

英美法上不当得利返还责任的独立性探析

王 栋

内容提要:不当得利返还责任直到 20 世纪 30 年代才在英美法上取得了相对独立的地位,这一点不同于大陆法系,其背后的原因一方面是因为现代商业社会中财产非自愿性转让的几率增加,因此矫正因财产非自愿转让产生的不当得利的需求变得非常强烈;另一方面是传统的法学理论解释能力不足,使得返还责任与不当得利相应规则的适用空间有限。这两方面因素相互影响共同促成了返还责任的独立及其类型化发展。对于返还责任的独立,英美法学者分别提出了大合同概念理论、维护财产权理论、衡平法上的显失公平理论进行激烈的批判,这些理论争鸣有些是由于英美法自身传统造成的,有些则是两大法系共有的问题,反映了返还责任在私法复杂格局中的独特地位。英美法这一重大制度的理论变迁对我国民法典编纂中相关规则的构造具有一定启示。

关键词:返还责任 独立性 大合同概念理论 维护财产权理论 显失公平理论

王栋,中山大学法学院博士研究生。

英美法上不当得利返还责任(下文简称为返还责任)^[1]的独立性长久以来未得到认可,“因为一系列历史的原因,其内容散落在其他法律领域之中,被冠以准合同、代位权、推定信托、金钱受领之诉等等标签。正是因为这种分散的状态,返还责任法未能像合同法、侵权法那样接受 19 世纪法律理性化运动的洗礼,直到 20 世纪,返还责任法仍然处于一种杂乱无章的局面。返还责任法成为私法领域最后一块未被充分开垦的领域,当然从

[1] 关于不当得利和返还责任的关系,20 世纪大部分时间里,英美法认为不当得利和返还责任是完全对等的关系。进入 21 世纪以后,以彼得·伯尔克斯(Peter Birks)为代表的英国权威学者开始转变观点,主张返还责任是从法律效果的角度对债进行界定,而不当得利是从发生原因的角度对债进行界定,返还责任的发生原因除了不当得利之外,还包括合同、侵权等,二者之间并非完全对应的关系,建议参照大陆法系的做法抛弃以返还责任为核心的概念体系,建立以不当得利为核心的概念体系。但是这一学术观点的转变并未得到英美法主流观点的响应,以美国法学会 2010 年出台的《返还责任和不当得利复述(第三版)》为标志,美国学界仍然坚持了以返还责任为核心的概念体系。本文以英美法主流观点为研究基点,主张不当得利和返还责任属对等关系。

另外一个层面,也是最容易给人带来惊喜的法律领域。”〔2〕20世纪30年代以后,以美国法学会出台的《返还责任法复述》(第一版)〔3〕为标志,英美法开启了以不当得利原则为核心对返还责任法进行系统化梳理的进程,加拿大在1954年的 *Deglman v. Guaranty Trust Co.* 案〔4〕、澳大利亚在1986年的 *Pavey & Matthews Property Ltd v. Paul* 案〔5〕、英国在1991年的 *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* 案〔6〕中陆续认可不当得利原则。返还责任法的崛起表明传统的债法二分法是不充分的,债不再仅仅由同意、过错而产生,一个完整的民事责任体系应当包括返还责任或与之相当的制度。但是,对于返还责任的独立,英美司法界和学界也提出了诸多质疑,这些理论争鸣有些具有鲜明的英美法特色,但有些争鸣却是两大法系所共有的,这些问题的探析对大陆法系国家的民法理论也是一种有益的对照或补充,对于我国十分薄弱的不当得利立法和研究来讲,英美法上的这些理论资源显得尤为可贵。

一 返还责任独立的必要性

返还责任作为独立的法律责任形式的出现,首先是社会发展需求的产物,因为一项法律制度或一个法律部门的诞生,必须有其衍生的社会土壤,具有与社会命题相适应的“社会一致性”,〔7〕才能使得法律制度的“生命之树常青”;其次是因为传统法学理论的解释能力不足,不能提供很好的解决办法,所以催生了新的法学理论和法律制度。这两方面的因素相互交融,共同促进了返还责任的独立发展。

第一,从社会发展需求角度来讲,返还责任独立是促进和保障交易自由的需要。任何人都应当保有获得的不当得利,是人类共有的一种朴素正义观,实际上,普通法历史上的一些诉讼令状也承担了矫正不当得利的功能,〔8〕但是远远不能成为自足的法律责任体系。返还责任真正在英美法中得到迅猛的发展是在20世纪30年代以后,这一历史时间点与法律和社会发展的新动向有一定的关联。与传统的法律制度相比,现代法律制度的功能之一是促进交易自由。自由交易作为自由社会最重要的标志,充分表明法律对权利自治和个人选择的尊重。对交易自由的保证进一步使得调整非自愿交易结果的法律制度成为一种必需,而现代商业社会中交易量的激增以及交易技术手段的复杂化使得财富非

〔2〕 该段表述出自牛津大学图书馆所保存的彼得·伯尔克斯(Peter Birks)所著的《返还责任法导论》(*An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon, 1989)一书精装版的小册子上,虽没有直接的证据表明这段话出自作者本人,但是很多学者猜测这段话就是彼得·伯尔克斯所言,详见 Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligations*, Hart Publishing, 1998, pp. 45-46。

〔3〕 美国法学会在1937年出台的《返还责任法复述(第一版)》,在英美法历史上第一次以返还责任的名义将包括普通法和衡平法上的大部分返还财产性救济方式涵盖在内,并声称侵权法、合同法、返还责任法是整个法律分类体系中最主要的三个组成部分。美国法学会后来对该书进行了两次修订,最近的一次修订是2010年完成的,修订后的第三版被认为是迄今为止英美法国家对返还责任制度最权威、全面和系统的规定,也标志着返还责任作为一种独立的责任类型在英美法系中已经取得了较为稳固的地位。

〔4〕 (1986) 163 CLR 221.

〔5〕 [1954] 3 DLR 785.

〔6〕 [1991] 2 AC 548.

〔7〕 [美]迈尔文·艾隆·艾森伯格著:《普通法的本质》,张曙光、张小平、张含光等译,法律出版社2004年版,第104页。

〔8〕 Goff & Jones, *The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 3, 4.

