告别独立于不当得利返还的占有回复规则

——基于规则冲突的反思与重构

李 昶*

目次

引言	
一、问题的缘起：两项制度的规则冲突及其适用关系上的争议	四、重新思考的起点：占有回复规则制度发生史的检视
（一）我国占有回复与不当得利的规则冲突	（一）立法史上的摇摆
（二）司法实践中两者适用关系的混乱	（二）立法史上所有人占有人规则的由来：传统继受中的误解
（三）理论学说中两者适用关系的争鸣	（三）立法史上所有人占有人规则与不当得利规则分歧的由来
二、简单构想的破产：排他适用占有回复规则可能产生的问题	五、更进一步的提议：不当得利返还规则直接取代占有回复规则
（一）孳息返还上可能产生的问题	（一）孳息返还上不当得利返还规则的保护即为已足
（二）费用返还上可能产生的问题	（二）费用返还上不当得利返还规则更能兼顾公平
三、晚近观点的趋势：向不当得利返还规则的靠拢	（三）禁止穿透原则的不当得利返还规则更能衡平利益
（一）孳息返还上向不当得利返还规则的靠拢	结论
（二）费用返还上向不当得利返还规则的靠拢	

摘要 《民法典》第460条规定了无权占有人与所有人之间孳息返还与费用返还的具体规则。但这些作为在占有回复关系上特别规范的返还规则与一般的不当得利返还规则间存在规则冲突并会带来许多问题。经过分析可以发现，简单地赋予这些占有回复规则以排他性的适用效力并不能解决问题，反而会产生更多不公平的结果。从制度发生史来看，独立于不当得利返还规则的占有回复规则一

* 德国波恩大学罗马法与比较法史研究所博士研究生。本文的修改完善得益于易军教授以及外审老师的建议，在此谨致谢忱。当然，文责自负。

定程度上是源于在继受传统制度过程中的误解。因此更为可行的做法是在无权占有人与所有人间的返还问题上直接适用一般的不当得利规则而无需另设特别的占有回复规则。如直接修法不能实现,在解释论上也可以通过允许请求权竞合的方式在现行法框架下达到类似的效果。

关键词 占有回复 不当得利返还 所有人占有规则 孳息返还 费用返还

引 言

无权占有人与所有人之间的返还关系(亦称占有回复关系或占有恢复关系)堪称民法上的一大难题。关于这一问题一直聚讼纷纭,其中尤以返还关系中的有关附带性请求权(Nebenansprüche)问题为甚。如果无权占有人在返还原物前已对物有所毁损,或其已从物中取得了孳息,或已在物上支出了费用,通行的做法都是以规定专门的附带性请求权的方式来规范无权占有人与所有人之间的孳息返还、费用返还和损害赔偿等问题。我国《民法典》也采用了这种规范模式,以第459条以下四条规定了这些附带性请求权。^{〔1〕}而在这些附带性请求权外,所有人通常还可以根据不当得利或侵权责任等规范向无权占有人请求孳息的返还和损害赔偿。无权占有人也可以根据不当得利或无因管理等规范向所有人请求费用支出的返还。而由于这些特殊规则的内容与其他的一般规则之间多有扞格,如果不能理清两者之间的适用关系,就会导致在司法裁判上因为适用了不同规则而产生完全不同的结果。

在这些问题中,尤以占有回复与不当得利返还之间的关系最为复杂,两者的规则协调也显得最为重要。两项制度的规则冲突主要发生在孳息返还和费用返还的问题上。我国《民法典》第460条前半句和后半句分别就这两个问题规定了具体的返还规则。但这些特殊的返还规则却往往与第122、157条以及第985条以下规定的一般性的不当得利返还规则之间存在规则冲突。对于两项制度之间的规则冲突以及随之而来的适用关系问题,我国的学说与裁判目前均未形成一致的意见,不同观点之间分歧明显。本文就将从两项制度的规则冲突切入,探讨如何处理两者的适用关系以解决这一在返还上的规则冲突问题。在比较不同解决方案的优劣后,本文将尝试从我国历史与现实出发,提出一个更为合理的解决方案并探讨独立于不当得利返还的占有回复规则在我国法上是否有其必要。

一、问题的缘起：两项制度的规则冲突及其适用关系上的争议

(一) 我国占有回复与不当得利的规则冲突

在孳息返还上,我国占有回复与不当得利的返还规则本无太多冲突之处。《民法典》第460条

〔1〕事实上,我国《民法典》规定的是无权占有人与权利人之间的返还关系。除所有人外,权利人可能包括用益物权人与部分其他类型的权利人。此种规范模式较之将占有回复关系仅仅局限在无权占有人与所有人之间更优。但并不能将“权利人”简单理解为一切权利人,对其范围仍存在进一步解释的必要。为专注于主题,本文的讨论主要在于无权占有人与所有人之间展开。因为原理相通,讨论的结果自然也可推及无权占有人与其他权利人之间的返还关系。

前半句规定与第 122、157、985 条不当得利返还的规定大致相同。^{〔2〕}但更多可能的规则冲突将会因为目前有关孳息归属的普遍修法建议而产生。我国民法学界对于现行的孳息返还规定多采批评的态度,认为应当允许善意占有人保有孳息而不使其负返还义务。^{〔3〕}此种观点在法解释学上亦有体现。有学者就认为应当对第 460 条前半句中的占有人概念进行目的性限缩而将其解释为“恶意占有人”,试图以曲线救国的方式允许善意占有人保有孳息。^{〔4〕}与此相对,参与立法者认为该条规定有其合理性。其认为:“国外关于善意占有可以保留孳息的规定,是同必要费用返还请求权相关的。如果保留孳息,则善意占有人不得向权利人请求返还其为维护该动产或者不动产而支出的必要费用。”^{〔5〕}其认为我国法上规定可请求返还费用但不得保有孳息,而他国法上一般规定不得请求返还费用但能保有孳息。“两种处理方式的法律后果相差不大”,且如此处理还可以使法律关系更简化并便于操作。^{〔6〕}但学者们对于这一理由提出了质疑,认为必要费用与孳息的数额很可能并不相同,且有可能存在仅有孳息或仅有费用支出的情形。因此学者们大多认为,参与立法者所谓“法律后果相差不大”的判断失之武断。^{〔7〕}

如果说对孳息返还上规则冲突的讨论是一种未雨绸缪的话,那这两项制度在费用返还上的规则冲突则已是现实存在的问题。《民法典》第 460 条后半句仅赋予了善意占有人对必要费用支出的返还请求权。反面推之,其他的费用支出均不得主张返还。但善意占有人有益费用的支出和恶意占有人必要费用的支出当然构成不当得利,此外,恶意占有人有益费用的支出在排除强迫得利的情况下也符合不当得利的构成。依据不当得利规则无权占有人能够就这些费用支出主张相应的返还请求权。针对现行的占有回复费用返还规则,许多学者认为《民法典》还应规定善意占有人对有益费用的返还请求权^{〔8〕}和恶意占有人对必要费用的返还请求权^{〔9〕}。其理由大多是希望借此规定鼓励占有人积极维护占有物价值,以实现对所有入利益的保护。虽然根据这些立法建议,占有回复与不当得利在费用返还上的规定的差异会有所减少,但规则冲突在恶意占有人是否能就有益费用的支出请求返还的问题上依然存在。根据前述学者的建议,恶意占有人也不能就有益费用的支出请求返还。但根据不当得利规则,此时所有人也会因为这些有益费用的支出而得利。在

〔2〕 略有区别之处在于无权占有人在占有回复规则中不论其善意与否均需返还孳息。而在不当得利中,善意得利人能根据第 986 条在取得的利益已经不存在的情形下免除该部分得利的返还义务。这一问题将在下文讨论。

〔3〕 参见张双根:《占有的基本问题:评〈物权法草案〉第二十章》,载《中外法学》2006 年第 1 期,第 124—125 页;石佳友:《〈物权法〉占有制度的理解与适用》,载《政治与法律》2008 年第 10 期,第 32 页;冉克平:《论〈物权法〉上的占有恢复关系》,载《法学》2015 年第 1 期,第 124 页;辜江南:《无权占有人孳息规则探析》,载《中国政法大学学报》2016 年第 2 期,第 87 页;陈华彬:《物的所有人与无权占有人间的次要返还请求权探析》,载《法学杂志》2020 年第 12 期,第 59 页以下。

〔4〕 见前注〔3〕,冉克平文,第 124 页。

〔5〕 黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 841 页。

〔6〕 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社 2007 年版,第 516 页。

〔7〕 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社 2014 年版,第 160 页;前注〔3〕,冉克平文,第 124 页。

〔8〕 参见刘家安:《物权法论》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 235 页;单平基:《无权占有费用求偿权之证成——〈中华人民共和国物权法〉第 243 条检讨》,载《法商研究》2014 年第 1 期,第 65 页;前注〔3〕,冉克平文,第 130 页。

〔9〕 参见王洪亮:《论所有人与占有人关系——所有物返还请求权及其从请求权》,载王洪亮、张双根、田士永主编:《中德私法研究》(第 1 卷),北京大学出版社 2006 年版,第 87 页;刘凯湘:《论基于所有权的物权请求权》,载《法学研究》2003 年第 1 期,第 31 页;陈华彬:《物权法论》,中国政法大学出版社 2018 年版,第 689 页;前注〔3〕,冉克平文,第 126 页;前注〔8〕,单平基文,第 65 页。

排除强迫得利的前提下,恶意占有人自然也能就此费用支出主张不当得利返还。

(二) 司法实践中两者适用关系的混乱

“当同一涉案事实满足不同责任基础,或者存在多元的救济目标时,应当超越责任基础而对责任构成作整体评价。”^[10]占有回复与不当得利之间的规则冲突会使得法官在同一案件上分别适用两项规则时得出截然不同的裁判结果。但事实上,占有回复与不当得利返还在许多时候只是法律从不同角度描述同一个事实而已。在孳息返还上占有回复关系上的所有人当然地构成不当得利中的利益受损人,无权占有人也同时构成不当得利人。在费用返还上则相反。因此,在占有回复关系上构建一个统一的返还责任是教义学上的应有之义。如果脱离了这一前提,仅仅修改现行占有回复规则也并不能改变最终的返还责任。因此,协调两项制度的不同规定以避免规则冲突问题就成了当前的首要任务。想要完成这一任务,就首先要理清两项制度的适用关系。然而在两项制度的适用关系问题上,我国司法实践一直没有形成稳定的裁判惯例。

最高人民法院(以下简称“最高院”)曾在一个案件中否定了房屋的恶意占有人对其在房屋修缮及装修上所支出费用的返还请求权。^[11]而这也意味着最高院至少在该案中排除了不当得利规则在占有回复关系费用返还问题上的适用。有学者就将最高院的态度解读为占有回复规则“形成了有别于不当得利返还的特别规则,基于其优待善意无权占有人的规范目的,该规则应优先于不当得利返还请求权适用”。^[12]但与此相反,最高院在早先的判决中也曾提到不当得利关系中的双方“与占有关系中占有和权利人……具有相似性,甚至会产生一定程度的竞合关系”。^[13]这似乎又在一定范围内承认了占有回复请求权与不当得利请求权竞合的可能。此外,最高院在先前的一个再审裁定中肯定了善意占有人对建筑“设备更新及装修改造”等有益费用有返还请求权并将案由确定为不当得利纠纷,^[14]似乎在该案中又允许了不当得利规则在占有

[10] 张家勇:《论统一民事责任制度的建构》,载《中国社会科学》2015年第8期,第89页。

[11] 法院认为,一审原告明知一被告对案涉房屋的所有权,仍趁后者被公安机关扣押期间从无权处分的第三方处购得该房。其作为恶意的无权占有人未经房屋的所有人同意进行修缮装修,无权要求后者支付其在无权占有期间对案涉房屋修缮及装修费用。参见李树壮、廖信雄物权保护纠纷案,最高人民法院民事裁定书(2018)最高法民申4239号。事实上这是二审法院判决的内容,参见辽宁省高级人民法院民事判决书(2017)辽民终963号。最高院只是在再审中肯定了这一判决。其中房屋修缮费用自然属于必要费用,而装修费用则属于非必要费用。

[12] 王洪亮:《〈民法典〉中得利返还请求权基础的体系与适用》,载《法学家》2021年第3期,第37页。

[13] 刘忠友与南昌市市政建设有限公司、江西省福振路桥建筑工程有限公司建设工程合同纠纷案,最高人民法院民事判决书(2017)最高法民再287号。在本案中,一审原告因第三方虚构的事实而向再审申请人转入600万元投标保证金。而再审申请人在取得保证金后也因该第三方虚构的事实将其汇入该第三方掌控的公司账户内。最高院在此处提到占有回复规则与不当得利规则的竞合是为了证明两项制度的相似性,并通过前者中善意与恶意占有人的区分来说明不当得利返还中善意与恶意得利人也具有不同的返还义务,否定一审原告向再审申请人主张的不当得利返还请求权。当然,这一内容在《民法典》中已由第986条规定。但最高院在本案判决中的这段说理还是暗示了其也未完全否定占有回复规则与不当得利规则的竞合可能。

