

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2019.03.010

论民法典合同编(草案)不当得利 第三人返还条款立法取舍

——以刑事追赃视角切入

杜志勇

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘 要: 我国《民法典合同编(草案)》第771条规定不当得利第三人返还条款,当第三人有偿时,不区分主观善意或恶意第三人就可取得利益,如此立法值得商榷。一方面,当刑事追赃涉及第三人利益需要民事手段补充救济时,该条款造成民、刑两大部门法相冲突。另一方面,该条款移植与我国不采物权行为理论立场相冲突。比较法上不当得利第三人返还条款有两类三种不同立法例,以拉丁美洲一些国家的民法典为代表,规定第三人有偿时,但主观属恶意的,仍需承担返还责任,以此与善意取得制度衔接。我国民法典借鉴上述规定,有利于实现规范与理论自治,内部与外部体系协调。

关键词: 不当得利; 刑事追赃; 第三人返还; 善意取得

中图分类号: DF 522

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2019)03-0291-07

The Selection of Article of the Third-party Restoration in Unjust Enrichment of Civil Contract Code Draft

——From the Perspective of Criminal Booty-recovery

DU Zhi-yong

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: Article 771 of China's *Civil Contract Code Draft* stipulates the clause of the return of third-party benefits. When the third party is paid, the interests can be obtained without distinguishing subjective goodwill or malice, which is a major defect. On the one hand, when the criminal booty-recovery pursuit involves third-party interests and requires civil means to supplement relief, the clause causes conflicts between the civil and criminal departments. On the other hand, the transplantation of this clause conflicts with the theoretical position of China's non-accepting-real-right behavior. There are three different types of legislative cases in the comparative law as represented by the civil code of some countries in Latin America. When the third party is paid but subjectively malicious, it still needs to bear the responsibility for return. In this way, it is connected with the system of good faith acquisition. Drawing on the above provisions, our national Civil Code is conducive to achieving self-consistency between norms and theories, and internal and external systems.

Key words: unjust enrichment; criminal booty-recovery; third-party return; good faith acquisition

一、问题的提出

不当得利第三人返还条款,指得利人(受益人)将所获利益转让给第三人时,如何处理该利益返还规则的条款。我国《民法典合同编(草案)》(以下简称《合同编草案》)第771条规定,得利人已经将获得的利益无偿转让给第三人的,受损失的人可以请求第三人在相应范围内承担返还责任。条文内容上与《德国民法典》等类同,但对其作反面解释,当第三人有偿时,不区分主观善意或恶意,就可获得不当利益。该立法例表面上看似似乎并无问题,但在刑事追赃涉及第三人利益且需要民事救济作为补充时,我国刑事司法实践已明确第三人有偿的,但主观属恶意的仍需要承担责任,这与我国《合同编草案》规定明显冲突。此外,比较一些拉丁美洲国家立法例,该条款内容也并非定式,《智利民法典》《巴西新民法典》等就规定,在第三人有偿时,主观为恶意的亦要承担责任。由此,不当得利第三人返还条款如何规定,不仅会关系到民法与其他部门法之间的规范协调,也会关系到当事人之间的利益分配。我国当前《合同编草案》如此规定是否得当,其理论基础如何,学界讨论尚少。本文通过刑事追赃涉及第三人利益视角切入,辨析域外不同立法例,探索该条款理论之所在,以期未来民法典结合我国司法实践作出妥当选择。

鉴于该条款与刑事追赃法律规范相联系,在此引入与之相关的两个民刑交叉案例作以对比。案例一:嘉兴市中级人民法院(2016)浙04民终2160号民事判决书:“现通过刑事诉讼程序矿业公司尚未追回被骗款项的全部,因而选择使用民事诉讼的方法,以达到追回失款的目的,但该方法的采用需在并不影响他人合法利益的情况下,才能得到支持。”该案例中被害人通过刑事追赃程序没有全部追回其损失时,对第三人另行提出不当得利之诉,得到法院准予,但法院最终认定善意第三人从犯罪人手中所获得“赃款”,是基于债务清偿,属于善意,并非不当获利。案例二:无锡市惠山区人民法院(2017)苏0206执异36号执行裁定书:“在追赃过程中,只要是犯罪行为的产物,其性质并不因赃款赃物的物理属性、表现形式发生改变而消失……”该案例中法院坚持“一追到底”的追赃理念,只要是赃物、赃款,不管流转到哪里,

