

## 物上代位的体系整合与教义学结构

张 静

**内容提要:**物上代位发生在物权与其客体脱离,并存续于代位物的情形。物上代位的功能就是维持财产关系的平衡,避免不当得利的发生。物上代位包括一般物上代位与特别物上代位,前者发生在特别财产的情形下,比如信托财产、遗产管理、后位继承、财产遗赠、夫妻财产,后者包括所有权物上代位、用益物权物上代位、担保物权物上代位、优先权物上代位、查封扣押中的物上代位。物上代位的适用前提就是权利人丧失原物权,但存在一个适格代位物。一般物上代位属自明之理,无需法律予以明文规定,其法律效果就是特别财产关系的存续。特别物上代位原则上仅适用于法律规定的情形下,其法律效果是物权人自动取得一个与原物权最相似的新物权,这体现在诸多方面,比如新物权的取得具有溯及既往的效力,新物权与原物权具有相同顺位等。物上代位能否像不当得利一样上升为一项一般性规则,尚存争议。

**关键词:**一般物上代位 特别物上代位物 法定自动取得 不当得利

张静,中南财经政法大学讲师。

### 一 引言

物上代位也称物权性代位或物的更替,与债权性代位(代位求偿权)相对应,二者可被统合于“代位”概念。物上代位是指物权在脱离其客体之后继续存在于另外一个关联物上,并保持其原有效力。不过这一界定不能准确反应物上代位的真实内涵,仅是一个粗略描述。首先,“脱离”主要包括两种情形:权利人因物权客体消灭而丧失物权(绝对消灭);权利人因第三人取得物权而非自愿地丧失物权(相对消灭),比如善意取得的情形。其次,“继续存在”的表述涉及物上代位的法律效果。物上代位的结果是取得一个新物权,还是原物权存续于代位物上,在理论上存有争议。<sup>[1]</sup>最后,“关联物”指代位物。实践

[1] 参见程啸:《担保物权人物上代位权实现程序的建构》,《比较法研究》2015年第2期,第17-18页;V. Sagaert, Zakelijke Subrogatie, Intersentia, 2003, p. 662。

与理论中,法官与学者常在物上代位的情形下使用“替代物”的概念。<sup>[2]</sup>为区别物上代位与(可)替代物法律关系(比如《民法典》第 901 条),本文使用“代位物”一词。

物上代位的完整理论主要涉及以下几个方面:物上代位的概念和类型、适用场域、适用条件、法律效果、正当性基础、物上代位与物权法的体系契合及其在物债二分框架中的定位。囿于现行法之规定,当前研究主要集中于某些具体情形中物上代位的部分面向,尤其是担保物权针对保险金、赔偿金与补偿金的代位(《民法典》第 390 条)。对于这些问题,现行法上的部分规则或理论上的一些见解难以获得法教义学上的妥善解释,有些物上代位被视为“显而易见,无需立法明确规定”。<sup>[3]</sup>由于体系视角与抽象关切的缺失,物上代位制度的完整图景尚不清晰,物上代位的基本原理尚未浮现出来。自罗马法以来,物上代位一直是大陆法系学者的研究重点,取得了蔚为壮观的成果。在英美财产法与返还法上,学者对于类似制度——追及——的关注与争论从未停止。为民事立法体系完备性与民法学研究视域的全面性考虑,有必要探讨物上代位的教义学结构,整合现行法上的物上代位规则。

## 二 物上代位的适用范围

### (一)一般物上代位及其适用范围

物上代位可以分为一般物上代位和特别物上代位。这一区分与物上代位的学术发展史关系密切。中世纪注释法学家在研究《学说汇纂》部分片段(D. 5. 3. 20 与 D. 5. 3. 22)后总结道:集合物上,价款得取代物之地位;单个物上,价款不得取代物之地位。<sup>[4]</sup>基于此,法国学者区别了一般物上代位(subrogation à titre universel)与特别物上代位(subrogation à titre particulier)。<sup>[5]</sup>这一区分与概括财产(patrimony)理论相关。概括财产是人格在经济领域的外化,人格的单一性与统一性决定了概括财产具有单一性和统一性,并要求每个人都应以自己的现存和将来财产对其全部债务负责。<sup>[6]</sup>然而,概括财产理论不完全符合法律实践。现实生活中,某些财产可能专门服务于某特定目的,进而区分于主体的个人财产。<sup>[7]</sup>服务特定目的之财产具有独立性与特殊性,故在理论上被称为特别财产或目的财产。

特别财产主要发生在财产信托、遗产继承、夫妻财产、后位继承等情形。特别财产本质上是一个财产集合,能够囊括不动产、动产、债权、知识产权等各类财产。特别财产的具体组成部分处于不断变化之中,但特别财产关系能够保持同一性。在法教义学上,特别财产的这一属性以一般物上代位为基础:一般物上代位的效果是特别财产关系从一个组成

[2] 参见王利明著:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版 2016 年版,第 1139 页;(2020)浙 11 民终 580 号;(2014)高民申字第 02638 号。

[3] 裴桦著:《夫妻共同财产制研究》,法律出版社 2009 年版,第 117 页。

[4] Zie A. Hammerstein, Eigenlijke en Oneigenlijke Zaaksverving, Tjeenk Willink, 1977, p. 7.

[5] Zie A. Hammerstein, Eigenlijke en Oneigenlijke Zaaksverving, Tjeenk Willink, 1977, p. 78.

[6] Zie W. van Gerven, Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Standaard, 1973, p. 328.

[7] Vgl. A. Girsberger, Die dingliche Surrogation, Aarau, 1955, S. 32.

部分转移或延伸到代位物,保证后者自动属于特别财产集合。<sup>[8]</sup>同理,主体的个人财产关系也是一个不可分割的独立整体,交易不过就是新物替代旧物的过程,新物依旧处于个人财产关系之中。由此可见,一般物上代位维持了特别财产与个人财产的持续界分,使之免受财产具体形态变化之影响。<sup>[9]</sup>

特别财产的主要功能就是资产隔离或资产分割,即权利人拥有的部分财产必须服务于特定目的,该部分财产犹如归属另一主体。<sup>[10]</sup>由于资产分割直接影响权利人的清偿能力,与第三人的利益密切相关,故而应遵从类型法定原则,并在特定情形下(比如信托)适用公示原则。<sup>[11]</sup>资产隔离不仅指原特别财产分离于个人财产,而且指原特别财产的代位物也继续分离于个人财产。在这个意义上,物上代位是实现资产隔离的概念工具。<sup>[12]</sup>从法经济学来看,法人也具有财产隔离功能,<sup>[13]</sup>但从法教义学来看,法人是独立于股东的民事主体,法人财产的归属和物上代位无关。

根据我国《信托法》第14条第1款,受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产。<sup>[14]</sup>信托财产是一种特殊财产,而物上代位效力是信托的法律效果之一。<sup>[15]</sup>受托人基于信托财产而取得新财产时,原信托关系能够自动附着于新财产,进而维持信托关系的存续。换言之,新财产依旧属于信托财产,隔离于受托人的个人财产。在这个意义上,物上代位维持了信托财产与受托人个人财产的持续界分。

在继承与遗赠的情形,物上代位具有教义学阐释意义。虽然《民法典》并未明确规定遗产的物上代位,但理论、实践与比较法莫不承认。例如,遗产管理人因处置遗产而获得的新财产,依旧属于遗产;<sup>[16]</sup>在我国司法实践中,继承的房屋被拆迁时,拆迁补偿款或者回迁房是代位物,仍属遗产。<sup>[17]</sup>在后位继承中,前位继承人通过管理遗产而取得的财产也在条件成就或期限届满时,归后位继承人享有。<sup>[18]</sup>基于物上代位规则,遗产与前位继承人的个人财产能够相互隔离。除了继承关系外,遗赠关系也能及于遗赠财产的代位物:遗嘱人丧失遗赠财产但取得代位物时,法律推定遗嘱人具有遗赠代位物的意思。<sup>[19]</sup>在遗

[8] Zie G. E. Langemeijer, *Zaaksvervanging, Vlaardingen, 1927*, pp. 60 – 61.

