

不法原因给付的困境与规则构建

杨 勇*

目次

一、问题的提出	对不法原因给付问题解决的启示
二、不法原因给付制度所面临的困境及现有解决路径	五、我国法中不法原因给付制度的教义学建构
三、不法原因给付困境的形成原因	六、结论
四、不法原因给付制度适用范围历史演变：	

摘要 不法原因给付不得返还的传统规则面临诸多困境：“不法即合法”、同为违法一方却额外获利、悖于规范目的。动态系统论回避问题真正解决方案，区分不当得利返还是否等同于承认合同有效，无法解释诸多例外情形，比例分担路径的实质仍是全部返还或否定返还。博弈论视角考察表明，不法原因给付的一般预防功能，主要在不法原因给付受领人尚未提出违法悖俗给付时发挥作用。罗马法中不法原因给付不得返还之规则适用于目的不达型返还之诉中，旨在阻止当事人于未来提出不法原因给付。由此所带来的启示在于，不法原因给付制度的一般预防功能应着眼于当事人尚未实施违法悖俗行为之时，在此基础上形成合理规则，在双方均已经提出给付时，应肯定各自返还请求权，在目的不达型不当得利案型中，若受领人尚未提出给付，应否定给付人的返还请求权。

关键词 违法悖俗 一般预防 不法原因给付 目的不达型返还之诉

一、问题的提出

传统理论认为，给付人基于不法原因而提出给付后，即便民事法律行为无效，也不得请求受领人返还所提出给付。最为典型的情形是，甲为维持与知晓自己已结婚的乙的婚外同居关系，向乙赠与一套房屋，并办理房屋所有权移转登记，后甲主张赠与合同因悖俗而无效，要求乙返还房屋，

* 清华大学法学院博士研究生。本文系 2022 年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“债法请求权框架下行政法债务关系理论研究”(项目编号：22YJCZH229)的阶段性研究成果。

法院确认赠与合同因违背公序良俗而无效,但认为甲基于不法原因而提出给付,判决不予支持甲对房屋的返还请求权。^{〔1〕}这一结果等同于承认甲乙赠与合同效力,并不合理。现代社会具有高度复杂性,面对日益复杂的社会生活,国家制定的成文法规范越来越多,其中部分规范意在介入私人自治领域,否定产生负外部性的民事法律行为效力,这意味着有更多民事法律行为的效力受到否定,不法原因给付问题愈发凸显。传统社会便已出现的雇凶杀人、贿赂法官实施不正当裁判,现代社会的人体器官买卖、代孕合同等等,均涉及不法原因给付问题。但《民法典》对于不法原因给付问题并未专门规定,可直接用以解决问题的规则为《民法典》第 157 条,只要民事法律行为无效,当事人便应返还各自所受领的给付。此种解释完全否定了不法原因给付不得返还的规则。既然前述为维持婚外同居关系进行给付的示例,表明了不法原因给付不得返还之规则并不合理,似乎《民法典》第 157 条废止不法原因给付不得返还的规则便具有正当性,这一立场在近年来的理论界也可寻找到支撑。^{〔2〕}然而,《民法典》第 157 条走向不法原因给付不得返还的反面又是否具有正当性?本文给出的是否定答案。在给付人为追求不法目的而向受领人提出给付时,受领人尚未实现给付人的不法目的,若《民法典》第 157 条赋予给付人以返还请求权,会更大程度地激励受领人实现给付人所追求的不法目的,^{〔3〕}例如,在人体器官买卖合同中,^{〔4〕}如果买受人已经给付价款,在尚未摘除器官的出卖人并不想出卖器官时,承认作为买受人的给付人的返还请求权,会更大程度激励出卖人实际履行器官买卖合同。此时否定给付人的返还请求权,便不会产生此种更大程度的激励效果。

上述问题不仅仅在私法中具有讨论价值,在公法中也有重要意义。刑法理论界普遍认为,私法构成刑法的前置法,不法原因给付可否返还是刑法中判定成立何种罪名的先决条件。私法中不法原因给付的问题,同时还需承担为刑法提供评价前提的功能。^{〔5〕}2022 年 11 月 4 日颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(以下简称《合同编通则解释征求意见稿》)第 25 条第 3 款将这一问题交由刑法、行政法等公法处理,忽略了私法与刑法、行政法等公法构成前置法与后置法的关系,^{〔6〕}不具有合理性。

有鉴于此,本文首先对传统的不法原因给付不得返还规则可能导致的问题进行梳理,明晰不法原因给付不得返还规则产生困境的成因,从给付人与受领人之间的博弈视角出发,阐发不法原因给付规则的构建应当着眼于如何最大限度地激励当事人在一次性博弈中,终止实施违法悖俗行为。其次,结合不法原因给付制度的私法史,明确不法原因给付制度在作为其源头的罗马法中,仅适用于为了将来实现某一不法目的而提出给付的情形,而德国法等比较法将其适用范围扩大,导致现今不法原因给付困境的出现,印证本文对于不法原因给付不得返还规则困境成因的分析。最后,明确提出本文所主张的解释论方案。

〔1〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究(3)》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 145 页。

〔2〕 参见叶名怡:《〈民法典〉第 157 条(法律行为无效之法律后果)评注》,载《法学家》2022 年第 1 期,第 178 页。

〔3〕 类似主张参见中山洋志「民法 708 条の適用範囲に関する一考察——第三者による不当利得返還請求を中心として」青森中央学院大学研究紀要 33 号(2020 年)30 頁。

〔4〕 参见《民法典》第 1007 条第 2 款。

〔5〕 参见王钢:《不法原因给付对于认定财产犯罪的影响——立足于财产概念与“非法”占有的考察》,载《法学家》2017 年第 3 期,第 131 页以下。

〔6〕 由于篇幅所限,本文不具体探讨刑法与私法之间具体如何衔接。

二、不法原因给付制度所面临的困境及现有解决路径

(一) 不法原因给付制度所面临的困境

第一,在双方均已提出给付时,意味着双方均无法请求对方返还所提出的给付,这将造成“不法即合法”的局面。例如,甲与乙为夫妻,丙在知道甲已婚的情况下,与甲保持同居关系,后甲为维持与丙的同居关系将自己部分个人财产赠与丙。甲死后,妻子乙提起诉讼,向法院请求确认赠与合同无效,要求丙返还所受领的甲的财产。该案中,若适用不法原因给付不得返还的规则,所形成的结果等同于承认遗赠协议有效,与《民法典》第1043条所规定的夫妻忠实义务发生冲突。^{〔7〕}

第二,在仅仅有一方提出不法原因给付,而受领人尚未提出对待给付时,若适用不法原因给付规则,导致的后果是同样具有违法性的受领人,却能在以牺牲具有不法性的给付人利益的基础上额外获利。^{〔8〕}例如,甲乙签订股权代持协议,约定甲向乙交付10万元人民币,由乙用于购买丁公司股票,同时甲乙约定,乙在购买股票前将会从政府获得股票交易信息,乙应据此信息购买股票。该案中,若适用不法原因给付规则,结果是款项受领人乙能够获得甲给付的款项,但甲乙签订股权代持协议的目的在于通过乙获得的内幕交易信息购入股票,甲乙的行为均存在违法性。实施具有违法性行为的乙在牺牲同为实施具有违法性行为的甲的利益基础之上额外获利。为避免上述结果,英国最高法院判例认为,乙不得对甲提出违法性抗辩,甲请求乙返还款项的诉讼请求应当得到支持,这一判决结果颠覆了英国法中违法性抗辩规则。^{〔9〕}此外,理论界指出,针对这一案型,还可能存在两种处理方式。首先,为避免受领人获得不应得的利益,可由国家没收受领人所受领的给付。^{〔10〕}但这一主张并不具有可操作性,因为在采取国家没收受领人所受领给付的模式下,不法原因给付人不存在任何动力诉至法院,最终所得到的结果与否认不法原因给付人的返还请求权并无实质性差异。^{〔11〕}其次,区分终局性给付与非终局性给付。德国法认为对于非终局性给付,应承认给付人的返还请求权,仅针对终局性给付,才存在适用不法原因给付规则的可能。该案中甲的给付为非终局性给付,因而不适用不法原因给付规则,甲可请求乙返还所受领的给付,^{〔12〕}我国理论界亦存在相似观点。^{〔13〕}

