

# 推定信托的修正正义与修正正义的推定 信托制度之借鉴

## ——以攫取公司机会行为的修正为例证

陈雪萍

(中南民族大学 法学院,湖北 武汉 430074)

**摘要:** 推定信托的修正功能使其成为救济信义义务违反之不当行为的方式。推定信托具有返还财产和赔偿损失的修正功能,可以为当事人提供物权法上的救济和对人救济,尤其物权法上的救济为受侵害人提供了充分的权利保障机制:它对权利的保护,有优先于一般债权的优点。推定信托制度可以有效解决我国现行法律中有关信义义务违反救济之规定的缺憾,弥补不当得利规则适用的不足,具有其他民法制度所无法替代的作用,值得我国信托法借鉴。当然,推定信托制度的引入须克服或协调其与我国基本的法律概念的冲突。文章以攫取公司机会行为的修正为例证对推定信托之修正正义予以探讨,以期对我国的相关理论的发展、司法实践的推动以及我国信托法对推定信托制度进行本土化借鉴有所裨益。

**关键词:** 公司机会准则;信义义务;修正正义;推定信托

**中图分类号:** DF438.2   **文献标识码:** A   **文章编号:** 1009-0150(2018)04-0111-18

### 一、前言

我国《公司法》第148条第5款明确规定了董事、高级管理人员负有不得攫取公司机会的义务,违反此义务的所得归公司所有,即公司享有“归入权”。此规定旨在将董事、高级管理人员攫取公司机会的法律救济定位于将其“所得”归入公司。“归入权”的理论依据为“不当得利”制度,没有赋予因信义义务违反而遭受侵害的人以物权法上的救济,存在权利保障不完整的缺憾:第一,如果公司信义人所牟取的利益转化为其他财产形态或移转到第三人手中,那么,“归入权”被阻却;第二,当公司没有遭受直接经济损失,仅存在机会损失的情况下,公司信义人不承担弥补损失的责任;第三,以不当得利理论为基础的“归入权”对此不当行为的救济明显存在不足。

在信义人违反信义义务如攫取公司机会的情形下,采用推定信托则会产生不同的法律效果:一方面,受侵害人可以将侵害人因攫取公司机会所获得的赢利行使“归入权”;另一方面,当侵害人所得的利益辗转于第三人手中时,可以通过物权法上的救济行使“追及权”。例如,一位有过错的公司董事利用公司的机会或金钱为其配偶购得某一资产,将推定信托适用于该资

收稿日期:2018-01-06

基金项目:国家社会科学基金项目“老龄化背景下养老金信托法律制度研究”(14BFX120);中央高校基金“信托服务养老的国际经验与中国路径研究”(CST17001)。

作者简介:陈雪萍(1965—),女,湖北应城人,中南民族大学法学院教授。

产,如果该资产增值了,或产生了孳息或利益,在该信义人尚有偿付能力的前提下,适用推定信托进行救济具有很大的优势:不仅可以请求返还原资产,还可请求给付增值的部分、孳息或利益;在资产移转于第三人之手时,权利人享有追及权,可以追及至第三人手中的财产或其替代物。总之,推定信托具有修正不当行为的恢复性救济功能。根据推定信托规则,推定信托可以作为物权救济的手段,同时也包含债权救济的内容,至于采用何种救济手段,则由当事人根据有利于己的情形进行选择。

在信义人违反信义义务如攫取公司机会的情形下,推定信托作为一种救济手段,可以弥补不当得利规则适用的不足。它对权利的保护,有优先于一般债权的特点。

推定信托滥觞于英美信托法,广泛应用于信义义务违反的场合。关于推定信托制度的本质,Leonard I. Rotman指出,像其他信托一样,推定信托创设了一种财产权,它要求推定受托人为他人利益持有信托的标的。许多英美学者均将推定信托与信义义务违反的救济联系起来, Daniel Friedmann, Donovan W.M. Waters, Tamar Frankel, Peter Birks, A.J. Oakley等诸多学者主张对违反信义义务的不当行为采取推定信托的救济方式。在违反信义义务攫取他人财产的场所,侵害人往往会获得不当得利, Peter Birks认为,对此不当行为的救济就产生一人返还物于他人的法律后果。Jules Coleman在《修正正义和不当得利》一文中还专门强调行为人为人负有返还的义务,作为一种修正的救济当属修正正义所追求的。George E. Palmer指出,推定信托是防止不当得利的救济措施。Ciara J. Toole提出,不当得利原则“处于推定信托”的核心,但推定信托制度优于不当得利制度,主要因为推定信托制度具有物权性的救济功能。

台湾学者方嘉麟认为,推定信托制度在不当行为救济上的作用是不当得利制度所无法替代的。因为不当得利是特定责任施加的原因之一,其救济性具有有限性:仅能请求返还无合法根据所获得的利益。推定信托是对财产权利的认定,推定信托下的受益权具有物权甚或超物权性质。大陆学者对推定信托制度的研究几近阙如,仅有邢建东博士对“推定信托作为另一类的物权性救济”作了探讨并指出,推定信托作为一个规则,可以在理论上将我国目前有关法律规则有机地串联起来,起着承上启下的作用,在法律理论上弥补其中产生的真空或空隙。<sup>①</sup>总的来说,推定信托的物权性救济功能在我国理论界和实务界尚未引起足够的关注。

本文以攫取公司机会行为的修正为例证,拟沿着如下思路展开论述:第一部分以推定信托的修正功能为逻辑起点,主张对违反信义义务的不当行为进行恢复性救济;第二部分剖析违反信义义务的不当行为的本质,总结出攫取公司机会不当行为属于权利侵害和义务违反的行为,处于推定信托修正功能所作用的范围,指出我国《公司法》第148条第5款规定的“归入权”没有包含弥补损失的义务,其所提供的救济具有非完整性;第三部分提出违反信义义务行为的法律救济应包含弥补损失和返还不当的利得两个层面,分析不当行为得利返还的请求权基础及不当行为救济与不当得利救济的本质差异;第四部分剖析推定信托的本质以及其较之于不当得利制度的优势,指出攫取公司机会不当行为得利之救济与不当得利之救济的差异,进而指出我国公司立法以“不当得利制度”为基础的“归入权”的非妥当性;通过分析推定信托制度借鉴的可行性,主张将具有物权性救济与债权救济之特质的推定信托制度通过立法技术引入我国相关立法。

## 二、推定信托的修正功能:不当行为的恢复性救济

推定信托广泛用于修正信义义务违反之不当行为的各种情形。作为不当行为的恢复性救

<sup>①</sup>邢建东:《衡平法的推定信托研究——另一类的物权性救济》,法律出版社2007年版,第14页。

济措施的推定信托将行为人实施不当行为、受害人遭受损失以及行为人的得利联系起来考量,对不当行为的修正通过弥补损失和返还不当行为的得利以恢复产生的失衡状态,这要求消除对他人权利侵害所产生的得利和损失。<sup>①</sup>

### (一)推定信托的恢复性救济

推定信托是法律运作的结果,于信义人实施不当行为时对其施加。推定信托是“在正义与良心需要的时候,法律所施加的……它是一种衡平救济,法院可以以此使受害人获得救济。”<sup>②</sup>由于修正就是“矫正”或“实现”<sup>③</sup>,而且涉及恢复原状的救济<sup>④</sup>及“修复不当行为的行为”。<sup>⑤</sup>因此,推定信托的功能就是由责任人修正不当行为,最终恢复被不当行为所破坏的平衡。

恢复性救济具备两个要素:不当性和责任。<sup>⑥</sup>不当行为人负有返还或救济的义务。<sup>⑦</sup>一个人对他人实施不当行为的事实影响到他们之间的权利和责任制度。行为人应对其不当行为承担恢复性救济之责任,一则行为人应弥补其给受侵害人所造成的损失,二则行为人应当返还不当攫取的财产给受侵害的人。

公平和正义的一般概念与传统的不当行为的概念相关,它一直是修正不当行为的某些基本规则或原则的有机组成部分。衡平与施加推定信托情形的法律后果相联系。推定信托的功能就是反映和实施促进衡平的原则。<sup>⑧</sup>“衡平产生推定信托并强制返还因实际欺诈、滥用他人信任或通过其他不当手段所获得的利益,而此得利是衡平和良心所不允许的。”<sup>⑨</sup>

推定信托作为一种一般性的修正手段以实现正义,作为一种矫正特定的不当行为的方式,在欺诈或不当行为或不衡平行为所生的非正义时适用。推定信托可以有效地防止违背良心而获得不当之利益,以及由此所产生的不衡平、不公平或不平等的结果,以达到与正义的要求相一致的结果。<sup>⑩</sup>“推定信托作为衡平救济的恰当形式在一个人违背良心为自身利益而获得利益时被施加,这些利益的获得往往违反了对他人所负有的合同或法定或衡平义务。”<sup>⑪</sup>为此,对违反忠诚义务或违反良心的不当行为所获得利益的法律救济就是施加推定信托,以修正不当行为。易言之,如果相关行为构成了法律上的不当行为,那么,推定信托就会产生。如果一方当事人非正当地获取了财产,那么,推定信托可以作为一种受侵害人寻求救济的措施,以及作为强制行为人返还财产于受侵害人的手段,使受侵害人获得救济。

作为一种救济手段,推定信托常用于修正信义义务违反的不当行为,用于恢复不当行为所产生的不当得利,为此,推定信托逐渐被视为不当得利的救济方式,不当得利原则也被认为是“处于推定信托”的核心。<sup>⑫</sup>

①Epstein, Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints, 8 Journal of Legal Studies, 1979.

