

# 权利推定：实体与程序之间的构造

王洪亮\*

---

**内容提要：**权利推定须从实体法与程序法相结合的角度予以理解。实体法决定了推定的根据以及推定的对象与范围。被推定的权利通常是包含占有权能并以占有之取得为权利取得要件的物权，债权不能被推定。另一方面，程序法上的原理亦会影响实体法的效果。权利推定主要是取得推定而非状态推定，主要根据在于推定相对人举反证推翻推定的范围。权利推定之推翻本质上为程序法问题，但如何平衡当事人之间的利益也会影响实体权利的实现。在程序中，推定权利人须承担程序性的释明义务，占有人必须说明取得之过程，以便推定相对人有针对性地进行反证。

**关键词：**权利推定 证明负担 取得推定 推定之推翻

---

我国物权法并没有规定基于占有的权利推定，〔1〕是否规定了基于登记的权利推定，也尚处于争议之中。〔2〕对于权利推定制度，立法上完全处于留白状态。理论界与实务界却认为可以通过解释确定我国物权法上已经规定了或者可推断出权利推定规则。〔3〕查目前的研究资料，对于权利推定规则的目的、程序法构造、实体法根据以及具体制度安排尚处于被动继受阶段，并无深入之研究。学界较为关注者反为权利推定与公信力或善意取得之关系，〔4〕终有舍本逐末之嫌。

我国法学界常将实体法与程序法分开研究。研究实体法的学者通常会在物权法中论述权利推定规则，但其在程序上如何适用，并不甚明了。反过来，研究程序法的学者离开了实体法孤立地研究推定规则，不仅无法区分权利推定、事实推定以及表见证明，也不知权利推定的内容为何，结果同样无法准确地适用权利推定规则。有鉴于此，本文拟结合实体制度与程序规则综合考察权利推定。

---

\* 清华大学法学院副教授。

〔1〕 立法草案中曾经规定基于占有的权利推定。物权法草案第五次审议稿第4条规定：动产占有人是该动产的权利人，但有相反证据证明的除外。最终法律文本中并未规定该制度。

〔2〕 程啸：《不动产登记簿之推定力》，《法学研究》2010年第2期。

〔3〕 参见王利明：《物权法研究》下卷，中国人民大学出版社2007年版，第733页以下；最高人民法院物权法研究小组编著：《中华人民共和国物权法条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第700页。

〔4〕 参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第450页；朱广新：《论物权法上的权利推定》，《法律科学》2009年第3期；程啸、尹飞：《论物权法中占有的权利推定规则》，《法律科学》2006年第6期；常鹏翱：《物权法的展开与反思》，法律出版社2007年版，第241页；叶金强：《公信力的法律构造》，北京大学出版社2004年版，第185页。

## 一、权利推定的规范目的与程序法原理

所谓权利推定，是以占有取得或登记簿上的登记推定权利的取得甚或存在，有基于占有的权利推定与基于登记的权利推定之分。这一制度要解决的问题是什么，是研究权利推定首先需要回答的问题。

### （一）基于占有的权利推定之规范目的

#### 1. 证据负担规则下的权利证明困难

动产的占有与其实际权利状况不相符合的情况常有发生。而在所有权返还之诉、排除妨害之诉、妨害防止以及侵权等以所有权为构成要件的诉讼中，根据现代诉讼法“谁主张谁举证”的规则，〔5〕占有人通常要证明自己已有效地取得了所有权。在诉讼中，证明所有权之存在往往比较困难，取得人不仅要证明其所有权取得的事实构成，而且要证明其前手或所有前手的所有权。证明前手或者所有前手的所有权尤其困难。现时占有人可能记不得谁是前所有权人，也可能因缺乏证据而不能确认谁是前所有权人。在根据继承而取得的情况下，继承人也很难证明被继承人取得了所有权。

现代法律中，即使当事人不能向法庭澄清并使法庭确信主张之基础性事实，法庭也必须对事实进行裁判，即法庭不得拒绝裁判。在这种情况下，法庭须根据证明负担（Beweislast）进行裁决。当事人对特定的、由其提出的主张负有证明义务，如果该当事人不能履行该证明义务，则须承担败诉之结果。〔6〕如果占有人不能证明其所有权，其主张之所有权返还或者损害赔偿请求权就无法获得支持，权利无法实现。实体权利需要在程序中实现。因此在立法政策上，立法者必须决定是否给予证明困难者以救济。

#### 2. 罗马法上不予救济的模式

对于这一证明困难问题，古罗马立法者并未提供救济，完全让诸法官自由地进行证据评价（Beweiswürdigung）。在司法实践中，法官通常都会决定由主张所有权之原告承担证明所有权之责任。〔7〕但罗马法上有一个补救性制度，即非占有的一方可以对占有人提起占有之诉，相对于对方占有权源占优势的一方胜诉。占有之诉中的胜诉者不仅因此获得占有之好处，而且如果对方现在要求返还所有物，胜诉者还获得了在证明负担上比较有利的地位。〔8〕但这个补救办法是有限的，只有在所有权人因占有被侵害而丧失其物的情况下，才能起作用。另外，罗马法上存在取得时效制度，如果占有人已经占有该物一年以上，就无须证明其让与人的所有权。但在此之前，其

〔5〕我国民事诉讼法第64条规定：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。此规则被总结为“谁主张谁证明”，虽然简练，但并不达意。证明负担分配的基础在于法律适用之模式，如果法律规则构成前提可以确定，即可适用该法律规则；如果对该构成前提是否具备存有怀疑，则不能适用该法律规则。构成前提之不确定性对谁有利，应取决于实体法规则。如果在具体情况下，相关法律规则的效果有利于某一方，那么该不确定性就不利于该方。所以，任何一方当事人均应就其主张的法律规则之前提承担证明负担。具体来讲，原告应对请求权所根据的事实构成承担证明责任，而被告承担权利不存在、被阻碍或中断的证明责任（Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, S. 782, § 114, Rn. 10）。所以，所谓“谁主张谁证明”，应当是当事人对有利于自己的规范承担证明责任，原告证明的是其请求权的事实构成，而被告证明的通常则是抗辩的事实构成。

〔6〕前引〔5〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第114节，边码1以下。我国民事诉讼法也采取这一原则。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条的解释：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有证明责任的当事人承担不利后果。

〔7〕Wieling, Sachenrecht, I, § 12 IX 1, S. 629; Kaser, Das römische Privatrecht, § 103, I 1, S. 432.