[9] Zie V. Sagaert, *Zakelijke Subrogatie, Intersentia, 2003*, p. 25.

[10] 参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2020年版,第218页。

[11] 参见张永健:《财产独立与资产分割之理论架构》,我国台湾地区《月旦民商法杂志》2015年第12期,第90–92页。

[12] 参见张永健:《资产分割理论下的法人与非法人组织》,《中外法学》2018年第1期,第65页。

[13] 参见张永健:《财产独立与资产分割之理论架构》,我国台湾地区《月旦民商法杂志》2015年第12期,第90–92页;张永健:《资产分割理论下的法人与非法人组织》,《中外法学》2018年第1期,第65页。

[14] 参见卞耀武主编:《中华人民共和国信托法释义》,法律出版社2002年版,第75页。

[15] 参见赵廉慧、朱庆育:《信托财产确定性和信托的效力》,《交大法学》2018年第2期,第167–175页。

[16] 参见蒋月主编:《婚姻家庭与继承法》,厦门大学出版社2014年版,第383页;[德]雷纳·弗兰克、托比亚斯·海爾姆斯著:《德国继承法》,王保蔚、林佳业译,中国政法大学出版社2015年版,第186–187页。在比较法上,遗产的物上代位规则是确立遗产范围的重要基础,被成文法普遍承认,比如《德国民法典》第2019条与第2041条、《法国民法典》第815–10条、《日本民法典》第946条、《荷兰民法典》第4:24条与第4:154条。

[17] 参见(2020)鲁1082民初212号;(2014)高民申字02638号;(2020)辽01民终8617号;(2020)浙11民终580号;(2020)川11民终109号。

[18] 参见李红玲:《论附条件遗嘱的调整规则》,《法学》2018年第11期;王睿、王延增:《论后位继承人之期待权》,《学术交流》2014年第12期。

[19] 参见刘耀东:《论遗赠物上代位之推定制度》,《天津法学》2012年第4期;(2016)苏民申1027号。

赠财产的形态变化中,遗赠人可能会通过处分原遗赠财产或者代位物的行为,表示撤回遗赠的意思。<sup>[20]</sup>于此,遗赠人默示的意思表示能够阻却物上代位,这体现了物上代位规则的任意性。关于物上代位的任意规范属性,下文还有详论。

在夫妻财产关系中,一般物上代位也具有教义学阐释意义:基于夫妻个人财产而获得的新财产依旧属于个人财产,隔离于夫妻共同财产。<sup>[21]</sup>例如,夫妻一方个人财产在婚姻期间受损而引发的损害赔偿请求权、利用个人资金购取的财产、出卖个人财产获取的价金,依旧属个人财产。“由于这只是原有财产价值存在形态发生了变化,其价值取得始于婚前,即所谓‘万变不离其宗’,故应当认定为一方的个人财产。”<sup>[22]</sup>在比较法上,夫妻个人财产的物上代位一般得到成文法的明确规定。<sup>[23]</sup>

在家庭财产关系中,未成年子女的财产构成一项特别财产。<sup>[24]</sup>我国司法实践中,父母擅自处分未成年子女财产的现象层出不穷。有判决认定处分行为无效,其他判决则认定处分行为有效。<sup>[25]</sup>于此,关键问题之一是父母所获财产是否属于未成年子女的财产。不论采取处分无效、侵权责任还是越权代理的路径,都无法向未成年子女提供周全的物权性保护。为保护未成年子女的利益,未成年子女个人财产的物上代位值得承认。未成年子女个人财产乃是一个特别财产集合,区别于父母的财产。财产的具体形态在父母管理过程中发生变化的,不影响特别财产关系的存续。

从前述实例来看,一般物上代位是自明之理:权利人或第三人利用特殊财产而取得的新财产,依旧属于特别财产范畴,适用相同的法律关系。因此,立法者甚至无需为一般物上代位设立明文规则,也能够予以自动适用。<sup>[26]</sup>在我国民法上,夫妻个人财产与遗产皆可被视为特别财产,物上代位规则的缺失未给司法实践造成任何困境。一般物上代位展示了特别财产的流动性与自我发展能力。<sup>[27]</sup>既然一般物上代位是自明之理,将之纳入物上代位体系的意义就值得深究。

有学者因此放弃一般物上代位,转而从其他角度分析特别财产的流动性,认为在处分特别财产时,新财产仍属集合财产的基础是代理行为或管理行为,而非物上代位。<sup>[28]</sup>是故,特别财产的物上代位乃是不真正物上代位。<sup>[29]</sup>相较于物上代位说,代理说或管理说存在明显困境。在物上代位说下,代理人或管理人的主观意思及其是否显名,无关

[20] 参见刘耀东:《论遗赠物上代位之推定制度》,《天津法学》2012年第4期,第76页。

[21] 参见马忆南著:《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2014年版,第92页。

[22] 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第154页;(2018)川民申717号。

[23] 参见《德国民法典》第1418条、《法国民法典》第225条、《日本民法典》第762条第1款、《荷兰民法典》第1:95条。

[24] 参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2020年9月版,第218页。

[25] 参见杨丽珍:《父母处分未成年子女财产之范围、限制及效力论》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期,第47-54页。

[26] Zie G. E. Langemeijer, *Zaaksvervanging*, Vlaardingen, 1927, p. 65.

[27] Vgl. A. Girsberger, *Die dingliche Surrogation*, Aarau, 1955, S. 44.

[28] Vgl. T. Kilian, *Die dingliche Surrogation*, Aarau, 1955, S. 39-44; D. Rußmann, *Erwerb mit Mitteln der Erbschaft*, Siebeck, 2017, S. 39.

[29] Zie A. Hammerstein, *Eigenlijke en Oneigenlijke Zaaksvervanging*, Tjeenk Willink, 1977, pp. 84-85; A. Girsberger, *Die dingliche Surrogation*, Aarau, 1955, S. 47.

紧要。<sup>[30]</sup>相反,代理说或管理说面临如下难题:一者,代理人或管理人以自己名义取得代位物的,代位物继续归为特别财产的结果,会面临物权法障碍;二者,代理人或管理人欠缺为本人而行为的意思时,代位物是否归属于特别财产集合,也面临教义学难题。<sup>[31]</sup>在物上代位规则下,代理人或管理人基于特殊财产取得代位物的事实,就足以导致特殊财产关系的延续。因此,物上代位更能维护特别财产关系的稳定性。正基于这一点,即便在受托人违反信托义务处分财产的情形下,新财产依旧属于信托财产;即便父母以自己名义,为了自己利益而处分未成年子女的财产时,所获财产依旧归子女所有。

## (二)特别物上代位及其适用范围

特别物上代位是指某个具体物权与原物脱离而消灭时,能够存续于代位物。与一般物上代位不同,特别物上代位所继续的乃是具体的物权,而非抽象的特别财产关系。在同一场合下,特别物上代位与一般物上代位可能同时发生。例如,负担担保的信托财产遭受毁损的,所涉代位物依旧属于信托财产,这涉及一般物上代位;同时,担保物权能够存续于代位物上,这涉及特别物上代位。以物上代位的权利基础为标准,特别物上代位包括所有权的物上代位、用益物权的物上代位与担保物权的物上代位等。

