

民商法

论丛

第5卷

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 5

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

民 商 法 论 丛

第 5 卷

(1996 年第 1 号)

梁慧星 主编

法 律 出 版 社

民商法论丛 第5卷

梁慧星 主编

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张 23.25 字数/621 千

版本/1996 年 7 月第 1 版 1997 年 10 月第 3 次印刷

印数/7,001-10,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂内(100073)

电话/63266781 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-1840-X/D·1526

定价:34.50 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷 首 语

本卷为 1996 年第 1 号。

[专题研究]栏编入五篇论文:邹海林先生的《我国民法上的不当得利》一文,是研究民法重要制度的新收获。作者结合我国法院的判例对这一容易被忽视的债法制度作了最系统深入的研究,弥补了现有理论的不足,值得重视。陈晓先生的《论证券内幕交易的法律规制》一文不失为针对我国证券市场大量存在的违法行为的对策研究,值得有关机关参考。叶自强先生的《论自认》,填补了我国民事诉讼法学研究的不足,具有实践意义,汤维建先生的《破产重整程序研究》将为我国正在进行的破产法立法和如何解开国有企业的死结提供重要的参考,值得重视。远在意大利苦读的徐国栋先生寄来《在法律、经济、政治、宗教之间的拉美外债问题》一文,显然有为我国预先筹划下个世纪如何妥善解决外债问题避免拉美前车之失提供借鉴的良苦用心。

[域外法]栏编入四篇专题研究论文,即孙宪忠先生的《德国民法物权体系研究》,陈华彬先生的《法国近邻妨害问题研究》,李薇女士的《日本机动车损害赔偿保障法上的“运行供用者”责任》,刘荣军先生的《美国民事诉讼的证据开示制度及其对中国的影响》,均属于近年研究外国法的力作。中国民商事法学研究从来的短处在于眼界狭窄,民商事立法的现代化和民商事法学水准的提升有待于广泛参考借鉴发达国家的立法经验和判例学说,而对外国法不下苦功扎扎实实进行研究,则所谓参考借鉴不是停留在口头上就是“抓着毛驴就是马”,予他国学者以虎犬之讥。以上四篇论文足可以使我们相信中国民商事法学这棵尚不健壮的小树终有长成参天大树的一天。

去年编者曾得到一位读者友好的来信,信中指出编者两个缺点,

一是不关注热门课题,二是有忽视翻译外国法学名著的倾向。这一批评确有相当的道理,但要真克服这两个缺点,绝非易事。编者认为,热门课题绝不等于理论和实践中的重大课题,虽然其中有的确属于理论和实践中的重大课题,即使属于理论和实践中的重大课题,也不等于可以轻率从事,还要看是否具备主观客观各项条件。至于翻译域外名著和重要论文其重要性不待申说,但有待于一批兼具专业和外文水准的优秀人才的长成。本《论丛》将充分重视这位读者的意见,并向着这个方向努力。本卷法学名著栏续完内田贵教授的《契约的再生》。译者胡宝海先生将于日内去日本东京大学学习,希望他归国后有新的译作问世。本卷设[译文]栏编入四篇译文,张晓军先生译美国学者詹姆斯·高德利教授的《法国民法典的奥秘》,将使我们对于这一伟大法典有一个新的认识。80年代以来发达国家追究律师、医师、建筑师等所谓专家的民事责任的诉讼案件激增,与之相应关于专家民事责任的研究成为各国民法学侵权责任研究的热门课题,编者前年访问日本,早稻田大学浦川道太郎教授以专门家责任研究会编《专家的民事责任》一书相赠,现选译其中三篇,以供我国学界和实务界参考。

[判解研究]栏编入三篇判例研究,其一是喻敏先生对四川省新津县法院新近对一件啤酒瓶爆炸伤人案判决的评释,另外两篇是编者写的判例研究。立法再完善再先进也不等于就是法治国,判例研究在现代具有极重要的地位和作用。希望引起我国民商法学界重视并形成研究判例的风气。

本卷选了两篇硕士学位论文,即中国政法大学民法硕士张礼洪先生的《罗马法中的合同责任及其在现代中国的发展》和黑龙江大学民法硕士薛虹女士的《演变中的侵权责任和人身伤亡事故问题的解决》,值得一读。

