

國立政治大學法律學系碩士論文

指導教授 王千維博士

The background features a large, light gray watermark of the National Chengchi University logo. The logo is circular and contains the university's name in Chinese characters '國立政治大學' at the top and 'National Chengchi University' at the bottom. In the center of the logo is a stylized emblem with the Chinese characters '政大' (Chengchi University) inside a shield-like shape.

# 不法原因之給付

—著重於規範目的與例外事由之探討

研究生 謝允正 撰

中華民國九十九年七月



<b>第一章 緒論</b> .....	<b>1</b>
<b>第一節 研究題目之提出與說明</b> .....	<b>1</b>
一、論題之概述.....	1
二、最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決帶來之契機.....	6
三、將民法第 180 條第 4 款之規定作為轉介條款.....	12
<b>第二節 研究方法</b> .....	<b>16</b>
一、比較法.....	16
二、法律史.....	18
三、法管制理論.....	19
四、具體化之方法.....	20
<b>第三節 架構之說明</b> .....	<b>20</b>
<b>第二章 羅馬法上之觀察</b> .....	<b>23</b>
<b>第一節 背景說明</b> .....	<b>23</b>
一、法務官法.....	23
二、「學說」於羅馬法體系下之意義.....	24
<b>第二節 羅馬法上之不當得利</b> .....	<b>28</b>
一、概說.....	28
二、無債務之不當得利.....	28
三、給付結果未發生之不當得利.....	31
四、基於不道德原因之不當得利.....	32
<b>第三節 羅馬法上之不道德原因給付</b> .....	<b>34</b>
一、受領人一方違反道德.....	34
二、給付者違反道德.....	35
三、雙方同等不法.....	35
<b>第三章 規範目的</b> .....	<b>45</b>
<b>第一節 我國法上之觀察</b> .....	<b>45</b>
一、實務見解.....	45
二、學說見解.....	47

<b>第二節 比較法上之觀察 .....</b>	<b>52</b>
一、德國法.....	52
二、瑞士法.....	68
三、英美法系.....	70
<b>第三節 本文見解.....</b>	<b>79</b>
一、分析與檢討.....	79
二、本文見解的提出.....	83
<b>第四章 適用論 .....</b>	<b>94</b>
<b>第一節 構成要件論.....</b>	<b>94</b>
一、給付.....	94
二、不法原因.....	96
<b>第二節 例外事由的重構 .....</b>	<b>105</b>
一、我國法上的觀察.....	105
二、比較法上的觀察.....	117
三、第 180 條第 4 款但書規定的重構.....	171
<b>第三節 適用範圍.....</b>	<b>185</b>
一、與給付不當得利相競合的侵權行為損害賠償請求權與物上請求權.....	186
二、作為一般原則或類推適用於其他請求權基礎？.....	194
<b>第五章 最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決之評釋（代結論）.....</b>	<b>200</b>
一、定位為概括條款.....	200
二、規範目的.....	201
三、例外事由之分析與檢討.....	202

# 第一章 緒論

## 第一節 研究題目之提出與說明

### 一、論題之概述

不當得利請求權之發生於採取非統一說的見解下，可類型化為兩個最上位的原因，一為基於當事人間意思而發生之財貨移轉，亦即基於給付而生之財產損益變動，另一為基於給付以外之事由而生之財產損益變動<sup>1</sup>。前者即為一般通說所稱「給付不當得利」。當一方當事人有意識、有目的地增益他方當事人之財產，因而造成財產損益變動時，受領給付者相對於給付者須有終局受領給付之法律上原因，否則將合致民法第 179 條之規定，使給付者得以請求受領給付者返還因給付所致之財產增益。所謂「法律上原因」依多數見解係指當事人一方為給付時所立基之目的，其目的即為給付行為之原因，從而給付若欠缺其原因時，他方當事人受領給付即無法律上之原因，應成立不當得利<sup>2</sup>。當事人依循一定之債之關係而提出給付，若該債之關係不存在，

<sup>1</sup> 王千維，在給付行為之當事人間基於給付而生財產損益變動之不當性，第 4 頁。另請參閱：王澤鑑，不當得利，第 34 頁；楊芳賢，不當得利，第 7 頁。

<sup>2</sup> 王澤鑑，不當得利，第 63 頁。另請參閱：姚志明，給付不當得利請求權之成立，收錄於民事法學新思維之開展，第 380 頁；劉昭辰，不當得利：第一講 給付之概念，月旦法學教室第 18 期，第 79 頁。王千維教授則認為：所謂「給付之法律上原因」係指該給付立基於一有效之債之關係之上，而有效之債之關係乃構成給付之法律上原因。並同時基於學說上所主張之「給付者所欲達成之目的始構成其給付之原因，若此等給付目的未能實現，即得令給付成為無法律上原因」此一見解，進而認為「給付目的與給付之法律上原因間之關連性為何」此一問題有加以深究之必要，簡要結論可參閱：王千維，在給付行為之當事人間基於給付而生財產損益變動之不當性，第 231 頁～第 239 頁。楊芳賢教授於其關於不當得利的專書中，簡要地提及德國學說上對於「法律上原因」之主觀說與客觀說之爭議，並認為此一爭議之釐清並無助於我國不當得利法之解釋，蓋最高法院判決並未採取德國通說之給付概念，是以並無必要以給付目的說明無法律上原因，亦無必要涉入上述德國法之爭議。詳參楊芳賢，不當得利，第 36 頁～第 37 頁。

即屬自始欠缺給付目的、無法律上原因之情形，給付者依照民法第 179 條前段得向受領給付者請求返還。

依我國民法的體系安排，於個案事實符合民法第 179 條之構成要件下，仍須進一步檢視是否同時具備民法第 180 條所列各種排除、限制事由。亦即，當事人基於契約內容提出給付，而該契約依照民法第 71 條或第 72 條而無效，此際給付之一方當事人之履行、清償目的自始不存在，依照民法第 179 條之規定，其似乎得向受領給付之他方當事人請求返還。然而，若進一步檢視民法第 180 條各款排除、限制不當得利發生之事由，則會產生給付者之不當得利請求權是否因合致該條第 4 款之規定而無由行使之問題。

關於民法第 180 條第 4 款之解釋適用，我國學說上常論及之爭議問題約有以下數端：

### (一)「給付」之概念是否應加以限縮<sup>3</sup>？

例如：當事人基於清償賭債之目的給付賭款，因賭博為法令所禁止之行爲（或悖於善良風俗），賭博（契約）依照民法第 71 條（或第 72 條）為無效，並不因而發生債之關係，賭款之清償欠缺給付目的，合致民法第 179 條前段之規定，受領賭款者原負有返還義務，然而，賭款之清償同時合致民法第 180 條第 4 款本文所稱之「不法原因之給付」，故受領賭款者取得拒絕返還之抗辯權。有疑義的是：若當事人並非直接清償賭款，而係出於擔保賭「債」之目的而為抵押權之設定或簽發支票，此際應如何處理<sup>4</sup>？亦即，本款所稱之「給付」於解釋上是否包含抵押權設定與支票簽發此等出於擔保目的之財貨移轉？

<sup>3</sup> 史尚寬，債法總論，第 85 頁；王澤鑑，不當得利，第 146 頁以下；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 85 頁以下；劉昭辰，不當得利：第二講 不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 141 頁。

<sup>4</sup> 詳參王澤鑑，賭債與不法原因之給付，載：民法學說與判例研究（二），第 123 頁以下。

## (二) 何謂「不法」原因？

我國學說上多數之看法<sup>5</sup>係認為所謂的不法原因包括給付之原因行為違反強行規定與公序良俗。使得民法第 180 條第 4 款與第 71 條、第 72 條得以相互呼應。亦有採取較為限縮之看法而認為僅包括違反公共秩序與善良風俗之情形<sup>6</sup>。進來亦有學者主張所謂「不法原因」究係包括給付之原因行為違反強行規定與公序良俗，抑或僅限於公序良俗之違反之問題，並不宜一概而論，反而應該個案認定是否符合「不法之原因而為給付」之要件，因而不得請求返還。亦即，給付之原因行為違反強行規定或悖於公序良俗而無效，給付者得依不當得利請求返還，僅當符合民法第 180 條第 4 款之要件時方不得請求返還<sup>7</sup>。此外，我國實務與學說上更將擅自於他人土地上開墾之行為，以及實施詐術而為之給付此兩種情形視為「不法原因」之給付<sup>8</sup>。另值得注意的是，動機之不法是否亦合致本款之規定<sup>9</sup>？若非原因行為之內容而係其條件不法，是否亦有本款之適用<sup>10</sup>？

<sup>5</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；王澤鑑，不當得利，第 157 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 88 頁；黃立，民法債編總論，第 213 頁，註 35；劉昭辰，不當得利：第二講 不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 42 頁。值得注意的是：劉昭辰教授認為本款原文僅規範「不法」（按：違反強行規定）原因之給付，但基於本款之規範目的乃節省司法資源不必要之浪費，聽任當事人自行解決糾紛，而肯認通說將本款之適用範圍及於不道德原因（按：違反公序良俗）之給付，蓋其認為排解不道德原因之給付所生之法律糾紛，亦非司法任務。

<sup>6</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 173 頁以下；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 142 頁。

<sup>7</sup> 楊芳賢，不當得利，第 108 頁；該書第 109 頁舉例分析何時不適宜排除強行規定，而何時又不適宜認為違反強行規定，即不得請求返還。

<sup>8</sup> 詳參王澤鑑，不當得利，第 148 頁～第 149 頁；陳泐岳，為「圓謊」所為給付之法律性質，月旦法學教室第 72 期，第 10 頁、第 11 頁。

<sup>9</sup> 關於動機不法與法律行為之效力請參閱 陳泐岳，動機與違背公序良俗之約定，載：民法總則實例問題分析，2001 年 5 月，第 162 頁～第 166 頁。史尚寬先生（債法總論，第 84 頁）認為緣由或動機之不法非不法原因，然若當事人以緣由或動機為法律行為之內容或條件時，則成為其行為之原因。

<sup>10</sup> 關於附有不法條件之法律行為之效力，請參閱 王澤鑑，以同居為條件之贈與及不法原因給付，載：民法學說與判例研究第三冊，第 127 頁～第 129 頁；陳泐岳，動機與違背公序良俗之約定，載：民法總則實例問題分析，2001 年 5 月，第 161 頁～第 162 頁。

### （三）隱含不成文主觀要件？

本款規定僅指明基於不法原因而為之給付不得請求返還，對於主觀要件未設明文。然而多數學說見解<sup>11</sup>基於本款法律效果上屬於對於給付者之不利制裁，認為給付者對於給付原因之不法性須明知或者其不知須可加以非難，並且主張公序良俗為社會一般通念，為社會一份子之個人當然應具有認識，原則上可認為至少具有過失。然而亦有不同見解<sup>12</sup>認為民法第 180 條第 4 款之適用涉及法律秩序之維護，宜採客觀見解，縱使給付者認其行為合法，仍不得請求返還。此外，亦有學者主張將損害賠償責任之標準應用於不法原因之給付，亦即，欲將此不利之法律效果加諸於給付者，雖不以給付者有行為能力為必要，但至少須有責任能力<sup>13</sup>。

### （四）不法原因給付之法律效果是否及於第三人？

基於不法原因而為給付之一方當事人固不得請求受領給付者返還因給付所生之財產損益變動，惟給付者之概括繼承人、特定繼承人、債權人、破產管理人是否亦為民法第 180 條第 4 款之效力所及<sup>14</sup>？此外，若受領不法原因給付之一方當事人復將其所受領之利益，無償讓與第三人，此際給付者得否向轉得之第三人請求返還<sup>15</sup>？再者，若為給付者並非該違反強行規定或悖於公序良俗之契約之當事人，而係居於第三人之地位所為之清償，該第三人得否向受領給付者請求返還

<sup>11</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；王澤鑑，不當得利，第 150 頁、第 157 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 90 頁。結論上相同：孫森焱，民法債編總論上冊，第 174 頁～第 175 頁。

<sup>12</sup> 楊芳賢，不當得利，第 109 頁～第 110 頁。

<sup>13</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 88 頁。

<sup>14</sup> 請參閱 鄭玉波，不法原因給付與第三人之關係，載：民商法問題研究（一），第 107 頁～第 111 頁；王澤鑑，不當得利，第 150 頁～第 151 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 88 頁～第 89 頁。

<sup>15</sup> 請參閱 鄭玉波，不法原因給付與第三人之關係，載：民商法問題研究（一），第 111 頁～第 112 頁，王澤鑑，不當得利，第 151 頁；劉昭辰，不當得利：第二講 不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁。



## (五) 不法原因給付此一規定之適用範圍為何？

試舉三個學說討論上常見之情形說明之：(1) 雙方當事人約定由一方提供金錢供他方向公務員行賄，使受賄之公務員違背職務而圖利提供金錢行賄之一方，事後發現一切皆為該他方之詐欺，目的在於騙取金錢，此際，若受詐欺之一方當事人依民法第 184 條第 1 項後段<sup>17</sup>請求損害賠償，賠償義務人得否主張民法第 180 條第 4 款之抗辯<sup>18</sup>？(2) 出租人將房屋交付承租人經營聲色場所，雙方當事人間之租賃契約因民法第 72 條<sup>19</sup>無效，承租人占有租賃物屬無權占有，出租人得否依民法第 767 條第 1 項前段請求承租人返還該房屋之占有<sup>20</sup>？(3) 公司發起人於公司設立登記後一年內將其股份轉讓與他人，轉讓人得否向發起人依民法第 113 條請求回復原狀<sup>21</sup>？

## (六) 不法原因僅存於受領之一方當事人

首先應說明者是，多數學說見解基於民法第 180 條第 4 款但書規定之文義與體系解釋而認為該請求權性質上仍屬民法第 179 條之不

<sup>16</sup> 請參閱 劉昭辰，不當得利：第二講 不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁～第 45 頁。需加以說明的是：此際應可認為給付關係係存於第三人與受領給付者間，蓋第三人乃自發地、基於自己的決定清償他人之債務，而非基於該他人之指示，請參閱 王澤鑑，不當得利，第 126 頁；楊芳賢，不當得利，第 96 頁。

<sup>17</sup> 因詐欺而支出金錢或締結不利契約之情形，其請求權基礎究為民法第 184 條第 1 項前段者抑或該條項後段之爭議問題，請參王澤鑑，一般侵權行為，第 133 頁以下；詹森林，自由權之侵害與非財產上之損害賠償，民事法理與判決研究，第 273 頁以下。

<sup>18</sup> 王澤鑑，不當得利，第 152 頁～第 153 頁；楊芳賢，不當得利，第 110 頁～第 111 頁；劉昭辰，不當得利第二講：不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁。

<sup>19</sup> 為經營情色場所而成立之租賃契約是悖於公序良俗而無效，在大法官解釋第 666 號公布後並非毫無疑義。當然多數意見以平等權為審查標準，未對此議題表態，但從相關協同意見書中仍可推知性交易於現代多元社會下是否仍違背公序良俗，應有重新思考之餘地。

<sup>20</sup> 王澤鑑教授認為有民法第 180 條第 4 款之類推適用，詳參王澤鑑，不當得利，第 154 頁；不同見解：楊芳賢，不當得利，第 112 頁。

<sup>21</sup> 詳參王澤鑑，不當得利，第 154 頁～第 156 頁。

當得利請求權。蓋給付之原因行為違反強行規定或公序良俗本為無效，該給付因而欠缺給付目的，故發生給付不當得利，並且當不法原因僅存於受領給付之一方當事人時，例外不受民法第 180 條本文之限制，復歸於原則，給付者得依民法第 179 條向受領給付之他方當事人請求返還。

關於適用本款但書的案型，歸整學說上所列舉者約有：1、基於勒索或回贖綁票而給付金錢<sup>22</sup>；2、阻止犯罪而贈與金錢<sup>23</sup>；3、向公務員行賄，使其從事合於職務之行為<sup>24</sup>；4、為不告發他人之犯罪而收取金錢<sup>25</sup>；5、收取超過最高利率限制之利息<sup>26</sup>等數端。

惟有疑問的是，民法第 180 條第 4 款但書之適用是否受制於同條第三款之規定？亦即，若不法原因僅存在於受領之一方當事人，惟給付者亦明知其無給付義務，此際，給付之一方當事人得否請求返還<sup>27</sup>？

## 二、最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決帶來之契機

近來，民法第 180 條第 4 款但書之規定於實務發展上最重要的標竿判決是最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決。以下簡述本案判決之事實、法律見解與學者評析：

<sup>22</sup> 鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），第 101 頁；王澤鑑，不當得利，第 159 頁；黃立，民法債編總論，第 213 頁；孫森焱，民法債編總論上冊，第 175 頁；楊芳賢，不當得利，第 110 頁。

<sup>23</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 94 頁；孫森焱，民法債編總論上冊，第 175 頁。

<sup>24</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；黃立，民法債編總論，第 212 頁～第 213 頁；孫森焱，民法債編總論上冊，第 175 頁。不同見解：王澤鑑，不當得利，第 159 頁。

<sup>25</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁。

<sup>26</sup> 劉昭辰，不當得利第二講：不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁；不同見解：史尚寬，債法總論，第 84 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 95 頁；黃立，民法債編總論，第 214 頁。

<sup>27</sup> 劉昭辰教授（不當得利第二講：不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁）認為本款但書最重要之功能即在於排除同條第 3 款之適用。不同見解：王澤鑑，不當得利，第 159 頁。

## （一）事實

與民法第 180 條第 4 款之適用有關者為：詐騙集團向原告施以詐術，使之誤信其於香港獲得巨額獎金，為避免香港廉政公署阻擾開獎，乃基於行賄香港廉政公署之意圖，依詐騙集團之指示，匯款四百萬元至某銀行帳戶，嗣後該筆款項又以疑似洗錢方式，輾轉經由多人帳戶，最後匯入被告之銀行帳戶。原告知悉受騙後，乃依照民法第 179 條向被告請求返還該筆款項。被告則主張原告匯入之款項乃出於行賄之目的所為之給付，依民法第 180 條第 4 款之規定，被告得拒絕返還。

## （二）法律見解

本家中最高法院對於民法第 180 條第 4 款之解釋適用表示如下之見解：『不當得利制度乃基於「衡平原則」而創設之具調節財產變動的特殊規範，故法律應公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，不能因請求救濟者本身不清白，即一概拒絕保護，使權益之衡量失其公平，故如已具備不當得利之構成要件，應從嚴認定不能請求返還之要件，避免生不公平之結果。被上訴人（按：原告）係遭詐騙集團欺騙以行賄香港廉政公署而匯款，應認該不法之原因僅存在於詐騙集團，基於前述衡平原則，上訴人（按：被告）以被上訴人係不法原因給付為由，拒絕返還系爭四百萬元，洵非有據。』

## （三）最高法院 56 年第 2232 號判例

最高法院 56 年第 2232 號判例之基礎事實與本案判決事實類似，因此無論係基於判例本身所具有之規範上拘束力，抑或是最高法院本於平等原則於相同案件應做相同處理，最高法院做出與有效判例相異之判斷時，仍應就案件之基礎事實加以辨異，指明本案與該判例之基礎事實不同，因而不受拘束，或至少—若認為判例並無拘束力或僅有附條件的拘束力—提出充分論據而對先前判例加以推翻<sup>28</sup>，然而本判決絲毫未提及前揭判例，因此關於此問題上實務見解變遷、發展之軌跡較不易被掌握，本文特節錄前揭判例要旨，以資比對：「為行使基於侵權行為之損害賠償請求權，有主張自己不法之情事時，例如擬用金錢力量，使考試院舉行之考試發生不正確之結果，而受他人詐欺者，是其為此不法之目的所支出之金錢，則應適用民法第一百八十四條第四款前段之規定，認為不得請求賠償。」<sup>29</sup>

#### （四）學者評析

對於此重要判決，學者亦為文評析，且皆表示：就結論言，固值贊同，但理由構成，則有補充之必要。

有認為<sup>30</sup>：民法第 180 條第 4 款之規範目的除了基於衡平法上之潔手原則，對於不清白者拒絕法律保護，另寓有預防不法的一般功能。而為達成此立法目的，必須針對排除返還請求權之規定，做符合比例原則之利益衡量。本案中，企圖行賄者係受詐騙集團所惑方為匯款，肯定受詐欺者例外仍得行使不當得利請求權，實為達成預防不法所必要<sup>31</sup>。

<sup>28</sup> 關於判決之法源性問題，請參閱 蘇永欽，試論判決的法源性，載：民法經濟法論文集，第 1 頁以下；民法第一條的規範意義，載：民法總則爭議問題研究，第 30 頁以下。

<sup>29</sup> 前揭判例所涉之請求權基礎為侵權行為損害賠償請求權，而非不當得利返還請求權，因此學者主張就法學方法論而言，應係「類推適用」而非「適用」民法第 180 條第 4 款，請參閱 王澤鑑，不當得利，第 153 頁。

<sup>30</sup> 王澤鑑，不當得利，第-58-頁。

<sup>31</sup> 王澤鑑教授認為解釋適用民法第 180 條第 4 款之規定時必須輔以符合比例原則之利益衡量，並且強調本款規定具有預防不法之一般功能，是否亦傾向於肯認本款規定性質上具有較濃厚的公法管制色彩，或至少係作為輔助管制目的達成之手段，值得進一步深究。關於民事規定之性質與

另有認為<sup>32</sup>：最高法院一方面認為原告本身不清白，但結論又認為不法原因僅存在於詐騙集團，該意見令人費解。正確言之，原告應係依照民法第 180 條第 4 款本文不得請求返還，但誠如最高法院所言，該款本文之規定非不得以誠信原則加以調整。本案中，原告雖有準備行賄的匯款行為，但是尚未達到刑事可罰之階段，且其動機係來自於詐騙集團對其施以詐術，相較之下，詐騙集團則已實行一刑事不法行為，須受到刑事訴追，衡諸兩人之不法程度，詐騙集團顯無保障之必要。同時，原告對於被告請求不當得利返還時，被告亦不得以民法第 180 條第 4 款本文作為抗辯<sup>33</sup>。

## （五）本判決帶來之契機

針對此最高法院判決意旨與學者之評析，可以做以下進一步思考：

上揭最高法院之判決意旨，依本文之詮釋，似為：不當得利制度著重於求得財產變動之當事人間之衡平、公平，而民法第 180 條第 4 款之規定作為不當得利法之一環，亦不例外。故對於此「例外」性質之規定於構成要件之認定上，應嚴格為之，單憑給付者本身有不清白之事由即拒絕其返還請求，尚嫌速斷，適用法律者，必須公平衡量個案雙方當事人之利益，給予適當必要之保護。同樣是基於公平衡量個案當事人間之利益與不法性，論證上，劉昭辰教授傾向於先依法規文義及概念推演認定不法原因同時存在於給付者與受領給付者，故依民

---

合憲性問題，請參閱：蘇永欽，憲法權利的民法效力，載：合憲性控制的理論與實際，第 30 頁以下；私法自治中的國家強制，載：走入新世紀的私法自治，第 16 頁～第 23 頁。

<sup>32</sup> 劉昭辰，賄賂金的不法原因給付，臺灣法學雜誌，第 288 頁。

<sup>33</sup> 在此，劉昭辰教授闡明了一個最高法院未說清楚的問題，亦即，最高法院認為不法原因乃僅存在於詐騙集團，然而，原告（給付者）請求返還不當得利的對象並非詐騙集團，而是受領給付之被告，在未釐清詐騙集團與被告間之關係前，逕以不法原因僅存於詐騙集團而不存在於原告為理由，即認為可適用民法第 180 條第 4 款但書（不法原因僅於受領人之一方存在時），論證上可能稍嫌跳躍。關於詐騙集團與被告間關係之說明請參王澤鑑，不當得利，第 53 頁～第 54 頁；劉昭辰，賄賂金的不法原因給付，臺灣法學雜誌，第 287 頁。

法第 180 條第 4 款本文，給付者不得請求返還，但緊接著借助民法中最重要的概括條款「誠信原則」作為衡量雙方當事人利益與不法性後，欲排除該款本文規定之法律效果之工具；相對於此，本案最高法院法官似乎認為但書規定之適用與否並非單純依其文義或概念推演即得確定，毋寧必須透過利益衡量，以求得公平妥適之結果，亦即，個案中若給付者之利益較值保護，儘管其並非與原因行為之不法性完全無涉，仍得依但書之規定請求返還，反之，若個案中給付者的不法性較高或是至少相等時，因欠缺對其保護之必要，受領者依該款本文之規定得拒絕其返還請求。

藉由以上分析可知為求個案裁判之公平妥適，除透過法學方法論（尤其是客觀目的解釋<sup>34</sup>）精確掌握本款規定個別構成要件之概念內涵外，一個能容納利益衡量之概括條款就本款之適用而言應屬必要。至於究竟要採取外接誠信原則（民法第 148 條第 2 項）之模式或是藉由靈活操作「不法性歸屬」而內建於本款規定中，本文認為須加以考量的是：需要藉助利益衡量以求公平妥適結果之個案與其類型之多寡。詳言之，若為因應現今越趨複雜的社會生活，以及多如牛毛的公法管制規範，甚至是處於多元、快速變遷之社會中公序良俗的非統一性、不穩固性，需要於個案中實質衡量所涉之各種利益的案件數與其類型將呈現增加趨勢，若仍倚賴誠信原則修正嚴格適用本款規定所造成之不妥適結果，可以預見誠信原則將過度肥大化，失去其應有之輪廓<sup>35</sup>。當然，以上論述是立基於本文認為：個案中是否排除給付者之不當得利請求權所需實質權衡者不僅限於給付者與受領給付者之利益或是不法性高低，於折衝各種可能涉及之利益、價值下，給付者所遭受之不法性非難可能被滌除，本款但書之規定應該被置於一個更大的網絡下加以思考<sup>36</sup>，而與給付者與受領給付者之利益與不法性高低

<sup>34</sup> 請參閱 Karl Larenz 著、陳愛娥譯，法學方法論，第 236 頁以下。Larenz 即指出當文義、體系及歷史解釋皆不能獲致毫無疑義的解答時，客觀目的解釋有其決定性作用。

<sup>35</sup> 誠信原則作為概括條款具有開放性的特徵，於適用時必須將之具體化，亦即藉由建立案例群並加以類型化，而發展為誠信原則的「內在體系」。關於我國誠信原則於實務上之發展及其案型，請參 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論，104 期，第 46 頁～第 51 頁。另關於誠信原則具體化之方法，請參 吳從周，當代德國法學上具體化之理念及其方法：以誠信原則為例，載：民事法學與法學方法第三冊，第 1 頁以下。

<sup>36</sup> 參考英美法系對於此問題之處理，可以發現相對於大陸法系之德國、日本與我國之規定，其

無必然關連。

值得進一步加以分析、討論者為，王澤鑑教授基本上同意此判決之出發點，亦即，法律之所以規定排除給付者之返還請求係對於本身不清白者拒絕保護，但於說明本案中之所以例外肯定基於不法原因而為給付之一方之不當得利請求權時，相對於此判決尋求衡平原則之協助，王澤鑑教授則立基於本款規定具有一般預防之作用<sup>37</sup>，故是否排除不法原因給付者之返還請求權，必須於個案中做符合比例原則之利益衡量。於本案，若肯定受詐欺者得向詐騙集團請求其出於賄賂目的所為之給付，將有預防「不法」之效果。依王澤鑑教授此一看法，本款規定之一般預防功能將不僅限於預防使當事人間做成給付之原因行為無效之不法，更及於與該原因行為相關之犯罪行為（例如本例中涉及之詐欺罪），是否超出本款規定之立法意旨與被賦予之功能，值得進一步分析。

最高法院此一判決與學者之評析皆觸及本款規定的核心爭議，也就是不法原因之給付不得拒絕返還之規範意旨究竟為何？對此學說上意見紛歧，至今似乎尚未有令人滿意的答案，其發展走向主要是從「懲罰說」演變至「法律拒絕保護說」，我國學說上現今多數看法<sup>38</sup>似乎亦採取後者。在此同時，有學者鑑於「法律拒絕保護說」之不足因而引介德國學者 Canaris 提出之「一般預防」說，主張：本款規定係為補充國家公權力對於違反公序良俗與強行規定等行為制裁之欠缺或不足，蓋該款規定之適用具有輔助預防違反公序良俗或強行規定行

---

基於判例法之特色，於追求個案公平妥適上受到之侷限較小，因而發展出較完整之（不法原因給付不得請求返還之）例外理論，但近來學說上仍有倡議，應重新思考例外理論的構成，蓋傳統判例法所建構之三種類型似乎已過度膨脹而失去應有的法安定性及明確性。或許將例外理論視為一種概括條款，並且明確規定法官應加以衡量之因素，較之削足適履且不當扭曲判例原意而言更為務實。See Andrew Burrows, *Law of Restitution*, p 584.

<sup>37</sup> 若本文認知上沒有錯誤的話，此判決評析應該是王澤鑑教授第一次將其所引介之一般預防理論用於案例說明上，並進而提出將本款規定之規範目的定性為預防違反強行規定或公序良俗行為發生，於本款之解釋適用上建立如何之指導理念，值得關注。

<sup>38</sup> 鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），第 97 頁；孫森焱，民法債編總論，上冊；第 173 頁；黃立，民法債編總論，第 213 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 140 頁～第 141 頁；劉昭辰，不當得利：第二講 不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 42 頁。

為發生之功能，於侵權行為法之功能相當<sup>39</sup>。值得注意的是，有學者雖表示<sup>40</sup>本款規定之理由在於與民法第 72 條<sup>41</sup>關於法律行為效力之規定相互呼應，亦即，對於欠缺社會妥當性之行為不予保護，不但就其實現法律不予助力，設當事人已就此行為而為履行，就因此所生事實上結果，法律亦拒絕助其回復原狀。乍看之下，似採取「法律拒絕保護說」之看法，然而，關於本款規定適用之結果是否會形成「不法即合法」之荒謬現象此一問題上，其則提出以下辯護<sup>42</sup>：對於不法原因之給付，法律不加保護，則就給付者而言，於給付前，當知衡量利害，如果履行其給付而有不利情形，自不致貿然因不法原因而為給付，是對於不法原因有預防作用。其見解又與以上提及之「一般預防說」不謀而合。藉由「一般預防」說之提出似乎開啓學界重新思考如何賦予本款規定積極正面之目的，並因而化解該款規定適用上之不公平疑慮之契機。正如學者所言<sup>43</sup>：立法目的的探求，有助於澄清解釋疑義及適當限界其適用的範圍。重新建構本款規定之規範意旨不僅僅在於賦予其正當化基礎，更在於釐清其指導圖像。

### 三、將民法第 180 條第 4 款之規定作為轉介條款

立基於以上將本款但書規定定性為概括條款以及確認其規範意旨為一般預防功能之前提下，本款規定應可視為立法者置於民法中用以調和公法與私法之相關理念、價值、政策的轉介條款。作為私法系統之外在環境的公法規範對於私法關係而言並非直接作用，卻也不是毫無影響。公法規範對於私法關係之影響無疑是透過私法系統所特有之當事人間權利義務分派而形成<sup>44</sup>。一般人民於經濟生活中頻繁發生

<sup>39</sup> 王澤鑑，不當得利，第 140 頁，註 3；關於此說之介紹與批評請參 楊芳賢，不當得利，第 107 頁。

<sup>40</sup> 之所以僅提及民法第 72 條係因孫森焱教授對於本款規定所稱之「不法原因」採取狹義之見解，認為僅包含涉及當代社會道德、時代倫理思想之違反公序良俗行為。

<sup>41</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 173 頁。

<sup>42</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 174 頁。

<sup>43</sup> 王澤鑑，不當得利，第 138 頁。

<sup>44</sup> 這樣的看法是借用盧曼系統理論對於系統與環境的區分，以及兩者如何互動的說明，國內文獻上的相關介紹，請參閱 張嘉尹，法作為法律系統，思與言，第 39 卷第 2 期，第 210 頁以下。



的交易行爲，不但國家公權力廣泛地施以干預，私法規範也以「法律行爲」爲核心概念架構了一般交易秩序，而法律行爲之成立與生效要件中，被歸類爲阻卻生效要件（或效力阻卻事由）的民法第 71 條，具有劃定私法自治的外部界限<sup>45</sup>之功能。人民所爲之特定交易行爲若爲公法上管制規範所禁止，一旦交易當事人間關於契約之履行發生爭執進入訴訟程序時，首先法院必須依照民法第 71 條之規定就該契約行爲是否因違反某管制規範而無效加以判斷，若法院判斷之結果爲無效，則不僅基於契約所生之權利之實現不會受到國家公權力之協助，同時，若有一方業已先爲契約履行，就該欠缺給付目的（作爲法律上原因或是給付目的之債之關係並不存在）之給付，按照民法第 180 條第 4 款之規定，法院亦有可能拒絕其返還之請求。簡言之，當人民從事公法所禁止、管制之交易行爲時，除可能遭受行政機關課與裁罰性不利處分外，其原本依照契約法或是不當得利法所可以享有之權利，即可能在民事法官的剪裁下，受到公法規範之影響或排除。本於以上對於公法規範與私法關係間如何互動之認識，所謂轉介條款即在對於民事法官概括授權，使法官對於多如牛毛的公法規範該產生如何之私法上效力，就具體個案扮演把關者的角色，發現並權衡所有相關因素後加以認定<sup>46</sup>。

私人間之交易行爲若爲某特定公法規範所禁止，而民事法院卻承認該交易行爲之效力，一方當事人即可請求法院判決命他方當事人履行契約內容，並於他方仍不自願履行時，交由執行法院強制執行之，如此將造成公、私法規範不可化解之矛盾，就此而言，民法第 71 條之規定主要承載避免抵銷公法規範效果之功能。另一方面，當法院認定某交易行爲「違反」強行規定而無效時，民法爲從事交易活動者所架構的一套交易秩序即被抽離，交易當事人必須支出更多的成本使契約目的能夠達成，且遭遇更多的不確定性，進而將降低從事該等交易之誘因，此際民法第 71 條同時扮演執行公法規範的輔助角色。

<sup>45</sup> 關於法律行爲成立與生效要件之分類與其功能，請參蘇永欽，私法自治中的國家強制，載：走入新世紀的私法自治，第 23 頁以下；陳自強，契約之成立與生效，第 424 頁以下。

<sup>46</sup> 蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和—以民法轉介條款和憲法的整合機制爲中心，載：尋找新民法，第 262 頁。

另一個需要顧及的面向是，「契約」不僅僅是法律制度，其亦為社會中實際存在之生活型式，儘管民法不承認其效力，其仍然可能被履行，公法管制規範所欲達成之目的也因此落空。國家公權力固然可以藉由課予相關裁罰性之不利處分所形成之外在強制降低違法交易的數量，但其成效往往也受制於國家監控、查核的能力，蓋禁止規範的效力，甚至是其所伴隨的制裁實效性都以國家能確實掌握該等違法交易之存在為前提。遭受處罰之風險當然也是一種不利益，因而有可能降低人民從事違法交易之誘因，但在此可以進一步思考的是，有沒有其他制度可以作為輔助手段，透過人民趨利避害的內在強制使得人民順從公法管制規範？

如上所述，近來國內外學者對於因不法原因而為之給付不得請求返還此一規定有從一般預防的觀點加以理解與正當化，孫森焱教授雖然仍基於法律拒絕保護說之觀點理解本條之規定，卻精確地指出對於當法律（或透過法官判決）宣示不法原因之給付之返還請求權將被排除時，從事違法交易之當事人於提出給付前於衡量利害後，有可能選擇拒絕履行，是以對於違法交易之完成有預防作用。基於這樣的認識下，民法第 180 條第 4 款與民法第 71 條同樣具有輔助公法規範目的達成之功能。甚至是兩者具有相互串聯的功能，亦即，從事交易行為者目的在於取得約定之對價，進而願意提出己方之給付作為交換之用，其最不願意發生之情形即為：不惟未取得他方之對待給付，而其業已提出之給付亦無法請求返還。此一情形所造成的不公平現象常被用以質疑此規定之正當性，被認為與不當得利法的衡平理念背離。然而若能正確掌握本規定與民法第 71 條所承載之預防違法交易之功能，即能發現這種不公平、違反一般人經濟理性的現象應是有意被創造出來，用以警示欲從事違法交易的人民，該交易不僅無利可圖，甚至將蒙受不測之損失，尤其是當他方當事人同屬不法行為參與者相較於先提出給付之一方卻是佔盡便宜時，此種無法容忍的不公平，相對於遭行政機關課處罰鍰，似乎是潛在違法交易者更想要避免的危險。

將民法第 180 條第 4 款定性為轉介條款除了表示其具有輔助公法規範目的實現之功能，同時也表彰其作為私法規範仍有應堅守的理念與價值，而非公法規範之附庸。亦即，同屬轉介條款之民法第 71 條，於適用上，法官應就公法管制的政策與私法自治的保障，從管制涉及的法益、政策目的的強度，與私法行為的關聯性、輔助或抵銷效果的大小、可預見性與防免、資訊等交易成本以及補強執法成本的分析，做綜合、客觀的權衡，而決定是否完全或部分排除法律行為之效力<sup>47</sup>。而民事法官於決定是否以及如何排除因不法原因而為給付者之不當得利請求權時，所應斟酌、權衡之因素，即為將民法第 180 條第 4 款定性為轉介條款後，亟需研究之課題。

王澤鑑教授強調適用本款規定應為符合比例原則之利益衡量，依本文詮釋，應係認為人民原本依照民法第 179 條所應受保護之不當得利請求權，於符合第 180 條第 4 款本文時將被排除，因而干預人民受憲法保障之財產權（憲法第 15 條），故法官於適用本款規定時，除一般解釋方法外，亦需特別注意合憲解釋方法，從而，排除因不法原因而為給付者之不當得利請求權與預防不法行為間必須具備合目的性、必要性與狹義比例性。將民事法規之解釋適用以憲法比例原則進一步審查，似乎提供適用轉介條款而衡酌相關因素時一個清楚的框架。亦即，依本文之理解，所謂因民事法規之適用造成財產權之侵害，於人民財產權本為民事規範所建構此一前提下，應與該民事規範違反民法內在體系因而破壞體系正義具有相同意義<sup>48</sup>。如此一來，所謂轉介條款於適用上應慮及民法所固有之價值、理念其實就是在強調為達成預防不法之目的而排除不當得利請求權時，將因違反不當得利的衡平理念而造成內在體系不一致（財產權侵害），所以必須在合目的性、必要性以及符合狹義比例性等前提下，方得為之。就此以觀，轉介條款不僅涉及民法與行政管制規範之水平調和，也被納入憲法之垂直整合機制內。

<sup>47</sup> 蘇永欽，從動態法規體系的角度看公私法的調和——以民法轉介條款和憲法的整合機制為中心，載：尋找新民法，第 276 頁。

<sup>48</sup> 蘇永欽，民事判例的合憲性控制，載：違憲審查，第 157 頁；民事裁判中的人權保障，載：尋找新民法，第 340 頁、第 368 頁。

## 第二節 研究方法

### 一、比較法

比較法作為一種法學方法，應有別於欠缺理解其制度背景成因之單純對於外國法的認識，蓋「平行對照不同外國法制」或「平行對照外國法制與本國法制」皆停留在「描述性比較法」的層次。真正的比較法，係以提出欲解決之問題為前提，並且既然是欲透過比較法協助解決本國法秩序下的特定問題，比較法研究的進行即須立基於功能性的考量，於觀察不同法秩序之間「相同或不同」、「哪裡相同、哪裡不同」之後，更進一步去探究「之所以造成不同的原因」，唯有深入瞭解制度之間差異形成的背景原因，才能夠更清楚認識最初問題提出的本質，更加理解本國法制為何欠缺或無法醞釀出類似於相比較之外國法制之解決模式，並得據此探討外國法制的發展途徑如何能提供於本國法下問題解決之啓示，以及其發展是否以及於何種程度上，得以被本國法制參考甚至引進，其可能之限制又何在。因此，比較法預設問題之提出並重視問題的深刻認識與解決<sup>49</sup>，各國法律之所以能夠比較，乃是因為均在解決同一問題，滿足同一需要。「功能性原則」是法律比較研究的出發點，也是法律比較研究之基礎<sup>50</sup>。進行比較法研究的一個十分實際的任務即為：根據普遍被承認的、具有規範性的、固有的原則去審視研究各實定法體系間繫於歷史條件、結構上的差異，當該原則針對在相同條件下同時發生之問題建構實際上可比較之隱含於法律背後的法則<sup>51</sup>。

<sup>49</sup> 黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120期，第186頁～第187頁。

<sup>50</sup> 王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，載：民法學說與判例研究第二冊，第15頁～第16頁；陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正，載：民法研究第四冊，第220頁。

<sup>51</sup> Josef Esser, Grundsatz und Norm, S. 29.

有鑑於比較法研究之意義與功能，一個問題導向、功能導向的法律比較研究必須以不同法秩序面對共同問題，但卻採取不同因應模式為前提<sup>52</sup>。基此，本文有以下三點說明：

## （一）設定共同問題

為了合理說明研究對象，於提出「共同問題」時，不能囿於各國法律固有的體系概念，否則對於「共同問題」的認知往往有所偏差。因此，建立跨越各國法律概念的上位概念體系<sup>53</sup>，即有其必要。由於本文之研究對象若從本國法之概念體系抽離或可理解為「不法原因之給付得否請求受領給付者返還」，而此一問題於外國法制之發展上，除有將之定位為對於已發生之不當得利請求權之抗辯而加以研究其構成要件與例外理論外，亦有將基於不法原因所為給付之返還請求定性為不當得利請求權之發生原因，故本文擬將「共同問題」設定為不法原因之給付於不當得利法上之法效果為何，而不僅限於「抗辯」此一面向上之研究。

## （二）選擇比較對象

雖然有學者明確指出，基於條文文義，我國民法第 180 條第 4 款應係仿自日本民法第 708 條<sup>54</sup>。然而，囿於語文能力之不足，無法閱讀一手日文資料，且相關翻譯以及二手研究亦甚缺乏之情況下，關於比較對象之選擇上<sup>55</sup>遂不以日本民法，而以德語系之德國、瑞士等國，以及英美法例為主從事比較研究。欠缺日本民法的比較研究雖有損其

<sup>52</sup> 黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120 期，第 188 頁。

<sup>53</sup> 王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，載：民法學說與判例研究第二冊，第 16 頁；黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120 期，第 188 頁。

<sup>54</sup> 鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），第 102 頁；李沃實，雙方不法原因給付不當得利返還問題之探討，載：警大法學論集，第十一期，第 312 頁。

<sup>55</sup> 關於比較對象之取捨，請參閱 王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，載：民法學說與判例研究第二冊，第 12 頁～第 14 頁。

周延性，但應無礙於其功能性，蓋德國民法或是英美相關判例法對於不法原因之給付得否請求返還此問題之處理上固與我國民法有些許不同，然而，如上所述，依照功能性原則所進行的比較法研究係以對於共同問題各國法制有其不同發展模式為前提，雖難謂與我國民法文字上幾近雷同的日本民法，經過學說與判例之發展後，於此問題之處理上必然與我國相同，以致欠缺比較實益，惟可以肯定的是，實定法（包括成文法與判例法）規定之不同應無礙於從事有意義之比較法研究。

### （三）功能

而相關的比較法研究成果，不僅作為法律解釋所應斟酌之一項因素而有助於澄清現行法上之疑義，且依我國實務<sup>56</sup>以及學說見解<sup>57</sup>，於我國民法出現漏洞時，得以外國立法例作為民法第一條之「法理」而為補充。

## 二、法律史

誠如學者所言<sup>58</sup>，欲掌握民法第 180 條第 4 款之解釋適用，首先必須瞭解其在法律史上的發展過程。無論是英國所採取的保守態度、德國的全盤繼受或是法國兼顧固有法之保存與羅馬法之繼受，羅馬法對於現今歐美各國法制皆有其深遠的影響<sup>59</sup>。因此，當比較法研究主要放眼於各國現今法制之如何發展之同時，回顧羅馬法之處理模式並審視歐美各國法制受其影響之軌跡，應有不容忽視的價值。因此，本

<sup>56</sup> 如：最高法院 84 年度台上字第 1854 號判決、最高法院 59 年度台上字第 1005 號判決。

<sup>57</sup> 王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，載：民法學說與判例研究第二冊，第 7 頁～第 8 頁；吳從周，論民法第一條之「法理」，載：民事法學與法學方法第一冊，第 44 頁～第 48 頁。

<sup>58</sup> 王澤鑑，不當得利，第 136 頁。

<sup>59</sup> 詳細說明請參閱 陳添輝，繼受外國法律之態度，載：國際私法理論與實務問題之探討，第 34 頁以下。

文相當程度借重歐美各國法律史學者對於羅馬法的引介以及彼等對於其本國法制如何受羅馬法影響之反思，透過這些研究成果，本文將更能夠瞭解所欲比較研究之歐美各國法制其形成背景為何。

### 三、法管制理論<sup>60</sup>

有別於法釋義學之研究，本文不僅僅關注於我國民法內在與外在體系<sup>61</sup>下，如何藉由嚴謹、邏輯地概念推演或依循內在價值秩序統一性進行民法第 180 條第 4 款的解釋適用。因本文認為民法第 180 條第 4 款之規範意旨乃一般預防，並強調其具有輔助公法管制規範目的實現之功能，故將本款規定視為某種管制體系的作用，就本款規定之解釋適用，也置放於某種特定的管制觀點下加以思考<sup>62</sup>。本文將公法上禁止規範與其伴隨之制裁規範以及民法中第 71 條與第 180 條第 4 款等轉介條款看作是一管制體系，而組成該管制體系之相關規範如何解釋適用，與該體系是否能達成其目的應有實質關連。除以合目的性作為解釋本款規定的標準外，如何解釋適用本款規定方不致違反現代法治國之相關原則，亦不容忽視。準此，本文欲以賽局理論（game theory）、規訓（discipline）與治理理性（governmentality）以及共通福祉理論<sup>63</sup>等作為分析工具，用以審視某種關於本款之解釋方向是否具備合目的性與正當性。

<sup>60</sup> 依顏厥安教授之看法，所謂法管制理論是一個整合法釋義學、法哲學、法理論、法社會學、法律經濟分析、法政策學、政治與道德哲學等學科的研究領域。在某種指導理念下有意義地整合相關研究，促使法律能妥當地發揮其作用。請參 顏厥安，規範、制度與行動，載：規範、論證與行動，第 217 頁，註 1。

<sup>61</sup> 關於民法體系之說明，請參閱陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正，載：民法研究第四冊，第 227 頁以下。

<sup>62</sup> 顏厥安教授認為一切法律規定都可以看作是某種管制體系之作用，不僅限於國家對社會民間事物之管制，甚至私人間之關係，例如財產權之界定，亦屬於一種管制問題。因此法學研究之主軸，不僅限於法律規範之解釋適用，它根本就是一種法管制理論之研究。即使是法律條文之解釋適用，也必須放於某種特定之管制觀點下加以思考。請參閱 顏厥安，規範、制度與行動，載：規範、論證與行動，第 217 頁～第 218 頁。

<sup>63</sup> 請參閱江玉林，法律、權力與共通福祉—從 SARS 防治及紓困暫行條例談起，載：2007 科技發展與法律規範雙年刊—公衛風險的法律建構，第 85 頁以下。

## 四、具體化之方法<sup>64</sup>

如前所述，本文將民法第 180 條第 4 款但書定性為概括條款，於決定是否排除不法原因而為給付者之不當得利請求權，須衡酌相關要素，不以嚴格意義之違法性歸屬作為唯一標準。然而，若將本款規定視為概括條款，則本款規定即具有開放性，欠缺傳統涵攝模式所要求之精確構成要件。因此，本文擬透過對於相關我國及外國相關實務見解加以整理、分類而發展（不法原因給付不得請求返還之）例外理論之案例群，並以歸納方式歸併其具體特徵，進而成為具有足夠確定性的「替代性構成要件」。經形成案例群並經抽象化之「替代性構成要件」，可使實務工作者免於抽象適用概括條款或是逐一比對個案，而直接加以涵攝，兼顧個案妥適性與法安定性<sup>65</sup>。

### 第三節 架構之說明

於第二章，本文欲針對羅馬法之規定加以介述。羅馬法關於不法原因給付之規定可說是現今各國民法中相關規定之源頭，掌握其原初含意，應有助於瞭解本款規定之規範意旨。順序上，本文先對於羅馬法體系中幾個需要掌握之背景知識稍加敘述，繼而，先就羅馬法上之不當得利作一鳥瞰，最後再聚焦於現今各國民法關於不法原因給付之規範所繼受之對象—*condictio ob turpem causam*，介紹此規則於羅馬實務上如何操作，藉以掌握其原始面貌。

於第三章，本文欲針對民法第 180 條第 4 款規定之規範目的作一分析、檢討與定位，藉此不僅可釐清此一理論爭議，且能賦予本款規

<sup>64</sup> 關於概括條款之具體化方法，請參閱 吳從周，當代德國法學上具體化之理念及其方法：以誠信原則為例，載：民事法學與法學方法第三冊，第 22 頁以下。

<sup>65</sup> 姜世明教授亦主張類型化乃兼顧個案公平與法安定性之方法，請參閱 姜世明，不當得利中無法律上原因之舉證責任分配，載：民事證據法實例研習（一），第 192 頁～第 193 頁。



定正當性基礎，就學者對於本款規定之相關批評做出回應，更為重要者是規範目的作為解釋方法以及判斷可否類推適用之基礎，先行確立本款規定之規範意旨，將有助於維持本文相關論證上之一致性。於研究方法上，無論是英美法系或是歐陸法系國家之民法對於不法原因之給付此一不當得利法上重要問題多有明文規定或由實務發展出一套處理原則，藉由比對各國對於其民法中相關規定之規範目的之理解，可供作我國於如何掌握本款規定之功能定位此一問題上之參考。然而，除了釋義學之研究方法，於本文見解之論證上，本文擬採用經濟分析方法上之賽局理論 (*game theory*) 以及傅科之「規訓」(*discipline*) 與「治理理性」(*governmentality*) 等理論加強說服力。

於第四章，本文將針對民法第 180 條第 4 款之適用論加以論述。然而，有別於我國部分學說<sup>66</sup>所採用之論述方式，本文不擬於構成要件層次上去檢討「給付概念是否須加以限縮？」、「是否應具備主觀要件？」等問題，因為本文認為將之置於例外理論之架構下討論，更能夠掌握限縮解釋背後隱含的價值判斷，進而分析於特殊個案中是否微調之必要。

是以，於本章第一節，本文將聚焦於「給付」與「不法原因」等構成要件解釋上，就前者而言，主要係為劃定與「非給付」不當得利之界線；就後者而言，本條規定適用之典型案例<sup>67</sup>為：一方當事人出於履行之目的而為給付，惟當事人間債權契約因違反契約自由之外部界限而無效，進而不存在有效之債之關係，該一方當事人因欠缺給付目的遂提出不當得利返還請求。從此一般案型出發可以進一步思考者是：於動機不法、或條件不法之情形應如何處理？又「不法」內涵究竟為何等問題。

<sup>66</sup> 請參閱 史尚寬，債法總論，第 83 頁以下；王澤鑑，不當得利，第 141 頁以下；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 85 頁以下；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 141 頁；楊芳賢，不當得利，第 107 頁以下；劉昭辰，不當得利：第二講 不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁。此種論述方式或多或少應係承襲自德國法上之討論，Vgl. Palandt/Sprau, § 817 Rn. 15, 17.

