



| 法学译丛 |

Unjust Enrichment

不当得利

[英] 皮特·博克斯 著
刘桥 译



清华大学出版社

| 法学译丛 |

Unjust Enrichment

不当得利

[英] 皮特·博克斯 著
刘桥 译

清华大学出版社
北京

Unjust Enrichment

Second Edition by Peter Birks, ISBN 9780199276981

Copyright © The Editors and Contributors severally 2011

Published by Oxford University Press

北京市版权局著作权合同登记号 图字: 01-2011-7427

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话: 010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

不当得利/(英)博克斯(Birks, P.)著;刘桥译. —北京:清华大学出版社,2012.7
(法学译丛)

书名原文: Unjust Enrichment

ISBN 978-7-302-29013-1

I. ①不… II. ①博… ②刘… III. ①债法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第122874号

责任编辑: 刘 晶

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 王凤芝

责任印制: 张雪娇

出版发行: 清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦A座 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈: 010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者: 北京富博印刷有限公司

装 订 者: 北京市密云县京文制本装订厂

经 销: 全国新华书店

开 本: 140mm×203mm 印 张: 12 字 数: 307千字

版 次: 2012年7月第1版 印 次: 2012年7月第1次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 35.00元

产品编号: 041358-01

序

2004年7月6日，皮特·博克斯(Peter Birks)死于癌症，享年62岁。本书的新版对他弥足珍贵。本着特有的奉献精神，他直到逝世前数日仍不顾健康的不断恶化，继续本书的工作。那时他已经成功地完成了全书，仅余些许语句上的文辞修正和部分脚注的检查(为此我要感谢阿里阿拉·普雷托(Arianna Pretto)博士的辅助工作)。

皮特用他对大学法律研究的旺盛热情和无私奉献激励着一代又一代的学生和同事。他的思维充满着力量，他的作品和教学无以伦比，他对别人作品和观点的帮助慷慨大方——这使他成为我们这个时代最有影响的法学家之一。我无法用语言来表达我对他这样一位老师和后来的同事、朋友欠下了多少的人情债。

读着这本书，崇敬与悲伤交杂而生。多希望皮特仍然健在，仍然捍卫和发展他的观点，并为我们照亮更远的路。然而也许只有在本书的篇幅中，透过那独一无二的诗韵的亮光，我们才能自始至终看到他观点的原创性、他研究的深度、他推理的严密和他视野的清澈。这是对一位真正的伟大学者恰如其分的最后见证。

安祖·巴柔斯

(Andrew Burrows)

2004年11月26日

第二版前言

本书的第一版力图向普通法法律人展示不当得利是私法不可或缺的一部分，其地位在大陆法系中也无可争议。二十世纪时，大西洋两岸的普通法法律人都已熟知返还法，并且习惯于将返还法视为大陆法系中的不当或未正当化得利的对等制度。但是，本书认为将不当得利和返还等同起来是错误的。当按照产生返还请求权的不同事件来划分返还法时，不当得利仅仅构成返还法的一部分。

接着，本书通过提出判定一方以他人为代价而得利的因素有哪些，以及在何种情况下这种得利会被判定为不当，以至产生返还请求权等问题，试图由此对如何理解和适用不当得利法作出解释。在英格兰，法官们已经开始趋向于采用一种大陆法系的质询法，即一项得利的发生是否从法律角度来看拥有充分理由予以支持，而本书的核心正立足于此。该项得利是否能因具有有效的法律基础而得以解释，又或者恰恰相反？如果无法在法律上得以解释，它就必须被交出。

在发行第一版后，大量的新判例相继涌现，涉及本书的中心论点。同时，一些新的学术著作也陆续出版，必须加以讨论。后者包括正待发表的、在由安祖·巴柔斯(Andrew Burrows)教授召集，于2004年1月13日在牛津大学圣休斯(St Hugh's)学院召开的专题研讨会上宣读并讨论的论文。在该研讨会上，关于本书的五个主要部分各有两篇短文得以宣读。

事实证明那次研讨会是个值得纪念的盛会，它展现出了牛津大学最为光辉的一面。迥然相异的学术观点争妍斗艳，竭

力探究问题的本质。其间完全没有仇隙芥蒂^{〔1〕}，恰恰相反，不同的观点都本着同一理念，即探讨旨在理解某些本身即具难度、又因其棘手的发展史而更形艰深的问题。

归根结底，我对这次研讨会的感觉是，不当得利法概念上的独立性和必要性已获接受。然而，此点共识并未扩展成为对我们是否应该作为一种实践智慧而坚持从本质上将其与返还法的其他部分区别对待这一问题的一致意见。这点意见分歧是相对次要的。我认同这样的观点，即至少需要一些著作专门对不当得利进行研究，譬如此书。本书的第一部分探讨不当得利之独立性的证成，再版中该部分依然如故。但是再版中更加强调这样一个事实，即一些著作将返还法作为整体来研究并无不妥，只要它们在各自内部有所划分，将产生返还请求权的原因事件加以区别即可。

关于至关重要的第二和第三部分(以原告为代价的得利和不当性)，显然多数参与人都发现我的观点在一些重要方面无法令人信服。在此新版中，第二部分宣示的不当得利请求人索回的得利限于其所受损失总额这一观点受到了近乎毁灭性的打击。至于最可能受到冲击的第三部分，我显然未能说服大多数同事接受使英格兰法的“不当因素”判别法让位于英格兰版本的大陆法系的“无因”(sine causa)判别法这一立场。但是，我并未感到自己的理论在这一方面遭受到致命的打击。鉴于这一观点尚属新兴，第三部分仍将致力于加强对它的论证，并不会放弃所坚持的立场。同时这一部分还吸纳一些重要的新近司法判例。