第三人获得的赃款都属不当得利,必须返还。上述两个刑事追赃案例虽然都涉及到不当得利问题,但判决结果迥然不同,这与现行民事法律规范中不当得利第三人返还条例缺失不无关系。《合同编草案》对此予以规定,填补了立法空白,妥当性下文将详细探讨。

二、不当得利第三人返还条款与刑事追赃涉及第三人利益的关系

1. 不当得利第三人返还条款与刑事追赃涉及第三人利益的理论关系

不当得利与刑事财产类犯罪之间的关系,刑法学界学者阐述较多,但观点不尽相同。不当得利第三人返还条款与刑事追赃涉及第三人利益之间的关系建立在上述关系之上,欲言后者必先论证前者。有学者认为,不当得利与财产犯罪不是对立关系,而是交叉关系(部分场合为特殊关系),即凡是符合财产犯罪构成要件的行为,就成立财产犯罪,而不必追问该行为在民法上是否属于不当得利^[1];也有学者认为,在一种行为实属于民法上的不当得利时不成立财产犯罪^[2];上述两种观点均认为刑事财产类犯罪与不当得利是非此即彼的关系,两者没有直接联系。但事实上,不当得利与财产类犯罪之间关系,及不当得利第三人返还条款与刑事追赃涉及第三人利益之间关系,是一个民刑交叉问题,并非绝对对立。一方面,不当得利与财产类犯罪所指向的关系都是财产关系,产生的前提都是“无合法原因”,因而在当事人行为性质认定上容易出现交叉。另一方面,在责任承担关系上,不当得利与刑事财产类犯罪之间属于责任聚合,不同法律部门之间的责任可以同时并存。因此,民事不当得利制度与刑事财产类犯罪之间存在密切联系。奥地利法实证主义学者Hans Kelsen就认为,刑事制裁与民事制裁之间的区别,并不具有绝对的区分,仅具有相对的差别^[3]。这种“相对的差别”是指刑法与民法在制裁目的上具有相对性,而不是绝对的实质的差异。

基于此,不当得利第三人返还条款与刑事追赃涉及第三人利益之间也存在密切联系,当刑事追赃救济手段不足时,当事人可以选择民事手段救济,通过不当得利制度维护自身权益。其一,刑事财产类案件在处理罪与非罪问题之余,还要处理案件所涉及的财产关系。赃物追缴和返还更多

是涉及到一般财产关系处理,契约精神是民法与刑法的共有精髓,实现法律的效益价值是契约精神的内在要求,包括经济效益^[4],若割裂刑民关系,就难以达到刑法和民法所共同追求的社会效益和经济效益。其二,仅用刑事附带民事程序,难以解决所有财产纠纷。根据最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条,因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的,可以提起附带民事诉讼。根据上述司法解释规定,当财产没有遭受破坏,而是被倒卖或还债时,并不能单独提起刑事附带民事诉讼,只能通过刑事案件一并审理。由此可见,刑事方法处理当事人财产纠纷手段有限,必要时可以运用民事救济补充,上引案例一的裁判结果即是例证。其三,民事手段作为刑事追赃补充救济途径,并不属于重复诉讼。重复诉讼是指后诉中一个要件(主体或客体)与前诉系属中的要件具有同一性。在刑事诉讼救济不足时,也即赃款未全部追回时,受害人可以继续诉求法院追回,民事诉讼与刑事诉讼的诉讼主体、诉讼标的并不相同,不属于重复诉讼。综上,不当得利制度与刑事财产类犯罪之间并非毫无交叉,民事不当得利制度作为刑事追赃补充救济手段时,可以更全面保护当事人权益。

2. 不当得利第三人返还条款与刑事追赃涉及第三人利益的规范关系

刑事追赃涉及第三人利益时如何处理,我国刑法学界也经过了长期的摸索,从坚持刑事优先于民事,贯彻“一追到底”的司法理念(案例二),到引入民事善意取得制度理念,适用不当得利制度规范,经历了漫长的过程。1992年8月26日,最高人民法院针对新疆维吾尔自治区高级人民法院的请示,作出了《关于对诈骗后抵债的赃款能否判决追缴问题的电话答复》,赃款赃物的追缴并不限于犯罪分子本人,对犯罪分子转移、隐匿、抵债的,均应顺着赃款赃物的流向,一追到底。但在1996年12月16日《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》和2011年4月8日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中转变态度,对行为人已将诈骗财物用于清偿债务、转让给他人或者其他经济活动的情形作出了例外规定。2014年11月6日《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》对赃物涉及到

