受托人与受益人之间交易。与英国信托制度不同,不再强调

[39] *In Re Thomson*, [1930]1 Ch.23.

[40] *Scott v. Ray*, 18 Pick.360 Mass(1836).

[41] *Supra* note 46.

[42] John Mowbray and Lynton Tucker [et al.], *Lewin on Trust*, London: Sweet & Maxwell, 2008, p. 578.

[43] Rebecca lee, “Rethinking the Content of the Fiduciary Obligation”, *Conveyancer and Property Lawyer*, No. 3, 236(2009).

[44] Austin W. Scott, *Abridgement of the Law of Trusts*, Little Brown in Boston, (1960), § 170.23.

禁止利益冲突规则和禁止利益取得规则。第 170 条第 1 款的“只为了受益人的利益行事”具有一定的抽象性,在信托法重述 I、II 的起草人斯科特(Scott)论文^[45]中没有论及“只为了受益人的利益行事”可以引申的具体内涵,信托法重述 I、II 都是列举了具体内容。有的学者批判斯科特提出的忠实义务的指导理念,认为具体禁止哪些行为从指导理念中无法明确判断。^[46]作为竞业义务的内容信托法重述 II 禁止“应为信托购买的财产信托受托人个人购买的行为”^[47],和“与受益人的竞业(competition with beneficiary)行为”。^[48]竞业行为与自我交易行为一起被放置在第 1 款之下。

信托法重述 III 在信托法重述 II 的基础上,新增设了第 2 款:“禁止自我交易行为、其他受托人与受益人利益相冲突的行为”。由此,第 1 款一般条款所包含的内容与信托法重述 II 相比范围要窄。需要注意的是,信托法重述 III 也将竞业行为作为第 1 款忠实义务一般条款的内容。将竞业行为与自我交易行为规制在不同款项,缘于第 2 款的自我交易行为采用形式主义判断标准。相反,竞业行为毕竟是受托人以个人身份与第三人进行的交易,是否与受益人的利益相冲突,需要进行实质性判断而非形式判断。这也许是信托法重述始终将竞业义务作为第 1 款“只为了受益人的利益行事”进行规范的原因所在。

(三)日本:明文规定受托人的竞业义务

日本《信托法》在 2006 年进行了全面修改。在旧法中,没有直接规定忠实义务,是通过对自己交易的规定,^[49]扩大解释忠实义务。因此,现行信托法明确规定了忠实义务,可以说是一个亮点。日本现行信托法的忠实义务是由一般性规定(第 30 条)、禁止利益冲突(第 31 条)与禁止竞业(第 31 条)三个条文组成。

日本《信托法》第 31 条规定的利益冲突行为,都是从形式上存在受托人与受益人利益冲突的情形。^[50]第 32 条新设了受托人的竞业禁止行为。日本《信托法》在修改案中,与第 31 条的利益冲突行为并列设有禁止利益取得规则条款,该条款下设了“禁止狭义的利益取得行为”与“禁止信托财产的机会被固有财产掠取的行为(竞业行为)”。禁止利益取得行为的规制经历

[45] Austin W. Scott, "The Fiduciary Principle", 37 *California Law Review*, 539 (1949).

[46] Earl R. Hoover, "Basic Principle underlying Duty of Loyalty", 5 *Cleveland - Marshall Law Review*, 7 (1956).

[47] Restatement of the Law, Second, Trusts § 170, Comment K.

[48] Restatement of the Law, Second, Trusts § 170, Comment P.

