

# 证明责任视角下《民法典》第 235 条的 要件解释和学理澄清

高旭\*

## 目次

一、问题的提出	(一) 要件是否简化?
二、对所有物返还请求权中“占有”要件的学说考察	(二) 负担是否过重?
(一) 对“无权占有”作为权利发生要件 的批判	(三) 体系是否冲突?
(二) 将“有权占有”作为权利妨碍规范 的证立	四、我国《民法典》第 235 条的解释论展开
三、对质疑观点漏洞填补方案的检视	(一) 证明责任分配的类型化方案
	(二) 占有权利推定的程序法处理
	五、结论

**摘要** 传统民法学说认为所有物返还请求权的构成要件包括“被请求人无权占有”，受到学界的普遍质疑，其中代表性观点借鉴《德国民法典》第 985 条和第 986 条的规范构造，认为应舍弃“无权占有”要件并改采“有权占有”为抗辩规范，更加符合“一般与例外”的证明责任分配关系。该观点与我国《民法典》第 235 条文义有别，要求对现行规范进行漏洞填补。但是，该观点未能全面考察德国民法学理，对证明责任对象的理解失之偏颇，还造成了请求权竞合情形下的体系冲突。为尊重“规范说”，质疑观点对现行规范的攻讦和误读可借由合理解释化解与澄清：在类型化思路下，通过参酌“附属性理论”和请求权相互影响说，可根据请求人与相对人之间有无合同关系，分别比照给付型不当得利和侵益型不当得利确立“无权占有”要件的证明规则；在请求标的为动产的情况下，为平衡占有权利推定规则对相对人的责任优待和请求人的证明负担，可借助利益衡量方法，在请求人完成所有权取得事实的证明并获得法官心证后，适度削弱占有的表征功能，令相对人就占有本权的要件事实承担主张责任，从而促进法院对真实权属关系的发现。

**关键词** 所有物返还请求权 证明责任 主张责任 占有权利推定

\* 北京大学法学院博士研究生。

## 一、问题的提出

我国传统民法学说认为,所有物返还请求权的构成要件包括:请求人为所有权人;被请求人为物的现实占有人;被请求人无权占有该物。这一学说与《物权法》第 34 条规范文义相符,《民法典》第 235 条也继承了《物权法》第 34 条的规范,文义上并无改动。<sup>〔1〕</sup>但民法学理上对于传统学说是否应包括“无权占有”要件,一直存有争议。质疑观点从证明责任视角出发,认为所有物返还请求权并不需要规定该要件,主要理由为:第一,“无权占有”属于消极事实,本就难以证明,相反“有权占有”为积极事实,更加易于证明;第二,经验表明,现时占有人对于为何能取得占有的事实更为知情,此外在占有被侵夺这一情形下,所有权人被动失去占有,对他人占有背后有无本权难以知悉,让其承担对方为无权占有这一事项的证明责任,未免过于苛责;第三,《德国民法典》对所有物返还请求权的规范构造与我国不同,其第 985 条对所有物返还请求权的规范中并不含有“无权占有”要件,相反占有人有占有本权时得拒绝返还,属于对所有物返还请求权的抗辩,被独立规定在第 986 条。应借鉴这一体例,将“有权占有”作为权利妨碍规范,由相对人对“有权占有”负担证明责任。<sup>〔2〕</sup>声比则应,我国台湾地区“民法典”第 767 条与《民法典》第 235 条规范构造大致相同,<sup>〔3〕</sup>也饱受台湾学者批评,意见与上述观点大致相同。<sup>〔4〕</sup>

我国司法实务上的做法则更为混乱,既有判决认为应该由占有人对系争物为有权占有承担证明责任,<sup>〔5〕</sup>也有判决认为应该由请求人对相对人无权占有系争物承担证明责任。<sup>〔6〕</sup>由于《最高

〔1〕《物权法》第 34 条:“无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原物。”《民法典》第 235 条:“无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原物。”此外,全国人大法工委对新旧法出版的释义书中均认为所有物返还请求权的构成要件中包括“他人无权占有”这一要件。

〔2〕代表性观点,参见王洪亮:《原物返还请求权构成解释论》,载《华东政法大学学报》2011 年第 4 期,第 113—114 页;滕佳一:《返还原物请求权体系解释论》,载《比较法研究》2017 年第 6 期,第 55—56 页;吴香香:《民法典编纂中请求权基础的体系化》,载《云南社会科学》2019 年第 5 期,第 100 页;王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社 2009 年版,第 126 页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社 2014 年第 3 版,第 127 页;冉克平:《物权法总论》,法律出版社 2015 年版,第 515 页。民诉学者也有反对将“无权占有”作为权利发生要件,参见姜世明:《民事证据法实例研究(一)》,新学林出版有限公司 2005 年版,第 180 页。

〔3〕我国台湾地区“民法典”第 767 条:“所有人对于无权占有或侵夺其所有物者,得请求返还之。”

〔4〕具体讨论,请见本文下一章。

〔5〕如(2019)鲁 14 民终 419 号判决书认为:“李光涛现占有鲁 NXXXXX 号货车系双方无争议的事实,既然李光涛主张系合法占有,其依法应负有举证证明责任。”(2020)京 03 民终 14032 号判决书认为:“杨兰英无法证明其占有车棚的合法权利来源,结合王泉生、齐一力的证人证言以及其他组织的相关证明,本院有理由相信王林林系案涉车棚的权利人,现该车棚被杨兰英占用,故王林林有权要求返还。”(2020)新 01 民终 2977 号判决书认为:“梁丰、李红虽长期占有使用涉案房屋,但其并不能举证可以一直占有使用涉案房屋或可以对抗所有权人的合法依据。”(2021)京 02 民终 11991 号判决书认为:“关于刘星、罗小芬、刘甄羽称其对案涉房屋系有权居住的主张,因其提供的证据不足以证明其具有法律上或合同上的原因占有案涉房屋,故对刘星、罗小芬、刘甄羽拒绝腾退房屋的主张,本院不予支持。”

〔6〕如(2021)京 02 民终 6608 号判决书认为:“上诉人……需举证证明案涉物品现被他人非法占有的基础事实。”(2021)京 01 民终 3871 号判决书认为:“韩某 1……既未证明韩某 1 是某宅院东侧范围内房屋的权利人,也未证明韩某 2 对于上述房屋属于无权占有。”(2021)苏 08 民终 635 号判决书认为:“上诉人主张被上诉人返还原物,应举证证明其系涉案车辆的权利人、被上诉人无权占有涉案车辆。”(2021)辽 02 民终 6638 号判决书认为:“上诉人虽主张案涉房屋系其所有并自 2008 年起租赁给被上诉人居住使用至今,但未就双方是否系租赁关系、如何建立租赁关系提供任何证据予以证明。”

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》(法释〔2015〕5号,下文简称《民诉法解释》)第91条已经将“规范说”作为证明责任分配的标准,“无权占有”是法律明文规定的权利发生要件,故前一做法及质疑观点所持立场与“规范说”下的证明责任分配标准存在冲突。

证明责任是某个要件事实存在与否不明确时,一方当事人将承担以该事实为要件的、于己有利之法律效果不获认可的危险或不利益。<sup>〔7〕</sup>“规范说”通过识别实体法规范的条文构造和要件性质之间的逻辑关系建立分配规则,以尊重立法者在要件设置上的价值考量,并兼顾法规范可预测性的安定价值。而质疑观点的要求是修正现行规范,在价值取舍上牺牲法安定性,重塑符合实质正义的分配结果。笔者认为,现行规范的要件构造并非一定会形成不公的分配结果,通过精细的解释论工作,现行规范不仅不会分裂“规范说”在实质正义和形式正义上的价值统一,还能凸显与相关制度的逻辑衔接,维系民法规范的体系自洽。本文将通过对质疑观点的梳理及其所用比较法资源的追根溯源,观察现行规范构造是否存在不合理之处,再提出对现行规范的解释论方案,并与质疑观点的漏洞填补方案进行比较,揭示质疑观点可能存在的误区和盲区,从而论证在类型化方案和利益衡量方法下如何正确理解和适用本条规范。

