

金钱“占有即所有”原理批判 及权利流转规则之重塑

孙 鹏^{*}

内容提要：金钱的高度可替代性并不必然排除其特定性，而金钱之特定包括物理特定和价值特定两个层面。“占有即所有”原理毫无节制地保护金钱的后续受领人，也不当保护了占有人的债权人，其流通保护功能可为善意取得制度所替代。金钱占有移转时，原权利人之物权只能依移转所有权的意思而消灭，但金钱占有非因移转所有权的意思而移转时，原权利人也将因金钱丧失其价值特定性而失去物权性保护。原权利人与占有人的金钱混同后，若能确定原权利人的金钱价值仍为占有人支配，则价值特定性犹存。若混同金钱全部消耗，则价值特定性丧失。若混同金钱部分消耗，推定原权利人的金钱价值按比例减少。为合理平衡原权利人和占有人的债权人的利益，当混同金钱或其替代物价值降低时，原权利人应通过拟制信托按比例分享混同金钱之价值。价值升高时，原权利人应基于优先权回收其金钱价值。价值恒定时，可选择拟制信托或优先权对原权利人进行物权性救济。

关键词：金钱 占有即所有 权利流转规则 价值返还请求权

一、问题之提出

关于金钱权利流转规则，我国法律未设明文。民法学界通说为“占有即所有”，^{〔1〕}司法实践也长期奉此为圭臬。但近年来，质疑该原理之声渐起，学理上出现了限制适用^{〔2〕}和

* 西南政法大学民商法学院教授。

〔1〕 参见梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿》，社会科学文献出版社2000年版，第37页；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4页。

〔2〕 主张限制适用的代表性文献，参见刘保玉：《论货币所有权流转的一般规则及其例外》，《山东审判》2007年第3期，第4页以下；李锡鹤：《作为种类物之货币“占有即所有”无例外吗？——兼论信托与捐赠财产的法律性质》，《法学》2014年第7期，第37页以下；朱晓喆：《存款货币的权利归属与返还请求权——反思民法上货币“占有即所有”法则的司法运用》，《法学研究》2018年第2期，第116页以下。

彻底抛弃^{〔3〕}等主张,民事审判特别是最高人民法院之裁判也出现松动迹象。青岛金赛实业有限公司与河北银行股份有限公司维明街支行执行异议之诉案中,河北银行维明街支行申请法院冻结了双驼公司的某账户,该账户余额为零,后金赛公司向该账户误汇948000元,维名街支行申请执行账户中存款948012.07元(12.07元系利息)。最高人民法院认为,金赛公司向双驼公司误汇款项为事实行为,双方无移转该笔款项之合意,双驼公司并非该款的实际权利人,维明街支行不得强制执行该款项。^{〔4〕}由于金赛公司汇入的款项未与双驼公司的其他资金相混同,本案确立的规则并不具有普适性。而在河南省金博土地开发有限公司与刘玉荣及河南元恒建设集团有限公司执行异议之诉案中,金博公司向元恒公司被法院冻结的账户多汇了4244670.06元工程款,元恒公司债权人刘玉荣申请强制执行该多汇部分款项。最高人民法院认为,金博公司与元恒公司未对多汇部分款项形成合意,该部分款项实体权益未发生移转,仍为金博公司所有,该民事权益足以排除刘玉荣的强制执行。^{〔5〕}但是,就当人们以为司法实践将限制适用甚至完全抛弃金钱“占有即所有”原理时,最高人民法院《民事审判指导与参考》研究组于2018年底在“民事审判信箱”中答复:虽然误划款项至被执行人账户缺乏当事人真实意思表示,但除法律、司法解释明确规定的保证金账户质押等特殊情形外,仍应基于“占有即所有”原理,产生移转款项实体权益之效果,案外人对被执行人仅享有不当得利债权,该债权不具有优先受偿性,其执行异议不能获得支持。^{〔6〕}最高人民法院立场的摇摆,不能简单归结为法官感性认识上的差异,而是在很大程度上源于对金钱权利流转规则之理性研究存在不足。事实上,金钱不仅涉及民法上财产归属静态安全与财产流转动态安全之协调,也牵涉商法、信托法、民事诉讼法、刑法等诸多法律部门,是跨学科的综合性强课题。遗憾的是,我国民法学未合理厘定金钱“占有即所有”原理之内涵与适用场域,对该原理之缘起与演进缺乏充分了解,要么不假思索地沿袭传统理由证成其通说地位,要么在疏于细密逻辑思辨和深刻价值考量的情况下主张限制或排除其适用,相关结论难免粗糙;而若摒弃该原理,又应如何重塑金钱权利流转规则,建设性意见也尚付阙如,相关研究的科学性和实效性亟需提升。

二、金钱“占有即所有”之内涵与适用场域

(一) 金钱与金钱所有权的本质

金钱亦称货币(以下交替使用金钱、货币两个概念)。货币包括商品货币和信用货币,商品货币具有商品价值和支付结算双重属性,已渐次被信用货币所取代。信用货币并非商品,其仅具有支付结算和流通功能,系单纯价值符号之表征。传统信用货币为国家发行的法定货币即纸币或硬币,又称现金或通货。现金具有国家信用性,本质上为物化的债权,

〔3〕 主张彻底抛弃的代表性文献,参见其木提:《货币所有权归属及其流转规则——对“占有即所有”原则的质疑》,《法学》2009年第11期,第58页以下;金印:《论货币作为所有物返还请求权客体的可行性——兼论抛弃“货币占有即所有”原则的必要性》,载龙卫球、王文杰主编:《两岸民商法前沿——民法典编纂与创制发展》,中国法制出版社2016年版,第602页以下。

〔4〕 参见最高人民法院(2015)民提字第189号民事判决书。

〔5〕 参见最高人民法院(2017)民申字第322号民事裁定书。

〔6〕 最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导参考》2018年第3期,人民法院出版社2018年版,第243页。

债务人即发行现金的公权力机构，^{〔7〕}在金本位货币体系下，现金持有人可依法要求现金发行者兑换相应价值的黄金。现金载体即币材仅为映射国家信用的工具，无异于国家担保的债权证券，^{〔8〕}即以国家信用绝对确保持币人能以现金换取其意欲获得的商品或服务。除现金外，信用货币还包括银行存款，被称为银行货币、存款货币或记账货币。存款货币本质上为对银行享有的提取相应法定货币并支付利息的债权，并以银行信用确保其支付和结算功能的实现。现代社会中，存款货币在流通中发挥了越来越重要的作用，理应与现金得到同等对待。早在20世纪80年代的美国，由现金和活期存款组成的交易货币（M1）中，现金占比仅约1/4。而在广义货币（M2，包括M1以及定期存款、国库券等能在短时间内转化为现金的“准货币”或“资产货币”）总量中，9/10的交易是通过银行货币（包括活期存款和定期存款）进行的。^{〔9〕}在我国，以存款货币支付结算也早已成为常态。在存款货币如此活跃的时代背景下，有学者仍拒不承认其货币属性，^{〔10〕}而在前述金博公司与刘玉荣及元恒公司执行异议之诉案中，最高人民法院也认为通过银行汇款并非交付作为“物”的货币，其潜意识里仍将货币局限于现金。此等认识必须纠正。而微信零钱、支付宝余额，也无非是将存款“出借”给腾讯、阿里巴巴等互联网企业，将银行信用转化为企业信用。由于这些企业信用非常可靠，以至于人们认为其与存款一样“就是自己的钱”，并赋予其广泛流通力，这些也可以纳入信用货币一体研究。

伴随电子商务的迅猛发展，出现了虚拟货币和电子货币。虚拟货币多为门户网站或即时通讯服务商以“币”为名发行的类似于食堂饭票的服务计量工具，其只能用于购买网络游戏等虚拟产品或服务，而不能购买实物产品，发行商也不提供兑回服务，即便其能以“货币”形式跨平台使用，也不过是稍显复杂的债权互易，与具有通用购买力的货币流通不可同日而语。电子货币乃通过电子信息交换以完成支付的一项金融服务。其以集合体的电子数据形式，依赖电子化高新科技和互联网技术发行、流通与回收。其中，储值型、信用卡型、智能卡型和电子支票型电子货币均需借助一定的终端设备，不能循环使用而欠缺货币属性。即便最为典型的数字现金型电子货币，^{〔11〕}也仅能模拟人对人之支付关系，且与传统货币一次结算即完成款项回收不同，其必须在发行银行进行二次结算后才能完成款项回收。故电子货币并未取代现金、存款等实体货币而成为新的支付手段，其持有人仅拥有要求发行人兑换等额实体货币的请求权。