[49] 日本旧《信托法》第 22 条规定禁止受托人将信托财产转为固有财产,不得取得信托财产上的权利。

[50] 日本《信托法》第 31 条第 1 款自我交易行为:信托财产归属为固有财产,或将固有财产归属为信托财产;第 2 款是同一受托人的不同信托财产之间的交易行为,相当于受托人代理了两个信托的情形,与双方代理的性质类似;第 3 款是为了信托财产与第三人交易,又作为第三人的代理人的行为(类似于双方代理的结构);第 4 款是受托人及利害关系人与受益人之间的利益冲突行为,最典型的就是为了受托人个人的债务使用信托财产进行抵押的行为。比如,受托人以固有财产对第三人负有债务,为了自己的债务将信托财产设定担保的行为,这种情形受托人个人获得利益的自不用说,受托人的利害关系人(配偶、儿女)获得利益的,也在禁止之列。

了重大的变迁,^[51]最终禁止利益取得行为没有作为忠实义务的一种行为规范类型,而是将竞业行为从禁止利益取得规范中分离出来,确立为违反忠实义务的一种行为类型。取消设置禁止利益取得条款最主要的原因是“不当利益”的判断较为困难。虽然禁止利益取得没有作为条文出现,但是《信托法》第30条的一般规定中包含了禁止利益取得的内容,具有重要的实质性意义。^[52]

在立法过程中考虑到,构成受托人违反竞业义务的要件,如过度扩大竞业行为的外延,就可能不当夺取受托人固有财产的交易机会,使受托人对信托业敬而远之。因此,构成竞业行为要符合三个条件:第一,在受托人的权限范围内;第二,可以作为信托事务处理;第三,如不为信托实施该行为则受益人的利益将会受到损害。在这种情况下,如果受托人为了自己或利害关系人实施了该行为,则构成竞业行为。该条的立法宗旨是将竞业行为限制在合理的范围内,只有在受托人牺牲受益人的利益为自己或第三人谋取利益时,才成为竞业行为规制的对象。^[53]受托人公示了该行为并得到受益人同意的,可以解除竞业行为。日本《公司法》规定了董事不得实施竞业行为,这主要是从利益的角度进行的规制^[54],而《信托法》则是从受益人损失的角度进行规制。在公司法中,依据“公司机会”的法理,不管公司是否可以利用该机会,对特定类型的行为作为禁止竞业行为一律予以禁止。^[55]反观日本《信托法》似乎第32条不包括“利用信托机会”的情形,“利用信托机会”在第32条规制的范围之外。有学者指出在信托法中,信托机会的利用行为与竞业行为似有重叠^[56],但存在不同之处。日本信托法虽明文规定了受托人的竞业义务,但是对“信托机会”等规制,要借助一般忠实义务条款(日本《信托法》第30条),将其作为第30条一般条款规制的对象。^[57]

问题是,日本《信托法》在修改过程中亦没有梳理利益冲突规则与禁止利益取得之间的关系。具体到第30条的适用时,比如利用与信托相关信息的行为以及为了第三人利益管理信托财产的行为,是属于利益冲突还是利益取得不得而知。在审议会中,草案的观点是对信托财产

[51] 別冊 NBL 編集部:《信託法改正要綱試案と解説》,《別冊 NBL》104号,商事法務 2005年版,页 107;在最初的提案中(第一次信托法部会),忠实义务的内容为:一般性忠实义务条款(注意性规定);利益冲突行为的禁止;利益取得行为的禁止。对于禁止利益取得规定,规制的范围也分为不同的层次,甲案“处理信托事务不得取得利益”,其中不包括利用信托的信息取得利益的行为;乙案“利用信托地位利益取得”,主要是受托人利用处理信托事务获得的信息取得利益的情形。在之后的第4次部会中,将禁止利益取得从损害信托财产之角度重新做了划分,即①利用信托财产取得利益的行为;②处理信托事务取得利益的行为;③利用有关信托财产的信息取得利益的行为。甲案包含了上述所有的内容,乙案“禁止①与②的内容”,丙案“只禁止①的内容”,丁案不设置禁止利益取得的规定。审议会中,实务界对内容③的反对意见较多,删除了③的内容,变为甲案规制①与②的内容,乙案只规制①的内容,丙案不设置禁止利益取得的规定。