时值我国民法通则通过10周年及德国民法典通过100周年,谨将本卷作为纪念。

编者

1996年3月15日

目 录

卷首语.....	(1)
----------	-------

[专题研究]

我国民法上的不当得利.....	邹海林(1)
论对证券内幕交易的法律规制.....	陈 晓(87)
论自认.....	叶自强(109)
破产重整程序研究.....	汤维建(140)
在法律、经济、政治、宗教之间的拉美外债问题 ...	徐国栋(204)

[域外法]

德国民法物权体系研究.....	孙宪忠(226)
法国近邻妨害问题研究	
——兼论中国的近邻妨害制度及其完善.....	陈华彬(299)
日本机动车损害赔偿保障法上的“运行供用者”	
责任.....	李 藏(360)
美国民事诉讼的证据开示制度及其对中国的影响	
.....	刘荣军(419)

[法学名著]

契约的再生.....	[日]内田贵著 胡宝海译(457)
------------	-------------------

[译文]

论专家的民事责任

——其理论架构的建议

..... [日]能见善久著 梁慧星译(503)

论专家的民事责任的法律构成与证明

..... [日]下森定著 梁慧星译(516)

德国的专家责任..... [日]浦川道太郎著 梁慧星译(534)

法国民法典的奥秘

..... [美]詹姆斯·高德利著 张晓军译(553)

[判解研究]

自由心证与自由裁量

——对舒易平诉蓝剑集团公司产品责任

损害赔偿案一审判决的评析..... 喻 敏(595)

谁是“神奇长江源探险录像”的作者? 梁慧星(606)

一审判决并无不当,宁电公司不应免责

——也评海南公司诉宁电公司购销合同案

两审判决..... 梁慧星(618)

[硕士学位论文]

罗马法中的合同责任及其在现代中国的发展..... 张礼洪(625)

演变中的侵权责任和人身伤亡事故问题的解决

..... 薛 虹(691)

[专题研究]

我国民法上的不当得利

邹 海 林

目 次

前 言

第一节 不当得利的立法例

第二节 不当得利的理论基础

第三节 不当得利的类型

第四节 不当得利返还的例外

第五节 不当得利的效力

第六节 竞合状态下的不当得利请求权

结 论

前 言

不当得利为债产生的法律事实,已然构成民法上的基本制度。不当得利,是指无法律上的原因而受利益,致使他人受到损失的事

实。^①不当得利的性质,为引起债的发生的根据,乃法律事实的一种。因不当得利而引发的民法上的利益返还请求权制度,以不当得利的构成为核心内容,形成完整的法律制度。我国民法通则第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。”上条的规定,为我国民法确立不当得利制度、民事审判实务解决不当得利问题的基本依据。

但是,不当得利所引起的各项基本问题,诸如不当得利制度的理论基础、不当得利的类型化、不当得利返还请求权的排除、不当得利之债的效力、不当得利返还请求权与其他民法上的请求权之关系等,在我国的民事立法上并无明确肯定的回答,理论上的研究尚不深入;况且,司法实务没有充分认识到不当得利制度对财产流转关系的调节作用,甚至对不当得利制度与其他民法债权制度、乃至物权制度的基本关系尚有模糊认识,把不当得利请求权和其他请求权对立起来,使不当得利制度在实践中并没有起较为显著的作用。这就要求我们必须从法理上和实务上对不当得利制度进行分析研究,以综合判断我国民法上的不当得利制度的理论基础及其适用,并以比较法的方法提起我国学界对不当得利制度的关注,以推动我国不当得利法的发展和完善。

第一节 不当得利的立法例

不当得利制度起源于古罗马法。但是,在古罗马法上并无现代意义所称不当得利之一般原则;法国立法对古罗马法的不当得利制度亦无重大改变。德国普通法受自然法学说的影响,建立了不当得利制度的一般原则,德国民法典将“无法律上的原因”作为不当得利的构成要件,并以一种法典文化向瑞士、东欧诸国、日本等大陆法国家传