## 二、对所有物返还请求权中“占有”要件的学说考察

### (一)对“无权占有”作为权利发生要件的批判

反对将“无权占有”作为权利发生要件的理论资源之一是“待证事实分类说”：“无权占有”系占有人对占有欠缺正当权源,属于消极事实,相反“有权占有”则属于积极事实;主张积极事实之人,就该事实有举证之责任;主张消极事实之人,就该事实不负举证责任。<sup>〔8〕</sup> 但该说错漏颇多,一则其立论基础之“消极事实不可证”被“当事人只要在用语上略加变更,即可由肯定主张变为否定主张”<sup>〔9〕</sup>之观点瓦解;二则消极事实的证明方法已有学说提出,如罗森贝克指出未发生的事实虽不能直接予以证明,但可从以下情形中推导出:觉察到某一事实,但若待证事实存在则该事实不可能被觉察到;或未觉察到某一事实,但若待证事实存在可以被觉察到。<sup>〔10〕</sup> 姜世明教授也归纳出消极事实存在累进式证明、回溯型证明与间接证明三种证明方法。<sup>〔11〕</sup> 但是,消极事实这一概念也并非一无是处,消极事实相较于更加容易证明的积极事实,更需要对其实体法规范目的与价值预设进行考究,以及在证据法上其是否有适用减轻技术的必要。<sup>〔12〕</sup>

传统民法学说将“无权占有”作为所有物返还请求权的构成要件,但该要件的消极事实属性在证明责任上的特殊性,并没有被过多关注。从权利构造的应然视角观察,只有相对人无占有本权,所有物返还请求权方得顺利行使,但如何从证明责任上论证权利人应证明相对人无权占有,尤其考虑到权利人难以知悉占有背后的权利关系这一现实因素,传统学说对此未置一词。由于“待证事实分类说”的固有缺陷,部分民法学者开始从规范构造上质疑传统学说,尝试从比较法上找寻答案。通过考察德国立法例,代表性观点提出所有物返还请求权仅要求“所有权人事实上失去占有”以及“相对人取得占有”这两个要件,或者直接简化为“所有物被他人侵占”这一个要件。“侵占”是

〔7〕 [日] 新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2007年版,第392页。

〔8〕 骆永家:《民事举证责任论》,台湾商务印书馆1995年版,第72页。

〔9〕 见前注〔8〕,骆永家书,第73页。

〔10〕 [德] 莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第396页。

〔11〕 姜世明:《举证责任与证明度》,厦门大学出版社2017年版,第12页。

〔12〕 对消极事实证明责任分配法理的具体介绍,见前注〔11〕,姜世明书,第10—25页。

指无权占有人抽走占有或者扣留占有而不返还的情况，即行为人剥夺了权利人对物的占有并拒绝返还，从而导致所有权在事实上和法律上出现了客观分离状态。占有主观因素的规范意义主要在证明责任分配上，具体的考量因素包括举证能力、证据远近等。就所有物返还请求权而言，所有权人对于“无权占有”承担证明责任，容易陷入举证困难，使得所有物返还请求权实现的可能大大降低，故“无权占有”不宜成为权利发生要件。<sup>〔13〕</sup>

## （二）将“有权占有”作为权利妨碍规范的证立

“有权占有抗辩”的比较法依据是《德国民法典》第 986 条，该条规定：“占有人或者作为其权利来源的间接占有人对所有权人有权占有时，占有人可以拒绝将物返还。”这一条文将“有权占有”独立于返还原物请求权，是典型的抗辩规范构造。

将“有权占有”作为权利妨碍规范的观点，常见于我国台湾地区司法实务及学理。根据我国台湾地区“民法典”第 767 条，所有物返还请求权的构成要件包括：第一，请求权人须为所有人或依法得行使所有权之人；第二，相对人须为现在占有该物之人；第三，相对人的占有须为无权或出于侵夺。<sup>〔14〕</sup>“无权占有”应属于权利发生要件，但我国台湾地区“最高法院”屡有判例认为被告应就“有权占有”负担证明责任，如“最高法院”92 年度台上字第 312 号判决称：“按以无权占有为原因，请求返还所有物之诉，被告对原告就其物有所有权存在之事实无争执，而仅以非无权占有为抗辩者，原告于被告无权占有之不能证明，则应认原告之请求为有理由。”“最高法院”98 年度台上字第 1279 号判决称：“原告本于所有物返还请求权，请求无权占有人返还所有物，系以占有人无正常权源占有其所有物为成立要件之一，即须就其为系争物之所有权人，其请求权成立之事实负举证责任，必俟其为此证明后，占有人始应证明其占有权源。”<sup>〔15〕</sup>

对于实务做法，姜世明教授认为背离了举证责任一般法则，在法理上已属于举证责任转换。<sup>〔16〕</sup> 举证责任转换是举证责任减轻的一种方式，对于消极事实之举证责任分配可否一般性地透过举证责任转换制度加以调整，德国多数学者及实务采一般性的否定见解，例外情形仅存在于下列要件均符合时：（1）消极事实举证不可能或困难；（2）举证责任转换对于相对人并非不公平；（3）未与被适用法规的文义或意旨相抵触。<sup>〔17〕</sup> 游进发教授从民法角度提供支持：就要件（1）与要件（2）而言，所有人之物被他人侵夺时，所有人通常无法接近现占有人是否有权占有的证据。相反，这项证据大抵落在现占有人的领域内。如果所有人与现占有人之间存在占有媒介关系，作为直接占有人的现占有人通常保存自己有权占有（所有人使其占有）的证据，换句话说，这项证据亦落在现占有人的领域内。因此应当要求现占有人提出这项证据，使其负有这项证明责任；相反，若以所有人负有这项举证责任，则显得强人所难。就要件（3）而言，“民法典”现行规范对举证责任分配的认识上存有漏洞，立法理由以原告就被告无权占有一事负有举证责任的见解，不仅没有认知

〔13〕 见前注〔2〕，王洪亮文，第 113—114 页；前注〔2〕，滕佳一文，第 55—56 页。日本学者伊藤滋夫也认为，所有权人证明无占有权源存在举证困难，有违保护所有权的制度目的，应将限制所有权的情形作为例外。参见〔日〕伊藤滋夫：《要件事实的基础——民事司法裁判结构》，许可、〔日〕小林正弘译，法律出版社 2022 年版，第 250—251 页。

〔14〕 见前注〔2〕，姜世明书，第 177—178 页。

〔15〕 游进发：《民法物权编关于所有物返还请求权之编纂建议》，载《法令月刊》2017 年第 9 期，第 139—140 页。

〔16〕 见前注〔2〕，姜世明书，第 185—186 页。

〔17〕 Vgl. V. Greyerz, Der Beweis negativer Tatsachen, 1963, Bern, S. 43 ff. 转引自前注〔11〕，姜世明书，第 17—18 页。

到这一领域现象,亦未认知到不同性质的民法规定,即权利或请求权发生要件规定、权利或请求权障碍要件规定、权利或请求权消灭要件规定,以及语法表达方式及句子结构,例如条件句、本文与但书可以造成不同的证明责任分配结果。<sup>〔18〕</sup>

尽管如此,举证责任转换作为最为严格的举证责任减轻形式,其作用实现方式,一方面是借由立法方式对举证责任分配加以调整,另一方面是容许法院实务运作时,于必要情况下修正一般举证责任分配规则下所造成的不公正情形。这两种方式,构成举证责任转换的两种类型:法定举证责任转换与实务创设举证责任转换。就后者而言,“规范说”作为证明责任分配的一般原则,强调将证明责任分配的权力保留给立法者,法官自由裁量分配证明责任的权力应予严格限制。普维庭认为,证明责任可能受到影响的实质性依据:要么是法定规则的目的,要么是作为独立的法官法规范成为整体法律秩序的一部分。<sup>〔19〕</sup>即司法进行实质性依据的考量必须有民法规范目的或者公法赋权作为支撑。我国台湾地区“民事诉讼法”第277条但书规定:“但法律别有规定,或依其情形显失公平者,不在此限。”其中“依其情形显失公平者”为法官于个案中进行实质性考量转换举证责任提供了规范基础。不过学理上认为,为证明责任分配避免沦为个案任意分配而造成法不稳定性,对“显失公平”这一要件该当,法官仅能就个案所隶属类型,仔细斟酌是否存在诚信原则、武器平等、证据接近、实体法责任加重等考量因素而有调整必要,不可于不同个案中基于直觉、同情等非理性因素或理由不足之论据而为任意调整,其背后理据在于严守实体法原已设定价值和避免法安定性沦为泡影。<sup>〔20〕</sup>由是观之,台湾学理中实质转换举证责任的考量因素是对普氏理论进一步发展,不仅需要由法律通过但书明文设置(公法赋权),还要进行设置严格的适用范围和精细的解释规则,解释规则既包括私法规范目的等实体法理论,还有武器平等、危险领域等程序法原则。然而在前述判例中,我国台湾地区“最高法院”径行分配举证责任的做法并未就各类考量因素如何适用展开说理,也不符合在个案中避免任意调整的限制倾向。学者们借助举证责任转换论证合法性,显然不尽如人意。

