

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

吴至诚*

摘要 关于违法无效合同的不当得利返还,我国法并无明确规定。两大法系大同小异的做法是“全有全无”,具体为不当得利的违法性抗辩及例外规则体系。我国《民法典》在编纂过程中虽然删除了不法原因给付规则,但仍可通过对第 985 条的扩张解释,将“全有全无”设定为违法无效合同不当得利返还的一般规则。我国司法实践则沿袭了最高人民法院在股权代持纠纷中所持的裁判立场,基于对原《合同法》第 58 条的扩张解释,在投资已有增值且国家不予收缴的前提下,采取了在受损人与得利人之间进行“比例分担”的返还方案。英国法从形式主义转向结果主义的最新发展、量化修正的比例原则、股权代持中当事人经营行为的存在,三者共同证立了违法无效股权代持适用“比例分担”特殊规则的正当性;但这项特殊规则不应替代“全有全无”,上升为普遍适用于各类违法无效合同不当得利返还的一般规则。无论是“全有全无”还是“比例分担”,不当得利返还对象原则上不应包括金钱的使用价值。

关键词 股权代持 不当得利 违法性 比例分担 比例原则

一、问题的提出

违法合同被认定为无效后,可能产生不当得利之债。不当得利应如何返还,我国立法与司法实践已形成“全有全无”与“比例分担”两种方案之争。“全有全无”方案,是指受损人可以从

* 中国人民大学法学院助理教授。本文系国家社科基金青年项目“公司法与证券法协同背景下信义义务的内在体系研究”(项目编号:19CFX048)的阶段性成果。

得利人处取得的返还额为 100% 或 0%——在不考虑双向返还的情况下,就单一请求权而言,法律不允许法院居中取值。受损人基于其履行无效合同的给付没有法律根据,有权请求得利人全额返还不当得利,是为“全有”;得利人基于交易违法的事实主张违法性抗辩,亦即不法原因给付,从而无须向受损人返还不当得利,是为“全无”。此方案为比较法上通行的,违法无效合同不当得利返还的一般规则。我国《民法典》虽在一定程度上接纳了此方案,但也留下了不小的解释空间。

与之相对的,是我国司法实践自生的“比例分担”方案,其发端于股权代持的场景。从最高人民法院(以下简称最高法院)于 2012 年审结的“华懋金融服务有限公司与中国中小企业投资有限公司股权纠纷案”(以下简称“华懋案”)和其后的数个案件,到《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》(以下简称《外商投资企业司法解释(一)》),均体现了最高法院一以贯之的裁判立场:在违法无效股权代持的双方当事人对交易违法均系知情,且国家对交易产生的不当得利不予收缴的情形下,法院可以就增值额在得利人与受损人之间酌定比例予以分担,无须非此即彼地判决全额返还或全额不返还。

股权代持合同是实际出资人委托代持人持有公司股权的合同。在商业实践中,交易双方基于多种考虑,可能采用股权代持的做法。如果股权代持是为了规避银行业、保险业或上市公司信息披露等监管规定,则相关代持合同可能被纳入广义的“违法无效”范畴。^{〔1〕} 股权代持合同被认定违法无效后,实际出资人和代持人之间随即形成不当得利之债。^{〔2〕} 作为委托人的实际出资人失去了对公司股权的支配,为受损人。作为受托人的代持人继续保有公司股权,为得利人。由于股权代表着投资利益,得利人是否应向受损人全额返还投资本金及其增值额,遂成为重大的实务难题。

从概念的属种关系上讲,违法无效股权代持属于违法无效合同的一种:违法无效合同关系不都是以权利代持为内容,权利代持关系也不都是以股权为标的。所以,当股权代持合同被认定为违法无效后,似应适用违法无效合同不当得利返还的一般规则——“全有全无”。但是,我国法院在处理违法无效股权代持纠纷案件时,往往采取了不同于其他违法无效合同的司法态度。第一,法院不会主动收缴违法代持的公司股权,但对于其他违法无效合同纠纷案件,法院

〔1〕 本文对“违法无效”作广义理解,其情境不仅包括《民法典》第 153 条第 1 款的狭义违法无效,即违反法律、行政法规的效力性强制性规定;也包括某行为因违反部门规章等下位法,被认定为《民法典》第 153 条第 2 款的“背俗无效”,即原《合同法》第 52 条第(三)项的“以合法形式掩盖非法目的”与第(四)项的“损害社会公共利益”。

〔2〕 通说认为,合同无效构成不当得利返还请求权与物权请求权的并存,又因股权代持案件的返还形式多为金钱返还而非原物返还,其法律性质为不当得利自应更无疑义。参见王利明:《合同法研究》(第三版)(第一卷),中国人民大学出版社 2015 年版,第 725—726 页;韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 320 页。

则可能依照职权主动收缴违法标的。^{〔3〕}第二,法院很少直接裁判将代持的股权变更至受损人名下,而是以现金形式为受损人提供救济,避免了与股东优先购买权规则的冲突,也避免了定向转让上市公司股票引起的麻烦。^{〔4〕}

违法无效股权代持区别于一般违法无效合同的上述特点,为此商事领域不当得利返还适用“比例分担”的特殊规则留出了空间。不过,为何股权代持场景可以适用“比例分担”的特殊规则,其正当性仍有待论证。此外,最高法院在2019年11月通过的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,以下简称《九民纪要》)中,试图再进一步,将“比例分担”从特殊规则上升为一般规则,普适于借名买房、小产权房买卖、建设工程、借款、租赁等各类违法无效合同场景,更是让“比例分担”的适用范围变得亟待讨论。

有趣的是,关于不当得利的违法性抗辩及其例外的传统规则体系,英国法近年来确立了从形式主义到结果主义的转向,引入了比例原则与立法目的考量,也显露出“全有全无”的松动趋势。这个转向的标志同样是一个代持案件,其在英联邦与欧陆的学术界均有相当程度的影响力,对我国“比例分担”及其适用范围的正当性证立有帮助作用。

本文以最高法院所持“比例分担”的裁判立场为主线,通过分析“全有全无”与“比例分担”的比较法经验、双方当事人违法时的价值判断困境、立法目的视野下“比例分担”与比例原则的关系,旨在论证违法无效股权代持适用“比例分担”的正当性,提出具体分担方案,并完善违法无效合同不当得利返还规则在一般领域与特殊领域的解释论。

二、违法无效合同不当得利返还的一般规则:全有全无

之所以说“比例分担”是不当得利返还的商事特殊规则,是因为“全有全无”在两大法系各主要法域均属违法无效合同不当得利返还的民法一般规则。为了便于下文全面论证“比例分担”,本章旨在分析“全有全无”这个比较法上的通行方案,以及我国《民法典》对该方案的解释论。总的来说,“全有全无”中的“全有”情形无需赘述,因为全额返还是不当得利的默认法律后果;难点在于“全无”情形:在何种情况下,得利人可以基于交易违法的事实行使抗辩权,阻却不当得利返还请求权?在何种情况下,受损人可以排除上述抗辩,仍然取得全额返还?