〔8〕Kaser, Römische Zivilprozessrecht, § 53 III, S. 364.

尚未成为所有权人，只能借助时效取得占有人保护之诉（*actio Publiciana*）对抗第三占有人。<sup>〔9〕</sup>

### 3. 德国法上予以救济的模式

在所有权自由、绝对思想的影响下，德国立法者对于占有人证明困难的问题予以救济，规定了权利推定制度。

在起草德国民法典时，起草人约豪（Johow）认为占有人证明所有权的困难是存在的，取得时效制度并不足以救济占有人，只有规定权利推定规则才能解决这一问题，故其采纳了中古的法学家提出的推定规则。中古的法学家提出过一系列权利推定规则，比如推定已经取得的所有权继续存在或者已经取得的占有继续存在；占有人被推定为自主占有人；对于占有人以及先前占有人，如果有效的取得行为被确定了，所有权也就被推定了。<sup>〔10〕</sup>这些规则为约豪所熟知并引入德国民法典。但由于约豪本人并不知道善意取得制度，<sup>〔11〕</sup>其设计的所有权推定制度首先限于善意取得人的情况，为了善意取得人的利益，出让人被推定为所有权人。另外，他还设计了先前占有人的占有推定规则：如果某人非基于其本人意思而丧失占有或者在没有让与所有权的情况下将物交付给第三人，应推定在此之前的占有人为所有权人，而不应推定现占有人为所有权人。<sup>〔12〕</sup>

德国民法典草案第一委员会放弃了一般性地规定权利推定规则的做法，认为既然已经规定了善意取得制度以及时效取得占有人保护之诉，占有人地位已经受到充分之保护，就没有必要规定所有权推定制度。但德民第一草案规定了一个规则，即在损害赔偿的情况下，占有人被推定为所有权人。<sup>〔13〕</sup>德国民法典草案第二委员会对此持反对意见，重新采纳了所有权推定规则，其规范目的在于保护那些常常无法证明其所有权取得的当前占有人。<sup>〔14〕</sup>

#### （二）基于登记的权利推定之规范目的

不动产以登记为公示方式，登记亦具有推定之效力。但基于登记的权利推定之规范目的并不在于解决证明困难问题。

登记簿对于任何人而言均有证明作用。登记簿上的记载在法律交易中具有何种效力，立法上应予明确。具体有两种思路，一是赋予登记以完全的形式效力，即登记簿上的内容最终决定物权关系，且是不可以被撤销的；二是否认登记的形式效力，登记簿上的内容不能最终决定物权关系，不仅允许登记之更正，而且用登记的推定力取代登记的形式效力。从物权变动模式来看，登记或涂销等行为并不能单独引起物权变动，尚须处分行为作为其基础，而且在登记簿外还存在很多物权变动情况，如继承等，<sup>〔15〕</sup>故不能仅凭登记簿册的内容决定物权关系。

基于上述物权变动模式，登记簿并非总是正确的，如物权合意无效、继承等登记簿以外的物权变动，都可能导致登记簿不正确。在事理上，登记簿与实际权利状况不相符合的情况与占有与实际权利不相符合的情况是相同的。在此情况下，亦可采纳登记推定效力模式，只不过其目的不是解决登记权利人的证明困难问题，而是为了维持登记簿册在法律交易中的公示效力，维护交易安全。从生活经验来看，登记簿上的记载与真实权利状况通常是一致的，故可以登记推定权利模式取代登记形式主义。<sup>〔16〕</sup>

〔9〕 前引〔7〕，Kaser书，第438页。

〔10〕 前引〔7〕，Wieling书，第629页。

〔11〕 同上书，第365页。

〔12〕 Johow, Begründung 962 ff, 970.

〔13〕 德国民法典第一草案第825条，现行德国民法典第851条。Protokolle 3511, 4236 ff.

〔14〕 Protokolle 4049 ff.

〔15〕 Westermann, Sachenrecht, S. 569.

〔16〕 StaudingerKomm/Gursky, 1996, § 891, Rn. 1.

登记的公信力、推定力共同构成了不动产法上的公示原则。<sup>[17]</sup>但在功能上，推定力只解决证明责任的问题，而不触及实体法律问题，而公信力解决的是实体法问题。而且，根据登记簿之公信力，登记的正确性与完整性是不可以被推翻的，由此才构成了善意取得的可能性。也正因为如此，在德国民法典第 892 条关于不动产登记公信力的规定中，称交易第三人为“取得人 (Erwerber)”，而非“受让人”或“第三人”，就是因为登记的正确性在这里是不可以被推翻的。所以，这里的法律表象具有创造权利的效力，一经登记，即发生权利取得效力。<sup>[18]</sup>

另外，根据登记簿的推定力，并不能推定登记簿具有完整性，因为登记或涂销并不能作为未登记权利不存在的推定基础。<sup>[19]</sup>相反，登记簿的公信力却具有推定登记簿完整的效力，故其在完整性推定方面是对登记簿推定力的一种补充。<sup>[20]</sup>

### (三) 权利推定的程序法原理

综上所述，在动产情况下，占有人证明权利存有困难；而在不动产情况下，登记具有较强的公示效力，但又不能在实体法上强行规定登记之权利即为真实之权利，故在技术上，可以通过程序法上的构造实现登记公示在交易中的效力。两者的规范目的虽不相同，但所针对的问题是相同的，即均是权利表象与真实权利产生了分歧。在动产情况下，占有人之所以证明困难，尽管原因在于事实上的证明“不能”，但其症结却在证明负担之上，故要解决这一问题，不能不在证明负担上寻找解决之道。而在不动产情况下，通过减轻证明负担之策略，可以适当地达到维护登记簿公示力从而维护交易安全之目的。故两者虽然规范目的不同，但在解决方案上均选择了程序法上减轻证明负担之技术，可谓殊途同归。