对于法官在个案中通过实质考量而转换证明责任的思路能否适用于我国,笔者认为难以获得规范支持。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2001〕33号)第7条曾赋予法官在实体法对证明责任分配未作具体规定的前提下,可根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素分配证明责任的自由裁量权。<sup>〔21〕</sup>而《民诉法解释》将“规范说”确立为证明责任分配的原则后,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2019〕19号)将该条文删除。这一变动表明最高人民法院不再赋予法官自由裁量分配证明责任的权力,证明责任分配只能以“规范说”作为唯一标准。<sup>〔22〕</sup>

通过对比较法的梳理可知:《德国民法典》第985条与986条的条文构造鲜明体现了一般与例

〔18〕 见前注〔15〕,游进发文,第141页。

〔19〕 参见〔德〕汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第261页。

〔20〕 关于我国台湾地区“民事诉讼法”第277条的立法目的及要件解释,参见姜世明:《新民事证据法论》,厦门大学出版社2017年版,第135—139页。

〔21〕 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2001〕33号)第7条规定:在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

〔22〕 许可教授认为,“旧民事证据规定”第7条本身与“规范说”相悖,在“法无明文”的情形下,“规范说”要求通过分析实体法条文结构加以解决,而非诉诸实质性考量因素。参见许可:《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社2009年版,第78—79页。

外、权利发生与抗辩规范的关系。“有权占有”作为所有物返还请求权发生规范的抗辩规范，背后理据在于对所有物返还请求权规范目的的理解上——排除侵占或扣留这种对所有物占有权能最为严重的妨害，以实现所有物的圆融支配状态。所有物与占有的分离，实质上是法律上的对物支配与事实上的对物支配产生分歧，因此返还请求权的发生仅要求“侵占”这一构成要件，至于剥夺占有的主观原因在所不问。<sup>[23]</sup>我国台湾地区“民法典”将“无权占有”作为权利发生规范，莫不招致学理批评，反对理由也是以德国法为参照。为平衡“规范说”下遵从现行规范的法安定性要求与司法追求实质正义之间的张力，学者只得借助举证责任转换这一工具，艰难论证此种做法符合我国台湾地区“民事诉讼法”第 277 条但书“显失公平”。但这一削足适履的解释路径，加之裁判说理并未附具任何考量因素，不免招致开启司法恣意运作风险的批评。

### 三、对质疑观点漏洞填补方案的检视

如前文问题部分所述，我国司法实务对所有物返还请求权的处理也不免捉襟见肘：大量裁判并没有完全参照《物权法》第 34 条或《民法典》第 235 条的条文，而是径直以原告未举证证明被告为无权占有/被告未举证证明其为有权占有作为结论。参照袁中华教授对违约责任证明责任分配的实务经验归纳，<sup>[24]</sup>就返还原物纠纷的案例来看，依据常识和法律关系来分配证明责任的情况同样存在且并不鲜见。<sup>[25]</sup>因此，司法实务所呈现的样态是呼唤学理澄清，而非提供经验范本。为了缓和质疑观点与“规范说”之间的紧张关系，一种思路是将质疑观点本身理解为现行规范的解释方法，其理据为，在文义解释结论不够合理或难以解决疑难案件时，“修正的规范说”允许引入其他解释方法对法律要件进行重新分类。<sup>[26]</sup>但是，法律解释的最大范围是文义因素和历史因素的交集，超过该范围即进入识别漏洞和法律补充。<sup>[27]</sup>质疑观点主张抛弃现行规范的“无权占有”要件（为方便论述，下文称为简化要件论），另行确立“有权占有”作为抗辩规范（下文称为抗辩构造论），难以从现行规范文义的指涉范围中解读出来。此外，从《物权法》第 34 条到《民法典》第 235 条，所有物返还请求权的条文一直无变动，支持质疑观点的理论资源也从未获得立法文献的确认和支持。因此，不得不承认，质疑观点存在重塑规范的立法论倾向，故而与“规范说”之间存在难以调和的矛盾。笔者认为，对所有物返还请求权的理解并非只有漏洞填补的“华山一条道”，《民法典》第 235 条蕴涵着解释论的空间。不过在展开立论之前，笔者想先指出，质疑观点本身的逻辑进路并不自洽，在以下三个方面存在瑕疵。

#### （一）要件是否简化？

实际上，《德国民法典》第 985 条在法律适用上并非一辞同轨，在权利人与相对人之间同时存

<sup>[23]</sup> 见前注〔2〕，王洪亮文，第 113 页。

<sup>[24]</sup> 参见袁中华：《违约责任之证明责任分配——以〈民法典〉第 577 条为中心》，载《法学》2021 年第 5 期，第 105 页。

<sup>[25]</sup> 依据常识分配的表现是未对证明责任分配进行任何说理，直接以原告或被告对其主张未提供证据支持为由令其承担举证不能的后果。依据法律关系分配的典型如(2021)鲁 16 民终 2503 号判决书，该案中法官认为既然被告主张其为有权占有，“有权占有”为《民法解释》第 91 条第 1 款规定的权利发生规范，故被告需要对“有权占有”主张承担举证证明责任。

<sup>[26]</sup> 参见吴泽勇：《规范说与侵权责任法第 79 条的适用——与袁中华博士商榷》，载《法学研究》2015 年第 5 期，第 58 页。

<sup>[27]</sup> 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 334—335、377—378 页。

在债权债务关系时,基于物权的返还原物请求权与基于债权的返还请求权之间是何种关系,德国学理上存在争执。一种理论认为,相对于约定的债权关系中的返还请求权而言,所有物返还请求权是附属性的:如果占有是基于合同取得对物的占有,那么所有权人只能通过合同终止的清算关系来请求占有人返还原物(例如《德国民法典》第546条“承租人有义务在租赁关系终止后返还原物”),而无法依据《德国民法典》第985条主张返还原物。该理论的论证如下:依据《德国民法典》第986条,在所有权人与占有人之间存在债权债务关系的情况下,为保护占有人的利益,立法者对于所有权人的利益进行了限制,所有权人必须尊重该法律关系中的特别清算规则(Abwicklungsregeln)。盖因此种债权债务关系的存在构成了占有本权,使得所有权内容受到弱化,以至于所有权的地位须处在债权债务关系中的请求权之后。与之相对的则是传统的请求权竞合的观点,即《德国民法典》第985条总是适用于所有权人,而无论所有权人与相对人之间是否存在债权债务关系,故基于合同的返还请求权可以与基于所有权的返还请求权并存。<sup>[28]</sup>以上两种理论也导致了《德国民法典》第985条的理解分歧,按照所有物返还请求权相对于债权清算关系的附属性理论(下文简称“附属性理论”),《德国民法典》第985条仅在占有是无权占有的情形下方可适用,即使合同解除,在清算关系说下,占有人仍处于广义债之关系下而对系争物有权占有;而在竞合理论下,占有人的主观状态并不影响第985条成立,仅在“有权占有”情形下排除第985条的适用。

从物法与债法的关系来看,附属性理论更符合所有物返还请求权的本旨。正如前文引述学者考察德国法的结论,所有物返还请求权源自所有权对标的物的排他性,旨在排除其他人对物的干涉或妨害,尤其是排除对所有权利人侵害程度最深的剥夺占有,从而恢复对物的圆满支配状态。<sup>[29]</sup>所有物返还请求权的机能十分纯粹,仅调整因现实占有被剥夺而导致所有权在事实与法律上出现的客观分离状态,如果导致此种客观分离状态的原因在于请求人和相对人之间存在负担行为,尤其是掺杂了各种特别约定的合同关系,那么就应由合同法调整。反之如果纳入所有物返还请求权中,法院仍需审理请求人与相对人之间的债权债务关系,再判断占有权源状态,徒增司法成本。从请求权基础的检视顺序上来说,契约上请求权居于首位,是因为契约关系存在对其他请求权均有影响,<sup>[30]</sup>是检视其余请求权基础的前提,违反检视顺序则可能难以顾及体系周延,以致产生不当结论。<sup>[31]</sup>

