

德国不当得利法当前存在的问题

Current Questions in the German Law of Enrichment

[德] 马丁·舍尔迈尔著 朱晓峰译

Martin Schermaier

【摘要】 德国民法中的不当得利法令人困惑不解。对此，本文围绕当前德国不当得利法的三个核心问题展开论述，以期解开谜团，这三个问题分别是：不当得利法与其他返还义务法之间的关系；关于《德国民法典》第 812 条第 1 款规定的一般规则所包含的要件，尤其是给付的返还之诉与非给付的返还之诉如何区分的问题；不当得利请求权中债务人的责任范围问题。文章认为，第一个问题可以通过统一规则来避免法律之间的冲突，但改革的建议仍不理想；对于第二个问题，德国学理上对于给付返还之诉性质的争论，并不是基于争议问题的本身，而是基于争议所处的处境；对于第三个问题，评估准则仅在极少数情形下需要修正法律，大多数时候都可以在《德国民法典》之内找到解决方案。

【关键词】 给付的返还之诉；非给付的返还之诉；返还义务；不当得利法

【中图分类号】 DF5 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2015) 02-0114-13

Abstract: The German law of Enrichment is sophisticated. In fact, there are three important problem areas in the German law of unjust enrichment: (1) the relationship which exists between the law of unjust enrichment and other forms of the law of restitution; (2) the question concerning the elements encompassed by the general rule codified in § 812 I and in particular, how the performance condition and the non-performance condition are distinct; (3) and, finally, the extent of the debtor's liability in a claim of unjust enrichment. These questions form a representative cross-section of the German law of unjust enrichment. From these three problem areas this paper introduces a current question, in order to convey an impression of the BGB's concept and the current legal opinion in Germany.

Key words: the performance condition; the non-performance condition; restitution; unjust enrichment

[收稿日期] 2014-12-20

[作者简介] 舍尔迈尔，德国波恩大学教授，德国当代著名民法学者，主要研究方向为：古典罗马法、德国现代私法史、民法历史与现代法律比较、哲学与神学对民法的影响等等。他对意思表示、不当得利与履行障碍的研究，在德国当代民法学理中占据重要地位。现任德国波恩大学罗马法与比较法研究所所长，主要学术兼职有：《萨维尼历史法学杂志》主编、《J·冯·施陶丁格德国民法典评注》编委。朱晓峰，中央财经大学法学院讲师，法学博士。对于文中所涉及的拉丁语的翻译，本文译者请教了毕业于罗马二大的李媚博士，她给予了我以非常详细、认真的解答，在此表示诚挚的感谢。当然，对于翻译中存在的问题，由译者本人负责。

一、导论

大约在450年前,德埃伦^①(Franciscus Duarenus)就认为,在整个民法体系中,没有什么要比不当得利制度(Ungerechtfertigte Bereicherung)更值得让人深思、更为奇怪和更令人疑惑不解的了。^②对于不当得利制度的这种评价,现在仍然甚少改变,至少就德国法而言是这样的。在若干年前,人们可以读到这样的论述,即“不当得利法是一个令人沮丧且不可理解的东西”^③。在刻画不当得利法的特性时,弗莱斯纳(A. Flessner)将之描述成了“神秘的事物”^④,马科斯尼斯/丹内曼(Markesinis/Dannemann)则认为它“混沌不

堪”^⑤。相较而言,迪克松(B. Dickson)的意见就要客气得多了,然而即便如此,他也认为不当得利法至少也是“错综复杂的”^⑥。

《德国民法典》(BGB)在任何地方都显得非常明确,即便如此,其所包含的不当得利法,也确实存在着如上所说的问题:它在相关章节^⑦开始时就直接确立的一般规则规定,任何没有法律上的原因而以牺牲他人为代价所获得的利益都必须返还。^⑧这与彭波尼^⑨(Sextus Pomponius)^⑩的相似规则很接近,但是它们之间的这种接近仅仅是表面上的。一方面,《德国民法典》第812条第1款第1句并未有意去给移转财产确立一个返还移转财产的一般义务^⑪,而是概括了包含在

① 德埃伦(Franciscus Duarenus),生于1509年,卒于1559年,法国法学家,波纪斯大学教授。就像其同胞居雅斯(Jacques Cujas)、德诺(Hugues Doneau)一样,德埃伦也是欧洲大陆罗马法学的法律人文主义学派的主要代表人物之一。他将意大利人文主义的哲学思想与法律文本的理解结合起来,以实现他们对《优士丁尼法典》的准确理解。除了对《优士丁尼法典》的大量评注之外,德埃伦还撰写了对罗马责任法的评注(Commentarius de pactis, 1544)。

② F. Duarenus, Commentation in lib. IV tit V codicis et in lib VII tit VI pandectarum de conditione indebiti, cap 1(《学说汇纂》第4卷第5章和第7卷第6章中有关不正当条件的评述),见Opera Omnia(《全集》),Francofurti 1592, 902 a.

③ H.-P. Hart, Zum Bereicherungsausgleich bei irrtümlicher Überschreitung des Überweisungsauftrags durch die Bank(《通过银行而错误逾越委托付款时的受益偿还》)(Anm. zu BGH MDA 1987, 226), Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1987, S. 721.

④ A. Flessner, Rev. of Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation(《不当得利法与所有物返还请求权》), Rabels Zeitschrift 38 (1974), S. 666.

⑤ B. S. Markesinis, The German Law of Obligations(《德国责任法》), vol 1; Markesinis/Lorenz/Dannemann, The Law of Contracts and Restitution; A Comparative Introduction(《合同法与返还制度:比较导论》), Oxford 1997, p 714.

⑥ B. Dickson, The Law of Restitution in the Federal Republic of Germany: A Comparison with English Law(《德意志联邦共和国的返还制度:与英国法的比较》), 1987, 36 ICIQ, p 751.

⑦ 第2编债权编(Recht der Schulverhältnisse)的第24章不当得利(Ungerechtfertigte Bereicherung)。

⑧ 第812条第1款:无法律上的原因,因他人的给付或以其他方式使他人蒙受损失而自己取得利益的人,对该他人负有返还义务。即使法律上的原因后来消失,或依照法律行为的内容而用给付来追求的结果并未出现,该项义务也存在。

⑨ 彭波尼(Sextus Pomponius),罗马法学家,生卒年不详,现存的关于其个人的资料非常少,大致生活在哈德良(Hadrian)、安东尼(Antoninus Pius)和奥勒留(Marcus Aurelius)统治时期,罗马法古典时期的代表性人物。其撰写的单卷本《手册》(liber singularis enchiridii),展现了迄他为止的罗马法历史,特别是描述了萨宾学派和普罗库卢斯学派的形成过程,这些内容后来被收录于优士丁尼主持编纂的《学说汇纂》第1编第2章第2节第47-53段(D. 1. 2. 2. 47-53)。对于彭波尼本人属于哪一个学派,学理上存在争议,主要有这么四种意见:彭波尼是萨宾派的门徒;彭波尼属于普罗库卢斯学派,因为他在两派发生争议之时总是站在普罗库卢斯学派一边;彭波尼最初在普罗库卢斯学派那里接受教育,但后来又转向萨宾派;彭波尼并未显示出绝对偏向哪个学派的征兆。对我们来说,在没有充分资料证明他绝对属于哪个学派之前,第四种意见或许是有道理的。

⑩ D. 50, 17, 206(《学说汇纂》第50卷第17章片段206)[Pomp. 9 ex variis lect(《各种材料》第9卷):依自然法,公平就是指任何人不能通过使他人蒙受损失而自己获利]。