(一)两大法系的通行立场

若不对违反强制性规定与违反公序良俗这两个概念作严格区分,针对不当得利返还

〔3〕 法院主动收缴不当得利的情况至今尚有,如北京互联网法院在(2019)京0491民初2547号民事判决书中,基于对“暗刷流量”互联网服务合同属损害社会公共利益而无效的定性,援引《合同法》第59条,做出了收缴不当得利的决定。

〔4〕 除本文正文提及的最高法院案例外,还可参见:北京市第一中级人民法院(2019)京01民再172号民事判决书;江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终1380号民事判决书;上海金融法院(2018)沪74民初585号民事判决书;湖南省衡阳市蒸湘区人民法院(2012)衡蒸鹰民一初字第26号民事判决书。

请求权的违法性抗辩及其例外,大陆法系已形成三种立法例。第一种是仅明确承认违法性抗辩,不明确承认例外,代表法域是瑞士和意大利,体现于《瑞士债法典》第66条和《意大利民法典》第2035条。第二种是模糊承认违法性抗辩及例外,代表法域是法国和荷兰,体现于新债法改革前法国司法实践中的“侮辱抗辩”、〔5〕新债法改革后《法国民法典》第1302-3条第2款、〔6〕《荷兰民法典》第6:211条。〔7〕第三种是明确承认违法性抗辩及其例外,且将例外限定于违法原因仅在得利人一方,代表法域是德国和奥地利,体现于《德国民法典》第817条、《奥地利普通民法典》第1174条、《日本民法典》第708条和我国台湾地区“民法”第180条第4项等。总之,大陆法系主要法域在不当得利违法性抗辩上保持了相对统一的认识,即“原则—抗辩—例外”三层递进关系。〔8〕其中“原则”为:基于违法无效合同的给付,受损人可以主张不当得利返还。“抗辩”为:得利人可以基于交易违法的事实,主张违法性抗辩。“例外”为:受损人可以基于违法原因在得利人一方的事实,排除得利人的违法性抗辩,仍然取得不当得利返还。

与大陆法系类似,英美法系主要法域在传统上同样承认不当得利违法性抗辩,区别仅在于其设置了更细化的形式主义“三例外规则”体系。无论法院采纳违法性抗辩抑或根据“三例外规则”之一排除违法性抗辩,就不当得利之诉的结果而言,都属于“全有全无”而非“比例分担”。不当得利违法性抗辩的“三例外规则”体系首倡于英国。在 *Holman v Johnson* 案中,曼斯菲尔德大法官(Lord Mansfield)确立了与大陆法系基本相同的第一项例外,即交易的违法性原则上可以成为得利人对受损人的抗辩,但违法原因仅在得利人一方的除外(not in pari delicto)。〔9〕在 *Symes v Hughes* 案中,罗米利掌卷大法官(Lord Romilly MR)确立了第二项例外:“主动放弃机会”(locus poenitentiae)。按照该例外,受损人若能主动放弃实现违法目的,

〔5〕 See John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 447.

〔6〕 关于此条的分析,可参见李世刚:《法国新债法:债之渊源(准合同)》,人民日报出版社2017年版,第90页。至于违法性抗辩的例外,有学者指出,从司法实践中可大致推知法国承认“不法原因仅在得利人一方”的例外。See Birke Häcker, “Illegality and Immorality from a Civilian Angle”, in Sarah Green and Alan Bogg (eds.), *Illegality after Patel v Mirza*, Oxford: Hart Publishing, 2018, p. 358.

〔7〕 有学者认为此条虽然表述模糊,但仍可解释出此条承认了违法性抗辩及例外:Eltjo Schrage, “Restitution in the New Dutch Civil Code”, *Restitution Law Review*, Vol.2, No.1, 1994, p. 214,但也有学者认为此条倒置了抗辩及例外,参见陈自强:“不法原因给付”,《月旦法学杂志》2021年第4期,第144页。

〔8〕 在这个递进关系中,大陆法系主要法域的分歧点是对“例外”的细理解,即受损人证明怎样的事实,才能算“违法原因在得利人一方”,排除违法性抗辩,取得不当得利返还。See Sonja Meier, “Illegality”, in Nils Jansen and Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 1924—1925.

〔9〕 (1775) 1 Cowp 341, 98 ER 1120; *Parkinson v College of Ambulance* [1925] 2 KB 1; *Berg v Sandler and Moore* [1937] 2 KB 158.

就可以排除得利人主张的违法性抗辩,取得不当得利返还。^[10]该例外由两个要件组成:一是违法目的没有实现,二是此结果源于受损人的主动放弃。^[11]在 *Tinsley v Milligan* 案中,英国上议院确立了第三项例外,即“依靠原则”(reliance principle)。按照该例外,若受损人能证明自己无须依靠违法事实支撑自己的主张,他就可以排除得利人的违法性抗辩,取得不当得利返还。^[12]美国法亦从之,由2011年《第三次返还与不当得利法重述》第32、63条评论部分,可以看出美国大体继受了英国法的“三例外规则”体系。^[13]同样,在英美法系频谱中较为接近英国的澳大利亚,^[14]以及较为接近美国的加拿大,^[15]也都完整继受了英国法的“三例外规则”体系。

(二)我国法的立场变迁与解释论展望

在《九民纪要》出台之前的司法实践中,许多中院和基层法院对于诸如免考代办驾照、无资质受让宅基地、P2P网贷、代销税务记录等违法无效合同的不当得利返还,采取的正是“全有全无”的做法。^[16]当合同被认定为违法无效,若简单适用《民法典》第122条和第157条第1句,结果即为“全有”,受损人有权从得利人处取得全额返还。然而照此方案,无论得利人与受损人参与违法交易的主观恶性孰高孰低,法律一概偏向受损人,保其取得全额返还,难免对得利人不公。因此,“全有”需要“全无”作为补充方才合理——在特定情形下,法律允许得利人主张违法性抗辩,完全免除其返还责任,结果即为“全无”。

在民法典编纂过程中,不当得利的违法性抗辩规则曾昙花一现。全国人大法工委民法室

[10] (1869-70) LR 9 Eq 475; *Tribe v Tribe* [1996] Ch 107.

[11] *Kearley v Thomson* (1890) 24 QBD 742; *Bigos v Bousted* [1951] 1 All ER 92.

[12] [1994] 1 AC 340. 其实“依靠原则”在 *Tinsley v Milligan* 之前就已被英国各级法院多次使用,只是未被系统梳理。有名的判例如 *Bowmakers Ltd v Barnet Instruments Ltd* [1945] KB 65; *Singh v Ali* [1960] AC 167; *Chettiar v Chettiar* [1962] AC 294.

[13] See American Law Institute, *Restatement of the Law Third: Restitution and Unjust Enrichment*, Vol 1, St. Paul, Minn: American Law Institute Publishers, 2011, pp. 510-515. 此外,美国法律协会在1981年《第二次合同法重述》第197-199条对这个问题也有部分表述。《第三次不当得利法重述》在第507页指出,不当得利法重述是对30年前合同法重述在表述方式上做的一次更新,没有实质改动。关于英国和美国不当得利违法性抗辩三例外的更多介绍,参见许德风:“论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制”,《清华法学》2016年第2期,第85-88页。

[14] *Ambassador Refrigeration Pty Ltd v Trocadero Building and Investment Co Pty Ltd* [1968] 1 NSW 75; *Payne v McDonald* (1908) 6 CLR 208; *Thomas Brown & Sons Ltd v Fazal Deen* (1962) 108 CLR 391.

[15] *Burgess v Zimmerli* (1914) 19 BCR 428; *Ouston v Zurowski* [1985] 18 DLR (4th) 563; *Elford v Elford* (1922) 64 SCR 125.

[16] 参见云南省普洱市中级人民法院(2014)普中民终字第215号民事判决书(全无);河南省安阳市中级人民法院(2015)安中民二终字第2745号民事判决书(全有);江苏省连云港市海州区人民法院(2015)海民初字第05231号民事判决书(全有);湖南省湘潭市中级人民法院(2017)湘03民终1620号民事判决书(全有)。

在2017年8月的《民法典》合同编(室内稿)第142条第1款规定:“当事人作出给付违反法律、行政法规的强制性规定或者违背公序良俗的,受损失的人不得请求得利人返还利益,但该原因仅存在于得利人一方的除外。”该条正是不当得利的违法性抗辩及其例外规则,与我国学术界关于不法原因给付的通说相符。^[17] 据此,受损人与得利人进行违法无效交易时,虽然合同无效触发受损人的不当得利请求权,但得利人可以交易违法为由主张不予返还的抗辩,受损人则可以自己不知违法事实为由排除得利人的抗辩。然而,从2018年3月《民法典》合同编(委内稿)第28章起,到2018年8月《民法典》合同编(一审稿)第28章,到2019年1月《民法典》合同编(二审稿)第29章,再到2019年12月首次合编的《民法典草案》合同编第29章,直至2020年5月通过的《民法典》合同编第29章,该条内容均被整体移除。虽然相关资料没有给出移除的理由,但至少说明立法机关对于该规则不甚满意。