^① 史尚宽:《债法总论》(台北)1978年版,第69页;孙森炎:《民法债编总论》(台北)1985年版,第99页。

播,在中华民国时代被较为完整地引进到我国。前苏联等国继承了由罗马法发展而来的不当得利制度,对我国建国后的不当得利制度的研究和确立,或多或少产生了直接的影响。我国民法通则规定的得利制度,在观念和运用上,仍然属于继承源于罗马法的不当得利制度的范畴。

一、罗马法上的不当得利

罗马法并没有形成现在所谓的不当得利制度,仅有各种具体的返还诉权(*condictio*)制度。*Condictio* 在罗马法上为对人诉讼(*actio in personam*),以请求给付特定标的物为诉讼内容。^①

古罗马的宗教和道德规范,要求诚实的人应该把不属于自己的东西归还给原主。这项规范被引进到了私法领域,十二铜表法第7表第10条规定如下:果实落入邻人的土地上,果树的所有人有权将其取回。所有人取回果实为古罗马法适用请求返还之诉的原始形态,但还没有发展成独立的诉讼形式。到大法官时代,在诉讼程式上创立了“请求返还之诉”(*condictio*),以此来保护丢失东西而要求取回丢失物的权利人的利益。到罗马共和国末年,随着民事关系的发展和日趋复杂,在合法的契约关系和私犯之外,产生了“任何人不得损人利己”的公平原则,对实践中发生的各种损人利己的现象提供了多样的具体诉讼手段。古罗马法学家认为,任何人取得财产或者金钱利益,应当有正当根据和合法原因,凡无正当根据和合法原因而取得财产或者金钱利益,致使他人蒙受损失的,该他人有权诉请返还。后世法学著作概括罗马法的这一精神,而称其为“不当得利”。^②

古罗马法上没有统一的不当得利制度,只有关于不当得利的以下主要具体类型:^③

1. 非债清偿之返还(*condictio indebiti*)。错误偿付不存在的债

① 王泽鉴:《不当得利》,(台)三民书局1991年版,第4页。

② 曲可伸:《罗马法原理》,南开大学出版社1988年版,第351页。

③ 关于罗马法上不当得利的具体类型,主要参见周枏:《罗马法原论(下)》,商务印书馆1994年版,第770—773页。

务的,偿付人有权要求返还已为的偿付。请求非债清偿返还,应当具备的条件为:(1)偿付人以清偿债务为目的而为给付;(2)以给付清偿的债务自始不存在或者已经消灭;(3)偿付人因为错误而作出给付;(4)相对人善意受领给付。

2. 目的不达之返还(*condictio causa data non secuta*)。当事人一方基于特定目的而为给付,其后目的不能实现,为给付的一方可以请求受领给付的一方返还其所受的利益。请求目的不达之返还,应当具备的条件为:(1)当事人一方基于特定目的而依法律上的原因为给付;(2)当事人为给付的目的没有实现或者落空;(3)受领给付的人因给付而取得利益。

3. 违背善良风俗之返还(*condictio ob turpem causa*)。一方向另一方为合法之给付,但受领给付违背善良风俗的,为给付的一方有权要求受领给付的一方返还其所受的利益。请求违背善良风俗的返还,应当具备的条件为:(1)一方向另一方为给付,且其给付不违背善良风俗;(2)为给付所期待的结果不论是否已经发生;(3)受领给付者受有利益,且其受领给付违反善良风俗。

4. 不法原因之返还(*condictio ex injusta causa*)。受领给付违反法律规定,应当返还其所受的利益。请求不法原因之返还,主要有二种情形:(1)违反法律规定受领的给付,应当返还,例如,收取超过法定利率的利息,应予返还;(2)盗窃物的返还,物主对于盗窃物享有请求返还之诉。

5. 无原因之返还(*condictio sine causa*)。无原因之返还为一种概括的诉权。一方受有损害而另一方却受有利益,在其他几种返还之诉不能有效利用时,受损的一方可以对受益的一方请求无原因之返还。

在罗马法上,物权行为和债权行为独立发生效力,物权行为的无因性获得了彻底的贯彻,物的给付原因虽然不存在,如果物的给付行为本身没有缺陷,当然发生给付标的物所有权移转的效果。给付标的物的所有权因为给付行为发生移转,但又不存在给付原因,为给付行