一般认为，货币为特殊动产，^{〔12〕}系具有高度替代性、流通性的法定消费物。^{〔13〕}该结论对商品货币固然正确，但在现金和存款货币却大有疑问。虽然在现金维持其物理特定性时，一些国家和地区也对其适用请求返还原物（现金载体）等动产物权变动规则，但现金载体仅仅是表彰货币金额的工具，其本身价值可忽略不计，也并非现金权利的客体。现金权利

〔7〕 参见前引〔3〕，金印文，第604页。

〔8〕 参见张淞纶：《财产法哲学：历史、现状与未来》，法律出版社2015年版，第217页。

〔9〕 [美] 保罗·A. 萨缪尔森等：《经济学》上，高鸿业等译，中国发展出版社1992年版，第437页以下。

〔10〕 参见张庆麟：《论货币的物权特征》，《法学评论》2004年第5期，第51页。

〔11〕 参见刘颖：《货币发展形态的法律分析——兼论电子货币对法律制度的影响》，《中国法学》2002年第1期，第88页。

〔12〕 参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2010年版，第228页。

〔13〕 参见周相：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第285页。

客体为一定额度的国家信用。而存款货币则全无载体，仅仅是特定账户中记载的对银行享有债权的余额。现金和存款货币本质上为信用债权，全然没有物的个性，将其作为动产太过勉强。若非要将其纳入物的范畴，也只能归入无体物，其“物”上权利与动产大为不同。金钱所有权系对信用债权的“所有权”，现金所有权为对通过特定币材所表彰的以国家为债务人之债权的“所有权”，存款所有权则为对特定账户记载的以银行为债务人之债权的“所有权”。^[14] 作为对信用债权的“所有权”，金钱所有权为典型的价值权。

（二）金钱“占有即所有”之民法意义与适用场域

金钱“占有即所有”之民法意义为：第一，金钱之占有与所有完全融合，占有金钱不仅具有公信力和权利推定效力，而且占有人被直接认定为金钱权利人。不承认离开占有的观念所有权，不允许基于观念所有权行使原物返还请求权和追及权，原权利人的物权因占有丧失而自动降格为债权。第二，金钱所有权的取得与消灭服从“丛林法则”，其仅适用占有取得与消灭之规则。无论占有人基于何等原因取得占有，即便金钱乃被他人盗取或拾得，原权利人也因丧失占有而失去金钱所有权。若基于法律行为取得占有，则不受行为能力、意思表示等因素的影响，即便金钱给付行为无效或被撤销，也不妨碍金钱所有权之移转。第三，对金钱之占有均系基于所有权而占有，金钱上不成立租赁、使用借贷等用益占有，也很难被债权人基于质押、留置等担保目的而占有。第四，对金钱之占有仅限于直接占有，不承认间接占有。在保管、信托、代理以及其他财产管理（如监护人对被监护人、代管人对失踪人金钱之管理等）关系中，管理人直接占有金钱而取得所有权，被管理人不能以所有权人身份对此等金钱形成间接占有。第五，金钱不适用善意取得规则。由于金钱占有人恒为所有权人，不可能发生占有之无权处分，全无适用善意取得的前提和必要。^[15]

有记录的金钱“占有即所有”事例最早发生于16世纪的英国。^[16] 英国早期判例认为，被他人占有的袋装金钱，原告可提起返还不法占有（原物）之诉（*detinue*）；若被他人占有的金钱未以袋装等方式特定化，原告因无法识别其金钱而只能提起追索侵占物价值之诉（*trover and conversion*）。^[17] 1600年 *Higgs v. Holiday* 一案中，*Higgs* 为 *Holiday* 出售谷物后未移交价款，*Holiday* 提起追索侵占物价值之诉而败诉，法院认为金钱占有人 *Higgs* 即所有人，原告从未取得系争金钱之所有权，其只能对被告提起报账之诉（*action for account*）。^[18] 该案首次明确提出金钱“占有即所有”，对英美普通法和衡平法均产生不小影响。至1743年 *Hartop v. Hoare* 案，法官仍宣称所有权不随占有而当然移转，但不能被识别的金钱除外。^[19] 德国民法典将金钱等同于动产，并原则上适用动产权利移转规则。1937年卡塞尔（*Kaser*）提出以法律行为移转货币所有权，仅需自然的意思能力即可，不以行为能力为必要，但法

[14] 我国民法通则第75条、物权法第65条规定保护私人合法储蓄，《储蓄管理条例》第5条规定“保护个人合法储蓄的所有权”，正是此等意义的“所有权”。

[15] 参见郑玉波：《民商法问题研究（一）》，台湾三民书局1983年版，第343页以下；末川博：《貨幣とその所有権》，《経済学雑誌》第一卷第二号（1937年）；川島武宜：《所有権法の理論》，岩波書店1967年版，第197页以下。

[16] David Fox, *Bona Fide Purchase and the Currency of Money*, 55 (3) Cambridge Law Journal 549 (Nov. 1996).

[17] *Core's Case* (1537) 1 Dyer 20a, 22b; *Isaack v. Clark* (1615) 2 Bulst. 306, 310 per Dodderidge J., 314 per Coke C. J.

[18] (1600) Cro. Eliz. 746.

[19] (1743) 3 Atk. 44, 46.

律行为以外之占有变动，并不当然导致货币所有权之移转。该“限制性的占有即所有”学说仅昙花一现，^[20]对德国法未产生实质影响。围绕金钱返还之诉的问题，日本判例经历了从“物”说向“价值”说的转变。^[21]大审院判例对金钱与其他动产作相同处理，^[22]后末川博和川岛武宜承继并改造卡塞尔学说，主张不问金钱占有缘何移转，均适用“占有即所有”原理，并被日本最高法院发展为主流的判例理论，^[23]也被我国民法理论和司法实践长期追随。

金钱“占有即所有”原理虽发端于商品货币和现金，但现在也广泛移用于存款货币。日本最高法院将“占有即所有”原理适用于现金后的较长一段时间内，坚持存款货币移转须具备正当原因，^[24]但1996年4月26日日本最高法院判决改弦易辙，判定错误汇款之收款人也能取得相应债权（存款货币），^[25]并为后来的判例所遵循。我国主流民法理论也自发将存款货币纳入“占有即所有”范畴，针对借户收款、错误汇款等情形，一系列判决也认许收款人取得存款债权。^[26]

有学者指出，存款货币不应也不必准用“占有即所有”原理，借用他人账户存入资金，法院驳回实际存款人的物权性返还请求权或案外人执行异议之诉，无须依据“占有即所有”原理，仅根据账户存款债权归属即可判定：^[27]第一，存款货币为无载体之债权，占有概念不适用于此类债权，占有存款债权乃一伪命题。^[28]对存款货币而言，只能针对存折、银行卡等债权凭证发生“准占有”，但将占有存折、银行卡者直接认定为存款权利人殆无可能。第二，基于商业外观主义，可直接以账户名称确定存款权属。且账户户主可实际控制账户，如挂失、加密、改密等，由其享有存款权利亦为合理。第三，存款货币为对银行之债权，基于债权相对性原理，由账户户主向银行主张权利也合乎逻辑。^[29]

笔者认为，上述观点不能成立：第一，占有乃不依赖权源的对物的有意识持有，本质上为对物之事实上控制与支配。^[30]占有的对象本限于物（动产和不动产），但考虑到对权利也存在不依赖权源而控制与支配之现象，法律允许其准用占有的相关规范，对权利的控制

[20] 参见前引 [3]，金印文，第 609 页以下。

[21] 四宮和夫：《物權の価値返還請求権について——金銭の物權法的一側面》，載“我妻榮先生追悼論文集”《私法學の新たな展開》，有斐閣 1975 年版，第 186 頁。

[22] 大判昭和 2 年 9 月 29 日法律新聞 2767 号 14 頁；大判昭和 10 年 10 月 4 日民集 14 卷 1954 頁。日本大審院于 1947 年改為最高裁判所，是日本的最高法院。

[23] 最判昭和 29 年 11 月 5 日刑集 8 卷 11 号 1675 頁；最判昭和 39 年 1 月 24 日判夕 160 号 66 頁。

[24] 照沼亮介：《預金口座内の金銭の法的性質：誤振込の事案を手掛かり——（1）》，《上智法學論集》第 57 号（2013 年）1·2 号，第 3 頁。

[25] 最判平成 8 年 4 月 26 日民集 50 卷 5 号 1267 頁。

[26] 参见河北省廊坊市澳凯商贸有限责任公司与江苏银行股份有限公司北京分行案外人执行异议之诉案，最高人民法院（2016）民申 2528 号民事裁定书；重庆新洲实业（集团）有限公司等与重庆华通典当有限公司执行异议之诉案，重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第 00273 号民事判决书；龚国维、夏德华、盛惠民、湛曙光与何中阳、益阳市东亿房地产开发有限公司案外人执行异议之诉案，湖南省益阳市赫山区人民法院（2015）益赫民一初字第 609 号民事判决书；望江名冠国际大酒店有限公司与浙江星奥消防工程有限公司确权纠纷案，浙江省温州市鹿城区人民法院（2014）温鹿东民初字第 164 号民事判决书等。

[27] 参见前引 [2]，朱晓喆文，第 120 页以下。

[28] 袁国何：《错误汇款的占有归属及其定性》，《政法论坛》2016 年第 2 期，第 126 页。

[29] David Fox, *Property Rights in Money*, Oxford University Press, 2008, p. 254.