⑪ 反对把不当得利法当做“衡平法”的一种特殊形式的观点,参见W. Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau(《奥地利和德国法的不当得利学说:批判与建构》), Graz 1934, 21;另参见Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(《慕尼黑德国民法典评注》), Bd. 5, 3 Aufl., München 1997/M. Lieb (= MüKo/Lieb) § 812 para 20(进一步的参考文献)。

不同罗马不当得利之诉中的一般要件。另一方面，第 812 条第 1 款所详细表达的概念，即没有法律上的原因而以牺牲他人为代价获得利益的人，其所承担的返还义务，并不仅仅是以不当得利法为基础，它的基础也可能是合同法、侵权法和物权法中的特定条款。这样，不当得利法中的一般规则就因与前述各种规则行使界限而引发了无数问题。此外，这个一般规则中所包含的“因他人给付而得利”（Bereicherung durch die Leistung）与“以其他方式而得利”（Bereicherung durch sonstiger Weise）之间的区分，对于后来的法律观点来说，几乎就是决定性的。直到今天，对于引自第 812 条第 1 款的制定法上的定义要素来说，其是否都为这两种类型的不当得利所必须，仍然存在争议。除此之外，债务人的责任范围也在争论之中。如果有人无法律上的原因而以牺牲他人为代价事实上取得了利益，那么，他有义务返还什么或者返还多少，对此依然没有确立恰当的标准。《德国民法典》中还有其他单独条款来调整债务人责任范围及其存续的期间（第 818 条以下^①）。

由此，德国不当得利法中存在这样三个重要的问题：

（1）不当得利法与其他返还义务法之间的关系；

（2）第 812 条第 1 款规定的一般规则所包含的要件，尤其是给付的返还之诉（the performance condiction）（因他人给付而得利）与非给付

的返还之诉（non-performance condiction）（以其他方式而得利）如何区分的问题；

（3）最后是不当得利请求权中债务人的责任范围。

在这三项问题的范围内，我想就每一种情形介绍说明一下其当前存在的问题，以阐明《德国民法典》中的概念影响与当前德国法上的见解。前述三个问题构成了德国不当得利法的具有代表性的横截面；它们作为恰如其分的真正问题，迄今为止还没有被清晰地予以解答。虽然如此，我还是希望，在我文章的结尾处，德国法中的不当得利制度看起来将稍微不那么“混沌不堪”。

二、不当得利与返还义务

罗马法中的不当得利制度仅包含任何人不得以牺牲他人为代价而获益这一规则的狭窄领域。返还之诉（condictiones）主要服务于要求归还没有法律原因的给付。《德国民法典第一草案》（1888 年）实质上打算坚持这种做法。^② 但《德国民法典第二草案》（1896 年）以及后来颁布生效的《德国民法典》所确立的规则，却在第一草案的基础上开门见山地加入了一个一般规则，并将它置于整个不当得利法的核心位置。^③ 这种做法并没有考虑到，这个一般规则还包含了源自罗马法的一系列的其它返还请求权。从这个意义

^① 《德国民法典》第 818 条第 1 款：返还义务扩及于所取得的收益及受益人基于所取得的权利或作为其取得的标的物灭失、毁损或侵夺的赔偿所取得的收益。第 2 款：所取得的收益因其性质不能返还，或者受益人因其他原因致返还不能的，受益人应当偿还其价值。第 3 款：受益人已不再享受利益的，返还或偿还价值的义务消灭。第 4 款：诉讼拘束一经发生，受益人根据一般规定负其责任。第 819 条第 1 款：受益人在受领时或者事后知悉欠缺法律上的原因时，自受领或者知情时起负有返还义务，如同返还请求权在此时已发生诉讼拘束。第 2 款：受益人因受领给付而违反法律的禁止规定或者善良风俗的，自受领给付时起负同样的义务。第 820 条第 1 款：给付的目的在于产生一定结果，而根据法律行为的内容可以认为结果不明确的，如果结果未发生，受益人负有返还义务，如同返还请求权在此时已发生诉讼拘束。基于法律的原因而履行给付，而其原因根据法律行为的内容认为有消失的可能的，如果给付后其法律的原因消失时，亦同。第 2 款：受益人仅从知悉结果并未发生或者法律上的原因已经消失之时起，始应支付利息；受益人在知悉当时已不再享受利益的，不负返还收益的义务。

^② 第 737 条及以下；参见 Jakobs/Schubert, Die Beratungen des BGB in systematischer Zusammenstellung, der unveröffentlichten Quellen, Band III: Recht der Schuldverhältnisse (《未发表之原始资料体系性汇编中的民法典指导：债务关系法 III》), Berlin, 1983；对于法典编纂历史的概览，参见 Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § § 741-822 (《施陶丁格德国民法典评注：第 741 条至第 822 条》), 12 Aufl., Berlin, 1986/W. Lorenz (= Staudinger/Lorenz), vor § 812 para 1 ff.; D. Reuter/M. Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung (《不当得利》) [Handbuch des Schuldrechts (《债法手册》), Vol 4, J. Gernhuber Hrsg.], Tübingen, 1983, S 15 ff.。

^③ 因此，就如 Reuter/Martinek 在上注第 21 页所强调的：“彭波尼的精神进一步地发挥了潜在的影响。”

说,《德国民法典》中的不当得利法一般规则在与合同法上的或侵权法上的请求权竞合时,很难有问题产生,因为其他请求权通常要比不当得利法所提供的请求权更有利于债权人。但就像我们马上将要看到的那样,对于债务人来说,主张地位的改变以作为对不当得利请求权的抗辩,毕竟还是可能的。

如果有人将《德国民法典》中的另外两种制度纳入考量的范畴,那么,将会使前面的问题更加复杂,这两种制度分别是:主张返还的所有人与物之占有人之间的债权债务关系,与可撤销合同撤销相关的债权债务关系。这些债权债务关系所描述的问题虽然在整体上与不当得利法相关,但在《德国民法典》当中,它们却是被分别予以调整,并且它们还遵循了不同的责任概念。这或导致了法律冲突,因为同样的案件可能会依据不当得利法规则或前述两种特别规则中的一种进行审理。从欧洲合同法的聚合视角看,重新考虑不当得利法与可撤销合同撤销之间的关系,可能已经为期不远了。^①难以理解的是,为什么依据合同的撤销或者无效所提出的给付返还就应当不同呢?从20世纪70年代早期开始,联邦最高法院(BGH)就将一些专用于双务合同范围内的给付与返还的条款适用于无法适用双务合同的不当得利请求权的规制。^②联邦最高法院的这种做

法遭到了很多学者的批评,不过,这些学者也想使这两种返还相互协调。^③此外,法律最近还规定了一种新的介乎“撤销”(rescission)与“无效”(voidness)之间的合同上的“失效”(invalidity)形式——与消费者保护法相关的两个指令所规定的撤回权(Widerrufsrecht)。^④由于履行障碍法(das Recht der Leistungsstörungen)的改革目前正在准备当中了^⑤,所以,人们可以期待不当得利制度与合同的撤销制度之间的关系被重新调整。

因此,我们这里应当将注意力集中于与不当得利和占有返还有关责任之间的冲突上来。让我们来重新考虑如下案件:

A通过非盗窃的方式占有了B的自行车,并且有时会使用一下这辆自行车。有一天B在A那里发现了自己的自行车,于是,他依据《德国民法典》第985条^⑥规定的所有权返还之诉(rei vindicatio),向A提出返还自行车并要求赔偿其不正当使用自行车的费用。

人们可能会想,B有权主张返还请求权,因为A不正当地获利了。德国的法学家可能会考虑“权益侵害不当得利”(Eingriffskondiktion):A没有正当原因并且以B的牺牲(《德国民法典》第812条第1款第1句)为代价而获得了利益

① 参见 D. Kaiser, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB (《德国民法典中双务合同因不履行和瑕疵履行导致恢复至合同未缔结时之状态》), Tübingen 2000, 111 ff.; Dickson (1987) 36 ICIQ, S. 751, 760; G. Dannemann, Restitution for Termination of Contract in German Law (《德国法中合同终止后的返还义务》), 载 F. Rose ed., Failure of Contracts: Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences (《失败的合同:合同上的恢复原状与所有权效果》), Oxford 1997, pp. 130-153.