②See George Panagopoulos, Restitution in private international Law, Bloomsbury Publishing, 2000: 53.

③Joel Feinberg, Doing and Deserving, Princeton University Press, 1970: 74.

④Joel Feinberg, Doing and Deserving, Princeton University Press, 1970: 76.

⑤Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, (7th edition), West Group, 1999.

⑥Jules L. Coleman, risks and wrongs, Cambridge University Press, 1992: 329.

⑦Jules L. Coleman, risks and wrongs, Cambridge University Press, 1992: 314-315.

⑧G E Dal Pont, D R C Chalmers & J K Maxton, Equity and Trusts, LBC Information Services, 1997: 961.

⑨Restatement of Restitution(1st) § 160(1937).

⑩See A.J. Oakley, Constructive Trusts, Sweet & Maxwell, 1997: 59.

⑪See A.J. Oakley, Trends in contemporary trust law, Clarendon Press, 1996: 154, 231, 326.

⑫Ciara J Toole, Fiduciary law and the constructive trust: Perfecting the fiduciary undertaking, 49: 3 Alberta Law Review, 2012,

推定信托可以用于信义人违背良心攫取财产利益的情形。<sup>①</sup>在英美法系国家,内部人侵害商业机会时,商业机会受法律保护是公认的规则,被称为篡夺公司机会的规则。关于此规则,最早的判例为英国1726年著名的“基奇诉山德伏特”(Keech v. Sandford)一案,该案确立了董事基于其公司管理者的地位所获取的商业机会应当提供给公司,不得利用其在公司中的便利地位把本属于公司的商业机会转归自己利用而从中牟利,否则,推定信托就会适用,董事获取的利益或者把董事篡夺公司机会所达成的交易推定为信托财产,为公司的利益而持有。总之,如果公司对某种机会享有财产权或期待利益,公司信义人因攫取此机会所获取的利益可被法律推定为信托财产,信义人被推定为推定信托的受托人。<sup>②</sup>

## (二)推定信托适用的宗旨

适用推定信托需考虑何种因素?正义。因为正义使人们去做值得去做的事情。如何实现正义?修正。修正是修正行为人与受侵害人间的不当行为的主要和有效的方式,具体表现为救济与恢复。救济的目的是恢复本应属于他的东西,就是一系列表示法律后果的词语中的一个。<sup>③</sup>恢复也是如此,救济与恢复两者经常交织在一起。救济可以分为使物或人恢复到原来状态的救济和将物返还给人的救济。获得救济的人应当是遭受了损失或其损失需要弥补,救济也是引起一人返还物于他人的法律后果。行为人负有返还的义务。当然,作为一种修正的救济应当是修正正义所追求的。

信义人违反忠诚义务构成不当行为,一旦信义人因此实际上取得利益,此种非正义行为值得修正,唯一的方式就是救济,此处的救济是对抗不当行为的要求。推定信托是一种实施救济的义务<sup>④</sup>,它能够适用于救济义务产生之时。对不当行为的救济涉及推定信托的规则,这些规则的适用构成了修正。因为忠诚义务的违反使不当获利的当事人成为推定受托人,作为信义人违反忠诚义务的后果,推定信托被施加,这涉及信义人所谓的不当行为的后果。在赫西诉帕默[Hussey v. Palmer (1972) 1 W.L.R.1286]一案中,推定信托成为一种对不当行为救济的方式,被用于实现各方当事人的正义。在某些情形下,为实现各方当事人之正义的推定信托只能对实施了不当行为的当事人适用,因为推定信托是“一种衡平救济方式,对利用不当行为获取财产之人施加”<sup>⑤</sup>。

施加推定信托的根据是信义人“正直”的缺失,信义人在未征得公司同意的情形下,为自身利益利用公司机会获得利益,有义务成为推定受托人并对其所获得的利益承担责任。在此情形下,推定信托是一种使信义人因其违反利益冲突义务不当之获利承担责任的手段。<sup>⑥</sup>

在信义人为自身利益违反了信义义务情形下,衡平旨在避免牺牲受益人的利益。如果信义人因欺诈、不当行为或不衡平的行为违反忠诚义务,推定信托就会被施加以阻止其欺诈、不当行为或不衡平的行为,因为这是正义和良心的需要。“推定信托是一种衡平良心的表达方式。”<sup>⑦</sup>在某些情况下,推定信托实际上是信义义务违反的结果。推定信托适用所应遵循的两个相互交织的原则:信义人不得利用其信义地位谋利;信义人不得将自身利益凌驾于忠诚义务之上。<sup>⑧</sup>

① See Richard Clements, Ademola Abass, *Equity & trusts: Text, cases, and materials*, Oxford University Press 2015: 455.

② 冯果:《“禁止篡夺公司机会”规则探究》,载《中国法学》2010年第1期。

③ Peter Birks, *An introduction to the law of restitution*, Clarendon Press, 1985: 9.

④ Tamar Frankel, *Fiduciary law*, Oxford University Press, 2010: 303.

⑤ Bryan A. Gerner, *Black's Law Dictionary*, (7th edition), West Group, 1999.

⑥ M. Cope, *Constructive Trusts*, The Law Book Company Limited, 1992: 13.

⑦ See Richard Clements, Ademola Abass, *Equity & trusts: Text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2015: 455.

⑧ Sarah Worthington, Sealy and Worthington's text, cases, and materials in company law, Oxford University Press, 2016: 387.

这两个原则“尽管交织,但是不同”<sup>①</sup>。“信义人不得利用其地位或源自于该地位的信息或机会为自己或第三人牟取利益;或不得在其服务范围内追求个人利益或与第三人合谋利益,除非取得受益人的同意或法律的授权。”<sup>②</sup>“如果一旦信义义务囿于这两方面,那么,对信义义务违反之恰当的救济就是施加获利的说明或推定信托或衡平赔偿义务”<sup>③</sup>。总之,在违反利益冲突规则的得利或利用其信义地位或利用源自于其地位的信息或机会的得利的情形,信义人必须向其负有义务之人承担责任。对上述的任何得利,信义人都须以推定受托人的身份而持有。

修正正义通过修正不当行为即弥补损失和返还得利以实现公平和平等。推定信托的功用之一就是达到返还的结果。<sup>④</sup>在信义义务违反的场合,推定信托的目的就是返还行为人不当获得的利益。如果信义人滥用由其掌控的财产,那么受益人有权要求施加推定信托。在违反信义义务的情形下,行为人必须返还因实施不当行为所获得的利益,这是源自于信托法十分严苛的救济方式

### 三、违反信义义务行为的不当行为:权利侵害和义务违反的行为

#### (一)权利侵害的行为

救济的权利广泛用于称之为“财产”的利益。<sup>⑤</sup>一个人攫取他人财产必然使受侵害的人获得救济的权利。此权利的承认不取决于攫取的侵权性,而是来源于权利人利益的属性。一般而言,救济产生于财产利益在未经权利人同意而被攫取的情形。因此,救济的启动须具备两个前提条件:利益的财产属性和攫取的内涵。

财产是指“现有的或可能存在的,为自然人或法人带来利益,主要与人及其财产权相关联的权利”<sup>⑥</sup>。“权利是受法律保护的利益。”<sup>⑦</sup>根据法律,在他人对某人应为或禁止为某种行为时,该人就享有了一种权利。<sup>⑧</sup>

攫取是指对财产的处分违反了法律对财产的管理或处分的规定,<sup>⑨</sup>是行为人“为了获取或行使对他人财产的非法占有,旨在剥夺所有权人的财产或利益”的行为。<sup>⑩</sup>判断攫取行为的要件有:第一,信义人因其地位持有他人财产;第二,攫取涉及对财产所有权人产生实质上损害的风险;第三,攫取的财产价值可以识别;第四,行为人主观上是故意的。<sup>⑪</sup>

公司机会是现有的与可能存在的权利,是公司享有现实利益或现实权利之上产生期待利益的财产,能为公司带来利益,属于公司财产权的权利。因此,公司机会是公司享有法定利益或期待利益的财产权,是公司资产的组成部分,它产生于预先存在的权利或关系。<sup>⑫</sup>关于公司

①David Berkeley Parker, A. J. Oakley, Anthony R. Mellows, Parker and Mellows: the Modern Law of Trusts, Sweet & Maxwell, 1998: 286.

