

# 不当得利法的希尔伯特问题

叶名怡\*

**摘要** 《民法典》首次系统规定不当得利法,寻求妥当的解释论成为当务之急。不当得利法体系庞杂,议题繁多。其基本问题包括:①不当得利与其他责任的关系;②不当得利类型论应遵循统一说抑或非统一说;③何谓“没有法律根据”;④因果关系作为不当得利构成要件的意义;⑤获利应否返还;⑥强迫得利该如何判定和评价;⑦如何理解为履行道德义务进行的给付;⑧如何理解明知无给付义务而进行的债务清偿;⑨得利人的善意或恶意在不当得利法上的意义。破除对德国不当得利理论体系的迷信和盲从,立足我国实证法并结合比较法最新发展趋势对这些基本问题深入分析,将对不当得利法本土解释论的建构起到引领性的奠基作用。

**关键词** 不当得利 希尔伯特问题 没有法律根据 非债清偿 权益侵害

长期以来,相对于民法其他细分领域,不当得利立法简陋,案件数量庞大但裁判尺度不一,理论研究薄弱。《民法典》首次系统规定不当得利法,<sup>〔1〕</sup>在重申第122条不当得利构成要件的同时,新增三项不予返还之例外,并对得利人善意、恶意不同情形下返还范围区别对待,还对第三人直索责任予以补全。不当得利法基本骨架由此成型。对它们的解释无疑是不当得利法的基本问题。不当得利的体系定位与类型学说则是准确解释的两大基本理论前提。本文将这些问题视为不当得利法研究中的“希尔伯特问题”,略陈固陋,权作引玉之砖。

## 一、不当得利与其他责任的关系

在特定个案中是成立不当得利还是其他责任,取决于立法者如何看待不当得利与其他责

\* 上海财经大学法学院教授。

〔1〕 本文所称不当得利法指《民法典》第122条及第985—988条。以下法条未注明出处者均来自《民法典》。

任的关系,即不当得利法在民法体系中的定位,而该问题又取决于对不当得利法属性的认识。

传统理论认为,关于不当得利制度的属性有两种学说,即辅助性说和独立性说;前者主张,无其他请求权时方可成立不当得利请求权(以法国、意大利为代表),后者认为,不当得利请求权原则上可与其他请求权发生自由竞合(以德国和我国台湾地区为代表);两相比较,以后者为优。<sup>〔2〕</sup>但这种比较并不恰当且有误导性。其一,比较对象实不相同。法、意两国被用于比较的是不含非债清偿的狭义不当得利,而德国则是包括给付型和非给付型在内的不当得利。其二,在法国和意大利,非债清偿之诉并无辅助性。<sup>〔3〕</sup>其三,在德国,非给付型相对于给付型不当得利具有辅助性,<sup>〔4〕</sup>费用型不当得利相对于其他请求权也具有辅助性。<sup>〔5〕</sup>债务不履行及合同解除清算返还请求权与不当得利请求权亦非自由竞合关系。

可见,绝对的辅助性与绝对的竞合性均不存在。我国法应采不完全辅助性或限制竞合立场。在当事人间存在(包括无效)合同、无因管理及其他特殊关系时,无不当得利法适用之空间,其他场合则允许竞合。因为“没有法律根据”要件排斥合同关系等基础关系。若对该要件作过宽解释,则易致不当得利制度过度膨胀,竞合无处不在,引发混乱。

### (一)其他责任排斥不当得利的情形

#### 1.合同责任排斥不当得利

最高人民法院多次强调,适用不当得利法的前提是双方无合同关系。<sup>〔6〕</sup>无疑,在违约救济(第577条)与合同解除清算(第566条第1款)时,无其适用余地。<sup>〔7〕</sup>

关于合同无效清算返还,我国传统学说照搬德国理论认为应适用不当得利法。<sup>〔8〕</sup>但比较法(如法国、日本新民法)最新发展趋势是,合同无效清算返还适用特别规范而非不当得利法。其背后逻辑在于,与合同解除清算返还不适用得利丧失抗辩一样,合同无效清算返还亦同。即便在德国,合同解除返还也不适用现存利益返还,合同无效返还为何不作相同处理?既然合同无效返还的效果是要回复到没有合同之前的状态,就应遵循全面返还而非现存利益返还原则。<sup>〔9〕</sup>为了恢复如初,只应考虑各方履行合同之所为给付(performances),而不应考虑他

〔2〕 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2015年版,第292页;王利明:《债法总则研究》,中国人民大学出版社2018年版,第389页;崔建远、陈进:《债法总论》,法律出版社2021年版,第335页。

〔3〕 V. JurisClasseur Civil Code, Art.1302 à 1302-3, Fasc.unique: Autres sources d'obligations. — paiement de l'indu, 27/11/2018, Yves Strickler, no. 67.

〔4〕 王泽鉴,见前注〔2〕,第199页;Schwab, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 66.

〔5〕 参见(德)汉斯·约瑟夫·威灵:《德国不当得利法》,薛启明译,中国法制出版社2021年版,第58页。

〔6〕 参见哈尔滨亿兴热力有限公司、黑龙江省鑫玛热电集团呼兰有限公司不当得利纠纷案,最高人民法院再审民事裁定书,(2019)最高法民申1497号;西南交通建设集团股份有限公司西藏分公司、西南交通建设集团股份有限公司不当得利纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2018)最高法民终593号。

〔7〕 参见大唐电信(成都)信息技术有限公司、馥稷生物科技发展(上海)有限公司买卖合同纠纷,最高人民法院再审民事裁定书,(2020)最高法民申1580号。

〔8〕 崔建远等,见前注〔2〕,第343页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义(中)》,法律出版社2021年版,第1793页。

〔9〕 近江幸治『民法講義Ⅵ:事務管理・不当利得・不法行為』(成文堂,2018年)62頁参照。

们的受益(bénéfices),故应排除不当得利诉讼。<sup>[10]</sup>那种认为合同既然无效就应考虑不当得利法若干原则的观点是错误的。<sup>[11]</sup>不当得利法绝非无效合同清算回转的合适工具。<sup>[12]</sup>

事实上,我国立法及审判实务主流立场从未将合同无效清算返还与不当得利进行过捆绑,体现出与主流理论截然不同的面貌。另应注意,原《民法通则》第92条使用“没有合法根据”,而第122条和985条以“没有法律根据”代替。基于无效合同受领给付虽不属于有合法根据,但属于有法律根据,故受领人不构成不当得利。

## 2.其他排斥情形

具体包括:①添附规则。依第322条第2句,在添附场合,因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的,应当给予赔偿或者补偿。其中补偿对象并非己方得利,而是“他方因此丧失所有权的物的原有价值或者所付出的劳务的价值”。<sup>[13]</sup>因其法效果特殊,故为特别法。②第三人代为履行。依第524条,第三人对债务履行有合法利益时可代债务人为履行,代为履行的法律效果是法定的债权移转,<sup>[14]</sup>第三人代位取得债权人的法律地位。此时不应援用不当得利法。至于对债务履行不具有合法利益的第三人代为清偿,通常构成不真正无因管理(第980条),亦不适用不当得利法。③第三人替代履行费用之求偿。有观点认为,第581条之第三人替代履行费用求偿权亦属不当得利请求权,<sup>[15]</sup>然而,该条为违约责任制度之固有内容,与不当得利法无关。④真正或不真正无因管理。

### (二)不当得利与其他责任竞合的情形

具体包括:①占有返还责任。有观点认为,第460条规定优待善意无权占有人,故应优先适用。<sup>[16]</sup>但善意得利人在返还不当得利时也有权主张扣减必要费用。之前已有通过类推善意占有人规定来证成得利丧失抗辩之效果的先例。<sup>[17]</sup>故二者应为竞合关系。②无权处分人的损害赔偿。第311条第2款规定,受让人依据前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求损害赔偿。此损害赔偿或为违约责任(有合同关系时),或为侵权责任(受让人有过错时),或为违约与侵权责任的竞合。但有违约责任则必无不当得利责任。

[10] V. JurisClasseur Civil Code, Art.1303 à 1303-4, Fasc.20; Enrichissement Injustifié. — Conditions juridiques, 27/11/2018, Valerio Forti, no. 32.

[11] See Charlie Webb, *Reason and Restitution, A Theory of Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 171.

[12] See Nils Jansen, The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Divisions of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law, *Journal of European Tort Law*, Vol. 1, 2010, p. 33.

