

香港不当得利返还责任的一般构成要件探析

王栋

(中山大学法学院, 广东 广州 510275)

摘要: 迄今为止, 香港不当得利返还责任法的发展仍然十分依赖其他普通法域尤其是英国的已有判例和学术研究成果。以返还责任的一般构成要件理论为代表, 香港法院基本上采纳了英国学者 Peter Birks 提出的四要件说, 认为返还责任的构成需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、被告保有该利益不正当、被告没有可主张的抗辩事由四个要件, 并在对每一个要件进行分析时都会大量援引其他普通法域的判例。虽然香港具有本地特色的判决和研究成果并不多, 但是面对普通法上日益纷呈的判例和学说, 香港法院仍然结合自身情况进行了选择。

关键词: 不当得利返还责任; 一般构成要件; 非正当性

中图分类号: D923.3 **文献标识码:** A

一、前言

1997年7月1日中国政府对香港恢复行使主权后, 香港的民事法律制度仍然基本沿袭自普通法, 并未与大陆的民事法律制度接轨。如同其他普通法法域一样, 香港长期以来并不认可不当得利返还责任(以下统称返还责任)¹的独立地位, 传统上类比准合同进行处理, 直到1986年, 香港法院才在 *Professional Associates v Polytek Engineering Co Ltd & Anor* 案^[1]中援引 Goff 和 Jones 合著的《返还责任法》中的观点, 首次提出“返还责任是建立在不当得利原则的基础之上”^[2]。此后30年的时间, 返还责任制度在普通法系有了长足的发展, 以英国1991年作出的 *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* 一案判决^[3]为标志, 其独立性地位逐渐获得确认, 被誉为“与合同责任、侵权责任鼎立的债法第三支柱”^[4]。跟随整个普通法的发展趋势, 香港的返还责任制度在整个民事法律体系中也获得了一席之地, 但从整体来看, 返还责任制度在香港的发展相对滞后, 仍然十分依赖其他普通法法域尤其是英国的已有判例和学术研究成果。^[5]但是, 其他普通法法域关于返还责任的判例和学术发展本身呈现出日益纷呈的局面, 在解决同一问题时经常会有两种或多种不同的观点, 最典型的的就是关于返还责任构成要件中非正当性的分析, 到底是应该遵循传统的非正当性因素分析模式还是学者新近提出的基础缺失分析模式, 有着激烈的争论。对于这些问题, 香港法院是如何进行选择的?

本文选取返还责任制度中的基础理论——返还责任的一般构成要件为研究对象, 按照被告获得利益、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、被告没有可主张的抗辩事由四个要件逐一进行分析^[6], 指出香港法院对相关问题的基本态度, 以期对大陆与香港两地法律交流有所裨益。

¹ 关于不当得利与返还责任之间的关系, 普通法上曾有激烈的争论, 而英国著名学者 Peter Birks 的观点转向是这种激烈争论的集中体现。Peter Birks 在1985年出版的《返还责任法导论》中曾提出二者之间是一种完全对等关系; 但是进入21世纪后他又转而提出两者之间并非完全对应的关系, 返还责任是多因的, 并不只对应不当得利, 不能将二者混同, 这一观点引起不小的震动, 从普通法发展的现状上来看, 以返还责任为核心的概念体系仍然是一种主流的分析范式。相关问题因不属本文重点, 因此不再展开论述。

二、文献综述

普通法上, 返还责任的一般构成要件理论是 Peter Birks 在《返还责任法导论》(An Introduction to the law of Restitution) 一书中首先提出来的, 他认为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, 在每一个构成要件的分析上, Peter Birks 都提出了很多具有独创性的理论, 如对被告获得利益的价值衡量提出了主观性贬值方法, 对被告是否应当是原告的直接受益人提出了蛙跳规则理论等。该书于 1985 年出版之后, 四要件说在整个普通法域得到了广泛的采纳, 迄今为止仍然是主流的学说, 美国法学会在 2010 年出台的《返还责任和不当得利复述(第三版)》(Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment) 也采纳了四要件说。

2005 年, Peter Birks 在《不当得利(第二版)》(Unjust enrichment) 一书对以往的一些学术观点进行了重大改变, 这种改变集中在两点: 第一, 否定了以往认为不当得利和返还责任属完全对等的两个概念的观点, 转而提出返还责任是多因性的, 不当得利只是返还责任的发生原因之一; 第二, 虽然继续沿用了返还责任的四要件说, 但是在非正当性要件的分析上, 抛弃了传统的非正当性因素分析模式, 以大陆法(准确的讲是德国民法)中的无因模式为基础提出了基础缺失分析模式。该模式一经提出, 便在普通法域内引发强烈的争论, Andrew burrows、Tariq A Baloch 等人给予高度的评价, 认为该模式不仅优于非正当性因素分析模式, 还优于德国法上的无因模式; 但是 Niall R. Whitty、Lionel Smith、Thomas Krebs 对此给予了激烈的批判, 认为该模式与普通法上的经验主义传统是存在冲突的。

香港以不当得利返还责任为主题的第一本专著直至 2008 年才面世, 该书是 Yeung Clemence 完成的《香港的不当得利法》(The law of unjust enrichment in Hong Kong), 这也是目前香港本土唯一的一本不当得利专著。在很多学术观点上, 该书都直接援引 Peter Birks 的学说, 并对香港本土的判例初步进行了梳理。

大陆地区目前关于普通法上的返还责任制度研究仍然处于初步阶段, 在为数不多的研究成果中, 还有许多介绍不准确的地方, 如肖永平、霍政欣的《英美债法的第三支柱: 返还请求权法探析》中提到了普通法对被告所得利益的衡量采取主观性贬值标准, 但实际上主观性贬值只是 Peter Birks 个人提出的一种学说, 从判例法来看仍然采取客观和主观相结合的衡量方法。大陆地区目前尚无关于香港不当得利返还责任制度的专著和论文。