② 通过创建差额理论(Saldotheorie),参见 BGHZ1970, 53, 144; BGHZ1971, 57, 137; W. Flume, NJW 1970, 1161 ff.; H. Honsell, Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung (《恶意欺诈中的风险与损害赔偿》), MDR 1970, 717; A. Flessner, Haftung und Gefahrtragung des getäuschten Käufers (《受欺诈之买受人的责任与风险》), NJW 1972, 1777; M. Lieb, JZ 1972, 442 ff.; H. J. Wieling, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlicher Rücktritt (《无效与法定解除的牵连性》), JuS 1973, 397.

③ 讨论的现代情形,见 Reuter/Martinek, 同第116页注②,第595页以下; MüKo/Lieb, 同第115页注①,第818条编码86以下;以及 H. - G. Koppenssteiner/E. A. Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung (《不当得利》), 2 Aufl., Berlin/New York 1988, S. 136 ff.

④ Art. 4 of Council Directive 85/577 EEC of 20/12/1985 (OJ L 372 of 31/12/1985 p. 0031-0033) transposed in § 3 Doorstep Sales Law and § 7 Consumer Credit Law, Art. 6 of Council Directive 97/7/EC of the Parliament and the Council (OJ L 144 of 4/6/1997, p. 19-0027) transposed in § 361 a BGB.

⑤ 《债法现代化草案》(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts) (2001年5月9日),从德国司法部主页下载:www. bmj. bund. de/inhalt. htm.

⑥ 《德国民法典》第985条:所有权人可以要求占有人返还其物。

(例如,对于B之自行车的使用),因此,A必须就其所获之利益(《德国民法典》第818条第2款)负返还义务。然而无论如何都没有德国法官会承认不当得利诉讼请求权。之所以如此,是因为《德国民法典》通过排除不当得利诉讼请求权的单独条款,规定了不法占有人的偿还责任。^①对此的托辞是,作为被告的占有人对作为原告的所有人的责任,从属于罗马的所有权返还之诉。这种责任不仅扩及物之返还的义务,而且还要求返还所获利益或者赔偿因占有人的过错所导致的物之价值的损失。^②这些请求权分别被《德国民法典》的不当得利法和侵权法所规定(《德国民法典》第987条以下^③)。占有人仅在“非为善意”^④(《德国民法典》第990条第1款^⑤、第932条第2款)时,才依据这些条款承担责任,例如,在占有人知道或者因重大过失而没有知道该物属于其他人的情形中即为如此。在我们的前述例子当中,如果A并没有“非为善意”而行为,那么,B就不能就其所获利益主张任何赔偿。

责任仅依附于非为善意之当事人的规则,并不适用于不当得利法。尽管债务人可能会以处境的变化而提出抗辩(《德国民法典》第818条第3款),但在这里,责任只取决于财产的单纯对比。因此,不当得利法造就了一种“虚弱的”责任:无论是谁,只要其不再获益,那么,其将不需再就返还负有义务。而所有人—占有人的关系(Eigentümer-Besitzer-Verhältnis)则代表了另一种严厉的责任:无论是谁,只要其知道或者应当知道其所拥有的或使用的物没有正当理由,那么,其无论如何都对权利人所失之利益负有赔偿责任。《德国民法典》使用这两种模式的责任,作为返还制度中很多条款的基础。^⑥实际上,不当得利法参考了债务人知道其不法获利时占有返还的责任形式。^⑦若是这样,那么债务人就负有返还所获利益之价值的义务,且不会产生处境改变的问题。不过不当得利法与占有返还制度之间的链接并不是天衣无缝的。一方面,仍然在获益的占有人无论如何都应承担返还义务,但在占有

^① 《德国民法典》第993条第1款:如果不存在第987条至第992条所规定的条件,占有人必须依照关于返还不当得利的规定返还所收取的孳息,但以所收取的孳息按照通常的经营规则不能看做物的收益为限;此外,占有人既不负担返还收益的义务,也不负损害赔偿义务。

^② 关于这方面的更进一步的信息,参见M. Wimmer, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten* (《占有与所有物返还之诉的责任》), Köln/Weimar/Wien 1995。

^③ 《德国民法典》第987条第1款:占有人应将其在诉讼拘束发生后收取的收益返还所有权人。第2款:占有人在诉讼拘束发生后对其依通常经营方法可能收取的收益不收取的,在其负有过失责任的范围内,应对所有权人负赔偿义务。第988条:认为物属于自己或者以行使实际上并不属于自己的收益权为目的而占有其物的占有人无偿取得该物的占有的,应当根据关于返还不当得利的规定,向所有权人返还其在诉讼拘束发生前收取的收益。

^④ 《德国民法典》第932条第2款对于此处的“非为善意”有明确规定:取得人知道或因重大过失而不知道该物不属于让与人的,非为善意。

^⑤ 《德国民法典》第990条第1款:占有人在取得占有时非出于善意的,自取得占有时起,根据第987条,第989条的规定对所有权人负其责任。占有人于事后知道其为无权占有的,自其知情时起负同样的责任。第2款:占有人因迟延所产生的其他责任,不因此而受影响。

^⑥ 事实上,《德国民法典》中各种制定法上的责任定义,涉及的要么是一种责任形式,要么是另一种责任形式。如下条款涉及不当得利法所规定的责任:第323条第3款,第327条第2句,第527条第1款,第528条第1款,第531条第2款,第557条第a项,第628条,第684条,第951条第1款,第977条,第988条,第993条,第2021条,第2196条,第2287条,第2329条;下述条款涉及所有人占有关系的责任,例如:第292条(间接的第818条第4款),第347条(间接的第327条第1句),第990条或第2023条。

^⑦ 《德国民法典》第818条第4款,第819条第1款,第292条,第987条以下。第819条第1款:受益人在受领时或者事后知悉欠缺法律上的原因时,自受领或者知情时起负有返还义务,如同返还请求权在此时已发生诉讼拘束。第292条第1款:如果债务人应交付特定标的物,那么自发生诉讼拘束之时起,债权人对因损坏、灭失或者其他原因致交付不能而享有的损害赔偿请求权,根据适用于所有权人与占有人之间自所有权请求权发生诉讼拘束之时起的关系的各种规定加以确定,但以对债的关系或者债务人的迟延无其他有利于债权人的规定者为限。第2款:债权人对交付或者偿还收益的请求权,以及债务人对偿还费用的请求权,亦同。

人是善意的场合，其仅需返还物本身而保留所获利益。另一方面，在不当得利法中，严厉的责任形式仅加诸那些有必要认识的债务人，但在占有返还制度中，严厉的责任形式对那些由于自己的重大过失而缺乏必要认识的债务人也同样适用。