物上代位是担保物权的一项基本法律效力。担保物毁灭或减值时,担保物权可以及于代位物,比如损害赔偿金、保险金或征收补偿金(《民法典》第390条与《有关担保制度的解释》第42条)。除此之外,担保物因添附而灭失的,担保物权还可能及于添附物或其共有份额(《有关担保制度的解释》第41条)。<sup>[32]</sup>在担保财产分割的情形下,担保物权的不可分性也以物上代位为教义学基础:分割后的新财产是代位物,担保物权继续存在(《有关担保制度的解释》第38条第2款)。担保人以共有份额提供担保,所涉共有物分割的,担保物权可存续于担保人因此取得新财产。<sup>[33]</sup>

理论与实践,担保物权的物上代位的一个争议是提存物是否属于代位物。根据《民法典》第406条第2款的规定,抵押物转让价款应予以提存。提存能够产生物上代位的法律效果,抑或仅是抵押人的法定义务?<sup>[34]</sup>管见认为,提存的价款是代位物,进而发生物上代位,大致分为以下几个理由。第一,担保物权以担保物的经济价值为目的,而价款是担保物经济价值的体现。第二,担保物权往往以变卖担保财产的形式实现(比如《民法典》第410条),且在担保物权存续过程中,担保财产可能因价值贬损而被变卖,所获价款用于清偿债务或提存(比如《民法典》第433条第2分句)。担保人在前述两类情形中获得的价款与担保人自行出卖担保物取得的价款,并无本质区别。<sup>[35]</sup>第三,如果不承认物上代

[30] Vgl. D. Strauch, *Mehrheitlicher Rechtsersatz*, Gieseking, 1972, S. 158; T. Kilian, *Die dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht*, Utz, 2011, S. 27.

[31] Zie J. B. Spath, *Zaaksvervanging*, Kluwer, 2010, pp. 207 – 208.

[32] 参见崔建远著:《物权法》,中国人民大学出版社2017年版,第458页。

[33] 参见谢在全著:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社2011年版,第388页。

[34] 关于否定观点,参见王利明著:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版2016年版,第1220 – 1221页;孙鹏等著:《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第180 – 181页。关于肯定观点,参见冉克平:《论抵押不动产转让的法律效果》,《当代法学》2015年第5期,第75 – 76页;陈华彬著:《物权法论》,中国政法大学出版社2018年版,第539页。

[35] Zie J. B. Spath, *Zaaksvervanging*, Kluwer, 2010, p. 257.

位,那么抵押权人丧失原抵押权时,优先受偿的效果就失去权利基础。第四,在我国司法实践与比较法中,担保物权代位至提存的价款,得到了广泛承认。<sup>[36]</sup>当然,担保物权人允许担保人自由处分担保物,且欠缺将价金用作担保的明示或默示意思时(比如浮动抵押),不得主张物上代位。<sup>[37]</sup>因此,抵押权人与抵押人约定抵押物转让价款不用作担保的,无所谓物上代位。换言之,《民法典》第 460 条第 2 款乃是一项任意性规则:如果当事人未有相反约定,那么应适用物上代位。除此之外,《民法典》第 442 条(有价证券质押)中的所兑价款或所提货物被提存的,主流观点认为质权“继续存在于提存物”之上。<sup>[38]</sup>

除了担保物权之外,其他具有担保功能的权利或利益也可能具有物上代位效力,比如优先权的物上代位与查封扣押的物上代位。优先权有特别优先权与一般优先权之分,前者以特定财产为客体,而后者以“不特定的总财产”为客体。<sup>[39]</sup>在特别物上代位与一般物上代位的二元框架下,一般优先权适用于一般物上代位,特别优先权对应特别物上代位。优先权主要发生在金钱债权的情形下,以追求所涉财产的经济价值为目的,故财产的物理形态无关紧要。<sup>[40]</sup>查封扣押的效力也及于替代物和赔偿款。<sup>[41]</sup>查封扣押可能发生在金钱执行与非金钱执行两种情形下。<sup>[42]</sup>前者以金钱债权的实现为目的,物上代位不存在阐释障碍。后者以物之交付为目的,由于债权人并非仅关注物之经济价值,故物上代位的正当性有待探讨。

用益物权的物上代位并未引起我国学者的注意,主要原因在于《民法典》没有规定用益权。在比较法上,用益权是一种重要的用益物权,以占有、使用与收益为主要内容。物上代位主要适用于处分型用益权。传统民法否认处分型用益权,但随着新型种类物日益流行(比如股票和证券),处分型用益权也开始被接受。<sup>[43]</sup>在这一背景下,物上代位对于用益权的意义更加凸显:用益权人处分用益物后,所获财产(代位物)依旧属于用益权的客体。<sup>[44]</sup>不过在现行物权法体系中,某些用益物权也具有物上代位的效力。例如,地役权具有不可分性,供役地被分割的,地役权继续存在于分割之后的新土地。<sup>[45]</sup>地役权的不可分性乃是物上代位的结果:原供役地被分割后,分割后的新土地成为代位物,继续作为地役权客体。地役权不可分性是原地役权消灭、新地役权自动存在于新土地的结果。

所有权也可能发生物上代位,典型的情形就是共有:共有物的形态变化也可能涉及物上代位。例如,共有人擅自处分共有物,第三人善意取得共有物所有权时,所获价款依旧

[36] 参见(2016)最高法民申第887号;(2014)粤高法民二申字第265号;(2016)川民初36号;《德国民法典》第1247条。

[37] See H. Beale et al., *The Law of Security and Title-Based Financing*, Oxford, 2018, p. 124.

[38] 参见王利明著:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版2016年版,第1360页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1256页。

[39] 宋宗宇:《优先权制度在我国的现实与理想》,《现代法学》2007年第1期,第70页。

[40] 参见沈中、沈训芳:《船舶优先权的物上代位性研究》,《甘肃社会科学》2010年第2期,第42页。

[41] 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第24条。

[42] 参见杨与龄著:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第10页。

[43] 参见[德]鲍尔/施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第701-702页;H. J. Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Kluwer, 2017, nr. 596.

[44] 关于用益权的物上代位,可参见《荷兰民法典》第3:213条、《德国民法典》第1066条第3款与第1075条第1款。

[45] 参见王利明著:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版2016年版,第1013页。

属于共有财产；<sup>[46]</sup> 共有房屋被拆除的，回迁房屋或拆迁补偿款自动归于共有财产。<sup>[47]</sup> 基于物上代位，共有人针对代位物享有一个物权性地位，不适用诉讼时效。<sup>[48]</sup> 在拾得遗失物的情形下，所有权的特别物上代位也得到承认。<sup>[49]</sup> 在所有权保留中，考虑到所有权的担保功能，物上代位也在理论上获得了学者的关注。<sup>[50]</sup>

在理论上，原物返还是否包括代位物之返还，乃是一个颇具争议的问题。例如，保管人甲将乙的自行车出卖给丙，丙善意取得该自行车，并向甲支付了相应的价金，乙是否可以主张价金归己所有？在甲破产或价金被申请强制执行时，这一问题尤为重要。如果乙的所有权可以通过物上代位延伸至价金，那么得免于破产或强制执行的影响。在比较法上，大陆法系与英美法系采取了不同的处理模式。大陆法系否定了代位物可以适用原物返还，原物返还须以物权的存续为基础。<sup>[51]</sup> 物权人一旦丧失物权，原则上仅能基于债法寻求救济，不得针对代位物主张物权。不同于大陆法，英美法允许前例中的乙追及至价金，并基于衡平法主张价金归其所有，针对价金取得一项衡平权。<sup>[52]</sup> 国内有学者采取了类似于英美法的模式，主张“变体物”的原物返还。<sup>[53]</sup> 这一见解会冲击固有的物权法原理，必然面临体系上解释困境。

### 三 物上代位的适用条件

上文探讨了物上代位的适用范围，并通过区分一般物上代位与特别物上代位，展示了物上代位在现代私法中的广泛存在。下文分别从适用要件与适用效果两个方面关注物上代位的法律适用，以揭示物上代位的教义学结构。物上代位的适用要件如下。

#### (一) 权利人享有物权

物上代位的基本理念就是维持当事人利益关系的衡平，权利人既不受损害，也就不能因此取得任何额外利益。由于物上代位的效果是物权关系的“延续”，权利人必须先具有一个物权。<sup>[54]</sup> 至于何种物权得为物上代位的基础，取决于法律之规定。上文已经指出，所有权的物上代位在比较法上存有差异，担保物权的物上代位被广泛认可，用益物权的物上代位则受到限制。前文还指出，除物权之外，其他具有物权特征的权利或利益也可

[46] 参见(2015)德中民终字第435号。

[47] 参见(2019)津01民终6122号；(2019)鲁13民终6819号。

[48] 参见(2018)赣09民终2280号。

[49] 在拾得遗失物的情形下，遗失物不适于保管的，拾得人或管理机关可以变卖。基于此取得的财产依旧属于所有权人，所涉法律关系依旧存续。Vgl. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, Müller, 2011, S. 523.