本文以香港返还责任的一般构成要件为研究对象, 在大陆地区尚属首次。同时, 鉴于英国 1997 年 7 月 1 日以前的判例仍然可作为香港民事法律的法律渊源, 英国 1997 年 7 月 1 日以后的判例以及其他普通法法域如美国、加拿大、澳大利亚等国家的判例形成对香港返还责任法律制度的有力支撑, 因此, 本文在对香港返还责任的一般构成要件进行分析时, 将其其他普通法法域的判例和学说一并予以纳入, 并借此澄清国内以往相关研究中的一些误区。

三、构成要件一: 被告获得利益

返还责任是以被告所得利益²为基础的责任, 因此, 被告获得利益是一个门槛性要件。返还责任法上的利益, 虽不必然要求具有交换价值, 但是本质上必须可以用金钱进行衡量,

² 在术语的使用上, 到底是利益(benefit)还是得利(enrichment), 有人认为利益(benefit)一词更优, 理由有二, 一是得利(enrichment)一词暗示被告对所得利益的主观心理状态是积极的, 排除了消极利益的情形, 但是消极利益纳入到返还责任的范围已经获得公认; 二是得利一词暗示利益限于有形利益, 排除了无形利益的情形, 而服务等无形利益纳入到返还责任的范围也已经获得了公认。本文认为, 两者之间的区别不大, 可以通用。See: Kit Barker, Ross Grantham, Unjust Enrichment, lexisNexis Butterworths, 2008. P 88. 以及 Graham Virgo, The principles of the law of Restitution, Oxford University Press, 2006, p62-64.

要么直接采取金钱的形式，要么可以转化为金钱的形式³。返还责任的发展史对利益形式的认可呈现出从金钱到非金钱、从积极利益到消极利益、从有形利益到无形利益等不断扩大延伸的趋势，当然，尽管利益的概念是开放性的，但是并不意味着它的发展是没有边界的，因为这一概念所涵盖的范围越大，返还责任法就会侵入其他私法领域，引起低效率的重叠，如利益的概念包括合同权利，那么合同法的大部分内容将被不当得利法所吸收，因此，返还责任法调整的“利益”范围仍然应当恪守其辅助性的地位界定。

尽管按照不同的标准可以进行多种划分，但是最主要的一种划分方式就是将利益分为金钱和土地、动产、服务等非金钱两种类型，这种划分在普通法上有着深远的历史^[7]，其最主要的区别仍然在于利益估值方面的难易程度。香港法院也采纳了这一分类。

（一）金钱

金钱是最没有争议也是最早被认可的利益形式，不仅因为金钱受领之诉是最早发展起来的返还之诉的诉讼形式，而且金钱的估值是最为简易的。英国的 Goff 法官在 *BP Exploration(Libya) Ltd v Hunt(No.2)*案中对此讲到“有必要牢牢记住依据金钱支付的返还和不涉及金钱支付的返还之间的区别。金钱是一种通行的交易中介，获得金钱，（意味着）获利就是不证自明的，（考虑到通货膨胀、境况变更和时间价值等因素）原告遭受的损失大致上与被告的得利是一致的，因此在计算应当返还的数额时没有任何困难。但是，对于这一论断却不能适用于其他利益形式如动产和服务。受利益的性质所限，服务不能复原，同样，在很多案件中动产也因为要么被消耗掉要么转让给他人也不能返还。因而，受益人最终获得利益的认定和估值是有争议的，这一类案件在认定返还责任是否成立时远比利益形式是金钱的案件复杂。”^[8]

（二）非金钱利益及其衡量标准

非金钱利益主要有财产、服务和债务清偿等几种形式，在这几种类型中，有人主张建议进一步予以细分，如将服务划分为能够创造衍生产品的服务和纯粹的服务^[9]，前者如对财产的添附，后者如娱乐服务，但是这种区分对司法实践的影响意义不大，并未为主流观点所采纳。非金钱利益类型之所以与金钱利益类型有重大区别，主要源于利益衡量标准的复杂性，对于这一问题，有客观衡量方法和主观衡量方法两种不同的方法。

1.客观衡量方法

客观衡量方法指的是依据理性人在同等情形下是否会为被告所得利益支付对价以及相应的市场价值来判断被告所得利益的价值。相比于主观性衡量方法，客观性衡量方法应当是首选的方法，理由在于：第一，从举证责任的分配来讲，原告首先依客观性的衡量标准来证明被告所得利益的价值，然后举证责任转移给被告，由被告依自己的主观标准对该利益的价值进行举证反驳，更为合理，如果一开始便要求原告依被告的主观标准证明被告的得利，实在是勉为其难；第二，即使依据主观性贬值，被告也应当首先说明该利益的客观价值，然后才能进行“贬值”，否则就没有“贬值”的基础。

2.主观衡量方法

主观衡量方法，又称主观性贬值（Subjective devaluation）^[10]，是 Peter Birks 最早提出来的，已有大量的判例予以采纳^[11]。所谓主观性贬值的衡量方法，并非按照市场价值或一个理性人的估值标准对所得利益进行衡量，而是按照受益人对所得利益价值的主观判断进行衡量。主观性贬值的衡量方法源自对个人自由选择的尊重，每个个体的偏好不同，因此对同

³ 对有关问题的争论， See: Graham Virgo, *The principles of the law of Restitution*, Oxford University Press, 2006, p64.