<sup>67</sup> 藉由掌握一般（典型）案型之類型特徵進而解決有爭議之「特殊案型」之思考方式，請參閱 陳自強，契約之成立與生效，第 20 頁。

於本章第二節，本文擬於第一節所劃定的討論範圍內，觀察我國法上與比較法上，如何對於排除基於不法原因給付所生之不當得利之範圍加以限縮，並於本文見解之部分，透過比較法上之觀察重新審視我國實務與學說見解於排除基於不法原因給付所生之不當得利上所建構之例外理論之妥適性，並提出些許建議。

於本章第三節，本文之討論轉移至民法第 180 條第 4 款規定之適用範圍上。首先，本文欲探究於個案中發生與給付不當得利相競合之侵權行為損害賠償請求權或物上請求權時，此等請求權與第 180 條第 4 款之關係。再者，本文將嘗試對於第 180 條第 4 款之規定能否作為一般法律原則或類推適用於其他請求權之問題，做出分析、評估。

於第五章，本文將立基於以上各章研究之心得，對於最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決提出分析與建議，以代結論。

## 第二章 羅馬法上之觀察

### 第一節 背景說明

於針對羅馬法上不當得利加以介述前，本文擬就羅馬時期「法務官法」與「學說」之意義及其於羅馬法體系中之地位作一簡要說明：

#### 一、法務官法<sup>68</sup>

法務官法（*ius praetorium*）為市民法（*ius civile*）是對待名詞，乃由法務官之活動而發達之一種法律體系。

法務官一職於西元前 367 年創設，以掌理民事訴訟為主，最初名額一人，任期一年，迨西元前 242 年增為兩人，一人掌理市民相互間之訴訟，是為內事法務官；另一人掌理市民與外人（*peregrini*），及外人相互間之訴訟是為外事法務官。惟法務官於訴訟上並不自行審究事實，而為判決，僅對於當事人訴訟資格之有無，加以審查，並使當事人達成爭點決定而已。至於審判則由指揮法官（*iudex*）行之。法官並非常設機關，乃訴訟當事人合意選出之私人，其工作專在審理事實，而對於當事人所決定之爭點，加以判決。但其判決，如經法務官之承認，則其審判程序即成為國家的審判程序。

法務官既有上述權限，則其權限如何行使，以及訴訟當事人應依如何方法請求上述之承認，例須於就任之初發佈告示<sup>69</sup>（*edictum*），

<sup>68</sup> 以下敘述主要參考自 鄭玉波，羅馬法要義，第 149 頁、第 150 頁。

<sup>69</sup> 根據其適用範圍與效力之不同，可將法務官之告示分為四種：一般告示（法務官就任之初所頒佈者）、特別告示（針對具體個案所頒佈者）、傳襲告示（已沿襲成例之過去法務官所頒佈之告

俾眾週知。又其任內，倘有必要，亦不時發佈告示，而以之為準據，以行使職權。於此等告示中，每對於不能適應社會之固有法律，基於誠信原則，或利用擬制的方法，加以改進或補充<sup>70</sup>。惟法務官本非立法機關，形式上對於市民法並無改廢之權，只因法官之判決，不得以法務官之告示違反市民法之故而拒絕適用。而其他政務官亦無因法務官之告示與市民法有所抵觸故，而遞行否認其效力之事，致其告示乃具有法律效力。

至告示之有效期間雖以發佈該告示之法務官之任期為限，但合理之告示，每為其繼任者所沿襲，因此則告示之內容，遂漸臻確定，其分量亦漸加多，終於形成一法律體系，與市民法相對立，而被稱為法務官法（法務官以外之其他政務官雖亦得發佈告示，具有法律效力，而與法務官法總稱之為名譽法 *jus honorarium*，但仍以法務官法為核心）。

嗣後，法務官告示之內容漸趨固定，加以元首地位之確立、權利之集中，至其法之創造活動，次第縮減，導致其內容更加固定，順應此情勢，哈德良（*Hadrianus*）乃命法學家優利安（*Iulianus*）編輯法務官及高等按察官之告示，並經元老院決議確認其效力，是為「永久告示錄」，此後關於法律之發展，告示則不再負有使命<sup>71</sup>。

## 二、「學說」於羅馬法體系下之意義

法務官依其告示間接改進市民法，發揮法之創造作用，非有優越之法律知識不為功。然而，法務官之出身，既不以法學家為限，其任

---

示）、新頒告示（相對於傳襲告示，指新任法務官依其意志所頒佈者）。請參閱 江平、米健，羅馬法基礎，第 29 頁。

<sup>70</sup>王澤鑑教授認為古典時期之法務官係藉由「衡平」作為批評法律的準則、作為解釋法律之方法及補充法律之不備。使法官得依衡平為裁判，以適應個案情形，避免造成所謂「法之極、惡之極」。請參閱 王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用，載：民法學說與判例研究第八冊，第 18 頁；江平、米健，羅馬法基礎，第 15 頁。

<sup>71</sup>鄭玉波，羅馬法要義，第 153 頁。

期又僅短短一年，故關於法之創造之活動，須借重法學家為其後盾<sup>72</sup>。加以法務官之告示發展至最後階段（西元前第二世紀末葉與第一世紀初葉），因羅馬政局混亂，漸失去功用，於是，即由法學加以法律解釋之名義替代之。惟當事人或法官對於法律問題是否尋求法學家解答？對其解答是否加以遵守？國家並不干預，因此，學者所為之法律解釋是否受人尊重，取決於個人之才能<sup>73</sup>。

自奧古斯都以降，至亞歷山大時為止，羅馬進入組織化時代，亦即法律史上所稱之古典時代。本時期法學家之活動以法律問題之解答為最主要。法律問題之解答本極端自由，國家毫不干預，但奧古斯都則認為是項解答既具有重大意義，因而對其解答法律亦稍加統制，其方法為使法學家將其解答製成文書，送經元首核閱，此種經過元首核閱之解答，遂籍元首之權威，而聲價十倍。其後，奇伯呂斯（*Tiberius*）更將此種受元首核閱解答之權，賦予特定有力之法學家，遂形成一種制度，於是享有此種特權之法學家，其解答乃較無此特權之學者為優越。哈德良（*Hadrianus*）復將有此特權學者之解答，予以明文規定其效力，即關於特定問題，學者間已趨一致之意見，對於同種問題即發生法律效力，於訴訟上，法官即應受其拘束<sup>74</sup>。

此時代學者輩出。其中，優利安（*Iulianus*）為哈德良（*Hadrianus*）所寵遇，歷任顯官，其並受命編輯法務官及高等按察官之告示，並經元老院決議確認其效力，是為「永久告示錄」。與優利安（*Iulianus*）相對立之克爾斯（*Celsus*）、及後起之龐培紐斯（*Pomponius*）、葛由斯（*Gaius*），及此時代末期出現，而將羅馬法導入完成之境之巴比尼安（*Papianus*）、鄔爾比安（*Ulpianus*）、包路斯（*Paulus*），乃至最後裝點此時代之孟德斯的諾（*Modestinus*）等人，多歷任高官，活躍於政治舞台，而發揮其專長<sup>75</sup>。

<sup>72</sup> 鄭玉波，羅馬法要義，第 150 頁、第 151 頁。

<sup>73</sup> 鄭玉波，羅馬法要義，第 152 頁。

<sup>74</sup> 鄭玉波，羅馬法要義，第 153 頁、第 154 頁。

<sup>75</sup> 鄭玉波，羅馬法要義，第 155 頁。

然此之後，羅馬法進入整理時代。自戴克里後，元首賦予法學加以解答法律特權之事，竟不復見。代之而起者則僅有對於古典時代學者所遺留之業績，加以拔萃、註釋、綜合等工作而已。惟對於古典時代學者見解之引用，卻錯訛層出，當時元首鑑於此種情勢，即以其權力將過去學者見解之解釋引用加以統制，西元 426 年東羅馬皇帝會同西羅馬皇帝頒佈所謂「引用法」(*loi des citations*)，遂以巴比尼安 (*Papianus*)、包路斯 (*Paulus*)、葛由斯 (*Gaius*)、鄔爾比安 (*Ulpianus*) 及孟德斯的諾 (*Modestinus*) 五大法學家之著書為定本，而承認其在法律上之效力，同時規定關於特定具體之問題，此等學者意見如不相同，則以多數決之，如屬同數時，則以巴比尼安 (*Papianus*) 之意見為準，倘無巴比尼安 (*Papianus*) 之意見，則得自由選擇之。似此機械之規定，使古典時期之學說確定其權威性，進而成爲一種不動之法源<sup>76</sup>。

西元 527 年東羅馬皇帝優士丁尼即位後，爲求法律之統一，編纂法典，對於當時已混亂之法律展開整理工作。其成就有：舊勅法彙編、五十決定、學說彙纂、法學提要、修訂勅法彙編以及新勅法等六項<sup>77</sup>。上述之後四者傳至 16 世紀由法國羅馬法學家戴尼修斯·歌德佛里茲 (*Dionysius Gothofredus*) 合併刊行，並予以總括名稱爲「羅馬法大全」(*corpus iuris civilis*)，以與「教會法大全」相對稱 (*corpus iuris canonici*)<sup>78</sup>。其中，學說彙纂 (*Digesta*) 亦稱會典 (*Pandectae*)，乃優帝飭編之學說法集。優士丁尼於西元 530 年發佈勅令，以杜里布尼安 (*Tribonianus*) 爲委員長，組織委員會，從事學說法之編彙，其書越三年始成。於西元 533 年 12 月 16 日勅令公布，並於同月 30 日施行<sup>79</sup>。博採四十位法學家<sup>80</sup>之學說，參考著作計達二千卷<sup>81</sup>，由三百萬

<sup>76</sup> 鄭玉波，羅馬法要義，第 156 頁。

<sup>77</sup> 請參閱 鄭玉波，羅馬法要義，第 158 頁～第 160 頁。

<sup>78</sup> 鄭玉波，羅馬法要義，第 160 頁。

<sup>79</sup> 對於頒佈施行日期之看法，相同者：[義]朱塞佩·格羅索著、黃風譯，羅馬法史，第 444 頁、第 443 頁；不同看法：江平、米健，羅馬法基礎，第 36 頁。

<sup>80</sup> 關於參考之法學家人數，另有認爲是 39 人，以及 38 或 39 人，請參閱 江平、米健，羅馬法基礎，第 36 頁；[義]朱塞佩·格羅索著、黃風譯，羅馬法史，第 444 頁、第 445 頁。

<sup>81</sup> 有認爲實際上僅 1625 卷者：[義]朱塞佩·格羅索著、黃風譯，羅馬法史，第 443 頁。

行中精鍊至十五萬行，共 9123 條引文<sup>82</sup>，成書 50 卷<sup>83</sup>，同時並略加註釋與評論<sup>84</sup>。學說彙纂幾全以古典時代之學說為資料而編成，因之古典時代學者之著述，雖直接傳來者極少，但通過此書，亦不難間接窺見其全貌。學說彙纂不僅為理論之積集，亦係為實際適用而編集之法典<sup>85</sup>，且該書具有絕對效力，不得提出質疑與評論<sup>86</sup>。

就學說彙編之結構言，除第 30 卷、第 31 卷及第 32 卷外，餘皆分章<sup>87</sup>，章下有節<sup>88</sup>。在每一章中，「片段」（過去將之稱為「法律」）的排列不遵循某種體系，每段語錄都先指出法學家之姓名、原著之卷、章號碼。為了援引方便，學術界將一些較長的片段分為一個首段及若干款。各片段均按號編排，根據目前較通行之方法，於援引時，先使用縮寫 D.，然後指出卷、章、片段、款（或首段）之號碼，例如：D. 7, 1, 58, 1，即指「學說彙編」第 7 卷第 1 章第 58 條第 1 款<sup>89</sup>。



<sup>82</sup>江平、米健，羅馬法基礎，第 36 頁。對此亦有不同看法，亦即，有認為係 9142 條者，請參閱 [義]朱塞佩·格羅索著、黃風譯，羅馬法史，第 445 頁。

<sup>83</sup>鄭玉波，羅馬法要義，第 159 頁。

<sup>84</sup>江平、米健，羅馬法基礎，第 36 頁。

<sup>85</sup>鄭玉波，羅馬法要義，第 160 頁、第 161 頁。

<sup>86</sup>江平、米健，羅馬法基礎，第 36 頁。

<sup>87</sup>鄭玉波，羅馬法要義，第 159 頁；[義]朱塞佩·格羅索著、黃風譯，羅馬法史，第 443 頁。有認為第 33 卷亦未分章者：江平、米健，羅馬法基礎，第 36 頁。

<sup>88</sup>江平、米健，羅馬法基礎，第 36 頁。

<sup>89</sup>[義]朱塞佩·格羅索著、黃風譯，羅馬法史，第 443 頁。

## 第二節 羅馬法上之不當得利

### 一、概說

德國研究不當得利的學者認為，在古典時期的羅馬法中，特定的事實情狀已被形塑成爲無法律上原因而持有他人之給付的類型。屬於此些類型者有：誤認自己負有債務下所提出之給付（*indebitum solutum*）；約定作爲給付目的的結果未發生（*datio ob rem*）；違反道德的目的約定<sup>90</sup>。但在古典時期的羅馬法下，不當得利（*condictio*）仍被視爲是具同一性（*einheitliche*）之訴訟。直至後古典時期的羅馬法學說才將不當得利在連結到前揭典型案例群下拆解成多數獨立且有個別名稱的訴訟，尤其是無債務之不當得利（*condictio indebiti*）、基於不法原因給付所生之不當得利（*condictio ob turpem vel iniustam causam*）、給付結果未發生之不當得利（*condictio ob rem*）以及基於其他事實情狀致無法律上原因（*sine causa*）之不當得利。現今不當得利法仍與此些後古典時期所發展出來的構成要件事實情狀相連結。<sup>91</sup>

有鑑於此一制度繼受背景，以下本文擬簡略介述<sup>92</sup>前揭三種羅馬法上不當得利訴訟類型。

### 二、無債務之不當得利

無債務之不當得利（*condictio indebiti*）用以回復透過對於不存在

<sup>90</sup> 在此種約定下，受領者不被容許保有其基於不名譽原因（*ob turpem causam*）所取得之財物。

<sup>91</sup> Loewenheim, *Bereicherungsrecht*, S.4.

<sup>92</sup> 以下主要自 Benke/Meissel, *Übungsbuch zum römischen Schuldrecht*, S. 271ff.



之債務錯誤地給付而發生之財產移轉。因此，其構成要件要素為：給付、不存在債務以及錯誤。

## （一）給付

構成要件中最主要者乃存在於給付者之利益喪失與受領者之利益取得之財產移轉。如此財產移轉尤其存在於當受領者根據物之交付而取得所有權時。因為此種不當得利係以物之交付為依據，羅馬法學家 *Gaius* 將其稱作實物之債 (*Realobligation*)，也就是透過物之交付而發生之債務。反之，若受領者並未取得所有權，給付者則可提起所有物返還訴訟。

財產移轉必須是透過給付而實現，也就是透過給付者有意識的財產給與，而不當得利返還請求之債務人有意識地收受之。當財產移轉僅出於物權法上之原因而發生，利益喪失者與利益取得者間無意作成法律行為時，並不存在「給付」。

舉例言之：S 誤將自己所有之鐵製零件於 C 不知情下焊接於 C 的塑像上。透過添附，C 取得該鐵製零件的所有權。然而，於此欠缺無債務之不當得利意義範圍內之「給付」存在，對於 S 之補償係透過「基於事實之訴訟」<sup>93</sup> (*actio in factum*) 而實現。

同樣地於錯誤地於他人土地上興建建築物之案例中，羅馬法學家 *Julian* 否認興建建築物之人得對於土地所有權人主張無債務之不當得利，理由為：透過單純建築物之建造而土地所有權人依照「地上物隨土地」(*superficies solo cedit*) 原則取得該建築物之所有權，建造人與土地所有權人並無做成任何法律行為。該占有土地之建造人僅得行使留置權，以便所有權人對其支出之費用加以償還。

<sup>93</sup> 乃法務官法上之訴訟之一種，亦即，在欠缺相應之市民法上之訴訟類型下，法務官單純基於案件事實而製作程式書，以指示法官進行審判。參閱 鄭玉波，羅馬法要義，第 139 頁。

## （二）無債務

給付必須基於事實上不存在之債務而發生。一般而言，債務人具有非一時性之抗辯（*exceptio*）得以對抗之債務也視為「無債務」。

舉例言之：D 以問答契約<sup>94</sup>向 L 為 50 元之債務拘束。然而，D 嗣後再無方式地免除<sup>95</sup>該債務。D 錯誤地對 L 給付 50 元。基於「無方式之免除契約」（*pactum de non petendo*），D 應可取得對抗 L 所提起之訴訟之非一時性抗辯，因而其得請求返還該作為無債務之給付。

於附停止條件之債務之情形，於條件成就前錯誤提出之給付，於該條件並未成就下，得以請求返還。此外，若被監護人於未有監護人之參與協力下承擔債務，則就被監護人一方而言甚至連自然債務都沒有發生。若被監護人仍為給付，即存在可請求返還（給付）之「無債務」。而自然債務雖非可訴請履行，但卻不表示其為「無債務」。因此履行自然債務之人並無法取得無債務之不當得利。同樣地，凡於約定清償期前履行債務之人亦不得請求返還。

## （三）錯誤

<sup>94</sup> 此種契約之訂立，先由債權人對於債務人以特定言語，問其是否願負債務，然後由債務人同樣以特定言語表明承諾之意，而應答之，則契約即為成立，例如當事人之一方問曰：「你肯為付我百金之誓約嗎？」對方答曰：「對此發誓！」，於是契約即成立。請參閱鄭玉波，羅馬法要義，第 47 頁。問答契約是現今概念下之無因契約，其債權債務之發生不考慮其法律上原因，例如甲欲向乙借款，遂對乙以問答契約之方式，承諾支付一定金額，契約之法律上原因為消費借貸，但縱乙未交付借款於甲，乙對甲亦享有由問答契約所生之訴權（*actio*），但因問答契約欠缺法律上原因，法務官遂賦予被告惡意抗辯（*exceptio doli*），以對抗原告問答契約之訴。請參閱 陳自強，無因債權契約論，第 179 頁。

<sup>95</sup> 要式免除契約為債權消滅方法之一，羅馬法上之免除，非以要式契約為之不可。僅依債權人一方之意思表示或當事人無方式之免除契約，則不發生消滅債權之效力，不過訴訟上債務人得以之為抗辯。請參閱 鄭玉波，羅馬法要義，第 71 頁、第 72 頁。

不當得利返還請求權取決於給付之錯誤，亦即，給付者必須信賴該債務之存在。關於法律上錯誤是否亦可能構成無債務之不當得利，羅馬史料中未清楚表明，但應可肯定。關於給付者係發生法律上錯誤之情形，奧地利民法第 1431 條<sup>96</sup>明確地准許對於無債務給付請求返還。反之，凡明知無債務而仍為給付並不構成無債務之不當得利。對此，法律學家認為排除不當得利返還請求之理由是：明知無債務仍為給付近似於無償給與。

### 三、給付結果未發生之不當得利

藉由所謂「給付結果未發生」之不當得利，給付者得以請求返還其著重於對待給付下—但對待給付並未發生—所提出之給付。此種不當得利之特徵為：在預期對待給付或特定之將來發展下發生給付，且於給付者與受領者間並無可訴請強制履行的契約存在。

舉例言之：P 移轉 1000 元予有意迎娶其女兒之 N，做為嫁妝之一部。嗣後該婚姻並未實現。

給付結果未發生之不當得利亦可稱作「給付目的未實現之不當得利」(*condictio causa data causa non secuta*)。「給付目的未實現」(*causa data causa non secuta*) 此用語須為如下之理解：給付係著眼於對待給付或於預期將來發展下而被提出。於給付者與受領給付者間雖然沒有做成與此相呼應得以訴訟方式加以強制履行之契約，該約定卻足以作為受領者取得所有權之法律上原因。嗣後，若給付所根據之對待給付並未實現或者未發生該將來情事，因並未存在可訴請強制履行之對待給付債務，給付者不得訴請他方當事人履行，而僅得請求返還自己提出之給付。

<sup>96</sup>奧地利民法第 1431 條：「基於事實錯誤或法律錯誤對並未負債之相對人，以法律行為提出標的物或作為之給付者，前者之情形得請求物之返還，後者之情形得請求因其作為所產生之受益報酬。」引自 黃越欽譯，奧國民法，第 226 頁。

倘若該約定因不屬於法律上已創設之契約類型而不可強制履行，則給付結果未發生之不當得利至少作為一種間接壓力，使該約定之對方當事人提出對待給付：亦即當對待給付未現實時，已發生之給付將被請求返還<sup>97</sup>。

然而，當法律上原因係一開始存在但事後消滅時，係發生所謂「原因事後消滅」之不當得利（*condictio ob causam finitam*）。不同於給付結果未發生之不當得利—於此情形對待給付通常不可訴請強制履行—，在原因事後消滅之不當得利情形下，法律上可訴請強制履行之法律上原因一開始存在，但並未繼續存在。舉例言之，若清洗業者就遺失其受委託清潔之衣物而給付損害賠償，之後所有權人又尋獲該遺失之衣物，則清洗業者或可依承攬契約提起訴訟取回其對該衣物所為之價值賠償，或可藉由原因事後消滅之不當得利請求返還。

#### 四、基於不道德原因之不當得利

基於不道德或不法原因之不當得利係就著眼於違反道德或被禁止之目的而提出之給付之返還請求。有別於給付結果未發生之不當得利的案型，儘管當事人間所追求之違反道德或被禁止之結果已然發生，返還請求權仍會發生。亦即，違反道德之目的約定無效，以致受領者不被容許保留為了違法道德之結果而取得者<sup>98</sup>。屬於此種不道德或被禁止之給付目的者，如：為了阻止不法行為或為使某人履行其原本就負有之義務而給付金錢。

舉例說明：K 抽刀威脅 I：「要錢還是要命！」礙於情勢，I 只好將身上所攜帶之三枚金幣交給 K。

<sup>97</sup> Heinrich Honsell, § 817 Satz 2 BGB—eine“Drehkrankheit des Rechtsempfindens”?, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 477.

<sup>98</sup> Kaser/ Knütel, Römisches Privatrecht, §48 Rn. 17.

又例如：L 將名貴首飾交給 T 保管。之後，T 拒絕對 L 交還該首飾。僅於給付 100 元（未經約定）報酬下，T 才願意歸還。L 於極度憤怒下給付之。

然而，當行為之非價性不僅係針對受領者加以譴責，且同時及於給付者時，則不發生返還請求權。在此種情形適用「於雙方當事人係同等可非難時，占有人之地位較為有利（*In pari turpitudine melior est causa possidentis*）」之原則<sup>99</sup>。舉例言之，當一造當事人賄賂法官，藉以使法官作出不公正之判決時，遭非難、摒棄之行為不僅存在於一造當事人之行賄，尚且存在於法官之收受賄賂金。



---

<sup>99</sup> Kaser/ Knütel, Römisches Privatrecht, §48 Rn. 17.

## 第三節 羅馬法上之不道德原因給付

### 一、受領人一方違反道德<sup>100</sup>

若受領者之受領給付將使其違反傳統之誠實與道德，則有基於不道德原因之不當得利之適用。例如為使受領者不為犯罪行為或為本身即負有義務之行為。給付贖金予綁票者<sup>101</sup>是另一個相關的案型，法體系不能容任此種敲詐行為，因此不可能准許在此種情形下之金錢移轉<sup>102</sup>。儘管一方當事人已為給付，若所欲追求之結果並未因而發生（例如犯罪行為已實行，贖金未取回，人質亦未被釋回），即不須導入新的不當得利訴訟類型，因為前揭「給付目的未實現」之不當得利即為已足。不道德原因之不當得利所具有之特點在於：儘管金錢給付之目的事實上已然實現，仍可適用此一不當得利<sup>103</sup>。因為儘管受領者放棄殺害行為，亦絕不因而使其獲得可保有勒索所得金錢之權利。一般而言，此種特殊不當得利之範圍受到相當地限縮。此種不當得利作為給付目的未實現之不當得利之次類型，亦要求基於他方承諾<sup>104</sup>為對待給付而提出給付（*datio ob rem*）；然而，是否合致此一次類型之不當得利並不取決於給付目的是否實現，而僅繫諸受領者一方是否違反善良風俗<sup>105</sup>。優士丁尼亦承認基於違反「法律」之原因所為之給付（*dationes ob iniustam causam*）（相對於「不道德」）之返還；然而，並未因此實質拓寬此種不當得利類型之適用範圍。

<sup>100</sup> Zimmermann, The law of obligations, pp.844-845.

<sup>101</sup> vgl. Heinrich Honsell, § 817 Satz 2 BGB—eine“Drehkrankheit des Rechtsempfindens”?, in : Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 477.

<sup>102</sup> 儘管給付原因是違反道德（*turpis*），金錢所有權仍已移轉。See Zimmermann, The law of obligations, p. 845, n.74.

<sup>103</sup> Vgl. Heinrich Honsell, § 817 Satz 2 BGB—eine“Drehkrankheit des Rechtsempfindens”?, in : Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 477.

<sup>104</sup> 需注意的是，此種承諾並不具有法律上拘束力。

<sup>105</sup> Vgl. Berthold Kupisch, Ungerechtfertigte Bereicherung, S.14.

## 二、給付者違反道德<sup>106</sup>

不道德情事可能僅歸咎於受領者或是其同時影響給付之一方與受領之一方。但當然有可能僅有給付者違反善良風俗 (*turpitude solius dantis*)<sup>107</sup>。絕大多數意見認為對性工作者給付金錢即為此情形。傳統上認為於此一不當得利係基於「雙方同等不法」被加以排除。現今則轉而認為僅給付之一方具有可歸咎性。理由在於：受領之一方僅可就「成為性工作者」一事受人指責，將「受領金錢」之行為貼上邪惡之標籤即難謂公平。對此，亦有從不同角度加以觀察而主張：前揭所指稱之對象是經許可之性工作者。亦即，被登記於 *Ädilen*<sup>108</sup> 所掌管之名單上之性工作者，不在優利安婚姻法<sup>109</sup> 對於通姦所作之規制 (*lex Iulia de adult*) 範圍內。自 *Caligula* 以來，該職業活動即被課稅——一種收益相當豐厚之稅捐。從此觀之，不應將基於從事國家容許並且從中汲取利益之職業活動所受領之報酬評價為不道德<sup>110</sup>。

## 三、雙方同等不法

### (一) 概說

藉由著名「同等不法」規則，致使原告得提出基於不道德原因之

<sup>106</sup> Zimmermann, *The law of obligations*, p. 847.

<sup>107</sup> 依照學說彙纂 (*Digesta*) D.12,5,4,3 所示，於僅給付者違反道德之情形，亦不得請求返還其所為之給付。

<sup>108</sup> *Ädilen* 為羅馬法上之公務員，其職等介於 *Quaestor* 與 *Praetor* 之間，一年選任一次。其具有警察權力，對於寺廟、公路大街、糧食進口與分配加以管理，以及主辦公共競賽。參考 <http://www.wissen.de/wde/generator/wissen/ressorts/geschichte/index.page=1043298.html> (最後瀏覽日期：2010/04/01)

<sup>109</sup> 狹義言之，優利安婚姻法 (*lex Iulia*) 係指奧古斯都大帝於西元前 18 到 17 世紀所訂立一系列有關婚姻與道德的法律。參考 [http://en.wikipedia.org/wiki/Julian\\_laws](http://en.wikipedia.org/wiki/Julian_laws) (最後瀏覽日：21010/07/20)

<sup>110</sup> Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in: *Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht*, S.21.

不當得利之範圍進一步被限縮。於給付之一方與受領之一方皆從事道德上可加以指摘之行爲時，法律無理由介入。因爲即使受領之一方不應得到他方對之所提出之給付，給付之一方亦不應得到保護。在此情況下，毋寧適合維持原狀，而非協助非法之徒對他人主張權利；蓋爲了勝訴，原告必須能證立其具有較被告更佳之權利。此觀點形構成一個法規則：「雙方當事人皆具罪惡，占有人之地位被認爲較爲有利」（「...*si et dantis et accipientis turpis causa [est], possessorem potiolem esse*」於較晚近的幾個世紀中通常被表達爲：「*in pari turpitudine melior est causa possidentis*」）<sup>111</sup>。亦有主張此一法規則之內在理由在於：法律甚至就引導犯罪行爲發生之間接給付誘因皆欲加以消除<sup>112</sup>。

就將之視爲實定法加以適用而言，羅馬之法規則（*regulae ; rule of law*）時常欠缺必要之語言上精確性；尤其該規則欠缺對於法學家之嚴格拘束力。惟無論如何可確定者是：古典時期之法學家適用法規則—當顧及個案正義對他們而言是必要時，透過容許例外、限縮或擴張等方法—相當地彈性與自由。在羅馬之法律實踐下關於特定法規則之意義之詳盡圖像無疑不能僅就字義加以分析，而是必須針對判決實務中關於特定法規則之適用加以研究始能獲得。亦即，爲求獲得對於現今各國關於雙方同等不法規定之適用範圍之啓發，吾人必須嘗試去釐清：依照羅馬之判例學，何種事實關係可涵攝於此一法規則下，何種案型也許是有疑問者，以及在何種案型下該法規則無疑地不能適用<sup>113</sup>。

<sup>111</sup> Zimmermann, *The law of obligations*, p. 846.

<sup>112</sup> Heinrich Honsell, § 817 Satz 2 BGB—eine“Drehkrankheit des Rechtsempfindens”?, in : *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, S. 477. 關於間接之給付誘因，請參閱第二章、第二節、三、給付結果未發生之不當得利之相關說明。

<sup>113</sup> Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : *Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht*, S.21 ; Zimmermann, *The law of obligations*, p. 846.



## （二）無爭議案型

### 1、Ulp.D.12, 5, 4 pr. (26 ad edict.)<sup>114 115</sup>

此例涉及當事人基於 *stuprum* 而給付金錢<sup>116</sup>之情形。*Stuprum* 係一種自優利安婚姻法中對於通姦加以規制起即具有可罰性之行爲情狀，意指：既未成立婚姻關係，亦未建立至少爲羅馬法秩序所容許之同居關係之當事人間所從事之近親交媾。

除了上述淫亂事件外，此例尚提供一種事實情狀，亦即：於通姦時遭當場逮獲者給與金錢買通發現姦情者之情形。根據前揭婚姻法，給付者作爲通姦者、受領者作爲誘人通姦者，皆被認爲具有可歸責性。於前揭兩種不同事例中，*Ulpian* 與過去兩位法學家 *Sabinus*、*Pegasus* 一致地否認該給付得以請求返還。

### 2、Ulp. D. 12, 5, 4, 3 (26 ad edict.)<sup>117</sup>

於此例中，涉及在羅馬時期基於不道德原因所爲給付之典型事實情狀——性工作報酬。根據此例所示，可以確定者是：報酬之返還請求被加以排除<sup>118</sup>，相對較有疑問者是：其排除不當得利請求之基礎爲何？不同於早期羅馬法學家（*Labeo* 與 *Marcellus*）明顯以「雙方同等不道德」爲依據，依照較晚近的理由（*nova ratio*），則僅以給付者具有不道德原因作爲理由<sup>119</sup>。

<sup>114</sup> 關於以下編碼之意義，請參照本章第一節二、之相關說明。

<sup>115</sup> 其原文爲：「Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se : cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt.」

<sup>116</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S.20.

<sup>117</sup> 其原文爲：「Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis : illiam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.」

<sup>118</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S.21

<sup>119</sup> 請參照 第二章、第三節、二、給付者違反道德之說明。

### 3、Ulp. D. 12, 5, 4,1 (26 ad edict.)<sup>120</sup>

於此例中，竊賊爲了掩飾其犯罪行爲而向查獲者給付金錢，受領者則犯有包庇之罪行<sup>121</sup>。在依據前揭「雙方同等不法」此一法規則下，法學家認爲竊賊之返還請求並無理由。

### 4、Paul. D. 12, 5, 3 (10 ad Sab.)<sup>122</sup>

羅馬法學家 *Paulus* 於行賄法官之事例中所爲之闡釋可供作現今各國關於不法原因給付之相關規定於解釋上之參考。於本例中，法官犯有枉法裁判之罪行且給付者犯有行賄法官之罪行，可認爲是雙方當事人皆從事違反道德之行爲之情形，因此行賄之一方對於系爭款項不得請求返還<sup>123</sup>。

### 5、Ulp. D. 3, 6, 5, 1 (10 ad edict.)<sup>124</sup>

根據此例所示，凡爲捨棄對於給付者之無理由訴訟程序或爲對於第三人藉故挑起爭執而收受金錢者，不僅在法務官法上之刑事訴訟中承擔被科以四倍罰金之責任，並且於第一種情形下應對於給付金錢者、於第二種情形下應對於第三人加以負責。就第一種情形而言，凡爲避免對其有威脅之惡意訴訟而提出金錢給付者，基於受領者違反道德之行爲，得請求返還不當得利(*...condictio competit, si sola turpitude*

<sup>120</sup> 其原文爲：「Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitude versatur, cessat repetitio.」

<sup>121</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S.22 ; Zimmermann, The law of obligations, p. 846.

<sup>122</sup> 其原文爲：「Ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus : veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.」

<sup>123</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S.22 ; Zimmermann, The law of obligations, p. 846.

<sup>124</sup> 其原文爲：「Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitude accipientis versetur : nam si et dantis, melior causa erit possidentis ...」

*accipientis versetur*)；其自身並未從事可指摘之行爲，且毋寧經常是敲詐行爲下之犧牲者。相對於此，第二種情形則應作不同之處理。給付金錢者作爲惡意訴訟之挑唆者，其返還請求權基於自身違反道德之行爲應被拒絕 (*nam si et dantis, melior causa erit possidentis*)<sup>125</sup>。

## 6、小結<sup>126</sup>

姦淫、撮合通姦、隱匿竊賊、賄賂法官、挑唆惡意提起訴訟等行爲，乃「雙方同等不法」之法規則所欲規制之行爲情狀。此等行爲情狀無疑皆屬違反道德核心領域之犯罪行爲或道德上可非難行爲。當給付係基於此等動機而提出，在援引「雙方同等違反道德」此一法規則下，被認爲不得請求返還時，並未違背不當得利請求所蘊含之將不當之財產移動回復原狀之原則。法秩序不應顧慮此種行爲之結果，毋寧法院應維持現狀，就結果而言將有利於占有人。

除了前揭明顯屬於雙方同等不道德之事例外，尚可提出兩個邊界案例，於其中，羅馬法學家們就前揭法規則之可適用性產生懷疑。

### (三) 邊界案型

#### 1、Ulp. D. 12, 5, 2, 2 (26 ad edict)<sup>127</sup>

如同在 Paul. D. 12, 5, 3，此例中亦涉及行賄法官之情形。不同者爲此例中並未涉及枉法 (*male iudicare*)。更確切地說，提出金錢給付之一方當事人之不當得利請求於 *Ulpian* 所著述之此一案例中被認爲

<sup>125</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S.22f.

<sup>126</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S.23.

<sup>127</sup> 其原文爲：「Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret, est quidem relatum conditioni locum esse : sed hic quoque crimen contrahit (iudicem enim corrumpere videtur) et non ita pridem imperator noster constituit litem eum perdere.」

是有理由的。流傳下來的羅馬法學家見解明顯給與給付者違反道德之行爲較少責難，且認爲返還請求係有理由<sup>128</sup>。因而，皇帝需要透過勅令<sup>129</sup>闡明給付者亦處於違反道德之地位且因而喪失不當得利訴權。惟無論如何藉由前揭所引述之法學家見解證實對於違反道德之行爲加以衡量之嘗試。是否適用「雙方同等違反道德」此一法規則而排除不當得利請求將取決於給付者違反之嚴重性<sup>130</sup>。

## 2、Pap. D. 12, 7, 5 pr. (11 quaest.)<sup>131</sup>

於此例中，外甥女有意與其舅舅結婚而給付一筆金錢做爲嫁妝；但嗣後雙方當事人並未締結該婚姻。此時外甥女請求返還該筆金錢。法學家經過較詳細之研究後，認爲該請求係有理由。羅馬法學家雖未明確地表示其看法，但在此意義關連下可以推知，於此類情形中應排除「雙方同等不法」此一法規則之適用。

*Papinian* 於此例中所爲之論證與決定從許多角度觀之皆值得加以注意。依照古典時期的法律，舅舅與外甥女間之婚姻是被禁止的，彼等之宗族聯姻作爲 *incestum*<sup>132</sup> 具有可罰性。此種亂倫就羅馬人而言被視爲 *stuprum*，而基於 *stuprum* 所爲之給付，如同前揭說明 (D. 12, 5, 4 pr.)，無論對待給付是否業已提出，皆不得請求償還。

<sup>128</sup> 傳統上，不當得利返還請求於此案型中似乎是被准許，或許是因爲給付者被認爲相較受領賄款而履行其原本即擔負之職責之法官來說較不可責難。 See Zimmermann, *The law of obligations*, p. 847.

<sup>129</sup> 其原文爲：「...sed hic quoque crimen contrahit [iudicem enim corrumpere videtur] et non ita pridem imperator noster constituit litem enim perdere」，亦即：給付之一方亦同樣從事足以正當化排除返還請求之嚴重罪行。 See Zimmermann, *The law of obligations*, p. 847.

<sup>130</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in: *Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht*, S.24. ; Zimmermann, *The law of obligations*, p. 847.

<sup>131</sup> 其原文爲：「Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit neque nupsit : an eandem repetere posit, quaesitum est. dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem et in delicto pari potioem esse possessorem : quam rationem fortassis aliquem secutum responderi non habituram mulierem conditionem : sed recte defendi non turpem causam in proposito quam nullam fuisse, cum pecunia quae daretur in dotem converti nequiret : non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse.」

<sup>132</sup> *Incestum* 係指基於血親關係無法結婚之男女性交行爲。參閱

[http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Incestum.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Incestum.html) (最後瀏覽日：2010/7/21)

若 *Papinian* 在此等前提下仍拒絕前揭法規則之適用，則明顯是基於充分理解個案特殊情況下所為之衡酌而導致之結果。當然，其首先提出之理由——給付並非基於不道德之給付目的而提出，而是在當事人無法使系爭嫁妝產生預期效果下，無法實現給付目的——顯得較不具說服力。因為透過 *Papinian* 此一主張，於雙方違反道德之情形下排除不當得利請求之法規則在大部分情形都會被規避。實際上作為基礎之衡量存在於結論一段中。該段文字中包含了值得注意的辨異。依照該辨異，該筆金錢並非用以補償婚姻外之近親交媾——亦即 D. 12, 5, 4 pr. 意義下之淫亂 (*non stupri gratia*)——而是在做為嫁妝下被指明係基於將來婚姻之目的 (*matrimonii gratia*)。雖然該婚姻在法律上不被允許 (*matrimonium illicitum*)，惟無論如何，於一般意義下，其就道德上之可非難性而言與淫亂之事實情狀仍有不同。

簡言之，*Papinian* 藉由事實情狀之辨異而導致法律效果之區別：基於將來婚姻之目的所為之給付，有別於以淫亂為目的之給付，得以請求返還。仍不確定者僅係：應認為是何種類型之不當得利？究竟是基於不道德或不法原因之給付——因為被企求達成之婚姻仍是法律上不被允許者——抑或是預期特定結果發生所為之給付（其後被稱為給付目的無法實現之不當得利）——因為藉由該給付所企求達成之結果——法律上有效之婚姻——並未實現。兩者似乎皆未完全正確。然而此疑問之判斷並非不可或缺。可以確定者是：具一般性、對於所有不當得利返還請求皆有適用之要件——在未經正當化下保有該筆金錢，依照法學家之見解係被加以肯認的<sup>133</sup>。

### 3、小結<sup>134</sup>

藉由以上說明可知，D. 12, 7, 5, pr. 為彈性且務實的理性——羅馬

<sup>133</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S.24ff. ; Zimmermann, The law of obligations, p. 847.

<sup>134</sup> Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S. 26.

法學家本於此種理性而適用「雙方同等不道德」此一法規則—提供一個印象深刻之例證。*Papinian* 於「*stuprum*」之廣泛意義範圍內依照違反道德之嚴重性加以辨異，並且對於前揭法規則之可適用性加以評斷。以違反婚姻禁令為標的之協議無論如何不能被法秩序所承認，該協議無效。但即使當事人於此共同違反該禁令，對於法學家而言並未機械性地導致不當得利返還請求之排除。因為該法秩序—如同刑罰裁量中所顯示—將此類亂倫案型視為較不可非難，因此不應機械性地一律排除不當得利返還請求。透過將道德違反加以層級化並且以之為基礎進行衡酌，法學家可以得出不適用前揭法規則之結果，亦即，一個符合實質正義，且相應於現今法感之結果。適用前揭法規則下所生之嚴厲制裁因而被限縮至道德違反之核心領域、明確之犯罪行為以及淫亂之事實情況。

#### (四) 違反其他實定法之情形

##### 1、概說<sup>135</sup>

德國學者 *Seiler* 認為當人們進一步探求在上述所劃定範圍之外可適用「雙方同等不法」此一法規則之案型時，將會是徒勞無功的。根據現代法律之構成要件，（例如德國民法第 817 條：違反法律禁止規定）似乎可以考慮：所謂的不法原因可能包括違反實定法之情形。羅馬的財產法與經濟生活亦受到此等實定法之影響，儘管當時立法者對於此等介入較為節制，惟無論如何仍產生大量之禁止規定，羅馬法秩序出於不同之法政策上動機拒絕特定財產處分與移轉。違反該些禁止規定之約定被認為不生效力（*unwirksam*），於此無論係基於市民法（*ius civile*）而無效（基於完全法〈*lex perfecta*〉之違反），抑或其無效必須透過抗辯（*exceptio*）之方式由法官基於職權加以認定（基於不完全法〈*lex imperfecta*〉<sup>136</sup>之違反）。在此些情形中皆會發生已提出之給

<sup>135</sup> Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in: Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S. 26f.

<sup>136</sup> 關於 *lex perfecta* 與 *lex imperfecta*，請參閱 鄭玉波，羅馬法要義，第 32 頁。

付得否請求返還之問題。

配偶間贈與之禁止可能被舉出作為此種影響、介入之例示。依照古老傳統（Ulp. D. 24, 1, 1），一然而也許是從奧古斯都所為之婚姻立法後開始—夫妻相互間無償之給與行為是不被允許的。因此，一個非於充分理性下遭控制之基於某一家庭之費用而對於另一家庭之財產加以增益將受到阻礙。明顯地，此等禁止規定與某些配偶間與生俱來之仁愛動力相矛盾。對此之一般看法可見於以下案例：

## 2、Ulp. D. 24, 1, 5, 18（32 ad Sab.）<sup>137</sup>

此例涉及透過贈與者之物上請求（*vindiziert*）—倘若該物仍存在—或請求償還不當得利之方式，對於遭禁止之贈與請求回復原狀之情形。羅馬法大全中為數眾多之段落皆遵從此例所奠定之處理原則。羅馬法學家絲毫沒有考慮對於違反贈與禁令之給付適用前揭「雙方同等不法」之法規則。德國民法第 817 條將違反法律之情形納入規範就羅馬人而言似乎是完全陌生的概念。此一論斷同樣適用於其他以相類似之方式對於法律行為與財產處分加以禁止之規定。根據羅馬之傳統，在此領域中並無任何適用前揭法規則之適例。從此得以推導出：在羅馬法下違反此等禁止規定並未被視為現今第 817 條規範意義下之不法原因。第 817 條所稱之不法原因並未包含違反該等道德中立或具有極少道德重要性之實定法。違反實定法與違反道德並非總是具有同一性<sup>138</sup>。

### （五）引發的思考方向

<sup>137</sup>其原文為：「 In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est : ... 」

<sup>138</sup> Hans Hermann Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S.27.

綜上所述，對於羅馬判例學之概觀似乎可獲得以下結論：現今如此爭議之不法原因給付之規定於羅馬實務上被極度限縮地解釋與適用。亦即，將前揭規則之適用範圍限縮至顯然違反道德之事實情況下<sup>139</sup>。並且，法學家似乎沒有猶豫於評價與比較雙方當事人於該交易所涉違背道德之程度，並且對於較不可非難之一方給予有利之判決<sup>140</sup>。

然而藉由上述對於羅馬法之不道德原因之給付—尤其是「雙方同等不法」之法規則—所進行之觀察，本文認為對於現今各國關於不法原因給付之法制度於解釋上仍有意義者，並不在於：應對於「不法」加以限縮至違反道德或刑事犯罪之情形，或應就雙方當事人違背道德之程度加以衡量，進而給予可非難性較低之一方當事人有利之判決；真正具有啟發性且能突破制度條件、社經環境之侷限者毋寧在於：解釋法律者彈性適用法規則以因應社會需求之態度。至於本於此一態度是否會推導出與羅馬法學家針對當時相關案例所為評價相同之結論，則需進一步探求排除基於不法原因所生之不當得利請求在現今國家社會型態下應具有之規範目的。

---

<sup>139</sup> Seiler, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht, S. 27f.

<sup>140</sup> Zimmermann, The law of obligations, p. 847.



# 第三章 規範目的

如上所述，若欲釐清我國民法第 180 條第 4 款之規定應如何解釋適用，則首先須就本款規定之立法意旨進行一番梳理<sup>141</sup>。故於本章中，本文擬先就我國實務與學說見解關於第 180 條第 4 款規定之立法意旨之理解加以介述，其次輔以比較法上之觀察，俾與我國法上之觀察相互參照，最後將針對我國實務與學說見解加以評析並提出本文見解。

## 第一節 我國法上之觀察

### 一、實務見解

若就民法第 180 條第 4 款規定的立法意旨對於我國最高法院判例與判決見解加以觀察，可以發現最高法院於解釋適用第 180 條第 4 款之規定時較少針對本款之立法目的加以著墨，而少數最高法院判例或判決見解於本款的適用上特別提及給付者有主張自己不法的情事此一要素，似乎可推論我國司法實務上係將本款的規範意旨解釋為「權利保護拒絕」，亦即，若向法院請求救濟的當事人在行使相關權利上必須主張本身的不法情事時，法院應拒絕提供權利保護。

#### (一) 56 年台上字第 2232 號判例

<sup>141</sup> Canaris, Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Festschr. für Steindorff 1990, S. 523; Erman/H. P. Westermann/P. Buck-Heeb(2008), § 817, Rn. 4.

為行使基於侵權行為之損害賠償請求權<sup>142</sup>，有主張自己不法之情事時，例如擬用金錢力量，使考試院舉行之考試發生不正確之結果，而受他人詐欺者，是其為此不法之目的所支出之金錢，則應適用民法第一百八十八條第四款前段之規定，認為不得請求賠償。

## (二) 最高法院 83 年度台上字第 3022 號判決

本件兩造關於系爭股份之買賣，違反公司法第一百六十三條第二項之禁止規定，其讓與契約(債權行為)無效。上訴人主張依民法第一百十三條規定<sup>143</sup>，得請求被上訴人回復原狀，返還價金，本質上仍為返還不當得利。惟本件兩造交付股票及價金，均基於不法原因所為之給付，且雙方均有所認識。上訴人請求返還價金非特必須主張自己之不法行為，且無異鼓勵為不法行為<sup>144</sup>，自不應准許。

## (三) 最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決

又不當得利制度乃基於「衡平原則」而創設之具調節財產變動的特殊規範，故法律應公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，不能因請求救濟者本身不清白，即一概拒絕保護，使權益之衡量失其公平，故如已具備不當得利之構成要件，應從嚴認定不能請求返還之要件，避免生不公平之結果。

<sup>142</sup> 有學者主張：根據法學方法論的觀點，此判例所涉及者為侵權行為損害賠償請求權，若欲依照第 180 條第 4 款之規定加以排除，應該是「類推適用」而非「適用」。參照 王澤鑑，不當得利，第 153 頁；楊芳賢，不當得利，第 111 頁。而關於第 180 條第 4 款的規定得否類推適用於民法中其他請求權基礎，請參見下述第四章之說明。

<sup>143</sup> 學者認為第 113 條本質上並非不當得利，故欲排除第 113 條的返還請求權，必須「類推適用」第 180 條第 4 款之規定。參照 王澤鑑，不當得利，第 155 頁；民法總則，第 517 頁。另關於第 113 條與民法中其他請求權的關係，請參閱 詹森林，民法第 113 條與其他規定之競合關係，載：民事法理與判決研究(二)，第 13 頁以下。

<sup>144</sup> 此最高法院判決似乎認為第 180 條第 4 款的立法意旨不僅在於消極地對於主張不法情事之人拒絕權利保護，更隱含預防不法行為發生的目的。是以，除了「拒絕權利保護」外，是否兼採「一般預防」的思考，應有探求的餘地。

## （四）最高法院 95 年度台上字第 1001 號判決

雖上訴人以系爭款項之給付係出於不法原因為由，主張被上訴人不得請求返還，但...被上訴人借款予上訴人後，不知上訴人如何入帳。故系爭款項之給付，若有不法之原因，亦僅存在於上訴人，其上開主張核與「禁止主張自己之不法」原則有違，自不可採。

## 二、學說見解

### （一）單一理論

我國學說對於民法第 180 條第 4 款之規範目的有採取單一理論加以解釋者，就其個別內容而言，則有：制裁說與拒絕權利保護說。以下簡要說明之：

#### 1、制裁說

林誠二教授過去曾撰專文<sup>145</sup>討論不法原因之給付，並於此文中明白表示民法第 180 條第 4 款之規範意旨應採制裁說之見解：「不法原因既僅存於給付人，依制裁說，適用該款前段之規定，並無不妥。」<sup>146</sup>；「不法原因存在於雙方當事人時，如亦一概不許給付人請求返還，殊有檢討餘地。...私見以為，為維持當事人間之衡平計，我民法應以採相對制裁說<sup>147</sup>為妥當。」<sup>148</sup>相類似之見解認為：「...在雙方均有不

<sup>145</sup>林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 220 頁以下。

<sup>146</sup>林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 229 頁。

<sup>147</sup>「相對制裁說」係指：當雙方不法時，應比較雙方不法性之大小，如受損人之不法性大於受領人之不法性時，則視為受損人一方不法，而予絕對制裁，不得請求返還；若雙方不法性相等或相差無幾，則不如以「不當得利」代替「不法原因給付」，而得請求返還，作為取締制裁，較服實際公平。請參閱 林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 230 頁、第 231 頁。

<sup>148</sup>林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 229 頁、第 231 頁。

法原因時，不當得利不能請求返還之一點，亦似與情理不合，...乙之受領固為不法，而甲之出賣房屋亦為不法，則依民法第 180 條第 4 款，甲自不能請求返還所有之不當得利。此於公平觀念，似不相符，故有一部分學者亦主張返還不當得利較不使返還不當得利為更富懲戒性者。」<sup>149</sup>

## 2、拒絕權利保護說

我國多數學者將民法第 180 條第 4 款之規範意旨解釋為：不得主張自己之不法行為而為請求<sup>150</sup>，若允許主張自己之違法情事將有違正義之基本精神<sup>151</sup>與法律不保護不法之原則<sup>152</sup>，法律容許受領人保有受領物，實質上並非公平，只是對於違法之給付所生之糾紛，法律無須浪費司法資源介入、加以與聞，而應聽任違法之當事人間自行解決<sup>153</sup>。

### (二) 多元理論

我國學說上亦不乏對於民法第 180 條第 4 款之規範意旨以二種以上之理據加以說明之見解。以下就不同論據之組合簡要說明之：

#### 1、拒絕權利保護、消極制裁

鄭玉波先生認為：「此規定之宗旨，本在乎不保護不法之人，進

<sup>149</sup> 芮沐，民法法律行為理論之全部，第 264 頁。

<sup>150</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 84 頁；馬維麟，民法債編註釋書（一），第 178 頁。

<sup>151</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 140 頁、第 141 頁。

<sup>152</sup> 林誠二，民法債編總論（上），第 216 頁；陳泐岳，為「圓謊」所為給付之法律性質，月旦法學教室第 72 期，第 11 頁。

<sup>153</sup> 黃立，民法債編總論，第 213 頁；劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 42 頁。

而予以消極制裁，...。」<sup>154</sup>；「...，不得請求返還之規定，旨在制裁（消極的制裁，即不加保護）不法原因給付之人，...。」方嘉麟教授亦認為：「出於不法原因而為給付者，係將自己置於法律規範之外。換言之，原告不得主張自己的不法而請求法律保護或法院不容許不潔之手。」<sup>155</sup>但同時主張：「無論如何剝奪返還請求權究屬一種制裁。」<sup>156</sup>

## 2、公益、制裁與拒絕權利保護

史尚寬先生於債法總論教科書中，認為適用民法第 180 條第 4 款而排除給付者之返還請求權係出於公益上之理由。亦即，給付原因如為不法，則依照民法第 71 條、第 72 條之規定，給付為無法律上之原因，依理應許其取還。然民法基於公益上之理由，以此為不當，故原則上加以剝奪，惟例外地許有此權<sup>157</sup>。同時，於討論本款之適用是否要求主觀要件時，其主張：剝奪給付者之返還請求權，為一法律上之制裁，故違反法規之行爲，如給付者不知其行爲違法，且其不知並無可非難者，應不適用本款之規定<sup>158</sup>。然而，於討論民法第 180 條第 4 款之效力是否及於不當得利以外之其他請求權時，其則認為：為行使基於侵權行爲之損害賠償請求權，有主張自己不法之必要時，則應類推適用民法第 180 條第 4 款之規定，認為不得請求賠償<sup>159</sup>。

## 3、拒絕權利保護、一般預防與自甘冒險

有論者採納德國多數學說見解而認為，民法第 180 條第 4 款之規

<sup>154</sup> 鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），第 97 頁、第 101 頁。

<sup>155</sup> 方嘉麟，公司回收自己股份法律效果之研究，政大法學評論第 75 期，第 174 頁。

<sup>156</sup> 方嘉麟，公司回收自己股份法律效果之研究，政大法學評論第 75 期，第 174 頁，註 102。

<sup>157</sup> 史尚寬，債法總論，第 83 頁。

<sup>158</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁。

<sup>159</sup> 史尚寬，債法總論，第 86 頁。從前揭這段文字中似可推論出史尚寬先生認為本款之規範意旨在於拒絕保護主張自己不法情事之人，蓋類推適用首先須探求某項法律規定之規範目的，其次則在判斷得否基於「同一法律理由」，依平等原則類推及於其他法律未規定之事項。請參閱 王澤鑑，舉輕明重、衡平原則與類推適用，載：民法學說與判例研究第八冊，第 70 頁。

範目的在於：「基於『禁止主張自己之不法』」或『不潔淨手的抗辯』，當事人因其違反法律禁止規定及背於公序良俗的行為，而將自己置諸法律規範之外，無保護的必要；及一般預防說之觀點」<sup>160</sup>。然而，於雙方均具不法原因之不當得利案件中，其認為：除法律有明文規定得由國家宣告「沒收或沒入」而剝奪雙方均不宜保有不法之該利益外，判斷給付者得否向受領者請求返還不當得利之思考上出發點應為「自甘冒險」—受領者與給付者一開始均知不法及未來之法律效果，卻仍繼續進行交易—進而主張於此種情形應類推適用民法第 217 條之過失相抵（寓有任何人不得將自己的過錯轉嫁於他人的一般原則）的規定<sup>161</sup>。

#### 4、拒絕權利保護、一般預防

孫森焱教授雖明白主張：「因不法原因而為給付，所以不得請求返還，係因給付人請求返還其利益時，必須主張自己之不法行為，有違法律保護合法行為的原則，...。」<sup>162</sup>然而，於合理化本款規定所造成「不法即合法」之結果上，其則認為：「對於不法原因之給付，法律不加保護，則就給付者言，於給付以前，當知衡量利害，如果履行其給付而有不利情形，自不致冒然因不法原因而為給付，是對於不法行為有預防作用。」

#### 5、制裁、拒絕權利保護與一般預防

王澤鑑教授於不當得利專書中指出拒絕保護說之缺失：「法律（或法院）應公平衡量當事人利益，予以適當必要的保護，不能因請求救

<sup>160</sup> 李沃實，雙方不法原因給付不當得利返還問題之探討，警大法學論集第 11 期，第 338 頁。

<sup>161</sup> 李沃實，雙方不法原因給付不當得利返還問題之探討，警大法學論集第 11 期，第 330 頁、第 331 頁。

<sup>162</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 175 頁。

濟者本身不清白，即一概拒絕保護，使權益的衡量失其公平，...。」<sup>163</sup>並引述德國學者 Canaris 所提出之「一般預防」理論：「從事違反良俗的行為本身多不具刑罰處罰性，若無德民第 817 條第 2 句<sup>164</sup>規定，將不受制裁。違反法律強行規定的行為不多，違反行政秩序，雖須支付罰鍰，但可納入成本，低於其所獲利益。德民第 817 條第 2 句規定具有輔助預防行為違反良俗或法律強行規定，相當於侵權行為法一般預防的功能。」<sup>165</sup>嗣後，王澤鑑教授並於「不當得利法於實務上的發展」一文中再度強調「法律之所以規定不法原因給付不得請求返還，係對本身不清白者拒予保護（Clean hand principle），並具有預防不法的一般功用。」<sup>166</sup>然而，值得注意的是：在關於不法原因給付排除不當得利的主觀要件說明中，王澤鑑教授亦認為排除不當得利請求權係一種對於法律上的制裁<sup>167</sup>。

## 6、預防與其他因素

楊芳賢教授於不當得利專書中就本款規定之立法依據之說明為：「但此一見解（一般預防說）僅提供單一觀點，似難以概括全部之可能因素；...」，並引述英國（修正）法律委員會 1999 年之建議做為參考，該建議共列五項因素，除預防觀點外，尚包括所涉「不法之嚴重性」、「原告之認知與意圖」、「否定不當得利是否得以促進達成契約不法（而無效）之規定之目的」以及「否定不當得利請求是否與不法相稱」。<sup>168</sup>

<sup>163</sup> 王澤鑑，不當得利，第 140 頁。

<sup>164</sup> 「若此種（禁止規定與良善道德之）違反同時歸諸給付者，則返還請求權被排除，...」。另王澤鑑教授將第 2 句誤植為第 2 項，僅此略加修正如上。

<sup>165</sup> 王澤鑑，不當得利，第 140 頁，註 3。

<sup>166</sup> 王澤鑑，不當得利，第 58 頁。

<sup>167</sup> 王澤鑑，不當得利，第 150 頁。

<sup>168</sup> 楊芳賢，不當得利，第 107 頁。

## 第二節 比較法上之觀察

### 一、德國法

德國民法第 817 條第 1 句規定：「若給付目的係以受領者透過受領給付而違反法律或道德的方式加以確定者，則受領者負有返還義務。」而第 2 句規定：「若此種法律或道德的違反同時歸咎於給付者一方，則返還請求權被加以排除，...。」第 817 條第 2 句所規定的不當得利返還請求權排除的意義與目的在部分德國學者眼中是晦暗不明的，甚至德國聯邦最高法院也將此一規定視為法政策上可疑的。早期大多數對此規範意旨的討論是以「對於實現具有可非難性的思想所施加的制裁」作為出發點，現今大多數看法轉而認為「國家的權利保護不應該提供作為實現違反法秩序之交易之用」。<sup>169</sup>除此之外，大家也注意到「一般預防」的思想，亦即，若給付者有違法或違背道德的行為，則其應該考量到其無法請求返還所為之給付<sup>170</sup>。

德國法上對於德國民法第 817 條第 2 句的規範意旨的討論相當程度影響著我國實務與學說對於我國民法第 180 條第 4 款的立法意旨的看法，以下除了簡介德國學者對於「制裁說」(*Strafe*)、「拒絕權利保護說」(*Rechtsschutzverweigerung*) 與「一般預防說」

(*Generalprävention*) 的基本說明外，本文擬將德國民法學界近來重新提倡「制裁說」的學說看法作一簡介，因為本文認為重新提倡「制裁說」的學說見解嘗試將以上三個對於第 817 條第 2 句的規範意旨的不同理解加以整合。此種新的嘗試反而進一步強化、鞏固「一般預防說」的論據，亦值得加以比較、參考。

<sup>169</sup> Loewenheim, Bereicherungsrecht, S. 70.

<sup>170</sup> Looschelders, Schuldrecht, BT, Rn. 1052.