②McKendrick Evan, Commercial aspects of trusts and fiduciary obligations, Clarendon Press, 1992: 7-9.

③A.J. Oakley, Trends in contemporary trust law, Clarendon Press, 1996: 159.

④Jaffey, The Nature and Scope of Restitution, Portland Oregon, 2000: 349.

⑤Daniel Friedmann, Restitution of benefits obtained through the appropriation of property or the commission of a wrong, Columbia Law Review, vol.80, No. 3(Apr., 1980).

⑥[法]弗朗索瓦·泰雷·菲利普·森勒尔:《法国财产法》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第52页。

⑦Rudolph Von Ihering, The struggle for law, translated by John J. Lalor, The Law Book Exchange Ltd. 1997: xix.

⑧参见奥斯汀:《法理学范围之限定》,中国政法大学出版社2003年版,第21-32页。(影印本)

⑨Texas Penal Code §32.45(a)(2)(B).

⑩Bryan A. Gerner, Black's Law Dictionary, (9th edition), West Group, 2009: 117.

⑪Texas Penal Code §D6.3.

⑫Eric G. Orlinsky, Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: A Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability, 24 Del.J.Corp. L.451(1999).

机会,目前学界尚未有一个确切的定义,一般而言,可以界定为公司享有请求权的经济或商业机会,属于物质或非物质的财产。如果公司机会属于公司营业范围、实际上对公司有利且公司实质上能够用其获利,那么,公司对该机会就享有利益或期待利益。<sup>①</sup>公司机会须具备如下几个特征:公司在经济上能够使用、属于公司营业范围、对公司来说具有实际的价值以及公司对其享有利益或合理的期待利益。作为公司机会的利益或期待利益,是指公司对某物、服务或财产有特定需要的利益,具有财产属性。

对公司机会的攫取是侵害权利的行为。公司对其营业享有法定的利益或权利,尤其是对被视为“公司财产”的公司机会和机密信息享有法定的利益或权利。从财产法的角度而言,公司机会就是一种公司对其享有的利益或期待利益或对公司而言必不可少的商业机会,是一种公司所享有的财产,公司被赋予了对公司机会的所有权人地位。如果董事或经理等信义人从公司机会的使用中为自己牟利,所牟取的利益就是不正当的,这种不正当性通过董事所得利益予以体现。信义人仅负有将公司机会作为公司的财产利益,否则系对受到法律保护利益的侵害。董事及公司高级经理人对作为公司财产或涉及公司财产权的公司机会的使用需要受到法律的限制。如果董事或经理实施了攫取公司机会的行为,事实上,他就实施了不当行为,由此所造成的损害,应赋予公司以矫正损害的措施。

## (二)信义义务的违反

信义人负有为他人之利益而行事之信义义务。信义义务一般包含两个要素:注意义务和忠诚义务。忠诚义务是信义人重要的义务,受信人有权要求信义人完全忠诚。忠诚义务的核心包含几个方面:信义人必须诚信行事;不得利用其地位谋利;不得置身于义务和利益相冲突的地位。<sup>②</sup>避免利益冲突是忠诚义务的要素之一。在公司环境中,由于公司董事或经理等与公司形成信义关系,成为了信义人,他们须履行忠诚义务,应将公司利益置于自身利益的优先地位,以避免自身利益与公司利益的冲突。信义人必须在个人与公司之商事交易中限制自身的行为,这是忠诚义务的必然要求,这在很大程度上禁止其为追求自身的利益而侵害公司的利益。<sup>③</sup>他们仅能为公司的最佳利益行事,他们须为公司的利益行使权力,而不得为其自身的利益或他人的利益或其他组织的利益行使权力。在公司机会的场合,他们不得利用其在负有信义义务的公司中的地位,并非为了公司的利益,而为自身利益或其享有实质性经济利益或其负有信义义务的其他实体之利益利用特定的商业机会。易言之,董事不得利用其在公司中的地位运用公司机会谋私利或为他人谋利。如果他们为自身利益或出于其他与其相关的商业利益的考量利用了本应属于公司的特定商业机会,就违反了信义义务。

在非冲突义务规则的范围内有一个“公司机会准则”。据此准则,如果董事或经理为自身利益攫取公司机会就违反了非冲突义务规则。根据公司机会准则,如果能够合理地预见公司对某一商业机会获得利益,那么,董事或经理为自身利益而非为公司利益利用此机会就违反了忠诚义务。董事或经理因利益之驱使牺牲了公司的利益追求了利润,对公司实施了违反信义义务的不当行为,即使他认为是为公司的最佳利益行事并作了充分的披露,<sup>④</sup>也不得例外,因为商业机会是否需要向公司披露并不是公司机会的认定标准。<sup>⑤</sup>信义人是否攫取了公司机会需要综合

<sup>①</sup>Michael Begert, The Corporate Opportunity Doctrine and Outside Business Interests, 56 U.Chi.L.Rev.827.

<sup>②</sup>Bristol and West Building Society v.Mothew(1998)Ch1.at 18. Alastair Hudson, Principles of Equity and Trusts, Routledge, 2016:47.

<sup>③</sup>See Ballantine, Corporations, Callaghan and Company, 1946, §79: 204-209.

<sup>④</sup>See Alastair Hudson, Principles of Equity and Trusts, Routledge, 2016: 531.

<sup>⑤</sup>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。

各种因素进行判断。<sup>①</sup>针对董事或经理攫取公司机会而违反信义义务的情形,英国2006年《公司法》第175条作了强制性的规定,禁止董事置身于利益冲突的地位,不得利用属于公司的任何财产、信息或机会,为自己牟利。如果处于信义关系中的人利用此关系秘密获利,无论他人是否遭受损害或丧失利润,他都将予以返还。<sup>②</sup>此机密信息被认为是“财产”,攫取此财产就被认为是一种不当行为,产生弥补损失或返还所得利益的责任。<sup>③</sup>

董事和经理就像不得利用公司财产一样不得利用公司机会,当公司的义务与其个人利益发生冲突时,不得攫取公司的利益,他们利用属于公司可赢利的商业机会是绝对被禁止的。商业机会属于公司营业范围,公司对其享有利益或期待利益,此机会属于公司。如果出现在董事和经理面前的商业机会由其自身利益而利用,那么,其利用就是不当行为,违反了信义义务。<sup>④</sup>公司机会准则所保护的就是董事为自身利益所攫取的本应当属于公司的利益或利润。当公司对特定的商业机会享有法定利益或期待利益以及利用该机会可以获得一些经济资源,那么,公司机会准则将适用。<sup>⑤</sup>公司信义人违反对公司之信义义务而获利的,即使该利益为第三人所获得,他也得就该利益承担个人责任。<sup>⑥</sup>公司机会这种“财产”的滥用被视为一种不当行为,对此种不当行为的救济,产生了弥补损失或返还所得的义务。在许多法域,当然不是所有的法域,信义人可以对针对自己行为的诉讼提出抗辩:一则公司没有经济上或法律上的能力来利用此机会,所以此机会为其所用;二则证明公司拒绝或放弃此机会或公司明确同意其利用此机会。<sup>⑦</sup>

#### 四、违反信义义务行为的法律救济:弥补损失和返还不当的利得

平衡处于修正正义的核心,修正正义的终极目标就是恢复被不当行为打破的平衡。无论是弥补损失还是返还不当行为的获利都是修正正义对不当行为的法律救济。因此,对不当行为救济的合理性可以在修正正义中得以发现。

公司的董事和经理基于他们所处的信义地位,对公司负有忠诚义务,该义务要求其仅为公司的最佳利益行事。根据公司机会准则,如果信义人攫取了公司机会而此机会又是属于公司的,他就违反了对公司的信义义务,实施了不当行为。修正此种不当行为之法律后果是信义人必须返还因不当行为的所得。公司应当要求信义人返还所得,即使其所得并未造成公司任何损失。

##### (一) 弥补损失

##### 1. 不平衡之矫正

“对他人因其不当行为遭受损失负有责任之人有义务弥补损失。”<sup>⑧</sup>攫取公司机会行为人为必

<sup>①</sup>杨川仪:《美国公司法公司机会原则探析——以美国缅因州东北海岸高尔夫俱乐部诉哈里斯案为例》,《当代法学》2013年第3期。

<sup>②</sup>D. Kershaw, Does it matter how the law think about corporate opportunities, *Legal Studies*, 2005, 25(4)543.