[50] 参见庄加园：《动产担保物权的默示延伸》，《法学研究》2021年第2期，第43页。

[51] 参见王利明著：《物权法研究》（上卷），中国人民大学出版2016年版，第195页；[德]鲍尔/施蒂尔纳著：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第207-208页。

[52] Zie H. C. F. Schoordijk, Tracing, Constructive Trust, Ongereonde Verrijking, Zaaksvervanging, Kluwer, 1991, pp. 6-7; B. Häcker, *Consequences of Impaired Consent Transfers*, Siebeck, 2013, p. 313.

[53] 参见孟勤国、许军：《物权法中“返还原物”的界定辨析》，《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2012年第4期；朱晶晶：《论民法典编纂视角下的返还制度》，《浙江社会科学》2017年第3期。

[54] Zie J. B. Spath, Zaaksvervanging, Kluwer, 2010, p. 221.

能成为物上代位的基础,比如优先权与基于查封产生的优先利益。

对于物权的范围,理论上观点认为具有物上代位效力的物权应以追求经济价值为目的,而物上代位的功能就在于经济价值的继续。<sup>[55]</sup> 物权服务于一定的目的,物权人也具有相应的意图。物权目的可以分为两类:自然目的与经济价值目的;前者指向物的物理属性,后者指向物的经济价值。<sup>[56]</sup> 仅在所涉物权以追求经济价值为目的、客体具体形式无关紧要时,才能适用物上代位。<sup>[57]</sup> 在特别财产中,具体财产仅是经济价值的载体,物理形态变化不影响特别财产关系之存续,故而一般物上代位具有正当性。用益物权蕴含自然目的,用益物权人以追求物理用途为目标,故而不能适用特别物上代位。担保物权、优先权和查封扣押衍生的优先受偿利益涉及经济价值目的,所涉权利人以追求经济价值为目标,所以这些权益能适用物上代位。根据这一理论,所有权不适用于物上代位,因为所有权蕴含了经济价值目的与自然目的。<sup>[58]</sup>

上述学说以经济价值目的作为物上代位的适用限度,具有一定的解释力。毕竟,物上代位的特征就是客体具体形态无涉,而将焦点置于客体蕴含的经济价值在一定程度上能够解释这一特征。然而该说仍存在一些困境。一是,在某些特殊情形下,经济价值目的与自然目的难以清晰区分。例如,所有权在现代社会呈现“担保化”的趋势,当事人往往通过让与担保、所有权保留等方式将所有权用于担保目的;担保性所有权是否具有物上代位的效力,存在疑问。<sup>[59]</sup> 二是,部分非单纯以经济价值为目的的物权也具有物上代位的效力,比如具有不可分性的地役权、处分型用益权以及遗失物所有权。三是,既然所有权也蕴含了经济价值目的,为何所有权的物上代位没有获得一般性的承认?换言之,相对于担保物权,所有权额外蕴含了自然目的,但为何该差异成为所有权欠缺物上代位效力的原因?经济价值目的说难以回应前列疑问。

有学者认为,物上代位也能适用于债权。<sup>[60]</sup> 例如,《德国民法典》第 818 条第 1 款规定债权人可针对代位物主张不当得利返还请求权。再如,《民法典》第 461 条关于“三金”替代物的返还,也是一项债权性返还,采取了不当得利的逻辑构造。<sup>[61]</sup> 不当得利仅产生一项债权性的返还请求权,且返还的客体不局限于原物,还包括基于原利益的所得、原物的代偿、基于原利益获得的对价等“代位物”。<sup>[62]</sup> 无论如何,不当得利规则适用的前提是权利人丧失了物权,仅享有债权性的返还请求权。因此,不当得利中的代位物返还乃是一

[55] Zie E. Dirix, *Zakelijke Subrogatie*, in 9 RW, 1993, p. 276.

[56] Zie V. Sagaert, *Zakelijke Subrogatie*, *Intersentia*, 2003, pp. 36 - 38.

[57] Vgl. G. Buhrow, *Die Surrogation im Bürgerlichen Recht*, Halle, 1923, S. 110.

[58] Zie A. Hammerstein, *Eigenlijke en Oneigenlijke Zaaksvervanging*, Tjeenk Willink, 1977, pp. 88 - 89.

[59] 法国最高法院认为,所有权保留中的所有权可以代位至价金请求权,尽管标的物为第三人善意取得,参见 V. Sagaert, *Cour de cassation française*, in 6 ERPL, 2002, pp. 823 - 825。德国联邦最高法院基于“合同违反理论”,认为延长型所有权保留优先于总括型债权让与担保。然有学者认为,物上代位也提供了一个解释之道:所有权保留的买受人通过出卖标的物而获得的价款是代位物,所有权保留的出卖人能够针对价款主张物上代位,进而免受总括型债权让与担保之影响,参见 [德] 鲍尔/施蒂尔纳著:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社 2006 年版,第 702 - 705 页。

[60] Vgl. M. Wolf, *Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation*, in JuS 1975, S. 645.

[61] 参见张双根著:《物权法释论》,北京大学出版社 2018 年版,第 284 - 285 页。

[62] 参见王泽鉴著:《不当得利》,中国政法大学出版社 2020 年版,第 246 - 247 页。

项债权性请求权,是债权的一种延伸。由于欠缺物权基础和物权性效力,债权性物上代位的理论构造没有太大的实践意义。<sup>[63]</sup>

## (二) 权利人受到损害

物上代位作为一种救济机制,仅在权利人受到损害时方能适用。于此,在适用物上代位的情形下,损害是指权利人因物权脱离物权客体而丧失物权所遭受的不利。损害违反权利人的意愿,即权利人被迫因物权脱离物权客体而丧失物权。这一限制与物上代位的法律效果密切相关。物上代位是一项物权性救济机制,能够保证权利人继续享有物权,进而免受债务人破产之影响。非自愿债权人(比如侵权受害人)欠缺规避破产风险的机会,故应允许其基于物上代位享有优先保护。同理,财产转移欠缺意思表示或意思表示存在瑕疵的,也能够请求适用物上代位。<sup>[64]</sup>而在合同解除的情形下,权利人自愿将财产权转移给债务人,应能预见后者破产的风险,具有请求债务人提供担保的机会,故而不得主张物上代位。<sup>[65]</sup>在实证法上,合同解除中的现存利益返还乃是一项债权性返还,采取了不当得利的逻辑构造。<sup>[66]</sup>