## （一）制裁說

就德國民法第 817 條第 2 句規定之立法意旨採取制裁說之見解認為：給付者（並非受領者）應該就其違反法律或違反道德的行為透過不當得利請求權的排除而受到懲罰。<sup>171</sup>並有認為根據德國民法第二草案第 849 條之規定，現今德國民法第 817 條第 2 句應具有制裁、懲罰之性質。蓋該草案強調透過排除不當得利返還請求權於一般人民生活中關於良善道德與公共秩序之意識應可獲得強化。<sup>172</sup>

## （二）拒絕權利保護說

### 1、對於制裁說之批評

大多數德國學者對於前揭制裁說之見解有所質疑。主要係基於三個理由：首先，大多數德國學者認為民事法規範不具有懲罰功能，私法刑（*Privatstrafe*）於民事法中甚為罕見。民事法若存在懲罰規範，充其量係侵權法之任務；<sup>173</sup>其次，制裁說並無法合理說明在雙方當事人皆從事可非難之行為下為何德國民法第 817 條第 2 句僅懲罰給付之一方當事人；<sup>174</sup>再者，當事人所受到之懲罰完全繫諸個案之給付內容而具有偶然性，因此制裁說並未慮及罪刑相當原則。<sup>175</sup>

<sup>171</sup> Emmerich, BGB-Schuldrecht, BT, § 16, Rn. 34.

<sup>172</sup> Erman/H. P. Westermann/P. Buck-Heeb(2008), § 817, Rn. 4.

<sup>173</sup> Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, S. 458; Staudinger/Lorenz, §817, Rn.5; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 37, Rn. 44; Erman/H. P. Westermann/P. Buck-Heeb(2008), § 817, Rn. 4.

<sup>174</sup> Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, S. 458; Staudinger/Lorenz, §817, Rn.5; Erman/H. P. Westermann/P. Buck-Heeb(2008), § 817, Rn. 4. *Medicus* 甚至認為在僅給付者違反法律或道德之情形，對其所施加之懲罰亦不應轉換成受領者額外之報酬，vgl. *Medicus*, Schuldrecht II, BT, Rn. 664.

<sup>175</sup> Staudinger/Lorenz, §817, Rn.5.

## 2、意義

大多數德國學者基於前揭制裁說之理論缺陷而拒絕將德國民法第 817 條第 2 句規定之立法意旨視為民事法上之制裁、懲罰。彼等進而對於此一規定之立法意旨提出另一種說明：法秩序拒絕對於違反法律或道德之給付者提供權利保護。亦即，之所以排除給付者之不當得利請求權，乃法律完全聽任違反法律或道德之交易過程自然發展，而不加理會。法律不惟不協助違反法律或道德之債權獲得實現，其亦不使當事人所提出之給付回復原狀。不法交易之參與者將某一社會往來關係置於法秩序外，不得就此社會往來關係所生之糾紛請求國家提供保護、協助。<sup>176</sup>

在相關論述上，雖仍可見拒絕權利保護說與懲罰說兩者並存之情形，惟大多數仍將拒絕權利保護之思想與「禁止援引自己之不法」、「不潔之手」抗辯或「於雙方皆有違反法律或道德之行爲時，受領者較為有利」等表述相連結。<sup>177</sup>

同時有主張<sup>178</sup>應導向屬於訴訟程序制度之障礙事由，方能使拒絕權利保護說之理論建構趨於完美。但亦有認為拒絕權利保護說雖未使人完全信服，但主張拒絕權利保護說必然涉及程序上駁回之訴訟類型之見解，亦不足採。<sup>179</sup>

## 3、小結

---

<sup>176</sup> Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, S. 458; Staudinger/Lorenz, §817, Rn.5; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 37, Rn. 44; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn.1462; Erman/H. P. Westermann/P. Buck-Heeb(2008), § 817, Rn. 4.

<sup>177</sup> Erman/H. P. Westermann/P. Buck-Heeb(2008), § 817, Rn. 5; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn.1462.

<sup>178</sup> Erman/H. P. Westermann/P. Buck-Heeb(2008), § 817, Rn. 5.

<sup>179</sup> Staudinger/Lorenz, §817, Rn. 5.

觀察德國學者對於「拒絕權利保護說」的闡釋，大概可以描繪出幾個概念特徵：首先，「拒絕權利保護說」除了對於「制裁說」加以批評外，其建立自身正當性的論證在於從事不法行為之人或不潔之手之人將整個交易過程置於法秩序外，因而不應准許當事人於該交易受挫、無法完成時反過頭來請求法律加以保護。其次，「拒絕權利保護說」爲了合理化個案中可能同樣從事違法或違背道德行為的受領給付者仍得保有獲取之利益，甚且免除自身所應爲的對待給付（基於德國民法第 134 條、第 138 條）等情事所造成的不公平，此說認爲此種不公平並非法秩序所積極創設的，毋寧是由於「放任」當事人交易關係自然發展、「不理會」、「不介入」當事人因交易關係所生之糾紛所形成的。最後，「拒絕權利保護說」受到羅馬法上關於不道德原因之不當得利付之重要法諺「雙方當事人同等不法，則被告地位較爲有利」影響甚深、斧鑿痕跡相當明顯。

### （三）「拒絕權利保護說」下所隱含的「一般預防」思考

#### 1、理論說明

德國學者 *Schlechtriem* 接受大多數學者之看法而認爲德國民法第 817 條第 2 句之規範意旨並非對於可非難思想之實行所施以之懲罰，毋寧在於當事人不能期待權利保護。特別者是，不同於前揭看法僅以「當事人藉由其交易行為將自身置於法秩序之外」作爲論據，*Schlechtriem* 同時強調拒絕權利保護係出於一般預防之理由。透過一般預防之觀點理解德國民法第 817 條第 2 句之規定將使得拒絕權利保護的範圍與當事人所違反的道德要求或禁止規定的意義與目的趨於協調一致成爲可能。<sup>180</sup>

<sup>180</sup> Schlechtriem, Schuldrecht, BT, Rn. 740.

此外，德國學者 *Medicus* 在證成拒絕權利保護說之相關論述中，亦清楚地表達出德國民法第 817 條第 2 句所具有之輔助無效規範之功能：在雙方皆有違反法律或道德之情形下，法秩序不僅於此種交易之履行上，更包括於使當事人所提出之給付回復原狀上拒絕提供協助。因此，參與此種交易的風險被提高—至少當該種交易無法簡易地、不間斷地被完成時是如此，此種看法可以從德國聯邦最高法院之判決<sup>181</sup> 得出。<sup>182</sup> 相對地，在僅涉及給付之一方違反法律或道德的情形下，例如重利借貸，單純透過德國民法第 138 條所規定之無效法律效果不足以保護被重利剝削之借貸人。蓋該無效之法律效果雖然使借貸人免於負擔清償重利之債務，但卻無法使之獲得保有借款之權利，然而借貸人為典型必須依賴該筆借款之人。透過適用第 817 條第 2 句之規定，被重利剝削之借貸人僅於契約約定之清償期屆至時始負有償還義務。<sup>183</sup>

## 2、小結

從德國學者 *Schlechtriem* 與 *Medicus* 對於德國民法第 817 條第 2 句的規範意旨的看法中可以發現：雖然將此一規範的性質解釋為「拒絕權利保護」，但之所以拒絕提供給付者協助，或許不在於給付者將其自身或整個交易過程置於法秩序外因而不得再求助於法秩序之保護，而是基於法秩序有意預防違反法律或道德的行為發生。彼等似乎已注意到手段層次與目的層次之不同。

### （四）一般預防說<sup>184</sup>

<sup>181</sup> BGHZ 41, 341, 344：凡於法律或道德秩序之外進行交易之人，依照第 817 條第 2 句，即係自己承擔風險而進行該種交易。

<sup>182</sup> *Medicus*, a.a.O., Rn. 665.

<sup>183</sup> *Medicus*, a.a.O., Rn. 666.

<sup>184</sup> *Canaris*, *Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*, in: *Festschr. für Steindorff* 1990, S. 523ff..

### 1、對於制裁說的檢討

如上所述，制裁說於理論構成上具有無法自圓其說之缺陷，一般預防說亦注意到此一問題而加以迴避，亦即：首先，在雙方皆違反法律或道德之情形下，僅該偶然先為給付之一方當事人受到懲罰，並未連同保留自己對待給付之他方當事人一併懲罰，此與懲罰原理不相一致；其次，在適用德國民法第 817 條第 2 句下，當事人之可歸責性與所受懲罰之程度間欠缺任何合比例性，蓋給付者所遭受之損失完全取決於其給付內容之多寡，舉例言之，相較於小額交易，於大宗交易之情形損失程度較為嚴重。

### 2、對於拒絕權利保護說的檢討：

另一方面，德國學界現今具有支配性之見解將德國民法第 817 條第 2 句之立法意旨視為拒絕對於將自身置於法秩序外之人提供保護，同樣地未具有完全之說服力。拒絕權利保護說未能說明係出於何種理由剝奪當事人之權利保護，乃此說遭遇之困難。蓋從事違法或違背道德行為之人並不會因此被剝奪法律保護（*vogelfrei*）。

### 3、一般預防說的提出

主張一般預防說之學者認為：制裁說雖明顯具有前揭理論構成上之瑕疵，以致於無法將德國民法第 817 條第 2 句之規範意旨理解為固有意義下之制裁，然而，懲罰所具有之一般預防功能則隱含於德國民法第 817 條第 2 句之相關立法資料中。蓋立法資料中提及德國民法第 817 條第 2 句之規範目的在於增強人民在一般生活中對於良善風俗以及公共秩序之意識，此顯然是一般預防之思維。此外，有鑑於現今損

害賠償法所蘊含之預防思維已普遍獲得承認，主張預防思維於法律行為理論以及與法律行為理論密不可分之德國民法第 817 條第 2 句中並無存在餘地之見解，無法繼續維持。

不僅立法資料所提供之論據足以支持德國民法第 817 條第 2 句具有一般預防功能，在對於德國民法第 817 條第 2 句作客觀地、取向於現今地解釋<sup>185</sup>下，預防思維亦具有相當之說服力。理由在於德國民法第 817 條第 2 句在相當程度上補充、增強相關法律或道德規範之實效。具體言之，違反道德的行為就其本身而言不具可罰性，因此欠缺德國民法第 817 條第 2 句的適用下違反道德的行為將不會承受任何不利益。再者，德國民法第 134 條意義下之禁止規定僅小部分附有制裁規定，雖然違反禁止規定構成違反行政法上義務之情形並不少見，不過單純課處行政罰鍰就預防功能而言經常是不足夠的，因為被課處罰鍰之風險容易被納入成本中加以計算，甚且罰鍰額度與交易所得可能是完全不成比例的。人民亦不可能期望就德國民法第 134 條、第 138 條意義下之違反法律或道德之行為全部科以刑罰或擴大處罰範圍。由此可見，主張若於民事法中強調一般預防思維將不當地取代刑法固有能力之看法，無由成立。

採取一般預防說之學者認為，若將德國民法第 817 條第 2 句之規範目的理解為蘊含預防思維，則此一規定於法政策上並無錯誤可言。德國聯邦最高法院在重利借貸之案件中正確地否定學說上嘗試承認貸與者得以請求合理或市場上一般利息之見解。德國聯邦最高法院所持之理由為：若承認貸與人得依照合理或市場上一般利率請求借款人支付利息，則重利貸放款項之人將毫無風險地<sup>186</sup>從事不正當之營業。採取一般預防說之學者因而主張德國聯邦最高法院已默示地承認德國民法第 817 條第 2 句之立法意旨為一般預防。

<sup>185</sup> 此即學說上所稱的「客觀目的」解釋。請參閱 Larenz 著、陳愛娥譯，法學方法論，第 236 頁以下；王澤鑑，民法總則，第 53 頁、第 54 頁。

<sup>186</sup> 學說上雖有主張儘管承認貸與人得以請求一般合理之利息，貸與人仍然承擔風險——也就是無法請求一般合理之利息與尚未達到違反道德程度之利息間之差額——，但 *Canaris* 認為此種風險尚不足以提供充足誘因使當事人遵守道德規範，毋寧應採取更為激烈（全有全無）之方式。

立法者對於違反法律或道德之給付者設定一個不利益之經濟誘因。易言之，德國民法第 817 條第 2 句此一規定對於潛在基於不法原因而提出給付之人釋出以下訊息：凡參與違反法律或道德之交易者必須認識到，若於交易中發生不履行之情事，其所提出之給付將不可挽回喪失且無法獲得任何補償（對待給付）。<sup>187</sup>

#### 4、適用第 817 條第 2 句下所形成之不公平結果

在適用德國民法第 817 條第 2 句下受領者將獲取不正當之利益，此種不公平結果時常招來非議。然而，採取一般預防說之學者認為應對於此種不公平結果加以忍受。理由在於：首先，並無其他替代方案之可能性。蓋法律不能強迫受領者將該利益交付與例如慈善機構等更為合適之第三人（或機構組織）；其次，倘若受領者獲取不當利益並未同時使他方遭受不合理之損失，則防止不正當獲利並非法律之首要任務。而依據實務見解，德國民法第 817 條第 2 句於適用上要求給付者對於法律或道德規範之違反具有認識，因此並未不合理地使給付之一方當事人承受不利益。

#### 5、需顧慮比例原則<sup>188</sup>

德國學者主張，德國民法第 817 條第 2 句具有強烈之一般預防特徵以及少量之私法特徵，故此一規定將特別受比例原則所拘束，易言之，不當得利請求權之排除不僅須合適於達成一般預防的效果，而且必須符合必要性與狹義比例性之要求。

<sup>187</sup> MünchKomm/Schwab, 5. Aufl., 2009, § 817, Rn. 9.

<sup>188</sup> Bamberger/Roth/Wendehorst (2003), § 817, Rn. 20.

## 6、小結

「一般預防說」一方面同意學說上對於「制裁說」提出的批評，另一方面則認為「拒絕權利保護說」並未使人完全滿意，其中重要的一點就是從事違反法律或道德行為的給付者並未因此喪失法律的保護。是以「一般預防說」繞道主張：德國民法第 817 條第 2 句所規定的不當得利請求權的排除不在於懲罰從事違反法律或道德的給付者，而是欲藉由排除不當得利的法律效果製造違反法律或道德的交易風險，使得有意從事此等交易之人知所衡酌，降低從事此等交易的誘因，進而增強法律或道德規範的實效。

### (五)「制裁說」的重倡

#### 1、理論說明

近來有部分德國民法學者針對民事法規範中具有制裁性質者進行彙整與研究，且不約而同地將第 817 條第 2 句視為典型之民事制裁規範。彼等主要係根據德國民法第 817 條第 2 句所具有之失權效果而認定此一規定之制裁性格。再者，在德國民法第二草案中強調「不當得利請求權之排除係針對透過給付而顯現之可非難思想，俾強化人民於一般生活中對於良善道德與公共秩序之意識」之敘述亦成為彼等有力之論點。*Bohn* 即認為：立法者制訂德國民法第 817 條第 2 句之目的在於針對以可非難思想為基礎、為人所摒棄之行為施以制裁，著重於行為控制之效果。<sup>189</sup>不同於大多數學者之批評，德國實務見解普遍地接受這種觀點，並且因而推導出德國民法第 817 條第 2 句乃一例外性質之規定，不應任意類推適用於其他請求權基礎。

<sup>189</sup> Bohn, Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht, S. 140.



重新提倡德國民法第 817 條第 2 句具有制裁性質之學者，不僅就拒絕權利保護說與一般預防說對於制裁說所提出之批評加以辯護，亦進一步檢視拒絕權利保護說與一般預防說所具有之理論缺陷，試圖重新建構更為周延、能完整說明德國民法第 817 條第 2 句所蘊含之規範意旨之理論。以下就其理論要點分別加以介述：<sup>190</sup>

### (1) 僅針對給付者施以制裁

在僅給付之一方當事人違反法律或道德下，德國民法第 817 條第 2 句作為民事法上之制裁，透過排除不當得利請求權而懲罰違反法律或道德而提出給付者。以非法勞工之情形為例，雇主不僅不須提出對待給付且得保有所受領之給付，非法勞工則在無法獲得雇主之對待給付下無償地喪失其所提出之給付。在此種情形下，並未涉及前揭其他學說就制裁「偶然性」所提出之批評，蓋德國民法第 817 條第 2 句精確地就違反法律或道德之行為人加以處罰。

然而，在雙方當事人皆有違反法律或道德之情形下，提倡制裁說之學者即須回應學說上對於制裁「偶然性」之批評，亦即，為何於雙方當事人皆有違反法律或道德時，僅僅偶然先為給付之一方當事人被科以處罰？亦有從當事人間公平之觀點出發而認為在雙方當事人皆從事違反法律或道德之行為下僅制裁給付者將導致不公平之結果。針對相類似之批評，提倡制裁說之學者主要係透過制裁所生一般預防效果而合理化在當事人間所造成之不公平。

*Schäfer* 認為若制裁所欲發揮之嚇阻作用係針對當事人為履行契約所為之給付行為，而非針對締結契約之行為，則僅就給付者施以制裁並非出於恣意。<sup>191</sup> 提倡制裁說之學者皆觀察到就完成違反法律或道

<sup>190</sup> Bohn, a.a.O, S. 139f.; 145ff.; Schäfer, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202(2002), S. 406ff.

<sup>191</sup> Schäfer, a.a.O, S. 408.

德之交易而言，握有主動權者無疑係給付之一方當事人。<sup>192</sup>因此德國民法第 817 條第 2 句所規定之失權效果係有意識地附加於給付者之上，目的即在於有效嚇阻當事人提出給付。例如在非法勞工之情形中，*Bohn* 即主張從事非法勞動者必須清楚認識到若雇主不願提出約定報酬，其將無法就其勞務給付獲取任何對價。在非法勞工先提出勞務給付而雇主未依約定提出報酬之情形下，藉由排除給付不當得利請求權之方式威脅將對於非法勞工施以制裁，企圖創設高度之交易風險，致使勞工喪失從事非法勞動之誘因。進而若因風險過高使從事非法勞動之數量顯著減少，則將實現行政上管制規範之目的。

然而，在非法勞工之情形中，德國實務見解有基於勞工作為經濟上較為弱勢之一方，若由勞工獨自承擔違反法律所生之風險，並非妥適，且雇主似乎得利用此一制度而幾近無風險地徵用非法勞工等理由，而不適用德國民法第 817 條第 2 句之規定排除非法勞工就其勞務給付之償還請求權。針對此種基於當事人間公平而不適用德國民法第 817 條第 2 句之主張，*Bohn* 則強調德國民法第 817 條第 2 句本身即不以公平分派風險作為規範目的，否則應如同一般情形依照不當得利請求來處理，排除不當得利請求反而顯得多餘。展言之，德國實務見解根據德國民法第 242 條關於誠信原則之規定將當事人間公平納入考量正好與德國民法第 817 條第 2 句所關注者相抵觸。德國民法第 817 條第 2 句毋寧在於創設風險，如上所述，目的即在於規制並嚇阻先提出給付之非法勞工，使對於交易之完成而言享有主動權之勞工放棄給付行為。或許對於典型之先為給付之勞工施以制裁，以儆效尤，令其承擔所有風險並非妥適，但此不公平結果乃一般預防所要求，因而不容許透過誠信原則加以調整。立法者透過德國民法第 817 條第 2 句刻意型塑之不公平，已為德國聯邦最高法院所認識，德國聯邦最高法院曾於某一判決中表示：在適用德國民法第 817 條第 2 句下，正義觀點有意識地不納入考慮。此外，*Bohn* 以及 *Schäfer* 都認為在整體法秩序下之其他（不利益）手段皆無法防止當事人從事違反法律或道德之行為下，透過排除給付者之不當得利請求嚇阻違反法律或道德之給付行

---

<sup>192</sup> *Bohn*, a.a.O, S. 146; *Schäfer*, a.a.O, S. 408.

為發生，可謂是「最後手段」，不應適用誠信原則撤除僅存之有效抑制措施。更何況，透過德國民法第 817 條第 2 句所形塑之風險雖僅課與給付者一人承擔，卻非給付者所無法掌控。藉由法律續造，適用德國民法第 817 條第 2 句以給付者具備主觀要件為前提，是以，當事人可以清楚地認識到先行提出給付之風險，是否仍執意提出違反法律或道德之給付完全操之在己。若先為給付之一方當事人願意忍受風險，則無不公平可言。

## (2) 必要性

德國聯邦最高法院曾經於涉及非法勞動之判決表示，就貫徹強行規定之目的而言排除給付者之不當得利請求權並非絕對必要。蓋基於排除契約請求權並結合刑事訴追之風險以及於非法勞動遭舉發下補繳稅捐與社會保險等情況已可發揮立法者所企求之一般預防效果。依其見解，使勞工得以請求不當得利性質之補償並未抵觸一般預防效果。

*Bohn* 則認為此種看法值得加以質疑：稅捐以及社會保險於契約合法有效下本來即有繳付義務。因此，當非法勞工及其雇主從事違法交易亦不因此遭受何種損失。若進展順利，當事人間即可省下稅捐與社會保險，一旦不幸被舉獲，仍能對之加以補繳。於是，根本不存在從事合法行為且自願繳納稅捐與社會保險之誘因。再者，當事人間若選擇從事合法交易，則契約所生之履行請求權不受排除且得以避免刑事訴追或被課與罰鍰之風險。然而，前述從事違反交易所生之風險是可加以估算且與從事違法交易所省下之高額稅捐與社會保險支出相比似乎仍可被接受。因此，此等風險似乎僅能藉由排除非法勞工就其勞務給付之不當得利請求權而形成。

### (3) 違反罪責原則

欠缺對於給付者之可歸責性加以考量亦被認為是制裁說之理論缺陷。亦即，如上所述，制裁說並未認識到給付者所遭受之制裁程度與其所具有之可歸責性間欠缺合比例性，給付者之損失僅僅取決於其給付內容之多寡。

*Bohn* 承認在適用德國民法第 817 條第 2 句下對於給付者所施加之制裁並未完全依照嚴格之罪責原則，然而，其認為此係導源於民事法規範所具有之抽象性質，無法就存在於行為人方面之所有情事皆納入考量。並且德國民法第 817 條第 2 句之規範目的並非著重對於行為人之公平懲罰，而係欲藉由制裁發揮一般預防作用。

此外，*Bohn* 與 *Schäfer* 皆主張透過法律續造而僅於給付者認識或因輕率而不認識其行為違反法律或道德之情形下方始排除其給付不當得利，已滿足比例原則之要求。且處罰程度與給付者之可歸責性間始終維持一抽象之合比例性，亦即：違反法律或道德之給付越重大，因而違反法秩序之程度越為嚴重，則相對地損失也越重大。例如：重利借貸之本金額度越高，且借貸期間越長，則依照原先契約規劃所可收取（因而喪失）之利息亦越多<sup>193</sup>。此種抽象的合比例性可以滿足比例原則。再者，*Schäfer* 強調透過「終局性」給付之概念，在重利借貸之情形下，貸與者被排除不得請求返還者僅限於約定利息，而不及於本金，此種限縮之給付概念可避免不合比例的懲罰。

### (4) 以欠缺利益的滌除作為反對理由

---

<sup>193</sup> 本文認為此種說法應屬有誤，因為違法性之高低不在借貸本金之多寡或借貸期間之久暫，而毋寧在於約定利率之高低。

如前所述，在雙方當事人皆違反法律或道德之情形下，因德國民法第 817 條第 2 句僅使給付之一方當事人承受失權之不利益，相反地，他方當事人卻可保有所受領之利益，故制裁說向來遭遇之質疑即為：為何違反法律或道德之受領者不惟不受處罰，尚且得以保有欠缺法律上原因所獲取之利益？

可能解決前述疑問之方式為：由國家公權力就受領者所獲取之利益加以取除。過去普魯士一般邦法第 173 條（Preuß ALR 173）即訂有如下內容之規定：國庫有權利就受領人因從事違反禁止規定之交易所獲取之利益加以取除。<sup>194</sup>然而，能否基於德國民法中欠缺此一相應之規定即認為德國民法第 817 條第 2 句不具有制裁性質，*Bohn* 認為不無疑問。

*Bohn* 主張德國民法之所以不將前述規定納入，主要係立法者力求民法典之簡潔所致，避免過多重複與不必要之贅述使人無法對於法典內容一目了然。其並以德國民法草案為依據，蓋該草案提到：民法典未將國庫依照法律規定所具有之沒收權納入規定；於民法典中特別提及此種賦予國庫沒收權之規定顯得多餘。*Bohn* 並透過非法勞動之情形加以說明：

在非法勞動之情形下，依據秩序違反法（OWiG）第 17 條第 4 項之規定，得取除雇主因僱請非法勞工所獲取之利益。非法勞動法規定非法勞動之構成要件（非法勞動法第 1 條第 1 項）與僱請非法勞工（同法第 2 條第 1 項）係違反秩序之行為且行政機關得對於勞僱雙方處以最高 300,000 歐元之罰鍰（同法第 1 條第 2 項或第 2 條第 2 項）。同時，在適用秩序違反法第 17 條第 4 項之規定下，為取除行為人從非法勞動中所謀取之經濟利益，並得逾越前述法定最高額度。藉由此一規定得徹底取除雇主一方所獲取之利益。德國民法第 817 條第 2 句之規定並未免除雇主此一行政法上金錢給付義務。因而勞僱雙方當事

---

<sup>194</sup> §173：「Der Fiskus aber hat das Recht, dem Empfänger den verbotenen Gewinn zu entreisen.」

人皆不再保有因非法勞動所生之利益。<sup>195</sup>此外，尚須補繳稅捐、社會保險，且行政機關課與罰鍰之風險也威脅著雙方當事人。因而無須擔心僱主得以僱請非法勞工所獲取之利益補償或減輕其所負擔之稅捐、社會保險或罰鍰，進而使僱主僱請非法勞工之風險最小化。

## 2、對於一般預防說與拒絕權利保護說之批評<sup>196</sup>

### (1) 一般預防說

*Bohn* 認為一般預防說僅僅透過概念裝飾而迴避制裁思維。不具有懲罰之一般預防觀點並無可能。*Canaris* 欲以德國民法第 817 條第 2 句之規定增加或補強強行規定或道德規範之實效，然若欠缺制裁，即無法達成目標。實際上，一般預防係目的，因而無法與作為手段之制裁分離。*Bohn* 強調德國民法第 817 條第 2 句所施以之制裁不僅是行為人遵守法律之誘因，更是在當事人欲超越法秩序之最外緣而提出違反法律或道德之給付時，唯一具有足夠嚇阻作用之手段。對於無視法律或道德規範且相關規制對之不具拘束力之行為人，應該透過民事失權效果加以威嚇，抑制其逾越法秩序而提出給付。

### (2) 拒絕權利保護說

*Bohn* 認為：相對於前述一般預防說係以欠缺手段之目的作為德國民法第 817 條第 2 句之立法意旨，同樣否定德國民法第 817 條第 2

<sup>195</sup> 然而若使僱主完全喪失因僱請非法勞工所獲取之利益，是否會將僱主推向與非法勞工暗默勾結、緊密合作的情形？蓋僱主在完全喪失相關利益下，其並無違約之誘因，反而僱主與非法勞工皆依約履行方屬對於任何一方當事人皆為有利之選擇，如此將增加行政機關之查緝成本，使公權力執行之成效更為低落。類似之分析觀點，請參閱 蘇永欽，同業公會聯合行為的處分對象，載：跨越自治與管制，第 90 頁。

<sup>196</sup> *Bohn*, a.a.O., S. 152ff.

句具有制裁性質之拒絕權利保護說卻將此一規定之立法意旨描述成不具目的之手段。拒絕權利保護說所持之論點不過將德國民法第 817 條第 2 句之法律效果作不明確之改寫<sup>197</sup>。

一方面或許可以說：經由拒絕基於不法原因而提出給付之一方當事人行使根據德國民法第 812 條以下規定所生之不當得利請求權，法秩序拒絕提供原先不當得利法對於給付者之保護。然而，另一方面也可以說：正好透過德國民法第 817 條第 2 句之規定，不當得利法未提供基於不法原因而提出給付之一方當事人保護。亦即，某一個法規範對於另一法規範所規定之請求權加以阻礙。一般而言，僅因某一規範阻礙另一個規範所規定之請求權，並不會被視為「拒絕權利保護」。即使作出如此說明，亦不過是針對規範之作用方式加以陳述。拒絕權利保護僅係手段之描述，並非關於理由之說明。拒絕權利保護說所持之論點仍未就「為何權利保護應該被拒絕」做出任何答覆。

### 3、小結

重新提倡「制裁說」之學者除了對於長期以來德國學界所提出之批評與質疑，例如：於雙方當事人皆有違反法律或道德時，適用第 817 條第 2 句之結果卻僅僅懲罰先行提出給付之一方當事人而已，因而不符合懲罰的本質；或可歸責性與懲罰程度明顯違反罪責原則；或同樣具有可歸責性之受領者在適用第 817 條第 2 句下被允許保有從事不當行為所獲取之利益，民法中欠缺取除利益之配套措施；或相關刑事訴追、行政罰鍰以及相關費用之補繳已可發揮一般預防之效果等做出回應外，本文認為更重要者是，此種「制裁說」更為完整地分析德國民法第 817 條第 2 句的構造與性質。亦即，此說嘗試將「制裁」、「拒絕權利保護」與「一般預防」三種看似不同的觀點，在不同層次上整合性地形塑德國民法第 817 條第 2 句之全貌。根據 *Bohn* 之觀察，「一般預防說」所描繪者是沒有手段之目的，相反地，「拒絕權利保護」

<sup>197</sup> Schäfer, a.a.O., S. 407.

則是描繪沒有目的之手段。因而或可推斷重新提倡「制裁說」之學者對於德國民法第 817 條第 2 句之理解為：立法者為了達到一般性地預防人民從事違反法律或道德行為之目的，以「拒絕」對於給付者提供國家之「權利保護」作為一種「制裁」手段。

## 二、瑞士法

瑞士法上關於不當得利請求權因涉及違反法律或道德而遭排除之規定，為瑞士債務法（*Obligationenrecht*）第 66 條：「凡意圖引致違法或不道德的結果所為之給與不得請求返還。」

根據本文所參考之文獻，有部分學說是採取「拒絕權利保護」的看法，同時亦有學者認為之所以排除此種涉及違法或違背道德的不當得利請求權是為防免當事人濫用不當得利的救濟而從事不正當行為，傾向於預防目的的思考。有別於取向單一規範意旨的說明，有部分學者在論述上除了提及拒絕提供當事人救濟外，也強調第 66 條的規定具有補充第 20 條的規定進而突顯法律上的禁止或道德上的誡命的功能，甚至更明確表示第 66 條所引致的自然債務的法律效果是一種國家課與的懲罰。

### （一）拒絕權利保護

有學者認為瑞士債務法第 66 條規定之立法意旨在於拒絕提供權利救濟。而拒絕權利提供救濟之理由則在於：在雙方當事人皆有違反道德時，法院審判權不應基於就彼等間之關係形成秩序之目的而提供，亦不應過度地要求法官承擔此種任務。<sup>198</sup>國家拒絕在此種情形下（如同自然債務）將其執行機關供作實現請求權之用。<sup>199</sup>

<sup>198</sup> Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, S. 620.

<sup>199</sup> Furrer/Müller-Chen, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Kapitel. 16, RdNr. 30.



## （二）預防目的

不同於前述學者訴諸國家公權力機關不應對於違反法律或道德之當事人提供權利救濟，瑞士學者 *Becker* 認為瑞士債務法第 66 條於法政策上之理由應該是：若當事人在未獲他方提出約定給付時得以請求返還自己提出之給付，則此種為引致違反法律或道德之結果而提出給付之合意可能被濫用從事無價值之投機行為。特別是，受領者不應由於預期將再度喪失他方所為之給與因而被促使從事與良心譴責相悖之可非難之行為，例如犯罪行為。<sup>200</sup>

## （三）多元論述

有別於上述僅以單一觀點理解瑞士債務法第 66 條規定之立法意旨之學者見解，有學者嘗試以二元甚至三元觀點對於此一規定加以闡釋：

例如有學者認為瑞士債務法第 66 條之規定拒絕提供不當得利法上對於給付者之保護，使給付者之不當得利請求失去可訴求性。<sup>201</sup>此外，藉由瑞士債務法第 66 條之規定，應使法秩序對於違反法律或道德交易所為之禁止獲得突顯。<sup>202</sup>

另有學者不僅注意到瑞士債務法第 66 條之規定藉由排除不當得利法性質之返還請求權突顯法秩序對於違反法律或道德交易所為之禁止（第 20 條第 1 項）。其並認為瑞士債務法第 66 條之規定乃奠基

<sup>200</sup> H. Becker, *Obligationenrecht, I. Abteilung, Art. 66, RdNr. 1.*

<sup>201</sup> Gauch/Schluep, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, RdNr. 1548.*

<sup>202</sup> Gauch/Schluep, a.a.O, RdNr. 1552. 就此點而言，第 66 條的規範意旨似乎不僅僅在於消極地拒絕當事人的請求，更寓有透過不當得利請求權的排除強調、警示不應從事違反法律或道德的行為的思考於其中，因而具有預防目的的傾向。

於羅馬法諺之上，亦即，「於雙方同等違悖道德下，占有人的情況較為有利」(*In pari turpitudine melior est causa possidentis*)。但又同時強調：不當得利請求權根據此一規定喪失可訴求性因而成爲不完全(自然)債務，不完全(自然)債務是以立法者之制裁目的作爲基礎，當事人請求返還其所爲之給付並不值得國家提供保護。<sup>203</sup>

### 三、英美法系

在英美法系下，當事人間基於不法契約(*illegal contract*)所支付的金錢與所移轉的物品不得請求返還。<sup>204</sup>易言之，不法性(*illegality*)作爲不當得利返還請求的抗辯(*defence*)。<sup>205</sup>此種一般法則的形成主要是受到兩個羅馬法諺的影響，亦即「不能由不道德的原因引致訴訟」(*ex turpi causa non oritur actio*)與「雙方同等不法下，被告地位較為有利」(*in pari delicto potior est conditio defendentis*)，因此英美法系的相關文獻中大多數的看法都認爲上揭法則背後隱含的法理在於：拒絕對於主張不法情事的人提供救濟。此從重複被提及的 *Mansfield* 法官於 *Holman v Johnson* 一案中的判決理由中可以清楚地認識到。然而，有部分學者開始注意到在合理運用上揭法則下具有預防不法發生的效果，甚至有學者認爲若不存在此一法則，將導致愚弄法律(*Stultification*)的結果，而重新賦予此一法則正當性基礎。值得注意的是，亦有學者將不當得利的排除認爲是對於原告涉及不法行爲所施以的懲罰，並強調懲罰帶來的嚇阻效果。

#### (一) 不得主張自己的不法而獲得救濟

<sup>203</sup> Honsell/Vogt/Wiegand/Schulin, *Obligationenrecht I*, Art. 66, RdNr. 1.

<sup>204</sup> Treitel, *The law of Contract*, p.447. 而所謂的「不法契約」依照 *Treitel* 的定義是契約涉及從事違反行爲以及在其他方面違反了公共政策(*public policy*)。詳細地說明請參閱 *Ibid.* pp. 389-437.

<sup>205</sup> Swadling, *The role of illegality in the English law of unjust enrichment*, in: Johnston/Zimmermann(ed.), *Unjustified Enrichment*, p.298.

## 1、理論說明

大多數英美法學者認為<sup>206</sup>，當事人在不法契約下所為之金錢支付與財產移轉之所以不得請求返還，乃本於法律之基本原則：不能以不道德之原因引致訴訟（*ex turpi causa non oritur actio*）。易言之，若原告提起訴訟之原因係建立在不法交易之上，一般而言，法院不願提供協助使原告獲得救濟。而前揭法則之形成，除了援引「不能以不道德之原因引致訴訟」此一羅馬法諺外，為正當化雙方當事人就不法交易而言係同等可歸責下，被告仍被允許保留其所獲取之利益，英美法實務與學者見解多以羅馬法上之「同等不道德」（*in pari delicto*）抗辯加以解釋，亦即，雙方當事人具有同等不道德下，被告地位較為有利（*in pari delicto potior est conditio defendentis*）。

較為詳細且一再為學者援引之說明則出現在 *Mansfield* 法官於 *Holman v. Johnson* 一案中所做出之解釋：『「原、被告間所締結之契約乃不道德或不法」此一異議從被告口中說出總讓人感到非常惡劣。然而，並非係基於被告之利益而准許其提出該異議，理由毋寧係建立在一般的政策原則之中，被告對之享有利益而發生抵觸原、被告間實質上公平之結果—如果我能如此說—純粹出於偶然。公共政策之原則為：訴訟不能引自於詐欺。（*ex dolo malo non oritur actio*）亦即，法院不願意對於將訴因建立在不道德或不法行為上之當事人提供協助。若由原告所為之陳述或其他方面觀之，其訴因係基於不正當之原因或違反國家實定法而產生，則法院將會向原告表示其無受協助之權利。法院係基於此一理由駁回原告之訴，並非以保護被告之利益為目的，而是法院不願對於以不法或不道德情事作為訴訟原因之原告提供權利救濟。是以，倘若原、被告易地而處，被告對於原告提起訴訟，則被告亦不會自其所提起之訴訟中享有任何利益。蓋在雙方當事人具有同等過錯下，被告地位較為有利。（*potior est conditio defendentis.*）』

<sup>206</sup> Beatson/Schrage, *Unjustified Enrichment*, p.329; Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, p.721; Goff/Jones, *The Law of Restitution*, 24-002; Swadling, *The role of illegality in the English law of unjust enrichment*, in: Johnston/Zimmermann(ed.), *Unjustified Enrichment*, p.298.

## 2、小結

藉由以上簡介應可得知英美法系學者之所以認為在不法契約下所為的金錢支付或物品移轉不得請求返還，乃基於任何人不得主張自己的不法情事而請求法院救濟的原則。而此一重要原則無疑是受到「不能由不道德原因引致訴訟」的羅馬法諺所影響。在被告主張契約的不法性抗辯下，不僅契約不具有法律上拘束力，且先提出給付的原告亦不得就其給付請求返還，將形成可能同樣從事不法行為的被告不惟無庸提出對待給付亦無須返還其所受領的給付的不公平結果。關於此一不公平結果，實務與學說見解則將正當性基礎建立在另一重要的羅馬法諺上，亦即，在雙方當事人同等不法下被告地位較為有利，*Mansfield* 法官則進一步強調被告會因此獲利純粹出於偶然，若原、被告易地而處，由被告對於原告提起訴訟，被告亦無法獲得救濟。

### (二) 對於原告涉及不法行為的懲罰

英美法學者亦有將原告在不法契約下支付金錢或移轉財物後，未能取得他方提出之對待給付，亦不得請求償還其所提出之給付之情形理解為法律對於原告所涉及之不法行為所施以之懲罰。

*Jaffey* 強調原告或被告所遭受之懲罰並不以追求原被告間之公平為目的，而是為依循法律，促進公共利益。其因而主張被告援引契約之不法性阻礙原告之請求，不適合稱作「抗辯」(*defence*)，蓋以契約之不法性阻礙原告之請求，並非為保障被告之利益而設計，而是以懲罰原告為目的。其次，若被告提出異議，拒絕原告之請求，則其將得以保有不法交易下所獲取之利益，實質上抵觸雙方當事人間之公平。針對此一問題，*Jaffey* 同樣援引 *Mansfield* 法官所提出之解釋：「並非

基於被告之利益而准許其提出該異議，而是建立在一般的政策原則上，被告對之享有利益，造成抵觸原、被告間實際上公平之結果一若我能這樣說一純粹出於偶然。」*Mansfield* 法官認為所謂「一般的政策原則」是指：「法院不願意對於將訴因建立在自己不道德或不法行為上之當事人提供權利救濟。」*Jaffey* 主張此應被理解為在表達前述懲罰之基本原理，亦即，藉由阻礙從事不法交易之當事人主張契約之不法性而請求償還其所遭受之損失，即為法律對於不法行為所施加之懲罰。<sup>207</sup>

### (三) 避免愚弄法律 (*Stultification*)

#### 1、理論說明

值得注意的是，部分英美法學者重新對於「在不法契約下所為之金錢支付或財物移轉不得請求返還」此一法則背後所蘊含之法政策進行思考，並與契約之不法性作為強制履約之抗辯一事相連結，而認為若允許基於不法契約而支付金錢或移轉財物之當事人請求返還其所為之給付，將會使得法律上之禁止規範失去意義。<sup>208</sup>採取此種觀點之學者認為，原告所提起之非基於契約關係所生之訴訟，一旦涉及於不法契約下之財產利益移轉，則有鑑於可能發生所謂「愚弄」之情形，法院應加以駁回。法院於判決駁回之理由說明中，僅須交代若准許原告請求返還其於不法契約所提出之給付將使法院宣告系爭不法契約無法律上拘束力一事成為無意義即可，無須論及當事人間是否卑鄙、不道德。蓋在不法契約之他方當事人不願履約之情形下，若准許已提出給付之一方當事人之返還請求，將同時提供參與不法交易之當事人降低風險之安全網與用以間接強迫履行之槓桿。<sup>209</sup>

<sup>207</sup> Jaffey, *The Nature and Scope of Restitution*, pp.221-222.

<sup>208</sup> Edelman/Bant, *Unjust Enrichment in Australia*, pp. 372-373.

<sup>209</sup> Burrows, *English Private Law*, 18.284.

英國私法學者 *Birks* 對於此種觀點做有相當詳細之闡釋：<sup>210</sup>在絕大部分以「不法性」作為不當得利請求之抗辯之案例中，准許被告提出抗辯之理由並非在於原告之卑鄙、違反道德。雖然必定仍有立即迫使法院不加處理之極端例外地道德違反。例如：原告給與被告一筆金錢要求被告於飛機上置放炸彈或是要求被告設法覓得一個幼童供原告加以性虐待，則原告之訴訟上請求將被毫不考慮地加以駁回，蓋不能基於邪惡、不道德之原因引致訴訟（*ex turpi causa non oritur actio*）。或許有將此結果解釋為單純對於原告之厭惡，但亦有可能將之視為法院認識到愚弄法律之極端型式並欲加以避免。蓋倘若法院將其權利救濟擴展至提起此類訴訟之原告身上，將發生與法院任務相抵觸之不合理結果。

除前述之極端案型外，若基於給付而受益者（*enrichee*）得對於原告之不當得利請求主張抗辯，則理由某種程度上係建立在：一旦准許原告之不當得利請求，將產生使法律否認不法契約具有法律上拘束力一事成為徒勞之危險。在此脈絡下，倘若法院准許原告提起不當得利訴訟中難以擺脫此種愚弄法律之風險。任何非基於契約關係所生之訴訟，尤其是不當得利訴訟，一般而言，提供間接強迫履行之槓桿（*lever*）以及此種間接強迫履行失效時之安全網（*safe-net*）。舉例言之：C 向 D 為慈善捐款作為 D 承擔使 C 獲頒爵士頭銜之義務之對價，但 C 嗣後並未獲頒此一頭銜；或：C 存放股權憑證於 D 處作為借貸外國通貨之擔保，惟系爭消費借貸契約違反外匯交易之管制法令。嗣後 D 並未交付任何外國通貨與 C 而成立任何消費借貸契約。在前揭兩個事例中，一旦 C 被准許請求返還其於不法契約下所為之財產利益移轉，不僅提供其間接強制 D 依約履行之（經濟上）威脅工具，且於此種間接強迫履約無法發揮作用下，降低 C 從事不法交易之風險。

就英國法院見解而言，在 *Boissevain v. Weil* 一案中，被告未依約

<sup>210</sup> Birks, *Unjust Enrichment*, pp.247-248.

返還借貸款項，惟當事人所締結之系爭消費借貸契約違反匯兌管制法令。原告起訴請求返還基於無效之消費借貸契約基礎所為之借貸款項支付，遭英國上議院駁回。*Radcliffe* 法官於此案中表示如下意見：原告基於契約以外之法律關係所為之請求之所以不被准許，理由在於此種非基於契約關係所生之訴訟有愚弄法律之危險。於特殊案型中，甚至給與貸與人本於契約之不法性而於根據契約關係所提起之訴訟中被阻礙獲償之給付。*Birks* 特別強調「槓桿」與「安全網」所生之愚弄法律之危險並不限於此種特殊案型。此種愚弄法律之風險同樣存在於契約雙方當事人各自承擔之給付完全不同，以致於一方當事人請求償還其所提出之給付表面上並不同於強迫他方履行不法契約下所約定之對待給付之案型。

當然，法院於任何個案中皆須斟酌考量：「槓桿」與「安全網」之固有危險是否佔有優勢，以致於原告提起之不當得利訴訟應加以駁回。*Birks* 強調愚弄是不具理由之法律價值矛盾，亦即，准許原告之不當得利請求與否認不法契約具有法律上拘束力之結果不具理由地發生抵觸。在個案中，法院於進一步探查下可能發現不存在價值判斷之矛盾，抑或，原告具有正當理由使法院准許其所提起之不當得利訴訟，且原告所具備之正當理由相較於槓桿與安全網就愚弄法律而言所造成之風險更為重要。倘若法院經審認後發現准許原告之不當得利請求將造成法律適用上之矛盾，且並無任何正當理由得以推翻此一矛盾，則被告將獲得勝訴。儘管被告本身之行為可能是極令人反感的。為避免發生法律適用上之矛盾，被告之抗辯必須被法院接受。此即為重複出現之羅馬法諺所秉持之精神：雙方當事人具有同等不道德時，被告取得較為強而有力之地位（*in pari delicto potior est conditio defendentis*）。

## 2、小結

如上所述，部分英美法學者跳脫直接轉譯羅馬法諺作為規範意旨

的窠臼，更進一步地透過連結法院拒絕承認不法契約具有法律上拘束力與在不法契約下所為的金錢支付與物品移轉不得請求返還而賦予此一重要法則新的正當性。易言之，法院之所以拒絕賦予不法契約訴求力即在避免透過法院之手實現不法契約的內容，若法院一旦准許在不法契約下提出給付的一方當事人請求不當得利返還，依照學者觀察，將會發生與強迫履行不法契約同一效果或是導致對於未提出對待給付的他方當事人產生間接強制的效果。如此一來，法院拒絕承認不法契約的法律上拘束力將成爲徒勞。是以，爲避免法律受到「愚弄」法院原則上亦應拒絕已提出給付的一方當事人基於「完全欠缺約因」( *total failure of consideration* ) 而請求不當得利返還。

#### (四) 多元觀點

##### 1、理論說明

另有部分英美法學者揉合關於不法性抗辯所蘊含之法政策之不同觀點，藉以更爲周延地說明之所以否准基於不法契約而提出給付之原告請求返還不當得利之理由。

有認爲以不法性作爲對於不當得利返還請求之抗辯，背後隱含之主要政策爲法院不應對於邪惡之原告提供協助，否則將玷污法院之尊嚴。次要理由則在於若不否認原告之不當得利請求，法律有鼓勵當事人履行不法契約之嫌。舉例言之，若 A 與 B 約定：A 支付 B 一萬英鎊，B 承諾殺害 C。在 B 違約未將 C 殺害下，倘若准許 A 請求返還所預付之款項，將鼓勵（甚至是迫使）B 實施犯行。<sup>211 212</sup>

<sup>211</sup> Burrows, *The Law of Restitution*, p. 573.

<sup>212</sup> Burrows 教授於前揭註由其主編的 *English Private Law* 一書中與前註由其所著的 *The Law of Restitution* 一書中對於規範目的的理解略有差異，雖說前註書的出版年份較晚，但似乎無法斷言 Burrows 教授改變見解，故皆於本文中加以介述，以供參考。



亦有學者主張能正當化在不法契約下所為之金錢支付或財物移轉不得請求返還此一法則之理由，可能有：法院不應給與有意從事不法交易之當事人任何協助，此其一；藉由拒絕一方當事人本於不法契約所生之任何訴訟上請求，法院完全不加以介入，使其任由他方當事人擺佈，將對於潛在之不法交易參與者產生嚇阻效果。然而，其同時批評：基於當事人可能在完全欠缺認識之情形下違反所謂「技術性」法規，第一個論據不再具有絕對之說服力；第二個論據則忽略一種可能性，亦即，在某些個案中，准許原告之不當得利返還請求相較於否准其請求而言，更能有效阻礙不法情事發生。準此，其主張應於各種不法類型之關連下探究准許請求返還與否准請求返還兩者間，何者較有可能促進宣告不法契約不具法律上拘束力之規範所欲達成之目的。<sup>213</sup>

更有學者詳細地臚列三種關於不法性抗辯之理論基礎：首先，係基於法院拒絕協助從事不法交易之當事人。亦即，之所以承認被告得以保留不法交易下所獲取之利益，並容忍因此導致雙方當事人間之不公平結果，理由正如同 *Mansfield* 法官於 *Holman v Johnson* 一案中所觀察者：根據一般的政策原則，法院不應提供協助予將訴因建立在不道德或不法行為上之當事人<sup>214</sup>；其次，由於不法契約不具有法律上拘束力，因此，若准許基於不法契約而提出給付之原告請求返還將導致與強制履行相同或相類似之結果，法院應就原告之不當得利請求加以駁回<sup>215</sup>；再者，有鑑於准許返還請求往往有鼓勵人民參與不法交易之可能，故為求有效地降低不法交易數量至最少，法院應駁回在不法契約下提出給付之原告所為之不當得利請求。<sup>216</sup>

## 2、小結

---

<sup>213</sup> Treitel, *The law of Contract*, pp.447-448.

<sup>214</sup> Palmer, *The Law of Restitution*, Volume II, pp.187-188.

<sup>215</sup> *Ibid.* p. 190.

<sup>216</sup> *Ibid.* p. 192.

歸納以上簡介採取多元觀點的英美法學者的見解，可以發現這些學者除了仍接受前揭法則背後隱含的基礎在於原告不得主張自己的不法情事而獲得救濟外，也開始考慮拒絕在不法契約下先為給付的當事人請求不當得利所具有的法政策上意義。亦即這些學者已開始思考就「不法性」在不當得利請求與在契約請求的操作上如何取得一致。且更為核心的是藉由不法性在不當得利請求與在契約請求上適當地操作將國家社會所不欲見到的不法行為數量降到最低。*Treitel* 雖然表面上批評其所引述的兩個正當化論據，但就其實質而言其所抗拒的是毫無例外地適用關於不法性的一般法則，透過前揭批評，其希冀建立能顧及個案中各種合法利益之例外事由，而非根本地反駁正當化論據所具有之合理性。



## 第三節 本文見解

### 一、分析與檢討

經過前兩節分別對於我國法與比較法上關於不法原因給付不得請求返還的規範意旨所做的簡介後，於本節中，本文將針對我國實務與學說討論上曾出現過的觀點進行分析與檢討，作為提出本文見解的前階段工作。

#### (一) 拒絕權利保護

對於不法原因給付不得請求返還的規範意旨加以釐清迄今仍是尚待進一步研究的課題。各國實務與學說間仍呈現意見紛歧未臻一致的狀態。從法律發展的過程觀之，德國早期實務見解皆肯認排除不當得利請求是對於違反法律或道德的給付者所施以的懲罰。亦有部分學者從之。但隨後學說上開始對於制裁說提出批判，指出制裁說於理論建構上的缺陷，並進而主張排除給付者的不當得利請求權並非為了懲罰給付者，而是法秩序拒絕提供違反法律或道德的給付者權利保護，因為給付者已先將整個交易過程置於法秩序外，不得反過頭來請求法秩序的保護。此種思維逐漸形成具有優勢的見解。同時，英美習慣法的形成受到前揭兩個羅馬法諺影響甚深，實務與學說大致同意在不法契約下所為的金錢支付或物品移轉不得請求返還的理由在於不得主張不法情事而請求法院救濟。在瑞士法下，大多數看法亦認為法院（或其他確保權利實現的公權力機關）的工作或任務不在於協助為了引致違反法律或道德的結果而提出給付的一方當事人實現其不當得利返還請求權。就我國法而言，早期的判例、最高法院判決與學說見解即已採納拒絕權利保護觀點，至今仍普遍為最高法院與通說接受作為唯

一或並存的規範意旨。

然而，近來已有學者<sup>217</sup>否定此觀點足以圓滿說明我國民法第 180 條第 4 款的規範目的，本文亦認為拒絕權利保護並不能提供一個合理的說明，根本性的問題即在於「拒絕權利保護」本身僅描述了第 180 條第 4 款規定的法律效果，卻未闡釋其法律理由<sup>218</sup>。當然，有部分學者進一步針對為何拒絕提供具有不法原因的給付者權利保護加以解釋，例如：「不得主張自己之不法行為而為請求<sup>219</sup>」、「允許主張自己之違法情事將有違正義之基本精神<sup>220</sup>」、「法律不保護不法的原則<sup>221</sup>」或「無須浪費司法資源介入不法給付所生之糾紛，而應聽任當事人自行解決<sup>222</sup>」等。然而這些論據是否妥適有進一步研求的餘地。

首先，關於法律不保護不法的原則或是不得主張自己的不法行為而有所請求等論據，德國學者 *Canaris* 提出精確的反駁，亦即，禁止規定或公序良俗的違反並未剝奪行為人的法律保護 (*vogelfrei*)，仍須就拒絕權利保護進一步探詢更為深層的理由。<sup>223</sup>

其次，無論是法律不保護不法的原則或不得主張自己的不法行為而有所請求還是允許主張自己的不法情事有違正義的基本精神的論據，都將面臨一個問題，當不法原因同樣存在於受領給付的一方當事人時，受領者何以得「主張」「不法」抗辯而拒絕履行返還義務<sup>224</sup>？難道無違正義？<sup>225</sup>此質疑雖可想像以訴訟法上關於主張或舉證責任

<sup>217</sup> 請參閱 王澤鑑，不當得利，第 140 頁；楊芳賢，不當得利，第 107 頁。

<sup>218</sup> 相同見解：楊芳賢，不當得利，第 107 頁；Schäfer, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202(2002), S. 407；Bohn, Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht, S. 154.

<sup>219</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 84 頁；馬維麟，民法債編註釋書（一），第 178 頁。

<sup>220</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 140 頁、第 141 頁。

<sup>221</sup> 林誠二，民法債編總論（上），第 216 頁；陳泐岳，為「圓謊」所為給付之法律性質，月旦法學教室第 72 期，第 11 頁。

<sup>222</sup> 黃立，民法債編總論，第 213 頁；劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 42 頁。

<sup>223</sup> Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, BT/II, S.162.

<sup>224</sup> 學者認為不法原因給付的受領人所負擔者乃自然債務，若其自願履行返還義務，給付者並非不得保有。參閱 鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），第 5 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 95 頁；孫森焱，民法債編總論，上冊，第 175 頁。

<sup>225</sup> 類似見解：李沃實，雙方不法原因給付不當得利返還問題之探討，警大法學論叢第十一期，第 330 頁。

之觀點加以合理化，亦即，就給付不當得利的主張或舉證責任分配而言，欲行使給付不當得利請求權者，必須主張、證明給付行為當事人間之法律上原因不存在。<sup>226</sup>因而必須主張、證明彼等間之給付之原因法律行為違反強行規定或公序良俗而無效，是以，「主張」系爭原因法律行為違反強行規定或公序良俗之給付者，將不受保護，否則將有違正義原則。然而，假設貸與人提供資金供借用人經營賭場，嗣後貸與人欲請求返還此一基於違反強行規定或公序良俗之原因行為所提供之給付，其省略任何不法情事，單純陳述並證明有借款事實且彼等間約定之清償期屆至，而訴請返還借款。在此情形下，儘管法院明知貸與人有不法情事，其能否駁回貸與人之請求？借用人若企圖使借貸契約無效（因而不生借款返還請求權）而主張彼等間之不法情事，法院又應否保護借用人？甚至法院基於債務人之具體化義務而要求債務人對其主張之「原因」為具體說明，以便債權人進行反駁時<sup>227</sup>，債務人亦有可能主張自己不法之情事，此際，又應否准許債權人之不當得利請求？

最後，關於無須浪費司法資源介入因不法原因給付所生的紛爭中而應聽任當事人自行解決紛爭此一論據，姑且不論從此論據中能否概念邏輯地推導出程序障礙事由而非實體障礙事由<sup>228</sup>，然而，自近代國家對於私人間權利之爭執，禁止自力救濟以降，民事訴訟即以保護私權（個人權利）為首要目的<sup>229</sup>並兼及確定私權存否、解決紛爭<sup>230</sup>，若認為涉及不法原因給付所生的紛爭不屬於法院應加以排解的，給付者的權利並非法院應加以保護者，而當事人提起訴訟、歷經各審認事用法並作成判決結束訴訟程序後，當事人間得到的結論卻是「原告的確具有權利、當事人間對此亦有紛爭，但法院不應過問」，則顯然是「目的不達」，使得民事訴訟成為荒謬的制度。

<sup>226</sup> 姜世明，不當得利「無法律上原因」要件之舉證責任分配，臺灣本土法學雜誌第 106 期，第 292 頁、第 294 頁。

<sup>227</sup> 姜世明，不當得利「無法律上原因」要件之舉證責任分配，臺灣本土法學雜誌第 106 期，第 294 頁。

<sup>228</sup> 否定見解：Staudinger/Lorenz, §817, Rn.5.；肯定見解：Erman/H. P. Westermann/P. Buck-Heeb(2008), § 817, Rn. 5.