<sup>③</sup>Francesco Giglio, *The Foundations of restitution for wrong*, Hart Publishing, 2007: 106.

<sup>④</sup>Daller, *Business Torts: A Fifty-State Guide*, Wolters Kluwer Law & Business, 2016: 981

<sup>⑤</sup>Dennis J. Block, Nancy E. Barton, Stephen A. Radin. *The business judgment rule: Fiduciary duties of corporate directors*, Volume I, Aspen Law & Business, 1998: 2496.

<sup>⑥</sup>Charles Epps Ipock, A judicial and economic analysis of attorney's fee in trust litigation and the resulting inequitable treatment of trust beneficiaries, *ST. Mary's Law Journal*, Vol. 43(2012).

<sup>⑦</sup>Clark, *Corporate Law*, Little, Brown and Company, 1986: 224.

<sup>⑧</sup>Jules Coleman, *The Practice of principle: In defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford University Press, 2001: 15.

须弥补其给被侵害的人所造成的损失,以恢复被其不当行为所打破的平衡,从而矫正因其不当行为而受侵害之关系的不平衡。这样,通过弥补损失的方式,使公司的利益得以救济。

弥补攫取公司机会行为不当行为的损失可以用来修正行为人对公司所为的不当行为。<sup>①</sup>首先,针对不当行为以及基于此行为所产生的不当损失,请求人可以基于此行为和损失主张不当损失的赔偿;其次,弥补不当损失之义务源自于不当行为。“行为人被施加了赔偿受侵害人的义务”。<sup>②</sup>

为了恢复至最初的平衡状态,行为人应向受害人返还其所得来弥补损失,以消除受侵害人的损失。如果行为人的利益直接来自于其不当行为,那么行为人必须尽可能地弥补受侵害人的实际损失,以恢复原状。这种结果通过不同的手段来实现,而且这些手段具有一个共同的特点就是由行为人根据受侵害人的损失将财产转移给受侵害人。在救济后,行为人处于先前不当行为与后来的救济情形的不同地位。<sup>③</sup>

公司因信义人攫取公司机会不当行为的损失和获利均产生对公司财产权的侵害。由于公司对公司机会享有专有权,它有权力要求信义人就此机会的利用事先征得其同意。如果信义人没有征得公司同意而擅自利用此机会,也就对公司实施了不当行为。信义人滥用此种特定“财产”的不当行为,实质上是对非利益冲突义务的违反。这种义务的违反必然侵害了公司的权利,公司可以以此为诉因向信义人提出救济。

根据亚里士多德的观点,不当行为是不合法的,应当受到法律的制裁。如果没有一种措施能够实际上对其进行制裁,那么就可能产生非正义。对攫取公司机会的不当行为人所采取的制裁措施之一是让其履行相应的救济义务。<sup>④</sup>这样,行为人因其实施不当行为而损害公司的利益或得利,他就要承担弥补损失或返还不当利得的责任。

## 2. “实质上”的损失

信义人攫取公司机会所应承担的责任取决于“实质上”的损失而非实际的经济损失。如果信义人确实利用了公司机会而且没有恰当的理由,那么公司可以从行为人那里恢复不当利用的资产或商业机会或其得利。如果事实上被利用的商业机会的价值或得利的规模经过其努力而提升,那么,在恢复不当利用的商业机会时,攫取公司机会的信义人不得将公司的损失与其得利相抵消。<sup>⑤</sup>如果信义人攫取公司机会违反了义务而获得了利益,公司有权诉请义务的违反和返还得利,这并不取决于公司遭受了损失与否,因为是否构成不当行为原则上不需要给任何人造成损失。不当行为并不取决于损失:它可以造成一些经济损失,也可以不造成任何经济损失。相反,有时被侵害人实际上获得了利益。<sup>⑥</sup>在这种不当行为之得利的责任中,损失是实质上的。因为公司机会的篡夺就是公司的利益受到侵害,权利的侵害就可以视为遭受了损失。虽然这种损失有时不是经济损失,但也是实质上的损失。实质上的损失是指在与权利相对应的义务违反时影响到权利人的道德上的不平衡。它不必是经济上的不平衡或财产的损失。也就是说,权利的侵害对被侵害者来说是一种实质上的损失。同时,对于侵害者来说,侵害者获得了实质上的利益。从权利和义务统一这个角度来看,攫取公司机会之董事因信义义务之违反取得了实

<sup>①</sup>See D.D.Raphael, *Concept of Justice*, Clarendon Press, 2001: 58.

<sup>②</sup>Jules Coleman, *Risks and wrongs*, Cambridge University Press, 1992: 371.

<sup>③</sup>Francesco Giglio, *The Foundations of restitution for wrong*, Hart Publishing, 2007: 34.

<sup>④</sup>Jules Coleman, *Risks and wrongs*, Cambridge University Press, 1992: 320.

<sup>⑤</sup>Clark, *Corporate Law*, Little, Brown and Company, 1986: 224.

<sup>⑥</sup>Eric Descheemaeker, *The Division of wrongs*, Oxford University Press, 2009: 22-23.

质上的利益,而公司的权利则相应地遭到了实质上的剥夺。这种得与失是一种涉及当事人间权利义务平衡的得与失。通过公司机会的攫取而获得利益的董事应当承担不当行为之得利的责任,但此责任不是对经济损失的赔偿,而是对公司受侵害的权利的救济,这种救济要求返还所获得的实质上的利益。董事通过攫取公司机会所获得的物质利益代表着公司权利的侵害,而董事攫取公司机会的行为导致其不当行为之得利责任的承担。因利益的诱惑牺牲了公司的利益而成功得利的信义人实施了违反信义义务的不当行为,即使他相信他是为公司的最佳利益行事,即使他认为已为充分的披露也复如此。<sup>①</sup>

为了保护不当管理中公司的利益,被侵害的公司被赋予了诉权。如果信义人违反与公司权利相关的信义义务,那么,公司有权得以修正。修正正义作为公司机会攫取的责任基础可以确保公司被剥夺的财产能够得以恢复,即使是公司未遭受物质上的减损。

## (二)不当行为得利的返还

“没有人可以从其不当行为中获利”<sup>②</sup>,“信义人不得利用其地位谋利,该规则之实质就是受托人不得将自己利益与义务置于相冲突的地位。”<sup>③</sup>违反此规则,可由修正正义来予以救济。修正正义不仅旨在弥补受害人的损失,而且旨在强制行为人返还其所得。“修正正义将不当行为以及消除不当行为的资源之移转作为一种简单的纽带,由此,行为人和受害人之间的相互关系也得以界定。”<sup>④</sup>

### 1. 不当行为得利返还的请求权基础

如果行为人因其不当行为而获利,该获利是不当行为的结果,那么就是不当行为的获利。行为人对获取不当行为的利益需要承担修正正义的责任。如果信义人违反信义义务而获利,利益的获得产生了不当行为,他对此负有返还的责任,即使他已忠诚行事。在信义环境中,只有修正正义奠定了此种救济请求权的基础。“信任和信赖制度被视为一种重要的规则,它严格防止背离此规则的可能。”<sup>⑤</sup>非赢利义务(忠诚义务之要素之一)就是减少信义人不当获得个人利益的机会,戒绝信义人滥用他人对自己的信任。

英国法中有句格言:“无人允许从其自己的不当行为中获利。”<sup>⑥</sup>正义受到资源从一方当事人直接移转至另一方当事人之影响,因此,修正正义也要求获利多的当事人返还给获利少的当事人以恢复因不当行为所破坏的平衡。实际上,有时不当行为人的获利不取决于受害人的损失,尽管有时其获利直接与受害人的经济损失相当。

修正正义不仅涉及不当损失的弥补而且涉及不当行为的获利,它是从行为人那里取走获利以修正其实施不当行为之后果,即使受害人没有遭受任何经济上的损失。若可以证明行为人已获得了利益而且该利益非因不当行为原本就不能获得的,则他必须承担救济义务。

公司机会准则所关注的一个核心问题是董事或高级管理人员是否利用其信义地位而获得利益。<sup>⑦</sup>如果信义人不是为了受益人的利益而使自己获利,公司就可以强制信义人返还该利益,这就是公司机会准则的核心。该准则作为一种预防性的措施旨在防止信义人为自身利益行

① See David G. Owen, *Philosophical foundations of tort law*, Clarendon Press, 1997: 44.