此外,从《德国民法典》的规范体系来看,所有物返还请求权也应限于“无权占有”情形,而不应包含“有权占有”。这是因为,《德国民法典》第985条属于调整所有权—占有人关系的规范群,第987—989条分别规定了所有权人的用益返还请求权和损害赔偿请求权,第990条区分为善意占有

[28] 参见周梅:《间接占有中的返还请求权》,法律出版社2007年版,第37—40页。

[29] 见前注[2],滕佳一文,第54页。

[30] 参见王泽鉴:《民法思维——请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第59页。

[31] 许德风教授曾引举以下案例加以说明:9月1日,K到商人V处购买DVD播放器,并选中一台。该台播放器是A型号的最后一台,双方约定价格为200元。付钱时,K发现当时未带钱包,因此双方约定,1周后K带钱来取。9月7日,K来取时,V因将播放器放在库房,未能交予K。双方复约定,K两天后来取。两天后,K来取。V将播放器拿出,放在柜台上。K付钱时,因钱包掉在地上,低头拾钱包时,将DVD播放器撞翻并落地摔毁。问:V如何寻求救济?依循请求权基础检视方法,应先检索买卖合同下的给付请求权,从给付障碍关系中检视履行不能排除给付请求并导致对待给付义务消灭,而债务人迟延履行构成对待给付消灭义务的例外;其次检索违约损害赔偿请求权,但依据之前结论,出卖人仍享有请求对待给付即支付价款的债权,故无损害;再次检索侵权损害赔偿请求权,同理并无损害。如果径直适用侵权法,则容易得出行为人造成DVD损害从而构成侵权责任这一错误结论。具体分析,参见许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第953—954页。

人与非善意占有人，说明排除了“有权占有”的适用。<sup>[32]</sup>

有疑义的是，部分学者在考察《德国民法典》第 985 条时，称该条不以“无权占有”为构成要件，仅有“侵占”这一要件即可。其实，简化要件论并没有意识到，“侵占”要件中就已经包含了“无权占有”：首先，简化要件论对“侵占”的定义“无权占有人抽走占有或者扣留占有”就明确了行为人的主观状态是“无权占有”，这与主张排除“无权占有”要件的观点自相矛盾。假设这是在引介原始文献时过于拘泥文义而未参酌前后文语境造成的疏漏，就实质观之，简化要件论想表达的是“侵占”是一种无须考察占有权源，仅是行为人剥夺占有而导致所有权在法律与事实上分离的客观状态。但这一观点也难以圆融自洽：如果权利人与相对人之间订立了合同来安排系争物（合同标的物）的给付关系，相对人之所以取得占有也是基于权利人的给付，并不能解释为是相对人侵害或剥夺占有。“侵占”这一要件的解释，实质上与“无权占有”牢牢绑定，只有在相对人无权占有的场合下才属于违反所有权人经济计划，从而有回复占有权能的正当性。<sup>[33]</sup> 如果所有权人基于合同自愿为给付而使相对人取得占有这一情形也被认为属于“侵占”，从而受所有物返还请求权保护，在价值上则难以兼容于诚实信用原则。

## （二）负担是否过重？

与简化要件论相配套的抗辩构造论，是从生活事实的一般观察角度出发，认为附丽于占有的本权事实更加接近占有人，而权利人对此难以知悉，因此现有分配方案对权利人负担过重。这一观点表面上看甚为合理，然而在证据法理论上却难以经得住推敲。

一个前提性的问题是，在证明责任的语境下，“占有本权之有无”扮演的是何种角色？抗辩构造论是将“无权占有”与“有权占有”看作一对有着非此即彼关系的待证事实，前者作为权利发生要件事实则必然排斥后者作为权利妨碍要件事实。该观点的疏漏之处在于，未对以下基本问题进行阐明，造成了论证上的跳跃：证明责任分配的对象是法律要件还是要件事实？“占有本权之有无”属于法律要件还是要件事实？

对第一个问题的回答涉及民法与民事诉讼法在概念使用以及适用场域的区分。日本权威法学辞典《法律学小辞典》将法律要件界定为产生一定权利义务关系的社会关系；<sup>[34]</sup>涵摄是请求权基础思维方法在法律适用中遵循的逻辑结构，分解法律要件和法律效果是涵摄中最重要的一步。<sup>[35]</sup>完备法律要件体系是民法解释学所追求的目标，这一工作属于在三段论中确定大前提（法律规范）的作业，而将特定案件事实（小前提）涵摄于法律要件则已进入民事诉讼的场景——用于涵摄的事实须为经证明的事实，未经证明的事实无法构成三段论的小前提，导致法律适用失败，<sup>[36]</sup>法律效果不产生，谁来承担此种不利益即为证明责任的分配。因此，证明责任的对象是在涵摄过程该当于法律要件的特定案件事实，民法学理对此有特定称谓，即“要件事实”。在法律要件蕴含

[32] 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法（上册）》，张双根译，法律出版社 2004 年版，第 196—197 页。

[33] 侵占的典型情形，如次承租人对租赁物的占有系承租人在租赁合同终止后的违法转租，或占有人通过盗窃方式取得财物，都表现为行为人违反了所有权人对占有权能的经济计划，导致占有权能不能回复不能行使的状态，故而具有可责难性，而系争物的占有状态如果是通过权利人与相对人的合法约定而导致的，则不能归入“侵占”。

[34] 见前注[22]，许可书，第 20 页。

[35] 见前注[30]，王泽鉴书，第 158 页。

[36] 要件事实得以证明的，才能满足适用相应法律规范的前提条件从而进入法律适用环节，如果某一要件事实不能证明则不能适用该规范。参见傅郁林：《判决书说理中的民事裁判逻辑——围绕〈民事诉讼法〉第 155 条展开》，载《中国应用法学》2022 年第 1 期，第 65 页。



的法律概念比较具体,与生活事实较为接近的情况下,涵摄过程可以快速进行;然而在法律要件存在大量需要评价的法律概念时,涵摄过程则需要在大前提处对法律要件进一步具体化,以便于在小前提处对应特定的案件事实。学理上按照抽象程度的不同可将法律要件区分为事实性要件与评价性要件,事实性要件在涵摄过程中可与特定社会事实直接对应,因而在诉讼场域下,该要件的具体内容可以直接作为事实问题加以处理;评价性要件则相反,必须经过具体化才能进入下一步的涵摄过程,其中的不确定性概念还需仰赖精细繁复的价值判断与利益衡量工作。基于以上特性,评价性要件无法承担衔接抽象的法律要件与具体的案件事实的重任,不宜直接成为要件事实,需要比不确定法律概念具体程度更高的事实主张作为中介。<sup>[37]</sup> 日本学者伊藤滋夫认为,应将评价性要件细化为评价根据事实与评价妨碍事实,作为评价得以成立的具体事实是评价根据事实,妨碍评价成立的具体事实是评价妨碍事实。<sup>[38]</sup> 以过错为例,过错作为侵权损害赔偿请求权的构成要件,其涵摄范围应当做限缩解释,仅包括过错的评价根据事实,不包括过错的评价妨碍事实。<sup>[39]</sup> 例如机动车交通事故责任中,“行为人驾驶机动车闯红灯”是评价根据事实,“机动车刹车失灵”是评价妨碍事实。

占有本权的权利内容千差万别,如果认为“无权占有”为要件事实,权利人须证明占有之上的正当权源均不存在,这当然属于对权利人证明责任的不当加重。然而根据前文考察,“占有本权之有无”属于评价性要件,无法径直成为要件事实。权利人主张相对方无权占有,应仅需就评价根据事实承担证明责任。就“侵占”这一概念而言,评价根据事实是行为人违反权利人意思而取得对系争物占有的事实。<sup>[40]</sup> 相反,作为特定占有正当权源类型的权利规范经由进一步分解后的各项要件事实才属于评价妨碍事实。<sup>[41]</sup> 评价妨碍事实的法效果为抗辩,<sup>[42]</sup>故可依据权利妨碍规范的证明责任规则分配给相对人承担。抗辩构造论认为权利人负担过重的舛谬之处在于,未对法律要件与要件事实两则概念进行区分,误将“占有本权之有无”当作要件事实对待。

### (三) 体系是否冲突?

法律补充的任务是消除法秩序中的体系违反,以使法律所追求的价值更完全地以可理解及可验证的方式实现。<sup>[43]</sup> 然而,质疑观点不仅没有消除法秩序中的体系违反,反而还有开启体系冲突的风险。