因此，动辄需要确定的是，被告是要依据不当得利法还是要依据占有返还制度承担责任。对此，判例法发展出经验法则（rule of thumb）进行判断：每个无正当理由的物之占有人都依据所有人—占有人的关系而承担责任，另外的无正当理由的受益人则依据不当得利法承担责任。占有返还制度^①是不当得利法的特别法（lex specialis）的论点，在涉及返还所获之利益的请求权时，是讲得通的。^②然而不管怎样，在涉及所有人返还费用的义务时，前述论点都是可以适用的。这通过“格林德尔大楼案”（Grindelhochhaus Fall）已变得广为人知了。^③

A建造了一栋多层大楼，由于不知情，其不仅将之建在了自己所有的土地上，并且建筑的一部分还建在了属于B所有的土地之上。B因此要求A返还其占有并开发了的土地。A拒绝了B的请求，他所主张的理由是：他的开发，使得土地的价值差不多增值了80万德国马克，因此，如果B不赔偿土地因此增加之价值的费用，他就不会将占有的土地返还给B。

如果A实际上能够就他支出的费用主张返还请求权，那么，乔瓦尼（Giovanni Pacchioni）的毁灭一个人的最简单的办法就是使之富裕的论述，就将变成现实。^④然而即使在今天，80万德国马克也是一大笔钱，而在20世纪60年代，这笔钱就是一笔巨额财富。为什么土地所有人仅因为一栋建在其土地之上甚至可能是其不想要的大楼而需要支付这么大的一笔金钱呢？在本案当中，《德国民法典》承认善意（bona fide）占有对有益费用所主张的偿还请求权（《德国民法典》第996条^⑤）。客观来看，在某人的土地上建造起一栋新的建筑，看起来事实上完全是有益的；另外，A在实施开发时是善意的。因此他应当有权向土地所有人B主张偿还这里所支出的费用。然而为了保护B，联邦最高法院并没有采用这种解决方案，它的论证理由是：一栋新的建筑并不代表一块土地的“费用”，而是改变了这部分土地的固有价值。^⑥因此，依据占有返还制度，B没有任何的偿还责任。由于占有返还制度优先于不当得利法适用，所以，A不能向B主张任何不当得利法上的请求权。^⑦有人可能对前述两种观点都不同意。第一，建筑的范围并不决定它能否代表可以被偿还的费用，而是决定这些费用是不是客观必要的或至少是有益的。第二，占有返还制度所确立的规则在这里并不能优先适

^① 早期的案件参见RGZ 1932, 137, 206；之后的案件参见BGHZ 1964, 41, 157；BGH WM 1973, 560；BGH NJW 1996, 52。

^② 在这方面，法律当然排除不当得利法的适用，被称之为“过量孳息”的情形除外（Übermaßfrüchte），参见《德国民法典》第993条第1款：不具备第987条至第992条所称要件的，占有人必须依照关于返还不当得利的规定返还所收取的孳息，但是以所收取的孳息按照通常的经营规则不能看做物的收益为限；此外，占有人既不负返还用益的义务，也不负损害赔偿义务。

^③ BGHZ 1964, 41, 157；关于此处以及更多的细节参见D. Verse, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis（《所有人—占有人关系中的使用权》），Tuebingen 1999, S. 3 ff.；同一作者：Improvement and Enrichment（《改进与收益》），载6（1998）Restitution Law Review, pp. 85-103。

^④ G. Pacchioni, Trattato della gestione d'affari altrui secondo il diritto Romano e civile（《罗马法和民法中的无因管理研究》），Lanciano 1893, p. 679；也可参见Verse, 同上注，第2页。

^⑤ 《德国民法典》第996条：如果占有人在必要费用以外支出的其他费用是在诉讼拘束发生前或者在第990条规定的责任开始前支出的，并且物的价值因所支出的费用较所有权人取回其物的当时有所增加的，占有人可以要求偿还。

^⑥ 关于这个“狭义的费用概念”，参见W. Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses（《所有人—占有人关系的功能与教义分类》），Muenchen 1973, S. 101 f.

^⑦ 这样一个不当得利法之下的诉讼请求来自于《德国民法典》第951条（非给付返还之诉的一种特殊情形），因为A已经将其建筑材料连同该土地都丧失了〔《德国民法典》第946条：附合于土地（superficies solo cedit）〕。《德国民法典》第946条：动产附合于土地而成为土地的重要成分的，土地所有权及于该动产。

用，因为与占有人主张费用偿还请求权相关的是，规制占有返还本身的法律涉及无因管理制度（negotiorum gestio）（《德国民法典》第 994 条^①第 2 款）或适用不当得利法的基本原则（《德国民法典》第 994 条第 1 款第 2 句、第 996 条）。^②此外，《德国民法典》第 951 条^③（A 可以以该规则为基础主张不当得利请求权）表明，不当得利法与占有返还制度是并行适用的。

如果不考虑论证理由，那么，由联邦最高法院的判决所得出的结果无论如何都是正确的。联邦最高法院通过《德国民法典》第 242 条^④承认并偿还了 A 之建筑的部分价值，这种策略代表了德国不当得利法的一种妥协，因为其将很容易通过追随“强加的获益”（enforced enrichment）规则而依据不当得利法减轻 B 的责任。准确来说，因为德国法允许主观地去决定获益的程度，例如，从获益一方的观点来看，在主张关于偿还费用的请求权时，应当将不当得利法与占有返还制度结合起来适用。必要费用、有益费用和奢侈费用之间的源自罗马法的客观差异，明显地不太有效了，因此，在《德国民法典》中应当通过强加给不当得利以一般责任而将之取代。^⑤

考虑到存在于不当得利责任与占有返还责任之间的紧张关系，联邦最高法院也可能作出错误的判决，下述案件即是证明^⑥：

A 从 B 那里租了一块土地——因为 B 给 A 以选择购买该块土地的权利——并做了大范围的改进，增加了这块土地的价值。但是，租赁合同与出售的允诺因为形式上的瑕疵而无效了。^⑦因此，B 将该块土地卖给了 C，由于 A 对土地的改进，B 多获得了差不多 60 万德国马克的价款。A 主张 B 交出买卖中多获得的这一部分。

由于本案中的租赁合同无效，因此，合同上的请求权被排除掉了。联邦最高法院否决了 A 所主张的不当得利诉讼请求权，因为 A 是一个不法占有人，其仅能依据占有返还制度提起反诉。不过占有返还制度包含了这样一个条款：如果所有人恢复了对物的占有，那么，其仅负有偿还占有人所支出之费用的责任。^⑧但是，因为 B 已经将土地出售给了 C，其不再占有该块土地，所以其不再对 A 支出的费用负有赔偿责任。联邦最高法院建议 A，如果他想获得对其投资的赔偿，那么，他应当对 C 提起诉讼。

这个判决是联邦最高法院如何因盲目坚持其所发展出来的规则而陷入死胡同的一个很好的证明。然而无论如何，B 都已经通过出售 A 投资过的土地而获取了更高的价款。因此，实际情况是，B 是以 A 的牺牲为代价而获利的，但是根据主流意见，A 并不能依据不当得利法主张任何诉讼请求权。然而，占有返还制度不应当得出一个

^① 《德国民法典》第 994 条第 1 款：占有人可以要求所有权人偿还其对占有物支出的必要费用。但对占有人保留收益期间通常所需的保存费用，不得要求偿还。第 2 款：占有人在诉讼拘束发生后或者在第 990 条规定的责任开始后支出必要费用的，所有权人的偿还义务根据关于无因管理的规定加以确定。

^② 费尔泽（Verse）为除《德国民法典》第 994 条之外的不当得利之诉的容许性辩护。同第 119 页注^③，第 159 页以下；更进一步的信息见 Koppenssteiner/Kramer，同第 117 页注^③，第 204 页以下。