[14] 本案所涉酒店原为一审原告(某公司)所有。后因一审原告的实际控制人贪污一审被告(某银行支行)财产,该酒店所有权根据北京市一中院的执行裁定书归一审被告所有。一审原告一直将该酒店与自己享有所有权的资产一并进行无差别的管理和使用,并在使用中进行设备更新及装修改造。法院认为,一审原告在并不能确定该酒店需返还给一审被告的情形下,因酒店维护及经营管理需要而进行设备更新及装修改造符合情理。因此最高院认为,一审被告需返还善意的一审原告这部分费用支出。参见北京银行股份有限公司中关村支行、营口万都房地产综合开发有限公司不当得利纠纷案,最高人民法院民事裁定书(2017)最高法民申2127号。事实上这是一审法院判决的内容,参见辽宁省营口市中级人民法院民事判决书(2013)营民一初字第00042号。这一肯定善意占有人有益费用返还请求权的判决结果得到了二审法院与再审的最高院的肯定,参见辽宁省高级人民法院民事判决书(2016)辽民终767号。

回复关系中的适用。

最高院的模糊态度自然就导致了基层法院在判决中适用规则的混乱。^[15] 绝大多数法院在裁判依据中只援引占有回复规则而排除不当得利规则的适用。^[16] 但其中有部分法院虽然只援引占有回复规则作为裁判依据,但却将案由确定为不当得利纠纷。^[17] 虽然这其中有一部分判决被二审法院修正,^[18]但另一部分的判决甚至得到了二审法院^[19]乃至最高院再审裁定^[20]的肯定。这种案由与援引规范的错位似乎也可能意味着法院用一种隐晦的方式在重新适用不当得利规则。^[21] 此外,也有部分法院在裁判依据中同时列出不当得利规则与占有回复规则,在事实上允许了两种请求权的竞合。^[22] 而在具体的裁判结果上,绝大多数法院沿用了占有回复规则的规定,否定了善意占有人对有益费用的返还请求权与恶意占有人对必要费用的返还请求权。但仍有部分法院在裁判中肯定了善意占有人对有益费用的返还请求权^[23]与恶意占有人对必要费用的返还请求权。^[24]

[15] 有关这种混乱现象还可参见有学者对上海地区相关案件“同案不同判”现象的整理,见前注[3],冉克平文,第119页。

[16] 笔者的检索范围为自《民法典》颁行后在中国裁判文书网中适用《民法典》第460条的全部296例判决以及在《民法典》颁行前在北大法宝网中适用《物权法》第243条的部分典型判决。

[17] 参见刘伟玉与刘运希返还原物纠纷案,河南省濮阳市华龙区人民法院民事判决书(2020)豫0902民初210号;林兴壮与林新生不当得利纠纷案,福建省三明市三元区人民法院民事判决书(2020)闽0403民初795号;营口万都房地产综合开发有限公司与北京银行股份有限公司中关村支行不当得利纠纷案,辽宁省营口市中级人民法院民事判决书(2013)营民一初字第00042号。以上案件所援引的均为《物权法》第243条。

[18] 例如(2020)闽04民终1860号判决就对(2020)闽0403民初795号判决做了明确纠正,认为应将案由认定为返还原物纠纷并只援引《物权法》第243条作为裁判依据,参见福建省三明市中级人民法院民事判决书(2020)闽04民终1860号。虽然最终的裁判结果相同,但二审法院对于案由与裁判依据的修正表明了其认为在占有回复案件中占有回复规则应排除不当得利规则的适用。

[19] 参见河南省濮阳市中级人民法院民事判决书(2020)豫09民终978号对(2020)豫0902民初210号判决的肯定。

[20] 虽然(2016)辽民终767号判决否定了(2013)营民一初字第00042号判决对案由的判断,认为“一审判决将本案案由确定为不当得利纠纷不够妥当。本案案由确定为无因管理纠纷更为贴切”,参见辽宁省高级人民法院民事判决书(2016)辽民终767号。但是最高院在对本案再审裁定中又判定二审法院的判决案由认定不当,认为应“确定为不当得利纠纷更为妥当”,参见最高人民法院民事裁定书(2017)最高法民申2127号。

[21] 例如(2013)营民一初字第00042号判决肯定了善意占有人对有益费用的返还请求权。吊诡的正是,法院是如何从《物权法》第243条的规定得出这一结论的。这不得不让我们对判决结果作这样的解读:法院虽然只援引了《物权法》第243条,但由于其将案由确定为不当得利纠纷,这一有关有益费用的返还请求权的请求权基础不是占有回复规则而是不当得利规则。

[22] 参见河北高碑店农村商业银行股份有限公司幸福路支行与赵建辉返还原物纠纷案,河北省高碑店市人民法院民事判决书(2019)冀0684民初571号;威宁县金钟镇人民政府与宫连翠不当得利纠纷案,贵州省威宁彝族回族苗族自治县人民法院民事判决书(2019)黔0526民初2832号,其受到二审肯定,参见贵州省毕节市中级人民法院民事判决书(2019)黔05民终5343号;李贵华、徐淑华不当得利纠纷案,辽宁省清原满族自治县人民法院民事判决书(2021)辽0423民初2037号。

[23] 参见唐永丽、张利夫不当得利纠纷案,辽宁省大石桥市人民法院民事判决书(2021)辽0882民初4181号。但其裁判依据仅援引《民法典》第460条,在形式上未适用不当得利规则。

[24] 舒某与某生物技术公司返还原物纠纷案,上海市长宁区人民法院民事判决书(2010)长民一(民)初字第3780号。但其裁判依据却援引了《物权法》第39、242、245条,并未援引《物权法》第243条的占有回复规则与当时的《民法通则》等所规定的不当得利规则。这一判决结果与裁判依据得到二审法院肯定,参见上海市第一中级人民法院民事判决书(2011)沪一中民一(民)终字第238号。

(三) 理论学说中两者适用关系的争鸣

面对在这一问题上司法裁判的混乱态度,我国学说似乎应为法官作进一步指引。但我国学说在这一问题上也争论不休,一直没有形成有力的通说。有学者认为,“无论是从文义,还是从立法目的及立法计划”都看不出占有回复规则排除了不当得利规则的适用。因此其认为这两种请求权为竞合关系。^[25] 但这是在不改变现行孳息返还规则的前提下展开的。如果像许多学者所主张的修法建议那样允许善意占有人能够保有孳息,那么就一定要排除不当得利规则在孳息返还上的适用。否则即使修改了占有回复的孳息返还规则,还是避免不了善意占有人无法保有孳息的最终结局。^[26] 此外还有学者虽然同意在孳息返还上排除不当得利请求权,^[27] 但认为在当事人之间存在给付关系时应允许两项请求权并存。^[28] 以上观点都是在认可善意占有人可以保有孳息的前提下展开的。

而在费用返还问题上,有学者认为占有回复规则属于特别规范。因此其应当排除作为一般规范的不当得利返还规则的适用,借此实现设立占有回复这一特别规范的立法目的。^[29] 但也有学者在前述对现行费用返还规则进行修改的基础上认为,应当在必要费用的返还上排除不当得利规则的适用,而在有益费用的返还上应允许善意占有人的占有回复请求权与不当得利请求权的竞合,但否定恶意占有人的不当得利请求权,以免给所有人增加不必要的负担。^[30] 还有学者认为两项制度有不同的规范目的,应允许两者请求权的竞合。^[31]

由上述分析可以发现,占有回复与不当得利的适用关系问题事实上是研究占有回复具体规则的前置性问题。如果不解决前一问题或将两个问题统一解决,关于后一问题的讨论往往会流于徒劳无功,更遑论统一在占有回复关系上的返还责任。但对于这一问题,我国学界目前的讨论似乎显得力有不逮,在论证自己观点时往往仍局限于域外学说的简单介绍,并没有展开深入讨论。^[32] 因此仍需要对以下问题作进一步的讨论:是否要赋予占有回复规则以排他性的适用效力而排除一般性的不当得利返还规则的适用? 是否需要在占有回复关系上引入不当得利请求权? 如果是,那么应通过请求权竞合还是其他方式?

[25] 见前注[7],崔建远书,第159页。

[26] 因为这一原因在孳息返还问题上认为占有回复规则有排他效力的观点见前注[3],冉克平文,第129页。还有学者认为允许善意占有人能够保有孳息的规定自然构成其享有占有物孳息的法律上的原因,因此就能排除不当得利返还。参见谢在全:《民法物权论(下册)》,中国政法大学出版社2011年版,第1200页。

[27] 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第521页。

[28] 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2015年版,第306页以下。

[29] 见前注[12],王洪亮文,第37页;前注[7],崔建远书,第159页;前注[26],谢在全书,第1209页以下。

[30] 见前注[3],冉克平文,第130页。

[31] 见前注[8],单平基文,第70页;单平基:《民法典编纂中恶意占有有益费用求偿权的证立及界分》,载《当代法学》2016年第3期,第94页。类似观点也可见前注[28],王泽鉴书,第308页。在本书中,王泽鉴教授接续德国学界的新观点,改变了其先前对恶意占有对有益费用不当得利请求权的否定态度。先前的否定态度参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第274—275页。

[32] 例如谢在全教授在其著作中关于这一问题介绍了四种学说,即排除不当得利一般规则说、与不当得利竞合说、存在给付关系适用不当得利反之适用占有回复说、有体物适用占有回复无体物适用不当得利说。见前注[26],谢在全书,第1202页以下。虽然这已是汉语世界中对该问题讨论较为详细者,但依然仅仅是以介绍日本各派学说的基本观点为主,并未在此基础上展开更深入的比较论证。而对德国各派学说在这一问题上观点的基本介绍可见前注[9],王洪亮文,第80页。

二、简单构想的破产：排他适用占有 回复规则可能产生的问题

乍一看来,作为特别规范的占有回复规则排除作为一般规范的不当得利规则的适用是一种理所当然,也是解决两者之间规则冲突的最简单的做法。由于我国法不当得利请求权的范围实际上完全包括了占有回复规则中的返还请求权,^[33]如果不赋予占有回复规则以排他性的适用效力,那么在请求权竞合下实际的返还结果就会等于不当得利规则下的返还结果。而占有回复规则在事实上就会被掏空,不再有作为特别规范而继续存在的价值。而赋予占有回复规则以排他性的适用效力也是比较法上有些国家的选择,其典型就是最早创立所有人占有规则之德国。^[34]但经过进一步的思考却会发现,问题远没有那么简单。无论是比较法上的经验教训还是司法实践中的考量都能清晰地体现,排他地适用占有回复规则不仅不能解决规则冲突的问题,反而会产生更多不公平的结果。

(一) 孳息返还上可能产生的问题

因为我国法在孳息返还问题上一直坚持占有回复与不当得利采用基本一致的规则,因此司法实践并不需要处理孳息返还上的规则冲突问题,在立法与法解释中也当然无需赋予占有回复规则以排他性的适用效力。而对于修改占有回复规则允许善意占有人保有孳息后可能引发的规则冲突以及由此带来的两项制度间体系协调的问题,我国学界目前的讨论也不充分。但比较法上的经验证明,问题并不会因为赋予占有回复规则以排他性的适用效力而轻易消弭。其典型就是首创所有人占有规则并赋予其排他效力的德国。

根据《德国民法典》第 818 条第 1 款善意的得利人需要返还用益,^[35]而善意占有人根据《德国民法典》第 993 条第 1 款则可以保有用益。为解决两者之间的规则冲突问题,《德国民法典》赋予了在涉及善意占有人时所有人占有规则在孳息返还上排他性的适用效力。易言之,善意占有人除了负担在所有人占有规则中规定的返还义务外,不再负担用益的不当得利返还义务。善意占有人仅在无偿取得占有(第 988 条)或收取了过度孳息(Übermaßfrüchte)时(《德国民法典》第 993 条第 1 款前半句)例外地负担用益的不当得利返还义务。但 1940 年上诉至德国帝国法院的一个案件充分暴露了在用益返还上赋予所有人占有规则以排他性的适用效力所产生的问题。^[36]在这一案件中,E 将其所有的地产出售给被告 B 并已完成物权转让。不久之后,E 的继承人(即原告)通过诉讼成功确认了因年迈已被宣告禁治产(entmündigt)的 E 在从事前述交易时已丧失行为能力。

[33] 在孳息返还上两项请求权的内容基本一致。在费用返还上占有回复规则只规定了善意占有人对必要费用支出的返还请求权,而不当得利规则除此之外实际上还规定了占有人对于其他费用支出的返还请求权。

[34] 《德国民法典》第 993 条第 1 款后半句就明确规定了在涉及善意占有人时所有人占有规则在返还问题上具有排他性的适用效力(Sperrwirkung)。而在费用返还上,《德国民法典》第 996 条的文义也非常明确地支持了所有人占有规则的这种排他效力:“必要费用以外的费用,仅在……限度内,占有人才能请求偿还。”

