

【民商法研究】

比较法视角下的商事留置权制度

刘凯湘

(北京大学 法学院,北京 100871)

【摘要】商事留置权制度滥觞于中世纪意大利商人团体的习惯法。由于不同的历史沿革和制度侧重,商事留置权与民事留置权在权利性质、适用主体范围和牵连关系上存在着较大差别。通过对典型国家和地区立法例的梳理和对比,本文试图总结出商事留置权制度的特殊性及其价值追求。对于我国而言,《物权法》第 231 条的但书规定被视为商事留置权制度的一般规则。虽然商事留置权制度的适用规则在我国还存在有待完善之处,但现有的规定依然呈现出了较强的开放性和商事适用性。

【关键词】留置权;民事留置权;商事留置权;牵连性;商主体

【中图分类号】D9 【文献标识码】A 【文章编号】1000-5072(2015)08-0001-10

一、不同演变轨迹的两种留置权

自近代以来,留置权即有民事留置权与商事留置权之分。虽然同为留置权,两者的起源与沿革却大不相同。

民事留置权制度源于罗马法上的恶意抗辩以及诈欺抗辩之拒绝给付权^①。在罗马法上,债权人如对债务人负有债务,债权人在未清偿自己所负债务的条件下,反而请求债务人履行其债务,倘若足以认为其违反了信义,债务人便可以行使上述抗辩权,拒绝履行其债务^②。这种拒绝给付权以公平原则为基础,形成对债权保护的一种重要制度,对大陆法系影响深远。留置权产生时的主要功能在于防御,即赋予双务之债的一方当事人在对方提出清偿请求时为拒绝给付之抗辩。从 19 世纪欧洲民法的法典化运动兴起之时,各国致力于将罗马法上此类拒绝给付权予以统一,但对于留置权是否作为一种独立的担保物权,各国的规定未尽一致。法国民法最接近罗马法之传统,其不承认留置权为物权,而仅认为是一种双务合同的同时履行抗辩权,其规范散见于民法典各相关条款之中。学说

【收稿日期】2015-03-21

【作者简介】刘凯湘(1964—)男,湖南攸县人,北京大学法学院教授,博士生导师,法学博士,主要从事民商法学研究。

* 本文在写作过程中,李松晓博士给予了资料搜集与整理工作的鼎力协助,并且就文中观点与作者进行了诸多有益的讨论与交流,特此致谢!

① 恶意抗辩(*exceptio doli*),也称诈欺抗辩。与诉讼(*actio*)一样,在罗马法中,每一种抗辩也都与受法律保护的权利相对应,有着各自的名称。许多实体权利是由于法律或者裁判官赋予当事人以抗辩权而获得承认和保护。例如,一方当事人因遭受另一方当事人的诈欺或胁迫而要求解除债关系的权利,是随着诈欺抗辩和胁迫抗辩制度的引入而得以确立的。诈欺之诉被视为一种极为严重的诉讼,它的结果会导致被判罚人的不名誉。参见黄风《罗马法》(第二版),北京:中国人民大学出版社 2014 年版,第 18 页。[意]彼德罗·彭凡得著《罗马法教科书》,黄风译,北京:中国政法大学出版社 1998 年版,第 73 页。

② [日]近江幸治《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,北京:法律出版社 2000 年版,第 17 页。谢在全《民法物权论》(下册)(修订五版),北京:中国政法大学出版社 2011 年版,第 1057 页。

与判例正是从民法典分散的有关该制度的条文规定中抽象出留置权的概念,因此尽管留置权这一概念在法国民法典中没有被立法者使用,但在民法学说与判例上是存在的^①。德国民法亦系继受罗马法恶意抗辩之理论,将留置权仅规定于民法债编总则中^②,以基于同一债之关系所生两个对立的债权间的拒绝给付权作为其构成,实际上是一个广义的、包含同时履行抗辩权在内的概念^③。但是,与法国民法不同的是,德国民法除承认双务契约效力下之拒绝给付权以外^④,另采用一般留置权制度,规定物之拒绝交付权,作为占有效力之一种^⑤。虽然此种规定已赋予拒绝交付权以一定的物权效力,但仍非独立之物权。直到瑞士民法才进一步将留置权与质权并列,留置权的担保物权属性才完全形成。日本民法虽亦设有留置权专章并作为物权处理,但留置权人仅有留置效力而无优先受偿权^⑥。

而商事留置权的发端较民事留置权更晚,大约滥觞于中世纪意大利商人团体的习惯法,其主要作用在于维持商人间的信用,保障交易关系的稳定并维护交易安全^⑦。通过在持续交易关系中赋予商事留置权以物权属性,商主体可以在债务人不履行到期债务时留置因商行为而归自己占有的债务人的所有物或有价证券,从而保障债权的实现。这种维护商人间信用的制度,自中世纪意大利商人团体创设以来,被很多大陆法系国家(地区)所继受,并形成了两种不同的立法例。在“民商分立”模式下,商事留置权多由商法典规定。德国、日本主要采用了此种模式的立法。在“民商合一”的模式下,由于没有商法典,一般将商事留置权置于民事留置权的规范条文之中,在对民事留置权进行一般性规定之后,对商事留置权加以特别的补充规定。瑞士及我国台湾地区民法典主要采用了这种模式。值得一提的是,无论是在民商分立体例下将商事留置权单独规定于商法典中,还是在民商合一体例下将商事留置权在民法典中作出特别规定,近现代各国立法规定的具有物权性质与效力的留置权,显然都受到了产生于中世纪的意大利商人自治团体的商事习惯法即商事留置权规则的影响。从留置权的发展过程看,留置权系由债权性质的留置权演变到物权性质的留置权。换言之,近现代大陆法系国家的民法在制定民事留置权制度时,都在某种程度上受到了中世纪商事习惯法中具有物权效力的商事留置权观念与规则的影响,并由于影响的不同进而导致各国在留置权的立法体例和制度上的差异,在留置权制度上形成债权留置权和物权留置权两种留置权制度并存的局面^⑧。