一利益的价值判断也有所不同,客观性的市场价值只能反映市场内多数人对该利益的需求程度,并不能代表受益人本人的态度。在自愿的交易如合同中,人们可以根据自己的意愿自由表达对利益的偏好和价值判断,但是在非自愿的交易中,人们缺乏自由选择和表达价值判断的机会,正如 **Pollock CB** 在 **Taylor v Laird** 案中的经典提问“一个人帮另外一个人清洁了鞋子,另外一个人除了穿上鞋子还能做什么呢?”^[12]如果要求按照市场标准来对利益的价值进行衡量,那么无异于强行将市场多数人的意愿强加于受益人个人身上,这与尊重自治的现代法律制度是背道而驰的,“法律强制人们承担的责任不能超出违背人们意愿的受益范围”^[13],因此,在被告没有自由选择机会的时候应当按照受益人本人对利益的个性化估值标准进行衡量。根据主观性贬值的理论基础,衍生出以下三方面的问题^[14]:第一,主观性的衡量标准,并不必然产生贬值的效果,同样可能会产生被告对利益的主观衡量价值超出市场价值的情形,对于一些不具备客观价值的标的,被告却视若珍宝^[15],那么在这种情形下,被告承担的责任范围是否可以超出客观市场价值的范围,对此,有人对此予以肯定,提出放弃“主观性贬值”的定义,转而采用“主观性重新估值(Subjective Revaluation)”^[16],大概可能因为举证方面存在的困难,这一观点并未得更多的支持;第二,如果严格适用主观性贬值,那么对于具有客观价值的利益,被告可能主观上完全排斥,从而使得抹杀掉其全部的客观价值,不可否认,主观性贬值在维护被告主体自治的同时,可能会造成对原告的不公,需要设定规则对主观性贬值带来的负面影响予以限定;第三,主观性贬值是根据被告的主观意愿对利益进行价值界定,并未考虑原告的主观意愿,其理由在于返还责任是以被告所得利益为基础确定的责任,而非以原告损失确定的责任,在判断被告所得利益时自然无需顾及原告的主观意愿。^[17]

如上所述,严格贯彻主观性贬值方法会造成对原告的不公,因此,应当对该方法予以限定,但是限定的范围不应当无限扩大,否则实际效果相当于消解该规则。从对个人自治的尊重出发,有两种情形应当排除主观性贬值的适用转而采用客观衡量方法,一种是有充分的证据表明被告主观上认可所得利益的价值,即“确凿无疑之利益(Incontrovertible benefit)”标准;一种是被告自己的行为表明放弃了自由选择权,“被告自主接受(freely accepted the enrichment)”标准,因此不能获得法律上对其个人偏好的保护。

第一,“确凿无疑之利益”标准,其含义是根据案件的具体情形可以推断出即使可以选择拒绝接受所得利益但也不会这样做,换句话说,被告已经确凿无疑地获得了利益。^[17]该标准最先由 **McLachlin** 法官在 **Regional Municipality of Peel v Her Majesty the Queen in Right of Canada** 案中提出来的,“一项没有异议的利益,是显而易见并且没有争议和猜测的利益。”^[18]判断一项利益是否是确凿无疑的,通常是一个事实判断问题,需要根据具体案情进行具体分析,但是,仍然可以从中总结出大致的参照标准,(1)预期将支出的必要费用。当被告的得利使其节省了必然支出的费用,因为这笔费用是被告必然支出的,因此,要求被告对此承担相应的责任,并不会侵犯被告的自治权。必要的费用支出又可区分为法律强制要求支出的费用和事实上必然会支出的费用,前者如加拿大最高法院作出的 **County of Carleton v City of Ottawa** 一案^[19],卡尔顿县政府以为一名穷人居住于本县境内,为其提供了膳食、住宿和基本医疗,嗣后发现该人实际应属于渥太华市政府管辖,于是起诉要求渥太华市政府返还期间所提供的费用,因为该笔费用是渥太华市政府在法律上必须承担的,因此构成确凿无疑的利益;后者属于尽管法律上没有强制支出该笔费用,但是如果原告不提供该利益的话,被告仍然会进行支出,如在 **Re Berkeley Applegate(Investment Consultants) Ltd** 案中,公司资产清理人对信托资产的管理被认为对投资人构成实质性的利益,“如果资产清理人不做这些工作的话,那么这些工作注定或者极有可能由其他人来做,因此相关的成本和费用应当由信托资产的投资人来承担。”^[20]除此之外,还有紧急情形中为未成年人、精神病人提供的救助。(2)没有返还在属性上容易返还的财产。如果利益的形式是有形财产,并且在性质上极易返还,但是被告没有返还,那么即使被告对该财产进行主观性贬值,也应当认为其确凿无疑获得了利益。(3)已经转化为金钱形式的利益。如在 **Greenwood v Bennett**

一案^[20]中，Bennett 是一名汽车零售商，将自己的一辆汽车送去修理，修理人在开车过程中遭遇了车祸，随后修理人将毁损的车辆卖给善意买受人 Harper，Harper 对该车进行了修理，并以分期付款的形式卖给一家理财公司。后来警车查获该车，并提出交互诉讼确认车辆的权属人，最后法院认为在众多涉案人中，该车所负担的权利包括 Bennett 享有的返还请求权和 Harper 享有的修理费用补偿权，一审法院认定 Harper 无权主张该费用补偿，一审后，Harper 提出上诉，在上诉过程中，Bennett 将该车出售，二审认定 Harper 可以就修理的费用获得补偿。(4) 可以转化为金钱形式的利益。对于可以转化为金钱形式但尚未实现的利益，是否能被认定为确凿无疑的利益仍有争议，一些判例已经显现对此予以肯定^[21]，但是如果只是因为该利益可转化为金钱形式，就认为被告已经获得利益，存在侵犯被告自治的潜在风险，因此，有人提出增加“被告确定将利益实现为金钱形式”这一附加条件。^[22]

