

# 信义义务的一般理论及其在中国法上的展开

徐化耿\*

**摘要** 信义义务起源于信托领域,忠实义务是其核心内容。从抽象意义来看,忠实义务的基本要求包括受托人为受益人的唯一利益或最佳利益服务,以及禁止利益冲突。注意义务的标准高于忠实义务,但内涵并不明确,共计有商业判断规则、谨慎投资人标准、善良管理人的注意义务、诚实信用四种学说可供参考。英美法上,违反信义义务的特殊法律责任包括衡平法上的返还获利以及拟制信托,它们具有惩罚性。中国法上,忠实义务体现为一系列禁止性规范,注意义务则呈现为一般条款与不确定概念,违反信义义务的法律后果属于违反保护他人法律的侵权类型。注意义务具体化可以适用比例原则以及动态系统论。中国法可以在医疗等领域推广适用信义义务。

**关键词** 信义义务 信义关系 忠实义务 注意义务 返还获利

## 引言

信义义务起源于信托领域,属于衡平法的重要组成部分,在英美法系中作用突出。二十世纪以来,法院大规模扩张信义义务的适用范围,以至于在宽泛意义上形成了所谓的“信义法”(fiduciary law),甚至可以夸张一点说,在英美商事法领域,信义义务构成了“中轴式”的概念。

信义义务适用于信义关系(fiduciary relationship),二者紧密相连。随着两大法系的融合,尤其是信托制度在大陆法系的引进,公司治理基本理论的趋同化,一些具体的信义关系及

\* 首都经济贸易大学法学院讲师。本文为教育部人文社会科学研究青年基金“类型与构造:资产管理人的信义义务研究”(项目批准号:19YJC820061)阶段性成果,亦得到首都经济贸易大学北京市属高校基本科研业务费专项资金资助项目资助。

信义义务开始进入中国法律体系,以商事领域为甚。本文意在回到信义义务的起源地探寻其基础理论,同时梳理中国法上现有信义义务的分散规定,进行体系性的解读,以为中国相关司法实践与立法完善提供一般性的理论支持。

## 一、信义义务的概念与源起

### (一)信义义务的词源考证与背景探微

从词源上来讲,“fiduciary”来源于拉丁语“*fiducia*”,<sup>〔1〕</sup>与信任(trust; confidence)息息相关,其有形容词和名词两个词性。作为形容词的话,意指“受信任的,信用的,信托的”,作为名词,意为“受托人”。<sup>〔2〕</sup>相应地,信义义务也有两种理解方式,一为基于信任而产生的义务,“fiduciary”修饰“duty”,突出该种义务的道德属性。二为受托人(fiduciaries)需承担的义务,亦可表述为“duties of fiduciaries”。

信义义务的起源要放在衡平法的大背景之下才能理解。一般而言,现代信托被认为产生于英国的用益制度(use)。<sup>〔3〕</sup>在用益或者说信托的场合,为了规制受托人利用自身地位,侵吞或者损害信托财产,大法官从衡平法的基本理念出发,利用手中的自由裁量权,将受托人的某些行为认定为非法,对其课以法律责任。随着这些案件的累积,在信托领域,受托人的行为标准出现了统一的趋势,这也构成了信义义务的雏形。后来,衡平法院发现,很多与信托相似的法律关系中,也存在一方当事人需要以自己的名义为另一方利益行事的要求,后者同样需要衡平法院的救济。于是大法官们开始将信义义务推广至与信托类似的领域中。

就信托以及与信托相似的法律关系而言,它们的共同点可以归结为其中皆存在信任因素。一开始,衡平法院大法官们用语很随意,往往直接以“trust”“confidence”来描述这些法律关系的基本特征,甚至将它们称之为“准信托”“与信托相似的法律关系”(quasi-trust or trust-like relationship)。随着“trust”取代“use”作为专门的“信托”来加以使用,这种用语上的混乱与不便开始凸显,最终,“fiduciary”一词正式被采用:原来类似信托受托人(trustee)的当事人开始被称为“fiduciary”,他们所需承担的义务逐渐被称为“fiduciary duty”,信托和其相似的法律关系也就顺理成章地被统一称为“fiduciary relationship”。<sup>〔4〕</sup>展开来讲,信义义务主要起源于一些经典案例。

〔1〕 参见《柯林斯拉丁语—英语双向词典》,世界图书出版公司2013年版,第88页。

〔2〕 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第549页。

〔3〕 参见徐化耿:“信托‘双重所有权’问题之证伪”,载王保树主编:《商事法论集》(第26卷),法律出版社2015年版,第29页。

〔4〕 See L. S. Sealy, “Fiduciary Relationships”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 20, No. 1, 1962, p. 71.

## (二) 信义义务之经典案例

### 1. 实质意义上的信义义务案件: Walley v. Walley (1687)

在“fiduciary”一词被衡平法院使用之前, 实质意义上的信义义务就已经存在了, 其中较为典型的是 1687 年的“Walley v. Walley”一案。<sup>〔5〕</sup> 在该案中, 原告 John Walley (the younger) 是一名未成年人, 被告是他的父亲 John Walley。原告的祖父通过遗嘱信托的方式, 将几处物业留给原告, 并指定被告为受托人。在遗嘱信托执行过程中, 被告为了个人利益处分了部分遗产, 并且有些遗产被进一步交易, 流转到了不同的主体名下。原告诉请被告将其所获收益归为自己所有 (accounting of profits), 并将流转出去的财产复归自己名下。衡平法院支持了原告的请求。该案是信托领域的案件, 属于适用信义义务的典型情形。

### 2. 形式意义上的信义义务第一案: Bishop of Winchester v. Knight (1717)

就“fiduciary”一词而言, 很早就出现在判例中了, 不过起初并没有被赋予“受托人”的含义, 例如在早期一个案例中, 它仅指宗教授职仪式上的忠诚。<sup>〔6〕</sup> 在现代意义上使用“fiduciary”指代受托人的最早案例是 1717 年的 Bishop of Winchester v. Knight 案。<sup>〔7〕</sup> Bishop of Winchester 是一位领主, 其拥有一块采邑地, 某骑士作为该地的保有人 (tenant) 占有它。该地地下存在着铜矿, 土地保有人一直在进行开采, 并且出售了大量铜矿石。保有人去世以后, 他的继承人继续挖掘和出售铜矿石。Bishop of Winchester 向衡平法院起诉, 请求法院判令骑士的遗嘱执行人即继承人停止这种行为, 并将其所开采的铜矿石归为自己所有。衡平法院指出, 本案中的保有人很大程度上可以被认为是领主的受托人 (a fiduciary to the lord), 其侵吞土地产出的矿石的行为明显是一种失信行为。

### 3. 奠定信义义务基本内涵的经典案例: Keech v. Sandford (1726)

1726 年的 Keech v. Sandford 一案被认为在真正意义上奠定了现代信义义务的基本内涵, 该案由 Lord Chancellor King 主审, 具体案情如下:

某人在自己对某市场的租赁权之上设立遗嘱信托, 受益人是一位未成年人。在该租赁关系即将到期之前, 为了受益人的利益, 受托人向出租人提出续签租赁合同的请求, 但是出租人拒绝了。租赁合同到期以后, 受托人以自己的名义与出租人签订了合同, 从而成为新的承租人, 租赁该市场。受益人一方起诉到法院, 请求将该租赁从受托人处移转于自己, 并请求将受托人承租期间的获利返还给自己。

大法官认为, 在该案中, 必须考虑受益人是未成年人, 再者, 如果出租人拒绝续租给受益人, 就承认受托人可以自行承租的话, 相信很少有人选择和受益人续租。法官认为, 受托人

〔5〕 See Walley v. Walley (1687), 1 Vern. 484, 23 E.R. 609 (Ch.).

〔6〕 See Standen & Alii v. University d'Oxon & Whitton, 82 Eng. Rep. 11 (K.B. 1675).

〔7〕 See Tara Helfman, “Land Ownership and the Origins of Fiduciary Duty”, *Real Property, Probate and Trust Journal*, Vol. 41, No. 3, 2006, p. 654.

