

## 我国营业信托中忠实义务的认定、 违反及归责路径研究

田桂瑶 杨 婷\*

**内容提要：**忠实义务作为一项法定概括性义务，很难也不宜完全具体化。在营业信托纠纷案件中，法院判断受托人是否违反忠实义务，既要明确《信托法》第 25 条规定的任意法性质及其涵摄范围，亦要区分忠实义务与注意义务在受托人主观要件与行为要件等方面的不同。法院不应拘泥于传统的忠实义务类型化理念以及线性客观归责思维，宜在结合信托目的、最佳利益标准等综合因素的基础上，借助举证责任倒置规则、受益人提起第三人诉讼、对信托合同进行补充解释等方式，明确受托方责任。由于国内立法层面尚未引入信义义务，且司法实务对信义义务的制度需求并不迫切，故无必要在裁判文书中直接引入信义义务。

**关键词：**营业信托 忠实义务 类型化 最佳利益 信义义务

### 一、问题的提出

营业信托亦称商事信托或信托营业，本意是受托人以信托为业的信托，<sup>〔1〕</sup>具体指委托人基于对受托人的信赖，由受托人为受益人利益管理信托财产。在营业信托法律关系中，忠实义务系受托人义务的一项重要内容。忠实义务的核心旨在规范利益冲突并禁止受托人从信托关系中获利。<sup>〔2〕</sup>现阶段，《中华人民共和国信托法》（以下简称《信托法》）虽未针对忠实义务作出明确规定，但根据第 25 条至第 28 条的规定，能够总结出关于忠实义务的履行规则：首先，《信托法》

\* 田桂瑶，北京航空航天大学法学院博士研究生；杨婷，最高人民法院民二庭二级高级法官助理，澳门大学法学院博士研究生。

本文为国家法官学院项目“营业信托中忠实义务研究”（FY2021014）的阶段性成果。

〔1〕 参见谢哲胜：《信托法》（2022 年增修 6 版），元照出版有限公司 2022 年版，第 19 页。

〔2〕 参见李宇：《商业信托法》，法律出版社 2021 年版，第 914 页。

第25条作为忠实义务的总体概括,重点强调受托人应遵守信托文件的规定为受益人最大利益行事,且需恪尽职守,诚实、信用、谨慎、有效地管理信托财产;其次,《信托法》第26条、第27条、第28条分别规定了禁止受托人谋取私利、禁止破坏信托财产独立性以及禁止利益冲突的内容。据此,我国《信托法》整体确立了忠实义务的抽象履行规则,原则性较强。

国内理论界针对受托人义务(或忠实义务)的讨论,主要聚焦于对信义义务的移植以及与诚信原则的规范配置方面,同时还提出借个案裁判类型化、〔3〕发挥诚信原则功能、〔4〕适用比例原则以及动态系统理论等解决纠纷的建议,〔5〕为司法实务如何把握忠实义务裁判标准提供新思路。然而,前述讨论亦存在一定不足:其一,在内容方面,偏重域外经验的介绍及引入,对国内本土制度需求及实证研究关注不够;其二,在因应对策方面,虽然重视忠实义务的类型化,但对实施类型化的可行性、可操作性探讨不足;其三,在结论方面,主要是基于国内信托制度之不足而提出立法完善建议,忽略了平衡规范法官自由裁量权与实现实质公平裁判的重要性。

在营业信托纠纷中,法院认定忠实义务通常遵循“有约定从约定,无约定从法定”的基本规则。然而,若该项义务既非《信托法》规定,亦非信托当事人意定,法院如何判断其是否属于忠实义务,忠实义务的认定尚无统一规则,法院需根据何种构成要件或采取何种方式,判断受托人有无违反忠实义务,经法院审理并判定受托人违反忠实义务,受托人的具体责任如何明确、受益人又应如何救济,这些均系实务未决之难题。本文拟采取法解释与实证研究方法,通过厘清立法应然规范与司法实然经验的偏差,进一步反思营业信托中适用忠实义务内容的司法制度需求;在总结归纳金融类案裁判精要的基础上,构建兼顾法律稳定性与法官自由裁量权限制的合理裁判逻辑,以此优化忠实义务的司法适用进路,营造良好的法治化营商环境。

## 二、实务样态:我国营业信托中适用忠实义务内容的裁判规则

以中国裁判文书网作为检索工具,在全文检索部分将“营业信托”与《信托法》第25条规定的“最大利益”作为关键词,共筛选出275份裁判文书,其中涵盖“忠实”及“最大利益”内容的有效案件样本共205份。〔6〕通过对其分析可进一步探索营业信托中忠实义务的司法适用基本样态。

### (一) 我国营业信托中适用忠实义务内容的审判概况

#### 1. 案由类型集中且法院审级下沉

样本案例显示,目前营业信托中适用忠实义务内容的案件,包括营业信托纠纷、信托纠纷、侵权纠纷、合同纠纷、财产损害赔偿纠纷等多项案由,其中以营业信托纠纷居多,基本为民事案由。就审理法院级别而言:基层法院和中级法院的受理案件数量较多,占比83.41%;最高法院、高级法院以及金融法院的受理数量相对较少,占比16.59%。国内虽设有上海、北京以及成渝金

〔3〕 参见赵廉慧:《论信义义务的法律性质》,载《北大法律评论》2021年第1期。

〔4〕 参见楼建波、姜雪莲:《信义义务的法理研究——兼论大陆法系国家信托法与其他法律中信义义务规则的互动》,载《社会科学》2017年第1期。

〔5〕 参见徐化耿:《信义义务的一般理论及其在中国法上的展开》,载《中外法学》2020年第6期。

〔6〕 最后一次检索更新日期截至2023年1月31日。在这275份裁判文书中,存在管辖争议、执行实施、执行审查、民事信托、公益信托等与适用忠实义务内容无关的文书共计70份,这70份未纳入本文所分析的有效样本范畴,笔者予以剔除。

融法院，<sup>〔7〕</sup>但鉴于金融法院具有专门的案件管辖类型，管辖范围以外的多数营业信托纠纷仍由地方基层法院和中级法院审理，故整体法院审级逐步下沉。

## 2. 争议要素多元且争议类型复杂

国内营业信托中适用忠实义务内容的案件，其争议焦点主要集中于受托人是否违反忠实义务的认定方面。根据不同争议要素可将争议焦点划分为信托合同问题、设立信托争议、受托人责任承担、因果关系论证及其他争议等方面；以实质审查和形式审查为界，可进一步将争议焦点划分为实体争议与程序争议。实体争议主要系针对忠实义务违反与否的审查，具体包括对受托人是否勤勉尽责、是否存在过错，因果关系是否成立等的认定；程序争议主要系针对诉讼程序性要件进行审查，具体包括对诉讼时效、诉讼中止、信托执行等的认定。部分有效样本兼含实体争议与程序争议，两种不同类型的争议相互交织、互相影响，这类案件争议要素多元且争议类型复杂。

