

*THE STRUCTURE AND FUNCTION
OF THE LAW OF RESTITUTION FROM THE PERSPECTIVE
OF COMPARISON METHOD*



比较法视角下英美返还法 的结构与功能研究

李语湘 著



中国政法大学出版社

*THE STRUCTURE AND FUNCTION
OF THE LAW OF RESTITUTION FROM THE PERSPECTIVE
OF COMPARISON METHOD*



比较法视角下英美返还法 的结构与功能研究

李语湘 著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

声 明 1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

比较法视角下英美返还法的结构与功能研究/李语湘著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 10
ISBN 978-7-5620-6370-4

I. ①比… II. ①李… III. ①合同法—研究—英国②合同法—研究—美国
IV. ①D956. 13②D971. 23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 238903 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	8.5
字 数	210 千字
版 次	2015 年 10 月第 1 版
印 次	2015 年 10 月第 1 次印刷
定 价	28.00 元

在大陆法系，调整“不当得利”问题的规范群是从“法律事实”的角度出发，以原本作为法律事实的“不当得利”一体涵摄因之而产生的法律效果，称为不当得利法。英美法则有按照救济方式对诉讼进行分类的传统，对调整“不当得利”问题的规范群是从“法律效果”的角度出发，以原本作为法律效果的“返还”一体涵摄产生该种法律效果的法律事实。由于侧重强调其恢复原状或返还财产的救济手段，因而在表述诉讼和救济时，多用返还将其与合同和侵权之诉相提并论。返还法已日趋发展成为继合同法、侵权法以外的英美债法的第三大法域。

与合同法和侵权法相比，返还法是英美法中一个非常年轻的学科，并且由于这一学科的相对年轻性，导致其在一些相关问题上仍然存在诸多争议。解决这些问题的关键，不是对构成返还法的具体法律概念、法律规则、法律原则和技术性规定的一一释明，而是通过考察返还法的发展历程及其现实状况，进而挖掘潜藏在具体规则背后的、更为深层次的，诸如结构、功能、运作逻辑及其内外张力等能够反映其实质的规律性问题。

英美返还法中各种相关的法律制度及有关的法律规范是在

历史发展进程中采用经验主义的方式逐渐累积而成的，其浓厚的历史延续性，注定了只有从法律史的角度对其加以解读才具有合理性，才能真正理解相关规则和概念的内涵。通过历史地再现不当得利一般原则在英美法中的产生及发展情境，旨在发掘返还法得以产生的源头及原因。同时，通过对构成不当得利一般原则的各个要素的具体内容、特定价值以及实践意义的现代法上的解读，提出了积极要件与消极要件的二分结构的划分方法，以更好地探讨各个构成要素之间的区别与联系及其对不当得利一般原则的本质和外观的影响。

在此基础之上，充分考虑返还法的基础结构配置和制度功能之间的联动作用。在探究返还法现有的制度构造固有缺陷的同时，通过提取各种类型的不当得利中最能体现其本质特征的功能，按照一定的内在联系与逻辑对其重新排列组合，以更好地实现或反映其运作机理和价值义理。从制度功能区分的角度，考察在整体私法体系中，返还法如何与其他私法制度相互协调，互相制衡，以实现其特定的功能和效果。并由此论证了在无效合同的情形下的不当得利返还，旨在使合同双方当事人取回超出对方当事人应得范围之内的利益，在期待利益与信赖利益均不可得的情况下，作为对合同救济方式的一种有益补充；在必要干涉情形下的不当得利返还，从被管理人因为他人管理事务而消极获利的角度，旨在要求被管理人偿还其本应支出的必要费用，实现了对无因管理之债的有效兼容；不法行为引起的返还，旨在要求不法行为人交出因不法行为所获利益，其有效地弥补了以损害赔偿为重心的不法行为救济机制的缺角。