[35] 与我国《民法典》规定孳息返还不同,《德国民法典》规定的是用益(Nutzungen)的返还。除孳息外,还包括物或权利的使用利益(Gebrauchsvorteile)。

[36] 在该案之前,德国帝国法院也会面对由两项制度在孳息返还规则上的冲突带来的实务上的问题。但其态度一直摇摆不定,一直没有形成一个稳定的裁判惯例。Vgl. Röder, Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht, 2021, S. 165 ff.而帝国法院对该案的判决成为一个分水岭。在该案之后,对这类案件的裁判态度固定了下来并形成了稳定的惯例。

因此,前述的买卖合同与所有权转让均归于无效。而被告B在占有该地产期间收获了甜菜并将其转卖给制糖厂获得了收益,因此原告在被告返还地产后提起本诉,继续向其要求返还这部分的孳息收益。^[37]

在此案中,德国帝国法院发现了在仅原因行为无效(kausalnichtig)和双重无效(doppelnichtig)时占有人的差别待遇问题:如果仅有买卖合同无效而移转所有权的物权行为有效,占有人已成为所有人。此时就不存在无权占有而应适用不当得利规则。善意的占有人(也是不当得利人)依据《德国民法典》第818条第1款就需要负担返还用益的义务。相反,如果负担行为与处分行为均为无效(这也正是上述案件的情况),占有人既没有取得物的所有,也无法律上的原因占有该物,则就构成无权占有而应适用所有人占有人规则。善意占有人根据《德国民法典》第993条第1款能够保有用益而不再负返还义务。加之所有人占有人规则具有排他性的适用效力,所有人也不能就用益请求不当得利的返还。这就会导致一个荒谬的结果:在用益是否返还问题上,适用所有人占有人规则的无权占有人较之已获得所有权而相应适用不当得利规则的有权占有人更受优待。^[38]而这一结果也显示,仅仅依靠赋予所有人占有人规则排他性的适用效力并不能彻底解决其与不当得利规则之间的冲突。

由德国法上的经验可知,如果在我国法上经过修法或法解释的方法重新允许善意占有人能够保有孳息(无论是通过上述将占有人概念限缩解释为“恶意占有人”的方式,还是在修改现行孳息规则的前提下通过法解释学排除不当得利返还规则在孳息问题上适用的方式),上述由占有回复规则的排他效力而生的不公平结果也可能在我国的司法实践中出现。易言之,在原因行为无效时,善意的不当得利人(同时也是所有人)需按照《民法典》第157、985条的规定负担返还孳息的义务。相反,如果负担行为与处分行为均为无效,善意的无权占有人就能根据(如部分学者所愿)经过修改的占有回复规则保有孳息且因为排除不当得利返还规则而不再负返还义务。由此导致的无权占有人的地位较之所有人的地位更优的结果,无疑有失公允。而这也是大家(包括那些提出修改孳息规则的学者)所不愿看到的。但也有学者认为,德国通说允许所有人在孳息返还上的不当得利请求权的根本原因在于,由于德国法上认可物权行为的无因性,故而产生了如前所述的分别在仅原因行为无效和双重无效状态下占有人的差别待遇的问题。而由于我国不承认物权行为无因性,这一差别待遇问题并不会出现。^[39]但这一观点在孳息返还上尤其值得商榷。其一,我国是否承认物权行为无因性尚未有定论,不可武断地以此作为推论的基础。^[40]其二,我国现行的占有回复与不当得利规则关于孳息返还的规定是基本一致的,不会出现德国法上的差别待遇问题,也没有必要修改现行规则重新允许善意占有人能够保有孳息而徒增麻烦。其三,即使退一步认为我国不承认物权行为无因性,那么修改后的允许善意占有人能够保有孳息的规定还是会与不当得利规则在非给付取得占有的情形下发生规则冲突。

(二) 费用返还上可能产生的问题

与用益返还一样,在费用返还上一刀切地赋予占有回复规则以排他性的适用效力并借此排除不当得利请求权也会导致相当多的问题。我国许多学者所主张的应肯认善意占有人对有益费用

[37] RGZ 163, 348, 348 f.

[38] RGZ 163, 348, 349 f.

[39] 见前注[9],王洪亮文,第89页。

[40] 其实提出前述反对理由的学者自己也支持物权行为无因性并认为合同无效和被撤销为不当得利的发生原因(即《民法典》第157条规定的是不当得利返还请求权)。见前注[12],王洪亮文,第39页。因此笔者愿意将其之前否定我国可能出现差别待遇问题理解成其对学界可能产生的反对意见的一种预设。

的返还请求权和恶意占有人对必要费用的返还请求权自然有其道理。但即使我国的占有回复规则像部分比较法上的现行规定那样认可了这些请求权,^[41]规则冲突在恶意占有人是否能对有益费用的支出请求返还的问题上仍然存在。^[42]而由此带来的不公平的结果在以给付或非给付形式支出费用的情形中均有可能发生。在前一情形中可能会出现占有回复规则下费用返还请求权与给付不当得利请求权的竞合,而在后一情形中则可能会出现费用返还请求权与非给付不当得利请求权的竞合。

无论如何修改占有回复规则,在费用返还上不当得利人的地位都会较之无权占有人更优。在费用支出表现为给付的情形下,这就会导致一个荒谬的结果:如果排他地适用占有回复规则而否定占有人的不当得利请求权,就会使得占有物的人比不占有物的人在费用返还上受到更多的限制。其典型例子便是承揽人明知定作人不是物的所有人但仍根据定作人指示修复承揽物,承揽合同却因各种原因而无效的情形。如果承揽人一直占有该物进行修复,就会作为无权占有人而与所有人之间形成占有回复关系。如果赋予占有回复规则以排他性的适用效力,该承揽人就不能向所有人主张占有回复规则下的有益费用返还或不当得利返还。但如果承揽人进行修复工作时并未占有该物(例如承揽人每次都需要前往所有人的家中进行修复),承揽人就不构成无权占有而可以向所有人主张不当得利请求权。^[43]这一结果明显是不公平的。

较之有目的主动地为所有人利益支出费用,占有人在无权占有期间为自己的利益支出费用的情况显然更多。因此费用支出在更多的情况下表现为非给付的形式。而有关这种情形下所有人占有规则是否能够排除非给付型不当得利适用的争论也明显更为激烈。其典型例子便是善意当事人在修建房屋时误将建筑扩展至他人土地之上。^[44]如果像我国许多学者所建议的那样一刀切地认可善意建筑者(也是土地无权占有人)有关有益费用的返还请求权,那这笔巨大的费用将会给无辜的建设用地使用权人造成难以承受的负担。但如果根据我国现行的占有回复规定彻底否定此项费用返还请求权,善意占有人就需要独自承担巨额支出,建设用地使用权人却能坐享土地的巨额增值,似乎也不公平。因此在这一问题上我们仍需作进一步的考量,以真正地实现双方之间的利益的衡平。这也就需要我们思考建设用地使用权人在此种情况下是否以及(如果是的话)在何种范围内对善意建筑人承担支出费用的返还责任。而从前文的论述中我们就能遗憾地发

[41] 我国许多学者在主张肯认这些请求权时提出的一大理由就是比较法上的成例,特别是德国所有人占有规则的既有规定。在德国法上,只有善意占有人可以主张返还必要费用和有益费用,恶意占有人能主张的返还范围仅限于必要费用(《德国民法典》第 994、996 条)。需要说明的是,虽然根据《德国民法典》第 994 条第 2 款的规定恶意占有人对于其支出的必要费用仅能依据无因管理的规定请求所有人返还,但经过学说的发展,目前的绝对通说认为此时无需要求占有人有为他人管理事务的意思。易言之,恶意占有人也像第 1 款中的善意占有人一样可主张必要费用的返还。Vgl. Staudinger/Gursky (2013), BGB § 994, Rn. 17.

[42] 如上文所述,学界对当前我国现行法否定善意占有人对有益费用的返还请求权和恶意占有人对必要费用的返还请求权的规定已经作了有力的批评,在此不赘。但本节的讨论想要说明,即使认可这两项请求权,在司法实践中如果仅依靠具有排他效力的占有回复费用返还规则依然会产生许多问题。因此下文所论述的费用返还上可能产生的问题都是在已肯定前述两项请求权的前提下展开的。

[43] Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 275; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1988, S. 206.

[44] 这一问题的发现最早是源于德国著名的“格林德尔大楼案”(Grindelhochhaus Fall, BGHZ 41, 157)。在该案中,善意的被告在建造房屋时误将部分建筑建在了他人的土地之上。由于这片土地因为房屋的建造而获得了明显的增值,该被告根据占有人留置权的规定(《德国民法典》第 1000 条)主张土地的所有人需先返还这一增值后方可返还该土地。

现,仅通过排他性地适用占有回复规则并不能为这些问题提供一个有效的解决方案。

三、晚近观点的趋势：向不当得利返还规则的靠拢

由上述分析可以发现,赋予占有回复规则以排他性的适用效力无法有效地解决规则冲突问题,反而会衍生出更多的不公平结果。对此比较法上的判例和学说做了各种弥补的尝试。而这些尝试往往表现为对占有回复规则排他效力的突破和向不当得利返还规则的靠拢。以此为鉴,可以发现在占有回复关系上向不当得利返还规则靠拢也是我国解决两项制度规则冲突的一个不错的选择。

(一) 孳息返还上向不当得利返还规则的靠拢

针对前述占有人在仅原因行为无效和双重无效时在孳息返还上的差别待遇问题,虽然德国帝国法院仍然在整体意义上坚持所有人占有人规则的排他效力,^[45]但其还是不得已在该案的判决上对善意占有人加之以孳息返还义务。具体而言,其认为,在负担行为无效时,由于原因行为的缺失,(特别是在双务合同中的)占有人为取得占有而支付的对价在事实上与其所取得的占有并无法律上的联系。^[46]易言之,这一已支付的对价不能构成占有人取得占有意义上的“有偿”。在帝国法院看来,占有人此时仍然是“无偿”取得了对物占有。如果构成了无偿取得占有,善意占有人就会因为《德国民法典》第988条的例外规定而需要负担孳息的不当得利返还义务。^[47]通过这一扩张解释,帝国法院就在事实上绕过了所有人占有人规则的排他性规定,转而在孳息返还的问题上重新回到不当得利的规定。这就能使得双重无效时的裁判结果与仅原因行为无效时的结果相一致。“二战”后,德国联邦最高法院也在一系列判例中继承了这一观点,并形成了稳定的裁判惯例。^[48]

然而帝国法院的这一解释方式却广受批评。德国的主流观点认为,此种对于“无偿”的解释彻底颠覆了《德国民法典》语境下对该词的通常理解,^[49]且与立法者设计《德国民法典》第988条时保护善意占有人的出发点相左。^[50]目前德国民法学界的通说认为所有人占有人规则与不当得利规则在给付取得占有情形下应当互不干扰地并存(ungestörte nebeneinander)适用。^[51]在此观点下,《德国民法典》第993条第1款关于所有人占有人规则的排他性适用规定应当进行目的性限缩,即其仅能排除非给付型不当得利。在给付型不当得利情形下,不当得利请求权可以与所有人占有

[45] RGZ 163, 348, 357.

[46] 如果占有人仅仅承诺了对价而尚未支付,通说认为此时支付对价并未实现,占有人显然是“无偿地”取得了占有,这里当然地可以类推适用第988条的规定。Vgl. MüKo/Raff (2017), BGB § 988 Rn. 7.

[47] RGZ 163, 348, 353.

[48] BGHZ 7, 208, 218; BGHZ 10, 350, 357; BGHZ 32, 76, 94; BGHZ 71, 216, 226; BGHZ 109, 179, 190 f.; BGHZ 184, 358, 363f.

[49] 按德国帝国法院的观点,负担行为无效下的给付型不当得利情形也均可被解释为“无偿取得”,这显然是荒谬的。Vgl. Staudinger/Thole (2019), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 129.

[50] Wieling, Sachenrecht, 2007, § 12 IV 8; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 1957, § 77 III.

[51] Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 2015, Rn. 600; Wellenhofer, Sachenrecht, 2017, § 22 Rn. 19, 44 f.; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 2009, § 11 Rn. 38; Staudinger/Gursky (2013), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 43 ff.; Palandt/Bassenge (2018), BGB § 988 Rn. 8; Soergel/Stadler (2006), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 28 f.; Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des EBV, 1973, S. 44 ff.; Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987 - 1003 BGB, 1966, S. 250 f.