二、和而不同的民事留置权

就民事留置权而言,不同国家和地区对其性质与效力的规定大不相同。

《德国民法典》并没有承认民事留置权具有担保物权的属性,相反,赋予了民事留置权以债权的性质。由于较多地继受了罗马法上恶意抗辩的理论,德国的民事留置权实际上是一个较为广义的、包含同时履行抗辩权在内的概念。《德国民法典》在第二编“债务关系法”中的第273条^⑨、第

① [日]柚木馨、高木多喜男《担保物权法》转引自陈华彬《民法物权论》,北京:中国法制出版社2010年版,第505页。

② 主要规定于《德国民法典》第273条、第274条。

③ Oertmann, Ibz. § 273. 转引自[日]我妻荣《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,北京:中国法制出版社2008年版,第20页。

④ 见《德国民法典》第320条。

⑤ 见《德国民法典》第999条至第1003条。

⑥ 谢在全《民法物权论》(下册)(修订五版),北京:中国政法大学出版社2011年版,第1058页。

⑦ [日]我妻荣《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,北京:中国法制出版社2008年版,第22页。

⑧ 邹海林《留置权基本问题研究》,载《法学研究》1991年第2期。

⑨ 《德国民法典》第273条规定:“(1)以债务关系不另有规定为限,债务人因其义务所根据的同一法律关系而有对债权人的已到期的请求权的,债务人可以拒绝履行所负担的给付,直到其所应得的给付被履行为止。(2)有义务返还标的的人因在该标的上支出的费用或因该标的的对其造成的损害而享有已到期的请求权的,享有同一权利,但其以故意实施的侵权行为取得该标的的除外。(3)债权人可以通过提供担保来避免留置权的行使。不得由保证人提供担保。”参见陈卫佐译注《德国民法典》(第三版),北京:法律出版社2010年版,第92页。

274条^①规定了民事留置权。同时在第三编“物权法”的第三章“所有权”中的第四节“因所有权而发生的请求权”规定了占有人留置权^②。虽然占有人留置权已具有一定的物权上的效力,但其仍然不是独立的物权。因此,总体上而言,德国的民事留置权更倾向于是一种债权性的抗辩权。问题在于,德国是否真的不存在一种因债务人不履行到期债务、债权人便可以留置与债权发生具有牵连关系的财产的物权化权利吗?《德国民法典》在这一方面会存在立法空白吗?答案是否定的。德国民法中的法定质权制度,在一定程度上弥补了这种空白。所谓法定质权,主要是指排除当事人的意思,直接由法律规定产生的质押权。《德国民法典》第1257条对法定质权进行了规定,即“关于以法律行为设定的质权的规定,准用于依法律规定而发生的质权。”从本质上讲,德国民法中法定质权的性质是占有质押权(Besitzpfandrecht),其意义与一般所谓的留置权相同,赋予了先行履约者占有对方交付的动产并在对方不履行义务时就质押的动产求得清偿的权利^③。例如,《德国民法典》第647条关于承揽人质权的规定就与一般意义上的留置权相似。该条规定“承揽人所制作或修缮的定作人的动产,在制作时被承揽人占有,或以修缮为目的而被承揽人占有的,就因合同而发生的承揽人债权,承揽人享有该动产上的质权”;第704条规定了旅店主质权“就旅店主人对居住和其他为满足客人的需要而向客人提供的给付的债权,包括对垫付款的债权,旅店主人享有客人的携入物上的质权。”但《德国民法典》这种法定质权的制度设计,也会因其“法定”而大大缩小其适用范围^④,在一定程度上限制了债权人在非法定情形下行使此种权利的可能性。因此,笔者认为,法定质权制度尽管在一定程度上弥补了留置权作为抗辩权之缺陷,但它在保护债权人利益方面显然存在不足。

而瑞士民法则与德国民法不同,《瑞士民法典》规定的民事留置权是具有担保物权属性的。由于瑞士采民商合一体例,民事留置权和商事留置权被规定在《瑞士民法典》的同一个条文中,只是该条设有不同款项。《瑞士民法典》第895条第1款规定“债权已到期,按其性质该债权与留置的标的物有关联,债权人在受清偿前,有权留置经债务人同意由债权人占有的财产或有价证券。”^⑤可以看出,瑞士的民事留置权是一种独立的物权,其主要内容是,在债务人到期不履行债务时,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产,并有权就该动产因变价所得价款优先受偿的权利。从上述规定中可以发现,《瑞士民法典》规定的民事留置权的构成要件包括:①须债权人占有属于债务人的动产;②债权已届清偿期;③债权的发生与留置物具有牵连关系。对于前两个构成要件的判断较为容易,而对于民事留置权的牵连关系则存在解释的空间^⑥。依照对牵连关系的通说,在出现以下三种情形之一时,即认为存在牵连关系:①债权系由于该动产本身而生。如对动产支出费用而产生的费用偿还请求权或是因动产所生的损害赔偿请求权。②债权与该动产的返还义务基于同一法律关系而产生。③债权与该动产的返还义务基于同一事实关系而产生。如双方都错拿对方物品