为者不能以所有权返还之诉请求受给付者返还标的物。在此情形下,标的物的受给付者虽然取得标的物的所有权,但是却没有保持其所受给付的原因,取得标的物所有权而受利益,悖于公平原则,所以罗马法承认标的物给付者请求返还不当利益的诉权,以为救济。在罗马法上,实际上因为物权行为无因性所产生的违背公平的后果,才导致不当得利返还请求权制度的发生。这为后世德国民法典所继承。继承德国法传统的日本民法典、大韩民国民法典亦同。中华民国民法典,也作出了与之相类似的规定。

罗马法的不当利益返还请求权,以标的物的所有权已经移转于标的物受给付者为前提,标的物给付者请求返还的不当利益系属标的物所有权的财产,这就为不当得利制度确立了一项基本价值标准,不当得利返还请求权构成所有权返还请求权不能的补充救济,二者不能相容。正是在这个意义上,有学者称之为,“所有者返还请求权与不当得利之返还请求权,不能两立。”^①

二、德国法上的不当得利

德国民法典关于不当得利的规定,共计有十一个条文。在普通法时代,德国以各种单独诉权解决一定范围内的利益归属。德国制定民法典时共有二个草案,第一个草案关于不当得利的规定,仍然为个别的规定,没有形成统一的制度;学者对之进行了广泛有力的批评,第二个草案接受学者应当统一不当得利制度的意见,规定了调节不当得利归属的一般原则和若干特殊类型。^②

德国民法典第 812 条原则规定:“(1)1. 无法律上的原因而受领他人的给付,或以其他方式由他人负担费用而受到利益者,有返还所受利益的义务。2. 虽有法律上的原因但后来消灭,或根据法律行为的内容未发生给付的目的所预期的结果时,也应负同样的义务。(2)

① 史尚宽:《民法上不当得利之研究》,载郑玉波:《民法债编论文选辑》,(台)五南图书出版公司 1984 年版,第 451 页。

② 王泽鉴:《不当得利》,第 8 页。

以契约对债务关系的存在或不存在的承认,也视为给付。”依照该条的规定,自始无法律上的原因或者法律上的原因已然消灭,在此情形下,受领他人给付或者取得他人之利益,有义务返还其所受的利益。但是,债务人放弃时效利益或者期间利益所为给付(第 813 条),或者债务人明知没有给付义务而为给付或为了履行道德上的义务或基于礼仪上的原因所为给付(第 814 条),或者债务人的给付违反法律或善良风俗(第 817 条),不得请求不当得利返还。

不当得利发生债的效力,债的效力惟能及于债权人和债务人,不能扩及效力于债务人以外的第三人。但是,德国法为了寻求对不当得利之债权人利益的特别保护,基于不当得利所具有的阻却受益人行为之违法性的属性,经过对债权人、债务人以及无偿受让不当得利之第三人的利益衡量,认为:不当得利的受益人,以其所受领的利益,无偿让与第三人,而受益人因此免负返还的义务者,第三人负有返还的责任,与无法律上的原因从债权人受领利益者相同。^①

德国法上的不当得利,与德国民法所坚持的物权行为独立性和无因性有着密切的关系。物权行为的独立性和无因性得到了理论和实务的认可,标的物的所有权或其他物权因为独立于债权行为之外的物权行为(给付)发生移转,债权行为无法律上的原因或失去法律上的原因,不影响物权行为之效果的发生。在德国法上最为典型的事例为无效买卖合同之给付。依照无效买卖合同所为给付(物权行为),发生买卖标的物所有权移转的结果,标的物所有权的移转不因买卖合同(债权行为)无效而受影响,因此出卖人请求标的物的返还不能依照物上请求权,而只能依据德国民法典第 812 条规定的不当得利返还。在一般情形下,因物权行为取得标的物权利的人,没有法律上的原因能够保持其所取得之标的物的权利,自应返还给无法律上的原因而为物权行为的相对人。所以,德国法上的不当得利,以给付行为产生的不当得利为基本规范目标。但是,不当得利的发生,并不以

