

不当得利的法律适用规则

肖永平 霍政欣*

内容提要:由于世界各国关于不当得利的法律制度不尽相同,国际民商事交往中不当得利的法律冲突问题日益突出。为保证支配不当得利之债的准据法与当事人的意愿相一致或有最密切的联系,并最大限度地减小因识别或定性不同而带来的难题,不当得利准据法应依序设计为:不当得利起因于合同时,适用该合同的准据法;起因于其他法律关系时,适用调整该法律关系的法律;起因于不动产交易时,适用不动产所在地法;在其他情况下产生,则其准据法为利益发生地所在国的法律。

关键词:不当得利 法律适用 准据法

不当得利是指没有法律上的原因取得利益,致他人受损害的事实。作为债的发生原因,不当得利发端于罗马法上的“个别诉权(*Condictio*)”,经过漫长的演变,时至近代,始发展成为一般的规定。我国民法通则第92条明确规定:“没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当得利返还给受损失的人。”

如今,具有国际因素的不当得利之债与日俱增。比如,一方在A国取得不当之利益,而致他人损害的事实可能发生在B国;又如,不当得利之债的当事人具有不同的国籍,或住所分处不同的国家等。值得注意的是,尽管不当得利在现代国家的法律中大都有所规定,但其内容不仅在大陆法系与英美法系之间存在重大差异,而且在属于相同法系的不同国家之间亦有显著不同。因此,一国司法机关在受理了涉外不当得利之债的诉讼后,必然面临选择适用何国法律来确定当事人权利义务的问题,而适用不同国家的法律可能导致结果迥异的判决。这不仅有损于判决结果的一致性和可预见性,与国际私法的传统价值取向背道而驰,而且势必导致“挑选法院”现象的大量发生,从而给国际民商事交往造成安全隐患。所以,在国际交往空前频繁的全球化时代,不当得利的法律冲突问题已日益突出、亟待解决。

令人遗憾的是,国内外对于该问题的研究却远远滞后于实践的发展。有关理论研究不仅在我国基本处于空白状态,在欧美发达国家,亦鲜有学者触及。以国际私法学界公认的权威著作《戴西和莫里斯论冲突法》和《威希尔和诺斯论国际私法》为例,两篇巨著洋洋洒洒,篇幅均近两千页,但有关不当得利的论述却惜墨如金,少之又少,这不能不说是个缺憾。^[1]因此,研究不当得利之债的法律适用问题并设计一组优化的、切实可行的不当得利的法律适用规则,不仅具有重大的理论价值,亦有迫切的

* 肖永平,武汉大学法学院教授;霍政欣,武汉大学国际法所博士研究生。

本文是教育部重点研究基地课题“中国国际私法法典化”的阶段成果。

[1] See Lawrence Collins (ed.), *Dicey & Morris on The Conflict of Laws*, 13th ed. 1999; Peter North & J. J. Fawcett, JJ, *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed. 1999.

现实意义。

一、不当得利的法律冲突

十二铜表法第7表第10条规定,果实落在邻人的土地上,果树的所有权人有权将其取回。^[2]后来,罗马法上出现了“个别诉权”,属于一种对人诉讼(*actio in personam*),以请求给付特定债之标的物为内容。主流观点认为,罗马法仅针对实践中出现的损人利己的个案规定了具体之诉权,以资保护,但一直没形成统一、概括的不当得利制度。1804年法国民法典承袭了罗马法的衣钵,将不当得利视为“准契约”,但仍未设概括性原则,未形成独立、统一的制度。可以说,“不当得利原则如地下之水,滋润具体规则,以彰显其存在,然从未得以仰见天日。”^[3]1882年瑞士债务法对不当得利的发展具有划时代的意义。该法首次将不当得利列入债的发生原因,并设一般规定,正式确立了不当得利制度。以后的德国民法典和日本民法典均效仿之,从而使不当得利制度在大陆法系国家得以普遍确立。

如果说不当得利法在大陆法系国家经过长期的发展已进入成熟的中年期,那么在普通法国家,不当得利法还处于快速成长的少年期,其独立地位的确立只是不久以前的事。^[4]它被归为 Law of Restitution 的一部分。所谓 Restitution,传统上并不是一种请求权基础,而只是一种救济方式,指恢复损害发生前的状态,或者使之恢复无违约前的应有状态,可以是取回原物,也可支付相应的等价物。^[5]而大陆法意义上的不当得利(Unjust Enrichment)则长期分散于准契约、信托等制度内,一直未能形成一个独立的法律部门。直到1966年,英国学者高夫(Goff)和琼斯(Jones)出版了《返还请求权法》(The Law of Restitution),^[6]整合了上述关于 Restitution 和分散于其他制度内“不当得利”的规定,提出了相对独立和完整的不当得利请求权,从而开创了一个崭新的法律领域,被誉为不当得利法发展史上的里程碑。从那以后,不当得利法成为普通法世界发展最快的法律部门之一,并通过 Lipkin Gorman 诉 Karpnale Ltd. 一案,取得了与合同法、侵权行为法鼎足而立的地位。^[7]

由此可见,不当得利法的形成和发展过程在大陆法系与英美法系中存在显著不同,这必然导致其制度与内容在两大法系中的重大差别。

(一)不当得利构成要件

一般来说,在大陆法中,不当得利的构成要件有:(1)一方受益;(2)致他方受到损害;(3)无法律上的原因。而在英美法中,其构成要件为:(1)被告受有利益;(2)致原告受损;(3)被告保有该利益具有“不正当”性。^[8]

可见,两大法系在不当得利的构成要件方面颇具相似性,只是在第三个要件上有所不同。大陆法强调的是严格依据法律,而英美法求助于“不正当”的抽象概念,难免有不确定性之虞。所以,迄今为止,普通法国家的不当得利学者仍对“不正当”这一概念的解释争论不休。^[9]特别值得注意的是,该不同点可直接导致两大法系对某些相同的法律问题做出完全不同的定性或识别。如依大陆法理论,在合同关系存在的前提下,原则上不应使一方享有不当得利的请求权。所以,基于有效成立的合同债

[2] 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第829页。

[3] G. Ripert, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 4th ed., 1949, p.246.