第三人时,根据第三人是否符合善意、有偿等条件,判断财物归属。由此,在刑事追赃涉及到第三人利益时,要视不同情形确定是否予以追回,主要是第三人取得是否符合善意和有偿等要件,与民法上善意取得制度核心要件基本吻合。

根据上文所述,当被害人通过刑事诉讼不能从第三人处追回“赃物”时,他还可以提起民事不当得利诉讼救济其权利。在此种情形下,被害人通过民事不当得利诉讼向第三人主张权利,第三人当然享有抗辩权。《合同编草案》第771条规定对此反面解释,只要第三人有偿获得利益,就不必承担责任。第三人只要能够主张是有偿获得,即可对抗被害人主张。此时,第三人享有抗辩权的构成要件只有一个即“有偿”,但根据上述刑事司法解释规定,第三人享有抗辩权的构成要件明显更为严格,还要求第三人必须“善意”。刑事追赃涉及第三人利益司法解释规定与民事不当得利第三人返还条款相比,后者明显更倾向于保护第三人利益,只要第三人有偿,不管主观上是善意还是恶意都可以获得保护。刑事追赃涉及第三人利益条款与不当得利第三人返还条款联系密切,都基于类似的财产关系基础,但规范适用的结果却不相同。法的安定性落脚点是基于平等原则的要求,在司法中应该坚持“同案同判,类案类判”,相同的案件事实在法律上应予相同处置的命令^[5]。刑事追赃涉及第三人利益时,第三人是否可以取得财产,其以民法上善意取得制度为判断标准,这是刑法学界借鉴民事制度的结果。但《合同编草案》规定不当得利第三人返还条款是民法典内部条款,却未与善意取得制度相契合,这就造成该条款在部门法外部、内部都与其他相关规范冲突。

三、不当得利第三人返还条款比较法评析

1. 不当得利第三人返还条款不同立法例

(1)《德国民法典》等不当得利第三人返还条款相关规定

《德国民法典》第822条规定,受益人将所取得的利益无偿地给予第三人的,以受益人返还得利的义务因此而被排除为限,该第三人负有返还义务,恰如其无法律上的原因而从债权人处取得被给予的利益一样。该条款即不当得利第三人返还条款,与同法第818条第3款相对应,“以受益

人不再得利为限,返还义务或价额补偿义务被排除”。不当得利受益人为善意时,应当返还现存利益,现存利益也即是所受既存利益,包括原受益本身及本于该利益更有所取得者。当善意受益人将所获利益无偿让与第三人时,其自身并未获益,根据第 818 条第 3 款规定,不需要向受损人承担责任,但此时受损人得不到救济,难谓公平,故第三人应当承担返还责任。当受益人为恶意时,其要返还全部所获利益,不存在免责情形,也就没有适用第 822 条的可能。

我国台湾地区所谓“民法”直接借鉴《德国民法典》,第 183 条规定,不当得利之受领人,以其所受者,无偿让与第三人,而受领人因此免返还义务者,第三人于其所免返还义务之限度内,负返还责任。该条款与同法第 182 条第 1 款相对应,“不当得利之受领人,不知无法律上之原因,而其所受之利益不存在者,免负返还或偿还价额之责任”。上述立法理由,可见《大清民律草案》第 944 条立法理由,“不当得利之请求权,以原则论,仅对人之效力,只能对于受领人主张之。故不当得利之受领人,以其所受利益之全部或一部分,让与第三人,而不索报偿时,受领人得免返还义务之全部或部分,第三人亦无返还之责。若如此,不足以保护债权人,故本法以第三人为无直接法律上原因而有债务人受利益之人,仍使其负返还之责,以保护债权人之利益”^[6]。由此可见,不当得利第三人返还条款是突破债权相对性的例外规定,在于妥当处理受损人、受益人与第三人之间的利益关系,但适用范围仅限于受益人善意且无偿转让的情形。当第三人从受益人手中有偿获得“不当利益”时,根据上述条款不用承担返还责任,立法文本上不区分第三人取得是否善意或恶意。