^③ 《德国民法典》第 951 条第 1 款：因第 946 条至第 950 条的规定而丧失权利的人，可以根据关于返还不当得利的规定，向因权利变更而受利益的人要求赔偿。不得要求恢复原状。第 2 款：关于因侵权行为所产生的损害赔偿义务的规定以及关于偿还费用和关于取回设备的权利的规定不受影响。在第 946 条、第 947 条规定的情况下，即使附着不是由主物的占有人所为，仍按关于占有人对所有权人的取回权的规定允许其取回。

^④ 《德国民法典》第 242 条：债务人负有义务依诚实和信用，并参照交易习惯，履行给付。

^⑤ 结果上也是如此：Verse，同第 119 页注^③，157 页以下。

^⑥ 德国联邦最高法院 1995 年 9 月 29 日的判决（VZR 130/94），载 JZ 1996，366。

^⑦ 由于形式方面的瑕疵：《德国民法典》第 313 条、第 125 条。第 313 条：当事人一方以转让或者受让土地所有权为义务的合同，需经公证人公证。未遵守上述形式订立的合同，在完成转让和登记入土地登记簿后，其全部内容为有效。第 125 条：缺少法定形式的法律行为无效。缺少法律行为所规定的形式的，在发生疑问时，同样无效。

^⑧ 《德国民法典》第 1001 条（费用偿还之诉）：仅在所有人重新取得物或追认费用时，占有人才能主张费用偿还请求权。到追认费用时为止，所有人可以因返还重新取得的物而摆脱该项请求权。所有人受领占有人在保留该项请求权的情况下向其提出物的，视为给予追认。

完全不同于不当得利法所指示的结果。事实上，联邦最高法院所引用的条款（《德国民法典》第1001条）仅仅是计划用来对抗占有人的，对于其仍然占有物而就此支出的费用，其不得主张偿还请求权。^①如果有人像联邦最高法院一样，将该条款适用于前述案件，那么，其将错过法的内在理性（ratio legis）。这些误解以及在处理不当得利法与占有返还制度时的相似误解，至少在偿还费用的诉讼中可以通过统一的规则而予以避免。柯尼希（Detlef König）已经在20年前建议过这样的规则了。^②但对于《德国民法典》中责任法的改革讨论，根据其当前所处的阶段，对于不当得利法的新的安排，仍有一些离谱。^③

三、给付的返还之诉与非给付的返还之诉

在文章的第二部分，我想探讨《德国民法

典》第812条第1款所包含的一般规则的内部结构，特别是被称为“给付的不当得利”（Leistungskondiktion）的界定问题。这种一般的不当给付的返还之诉，打个比方说，是从罗马法的返还之诉当中发展出来的，这种罗马法上的返还之诉，有一些还可以在《德国民法典》当中找到。^④威尔伯格^⑤（Walter Wilburg）是依据“以其他方式”得利（被称为非给付的返还之诉）而将返还之诉予以区分的第一人。^⑥区分说（Trennungslehre）^⑦的支持者认为，《德国民法典》第812条第1款中的两种不同的法则包含了不同的要件。特别是在涉及给付的返还之诉时，谁以牺牲他人作为代价而受益并不应该是决定性的，决定性的毋宁是谁对谁做了什么。乍一看，这两者之间似乎没有什么差别^⑧：如果A对B给付了，但他事实上并没有义务去这么做，那么，财产移转的发生就是以A的“牺牲为代价”。但是，在涉

^① 这个概念也表达在《德国民法典》第994条第1款第2句中。第994条第1款：占有人可以要求所有权人偿还其对占有物支出的必要费用。但对占有人保留收益期间通常所需的保存费用，不得要求偿还。第2款：占有人在诉讼拘束发生后或者在第990条规定的责任开始后支出必要费用的，所有权人的偿还义务根据关于无因管理的规定加以确定。

^② Detlef König, 载 Gutachten und Vorschläge Überarbeitung des Schuldrechts (《债法修订的意见与建议》), Vol II, Köln 1981, S. 1524. 柯尼希对本文所述情形之规制的建议如下所述：无论是谁明知或错误地在他人的财产上支出了费用，其可以请求他方当事人偿还其所支出的使他方当事人因此在考虑其财产预算的情况下所受益的费用。债务人再获得物或相反的享受增加的价值的时间点对于获益的判断是至关重要的。

^③ 类似地怀疑见 Verse, 同第119页注③, 第157页。

^④ 在《德国民法典》第812条第1款第2句，目的嗣后消灭的返还之诉（condictio ob causam finitam）与目的不达的返还之诉（condictio causa data non secuta）。第812条第1款：无合法原因而受领他人的给付，或者以其他方式由他人负担费用而受到利益的人，负有返还义务。虽有合法原因但后来消灭，或者根据法律行为的内容未发生给付的目的所预期的结果时，上述义务仍成立。第2款：以合同对债务关系的存在或者不存在予以承认的，也视为给付。

^⑤ 威尔伯格（Walter Wilburg），生于1905年6月22日，卒于1991年8月22日，奥地利民法学家。其于1928年在格拉茨大学获博士学位，接下来跟随沃尔夫（Martin Wolff）和拉贝尔（Ernst Rabel）在外国与国际私法研究所撰写教授资格论文，1933年以《比较法视野中的奥地利民法、德国民法和外国私法》通过教授资格论文答辩。1933年起开始其教学生涯，1975年荣休。威尔伯格的主要学术贡献有：他发展了民法中的“动态系统论”概念（das Konzept des beweglichen Systems）；其给付不当得利与权益侵害不当得利的区分（die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion），对不当得利理论产生了重要影响。威尔伯格一生育人无数，其弟子中有较大成就的有：Franz Bydlinski、Viktor Steininger、Bernd Schilcher、Attila Fenyves、Willibald Posch。代表性著作有：《民法中动态系统的发展演变》（Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950；The Development of a Flexible System in the Area of Private Law, 2000）、《损害赔偿的要件》（Die Elemente des Schadensrechts, 1941）、《债法构造中各种力量的共同作用》（Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, 1963）、《论善意取得的问题》（Zum Problem des gutgläubigen Erwerbs）等。

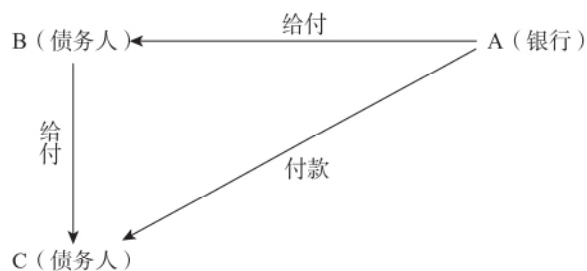
^⑥ 威尔伯格，同第115页注①，特别是第22-51页。

^⑦ 该说的确立者是：E. v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (《不当得利与不法行为》)，载 Festschrift Ernst Rabel, Bd. 1, Tübingen 1954, S. 333 ff. (Gesammelte Schriften Bd. 1, S. 209 ff.)；最近的批判参见 Reuter/Martinek, 同第116页注②，22页以下；MüKo/Lieb, 同第115页注①，第812条第1-8a段。