[4] Francis Rose (ed.), *Restitution and the Conflict of Laws*, 1995, p.460.

[5] 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1191页。

[6] See Lord Goff of Chiechley & Gareth Jones, *The Law of Restitution*, 5th ed., 1998.

[7] Rose (ed.), *supra* note 4, at preface.

[8] Ibid, at 67.

[9] Ibid; See also Andrew Burrows, *The law of Restitution*, 1993, p.21; Birks P. A., *An introduction to the Law of Restitution*, 1989, p.265-293.

务人负有给付义务,但未履行债务而受有利益时,债权人可行使合同法上的救济手段,如合同履行请求权或违约赔偿请求权,而不成立不当得利。而根据英美法理论,在这种情况下,债务人若保有所受利益,有违公正,具有“不正当”性,不当得利仍因而产生。^[10]

(二)不当得利的类型

关于不当得利的类型,大陆法理论向来有“统一说”和“非统一说”两种对立见解,至今尚无定论。但“非统一说”已成为德国、奥地利、瑞士、日本等国的通说。

相比之下,在英美法理论中,不当得利的类型已取得相当一致,鲜见争论。英美法根据不当得利是否由被告的不法行为引起,将其分为“自发性不当得利 (autonomous unjust enrichment)”和“不法行为不当得利 (restitution for wrongs)”两类。需指出的是,这两类不当得利并不是相互排斥的,在某些情况下可能并存或竞合。^[11]

还需强调一点,由于不当得利法在两大法系的形成过程差异甚大,英美法中的这种分类与大陆法中的“非统一说”在理论基础、出发点、标准和内容等各方面都有本质性的区别。^[12]

(三)不当得利法的功能

尽管在不当得利的构成要件和分类上,大陆法与英美法存在诸多分歧,但在不当得利法的功能上,两大法系却有异曲同工之妙。依据大陆法理论,不当得利法具有以下两个基本功能:矫正欠缺法律原因的财产转移与保护财产的归属。质言之,不当得利法的规范目的乃在去除收益人无法律上原因所受之利益,而非在于赔偿受损人的损失,故与侵权法不同。^[13]英美法理论认为,不当得利法的原则在于“不正当之利益必须返还”,从而与侵权法“不法侵害得给予赔偿”的原则相异。^[14]

从以上对比、分析可以看出,不当得利法的制度与内容在两大法系中存在许多不同点,亦有若干相似之处。这一方面为不当得利的法律冲突埋下了伏笔,另一方面为设计出一套能被广泛接受的法律适用规则提供了可能。

二、解决不当得利法律适用问题的三种模式

综观各国理论界提出的不当得利的法律适用规则,不外乎以下三种模式:

(一)模式一

这种模式主张对所有的不当得利请求权不加区分,采用单一的法律适用规则。^[15]我国也有学者持此观点,认为所有不当得利之债都应适用不当得利事实发生地法。^[16]特别值得一提的是,2002年底第九届全国人大常委会第三十一次会议审议的《中华人民共和国民法(草案)》也采用了这种模式。该草案第九编“涉外民事关系的法律适用法”第55条规定:“不当得利,适用不当得利发生地法。”

(二)模式二

该模式主张视不同情形,将不当得利请求权分为若干种类,然后对每一类型适用不同的法律选择规则。这种模式通常是以单一适用规则——“自体法 (Proper Law)”的形式出现的。具体而言,这种

[10] 不过,近年来英国判例已改变了传统英美法的观念,转向大陆法理论靠拢;参见前引[1]。

[11] Rose (ed.), *supra* note 4, at 67.

[12] 英美法的“不法行为不当得利”包括违约和侵权后作为救济手段的 *restitution*,因而不可将之等同于大陆法“非给付不当得利”中“权益侵害不当得利请求权”。在这一点上,笔者不同意王泽鉴先生把两者等同起来的观点。参见王泽鉴:《债法原理·不当得利》,中国政法大学出版社2002年版,第139页。

[13] 参见上引[12],王泽鉴书,第3页。

[14] 麦肯雅克:《契约法》,法律出版社2002年影印版,第6页。

[15] See Zweigert. K & Müller - Gendullis. D, *Quasi Contract*: Ch 30 of Liptsen. K (ed.), *III International Encyclopedia of Comparative Law*, 1974, p.10.

[16] 参见刘想树:《国际私法基本问题研究》,法律出版社2001年版,第305页。

“自体法”模式又有以下两种表述方法:

1. 不当得利“自体法”是与不当得利之债有密切联系的法律。这种表述方法主要体现在《戴西和莫里斯论冲突法》中的第 200 条规则。^[17]其规定如下:

(1)一方受益致他方受损害者,付返还之债。该债务由其自体法支配。

(2)该债务的自体法(似乎)如下确定:

(a)若该债务的产生与合同有关,则其自体法为合同的准据法。(b)若该债务的产生与不动产(土地)的交易有关,则其自体法为不动产所在地法。(c)若该债务是在其他情况下产生的,则其自体法为利益产生地所在国的法律。”

2. 不当得利“自体法”是调整构成不当得利之基础法律关系的法律。^[18]主张采用这种“自体法”表述方法的学者,以茨威格特(Zweigert)为代表。^[19]茨威格特认为,若不当得利当事人之间曾存在某种法律关系,且不当得利起因于该法律关系,则不当得利应适用调整该法律关系的法律。否则,不当得利应适用支配有关财产由原告流向被告的法律,即调整财产转移的法律。^[20]