自愿转让的可能性大大增加。

有人曾经对现代社会中常见的非自愿转让财产的交易用五个典型案例进行描述:第一,公司的职员挪用公司资产,或者公司作为巨额诈骗的受害人导致公司破产;第二,丈夫唆使自己的妻子在其所享有的家庭住房财产份额之上设定担保,以便于从银行中获得贷款支持自己已经将近奄奄一息的商业;第三,贷款人向银行贷款时虚构了自己的贷款能力,其所提供的担保嗣后证明物非所值;第四,地方政府签订互惠交易合同,以规避中央政府对地方政府贷款的限制;第五,在未经财产所有权人同意的情形下使用他人财产,并获得相当可观的利润。”〔9〕这些案例都反映了形式上的自由交易制度带来的问题。

正如法律认可自愿处理财产的效力,那么必然要矫正广义上称为非自愿的财产转让的效力。这种广义上的非自愿转让财产的行为,既包括独立的不当得利,即被告从原告处直接获得财产性利益,也包括实施不法行为所获得的财产性利益。社会经济生活的发展使得债的第三种分类——针对不当得利的返还责任成为必须。如莱特(Wright)勋爵在1943年 *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* 一案中所指:“很清楚,任何文明的法律体系都会为存在所谓不当得利或者不当利益的案件提供救济手段,意在防止一些人违反其所应当秉持的善意而保有从他人那里获得金钱或其它一些利益。在英国法律中类似的救济方式一般不同于合同或者侵权中的救济方式,如今被认为第三种债的分类即所谓的准合同或者返还责任。”〔10〕

第二,从法律技术角度讲,返还责任独立是破解传统法学理论解释能力不足的需要。“在司法上,当一项原则最初确立,原则的合理性常常在于它对先例结果给出的解释要比先例本身给出的解释要更好。”〔11〕在古老的令状诉讼时期,返还责任在普通法上的前身是债务之诉、账目之诉以及后来债务性允诺之诉分化出的金钱受领之诉、金钱支付之诉、按劳计酬和按值计付之诉。英国1852年的《普通程序法》出台后,沿用已久的诉讼格式制度被打破,英美法开始借鉴成熟的大陆法法学理论对原有的诉讼格式进行重新梳理,这一时期,合同责任、侵权责任二分法成为主流的债法分析范式,对于不符合严格标准的合同责任、侵权责任分类的,类比合同责任、侵权责任进行处理。

返还责任因更接近于合同责任,则类比合同责任进行处理,称为准合同,其理论基石为默示合同理论,相关内容通常在合同法的教材和专著中设单独章节予以介绍。〔12〕根据默示合同理论,如果C基于对事实的认识错误向D支付了200美元,C所获得的法律救济的基础是D向C返还该200美元的默示允诺,如霍尔丹(Haldane)法官在1914年的 *Sinclair v. Brougham* 案判决中指出的那样:“概而言之,就对人之诉而言,英国普通法(与罗马法不同)仅真正承认两种请求,即合同之诉和侵权之诉。当提到准合同之诉时,它只不过

〔9〕 Gerard McMeel, *The Modern Law of Restitution*, Blackstone Press Limited, 2000, preface xiv.

〔10〕 [1943] AC 32, 转引自 Gerard McMeel, *The Modern Law of Restitution*, Blackstone Press Limited, 2000, p. 3.

〔11〕 [美] 迈尔文·艾隆·艾森伯格著:《普通法的本质》,张曙光、张小平、张含光等译,法律出版社2004年版,第102页。

〔12〕 对于返还责任制度及相关理论在英美法上的历史演变,国内已有相关研究成果,本文不再详细论述,详见廖艳斌:《英国准合同制度的演变之路——英美法系返还法的滥觞》,《比较法研究》2014年第5期;唐超:《从“不当因素”到“欠缺对价”——英国不当得利法的内部结构研究》,中国社会科学院2010年博士论文;霍政欣著:《不当得利的国际私法问题》,武汉大学出版社2006年版。

指理论上基于一个法律强制拟定的合同而产生的一类诉讼。只有该合同假如真实存在则为有效的情况下,这一拟制才能有效地设立。”^[13]

但是,默示合同理论本身具有不能克服的缺陷,这些缺陷表现在:

第一,默示合同理论混淆了返还性救济的实质基础。该理论认为原告可获得返还性救济的基础是被告作出的默示允诺,将被告承担的责任视为自愿承担的责任,扭曲了其法定责任的本质。从某种程度上讲,默示合同理论的变迁反映了西方社会主导的哲学思潮的变迁。随着 20 世纪自由放任主义的衰败和福利国家思潮的兴起,侵权责任、返还责任等法定责任在英美债法中的地位开始逐渐抬升,至 20 世纪末期,侵权责任和返还责任已经成为与合同责任并驾齐驱的债的渊源,强行将返还责任拟制为自愿承担债务类型的默示合同理论遭到抛弃。

第二,默示合同理论作为一种纯粹的拟制产物,本身具有不可确定性。如果被告对返还的义务作出了允诺,那么其允诺履行返还义务的时间、内容都将如何确定?法院为何能将自己的意志强加于双方当事人?在回答这些问题时,默示合同理论显得捉襟见肘、虚无缥缈,对此,有人将其形象地比喻为“陈年孤魂”。^[14]

第三,默示合同理论不能有效解释返还责任法的衡平法部分。返还责任法横跨普通法和衡平法两大法域,不仅表现在返还责任的发生事由既有普通法上的对价缺失、胁迫、违约和侵权,也有衡平法上的不当影响和榨取他人弱点、违反信托义务等不法行为,而且返还责任的救济方式既有普通法上的撤销与返还原物,又有衡平法上的推定信托、衡平留置权等。对于返还责任法内部的复杂格局,默示合同理论的解释力仅限于普通法领域内,无力于解释衡平法部分的内容。

准合同和默示合同理论之所短,恰恰是不当得利原则之所长,后者所具有的理论优势具体体现在:

第一,不当得利原则准确揭示了返还责任的本质。返还责任与侵权责任一样,是法律直接苛加在被告(受益人)身上的法律责任,而非当事人意定的法律责任,如英国上议院 1996 年作出的 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London BC* 案中,布朗·威尔金森(Brown Wilkinson)勋爵指出:“普通法上的返还之诉是建立在不当得利而非默示合同的基础之上,在类似的情形中,是法律苛加的返款义务而非推导出完全拟制的返款协议。”^[15]加拿大最高法院在 1954 年作出的 *Deglman v. Guaranty Trust Co. of Canada and Constantineau* 案中,卡特莱特(Cartwright)法官说:“以我之见,虽然双方当事人签订的明示合同因为《防止欺诈法》而不具有执行力,但是死者已经接受了对方根据合同提供的全部履行并从中获利,因此法律强制她(如今来讲是对她的遗产)对所受领服务的合理价值支付相应的对价。”^[16]

第二,不当得利原则不断转换为实体规则,增加了法律的确定性。有人担心不当得利

[13] [1914] A. C. 398.

[14] Goff & Jones, *The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 2007, p. 10.