区分终局性给付与非终局性给付,看似能够解决问题,实则不然。首先,终局性给付同样可能存在应当返还的问题。自罗马法以来,就一直存在行为前悔改规则,即便给付人所提出的给付为终局性给付,但只要给付人在受领人实施违法悖俗行为前反悔,要求受领人终止实施违法或犯罪

〔7〕 参见何海波:《何以合法?——对“二奶继承案”的追问》,载《中外法学》2009年第3期,第442页。

〔8〕 Vgl. BGE 134 III 438 S. 445.

〔9〕 英国的违法性抗辩规则始于: See *Holmann v. Johnson* [1775], 98 Engl. Rep. 1120 (1. Cowp. 341).

〔10〕 我国部分法院即采纳此种处理模式,参见无锡市掌柜无线网络技术有限公司诉无锡嘉宝置业有限公司网络服务合同纠纷案,《最高人民法院公报》2015年第3期。

〔11〕 See Nils Jansen & Reinhard Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, p. 1923.

〔12〕 Vgl. Jakob Gleim, *Patel v. Mirza und die Illegality-Doktrin im Vergleich zum deutschen Recht*, ERPL 26 (2018), S. 237.我国司法实践判决无效合同中保证金返还的法院,并未区分采纳终局性给付与非终局性给付的概念,如饶国礼诉某物资供应站等房屋租赁合同纠纷案,最高人民法院指导案例170号(2019年)。

〔13〕 参见吴越、蒋平:《论股权代持违反强制性规定之效力》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2022年第2期,第217页。

行为,出于激励给付人终止实施违法悖俗行为的考量,允许给付人请求受领人返还所受领的给付。^[14] 其次,即便不考虑上述特殊场景,也存在其他终局性给付应返还的情形。在性交易服务中,女方所提供的为终局性给付,如果因为性交易服务无效而导致在女方实际为顾客提出给付的场合下,否认女方的返还请求权,实际上是法律在悖俗交易基础之上造成了更大的不正义。除了当事人签订的性交易服务合同所造成的负外部性以外,法律还带来了顾客背信的负外部性,如果承认女方的不当得利返还请求权,当事人所签订性交易服务合同的负外部性仍然存在,但消除了顾客背信的负外部性。对两种方案进行比较,在性交易服务合同的负外部性已经无法实际消除的背景下,肯定女方的不当得利返还请求权更为合理。^[15]

第三,在导致合同无效的法律或公序良俗的规范目的即在于保护不法原因给付人时,适用不法原因给付规则,恰会与规范目的相悖。以为维持婚外性关系而赠与财产为例,若适用不法原因给付规则,所产生的结果恰是保护了婚姻关系之外恶意(指知晓婚姻关系的存在)第三者的利益,与保护婚姻关系的公序良俗规范目的相悖。^[16] 比较法认为,适用不法原因给付不得返还规则,会导致法律规范目的落空时,应限制不法原因给付不得返还之规则的适用。^[17] 从《民法典》第154条观察,当事人恶意串通损害他人合法权益时,所签订的合同无效,这类合同中,往往是给付人与受领人约定由给付人将财产转移至受领人,以损害债权人等第三人的利益,合同创设了受领人保持沉默并不得背叛给付人的义务。若否认不法原因给付人返还请求权,将造成债权人等第三人利益永远受到损害的局面,与法律规范目的相冲突。^[18]

(二) 现有解决路径

1. 动态系统论的处理路径

理论界认为,在不法原因给付这一问题上,应根据法律规范的目的、违法性严重程度、当事人对于违法性的主观状态、得利内容等多种因素,衡量是否应承认给付人的返还请求权。《欧洲示范民法典草案》选择了此种路径,动态系统论将能否返还完全交由法院来进行个案决断。^[19] 《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,以下简称《九民纪要》)第32条及第33条在强调确定折价补偿范围时,也同样存在动态系统论的影子。

动态系统论,实际上是在立法者无法给出不法原因给付何时可返还、何时不可返还标准的背景下,做出的无奈选择。从行为规范角度观察,动态系统论无法使得当事人形成合理预期,导致不法原因给付制度的行为规范功能无从发挥,增加了法律适用的不确定性。^[20] 由此形成的进一步

[14] 关于行为前悔改规则的介绍, see Graham Virgo, *Patel v. Mirza: One Step Forward and Two Steps Back*, 22 (10) *Trusts & Trustees* 1090, 1091-1092 (2016); 我国理论界的主张, 参见张红:《信托关系之民法规制》, 载《法学家》2018年第5期, 第74页。

[15] 相似案件参见广西壮族自治区梧州市中级人民法院二审民事判决书, (2021)桂04民终825号。

[16] 其他案件如湖南省郴州市中级人民法院二审民事判决书, (2021)湘10民终2311号; 瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案, 最高人民法院指导案例33号(2012年)。

[17] 参见[美] E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第三版), 葛云松、丁春艳译, 中国政法大学出版社2004年版, 第345页。

[18] 比较法上的讨论, see Peter Birks, *Recovering Value Transferred under an Illegal Contract*, 1 (1) *Theoretical Inquiries in Law* 155, 175 (2000).

[19] See Law Commission, *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts: LCCP No 154* (1999); Law Commission, *The Illegality Defence in Tort: LCCP No 160* (2001); Law Commission, *The Illegality Defence: LCCP No 186* (2009); Law Commission, *The Illegality Defence: LC No 320* (2010).

[20] Vgl. Jakob Gleim (Fn.12), S. 240.

结果是,在无法确定是否构成不法原因给付时,当事人可能会选择拒绝从事相关交易活动,这可能会抑制违法悖俗交易的发生。^[21] 动态系统论暂时回避了问题的最终解决方案。尽管该方案极具吸引力,但不得不承认,动态系统论框架之下仍然蕴藏着形成清晰而明确规则的可能性,^[22]而一旦形成明确规则,动态系统论便不再具有适用空间。

2. 区分不当得利返还是否会形成等同于承认合同有效的结果

理论界认为,如果说在合同因违法悖俗而无效时,承认不法原因给付人的返还请求权,尚可将当事人所订立的违法悖俗无效合同,回复到当事人未订立违法悖俗合同时的状态,此时认可返还具有正当性。那么,如果承认不法原因给付人的返还请求权,不但不能使得当事人之间的财产关系回复到未订立违法悖俗合同之时的状态,反而形同承认违法悖俗合同有效,否认不法原因给付人返还请求权更为合理。^[23]

