

# 民事证明责任分配之解释基准

——以物权法第 106 条为分析文本

徐涤宇\*

---

**内容提要：**就证明责任如何分配，学理上存在多种判断基准，以至于引发不同的结论。以物权法第 106 条的证明责任问题为例，存在“善意推定说”、“善意要件之批评说”、“善意要件之肯定说”等学理争议。就上述学说，需要回到法学方法论的立场进行评判。证明责任的确定，实际上是实体法规范的解释问题，应遵循当代法解释学以规范目的为核心的方法论。也即确定民事证明责任分配的法解释学操作，应当以规范目的为其基准。这种操作首先是综合各种解释方法，论证物权法第 106 条的规范目的；其次是从规范目的出发而非拘泥于法条的文义，重新对该条的证明责任分配进行确定，并在此基础上对上述三种学说进行评判。这种分析路径和结论，不仅验证了以规范目的为解释基准的方法论的可行性，而且也实现了证明责任问题与主流法学方法论的合流。

**关键词：**善意取得 证明责任 规范目的 解释基准

---

民事诉讼中证明责任的分配，<sup>〔1〕</sup>无论对于司法实务还是法学研究及教学，都是极为关键的问题。在法律或者司法解释有明文规定的情形下，相关案件的证明责任分配依法进行即可，一般而言不会引发适用者的困惑。但民法的具体规范（及相关的司法解释）可谓浩如烟海，而就其证明责任问题却鲜有明确规定者。<sup>〔2〕</sup>在具体案件中，为弥补这种成文法之不足，法官或者学者有必要探究证明责任的应然分配方式。这种探究的途径，一方面可以

---

\* 中南财经政法大学法学院教授。

本文系 2014 年度国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”（14ZDC018）的阶段性研究成果。写作过程中，一些观点和论证进路受中南财经政法大学法学院副教授袁中华博士的启发，有关民事诉讼法的内容也反复与其讨论，在此谨致谢意。

〔1〕 德、日通说均认为，主观证明责任与客观证明责任的分配几乎采用完全相同的方式，二者在绝大多数情形下无需进行区分对待。本文所论及的证明责任，均含有此双重含义，一般不作特别区分。

〔2〕 理论上，就任何一个民法法条，均可能发生与之相关的证明责任问题。而与德国民法典、奥地利普通民法典甚至我国台湾民法典等有所区别的是，我国实体法上鲜见关于证明责任的规范，证明责任问题仅集中规定于《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2、5、6条以及《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）第91条等条文中。

借助于当事人距离证据的远近、当事人举证能力的强弱、事实的盖然性、证明负担公平等因素进行考量,另一方面则可以通过对相关实体法规范的解释,使双方当事人恰当地分担相关法律要件的证明责任。鉴于前者主要考虑的是诉讼中的相关因素,而后者主要考虑实体法规范本身,因此在不那么严格的意义上,我们可以将其区分为诉讼法路径与实体法路径。立法论必须对前者予以充分考虑,但在解释论的立场上,实体法路径更为主流。究其原因,证明责任分配一般被视为实体法如何适用的问题。这种立场不仅仅体现于德国、日本等大陆法系国家或地区,在英美法系国家也是如此。〔3〕

由此,在解释论上,证明责任的分配问题,就演变成对实体法的解释问题。但在法教义学上,既存在文义、体系、历史、目的等多种民法解释方法,也存在着事实分类理论、规范说、修正规范说、修正法律要件分类说等多种与证明责任相关的学说理论。繁杂的方法和理论必然带来解释结果的不确定性与模糊性,这绝非司法实务所期望。寻找一个证明责任分配的确定性进路,就成为法解释学所面临的基本任务。为避免讨论陷入过于宏观或抽象之境地,笔者以物权法第106条的证明责任问题作为出发点,展开论证。

## 一、关于物权法第106条之证明责任的争议

物权法第106条确定了善意取得制度。依据该条,无处分权转让不动产或者动产时,受让人在下列情形下取得所有权:1. 受让人受让该不动产或者动产时是善意的。2. 以合理的价格转让。3. 转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。鉴于证明责任领域最为权威的学说为罗森贝克的规范说,若以该学说解释物权法第106条,则“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回”为基础规范(权利形成规范);而第1句分号之后的“除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权”为例外(抗辩)规范。由此,该条关于善意要件的证明责任分配应为如下:受让人若主张所有权,应该就其所援引的抗辩规范的要件(善意)承担证明责任。简言之,应当由受让人证明其善意。

围绕这一规范说的结论,学界观点林立。笔者曾主张,虽然从解释论出发只能得出“由受让人证明其善意”的结论,但从立法论出发,却应借鉴德国民法典的相关规定修改完善该条之表述。理由略谓:其一,德国民法典第932条第1款所确定的善意取得制度,依照规范说应解释为原权利人就受让人的恶意承担证明责任。其二,两相对照之下,德国法条文的规范构造,更契合保护交易安全的法规范目的,而中国法条文的规范构造,则有规范目的落空之虞。〔4〕简言之,就我国物权法将善意规定为善意取得规范的权利成立要件,以及由此导出的“由受让人证明其善意”的结论,笔者曾持批评意见,可以概括为“善意要件之批评说”。

〔3〕 参见〔德〕莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第81页以下。美国学者也提到,美国法学院的学生研修实体法课程时,需要学习各种诉因和抗辩的构成要件,而实际上,这些要件需要当事人承担证明责任。参见〔美〕史蒂文·苏本、马格瑞特·伍:《美国民事诉讼的真谛》,蔡彦敏、徐卉译,法律出版社2002年版,第92页。

〔4〕 参见徐涤宇、胡东海:《证明责任视野下善意取得之善意要件的制度设计——〈物权法〉第106条之批评》,《比较法研究》2009年第4期,第65页。

另有学者则赞同“由受让人证明其善意”这一解释论上的结论，可以概括为“善意要件之肯定说”。〔5〕例如，有学者认为，如此分配证明责任的原因在于，与德国等国家和地区相比，我国物权法规定的善意取得制度有明显的优先保护所有权的倾向。由此，我国的善意买受人承担着更多的交易风险，其中包括以善意取得各个要件事实之证明责任为主的诉讼风险。〔6〕另有学者则通过多种解释方法的运用，证明物权法第106条在规范意图上偏重保护所有权，而“由受让人证明其善意”的证明责任分配正是这一规范意图的准确体现。〔7〕他们由此认为，“善意要件之批评说”简单、错误地接受了德国法的结论，其所坚持的“德国法的普世性”其实根本无法成立。〔8〕

与上述观点均有所区别的是，就物权法第106条，民法学界的主流观点是“善意推定说”，即应当推定受让人为善意，而由主张其为非善意的原权利人就受让人的恶意或者重大过失负举证责任。〔9〕其实，在“应然的状态应由主张恶意者承担证明责任”这一点上，这种观点与“善意要件之批评说”并无分歧。有所差别的仅仅是，“善意推定说”就证明责任之分配并未采用规范说的学理方法。甚而至于，由于“善意推定说”之主张者往往脱离本国实在法而盲目地求证于比较法，欠缺立足于物权法文本的必要解释和证成，故即使其作为民法学界的一种主流观点，也颇值商榷。