[15] [1996] 2 AC 669.

[16] [1954] 3 DLR 785.

“作为当今的债法体系中是唯一明确引入正义概念作为责任基础的制度”,^[17]具有明显的道德倾向,容易扩大法官的自由裁量权,导致责任的泛滥。但是,通过多年的理论发展,充满衡平色彩的不当得利原则已经不断实体化,特别是彼得·伯尔克斯(Peter Birks)借鉴德国民法理论提出返还责任的一般构成要件理论以来,该理论不断得以丰富和完善,已经形成稳定的推理模式,即返还责任的构成需要同时满足被告获得利益、该利益以牺牲原告利益为代价而获得、被告保有该利益具有非正当性三个积极要件和被告没有可主张的抗辩事由一个消极要件。^[18]随着一般构成要件理论的成熟,不当得利原则越来越贴近实体规则,其确定性得到了大大的增强。

第三,不当得利原则有效融合了普通法和衡平法两大法域之间的巨大分野。相比于默示合同理论,不当得利原则更好地整合了普通法和衡平法的内容,揭示出返还责任无论是来源于普通法还是衡平法并没有本质的不同,并不会因为诉讼程序的不同而获得有差别的救济。^[19]

正是因为不当得利原则很好地克服了默示合同理论所存在的缺陷,准合同、默示合同理论开始走向衰败,前者最终取代后者成为返还责任的基础理论和组织原则,返还责任不再作为其他法律部门的附属而存在,逐渐开始以独立的姿态在法律体系中获得一席之地。

二 返还责任独立的类型化

类型化对于返还责任独立性的意义在于,类型化越多,则独立性的基础就越扎实。从构成要件的角度讲,返还责任的类型化主要是非正当性因素的类型化。所谓非正当性因素就是以法律之眼看来使得被告(受益人)得利非正当的因素,非正当性因素分析模式是英美法判断返还责任是否成立的一种传统分析模式。尽管自彼得·伯尔克斯借鉴德国法提出基础缺失的分析模式以来,对非正当性因素分析模式的批判不绝于耳,认为该模式使得不当得利不再是一个统一的规范概念,只不过是多种个案情形松散组合的标签,^[20]但是其灵活化、经验化的处理方式更加符合英美法的思维传统,也更易于为一般人的智识所接受,因此迄今为止仍然是大多数英美法国家司法所采纳的分析模式。^[21]

[17] Ernest J. Weinrib, *The Normative Structure of Unjust Enrichment, Structure and Justification and Private Law*, Essays for Peter Bir Ernest Weinrib, ks, Oxford and Portland, Oregon, 2008, p. 2.

[18] Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon, 1989, p. 20.

[19] Warren Seave & Austin Scott, *Restitution*, (1938) 54 LQR 29.

[20] Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2005, p. 40.

[21] 所谓基础缺失分析模式指的是,当得利缺乏解释基础时该项得利就是不正当的。从英美法国家的司法态度来看,英国除在 20 世纪 90 年代的互惠交易系列案之外,并没有更多的司法判例援引基础缺失模式;美国的态度也较为谨慎,表现在《返还责任和不当得利复述》(第三版)对基础缺失模式进行了有限度的采纳,但总体上还是遵循了传统的非正当性因素分析模式;加拿大对基础缺失模式的接受程度最深,但其国内对这种发展趋势一直存在激烈的争议。详见, *Responsibility for Gain: Unjust Factors or Absence of Legal Ground? Starting Points in Unjust Enrichment Law, Structure and Justification and Private Law*, Essays for Peter Bir Ernest Weinrib, ks, Oxford and Portland, Oregon, 2008, pp. 65 - 66.

关于非正当性因素类型化的标准,有多种不同的学说。彼得·伯尔克斯早年依据原告转让利益的意思表示存在瑕疵的程度,将非正当性因素划分为三类:第一,受损意思表示的非正当性因素,包括主体不适格、忽视、错误、胁迫、不当影响、显失公正、法律上的强制;第二,条件未满足意思表示的非正当性因素,包括对价欠缺;第三,政策驱动的非正当性因素,包括非法性、公权力越权征收税费、紧急救助等。^[22] 美国《返还责任和不当得利复述》(第三版)同样将返还责任分为三类,但是具体类别有所不同:瑕疵意思表示产生的返还责任,包括错误、欺诈、胁迫、不当影响、法律上的强制等;有意但非合同性转让产生的返还责任,包括未经请求为他人利益的紧急干预和为自己利益干预产生返还责任两种情形;不法行为产生的返还责任,包括因侵权行为产生的返还责任和因衡平法上的不法行为产生的返还责任。^[23]

除此之外,安德鲁·伯罗斯(Andrew Burrows)等人将非正当性因素划分为独立的非正当性因素、不法行为的非正当性因素以及基于政策考量的非正当性因素;^[24] 格雷厄姆·弗戈(Graham Virgo)划分为基于原告维度的非正当性因素、基于被告维度的非正当性因素以及政策维度的非正当性因素。^[25] 应当说,不同的分类标准观察和分析返还责任的角度不同,相互之间的实际差异并不大,例如《返还责任和不当得利复述》(第三版)分类中瑕疵意思表示产生的返还责任可以大致对应安德鲁·伯罗斯分类中的独立的非正当性因素,有意非合同性转让产生的返还责任可大致对应该分类中基于政策考量的非正当性因素。相对来讲,安德鲁·伯罗斯以是否依赖不法行为的存在将非正当性因素主要划分为独立的非正当性因素和不法行为的非正当性因素,并在此基础之上引入第三类政策考量的非正当性因素,因准确揭示了三种不同类型的非正当性因素所产生的返还之诉在举证规则、抗辩事由、诉讼时效和救济方式等方面存在的显著差异,已经获得了广泛的接受,为本文所采纳。

(一)独立的非正当性因素

第一,错误。相比于欺诈、胁迫以及其他因合同或不法行为产生的返还责任,错误被公认为是产生返还责任最具有代表性的情形。^[26] 英美法传统上,出于对交易安全的保护,错误规则仅局限于对是否承担付款责任的事实认识错误的情形,随着境况变更抗辩事由在交易安全保护方面发挥着越来越重要的作用,错误规则的限制逐渐放松,并针对不同的错误情形发展出特定的规则,如错误付款、错误修缮和错误赠与等。^[27]

[22] Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon, 1989, p. 20.

[23] Part II. Liability In Restitution, Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment, Westlaw Delivery Summary Report for IP POOL.

[24] 转引自霍政欣著:《不当得利的国际私法问题》,武汉大学出版社2006年版,第131-149页。

[25] Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford University Press, 2006, pp. 119-126.