但上述立场未得到广泛支持。在日本一案例中,出借人明知借款人将借入资金用于走私活动,仍向原告出借资金,最高裁判所认为,虽出借人一方存在不法原因,但如果机械适用排除不法原因给付人返还请求权的规则,将导致借款人无需返还借款且可将借款继续用于违法活动,相较于出借人,借款人违法性更强,出借人违法性可忽略不计,应肯定出借人的本金返还请求权。^[24] 该观点在英国法中也可得到支持。^[25] 在德国法中,若消费借贷合同因满足暴利行为构成要件而无效,德国帝国法院曾长期排斥前述情况下出借人对借款的返还请求权。^[26] 但之后法院认为此种结果并不公正,在消费借贷合同中,出借人向借款人所提出给付并非出借资金本身,而是借款人在一定期限内对资金的使用利益,在借款期限届满后,出借人仍可请求借款人返还借款,^[27]只是否认出借人对于利息等资金使用利益的返还请求权。^[28] 我国部分法院亦认为,在符合《民间借贷司法解释》第13条第4项时,借款人应向出借人返还借款本金。^[29]

由此可见,根据承认返还请求权是否会形成等同于认可合同效力,来判断是否应支持或否认返还的路径并不可采。

3. 比例分担路径

按照《九民纪要》第32条,若合同因违法悖俗而无效,在确定财产返还或折价补偿范围时,应依诚实信用原则,在当事人间合理分配财产返还或折价补偿范围。理论界将此模式概括为比例分担模式,但比例分担只适用于股权代持合同违法无效的案件。理由在于,在股权代持合同中,针对

[21] 参见李爱平:《英美违法合同禁止返还规则的例外》,载《环球法律评论》2013年第6期,第106页。

[22] 参见胡学军:《民法典“动态系统论”对传统民事裁判方法的冲击》,载《法学》2021年第10期,第148页。

[23] 参见纪闻:《论违背公序良俗合同无效后的返还后果》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2020年第6期,第135页。

[24] 日本最高裁判所第三小法庭昭和29年8月31日昭和27(才)13民集第8卷8号1557页。

[25] 英国法中的相似案例,see *Holmann v. Johnson* [1775], 98 Engl. Rep. 1120 (1. Cowp. 341).

[26] Vgl. Peter Bufe, § 817 Satz 2 BGB, AcP 157 (1958-1959), S. 227.

[27] Vgl. Peter Bufe (Fn. 26), S. 228; 参见冯洁语:《论赌博借贷的民法教义学构造——以从赌博到赌博借贷的公私法体系透视为线索》,载《法律科学》2020年第4期,第147页;[德]梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第540页。

[28] Vgl. Lorenz, in: Staudingers Kommentar zum BGB, 15., neu bearbeitete Auflage, 2007, § 817 Rn. 12; RGZ 161, 52, 57; BGH NJW 1962, 1148; BGH WM 1977, 72 f; NJW 1983, 1420, 1422 f; NJW 1989, 3217; NJW 1993, 2108.

[29] 参见江苏省无锡市中级人民法院民事判决书,(2020)苏02民再9号(不过,该案中并未支持利息部分的诉讼请求)。

股权增值部分,法官无法具体区分哪部分是因代持人经营行为所致,哪部分又因代持人按照被代持人指示进行经营所致,最终只能由法院按照比例分担规则,判决代持人与被代持人按照一定比例分别享有股权增值利益。但在股权代持合同以外的违法悖俗无效合同中,例如不动产物权代持合同中,房屋因添附所形成的增值部分不难进行计算,此时不存在适用比例分担规则的空间。^[30]这种观点面临的问题在于:

首先,主张比例分担的学者将比例分担适用范围限于一定范围,对于股权代持合同以外的不法原因给付案件,并不适用该规则。其次,比例分担贯彻的也是全部返还模式,在代持人积极参与公司经营时,代持股权因此而增值。这种情形如同借名买房,出名人对房屋进行装修而导致房屋增值,出名人应当获得房屋的增值利益。^[31]在股权代持情形下,股权因代持人贯彻被代持人指示而产生的增值,同样应属于被代持人,而不属于代持人,因为代持人获得此部分利益并无法律上的原因。同理,股权因代持人自己参与公司经营而产生的增值,应属于代持人,此时从表面呈现的比例分担实质上为全部返还。

因此,针对不法原因给付问题,比例分担模式正当性的证明,实质上转化为了全部返还模式的证成。

综上,以上方案无法解决不法原因给付问题。

三、不法原因给付困境的形成原因

(一) 连续性交易中不法原因给付不得返还无法发挥一般预防功能

不法原因给付不得返还,建立在如下前提之上:合法有效合同之所以能得以履行,是因为在债务人不履行合同时,债权人可诉诸法院强制执行以保障合同的履行,但在因违法悖俗而无效的合同中,若债权人已提出给付,而债务人不履行合同,债权人将丧失来自法院的救济,若潜在的债权人事先预见到这一结果,将会避免订立违法悖俗的合同。^[32]然而,合同履行并不完全依赖于法院对合同的强制执行,也依赖于信誉等因素。^[33]法律和信誉是维持市场有序运行的两项基本机制,与法律相比,信誉机制是一种成本更低的机制。^[34]在因违法悖俗而无效的合同中,由于缺乏法院介入,当事人对合同的履行更多依赖于信誉等因素,由此可能会激励当事人通过合同的履行以获得相对人的信任。^[35]信誉等合同履行的激励可以通过连续性交易形成,这对不法原因给付的一般预防功能提出挑战。

若将当事人之间的合同或交易界定为博弈,从博弈论角度观察,一次性博弈与多次性博弈中

^[30] 参见吴至诚:《违法无效合同不当得利返还的比例分担——以股权代持为中心》,载《中外法学》2021年第3期,第620页。

^[31] 同上注,吴至诚文,第621页。理论界相似观点,参见叶名怡:《折价补偿与不当得利》,载《清华法学》2022年第3期,第52页脚注98。

^[32] See Adam Badawi, *Harm, Ambiguity, and the Regulation of Illegal Contracts*, 17 (2) *George Mason Law Review* 483, 491 (2009).

^[33] *Ibid.*

^[34] 参见张维迎:《信息、信任与法律》,三联书店2003年版,第29页。

^[35] 如我国司法实践通过驳回起诉的方式,将此类诉讼排除在法院审理案件范围之外,参见江苏省无锡市中级人民法院民事裁定书,(2014)锡民终字第0464号;江苏省阜宁县人民法院民事裁定书,(2016)苏0923民初2599号。

道德风险具有明显差异。^[36] 在一次性博弈中,当事人无需承担丧失与合同相对人后续交易机会的损失。在多次博弈中,当事人一方的违约行为,可能会导致自己丧失对方的信任,使得相对人此后不再与其订立合同。因此在多次博弈中,理性行动者往往会选择将短期收益出让给他人,而存储具有更大现值的长期收益。^[37] 在这两种不同的博弈类型中,违背诺言的当事人所遭受的损失具有显著差异。^[38] 从市场竞争过程观察,若受领人履行违法悖俗合同不符合合同约定,同时拒绝返还所受领给付,那么给付人在市场竞争过程中将会选择恪守信用的交易相对人,最终,不遵守合同约定的当事人将被排除于违法悖俗市场交易之外,这实现了对违法悖俗交易市场秩序的维护。在没有合同法的场景下,违约方不会被诉至法院。但即便如此,人们还是会签订并履行合同,因为从长远来看,市场会惩罚机会主义者,而奖励诚实信用者,^[39]不法原因给付规则在连续性交易中无法发挥一般预防功能。