② Francesco Giglio, *The foundations of restitution for wrong*, Hart Publishing, 2007: 203.

③ See David G. Owen, *Philosophical foundations of tort law*, Clarendon Press, 1997: 44.

④ Weinrib, *The idea of private law*, Harvard University Press, 1995: 56. 参见[加拿大]欧内斯特·温里布:《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版2007年版,第59页。

⑤ Francesco Giglio, *The Foundations of Restitution for Wrong*, Hart Publishing, 2007: 105-107.

⑥ S. E. Honeyball, *When a man may profit from his own wrong*, *The Cambridge Law Journal*, 1983: 218.

⑦ 周天舒:《探寻“牟取公司机会禁止原则”的决定因素》,载《法学杂志》2011年第5期。

事,因为信义人知道不当行为的后果就是将获得的利益移转于受益人,而且要尽可能地恢复原状,这是所有的不当行为均会产生后果。

攫取公司机会的不当行为给受害人造成损害,不在于它所造成的财产损失,而是它将受害人置于遭受非正义侵害的困境。虽没有造成财产损失,但行为人获利而侵害受害人利益的行为,仍属非正义行为。故,不当行为的获利是不当行为的结果,不当行为将非正义的行为人与受害人联系起来。不当行为的获利使受害人可以提出对不当行为进行修正的请求。修正正义旨在恢复被不当行为所破坏的平衡,可以推断出不当行为人必须返还不当行为的所得。

## 2. 不当行为救济与不当得利救济的本质差异

在不当行为救济的头衔下,返还通常是处罚不当行为、维护现实权利的救济方式而且能够在救济法之外得以实施,<sup>①</sup>它是使非正义状态恢复原状的有效工具。

救济是一种修正不当行为之获利的法律方式,它包含了让一个人返还给他人因其金钱价值上的损失或其他损失而获得的利益,<sup>②</sup>而此获利有点像不当得利,但他们完全不同。不当行为救济与不当得利救济的不同之处在于不当得利不要求实施不当行为作为救济的前提而不当行为的救济是行为人不当行为的法律后果。

救济用于返还因不当行为的不当获利的情形。不当行为的救济通常指金钱的偿付,其计算影响到行为人因不当行为而所获得的利益。根据语义,“救济”一词是罗马人用于指“放弃”和“返还”之意。<sup>③</sup>行为人所获得的不当利益应当移转给因该行为而遭受损失的人。不当行为人应当被剥夺其不当获得的利益,他应当返还其所得。从此方面而言,不当行为的救济确实与修正正义相关。总之,修正正义是不当行为的法律后果,从而引发了对修正不当行为之获利的救济。然而,这是一种以不当行为的获利为前提的全然不同的救济。如果行为人故意针对受害人实施不当行为而使自己获利,他就更有责任对此获利予以救济。<sup>④</sup>

总之,无论是损失之弥补还是得利之返还都能恢复为攫取公司机会的不当行为所破坏的公正和平衡。

## 五、信义义务违反不当行为之修正:推定信托制度之借鉴

### (一)推定信托制度适用之优势

#### 1. 推定信托制度之本质

推定信托创设了一种财产权,像其他的信托一样,推定信托要求推定受托人为他人的利益持有信托之标的。<sup>⑤</sup>如果某一财产成为了推定信托的标的,该推定信托就使受托人负有了财产性责任和对人责任。如果受益人对推定信托之财产享有绝对的权利,他或他们不仅对推定信托财产享有了财产性权利,而且推定受托人须就其不当行为对受益人承担个人责任。如果推定信托之财产位于推定受托人手中可以识别,受益人则可以行使财产性权利或对人请求权。受益人可以选择行使何种权利,如果选择前者,受益人可以要求受托人向其移转财产以及自推定信托施加后所产生的孳息。如果受益人对推定信托之财产不享有绝对的权利,其有权享有相应的受益利益。如果受益人选择推定受托人承担对人责任,那么,他或他们可主张推定受托人违反信

<sup>①</sup>MP Gergen, What renders enrichment unjust? Texas Law Review, 2001: 1935.

<sup>②</sup>Peter Birks, Introduction to the Law of Restitution, Clarendon Press, 1985: 13.

<sup>③</sup>Peter Birks, Equity in the modern law: An exercise in taxonomy, University of Western Australia Law Review, 1996.

<sup>④</sup>See, Peter Birks, Introduction to the Law of Restitution, Clarendon Press, 1985: 326-333.

<sup>⑤</sup>Leonard I Rotman, Deconstructing the Constructive Trust, 37: 1 Alta L Rev, 1999, 133 at 164.

义义务的赔偿责任。他或他们有权请求恢复自推定信托产生时起其于财产上的利益,推定受托人须支付于前述财产上所获得的受益以履行其推定信托的责任。

如果推定受托人破产,受益人可以选择这两种救济方式。如果推定信托的财产没有产生孳息或价值没有发生变化,且一直在推定受托人手中,那么受益人可以行使这两种救济方式。相反,如果推定信托的财产产生了孳息或价值提升了,且财产还位于受托人手中,那么受益人可以选择财产性救济方式,请求受托人返还相应的孳息或增值的利益。当位于受托人手中的财产价值减损时,受益人可以选择要求推定受托人承担对人责任,即要求推定受托人返还当财产置于受托人手中时财产的价值。如果推定受托人破产了,受益人对两种救济方式的选择具有重要意义,如果选择财产性救济方式,可以使受益人享有优先于推定受托人之普通债权人的权利;选择对人救济则相反,受益人与其普通债权人地位平等,没有任何优先的权利。

施加推定信托的另一个优势是当财产被移转于第三人手中且可以识别时,受益人可以基于其财产性权利行使追及权以返还该财产。当然,受益人具有选择权,可以选择追及也可以请求推定受托人承担赔偿责任。在推定受托人破产的情况下,受益人的财产性权利可以使其享有优先于推定受托人之普通债权人的地位。同时,当财产移转于第三人手中时可以享有物上的追及权,追及至第三人手中,当然,此权利的行使须财产尚存在且可辨识。否则,受益人仅可通过对人的救济方式来主张权利。

推定信托制度旨在恢复被不当行为所损害的正义,不当得利的返还仅仅是恢复性救济所产生的结果而已。不当得利是以牺牲他方当事人的利益为代价而取得的财产。连接不当得利与信义义务违反的纽带是善良和忠诚,而善良和忠诚是推定信托设立的基础。善良和忠诚作为一种道德标准要求信义人不得利用其地位为自己谋利,否则,其获得的利益构成不当得利。而且不当得利作为推定信托的诉因可以确保不当获得的利益最终能够得以返还。不当得利的诉因要求返还得利,仅有不当得利原则不能说明为何要适用推定信托。在信义关系中,诉请信义义务违反并不要求受益人证明提起救济性诉讼需要遭受相应的损失,信义人的“不当得利”最好理解为仅由不当行为产生,作为信托义务违反的结果以受益人以概念上或规范上的损失为基础。从这个意义上看,信义人的得利本身因不当行为或不当性所产生,作为信义义务违反认为具有可诉性,无需证明受益人遭受了损失。根据不当行为获利的更为广泛的标准,推定信托恰当地充当了“返还”目的作为财产获利的救济方式。施加推定信托是良心的需要,适用于各种不当行为获利或不当获利的所有情形。在这点上,推定信托的主要诉因是实现威慑目的以作为不当行为获利的救济措施或不当得利的返还目的。推定信托适用于信义义务违反时,实施财产获利救济的基础是“善良之心”。善良之心以推定信托支持获利救济,事实上,信义人没有金钱获利,财产性的推定信托是救济信义义务违反中获利的救济。

## 2. 推定信托制度较之于不当得利制度的优势

推定信托在本质上的救济性具有了广泛的功能:救济不当行为和不当得利以遵循公平之原则,因此,推定信托被作为防止不当得利的救济措施。<sup>①</sup>不当得利是指处于信义关系中的信义人所获得的正义要求属于他人的财产或利益。不当得利制度是为了防止一个人违背其应遵守的良心道德去获得金钱或利益,<sup>②</sup>因为“财产价值上的移动,在形式上一般地确定为正当,但在形式上认为不正当时,本于公平的理念而调节此项矛盾,构成不利的本旨,其基础在于公平,同社会良心正义相吻合。”<sup>③</sup>推定信托“依公平正义之原则,推定之信托。藉由将利用不正当

<sup>①</sup>George E. Palmer, The Law of Restitution §1.3 & Supp.2008.

<sup>②</sup>Andrew Burrows, Cases and materials on the Law of Restitution, Oxford University Press Inc. 1997: 11.