[26] Andrew Burrows, *The Law of Restitution* (2nd ed), Butterworths, 2002, p. 130.

[27] 《返还责任和不当得利复述》(第三版)同样将错误界定为返还责任的样本,其中第5条对错误规则作了一般性规定,第10到12条分别对错误修缮、错误赠与、错误表达等错误转让非金钱利益的具体情形作了规定。§ 6, § 7, § 8, § 9, § 10, § 11, Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Westlaw Delivery Summary Report for IP POOL.

第二, 欺诈和非故意的错误陈述。《返还责任和不当得利复述》(第三版)第 13 条规定:“(1) 如果转让是因为欺诈或非故意的根本错误陈述诱发的, 转让人或其继受人有权请求撤销, 撤销包括请求返还转让利益的诉讼。(2) 如果转让人根本不知道或者没有合理的机会了解欺诈诱发的转让或其核心条款的性质, 转让是无效的。符合第(1) 款规定的其他任何转让赋予受让人的所有权都是可撤销的。”^[28]从本质上讲, 欺诈也是属于错误陈述的一种, 是一种故意的错误陈述, 与非故意的错误陈述相比, 两者对产生返还责任的要件要求基本相同, 但对因果关系的判断标准和对错误陈述的根本性要求不同。

第三, 胁迫。《返还责任和不当得利复述》(第三版)第 14 条将胁迫界定为“在法律上非法的强制性压力”。与转让人意思存在缺陷的其他情形相同, 其本质都在于损害了转让人的意思。

第四, 不当影响。不当影响是指“当事人一方利用自己与另一方之间的特殊关系通过不适当地说服使得另一方接受不公平的交易条件”。^[29]从历史发展来看, 胁迫是普通法上的规则, 不当影响是衡平法上的规则, 后者是前者的一种补充, 如今, 英国还保留着这种区别, 但是美国以及很多英联邦国家已经逐渐淡化和消除了这种区别。

第五, 主体不合格。当原告如因未成年、精神不健全、超越授权权限等原因缺乏主体资格, 并与其他人进行交易, 主体不合格本身就可以构成提起返还之诉的基础。^[30]

第六, 合同对价缺失。包括合同因为无效、非法或者从外观上不具有执行力, 导致履行合同的一方无法通过强制执行合同提起损害赔偿或特定履行之诉; 合同初始有效, 但在全部或部分履行合同之后被撤销等情形。

(二) 不法行为的非正当性因素

不法行为指被告违反了制定法或衡平法所设定对原告所负第一性义务的行为。构成不当得利诉讼基础的不法行为是广义上侵犯财产权的行为, 既包括投机性的违约行为,^[31]也包括侵权行为, 还包括衡平法上的不法行为如违反信托义务的行为。作为以得利而非损害为基础的法律责任, 返还责任仅关注被告获得财产性利益的不法行为, 如果被告的不法行为对原告造成了损害, 但没有使被告得利, 这类情形也不属于返还责任法规制的范围。除极少例外情形, 获得返还责任救济的原告同时有权向被告提起损害赔偿之诉, 因不法行为所产生的原告损害和被告得利之间通常是对等的,^[32]因此二者在最后的救济效果上并没有差异。

但是在有些情形中, 相比于损害赔偿之诉, 返还之诉具有某些优势, 具体体现在: 第一, 被告得利比原告损害更容易得到证明, 这一点在财产所有人并未因不法行为遭受到可量化的损害时表现最为凸显; 第二, 除了可以为原告提供超出自己所受损害的救济之外,

[28] 无论被解除的交易是已经完成的转让还是正在执行中的合同, 返还义务与撤销是无法明确区分的。为避免任何可能的不确定性, 《返还责任和不当得利复述》在第(1) 款中对撤销作出了明确的规定。转让人的返还请求权可以根据具体的案情通过多种救济措施得以实现。

[29] Goff & Jones, *The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 2007, p. 335.

[30] § 16, Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Westlaw Delivery Summary Report for IP POOL.

[31] § 39(2), Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Westlaw Delivery Summary Report for IP POOL.

[32] Lionel Smith, *Restitution: The Heart of Corrective Justice*, 79 *Texas LR* 2115 (2001).

返还之诉还可以通过推定信托或衡平留置权的救济方式使原告直接获得财产的所有权或担保权；第三，提起返还之诉可以获得更长期限的诉讼时效的保护。因此，从这个角度来讲，返还责任救济是对损害赔偿救济的补充和增强。

（三）基于政策考量的非正当性因素

第一，有意非合同性转让产生的返还责任。英美法上，如果原告有意追求转让结果的产生，被告也没有违反对原告所负的任何义务，原告请求受让人就转让的利益进行补偿，通常需要事先获得对方进行补偿的有效允诺，否则无权获得任何救济。但是在极个别的例外情形中，原告以保护他人和自己的利益为目的有意提供非交易性的利益，可以获得一定的救济。尽管这些例外情形的法律规则在制度功能上大致相当于大陆法系的无因管理和紧急避险制度，但是因为英美法所持的总体否定态度，远不足以成为一项独立的法律制度，只能吸收到返还责任制度中作为其中的个别规则，具体包括为他人利益的紧急干预和为自己利益的干预两种情形。

第二，法律上的强制。如果法律使用的强制手段嗣后被证明是错误的，那么其所导致的转让也是不适当的，转让人有权请求撤销转让。其中最为典型的两种情形，一种是为执行裁决导致的转让，嗣后该裁决被撤销，另外一种是超过纳税人的责任范围征税。这两种情形中，转让通常都是非自愿的，因此，转让人的意思表示是否受到损害并不是区分有效转让和应当予以撤销的转让的判断标准。

三 不当得利返还责任的合理性检验

庞德曾经提出：“分类是对传统的法律概念和体系重新塑造和发展，以使法律规则的组织安排满足下列条件：第一，最小程度的重复、交叉和潜在冲突；第二，有效的管理；第三，有效的教学；第四，有效地适应新的情形。”^[33]我们依据庞德提出的四个标准对返还责任独立是否合理进行检验：

第一个标准——最小程度的重复、交叉和潜在冲突。将构建法律的基础分为允诺、损害、不当得利三部分，比仅分为允诺、损害两部分，可能更会减少法律体系中的重复交叉和潜在冲突。正如英美法很多案例所阐述的，很多混乱是由于未能充分理解和接受返还责任的分类基础和其在法律体系中的地位所导致的，在早期文献中，这样的表述比比皆是，如：“现代合同法从诉讼形式的阴影中走出很长一段时间后，合同与准合同之间的关系都令人感到困惑。直到一个全新的法律类别发展起来可以将之（准合同）合理安置，就很难将准合同从合同的分类中排除。”^[34]“原告如有违约就不能请求返还部分根源于不愿或不能对合同和准合同进行区分。”^[35]“困惑来源于将‘默示合同’的标签同时张贴在‘事实上

[33] Roscoe Pound, *Jurisprudence* 21 (1959), 转引自 *Restitution: Concept and Terms Introduction and Historical Background*, 19 *Hastings L. J.* 1167 (1967-1968).