尽管可能存在观点,以当事人间的信誉作为合同执行机制,并不足以否认不法原因给付不得返还规则的正当性。原因在于,法律同样是维持市场运行的最重要的两项机制之一,不法原因给付不得返还的规则至少使得当事人丧失法律这一合同执行机制,这有助于削减不法原因给付当事人间的信任,故而不法原因给付不得返还的规则仍存在其必要性。但这一观点并不可采:

首先,如果单纯从破坏当事人间信誉的角度观察,支持不法原因给付人的返还请求权同样可能破坏当事人间的信誉。在当事人双方均已经履行完毕合同后,若不法原因给付人反悔,请求受领人返还所受领的给付,实际上是对当事人间约定的背离,破坏了当事人间基于合同所建立的信任关系,^[40]同样具有与不法原因给付不得返还的传统规则相似的功能。其次,在重复博弈场景下,既然当事人间信誉机制对合同履行发挥至关重要的作用,那么法律所构建的不法原因给付不得返还的传统规则,发挥作用的空间将会极其有限。该传统规则适用场景主要是一次性交易,下文将具体探讨在一次性交易中,不法原因给付不得返还的传统规则,以及其是否可以发挥一般预防功能。

(二) 一次性交易中一般预防功能的错位

在一次性博弈场景中,若违法悖俗交易已经完成,一般预防说已经完全丧失发挥作用的空间。因为在当事人间的合同已履行完毕时,再无一般预防问题。所以,在一次性交易中,更为值得关注的场景在于:在当事人的违法悖俗交易中,合同尚未履行完毕,此时方才具有谈论一般预防功能的空间。^[41] 只有在合同尚未履行完毕时,通过不法原因给付的一般预防功能,激励当事人避免实施违法悖俗行为才具有可能。这也意味着,在当事人已经完成违法悖俗的交易时,其所欲实现的结

[36] 德国有学者从囚徒困境的视角分析不法原因给付问题,这表明本文从博弈论视角的分析也具有可行性。Vgl. Lars Klöhn, Die Konditionssperre gem. § 817 S.2 BGB beim beidseitigen Gesetzes-und Sittenverstoß: Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts, AcP 210 (2010), S. 8841 ff.

[37] 参见[美] 罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第191页。

[38] 参见[美] 詹姆斯·S. 科尔曼:《社会理论的基础(上)》,邓方译,社会科学文献出版社2008年版,第101页;见前注[34],张维迎书,第37—38页。

[39] 参见[德] 舍费尔、[德] 奥特:《民法的经济分析》,江清云、杜涛译,法律出版社2009年版,第382—383页。

[40] 关于支持返还和不支持返还的背信问题,参见许德风:《论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制》,载《清华法学》2016年第2期,第74页以下。

[41] Vgl. Koziol, in Kurzkomentarzum ABGB, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage, 2010, § 1174, S. 1361, Rn. 2.

果已经达成,不法原因给付制度已不存在适用空间,此时便不应以适用不法原因给付制度为由而否定当事人的返还请求权。

尽管可能有观点认为,在当事人已经完全按照合同约定履行违法悖俗合同时,当事人已不存在充分激励主张合同无效,进而要求相对人返还自己所提出给付。但这一观点不具备实证基础,例如在农村房屋买卖合同纠纷案中,在农民将房屋出卖至具有城市户籍的买受人时,当事人均已履行完毕合同。经过若干年,若宅基地之上房屋产生大幅增值,出卖人将会有充分激励提起诉讼确认买卖合同无效,并请求买受人返还房屋。^[42]在当事人双方均已履行完毕合同后,若一方提起返还之诉,要求受领人返还所受领给付,适用传统的不法原因给付不得返还规则将使返还请求权人的返还目的无法实现,似乎也可实现避免不法原因给付人订立违法悖俗合同、提出不法原因给付的目标,但这一解释并不合理:

一般预防目标旨在避免当事人订立违法悖俗的合同并提出不法原因给付,因而一般预防的观察时点为当事人提出不法原因给付之时。而在当事人提出不法原因给付时,并未预见到以后将要违背合同约定,主张受领人返还所受领的给付。否则,不法原因给付人便不会与受领人事先订立合同。既然不法原因给付人并未预见嗣后将要主张受领人返还所受领给付,在给付人要求返还阶段,否认给付人的返还请求权无法避免给付人提出不法原因给付。若将不法原因给付人返还请求权的剥夺界定为“损害”,显然不法原因给付人提出不法原因给付时无法预见“损害”后果发生。将这一“损害”分配给不法原因给付人承担,只能避免不法原因给付人在之后订立类似的合同、提出不法原因给付,但这并不符合一次性交易场景的预设。

(三) 连续性交易主体与一次性交易主体结合场景下不法原因给付的激励

相较于连续性交易,对一次性交易主体来讲,其更不易识别不法原因给付不得返还的传统规则给自身利益所带来的减损。^[43]若当事人一方为一次性交易主体,在提出给付之后,对方尚未提出给付,否定作为一次性交易主体的不法原因给付人的返还请求权,将会激励连续性交易主体与更多的一次性交易主体订立违法悖俗的合同。最为典型的场景是传销活动中的合同,对传销活动的发起人而言,他们构成连续性交易主体,由于传销活动的发起人目标在于尽可能多地吸纳成员加入传销组织之中,存在连续不断地与潜在的传销活动加入者订立合同的需求,构成连续性交易。而对受到传销活动发起人诱导加入传销活动的人而言,他们与传销组织只产生一次性交易,这一次交易仅体现为加入传销组织时与传销组织订立的合同。虽然参加者在之后仍会诱导其他主体加入传销,但此时参加者的身份已转变为传销组织成员,不宜认定参加者与传销组织之间存在连续性交易。若认为此种案中应适用不法原因给付不得返还之规则,给付人不得请求传销组织返还所给付价款,其结果是激励传销组织从事范围更广泛的传销活动。^[44]也正因此,从比较法视角观察,在传销案件中,通常认为不法原因给付人可要求受领人返还已受领的给付。^[45]

[42] 参见北京市第二中级人民法院民事判决书,(2007)二中民终字第13692号。

[43] Vgl. Lars Klöhn (Fn. 36), S. 830.

[44] 参见王钢:《不法原因给付与侵占罪》,载《中外法学》2016年第4期,第940—941页。

[45] Vgl. Oberster Gerichtshof Wien, Urteil vom 13. März 1996 - 5 Ob 506/96 -, juris. 可能有观点认为,受诱导加入传销活动的主体为受害人,其并非基于不法原因而提出给付,这一问题的回应可参见重庆市第二中级人民法院民事判决书,(2017)渝02民终154号;广东省中山市中级人民法院民事判决书,(2016)粤20民终114号;vgl. Michael Martinek, Schenkkreise und Konditionssperre Ein Lehrstück zur Regelung des § 817S.2 BGB als einer “integrierten Ausgleichsnorm”, Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 174.