本书的第四部分主要关注对不当得利的财产法上的回应，

〔1〕 Kit Barker, Andrew Burrows, Tom Krebs, Gerard McMeel, Charles Mitchell, Robert Stevens, William Swadling, Andrew Tettenborn, Graham Virgo, Sarah Worthington. 即将发表研讨会纪要的《返还法评论》的编辑弗朗西斯·罗斯(Francis Rose),因病未能与会。

此处只有稍微改动。第五部分讨论抗辩，其中最为重要的是当事人的境况变更，这在本版中依旧分为失利(disenrichment)和其他的当事人境况变更两部分。上诉法院最近几次重塑该抗辩的尝试似乎着意于钝化其锋芒。这可不是个易于被接受的变化，本书的第五部分也对此予以抵制。第六部分基本关于法学史，之前研究不当得利所用的术语在此得以回顾。这部分与其在第一版中并无二致。

皮特·博克斯
牛津大学万灵学院
2004年3月15

第一版前言

作为传统法学院课程不可或缺的部分，返还法已在潜移默化地影响着普通法法律人的观念。虽然在之前几十年中表现得生机勃勃，可返还法仍始终受困于未达预期的指责。破茧成蝶是蠹虫的必然归宿。如前所言，我们难以预知茧中蠹虫所酝酿着的蜕变。然而，不当得利正是、也必将成为这化茧而出的美丽蝴蝶。

在每年返还法课程起始，我们都耗费大量的时间去探讨不当得利是否存在，及如果存在，将以何种形式存在，其与返还法的关系又是如何等等。更为糟糕的是，在达成圆满的共识前，我们冒失地浪费着更多的时间，试图解决那些若这些基础尚未夯实、从文义上就无法解答的问题。比如，当我们对不当得利的认识尚众说纷纭、莫衷一是之时，又怎能确定财产权利是否可以通过不当得利产生呢？

本书真正意义之一在于致力于弥补这些被浪费的时间。不当得利确实存在，这不仅单纯地依赖信仰，更是源自理性的认识。不当得利并非变幻莫测，因此它得以被认知，并且是返还法一直以来试图成为的、不可或缺的核心科目。不过，本书是否能实现这一目标则另当别论。即便不能实现，我们仍可寄希望于后来者。本书所追寻的些微真理也不是什么新鲜事物，它已被所有大陆法系的国家认可。虽然它直到十八世纪仍未被普通法系接受，可那时的刻意遮掩反而使它再次的被发掘变得更加光彩炫目。这一点并非取决于比较法，不过却得到了比较法的证实。

1971年，当我初任牛津大学布雷斯诺斯(Brasenose)学院院士，接替巴里·尼古拉斯(Barry Nicholas)晋升比较法讲席后

留下的空缺职位。其实他大可不必离开，因为该讲席本来就附设于布雷斯诺斯学院。此后他又荣升为院长。那时他给我的建议现在看来已如异国绝唱：“专心教学，别总想着写作，离人们期盼你的作品还有一阵儿呢。”对此，我不置可否。又过了近十五年，我也成为就返还法著书立说的学者之一。我们对他都所欠良多。追随着罗伯特·高夫(Robert Goff)和加雷思·琼斯(Gareth Jones)的步伐，我们都经历了顺风易行的过程。尽管如此，现在巴里·尼古拉斯的建议仍不断地浮现，因为我意识到自己著书立说时尚未对返还法形成充分的理解，几乎我所秉持的一切都需要重新回炉煅烧。

圣保罗是相当的幸运。在那耀眼光芒闪烁的瞬间，他知道自己必须转变立场。在大学里，对错误的认识却是渐渐形成的。随之而来的还有比那更加糟糕的，即认识到在学术上必须能够友我之敌，同时敌我之友。但是，大学的任务在于探求事物的本质。公开驳斥会毁坏对方名誉，也使自己的道德蒙上一二污点，但这是无法避免的。我不敢妄言自己无懈可击，但在我看来，无论如何，至少这只蝴蝶——当然肯定还有比这更好的表达方式——的确瑰丽异常，它从返还法破茧而出的一刻也着实值得庆贺。

帮助读者了解从最初到现在，有哪些我曾坚持的观点已遭放弃，裨益良多。这样的认错主要表现在三个方面。其一，认为不当得利自然地归属于返还法一部的观点是错误的。尤其是，我不应错误地认定在后者那个基于法律回应而划分的类别中，只要不属不当得利，就必然是基于不法行为的返还。其二，我先前在没有论证的情况下，仅靠设想就认为不当得利的原告必须因被告获得利益而遭受相应损失，事实上这种设想几乎肯定是错误的。我也因此对不法行为引发的返还在多大程度上可以适用不当得利来进行替代解释这一问题秉持了过于狭隘的观点。其三，也是最重要的一点，判例法和理论分析的发展、尤其是比较法分析的发展都迫使我确信，认为后进的

普通法较之于具有更悠久历史的大陆法系国家，依靠幸运就找到了回答一项所得利益是否正当的更好途径，这是一个错误的判断。

对此我曾经的观点是，在判断一项所得利益是否不当时，英格兰法已非常实用且明确地选择了寻找一般理性人（“[the man] on the Clapham omnibus”）理解下的特定“不正当因素”这一方法。这比大陆法上更为抽象的判别方法——以不当得利是否建立于已明确的合理解释理由上来判断——更为优越。在无效利率互换的著名系列判例中，如本书第五章所述，利用“不正当因素”的方法遭遇到重大挫败。我想一定程度上是由于我的改良后的辩护仍不够完善所致。它仅仅在部分程度上说服了一位上诉法官。我即时的反应是想要再次为其辩护，但是相关的比较法论著、尤其是宋亚·迈耶尔（Sonja Meier）博士的著作使我确信这种努力将无济于事。这些互换判例并非有意要作出重大选择。可它们确实作出了、并且事实上作出了更好的选择。

我对丹·弗里德曼（Dan Friedmann）教授和杰克·彼特森（Jack Beatson）爵士（后者现为高等法院法官）的工作致以诚挚的感谢。虽然我当时不曾察觉，但他们经常比我领先一步。