① 《德国民法典》第274条规定了留置权的效果:“(1)对债权人的起诉,留置权的主张只具有使债务人被判决凭着受领其所应得的给付而履行给付(同时履行)的效果。(2)债务人陷于受领迟延的,债权人可以因此种判决而以强制执行方式追及其请求权,而不履行其所应履行的给付。”参见陈卫佐译注《德国民法典》(第三版)北京:法律出版社2010年版,第92页。

② 主要体现在《德国民法典》第999条至第1003条。其中,第1000条规定了占有人留置权的含义,“到占有人因须向其偿还的费用而受清偿时为止,占有人可以拒绝返还物。占有人已以故意实施的侵权行为取得物的,不享有留置权”。参见陈卫佐译注《德国民法典》(第三版)北京:法律出版社2010年版,第350页。

③ 孙宪忠《德国物权法》,台北:五南图书出版公司1999年版,第347~348页。

④ 法定质权的适用,在《德国民法典》中仅出现在以下条文之中:第233条、第562条至第562d条、第581条第2款、第583条、第585条、第592条、第647条和第704条。参见陈卫佐译注《德国民法典》(第三版)北京:法律出版社2010年版,第407页。

⑤ 殷生根、王燕译《瑞士民法典》北京:中国政法大学出版社1999年版,第324页。

⑥ 对于有无牵连关系的判断标准,各国立法例的规定不完全相同。在德国民法上,留置权发生的牵连关系,实际上是债权人与债务人之间的请求权牵连。瑞士、日本等国家的民法将牵连关系归结为债权与标的物的关联,即债权的发生与标的物之间存在联系。在民法理论上存在直接原因说与间接原因说两种观点。直接原因说认为,只有标的物与债权的发生之间有因果关系的时候,而占有物构成债权发生的直接原因时,才存在牵连关系;间接原因说认为,只要债权的发生与标的物有某种联系,而不论债权的发生是否直接以标的物为原因,就存在牵连关系。就我国的司法、立法实践看,留置权中的“同一法律关系”是指债权与标的物的占有的取得是基于同一合同关系。参见范健、王建文《商法总论》北京:法律出版社2011年版,第97页。

等。牵连关系是民事留置权与商事留置权相比特殊性最强的特征,对此,下文在论及商事留置权的特殊性问题时还会具体展开。

对于采用民商分立模式的日本,民事留置权也是具备担保物权属性的。《日本民法典》在物权编第七章的第295条至第302条规定了民事留置权制度。其中,第295条规定,“(一)他人物的占有人,就该物产生债权时,于其债权受清偿前,可以留置该物。但债权不在清偿期时,不在此限。(二)前款规定,不适用于占有因侵权行为而开始的情形”。对于留置权的消灭,第301条和第302条分别进行了规定,“债务人可以提供相当担保,请求消灭留置权”,“留置权因占有丧失而消灭。但是依第二百九十八条第(二)款^①规定进行租赁或设置情形,不在此限”。^②从以上条文中可以看出,日本的民事留置权是具备物权属性的,其构成要件包括:①合法占有他人之物;②就该物产生债权,即存在牵连关系;③债权已届清偿期。值得注意的是,日本民事留置权并未规定留置权人的优先受偿权^③。这一点有别于其他国家的规定。因此,留置权人一般只享有留置占有物的权利、收取留置物所生孳息的权利、一定的费用偿还请求权以及因保管而生的必要使用权等权利。在制度架构方面,日本的民事留置权也主要是为了维护公平原则,督促债务人及时履行债务。

我国台湾地区亦将民事留置权视为一种担保物权。其“民法”第928条规定“称留置权者,谓债权人占有他人之动产,而其债权之发生与该动产有牵连关系,于债权已届清偿期未受清偿时,得留置该动产之权。债权人因侵权行为或其他不法之原因而占有动产者,不适用前项之规定。其占有之始明知或因重大过失而不知该动产非为债务人所有者,亦同。”从该规定可以看出,台湾地区民事留置权的取得需要具备以下六个条件:①需占有他人的动产。这里需要注意的是,留置权的标的物并不限于债务人所有。此一规定始于2007年民法修正案,在修正前台湾地区民法关于留置权的规定是“债权人占有属于其债务人动产”,修改后扩大到“他人的动产”。此条文的修改,借鉴了其他国家的立法例,对于保障社会交易安全具有积极作用^④。②债权已届清偿期。③债权的发生与留置物具有牵连关系^⑤。④非因侵权行为或其他不法原因而占有动产。⑤留置权的行使需不违背公序。⑥动产之留置,需不与债权人应负担之义务,或与债权人债务人间的约定相抵触^⑥。从制度价值的角度来看,我国台湾地区的民事留置权制度同日本、瑞士相似,都是为了督促债务人及时履行债务,从而实现对交易秩序和债权公平实现的维护。

从以上立法例中不难看出,大陆法系各国和地区民事留置权制度显示出了和而不同的特征。不论是民商分立还是民商合一国家(地区),民事留置权作为一项民法制度存在着一定的“民事”共性,它

① 《日本民法典》第二百九十八条第(二)款的主要内容是“留置权人未经债务人承诺,不得使用、租赁留置物,亦不得以之提供担保。但是,为保全该物而进行必要使用者,不在此限。”