[52] 能見善久:《信託の実務と理論》,有斐閣 2009年版,页 150;寺本昌広:《逐条解説新しい信託法(補訂版)》,商事法務 2008年版,页 118。

[53] 別冊 NBL 編集部,见前注[59],页 107。

[54] 日本《公司法》第356条规定了董事的利益与公司相冲突。

[55] 神作裕之:“商法における競争禁止の法理”,《法学協会雑誌》1991年108卷1号,页 138。

[56] 利益相反研究会編:“金融取引における利益相反(各論)”,《別冊 NBL》2009年129号,页 72-73。

[57] 日本《信托业法》第29条第1款第3项对利用信息进行了明文规定。

产生影响的归为利益冲突行为,与信托财产没有关系,只是利用受托人地位取得利益的,作为禁止利益取得行为处理。这种观点是将利益冲突行为与利益取得行为截然分开,作为两种相互没有交错的行为规范来处理。另外,作为忠实义务一般条款的指导理念,是采用利益冲突还是禁止利益取得规则也莫衷一是。禁止利益冲突是在形式上、客观上存在利益冲突的情形,注重忠实义务的预防功能。相反,禁止利益取得行为,是受托人因不当的行为获得利益,其禁止的理由是预防不使受益人遭受损失抑或是禁止受托人取得利益,禁止的理由不同,则违反该义务的法律后果也将不同。最终,日本借鉴了美国信托法重述对一般条款的解释,将第30条作为忠实义务的一般条款,具有兜底作用,包涵了禁止利益冲突与禁止利益取得两项内容,除了形式判断具体利益冲突规定的第31条、竞业行为的第32条之外,其他的违反忠实义务的内容,通过实质性判断将其纳入到一般条款的规制范围之内。

就违反竞业义务的法律效果而言,日本《信托法》规定了“介入权”,受托人因竞业行为取得的利益归入信托财产。但是,介入权的行使不得损害第三人的利益。在信托法重述中违反竞业行为和自我交易行为一样,其救济方式为利益归入。^[58]

在大陆法系,利益归入不同于违约、侵权的损害赔偿。违反忠实义务的法律效果常与利益取得规则存在交叉。对于利益归入责任的理解,存在两种观点。一种观点认为,在设置禁止利益取得规定时,违反该规定的法律效果,是由禁止利益取得规则直接产生的责任形式。比如,因受托人的特殊才能进行自我交易获得利益的,虽然信托财产没有遭受损失,取得的利益也应归入信托财产。另一种观点认为禁止利益取得规则具有抑制违反忠实义务的效果,即使信托财产没有损失,所得利益也要归还信托财产,受托人失去了谋取利益的动机,可以减少违反忠实义务的情形。英美法中规定的违反忠实义务的利益归入法律效果,就是缘于上述理由。^[59]而在日本的信托实务中,因管理固有财产所获得的信息或在管理信托之外获得的信息收回的债权,固有财产与信托财产根据债权比例公平分配已成惯例。^[60]

日本《信托法》第30条作为忠实义务的一般条款,包括利用信托机会在内的形形色色的违反忠实义务的内容,违反第31条利益冲突与第32条竞业行为的行为效力法律条文有明确的规定。就违反一般条款的法律后果,日本《信托法》第40条第3款规定受托人违反忠实义务一般条款所获得的利益推定为信托财产的损失,具有利益归入的功能,但没有直接规定“利益归入”,是考虑到信托法与民法之间的平衡。但是,日本《信托法》没有规定违反一般条款的行为效力,存在法律条文应如何适用的问题。对于行为效力,日本学者一般围绕受托人的权限问题进行探讨,即是将其作为违反受托人权限内的行为(滥用权利的行为)还是作为无权限的行为来处理。日本《信托法》第27条规定了受托人的权限,有学者认为违反忠实义务之一般条款如是权限外的行为则应适用第27条的规定,如将违反忠实义务的行为解释为权限内的行为既是

[58] Restatement of the Law, Second, Trusts, § 206.