[13] 参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注·物权编(2)》,中国法制出版社2020年版,第508页(汪志刚执笔)。

[14] 黄薇,见前注[8],第1004页。

[15] 参见王洪亮:“《民法典》中得利返还请求权基础的体系与适用”,《法学家》2021年第3期,第46页。

[16] 同上注,第37页。

[17] 参见刘忠友与南昌市政建设有限公司、江西省福振路桥建筑工程有限公司建设工程合同纠纷案,最高人民法院再审民事判决书,(2017)最高法民再287号。

仅当二者间无合同关系时,存在不当得利与侵权竞合的可能。<sup>[18]</sup> ③侵权责任。若不当得利人有过错,则亦构成侵权。在侵害他人精神性人格权场合,财产损失常难以估算,故传统理论认为此时不当得利救济路径有独特优势。<sup>[19]</sup> 但第 1182 条允许“按照侵权人因此获得的利益赔偿”,使得这种优势丧失殆尽。尽管如此,二者仍可构成竞合。当然,关于第 1182 条责任的性质,还有不当得利说、<sup>[20]</sup>损害赔偿与不当得利混合性质说、<sup>[21]</sup>新型法定之债说等等。<sup>[22]</sup> 但从文义看,该条责任仍是“赔偿”责任。侵权法上的损害是一个规范概念,获利数额视同损害数额正是损害的一种客观计算方式。本条侵权构成仍须回归第 1165 条,即以过错为要件。除第 1182 条外,知识产权法上类似的损害赔偿规则与不当得利规则也可能存在竞合。

## 二、统一说,还是非统一说?

不当得利是否要细分为不同类型,应如何分类,分类有何实益? 不当得利的类型论直接影响其构成要件或其判断、法律效果等一系列问题,属于不当得利法的核心问题。

### (一)统一说和非统一说的解构

统一说认为不当得利有统一的基础,如公平、正义等,非统一说认为不同类型的得利有不同基础。<sup>[23]</sup> 非统一说系德国、奥地利以及我国台湾地区通说,<sup>[24]</sup> 亦为我国通说。<sup>[25]</sup> 非统一说将不当得利分为给付型和非给付型,给付型又分为三类:原因(或目的)自始欠缺、嗣后丧失以及目的不达(以下简称“给付三分法”);非给付型也分为三类:权益侵害型、费用支出型以及求偿不当得利(以下简称“非给付三分法”)。<sup>[26]</sup>

本文认为,中、德两国法有重大差异,非统一说不当得利类型体系应予抛弃。理由如下:

第一,给付型与非给付型不当得利区分的首要价值在于二者构成要件各自独立。但我国立法及审判实务主流立场在其构成要件上向来采一元主义。

第二,给付三分法在德国实证法依据,但在我国却无。《德国民法典》(以下简称“德民”)第 812 条规定三种“无法律原因”情形:法律原因欠缺、嗣后丧失以及给付所追求的“效果”未发生。而在我国,第 122 条、第 985 条均采一般条款模式。

[18] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《民法典物权编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 533 页。

[19] 王泽鉴,见前注[2],第 176、178 页。

[20] 王洪亮,见前注[15],第 35 页。

[21] 参见朱岩:“‘利润剥夺’的请求权基础”,《法商研究》2011 年第 3 期,第 142 页。

[22] 参见程啸:《侵权责任法》(第 3 版),法律出版社 2021 年版,第 844 页。

[23] 参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 95 页。

[24] 参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 190 页。

[25] 参见崔建远等,见前注[2],第 334 页;黄薇,见前注[8],第 1791 页;王洪亮,见前注[15],第 35 页;李永军:“‘准合同’概念之外延考——对我国《民法典》第 985 条的理论与实证分析”,《政治与法律》2022 年第 5 期,第 80 页。

[26] 王泽鉴,见前注[2],第 38 页。

第三,非统一说的精髓在给付型不当得利,给付型不当得利的精髓在合同无效、被撤销所致给付原因自始欠缺。但我国法对法律行为无效清算采单独立法例。而且,给付型不当得利的构造与承认物权行为无因性有莫大关系。<sup>[27]</sup>在我国则完全无此困扰。

第四,关于法律行为所附解除条件成就、所附解除期限届至、赠与被撤销(第665条)之清算,在我国法均另有可适用规则,<sup>[28]</sup>德国法却认定为给付原因嗣后丧失之典型情形。<sup>[29]</sup>

第五,目的不达型不当得利的诞生背景是“法律关系未纯化所致”,<sup>[30]</sup>其在当代仅有“相对狭窄的存在意义”。<sup>[31]</sup>随着法制日臻细密,其存在意义趋于无限小,全有或全无的法效果更显其劣势,其残留部分可归入非债清偿或交易基础丧失。至于设债原因之不当得利(特殊的目的不达型),如主动帮人整修花园,<sup>[32]</sup>在我国适用(含不真正)无因管理规则即可。

第六,费用支出型不当得利(因错误而为他人事务支出费用使他人受益),在德民有明文规定(第684条第1句<sup>[33]</sup>或第812条第1句<sup>[34]</sup>),而在我国却无。此类情形或构成强迫得利,如错误装修他人房屋;或构成误信管理,如错误饲养他人之羊;或构成非债清偿,如错误抚养他人子女,其实错误抚养与错误汇款并无本质不同,均属对受领对象的认识错误。

第七,求偿型不当得利是第三人有意地替债务人偿债。有观点认为“求偿型不当得利并不存在”。<sup>[35]</sup>有观点认为,其性质实为费用支出型不当得利的子集特殊类型。<sup>[36]</sup>王泽鉴教授所列各种情形在我国均有特别规定,如连带债务人间的追偿(第519条)、保证人对债务人的追偿(第700条)、第三人具有合法利益的代为清偿(第524条)以及不具有合法利益的代为清偿(第980条)等。尽管德国法上类推适用债权让与法为债务人提供保护,但与其如此曲解拟制,不如还原其本质——违背或契合债务人意愿的不当或正当无因管理。<sup>[37]</sup>费用支出型及求偿型不当得利均为德国民法土地孕育出来之独特制度,其他国家不应盲从。<sup>[38]</sup>

第八,德国式给付概念晦涩难解。给付(Leistung)是指有意识且有目的地增加他人的整

[27] 近江幸治·前掲注[9]30页参照。

[28] 参见杨代雄:《法律行为论》,法律出版社2021年版,第483页;翟远见:“《合同法》第45条(附条件合同)评注”,《法学家》2018年第5期,第190页;翟远见:“《民法典》第160条(附期限法律行为)评注”,《法学家》2020年第5期,第188页。

[29] 王泽鉴,见前注[2],第70页。相关质疑参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第531页。

[30] 近江幸治·前掲注[9]92页参照。

[31] 威灵,见前注[5],第30页。

[32] 威灵,见前注[5],第17、37页。

[33] Schäfer, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 684 Rn. 2.

[34] 威灵,见前注[5],第71页。

[35] 威灵,见前注[5],第50页。

[36] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 812 Rn. 390, 396.

[37] 参见(德)迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》(第7版),沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第98页。

[38] 参见陈自强:“不当得利法体系之再构成”,《北方法学》2020年第5期,第12页。

体财产。<sup>[39]</sup> 此概念看似简单,其实不然。例如,德国联邦最高法院有时将清偿他人债务认定为给付型不当得利。<sup>[40]</sup> 很多国人误以为错误汇款是给付型不当得利。<sup>[41]</sup>

第九,德国式给付概念并无必要。其最大功能是确定多人型不当得利关系中当事人的身份,最大功效是排除跨角直索。<sup>[42]</sup> 但也有德国学者认为此概念可被(债的)清偿(Erfüllung)所替代。<sup>[43]</sup> 法国法用的也是类似的概念——清偿(paiement),返还之诉的原告是清偿人或以其名义且为其利益而清偿之人,被告是受偿人或以其名义且为其利益而受偿之人。<sup>[44]</sup> 事实上,我国法未采德式物权行为理论,故从未有过德式给付概念。<sup>[45]</sup> 审判实务一般运用广义的清偿/支付概念配合直接性原则来锁定当事人身份,顺畅无碍。至于第 985 条但书第 1 项(为履行道德义务进行的给付)和第 3 项(明知无给付义务而进行的债务清偿)中的“给付”,前者意指给予或加利行为,对应的德文是 Zuwendung,而非 Leistung;<sup>[46]</sup> 后者意指前述广义的清偿,无给付义务即无清偿义务。此外,鉴于德国式给付概念与合同的亲缘性,在我国对法律行为无效清算返还采单独立法后,前者在不当得利法中更将沦为无用之物。

第十,德国法上各类不当得利适用关系异常复杂,如给付型不当得利相对于非给付型的优先性,费用型不当得利的辅助性等等。与此同时,“非统一说”主张不同类型不当得利法律效果完全相同,<sup>[47]</sup> 仍有不够彻底之弊端,<sup>[48]</sup> 极大地削弱了区分的意义。

## (二)不当得利的再类型化

否定非统一说并不意味着要拥抱拒绝分类的统一说。形形色色的不当得利是一种客观存在,而“人类思维就是通过分类和比较来进行工作的。法治要求相似事务相似处理”,<sup>[49]</sup> “类型化如不在立法阶段,亦必须在司法阶段为之”。<sup>[50]</sup> 不当得利的再类型化须以实务为基础。结合我国的审判实务,本文认为不当得利应分为非债清偿与权益侵害型两类。

第一类:非债清偿(无因支付)。一切没有基础关系(原因关系)的自愿移转财产,均构成非债清偿。细分子类型包括:①想象之债(误认有债);②错误支付;③溢付款;④婚约或恋爱关系解除后财物返还。第二类:权益侵害型不当得利。即基于受损人意志外的原因致其财物向得利人转移。原因事实可能是:①得利人的不法侵害行为;②得利人从第三人处冒领财物;③第

[39] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 812 Rn. 47.

[40] Wendehorst, in: BeckOK BGB, 51. Ed. 1. 5. 2019, § 812 Rn. 28.

[41] 错误汇款在德国不是非债清偿(Leistung auf eine Nichtschuld),但在法国却是(le paiement l'indu)。

[42] 参见威灵,见前注[5],第 15 页、第 97 页。

[43] Vgl. Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 812, Rn. 52, 54.

[44] Yves Strickler, op. cit., nos. 54, 58.

[45] 参见娄爱华:“不当得利‘没有合法根据’之概念澄清”,《法律科学》2012 年第 6 期,第 115 页。

[46] 法国虽无德国式给付概念,但同样存在类似我国第 985 条但书三项例外的规则。

[47] Vgl. Canaris, JZ 1971, S. 561.