与其自己租赁,还不如放弃,尽管接受起来有些困难,或许受托人是唯一不适合承租的人。最后,衡平法院判决,受托人应将承租人的地位让渡给受益人,赔偿租赁所造成的损失,并将获得利润归入为受益人所有。<sup>〔8〕</sup>

该案意在界定利益冲突的情境下,受益人的利益应受到格外的关注和保护。本案判决的说理部分虽然简单,但为日后信义义务的广泛适用提供了理论参照,影响深远。

通过以上衡平法案例可以看出,信义义务虽然起源于信托领域,但是其适用范围很早就已经不局限于此,Bishop of Winchester v. Knight 一案尤为明显,将土地保有人视作领主的受托人本质上是一种基于类推的法律拟制。此外,Walley v. Walley 一案还涉及当信托财产被不当转让时,受托人的信义义务与第三人(买受人)的关系,Keech v. Sandford 一案则明确了信义义务核心内容忠实义务的基本要求——禁止利益冲突。总结起来,三个案例都出现在继承领域,均涉及财产的处分与管理,它们为信义义务的理论构成打下了基础。

## 二、信义义务的理论构成:基本内容及其法律后果

信义义务仅适用于受托人单方,随着其适用范围的不断扩张,信义义务逐渐演变成为一种在所有信义关系中统一适用的行为标准(standard of conduct)。<sup>〔9〕</sup>无论是作为“义务”“责任”还是“行为标准”,信义义务都有着独特的理论构成,这主要体现在基本内容与法律后果两个方面。

### (一)信义义务的基本内容

忠实义务(the duty of loyalty)是信义义务的核心内容。美国法上,信义义务尚包括另一种子义务,被称为“注意义务”(the duty of care)、“勤勉义务”(the duty of diligence)或者“谨慎义务”(the duty of prudence)。尽管英国法上承认受托人也要承担注意义务,而且这种义务也来自衡平法,但是判例通常认为其是一种独立的义务类型,不属于信义义务的范畴。具体而言,英国法认为注意义务是侵权法在信义关系中的具体适用,与过失侵权(negligence)更为贴近。<sup>〔10〕</sup>

#### 1. 忠实义务:积极方面与消极方面

“忠实”(loyalty)具有很强的道德属性。信义关系中,双方当事人地位、信息与能力严重不对等,失信风险极大,受益人的利益迫切需要强力的手段加以保护,所以才出现了如此严苛的

〔8〕 Keech v. Sandford, 25 E.R. 223; (1726) Sel. Cas. Ch. 61; S. C. 2Wh. & T. L. C. 693; 158 [1726] EWHC. Ch. J.76.

〔9〕 参见徐化耿:“论私法中的信任机制——基于信义义务与诚实信用的例证分析”,《法学家》2017年第4期,第38页。

〔10〕 “In particular, a trustee's duty to exercise reasonable care, though equitable, is not specifically a fiduciary duty”, Society v. Wheeler (1994) 14 ACSR 109 at 157.

道德意味浓厚的义务类型。<sup>〔11〕</sup>从信托起源的角度来看,用益与宗教有着千丝万缕的纠葛,“fiduciary”的词源也有宗教含义,而宗教对于忠诚的要求是极高的。历史的传承与现实的需要使“忠实”成为对受托人最基本的要求。

从抽象意义上来讲,该义务中的“忠实”是不可分割与不可稀释的(undivided and undiluted)。这种抽象内涵主要包括两个方面:一是从积极方面来看,受托人必须以受益人的利益为唯一利益(sole interest),在此目的之下从事一切受托活动;二是从消极方面来看,受托人不能将自己放在与受益人利益冲突(conflict of interests)的位置,<sup>〔12〕</sup>两个方面是交织在一起的。积极方面,随着学说的演进,“唯一利益”的标准受到了“最佳利益”(best interest)的挑战。美国的约翰·兰贝恩教授是“最佳利益说”的有力支持者。

历史上,“唯一利益”标准被严格坚守,即使受托人的自利行为并没有导致受益人受损,甚至后者亦从中获益,受托人仍然违反了忠实义务,美国的卡多佐法官认为它意味着一种不能妥协的严苛(uncompromising rigidity)。鉴于该规则的简单清晰,其在事实上能起到预防作用,因而它被当作一种预防性规范(preventive rule)。<sup>〔13〕</sup>在实践当中,只要发现存在利益冲突或者获取自我利益的事实,法官便不再深究(no further inquire),直接判定违反忠实义务,接下来受托人就要承担相应后果,交易行为的效力也会受到影响。

随着实践的发展,唯一利益规则的例外逐渐出现并被法院认可,比如存在委托人的授权(settlor authorization)、受益人同意(beneficiary consent)、法院事前批准(advance judicial approval)的情形。兰贝恩教授研究了这些例外情形,并进行了理论上的归纳。他指出,这些例外的理由可以总结为:受托人的行为尽管不符合唯一利益,但却符合受益人的最大利益。尽管以往的担心有其合理性,但是随着法律制度的改进,譬如衡平法上取证制度的改革、受托人活动记录的建立与完备、受托人披露义务的完善、一系列威慑手段的存在、各种监管制度的设立,受托人不法行为被发现的概率大大增加。而且,现实当中存在利益冲突或者利益重叠(conflict or overlap of interest)情形并不鲜见。本质上来看,时代发生了变化,以信托领域为例,如今的受托人不再是基于某种荣耀而单纯替人占有或者转移不动产,且不收取费用的绅士,而是演变为拥有更大的权力,为别人打理财产,进行金融投资的专业人士,他们收取费用,接受相关部门监管。相应的,忠实义务的界定标准也要更新。<sup>〔14〕</sup>

〔11〕 “A trustee is held to something stricter than the morals of the market place”, *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (U. S. N. Y. Ct. App., 1928) at 546.

〔12〕 See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, New York: Oxford University Press, 2011, p. 108.

〔13〕 Ibid.

〔14〕 See John H. Langbein, “Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole interest or best interest?” *The Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 5, 2005, p. 929.



当然,也有学者将唯一利益与最佳利益放在一起阐述,<sup>[15]</sup>这或许可以证明二者的差别并非如想象中的那么大。作为一部重要的示范法,美国的《统一信托法典(2010)》(Uniform Trust Code)第802条对忠实义务作了详尽的规定。该条也是从唯一利益和禁止利益冲突两个方面,详细界定了忠实义务,并给出了例外或者说豁免情形。在性质上,该法将唯一利益作为一种缺省条款(default rule),即当事人另有约定的话,优先适用其约定,换言之,委托人可以在信托文件中约定受托人违反唯一利益是可以接受的。

## 2. 注意义务:内涵模糊的事后审查标准

在英美法系,注意义务是侵权法上一项重要而又普遍的制度,围绕其标准与分类有一系列的学说,所以注意义务是否属于信义义务的内容是值得怀疑的,如上文所述,英国法对此就持否定态度。从另一个角度来看,实务界与理论界并没有就信义义务的范围达成一致意见,即受托人所应承担的一切义务是否都可以归入信义义务,换言之,“受托人的所有义务=信义义务”“受托人违反任何义务=受托人违反信义义务”是否成立,至少有些判例对此持否定态度,<sup>[16]</sup>部分法律词典也将信义义务限定于忠实义务。<sup>[17]</sup>

相比于忠实义务的内涵相对清晰,注意义务的内涵与外延众说纷纭,实践与理论中都不易把握。而且注意义务的标准显然要高于忠实义务,后者只是对受托人的底线要求。

英国《2000年受托人法》(Trustee Act 2000)第一章即是注意义务,该章仅包括两条。<sup>[18]</sup>需要注意的是,该法附件一含有注意义务排除适用(exclusion of care)的规定:“信托文件如有排除适用注意义务的规定,受托人在其范围内不承担注意义务”。<sup>[19]</sup>受托人个体经验与能力差别很大,不同的受托环境中所要处理的受托事务也千差万别,所以受托人的注意义务需要结合受托人的专业背景、技能与经验,在具体的环境中综合考量。故而注意义务的标准很难做到

[15] “What they especially import is the idea that the fiduciary must act solely with the interests of his principal in mind: the fiduciary must act to secure his best interests, and must not allow his own self interests to govern his behavior in any way that would conflict with the principal’s best interests”, J. E. Penner, *Butterworths Core Text Series: The law of trusts*, London: Butterworths, 2000, p. 20.

[16] “That the solicitor’s conduct in providing the plaintiff with the wrong information, although a breach of duty, was neither dishonest nor intentional but due to an oversight and was unconnected to the fact that he was also acting for the purchasers; that, accordingly, his conduct and subsequent application of the money advanced by the plaintiff to complete the purchase was not a breach of trust or fiduciary duty”, “It is obvious that not every breach of duty by a fiduciary is a breach of fiduciary duty”, *Bristol & West Building Society v. Mothewe*, [1997] 2 W.L.R. 436, [1998] Ch. I at 16.

[17] “Directors act as agents of their company, to which they owe fiduciary duties (in the performance of which they must consider the interests of both company members and employees) and a duty of care.” Elizabeth A. Martin (ed.), *Oxford Dictionary of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 150–151.

[18] Trustee Act 2000, Part I, The Duty of Care.

[19] Trustee Act 2000, Schedule 1, Application of Duty of Care, 7 Exclusion of Care.