[59] James Edelman, *Gain-based damages, Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, 2002, p.191.

[60] 能見善久等,见前注[1],页131。

适用日本《信托法》第31条利益冲突规定^{〔61〕}抑或是日本《民法》第93条但书^{〔62〕}的问题。^{〔63〕}这又与信托法中受托人权限的规定相关联。日本《信托法》第26条是当然享有宽泛的“管理、运用信托财产”的权限,还是受托人的权限受到“达成信托目的必要行为”的限制,前者为多数说。违反忠实义务的行为采前者观点为权限内的行为,采后者的观点为权限外的行为。由于第30条是“实质性”判断,违反第30条的忠实义务的行为应为权限外的行为,^{〔64〕}其行为效力在受托人与信托内部为无效,涉及到第三人的行为为可撤销。

四、我国信托受托人的竞业义务

(一)公司董事竞业义务的类推适用

我国《公司法》第148条规定了董事及高管人员的禁止行为,其中第5款规定“未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”。由于我国信托事务中受托人多为信托公司,可以考虑类推适用公司法的规定来规制信托受托人的竞业义务。就公司法的竞业禁止义务而言,采取与自我交易并列列举的立法模式,其规定的行为标准与责任后果亦无不同。从上述的国外立法来看,应该区别对待董事的竞业义务与自我交易义务。受托人个人与第三人交易,不能像自我交易那样否定其行为效力,是否构成竞业需要实质性判断。比如,董事购买了经营业务所必要的财产,并不从事同种业务:董事购买的土地不是用来经营公司同种业务,而是作为存放经营不同业务货物的仓库使用,从形式上董事并没有经营与公司相竞争的事业,不能构成竞业行为。但是,信托法重述将这种情形作为受托人的竞业行为处理,^{〔65〕}可见公司董事与信托受托人在竞业义务的外延上存在差异。另外,信托受托人的竞业行为本身又可以分为几种不同的类型,具体为:第一,受托人个人经营信托已经经营的业务,给信托造成了损失,可以作为损害赔偿的问题处理;第二,信托在现阶段没有经营该业务,但在不久的将来会经营;第三,受托人利用管理的信托信息进行经营活动的情形。很明显,这三种情形的规制目的与对信托产生的危险性是不同的,从法律应然性的角度,对不同类型的竞业行为法律规制的目标与责任承担后果也应该区分对待。

〔61〕 日本《信托法》第31条的自我交易行为的效力为无效,有第三人介入时为可撤销行为。信托法的这种解释与日本民法相悖,民法代理人的自我交易行为被看成是权限外的行为,为无效行为。无效行为即便第三人介入,也不能变为原则上有效的可撤销行为。滥用权限的行为,一般认为是权限范围内的行为,受托人自己或第三人的利益滥用受托人权限的,也应属于权限内的行为,为保护受益人的利益,不涉及第三人利益的,否定该行为。

〔62〕 日本《民法》第93条单书规定心里保留意思表示的相对人知道或应该知道表意人的真意的,该意思表示无效。

〔63〕 能見善久等,见前注〔1〕,页167。

〔64〕 同上注,页166。

〔65〕 Restatement of the Law, Second, Trusts, § 170 comment k 作为受托人的竞业行为予以禁止。

并且,公司在制度结构上存在诸多不同,公司的独立人格利益,可以明确区分董事利益与公司利益,公司股东的共益权使其可以享有管理上的权利,由于信托财产本身不具有法人资格,其财产名义转移给了受托人,信托的受益人只能要求财产上的权利;公司法对忠实义务规则的设定已采用披露与事前批准的宽松方式,而非严格禁止一切利益冲突行为。^[66]另外,受托人不局限于法人,也可以是自然人,类推适用公司法董事的竞业义务,存在适用僵硬与不周延的问题。