(2)《智利民法典》《巴西新民法典》不当得利第三人返还条款相关规定

我国民事立法历来受大陆法系国家影响,特别是《德国民法典》影响,但在当前开放式立法中,参照大陆法系德国以外国家的立法例,特别是拉丁美洲一些国家的民法典,也可为我国立法提供参考。通过准立法的继受和学说的继受,当代中国法已改变了专门借鉴德国法的做法,开始注意拉丁法族的合理因素,在这个意义上我们说中国第二次继受大陆法系^[7]。拉丁美洲法是大陆法系或者说是罗马法系的一个重要组成部分,拉丁美洲民法法典化运动从 1823 年开始到 1916 年完

成,和西欧的民法典编纂运动是同步进行的,是 19 世纪人类法典编纂运动的一个不可分割的组成部分。《智利民法典》《巴西新民法典》作为拉丁美洲民法典代表,很多条文设计都具有独立性和原创性,这对我国民法典编纂以博采众长具有重要意义。

《智利民法典》第 2303 条规定,清偿并不负欠之债务的人,不得追索善意第三人以有偿名义取得占有的物。该条文并未规定在不当得利一章中,而是规定在错债清偿制度中,以发挥不当得利制度功能。在不当得利第三人返还条款中除规定受赠第三人要承担返还责任外,还规定善意的有偿的第三人才可以获得占有物,第三人主观状态是第三人是否承担返还责任的重要考量因素。2002 年《巴西新民法典》虽然受到大陆法系很大影响,但其编纂者密切关注欧洲大陆私法思想最新的发展和演变,第 879 条规定,“不当地收受了一个不动产,诚信且有偿地转让了它的人,仅在他收受价金的范围内负责;但如他恶信行事,除了应返还不动产的价值外,还应对损失和损害承担责任。如不动产无偿被转让,或虽有偿转让但次取得人恶信行事,因错误进行偿付的人有权请求返还”。该法典在不当得利第三人返还条款中不仅规定无偿第三人要承担返还责任,有偿的恶意的第三人也要承担返还责任。

(3)《法国民法典》《日本民法典》不予规定不当得利第三人返还条款

在上述大陆法系部分国家立法规定不当得利第三人返还条款外,还有其他民法典不规定不当得利第三人返还条款。罗马法中尚无统一的不当得利请求权,相对于现代不当得利制度的罗马法渊源有两类:一为请求返还之诉(*condictio*),二为转化物之诉(*actio de in rem verso*)。1804 年《法国民法典》受罗马法较大影响未专设不当得利制度一章,适用于不当得利的主要是无因管理和非债清偿的返还财产诉权,但 2016 年法国债法改革在民法典中设立了所谓的“其他债之渊源”单元,明确规定不当得利制度,但亦未规定不当得利第三人返还条款^[8]。《日本民法典》曾借鉴《法国民法典》,其条文中也未规定不当得利第三人返还条款。由此可见,不当得利第三人返还条款在大陆法系立法中,并非不当得利制度必备条款,其条款本身涉及到的第三人主观善意还是恶意,不同立法例也有不同的评判。

2. 不当得利第三人返还条款不同立法例阐释

不当得利第三人返还条款属于债法范畴，就要遵循债法的基本原则和理论。在罗马法中注重保护原所有权人利益，即使财产利益通过受益人流转第三人手中，原所有权人也享有追及权。但近代民法典注重保护交易安全，很多规则都重视保护第三人利益。不当得利第三人返还条款中，第三人无偿从受益人手中获得利益时要承担返还责任，不考虑第三人主观状态，是为保护原所有权人利益；而在第三人有偿获得时，是否就不需要承担责任，也不考虑第三人主观状态，各国立法例并不相同。在大陆法系视野下，以德国法为代表的一些国家仅以是否有偿区分第三人是否承担责任，不考虑第三人的主观状态。第三人只要有偿时就可以不用返还，其内在的逻辑是第三人有偿获得利益，受益人就已经获益即受益人保有现存利益，受损人可以通过受益人得到充分保护。