感谢欧盟委员会对本书，尤其是本书比较法研究方面所提供的资金支持。在欧盟委员会“激发人类潜能”这一项目中，牛津大学是进行法律术语研究（“欧洲私法统一术语”，合同编号 HPRN-CT-2002-00229）的成员之一。本项目由意大利都灵大学主持进行，其他参与方有：西班牙巴塞罗那大学、法国国立里昂第三大学、德国明斯特威斯特法伦·威廉姆斯大学、荷兰内梅亨大学以及波兰华沙大学。

皮特·博克斯
牛津大学万灵学院
2003年9月1日

译序

翻译《不当得利》^{〔1〕}基于两点动机。其一，向国内法学界呈献一本代表英美法最高学术水准的现代经典。在大陆法系，不当得利一向被视为枝节、而非主干科目。^{〔2〕}但在英美法上，通过近二三十年来司法实践及学术理论的“井喷”式发展，它已跃然成为与合同、侵权鼎足而立的私法三大柱石之一。作为该领域学术界的旗手、先驱及楷模，皮特·博克斯在这一历史性进程中发挥了关键作用。他的遗著《不当得利》(第二版)虽然不像他较早期的另一本名著《返还法引论》那样开创先河、一举奠定不当得利的理论框架，也不是对英格兰不当得利法中诸项细节问题的最新、最全面详尽的报告，却堪称博克斯在该领域的学术思想之集大成者。本书关注的是那些主导英格兰法发展，并导致它与其他法系接轨或分辙的基本理念、原则和政策。

其二，这是我向曾经短暂聆教的老师和心目中永远的精神导师致敬和追思的最好方式。皮特·博克斯(Peter Birks)生于1941年10月3日，先后在牛津与伦敦大学学院完成本科及硕士学位。曾在西北大学，伦敦大学学院，牛津大学，爱丁堡大学及南安普顿大学任教。自1989年以来任牛津大学大陆法钦定讲席教授(Regius Professor of Civil Law)。其荣誉职位包括英国学术院院士(FBA)，皇家文学会会员(FRSA)，皇家法律顾问(QC)及欧洲多所大学的名誉法学博士(LLD)。曾任英国“公

〔1〕 本书为西安交通大学国际法与比较法研究所项目——“国际法与比较法专著系列”。

〔2〕 加藤雅信，《财产法の体系と不当利得法の构造》(有斐阁，1986年)；不当得利法是“民法的垃圾箱”。

共法律教师协会”(即今天的法学学者协会)会长。对法学教育尤其是不当得利法的发展作出了突出的贡献。他的敬业、严谨至今传为美谈。牛津的师生们,常常可以看到他蹬着自行车,将协会会刊分送到25个教授法律的学院。博克斯卒于2004年7月6日。杰克·比特森(Jack Beatson)爵士^[1]在《卫报》上刊登悼词写道:“英国的法学院被剥夺了很可能是最为耀眼的明星,而英格兰私法则被剥夺了它最为多产、最富创造力的思想家。”

在这里,我想用只言片语,对我所认识的博克斯作一番直观的、同时也难免片面、主观的素描。我到牛津后的第二年,在完成(大陆法背景)法学硕士(MJur)之后,开始旁听博克斯的返还法课程。这是一个主要针对普通法背景法学硕士(BCL)开设的高级课程,要求学生具备包括合同、侵权、财产、信托等普通法基础。讨论课(Seminar)照例在早上八点开始。我一早起来,骑车来到离牛津镇中心不远的万灵学院(All Souls College)。推开那巍峨厚重大门中间的一扇小门,来到一间宽敞肃穆如教堂般的大厅。学生们围坐在一张长条木桌上,面前摆放着一摞厚厚的案例摘要和课堂笔记。在木桌的远端,悄立着一位中等身材、衣着朴素的学者模样的人。那就是皮特·博克斯教授了。全场鸦雀无声。博克斯轻轻地踱开步子。他头上轻轻搭着稀疏的黑发,洁净又深沉。须臾,讲课开始了。他的语速不快,吐字清晰,遣词用语十分精准。当表述自己的观点时,他显得自信、强势、毫无保留。对于相反的观点,他的批评总是一针见血、鞭辟入里、不留情面。然而他总是要求学生提出反对意见。对他而言,附和就是一种逃避。而这时,正如他经常性的课堂提问一样,气氛变得有些紧张。学生们个个大气都不敢出。当学生回答问题

[1] 原剑桥大学儒思博英格兰法讲席教授(Rouse Ball Professor of English Law),现为英格兰(High Court)高等法院法官。

或提出见解时，他会静静地站着，犀利的目光从低架在鼻梁上的眼镜片上方注视过来，给人以强烈的压力感。然而，他的表情和语调始终温和儒雅。学生的意见偶尔会迸发出思想的火花。每当这时，博克斯会沉默一会儿，静静地反思自己的立场，然后作出恰当的回应。正是在这种观点的碰撞、立场的冲突中，同学们得以由辩论的表象，透视那些以利益和政策为纽带的法理精粹。他给后辈学人留下的最宝贵遗产，正如吉拉德·丹尼曼(Gerhard Dannemann)教授代表“牛津大学比较法论坛”编辑组为他所写的追悼文章所言，是“他随时反思自己的每一立场、将六龄小童的好奇与非凡深邃的知识相结合的能力，以及他那几乎压倒一切的分析力量”。整节课我们都保持神经紧张，奇怪的是，终于捱到下课一刻时，同学们并未如遇大赦般地逃离现场，反而有不少人聚拢到博克斯身旁提问。无一例外，博克斯耐心细致地讲解着。他的语音冷澈依旧，此时却又给人以一种由崇敬、信任和安全所衬托出的轻松感。他缜密思维的力量，以及对学学生绝无妥协的极高期待，让人惶恐，羞愧，继而产生压力下的奋发。