#### 1. 权利推定的技术原理

权利推定的基本原理在于：如果某权利的构成前提存在或者不存在无法被确定，但可以确定事实 X（推定之基础），那么该权利之存在如同已经被确定，法官得作出裁判。<sup>[21]</sup>主要方法是将权利上的拥有与事实上的拥有关联在一起，通过比较容易证明的事实上的拥有来推定权利上的拥有。占有之取得或登记是对物的事实上的拥有，是外在的；而所有权是对物的权利上的拥有，是内在的。确认或者证明前者要比确认与证明后者容易得多。通过权利推定规则，物权保护变得简单了，也更有效果了。<sup>[22]</sup>

根据权利推定规则，需证明的推定基础与被推定的事实构成特征并不具有同一性，<sup>[23]</sup>即转换了证明的主题，以较容易证明的主题替换了较难证明的主题，在实质上是证明负担减轻规则。

权利推定规则与事实推定规则不同。在事实推定情况下，比较容易证明的推定基础取代的是对某些“事实”的证明，而非对权利或法律关系的证明。<sup>[24]</sup>在推定的范围上，事实推定涉及的仅为个别的事实构成要素，而权利推定涉及的则是所有有疑问的构成前提。<sup>[25]</sup>

权利推定制度与证明责任倒置亦互不相干。所谓证明责任倒置，是指法官偏离法定证明负担

[17] StaudingerKomm/Gursky, 1996, § 891, Rn. 1.

[18] Wolff/Raiser, Sachenrecht, 1957, S. 142, 148.

[19] Jauernig/Jauernig, BGB, § 892, Rn. 6.

[20] MünchKomm/Wacke, § 892, Rn. 2.

[21] Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1969, S. 100.

[22] Winkler, Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz, 1969, S. 17.

[23] 前引 [5], Rosenberg/Schwab/Gottwld 书, 第 783 页。

[24] 我国法律上没有事实推定规则，在德国法上则存在事实推定规则。如父母给予晚辈抚养费的，存有疑问时，得推定其并无向该晚辈请求补偿之意图（德国民法典第 685 条第 2 款），在某一时间段开始与终止自主占有某物者，推定其在此期间，亦自主占有该物（德国民法典第 938 条），如果质物为出质人或所有权人所占有，则推定是质权人将其返还的（德国民法典第 1253 条第 2 款）。

[25] 前引 [21], Leipold 书, 第 100 页。

规则而进行的证明负担之分配，<sup>〔26〕</sup>主要适用于故意或过失阻碍证明、严重违反职业义务（如医生责任）、产品责任以及说明解答义务违反等情况下。<sup>〔27〕</sup>其实质是将某些本应由原告证明的对象转换为由被告证明的对象。之所以转换证明责任，主要根据在于被告接近证据（Beweisnähe）以及证明之情形处于被告危险之领域（Gefahrenbereich）。<sup>〔28〕</sup>

## 2. 权利推定规则对主张负担的影响

有争议的是，占有推定规则是否会对主张负担（Behauptungslast）产生影响。在奉行辩论主义的国家，存在所谓的提出原则（Beibringungsgrundsatz），当事人需要提供作出裁决所必须的事实。根据提出原则，每个当事人都需对构成要件所需要的事实进行主张，此即主张负担规则。如果原告没有对诉讼根据的事实进行主张，那么即使被告缺席，也须驳回起诉。同样，被告如果没有对抗辩事实进行主张，其即应承担因此产生的不利益。<sup>〔29〕</sup>那么，在诉讼程序中，占有入是否必须对所有权取得以及所有权进行主张，仅仅陈述其占有该物是否足够呢？

德国主流学说认为，推定规则不仅对证明负担有影响，对主张负担亦有影响。在物被损害的情况下，占有人起诉时无需主张其享有所有权，主张其占有即可。<sup>〔30〕</sup>在逻辑上，基于占有推定所有权的构成前提是“自主占有”（德国民法典第1006条），而所谓自主占有，即以所有权人身份占有该物，所以占有人必须主张或陈述其为所有权人。但通说认为，在对占有性质存有怀疑时，可推定为自主占有，即占有之基础同时包含着所有权之根据，作为占有入之陈述同时包含着作为所有权人之陈述。<sup>〔31〕</sup>在结果上，推定受益人只需主张占有即可。

在基于登记推定权利的情况下，登记簿上的权利人主张登记时，即可知道其主张何种权利，因为登记簿上已经记载了权利之名称与内容。而对于取得该权利的原因，登记簿上的权利人并无主张之负担。

## 二、权利推定的实体法构造

权利推定规则本质是证据负担减轻规则，通过比较容易证明的占有或登记等事实来推定权利。程序法规则须以实体法规则为基础，且不能与之相悖。

### （一）权利推定的实体法根据

物权具有支配性、绝对性，为了维护权利清晰性以及权利安全性（Rechtssicherheit），须尽可能地向外公示物权地位以及物权变动。<sup>〔32〕</sup>故我国采取了物权变动公示生效要件主义，不经登记或交付，当事人间不发生所有权取得或物权变动（物权法第9条、第15条、第16条和第23条）。

基于物权变动公示生效要件主义，占有状态以及土地登记簿之记载状态与实际权利关系相吻合的可能性就极大。<sup>〔33〕</sup>以动产为例，在有权取得的情况下，所有权变动以（直接或间接）占有的变动为前提，占有原则上被归属于所有权人，随着所有权的移转而移转，占有是所有权的“记

〔26〕 Baumgärtel, Beweispraxis im Privatrecht: die Schwierigkeiten der Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung, 1996, Rn. 446, S. 265.

〔27〕 前引〔5〕, Rosenberg/Schwab/Gottwald书, 第764页。

〔28〕 Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, 1966, S. 65 ff. 详见毕玉谦:《民事证明责任研究》, 法律出版社2007年版, 第327页以下。

〔29〕 前引〔5〕, Rosenberg/Schwab/Gottwald书, 第114节, 边码39。

〔30〕 前引〔21〕, Leopold书, 第98页以下。

〔31〕 Werner, Grundprobleme des § 1006 BGB, JA 1983, S. 620.

〔32〕 Staudinger/Seiler Einl. zu § § 854, Rn. 56.