尽管这两种不当得利“自体法”在表述上有所区别,但一般来说,不会导致适用不同的准据法。^[21]它们的实质性区别在于:在当事人之间曾存在合同关系的情况下,后一种方法主张适用当事人在合同中自主选择的法律,而前一种方法不予考虑。

(三)模式三

这种模式主张在确定不当得利的准据法时,彻底抛弃传统的法律适用规则,而采用“个案分析法”。它赋予法官较大的自由裁量权,允许法官在处理案件时根据每个案件的实际情况,综合考察有关连结点,并注意国际私法的基本目标,选择与不当得利有最密切联系的法律作为准据法。^[22]这种模式最具灵活性,被美国《第二次冲突法重述》所采纳。其第 211 条规定如下:^[23]

1. 当事人在不当得利诉讼中有关该特定问题的权利和义务,按照第 6 条规定的原则,^[24]由与案件的事实和当事人有最密切联系的那个州的法律调整。

2. 适用第 6 条的原则以决定对某问题应适用的法律时,应考虑下列联系:(1)当事人之间关系集中的地方,但不当得利须与该关系有实质性联系,(2)不当利益发生地,(3)不当得利起因行为发生地,(4)当事人的住所、居所、国籍、公司成立地及营业地,以及,(5)与不当得利有实质性联系的有体物,如土地或动产,在不当得利产生时的所在地。这些联系应按其对特定问题的重要程度加以衡量。

实际上,后两种模式之间的界限并非泾渭分明,因为它们都采用了最密切联系原则,所不同的只是适用该原则的程度有别而已。

三、不当得利的法律适用规则

基于上述三种不同的模式,各国立法和学者对不当得利的法律适用问题提出了若干具体规则,下

[17] Collins (ed.), *supra* note 1, at 1485.

[18] Blaikie, J., *Unjust Enrichment in the Conflict of Laws*, 1 *Juridical Review*, 112, 122 (1984).

[19] See Zweigert & Kötz, *supra* note 15, at 14-17.

[20] *Ibid.*, at 19-21.

[21] Blaikie, *supra* note 18, at 122.

[22] George Panagoulous, *Restitution in Private International Law*, 2000, p.115-120.

[23] See American Law Institute, *Restatement (Second) of the Conflict of Laws*, § 221, 1971.

[24] 第 6 条是法律选择的原则,其规定如下:1. 法院,除受宪法约束外,应遵循本州关于法律选择的立法规定。2. 在无此种规定时,与选择准据法有关的因素包括:(1)州际及国际体制的需要;(2)法院地的相关政策;(3)其他利害关系州的相关政策以及在决定特定问题时这些州的有关利益;(4)对正当期望的保护;(5)特定领域法律所依据的政策;(6)结果的可预见性,以及,(7)将予适用的法律易于确定和适用。

面拟对这些具体规则进行研究评析。

(一)法院地法

少数学者主张,不当得利之债应适用法院地法。他们认为不当得利法事关正义与内国公序,故应适用法院地国本身的法律。该说由艾伦茨威格(Ehrenzweig)所提倡,他曾反问道:“难道我们真能相信这些关乎公正与正义的概念可以在法院国以外其他国家的法律体制内得到实现吗?”^[25]

但仔细观之,不难发现,该说并无新颖、特别之处,与其他法律领域(比如侵权法)主张适用法院地法的理由相比,其并无二至。^[26]我们认为,这种观点的目的无非在于扩大内国法的适用,其立论根据有失偏颇。事实上,所有法律都标榜以正义为立法之精神与本旨,并以维护公共秩序为己任。更何况国际私法的基本原则就是:“当面对应当适用外国法的案件时,内国法院顺应其本国冲突法规则中体现的正义原则,回避本国法、适用相关外国法”。^[27]

一般来说,一国法院只有在下列三种特殊情况才能排除外国法的适用:第一,外国法是刑法、税法等公法性质的法。第二,适用外国法将导致与法院地国的正义与公共秩序的基本原则相抵触。第三,外国法违反法院地国的强行性法律。^[28]尤其需要指出的是,正义与公序的概念,在国际私法上的内涵远比国内民法上的狭窄。如果将两者完全等同起来,就可能否定许多依外国法已经成立的国际民事关系,从而妨碍国际民事交往的发展。^[29]有鉴于此,外国有关不当得利的法律应不属于上述三种情形。

除了不当得利法事关正义与公序外,艾伦茨威格还提出过另一个理由。他指出,不当得利法规定的纯粹是救济方式,而救济方式一般被识别为程序问题。根据“程序问题依法院地法”的原则,涉外不当得利之债理应适用法院地法。^[30]

显而易见,艾伦茨威格之所以持该立场,是与其普通法背景有关的。因为,在英美法中,不当得利法就是由传统上作为一种救济方式的 Restitution 发展演变而来。但是,随着不当得利制度在英美法中业已发展为一种独立的请求权,不当得利法也已成为与合同法、侵权法并立的法律部门,这种理由的基础已不复存在。

法院地法说有诸多弊端,最主要的是导致当事人“挑选法院”。虽然有学者认为,随着不方便法院原则(*forum non conveniens*)被逐渐采纳,“挑选法院”将成为历史,^[31]但事实远非如此。因为至今,该原则并未被所有国家接受,尤其在大陆法系国家,尚无有效方法阻止当事人挑选法院。^[32]另外,即便采用该原则,也可能出现一些诉讼案件有数个自然法院(*natural forum*)的情形,故仍有当事人“挑选法院”之虞。再者,在司法实践上,一国法院明知应适用该原则,却不愿驳回当事人诉讼请求或终止诉讼的情况并不鲜见,从而使不方便法院原则的实际效果大打折扣。^[33]

此外,采用法院地法说还有降低判决结果的可预见性和一致性等缺点。限于篇幅,不再赘述。基于以上理由,我们认为不当得利之债不宜只适用法院地法。

(二)属人法

有大陆法学者提出属人法说,认为涉外不当得利案件应由当事人的共同属人法决定,如果当事人

[25] Ehrenzweig, *Restitution in the Conflict of Laws*, 36 New York University Law Review, 1298 (1961).