四、不法原因给付制度适用范围历史演变： 对不法原因给付问题解决的启示

以下结合不法原因给付制度的历史演变,进一步说明一般预防功能应主要作用于受领人尚未实施违法悖俗行为场合。

(一) 不法原因给付制度的源头

同现代私法存在差异,罗马法并未采纳合同自由原则,而奉行合同类型法定原则,仅承认有限几种类型的合同。^[46]只有在当事人所约定义务属于法律承认的合同内容时,请求权才具有可诉性。在所约定的义务并不属于法律承认的合同内容时,无法请求相对人履行所约定义务,若一方先提出给付,而另一方在受领给付后,并未提出对待给付,先提出给付的一方可以给付目的未能实现为由,请求受领人返还给付,^[47]以促使受领人提出对待给付,^[48]这构成近现代民法中目的不达型不当得利的源头。罗马法中目的不达型返还之诉,很大程度上是为填补合同类型有限的问题。在给付人提出给付的目的未能得到实现时,赋予给付人提起返还之诉的权利,间接督促受领人实现给付人提出给付所追求的目的,^[49]而在给付人的给付目的已经实现的场合下,给付人便不得请求受领人返还已经受领的给付。^[50]

但对目的不达型返还之诉而言,却存在例外,主要体现在目的不达型返还之诉中,给付人可否请求受领人返还所提出给付与给付目的是否实现直接相关,若提出给付的目的违法或违反道德,给付人可否请求受领人返还所受领给付与给付目的是否实现无关。目的违法或违反道德主要存在三种情况。其一,受领人存在违法性,给付人并不存在;其二,给付人存在违法性,而受领人不存在;其三,给付人、受领人均存在违法性。虽然这三种情形下给付返还均与给付目的是否得到实现无关,但三种情形分别对应不同处理规则。其一,违法性仅存于受领人时,无论给付目的是否已得到实现,给付人均可请求受领人返还所受领给付,例如,给付人向受领人提出给付,以避免受领人犯罪,此时,在给付人给付目的并未实现时,按目的不达型返还之诉一般规则,给付人可请求受领人返还所受领给付,而在给付人给付目的已实现时,例如受领人并未实施犯罪行为,给付人仍可请求受领人返还所受领给付。^[51]其二,违法性仅存于给付人时,给付人不得请求受领人返还所受领给付,典型例子是妓女提供性服务的合同,罗马法认为,妓女受领金钱并不违反道德,^[52]因此妓女在受领价款后,可保有所受领金钱,给付人不得请求妓女返还价款。其三,违法性存于给付人和受

[46] 参见[德] 马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第403—404页。

[47] 以物易物即为一类较为典型的情形,参见[意] 彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第384页以下。

[48] Vgl. Heinrich Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S. 74.

[49] 在某种意义上,罗马法中的目的不达型返还之诉具有与现代法中合同解除类似的功能。

[50] 参见陈自强:《从返还诉权到一般不当得利请求权》,载《月旦法学杂志》第309期(2021年),第171页。

[51] Vgl. Honsell (Fn. 48), S. 83; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd, First Edition 1990, Reprinted 1992, p. 845.

[52] See E. Sabbath, *Denial of Restitution in Unlawful Transactions—A Study in Comparative Law: With Special Reference to English and French Law*, 8 (4) *International and Comparative Law Quarterly* 689, 693 (1959).

领人,如给付人向法官提出给付,促使法官做出不公正裁判,^[53]此时适用的规则是双方均存在不法时,占有人优先(In pari turpitudine melior est causa possidentis),^[54]即双方均不值得保护时,法官倾向于维持现状,不为任何一方提供救济。^[55]

(二) 后世对不法原因给付制度的继受

罗马法中违法性仅存于给付人时的规则,在英美法系和大陆法系中得以承继,且其适用范围已不局限于目的不达型返还之诉下的不法或不道德给付返还之诉。^[56]英国法最初未继受罗马法的不法原因给付制度,^[57]直到1760年,Smith v. Bromley案后法院才开始适用这一规则。^[58]《德国民法典》继受了不法原因给付制度,并使得不法原因给付制度不单纯适用于目的不达型的不当得利中,还适用于合同因违法悖俗无效而产生的其他不当得利返还请求权案件。^[59]

《德累斯顿债法草案》对《德国民法典》编纂产生重要影响,《德累斯顿债法部分草案》第18—20条延续罗马法,将不法原因给付规则限制在给付人为了将来实现某一结果的场合。《德累斯顿债法草案》几乎原封不动地将《德累斯顿债法部分草案》中关于不法原因给付的部分纳入。^[60]《德国民法典第一草案》起草者却无意识偏离了《德累斯顿债法部分草案》第18—20条,使得不法原因给付规则可以适用在为了过去原因而提出给付的场合。《德国民法典第二草案》创设了类似于《德国民法典》第812条的不当得利一般条款,并在该一般条款下,将不法原因给付规则扩张到所有因违法悖俗而无效的不当得利返还,最终影响了如今对《德国民法典》第817条的解释。^[61]

虽然两大法系都不约而同承认不法原因给付规则,认为在给付人基于不法原因而提出给付时,应否定给付人的返还请求权。但从比较法观察,较为例外的为《奥地利普通民法典》第1174条第1款。按该款,给付人为作成一项不可能或不合法的行为提出给付时,不法原因给付人不得请求受领人返还所受领给付。如果说以《德国民法典》第817条第2句为代表的非法原因给付模式,已偏离罗马法传统,那么《奥地利普通民法典》第1174条第1款就是对罗马法传统的坚持。依第1174条第1款,仅当不法原因给付人提出给付是为实施一项不合法行为时,方才否定返还请求权,

[53] See Marek Sobczyk, *Irrevocability of Performance Rendered for Mutually Illegal or Immoral Purpose in Roman Law, German Law, and English Law*, 19 (1) Comparative Law Review 50, 53–57 (2015).

[54] 参见磯村保「不法原因給付に関する一つの覚書: 貸借型契約無効の場合を中心として」神戸法学年報2号(1986年)126頁。

[55] 有关罗马法中的不法原因给付规定,参见《学说汇纂(第十二卷)请求返还之诉》,翟远见译,〔意〕纪蔚民校,第129页以下;vgl. Barbara Dauner, Der Kondiktionsausschluss gemäss § 817 Satz 2 BGB—Aktuelle Tendenzen im Bereich der Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, Juristen Zeitung 35 (1980), S. 501.

[56] See Holmann v. Johnson [1775], 98 Engl. Rep. 1120 (1. Cowp. 341); Jansen & Zimmermann, *supra* note [11], at 1922–1923; 见前注[17], 范斯沃思书,第321页。

[57] See Sobczyk, *supra* note [53], at 67.

[58] Ibid.

[59] Vgl. Lorenz (Fn. 28), Rn. 2; Wolfgang Fikentscher und Andreas Heinemann, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 12., völlig neu bearbeitete Auflage, 2022, S. 904, Rn. 1463; Heinrich Honsell, Die Rechtsgeschichte und ihre Bedeutung für die Privatrechtsdogmatik, Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 22; Sonja Dieckmann, § 817 S. 2 BGB als Fall zurechenbarer Vermögensentscheidung, AcP 221 (2021), S. 816.

[60] Vgl. Honsell (Fn. 48), 1974, S. 98; Lorenz (Fn. 28), Rn. 1.

[61] Vgl. Lorenz (Fn. 28), Rn. 2.