[34] E. Durfee & John Dawson, *Cases on Remedies II Restitution at Law and in Equity* 3 (1939), 转引自 *Restitution: Concept and Terms Introduction and Historical Background*, 19 *Hastings L. J.* 1167 (1967-1968).

[35] Lee, *The Plaintiff in Default*, 19 *VAND. L. Rsv.* 1023, 1024 (1966).

的默示合同’和‘法律上的默示合同’(现在称为准合同),这种混乱没有完全得到消除,也很难根除。”^[36]“关于抗辩事由的大量困惑来源于对诉因的适当分类”,^[37]而以不当得利理论为基础重构返还责任可以减少这一混乱,其非但没有破坏原有的二元债法体系,反而是一种补充和增强。“返还责任法在已经被充分研究的侵权责任法和合同法之间占据了重要的位置。返还责任法处理非交易性利益,侵权责任法处理非交易性损害,合同法处理交易性的利益和损害。虽然侵权责任法通常会以对当事人设定责任的方式来‘拟制’交易,合同法(以及返还责任法)却不会明显地在陌生人之间干预和拟制交易,即使有时当事人之间希望达成这样的交易。有关利益的法律显然不是有关损害的法律的副本。位于侵权法和合同法的交叉点,返还责任法提供了审视法律处理损害的方式和处理利益的方式之间非对称性的一个视角。”^[38]

第二个标准——有效的管理。尽管用不当得利原则重新组织返还责任法,对于大多数案件处理的结果并没有太大的影响,但是不当得利原则将处于分散状态的相关法律领域统合在一起,可以有效发现并根除彼此相互冲突的地方,有助于集中关注返还责任的性质、功能、范围、救济措施以及与侵权法、合同法之间的关系。“(为返还责任法)提供一个理性的框架……可以发现过去对待返还责任的相关问题时的异常之处,促进相关规则的发展,对于如今可以更加清晰地看到相类似的案例给予相类似的解决方案。”^[39]法律人因此更加清晰地掌握各种诉讼和救济措施的性质、范围和相互之间的联系,容易根据案件情形选择合适的诉讼和救济措施。

第三个标准——有效的教学。返还责任的领域是广泛的,不可能寄希望于在合同法、侵权法的论文或案例教材中对该主题进行充分的论述。即使在这些著作中有所提及,所谈到的问题也只是冰山一角,至多把返还责任视为讨论问题的一种可供替代的选择。正如约翰·道森(John Dawson)教授所称:“返还性救济措施是以一种混杂的方式发展的。它们可以被形容为盛载各种杂物的五花筒,但有着共同的上位原则,只是这一点最近才被发现。结果……很多法律人仍然将返还责任救济措施视为不确定和未知的。”^[40]处理这个问题最适宜的对策是将返还责任作为一个整体研究,有助于放在一起理解每个规则及关联关系。近些年来,英美法系国家出版了一系列以返还责任为主题的专著和案例教材,一些法学院也开设了专门的课程。可见,相关知识也是依赖教学路径进行传播与完善的。

第四个标准——有效的发展。哈尔伦·菲斯克通(Harlan Fiske Stone)大法官曾说:“任何一个由特别创设的法律规则组成的法律体系,必然非常缺乏形式性和匀称性。它的发展不是系统的,而是由各样的判例汇集而成。因为这种特殊的创设方式,缺乏所有法律体系最终所依赖的科学性和哲学性概括作为基础,则难以持续发展,完成所其欲完成

[36] *Martin v. Campanaro*, 156 F.2d 127, 130 n.5 (2d Cir. 1946).

[37] *Philpott v. Superior Ct.*, 1 Cal., 2d 512, 521, 36 P.2d 635, 639 (1934).

[38] Saul Levmore, *Explaining Restitution*, *Va. L. Rev.* 65 (1985).

[39] Andrew Burrows, Ewan Mckendrick, James Edelman, *Cases and Materials on the Law of Restitution* (2nd edition), Oxford University, 2005, pp. 1, 29.

[40] John Dawson, *Restitution or Damages*, 20 *Omo ST. L. J.* 175 (1959).

的任务。”^[41] 返还责任独立后,使之能够在—个被接受的框架内扩张,该领域的法律发展应该更加统一连续,而非朝各个方向无序发展。从这个角度看,可以说,经过学界和实务界多年的努力,返还责任体系已经初步打下了“形式性和匀称性”和“科学性和哲学性概括”的基础。

四 对返还责任法独立性的质疑理论及其相应的缺陷

当然,仍然有很多学者对返还责任的独立提出了质疑,他们认为学界和司法界在构造私法体系过程中遗漏了一些制度,现在有一种倾向统一把这些制度称为返还责任,但是—个经常提及不当得利的法律制度必然问题重重,因为注定有很多案例不符合任何固定的责任类型。无论这些案件是否应该通过发展所谓体系化的不当得利理论去解决,都应该寻求更加个性化的解决方式,这些疑难的案例能够而且应该通过其它方式解决,且绝大多数应该通过对现存理论进行细微的扩张来吸收这些疑难案例。“如果返还责任的范围与其他民事责任是类比关系,那么我们应当将返还责任整合到其他责任如合同责任体系中去,而非重新建立一个独立的责任体系。”^[42] “‘不当得利’的理论在英美法系中并不需要,如果说它的发展有什么效果的话,那么这种效果也非必需的。”^[43] 但是,不论是—个大合同概念理论、财产权理论还是衡平法上的显失公平理论,都存在—定的缺陷。

(—) 大合同概念理论及缺陷

从法律发展史的角度,返还责任之所以呈现出纷繁复杂的理论学说,源于 19 世纪中后期的普通法变革,彼时,普通法经历了数世纪的自身理论质疑,开始逐渐学习和吸收大陆法系思潮的法律成果,适用于所有情形中的所有合同的“大合同法”的观念不再被积极倡导,这一进程因古老的诉讼形式的废弃而得以加速。“法律概念的变化使得后维多利亚时代所称的‘默示合同’完全不同于维多利亚时代所称的合同。较早时代的学者可能会谈论‘法律上的默示合同’,但是维多利亚时代的学者很少这样表述,这样,返还责任从合同法的范畴中排除出去,直到 20 世纪 30 年代之后学界才又开始关注返还责任。”^[44] 倾向于不当得利论的学者认为维多利亚时代的学者把握到了问题的实质,即返还责任在合同法中无立足之地,在侵权法和财产法中也是如此,返还责任被其他法律领域排除出去,理应建立起属于自己的法律领域;但是斯蒂夫·海德利(Steve Hedley)认为维多利亚时代的思想并不是完美无缺的,因为它对合同法的界定范围过窄,将默示合同从合同法中排除出去,并将返还责任法视为不同于合同法、侵权责任法的一门独立学科,或许只是在重复维多利亚时代学者所犯下的错误,如果我们抛弃这种过于狭窄的合同概念,建立起 21 世纪的概念,将不当得利妥善安排在合同法中而非对其进行重新改造更为适宜,这种论调即大合同概念理论。

[41] Harlan Fiske Stone, *Some Aspects of the Problem of Law Simplification*, 8 *Columbia Law Review* 131 (1963).

