

准合同法与返还法

沈达明 编著

对外经济贸易大学出版社

准合同法与返还法

沈达明 编著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

准合同法与返还法/沈达明编著. —北京:对外经济贸易大学出版社,1999. 10

ISBN 7-81000-925-7

I. 准… II. 沈… III. 合同法-研究 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 35745 号

© 1999 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

准合同法与返还法

沈达明 编著

责任编辑 彭秀军

对外经济贸易大学出版社
北京惠新东街 12 号 邮政编码:100029

北京飞达印刷厂印刷 新华书店北京发行所发行
开本:850×1168 1/32 11.25 印张 292 千字
1999 年 11 月北京第 1 版 1999 年 11 月北京第 1 次印刷

ISBN 7-81000-925-7/D·043
印数:0001-3000 册 定价:17.00 元

前 言

准合同是罗马法的一个概念,包括不当得利和无因管理。《德国民法典》第二篇(债篇)第七章把无因管理与不当得利并列,没有使用准合同这个总括概念。《法国民法典》则使用准合同一词,第1371条至1381条规定无因管理与返还所清偿的不欠之债。法国最高法院以这些规定为依据发展了一般性的不当得利返还之诉。可见在现行法国法上,准合同有三项内容。由于德国法承认抽象法律行为,在德国不当得利诉讼是常见的诉讼。在第二次世界大战之后,法国有大量无因管理之诉。

英美法系的返还法,亦称不公平得利法,过去曾以默示返还合同为依据,因此亦称准合同法。英美法现在抛弃默示合同理论,从而不再使用准合同这个名词。返还法与大陆法系的不当得利法大体上相接近,但不包括无因管理。英美法系没有无因管理,只有与此相接近的必要时的代理。

在英美法系内部,返还法在美国的发展早于英国。美国有Seavey、Scott起草的1932年《返还法重述》、1957年Dawson的《不公平得利法》和1978年Palmer的4册本《返还法》三本闻名的书。

1966年英国Goff与Jones的《返还法》首次把散见英国各部门法律中的返还法汇集成一个完整的体系。1985年P. Birks的《返还法引论》提出一个返还法的理论体系。近年来,加拿大、澳大利亚、新西兰等国家的判例在若干重要问题上比英国法有更大的发展。从英美法系的判例汇编中可以看到大量的返还法案件。在《劳埃德海事和商事法季刊》等法学刊物上,经常发表有关返还法

的论文和判例评论。

英美法系返还法使用大陆法没有的各种原则,例如好管闲事、放弃侵权行为、地位改变、推定信托等。衡平法在返还法上占重大比重,为理解返还法,必须先阅读有关衡平法的书。

本书试图按照大陆法系的教科书(作者为 Gerardin、Markisinis、Planiol、Ripert、Carbonnier 等)介绍准合同法,按照 Goff、Jones、Birks,加拿大的 Friedman、McLeod 等的论著介绍英美法,按照《国际比较法大辞典》有关章节(作者为 Zweigert、Kötz、Stoljar)介绍比较法。

编者向读者建议先阅读本书第三篇比较法,然后阅读第一篇大陆法、第二篇英美法,最后阅读第四篇专题讨论。

本书遗漏、错误之处,请读者指正。

编 者

1999年7月于北京

目 录

第一篇 大陆法

第一章 德国法	(3)
第二章 法国法	(44)

第二篇 英美法

第三章 英国法和美国法的重点	(61)
第一节 英国法	(61)
第二节 美国法	(67)
第三节 教科书	(76)
第四章 基本概念	(79)
第一节 返还	(79)
第二节 不公平得益	(85)
第三节 在使原告遭受损失之下的得益	(90)
第四节 再论不公平得利	(95)
第五章 返还	(98)
第一节 追还因事实上的错误支付的金钱	(98)
第二节 追还因法律上的错误支付的金钱	(112)
第三节 追还在强迫下支付的金钱	(116)
第四节 追还在无效果的合同项下所授予的得益	(125)
第六章 偿还	(144)
第一节 强制性地清偿另一人的负债	(144)

第二节	分担	(149)
第三节	转让	(155)
第四节	代位	(157)
第七章	补偿	(166)
第一节	追还工事和劳务报酬使用的凭劳务 计算报酬之诉	(166)
第二节	必要时的代理	(169)
第八章	对以不法行为取得的得益的返还救济	(175)
第一节	违反被信任者义务取得的得益	(175)
第二节	违反他人的信任得到的得益	(181)
第三节	放弃侵权行为	(187)
第四节	引起返还的不法行为	(191)
第九章	救济	(198)
第一节	财产上的救济	(198)
第二节	辩护	(206)