就善意取得规范中善意要件的证明责任问题，上述三种观点在学界无疑具有代表性。三种观点相互之间有部分是抵触的，但又有部分发生重叠。例如，对于物权法第106条的规范目的以及应然的证明责任分配，善意要件之批评说与善意推定说持拥护交易安全的立场，并认为应当由真正的权利人承担对“受让人恶意”的证明责任，这与善意要件之肯定说形成鲜明的反差。但对于规范说本身，善意要件之批评说与善意要件之肯定说几乎均持肯定态度。从解释学的立场出发，我们有必要对这三种观点进行分析，并反思和评判它们背后的理论根基，如此方能回答善意要件的证明责任分配问题。

## 二、方法之惑

### （一）解释方法与规范目的

尽管证明责任问题常常产生于诉讼之中，但正如罗森贝克所言，究其根本乃是一个实体法问题。其原因在于，原告和被告必须予以证明的事实，只能由民事实体法予以规定。〔10〕

〔5〕 这一观点也得到司法实务界部分人士的认可。参见秦勤：《论善意取得制度中善意要件的证明》，《人民检察》2013年第23期，第66页。

〔6〕 参见郑金玉：《善意取得证明责任分配规则研究》，《现代法学》2009年第6期，第111页。作者认为，其原因是我国的占有制度的性质有别于其他国家和地区、在物权行为有因性和无因性之间作出的不同的政策性选择以及由此决定的善意取得制度立法精神的不同。

〔7〕 参见吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，《中国法学》2012年第4期，第149页。

〔8〕 同上文，第155页。

〔9〕 参见王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2002年版，第269页；叶金强：《论善意取得构成中的善意且无重大过失要件》，《法律科学》2004年第5期，第81页；陈华彬：《民法物权论》，中国法制出版社2010年版，第287页；程啸：《论不动产善意取得之构成要件——〈中华人民共和国物权法〉第106条释义》，《法商研究》2010年第5期，第80页。

〔10〕 参见前引〔3〕，罗森贝克书，第81页以下。

当事人为了胜诉，需要援引对其有利的实体法规范，并通过对这些规范之事实要件的证明，来实现这些法规范所规定的法律效果（比如请求权的实现或者否定）。当其无法证明或者证明不足以让裁判者信服时，则无法实现其欲求的法律效果，也即他需要承担败诉的后果。由此，证明责任分配的原则就应当是：主张某种法规范之法律效果（Rechtsfolge）的当事人，需要证明该规范的前提性构成要件（Tatbestand）事实。<sup>〔11〕</sup>该原则自德国法学家罗森贝克提出后，已被德国、日本和我国学界广为接受。但问题在于，以语言文字书写并且充斥着各种交叉、模糊、矛盾、缺漏之处的法规范，何以能够形成清晰而精确的构成要件和法律效果？对此必须借助于法律解释，才能完成这一转化。

就如何为法律解释，传统上一般认为存在文义、体系、历史、目的等四种解释方法。但上述四者并非平行关系。从历史的角度，我们可以观察到它们之间的对立与紧张。1840年萨维尼总结了法律解释的四大要素（语法、逻辑、历史、体系），并对后世法解释学产生了深远影响。而对萨维尼理论的批判与超越则来自于耶林，其核心观点即为法律目的论。如耶林所言：“目的是整个法律的创造者，没有赋予法条一个目的，也就是赋予其来源一个实践的动机，就没有法条。”<sup>〔12〕</sup>由此，目的（论）解释这种实质性解释方法，就成为克服萨维尼形式解释方法之局限性的关键手段。其后德国法解释学的发展，基本上都沿袭耶林目的论解释的基本思路，仅在细节处有所差别。如自由法学运动（代表者埃利希、施坦普、康特洛维奇、卢布夫等）在批判概念法学的基础上，就解释方法主张探寻现阶段制定法本身的理性意义，也即法律的客观目的。<sup>〔13〕</sup>与之相对，利益法学（代表者赫克）更强调法律解释应当“对制定法忠诚”，致力于探寻立法者历史上的意思，也即法律的主观目的。<sup>〔14〕</sup>二战后兴起的评价的利益法学（代表者埃里克兄弟、齐默尔曼、韦斯特曼、布洛克斯），在解释方法上承继了利益法学的主张，而晚近的价值法学（代表者拉伦茨、科殷、齐佩利乌斯等）则更为趋向于客观目的论。<sup>〔15〕</sup>

概言之，现代法解释学（尤其是民法解释学）发展的重要成果，同时也是超越萨维尼理论的核心之处，正是在于对目的论解释的开创与坚持。正如德国学者魏德士所言，“规范目的是一切解释的重要目标，这与大多数坚持萨维尼的四个标准的传统法律解释理论相反。任何解释都应当有助于实现规范内容所追求的规范目的。”<sup>〔16〕</sup>德国学者拉伦茨、我国台湾学者王泽鉴、黄茂荣等，对于这种目的到底是立法者的意志（主观目的）还是规范性的法律意义（客观目的），与魏德士的观点存在一些差异，但就解释的目标应当是法规范目的这一点而言，并无分歧。<sup>〔17〕</sup>由此，四种解释方法之间实际上应当存在位阶的差别，即规范目的是目标，而文义解释、体系解释、历史解释这三种方法是手段。由此，法律解释在逻辑

〔11〕 参见前引〔3〕，罗森贝格书，第104页。

〔12〕 吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学：探索一部民法方法论的演变史》，中国法制出版社2011年版，第125页。

〔13〕 参见顾祝轩：《制造“拉伦茨神话”：德国法学方法论史》，法律出版社2011年版，第30页。

〔14〕 同上书，第42页。

〔15〕 同上书，第99页。

〔16〕 [德]魏德士：《法理学》，吴越、丁晓春译，法律出版社2005年版，第321页。

〔17〕 [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第197页；黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第324页。

上大致可以分成两个步骤：其一，解释者需要综合运用文义、体系、历史三种解释方法，让法律规范“开口说话”，从而探明规范目的之所在。文义作为解释起点，意味着解释者首先应当运用文义解释，即“从法律文义的表达中可以得出立法者的规范意图与具体规范的目的”。<sup>[18]</sup>而以此方法不达目的时，则采体系解释方法，从法规范内部体系（上下文之间的关系）和外部体系（法律与其他法律以及宪法之间的关系）进行探寻，以及采取历史解释方法，结合法律规定时的语境（包括历史—社会语境、思想史和教义史的语境）确定规范目的。其二，借助于已探明的规范目的，解释者对规范作出符合规范目的的解释，即对有疑义的构成要件或法律效果以及他们的具体含义进行确定，从而将其正确适用于具体的案件。当然，上述两个步骤的划分仅是逻辑意义上的，实践中的操作毋宁是二者交叉进行、循环往复，难以明晰地区分。同时，借助于法教义学上对于某些规范的规范目的的确定性结论，解释者往往可以省略第一个步骤而避免重复论证。