损害要件与物权追及效力相关。物权人能够追及物权客体的,能否主张物上代位?主流观点采取否定说,即物上代位补充说。<sup>[67]</sup>根据该说,权利人未丧失物权,能够追及至物之所在、继续主张物权的,不能主张物上代位。<sup>[68]</sup>物上代位与物权追及力互相排斥,二者的界限在于物权人是否丧失物权;作为一项救济机制,物上代位具有补充性。<sup>[69]</sup>因此,偷窃人将盗窃物转让给第三人,但后者未取得所有权的,所有权人不能针对价金主张物上代位,而只能请求第三人原物返还。

肯定说包括追及力补充说与竞合说。根据追及力补充说,在抵押物价款不足以清偿担保债务时,抵押权人在某些情形能继续行使追及权。<sup>[70]</sup>在比较法上,追及力补充说获得了日本法的支持,即在担保物转让的情形下,先取特权具有物上代位效力(《日本民法典》第304条),与其追及力可以并存。<sup>[71]</sup>英美法采竞合说。在英美衡平法与信托法中,受益人既对第三人享有追及权(following),也对受托人拥有追索权(tracing);追及权以原物为对象,相当于大陆法上的原物返还;追索权以代位物为对象,类似于大陆法上的物上代位。<sup>[72]</sup>二者并立时,受益人只能择一主张,但若追及权受到限制(比如第三人善意

[63] Zie G. E. Langemeijer, *Zaaksvervanging, Vlaardingen*, 1927, p. 8.

[64] See L. Ho, *Proprietary Remedies for Unjust Enrichment*, in C. Mitchell et al. eds., *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment*, Hart, 2013, pp. 215 – 225.

[65] See R. Goode, *Proprietary Restitution Claims*, in W. R. Cornish et al. eds., *Restitution: Past, Present and Future*, Hart, 2001, pp. 75 – 77; C. Rotherham, *Proprietary Remedies in Context*, Hart, 2003, pp. 81 – 82.

[66] Vgl. Gaier, in: *Münchener Kommentar BGB*, 8. Aufl. 2019, § 346 Rn. 68.

[67] 参见孙鹏等著:《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第180页;谢在全著:《物权法论》(中册),中国政法大学出版社2011年版,第683页。

[68] Zie V. Sagaert, *Zakelijke Subrogatie, Intersentia*, 2003, p. 191.

[69] Zie E. Dirix, *Zakelijke Subrogatie*, in 9 RW, 1993, p. 276.

[70] 参见梁上上、贝金欣:《抵押物转让中的利益衡量与制度设计》,《法学研究》2005年第4期,第24–25页。

[71] 参见[日]近江幸治著:《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社2000年版,第41–42页。

[72] See P. H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, Oxford, 2012, p. 536. V.

取得),权利人只能行使追索权。在担保物权中,英美法也允许债权人择一主张追及权或追索权。<sup>[73]</sup>

相较而言,否定说(物上代位补充说)更具说服力。在物权保护上,追及效力、物上代位、不当得利构成了一个相互衔接的救济体系。追及效力以物权客体的保有为前提,物上代位预防了代位物归属关系的失衡,不当得利适用的前提就是追及效力与物上代位之缺位。<sup>[74]</sup> 不当得利发生在债权人丧失原物本身与原物价值的情形下,否则利益之返还就无从谈起。同理,物上代位适用的前提是权利人的物权失去追及力,否则无需启动物上代位的救济机制。<sup>[75]</sup> 追及力补充说实为“自寻烦恼”,具有“过度保护”之嫌:担保物权人能够追及至担保物,并就之主张优先受偿的,并未遭受损害。<sup>[76]</sup> 概括而言,竞合说面临以下三个困境:一是,权利人针对原物享有物权,法律地位未受不利影响,适用物上代位也似有“过度保护”之嫌;<sup>[77]</sup> 二是,由于权利人的选择直接影响担保人与第三人的交易条件,选择权使得担保人与第三人的交易面临不确定性;<sup>[78]</sup> 三是,在权利人选择之前,是否发生物上代位,以及权利人针对代位物主张物权时,物上代位发生的时间,皆存在争议。<sup>[79]</sup>

《民法典》第 406 条在承认抵押权的追及效力(第 1 款)后,又规定抵押权人在“抵押财产转让可能损害抵押权”时,能够请求提存价款(第 2 款)。从前后关联来看,抵押权人能够行使追及时,能否继续主张抵押物转让损害了抵押权,请求提存价款? 管见认为,《民法典》第 406 条第 2 款应予限缩解释,仅能适用于抵押权人因财产转让而丧失追及权的情形;追及效力排除了物上代位的必要性与遭受损害的可能性。<sup>[80]</sup>

### (三) 存在适格代位物

物上代位以适格的代位物为前提。物权与原物脱离,但不存在代位物的,当然不发生物上代位。例如,抵押物因为抵押人的过失而被烧毁,且不存在保险金或其他收益的,抵押权无从代位。<sup>[81]</sup> 代位物适格包含了两个方面:一者,代位物必须与原物存在密切关联性;二者,代位物应当具有特定性,能够成为物权的客体。

密切关联性是指代位物的取得应当与原物的丧失存在直接关系,即二者因同一个法律事实而发生。<sup>[82]</sup> 例如,担保物权之所可以代位至损害赔偿债权,乃是因为担保物的灭失与损害赔偿债权的成立存在直接关系,二者皆因侵权行为而发生;所有权之所以可能代

[73] See R. Goode, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 2013, pp. 42 - 46.

[74] Zie A. Hammerstein, *Eigenlijke en Oneigenlijke Zaaksvervanging*, Tjeenk Willink, 1977, pp. 77 - 78; A. Lodder, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart, 2012, p. 59.

[75] See P. Birks, *An Introduction on the Law of Restitution*, Clarendon, 1985, pp. 14 - 15.

[76] Zie V. Sagaert, *Zakelijke Subrogatie*, Intersentia, 2003, p. 378.

[77] Zie V. Sagaert, *Zakelijke Subrogatie*, Intersentia, 2003, p. 378; [日]近江幸治著:《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社 2000 年版,第 41 - 42 页。

[78] 参见孙鹏等著:《担保物权法原理》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 183 页。

[79] See L. D. Smith, *The Law of Tracing*, Clarendon, 1997, p. 382.

[80] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社 2020 年版,第 1093 页。

[81] 参见谢在全著:《物权法论》(中册),中国政法大学出版社 2011 年版,第 684 页。

[82] Zie V. Sagaert, *Zakelijke Subrogatie*, Intersentia, 2003, pp. 255 - 256.

位至价金,乃是因为原物的丧失与价金的取得存在直接关系,二者皆因买卖行为而发生。根据直接关系的要求,物上代位可能会连续发生。例如,抵押物灭失,抵押权代位至保险金债权,并在保险人履行支付义务时代位至保险金。直接关系要件本质上限制了物上代位的适用范围,保护了义务人及其债权人的利益。<sup>[83]</sup> 物的孳息并非代位物,因为孳息的收取并不导致物的消灭。<sup>[84]</sup> 有判决认为,在被拆迁房屋的原地建设新房屋的,新房屋属于“替代物”,原房屋物权关系依旧能够代位存续于新房屋之上。<sup>[85]</sup> 这一观点有待商榷,盖原房屋的灭失与新房屋的形成并无直接关系。

基于物权特定性原则,代位物应当具有特定性,能区分于其他财产。<sup>[86]</sup> 在代位物与其他物发生混合时,代位物能否维持其特定性,值得具体分析。如果混合导致共有关系,相应的共有份额可以成为代位物(《有关担保制度的解释》第41条第3款);如果混合导致标的物为他人取得,因此产生的赔偿金或补偿金可以成为代位物。当前实践面临的难题就是金钱代位物的混合:代位物表现为金钱,并与其他金钱混合于同一账户后,资金不断地流动,原金钱代位物难以特定化。