不满意就直接删除的做法,虽然在法典编纂技术上属于稳妥的选择,但容易让“全有全无”方案中的“全无”结果成为无本之木,导致“全有”结果的泛滥。正如崔建远教授所言,更稳妥的做法,是留待将来区分情形处理,最终承认违法性抗辩及其例外规则。^[18] 问题在于,在“后民法典时代”,司法实践对“全无”情形的类型化探索,必须建立在有法条可引用的前提上,否则法院判决“全无”就有欠缺法律依据之嫌。有鉴于此,一种解释论上的权宜之策,是扩张解释《民法典》第985条第(三)项——将受损人明知与得利人签订的是违法无效合同,没有给付义务却仍然向得利人给付的行为,界定为“明知无给付义务而进行的债务清偿”这一不当得利返还请求权之排除事由,受损人不得请求得利人返还。因为当违法原因在双方时,基于“任何人不得以不知法律为由而进行抗辩”的法谚,可视为受损人对于交易属违法无效的主观心态为明知。如此,《民法典》第122条(不当得利一般条款)就是“全有”的法律依据,第985条第(三)项就是“全无”的法律依据,二者共同组成了我国违法无效合同“全有全无”的一般规则。

不过必须承认的是,上述“122+985”方案的弹性仍然有限,未必能为“将来区分情形处理”的学术愿景提供充分的解释论空间。具体而言,如果将来法院认为有必要在实质上恢复《民法典》合同编(室内稿)第142条第1款的但书,即承认“违法原因在得利人一方”的例外,让受损人可以基于《民法典》第122条得到“全有”的不当得利返还,那么《民法典》第985条第(三)项的“全无”规定确实不会起到妨碍作用,因为“明知无给付义务而进行的债务清偿”的前提是受损人明知,而“违法原因在得利人一方”基本等同于受损人对违法交易的事实并不知情,故第985条第(三)项不适用。但是,倘若将来法院认为有必要借鉴英美法系违法性抗辩的三例外体系,比如接纳“主动放弃机会”的例外,让受损人可以基于《民法典》第122条得到“全有”的不

[17] 参见王利明:《债法总则研究》(第二版),中国人民大学出版社2018年版,第475—478页;杨立新:《债法》,中国人民大学出版社2014年版,第410页;崔建远:《债权:借鉴与发展》(修订版),中国人民大学出版社2013年版,第843页;张广兴主编:《债法》,社会科学文献出版社2009年版,第397页。

[18] 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190页。

当得利返还,那么第985条第(三)项的“全无”就会起到妨碍作用。因为“主动放弃机会”的经典场景,就是受损人最初明知其与得利人交易的违法无效,且主观上就是在追求达到违法目的,只是受损人在交易完成、目的实现之前,幡然悔悟,主动停止了交易,要求得利人返还不当得利。在这个场景下,受损人悔悟的事实,并不能改变其在向得利人进行给付时系“明知无给付义务”,因此符合第985条第(三)项,返还结果仍然是“全无”,而非第122条的“全有”,这导致我国注定无法接纳“主动放弃机会”的例外。当然,抛开立法论不谈,只就解释论而言,“122+985”方案恐怕已经算得上是基于《民法典》现有法条所能想到的最佳方案了。

三、违法无效股权代持不当得利返还的替代方案:比例分担

得利人与受损人双方违法的不当得利返还,在两大法系都是价值判断层面的两难问题。一方面,从结果上看,确实是得利人获利而受损人买单,不当得利法似乎不应容忍这种“无法律依据而保有利益”情况的存在;另一方面,从原因上看,毕竟是违法的受损人将自己置于法律秩序之外,不当得利法似乎又不宜施以援手。^[19]或许是基于类似的考虑,我国最高法院在审理违法无效股权代持纠纷案件和制定相关商事司法解释的过程中,逐渐演化出了“比例分担”的特殊规则,并未选择适用违法无效合同“全有全无”的一般规则。

(一)股权代持价值判断上的两难困境

针对“全有全无”方案在违法无效股权代持场景的适用,我国商法学者曾简要地表达过质疑:当委托人和代持人对于代持合同的违法性均属明知时,将代持股份的当前现金价值全额判给任何一方都不公平。^[20]然而,如果不适用“全有全无”的一般规则,又该适用怎样的特殊规则呢?对于这个棘手的问题,商法规范的制度供给明显不足。首先,《公司法司法解释(三)》第24条选择了先易后难的路径。该条虽然澄清了股权代持合同的效力认定规则,却搁置了合同无效后的返还规则。其次,无论是信托型股权代持还是代理型股权代持,它们的共性规则是信义义务规则体系,其中就包括信义义务人的无私利义务——股权代持人无论作为信托受托人还是代理人,均不得从代持关系中谋取私利。^[21]适用此规则看似可以帮助投资人取得全额返还,但实际上于事无补。因为无私利义务存在的前提是信义关系的存在——在违法无效股权代持中,既然代持合同无效,信义关系不存在,那就根本没有无私利义务的适用余地。最后,学术界和实务界在论及股权代持时,也普遍存在“重合同效力、轻返还后果”的问题,并未就

[19] See John W. Wade, “Benefits Obtained under Illegal Transactions—Reasons for and against Allowing Restitution”, *Texas Law Review*, Vol.25, No.1, 1946, p. 60.

[20] 参见赵旭东:“股权代持纠纷的司法裁判”,《法律适用》2018年第22期,第3—4页;叶林:“股权代持纠纷裁判的司法立场”,《法律适用》2018年第22期,第9—10页。

[21] *Keech v Sandford* (1726) Sel Cas Ch 61, 25 ER 223; *FHR European Ventures LLP v Cedar Capital Partners LLC* [2014] UKSC 45, [2015] AC 250. 在我国,《信托法》第26条有明确的无私利规定约束信托受托人,但《民法典》总则编代理章节与合同编委托合同章节均无类似明确规定约束代理人。

法无效股权代持的返还方案给出明确建议。^[22]

然而,认定股权代持合同的效力和处理无效后的返还问题在逻辑上是相互牵扯的,返还后果会影响法官在处理效力问题上所持的价值判断。如果法官知道,只要自己判决代持合同无效,返还后果必然为“全有全无”,那么他就会被束缚手脚——或出于对一方“血本无归”的同情,或出于对另一方“盆满钵满”的不认可,只好判决合同有效,以保证双方在合同履行中各有所得。相反,如果立法上给出了不当得利返还的“比例分担”方案,那么法官就会知道,即使判决代持合同无效,依然可以避免一方获得全额利益、另一方承担全额损失的极端结果,那么他就可以更从容地认定代持合同的效力。或许正因为此,发源于我国股权代持司法裁判实践中的“比例分担”逐渐浮出水面。

(二) 股权代持司法实践中的比例分担

“比例分担”立场源于最高法院对《合同法》第 58 条第 2 句传统解释论的突破。《合同法》第 58 条规定,“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”此条虽然在《民法典》合同编中被移除,但其基本内容在《民法典》总则编第 157 条中得到了延续。

根据此条第 1 句,似可得出此条能在整体上适用不当得利的结论。然而,此条第 2 句采用了损害赔偿语境下常用的“赔偿”一词,而非不当得利语境下的“返还”,暗示其调整对象不是不当得利。对此,《合同法》时期的主流释义书均未明确回应。^[23]我国学术界通说则倾向于否定立场,即将第 2 句的适用范围解释为缔约过失,而非不当得利;^[24]《民法总则》第 157 条的评注也延续了这种通说。^[25]

尽管如此,《合同法》第 58 条第 2 句“比例分担”的适用范围却在股权代持的商事司

[22] 参见葛伟军:“有限责任公司股权代持的法律性质——兼评我国《公司法司法解释(三)》第 24 条”,《法律科学》2016 年第 5 期,第 175—183 页;葛伟军:“股权代持的司法裁判与规范理念”,《华东政法大学学报》2020 年第 6 期,第 123—136 页;李冀:“司法实践中股权代持协议效力的认定问题研究——以《司法解释(三)》出台后最高法股权代持案例为视角”,《金融发展研究》2017 年第 12 期,第 46—53 页;荣明潇:“对股权代持行为的审查认定”,《人民司法》2019 年第 17 期,第 8—12 页;丁广宇:“股权代持纠纷的有关法律问题”,《人民司法》2019 年第 17 期,第 21—24 页。