人规则中的附带性请求权发生竞合。而针对该条明确的排他性规定,学者们认为这只是《德国民法典》立法者在创造所有人占有规则时只考虑到了三人关系下的所有人和占有人之间的返还问题,而忽略了在两人关系中也会存在这种返还关系。^[52]这一疏漏也就导致了前述的差别待遇问题。为填补这一漏洞,在司法实践中就必须偏离《德国民法典》第 993 条第 1 款的明文规定而允许不当得利请求权在此处的适用。事实上,由于德国法上所有人占有规则 and 不当得利规则关于孳息返还规定的根本分歧,解决前述的差别待遇问题时便不可避免地需要偏离法律的明文规定进行解释,即要不选择在双重无效情形下偏离所有人占有规则中的排他性适用规定而允许不当得利规则的适用,要不选择在仅原因行为无效情形下偏离不当得利规则而允许所有人占有规则扩张适用到此种情形,即占有人虽然取得所有权但仍被认定为无权占有人。两相比较,无疑前者是更符合情理的选择。

牵一发而动全身,上述给付取得占有下不当得利请求权的引入也可能会影响在非给付取得占有的情形中孳息归属的结果。虽然当前德国通说仍认为在这种情形中作为特别规范的所有人占有规则应当优先适用(易言之,占有人仅能根据所有人占有规则请求返还用益,而不能主张不当得利返还请求权),^[53]但对此仍有相当部分学者持反对意见。^[54]他们认为既然通说承认了在给付取得占有情形下善意占有人因请求权的竞合而需要返还用益,而非给付取得占有又常常与法律禁止的私力(verbote Eigenmacht,《德国民法典》第 858 条第 1 款)相伴,^[55]因此这时的得利人(占有人)就更需要受到限制。其也就应受到不当得利规则规制而负有返还义务。所以这种观点认为在这一情形下所有人占有规则与不当得利规则应当互不干扰地并存适用。对此通说认为,出现法律禁止的私力的情形构成《德国民法典》第 988 条中“无偿取得占有”的条件。此时善意占有人因为第 988 条的例外规定需要负担孳息的不当得利返还义务。而通说所谓的被排除的非给付型不当得利情形,其实是指占有人从第三人手中有偿取得占有而侵害所有人权益的情况。^[56]对此有学者认为,当出现法律禁止的私力时,应当类比《德国民法典》第 992 条的规定^[57]使占有人直接受不当得利规则的规制以承担返还责任,而无需通过第 988 条的中介。^[58]但事实上,上述所谓拒绝请求权竞合的观点还是在通过种种间接的方法对善意占有人加以孳息的不当得利返还义务。其在最终的返还结果上与允许请求权竞合的观点并无太大区别,都是在向不当得利返还规则

[52] Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 246.

[53] Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 2015, Rn. 600; Wellenhofer, Sachenrecht, 2017, § 22 Rn. 19, 44 f.; Baur/Stürner, Sachenrecht, 2009, § 11 Rn. 38; Staudinger/Gursky (2013), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 43 ff.; Palandt/Bassenge (2018), BGB § 988 Rn. 8; Soergel/Stadler (2006), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 28 f.; v. Caemmerer, FS Rabel, 1954, S. 380; v. Caemmerer, FS Boehmer, 1954, S. 154 f.; Michalski, FS Gitter, 1995, S. 590 ff.; Waltjen, AcP 175, 109, 111 ff.; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 681 ff.

[54] Wolff/Raiser, Sachenrecht, 1957, § 85 II 6; Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des EBV, 1973, S. 42 ff.; Peters, AcP 153, 454, 464.

[55] 例如非给付型不当得利中最常见的权益侵害型不当得利就常常伴随着法律禁止的私力。

[56] Staudinger/Gursky (2013), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 50.但在笔者看来,通说忽视了善意共有人超越其权利范围而出于轻过失收取了属于其他共有人的收益部分等情况。

[57] 该条规定占有人以法律禁止的私力或犯罪行为取得占有的,向所有人承担因侵权行为而发生的损害赔偿责任。

[58] Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 693.其认为之所以当时立法者未将不当得利责任也写入第 992 条,只是因为当时尚未发现并创设出权益侵害型不当得利这一类型。

靠拢。而由于如此多需要返还孳息的特例的存在,在德国法上所有人占有人规则真正具有排他适用效力已经被极大地压缩。按照德国通说,这种情形其实仅仅包括占有人从第三人手中有偿取得占有而侵害所有人权益的情况,其典型为盗赃物的转卖。^[59]

以此为鉴,在这个问题上我国就不应当重走德国法弯路。既然《民法典》中占有回复与不当得利两项制度关于孳息返还的规定是基本一致的,就更没有必要再允许善意占有人能够保有孳息。首先,将占有人概念限缩解释为“恶意占有人”的解释方式会重新制造规则冲突。而在修改现行孳息规则前提下排除请求权竞合的解释方式也只是一种对其主动制造的规则冲突弥补的方式。这些解释方式都只会徒增我国司法与学说的论证负担。其次,即使通过这样的法解释改变了现行占有回复中的孳息返还规则也无法避免善意占有人最终仍需负担孳息的不当得利返还责任的结果。德国法上的经验教训告诉我们,无论是否赋予这种特别规范以排他性的适用效力,两项制度之间差异所产生的种种不公平结果都会导致法官在孳息返还上不得不重新引入不当得利请求权以平衡差异。这就使得在孳息返还的最终结果上并不能达致有些学者所预期的给予善意占有人以特殊保护的效果。

此外,虽然我国的占有回复与不当得利在孳息返还上的规则大致相同,但引入不当得利请求权仍可弥补现行占有回复规则的部分不足之处。我国《民法典》第460条前半句规定的返还内容是孳息,并不包括物或权利的使用利益。此种返还范围似乎不能周到地保护所有人的利益。最高院早在《物权法》颁布之前就已在对辽宁省高级人民法院请示的一个批复中肯定了善意占有人应当返还使用利益。^[60]因此有学者认为应将该条中的“孳息”的范围扩张解释为包括使用利益在内。^[61]相较于此种突破文义的解释方式,直接允许两种请求权竞合的解释方式似乎更佳。《民法典》中规定的不当得利的返还范围自然包括使用利益。直接在这一问题上引入不当得利规则使得所有人能够直接主张有关使用利益的不当得利返还。事实上,部分法院在司法实践中也已经采用了这种解释方法。例如有基层法院在判决中认为“无权占有土地及房屋的占用费构成不当得利”,善意占有人应当予以返还,实际上肯认了在这一问题上两种请求权的竞合。^[62]此种在个案上的积极尝试当然值得抽象提炼为针对占有回复关系案件的更为一般性的解释方法并予以推广。综上所述,在法解释上我国不应拒绝两种请求权在孳息返还问题上的竞合。^[63]

(二) 费用返还上向不当得利返还规则的靠拢

针对在费用返还上规则冲突产生的问题,比较法上大多尝试从独立的占有回复规则出发提出解决方案。但这些努力似乎都不能令人满意。针对给付型费用支出的情形中因所有人占有人规则的排他效力所产生的不公平的结果,德国学说均认为应当突破排他效力而引入不当得利请求权。区别仅仅在于有学者认为此时所有人占有人规则下的费用返还请求权应与不当得利返还请

^[59] Staudinger/Gursky (2013), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 50.但在笔者看来,德国通说忽视了善意共有人超越其权利范围而出于轻过失收取了属于其他共有人的收益部分等情况。

^[60] 参见最高人民法院于《蔡德成与大连经济技术开发区龙海房地产开发公司、原审第三人大连翻译专修学院商品房买卖合同纠纷一案请示的答复》,(2003)民一他字第13号。

^[61] 见前注[3],冉克平文,第124页。

^[62] 参见沈阳市苏家屯区沙河街道办事处官屯村民委员会与董福田返还原物纠纷案,辽宁省沈阳市苏家屯区人民法院民事判决书(2020)辽0111民初1911号,这一判决得到二审法院的肯定,参见辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书(2020)辽01民终11587号。

^[63] 本节仅就解释论上的相关观点进行分析。对立法论上部分学者所提出的直接修改现行孳息返还规定以允许善意占有人保有孳息的建议,下文还将展开更为充分的反驳,在此不赘。

求权形成请求权竞合。^[64] 以前述无效承揽合同下承揽人明知定作人不是物的所有人但仍根据定作人指示完成修复为例,根据该说一直占有承揽物的承揽人既拥有所有人占有规则下的以必要费用为限的费用返还请求权,也能向所有人(同时也是不当得利人)就承揽物因自己的给付而产生的增值主张不当得利返还。而另有学者认为在此情形下承揽人只能主张不当得利返还请求权而不能主张所有人占有规则中的费用返还请求权。^[65] 事实上,这两种观点就最终的返还结果而言都是在向不当得利返还规则靠拢。

而针对非给付型费用支出的情况,德国联邦最高法院在前述“格林德尔大楼案”中肯定了善意占有人仍有基于诚实信用原则(《德国民法典》第 242 条)的补偿请求权(Ausgleichsanspruch),以防止所有人在其中获得“显著的(不当)利益(erheblicher Vorteil)”。^[66] 由此我们可以发现,虽然目前德国判例在费用返还上一一直坚持所有人占有规则的排他性适用效力(即占有人仅能主张所有人占有规则中的附带性请求权而不能主张不当得利请求权),^[67]但在个案上法院还是会努力通过法解释的方法——虽然可能在论证上稍显牵强——弥补所有人占有规则中有关费用返还规定的不足之处。

与此相对,德国通说一直试图通过对费用概念范围的扩大解释来消除因排除不当得利请求权而产生的问题。^[68] 在德国法上,费用(Verwendung)被认为是支出(Aufwendung)的下位概念,其仅指根据支出者的意愿而直接作用于物并使其受益的支出,包括对物的维护、修理或改进的支出。^[69] 与德国联邦最高法院的观点不同,^[70]目前德国通说坚持广义的费用概念,即这一概念也包括彻底改变物的存在状态所支出的费用。^[71] 因此,在他人土地上建造房屋的支出也属于需要返还的费用。其主要依据是:首先罗马法^[72]和早先的德国帝国法院^[73]一直采纳此种广义的费用概念。其次,《德国民法典》第 1001 条规定了只有当所有人事实上接受该项支出的成果(即取回该

[64] Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 2015, Rn. 894; Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des EBV, 1973, S. 105.

[65] Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 274 ff.

[66] BGHZ 41, 157, 166.

[67] BGHZ 39, 186, 188 f.; BGHZ 41, 157, 158 f.; BGH WM 1973, 560, 562 f.; NJW 1996, 52; WM 2001, 1909, 1911.

[68] Baur/Stürner, Sachenrecht, 2009, § 11 Rn. 55.; Wieling, Sachenrecht, 2007, § 12 V 5; MüKo/Raff (2017), BGB § 996 Rn. 13 ff.; Soergel/Stadler (2006), BGB Vor. §§ 994 ff. Rn. 16; Wolf, AcP 166, 188, 199 ff.; Haas, AcP 176, 1, 16 ff.; Michalski, FS Gitter, 1995, S. 621 ff.

[69] RGZ 152, 100, 101 f.; BGHZ 87, 104, 106; 109, 179, 182 f.; 115, 162, 167; 131, 220, 222 f.

[70] 目前德国联邦最高法院采用的是狭义的费用概念,即只有那些旨在维持或恢复物存在状态(Bestand der Sache)的支出才属于费用。而那些从根本上(grundlegend)改变占有物状态的支出并不属于费用。Vgl. BGHZ 10, 171, 177; 41, 157, 160; 41, 341, 345 f.; BGH WM 1962, 1086, 1087; 1965, 1028, 1029; 1967, 1147, 1148; 1969, 295, 296.例如为避免洪水侵袭而在农地上修建堤坝就符合狭义的费用概念,因为这一支出是为了维持农地本身的状态。而“格林德尔大楼案”中在空地上建筑房屋则不符合狭义的费用概念,因为其彻底改变了土地的状态而将其性质由空地转变为建设用地。Vgl. BGHZ 41, 157, 160 f.

[71] Baur/Stürner, Sachenrecht, 2009, § 11 C IV 2; Staudinger/Gursky (2013), BGB Vor. §§ 994 ff. Rn. 5 ff.; Soergel/Stadler (2006), BGB § 994 Rn. 2; Haas, AcP 176, 1, 16; Kindl, JA 1996, 201, 202; Michalski, FS Gitter, 1995, S. 625 ff.; MüKo/Raff (2017), BGB § 994 Rn. 13 ff.; Wieling, Sachenrecht, 2007, § 12 V 2 b; Wolf, AcP 166, 189, 193 ff.; Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 300 ff.

[72] Jakobs, AcP 167, 350, 356 ff.; Johow, Sachenrecht Begründung, Band II, 1880, S. 924; Motive III, S. 394=Mugdan III, S. 220; Protokolle III, S. 3993=Mugdan III, S. 681 f.

[73] RGZ 152, 100, 101.