[30] 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 113 页。

制与支配因此被称为准占有。就金钱而言,对现金的支配和控制表现为在物理上持有其载体,类似于对动产之占有(尽管本文认为现金并非动产)。对存款货币的控制与支配则表现为实际控制和支配其账户,例如掌控账户密码,能对银行发出有效的支取、汇付、挂失等指令,此种控制和支配应称为准占有。由于占有和准占有除支配对象不同外,在法效上并无实质区别,为行文之便,下文将对现金之占有和存款货币之准占有统称为占有。第二,以账户名称确定存款权属,固然是商业外观主义之归结,但该商业外观正是账户户主占有存款货币之事实。就无记名债权而言,持有债权凭证即构成对该债权之占有,但在我国存款货币皆为记名债权,若账户户主之外的人仅持有存折、银行卡而并不控制账户密码,其并不构成对存款货币之占有。而且,即便是账户户主,若其未控制和支配账户,例如不持有存折(银行卡)且不控制账户密码,则其并非存款货币占有人。存款货币占有人为持有存折(银行卡)和控制账户密码的实际控制人,基于存款货币之占有外观,应认定存款归属于该账户实际控制人。例如,在铜山县农村信用合作联社茅村信用社与薛文松等执行异议之诉案中,某村农保员薛文松以薛文旭名义开设银行账户,该账户为薛文松实际控制、管理和使用。后薛文旭的债权人申请强制执行账户内资金,薛文松提出案外人执行异议之诉胜诉。判决认为“存款账户对应金额债权人的判断须根据实际管理、控制账户的事实认定……案涉银行卡名义主体虽为薛文旭,但实际管理、控制该账户者为薛文松……故薛文松应为涉案银行卡内金额的合法权利主体”。^[31]第三,基于存款关系的相对性,确能证成账户户主享有对银行支取存款本息的债权,银行确实也仅对存款关系中的对方当事人履行义务。但这充其量说明在与银行的关系上,账户户主系银行给付的受领权人,却不能当然得出在针对存款合同外部第三人的关系上,其保有存款货币的依据。事实上,账户户主对这些存款货币拥有“所有权”,表面上看系基于其存款合同当事人身份,实质上是因为其占有存款货币之事实。

金钱“占有即所有”原理之关键,在于排除当事人意思在认定金钱权属时的决定性作用。只有原权利人并无移转所有权之意思时,才发生“占有即所有”问题,并表现为三种类型:一是代为占有型,包括因出借账户、信托、财产代管、雇佣、监护等占有的资金,以及证券交易结算资金、第三方支付机构沉淀资金、法院执行账户资金等情形;二是担保占有型,如保证金专用账户内的资金;三是占有被动移转型,包括盗抢、遗失、执行错误、错误汇款等情形。后文将主要针对该三种场景,反思金钱“占有即所有”原理之正当性。

三、金钱所有权对传统特定性的超越与升华

根据郑玉波之论述,金钱“占有即所有”之首要理由,乃因货币贵乎流通,而流通中完全漠视其个性(亦绝难识别其个性),若于现实支配(占有)外尚有法律的可能支配(所有权),实属不可想象。^[32]意即金钱占有移转后,原权利人无法识别他人占有的哪些金钱属于自己,不能满足观念物权对标的物特定之要求。中世纪晚期的英国法院也基于金钱无

[31] 参见铜山县农村信用合作联社茅村信用社与薛文松等执行异议之诉案,江苏省徐州市中级人民法院(2015)徐民终字第1035号民事判决书。

[32] 参见前引[15],郑玉波书,第345页。

法特定的考量形成所谓“无标识规则”（no earmark rule）。具体而言，商品货币因无标识而全无个性，存款货币作为账户上的记录更无个性可言，即便现金上标有号码，但暗记号码以待未来指陈，世所罕见。^[33]原告金钱由被告取得后，除非以袋装等方式特定，即便未与被告其他金钱混同，原告也不能识别属于自己的特定金钱，从而无法挑战被告的所有权。从占有权利推定的角度而言，即便原告能识别曾属于自己的金钱，因其为一方当事人而非证人，其陈述可信度低，在无其他证据印证的情况下，也不可能颠覆对被告的权利推定。由于任何人均不能证明比占有人拥有更优越的权利，占有人的权利免于被挑战，占有的权利推定效力不可能被打破，^[34]于是占有人恒为所有人。法国、德国民法和日本大审院虽将金钱归为动产，认可针对金钱的原物返还请求权以及原权利人在强制执行程序中的优先受偿权和破产程序中的取回权，但也均以金钱特定化为前提，若被他人占有的金钱失去特定性，原权利人之前述权利也将消灭。^[35]可见，两大法系事实上均不认可对他人占有的不能特定的金钱主张所有权。

（一）金钱的高度替代性并不必然排除其特定性

金钱因高度替代性而缺乏个性，但高度替代性并不必然排除特定性。例如，金钱能以封金形式特定化，而那些形态、号码特殊的纪念币、印制有误的纸币，显然也维持着其特定性。但前述情形世所稀有，且标的金钱由活币变为死币，名为货币，却不发挥货币职能，^[36]以此为例说明金钱的特定性意义不大。在存款货币成为主要支付和结算工具的时代背景下，金钱的特定化主要指存款货币的特定化，而存款货币通常以存放于特定账户等不与账户户主存款相混同的方式实现特定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称“担保法解释”）第85条规定，债务人或第三人可以将其金钱汇入债权人开立的专用账户设立保证金质押，^[37]该账户严格区别于质权人的一般结算账户，不通存、不通兑、不能取现、无法自由支取，^[38]质权人对账户中的金钱只有保管权，而无使用权，更无所有权。^[39]中国人民银行《关于信托投资公司人民币银行结算账户开立和使用有关事项的通知》明确了信托财产专户管理细则，要求对不同委托人的财产分别记账和管理。根据证券法以及证监会《关于规范证券公司客户交易结算资金存放管理活动的通知》，证券公司与客户的交易结算资金必须分账管理，证券公司在托管银行开立全部客户交易结算资金总账户，并依具体的账户名义认定每个客户资金的权属。中国人民银行《支付机构客户备付金存管办法》虽未要求支付平台为每位客户设立备付金专用存款账户，但要求支付平

[33] 参见前引〔15〕，郑玉波书，第348页。

[34] 参见前引〔16〕，David Fox文，第552页以下。

[35] 参见尹田：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第94页；〔德〕曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越等译，法律出版社2004年版，第236页；能見善久：《金錢の法律上の地位》，載星野英一：《民法講座》（別卷1），有斐閣1984年版，第106页。

[36] 参见前引〔15〕，末川博文，第266页。

[37] 保证金质押也包括账户质押，当事人与银行达成监管协议，约定非依质权人指令，出质人不得操作户内资金使其低于担保额度。但账户质押时出质人自己占有保证金，不涉及本文论述的“占有即所有”问题。

[38] 参见兴业银行股份有限公司大理分行与中国光大银行股份有限公司长春分行、大理辉鸿经贸有限责任公司案外人执行异议之诉案，吉林省高级人民法院（2018）吉民终字第7号民事判决书。