^⑧ 对两人之间的给付关系来说同样如此：MüKo/Lieb, 同第115页注①，第812条第10段。

及三个人或更多人给付的场合，究竟是“以谁的牺牲为代价”而使其他人的获益发生，并且谁相应地可以对没有法律上的原因而为的给付提出不当得利之诉，有时就很难确定。

让我们来看一下下面的这个例子。B相信他欠了C 1 000 德国马克，与之相对应的是，其指示他的银行A将1 000 德国马克转给了C。在这个简单的案例当中，若以一个普通人的视角来看，那么，付款好像是以牺牲A为代价而使C获益。A交出了其财产的一部分并将之移转给了C。正是基于这一理由，区分说的倡导者不想调查“以谁的牺牲为代价”而使C的获益发生。更准确地说，他们辩论道，如果A给C付了款，那么，A就B而言履行了一项义务，例如，因为作为管理账户协议的一部分，A有义务去执行B的转账请求。因此，A通过付款并未向C给付，而是向B给付。同时，A的付款代表着B向C的给付。A向C单向的财产移转相应地包含了两个给付：一个是A对B的给付，另一个是B对C的给付。通过这种图解式的解释，能够提起不当得利之诉的当事人同时也就确定下来了，也就是说，如果B并不欠C什么，那么，B就有权向C提起不当得利之诉，而不是A有权向C提出。



法院^①通过发展“给付的标准概念”（standard concept of performance）进一步深化了这种解决方案。当事人提起的不当得利之诉取决于谁给谁给付了什么。由于每个“有意识地故意地对他人的财产扩大”，都可算得上是给付，因此，给付者是否以及对谁提起不当得利之诉，取决于他的目的。然而这时可能会发生的是，C可能会

认为，其由A处收到的钱是由B实施的给付，尽管A意图履行自己的债务。在这里，通过对意思表示（Willenserklärung）的类推，法院可能会去支持建立在受领人能从其所在的处境中假设其目的的给付。如果C必然假设A将履行自己的债务，那么，付款将被视为是A的给付。但是，如果C必然假设A履行了B的债务，那么，付款将被视为是B的给付。依据本案来看，付款是没有法律上的原因而被提供的，所以无论是B还是A，都可以提起不当得利之诉。这个复杂并且非常概念性的学说一次又一次地被联邦最高法院本身拒绝，这是因为它可能会导致完全不公平的结果。

在一个案件当中^②，一个没有法律上缔约能力的人B指示他的银行A将一大笔钱转给C。在这里存在的问题是，谁能够向C主张返还这笔钱的诉讼请求权，或者换句话说，谁必须忍受付款给C的风险。原告通常承担举证责任与承受被告可能无力偿债的风险。为了使行为能力欠缺的B免于承担这些风险，联邦最高法院判决，A必须依据不当得利法要求归还其所支付的款项。但这如何与坚持返还之诉源于给付的目的这种观点相关联呢？对于C来说，银行A的付款肯定显示为B的给付！在这个例子中，联邦最高法院坚持，对于C的信赖保护而言，其必须从属于欠缺行为能力之当事人的保护。

不管怎么样，甚至在其他案件中，即欠缺B的指示且A向C付款，联邦最高法院判决，A仅能直接向C要求归还所支付的款项。于此再简要地叙述一下另外一个案件。^③B的一个雇员，我们可以将之称为X，通过伪造B签名的支票而清偿了他欠C的债务。C将这张支票在管理B账户的A银行兑现。于此存在的争议是，谁能够向C请求偿还这笔通过支票移转的款项：A还是B。支票是伪造的，A实际上未曾获得B的指示而为B支付了款项。因为无法弄清楚C究竟是否

^① 这种学说的创立者被认为是H.-W. Kötter, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion (《给付不当得利的法律性质》), 载AcP 153 (1954), 193 ff.

^② BGHZ 1990, 111, 382.

^③ BGH WM 1998, 593.

知道其收到了一张伪造的支票，所以，联邦最高法院自己发展出来的准则，即从C的立场来看，付款代表着B或者A的给付，并不能给联邦最高法院提供指导。^①通过坚持银行必须承受伪造支票的风险这一观点并判决A向C要求归还所支付的款项，联邦最高法院切断了戈耳狄俄斯之节(Gordius knot)^{②③}。这个判决并不令人满意。银行A是否依赖于B的有效转账或者B是否以及在何种情形下必须容忍把X的行为归于自己，在这里难道完全没有意义吗？^④

然而无论如何，联邦最高法院都通过这个判决承认了，抽象的给付概念并不适合于达成一个公平的解决方案。它再三强调说：“在依据不当得利法处理涉及超过两个人的诉讼当中，任何图解式的解决方式都是被禁止的”，其“始终取决于个案的独特事实”^⑤。借此，不仅给付概念说在其不合时宜时将被弃之如敝屣，而且预测联邦最高法院在下个不当得利案件中如何将判决也变得不可能了。

这也使下级法院变得没有了信心。例如，一个州法院(Landgericht)遵循正统的给付概念说而在一个简单的案件中作出了一个错误的判决。^⑥B由于其自己的过错而引发了一起事故，并因此导致了C的汽车的损害。B声称其在A那里有保险，并把C推到A那里去主张他的赔偿请求权。事实上，A由于一场误会而赔偿了C的损害。没过多久，B被证明并没有被A全保，像本案这种情况，A并不负有向C提供赔偿责任。相应地，A请求返还其支付给C的款项。法院驳

回了他的诉讼请求。因为C有权假设A是以B的保险人为给付，C接受的是B的给付，准确来说，C以已经发生的事实为基础而享有一项请求权。因此，A应当向B请求返还所支付的款项。

这个结果与不当得利法的基本原则没有任何不同之处：A没有法律上的原因而以自己的牺牲为代价向C给付，尽管如此，他也不能成功地对C提起不当得利之诉。毋宁说，A可以转向其所不知道的且从未与之接触过的B。A的不当得利之诉被拒，仅仅是因为法院断定，C必然将A的付款理解成为B的利益而做的给付。最近德国不当得利理论中的一种错误的方法，即前述被过度使用的给付概念，是导致这种特别的错案与其他类似错误判决的原因。

因此，学术界对这个概念进行了严厉的批判。当然，这些批判中并不缺乏这样的建议，即法院如何使其自身从它们所发现的在涉及数人情形下的返还不当得利这个死胡同中摆脱出来。在这里，两个人是值得注意的：例如，库皮施(Berthold Kupisch)建议^⑦，更多的注意力应当放在“以他人的牺牲为代价”这个要件上，在给付返还之诉的情形下也是如此。至少在委托的情形下，在以其牺牲为代价而实施所有分配的当事人看来，所有分配都是合格的：若A遵循来自B的一个有效的指示而付款，那么，C的获益导致了B的牺牲。也就是说，对于B来说，A的付款被证明是正当的，甚至是有义务去这么做，为此，他不需要对其向C付款所导致的经济后果承担责任。

① 例如：BGHZ 1975, 66, 362, 364; BGHZ1976, 67, 75, 78; BGHZ1982, 87, 393, 396; BGHZ 1983, 88, 232, 236。

② 戈耳狄俄斯之节是亚历山大大帝在弗里吉亚首都戈尔迪乌姆时的一个传说故事。一般作为使用非常规方法解决不可解问题的一种隐喻。根据传说，这个结在绳结外面没有绳头。亚历山大大帝来到弗里吉亚见到这个绳结之后，拿出剑将其劈为两半，解开了这个问题。

③ BGH WM 1998, 593, 596。

④ 人们肯定会承认，B的返还之诉被一个已经产生法律约束力的判决给排除了；参见：BGH WM 1998, 594，判决实现了这个规定的结果。

⑤ BGHZ 1968, 50, 227, 229; BGHZ 1971, 58, 184, 187; BGHZ 1973, 61, 289, 292; BGHZ 1978, 72, 246, 250; BGHZ 1983, 87, 393, 396; BGHZ 1984, 89, 376, 378; BGHZ 1989, 105, 365, 369; 最近的参见 BGH NJW 1995, 1484; BGH NJW 1999, 1393, 1394。