(二)我国信托受托人忠实义务一般条款的确立与内涵

我国信托法没有明确规定受托人的竞业行为。有的学者将信托受托人的竞业义务作为我国《信托法》第26条的规制对象。^[67]该学说将竞业行为作为受托人忠实义务的一种类型固然意义重大,但依据《信托法》第26条的规定不免有些牵强。我国《信托法》第26条规定了受托人不得利用信托财产为自己谋取利益。条文的表述应解释为限于利用信托财产获得利益的情形,与英美法系中的受托人禁止利益取得规则有所差异,不能涵盖受托人未利用信托财产却因信托获利的情形以及受托人为第三人谋利的情形。受托人管理信托事务,从第三人处得到贿赂、礼金以及回扣的行为,虽然受托人获得了利益,但未必是“利用信托财产”的所得。^[68]囿于竞业行为往往不是直接利用信托财产,受托人个人是利用自己的财产经营与信托相竞争的业务,特别是有关信托的信息,很多情况下是不能确认为信托财产的。^[69]比如,受托人受托年金信托,在信托交涉阶段,受托人得知信托要大量购入某公司的股票,提前以个人名义低价购买该股票,在信托设立后,为信托财产购买该股票时再抛售股票谋取个人利益。在这种情况下,因为信托还没有设立,有关信托的信息很难说是信托财产。即便信托业已设立,也难将这种信息界定为信托财产。^[70]此外,该条似乎透露着利用信托财产就等于违反义务的气息,没有像其它条文一样规定解除忠实义务的条件,违反义务的法律效果是将受托人获得的利益归入信托财产。^[71]这种规定存在不合理的情形,如在买卖证券的实务操作中,如果信托财产与固有财产一起购买,由规模交易产生的手续费优惠,按照比例进行分配给受托人个人的,也属于受托人利用信托财产获利的情形,但是该行为同时会给受益人带来利益,如没有解除条件,这种给受益人带来利益的情形也被禁止。

相反,我国《信托法》第25条规定:“受托人应当遵守信托文件的规定,为受益人的最大利

[66] 邓峰,见前注[4],页440-442。

[67] 何宝玉:《信托法原理》,中国政法大学出版社2005年版,页213。

[68] 卞耀武:《中华人民共和国信托法释义》,法律出版社2002年版,页97:对第26条作扩大解释,将该内容解释为不得以受托人的地位获得利益,不得以信托财产获得利益,不得以信托交易获得利益,收取回扣的行为、贿赂、收受礼金应视为第26条规制的内容。

[69] 冯果:“‘禁止篡夺公司机会’规则探究”,《中国法学》2010年第1期:“信息、机会”是否可界定为财产,在理论上存在分歧。

[70] E.g. Lord Cohen, Phipps v. Boardman, 1967 2 A. C. 46 (H.L.), p.102.

[71] 利用信托财产获得利益归入信托财产,第26条有明确规定,在法律构成上,也可以适用《信托法》第14条第2款的物上代位的规定,将所获得财产、利益归入信托财产。

益处理信托事务(第1款);受托人管理信托财产,必须恪尽职守,履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务(第2款)。”第25条第1款是否属于忠实义务的规定在学者之间存在分歧。一般认为第25条第2款规定了受托人的注意义务。^[72]但是,对第25条第1款很多学者却没有更多的探讨。^[73]有学者认为第25条第1款是受托人的总义务;^[74]或将第25条与第26条视为忠实义务的一般条款;^[75]也有将第25条第2款视为受托人的忠实义务。^[76]

笔者认为我国《信托法》第25条第1款作为忠实义务的一般条款优于第26条。从条文的表述上来看,“利用信托财产为自己谋取利益”在表述上具有一定的局限性,作为一般条款的兜底功能不能很好发挥作用。相反,第25条第1款“为受益人的最大利益处理信托事务”,可以赋予其宽广的内涵,如美国和日本,“为受益人的最大利益行事”作为忠实义务的一般条款,包含了禁止利益冲突与禁止利益取得的内容,我国《信托法》第25条第1款具有同样的表述,可以赋予其同样的内涵。