[39] 参见昆明市西山区霖润小额贷款有限公司申请复议案，云南省高级人民法院（2014）云高执复字第1号民事裁定书。

台对客户备付金专用存款账户与自有资金账户分户管理，客户共有备付金也能特定于支付平台其他资金之外。

除以袋装方式特定化的金钱外，早期英美法不认可针对金钱的返还请求权，甚至尚未与占有之金钱混同时也不得要求返还。^[40]但普通法很快抛弃了这一陈腐观念，并发展出颇具特色的追踪（trace）制度。普通法追踪是一种识别（identify）程序，即无论权利人的财产形式如何变化，只要其维持可识别性和确定性，该替代物或变形物仍为原来的财产，权利人对该财产的权利不受影响。^[41]追踪孕育出追索侵占物价值之诉（action in conversion）和追索收受金钱之诉（claim for money had and received）两种诉讼形式。在 Taylor v. Plume 一案中，^[42]被告指令其代理人购买国库券，代理人违反指令购买了股票和黄金，后被捕，被告销售该股票和黄金并收取了价款，代理人的破产管理人提出追索侵占物价值之诉而败诉。设若本案股票和黄金被代理人之破产管理人占有，而被告对管理人提出追索侵占物价值之诉，因股票和黄金系被告托付给代理人金钱的直接替代物，理应作为该金钱的“价值”而予以返还。而在 Scott v. Surman 一案，^[43]代理人为原告销售焦油，买受人向代理人支付了 169 磅的本票，后代理人破产，破产管理人取得本票并及时兑现，原告对破产管理人提出追索收受金钱之诉并胜诉。因为原告特定焦油被替代为 169 磅的本票，由于代理人未将本票兑现，其价值未与代理人的其他金钱混同。破产管理人取得该本票并兑现，相当于收取了本属于原告之金钱，故应返还给原告。前述两例中，在代理人（债务人）破产之情形，通过要求破产管理人返还直接替代（direct substitution）原告金钱的股票和黄金，或者销售原告焦油所获本票兑现而来的金钱，原告事实上优先收回了自己的金钱。也就是说，普通法上追索侵占物价值之诉和追索收受金钱之诉，其性质虽为对人诉讼，却在事实上达到了与衡平法上对物诉讼同样的效果，^[44]无异于在特定金钱上成立了观念所有权。在我国民事审判中，戴某占有某风机厂之公款并以该款购买房屋，法院判决风机厂有要求戴某返还房屋的权利，^[45]也与普通法追索侵占物价值之诉不谋而合。

（二）物理特定向价值特定升华

原权利人与占有之金钱混同则所有权消灭之理由令人费解。在早期英国判例，“无标识规则”不仅适用于金钱，也适用于其他可替代动产，例如谷物、甘草未袋装而发生混同，当时判例也不支持返还不法占有之诉。^[46]但普通法后来改变了立场，允许对此类混同物主张共有持份权，也支持诉请占有人返还与其原本拥有数量相当的动产。^[47]普通法不能解释

[40] Austin W. Scott, *The Right to Follow Money Wrongfully Mingled with Other Money*, 27 (2) Harvard Law Review 125 (Dec., 1913).

[41] David Cuthbertson, *Tracing at Common Law—Myth or Reality*, 1968 Western Australia Law Review 406 (1968).

[42] (1815) 3 M. & S. 562.

[43] (1742) Willes 400.

[44] Michael Scott, *The Right to Trace at Common Law*, 1966 Western Australia Law Review 483, 489 (1966).

[45] 参见沈阳玻璃钢风机厂与戴有羽借款合同纠纷案，沈阳市中级人民法院（2008）沈中民三终字第 1445 号民事判决书。

[46] 前引 [29]，David Fox 书，第 243 页以下。

[47] 松岡久和：《アメリカ法における追及の法理と特定性——違法な金銭混和事例を中心に》，载“林良平先生献呈论文集”《現代における物権法と債権法の交錯》，有斐閣 1998 年版，第 369 页。

为什么其他可替代物混同时能形成共有，而金钱却不适用该规则。^[48]大陆法系民法多确立了添附制度，当不同主体之动产发生混同时，除非混同后不能分离或分离成本过大，混同各方可按份共有混同物，并能依按份共有的分割原则，复将其转化为分别所有。金钱混同后虽不能识别，但对混同体进行价值分割却易如反掌。故此，以混同后不能识别为由消灭被混同一方的所有权，显然缺乏说服力。事实上，承认共有混同金钱之学说也不在少数。^[49]

要求占有人返还特定物的权利，是真正的返还“原物”请求权，因为原物不仅承载了该物的价值，而且承载了其特定的使用价值甚至情感价值，唯有返还“原物”才能实现权利人的全部诉求。对可替代的种类物而言，返还请求已不再固执于“原物”，或所谓“原物”仅指具有同一使用价值和价值之物。在原权利人本无移转所有权之意思，其现金被他人占有并与占有人金钱发生混同时，原权利人的确无法识别原属于自己的现金从而无法要求返还“原物”。但原权利人之权利客体本非作为现金币材的“原物”，而乃该“原物”映射的交换价值，正常而理智的权利人绝不会偏执地要求占有人返还其原有的币材，只要占有人返还了该币材所表彰的现金价值，权利人的返还请求权即已实现。而存款货币被他人占有时，即便权利人执拗于请求返还“原物”，但作为有体物的“原物”自始即不存在，或“原物”本就是抽象的存款债权，占有人返还了该额度的存款债权，权利人即已回复了“原状”。正是基于金钱“非物性”和金钱所有权之价值权属性，在德国、日本民法上形成了价值返还请求权（Geldwertvindikation）学说，认为只要确定其“价值”仍在占有人处，原权利人（价值所有权人）即可要求占有人返还一定金额的“价值”。该请求权之物权性体现为：第一，价值返还请求权不适用债权请求权之消灭时效，而适用针对返还原物请求权的长期消灭时效。^[50]第二，在与占有人的一般债权人的关系上，价值所有权人拥有优先受偿权，表现为强制执行程序中的异议权、排除参与分配权和破产程序中的取回权。第三，在第三人（或称后续受领人）不能“善意取得”金钱价值的情况下，可基于价值返还请求权对第三人行使价值追及权。^[51]价值返还请求权虽产生了相当大的影响，但未获主流学说支持，因其不符合物权标的特定原则。^[52]然而，主流学说对物权标的特定原则之理解实在过于狭隘，特定本包括物理特定和价值特定。在浮动抵押和动产动态质押，均不存在物理上特定的标的，物权均系于不断浮动的物所体现出的特定价值。而在账户质押，账户余额频频变化，只要账户余额不低于担保债权价值，即能满足质押标的特定之要求。对价值返还请求权而言，其所要求的特定也是价值的特定而非物理的特定，只要社会一般观念认为占有人支配之价值与原权利人原先支配的价值具有同一性，即满足了价值特定性。例如，将占有的现金与自有资金混同，或存入银行，或与第三人现金兑换，均不失其价值特定性。^[53]

与普通法上的追踪不同，英美衡平法上的追踪具有超自然的形而上的抽象色彩。^[54]衡

[48] 参见前引〔29〕，David Fox书，第246页。

[49] 参见〔日〕我妻荣：《新订物权法》，罗丽译，中国法制出版社2008年版，第322页；史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第147页。

[50] 参见前引〔21〕，四宫和夫文，第201页。

[51] 加藤雅信：《財産法の体系と不当利得法の構造》，有斐阁1997年版，第669页。

[52] 参见前引〔35〕，沃尔夫书，第92页。

[53] 参见前引〔21〕，四宫和夫文，第198页。

[54] 参见前引〔29〕，David Fox书，第240页。

平法追踪有拟制信托 (constructive trustee) 和优先权 (equitable lien) 两条路径。拟制信托将原权利人拟制为受益人, 将金钱占有人拟制为受托人, 将被不法占有之金钱拟制为信托财产, 受益人对信托财产的权益可以对抗受托人的扣押债权人和破产债权人。优先权虽承认占有人取得原权利人金钱之所有权 (似乎为“占有即所有”), 但并不因此将原权利人的物权降格为债权, 而以占有人所占有的金钱为原权利人的 (债权性) 返还请求权提供担保, 使其获得优先受偿的效力 (并非真正的“占有即所有”)。相对于普通法追踪, 衡平法追踪不仅为典型的对物诉讼, 而且其对特定性的要求低于普通法, 除可追踪特定金钱及其替代物 (即普通法之直接替代) 外, 还允许以混同金钱为特定金额的债务担保, 也允许按比例分享混同金钱所有权。原权利人实现衡平权益时, 可从混同体中提取与其衡平权益相当的金钱, 即回复其留存于混同体中的价值, 而非被混同前的金钱本身。^[55] 在这一点上, 衡平法追踪与大陆法系价值返还请求权可谓殊途同归。

我国也不乏支持原权利人对混同金钱拥有物权的判例。2003年的广东国际信托投资公司破产案中, 国投公司所属四家证券营业部长期将股民保证金和自有资金混在一起并违规挪用, 造成股民保证金头寸短缺0.7052亿元。广东省高级人民法院认为, 保证金是股民委托国投公司证券营业部代理买卖股票的结算资金, 证券营业部只是代管, 未设立专门保证金账户分账管理的过错也在于证券营业部, 不能因此认为保证金所有权已发生变化。股民可以取回保证金余额。^[56] 某武术院因申请强制执行而冻结某学校账户, 该账户内有国家体育总局某运动管理中心此前汇入的60万元集训费用。法院判决认为, 本案管理中心所提供的证据能证明案涉款项60万元确系管理中心因运动员培训所需而存放在该学校的账户中, 并非该学校的钱款。^[57] 法院确认股民和管理中心对混同于证券营业部和某学校的金钱拥有物权, 皆因确认剩余的股民保证金和60万元训练费确实留存于混同账户中, 从而维持着价值特定性。