第三篇 比较法

第十章	比较法	(217)
第一节	不当得利	(217)
第二节	无因管理	(246)

第四篇 专题讨论

第十一章	返还法与其他法律部门的关系	(277)
第十二章	自由接受	(288)
第十三章	返还措施和计量标准	(292)
第十四章	再论第二个返还计量标准	(303)
第十五章	追踪法的单一性	(316)

第十六章 对返还的新的分析框架.....	(320)
第十七章 返还法的发展前途.....	(341)
参考书目	(349)

第 一 篇

大 陆 法



第一章 德国法

第一节 抽象法律行为与不当得利

一、两种财产行为

德国法区别两类财产行为：

(一)产生债的行为

例如合同。此种行为总是产生使行为人承担一项债务，同时使相对方享受一项债权的效力。

(二)处分行为

此种行为并不成立债或权利，而是处分(处置)一项债务、一项债权或一项物权。

在债法上，债权持有人能让与此项权利(债权让与)或放弃(免除)此项权利，债务人能同意由第三人承担他的债务或干脆履行他的债务(清偿)。

在物权上，物权的持有人能把该项权利转移与另一人或予以放弃(抛弃)。他能改变他的物权，即在物权上设定抵押权、地上权。

在下述三种行为中都有原因问题：

(1)债务承认是产生债的行为。甲之所以向乙签发债务承认文书，其原因是通过甲与乙之间的往来帐户结算，显示甲欠乙钱。

(2)债权人甲把他对乙的债权让与给丙。债权人之所以这样做，其直接目的可能是向丙清偿债务。

(3)买方与卖方之间曾订立不动产买卖合同。这是一个产生债

的合同,即根据这个合同,卖方有义务把所有权转移给买方,买方有支付价金的义务。为落实所有权的转移,双方之间必须订立一个新的合同,即转移不动产的“物权合同”。这个合同必须在土地局订立,同时办理登记。这个物权合同的原因为买卖合同。

在以上三种情况下,原因可以缺乏或消失。例如在第二种情形下,甲发现他不欠丙钱,债权让与似乎应该撤销。例如在第三种情形下,在不动产上的所有权转移之后,买卖合同因某种理由被宣告无效,物权合同似乎也应该宣告无效。

如果这些法律行为即债务承认、债权让与、转移不动产物权合同是抽象法律行为,上述各项后果就不会发生。

二、抽象法律行为

所谓抽象法律行为,是指独立于其原因的法律行为,法律行为的存在不取决于原因的存在。因此,抽象法律行为无须显示它的原因。在为成立法律行为所作的意思表示上无须载明原因。

在德国法上,哪些法律行为为抽象法律行为?答案是:(1)产生债的法律行为原则上为非抽象法律行为,但以下法律行为为抽象法律行为:债务约定、债务承认(《德国民法典》第780—782条)、指示证券(第784条)、无记名证券(第746条)。(2)相反,处分法律行为原则上为抽象法律行为。在债法上,包括债权让与(第398条以下)、债务承担(第414条以下)、债务免除(第397条);在物权法上,包括一切涉及物权的法律行为。

三、抽象法律行为的优点

抽象法律行为的优点为保护第三人。分别说明如下三个实例:

(一)债务承认

例如甲向乙签发抽象的债务承认文书。此项债务的原因可能是清偿甲欠乙的钱,或者由于乙曾向甲作给付的允诺。原因没有记载在意思表示文书上。乙把债权文书转移与第三人丙。后来发现甲的债务没有原因,因为他不欠乙钱或者乙拒绝履行他的给付。

甲不能宣告债务承认无效或予以解除,因为独立于其原因的

抽象法律行为,即使不再有原因仍然保持其存在。这一点对于第三人丙及其权利承继人们产生很重要的效力。他们知道债务人不能把以缺乏原因为依据的债务无效抗辩,对抗他们。诚然,在债务人与他的原来的债权人之间的关系中,债务人能主张不当得利,但这是他们两个人之间的事。债务承认文书一旦进入流通领域,债务人应向取得此项债权的第三人清偿。抽象法律行为的价值在于抽象清偿允诺的流通性。