第二，“被告主动接受”标准，即作为理性人，被告应当知道原告在提供利益时希望被告支付相应的对价，并有充分的机会拒绝原告提供该利益，但是被告并没有予以拒绝，实际上相当于被告已经主动接受了原告提供的利益，从另外一个角度讲，双方当事人形成了事实上的默示合同。^[23]最初，只有被告主动提出请求时，原告才可以获得救济，“被告主动接受”标准的提出，使得即使被告没有主动提出请求时，原告也可以获得救济，但是如果被告除了接受服务没有其他选择机会时，那么就不能认定为被告已经主动接受了原告提供的利益，从而不承担相应的责任。

四、构成要件二：该利益的获得以牺牲原告利益为代价

原告能够证明被告获利并不足以在返还之诉中获胜，还必须证明被告得利是以原告利益受损为代价而获得的，即要求证明被告的得利和原告的损失之间的关联性，该条是返还责任的必要但不充分的条件。在有些情形中，如错误付款的案例中，该要件的证明通常来讲是容易的，但是在其他一些情形中，尤其是原告因实施对被告的不法行为而得利的情形中，则会遇到很多问题，这些问题中，核心的两个问题是，第一，被告的得利是否应当直接从原告处获得，还是可以从原告以外的第三人处获得？即是否应当严格遵守原告和被告之间的相对性原则，还是可以突破相对性，实行“蛙跳规则 (Leapfrog rule)”^[24]。第二，被告的得利与原告损失之间是否应当完全对应。这两个问题之间又是相互关联、互为因果的。

(一) 被告是否应当局限于直接受益人？

相对性原则指的是只有当被告直接从原告处获得利益，原告才可以诉请被告返还所得利益；如果被告间接从第三人处获得利益，就不应对原告承担返还责任。蛙跳规则指的是虽然被告并未直接从原告处而是从第三人处获得利益，但是第三人是从原告处获得利益的，那么在满足其他要件的情形下，原告得以直接请求被告对所得利益承担返还责任。对于两者之间的冲突，普通法通说认为相对性是原则，蛙跳规则是例外^[25]；但是也有主张因为有善意购买、境况变更等抗辩事由的保障，蛙跳规则可以直接作为一般原则适用^[26]。

1. “蛙跳规则”例外说

该说认为，在返还之诉中，相对性原则是基本原则，其法理基础在于，原告之所享有的返还请求权是因为比被告保有得利更充分的正当性支撑，但是如果被告所得利益是从第三人处获得，要么是以第三人利益受损为代价，要么是合法地从第三人处获得，那么原告得以向被告主张返还请求权的正当性基础就减弱或丧失，如果允许原告突破相对性的约束，直接向被告主张返还责任，将极大地损害交易的安定性。但是，在极个别例外的情形中，原告可以突破相对性的约束，适用蛙跳规则。这几类情形包括：(1) 维护原告的财产权利。如果被告仍然对转让财产享有权利，那么可以向间接受益人起诉请求返还财产，如在 *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd* 案中，原告是一家律所，该律所的合伙人从律所挪用资金在被告处赌博，最

后原告直接向被告起诉请求返还所得赌资并获得支持。⁴ (2) 因不法行为产生的返还责任。如果被告所得利益因其不法行为而产生,那么原告只要能够证明被告所得利益与其实行的不法行为之间的因果关系即可,并不要求该利益与原告遭受的损失相对应。如被告作为管理层对原告公司负有忠实义务,与原告公司具有竞争关系的第三人给了被告一定的贿赂款,被告泄露了原告公司的商业秘密,导致原告遭受了重大损失,原告可以起诉被告直接承担返还责任。(3) 截取性收取 (Interceptive subtraction),即如果没有被告的干扰,原告将获得第三人所转让的利益,例如第三人向原告转让金钱,在原告受领之前,被告提前截取获得该笔款项,如果被告的获得的利益是以原告利益受损为代价的,那么应承担返还责任。^[27]该规则最大的意义在于可以减少多重诉讼的发生,使得“最终有权受领金钱的一方直接获得该笔款项”^[28]。截取性收取的成立需同时满足两个要件,第一,原告必须证明如果没有被告的干涉,自己最终将获得该利益,而且该利益的转让必须是第三人根据其与被告所签订的合同或其他情形依法所负的债务,即使原告能够证明第三人进行的利益转让虽非依法所负债务但原告仍确定获得,也不能构成截取性收取,如在 *Boyer v Dodsworth* 一案^[30]中,原告委派至索尔兹伯里市大教堂教堂司事办公室谋生,其并未从该办公室收取任何日常工资,但经常收取教堂参观者支付的参观费,后来被告侵占该办公室,在导游时代为收取游客的参观费,原告提起金钱受领之诉,要求被告在侵占办公室期间所获得的游客参观费,但该诉请未获得支持,因为法院认为这笔费用并非游客对原告所负的债务;第二,第三人对原告所负债务因被告的干预而免除。被告得利是否以原告利益受损为代价,取决于第三人对原告所负的债务是否已经免除,如果已经免除,那么被告的得利以原告利益受损为代价,但是如果第三人对原告所负债务没有免除,那么原告可以请求第三人继续履行债务,并不能说造成了原告利益的损失。

2. “蛙跳规则”一般原则说

该说认为,在不当得利中,相对性的严格要求是不正确的,相反,原告在没有规避合同相对方破产风险的前提下,可以直接向作为间接受益人的被告提起返还之诉,间接受益人因为可以获得强有力的抗辩的保护,并不会因为“蛙跳规则”处于不利的地位。具体理由在于:

(1) 返还责任的相对性起源于不当得利的默示合同理论,但该理论已经遭到了强有力的质疑。按照默示合同理论,返还责任属于法律上拟制的默示合同,合同法是严格贯彻相对性原则的,返还责任自然也应当严格贯彻相对性原则,但是默示合同理论已经遭到了质疑,不当得利原则成为返还责任的基础性原则,因此合同的相对性不能成为返还责任相对性的理由。其次,直接受益人的概念应当进行重新界定。一般将直接受益人界定为原告直接转让利益的受益人,直接受益人的得利源自原告,并与原告遭受的损失相对应。但是,直接受益人不应仅限于原告直接转让利益的情形,也应当包括因不法行为获得利益的情形,而且直接受益人所得利益并不必然与原告遭受的损失相对应,直接受益人的概念范围扩大后,原本被界定为属于蛙跳规则的情形将不再适用,如在截取性收取中,如果受益人所得利益是使用财产所产生的收益,那么这种收益应当认定为内涵于财产权利中,因此,相对于可能作为原告的财产权人来讲,受益人应当被界定为直接受益人,而非间接受益人。^[31] (2) 蛙跳规则可以使得原告获得更为有效的权利保护。有时,直接受益人因为受到法律的保护免于起诉或者因为资产状况不佳起诉的意义不大,此时,如果存在资产实力雄厚的间接受益人,原告可以获得更充分的救济。但是,前提必须是原告没有规避合同相对方破产的风险,如果合同初始有效,那么原告不能越过该合同提出诉请。^[32]最后,间接受益人可以获得强有力的抗辩事由的保护。一般来讲,原告可以对间接受益人起诉的理由通常要么是直接主张财产权,要么是主张“如果直接受益人没有以原告利益受损为代价而得利,间接受益人就不会获得该利益”,

⁴ [1991] 2 AC 5484, 虽然该案是公认的英国判例史上明确援引不当得利原则的第一宗判例,但是对于该判例的不同解读一直存在,很多学者认为本案中被告承担的责任并非真正建立在不当得利原则的基础之上,而是建立在维护原告财产权的基础之上。

但是无论哪种情形,间接受益人都可以主张善意购买的抗辩事由。即使间接受益人不能主张善意购买的抗辩事由,随着境况变更抗辩事由的发展完善,也可以后者为由进行抗辩。因此,大部分间接受益人并不会因为蛙跳规则受到影响,因此不会影响交易的安定性,可能最终受到影响的是非善意的受赠人,而这种情形毕竟是少数的。^[33]

3.香港法院的态度

香港法院对蛙跳规则持排斥态度,认为如果当事人之间存在有效的合同,则不允许实行蛙跳规则,如在 *Yew Sang Hong Ltd v Hong Kong Housing Authority* 案中, Burrell 法官指出“超出有效合同的蛙跳是不被允许的,任何人都不能起诉合同相对方的直接受益人。”^[34]在 *Greatworth Industrial Ltd v Sun Fook Kong Construction Ltd & Anor* 案中, Reyes 法官指出“如果第三人间接受益是因为原告和直接受益人之间签订的合同所造成的,那么相对性原则不允许原告跳过直接受益人、直接起诉间接受益人。”^[35]

(二) 被告得利与原告损失之间的对应关系

被告得利以原告利益受损为代价这一要件用来表明被告的得利反映了原告所遭受的损失。但是对于是否要求被告得利与原告损失之间完全对应,有两种不同的观点,一种认为没有必要完全对应,因为返还责任只关注被告得利,并不关心原告的损失,“以原告利益受损为代价”要件的功能也只是证明原告利益损失和被告得利之间存在因果关系,只要能够证明因果关系的成立即可,无需再要求两者之间完全对应。因此,即使当被告的得利超出原告的损失时,原告能够请求获得被告的所有得利。^[36]另外一种认为,返还之诉所认定的被告得利应当与原告遭受损失相对应,理由在于不当得利的理论基石是矫正正义,根据矫正正义理论,被告没有过错时仍然要承担返还责任,只能是因为被告得利反映了原告所遭受的损失,不当得利的目的并非在于去除被告的得利,而在于撤销存在缺陷的交易。^[37]

上述两种不同的观点的分歧很大程度上源于对损害的界定不同,前者对损害界定为事实意义上的,只有确定已经所有或占有的物质利益的丧失才能界定为损害,而后者认为损害是规范意义上,只要是可能是实现的财产权益的丧失都能够被界定为损害。抛开概念界定上的分歧,两种不同的观点基本上都认同被告是否应当就其得利承担责任,其本质在于该得利是非正当性的,即返还责任构成需要满足的第三个要件。

五、构成要件三:被告保有该利益具有非正当性

即使原告能够证明被告以自己利益受损为代价而获利,也不必然能够证明被告获得不当得利,因为“受益人在未支付对价的情形下获得某种利益,并不意味着受益人不当得利。”⁵除此之外,原告还需证明被告保有该利益具有非正当性。非正当性并非一个纯粹的道德评价问题,不仅依赖抽象的道德和政治价值,而且依赖案件本身,“非正当性(unjust)仅仅是表达所有因素的共同特征的概括性的词汇,当与得利(enrichment)连接起来,便可以产生返还责任。”^[38]关于非正当性的具体判断,普通法传统上采取非正当性因素的分析模式,但是从 Peter Briks 提出基础缺失的分析模式后,普通法国家和地区就应当采取哪种分析模式产生了激烈的争议,这种争议充分体现了法律全球化过程中普通法本身的坚持和困惑。香港

⁵《返还责任和不当得利复述(第三版)》对此还提出了若干释例,如释例 1: A 的发明申请了专利保护,专利保护期过后, B 对该专利进行商业开发利用,就所获得的商业利润无需对 A 承担返还责任。释例 2: A 对自己的财产进行修缮,使得邻近 B 的土地增值, B 因 A 的修缮获得额外的增值收益无需向 A 承担返还责任。释例 3: 读者通知出版商一本书遭到了剽窃抄袭,出版商向读者索取了更多的细节,一段时间后,读者得知出版商向侵权人提起侵权之诉,要求出版商支付所得赔偿的三分之一,被出版商拒绝了。读者随后向出版商提起返还之诉,法院认为双方当事人之间不存在任何合同关系或者其他信任关系,读者无权阻止出版商利用读者发现并自愿披露的信息,出版商没有获得不当得利,因此无需向读者承担返还责任。See: §2(3), Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment, Westlaw Delivery Summary Report for IP POOL.