## 3. 受理案件增多且地域分布集中

分析有效样本发展趋势可知，2001年至2018年间，国内营业信托纠纷案件持续增多，其中涉及适用忠实义务内容的案件共85件，2019年至2022年间，受理案件数量虽有所递增，但整体增长速度缓慢。<sup>〔8〕</sup>从地域分布看，陕西省法院受理案件数量较多，其次为北京市、山西省和吉林省。近5年来，营业信托中适用忠实义务内容的受理案件，相对集中于资源导向型和经济发达地区。鉴于营业信托纠纷较为复杂，近53%的案件是在365天以上审结，审理期限较长。<sup>〔9〕</sup>

总体上，我国营业信托中适用忠实义务内容的争议案件类型复杂多变，在司法资源有限的现实环境下，如何厘清法院适用忠实义务内容的审判难点，有待进一步解析。

## （二）我国营业信托中适用忠实义务内容的审判难点剖析

### 1. 忠实义务的认定：涉及多项内容，范围界定未臻明确

（1）性质认定存在不同立场。司法实务中关于忠实义务法律性质的认定，分歧明显。其一，采取法定义务立场。信托当事人在信托合同中，一般会重复《信托法》关于受托人义务的规定，因此，法院通常认为，受托人违反忠实义务的行为，构成违反法定义务。<sup>〔10〕</sup>其二，采取合同义务立场。虽然部分法院认为，忠实义务系法定义务，但受托人实际违反的是信托合同约定，故受托人应承担的是违约损害赔偿责任。<sup>〔11〕</sup>其三，采取先合同义务立场。一般从受托人是否合理保障委托人的知情权方面出发加以判断。<sup>〔12〕</sup>相关司法分歧请见表1。

〔7〕 2018年3月28日，中央全面深化改革委员会第一次会议审议通过《关于设立上海金融法院的方案》，同年8月20日，上海金融法院正式揭牌成立；2020年12月30日，中央全面深化改革委员会第十七次会议审议通过《关于设立北京金融法院的方案》，次年3月18日，北京金融法院正式成立；2022年2月28日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十三次会议通过关于设立成渝金融法院的决定，同年9月28日成渝金融法院正式揭牌。

〔8〕 有效样本中，2019年、2020年、2021年、2022年关于营业信托中适用忠实义务内容的案件数量分别为54件、35件、21件及17件。最近五年共计186件相关案件，因疫情原因近三年的受理案件数量有所降低。

〔9〕 有效样本中，2~15日审结的案件占比10.53%，16~30日审结的案件占比5.26%，31~90日审结的案件占比15.79%，91~180日审结的案件占比10.53%，181~365日审结的案件占比5.26%，365日以上审结的案件占比52.63%。

〔10〕 参见上海金融法院（2021）沪74民终422号民事判决书；北京市东城区人民法院（2021）京0101民初23386号民事判决书。

〔11〕 参见北京市朝阳区人民法院（2019）京0105民初60082号民事判决书。

〔12〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民终1600号民事判决书；北京市东城区人民法院（2020）京0101民初5569号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2020）京02民终3041号民事判决书。

表 1 营业信托中认定忠实义务法律性质的司法分歧<sup>〔13〕</sup>

义务性质	法定义务			合同义务	先合同义务
责任性质	侵权责任	连带责任	补充赔偿责任	违约责任	缔约过失责任
样本数量（205）及占比	（67） 32.68%	（44） 21.46%	1（0.49%）	（88） 42.93%	（5） 2.44%

（2）范围界定亟待明确指引。首先，从忠实义务的总体概括来看，《信托法》第 25 条规定涉及的“最大利益”“恪尽职责”“诚实、信用、谨慎、有效”等内容，均属于较为抽象的法律概念，其实质含义未臻明确；其次，从忠实义务的具体内容分析，《信托法》第 26 条至第 28 条虽然规定了禁止受托人谋取私利、禁止破坏信托财产独立性以及禁止利益冲突的内容，但对营业信托通道业务中的利益冲突行为如何界定<sup>〔14〕</sup>未作明确规定；最后，就忠实义务的理解适用而言，“最大利益”是以“唯一利益”“信托目的利益”“经济利益”还是“最佳利益”解释，“诚实、信用、谨慎、有效”等法律概念有无确定的法律适用位阶或裁判标准等，理论实务莫衷一是。

2. 忠实义务的违反：构成要件不明，审判依据重合同轻信托

（1）以争议要素判断为主。司法实务中关于受托人是否违反忠实义务的认定，存在不同做法。其一，根据义务类型判断。主要以信托合同约定的内容审查受托人是否违反忠实义务。其中包括对受托人是否违反信息披露义务、是否勤勉尽责以及是否尽到风险提示与通知义务等的认定。<sup>〔15〕</sup>其二，根据过错责任判断。主要以受托人对实际造成的信托财产损失是否存在过错来判断受托人责任。其三，根据因果关系判断。此做法旨在证明受托人违反忠实义务与信托财产损失是否存在因果关系，从而认定受托人应否承担损害赔偿责任。<sup>〔16〕</sup>总体而言，司法实务中关于受托人是否违反忠实义务尚未形成统一的裁判构成要件。

（2）出现忠实义务弱化情形。分析有效样本内容可知，法院判断受托人是否违反忠实义务所引实体法依据主要以《中华人民共和国合同法》第 8 条、第 44 条、第 125 条居多，直接引用《信托法》第 25 条规定的案件数量较少，审判依据重合同而轻信托。此外，营业信托实务中还出现忠实义务的弱化倾向，其突出表现为强调忠实义务的合同性以及任意性规则的特点，当事人可以自由修改甚至免除部分忠实义务。<sup>〔17〕</sup>由此，忠实义务正面临着一种被降格为约定义务的法律风险。

〔13〕 在有效样本中，将营业信托中忠实义务视为一项法定义务的占比 54.63%，认定受托人违反合同义务的占比 42.93%，认定受托人涉及违反先合同义务的占比 2.44%。其中还有法院认为违反法定义务所承担的责任类型包括侵权责任、连带责任抑或补充赔偿责任。

〔14〕 “通道业务”并非严谨的法律概念，一般是对资产管理业务中对受托人不承担主动管理责任的工具性交易安排的统称，其在不同的资管产品中有不同的表现形式；“通道业务”最初于 2008 年以“银信合作”的形式出现，此后银证合作、银基合作等新类型的通道业务亦开始不断发展。

〔15〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民申 5163 号民事裁定书；北京市西城区人民法院（2019）京 0102 民初 38183 号民事判决书。

〔16〕 在营业信托纠纷中，法院判断受托人是否违反忠实义务，主要是在基本事实部分对受托人有无过错以及受托人在尽职调查、信托财产处置等信托事务处理环节是否勤勉尽责进行审查，受托人过错以及信托事务处理行为与信托财产损失之间有无因果关系，关系着受托人所应承担的损害赔偿范围。

〔17〕 从信托法理以及我国的实际情况来看，《信托法》规定受托人义务可通过信托合同做出具体约定和细化，受托人法定义务的合同化，使得抽象的受托人义务具化为信托文件以及交易文件的执行，其中包括具体投资项目的选择和判断、尽职调查、投资决策和执行等事项。信托公司办理的信托业务主要根据信托合同设立，信托当事人甚至可以约定加重或减轻受托人的义务，此做法是否合理引起广泛争议。