## （二）解释学与证明责任的分配

借助于民法解释学，我们方可对规范的各要素（构成要件或法律效果）进行确定。如何解决因适用实体法规范而产生的民事证明责任问题，其核心也正是如何确定规范要件以及法律效果。由此，对实体法规范的解释学操作，就几乎成为探寻证明责任分配方案的唯一正当途径。当下主流的证明责任分配诸理论，如规范说、修正规范说、修正法律要件分类说等，在坚持规范说“对己有利的要件承担证明责任”这一原则上并无差异，有所区别的，仅仅表现在采用何种解释方法以确定规范要件和法律效果。

规范说主张以文义解释为主，辅之以偶尔的体系解释方法，对其他解释方法则几乎完全废弃。从历史的角度看，罗森贝克的规范说诞生于20世纪初，此时德国法学的主流思潮是法律实证主义。<sup>[19]</sup>因此，罗森贝克尊重法律文义的思想不难理解。但正如普维庭所批评的，“为什么系统的、历史的和目的性解释就不能用来解决证明责任问题呢？其实并不能找到拒绝这些依据的理由”。<sup>[20]</sup>这种方法论的局限实际上正是规范说的本质缺陷，也是其遭受诸多批评的根本原因。<sup>[21]</sup>

其他证明责任学说，则在解释方法上与规范说存在明显差异。普维庭的“修正规范说”，就主张综合运用多种解释方法来确定民法乃至劳动法的原则规范和例外规范的构成要件，从而确定证明责任分配。他认为：“有时对某一个别的具体的规范来说，不按照该规范的文义，而应按照相应的情势，按照系统的、体系的、或者目的性解释来分配证明责任也是可能的。”<sup>[22]</sup>而日本的修正法律要件分类说也持相近立场。如该学说中的司法研修所说就认为：“解释须立足于证明责任分配的立场。在以各实体法条文之用语和结构形式为解释基础的同时，还经常应顾及证明责任负担层面的公平性与妥当性。具体而言，应综合考虑

[18] 前引[16]，魏德士书，第328页。

[19] 对此可以佐证的是，20世纪上半叶，尽管德国帝国法院进行了颇为频繁的民法续造，但原则上还是严守法律忠诚的要求，即尊重法律文义。参见[德]弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》，陈爱娥译，上海三联书店2006年版，第495页以下。

[20] [德]汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2000年版，第412页。

[21] 具体分析参见袁中华：《规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第79条为线索》，《法学研究》2014年第6期，第147页。

[22] 前引[20]，普维庭书，第413页。

立法目的、立法之间的体系联系和整合性、该要件的一般性或特殊性、原则性或例外性以及符合该要件待证事实的事实样态、待证事实证明的难易等等。”〔23〕而要件事实论的代表者伊藤滋夫的立场则更进一步，他主张通过对民法的解释以形成“裁判规范之民法”，也就是能够直接适用于真伪不明（亦即必须对证明责任予以分配）的场合的民法。而在具体的解释过程中，他认为，证明责任对象“事实”的最终决定标准是证明责任负担的公平，而证明责任负担的公平则取决于民法规定的规范目的。当证明在诉讼中成为问题时，则应适当实现民法各制度之旨趣（目的），如此，才能保证证明之公平。〔24〕

纵观上述各种学说，毫无疑问，规范说目前依然是最具统治力的学说，其在德国法上依然具有通说的地位。当然，德国民法在制定之时就考虑了证明责任问题，它一方面通过但书等形式形成了明确的权利形成规范与权利妨碍规范，另一方面则在部分条文中直接明确地对证明责任问题进行了表达。于是，在一般情形下，借助于文义解释，并适当辅之以体系解释，即足以作出符合立法者意志的证明责任分配。但就日本民法和中国民法（包括我国台湾民法）而言，其立法材料表明其并无此种考虑，贸然适用规范说，势必在许多场合下带来证明责任不当分配的风险。由此，在解释方法上对规范说有所扬弃（但在理论基础之内核上依然一致），采用更契合现代民法解释学的后三种学说，理当更有利于我国对证明责任考虑不足的实体法规范的适用。当然，这并非意味着我们必须采取其中某种或者某几种学说。本文的立场毋宁是：鉴于主流民法解释学已然承认规范目的在法律解释作业中的核心地位，故对规范进行解释以确定证明责任分配时，也必须依托规范目的进行。由此，证明责任问题的解释学路径，原则上也应采取以下两个步骤：其一，通过文义、体系、历史等形式解释方法，揭示待解释法条的规范目的。其二，结合规范目的考量规范的精确构成要件与法律效果，在可能的待选方案中选择最契合规范目的的方案。就上述思路之可行性与科学性，下文将以我国善意取得规范中善意要件的证明责任问题为对象进行检验。

### 三、探寻善意取得之规范目的

关于善意取得之规范目的，在私法史和各国民法教义学上历有争议：有认为其根本目的仍在于保护原所有权人的利益，有认为其实则是为了维护交易安全，更有折中者认为系兼顾原所有权人利益之保护和交易安全的维护。就我国物权法第106条的规范目的，亦存在保障交易安全和优先保护所有权这两种迥异的观点。上述观点何者恰当，需要借助法解释学围绕实在法文本进行验证。

#### （一）依文义解释无法获得物权法第106条之规范目的

物权法第106条所要表达的规范目的无非有二：在无权处分的情形下，立法者或者是偏重于保护受让人的利益，或者是偏重于保护原所有权人的利益。如果是前者，则立法者是通过保护受让人利益的保护，来维护整体的交易秩序之安全，也即所谓保障交易安全；如果是后者，则立法者在价值选择上宁愿牺牲受让人的利益以及作为整体的交易秩序，也要对

〔23〕 [日] 小林正弘：《要件事实与民事审判——以买卖合同纠纷为例》，清华大学2013年博士论文，第13页。

〔24〕 [日] 伊藤滋夫：《要件事实讲义（节译）》，小林正弘译，载崔建远主编：《民法九人行》第7卷，法律出版社2014年版，第303页。

所有权人的权利进行保障。依文义解释该条规定,无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,受让人在符合第1款第1项的合理价格要件与第3项的登记或交付要件时,如果受让人为善意,则取得该物的所有权。易言之,在受让人为恶意时,则无法取得所有权,所有权人有权追回。因此,该条从表达上采取了一种平衡式安排:既有对原权利人的保护(恶意的情形),也有对受让人的保护(善意的情形)。这种表达并未采用德国法上那种典型的“原则—例外”式表达,由此我们也难以从文义上得出法条到底侧重保护哪一方民事主体的结论。对该条之规范目的的探寻,尚需结合体系解释与历史解释而进行。

但有学者认为,该条通过将善意要件作为成立要件规定的方式,将该要件的证明责任加诸第三人,体现了一种优先保护所有权的立法意图。<sup>[25]</sup>笔者认为,这是对该条文的“过度阐释”,有倒果为因之嫌。因为我国物权法的立法者并未像德国的同行那样,有意识地在法条表达中分配证明责任,仅仅通过文义解释就确定证明责任,本身就是不妥当的。而拿这种结论去推断立法者的意图,则更是将规范目的与证明责任的关系错位处理。正如前文所指出的,是规范目的决定证明责任的分配,而非证明责任的分配决定规范目的。