法院迄今为止仍然遵循传统的非正当性因素分析模式。

（一）非正当性因素分析模式

所谓的非正当因素就是以法律之眼看使得被告得利非正当的因素，正是这些不正当因素使得为返还责任救济的获得提供了充分的理由，通过判断具体案情中是否具有非正当因素列表中的某一个或某几个因素，最终确定被告的得利是否具有非正当性。以原告向被告转让利益的意思表示是否有足够程度的瑕疵的角度来进行划分，产生返还责任的非正当性因素可划分为三类，包括原告可能根本未曾同意转让利益，如原告对利益的转让发生事实或法律上的认识错误；原告转让利益的意思表示受到损害，如胁迫、不当影响、精神不健全、交易上的不平等导致的显失公平；转让利益的意思表示附有条件而该条件未实现。除上述三种类型以外，要求返还的政策因素作为一种补充性的不正当因素，如紧急情形中为保护他人利益干涉他人事物。

（二）基础缺失分析模式

非正当性因素分析模式作为普通法上判断被告得利是否正当的一种主流分析模式，一直以来都未遇到强有力的挑战。但是从上世纪 90 年以后，长期以来一直坚持非正当因素分析模式的学术权威 Peter Birks，在对英国互惠交易系列判决总结的基础之上，在借鉴德国民法无因模式的基础上提出了“基础缺失”的分析模式，激起了人们对两种分析模式的激烈争论。所谓基础分析模式并没有完全抛弃非正当因素分析模式，而是在德国法的无因模式和普通法的非正当因素分析模式之间进行了有限的调和，构建了金字塔式的分析结构。在这个分析结构中，底层的是非正当性因素，包含意思表示不存在、意思表示受到损害及意思表示受到限制等所有种类的有瑕疵的意思表示以及导致利益转让无效性的所有其他原因，所有这些情形都可以通过中间层的“基础缺失”命题加以概括，形成金字塔的最高层，当得利缺乏解释基础时该项得利就是不正当的。

对于 Peter Birks 提出的基础缺失模式，支持论者认为该模式在普通法系的实用性和大陆法系的抽象性之间作出了完美的平衡，要优于非正当性因素分析模式。持该论者认为，非正当因素方式模式的优势是容易为一般理性人的智识所理解，普通人想获得返还就会说，“这是一个错误”，“我是被迫交出它”的，等等，然而，将“非正当性”的解读依赖产生返还责任的多种情形将会消解这一原则，不当得利将不再是一个统一的规范概念，只不过是多个案情形松散组合的标签，像侵权法一样是杂乱无章的堆积物。与之相反，多数情况下“基础缺失”这一检验标准的适用如外科手术般简洁，这是非正当因素模式所无法比拟的，后者要达到与基础缺失同样的简便效果，就必须对非正当因素不断地进行整合，而不断整合的结果就是越来越靠近基础缺失模式。^[39]

但是，基础缺失的分析模式同时引发了批判之声，反对的观点主要集中在以下几个方面：

（1）该模式不能体现普通法自由主义的价值取向。非正当性因素分析模式假设以他人为代价得利从表面上看是可以接受的，除非有理由证明得利可能是错误的，其反映的自由主义哲学是英美返还责任法的哲学基础；基础缺失分析模式建立在完全相反的假设基础之上，以他人为代价的得利在道德上不可取的，除非他能为自己的得利作出合理的解释。两种不同的道德观反映了不同时代不同社会背景下的不同价值观，相比之下，第一种更接近于现代社会对自由市场经济的价值观，这种价值观与个人主义的精神相一致，在 19 世纪达到巅峰，尽管在 20 世纪得到某种程度的修正，但迄今为止仍然是现代社会尤其是普通法系主导的价值观。“普通法对待不当得利问题的传统方式不是简单地实用性的，而是具有道德合理性的。基于自由主义的假设，把被告的得利能否通过适当的法律基础证明正当性作为一个主要的结构并没有体现出这样的道德意义。”^[40]

(2) 该模式混淆了积极和消极的正当事由, 导致逻辑上和举证责任分配的混乱。“所谓积极的正当理由指提供了责任成立基础的理由, 消极的正当理由清除了反对责任成立的理由”^[41]。在基础缺失分析模式中, 消极事由是诉讼分析结构的组成部分, 同时是诉因的起点和决定性因素, 得利的各种法律“基础”如有效合同或债务的存在是阻却被告承担责任的事由, 而非支持被告承担责任的事由, 只有在原告已经初步证明得利不当事由的情形中, 证明是否存在得利的基础在逻辑上才是有意义的。因此, 基础缺失模式实际上相当于用消极性的要件缺失来证明积极性的要件, 通过一个消极性的统治原则来调度多种返还责任的积极性事由之间的不协调性, 这样做不仅具有误导性, 而且在逻辑上是不协调的, 因为消极事由和积极事由可能会基于同一事实而共存, 但是, 消极性的正当理由并不是表达积极事由的更加抽象、更高位阶的方式, 消极形式的统治原则与构成道德和法律基础的积极性事由之间实际上是不兼容的, 尽管 Peter Birks 认为他的金字塔模式在大陆法系和英美法系之间形成了有限的调和, 但是这种结构中却存在某种深层次的矛盾, 在道德上由一系列积极的事由驱动, 但是却用另外一种完全不同的方式作出正式的解释。关键是, 这种逻辑上的不协调将直接导致举证责任分配的混乱。根据 Peter Birks 的理论构想, 由原告来证明被告的得利缺乏基础, 原告不自主地陷入证明体系的矛盾之中, 他必须证明没有理由阻止他的诉讼获得成功, 但是他不需要明确指出这个理由是什么。有人对此作出了形象的比喻, 认为这是“一种类似于政治竞选的推理方式, 某一政党为了获得投票支持, 不是想方设法证明为什么把票投给自己, 而是要把说明为什么不把票投给对手”^[42]。与基础缺失模式不同, 传统的非正当性因素分析模式对消极事由和积极事由两者之间的权衡考量分别融入到原告确认存在不正当因素或被告确认的各种抗辩事由之间, 因此对道德和法律正当性证明采取的基本立场更为兼容, 在表达和平衡法律运作时的考量因素时更为易懂、也更为协调, 与普通法自由主义的价值取向更为协调, 因为在剥夺被告的得利之前提供了明确的积极事由的要求, 而非要求被告对得利进行解释。⁶