### 3. 忠实义务的归责：责任性质固化，损害赔偿范围难以界定

(1) 受托人责任以侵权责任和违约责任为主。在司法实务中，违反忠实义务的法律性质属于侵权责任或违约责任两大范畴，法院判断信托受托人是否违反忠实义务，基本以过错责任为原则。典型案例如：在“彭某与中某信托公司营业信托纠纷案”中，二审法院认定受托人未履行信托合同约定的风险提示、通知以及信息披露义务存在过错，受托人应承担损害赔偿责任。<sup>〔18〕</sup>诚然，信托合同约定属于判断受托人有无过错的重要因素，但违反忠实义务的行为包括但不限于违反信托合同明确约定的义务。《信托法》第25条规定的法定义务即使未约定于信托合同当中，信托受托人并不当然免责。在《信托法》规定不明、信托当事人约定不清的情况下，法院如何判断受托人是否违反忠实义务，其归责原则如何确立，困扰着司法实务。

(2) 损害赔偿以直接损失为准。承认忠实义务的存在，不论其为法定抑或意定，如有违反，致信托财产有所损害，须负损害赔偿责任。根据《信托法》第26条至第28条规定的内容，受托人依违反忠实义务的样态不同，所应承担的赔偿责任通常以信托财产实际损失为限，本质上属于一种填补性赔偿责任。该实际损失是否包含信托财产在正常情况下可获得的预期利益？受托人违反忠实义务行为时，应否承担相应的惩罚性赔偿责任？对此《信托法》未明确规定，司法实务难以有效界定损害赔偿范围。<sup>〔19〕</sup>

### 4. 违反忠实义务的救济：撤销权、解任权、归入权的行权冲突

受托人违反忠实义务，委托人、受益人均有权行使相应救济权。首先，根据《信托法》第22条、第23条、第49条的规定，受托人违反信托目的处分信托财产或因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，委托人、受益人有权撤销该处分行为；其次，受托人违反信托目的处分信托财产或管理运用信托财产有重大过失的，委托人、受益人有权按照信托文件约定或向人民法院申请要求解任受托人；最后，根据《信托法》第26条的规定，受托人利用信托财产谋取私利的，所得利益均归入信托财产。

在自益信托中，委托人与受益人为同一主体并无行权冲突，无需赘述。然而，在他益信托中，以上撤销权、解任权以及归入权的行使主体并不相同，委托人与受益人在行使救济权时并不具有同等法律地位，二者存在不具有共同利益的情形。此时，若是委托人、受益人关于受托人违反忠实义务或受托人应否被解任的判断不一致，法院对此行权冲突如何处理，《信托法》规定语焉不详。<sup>〔20〕</sup>

〔18〕 参见北京市朝阳区人民法院（2016）京0105民初11766号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2018）京03民终13862号民事判决书。

〔19〕 此外，理论实务对信托财产在尚未完成清算和分配的情况下，能否由委托人向受托人主张损害赔偿，分歧明显。主流裁判观点认为：在信托计划尚未终止，或者信托计划已经终止，但信托财产尚未清算与分配的情况下，委托人是否存在投资损失、投资损失的具体数额等都处于不确定状态，委托人不能要求受托人承担赔偿责任。参见最高人民法院（2020）最高法民申4151号民事裁定书。学理上提出《信托法》规定的损害赔偿并未以信托清算为条件，以“预期收益+投资金额+逾期利息-回收的信托财产”作为计算标准，即使信托财产尚未清算和分配，委托人仍有权主张损害赔偿。

〔20〕 《信托法》第49条第1款规定：“受益人可以行使本法第二十条至第二十三条规定的委托人享有的权利。受益人行使上述权利，与委托人意见不一致时，可以申请人民法院作出裁定。”《信托法》规定的是委托人与受益人可以诉诸法院解决纠纷，不涉及法院如何处理的问题。

### 三、路径优化：我国营业信托中适用忠实义务内容的进路分析

从词源方面分析，忠实（loyalty）一词，源自公元前14世纪古法语“loialte, leaute”，意为“忠诚、合法、诚实、质量好”，体现较强道德属性，当与“duty”结合时，有“应当作为之事”以及“道德上正确力量”的含义。<sup>〔21〕</sup>在英美法上，忠实义务与注意义务共同构成信义义务的重要内容；在中国法上，除《中华人民共和国公司法》（2018年修正）第147条明确规定董事、监事、高级管理人员应对公司负有忠实义务以外，<sup>〔22〕</sup>《信托法》第25条、《中华人民共和国证券法》（2019年修正）第10条、《中华人民共和国证券投资基金法》（2015年修正）第9条规定等，主要是借“恪尽职守、诚实信用、谨慎勤勉、守信、尽责”等概念表述<sup>〔23〕</sup>抽象出忠实义务的基本要义。据此，《信托法》第25条规定的忠实义务抽象履行规则，如何有序适用于我国营业信托司法实务当中，可从如下方面讨论。

#### （一）明确我国营业信托中适用忠实义务内容的制度需求及解释路径

##### 1. 我国营业信托中适用忠实义务旨在规范金融交易，推动信托回归本业

2020年中央财经委员会第七次会议提出，我国目前面临“双循环”的新发展格局，其核心要义为“以国内经济大循环为主，国内国际双循环相互促进”。<sup>〔24〕</sup>在新发展格局下，金融作为经济竞争的重要因素，在不断实现创新的同时，亟须通过高效的规则治理，营造良好的金融司法环境。国内现代金融市场规模巨大，交易类型复杂，典型如营业信托中的通道业务、结构化信托、伞形信托等不仅内容混杂且形式多变。<sup>〔25〕</sup>新类型的营业信托纠纷层出不穷，致使司法实务面临严峻挑战。对复杂的营业信托纠纷进行精准的法律解读，既是化解金融诉讼风险的必要途径，也是提升金融司法专业性的必然要求。

在金融领域，由点及面是金融活动的特征之一，个案风险处置不当极易引发系统性的金融风险。因此，为防范化解系统性金融风险，不论是金融司法还是金融监管，均需在参与金融市场的全周期治理过程中，着重强调信托公司不仅仅是一个融资通道，其本业应为主动管理型信托。在银信、信证、信保等通道业务中，不应免除信托公司的基本管理义务，以此实现信托业务的去通道化。在回归营业信托本源、聚焦信托主业的监管趋势下，我国营业信托中适用忠实义务内容，一方面旨在规范金融交易行为，激发金融市场活力，另一方面通过打破信托公司的通道业务桎梏，推动信托本业的回归。

〔21〕 See *Search Online Etymology Dictionary*, available at <https://www.etymonline.com/search?q=duty%20of%20loyalty>, last visited on Feb. 6, 2023.