[42] Steve Hedley, *A Critical Introduction to Restitution*, Butterworths, 2001, p. 33.

[43] Steve Hedley, *Restitution: Its Division and Ordering*, Sweet & Maxwell, 2001, p. vii.

[44] Steve Hedley, *A Critical Introduction to Restitution*, Butterworths, 2001, p. 34.

大合同概念理论认为合同以当事人的同意为基础建立起来的概念是 19 世纪以来一种较为陈旧的观念,随着市场经济的发展,合同的概念已经得到扩张,合同必定建立在同意基础上的观念是一种“明示合同的谬论”,“合同本质上是当事人意志的产物,导致(合同责任)与非合同责任之间不可逾越的鸿沟”。对合同的概念进行扩张,其核心内容就是将法律上的默示合同一并纳入合同的概念范畴中,用来解释狭窄的合同概念所不能解释的非合同责任。对于已经遭到猛烈批判的默示合同理论,大合同概念论者认为,不仅“默示合同”是一种拟制,明示合同同样包含拟制的成分,因为合同当事人永远不可能制定完备的合同来应付未来发生的各种各样的事情,合同文本上的内容并不能保证结果如当事人所料,因此合同法的任务之一就是辨识双方当事人在合同中所表达的意图,明示合同也包含法律强制的成分。

另一方面,以不当得利为基础的返还责任在对得利进行价值衡量时,多选择进行主观性估值,而非客观性估值,在这一过程中当事人的意思发挥了较为重要的作用,返还责任也包含自愿的成分在内。所以,主张用独立的不当得利原则另起炉灶解决问题是否也是用一种僵化和过时的观点来看待合同,无形之中阻止了合同法的与时俱进?因此,将返还责任纳入到合同责任体系中来,不但理论上可以自圆,而且可以为司法实践操作带来更多的便捷。以错误制度为例,如果转让人能够证明自己如果知道事实真相的话就不会进行转让,受让人就应当承担责任的话,那么责任太过于宽泛,而如果将其理解为合同法上的对价缺失情形,就能够对责任进行合理的限制。^[45]

大合同概念存在最大的理论上的障碍是,如果合同的概念并非以当事人的同意为基础,那么合同法的边界何在?持该理论的学者已经意识到这个问题,“似乎很难有设定一般指引什么应当是合同。将一切能够视为合同的都按照合同进行对待,与除非我们确定没有任何拟制的成分才能称之为合同的观点一样愚蠢。唯一安全的规则在于将特定关系认定为合同性质所产生的结果,并依据是否是一种有效的方式进行判断。”但是如何判断有效性?如果没有具体的指引,那么将为多重解释打开方便之门。合同法领域的不确定性将使得对法律的理解和适用都变得十分困难,“以至于(案例的结果)差异巨大,没有非常精确的理论可以采纳”。与之相反,将合同建立在同意的基础之上,已经为合同法确定了更为清晰的界限,并为大多数法域所接受,没有必要进行动摇。

大合同理念存在的另外一个问题是关于默示合同,持大合同理念论的学者认为“过去的法律人不可能愚蠢到将其适用于合同完全不存在的情形”。^[46]但是,该论忽视了“默示合同”历史上在多层含义上进行使用,18 世纪时默示合同被用来指真实拟制的允诺,确实包含非合同之诉,但是当拟制逐渐被自然遗忘,合同的概念越来越清晰时,“默示合同”一词的使用逐渐产生一些问题,一度成为解决与“同意”毫不相关的案件中的障碍,如今,重新借用已经逐渐被历史所废弃的默示合同概念,在相当程度上是历史的一种倒退。

[45] Steve Hedley, *Restitution: Its Division and Ordering*, Sweet & Maxwell, 2001, p. vii, 32.

[46] Steve Hedley, *Restitution: Its Division and Ordering*, Sweet & Maxwell, 2001, p. 78, 455, 202.

(二) 维护财产权理论及其缺陷

维护财产权理论^[47]认为, 返还责任可以用被告受领了权属归于原告的财产加以阐释, 即如果原告能够证明对被告受领的财产享有持续性的权益, 那么原告即有权主张返还。当被告侵占了原告所享有的财产权益, 无论这种权益先前已经存在还是由法律所创设的, 原告都可以提起诉讼要求获得返还性的救济来维护自己的财产权益, 这种维护财产权利的诉讼属于财产法的范畴, 与矫正被告获得的不当得利基本无关。持该论者认为, 维护财产权理论比不当得利理论在具体适用时更加简洁明了, 一旦原告能够证明被告受领或持有原告享有权益的财产, 那么无需证明其他事项, 就足以构成一个独立完整的诉因, 而如果用不当得利原则来解释这种情形的返还责任需要通过繁琐的“被告是否获得利益→该利益是否是被告以原告利益受损为代价获得的→该利益是否是不正当的→是否还存在阻碍原告诉求获得支持的其它事由”推理过程, 这样的推理是完全没有必要的, 用简单的财产法理论完全可以进行较为充分的阐释。

应当说, 维护财产权理论是有一定合理性的, 这是因为, 绝大多数的不当得利情形中, 原告都会主张自己是被告取得财产的真正权属人, 因此返还责任法和财产(尤其是动产)法之间有着千丝万缕的关系。另外, 返还责任的救济方式中不仅有对人之诉性质的金钱判决, 还有对物之诉性质的撤销和返还、推定信托、衡平留置等, 这种独特的复合型救济方式, 导致返还责任法作为债法组成部分的传统理念遭到了挑战。^[48] 尽管相关理论争议不断, 但是学界至少形成一种基本的共识是, 财产法对以不当得利为基础的返还责任法是一种必要的逻辑上的限制, 如果原告对转让给被告的财产仍然享有可诉财产权 (actional property rights), 那么以不当得利为诉由提起返还之诉既没有存在的必要也没有存在的空间, 在类似的案件中, 原告的财产权而非不当得利构成返还请求权的基础。^[49]