物)或明确表示认可该项支出时,占有人才能主张费用偿还请求权。其中所有人拥有主动的决定权,并无强迫得利之虞。^[74] 因此,其认为联邦最高法院试图通过狭义的费用概念所想达到的保护作用事实上并无必要。通说试图借此扩大所有人占有人规则中费用返还请求权所能主张的范围,并希望通过这种方式使占有人在具体案件(例如“格林德尔大楼案”)中能够不再受到严苛的对待。这在某种程度上也是在向不当得利规则靠拢。^[75] 这一观点较之判例虽然在论证上更有说服力,但也未能从根本上引入不当得利请求权,事实上只能通过此种解释方式在个案中达致一个较为公平的结果。对于许多其他因排除不当得利请求权而产生的不公平结果(例如前述未占有承揽物的承揽人在费用返还上地位要优于占有承揽物的承揽人的结果),这一观点也往往显得束手无策。

以此为鉴,我国法在费用返还上也不应当重走他国的弯路,而应该在这一问题上积极向不当得利返还规则靠拢以解决上述问题。在解释论上,应选择允许请求权竞合以引入不当得利请求权为宜。首先,一刀切地剥夺善意占有人费用返还请求权将会导致所有人能够无对价地保有无法律上原因的利益。而此种对所有人的优待是没有根据的。^[76] 这也是一种为整个民法体系所不容的私法上的惩罚(Privatstrafe)。^[77] 善意占有人的恶意只是表现在他明知或因重大过失未知自己的无权占有,与其是否能请求所有人就其财产上的损失(即对物支出的费用)予以返还无关。因此理当允许其在排除强迫得利后行使相关的不当得利请求权。其次,我国《民法典》第460条的规定并未排除主张其他请求权的可能性。之所以德国通说只是通过对费用概念范围的扩大解释而不采用认可请求权竞合的方式来解决,很大程度上就是因为《德国民法典》第996条这一排他性规定的存在。而试图认可请求权竞合的学者们为了突破该条文义的限制在解释上花费了大量精力。^[78] 但这一问题在我国并不存在。无需像德国法官那样千方百计地试图绕过占有回复规则的排他性规定,我国法官可以直接通过允许请求权竞合的方式承认当事人的不当得利请求权。再次,允许请求权竞合的解释方式就能够实现前述部分学者的修法建议所主张的肯定善意占有人对有益费用的返还请求权和善意占有人对必要费用的返还请求权的效果,甚至还能解决前述修法建议所无法覆盖的在善意占有人有益费用返还请求权上的规则冲突问题。通过法解释而非修法的方式解决问题,无疑负累更小。最后,从前文对我国法院处理占有回复关系案件的分析中可以发现,我国部分基层法院为了弥补现有占有回复规则在费用返还上的不足,已经自觉或不自觉地在判决中引入了不当得利请求权(虽然其可能不会明确援引不当得利的请求权基础)以求更

[74] 《德国民法典》第1001条中的所有人决定权原本只涉及占有人能否主张(Geltendmachung)费用返还请求权。通说实际上将其扩大解释成了涉及能否建立这一请求权(Anspruchsbegründung)。Vgl. Wolf, JZ 1966, 467, 473; Waltjen, AcP 175, 109, 138 ff.

[75] 此外,还有部分学者虽然支持德国联邦最高法院所采用的狭义费用概念,但认为占有人可以就不包括在费用范围内的那部分支出主张不当得利返还。Vgl. Eicher, JuS 1965, 479, 480; Huber, JuS 1970, 515, 519.这实际上也是在向不当得利返还规则靠拢。

[76] Koppenssteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1988, S. 209.

[77] MüKo/Medicus (2004), BGB § 996 Rn. 11.

[78] 请求权竞合说的支持者认为“仅在……限度内”表示的仅仅是第996条有益费用返还的规定区别于《德国民法典》第994条必要费用返还的规定。对于此种解释有学者认为其彻底扭曲了法条的本义。Vgl. Mühl, AcP 176, 396, 417.此外,还有请求权竞合说的支持者认为“仅在……限度内”只是表明了该条在所有人占有人规则上排他性的适用效力,而并没有排除不当得利规则的适用。Vgl. Canaris, JZ 1996, 344, 348.也有学者认为按照第996条的文义,其仅涉及补偿(Ersatz)的范围。但不当得利请求权是一种返还请求权,不能被该条排除。Vgl. Koppenssteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1988, S. 209.

好地衡平双方当事人的利益。这正说明了在占有回复关系费用返还案件上司法裁判已开始部分地向不当得利返还规则靠拢。而在这一问题上允许请求权竞合正契合了当前司法实践的需要。

四、重新思考的起点：占有回复规则制度发生史的检视

从上文的分析可以发现,作为特别规范的所有人占有人规则在实践操作中已经被不当得利规则渗透得千疮百孔。我国是否值得再坚持对所有人与无权占有人的返还关系专设特别规范的立法模式,无疑要打上一个大大的问号。但这种规范模式在《德国民法典》创设所有人占有人规则后似乎成了一种立法上的必然选择。在此之后的各国民法典也都或多或少地继受或借鉴了此种规范模式。但在回顾《德国民法典》所有人占有人规则的立法史后我们可以发现,德国法这一影响深远的规范模式可能只是一场历史的误会。

(一) 立法史上的摇摆

1874年《德国民法典》第一起草委员会委托五名编纂者分别编写五编的《预草案》以供之后立法作参考。约霍(Johow)在其《物权法预草案》中从罗马法决疑术性质的个案裁判中抽象出了所有人占有人关系的规则。^[79]其中第179条第2款、第180条规定善意占有人用益返还义务仅限于“尚存用益”。^[80]虽然约霍明确拒绝了在这一问题上适用不当得利规则,转而选择了普鲁士一般邦法的模式(即特设一种法定之债来规制所有人和占有人之间的关系),^[81]但在该草案中善意无权占有人有关尚存用益返还责任与不当得利返还规则保持了大体上的一致。^[82]在涉及恶意占有和诉讼占有人时,约霍接续罗马法传统和普鲁士一般邦法的规定,认为占有人在诉讼期间应当依诚实信用照管占有物。^[83]如果诉讼结果是占有人无权占有该物,那么他就应像无因管理人一样承担责任(第181条),即需要返还诉讼开始后所有获得的用益,其并不以占有人得利或是否仍然存在为限。而相应的,恶意占有人也应当负担与诉讼占有人一样的责任(第182条)。接续《物权法预草案》的模式,《德国民法典》第一起草委员会在将所有人占有人规则独立为一种法定之债上更进一步。^[84]如果说约霍在设计规则时还是会通过类推适用无因管理的规定来确定双方权利义务的话(例如前述《物权法预草案》第181条),那么在《一草》^[85]中所有人占有人规则已完全从其他法定之债中独立出来而开始直接规定双方的权利义务。为了接续当时德国各地实在法的规定,^[86]《一草》一改约霍预草案中有关孳息归属所采用的“原物主义”立场(Substantialprinzip),^[87]

[79] Wieling, Sachenrecht, 2007, § 12 II 2 a.

[80] 这一规定沿袭了共同法的规定,即善意占有人只需返还尚存孳息(fructus extantes),对于已转卖或已使用消耗的孳息(fructus consumti)则不承担返还责任。Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band VI, 1847, S. 124 f.

[81] Johow, Sachenrecht Begründung, Band II, 1880, S. 896.

[82] 当然在约霍的预草案中,善意占有人对于已转卖或已使用的孳息部分无需负返还责任(《物权法预草案》第180条)。这与不当得利规则有所差异。但这一差异远远小于现行《德国民法典》中两项制度之间的差异。

[83] Johow, Sachenrecht Begründung, Band II, 1880, S. 898.

[84] Motive III, S. 394=Mugdan III, S. 219.

[85] 以下《德国民法典第一草案》简称《一草》,《德国民法典第二草案》简称《二草》。

[86] 例如《普鲁士一般邦法》第一部第七章第189、190条、《法国民法典》第549条、《萨克森民法典》第244条、《奥地利普通民法典》第330条、《苏黎世私法典》第509条等都规定善意占有人能保有孳息。

[87] Johow, Sachenrecht Begründung, Band I, 1880, S. 763 ff.

转而认可占有人能善意取得孳息的所有权(《一草》第900条)。^[88]因此其第930条第1款也相应地免除了善意占有人的孳息返还义务。^[89]但对于此条,《一草》仍留有第2款的但书,即如果孳息已与主物分离且其所有权已归属所有人,则所有人仍可向善意占有人主张孳息的返还。^[90]然而这一但书规定在《二草》中被彻底删除。^[91]《二草》第907条明确规定了善意占有人无需返还用益。这也导致了在最终生效的《德国民法典》中所有人占有人规则与不当得利规则在有关善意占有人用益返还问题上的分道扬镳。此外,第二起草委员会在《立法会议记录》中也明确排除了不当得利规则在所有人占有人关系上的适用,^[92]确立了《德国民法典》所有人占有人规则排他性适用效力的传统。

而在费用返还上,《德国民法典》立法者也一直在采用特殊占有回复规则的罗马法模式和直接采用不当得利规则的法国法模式^[93]之间摇摆不定。由于其个案决疑的特点,罗马法通过区分占有人的善意恶意和所支出的费用属于必要费用还是有益费用来解决所有人占有人关系中的费用返还问题。^[94]此种传统为共同法所继承。^[95]萨克森民法典和普鲁士一般邦法也采用了此种规范模式。^[96]接续这一传统,约霍在其《物权法预草案》第185条也采用了此种规范模式而抛弃了法国法所采用的以不当得利规则处理费用返还的模式。其认为采用这一模式能有效避免恶意占有人强加给所有人的强迫得利。^[97]然而第一起草委员会却认为排除恶意占有人对有益费用的返还请求权是一种为整个民法体系所不容的私法上的惩罚,应予以否定。^[98]因此《一草》转为采用法国模式,其第936条明确采用不当得利规则处理这个问题。为避免强迫得利的问题,其认为是否得利应从所有人的主观视角作判断。^[99]正是因为《一草》采用了不当得利规则,占有人是否善

[88] 因为《一草》立法者希望避免“有关所有物的返还过分扩张至其附随权利之上”。Motive III, S. 365=Mugdan III, S. 203.

[89] 当然该条修改的积极意义在于,善意占有人对孳息返还义务是否成立不再像在约霍的预草案中那样取决于其是否已将孳息使用或转卖,也不会造成对孳息相对使用节约的善意占有人的地位反而劣于相对铺张的占有人的不公平结果。Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht I, 1985, S. 763.

[90] 因为第一起草委员会认为整个《一草》第930条关于孳息所有权归属的规定(即《一草》第898条以下)是“层级更高的法规范”,而孳息的返还规定需要与其相适应。Motive III, S. 402=Mugdan III, S. 224.

[91] 第二起草委员会认为《一草》第930条规定模糊不清,对整个条文都不满意,所以在修改时选择了另起炉灶提出新条文。因此其删去该但书时未说明理由。笔者猜测这可能是因为《一草》第797条将占有人区分为自主占有人(Besitzer)与非自主占有人(Inhaber),而立法者并不希望非自主占有人能够保有孳息。Motive III, S. 402=Mugdan III, S. 224.虽然《一草》第930条第1款已说明规定的是自主占有人(Besitzer)的情形,但为免争议设置这一但书规定。而《二草》中已不按占有意思对占有人进行区分,只要是占有人都能享有优待。因此也就不需要这一但书规定。

[92] Protokolle III, S. 3980=Mugdan III, S. 677 f.; Protokolle III, S. 3982 f.=Mugdan III, S. 678 f.

[93] 参见1804年《法国民法典》第548条,其唯一的例外就是第555条在他人土地上种植、建筑的情况。虽然当时的《法国民法典》中没有概括的不当得利条款而仅在第1376条以下规定了非债清偿(répétition de l'indu),但法国最高法院(Cour de Cassation)在1892年在布迪耶(Boudier)案中创设了一般的正当得利规则。D. P. 1892. 1. 596.

[94] D 6.1.38; D 5.3.38.

[95] Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 1906, § 195.

[96] Johow, Sachenrecht Begründung, Band II, 1880, S. 916 f.

[97] Johow, Sachenrecht Begründung, Band II, 1880, S. 923.

[98] Motive III, S. 412=Mugdan III, S. 230.

[99] Motive III, S. 413=Mugdan III, S. 230 f.