明确与统一,往往只能用“合理注意”(reasonable care)这样的不确定概念来表述。<sup>[20]</sup>

《1882年印度信托法案》第15条对信义义务做出了规定:“受托人有义务像一个普通的谨慎人处理自己的财产时那样,仔细管理信托财产;同时,若受托人如此管理信托财产,且不存在有相反规定的合同,那么,受托人不需要为信托财产的减少、毁损、贬值负责”,<sup>[21]</sup>该条包含了谨慎义务。美国《统一信托法典(2010)》在第804条规定了勤勉管理的义务:“受托人必须考虑信托目的、条款、分配要求以及其他具体信托事项,像一位谨慎的人那样管理信托。为符合该标准,受托人需要具备合理的注意、技能以及小心。”<sup>[22]</sup>参考该条所附的官方评论,即使受托人是无偿地为受益人管理信托财产,仍然不可以免除注意义务。另外,注意义务的具体范围以及排除适用也是可以通过约定细化和明确的,不过,受托人通过约定修改注意义务标准是有限度的,该法第1008条禁止委托人为受托人恶意违反信任以及对信托目的内的受益人利益漠视所承担的责任进行开脱。<sup>[23]</sup>

在英美法系,注意义务参考的判定标准主要有两个:商业判断规则(business judgment rule)、谨慎投资人规则(a prudent investor rule)。商业判断规则适用于公司领域,意指公司董事、高管与交易相对方没有利害关系,在充分掌握可能的商业信息基础之上,善意地进行决策,并有理由相信该决策符合股东的最大利益,即使决策并没有给股东带来利益,甚至导致了一定损失,也可以认为其尽到了勤勉(注意、谨慎)义务。<sup>[24]</sup>可以看出,它是一种事后审查标准(a standard of review)。<sup>[25]</sup>谨慎投资人规则适用于金融投资领域,其含义是指受托人应像一名谨慎的投资者处理自身投资事务那样管理受托财产。

综上所述,注意义务的内涵极其模糊,需要在个案中加以判断,甚至需要法官介入具体受托事务,进行实质判断,这对法官的专业素质与审判技巧提出了极高的要求。

## (二)违反信义义务的法律后果:衡平法特有的救济方式

英美法系中,违反信义义务的法律后果(或曰救济方式、责任方式)灵活多变,高度依赖法官的自由裁量。另外,当事人对诉因的选择以及特定领域存在的制定法也会影响到具体救济方式的选择。传统上存在着普通法上与衡平法上救济方式的二元区分,前者主要是损害赔偿,它的适用基础是侵权或者违约,后者在狭义上体现为非金钱性质、非财产性质的救济方式,譬

[20] “The fundamental duty of a trustee is to adhere to the terms of the trust, to take reasonable care of the trust assets and to act in the best interests of the beneficiaries or, in the case of a trust for purposes, the furtherance of those purposes.”, Principles of European Trust Law, Article V Trustees’ Duties and Powers, 2.

[21] Indian Trusts Act 1882, Chapter III, 15.

[22] Uniform Trust Code (2010), § 804 Prudent Administration.

[23] Ibid., § 804 comment.

[24] 亦有学者称之为“业务判断规则”,参见邓峰:“业务判断规则的进化和理性”,《法学》2008年第2期,第68页。

[25] 参见施天涛:《公司法论》(第三版),法律出版社2014年版,第419页以下。

如禁令(injunction)和实际履行(specific performance),它们都是对人性的,印证了“衡平法是对人的”(Equity acts *in personam*)这一格言。随着普通法与衡平法的融合,这种二元区分的意义在减弱。总体上来看,能够体现信义义务法律后果特殊性的,主要为衡平法上的返还获利,以及与其实际功能相似的拟制信托制度。

### 1. 衡平法上的返还获利

衡平法上的返还获利(equitable accounting; accounting for profits; accounting of profits)是指信义关系中的受托人不得利用其受托身份谋取私利或者篡夺本属于受益人的机会,如若违反,就必须将其非法获利归为受益人(disgorge these benefits to their beneficiaries)。〔26〕

返还获利是一种基于非法收益而设立的救济方式,换言之,即使受益人没有遭受任何损失,受托人的获利依然要归前者所有。有些判例认为,非法获取的不当收益,即使受托人为此付出了专业技能、时间与精力,也要全部归为受益人所有,有些判例则认为,受托人可以从不当收益中获取合理的补偿(due allowance),前提是受托人要举证证明这种诉求是公平与合理的,或者对收益进行全部归入明显不公。〔27〕

鉴于衡平法上的返还获利不以受益人遭受实际损害为必然条件,所以在一些案件中,受益人没有实际损失,仍然通过这种方式获得了“救济”,有时它的数额会特别大,甚至可以被认为是受益人的“意外利润”(windfall profits)。〔28〕在涉及证券市场的情境,这种现象尤为突出。〔29〕当然,这也可以理解为信义义务严苛性与威慑功能(deterrence)的体现,衡平法上的返还获利本身就具有一定的惩罚性。

### 2. 拟制信托

拟制信托(constructive trust)也是衡平法上的制度,但是它具有对物性(in rem)因素,所以不把它列入“equitable relief or remedy”,而是通常将其看作衡平法上的一项权利,尽管它起着救济功能。〔30〕从字面意思就可以看出,它不是基于当事人的意思表示创设的一项信托,而是法院基于特殊目的拟制的产物,具有法定性。具体而言,在信托以外的信义关系中,受托人违反信义义务,将本应属于另一方当事人的财产非法占有或处分时,衡平法推定该财产上存在

〔26〕 Leonard I. Rotman, *Fiduciary Law*, Toronto: Thomson Canada Limited, 2005, p. 712.

〔27〕 See Samantha Hepburn, *Principles of Equity and Trusts*, London: Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 233.

〔28〕 Leonard I. Rotman, *supra* note 26.

〔29〕 See *SEC v. MacDonald*, 699 F.2d 47 (1st Cir. 1983); 725 F.2d 9 (1984).

〔30〕 “Proprietary remedies are generally referred to as equitable rights rather than remedies. This classification is not necessarily incorrect; when courts find in favour of a constructive trust, they are not simply imposing an appropriate remedy, although the perspective is remedial; they are creating an equitable beneficial interest in favour of the plaintiff. In this way, it can be seen that the constructive trust has a dual character; it can be described as both a right and a remedy”, Samantha Hepburn, *supra* note 27, p.191.



一个信托,另一方当事人为受益人,享有衡平法上的权利(equitable title),故该财产及其上产生的一切收益皆归后者所有。拟制信托究竟是一种实体意义上的信托类型,还是纯粹为一种救济方式,存在争议。尽管与衡平法上的返还获利功能极为相似,但拟制信托含有信托的要素,受益人的救济是通过对物性的衡平法上的权利来实现的。这是二者区别所在。

### 三、中国法上信义义务的规范配置与体系定位

#### (一) 现有商事单行法上信义义务的规范配置

《信托法》对信义义务的规定集中在第四章“信托当事人”之下的第二节“受托人”,第25条是对信义义务的总括性规定,并且直接使用了“最大利益”术语。另外,该条将诚实信用与谨慎相提并论,所以在实践当中,判定谨慎可以参照大陆法系中的诚实信用原则。对于忠实义务的具体内容,第25条以下的条文作了详细规定。

此外,《信托法》于第三章“信托财产”之下的第14条第2款规定:“受托人因信托财产的管理运用、处分或者其他情形而取得的财产,也归入信托财产”,该条通常被认为是在陈述信托财产的同质性,从制度功能来看,它更类似于英美法上的拟制信托。

现行《公司法》对于董事、监事、高级管理人员的信义义务进行了规定,包括忠实和勤勉两个方面。从《公司法》第147条可以看出,董事、监事、高管的信义义务履行对象为公司。公司利益和股东利益并不完全一致,我国《公司法》规定信义义务的目的在于维护公司的团体利益,所以这构成了信义义务解释论的起点。就忠实义务而言,相比于《信托法》,《公司法》的规定更为全面和详细。结合第147条和第148条来看,采用的是“总括+列举”的立法模式,同时还设有兜底条款(第148条第1款第8项),具体内容基本都在第148条第1款所列举的前七项中。对于勤勉义务,除了第147条第1款以外,并没有以具体条文的形式进一步细化。

《证券法》全文共有七处提到了“勤勉尽责”,涉及的主体为保荐人、债券受托管理人、证券服务机构、证券公司及其董事、监事、高管,相关条文皆为原则性规定。从《证券投资基金法》第2条以及第3条第2款的规定可以看出,与英美法系的共同基金(mutual fund)、单位信托(unit trust)的思路一致,基金管理人、基金托管人与基金份额持有人之间是一种信义关系,前者需要向后者承担信义义务。另外,该法第9条是对基金管理人、基金托管人信义义务的一般性规定。