[48] 陈自强:“民法典不当得利返还责任体系之展开”,《法学研究》2021 年第 4 期,第 103 页。

[49] James Edelman and Elise Bant, *Unjust Enrichment*, 2nd ed., Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 16.

[50] 参见黄茂荣:《不当得利》,植根法学丛书编辑室 2011 年版,第 17 页。

三人的行为,如法院错误强制执行,或者行政部门登记错误导致被告获得本属于原告的利益;  
④自然事件,如暴风雨将甲鱼塘之鳄鱼冲入相邻乙鱼塘。

不当得利类型化的意义不在于“道”而在于“术”,即不在于它们的意义、属性、功能、定位、规范依据、要件体系以及证明责任分配等方面有何不同,而在于构成要件的判断标准、要件事实具体化义务之内容、抗辩的可适用性以及返还对象及范围上存在差异。

### 三、何为“没有法律根据”?

“没有法律根据”是不当得利最重要的构成要件。其应如何理解与判断?统一说认为,没有法律根据即违反公平或衡平,非统一说认为,各种不当得利基础各异,含义有别。<sup>[51]</sup>如前所述,非统一说应予解构,没有法律根据的内涵具有统一性,均指向对法体系所设定之权益秩序的背离,<sup>[52]</sup>但在不同类型的得利场合,具体的判断标准和判断方法有别。

#### (一)非债清偿:欠缺基础关系(原因关系)

##### 1.客观说与主观说

传统上,在给付型不当得利,“没有法律根据”有客观说与主观说之分;前者指给付欠缺原因关系(主要是债之关系),后者指给付目的未实现。客观说为德国主流学说,<sup>[53]</sup>但主观说经由王泽鉴倡导,<sup>[54]</sup>对大陆学者产生深刻影响。<sup>[55]</sup>本文认为,在非债清偿应坚持客观说。理由如下:首先,德民第812条原文是法律上“原因”(Grund)欠缺或嗣后丧失,但主观说将其演绎成“目的”(Zweck)。客观原因与主观目的岂能等同?当法律关系已提供财货移动对象归属的相关信息时,决定利益归属的就应是客观状况,而非主观目的。<sup>[56]</sup>

其次,比较法上亦多采客观标准。《法国民法典》(以下简称“法民”)第1303-1条规定,源于债务清偿或赠与之外的得利为不当得利。法国学说还从反面对正当得利进行类型化总结。<sup>[57]</sup>英国法除同样秉持“不当是指得利并非基于受赠或债务清偿”外,还从给付者角度对不当因素进行列举,包括因错误、不当压力或不当影响而支付,或支付欠缺对价、支付决定有瑕疵等。<sup>[58]</sup>

最后,我国审判实务一向坚持客观说。<sup>[59]</sup>“没有法律根据”就是指财货移动欠缺基础关

[51] 郑玉波,见前注[23],第95页。

[52] 近江幸治·前揭注[9]39页参照。

[53] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 812, Rn. 415.

[54] 王泽鉴,见前注[2],第69页。

[55] 黄薇,见前注[8],第1792页;谢鸿飞、朱广新主编:《民法典评注·合同编·典型合同与准合同(4)》,中国法制出版社2020年版,第626页(金可可执笔)。

[56] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 812, Rn. 416.

[57] Valerio Forti, op. cit., nos. 5-26.

[58] Edelman and Bant, supra note 49, pp. 138-139.

[59] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《民法典合同编理解与适用(四)》,人民法院出版社2020年版,第2800页。

系。此项标准显然具有客观属性。相关案例,因无基础关系而肯定不当得利存在者有之,<sup>[60]</sup>因有(哪怕尚未查明何种)基础关系而否认不当得利存在者亦有之。<sup>[61]</sup>

## 2. 基础关系

基础关系最常见的是合同。误以为有委托合同关系而支付履行费用,受领人得利没有法律根据。超付薪资或其他形式的溢付款,亦为没有法律根据。相反,为履行自始无效的合同而支付,亦为有法律根据(虽不能说是合法根据),<sup>[62]</sup>从而排除不当得利法的适用。<sup>[63]</sup>

法定之债(无因管理等)也构成财货移动的基础关系。误认他人为生父而赡养,或误认他人为亲生子女而抚养,均构成欠缺基础关系的非债清偿。

基础关系还可能是生效裁判或行政行为。当作为执行依据的生效裁判被撤销时,申请执行人因强制执行所获利益构成不当得利。但若执行程序尚未终结,则应在执行程序中解决不当得利问题。<sup>[64]</sup>若执行程序已终结,则可适用不当得利规则,但应注意其与执行回转的关系。执行回转是通过职权启动和强制合并,来排除当事人另诉,但其适用范围有限,且有程序启动难、申请主体和审查期限不明确等缺陷,司法实践中并不完全禁止当事人另诉。而且,因执行回转本质上是将实体争议案件转为单纯的执行案件,故学界对其多持批评意见。<sup>[65]</sup>

### (二) 权益侵害性不当得利: 权益受侵害(违法性说)

关于权益侵害型不当得利中无法律上原因之含义,王泽鉴反对“违法性说”,极力推崇源自德国的“权益归属说”,即“违反法秩序所定权益归属而取得其利益”。<sup>[66]</sup>

权益归属说看似完美,却经不起推敲。因为该说同样可用来解释给付型不当得利——所为给付在法律上应归属于给付者,故受领者保有该给付并无法律根据。<sup>[67]</sup>之所以这种说法也成立,是因为权益归属说其实是循环论证。“不当”二字本身就表明了利益不归属于得利人,否则何来不当?关键是要提供判断标准,但权益归属说恰恰并没有提供标准。它只是提供了一个空洞的公式,可在个案中为任何一种想要得到的结论提供依据;事实上,权益保有在很大程度上是一个需要被填充的概念。<sup>[68]</sup>而且,权益归属说还会导致在“没有法律根据”之证明责任分配上坚持错误的“区分论”。即认为在权益侵害型不当得利中,该要件应由被告负证明

[60] 参见北京鸿浩天元新技术开发有限公司、青岛鲁建冷暖设备工程有限公司不当得利纠纷案,最高人民法院再审民事判决书,(2017)最高法民再42号。

[61] 参见林家德与林华不当得利纠纷案,最高人民法院再审民事裁定书,(2013)民申字第2332号;中国中材东方国际贸易有限公司、中钢集团广东有限公司不当得利纠纷案,最高人民法院再审民事裁定书,(2018)最高法民申4385号;韩霞、河南翔腾房地产开发有限公司不当得利纠纷案,最高人民法院再审民事裁定书,(2019)最高法民申2817号。

[62] 参见左传卫:“论不当得利返还请求权的定性及体系安排”,《政治与法律》2011年第1期,第126页。

[63] “即便无效合同中也有得利根据,从而排除不当得利诉讼。”Valerio Forti, op. cit., no. 32.

[64] 参见章为真与陈建华执行异议纠纷案,最高人民法院二审民事判决书,(2019)最高法民终1868号。

[65] 参见陈刚:“我国民事执行回转理论基础与制度构造的革新”,《法学研究》2022年第1期,第86页。

[66] 王泽鉴,见前注[2],第140页。

[67] 近江幸治·前揭注[9]39页参照。

[68] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 812, Rn. 288.



责任。<sup>〔69〕</sup> 这种观点显系受我国台湾地区学者影响,<sup>〔70〕</sup>而最初源头应是德国理论。<sup>〔71〕</sup> 然而,“没有法律根据”要件的基础事实与“侵害他人权益”要件的内容一致。<sup>〔72〕</sup> 既然要求原告先证明权益侵害不就等于令其负证明责任?

本文认为,在权益侵害型不当得利,没有法律根据就是指对他人权益的侵害(违法性说)。理由如下:其一,侵害行为本身即表征了无法律上原因的存在。因原则上禁止取得他人之物,故即使受领人本人未参与而取得,亦为不当。<sup>〔73〕</sup> 这与结果不法学说何其相像!其二,当须引入价值衡量时,行为不法性的肯定评价同样会成为不当得利责任成立的决定性依据。在报纸因披露他人隐私而销量大增场合,报社获利有无不当,取决于报道行为是否不法。倘若报社能成功援引新闻报道抗辩否定其行为不法性,则利润在法秩序上也不归属于被报道者。撇开行为违法性的判断,根本无从判定利益归属。其三,受害人同意原则上可阻却不法,故若某人有意愿向他人转移某项财产,则不存在侵害行为,权益侵害型不当得利也应排除。<sup>〔74〕</sup> 其四,得利过程违法必然导致权益保有无根据,前者是后者的充分条件。那种认为存在侵害他人权益虽具违法性,但仍得保有所受利益的观点,<sup>〔75〕</sup>其实并不成立。<sup>〔76〕</sup> 其五,得利不当的判断与不法侵害的判断具有同质性。卡纳里斯认为,要想克服权益归属说的弱点,必须吸收违法性说的合理内核,权益保有只能根据侵权保护来定。<sup>〔77〕</sup> 其六,在因第三人行为而引发的权益侵害型不当得利中,第三人行为的违法性对于判定权益归属同样有重要意义。当然,在多人关系中最终得利人有无合法抗辩亦须判断,原则上应排除直索责任。其七,在极其罕见的纯粹因客观事件所致权益侵害型不当得利中,得利过程虽无不法,但若得利人有心物归原主,则其暂时性保管构成无因管理,自然无不当得利问题;若其无意归还,则属于无权恶意占有人,对权利人同样构成不法侵害。

#### 四、得利与受损之因果关系

因果关系何以成为问题? 因非统一说认为,在给付型不当得利,应以给付关系取代因果关系;<sup>〔78〕</sup>第 985 条中没有“因”字,表明给付型不当得利不再需要因果关系要件。<sup>〔79〕</sup> 此观点值得商榷。理由如下:①确定给付关系其实仍须作损益变动因果关系之判断,此种所谓替代纯属

〔69〕 谢鸿飞等,见前注〔55〕,第 641 页。

〔70〕 王泽鉴,见前注〔2〕,第 144 页。

〔71〕 Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 812, Rn. 465.