人类的智力原理，虽然由于能力各有不同而有细微的差别，但其对理想标准的追求则始终是一致的。英美法固有的文化品格及独立的发展道路，造就了其独特的思维方式及法律价值模

式，使得法律本身不被视为逻辑推理的产品，而是共同经验的反映，习惯于以过去的司法经验适用于眼前的案件，而不是将案件置于抽象的体系、准确的逻辑框架中。对大陆法系的学者而言，由于很难摆脱其固有的从抽象法律规范到具体案件事实之间的演绎式推理的方式，当然地强调法的合理性、逻辑性，而先入为主地指斥作为对立面的英美法没有内核、缺乏体系。但实际上，这仅是对英美返还法的一种天生的偏见或习惯性的误解。从功能比较的角度而言，英美法和大陆法面临着共同的问题和需要，凭借着各自的传统和一些历史的偶然，通过权利的界分或行为的区分，异曲同工地提出了自己的解决办法。它们虽然在处理问题的技术方式上存在着重大的差异，却发挥着相似的功能。

以英美返还法为逻辑起点，通过比较法的考证，冲破法律概念、体系结构、思维方式等诸多方面的限制，尝试着用大陆法系的方法对英美法做一些解读，从不同法律的差别中发现不同解决问题的手段。然后，再努力克服民族情结对形式的偏爱，以增进对英美返还法内部结构、运作机理、价值功能的理解，真正明了两大法系在相关问题上的异同，在大陆法系与英美法系之间架起沟通与理解的桥梁。并以此为契机，从中国需要之维来汲取英美返还法的营养，为未来构建符合中国实际情况的不当得利制度的规范模式提供可兹借鉴的思路。

摘 要	1
第1章 绪 论	1
1.1 写作背景及意义	1
1.2 国内外文献综述	4
1.3 研究方法与研究路径	7
1.4 可能的创新	12
第2章 比较法史视角下返还法的历史生成	15
2.1 大陆法系不当得利制度的形成与发展	16
2.2 英美返还请求权的流变：以不当得利的一般原则发展为 主线	22
2.3 比较法上的观察：对不当得利的一般原则演进历程之 法理评析	36

第3章 返还法之基石：不当得利的一般原则及其构成 41

3.1 不当得利的一般原则之功能解析 41

3.2 构成不当得利的一般原则之积极要件 43

3.3 构成不当得利的一般原则之消极要件 60

3.4 积极要件与消极要件的逻辑结构：一个比较法上的结论 75

第4章 返还请求权的结构：从要素结构论到功能结构论 79

4.1 英美法对返还请求权的体系构造：要素结构论 79

4.2 返还请求权的功能性重构：对不正当事由的分离与聚合 86

第5章 无效果合同下的利益返还：对合同救济方式的有益补充 92

5.1 无效果合同与不当得利返还的关系辨析 92

5.2 非自愿转移的利益 94

5.3 自愿转移的利益 127

第6章 必要干涉引起的利益返还：对无因管理之债的有效兼容 157

6.1 禁止好管闲事原则：英美法对无因管理的否定 157

6.2 必要干涉引起的返还：返还请求权对禁止好管闲事原则的缓和	160
6.3 必要干涉的类型	162
6.4 比较法上的观察	168
 第7章 不法行为引起的返还：对不法行为救济体制的调整性补缺	174
7.1 不法行为引起的返还：存在于不法行为之上的次要权利	174
7.2 侵权行为引起的返还	176
7.3 违约引起的返还	185
7.4 衡平法中的不法行为引起的返还	200
 第8章 返还请求权的功能及其实现	213
8.1 返还法的功能构造及其实现	213
8.2 返还的具体实现途径	221
8.3 比较法上的观察	228
 结论与展望	239
1. 主要结论及进一步研究方向	239
2. 展望：英美返还法于我国不当得利制度构建之启示	245
 参考文献	250
后 记	261

1.1 写作背景及意义

1.1.1 写作背景

在英美法中,“返还”(restitution)是一个既古老又新鲜的名词。作为一种救济方式,通常是指恢复损害发生前或违约前的应有状态(即恢复原状),可以是取回原物,也可以是支付相应的等价物,自中世纪以来就被广泛运用于准契约、侵权、信托等诉讼形式之中。1937年美国法学会制订的《返还法重述》(Restatement of Restitution)中,将“不当得利”(unjust enrichment)作为引起返还的基础性原因,并首次提出了返还法的表述方式,从而将“返还”的含义从一种单纯的救济方式发展成为一项独立的请求权。1966年,英国出版的由高夫(Goff)和琼斯(Jones)所著的《返还法》(*The Law of Restitution*)一书中,论证了建立统一、独立的返还法的可能性与必要性,并提出了相当完善的理论体系,被认为是英美返还法发展史上的里