问题是,在确定为受益人的最大利益行使为忠实义务的一般条款后,应如何界定该一般条款的内涵与外延。英国法虽有禁止利益冲突规则与禁止利益取得规则的博弈,最终信托法重述将两者一并整合为“忠实义务”,不再强调这两者之间的关系,而是在忠实义务项下划分了诸多类型,竞业义务就是其中一种。就忠实义务的一般条款而言,英美法、日本法的共同特点就是“只为受益人的利益行事”之抽象的指导理念来捕捉瞬息万变的事态所产生的违反忠实义务的行为,是效力性条款,具有实质性的内涵。作为统领地位的“只为了受益人的利益行事”包括了两层涵义:一是,受托人对受益人的忠实性,受托人为自己谋利的情形毋庸多言,除受益人以外的任何人的利益都被排除在外,即不可分割的忠实性(undivided Loyalty)。^[77]由此,排除了受托人为自己谋取利益和为第三人谋取利益的行为。我国《信托法》第26条规定了受托人利用信托财产谋取利益的情形,第25条第1款规制的对象应是除了第26条之外的为了自己或第三人谋取利益的情形。二是,利益冲突行为的禁止,是防止为受益人以外的人获得利益。因为一般情况下大多数人在作出决定时会有意识或无意识地作出对自己有利的决定,在管理运用信托财产时往往会将自己的利益一并考虑进去,并且,受益人很难证明受托人考虑了自己的利益作出了决定。^[78]

(三)我国信托受托人竞业义务的构成要件与法律效果

我国《信托法》第25条第1款作为忠实义务的一般条款,可以规制受托人的竞业行为。前述受托人的竞业行为可以分为:第一,信托经营某一营业活动,受托人个人经营与其相同的营

[72] 周小明:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,页227—229。

[73] 何宝玉,见前注[75],页209;王连洲、王巍:《金融信托与资产管理》,经济管理出版社2013年版,页215;张敏:《信托受托人的谨慎投资义务研究》,中国法制出版社2011年版,页100—101。

[74] 谭振亭:《信托法》,中国政法大学出版社2010年版,页123。

[75] 刘正峰:“信托制度基础之比较与受托人义务立法”,《比较法研究》2004年第3期。

[76] 余卫明:《信托受托人研究》,法律出版社2007年,页177。

[77] G.T. Bogert, *Trusts*, West Public Co. 1987, § 95, p.341.

[78] *Ibid.*, § 95, p.342.

业,给信托财产造成损失的类型;第二,信托现阶段没有经营该事业,但是以后可能会经营该事业,受托人个人经营的类型(利用信托机会);第三,受托人使用因管理信托获得的信息经营某项事业(信托信息的利用)。在制度设计上,第一种行为对受益人的危害最大,应绝对禁止,所获得利益应该全部归入信托财产;后两种类型因信托未必会利用所有机会,可以通过一定的程式让受托人个人利用,将所获得的利益按照一定比例分配。法律的应然状态是根据不同的竞业类型设置不同的规范。但是,在现行法框架下,这些不同的竞业行为作为一般性忠实义务的规制对象,纳入到第 25 条第 1 款规制的范围之内,适用统一的标准。而能否纳入第 25 条第 1 款,重要的是判断受托人的利益是否与受益人的利益存在实质性冲突,而非形式上存在竞业则禁止。

对于竞业行为与信托机会之间的关系,在信托法中很少探讨,可以参考公司法中董事的竞业行为与公司机会行为的关系。在英美法系国家,禁止董事篡夺公司机会属于公司机会理论规制的范畴,与董事竞业禁止义务作为不同的义务分别规制。然而,在大陆法系国家,多将公司机会理论看成是竞业义务的延长,公司法在新设机会理论规制之前,一般适用竞业禁止义务来处理。^[79] 在学者中间交叉说为通说,^[80] 笔者赞同通说的观点,虽然信托机会理论与受托人的竞业禁止义务有重叠之处,但是,不完全重合。对信托机会的规制,亦适用一般条款的实质判断标准。