〔72〕 参见袁琳:“不当得利‘没有法律根据’要件的证明”,《国家检察官学院学报》2020 年第 3 期,第 165 页。

〔73〕 Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 812, Rn. 430.

〔74〕 威灵,见前注〔5〕,第 53 页。

〔75〕 王泽鉴,见前注〔2〕,第 141 页。

〔76〕 黄茂荣,见前注〔50〕,第 92 页。

〔77〕 Vgl. Larenz /Canaris, SchuldRechts BT II, 13 Aufl, München: C. H. Beck, 1994, S. 170 ff.

〔78〕 王泽鉴,见前注〔2〕,第 66 页。

〔79〕 黄薇,见前注〔8〕,第 1791 页;王洪亮,见前注〔15〕,第 34 页。

概念操作。<sup>〔80〕</sup> ②在合同无效清算整体移出不当得利法后,给付型不当得利已被掏空,强调给付关系已无意义,必须回归因果关系。③此取代论在欧盟内部都无法取得共识,何必定要追随?④运用给付关系说无非是要排除跨角直索责任,但直接因果关系理论亦足可胜任。⑤我国立法和审判实务向来坚持不当得利构成上的统一四要件说,即得利、受损、因果关系以及没有法律根据。

因此,欲成立不当得利,得利与受损之间必须有因果关系。不过,不当得利之因果关系与作为侵权责任构成要件之因果关系,意义有所不同。在后者,因果关系是指行为与损害后果之间在法律上的联系,只有在极少数情形下(如共同危险行为、高空抛物等)才关涉行为人(责任人)的身份确定。而在前者,因果关系最主要的意义却在于确定多人关系中不当得利债务人。故从本质上说,它起到当事人身份判断而非因果判断的作用。<sup>〔81〕</sup>

#### (一)对确定不当得利当事人身份的作用

在多人型不当得利中,谁向谁返还是个难题。为限制不当得利债务人的范围,传统理论采直接因果关系说,即受益原因与受损原因须为同一法律事实。<sup>〔82〕</sup>我国主流观点从之。<sup>〔83〕</sup>也有少数观点赞成非直接因果关系说,如牵连性理论、损益关联性理论、社会通念理论等。<sup>〔84〕</sup>

本文认为,在确定不当得利当事人身份时应遵循如下原则:其一,合同无效清算适用第157条并遵循合同相对性原则,由此,传统理论中被大量讨论的双重瑕疵之连环合同等,根本不应出现在不当得利领域。其二,在非债清偿,应坚持直接因果关系说,直索责任原则上应被排除。其三,在权益侵害型不当得利,应坚持以直接因果关系说为原则,以非直接因果关系说为补充,即在不损害当事人原有法律地位的前提下,可例外适用非直接性因果关系说。尤其在连环诈骗、<sup>〔85〕</sup>特殊的转化物诉讼案件中,该说确有用武之地。

以下就若干典型情形,简述当事人身份的确定。①给付连锁。同一标的物的多次非债清偿,仍无直索责任。②缩短给付与指示给付。被指示人若因受指示给付而遭受损失,应向指示人主张不当得利。<sup>〔86〕</sup>若欠缺指示而径自付款,则付款人与受领人之间成立不当得利。<sup>〔87〕</sup>③利益第三人合同。若属不真正利益第三人合同(第522条第1款),则无效清算关系仅发生在

〔80〕 参见吴志正:“民事不当得利变动之逻辑关联性序说”,《东吴法律学报》2009年第2期,第116页。

〔81〕 近江幸治·前掲注〔9〕30页参照。

〔82〕 参见王伯琦:《民法债编总论》,正中书局1979年版,第55页。

〔83〕 谢鸿飞等,见前注〔55〕,第629页。

〔84〕 参见王轶等著:《中国民法典释评·合同编典型合同》(下卷),中国人民大学出版社2020年版,第686页(王叶刚执笔);吴志正,见前注〔80〕,第120页;近江幸治·前掲注〔9〕42页参照。

〔85〕 参见刘忠友与南昌市市政建设有限公司、江西省福振路桥建筑工程有限公司建设工程合同纠纷案,最高人民法院再审民事判决书,(2017)最高法民再287号。

〔86〕 参见中国民生银行股份有限公司邯郸分行、乾安县农村信用合作联社不当得利纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2019)最高法民终251号。

〔87〕 王泽鉴,见前注〔2〕,第218页;安徽福茂再生资源循环科技有限公司、许永明不当得利纠纷案,最高人民法院再审民事裁定书,(2017)最高法民申224号。

债权人和债务人之间；<sup>〔88〕</sup>若属真正利益第三人合同(第522条第2款)，则无效清算关系发生在债务人和第三人之间。因债权人不得请求债务人向自己为给付，<sup>〔89〕</sup>第三人既享有直接履行请求权且实际受领了给付，自应为返还义务人，否则债务人须承担债权人支付不能之风险。<sup>〔90〕</sup>④债权让与。若让与合同无效，但债务人已向受让人清偿，则让与人和受让人之间存在合同无效清算关系。若被转让债权本身不成立，则债务人向受让人的清偿构成非债清偿。若让与人在债权让与后，在通知前又通过强制执行方式从债务人处获得清偿，则受让人既可基于债权让与合同起诉让与人违约，也可直接向债务人主张债权。<sup>〔91〕</sup>⑤误偿他人之债。误偿者与债权人之间成立非债清偿。只有当债权人主张得利丧失抗辩而免责(销毁债权凭证等)时，方可例外允许误偿者对真正的债务人主张不当得利。<sup>〔92〕</sup>⑥骗取金钱偿债或连环诈骗。甲骗取乙的金钱后用来清偿其对丙的债务。若丙明知或有重大过失，则对乙成立不当得利。<sup>〔93〕</sup>在连环诈骗场合亦常用牵连性说确定当事人身份。

## (二)对确定返还客体及返还范围的影响

传统理论认为，直接性理论是用以确定不当得利返还客体的重要工具。例如，在将他人人格强制商业化而获利的场合，不当得利人只须就用益予以折价，即偿还“使用费”，而利润不是不当得利的返还客体(对象)；因为从直接性理论出发，利润与利益原形之使用有别，折价补偿只是针对利益原形之使用本身；<sup>〔94〕</sup>利润原则上既非原形利益所生的利益，也不属于客观金额；<sup>〔95〕</sup>在权益侵害型不当得利更应坚持直接性学说，以便准确识别得利客体。<sup>〔96〕</sup>

然而，用直接性理论来限定返还客体(对象)大有疑问。第985条规定，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益。据此，返还的客体是“取得的利益”。传统理论深受德国影响，对利益采个别具体判断。<sup>〔97〕</sup>然而，德国通说固然认为返还客体是“所得”或“财物”(Erlangte)而非利益(Bereicherung)；但“Erlangte”是德民812条的措辞，而我国《民法典》第985条用词仍为“利益”；而且即便是在德国，利益视角也绝非无影无踪，例如航班案判决以及差额理论的存在。故返还客体应以具体所得为原则，但在例外场合兼采整体观之利益视角。

易言之，除锁定当事人身份外，因果关系要件还决定着返还责任的范围。尤其是在权益侵

〔88〕 参见刘昭辰：“不当得利与‘损害’”，《法学丛刊》2007年第2期，第61、64页。

〔89〕 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编·通则(1)》，中国法制出版社2020年版，第479页(侯国跃执笔)。

〔90〕 吴志正，见前注〔80〕，第152页。

〔91〕 参见梅艳、中国工商银行股份有限公司十堰人民路支行不当得利纠纷案，最高人民法院民事裁定书，(2016)最高法民申2681号。

〔92〕 Yves Strickler, op. cit., nos 64, 65.

〔93〕 平田健治「骗取金钱不当得利」中田裕康ほか編「民法判例百選Ⅱ：債権」(有斐閣，2015年)156頁参照。

〔94〕 王泽鉴，见前注〔2〕，第143页、第246页。

〔95〕 参见缪宇：“获利返还论——以《侵权责任法》第20条为中心”，《法商研究》2017年第4期，第84页。

〔96〕 谢鸿飞等，见前注〔55〕，第629页。

〔97〕 王泽鉴，见前注〔2〕，第54页。

害型不当得利以及大多数无权处分场合,存在着典型的“类侵权”结构,应借鉴侵权法上相当因果关系理论或法规目的说来确定得利客体及其返还范围,这对于获利返还尤为重要。

## 五、获利返还

获利返还是不当得利返还范围中的特殊问题,也是其中最具有争议的问题。何为获利?获利即利润,是得利人通过积极作为而实现的一种财产主动增值。它通常有三种常见形式:(1)原物转售价超出市场价的差额;(2)得利人利用利益原形投资或投机所得盈利,或是买彩票中奖所得盈利;(3)将他人精神性人格权强制商业化后所获取的盈利。

传统理论认为,除所受利益外,应一并返还的还包括“本于该利益更有所取得”;它包括三类:原物用益、基于权利的取得以及原物的代偿。<sup>[98]</sup>显然,利润不属于其中任何一种。不支持获利返还的理由包括:不当得利返还的利益不得超过损失,<sup>[99]</sup>否则受害人反而取得不当得利;<sup>[100]</sup>获利不是返还客体,且获利归属涉及获利计算方法、主观归责等甚多考虑因素,不当得利制度诚难胜任,应诉诸不法管理等制度。<sup>[101]</sup>但这种观点值得商榷。