冲突其一,是在所有物返还请求权与不当得利返还请求权竞合的情形下,同一要件的证明责任分配的请求权基础不同而截然相反。例如在权利人称相对人无权占有其所有土地之情形,按照

<sup>[37]</sup> 就德国法上的过失而言,过失这一概念本身并不是要件事实,而只有足以认定过失存在的、构成注意义务违反的具体行为才是要件事实,并且原则上由主张权利方承担证明责任。参见曹志勋:《论民事诉讼中事实的证明方式》,载《苏州大学学报》2020年第4期,第127页。日本通说认为,评价性要件中的要件事实是该当于该要件的具体事实,评价本身并非要件事实。过失是典型的评价性要件。见前注[13],伊藤滋夫书,第300—304页。

<sup>[38]</sup> 见前注[13],伊藤滋夫书,第321页。

<sup>[39]</sup> 参见王倩:《论侵权法上抗辩事由的内涵》,载《现代法学》2013年第5期,第91页。

<sup>[40]</sup> 民法学说有认为违反所有权人意思而取得其物为侵夺,为“无权占有”例示情形之一,参见谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社1999年版,第131—132页。笔者认为,这一定义并没有体现侵夺的不法性,民法区别侵占与侵夺之间区分的意义在于,通过盗窃、抢夺等侵夺方法侵害占有对权利人的危害更为严重,因此应当将侵夺手段限制在违法行为乃至犯罪行为。相关讨论,见前注[2],滕佳一文,第52页。此外,笔者认为,违反权利人意思是一种中性状态,合同终止后相对人拒不返还占有物的情形也应属于违反权利人意思。

<sup>[41]</sup> 如果分解后的要件还包含评价性要件,则需要进一步具体化才能成为要件事实。

<sup>[42]</sup> 见前注[39],王倩文,第91页。

<sup>[43]</sup> 见前注[27],黄茂荣书,第462页。

质疑观点,诉讼标的若为所有物返还请求权,则权利人无须就相对人占有土地没有正当权源承担任何证明责任,相反应由相对人就占有正当权源承担证明责任;而若诉讼标的为不当得利返还请求权,权利人须就相对人占有土地无法律上的原因这一要件承担证明责任。“无法律上的原因”虽然与“无权占有”分属不同规范的法律要件,<sup>[44]</sup>但对应的评价内容相同,即相对人占有土地没有正当权源。在请求权竞合的理论中,请求权相互影响说克服了请求权自由竞合说因固守不同请求权构造的形式差异而制造的种种不便乃至不公,在解释论上允许不同请求权相互影响。<sup>[45]</sup>不当得利是为了矫正欠缺法律关系的财货移转,保护财货的归属;<sup>[46]</sup>所有物返还请求权是为了矫正所有权法律状态与事实状态(占有权能)的分离,以实现所有权内容的圆满。于竞合场景中,二者在规范目的和价值取向上基本等同。从请求权基础的检视顺序来看,物上请求权居于不当得利请求权的优位是基于物权更加强力的保护状态,可以豁免不当得利要件中相对人得利这一要件的证明,<sup>[47]</sup>而非豁免“无法律上原因=无权占有”这一要件的证明。因此,质疑观点并不符合请求权相互影响说的解释论倾向,人为制造了体系矛盾的风险。

冲突其二,是在标的物为动产的情况下,受占有权利推定规则的影响,质疑观点无所适从。占有权利推定是指占有人于占有物上行使权利,则推定其适法有此权利,其合理性在于动产物权变动中,取得占有常常伴随取得物权,占有的事实状态与实际权利关系吻合的可能性非常大,所以通过作为权利外观的占有就可以推定本权存在。<sup>[48]</sup>在证明责任层面,占有权利推定使得占有人基于动产占有事实直接推定为“有权占有”,无须承担证明责任,相反推定相对人要就占有人为无权占有承担证明责任。<sup>[49]</sup>这一分配结果与现行规范的构造相匹配,反而印证了“无权占有”作为权利发生规范的正当性。不过,占有权利推定规则影响下的证明责任分配仍具有极大的特殊性,本文将于下一章展开具体分析。

## 四、我国《民法典》第 235 条的解释论展开

### (一) 证明责任分配的类型化方案

通过前文考察,笔者认为质疑观点提供的漏洞填补方案存在纰漏。法律方法的要旨在于理性法律论证,即使司法裁判不得不面对制定法文本内涵不明确之弊,法官也可以运用各种理性可预见的法律的论证方法、资源、规范和负担,来尽可能清晰地界定制定法“规范上可能的适用范围”,最大程度确保法的安定性。<sup>[50]</sup>“规范说”并不排斥文义解释以外的解释方法,在这一意义上,可以运用合理的解释方案化解攻讦并澄清误读,以达到符合实质正义的裁判结果。

[44] “无法律上的原因”也是评价性要件,该要件的主要事实并非消极事实,而是评价根据事实,给付金钱、为何给付(原因)等事实均为评价根据事实,无须另立一消极事实作为无法律上的原因的主要事实,否则在侵益型不当得利即难以说明。参见许士宦:《民事诉讼法(下)》,新学林出版股份有限公司 2017 年版,第 208 页。

[45] 参见段厚省:《请求权竞合研究》,载《法学评论》2005 年第 2 期,第 153 页。请求权互相影响说对违约损害赔偿请求权与侵权损害赔偿请求权竞合的解释论应用,参见叶名怡:《〈合同法〉第 122 条(责任竞合)评注》,载《法学家》2019 年第 2 期;夏昊晗:《〈合同法〉第 122 条的理解和适用》,载《财经法学》2015 年第 5 期。

[46] 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年第 2 版,第 3 页。

[47] 参见吴香香:《请求权基础思维及其对手》,载《南京大学学报》2020 年第 2 期,第 95 页。

[48] 参见程啸、尹飞:《论物权法中占有的权利推定规则》,载《法律科学》2006 年第 6 期,第 106 页。

[49] 在权利推定规范下,对权利外观的真实性提出反对意见者要先负担证明物权的责任。参见常鹏翱:《物权法中的权利证明规范——比较法上的考察与分析》,载《比较法研究》2006 年第 2 期,第 77 页。

[50] 参见雷磊:《法律方法、法的安定性与法治》,载《法学家》2015 年第 4 期,第 18 页。

首先待厘清的是,前文引介的附属性理论是否可以直接运用于《民法典》第235条。虽然附属性理论更加圆融于私法规范体系的逻辑关系,分梳出所有物返还请求权的适用场域,简化了证明责任分配的论证负担。但考虑到我国民法理论和司法实践上的本土化特点,直接适用附属性理论难免会“水土不服”。一方面,德国民法在物债二分体系上创制了区分原则和抽象原则,而我国在是否承认物权行为理论、是否承认无因性理论等方面还存在重大分歧,这使得所有物返还请求权在我国司法中的适用范围是宽于德国民法的。例如,《民法典》第157条规定的返还规则,在请求权基础上既可以是不当得利返还请求权,也可以是所有物返还请求权。<sup>[51]</sup>另一方面,从司法实践来看,我国法院处理请求权竞合的通行做法是采“择一消灭”模式,即对于同一个法律事实,适用竞合只能是一次,不能是多次的反复适用,也不允许当适用一种责任失败或者不足后,又补充适用另外一种责任。当选择了一种责任形式后,不允许回过头来再选择另外一种责任形式。<sup>[52]</sup>这种司法实务自行创制的经验性做法,并不具备实体法和诉讼法上的学理支持,因而遭到学界的强烈批评。虽然民诉理论中有诉的合并这一工具可对此进行技术性调整,但因欠缺制定法规则,在实践中的运用处处掣肘。附属性理论精细化适用的特点,更加仰赖于当事人对请求权基础的准确理解以及法院释明机制的合理运用,在中国司法目前较为粗放的竞合处理模式之下,这一要求显然过高了。但是这并不能否定附属性理论对理解《民法典》第235条的价值,基于我国该条适用范围更宽这一现实因素,应通过请求权相互影响说的解释方案最大限度地捋顺体系,减少请求权竞合情形下因规范结构差异而产生的证明责任分配冲突。因此,可以用类型化的思路对该条进行解释。