② 渠涛编译《最新日本民法》,北京:法律出版社2006年版,第63~64页。

③ 《日本民法典》于物权编留置权一章后的第八章规定了先取特权。其主要是指,先取特权人,依照法律规定,就其债务人的财产,有先于其他债权人清偿的权利。从《日本民法典》的篇章结构上说,留置权与先取特权分章而立,说明其为两种不同种类的物权。与此同时,以动产先取特权为例,其标的物的范围较于留置物的范围要窄很多。《日本民法典》第311条仅规定了8种产生先取特权的原因,分别为:不动产租赁、旅店的宿泊、旅客或货物的运送、公职人员职务上的过失、动产的保存、动产的买卖、种苗或肥料的供给以及农工业的劳役。只有依此8种原因指向的标的物才属于先取特权优先受偿的范围。而留置权制度中的留置物则不受此限,范围较广。因此,笔者认为,这种先取特权并不能说明日本的民事留置权中包含优先受偿权的内容。

④ 我国台湾地区对于本条的修正理由如下:“留置权之标的物依原法规定,以属于债务人所有者为限,唯观诸各国民法多规定不以属于债务人所有者为限,例如瑞士民法第八百九十五条第三项、日本民法第二百九十五条第一项、韩国民法第三百二十条第一项等,为更能保障社会交易安全及贯彻占有之公信力,且事实上常有以第三人之物作为留置对象,爰仿上开外国立法例,将债务人动产修正为他人动产。”转引自高点法学研究中心:《民事法规》,台北:高点文化事业有限公司2013年版,第1~353页。

⑤ 台湾的主流学说认为,如果债权由该标的物而生,或债权与标的物的返还请求权属于同一法律关系或同一生活关系,则存在牵连关系。可区分为:①债权系由该动产所生,如因占有而生的必要费用、损害赔偿请求权。②债权与该动产的返还义务基于同一法律关系,如修缮电脑所生费用与电脑返还。③债权与该动产的返还义务基于同一事实关系,如甲乙离开教室时误区对方雨伞。

④ 商业上牵连关系的拟制。参见谢在全《民法物权论》(下册)(修订五版),北京:中国政法大学出版社2011年版,第1069页。

⑥ 王泽鉴《民法物权》,北京:北京大学出版社2010年版,第404~406页。

们都更加侧重于对债权人平等保护、合同正义等价值的追求,更加注重人们在某一次交往活动中形成的利益关系的平衡。此即民事留置权制度在各立法例中“和”的体现。同时,不同立法例对于民事留置权是否具备担保物权属性这一问题存在着不同的规定;即便在承认民事留置权具备担保物权属性的不同立法例中,对于留置物的范围、权利中是否包含优先受偿权等细节问题亦存在不同。因此,民事留置权制度在不同立法例中的差别还是比较大的。

三、不谋而合的商事留置权

与民事留置权不同,不论是民商合一体例还是民商分立体例的国家和地区,大体都承认商事留置权的物权属性。

虽然《德国民法典》并没有承认民事留置权具有担保物权的属性,但是商事留置权的物权属性却被《德国商法典》第369条至第372条所确立^①。德国民商法学者认为《德国商法典》第369条^②对留置权的规定超越了《德国民法典》第273条之规定,这种超越主要在于前者明显地更加物权化^③。德国商事留置权的出现,主要是为了弥补《德国民法典》中法定质权制度在商事交易担保方面存在的空白。《德国商法典》对商事留置权的形成条件规定较为严格,包括:①商人身份。第369条第1款要求被担保债权的债权人和债务人都必须是商人。②留置权的标的仅限于动产和有价证券^④。德国学者卡纳里斯认为此处的有价证券仅包括无记名证券和指示证券,而不包括记名证券^⑤,因为仅有前者与物具有同等地位,而后者仅适用规制权利的条款。③占有合法的前提条件。商事留置权的相关物或有价证券需基于商行为且符合债务人的意志而处于债权人的占有之下。④所有权的前提条件。根据第369条第1款规定,留置物必须是属于债务人所有的动产或有价证券。⑤被担保的债权。此债权必须已经到期,而且限于债权人和债务人之间成立的行为。需要注意的是,虽然该条不以相关性作为条件,但是必须由一个双方商行为产生。除以上构成条件外,第369条第3款还规定了排除留置权适用的情形,即“标的物的留置违背指示,而此种指示是由债务人在交付之前或者交付之时所给予的,或者违背以一定方式处分标的物的义务,而此种义务是由债权人所承担的,排除留置权”。此处主要考虑的是债权人已将标的物交付给第三人的情况,所以经纪人、代理商或者运输代理人原则上不得将他们为出售以及为发运而保有的物品予以留置^⑥。

在瑞士,商事留置权与民事留置权同样具有物权属性。如前所述,由于采取民商合一的立法模式,《瑞士民法典》在民事留置权制度之后,在同一条款中对商事留置权作出了特别规定。《瑞士民法典》第895条第1款规定“债权已到期,按其性质该债权与留置的标的物有关联,债权人在受清

① 卡纳里斯认为,从立法技术上考查,《德国商法典》对商人留置权的规定是不成功的。因为一方面,此种权利很大程度上发挥了法定质权的作用,并且在构成要件上很相似;但另一方面,它在很多重要的方面又在优先性上落后于后者(如法定质权也可以是交付质权,而不要求债权人是质物的占有人)。应然法上,应以扩大法定质权的方式取代商人留置权制度。参见[德]C. W. 卡纳里斯著《德国商法》,杨继译,北京:法律出版社2006年版,第677页。