[26] 参见柯泽东:《国际私法》,中国政法大学出版社2003年版,第226页。

[27] Rose (ed.), *supra* note 4, at 102.

[28] See Collins (ed.), *supra* note 1, at 81-106.

[29] 肖永平:《冲突法专论》,武汉大学出版社1999年版,第109页。

[30] Ehrenzweig, *supra* note 25, at 1298, 1302, 1314.

[31] Burrows, *supra* note 9, at 492, n. 4.

[32] R. Schlesinger/H. Baade/M. Damaska/P. Herzog, *Comparative Law: Cases - Text - Materials*, 5th ed. 1988, 403.

[33] Rose (ed.), *supra* note 4, at 104.

的属人法不同,则适用被告之属人法。该说曾在一些大陆法系国家的司法实践中被采纳。^[34]在英美法国家,亦有类似主张。如美国《第二次冲突法重述》第 221 条将“当事人的住所、居所、国籍、公司成立地及营业地”列举为相关连结点,英国著名不当得利法专家白柔斯(Burrows)也主张,若原告受损地与被告受益地分处于不同的法域内,在确定准据法时,应考虑属人法。^[35]

采用属人法说的理由主要有以下两条:第一,不当得利之债为被告的法定债务,所以应由被告的属人法确定。^[36]第二,当事人有适用其属人法之期望。^[37]

但实际上,这两条理由都欠妥当。首先,第一条理由的理论根据是,自然人不论在哪里,不论从事何种活动,都只受其本国内法制约。^[38]这一观点是殖民时代的产物,带有浓厚的不平等色彩,当代早已废弃。其次,考虑到不当得利之债产生的实际情况,第二条理由也很难站得住脚。因为,如果不当得利当事人之间曾存在某种法律关系,当事人通常会希望调整原法律关系的法律适用于不当得利之债,而非其属人法。^[39]即便当事人之间不曾存在法律关系,也没有理由认为他们会期望其属人法适用于不当得利之债,而不是其他法律(如不当得利发生地法等)。更何况,实际情况往往是,当事人有时并不知晓对方的属人法。

我们认为,属人法说有很多弊病,第一,属人法历来有国籍国法和住所地法之争,其认定标准不一。第二,如果被告不止一人,则其属人法亦有数个之可能。第三,在全球化时代,一个公司经常会有数个国籍或住所地,因此,当相关属人法为公司所在地法时,其认定会非常困难。^[40]第四,属人法与不当得利之债往往并无实质性联系,适用之有失公允。

综上所述,不宜硬性规定不当得利之债适用当事人的属人法。

(三)发生地法

受“场所支配行为”这一古老法律原则和 20 世纪上半叶在普通法国家占主导地位的“既得权”理论的共同影响,不少学者都提出:不当得利之债应适用不当得利发生地法。^[41]该规则已被一些国家的立法所采纳。^[42]这种属地性的法律适用规则由以下三个因素构成,且不同主张强调适用不同的因素:(1)不当得利起因行为发生地;(2)损害发生地;(3)利益发生地。在逐一评析各种主张之前,有必要先从宏观上对不当得利发生地法说作一简要说明。

不当得利适用发生地法的主要依据是:有关事件发生地的法律与不当得利之债有最密切的联系。^[43]不可否认,这种依据有一定道理,但并非无懈可击。因为如果不当得利当事人之间曾存在某种法律关系,且不当得利系因该法律关系产生时,调整该法律关系的法律应比发生地法与不当得利之债有更为密切的联系。所以,在该情况下,按最密切联系原则,应该适用的是调整原法律关系的法律,而非发生地法。^[44]此外,即使当事人之间不曾存在法律关系,发生地亦有可能与不当得利之债没有牵

[34] Gutteridge, H & Lipstein, K, *Conflicts of Law in Matters of Unjust Enrichment*, 7 Columbia Law Review, 86 (1941); Zweigert & Kötz, *supra* note 15, at 8.

[35] Burrows, *supra* note 9, at 492.

[36] Zweigert & Kötz, *supra* note 15, at 8.

[37] Blakie, *supra* note 18, at 112.

[38] Rose (ed.), *supra* note 4, at 107.

[39] Blakie, *supra* note 18, at 118.

[40] See Kwok Chi Leung Karl v. Commissioner of Estate Duty, 1WLR, 1035 (1988).

[41] 有些学者主张发生地法是不当得利唯一的或主要的法律适用规则,如比尔等。参见 Beale, JH, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 1935, p. 1429; American Law Institute, *Restatement (First) of the Conflict of Laws*, § 452 (1971); 另有学者主张发生地是确定不当得利准据法时需考虑的连结因素之一,如戴西和莫里斯等,参见 Collins (ed.), *supra* note 1, at 1471 - 1479; Zweigert & Kötz, *supra* note 15, at 16; American Law Institute, *supra* note 23, at § 221(2) (b) - (c).

[42] 参见埃及民法典第 20 条;意大利民法典第 25 条;秘鲁民法典第 2098 条。

[43] Collins (ed.), *supra* note 1, at 1498; Zweigert & Kötz, *supra* note 15, at 5.

[44] Blakie, *supra* note 18, at 120.