博克斯的学术思想影响是如此之大，乃至形成了所谓的“博克斯学派”(Birksian School)。这个“学派”不以观点、立场划分，更不以名利为区别标准。博克斯的学术观点虽不乏拥护者，却也备受争议。大致说来，他的晚期观点否定了某些早期观点，是对英美法传统思潮的“反叛”，更趋近于大陆法(特别是德国法)的立场。虽然“博克斯学派”中持反对观点者不乏其人，然而，大家却以名列该学派而自豪。究其根本，将大家紧密联系在一起，是他那追求完美和自我批判的精神，是他潜心学术和兰叶葳蕤的操守，是他借罗马法传统重塑英美法逻辑体系的方法，更是他清晰思维和如椽巨笔的力量。博克斯因癌症而逝世，然而这何尝又不是他数十年如一日挑灯夜读、殚精竭智的结果。君名满天，君复何求？但我深深地知道，这不是为了“身前身后名”，也不是为了维护学

术权威或遗产，恰是那真理所在、虽千万人吾往矣的精神使然。

我国(大陆地区)不当得利法的发展尚处在初级阶段。立法上主要体现为《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第92条和《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第131条的规定。其中《民法通则》第92条规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”本条将得利的不当性表述为“没有合法根据”，字面上看似与本书提倡的“无基础”模式一致。然而两者实质上是否等同则另当别论。有些法院在认定是否有法律依据时，将得利人有无过错^{〔1〕}或“是否支付相应的合同对价、是否无偿取得利益”^{〔2〕}列为须考虑的因素，却未予进一步解释。另外，依第92条规定，原告须受有损失。如上海某法院所述^{〔3〕}，“不当得利，是为弥补当事人的合法利益遭受意外损失，而通过不当得利的返还，使得当事人的合法利益恢复到损失之前状态的一种法律制度”。与此类似，“仅仅有一方受有财产上的利益，而未给他人带来任何损失，不构成不当得利。这里的损失，包括现有财产或利益的积极减少，也包括应增加而未增加利益丧失”^{〔4〕}。有的判决更增加“因果关系”要件：“上诉人应支出电话费而未实际支出，

〔1〕 例如，上海浦明燃料物资有限公司诉上海东源煤炭交易有限公司不当得利纠纷案，上海市第二中级人民法院(2003)沪二中民三(商)终字第38号民事判决书。

〔2〕 梁敬仁诉佛山市南海区兴桂房地产有限公司不当得利纠纷案，广东省佛山市中级人民法院(2006)佛中法民一终字第723号民事判决书。

〔3〕 施建伟诉徐秀英不当得利纠纷案，上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民一(民)终字第1221号民事判决书。

〔4〕 王玲、万守昶诉纪文岗不当得利纠纷案，山东省青岛市中级人民法院(2010)青民五终字第99号民事判决书。

上诉人因此获得了利益，被上诉人在该期间没有使用该电话却扣缴了电话费，遭受了损失。上诉人获得利益与被上诉人遭受损失之间存在因果关系，但无合法根据，构成不当得利。”^{〔1〕}该案中被上诉人作为号码的前一登记使用者，因为在撤机时未撤销银行代扣话费业务，后为号码的登记使用人（即上诉人）支付话费长达3年。上诉人作为电话的实际使用者，理应返还非给付不当得利。然而，依上述判决意见，不当得利与侵权、违约的界限何在、其独立理论核心又将焉存，则成为一大难题。又如，《民通意见》第131条更是规定“其他利益”应予“收缴”，赋予其公法上的惩罚手段，根据何在，颇值疑问。探究以上种种不足，可见立法之浅陋粗糙，法院判决之说理简略、常含犄犄，与法学理论的薄弱（或理论界与实务界鸡犬之声相闻的绝缘状态）有莫大关系。本书的翻译，希望为我国不当得利法自有理论体系的形成和成熟，搭建桥梁、作出铺垫。

一个年轻的学术团队参与了本书的翻译工作，作出了巨大贡献。我在西安交通大学法学院的博士研究生任翔承担了各章节的整合和全书的校对工作，并负责翻译了两篇作者前言及少量正文。西安交通大学法学院博士研究生陈虹睿对本书的第七章和第八章进行了初步的翻译。同在交大法学院的王璐同学搜集和整理了近年来中国法院就不当得利所作的判决，并撰写了一份简明扼要的报告。另外张珍星、王鹏、朱文华、王祝、刘翔和师浩同学为录入我的翻译手稿投入了宝贵的时间和精力，特此一并致谢。感谢单文华教授的关心、支持。最后，感谢清华大学出版社编辑的大力支持、累次宽宥及辛勤工作，使得本书顺利出版。感激之情，难以尽述。当然，我自

〔1〕 赵爱国诉贾齐成不当得利纠纷案，山东省青岛市中级人民法院（2010）青民五终字第125号民事判决书。另参见，李某某诉郑某某不当得利纠纷案，上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民一（民）终字第1692号民事判决书。

己承担了绝大部分的翻译工作并对全书校对和定稿，因此是唯一须对本书负责的人。虽然为此投入了大量的时间(其中包括多次夜航班机上的“孤灯独明思欲绝”)，并在翻译过程中感受到无上的乐趣，却无法由着本意继续精雕细琢。信达雅我固寤寐求之，却不知信达雅于我有意乎！考虑到文中有些普通法概念国内读者可能不太熟悉，我以译注的形式尽量加以简要说明。关于不存在中译本的英文资料及一些专有名词，均予原样保留，仅在必要时附以中文译名。这部译作献与作者皮特。他英魂未远，当为中国读者孜孜以求法学殿堂至善之境而欣慰。