② 《德国商法典》第369条:“(1)一个商人因自己对另外一个商人由二人之间所订立的双方商行为所享有的届期债权,对以债务人的意思依商行为已经为自己所占有的债务人的动产和有价证券,以其尚占有这些物品为限,特别是可以借助于海运提单、提单或者仓单对此进行处分为限,享有留置权。即使标的物的所有权已经由债务人移转于债权人,或者已经由一个第三人为债务人转移给了债权人,但应当被返还转移给债务人的,此项留置权仍然成立。(2)可以以抗辩对抗一个第三人,并且这些抗辩系指向债务人的交付标的物的请求权的,在此限度之内,对于该第三人,存在留置权。(3)标的物的留置违背指示,而此种指示是由债务人在交付之前或者交付之时所给予的,或者违背以一定方式处分标的物的义务,而此种义务是由债权人所承担的,排除留置权。(4)债务人可以通过提供担保而免除留置权的行使。由保证人提供担保,予以排除。”

③ [德]C. W. 卡纳里斯著《德国商法》,杨继译,北京:法律出版社2006年版,第665页。

④ 对于商事留置权的标的,日本规定其得在不动产上成立。但是日本法中留置权人无变价权及优先受偿权,因此留置权的物权效力相对较弱,不会导致特别不公平。参见[日]我妻荣《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,北京:中国法制出版社2008年版,第21页。

⑤ 也有学者认为记名证券可就“证券的材料之纸片,为一个物,得成立留置权”。但是基于其性质,留置的意义不是很大。参见史尚宽《物权法论》,北京:中国政法大学出版社2000年版,第495页。

⑥ [德]C. W. 卡纳里斯著《德国商法》,杨继译,北京:法律出版社2006年版,第666~671页。

偿前,有权留置经债务人同意由债权人占有的财产或有价证券”;第2款规定“前款关联发生在商人之间的,仅以占有系由商业交易中产生的为限”。^①由此可以看出,瑞士的商事留置权与民事留置权的效力大体相同,只不过商事留置权在商人身份、商事债权及牵连关系上存在其特殊性。

日本的商事留置权与民事留置权相似,同样具有担保物权属性。对于商事留置权的规定,散见于《日本商法典》第51条、第521条、第557条、第562条以及第589条。在《日本商法典》第一编“总则”中的第七章“代理商”项下的第51条规定了代理商的留置权,即“代理商于其因充任交易的代理或媒介而产生的债权已届清偿期时,在其未受清偿前,可以留置为本人占有的物或有价证券。但另有意思表示者,不在此限”;第三编“商行为”中的第一章“总则”项下的第521条规定了商人间的留置权,即“商人之间因双方的商行为而产生的债权到期时,债权人未受清偿前,可以留置因商行为而归自己占有的债务人的所有物或有价证券。但是,有另外意思表示时,不在此限”;第三编第六章“行纪营业”项下的第557条规定了行纪留置权,即“第四十七条及第五十一条的规定,准用于行纪”;第三编第七章“承揽运输业”项下的第562条规定了运输人留置权,即“承揽运输人只能就运输品产生的报酬、运费及其他为委托人垫支或预借的金额,留置运输品”;第三编第八章“运输营业”^②中第一节“物品运输”项下的第589条规定了运输留置权,即“第五百六十二条、第五百六十三条、第五百六十六条及第五百六十七条的规定,准用于运输人”^③。在这些条文中,第521条属于对商事留置权的总体性规定,明确了商事留置权的概念以及构成要件,其他条文主要是具体商事领域的援引适用规定。从其商法典对商事留置权的规定中可以看出,日本的商事留置权与民事留置权的构成要件和效力也大体相同,其特殊性主要表现在商人身份、商事债权及牵连关系等构成条件的放松上。

基于民商合一的立法模式,我国台湾地区的商事留置权规定于其“民法”之第929条。该条规定“商人之间因营业关系而占有之动产,与其因营业关系所生之债权,视为有前条所定之牵连关系。”(其所称“前条”是指规定了民事留置权概念及要件的第928条)。第929条一般被视为一种拟制牵连关系,具体是指法律拟制商人之间基于营业关系所产生的债权和基于营业关系而占有的动产之间存在牵连关系而成立留置权。概言之,即使债权与占有基于不同的法律关系而发生,且无任何因果关系,依然可以成立留置权。因此,商事留置权的构成要件与民事留置权存在一定的差别,主要包括:基于商主体之间;需基于营业关系而产生债权,且该债权已届清偿期;需基于营业关系占有他人的动产;留置权的行使需不违背公序等。可以说,这种制度安排的根本目的依然在于加强商业信用,确保交易安全。

对于规定了商事留置权制度的立法例来说,其担保物权属性已无异议。从其效力来说,各典型立法例的规定主要包括了占有留置物的效力、留置物所生孳息的收取权及就留置物优先受偿的权利等方面^④。对于未将民事留置权规定为独立物权的立法例来说,商事留置权的物权效力自然具有较大的特殊性。而对于已将民事留置权规定为独立物权的立法例来说,商事留置权在效力上与民事留置权差别甚微,商人身份、商事债权及牵连关系才是其特殊性的重要体现。但不论如何,对于商事留置权的物权属性,各立法例是不谋而合的。

四、商事留置权的特殊性及其价值

(一) 商事留置权的特殊性

商事留置权较于民事留置权的特殊性因不同国家(地区)对两者的定性不同而有一定差异。但总体而

^① 殷生根、王燕译《瑞士民法典》,北京:中国政法大学出版社1999年版,第324页。

^② 第八章规定的运输营业与上文第七章承揽运输业在概念上存在较大差别。根据《日本商法典》第559条的规定,承揽运输人主要是指,以自己名义,以代办物品运输为业者。而第569条对于运输人的定义是,于陆上、湖川、港湾以运输物品或旅客为业者。