竞业义务作为一般条款的规制对象,探讨违反竞业义务的救济方式既是探讨违反一般条款的法律后果。我国《信托法》第 25 条没有规定具体的救济方式,是否类推适用第 26 条的“利用信托财产为自己谋利”的利益归入,还是类推适用第 27 条、28 条自我交易的救济方式有待明确。^[81]

违反自我交易的规定,应承担损害赔偿 responsibility 毋庸多言,但法律没有规定自我交易行为本身的效力。日本旧《信托法》类推适用民法中双方代理的法理规定,否定自我交易的行为效力。^[82] 信托法与民法之间的关系对民商法学者来说是一个既老又新的话题,一般《信托法》受到民法体系上位法的改造,要受《民法通则》、《合同法》、《物权法》等的规制。^[83] 《信托法》中没有规定的自我交易行为的效力,可以类推适用民法中代理的规定。但是,我国民法代理部分也没有明确规定双方代理、自我交易行为(代理人与本人的交易)的行为效力。司法实践中,法院的判决分为三种:一是出于对法律最淳朴的解释,法律没有规定自我代理行为的行为效

[79] 高言、孙强:《公司法理解适用与案例评析》,人民法院出版社 1996 年版,页 330。

[80] 顾功耘:《最新公司法解读》,北京人学出版社 2006 年版,页 112-113;李领臣:“裁判思维下的公司机会原则——以《公司法》第 149 条为中心”,《北方法学》2009 年第 6 期;侯怀霞:“我国‘禁止篡夺公司机会原则’司法适用研究”,《法商研究》2012 年第 4 期。

[81] 卞耀武,见前注[76],页 98。违反第 27 条、28 条规定的行为效力是无效。

[82] 四宫和夫:《信托法新版》,有斐阁 1989 年版,页 236;主张适用双方代理的规定,但认为信托财产间的交易等相对宽松,法律后果为损害赔偿,在逻辑上存在问题。

[83] 王涌:“论信托法与物权法的关系——信托法在民法法系中的问题”,北京大学学报(哲学社会科学版)2008 年第 45 卷第 6 期。

力,没有可以否定其效力的依据,因此,自我交易行为有效。〔84〕第二种是认为自我代理行为无效,这是受其他立法模式影响的结果。〔85〕第三种是相对无效。〔86〕有的学者认为没有得到委托人或受益人同意的自我交易行为,构成民法中的无权代理。〔87〕我国民法的无权代理行为的法律效果,通常称之为“效力待定”。〔88〕也有学者认为信托法中的自我交易行为的效力为可撤销,但是没有给出依据的法律条文。〔89〕有的学者类推适用《信托法》第22条的规定,认为否定第28条自我交易行为的请求权人为受益人。〔90〕

忠实义务的一般条款极可能包括因信托信息获取利益的情形,此时更接近于第26条的利用信托财产获利,也可能包涵与利害关系人交易的情形,此时与自我交易行为相近。笔者认为违反第25条第1款的法律效果不宜类推适用第26条或第27、28条的规定。因为竞业行为与“自我交易”、“利用信托财产利益取得”的情形都存在一些差异:自我交易存在于受托人与信托之间,属于内部关系,不涉及第三人的利益,相反,竞业行为是与第三人的交易,要考虑第三人的交易安全;竞业行为亦不使用信托财产,不会因使用信托财产对信托造成损失,或因丧失信托财产导致信托终止。受托人违反了忠实义务的一般条款,则自然违反了管理职责,我国《信托法》第22条规定:“受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的……撤销该处分行为,并有权要求受托人恢复信托财产的原状或者予以赔偿”。因此,可以类推适用我国《信托法》第22条的规定,撤销该行为,恢复信托财产原状或赔偿损失。