[23] 参见江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 48 页;胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社 1999 年版,第 107 页。

[24] 参见崔建远:《合同法总论(上卷)》(第二版),中国人民大学出版社 2011 年版,第 445 页;朱广新:《合同法总则研究(上卷)》,中国人民大学出版社 2018 年版,第 373 页;韩世远,见前注[2],第 165、322 页;茅少伟:“恶意串通、债权人撤销权及合同无效的法律后果——最高人民法院指导案例 33 号的实体法评释”,《当代法学》2018 年第 2 期,第 19 页。

[25] 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社 2017 年版,第 1106 页。虽然也有学者对缔约过失说提出了异议,但其主张的是将本句界定为侵权责任,仍然不是不当得利。参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 740—742 页。关于缔约过失规则本身的评注,可参见孙维飞:“《合同法》第 42 条(缔约过失责任)评注”,《法学家》2018 年第 1 期,第 179—191 页。

法裁判中被扩张到了不当得利,最著名的案例当属最高法院2012年审结的“华懋案”。^[26] 该案所涉股权代持发生在香港回归之前,被告香港华懋公司欲通过股权投资,从当时即将上市的民生银行中获利。或为绕开《关于向金融机构投资入股的暂行规定》第12条禁止外资向中资金融机构投资的规定,华懋公司与原告中国中小企业公司签订委托投资协议,约定由华懋公司向中小企业公司汇款,中小企业公司则用收到的款项购买民生银行原始股。购得股权登记在中小企业公司名下,中小企业公司会根据华懋公司的意愿行使表决权,并为华懋公司的利益保有股权及输送红利,双方遂形成股权代持关系。后双方关系破裂,中小企业公司以股权代持违法为由起诉华懋公司,请求法院确认代持关系无效,认定双方为借款关系,并同意返还约9000万元投资本金和约4500万元利息。北京高院一审支持了中小企业的诉讼请求。华懋公司于是上诉至最高法院,要求中小企业公司向其返还约5亿元的投资价值,其理由是上述投资的本金、利息和股权增值收益均为中小企业基于无效合同持有的不当得利。

在股权代持合同的效力认定上,最高法院支持了北京高院的立场,认为这份代持合同属于“以合法形式掩盖非法目的”,违反《合同法》第52条第(三)项,应归于无效。但在合同无效的不当得利返还后果上,最高法院否定了北京高院的意见并认为:首先,股权增值虽远大于投资本金,但二者之间存在客观实在的关联,均属中小企业的不当得利;其次,《合同法》第58条第2句可以适用于不当得利纠纷,按照双方违法程度和实际情况,不当得利返还额被确定为股权增值、投资本金以及红利之和的40%。由此,最高法院将《合同法》第58条第2句的适用范围从缔约过失扩张到了不当得利,并确立了当违法原因归咎于双方时,法院可以对返还额进行比例分担的先例。

此后,在“杨金国、林金坤股权转让纠纷案”中,^[27]最高法院再次认为:首先,双方的股权代持合同违反了当时《证券法》第63条和证监会《上市公司信息披露管理办法》第3条关于如实信息披露的规定,削弱了法律对非特定投资者的保护,损害社会公共利益,所以股权代持合同违反《合同法》第52条第(四)项,应归于无效;其次,关于合同无效的不当得利返还后果,应整体适用《合同法》第58条,公平分割委托投资利益。可见继“华懋案”后,最高法院再次将《合同法》第58条第2句适用于不当得利,并对得利采取了“比例分担”的立场。类似的裁判思路又如“福建伟杰投资有限公司、福建天策实业有限公司营业信托纠纷案”,^[28]最高法院认为:首先,双方的股权代持信托合同违反了原保监会《保险公司股权管理办法》第8条关于禁止保险公司股权代持的规定,削弱法律对非特定被保险人的保护,损害社会公共利益而归于无效;其次,应根据合同无效而非解除的后果分配原被告双方的利益。

其实,最高法院“比例分担”的裁判思路早在“华懋案”审结的两年前就有迹可循。《外商投

[26] 最高人民法院(2002)民四终字30号民事判决书。

[27] 最高人民法院(2017)最高法民申2454号民事裁定书。

[28] 最高人民法院(2017)最高法民终529号民事裁定书。

资企业司法解释(一)》第 18 条规定,当实际投资者对名义股东基于合同无效提起不当得利之诉时,若投资增值,则返还额应包括股权投资的本金及部分增值收益。至于部分增值收益的比例分担标准,则应“根据实际投资者的实际投资情况、名义股东参与外商投资企业经营管理的情况”合理分担金额。同时,根据《外商投资企业司法解释(一)》第 19 条,若投资贬值,则实际投资者可以得到现存价值的全额返还,但不能请求名义股东支付投资贬值之前的,与投资本金相当的金额。结合上述两条规定及其释义可知:一方面,最高法院遵循了我国学术界的通说,即《合同法》第 58 条第 2 句为缔约过失规则而非不当得利规则;但另一方面,最高法院又采取限缩解释的技术,将缔约过失的适用范围限定在股权投资贬值的情形,从而保留了当股权投资增值时,《合同法》第 58 条第 2 句可以被解释为不当得利规则的可能性,为“比例分担”的立场找到了法律依据。

四、比例分担方案及其适用范围的正当性证立

在确立了违法无效股权代持适用“比例分担”后,最高法院又试图更进一步,通过《九民纪要》第 32 至 34 条,表达了将“比例分担”从特殊规则上升为一般规则的新立场。根据其释义书中的列举,“比例分担”的适用范围从股权代持扩张到了建设工程、房屋买卖、借款、租赁等各类违法无效合同场景。^[29]然而,最高法院在《九民纪要》及其释义书中,对这种扩张的理由语焉不详,欠缺正当性证立。本章正是从实然视角转向应然视角,论证股权代持场景适用特殊规则的正当性,其中包括两个问题:第一,为什么股权代持应适用“比例分担”的特殊规则而非“全有全无”的一般规则,即“比例分担”本身的正当性何在?第二,为什么不能将这个特殊规则普适于各类违法无效合同,以彻底替代“全有全无”,而是只能将其适用范围限定于股权代持的场景?回答上述两个问题的起点,是以比例原则中的成本收益考量为工具,从结果主义的视角分析强制性规定的立法目的。

(一)结果主义的域外法转化

如前所述,经过十八世纪到二十世纪的发展,英美法系在不当得利违法性抗辩上,已经形成比大陆法系更精细的规则体系。其核心是针对多种典型情形,分别设定不同的违法性抗辩事由,以精准定位“全有”与“全无”的边界。至于返还后果是否符合强制性规定的立法目的,则不在法官考虑范围之内。然而,这种无视结果的形式主义立场引起了英国法律界许多人的反思。比如负责制定法改革的英国法律委员会就指出,不当得利违法性抗辩规则体系应与实体法背后的立法政策保持一致,具体包括:①帮助实现强制性规定制定的目的;②避免法律的不

[29] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 259—268 页。首先,《九民纪要》第 32 条明确提出了无效合同不当得利返还比例分担的基本原则,即“根据诚实信用原则的要求,在当事人之间合理分配,不能使不诚信的当事人因合同不成立、无效或者被撤销而获益”。随后,第 33 条和第 34 条说明了避免单方获益的具体操作方案。

一致、不融贯；③防止当事人因违法行为获利；④对违法行为施以威慑；以及⑤维护法律体系的公正与完整。^[30] 该建议也得到了学术界的部分支持，现已任命为英国最高法院大法官的巴柔斯(Andrew Burrows)教授在《英国不当得利法重述》一书中，就主张放弃传统三例外规则体系，直接将前述1至4项列为法院排除违法性抗辩的裁量基础。^[31] 该建议的早期版本甚至还影响到《欧洲示范民法典草案》。^[32]