连。尤其在现代社会,资金流转异常迅速、方便,有时资金流动到某地仅仅是因为某些其他原因,如避税、保密等,而与不当得利本身并无任何关联。^[45]

不当得利适用发生地法的主要问题在于:不当得利起因行为发生地、损害发生地和利益发生地在实践中往往很难确定。其实,这个问题并不是不当得利法律适用所特有的。从本质上讲,这是由于发生地法说是建立在有关事件发生地法有且仅有一个地点的错误假设基础之上的。^[46]因此,在国际民商事法律关系呈现出空前复杂化和多样化的今天,完全依赖发生地法无异于胶柱鼓瑟。

下面分别评述不当得利发生地法的三种不同表现形式。

1. 不当得利起因行为发生地

美国《第二次冲突法重述》第221条将“不当得利起因行为发生地”列举为确定不当得利准据法的连结点之一。有一些学者则直接主张将“不当得利起因行为发生地法”作为不当得利的准据法。^[47]

客观地讲,在不当得利当事人之间不曾存在法律关系、且利益发生地无法确定,或利益发生地与不当得利之债无关联时,“不当得利起因行为发生地”具有一定的价值。但是,若将之作为惟一的或者主要的连结点,则不恰当。这是因为,从不当得利的构成要素来看,尽管两大法系有所区别,但在“一方受益”和“他方受损”这两点上却是一致的。不论是大陆法系还是英美法系,不当得利之债所关注的均是以上两点,而不是不当得利的起因行为。因此,不当得利之债与不当得利起因行为之间关联性的密切程度值得怀疑。第二,确定“不当得利起因行为发生地”并非易事。因为在实践中造成不当得利之债的行为往往被忽略,事后很难查明。另外,还有相关起因行为不止一个的情况,而从中取舍又为一大难题。^[48]有鉴于此,我们认为,“不当得利起因行为发生地”不是一个理想的连结点。

2. 损害发生地

以科恩(Cohen)为代表的一些学者将考察的重点放在损害发生地上,认为损害发生地法非常适宜作为不当得利之债的准据法。科恩指出,不当得利与侵权具有相同点,即两者都是法定而非意定之债,因此其适用的准据法也应具有类推性。既然侵权行为通常适用损害发生地法,不当得利也应如此。^[49]

我们不同意这种类推。原因很简单:虽然不当得利与侵权具有某些相似之处,但如前所述,不当得利法与侵权法的功能与原则却是完全不同的。所以,单独适用损害发生地法会与不当得利法的本旨相背离。此外,随着国际民商事纠纷的日益复杂化和多样化,损害发生地的确定也愈加困难。因此,不能单独以损害发生地法作为不当得利的准据法。

3. 利益发生地

在不当得利适用发生地法的各种主张中,利益发生地所受支持最多。有学者认为,利益发生地法应普遍适用于各种不当得利之债,如比尔(Beale)、盖特瑞奇(Gutteridge)和利普斯坦(Lipstein)等,美国《第一次冲突法重述》也采用此说。^[50]另一种观点则认为利益发生地法只有在某些情况下才能适用,如《戴西和莫里斯论冲突法》;^[51]美国《第二次冲突法重述》第221条第2款,也把利益发生地作为连结点之一,并在其评述中指出,在当事人不存在法律关系的情况下,利益发生地是最为重要的连结点。

我们认为,第二种观点是比较科学的,因为在当事人之间曾存在某种法律关系,且不当得利起因于该法律关系的情况下,或者在利益发生地仅仅是利益中转地时,利益发生地法与不当得利之债的联

[45] See *Arab Monetary Fund v. Hashim*, 1 Lloyd's Report, 543 (1993); See also *Hong Kong and Shanghai Banking Corp. v. United Overseas Bank*, 2 SLR 495 (1992).

[46] Rose (ed.), *supra* note 4, at 110.

[47] See Wolff, M., *Private International Law*, 2nd ed., 1950, p.500.

[48] See *First Wisconsin Trust Co. v. Schroud*, 916 F 2d 394(7th Cir.)(1990).

[49] Cohen, S., *Quasi Contract and the Conflict of Laws*, 31 Law American Bar Bull, 71(1956).

[50] See Beale, *supra* note 41, at 1429; Gutteridge & Lipstein, *supra* note 34, at 89-93; American Law Institute, *supra* note 41.

[51] See Collins (ed.), *supra* note 1, at 1498.

系不能算是最密切的。除上述情形以外,利益发生地法则是一个比较理想的连结点。首先,适用利益发生地法符合不当得利法的功能。不当得利法的功能在于去除“收益人”的不当利益,而不在于赔偿“受损人”所受的损失。在损害发生地和利益发生地之间,不当得利法更强调后者。因此,适用利益发生地法与不当得利法的目的与原则相符。第二,利益发生地法与不当得利之间具有更为紧密的联系。不当得利之债是被告的法定债务,因此适用与被告有关的法律比适用与原告有关的法律更加恰当。与此对应,利益发生地法与损害发生地法相比,前者与被告有更为密切的联系。

但即便如此,利益发生地法仍有某些先天性缺陷。比如,利益发生地与起因行为发生地与损害发生地一样,存在着不易确定的问题。针对这种情况,有法官在处理实际案件时提出,不当利益最终停留的银行所在地才是利益发生地。^[52]而盖特瑞奇和利普斯坦则试图通过把被告的居所或所在地认定为利益发生地,来解决这一难题。^[53]但是,后一种方法不过是属人法说的另一种表述而已,不仅不能解决问题,反而会招致属人法说的种种弊病。《戴西和莫里斯论冲突法》的编著者显然也注意到这一问题的复杂性,因而刻意回避做出硬性的规定,似乎允许法院在这种情况下可以根据实际案情,选择适用与不当得利有更密切联系的法律。^[54]美国《第二次冲突法重述》的制订者采用了更加直接、务实的态度。他们认为,如果利益发生地法难以确定,就应忽略之,转而考虑其他连结点。不可否认,后两种方法颇具灵活性,能够在一定程度上弥补利益发生地法的缺陷,但另一方面,它们又不可避免地导致不确定性,因而不能完全解决问题。