## (二) 依体系解释探寻物权法第106条之规范目的

体系解释诉诸法律的内部体系以及法律之间的外部体系,以确定作为体系之一部分的法规规范的含义,从而实现法律秩序的统一。就善意取得制度而言,一般认为,其与物权法上的公示(公信)原则具有密切的关系,通过体系解释,公示(公信)原则可以从正面揭示善意取得制度的规范目的。本文首先结合该原则来进行探讨。

物权公示原则,指物权的各种变动必须采取法律许可的方式向社会予以展示,以获得社会的承认和法律保护的原则。<sup>[26]</sup>不动产的公示方式为不动产登记,而动产则有所区别,其动态公示方式为交付,静态公示方式为占有。物权公示的公信力为其权利推定效力,这种效力在比较法上于德国、日本、法国等国民法典中均有体现,<sup>[27]</sup>而且也为我国民法学界所普遍承认。<sup>[28]</sup>而就动产占有的权利推定效力,我国物权法学者建议稿也有所规定,<sup>[29]</sup>全国人大法工委物权法草案建议稿之前五稿也有类似规定,但该条在物权法正式颁布之际,出于某些考虑被删除。尽管如此,民法学界一般均承认占有的权利推定效力。<sup>[30]</sup>这种占有的权利推定效力,一般被认为是善意取得的理论前提。如叶金强主张,公信力是法律赋予动产占有和不动产登记这类表征方式的特殊效力,该效力表现为对善意第三人合理信赖的保护。<sup>[31]</sup>由此发展而来的物权公信原则,将动产占有与不动产登记簿等同视之。若当事人

[25] 参见前引〔7〕,吴泽勇文,第149页。

[26] 参见孙宪忠:《物权法》,社会科学文献出版社2011年版,第88页。

[27] 参见德国民法典第1006条、日本民法典第188条、法国民法典第2279(1)条。

[28] 例如,尹田认为,物权法第16条可以解释为不动产登记簿的权利推定效力:“在无相反证据证明不动产登记错误的情况下,不动产登记簿上载明的物权归属和物权的具体内容,应推定为正确的权利记载,并用以作为推定当事人享有物权的根据。”见尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第134页。

[29] 参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第792页。

[30] 对此可参见前引〔26〕,孙宪忠书,第352页;前引〔28〕,尹田书,第131页;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;崔建远等编著:《物权法》,清华大学出版社2008年版,第71页。

[31] 参见叶金强:《物权法第106条解释论之基础》,《法学研究》2010年第6期,第58页。

信赖占有的公示状态而为买卖、赠与等行为，即使占有移转所表现的物权状态与真实物权不一致，善意受让人也能取得物权。<sup>[32]</sup>

鉴于我国实在法上并无关于动产占有的权利推定效力的规定，有学者认为，基于无法推定占有人主观心理状态为善意以对抗原所有人，在无权处分的情形，物权法作出的是对原所有人有利的推定，因此善意取得制度仅仅是在例外的情形下允许买受人取得所有权。基于上述分析，该学者认为我国物权法第106条的规范目的并非在于保护交易安全，而是优先保护所有权人的利益。<sup>[33]</sup>构成对该观点的反驳的是，尽管我国物权法并未规定动产占有的权利推定效力，但我国民法学界的通说已承认这种推定效力，而且在司法实务中也是如此处理的。<sup>[34]</sup>我们也很难想象，如果没有对于占有的这种推定效力，民事活动中的主体该如何与往往是实际权利人的占有人进行交易，而占有人在诉讼中又如何去证明其占有物为其合法所得？<sup>[35]</sup>

其实，欲对上述观点作更深层次的反驳，关键点不应放在我国实在法上有没有权利推定规范上。尽管占有状态和不动产登记簿的登记状态因与实际权利关系相吻合的可能性极大而具有权利表彰的功能，但由此拟制的推定规范的作用场域仅在诉讼程序中，对交易安全的保护较为有限。也即，权利推定规范作为一项证明规则，允许以反证推翻，因此它只是有助于减轻具有权利外观的一方当事人证明责任上的困难，它仅仅意味着只有在案件事实无法查明时，法官才会依据该推定规范作出有利于被推定的一方当事人的判决。鉴于此种规范仅仅具有推定作用，不能终局性地解决权利归属问题，因此需要善意取得制度的介入。易言之，权利表象规则的适用，最终还是要以取得人之善意为前提条件。由此可见，权利推定规则并非善意取得制度的基础，正确的观点毋宁是：动产占有和不动产登记所具有的推定作用与善意取得制度，共同服务于公示原则之保护交易安全的功能，其中善意取得的作用更为根本。<sup>[36]</sup>这正如朱广新所言，“善意取得制度则旨在根本性解决动产物权的归属问题，即受让人能从无权处分人处善意取得动产所有权（他物权）。民法之所以违逆所有权保护的宪法原则，确立善意取得制度，是为了建立占有能够彰显权利的系统信任制度，简化交易关系，促进交易便捷、安全地进行”。<sup>[37]</sup>

不过，即使在偏重于保护交易安全的立法例，善意取得制度在例外情形亦让位于所有权的保护。具体而言，如果动产所有权人丧失占有的原因并非基于其意思（如盗赃或遗失物），则受让人即使为善意，亦不能取得所有权，<sup>[38]</sup>此为物权法第107条之所由设。该条规定作为善意取得制度之适用例外，在体系上从反面佐证了物权法第106条的规范目的在于

[32] 参见魏振瀛：《物权法》，北京大学出版社2002年版，第216页。

[33] 参见前引〔6〕，郑金玉文，第116页。

[34] 此类案例甚多，在此仅举几例：浙江天下建设有限公司与关应顺返还原物纠纷一案一审民事判决书，（2013）杭建梅民初字第806号；李先富与张春林房屋买卖合同纠纷一案一审民事判决书，（2014）岳池民初字第453号；申请再审人广西象州农村合作银行与被申请人江秀青，第三人覃政军抵押担保合同纠纷一案的民事判决书，（2014）来民再终字第3号。上述案件均来源于中国裁判文书网。

[35] 刑法中存在唯一的例外，即巨额财产来源不明罪。除此例外，普通公民是无需自证其占有的财产来源合法的。由此，我们也可以从法律秩序之外部体系推论出，普通公民就其占有的财产一般被推定为所有权人。

[36] 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62页以下，第500页。

[37] 朱广新：《论物权法上的权利推定》，《法律科学》2009年第3期，第105页。

[38] 参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第457页以下。

保护交易安全。

### (三) 历史解释之印证

历史解释力图从法律规定产生时的语境中确定规范要求的内容和规范目的。<sup>[39]</sup>就物权法第106条善意取得规范的规范目的而言,我们可以回顾物权法制定的过程以及其中的相关资料进行探寻。