但是按照德国判例,债权的转移所使用的必须不是《德国民法典》(第 398 条以下)规定的债权让与方式,而是使用另一种方式,例如背书。

(二)债权让与

例如甲的债权人乙把他的债权转让与丙。此项债权为非抽象性的一般合同债权。转移的原因,假定是因为丙向乙作给付的允诺。后来丙又把债权转让与第三人。丙拒绝向乙作给付。第一个债权让与因此没有原因。如果第一个债权让与宣告无效,丙将视为从来没有成为债权人,因此无从把此项债权转移与第三人。

可是,债权让与的抽象性阻止产生这样的效力。即使不再有原因,第一个债权让与仍然有效,第三人曾合法地取得他的债权。这里同样是为保护第三人,即新的受让人们。

(三)转移不动产的物权合同

甲与乙订立了不动产买卖合同。这是一个单纯产生债务的合同。卖方有履行转移所有权的义务,为履行此项债务,他与买方乙同往土地局,在那里与买方订立一个新的物权合同,由土地局予以官方认证并用登记使之完善。乙成为所有权人。在这之后,乙又把不动产售给第三人。卖方甲发现买卖合同有宣告无效的原因存在,宣告了该合同无效。物权合同因此缺乏原因。但由于物权合同是抽象合同,即使原因不再存在,仍然有效并产生效力。买卖合同,如果因买方未付价金而被解除,结果与以上所述相同。

四、与罗马法的比较

罗马法已有抽象法律行为,即抽象的产生债的法律行为:文字、口头合同(litteris et verbis);抽象的转移所有权:要式买卖(mancipatio)与拟诉弃权(in jure cessio)。它们的抽象效力,至少在罗马法的古典时期,都与形式主义有联系。为确定某项法律行为是否有效,人们不探讨其目的,即原因是否能达到,而是所要求完成的形式有没有遵守。

现代法不再使用形式主义,因此有人提问说现代法上的抽象行为是否可以不顾有没有遵守形式而仍然有效。一般意见认为抽象法律行为的存在与立法规定的形式无关。但事实上,规定一定的形式有方便之处。例如《德国民法典》对债务承认要求书面。正相反,《瑞士债法典》第17条不要求任何形式。

现代法由于抽象法律行为的优点,即交易上的安全被保留下来。由于现代法对债的看法不同于罗马法,交易上的安全更加重要。罗马法把债作为两个个人之间的关系,所以法律反对债务或债权的转移。现代法则认为债是两个总财产之间的关系。债是一个正的或负的构成因素,因此是可以转移的。如果转移的标的一项是抽象债务,或者自身具有抽象性,则转移将更加可靠。

五、对抽象行为的制裁

上文已经提到抽象法律行为,即使不再有原因,仍然有效。但是,一切法律行为都能因其他的理由,例如当事人之一的无行为能力、合意上的瑕疵、缺乏标的物等原因被宣告无效或撤销。

不再有原因的抽象法律行为的行为人,即上述三个实例中的债务人、转让债权的债权人与卖方,对他的相对方可以援用不当得利。

法律行为的无效和解除产生追溯力,即抹掉过去发生的一切事,同时触及第三人。

不当得利正相反,是一种事实。诚然,由于撤销不可能,因此产生以下事实。第1个实例中债务承认文书的签发者、第2个实例中

的债权转让人与第3个实例中的卖方,都是损失者或贫穷化者。

第1个实例中有偿地把他的债权转让与第三人的乙,第2个实例中把债权有偿地转让与第三人的受让人丙,把不动产出售与第三人的买方乙都得利,他们的致富是不合法的、“无因的”。

因此,损失者、贫穷化者对得利者、致富者有诉权。这个诉权是对人诉讼,丝毫不能触及第三人。这纯粹是他们两个人之间的事。

六、不当得利诉讼的行使

如系抽象的产生债的法律行为,给付尚未履行,债权人的得益为取得了一项债权凭证。债务人能援引不当得利要求退还此项凭证。如果他是诉讼中的被告,他能作为抗辩提出。如果他作了给付,他就是作了处分行为。

如系处分行为(清偿、转移债权或物权),此项行为已经产生了终局性的效力,即使这个行为的原因已消失,或作为它的原因的凭证被宣告无效或撤销。这项处分行为的行为人因此是无因损失者(贫穷化者);他的对方则无因得益,因此违法得利就告成立。

第二节 《德国民法典》关于不当得利 与无因管理的规定

一、不当得利

按照《德国民法典》第812(1)条:“一人因他人的给付或其他方式,没有法律上的原因,在使后者遭受损失之下受领其物的,应返还后者。”