奥地利法中不法原因给付不得返还适用范围相较于德国法更窄。^[62] 此外,虽然《瑞士债务法》第 66 条关于不法原因给付的规定与德国法存在相似性,但瑞士联邦最高法院开始倾向于采取与《奥地利普通民法典》第 1174 条第 1 款相同的立场,且这一立场更为符合《瑞士债务法》第 66 条的文义解释。^[63] 罗马法关于不法原因给付的规定在当代法中仍可寻找到踪迹。

(三) 罗马法对不法原因给付制度构建的启示

从罗马法来看,给付人所追求的违法目的尚未实现时,通过否定给付人的返还请求权,能够激励受领人终止实施违法活动。例如,甲乙签订委托杀人合同,由甲向乙支付价金,乙为甲杀害第三人丙。甲向乙给付价金后,如果在乙尚未实际实施杀人行为时承认甲的不当得利返还请求权,将会激励乙实施杀人行为。因在甲的目的并未达成时,甲可随时要求乙返还不当得利。然而,若否认甲的不当得利请求权,意味着乙在面对该委托杀人合同时,存在两项选择,其一,实施杀人行为,此时乙构成犯罪既遂,将面临受到更严厉的刑事追诉的可能;其二,不实施杀人行为,至多构成犯罪中止,乙不会面临受到更严厉刑事追诉的可能。两相比较,乙存在更大激励以拒绝实施杀人行为。^[64] 此种解释可印证前文一般预防功能仅在不法原因给付受领人尚未提出对待给付时才有意义的结论。

《民法典》未就目的不达型不当得利专门规定,^[65]而目的不达型返还之诉也存在历史背景。罗马法未承认合同自由原则,目的不达型返还之诉在某种程度上解决了合同类型法定所带来的问题。但现代法广泛承认了合同自由原则,似已不存在目的不达型不当得利的适用空间。^[66] 既然不法或不道德给付的返还之诉在罗马法中为目的不达型返还之诉的特别法,似乎也意味着在现代法中就不存在不法原因给付不得返还规则的适用可能。本文并不认同这一立场。尽管现代法中合同自由已取代罗马法中合同类型法定,但罗马法在目的不达型返还之诉中排除不法原因给付返还,以避免不法原因给付返还成为督促受领人实现给付人的给付目的的考量,对现代法仍具参考价值。

需予以声明,对罗马法史考察与还原,并不意味在现代法中要完全按照罗马法中的制度建构不法原因给付规则。直接原因在于,罗马法与现代法所处的法律背景存在较大不同,这正是为何有学者认为,现代法中已无目的不达型不当得利的存在空间。^[67]

本文无意在这一问题上做过多阐释,只是想把握罗马法不法原因给付制度的精神上,对于如今陷入困境的不法原因给付制度进行改造。立基于此,罗马法需借助于目的不达型返还之诉解决的问题,现如今很大程度上已经能够借助于合同解除制度得到解决。如果说目的不达型返还之诉为激励受领人提出给付的制度,那么,在现代法中,激励受领人履行债务的则为合同解除制度。从功能主义视角出发,合同解除与目的不达型返还之诉都发挥着督促相对人提出给付的作用。不法原因给付制度之所以能够发挥作用,也在于其能够在目的不达型返还之诉中激励受领人避免实

[62] Vgl. Lorenz, in: Staudingers Kommentar zum BGB, 15., neu bearbeitete Auflage, 2007, Vorbem zu § § 812 ff., Rn.7.

[63] Vgl. BGE 134 III 438 S. 445; vgl. Heinrich Honsell Fn (59), S. 23.

[64] 穗积陈重即采取了此种论证思路,见前注[3],中山洋志文,第 30 页。

[65] 理论界的区分,参见王泽鉴:《不当得利类型论与不当得利法的发展——建构一个可操作的规范模式(上)》,载《甘肃政法大学学报》2015 年第 5 期,第 10 页。

[66] 参见刘昭辰:《不当得利》,五南图书出版股份有限公司 2012 年版,第 50 页;陈自强:《给付目的不达不当得利》,载《台大法学论丛》第 51 卷第 2 期(2022 年),第 412 页以下。

[67] 见前注[66],陈自强文,第 412 页以下。

施违法或不道德行为。尽管现代法中目的不达型返还之诉可能并无立足之地,但作为目的不达型返还之诉的后继者仍然在发挥其督促债务人提出给付的功能。从功能主义视角出发,不法原因给付之诉也仍存在适用空间。

由此,在现代法中,针对不法原因给付问题,更为合理的处理方式是将不法原因给付不得返还的规则限定于类似目的不达型不当得利返还的案件中,^[68]而这将排除不法原因给付规则在基于清偿等原因而提出的给付之案型中的适用。

五、我国法中不法原因给付制度的教义学建构

明确一般预防功能主要在受领人未实施违法悖俗行为场景发挥作用时,下文将针对如何构建具体的不法原因给付规则展开讨论。

(一) 具体规则展开

首先,按本文的解释框架,之所以认为在目的不达型不当得利返还之诉中,应否认不法原因给付人的返还请求权,是为了发挥一般预防功能。而当不法原因给付人自动终止违法悖俗行为时,便不再需要通过否认给付人的返还请求权以实现一般预防功能,此时可承认给付人对不法原因给付的返还请求权。

其次,若将不法原因给付制度适用范围限缩于类似目的不达型不当得利的案件中,意味着不法原因给付制度并不适用于受领人在实施违法悖俗行为之后,给付人再向受领人提出给付的情形。^[69]《奥地利普通民法典》第 1174 条第 1 款规定:“任何人为作成一项不可能或不合法的行为而给付者,不得请求返还。是否应由国库没收,由政治性法令规定之。他人意图实施违法悖俗行为,为阻止该行为而为之给付,得请求返还。”^[70]通说认为,该款规范对象并不包括事后之给付。^[71]值得注意的是,若以罗马法中不法原因给付作为源头,并在此基础上对现代法中不法原因给付规则进行改造,所得到的结论是,给付人和受领人均存在不法性时,双方均不应返还各自所受领的给付,即使在受领人已实施违法悖俗行为时也是如此,这同样会产生“不法即合法”的局面。^[72] 本文认为,在双方均已提出给付时,之所以罗马法仍否定不法原因给付人的返还请求权,主要原因在于,按罗马法目的不达型返还之诉的一般规则,在给付人的给付目的已经实现时,应否认给付人请求受领人返还所受领给付的权利。在给付人和受领人均存在违法性时,若允许给付人请求受领人返还所受领给付,反而在一般规则之外对不法原因给付人提供优待,这在当时罗马法背景下并不合理,但在现代法中,这一问题并不突出,在双方当事人均已经提出不法原因给付时,仍应当承认不法原因给付人的返还请求权。^[73]

有疑问的是,在给付人和受领人均已提出不法原因给付时,若适用返还规则,给付人和受领人均可请求相对方返还所受领的给付,而当事人所提出的给付无法原物返还时,仅产生折价补偿义务。在双方所提出给付的价额相等的范围内,经由抵销可产生无需返还的法律后果,这与

[68] 笔者认为可适用的案型,参见上海市第一中级人民法院民事判决书,(2020)沪 01 民终 4321 号。

[69] Vgl. Heinrich Honsell (Fn. 48), 1974, S. 147 ff.

[70] 《奥地利普通民法典》,戴永盛译,中国政法大学出版社 2016 年版,第 225 页。

[71] Vgl. Heinrich Honsell (Fn. 48), 1974, S. 148.