<sup>229</sup> 參閱 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，第 1 頁。

<sup>230</sup> 參閱 陳榮宗，民事訴訟法（上），第 6 頁。

## （二）制裁說

如上所述，我國學者<sup>231</sup>過去曾認為民法第 180 條第 4 款規定的規範意旨在於制裁從事不法行為、具有不法性的給付者。且其所採取者乃「相對制裁說」，亦即僅在給付者一方具有不法性時，給予制裁，而在雙方同具不法性時不再衡量雙方不法性之大小，允許給付者請求返還，以「不當得利」制裁不法之受領者。僅給付者具有不法性時，藉由排除不當得利制裁給付者，固無不妥，然於雙方同具不法性時，放棄對於給付者的制裁，儘管個案中雙方當事人可能都是窮兇惡極之人，甚至給付者所具有的不法性遠高於受領者，仍允許給付者請求返還不當得利，顯與制裁之性質不符，無法自圓其說。

## （三）自甘冒險、過失相抵

我國有論者主張在雙方當事人同具不法性下，拒絕權利保護說已無法合理說明為何排除給付者的不當得利請求，此際必須藉助對比「自甘冒險」的類型—受領者與給付者一開始均知不法及未來之法律效果—並類推適用基於公平原則與誠信原則所導出的「過失相抵」規定，以避免不公平情事發生。<sup>232</sup>

固然過失相抵的法理在於法益所有人承擔自己損害之原則<sup>233</sup>，因此給付者在明知不法與衍生的法律效果下仍為給付所生的「損害」，似不得請求受領者返還。然而，將不法原因給付與自甘冒險、過失相

<sup>231</sup> 參閱 林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 231 頁。

<sup>232</sup> 李沃實，雙方不法原因給付不當得利返還問題之探討，警大法學論叢第十一期，第 330 頁、第 331 頁。德國學者 Lorenz 認為自陷禁區或自甘冒險的觀點亦無法泯除德國民法第 817 條第 2 句（相當於我國民法第 180 條第 4 款）於個案適用上所產生之不妥，vgl. Staudinger/Lorenz, §817, Rn. 5.

<sup>233</sup> 陳聰富，過失相抵之法理基礎及其適用範圍，載：最高法院裁判與法學理論之實踐，第 99 頁。

抵加以類比最大的困難在於：若允許給付者向受領者請求返還，並未將任何「損害」轉嫁於受領者負擔，而有違公平原則。毋寧不當得利返還請求本身即在於追求當事人間的公平，重新調整欠缺法律上原因所生的財產損益變動，無論給付者是否具備不法性，單純依據衡平（公平）原則，受領者在欠缺法律上原因下受領給付而獲有利益，即應返還該不當得利，此種利益返還義務的課與並未造成任何不當的責任轉嫁。

#### （四）預防不足以完全說明全部觀點？

於我國法的討論上有學者基本上肯認一般預防說的想法，惟同時參考英國（修正）法律委員會 1999 年之建議，而主張一般預防說僅提供單一觀點，似難以概括全部之可能因素<sup>234</sup>。然而，本文認為此種看法似乎混淆立法意旨與訂立、解釋相關規定時所必須同時考量的因素。展言之，本文認為在法制訂與法解釋上固然必須同時考量到不法的嚴重性、原告的認知與意圖等參考因素，但並不表示此些因素即為立法意旨。之所以須一併考量此些因素乃是基於排除不當得利請求權具有「一般預防」的效果，立法者與司法者為了追求一般預防的目的而訂立並解釋適用第 180 條第 4 款的規定，但同時基於排除不當得利所附隨的侵害人民財產權的結果，故在立法上或解釋適用上基於比例原則的要求必須一併考慮相關因素，但在層次區分上不需也不應將此些相關因素同列於立法依據中。

## 二、本文見解的提出

<sup>234</sup>該建議共列五項因素，除預防觀點外，尚包括所涉「不法之嚴重性」、「原告之認知與意圖」、「否定不當得利是否得以促進達成契約不法（而無效）之規定之目的」以及「否定不當得利請求是否與不法相稱」。請參閱楊芳賢，不當得利，第 107 頁，註 224。

## （一）一般預防說作為規範目的

我國已有學者<sup>235</sup>引介德國學者 *Canaris* 的見解，認為民法第 180 條第 4 款的規範目的在於「一般預防」，亦即預防違反禁止規定或公序良俗的行為發生。

於比較法的觀察上，德國法、瑞士法與英美法的討論多半將不法原因給付不得請求返還的規定置於法律行為（或契約）理論的脈絡下思考：德國的實務與學說特將第 817 條第 2 句的適用範圍擴張至依照文義與體系解釋所不及的其他給付不當得利請求權上（例如基於契約違反禁止規定或良善道德而無效所生的非債清償不當得利），而不限於同條第 1 句（因不法原因給付所生的獨立不當得利請求權）的情形；瑞士法相關文獻上則多強調第 66 條（類似於我國第 180 條第 4 款）之規定在於補充第 20 條（類似我國第 246 條、第 71 條與第 72 條）之規定，透過適用第 66 條將突顯禁止規定與道德誡命；英法法學者亦多強調准許返還請求將與阻卻不法契約具有法律上拘束力的規範意旨發生嚴重衝突。

儘管德國、瑞士、與英美法對於不法原因給付規範模式不盡相同但在比較法上卻呈現出共通性，或可推論法律行為無效的規範與排除不當得利請求權的規範兩者間並非是單純構成要件的偶聯，而是在規範目的上具有一致性。就形式觀之，民法第 71 條、第 72 條與第 180 條第 4 款的作用方式雖有不同，亦即，前兩者構成請求提出約定給付的障礙，後者則使得已提出的契約給付不得請求返還，看似南轅北轍、甚至相互矛盾，幾乎僅能透過法秩序放任、容任不法交易自然發展的觀點一併加以理解的兩組規定，究竟如何證立在一般預防觀點上呈現的一致性？依本文觀察，兩組規定之所以具有不同的作用方式並非基於各自涉及不同的交易階段（給付前或給付後），而是管控的層次不同。民法第 71 條、第 72 條所欲防免的是在國家公權力為後盾下

<sup>235</sup>請參閱 王澤鑑，不當得利，第 140 頁、第 58 頁。



所為的強制履行，民法第 180 條第 4 款則在避免當事人基於經濟理性所為的自願履行。此外，第 180 條第 4 款必須建立在第 71 條、第 72 條所生阻礙履行請求的效果上方能發揮避免當事人自願履行的作用。無論是基於國家公權力所生的強制履行抑或是本於當事人經濟理性所生的自願履行，一旦不法交易透過履行而完成，則禁止規範或公共秩序、道德規範的意旨將完全落空。準此第 71 條、第 72 條與第 180 條第 4 款共構一套完整嚴密的治理模式，輔助並增強禁止規範、公共秩序與道德規範的實效。

至若將第 180 條第 4 款的規範目的解釋為「一般預防」，則排除不法原因給付所生的不當得利請求權是如何能避免當事人自願履行不法交易進而發揮預防效果呢？如同前段所述，第 180 條第 4 款的作用係以第 71 條、第 72 條使不法契約無效、不生給付請求權為前提，在此前提下，締結不法契約的當事人就契約履行完全取決於他方當事人的誠信，欠缺國家公權力作為後盾，若個案中基於事實情況無法雙方當事人同時提出給付時，先為履行的風險即大大提升，再輔以一旦履行儘管未獲得他方對待給付、契約目的不達亦無法取回自己已提出的給付此一制度因素，從事此等不法交易的風險將超出參與者所能接受的合理風險。如同德國學者 *Bohn* 所觀察到的，在典型先為給付的勞動契約類型中此種風險將顯著降低從事非法勞動的數量。是以，排除先為給付者的不當得利返還請求權，並不在懲罰先為給付者而寬恕受領給付者，而是因為雙方當事人就其所約定提出的給付皆有主動權，風險必須置於給付者身上，改變其行為動機，才能有效避免自願提出給付的結果發生，在雙方各自基於規避風險的考量而不願提出給付下，不法契約即形同虛設，並不影響禁止規定、公共秩序或道德規範所具有之實效。

另參照英國已故的著名私法學者 *Birks* 的觀點，其將法院准許一方當事人請求返還在不法契約下所為的金錢交付或物品移轉的效果生動地描述為「槓桿」與「安全網」，就後者而言，其意義大致與前段所述相同，在於強調准許不當得利請求將大幅地降低從事不法交易

的風險，有鼓勵人民從事不法交易之虞，不當得利制度將被人民濫用作為從事不法投機交易<sup>236</sup>的「安全網」。其另一個深刻的觀察是，強制履行並非僅來自於國家直接公權力行使，有可能產生自法院准許一方當事人依照不當得利請求返還不法契約下所為的金錢交付與物品移轉，對於他方當事人造成心理上、經濟上的間接強制<sup>237</sup>，此即為 *Birks* 所稱的「槓桿」作用。*Birks* 認為此兩種作用於不同個案中可能擇一發生，僅其中一種作用即足以破壞阻卻契約具有法律上拘束力的規範意旨，進而主張「原則上」法院應該駁回當事人的不當得利請求。本文認為 *Birks* 教授闡述了不法原因給付下不當得利請求，在契約因第 71 條、第 72 條而無效時，所能引致履行契約的另一種作用模式，提供更為充分理據拒絕當事人的返還請求。

以上所述主要是藉由描述排除不當得利對於不法交易所形成的風險以及准許不當得利對於從事不法交易的當事人所提供的促使履約的誘因與迫使履約的工具，從不同面向證立第 180 條第 4 款所具有的「一般預防」功能。於下一部分本文則欲透過法學外的觀點對於「一般預防說」提供進一步的論據。

## （二）法學外的觀點作為進一步論據

### 1、適用第 180 條第 4 款下所形成的「囚犯困境」

為了進一步說明在民法第 71 條、第 72 條與第 180 條第 4 款共同運作下，從事不法交易的當事人皆依約履行、完成交易的結果發生機率大幅降低，本文擬藉助經濟學上著名的「賽局理論」(*Game theory*)<sup>238</sup>中一個例子——「囚犯困境」(*Prisoner's Dilemma*) 作為輔證。

<sup>236</sup> H. Becker, *Obligationenrecht*, I. Abteilung, Art. 66, RdNr. 1.

<sup>237</sup> 劉昭辰教授認為同時履行抗辯亦具有強迫履行的功能，參閱 劉昭辰，真正雙務契約的特殊效力，載：判解研究彙編（十），第 83 頁。

<sup>238</sup> 賽局理論是一種策略思考，透過策略推估，尋求自己的最大勝算或利益，從而在競爭中求生存。賽局理論在社會科學上應用即為廣泛，例如人際關係的互動、橋牌的出招、股市的投資，乃

賽局理論常面臨的情況是只有少數決策者，且其採取的最適行為取決於他人所選擇的對策，賽局理論即在處理包含重要策略的互動行為。<sup>239</sup>賽局理論中的一個典範型態是「囚犯困境」，是普林斯頓大學數學系的著名學者塔克（*Albert Tucker*）所設計的故事情節，用以說明在兩個人互動的過程中，合作是好的結果，但有一方不合作可獲利時，自利行為使原始的合作結果很難維持下去<sup>240</sup>。

故事情節約莫如下<sup>241</sup>：甲、乙因竊盜被捕，正在隔離偵訊中。檢察官先去找甲，告知甲如果其招認，而乙沒有，其將被改以無故侵入住居罪輕判三個月。倘使乙也招認，檢察官會請法官從輕量刑，各判兩年。反之，若甲不招認而乙招認，檢察官則會請求法官從重量刑（五年）。假使雙方都未招認，因證據不足檢察官無從證明其犯竊盜罪，僅得請求依無故侵入住居、抗拒逮捕各判處六個月徒刑。向甲說明所有狀況後，檢察官又去找乙，重述同樣的狀況。以下透過矩陣方式，列出甲、乙面對的各種可能結果。

---

至於國際關係中的戰與和或國會中常見的朝野協商等。關於賽局理論初步的介紹，請參閱 巫和懋、夏珍，賽局高手—全方位策略與應用，第二章，第 41 頁以下。

<sup>239</sup> Cooter & Ulen 著，溫麗琪譯，法律經濟學，第 47 頁。

<sup>240</sup> 巫和懋、夏珍，賽局高手—全方位策略與應用，第 67 頁、第 68 頁。

<sup>241</sup> 參閱 大衛·傅利曼著，徐源豐譯，經濟學與法律的對話，第 136 頁、第 137 頁。

		甲	
		認罪	緘默
乙	認罪	兩年，兩年	三個月，五年
	緘默	五年，三個月	六個月，六個月

由以上圖表分析可知，甲的思考方式是：假設乙認罪，我最好也認罪；假設乙緘默，認罪對我更為有利。因此，甲無論乙如何抉擇，理性思考下甲都會認罪。可以想見的是，乙也會做出相同的結論。因此雙方都願意認罪。甲、乙的行為都有理性，卻讓彼此處境更為不利。亦即，雙方皆認罪後，各被判處兩年，若雙方合作（如同被逮捕前所約定）三緘其口，將被各自判處六個月。<sup>242</sup>

為了使讀者更容易透過「囚犯困境」而理解在第 71 條、第 71 條與第 180 條第 4 款適用下能有效降低不法契約被雙方當事人自願履行的結果發生機率因而發揮一般預防的效果，本文將故事情節改編為<sup>243</sup>：

古董大盜丙偷了世上獨一無二的珍寶，其急於脫手，並覓得專門收購贓物的黑市商人丁。有鑑於面交所生的被查獲風險，丙、丁約定各以某一個電話亭作為置放自身給付的地點，並於約定時間各自前往對方告知的特定電話亭領取另一方提供的對待給付。當丙前往擬定置放珍寶的電話亭的途中，突然閃過一個念頭：為何不自己留著珍寶，

<sup>242</sup> 參閱 大衛·傅利曼著，徐源豐譯，經濟學與法律的對話，第 138 頁。

<sup>243</sup> 參考自 龐士東著、葉家興譯，囚犯的兩難，第 138 頁以下。

並謊稱已置放於特定電話亭，然後於約定時間至丁所告知的電話亭取走價金？丙當然也知道丁可能也正作相同的盤算，但無論如何，自己不要當最蠢的壞蛋，既沒拿到錢又喪失珍寶。就在丙、丁基於相同理性思考下，雙方於約定時間前往對方告知的電話亭都撲了空。

對照以上改編的事例，可以看出，第 71 條、第 72 條與第 180 條第 4 款能創造出一個「囚犯困境」，使得不法交易的參與者基於違約所能帶來的利益傾向於不合作的結果。而此一不合作的結果正是一般預防說所企求的。

## 2、作為治理權力下一種「策略」的法律觀

接下來本文希望透過簡短篇幅說明將法律作如此「策略」取向的解釋，甚至超出原先立法者當時的預期時，此種解釋方法的正當性基礎或根據何在。

若法律解釋的結果已超出立法者制訂規範當時的預期，其合理性的問題即涉及法律解釋的目標（的）的探求。關此，我國民法學者基本上大別為「主觀說」與「客觀說」兩類，並認為後者為現今通說，應加以採認，亦即，法律解釋不在於探求立法者制訂規範的原意，而在於闡釋法律本身涵蘊的意旨。<sup>244</sup>但有部分學者參照德國法學方法論巨擘 *Larenz* 的見解，認為主觀說與客觀說皆失之偏頗，認為「法律解釋的目的只可以是探求當今現行法上被當成準則的亦即規範的法律意旨，既不與歷史上的立法者的意思或具體的規範觀同一，也不與之完全無關地被認定。在解釋過程中，主觀和客觀的要素都要加以考慮，且此種思考程序原則上將永遠繼續下去。」<sup>245</sup>因而，法律解釋已非主觀與客觀說之爭，而是解釋標準與其間的關係的問題<sup>246</sup>。而就各種解釋標準而言，*Larenz* 認為客觀的目的論標準在各種標準不能獲致

<sup>244</sup> 參閱 王澤鑑，民法總則，第 53 頁。

<sup>245</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法，第 489 頁；李惠宗，案例式法學方法論，第 231 頁。另請參閱 Karl Larenz 著、陳愛娥譯，法學方法論，第 224 頁。

<sup>246</sup> 李惠宗，案例式法學方法論，第 231 頁。

毫無疑義的解答時，會起決定性作用。<sup>247</sup> 基此，若僅在假定立法者有意賦予第 180 條第 4 款一般預防的功能下，才能透過解釋獲致對於具體個案而言「適當」的解答<sup>248</sup>，一般預防的觀點儘管不是歷史上立法者所企求的，仍可作為具決定性的解釋標準。

至於法律是否具有策略取向性質而可做為政策工具此一提問，本文認為可以透過近來對於權力與法律的互動關係的相關研究成果進行觀察。

著名思想家傅柯（*Foucault*）對於「權力」概念進行一系列深入的剖析研究<sup>249</sup>，其雖一度如同傳統上對於權力的理解一般都沈浸於壓抑性的觀點，然而當其認識到規範或義務的履行不再需要透過暴力威脅的外在強制，而只要靠著被規制者內心趨利避害的內在強制即可順利達成時，其另外提出一種擁有效率、生產性以及技術性等面向的權力觀，也就是規訓權力<sup>250</sup>。隨後透過大型統計資料的分析與研判技術的發展，在人們將目光從個別身體的規訓轉移到對於人口進行宏觀調控，並且特別以安全這項理念作為整個人口管制所想要達到的目標時，一種「生命權力」（*Bio-power*）、「治理性」（*governmentality*）或「治理理性」（*governmental rationality*）<sup>251</sup>的權力作用<sup>252</sup>誕生，而有別於規訓以及傳統主權型態等權力作用。<sup>253</sup> 傅柯認為「治理」一詞的定義，一般而言即意指「行為的引導」（*conduct of conduct*），亦即一種意圖形塑、指引或影響某人或某些人的行為的活動形式（*form of activity*）<sup>254</sup>。而治理理性的特色便在於運用一切可以總括在措置

<sup>247</sup> Karl Larenz 著、陳愛娥譯，法學方法論，第 236 頁。

<sup>248</sup> Karl Larenz 著、陳愛娥譯，法學方法論，第 236 頁。

<sup>249</sup> 精要的說明請參閱 江玉林，法律、權力與共通福祉，2007 科技發展與法律規範雙年刊《公衛風險的法律建構》，第 68 頁以下。

<sup>250</sup> 關於規訓的概念，請參閱李俊增，法律、規訓與治理—現代權力關係中之法律形式，政治與社會哲學評論第三十期，第 9 頁至第 15 頁。

<sup>251</sup> 相關介紹，請參閱 李俊增，法律、規訓與治理—現代權力關係中之法律形式，政治與社會哲學評論第三十期，第 24 頁至第 31 頁。

<sup>252</sup> 傅柯對於權力的第一個問題是「權力如何被運作」，第二個問題則是「權力運作的效果為何」，而不問「權力是什麼」、「由什麼地方產生」。參閱 Barry 著、蔡采秀譯，傅柯，第 140 頁。

<sup>253</sup> 江玉林，法律、權力與共通福祉，2007 科技發展與法律規範雙年刊《公衛風險的法律建構》，第 68 頁至第 70 頁。

<sup>254</sup> Gordon, Governmental Rationality: An Introduction, in: THE FOUCAULT EFFECT, p.2.

(*Dispositive*) 名下的各種策略，以使得對於特定人口的管制能夠在最終滿足各種安全指標的要求。<sup>255</sup>

在現代治理理性下，法律的性質與結構發生改變，而與本文有關者主要為法律的「政策取向化」與「結果取向化」。就治理的觀點而言，不會先從法律開始思考，毋寧先探討特定的問題為何出現成為治理的對象目標，接著再考慮法律機制、法律論理形式等在規制的策略中扮演如何的角色。在治理理性下，法律與其他規制技術處於並存的位置，法律僅是治理的「策略」之一，治理也可以不透過法律機制加以治理。法律成為治理的「策略」之一意味著法律的結構發生改變。首先是法律規範的構成要件事實與效果間的緊密連結鬆綁，規範目標與法律間的連結取得優勢。其次，構成要件界定精確的法規範被不確定法律概念與概括條款所取代。此外，法律的主要功能亦從解決紛爭轉變為達成國家目的的一種手段。基於政策取向的法律型態誕生，法律人的工作不再是嚴謹地適用精確界定構成要件的法規範，以確定個人自由行為的界限，而是補充與具體化不確定法律概念與概括條款，實現規範目標。<sup>256</sup>

綜上所述，在現今國家社會關係下，權力與法律概念都重新透過不同思維加以詮釋，為實現國家良善的政策目標，增進共通福祉，法律所扮演的角色有所改變，司法者適用法律解決個案爭議時亦非不得藉由政策取向、結果取向<sup>257</sup>的觀點來尋求最為合適的法律解釋結果。

### 3、第 180 條第 4 款的適用提供不提出不法原因給付的保證

前段說明中提及傅柯著名的規訓權力的觀點，關於規訓傅柯堅持

<sup>255</sup> 江玉林，法律、權力與共通福祉，2007 科技發展與法律規範雙年刊《公衛風險的法律建構》，第 71 頁。

<sup>256</sup> 參閱 李俊增，法律、規訓與治理—現代權力關係中之法律形式，政治與社會哲學評論第三十期，第 33 頁至第 35 頁。

<sup>257</sup> 關於結果取向的解釋方法，請參閱 蘇永欽，結果取向的憲法解釋—從德國法律方法論的理論、實務淺析我國大法官會議實務，載：合憲性控制的理論與實際，第 253 頁至第 259 頁。

作為身體的屈服保證的監視、控制原則<sup>258</sup>。其中，傅柯賦予邊沁的全景敞視監獄<sup>259</sup>很高的重要性。全景敞視建築的主要效果為：在被囚禁者身上造成一種有意識的和持續的可見狀態，從而，確保權力自動地發揮作用。這樣安排的後果是，監視成為權力的一種持續效應，即便權力在行動上是斷斷續續的，這種權力的完善應趨向於使其實際運用不再必要，這種建築應該成為一個創造和維繫一種獨立於運用者的權力關係的機制，總之，被囚禁者應該被一種權力局勢所制約，而他們本身就是這種權力局勢的載體。<sup>260</sup>

此構想下的建築不必然要作為監獄，全景敞視並非指向一種具體建築，而是建構了規訓權力的明確形構。<sup>261</sup> 身體屈服之監視與控制正是權力機制的事實。這種全面可視性的裝置的主要效果是為了在那些於其小室中無法看到是否被監視的囚犯身上引發監視關係的內部化。一個屬於可見性場域，也知道自已屬於一個可見性場域的人，自然會接受權力的限制；他讓這些限制加諸於自己；將自己納入權力關係的同時，他就扮演了兩個角色；他成為他本身臣屬的原則<sup>262</sup>。

在第 180 條第 4 款的適用下，提出不法原因給付、試圖完成不法

<sup>258</sup> 費德希克·格霍著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，傅柯考，第 117 頁。

<sup>259</sup> 傅柯作了細膩的描述：四周是一個環形建築，中心是一座瞭望塔台。瞭望塔有一圈大窗戶，對著環形建築。環形建築被分成許多小囚室，每個囚室都貫穿建築物的橫切面。各囚室都有兩個窗戶，一個面對著裡面，與塔的窗戶相對，另一個對著外面，能使光亮從囚室的一端照到另一端。然後，所需要做的就是中心瞭望塔安排一名監督者，在每個房間裡都關進一個瘋人或一個病人、一個罪犯、一個工人、一個學生。通過逆光效果，人們可以從瞭望塔與光源恰好相反的角度，觀察四周囚室裡被囚禁者的小人影。這個囚室就像是許多小籠子、小舞台。在裡面，每個演員煢子立，各具特色並可以被隨時觀看和一眼辨認。總之，他推翻了牢獄的原則，或者更精確地說，推翻了它的三個功能—封閉、剝奪光線與隱藏。它只保留了第一個功能，消除了另外兩個。充分的光線與監督者的注視比黑暗更能有效地捕捉囚禁者，因為黑暗說到底是保護被囚禁者的，可見性是一個捕捉器。每個人都被牢靠地關於一間囚室裡，監督者可以從前面看到他，而兩面的牆壁則使他不能與其他人接觸。他不能被觀看，但他不能觀看。他是被探查的對象，而絕不是一個進行交流的主體。他的房間被安排成正對著中心瞭望塔，這就使他有一種縱向的可見性。但是環形建築的被分割囚室，則意味著一種橫向的不可見性，正是這種不可見性成為一種秩序的保證。如果被囚禁者是一些罪犯，就不會有陰謀串通的危險，集體逃跑的舉動、新的犯罪計畫、相互的壞影響。擠作一團的人群、多重交流的場所、混在一起的個性、集體效應被廢除了，被一種被隔離的個性的集合所取代。從監督者的角度，它是一種可以計算和監視的繁複狀態所取代。從被囚禁者的角度看，它是被一種被隔絕和被觀察的孤獨狀態所取代了。參閱 傅柯著，劉北成、楊遠嬰譯，規訓與懲罰—監獄的誕生，第 199 頁至第 201 頁。

<sup>260</sup> 參閱 傅柯著，劉北成、楊遠嬰譯，規訓與懲罰—監獄的誕生，第 201 頁。

<sup>261</sup> 費德希克·格霍著，何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，傅柯考，第 120 頁，註 33。

<sup>262</sup> Barry Smart 著；蔡采秀譯，傅柯，頁 158。



交易的給付者，在他方當事人不願提出對待給付也不願返還所受領的給付時，被課與不利益。而對於給付者是否提出不法原因給付，不同於國家公權力機關在雙方當事人的暗默勾結下無法完全掌握每一筆不法交易過程而為相關不利益處分，就他方當事人而言是完全可視的，因此他方當事人隨時可以基於自利心，而使給付者承受不利益。因此對於給付者的監視已經內部化，而無關於他方是否實際上有藉由第 180 條第 4 款而牟取利益、課與給付者不利益的意思。綜上所言，第 180 條第 4 款建構了一種監視不法原因給付的提出、完成不法交易的機制，作為給付者的一方當事人處於此種權力情境中，容易產生服從禁止規定或公序良俗的結果。



# 第四章 適用論

在本章中，本文首先欲透過就第 180 條第 4 款本文規定的構成要件加以解釋而嘗試釐清應被納入「不法原因給付」此一排除事由中加以考量的事實情狀。其次，本文將藉由比較德國法、瑞士法與英美法上的處理模式，探求在我國民法體系中第 180 條第 4 款但書應如何解釋方能調和兼顧各種合法利益。最後，將針對第 180 條第 4 款規定能否類推適用於給付不當得利請求權以外的其他請求權此一爭議提出本文觀點。

## 第一節 構成要件論

### 一、給付

我國不當得利法的體系構成是否採取非統一說在立法上並非明確<sup>263</sup>。然而，民法第 180 條即開宗明義地提及「給付」此一概念，除了可作為我國不當得利法係採取「基於給付而得利」與「非基於給付而得利」類型區分的論據外<sup>264</sup>，在本條各款的適用上並需注意系爭個案是否為基於給付而受有利益之情形。

基此，適用第 180 條第 4 款規定加以排除的不當得利請求權必須是「給付」不當得利<sup>265</sup>。亦即，必須在當事人所提出之給付無法實現

<sup>263</sup> 關於統一說與非統一說的理論爭議，請參閱 史尚寬，債法總論，第 73 頁以下；王澤鑑，不當得利，第 27 頁以下；孫森焱，民法債編總論，上冊，第 150 頁以下。

<sup>264</sup> 王澤鑑，不當得利，第 31 頁；王千維，在給付行為之當事人間基於給付而生財產損益變動之不當性，第 3 頁、第 4 頁。

<sup>265</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），

給付目的且他方當事人基於該給付而受利益下所發生的不當得利請求權方屬於得適用第 180 條第 4 款本文規定加以排除者。關於「給付」的概念，依照學說見解，乃指「有意識地，基於一定目的而增加他人財產」<sup>266</sup>。因此物權設定、物權移轉、債權讓與、債務免除、票據發行<sup>267</sup>、占有移轉、登記、勞務提供皆屬之<sup>268</sup>，反之，法院的分配行為則非此所謂的給付<sup>269</sup>。此外，有因債權的創設在基於原因不法而契約無效下亦不存在，故不生不當得利返還的問題<sup>270</sup>。

如上所述，得適用第條第款本文規定加以排除者僅限於給付不當得利，而不及於「非給付」不當得利。依此，實務上常見將第 180 條第 4 款的規定適用於非給付不當得利的判決見解，即有可議之處。例如，臺灣高等法院 91 年度上更（二）字第 114 號判決認為：「惟其對系爭建物為增建等改良行為，將系爭房屋由木造房屋修建為水泥磚造房屋，延長系爭房屋可使用期限，所為尚難謂係違反公共秩序或善良風俗，核非民法第一百八十四條第四款所稱「不法原因」，被上訴人辯稱：上訴人係因不法之原因而為給付，伊得拒絕返還所受利益云云，並不足採。」此一判決見解最終雖否定第 180 條第 4 款於系爭個案的適用，惟其理由在於「從事改良行為延長系爭房屋使用年限」並未「違反公序良俗」，而非「對於無權占有的建築物擅自從事改良行為」並非「給付行為」故無第 180 條第 4 款的適用，似可推論法院見解認為：若系爭改良行為可構成公序良俗的違反，儘管本案並非涉及給付不當得利，仍可依照第 180 條第 4 款之規定加以排除。此一判決見解顯然

---

第 99 頁；王澤鑑，不當得利，第 142 頁；孫森焱，民法債編總論，第 172 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 85 頁

；Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 817, Rn. 7；Jauernig/Stadler, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, § 817, Rn. 9.

<sup>266</sup> 王澤鑑，不當得利，第 43 頁、第 142 頁；楊芳賢，不當得利，第 10 頁；Musielak, Grundkurs BGB, Rn. 726；Staudingers-Lorenz, § 812, Rn. 4.

<sup>267</sup> 票據債權等無因債權雖符合「給付」的概念，然而是否根據第 180 條第 4 款本文規定不得請求返還，則涉及在合致不法原因給付下得否例外請求返還的問題，而與但書規定如何解釋有關，請參閱本章第二節的說明。

<sup>268</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），第 99 頁；王澤鑑，不當得利，第 142 頁；孫森焱，民法債編總論，上冊，第 172 頁。

<sup>269</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；孫森焱，民法債編總論，上冊，第 172 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 85 頁；黃立，民法債編總論，第 213 頁。

<sup>270</sup> 王澤鑑，不當得利，第 46 頁；孫森焱，民法債編總論，上冊，第 172 頁。

對於第 180 條第 4 款的明文構成要件要素視而不見，應屬不當<sup>271</sup> <sup>272</sup>。

## 二、不法原因

### (一) 何謂不法？

當事人間的法律行為違反強行規定或公序良俗無效，民法第 71 條、第 72 條訂有明文。當事人基於此一無效契約所提出之給付無法實現給付目的，而他方基於該給付受利益，應發生給付不當得利。然而，基於違反第 71 條、第 72 條而無效的契約所提出的給付是否為「不法原因給付」，進而依照第 180 條第 4 款本文規定不得請求返還，則涉及「不法」內涵如何確定的問題，對此，實務與學說見解仍見歧異。

依據大清民律草案第 933 條以及民國民律草案第 277 條等規定，給付涉及違反法律或善良風俗（風化）者，皆屬排除不當得利請求權的範疇<sup>273</sup>。而現行民法第 180 條第 4 款則以「不法」二字替代，其內涵為何，頗費思量。

早期判例見解有將違反現行法令的給付認為是不法原因給付。例如 29 年上字第 626 號判例以及 29 年上字第 464 號判例<sup>274</sup>。實務上近來較多數的判決見解認為應限於違反公序良俗者，此種見解得以最高

<sup>271</sup> 劉昭辰，不當得利：第一講 給付之概念，月旦法學教室第 18 期，第 77 頁。

<sup>272</sup> 正確認識「給付」作為第 180 條第 4 款的構成要件的實務見解，請參閱 最高法院 83 年度台上字第 2677 號判決：「查民法第一百八十四條第四款所謂因不法之原因而為給付，係以一方已為給付，而他方又已加以受領為其構成要件。倘受利益人並非由於受領行為而受利益，即無上開條款規定之適用。」

<sup>273</sup> 潘維和，中國歷次民律草案校釋，第 279 頁、第 280 頁、第 399 頁。大清民律草案以及民國民律草案關於不法原因給付的規定與德國民法第 817 條具有極高的相似度。

<sup>274</sup> 29 年上字第 626 號判例：「販賣鴉片煙土，除領有特許照證外，為現行法令之所禁止，委託處理此種違禁事項而給付報酬之契約自非有效，如已給付報酬，則係因不法原因而為給付，依民法第一百八十四條第四款之規定，不得請求返還。」29 年上字第 464 號判例：「販賣鴉片煙土為現行法令之所禁止，故因合夥經營此項禁止事業而為出資，即係民法第一百八十四條第四款所謂因不法之原因而為給付，自不得請求返還。」

法院 81 年度台上字第 742 號判決作為代表：「按民法第一百八十八條第四款規定，因不法原因而為給付者，不得請求返還。所謂不法原因係指給付之原因違反公共秩序或善良風俗而言，非謂凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。蓋法律禁止或強制規定，或因國家政策考量之結果，若概指為不法原因之給付而謂已給付者不得請求返還，將有失衡平。」惟亦有最高法院判決主張不限於公序良俗之違反者，違反強制禁止規定者亦屬於第 180 條第 4 款所稱之不法原因，例如：最高法院 94 年度台上字第 1074 號判決：「按所謂不法原因之給付，係指法律行為有背於公共秩序或善良風俗，或有違反法律強制或禁止之規定稱之。」

學說上對於「不法」的解釋亦頗為分歧。有認為包括違反強行規定與公序良俗者<sup>275</sup>，亦有認為僅限於抵觸公序良俗者<sup>276</sup>。除此之外，另有認為不法原因之給付是指給付之原因違反強行規定者，並基於規範目的之要求及於不道德原因之給付。<sup>277</sup>抑有進者，不法原因究指給付原因違反公序良俗及強行規定，抑或僅指抵觸公序良俗，無法一概而論，必須逐案認定：因法律行為違反強行規定或抵觸公序良俗而無效，給付無法實現給付目的，故得依不當得利請求返還；僅當給付符合第 180 條第 4 款「因不法之原因而為給付」時，才不得請求返還。於此尤其應考量交易行為之相關情事、不法性質、內容或嚴重程度或交易客體之性質而定。<sup>278</sup>

關於以上爭議，本文採取較為廣義的見解，亦即認為不法原因係指給付原因違反強行規定或公序良俗的情形。理由在於：

1、就文義而言，如同學者所觀察，「不法」原因係專指<sup>279</sup>或至少不應

<sup>275</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；王澤鑑，不當得利，第 157 頁；黃立，民法債編總論，第 212 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 88 頁；林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 231 頁。

<sup>276</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 175 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 142 頁；馬維麟，民法債編註釋書（一），第 181 頁。

<sup>277</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第二十期，第 42 頁。

<sup>278</sup> 楊芳賢，不當得利，第 108 頁。

<sup>279</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第二十期，第 42 頁。

排除<sup>280</sup>違反強行規定的情形。

2、主張不法原因僅限於公序良俗之違反者，其理由多立基在強行規定多涉及國家政策，而與公平正義、當代倫理思想無關，若謂客觀上違反強行規定即生排除不當得利效果而不問行為人對於違法有無認識，對於給付者毋寧過苛。<sup>281</sup>本文認為，此見解並非根本地排除將強行規定之違反視為「不法」的可能性，毋寧是區分行為人對於其所抵觸的規範可認識性的高低，並將可認識性較低的強行規定原則性地排除，希冀不至於對行為人過苛。此見解並主張行為人如明知給付原因違反強行規定而為給付，即與公序良俗之違背幾乎無異。<sup>282</sup>此一主張與對於不法原因採取廣義的見解，在附加上主觀要件後<sup>283</sup>，結果上並無差別。

3、至於不法是否專指「違反強行規定」而言，本文認為亦無須作如此狹義解釋，以致另需透過類推適用（規範目的同一）之方式擴及給付原因違背公序良俗之情形。蓋「不法」於我國民法體系下本屬多義性之概念，例如學說上認為凡是「違反保護他人法律」、「侵害他人絕對權」或「違背善良風俗」之行為原則上皆被法規範認定為「不法」，亦即違反法規範在侵權行為責任領域內所設定的行為義務<sup>284</sup>。並未與違反法律明文的強制或禁止規定同義。

4、學說上有認為「不法」之原因究係包括違反強行規定與公序良俗抑或專指違背公序良俗，必須個案認定，且需衡酌相關情事而作成判斷。然而，本文認為是否適用第 180 條第 4 款對於不法原因之給付所生的不當得利請求加以排除，在判斷上參酌此見解所列各相關要素，俾個案適用法律的結果能更貼近系爭規範目的，並無不妥，惟似不應

<sup>280</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁。

<sup>281</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 173 頁至第 174 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 142 頁。

<sup>282</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 174 頁。

<sup>283</sup> 亦即若行為人對於違反強行規定並無認識，且對於其不知無可非難，則不排除其不當得利請求，此將於本章第二節中作詳細的論述，請參閱 史尚寬，債法總論，第 84 頁。

<sup>284</sup> 王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論第 66 期，第 30 頁。

在排除不當得利無法達成系爭規範目的下，倒果為因地認為<sup>285</sup>違反系爭規範並非不法原因。易言之，是否為不法原因之給付，依照本文見解，毋寧是前提性的問題，至於認定構成不法原因之給付後，須參酌各種考量因素、取向於當事人間之行為所違反的規範的意旨而決定是否排除給付者的不當得利請求，則屬於但書解釋論的範疇，無須過度擴張「不法」原因的概念功能，否則不僅容易造成無法徹底闡明個案判斷所內蘊的價值衡酌，甚至將限制但書規定於解釋上的發展可能性。<sup>286</sup>

5、比較法上的觀察，德國民法第 817 條以及瑞士債務法第 66 條等規定皆明文將給付違反法律或道德的情形納入排除給付不當得利的範疇內。在英美法的脈絡下，「不法性」一詞亦包括違反國家實定法或抵觸公共政策等情形<sup>287</sup>。

6、如前章所述，本文認為第 180 條第 4 款的規範目的在於「一般預防」。亦即，排除不法原因給付所生的不當得利請求將有效防止當事人提出約定給付、完成不法交易。因此，第 180 條第 4 款所稱之「不法」究應如何解釋，毋寧繫諸於人們欲防免的交易類型。若人們僅企求違反公序良俗的交易類型的數量降低，對於本款規定所稱之「不法」作狹義的解釋尚無不妥。然而，在公私法相互交軌、互為工具的今日，倘若人們盼望除了既有的國家公權力機關及其執法手段外，能藉由私法規範所形成的誘因引導潛在違法者放棄從事不法交易，使得公法規範的目的能更為確實且有效率地被實現，則將第 180 條第 4 款所稱之「不法」解釋為包含單純涉及國家政策的強行規定，似乎是不可或缺的策略。

<sup>285</sup> 差堪比擬的是現今實務學說皆肯認的見解：民法第 71 條所稱之強行規定，依其性質可區分為「取締規定」與「效力規定」，而此區分即決定當事人間之法律行為是否有效。

<sup>286</sup> 王澤鑑教授雖採廣義說而認為所謂不法原因應包含原因行為違反公序良俗與強行規定兩者，但於後者情形，應否禁止給付者請求返還，應審慎探求法律規範目的而定，與楊芳賢教授之見解有異曲同工之妙，惟就方法而言毋寧較為正確。參閱 王澤鑑，不當得利，第 157 頁。

<sup>287</sup> Burrows, *The Law of Restitution*, p. 424.

## （二）動機不法、條件不法

當事人出於不法動機而為給付，是否合致民法第 180 條第 4 款之規定，實務及學說皆有認為：動機並非原因，故動機之不法非不法原因<sup>288</sup>，然若當事人以動機為法律行為之內容或條件時，則成為其行為之原因。<sup>289</sup>學說上對此有更為詳盡的解釋<sup>290</sup>：其首先區別法律行為的客觀不法與給付目的的主觀不法有所不同<sup>291</sup>，同時認為主觀不法必須透過客觀標準認定，因此動機不法須業經表意人表示而成為意思表示的內容時，始有不法原因給付可論。例如：向人租屋，供作性交易場所之用，若此一動機未表示於租賃契約，租約並非無效，僅係單純動機不法，不影響法律行為之效力；反之，若已表示於契約，則該租約依照第 71 條或第 72 條規定無效，已支付的租金則為不當得利，但因構成不法原因之給付，故不得請求返還。<sup>292</sup>

本文原則上同意此種看法，但嘗試提出更為細緻的標準。其實前揭區別給付目的的主觀不法與法律行為的客觀不法，並觀察透過將動機（給付目的）表示而成為法律行為之一部份，對於法律行為效力產生的影響的見解，已提示處理此一問題的方向。本文認為動機不法或是條件不法是否為不法原因之給付，取決於不法動機與不法條件<sup>293</sup>是否造成法律行為具有不法性而無效，否則根本不生給付不當得利的問

<sup>288</sup> 臺灣高等法院 89 年度上字第 96 號判決：「…其動機縱有違公序良俗，亦不能推論本件移轉行為有不法之情事。是被上訴人抗辯上訴人之行為有民法第一百八十四條第四款情事，不足採取。」；鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），第 100 頁。

<sup>289</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 90 頁。

<sup>290</sup> 林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 223 頁至第 228 頁。

<sup>291</sup> 例如林誠二教授認為基於實施詐術而交付金錢，僅係給付目的的主觀不法，法律行為則未因不法而無效，僅係得撤銷，尚不生不當得利的問題，必待被詐欺者行使撤銷權後，始生不當得利的問題。

<sup>292</sup> 林誠二，民法債編總論（上），第 218 頁。但此見解似乎與其過去於專論中表示之見解略有差異。亦即，其曾認為約明開設私娼館而買受房屋，買賣契約之債務本體乃給付價金與移轉房屋所有權，約明開設私娼館不過只是附隨義務，可稱為「中性不法原因」，而與使人犯罪而給付金錢此種「當然不法原因」不同，前者並非第 180 條第 4 款所稱之「不法原因」。參閱林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 227 頁。

<sup>293</sup> 類似見解：蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 89 頁、第 90 頁。



題。<sup>294</sup>易言之，第 180 條第 4 款所稱之不法原因，必須是給付目的可非難，且給付的原因行為因之無效的情形。<sup>295</sup>

至於條件不法與動機不法是否造成法律行為具有不法性而無效，學說上已見討論。

就動機不法與法律行為的效力而言，約有動機表達說、動機預見說、綜合判斷說與相對無效說，其中綜合判斷說斟酌不法性的程度與法律行為與不法動機的牽連態樣與牽連程度之相關性（如與賭博有關的借貸係為進行賭博或係為償還賭債、貸與人的身份、有無預見可能性、不法之動機是否已被實現、當事人雙方不法性的比較、結論妥當性等）並配合相關規範旨趣綜合考量，較能因應複雜事件而為學者所採認。<sup>296</sup>

就條件不法對法律行為的影響而言，應分別情形判斷之：法律行為所附之條件不法致整個法律行為本身具有不法性時，無論其所附者為停止或解除條件，整個法律行為應歸無效。不法之條件尚未足以使整個法律行為具有不法性時，學者參考德國通說見解而認為：因停止條件為法律行為不可分離的部分，故停止條件不法者，整個法律行為不生效力，民法第 111 條並無適用餘地。惟在解除條件的情形，因為解除條件具有不同的功能，第 111 條依其情形得加以適用<sup>297</sup>，此在保

<sup>294</sup> 林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 224 頁。

<sup>295</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 142 頁。氏進而批評最高法院 66 年台上字第 1092 號判例見解將不法原因擴大及於實行詐術所為之給付，實屬不當。另請參閱 王澤鑑，不當得利，第 149 頁。

<sup>296</sup> 參閱 陳洸岳，動機與違背公序良俗之約定，載：民法總則實例問題分析，第 8 頁至第 12 頁。

<sup>297</sup> 解除條件不法使贈與契約具有不法性而無效的事例，請參閱 新竹地方法院 89 年竹簡字第 431 號判決：「協議雙方並未明示要求同居等部分為贈與之負擔，且被告又於翌日即委託代書欲聲請將約定之不動產移轉予被告楊○貴，要求同居等部分，應認為係贈與部分之解除條件。但原告要求與被告楊○貴同居，且感情需忠於原告，顯然限制被告楊○貴再婚之權利，並且要求被告楊○貴必須同意一夫二妻，即將來原告縱另娶他人為妻，被告楊○貴不但不得交往異性或結婚而仍須繼續與原告同居，此顯然箝制被告楊○貴之婚姻自由之權利，且與我國民法親屬編所揭櫫之一夫一妻、夫妻互負忠實義務等重大原則完全相違，顯然違背公序良俗至為明確。故此項條件顯違反公

護因不法條件而受不當拘束的一方當事人利益的情形<sup>298</sup>，尤有必要。  
299

綜上所述，無論不法動機是否藉由表示成爲法律行爲的內容或條件，是否構成第 180 條第 4 款規定所稱之「不法原因」毋寧繫諸個案中的不法動機是否足以使法律行爲具有不法性而無效。

### （三）取締規定

我國司法判例與通說皆認爲法律行爲違反第 71 條所稱禁止規定是否因而無效，其判斷基準在於該禁止規定的性質究爲取締規定抑或是效力規定。<sup>300</sup>如上所述，第 180 條第 4 款所稱之不法原因必須是給付目的違反強行規定或公序良俗，且給付的原因行爲因而無效的情形。而「取締規定」僅對於違反者課與制裁，並不影響法律行爲效力，故給付目的若僅違反「取締規定」，由於並未使給付的原因法律行爲無效，儘管作爲給付的原因行爲基於其他無效事由而無效，例如欠缺合法代理、行爲能力，亦不應根據第 180 條第 4 款之規定排除給付不當得利請求。

### （四）誠信原則

---

序良俗，贈與契約具有不法性，應屬無效。...且本件之贈與，贈與人已爲給付之部分，構成不法原因之給付，不得請求返還或回復。」

<sup>298</sup> 例如：勞動契約約定受僱人結婚時該契約失其效力，此項解除條件違反第 71 條或第 72 條而無效，但勞動契約並不因此受到影響。

<sup>299</sup> 王澤鑑，以同居爲條件之贈與及不法原因給付，載：民法學說與判例研究第三冊，第 128 頁。

<sup>300</sup> 最高法院 68 年台上字第 879 號判例；王澤鑑，民法總則，第 302 頁；詹森林，效力規定與取締規定之區別標準，載：程序正義、人權保障與司法改革，第 295 頁至第 313 頁；陳自強，契約之成立與生效，第 179 頁至第 182 頁。另有區分爲「強行規定」與「取締規定」者：邱聰智，民法總則（上），第 587 頁至第 592 頁。認爲此種二分法無異於以問答問，仍欠缺可操作標準的見解：蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行爲，載：民法經濟法論文集（一），第 25 頁、第 26 頁。

消保法第 12 條乃針對定型化契約條款所進行的內容規制。定型化契約條款一旦構成契約內容<sup>301</sup>後，其是否具有法律上拘束力，係屬於私法自治原則容許範圍界定，亦即，契約自由原則限制的問題。<sup>302</sup>且在消保法與民法第 247 條之 1 制訂前<sup>303</sup>，定型化契約條款的內容規制，主要是民法第 72 條的解釋問題。因此，可能會產生的疑問是：與強行規定、公序良俗同屬契約自由外部限制的誠信原則的違反，是否亦屬於第 180 條第 4 款所稱之「不法」？

本文認為定型化契約約款違反誠信原則應不構成第 180 條第 4 款所稱之「不法」，基於此無效約款而提出之給付並非不法原因給付。理由在於：

1、誠信原則屬於開放性概念，欠缺法律明確性<sup>304</sup>，尚須透過類型建構的方式加以具體化<sup>305</sup>，掌握此一抽象模糊判斷基準對於適用法律的法官而言已屬不易<sup>306</sup>，更何況是對於經濟生活中頻繁發生的交易的參與者而言。因此似宜透過構成要件的篩選將涉及違反誠信原則的情形排除，無庸藉助主觀要件為進一步檢視。

2、誠信原則要求從事交易的雙方當事人相互體諒，尊重、注意他方當事人的利益而以保護他方當事人利益的方式為之。<sup>307</sup>其標準較公序良俗為嚴格，立法目的在於保護另一方當事人。<sup>308</sup>因此，若將違反誠信原則視為第 180 條第 4 款所稱之不法，根據排除不當得利請求的「一般預防」效果，則會造成企業經營者不願提出給付的情形發生。若然，

<sup>301</sup> 定型化約款成為契約內容之要件為：約款的明示或公告、非屬異常條款、非難以注意或辨識以及給與消費者合理的審閱期間。請參閱 詹森林，定型化契約之基本問題，載：民事法理與判決研究（三），第 14 頁至第 21 頁。

<sup>302</sup> 陳自強，契約之成立與生效，第 203 頁。

<sup>303</sup> 至於消保法第 12 條與民法第 247 條之 1 兩間適用範圍如何釐清的問題，主要可從時的範圍與人的範圍加以觀察，請參閱 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，政大法學評論第 94 期，第 8 頁至第 22 頁。

<sup>304</sup> 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第 102 期，第 52 頁、第 53 頁。

<sup>305</sup> 請參閱 吳從周，當代德國法學上具體化之理念及其方法：以誠信原則為例，載：民事法學與法學方法第三冊，第 28 頁。

<sup>306</sup> 陳自強，契約之成立與生效，第 203 頁至第 204 頁。

<sup>307</sup> 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第 102 期，第 46 頁。

<sup>308</sup> 陳自強，契約之成立與生效，第 203 頁。

則對於消費者而言，毋寧更爲不利，反而有違消費者保護法維護消費者利益的精神。

3、學說上認爲法律行爲之無效應區別爲「絕對無效」與「相對無效」兩種類型，而區別標準應建立在處罰、制裁法律行爲無效之法規範目的所欲保護之利益之種類與性質上，若法規範的目的在於維護一般抽象的公共利益，則違反此等規範的法律行爲應解爲絕對無效；反之，若規範目的在於保護個別的、特殊的利益或特定當事人的利益，並不直接涉及公共利益之維護，違反此等規範之法律行爲應解爲相對無效。絕對無效乃指對於法律行爲雙方當事人及其他第三人而言，法律行爲自始、當然、確定不生效力；相對無效則指對於被保護的法律行爲一方當事人及特定第三人而言，法律行爲自始、當然、確定不生效力，但對於他方當事人及其他第三人而言，並不一定自始、當然、確定不生效力。<sup>309</sup>而消保法第 12 條關於定型化契約條款違反誠信原則，對消費者顯失公平而無效的規定，應解釋爲在保護消費者的利益，而非保護使用定型化契約條款企業經營者的利益，在性質上應認爲是相對無效的規範。<sup>310</sup>綜上所言，企業經營者依據違反誠信原則的定型化契約條款所提出的給付，儘管其給付目的如違反強行規定或公序良俗般可受非難，卻未因此造成給付的原因行爲無效（就企業經營者而言，必非當然、自始、確定無效），故根本不生不法原因給付的問題。

根據以上說明，本文認爲企業經營者基於違反誠信原則的定型化契約條款提出給付，並非第 180 條第 4 款的不法原因給付。然而，值得注意的是，同一定型化契約條款，若同時違反強行規定或公序良俗<sup>311</sup>，則仍構成不法原因。舉例言之，在常見的不利於消費者的定型化契約條款中，例如<sup>312</sup>過度擔保對於債務人的其他債權人造成不利益或

<sup>309</sup> 參閱 陳忠五，法律行爲絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第二十七卷第四期，第 35 頁至第 37 頁。

<sup>310</sup> 陳忠五，法律行爲絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第二十七卷第四期，第 40 頁。

<sup>311</sup> 詹森林，定型化契約條款效力之規範，載：民事法理與判決研究（四），第 132 頁。

<sup>312</sup> vgl. Brox/Walker, AT, RdNr. 340, 342; Brehm, AT, RdNr. 332, 335.

給付與對待給付顯失比例且獲利者具有可非難的意思<sup>313</sup>等情形，將可能被認為同時構成違反公序良俗<sup>314</sup>。我國學者更主張若某一違反誠信原則且對消費者顯失公平的定型化契約條款為同一行業中所普遍使用，因而危及社會一般之公共利益時，為維護公共秩序依照第 72 條宣告系爭條款無效，難謂不當。<sup>315</sup>

## 第二節 例外事由的重構

### 一、我國法上的觀察

我國民法第 180 條第 4 款之規定，在結構上可區別為本文與但書兩種不同規範內容，各自賦予不同的法律效果。如上所述，當事人所提出的給付若係基於違反強行規定或公序良俗因而無效的原因法律行為，則構成給付不當得利，且該給付不當得利依據民法第 180 條第 4 款本文之規定遭到排除，給付者不得請求受領者返還基於給付而獲取之利益。然而，但書規定則作為本文規定的例外，亦即，若不法僅存於受領者一方時，給付者仍得請求返還不當得利。

然而，在我國實務與學說的發展下，不僅在個案情形構成第 180 條第 4 款但書規定時，基於違反強行規定或公序良俗因而無效的原因法律行為提出約定給付的一方當事人得向受領給付的他方當事人請求不當得利，儘管在應適用本文規定的情形下，仍可藉由許多例外事由限縮本文規定的適用範圍，進而產生與但書適用下相同的法律效

<sup>313</sup> 依照德國聯邦法院的判決見解，此種可非難的意思在給付的價值幾近對待給付的價值的兩倍時，可推定其存在。vgl. Brox/Walker, AT, RdNr. 342; Brehm, AT, RdNr. 335.