综上所述,在当事人之间不曾有法律关系的情况下,不当得利之债适用利益发生地法是一条较为适合的法律选择规则,但同时存在一些不足之处,尚无理想的解决方法。我们认为,这些缺陷只是在比较特殊的情况下才会显现出来,而且即使出现,也可援用其他替代规则以最大限度地减小其影响,不能因此而全盘否定利益发生地法的重要价值。正如法国国际私法学者梅耶(Mayer)所言,“就冲突法而言,其实根本没有十全十美的解决方法,我们所能做的不过是避免最糟糕的方法而已”。^[55]

(四)物之所在地法

当不当得利涉及到不动产产权,或其因不动产交易而产生,且无其他法律与之有更密切联系时,适用物之所在地法是一条被广泛接受的规则。美国《第二次冲突法重述》把与不当得利有实质联系的有体物,如土地或动产,在不当得利产生时的所在的地列举为需考虑的连结点之一。而其评述进一步强调,在一般情况下,若有体物为土地,物之所在地则具有更重大的意义。^[56]《戴西和莫里斯论冲突法》的第200条规则更加明确。它直接规定:若不当得利的产生与不动产(土地)的交易有关,则适用不动产所在地法。^[57]

适用物之所在地法的主要理由有:第一,当不当得利涉及到不动产产权时,或其因不动产交易而产生时,只有不动产所在地法能够对之进行有效地调整、控制。^[58]第二,不动产对于其所在地国的社会经济利益有重大影响。^[59]此外,适用物之所在地法还有一个不可忽略的优点,即当不当利益与不动产有关时,有些国家可能会将之识别为财产权或物权,而不是不当得利之债。因此,适用物之所在地法可以有效解决因识别或定性不同带来的问题。

(五)合同的准据法

[52] See Hong Kong and Shanghai Banking Corp. v. United Overseas Bank, 2 SLR 501(1992).

[53] Gutteridge & Lipstein, *supra* note 34, at 16.

[54] Collins (ed.), *supra* note 1, at 1498.

[55] P. Mayer, *Droit International Privé*, 4th ed., 1991, p. 14, 转引自 Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multi-state Justice*, 1993, p. 76.

[56] American Law Institute, *Comment on Restatement (Second) of the Conflict of Laws*, at 733.

[57] Collins (ed.), *supra* note 1, at 1498.

[58] Ibid, at 958.

[59] North & Fawcett (ed.), *supra* note 1, at 785.

在实践中,大量的不当得利之债是产生在曾存在合同关系的当事人之间的。尤其是在合同被撤销或宣告无效后,当事人之间经常会发生不当得利的返还问题。针对这种情况,有很多学者提出,如果不当得利的产生与合同有关,则应适用合同的准据法。^[60]但也有不少学者持反对意见。需要指出,即使是同样主张适用合同之准据法的学者,在对如何解释合同的准据法上,仍存在分歧。如《戴西和莫里斯论冲突法》采用的是客观法,即合同的准据法是客观上与合同有最密切联系的法律,而不考虑当事人自主选择的法律。^[61]而茨威格特和美国《第二次冲突法重述》却认为,如果当事人自主选择了支配合同的法律,则该合同的准据法同样适用于其后产生于当事人之间的不当得利之债。^[62]

我们认为,如果不当得利当事人之间曾存在合同关系,且不当得利起因于该合同时,适用合同的准据法是适宜的。而且,此处合同的准据法应该理解为通常意义上的合同准据法,即包括当事人明示或默示选择的法律。理由如下:

第一,在不当得利起因于合同关系时,适用合同的准据法,包括当事人自主选择的法律符合最密切联系原则。不当得利与合同的密切联系主要体现在以下几个方面:其一,在判断不当得利请求权是否存在时,合同是一个重要的依据与参考标准。根据大陆法理论,基于契约的履行请求权在性质上与不当得利返还请求权,彼此相互排斥。而且,英国判例近年来出现了一个值得关注的动向,即抛弃了传统英美法理论将不当得利返还请求权作为违约后的一种救济手段的观点,转而向大陆法的观点接近,认定在合同有效存在时,所得利益不具备“不当性”,因而不存在“不当得利”。^[63]由此可见,在判断不当得利请求权是否存在时,当事人之间的合同关系是一个不可忽视的关键性因素。其二,在依据合同的准据法合同关系确已消灭时(如被撤销或被宣告无效),法官仍须慎重考虑该合同的准据法之所以使合同关系归于消灭的“政策性原因”,尤其是在合同因违法而被宣告无效的情况下。^[64]否则,从合同的准据法中体现出来的“政策”将受到破坏。其三,认定合同消灭的法律与调整合同消灭后果的法律具有内在的不可分割性,^[65]如果由两种不同的法律分别适用于这两个问题,不仅极不方便,而且势必打破其内在的统一性与连贯性,有碍于法律纠纷得到公正、合理、迅速的解决。

第二,在不当得利起因于合同关系时,适用合同的准据法,包括当事人自主选择的法律,在很大程度上可以降低因采用不同准据法标准而导致的判决结果不一致。另外,在不当得利的产生与合同有关时,适用合同的准据法还可以解决因识别产生的问题。因为,在不当得利的产生与合同有关时,大陆法通常将之识别为不当得利之债,而英美法多将之定性为合同的救济问题。在这种情况下,适用合同的准据法无疑避免了识别或定性冲突带来的问题,从而有利于促进判决结果取得一致。