在对形式主义持续反思的背景下，英国最高法院在2016年 *Patel v Mirza* 案中，做出了被称为“足以撼动数百年先例”的终审判决。^[33] 与我国的“华懋案”类似，该案当事人约定的投资计划也是股权代持，被告 Mirza 为代持人，原告 Patel 为被代持人。被告向原告称，自己知道内线消息，建议原告投资给他一笔钱，用来购买苏格兰皇家银行的股票，赚取波动差价。买到的股票将由被告代持，赚到足够差价就卖出，并按约定将收益支付给原告。原告明知这项交易违反英国《1993年刑事司法法》(Criminal Justice Act 1993)第52条禁止内幕交易的强制性规定，属于违法无效合同，但还是向被告支付了62万英镑。不料，由于内线信息有误，被告最终没能帮助原告赚到这笔差价。原告了解到情况后，基于不当得利，要求被告返还62万英镑，被告则提出违法性抗辩。英国高等法院一审驳回了原告的诉讼请求，因为原告与被告的交易过程不符合违法性抗辩三例外中的任何一种。英国上诉法院二审则支持了原告的诉讼请求，因为法院宽松解释了主动放弃的例外，认为既然内幕交易没有达成，那么就不必严格要求只有受损人主动放弃实现违法目的，才能构成违法性抗辩的例外。在终审中，最高法院维持了上诉法院的判决结果，但否决了上诉法院的解释路径。以图尔森大法官(Lord Toulson)为首的六位多数派法官认为，原告之所以能够排除被告提出的违法性抗辩，取得不当得利返还，其理由不是传统三例外中的任何一种，而是基于法官对强制性规定立法目的与返还结果之间进行一系列政策考量的结果。具体而言，法官需要考量的因素有：①被违反的强制性规定的立法目的是否与返还结果相冲突，②其他相关强制性规定的立法目的或公序良俗是否与返还结果相冲突，以及③如果仅因受损人违反强制性规定就禁止他取得不当得利返还，那么这种结果是否违反比例原则。^[34] 自此，基于形式主义而形成的传统三例外规则体系作古，取而代之的是基于

[30] Law Commission, *The Illegality Defence: A Consultative Report* (Law Com No 189, 2009) paras.2.5-2.27; Law Commission, *The Illegality Defence* (Law Com No 320, 2010) paras.2.13-2.15.

[31] Andrew Burrows, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 136. 巴柔斯教授之所以删去第5项建议，是因为他认为第5项和第2项说的是一回事。

[32] See Hector L. MacQueen, “Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles”, in Arthur S. Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 562, citing Law Commission, *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts* (Law Com No 154, 1998).

[33] Charles Mitchell, Paul Mitchell and Stephen Watterson (eds.), *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, London: Sweet & Maxwell, 2016, para.35-01.

[34] *Patel v Mirza* [2016] UKSC 42, [2017] AC 467 [120]. 该案一审与二审的案号分别为[2013] EWHC 1892 (Ch), [2013] 2 P&CR DG23 和[2014] EWCA Civ 1047, [2015] Ch 271.

结果主义政策考量的方法(range of factors approach)。

对于整体保守的英国私法学术界而言, *Patel v Mirza* 案终审判决追求结果主义的激进立场算得上平地起惊雷。此后三年内,两大法系众多学者发表论文予以回应,《欧洲私法评论》还专门围绕本案发表了一期特刊,学者们甚至出版了以该案为书名的论文集,这种盛况实属罕见。^[35] 部分学者认为,终审判决矫枉过正,有使违法性抗辩规则模糊化乃至虚无化之嫌,甚至有复辟到法官只用良心裁判时代的危险。^[36] 但另一部分学者指出,新标准带来的模糊后果是可接受的代价,对此不必过于恐慌。^[37] 然而, *Patel v Mirza* 案的实效还是超出了保守学者的预期。根据 Westlaw UK 数据库中的信息,自该案终审判决下达之日至今,在与该案事实相同或相近的共 15 份判决书中,英国各级法院均对该案进行了正面援引,而无推翻先例(overruled)或不予适用先例(not followed)的情形,甚至鲜有法官对该案的判决理由持保留意见。^[38]

同属英美法系的美国、加拿大和澳大利亚,在继受英国不当得利法的违法性抗辩三例外规则体系后,也默默发展出了若干结果主义导向的判例,只是这些判例并未明确废除形式主义三例外,且知名度也没有 *Patel v Mirza* 案那么大而已。^[39] 相比于美加澳,英国法主要做了两点贡献:一是明确废除了形式主义的三例外规则,开启了结果主义考量的大门;二是提出了比例原则在本问题的适用,使法院在判断返还结果是否符合立法目的时,有了更具框架性的操作流程。本章之所以强调这两点贡献,是因为:如果一国没有明确转向结果主义,而是沿袭形式主义的违法性抗辩及例外规则体系,那么无论如何也导不出“比例分担”的结果;如果一国没有明确采用比例原则的思考进路,结果主义考量也就缺少了教义学细化分析的工具,“比例分担”难免流于空谈。虽然 *Patel v Mirza* 及其后的各个案件均延续了“全有全无”而非“比例分担”的判决结果,但 *Patel v Mirza* 的判决论证过程,即上述两点贡献为进一步量化修正比例原

[35] See *European Review of Private Law*, Vol.26, No.2, 2018, pp. 227-281; Sarah Green and Alan Bogg, *supra* note 6.

[36] See Graham Virgo, “*Patel v Mirza*: One Step Forward and Two Steps Back”, *Trusts & Trustees*, Vol.22, No.10, 2016, pp. 1090-1097; Paul S. Davies, “Illegality in Equity”, in Paul S. Davies, Simon Douglas and James Goudkamp (eds.), *Defences in Equity*, Oxford: Hart Publishing, 2018, p. 265; James Goudkamp, “The Law of Illegality: Identifying the Issues”, in Sarah Green and Alan Bogg, *supra* note 6, p. 47.

[37] See Andrew Burrows, “Illegality after *Patel v Mirza*”, *Current Legal Problems*, Vol.70, No.1, 2017, pp. 55-71; Ernest Lim, “*Ex Turpi Causa*: Reformation not Revolution”, *Modern Law Review*, Vol. 80, No.5, 2017, pp. 927-954; Anthony Grabiner, “Illegality and Restitution Explained by the Supreme Court”, *Cambridge Law Journal*, Vol.76, No.1, 2017, pp. 18-22.

[38] 其中收录入判例汇编的有 *Stoffel & Co v Grondona* [2018] EWCA Civ 2031, [2018] PNLR 36; *XX v Whittington Hospital NHS Trust* [2018] EWCA Civ 2832, [2019] 3 WLR 107; *Singularis Holdings Ltd (In Liquidation) v Daiwa Capital Markets Europe Ltd* [2019] UKSC 50, [2019] 3 WLR 997.

[39] *Nizamuddowlah v. Bengal Cabaret, Inc.*, 399 NYS 2d 854 (1977); *Re Ontario Securities Commission and British Canadian Commodity Options Ltd* (1979) 22 OR (2d) 278; *Nelson v Nelson* (1995) 184 CLR 538.