〔22〕 《公司法》第147条与2022年《中华人民共和国公司法（修订草案二次审议稿）》第180条，均涉及关于董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务的内容。

〔23〕 参见徐化耿：《信义义务研究》，清华大学出版社2021年版，第111-119页。

〔24〕 习近平总书记在2022年党的二十大报告中明确提出，要加快构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局。这一重大战略部署，已被写入党的十九届五中全会决议。

〔25〕 通道业务最初以银信合作的形式出现，即是为了规避监管，商业银行通过银信合作，借助信托计划将资产从表内放到表外，从而规避银行监管指标的约束。后续发展壮大的银信理财合作业务、银证合作、银基合作等新型通道业务，同样带有规避监管进行套利的目的。

## 2. 我国营业信托中不宜简单引入信义义务解释忠实义务是否被违反

近年来，国内理论界就是否引入信义义务展开诸多讨论。有观点认为，在肯定信义义务对维护受益人利益具有重要影响的基础上，可考虑采用拓宽和变革现行合同法规则和理念的方法来实现对信义法规则和原理的包容；<sup>〔26〕</sup>也有观点提出，可在我国传统信义义务逻辑结构基础上，对现代信义义务进行逻辑重构；<sup>〔27〕</sup>还有观点谈到，中国作为传统的大陆法系国家并不具备英美法系的衡平法基础，贸然引入信义义务理论难免冲击现有民商事立法的基本法律逻辑和理论架构，可能引发更多问题。<sup>〔28〕</sup>笔者认为，就司法实务层面而言，宜对信义义务的引入持谨慎态度。

首先，信义义务尚未被我国纳入信托立法。信托（trust）作为源自英国法的一种为他人利益管理财产的制度，其最初产生的重要原因是为规避当时严格限制土地转移的法律和沉重的封建赋税。<sup>〔29〕</sup>直到衡平法中，为了使信托受益人的权利获得切实保护，信托受托人的法定义务（即信义义务）才得以确立。<sup>〔30〕</sup>在英美法上，商业信托的不断发展，逐步形成了一种以信义义务为核心的信托传统。<sup>〔31〕</sup>

虽有观点认为，缺乏衡平法土壤的信义义务仍可在大陆法体系下生存，<sup>〔32〕</sup>但其是否有必要在我国审判实践中证成，宜具体问题具体分析。我国立法、司法制度与英美法系截然不同系不争事实。我国人民法院是依照法律规定对民事案件独立进行审判。<sup>〔33〕</sup>国内《信托法》及相关信托规范性文件，虽然体现忠实义务的基本要义，但整体上并未将忠实义务纳入立法范畴。目前，忠实义务尚未被我国纳入信托立法，更遑论直接将信义义务引入司法裁判之中。信义义务背后所确立的裁判规则，并非仅是在不同法系背景下区别于诚信原则的特殊利益保护规则，更是在适用位阶居于传统规则之后，但在法律效果上强于传统规则的全新规则。引入信义义务不仅会对中国现行立法逻辑和理论框架造成冲击，更是对司法裁判方式的重大突破，并非仅是简单的法律概念引入。

其次，我国司法实务对信义义务的制度需求并不迫切。从立法目的来看，实现实质公平裁判是现代法律所追求的终极目标。处于追求实质公平的价值取向，法院在裁判过程中可以超越实然的信托合同约定，按照应然的实质公平标准作出裁判。如果信托当事人对信托合同条款的理解产生争议，既可适用《信托法》规定亦能够根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）合同编的相关规定，得出合乎公平原则的结论。诚然，在特殊案件中，法院理解适用《信托法》第25条规定时，可能会因裁判标准不一或裁判方向不一致出现同案不同判决的情形，但这些问题可以通过公布指导性案例、司法解释、审判会议纪要，以及探索建立金融市场案例测试机制<sup>〔34〕</sup>等方式加

〔26〕 参见朱圆：《论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入》，载《环球法律评论》2016年第2期。

〔27〕 参见王莹莹：《信义义务的传统逻辑与现代建构》，载《法学论坛》2019年第6期。

〔28〕 参见任自力：《金融机构适当性义务的规范逻辑》，载《法律适用》2022年第2期。

〔29〕 参见高凌云：《被误读的信托——信托法原论》（第2版），复旦大学出版社2021年版，第13页。

〔30〕 参见许多奇：《论全周期视野下私募基金管理人的信义义务》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2022年第5期。

〔31〕 参见赵廉慧：《作为民法特别法的信托法》，载《环球法律评论》2021年第1期。

〔32〕 参见李颖芝：《衡平法外的受信义务——析董事于新〈公司法〉下之“忠实义务”》，载《北大法律评论》2008年第2期。

〔33〕 参见李世成：《论社会主义法律体系形成背景下的民事审判》，载《社会科学研究》2012年第5期。

〔34〕 探索建立金融市场案例测试机制，主要系通过对市场中前瞻性、重要性法律问题可能引发的纠纷进行案例测试，明确权利义务，为支持鼓励金融市场创新开放提供明确规则指引，上海金融法院已逐步落地实施该项机制。参见赵红主编：《金融审判前沿》（第3辑），法律出版社2022年版，第14页。

以解决。目前,国内司法实务并无必要引入信义义务,另设一条与传统规则完全不同的规制方法,否则不免叠屋架瓴,致使司法实务呈无所适从之状。

最后,引入信义义务与我国规范法官自由裁量权之间多有扞格。在英美法上,涉及信义义务内容之裁判与法官自由裁量权的行使密不可分。自由裁量不仅是英美法系背景下的法官造法,更是法官根据法律(包括司法解释),依据法庭查明事实,在个人意识支配下做出裁判的过程。<sup>[35]</sup>在法律规定不明、当事人意思表示不清时,以信义义务规制的法律效果是建立在扩张或类推解释信托合同条款的基础之上。相较之下,我国法官在司法审判过程中并不承担造法职能,其裁判权的行使必须在法律规定的范围之内,并不满足信义义务对法官自由裁量权扩张的需求。如贸然在司法审判中直接适用信义义务,势必引起自由裁量权行使上的混乱,给司法权威和公信力带来损害。因此,法院在审判过程中,如果通过合理解释《信托法》第25条规定,并以诚信原则及公平原则做整体权衡,能够为倾斜性保护受益人利益开辟有效路径,便无必要在裁判文书中另行引入信义义务。

## (二) 梳理我国营业信托中适用忠实义务内容的法律认定逻辑

在营业信托法律关系中,委托人需授权受托人处理信托事务。受托人在信托授权项下所享有的自由裁量权,天然地存在可能被滥用的风险。<sup>[36]</sup>据此,如果仅从一般、抽象的角度论证我国营业信托中忠实义务的司法适用进路,难免凌空蹈虚,流于表面和粗疏,故宜在结合《信托法》具体规定的基础上,构建合理的司法审判逻辑。

### 1. 明确《信托法》第25条规定的任意法性质及其涵摄范围

通说认为,任意性规范赋予了当事人一定的意思自治,允许当事人在法律规定的范围内自由做出约定,当事人通过约定可以排除任意性规范。<sup>[37]</sup>而强行性规范是指那些不可通过约定予以排除或变更的规范。这种规范是立法者给予私法自治设定的高压线,体现了私法自治中的国家强制。<sup>[38]</sup>我国《信托法》为当事人提供各种定型化的契约条款以供参考,信托当事人通常将《信托法》第25条规定的基本内容,约定于信托合同条款当中。当信托条款标准化后,当事人无需就每一信托条款进行磋商。<sup>[39]</sup>信托法就信托关系之特定内容等,在相关条文中明定可由信托行为另行约定,使信托法具备了相当程度的任意法规性。<sup>[40]</sup>

从《信托法》第25条规定的基本内容来看,“为受益人最大利益处理信托事务”源自英美法系,本意为最大勤勉(utmost diligence)或者格外谨慎(exact diligence)。<sup>[41]</sup>其他如“诚实、信用、谨慎、有效”等抽象法律概念,并无严格的法律适用位阶,更多是以一种灵活的裁判标准适用于营业信托纠纷案中。从我国营业信托司法实践出发,“诚实、信用”更多意在要求受托人

[35] 参见张军:《法官的自由裁量权与司法正义》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2015年第4期。

[36] See Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2011, p. 69.