<sup>③</sup>郑玉波:《民法债编总论》,台北三民书局1987年版,第107页。

手段谋取他人财产的行为推及为受托人,且不得以反证推翻其推定。至于大陆法制中有不当得利制度可以排除此种行为”。<sup>①</sup>可见,不当得利与推定信托均以公平正义的衡平理念为考量,两者虽存在不可分割的联系,但是两者决不是可以互相代替的制度:

第一,在英美等国,推定信托制度和不当得利制度的目的和功能有所差异。不当得利制度旨在探求受益的非正当性根据。推定信托制度的目的就是防止信义人从财产的不当占有中获取不当得利以及提供不当得利返还的救济。另外,不当得利是引起“返还”这一法律后果的法律事实,它可以促使一方当事人返还以他方利益为代价所获得的利益。因此,不当得利制度的功能在于去除获利者无法律上原因而自受损人获得的利益。而推定信托是使不当得利这一法律事实产生“返还”法律后果的重要手段之一,是不当得利救济得以实现的保障。

第二,推定信托和不当得利构成要件不同。根据加拿大法,不当得利的构成要件有:一方受益;致他方受到损害;无法律上的原因。而根据英美法,其构成要件为:一方受有利益;致他方受损;一方保有该利益具有“不正当”性。<sup>②</sup>不当得利之构成要件是需要严格适用的,一项获利不符合不当得利制度的构成要件就不能以不当得利来寻求救济。与不当得利制度不同,推定信托制度没有强制性的要件规定,以忠诚义务违反作为主要的衡量标准,具有很大的灵活性。因此,只要存在因忠诚义务违反而获利的情形就可以成立推定信托,董事篡夺公司机会而获不当得利就属此种情形。

第三,推定信托制度和不当得利制度中权利人权利保护的程序不同。基于不当得利制度,权利人仅能就不当得利的资产提出返还请求权,在不当得利人破产等丧失清偿能力的情况下,权利主体不享有优先于不当得利人之普通债权人的权利,只能同其普通债权人处于平等受偿的地位。而在不当得利人转让标的后,权利主体也不能向第三人行使追及权。而推定信托则遵循信托的基本原理,信托一旦成立,信托财产即具有独立性,独立于受托人的固有财产。受托人不能随意的处分信托财产,更不能将其用于清偿自身的债务,特别是在受托人破产等丧失清偿能力的情况下,受托人的其他债权人也不能追索到该信托财产。信托财产的独立性又赋予了受益人对信托财产的追及权。在受托人违反信托本旨处分信托财产时,受益人可以追及信托财产至任何人手中,除非该第三人是支付了对价的且不知情的善意购买人。另外,在信托关系存续期间,不论信托财产的形态和价值发生如何变化,均为信托财产,受益人均可对这些财产主张权利。

推定信托制度最大的功能就是对违背良心而实施不正当行为的人施加推定信托,以防止不应当受益的人获得利益。虽然不当得利和推定信托都是基于当事人的良知而运作,但不当得利制度不能给当事人提供像推定信托制度那样完整的保护。由于在当事人权利受到侵害时不当得利制度不能给当事人提供完全救济,如不当得利者在不正当地取得物以后将其处分或转让,他就不再占有该财产;而不当得利制度又不能赋予权利人以财产性权利即追及权,在这种情形下,原物的返还是不可能的。因此,英美以及加拿大等国设计以不当得利为核心的推定信托制度作为不当得利的救济。在上述情形中,依据推定信托,权利人通过行使其对不当之物即信托财产的追及权,可以请求第三人返还原物,除第三人为善意的受让人之外。

推定信托制度的目的是维护衡平,预防不当得利。在攫取公司机会场合,对董事篡夺公司机会所产生的不当得利的救济适用推定信托,以不当行为与不当获利的存在为前提。<sup>③</sup>推定信

<sup>①</sup>《论信托行为》,载《司法研究年报》第18辑第12篇,台湾“司法院”印行,第56页。转引自杨佳佳:《简论拟制信托和不当得利制度》,载《法制与社会》2008年第8期。

<sup>②</sup>Francis Rose(ed.), *Restitution and Conflict of Laws*, 1995: 67.

<sup>③</sup>*Chase Manhattan Bank v. Israel-British Bank*, (1979)3 All E.R. 1025 at 1037(Ch.).

托制度在不当行为之救济上的作用是不当得利制度所无法替代的。因为不当得利是特定责任施加的原因之一,其救济性具有有限性:仅能请求返还无合法根据所获得的利益。推定信托是对财产权利的认定,推定信托下的受益权具有物权甚或超物权性质,<sup>①</sup>这主要体现在不当行为的得利即使转变为其他财产形态,依推定信托之规则,受益人可以通过追及程序追及至可识别的替代财产。推定信托产生的责任对推定受托人财产影响极大,推定受托人因攫取公司机会所获得的财产不能归属于其个人财产,而是推定的信托财产;如果受托人破产,推定的受益人即公司优先于受托人的一般债权人享有此财产。另外,如果公司信义人的不当行为使公司遭受了损失,那么,根据推定信托规则,公司作为受益人可以要求公司信义人即推定受托人承担个人责任,可以要求从受托人那里获得公平合理的赔偿。显然,我国《公司法》第148条所规定的“归入权”之救济上的作用没有“推定信托”的救济那样完备。

## (二)我国立法规定的缺憾

公司是一个以营利为目的的法律实体。公司营利目标的实现只能通过交易行为来实现,而对于任何一个公司,权利的获得与利益的增加都是从公司机会的获取开始的。<sup>②</sup>因此,保护公司机会,禁止攫取公司机会不当行为成为理论与实务界共同关注的问题。如果一个商业机会被视为某个公司的机会,那么,此公司的信义人如董事、经理和控股股东不得为自己之利益利用或攫取该机会。<sup>③</sup>因此,董事和经理不得为自己利益利用从公平的角度而言属于公司的商业机会,否则,需要承担修正的责任。董事和经理攫取公司机会构成对公司忠诚义务的违反,可以通过推定信托予以救济。

不当行为的救济通过剥夺其不当行为的得利,以消除受侵害者的损失。救济以不当行为为前提,而非以得利为基础。当然,不当行为和不当得利均可引起“返还”的法律后果。在不当行为救济的环境下,赔偿与返还均为救济的两种方式。受侵害人请求权基础为损失而非其得利。总之,不当行为的修正以不当行为作为根据,而“得利”返还和“损失”赔偿仅为修正的产物。

公司机会这样的财产或准财产之不当利用被视为不当行为,会导致弥补损失或返还所得之义务的产生。无论公司遭受实际上的经济损失与否,不当行为人必须返还其不当的利得。针对此种不当行为,寻求和提供的更佳救济方式应为推定信托的施加。在英美公司环境下,信义人利用公司的财产谋利,通过对此利益施加推定信托,受益人取得财产性救济。行为人即信义人被认定为推定受托人,为受益人的利益持有不当获得的利益。忠诚义务要求信义人不得从信义关系中谋利,否则,这种得利视为对义务构成实质性的违反。从这点来看,信义人返还利益的责任不是从外部对信义关系产生的威慑作用,而是一种救济结果,反映了信义人对受益人的义务本质。

对信义义务违反的制裁具有救济性。攫取公司机会违反信义义务的事实几乎总是产生一种新的不同义务即修正不当行为的救济义务,但有时并非绝对有此必要。信义人对其违反忠诚义务所获得的利润、利益或收益应当承担责任,这也是推定信托所施加的责任。<sup>④</sup>从这点来看,如果信义人通过不当行为的实施获得了不当的得利,他就成为了推定受托人,其义务的违反可以通过使其承担责任来修正。信义人作为推定受托人负有返还因不当行为而得利的责任,不当行为应当通过返还的方式予以救济。一旦确定了责任,接下来就是恰当的救济方式的确定。在

<sup>①</sup>方嘉麟:《信托法之理论与实务》,中国政法大学出版社2004年版,第348页。

<sup>②</sup>冯果:《“禁止篡夺公司机会”规则探究》,载《中国法学》2010年第1期。

<sup>③</sup>Clark, Corporate Law, Little, Brown and Company, 1986: 223.

<sup>④</sup>Meagher, R.P., Gummow, W.M.C., Lehane, J.R.F., Equity: Doctrines and Remedies, 3<sup>rd</sup> ed., Butterworths, 1992: 615.