从1998年物权法立法工作启动,到2007年物权法通过人大决议,期间一共有三部草案,即受民法起草工作小组委托起草的梁慧星主持的社科院物权法草案(1999年)及王利明主持的人民大学物权法草案(2000年),以及全国人大法工委的物权法草案征求意见稿(2002年)。不同于其他许多法案的专家建议稿仅仅是学者的建议,物权法的两部专家建议稿本身就是官方委托的产物,而且其主持人全程参与了立法过程,草案中的许多内容也直接或者间接成为最后法典的内容。<sup>[40]</sup>因此,这些建议稿对于理解立法的相关规定有着重要意义。梁慧星主持的物权法草案建议稿第145条规定了善意取得制度:“基于法律行为有偿受让动产且已占有该动产的善意受让人,即使让与人无处分权,仍取得该动产的所有权。”<sup>[41]</sup>就该条的立法理由,其执笔人崔建远认为,“日耳曼法的善意取得制度使受让人在受让财产时不必花费不必要的精力对财产的来源进行调查,有利于保护交易安全,促进财产流转。因此为近代各国民法所继受,并加以改造,成为目前通行的善意取得制度。”<sup>[42]</sup>而王利明主持的专家建议稿第74条也规定了善意取得制度,就该制度的规范目的,其观点与梁慧星课题组并无差别。<sup>[43]</sup>全国人大法工委民法室在对物权法第106条进行释义时也认为,“善意取得对所有权人是有一定限制,但善意取得基于占有的公信力,旨在维护交易安全,这项制度的存在是必要的”。<sup>[44]</sup>

这种历史解释足以说明,物权法第106条的规范目的还是在于维护交易安全,这与前述体系解释之结论可以相互印证。

## 四、物权法第106条之证明责任分配再解释

### (一) 基于规范说的初步分析

以请求权基础的分析方法切入物权法第106条,首先需要分析其规范构造。依据该条第1句前半段(分号之前),可以看出其规范请求权为所有权人的追回权(所有物返还请求权),而“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人”则为其前提性构成要件。第1句后半段的表述规整的则是受让人取得所有权的情形,即意味着所有权人从根本上丧失其追回权,这部分表述当被视为追回权之权利行使的阻碍。借助罗森贝克规范说对于规范类型的区分,以所有权人的追回权为视角,则“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人”为

[39] 参见前引[16],魏德士书,第340页。

[40] 梁慧星:《中国物权法的制定》, <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=2153>, 最后访问日期2014年12月20日;梁慧星:《中国物权法的起草》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2002年第2期,第25页以下。

[41] 前引[29],梁慧星主编书,第357页。

[42] 同上书,第363页。

[43] 参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第236页。

[44] 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241页。

其权利成立要件，而善意等其他三个要件为其权利妨碍要件。由此，在证明责任分配上，如果依据规范说的原理，所有权人欲主张第 106 条所规范的追回权，仅需证明“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人”，而对方（受让人）若想对抗此种权利，则需要证明其善意以及其他两个要件事实。

尽管实务中的一般情形是无权处分人将动产或者不动产通过交易的方式转让给受让人后，原所有权人通过诉讼的方式行使其所有物返还请求权，但也不排除在少数情形下，受让人通过确认之诉的方式主张其所有权。同时，善意取得也被视为所有权的取得方式之一。因此，对于物权法第 106 条，若以所有权取得为视角，也可以视其为权利成立规范。亦即，受让人可以根据第 1 句后半段，主张善意等三个要件的满足而直接主张其取得所有权。依据规范说的原理，受让人欲主张其所有权，也需要证明善意等三个前提性要件事实的满足。

## （二）规范目的之引入与规范说之结论的检验

上述要求受让人证明其善意的结论看似无懈可击，在学理上也不乏支持者，但必须反省的是，这种结论完全建立在规范说的立场上。而正如前文所述，规范说自身在解释方法上存在缺陷。这种缺陷在已考虑证明责任的法规范（如德国民法典）中并不至于引发严重问题，但如果在像日本和我国这种民事法律的表达并未考虑证明责任问题的情形，其分析结论往往不具有足够的说服力。从上世纪 60 年代以来，日本学界对规范说的批判运动也佐证了这一点。<sup>[45]</sup> 因此，就受让人应证明其善意这一结论，必须予以检验方可确定其合理性与合法性（是否符合实定法的精神）。而这种检验标准，应当是具体法规范的规范目的。

前文已经指出，物权法第 106 条的规范目的在于保障交易安全，即立法者在相互冲突的整体利益与个别利益的权衡中，更为侧重保护作为市场整体利益的交易安全。准此，我们可以对前述要求受让人就其善意承担证明责任的解释结论进行检验。证明责任问题的关键点在于，某要件事实真伪不明时，由哪方当事人承担败诉风险。在本文分析的情形，当事人因证明责任分配导致的败诉风险，主要取决于作为其证明对象的善意要件的性质：它是一个单纯的事实性要件，还是一个评价性要件？

在无权处分的情形，若要求受让人证明其善意，主要是要求其证明“不知让与人无让与权”，至于是否同时需要证明其无过失，则因各国立法例以及学理、司法实务对善意界定不一而有所不同。对于何为善意，王泽鉴基于我国台湾地区的学理和司法实务，整理出四种见解：（1）所谓善意，系指不知让与人无让与权利，有无过失，在所不问。（2）所谓善意，乃指不知让与人无让与权利，是否出于过失，虽非所问，但依客观情势，在交易经验上，一般人皆可认定让与人无让与权的，即应认为恶意。（3）所谓善意，指不知或不应知让与人无让与权。（4）所谓善意，应参考德国立法例，解释为须非明知或因重大过失而不知让与人无让与权。要之，上述第二种、第三种和第四种见解均认为，受让人对于让与人是否有让与权，应负一定程度的注意义务，以兼顾保护交易安全和所有权人的利益。<sup>[46]</sup> 至于过失之认定，一般认为应采客观标准，即斟酌客观情势如交易环境、交易方式、交易价格等因素，依交易经验上一般人的注意标准加以判断，此为合理分配信息成本之故也。<sup>[47]</sup>

[45] 参见陈荣宗：《举证责任分配与民事程序法》，台湾大学法学丛书编委会 1984 年版，第 32 页以下。

[46] 参见前引〔38〕，王泽鉴书，第 470 页。

[47] 同上书，第 470 页以下；前引〔29〕，梁慧星主编书，第 367 页。

在我国物权法立法过程中，梁慧星主持的物权法草案建议稿第145条关于善意取得的规定，也采德国民法典的立法例，在其第2款定义了善意。其执笔人崔建远在立法理由中认为，应使受让人承担一定程度的注意义务；因重大过失而不知让与人系无权处分的，应认定为非善意；至于过失的判断，应采客观标准。<sup>[48]</sup>最后通过的物权法第106条虽未定义何为善意，但其第108条规定：“善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。”依体系和文义，其中所谓的“知道”和“应当知道”亦可解释为恶意之认定标准。<sup>[49]</sup>而“知道”为单纯的事实性要件，应无疑义；但所谓的“应当知道”，则属评价性事实要件，因为“应当”一词，已经指明受让人应负一定程度的注意义务，若其违反此项义务，则被评价为具有过失而应被归责。<sup>[50]</sup>