[37] 参见王利明:《合同法研究》(第3版第一卷),中国人民大学出版社2015年版,第627页。

[38] 参见苏永钦:《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载李富成主编:《北大法治之路论坛》,法律出版社2002年版,第587-632页。

[39] See Margaret M. Blair & Lynn A. Scott, *Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law*, 149 University of Pennsylvania Law Review 1735, 1745-1756 (2001).

[40] 参见王志诚:《信托之基本法理》,元照出版有限公司2005年版,第71页。

[41] 参见全国人大《信托法》起草工作组:《〈中华人民共和国信托法〉释义》,中国金融出版社2001年版,第84页。



应讲诚实、守信用，以善意的方式履行职责，不得违反法律和信托文件的规定。若信托当事人已就义务履行做出明确约定，而受托方却以履行合同未生效来抗辩，可能会被视为违反了诚实、信用的基本要求。<sup>〔42〕</sup>而“谨慎”强调受托人管理信托财产、处理信托事务时，应达到比管理自己财产都要小心的高度注意水平。信托受托人作为专业机构，其理应对严重关系到委托人合法权益保障的事项，尽到基于专业身份应有的谨慎和注意，否则需对所造成的损失承担责任。<sup>〔43〕</sup>此外，“有效”则指受托人管理信托财产要有成效，受托人应选择最快捷有效的途径或方式，为受益人最大利益服务。基于受益人视角考虑，若受托人依其专业判断做出不同于信托合同约定的更优获益选择，其既不宜被简单视为违反忠实义务，<sup>〔44〕</sup>亦需避免造成“违信激励”的不良后果。

## 2. 妥善处理《信托法》与《民法典》的法律适用关系

对营业信托中忠实义务的法律适用如何选择，肯定观点认为，信托法是民法的特别法，其虽然挑战了传统民法的边界，但本质上是一个不折不扣的民法制度。<sup>〔45〕</sup>商事法律在性质上属于民事特别法，在商事法律没有就相关问题作出特别规定时，所涉纠纷适用民事基本法的一般规则。<sup>〔46〕</sup>否定观点认为，信托法作为典型的商事法律，如果对商法未作特别规定的情形不加区分地适用民法的一般规定，无疑抹杀了商法漏洞的特别法属性，导致特定事项缺失规范的目的性和正当性。<sup>〔47〕</sup>

传统上，在处理民法与商法的适用关系时，依照特别法优先的法律适用原则，商法有特别规定的优先适用，商法未作特别规定的，适用民法的一般规定。然而，该种做法实际上忽略了商法未作特别规定的，尚应区分为“无需作出特别规定”和“应当作出特别规定而未作特别规定”的情形。<sup>〔48〕</sup>在我国营业信托司法实务中，《信托法》与《民法典》的法律适用既要遵循基本的法律适用规则，亦需体现商事信托纠纷的特殊性。我国《信托法》虽未针对某项信托纠纷问题做出不同于《民法典》的特殊规定，但这并不意味着司法实践一旦涉及此类案件便一律按《民法典》规定处理。举例言之，根据《信托法》第25条规定，受托人履行忠实义务需以为受益人“最大利益”服务为宗旨，此规定系立法层面为保留司法裁判灵活性而有意保持的长久沉默，并非立法层面应当作出而未作出特别规定的情形。综上所述，处于一个既有的法律体系中，在民法规则处理某些纠纷可能导致不当的情况下，商事规则可否通过扩张解释、类推等方式取代民法规范，<sup>〔49〕</sup>宜酌情而定。

## 3. 忠实义务不宜完全类型化且核心义务不可削减

首先，忠实义务不宜完全类型化。2000年4月召开的中国信托法草案国际研讨会中，与会立法专家已经认识到受托人义务的复杂多变，立法层面并不宜将受托人义务限定为一种完全定型化

〔42〕 参见北京市通州区人民法院（2019）京0112民初1454号民事判决书。

〔43〕 参见西安市中级人民法院（2019）陕01民终6845号民事判决书。

〔44〕 参见北京市高级人民法院（2019）京民申4130号民事判决书；北京市朝阳区人民法院（2019）京0105民初8767号民事判决书。

〔45〕 参见前引〔31〕，赵廉慧文。

〔46〕 参见王利明：《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，载《法商研究》2015年第4期。

〔47〕 参见钱玉林：《商事漏洞的特别法属性及其填补规则》，载《中国社会科学》2018年第12期。

〔48〕 参见蒋大兴：《超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”》，载《国家检察官学院学报》2021年第2期。

〔49〕 参见张谷：《商法，这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》第6辑，清华大学出版社2005年版，第11-24页。

的义务类型。<sup>〔50〕</sup>理想的合同关系被认为能准确、详尽无遗地规定合同当事人权利义务，当事人只需严格按约行事即可。<sup>〔51〕</sup>然而，无论信托立法主体还是信托当事人均为有限“理性人”，其无法预判或穷尽潜在的所有受托义务类型。受托人自接受信托伊始，享有的是概括的信托财产管理权，也应承担概括的信托财产管理义务。<sup>〔52〕</sup>因此，立法者的主观有限理性以及忠实义务的客观不确定性，共同决定了忠实义务既难以也不宜完全具体化。忠实义务本身不具有确定性，其作为一种原则性的抽象义务，无法实现理论上期待的可行性与可操作性。<sup>〔53〕</sup>

其次，忠实义务核心内容不可削减。“忠实”一词，本意为忠诚笃实的意思。忠实义务作为一项法定抽象义务，在《信托法》上主要表现为禁止性法律规范，其并不因借信托合同的形式表现出来而被视作一项约定义务。<sup>〔54〕</sup>忠实义务之核心在于禁止利益冲突，立法层面无法提供绝对清晰的禁止行为清单，故给信托当事人保留了必要的约定空间。若受托人利用专业、经验或其他方面的优势地位，以信托合同条款免除其法定义务，该豁免条款并不当然有效。<sup>〔55〕</sup>就受托人义务的底线而言，信托管理过程中的行为合法是最低限度的衡量标准，一旦出现合法性问题，无疑落入受托人主观故意或重大过失的窠臼，受托人不存在任何免责事由。总体而言，信托当事人在符合法律规定的前提下，可以通过协商约定向外转委托部分管理职责，但受托人至少需要保留剩余的、最低限度的信托财产管理义务，如亲自管理义务。<sup>〔56〕</sup>法定的忠实义务履行可通过约定的方式加以调整，但不能排除，最低限度的忠实义务对受托人而言不可削减。