公司机会场合中,信义义务的存在意味着义务所要求的忠诚包括在公司的权利当中,因为信义人用利益不当地代替了义务。返还得利的要求体现为公司要求信义人履行忠诚义务的权利。

不当行为救济中,推定信托可以强制不当行为人返还其不当的得利,是一种预防性的措施。<sup>①</sup>与不当得利制度不同,推定信托制度不以受害人的损失为前提。即使在没有遭受任何相应的实际损失情况下,公司也有权请求返还得利。同样,即使公司实际上或法律上不能获得的利益,信义人也必须返还。<sup>②</sup>返还的数额为信义人从不当行为中的实际得利,也就是行为人获得的纯利润。即使公司没有遭受任何经济损失,从公司资产上所产生的价值也应当返还。因此,推定信托适用于信义人对公司实施不当行为所产生的得利的救济,这源自于信义人信义义务之违反以及在特定情形下当事人之间的利益衡平。<sup>③</sup>显然,推定信托是作为不当行为救济中得利的返还工具,信义人所承担的责任就是基于对其不当行为的救济。根据公司机会准则,公司获利与否无关紧要,关键是信义义务的违反决定了信义人的责任承担。

推定信托的适用本身就可以使推定信托受托人承担两种形式的责任,即财产性(物权性)责任和对人责任。其中,任何一种形式的责任都是信义义务及其违反所产生的结果。<sup>④</sup>推定信托必须赋予受益人对推定信托标的享有财产性权利,而且还需使推定信托的受托人向受益人就其行为承担对人责任。显然,推定信托的受益人一直被认享有信托财产利益的权利,他确实有权享有信托财产上的利益。如果受益人被认为对形成推定信托标的的财产享有绝对利益,那么,他有权要求移转信托财产于他,包括自推定信托产生时起该财产所产生的收益或其他孳息。<sup>⑤</sup>推定信托作为信托的一种,也产生信托的法律效果,信托财产的“同一性”使该财产的交易所得仍为信托财产。

如果受益人选择要求受托人承担对人责任,那么,他可以请求推定信托的受托人承担其违反义务的赔偿责任,他可以请求获得与推定信托标的价值相当的赔偿,该价值从推定信托产生时起算并加上利息。如果作为推定信托的标的的财产仍在推定受托人手中且可以识别,那么,受益人可以选择行使其对推定信托标的的财产性权利或要求推定受托人承担对人责任。在少数情况下,受益人可以同时行使这两种形式的救济。如果作为推定信托之标的的财产不在推定受托人手中,但在第三人手中且能识别,那么,在此情形下,受益人可以追及至第三人的手中请求返还财产。有时,即使推定信托被施加,受益人也无法请求第三人返还财产,要么因为财产具有可消耗性已被挥霍或已消灭,要么因为第三人能够主张抗辩事由对抗受益人的财产性权利。在此情形下,受益人对推定信托的标的不再享有财产性权利,受益人的唯一救济方式是要求推定受托人承担对人责任。

根据我国《公司法》第148条之规定,公司可通过行使归入权,将董事所得收入收归公司所有。虽然此规定引入了英美所谓的公司机会准则,但相当的预防和救济措施的缺失,使其未能发挥其应有的功用,既不能发挥其预防作用又不能给作为其义务之相对人的公司以恰当的物权法上的救济。首先,归入权以公司信义人获取了“收入”并现实存在为前提,如果此“收入”已转化成其他财产形态,公司的“归入权”就不可追及了。其次,此规定的公司“归入权”仅仅是恢复性救济中的返还不当得利的法律后果,忽视了“弥补损失”这一层面。公司作为受侵害者,其

<sup>①</sup>Alastair Hudson, *Principles of Equity and Trusts*, Routledge, 2016: 502.

<sup>②</sup>Loring and Rounds, *A Trustee's Handbook*, Wolters Kluwer Law & Business, 2017: 463.

<sup>③</sup>Graham Virgo, *Principles of the Law of Restitution*, Oxford University Press, 2015: 570.

<sup>④</sup>See M. Cope, *Constructive Trusts*, The Law Book Company Limited, 1992: 55.

<sup>⑤</sup>See *Re Macadam* (1946) Ch. 73. Graham Moffat, Gerry Bean, Rebecca Probert, *Trusts Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 1946: 448.

机会被攫取,公司即丧失了获取交易机会的权利,在公司未遭受直接经济损失的情况下,公司机会的损失往往被忽视。机会丧失的损失可以通过权利人许可第三人使用该机会所能获得的利益来衡量,此种情形唯有通过“弥补损失”这一恢复性救济手段才能实现。再次,“归入权”是不当得利之救济方式的具体体现,而非对不当行为的充分救济。攫取公司机会不当行为得利的救济与不当得利的救济是截然不同的:第一,根据不同。不当行为得利的救济以行为人实施了不当行为为前提;而不当得利的救济则以行为人获得了不当得利为前提。前者是义务违反之不当行为的后果,不论得利是来自于财产的滥用还是取自于其他资源。后者是没有合法根据所获得利益的法律后果。第二,义务的层次不同。不当行为得利的救济是对初级义务违反而产生的次级义务,而不当得利的救济则不是,只要是没有合法根据而得利的情形就适用。前者要求行为人返还因其不当行为所获得的利益,这是次级义务;后者要求返还无合法根据所获得的利益。第三,主观意图不同。前者主观上有故意,而后者没有。第四,有无机会成本不同。第五,责任的要素。前者包括:不当行为、得利。后者包括:得利、没有正当理由和他方受损失。

我国《公司法》第148条规定引入公司机会准则虽具有开创性的意义,丰富了信义人忠实义务的构成体系,为大陆法系国家移植英美普通法规则和制度提供了有益的借鉴。<sup>①</sup>但是,相关条款的规定过于简单,对信义人攫取公司机会行为救济的规定很不完备,难以实现此准则引入的初衷。

### (三)我国立法对推定信托制度借鉴的可能性

推定信托制度是英美法为达到当事人之间财产分配平衡效果所创设的一种制度安排,也是财产权受到侵害时相当重要之救济管道。推定信托制度在我国信托立法中阙如,其引入须克服其与我国相关法律概念之冲突。

#### 1. 推定信托与物权法定原则的扞格

我国采取物权法定原则,物权以法定者为限。根据物权法定原则,物权的类型和内容由民法或其他法律明确规定,不得任意创设。推定信托所赋予受益人的物权,在我国物权法和信托法中均未加以规定。为此,推定信托对受益人物权的赋予似有违物权法定原则。从现象上来看,推定信托与物权法定原则存在扞格。

责任是不当行为人与不当行为救济(修正)之间的必然纽带,责任用于修正不当行为。推定信托一直被用于指责任;其适用所产生的救济结果已被人们认识和了解。<sup>②</sup>推定信托是为了矫正不当财产关系的一种司法救济手段,是对不当行为的救济措施,也是弥补应用不当得利制度无法解决时的救济性制度,其适用的最终效力不仅是赢利的返还,而且是对整个营业适用推定信托,因为公司的营业机会被攫取用于发展新的营业,整个实体的繁荣是建立在公司资源的基础上的。<sup>③</sup>推定信托的施加,是在确认和追认一个既存的财产权,而不是创设相应的权利,此与物权法定原则所奉行“物权种类和内容由法律规定,不得任意创设”意旨并不冲突,换言之,推定信托与物权法定原则并不矛盾。

公司信义人攫取公司机会涉及忠诚义务的违反这一信义义务的核心,同时也是侵害了公司对商业机会所享有的财产权或准财产权。公司对商业机会的财产权所产生的“收入”享有真正的所有权,此权由法院确认或认可并非创设了新的物权种类和内容。因此,推定信托可以作

<sup>①</sup>参见车传波:《公司机会准则的司法裁判》,载《法律科学》2010年第5期。

<sup>②</sup>Donovan W.M. Waters, Q.C., The nature of the remedial constructive trust, in Peter Birks, The Frontiers of Liability, volume 2, Oxford University Press, 1994: 173.

<sup>③</sup>Samantha J Hepburn, Principles of Equity and Trusts, The Federation Press, 2009: 145.