对于这一难题,两大法系采取了不同的调整模式。大陆法上,代位物丧失特定性会阻却物上代位。<sup>[87]</sup> 我国司法实践也严格坚持特定性原则,否认了物权存续的可能性。<sup>[88]</sup> 在英美法上,衡平法上的追索提供了一套解决方案:(1)权利人与义务人的金钱发生混同,部分金钱不知去向,而账户有剩余的,推定义务人优先使用了自己的金钱;(2)权利人与义务人的金钱发生混同,部分金钱可知去向,而账户无剩余的,推定义务人优先使用权利人的金钱取得了替代物;(3)权利人与义务人的金钱混合,义务人支出部分资金后又存入部分资金的,推定存入部分非为权利人财产;(4)权利人与善意第三人的金钱发生混同,双方依比例形成共有关系,且账户资金的消涨也依比例发生,但金钱混合于银行活期账户的,推定“先进先出”。<sup>[89]</sup> 根据这一方案,在金钱混同的情形下应对权利人作有利推定,义务人负有相反的举证责任。衡平法上的解决方案将客体特定性问题转化为程序法上的举证责任问题,最大程度地缓和了特定性原则。

#### (四)具有相应法律基础

物上代位是物权法上的议题,受制于物权法定原则。广义的物权法定不仅涉及物权内容与类型的法定,还包括物权取得方式的法定。<sup>[90]</sup> 在物权法定原则下,物上代位应当

[83] Zie V. Sagaert, *Zakelijke Subrogatie*, Intersentia, 2003, p. 254.

[84] Zie J. B. Spath, *Zaaksverving*, Kluwer, 2010, p. 251.

[85] 参见(2020)京03民终6623号;最高法(2001)民二终字第106号。

[86] Zie E. Dirix, *Zakelijke Subrogatie*, in 9 RW, 1993, p. 276.

[87] 德国民法学上的金钱价值返还以金钱替代物的特定性为前提。参见 Karl-Heinz Gursky, in: *Staudingers Kommentar BGB*, Neubearbeitung 2013, § 985 Rn. 92.

[88] 参见(2018)最高法民申1742号;(2019)冀民终1087号;(2020)鲁民终第815号;(2019)鲁民终2596号;(2019)辽民终1033号。

[89] See G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford, 2015, pp. 618 - 623; R. Goff and G. Jones, *Goff and Jones on the Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 113 - 122.

[90] 参见王利明著:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版2016年版,第146 - 147页。

具有明确的法律基础。<sup>[91]</sup> 物上代位是一种特别的物权取得方式。法律未允许物上代位的,原则上不能适用之。因此,即便权利人享有物权,且之后丧失了物权,也不必然能够针对代位物主张物上代位。换言之,即便前列三条件能够得到满足,即权利人享有物权、权利人受到侵害、存在适格代位物,也不必然发生物上代位。前列三要件不过是对物上代位具体适用的描述,而非物上代位的充分条件。在现代私法上,物上代位并未如不当得利,得到了法律的一般性承认。在物上代位学术发展史中,物上代位最早被视为一种拟制:尽管物权已经随着客体灭失而消灭,但法律拟制其依旧存续于代位物之上。<sup>[92]</sup> 虽然拟制说存在各种困境,难以完满契合物权法原理,但其揭示了物上代位的特征:物上代位是一种例外的取得方式,不存在扩张适用的空间。<sup>[93]</sup>

概括而言,作为一种物权的特别取得方式,物上代位具有两个特殊性。从整个私法体系来看,物上代位的特殊性之一是意思无涉:当事人是否具有取得代位物物权的合意无关紧要,基于原物而取得代位物的事实才是关键。<sup>[94]</sup> 在这个意义上,物上代位乃是私法自治的例外。从物权变动方式来看,物上代位的特殊性之二是公示无涉:权利人无需完成相应的公示就能取得代位物物权,物上代位可以自动发生。<sup>[95]</sup> 正由于物权取得的特殊性,物上代位应以法律的特别规定为前提。关于前列两个特殊性,下文还有详述。

然在实践中,物上代位之适用可能欠缺明文规定,并且法外适用的范围往往取决于物上代位规则体系的完备程度。本文区分三类情形,予以简要说明。第一,一般物上代位乃是自明之理,即便法律未予规定,也不妨碍适用。前文业已指出这一点。第二,某些特别物上代位被广泛接受,且具有充分合理性,但法律未予明确规定。例如,尽管《民法典》并未规定份额的担保能及于共有物分割所得,但应予以肯定。第三,某些特别物上代位存在理论争议,且法律未明确规定。例如,在善意取得中,原所有权人能否就无权处分人取得的价款主张“所有权”?对于这一问题,法官一般应采保守态度,拒绝适用物上代位。<sup>[96]</sup> 后两类情形皆涉及特别物上代位,但二者的界限并非完全清晰,特别物上代位的法外适用范围尚待法官、立法者与学者协力澄清。

## 四 物上代位的法律效果

物上代位包括一般物上代位与特别物上代位。前者的主要功能在于维持特别财产关系的存续,实现财产的持续隔离,其法律效果就是特别财产关系继续适用于代位物。至于代位物的具体物权关系如何,则属特别物上代位的问题域。例如,在信托中,被抵押的信托财产因第三人侵权而灭失的,损害赔偿债权依旧属于信托财产(一般物上代位),抵押

[91] Zie Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Kluwer, 2017, nr. 294.

[92] Zie J. B. Spath, Zaaksvervanging, Kluwer, 2010, p. 123.

[93] Zie G. E. Langemeijer, Zaaksvervanging, Vlaardingen, 1927, p. 65.

[94] Zie V. Sagaert, Zakelijke Subrogatie, Intersentia, 2003, p. 79.

[95] 参见程啸:《担保物权人物上代位权实现程序的建构》,《比较法研究》2015年第2期,第23页。

[96] 参见(2019)辽02民终5473号;(2016)皖1226民初5747号。

权能存续于该项债权(特别物上代位)。下文重点考察特殊物上代位的法律效果。特别物上代位的基本功能是维持权利人享有的物权性法律地位,预防当事人之间利益关系的失衡,但权利人不能因此额外获利。在这一理念之下,物上代位的具体法律效果可以从以下几个方面分析。

### (一)最相似新物权的取得

首先,特别物上代位的效果是权利人能够在代位物上取得一个新物权,而非原物权的存续。物权客体变化必然会导致物权丧失同一性。因此,物上代位的结果是新物权的取得,而非原物权的继续延伸。<sup>[97]</sup> 物上代位实为“权利代位”(Rechtsersatz),即新物权取代旧物权。<sup>[98]</sup> 在物权法定原则下,客体能够负担的物权类型与内容具有强制性。代位物与原物非属同一类客体的,物权类型与内容必然发生改变。<sup>[99]</sup> 即便代位物与原物属于同类客体,物权的内容也会因客体的变化而发生相应的变化。在物上代位学术发展史中,为协调原物权的延续和客体的变化,学者提出了拟制说:虽然物权客体发生了变化,但物权被拟制为继续存在于新客体之上。<sup>[100]</sup> 然拟制说面临三个困境:一是,拟制说违背了事物的真实性,未揭示物上代位的真实面向;<sup>[101]</sup> 二是,拟制说以物权客体为审视焦点,认为物上代位仅涉及物权客体变化,原物权通过拟制继续存于代位物上,而这一见解无异于维持“鞋子”的同一性,试图将同一双鞋子穿在不同人的脚上;<sup>[102]</sup> 三是,拟制说不能完满地解释作为自明之理的一般物上代位。<sup>[103]</sup>

其次,在特别物上代位中,物权人取得一个与原物权性质相同或最相似的物权。<sup>[104]</sup> 例如,拾得人在管理遗失物过程中,基于遗失物而取得新财产的,物主对于新财产享有所有权(含债权),而非一项限定物权,供役地被分割,地役权人对于分割后的土地仍享有地役权,而非所有权或担保物权;原抵押财产毁损,抵押权代位至损害赔偿债权时,法律结果仍旧是一项担保物权(质权),而非直接取得债权。优先权物上代位的结果是债权人针对代位物取得一项新的优先权,而在查封扣押情形,债权人针对代位物取得一项新的优先受偿利益。若非如此,物上代位权利人就可能不当获利,有违物上代位预防利益失衡的理念。

再者,在特别物上代位中,新物权应当尽可能与原物权的效力保持一致。<sup>[105]</sup> 这一点集中体现于物上代位的溯及效力和顺位保护效力。在物上代位的情形下,取得新物权的

[97] Vgl. Brehm/Berger, Sachenrecht, Siebeck, 2014, S. 479; J. B. Spath, Zaaksvervanging, Kluwer, 2010, p. 195.