〔33〕 [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62页。

录”。即使在继承的情况下，德国民法典也拟制地将二者关联在一起，即继承人获得遗产所有权时即取得占有。在无权取得的情况下，善意取得人须取得占有方可构成善意取得。

在逻辑上，公示方式若常与实际权利不一致，即无规定权利推定之正当基础。学说上多有认为，权利推定的基础在于占有或登记与真实的权利在绝大多数情况下是一致的“经验法则”。<sup>[34]</sup>而根据意思主义原则，合同一生效，物权即变动。按此逻辑，登记或占有在多数情况下与真实权利状态并不相符，应无权利推定之基础。尽管如此，日本法还是规定了权利推定规则，而且学说仍坚持认为占有推定权利规则即是以占有在多数情况下与真实权利状态相符合的盖然性为基础的，<sup>[35]</sup>并未另行寻找其合理性根据，存在逻辑矛盾。

## （二）取得推定

有争议的是，这里的被推定是权利状态（Rechtzustandvermutung）还是权利之取得（Erwerbsvermutung）。前者主张，根据占有或登记即可推定相关权利现在是否存在，而后者则主张，根据占有或登记仅能推定权利之取得。

### 1. 基于占有的权利推定

对于基于占有的权利推定，德国通说采取取得推定说。在生效要件主义下，所有权取得以占有取得为前提，已取得物之占有者，即成为其所有权人。<sup>[36]</sup>根据这一法律结构，推定的基础并非作为事实的占有，而是作为所有权移转事实构成的占有移转，被推定的也并非权利状态，而是权利取得。所以，占有推定所有权规则是一种取得推定，在取得占有时，现时的自主占有人被推定已取得（不附条件的）所有权。<sup>[37]</sup>之所以将推定限于取得推定，重要的原因在于平衡当事人之间的利益。如果推定的对象不限于权利取得而是一般性的权利状况，则推定相对人须驳倒所有权事实构成的所有情况，其举证负担过重。

基于上述逻辑，只有当自主占有取得与所有权取得同时发生时，方可适用占有取得推定规则。如果占有人主张在取得占有后才取得所有权，即他首先只取得他主占有，那么就不能适用占有推定规则，此时他必须证明是如何取得所有权的。<sup>[38]</sup>比如，现时占有人甲因质权而占有某物，如果他主张对该物享有所有权，则并不能适用占有推定规则，甲必须主张并证明其是如何取得质物所有权的。<sup>[39]</sup>当然，在占有人称述他主占有时，可以推定其享有相应的他物权。

在时效取得以及通过让与返还请求权方式取得的情况下，自主占有取得与所有权取得并未同时发生，故也不能适用权利推定规则。<sup>[40]</sup>同理，原所有权人事后追认无权处分的情况下，亦不适用占有推定规则，此时占有人亦须承担证明责任。<sup>[41]</sup>

在理论上，债权证书之移转不具有独立性，债权证书上的所有权取决于被证券化的权利的归属。也就是说，证书所有权的取得遵循的并非交付原则，所以不能基于证书的占有而推定所有权。该规则也适用于驾驶证，但驾驶证上的记载可以作为证明所有权关系的根据，可以作为推翻

[34] MünchKomm/Medicus, § 891, Rn. 1; StaudingerKomm/Gursky, 1996, § 891, Rn. 1; 前引 [3], 王利明书, 第 734 页; 前引 [2], 程啸文, 第 110 页。

[35] [日] 我妻荣:《新订物权法》, [日] 有泉亨补订, 罗丽译, 中国法制出版社 2008 年版, 第 502 页。

[36] 前引 [3], 最高人民法院物权法研究小组编著书, 第 700 页; MünchKomm/Medicus, § 1006, Rn. 13; Brehm/Berger, Sachenrecht, § 7, Rn. 81.

[37] Staudinger/Gursky, § 1006, Rn. 7.

[38] 前引 [31], Werner 文, 第 621 页。

[39] 在用益权或者质权情况下, 权利推定也适用于他主占有人。但基于他主占有只能推定用益权或者质权, 而不能推定所有权。

[40] Jauernig/Jauernig, BGB, § 1006, Rn. 1.

[41] 前引 [31], Werner 文, 第 623 页。

占有推定的根据。<sup>〔42〕</sup>另外,占有机动车证书的占有人并不能被推定为所有权人,只有占有机动车的人才能被推定为所有权人。但持有机动车证书者可以以其对证书的占有推翻基于机动车占有的所有权推定。为此,其须证明机动车占有人将证书交付给他并没有所有权移转以外的原因。<sup>〔43〕</sup>

## 2. 权利推定规则与动产善意取得

善意取得制度本身隐含了不可推翻的权利推定制度,故在善意取得情况下,并无适用权利推定规则之必要。但在一些无法从无权利人处善意取得之情形,须规定排除占有之推定力。

在德国法上,在非基于本人意愿而丧失占有的情况下,不适用善意取得规则,原所有权人受到保护。既然如此,就不能基于占有推定后来之占有人为所有权人,否则就会发生冲突。<sup>〔44〕</sup>例如,虽然甲取得对某物的自主占有,但该物前手占有人证明该物是自己丢失的,就不能根据占有推定甲是所有权人。

物之丧失并非是适用丧失物善意取得规则的唯一要件,除此之外,尚需要“权利人丧失占有”这一要件。故占有人不得针对非基于本人意愿丧失占有的先前占有人主张所有权推定,但仍可以针对其他人主张基于占有的所有权推定。<sup>〔45〕</sup>

另外,在非基于本人意愿而丧失占有的物被拍卖取得的情况下,拍得人可以善意取得该拍卖物。按此逻辑,应当认为,占有人对于拍卖之丧失物得主张所有权推定。但拍卖关系并非物权关系,无法根据占有识别物是否被拍卖,故占有人仍须证明其经由拍卖取得了所有权,而无法适用占有推定规则。

在本质上,丧失物推定规则构成了对占有推定规则的限制。根据该规则,前占有人须陈述并证明物之“非自愿丧失”。<sup>〔46〕</sup>但适用该限制规则只能为非自愿丧失物的前占有人之利益,而不能为第三人利益。