四、金钱高度流通性的利益衡量及其实现机制

金钱“占有即所有”的核心理由为确保金钱流通。问题在于, 为何通过“占有即所有”确保金钱流通, 确保金钱流通是否仅此一途, 其为促进金钱流通付出了何等代价, 此等代价在利益衡量上又是否适当。

(一) “占有即所有”对金钱流通之保护毫无节制

“占有即所有”确保金钱流通的逻辑为: 占有人既已取得金钱所有权, 其对金钱的处分即为有权处分, 无论后续受领人主观上善意还是恶意, 取得金钱系有偿还是无偿, 取得行为合法还是不合法, 都一定能够取得金钱所有权。然而, 仅仅基于金钱的高度流通性, 就无条件地保护后续受领人, 在利益衡量上有失偏颇, 也会反噬金钱流通的安全与秩序。

早期英美法坚持任何人均不能将大于其所有的权利让与他人, 受让人也不能取得超越

[55] 参见前引〔29〕, David Fox书, 第247页。

[56] 参见“广东国际信托投资公司破产案”, 《最高人民法院公报》2003年第3期, 第28页。

[57] 参见上海某武术院与国家体育总局某运动管理中心等其他所有权纠纷案, 上海市青浦区人民法院(2011)青民二(商)初字第496号民事判决书。

让与人所有的权利，这对流通安全殊为不利。而根据普通法之“无标识规则”，因原权利人不能识别并要求返还被他人占有之金钱，该金钱所有权例外地随占有而移转。通过切断原权利人的物权主张，后续受领人无须担心不能取得金钱所有权，也无须担心原权利人对其提出追索收受金钱之诉而承担严格责任。^[58]“无标识规则”假定原权利人将努力识别并刻意回复其原本之金钱，以此来解释金钱的流通性，非常幼稚可笑，其似乎仅存在于法律理论中，而并未改变商业交易之习惯。在商业交易和债务清偿之际，商人和银行认为支付对价而善意取得金钱者应受保护，该认识缘起于汇票，后延伸到本票和一切金钱。而1758年 *Miller v. Race* 案^[59] 更是第一次从法律角度直面“无标识规则”在金钱流通性保护方面的缺陷，主审法官曼斯菲尔德（Mansfield）提炼了过去六十余年与金钱有关的商业习惯，即“被盗金钱被公平诚实地支付给那些付出相当对价的善意之人，则不能被主张回复”，正式确立了金钱善意取得规则，并宣告了普通法“无标识规则”之死亡。^[60] 再加上处境改变抗辩（change of position defence）之确立，善意无偿受领金钱的人，若在受领金钱后处境发生极大变化，让其返还所受领之金钱不符合公平原则时，有权拒绝返还。正因为后续受领人已获得了善意取得和处境改变抗辩之有效保护，极大地克服了普通法追踪之保守性，现代英美法涌现出原权利人追踪后续受领人的一系列标志性判例。在 *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* 案中，^[61] 一合伙人挪用律所资金赌博输给赌博俱乐部后破产，法院支持律所对赌博俱乐部的追索收受金钱之诉，拒绝对不法的后续受领人提供保护。^[62] 在 *Banque Belge Pour L'Étranger v. Hambrouck* 案中，^[63] 雇员伪造其雇主的支票，从原告银行处骗取6000英镑并存入自身账户（该账户是否有其他资金或后来是否存入其他资金不明），后从该账户支取现金交给其情妇即被告，被告也将收取的现金存入自己的账户，该账户未存入其他资金，诉讼发生时账户余额315英镑。原告诉称该315英镑为自己所有并请求判令返还，法院以被告无偿取得为由判决其返还。^[64]

在债务人以骗得钱款清偿债务之效力问题上，坚持金钱“占有即所有”之日本最高法院著有堪称“怪物”的判决。在1974年9月26日的一则判例中，^[65] 日本最高法院认为，“诈骗、侵占者将诈骗、侵占所得金钱与自身金钱混同，或存入银行，或消费后以其他金钱填补，再向其债权人清偿，若社会通念认为系以受害人金钱实现受领人利益，则损益之间存在因果关系。若受领人受领金钱时恶意或重大过失，则在与受害人的关系上不存在法律上之原因，构成不当得利。”该判例未拘泥于债务人（占有人）已取得讼争金钱所有权的形

[58] S. R. Scott, *The Recovery of Money—Recognizing the Potential of the Claim for Money Had and Received*, 8 (2) *Otago Law Review* 258 (1994).

[59] (1791) 1 Burr. 452, at 457.

[60] 前引 [16], David Fox 文, 第 565 页。

[61] [1991] 3 WLR 10, at 16, 32.

[62] S. R. Scott, *The Remedial Restitutionary Proprietary Remedy: An Evaluation of the Extent to Which Preferential Recovery Should Be Available for the Recovery of Money*, 6 *Canterbury Law Review* 132 (1995).

[63] [1921] 1 K. B. 321.

[64] 该案原告的诉讼请求以及判决内容均是含糊的。上诉法院三位法官中，Scrutton 认为雇员将原告金钱存入其账户时即与其他金钱混同而丧失可识别性，基于衡平法理由支持原告之请求。Bankes 和 Atkin 则认为被告账户中之金钱为原告金钱之替代物，基于普通法追索收受金钱之诉支持原告请求。参见前引 [44], Michael Scott 文, 第 487 页。

[65] 最判昭和 49 年 9 月 26 日民集 28 卷 6 号 1243 页。

式，而是聚焦于社会通念上同一价值移动之实质，受害人对后续受领人的不当得利请求权，近似于普通法上针对后续受领人的追索收受金钱之诉，即受领人恶意或重大过失时，通过赋予受害人对受领人的不当得利请求权，使受害人事实上获得相对于债务人之其他债权人优先受偿的机会。^[66]针对前述判决，加藤雅信认为受害人要求受领人返还不当得利，本质上系受害人基于债权人撤销权，撤销债务人及其债权人之间恶意串通之清偿。考虑到债权人撤销权为债权之一般担保，对受害人即原权利人仍保护不足，加藤雅信主张赋予原权利人价值返还请求权，在价值特定以及受领人恶意的情况下，原权利人可追及于后续受领人，要求其返还原权利人之金钱价值，^[67]从而优先于后续受领人的一般债权人收回自己的金钱。

在错误汇款时，汇入行以自己对收款人之债权抵销其因错汇金额对收款人负担的债务时，其地位相当于前文中受领清偿之债权人。从逻辑上论，既然收款人取得了错汇金额对应之存款债权，则其与汇入行之间的抵销并无问题。但日本判例认为，在汇款人发现错误汇款后请求汇入行办理退汇，而收款人也同意退汇，^[68]或者汇款人请求汇入行退汇，因收款人下落不明未取得其同意退汇的承诺，^[69]以及汇入行知道或应当知道错误汇款，但汇款人尚未发现错误汇款^[70]等情形，即便形式上该抵销有效，但在与汇款人的关系上，汇入行之债权回收欠缺法律上原因，应向汇款人返还不当得利。因为汇入行作为汇款交易的担当者，事实上处于类似于受托人之地位，在充分履行受托义务前，不得主张与受托义务相矛盾的利益，否则将违背诚实信用原则。^[71]

综上，“占有即所有”原理为确保金钱流通安全，彻底放弃了对当事人之间的利益衡量，毫无节制地保护金钱之后续受领人。其乃确保金钱流通的早期的、粗糙的、幼稚的手段，理应让位于现今各国成熟的善意取得制度。事实上，现代英美法和日本判例在保护金钱之后续受领人时，关注其主观上是否善意、行为是否合法以及取得金钱是否有偿，也系以善意取得替代“占有即所有”之流通保护机能。考虑到金钱的流通性比一般动产更强，金钱善意取得之构成应更为缓和。第一，善意取得金钱无须原权利人具有归责性，即便被盗、遗失之金钱，也能成为善意取得之对象，从而构成占有脱离物不能善意取得这一“例外之例外”。第二，受领人主观上善意无重大过失即为已足。通常情况下，只有受领人恶意才能排除善意取得，若受领人与权利人之间存在委托或类似于委托之信任关系（如汇入行与汇款人之关系），受领人重大过失亦能排除善意取得之适用，但受领人一般过失不妨碍金钱之善意取得。第三，占有人的资力为重要考量因素。若占有人将他人金钱投入流通过后，有足够资力对原权利人承担责任，即便受领人恶意或重大过失，也不妨碍其取得金钱所有权。只有占有人无力对原权利人承担责任时，才有斟酌原权利人和受领人利益之必要。不过，占有人有无资力，仅仅是判断受领人能否善意取得之客观考量因素，并不被受领人之