^① 《德国民法典》第 822 条。

物权行为引起者为限,在给付行为之外,因为无法律上的原因也可能发生同样的问题。例如,德国民法典第 816 条所规定之“无权处分”他人财产而发生之不当得利。^①

三、法国法上的不当得利

不当得利制度源于古罗马法。在古罗马法上,不当得利的形成又和物权行为的独立性与无因性紧密相连。那么,在不承认物权行为独立性和无因性的立法例上,似乎不应当存在罗马法所创立的不当利得返还制度。对于无原因给付的标的物之返还问题,由于缺乏物权行为的独立和无因效果,立法者认为以标的物的所有权返还可以解决。无原因给付的标的物,其所有权不发生移转,即使发生移转,其所有权的移转也归于无效,故标的物的无原因给付者得基于其对标的物的所有权请求返还,无不当得利制度的适用。这就是所谓的“所有权返还请求权与不当得利返还请求权不能两立”的原则。所以,立法例以所有权返还对无原因给付的标的物的返还予以简单的处理。法国立法例就采取这种方式。

法国法没有独立的不当得利制度,但并不是说法国法上不存在不当利益的返还问题。首先,法国民法典以准契约的形式处理非债清偿的不当利益归属问题,有以下二个主要条文:1. 因为错误或者故意而受领不应当受领之物者,对给付人负返还其物的义务(第 1376 条);2. 因为误认对他人负有债务而清偿之者,对债权人享有请求返还的权利(第 1377 条)。以非债清偿而请求不当利益的返还,负返还义务之人应当返还原物,原物返还不能,应当返还原物的价金;如受领清偿之人有恶意,还应当返还原本自受领清偿之日起的利息或者果实(第 1378 条)。^② 其次,法国民法典对于无法律上的原因而发生附合、混合、加工而引起对方受损的情事,规定有相应的条文以解决不当利益的返还问题。法国民法典规定,地上或地下的一切建筑物、

① 侵害他人权益而受有利益,应当将所受的利益返还于享有权益内容的权利人。

② 李浩培等译:《拿破仑法典》,商务印书馆 1983 年版,第 189 页。

植物及工作物,在无相反的证据前,推定土地所有人以自己的费用所设置并归其所有;但土地所有人以不属于自己的材料从事建筑、种植或者施设的,应当支付其代价。分属于不同所有人的动产因为附合而构成一个不能分离的整体,该合成物归属于构成其主要部分的物体的所有人,但该所有人应当对他方负担偿还后者原有物体的价值的责任。

尽管法国法上没有独立的不当得利制度,但是法国的民法学说和判例却创设和发展了独立的不当得利请求权制度。在19世纪末,法国民法学者奥波利(Aubry)和莱兀(Rau)二位力倡不当得利请求权的一般原则,试图创立统一独立的不当得利制度;其后,法国最高法院在1892年审理的Boudier案件的判决中,依照自然衡平原则,首次官方承认不当得利请求权的独立地位,即利用他人之物或者权利,为自己的利益进行利用,使对方受到损害的,受损害的对方有利得返还请求权。^①但是,法国通过学说和判例确立之不当得利返还的一般诉权,在适用上仍然居于较为其他请求权次要的地位。不当得利返还请求权,只有在没有其他请求权存在时才能予以适用,法官在裁判案件时,首先应当适用实定法,惟有在没有实定法可资依循时,才能依据“给付均衡”的自然法原理,适用不当得利返还。^②

四、瑞士法上的不当得利

瑞士债务法对不当得利的发展有独到的意义。瑞士1882年民法对不当得利实行统一的制度,并作出了一般规定,将不当得利归结为债的发生原因之一。瑞士在1911年颁布债务法时,吸收了1882年民法关于不当得利的立法原则,于第62条原则规定:“不当由他人的财产受有利益者,应当返还其利益。有效之原因不存在、不实现或者其后消灭时,其受有对价者亦负有返还之义务。”