由此可见，在我国物权法上，善意要件并非一个典型的事实性要件，而是一种评价性的事实要件，对其几乎无法采取直接证明的方式，而需要运用间接证明。我们尽管可以借助于交易环境（时间、地点和场合等）、交易价格、交易方式（公开/私下）、交易双方之间的关系等因素来进行推断，但一般而言这种证明的难度是非常高的。因此，一旦发生诉讼，即使受让人为善意，他往往也无法证明其善意，从而将承担败诉的后果。这种法庭之上可能败诉的风险，对于法庭之外的民事生活也必然产生影响。普通的民事交易中的买受方，由此需要对出卖人是否有权处分进行严密而细致的审查，否则可能陷入诉讼的泥潭并遭致败诉。这种要求无疑是不合理的，难道去超市买一瓶矿泉水还需要对方提供发货凭证和相关合同？去跳蚤市场买一个台灯还需要对方提供原始购物凭证？如此一来，物权法第106条所欲实现的保障交易安全的规范目的也势必落空。

### （三）取向于规范目的的重新解释

既然要求受让人证明其善意的证明责任分配方式，根本无法实现法规范的目的，那么我们必须考虑其他可能的解释路径。鉴于文义解释常常是解释的起点，我们首先应当从法规范的文字表达入手。从民法作为行为规范的角度出发，将一个法律要件表达为权利形成要件，还是将其反过来表达为权利妨碍要件，其实并无差别。德国学者齐佩利乌斯就曾举例说，立法者希望把债务人对履行迟延可归责作为因迟延而产生的损害赔偿请求权的前提，那么他既可以把“可归责”（Vertretenmüssen，可以粗略地理解为过错）作为损害赔偿请求权产生的前提要件，也可以把“不可归责”（Nichtvertretenmüssen）作为损害赔偿请求权的妨碍要件（也即德国民法典286条第4款的表达）。<sup>[51]</sup>但从民法作为裁判规范的角度出发，这两种表达实际上导致了不同的证明责任分配，第一种表达需要债权人对“可归责”承担证明责任，第二种表达则需要债务人对“不可归责”承担证明责任。<sup>[52]</sup>

[48] 参见前引〔29〕，梁慧星主编书，第367页。

[49] 物权法第108条但书中的“知道或者应当知道”指向的是善意取得之动产上设定的第三人权利，而非原所有人的所有权，故不可贸然将其解释为善意取得制度中恶意的认定标准。但查诸立法者原意，该条直接借鉴自德国民法典第936条，只不过在表述上它使用了“知道或者应当知道”来指称后者第2款中的“非为善意”（参见前引〔44〕，胡康生主编书，第244页）。因此，我们完全可以在解释论上得出结论，物权法第106条中的“善意”包括不知和不应知，第108条中的“知道或者应当知道”则为恶意之认定标准。

[50] 德国民法典第122条将“应当知道”定义为因过失而不知，此可作为我国民法上“应当知道”之解释的比较法材料。参见陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社2006年版，第38页。

[51] 参见〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第139页。

[52] 同上。

鉴于这两种表达从民法的行为规范的角度出发是等值的，因此就物权法第 106 条而言，我们也完全可以认为：表达一（将善意作为受让人取得所有权的权利形成要件）和表达二（将恶意作为受让人取得所有权的权利妨碍要件），在不考虑证明责任问题时，仅仅只是语言表达的差异，而其实质内容完全相同。由此，在对该条进行解释时，表达二其实也未超出文义解释的射程，完全可以成为我们进行解释的可选项。然而，一旦采用这样的表达，那么证明责任的分配就发生完全的逆转：在无权处分的一般情形，受让人取得所有权，而在例外情形下，原所有权人只有证明受让人的恶意，方能阻止受让人取得所有权。这样的解释方案，似乎并未完全遵守法条的字面含义，但却契合了善意取得制度的规范目的。正如塞尔苏斯（Celsus）所言，法律适用的关键不在于对文字的服从，而在于法律本文真正想达到和应该达到什么目的。<sup>[53]</sup> 因此，采用表达二的形式，将物权法第 106 条解释为恶意是受让人取得所有权的权利妨碍要件，才是科学的法律解释所应得出的结论。由此，在证明责任分配上，不应当由受让人证明其善意，而应当由原所有权人证明受让人的恶意。

这种分配方式在域外法上也几乎是通行的。德国法上自不待言，早已有学者对此进行了详尽的分析。<sup>[54]</sup> 奥地利普通民法典第 368 条第 2 款更是直接对善意取得的证明责任问题进行了规定：“如果所有人可以证明，或者给予财产的性质，或者给予财产极低的价格，或者给予已知的前手的个人品质，或者基于其行业，或者基于其他情况，占有人本应合理地产生怀疑，则占有人应当向所有人返还财产。”<sup>[55]</sup> 日本民法对善意取得采取了与中国法近似的表达方式。其第 192 条规定：“通过交易行为平稳而公然地开始占有动产的人，善意且无过失的，立即取得行使其动产上的权利。”<sup>[56]</sup> 但在学理上，通说认为，取得人的善意与无过失，根据其民法典第 186 条和第 188 条可以直接推定出来。<sup>[57]</sup> 因此，依然是由所有权人证明受让人的恶意，而非由受让人证明其善意。

#### （四）解释结论的修正与补充

问题似乎到此终结，分析结论显示：受让人应当无需对其善意承担证明责任。但与该结论似乎有所悖逆的是，受让人在诉讼实践中常常提出证据来证明其善意。对此，理论上的一种解释是，受让人在此承担的是具体证明责任（证明的必要），而非抽象的（客观）证明责任。这种解释不乏合理之处，但一个不容回避的问题是，如果原所有权人证明了某个具体事实（比如受让人与无权处分人熟识），从而证明了受让人的恶意，那么受让人就其善意提出相关具体事实（如系拍卖取得该物）并对之证明不够充分时，是否应当承担败诉后果？答案无疑是肯定的。于是问题转化为：此时受让人对该事实承担的是否是客观证明责任？对照客观证明责任的概念（即主要事实真伪不明时败诉风险的负担），受让人提出的这种具体事实是否属于主要事实，就构成回答该问题的关键点。

传统观点（规范说）严格从法条表达出发，认为符合规范要件的事实（如善意/恶意）方为主要事实，因此上述如“系拍卖取得该物”的事实就为间接事实，提出该事实对“善意”

[53] 前引 [16]，魏德士书，第 319 页。

[54] 参见 [德] 奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社 2003 年版，第 270 页。