^③ 王书江、殷建平译《日本商法典》,北京:法律出版社2001年版,第11、156、162、163、167页。

^④ 参见王保树主编《中国商法》,北京:人民法院出版社2010年版,第99页。

言,从不同立法例中我们不难总结出商事留置权较于民事留置权主要存在以下三个方面的特殊性:①权利性质的特殊性;②商人身份和商事债权的要求;③牵连关系的舍弃或拟制。而在这三者之中,只有牵连关系的舍弃或拟制才是商事留置权制度本质意义上的特殊性所在。

1. 权利性质的特殊性

对于德国及与其类似立法例的国家而言,商事留置权的特殊性主要表现在两者的效力上。《德国民法典》并没有承认民事留置权具有担保物权的属性,其在性质上仅有债权的属性,实际上是一个广义的、包含同时履行抗辩权在内的概念。而《德国商法典》则赋予了商事留置权物权化的效力。因此,民事留置权与商事留置权在权利性质上的差别,属于商事留置权制度特殊性的重要体现。然而在其他立法例中,民事留置权具有物权化的效力,与商事留置权在权利性质上并没有本质差异。因此,权利性质上的特殊性主要是针对德国这种采用债权性质民事留置权制度的立法例而言的,对于大多数立法例,这种特殊性并不存在。从留置权制度的演进过程来看,立法不断趋向于不再从效力上对二者作出区分。从这个意义上分析,商事留置权在权利性质上的特殊性也不再突出。因此,商事留置权的物权化难以成为区分民事留置权与商事留置权的决定性特征。

2. 商人身份和商事债权的要求

对于商事留置权,其区别于民事留置权的另一重要特征就是对商人身份和商事债权的要求。例如,《德国商法典》第369条要求商事留置权的成立需要具备商人身份,且被担保的债权必须已经到期并限于债权人和债务人之间成立的行为,同时必须由一个双方商行为产生。《瑞士民法典》第895条第2款要求,商事留置权需发生在商人之间,且仅以占有系由商业交易中产生者为限。《日本商法典》第521条亦要求,商事留置权需成立于商人之间,且所担保的债权需基于双方的商行为而产生。我国台湾地区的商事留置权需要具备“商人因营业关系而占有之动产”和“因营业关系所生之债权”两个重要条件。问题在于,商事留置权制度本身就是商人进行商业活动时所适用的规则。“商事”这一定语自然地揭示出其有别于民事留置权的特殊性。从某种意义上说,商事留置权对商人身份、商行为的要求是由其自身属性决定的,这种特殊性依然是表层化的。因此,商事留置权因“商事”这一定语本身的属性所产生的特殊性并不是其与民事留置权之间的核心差别。故而,即使两者在此层面上的确存在不同,这种不同也并不是商事留置权区别于民事留置权的核心特征。

3. 牵连关系的舍弃或拟制

商事留置权与民事留置权相比,最核心的特殊性就在于其对牵连关系的舍弃或拟制。在这里,牵连关系的舍弃,主要是指法律并未明文要求牵连关系作为权利成立的要件或通过法律规定明文排除牵连关系适用的情形。德国、瑞士和日本等立法例主要采取了此种方式。而牵连关系的拟制,主要是指通过法律的规定,在所规定情形成就时,便视为牵连关系存在。我国台湾地区主要采用了此种方式。

例如,《德国民法典》第273条第1款规定“以债务关系不另有规定为限,债务人因其义务所根据的同一法律关系而有对债权人的已到期的请求权的,债务人可以拒绝履行所负担的给付,直到其所应得的给付被履行为止。”《德国商法典》第369条第1款规定,“一个商人因自己对另外一个商人由二人之间所订立的双方商行为所享有的届期债权,对以债务人的意思依商行为已经为自己所占有的债务人的动产和有价证券,以其尚占有这些物品为限,特别是可以借助于海运提单、提单或者仓单对此进行处分为限,享有留置权。”通过对比两个条文可以看到,虽然德国的民事留置权不具有物权属性,但这种债权性的权利依然要求“同一法律关系”的存在。而《德国商法典》中仅要求“以债务人的意思依商行为已经为自己所占有的债务人的动产和有价证券”,并不要求商事债权的发生与留置物存在牵连关系。故而属于对牵连关系的舍弃。

又如,《瑞士民法典》第895条第1款规定“债权已到期,按其性质该债权与留置的标的物有关联,债权人在受清偿前,有权留置经债务人同意由债权人占有的财产或有价证券”。第2款规定:“前款关联发生在商人之间的,仅以占有系由商业交易中产生的为限。”第2款明文排除了商事留置

权对于留置的标的物与债权的关联性要求，亦属于对牵连关系的舍弃。

再如，《日本民法典》第295条明确指出，他人物的占有人，就该物产生债权时，于其债权受清偿前，才可以留置该物。虽然其条文并不存在“牵连关系”的表述，但“就该物产生债权”已经充分表达出了民事留置权的成立需要满足债权与占有物间存在牵连关系的要求。而《日本商法典》第521条只要求，“商人之间因双方的商行为而产生的债权到期时，债权人未受清偿前，可以留置因商行为而归自己占有的债务人的所有物或有价证券”。《日本商法典》在这里并未要求“因该商行为”而归自己占有的他人物，而仅是需要满足“因商行为”这一条件。可以看出，其商事留置权同样舍弃了牵连关系的适用。

与上述立法例不同，我国台湾地区采用了牵连关系拟制存在的立法方式。其“民法”的第929条明文规定，“商人之间因营业关系而占有之动产，与其因营业关系所生之债权，视为有前条所定之牵连关系”。可以看出，其商事留置权对于牵连关系的要求较民事留置权已大大降低，不再要求留置物与商事债权的高度关联。