刘桥

定稿于布里斯本

2012年2月22日

简要目录

| | |
|----------------|------|
| 序 | 11 |
| 第二版前言 | 13 |
| 第一版前言 | 17 |
| 译序 | 111 |
| | |
| 第一部分 概述 | |
| 第一章 一则核心案例 | \3 |
| 第二章 三张版图 | \23 |
| 第二部分 以原告为代价的得利 | |
| 第三章 得利 | \55 |
| 第四章 以原告为代价 | \82 |
| 第三部分 不当性 | |
| 第五章 方向转变 | \115 |
| 第六章 基础缺失 | \147 |
| 第四部分 返还请求权 | |
| 第七章 对人权 | \187 |
| 第八章 对物权 | \206 |
| 第五部分 抗辩 | |
| 第九章 失利与去损 | \237 |
| 第十章 与不当性有关的抗辩 | \256 |
| 第六部分 相竞争的术语 | |
| 第十一章 相竞争的通用术语 | \305 |
| 第十二章 顽固存续的碎片 | \325 |

详细目录

| | |
|-------|-----|
| 序 | 11 |
| 第二版前言 | 13 |
| 第一版前言 | 17 |
| 译序 | 111 |

第一部分 概 述

| | |
|------------------------|-----|
| 第一章 一则核心案例 | \3 |
| 第一节 第三类型(Tertium Quid) | \5 |
| 第二节 正如拉布拉多猎狗之于狗 | \11 |
| 第三节 不当得利之外的返还 | \13 |
| 第四节 结论 | \19 |
| 第二章 三张版图 | \23 |
| 第一节 第一张版图：基于事件的分类 | \24 |
| 1. 四个栏目 | \24 |
| 2. 行列交错的表格 | \27 |
| 第二节 第二张版图：财产与债 | \32 |
| 1. 对人权(债)及对物权(财产) | \32 |
| 2. 不当得利与债法 | \34 |
| 3. 不当得利与财产法 | \36 |
| 第三节 第三张版图：不当得利内部 | \43 |
| 1. 五询式分析 | \44 |
| 2. 不当因素与无基础得利 | \45 |
| 第四节 结论 | \51 |

第二部分 以原告为代价的得利

| | |
|-------------------------------|------|
| 第三章 得利 | \55 |
| 第一节 财富与非财富 | \56 |
| 第二节 得利为以金钱度量之价值 | \59 |
| 1. 收取的金钱 | \59 |
| 2. 非金钱得利 | \60 |
| 3. 五种例外情形 | \62 |
| 4. 现存得利与即时失利 | \70 |
| 第三节 财产权未转移的情形 | \71 |
| 1. 先在财产权存续 | \72 |
| 2. 新生财产权 | \77 |
| 第四节 财富的两种概念 | \78 |
| 第五节 结论 | \80 |
| 第四章 以原告为代价 | \82 |
| 第一节 “不法行为”层面上的含义 | \83 |
| 第二节 “来自”层面上的含义 | \84 |
| 1. 截取性减除 | \84 |
| 2. 对应的损失 | \88 |
| 第三节 直接得利人(Immediate Enrichee) | \96 |
| 1. 财产权上的关联 | \97 |
| 2. 一人授予、另一人促成的得利 | \98 |
| 第四节 蛙跳式越级 | \100 |
| 1. 初始有效的合同 | \100 |
| 2. 合同自始无效 | \104 |
| 第五节 结论 | \110 |

第三部分 不 当 性

第五章 方向转变 \115

第一节 两种模式 \116

1. 大陆法模式：缺乏解释基础 \116
2. 普通法模式：不当因素 \119

第二节 互换交易案件 \123

1. 互换及无效互换 \124
2. 已结互换和中断互换 \124
3. 没有回头路可走 \127

第三节 合并不能 \129

1. 基础缺失绝非一种不当因素 \129
2. 金字塔结构：一种有限的调和 \131

第四节 基础缺失的奠基工作 \133

1. 基础缺失的用语 \133
2. 完全落空与部分落空 \136
3. 无效的不同程度 \142

第五节 结论 \144

第六章 基础缺失 \147

第一节 义务性取得 \148

1. 初始基础缺失 \149
2. 后发基础丧失 \159

第二节 自愿性得利 \162

1. 合同 \162
2. 信托 \166
3. 赠与 \169
4. 其他目的 \174

第三节 非参与性得利 \176

1. 普通法 \177
2. 衡平法 \178
3. 附带利益 \180

第四节 结论 \183

第四部分 返还请求权

第七章 对人权 \187

第一节 三个近义词 \188

第二节 与不法行为的结构上对称性 \190

第三节 对人权的内容 \192

1. 一个对所收取得利的价值的即时权利 \193
2. 无请求给付特定物的个人权 \194
3. 一个专门例子：代位诉讼权 \195

第四节 普适性 \197

1. 续存的得利 \197
2. 可撤销的转移 \199

第五节 结论 \204

第八章 对物权 \206

第一节 在桌面上砌好牌 \208

第二节 不同的财产性回应 \209

1. 即时授予的对物受益权 \209
2. 对物权力 \210
3. 担保利益 \211

第三节 发生 \212

1. 初始落空 \213
2. 后发落空 \223
3. 可追溯的替代物 \227

4. 受益利益和担保利益 \231

第四节 结论 \233

第五部分 抗 辩

第九章 失利与去损 \237

第一节 失利 \238

1. 失利与境况变更 \238

2. 理论核心 \239

3. 相关的失利 \241

4. 失格 \243

第二节 去损 \251

第三节 重合的有名抗辩 \253

第四节 结论 \254

第十章 与不当性有关的抗辩 \256

第一节 原告的不当得利 \256

1. 反向返还 \257

2. 选择 \262

3. 税收案中的一个成文法上抗辩 \263

第二节 终局性 \266

1. 既判原则(Res Judicata) \266

2. 法律程序启动后的屈从 \267

3. 规定终局性的合同 \267

4. 禁反言 \268

5. 时效与迟误 \270

第三节 谬化 \274

1. 从第三方的善意购买 \275

2. 辅助收取 \281

3. 非法性 \283

| | | |
|-----|----------------|------|
| | 4. 无能力 | \291 |
| | 5. 形式不符 | \293 |
| | 6. 无效之后的续存自然义务 | \295 |
| 第四节 | 剩余情形 | \296 |
| | 1. 非失利的境况变更 | \296 |
| | 2. 不道德 | \299 |
| | 3. 未成年 | \300 |
| 第五节 | 结论 | \302 |