<sup>314</sup> 就給付與對待給付顯失比例，且行為人有利用他人急迫、輕率、無經驗的情形，在我國法下係構成暴利行為，然而學者亦認為依個別情形有可能另構成公序良俗之違反。參閱 王澤鑑，民法總則，第 324 頁；陳自強，契約之成立與生效，第 189 頁、第 190 頁。

<sup>315</sup> 孫森焱，公序良俗與誠信原則，載：民法總則爭議問題研究，第 198 頁。

果。

以下將首先介紹第 180 條第 4 款但書規定在我國法下如何解釋，再觀察存有何種例外事由得以限縮本文規定的適用範圍。

## （一）不法之原因僅存在於受領者一方

### 1、實務見解

#### （1）最高法院 96 年度台上字第 396 號判決

至乙○○上班支付勞力服務，因人民團體法明文規定理事為無給職，...，本即不得請領薪資，...。且其利用擔任康寧互助會理事長期間，給付自己不法之薪資，該不法原因僅存在於受領人乙○○之一方，依民法第一百八十四條第四款但書規定，康寧互助會自得請求返還。

#### （2）最高法院 95 年度台上字第 1001 號判決

系爭款項係...為虛增上訴人之營業額...匯入上訴人帳戶。雖上訴人以系爭款項之給付係出於不法原因為由，主張被上訴人不得請求返還，...被上訴人借款予上訴人後，不知上訴人如何入帳。故系爭款項之給付，若有不法之原因，亦僅存在於上訴人，其上開主張核與「禁止主張自己之不法」原則有違，自不可採。

#### （3）最高法院 89 年度台上字第 2048 號判決<sup>316</sup>

被上訴人依承諾書之約定辦理系爭應有部分移轉登記於黃桂

<sup>316</sup> 以下判決要旨摘錄自遭最高法院 89 年度台上字第 2048 號判決所廢棄的臺灣高等法院 88 年度上更（一）字第 17 號判決，惟廢棄理由並非針對前審法院關於不法原因給付的論述，可推知此部分見解應為最高法院所肯認。

梅，黃桂梅再按債權人出借金額比例移轉於吳玉河等債權人，雖該承諾書因屬流質契約而無效，上訴人受領系爭應有部分，無法律上原因，但被上訴人當時並不知情，且被上訴人一方並無不法行爲；其所締契約雖無效，所爲回復原狀或損害賠償之請求，本質上屬返還不當得利，然被上訴人本身既無不法行爲，上訴人辯稱：其爲不法原因而爲給付不得請求返還云云，自不足採。

#### (4) 最高法院 43 年度台上字第 225 號判決

雖被上訴人初係誘上訴人前往賭博，但上訴人與其賭博輸款，並非出自被上訴人之詐欺，即難空言主張不法原因僅存在於被上訴人之一方，至上訴人因賭博輸款而出具之借用證及交付擔保品縱係違反禁止規定，應歸無效，然仍屬不法原因之給付，亦不能藉此訴求返還。

317

#### (5) 最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決

不當得利制度乃基於「衡平原則」而創設之具調節財產變動的特殊規範，故法律應公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，不能因請求救濟者本身不清白，即一概拒絕保護，使權益之衡量失其公平，故如已具備不當得利之構成要件，應從嚴認定不能請求返還之要件，避免生不公平之結果。被上訴人係遭詐騙集團欺騙以行賄香港廉政公署而匯款，應認該不法之原因僅存在於詐騙集團，...

#### (6) 臺灣高等法院 94 年度上易字第 869 號判決

惟查從事台股指數期貨交易，依法須向政府核准設立之證券商開立帳戶並繳納交易稅始爲適法，丙與乙、甲未循合法程序從事期貨交易，私下以台股指數之漲跌定其輸贏，係屬賭博行爲，丙從事股票買賣多年，豈有不知此項行爲係屬不法行爲之理，其主張伊交付本票

<sup>317</sup> 此一早期最高法院判決似乎認爲若賭博輸款係出於他方之詐欺，則不法原因僅存在於實行詐術的他方受領者，而與 56 年台上字第 2232 號判例見解抵觸。

時，並不知係不法之原因而為給付，其依民法第 180 條第 4 款但書之規定，...請求乙、甲應連帶返還系爭本票，即非正當，...。<sup>318</sup>

## 2、學說見解

關於適用本款但書的案型，歸整學說上所列舉者約有以下數端：

- (1) 基於勒索或回贖綁票而給付金錢<sup>319</sup>；
- (2) 為阻止犯罪或不正當訴訟之提起而贈與金錢<sup>320</sup>；
- (3) 向公務員行賄，使其從事合於職務之行爲<sup>321</sup>；
- (4) 為不告發他人之犯罪而收取金錢<sup>322</sup>；
- (5) 出賣物品超過限價<sup>323</sup>；
- (6) 被詐欺而為給付<sup>324</sup>；
- (7) 收取超過最高利率限制之利息<sup>325</sup>。

有學者特就上述 (2)、(3) 部分詳加解釋：因受領人係不為不得

<sup>318</sup> 此一判決雖係否認給付者得依第 180 條第 4 款但書規定請求返還，然而理由在於法院認為給付者並非不知不法原因存在。因而似可推論若法院認定給付者確實不知不法原因存在，其即可依但書規定請求返還所提出之給付。

<sup>319</sup> 鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究（一），第 101 頁；王澤鑑，不當得利，第 159 頁；黃立，民法債編總論，第 213 頁；孫森焱，民法債編總論上冊，第 175 頁；楊芳賢，不當得利，第 110 頁。

<sup>320</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 94 頁；孫森焱，民法債編總論上冊，第 175 頁。

<sup>321</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；黃立，民法債編總論，第 212 頁～第 213 頁；孫森焱，民法債編總論上冊，第 175 頁。不同見解則認為給付者亦具有不法原因，請參閱 王澤鑑，不當得利，第 159 頁。

<sup>322</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁。

<sup>323</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁。

<sup>324</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 175 頁。

<sup>325</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁；不同見解則認為根據我國民法第 205 條之規定，超過法定最高利率上限的部分利息僅無請求權而已，並非無效，已給付者，不得請求返還；史尚寬，債法總論，第 84 頁；黃立，民法債編總論，第 214 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 95 頁。然而，已有學者對於第 205 條關於利率上限之規定提出反思而主張：基於現今低利率時代定存通常僅有 2% 以下的利率水準，應否將第 205 條之規定視為其他法律規定的「特別法」，排除適用民法第 72 條、第 74 條、第 148 條、第 206 條等規定的可能性，實值吾人深思，參閱 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，政大法學評論第 98 期，第 171 頁。準此，若將當事人間所為超出利率上限的約定，在一定情形下視為違反公序良俗者，則就借款人而言，仍有構成第 180 條第 4 款但書情形的可能性。黃立教授亦認為個案情形若構成刑法第 344 條的重利罪，則不再適用第 205 條之規定，給付者或可適用第 180 條第 4 款但書請求返還，參閱 黃立，民法債編總論，第 214 頁。



爲之行爲或爲應爲之行爲，事屬當然，竟以之爲條件或代價而受領給付，當屬違背公序良俗。至於其給付利益者，則係以維持社會秩序爲目的而爲給付，尚非不法，當得請求返還不當得利。<sup>326</sup>

至於第三人未受不法的原因行爲的一方當事人指示逕自向另一方當事人提出清償，若認爲給付關係存在於第三人與受領人間，則第三人得否向受領人請求給付不當得利？有學者主張：對於第三人而言，其給付並無不法原因存在，但不法之債不論爲何人所清償，都是一無須法律介入加以保護之債之關係，故依民法第 180 條第 4 款之立法目的，應認爲給付之不法原因，亦存在於給付之第三人，因而該第三人不得請求返還。<sup>327</sup>

## (二) 不法之原因非僅存在於受領者一方下的例外事由

### 1、實務見解

#### (1) 不知不法原因存在

##### i. 大理院統字第 774 號解釋

妻判歸原夫後其懷胎所生之子後夫如不爲認領自仍由妻收養聘娶有夫之婦如不知情則所交財禮自可依不當利得之原則向受者要求返還否則爲不法原因之給付自無請求返還之。

##### ii. 最高法院 83 年度台上字第 3022 號判決

本件兩造關於系爭股份之買賣，違反公司法第一百六十三條第二項之禁止規定，其讓與契約（債權行爲）無效。……惟本件兩造交付

<sup>326</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 175 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 95 頁、第 96 頁。

<sup>327</sup> 參閱 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 45 頁。

股票及價金，均基於不法原因所為之給付，且雙方均有所認識。上訴人請求返還價金非特必須主張自己之不法行為，且無異鼓勵為不法行為，自不應准許。

iii. 最高法院 83 年度台上字第 1233 號判決

按被上訴人給付當時，原認契約有效而給付，而此定金之給付復出於買賣，性質上顯非基於不法原因而為給付，依民法第一百七十九條規定，上訴人仍無解於返還不當得利之責。

iv. 最高法院 81 年度台上字第 1138 號判決

一般人能否明知公司法第一百六十三條第二項規定，本滋疑問，上訴人據以主張被上訴人早知系爭股票買賣違反上開規定云云，尚不足採。是上訴人依民法第一百八十四條第四款規定，抗辯被上訴人不得請求回復原狀返還價金，亦非可取。<sup>328</sup>

v. 臺灣高等法院 97 年度重上字第 191 號判決

本院亦認為剝奪給付人之返還請求權，為一法律上之制裁，故違反法規之行為，如給付人不知其法規之違反，而其不知並無可非難者，應不適用民法第 180 條第 4 款之規定。

vi. 彰化地方法院 87 年度簡上字第 88 號判決

...因不法之原因而為給付者，不得請求返還，但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限，民法第一百八十四條第四款定有明文。...本件被上訴人係因與上訴人合夥經營賭場，而交付投資額三百五十八

<sup>328</sup> 此判決理由乃遭最高法院 81 年度台上字第 1138 號判決廢棄的臺灣高等法院 80 年度上字第 1217 號判決所加以論述者，然而此案的廢棄理由並不涉及原審就不法原因給付方面的見解。

萬元，其因此原因所交付之金錢，自屬不法原因而為給付；且此原因又為兩造所明知，...得拒絕給付...。

## (2) 終局性基準

臺灣高等法院 89 年度上字第 96 號判決認為：「然按民法第一百八十八條第四款規定，債務人因不法之原因而為給付者，不得請求返還。其前提在於債務人之給付，係出於以有使債權人終局取得所有權之意思而為，且其給付之原因係不法而言。本件上訴人初無使被上訴人終局取得系爭不動產所有權之意思，兩造雖有辦理不動產移轉登記之物權行為，但雙方既無移轉所有權之合意，其移轉行為本身即因通謀虛偽意思而歸於無效；.....是被上訴人抗辯上訴人之行為有民法第一百八十八條第四款情事，不足採取。」

## 2、學說見解

### (1) 欠缺對於不法原因的認識

我國有部分學者主張剝奪給付者的不當得利請求權為法律上之制裁，在解釋上故違反禁止規定的行為，如行為人不知其行為違反禁止規定，且其不知並無可非難，應不適用民法第 180 條第 4 款之規定。但違背公序良俗的原因或違反禁止規定的原因而該禁止規定係以違背公序良俗為理由者，給付者不得諉為不知。<sup>329</sup>亦即民法第 180 條第 4 款本文規定的適用須以給付者對於給付原因的不法性的認識具有故意或過失為要件。<sup>330</sup>惟有學者主張第 180 條第 4 款的適用涉及法律秩序的維護，宜採客觀見解，縱使給付者主觀上認為行為合法，仍有第 180 條第 4 款本文規定的適用。<sup>331</sup>另有學者同樣基於剝奪返還請求權

<sup>329</sup> 史尚寬，債法總論，第 84 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 90 頁。

<sup>330</sup> 王澤鑑，不當得利，第 150 頁。

<sup>331</sup> 楊芳賢，不當得利，第 109 頁、第 110 頁。

乃法律上之制裁而認為適用第 180 條第 4 款本文規定應要求主觀上的認知，然而就本文與但書之規定作一對照下則可推知，本文規定的適用並不要求主觀上的認知，否則但書即無存在必要。<sup>332</sup>

## (2) 限縮的給付概念

近來我國學者參考德國學說的見解認為，第 180 條第 4 款本文規定所稱的「給付」概念，應解為係指具「終局性」的財貨移轉。又稱為終局性基準。<sup>333</sup>然而，細究其內容可再行區分為「尙未終局完成」的給付以及「暫時性」（或「時效性」）的給付兩種次類型<sup>334</sup>。

### i. 「尙未終局完成」

所謂「尙未終局完成」的給付係指交付支票、債務拘束或設定抵押權等情形<sup>335</sup>。舉例而言，債務拘束雖然在釋義學上被看做是一種給付，但就債務拘束的受領者本身而言，仍不過存在著對於實際履行的期待而已，暫時還談不上已完成的財產移轉。<sup>336</sup>

早期學說雖未以「終局性」此一概念來處理相關問題，惟在參照德國民法第 817 條第 2 句的規定下，亦主張：若因不法原因給付而作成債務約束或簽發票據等無因債權，給付者仍得拒絕履行。彼等學者並未直接訴諸德國民法的相關規定作為依據，而係出於受領者不得主張自身的不法行為而請求法律上保護的理由。<sup>337</sup>且適用本款規定而否

<sup>332</sup> 方嘉麟，公司回收自己股份法律效果之研究，政大法學評論第 75 期，第 174 頁至第 175 頁，註 103。本文雖不同意此種排他關係的結論，惟仍認為方嘉麟教授精闢地指出對於本文規定作限縮解釋與但書規定的解釋認定所發生的相互拉扯、互為消長的關係。

<sup>333</sup> 王澤鑑，不當得利，第 142 頁。

<sup>334</sup> 採取此種再行區別的見解：邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 141 頁；僅將「尙未終局完成」的給付納入「終局性基準」概念下討論，並同時將「暫時性」給付置放在不法原因給付的「時效性」概念下處理者：劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁、第 44 頁。

<sup>335</sup> 王澤鑑，不當得利，第 142 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 141 頁；劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁。

<sup>336</sup> Esser/Weyer, Schuldrecht, Bd.2, BT, S.460.

<sup>337</sup> 史尚寬，債法總論，第 85 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 85 頁、第 86 頁。

定給付者對於票據或債務拘束的返還請求權，將產生與基於不法契約所生債務的強制履行同一的不當結果，故應認為此種給付不合致本款規定所稱之「給付」。<sup>338</sup>

至於為不法契約所生之無效債權設定抵押權的部分，由於擔保物權所具有之從屬性<sup>339</sup>，抵押權的成立以債權成立為前提，故抵押權並不存在。是以，若一方面不許抵押權人實行抵押權，另一方面根據第 180 條第 4 款本文規定否定抵押人得依不當得利訴請塗銷抵押權之登記，則權利表徵與實際法律關係永遠存有齟齬，造成無意義的法律狀態，且有害交易安全與資源有效利用，殊為不妥。<sup>340</sup>

## ii. 「暫時性」

民法第 180 條第 4 款本文規定所排除的不法原因「給付」，在個案中應作謹慎地認定。亦即，不得請求返還者限以「給付標的」為範圍。例如：甲承租乙房屋供作賭博場所之用，乙依約交屋後，雖然租賃契約依照第 71 條或第 72 條無效，但乙移轉房屋之占有與甲乃不法原因之給付，根據第 180 條第 4 款本文規定不得請求返還。然而有疑問的是：甲是否得永遠拒絕返還？學者主張此際出租人所為之給付乃「一定期間對於房屋的使用」，故約定使用期間屆滿，給付者仍得請求返還。<sup>341</sup>再者，委任人基於委任契約而將處理委任事務的費用預付與受任人，此筆金錢的移轉同樣具有時效性，一旦事務處理並未完成，金錢仍留存於受任人手中，委任人得請求返還該筆處理委任事務之預付費用。<sup>342</sup>

<sup>338</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 85 頁；王澤鑑，不當得利，第 142 頁；劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁。

<sup>339</sup> 參閱 謝在全，民法物權論（中），第 337 頁。

<sup>340</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 85 頁；劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁。

<sup>341</sup> 王澤鑑，不當得利，第 142 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 141 頁。

<sup>342</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁。

### (3) 受脅迫或強制執行

有學者主張若欲依照第 180 條第 4 款本文規定排除基於不法原因給付所生的不當得利請求權，必須給付是出於給付者自由意思決定。若因受脅迫或強制執行而提出給付，不適用第 180 條第 4 款本文之規定。<sup>343</sup>

### (4) 雙方不法性程度的衡量

我國有不少學者主張當雙方當事人同具不法性下，於決定是否依第 180 條第 4 款本文規定排除給付者的不當得利請求時，尤須衡酌雙方當事人不法性的高低，於受領者存有顯然較高的不法性時，不適用第 180 條第 4 款本文之規定。<sup>344、345</sup>

常舉用以說明的案型是「詐欺賭博」<sup>346</sup>，此際由於賭博行為的不法性遠低於詐欺行為，應認為被詐欺者有受保護之必要。或近來被討論的案型：詐騙集團誑騙無知民眾，謊稱為賄賂外國公務員以領取彩券獎金，需民眾配合匯款至特定戶頭。於此案型中，學者認為匯款乃行賄的準備行為，尚未達到可罰階段，而給付者的行賄動機卻是來自詐騙集團實施詐術，後者行為構成詐欺罪，須受刑事追訴，不法性顯然較高，故不得適用第 180 條第 4 款本文之規定。<sup>347</sup>

就方法論而言，則有主張透過民法第 148 條第 2 項之「誠信原則」

<sup>343</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 88 頁。

<sup>344</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 143 頁；方嘉麟，公司回收自己股份法律效果之研究，政大法學評論第 75 期，第 174 頁至第 175 頁，註 103。

<sup>345</sup> 林誠二教授則認為無庸比較雙方當事人的不法性，蓋不法並不限於刑事犯罪，尚包括違反強行規定或公序良俗的情形，衡酌雙方當事人的不法性，徒增困擾。參閱 林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 231 頁。

<sup>346</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 143 頁。

<sup>347</sup> 劉昭辰，賄賂金的不法原因之給付，臺灣法學雜誌第 106 期，第 288 頁。

加以調整<sup>348</sup>，惟亦有認為應透過法官造法類推適用第 217 條「過失相抵」之規定而避免不公平情事發生。

### (5) 第三人的合法利益

於我國學說上被討論的事例約有以下數端：

#### i. 繼受人

有學者指出第 180 條第 4 款本文之規定對於概括繼受人亦適用之<sup>349</sup>，另有不同看法認為無論是特定繼受人或概括繼受人皆有其適用。<sup>350</sup>

#### ii. 債權人

針對債權人依民法第 242 條代位債務人行使基於不法原因給付所生之不當得利請求權的情形，我國學者認為代位權不過為行使債務人權利之權利，若債務人本身無法行使，而代為行使的債權人亦無法向受領者請求返還。<sup>351</sup>更何況第 242 條所規定的代位權係以債務人怠於行使為前提，債務人就不法原因給付所生之不當得利請求權而言係無法行使，故債權人實無代位權可言。<sup>352、353</sup>

<sup>348</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 143 頁；劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁；賄賂金的不法原因之給付，臺灣法學雜誌第 106 期，第 288 頁。

<sup>349</sup> 王澤鑑，不當得利，第 150 頁。

<sup>350</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 88 頁。

<sup>351</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 88 頁。

<sup>352</sup> 鄭玉波，不法原因給付與第三人之關係，載：民商法問題研究（一），第 109 頁。但鄭玉波先生又認為基於公平正義之法理，則不若採取肯定債權人得行使代位權的結論。

<sup>353</sup> 若個案涉及債務人為逃避債權人之強制執行，而與受領者通謀將其財產虛偽移轉至受領者名下的情形，則學者認為債權人雖不得行使代位權，卻得以行使民法第 244 條的撤銷權。其立論基礎在於受欺罔的債權人可視為民法第 87 條但書的善意第三人，可主張該通謀虛偽的移轉行為係屬有效，進而以之撤銷標的。參閱 鄭玉波，不法原因給付與第三人之關係，載：民商法問題研究（一），第 110 頁、第 111 頁。然而民法第 87 條所稱之第三人乃就該虛偽表示之標的新取得權利義務關係且因通謀虛偽意思表示無效而必受變動者而言，欲行使撤銷權的被詐害債權人似不屬於第 87 條意義下的第三人。關於民法第 87 條的相關解釋，請參閱 王澤鑑，民法總則，第 387 頁。

### iii. 破產債權人

我國學者認為破產管理人為全體破產債權人之利益行使破產法第 78 條、第 79 條之撤銷權並請求受領者返還其基於破產人不法原因給付所獲之利益，並無第 180 條第 4 款本文規定之適用。蓋破產管理人之撤銷權性質上乃各破產債權人之權利，由破產管理人為全體破產債權人行使，並非行使破產債務人之權利。<sup>354</sup>另有學者主張不法原因給付所生之不當得利請求之所以被排除，係基於法律無須浪費資源排解因不道德給付所生之糾紛，若個案中已非單純當事人間之糾紛，而係涉及其他破產債權人之權益，法律即必須介入以保護公益，故受領者不得根據第 180 條第 4 款本文之規定拒絕返還。<sup>355</sup>

#### (6) 規範目的取向

我國民法與公司法學者對於公司發起人違反公司法第 163 條第 2 項規定而轉讓持股的情形，大抵表示相同的意見，亦即，適用第 180 條第 4 款本文規定使違反系爭規定的雙方當事人無法請求返還違法所交付的股票與價金而回復原狀，將無法達成公司法第 163 條第 2 項的規範目的。<sup>356</sup>

至於涉及公司違法回收自己股份（公司法第 167 條）的情形，公司法學者亦有透過規範目的取向限縮第 180 條第 4 款本文規定適用範圍，亦即，僅公司一方為給付價金時，適用該款本文規定排除不當得利請求權，並不適當。至於解決方法，則可能將違法回收自己股份的交易認為並非不法之原因<sup>357</sup>或透過不法程度的比較，而排除不法程度

<sup>354</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 88 頁、第 89 頁。

<sup>355</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 42 頁、第 43 頁。

<sup>356</sup> 王澤鑑，不當得利，第 154 頁、第 155 頁；曾宛如，股東與股東會，月旦法學雜誌第 95 期，第 115 頁、第 116 頁。相同說理、結論，惟置於「不法原因」此一構成要件中討論者：楊芳賢，不當得利，第 109 頁。

<sup>357</sup> 本文對於此種看法的批評，請參閱第四章、第一節、(一)之說明。



較重者（要求公司回收股份的大股東）的不當得利請求權。<sup>358</sup>

### （7）後悔餘地

值得注意的是，我國學者認為若某人雇用殺手後反悔。立即通知可能的被害人走避因而倖免於難的情形，已給付報酬的主謀應可請求返還。而解釋方法同樣是援引民法第 148 條第 2 項的「誠信原則」，由法院斟酌雙方（主謀與受僱殺手）具體的不法情況而決定。<sup>359</sup>

### （8）綜合考量

我國亦有學者主張在雙方皆已給付或皆尚未給付時，將民法第 72 條與第 180 條第 4 款定位為互為表裡關係，較不生問題。但如僅一方給付，則他方因適用第 72 條之結果而無庸給付，已給付者依照第條第款則不得請求返還，若法律行為本身之違法性嚴重時，如此處理尚無可厚非，但如違法性並不嚴重者，亦以同樣方式處理，則有違反社會公平的問題。

因此，應以法律行為整體之違法性，當事人之違法性程度的比較、結論的妥當性及交易安全等為綜合考量後，檢討違反公序良俗之不法是否有適用第 180 條第 4 款之餘地。<sup>360</sup>

## 二、比較法上的觀察

以下主要觀察德國法、瑞士法與英美法在關於不法原因給付不得請求返還之原則規定下，如何具體建構例外事由藉以貼近規範目的或

<sup>358</sup> 方嘉麟，公司回收自己股份法律效果之研究，政大法學評論第 75 期，第 175 頁至第 178 頁。

<sup>359</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 143 頁。

<sup>360</sup> 陳洸岳，動機與違背公序良俗之約定，載：民法總則實例問題分析，第 166 頁。

兼顧其他值得保護的利益。

首先，德國民法第 817 條之規定在結構上可分為第 1 句與第 2 句，第 1 句係規定若受領者透過受領給付的行為違反法律或道德，負有返還義務。第 2 句則規定若給付者對於法律或道德的違反「同時」具有可歸責性，則排除該返還請求權。此外第 2 句本身亦有法定例外事由，亦即，若系爭給付係以債務承擔為內容者，則不在此限。然而，若針對此一承擔之債務已提出給付者，仍然不得請求返還。除上述法律所明訂的原則與例外，實務與學說亦發展出許多不成文的構成要件用以限縮第 817 條第 2 句的適用範圍。

其次，瑞士債務法的規定則較為簡潔：凡以引致違反法律或道德的結果為目的所為之給與不得請求返還。欠缺與德國相同的法律明文例外事由，瑞士的實務見解與學說研究亦發展出相關的例外事由。

最後，如上所述，英美法系針對基於不法契約所為之金錢交付或物品移轉並無任何法律明文規定可資參照，完全藉由法院交替地援引二個羅馬法諺—「不得以不道德原因引致訴訟」及「雙方當事人同等不法下，被告地位較為有利」—形成「不法性作為返還請求的抗辯」此一規則。但同時在法院長期判決實務的累積下，透過「辨異」與「先例拘束」亦建構出三個著名的例外事由。此三個例外事由分別為「非同等不法」、「後悔餘地」以及「獨立的財產上權利」，其中「獨立的財產上權利」意指若原告得以不援引自己之不法情事而在請求返還標的上建立財產上權利者，則該財產上權利的行使不受不法性阻礙。依本文體系，此例外事由毋寧對應於第 180 條第 4 款本文規定得否類推適用的問題上，故將置於本章第三節中說明，本節僅討論前二者，合先敘明。

## （一）德國法上的觀察

## 1、僅受領者違反法律或道德（第 817 條第 1 句）

依照德國民法第 817 條第 1 句的規定，若當事人所指定之給付目的具有受領者透過其受領行為違反法律或道德之性質，則受領者負有返還給付之義務。<sup>361</sup>此規定之特殊性在於受領者透過受領違反了良善道德與法秩序。不應該允許受領者保留此種給付，即使藉由給付所欲獲致之結果業已實現亦然。<sup>362</sup>

受領者藉由其受領行為而違反法律或道德之給付可能同時是期待經由給付而使特定行為或結果發生之情形（*datio ob rem*）<sup>363</sup>；在此種情形下，基於不法原因給付所生之不當得利（*condictio ob turpem vel iniustam causam*）與給付結果未發生（*condictio ob rem*）所生之不當得利發生競合。舉例言之：E 以犯罪行為威脅 L（或其他第三人）。為使 E 放棄從事其所威脅之犯罪行為，L 給與 E 5000 歐元；或為使 E 將 L 所寄存於 E 處之物品自願並不經提起訴訟地返還與 L，L 給與 E 5000 歐元。若 E 未遵照 L 之要求，亦即，L 所期待之結果未發生，則 L 不僅得主張「給付結果未發生」之不當得利（*condictio ob rem*），另得主張基於不法原因給付所生之不當得利（*condictio ob turpem causam*）。反之，若 E 遵照 L 之要求，因而達成 L 藉由給付所欲追求之目的，則 L 不得再主張「給付結果未發生」之不當得利（*condictio ob rem*），惟 L 依據德國民法第 817 條第 1 句之規定，仍得主張基於不法原因給付所生之不當得利（*condictio ob turpem causam*）。<sup>364</sup>

依據德國民法第 817 條第 1 句之規定，基於不法原因所為之給付可能同時係出於消滅債務之目的所提出之給付（*datio solvendi causa*）<sup>365</sup>。在此種情形下，基於不法原因給付所生之不當得利（*condictio ob*

<sup>361</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S.157.

<sup>362</sup> Wieling, Bereicherungsrecht, S. 35.

<sup>363</sup> 在特定將來結果會發生的假設下一例如：為促使受領者提出其不負有債務的對待給付，或促使受領者為特定行為，提出並無債務的給付。例如：為了促使受領者提出其不負有債務的對待給付，或促使受領者為特定行為。國內文獻的說明，請參閱 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 39 頁、第 40 頁。

<sup>364</sup> Wieling, a.a.O, S. 35.

<sup>365</sup> Wieling, a.a.O, S. 15.

*turpem causam*) 與基於「清償目的無法達成」所生之不當得利 (*condictio indebiti*) 可能發生競合。舉例言之：G 對 S 提供借款並附加重利，因而於特定期間內收取顯不相當之利息。G 受領顯不相當之利息之行爲違反法律與良善道德 (第 138 條第 2 項)。S 得主張德國民法第 812 條第 1 項第 1 句第 1 種情形之不當得利償還請求權，蓋 G 未享有系爭利息債權，此外，S 亦得主張德國民法第 817 條第 1 句之不當得利返還請求權。

若 S 就系爭利息債權並不存在一事有所認識，則基於德國民法第 812 條第 1 句第 1 種情形之不當得利請求權受同法第 814 條所排除，然仍得主張根據德國民法第 817 條第 1 句所生之不當得利請求權，蓋同法第 814 條之規定並不適用於基於不法原因給付所生之不當得利請求權 (*condictio ob turpem causam*)。<sup>366</sup>

有鑒於以上所述之情形，有學者進而主張德國民法第 817 條第 1 句所具有之實際意義乃微不足道，蓋當事人間之法律行爲依照德國民法第 134 條、第 138 條而無效之結果通常亦存在於一般被認爲是德國民法第 817 條第 1 句特有之規範情形中，因而於前揭情形中當事人亦得主張德國民法第 812 條第 1 項第 1 句第 1 種情形所規定之不當得利請求權。

德國刑法第 331 條意義下之不違背職務收賄一般被認爲是德國民法第 817 條第 1 句所具有之獨特意義之典型事例，然而，學者批評此種主張係以過時觀點作爲根據，亦即：於當事人一方違法之情形下德國民法第 134 條並不會介入干預；實際上，於此種情形下，德國民法第 812 條第 1 項第 1 句第 1 種情形所規定之不當得利請求權業已發生。是以就德國民法第 817 條第 1 句所具有之獨特意義而言，充其量僅餘給付者不具備違法或違反道德而屈服於受領者違反道德之要求之情形，例如當受領者就不爲刑事告發一事受有金錢給付時。然而於

---

<sup>366</sup> Wieling, a.a.O, S. 36.

此種情形下當事人間所爲之「給付具有法律上原因之合意」<sup>367</sup>依照德國民法第 138 條之規定得爲無效，致使德國民法第 812 條第 1 項第 1 句第 1 種情形得以擴大其適用範圍至前揭情形。<sup>368</sup>

除德國民法第 812 條第 1 項第 1 句此一對於不當得利請求權之發生原因所制訂之概括條款外，同法第 817 條第 1 句此種特殊不當得利請求權基礎究竟有無存在餘地及其必要性等問題，向來富有爭議。另有學者以德國民法第 134 條、第 138 條與第 817 條第 1 句等規定之關聯性作爲出發點進行觀察：其認爲德國民法第 817 條第 1 句之特殊不當得利請求權僅於下列情形中有存在餘地，亦即，當給付之法律上原因並未因違反法律或道德而無效，因而不發生阻德國民法第 812 條第 1 項第 1 句之不當得利請求權。至於個案中是否存有前揭情形，並非依據不當得利法加以回答，毋寧必須確切掌握德國民法第 134 條、第 138 條等規定之射程範圍。根據德國民法第 817 條第 1 句所生之特殊不當得利請求權似乎僅於同法第 134 條、第 138 條等規定並未介入受領者單方違反法律或道德之情形下，亦即，此些法律規定並未使給付之法律上原因無效時方有存在空間。依照通說，德國刑法第 331 條所規定之公務員不違背職務之賄賂即屬此種情形。一方當事人被勒索而提出給付亦被通說認爲是典型示例。概括言之，德國民法第 817 條第 1 句應該囊括所有受領者之違反法律或道德之受領行爲係具有直接不利給付者之性質之情形。準此例如提前受領給付乃違反法律或道德之情形。通說提出作爲適例之不違背職務收賄之情形則顯然易受批評，蓋於前揭情形，僅僅受領者單方之違法已得依據德國民法第 134 條而認爲給付之原因法律行爲無效。<sup>369</sup>

一般而言，於下列情形中德國民法第 817 條第 1 句被理解爲特殊不當得利請求權：僅存在於「給付結果未發生」所生之不當得利請求權（*condictio ob rem*）之範圍中、當事人單純就「給付具有法律上原

<sup>367</sup> 國內文獻上的詳細說明，請參閱 王千維，在給付行爲之當事人間基於給付而生財產損益變動之不當性，第 196 頁至第 198 頁。

<sup>368</sup> Larenz/Canaris, a.a.O., S. 157f.

<sup>369</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 4f.

因」一事所為之合意違反法律或道德。然而文獻上有主張：此種解釋下德國民法第 817 條第 1 句係屬多餘。蓋德國民法第 134 條、第 138 條等規定必定相應地適用於企求藉由給付引致特定結果之當事人所為之「給付具有法律上原因」之合意上，因而此種合意被認為是無效。惟有學者強調此一主張並未成功地否定德國民法第 817 條第 1 句作為「給付結果未發生」之不當得利類型（*condictio ob rem*）之特殊構成要件。蓋「給付具有法律上原因」之合意若為無效，僅導致於法律意義下沒有任何特定結果透過給付加以追求。是以，德國民法第 812 條第 1 項第 2 句第 2 種情形所規定之構成要件絕不可能實現。基此，立法者於德國民法第 817 條第 1 句之構成要件中就「給付具有法律上原因」之合意違反法律或道德之情形創設一獨立不當得利請求權並無違誤之處。

早期有將德國民法第 817 條第 1 句規定之立法意旨視為對於從事違反法律或道德之行爲之受領者施以制裁。本於將此一規定之立法意旨理解為法律上之制裁，則當個案中受領者就法秩序之違反欠缺可歸責性時，法院即不適用德國民法第 817 條第 1 句之規定。然而，德國民法第 817 條第 1 句規定之立法意旨僅在於取除為法秩序或道德所否定之增益，是以並不取決於受領者本身是否具有可歸責性，僅須客觀上存有法律或道德之違反即為已足。<sup>370</sup>

另外值得加以注意者是，德國性交易法第 1 條第 1 句構成德國民法第 817 條第 1 句之例外規定：若基於當事人先前約定之報酬而進行性交行爲，則此約定創設法律上有效之債權。易言之，若女性或男性性工作者從事當事人間約定之性交行爲，則得以起訴請求另一方契約當事人給付報酬。司法實務上對於此一規定尚未見任何判決。性交易是否仍屬違反道德之行爲，尚有爭論，惟有學者採取肯定之看法，其理由在於：立法者於倫理與良善道德之範疇中不具有規制權力。<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> Wieling, a.a.O, S.37.

<sup>371</sup> Wieling, a.a.O, S.37.

## 2、給付者對於違反法律或道德具有可歸責性<sup>372</sup>下的例外事由

### (1) 主觀要件

德國民法第 817 條第 2 句規定之法律效果可能使提出給付之一方當事人於無任何補償下喪失其給付，故被認為是相當嚴酷與難以忍受。然而，惟不同於適用德國民法第 817 條第 1 句規定之情形，於同法條第 2 句之適用上要求給付者具有可歸責性。且就給付者之可歸責性而言，大多數看法主張應以「違反道德者必定具備可歸責性」此一命題為出發點。蓋良善道德乃任何人皆必須加以認識者。<sup>373</sup>

實務見解在對於德國民法第 817 條第 2 句作目的性限縮下要求以給付者對於違反法律或道德有所認識作為不成文之主觀要件，絕大多數意見皆表示贊同。更有學者強調若不透過目的性限縮之方式附加不成文之主觀要件，則於一般情形下將無法於法律倫理上正當化透過拒絕給付之一方當事人之不當得利請求所造成之嚴苛。此外，值得注意的是，不同於通說看法，有學者認為此種不成文之主觀要件要求同樣適用於違反道德之情形。其理由在於：現今德國民法第 138 條之規定時常被僵硬地操作，以致於當事人若欲主張其未認識到道德之違反根本不需以「欠缺道德上之判斷能力」作為根據。惟無論如何，根據一般原則，當給付者對於其行為結果或其行為結果之評價完全漠視時，視同於有認識。<sup>374</sup>

另有學者從一般預防之角度就德國民法第 817 條第 2 句規定之不成文主觀要件進行更深入之說明：於一般預防之觀點下，排除給付者

<sup>372</sup> 雖就文義解釋而言，第 817 條第 2 句係規範給付者與受領者對於違反道德或法律同具可歸責性的情形。然而，德國實務與學說見解大多將第 2 句的規定適用於僅給付者具有可歸責性的情形，否則從事不法行為的受領者將受到較之未從事不法行為時更好的待遇。vgl. Palandt/Sprau, BGB Kommentar, § 817, Rn. 1; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 817, Rn. 7; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S. 71.

<sup>373</sup> Wieling, a.a.O., S. 38.

<sup>374</sup> Larenz/Canaris, a.a.O., S. 163.

之不當得利請求權僅於其明知將自身置於法秩序外時，亦即，故意違反法或道德秩序時，始取得正當性。蓋僅於給付者明知其違反法律或道德下，立法者藉由排除不當得利請求權所欲產生之嚇阻效果才能完整地實現。德國民法第 817 條第 2 句之規定作為一種法律上制裁旨在排除根據其他不當得利法之規定已存在之償還請求權。此一法律效果並非基於客觀利益即可加以正當化之要求，而係僅當給付者明知其違反法律或道德時才得以正當化之行爲結果。至於適用德國民法第 817 條時附加主觀要件會使人民良知變得冷酷、道德感發展不完全之疑慮，雖係不可否認，惟可透過對於所謂「明知」違反道德作寬鬆理解之方式加以化解。<sup>375</sup>

較有疑問者是，德國民法第 817 條第 2 句規定適用上不可或缺之主觀要件之內容為何？亦即，主觀要件所要求者究竟對於違反法律或道德本身有所認識抑或僅認識到構成法律或道德之違反之行爲情狀即爲已足？就此一問題而言，基於正義之要求，法律不允許對於欠缺不法感知之人給予獎勵。是以，於違反道德之情形下，就德國民法第 817 條第 2 句而言，行爲人認識到相關事實情狀即爲已足。然而適用法律者至少必須能從行爲人所認識之事實情狀中推導出其對於違反道德有所認識一事不容置辯之結論。實務上常常藉由以下公式加以處理：當給付者輕率地漠視對於違反道德之認識、理解時，德國民法第 817 條第 2 句未明文加以規定之主觀要求已經獲得滿足。值得注意者是，行爲人特有之法觀點一旦爲法院採認，無疑可認爲其欠缺對於違反道德之認知。是以，若由於法院實務見解之變更，使某一交易行爲被嚴厲譴責爲違反道德，則就實務見解變更前已作成之交易行爲而言，行爲人欠缺德國民法第 817 條第 2 句所要求之主觀要件。<sup>376</sup>

至於行爲人違反強行法規之情形，由於禁止規定相當多樣化且經常被理解爲具有技術性，故不能立即假設給付者明知其違反禁止規定，亦即無法經常從對於行爲情狀之認知推導出對於違法之認知。是

<sup>375</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 68.

<sup>376</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 69.



以，於一般情形下法律適用者必須要求行為人對於違反禁止規定有直接認識，除非涉及類似於作為人類共同生活所不可或缺之基本規則之整體道德秩序般而允許將之視為普遍為一般人所明知之禁止規範。司法實務正確地指出當貸與人輕率地漠視對於違法之認知時，即已合致主觀要件，否則欠缺價值判斷能力之行為人即有可能由於其發展不全之不法意識而獲取利益。<sup>377</sup>

## (2) 終局性基準

德國民法第 817 條第 2 句關於客觀要件方面亦藉由法續造與解釋之方式加以修正。德國民法第 817 條第 2 句所規定之不當得利請求權障礙必須透過適當地限制此一規定所稱之給付概念而緩和其嚴厲性。<sup>378</sup>

### i. 以負擔債務作為給付內容

若違反道德或法律之給付內容是負擔債務，例如提出無因之債務拘束，則得以請求受領者返還系爭給付。德國民法第 817 條第 2 句第 2 種情形對此訂有明文。舉例言之：L 透過無因之債務拘束允諾給與 E 5.000 歐元，E 承諾從事約定之犯罪行為。該無因之債務拘束根據德國民法第 780 條之規定係屬有效，蓋其具有無因性、不受債務拘束之原因所影響。若 E 主張該債務拘束請求 L 給付 5.000 歐元，則 L 得主張根據德國民法第 821 條之規定所賦予之不當得利抗辯以資對抗，蓋給付之原因法律行為依照同法第 138 條第 1 項無效。此外，由於系爭債務拘束不得訴請履行，L 應具有再度使該債務拘束歸於消滅之可能。惟若給付者就已負擔之債務加以履行，則不得再請求返

<sup>377</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 70.

<sup>378</sup> Larenz/Canaris, a.a.O, S. 163.

還系爭債務。蓋於此種情形下法律維持不加干預之狀態。<sup>379</sup>

德國法院之實務見解最初係針對當事人請求返還其所設定之擔保之情形而發展「終局性」判準。易言之，若一方當事人為擔保提出約定給付之債務—該給付根據德國民法第 817 條第 2 句之規定不得請求返還—而交付押金或設定土地債務，則德國民法第 817 條第 2 句不得適用於依德國民法第 812 條（行為人所擔保之債權依照德國民法第 134 條或第 138 條之規定並未發生）所生之請求返還擔保之不當得利請求權。理由在於：一方面，擔保之設定僅屬附隨之從契約，設定擔保之目的並未直接違反法律或良善道德；另一方面，設定擔保予他方當事人應未使該財產利益終局地保留於他方財產中，反之他方當事人原則上應該加以返還，除非發生可行使擔保權利之事由。此種對於德國民法第 817 條第 2 句意義下之給付概念加以限縮之見解繼續基於以下理由而獲得肯認：德國民法第 817 條第 2 句之規定本身即明示於給付內容為負擔債務之情形下應可請求返還。準此，例如當事人為履行違反法律或道德之債務而簽發之票據，其得以請求返還。根據立法資料所示，此一規定之基礎思維在於：違反法律或道德之行為人於僅僅負擔無因債務下並未實際提出給付，毋寧是承諾將來會提出給付。此明顯類似於德國民法第 518 條第 1 項第 2 句、第 656 條第 2 項、第 762 條第 2 項等規定並且係以一般普遍之法律思維作為根據，是以必須邏輯一貫地適用於單純設定擔保之情形。<sup>380</sup>

惟有學者就之所以當事人得依不當得利請求返還基於違反法律或道德之原因所設定之擔保，採取不同於通說之觀點：

早期有認為得藉由「直接性原則」<sup>381</sup>而支持限縮德國民法第 817 條第 2 句規定適用範圍之結論。易言之，擔保之設定並不直接以違反法律或道德之契約為依據，而是以設定擔保之合意為基礎。設定擔保

<sup>379</sup> Wieling, a.a.O, S. 41f.

<sup>380</sup> Larenz/Canaris, a.a.O, S. 165.

<sup>381</sup> 直接性原則係指：返還請求權僅在給付是就其本身觀之違反法律或道德，或直接有助於履行基於違反道德的交易所生的請求下方加以排除。vgl. MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 30.

本身既未違反法律亦未受到道德價值之指摘。然而「直接性原則」於此種情形下並不具說服力，蓋擔保權利毋寧與實際履行義務僅有程度差異，因此如實際履行義務般於同一範圍內構成法律或道德之違反。另有以所謂「終局性」概念嘗試加以合理說明者，亦即，由於設定擔保僅具暫時目的，故應將此一情形從德國民法第 817 條第 2 句規定之適用範圍中排除。然而，所謂「終局性」之標準亦同樣無法令人滿意。理由在於：當擔保事由發生且債權人著手實行擔保時，擔保權利即從之財產暫時取得迅速轉變為終局取得，因此前述說理不具說服力。當事人基於違反法律或道德之原因所設定之擔保之所以得請求不當得利返還，毋寧直接得以法律規定本身作為依據。蓋以設定擔保作為給付內容與以負擔債務作為給付內容存有相當之類似性。若當事人於負擔債務之情形依照德國民法第 817 條第 2 句後半段之規定得以請求返還，於提供擔保之情形下同樣得請求返還該擔保權利。蓋於上述兩種情形下沒有任何「給付」存在，毋寧債權人透過附加之債務拘束或擔保被給予額外、惟須另行主張之利益。是以，設定擔保之情形即如同負擔之無因債務拘束般，同樣有「法秩序不應協助債權人實現此種利益」此一原則之適用。<sup>382</sup>

## ii. 暫時性給付<sup>383</sup>

於適用德國民法第 817 條第 2 句之規定排除對於違反道德或法律之給付之不當得利返還請求權時，必須詳加注意者是：給付內容究竟為何？若給付利益僅於特定期間內移轉至他方當事人之財產中，則給付並非以持續性之轉讓，而是僅以暫時性之轉讓為內容。於給付係以暫時性轉讓為內容之前提下，依照德國民法第 817 條第 2 句之規定排除給付者之不當得利請求權，其實際之法律效果為：該給付利益於約定或法定期間內不得請求返還，惟一旦期間屆滿，德國民法第 817 條第 2 句之規定即無阻礙不當得利返還請求之效力。

<sup>382</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 64.

<sup>383</sup> Wieling, a.a.O, S.42.

舉例言之：G 於 2002 年 1 月 1 日對 S 提供為期五年之融資借貸，且訂有顯不相當之利息。S 直到 2002 年底仍依約支付利息，此後即拒絕再為清償；G 因而請求返還該筆借款。由於該借貸契約無效，故 G 不得向 S 請求任何利息；就已交付予 G 之利息，S 則得根據德國民法第 817 條第 1 句之規定請求返還。至於根據德國民法第 812 條第 1 項第 1 種情形規定所生之返還本金之不當得利請求權，依照同法第 817 條第 2 句之規定則被排除。然而此並未意味 G 已終局地喪失該筆貸款。本例中，系爭給付內容為對 S 作成為期五年之金錢移轉。是以共計五年之時間內 G 不得依不當得利請求返還該筆金錢。惟五年期間過後，德國民法第 817 條第 2 句之規定不再阻礙 G 依不當得利請求返還該筆借款。

帝國法院在著名之原則性判決<sup>384</sup>中正確地擇取此一中庸之道，將德國民法第 817 條第 2 句之規定僅適用於依照德國民法第 818 條第 1 項、第 2 項等規定就使用本金所生之利益償還請求權，而非一併適用於本金償還請求權。易言之，依照德國民法第 817 條第 2 句之規定重利貸款者必須使被重利剝削之借款者無息地保有貸款本金直至約定償還期間為止，並不得請求任何利息。此一解釋結果於法釋義學上合乎邏輯，蓋與收取重利具有對價關係，因而構成德國民法第 817 條第 2 句意義下之違反道德之給付，實乃為收取過高利息而暫時不為（本金的）使用，而非終局地交付本金。再者，就目的論而言，此一結論亦具有說服力：蓋一方面得以避免不合比例原則之過度效果，另一方面，若未加以限縮解釋，則被重利盤剝之借款者將取得依照契約內容所不應得之財產利益，亦即，借款本金。是以，原則上僅終局地移轉至他方財產中且構成與違反法律或道德等價之財產上給與方被視為德國民法第 817 條第 2 句意義下之「給付」。<sup>385</sup>

較有爭議者是，S 須否至少支付「適當」之利息？通說否認借款者負有此種義務；然有不同見解認為被重利盤剝之借款者就通常一般

<sup>384</sup> RGZ 161, 52

<sup>385</sup> Larenz/Canaris, a.a.O, S. 164.

額度的之利息仍負有清償責任。此種請求權無疑欠缺法律上基礎。德國聯邦最高法院至今仍採否定見解，蓋認為重利貸款者仍得請求相當之利息將發生難以忍受之價值矛盾，亦即，事實上將使德國民法第 817 條第 2 句之規定喪失意義。<sup>386</sup>

學說上另將前揭概念擴張及於以下情形：L 移轉一筆金錢與 E，並約定由 E 為 L 進行法所禁止之外匯交易。嗣後 L 請求返還該筆金錢，E 則援引德國民法第 817 條第 2 句之規定作為抗辯。該委任契約違反禁止規定，依照德國民法第 134 條係屬無效；L 欲藉由移轉該筆金錢與 E 而從事違反法律規定之行為，故可適用德國民法第 817 條第 2 句之規定。然而，本例中之「給付」並非以持續性之金錢移轉，而僅以短時間之轉讓為內容，故不適用德國民法第 817 條第 2 句之規定。

由前揭事例可知，限縮之給付概念於信託以及其他委託處理事務之契約亦具有重要意義。根據限縮之給付概念，於信託契約無效下，依照德國民法第 812 條之規定受託人必須將基於違反法律或道德之目的所受讓之金錢償還與委託人。理由在於：一方面，處理委任事務所交付之金錢未具有與法律或道德之違反等價之特性；另一方面，處理委任事務之必要費用亦不應終局地保留於受託人手中。於當事人基於違反法律或道德之目的—例如為逃漏稅捐或進行法所禁止之事務—將一筆款項寄存於銀行之情形下，則根據上開帝國法院判決所立下之原則法院須為邏輯一貫之判決。蓋系爭契約於法律上可被評定為借貸契約，上開帝國法院之判決所立下之原則與之直接相關。若法院若為相異之判決，則顯然不具正當性。雖然受託人或銀行當然得以拒絕將彼等藉由受讓該筆金錢而獲取之財物交還給委託人或是存款人—儘管此種交易違反法律，如同在未經許可下經營外匯業務之情形—然而此種結論並非由德國民法第 817 條第 2 句之規定所導出，而是從下述看法中獲致：於此種情形下—無論作為基礎之系爭契約有效抑或無效—禁止受託人或銀行履行返還義務，是以，若無法構成德國民法

<sup>386</sup> Larenz/Canaris, a.a.O, S. 164.

第 275 條意義下之法律不能，至少引致根據同法第 242 條所生之「不具可期待性」之抗辯權。<sup>387</sup>

值得注意的是，有學者針對前述藉由「暫時性」給付概念說明於重利借貸下貸款本金之不當得利償還請求權不為德國民法第 817 條第 2 句規定所排除之見解提出質疑：將借貸本金之所有權或是借款者轉帳帳戶中相應增加之資產視為所受領之利益，卻僅將「給付」視為暫時之金錢轉讓，此種解釋方法使人感到矛盾、不一致。反之藉由限縮德國民法第 138 條所規定之無效法律效果而獲致此一值得贊同之結論——借款者得於約定期間內無息地保有該筆借款金額——，於理論構成上將完美許多：當事人於該無效契約中所約定之清償期限就不當得利法之回復原狀關係而言仍有存在必要。此係為維護借用人之利益所被要求者，蓋借款人透過德國民法第 138 條之規定應受到保護，因而不應迫使借款人面對立即屆期之返還借款義務。<sup>388</sup>

此外，請求返還貸款本身之不當得利於當事人係根據法所禁止之目的而移轉金錢之情形下依照德國民法第 817 條第 2 句之規定將被加以排除。蓋違反法律或道德之價值判斷既不存在於轉讓資金之條件亦不存在借貸契約成立生效之相關事實情狀。法律規定或道德價值所禁止者毋寧在於提供資金本身：不容許當事人出於法所禁止之目的提供貸款融資。舉例言之：某一外國人為促使一位德國女性與之成立假婚姻並藉此欺騙掌管移民與出入境之行政機關而取得居留之合法地位故提供該位德國女性融資貸款。此一借貸契約依據德國民法第 139 條之規定係屬無效。於此情形下，該筆借貸款項依照德國民法第 817 條第 2 句之規定不得請求返還。<sup>389 390</sup>

關於提供資金供人從事賭博行為之情形，慮及當事人間遭法律或

<sup>387</sup> Larenz/Canaris, a.a.O., S. 164f.

<sup>388</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 36.

<sup>389</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 39.

<sup>390</sup> 雖然「暫時性」給付概念欠缺釋義學之依據，且德國民法第 139 條在對於不法行為者提供融資之情形下無法導出一部無效之結果，因而邏輯上的確可以得出貸與人無法請求返還本金之結論，然而，此種法律效果是否抵觸「過度禁止」原則，則非無斟酌餘地。

道德所禁止之融資目的，應排除返還本金之不當得利請求權。近來，德國聯邦最高法院僅於貸與人對於從事賭博行為之風險有所認識且該風險業已實現致使貸與人一方受有資金損失之情形下排除給付者之不當得利請求權。展言之，倘若借款人業已輸光該筆借貸款項，即排除貸與者之不當得利請求權。反之借款人若仍保有該筆借款，即不具有任何正當理由排除返還借貸本金之不當得利請求權。有學者認為德國聯邦最高法院此一法律操作結果並未藉由德國民法第 817 條第 2 句規定之立法理由而得到解釋說明。蓋提供融資予他人從事法所禁止之賭博行為之貸與人必須認識到當借款人拒絕償還借款時，其即無法回收借款金額。德國民法第 817 條第 2 句規定之嚇阻作用即在於此。德國聯邦最高法院所持之見解僅於認知以下觀點時具有說服力：對於從事賭博行為之人提供融資係構成德國刑法第 27 條意義下之幫助行為；且幫助犯所處之法律地位相較於正犯而言不應更為不利<sup>391</sup>，亦即，若貸與人本身參與賭博行為，僅僅於賭輸時必須擔心喪失賭注。是以實際上單純提供融資之貸與人不應處於更為不利之地位。抑有進者，實務上較新之見解為：當賭注並非基於賭輸而係基於其他原因不再歸屬於借款人時—例如因為賭博業者違反約定未為付款—則返還借款之不當得利請求權依照德國民法第 817 條第 2 句規定仍應加以排除。蓋於貸與人自身從事賭博行為之情形下，同樣必須承受此種損失。且此種風險亦被視為因賭博而發生之典型風險，蓋賭博行為之參加者依照德國民法第 134 條對於贏得之賭金並無法律上之請求權而完全繫諸賭博業者之善意。<sup>392</sup>

### iii. 不同的概念說明

同樣是針對以債務承擔、債務拘束、票據簽發、擔保設定等為給付內容或涉及借貸、租賃或委任等暫時性給付之情形，有學者不以一般慣用之「終局性基準」來概述以上情形，其企圖區別不同類型而賦

<sup>391</sup> 本文認為：若 Schwab 不將德國民法第 817 條第 2 句之立法意旨解釋為對於違法者所課與之制裁，則透過援引刑法之「共犯從屬性」理論而說明此一問題，顯然毫無意義。

<sup>392</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 40.

予更具說服力的概念說明。展言之，德國學者 *Wendehorst* 針對債務承擔、債務拘束、票據簽發或擔保設定等情形改以「違反法律或道德的事件過程的終局性」來說明。其認為：倘使給付保留在受領者一方將對於進一步違反法律或道德之行為提供助力或迫使此等行為發生或加以合法化者，則不應透過德國民法第 817 條第 2 句之規定排除不當得利返還請求權。<sup>393</sup>另就「暫時性給付」之情形，*Wendehorst* 則藉由比例原則加以說明。其認為有鑑於德國民法第 817 條第 2 句所具有之一般預防功能，適用此一規定時尤須注意比例原則之要求。亦即，在個案中適用此一規定除須適於實現一般預防的效果外，更須符合必要性與狹義比例性。因此，重利借貸與提供他人從事違反法律或道德之行為所需資金兩者情形於是否排除返還本金之不當得利上即產生區別。前者具有違反法律或道德性質者在於融資貸款之方式或情況，尤其是涉及過高利率之部分。後者則是提供資金本身即違反法律或道德。於後者情形下，使給付之原因法律行為無效之規範所蘊含之保護目的要求徹底排除關於返還本金之不當得利請求權。<sup>394</sup>

### (3) 誠信原則？

在文獻討論中第 817 條第 2 句經常被視為導致不可忍受的結果的錯誤規定。典型事例為：在性交易場所買賣下就價金餘款設定抵押的情形。V 將其所有供作性交易場所的土地出賣與 K，價金 800.000 歐元，並且完成移轉；K 就買賣價金僅清償 400.000 歐元，並就剩餘款項以買得的土地為 V 設定抵押。嗣因 K 未為清償，V 實行該抵押權。（*RG 68, 97.*）依照法院的觀點該買賣契約依照第 138 條係屬無效，該移轉行為依照通說為有效。亦即 V 無法依照德國民法第 433 條第 2 項主張買賣價金，且就設定登記與 V 的抵押權而言欠缺受擔保的債權，以致於該抵押權本身不可能存在；依照第 1163 條第 1 項第 1 句為 K 產生所有權人的土地債務。依照第 817 條第 2 句之規定 V 也不能請求返還該土地。K 先付一筆 400.000 歐元的價金即保有該筆土地。

<sup>393</sup> vgl. Bamberger/Roth/Wendehorst, Kommentar zum BGB, Bd. 2, § 817, RdNr. 18, 19.

<sup>394</sup> vgl. Bamberger/Roth/Wendehorst, a.a.O, RdNr. 20, 21.