程碑。从此,整合原有规则,构建统一、独立的返还法成了英美法学界的一致夙愿,并最终于1991年得到了司法判例的回应。此后,在主要英美法国家的司法实践中,又出现了一系列具有历史意义的判例,这些判例进一步巩固了返还法的独立地位,并不断充实其内容。鉴于返还法的发展速度,大陆法学者曾不无感慨地指出:“始于学术研究,辅于学术研究,返还法终得法院认可……其发展成就,是其他部门法要花费一个世纪方能取得的。”^{〔1〕}在对传统的准契约制度批判继承的同时,返还法整合了其他各种以不当得利为基础的权利主张,囊括了所有与返还财产请求有关的法律规则。

伴随着返还法的独立地位获得认可,英美债法体系从传统的合同法、侵权法的二分格局,发展为合同法、侵权法和返还法三足鼎立的崭新局面。^{〔2〕}这三大部门法分别建立在“有效承诺而生之期望应予实现”、“不法侵害应予赔偿”和“不当得利应予返还”的理论基础之上。从体系上而言,返还法与合同法、侵权法鼎足而立。从内容上看,合同法、侵权法与返还法互通互动,密不可分,其中所涉及的问题牵涉甚广,盘根错节。

作为与大陆法系不当得利制度在英美法系相对应的法律制度,返还法在英美法上尚属一新兴的法律部门,相关理论还在发展、演化之中,形成成熟的理论体系与完备的操作规则尚需时日。加之返还法调整的是繁复、多变的社会关系,并且由于其自身体系的开放性特点,使其无论是在调整对象、具体内容还是在结构体系等方面都存在许多尚待明示的问题。因此,如

〔1〕 Andrew Burrows, *The Law of Restitution*, London: Lexis Nexis Butterworths, 2002, 17.

〔2〕 Peter Birks, *An Introduction to the Law of restitution*, London: Clarendon Press, 1985, pp. 103 ~ 106.

何对英美返还法的构造和功能进行全方位的把握？如何将返还法作为英美法的一项基本制度置于系统中予以考察，在制度关联中展开相关研究？如何深入理解该制度的内在结构体系对其制度功能实现的影响？如何充分运用比较的方法，在对各国立法和实践进行比较研究的基础上，构造适合我国实际需要的不当得利制度？是本书拭待解决的问题，也是研究的难点所在。

1.1.2 写作意义

奥地利学者埃利希（Eugen Ehrlich）曾指出：“法律发展的重心自远古以来就不在于国家的活动，而在于社会本身，现在也必须在社会中寻找。”^{〔1〕}作为一种制度存在，不当得利（返还）究其存在样态及适用范围而言，深受各国的社会情势（事实）、法律结构（逻辑）及立法取向（价值）的影响，是判例和立法在长期演进过程中对一系列具体情形予以抽象、概括的产物。

从宏观方面而言，大陆法系的不当得利制度历史悠久、理论成熟，已积累了相当丰富的案例，形成了完善的理论体系与严密的实践操作规则。相比之下，英美法中的返还法就显得稚嫩许多。正如英国学者埃德温·皮尔（Edwin Peel）所言：“如果说不当得利制度在大陆法国家经过长期的发展已步入成熟的中年期，那么在英美法国家，不当得利（返还）还处于懵懂的青春期，成长迅猛而未臻成熟。”^{〔2〕}宏观发展的殊异必然导致

〔1〕〔奥〕埃利希：“法律社会学基本原理”，转引自沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第272页。

〔2〕Edwin Peel, “Jurisdiction under the Brussels Convention”, in Francis Roes (ed.), *Restitution and the Conflict of Laws*, Oxford: Mansfield Press, 1995, p. 46.