[72] 参见重庆市第五中级人民法院民事判决书,(2021)渝 05 民终 9235 号(但对于本案,能否认定为基于不法原因而提出给付,个人持保留意见和否定态度)。

[73] 参见河北省石家庄市中级人民法院二审民事判决书,(2020)冀 01 民终 2289 号。

承认合同有效并不存在实质性差异。本文认为,这属于折价补偿标准确定问题,以委托杀人合同为例,受托人若实施杀人行为,意味着已经向给付人提出给付,但这一给付的价额补偿标准为0,因而将会产生给付人可请求受托人返还款项,而受托人无法请求给付人进行折价补偿的情形。^[74]

再次,从目的不达型不当得利的源流观察,其发挥着间接督促受领人履行向给付人所承诺义务的功能。而在给付目的不道德或者不法时,之所以排除给付人的返还请求权,也在于避免返还请求权激励受领人实施违反法律或道德的行为。由此所推导出来的结论是,如果受领人根本不可能实施违反法律或道德的行为,那么,通过否认给付人的返还请求权以实现避免受领人实施违反法律或道德的行为的考量即不存在,此时,也应承认给付人的返还请求权。

英国的 *Patel v. Mirza* 一案即为典型。^[75] 在该案中,Patel 向上诉人 Mirza 给付了 62 000 英镑款项,支付款项的目的是让 Mirza 获得有关即将发布的政府公告的内部信息,这将影响股票的价格。Mirza 对政府公告的期望被证明是错误的。但 Mirza 拒绝返还 Patel 所支付的款项。为了要求 Mirza 返还所支付的款项,Patel 必须证明该案中缺乏对价,而对价的缺乏建立在款项支付目的违反了《1993 年英国刑事司法法》的基础之上。该法规定,任何人借助内幕信息进行证券交易或密谋进行证券交易,都属于刑事犯罪。在一审程序中,法院认为此案应适用不法原因给付规则,未予支持 Patel 的返还请求。在 Patel 向上诉法院提出上诉后,一审判决被推翻。^[76] 上诉法院法官一致认为,当事人并没有因该计划而被起诉,应支持 Patel 的返还请求权。^[77] 后 Mirza 上诉至英国最高法院,英国最高法院驳回了 Mirza 的上诉。^[78] 在 *Patel v. Mirza* 这一案件中,由于 Mirza 对政府公告的期望被证明是错误的,泄露内幕交易信息自始即不可能完成,无法通过否认给付人的返还请求权,以实现激励受领人终止实施违法或悖俗行为的目的,因而应支持给付人请求受领人返还已受领款项的主张。^[79]

由上述规则能够进一步推导的结论是,在受领人对给付人实施欺诈,以使得不法原因给付人提出给付的场合下,若给付人提出给付的目的自始即不可能达成,法院也应支持不法原因给付人的返还请求权。^[80]

复次,不法原因仅存于给付人一方时,应否认给付人的返还请求权。^[81] 此时仅是不法原因给付人实施了违法悖俗行为,只能从不法原因给付人一方考察如何激励其避免实施违法悖俗行为。合理的规则是否定不法原因给付人的返还请求权,例外仅存于不法原因给付人主动终止实施违法

[74] See Jeroen M. J. Chorus, *Illegality and Restitution*, 14 (3) *European Review of Private Law* 437, 451 (2006); 陈自强:《不法原因给付》,载《月旦法学杂志》总第 311 号(2021 年),第 144 页。

[75] Supreme Court of the United Kingdom (UKSC) 20 July 2016, *Patel v. Mirza*, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0218-judgment.pdf>.

[76] See Obiora Ezike, John Macleod, *Restitution Under an Illegal Contract: A Scots Law Perspective on Patel v. Mirza*, 26 (2) *European Review of Private Law* 273, 274-275 (2018).

[77] See CA 29 July 2014, *Patel v. Mirza* [2014] EWCA Civ, p 1047 = [2015] Ch, p (271) at paras 43-46, per Rimer LJ, paras 95-98, per Gloster LJ, paras 113-118; Ezike & Macleod, *supra* note [76], at 274-275.

[78] 我国理论界对该案的关注,可见前注[30],吴至诚文,第 616 页以下。

[79] See Supreme Court of the United Kingdom (UKSC) 20 July 2016, *Patel v. Mirza*, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0218-judgment.pdf>; Anthony Grabner, *Illegality and Restitution Explained by the Supreme Court*, 76 (1) *Cambridge Law Journal* 18, 19 (2017).

[80] 这与比较法上的处理模式也具有一致性。见前注[21],李爱平文,第 109 页。

[81] 参见广西壮族自治区贵港市中级人民法院二审民事判决书,(2020)桂 08 民终 3143 号。

悖俗行为时。因为只有通过这样的规则设计,才能更有效地激励不法原因给付人终止实施违法悖俗行为。当不法原因仅存于不法原因给付人时,若支持不法原因给付人的返还请求权,受领人在与不法原因给付人订立合同时,必须审查该交易是否建立在不法原因基础之上,受领人可能要耗费极大成本。最典型的案例是配偶一方基于与第三人的婚外性关系而赠与第三人财产,第三人并不知晓相对人已结婚时,承认不法原因给付人的返还请求权,将使得第三人承担过高成本的调查义务,进而限制第三人合理的行动自由。^{〔82〕}

最后,上述方案在《民法典》中可寻找到条文支撑,针对可支持给付人返还请求权的情形,可直接适用《民法典》第 157 条。问题在于,在目的不达型不当得利案中,若不法原因给付受领人尚未提出给付,则应否定不法原因给付人的返还请求权,此时应以哪一条文为基点得出这一结论?对此,可能的方案是类推适用《民法典》第 985 条第 3 项,在给付人明知无给付义务而清偿债务时,否定不法原因给付人的返还请求权。^{〔83〕}但若类推适用该规定,会在所有因违法悖俗而无效的合同中人造成分裂,因在所有的因违法悖俗而无效合同中,均可认定满足该条情形,但这并不符合本文的区分处理思路。

更为合理的选择是《民法典》第 793 条第 2 款第 2 项。依据第 793 条第 1 款,即便建设工程施工合同无效,但只要建设工程经验收合格,承包人也要求发包人参照合同关于工程价款的约定补偿承包人。但在验收不合格且修复后的建设工程仍无法通过验收时,按照第 793 条第 2 款第 2 项,则应否定承包人请求参照合同关于工程价款的约定进行折价补偿的权利。如果说在承包人承包的工程竣工后经验收合格、修复后的建设工程经验收合格的场合下,认可承包人的不当得利返还请求权,实际上是基于不法原因给付人主动终止实施违法悖俗行为的考量,而在经不法原因给付人修复后仍未验收合格时,可认定不法原因给付人并未主动终止实施违法悖俗行为。在作为受领人的发包人并未提出给付的场合下,应当否定承包人的返还请求权,也即否定其要求发包人按合同约定工程价款折价补偿的权利。由此可知,即便在目的不达型不当得利案中,在不法原因给付受领人尚未提出给付时,若要否定不法原因给付人返还请求权,亦可类推适用《民法典》第 793 条第 2 款第 2 项。

(二) 目的不达型不当得利案型路径下的正当性阐释

首先,在双方均已提出不法原因给付时,不存在适用不法原因给付不得返还规则的空间。当事人双方均可请求相对方返还已经提出的给付,便不会产生“不法即合法”的局面。

其次,在本文的解释框架下,避免出现如下结果:同为具有违法性的主体,在受领人无需受任何惩罚的情况下,其能够因不法原因给付人受损失而得利。在本文所主张的不法原因给付不得返还规则的适用范围内,由于受领人并未实施违法悖俗行为,其违法性显然低于不法原因给付人,此时适用不法原因给付不得返还的规则,使得受领人获利,并不具有明显不合理性。