意对于得利是否应予返还就并不重要,恶意的占有人也能就自己所作的有益费用的支出主张返还。^{〔100〕}但第二起草委员会的态度又陡然一变,《二草》第908条对于费用返还的规定又重新回到了罗马法的规范模式。这主要还是为了修正《一草》中有关恶意占有人的费用返还规定。第二起草委员会复又认为如果采用不当得利规则,就可能有恶意占有人恣意(Willkür)强迫所有人得利之虞。^{〔101〕}故其希望在罗马法对费用进行区分的基础上将恶意占有人的费用返还请求权限制在必要费用之内。

回顾《德国民法典》的立法史可以发现,在无权占有和所有人之间的返还问题上设立一套独立于不当得利的占有回复规则不是必然的选择。《德国民法典》立法者也一直在选择独立规则还是不当得利规则之间摇摆不定。当然,其最终还是选择了设立特别规范的模式。但此种选择的由来,也是不无疑问。

(二) 立法史上所有人占有人规则的由来:传统继受中的误解

关于为何要在占有回复关系上排除不当得利规则而单独创设一个独立的所有人占有人规则,《德国民法典》的立法者一直强调这一做法沿袭了罗马法和日耳曼法的传统。其认为在过去的传统中占有人(特别是善意占有人)一直受到特殊对待。因此《德国民法典》就需要创设特别规范来延续占有人的被特别优待的地位。^{〔102〕}但可惜的是,这一继受在一定程度上忽视了历史上具体规则的制度背景。这也使得作为继受成果的所有人占有人规则问题丛生。

1. 继受罗马法中的误解

善意占有人在罗马古典法时期的确可以保有孳息。到了罗马后古典法时期,善意占有人也只需返还所剩的孳息,而无需返还自己已消费的或业已不存在的孳息。^{〔103〕}但是,罗马法上对善意占有人的优待很可能是源于取得时效制度下善意占有人的特殊地位。由于罗马法奉行“任何人不得将大于自己所拥有的权利转让给他人”的原则,因此并不承认即时的善意取得,^{〔104〕}而只能通过取得时效(usucapio)^{〔105〕}这一折中做法允许善意受让人经过一定时间的持续占有而取得所有权。^{〔106〕}因此,尚在取得时效期间的善意占有人在一定意义上也是“所有权的等位人”(Anwärter auf das Eigentum)。罗马法自然就需要给予这部分人以特殊的保护,使其在这一期间内享有类似所有人的权利。^{〔107〕}相反,《德国民法典》承认了即时的善意取得。善意买受人能够根据第992条以下立即取得物的所有权。通过取得时效(Ersitzung)取得所有权的适用情形被极大压缩。在交易中也不再会出现罗马法上“所有权的等位人”的状态。因此,所有人占有人规则还继续像在罗马法里一样给予善意占有人在用益上以类似所有人地位的做法也不无疑问。有学者就认为《德国民法典》的立法者在设计所有人占有人规则的用益分配问题上“(在新的背景下却)沿用了旧的思考

〔100〕 Motive III, S. 412=Mugdan III, S. 230.

〔101〕 Protokolle III, S. 3989 f.=Mugdan III, S. 681.

〔102〕 《德国民法典》的立法者在《立法理由书》中明言,设计所有人占有人规则的主要目的是扩大对善意占有人的保护。Motive III, S. 394=Mugdan III, S. 219; Motive III, 401 f.=Mugdan III, S. 223 f.

〔103〕 Kaser, Das römische Privatrecht, Band I, 1971, § 102 II; § 244 II.

〔104〕 D 50.17.54; Kaser, Das römische Privatrecht, Band I, 1971, § 100 I 2; Band II, 1975, § 242 II.

〔105〕 在罗马法上,取得时效这一概念自《十二表法》规定以来构成要件与含义不断发生变化。例如优士丁尼曾将古典时期的取得时效(usucapio)和长期取得时效(longi temporis praescriptio)合二为一规定为取得时效(usucapio)。但其“善意受让人经过一定时间的持续占有而取得所有权”的内核却未曾改变。

〔106〕 Kaser, Das römische Privatrecht, Band I, 1971, § 101 I; Band II, 1975, § 243 II 1.

〔107〕 Westermann/Gursky/Pinger, Sachenrecht, 1990, § 31 II 2 c.

范式”。^{〔108〕}

2. 继受日耳曼法中的误解

但更多学者认为,占有人在《德国民法典》中享有的特殊地位主要还是源于日耳曼法上重视占有的传统。^{〔109〕} 日耳曼法上关于孳息分配的传统就是“谁耕种,谁收获”,即善意占有人能保有全部孳息。^{〔110〕} 较之罗马法的规则,这与《德国民法典》上的规定更为接近。此外,这一推论在一定程度上也可以得到《德国民法典》立法史的印证。众所周知,《一草》在公布后就受到了日耳曼法学者的强烈批评,被认为其中的罗马法色彩过于浓重而忽视了德国本国的日耳曼法传统。因此,立法者在《二草》中开始加入一些日耳曼法的元素。如前所述,正是《二草》明确规定善意占有人无需返还用益。虽然在立法资料中并没有直接证据可以证明立法者在《二草》对所有人占有人规则的修改(尤其是给予善意占有人更多的优待)是基于对日耳曼法传统的继受,^{〔111〕}但较之本身就与所有人占有人规则在一定程度上相左的罗马法传统,《德国民法典》立法者在这一规则上受日耳曼法传统影响更深的观点显得更有说服力。^{〔112〕} 但是,日耳曼法对善意占有人的优待也只是源于占有本身在日耳曼法上的特殊地位。日耳曼法的占有(Gewere)本身就具有作为事实的占有和作为权利的物权的双重属性。有学者就认为在日耳曼法的占有背后并不存在独立的物权。其本身就已经与物权合二为一,占有和物权只是一体之两面而已。^{〔113〕} 正是因为日耳曼法占有的权利属性,其物权交易制度也遵循“以手护手”(Hand wahre Hand)的原则,即如果权利人自愿将物让与他人占有,则该他人获得 Gewere,原权利人对其仅能基于合同主张返还。如果该他人将物让与第三人占有,第三人获得 Gewere,原权利人无权请求第三人返还该物。^{〔114〕} 在占有与权利密不可分地相结合的前提下,日耳曼法上的占有人理所当然地能和本权人一样保有孳息。但《德国民法典》上的占有却与日耳曼法上迥然不同。因为沿袭了罗马法的传统,《德国民法典》上的占有仅仅具有事实属性而不具有物权属性。占有某物并不需要以占有人拥有物权为前提,占有某物也不意味着占有人拥有物权。所有人占有人规则规定的正是无权占有与所有人之间的返还关系。这里的无权占有与日耳曼法上的有权占有有着本质的区别。在占有人的概念与范围已发生重大改变的前提下,《德国民法典》的所有人占有人规则仍给予占有人在日耳曼法上那样高的优待,这无疑是值得商榷的。

〔108〕 Schiemann, Jura 1981, 631, 635.

〔109〕 苏永钦教授就认为,“德、奥的普通法会特别重视所有物返还前的财产关系,恐怕和日耳曼法重视占有的传统有一定的关系,因此在继受罗马法时,与其说潘德克吞的学者们‘看到’了善意占有的保护需要,毋宁说他们把日耳曼社会重视占有的价值判断投射到旧罗马法的一些零星规定中”。苏永钦:《民法制度的移植——从所有人与占有人间的特殊关系谈起》,载前注〔9〕,王洪亮、张双根、田士永主编书,第141页。

〔110〕 Wacke, JA 1981, 286 ff. 这种孳息归属原则亦被称为“生产主义”原则(Produktionsprinzip)。

〔111〕 一个间接的证据是著名的日耳曼法学家基尔克(Gierke)在《一草》公布后(1889年)出版的《民法典草案与德意志法》中,认为未来的《德国民法典》在所有人与占有人的孳息关系上应坚持日耳曼法的“生产主义”原则而非罗马法的“原物主义”原则。在其中他写道:“我们认为,德意志的法典只有在孳息归属问题上充分体现‘劳动产生财富’(verdientes Gut)这一精神时才能充分肩负起其社会和道德上的使命。”Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 344 f. 众所周知,基尔克的这本书对于《二草》的编纂方向有着决定性影响。

〔112〕 基尔克就持这种观点。Gierke, Deutsches Privatrecht, Band II, 1905, S. 595. 持此观点的现代学者例如科布。Vgl. Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 224.

〔113〕 Wieling, Sachenrecht, 2007, § 10 I 1.

〔114〕 Sachsenspiegel, Landrecht II 60, § 1.

(三) 立法史上所有人占有规则与不当得利规则分歧的由来

此外,《德国民法典》立法者在这一问题上犯的最大错误就是忽略了所有人占有规则与不当得利的规则协调。由于罗马法个案决疑的特点,罗马法上不存在现代法意义上的不当得利一般条款,而只有一些分散的请求返还之诉(*condictio*)。接续这一传统,库贝尔(Kübel)在其《债法预草案》中对不当得利规则采用了分散规定的模式。其规范重心在于详细列举各种个别情况下不同的返还规则。^[115] 在该草案中,类似当前不当得利一般条款的第 27 条仅起到兜底条款的作用。其适用范围仅限于之前已列举的各种规范尚未覆盖的情况,例如物的附合和混合。^[116] 虽然《债法预草案》与《物权法预草案》是独立撰写的,但两者关于用益返还的规则却保持了大体上的一致。这可能是因为库贝尔出版《债法预草案》的时间晚于约霍的《物权法预草案》,故而他可以在写作时将后者的规定作为参考。^[117] 在《债法预草案》中,善意得利人对“尚存用益”承担返还义务(不当得利编第 6 条第 1 款第 1 句),对已转卖或已使用的孳息部分仅在尚存得利范围内负返还责任(该编第 6 条第 1 款第 2 句)。^[118] 此外,恶意占有人用益返还范围根据该编第 12 条扩大至其本可收取但未收取的用益。接续《债法预草案》的模式,《德国民法典》第一起草委员会也对不当得利采用了分散规定的模式。《一草》第 748 条仅作为补充性的兜底条款适用于“其他(法典尚未明确规定的)无原因的取得情况”,而不作为具有普遍效力的一般条款而存在。^[119] 在《一草》中,不当得利规则与所有人占有规则在有关用益返还上继续保持了协调。具体而言,《一草》第 740 条第 2 款直接规定,在所有人占有关系中的善意得利人的返还责任遵循所有人占有规则。^[120] 此种返还规则优先于作为兜底条款的第 748 条适用。

但当时许多学者对此种分散规定模式予以严厉批评,并认为应当从体系化的角度出发,设立不当得利的一般条款以统摄各种不当得利返还的情形。^[121] 受其影响,《二草》的不当得利规则完全抛弃了《一草》中的规范模式。该草案不当得利章开篇即以第 737 条规定了具有普适效力的不当得利一般条款,而不再像之前那样将一般条款规定在不当得利章的最后以表现其仅具有兜底作用。由于一般条款的存在,第二起草委员会也删除了《一草》第 740 条第 2 款关于所有人占有之间不当得利返还的个别规定。^[122] 第二起草委员会通过类推适用遗产占有人需要向继承人返还遗产用益的规定(《一草》第 2080 条、第 2081 条第 4 分句)得出了善意得利人也需要返还“尚存用益”

^[115] Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 15.

^[116] Kübel, Teilentwurf zum Obligationenrecht, Band III, Nr. 10; Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1882, S. 88.

^[117] 库贝尔在其立法建议(不当得利编第 6 条第 2 款)及附属理由中均提到了约霍的《物权法预草案》。Kübel, Teilentwurf zum Obligationenrecht, Band III, Nr. 10; Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1882, S. 39.

^[118] 这里与约霍预草案的规定略有不同。如前所述,善意占有人根据《物权法预草案》第 180 条对于已转卖或已使用的孳息部分无需负返还责任。

^[119] Motive II, S. 851=Mugdan II, S. 475.

^[120] 第一起草委员会的立法者明确表示,善意的已获得所有权的所有人在用益上所享有的地位不得低于善意的无权占有人。Motive II, S. 839 = Mugdan II, S. 468 f.; Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 783.

^[121] Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 272 ff.; Lenel, AcP 74, 213, 237 ff.

^[122] Protokolle II, S. 2992 f.=Mugdan II, S. 1185.

的结论。^[123] 此种由特殊推及一般的类推适用受到学者的强烈批评。其认为第二起草委员会忽视了遗产占有人无需对价就能获得遗产的占有并支配该遗产。这与双务合同下需要对待给付才能取得物的占有完全不同。因此不能简单地进行类推适用而将此种特例应用于一般的不当得利返还中。^[124] 更为可怕的是,由于不当得利一般条款开始具有了普遍的适用效力,那么无权占有人向所有人的返还也必须受其规制。加之原先协调两项规则的《一草》第740条第2款已被删去,立法者无视甚至放任由此可能产生的不当得利规则与所有人占有人规则在用益返还问题上的冲突。^[125] 随着这种规范模式最终被《德国民法典》所正式继承,在此之上的争议便不可避免地将要出现。正如有学者所批评的那样:“在创造所有人占有人规则的过程中,《德国民法典》的立法者忽略了大量(由此带来的)规范竞合和规范冲突(的可能)。”^[126] 虽然其试图通过赋予所有人占有人规则以排他性的适用效力来消除这种分歧,但历史的发展表明,这一努力并不奏效。德国的法官在现实的司法案件中还是不可避免地要面对由此引发的无数问题,并仍然需要在弥合两项制度间的规则分歧上花费大量精力。

五、更进一步的提议:不当得利返还 规则直接取代占有回复规则

由前述对占有回复规则制度发生史的检视可知,独立于不当得利返还的占有回复规则的诞生只是一种历史的偶然,在一定程度上也夹杂着对传统制度继受过程中的误解。事实上,学界对德国法上作为特别规范的所有人占有人规则是否仍有存在必要的反思也不绝于耳。^[127] 因此我国法是否一定要坚持此种规范模式更是要打上一个问号。前文已述,解决占有回复与不当得利之间规则冲突行之有效的方法往往表现为占有回复规则排他效力的突破和向不当得利返还规则的靠拢。但是可以发现这些从占有回复规则独立性出发的尝试往往并不成功。即使部分尝试在解释结果上行得通,但在很大程度上也只是一种无奈之举,仅仅是为了弥补独立的占有回复规则所产生的漏洞。而我国不值得也不应该再重走一遍这些比较法上的弯路。既然在这个问题上晚近的观点不断地向不当得利返还规则靠拢,我们似乎可以更进一步,尝试在我国法上采用不当得利返还规则直接取代占有回复规则的规范模式。这也意味着放弃作为特别规范的占有回复规则。我国就曾曾有学者提出类似的方案,可惜没有系统地展开。^[128] 而此种将不当得利规则直接适用于占有回复关系上的观点也受到部分德国学者的支持。例如有学者支持在孳息返还问题上给付型不当得

^[123] Protokolle II, S. 2996=Mugdan II, S. 1186.