在请求人与相对人之间另行存在合同关系的情况下,“无权占有”要件对应的评价根据事实应该为合同请求权中权利妨碍规范、权利阻却规范和权利消灭规范的要件事实。因为在合同关系中,相对人基于合法有效的合同而得以保有标的物,请求人须主张合同不存在或已消灭的抗辩规范,在证明责任上即承担相应要件事实的证明责任。具体而言,请求人若以《民法典》第235条为诉讼标的,须主动主张合同不存在或已消灭的事实,相当于在所有物返还请求权之诉中提起一项合同无效/被撤销/已终止的诉讼请求,只是不作为一个独立的诉加以处理,而仅为审查“无权占有”要件是否成立。这种处理也不会导致质疑观点所称的“权利人对占有本权事项难以知悉因而显失公正”,<sup>[53]</sup>因为系争物为他人占有是请求人与占有人之间订立合同并给付所致,难谓请求人对此不知悉。这一理路也与给付型不当得利中“无法律上原因”要件在证明责任分配上的论证逻辑相当:给付型不当得利请求人因自己的行为造成了财产利益变动,则该变动是否有法律上原因陷于真伪不明的危险,自应由请求人加以承担。<sup>[54]</sup>

而在请求人与相对人之间没有合同关系,相对人“单纯侵占”的情形下,系争物为相对人占有并非通过请求人的行为造成。对于请求人而言,非基于本人意思丧失占有这一客观情事,即可作为相对人无权占有的评价根据事实,具体包括:(1)权利人对系争物享有所有权;(2)系争物为他人占有。特殊之处在于,此二则评价根据事实与所有物返还请求权中另外两项构成要件的要件事实相同。在法效果上,此种解释方案与推定一致:只要请求人完成了对前述两则构成要件事实的

[51] 参见陈甦主编、谢鸿飞、朱广新副主编:《民法总则评注》,法律出版社2017年版,第1106页。

[52] 参见吴庆宝:《论侵权责任与违约责任竞合的限制》,载《法律适用》2002年第8期,第36页。

[53] 如果“没有占有权源”这一事实不存在举证困难,那么对于所有权人而言,要求其举证该事实并不违反保护所有权的制度目的。见前注[13],伊藤滋夫书,第251页。

[54] 参见黄国昌:《民事诉讼理论之新展开》,北京大学出版社2008年版,第162—163页。

证明,即可满足“无权占有”要件。同理,此种解释方案参考的是侵益型不当得利中“无法律上原因”要件证明责任分配的机理:侵益型不当得利乃违反法秩序所定权益归属而取得利益,受益人之收益非由于受损人之给付行为而来,而系受益人之侵害事实而受有利益,因此只要受益人有侵害事实存在,该侵害行为即“无法律上之原因”。<sup>[55]</sup>姜世明教授认为该要件从其他构成要件该当时直接产生,无须权利人再加以证明,大致等同于将其他要件事实作为评价根据事实的思路;<sup>[56]</sup>黄国昌教授则认为此处属于事实推定。<sup>[57]</sup>虽然路径有异,但结论相同。与之相配套的是,在“单纯侵占型”所有物返还请求权下,相对人应在主张责任上承担较高的具体化义务,理由在于,因“无权占有”这一评价性要件过于抽象,并且不具有前述请求人基于合同关系主动造成系争物的占有形态发生变动的这一特殊情形,请求人难以事先知悉并聚焦相对人占有该物的本权来源展开攻击,故相对人应对本权内容及事实作具体陈述,从而确定争点。此种处理的正当性在于:虽然负主张责任的当事人要对其主张负担具体化义务,但具体化的强度可依具体化义务的目的设定予以调整。<sup>[58]</sup>对有特殊举证困难,而要求对方为具体陈述可为期待的情况,可考虑加强不负主张责任一造的具体化义务。<sup>[59]</sup>因此,在“单纯侵占型”所有物返还请求权中,相对人须主动承担主张具体化义务,向法庭表明占有本权的具体内容,并对该占有本权对应的要件事实(亦即“无权占有”要件的评价妨碍事实)承担证明责任。

就第一种情形,许士宦教授在攻击防御体系上采不同见解,认为所有权为请求原因(Klagegrund)、“有权占有”为抗辩(Einrede)、“无权占有”为再抗辩(Replik)。请求原因、再抗辩为攻击方法,抗辩与复再抗辩(Duplik)为防御方法;在证明责任分配上,请求原因、再抗辩之事实由主张权利存在者负证明责任,抗辩、复再抗辩之事实由主张权利不存在者负担证明责任。以 X 诉请 Y 返还 A 车为例,X 主张 A 车为其所有、Y 无权占有,Y 若抗辩有使用借贷一事而 X 加以争执,则 Y 就成立使用借贷关系之事实负举证责任;若就使用借贷一事双方不争执,仅就使用借贷关系是否消灭一事为争执,则由 X 举证已消灭之事实。<sup>[60]</sup>笔者认为,此种解释方案存在以下瑕疵:一是将“有权占有”和“无权占有”分别作为抗辩和再抗辩的证明对象,一方面将“占有本权之有无”直接作为要件事实存在错讹,另一方面也不符合要件事实的单一性:同一事实在性质上只能属于产生某一特定法律效果的要件事实,<sup>[61]</sup>将“无权占有”和“有权占有”分置于不同规则,实际上是将同一事实的积极认定和消极认定作为不同的证明对象,与要件事实的单一性相违背。二是过于迂回烦琐,要先对实体法条文进行漏洞填补,续造“有权占有”抗辩规范,再将实体法条文中的“无权占有”解释为“有权占有”的再抗辩规范,其逻辑是借贷合意为碍权事实,对相对人更有利,故由相对人承担证明责任。<sup>[62]</sup>如前文所述,此种处理忽视了请求人也知悉作为占有权源的事实,并且合同债权不成立或消灭是对请求人的有利事实,将之直接作为请求原因并不为过,在权利发生阶段就主张该事实也符合请求人的主观意愿,而非要等待相对人提出合同作为“有权占有”抗辩后再主

[55] 见前注[46],王泽鉴书,第 144 页。

[56] 见前注[20],姜世明书,第 221 页。

[57] 请求人证明“被请求人自请求人之财产取得利益”后,由该事实即可“推认”法律上原因之欠缺,见前注[54],黄国昌书,第 163 页。

[58] 参见姜世明:《举证责任与真实义务》,厦门大学出版社 2017 年版,第 202 页。

[59] Zöller/Greger, ZPO, Vor § 284 Rdnr. 24. 转引自前注[11],姜世明书,第 24 页。

[60] 见前注[44],许士宦书,第 200—202 页。

[61] 见前注[22],许可书,第 44 页。

[62] 见前注[44],许士宦书,第 201 页。

张,故实务中原告主动提出合同不成立或已消灭的情况普遍存在。将“有权占有”作为抗辩规范,“无权占有”作为再抗辩规范,人为制造与司法现实不符的先后审理顺序,并无必要;相反,将“无权占有”对应的要件事实(合同不成立或已消灭)作为评价根据事实,可在主张责任层面倡导原告在提交起诉状时就将合同事实呈递给法院,从而在审前阶段即可将合同效力问题作为争点,以提高庭审效率。

## (二) 占有权利推定的程序法处理

在系争物为动产的情况下,由于占有权利推定规则的存在,法律关系格局更加盘错,故有必要单独分出一节予以论述。

试举一例案例:甲乙二人曾系情侣关系,同居期间甲以个人名义全款购买一台手机,手机由乙日常使用。后二人分手,乙继续使用手机长达数月之久,后甲将乙诉至法院,请求乙返还其所有之手机,并提供手机购买合同(只有甲签字)、发票(仅载甲姓名)和支付记录作为证据。相关问题为:1. 若乙保持沉默,法院是否可基于乙的现实占有直接推定其为有权占有? 2. 若乙在庭审中称手机是二人同居期间甲赠与乙的礼物,但并未提供证据。法院是否可以推定乙为有权占有,而令甲就赠与关系不存在负担证明责任?