与前两点特殊性比较，牵连关系所表现出的特殊性更为深层、更为本质。不论是对牵连关系的舍弃或是对牵连关系的拟制，都表现出了商事留置权对于牵连关系的一种豁免。其并不像民事留置权一样，严格地纠结在债权与留置物的一一映射关系上。商事留置权打破了这种一一映射关系，使得债权人得以留置那些基于商人之间不同商事债权而占有的物，从而扩大了可以行使留置权的客体范围，增加了商事债权得以实现的可能性。

（二）商事留置权特殊性的价值

既然牵连关系是商事留置权特殊性的核心内容，商事留置权特殊性的价值也需要在牵连关系的差异中寻找答案。总体而言，笔者认为商事留置权特殊性的价值主要体现在两个方面：第一，降低交易风险，使交易安全得到更为妥帖的保护；第二，满足商事交易对于迅捷性和效率性的要求。

1. 实现降低交易风险、维护交易安全的目标

从本质上而言，商事留置权作为一种担保物权，其核心的制度价值在于保证债权的实现，维护交易的安全。通过牵连关系的舍弃与拟制，商事留置权的客体范围大为扩张，不必再受到留置物与债权间高度关联的限制。对于债权人而言，从先前只能留置与债权发生相关联的债务人财产到可以留置因商行为而归自己占有的债务人的任何财产，意味着在商事留置权制度下可留置物的范围更广、价值也更大。这种范围和价值的扩张，加强了商事留置权对于债务人的威慑力，增加了债权人敦促债务人履行债务的筹码。同时，当债务人无法履行债务时，留置物价值的增加，对于债权人实现债权也更为有利。因此，商事留置权制度通过牵连关系的舍弃或拟制，降低了债务不履行的风险，维护了商事交易的信用和安全。

2. 满足商事交易迅捷性和效率性的要求

商事交易中的债权债务关系往往是错综复杂的。在一定时间内，商人之间很可能彼此享有对方的多项债权，也相应需要履行多项债务。这不同于多数情况下民事活动单一的、清晰的债权债务关系。如果要求商事留置权制度必须满足牵连关系的要件，则留置权行使会变得较为困难，甚至是举步维艰。比如在电子产品的订做合同中，承揽人分别签订了甲乙丙三种电子产品的加工合同，订做人按要求向承揽人提供相应的材料。实践中经常出现当承揽人将甲产品交付给订做人继而生产乙丙产品时，订做人尚未支付甲产品货款的情形。在订做人逾期仍未支付甲产品货款时，承揽人可以行使商事留置权。如要求牵连关系存在，留置物必须是与该项债权相关联的甲产品，承揽人则会因甲产品的交付而无法行使权利。在对牵连关系进行舍弃或拟制的情形下，承揽人可以不考虑留置物与其所生债权之间的关系，对乙丙产品进行留置，从而达到催促订做人履行债务的目的。这种对牵连关系的突破使债权人可以径直留置在其控制范围内的债务人财产，无疑是最为便捷也最有效率的权利行使方式。

商事留置权和民事留置权在牵连关系上的迥异，主要是由于两种制度的侧重点存在差别。从

制度功能上看,民事留置权之所以强调债权与留置物之间的牵连关系,主要是因为民事留置权注重的是人们在某一次交往活动中形成的利益关系的平衡,其功能在于纠正单项交往活动造成的利益失衡格局。因此,民法设有留置权制度乃基于公平之原则^①。与民事留置权追求人们在单项交往活动中的利益平衡相比,商事留置权重在保护债权人的债权集合体,寻求两个商人在持续性多次商事交往活动中形成的整体利益关系的平衡^②。基于商事交易的连续且频繁的特征,如果要求债权人对某一个具体的债权举证证明具有牵连关系,显然不符合商业活动的内在要求。因此,商事留置权制度针对商事活动对维护交易安全、注重效率及简便快捷的特殊要求,对牵连关系进行了舍弃或拟制。这种特殊性正是其追求商法自身安全性、效率性、灵活性及便捷性价值的体现。

五、我国商事留置权制度的不足与完善

在目前我国采民商合一的立法模式下,无论是学理层面还是立法层面,同样存在民事留置权与商事留置权之分,民事留置权与商事留置权共同构成了我国的留置权制度。但是,需要探讨的是,我国的民事留置权制度与商事留置权的形成条件是否有实质性差别?留置权是否应当在商事领域具有商事适用性?商事留置权制度是否体现了商法的应有的价值追求?

在我国,留置权是指在债权债务中债权人事先合法占有了债务人的动产,在债务人不履行到期债务时,债权人有权依法留置该动产,并可以将该留置的动产折价或者以拍卖、变卖所获价款优先受偿的权利^③。我国《物权法》在第十八章的第230条至第240条规定了留置权制度。除《物权法》设专章规定留置权外,我国《担保法》^④、《合同法》^⑤、《海商法》^⑥、《民用航空法》^⑦、《信托法》^⑧等存在着大量的关于留置权的特别规范^⑨。这些规范在适用上,与《物权法》形成了特别法与普通法的关系。因此,根据特别法优先于普通法的适用原则,在涉及不同领域的特殊情形时,可以优先适用特别法中的留置权条款。

根据我国《物权法》第231条的规定“债权人留置的动产,应当与债权属于同一法律关系,但企业之间的留置权除外。”在这条规范中,但书规定即“但企业之间的留置权除外”被认为是我国对于商事留置权的一般规定^⑩。根据此规定,我们可以抽象出我国商事留置权的概念,即企业之间在