为何如此规定，不考虑第三人善意或恶意，仅考虑有偿无偿，主要有两点原因：其一，不突破债权相对性原理。王泽鉴教授就认为，该条款不属于不当得利，第三人受利益系来自不当得利受领人，并未导致受损人损害，并不成立不当得利。不当得利条款主要调整的是受损人与受益人之间的关系，不当得利第三人返还条款只是上述规则的一个例外而已，不必深究。其二，《德国民法典》承认物权行为理论，坚持处分行为抽象性原则，物权行为无因性也就阻断了基础关系的善意、恶意与物权取得之间的联系^[9]。在物权变动模式上德国法采纳无因性理论，不当得利制度承担了体系构建的重要职能，广泛发挥着衡平物权变动、清理合同效力障碍和规范利益返还等作用，并承认其与其他请求权的普遍竞合^[10]。因此，在物权行为理论下，不当得利第三人返还条款与无因性相配合，从而达到理论上和规范上相协调。

然而，与德国民法典规定不同，拉丁美洲一些国家明确规定第三人有偿时，属于恶意的，仍需要承担返还责任。这些国家为何如此规定，主要是基于立法传统，受到《法国民法典》影响，不承认物权行为理论。《法国民法典》通过《智利民法典》传到拉丁美洲国家，但后者在许多方面具有原创性并比同时代的其他任何法典更加完善。《智利民法典》在规定第三人返还条款时，考虑第三人是否

符合有偿和善意两个要件，将该条款与善意取得制度相联系。巴西曾经是葡萄牙殖民地，其立法受到葡萄牙法律很大影响，但葡萄牙法律又深受《法国民法典》影响。因此，巴西的民法典直接或间接受到《法国民法典》影响，但2002年《巴西新民法典》是借鉴《德国民法典》和其他民法典融合的产物，具有自身的特色，其在规定不当得利第三人返还条款时，不同于德国法，也要求第三人取得必须符合善意和有偿两个要件。

不当得利第三人是否可以从受益人手中获得利益（或财物），其本质是第三人是否可以从无权处分的受益人手中获得财产，这就与物权行为理论、善意取得制度密切联系起来。上述不同国家或地区民法典规定之所以不同，主要原因就在于其财产取得理论上是否承认物权行为无因性，是否考虑当事人的主观状态。若承认物权行为，原因关系和物权变动相分离，两者之间没有必然联系，不必考虑当事人在原因关系中的主观状态，若不承认物权行为，在物权变动中就会考虑到当事人的主观状态。善意取得制度涉及到三方主体之间的利益关系，最终财产由何方取得，要符合善意取得制度构成要件。虽然不当得利第三人返还条款与善意取得制度不同，但同为处理三方之间关系，且涉及到最终财产由何方取得，两者关系密切。《法国民法典》和《日本民法典》不规定不当得利第三人返还条款，主要是遵循债的相对性原理，且物权变动采意思主义，不承认物权行为理论。由此，不当得利第三人返还条款立法取舍，关键是要与一国民法理论相契合。

3. 不当得利第三人返还条款不同立法例对我国启示

不当得利第三人返还条款如何立法，其法律效果涉及不当得利功能定位及与其他制度之间协调重大问题。上文所述，存在两类三种不同立法例，第一类是在不当得利制度中明确规定不当得利第三人返还条款，但又区分两种不同立法模式，第三人在有偿获得时，是否考虑其主观善意或恶意；第二类是不规定不当得利第三人返还条款。上述不同立法例都建立在一国民法传统和其基本理论之上，主要考量因素为：是否恪守债权相对性原理，是否承认物权行为理论，采取何种物权变动模式，与善意取得制度关系等。《德国民法典》坚守债权相对性原理，但例外规定不当得利第三人返还条款，其目的仍是满足不当得利制度本身需

要,在采物权行为理论背景下,不当得利第三人获得利益时不考虑其基础原因关系,也就不考虑第三人主观状态。该种立法例虽然在理论上是协调一致的,但过分保护第三人的利益,不利于保护受损人利益,难谓公平。