首先,赔偿或补偿大于损失在私法上并不罕见。除各类私惩罚外,在不法管理及归入权行使场合,获利即全归于本人,并无其“反而取得不当得利”之担忧。

其次,损害是规范性概念,在侵害精神性人格权的不当得利中,财产损失本来就难以客观估量,此时将利润额视为损害额毫无问题,即所谓“通常可得增加利益之不增加”。<sup>[102]</sup>

再次,获利计算及归属确须考虑众多因素,但这不是不当得利法不能胜任而不法管理法或侵权法能胜任的理由,何况利益取除本来就是不当得利法的基本功能。

最后,“利润不是返还对象故不能纳入返还范围”,此命题的前提以及推理过程均不正确。其一,将“本于利益更有所得”限定在物或权利之用益,是机械适用直接性理论的结果。然而,直接性理论主要是用来确定返还义务人身份,而非用来确定返还对象。而且,直接性理论只是众多因果关系理论中的一种,在无权处分以及侵害精神性人格权而得利这种“类侵权”场合,应适用相当性理论或法规目的说来决定返还客体与返还范围。擅自改编他人小说拍成电影获巨利,侵害行为同时构成受害人受损和得利人得利的相当性原因,利润与损害之间成立相当因果关系。事实上,“若利益依社会通常观念认为应归属于受害人时即认为该部分利润属于受害人所受之损害”,<sup>[103]</sup>这种表达所承载社会通念说与相当性理论何其相似!

其二,上述命题纯粹是从概念演绎的推理得出,并不足取。若纯粹从逻辑演绎出发,将不

[98] 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第96页;王泽鉴,见前注[2],第247页;黄薇,见前注[8],第1797页。

[99] 参见崔建远:“不当得利规则的细化及其解释”,《现代法学》2020年第3期,第188页。

[100] 黄薇,见前注[8],第1798页。

[101] 王泽鉴,见前注[2],第255页。

[102] 史尚宽,见前注[98],第88页。

[103] 参见孙森焱:《民法债编总论》(上册),法律出版社2006年版,第152页。

当得利请求权视为物权返还请求权的替补,则返还范围应以返还不能时标的物市价为基准,就应与得利人的善意或恶意无关,但各国不当得利法仍区分得利人的善意恶意而有不同返还范围,其背后更多的是立法政策的考量。<sup>[104]</sup>

本文认为,恶意得利人应在扣除必要费用后返还全部利润,至少在明知型恶意得利人的场合是如此。理由详述如下。

第一,从利润来源分解来看,部分来自受害人的资源(物或权利),部分来自得利人的资源(经验、技能等),抑或第三方因素,如买受人的个人偏好、市场周期、价格等市场信息不对称,或是中彩票之纯粹偶然运气等。其中源于受害人资源的利润无疑应归属于受害人。仅此而言,将利润一概排除在返还范围之外显然不正确。

第二,不当得利规则本质上是一种事关利益在双方当事人之间如何分配的矫正正义规则,规则的设计要体现出对当事人的行为激励以及对良善行为的正面导向。<sup>[105]</sup>从这个意义上说,源于第三方因素的利润也应分配给受害人而非得利人。

第三,最有争议的是源于得利人自身资源的利润之归属。此时应着眼于从法政策考虑将其分配给受害人。任何人不得因自己违法行为而获利,恶意得利人仅能请求相关费用,而无权取得相应的利润。如此处置也可与不法管理之法效果保持一致。若利用他人财产牟利与利用自己财产牟利的法效果相同,则显然是不同事物相同处理,缺乏正当性。

第四,将“应当知道”纳入恶意之后(第987条),证明得利人恶意与证明其有过错,任务具有高度趋同性。在侵害他人人格权获利场合,不当得利请求权与侵权请求权(第1182条)在构成要件上几无二致,在法效果上也应作相同评价。

第五,不当得利制度足可容纳利润剥夺之功能。有观点认为,利润剥夺应选侵权路径,因不当得利路径难以胜任,如隐私权不含获利机会,权益归属论难以解释所得利益为精神利益、擅自抵押不直接产生利润、侵害数人信息权益而因规模效应产生利润等场合。<sup>[106]</sup>但问题关键不在于权益在法律上是否可交易,而在于事实上是否产生了利润;占用他人土地办音乐会所得并非只有精神利益;擅用他人之物抵押后完璧归赵也不能否认有用益产生;规模效应所生利润返还的难点只在数额而已。简言之,权益归属秩序是侵权保护的前提,二者共进退。

第六,不当得利之获利返还在比较法上所在多有。德国当今通说认为,在无权处分场合,无权处分人须返还获利,因为“对某物获利的收取权仅归属于所有权人,而非作为无权利人的得利人”。<sup>[107]</sup>德国联邦最高法院也认为,须返还的是无权处分人收取的或可索取的对待给付(交易对价),即便该交易对价相对于市场价有显著的增值。<sup>[108]</sup>法民1352-2条(非债清偿返

[104] 近江幸治·前掲注[9]55页参照。

[105] Webb, *supra* note 11, pp. 56-59.

[106] 洪国盛:“论权益侵害与获利交出”,《环球法律评论》2022年第2期,第100页。

[107] 威灵,见前注[5],第65页。

[108] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 816, Rn. 39.

还)规定,恶意受领者应按返还之日的市价与出售价中价额较高者返还。此项机制对债权人十分优待,因为其能受惠于恶意债务人所实现的利润(profits)。〔109〕法民 1303—4 条(不当得利返还范围)第 2 款规定,恶意得利人应返还的金额为“得利与损失二者中价值较高者”。其目的是为了制裁恶意得利人。〔110〕日本亦有承认返还较高转售价的判例。〔111〕

## 六、强迫得利

作为不当得利领域的一个特色概念,强迫得利同样是值得关注的问题。它直接关系到“得利人”是否应当返还得利。若不予返还,是一律不予返还,还是例外下可以返还?不予返还的正当性基础何在?若例外下允许返还,理由又是什么?其适用范围是怎样的,应该在哪一个环节评价?这些问题无论在理论还是实务上均有价值。

强迫得利是指受损人因其添附、修复或扩建等行为使受益人获益,但该行为违反受益人本意或计划。〔112〕这是德国法的定义并为我国通说所采纳。法国法也有类似的制度。法民 1303—2 条第 1 款规定,若损失源于受损人为追求个人利益而实施的行为,则不予偿付。两相比较,德国法定义更为精准,因为判定的重心应在得利人。即使得利并非受损人故意追求,只要违反得利人的计划,即为已足。

传统理论认为,强迫得利不应返还,因为此场合下折价标准应例外采主观说,得利因不符合受益人经济上计划而被视为无价值。〔113〕此论结论正确但说理错误。因为此时还若允许返还则不啻为强迫交易。但在说理上,对强迫得利应在不当得利构成要件环节、而非法律效果环节予以否定,〔114〕即强迫得利因无得利而不成立不当得利,它与折价标准无关。〔115〕进言之,正如损害是规范性概念,利益也是。违反当事人经济计划的“好处”并无利益可言。例如,原告作为房屋中介为促销而擅自装修他人房屋,不必然导致房东获益,故本案“不符合不当得利的法定构成要件”。〔116〕

强迫得利主要适用于以下场合:①错误装修或擅自装修。例如,原告为自身药房经营而擅

〔109〕 V. JurisClasseur Civil Code > Art. 1352 à 1352—9, Fasc. Unique; Régime General des Obligations. — Restitutions, 09/09/2021, Valerio Forti, no. 26.

〔110〕 V. JurisClasseur Civil Code > Art.1303 à 1303—4, Fasc.30; Enrichissement Injustifié. — Effets, 2/6/2016, Valerio Forti, no. 21.

〔111〕 近江幸治·前掲注〔9〕71 頁参照;平田健治·前掲注〔93〕156 頁参照。

〔112〕 Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 818, Rn. 220.

〔113〕 王泽鉴,见前注〔2〕,第 256 页。

〔114〕 Valerio Forti, op. cit., no. 40.

〔115〕 Edelman and Bant, supra note 49, p. 83.