## 3. 基于登记的权利推定

基于权利推定规则与物权变动规则的功能性关联,梅迪库斯认为,基于登记的权利推定也是取得推定。<sup>〔47〕</sup>但古尔斯基对此却持有不同观点,认为基于登记的权利推定涉及的是权利状态的推定,被推定的不是被登记权利或被涂销权利产生或者消灭的构成要件事实,而是权利存在或者不存在的事实。首先,是否将基于登记的推定之对象限于权利取得,对于推定相对人的证明责任并无重大影响,因为所有的权利情况都会在登记簿册中反映出来。只不过在推翻基于登记的权利推定时,推定相对人须排除事后的物权合意之可能。其次,根据德国民法典第891条第1款,如果某人的权利被登记入登记簿册,即可推定该权利存在且其享有该权利,即有积极证明作用;根据该条第2款,如果被登记在土地簿册中的权利被涂销,则该权利被推定不存在,即有消极证明作用。但涂销之事实不仅可用来推定权利之废止,也可以作为登记簿更正之根据。所以,如果仅将推定的根据限于涂销之过程,即权利通过涂销而被废止,肯定很荒谬。如此一来,涂销本身只能说明相关权利或者自始不存在,或者间接地消灭因此现在不再存在了。既然第891条第2款不能被理解为基于登记过程的推定以及与此恰好相合的权利变动,故也不能对第891条第1款作如此理解。<sup>〔48〕</sup>

〔42〕 Wieling, Sachenrecht II, § 12 IX 2, S. 631.

〔43〕 Schlechtriem, Zivilrechtliche Probleme des Kfz-Briefs, NJW 1970, 2088.

〔44〕 前引〔31〕, Werner文,第623页。

〔45〕 前引〔42〕, Wieling书,第633页。

〔46〕 前引〔31〕, Werner文,第623页。

〔47〕 Medicus, Ist Schweigen Gold? Zur Widerlegung des Rechtsvermutungen aus §§ 891, 1006 BGB, in Fs für F. Baur, 1981, S. 63 ff., 71 ff., 81 f.

〔48〕 Staudinger/Gursky, § 891, Rn. 2.

笔者认为，自权利推定以物权变动公示生效要件主义为基础的思路出发，当以梅迪库斯的学说较为合理；若考虑土地登记簿册中登记的公示功能较占有的公示功能为广，则应采古尔斯基的学说。但该问题的最大意义在于确定推定相对人推翻推定的举证范围。若采纳古尔斯基的学说，推定相对人不仅应推翻权利取得之事实，而且须推翻所有被登记入簿册的权利状态，推定相对人的证明负担会因此加重，并不合理。故对于基于登记的权利推定，本文亦采取推定之学说。

### （三）存续推定

#### 1. 基于占有的权利推定

德国民法典并未提及存续推定，但在起草德国民法典时，所有权存续的推定被认为是当然的。<sup>[49]</sup>在基于占有的权利推定情况下，其存续推定（Bestandvermutung）较为特殊，是取得推定的补充。在自主占有期间以及占有丧失后、他人的自主占有成立前，推定已被取得的所有权继续存在。<sup>[50]</sup>如果推定占有人已经取得所有权，那么就可以推定其所有权持续存在，即使占有人丧失了占有，持续推定的效力亦存在，但不得对抗为了新占有人之利益而为之推定。<sup>[51]</sup>这里隐含的思想是：既然从他主占有转化为自主占有需要证明，那么从自主占有转化为他主占有也需要证明。<sup>[52]</sup>

但有学者认为并无存续推定之必要。如果被告主张自主占有人丧失了其所有权，那么他必须主张并证明规定有该法律效果的规范的事实构成，就如同主张债权消灭一样，必须证明清偿或者抵销等法律规定的事实构成。<sup>[53]</sup>如此，即使没有存续推定，自主占有人亦不会承担证明负担。此说固然有其道理，但未能涵盖所有类型，如先前占有人非基于本人意愿而丧失占有的情况，其须根据存续推定主张有利于他的所有权推定。而且，在现时占有人从前手占有人取得所有权时，也可以推定在其取得之前，前手占有人一直都是所有权人。

如果有利于现时占有人的权利推定被推翻了，但该现时占有人并非请求权人或原告，先前占有人为原告，此时先前占有人须证明其所有权，其同样存在证明困难之问题，在利益状况上与当前占有人的情况相同。德国立法者认为亦可以为了先前占有人之利益进行权利推定。但有疑问的是，先前占有人已经丧失了占有，如何基于占有取得推定权利。此时，虽然不能基于占有取得推定权利，但先前之占有具有持续推定之效力（Fortdauervermutung），基于该效力，得推定先前占有人为所有权人。如果先前占有人被推定为所有权人，则同时推定其所有权没有移转给后来的占有人。比如，甲占有某电视机，乙将之毁损后又出售给丙，此时，甲可以基于过去的占有主张其为所有权人，从而向非善意的乙主张损害赔偿或恶意的丙主张返还。

有利于现时占有人的占有推定优先于有利于前占有人的占有推定，只有在根据前者的推定不能适用或者被推翻的情况下，才可以适用根据后者的推定规则，推定前一个自主占有人取得所有权，并且该所有权一直持续存在。<sup>[54]</sup>也就是说，不存在同时有利于现时占有人与先前占有人的推定。占有取得是所有权取得的正当化基础，占有之丧失也是所有权丧失的基础，而占有之丧失也意味着占有移转到新所有权人手中。如此推论，对于先前占有人的所有权推定只适用于其占有期间，且通常只有当他能证明其丧失占有时并未丧失所有权，才能作有利于先前占有人的推定。典型情况为物之占有是非基于本人意思而丧失（如盗赃物）或者由于其他原因取得人没有取得所有权。如果

[49] Protokolle 4049 ff.

[50] Jauernig/Jauernig, BGB, § 1006, Rn. 1.

[51] 前引 [7], Wieling 书, 第 632 页。

[52] 前引 [31], Werner 文, 第 621 页。

[53] 前引 [36], Brehm/Berger 书, 第 7 节, 边码 82。

[54] StaudingerKomm/Gursky, § 1006, Rn. 13.