^[124] Brehm/Berger, Sachenrecht, 2014, § 8 Rn. 33.

^[125] 在第二起草委员会中,也有立法者提议善意得利人的孳息返还义务也应遵循所有人占有人规则,但这一提议被委员会否决。Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 848; Protokolle II, S. 2995 f.=Mugdan II, S. 1185 f.

^[126] Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 246.

^[127] 例如古尔斯基(Gursky)认为这一制度是“德国民法典立法者所做的效果最差创新”。Staudinger/Gursky (2007), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 1.王泽鉴认为“其条文繁杂,区别过于苛细,解释适用上争论甚多,颇滋疑义”。见前注[27],王泽鉴书,第517页,注1。而观点激进者认为应将这一制度“彻底地删去”。Gsell/Fervers, ZfPW 2021, 1, 4 ff.

^[128] 参见谢鸿飞:《所有人占有人关系规则的设计》,载前注[9],王洪亮、张双根、田士永主编书,第111页。

利优先于占有回复规则适用。^{〔129〕} 也有学者支持在费用返还问题上不当得利优先于占有回复规则适用。^{〔130〕} 但这一思路在我国法上是否具有可行性与必要性,仍需要作进一步的论证。

(一) 孳息返还上不当得利返还规则的保护即为已足

当前我国民法学界多主张修改《民法典》第 460 条前半句的规定转而允许善意占有人保有孳息而不使其负返还义务。但如前所述,无论是否在占有回复关系上设置允许善意占有人保有孳息的特别规范,也无论是否赋予这种特别规范以排他性的适用效力都无法改变不当得利规则在孳息返还上对这一特别规范的渗透。除了与不当得利返还规则统合这一理由之外,给予善意占有人保有孳息的特殊优待立法论上也值得商榷。

首先,我国并没有对占有人(特别是善意占有人)在向所有人返还问题上予以特别优待的传统。虽然《德国民法典》所有人占有规则是源于对传统制度继受的误解,但在罗马法与日耳曼法中的确一直有优待占有人的传统。《德国民法典》所有人占有规则在规则的具体设计虽然有问题,但至少在一定程度上反映了其民族一直以来的历史传统。但在我国历史上,历代法律只关心对所有权等权利予以规范而并不关注占有这一事实,更遑论有对占有人的特别保护了。^{〔131〕} 因此在规则设计的价值判断上我国也不需要刻意地紧跟德国的规范模式,以至于一定要像其那样设立一个独立的倾向于特别保护(善意)占有人的占有回复规则。^{〔132〕} 在德国,作为特殊规范而存在的占有规则的立法目的并不在于单纯地保护善意,而是在于保护与占有相关的善意。易言之,保护的是善意当事人因为占有这一权利外观而产生的信赖利益。^{〔133〕} 正因为此,占有人关于交易人行为能力、合同有效性等错误认识上的善意并不构成所有人占有规则意义上的“善意”,也享受不到所有人占有规则的特别优待。^{〔134〕} 与此相对,由于我国并无特别重视占有的传统,对于善意占有人我国立法着眼于保护其普遍意义上的“善意”即为已足,而无需在孳息上给予其进一步的优待。在此需要注意的是,《民法典》第 460 条前半句并未区分善意与恶意。这将导致善意和恶意占有人承担了完全相同的孳息返还责任,此处仍应略作弥补。而这里又显示出在占有回复关系上直接适用不当得利规则的优势所在。《民法典》第 986 条已规定了善意得利人可主张得利丧失抗辩。善意占有人在孳息返还上也应当享受此种对善意在返还上普遍意义的保护,即其仅于现存利益的范围内负返还义务。^{〔135〕} 此时舍弃特殊的占有回复规则转采一般的不当得利规则既能解决规则冲突问题,也能对善意占有人的善意给予恰当且符合我国传统的保护。

其次,支持修改现行孳息返还规则允许善意占有人以保有孳息的学者的理由大多在于占有本身的权利推定效力,基于这种权利外观法律应当给予善意占有人以特别的保护。如果善意的占有

〔129〕 von Caemmerer, FS Boehmer, 1954, S. 154 f.; Michalski, FS Gitter, 1995, S. 590 ff.; Waltjen, AcP 175, 109, 111 ff.; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 681 ff.; Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 255 ff.

〔130〕 Koppstein/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1988, S. 204 ff.; Verse, Verwendungen im EBV, 1999, S. 157 ff.

〔131〕 在通行的中国法制史教科书中均未见有对我国古代占有制度的介绍。例如张晋藩主编:《中国法制史》,中国政法大学出版社 2014 年版,第 141 页以下。

〔132〕 类似观点见前注〔128〕,谢鸿飞文,第 115 页;前注〔109〕,苏永钦文,第 141 页以下。

〔133〕 Michalski, FS Gitter, 1994, 577, 637.

〔134〕 Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 237 f.; Wieling, MDR 1972, 645, 646.

〔135〕 参见席志国:《论德国民法上的所有人占有关系》,载《比较法研究》2020 年第 3 期,第 49 页。

人在已收取的孳息上动辄得咎,一直处于担心是否需要返还的状态,无疑不利于市场的稳定。其还认为在孳息问题上给予善意占有人特别优待能更好地保护交易成果、促进货物流通。在德国就有学者认为在盗赃遗失物无法善意取得的前提下,这种对善意占有人的优待实际上构成了有关孳息的“最小限度的善意取得”(Minimalform des gutgläubigen Erwerbs)。^{〔136〕} 具体而言,在盗赃遗失物买卖中,买受人(即善意占有人)很可能既要向所有人返还买受物,又无法从出卖人(很有可能是偷盗人)手中要回价款。^{〔137〕} 为衡平这一明显不利于买受人的结果,允许其保有无权占有期间的孳息能在一定程度上保护买受人的利益,减少其交易前的顾虑并促进货物流通。^{〔138〕} 因此,其认为在盗赃遗失物买卖这种三人关系中应坚持所有人占有人规则的排他性并保证善意占有人的孳息保有权,而不应引入不当得利请求权。但此种观点不无漏洞。首先,善意占有人所收取的用益会随着无权占有期限的延长而不断增加,但这种用益收取权所欲保护的利益(即善意占有人可能无法收回价款的风险)却并非始终不变。从时间的维度上看,前期善意占有人收取的用益较少,无法有效地达到前述学者所构想的保护买受人利益权的目标;而在经过一段时间后,善意占有人收取的用益已大大增加,可能远远超过了前述学者所欲保护的范 围,有过度保护之虞。^{〔139〕} 用一种动态增长的利益对冲保护另一种静止不变的利益,这种保护方式可谓牛头不对马嘴。其次,所谓的“最小限度的善意取得”将会带来更多不公平的结果。其一,这将导致善意占有人的地位优于已善意取得的所有人的地位。因为善意取得者可以保有用益,但其必须承受因使用该物而产生的损耗。然而善意占有人根据所有人占有人规则却既能保有用益又不用承受此种不利,还可以要求卖方归还购买价款。^{〔140〕} 其二,这将导致善意占有人的地位优于他自己在并未进行交易情况下的地位。因为如果未进行此项盗赃遗失物买卖,占有人一般还是要在他处购买或租赁同种类物或代替物以满足自己需要。允许善意占有人保有孳息无疑节省了其相关的开支。但在使用该物过程中对物品损耗所带来的不利却需要让所有人来负担。^{〔141〕} 在极端情况下,如果占有人损耗使用该物以致其完全丧失价值,此时其返还给所有人的原物就只剩一个没有价值的“空壳”(leere Hülle)。^{〔142〕} 相对的,占有人却已将实际有价值的用益完全收归己有。“最小限度的善意取得”理论所导致的这一

〔136〕 这一概念的创始人是科布。Vgl. Köbl, Das EBV im Anspruchssystem des BGB, 1971, S. 227.此后这一概念被许多学者接纳。Vgl. Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 332f.; Katzenstein, AcP 204, 1, 7; Magnus, NJW 2017, 1201; Pioch, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, S. 148ff.; Raff, Die gewöhnlichen Erhaltungskosten, 2017, S. 90; Staudinger/Gursky (2013), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 4; Staudinger/Thole (2019), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 7.

〔137〕 对于这点有学者反驳认为买受人无法从出卖人手中收回价款的情况是“非常态的”(pathologisch),在现实中并不一定会发生。Vgl. Gsell/Fervers, ZfPW 2021, 1, 9, 19.但笔者并不赞同这种反驳。因为法学研究在大多数情况下所针对的就是当事人所欲未能实现的非常态情况。还有学者认为上述无法收回价款的假设未考虑买受人尚未支付价款的情况。Vgl. Röder, Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht, 2021, S. 181.这种反驳当然成立。但想要彻底否定“促进货物流通”说,仍需要更有力的反驳,即在买受人已支付价款这一前提下展开的反驳。

〔138〕 v. Caemmerer, FS Boehmer, 1954, S. 154 f.; Emmerich, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, S. 124; Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987 - 1003 BGB, 1966, S. 185f.; Ebenroth/Zeppernick JuS 1999, 209, 210; Finkelmeier, Qualifikation der Vindikation und des EBV, 2016, S. 297.以及前述脚注中支持“最小限度的善意取得”概念的著作。

〔139〕 Röder, Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht, 2021, S. 452 ff.

〔140〕 Gsell/Fervers, ZfPW 2021, 1, 9, 19.

〔141〕 Gsell/Fervers, ZfPW 2021, 1, 9, 18 f.

〔142〕 Gsell/Fervers, ZfPW 2021, 1, 12.

结果相当于把善意占有人本应承受的财产上的风险强加到了更无辜的所有人身上,明显有失公平。而在现代社会中,大量动产(其典型就是电子产品、汽车、衣物等)的实际使用期限日益缩短,物品的损耗贬值不断加速更是会加剧这一不公平。^{〔143〕}最后,对盗赃遗失物买卖中的原物和孳息采用完全背道而驰的归属规则也有失公允。立法者在盗赃遗失物买卖中明确禁止善意取得,^{〔144〕}表明了其认为在此时善意取得所代表的促进货物流通这一目标应让位于保护所有权安全这一目标。而在现代社会收取用益与物本身贬值密不可分的背景下,用益收取在很多情境下就意味着原物的损耗。因此两者的归属规则不能互相背离。否则就很可能导致立法者所欲达到的保护所有权安全的目的部分或完全落空。^{〔145〕}综上所述,允许善意占有人保有孳息既无法达到有效的保护目的,也会导致许多不公平的结果,还无法实现立法者在盗赃遗失物买卖中保护所有权安全的立法目的,并不值得推广。因此仍应继续坚持我国《民法典》中有关善意占有人需向所有人返还孳息的规定。^{〔146〕}

(二) 费用返还上不当得利返还规则更能兼顾公平

而在费用返还问题上,以区分善意恶意、必要费用与有益费用为特征的占有回复规则也不如不当得利返还规则那样能灵活地衡平双方当事人的利益。占有回复中费用返还规则的制度设计有其历史渊源。由于罗马法还没有发展出一般的不当得利返还规则,就需要做必要费用、有益费用和奢侈费用的区分并在此分类基础上设计不同的返还规则。但目前看来“通过这种简单区分来解决这个问题就过于粗犷了”。^{〔147〕}而经过晚近不断发展的不当得利理论已使其彻底取代作为特别规范的占有回复规则成为可能。

其典型例证就是费用返还上可能出现的强迫得利问题。当初比较法上之所以采用独立的费用返还规则就是为了避免直接适用不当得利规则而可能导致的对所有人强迫得利。^{〔148〕}但正如前述“格林德尔大楼案”所展现的那样,单纯区分善意恶意、必要费用与有益费用的费用返还规则还是无法避免所有人需要向善意占有人返还巨额的有益费用的支出。这实际上还是变相地使所有人遭受了强迫得利。虽然德国通说援引《德国民法典》第 1001 条肯定了所有人对费用认可与否的决定权,充分尊重了所有人在这一问题上的个人意思,但却将善意占有人置于一个完全被动的境地。“全有或全无”的费用分担机制很可能让善意占有人独自承担巨额支出,似乎也有失公平。在该案中德国联邦最高法院只承认善意占有人基于诚实信用原则的补偿请求权,其中很大一部分原

〔143〕 罗德(Röder)认为:“用益只是一种特殊的、在长时间的维度看来通过损耗(Verwertung)原物的方式而产生的利益。”Röder, *Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht*, 2021, S. 439. 相同观点参见 Jerger/Bühler, *NJW* 2017, 2789, 2793.