但是如果期望可以用维护财产权的理论将不当得利原则全部吸收和覆盖, 至少在以下几个方面是站不住脚的:

第一, 该理论不能解释原告转让财产后不再享有财产权的情形, 此时, 返还之诉不能再建立在财产权基础之上, 因为在被告受领之时, 财产已经不再归属于原告。正是基于这个原因, 不当得利原则获得存在的空间, 因为其无需要求原告证明被告受领财产之时仍然对财产享有权益。

第二, 该理论还不能说明在被告受领的利益形式为服务的情形中为何要承担返还责任, 因为原告对其所提供的服务并不享有财产权利。对此, 斯图加 (Stoljar) 指出财产权理论并不包括这一类诉讼, 并采纳了一种替代性的解释方法, 原告因其所提供被告的服务而获得救济是基于原告遭受的牺牲而非被告的得利, 即所谓的“不当牺牲理论 (Unjust Sacrifice)”^[50] 这一理论具有高度拟制的特征, 尤其是不当得利原则可以解释为什么当

[47] 持这种观点最著名的学者是 Stoljar, *Unjust Enrichment and Unjust Sacrifice*, 50 MLR 603 (1987).

[48] Peter Birks, *Property, Unjust enrichment, and Tracing*, 54 CLP 231 (2001); Peter Birks, *Property and Unjust Enrichment: Categorical Truths*, *NZ Law Rev* 623 (1997).

[49] R. Grantham & C. Rickett, *Enrichment and Restitution in New Zealand*, Hart, 2000, pp. 30-40.

[50] Stoljar, *Unjust Enrichment and Unjust Sacrifice*, 50 MLK 603 (1987).

被告从原告的服务中受益应当对原告承担返还责任时，“不当牺牲”原则就显得捉襟见肘。^[51]

第三，返还责任的救济方式虽然也包括对物之诉，但其主要的救济方式仍然是对人之诉，将其划入债法而非财产法的范畴，仍然是一种主流并且不会引发太多争议的选择。

（三）衡平法上的显失公平理论及其缺陷

持这种观点的学者认为，返还责任在起源上是衡平法性质的，应当适用衡平法上的显失公平理论来解释返还性的权利和救济措施，普通法所创造的不当得利原则的异军突起，已经威胁到长期以来稳定存在的衡平法原则，并大有取而代之之势。最为典型的是澳大利亚的古姆(Gummow)法官在 *Roxborough v. Rothmans of Pall Mall Australia Ltd* 一案中谈到的：“（不当得利原则的认知）可能会扭曲其它领域已经非常稳固的原则包括那些相关的衡平法规则和救济方式，引起各个不同的理论相互竞争甚至相互否定。”^[52]但是，“对于头脑已经被大陆法系思潮所浇注的律师来讲，返还性质的权利和救济建立在不当得利概念基础上的理论来源于学者的论著而非法官作出的判决，这并不符合判例法系从个案中逐步总结提炼出抽象的传统。”^[53]

古姆法官从判例中找到了大量的例证来支持他的观点，在分析了大量的英国、澳大利亚和美国的判例之后，他主张应当重新审视大家对曼斯菲尔德法官就 *Moses v. Macferian* 作出的判决的理解，该案普遍被认为是英美法系援引罗马法中不当得利原则的鼻祖，然而，曼斯菲尔德法官的观点来源是多元的，而衡平法的思想无疑是其中重要的一种。如果仔细对判决原文进行分析，就会发现曼斯菲尔德法官多次提到了“衡平”、“善意”，例如“根据本案案情，被告基于自然法和衡平法应当返还所得款项”，“金钱受领之诉是一种应当返还金钱的衡平法上的诉讼，被告出于公正不应当自己保有”，“被告保有金钱是否出于善意”^[54]等等。曼斯菲尔德法官借助于“善意”表达自己观点的方法反映了“衡平法的思想，而非普通法的精神”^[55]，他试图将衡平法的原则、规则和程序转化为普通法的内容，这反映了他青睐于更能适应现代社会需求的衡平法规则，因为“衡平法能够激励产生新的思潮和救济方式，而且能够提供解释新政策的方法。”^[56]古姆法官因此总结到，金钱受领之诉是建立在有违公平和善意保有得利的基础之上，而非建立在不当得利的基础之上。

但是，用衡平法上的显失公平理论来解释返还责任也存在缺陷。

第一，显失公平不是一项法律原则，而是一个模糊的概念，“仅仅是使法官对案件事实进行评估的一个密码，没有任何提示应当对何种因素加以考量。”^[57]事实上，尽管金钱受领之诉明确地将衡平原则吸收到普通法中，但是，并不能使法院通过适用宽泛的自由裁

[51] Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (2nd edition), Oxford University Press, pp. 93 - 94.

[52] (2002) 185 ALR 335.

[53] (2001) 208 CLR 516 at 543.

[54] *Moses v. Macferian* (1760) 2 Burr 1005.

[55] *Manifest Shipping Co Ltd v. Uni-Polaris Shipping Co Ltd*, (2001) 2 WLR 170.

[56] (2002) 185 ALR 335, 362.

[57] Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (2nd edition), Oxford University Press, p. 55.

量权来调和法律。因为不借助于任何确定性的规则,法院如何能够抽象地判断各个案情因素的重要性和合法性?正是因为这个原因,“‘显失公平规则’还不足以构成确定性的诉因,因此也不能成为清晰、可预期地归责的统一原则。”^[58]

第二,与不当得利原则另外一个根本性的区别点是,衡平法上的显失公平规则认为返还责任是一种过错责任,而不当得利原则认为返还责任是一种严格责任。显失公平规则将重点放在“被告是否有违良心地保有利益”,暗示被告的行为是一种过错行为,这样的内涵不仅存在于“显失公平”的概念中,而且存在于对“违背良心保有利益”的分析结构里,因为被告没有权利保有利益是违反合法转让利益要素如过错或者对价欠缺的结果。但是,如果将返还责任理解为一种过错责任,为什么相对应的救济措施不是针对过错造成损害的赔偿救济?