他能证明这一点，就推翻了有利于现时占有人的所有权推定。

## 2. 基于登记的权利推定

在积极证明的情况下，登记亦具有存续推定之效力，即登记权利人于登记期间持续地享有该权利。<sup>〔55〕</sup>但在消极证明情况下，涂销作为推定之基础，被推定的仅是被涂销的权利自涂销登记时起不存在或不再存在，但不能推定在登记期间内被涂销的权利存在。无论是基于登记簿上权利人同意还是基于法院判决，如果涂销之目的在于更正登记簿，从事理上看，并无存续推定之余地，推定权利在登记期间内存在会与更正登记本身产生矛盾。<sup>〔56〕</sup>但如果登记之目的在于废止权利，则可以推定在登记期间被涂销的权利持续存在，<sup>〔57〕</sup>因为废止权利是以权利存在为前提的。

### （四）被推定的权利之范围

#### 1. 基于占有的权利推定

哪些动产物权可以基于占有被推定，主要取决于两个要素，其一是该动产物权中是否包含占有标的物之权能，其二为该物权之成立是否以占有之取得为要件。<sup>〔58〕</sup>占有推定规则除了可以适用于所有权以外，尚可以适用于用益权与质权。应当注意的是，动产上也可以设定用益物权，<sup>〔59〕</sup>故存在基于占有推定用益权的制度。

基于占有的所有权推定规则主要适用于以占有人的所有权人地位为前提的请求权，比如侵权损害赔偿请求权、所有权移转请求权、所有物返还请求权以及防御请求权等。通常来讲，涉及身份关系的其他占有权利，如基于亲权关系、监护关系、夫妻关系等的占有权，则不得推定。

对于债权能否适用占有推定规则，有不同观点。有立法例承认债权性占有权也在推定范围之内，如基于租赁的占有权，<sup>〔60〕</sup>王利明教授对此也持肯定态度。<sup>〔61〕</sup>但德国法中占有上权利推定之效力并不及于债权。<sup>〔62〕</sup>德国学者一般认为，对于债法关系不能适用权利推定规则。如当事人争议交付的原因是租赁还是赠与，即不适用该规则，占有人必须予以证明。<sup>〔63〕</sup>

从权利结构上看，债权并不以占有为成立要件。而且，“债权性权利的内容如何，完全取决于其背后的债权关系的具体构造，从而即便推定一项债权性占有权（如租赁权）的存在，而该债权性占有权的内容如何，还得回到其背后的债权关系（租赁合同关系），其结果已不单单是对一项债权性占有权的推定，还必导致对其背后的债权关系及其内容的推定，这显然有违占有上权利推定制度设计的目的”。<sup>〔64〕</sup>

从物权行为无因性原则的角度来看，取得之原因对于占有推定亦无意义。<sup>〔65〕</sup>基于占有只能推定所有权，而不能推定所有权取得之原因行为，如果占有人根据原因行为的存在而主张所有权存在，则其负有证明原因行为存在的义务。<sup>〔66〕</sup>

在我国，物权变动的一般性规则为公示生效要件主义，即物权之变动以一个生效的合同以及

〔55〕 StaudingerKomm/Gursky, § 892, Rn. 31.

〔56〕 StaudingerKomm/Gursky, § 892, Rn. 32.

〔57〕 Jauernig/Jauernig, BGB, § 892, Rn. 5.

〔58〕 张双根：《占有的基本问题——评〈物权法草案〉第二十章》，《中外法学》2006年第1期；前引〔3〕，王利明书，第738页。

〔59〕 [德] 鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》下册，申卫星、王洪亮译，法律出版社2004年版，第531页以下。

〔60〕 王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》，中国政法大学出版社2001年版，第235页。

〔61〕 前引〔3〕，王利明书，第737页。

〔62〕 参见前引〔33〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第177页。

〔63〕 前引〔31〕，Werner文。

〔64〕 前引〔58〕，张双根文。

〔65〕 Erman/Hefermehl, § 1006, Rn. 1.

〔66〕 前引〔7〕，Wieling书，第635页。

一个事实行为性质的履行行为（公示方法）为必要，遵循的是一体性原则。但有一点与分离原则是相同的，即合同的效力与物权的效力被分开考察。因此，为避免推定涉及占有背后的债权法律关系，在权利推定的制度设计上，推定的效力应限于物权效力部分，而不涉及合同效力部分。

## 2. 基于登记的权利推定

基于登记推定的权利只限于有登记能力的权利（eintragungsfähige Rechte）。有登记能力的权利包括民法上规定的不动产所有权、限制物权等。不具有登记能力的权利主要是指债权，还包括一些不需要登记即生效的法定权利，如越界建筑之定期金。但在抵押权的情况下，存有例外，即担保债权也可以被推定。<sup>〔67〕</sup>但对于债权登记的要求很低，只要能够确认是哪个债权即可，而无须给出债的发生原因及细节，推定相对人并不能从登记簿册中知道具体的事实，也就很难推翻该推定。<sup>〔68〕</sup>

# 三、权利推定的推翻

权利推定制度的正当性来自于登记或占有与权利相符合的盖然性。二者不相符合的情况亦常有之，故应允许推定相对人举反证推翻权利推定。

## （一）权利推定的推翻

以基于占有推定所有权为例，占有人无需陈述甚或证明导致其取得所有权的事实，只需根据占有即可。欲推翻此所有权推定，推定相对人有三种路径可以选择：<sup>〔69〕</sup>首先可以证明该物为非基于本人意愿而脱离其占有之物，因为在此情况下，通过法律行为取得之可能性极小；其次可以通过动摇所有权推定之基础来推翻推定，如证明不构成占有或者不构成自主占有；最后一种方式为推翻权利推定的主要方式，即直接推翻权利推定。根据占有推定所有权，被推定的并非事实，而是权利，故要推翻该所有权推定，仅推翻事实之存在并不充分，推定相对人须证明权利不存在。这意味着，推定相对人必须完全证明推定效果的“反面”，即证明推定受益人从未成为所有权人或者其所有权丧失了。<sup>〔70〕</sup>

在程序法上，推翻权利推定的证明要求较高，仅使法官产生怀疑的线索是不充分的，<sup>〔71〕</sup>推定相对人必须举反证完全排除占有人取得所有权之可能，并使法官确信。尽管对于推翻权利推定的证明要求较高，但还是允许通过推断证据（Indiztatsachen）以及表见证据进行反证。<sup>〔72〕</sup>

推定能否被推翻，本身是一个证据评价问题。对于占有推定的推翻，法官可以在自由评价证据过程中考虑该推定的不可信赖性。在司法实践中，法官往往会放低推翻占有推定的难度，比如按照所有权保留的行业习惯就可以驳倒占有之推定；对于非基于本人意愿而脱离占有的情况，原告证明丢失的事实即可。<sup>〔73〕</sup>在物被偷的情况下，原告只要证明在某一时刻还拥有某物，但突然就不见了。因为盗窃通常是在秘密中进行的，原告不知道何时、如何丢失是正常的。法官此举的目的在于平衡当事人之间的利益，为推定相对人“减负”，因为权利推定极大地加重了推定相对

〔67〕 Soergel-Kommentar/Stürner, 2002, § 891, Rn. 10.