此結果依照普遍流行的觀點完全地不能忍受，因為按這樣方式 K 基於 V 的費用而獲得利益。為了避免此種所謂的不正義，人們嘗試適用第 242 條之規定：依照誠信原則不得援引自己違反道德作為主張！若受領給付者援引第 817 條第 2 句並且適用該規定導致人們認為不正義的結果，則應該是不被允許的權利行使。

此種就關於違反誠信行為與關於違反道德行為的法律規定所做的較量是不恰當的。當人們援引法律規定時，原則上不可能是不允許的權利行使。立法者有意識地對於違反道德的給付者承受不利益此一事實情況加以忍受，在第 817 條第 2 句下給付者與受領給付者間的利益評價乃立法者所為。同樣地，透過第 817 條第 2 句違反法律或違反道德的財產移轉被加以維持不可能導致第 242 條的適用。違反法律或道德的財產移轉被維持的原因在於適用第 817 條第 2 句的結果且為立法者所肯認。法秩序不會介入干涉此種事件的發展過程，不會對於違反道德的給付者提供取回其所為給付的依據。凡提出違反道德的給付且期待他方提出對待給付者，有足夠理由去堅持同時提出給付。第 242 條僅於特殊情狀下有其適用空間，亦即該特殊情狀未被包括在第 817 條第 2 句本身的評價中，而該特殊情狀要求第 242 條的適用。在第 817 條第 2 句的一般情形下並無第 242 條的適用空間。<sup>395</sup>

當未獲報酬的非法勞工想要依照第 812 條第 1 項第 1 句第 1 種情形以及第 817 條第 1 句請求返還其所為給付的價值時，相同的問題也會發生在非法勞動的情形。在雙方皆違反德國非法勞動法的情形下，該約定依照第 134 條無效，第 817 條第 2 句則排除價額返還請求權。同樣地，在此種情形下，對於實務而言排除價額返還請求權特別顯得不公平，以致於實務想要藉由第 242 條來抵抗第 817 條第 2 句！於此援引誠信原則應該會使違法如同未曾發生過一般。此顯示：依照實務見解的觀點非法勞動是一個不須嚴肅地看待的小過錯。然而遵守第 817 條第 2 句的規定毋寧是更為優先的。<sup>396</sup>

<sup>395</sup> Wieling, a.a.O, S. 39f.

<sup>396</sup> Wieling, a.a.O, S. 40.

Canaris 對此有詳盡的說明：如同所有規範一般，德國民法第 817 條第 2 句原則上也受到第 242 條的限制。透過不成文的主觀要件以及限縮的給付概念德國民法第 817 條第 2 句的規定在其間已經在相當大的程度上被加以緩和，以致藉助第 242 條所為的附加調整可能輕易地便釀成不受控制以及違反規範目的的公平裁判。

對此具有代表性者是德國聯邦最高法院就非法勞工所為之判決。<sup>397</sup>德國聯邦最高法院在此判決中雖然肯定依照德國民法第 134 條在違反德國非法勞動法第 2 條的情形契約無效，卻儘管非法勞工明知違法而仍未使非法勞工基於第 812 條、第 818 條第 2 項的價值償還請求權遭第 817 條第 2 句所排除；因為法院認為：透過契約請求權的排除法律的管制的目的設定已經獲得很大程度地滿足，因此取向於誠實信用的基準——讓透過先為給付而獲利的雇主保留其無償取得的未被正當化的利益似無法符合公平正義——於判決上越顯重要。然而讓雇主保留其無償取得之利益正好是德國民法第 817 條第 2 句的典型效果與目的，以致於德國聯邦最高法院的論據就這點而言導致第 817 條第 2 句失效並且因此構成違背現行法律的判決。同樣地也未達成預防思維的實行。德國民法第 818 條第 2 項意義下的「價值」原則上也就是取向於市場價格，因此將會是在非法勞動報酬下絕對不會有的好價格；雖因非法勞工根據契約無效不受擔保責任所拘束而就市場價格為扣減是正確的，但在此問題的關連性下則是不重要的，因為減價甚至正好構成與擔保義務的欠缺相等價者。因此非法勞工依照德國聯邦最高法院的見解擺脫了困境：其享有報酬請求權——在雙方當事人約定下的報酬通常充其量只是微不足道的——，此外其還免除擔保責任。此簡直是對於德國民法第 817 條第 2 句的預防功能的嘲弄，非常明顯。若德國聯邦最高法院另外還指出非法勞工大多數相較於雇主而言都是經濟上較為弱勢者，則有鑑於工作時間結束後的勞動與週末勞動大幅的擴展此種說法部分已經忽略了現實，此外無論如何此種說法就法律而言是不重要的，因為德國非法勞動法絕不應該保護非法勞工——如同德國聯邦最高法院本身也加以承認的——，相反地應該保護雇主。<sup>398</sup>

<sup>397</sup> BGHZ 111, 308

<sup>398</sup> Larenz/Canaris, a.a.O, S. 166f.

Wieling 在這個問題下指出第 817 條第 2 句在適用上與第 134 條、第 138 條的連動性問題，值得深思。其認為：第 817 條第 2 句絕不會導致無法忍受的結果。引起許多異議的問題的原因不在於第 817 條第 2 句，而是在第 138 條第 1 項。此涉及到一個問題，亦即，性交易場所的買賣或租賃究竟是否違反道德？隨著時間推移流轉道德標準顯著地產生鬆動，且若人們將性交易場所的買賣視為是企業的移轉，則在前揭案例中 V 在受領首先支付的第一筆價金後即連同土地與營業一併喪失，此結果自然顯得無法忍受。但此並非第 817 條第 2 句的問題，若人們公開地擁護此種交易的有效性，則根本不會論及第 817 條第 2 句。相反地，當所涉及者並非供作性交易場所的土地而是偽造貨幣的營業或製造炸彈的恐怖組織的經營時，通說或許也未曾對於適用第 817 條第 2 句加以質疑。或者國家也許應該負有義務在此些情形中協助讓與人請求返還其土地？事實上早期已有部分見解不願將第 138 條第 1 項適用於性交易場所的買賣或是其他此類型的交易。同樣地現今實務見解也是以此為出發點：若未有其他特別情事，例如：女性性工作者遭剝削或是被促使從事性交易等情形，此類型交易有效。

#### (4) 值得保護的其他合法利益

根據立法理由，當例如第三人的合法利益要求與第 817 條第 2 句之規定相否的返還請求權時，第 817 條第 2 句不再適用。<sup>399</sup>舉例言之：過著揮霍生活的 A 基於雙方的違反道德的動機將土地贈與給其情婦 G。當 A 陷於經濟上困窘時，其藉徵引第 138 條第 1 項的規定請求返還該筆土地。其所提起的訴訟根據第 817 條第 2 句被駁回。在此期間 A 宣告破產，其破產管理人對該敗訴判決提起上訴。德國聯邦最高法院（*BGH 19, 338*）正確地基於就該筆土地復歸破產財團且可被利用而言享有利益的破產債權人的優位利益准許該訴訟。法律的自我限制對於違反道德或法律的給付者可能是合適的，但對於破產債權人的正

<sup>399</sup> Wieling, a.a.O, S. 41.

當利益言則沒有辦法加以維持。<sup>400</sup>

對此，Schwab 的觀察是：在適用破產法下實務先前認為：在破產程序中關於給付者的財產破產管理人不受第 817 條第 2 句所阻礙。因為並無任何道德違反性可以歸咎於破產管理人身上，所以權利拒絕保護缺乏內在理由。若他方所受領者歸入破產財團，則此結果有利於同樣不能對之加諸任何非難的破產債權人。然而，在相關文獻中此實務見解被多數意見所拒絕採納。德國聯邦最高法院現在也已經正確地放棄此實務見解。<sup>401</sup>

公共利益的維護同樣可導致不適用第 817 條第 2 句的結果。舉例言之：鄉鎮首長將名貴繪畫贈送給一位高級的政府機關與政黨機關成員的女兒做為新生禮物。在 1945 年後該鄉鎮請求返還該畫。雙方當事人的行為皆有違法或違反道德。雙方都知道僅在重大違反財政法的規定下方有可能為此贈與。然而，第 817 條第 2 句並未阻礙該返還請求權，理由在於：有鑑於保護該鄉鎮及其居民的需求應准許該返還請求。<sup>402</sup>

就不當得利請求權的繼受人而言，有鑑於給付者的權利繼受人不能擁有相較於給付者本身更大的權利，故可導出第 817 條第 2 句亦適用於權利繼受人身上的結論。在不當得利請求權透過法律行為轉讓的情形下，此可從德國民法第 404 條導出。此原則僅在給付者企圖藉由對於受領者的給與行為違反道德地加損害於潛在的權利繼受人的情況下存有例外。在此種情形下必須允許權利繼受人主張不當得利請求權，而不透過第 817 條第 2 句對此加以阻礙。因為若不如此則對於權利繼受人的保護將翻轉顛倒過來。當然在此種情形下依照於此被支持的看法物權行為同樣無效。因此物的權利地位仍保留由給付者所取得。假若該權利繼受包括物的權利地位，則權利繼受人得以主張基本上不受第 817 條第 2 句所阻礙的物上請求權。<sup>403</sup>

<sup>400</sup> Wieling, a.a.O, S. 38.

<sup>401</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 57.

<sup>402</sup> Wieling, a.a.O, S. 41.

<sup>403</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 58.

### (5) 取向保護目的的目的性限縮

針對第 817 條第 2 句於個案適用上如何取向於宣告原因法律行為無效的法律規範或道德規範的目的而進行目的性限縮 (*teleologischen Reduktion*)，*Schwab* 有一系列詳細的說明：

第 817 條第 2 句的一般預防目的在個案中可能與產生自透過給付加以違反的法律規定或是使給付顯得違反道德的某種價值的控制目的的相衝突。亦即，可能會發生被違反的法律規定的保護目的

(*Schutzzweck*) 或是道德價值的目的取向在受領者必須返還該給付時才能實現的情況。因此在此種情形下受領者不得援引第 817 條第 2 句普遍地且正確地被認為是可能的。當然對於第 817 條第 2 句作保護目的取向的限縮會遭遇此種異議：在為數眾多的情形中立法者作有對於違法或違背道德而獲取的利益加以取除的規制；於未有出現此種規制的情形，必須逕依第 817 條第 2 句的規定處理。在國庫取除此種利益的情形中的確不存在抑制第 817 條第 2 句的適用的必要性。然而在此種思考下針對違反道德的受領給付的情形下即無法令人滿意地加以解決，因為於此在很大程度上欠缺公法上的利益取除的規定。總之，並不存在任何理由去宣告在慮及國家的取除規則下對於第 817 條第 2 句作保護目的取向地限縮的相關討論是無用的。在方法論上還需說明的是：當具開放性的結果控制在文獻中常常被加以要求時，以下思考卻與之無關。對第 817 條第 2 句所為的限縮毋寧必須可以被精確地回溯至法律規定的價值之上。<sup>404</sup>

困難之處無疑存在於在前述意義下就不當得利請求權的阻礙與法律或是道德價值的保護目的相違背的情形加以辨識。依照德國聯邦勞工法院的見解，當見習生違反德國職業訓練法第 12 條第 2 項第 1 款的規定對於職業訓練關係的成立給與報酬時，即為前述指涉的情形：該法律規定應該保護見習生就其職業訓練免於經濟上負擔；因此

<sup>404</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 20.

若職業訓練的企業主被允許保留該筆被支付的報酬，則是不相一致的。就結果而言，此觀點值得贊同。然而依照在此被支持的看法，不需要對於第 817 條第 2 句加以限制。毋寧該規定的構成要件未被實現。因為在對第 12 條第 2 項第 1 款的規定作合理解釋下，並非將違法歸咎於就職業訓練關係的成立支付報酬的見習生，而是僅僅歸咎於受領該報酬的職業訓練的企業主。<sup>405</sup>

其他關於對於第 817 條第 2 句作保護目的取向地限縮的事例是在非法傳銷中所為的費用繳付。德國聯邦最高法院使在此種傳銷系統下的欲請求返還其所提出的資金費用的參與者不為第 817 條第 2 句所排除，因為法院採取如下的見解：該違反道德性並非為參與者所明知。可以有理由地對於此看法的根據提出質疑，因為在現今非法傳銷被評價為不正當是沒有疑問的。不將第 817 條第 2 句適用於資金費用的返還上就結論而言是正確的，因為該違反道德性正好源自於：最初的參與者是在後來的參加者的費用上獲取利潤。若想矯正此一不正當的狀態，則必須尋求可導致所有參與者取回其資金費用——但也僅止於此——的返還請求權。因此，第 817 條第 2 句一方面並不阻礙向主辦人請求返還資金費用，但另一方面基於相同理由主辦人也得以對於最初的參與者請求返還其所支付的獲利——此同樣地基於第 138 條而欠缺法律上原因——對此並沒有透過第 817 條第 2 句而受到妨礙，因為主辦人需要金錢去滿足後來的參加者所提出的已支付的資金費用的返還請求。此種獲利的返還請求權同樣地不受第 814 條的阻礙，因為第 814 條在違法或違反道德的給付目的之情形下並不適用。<sup>406</sup>德國聯邦最高法院與在此所進行的思考相一致地在所謂的「贈與圈」

（*Schenkkreisen*）<sup>407</sup>情形下不適用德國民法第 817 條第 2 句之規定：若人們讓不當得利請求權的障礙發生作用，則將正好引起此種系統的發起人繼續從事此種行為。因此德國聯邦最高法院對於就第 817 條第 2 句作保護目的取向地限縮提出辯護。因此不再取決於贈與圈的參與

<sup>405</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 21.

<sup>406</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 22.

<sup>407</sup> 於所謂「贈與圈」之團體中，新參與者基於將來其於團體中之地位提高後能獲取他人贈與之期望而向較資深之成員贈與金錢。參考自：<http://de.wikipedia.org/wiki/Schenkkreis>（最後瀏覽日：2010/8/30）

者是否輕率地摒棄自身的理智此一問題上。凡參與此贈與圈並提供資金費用的人皆保有不當得利請求權，也就是不僅當給付的受領者是發起人時，同樣地在受領給付者是後來加入此系統的參加者（從而，也就是甚至未透過該系統而獲利之人）的情況下，參與此贈與圈並提供資金費用的人也取得該不當得利請求權。<sup>408</sup>

此外，在金錢借貸係基於資助性交易場所經營的目的而提供的情形下也對第 817 條第 2 句進行目的性限縮。假使性交易場所的經營就其本身觀之違反良善道德，則為資助此種經營的借貸依照第 138 條也會無效。若基於此理由返還該筆借貸金額的請求權依照第 817 條第 2 句被排除，則此將導致性交易場所的經營者今後仍得以將受讓的本金用以繼續經營性交易場所。因此透過不當得利請求權的障礙促使違反道德的活動。為了避免此結果，在此種情形下，必須承認貸與人的返還借貸金額的請求權而第 817 條第 2 句不阻礙該請求權之行使。<sup>409</sup>

若政黨捐助係以其目的係在規避要求政黨須公開就該政治獻金作解釋說明的法律規定的此種性質與方式而為之，則存在雙方不法的情形：該政治獻金係雙方共同以隱瞞選民該捐助者資助此一政黨為目的（以及作為交換條件——大多未言明——在該黨黨綱的制訂與實現上期望有利於自身利益的妥協讓步）。若該捐助被請求返還，該政黨不得援引第 817 條第 2 句之規定。否則該政黨保留其於規避要求公開說明解釋的法律規定下所取得的利益。人們並不以「政黨可以透過事後就該政治獻金補作解釋說明的方式而回復政治獻金透明化的公共利益」作為反對理由。若人們藉由前揭論據讓政黨保留所受的政治獻金，則政黨會喪失所有誘因去遵守該要求透明化的法律規定。亦即政黨可以在毫無疑慮地必然性下——事後補正其事前有意未為的解釋說明——收下該政治獻金。<sup>410</sup>

若監事會給與股份有限公司的董事會過高的薪資，則假使此種事

<sup>408</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 23.

<sup>409</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 26.

<sup>410</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 27.

件過程達到違反道德的程度（例如監事會與董事會勾結對於公司造成不利益）公司應該得以請求返還該溢付的金額，而不受第 817 條第 2 句之規定所阻礙。因為假若受利益的董事會成員被允許保有該溢付的金額，則正好鞏固加強了公司利益遭到妨礙的狀態。依照於此被支持的見解在根本上不需要對於第 817 條第 2 句加以限縮。因為當超額支付具有違反道德的程度時，經常也存在明顯濫用代理權限的前提要件。於是監事會違反道德的行為並未依照第 166 條第 1 項之規定歸屬與該公司。因此該公司正好不會被認為該違反道德行為是可歸咎於其身上的。<sup>411</sup>

若在歐體委員會宣布關於歐洲法上對於國家補助的容許性的最終決定前，在違反歐洲共同體協約第 88 條第 3 項第 3 句下提供國家補助，則受惠者必須返還該補助，不得援引第 817 條第 2 句之規定。再次地此係從被違反的法律規定——於此是歐洲共同體協約第 88 條第 3 項第 3 句——的保護目的中推導出來：此規定欲防免競爭的扭曲自我鞏固加強，而非防免歐體委員會得以及時採取干預措施。若受惠者被允許甚至僅是短暫地保有該補助（以及因此潛在地與共同體市場相戶矛盾的利益）並且藉以從事經營，則會與保護目的背道而馳。若公共委任人違反最高價額命令就政府機關委任事項支付公共受任人超出依照該命令所容許的價額，則委任人甚至違反法律明文的禁止規定。但人們若因此欲認為對於受任人的不當得利請求權須被排除，則將正好實現該命令所欲防止的：自國庫中所流失被該命令頒佈者認為是不合比例地高的資金被宣告為無法回復。因此著眼於最高價額命令的保護目的下不可適用第 817 條第 2 句之規定。<sup>412</sup>

然而，涉及非法勞動或未具備合法執照下從事國家特許業務的情形，實務見解誤用了取向於保護目的之限縮：依照德國聯邦最高法院的見解，第 817 條第 2 句也不應該阻礙非法勞工依照不當得利的基本原則就其所提出的勞務請求償還其價值。因為德國非法勞動法最重要

<sup>411</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 28.

<sup>412</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 29.



的是有助於公眾檢舉，而非在追求保護顧主免於非法勞工的請求此一目的。預防目的的思維起不了作用。毋寧雇主雇用非法勞工的誘因正產生自不當得利請求權的排除。此外，在承作的一方持續地先為給付，而不當得利請求權基於非法勞動法的具有威脅性的制裁幾乎沒有被實現的情況下，風險被限定在承作的一方。然而，此判決被大多數見解正確地拒絕採納。特別是德國聯邦最高法院的歸根就底以第 242 條為依據的論據——在適用第 817 條第 2 句的情形下雇主被不適當地偏惠——抓了個空。因為此種偏惠是一直都是適用第 817 條第 2 句下的反射作用的結果。明知其抵觸法律的非法勞工就其個人而言透過法秩序加以保護似乎是不適當的偏惠。<sup>413</sup>反之，實務見解認為：違反商法上所規定的執業禁止而參加年度會計帳目查核（商法第 319 條第 3 項第 3 款之 1）的年度會計帳目稽查人員依照第 817 條第 2 句之規定不應該享有根據第 812 條以下之規定對於其所提供之勞務享有價額償還請求權。對於非法勞動所發展的原則不能適用於此種情形下。然而，這種相當籠統概括地進行的思考並無說服力，因為此種思考並未明顯地提供應該將非法勞工與不公正的稽查人員相區別的具決定性的價值觀點。無論如何公司仍得到依照公司法第 256 條第 1 項第 3 款的規制在違反商法第 319 條第 3 項之規定下並未歸於無效的年度財報。此一德國聯邦最高法院的判決單純因為推翻該院見解而主張第 817 條第 2 句也必須被適用於非法勞工上，值得加以贊同。若具備稅務顧問資格的人於執行業務上提供他人的稅務事項協助，對於無法律上原因所提供的勞務給付依照第 817 條第 2 句不得請求任何報酬。此同樣適用於因為違反法律服務法第 3 條之規定而遭禁止的法律諮詢服務。<sup>414</sup>

*Canaris* 亦採取此種基於保護目的取向而限縮第 817 條第 2 句的適用範圍的看法：在特定的案件情形下，適用第 817 條第 2 句的結果將與引致原因法律行為無效的規範的保護目的產生齟齬，此際不得適用第 817 條第 2 句之規定。其並指明：若個案中的不當得利請求權人本身是系爭規範所欲保護的對象，則不屬於取向保護目的而限縮第

<sup>413</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 24.

<sup>414</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 25.

817 條第 2 句的情形。理由在於，此種情形下的不當得利請求權人並未違反第 134 條、第 138 條之規定，而係僅另一方當事人有違反情事，故第 817 條第 2 句僅排除另一方當事人的不當得利請求權，而不及於受保護的一方當事人。基此，*Canaris* 認為第 817 條第 2 句之規定在為供作性交易場所而租賃房屋或土地的情形中應無適用餘地。亦即，承租人不得援引第 817 條第 2 句之規定而占有租賃物直至約定或法定期間屆滿，反之，承租人必須立即返還租賃物。否則承租人將可繼續利用租賃物從事違反道德的營業。此結果不啻對於違反道德的狀態加以維持。因此有必要對於第 817 條第 2 句之規定進行目的性限縮 (*teleologischen Reduktion*)。<sup>415</sup>

#### (6) 直接性原則 (*Unmittelbarkeitsprinzip*)

當請求返還的給付是就其給付本身而言無法加以指摘，卻被嵌入違法或違背道德的整體行為中時，第 817 條第 2 句並不介入干預。*Schwab* 將此稱作「直接性原則」<sup>416</sup>。在此原則下，返還請求權僅在給付是就其本身觀之違反法律或道德，或直接有助於履行基於違反道德的交易所生的請求下方加以排除。因此限縮了第 817 條第 2 句的適用範圍。<sup>417</sup>

*Schwab* 認為針對此原則本身並沒有任何應該加以反對者。困難之處無疑在於如何認定在何種情形下該給付表現了直接的違法或違反道德。德國聯邦最高法院在以下案件中正確地否認給付符合直接性原則：土地所有人提出要約以違反物價凍結命令的價額出賣其土地並且因而受領一筆定金。在要約期間內買受人對該要約為承諾；在此期間該命令業已失效。而該買賣契約由於虛偽登載而無效。德國聯邦最高法院認為：因為無論如何已顯示該命令遭廢除，此外連契約是否終究會締結也不確定，故不能適用第 817 條第 2 句之規定，給付者得以

<sup>415</sup> Larenz/Canaris, a.a.O., S. 166.

<sup>416</sup> Schwab 也提醒讀者勿將此原則與在處理多人關係的給付不當得利下的同名原則相混淆。

<sup>417</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 30.

請求返還該定金。其他情形，例如：急需資金的出賣人將其兩間公寓虛偽地出賣他人。買受人在虛偽陳述其需要申請融資係為籌措買賣價金下向銀行提出申請。出賣人承擔買受人對於銀行所負擔的所有債務。在融資款項支付後買受人將該筆款項轉交出賣人。嗣後由於遲延給付銀行使該融資借款立即到期且請求買受人返還該融資借款。買受人於是要求出賣人承擔其對於銀行的債務負擔。德國聯邦最高法院認為此請求依照第 812 條第 1 項第 1 句第 1 種情形為有理由。依照該院見解第 817 條第 2 句並不加以阻礙買受人之請求：雖然買賣契約之當事人由於共同地詐騙行為造成銀行的不利益而使自己應受刑事處罰。但僅僅將貸款金額轉付出賣人是道德上中立的行為，因為藉此行為應該既沒有使行為結果受到確保也沒有使銀行的請求權於行使上變得困難。此種說理判斷引起批評。因為透過買受人將該融資款項轉付給出賣人，出賣人有機會利用該筆金額並因此擴大銀行的損害。也就是銀行因而最遲會喪失該借款將被正常使用的此一預期。在此情況下借貸金額的轉付絕不會是道德上無關緊要的。依照於此採取的見解，第 817 條第 2 句似乎必須被適用。<sup>418</sup>

在遭禁止的提供法律諮詢的情形下，德國聯邦最高法院支持一種就給付者而言相當寬容的對於直接性要求的理解：若個別的勞務給付就其本身觀之並無法加以指摘，則為此所投入的勞力的償還請求權仍是有理由的。

即使第 139 條意義下的買賣契約被與另一個違背良俗的買賣契約相聯結在同一個交易下，基於就其本身而言係被允許的買賣契約所提出的給付不考慮第 817 條第 2 句之規定應得請求返還。

若除了重利借貸被加以提供外，為了減輕借貸者對於重利借貸的使用，另一個附有適當利息的融資被提供，則即使該融資依照第 139 條之規定與重利借貸連同無效，重利貸與人就該融資而言依照第 818 條第 1 項之規定可以請求適當數額的利息。<sup>419</sup>

<sup>418</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 31.

<sup>419</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 32.

涉及遭禁止的勞工轉讓下的返還請求是一個特殊事例。依照勞工轉讓法第 10 條第 1 項第 1 句的規定在此種情形下在勞工與借用人間視為已存有勞動關係。若事實上出借人已負擔勞工的薪資，則其得請求借用人償還因此所節省的數額。德國聯邦最高法院就此點而言對於不當得利返還請求加以承認，因為出借人透過支付報酬使根據勞工轉讓法第 10 條第 1 項原來課與借用人的債務消滅。第 817 條第 2 句之規定不適用於此不當得利請求權上，因為該報酬的支付本身既無法指摘其違法亦無法指摘其違背道德。

此種推理招來異議。若在出借人於此——雖然欠缺如下的給付目的——是作成第 267 條意義下的第三人給付並且因此借用人基於借用人的費用而獲利的情形下遵循德國聯邦最高法院的看法，則第 817 條第 2 句的適用可以透過本質上較為簡單的論據加以反駁：此返還請求權是屬於非給付不當得利。無論如何第 817 條第 2 句無法適用於非給付不當得利上。因此不需要動用直接性原則。若人們堅持出借人與借用人間存有未實現的給付關係（*gescheiterte Leistungsbeziehung*），則意味著：出借人違法地將其勞工的勞動力隨時供借用人使用。因為該違法同樣地可歸咎於出借人一方，所以第 817 條第 2 句介入干涉。<sup>420</sup>

#### （7）雙方不法性的衡量

Wieling 主張在個案中依照立法目的必須去檢視：法秩序透過德國民法第 817 條第 2 句排除基於違反法律或道德之目的而為給付之當事人之不當得利此一結果，能否為維護特定利益而加以推翻。此種情形可能存在於雖然給付者違反道德但受領者對於給付者施以犯罪行為的情形。舉例言之：V 向 G 在重利條件下借用一筆金錢。在此同時其隱瞞其因為浪費成習依照第 1896 條、第 1903 條藉由同意保留而被置於監護之下。當 V 隱瞞其行為能力受到限制時，V 對 G 施以詐騙。雖然當 G 在重利條件下提供金錢與 V 時，依照第 138 條第 2 項其行為違反道德，但 V 實施犯罪行為，該犯罪行為的不法內容相較於重利行為被歸於更高的等級。G 立即可以依照第 823 條第 2 項連結到刑

<sup>420</sup> MünchKomm/Schwab, § 817, RdNr. 33.

法第 263 條請求返還該筆金錢。<sup>421</sup>

## （二）瑞士法上的觀察

*Bucher* 認為依據瑞士債務法第 66 條之規定，凡藉由給與行為追求可受非難的目的，且因此給付者的給付原因就給付之一方面而言是受到非難者，應不得請求返還其所為之給付。基於不法原因所生的不當得利請求權因此應該被限縮在具可非難性的給付目的僅存在於受領人一方而不同時存在於給付之一方的情形下。<sup>422</sup>

易言之，給付必須是在引致違法或違反道德的結果的目的下加以實施，方有瑞士債務法第 66 條的適用。企圖引致的結果於評價上係違法或違反道德者是客觀要件，出於引致違法或違反道德的目的是主觀要件。<sup>423</sup>

至於瑞士債務法第 66 條規定的主觀要件應如何加以解釋，有認為若給付者的思考方式不能使之認識到該交易係違反普遍流行的道德觀點時，給付者仍不能援引其特有的低水平的思考方式。<sup>424</sup>

*Becker* 對於此一主觀要件有較為深入的說明：要求給付者具備此一構成要件目的並非係以要求給付者係出於惡意作為前提。只要給與者追求法律或道德所不允許的結果即為已足，儘管因為法律或道德的要求對其而言並無重要性，以致其並未認識到違反法律或道德，亦然。因為在此種情形下仍有可歸責性。否則對於法律或道德不關切的人反而在法律中享有特權。反之，瑞士債務法第 66 條之規定不能適用於善意信賴其給與行為是合乎法律，可能甚至是負有義務的人。基於不可歸責性第 66 條之規定不能適用於欠缺判斷能力之人。原則上第 66 條之規定亦可適用於誘捕偵查的情形，因為此種行為是不允許

<sup>421</sup> Wieling, a.a.O, S. 41.

<sup>422</sup> Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, S. 620.

<sup>423</sup> Honsell/Vogt/Wiegand, Obligationenrecht I, Art. 66, RdNr. 2.

<sup>424</sup> Honsell/Vogt/Wiegand, a.a.O, RdNr. 2.

的。尤其將蒐集證據資料作為附隨的目的加以追求，仍不足夠滌除罪惡的目的。<sup>425</sup>

瑞士實務與學說見解就第 66 條規定之適用而言除了上述主觀構成要件與客觀構成要件外，另各自發展出用以限縮排除不當得利請求權之範圍的標準。

### 1、惡棍報酬（*Gaunerlohn*）

學說見解普遍認為：瑞士債務法第 66 條之規定在目的性限縮的意義下被限縮至僅在「惡棍報酬」被支付的情形下有適用餘地。在此意義下瑞士債務法第 66 條似乎必須如此加以認識：為引起他方違法或違反道德的行為或作為此等行為的報酬而給與者不得請求返還。此見解已在邦法院的判決中零星地被遵循（*ZR 98, 1999, N 29 S. 108 f.*）；但仍繼續地為瑞士聯邦最高法院所拒絕（*BGE 102 II 401 E. 4 und 5*）。本條的適用範圍包含例如因賄賂所給與的金錢。<sup>426</sup>以下情形亦屬之：麻醉劑的買方對於其所支付的買價並無任何不當得利返還請求權；若某人出於引致違法或違背道德結果的意圖承諾給與另一方賄賂（無效的債務），並且提供對待給付使第三人根據內部的債務承擔的方式承擔此一債務，則其不得請求返還該對待給付；在遺產分配後，對於他人成功地協助圖謀騙取遺產而給與之報酬不得請求返還。<sup>427</sup>

在適用瑞士債務法第 66 條排除不當得利請求權時無須考慮受領者可能存在的違反法律或道德的行為。<sup>428</sup>瑞士聯邦最高法院將此規定視為值得懷疑的立法模式，該立法模式依個案情況有可能導致道德上無法令人滿意的結果（*BGE 84 II 184*）。惟若依照部分學說所理解者對於第 66 條的規定加以解釋，亦即，將其適用範圍侷限在「惡棍報酬」的行為情狀下，則此種結果在很大程度上可以被避免。然而，瑞士聯邦最高法院甚至在近來的一些判決中對於此種限縮的解釋加以

<sup>425</sup> Becker, Obligationenrecht, I., Allgemeine Bestimmungen, Art. 66, RdNr. 3.

<sup>426</sup> Furrer/Müller-Chen, Obligationenrecht, AT, Kapitel 16, RdNr. 32.

<sup>427</sup> Honsell/Vogt/Wiegand, a.a.O., RdNr. 3.

<sup>428</sup> Honsell/Vogt/Wiegand, a.a.O., RdNr. 5.

拒絕並且堅持生硬的實務見解。在評價上此種見解明顯地與正確的判決—當案件涉及非婚姘居關係的消滅時，當事人不得援引道德或法律違反性—相互矛盾。<sup>429</sup>

## 2、誠信原則

瑞士聯邦最高法院（*BGE 76 II 346 E. 5; 75 II 293 E. 2*）對於平衡一方當事人的不公平偏惠是藉由瑞士民法第 2 條來處理。因此不當得利債務人依照瑞士債務法第 66 條的抗辯基於違反誠信原則而被拒絕。若此係不可能達成，則瑞士聯邦最高法院（*BGE 117 IV 149 E. 3d. d*）會視為是無法透過實務見解加以消除的無法令人滿意的結果。<sup>430</sup>

瑞士聯邦最高法院有別於學者見解僅在「惡棍報酬」的情形下適用第 66 條的規定，而是更及於所有為了引致違法或違反道德的結果所作成的給付。舉例言之：在舊的借款完全返還前即提供新的借款係違反禁止規定的行為，在此種以借款方式作為清償的情形下，不當得利請求權依照瑞士債務法第 66 條被加以排除，而此一排除在法院見解下不被認為是權利濫用（*BGE 102 II 409*）；為了從依照當時有效的瑞士聯邦委員會決議未獲許可從事黃金交易的人那裡取得黃金所為的金錢給付，不得請求返還（*BGE 74 II 27 ff.*）；為了使債權人無法對某筆款項取償，而對其岳父支付該筆款項，該筆款項亦不得請求返還（*BGE 37 II 67 f.*）。<sup>431</sup>但此種見解與第 66 條的文義並不相符，且有可能導致不公平的結果，尤其是當涉及雙務契約下僅請求返還之一方提出給付或他方行使物上請求權時。因此瑞士聯邦最高法院時常為了承認返還請求權而被迫繞道瑞士民法第 2 條（誠信原則）之規定。<sup>432</sup>

<sup>429</sup> Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, RdNr. 1550.

<sup>430</sup> Furrer/Müller-Chen, a.a.O, RdNr. 31.

<sup>431</sup> Honsell/Vogt/Wiegand, a.a.O, RdNr. 4.

<sup>432</sup> Gauch/Schluep, a.a.O, RdNr. 1549.

### 3、雙方不法性的衡量

瑞士實務見解（BGer vom. 9.7.2003, 4C. 163/2002; BGE 117 IV 149 E. 3d, dd; 102 II 411 E. 4c.）認為：在因受領者對於該無效的交易承擔主要責任或就該無效的交易具有特殊地自身特有的利益而使該受到指摘的行為同等地歸咎於受領者的情形下，第 66 條有例外不適用的餘地。但通說對此實務見解加以駁斥。<sup>433</sup>

### 4、基於脅迫所提出的給付

依照瑞士聯邦最高法院的判決見解（BGE 76 II 370 f.），若該給付係透過脅迫的方式而取得，則「惡棍報酬」仍得請求返還。<sup>434</sup> 其適用依據係瑞士民法第 2 條之規定。<sup>435</sup>

### 5、暫時性給付

有瑞士學者參照德國法上的發展而以暫時性給付的概念對於瑞士債務法第 66 條之規定的適用範圍加以限縮：在 BGE 102 II 401 ff. 一案中涉及在之前的借貸尚未完全返還前，即違反當時的命令規定提供新的借貸的情形。瑞士聯邦最高法院判決認定該借貸契約無效（第 20 條）並且另外依據第 66 條的規定排除借用人償還借款的義務。此判決見解於相關文獻中被加以批評。此判決涉及排除返還義務的部分不僅違反正義感覺，且縱使有意與瑞士聯邦最高法院採取相同看法將第 66 條適用於系爭案件上，就論理而言仍然無法支持此一結論。因為貸與人的給付僅僅指向暫時的（以金錢或是其他可替代物的形式所表現的）本金使用權限的轉讓。因此，當借貸契約無效時，此種暫時的轉讓（也就是並非轉讓本金本身）構成不當得利返還的客體。此種暫時性的轉讓假使在第 66 條的適用下不能請求返還，乃意味著：借

<sup>433</sup> Honsell/Vogt/Wiegand, a.a.O, RdNr. 5.

<sup>434</sup> Honsell/Vogt/Wiegand, a.a.O, RdNr. 3;

<sup>435</sup> Bucher, a.a.O, S. 623.



用人被允許保留並使用其所取得的本金直到契約或法律所規定的期限。可是第 66 條對於完全地排除返還義務而言並未提供任何依據。<sup>436</sup>

## 6、探求被違反的法律規定或道德規範的意旨

若系爭交易是違反法律的，則不被允許提出的一方或雙方給付得否請求返還的問題，並非係依照瑞士債務法第 20 條或第 66 條，而是根據就禁止該交易的公法規範所作的解釋加以判斷。依據對於情勢的正確理解，如同契約的無效僅在系爭公法規範的文義或目的要求該法律效果時應該加以接受，則對於已提出的給付的返還請求毋寧更僅在系爭公法規範要求此種制裁的情形下始得加以拒絕。<sup>437</sup>

並在前揭 *BGE 102 II 401 ff.* 一案中，根據上述判準對於瑞士聯邦最高法院的此一判決加以批評：在有違反法律的結果存在的情形下，至少當該違法性並不是以刑法或是一般法律原則而是以特殊法規為依據時，對於拒絕返還請求權而言必須要求此排除是禁止系爭違法結果的法律規定所授意的。在此一案件中，系爭命令並未有意排除該返還請求權（該當事人所追求的結果藉由嚴厲的罰鍰處罰加以確保）。<sup>438</sup>

另有學者從瑞士債務法第 20 條與第 66 條的關連性與第 66 條的規範目的推導出除將第 66 條的適用範圍限縮於「惡棍報酬」的情形外，應依被違反的法律規定或道德規範的意旨對於第 66 條作限縮解釋，以避免發生不公平地偏惠另一方當事人的情形：第 66 條的規定應使對於違法或違背道德的交易的禁止獲得突顯。若確係如此，則於第 66 條的範圍內對於依照第 20 條導致契約無效的法律或道德規範的意義及目的加以重視即屬正確。若吾人不願立即將第 66 條的適用範圍限縮在「惡棍報酬」的事實情狀，則吾人僅將以下情形補充性地納入適用範圍：若允許返還給付將與個案中所涉及的法律或道德規範的

<sup>436</sup> Gauch/Schluep, a.a.O, RdNr. 1551.

<sup>437</sup> Bucher, a.a.O, S. 621.

<sup>438</sup> Bucher, a.a.O, S. 624.

意義與目的發生矛盾者。<sup>439</sup>

### （三）英美法上的觀察

如前所述，在英美法下，「基於不法契約所為之金錢支付或物之移轉不得請求返還」此一規則（*rule*），係透過交替運用羅馬法諺（「不能以不道德的原因引致訴訟」與「雙方同等不法下，被告地位較為有利」）而形成。然而經由長期判例法的累積，以及此一規則在現代社會下法政策的重新確認，例外事由已逐漸類型化，且趨於細緻。惟於個案適用上仍難免遭遇未盡妥適或削足適履的問題，故有學者將倡議相關的例外事由重組、轉換成裁量條款，並明確化應考量的事由。以下主要引介英國不當得利法上兩位學者的觀點，初探英美法上關於不法原因給付的法制度內涵<sup>440</sup>。

#### 1、Birks 的觀點

##### （1）保護目的

在光譜的一端，正確的結論也許會是：若任何非基於契約關係所生的返還請求被准許，無論是基於不當得利或是其他名義，則系爭不法性背後所隱含的政策實際上將遭愚弄。在另一個極端，結論可能會是：准許不當得利的訴訟反而會讚揚並實現作為不法性基礎的政策。若宣告某行為具有不法性的目的在於保護原告一方免於作成系爭支付或移轉，則明顯地藉由法院承認不當得利請求權將會加強鞏固系爭規範而非加以違背。因此，例如禁止對於居住用租賃收取額外費用的

<sup>439</sup> Gauch/Schluep, a.a.O, RdNr. 1552.

<sup>440</sup> 以下將介紹 Peter Birks 與 Andrew Burrows 兩位學者的觀點。本文認為前者論述的特色在於將判例法上所累積的例外事由類型環繞著其對於排除返還請求背後隱含的法政策的理解進行對比；後者則係就關於例外事由的判例史發展作了完整的敘述，最後提出其個人建言。兩者的研究成果皆相當可觀，值得參考。

法律規定很可能是由保護承租人免於市場力量的政策而產生的。請求返還不法的額外費用將積極地產生助益。一旦法院斷定不當得利將會促進作為宣告無效基礎的保護性政策，則不會有愚弄的問題發生。藉由不當得利而協助保護性政策的達成也許是最為有力且最為簡單的理由去推翻任何愚弄並且准許非基於契約關係的訴訟。<sup>441</sup>

## (2) 非同等不法 (*in pari delicto*)

有時「槓桿」與「安全網」的論據相當薄弱並且無法合理地宣稱一方當事人與另一方當事人同等罪惡。例如原告可能僅在被強迫下或是基於不法性被隱瞞下的錯誤始參與不法行為。此類無辜者不可能是利用非契約關係的訴訟作為槓桿的那種類型，也值得被准許提起非契約關係的訴訟作為安全網。因此並無任何阻礙彼等請求的必要。<sup>442</sup>

## (3) 利益衡量

有時藉由必須被防免的更巨大罪惡而對於初步推定的愚弄提出了解釋並且加以推翻。允許非法移民訴請償還其提供勞務的價值看起來似乎愚弄了否認其契約發生法律上拘束力的結果，但拒絕此種非契約關係的訴訟會使非法移民處於毫無救濟的境地並且開啓了奴工之路。再者，非常不合比例的失權有時是更為巨大的惡。若是不法性背後所隱含的政策所要求的，法院不會畏縮於給與失權的效果。但政策的要求必須是明確的。若暫時性或是限制性的利益的給與涉及不法性，例如違反金融法規或是意圖逃漏稅或欺瞞債權人等，則法院——雖然迄今尚未直接依據不合比例——通常會找尋方法來確保最終原告不致因為涉及不法性而被剝奪全部的利益。所有欺瞞隱匿資產的情形實際上全都歸屬於此種類型。雖然形式上此種情形經常涉及完全的轉讓，但究其實際總是牽涉暫時性的移轉。<sup>443</sup>

<sup>441</sup> Birks, *Unjust Enrichment*, pp. 248-249.

<sup>442</sup> *Ibid.* p. 249.

<sup>443</sup> *Ibid.* pp. 248-249.

#### (4) 撤回 (withdrawal)

在公益考量下很明顯地當事人應該放棄其不法計畫。通常的表達方式是因而存在後悔餘地 (*locus poenitentiae*) 並且當事人的自願性撤回值得以豁免於同等不法 (*in pari delicto*) 抗辯的不當得利請求權加以獎勵。雖然自願性的撤回相當罕見，但若非出於自願則不值得受到任何獎賞。實際上基於以下兩個理由將通常意指他方當事人拒絕完成不法計畫的非自願性撤回與自願性撤回兩者等同視之是無意義的。首先，若受到挫敗的一方當事人能夠取得不當得利請求權，則其將因此同時擁有槓桿與安全網。其次，若真的想要阻礙不法目的實現，較為理想的規則應該是抵制返還請求。若一方當事人無論如何能保有他方提供之給付，何需花費心力履行契約呢？<sup>444</sup>

對於非自願性撤回不給與任何獎勵的案例並非罕見。在 *Bigos v Bousted* 一案中，經由為不法融資借貸設定擔保被告取得股票。嗣後被告拒絕提供貸款。*Prichard* 法官拒絕關於股票的請求。對於系爭股票的返還請求權將會縮減忽視交易管制的風險並且作為迫使履行的強力槓桿。<sup>445</sup>

在 *Berg v Sadler and Moore* 一案中，一位惹怒其所屬的貿易協會並且因此被列為停權名單的煙草商企圖藉由矇騙而獲得產品供應。在付款與供貨之中，批發商看穿其冒充其他煙草商的把戲。故批發商保留所受領的金錢，並且拒不供貨。法院否認該煙草商的不當得利請求權。在本案的特殊事實上，不當得利訴訟絕不可能作為槓桿因為一方當事人無法迫使看穿其詭計的他方當事人完成交易。現今法院實務不可能認為煙草商喪失其不法原因。所以在此種案例中，若阻礙返還請求權的結果是正確的，其解釋必定在於安全網。僅僅安全網本身即足以愚弄法律，或是在那時被認為是愚弄法律。無論如何在此些案例中

---

<sup>444</sup> Ibid. p. 250.

<sup>445</sup> Ibid.

我們可以發現非自願性或受到挫敗的撤回都不足以規避同等不法的原則，並且此種結論似乎是正確的。<sup>446</sup>

然而，在履行前的自願性撤回卻被一再地扭曲而將非自願性的撤回包括在內並伴隨著可預期的荒謬結果。在 *Tribe v Tribe* 一案中，父親將其股份移轉於其子名下，藉以隱瞞其債權人。事實上破產的危機已解除了。俟債權人取償的威脅經過後，父親要求其子將股份重新移轉於伊，其子則加以拒絕。上訴法院認為由於事實上並無任何債權人被詐欺，所以該父親仍享有撤回以及不當得利的優惠。採取如此見解下，法院不僅協助該父親完成不法交易並且——從對於未來產生的影響來看——同時提供了企圖隱匿資產的人槓桿與安全網。此種見解不可能是正確的。<sup>447</sup>

最近在與前案相當類似的 *Collier v Collier* 一案中，另一個上訴法院基於一個為人普遍接受的理由將本案與 *Tribe v Tribe* 一案加以辨異，亦即在本案中有一些債權人——雖然並非原先意圖欺瞞的那些債權人——實際上受到詐欺。然而，該法院——雖然對於此領域中的案例法的混亂頗有微詞——並未表明 *Tribe v Tribe* 的判決已將後悔餘地（*locus poenitentiae*）此一原則引領至該原則固有的限界之外。若可以為 *Tribe v Tribe* 的判決見解加以辯護，則必然是基於喪失對於實質上僅為暫時性目的而移轉的股份的權利是不合比例的，並且，就此而言，不合比例的失權所帶來的罪惡遠大於愚弄法律的危險。若有一個好的理由用以包含宣告契約無效與允許非契約關係的訴訟兩者間產生的初步矛盾，則無愚弄可言。<sup>448</sup>

---

<sup>446</sup> Ibid. pp. 250-251.

<sup>447</sup> Ibid. p. 251.

<sup>448</sup> Ibid.

## 2、Burrows 的觀點

### (1) 概說

不法性有時作為對於基於典型 (*standard*) 的不當 (*unjust*) 因素所生的不當得利的一種可能抗辯。此種角色某種程度是藉由傳統上對於不法性的所採取態度而獲致的。亦即，在適用「不道德的原因不能引致訴訟」(*ex turpi causa non oritur actio*) 以及「雙方同等不法下被告地位較為有利」(*in pari delicto potior est conditio defendentis*) 等法諺下，不當得利請求被認為應加以一般性地拒絕。但仍有以下三個例外情形：雙方當事人並非同等不法；在後悔期間內撤回；原告可以不援引不法性或不法交易而建立對被告行使的財產權利。<sup>449</sup>

清楚掌握此制度的關鍵在於認識到「非同等不法」此一例外係涉及錯誤、脅迫以及榨取弱勢等典型的不當因素。基於此認識進而產生的關於「非同等不法」的圖像是：一般而言，不法性僅是對於基於「完全欠缺約因」(*total failure of consideration*<sup>450</sup>) 所發生的返還請求的抗辯。在返還請求係基於錯誤、脅迫或榨取弱勢的情形下，則不法性鮮少會成為抗辯，因為不當因素通常意謂：正好與被告形成對比，原告就不法性而言是不可歸責的。<sup>451</sup>

不法性通常構成基於完全欠缺約因所發生的返還請求的抗辯。在以下三個著名案例中，可窺一斑<sup>452</sup>：

在 *Parkinson v College of Ambulance Ltd and Harrison* 一案中，被

<sup>449</sup> Burrows, *The Law of Restitution*, p. 571.

<sup>450</sup> 英美法上一般將「約因」(*consideration*) 理解為將締結具有法律上拘束力之契約之個人自由限制在兩種廣義的約定類型中：1、雙方各自承擔作為或不作為的義務，且任何一方所承擔的義務皆係作為另一方所承擔義務的交換；2、一方所承擔的義務係以特定行為的履行作為條件，且該行為業已履行。See Smith, *Atiyah's Introduction to The Law of Contract*, p. 107. 國內文獻上的介紹，請參閱 東吳大學法學院／黃心怡，*英美法常用名詞解析*，第 247 頁以下。

<sup>451</sup> *Ibid.*

<sup>452</sup> *Ibid.* pp. 572-573.

告慈善機構的秘書虛偽不實地對原告表示，若原告對於被告慈善機構的基金捐助鉅額款項，被告將可以為原告安排個爵士頭銜。原告因此支付了 3,000 英鎊。當原告未獲告知將受頒爵士頭銜，並且瞭解到其受騙時原告訴請返還所給付的金錢。然而其提起的訴訟遭法院駁回。雖然本案中明顯存在完全欠缺約因的情事，但因該契約係屬不法且雙方當事人亦同等不法，所以其不當得利請求並無正當理由。

在 *Berg v Sadler and Moore* 一案中，煙草商（原告）被煙草貿易協會列在停權名單上以致其無法向任何協會成員購買煙草。透過代理人原告與貿易協會成員（被告）締結買賣契約購買煙草。嗣後被告對於締約對象的身分產生懷疑並且拒絕交付任何煙草或返還原告支付的價金。原告所提起的請求返還價金不當得利訴訟遭法院駁回。雖然本案中發生完全欠缺約因的情形，但因原告欲藉由詐欺手段取得貨物構成詐欺未遂，該契約係屬不法。「不正當的事由不能構成起訴原因」（*ex turpi causa*）的法諺排除了原告的不當得利請求。

在 *Awwad v Geraghty & Co* 一案中，律師（原告）與被告就毀謗的訴訟程序締結成功報酬（*conditional fee*）的協議。當毀謗的訴訟程序結束後，被告違反先前締結的協議拒不支付原告律師費用並且主張該協議係屬違法。在系爭協議締結當時此協議依照習慣法與律師執業（*practice*）規則係屬違法。因此無法訴請被告依該協議給付，同樣地，就原告提供服務的價額所主張的「依合理價格給付」（*quantum meruit*）請求亦遭駁回。阻止強制履約的法政策同樣地阻礙了「依合理價格給付」（*quantum meruit*）的請求。依照首席法官 *Schiemann* 的說法，若法院基於公共政策的理由拒絕承認原告應受給付的協議具有法律上拘束力，則必定可以導出原告不得訴請依合理價格給付的結論。

*Burrows* 認為可以進一步反思的是排除返還請求背後隱含法政策是具有如何的影響力因而不法性應否一成不變地對於基於完全欠缺約因所發生的返還請求加以排除。因為在許多情形下不法性皆未涉及

邪惡或構成相對而言較不重要的法律規定的違反。若觀察契約法的領域可以發現法院近幾年遵循 *Devlin* 法官在 *St John Shipping Corpn v Joseph Rank Ltd* 一案中的判決見解而表現出較不願意認定不法契約不具法律上拘束力的態度。應可認為目前法院就契約部分而言採取之立場是除非相關法律規定的目的清楚地要求契約不具法律上拘束力或除非原告一方存有嚴重的不法性，否則契約應具有法律上拘束力。基此，有鑑於不當得利正好涉及「消除」而非履行不法，就較為彈性地適用不法性作為不當得利的抗辯而言，以上針對契約所揭示的論據更具影響力。<sup>453</sup>

## (2) 非同等不法

由於原告通常主張適用「非同等不法」例外，所以不法性鮮少作為基於「錯誤」(*mistake*)、「脅迫」(*duress*)以及「榨取弱勢」(*exploitation of weakness*)等因素所發生的返還請求的抗辯。然而在「錯誤」並未掩蓋不法性的情形下，則顯然如此。例如：在 *Parkinson v College of Ambulance Ltd and Harrison* 一案中，因為原告對於被告有權力替其安排爵士頭銜所生之誤信並未掩蓋其不法性，所以原告依不當得利請求返還捐款遭到法院拒絕。亦即，原告認識到其所締結者乃不法契約。相類似地，在 *Morgan v Ashcroft* 一案中，賭博業者（原告）錯誤地溢付過多金額與賭客用以結清賭債（被告）。之所以拒絕溢付金額的返還請求，其中一個理由即為系爭個案中所發生的事實錯誤並非涉及誤想之債 (*supposed liability*)。儘管不去考慮誤想之債的問題，基於賭博契約的不法性即得拒絕原告的不當得利請求。此外，原告所發生的錯誤並未使得之成為無辜。

惟於絕大多數的案例中，不當因素即意謂著與被告相反，原告就系爭不法性而言乃無辜的一方當事人，因此構成「非同等不法」。

---

<sup>453</sup> Ibid. pp. 573-574.



i. 錯誤

在古老的 *Oom v Bruce* 一案中，法院已說明到：就事實錯誤而言不法性並不會構成對於不當得利請求的抗辯。原告作為一位俄羅斯人的代理人，就一批裝載於從聖彼得港開往倫敦的船上的貨物投保產險。原告不知悉俄羅斯與英國間已爆發戰爭且系爭保險契約因而具有不法性與欠缺法律上拘束力。然而原告得以請求返還保險費。不法性不會排除原告基於誤想之債、事實錯誤所發生的請求。針對被告所提出不法性阻卻原告請求的主張，首席大法官兼審判長 *Ellenborough* 說道：

「若保險契約的當事人於締約時知悉該契約係屬不法，則不法性可援引作為抗辯。但於本案中，當事人締結系爭保險契約時，原告對於俄羅斯展開戰爭行動一事毫不知情，因此並無任何理由足以認為原告不應該取回其已支付的保險費。」

以上推理所具有的顯著特徵在於被告本身知悉與否並無重要性，並且很可能是被告與原告同樣發生事實錯誤的情形。若然，則於此案例中，雙方當事人即為同等不法且該判決顯示掩蓋不法性的錯誤本身即足以抑制不法性抗辯。易言之，「錯誤」可能是在「非同等不法」的框架外獨立地作為不法性抗辯的例外並且僅僅以原告的無知作為基礎而不考慮被告對於契約之不法同屬無知。<sup>454</sup>

就「法律錯誤」而言，具有重要意義的案例是 *Kiriri Cotton Co v Dewani* 一案。本案中，承租人（原告）對於出租人（被告）支付押租金作為承租公寓的一部份租金，違反了 1949 年烏干達租賃限制條例的相關規定。法院判決承租人得以請求返還其所給付的押租金。*Denning* 法官於其經典判決中強調：假設雙方當事人並非同等不法，儘管存有不法性，基於法律錯誤所為之給付仍得請求返還。再者，根據本案事實，之所以獲致如此結論是基於雖然承租人與出租人同樣發

<sup>454</sup> Ibid. pp. 574-575.

生法律評價上的錯誤，但系爭法律規定的目的在於保護承租人。爲了保護承租人，遵守系爭法律規定的責任歸由出租人承擔。<sup>455</sup>

在 *Re Cavalier Insurance Co Ltd* 一案中，上述判決見解被承審法院加以遵循。本案中，保險公司在未有執照下提供某種特定類型的保險。在承認原告具有返還基於法律錯誤所給付的保險費的不當得利請求權下，*Knox* 法官說道：

「...爲了保護被保險人，法律規定所課與的責任完全地歸由保險人承擔，且被保險人並無理由去懷疑其被要求去締結一個無效契約等本案事實情況足夠正當化將被保險人與保險人認爲是非同等不法，因而原告有權請求返還其給付的保險費。」

其他的案例如 *Hughes v Liverpool Victoria Friendly Society*，本案中被告的代理人不實地向原告陳述系爭保險契約乃合乎法律規定。基於原告的法律錯誤乃被告不實陳述所引起，因此雙方並非同等不法，所以儘管存有不法性，原告仍得請求返還其所給付的保險費。<sup>456</sup>

然而，目前爲止因過失所生的關於法律的錯誤陳述仍未足以使聽取錯誤陳述的一方當事人取得不當得利請求權。<sup>457</sup>例如在 *Harse v Pearl Life Assurance Co* 一案中，除了被告的代理人係基於善意而爲錯誤陳述外，其餘事實類似於前揭 *Hughes* 一案。雙方當事人被認爲是具有同等不法。首席法官 *Romer* 說道：

「我並不認爲保險公司的代理人爲了締結保險契約必須被認爲承擔了相較於其所交涉的一般常民而言更重的知法義務。」

*Burrows* 認爲此種見解殊難採認，且援引學者 *Grodecki* 的看法加

<sup>455</sup> *Ibid.* p. 575.

<sup>456</sup> *Ibid.* pp. 575-576.