除开上述几部法律,证监会制定的《上市公司章程指引》第98条对上市公司董事勤勉义务的规定更为具体,其内容如下:“董事应当遵守法律、行政法规和本章程,对公司负有下列勤勉义务:(一)应谨慎、认真、勤勉地行使公司赋予的权利,以保证公司的商业行为符合国家法律、行政法规以及国家各项经济政策的要求,商业活动不超过营业执照规定的业务范围;(二)应公平对待所有股东;(三)及时了解公司业务经营管理状况;(四)应当对公司定期报告签署书面确

认意见。保证公司所披露的信息真实、准确、完整；(五)应当如实向监事会提供有关情况和资料,不得妨碍监事会或者监事行使职权;(六)法律、行政法规、部门规章及本章程规定的其他勤勉义务。”虽然该文件并非法律法规,仅仅属于行业监管部门发布的示范性文件,但上述规定无疑对于勤勉义务的适用具有重要的参考价值。

## (二)现有信义义务规范的体系定位

### 1. 中国法上的忠实义务:禁止性规范、类型化的消极义务

结合上述法律法规,可以看出,中国法上,忠实义务多数情况下体现为一系列具体的禁止性规范,已经转化为法定的、类型化的消极义务。具体来说,《公司法》《信托法》《证券投资基金法》等法律在列举忠实义务的类型时,很多时候使用的是“不得”这一禁止性法律规范的典型模态词。这与忠实义务的不得谋取私利、禁止利益冲突的核心思想是一致的。

### 2. 中国法上的勤勉义务:一般条款与不确定概念

在大陆法系,有不少立法例将勤勉义务视作善良管理人的注意义务加以规定,譬如《日本信托法》第29条、我国台湾地区“信托法”第22条。善良管理人,起源于罗马法,亦称“善良家父”“善良家长”(bonus paterfamilias)。具体而言,罗马法将过失分为“重过失”(culpa lata)与“轻过失”(culpa levis),善良家父的注意义务是判断轻过失的标准。同时,轻过失又分为“抽象轻过失”(culpa levis in abstractio)与“具体轻过失”(culpa levis in concreto),前者是指未尽处理普通事件时一般人所应尽的注意,是一种抽象标准,后者是指未尽到像当事人处理自己事务时所为的勤勉与注意,是一种需结合当事人自身情况判断的具体标准。<sup>[31]</sup> 后世对于善良家父的注意义务进行了继承与修正,譬如法国法认为,违反善良管理人的注意义务不是构成轻过失,而是一般过失。<sup>[32]</sup> 反映到商事领域受托人的勤勉义务上,可以将其视作善良管理人的注意义务,即应当尽到本行业一般从业人员的勤勉、谨慎与注意,同时利用自身技能与知识,像处理自己事务那样用心,如没有满足该行事标准,则存在过错,需承担相应的法律责任。

有学者指出,“现代民法的诚信原则直接溯源于罗马法上的‘善良家父’的‘善意’概念”,<sup>[33]</sup>我国立法上也存在将诚实信用与忠实、勤勉并列规定的作法。所以可将勤勉或者说注意义务类比诚实信用,视作一般条款与不确定概念,甚至在适用上也可以“借道”诚实信用或者说善意(bona fides; good faith),对其进行价值填充。故纵观两大法系,勤勉义务的认定可以有四种学说:商业判断规则;谨慎投资人标准;善良管理人的注意义务;诚实信用或者说善意。<sup>[34]</sup>

[31] 参见陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第130—131页。

[32] 参见韩中节:“罗马契约法上的过错责任原则及其意义”,《甘肃社会科学》2006年第6期,第38页。

[33] 炎白:“‘善良家父’与‘诚实信用’”,《比较法研究》2001年第1期,第105页。

[34] 就勤勉义务的适用,另有中国学者提出了“理性人”标准,参见叶金强:“董事违反勤勉义务判断标准的具体化”,《比较法研究》2018年第6期,第83页。

### 3.违反信义义务的法律后果:违反保护他人法律的侵权责任与“归入”

从信义义务的义务性质来看,无论忠实义务还是勤勉义务,皆属于法定义务。<sup>[35]</sup>基于现行法的定位,可知违反信义义务构成侵权,受托人要承担侵权责任。

就违反信义义务的法律后果而言,《信托法》第26条、《公司法》第149条、《证券法》第44条、《证券投资基金法》第123条规定的“归入”很显然是从衡平法上的返还获利借鉴而来,其具体的定位、构成要件、适用条件等并未明确,有待研究以及立法细化。中国学者通常将其称为“归入权”,很显然,其是违反信义义务尤其是忠实义务的法律后果,本质上是一种特殊的责任方式,并非属于“权利”。

返还获利在英美法系具有一定的惩罚和威慑功能。上文也提到了,忠实义务的严苛性体现在受托人不得利用受托机会获取任何私利,哪怕这种利益在正常情况下受益人是根本无法获得的。与英美法系中衡平法上的返还获利适用范围广泛不同,中国法上除了上文提到的零散条文涉及“归入”问题,在众多信义关系中,这种责任方式大部分被公法上的没收非法所得、罚款、罚金所替代,非法收益的最终去向是上缴国库,而非返还受益人。<sup>[36]</sup>

中国法上,《侵权责任法》第20条(《民法典》第1182条)、《反不正当竞争法》第20条第1款、《专利法》第65条第1款的规定看起来与“归入”非常相似,<sup>[37]</sup>但是它们有本质不同。前者仅仅是指当被侵权人的损害无法计算时,侵权行为人的获利可以作为赔偿数额的计算标准,而“归入”的相关条款直接指向的是行为人的“获益”。另外,“归入”与不当得利也有一定的相似性,在英美法系,有人就认为,从广义上来看,返还获利属于恢复原状(restitution)中的不当得利(unjust enrichment)的计算方法,没有特殊性。在大陆法系的视野下,获利返还责任(Gewinnhaftung)也是极具争议性的问题,有学者认为其是一种处于侵权损害赔偿与不当得利中间地带的独立请求权类型,<sup>[38]</sup>一般情况下,其可以通过扩大解释不当得利以及侵权损害

[35] “本条规定的受益人最大利益原则和诚实、信用、谨慎、有效管理信托财产的义务,是法定的原则和义务,受托人不得违反。如果违反上述原则和义务,受托人就要承担故意或重大过失的责任,对于这种责任,当事人不能约定免除”,卞耀武主编:《中华人民共和国信托法释义》,法律出版社2002年版,第96页,《信托法》第25条的释义。

[36] 早在2006年,《中华人民共和国刑法修正案(六)》第9条、第12条就专门增设了理论上所称的“背信罪”,以解决上市公司董事、监事、高管违反忠实义务,以及资产管理人违背受托义务,擅自运用客户资金或者其他委托、信托财产的犯罪问题。参见刘艳红:“《中华人民共和国刑法修正案(六)》之解读”,《法商研究》2006年第6期,第33页。

[37] 需要说明的是,编纂民法典的过程中,对于原《侵权责任法》第20条做了一定的修正,主要是调整了返还获利的适用顺序,将其与损害赔偿并列供当事人选择,最终法条呈现为《民法典》第1182条,参见王利明:“侵权获利返还若干问题探讨——兼评民法典草案二审稿第959条”,《广东社会科学》2019年第4期,第215页。

[38] 参见朱岩:“‘利润剥夺’的请求权基础——兼评《中华人民共和国侵权责任法》第20条”,《法商研究》2011年第3期,第142页。

赔偿的范围、准用无因管理等方法来解决。<sup>[39]</sup>但是“归入”属于我国商事法律明确规定的责任方式,无需以上法解释学作业,可以径行适用。

就行使要件而言,其前提是对法定的信义义务的违反,在学理上可以认为是一种违反保护他人法律的侵权责任,“保护他人的法律必须具有涉及到行为的禁止性规范或者命令性规范,即具有规范的确定性”,<sup>[40]</sup>具体违反的法律规范见于《公司法》《信托法》《证券法》《证券投资基金法》的对应条文。这种保护性法律,即法定的信义义务是清晰而明确的,所以,法官在判定侵权成立时,过错的判断是极为简略的,存在对于法定义务的违反事实,就直接推定存在过失,相应的,原告只是承担类似于英美法上的初步举证,然后被告需对存在法定豁免事由或者自身并没有违反法定义务承担主要举证责任,如其不成,则责任成立。

综上所述,可以看出在商事法律领域,中国法实质上存在着英美法系所谓的“信义法”(fiduciary law)的整套架构,只不过相关法律规范分散于各单行法之中,缺乏体系性的整合。事实上,即使在英美法系,所谓“信义法”也只是一种宽泛意义上的提法,在其内部充斥各种不同的学说、理论与判例,正如有学者所称的那样,“信义法一团糟”。<sup>[41]</sup>中国法上,即使无需将“信义法”视作一个法律部门,亦需对信义义务相关规范进行体系化的解读与定位,方能为司法适用提供理论准备。

## 四、中国法上信义义务的规范目的与适用路径

### (一)中国法上信义义务的规范目的分析

中国法上,《信托法》立法参与人员在注解受托人信义义务的条文时,明确指出“受托人是基于委托人的高度信任而取得信托财产管理处分权的”<sup>[42]</sup>“信托关系的基础是信任”。<sup>[43]</sup>1993年《公司法》制定时就规定了董事、监事、高级管理人员的忠实义务,2005年《公司法》修订时,首次加入了上述人员的勤勉义务,全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编著的法律释义的丛书中指出,“董事基于股东的信任取得了法律和公司章程赋予的参与公司经营决策的权力,就应当在遵循法律和公司章程的前提下,为公司的最大利益服务”。<sup>[44]</sup>从目的解释

[39] 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第171—173页。

[40] 朱岩:“违反保护他人法律的过错责任”,《法学研究》2011年第2期,第93页。

[41] “Fiduciary law is messy”. D. Gordon Smith, “The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55, No. 5, 2002, p. 1400.