[55] 《奥地利普通民法典（2012 年 7 月 25 日修改）》，周友军、杨垠红译，清华大学出版社 2013 年版，第 61 页。

[56] 《日本民法典》，王爱群译，法律出版社 2014 年版，第 41 页。

[57] [日] 我妻荣：《我妻民法讲义 II——新订物权法》，罗丽译，中国法制出版社 2008 年版，第 230 页。

的证明是通过间接事实进行的反证，即所谓间接反证（如下图1所示）。<sup>[58]</sup> 罗森贝克认为，间接反证者需要承担证明责任。<sup>[59]</sup> 这显然违背了一个基本原理，即应由本证者承担证明责任。间接反证论自问世以来，受到不少批评，逐步被学理所抛弃，而将前述具体事实视为主要事实的观点在日本已经成为通说。如高桥宏志认为，间接反证使本应作为抗辩的事实却不得不穿上了间接反证的外衣。<sup>[60]</sup> 新堂幸司也不赞同该理论，他认为，“只有对当事人实际举证中作为攻击防御目标的各种具体性事实（例如驾驶时是否处于醉酒状态，是否有旁看之行为）作出证明责任的规定，才有可能成为诉讼审理的指向标，因此上述这些更为具体的事实应当被视为这些情形下的主要事实”。<sup>[61]</sup> 伊藤滋夫也认为，如以“过失”等评价作为主要事实，则在诉讼中攻击防御的对象不能具体化，进而不适合进行恰当的审理判断。<sup>[62]</sup>

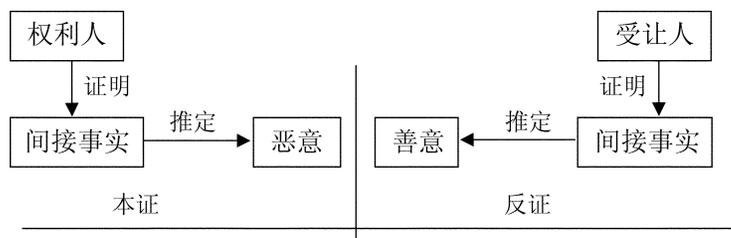


图1 间接反证

鉴于善意或恶意本身更多地是一种评价性要件（能够进行程度的区分），因而推定善意或恶意存在的事实构成了主要事实。<sup>[63]</sup> 因此，原所有权人就推定受让人恶意存在的具体事实承担证明责任，与之相对，受让人就推定其善意的事实（如通过拍卖而有偿取得某物）承担证明责任。这一结论对“原所有权人就受让人的恶意承担证明责任”的观点进行了局部修正。它似乎近似于学界所常批判的“谁主张，谁举证”，但实际上相去甚远。原所有权人证明推定受让人的恶意存在的具体事实，是在权利成立要件（请求原因）的层面，而受让人就推定其善意的事实承担证明责任，则是在抗辩的层面（如下图2所示）。从逻辑上讲，

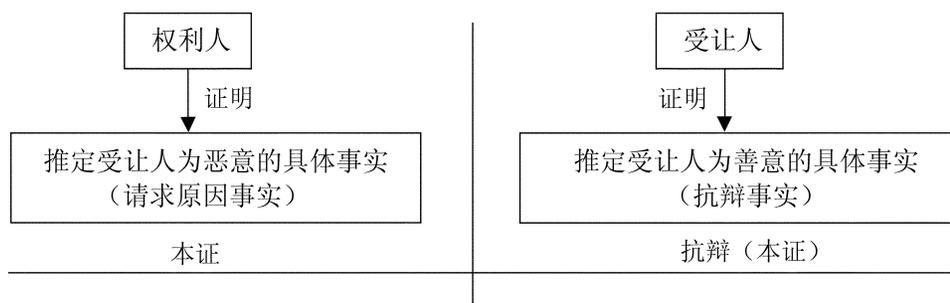


图2 “评价”视野下的证明责任分配

[58] 参见前引〔3〕，罗森贝克书，第201页。

[59] 同上。

[60] [日] 高桥宏志：《民事诉讼法——制度与理论的深层次分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第450页。

[61] [日] 新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第403页。

[62] 参见前引〔24〕，伊藤滋夫书，第336页。

[63] 就评价性要件的具体论述，参见王倩：《论侵权法上抗辩事由的内涵》，《现代法学》2013年第3期，第90页。

请求原因在先而抗辩在后。因此，当请求原因（推定恶意的的事实）无法被证明时，诉讼即告终结，无需进行到抗辩的层面；即使请求原因能够被证明，受让人也依然可以进行抗辩，从而获得胜诉的机会。同时，受让人还可以在诉讼伊始就提出相关抗辩（提前抗辩），以争取尽快胜诉。这种分配方式，依然更为侧重保护受让人利益，并未违背法规范所欲实现的保护交易安全之目的。

这种结论并非只是一种理论上的分析，其在立法例上也可以找到相关依据。如奥地利普通民法典第 367 条第 1 款规定：“如果动产的合法且善意占有人证明，其通过公开拍卖而有偿取得，或自经营处有偿取得且该交易属于该经营者的范围，或自原所有权人托付的人处有偿取得，则对该占有人提起的返还之诉应该被驳回。”<sup>〔64〕</sup> 这种规定正是关于受让人如何进行抗辩的规定，而其证明的对象正是受让人的善意。一如该法第 368 条所言，“在经营处取得财产，且处于其通常的经营活动的范围之内，这足以表明，占有人善意地相信该受让人对财产权有处分权。”<sup>〔65〕</sup>

## 结 语

立足于上述分析，我们回头审视本文第一部分所提及的三种学说。以结论视之，善意要件之批评说与善意推定说大体是恰当的，其证明责任分配结论与本文所分析的结果相去不远。但二者的共同缺陷在于，均未意识到受让人其实在抗辩的层面上也须就推定其善意的事实承担证明责任。此外，善意要件之批评说过分强调了规范说在解决证明责任问题上的作用，却对其缺乏必要的理论反省与自觉，以至于在解释学层面只能得出“由受让人证明其善意”的结论，进而不得不寄希望于在立法论上完善实在法文本。然而，本文的论证显然已经说明，在解释学上得出其他更为妥当的结论是可行且必要的。就善意推定说而言，其致命的缺陷在于缺乏充分的实在法支撑，而且对这种推定的规范或者学理的前提缺乏必要的法解释学上的论证。这是因为，法律推定也是一种法律规范，法官必须像适用任何一个法律规范一样适用推定规范，所以法律推定只能以法律渊源（法律、习惯）为基础。<sup>〔66〕</sup> 也就是说，法律推定在实在法上须有明文规定或类推适用、解释的依据，而“一旦推定脱离了法律，那么，推定的法律基础就丧失了”。<sup>〔67〕</sup> 虽然就与我国善意取得制度之条文表述较为接近的日本民法第 192 条而言，其判例和通说认为受让人之善意是被推定的，但这不是说该条通过解释包含着一个推定规范，其实其推定是以日本民法第 186 条第 1 款关于占有之善意推定为实在法依据类推出来的。<sup>〔68〕</sup> 与之不同的是，我国物权法第 106 条并无善意推定之明文，且即使穷尽各种解释方法，也无法从中得出受让人被推定为善意的结论。此外，我国实在法上也不存在任何其他可据以类推的善意推定规范。因此，“善意推定说”不过是学理对法律推定的越俎代庖，至多只能被看作是立法论上的一种愿景。