微观规则的千差万别，在构成要件、抗辩事由、法律效果等方面，两大法系均存在诸多差别。

没有比较就没有优劣之分，只能是盲目的。在看似不同的语言和逻辑的背后，两大法系中这两个相互对应的制度却在各自的法律体系及制度背景下追求着惊人相似的制度目的和价值功能。以比较法为研究视角，勾画出不当得利（返还）在两大法系中的演进脉络与发展现状，比较分析其在各自法律体系中的地位和功能，通过系统、全面的研究，才能从纷繁复杂的各国理论、立法和司法实践中寻找出普遍性规律。除了探讨两大法系在这一基本制度结构方面的差异外，笔者写作的更大动力来自于对二者功能异同的探究。特别是，作为后来居上者，英美法在其体系的开放性及制度的灵活性的特征下，借由案例的累积、法官造法的功能、制定法的修正及学说的努力构造起来的返还法，发展出了极具特色的、理论与实务相结合的返还请求权制度。虽然较之大陆法系中不当得利制度的精密构造有其弊端，但这也正是其魅力所在。以英美返还法为比较的切入点，对大陆法系相同或相似的制度进行比较，揭示两大法系不当得利（返还）制度差异的成因，对我国相关法律制度的建设也可起到借鉴作用。

1.2 国内外文献综述

自 20 世纪以来，英美法理论经历了深刻的演变与发展，其中最为重要的动向之一就是最初散见于准契约、侵权、信托等制度中与返还请求权有关的具体法律规则，在不当得利的一般原则下予以整合抽象，并最终在短短几十年间崛起为一个独立的法律部门。英美法学者在返还法领域的研究时间虽然短于

大陆法同行，但研究却已经呈现出日趋繁荣并蔚为大观之势，其中代表性的专著包括：John Philip Dawson, *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis* (1951)；Goff, Jones, *The Law of Restitution* (1966)；George E. Palme, *The Law of Restitution* (1978)；Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1989)；Andrew Burrows, *The Law of Restitution* (1993)；Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (1999)。这些专著多集中于对返还法相关法律原则、具体法律规则的梳理、归纳与整合。同时，一些英美法学者已经意识到，借鉴大陆法系不当得利制度的立法思路和法学理论，可以为英美返还法的发展提供某种思路或灵感。比如，齐默尔曼编著的 *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (2002) 一书中，将英法国家一些具有代表性的比较法上的文章按照返还法的研究专题汇编成册。但是，这些文章多集中于对返还法中某一具体问题微观层面的探讨，主要是对某些特定类型的不当得利返还以及法律效果等方面所展开的研究。

英美法的这一重大理论发展，已引起各国学者的广泛关注与高度重视。在大陆法国家，也有一些学者对相关问题进行了探讨。然而，由于英美法庞杂性、零乱性和针对性等固有特征，使得习惯了法律规范的等级制与逻辑结构的大陆法学者在研究返还法时常常感觉到无从入手。加之大陆法系的不当得利制度已经形成了相对完善的理论体系与严密的实践操作规则，因此对英美返还法的研究多限于笼统的介绍或评述。在比较法的领域，大陆法系学者关注的传统重点是同属大陆法系国家之间的不当得利制度的比较，鲜有对两大法系之间相关制度的比较研究。在为数不多的研究成果之中，比如 Ernst Von Caemmerer, Peter Schlechtriem, *International Encyclopedia of Comparative Law*

Volume X (2007) 一书中虽然有专门的章节对非债清偿的不当得利、合同无效导致的返还等重点问题进行的比较研究,但涉及英美法上相关法律问题时,对其制度或法律传统的介绍偏多。特别是,由于习惯了大陆法系固有的不当得利制度的结构体系以及思维方式,大陆法系学者往往从大陆法系业已形成的不当得利制度框架来梳理英美返还法,或是试图将大陆法系的相关概念套用在英美法中,导致了一些体系或概念上的混乱。