[42] 卞耀武主编:《中华人民共和国信托法释义》,法律出版社2002年版,第96页,《信托法》第25条的释义。

[43] 扈纪华、张卫龙主编:《〈中华人民共和国信托法〉条文释义》,人民法院出版社2001年版,第115页,《信托法》第25条的释义。

[44] 安建主编:《中华人民共和国公司法释义(2005年版)》,法律出版社2005年版,第211页,《公司法》第148条的释义。



的角度出发,不难看出中国法引入信义义务意在维护特定商事法律关系中的“信任”问题,这与信义义务在英美法系的制度初衷是一致的。

如上文所述,从起源来看,在英美法系,信义义务的产生主要是为了维护特殊领域中的社会信任问题,具有明显的道德属性。但是,随着信义义务理论上的日渐成熟与大规模扩张适用,其出现了去道德化,变规范化、类型化的一般规律。不管怎样,“信任”毕竟属于宏大而抽象的社会议题,如何从法学视角加以解读并将其内涵具体化,成为信义义务正当性的关键所在。

在英美法系大规模扩张适用信义义务的过程中,“信任”逐渐褪去道德外衣,化约为一种符号,即各种信义关系所具备的统一特征,围绕对这种符号的认识与解读,英美法系关于信义义务正当性基础形成了丰富而又芜杂的理论。<sup>[45]</sup>有学者将其概括为“一元主义”(unitarism)和“多元主义”(pluralism)两大类,前者是指试图以一种理论解释所有信义关系中的信义义务正当性(制度目的)的各种尝试,后者是指在注重区分不同信义关系差别的前提下,在各具体环境中分别构建信义义务正当性学说的进路。<sup>[46]</sup>中国法上的信义义务目前主要集中于商事领域,适用范围远非英美法系如此之广,故而从一元主义的进路出发解读“信任”属于可行的选择。

展开来讲,“信任”这种信义关系中的符号可以简化理解为“A相信B会做X”,<sup>[47]</sup>即主体相信作为受托人的另一主体会为了自身的利益而从事某项具体工作,并基于此对后者产生了期待(expectation)。从法律性质来看,信义关系属于广义上的“委托—代理”关系。在早期的信托领域,这种关系的发动是基于当事人之间的私人信任,道德与感情色彩浓厚。随着生产力的发展,一方面,社会分工日趋精细化,越来越多的专业领域涌现出来,信息壁垒逐渐明显,这就导致普通民众不得不将诸多事项委之于各种专业人(professionals),譬如金融投资领域就出现了数量庞大的专业化的中介结构及其从业人员;另一方面,商事组织形态也开始发生变革,公司制兴起,而公司的“所有权”属于股东,经营管理权属于董事会及高管,这种“两权分离”模式既是制度优势,亦成为公司治理所要面对的基本问题。概括而言,在整个社会范围内,以“委托—代理”关系为基础的信义关系的建构与维系呈现出高频次、常态化、组织化的趋势。这也是英美法系缘何出现“信义法”的提法之所在。

[45] 在英美法系,关于信义义务的制度目的以及正当性基础,存在多种学说,包括来自合同法、财产法、侵权法角度的论据,以及更为具体的权力理论(power theory)、脆弱性理论(vulnerability theory)、重要资源理论(critical resource theory)、信赖理论(confidence)、公平理论(equity)等等,有学者做了系统梳理。See Paul Miller, “Justifying Fiduciary Duties”, *McGill Law Journal*, Vol. 58, No. 4, 2013, p.971.

[46] (美)安德鲁·戈尔德、保罗·米勒编著:《信义法的法理基础》,林少伟、赵吟译,法律出版社2020年版,第392页。

[47] 李艳霞:“何种信任与为何信任——当代中国公众政治信任现状与来源的实证分析”,《公共管理学报》2014年第2期,第18页。



回到中国法上,信义义务中的“信任”问题也可以如此理解。具体而言,在一些商事领域,基于主体间的信息不对称,“委托—代理”关系中存在着突出的道德风险。受托人要么是拥有专业知识与技能的特定行业机构或从业人员,要么是在受托事项中享有较大的自由裁量权,甚至兼而有之。根据理性人的假设,其可能利用信息优势,在执行受托事务中损害委托人利益,谋取私利。因此,尽管这种关系是基于当事人之间的意思自治而成立,甚至主要体现为合同关系,但是法律必须从外部设置强制性义务于受托人单方,<sup>[48]</sup>才能消减受托人的失信激励,避免道德风险,保护委托人的利益,最终维护社会信任。

在司法裁判当中,正确理解信义义务的规范目的具有重要意义,尤其是对于内容仍较为模糊的注意义务而言,以下详述。

## (二)信义义务司法适用的难题:注意义务的具体化

与已经类型化的忠实义务不同,中国法上的注意(勤勉、谨慎)义务呈现为一般条款与不确定概念,在现行法律法规及规范性文件中,只有上文提到的证监会发布的《上市公司章程指引》第98条,以列举的方式具体阐述了上市公司董事勤勉义务的内容。

一般而言,法官需要在个案中根据规范目的对注意义务进行价值填充,才能将其具体化,进而予以适用,在这一过程中,建构相对程式化的操作步骤或者提出较为明确的参考要素,是比较可行的方案。相应地,就注意义务具体化的路径而言,笔者认为可以有两种:一是从“尺度”出发,即从程度上来确定受托人在具体受托环境与具体受托事项中是否尽到了应尽的注意、勤勉与谨慎;<sup>[49]</sup>二是从“要素”出发,即将需要考量的基本因素或者指标进行细化,继而将受托人的行为纳入由这些要素构成的体系中综合评价。从法学方法论的角度来看,前一种路径可以概括为私法当中比例原则的适用,后一种路径可以理解为动态系统论的适用。

### 1.比例原则的适用

比例原则原本是行政法上的一项基本原则,意指行政机关在做出有关限制公民基本权利的行政行为时,其具体选择手段与所欲实现目的必须相称,能够维持在一个合理的程度上,否则即构成公权力的滥用,目前,私法领域应用该原则的理论研究与实务操作并不鲜见。比例原则能够适用于受托人注意义务的具体化,原因在于该义务所要求的“注意”“勤勉”“谨慎”必须

[48] “从法律法规的有关规定看,合同法、信托法以及金融监管部门有关规范性文件规定了委托合同或信托合同受托人应承担的法定履职和尽职义务,即使当事人之间所签订的合同中未作约定,如受托人违反该法定履职或尽职义务并因其过失给委托人造成损失的,亦应根据其过错情形承担相应的民事责任”,参见甘孜州农村信用联社股份有限公司、四川科亨矿业(集团)有限公司合同纠纷,最高人民法院民事判决书,(2017)最高法民终880号。

[49] 譬如有学者在论述董事勤勉义务时,便是从严格程度出发,将英国、美国、德法、日本模式分别概括为一般勤勉标准、宽松的一般勤勉标准、严格勤勉标准、折衷的严格勤勉标准,参见任自力:“公司董事的勤勉义务标准研究”,《中国法学》2008年第6期,第85页。

维持在一个合理的水平上,从尺度、比例的角度加以衡量,是其具体化的应有之义。比例原则有广义与狭义之分,广义上的比例原则包括适当性、必要性、均衡性三个子原则,狭义上的比例原则仅指均衡性原则,在注意义务的具体化中,能够适用的是狭义上的比例原则。