### （三）厘清我国营业信托中判断忠实义务违反与否的构成要件

为厘清我国营业信托中忠实义务违反与否的构成要件，下文以“刘某、粤某信托公司营业信托纠纷案”为例展开分析。2015年4月24日刘某与粤某信托公司签订《认购风险申明书》，其中涉及多项信托投资风险。同日，双方签订案涉《信托合同》。2015年7月至2016年9月期间，《信托合同》涉及的目标投资公司出现暂停上市风险。而后，粤某信托公司于2017年8月发布公告，提前终止案涉信托计划并开始清算分配收益。本案中，双方当事人对信托损失是否因粤某信托公司未按合同约定履行义务存在争议。一审法院判定刘某与粤某信托公司对信托损失承担按份责任，二审改判粤某信托公司对信托损失承担全部责任。<sup>〔57〕</sup>

#### 1. 区分忠实义务与注意义务在审判过程中的不同考量因素

营业信托法律关系产生于委托人对受托人的信任，这一信任包含两层意思：第一层是对受托人诚信人格的信任所产生的忠实义务，第二层是对受托人具有管理信托财产能力的信任所产生的注意义务。据此，案涉法院判断受托人是否违反忠实义务，可从基本内容、受托人主观要件、行为要件等方面出发，先对受托人粤某信托公司违反的系忠实义务还是注意义务进行区分。

〔50〕 参见朱少平、葛毅：《中国信托法起草资料汇编》，中国检察出版社2002年版，第146-147页。

〔51〕 参见前引〔3〕，赵廉慧文。

〔52〕 参见赵廉慧：《信托法解释论》，中国法制出版社2015年版，第339页。

〔53〕 参见清华大学法学院金融与法律研究中心：《中国信托业发展报告2022》，中国经济出版社2022年版，第217页。

〔54〕 参见陈雪萍、张建伟：《信托受托人享有诉权之正当性》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2019年第3期。

〔55〕 参见上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终10069号民事判决书。

〔56〕 参见广州市中级人民法院（2019）粤01民终1224号民事判决书。

〔57〕 参见广州市中级人民法院（2021）粤01民终416号民事判决书。

其一，在基本内容方面，忠实义务指受托人应绝对忠实于受托目的与受益人利益。<sup>〔58〕</sup> 忠实义务包括两项规则，即利益冲突规则与义务冲突规则，受托人违反上述规则所获个人利益均需归入信托财产。而注意义务则指受托人应对信托财产的管理和运用尽到善良管理人的职责，<sup>〔59〕</sup> 其强调受托人为实现受托目的和提升受益人利益的能力与努力，应达到必要的勤勉、合理的注意、专业的技能以及过程的审慎的要求。<sup>〔60〕</sup> 当受托人被要求为受益人利益尽心竭力时，忠实义务与注意义务产生某种程度的重合。

其二，在受托人主观过错方面，判断受托人对违反忠实义务有无过错，主要遵循受托人是否违反《信托法》的禁止性规定或信托合同约定，如受托人出现利益冲突交易等法定禁止性行为，必然存在明显过错。<sup>〔61〕</sup> 相较而言，判断受托人对违反注意义务有无过错，一般根据受托人的不同类型加以区分：如果受托人系有偿服务的专业信托机构，受托人不仅应积极预见信托风险予以规范，并应在损失发生后，努力采取措施防止信托损失扩大，<sup>〔62〕</sup> 否则认定受托人存在过错。

其三，在受托人客观行为方面，忠实义务强调的是受托人应当对信托事务尽心竭力，始终把受益人利益放在首位，不得与受益人利益相冲突。就注意义务而言，其强调的是受托人之努力行为与注意程度。注意义务要求受托人在处理信托事务时最大限度地施展个人所具有才能，受托人应利用自身专业、知识、经验等积极主动地处理信托事务，防范信托风险。

最后，在因果关系论证方面，结合本案基本事实可得出，受托人粤某信托公司作为专业信托机构，其根据自身的专业知识、经验等，完全可以判断购买目标投资公司的股票风险极大且不具有合理性。粤某信托公司应当发现而未发现此投资风险，漠视目标投资公司暂停上市和强制退市的现实性与紧迫性，具有明显过错，严重违反受托人应有的谨慎及注意义务，导致本案信托财产损失的发生。因此，二审法院改判粤某信托公司对信托损失承担赔偿责任并无不当。

## 2. 宜将《信托法》第 25 条规定的“最大利益”解释为“最佳利益”

《信托法》第 25 条第 1 款规定：“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。”所谓最大利益，是指受托人尽心竭力地管理信托财产所能带来的收益。鉴于受托人的专业水平与职业素养参差不齐，故最大利益的履行标准亦有所不同。

结合“刘某、粤某信托公司营业信托纠纷”一案，首先，唯一利益指受托人排除一切具有利益冲突的交易行为后所获得的信托利益。<sup>〔63〕</sup> 唯一利益只论利益冲突交易之有无，而不论利益冲突交易之是非。<sup>〔64〕</sup> 该案若以“唯一利益”作解释，仅强调了粤某信托公司是受益人利益行事。

〔58〕 参见姜雪莲：《信托受托人的忠实义务》，载《中外法学》2016 年第 1 期。

〔59〕 参见周林彬、方斯远：《忠实义务：趋同抑或路径依赖——一个比较法律经济学的视角》，载《中山大学学报（社会科学版）》2012 年第 4 期。

〔60〕 参见彭插三：《信托受托人法律地位比较研究——商业信托的发展及其在大陆法系的应用》，北京大学出版社 2008 年版，第 233—234 页。

〔61〕 参见湖南省高级人民法院（2020）湘民终 1852 号民事判决书。

〔62〕 参见四川省高级人民法院（2019）川民申 3847 号民事裁定书。

〔63〕 “唯一利益”规则被广泛视为信托法最根本的规则，这一规则发展并确定于 18 世纪以及 19 世纪早期的英国大法官法院，然而其能够盛行两个世纪的原因之一即在于该严格规则亦存在例外情形。在 20 世纪，法院以及立法机构通过创建越来越多的例外规则来排除“唯一利益”规则的适用，包括委托人授权、受益人同意以及法院的事前批准等内容。

〔64〕 See Restatement (Second) of Trusts § 170 cmt. B (1959); Uniform Trust Code § 802 cmt.