则,从而证立我国“比例分担”特殊规则的正当性提供了铺垫。^[40]

(二)量化修正的比例原则

直观地看,用结果主义替代形式主义作为“全有全无”的裁判标尺,对法官的最大挑战是,如何判断拒绝返还的结果是否违背强制性规定的立法目的?面对“全有”和“全无”这两个选项,法官在个案裁判中往往会陷入前述两难困境。然而,法官一定要在两端之间择一选择吗?对于纯粹的定性问题或许如此,但若是涉及定量比较,就存在居中取值的可能性,即在受损人与得利人之间进行“比例分担”。

系统论证“比例分担”正当性的难点,在于学术界对比例原则内涵的认知局限。关于比例原则,早先是由我国行政法学者系统地讨论了其在公法中的引入。^[41]等到我国民法学者开始探讨该原则在私法中的适用时,最初是将其用于认定合同效力而非合同无效后的返还问题,后来的学者也大体延续了这一思考进路。^[42]据此,比例原则的功能似乎仅是定性而非定量,那么该原则自然就无法为“比例分担”提供正当性证立。与之相对的,是有学者还将实例展开于侵权损害完全赔偿原则的缓和,并指出:当根据侵权责任构成要件是否齐备确定全赔或全不赔的法律后果,由此带来的天价赔偿有违立法目的时,可借助比例原则减少赔偿额,而非走向赔偿额清零的另一个极端。^[43]虽然讨论的场景与本文不同,但这至少说明部分学者已有“比例原则可以证立比例分担”的认识,值得赞赏。

将比例原则适用于违法无效股权代持,可以得出比例原则的具体“四步分析法”:第一,“正当性”考察,即判断强制性规定立法目的是否正当;第二,“相关性”考察,即判断不当得利返还的后果是否有助于达成强制性规定的立法目的。经过这两步的定性筛查,则可启动第三步“必要性”和第四步“狭义比例性”的定量考察,分别着眼于方案的内部比较和外部比较。“必要性”考察的,是全有全无的返还方案相比于比例分担的返还方案,是否已把当事人的损失降到了最低。“狭义比例性”考察的,是全额不返还给受损人造成的损失,或全额返还给得利人造成的损失,其成本是否小于实现立法目的对社会带来的整体收益。

由此可见,比例原则与比例分担并非互斥概念,不能简单地认为比例原则定性,比例分担定量。比例原则分析步骤中的“正当性”和“相关性”虽为定性判断,但“必要性”和“狭义比例

[40] 英国最高法院在接受了违法无效代持关系的不当得利可以采用比例原则的思路后,没有进一步接纳比例分担,而只是让比例原则作为全有全无的判断标尺。究其原因,在 *Patel v Mirza* 案中投资款还没来得及增值就终止了交易,即比例分担规则的适用前提并不存在,法官自然也就无须考虑增值额的分担问题。

[41] 参见杨临宏:“行政法中的比例原则研究”,《法制与社会发展》2001年第6期,第42—49页;余凌云:“论行政法上的比例原则”,《法学家》2002年第2期,第31—38页。

[42] 参见解亘:“论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示”,《中外法学》2003年第1期,第46页;孙鹏:“论违反强制性规定行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解与适用”,《法商研究》2006年第5期,第125页;黄忠:“比例原则下的无效合同判定之展开”,《法制与社会发展》2010年第4期,第46—57页;纪海龙:“比例原则在私法中的普适性及其例证”,《政法论坛》2016年第3期,第98—102页;熊丙万:“中国民法学的效率意识”,《中国法学》2018年第5期,第96—98页。

[43] 参见郑晓剑:“比例原则在民法上的适用及展开”,《中国法学》2016年第2期,157—160页。

性”却可以是定量判断,这种量化思维的本质为成本收益分析。^{〔44〕} 结果主义考量是违法无效股权代持不当得利返还的构成要件,成本收益分析则是结果主义考量的具体方法。作为一种方法,成本收益分析既可服务于定性问题,如违法合同是否无效;也可服务于定量问题,如违法无效合同的不当得利怎样返还。就违法无效股权代持而言,如果适用强制性规定的结果仅仅严惩了违法的被代持人,使其颗粒无收,并奖励了违法的代持人,让其赚得盆满钵满,这显然不是实现立法目的,达到监管收益最大化的路径。相反,如果引入比例分担的量化思维并修正比例原则,允许法院在得利人与受损人之间分配股权投资的收益,而非迫使法院在全额返还与全额不返还的两个极端之间做出抉择,就可使法院得以通过在个案中调节返还比例,找到更合理的返还方案。

有人可能会认为,既然双方均故意违法,法院将增值部分判给谁都不太合适,不如就既不选“全有全无”,也不选“比例分担”,而是直接把增值收归国有,或许这种“第三条道路”更有利于规制违法目的的达成? 诚然,如本文开头的脚注中引用的案件,法院主动收缴不当得利的情况至今尚有。但是,如果仔细观察收缴法条的变迁,就可以发现:《民法通则》第 134 条关于承担民事责任主要方式的规定,该条第 3 款的法院收缴法条,在对应的《民法典》总则编第 179 条中已不复存在;《民法通则》第 61 条第 2 款以及《合同法》第 59 条关于当事人恶意串通损害国家、集体或者第三人利益的收缴法条,在对应的《民法典》总则编和合同编也均已不复存在。由此可见,有“与民争利”之嫌的收缴制度与民商法的兼容性正受到不断的质疑,收缴在私法领域的适用将日趋式微。而且从法律责任的性质上看,收缴制度与行政机关的罚没制度非常相近;以居中持重、被动审理当事人诉求为角色的法院,是否适合替代行政机关,超越双方当事人的诉求,主动对当事人施加实体性的惩罚,也是值得商榷的。况且双方当事人均为故意的违法交易,未必招致行政责任,即便招致行政责任,责任承担方式也未必是被行政机关罚没全部违法所得。

有人还可能反驳道,“任何人不得从其违法行为中获利”的古老法谚,决定了收缴制度的正当性。但用法谚直接完成价值判断的做法是不正确的,至少不够充分。恰巧英国最高法院在 2020 年末新鲜出炉的一则判决中,再次表明了对 *Patel v Mirza* 案的支持,并指出,法院在适用结果主义方法处理双方当事人均故意违法的案件时,即使判决的结果会导致一方从其违法行为中获利,只要该判决结果不造成相关法律规则适用的不自洽,不影响法律内在体系的融贯性,那么“任何人不得从其违法行为中获利”的法谚就不足以否定判决的正当性。^{〔45〕} 我国最高法院同样也并未将此法谚视为铁律,其在《九民纪要》第 33 条提出“比例分担”的裁判指引时明确表示,这是为了“避免一方因合同不成立、无效或者被撤销而获益”。然而在违法交易产生增值的情况下,无论是“全有全无”还是“比例分担”,都注定了至少有一方因其违法行为获利,这是基本的数学常识。由此可见,最高法院不是在狭义地理解这句法谚,否则就不会主张“比

〔44〕 关于成本收益分析、比例原则与量化思维的关系,可参见戴昕、张永健:“比例原则还是成本收益分析——法学方法的批判性重构”,《中外法学》2018 年第 6 期,第 1525—1527 页。

〔45〕 *Stoffel & Co v Grondona* [2020] UKSC 42 [46].

例分担”，而是会主张直接收缴了。更自洽的理解是，最高法院是希望通过“比例分担”方案的适用，尽量平衡双方的利益，只要能让不当得利返还的结果尽可能地有利于实现强制性规定的立法目的，就足够了。

（三）比例分担只应适用于股权代持场景

论证了“比例分担”方案本身的正当性，接下来的问题，就是为何不能如最高法院《九民纪要》所言，将“比例分担”这一特殊规则普适于各类违法无效合同，以彻底替代“全有全无”的一般规则？回答这一问题的关键，是探究违法无效股权代持相比于其他的违法无效权利代持，乃至不涉及权利代持的其他违法无效合同，其特殊性何在。

这个特殊性就是当事人经营行为的存在。在股权代持关系中，代持人作为公司股东，不是在经营股权本身，而是在经营股权背后的公司营业资产，即“能够实现营利目的的各项财产以及事实关系的集合体。”^{〔46〕}一般来说，一家经营妥当的公司，营业资产增值，公司的股价就会随之上升，股东自身的利益也就得以提升。这种经营可以是积极的，即代持人自发参与公司治理，促使董事会或股东会形成一项对公司有利的决议；也可以是消极的，即代持人依照被代持人的指示，将后者的经营意图贯彻于公司治理之中，其本质仍是被代持人的经营行为。据此，因前者产生的利益应归于代持人，因后者产生的利益应归于被代持人。然而，这种利益分配并不直观。由于经营行为对股权增值的贡献难以按照成本的方式计算，导致法官无法沿着“全有全无”的路径，通过“增值=股价-投资本息-经营成本”的简单运算，将得出的增值额全部判给被代持人。相反，法官只能沿着“比例分担”的路径，裁量出被代持人与代持人各自的经营行为对股价增值的贡献比例，再分别将这两份增值判给代持人与被代持人。