具体而言,注意义务的适用是一种基于结果导向的事后追溯评价,存在对受益人(或者委托人)不利的后果或者没有达到事前的预期效果这一事实,才会启动注意义务进行追责。显而易见,法官需要通过注意义务来实现对受托人的处分权或自由裁量权的限制,以消减信息不对称给后者带来的失信激励,才能维护受益人(或者委托人)最大利益,因此,信义关系中受托人的注意义务要比普通关系中的一般人的注意义务更为严格。但是这种严格不宜过苛,换言之,受托人违反注意义务的门槛不宜太低,否则便会导致受托人动辄得咎,以至于走向另一种极端:受托人受其威慑,以规避风险为上,怠于发挥专业知识与技能,也不敢充分行使自由裁量权或者处分权,最终无法实现受益人(或者委托人)的利益最大化。故而,手段与目的之间的适度 and 匹配具有重大意义。法官在行使自由裁量权,决定受托人是否违反注意义务时,至少有三种不同层次(或曰尺度)的注意、谨慎、勤勉可供参考,由低到高排序为:第一层次的为一般人的注意水平;第二层次的为受托人所处行业中的最低注意水平;第三层次的为受托人所处行业中的最优注意水平。在具体受托事务中,如果受托人连第一层次的注意水平都未达到,显然问题就极为简单,甚至不需要适用信义义务,就可以其存在显著过失为由进行追责,不过,多数情形下,法官需要以行业最低水平为始,向作为终点的行业最高水平滑动,以便在第二层次与第三层次之间确定一个合理的注意水平作为受托人的标准,这种操作可以形象的称之为“滑尺”,<sup>[50]</sup>基本过程如下图所示:

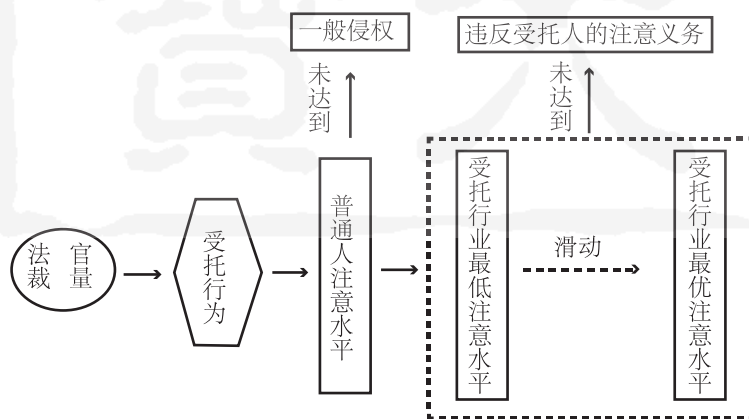


图1 比例原则在注意义务中的适用

[50] 兰磊:“原则视角下的《反不正当竞争法》一般条款解释——以视频网站上广告拦截和快进是否构成不正当竞争为例”,《东方法学》2015年第3期,第74页。

在我国司法实践中,涉及公司董事、监事、高管勤勉义务的纠纷较为常见,其中有些案件的审判思路正是采用了比例原则,“北京东方网信科技股份有限公司与何咏泽损害公司利益责任纠纷案”便是一例。在该案中,被告何咏泽作为原告东方公司的财务总监,根据公司法定代表人、董事长唐某的微信聊天指示,向另一公司银行账户分三笔汇入总计200万元的价款,事实上,该微信号并非唐某本人账号,而是网络诈骗人员冒用唐某头像及名称注册的。东方公司诉称何咏泽没有有效识别信息真假,冒然打款,导致公司遭受200万元及利息的损失,未尽到高管应尽的勤勉义务。二审判决中,法官没有支持原告诉求,而是认为被告并未违反勤勉义务。<sup>[51]</sup> 根据判决书,梳理裁判思路,可以将司法论证过程总结为三步:

首先,何咏泽并不具备网络安全方面的专业知识,作为一个网络方面的普通人士,当看到与其上级头像、名称一致的微信号后信以为真,继而执行微信传来指示的行为并无过失,尽到了一般人的谨慎与注意。

其次,作为财务总监,其接受微信指示进行打款并未违反公司的财务制度,尽管东方公司指出,付款指示的前提是需要用款申请人和部门负责人出具用款申请表,但本案中,唐某本人系用款申请人、部门负责人和审批人三者身份合一,故其一人的微信指示即可,因此在该层面上原告也不构成违反勤勉义务。

第三,尽管原告指出,被告与唐某的办公室仅有一墙之隔,被告未进行当面核实而径行打款,但是相关证据显示确有唐某通过微信发出付款指示并且财务总监予以执行的前例,故而当面核实并非必经程序,在该层面上也无法认定被告违反勤勉义务。

不难看出,以上三步中的注意、谨慎、勤勉水平其实是层层递进的,第一层面属于普通人的注意水平,即相信头像、名称无误的微信号为真实账号,第二层面属于受托人的最低注意水平,即财务总监不得违反公司财务制度,第三层面可以理解为最优注意水平,即当面核实。正是采用比例原则,逐步递推,最终得出了裁判结果。

## 2. 动态系统论的适用

动态系统论(bewegliches System)由奥地利法学家瓦尔特·威尔伯格(Walter Wilburg)首倡,该理论认为,通常情况下,法律制度的价值与目的并非单一而是多元的,因此不能仅以单一理念对其进行阐释,需要结合多个相关因素,综合考量,方可得出妥适的解释结论。<sup>[52]</sup> 其中,相关因素被威尔伯格称之为“要素”(elements)或者“动态力量”(bewegende Kräfte, moving forces),<sup>[53]</sup> 各种要素在法律解释中的位阶与权重并不相同,需要进行动态化的衡量。

[51] 参见北京东方网信科技股份有限公司与何咏泽损害公司利益责任纠纷,北京市第一中级人民法院二审民事判决书,(2016)京01民终5551号。

[52] 参见(奥)海尔穆特·库奇奥:“动态系统论导论”,张玉东译,《甘肃政法学院学报》2013年第7期,第41页。

[53] (奥)瓦尔特·威尔伯格:“私法领域内动态体系的发展”,李昊译,《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期,第112页。

就注意义务的具体化而言,在维护受益人(或者委托人)最大利益的目的之下,可以将相关要素综合考量,并赋予其不同权重,继而在各种要素构成的解释体系中找到一个合理的结论。

适用动态系统论将受托人注意义务具体化,首要任务便是明确各种要素。通常情况下,委托人正是基于对受托人能力、信誉等个人化因素的特殊信任,才将其选任,这也恰恰是信义关系区别于常规关系(arm's-length relationship)之所在——存在突出的信任因素。但是,过分强调这种信任可能会导致对受托人产生不切实际的期待。如果受托事务本身就具有较大的风险性,譬如在金融投资领域,注意义务的标准更需要参考行业现状,不可一味抬高。故而,主客观两方面相结合,才能在具体案件中确立对受托人的合理期待。相应的,动态系统论之下,注意义务具体化的要素可以划分为主观与客观两大类。

展开来讲,主观要素包括受托人的技能、经验、专业背景、从业时间等个人化因素。客观要素则可以进一步分为外部客观要素与内部客观要素,前者是指与受托事务所处行业有关的外部因素,包括行业整体发展状况、政府监管政策、信息披露要求、整体风险水平、平均收益率、一般操作规程等等,后者是指当事人内部已预先确定的,不需要受托人自由裁量的客观化因素,包括约定受托目的、约定受托事项的管理手段、受托人所属企业的管理规章、决策程序以及经营方针等等。以公司董事、监事、高管的勤勉义务为例,其具体化所需参考的要素可以用图2来表示。当然,在个案中,并非所有的主客观要素均涉及,一般情况下需要围绕注意义务启动的具体事由,或者说案件的争议焦点来确定。

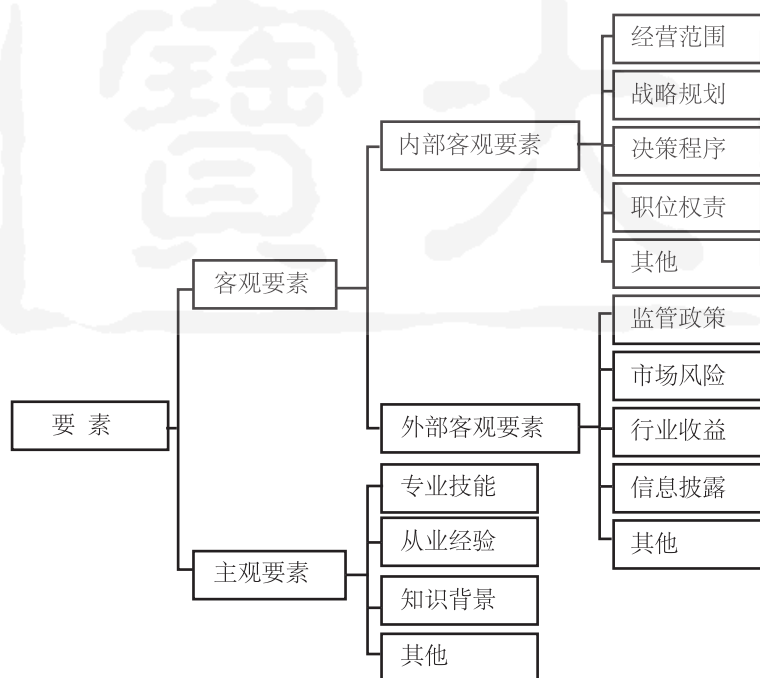


图2 公司董事、监事、高管勤勉义务具体化的参考要素

要素确定之后,便要对它们进行位阶排序与权重分配。一般而言,与主观要素相比,客观要素内容明确,且指向的标准较低,其意在起到兜底性的作用,所以在考察顺序上,客观要素排在主观要素之前。进一步来看,内部客观要素属于当事人意思自治的范畴,很大程度上比外部客观要素更能反应当事人之间的信任关系,故而其位阶与权重都要高于后者。通常,检视完客观要素后往往不足以明确判断受托人是否违反注意义务,必须调动主观要素。虽然主观要素是受托人的个人因素,但是其必须以客观要素为参照,在具体受托事项中合理确定,譬如受托人的从业经验、专业能力必须在市场大环境下综合考量,也即主客观要素并非二元对立,而是存在互动及互补。总而言之,在个案中,需要对各项具体主客观要素进行动态衡量,最终在由它们构筑的解释体系(系统)中找到一种妥适的均衡状态。