第三,在不当得利起因于合同关系时,适用合同的准据法,尤其是当事人自主选择的法律符合当事人的意愿与期望。当事人订立合同时,通常会希望其选定的准据法支配他们之间因合同产生的各种纠纷。“当事人不是律师,认为他们会在合同及其后产生的不当得利之间划上严格的界限是不切实际的”。^[66]事实上,当事人之所以会选择法律,其中一个重要原因就是确保如发生不可预见的情形,能够求助于其选择的法律。而在合同关系消灭、不当得利产生时,偏偏不考虑其选择的法律,显然有背于当事人的初衷。^[67]

[60] See Collins (ed.), *supra* note 1, at 1471; See also Wolff, *supra* note 47, at 499-501; Zweigert & Kötz, *supra* note 15, at 11-17; American Law Institute, *supra* note 23, at § 221(2) (a); 前引[26],柯泽东书,第235页。

[61] Collins (ed.), *supra* note 1, at 1493-1497.

[62] See Zweigert & Kötz, *supra* note 15, at 14-17; American Law Institute, *supra* note 23, at § 221.

[63] Rose (ed.), *supra* note 4, at 70, 76, 193.

[64] *Ibid.*, at 193.

[65] *Ibid.*, at 146.

[66] Ehrenzweig, *supra* note 25, at 1298, 1307.

[67] See *Dies v. British and International Mining and Finance Corp. Ltd.*, 1 KB 734 (1939); See also *Dimskal Shipping Co SA v. International Transport Workers Federation*, 2 AC 152 (1992).

尽管在不当得利的产生与合同有关时适用合同的准据法,包括当事人自主选择的法律,有以上诸多好处,不过就目前来看,还有相当多的学者反对这种做法。概括起来,他们的观点主要集中在以下两个方面:

第一,不当得利是法定之债,而合同是意定之债,两者彼此独立、性质不同;不当得利法与合同法也是两个相互独立的法律部门,不可混为一谈。因此,不当得利之债适用合同的准据法是一种严重的逻辑错误。^[68]

我们认为,这是一种似是而非的观点。尽管不当得利与合同彼此独立,但不能就此认为两者毫不相干,不可由同一法律支配。这是两个完全不同的命题,两种性质不同的法律关系适用相同的法律,是因为它们存在密切的联系,并不会因此混淆两者本身的区别。

第二种意见是,合同若被撤销、解除或宣告无效,合同包括其准据法也随之消灭,在这种情况下,如果其后产生的不当得利之债反而适用合同的准据法,是不合逻辑的。^[69]

这种观点看似有理,其实恰恰犯了逻辑错误。因为合同准据法之所以可以支配合同,并不取决于合同本身的有效性。相反,合同是否有效倒是由其准据法决定的。^[70]如前所述,合同的准据法首先是当事人自主选择的法律,因此,在出现合同被撤销、解除或宣告无效等非常情况时,应该适用合同的准据法;而在当事人没有选择法律的时候,合同的准据法是与合同有最密切联系的法律,此时适用之符合最密切联系原则。由此可见,合同的准据法并不一定都反映在合同条款中,即便是由当事人规定在合同中,它也不能与一般的合同条款划等号,不会因为合同被撤销、解除或宣告无效而当然失去效力,这是合同准据法的目的使然。^[71]

基于以上理由,我们主张,在不当得利的产生与合同有关时,应适用合同的准据法,包括当事人自主选择的法律。

(六)有关法律关系的准据法

随着法律关系的日趋多样,不当得利发生的实际情况远为复杂,有关当事人之间不仅可能曾存在过合同关系,还有可能曾有其他各种各样的法律关系,如侵权、代理、信托等。不当得利如果起因于这些法律关系,其准据法又该如何确定呢?对此,有学者将不当得利因合同产生时,适用合同之准据法的做法推而广之,提出:如果当事人之间曾存在某种法律关系,且不当得利因之产生,则不当得利适用调整该法律关系的法律。^[72]一些国家的立法也采用了这种观点,如瑞士联邦国际私法法规第128条规定:因不当得利而提起的求偿诉讼,如果不当得利起因于某一法律关系,适用调整这种关系的法律。美国《第二次冲突法重述》也有类似规定。

采用这种做法的理由,与在不当得利因合同产生时适用合同的准据法相似,如操作方便、符合最密切联系原则、有利于促进判决结果取得一致等。基于此,我们赞同该主张。不过,需要强调的是,当事人之间的这种法律关系应当符合以下标准:当事人之间的这种法律关系独立于、且先于不当得利产生;同时,其后产生的不当得利与之有实质性联系。只有满足这样的前提,适用该有关法律关系的准据法才能取得上述积极效果。

四、结 论

从以上的分析可以看出,不当得利的法律适用问题是非常复杂的。考虑到我国目前正在制订民

[68] Cohen, *supra* note 49, at 71-74.

[69] Gutteridge & Lipstein, *supra* note 34, at 12.

[70] Rabel, E., *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2nd ed., 1964, p. 384; Falconbridge, *Frustrated Contracts: The Need for Law Reform*, 23 Canadian Bar Review, 469-472 (1945).

[71] *Ibid.*, at 383; Zweigert & Kötz, *supra* note 15, at 12.

[72] R. Leslie, *Unjustified Enrichment in the Conflict of Laws*, 2 Edinburgh Law Review, 233 (1998).