其绝对性的排除所有利益冲突行为，一定程度忽略了有益于受益人利益的情形。<sup>〔65〕</sup>其次，“信托目的利益”指信托当事人设立信托时，在信托合同中约定所欲实现的信托利益，该种意思表示体现的是信托目的确定性。<sup>〔66〕</sup>如果本案客观情形发生变化，“信托目的利益”亦会随之变化，无法准确代表“最大利益”。最后，“经济利益”主要指受托人在管理信托事务过程中，所能实现的具有最大经济效应的信托利益。<sup>〔67〕</sup>如果仅从经济效益方面定义“最大”含义，容易导致粤某信托公司为获取高额经济效益进行高风险投资，产生失信激励。

因此，《信托法》第25条规定的“最大利益”宜被解释为“最佳利益”，具体即指受托人在具体情况下以符合法定、行业惯例或最佳方式的样态等，所能获得的信托利益。<sup>〔68〕</sup>具言之，“最佳利益”是根据受托人所处的社会阶层和职业普遍应当达到的利益水平，客观认定受托人所应达到的义务履行基准，明确受益人在当时情况下所能获得的信托利益，有助于法院合理判断受托人有无违反忠实义务。

### 3. 宜采取综合性裁判标准而非线性客观归责思维

事实上，在厘清判断忠实义务违反与否的构成要素后，法院通常还会通过认定信托财产损失与受托人未履行忠实义务间的因果关系，进一步判定受托人应否承担损害赔偿赔偿责任。然而，法院判断前述因果关系是否成立，主要审查的是信托损失系营业信托本身存在的客观商业风险，还是受托人主观决策失误所致。如“刘某、粤某信托公司营业信托纠纷案”中的受托人，虽然能对整体信托投资走向进行预判，但再专业的受托人都无法做出绝对精准的理性决策。此时，如果是由委托人承担的商业风险则不得转嫁于受托人；反之，如果系受托人决策失误所致，则需追究受托人未尽心履职的责任。值得注意的是，法院若仅以最终发生的信托财产损失结果为依据，倒推得出受托人违反忠实义务的结论，其体现的是一种过于线性的客观归责思维。<sup>〔69〕</sup>法官更应尊重商事信托主体的自主决策权利，在结合不同案件事实的基础上，细致考察受托人之决策行为在当时有无合理性。

美国普通信托法上的谨慎投资人规则，主要从信托财产的增值、信托目的、收益与成本平衡、投资多元化、投资组合等方面，综合考虑信托投资的安全性。<sup>〔70〕</sup>在我国营业信托实务中，受托人义务被视为一种立足于灵活性之上的以追求受益人最大化利益为目的的积极约束。<sup>〔71〕</sup>据此，法官可以通过结合信托目的、信托类型、受托人身份、专业经验、行业惯例等不同因素，在不违背当事人真实意思表示的基础上，具体审查受托人是否以合理的注意、专业的投资能力、正当的程序谨慎管理运用信托财产，并作出符合一般商业判断的商业决策。

〔65〕 See Restatement (Second) of Trusts § 170 (1) (1959) ; Uniform Trust Code § 802 (a) (2000), 7CU. L. A. 229 (Supp. 2004).

〔66〕 See Robert Cooter, Bradley J. Freedman, *An Economic Model of the Fiduciary's Duty of Loyalty*, 10 Tel Aviv University Studies in Law 297, 299-305 (1990).

〔67〕 See Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 37 Duke Law Journal 879, 879-882 (1988).

〔68〕 See John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 The Yale Law Journal 929, 935 (2005).

〔69〕 参见广州市中级人民法院 (2021) 粤 01 民终 416 号民事判决书。

〔70〕 参见陈杰：《商业信托法律制度研究》，厦门大学出版社 2016 年版，第 218 页。

〔71〕 参见徐卫：《信托受益人利益保障机制研究》，上海交通大学出版社 2011 年版，第 82-83 页。



#### （四）完善我国营业信托中适用忠实义务内容的归责原则及救济途径

##### 1. 灵活适用过错归责原则以及举证责任倒置规则

在民事责任举证环节，对受托人是否违反忠实义务的认定，一般遵循“谁主张、谁举证”的基本原则。然而，从实际履责内容来看，委托人自设立信托时已将信托财产委托给受托人，不再对信托财产享有实际控制权；受益人亦未直接参与信托财产管理，对受托人处理信托事务缺乏全面了解。<sup>〔72〕</sup>在我国营业信托实务中，受托人是直接管理处分信托财产的主体。因此，如果委托人、受益人主张受托人违反忠实义务，其作为原告只需提出损害事实，并对损害事实存在与否予以证明。对于受托人是否存在过错、受托人是否合理履行法定义务等，受托人均应承担举证责任。<sup>〔73〕</sup>受托人作为资质较高、财产管理经验较丰富的专业性机构，其在营业信托法律关系中较之委托人、受益人处于强势一方，应当承担证明自身不存在过错，或损害事实与信托行为没有因果关系的责任。

##### 2. 宜从受益人系有独立请求权的第三人角度纾解救济权行使冲突

根据我国《信托法》第22条与第49条规定，委托人与受益人均有权行使撤销权等救济权利。有观点提出，信托成立后，受托人行为一般不会给委托人财产造成损害，且自益信托委托人也以受益人身份主张权利，因此受托人义务对应的是受益人的权利，应由受益人成为受托人违反信托义务的救济主体。<sup>〔74〕</sup>日本、我国台湾地区以及韩国等均承认受益人享有撤销权，该救济权一般由受益人行使。<sup>〔75〕</sup>

笔者以为，不论救济权行权主体系委托人或受益人，在进入民事诉讼程序后，救济权的行使均会化作一系列的具体诉讼请求。法院判定的损失赔偿、违信私利等，均会以信托收益的形式分配给受益人。因此，受益人作为信托财产的实际受益主体，其对信托财产享有独立的信托受益请求权。当委托人与受益人因行使救济权存在不同意见而诉诸法院时，应按民事诉讼程序的相关规定处理。根据《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）第59条的规定，第三人如果对当事人诉争的诉讼标的享有独立请求权，可以提起第三人诉讼。据此，在委托人撤销信托处分行为可能损害受益人实际利益的情况下，受益人有权根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2022年修正）第81条的规定，以独立第三人身份起诉，成为诉讼当事人。彼时，法院经审理若是认定委托人行使撤销权并未损害受益人利益，应驳回受益人第三人诉讼；反之，则应支持受益人诉请。

〔72〕 参见张淳：《试论受托人违反信托的赔偿责任——来自信托法适用角度的审视》，载《华东政法大学学报》2005年第5期。

〔73〕 《全国法院民商事审判工作会议纪要》第94条规定：“资产管理产品的委托人以受托人未履行勤勉尽责、公平对待客户等义务损害其合法权益为由，请求受托人承担损害赔偿责任的，应当由受托人举证证明其已经履行了义务。受托人不能举证证明，委托人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”因此，营业信托纠纷可借鉴适用举证责任倒置规则，由受托人首先对其履行了法定义务、信托合同约定义务进行举证。

〔74〕 参见赵磊：《信托受托人的角色定位及其制度实现》，载《中国法学》2013年第4期。

〔75〕 《日本信托法》第31条规定：“受托者违反信托本旨处理信托财产时，受益者得向对方或转得者宣布取消该项处理。”我国台湾地区“信托法”第18条规定：“受托人违反信托本旨处分信托财产时，受益人得声请法院撤销其处分。受益人有数人者，得由其中一人为之。”《韩国信托法》第75条规定：“受托人违反信托目的，从事与信托财产有关的法律行为的，受益人可以撤销该法律行为，但条件是对方或者后来的购买人在从事该法律行为时知道该受托人违反信托目的，或者因重大过失而不知道该违反行为。”