再次,从刑民交叉视角观察,依《刑法》第 23 条第 2 款,在犯罪未遂时,对未遂犯可以比照既遂犯从轻或减轻处罚,而依《刑法》第 24 条,中止犯若未造成损害,应免除处罚,在造成损害时,应减轻处罚。在受领人主动中止实施违法悖俗行为时,存在被评价为《刑法》第 24 条所规定的犯罪中止的可能性,此时不法原因给付人存在被评价为犯罪未遂的可能性。《刑法》针对犯罪未遂和犯罪中止所设置的刑罚存在明显差异,中止犯所可能被判处罚更轻,甚至在未造成损害时,无需受

〔82〕 也有法院从合同有效的路径来保护受赠人的利益,参见广西壮族自治区贵港市中级人民法院二审民事判决书,(2020)桂 08 民终 3143 号。

〔83〕 见前注〔30〕,吴至诚文,第 611 页。

到刑事处罚。^[84] 本文在民法领域中的不法原因给付返还问题上,在受领人中止实施违法悖俗行为时,区别对待不法原因给付人与受领人,也能够实现刑事与民事法秩序的统一与协调。

再次,在当事人的行为已经构成犯罪时,按《刑法》第64条,对违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。在本文的框架之下,若双方均已提出不法原因给付,意味着当事人双方均可以请求相对人返还所受领的给付,而在按照刑法可以没收财产的情况下,这一处理模式似并不必要。^[85] 对这一问题的回应是,民法构成刑法的前置法,在刑法评价层面,首先需明确的是国家没收的是哪一方的财产。在承认不法原因给付人返还请求权的背景下,相当于国家没收不法原因给付人的返还请求权,实现了刑法对构成犯罪的行为的不法原因给付人的否定性评价。^[86] 更重要的是,尚存在大量的因刑法中的追诉时效经过等原因导致国家无法对当事人判处没收财产等刑罚的情形,此时肯定不法原因给付人的返还请求权并非无任何意义。

最后,可能有观点指出,如果认为给付人在为实现某一违法悖俗目的而已提出给付时,合同即便因违法悖俗而无效,给付人也仍可请求受领人返还其所受领的给付,产生的结果是等同于承认合同有效,这并不合理。如在为赌博者提供借贷资金时,若承认出借人的返还请求权,等同于承认借款合同有效。^[87] 我国司法实践在这一问题上也多采取否定出借人返还请求权的立场。^[88] 事实上,这一论断并不可采,其原因在于,此时法律并未承认当事人的合同履行请求权,只是在违法悖俗目的已经实现的场合下,赋予不法原因给付人一方以不当得利返还请求权,所以并不会产生因为支持不法原因给付人不当得利返还请求权,而使得法院支持当事人实施违法悖俗活动的结果。此外,允许返还还能够避免更大的不正义。以代孕合同为例,代孕合同因违法悖俗而无效。^[89] 若否认代孕者的返还请求权,其结果并不合理,^[90] 只有承认代孕者的返还请求权,才能够实现对代孕者的有效保护。

(三) 承认返还是否会产生“不法即合法”的局面

在认可折价补偿的情况下,折价补偿会产生返还等同于承认合同有效的情形,同样会出现困境分析中的“不法即合法”局面。最典型的情形便是《民法典》第793条第1款所规定的无资质施工人承揽建筑工程的情形,如果认可返还,尤其是按照合同约定工程价款确定返还标准时,相当于承认合同有效,与《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》[法释[2020]25号,以下简称《建设工程合同司法解释(一)》]第1条规定相矛盾。但这并不意味着此时承认返还不合理。理论界有观点认为,此时与其通过不当得利制度解决当事人之间关系,莫不如承认合同有效,^[91] 但问题在于,该做法使合同是否有效取决于承包人能否保证建设工程质量经竣工验收合格,无法得到《建设工程合同司法解释(一)》第1条的支持。而《民法典》第793条实际上通过不当得利返还制度间接实现了合同有效的结果,本文并不认为这一“不法即合法”的结果与

[84] 比较法上亦存在相似处理模式,参见陈子平:《未遂犯的处罚根据——从比较法观点的思考》,载《中外法学》2021年第2期,第533页。针对中止犯减免处罚的正当性,参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第468页以下。

[85] 参见广东省广州市中级人民法院二审民事判决书,(2020)粤01民终21629号。

[86] 见前注[44],王钢文,第941页。

[87] 见前注[23],纪闻文,第135页。

[88] 参见福建省永安市人民法院民事判决书,(2017)闽0481民初1247号。

[89] 参见北京市第一中级人民法院二审民事判决书,(2021)京01民终1433号。

[90] Vgl. Jakob Gleim (Fn.12), S. 242f.

[91] 参见解亘:《论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示》,载《中外法学》2003年第1期,第36页。

前文批判的“不法即合法”局面同样不合理,其原因在于,前文批判的“不法即合法”局面,维持了法律所要禁止的不法结果。但以《民法典》第 793 条第 1 款所代表的“不法即合法”局面,却并未造成法律所要禁止的结果,相反却是避免了法律所要禁止的结果——建筑工程质量无法经验收合格。

虽然此时直接承认合同有效与承认合同无效但赋予承包人以不当得利返还请求权,所产生的结果并无实质性差异,但本文仍旧坚持承认合同无效的背景下赋予承包人以不当得利返还请求权的模式。这一模式相较于直接承认合同有效所具备的优势是,在承包人尚未实施承包工作或完成建筑工程之前,发包人可通过主张合同无效的方式拒绝承包人承揽建筑工程。此时承包人无法请求发包人履行合同,而在认定合同有效时,承包人可诉请发包人履行合同。在承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级承包建筑工程时,发包人即使已与承包人签订建筑工程施工合同,由于承包人并无相应等级资质,发包人存在合理理由相信承包人无法确保建筑工程质量经竣工而验收合格,此时赋予发包人拒绝履行合同的权力具有正当性。

六、结 论

不法原因给付的处理,为民法领域中最具争议的问题之一,即便在比较法层面亦尚未形成共识。以《德国民法典》为代表的比较法在继受不法原因给付规则时,将其适用范围大幅扩张,由此滋生出诸多问题,因此放弃以《德国民法典》第 817 条为代表的非法原因给付规则具有坚实基础。《民法典》时代下,应当以《民法典》第 157 条为基点,明确在民事法律行为因违法或悖俗而无效的场合给付人所享有的返还请求权。针对目的不达型不当得利案中不法原因给付受领人尚未提出给付的场合,可类推适用《民法典》第 793 条第 2 款第 2 项的规定,否定不法原因给付人的返还请求权,由此构建我国法律体系中更为合理的非法原因给付处理规则。

Abstract Problems faced with the traditional rules that the illegal payment can't be returned are as follows. The unlawful situation becomes legal. The party who acts illegally nevertheless acquires the benefit. Normative purpose will be infringed. By means of the dynamic system theory it doesn't discover the practical solutions. Differentiating whether the restitution will result in the valid contract situation can't explain many exceptions. The essence of proportional path is total return or no return. The game theory shows that the general preventive function should play a role in the case where the recipients haven't act illegally or immorally. The denial of restitution in the Roman law is applied in the case of *condictio ob rem* which is intended to prevent the future illegal payment, thus providing us with the implication that the rule of denial of restitution should be aimed at the situation where one of the parties hasn't performed the illegal or immoral obligation. When both parties have performed, the restitution right is supposed to be admitted. In the case of *condictio ob rem* if the recipient hasn't performed, the restitution should be denied.

Keywords Illegality and Immorality, General Prevention, Illegal Payment, *Condictio Ob Rem*

(责任编辑:肖俊)