⑥ LG Zweibrücken, NJW-RR 1995, 917。

⑦ 最近的著述见 BertholdKupisch, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht (《不当得利法中的法律实证主义》)，载 JZ 1997, S. 213 ff., bes. S. 218 ff。

相反，卡纳里斯^①（Claus-Wilhelm Canaris）并未去探寻一种根本性的解决方案，他建议以一个个案性的标准来确保在恰当的当事人之间对不当得利后果进行偿还。^② 他的主张如下所示：

（1）不当得利的偿还必须遵循适用于物权法的评估准则；特别是善意取得制度（bona fide acquisition）必须被考虑进来。

（2）一方面，每个当事人都须保持对其他人的防御，这些其他人由他们之间的法定关系而生。另一方面，没有当事人将去面对相对于第三人〔第三人权利例外（exceptiones ex iure tertii）〕而言的合同上的合作伙伴的防御。

（3）每个当事人必然要忍受在交易中有联系的合作上合作伙伴无力偿债的风险。没有人将对另外一方当事人无力偿债的风险负责。

毫不夸张地说，关于给付的返还之诉性质的讨论，已经导致德国不当得利法理论陷入了危机当中。在这种背景下，卡纳里斯与库皮施提出的解决方案代表了欧洲讨论本身的两个极端。卡纳里斯从案件素材中概括出个别的评估准则，而库皮施却意图从 2 000 多年的民法传统中获得相应的规则。

四、债务人的责任

我想说的第三个问题是关于债务人的责任范围问题。对此而言，首先让我们来思考这样一个有趣的老问题：不当得利中的获益是仅存在于所

获之财产的价值当中，还是也存在于从所获之财产中获得的收益里。关于这个问题，我们来看一个关于商业竞争法的案例^③：

原告生产和分销香水和其他产品，其中，有一款香水在“香奈儿 5 号”的商标名称下。被告也在销售以这种商标命名的一款香水，他不知道其所销售的香水是山寨货。原告现在以被告未经授权而使用其商标名称为由提起损害赔偿之诉；作为另外一种选择，原告诉请被告放弃其从销售香水中所获取的收益。

联邦最高法院否决了原告损害赔偿的诉讼请求权。被告并不知道且事实上其甚至也无法知道，他所销售的完美的贗品事实上并不是“香奈儿 5 号”商标名称下的香水。由于他并没有过错，因此，他并不负有赔偿责任。类似地，他也没有责任放弃从香水销售中所获取的收益。由于被告仅仅是使用了商标的名称，因此他仅有支付原告与销售范围相适应的许可费的责任。但是，他被允许保存其从销售中所获取的收益。

在这个判决之后，至少有两个困难的判决是联邦最高法院不得不去做的。一直到几年前，它还在干涉非物质财产权（例如专利、商标名称与技术）的案件中否决不当得利诉讼请求权。事实上，相关的制定法规定，过错干涉他人权利的人负有赔偿损害的责任。作为损害赔偿，原告也可以主张返还从他那里所获取的收益。^④ 但是，如

^① 卡纳里斯（Claus-Wilhelm Canaris），生于 1937 年 7 月 1 日，德国著名法学家，生于法学世家，其父（Constantin Canaris）亦是著名法学家。卡纳里斯 1963 年以《制定法漏洞的查明》为题通过博士论文答辩，1967 年在拉伦茨（Karl Larenz）的指导下以《德国私法中的信赖责任》为题通过教授资格论文答辩。1968 年开始其教师生涯，1972 年接替拉伦茨成为慕尼黑大学民法、商法、劳动法法和法哲学教授，2005 年荣休。卡纳里斯一生获得无数荣誉，桃李满天下。除了前述两篇论文外，代表性著作还有：《银行合同法》（Bankvertragsrecht，1975）、《有价证券法》（Recht der Wertpapiere，1976）、《商法》（Handelsrecht，24 版，2006）、《债法教科书》（Lehrbuch des Schuldrechts Band, 13 版，1994）、《基本法与民法》（Grundrechte und Privatrecht，1999）、《2002 年债法现代化》（Schuldrechtsmodernisierung 2002）、《法学方法论》（Methodenlehre der Rechtswissenschaft，1995 年）等。

^② 参见 C.-W. Canaris, Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis（《三人关系中的不当得利偿还》），1. FS Larenz, München 1973, S. 799 ff.；概述见 K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II；Besonderer Teil（《债法教科书第 2 卷：分则》），2 halb - Bd., 13. Aufl., München 1994, S. 246 ff.

^③ BGHZ（1986），99，224.

^④ 参见《著作权法》（Urheberrechts G）第 97 条，《实用新型法》（Gebrauchsmuster G）第 24 条，《商标法》（MarkenG）第 14 条以下，《外观设计法》（Geschmacksmuster G）第 14 条。在这些条款被制定出来前，权利人的损害赔偿之诉通常是依据《德国民法典》第 687 条第 2 款（误认的事务管理与非真实的事务管理）。第 687 条第 1 款：误将他人事务作为自己的事务而管理的，不适用第 667 条至第 686 条的规定。第 2 款：明知自己无权处理而将他人的事务作为自己的事务进行管理的，本人可以主张根据第 677 条，第 678 条，第 681 条，第 682 条产生的请求权。本人主张上述请求权时，应对事务管理人负第 684 条第 1 句规定的义务。

果他不能证明其他人过错侵害了他的权利,那么,一直到1976年为止,他都不能主张任何返还请求权。仅在两个相似的“合成材料空心型材案”^①(Kunststoffhohprofil Fallen)中,原告的不当得利诉讼请求才获得了支持。在前述案件中,法院认为,权利人有权主张通常的许可费,但无论如何不能主张干涉一方当事人从其权利中所获取的收益。我们案件中的下一个特征也与此有关。

对收益之责任问题的争论,无论是过去还是现在,都非常激烈。^②然而从他人的物或者权利那里获取收益的可能性在于物或权利本身。就各种收益形式来说,权利人有权获取收益并排除他人的干涉。^③但是,居雅斯(Jacques Cujaz)已经提出理由说,干涉他人权利的一方当事人自己的商业积极性的结果并不能被剥夺。^④今天,有人仍在使用这种理由反对让干涉方当事人放弃其所获收益的责任。^⑤在本文前面提到的案件中,联邦最高法院坚持认为,债务人仅需要支付通常的许可费即可。他被允许保留其所获取的

收益。

这种解决方案并不是起因于对干涉方当事人的特殊同情,而是由于下述事实:《德国民法典》与竞争法这种特别法都仅在当事人知道或应当已经知道其干涉了他人的权利或财产的情形下,才承认全部的赔偿责任。^⑥因此,善意的行为人也必然应当放弃其从他人的权利或财产中获取的收益,看起来就很难说得过去。就像本文前面提到的案件那样,一方面,如果问题是关于利益的收益,那么,他人权利的善意使用人是否以及什么程度上也将其自己的资源投入到收益的获取中来,就必须是一个关联的考虑因素。另一方面,必须要考虑,在占有返还制度中,善意占有人可能将收益予以保留。^⑦但这在其无偿取得占有的场合下并不适用,因为依据《德国民法典》第988条^⑧不当得利法的规定,这种情况下他是有责任的。由此导致的结果是,占有人将把所有必须的、包括他人财产收益的全部费用都贴现,从而获取收益,就此而言,他引发了处境的变化。结果,这就相当于已经由威尔伯格(Wil-

① BGHZ (1976), 68, 90 与 BGHZ (1981), 82, 299.