[66] 参见前引〔35〕，能見善久文，第113页。

[67] 参见前引〔51〕，加藤雅信书，第663页以下。

[68] 名古屋高判平成17年3月17日金法1745号34页。

[69] 东京地判平成17年9月26日判時1934号61页。

[70] 名古屋高判平成27年1月29日金判1468号25页。

[71] 福井修：《誤振込による預金と被仕向銀行の相殺——名古屋高判平成27年1月29日判決の検討》，《富大経済論集》第61卷（2016年）。

主观要件所涵盖，即便受领人不知道占有人无资力，只要其恶意或重大过失，也能排除金钱之善意取得。

（二）占有人之债权人并非金钱流通保护之对象

依“占有即所有”之逻辑，占有人既已取得金钱所有权，则其占有的金钱均为其责任财产，占有人的债权人有权通过此等金钱受偿。然而，占有人的债权人不同于金钱的后续受领人，其对占有人主张权利时原权利人的金钱尚未进入流通环节，故其并非流通保护之对象，不应享有比原权利人更优越的权利，应自行承担占有人无资力之风险。

有观点认为，原权利人不能对抗占有人的债权人，系因其权利未公示于外。例如，新洲公司借用金鹿公司账户向可道公司收取欠款178万，金鹿公司债权人华通公司因强制执行而冻结了该账户。针对新洲公司的执行异议之诉，法院认为新洲公司借用账户的行为并未对外公示，对新洲公司、金鹿公司、可道公司之间是否存在其他债权债务和业务往来关系，第三人通常难以知晓，在借用账户行为缺乏公示的前提下，只能以该笔款项的实际占有状态判断其权属，据此驳回了新洲公司的异议。^[72]然而，权利公示旨在保护第三人信赖和维系社会交易安全，受公示保护的第三人仅限于流通环节的第三人。例如，甲之动产被乙占有，或其不动产登记在乙名下，甲之所有权欠缺公示，不能对抗从乙处取得该动产或不动产物权之丙，但却可以对抗乙之一般债权人丁。在强制执行程序中，甲可通过执行异议或执行异议之诉排除丁对其动产或不动产的强制执行。在破产程序中，甲可对该动产或不动产行使取回权。即便将占有人的债权人勉强纳入流通环节第三人之范畴，考虑到在动产和不动产之情形，第三人援引善意取得对抗原权利人时，尚须满足已获得动产之交付或完成不动产登记之要件，占有人的债权人既然尚未取得原权利人之金钱，法律没有必要对其提供特别保护。即便认为债权人不仅在接受清偿阶段，而且在债权发生阶段也受公示制度保护，当债权人之债权发生于债务人占有原权利人金钱之前，或者因占有人（债务人）侵权行为而被动发生时，此等债权绝非因信赖而生，原权利人之权利欠缺公示也不会对这些债权人造成任何不利影响。

也有观点认为，原权利人不能对抗占有人的债权人，系因相对于债权人而言，原权利人往往具有伦理上的可归责性。例如，借用他人账户存款或收款违反《人民币银行结算账户管理办法》第45条、第64条关于不得出租、出借银行结算账户之强制性规定，应自行承担由此而引发的风险，^[73]而且由账户名义人取得存款权利，也有效阻碍了出租、出借账户之目的，有利于前述强制性规定之贯彻。在错误汇款时，汇款人通常存在重大过失，不能撤销其对汇出行的汇款委托。即便汇款委托被撤销而无效，也不影响汇出行与汇入行、汇入行与收款人之间的法律关系和款项权利移转。^[74]笔者认为，姑且不论原权利人未必具有可归责性，即便具有可归责性，也不当然使其物权降格为债权，并使占有人的债权人获得事实上的优先地位。《人民币银行结算账户管理办法》规定不得出租、出借账户，旨在消

[72] 参见重庆新洲实业（集团）有限公司等与重庆华通典当有限公司执行异议之诉案，重庆市高级人民法院（2014）渝高法民终字第00273号民事判决书。

[73] 参见前引〔2〕，朱晓喆文，第134页。

[74] 森田宏樹：《振込取引の法的構造——誤振込事例の再検討》，載中田裕泰、道垣内弘人：《金融取引と民法原理》，有斐閣2000年版，第125頁以下。

除避税、洗钱等重大隐患。然而，借用他人账户未必出于该不法目的，即便基于此等目的，让借用方失去本属于自己的金钱，同时使出借方取得该金钱之所有权并惠及债权人，无异于对违法双方厚此薄彼。在错误汇款之情形，即便汇款人有过失，在违法借用账户尚不至于失去所有权的情况下，仅因汇款人过失就将其物权降格为债权，显然不合比例。此外，虽然汇款关系可具体化为汇款人与收款人之对价关系、汇款人对汇出行之支付指令、汇出行与汇入行之现金支付关系、汇入行与收款人之托收记账关系，但前述各种关系彼此关联，并服务于汇款这一共同目的，汇款人以意思表示错误为由撤销其对汇出行的支付指令，也将连带性地影响后续各方之间行为的效力，从而断绝收款人取得存款货币的法律路径。

还有观点认为，“占有即所有”原理有效消除了债务人与第三人恶意串通、逃避债务的道德风险。例如，债务人可能与第三人伪造账户借用等关系以证明其并非金钱的真正权利人，或者合谋谎称账户内资金乃第三人错误汇入，^[75]而“占有即所有”能轻易挫败此等图谋。此种担忧言过其实，其所述情形并不普遍，相关图谋也很难得逞。例如，债务人与第三人合谋谎称其账户内资金为第三人错误汇入，其只能与真实汇款人合谋，而正常情况下汇款人并无合谋动机，导致债务人孤掌难鸣。考虑到实践中错误汇款争议多发生在向被查封的债务人账户汇款之情形，即便第三人意欲与债务人串通逃避债务，其“合理”手段也是暂不向债务人汇付款项或将款项汇入某秘密账户，而绝不可能汇入被查封之账户后再谎称错误汇款。再如，债务人与第三人合谋谎称其账户内资金为第三人借户存款，则必须举证证明该第三人此前向债务人支付该笔款项以及当时形成了借户存款之合意，而事后炮制这些证据绝非易事。即便债务人和第三人前述合谋无法杜绝，其风险也不会比动产更大。动产不适用“占有即所有”原理，债务人也可能与第三人合谋谎称其占有之动产为第三人所有，此刻，债务人可任意选择合谋第三人，也能轻松炮制出借用、租赁等合同关系，债务人与第三人之合谋也更难被识破，相对于金钱之情形，道德风险只大不小，却无人因该道德风险倡议动产“占有即所有”，缘何在道德风险更低的金钱领域如此执拗？就纠纷解决和法治精神而言，仅仅为了保护债权人利益而认定系争权利一律为债务人所有，显然过于简单粗暴，查清事实、明晰权属才是司法应有的使命与担当。事实上，纵使债务人和第三人合谋谎称债务人占有之金钱为第三人所有，也未必能成，法院综合审查事实和证据后一般都能查明真相。何况，金钱领域的道德风险也并非单向度的，除债务人与第三人串通损害债权人风险外，也存在占有人与债权人串通损害原权利人之风险。诚如佐伯仁志、道垣内弘人指出的那样，甲委托乙保管100万元且约定乙不得动用，乙之债权人丙明知该事实。若乙直接动用该100万元向丙清偿，则乙构成侵占罪，丙构成赃物参与罪。但若丙申请法院扣押该100万时，甲不能提出执行异议，则乙丙如愿以甲之金钱清偿债务而脱罪。更有甚者，乙自知直接使用案涉金钱将构成犯罪，于是对丙说明情况后向其借钱，并且事后未返还那笔欠款，丙申请强制执行并扣押案涉金钱。^[76]若仍排除甲之执行异议，势必激励占有他人金钱者与债权人串通损害金钱权利人之道德风险。