为了更好地理解当事人经营行为的存在对返还方案的影响，不妨将股权代持与不动产物权代持作对比。在不动产物权代持关系中，当事人同样可能有增加不动产价值的行为，如装修、添附等，但这种行为针对的是标的物本身，而非背后的某个财产。当不动产物权代持行为属违法无效时，对不当得利返还适用“全有全无”并无大碍，因为装修、添附的成本不难计算。以借名买房代持关系为例，当实际出资人为了规避下位规章、政策文件对于各类经济适用房的资质限制，与有资质的人通谋，将房屋所有权登记在后者名下，则这种违法交易构成违反公序良俗，属违法无效的不动产物权代持。^{〔47〕}在不适用收缴制度的前提下，我国法院的立场，多是将不动产物权维持在代持人名下，而非判令代持人向被代持人转移所有权。^{〔48〕}至于增值的不当得利返还，我国法院多数判决的结果为“比例分担”，不敢将增值全额判给代持人，且几

〔46〕 叶林：“营业资产法律制度研究”，《甘肃政法学院学报》2007年第1期，第9页。

〔47〕 此为法院的多数立场，但也有少数立场主张这种代持行为仍然有效，参见马一德：“借名买房之法律适用”，《法学家》2014年第6期，第135页。

〔48〕 参见《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》（京高法发〔2010〕458号）第16条；《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》第28条。

乎没有论证,这种做法的正当性值得商榷。^[49]究其原因,是法院未能厘清不动产代持中两份合同之间的关系,而且最新案件也选择跟随了《九民纪要》关于“比例分担”可普适于各类违法无效合同的裁判指引。

在违法无效的不动产代持关系中,存在两份事实上的合同,第一份为被代持人与代持人之间的代持合同,第二份为代持人与开发商之间的购房合同。关于被代持人基于第一份合同汇给代持人的投资本息,由于代持合同违法无效,代持人取得资金没有法律依据,构成不当得利,原则上应返还本息。关于代持人基于第二份合同取得的房屋所有权,由于购房合同有效,代持人取得房屋所有权有法律依据,且房屋增值是房屋价值的组成部分,被代持人并无经营贡献,所以代持人理应保有增值。当然,如果被代持人除了出资购房,还出资装修,那么一般来说,装修对房屋的增值肯定有贡献。不过,这种贡献的存在不意味着法院就应转而适用“比例分担”。因为装修款的金额一般是明确可查的,无须按增值比例重新计算出一个金额。而且,房屋装修与公司经营是不同的两回事,装修款对房屋增值的贡献可与投资本金一样,均算作成本予以返还,不应算作严格意义上的房屋增值。因此,无论违法无效不动产代持关系是否涉及装修、添附等行为,法院均不必将增值在代持人与被代持人之间“比例分担”,只需沿着“全有全无”的路径,完成“增值=房价-投资本息-装修、添附成本”的简单运算即可。

与之对比,在违法无效的股权代持中,以“华懋案”为例,也存在两份事实上的合同:第一份为被代持人与代持人之间的代持合同,第二份为代持人与目标公司之间的认购合同。关于被代持人基于第一份合同汇给代持人的投资本息,由于代持合同违法无效,代持人取得资金没有法律依据,构成不当得利,原则上应返还本息。关于代持人基于第二份合同取得的股权,由于认购合同有效,代持人取得股权有法律依据,且增值是股价的组成部分,所以代持人理应保有增值。至此,以上分析均与不动产代持关系相似,但与之不同的是,在股权代持关系中,被代持人对增值还有经营贡献,且这种经营不是被代持人的某种慈善行为,而是基于对代持关系的回报预期才愿意投入的精力。因此,这种经营行为与违法无效代持合同项下的投资汇款形成了牵连关系,同属被代持人基于无效合同进行的给付,与代持人的增值得利形成了损益对应的关系,构成不当得利,理应分走一部分增值额。当然,被代持人不能以此为由要求分走全部增值额,因为代持人同样有经营行为,二者共同促成了增值。

综上,股权代持当事人经营行为的存在,证立了“比例分担”适用于违法无效股权代持的唯一性,而非普适于其他违法无效权利代持,乃至其他违法无效合同纠纷。

[49] 参见北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第 02255 号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第 06216 号民事判决书;新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民申字第 1879 号民事裁定书;北京市第二中级人民法院(2017)京 02 民终 7264 号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2017)苏 01 民终 9386 号民事判决书;海南省海口市中级人民法院(2020)琼 01 民申 3 号民事裁定书。

五、比例分担的具体规则构造

完成了“比例分担”适用于违法无效股权代持场景的正当性证立,最后的问题就是具体分担方案了。虽说分担方案免不了法官的自由裁量,但法院不应停留于粗疏的、仅基于公平原则的法政策考量,而应将考量因素嵌入不当得利构成要件的制度框架内,以保持分担方案在一定程度上的可预测性,避免对不当得利教义学体系的破坏。

(一)适用前提

违法无效股权代持不当得利返还适用“比例分担”的前提之一是违法原因在交易双方,这其实是“比例分担”与“全有全无”的共性问题。如前所述,当违法原因仅在得利人一方时,则得利人无法援引违法性抗辩,受损人可以要求得利人全额返还不当得利。反之,当违法原因仅在受损人一方时,则得利人可以援引违法性抗辩,完全阻却受损人的不当得利返还请求权。

前提之二,是存在投资增值且增值未被行政机关收缴罚没。当投资贬值时,虽然不当得利之诉因其返还而非赔偿的救济性质,不能帮助被代持人从代持人处取得额外的赔偿金,但可以帮助被代持人取得投资剩余现值的100%。当然,被代持人还可能追究代持人的缔约过失责任,取得额外的损害赔偿。不过,缔约过失责任的“赔偿”属性决定了它与不当得利“返还”有本质不同——即使代持人构成缔约过失,也不意味着不当得利返还的“比例分担”适用于投资贬值的情形。之所以在技术上可以这样解释,是因为《合同法》第58条第2句与《民法典》第157条第2句既可被解释为不当得利条款,也可被解释为缔约过失条款,这也是最高法院从“华懋案”到《外商投资企业司法解释(一)》第19条第2款,再到如今《九民纪要》第35条一以贯之的解释路径——当投资增值时,其为不当得利条款;当投资贬值时,其为缔约过失条款。

(二)本息返还

在投资增值的情况下,法院首先应将投资本金与利息判给被代持人,然后就增值部分进行比例分担。既然要返还本金,自然也要返还利息,那么利息是应按存款利率,还是按贷款利率计算呢?当本金数额较大时,两种利率算出的利息会有较大差别,确有区分必要。而且利息返还的解释论意义,不限于违法无效股权代持不当得利返还的“比例分担”情形,还适用于各类违法无效合同“全有全无”不当得利返还的“全有”情形,因为只要给付的标的是金钱,就会涉及利息的返还问题。此外,存款利率与贷款利率的取舍不应交由法院进行个案裁量,而应由教义学统一预先解决,因为二者的取舍既关乎不当得利之“受损”构成要件的界定,也关乎不当得利返还对象的界定。原《民通意见》第131条虽然规定“返还的不当利益,应当包括原物和原物所生的孳息”,但在不当得利语境下,金钱的“法定孳息”“资金占用费”到底指什么?是仅限于金钱自然增长的本身价值(capital value),从而按存款利率计算,还是也包括金钱的使用价值(use value),即得利人因为受领受损人的给付而节省的融资成本,从而按贷款利率计算?对于这个问题,学术界缄默不语,最高法院与各地高院亦无回应,中院与基层法院的裁判文书则是五花

八门。^[50]

就域外经验而言,英国不当得利法的新近案例改变了原先的立场,可供我国参考。在2007年的 *Sempre Metals v IRC* 案中,英国上议院认为得利人原则上应当返还贷款利息。^[51]但到了2018年的 *Prudential Assurance Company v HMRC* 案中,英国最高法院基于对不当得利法的教义学反思,推翻了先例;审理本案的五位大法官一致认为,受损人只能要求得利人返还存款利息。^[52]这是因为,得利人的“得利”来自于受损人的给付,受损人给付的只是本金,给付的基础关系也不是借贷关系。既然受损人本就没有因给付而失去放贷的机会,自然也就不能将得利人节省的融资成本视为自己的“受损”。所以,只能将存款利息视为本金的孳息纳入返还对象,实在没有将贷款利息即融资成本也纳入返还对象的道理。