拉丁美洲一些国家的民法典在规定第三人返还条款时,考虑有债和善意两个要件,没有固守债权相对性原理,而是在第三人获得利益时联系物权法理论。因为不承认物权行为理论,第三人是否可以获得利益可参照善意取得构成要件,使民法典内部规范协调一致。该种立法例虽然考虑第三人主观状态以区别对待,有利于妥当处理当事人之间的权利义务关系,但前提是必须与其民法典物权变动理论相结合,与善意取得制度相协调,否则仍会造成体系上和理论上冲突。《法国民法典》不规定不当得利第三人返还条款,但依据债权意思主义物权变动规则,在债权相对性原理框架下,仍可以处理不当得利受损人、受益人与第三人之间关系。综上,我国民法典编纂过程中,不当得利第三人返还条款如何立法,不仅要借鉴域外法经验,还要结合我国民事立法实践和民法基本理论。

四、我国不当得利第三人返还条款立法路径选择

1. 当前《合同编草案》第三人返还条款分析

我国《合同编草案》对第三人返还条款规定沿袭大陆法系国家传统,规定第三人无偿获益时承担返还责任,但又有不同,删去《德国民法典》中“无偿让与第三人,而受领人因此免返还义务者”要件,即无论受益人善意还是恶意,是否会基于不存在“现存利益”而免责,只要无偿转让其财产于第三人,那么第三人就要承担责任。在此种情形下,恶意受益人在无偿转让其利益时,受损人就有两条途径获得救济,一条是可以向恶意受益人请求承担赔偿责任;另一条是可以向第三人主张其承担第三人返还责任,扩大了对受损人的救济途径。同时,草案规定第三人在“相应范围内”承担责任,平衡了第三人与受益人之间的责任分配,也赋予法官一定裁量权,值得肯定。但是第三人有偿时,不考虑主观善意或恶意,难谓完善。

首先,我国《合同编草案》规定该条款是沿袭传统大陆法系国家规定,特别是借鉴《德国民法

典》规定,但德国法上该条款与物权行为无因性相联系。根据我国学界主流观点,多数学者认为我国并不承认物权行为无因性理论^[11]。如此,我国不当得利第三人返还条款创设的理论前提就会欠缺,既然不采物权行为无因性理论,基础关系与物权关系并未完全分离,理应在不当得利第三人返还条款中考虑第三人主观状态。

其次,不当得利第三人返还条款突破债权相对性原理,涉及到第三人关系,与善意取得制度相联系。不当得利第三人返还条款涉及到第三人利益,第三人是否承担返还责任本质上是如何取得财产,自然与物权取得方式相联系,且更接近于善意取得制度。现代立法倾向于保护第三人利益,维护交易安全,但保护第三人利益设定的门槛过低,又会适得其反,对原所有人保护不利。无论动产、不动产,都需要用善意来调节原权利人与取得人之间的利益关系^[12]。不当得利与善意取得都作为民法上重要的财产性制度,彼此之间要相互契合,前者是一项积极的主张性权利,受损人向他人基于非法律原因取得的利益请求返还,而后者是一项消极的自我保护的權利,取得人在他人主张权利时,自身可以基于法律规定要件获得保护。

再次,不考虑第三人善意或恶意,未能在民法典具体制度中贯彻《民法总则》第7条诚实信用原则。我国《民法总则》已经明确规定诚实信用原则,包含主观诚信和客观诚信两个方面,“善意”也即主观诚信^[13]。将诚信原则落实到具体制度中,就要求在不当得利第三人返还条款中,第三人取得利益要符合善意要件。

最后,不当得利制度作为一个兜底性制度,在没有其他法律制度规定利益变动时,都可以依据该制度进行调整,该制度设定也要与其他部门法相协调。德国学者 Hedemann 认为,不当得利请求权对于一切不能圆满解决的情势承担调节器的作用^[14]。正如本文第二部分所述,在刑事财产类犯罪中,特别是在刑事追赃涉及到第三人利益时,根据最新司法解释,在第三人是善意且有偿取得时,不再追回“赃物”,可见善意取得制度已经融入到了刑事规范中。当刑事追赃不能完全追回赃物时,被害人可以提起民事不当得利之诉,但依《合同编草案》第三人返还条款规定,第三人只要有偿获得利益即可免责,无论其是否善意或恶意。第三人返还条款给予第三人的抗辩权明显比善意取得制度抗辩权更容易行使,如此,针对同样的财产