[75] 蔡英欣：《错误汇款中混款之归属——以日本法为中心》，台湾《法学丛刊》第56卷第1期（2011年），第167页以下。

[76] [日]佐伯仁志、道垣内弘人：《刑法与民法的对话》，于改之等译，北京大学出版社2016年版，第18页。

五、金钱权利流转规则之重塑

如前所述，金钱的高度可替代性和流通性均不能证成“占有即所有”。那么，在弃却“占有即所有”原理后，金钱权利的流转规则又应如何重构？

（一）金钱权利应依移转所有权之意思而移转

占有人非基于法律行为而占有他人金钱，因与权利人意志无关，不能将权利人的权利降格为债权。在盗抢、侵占、遗失等被动移转占有之情形，占有人取得金钱所有权显然有违伦理。^[77] 监护人、财产代管人依法占有被监护人、失踪人之金钱，也不妨碍被监护人、失踪人对该金钱享有所有权。^[78] 继承人之一占有作为遗产之金钱，该金钱所有权属于全体继承人。^[79] 因法院执行生效法律文书而进入执行账户之金钱，应为申请执行的债权人所有。^[80] 公证机关因债务人提存而占有之金钱，理应属于债权人。

在因法律行为而交付金钱时，交付之意思弥足重要，若以移转所有权之意思交付，则金钱所有权随交付而移转；若并非以移转所有权之意思交付，则金钱所有权不发生移转。为支付价款、履行债务、提供借款、赠与、股权投资等交付金钱，显然旨在移转所有权。为设立保证金质押、信托投资、证券投资、委托第三方支付而向债权人、信托公司、证券公司、第三方支付平台特定账户汇入资金，相关法律法规明确规定不属于以移转所有权之意思交付。雇员、法人的法定代表人、合伙的业务执行人依照雇佣合同、法人章程、合伙合同占有金钱，因法律规定占有人不得挪用和侵占，应推定为无移转所有权之意思，金钱所有权归雇主、法人、合伙企业。借名（户）存款时，围绕存款之归属，日本民法学虽有主观说（归名义存款人）与客观说（归实际出资人）之争，但日本最高法院对无记名和记名定期存款均采客观说。^[81] 在活期存款领域，针对保险代理人将代收保险费存入以其名义开立的专用结算账户，保险公司请求银行支取之事例，^[82] 日本最高法院判决保险公司败诉。但若保险代理人破产，其破产清算人与保险公司发生纠纷，裁判结果或将不同。^[83] 即便就事案本身，判决专用账户中的存款属于保险公司亦合乎常理。^[84]

也有一些法律行为，既不能从其性质直接判断交付是否包含移转金钱所有权的意思，也无法律、法规明确规定金钱交付的属性，且不能从法律、法规的相关规定中推定出当事人的意思。例如，在交付定金、“担保法解释”第118条^[85]规定的保证金，以及为完成特定事务向代理人、行纪人交付金钱等情形，一方面，法律法规未规定是否移转所有权（甚

[77] 参见前引〔58〕，Scott文，第264页。

[78] 关于监护人占有被监护人金钱之归属，参见大判昭和9年4月6日民集13卷492页。

[79] 最判昭和43年7月11日民集22卷7号1462页；最判平成4年4月10日家月44卷8号16页。

[80] 参见前引〔15〕，末川博文，第271页。

[81] 最判昭和48年3月27日民集27卷2号367页；最判昭和52年8月9日民集31卷4号742页。

[82] 最判平成15年2月21日民集57卷2号95页。

[83] 照沼亮介：《預金口座内の金銭の法的性質：誤振込の事案を手掛かり——（4）》，《上智法学論集》第58卷（2014年）2号，50页。

[84] 同上文，第55页。

[85] “担保法解释”第118条规定：当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。

至未规定受领人能否使用其受领的金钱)；另一方面，当事人的意思有两种可能：一是允许受领人自由支配和使用所受领的金钱，并在必须践行交付目的时以同额的其他金钱替代；二是不允许受领人支配和使用，也不允许受领人将其与自有金钱相混同。前一情形旨在移转所有权，后一情形则无意移转所有权。为最大限度地实现金钱之流通，在当事人交付意思不明的情况下，应推定为旨在移转所有权。但既为推定，就应当允许当事人以明确的意思表示或相反的行为选择排除其适用。例如，建设方将工程预付款汇入施工方为此开立的专项账户，双方与银行约定仅当施工方满足领取工程款的条件时，银行才向施工方划拨相应款项。施工方破产时，建设方可对剩余预付款行使取回权。^[86]甲将定金汇入乙方开设的共管账户，约定满足定金罚则适用条件时始动用户内资金，在针对甲的定金罚则条件成就前，该定金应当归甲所有。^[87]甲委托有外贸代理权的乙为其办理设备进出口手续，将630万元信用证开证保证金汇入乙之特定账户，且与乙的其他资金严格分离，该保证金应归属于甲。^[88]甲挂靠乙投标丙之工程，将160万投标保证金汇入乙之特定账户后由乙转汇与丙，投标失败后丙将该笔保证金退回乙前述特定账户，无论保证金最初汇入或最后返回乙之账户，均未与乙的其他资金相混同，该保证金应属于甲，并足以排除乙之债权人的强制执行。^[89]律师受托为客户整理债务，将客户交付的清偿准备金存入以自身名义开立的业务结算账户，税务部门可以扣押该账户以向客户追索税款。^[90]前述诸例中，有的明确约定交付后另满足特定条件时才移转金钱所有权，即便没有所有权移转条件的明确约定，但交付之金钱存于专户，表明不允许受领人支配使用，也足以排除推定规则之适用。

前述移转金钱所有权之意思，是处分行为层面的意思，该意思不仅必须存在，而且应当真实。错误汇款之所以不能移转金钱所有权，系因对收款人或错汇金额而言，汇款人根本就没有移转所有权之效果意思，或者说该移转意思因内容错误（对方当事人、金额）可被汇款人撤销。在电信诈骗等情形，汇款人确有移转所有权之意思，但该意思因乃受欺诈而生，故可被汇款人撤销。只要作为处分行为的移转金钱所有权的意思有效成立，即便负担行为因种种原因不发生效力，均不妨碍金钱所有权之移转。也就是说，尽管我国通说不承认物权行为（处分行为）的独立性和无因性，^[91]但在涉及金钱的法律行为，可以例外承认金钱处分行为（物权行为）的独立性和无因性。

（二）金钱所有权因丧失价值特定性而消灭

就物理上特定的金钱而言，原权利人可要求占有人返还，类似于动产返还原物请求权。若占有人将其投入流通并取得替代物，原权利人可要求返还替代物。若替代物灭失，或虽未取得替代物但后续受领人善意取得该金钱，则该金钱已然消耗，原权利人的物权降格为债权。

[86] 最判平成14年1月17日民集56卷1号20页。

[87] 参见西安市未央区农村信用合作联社与西安地利置业有限公司、西安市未央区未央宫街办枣园村村民委员会财产损害纠纷案，陕西省高级人民法院（2015）陕民一终字第00172号民事判决书。

[88] 参见王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2002年版，第37页以下。

[89] 参见杜霞与单德利、山东鼎盛建筑安装有限公司执行异议之诉案，山东省济南市历城区人民法院（2015）历城民初字第3313号民事判决书。

[90] 最判平成15年6月12日民集57卷6号563页。日本最高法院判决存款属于律师所有，但深泽和岛田法官持反对意见。

[91] 参见前引[12]，梁慧星等书，第77页以下。

若原权利人与占有人之金钱混同后根本未进入流通（包括混同后只进不出），或者以部分或全部混同金钱取得替代物且其余混同金钱维持不变，原权利人的金钱仍保有价值特定性。若混同金钱全部被消耗，原权利人的金钱必已灭失，其物权只能降格为债权。若部分混同金钱被消耗，原权利人的金钱是否仍保有价值特定性呢？

在部分混同金钱流通的情况下，英美衡平法发展出了一系列与价值特定性相关的规则。最早是 Clayton 案提出的“先进先出”规则（first in first out），推定最先进入混同体的金钱最先从混同体中流出。^[92] 由于该规则过于武断，实际运用并不普遍。^[93] 之后的 Hallett 案中，约塞尔（Jessel）认为若受托人（占有人）违反信托义务将信托资金与自有资金混同，由于诚实的受托人应首先使用自己的金钱，故推定受托人固有金钱先从混同体中流出。^[94] 但机械适用约塞尔规则也会出现不利于原权利人之结果。例如 Oatway 案中，先从混同体中流出的金钱购买了价值稳定的股票，而余下的金钱被挥霍，依照约塞尔规则，股票为占有人金钱的替代物，而原权利人的金钱已经灭失。故乔伊斯（Joyce）主张将股票推定为原权利人金钱的替代物，这样一来，原权利人可以对混同金钱或以混同金钱取得的任何财产主张衡平法权益，即推定占有人固有金钱首先被消耗，^[95] 此即与“直接替代”相对应的“推定替代”（presumed substitution）。