第六部分 相竞争的术语

| | | |
|------|------------------|------|
| 第十一章 | 相竞争的通用术语 | \305 |
| 第一节 | 过时的通用术语 | \305 |
| | 1. 准合同 | \305 |
| | 2. 默示或推定合同 | \310 |
| 第二节 | 现代的竞争者 | \313 |
| | 1. 未正当化的或不正当的得利 | \313 |
| | 2. 返还 | \317 |
| 第三节 | 结论 | \324 |
| 第十二章 | 顽固存续的碎片 | \325 |
| 第一节 | 普通法 | \326 |
| | 1. 背景：诉讼程式 | \326 |
| | 2. 所持所取金钱之诉及其他三项 | \328 |
| | 3. 不必要的延误 | \332 |
| 第二节 | 衡平法院 | \334 |
| | 1. 对人权 | \335 |
| | 2. 对物权 | \341 |
| 第三节 | 结论 | \352 |

第一部分

概 述

第一章 一则核心案例

在构成私法必要基础的科目之中,不当得利是唯一未受到由教科书作者在十九世纪中叶于英格兰和美国发起的理性化运动影响的。该科目零碎难名,介乎合同与信托之间。^[1] 结果,直到二十一世纪初期,不当得利这一概念对于多数普通法法律人[译注:common lawyer,泛指普通法系中以法律为业的学者、律师、法官等。]而言,仍属陌生,也将不会在他们知识体系的形成中发挥独立的作用。不当得利这一现代名称源自大陆法,因而与普通法之间略显琴瑟难调。人们对革新性学说本能的抵触,更加剧了对这一陌生事物的疑虑。实际上,不当得利并没有革新的倾向。它确因人为的疏忽而变得难于捉摸且有失条理,但大陆法系的经验显示它绝非天生便具有破坏性。^[2] 本章将通过一则核心案例介绍这一概念。不当得利法就是处理与错误偿付并不存在的债务[译注:我国学者称之为“非债清偿”。这里仍采英文直译。]实质上等同的所有事件的法律。

这种偿付产生了一项请求返还的权利。正如赔偿法是基于损失而获救济的法律一样,返还法是基于得利而获救济的法律。因而请求返还的权利是对被告所获利益提出请求的权利,而请求赔偿的权利则是请求被告弥补原告所受损失的权利。“返还”

[1] 本书尽量避免使用假想合同或假想信托等陈旧术语。本书最后两章将讨论这个问题。

[2] 考虑到“大陆”一词会经常出现,有必要从一开始就加以提醒,它指代那些基于罗马法的欧洲大陆法系及其承继者。“市民”的拉丁文是“civis”。罗马人称他们的法律为“ius civis”,意思是“关于市民的法律(ius)”。他们不说“罗马的”,就像“普通法”不提及英格兰一样。英美法之所以称为普通法,不过是因为在英格兰被诺曼征服后,皇室法官坚称英王之法普遍适用于整个疆域。有些法系是混合法系。比如说苏格兰法就借鉴了大陆法及普通法两方面的成果。

(restitution)一词与“赔偿”(compensation)并非完全对称[译注:英文“返还”(restitution)一词兼具“恢复原状”之意,未必涉及得利的交出或交回。]。对其含义必须作出调整,以契合其角色。“吐出”(disgorgement)一词因为不具特定的法律血统而可能更加合适与贴切。在本章的后面我们还将再次遭遇这一别扭的情形。第六部分将更加全面地对这个以及其他相关的术语问题进行讨论。^[3]我们最后将回到不当得利产生的权利是否不仅是、而且只能是返还请求权这一困难的问题上。在英格兰法[译注:English law,国内论著多称“英国法”。实际上英国(the United Kingdom或Great Britain)包含三个不同的法系,分别是英格兰及威尔士法系、苏格兰法系和北爱尔兰法系。一般所称英国法专指英格兰及威尔士法,简称英格兰法。本文围绕英格兰法而作研讨。国内译名似应作出调整,以求准确。]上,它必然如此。

不当得利法不如返还法那样广为人知。这是因为在二十世纪三十年代美国,正是在后一名称下,人们才真正开始努力清除那些剥夺了不当得利在法律版图上应有位置的错误描述与不当分类。努力的成果体现为美国法律协会的《返还法重述》(*Restatement of the Law of Restitution*)。^[4]

在英格兰,返还法自1966年以来,就吸引了人们广泛的关注。在那一年,高夫(Goff)和琼斯(Jones)的开拓性的教科书首版发行。^[5]这一伟大的著作一版再版,历久弥厚。对实务工作

[3] 下文,第322-324页。

[4] A Scott and W Seavey (reporters), *Restatement of the Law of Restitution* [:] *Quasi Contracts and Constructive Trusts* (American Law Institute St Paul 1937). [译注:最新版为A Kull, *Restatement of the Law Third: Restitution and Unjust Enrichment*, American Law Institute 2011.]

[5] R Goff and G Jones, *The Law of Restitution* (Sweet & Maxwell London 1966), now G Jones (ed), Lord Goff of Chieveley and G Jones, *The Law of Restitution* (6th edn Sweet & Maxwell London 2002). [译注:最新版为C Mitchell, P Mitchell and S Watterson, *Goff & Jones The Law of unjust Enrichment* (8th edn Sweet & Maxwell London 2011).]