上述案例反映的是所有物返还请求权一旦涉及占有权利推定,在证明责任分配上就尤为复杂,其特殊之处在于:所有权的占有权能与表彰所有权的占有事实状态相分离,所有权人无法借助占有权利推定规则获得举证责任的优待。而所有物返还请求权的构成要件包括被相对人现实占有系争物,即占有权利推定的事实前提——被请求人为现实占有的证明责任应由请求人负担,此时被请求人将基于占有事实自动享有本权推定,无须负担任何主张责任与证明责任,相反所有权人要负担被请求人为无权占有的证明责任,推翻该推定。虽然这与“无权占有”作为权利发生要件的条文结构保持了形式一致,但前文的解释方案是将“无权占有”这一评价性要件具体化为评价根据事实和评价妨碍事实,请求人仅需证明评价根据事实,从而避免证明责任负担过重。在占有权利推定规则下,占有人对评价妨碍事实不负主张责任和证明责任,相反请求人要就评价妨碍事实不存在负担主张责任和证明责任,这样的结果会导致请求人负担过重,故有必要进行合理解释。

### 1. 占有权利推定的权利内容与推定性质

首先要明确的是,占有权利推定是何种推定? 推定的权利为何? 传统民法学说认为,占有权利推定系指占有人于占有物上行使权利,推定其适法有此权利,因此占有人于占有物上行使之权利,凡是以占有标的物为内容者,均在推定范围之内,无论其为物权或债权均在所不问。<sup>[63]</sup> 但德国学理认为占有权利推定效力乃基于物权保护的立场、为减轻物权证明困难之措施,其中以《德国民法典》第1006条的所有权推定规则最为典型。根据一般经验,动产所有权继受取得很难被证明,尤其当前手有很多人时,受让人必须证明前手或者前手之前手的所有权,这样就必须完成一条证明锁链。<sup>[64]</sup> 推定仅为那些以自主占有人或以用益权占有人、质权占有人身份,对物实施占有之占有人的利益而做出。对于因行使某一项债权而占有物的他主占有人来说,不存在一项关于债权

<sup>[63]</sup> 见前注[40],谢在全书,第963页。史尚宽教授亦持相同见解,参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第581页。

<sup>[64]</sup> 参见庄加园、李昊:《论动产占有的权利推定效力——以〈德国民法典〉第1006条为借鉴》,载《清华法学》2011年第3期,第129页。

存在的相应推定。<sup>〔65〕</sup> 笔者认同德国学理，推定扭转了一般证明责任分配的结果，其正当性更应受到检验，而传统民法学说将权利推定范围从物权扩张至债权，却并未说明为何债权也要受到证明责任的优待。从物债二分的基本原理上看，占有作为动产物权的公示手段，有表征物权之推定效力，其价值取向乃源自物权公示原则，而债权具有相对性，并不需要公示，占有何以成为债权的表征？因此传统学说并不足取。<sup>〔66〕</sup>

就占有权利推定究竟是何种推定这一问题，传统民法学说认为，占有权利推定是法律上的权利推定，此种推定并非推定法律效果之要件事实，而是直接推定法律效果或权利状态，<sup>〔67〕</sup>因此只要证明占有的基础事实存在，即可推定其后的占有本权成立。<sup>〔68〕</sup> 但反对观点认为，权利推定的内容是权利或法律关系的存在，它包含了当前权利或法律关系存在所需要的所有事实，如果将占有权利推定理解为推定所有权发生，该推定不能确定占有人基于何种原因取得所有权，例如基于交付、取得时效、继承等等，而请求人推翻该推定就需要对以上所有原因不存在承担证明责任，这几乎不可能。<sup>〔69〕</sup> 因此，更合理的解释方案是采事实推定说，该说认为，占有权利推定的基础事实是当前的自主占有，推定的事实是占有人的所有权取得与占有取得同时发生，<sup>〔70〕</sup>虽然所有权取得的推定发生在当前占有人过去取得占有时，但根据经验法则，除非请求人证明该权利消灭，该权利取得的效果可以延续到占有取得之后的状态。将占有推定理解为所有权取得的推定，就使得请求人只要证明当前占有人取得占有之后丧失所有权，就可推翻占有推定效力。同理，如果占有人自己陈述或者对方证明，占有人取得占有时并未取得所有权，那么他也不受所有权取得推定的保护。<sup>〔71〕</sup>

## 2. 占有权利推定的缓和学说

虽然事实推定说客观上减轻了相对人推翻权利取得推定的证明负担，但并没有从根本上解决请求人无从得知占有人取得权利的具体原因，请求人依然难就“占有取得并非权利取得”对这一难题进行证明。这也是占有权利推定规则的适用困境，因为通说认为，主张责任的分配原则上与证明责任一致。占有权利推定既然已经豁免了占有人对权利取得原因的证明责任，那么也不应负担说明占有本权为何的主张责任。<sup>〔72〕</sup> 而一旦占有人对取得原因保持缄默，请求人将会处于非常不利的地位。对此，德国学理依次发展出了三种缓和方案：（1）莱波尔特(Leipold)提出“次要主张责任说”，认为权利推定的主张责任只是首要的主张责任，即占有人无须首先就占有取得的原因而主张。不过当相对人对于被推定的权利取得予以一般性地否认时，占有人则承担次要的主张责任

〔65〕 见前注〔32〕，鲍尔、施蒂尔纳书，第 176—177 页。

〔66〕 孙维飞教授持同一观点，并从善意取得角度论证占有推定之权利范围不应包括债权，参见孙维飞：《占有推定之运作机理》，载《华东政法大学学报》2011 年第 4 期，第 138—139 页。

〔67〕 见前注〔40〕，谢在全书，第 964 页。

〔68〕 参见王洪亮：《权利推定：实体与程序之间的构造》，载《法学研究》2011 年第 1 期，第 71 页。

〔69〕 见前注〔64〕，庄加园、李昊文，第 133 页。

〔70〕 原文仅将所有权作为推定的权利客体进行论述，按照前文引证德国学理，权利客体还可扩大至含有占有权能的他物权。为行文方便，本文也不再对他物权情形进行单独说明，关于所有权推定的表述及结论，也适用于含有占有权能的他物权。

〔71〕 见前注〔64〕，庄加园、李昊文，第 134 页。

〔72〕 德国判例和多数学说认为，《德国民法典》第 1006 条的占有推定规范不仅调整证明责任，还包括主张责任。当前占有人无须主张，他是在何时通过什么原因取得所有权，也无须就所有权取得的原因加以证明；他只需对其所有权进行一般性的主张。Vgl. Staudinger/Gursky, 2006, § 1006 Rn. 49; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2, Köln 1999, § 1006 Rn. 25. 转引自前注〔64〕，庄加园、李昊文，第 137 页。

(sekundäre Behauptungslast): 只要该事实是在他的认识范围内,他就必须陈述具体的权利取得事实,由此相对人对该具体的事实展开证明活动;若占有人就相对人这样的一般的否定性主张不进行争辩,则由此可确定他并未取得权利。(2) 梅迪库斯(Medicus)借助施蒂尔纳的理论,提出应赋予占有人“事案解明义务”(Aufklärungspflicht): 占有人应当对于取得原因的事实负有主张责任,从而提供请求人对此驳斥的机会;如果占有人拒绝说明,则应适用对其不利的拟制,即权利推定效力落空。其正当性在于: 所有权取得的事实大多发生在占有人的认知领域,请求人对此很难获知,而且占有人有能力履行这类说明义务,并且可以合理期待他对此说明。若占有人对于该事实不作说明,请求人将由于对占有推定无法驳斥而败诉,由此将在实体法上造成不恰当的结果。(3) 鲍姆格特尔(Baumgärtel)提出“诉讼法上的协助义务说”。他通过对诉讼法上的武器平等原则与占有推定规范目的之间的利益衡量,认为占有推定的规范目的是保护被起诉时的占有人,但请求人若能够证明较强的占有地位时,即推定的内容很有可能被推翻时,占有人的优先保护会退居其次,比如请求人能够证明曾经对争议物享有过所有权,这个原先的所有权地位与当前的被推定的所有权是相同的,且根据占有推定规范也是值得保护的。只有在这种情况下,法官才可以要求占有人协助说明取得原因的事实。如果占有人不履行该义务,占有推定效力也不会落空,只是法院综合言辞辩论和证据调查的结果进行自由心证时,可能得出被告不曾取得所有权的结论。<sup>[73]</sup>

从三种缓和学说的沿革来看,学者们的争论最后落脚在如何平衡实体规则与程序规则之间的张力。莱波尔特与梅迪库斯分别从例外性和一般性的事案解明义务入手,<sup>[74]</sup>企图通过程序法上的举证责任减轻规则缓和实体规则制造的举证困难,却忽视了占有权利推定在保护现实占有人财产安定利益的价值优先性,以及现实占有人也存在难以主张占有本权的各种情形(如取得原因证据灭失、继受取得中前手难以找到等),因而有顾此失彼之嫌。鲍姆格特尔从利益衡量的角度出发,认为原占有人若能够证明其曾经获得过系争物的所有权,则处于更加优先的保护地位,此时可获得请求相对人为协助义务的诉讼权利,相对人拒绝承担则可能使法官产生对其不利的自由心证,但他却未能论证此种协助义务的法律性质和法律依据为何,导致欠缺规范基础。