〔116〕 参见高兴飞、荣成恒世房地产开发有限公司不当得利纠纷案,山东省威海市中级人民法院二审民事判决书,(2021)鲁 10 民终 518 号。

自装修租赁房屋。<sup>[117]</sup>原告在作为房屋所有权人的被告制止的情况下仍强行装修。<sup>[118]</sup>②无合法利益的代为清偿。例如,被告一(农行)为完成当年还贷任务要求原告替被告二还贷,<sup>[119]</sup>或原告作为银行职员在被告作为贷款人未按期履约时擅自以被告名义付息。<sup>[120]</sup>③合同终止后继续强行提供服务。例如,物业公司在被辞退后仍拒绝撤离,其后的服务行为构成强迫得利。<sup>[121]</sup>④其他情形。原告擅自耕种他人承包地致他人耕地效益增加。<sup>[122]</sup>原告明知被告道路运输经营许可证已被注销仍为案涉车辆购买商业险。<sup>[123]</sup>原告明知安置房可直接过户给被告,但仍先转让给第三方再转让给被告,致房屋性质变为商品房从而价值提升。<sup>[124]</sup>

强迫得利还可拓展适用于人身关系领域。例如被拐卖儿童由买方养大,生父母养育费用之节省根本不构成不当得利,而非虽构成不当得利但在返还时折价应采主观标准。<sup>[125]</sup>作为不当得利法上的强迫得利规则,还可以借用于合同无效清算折价补偿场合。例如,无效房屋买卖合同的买受人在装修完成六成时明知存在产权风险仍继续强行施工,后续施工或被认定为强迫得利。<sup>[126]</sup>另外,在有特别法规定时应从之,如承租人擅自装修时的处理。

另外,所谓违反本人的经济上计划只是从一般理性人在处于得利人位置时的一种判定或推定。这种事实推定是可以推翻的。若有证据证明得利人确有实际收益,则其应对受损人予以适当补偿。例如,在擅自扩建他人房屋的场合,扩建部分对于房东构成强迫得利,但房东凭此而实际领取了拆迁补偿款,则应对擅自扩建他人房屋者予以适当补偿。<sup>[127]</sup>

当受损人的过错导致他人被迫得利的,受损人成立侵权责任,被迫得利人可主张恢复原状或损害赔偿。强迫得利通常还会构成误信管理或不法管理,故本人若主张或事实上已享有管

[117] 参见大连市金州中鑫购物广场有限公司与大连金州万育堂大药房、大连市金州区立体停车场、大连市金州区龙摄影中心租赁合同纠纷案,辽宁省大连市金州区人民法院一审民事判决书,(2016)辽0213民初2907号。

[118] 参见王万开与杜艳艳不当得利纠纷案,江苏省宿迁市中级人民法院二审民事判决书,(2020)苏13民终2964号。

[119] 参见苟福、张明蓉等不当得利纠纷,新疆维吾尔自治区塔城地区中级人民法院二审民事判决书,(2020)新42民终1269号。

[120] 参见方乃平与王双保、李霞不当得利纠纷,安徽省芜湖市中级人民法院二审民事判决书,(2017)皖02民终2503号。

[121] 参见狮城怡安(上海)物业管理股份有限公司与刘宁怡物业服务合同纠纷,上海市第二中级人民法院二审民事判决书,(2018)沪02民终8006号。

[122] 参见池洪民与张宪国农村土地承包合同纠纷,黑龙江省五大连池市人民法院一审民事判决书,(2018)黑1182民初1008号。

[123] 参见杨康林与广州市良俊货物运输有限公司挂靠经营合同纠纷,广东省广州市番禺区人民法院一审民事判决书,(2018)粤0113民初10854号。

[124] 参见黄成珠、华锡明等所有权确认纠纷,江苏省无锡市中级人民法院二审民事判决书,(2021)苏02民终6685号。

[125] V. Cass.1re civ., 6 mai 1953, jurispr. p. 609, note F. Gore.

[126] 参见李晟与唐波房屋买卖合同纠纷案,湖南省沅江市人民法院一审民事判决书,(2018)湘0981民初2478号。

[127] 参见张祥文房屋租赁合同纠纷,上海市第一中级人民法院二审民事判决书,(2017)沪01民终4071号。

理利益,则应在其获益范围内向管理人承担合理费用补偿义务(第 980 条)。

## 七、为履行道德义务进行的给付

并非所有没有法律根据的得利都应返还,第 985 条规定了三项例外。其中第 1 项为“为履行道德义务进行的给付”无需返还。为何此类给付无需返还,其理论基础何在?何为道德义务,如何理解“为履行道德义务进行的给付”?它与“依法不得撤销的具有道德义务性质的赠与合同”有何区别,如何区分?这些问题事关给付应否返还,具有显著意义。

### (一)理论基础

为履行道德义务所为给付不得要求返还,旨在使法律规定符合一般道德观念,<sup>[128]</sup>避免二者评价矛盾。也就是说,尽管得利人得利并无法律上原因,但是有道德上的原因,从而成立权利阻却抗辩,从而避免评价矛盾。也有观点认为,有道德上的原因即为有法律上的原因,故为履行道德义务所为给付其实是消极构成要件,而非抗辩。<sup>[129]</sup>以通说为优,毕竟道德上原因不同于法律上原因。另外一种理论解释是,道德义务本质上是自然债务,债权人对于给付无积极请求权但有消极保有权,故受领人在受领基于道德义务之给付后,当然可以不偿还。<sup>[130]</sup>法国法采此立场。同居一方对另一方的不动产进行改建,不构成无法律上原因,因属自然债务之履行。<sup>[131]</sup>不过,自然债务本为学理概念,也有将其界定为有请求权但不得诉诸强制执行的债务。若采此定义,则自然债务说不足为凭。

### (二)规范内容

自文义解释,为履行道德义务进行的给付是指,给付人为了追求弘扬道德的目的而进行的给付,此为主观标准。但也可从客观立场出发将其解释为“给付合乎道德义务”。<sup>[132]</sup>本文从后者。即,不论给付者是否有意行善,只要由外部观之确属善举即可。因本项重在保护受领人保有给付的正当期待。而且,令受领人证明给付人有行善目的,亦太过苛求。

何谓道德义务,应依社会一般观念而定。接济无扶养义务之亲属,婚丧嫁娶之庆吊,<sup>[133]</sup>对流浪汉的施舍,对助己者的酬谢,以及同居一方对共同生活费的支出等等,<sup>[134]</sup>均为著例。

法定义务的超额履行可能构成道德义务。例如子女在其父住院期间支付医疗费。<sup>[135]</sup>在

[128] 王泽鉴,见前注[2],第 109 页。

[129] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 814, Rn. 1.

[130] 王伯琦,见前注[82],第 59 页。

[131] V. CA Aix-en-Provence, 27 sept. 2005; JurisData n° 2005-284740.

[132] 参见谢鸿飞等,见前注[55],第 633 页。

[133] 参见陈玉华、钟小燕不当得利纠纷,广东省遂溪县人民法院一审民事判决书,(2021)粤 0823 民初 2980 号。

[134] 参见辛小华、郑妮妮不当得利纠纷,湖北省麻城市人民法院一审民事判决书,(2021)鄂 1181 民初 2817 号。

[135] 参见栗鹏、栗娟等不当得利纠纷,河南省息县人民法院一审民事判决书,(2021)豫 1528 民初 5655 号。



法国,配偶间超出法定扶助义务外的给付可成立不当得利;甚至道德义务的超额履行,如子女对父母超出孝心之外的给付,<sup>[136]</sup>亦同。德国早期判例认为,法定扶养义务的超额履行(而不是勉强完成)构成合乎道德义务的给付,但如今学说倾向于否定立场。<sup>[137]</sup> 本文认为,金额影响性质,若给付者对义务的“量”有错误认识而显著超额给付,则超额部分不符合本项例外。

一种流行观点认为,“须给付人不知无给付义务(误认有给付义务)”才能适用本项规定,否则可直接适用第985条第3项抗辩。<sup>[138]</sup> 本文认为,这两项抗辩侧重点不同,存在竞合也未尝不可。在给付份子钱、施舍流浪汉等场合,给付者当然明知自己无法定给付义务,但不影响本抗辩的适用。给付是否合乎道德义务是一个须前置考虑的纯客观问题。<sup>[139]</sup>

另有观点认为,本项规定仅适用于给付人与道德义务相对人之间的关系,祖父母在其子死后抚养孙子女,后向其儿媳主张抚养费返还,判决驳回该诉请是误用法律,不应排除给付人针对第三人之请求权。<sup>[140]</sup> 本文认为,本项意在通过否定给付人的不当得利请求权来实现对合乎道德义务之履行的肯定,无论向谁主张本项抗辩均不应允许。<sup>[141]</sup>

还有观点认为,履行道德义务之给付与履行道德义务之赠与应严格区分,后者有法律上原因而前者无法律上原因,后者有法定撤销权而前者无。<sup>[142]</sup> 此纯系从效果上推演。自成立角度而言,有合意者为赠与(受领有法律依据),无合意者为单方给付,但受领行为本身不能被解释为对接受赠与的同意吗? 不无疑问。故宜结合给付金额大小、双方关系亲疏远近以及习俗习惯等因素在个案中综合判定给付的性质。

## 八、明知无给付义务而清偿

第985条但书第3项规定,“明知无给付义务而进行的债务清偿”可不予返还。其理论根据在于禁反言原则,或是自我约束意思表示具有法律效力。<sup>[143]</sup> 在性质上,它属于权利妨碍抗辩。在该条规定的三项例外中,此抗辩引发的理论争议最多。何谓明知,何谓无给付义务,何谓债务清偿,几乎每一个概念的含义皆有歧见。

### (一)明知无给付义务之判定

“明知”指给付人的确知晓,知晓债务在事实上和法律上均不存在。“无给付义务”指不存在任何法定的或约定的财货交付或行为义务。前者如原告明知被告非其亲生子女仍将其抚养

[136] Valerio Forti, op. cit., no. 26.

[137] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 814, Rn. 25.

[138] 王泽鉴,见前注[2],第110页;谢鸿飞等,见前注[55],第634页。

[139] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 814, Rn. 24.

[140] 谢鸿飞等,见前注[55],第634页。

[141] 祖母就其为孙子支付的抚养费请求儿媳返还被驳回。V. Cass. req., 25 juin 1872 : DP 1874, 1, p. 16.