<sup>457</sup> *Treitel* 即根據此種差異而區分不同的例外事由類型，亦即「詐欺」與「錯誤」，前者係指原告之所以締結不法契約係基於被告謊稱系爭契約係屬合法所引致者；後者則指原告基於「事實錯誤」而不知系爭契約爲違法。See G.H. Treitel, *The Law of Contract*, pp. 449-450.

以批評：在 *Harse* 一案中「同等不法」的法諺被以不必要的嚴酷方式加以適用。<sup>458</sup>

*Burrows* 認為在難以處理的 *Mohamed v Alaga & Co* 一案中，「法律錯誤」與「非同等不法」此一例外事由或許可以提供最佳解釋：原告與律師（被告）締結協議，由原告將索馬利難民送交給被告，並由原告在準備顧客政治庇護的申請上協助被告，原告則得以就被告所獲取的律師費用分紅。此種律師費用的分紅約定違反被認為具有次級（*subordinate*）法規效力的律師執業規則。依照契約所提出的關於約定的律師費用分紅的請求基於不法性而被駁回。但上訴法院允許依照合理價格請求返還原告對於被告在協助顧客申請上所提供的勞務的價額。不同於被告，原告對於律師費用分紅係受到禁止一事並不知情，此一事實並認為是具判決上重要性的。首席法官 *Bingham* 說道：

「...雙方當事人並非具有相同的可受責難性此一因素是密切相關的。被告是一間律師事務所並受到系爭規則所拘束。被告應該合理地被認為對於相關規定之內容有所瞭解並且加以遵守，相反地，原告對於在本案情形下針對被告不應該締結依被告陳述內容所構成的協議的原因毫不知情。」

## ii. 脅迫

若個案中存在「脅迫」的情形將使得原告成為不法性下的無辜者且與被告「非同等不法」，因而不法性不能作為返還請求的抗辯。

例如在 *Astley v Reynold* 一案中，將金製餐具典當給被告的原告得以請求返還被告所要求的超出法律所准許的利率範圍外的利益。在非法扣留（*duress of goods*）的情形下，被請求以及被給付的利益所具有的不法性不會排除返還請求。

此外，在 *Davies v London and Provincial Marine Insurance Co* 一

<sup>458</sup> *Burrows*, *The Law of Restitution*, p. 576.

案中，原告是一位公司代理人的朋友，其對於該公司支付一筆款項藉以除去該公司對於代理人所施以對於侵吞公款罪嫌提起告訴的威脅。*Fry* 法官判決認為原告得以請求返還所支付的該筆款項。其理由在於：雖然該契約係以阻礙犯罪追訴為內容而屬於不法契約，但原告是在藉由被告以追訴犯罪為內容施以不具正當性的威脅所構成的脅迫下付款，因此雙方當事人並非同等不法。<sup>459</sup>

在為數眾多的十八、十九世紀的案例中，因被告威脅提起訴訟而被迫付款的原告—因為被告所請求的金錢給付會不法地詐取其他債權人，此種威脅被認為是不正當的—被認為有權請求不當得利返還。

例如在 *Smith v Bromley* 一案中，透過代理人替其行為的某一債權人（被告）拒絕簽署破產證書，除非其受領 40 英鎊的給付。破產債務人的姊姊（原告）對於被告支付了 40 英鎊，但在被告簽署破產證書後，原告立即訴請返還該筆款項。*Mansfield* 法官准許原告的訴訟上請求。其判決理由為：基於本案中所涉及的脅迫或勒索，一般的不法性抗辯於此並不適用。

相類似地，在 *Smith v Cuff* 一案中，債權人同意締結破產和解協議的同時向債務人索取額外的金錢，該債權人遭法院判決認為負有返還該筆金錢的義務。*Ellenborough* 法官說道：

「本案並非同等不法的情形，而是一方施以脅迫，他方對之屈從的情形。當一方手持棍棒，而他方聽任擺佈時，絕不可能將此種情形斷定為同等不法。本案的當事人間處於不均衡的形勢，亦即，一方是債權人，另一方則是被迫去遵守前者所選擇強加的條件。」<sup>460</sup>

---

<sup>459</sup> Ibid. p. 577.

<sup>460</sup> Ibid. pp. 577-578.

### iii. 榨取弱勢與弱勢團體的保護

爲了保護弱勢團體免受他人榨取，藉由法律明文規定，契約有可能具有不法性。因此自然地可以導出不法性並非基於原告作爲弱勢團體之一員所發生的不當得利請求權的抗辯。在此不當得利的發生原因<sup>461</sup>（榨取弱勢）與不法性作爲抗辯的例外（基於雙方當事人並非同等不法）發生競合。<sup>462</sup>

依照司法慣例，對於弱勢團體的保護被認爲是不法性阻礙不當得利下的一種例外—非同等不法（*non in pari delicto*）。

在 *Browning v Morris* 一案中，*Mansfield* 法官用以闡釋其立場的經典名言如下：

「在契約或交易基於保護某一團體的人對抗另一團體的人的目的而遭到法律明文規定所禁止的情形下；一方基於其情勢與條件容易受到他方的壓迫與強制；在此種情形下雙方當事人並非同等不法，爲貫徹這些法律規定，受害之一方在交易已經結束並完成後仍可以提起訴訟解消（*defeat*）該契約。」<sup>463</sup>

在 *Lodge v National Union Investment Co Ltd* 一案中，被告向原告提供 1,075 英鎊的貸款，原告則簽發匯票以及轉讓保單作爲擔保。由於被告並未依照 1900 年貸款商法登記註冊爲貸款商，故契約係屬違法。法院判決原告有權請求被告返還其所提供的擔保品，因爲系爭法律規定的目的即在保護處於與原告同一地位的當事人。在 *Parker* 法官的判決理由中並無涉及原告是否發生錯誤或契約條款是否有不公平的情事。其說道：

<sup>461</sup> 在不法契約下，「榨取弱勢」之所以仍被認爲是一個獨立的不當得利發生原因，理由在於契約所具有之不法性即係針對保護弱勢團體所設計，因而，作爲當事人一方的弱勢團體成員得以選擇請求履約或請求返還在此契約下所爲之金錢支付或財物移轉。See Treitel, *The Law of Contract*, p. 448.

<sup>462</sup> Burrows, *The law of Restitution*, p. 578.

<sup>463</sup> *Ibid.* p. 269.

「一般規則是在契約基於不法而無效的情形下任何一方皆不得提起訴訟請求他方返還在不法交易過程中所移轉的財產或金錢。然而對於此種規則而言有三個例外：其中之一即為：契約的不法性是爲了保護其中一方當事人而有利於該一方當事人地被加以創設。」<sup>464</sup>

*Burrows* 進一步強調以基於可能而非實際的榨取<sup>465</sup>而對弱勢團體加以保護作爲發生原因的不當得利返還請求可說是過度的保護主義，且不應該被給與逾越絕對必要下的適用範圍。依此，法院應該僅僅在系爭法律規定無爭議地要求法院介入下始基於保護弱勢團體的理由爲之。此種見解爲 *Green v Portsmouth Stadium Ltd* 一案的判決見解所支持。在該案中，上訴法院認爲賭博業者—假設其並未在發生錯誤下付款—不得請求返還超出依照 1934 年賭博投注與彩券法案所允許的數額而對被告溢付的賽馬場地費（*course charges*）。核心的論證即爲此一具體的法律規定並非意在保護賭博業者。<sup>466</sup>

### (3) 於尚有後悔餘地下撤回 (*withdrawal in the locus poenitentiae*)

#### i. 抗辯或獨立的不當得利發生原因？

在著重不法性下，將「在尚有後悔餘地下的撤回」視爲一種抗辯具有說服力。亦即，或有主張引起不當得利的訴因是「完全欠缺約因」而撤回僅是使原告避免受到一般不法抗辯阻礙以致無法行使基於「完全欠缺約因」所發生的不當得利請求。然而，若進一步加以觀察，主張「在尚有後悔餘地下撤回」是一種立基在不法性上的訴因明顯是正確的。即使傳統上一般看法堅持欠缺約因必須是完全的，因而原告一

<sup>464</sup> Ibid. pp. 269-270.

<sup>465</sup> 「實際的榨取」要求契約條款是實質上不公平，然而這裡所談的「保護」則範圍較爲廣。儘管契約條款實質上是公平的，不法性仍對某團體的成員加以保護。易言之，「保護」在此所考慮的與其說是實際的榨取，毋寧說是可能的詐取。 See Ibid. p. 269.

<sup>466</sup> Ibid. p. 271.

且受領一部份的利益即不能撤回，但實際上原告依然在被告已準備好、有能力且有意願履行的情形下仍得撤回其承諾。且原告甚至得在被告履行期前撤回。例如：原告在被告下個星期提供不法勞務給付前已支付 1,000 英鎊的報酬。原告立即有權加以撤回並請求返還 1,000 英鎊。此種不當得利請求權不能被簡單地化約成是以完全欠缺約因作為基礎，因為直至被告無能力或無意願履行其承諾前，尚未欠缺作為原告移轉金錢原因的約因。<sup>467</sup>

「在尚有後悔餘地下撤回」所對應的確切不公平要素是：法律希望去阻止不法行為且因此希望鼓勵當事人放棄不法契約。若允許被告保留基於原告費用下所受領的利益而無需支付對價，則對於原告而言毫無撤回的誘因。<sup>468</sup>

## ii. 概述

在判例法的檢視下，此原則可以說是具有相當地不確定性，許多研究文獻都企圖將之釐清。在近來最為重要的 *Tribe v Tribe* 的判決中，該判決闡明「後悔餘地」原則不僅適用於習慣法，亦適用於衡平法與信託，但承審此案的上訴法院則認為使所有相關案例一致地適用此原則是不可能的。或許判例法所呈現最清楚的圖像是：在約莫十九世紀初此原則被無限制地解釋以致於導出允許不當得利請求的結果的同時，幾乎整個二十世紀此原則都被加以限縮地解釋直至 *Tribe v Tribe* 一案。<sup>469</sup>

## iii. 寬鬆的解釋態度

在 *Lowry v Bourdieu* 一案的判決中，*Buller* 法官作出關於「撤回」的經典說明。共同原告在不法的保險契約下支付了保險費。*Buller* 法

<sup>467</sup> Ibid. pp. 425-426.

<sup>468</sup> Ibid. p. 426.

<sup>469</sup> Ibid. p. 426-427.

官主張因為在提起撤銷契約的訴訟前契約已經履行，故共同原告不得請求返還所支付的保險費。亦即，共同原告企圖撤回前，船舶的航程（保險標的）已經結束。*Buller* 法官說道：

「區別契約履行完畢與契約尚待履行是合理的，並且若為了撤銷契約而提起訴訟則必須於契約尚待履行時為之，此外僅在回復雙方當事人締約前的地位的條件下可以撤銷契約...因此，若本案中的共同原告在風險結束且航程完成前提起訴訟，則他們的請求可能是有理由的，但他們遲未起訴直到風險已經結束後。」<sup>470</sup>

早期一些基於「撤回」而准許不當得利請求的案例都涉及賭博契約。

例如：在 *Hastelow v Jackson* 一案中，原告以及訴外人 *Wilcoxon* 個別對於被告給付 20 英鎊的保證金，此 40 英鎊最後將給付給原告與訴外人 *Wilcoxon* 之間拳賽的獲勝者。在訴外人 *Wilcoxon* 贏得拳賽後，原告通知被告不要支付 40 英鎊給訴外人 *Wilcoxon*，並且當原告踐行通知時，其提起訴訟請求返還所給付的 20 英鎊。法院判決主張：因為原告訴請撤回系爭契約時，被告尚未給付訴外人 *Wilcoxon* 賭金，在此意義下契約尚未完全履行，所以原告有權依據不當得利請求返還 20 英鎊。<sup>471</sup>

*Taylor v Bowers* 一案是成功援引此原則的最重要案例。為避免債權人查封其營業用財產，原告與其外甥 *Alcock* 達成協議，依此原告將其財產交付 *Alcock*。雖然該協議的內容並非完全清楚，但其目的可能是在原告與其他債權人達成破產和解後，*Alcock* 再將系爭財產返還與原告。但 *Alcock* 卻將該財產出賣給被告。原告向被告請求返還系爭財產，而為被告所拒絕。首席法官 *Mellish* 與 *Baggallay* 主張：因為原告在與任何債權人達成破產和解前即撤回該不法契約，故原告有權請求返還系爭財產。因此原告被賦予對於系爭標的物的財產上權利。

<sup>470</sup> Ibid. p. 427.

<sup>471</sup> Ibid. pp. 427-428.



首席法官 *Mellish* 說道：

「若出於不法目的而給付金錢或交付財物，則給付金錢或交付財物的一方當事人可以在不法目的實現前請求返還金錢或財物。」

此種看法確認了本案下級法院的判決理由。相反地，首席法官 *James* 與法官 *Grove* 則並未援引「撤回」原則，而是以原告可以獨立於該不法契約之外建立其對於系爭財物的所有權作為論據。<sup>472</sup>

*Burrows* 總結並強調兩個關於本案以及其他一些原告成功援引此原則的案例的論點：

首先，關於「契約尚待履行且未履行完畢」此一要件不能被解釋為意指不應該存在任何的契約履行，也不能被解釋為意指契約目的的任何部分都不應該被實現。毋寧其意義似乎在於契約必須尚未完全履行且並非所有目的皆已實現。易言之，法院似乎是樂意允許在最後階段的撤回。

其次，在此並未要求原告撤回的理由是真誠的後悔而非不法目的受到阻撓，例如：被告違反其承諾的情形。<sup>473</sup>

#### iv. 嚴格的解釋態度

第一個對於撤回採取較為保守的態度的案例是 *Kearley v Thomson*。原告是破產債務人的朋友，其與代理提出請求的債權人的律師們（即被告）達成協議，若被告們不出現在破產債務人的公開審查會上且因此對於原告聲請解除破產命令不表示異議，則原告給與被告們 40 英鎊作為報償。此一契約因擾亂程序正義而具有不法性。被告們當天確實缺席，破產債務人通過了公開審查會。但在原告聲請解

<sup>472</sup> Ibid. p. 428.

<sup>473</sup> Ibid. pp. 427-428.

除破產命令前，其依不當得利請求返還 40 英鎊。此請求遭到拒絕。做出上訴法院判決的首席法官 *Fry* 對於 *Taylor v Bowers* 一案的判決及其理由的正確性表示質疑。然而，假設此原則確實存在，其主張此原則並未在本案事實上被辨認清楚。因為此契約已被部分履行，亦即，被告已經履行契約兩部分的第一部份。首席法官 *Fry* 說道：

「在不法目的已藉由重大方式部分地實現的情形下，雖然契約尚有部分未履行，但在不法契約下所移轉的金錢已不可能被允許請求返還。*Taylor v Bowers* 的判決見解似乎因此被加以辨異了。亦即，在 *Taylor v Bowers* 一案中，儘管契約已部分履行，但因為並無任何債權人受到詐欺，所以並無任何不法目的獲得實現。」<sup>474</sup>

*Burrows* 認為即使此一辨異被認為是具說服力，但藉由 20 世紀一些附加上新的限制—原告撤回的理由必須是基於後悔而非不法目的實現上受到阻撓—的案例，*Taylor v Bowers* 的判決見解進一步受到質疑。

此種限制在 *Parkinson v College of Ambulance Ltd and Harrison* 的判決見解中初次被明確表達。在該案中，*Lush* 法官說道：由於原告並非基於悔意而係因為其無法獲得約定的爵士頭銜，所以其並未從購買系爭頭銜的不法契約中撤回。在 *Berg v Sadler and Moore* 一案中，上訴法院適用此一限制而否認被列在停權名單上的煙草買受人的不當得利請求，即使其並未取得任何煙草。<sup>475</sup>

然而，附加此一限制的最為重要案例是 *Bigos v Bousted*。原告同意提供打算去義大利度假的被告妻子與女兒價值 150 英鎊的義大利里拉（貨幣單位），被告則在英國對原告給付英鎊。被告提供原告股票作為借款返還的擔保。此協議抵觸匯兌管制法規而違法。原告並未依約提供義大利里拉，以致被告妻子與女兒提前返回英國。在原告提起的訴訟中，被告基於契約尚待履行，其仍處於反悔期間內為理由，

<sup>474</sup> Ibid. p. 429.

<sup>475</sup> Ibid. pp. 429-430.

反訴請求原告返還系爭股票。*Pritchard* 法官基於被告並非出於悔意而毋寧是本於不法契約的實現遭原告阻擾所以並無撤回可言作為理由駁回被告的反訴。至於被告是否仍處於反悔餘地此一問題則顯然與本案無關。*Pritchard* 法官說到：

「判決先例所建立的權威顯示：那些可以稱為悔意的案型，以及那些可以稱為受挫的案型兩者間是有區別的。若具體個案可以被歸類為悔意的案型，則假設其係於不法目的已大體上獲得實現前產生悔意，則法院依法將會協助後悔的一方當事人。...本案則被歸類為那種我稱為受挫的案型。」

*Burrows* 認為 *Pritchard* 法官意圖將 *Taylor v Bowers* 一案辨別為悔意的案型，並指出此種看法是不正確的：在 *Taylor* 一案中的原告僅僅在其知悉訴外人 *Alcock* 透過出賣原告的財產予被告而違反彼等的計畫時，始企圖從詐欺債權人的計畫中撤回。<sup>476</sup>

因此就幾乎整個 20 世紀而言，具有支配性的見解藉由其強調真誠的悔意以及前階段的撤回（最晚須在並無任何契約目的獲得實現前）推翻了 *Taylor v Bowers* 一案以及更早期案例中對於「撤回」採取寬鬆態度的判決見解。

#### v. *Tribe v Tribe* 一案帶來的轉變

在本案中，原告為使自己在面臨可能產生的責任下無財產可供執行，將其公司的股份移轉給被告—原告的兒子。此移轉形式上表現為基於某一約因而為之，但實際上被告從未有意給付該約因。而事實上該責任並未實現，因此原告請求被告返還系爭股份。此請求為被告所拒絕，被告並主張系爭股份為其所有，且原告不得援引目的在於隱匿財產欺騙其債權人的不法協議而反證增益的推定不存在。

---

<sup>476</sup> Ibid. p. 430.

上訴法院判決主張：原告有權請求返還系爭股份。因為原告在反悔期間內從不法中撤回，故其得以反證增益的推定不存在並且建立系爭股份是在回復信託（*resulting trust*）<sup>477</sup>之下。「後悔餘地」或是「撤回」並非排他地屬於習慣法下的原則，而是同屬衡平法與信託的原則。因為於本案中欺瞞債權人結果是不必要的，所以原告已及時地撤回；雖然系爭股票業已移轉，但在任何債權人被欺瞞前潛在可能發生的責任已消失。因此並無任何部分的不法目的獲得實現。依照首席法官 *Nourse* 的說法：此是一個必須加以實行的目的，且僅在原告的債權人由於交易而受到詐欺時，目的才會實現。首席法官 *Millett* 進一步強調：並不要求真誠的悔意。儘管原告必須是自願地撤回，以致於出於計畫被揭穿的理由而被迫地「撤回」並不包括在內，然而當依照事實情況撤回已不再必要時，原告自願地從不法交易中撤回，即為已足。<sup>478</sup>

*Tribe v Tribe* 一案的判決見解轉而支持早期判決見解中所採取的較為寬鬆的態度，而放棄幾乎在整個 20 世紀中占有優勢地位的限縮態度。

#### vi. 學界觀點

*Grodecki* 教授主張只要不法目的並未完全地實現即應該允許撤回，而無關是否出於真誠的悔意。此種看法是基於法律應該給與當事人鼓勵去停止追求任何不法的目的。然而此種推論在某程度上得加以批評，也就是，若無關法律允許撤回，不法目的是受到阻撓以致未實現的情況下，則很難找到法律介入的理由。<sup>479</sup>

基於這個理由，*Beatson* 略顯不同的論點似乎更有吸引力。如同

<sup>477</sup> 信託因某種原因無效時，信託財產應如何處理，向為實務上最常發生的問題。故法律上一般均推定委託人之意思係該財產應「回復」於自己。詳細說明，請參閱 方嘉麟，信託法之理論與實務，第 300 頁以下。

<sup>478</sup> *Burrows*, *The Law of Restitution*, pp. 431-432.

<sup>479</sup> *Ibid.* p. 432.

*Grodecki* 般，其認為真誠的悔意並非必要，但不同的是：其主張僅在撤回將增加阻止不法目的的機情的情況下，返還請求應該被允許。因此在不法目的已經完全達成或該目的受到挫敗的情形下，並無「撤回」可言。無可否認地，此種見解並未在上揭案例中尋找到明確的支持，但 *Beatson* 主張：就結果而言此種見解與所有具有重要性的判決見解相互一致。尤其儘管在 *Taylor v Bowers* 一案中存在一些無關於法律介入的對於不法目的之阻撓，但此不法目的幾乎完全地藉由法律允許原告請求返還其財產以致使債權人獲得系爭財產而受到阻礙。關於 *Tribe v Tribe* 一案，可能也可以提出相似的論據<sup>480</sup>。<sup>481</sup>

*Birks* 則不同於 *Grodecki* 或 *Beatson* 的看法，其根據真誠悔意可以滌除違反道德的污染且使原告不再被歸類為那種不值得請求法院協助的當事人的理由而基本上支持「真誠悔意」此一要求。<sup>482</sup>

*Burrows* 批評此種見解似乎過度地假設：不法契約下所有無真誠悔意的當事人都是過於邪惡以致於不值得法院加以協助。許多不法契約都是在當事人不知情下被締結的並且涉及相對而言較輕微的犯罪行為或並無刑事或民事不法可言。相反地，難得能夠說：對於締結謀殺 A 與 B 的契約一事真誠地悔悟的原告，在 B 已經遭殺害的情況下，仍能藉此滌除違反道德的污染？此外，無論如何，一般就法院協助邪惡的當事人所提出的批評、反對，在法律介入將會鼓勵放棄不法目的的情形下無疑地顯得較無份量。<sup>483</sup>

#### (4) 就「同等不法」所為之進一步限制

*Burrows* 基於其就不法性作為不當得利返還請求的抗辯所進行的判例法上觀察，其進一步主張應再行限縮不法抗辯的適用範圍：不法

<sup>480</sup> *Burrows* 認為：於適用 *Beatson* 的論點下，*Kearley v Thomson* 一案可能會以不同方式做出判決，以致於雖然 *Beatson* 的見解可以繼續地被認為是合理的方式，但關於其見解已內在於前揭具有重要性的判決結論中的主張，則遺憾地無法加以認同。

<sup>481</sup> *Ibid.*

<sup>482</sup> *Ibid.* pp. 432-3.

<sup>483</sup> *Ibid.* p. 433.

性鮮少作為對於錯誤、脅迫以及榨取弱勢的一種抗辯，其理由在於：法院允許基於錯誤、受脅迫或受榨取的無辜當事人請求返還不當得利並不會違反「防止法院尊嚴受到玷污」與「避免鼓勵從事不法行為」這兩個不法性抗辯背後隱含的法政策。實際上法律應該至少在以下兩方面上更進一步：明確地擺脫內在於「非同等不法」此詞彙中對於比較雙方當事人可歸責性的強調以及承認發生足以掩蓋不法性存在的錯誤的原告，儘管在被告同陷錯誤的情形下，仍應有權請求不當得利。此外，即使當事人所發生的錯誤並未掩蓋不法性，除非隱含在不法性背後的規範目的清楚地要求排除不當得利或原告一方存有嚴重的不法性，否則法院應該仍有意忽略不法性存在而允許原告的不當得利請求。<sup>484</sup>

#### (5) 修正建議

關於不法性作為不當得利請求的抗辯的法規範受到廣泛地批評。*Burrows* 認為：若暫且不論「撤回」原則（因為此原則涉及不當得利的發生原因），不法性作為不當得利請求的抗辯甚至是複雜的、技術性的、將產生不公平的以及在某些方面具不確定性的。雖然主張修正不法性抗辯的規範內容是屬於法院解釋法律範圍的見解逐漸增多，然而較正確的觀點應該是對於引入一個體系化、能與禁止規範的法政策相一致的裁量權的立法模式加以引進。此即為法律委員會

(*Law Commission*) 暫時建議的修正方式，法律委員會強調此賦予法院的裁量權是經體系化的、與不法性抗辯緊密相關的且並非毫無限制的。根據法律委員會此一建議，法院對於不法在個案中是否應該作為抗辯擁有裁量權限。具體而言，此一暫時性建議的內容是：裁量權應該被加以體系化以致於法院被要求於作成個案決定時應該將以下特定因素納入考量：(一) 所涉不法性的嚴重程度；(二) 原告的認知與意圖；(三) 拒絕提供救濟是否將發揮嚇阻的效果；(四) 拒絕提供救濟是否會促進使契約成為不法的法律規定的規範目的；(五) 拒絕提

---

<sup>484</sup> Ibid. p. 578.

供救濟與個案中所涉的不法是否合乎比例。<sup>485</sup>

### 三、第 180 條第 4 款但書規定的重構

#### (一) 本文規定與但書規定定位上的釐清

我國民法第 180 條第 4 款之規定與德國民法第 817 條之規定在條文結構上相當類似，亦即，皆對於不法原因（法律或道德的違反）僅存在於受領人與其他情形做出不同規定，賦予完全不同的法律效果。

德國民法第 817 條第 2 句甚至規定須同時（*gleichfalls*）可將法律或道德之違反歸咎於給付與受領雙方當事人的情形下，始發生排除不當得利請求權的法律效果，若僅可歸咎於給付者一方，受領者仍須返還其所受領之給付，因而產生價值判斷上的矛盾。經過實務與學說之努力，透過將第 817 條第 2 句的適用範圍擴張解釋（*extensive Auslegung*）<sup>486</sup>而包含僅給付者單方違反法律或道德的情形，消除內在體系的不一致且更貼近一般預防的規範目的。

或許是由於我國民法第 180 條第 4 款之規定與德國民法第 817 條之規定結構類似，故我國學說上針對「在不法原因下，給付者得否請求返還其所為之給付」此一問題，率皆區別但書規定與本文規定適用範圍的限縮兩個層次進行討論。然而，就法律效果而言，兩種面向皆導向給付者得以請求給付不當得利的結論。且就但書規定進行實務相關見解蒐集與學說觀點彙整後，可以發現但書規定可適用之情形甚為狹隘，甚至不少與針對本文規定所提出的限縮事由重疊<sup>487</sup>。我國學者亦已明確指出本文規定所隱含的主觀要件與但書規定相互排斥的問

<sup>485</sup> Ibid. pp. 583-4.

<sup>486</sup> Loewenheim, Bereicherungsrecht, S. 72.

<sup>487</sup> 例如受脅迫而提出給付的情形，既可解釋為但書規定的情形，又可解釋為排除本文規定適用的例外事由。

題。且正如同本文於第一章緒論中所言，第 180 條第 4 款但書在實務操作上已漸趨概括條款化而非恪守嚴格的文義解釋。本文植基於我國實務與學說關於第 180 條第 4 款規定的發展認為：若欲建立清楚、明確的討論架構，似乎應將本文作為排除不法原因的原則性規定，同時將但書定位例外排除本文適用範圍的概括條款，透過不法之原因「歸屬（咎）」<sup>488</sup>的概念，而徵引在個案中給付者在一般預防的規範目的下不適於、無須或欠缺正當地喪失依據第 179 條不當得利所發生的給付不當得利請求權。就條文結構而言，我國民法第 180 條第 4 款相較於德國民法第 817 條更適於作如此解釋。在方法論上，即無須透過外接誠信原則條款或是超越文義界限而對於本文規定進行目的性限縮來調整排除給付不當得利的範圍，僅須「擴張解釋」但書規定即可達成相同效果。

## （二）各種例外事由的分析檢討

我國學說與實務針對本文規定的適用範圍所提出的例外事由，約有數端：不知、終局性基準、受強制執行或脅迫而提出給付、衡量雙方不法程度、第三人合法利益的維護、規範目的取向、後悔餘地以及綜合考量等。本文以下將參考比較法上的相關說明提出簡要評述：

### 1、不知

給付者對於其給付原因違反強行規定或公序良俗欠缺認識，不僅我國學說甚早即提出作為本文規定適用的不成文構成要件，近來大多數學說見解採認此種觀點，甚至是實務見解早在大理院時期即已著有解釋，近來最高法院判決或係解釋為但書規定情形或認為例外不構成本文之規定，亦皆肯認給付者不知不法原因之存在足以豁免於喪失給付不當得利請求權。

<sup>488</sup> 第 180 條第 4 款但書規定的用語為「存在」，可引伸為法律上「歸屬」或「歸咎」的概念。



然而，理論的精緻化程度則尚有不足。亦即此一主觀要件的內涵為何？多數學說意見認為若對於不法原因之存在欠缺認識，且就其不知係不可歸責（應認識而未認識）者，即可免於適用第 180 條第 4 款本文規定之適用。同時必須假設所有人民對於「公序良俗」皆有認識。

若參照比較法上的說明可以發現，大抵上應區別對於構成不法原因的「事實」有所誤認以及對於個案事實的規範評價上發生錯誤。就前者而言，一旦發生誤認即有可能准許給付者請求不當得利；然而，就後者而言，雖然德國法上普遍認為應可推定給付者對於道德或共同生活所應遵守的基本規範有所認知；惟 Canaris 提醒：在德國民法第 138 條（類似於我國民法第 72 條）的僵硬操作下，給付者並非不得主張其對於系爭道德規範欠缺認知。本文認為 Canaris 此一見解不惟道破民法第 71 條、第 72 條與第 180 條第 4 款的互動關係，尚且指出在現今多元社會下，適用第 72 條甚至是第 180 條第 4 款時，必須體認到的文化或價值觀的差異。至於涉及國家行政管制規範的部分，因多屬政策執行面向，德國學者大多肯認原則上不應假設給付者對於強行規定內容皆有所認識，英美判例法上更進一步根據系爭規定主要的拘束對象而區別對於規範認識的期待可能性，並強調若係基於他方對於契約合法性的不實說明，一律可主張免責。

瑞士學者 Becker 甚至認為基於誘捕偵察或其他蒐集犯罪證據的目的，亦無法排除瑞士債務法第 66 條所稱之引致違反法律或道德的結果的不法目的。此一見解值得進一步深究。

## 2、終局性基準

我國司法實務上亦可見操作關於給付的「終局性基準」而認為給付者得以請求塗銷出於通謀虛偽意思表示而為之不動產移轉登記。學說上甚早即有學者參考德國法上發展，引入限縮的給付概念。現今學說更是正式引入「終局性基準」，用以說明若個案給付涉及無因債務

拘束、票據簽發或抵押權設定等情形或是涉及暫時性給付者，不應排除給付不當得利請求或是就拒絕返還的範圍進行限縮。

涉及「無因債務拘束、票據簽發或抵押權設定」等情形與涉及「暫時性給付」的情形雖然同樣被納入「終局性基準」此一概念中探討，然而無論在理論的出發點上以及法律效果上兩者皆有不同，宜分別加以觀察。

德國學說上即有主張將此兩種不同情形分別以不同概念加以涵括的見解，已如前述。亦即，就前者而言，主要是涉及違反法律或道德的事件過程的終局性問題，所考量者主要是若不准許給付者請求返還，是否導致如同強制履行不法契約內容或是使之合法化的結果；就後者而言，主要遵循者為比例原則<sup>489</sup>。也因此前者所涉及者可能是得否返還的問題，後者則處理在如何範圍內應排除返還請求。

然而，此種觀點得否直接引入說明在我國私法體系下涉及諸如票據簽發或抵押權設定等情形，則不無再行斟酌之餘地。

首先，就抵押權設定之情形而言，正如同我國學者所觀察，基於擔保物權從屬性，若當事人間透過抵押權所欲擔保之債權在債權契約依民法第 71 條、第 72 條而無效下不存在時，抵押權亦不成立，縱有抵押權登記，該抵押權亦屬無效。<sup>490</sup>若表見之抵押權人仍聲請法院拍賣抵押物，抵押人得提起債務人異議之訴（強執法第 14 條第 2 項），並聲請停止執行（第 18 條第 2 項）。<sup>491</sup>準此，儘管未透過限縮第 180 條第 4 款本文規定之適用範圍而准許抵押人請求塗銷抵押權登記，仍不至發生如同法院強制履行不法契約內容或使之合法化之結果。惟我國學者訴諸「權利假象與實體之間永遠存在著齟齬」、「造成無意義的法律狀態」、「有害於交易安全及社會物質利用之虞」等論據，亦未提供合理說明：權利表徵與實質間之落差之所以是無意義甚至是必須被

<sup>489</sup> 英國已故學者 Birks 亦採取與 Wendehorst 相同的見解，以比例原則作為判斷準則。

<sup>490</sup> 謝在全，民法物權論（中），第 360 頁。

<sup>491</sup> 謝在全，民法物權論（中），第 521 頁。

矯正的法律狀態，即在於其有害於交易安全及社會物質利用。然而，透過物權法保護信賴登記之第三人<sup>492</sup>與承認物權堆疊<sup>493</sup>、次序升進原則<sup>494</sup>，上述弊端不復存在，如何合理說明抵押人得以請求塗銷抵押權登記，不得不另起爐灶。

再就票據簽發等無因債權契約之情形而言，我國票據法學者有認為：簽發票據之原因是否有效，基於票據無因性理論，雖不影響票據債權之存否，惟其授受票據如未具真實合法之原因，於直接當事人間，仍得以此為理由拒絕付款。<sup>495</sup>亦有民法學者認為：票據債務之負擔若欠缺法律上原因，債務人得向債權人請求返還其所持有之票據，債權人如仍依票據債權行使其權利，縱票據仍由債權人持有，票據債務人得以其票據債權之取得無法律上之原因拒絕給付。<sup>496</sup>綜上而論，票據債權雖具有無因性且為有價證券，應以返還票據作為返還不當得利之方法，<sup>497</sup>惟票據債務人於票據債權人仍持有票據下非不得主張票據之基礎關係不存在而拒絕給付票款。準此，排除簽發票據之給付者請求返還系爭票據亦不至於發生如同強制履行不法契約內容之結果。在欠缺與德國民法第 817 條第 2 句之同一規定下，亦無法基於債務承擔與票據簽發之類似性而透過類推適用做出合理說明。

是以，如何在我國私法體系下就票據簽發或抵押權設定等情形提供限縮第 180 條第 4 款本文規定之適用範圍之合理基礎，本文認為毋寧應回歸第 180 條第 4 款之一般預防功能與必要性原則下加以說明：如同部分德國學者所言，票據簽發等無因債權在釋義學下雖合致「給付」之概念，然而，就給付者而言，僅係承諾將來會為給付而非實際提出給付；就受領者而言，亦不過存在著對於實際給付的期待而已。抵押權設定更是僅作為債權實現之擔保，一般而言，當事人間仍期待

<sup>492</sup> 劉昭辰，債權之善意取得—兼論擔保物權的從屬性—，臺灣本土法學雜誌第 60 期，第 46 頁。

<sup>493</sup> 請參閱 蘇永欽，物權堆疊的規範問題，載：尋找新民法，第 426 頁至第 429 頁；第 448 頁至第 456 頁。

<sup>494</sup> 謝在全，民法物權論（中），第 466 頁、第 467 頁；蘇永欽，物權堆疊的規範問題，載：尋找新民法，第 448 頁。

<sup>495</sup> 王志誠，票據法，第 208 頁。

<sup>496</sup> 陳自強，無因債權契約論，第 140 頁。

<sup>497</sup> 陳自強，無因債權契約論，第 135 頁。

透過自願給付而使債權獲償。準此以言，在他方當事人並未實際給付且有權拒絕給付下，欲提出給付之一方當事人本於經濟理性亦應靜觀其變，謀定而後動，儘管他方當事人有簽發票據或設定抵押權作為支付或擔保工具，在我國法允許票據債務人或抵押人為票據抗辯或提起債務人異議之訴下，欲提出給付之一方當事人根據合理預測仍應暫不提出給付為妥，因此，第 180 條第 4 款之規定所形成之阻礙不法交易自願履行之策略仍繼續發揮作用，簽發票據或設定抵押之行為並未抵銷第 180 條第 4 款所提供之不履行誘因，故並無透過排除不當得利而嚇阻當事人間簽發票據或設定抵押作為支付或擔保工具之必要。正因為欠缺排除以票據或抵押權登記為內容之不當得利之必要性，限縮第 180 條第 4 款本文規定之適用範圍被加以正當化。

此外針對暫時性給付的概念所欲達成的正確結論，德國學者認為可以透過類似於我國第 71 條、第 72 條的德國民法第 134 條、第 138 條來推導。本文亦認為若欲導出給付者於約定或法定期間內不得請求返還租賃物或借貸物的結論，若非透過曲解「給付」概念而達成，即須藉助其他規範。舉例言之，消費借貸契約的貸與人係將消費物的所有權移轉予借用人，給付的內容即為所有權之移轉，之所以借用人須於約定或法定期間屆至時，返還同種類、品質、數量之消費物予貸與人，係基於當事人間存在另一返還消費物之債之關係，而非根據「給付」係物的暫時性使用權限作為內容而導出。準此，則一旦契約無效，不惟未發生基於契約所生的返還請求權，且給付不當得利請求權又因第 180 條第 4 款而被排除，此際，貸與人應無任何返還請求權可資行使，借用人可以終局保有所受領的消費物。所謂當事人係以物之暫時性使用權限作為給付內容僅為借貸契約對於當事人間的經濟意義，並非法學概念邏輯上所得以推導出來。因此，此一正確結論毋寧較適宜藉由第 71 條、第 72 條的彈性操作而獲致。<sup>498</sup>也正因為如此，德國法

---

<sup>498</sup> 關於民法第 71 條的法律效果是否僅有自始、當然、確定無效或完全有效兩個選項，學說上已見討論，請參閱 蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為，載：民法經濟法論文集（一），第 116 頁、第 117 頁以下。至於違反第 72 條的法律效果或可透過「最大效力外緣減縮原則」而賦予彈性，vgl. Brehm, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 335b. 就定型化契約條款效力之減縮，請參閱詹森林，信用卡定型化契約與卡債風暴，月旦法學雜誌第 135 期，第 44 頁；消費者保護法與預售屋買賣定型化契約，載：民事法理與判決研究（三），第 106 頁。

上針對融資借貸契約的貸與人得否請求返還本金，主要是區別系爭契約係僅就借貸的方式、條件違反法律或道德抑或是提供資金本身即違反法律或道德，就前者而言，無效的部分限縮在例如利率約定等契約條件的部分，借貸契約本身仍為有效，從而，基於契約約定而生的借款返還請求權使得借用人必須在、也僅在約定的還款期間屆至時負有返還義務。就後者而言，借貸契約本身即違反第 71 條或第 72 條之規定，且不法性及於契約整體，因而契約全部無效，在不刻意扭曲「給付」概念下，原則上貸與人不得請求返還本金，除非例外基於比例原則的要求，方有請求返還本金的可能性。

### 3、衡量雙方當事人不法性

如同德國法、瑞士法以及英美法的學說見解所主張者，本文認為就應否排除基於不法原因給付所生之不當得利請求權而言，無須考量受領者本身的不法性。之所以排除給付不當得利請求的理由僅僅在於給付者本身對於不法之原因的可歸屬（咎）性。反之，若給付者本身不具任何可歸咎性，儘管受領者同樣不可歸咎，最為公平合適的結果，當然還是給付者得以請求返還不當得利。主張應衡量雙方當事人的不法性就某種程度而言似乎仍未掙脫制裁說的桎梏。亦即，儘管多數學者皆以改採拒絕權利保護說，然而彼等心中仍未完全消除拒絕權利保護乃是一種法律上制裁的念頭，以致於若受領者所具有不法性較高，則應以准許不當得利請求而懲罰受領者，而非剝奪不當得利請求權而對給付者施以懲罰。然而，如同本文一再強調者，排除基於不法原因所生之給付不當得利係植基於「一般預防」的目的。之所以對於具有可歸咎性的給付者加以規制，排除其給付不當得利，乃是透過交易風險的增高而積極形成自動遵守強行規定或公序良俗的誘因，完全係基於有效性的需求而單純課以給付者一方不利益，此規定本身即蘊含了不公平、違反誠信的因素在規範意旨內。實非藉由對於從事不法交易的當事人進行事後追懲來合理化本規定所生的不公平結果，而係立基於一般預防的目的以及手段有效性的考量而賦予正當性基礎。

衡量雙方不法性，並於受領者具有較高的不法性時，准許給付者的不當得利請求的見解，儘管肯認其追求當事人間公平的出發點，仍會遭遇其他難以圓滿解釋的質疑。例如為何具有相同不法性的給付者甲與乙，個案中偶然與不法性不同的受領者丙與丁進行交易，就得否請求返還給付不當得利而言會遭遇截然不同的命運？易言之，為何具有不法性的給付者得否請求返還，係繫諸於其所無法控制的他方當事人的不法性高低？

再者，針對學者常用以說明須衡量雙方當事人不法性的詐賭情形，受領者是否具有更高的不法性，也值得進一步思考。賭博契約之所以無效係因系爭契約違反刑法規定或公序良俗，而不在於受領者的詐賭行爲。是以，就賭博契約的不法性而言，給付者與受領者可說是無分軒輊，學者將受領者的詐欺行爲納入考量可說是參酌與事理無關的因素。更何況受領者的詐欺行爲並未增高賭博行爲的風險，蓋在第 180 條第 4 款的適用下，無論給付者賭贏或賭輸，受領者皆得拒絕返還賭注。

綜合以上說明，本文認爲不應將雙方當事人不法性的衡量作爲參考因素並於受領者的不法性較高時，作爲第 180 條第 4 款本文規定的例外。當然若個案情形同時該當其他例外事由，仍得准許給付者的不當得利請求，自不待言。

#### 4、第三人合法利益的維護

首先針對權利繼受人而言，概括繼受人不得請求受領者返還基於給付所獲之利益，固不待言。若涉及特定繼受人之情形，尤其是針對基於讓與行爲而生之情形，依照民法第 299 條第 1 項之規定，亦同受第 180 條第 4 款之限制。惟德國學者認爲若系爭不法性即係以侵害該權利受讓人的內容，則不在此限。蓋此種情形系爭不法性的存在即係爲了保護該權利受讓人，若受領者得向該權利受讓人主張不法抗辯，規範的保護目的即無法實現。然此已涉及其他例外事由，與第三人合

法利益的維護無關。

其次，針對給付者的債權人保護而言，我國學者原則上區分破產債權人以及一般債權人而異其保護。普遍認為僅前者情形方得由破產管理人向受領者請求返還基於不法原因給付所獲之利益。另有學者認為若給付者為避免債權人強制執行其不動產而與受領者基於通謀虛偽表示將其所有之不動產登記於受領者名下。此際，若受詐害的債權人行使第 242 條的代位權，有鑑於代位權乃代位行使債務人之權利且係以債務人怠於行使權利為要件，仍無法請求受領者塗銷移轉登記。惟有行使第 244 條的撤銷權並進而請求回復原狀，方得以該不動產供作清償債權之用。此一見解就結論而言固然正確，惟其誤用第 87 條第 1 項但書之規定，已如上述，且可以透過規範保護目的取向的例外事由而獲致相同的結論。然而，本文認為此見解重要地提示了一般債權人得以向受領者請求返還基於不法原因給付所獲之利益的可能性，亦即類推適用第 244 條之規定。展言之，第 244 條揭示一個重要的價值判斷，在債務人整體上無資力時，債務人所作成之有害於債權人債權之無償行為，債權人得以進行干預。<sup>499</sup> 基此，雖然第 244 條第 1 項之撤銷標的乃有效之無償行為，然而不法交易所形成之給付者不但不得請求對待給付，且亦不得請求返還其所為給付此一狀態，與贈與等無償行為高度相似，基於立法意旨關照下所呈現的相似性，應許債權人在給付者陷於無資力時為全體債權人之利益，向受領者請求返還基於不法原因給付所獲取之利益。

## 5、規範目的取向

如上所述，我國部分民法學者以及公司法學者都注意到第 180 條第 4 款但書所形成的「不法即合法」反射效果，在特定情形下將抵觸宣告系爭交易無效的強行規定的規範意旨。彼等常提及的事例係涉及公司法第 163 條第 2 項規定之情形。亦即，公司發起人違反法定轉讓限制，於公司設立登記後一年內，出賣並轉讓其股份與他人。在公司

<sup>499</sup> 關於撤銷權之詳細說明，請參閱 黃立，民法債編總論，第 505 頁以下。

發起人已交付股票且買受人已交付價金的情形下，若適用第 180 條第 4 款本文規定排除當事人的給付不當得利請求，不啻合法化違反交易的結果，而無法貫徹公司法第 163 條第 2 項的規範目的。準此，若欲貫徹系爭規定的立法意旨，即須例外地准許當事人請求給付不當得利藉以回復原狀。

此一取向於規範目的的見解乍看之下即具說服力，然而細究之則會發現不無疑問。蓋所有為強行規定所禁止的交易不盡皆如此，難道全無第 180 條第 4 款本文規定之適用？因此本文借鑒於德國學者對於規範保護目的的討論而認為取向於規範目的而例外准許給付不當得利毋寧應限縮於：若受領者繼續保有基於給付所獲之利益將導致系爭規範所保護之法益遭到侵害或擴大損害的情形。也僅有透過個案中所存在的法益遭受「現時」侵害的迫切性足以合理化准許請求返還不當得利所引致喪失一般預防作用的不利益。可以說是「個案預防」<sup>500</sup>與「一般預防」的相互角力。

準此以觀，前揭民法與公司法學者以之為典型事例的公司法第 163 條第 2 項之規定是否符合本文所採認之標準，有待進一步檢視。根據我國公司法學者對於第 163 條第 2 項的立法評釋可知，適用第 180 條第 4 款本文規定而使受領者繼續持有公司發起人所轉讓之股份並不會造成系爭規定所欲保護之利益遭到侵害或擴大已發生之損害，蓋：公司設立登記後，發起人之身分不復存在，其重要性與一般股東無異，若其當選董監事，另受公司法第 197 條與第 227 條之限制，則為另一個問題，此其一；若認為此項限制乃預防公司發起人在公司設立中，有怠忽職守致公司受損，須由公司向其追償。然此一賠償請

<sup>500</sup> 本文於此脈絡下之所以未採用於刑罰理論中與一般預防（Generalprävention）相對立之特別預防（Spezialprävention）或個別預防（Individualprävention）等用語，其理由在於：所謂特別預防或個別預防著重於個別犯罪人本身，強調刑罰之目的在於如何預防個別犯罪人未來再度從事犯罪，藉以確保社會大眾安全。於特別預防思想下，是否施以刑罰之決定性要素，並非在於犯罪行為本身而是犯罪人透過其行為所表露之社會危險性。惟本文認為德國文獻中以規範目的為導向而限縮德國民法第 817 條第 2 句之適用範圍者，所側重之面向為如何避免於適用系爭規定下反而導致「過去已發生」之交易進一步造成系爭規定所欲保護之法益受到侵害或損害範圍擴大，是以與上述強調預防個別犯罪人「未來再犯」之特別預防思維有明顯不同，故嘗試於用語上加以區隔。關於「特別預防」理論與「一般預防」理論之深入說明，請參閱 王皇玉，論刑罰的報應與預防作用，載：自由·責任·法，第 167 頁以下。



求，公司得另以發起人其他一切財產取償，不必然侷限於其所持有之發起公司之股份，此其二。<sup>501</sup>

另有公司法學者針對公司法第 167 條第 1 項之規定，認為應將系爭規定解釋為不屬於第 180 條第 4 款本文規定之不法之原因或透過比較雙方當事人之不法性高低，進而允許公司向控制公司的大股東請求返還公司向其收買自己股份所支付之價金，俾保障公司之債權人與小股東。本文認為於此情形確有必要准許公司向控制公司的大股東請求返還支付之價金，否則無由保障系爭規定所欲維護的債權人與小股東之利益。然而，是否必須藉助取向規範目的的解釋甚至比較公司與控制公司之大股東對於不法交易的不法性，方能證立第 180 條第 4 款本文規定的例外事由？本文毋寧採取否定的看法。蓋本例情形中，公司根本非基於其自由意願而從事不法交易，毋寧是受到大股東之控制，因而，可認為不應將違反公司法第 167 條第 1 項所生之不法性歸咎於公司一方，因而證立准許請求返還不當得利的例外事由。前揭最高法院 96 年度台上字第 396 號判決或可支持本文此一觀點。

## 6、尚處於後悔餘地下的撤回

值得注意的是，我國已有學說見解提及英美法下此一著名的例外事由。然而觀察其所舉之事例，亦即：某人雇用殺手後反悔，立即通知可能的被害人走避因而倖免於難，則不免令人產生是否要求撤回不法交易的給付者須具有「真誠悔意」的懷疑。因此本文不揣絮叨地重申：「撤回」僅要求撤回將增加阻止不法目的的機會即可，不以行為人有真誠悔意為必要。

## 7、弱勢團體的保護

前揭最高法院 89 年度台上字第 2048 號判決涉及到流押約款之禁

---

<sup>501</sup> 參閱 劉連煜，現代公司法，第 271 頁、第 272 頁。且若發起人陷於無清償能力，則可適用基於第三人合法利益的維護所生的例外事由，無須繞道不明確的規範目的取向。

止的問題，在此判決見解中，承審法院認為違反流押約款之禁止<sup>502</sup>而移轉應有部分的抵押人，並無不法行爲，故得請求返還不當得利塗銷移轉登記。本文認為此即係英美法上所舉「保護弱勢團體免受他人榨取」的情形，亦即，修正前民法第 873 條第 2 項之規範意旨即在於保護抵押人<sup>503</sup>，因而基於流押契約而移轉應有部分的抵押人並無任何不法之原因，屬於第 180 條第 4 款但書解釋上最無爭議的情形。

## 8、綜合考量

我國學說上亦有將第 180 條第 4 款之規定視為概括條款的見解，亦即，於個案中是否排除基於不法原因給付所生之不當得利請求，必須衡酌相關要素，例如：法律行爲整體之違法性，當事人之違法性程度的比較、結論的妥當性及交易安全等加以綜合考量。其中，關於「當事人違法性程度之比較」此一考量因素，其不妥適之處，已批評如上，茲不復贅。另就結論妥當性而言，毋寧未提出任何具體可供參酌之因素，僅在於強調個案結論妥適性之重要，至於如何評量個案結論是否妥適，仍須進一步探究其標準何在。再就「交易安全」而言，前揭學說見解所指為何，並不清楚。若該見解係指嗣後與受領者再作成法律行爲之第三人，則儘管該法律行爲係無償者，我國學者一致的看法是給付者不得適用或類推適用第 183 條之規定向第三人請求返還<sup>504</sup>，故無危害交易安全的問題；惟若學者見解係指不法交易之當事人間之交易安全，則依本文見解，在彼等間之交易受第 71 條、第 72 條認定為無效下，破壞雙方當事人間的交易安全正是第 180 條第 4 款本文企圖

<sup>502</sup> 依照民法物權編修正前第 873 條第 2 項之規定，當事人間之流押約款無效。然而，此一規定性質上係屬於權限規範或是行爲（容許）規範，進而有無第 71 條、第 180 條第 4 款之適用，其實並非無疑。關於民事規範性質之說明，請參閱 蘇永欽，私法自治中的國家強制，載：走入新世紀的私法自治，第 20 頁至第 23 頁。

<sup>503</sup> 此項規定之立法目的依照通說與實務見解乃在於保護債務人，免其一時之急迫而蒙受重大不利。蓋債務人借債每多為急迫窘困之時，債權人乃利用此一機會，逼使訂立流押契約，以價值甚高的抵押物擔保小額債權，希冀債務人屆期不能清償時，得取得其所有權，獲非分之利益，法律為保護債務人之利益計，自須加以禁止，請參閱 謝在全，民法物權論，中冊，第 579 頁；不同見解則認為流押約款之禁止毋寧係從價值權之本質中推導出來，而與保護債務人無必然關係，請參閱 姚瑞光，民法物權論，第 258 頁。

<sup>504</sup> 鄭玉波，不法原因給付與第三人之關係，載：民商法問題研究（一），第 111 頁、第 112 頁；王澤鑑，不當得利，第 151 頁；劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 44 頁。

形成的主要效果，不應反過頭來作為排除本文規定適用的參考要素。綜上以言，本文認為：前揭由學者提出針對是否排除基於不法原因所生之不當得利所應參酌之因素僅餘「法律行為整體之違法性」一項可作為衡酌是否排除給付不當得利之因素，已無綜合考量可言。

比較法上可供參考的是英國法律委員會所提出之法律修正建議中列舉之相關因素：(1) 所涉不法性的嚴重程度；(2) 原告的認知與意圖；(3) 拒絕提供救濟是否將發揮嚇阻的效果；(4) 拒絕提供救濟是否會促進使契約成為不法的法律規定的規範目的；(5) 拒絕提供救濟與個案中所涉的不法是否合乎比例。本文認為此五項因素皆可納入適用第 180 條第 4 款之規定時不可或缺的比例原則下進行思考。亦即：(1)、(2) 皆涉及行為整體之違法性問題，前者為客觀面向，後者為主觀面向，兩者皆涉及除了施以公法上相關懲處外，是否有透過排除不當得利請求而進行私法性質的行為矯治措置的必要性。當然，儘管私法上的行為矯治措置具有必要性，仍須慮及(5)所揭示的狹義比例性問題；而(3)、(4)則指向比例原則中的合適性判斷，易言之，對於人民課與不利益的手段必須有助於規範目的的達成。一般而言，透過拒絕提供救濟所產生的一般預防作用足以實現強行規定之規範目的或公序良俗之價值判斷，然而基於個案特殊情勢，可能存在准許請求返還將有助於立即防止個案中相關規範所欲保護之法益受到侵害或擴大損害的情形，此際，毋寧應例外不加以排除返還請求。抑有甚者，透過拒絕提供救濟所形成的交易風險與不合作誘因有時而窮，此際，若拒絕提供救濟無法發揮嚇阻效果，即不應單純基於給付者具有不法而拒絕提供救濟。

最後，本文認為若就應否排除基於不法原因給付所生之不當得利請求的判斷有進行綜合考量的需求，則無疑應置於「治理理性」的高度上思考。基此，德國學者 Bruggen 所提出的共通福祉理論模型，就有相當可觀之處。Bruggen 認為法律的三項基本價值理念，可用以展開共通福祉的概念框架者為：法安定性、正當性與合目的性。首先，法安定性主要強調法律意義的穩定與執行上的穩定，同時也著重權利

分立下對於國家權利所為之限制。正當性則透過憲政國家對於基本權利的保障與尊重形成基本的論述框架，用以思考良善的各種目標、目的與正當的各種管制，藉此容納、彙整各種不同甚至是彼此衝突的價值與目標。合目的性則倚重相關社會科學，例如：經濟學、社會學、統計學等經驗科學來分析各種法律管制手段於實際運用上之有效性、效率、成本效益與相關利弊得失等進行預測、分析與檢討。若民法第 180 條第 4 款之規定係與相關連的第 71 條、第 72 條等規定共同形成治理理性下的一種策略，則此一具有策略性視野的理論模型，無疑是極佳的分析與評價工具，能夠指引第 180 條第 4 款之規定在個案適用下妥適結果的方向。

因此，就法安定性而言，無論係基於法律文字意義上或法律執行上的穩定性，作為概括條款之例外事由須經類型化，且不得過度擴張解釋，以致失去可預見性。此外亦可以推斷衡量雙方當事人不法性不適用於作為例外事由，一方面是基於如何比較衡量欠缺客觀標準，容易流於主觀恣意，另一方面則是行為人在給付前無由知悉、判斷他方當事人之不法性高低，以致無法預測是否有第 180 條第 4 款本文規定之適用，在在造成欠缺法安定性的結果。

就正當性而言，主要是將比例原則的思考納入共通福祉理論模型中一併衡酌，而比例原則或是正當性考量的功能即在於在適用第 180 條第 4 款之規定時，能一併衡酌強行規定之規範目的或公序良俗之價值取向本身的正當性以及相關各種值得維護之利益，且確保管制手段的正當性，俾符憲政國家保護基本人權之意旨。此種考量在第 180 條第 4 款具有一般預防目的且作為國家管制措置下尤須念茲在茲。