法典,其第九编涉及到不当得利的法律适用问题,因此,设计一套优化的、切实可行的法律适用规则更显重要和紧迫。

设计不当得利的法律适用规则,首先要解决规则的结构性问题。在不当得利法律关系日益复杂化和多样化的背景下,采用单一规则解决所有不当得利法律适用问题的方法因其僵硬、呆板,已不适应实践的需要。注意到民法典(草案)第九编第55条仍然采用这种方法,因此,我们建议,该条款首先要从结构上进行调整,以满足实践的需要,并跟上国际先进理论和立法的发展潮流。

同时,完全希望用一组严格的法律适用规则来一劳永逸地解决这一问题的想法也是不现实的。正因为如此,《戴西和莫里斯论冲突法》一方面试图对不当得利的各种情况进行分类,再根据其不同类型设计严格的法律适用规则;另一方面却对剩下的、无法归类的不当得利之债含糊其辞,难以自圆其说。如,第200条规则第2款C项规定:“若该债务是在其他情况下产生的,则其自体法为利益产生地所在国的法律”,但在其后的解释中又强调“有时适用损害发生地法更为适宜”。^[73]

那么,我们能否彻底抛弃传统的法律适用规则,完全依靠最密切联系原则来解决这一问题呢?不可否认,最密切联系原则具有灵活性等优点,用其代替传统的法律适用规则可以避免其僵化、呆板的缺陷。但是,它的这一优点也正是其缺点所在,最密切联系原则赋予法官较大的自由裁量权,易于导致主观随意性,从而会降低判决结果的确定性和可预见性。^[74]相比之下,传统的连结点通过长期的实践发展而来,其中包含着许多合理的东西,不能也不应该对之进行简单的否定。需要否定的只是其中不合理的东西,合理的东西仍要保留。也就是说,我们在利用最密切联系原则时,仍要以传统连结点作为基础,只不过分析的范围更广、更具综合性罢了。^[75]

可见,要设计出恰当的不当得利之法律适用规则,我们需要在两种结构中找到一种平衡,使其兼具确定性、可预见性和灵活性。从本质上说,这是由法律的内在特点决定的,正如达维(David)所说:“所有国家的法律制度存在并将永远存在两种司法要求间的矛盾:法律一方面需要具有确定性和可预见性,另一方面又必须具有灵活性,能够根据情况适当调整。”国际私法同样不可避免这种冲突与矛盾,还尤其受到这种矛盾的制约。^[76]

我们认为,设计一套含有若干具体规则、并辅以“弹性例外”的法律适用条款,可以最大限度地调和这两种矛盾,是解决日益复杂的不当得利法律适用问题的切实可行的方法。以下就是我们依据此原则和本文上面的研究设计的不当得利之债的法律适用规则,希望它能对民法典有关条款的制订起到借鉴作用。

1. 一般情况下,涉外不当得利之债的准据法按下列规定确定:

(1)不当得利当事人之间如果曾存在合同关系,且不当得利起因于该合同,则适用该合同的准据法,包括当事人自主选择的法律;

(2)不当得利当事人之间如果曾存在其他法律关系,且不当得利起因于该法律关系,则适用调整该法律关系的法律;

(3)如果不当得利涉及到不动产产权,或不当得利起因于不动产交易,则适用不动产所在地法;

(4)如果不当得利是在其他情况下产生的,其准据法为利益发生地所在国的法律。

2. 但是:

(1)在适用前款时,若案件明显地与其指定的法律联系并不密切,而与另一项法律的联系明显地更为密切,则适用该有更密切联系的法律;

[73] Collins (ed.), *supra* note 1, at 1498.

[74] 黄进主编:《国际私法》,法律出版社1999年版,第412页。

[75] 前引[29],肖永平书,第45页。

[76] 肖永平:《肖永平论冲突法》,武汉大学出版社2002年版,第131页。

(2)在适用前款第4项时,如利益发生地无法确定,则适用与不当得利之债有最密切联系的法律。

需要指出的是,第1款中的4项规则的排列顺序是有先后之分的,不可颠倒。它反映了各款所指向的准据法与不当得利之间的联系由强至弱不断递减。其中,第(1)至(3)项是将不当得利发生情况进行分类,再根据不同情况分别适用不同的准据法。这是一组相对严格的规则,只有在第2款规定的例外情况下才不适用。理由是:首先,这样一组规则可以保证支配不当得利之债的准据法与当事人的意愿相一致。而在当事人没有适用某种法律的意愿或期望时,可确保适用的法律与不当得利有最密切的联系。此外,这样一组规则还有不少实际好处,其中最重要的就是可以最大限度地减小因识别或定性不同而带来的难题。

鉴于不当得利之债的复杂性和多样性,不可能对其产生的所有情况一一分类,因此,将第(1)至(3)项以外的各种情形概括为“其他情况”,以确保灵活性。要给所谓的在“其他情况”下产生的不当得利制订合适的准据法并非易事,很可能会导致专断性的结果。考虑到与其他可能适用的准据法(如法院地法、不当得利起因行为发生地法、损害发生地法等)相比,利益发生地法的缺陷较少,且适用利益发生地法与不当得利法的本旨与功能一致,体现了不当得利法的特殊要求,并在大多数情况下符合最密切联系原则,我们主张在“其他情况”下适用利益发生地法。即便在少数情况下,利益发生地与案件没有密切联系,或其无法确定,也可由第2款的例外规则加以纠正。其实,设计第2款的目的就是在不影响确定性和可预见性的前提下,赋予法官一定的自由裁量权,以增加灵活性。

Abstract: Countries of the world have various legal systems about the unjust enrichment, which makes the conflicts of law about unjust enrichment projected increasingly in the international civil and commercial transactions. To guarantee the applicable law of the obligations of unjust enrichment to meet the wills of parties or to link most closely with the parties, and to reduce the difficulty resulting from the different recognitions, the applicable law of the unjust enrichment should be designed as follows in the sequence: the proper law of the contract when unjust enrichment origins from the contract; the proper law of the other legal relations when unjust enrichment origins from the other legal relations; the *lex situs* when unjust enrichment origins from real property; the domestic law of the country where benefits appear when unjust enrichment origins from the other situations.

Key words: unjust enrichment, application of law, applicable law