[142] 王泽鉴,见前注[2],第111页。

[143] 威灵,见前注[5],第26页。

成人。后者如原告明知超额利息无需支付但仍支付。<sup>[144]</sup> 实践中,代为清偿场合也常被认定为无给付义务,如第三人就代为清偿无合法利益之场合,<sup>[145]</sup>以及代偿虽有合法利益、但第三人对债权人原本不负有义务之场合。<sup>[146]</sup>“无给付义务”还包括虽有义务但义务人享有永久抗辩权,如诉讼时效抗辩权。

明知合同可撤销而为给付不属于明知无给付义务。因撤销权人执意为给付,实系构成“以自己的行为表明放弃撤销权”;况且,撤销权人有意给付实另有期待。受领人有撤销权而未行使前,给付人须按约给付。明知合同效力待定而为给付亦不适用本例外。因在给付时,对方仍有追认之可能,亦非矛盾行为。<sup>[147]</sup>

“债务清偿”是有目的的债务履行行为。首先要有增益他人的目的,由此排除错误转账;其次,给付须为履行“债务”,而非其他动机或目的,否则可能构成赠与或其他关系。例如,将原告在与被告恋爱期间的多次无偿转款认定为明知无给付义务而进行清偿,<sup>[148]</sup>显然是对“债务清偿”的误用。再次,必须是有意向形式上的受领人为履行。原告基于向第三人履行之目的而向作为后者履行辅助人的被告付款,被认定为明知型非债清偿,<sup>[149]</sup>亦属误用。又次,必须是真正的自愿履行。受胁迫而为给付,<sup>[150]</sup>或迫于压力(如面临即将启动的强制执行)而为给付,不在其例。最后,自愿清偿意味着给付人有“自愿”的能力,故未成年人明知无债务而给付,不适用本项抗辩。

## (二)不法原因给付与明知无给付义务

有学者认为,《民法典》虽未规定不法原因给付规则,但在解释论上可通过扩张解释第 985 条第(三)项来实现相同效果,即受损人明知合同违法无效仍给付的不得请求返还。<sup>[151]</sup> 这种观点值得商榷。理由如下:其一,不法原因给付规则本身存在欠缺客观标准、例外套例外层次过于繁复等缺陷,《民法典》不予规定诚属正确,自然不必也不应允许其借尸还魂。其二,不法原因给付在合同领域外不适用,<sup>[152]</sup>而第 985 条根本不适用于合同无效清算领域。其三,明知

[144] 参见屠敏华与陆英不当得利纠纷,上海市第一中级人民法院二审民事判决书,(2021)沪 01 民终 13985 号。

[145] 参见张美与德银融资租赁有限公司不当得利纠纷,上海市浦东新区人民法院一审民事判决书,(2021)沪 0115 民初 2017 号。

[146] 参见毛梓存、姚建根不当得利纠纷,浙江省湖州市中级人民法院二审民事判决书,(2021)浙 05 民终 1472 号。

[147] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 814, Rn. 6.

[148] 参见成城、郭秀芬不当得利纠纷,山西省介休市人民法院一审民事判决书,(2021)晋 0781 民初 206 号。

[149] 参见邱团、陈国威等不当得利纠纷,广东省梅州市梅江区人民法院一审民事判决书,(2021)粤 1402 民初 1384 号。

[150] 黄立,见前注[24],第 201 页。

[151] 参见吴至诚:“违法无效合同不当得利返还的比例分担——以股权代持为中心”,《中外法学》2021 年第 3 期,第 611 页。

[152] 参见(法)弗朗索瓦·泰雷:《法国债法·契约篇》(下),罗结珍译,中国法制出版社 2018 年版,第 834 页;See Richard Stone and James Devenney, *The Modern Law of Contract*, New York: Routledge Press, 2015, p. 404.

无给付义务抗辩规则与不法原因给付抗辩,二者立法旨趣迥异。其四,当事人明知合同无效仍为给付实系基于对双向履行的期待,并无矛盾行为。其五,明知须针对无给付义务或享有永久抗辩权本身,而非合同无效之事由。其六,违法背俗合同多为双方明知无效事由,一概适用本项例外,必将引发混乱。

## 九、善意、恶意在不当得利法上的影响

不当得利返还范围是否因得利人为善意或恶意而有所区别?为什么有这种区别?如何判断善意或恶意?区别保护的具体详情是什么?这些问题事关不当得利的返还范围,而返还范围又是不当得利法效果的核心内容。

### (一)善意与恶意区别对待的法理基础

依第986条,善意得利人仅在现存利益范围内负返还责任。此即得利丧失抗辩。它出现的历史相当短暂,在罗马法之返还诉权转型为近代独立的不当得利请求权之后,因后者适用范围过于宽泛而有必要限制其法律效果。<sup>[153]</sup>该抗辩创设之初的预设场景为单方得利,及至后来,德国法又将其扩展到合同无效清算领域。但此扩张并不妥当,纯系机械地逻辑演绎。

第986条的规范目的在于使善意受领人的财产状态不因发生不当得利而受不利影响。<sup>[154]</sup>若被告得利丧失,却仍令其返还得利,则其地位反而不如得利之前,显非公平合理。<sup>[155]</sup>第987条规定恶意得利人须承担加重责任,其目的在于强化对其制裁,从而增大威慑力度,提高预防效果。其理由在于,恶意得利人对其得利并无任何值得保护的信赖。

### (二)善意得利人免责的要件

从性质上说,第986条是被告对原告已成立之不当得利请求权的一项责任减免之权利消灭抗辩。作为法定抗辩,它无需被告主张,法官可依职权适用之。<sup>[156]</sup>善意得利人受保护的构成要件是利益非因善意得利人过错而丧失。

要件之一,利益已不存在。利益丧失的原因可能是意外事件、正常使用所致自然耗损,或利益被赠送给第三人。有替代利益(转售价款、补偿金等)时不构成利益丧失,但替代利益低于市场价的差额部分则构成。有节省利益存在时也不构成利益丧失,而是成立节约型不当得利,但奢侈性消费除外。若受领人为受领物支付了合理费用,则该笔费用应视为已丧失利益。例如运费或医药费等。奢侈性支出(如高价宠物口粮)或超常规改良费用原则上不得扣减。得利人因利益原形而遭受财产损害的,该损害部分可能构成得利丧失。受领的小狗咬坏地毯之损害不应扣除,但受领病犬殃及已有其他宠物之损害可扣除;差别在于相当因果关系之有无,即

[153] 陈自强,见前注[48],第94页。

[154] 王泽鉴,见前注[2],第257页。

[155] Edelman and Bant, *supra* note 49, pp. 332-333.

[156] 史尚宽,见前注[98],第94页。

受领人财产之减损与其对财产状态之法律稳定性的信赖之间须有关联。<sup>〔157〕</sup> 可扣减的损害不限于有形财产损害,也不必是能精确证明其数额的损害,机会丧失即为已足。<sup>〔158〕</sup>

要件之二,得利人为善意。善意是指“不知道且不当知道取得利益没有法律根据”。首先,不知道是指得利人事实上不知情,不当知道则是指得利人对不知情并无过错。关于善意认定,比较法上有两种模式:其一,德国法认为,不知情即为善意,不问其有无过错,甚至不问其有无重大过失,因“法律仅旨在让明知取得不正当之人承担加重的责任”。<sup>〔159〕</sup> 我国台湾地区法从之。<sup>〔160〕</sup> 其二,在日本法,对误信有过失视同恶意。<sup>〔161〕</sup> 英美法亦相类似,善意要求被告在行事时保有普通审慎之人应有的谨慎与勤勉,没有按照商业上可接受的方式行事不属于善意。<sup>〔162〕</sup> 两相比较,德国立法例对得利人过于优待,显非合理。与之相反,恶意是“知道或者应当知道”其得利无法律根据。知道是事实上明知,应当知道是因过失而不知。鉴于任何被诉者皆须考虑败诉可能性,显然不能继续合理信赖自己可保有所得。故发生诉讼系属时的处理不必单独规定,直接纳入“应当知道”即可。

其次,不知道且不当知道的内容是“取得利益没有法律根据”。具体认知对象为相关基础事实,不涉及过于专业的法律决断,但凭一个正常理性的人判断即可。受领人为限制行为能力人的,应依其法定代理人的明知或者应知加以认定。从利益的实际支配状况出发,无行为能力得利者也应作相同处理。

要件之三,得利人对得利丧失无过错。传统理论认为,得利丧失抗辩只需要满足得利丧失以及受领人为善意两项要件,至于得利毁损或灭失是否源于受领人的故意或过失,在所不问。<sup>〔163〕</sup> 这种观点值得商榷。善意与否仅指向得利人的主观认识状态及其可责性,并不涉及标的物灭失的可归因性和可归责性;二者分属两事,不可混淆,也不能相互替代。若得利人因其过错导致标的物毁损、灭失,则按责任法一般原理,其应负责。另一种方案是,善意得利人因过错导致得利丧失时,仍可援引本条抗辩,但应承担侵权赔偿责任。此方案过于复杂,不当增加受损人的讼累。

### (三) 恶意得利人的加重责任

恶意得利人的加重责任包括完全的返还责任和可能的损害赔偿。第 987 条系不完全法条,未规定独立的不当得利请求权,只是明确了恶意得利人的返还范围并作引致规定。

#### 1. 完全的返还责任

恶意得利人须返还一切收益,除利益原形外,还包括利息、用益及利润;从反面说,其不得主张得利丧失抗辩。详言之:①在恶意得利人无权处分场合,若转售价低于市场价,则恶意得

〔157〕 Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 818, Rn. 152.

〔158〕 Edelman and Bant, supra note 49, p. 345.

〔159〕 威灵,见前注〔5〕,第 92 页。

〔160〕 王泽鉴,见前注〔2〕,第 269 页。

〔161〕 近江幸治·前揭注〔9〕54 页参照。

〔162〕 Edelman and Bant, supra note 49, p. 345.