〔68〕 前引〔47〕, Medicus文, 第63页, 第66页。

〔69〕 Jauernig/Jauernig, § 1006, Rn. 5.

〔70〕 StaudingerKomm/Gursky, 1999, § 1006, Rn. 38.

〔71〕 前引〔36〕, Brehm/Berger书, 第7节, 边码80。也有学者认为, 此时占有人自己可以免负举证责任, 相对人则要证明占有人无权占有该物。参见前引〔60〕, 王泽鉴书, 第234页; H. Koziol, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I, Wien 2000, S. 240.

〔72〕 StaudingerKomm/Gursky, 1999, § 1006, Rn. 42.

〔73〕 StaudingerKomm/Gursky, 1999, § 1006, Rn. 41.

人的证明负担。但在结果上，司法实践的这种做法也会导致权利推定规则被弱化。<sup>〔74〕</sup>

## （二）取得推定与权利推定之推翻

如上所述，基于占有推定的是权利取得，即随着占有之取得亦取得所有权，故权利推定之推翻限于占有之取得与所有权取得同时发生的情况，无须排除占有人成为所有权人的所有可能情况。<sup>〔75〕</sup>

在基于登记推定权利的情况下，依据权利状态推定说，推定异议人不仅要推翻土地簿册所登记的权利产生之构成，而且要推翻那些与嗣后权利取得有关的法律上可能的取得原因，即权利存在的所有可能性都须被推翻。<sup>〔76〕</sup>如在没有发放贷款（即被担保的债权没有产生）的情况下，要求涂销抵押权的所有权人不仅要证明不存在土地簿册上登记的债权，而且要证明不存在其他可能为登记所覆盖的债权。<sup>〔77〕</sup>在司法实践中，如此要求证明责任对于反驳推定者是苛刻的。故在此种学说下，亦将推翻之证明限于与登记簿册相关的或者根据具体情况可能的取得原因之排除。<sup>〔78〕</sup>但按照取得推定说，登记簿正确性的推定基础在于登记与权利取得的一致性，故推翻之证明针对的只是土地簿册上登记的记载与涂销原因。<sup>〔79〕</sup>

虽然将权利推定之推翻限于取得推定一定程度上可以减轻推定相对人的证明责任，但如果推定相对人不知道占有取得或者推定受益人的登记是如何完成的，他就无法证明推定受益人没有取得权利。在结果上，推定相对人的证明负担还是过重。

在登记情况下，不仅会记载登记日期，还会记载登记之基础（所有权让与、准许或可执行之名义）。根据这些信息，推定相对人不仅可以获知取得之过程，而且可以获知取得之原因。在推翻推定时，推定相对人即可针对此取得原因进行证明，与基于占有的权利推定之推翻相比要容易一些。但抵押权涉及被担保的债权，而在实践中，对于被担保债权，登记的往往是一般性的描述，此时推定相对人无法从登记簿册中获知债权取得之原因，其证明责任依然很重。

## （三）取得原因与权利推定之推翻

在基于登记推定所有权的情况下，如果推定受益人主动陈述取得原因，则推定相对人只须推翻其陈述的取得原因。如甲基于和解而被登记为土地所有权人，后来甲起诉和解对方当事人乙要求确认所有权，乙首先只需证明因为错误或者没有有关部门批准而使和解无效即可，如果甲在解释具体情况后，主张其在和解前已经取得了土地所有权，则乙必须排除该取得之可能性。<sup>〔80〕</sup>

在基于占有推定所有权的情况下，如果在诉讼程序中占有人主动对所有权取得进行陈述，则推定相对人的证明义务也应被限定在被推定所有权者所陈述的取得过程上。<sup>〔81〕</sup>其理由主要有二：其一，该限定比较公平，如果不限定证明的范围，那么推定相对人几乎不可能举出反证；其二，根据基于登记的所有权推定，推定相对人的证明范围被限定在从登记中可认知的取得原因的范围内，而与登记相比，占有的可信赖度相对要弱，法律没有理由让占有推定相对人承担比登记推定相对人更重的证明责任。

综上所述，在推定受益人自己对权利的取得原因进行陈述时，推定相对人推翻推定的证明责任会减轻，只需对推定受益人陈述的取得原因进行反证即可。<sup>〔82〕</sup>但是如果占有人不主动对所有

〔74〕 前引〔7〕，Wieling书，第637页。

〔75〕 Jauernig/Jauernig, § 1006, Rn. 5.

〔76〕 StaudingerKomm/Gursky, 1996, § 891, Rn. 38.

〔77〕 Soergel-Kommentar/Stürner, 2002, § 891, Rn. 14.

〔78〕 StaudingerKomm/Gursky, 1996, § 891, Rn. 39.

〔79〕 前引〔47〕，Medicus文，第81页以下。

〔80〕 StaudingerKomm/Gursky, 1996, § 891, Rn. 39.

〔81〕 前引〔47〕，Medicus文，第63页，第77页；Jauernig/Jauernig, § 1006, Rn. 5.

〔82〕 StaudingerKomm/Gursky, 1999, § 1006, Rn. 43.