可见,不当得利请求权有三个要素:取得是没有法律上的原因的;曾取得某物;是在使另一人遭受损失之下取得的。上述第一个要素最重要。不当得利原则的主要目的之一是调整抽象法律行为原则造成的弊病。例如甲把一本书交给乙,设想已就这本书订立买卖合同并有把所有权转移与乙的意图。乙收下这本书并有受领所有权的意图,但设想甲是把这本书作为赠与给他的。事实上没有买

买卖合同。转移是有效的,因为第 926 条关于所有权的转移只要求占有的交付,加上双方关于应转移财产权的协议。甲能请求作符合第 812 条规定的调整,即重新转移这本书。

第一个要素为缺乏法律上的原因,是指不存在那些在经济上构成转移财产权理由的典型情况,例如履行一项义务的意图、作赠与的意图或提供信贷的意图。为什么没有法律上的根据,其原因是多种多样的,例如当事人之间没有有效的合同;当事人们错误地认为他们对法律上的根据已达成协议;双方之间的合同可能因抵触某项法律规定而无效。在这些情形下,调整将按照不当得利规则进行。这些规则并不把已完成的财产转移作相反的转移。得益者直至把他所得到的物再交付为止,仍然是物的所有权人。例如甲没有法律上的根据把某公司的股票转移与乙,他对乙有不当得利的请求权。乙在把股票重新转移与甲之前进入破产程序。股票属于破产财团。甲只有应向全体无担保权益债权人分配的金额的请求权。

第二个要素为被告曾经得到其物,即他的总财产取得了某项得益,包括劳务或占有。单是取得权利的机会是不够的,例如在不动产登记册上的登记。

第三个要素为使另一人遭受损失,即原告方面必须有损失。此项损失与被告得到的得益相符,但不必在数量上和质量上相等。

德国学理的多数派与最高法院判例加上了第四个要素,得益必须直接从原告流入被告手中,即不是通过第三人的总财产流入得利者的总财产。例如甲错误地清偿了乙欠丙的钱。他不能向乙追还不当得利,因为在他与乙之间没有直接的得益的移动。乙的得益是间接得到的,即通过丙的总财产得到的。又例如银行违反指示把从国库收到的钱转移与乙。国库对乙没有返还不当得利请求权,因为国库没有直接授予乙得益。

(一)具体规则

第 812(1)第 1 句为总的规定,《德国民法典》随后以一系列的具体规则对产生不当得利之诉的情况作补充规定。这些具体规则

都是从罗马法发展起来的,所以德国法律界都沿用拉丁文原名。

1. 清偿不存在之债(第 813、814 条)

如果原告知道债不存在或者他在道义上有清偿的义务,此项请求权就不成立。

2. 因等待某项结果而付款,此项结果没有发生(第 815 条)

例如甲给乙钱,等待乙与丙结婚,婚姻没有成立。

3. 为某种理由付款,日后发现此项理由不存在(第 812 条第 2 句前半段)

例如甲购买乙的马,为期待交货先付现款。马在交货之前因双方都没有责任的事故中死亡。按照第 323 条,乙的债务解除。甲对乙有不当得利返还请求权。

4. 向受领者的付款使受领者违反一项法律的禁制规定或者使他不法行事[第 817(1)条]

例如甲得悉乙有犯罪的意图。甲向乙付款以防止他犯罪。甲付款给乙以诱导他犯罪。如果原告的付款,同样是违反法律或善良风俗行事,他不能返还[第 817(2)条]。这是沿用罗马法。按照德国判例,此项规定适用于一切不当得利返还请求权,不限于以第 817(1)条为依据的请求权。

5. 德国法在很多情况下规定一人尽管不是所有权人或未经所有权人的许可,得有效地转移财产

这是德国法上凭善意取得所有权的规则的结果。英美法没有这样的规则。例如甲向乙借一本书,后来经济拮据,涂掉了书上的乙的姓名,写上自己的姓名,把书卖给书商丙。丙诚实地并且没有疏忽误信甲是书的所有权人。按照第 962 条,丙取得书本的所有权。在这种情形下,真正的所有权人能凭不当得利追还。他的请求权首先针对未经真正的所有权人的许可处分这本书的人。如果后者的处分是作为赠与,即没有对价作出的,真正的所有权人对受领得利者有直接请求权。例如甲曾把那本书送给丙,乙能直接向丙追还。相反,如果甲曾出售这本书,乙只能向甲主张不当得利请求权。