者来说这是标准的参考书。同时,一些篇幅较短的著作使这一主题更加易于理解。其中安祖·巴柔斯(Andrew Burrows)教授简洁通达的作品最为广泛流传。^[6]

但是,返还法在那时的成功,现在反而成为了不当得利法获得承认的阻碍。原因可简述如下。基于得利而获救济的法律在范围上比不当得利法更广。所有不当得利都必然产生请求返还的权利,因而归属于返还法。但这一命题却不能逆向成立。因为基于得利而获救济的权利也经常构成法律对其他一些原因事件的回应。

一个严重而又非常易犯的错误是认为所有基于得利而获救济的情形必然属于不当得利。返还并非是单因的。本章最后的任务是要强调它的多因性。不当得利是一种独特的原因事件,而返还则是多因性的回应。为了对此加以恰当理解,不当得利需要研究自身的专著。这并非要否认不当得利总是在返还法著作中占据大量篇幅的事实。这只是想说明,只有且直到不当得利能够与其他基于得利而获救济的情形相分离而被专门研究时,它作为一种独立原因事件的特质才会得以清楚地展现。

第一节 第三类型(Tertium Quid)

在英格兰法上,十九世纪的 Kelly 诉 Solari 案^[7]对因错误而偿付并不存在的债务作出了经典论述。索拉里先生(Mr Solari)过世了。他生前购买了人寿保险。他的遗孀,也是他的

[6] A Burrows, *The Law of Restitution* (Butterworths London 1993), now (2nd edn Butterworths London 2002); see also A Burrows and E McKendrick, *Cases and Materials on the Law of Restitution* (OUP Oxford 1997). [译注:最新版本为 A Burrows, *The Law of Restitution* (3rd edn OUP Oxford 2011); A Burrows, E McKendrick and J Edelman, *Cases and Materials on the Law of Restitution* (2nd edn OUP Oxford 2006).]

[7] (1841)9 M & W 54, 152 ER 24.

遗产执行人,根据保险单提出请求并得到了赔偿。之后保险人发现他们并无义务支付保险金额。因为索拉里先生之前忘记支付某一期保险费,在他死前保险单已失效。实际上保险单上已注明“失效”字样。但在处理偿付请求时办公人员根本未予检查。财税法庭判决认为,除非在重审中陪审团发现保险人其实并未错误偿付,或者他们即便存在错误,却对看似重要的事实漠不关心,遗孀就有义务返还钱款。

至于遗孀并无过失,或保险公司疏于注意,这些都无关宏旨。帕克男爵(Parke B)对后一点这样认为:

“[如果钱款]因对真实事件的错误印象而获支付,一般来说,不管支付方有多么地不小心、或对事实的检查多么地疏于尽到合理的注意,他都可以请求返还付款。在这种情况下收款方无权拥有钱款,而支付方也无意让她拥有。”〔8〕

索拉里夫人(Mrs Solari)的律师也以她的无辜为由抗辩。寡妇的良知是清白的。关于这点若夫男爵(Rolfe B)说:

“关于[被告方]辩称仅于保留钱款为违背良知时方须返还,我认为只要钱款因对事实的误解而支付,并且当事人若知悉该事实便不会支付,保留它就不可能不违背良知。”〔9〕

这显示了此处使用“违背良知”(unconscientious)一词的危险性。该词及其他相同类型的形容词很自然地暗示在收取钱款时存在恶劣行为。这是有误导性的,因为法律并未要求被告须有过失或类似情形。索拉里夫人确是一位完全诚实无辜的“保险请求人”。但这不影响判决结果。

〔8〕 上注第 59,27 页。

〔9〕 上注。此处语言与曼斯孚德勋爵(Lord Mansfield)在 Moses 诉 Macferlan 案(1760) 2 Burr 1005, 1012, 97 ER 676, 681 一案中的用语交相映照。

唯一起作用的违背良知是一种事后的违背良知。但这不过反映了前已得出的结论：是其他原因事件导致钱款必须返还。也即，返还的义务使保留钱款成为违背良知的行为，但该义务产生的原因绝不可能是任何含义的“违背良知”。正如帕克男爵所言，这个原因是“收款方无权拥有钱款，而支付方也无意让她拥有”。占有应该返还的东西是违背良知的。这种事后的违背良知显然不具阐释法理的价值。^[10]

乍一看，允许一个疏忽大意的保险公司从一名完全无辜的寡妇那里讨回钱款着实令人震惊。但震惊促进了反思，而反思正揭示了不当得利责任的必然本质。任何其他的制度都将是不可容忍的。这可能是本书最为重要的命题。如果这一命题为假，不当得利将丧失其独立性。刚刚竭尽全力从合同和信托中剥离出来，不当得利法有可能被抽空，并被不法行为法(the law of wrongs)[译注：所谓“wrong”，即所有违背私法上义务的行为。]占据。但上述命题为真，因而不当得利也就不可能被不法行为法或其他任何人们更为熟悉的法律类别所取代。一个简单的例子就能说明 Kelly 诉 Solari 案的正确性，虽说这种正确性最后也要在一个重要方面受到限制。

假设一个多找零的情形。你在一个朋友陪同下去买东西。当你们正要走出百货商场的时候，售货员跑过来告诉你，你给了他一张 20 英镑的钞票，他却不不小心把它当成 50 英镑来找零。他多找给你 30 英镑。你可能不禁要说你是无辜的。确实，找钱的时候你正和朋友聊天，因而没有注意到找了多少钱。但你马上就能看出，这样的反驳不会增加你保留 30 英镑的正当性。你的无辜与此无关。同样，对售货员的疏忽大意表示愤怒也无济

[10] 对比 B Kremer, 'Restitution and Unconscientiousness: Another View' (2003) 119 LQR 188 对 *Roxborough v Rothmans of Pall Mall Australia Ltd* [2001] HCA 68, (2002) 76 ALJR 203 一案的评论。比较 *National Australia Bank v Garcia* (1998) 155 ALR 614, 624.