原权利人与占有人金钱混同后，混同资金进进出出，原权利人的金钱是否仍存于混同体中已无法确定，但如果占有人现时拥有的金钱超出混同时固有的金额，即占有人“获利犹存”（surviving enrichment），衡平法认为原权利人之金钱仍不失价值特定性，从而可对占有人追踪该尚存之获利。例如 Sinclair v. Brougham 一案，^[96] 存款人的 1070 万磅与建筑协会股东的 100 万磅相混同，用于经营越权银行业务，该建筑协会破产时仍拥有近 1200 万磅资产。基于业务的性质、金钱的总额和交易的数量，显然无法直接揭示或推定存款人金钱与建筑协会破产时 1200 万磅资产之联系，但不言自明的是，如果没有存款人当初存入的 1070 万磅，建筑协会破产时的资金不可能达到 1200 万磅，故可推断原权利人金钱价值尚存。而 Space Investments Ltd 一案^[97] 走得更远，认为即便原权利人之金钱确实已经消耗，由于原权利人金钱之消耗必将减少占有人自有资金之消耗，原权利人仍可追踪占有人因此而节约的金钱，即所谓“保护性推定保留”（protective presumed retention）。

“保护性推定保留”在原权利人金钱确已消耗的情况下仍对其提供物权性保护，其理论基础为 1930 年代经济危机时风行的“财产膨胀理论”（swollen assets theory），或称“财产增加理论”（augmentation theory）。该理论的核心为：只要返还义务人的财产因返还权利人财产之融入（包括混同）而增加（膨胀），即便返还权利人原财产已失去特定性甚至不复存在，返还权利人仍可通过义务人的全部财产优先实现自己的权利。“保护性推定保留”作为“财产膨胀理论”之典范，对原权利人过于优厚，殆无正当性，已被后续判例否定。^[98]

[92] (1816) 35 ER 767, 781; (1816) 1 Mer 529, 572.

[93] 参见前引 [29], David Fox 书, 第 257 页以下。

[94] [1880] 13 Ch D 696.

[95] [1903] Ch 356.

[96] [1914] AC 398.

[97] [1986] UKPC 1.

[98] 参见前引 [62], Scott 文, 第 128 页。

“获利犹存”不要求证明原权利人金钱与占有人现实金钱总额之间的直接或间接的联系，本质上是放弃一切的特定性要求，不过是稍显缓和的“财产膨胀理论”。“推定替代”推定占有人的金钱首先被消耗，将原权利人金钱确已消耗的举证责任分配给占有人，一旦举证失败则原权利人可对剩余金钱及其替代物主张所有权，可谓“保护性推定保留”之先导，^[99]本质上仍属放弃任何特定性要求的“财产膨胀理论”。^[100]

故此，在混同金钱部分消耗的情况下，除非原权利人能证明其金钱未被消耗，应推定原权利人和占有人之金钱按比例消耗。若混同金钱部分消耗后，占有人又混入其他金钱，除非其明确表示以此对原权利人进行补偿（该补偿意思不能推定），不能扩充原权利人的权益范围。若混同金钱频繁进出，原权利人主张权益的对象为混同发生时与权益确定（行使）时之中间的最低余额。

若原权利人的特定金钱被后续受领人取得，且不符合善意取得之要件，则其可追踪后续受领人取得之金钱。即便原权利人与占有人固有之金钱混同，只要能确证后续受领人接受了原权利人的金钱且不构成善意取得，原权利人也能追踪后续受领人。例如，在前文提及的 *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* 案中，不法合伙人将从原告律所账户支取的 323000 磅和自有的 20000 磅混同并输给被告 323000 磅，则被告肯定不法取得了原告的 303000 磅，后续受领人取得前已经发生混同并不妨碍原权利人对后续受领人主张金钱所有权。至于原权利人对后续受领人主张权利的具体规则，则与占有人的情形无异。

（三）原权利人金钱物权保护的路径选择

如前所述，只要无移转所有权之意思，金钱所有权并不随占有而移转。原权利人和占有人金钱未混同时，可要求占有人返还“原物”或以该金钱直接取得的替代物。纵然发生混同，只要维持价值上的特定性，原权利人仍享有价值返还请求权，衡平法还通过拟制信托和优先权将对原权利人的物权性救济落到实处。在拟制信托，原权利人依混同发生时的比例对混同金钱享有衡平权益，而优先权则以整个混同资金担保原权利人（债权性）返还请求权之实现。依权威学说，原权利人可以在拟制信托与优先权之间自由选择。若金钱简单混同且价值维持不变，或者混同体的金钱只进不出，拟制信托与优先权在效果上并无差异。若混同金钱价值升高，原权利人主张拟制信托更为有利；若价值降低，则主张优先权更为有利。^[101]

既然混同金钱价值升降时，拟制信托和优先权效果有别，一旦原权利人作出于己有利的选择，必然减少占有人的责任财产，从而影响其债权人利益。例如，原权利人 1000 元和占有人 1000 元混同，占有人消耗了 1500 元，又混入自有资金 500 元，以此 1000 元投资股票获得 1500 元。依拟制信托，混同金钱中间最低余额 500 元与占有人自有金钱 500 元因股票买卖变形为 1500 元，500 元混同金钱的变形物为 750 元，原权利人可享有的衡平权益为 375 元。但依优先权，原权利人则能以该 750 元担保最初被混同的 1000 元，最终享有 750 元的衡平权益。应当说，在混同金钱价值降低时，优先权对原权利人过于优惠，不符合原权利人和占有人金钱按比例消耗之推定，应将原权利人的救济路径限定为拟制信托。在混

[99] 参见前引 [62]，Scott 文，第 146 页。

[100] 参见前引 [47]，松岡久和文，第 371 页。

[101] 参见前引 [40]，Scott 文，第 129 页。

同金钱升值的情形，衡平法认为若能确证增值利益仅以原权利人金钱获得，原权利人可将该增值利益纳入价值返还的范畴；若不能确证原权利人金钱与增值利益存在直接关联，则既不能推定增值利益为原权利人金钱所派生，也不宜让原权利人和占有人按比例分享增值利益。在 *A-G for Hong Kong v. Reid* 一案，受托人以贿赂所得投资农场并升值，法院判决受益人对增值利益也能优先于受托人的一般债权人。^[102] 但在 *Re Tilley's Will Trusts* 案，^[103] Tilley 将丈夫遗产混存于其账户，后用该账户资金购买了系列房产，法院驳回了其他继承人分享房产收益的请求。笔者认为，无论能否确证增值利益为原权利人金钱所派生，原权利人对增值利益均不能享有优先于占有人之债权人的权益。因为对原权利人提供物权性救济的初衷乃确保其金钱之回收，即便增值利益确系原权利人金钱所派生，且法理上应禁止占有人通过原权利人的金钱牟利，也仅需让占有人返还不当得利。若原权利人对增值利益享有优先性权益，势必损害占有人之债权人的利益。为实现原权利人和占有人债权人利益平衡，此刻应通过优先权对原权利人提供物权化保护。例如，原权利人的 1000 元和占有人的 1000 元混同后，占有人以其中 1000 元投资股票卖得 1500 元，混同金钱增值为 2500 元。依拟制信托，原权利人可享有的衡平权益为 1250 元，这就超越了确保其金钱回收之目的，对原权利人过于优惠。相反，原权利人主张优先权，则只能以 2500 元担保最初之 1000 元，最终从混同金钱中收回 1000 元，从而获得恰如其分的救济。

Abstract: The high fungibility of money does not necessarily exclude its physical specificity. The specificity of money has two levels: physical specificity and value specificity. The principle “possession that is all” not only recklessly protects the subsequent recipients of money, but also unjustly protects the possessor’s creditor, and its function of circular protection can be replaced by *bona fide* acquisition. The original obligee’s real right of money extinguishes only with the intention of transferring its ownership. When in the absence of such intent, the original obligee still loses real right protection along with the extinction of the value specificity of money. When the original obligee’s money is mingled with the possessor’s, the value specificity still exists if the possessor can control the value of money, but extinguishes if the money is totally exhausted. The original obligee gets decreased money value in proportion if the mingled money is dissipated partially. To balance the interests of the original obligee and those of possessor’s creditor, the original obligee should get the value in proportion with constructive trust if the mingled money or the value of its substitute decreases. And the original obligee can get the money value back based on priority when it increases and seek real right remedy with constructive trust or priority when it keeps steady.

Key Words: money, possession that is all, rule of right transfer, claim for value restitution

[102] [1993] UKPC 2.

[103] [1967] Ch 1179.