### 3. 救济权行权条件阙如时有必要引入惩罚性损害赔偿

从受托人违反忠实义务所承担的法律后果分析,具体责任形式包括恢复原状、赔偿损失,或归还本不属于受托人所应获得的利润,其体现出的是一种填补性损失赔偿责任。<sup>〔76〕</sup>当救济权行权条件阙如时,如信托财产未产生损失,委托人或受益人将无法请求损害赔偿;如受托人利用授权之便谋取私利但尚未得利,委托人或受益人无法行使归入权。受托人违反忠实义务的成本较低,不具有较强威慑力。

为提高受托人违反忠实义务的成本,阻遏惩罚受托人不忠实的行为,具体可从如下方面展开:其一,如果受托人违反忠实义务的核心概念——为受益人最佳利益行事,应根据受托人的过错程度,削减受托人的信托报酬请求权。受托人赔偿损失、恢复原状,仅是对其违反忠实义务所造成的信托财产损失进行弥补,受托人违反忠实义务行为本身并未受到惩处。是故,在受托人未尽尽职履责的情况下,至少不应仍享有足额的信托报酬请求权,否则容易导致信托当事人权利义务保护的失衡。其二,受托人违反忠实义务的损害赔偿范围包括直接损失与间接损失两方面。在信托财产损失赔偿的范围上,直接损失通常得到了各国信托法的一致承认,间接损失则往往仅在英美信托法上得到认可。<sup>〔77〕</sup>直接损失在任一责任承担模式下均需赔偿。而间接损失则包括由于受托人违反忠实义务所取得的任何利润,以及如果无受托人违反忠实义务的行为,信托财产将要获得的预期利润。对于受托人故意违反忠实义务的行为,如果不存在受益人同意、受益人放弃请求权、受益人事后追认、受益人怠于提起诉讼等例外情形,法院宜根据受托人的过错程度,考虑由受托人对合理间接损失承担一定责任。

### 4. 可借补充性合同解释方法推定信托当事人的共同意思表示

如前所述,信托受托人一般根据信托合同约定履行忠实义务,然而信托当事人的有限理性使其无法穷尽所有的忠实义务类型。是故,信托当事人对受托人履行忠实义务存在歧义,一定程度可能体现为当事人对确立忠实义务的表意不清或表意欠缺。一般而言,某一合同中关于某事项应有约定而未约定的不圆满状态是为“合同漏洞”<sup>〔78〕</sup>。依据一定规则,甄别、确定并填补合同漏洞,构成合同漏洞补充或合同漏洞填补。<sup>〔79〕</sup>从明确法律依据的角度来看,合同漏洞填补是法官“假设当事人意思”以获得法律适用的小前提的过程。<sup>〔80〕</sup>在法律规定未明确、当事人未约定或约定不明的情况下,法官可遵循一定的规范要素、目的要素以及习惯要素等,探寻双方当事人在通常交易上所合理意欲或接受的合同条款。<sup>〔81〕</sup>

以补充性合同解释方法推定信托当事人的意思表示,实际是在《信托法》规定不明、信托当

〔76〕 参见李晓云:《已出让受益权的信托受益人还能否向信托公司索赔——兼论〈信托法〉第22条的信托财产损失赔偿请求权》,载《法律适用》2015年第12期。

〔77〕 比如美国的《统一信托法典》确认了以信托所受实际损害为依据来确定受托人的赔偿范围。该法第1002条(a)款规定:“违反信托的受托人对利益受影响的受益人所承担的责任为下列金额中的较大者:(1)恢复信托财产以及未发生违反信托的行为时受益人应得的分配收益;或者(2)受托人因违反信托所得的利润。”此外,美国《信托法重述》(第2版)第205条规定的损失赔偿范围涵盖直接损失和间接损失。

〔78〕 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第170页。

〔79〕 参见崔建远:《论合同漏洞及其补充》,载《中外法学》2018年第6期。

〔80〕 参见〔美〕迈克尔·D.贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第20页。

〔81〕 参见〔美〕E·艾伦·范斯沃斯:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第427-515页。

事人意思表示空白或缺缺的情况下，以法官心目中的理性人处于此情景中应作何种意思表示来确定待补合同条款。法官对假设意思的查明有必要从当事人在合同中的评价出发并提出如下问题：信托当事人在知道受托人忠实义务未明确的情况下，会如何合理地进行约定。如果结合案件事实，法院能够相信，信托当事人对未明确约定的忠实义务具有共同预期，此时法官可考虑对该合理预期赋予法律效力；反之，若信托当事人的预期具有重大差异，或一方当事人并无任何预期，此时法官不宜简单对该预期赋予法律效力，而应采用客观判断法推定当事人的共同意思。在客观判断标准下，该补充性合同解释方法是以信托当事人在信托合同上所作的价值判断与利益衡量为出发点，依诚信原则、公平原则并斟酌交易惯例作出合理认定。

#### 四、结 语

金融司法的定位随着社会发展而发生变化。就我国目前的信托立法以及营业信托实务现状而言，似无必要在现有规则之外创设一套在其发源国家都不具备完全可操作性的信义义务规制方法。如立法层面认为确有必要借鉴信义义务，则引入该义务时至少应建立在穷尽现有规制方法都不足以调整营业信托权利义务关系的前提之下。对受托人自由裁量权的规制以及对受益人利益的倾斜性保护，不仅需要依靠信托立法以及司法实务的协同协作，还需充分发挥金融监管的重要监督功能。因此，在金融司法与金融监管共同参与金融市场的全周期治理过程中，宜通过准确探究营业信托交易的真实目的及关系结构，提高法律逻辑解读金融逻辑的专业性，保障司法审判之公正与权威。

---

**Abstract:** The duty of fidelity, as a statutory general obligation, is difficult and inappropriate to be fully specified. In business trust dispute cases, when the court judge whether the trustee violated the duty of loyalty, not only need to clarify the arbitrary nature of the provisions of Article 25 of the Trust Law and its scope of coverage, but also need to distinguish between the duty of loyalty and the duty of care in the trustee subjective elements, behavioral elements and other aspects of the difference. The courts should not be bound by the traditional typology of the duty of fidelity and the linear and objective approach to liability, but should clarify the liability of the trustee by means of the rule of reversal of the burden of proof, third-party litigation by the beneficiary and supplementary interpretation of the trust contract, taking into account the purpose of the trust, the best interests standard and other comprehensive factors. The domestic legislation has not yet introduced the duty of fiduciary duty, and there is no urgent need for the system of fiduciary duty in judicial practice, so there is no need to introduce the duty of fiduciary duty directly in the adjudication documents.

**Key Words:** business trust, fiduciary duty, typology, best interests, fiduciary duty

---

(责任编辑：李 敏 赵建蕊)