〔163〕 王泽鉴,见前注〔2〕,第 261 页。

利人须按市场价返还。反之须按转售价返还(利润剥夺)。<sup>②</sup>在恶意得利人擅自将他人人格强制商业化获取利润场合,恶意得利人在扣除必要费用后须返还一切利润。<sup>③</sup>得利丧失纵不可归责于恶意得利人(不论是自然力所致还是被盗),其仍负价额偿还义务,不以过错为必要。

有观点认为,恶意得利人虽不得主张得利丧失抗辩,但就得利客体支出费用,仍得请求偿还或扣除。<sup>[164]</sup>此论值得商榷。从逻辑上说,费用扣减本身就是得利丧失抗辩规则的内容之一,因本条禁止恶意得利人援引得利丧失抗辩,故因取得利益所支出的费用不得主张扣除。

进言之,恶意得利人不得主张费用扣减的根本原因在于,恶意得利人任何针对标的物看似是必要费用或有益费用的支出,对受损人而言表面上构成费用节省,但其实均系强迫得利,亦即根本不构成不当得利,受损人自然无义务向恶意得利人偿还。例如,拾得他人小狗欲据为己有,被索还时得利人若主张必要费用(饲养费)扣减,自不应被允许。唯一的例外是,当恶意得利人通过自身操作产出利润,且该利润被受损人主张或获取时(第980条)。

## 2. 损害赔偿责任的性质及其内涵

关于本条后段赔偿损失责任的性质,至少有三种学说:其一,不当得利特殊责任说;<sup>[165]</sup>其二,被参引规范责任说,如所有人占有人关系中的损害赔偿、法律行为无效损害赔偿、债务不履行一般规定及侵权损害赔偿,<sup>[166]</sup>或是不法管理规定;<sup>[167]</sup>其三,侵权责任说。<sup>[168]</sup>

本文赞同侵权责任说。首先,该责任不可能是不当得利责任。因为:①此处损害赔偿旨在填补损害,与不当得利功能迥异。②赔偿损失前有“依法”二字,其并非独立请求权基础,而是引致性条款。③该说是王泽鉴个人主张并影响到部分学者,它绝非德日通说或多数说。

其次,被参引规范责任说看似全面严谨,实则将很多不该有的情形纳入其中。例如法律行为无效清算,本来就应适用第157条而非不当得利法,故不可能先适用不当得利法再通过本条引致性规定回溯至第157条。同理,也不可能通过本条引致而回溯至债务不履行的一般规定(第577、584条)。此种错误观点无非机械套用德民第818条第4款解释论的结果,后者的确是回溯至德民第292条(返还义务之责任)。<sup>[169]</sup>但这种套用忽略了中德两国不当得利法适用的领域并不相同,也忽略了两国法表述有异,我国法仅规定“依法赔偿损失”,而德国法是“依一般规定负责任”——既包括损害赔偿,也包括用益补偿和费用补偿。

再次,因本条明文规定“依法赔偿损失”,故应排除不以损害赔偿为目的的救济制度。第980条仅针对不当或不真正无因管理人的费用偿还请求权,其性质非属损害赔偿,故应被排除在本条引致的对象范围之外。

最后,本条赔偿损失的责任性质为侵权责任,参引的对象应为侵权损害赔偿规范,尤其是过错侵权责任一般条款(第1165条),以及所有人占有人关系中的侵权损害赔偿规范(第459、

[164] 谢鸿飞等,见前注[55],第660页。

[165] 王泽鉴,见前注[2],第272页;黄薇,见前注[8],第1801页。

[166] 谢鸿飞等,见前注[55],第659页。

[167] 王轶等,见前注[84],第694页。

[168] 近江幸治·前揭注[9]54页参照。

[169] Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 818, Rn. 315.

461条)。受损人援引本条回溯至相关侵权责任规范时,应证明相应的构成要件,如第1165条之过错、第459条之恶意等。另外,就特殊损害索赔时,例如受损人被骗取金钱后被迫对第三方承担高额违约金,需满足因果关系要件(可预见性或相当性标准)。

#### (四)得利人的善意或恶意影响第三人的直索责任?

有观点认为,得利人的善意或恶意还会影响对第三人的索偿,即应对第988条作目的性限缩解释,仅限于善意得利人将利益无偿转让给第三人的情形,其主要理由是在得利人为恶意的场合,恶意得利人并不能免责,此时若允许受损人向第三人索偿,无异于让原得利人与第三人承担连带性的不当得利返还责任。<sup>[170]</sup>然而,这种观点同样是机械套用德国法的结果,并未真正理解中德两国立法者所持价值立场和所采法条表述并不相同。

事实上,类似于德国法那样对转化物之诉(*actio de in rem verso*)饱含敌意和排斥,在世界范围内也难以称得上是主流。本文认为,当得利人为善意且可主张得利丧失抗辩而免责时,受损人能且只能向无偿受让利益的第三人(不论其善意恶意与否)主张返还;当得利人为恶意且无偿转让利益给第三人时,允许受损人在得利人和第三人中择一主张返还责任。

理由如下:首先,从价值判断上说,不论得利人是善意还是恶意,在受损人与平白无偿得利的第三人之间,应优先保护受损人,故应允许直索。其次,在乙窃取甲之金钱清偿对丙的债务场合,至少当丙对金钱来源为明知或有重大过失而不知时应负返还责任,尽管其受偿看似有据,但其并不能合法保有所受让利益。有偿受让尚且如此,何况无偿受让。再次,允许直索并不意味着此时存在得利人与第三人的连带性不当得利返还责任,因为责任基础有异,得利人是依第985条并第987条承担责任,而第三人是依据第988条承担责任。又次,两种责任并存时,受损人有选择其一的权利,<sup>[171]</sup>并不存在重复受偿的问题。最后,从非直接因果关系理论出发,第三人也应构成不当得利的返还义务人,第三人的受益与受损人的受损之间存在牵连性关系;同时,允许直索并不会不当损害中间人(即原得利人)的法律地位。

## 十、结 语

迄今关于不当得利法的解说,目力所及皆为德国法理论的翻版,言必称给付型非给付型,完全无视两国实证法差异,令人扼腕。我国物权法没有采纳物权行为无因性理论,合同法没有仿建德式给付障碍体系,侵权法没有移植三个小的一般条款,婚姻家庭法、继承法更是与德国法素无渊源,为何在不当得利法,我们要不假思索全盘照搬德国理论?

更为吊诡的是,我国不当得利的理论学说与审判实务长期严重脱节,相看两厌。稍加检索就会发现,德式不当得利概念体系在我国裁判文书中出现的身影寥寥可数。饶是如此,学界依旧对复制德式理论乐此不疲,而对本土审判实务视若无睹。这实在是大谬不然。法律的生命在于经验,而不在于逻辑,更不在于某一特定“法律宗主国”的逻辑。

[170] 谢鸿飞等,见前注[55],第663页。

[171] 黄薇,见前注[8],第1802页。

德国不当得利理论之发达或曰肿胀,世所罕见,却也其来有自。德国法采物权行为无因性理论,又无合同无效清算特别法,故以合同无效清算返还为核心构建起给付型不当得利。为了克服得利丧失抗辩适用于双务合同所生弊病,德国法又创设出种种理论补丁,补丁复补丁,积重难返,体系膨胀实属必然。同时,德国法对给付三分法有明文规定,有意压制不真正无因管理的独立性并明确指示对不当得利法的引致,但欠缺人格权侵害之获利返还侵权责任一般规则,加上对转化物诉讼的敌视,这些因素共同作用,最终造就了深具德国本土色彩、无比庞大繁杂的不当得利法理论体系。但所有的这些方面,我国法均有不同,趋舍异路,又如何能照搬照套?

事实上,只要将合同无效清算从不当得利制度中抽离,德式不当得利体系顷刻间就会土崩瓦解。这种抽离不是离经叛道,亦非异想天开。晚近大修的《法国民法典》和《日本民法典》,即为著例;而我国采行此制更是行之有年,相关案例不可胜数。不当得利理论研究既要仰望德国法之外的星空,也要脚踏中国审判实务的实地,惟其如此,才能形成理论有能力指导实践、实践愿意接受理论指导并予以反馈反哺的良性互动。

依刚颁行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第23条,法律行为不成立之清算亦须参照适用第157条,而非适用第985条及以下条文。至此,德式不当得利体系的“理想图景”又损一角。情势如斯,与其痛心疾首,拒绝相信,不如坦然接受,诚实面对。周虽旧邦,其命维新。这世界多一个德式理论的忠实追随者,不会有什么不同,不会为人类法律文明多样性增色几分;相反,建构契合本国实证法的不当得利法本土解释论,才是吾辈的光荣使命,才是中国法学对世界的独特贡献。

---

**Abstract:** The PRC Civil Code, for the first time, systematically provides for the law of unjust enrichment. The basic matters include: ① the relationship between unjust enrichment and other liabilities; ② the theory of types of unjust enrichment should follow either a unified or non-unified doctrine; ③ the meaning “without legal ground”; ④ the significance of causation as a constituent element of unjust enrichment; ⑤ whether profits should be returned; ⑥ how to determine and evaluate imposed enrichment; ⑦ how to understand a payment made in fulfillment of a moral obligation; ⑧ how to understand the settlement of debt that knowing there is no duty of performance; ⑨ the significance of the good faith and bad faith of the benefited people in the law of unjust enrichment. Analysis of these fundamental issues will play a leading and foundational role in constructing a local interpretation of unjust enrichment law in China.

**Key Words:** Unjust Enrichment; Hilbert's Problems; Without Legal Ground; *Condictio Indebiti*; Infringement on Right or Interest

---

(责任编辑:贺 剑)