〔144〕 虽然我国《民法典》只在原则上禁止了遗失物的善意取得(第 312 条),但通说认为盗赃物也应类推适用此项规定。参见王利明:《物权法研究(上)》,中国人民大学出版社 2016 年版,第 441 页以下;前注〔7〕,崔建远:《物权法》,第 99 页以下。

〔145〕 Gsell/Fervers, *ZfPW* 2021, 1, 15.

〔146〕 在德国法的背景下,有学者构想出三角返还(Abwicklung „über Eck“)这一折中之策来应对“最小限度的善意取得”说所提出的问题。具体而言,出卖人先向善意占有人根据合同解除或不当得利的规定请求返还用益(此时善意占有人可凭借留置权与同时履行抗辩主张价款的返还),再由所有人向出卖人请求有关这部分用益的不当得利返还。Vgl. Gsell/Fervers, *ZfPW* 2021, 1, 11. 但其也承认这只是《德国民法典》第 993 条明确规定背景下的一个无奈之举,更妥帖的方案当然还是允许所有人能向善意占有人直接请求用益的返还。Vgl. Gsell/Fervers, *ZfPW* 2021, 1, 23.

〔147〕 Verse, *Verwendungen im EBV*, 1999, S. 135 f.

〔148〕 Protokolle III, S. 3989=Mugdan III, S. 681.

因就是希望缓和所有人占有人规则中费用返还规定所造成的“全有或全无”的结果并在个案上达致一个较为公平的结果。^[149] 因此德国通说虽然在对费用概念的论证上更有道理,但在最终导出的结果上却显得不如联邦最高法院的判决那样合理。而为了弥补德国通说的这一缺陷,有学者也坚持此项所有人决定权还应受到诚实信用原则的限制,即不得滥用此项决定权来逃避占有人的费用返还请求权。^[150] 但简单地将判断标准诉诸诚实信用原则无疑容易造成法官的肆意裁判,有向概括条款逃逸之嫌。

与此相反,我国现行占有回复规则只认同善意占有人有关必要费用的返还请求权,的确能有效地避免所有人遭受强迫得利问题,但也会造成建设用地使用权人坐享巨额增值的这一更为不公平的结果,有因噎废食之嫌。事实上,要想解决在费用返还上所有人可能的强迫得利问题还是要回到不当得利制度中去寻找答案。相较于单纯区分善意恶意、必要费用与有益费用的规范模式,在不当得利法上发展出的主观贬值理论(subjective devaluation)能够就这个问题提供一个更有说服力的解决方案。该理论认为,是否得利需以得利人主观真意为判断标准。^[151] 根据该说在费用返还问题上所有人只对其主观认可的费用支出的成果负不当得利返还责任,对其不认可的部分可予以拒绝。赋予所有人对得利的拒绝权充分尊重了所有人对所有物的处置自由,可以从根本上排除强迫得利的可能。但为了防止其滥用该项拒绝权而伤害支出费用的占有人利益,其拒绝权的行使仍有两项客观限制:一是自愿接受(free acceptance)下的限制,即得利人在已经知道利益不是无偿给予且有机会拒绝的情况下,如果他对利益未予拒绝则视为其自愿接受了此种得利而需要承担不当得利返还责任;^[152]二是所谓无可置疑的得利(incontrovertible benefit)下的限制,即如果得利的存在以一般理性人的角度是无可置疑的,那么得利人也不能拒绝此种得利而需要承担不当得利返还责任。^[153] 这包含两种情况,其一是必要支出的节省,其二是所有人转卖该物而将费用支出的成果变现。占有人能在所有人要求其返还占有时立即主张前者的返还,而关于后者,占有人可在所有人的转卖实现后再次主张不当得利返还。^[154] 以这一理论为判断标准处理前述案例,如果所有人(或建设用地使用权人)本就想出售这块土地或已经出售,则其因为已将建筑房屋这一费用支出的成果变现而需要返还有关费用的不当得利。如果所有人(或建设用地使用权人)并未想出售这块土地,则需要进一步检视出售这块土地是否与其意愿相悖。如果是,善意的占有人仍可请求其出售或与其置换等价的土地以返还相应的不当得利。如果否,善意的占有人就无法获得全部的不当得利返还,其仅能请求所有人(或建设用地使用权人)通过积极收取孳息(例如房屋的租金)的方式获得部分返还。^[155] 这正与我国有学者坚持的应部分肯定恶意占有人对有益费用的返还请求权的观点不谋而合。其认为应部分肯定恶意占有人对有益费用的返还请求权。在避免强迫得利的前提下,应赋予本权人选择权。如果本权人选择接受费用支出所带来的利益,应当支持恶意占有

^[149] 正如其在判决中所说的那样:“此项基于《德国民法典》第 242 条的补偿请求权的数额显而易见地无法达到……被告所主张的赔偿金额。”BGHZ 41, 157, 165.

^[150] Waltjen AcP 175, 109, 141 f.

^[151] Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, 1989, p. 109 - 111.

^[152] Birks, *supra* note [151], at 104; Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, 2016, p. 85 - 90.

^[153] Peel (Regional Municipality) v. Canada (1992) 98 DLR (4th) 140, 159; Birks, *supra* note [151], at 116 - 128; Virgo, *supra* note [152], at 78 - 85.

^[154] Greenwood v. Bennett (1973) 1 QB 195.

^[155] Verse, *Verwendungen im EBV*, 1999, S. 134 f.

人对有益费用的返还请求权。^[156] 相较而言,主观贬值理论提供的判断标准较之费用概念类型化^[157] 显得更精细,一方面更为充分地尊重了所有人对所有物的处置自由,另一方面以一般理性人的衡量标准肯定占有人的不当得利返还请求权也在一定程度上兼顾了占有人的利益。

(三) 禁止穿透原则的不当得利返还规则更能衡平利益

此外,可能会有学者担心如果彻底舍弃占有回复规则,不当得利规则无法周到地保护占有人。由于传统的不当得利法对穿透原则的禁止,利益丧失人的不当得利返还请求权只能针对直接造成另一方财产损失的特定相对人(即受益人)。^[158] 与此相对,占有回复规则下的返还请求权则具有穿透效力,能直接将占有人与所有人联系起来。因此就可能有学者担心取消独立的占有回复规则将会使得占有人(或所有人)无法绕过第三人而不能直接向对方请求附带性请求权的返还。但是,占有人向所有人请求返还的权利并不是理所当然的。特别是在占有人从第三人手中以给付方式取得占有的情形中,不当得利规则更能体现其优越之处。例如窃贼甲偷了乙的东西将其转卖于善意的丙。甲与丙之间的买卖合同也因为这两人之间的原因(例如致使合同无效的甲与丙之间隐蔽的不合意)无效。如果允许乙能直接根据《民法典》第 460 条前半句规定向丙请求孳息的返还,就会导致丙处于一个相对劣势的地位:因为丙与乙之间没有给付关系,丙就不能向乙主张返还时抵销其向甲先前的付款。丙既不能依照给付型不当得利的规定向乙主张返还时抵消其向甲先前的付款,也不能向甲主张《民法典》第 985 条后半句以及第 986 条有关不当得利责任排除的抗辩。这就导致此时已完全支付价款的善意占有人丙处在一个很不利的地位。与此相比,不当得利理论提供的方案就显得更有说服力。由于不当得利规则对穿透原则的禁止,仅有甲能向丙主张不当得利请求权,而对于这项不当得利请求权,丙也能凭借自己先前对甲的对待给付主张同时履行抗辩或主张抵销。^[159] 而由于甲明知该物非本人所有却仍为自己利益将其转卖而构成不法管理,乙就此可以根据《民法典》第 980 条向甲主张孳息的返还。^[160] 在不当得利返还规则下,有了甲作为乙与

[156] 见前注[31],单平基文,第 89 页以下。其提出的恶意占有有益费用求偿权是否成立应以尊重本权人意志为根本的观点颇具参考价值。但其观点仍是以费用返还规则独立于不当得利返还规则为前提展开的,并认为“绝对无条件地适用不当得利制度来解决无权占有费用求偿权问题,有可能产生不适当的结果”。见前注[8],单平基文,第 70 页。

[157] 例如有学者认为应将我国法上的费用概念类型化为必要费用、有益费用、奢侈费用与其他费用。参见辜江南:《我国无权占有人费用偿还制度的立法完善》,载《河北法学》2019 年第 9 期,第 109 页以下。

[158] 虽然我国法上未明文禁止穿透原则,但我国司法判决一般采纳直接因果关系说而将不当得利返还请求权限定在只能针对直接造成另一方财产损失的特定相对人。参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 380 页以下。此外,《民法典》第 988 条规定不当得利外的第三人仅在其无偿接受受益人所得利益而导致受益人返还义务被排除时才负有返还义务。这一特例也从反面证明了我国不当得利法除此直索型不当得利的特例外广泛地禁止穿透原则。与之类似,《德国民法典》也以第 822 条规定此种特例而在其他情况下禁止穿透原则。易言之,在其他的三人关系中(特别是在“连锁给付”案上两个负担行为均为无效时),不当得利返还请求权只能针对给付的相对人而不能针对在此之外的第三人。这种对转化物之诉(Versionsklage)及其代表的不当得利法上穿透原则的禁止是《德国民法典》立法者的明确态度。Vgl. Motive II, S. 871 ff. = Mugdan II, S. 487 f.而这也是目前德国判例与学说上的通说。Vgl. BGH, NJW 1969, 605; NJW 1999, 1026; v. Caemmerer, FS Rabel, 1954, S. 369 ff.; Canaris, FS Larenz, 1973, S. 804 ff.我国文献对转化物之诉的介绍还可参见傅广宇:《转化物之诉与不当得利——罗马法渊源及其变迁》,载《清华法学》2015 年第 1 期,第 161 页以下。

[159] Soergel/Stadler (2006), BGB Vor. §§ 987 ff. Rn. 28.

[160] 虽然我国《民法典》未规定不法管理人的返还责任,但有学者认为其应适用第 980 条的规定,并认为可通过将该条中的“享有”解释为“主张享有”而肯认本人的管理利益移交请求权。参见金可可:《〈民法典〉无因管理规定的解释论方案》,载《法学》2020 年第 8 期,第 51 页以下。

丙之间的“缓冲”(Umweg),^{□6D}善意占有人丙就无需直面乙的孳息返还请求权。而丙面对甲的孳息返还请求权时,他也能因为先前的对待给付而获得了相应的抗辩权。由此可知,一味地允许绕过第三人的占有回复请求权很可能产生问题。相比之下,禁止穿透原则的不当得利返还规则就是一种更好的选择。

结 论

我国法上占有回复与不当得利存在一定的规则冲突。理清两者的适用关系是构建占有回复关系上统一返还规则的前提。排他地适用作为特别规范的占有回复规则并不能从根本上解决问题,反而会产生许多不公平的结果。更为可行的做法是在占有回复关系的返还问题上向不当得利返还规则靠拢。而作为特殊规范独立于不当得利返还规则的占有回复规则在一定程度上是源于在继受传统制度过程中的误解,并不值得我国效仿。因此在立法论上,我国不应该修改孳息返还规则以允许善意占有人保有孳息。同样,我国的占有回复费用返还规则的设计也不应继续在简单区分善意恶意、必要费用与有益费用的旧范式下展开。相反,可以直接让一般的不当得利返还规则取代作为特别规范的占有回复规则。如直接修法不能实现,由于我国现行的相关规范有其可取之处,至少也应当保持条文现状来为进一步的法解释工作留下足够空间。而在解释论上,可通过允许请求权竞合的方式肯定当事人的不当得利请求权,以达到不当得利规则在占有回复关系上直接适用的客观效果。

Abstract The Chinese Civil Code regulates the return of fruits and expenses between the unauthorized possessor and the owner by means of a separate rule of reversion of possession. However, there are many legal conflicts between these rules and the rules of unjust enrichment. Exclusive application of the reversionary rule would not solve the problem but can produce lots of unfair results. In fact, the rules of Owner-Possessor-Relationship come from a misunderstanding in the reception. And it fails to coordinate with rules of unjust enrichment. It would therefore be more feasible to apply the rules of unjust enrichment directly to the relationship between the unauthorized possessor and the owner. If it is not possible, this can be achieved by allowing concurrent claims.

Keywords The Owner-Possessor-Relationship, Unjust Enrichment, The Owner-Possessor-Rules in Germany, Return of Fruits, Return of Expenses

(责任编辑:庄加园)

^{□6D} Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 2015, Rn. 600; Koppstein/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1988, S. 201.