(3) 该模式表现出来的抽象性与普通法的经验主义传统相冲突。大陆法尤其是德国法的处理方式固然体系严密、结构优雅, 但是基于法律历史、文化和知识发展的差异性, 并不适宜直接移植到普通法中。德国法通过在《民法典》中设计一般条款, 辅之以诸如“给付”等概念严格和统一的运用, 使得不当得利制度流畅地运行。德国法的推理方式是演绎推理式的, 逻辑分析的起点是一个宽泛的总则条款, 通过立法和学说进一步对其加以限制。但是, 普通法对法律体系作为一个整体的协调性并不自信, 认为过于抽象的法律概念体系容易导致困惑甚至扭曲, “术语是令人困惑的, 每一层含义都具有争议性, 使得问题的解决方式变得更加复杂, 有一种失去远景透视的风险。”^[43]因此通过弱抽象、没有被准确界定的“非正当因素”, 通过一个又一个案例的逐渐积累来扩展返还责任的情形, 更高层级的概念仅仅是作为组织的工具或是统摄下一层级概念的“伞概念”, 这些概念的规范功能是微弱的, 并不能决定特定案件中的结果, 只是用于辅助发展诸如错误、虚假陈述、不当影响等多种规则的细节, 并非像基础缺失模式中主张的那样所具有强大的支配意义。这个角度出发, 基础缺失模式不仅违背了普通法的规范分析的基本方向, 而且在过高的抽象层级上来形成诉因, 这样做的代价就是返还请求权的过分扩张。

(三) 香港法院对该问题的基本立场

⁶ 两种方式的对比可以通过错误认为合同有效并依据合同进行支付的案例进行阐明。在基础缺失模式中, 合同的无效性本身就能提供返还责任的基础。相反, 在传统的普通法模式中, 原告在享有诉讼救济之前必须证明合同的无效性, 但是这还不足以解决案件, 他还必须同时证明原因性的错误, 诉讼的成功必须同时证明返还的正当事由和被告保有得利的有效合同权利的缺失, 这两个相对对立的考量因素之间的权衡已经融入到案件的整体分析之中。

从其他普通法系法域对待基础缺失模式的态度来看，英国在互惠交易案之外，并没有更多的司法判例援引该模式；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）对该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。

就香港法院来说，尽管有法官在极个别判决中援引基础缺失分析模式⁷，但是基于整个香港法学界对大陆法系法律思维方式和法律处理方法一种较为排斥的态度，因此，仍然主要沿用传统的非正当性因素分析模式，并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，（1）受损意思表示的非正当性因素，包括主体不适格（Capacity）、忽视（Ignorance）、错误（Mistake）、胁迫（Duress）、不当影响（Undue influence）、显失公正（Unconscionability）、法律上的强制（Legal Compulsion）；（2）条件未满足意思表示的非正当因素，包括对价欠缺（Failure of Consideration）；（3）政策驱动的非正当性因素，包括非法性（Illegality）、公权力越权征收税费（Ultra Vires Demands by Public Authorities）、紧急救助（Necessity）等。^[44]

六、构成要件四：被告没有可主张的抗辩事由

返还责任的抗辩事由是指，能够推翻或者超出原告提起返还之诉的内在正当性，使得原告提起返还之诉的表面证据全部或者部分不能成立的事由，抗辩事由的分类反映了返还责任的前三个构成要件。

1. 基于否认利益存在的抗辩事由，主要指境况变更。境况变更，指善意受益人仅负返还其现存利益的责任，若得利已经灭失，则不必返还或者补偿相应的价额。

2. 基于否认原告利益受损的抗辩事由。当被告获得利益和原告利益受损之间的逻辑链条不清晰时，有两种情形被告可以对原告提出的返还之诉提出抗辩：一种是被告能证明他人而非自己是以原告利益受损为代价获利之人，另一种是被告的得利是以他人而非原告利益受损为代价。在第一种情形中，被告虽然承认自己从原告处受领了利益，但是主张这样做的目的是为了他人的利益，否认自己是适格的被告。第二种情形是指，被告主张他的收益非以牺牲原告利益为代价，通常证明在财产转让给被告之前，原告已经将得利转让给他人。