### 3. 利益衡量方法之借鉴

从中国法现有的制度供给来看,莱氏与梅氏以事案解明义务为依据,但我国法欠缺相配套的各项规则,而鲍氏所提出的诉讼协助义务也仅仅是一种学说。不过,鲍氏从理论上阐明了随着诉讼证明过程的变化,实体规范所预设的价值考量应根据当事人的利益格局进行调整,其实质是在司法裁判中运用利益衡量方法,这一思路可资借鉴。<sup>[75]</sup>

[73] 对三种学说内容的具体介绍及各自缺陷的评价,见前注[64],庄加园、李昊文,第137—139页。

[74] 关于次要主张责任(吴泽勇教授翻译为“从属的主张责任”)与一般性事案解明义务的关系,参见吴泽勇:《不负证明责任当事人的事案解明义务》,载《中外法学》2018年第5期。

[75] 将利益衡量作为一种司法裁判方法已经存在相当的本土化讨论,如梁上上教授认为,法官在判案过程中要遵循利益的层次结构:以当事人的具体利益为起点,在社会公共利益的基础上,联系群体利益和制度利益,特别是对制度利益进行综合衡量,从而得出妥当的结论。参见梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》,载《法学研究》2002年第1期,第52—65页。常怡教授和黄娟教授认为,利益衡量的内容是对各利益重要性的评价及其选择和取舍,一般意义上的利益位阶可以被感知和认同,但最后评价结果是在特定情境下由法官以当时社会需要为基础、被重新评定的利益位阶来做出相应解释而形成。参见常怡、黄娟:《司法裁判供给中的利益衡量:一种诉的利益观》,载《中国法学》2003年第4期,第79—83页。蔡琳教授认为,单纯依靠利益位序的判断缺乏完整的客观可能性和对衡量的方法论关注,衡量是一种追求利益保障最大化的衡平理念或调和观,可作为法的正当化过程而展开。参见蔡琳:《论“利益”的解析与“衡量”的展开》,载《法制与社会发展》2015年第1期,第141—152页。

民法虽以教义学为“对外形象”，但从未排斥价值判断。<sup>[76]</sup> 占有权利推定规则确定的是这样的一条价值位阶：现实占有状态表征的是当前所有权归属，历史占有状态表征该历史时期的所有权归属，过去占有的权属表征状态不得对抗现实占有的权属表征状态。对现实占有的保护是基于对背后所有权的保护，占有是所有权的权利外观，权利推定规则相当于链接占有与所有权的快捷通道（豁免主张责任与证明责任），但是“权利外观即权利”也带来了掩盖真实权属关系的风险。如果快捷通道被滥用，则会侵害真正的所有权。因此，当原告能够就其对系争物主张的原因事实（原始取得抑或继受取得）提供证据并获得法官心证时，应当允许通过适用诚实信用原则，令被告就取得所有权的原因事实承担主张责任，<sup>[77]</sup>方便原告聚焦攻击手段，包括证明该原因事实不存在。此处价值衡量的进路在于，当法官内心对取得所有权的证据评价形成临时心证时，真正的所有权属关系可能出现，出于规制占有背后可能存在的虚假权属关系的需要，占有的表征功能应当削弱，应服从于诚实信用这一高位阶价值，<sup>[78]</sup>具体表现为豁免主张责任的优待解除，被告须承担占有本权为何种权利以及如何取得该权利等要件事实的主张责任。但此时被告作为现实占有人仍受推定规则优待，其财产安定性价值并未被完全忽视，原告需反驳被告取得所有权的法律原因，对该法律原因的事实基础不存在承担证明责任，故并不会导致两造实体与程序地位的不公。此外，允许法院对所有权取得事实形成阶段性临时心证后调整主张责任分配，能够在辩论主义基础上适度扩充法院认定权属关系的事实资料，与真实发现的民事诉讼目标追求相契合。

回到开头案例，若乙保持沉默，法院并不能对其主动适用占有权利推定规则，因为占有权利推定的客体范围仅为所有权和含有占有权能的他物权，不包括不含占有权能的他物权以及债权，故需要乙就其占有意思（自主占有还是他主占有）负担主张责任。若乙提出手机为甲赠与，表明其对手机享有所有权而自主占有该手机，此时应适用占有权利推定规则；因为甲提出了合法购买手机的证据，证明了他曾取得过手机所有权，若法院在质证程序后对该事实形成临时心证，乙就有必要就她取得手机所有权的原因事实承担主张责任，只不过本案中乙在承担占有意思的主张责任时一并加以说明了（基于甲的赠与取得手机所有权），此时甲须对赠与关系不存在承担证明责任。

## 五、结 论

对所有物返还请求权构成要件的解释论展开，并非仅有实体法上意义，更需要在证据法上就构成要件与要件事实之间的关系等基础问题加以厘清。认为应当尽量简化权利发生要件、抛却现

<sup>[76]</sup> 参见许德风：《论法教义学与价值判断》，载《中外法学》2008年第2期，第170页。

<sup>[77]</sup> 主张责任分配原则上与证明责任分配一致，但是学理上认为允许存在例外情形，例如因履行迟延所导致的损害赔偿请求中，作为债务人的原告并不对债务不履行的事实承担证明责任，但需要主张被告不履行债务的事实。参见[日]伊藤真：《民事诉讼法（第四版补订版）》，曹云吉译，北京大学出版社2019年版，第213页。吴泽勇教授认为，实践中可以通过诚实信用原则、发现真实理念以及当事人诉讼推进义务的援引，推导出不负证明责任当事人在具体诉讼中说明争议事实的义务。见前注[74]，吴泽勇文，第1379页。

<sup>[78]</sup> 异质利益衡量的价值基础是基本的社会共识，法律主体行使权利需遵循的行为规范构成权利自由的外部边界，而诚实信用原则正是行为规范的社会共识之一，故在权利冲突时，可作为高位阶价值，发挥修正法律的功能。对异质利益衡量的介绍，参见梁上上：《异质利益衡量的公度性难题及其求解——以法律适用为场域展开》，载《政法论坛》2014年第7期。



行规范对“无权占有”的规定,另行设置“有权占有”为权利妨碍规范的质疑观点,疏于关切所有物返还请求权的学说争议,误将评价性要件理解为要件事实,无法解释其与不当得利返还请求权及占有权利推定规则之间的矛盾。质疑观点对现行规范不合理之处的批评,并非不能通过合理的法律解释予以澄清。遵循现行规范构造分配证明责任,也是尊重法安定性,最大限度避免体系冲突的价值体现。

日本学者星野英一所提出的“将适用法规的社会问题类型化”,“多个解释存在场合应就利益如何保护、利益多大程度后退、将实现的是怎样的价值判断展开讨论”等观点,对本文就《民法典》第 235 条的解释论展开启发颇多。在类型化思路下,所有物返还请求权可分别比照给付型不当得利与侵益型不当得利,对“无权占有”要件的评价根据事实确立不同的证明规则。在请求权客体为动产情况下,应对占有权利推定规则背后的价值进行衡量,尤其要注意诉讼场域下当事人利益格局的动态变化特点,从而实现双方当事人实体利益和程序利益保护的平衡。

---

**Abstract** The tatbestand required by the claim on restitution in general doctrines of civil law that the property is possessed by a person not entitled to do so has been oppugned by many scholars. One representative view, drawing lessons from the article 985 and 986 of German Civil Code as well as the related theory, claims that it is difficult for the claimant to prove that the defendant is unentitled to possess the property. Therefore, that tatbestand should be abandoned. In contrast, the requested person is entitled to claim his rightful possession as a defense, which is more in line with the general and exceptional relationship in burden of proof. This viewpoint aims to challenge the article 235 of China Civil Code and close the legislative loophole it asserts, though it may be discordant with the standard of burden of proof prescribed in the Interpretations of Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law. However, this viewpoint fails to depict the overall theoretical picture in German civil law. It also confuses the function of fact and tatbestand in the perspective of onus of proof. What's worse, it ignores the systematic relationship in civil rights and leads to conflicts in burden of proof when different rights to claim are applicable in a concurrence case. The article 235 of China Civil Code can be justified under the guidance of categorization. With theoretical tools as interest weighing, misunderstandings in legal application can be dispelled by reasonable interpretations.

**Keywords** Claim on Restitution, Burden of Proof, Burden of Factual Allegations, Presumption of Possessory Right

---

(责任编辑:庄加园)