第三,也有人主张对返还责任法领域的“衡平”的概念需要重新审慎地去界定。曼斯菲尔德大法官在 *Moses v. Macferian* 一案中所指的“衡平”并非是要将衡平法院所创设的那一套法律体系和诉讼程序引入到普通法中,而更适宜被理解为罗马法中的“自然法”概念,^[59]或者仅仅是合理作为一种观念。虽然衡平法对返还责任法的形成和发展的影响也不可全然否认,从某个侧面也对返还责任法形成了支持,但是对于返还责任法未来的发展更为重要的是,返还责任法应当是以明确的规则为基础构建的,而不仅仅是用模糊的公平正义观念实现的。

应当说,不当得利理论在与大合同概念理论、维护财产权理论以及衡平法显失公平理论的竞争中赢得了优势。但是,不同的理论学说之间的博弈并非是“全是与全非”的关系,不当得利说所具有的理论优势只能说是整体性、全局性的,在解释特定情形和特定问题上,不同的理论各有优劣,如有学者曾经对 *Moses v. Macferian* 之后一段历史时期内的案例进行总结分析发现,法官运用衡平思想进行推理的比例特别高。^[60]这样的结果,不仅可以用方法论上的相对论加以解释,另外一个侧面也充分说明了返还责任制度的复杂性,而这种复杂性集中体现在其快速崛起过程中如何协调与其他法律部门和法律责任体系之间的关系上。

五 对我国不当得利立法完善的启示

与返还责任法在英美司法界和学界受到的高度关注不同,不当得利法在我国的发展是相对滞后的,而这种滞后体现在立法、司法、法学研究等多个层面:

第一,立法上的简单化,我国关于不当得利的立法仅有《中华人民共和国民法通则》第92条、《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)》第131条两个抽象的条文规定,即使是2002年提交全国人大常委会审议的《中华人

[58] Beatson and Virgo, *Contract, Unjust Enrichment and Unconscionability*, (2002) 118 LQR 352.

[59] *Baylis v. Bishop of London* [1913] 1 Ch 127, 133, 136 - 137 (Farwell LJ); Peter Briks, *English and Roman learning in Moses v. Macferian* (1984) 37 CLP 1.

[60] Tariq A. Baloch, *Unjust Enrichment and Contract*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pp. 38 - 40.

民共和国民法典》(草案)也仅设一个条款,如此简单的不当得利条文设计,在世界各国的立法中是绝无仅有的;

第二,司法上的混乱,我国民事司法近年来出现以不当得利为诉由提起诉讼的“泛滥化趋势”,甚至以“不当得利”为由二次起诉进行诉讼欺诈,法官在案件审理过程中对不当得利之债的构成要件、法律效果和证明责任等解释具有较大的任意性,一定程度上曲解了不当得利的制度功能;^[61]

第三,法学研究相对薄弱,与物权法、合同法、侵权法研究热度的持续不减相比,与不当得利有关的法学研究用“鲜有人问津”来形容也不为过。如今,《民法典》的编撰已经重新提上议事日程,不当得利制度作为一项重要的民事制度,理应在未来《民法典》中获得应有的重视,而这迫切需要理论研究给予更深层次的支持。尽管我国现行不当得利立法和理论主要借鉴德国法和日本法,但是英美法上的立法和理论资源也是一种必不可少的知识对照和补充,对我国不当得利立法的完善至少具有以下启示:

第一,应当明确不当得利返还责任的独立性。从英美法乃至大陆法系国家如法国的发展来看,不当得利返还责任的独立是一种大势所趋。我国民事立法建立了不当得利的一般原则,将不当得利作为一种独立的债产生的渊源,而不是将其作为准合同进行处理,本身具有深刻的合理性。这种较为先进的立法理念,使得不当得利在我国的独立发展无需面对诸如英美等国所面临的最基本层面的理论困扰。我国未来《民法典》应当继续坚持规定不当得利的一般条款,并设置单独章节对不当得利制度的其他内容予以专门规定。

第二,应当明确不当得利返还责任的类型化。尽管关于返还责任类型化的标准仍然存在争议,但是鉴于不同类型的返还责任在举证规则、诉讼时效、救济方式、抗辩事由等存在的显著差异,类型化已经成为不当得利立法和理论中的重要组成部分,如美国《返还责任和不当得利复述》(第三版)就设专门章节对返还责任的类型化进行了规定,其结构之严密、分类之精细令人惊叹,如单就错误制度,就设置了一般规定和 7 种具体情形共 8 个条款予以规定。我国未来《民法典》也应当在不当得利的一般条款之下,就各种不同的类型分别设置条款予以规定。

第三,应当明确不当得利返还责任与其他民事责任之间的关系。返还责任与合同责任、侵权责任等其他民事责任之间到底是平等性质还是辅助性质的关系,是大陆法系和英美法系所共同面临的一个理论难题,激发了极为激烈和丰富的讨论。对于这一问题,《返还责任和不当得利复述》(第三版)的规定代表了目前英美法的主流态度,即合同责任优先于返还责任,而侵权责任和返还责任之间属平等关系,原告可以根据具体的情形选择具体的责任救济方式。我国目前立法对这一问题的规定仍处于空白状态,这是不当得利司法适用混乱的根源之一,未来《民法典》应当对此予以明确。

第四,应当明确不当得利返还责任的救济方式和救济范围。作为一种独立的责任形式,返还责任的救济方式和救济范围必然与其他民事责任之间存在一定的差异,仅仅适用一般民事责任的救济方式和救济范围的规定是远远不够的。《返还责任和不当得利复

[61] 钟学彬:《不当得利的泛滥与规制》,《人民法院报》2010 年 7 月 22 日第 007 版。

述》(第三版)就设置了单独章节共 13 个条款,对金钱判决、推定信托、衡平留置、代位救济等每一种救济方式及追踪规则等辅助性的法律技术手段进行了详细的规定。我国未来《民法典》也应当在不当得利的单独章节中对救济方式和范围予以详细规定。

[**Abstract**] Different from that in continental law system, the liability for restitution in the common law obtained relatively independent position after the 1930s. The factors leading to this phenomenon include, on the one hand, the increasingly strong demand to rectify unjust enrichments resulting from involuntary transfers in modern commercial society and, on the other hand, the limited space for the application of rules on liability for restitution and unjust enrichment resulting from the insufficient explanatory power of the theory of contract liability and tort liability. These two factors interact with each other and together contribute to the independence of the liability for restitution. However, scholars in common law countries have put forward various theories, including the big contract theory, the vindication of property rights theory, and the unconscionability theory, to criticize the independence of the liability for restitution. Some of these controversies are caused by the common law's own traditions, while others are shared by the two legal systems, but all of them reflect the unique status of the liability for restitution in the complex structure of private law. The development of the law of restitution in Anglo-American law can be taken as reference by China in the formulation of the relevant provisions of the Chinese Civil Code; the Code should contain a general provision on unjust enrichment and detailed provisions on various specific aspects of unjust enrichment.

(责任编辑:姚 佳)