[98] Vgl. D. Strauch, Mehrheitlicher Rechtsersatz, Gieseking, 1972, S. 150.

[99] 参见谢在全著:《物权法论》(中册),中国政法大学出版社2011年版,第688-689页。

[100] Zie V. Sagaert, Zakelijke Subrogatie, Intersentia, 2003, pp. 26-27.

[101] Zie G. E. Langemeijer, Zaaksvervanging, Vlaardingen, 1927, p. 65.

[102] Zie J. B. Spath, Zaaksvervanging, Kluwer, 2010, p. 116.

[103] Zie V. Sagaert, Zakelijke Subrogatie, Intersentia, 2003, p. 34.

[104] Zie S. Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 3-IV, Kluwer, 2013, nr. 5.

[105] Zie S. Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 3-IV, Kluwer, 2013, nr. 5.

时点是取得原物权的时点,物上代位具有溯及既往的效果。在物权法上,物权成立的时间对于物权人的法律地位具有重要意义。为保护物权人的顺位利益,新物权的取得时间应被视为权利人取得原物权的时间,而非物上代位的发生时间。<sup>[106]</sup> 基于物上代位的溯及效力,物上代位能够维持原物权之间的顺位关系。<sup>[107]</sup> 除了顺位维持功能,物上代位的溯及既往效果在破产的情形也具有意义:原物权在破产之前成立,但物上代位在代位物所有权人陷入破产后发生的,物权人能够溯及既往地取得新物权,进而免受破产的影响。

最后,物上代位仅能在权利人遭受损害的范围内发生,否则有违利益衡平的理念,也不符合物上代位的救济属性。例如,抵押的房产被烧毁,抵押人获得的保险金高于房屋的市场价值的,抵押权是否能够代位至全部保险金?从利益衡平来看,抵押权仅能在房屋市场价值的范围内代位至保险金,否则抵押权人就会通过物上代位额外获利。<sup>[108]</sup> 若代位物不可分,基于物上代位取得的新物权成立于代位物整体,但仍仅能在原物价值范围内具有效力。<sup>[109]</sup> 《有关担保制度的解释》第 41 条第 2 款体现了这一点:抵押权能够及于添附物,但添附导致抵押财产价值增加的,抵押权不能及于增加的价值部分。

## (二)物权的法定自动取得

基于物上代位的取得是一种法定自动取得,无需权利人主张。<sup>[110]</sup> 物上代位是一种物权保护机制,相应条件一旦得到满足,物上代位自动发生。关于物上代位的自动取得效果,应明确以下几点。

首先,新物权的取得无需满足相应的公示要件,物上代位构成物权公示原则之例外。在《德国民法典》的制定过程中,第一草案以物权公示为由否定了物上代位的第三人效力,但第二委员会最终改变了这一建议,承认物上代位具有物权性效力。<sup>[111]</sup> 由于新物权未公示,权利人面临第三人善意取得的风险。<sup>[112]</sup> 因此,权利人应尽快完成代位物物权的公示,加强自己的物权人地位。美国《统一商法典》第九编对动产与权利担保设置了一个“二元折中”方案:一者,代位物是现金收益(第 9-315 条第 d 款第 2 项),或者代位物已经被原担保物权的登记所涵盖(第 9-315 条第 d 款第 3 项),或者代位物乃是动产与动产添附的结果(第 9-335、9-336 条)的,代位产生的担保物权,无需登记也具有第三人效力;二者,代位物是其他类型财产的,完成登记的原担保物权可自动发生物上代位,但权利人需在 20 日内完成新担保物权的公示,否则丧失第三人效力(第 9-315 条第 d 款)。<sup>[113]</sup> 在 20 日宽限期内,权利人的地位不受影响,但第三人面临隐蔽担保物权的风险。

由上可知,物上代位的公示无涉涉及两方当事人的利益:一方是权利人的物权性利

[106] 参见谢在全著:《物权法论》(中册),中国政法大学出版社 2011 年版,第 690 页。

[107] Zie Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Kluwer, 2019, nr. 756; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Kluwer, 2017, nr. 509.

[108] Zie V. Sagaert, Zakelijke Subrogatie, Intersentia, 2003, p. 516.

[109] Zie J. B. Spath, Zaaksvervanging, Kluwer, 2010, p. 248.

[110] Vgl. Brehm/Berger, Sachenrecht, Siebeck, 2014, S. 479.

[111] Vgl. T. Kilian, Die dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht, Utz, 2011, S. 14.

[112] Vgl. T. Kilian, Die dingliche Surrogation von Personengesellschaftsanteilen im Erbrecht, Utz, 2011, S. 14.

[113] See J. J. White and Robert R. S. Summers, Uniform Commercial Code, WEST, 2012, pp. 1244 - 1245.

益,另一方是第三人的信赖。对于如何平衡两方主体利益的问题,应当从两个层面予以分析。一者,如果物上代位发生前后,权利人面临第三人优先保护的风险并未变化,那么物上代位不会导致公示问题。例如,出质动产与其他动产发生附合,且附合物依旧被质权人或第三人控制的,权利人与第三人的利益关系并未变化。二者,如果物上代位发生后,权利人遭受了额外的风险,那么会发生物上代位的公示问题。例如,动产在抵押登记后被损毁,抵押权代位至赔偿债权,抵押权人因此取得一项债权质权,但该质权并未完成登记;尽管《民法典》第445条第2款(应收账款质押登记要件规则)并不妨碍质权的成立,但质权人面临被第三人利益超越的风险。当然,如果原动产抵押未登记的,权利人面临的风险并未恶化,故而不引发公示问题。

针对这一问题,有学者主张法律应当确立担保人的通知义务,告知物权人物上代位的事实。<sup>[114]</sup> 这一观点值得肯定,但通知义务仅涉及债法层面:义务人未履行告知义务的,并不引发物权效果,也不影响第三人的物权地位。因此,物权法应当提供一个权衡的方案,并以通知义务作为辅助机制。有学者借鉴美国《统一商法典》的模式,认为可在必要时参照《民法典》第416条,为动产与权利担保中的物上代位设立10日登记宽限期。<sup>[115]</sup> 概括而言,通过物上代位取得的新物权能够登记的,宽限期规则能够为平衡权利人与第三人之间的利益,提供一个较为妥当的基点。权利人在宽限期内完成登记的,新物权能够对抗第三人;权利人在宽限期内未登记的,善意第三人应当予以优先保护。通过确立宽限期规则,在一定范围内弱化登记簿的可靠性,权利人与第三人的利益冲突能够得到相对公平的化解。然宽限期的具体长度,尚待法律予以明确。