为一种责任和一种救济方式适用于信义人攫取公司机会实施不当行为的场合。

## 2. 推定信托与一物一权主义的扞格

一物一权是我国民法的核心。它是指一个物上只能有一位所有权人。作为民法法系国家,我国民法也沿袭了罗马法传统。在传统罗马法中,受益所有权人被赋予了相应的法律地位,在没有采用市民法规定的形式移转财产的场合,他们仅享有对人权或道德请求权。在此情形下,可以根据财产权的性质,在法定的一到二年期满后取得所有权。然而,该所有权人极易丧失占有权于第三人或者遭受法定所有权人的对抗。在后来的共和国时期,随着大规模的商事交易的发展,所有权的常规取得方式渐趋过时,为了保护取得所有权者的先期利益,执政官赋予了准所有权人诉讼权以对抗第三方占有人以及法定所有权人。罗马人称其法律地位为善意拥有(“in bonis esse”和“rem in bonis habere”),现在称为裁判官所有权。<sup>①</sup>盖尤斯(Gaius)直接称之为双重支配权(dominium duplex),因为所有权被分割为法定所有权和裁判所有权。<sup>②</sup>在罗马信托中,受托人受诚信义务的拘束,须履行与委托人之间协议约定的义务,在一定目的实现后返还财产于移转人,否则,会被提起信托诉讼。根据罗马法,受益人仅能诉标的物的继承所有权人,但执政官赋予其对信托标的的财产享有占有权,从而使受益人能从任何占有人手中请求返还财产,善意的受让人除外。在继承人破产情况下,受益人有优先于信义人的普通债权人的权利。<sup>③</sup>这就是传统罗马法中法定所有权与受益所有权的分离,旨在保护受益人的利益,又称为“双重所有权”。这主要缘于当时法域中的两种法律制度。然而,在如今,不存在两种法律制度的法域中,也可以见证其发展,但取决于立法者的作用。

在德国的现代民法中,有一种制度Treuhand,是为管理的目的,通过协议方式,移转所有权的设计。在此法律关系中,受托人被赋予了法定所有权,有别于标的的受益权。在1899年,帝国法院将Treuhand视为某人受委托为他人利益或客观目的而处分物或权利的制度。其中,信托之物或权利均构成信托的财产。于是,根据Treuhand之合同,首先,在受托人破产时,委托人享有对抗受托人债权人的权利,阻止受托人的债权人追索信托的标的财产。另外,委托人本人有权从受托人破产财团中取回标的财产。其次,委托人的债权人有权取得信托合同项下的财产,但是受托人仍然被视为信托财产的唯一所有权人。可见,Treuhand有内外两种不同的效果。从外部来看,仅有一个所有权人,而从内部来看,受托人受合同的约束。<sup>④</sup>然而,委托人之所以能获得上述的救济是因为其享有的、对信托财产的受益权地位以及出于对其所有权之期待权的保护。

## 六、结 语

推定信托作为信托之一种,具有物权性救济与债权救济的特质。在现有理论尚存争议的情况下,我国可通过立法技术引入推定信托制度,并在此基础上,赋予不当行为受侵害的人以恰当的救济方式,使其能获得物权法上的充分保护。本质上来看,推定信托制度所赋予的物权性救济与物权的两分法即实际利用权和价值取得权<sup>⑤</sup>具有高度一致性。推定信托制度的借

<sup>①</sup>Kaser, “In bonis esse”(1961)78 Sav.Z/Rom 173, p. 184. See also, Ankum & Pool, “Rem in bonis meis esse and rem in bonis meam esse: Traces of the Development of Roman Double Ownership”, in: Birks(ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property*(Oxford, 1989)who distinguish between three categories of in bonis expressions.

<sup>②</sup>Edward Poste, *Gai Institutiones or institutes of Roman Law by Gaius*, Oxford: Clarendon Press, 1904: 147.

<sup>③</sup>David Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Oxford University Press, 1988: 30.

<sup>④</sup>B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, *Intersentia in the Ius Commune Europaeum Series*, No. 75, 2008: 184-186.

<sup>⑤</sup>孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,第39-40页。

鉴,一则可以丰富我国信托法理论,推动我国信托立法的完善;二则构建新型的权利保护机制,促进商事法律制度的革新与发展。

公司追求有利的商业机会是公司利润最大化的前提,而公司商业机会的利用依赖于董事或经理,但董事或经理因自身利益最大化的驱使会攫取公司机会,公司就很容易成为董事贪婪行为的牺牲品。在违反公司机会准则的情况下,只要董事或经理利用公司的商业机会为自己谋利或开拓了新的营业,那么,所获得的利益或开拓的新营业就是董事或经理作为信义人通过不当行为所获得的利益。在此情形下,适用推定信托制度,将董事及经理所获得的机会和任何财产或利益均成立为公司的利益所设立的推定信托。通过推定信托这种恰当的救济方式,一则,使违反义务的信义人返还不当行为的得利二则,通过赋予不当行为受侵害的人以物权救济方式,在公司信义人利用公司机会所取得的利益转化为其他财产权利形态的情况下,公司作为受益人仍可以追及至第三人手中的任何权利形态,从而给予公司以充分的物权法上的保护。再则,如果作为推定信托标的的财产被挥霍或灭失,那么,公司作为受益人可以请求推定受托人承担个人责任,这是信义人的次级责任。有鉴于此,推定信托制度可以提供比我国《公司法》第148条规定的“归入权”更为充分的法律保障。推定信托作为预防性措施是对信义义务违反的应对。在违反信义义务的攫取公司机会场合,推定信托适用于对不当行为的救济,它能确保公平和正义。<sup>①</sup>修正正义的推定信托对攫取公司机会所造成的不当行为施加了修正义务,在此情形下,推定信托制度为实现修正正义的目标,提供了有效的救济机制。

#### 主要参考文献:

- [1] 奥斯汀. 法理学范围之限定[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [2] [法] 弗朗索瓦·泰雷, 菲利普·森勒尔. 法国财产法[M]. 罗结珍译. 北京: 中国法制出版社, 2008.
- [3] Coleman J. The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory[M]. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- [4] Frankel T. Fiduciary law[M]. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- [5] Giglio F. The foundations of restitution for wrongs[M]. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- [6] Hudson A. Principles of equity and trusts[M]. London: Routledge, 2016.
- [7] McKendrick E. Commercial aspects of trusts and fiduciary obligations[M]. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- [8] Oakley A J. Trends in contemporary trust law[M]. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- [9] Von Ihering R, Lalor J J, trans. The struggle for law[M]. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1997.

## Corrective Justice of Constructive Trusts and Drawing upon the Constructive Trusts Institution: Take the Misappropriation of Corporate Opportunities as an Illustration

Chen Xueping

(School of Law, South-central University for Nationalities, Hubei Wuhan 430074, China)

**Summary:** Our Corporation Law clearly provides that directors and key managers have the

<sup>①</sup>Donovan W.M. Waters, Q.C., The Nature of the remedial constructive trust, in Peter Birks, The Frontiers of Liability, volume 2, Oxford University Press, 1994: 176.

duty not to misappropriate the corporate opportunities and the benefits obtained from the breach of the duty should be of the corporation, that is, the corporation has the “disgorgement right”. This provision over the legal remedy of the misappropriation of corporate opportunities by directors and key managers aims to incorporate the benefits into the corporation, which is based on the theory of unjust enrichment and doesn't grant the victims with the real remedies for the breach of fiduciary duties. This cannot be sufficient to protect the victims' rights: firstly, disgorgement of profits would be hindered, if benefits obtained by corporate fiduciaries would have been changed into other forms of property or transferred to the third party; secondly, corporate fiduciaries would not be liable to make up for the loss while the corporation hasn't directly suffered a financial loss, but an opportunity loss; thirdly, disgorgement of profits based on the theory of unjust enrichment cannot give enough relief for such a wrong. The constructive trusts for the breach of fiduciary duty in the case of misappropriation of corporate opportunities shall have different legal effects: on the one hand, the victims can claim the disgorgement of profits by wrongdoers from the misappropriation of corporate opportunities; on the other hand, the benefits obtained by the wrongdoers can be traced by the victims through the real remedies while they have been transferred to the third party. According to the principle of the constructive trusts, the constructive trusts can be real remedy devices and personal remedy tools which can make up for the deficiency of the principle of unjust enrichment as remedy devices while the fiduciaries breach the fiduciary duty such as the misappropriation of corporate opportunities. The constructive trusts have advantages over the general creditors in the protection of rights. It is up to the parties to choose which remedy to protect themselves. The corrective function of constructive trusts is a measure of restitution of the wrongdoing from the breach of fiduciary duty. Constructive trusts have two corrective functions: disgorging the property and compensating the damages, which can provide the parties with a real remedy and a personal remedy. Especially a real remedy can offer victims a complete right protection mechanism, for it has an advantage over an ordinary creditor in the right protection. The institution of constructive trusts can fill the gap in the current statutory provisions of breach of fiduciary duties and make up for the deficiency of the rules of unjust enrichment, which cannot be substituted by other civil institutions and is worth being borrowed by our state's trusts law. However, the conflicts among some legal ideas or concepts should be resolved when transplanting constructive trusts. The article takes the correction of the misappropriation of corporate opportunities as an illustration to study the corrective justice of constructive trusts, whose aim is to develop some theories related, promote the judicial practice, learn from constructive trusts and localize them by our state's trusts law.

**Key words:** corporate opportunities; fiduciary duty; corrective justice; constructive trusts

(责任编辑: 倪建文)