英国法的这种立场与我国法的立场大体相符。我国《民法典》不当得利章节虽然没有明文否认金钱使用价值的返还,但如果汇总我国的民商事单行法律、部门规章以及最高法院裁判指引,其实可以得出这个结论,即不当得利返还的利息,原则上应按存款利率而非贷款利率计算,得利人无须返还金钱的使用价值。具体而言,在无效债权让与的场景下,最高法院认为,出让人在向受让人返还已支付的受让款本金的同时,还应当按照中国人民银行规定的同期定期存款利率支付利息。^[53]在错误纳税的场景下,《税收征收管理法》第51条规定,纳税人超过应纳税额缴纳的税款,纳税人可以向税务机关要求返还多缴的税款本金,并加算银行同期存款利息。在无效或被撤销信托的场景下,原银监会《信托公司集合资金信托计划管理办法》第17、48条规定,无论是超期未满足信托成立条件的信托计划,还是违法募集资金被叫停的信托计划,受托人均需向投资者返还所募得的投资本金,并加算银行同期存款利息。法律关系本质为信托的《证券投资基金法》第60、127条也有类似规定。在股票发行超期失败以及股份有限公司不能成立的情形下,《公司法》第89、94条规定,认股人可以要求发起人返还其缴纳的股款本金,并加算银行同期存款利息。在证券发行被撤销、被叫停或发行失败的情形下,《证券法》第24、33、180条同样规定,认购人可以要求发行人按发行价返还投资本金,并加算银行同期存款利息。由此可见,无论交易属民事还是商事,不当得利的返还对象原则上均不包括金钱的使用价值。

当然,我国确有规定适用贷款利率的司法解释与部门规章条文,不过那些场景几乎都是“有法律根据”的合同责任,而非“没有法律根据”的不当得利返还责任。^[54]或许借贷场景是

[50] 支持存款利率的裁判文书,如湖北省汉江市中级人民法院(2017)鄂96民终787号民事判决书;江苏省泰州市海陵区人民法院(2019)苏1202民初418号民事判决书;湖南省郴州市北湖区人民法院(2019)湘1002民初2291号民事判决书。支持贷款利率的裁判文书,如湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01民终9453号民事判决书;广东省中山市中级人民法院(2019)粤20民终1250号民事判决书;河南省新蔡县人民法院(2019)豫1729民初7161号民事判决书。

[51] [2007] UKHL 34, [2008] 1 AC 561.

[52] [2018] UKSC 39, [2019] AC 929.

[53] 《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》(法发[2009]19号)第9条。

[54] 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2020年修正)第13、14条;《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第26条;商务部、公安部《典当管理办法》第37条;国资委、财政部《企业国有资产交易监督管理办法》第28条。

唯一的例外。最高法院认为,当借款合同违法无效时,不当得利返还的计息标准取决于审判的性质。如果是商事审判,就算贷款利率,具体为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。言下之意,如果是民事审判,就算存款利率。其理由为,在商事借贷关系中,可以默认出借人的资金本就要用于放贷,借款人即使不找出借人,也需要向银行贷款以获得同等资金。^[55]

(三) 剩余计算

完成了本息返还的环节,就到了对增值部分进行比例分担的环节,其具体操作方案是:

步骤一,以50%为起点,通过考察被代持人与代持人对于增值产生的贡献大小,初步划定返还额的百分比。这一步骤的教义学基础是不当得利构成要件之“因果关系”:就增值部分而言,可以认为代持人的得利与被代持人的受损之间有笼统的因果关系,但这种因果关系还可以进一步按比例拆分。代持人所持股权的市值上升,可能是因为被代持人通过指示代持人进行的经营行为,也可能是因为代持人的自发进行的经营行为,故从严格意义上讲,因果关系只存在于前一部分的增值,而非后一部分的增值。此外,倘若代持人与被代持人就增值分配有约定,甚至明确约定了合同被认定为违法无效后的分配比例,那么无论这个约定比例是否公平合理,法院都只需将其作为酌定比例的参考因素,不必一味遵循双方的约定。这不是法律对合同自由原则的减损,因为合同自由原则的适用前提是合同行为的有效。

步骤二,再计算可抵销的金额,可能包括以下两种情形:①当事人已取得的利益,如被代持人已支付给代持人的代持费,或代持人已支付给被代持人的分红;②当事人本可取得但未取得的利益,如被代持人本可在公司治理中取得,但因怠于指示代持人行使股东权利而未取得的款项;或如代持人本可在公司治理中取得,但因怠于行使股东权利,且未告知被代持人,导致未取得的款项。以上两种情形的教义学基础是不当得利构成要件之“得利”:既包括积极的得利,指本应获得的利益未获得,也包括消极的得利,指本应减少的利益未减少。完成了上述两个计算步骤后,即可得出最终的返还额。

六、结 论

关于违法无效合同的不当得利返还问题,我国法律虽无明确答案,但通过解释论可知,我国已形成了“全有全无”一般规则与“比例分担”特殊规则的二元模式。

就前者而言,“全有”的法律依据为《民法典》第122条,即不当得利一般条款;至于“全无”的法律依据,即不法原因给付规则,由于其在民法典编纂过程中昙花一现,当前的权宜之策是对第985条第(三)项做扩张解释。

就后者而言,“比例分担”的特殊规则源自我国最高法院在“华懋案”中对《合同法》第58条第2句(即现《民法典》第157条第2句)的扩张解释,《外商投资企业司法解释(一)》第18、19条亦可佐证,其适用范围为违法无效股权代持。

[55] 参见最高人民法院民事审判第二庭,见前注〔29〕,第267—268页。

以比例原则中的成本收益考量为工具,从结果主义的视角分析强制性规定的立法目的,可以得出“比例分担”特殊规则本身的正当性;从股权代持中当事人经营行为的存在,可以得出“比例分担”特殊规则适用范围的唯一性,即宜仅限于违法无效股权代持场景,而非如最高法院《九民纪要》所说,可将“全有全无”取而代之,让“比例分担”成为普适于各类违法无效代持关系,乃至各类违法无效合同不当得利返还的一般规则。

无论是适用“全有全无”的“全有”返还情形,还是适用“比例分担”返还的情形,得利人须返还的利息,原则上应按存款利率而非贷款利率计算。只有在商事借贷关系的情形下,才可例外地承认不当得利返还的返还对象包括金钱的使用价值,即按贷款利率返还利息。

Abstract: Chinese law currently has no clear answer to the question of restitution for unjust enrichment involving illegal and void contracts. The prevailing position in both common law and civilian jurisdictions, despite minor discrepancies, is the “all or nothing” approach, represented by the system of illegality defence to unjust enrichment. Although the draft provision specifically on the illegality defence has been deleted in the final version of the Chinese Civil Code, the “all or nothing” approach nevertheless remains to be the general rule for illegal and void contracts in Chinese law by an extensive interpretation of Article 985. By contrast, in the context of shareholding entrustment, the position in Chinese commercial law is “apportionment” of restitution between the enrichee and the aggrieved party, which derives from the Supreme People’s Court’s position in handling issues of illegal and void shareholding entrustment. This position is based on an extensive interpretation of Article 58 of the Contract Law, and is qualified by the existence of investment appreciation, and by the non-application of forfeiture. The application of the special rule of “apportionment” in the context of illegal and void shareholding entrustment can be justified by a range of factors, namely, the very recent development in English law regarding its shift from formalism to consequentialism, the principle of proportionality modified by quantitative ideas, and the existence of the parties’ management activities in shareholding entrustment. These factors also demonstrate why such special rule of “apportionment” should not be upgraded to replace the general “all or nothing” rule, therefore applies to all kinds of illegal and void contracts. Whether “all or nothing” or “apportionment” is applied, the scope of restitution for unjust enrichment shall not, in principle, cover the use value of money.

Key Words: Shareholding Entrustment; Unjust Enrichment; Illegality; Apportionment; Proportionality

(责任编辑:贺 剑)