实际上,无论是商业判断规则还是谨慎投资人规则,强调的都是主客观要素相结合,动态解释注意义务。以谨慎投资人规则为例,该理论借鉴证券投资中的现代投资组合理论(modern portfolio theory),强调受托人的投资策略应当放在整体回报(total return)中综合评价,不应仅关注某一支证券的盈亏表现,相应的,受托人的行为也要综合主客观要素进行动态化、体系化评价。

再以前文提到的“北京东方网信科技股份有限公司与何咏泽损害公司利益责任纠纷案”为例,事实上也可以运用动态系统论进行分析。具体来看,在判断被告是否违反勤勉义务时,涉及了网络诈骗识别能力、公司财务制度、当面核实三项要素。在三项要素构成的解释体系中,公司财务制度作为内部客观要素,所占权重最为突出,甚至可以说,被告并未违反公司财务制度是法官认为其尽到勤勉义务的根本原因。网络诈骗识别能力不属于公司财务总监的专业技术范畴,因此作为一项主观要素,在整个动态体系中其位阶与权重都较低,甚至可以忽略。当面核实要素亦是一项主观要素,在考量的时候,将其与公司财务制度这一客观要素结合考察,便可以发现其要求过于严苛,因此权重不如后者,最终在解释体系中也并未赋予其较大权重。相应的,在由三种要素构成的动态体系中,被告并未违反勤勉义务可以确定为均衡状态下的解释结论。

### (三) 返还获利适用的相关问题

#### 1. 返还获利与一般侵权损害赔偿的适用顺序

返还获利(归入)与一般的侵权损害赔偿不同,其指向的对象为行为人(受托人)的获利,并非被侵权人(委托人)的实际损失,而现实中被侵权人的“损失”与行为人的“获利”并存是完全可能的,《公司法》第148条第2款、第149条也是分别规定了返还获利、损害赔偿两种责任方式,所以这就面临法律规范选择与适用的问题。<sup>[54]</sup> 鉴于返还获利属于违反信义义务的特殊

[54] 参见邓峰:“公司利益缺失下的利益冲突规则——基于法律文本和实践的反思”,《法学家》2009年第4期,第83页。



责任方式,其制度目的不同于一般的侵权损害赔偿,具有显著的惩罚性,故而应将其视作特殊法,优先适用。具体到《公司法》中,第148条第2款关于返还获利(归入)的规定应优先适用,如果行为人的获利低于公司实际损失,甚或根本没有获利,那么应当再根据第149条的规定,以一般性的侵权损害赔偿请求权为基础,判令行为人承担补足差额的责任。

### 2. 返还获利的计算范围与标准:“获利”与“损失”的关系

实践当中,还存在受托人有“获利”但委托人无“损失”的情形,这属于体现返还获利惩罚性特征的典型形态,似无太大争议。但是具体到个案,有可能存在两个问题:一是获利数额特别巨大的情况下,如将获利完全返还委托人,后者似乎获得了上文所说的“意外利润”(windfall profits);二是受托人虽因违反信义义务而获利,但其中包含个人的付出与成本,是否应酌情给予一定的补偿,进而在返还数额中相应扣除。

这两个问题实际上与返还获利的范围有关,对于第一个问题,鉴于返还获利的制度初衷是通过“利润剥夺”实现惩罚与威慑,并非救济委托人,故而“意外利润”的获得并未超越目的解释的范畴,应予以支持。对于第二个问题,有学者建议,中国法上的返还获利应指向行为人的净利润,而非全部所得,否则有将“获利”“收入”泛化之嫌,<sup>[55]</sup>这种看法无疑具有合理性,实务中有判例也采纳了该种思路,<sup>[56]</sup>相应地,行为人(受托人)也需对此承担举证责任。除此之外的类似于英美法系个案中对受托人的合理补偿(due allowance),笔者认为在中国法上不应予支持,原因在于根据制度初衷,返还的获利与委托人在正常情况下是否能够获得,以及获得多少并无必然联系,故而无需过度关注违反信义义务的受托人对获利的“贡献”。

另外,返还获利应以受托人的实际利益为计算标准,而非期待利益、可得利益,否则将导致返还获利的数额要么畸高,要么变动不定。在计算时点与期限上,应从违反信义义务行为之时起算,直至审判终结之日或者获利实现归入之日。在具体数额确定上,英美法系审判实践中,有时会因为计算的复杂性与专业性,而需启用法务会计师(forensic account)进行专门核算,<sup>[57]</sup>这属于程序法上的问题,可资参考。基于个案案情,法官在必要时亦可以行使自由裁量权进行酌定。

### 3. 返还获利的第三人效力

一般而言,信义关系基于信任而产生,所以这种关系具有一定的封闭性与相对性,不会轻易涉及第三人,相应的,违反信义义务所导致的法律后果原则上由受托人自身承担。但是在一些特殊情形中会产生返还获利的第三人效力问题,展开来讲,可分为两种类型:

[55] 参见王利明:“侵权获利返还若干问题探讨——兼评民法典草案二审稿第959条”,《广东社会科学》2019年第4期,第220页。

[56] 参见上海彼科意企业管理咨询有限公司与邱铭璐、杨芳损害公司利益责任,上海市闵行区人民法院民事判决书,(2019)沪0112民初24219号。

[57] Leonard I. Rotman, *supra* note 26, p.674.

一是第三人明知或者因过失不知受托人的行为违反信义义务,仍然协助其完成该行为的情形。此种情形中,第三人显然具有主观过错,如其有获利,基于共同侵权的原理,似乎应一并返还于委托人。不过,英美法系实践中,往往仅有在第三人主观上明知以及存在其与受托人事先串通的情况下才要求其承担返还获利的责任,<sup>[58]</sup>这是出于保护交易安全,维护第三人信赖利益的考量。中国法上,鉴于返还获利属于商事领域特有的法律责任方式,从维护商事交易的安全与效率出发,笔者认为借鉴英美法系的做法,限缩第三人的责任较为妥当。

二是当受托人违反信义义务的行为体现为非法处分受托财产,或者其获利体现为特定财产时,第三人从受托人处受让前项财产的情形。这种情形类似于英美法系拟制信托发挥作用的场景。笔者认为,中国法上并不存在明确的拟制信托制度,制定法规定的返还获利(归入)这一责任方式也并不具有英美法拟制信托的物权属性与对世效力,故而,当归入的对象体现为特定财产尤其是有体物时,除非第三人为恶意受让人,否则不得就该财产行使归入。委托人可以就该财产的实际价值对受托人主张返还获利(归入),从而以替代履行的方式实现救济。

## 五、信义义务在中国法上推广适用的探讨:以医疗领域为例

现代社会中,“委托—代理”关系中的信息不对称问题普遍存在,英美法系大规模扩展信义关系的类型及信义义务适用范围的司法实践正是以此为动因。相较之下,中国法上将信义义务仅限于狭隘的商事领域似乎没充分发挥制度价值。实际上,在一些含有“委托—代理”因素的非商事法律关系中,信义义务同样存在引入的空间以及制度优势,譬如有学者就建议在成年监护中以信义义务规制监护人的行为,<sup>[59]</sup>甚至还有学者探讨在公法领域引入信义义务。<sup>[60]</sup>下文将要探讨的医疗领域亦属于这方面的尝试。

### (一)医患关系的特殊性:信息不对称与合理期待

医患关系不是一种纯粹的私法关系,因为医疗服务带有公共服务的色彩,医疗资源很大程度上是一种公共产品。而且,医患关系的发动往往是出于患者的单方需求,这种关系很难说是完全自愿与平等的,双方之间存在显著的信息不对称。

从抽象的角度来讲,医患关系中的信任因素突出,道德伦理意味浓厚,<sup>[61]</sup>其不可能完全按照市场逻辑来理解和调整,况且医学本身是富有人文精神与伦理性的。在重大疾病的诊疗

[58] Ibid.