我国法学界对英美法的研究,大都裹足于合同法、侵权法、商法、司法体制等传统领域,研究的重点也停留在简单介绍和复述格言隽语的层面。对于返还法的迅速崛起与瞩目发展,我国法学界可以说是关注甚少、知之甚微,研究成果相对匮乏。就笔者掌握的资料来看,主要的研究成果仅有以下为数不多的几本专著、译著及论文:沈达明所著的《准合同法与返还法》(1999)一书对英美返还法的相关内容有一个总体的概括与介绍;刘桥翻译的英国学者皮特·博克斯所著的 *Unjust Enrichment* (2012) 一书在国内学术界对英美返还法研究十分薄弱的形势下,为返还法的研究提供了难得的背景资料;霍政欣所著的《英美债法的第三支柱:返还请求权法探析》(2006)一文,系统地勾勒了返还法的发展变化线索,并对现代英美返还法进行了重要的理论分析;此外,就是在对大陆法系不当得利制度进行研究时,有一些零星短小的章节对所涉及的英美返还法上的相关问题进行了评析。比较具有代表性的论文包括:霍政欣的博士学位论文《不当得利的国际私法问题》(2005),从不当得利法律规则适用的角度对英美返还法的基本原则、具体内容的比较分析;刘言浩的博士学位论文《不当得利法的形成与展开》(2010),运用历史与比较的方法对英美返还法的形成与发展现状进行了分析概括。

因此,我们基本上可以认为,国内学界对英美返还法相关研究成果和知识积累还存在明显的不足,立足于英美返还法的比较研究的专著和代表性论文几乎为零,对返还法形成的历史渊源、理论内涵、结构体系、制度价值、社会功能进行的深入、系统地探究和思考尚属空白。因此,本书的研究将主要依赖于相关的英文原始文献资料。但是,即使是在英美法国家,也鲜有从功能比较的角度对返还法的结构及其制度功能展开的研究,这无疑给本书的研究增加了难度。

1.3 研究方法与研究路径

1.3.1 研究方法

一般来说,一本著作采取什么样的研究方法主要不是取决于论者的主观倾向和价值偏好,而应该由论题的特殊性决定。本书是对于英美返还法的结构与功能的现实观察及比较评析的研究,这一论题的特殊性将决定笔者的研究方法的选择。由于本书涉及对返还法的历史生成、结构体系以及价值功能等多角度、全方位的阐述,而任何民法学的研究方法都不会只为了某一个特定的目的而发挥作用,因此没有哪一种方法能够单独地解决本书需要研究的问题,能够完全独立地解析其中所包含的繁复的内容。为了有针对性地并最大程度地展现返还法的运作机理与理论内涵,笔者在本书的研究中,针对研究的不同内容采取了具体的研究方法。在论述返还法的起源和理论进化时笔者主要采用历史和社会学的实证主义方法;在对返还法的结构及其构成规则的分析中采用分析法学的实证方法;在对返还法的制度功能及价值目标思考时则采用自然法的价值论方法。这

样，文章不仅完整而且清楚地实现了分类论述和整理。同时，由于本书强调通过对不同制度和理论的比较，以实现返还法结构和功能的理解，因此本书自然会比较倚重对比较法的研究方法。

1.3.2 规范－结构－功能的研究路径

作为比较的三个层次，规范比较、结构比较与功能比较，相互独立、相互补充，互为完善。规范比较是静态的比较，研究的是书本上的法；功能比较是动态的比较，研究的是实践中的法。两者均是对法的实质内容或内在素质的比较研究。而结构比较是对法的外在形式的比较研究，不涉及法的规则、功能，但却是对法的内在素质研究的一个补充。在规范比较、结构比较与功能比较中，规范比较最为简单，只需将同类规则加以对照，即可找出所比较的二者的异同，完成比较的任务，可以被视为比较的第一个层次；结构比较则不再局限法律制度或规范的分析，而是对不同法律秩序的表现形式、体系结构等外部表现进行的比较，是处在规范比较与功能比较之间的比较方式，是比较的第二个层次；功能比较是从不同国家的法律对相同或相类似的问题如何予以调整的角度进行的比较，被认为是比较的最高层次，也是本书的研究目的所在。^{〔1〕}本书的研究正是遵循“规范－结构－功能”的比较路径，从法的外部形式入手，到法的内在要素，最后总结不同国家对同一社会需要及其产生的社会问题如何运用相同或不同的法律解决手段予以调整。这种比较路径构成了一个立体的、全方位的系统研究。

〔1〕 饶艾：“规范比较·结构比较与功能比较——比较法方法论研究”，载《法商研究》1997年第1期。