纠纷，刑事法律规范与民事法律规范处理结果不一致，造成法律部门间冲突。

综上，我国《合同编草案》不当得利第三人返还条款不考虑第三人主观状态的立法模式存在上述诸多问题，立法者应结合我国司法实践和民法基本理论进行取舍。

2. 最佳路径选择：增加“恶意第三人返还责任”规定

基于我国司法实践和民法基本理论，笔者认为立法者有两条路径可以选择。最佳方案为：在《合同编草案》不当得利第三人返还条款基础上增加，“第三人有偿取得，但属恶意的，亦应承担返还责任”，修改后为“得利人已经将所获利益无偿转让给第三人或第三人有偿取得，但属恶意的，亦应承担返还责任”。如此规定，其一，有利于发挥不当得利制度裁判规则功能，有利于法官适用法律。法官不能拒绝裁判，因此只有规范尽可能详尽，才能有法可依，统一适用法律规范。其二，符合我国不采物权行为理论立场，也契合善意取得制度核心构成要件，即有偿和善意，符合立法者特别保护第三人利益的宗旨。不当得利制度的构造与功能受与其共处于同一法典的其他民法制度的影响甚巨，不同规范之间只有彼此协调，才能充分发挥民法典功能。其三，彰显民法典规范内外体系严谨性和逻辑性。增加上述条款，民法总则中诚信原则可贯穿到民法典各分编各项制度之中，同时也实现民法与其他部门法相协调，民法与这些并身而立的相关部门法可谓相伴相生、荣辱与共^[15]。

3. 次优路径选择：不规定第三人返还条款

若上述路径存在困难，我国《合同编草案》可以不予规定不当得利第三人返还条款。《法国民法典》《日本民法典》《瑞士民法典》等均无不当得利第三人返还条款。如此规定，一方面，不违背债权相对性原理，遵循债法基本原则。不当得利制度仅调整受损人与受益人之间利益关系，不涉及第三人关系，受损人与第三人之间关系可由物权法或民法中其他制度予以调整。另一方面，有利于平衡当事人之间利益保护和市场交易安全之间关系，与善意取得制度相协调。在不当得利制度中不规定第三人返还条款，这就为法律适用提供

了可以解释的空间。在涉及到第三人利益或是财产返还时，首先会考虑到财产取得的权利基础，是否符合善意取得等要件。在第三人不符合善意取得要件时，受损人可以向受益人主张返还不当得利或向第三人主张返还原物，增加了受损人的救济途径。但不规定不当得利第三人返还条款存在一定问题，仅依靠法官自由适用法律，存在法律规定不明确、法律漏洞、法官自由裁量权过大、同案不同判等弊端。

参考文献：

- [1] 张明楷. 不当得利与财产犯罪的关系[J]. 人民检察, 2008(13):24-28.
- [2] 马晓霞. 不当得利与财产犯罪关系[N]. 江苏经济报, 2014-08-27(B03).
- [3] Hans K. General Theory of Law and State [M]. Cambridge: Harvard University Press, 1945:50-51.
- [4] 李兰英. 契约精神与民刑冲突的法律适用——兼评《保险法》第54条与《刑法》第198条规定之冲突[J]. 政法论坛, 2006(6):165-172.
- [5] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆, 2003:348.
- [6] 王泽鉴. 不当得利[M]. 2版. 北京:北京大学出版社, 2009:260.
- [7] 徐国栋. 中国第二次继受大陆法系与罗马法教学的转型[J]. 河南财经政法大学学报, 2014(1):143.
- [8] 李世刚. 法国新债法准合同规范研究[J]. 比较法研究, 2016(6):88-110.
- [9] 陈吉栋. 论《民法总则》不当得利一般条款的设置模式[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版), 2017,25(5):59-67.
- [10] 章小兵. 我国民法典不当得利制度的立法模式选择与制度安排[J]. 求索, 2015(2):110.
- [11] 崔建远. 物权法[M]. 4版. 北京:中国人民大学出版社, 2017:44.
- [12] 耿林. 不动产善意取得制度的法政策研究[J]. 清华法学, 2017(6):113.
- [13] 徐国栋. 主观诚信与客观诚信的分合与更名问题比较法考察——兼论中国的诚信立法向何处去[J]. 社会科学, 2013(1):115.
- [14] 洪学军. 不当得利制度研究——一种系统的结构、功能理路[M]. 北京:中国检察出版社, 2004:3-61.
- [15] 王轶,关淑芳. 民法典编纂需要协调好的六个关系[J]. 法学杂志, 2017(1):8.