3. 基于对被告不公平的抗辩事由，包括善意取得、衡平不适格。（1）善意取得，普通法并没有将善意取得原则作为一项一般的抗辩事由，其基础在于所有权人的权利应优于无处分权人的处分行为，以及被告对财产的权利取决于而且不能超出转让人对财产的权利，这就是普通法上的法谚“一个人不能赋予他人自己没有的权利”，衡平法上的法谚“第一个对财产的享有权利的人，其权利优于法律”。但是，无论是普通法还是衡平法都发展出这一原则的例外情形，而且涉及金钱或者票据尤为如此，当受益人已经支付相应的对价，那么他对财产的权利将不再取决于转让人的权利，而从支付对价时重新产生，这项例外的产生源于16、17世纪的商事发展，如今已经成为现代商事交易的一项重要原则。（2）衡平不适格作为一条抗辩事由，有牢固的法理基础。普通法上有“违背道德之对价，不生诉权”和“双方当事人过失相等时，被告的地位更强”等法谚。因此，在原告主张返还责任请求权的案例中，若原告有不公正行为，被告得以此为由进行抗辩。

七、结论

通过上述论述和分析，本文得出的结论有：

⁷ 如 Cheung JA 在 Finance Ltd v Yuen Yi Wan & Anor [2006] HKEC 1425 的反对意见中，Bokhary PJ 在 Ying Ho Co Ltd & Ors v Secretary for Justice [2005] 1 HKLRD 135 的附属意见中，都采纳了基础缺失的分析模式。

1. 返还责任制度在香港的发展相对滞后, 具有本地特色的判决和研究成果并不多, 仍然十分依赖其他普通法法域尤其是英国的已有判例和学术研究成果, 但仍然根据自身的情况进行了有选择的继受。

2. 香港法院在对返还责任构成要件进行分析时采纳四要件说, 分别是: 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、被告没有可主张的抗辩事由。

3. 在“被告获得利益”的要件上, 根据利益估值难易程度不同, 将利益划分为金钱和非金钱两种主要类型, 其中, 非金钱利益的估值采取客观衡量和主观衡量相结合的方式。

4. 在“该利益以牺牲原告利益为代价而获得”的要件上, 严格要求被告是原告的直接受益人, 但并不要求原告损失和被告得利之间完全对应。

5. 在“被告保有该利益具有非正当性”的要件上, 仍然依循普通法传统的非正当性因素分析模式, 并未采纳以德国法无因模式为基础提出的基础缺失分析模式。

参考文献:

[1][1986] HKLR 20.

[2]Goff & Jones, The law of Restitution(2nd ed, Sweet & Maxwell,1978),3,30.

[3][1991] 2 AC 548.

[4] 肖永平、霍政. 英美债法的第三支柱: 返还请求权法探析[J],比较法研究 2006(3):45.

[5][6][44]Yeung Clemence, The law of unjust enrichment in Hong Kong, Hong Kong : LexisNexis, 2008.Foreword , 16-8, 191-458

[7]Gerard McMeel, The modern law of Restitution, Blackstone Press Limited.2000

[8] [1979] 1 WLR 783.

[9] [14] [15] [16] [17] [23] [26]Graham Virgo, The principles of the law of Restitution, Oxford University Press,2006,71-2,68-69, 88. 88-89, 75,81, 106-112.

[10] [38]Peter Birks, An Introduction to the law of Restitution,Clarendon,Oxford,1989,109-11,99.

[11] [28] Kit Barker, Ross Grantham , Unjust Enrichment, lexisNexis Butterworths,2008. 94,107

[12](1856)25 LJ EX 329.

[13]Falcke v Scottish Imperial Insurance Co,(1886) 34 Ch 234,238.

[18](1993)98 DLR(4th) 140,159.

[19] (1965)52 DLR(2nd) 220.

[20][1989] Ch 32,50(Edward Nugee QC)

[21] [1973] QB 195.

[22] Marston Constuction Co Ltd v Kigass Ltd,(1989)15 Con LR 116,129; McDonald v Coys of Kensington,[2004] EWCA Civ 47,[2004] 1 WLR 2775,2789.

[24][25] [32] [39] [英]Peter Birks,刘桥译.不当得利[M], 清华大学出版社,2012: 100, 100-101, 147-183

[27] [31] [33] [36]Peter Birks,At the expense of the Claimant: Direct and Indirect Enrichment in English Law Unjustified Enrichment : Key Issues in Comparative Perspective/edited by David Johnston and Reinhard Zimmermann. 493-525, 499-512. 515-525.

[29] Official Custodian for Charities v Mackey(No 2),[1985] 1 WLR 1308,1315.

[30](1796)6 TR 682 , 101 ER 770.

[34] [2007] HKEC 1699;affirmed on appeal in [2008] HKEC 544.

[35] [2006] HKC645;affirmed upon appeal in [2006] HKEC 2228.

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

[40][41][42]Responsibility for Gain:Unjust factors or absence of legal Ground? Starting Points in Unjust Enrichment Law, Stucture and Justification and Private Law,Essays for Peter Bir Ernest Weinrib , ks,Oxford and Portland,Oregon,2008. p57,58.

[43]Niall R. Whitty, Rationality, Nationality and the taxonomy of unjustified enrichment, Unjustified Enrichment:Key Issues in Comparative Perspective/edited by David Johnston and Reinhard Zimmermann.p662.

The study on the general elements of the liability to restitution in Hong Kong

WANG Dong

(School of Law in Sun Yat-Sen University, Guangdong Guangzhou 510275)

Abstract: So far, the development of the law of restitution in Hong Kong is still severely relied on other common law jurisprudence's cases and research. Represented by the general elements of the liability to restitution theory, Hong Kong's courts have adopted Peter Birks' viewpoints, holding that four general elements must be met to establish any of the restitution claims. First, the defendant must have received a benefit. Second, the benefit is gained at the expense of the plaintiff. Third, the benefit must be unjust in a defined, legal sense. Four, the defendant has no affirmative defense. Although in face of different cases and research in the common law, Hong Kong Courts make choices according to their own circumstances.

Key words: the liability to restitution; general elements; unjust enrichment

收稿日期: 2014-12-01

作者简介: 王栋(1984-), 男(汉族), 山西晋城人, 中山大学法学院博士研究生, 民商法专业。