最後，就合目的性而言，著重在其他社會科學領域的研究成果如何協助國家面對其所遭遇的社會問題時能預測、分析及檢討相關政策措施、管制行為的有效性、效率、成本效益或其他利弊得失。本文於論證第 180 條第 4 款本文規定所具有之一般預防目的時，亦藉助經濟學上的賽局理論。在此同時，於回答第 180 條第 4 款本文規定於個案適用上能否確實發揮嚇阻、行為矯治的功效此一問題上，亦須參考賽

局理論的相關研究成果。舉例言之，在囚犯困境此一著名賽局中，相關研究皆指出若一再重複此一賽局，且明確不告知何時為最後一場賽局時（無窮的重複賽局），將不同於一次賽局或有限次重複賽局下所出現的不合作結果，賽局的參與者透過多次互動經驗，認知到一旦在某一場賽局中不合作，在下一場賽局中即受到懲罰，長期下來容易形成隱性勾結。<sup>505</sup>易言之，長期互動與獎懲提供跳脫囚犯困境的路徑，容易產生當事人間合作的結果。準此以言，本文認為若個案中雙方當事人間存在繼續性之債之關係，彼此長期合作，則適用第 180 條第 4 款本文規定即不易發揮一般預防效果，此際應有必要考慮是否將此案型作為例外事由之一。<sup>506</sup>

### 第三節 適用範圍

實務與學說對於第 180 條第 4 款之規定所產生之爭議，除規範目的、構成要件以及例外事由外，針對本款規定的適用範圍究竟僅及於構成要件所示之給付不當得利，抑或甚而包括其他請求權基礎，實務與學說見解尚屬分歧。

以下首先提出兩個案例作為討論對象，用以呈現實務與學說見解對於本款規定適用範圍上的不同觀點，並經分析檢討後，提出本文見解。

進而本文將針對本款規定得否類推適用於其他請求權基礎或作為民法上一般原則，提出一些觀察。

<sup>505</sup> 請參閱 巫和懋、夏珍，賽局高手—全方位策略與應用，第 135 頁以下；大衛·傅利曼著，徐源豐譯，經濟學與法律的對話，第 138 頁、第 139 頁；Cooter & Ulen 著，溫麗琪譯，法律經濟學，第 50 頁至第 52 頁。

<sup>506</sup> 就此方面而言，現今各大法學院所進行的科際整合即有相當之必要性，蓋法學理論的研究亦須藉助經濟學、社會學、統計學等學科專才的協助。

# 一、與給付不當得利相競合的侵權行爲損害賠償請求權與物上請求權

某一特定個案事實，有時不僅合致給付不當得利請求權的構成要件，亦同時符合侵權行爲損害賠償請求權與物上請求權的相關要件。若個案中給付不當得利請求根據第 180 條第 4 款本文之規定而遭排除，則同時構成的侵權行爲損害賠償請求權或物上請求權是否仍得行使，用以達成請求權人同一之目的？實務與學說見解未臻一致。以下將藉由兩個爲人熟知的事例分別討論之：

## （一）給付不當得利與侵權行爲

### 1、事例

某案之刑事被告甲極欲獲判無罪、開脫罪責。司法黃牛乙獲知此事即向甲謊稱其與承審法官乃舊識可以爲甲打通關係，使甲獲判無罪。甲見乙時常進出法官辦公室，不疑有他，立即給與乙一百萬，請乙代爲交付八十萬與承審法官，二十萬則爲乙之謝禮。嗣後，甲從報上得知，乙乃司法黃牛，行騙無數，遂根據民法第 184 條第 1 項後段向乙請求賠償其所交付之賄賂金。

### 2、案例分析與相關見解概述

在此事例中，甲委託乙向承審法官行賄，並交付乙一筆金錢，作爲行賄費用與報酬，甲、乙間之委任契約違反第 71 條或第 72 條無效。其中預付之賄賂金根據「終局性基準」、「比例原則」或瑞士學說所發展的「惡棍報酬」理論或可構成第 180 條第 4 款但書規定而請求不當得利返還，然就支付報酬一事，則無疑構成第 180 條第 4 款本文規定

之情形而不得請求返還。

惟今甲並非主張民法第 179 條之給付不當得利，而係主張其因乙實施詐術而陷於錯誤，方支付該筆款項，乙之行爲構成民法第 184 條第 1 項後段之背俗侵權行爲，故甲得向乙請求損害賠償。於此即發生一個問題，若甲根據給付不當得利請求，法院依第 180 條第 4 款本文規定，將駁回其請求，但若甲選擇行使第 184 條第 1 項後段之侵權行爲損害賠償請求權，法院能否駁回其請求？乙能否主張第 180 條第 4 款本文規定之抗辯？

就此一問題，實務早期即著有判例，並爲司法判決實務所依循。亦即，56 年台上字第 2232 號判例謂：「爲行使基於侵權行爲之損害賠償請求權，有主張自己不法之情事時，例如擬用金錢力量，使考試院舉行之考試發生不正確之結果，而受他人詐欺者，是其爲此不法之目的所支出之金錢，則應適用民法第一百八十四條第四款前段之規定，認爲不得請求賠償。」最高法院 74 年度台上字第 2511 號判決亦採相同見解認爲：「從而上訴人主張其與被上訴人期貨買賣黃金被詐欺，縱然屬實，其因此而交付被上訴人之金錢，亦係因不法原因而爲給付，依民法第一百八十四條第四款本文規定，不得請求返還，爰駁回上訴人之訴。按爲行使基於侵權行爲之損害賠償請求權，有主張自己不法之情事時，應適用民法第一百八十四條第四款本文之規定認爲不得請求賠償...。」準此，實務見解的看法似乎是認爲針對被詐欺而爲不法原因之給付者所行使之侵權行爲損害賠償請求權亦有第 180 條第 4 款本文規定之「適用」。

學者之相關著述亦多有觸及此一問題。而絕大多數的意見皆認爲本案中因受詐欺而爲不法原因給付之人儘管選擇行使侵權行爲損害賠償請求權，亦遭第 180 條第 4 款本文規定之效力所及。不同者乃個別學者所主張關於效力擴張之依據，亦即，有認爲是「當然適用」<sup>507</sup>；

<sup>507</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 175 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 93 頁、第 94 頁。

亦有認為是「擴大適用」<sup>508</sup>；惟有認為就方法論而言已屬「類推適用」<sup>509</sup>；另有僅言「影響」者<sup>510</sup>。然而，亦有部分學者認為於此情形下第 180 條第 4 款本文規定之適用範圍並不及於侵權行為損害賠償請求權：有謂本款規定須以給付目的可非難者為限，不應未加限制而廣泛適用<sup>511</sup>；另有強調損害賠償與不法原因給付之範圍非必相同，進而批評前揭判例見解，認為：若損害賠償之範圍大於不法原因給付之範圍，且認為不允許被害人請求差額，將有抹煞侵權行為制度之虞。<sup>512</sup>

## （二）給付不當得利與物上請求權

### 1、事例

甲出租房屋予乙，供作經營賭場之用，為期十年，並已移轉占有，嗣後為警方查獲。甲本於所有權人之地位，依民法第 767 條第 1 項前段請求乙返還該屋之占有。<sup>513</sup>

### 2、案例分析與相關見解學說概述

本例中，甲之所以交付房屋與乙，係基於租賃契約。惟締結該租賃契約之目的係供作經營賭場之用。故雖非內容違反強行規定或公序良俗，惟動機不法於特定條件下亦可能使整個租賃契約違反第 71 條或第 72 條而無效，進而使基於系爭租賃契約所為之給付成為不法原因之給付。

在此情形下，甲之給付雖欠缺法律上之原因，因而構成給付不當得利，惟同時甲基於不法原因給付所生之不當得利請求權亦受到第

<sup>508</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁。

<sup>509</sup> 史尚寬，債法總論，第 86 頁；王澤鑑，不當得利，第 153 頁；楊芳賢，不當得利，第 111 頁。

<sup>510</sup> 黃立，民法債編總論，第 214 頁。

<sup>511</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 143 頁。

<sup>512</sup> 林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 233 頁。

<sup>513</sup> 本事例乃參照 楊芳賢，不當得利，第 107 頁之設例。



180 條第 4 款本文規定之排除，而依照我國學者所引介的「終局性基準」操作下得出請求返還系爭房屋占有之不當得利僅於約定期間內受到限制，並非永久不得返還。<sup>514</sup>

有疑問者是，甲若係基於所有權人之地位，主張系爭租賃契約無效，乙乃無權占有，因而行使物上請求權，乙得否援引第 180 條第 4 款本文之規定拒絕返還？

就民法第 180 條第 4 款本文規定是否排除物上請求權之行使此一問題，學者間意見分歧。約有以下不同看法：

#### (1) 肯定說

我國學說上有認為：為貫徹法律不應介入不法或不道德的交易、保護作成欠缺社會妥當性行為之行為人之立法目的，或基於不得主張自己不法情事而行使權利之法律原則，無論給付者選擇行使之請求權性質為何，皆依本款規定排除之。<sup>515</sup>就方法論而言，有認為是「適用」<sup>516</sup>，亦有認為是「擴大適用」<sup>517</sup>，另有認為是「類推適用」。<sup>518</sup>

#### (2) 否定說

我國學者主張給付者不當得利返還請求權之排除，無礙於基於所有權請求權之行使。<sup>519</sup>

<sup>514</sup> 然而 Canaris 認為，為符合規範保護目的，應許給付者立即請求返還。請參閱 第四章、第二節、二、(一)、2、(5) 之說明。

<sup>515</sup> 王澤鑑，不當得利，第 154 頁；蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 93 頁；劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁。

<sup>516</sup> 蔡秀雄，民法上不當得利之研究，第 93 頁。

<sup>517</sup> 劉昭辰，不當得利請求權之排除，月旦法學教室第 20 期，第 43 頁。

<sup>518</sup> 王澤鑑，不當得利，第 154 頁。

<sup>519</sup> 史尚寬，債法總論，第 86 頁。

### (3) 個案判斷說

學說上有認為：如因不法原因而為給付，給付者並未喪失其物權時，仍不妨行使物上請求權。例如本案情形，已給付之租金雖不得請求返還，但主張房屋所有權，請求返還房屋，則無不可。但所貸與之物品若係違禁物，如槍械，則另當別論。<sup>520</sup>另有學者主張若將第 180 條第 4 款本文規定「類推適用」於本案情形，則在承租人尚未給付租金之情形，將使之得無償使用該屋十年，反之，在已給付租金之情形，則形同維持交易，如此結果是否符合第 180 條第 4 款本文規定，不無疑問。且指出違反強行規定或公序良俗而無效者，係租賃契約，而租賃契約無效不應影響房屋所有權人依第 767 條第 1 項前段請求返還房屋之占有。<sup>521</sup>

### (三) 本文見解

#### 1、我國法上相關見解之分析與檢討

首先，關於侵權行為損害賠償請求權是否為第 180 條第 4 款本文規定所排除的問題，我國實務與學說見解大多認為若基於不法原因而為之給付不得根據不當得利請求權請求返還，則亦不得藉由行使侵權行為損害賠償請求權而達成同一目的。惟仍有少數見解認為第 180 條第 4 款之規定乃適用於給付不當得利，不應擴及其他請求權。例如有主張：若賠償範圍大於不法原因給付之範圍，以其給付原因之不法，而認為不得請求賠償其差額，顯有抹煞侵權行為之制度功能。但其亦承認若損害賠償範圍與不法原因給付之範圍相等或較之為小，依第 180 條第 4 款之規定，自無請求賠償之可能<sup>522</sup>。準此，本文認為此一見解並未根本否定第 180 條第 4 款本文規定阻礙侵權行為損害賠償請

<sup>520</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，第 175 頁。

<sup>521</sup> 楊芳賢，不當得利，第 112 頁。

<sup>522</sup> 林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 233 頁。

求權行使之可能。另有主張：第 180 條第 4 款之適用範圍限於給付目的可非難者，若未設限而廣泛適用，恐有不妥。就此本文認為：第 180 條第 4 款本文規定之構成要件固然限於給付目的違反強行規定或善良風俗以致給付之原因行為無效之情形，且本款規定具有侵害人民財產權之效果，不應浮濫適用，亦屬實情。然而，本設例或最高法院 56 年台上字 2232 號判例所示情形完全合致第 180 條第 4 款本文規定之構成要件，並無疑問，僅因同時發生與不當得利請求權相競合之侵權行為損害賠償請求權，即認為給付者得透過選擇行使侵權行為損害賠償請求權而請求其在行使不當得利請求權下不應獲得之利益，將如多數學者見解所質疑者，恐有執著於形式而忽略價值矛盾之嫌。

其次，就物上請求權與第 180 條第 4 款本文規定之關係，我國多數學說正確地認為基於價值判斷一致性的要求，若個案中作為給付者之所有權人依照第 180 條第 4 款本文規定無法請求不當得利返還基於不法原因所為之給付，亦不得本於所有權人之地位向作為受領者之無權占有人行使第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權，否則第 180 條第 4 款規定之立法意旨無法實現。對此採取否定說的學者，其一方面認為給付者之不當得利請求權遭排除，並無礙於所有物返還請求權或侵權行為損害賠償請求權之行使；另一方面又主張若行使侵權行為損害賠償請求權，有主張自己不法之情事時，應有第 180 條第 4 款本文規定之類推適用。乍看之下，其理由何在，不易索解。在對照該學者相關說明後，本文推測：之所以會出現不同結論或係基於其認為：若主張所有物返還請求權時，無須主張自己不法之情事，則無違不得主張自己不法情事而行使權利之原則。此種觀點，立基於本文對於本款規定之立法意旨係理解為「一般預防」下，並無法證立。至於採取個案判斷說之學者似乎欲以個案結論妥適性為標準而決定應否將第 180 條第 4 款本文規定擴及於所有物返還請求權。然而，本文認為：在適用第 180 條第 4 款本文規定而排除給付者基於不法原因之給付所生之不當得利請求權的情形下，若就結論而言，有任何不妥適之處，都必須重新審視第 180 條第 4 款規定本身制度結構是否完善，是否該款規定之構成要件、例外事由或法律效果於解釋上有任何須作修正的

部分。反之，若依循個案判斷說之見解，藉由偶然發生的請求權競合來補救不法原因給付本身制度之弊，此一方式是否符合制度理性，仍有待商榷。

## 2、比較法上之觀察

德國實務見解無例外地拒絕將德國民法第 817 條第二句之規定類推適用於與不當得利請求權相競合之侵權行為損害賠償請求權或物上請求權。<sup>523</sup>學說上亦有採取實務同一見解者。<sup>524</sup>但大多數學者見解都認為：在具體交易行為之道德違反性過高以致於不僅原因行為（*Grundgeschäft*）無效，連帶地履行行為（*Erfüllungsgeschäft*）一併無效的情形下，若第 817 條第 2 句之規定不能排除給付者所行使之物上請求權，將有輕重失衡、價值判斷矛盾之嫌。<sup>525</sup>除了舉出在個案情形下將發生不當結果外，有部分學者提及：係基於平等原則之要求...無論個案中所依據者係不當得利、侵權行為或物上請求權，返還給付之請求皆因第 817 條第 2 句而排除<sup>526</sup>；僅第 817 條第 2 句之立法意旨在具體個案中是否適切一事具有決定性<sup>527</sup>；將得自第 871 條第 2 句之法律思維相應地適用於物上請求權<sup>528</sup>；倘使債權人必須依據其違反法律或道德之行為而主張請求權存在，第 817 條第 2 句將被賦予對於任何形式之請求權皆拒絕提供權利保護的性質<sup>529</sup>。

英美判例法正好針對此一情形發展出基於不法契約所為之金錢支付或財產移轉不得請求返還之例外：原告完全未援引系爭不法契約，其單純基於在締結系爭不法契約前其已為所有權人之地位訴請返還系爭財產。<sup>530</sup>以下藉由兩個判例之對比而說明此一例外事由：在

<sup>523</sup> Emmerich, BGB-Schuldrecht, BT, § 16, Rn. 36.

<sup>524</sup> Schlechtriem, Schuldrecht, BT, Rn. 741.

<sup>525</sup> Emmerich, BGB-Schuldrecht, BT, § 16, Rn. 36; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Kommentar, § 817, Rn. 8; Jauerning/Stadler, BGB-kommentar, § 817, Rn. 9; Looschelders, Schuldrecht, BT, Rn. 1055; Esser/Weyer, Schuldrecht, Bd. 2, BT, S. 459; Schulze/Schulze, Hk-BGB, 817, Rn. 6.

<sup>526</sup> Esser/Weyer, a.a.O, S. 459.

<sup>527</sup> Looschelders, a.a.O, Rn. 1055.

<sup>528</sup> Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O, Rn. 8.

<sup>529</sup> Schulze/Schulze, a.a.O, Rn. 6.

<sup>530</sup> Treitel, The Law of Contract, p. 452.

*Tribe v Tribe* 一案中，原告為隱匿其財產免遭債權人取償而將其財產移轉至被告名下，因原告與被告乃父子關係，故依照英美信託法產生移轉財產予被告係為使被告獲益之推定，以致於原告必須主張自己詐欺債權人之意圖才能推翻贈與之法律上推定，因而原告敗訴。相反地，在著名的 *Tinsley v Milligan* 一案中，兩位同居生活之女性合資購買房屋，並且約定由 *Tinsley* 取得所有權狀，使 *Milligan* 得以謊稱其身無分文而享有住屋津貼。嗣後原被告分手，*Tinsley* 藉所有權狀否認 *Milligan* 對此房屋享有任何利益。然而，於本案中，*Milligan* 得以證明其出資購買房屋且依照英美信託法此兩位女性間之關係無法產生使另一方增益之推定，因而 *Milligan* 得以主張回復信託關係(*resulting trust*)，無須表明自己之不法情事。相反地，*Tinsley* 必須援引自己之不法方能影響 *Milligan* 的權利，是以 *Milligan* 勝訴。<sup>531</sup> 學者對於此一透過判例法所發展之例外事由頗有微詞。有認為此係反理性

(*anti-rational*) 法，是否提供不誠實、隱匿財產的原告「槓桿」及「安全網」的問題將訴諸無關且不穩定的標準。吾人必須藉由某種方式回歸到真正的問題上，亦即，是否具備充份理由去正當化此一與法律將契約視為不法且無效相矛盾之結果。<sup>532</sup> <sup>533</sup> 亦有學者表示主要困難在於「援引」(*reliance*) 原則就法政策的觀點難以被正當化。首須考慮者應該是不法之嚴重性、嚇阻之可能性以及行為人是否將承擔其他制裁，而非關於是否存在使他人增益或回復信託之推定等純粹技術性問題。<sup>534</sup>

就瑞士法而言，瑞士聯邦最高法院迄今尚未見關於此一問題之判決。學說上不乏肯認應將瑞士債務法第 66 條之規定類推適用於物上請求權之見解。亦有學者主張依照瑞士民法第 2 條關於「權利濫用」之規定而拒絕物上請求權之行使。<sup>535</sup>

<sup>531</sup> Birks, *Unjust Enrichment*, p. 252.

<sup>532</sup> *Ibid.*

<sup>533</sup> 例如 Birks 認為本案中法院准許 *Milligan* 請求返還系爭利益的正當化事由在於：向政府機關謊稱其無資力藉以獲得住屋津貼此一行為無法使剝奪其最重要資產成為必要或可容忍。亦即，基於防止嚴重不合比例失權之需求，得合理化初步推定存在之愚弄法律。See *Ibid.* p. 253.

<sup>534</sup> Burrows, *The Law of Restitution*, p. 582.

<sup>535</sup> Honsell/Vogt/Wiegand, *Obligationenrecht I*, Art. 66, RdNr. 6.

### 3、本文見解之提出

關於第 180 條第 4 款之適用範圍得否擴及於侵權行為損害賠償請求權或物上請求權此一問題，本文認為透過以上針對國內實務與學說見解的評述以及比較法上之觀察，應可發現問題關鍵在於第 180 條第 4 款之規範目的是否要求排除個案中針對不法原因給付之返還請求，若然，則不惟給付不當得利請求權將根據第 180 條第 4 款本文規定而排除，個案中相競合之侵權行為損害賠償請求權或物上請求權亦不得行使，否則本款規定之立法意旨將因與事理無關之考量而無法實現。

至於方法論上，本文認為既無須擴張解釋亦無須類推適用，毋寧透過請求權競合之相關理論加以處理即可。亦即，若個案事實同時合致給付不當得利、侵權行為損害賠償請求權或物上請求權等不同請求權基礎，則各個請求權雖獨立並存，彼此間卻會發生相互影響<sup>536</sup>。在第 180 條第 4 款本文規定之適用下，為避免基於不法原因而提出給付之人藉由行使相競合之侵權行為損害賠償請求權或物上請求權而規避本款本文規定之適用，致使此一規定成為具文而有違立法目的，應認為針對不法原因給付之返還請求，無論其請求權基礎為何，皆根據第 180 條第 4 款本文規定加以排除。

## 二、作為一般原則或類推適用於其他請求權基礎？

有別於前揭一、之情形，在個案具體事實未合致第 180 條第 4 款之規定下，亦即，並非涉及基於給付而獲得利益之情形，與違反強行規定或公序良俗之原因法律行為亦無關連性下，能否根據第 180 條第 4 款之規定而以請求權人具有（廣義的）不法性而否定其請求？

---

<sup>536</sup> 參閱 孫森焱，民法債編總論，下冊，第 610 頁、第 611 頁；姚志明，債務不履行之研究（一），第 44 頁。

## （一）一般法律原則？

首先針對不得主張自己之不法情事而請求救濟是否適於作為我國民法中之基本原則，學說上有不同看法。有參照英美法制度而認為本款規定之內容並非（給付類型）不當得利之獨有原則，而是私法制度之基本原則。故請求權人對受領人無給付之意思下，仍得類推適用。<sup>537</sup>惟亦有學者強調「不得主張自己之不法情事而有所請求」之原則或英美衡平法上之「潔手原則」(*clean hand principle*)不宜作為我國民法中之一般原則。理由在於：首先，「不法性」之內涵為何，在第 180 條第 4 款之解釋上，即甚為分歧，若奉為我國民法上之一般原則，則民法債編許多規定將盡失意義。例如：違反契約，乃具有違法性之行爲，而個案中可歸責於雙方當事人之情形，極其常見，任何一方當事人均將因自己之違法性而喪失請求權，令人動則得咎；其次，若將之視為一般法則，則無待法律明文規定，因而第 180 條第 4 款之規定亦無存在必要；再者，英美法系下之潔手原則亦僅適用於衡平法，而不適用於普通法，亦即，僅於特定情形下始適用此一原則，大陸法系實無奉為民法中一般原則之必要。<sup>538</sup>此一見解在參考英美法相關理論之同時，能反思不同法系間歷史、制度背景之差異，提出不宜將第 180 條第 4 款之規定視為一般原則之有力論據，足供參照。本文欲加以補充的是：如同緒論中所言，第 180 條第 4 款之規定乃繼受自德日等國，而依德國之立法、實務與學說皆將此一規定嚴格限縮在給付不當得利請求權下方有適用，整套法制度，包括構成要件、例外事由與法律效果皆係以給付不當得利作為出發點，而不同於英美法系乃繼受「不得以不道德原因引致訴訟」與「雙方當事人同等不法下，被告地位較為有利」等羅馬法諺下，透過長期判例法的累積，就涉及返還請求的部分，形成「基於不法契約所為之金錢給付或財產移轉不得請求返還」之一般規則。若忽略此一歷史與制度背景，率然認為我國應與英美法系國家相同，將「不得主張自己不法情事而請求救濟」視

<sup>537</sup> 楊芳賢，不當得利，第 111 頁。

<sup>538</sup> 林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，第 232 頁至第 234 頁。

爲一般原則，則儘管吾人肯認「法繼受」是法律制度發展之方式之一，也無法忽視一部繼受下帶來的隱憂。

## （二）類推適用？

其次，就第 180 條第 4 款之規定得否類推適用於其他請求權基礎之問題，必須要注意的是：有無法律漏洞存在？若無法律漏洞存在，則無類推適用的必要。

關此，我國學者正確地指出<sup>539</sup>：共同侵權行爲人依照第 185 條、第 281 條之規定，於全額賠償後，得依法向其他共同侵權行爲人求償，並無第 180 條第 4 款之適用；又惡意占有人依照第 957 條之規定以及不法管理人依照第 177 條第 2 項準用第 1 項之規定，亦得請求相關費用；不適法無因管理人亦得依照第 177 條第 1 項請求之。

然而，在法無明文之情形應如何處理？應否類推適用第 180 條第 4 款之規定？以下實務與學說見解可供參考：

### 1、台中地方法院 85 年度訴字第 2954 號判決

按動產附合而爲不動產之重要成分者，不動產所有人，取得動產所有權，因而喪失權利而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償金。民法八百十一條、八百十六條雖定有明文，惟若附合係出於受損人侵權行爲時，受損人是否仍能基於不當得利之規定，而向受益人主張不當得利請求權即有疑問，此稱之爲「強迫得利」，即表面上受益人雖增加其所有之部分，看似有利，然實質上確係違背受益人之意思，並無增益所有權之效能，甚或有害其所有權之行使，因此在法律適用上應趨向限制受損人之不當得利請求權。「強迫得利」在學說上

<sup>539</sup>邱聰智，新訂民法債編通則（上），第 143 頁；黃立，民法債編總論，第 214 頁。



之理論基礎固有不法原因給付說、惡意當事人不受保護原則說、損害賠償回復請求權說、所受利益之主觀化或利益不存在理論之區別，第一說謂：受損人成立不當得利，乃不法原因之給付，屬民法第一百八十四條第四款之因不法原因而為給付者，因而不得請求返還；第二說謂：基於民法第一百四十八條第二項規定之誠實信用原則而建立之惡意抗辯權為依據，認為受損人因為惡意當事人而無不當得利請求權；第三說謂：利益人（即侵權行為被害人）可請求受損人（即侵權行為中之加害人）除去添附之物，利益人因此未受有利益，即可不負不當得利之返還義務；第四說謂：侵權行為人因添附而使他人受利益，客觀言之，雖亦增加其財產，惟違反其意思，就受益人而言，並無利益可言。或認為雖受益人仍受有利益，惟若屬善意，可主張所受利益不存在，不負返還責任。就妥善解決受益人及受損人間之利益平衡而言，似以所受利益之主觀化或利益不存在理論較能獲致實質正義，法律適用上則可類推適用民法第一百八十二條第一項，主張所受利益不存在，而不負返還義務；惟無論係何說均否認強迫得利之受損人可對受益人主張不當得利。

綜上，前揭實務見解乃針對「非給付不當得利」之情形表示：基於侵權行為而使行為人自己之動產附合於他人之不動產上時，動產所有權人得否依照第 816 條準用第 179 條而請求不動產所有權人返還不當得利，不動產所有權人得否拒絕之問題，無須訴諸第 180 條第 4 款關於不法原因給付之規定（第一說），僅需透過主觀價額之觀點，使不動產所有權人得依據第 182 條第 1 項主張所受利益不存在而拒絕返還（第四說）。對此，學者亦採取同一見解。<sup>540</sup>是以，透過主觀價額之理論與類推適用第 182 條第 1 項之規定已合裡解決「強迫得利」下返還請求之問題，無須類推適用第 180 條第 4 款之規定。<sup>541</sup>

<sup>540</sup> 王澤鑑，不當得利，第 249 頁、第 250 頁；楊芳賢，不當得利，第 131 頁、第 132 頁。

<sup>541</sup> Bamberger/Roth/Wendehorst, Kommentar zum BGB, Bd. 2, § 817, RdNr. 12.

## 2、最高法院 83 年度台上字第 2347 號判決

...行使侵權行為之損害賠償請求權，其被害人不得主張自己具有不法之情事，而請求加害人賠償（參照最高法院五十六年度台上字第 2232 號判例）。此乃因請求人之一方既有不法之情事，已為法律所不容於先，如仍許其得請求他方賠償其損害，無異助長請求人一方不法原因事實之發生及擴大，自為法律所不許。本件系爭之「...錄影帶，均係由上訴人等分別發行，以性交表演為內容，屬於猥褻物品，不能於我國境內公開發行之視聽著作...。查上開上訴人製作之猥褻錄影帶為違禁物，既有害於我國善良風俗，為我國法律所不容許，則其公開發行，雖非由於上訴人之主動使然，亦屬有不法之情事。...被上訴人雖有出租系爭錄影帶之行為，惟依上開說明，上訴人在我國殊無由主張其所公開發行之上述猥褻錄影帶，被上訴人有故意以背於善良風俗之方法，加損害於上訴人之行為，而請求登報道歉之餘地。上訴人請求此項損害賠償，自無從准許。

此一最高法院判決，雖依循前揭 56 年度台上字第 2232 二號判例要旨而強調不得主張自己不法之情事而請求賠償。然而，此一判決見解並未依據第 180 條第 4 款之規定而否定被害人之侵權行為損害賠償請求權，而係藉由對於第 184 條第 1 項後段之構成要件加以限縮解釋，得出不構成「背俗型」侵權行為之結論。<sup>542</sup>

## 3、學者相關理論之提出

我國學者進一步主張在受害人針對所失利益請求損害賠償時，若其可預期之利益係基於違反善良風俗之交易所生，則不得請求之<sup>543</sup>。亦即，此一學說見解係透過第 216 條的限縮解釋而實現「不得主張自己不法情事而請求賠償」此一原則。

<sup>542</sup> 王澤鑑，搗毀私娼館、正當防衛與損害賠償，載：民法學說與判例研究，第八冊，第 225 頁。

<sup>543</sup> 王澤鑑，搗毀私娼館、正當防衛與損害賠償，載：民法學說與判例研究，第八冊，第 229 頁、第 230 頁。

另有學者於深刻理解民法第 71 條、第 72 條與第 184 條第 2 項等規定在公私法調和之觀點下之功能定位後，建立一套完整的「轉介條款」理論。其並進一步主張民法第 765 條之規定亦寓有將公法上之行為規範轉介成為私法上之權限規範之功能。易言之，所有權人將因違法而使其對於所有物之使用、收益、處分或排除他人干涉的權能受有限制。<sup>544</sup>在此觀點下重新詮釋最高法院 82 年度台上字第 2959 號判決要旨<sup>545</sup>，亦即：被害人之出租行為乃違法行為，其對於系爭車輛之受益權限受到限制，因而於計算侵權行為損害賠償時，可扣除該違法收益部分所生之財產上損害。

#### 4、小結

藉由以上實務與學說見解可知，在法無明文下，針對私權之維護與（廣義的）不法行為之預防間如何調和此一問題，非以類推適用第 180 條第 4 款之規定為唯一解答。相反地，於許多相關問題上，實務與學說見解透過相應之概念、理論建構，亦已發展出合理且精緻的制度。為預防人民參與並完成不法交易所制定之第 180 條第 4 款之規定，有其獨有之構成要件、例外事由與法律效果，若凡遇涉及不法行為之情形，即盲目地套用專為給付不當得利所設計之法制度，反有捉襟見肘或削足適履之弊。

<sup>544</sup> 參閱 蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和，載：尋找新民法，第 283 頁至第 287 頁。

<sup>545</sup> 最高法院 82 年度台上字第 2959 號判決要旨：「上訴人在假處分前以該車套用長贏公司另輛七六一〇二六一號車牌，將之出租與訴外人林思翰行駛（載運屏東縣萬丹鄉高橋木業公司員工上下班—見一審卷六十九頁），每月獲得租金二萬五千元，乃一種違反法令規定之行為，上訴人因違法行為所獲得之利益，不受法律之保護。從而上訴人以該車經被上訴人假處分查封，致原應取得之上開租金，未能取得，因此發生租金之損害九十五萬元，請求被上訴人賠償，自不應准許。」

# 第五章 最高法院 96 年度台上字第

## 2362 號判決之評釋（代結論）

### 一、定位為概括條款

本案中最高法院對於民法第 180 條第 4 款之解釋適用表示如下之見解：『不當得利制度乃基於「衡平原則」而創設之具調節財產變動的特殊規範，故法律應公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，…不能…使權益之衡量失其公平，故如已具備不當得利之構成要件，應從嚴認定不能請求返還之要件…。被上訴人係遭詐騙集團欺騙以行賄香港廉政公署而匯款，應認該不法之原因僅存在於詐騙集團，基於前述衡平原則，上訴人（按：被告）以被上訴人係不法原因給付為由，拒絕返還系爭四百萬元，洵非有據。』

本案中最高法院形式上雖可謂是透過「限縮解釋」第 180 條第 4 款之規定<sup>546</sup>，而推導出給付者得以請求返還基於不法原因所提出之給付，然而，從法條結構觀之，正如同最高法院於本判決中所表明者，之所以能夠推導出給付者得以請求返還系爭給付之結論，毋寧須針對但書規定加以詮釋。且於本案中，給付者交付系爭款項係基於行賄之目的，難認因賄賂所生之不法評價僅存於受託轉交賄賂金之受領者一方<sup>547</sup>，是以，本案中最高法院於方法上已「擴張解釋」第 180 條第 4 款但書規定，且係根據不當得利法所蘊含之「衡平原則」而認為受詐欺之給付者「並無」不法之原因可言。若第 180 條第 4 款意義下之「不法原因」於本文中係指「賄賂行為」而言，則本案中最高法院應係對於同具不法原因之雙方當事人就彼等可受非難之程度加以衡量，並認

<sup>546</sup> 王澤鑑，不當得利，第-58-頁。

<sup>547</sup> 劉昭辰，賄賂金的不法原因之給付，臺灣本土法學雜誌第 106 期，第 288 頁。

為施以詐術之受領者一方具有較高之不法性，若允許其主張第 180 條第 4 款本文之抗辯，將抵觸不當得利法所蘊含之衡平原則，進而擴張解釋但書規定包括受領者對於不法原因具有較高可非難性之情形。準此，本案中最高法院不惟擴張解釋本款但書之規定，且係依照個案情事、衡量雙方當事人之利益所為之評價，應可推論本案中最高法院將本款但書規定定位為概括條款。

參照前述羅馬法上關於「雙方同等不道德」之法規則於實際案例上之適用，亦可發現其中所蘊含之彈性。且透過此一彈性空間，羅馬法學家得以追尋個案結果之公平、妥適。就此而言，本案中最高法院不拘泥於法條之文義與概念，為實現個案正義而將第 180 條第 4 款但書規定定位為概括條款，充分發揮最高法院續造法律之功能<sup>548</sup>，實值贊同。但此一判決與前揭最高法院 56 年台上字第 2232 號判例於法律見解上相互抵觸，本案中最高法院既未對於本案事實加以辨異，亦未提出實質理由推翻前揭判例，不啻忽視裁判見解一致性之要求，且將不利於案例法之發展。

## 二、規範目的

本案中最高法院對於民法第 180 條第 4 款之規範目的所採取之觀點或可從以下見解中推出：『……不能因請求救濟者本身不清白，即一概拒絕保護，……。』亦即，本案中最高法院對於本款規定之立法意旨應如同我國多數實務與學說見解般，採取「拒絕權利保護說」。

然而，如上所述，拒絕權利保護說無法合理說明第 180 條第 4 款之規定所具有之法律效果。蓋違反法律或道德並未因而使給付者喪失法律保護；且在雙方皆具有不法之原因下，無論法院准許或拒絕給付者之返還請求，皆無法貫徹「法律不保護不法」之原則。準此，本文

<sup>548</sup> 依據民事訴訟法第 469 條之 1 之規定，人民若不具備當然違背法令之事由而提起第三審上訴，則須經第三審法院許可，而此一許可又以從事法之續造、確保裁判見解一致性或涉及具有原則上重要性之法律見解者為限，可見最高法院所具有之功能或所擔負之任務之一即為從事法之續造。

認為第 180 條第 4 款之規範目的在於預防違反法律或道德之行爲發生，因而有助於確保或增強公法規範或公序良俗之實效。簡言之，透過排除給付者基於不法原因所生之不當得利請求，不惟製造交易風險，亦提供他方當事人違約之誘因，基於交易參與者趨利避險之心態，在無法如現物交易般同時履行下，「囚犯困境」合理預測了當事人間不合作之結果。反面言之，若准許基於不法原因而提出給付者之不當得利請求無疑同時賦予其「槓桿」與「安全網」，在不法交易之參與者同時具有此兩種利器下，將有誘因從事不法交易，甚至在他方的間接強制下，被迫完成交易。就此而言，私法上之權利義務之分派不僅沒有協助公法規範或公序良俗之實現，甚至抵銷了此等規範之實效。本文立基於公、私法規範間相互調和之觀點，認為應採取「一般預防說」作為本款規定之立法意旨。

### 三、例外事由之分析與檢討

本案中最高法院對於民法第 180 條第 4 款之適用上所採擇之例外事由可從以下見解中推導出來：『…基於「衡平原則」…公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，…被上訴人係遭詐騙集團欺騙以行賄香港廉政公署而匯款，應認該不法之原因僅存在於詐騙集團…。』本文認為，本案中最高法院所選擇之例外事由，如同部分學說所主張者，乃比較衡量雙方當事人之不法性，並於受領者對於不法原因具有較高之可非難性下，認為應例外不適用第 180 條第 4 款本文之規定。就方法論而言，學說上有主張是透過「誠信原則」或類比「自甘冒險」理論而類推適用「過失相抵」之規定，本案中最高法院則是援引不當得利法所蘊含之「衡平原則」而加以擴張適用但書規定。

然而，如上所述，基於「制裁說之復辟」、「無關事理之考量」以及「給付者得否主張不當得利繫於偶然」等理由，本文認為：以受領者對於不法原因具有較高之可非難性作為例外事由，並不妥適。縱使本文肯認此一例外事由，亦無法接受學說見解與本案中最高法院所為

之方法論上說明。首先，就「誠信原則」與「衡平原則」而言，如同德國與瑞士學者所明白表示者，第 180 條第 4 款本文之規定本身即蘊含「不誠信」、「不衡平」之作用，若以個案結果對當事人而言並非衡平或以受領者主張抗辯有違誠信為由，再次透過「誠信原則」或「衡平原則」加以修正，實屬蛇足。至於「自甘冒險」、「過失相抵」等論據，本文認為亦非無疑。蓋本案中並無實際發生之損害可由法院分配與被害人或加害人承擔，毋寧係以法院排除給付者之不當得利請求作為前提而擬制發生「損害」，再以之為由，認為應通過「自甘冒險」、「過失相抵」等理論公平分配此一「擬制」之損害。然而，個案中若認為給付者得請求返還，則此一「損害」將不復存在，「自甘冒險」、「過失相抵」等理論亦將失去著力點。

至於本文中是否存在合理之例外事由此一問題，本文嘗試透過我國法與比較法之觀察，加以回答：

### 1、錯誤

依照我國法與比較法上之觀察，所謂「錯誤」或「不知」等主觀要件之欠缺可以作為合理之例外事由。然而，於本案中，給付者並未基於事實上或法律平價上之錯誤而對於給付之原因行為具有不法性一事欠缺認知，其所不知者僅為：他方乃詐騙集團，行賄香港廉政工署乃莫須有之事，其乃受騙之冤大頭。故無法合致此一例外事由。

### 2、「暫時性」給付概念與「狹義合比例性」原則

依照我國法、德國法與英美法實務與學說之見解，倘若給付者雖移轉財產權與受領者，實質上卻無使之終局取得之意思，則法律不應超出合理範圍而過度排除給付者對該財產之返還請求權。此種例外事由除適用於違反強行規定或公序良俗之租賃或借貸融資情形外，尚可適用於委任契約或信託關係下。因而，本案中之給付者雖基於違反刑

法規定與善良風俗之（委託代為行賄）委任契約而支付系爭款項與受領者，然而受領者並未實際以系爭款項行賄香港廉政公署，而係占有已有，故基於「暫時性給付概念」或「狹義合比例性」原則，應許給付者根據不當得利<sup>549</sup>訴請受領者返還該筆款項<sup>550</sup>。

### 3、於後悔餘地下撤回？

於本案中可以進一步思考者是：給付者於發現受騙後隨即向施以詐術之受領者請求返還系爭款項，是否合致「於後悔餘地下撤回」此一例外事由？如前所述，基於確保或增強強行規範或公序良俗之實效之觀點，有效撤回雖不以真誠悔意為要件，惟仍須給付者之撤回將增加阻止不法目的實現之機會。故本文中，無論給付者是否「撤回」此一委任並取回系爭賄賂款項，行賄香港廉政公署之目的絕不會實現，蓋受領者根本無意替給付者轉交賄賂金代為行賄香港廉政公署，毋寧只是一場騙局。準此，准許給付者從不法交易中撤回並請求返還基於不法交易所為之金錢支付既未增加阻礙不法目的實現之機會，此一例外事由即不具合理性。

### 4、必要性原則之思考

本文認為：就本案而言，除以前述「暫時性給付概念」以及「狹義合比例性」原則作為例外事由外，或許應加以思考：「必要性原則」能否發揮作用？在本文中，若第 180 條第 4 款意義下之「不法原因」係指「委託代為行賄之行為違反強行規定或公序良俗」，則本款規定透過排除給付不當得利所欲發揮之一般預防作用的對象毋寧是公務員收受賄賂此一有違公權力正當行使且侵害國家權力公信力之結果發生。惟本文中，給付者完全係因受領者施行詐術而誤信受領者將替其轉交賄賂金，實際上並無發生行賄之可能，故無適用第 180 條第 4

<sup>549</sup> 瑞士法上有將此種情形藉由委任人對於受任人就違反指示所生之損害請求賠償之方式加以解決。vgl. Honsell/Vogt/Wiegand, a.a.O, RdNr. 6a.

<sup>550</sup> 類似見解：王澤鑑，不當得利，第-58-頁。



款本文規定加以排除之必要，應可認為是但書規定之情形。<sup>551</sup>



---

<sup>551</sup> 不同見解：王澤鑑，不當得利，第-58-頁。王澤鑑教授認為：『肯定受騙者仍得行使不當得利請求權，實為達成預防不法所「必要」。』

# 參考文獻資料

## 一、中文（含譯著）部分（依作者姓氏筆畫）

### （一）書籍

- Cooter, Robert & Ulen, Thomas 著、溫麗琪譯，法律經濟學，2002 年。
- Larenz, Karl 著、陳愛娥譯，法學方法論，1996 年。
- Smart, Barry 著、蔡采秀譯，傅柯，1998 年。
- 江平、米健，羅馬法基礎，1991 年 10 月。
- [义]朱塞佩·格羅索著、黃風譯，羅馬法史，1994 年 4 月。
- 大衛·傅利曼著、徐源豐譯，經濟學與法學的對話，2002 年。
- 方嘉麟，信託法之理論與實務，2003 年。
- 王千維，在給付行為之當事人間基於給付而生財產損益變動之不當性，2007 年 8 月。
- 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，2005 年。
- 王志誠，票據法，2007 年。
- 王澤鑑，一般侵權行為，2006 年。
- 王澤鑑，不當得利，2009 年 7 月。
- 王澤鑑，民法總則，2006 年 8 月。
- 史尚寬，債法總論，1990 年 8 月。
- 巫和懋、夏珍，賽局高手：全方位策略與應用，2002 年。
- 李惠宗，案例式法學方法論，2009 年。
- 林誠二，民法債編總論：體系化解說，(上)，2008 年 9 月。
- 邱聰智，民法總則（上），2005 年。
- 邱聰智，新訂民法債編通則，(上)，2001 年 10 月。
- 芮沐，民法法律行為理論之全部，2002 年。
- 姚志明，債務不履行（一），2003 年。
- 姚瑞光，民法物權論，1999 年。
- 孫森焱，民法債編總論，上冊、下冊，2006 年 9 月。
- 馬維麟，民法債編註釋書，(一)，1995 年 1 月。
- 陳自強，契約之成立與生效，2002 年。
- 陳自強，無因債權契約論，2005 年 2 月。
- 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），2005 年。

傅柯著、劉北成、楊遠嬰譯，規訓與懲罰：監獄的誕生，2007年4月，初版6刷。

費德希克·格霍著、何乏筆、楊凱麟、龔卓軍譯，傅柯考，2006年。

黃立，民法債編總論，2006年。

黃立，民法總則，2005年。

黃茂榮，法學方法與現代民法，2006年。

黃越欽譯，奧國民法，1980年。

楊芳賢，不當得利，2009年3月。

劉連煜，現代公司法，2008年。

潘維和，中國歷次民律草案校釋，1982年。

蔡秀雄，民法上不當得利之研究，1969年7月。

鄭玉波，羅馬法要義，1977年1月。

謝在全，民法物權論（中），2009年6月。

龐士東著、葉家興譯，囚犯的兩難：賽局理論與數學天才馮紐曼的故事，2007年。

## （二）文章

方嘉麟，公司回收自己股份法律效果之研究，政大法學評論第75期，2003年9月，第123頁～第216頁。

王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論第66期，2001年6月，第1頁～第66頁。

王皇玉，論刑罰的報應與預防作用，載：自由·責任·法，2005年，第161頁～第186頁。

王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，載：民法學說與判例研究第二冊，1979年，第1頁～第32頁。

王澤鑑，賭債與不法原因給付，載：民法學說與判例研究第二冊，1979年，第123頁～第146頁。

王澤鑑，以同居為條件之贈與及不法原因給付，載：民法學說與判例研究第三冊，1981年，第121頁～第130頁。

王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用，載：民法學說與判例研究第八冊，1996年，第1頁～第98頁。

王澤鑑，搗毀私娼館、正當防衛與損害賠償，載：民法學說與判例研究第八冊，1996年，第211頁～第231頁。

江玉林，法律、權力與共通福祉—從SARS防治及紓困暫行條例談起，載：2007科技發展與法律規範雙年刊—公衛風險的法律建構，2008年3月，第59頁～第97頁。

林誠二，債務本體論與不法原因之給付，載：民法理論與問題研究，1991年，

第 220 頁～第 234 頁。

李俊增，法律、規訓與治理—現代權力關係中之法律形式，政治與社會哲學評論第 30 期，2009 年 9 月，第 1 頁～第 59 頁。

李沃實，雙方不法原因給付不當得利返還問題之探討，警大法學論集第 11 期，2006 年 3 月，第 311 頁～第 341 頁。

吳從周，當代德國法學上具體化之理念及其方法：以誠信原則為例，載：民事法學與法學方法第三冊，2007 年 10 月，第 1 頁～第 30 頁。

吳從周，論民法第一條之「法理」，載：民事法學與法學方法第一冊，2007 年 2 月，第 1 頁～第 118 頁。

孫森焱，公序良俗與誠信原則，載：民法總則爭議問題研究，1998 年 10 月，第 181 頁～第 198 頁。

姜世明，不當得利「無法律上原因」要件之舉證責任分配—評最高法院九六年台上字第二三六二號民事判決，台灣本土法學雜誌第 106 期，2008 年 05 月，第 286 頁～第 288 頁。

姜世明，不當得利中無法律上原因之舉證責任分配，載：民事證據法實例研習（一），2005 年 2 月，第 189 頁～第 200 頁。

姚志明，給付不當得利請求權之成立，載：民事法學新思維之開展，2008 年 5 月，第 363 頁～第 388 頁。

陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正，載：民法研究第四冊，2000 年 9 月，第 205 頁～第 286 頁。

陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，載：台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，第 157 頁～第 257 頁。

陳洸岳，動機與違背公序良俗之約定，載：民法總則實例問題分析，2001 年 5 月，第 155 頁～第 170 頁。

陳洸岳，為「圓謊」所為給付之法律性質，月旦法學教室第 72 期，2008 年 10 月，第 10 頁、第 11 頁。

陳添輝，繼受外國法律之態度，載：國際私法理論與實務問題之探討，2008 年 10 月，第 34 頁～第 46 頁。

陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第 104 期，2008 年 8 月，第 1 頁～第 60 頁。

陳聰富，過失相抵之法理基礎及其適用範圍，載：最高法院裁判與法學理論之實踐，2007 年 9 月，第 81 頁～第 134 頁。

黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120 期，2005 年 5 月，第 183 頁～第 198 頁。

曾宛如，股東與股東會—公司法未來修正方向之芻議，月旦法學雜誌第 95 期，2003 年 4 月，第 110 頁～第 122 頁。

詹森林，自由權之侵害與非財產上之損害賠償，民事法理與判決研究，1998 年 11 月，第 253 頁～第 282 頁。

詹森林，民法第一一三條與其他規定之競合關係，載：民事法理與判決研究（二），2003 年 4 月，第 3 頁～第 31 頁。

詹森林，定型化契約之基本問題—以信用卡為例，載：民事法理與判決研究(三)，2003年8月，第1頁～第28頁。

詹森林，消費者保護法與預售屋買賣定型化契約，載：民事法理與判決研究(三)，2003年8月，第87頁～第108頁。

詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，政大法學評論第94期，2006年12月，第83頁至第172頁。

詹森林，效力規定與取締規定之區別標準，載：程序正義、人權保障與司法改革，2009年3月，第289頁～第314頁。

詹森林，信用卡定型化契約與卡債風暴，月旦法學雜誌第135期，2006年8月，第29頁至第45頁。

劉昭辰，不當得利：第一講 給付之概念，月旦法學教室第18期，2004年4月，第73頁～第82頁。

劉昭辰，不當得利：第二講 不當得利請求權之排除，月旦法學教室第20期，2004年6月，第38頁～第47頁。

劉昭辰，賄賂金的不法原因之給付—評最高法院九六年台上字第二三六二號民事判決，台灣本土法學雜誌第106期，2008年05月，第286頁～第288頁。

劉昭辰，債權之善意取得—兼論擔保物權的從屬性，臺灣本土法學雜誌第60期，2004年7月，第34頁至第47頁。

劉昭辰，真正雙務契約的特殊效力，載：判解研究彙編(十)，2006年12月，第79頁～第118頁。

鄭玉波，不法原因給付之分析，載：民商法問題研究(一)，1980年6月，第97頁～第106頁。

鄭玉波，不法原因給付與第三人之關係，載：民商法問題研究(一)，1980年6月，第107頁～第112頁。

顏厥安，規範、制度與行動，載：規範、論證與行動，2004年12月，第213頁～第262頁。

蘇永欽，契約違反禁止規定，載：民法總則實例問題分析，2001年5月，第139頁～第154頁。

蘇永欽，民事判例的合憲性控制，載：違憲審查，1999年1月，第149頁～第178頁。

蘇永欽，同業公會聯合行為的處分對象，載：跨越自治與管制，1999年1月，第87頁～第98頁。

蘇永欽，民事裁判中的人權保障，載：尋找新民法，2008年9月，第307頁～第379頁。

蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和—以民法轉介條款和憲法的整合機制為中心，載：尋找新民法，2008年9月，第251頁～第306頁。

蘇永欽，私法自治中的國家強制，載：走入新世紀的私法自治，2002年5月，第1頁～第58頁。

蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為—從德國民法§134的理論與實務操作看我國民法§71，載：民法經濟法論文集(一)，1988年10月，第87頁～第122

頁。

蘇永欽，憲法權利的民法效力，載：合憲性控制的理論與實際，1994年5月，第15頁～第75頁。

蘇永欽，結果取向的憲法解釋—從德國法律方法論的理論、實務淺析我國大法官會議實務，載：合憲性控制的理論與實際，1994年5月，第249頁～第269頁。

## 二、德文部分（依作者姓名字母順序）

### （一）書籍

Bamberger/ Roth(Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, 2003  
Beck, H., Obligationenrecht, I . Abteilung, Allgemeiner Bestimmungen, Art.1-183, 1941.

Benke, Nikolaus / Meissel, Franz-Stefan, Übungsbuch zum römischen Schuldrecht, 2000.

Bohn, Frank, Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht, 2005.

Brehm, Wolfgang, Allgemeiner Teil des BGB, 2008.

Brox, Hans, Besonderes Schuldrecht, 2005.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 2006.

Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 1979.

Emmerich, Volker, BGB-Schuldrecht, besonderer Teil, 2003.

Erman Bürgerliches Gesetzbuch(Hrsg.: Harm Peter Westermann), 2008.

Esser, Josef, Grundsatz und Norm, 1990.

Esser/Weyers, Schuldrecht,Band II , Besonderer Teil, Teilband 2 Gesetzliche Schuldverhaeltnis, 7. Auflage, 1995.

Fikentscher/Heinemann , Schuldrecht, 10., völlig neu bearbeitete Auflage, 2006.

Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus, Obligationenrecht, allgemeiner Teil, Schulthess, 2008.

Gauch, Peter / Schlupe, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I , 1991.

Honsell, Heinrich / Peter, Vogt Nedim / Wiegand, Wolfgang, Obligationenrecht I , Art.1-529OR, 2007.

J. von Staudingers Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Mit Einführungsgesetz Und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§812-822, Neubearbeitung 2007.

Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch(Hrsg.: Jauernig, Othmar), 2007.

Kaser, Max / Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht : ein Studienbuch, 2005.  
Kupisch, Berthold, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1987.  
Larenz/ Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, 1994.  
Loewenheim, Ulrich, Bereicherungsrecht, 2007.  
Looschelders, Dirk, Schuldrecht : Besonderer Teil, 2009.  
Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 2006.  
Medicus, Dieter, Schuldrecht II Besonderer Teil, 2007.  
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band.5, Schuldrecht • Besonderer Teil III, §§705-853, 2006.  
Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs BGB, 2007.  
Palandt Buergerliches Gesetzbuch, 68., neubearbeitete Auflage(2009).  
Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd, BGB Kommentar, 2009.  
Schlechtriem, Peter, Schuldrecht Besonderer Teil, 2003.  
Schulze, Reiner (Schriftleitung), Bürgerliches Gesetzbuch : Handkommentar, 2003.  
Wieling, Hans Josef, Bereicherungsrecht, 2007.  
Wieling, Hans Josef, Bereicherungsrecht, 2007.

## (二) 文章

Canaris, Claus-Wilhelm, Gesamtunwirksamkeit und Teilgueltigkeit rechtsgeschaefthlicher Regelungen, in : Jürgen F. Baur/ Klaus J. Hopt/ K. Peter Mailänder(Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, S. 519-571.  
Honsell, Heinrich, § 817 Satz 2 BGB—eine “Drehkrankheit des Rechtsempfindens” ? , in : Reinhard Zimmermann(Hrsg.) Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 473-483.  
Schäfer, Carsten, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 202(2002), S. 397-434.  
Seiler, Hans Hermann, § 817 Satz 2 BGB und das römische Recht, in : Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht (Hrsg.: Elke Herrmann), 2004, S. 17-30.

### 三、英文部分（依作者姓名字母順序）

#### （一）書籍

Atiyah, P.S., *Atiyah's Introduction to the law of contract*, Oxford University Press, 2005, c2006.

Beatson, Jack & Schrage, Eltjo (general editors), *Unjustified enrichment*, Hart Pub., 2003.

Birks, Peter, *Unjust enrichment*, Oxford University Press, 2005.

Burrows, Andrew, *English private law*, Oxford University Press, 2007.

Burrows, Andrew, *The law of restitution*, Butterworths LexisNexis, c2002.

Edelman, James & Bant, Elise, *Unjust enrichment in Australia*, Oxford University Press, 2006.

Jaffey, Peter, *The nature and scope of restitution*, Hart Pub., 2000.

Lord Goff of Chieveley & Gareth Jones, *The law of restitution*, Sweet & Maxwell, 2002(With first supplement to the sixth edition, Up to date to August 20, 2004).

Palmer, George E., *The law of restitution*, Aspen Publishers, c1978.

Treitel, G. H., *The Law of contract*, Sweet & Maxwell, 1995.

Virgo Graham, *The principles of the law of restitution*, Oxford University Press, 2006.

Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations : Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, 1992.

#### （二）文章

Gordon, Colin, *Governmental rationality: an introduction*, in : Graham Burchell, Colin Gordon & Peter Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality* , University of Chicago Press, 1991, 1-51.

Swadling, W.J., *The role of illegality in the English law of unjust enrichment*, in : Johnston, David & Zimmermann, Reinhard (eds.), *Unjustified enrichment : key issues in comparative perspective*, Cambridge University Press, 2002, 289-309.