其次,法定自动取得效果意味着物上代位不受破产或者查封扣押的影响。原物权的消灭与代位物的成立同时发生,并且原物权人能够针对代位物自动取得新物权。是故,原物权的消灭与新物权的取得不存在“逻辑上的一秒”间隙。即便在物上代位发生时,代位物旋即被查封或者代位物所有权人陷入破产,原物权人依旧能够正常取得新物权。在这一层面,物上代位与将来财产的处分具有一些区别:处分人在破产后取得财产的,相对人可能无法正常取得物权,因为破产事件剥夺了处分人的处分权(间接取得)。<sup>[116]</sup> 除此之外,基于前文所述的物上代位的溯及效力,新物权被视为自原物权成立时就取得。因此,新物权是否能够对抗破产或查封扣押,取决于原物权能否对抗破产或查封扣押。例如,未登记的抵押权发生物上代位的,债权人取得的新担保物权在担保人破产时依旧未登记的,新物权不能免受破产的影响(《有关担保制度的解释》第54条第4项)。

最后,法定自动取得并不意味物上代位规则乃是强制性规范。特别物上代位规则不涉公共利益与善良风俗,仅是一项有利于物权人的救济机制。因此,当事人可以预先放弃主张物上代位,或者事后放弃基于物上代位取得的新物权。<sup>[117]</sup> 前文指出,在遗赠关系中,

[114] 参见程啸:《担保物权人物上代位权实现程序的建构》,《比较法研究》2015年第2期,第24页。

[115] 参见庄加园:《动产担保物权的默示延伸》,《法学研究》2021年第2期,第53页。

[116] 参见庄加园:《动产担保物权的默示延伸》,《法学研究》2021年第2期,第38页。

[117] Zie V. Sagaert, Zakelijke Subrogatie, Intersentia, 2003, pp. 79 - 80.

遗赠人的处分行为甚至包含了撤销赠与和阻却物上代位的意思。除此之外,《民法典》第 390 条(担保物权的物上代位规则)并非强制性规范,而是一个授权性的任意性规范。根据《美国统一商法典》第 9-203 条第 f 款,动产与权利担保物权虽可代位至可辨别的收益,但当事人能够约定排除之。<sup>[118]</sup>至于当事人是否具有排除物上代位的意思,应当依据所涉情形予以具体判断。由此可见,特别物上代位具有封闭性和任意性:一方面,特别物上代位应具有一个明确的法律规定,否则物权人不得主张适用特别物上代位;另一方面,物上代位规则能够被当事人预先排除适用,进而具有授权规则之属性。

## 五代结语:物上代位作为一般性规则?

物上代位是一个古老的法律制度。自罗马法以来,学者关于物上代位的讨论就从未停止过。在私法体系上,物上代位与私法自治、特别(目的)财产、物权公示、物权客体特定性等原理具有密切关联。在功能与构成上,物上代位与不当得利具有相似的法律理念与适用条件,可被看作物权法上的“不当得利”规则。物上代位处于物权追及力与不当得利之间,三者形成了一个互相衔接的物权保护体系。

物上代位是一个“迷人”和“危险”的法律工具。一方面,物上代位可以最大程度地维持财产关系的平衡,使得物权与原客体脱离时,仍有新的“栖身之所”,避免物权沦为债权。另一方面,其也是一项危险的制度,维持物权的存续会给第三人带来不利,并且冲击固有的物权法框架。物上代位本质上涉及权利人与第三人(比如善意第三人、破产债权人与执行债权人)之间的利益冲突,物上代位的适用范围乃是一个法律政策问题。在一个对于权利优先性采取保守态度的国家,物上代位的适用会受到限制。<sup>[119]</sup>

概括而言,英美法对于物上代位持开放态度。追索规则与衡平法最大限度地维护了权利的优先性,限制了债权平等原则与破产法上的比例分配规则。大陆法系民法对于物上代位采取了更为谨慎的态度。在德国民法学上,物上代位并非“一般性法律真理”。<sup>[120]</sup>物上代位并非一个普遍的物权法制度,而是处分行为、法律规定或自然事理的结果。<sup>[121]</sup>在日本民法上,有观点认为物上代位不过是一项“特权”。<sup>[122]</sup>尽管如此,受法律实践需求与比较法研究的影响,大陆法系对物上代位的严格政策有所缓和,比如德国民法学上的金钱价值返还理论与我国司法实践中的赔偿性取回权。<sup>[123]</sup>

现代社会财富日益种类化与无形化,原物返还请求权失去了昔日辉煌,物上代位的制度价值日渐凸显。在这一背景下,物上代位一般条款的争议于大陆法系浮现出来。有学者持传统观点,认为物上代位仅适用于法律特别规定的情形,或者扩张适用于某些具体情

[118] See J. J. White and R. S. Summers, Uniform Commercial Code, WEST, 2012, pp. 1242 - 1243.

[119] Zie H. C. F. Schoordijk, Tracing, Constructive Trust, Ongereonde Verrijking, Zaaksvervanging, Kluwer, 1991, p. 8.

[120] Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Guttentag, 1988, S. 29.

[121] Vgl. C. Heinze, in: Staudingers Kommentar BGB, Neubearbeitung 2018, Einleitung Rn. 90.

[122] [日]近江幸治著:《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社 2000 年版,第 40 页。

[123] 参见刘贵祥、李国慧:《释疑解惑:寻求民事裁判思路的统一》,《法律适用》2003 年第 12 期,第 3 页。

形,但物上代位本身难以成为一项一般性规则。<sup>[124]</sup> 有激进观点则主张物上代位应上升为一项一般性规则,立法者应设立物上代位一般条款。<sup>[125]</sup> 这一“论战”让我们想起不当得利一般规则的发生史。<sup>[126]</sup> 物上代位对于固有私法体系的冲击远甚于不当得利,所以“论战”结果如何,尚未可知。从私法趋同性的潮势来看,英美法对于物上代位的包容态度将逐渐影响大陆法系。

[本文为作者参与的2020年度国家社会科学基金重点项目“中国债法上返还责任规则的统一建构”(20AZD119)的研究成果。]

---



---

[ **Abstract** ] Proprietary substitution arises in the situation where a property right is detached from its object and continues to exist on the substitute. It has a function of preserving the original legal relationship and averting the occurrence of unjust enrichment. Proprietary substitution includes general proprietary substitution and special proprietary substitution. The former takes place in the situation of separate patrimony, such as the entrustment of property, legacy, subsequent succession, bequeath and marital property, whereas the latter includes ownership substitution, substitution of the right of use, substitution of the right of security, substitution of privileges and substitution in judicial attachment. Proprietary substitution requires the proprietor's suffrage of damage and the existence of a substitute. General proprietary substitution is applied ipso jure, and the consequence is that the relationship of separate patrimony remains unchanged. In contrast, special proprietary substitution is only possible in situations recognized by law. The legal consequence of special proprietary substitution is that the proprietor obtains automatically a new property right that resembles the original right to the largest extent, such as the acquisition's retroactivity and the preservation of the original right's priority. Controversies exist as to whether proprietary substitution should, like unjust enrichment, be recognized as a general rule.

---



---

(责任编辑:余佳楠)

[124] Zie J. B. Spath, *Zaaksvervanging*, Kluwer, 2010, p. 268; E. Dirix, *Zakelijke Subrogatie*, in 9 RW, 1993, p. 277; G. Buhrow, *Die Surrogation im Bürgerlichen Recht*, Halle, 1923, S. 32 - 33; A. Girsberger, *Die dingliche Surrogation*, Aarau, 1955, S. 146 - 148.

[125] Zie V. Sagaert, *Zakelijke Subrogatie*, Intersentia, 2003, p. 116; H. Viebig, *Das Surrogationsprinzip und unser Bürgerliches Gesetzbuch*, Seidel, 1933, S. 55; D. Devetzis, *Die dingliche Surrogation als Rechtsprinzip*, Vandenhoeck & Ruprecht, 2018.

[126] 参见王泽鉴著:《不当得利》,中国政法大学出版社2020年版,第9-13页。