〔64〕 前引〔55〕书，第 60 页。

〔65〕 同上书，第 61 页。

〔66〕 参见前引〔3〕，罗森贝格书，第 225 页，第 230 页。

〔67〕 前引〔20〕，普维庭书，第 78 页。

〔68〕 前引〔57〕，我妻荣书，第 230 页。

善意要件之肯定说从规范说出发确定证明责任分配,进而得出受让人需证明其善意以及物权法第106条的规范目的在于保护原所有权人利益的结论。这种从证明责任分配推出规范目的的做法,陷入了“倒果为因”的泥淖,其结果是误解了法条的规范目的。此外,这一学说尽管依照的是在证明责任领域最具统治力的罗森贝克规范说,但必须注意的是,规范说仅仅是德国法教义的组成部分,它在中国这样的非德国法律领域并不具有天然的正当性。持善意要件之肯定说的学者反对“德国法的普适性”,<sup>[69]</sup>认为罗森贝克就德国法上善意取得制度所得出的结论不能直接成为中国法问题的解决方案。这种批判性思维无疑值得肯定。<sup>[70]</sup>但他们并未一以贯之地坚持这种思维,反而不加反思地直接适用德国法上的规范说来解决中国法问题,恰恰是在方法论上坚持了德国法理论(或者法教义)的普适性。笔者认为,我国实在法的表达与德国法存在明显的差异,如果不正视这种差异,机械地直接适用规范说,则势必导致“橘生淮北则为枳”的证明责任之错误分配。

三种学说的分歧与对立,也揭示了中国目前的法学研究所面临的一个困境,即在解释标准的多元化和法教义(如规范说等学说)多元化的背景下,寻求确定性答案的法解释学作业或建构法教义的努力,往往导致完全不同的结论,从而趋向于更多的不确定性。本文致力于缩减这种不确定性,但这种分析进路对于追求简单共识的中国司法实务界而言,确实无法避免曲折繁复之嫌。批评者或许认为,这种分析进路过于复杂,难以在司法实践中落地。但首先需要指出的是,尽管分析过程复杂,但其论证和结论并不难于理解,因而无需担心法律实践者无法掌握。况且,法释〔2015〕5号第91条既然已几乎照搬规范说,那么,如何正确适用规范说在司法实务中分配证明责任,同时又避免其可能产生的不当影响,自然会成为我国法官必须面临的现实问题,而本文恰恰在此问题上具有方法论上的示范意义。当然,就我国司法过于依赖法律之明文以化解自身风险的现况而言,更为直接和确定的“迁就式”解决方案完全可以寄希望于立法上的努力。<sup>[71]</sup>因此,我们无妨在民法典编纂活动中,斟酌证明责任问题而改变相关法律条文的表述,以消弭其解释适用上的争议。就善意取得之善意要件而言,为进一步明确该制度保护交易安全的立法宗旨,未来民法典中可供选择的具体方案有二:一是改变物权法原有条款的表达方式,效仿德国民法典第932条的规定,将受让人的“恶意”或“非善意”作为善意取得之消极构成要件来处理。<sup>[72]</sup>二是基本维持物权法第106条的表述,另增关于受让人善意的推定规范。如此表述的法律条文,无论是依何种解释标准或关于证明责任分配的教义,都将无可置疑地表明由原权利人就受让人的恶意或非善意承担证明责任。

仍需强调的是,本文分析和评论的意义,绝非仅限于物权法第106条的相关问题。毋宁

[69] 参见前引〔7〕,吴泽勇文,第155页。

[70] 本文实际上也是在坚持这种批判性思维。尽管本文的论证结果最终与罗森贝克的结论差异并不明显,但罗森贝克认为应当由主张对方非善意的一方承担证明责任,乃基于德国法规范(德国民法典第932条)之解释所得出的结论。这种论断无疑具有比较法上的借鉴意义,但它不能直接用以解决中国法问题。事实上,就物权法第106条而言,若非采用本文提倡的取向于规范目的的解释基准,则单纯依据规范说不可能得出罗森贝克针对德国法文本所得出的那种结论。

[71] 晚近的一些新民法典也采用了在法条中直接分配证明责任的方案。例如,1984年的秘鲁新民法典、2003年生效的巴西新民法典(齐云译,中国法制出版社2009年版)和2015年生效的阿根廷新商法典,均有大量条文直接涉及证明责任的分配或推定规范。

[72] 具体可参见前引〔4〕,徐涤宇等文,第52页以下。

是，本文试图通过对该条之证明责任问题的解释和评析，寻找一种具有确定性的证明责任分配基准。以规范目的作为证明责任分配的解释基准，其意义不仅仅在于将证明责任这一引发无数争议的“哥德巴赫猜想”级的问题予以明晰化和确定化，而且也实现了将该问题与法学方法论的历史发展与现有成果合流。当然，坚持这一基准，并非排斥证明负担之公平、证明之难易、距离证据之远近等因素。证明负担之公平（justice），绝非证明负担之平等（fairness）。公平常常允许不平等，它意味着一种实质性的标准和依照这种标准进行的考量。这种标准，在证明责任领域正是规范目的，由此证明负担之公平与规范目的恰恰构成了一枚硬币的两面。而证明之难易、距离证据之远近，虽是分析证明责任问题时常常需要考虑的因素，但它们并非决定证明责任分配的终极性基准。许多情况下，对某要件事实的证明会发生困难（例如原所有权人证明受让方的恶意），或者说该当事人距离证据较远，但这并不意味着必须转而要求相对方承担证明责任。<sup>[73]</sup> 笔者认为，如果这种困难反而有助于法条之规范目的实现，那么这种安排恰恰就是正义的。

---

**Abstract:** Currently there are many different judgment standards on the allocation of the burden of proof under the civil law, leading to many different conclusions. For example, three different theories, namely the theory of “good faith presumption”, the theory of “confirmation of good faith element” and the theory of “criticism of good faith element” have been put forward as standard for the determination of the burden of proof provided for in Article 106 of the Chinese Property Law. We need to judge the above theories on the basis of legal methodology. In fact, the determination of the burden of proof is in essence a question of how to interpret the norms of substantive law and therefore should also follow the methodology of legal hermeneutics that takes the normative purpose as its core. In other words, the operation of the legal hermeneutics for the allocation of burden of proof should take the purpose of the norm as its standard. We should first demonstrate the purpose of the Article 106 of the Property Law through the integrated application of various interpreting methods. Then, we should re-determine the allocation of the burden of proof under this article according to the purpose of this article, rather than its literal meaning, and judge the advantages and disadvantages of above three theories. This analytical approach and its conclusions can not only test the feasibility of the methodology that takes the purpose of norm as the standard of legal interpretation, but also achieve the confluence of the burden of proof and the mainstream legal methodology.

**Key Words:** acquisition in good faith, burden of proof, normative purpose, legal hermeneutics

---

---

[73] 必须予以批评的是，我国立法以及学理上常常以证明困难为由倒置证明责任。但证明困难并非完全不可克服，一方面，存在推定、表见证明等减轻证明责任的手段可资使用，另一方面，借助于“文书提出义务”（法释〔2015〕5号第112条）的适用、申请法官调查取证等手段，当事人也能够取得对方所掌控的证据。