[59] 参见朱圆:“论信义规则在我国成年监护法中的引入”,《政治与法律》2019年第2期,第100页。

[60] 参见邓峰:“领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角”,《中国社会科学》2006年第3期,第141页。

[61] “Patients often place great trust in their physicians as caregivers.” Claire A. Hill & Erin Ann O’Hara, “A Cognitive Theory of Trust”, *Washington University Law Review*, Vol. 84, No. 7, 2006, p. 1764.

中,患者将自己的生命健康寄托于医生身上,后者一念之间的判断,或者手术过程中指尖的轻轻抖动,都会对患者产生重大的影响。医疗又是人们的基本生活需求,从出生到死亡,所有人都会与医疗系统发生关系,从这个意义上讲,医生操纵着个体的“生杀大权”,故而除了业务能力方面,人们对医生存在着道德期许,《世界医学大会赫尔辛基宣言》在前言部分写到:“世界医学大会的日内瓦宣言用‘病人的健康必须是我们首先考虑的事’这样的语言对医生加以约束。医学伦理的国际准则宣告:‘只有在符合病人的利益时,医生才可提供可能对病人的生理和心理产生不利影响的医疗措施’。”

中国传统社会也存在类似的看法。正所谓“医乃仁术”,医生需怀有仁德之心,如《此事难知·序》中所说的那样:“盖医之为道,所以续斯人之命,而与天地生生之德不可一朝泯也。”<sup>[62]</sup>明朝裴一中也在《言医·序》中说:“学不贯今古,识不通天人,才不近仙,心不近佛者,宁耕田织布取衣食耳,断不可作医以误世!医,故神圣之业,非后世读书未成,生计未就,择术而居之具也。是必慧有夙因,念有专习,穷致天人之理,精思竭虑于古今之书,而后可言医。”<sup>[63]</sup>也就是说,医生要抱有救死扶伤的信念,一如佛家一样,这样的道德要求是极高的。佛家讲求“无我”,力求抛却个人欲求,类比到医疗领域,就是医生要以患者的利益为重,摒弃私念。

另外,医疗过程具有突出的风险性和不确定性,不能对医生以及医疗系统产生不切实际的期待,正所谓“偶尔去治愈,经常去帮助,总是在安慰”。<sup>[64]</sup>医生的勤勉与注意需要结合医疗活动的特征,维持在一个合理的程度上。

考虑到当下我国医患关系的紧张,以及伤医、杀医、医闹等恶性事件的高发态势,<sup>[65]</sup>有必要借鉴英美法系的信义义务,重塑医患之间的信任,明确医患双方的权利义务边界,尤其是要对医生这一受托人的行为标准做出界定。

## (二)信义义务在医疗领域中的应用探讨:医生信义义务的构建

尽管医生与患者之间会存在医疗服务合同,但是当事人不可能在合同中预见到一切情势,而且诊疗过程中医生的自我判断与自由裁量是必不可少的。为了规制医生的权力,保护患者的脆弱地位,法律必须对医方课以法定的义务,以明确其行事标准,防止其违背信任,谋取私利,以及怠于履行职责。所以,在诊疗活动中,医生必须以患者的最大利益或者唯一利益为目标,不得谋取个人私利,避免利益冲突,并注意保守在此过程中所获知的患者隐私以及其他秘密。同时,医疗行为本身具有很大的风险性,需要医生在诊疗过程中尽到合理的注意与谨慎,

[62] 王好古编著:《此事难知·序》,项平校注,江苏科学技术出版社1985年版,第3页。

[63] 王孟英:《言医选评》,载盛增秀《王孟英医学全书》,浙江省中医研究院文献研究室编校,中国中医药出版社1999年版,第825页。

[64] 詹启敏:“医学人文发展的需求和内涵”,《中国医学伦理学》2018年第8期,第963页。

[65] 参见申卫星:“医患关系的重塑与我国《医疗法》的制定”,《法学》2015年第12期,第80页。

勤勉地履行职责,只有这样才能将风险控制在合理范围之内。

如果医生谋取私利,侵害患者利益的话,对于患者而言,由于双方地位的不平等,很难进行充分的自力救济,甚至不一定能够发现自己的利益受损,譬如医生利用其身份与患者的信任,对患者施加不当影响,诱导其使用特定的医疗产品。据媒体报道,医疗系统工作人员与医药代表、医疗器械生产商或者代理商相串通,在治疗过程中诱导患者购买、使用后者产品,医疗系统工作人员从中收取回扣的现象十分普遍,有些医生对于患者进行心脏搭桥还是放置支架进行诱导,导致很多患者选择支架,“国际上,支架和搭桥手术的比例是7:1~8:1,但在中国,这个比例高达12:1”,而且“一般而言,很少有病人需要放3个以上的心脏支架,可我国有不少病人却被放了10个以上”。〔66〕这明显属于受托人(fiduciaries)利用受托身份,对受益人施加不当影响(undue influence),谋取私利的情形,如果按照违反信义义务的法律后果进行处理,则要对受托人的获益进行获利返还,非法获益最终归病人所有。

另外,保密义务也属于信义义务的基本内容,在医患关系中,医生不得将其在诊疗过程中获知的患者隐私以及其他信息进行公开。医患之间的信任为这一义务提供了正当性基础。在英美法系,医生保守患者的秘密不仅是一项义务,还是一项特权,被称为“医生患者保密特权”(physician-patient privilege)。具体来说,与“牧师祷告者保密特权”“律师客户保密特权”一样,对于治疗过程中获取的患者的私密信息,医生拥有拒绝向法庭提供以作为证据的特权。医患之间的高度信任决定了患者会对医生存在着其保守秘密的期待。

再有就是医生需要向患者及时披露并说明治疗中的重要信息,必要时需征求患者的意见。具体来讲,知情同意(informed consent)、共同决策(shared decision making)等制度对于调动患者参与治疗,尊重患者意愿,巩固医患双方的信义关系有着重要作用。医疗系统还需要妥善保管与诊疗相关的各种文件,包括病例、化验报告、诊断记录等等,一如信托受托人需认真保管执行信托事务的账册、记录等文件,而且要及时满足患者的查阅要求。

就注意义务而言,医生需要利用其专业知识与经验,认真履行其职责,尽到合理的注意与谨慎。注意、勤勉、谨慎标准的确定需要综合考虑行业惯例、医生个人业务水平、具体的诊疗条件、当前医学发展水平、病患实际情况及紧急程度等多方面因素。医疗本身就是一项风险性行为,是否对风险做出了合理判断,预见到了在当时的情境下应该能预见到的后果,以及采取了必要的或者最有利于患者的治疗措施,这些可以在个案中加以判断。

## 六、结 语

信义义务虽已经写入了多部中国法律,但是考虑到法律移植的兼容性与本土化问题,关于

〔66〕 参见《医生诱导患者放置心脏支架:国外用3个国内用10个》,载环球网, <http://china.huanqiu.com/article/2017-03/10407302.html?agt=15438>,最后访问日期:2019年7月19日。

其一般理论的研究仍待继续深化。中国法上的信义义务规定较为分散,尚缺乏体系性的整合,再加之民商事法律实践的快速发展,司法实务也面临一些困境。溯源追本,即使在其起源地英美法系,信义义务的理论体系也远非固化成型,各种新的学说、理论以及实务见解层出不穷,毋宁说,信义义务是一个高度灵活、开放以及动态的理论体系。

---

**Abstract:** The fiduciary duty originates from certain typical cases in trust law, and the duty of loyalty constitutes its core content. In the abstract, the duty of loyalty requires fiduciaries to act for the beneficiaries' sole interest or best interest and to avoid conflicts of interest. Although its content is not clear-cut, generally the duty of care has a higher requirement than duty of loyalty, and in both American law and Roman law, four doctrines, i.e. business judgment rule, a prudent investor rule, the duty of care of good managers and good faith, can be cited for reference in its application. In American law, the special consequences of breach of fiduciary duty include accounting of profits and constructive trust, both of which are punitive measures. In Chinese law, the duty of loyalty take the forms of a series of prohibitive norms while the duty of care emerges as a general clause and unclear concept, and the breach of fiduciary duty appertains to a tort of violation of law for protecting others. The theories of proportional principle and flexible system can be used in embodying the duty of care. In Chinese law, fiduciary duty can also be applied in other areas, such as medical relation.

**Key Words:** Fiduciary Duty; Fiduciary Relationship; Duty of Loyalty; Duty of Care; Accounting of Profits

---

(责任编辑:贺 剑)