于事。他也会承认自己的疏忽。但事情仍然是明摆着的：只要你还占有那因错误而支付的钱，你就无法反驳他提出的返还请求。

须注意的是，你的返还义务并不完全取决于那三张 10 英镑的钞票仍然在你钱包里。即便你不再占有获付的特定金钱，结论也仍然相同。假设你去那家商场买五件东西，而多找钱的交易只是你的第一笔购买。售货员找到你时你已经买了其他四样东西。你的钱包现在已经空了。你已不再占有获付的金钱。但如果把你的财富抽象地看作是一笔单独的基金，它仍旧膨胀了 30 英镑。你用钱包内的钱支付了你本来就要购买东西的价款。可你原本是需要从取款机中取钱或使用信用卡才能支付这些价款的。

显然，在上述情形下那使人难以接受的严格责任其实是唯一可以接受的制度。这是因为，售货员的请求并非旨在让你承担某种损失或接受某种威慑性的惩罚。这些会让人境况变糟的不利结果需要强有力的事实来支持。那个售货员并不是要让你的境况变糟。他只不过想让你返还你以商店为代价〔译注：“以……为代价”在此具有特定含义，并不表示原告损失为暗含要件，详见本书第四章。〕而获得的利益。他请求你回到若未收取那本就无法获得的商店钱款所处的、并将一直处于的境况。严格责任正反映了请求被告承担损失与请求被告返还得利之间的区别。只需要非常轻微的事实，就能使一项现存利益的移转成为正当；得利方的过失并非要件之一。这种责任不仅严格，而且也不受原告疏忽与否的影响。

上面给出的例子有一个重要特点，即你把多找的钱花在了你本来就要购买的东西上。但假设你仍然诚实地以为自己不知为何低估了短期流动资金的额度，从而邀请你的朋友共进午餐，这在现今法下就会导致不同的结果。比方说你本来只会花 5 英镑买些零食。多找的钱诱使你买了两个人的午餐、外加每人一杯葡萄酒，共计 30 英镑。因为你已经把多找的钱的绝大部分用

在了你本来不会进行的花费上，你就可以理直气壮地说，商店是想要把它的所有损失转嫁到你的头上。你的财产膨胀将不超过5英镑——即你本来就会[译注：这里“就会”疑为笔误，应作“不会”。]花费的数目与实际花费的数目之差。如果让你返还所有的30英镑，这将使你的财富少于你没有收取多找的零钱时的水平。

当收取方的财富并未膨胀时，严格责任就难以接受。现在，法律通过“境况变更的抗辩”来避免这种情况的发生。这一抗辩会在本书的第五部分予以讨论。^[11] 仅靠非常轻微的事实就能产生一项严格权利，以请求返还以他人为代价而获得的现存利益。因而这种极端化的严格责任也必将脆而不坚。重点在“现存”一词上。一旦利益的净增不复存在，问题就转化了。新的问题是如何分配损失：不是此方承担，就是彼方承担。如果上述抗辩成立，法律对此的回答是：由原告承担损失。

我们不知道索拉里夫人是否已诚实地改变了她的境况。但在当时，这个问题倒无关紧要。因为错误付款在当时视同贷款对待。无论所借钱款发生了什么，借款人都必须还款。假设钱借到后仅五分钟就被人骗走了。虽然借款人从未使用该款，他仍须偿还贷款人。

基于错误的返还请求因为请求权自身受到限制而大幅减少，这部分地掩盖了将贷款规则扩展适用于错误付款的苛刻性。错误仅当其具有引发法律责任的表征时才起作用。即便如此，“不知法律不免责”(ignorantia iuris neminem excusat)的格言也会适用。从而，如果你基于对法律的误解而认为你有义务作出付款，你将无法请求返还。这些限制意味着，在需要作出判决时，相对来说并没有多少足以引发返还的错误，从而贷款的类推适用便悄无声息地被接受了。因此，法律在当时选择了一把钝

[11] 下文，第238-251页。

得可怕的大锤作为寻求正义的解决措施；而现在，法律则采用了灵敏的抗辩制度这一更加锋利的工具。现在请求权更易产生了，但严格的返还请求权却不免脆弱。当得利消失时，它也随之消失。

前面的段落已经显示出错误付款返还责任的一个显著属性，即至少当被告的财产总体上膨胀时，这一责任是严格的。当与原告过失的无关性并置，这种严格性就更加突出了。然而，真正非同寻常的一点是，足以引发上述责任的“非常轻微的事实”与通常用于解释被告还款义务的两种原因事件一点不沾边。简而言之，它既非合同，也非不法行为。这对不当得利法的独立性至关重要。当不当得利成立时，返还义务的基础就绝不会是合同或不法行为。显而易见，在 Kelly 诉 Solari 案中，两者均不存在。

首先，在该案中，请求返还错误付款的权利与收款方的同意表示无关。该权利不取决于收款方承诺或以任何形式同意交出得利。是看起来经由大多数人的道德评判而获公认的法律强行施加了这一交出义务。收款方不但不会同意，并总是抗拒这一义务。可这并不重要。错误一方请求返还的权利并非基于合同。索拉里夫人没有承诺退款。我们可以说，一个体面的人会立即答应退款。但这也不起任何作用。一个体面人总会答应履行所有的债务，但并非所有的债务都产生于合同。

其次，该案中也不存在不法行为。权利确实常常产生于合意之外的原因，大多数情况下这种“原因”是不法行为。索拉里夫人并非一个不法行为者。如果认为她保留本应退还的钱款是一种不法行为，我们会陷入想将她的责任归结于违背良知的某些人所处的怪圈。也就是说，我们会规避这样一个问题，即为什么在缺乏不法行为及合同这两种原因事件的情况下，她从一开始就负有还款的义务。收取错误付款的行为不一定要构成违反义务的行为——不需要有侵权，不需要有衡平法上的不法行为，也不需要违约。