五、结 论

我国信托法没有明文规定的竞业义务是信托受托人忠实义务的一项重要内容,如上所述,不宜类推适用我国《信托法》第26条利用信托财产获得利益的规定,也不宜类推适用我国公司法有关董事等竞业禁止的规定。美国信托法重述将忠实义务的核心理念表述为“为受益人最大利益行事”,包括了两层涵义:一是,受托人对受益人的忠实性,除受益人以外的任何人的利益都被排除在外,二是,禁止利益冲突行为,预防为受益人以外的人获得利益。我国《信托法》第25条第1款规定了“为受益人最大利益行事”,具有同样的内涵。我国《信托法》第25条第1款作为忠实义务的一般条款,具有统摄《信托法》第26条至28条之外违反忠实义务的功能,

〔84〕 李秋阳等与宋志祥确认合同无效纠纷上诉案,(2013)徐民终字第1163号判决书。

〔85〕 陈某与周某等房屋买卖合同纠纷上诉案,(2012)长中民三终字第1573号判决书。同样的判例有刘振央与楚怀欣、徐喜凤确认合同无效纠纷案(2012)荣民二初字第589号判决书。

〔86〕 李峥豪诉郑州市金丰阀门有限公司等债务转移纠纷案,(2008)巩民初字第2823号判决书。

〔87〕 张军建:《信托法基础理论研究》,中国财政经济出版社2009年版,页203。

〔88〕 崔建远:《民法总论》,清华大学出版社2010年版,页121;付翠英:“无权代理的内涵与效力分析——兼评《合同法》第48条”,《法学论坛》2002年第17卷第3期。

〔89〕 何宝玉,见前注〔75〕,页215。

〔90〕 周小明:见前注〔80〕,页237-238。

我国虽然没有明文规定受托人的竞业义务,当受托人的竞业行为与受益人的利益存在实质性冲突时,满足第 25 条第 1 款的构成要件,作为违反忠实义务的行为而被禁止。判断一个行为是否违反忠实义务的一般条款,不同于自我交易的形式判断,而采用实质性判断。受托人违反竞业义务即是违反第 25 条第 1 款的法律效果,一定违背了受托人的信托职责,可以类推适用《信托法》第 22 条的规定,可撤销该行为,恢复原状或请求损害赔偿。

信托受托人负有竞业义务的形式多种多样:受托人个人经营信托已经经营的业务;受托人经营信托在不久的将来会经营的业务;受托人利用管理的信托信息进行经营活动的行为,法律本应根据不同的竞业行为设定不同的保护目标,对该行为的危害性给予不同的规制和救济,但是,在现行法律框架下,竞业行为作为第 25 条第 1 款规制的对象只能等同对待。

Abstract: Trustee's duty to avoid competition constitutes an important part of the duty of loyalty, on which there is no clear provision in our Trust Act. However such a duty of the trustee is strongly supported among scholars. Unfortunately, its theoretical basis is not fully discussed. Directors of a corporation and trustees in a trust are both fiduciaries, but the difference of their structures leads to a different treatment in some situations. We cannot simply apply directors' duty to avoid competition to the trustees just because the Trust Act lacks the provision on the duty to avoid competition. Trust Act Article 25, Paragraph 1 provides that "the trustee must act for the best interests of the beneficiaries". To the extent that it refers to the general principle of fiducial duty, it is similar to the Restatement of Trust and the Japanese Trust law. The original idea behind the article is the no-conflict rule and no-profit rule. The former refers to how the fiduciary should act in a situation where interests are conflicting while the later relates to the remedial aspect of the violation of the duty. Trustee's duty not to compete can be derived from Article 25, paragraph 1 which provides the general principle of fiduciary duty. The act of the trustee competing with the trust property or the beneficiary is an act which exceeds the authority of the trustee and therefore can be solved by applying Article 22 of the Trust Act.

Key Words: No-conflict Rule; No-profit Rule ; Duty to Avoid Competition; Corporate Opportunity ; Fiduciary Duty

(责任编辑:邓 峰)