② 关于对收益而言的责任,通常参见 H. H. Jakobs, Eingriffserwerb und Vermoegensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (《不当得利学术中的营业侵害与财产损益之变动》), Bonn 1964, 特别是第 67 页以下; H. Haines, Bereicherungsansprueche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb (《商标侵害与不正当竞争中的不当得利请求权》), Koeln/Berlin/Bonn/Muenchen 1970, 尤其是第 108 页以下; D. Koenig, Gewinnhaftung (《获利返还责任》), 载 Festschrift fuer v. Caemmerer (《齐默尔庆祝文集》), Muenchen 1978, S. 179。进一步的参见 Koppensteiner/Kramer, 同第 117 页注^③, 第 155 页以下; MüKo/Lieb, 同第 115 页注^④, 第 818 条第 16 段以下; Larenz/Canaris, 同第 124 页注^②, 第 278 页以下。

③ 参见 Reuter/Martinek, 同第 116 页注^②, 538 页以下; Larenz/Canaris, 同第 124 页注^②, 第 279 页。

④ J. Cuiacius, Recitationes solemnes ad Julii Pauli Libros XXV quaestionum (《对犹利乌斯·保罗的〈问题〉第 25 卷的正式解读》), 载 Opera omnia, tom. II (《全集》), 第 2 册, Napoli 1772, 1123 B: ……为什么不依照 Sticho 自身的理解,而依照协议和我的精明算计。

⑤ 持此观点的不是很多: v. Caemmerer, FS Rabel I (《拉贝尔庆祝文集 I》), S. 356 [Gesammelte Schriften I (《文集 I》), S. 232]: “如果专利的无辜侵害人被迫放弃他所获取的不仅是被保护之经营的成果,同时也是其自己活动与自身商业运营的成果的收益,那么这将是公正的。”与之不同的参见 BGHZ (1952) 7, 208, 218。

⑥ 特别条款在第 124 页注^④中提到。依据《德国民法典》,干涉者必须放弃所有收益的,仅在其知道其没有正当理由而使用他人财产时成立(第 687 条第 2 款,第 684 条)。

⑦ 相反,这是《德国民法典》第 987 条,第 990 条第 1 款以及第 955 条的结果。第 987 条第 1 款:占有人应将其在诉讼拘束发生后收取的收益返还所有权人。第 2 款:占有人在诉讼拘束发生后对其依通常经营方法可能收取的收益不收取的,在其负有过失责任的范围内,应对所有权人负赔偿义务。第 990 条第 1 款:占有人在取得占有时为非出于善意的,自取得占有时起,根据第 987 条,第 989 条的规定对所有权人负其责任。占有人于事后知道其为无权占有的,自其知情时起负同样的责任。

⑧ 《德国民法典》第 988 条:认为物属于自己或者以行使实际上并不属于自己的收益权为目的而占有其物的占有人无偿取得该物的占有的,应当根据关于返还不当得利的规定,向所有权人返还其在诉讼拘束发生前收取的收益。

burg) 所提出的一种妥协: 根据其所做的贡献而在债务人与债权人之间分配收益。^①

当然, 更为困难的是, 在减轻债务的时候去评估干涉他人权利之当事人的特别技能与商业直觉。这个问题在涉及《德国民法典》第 816 条^②第 1 款时表现得尤为清楚, 比如, 一个未被证明其有正当理由的物的卖主是有责任放弃其全部出售的收益, 还是仅对该物的真实价值负有责任。^③ 在我看来, 前面提到的收益分配原则在这里也是可以适用的。然而在任何情况下, 将重点放在帮助卖主获取特别高的收益的商谈技巧上, 都是非常困难的。在这里, 举证责任的分配规则明显地有利于债权人, 因为卖主因出售所获之利益的偿还表面上看来 (prima facie) 要反映货物的市场价值。债务人必须证明, 其取得收益的特殊机会或其在协商中的特殊技能在收益中所占的比例以及可能将之提升为一种处境的变化。

通过本文所述的最后一个例子, 即紧随干涉他人非物质财产权之后的不当得利诉讼请求权, 我们其实已经谈及了本文一开始就关注的一个问题: 不当得利诉讼请求权与其他返还义务之法之间的区分界限。在香奈儿案中, 原告所主张的对作为不当得利之销售收益的返还请求权被法院拒绝, 因为干涉他人权利的使用人自身并没有过错这一事实。如果使用人有过错, 那么, 原告也同样能对其所遭受的损害 (《德国民法典》第 823 条^④第 1 款) 以及因此的所失利益 (《德国民法典》第 252 条^⑤) 主张损害赔偿请求权。无辜当

事人的所失利益并不与干涉他人权利之当事人所获取的收益相等, 这一点并未被联邦最高法院所承认。

恰好是这一点, 在“摩纳哥卡洛琳” (Karoline von Monaco) 案中再一次被忽视了^⑥: 许多报纸刊登了伪造的和被称为狗仔队的记者所拍摄的卡洛琳公主的照片。卡洛琳公主以其人身权利被侵犯为由提起损害赔偿之诉, 联邦最高法院支持了她的赔偿请求, 其获得了共计六位数 (德国马克) 的赔偿金。这个损害赔偿之诉中被支持的赔偿金额非常高, 这是因为联邦最高法院在侵权之诉的框架之内, 按照不当得利进行推理。刊登这些文章的出版商明显能够通过卡洛琳公主人身权利的不当侵犯而提高发行量; 基于此, 卡洛琳有一项诉讼请求针对的就是出版商销售所增加的收益。

该责任问题完成了本文开始即概括提出的法律冲突循环, 该事实首先证明了德国不当得利法与物权返还制度、侵权法、合同法中的其他返还请求权不能充分地协调一致。如果允许我作如下批评的话, 那么, 这种和谐的缺乏通常并不是由《德国民法典》本身所导致, 而是由于法律观点与判例法欠缺通过公平对待所涉及的不同利益的判决去突破正统规则与概念的能力。事实上, 对此所必须的评估准则绝大多数都是在《德国民法典》本身发现的, 所以, 在欧盟法律接近 (approximation of laws)^⑦ 的框架内, 必须修正法律的仅在少数情形中需要。

(责任编辑: 方 明)

① Wilburg, 同第 115 页注⑩, S. 128 ff.

② 《德国民法典》第 816 条第 1 款: 无权利人对其标的物进行处分而其处分对权利人有效时, 无权利人负有向权利人返还因处分而取得的利益的义务。无偿处分的, 因处分而直接取得法律利益的人也负有相同的义务。第 2 款: 对无权利人所履行的给付对权利人有效时, 无权利人负有向权利人返还所受给付的义务。

③ 关于此的最后的详细论述, 参见 H.-H. Jakobs, *lucrum ex negotiatione. Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht* (《协议利益: 历史视角下不当得利法上的获利返还责任》), Tübingen 1993.

④ 《德国民法典》第 823 条第 1 款: 因故意或者过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者, 对他人因此而产生的损害负赔偿义务。第 2 款: 违反以保护他人为目的的法律者, 负相同的义务。如果根据法律的内容并无过失也可能违反此种法律的, 仅在有过失的情况下, 始负赔偿义务。

⑤ 《德国民法典》第 252 条: 应赔偿的损害也包括可得利益。可得利益是指依事物的通常进行, 或者依特殊情形, 特别是依已采取的措施或者准备, 可预期取得的利益。

⑥ BGH NJW 1995, 861 与 NJW 1996, 984.

⑦ 前欧共体, 现欧盟的条约用语。