权取得进行陈述，推定相对人的反证就无法具有针对性，其证明负担就会过重。

为了平衡当事人之间的利益，有学者认为：虽然推定受益人不承担主张负担，但这并不意味着推定受益人可以对关于取得事实的问题完全不予回答。对其而言，被免除的仅是原始的主张负担，次位的主张负担并未被免除，即他必须对推定相对人的主张表达意见。其逻辑在于：如果具体的取得事实处于推定受益人可能知道的范围内，其就有信息提供义务（德国民事诉讼法第138条第4款）。在诉讼中，推定相对人可以先对推定的权利取得进行一般性的否认，然后由推定受益人在其可能知道的范围内提供、陈述具体的取得事实，针对该取得事实，推定相对人进行反证。<sup>〔83〕</sup>但占有人不会因该陈述而就具体取得原因负担证明责任，他只是承担了一定的陈述负担。

如果推定相对人推翻了推定受益人的陈述，推定受益人还可以提出第二个取得原因，此时相对人必须再次推翻此事实。但如果受益人没有合理解释为什么变更陈述，法官会进行证据评价，推断线索，可能得出对推定受益人不利的判断。<sup>〔84〕</sup>

梅迪库斯基本同意上述观点，但认为推定受益人的说明义务的基础并非次位的主张负担，因为推定受益人并不承担不履行“负担”的责任。如果推定受益人能够说明不能提供具体的取得事实的理由，即免除其次位主张负担。而且，按照次位主张负担说，推定相对人简单地否认推定的结果，推定受益人即负有说明义务，这并不具有正当性。<sup>〔85〕</sup>

按照梅迪库斯的观点，推定受益人负有程序性的释明义务（Aufklärungspflicht），该释明义务的法律基础是民事诉讼法中的真实义务（德国民事诉讼法第139条第1款）。根据此义务，占有人必须说明取得之过程，在某些情况下还必须说明为什么他无法给出相关信息。如果占有人拒绝说明而援引占有推定规则，即为滥用权利。<sup>〔86〕</sup>当然，推定受益人可以改变其说明，在这种情况下，推定相对人要针对新的取得原因进行反证。

有学者认为，根据梅迪库斯的学说，占有人承担一定的释明义务，实质上负担了部分证明责任，这是与占有推定规则减轻证明责任的规范目的相违背的。而且，程序中的真实义务也不能推导出占有人负有说明义务，他只要不违背事实地反驳相对人的陈述即可。另根据民事诉讼法原则，当事人没有义务为另一方提供程序材料，所以占有人不应负有说明义务。<sup>〔87〕</sup>

笔者认为，应对权利推定予以一定的限制，否则推定相对人将会承受不合理的举证负担，但同时不得为推定受益人设定证明或主张之负担。梅迪库斯主张占有人承担释明义务，既未要求推定受益人承担证明责任，也没有要求推定受益人承担主张负担，其基础在于程序法上的真实义务。根据该真实义务，法官得要求当事人提供案件中所缺少的陈述，当事人因此负有说明义务。通常当事人都会立即提出相关陈述或主张。而在证据采信程序中，任何当事人都可以引据对方的有利于自己的主张。<sup>〔88〕</sup>另外，虽然推定受益人对权利取得提供了一定的说明，但并不是在为另一方当事人提供程序材料，而是为法庭提供藉以审判的必要信息。所以，笔者认为梅迪库斯的学说还是比较稳妥的。

综上所述，基于占有的权利推定规则本质是一种程序规则。只有在诉讼程序中，推定规范的效用才发挥出来。一旦进入诉讼程序，占有人至少须就其占有上的权利主张负说明义务。只有占有人就其在占有物上行使的权利予以说明之后，占有上权利推定规则才开始启动其“推定程序”，

〔83〕 前引〔21〕，Leipold书，第97页以下；MünchKomm/Medicus，§ 1006，Rn. 15 f.

〔84〕 前引〔21〕，Leipold书，第97页以下。

〔85〕 前引〔47〕，Medicus文，第77页以下。

〔86〕 同上文，第63页，第77页以下。

〔87〕 前引〔31〕，Werner文，第622页。

〔88〕 前引〔5〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第114节，边码39。

亦即推定占有人适法享有其所说明或主张的权利，而欲推翻此推定效力之对方当事人，也就相应地负有举出相反证据的义务。虽然占有具有推定效力，但实际上，基于单纯的占有事实本身而不借助于占有人的任何言辞或表示，或者不借助其他相关情境而推测占有人的意思，并不能对占有人的权利予以推定。只有在诉讼中，通过双方的证明、辩论，法官才能得出是否基于占有推定权利、推定何种权利的判断。

## 结 语

权利推定规则的规范目的在于救济占有人证明所有权等物权的困难以及赋予登记以公示效力，维护交易安全。为达此规范目的，在程序法上采取了减轻证明负担之技术，通过较容易证明的占有取得或者登记等权利变动事实构成来推定所有权。

纵观权利推定规则，其寄居于物权实体法规范之中，展开的却是程序法上的效力；其根据在于实体法上的权利取得规则，但在权利推定的推翻上，又只能在程序法上平衡推定当事人之间的利益；其构造纵横于实体法与程序法之间，实体权利的实现离不开程序法的保障，而程序法上的权利保障制度又须根据实体法制度予以规范。

---

**Abstract:** Presumption of right should be explored from the perspective combining procedural law with substantial law. Presumption of right can be based on the possession and registration. The former aims to relief possessor's difficulty to prove property right and the latter aims to establish the effect of publicity of real property and maintain transaction security. Although having different purposes, they adopt the same legal technology of presuming property rights which are difficult to prove according to the facts easy to prove, such as acquisition of possession and registration.

Under the legislation in which possession and registration constitute prerequisites for the effective transfer of real rights, it is probable that the appearance coincides with the real situation of right, so it is reasonable to presume right according to possession and registration. Presumption of right means presumption of the acquisition of right, which is supplemented by the presumption of subsistence. Rights which can be presumed are usually with the function to possess and take the acquisition of possession as an element of acquiring real right. Obligatory rights cannot be presumed.

According to the rule of presumption of right, the beneficiary of presumption is exempt from burden of proof, but the other party can overturn the presumption by counter evidences. When the beneficiary himself makes a statement about acquisition course, the other party can overturn the presumption by counter evidences concerning to such acquisition course. In the legal procedure, the possessor must explain his acquisition course and sometimes has to explain why he can't provide information related. If he rejects to explain and still quotes the rule of presumption, his behavior will constitute abuse of right.

**Key Words:** presumption of right, burden of proof, presumption of right acquisition, to overturn of presumption

---