此外,瑞士债务法另有若干条文分别规定了不当得利的其他事

① 王泽鉴:《不当得利》,第6页。

② 王利明:《改革开放中的民法疑难问题》,吉林人民出版社1992年版,第305页。

项。任意为非债之清偿者,以能证明其清偿系处于误解负有债务为限,得请求其返还标的物;为已逾时效之债务或履行道德上的义务而为给付者,无返还请求权;为非债清偿者,依债务追偿及破产法之规定,仍有返还请求权(第63条)。利益返还之请求,以受领人受返还请求时现存利益为限,但恶意受领人或依其情形受领人预期应返还利益而让与者,不在此限(第64条)。受领人得请求偿还所支出之必要及有益费用,但恶意受领人,其有益费用之偿还请求,以受返还请求时现存之增额为限;其他费用之支出,不得请求返还,如受领人未受补偿,得于返还受领物前,将其所支出者取回,但以不损害原物为限(第65条)。以发生不法或者违反道德之效果为目的而交付其物者,不得请求返还(第66条)。不当得利返还请求权,自受损人知有请求权后经过1年因时效而消灭;自请求权发生后经过10年者,亦同;其利益系对于受损人成立债权者,受损人之不当得利返还请求权虽罹于时效而消灭,仍得拒绝其履行(第67条)。

瑞士债务法对于不当得利有统一的规定,承认其为债的发生原因,但是在理论上却一直认为,不当得利请求权为辅助性的救济手段,惟有在其他请求权不能行使时,才能行使不当得利请求权。这就使得不当得利制度的功能大受限制,在法律上的地位并不显著。^①

五、日本法上的不当得利

日本民法典关于不当得利的规定,共计有七个条文。日本民法典区分给付不当得利受益人的善意和恶意,作出不当得利返还的原则性规定。第703条规定,“无法律上的原因,而因他人财产或劳务受利益并使他人受损失者,于该利益存在的限度内,负返还义务。”第704条规定,“恶意的受益人,应返还其所受利益并附加利息。如尚有损害,则负赔偿责任。”

日本民法典规定,作为债务清偿的给付者,明知不存在债务而仍为给付的,不得请求返还(第705条);债务人为清偿未届清偿期的债

^① 王泽鉴:《不当得利》,第7页。

务而为给付的,不得请求返还,但是债务人因为错误而进行的给付,债权人应当返还因之所受的利益(第 706 条);非债务人因为错误而为债务清偿,若债权人因为善意而销毁债权证书、放弃担保或者因为时效而丧失债权的,清偿人不得请求偿还,但不妨碍对债务人行使求偿权(第 707 条);因不法原因而为给付的,不得请求返还,但是,不法原因仅存在于受益人一方时,不在此限(第 708 条)。

六、前苏联民法上的不当得利

前苏联民法,关于不当得利的态度有所变化,且对我国的民法理论和实务产生了重大影响。前苏联民法所指不当得利,是指没有法律或者合同上的充分根据使他人遭受损害而获得的利益。^① 取得不当得利的人,负有返还不当得利的责任。因为不当得利发生债的关系,故不当得利构成债的发生根据。^②

前苏联民法关于不当得利的规定,主要集中于两个方面:(1)不当得利之返还;(2)不属于不当得利之给付。关于不当得利的返还,原则确认凡没有法律上或者合同上的原因取得财产或者积累财产而使他人受有损害的人,对受损害的人均有返还不当取得或者积累的财产的义务,除非该财产的取得明显违反国家或者社会的利益或者明显损害他人利益而应当追缴给国家。法律特别规定,提前为债务的给付、自愿给付逾诉讼时效的债务、多付稿酬或者科学创造酬金、以及多付的人身损害赔偿金,不属于不当得利的范畴。而且,前苏联民法不承认所谓的物权行为理论,格外强调财产所有权变动的原因关系,欠缺合法原因的给付不发生所有权的移转,给付人可以请求财产所有权的返还。在此前提下,前苏联民法坚持不当得利返还请求权和所有权返还请求权不能两立的原则,“在能够提出返还财产的情况下,就没有理由请求返还不当得利”。^③ 可见,在前苏联,不当得利制度的

① B. T. 斯米尔诺夫:《苏联民法(上册)》,中国人民大学出版社 1987 年版,第 353 页。

② 前苏俄民法典(1964 年)第 473 条。

③ 坚金、布拉图斯主编:《苏维埃民法(第三册)》,法律出版社 1957 年版,第 395 页。