① 谢在全《民法物权论》(下册)(修订五版),北京:中国政法大学出版社2011年版,第1069页。

② 因专司经营活动,商人之间很可能基于多次交往活动形成了复杂的债权债务关系集合体。允许债权人留置无牵连关系的财产,不仅有利于获得一种较民事留置权更为有效的法定担保方式,适度降低商业交往领域的高风险,更有利于及时、便捷地了解其与债务人之间的整体债权债务关系,进而确保一定的资产状态、经营能力和主体资格存续能力。参见熊丙万《论商事留置权》,载《法学家》2011年第4期,第93页。

③ 王利明《物权法论》(修订二版),北京:中国政法大学出版社2008年版,第428页。

④ 在我国《担保法》及其司法解释中债权人只能根据保管合同、运输合同、加工承揽合同以及法律规定可以留置的其他合同享有留置权。随着2007年《物权法》的颁布,《担保法》中的留置权规范已基本被《物权法》所替代。

⑤ 我国《合同法》分别在加工承揽合同(第264条)、货物运输合同(第315条)、有偿保管合同(第380条)、仓储合同(第395条)和行纪合同(第422条)等条文中规定了合同债权人的留置权。

⑥ 我国《海商法》分别在船舶制造(修理)合同(第25条)、海上货物运输合同(第87条)、船舶租赁合同(第141条)和海上拖船合同(第161条)中规定了合同债权人的留置权。

⑦ 我国《民用航空法》在救援服务合同(第18条)、维修合同(第19条)、保管合同(第22条)中规定了债权人的留置权。

⑧ 我国《信托法》在信托合同(第57条)中规定了报酬债权请求权人的留置权。

⑨ 对于这些特别规范中是否存在商事留置权存在一定争议。有的认为我国《合同法》采民商合一立法体例,对民事合同与商事合同一体规制。因此,《合同法》中关于留置权之规定,当然包括商事留置权内容。但也有人认为它们不符合商事留置权的本质特征,反而与民事留置权具有同质性,这些特别规范中的留置权不属于商事留置权,而是一种特别的民事留置权。其主要理由是这些特别规范仍然要求留置权所基于的债权和留置物具有高度牵连性,都要求债权因占有动产而生,强调的仍然是债权人与债务人在单项交往活动中的利益平衡。参见熊丙万《论商事留置权》,载《法学家》2011年第4期,第94页。

⑩ 孟强《论我国《物权法》上的商事留置权》,载《政治与法律》2008年第10期,第37页。

从事商业往来中,因一方不履行到期债务,而另一方留置与其债权不属于同一法律关系的动产之权利^①。由此可以看出,我国的商事留置权是明显区别于民事留置权的,而且这种区别主要体现在是否需要属于“同一法律关系”上。

这种区别与上述典型国家和地区的立法例以及学理解释是非常相似的,即立法与学理均关注留置权成立条件中的法律关系牵连性的舍弃与拟制。但是,《物权法》上述关于商事留置权的规定显然过于简单与抽象,在司法适用上更存在解释上的困难与分歧,主要体现在如下几个方面:

首先,留置权的标的相对狭窄。从《物权法》第231条可以看出,我国民事留置权和商事留置权的标的仅限于动产。对于商业活动来说,有价证券的使用是十分常见的。在商事留置权中仅规定动产,显然不能满足商业实践的需要。

其次,对留置动产与债权可不属于“同一法律关系”^②的底线没有做出说明。我国仅以“企业之间的留置权除外”来规定商事留置权是较为概括的。这样的规定虽然不要求留置动产与债权应具备“同一法律关系”,但是这种留置也必须是基于营业关系而产生的,并不代表两者不需要任何牵连关系。然而这种牵连关系究竟要达到什么程度,还有待法律的进一步明确。

再次,对于“企业”的规定较为模糊。从其他立法例来看,商事留置权适用于商人之间。但是由于我国无“商人”的概念,因此将其规定为企业。但是企业的概念较商人的概念在范围上狭窄很多。此外,在我国,事业单位法人在法律、行政法规有规定的情况下也可成为商法人并从事营业活动^③,由于其不属于企业范畴,只能被排除在商事留置权制度之外。

由是观之,虽然我国存在对商事留置权制度的规定,但是在立法上还是有待完善的。当然,换一个角度而言,尽管我国的商事留置权制度的确存在令人遗憾之处,但不可否认的是,商事留置权在《物权法》中的出现无疑是立法上的一种进步。考虑到在商业实践中,企业之间相互交易频繁、追求交易效率、讲究商业信用,如果严格要求留置财产必须与债权的发生属于同一法律关系,必然会有悖于交易迅捷和交易安全原则^④。从这个意义上来说,我国的商事留置权呈现出了较强的开放性和商事适用性^⑤。

六、结 语

商事留置权与民事留置权由于不同的历史沿革和制度侧重在权利性质、适用主体范围和牵连关系上存在着较大差别。通过分析,我们得出了牵连关系的舍弃和拟制才是商事留置权核心的特殊性所在。其通过扩张商事留置权留置物的范围和价值,实现了降低交易风险、维护交易安全的制度目的,体现了商事交易对于迅捷性和效率性的价值追求。我国《物权法》第231条的但书规定被视为商事留置权制度的一般规则。虽然我国对于商事留置权的制度构建还存在不完善之处,但现有的规定依然呈现出了较强的开放性和商事适用性。

[责任编辑 李晶晶 责任校对 王治国]

① 王利明《物权法论》(修订二版),北京:中国政法大学出版社2008年版,第445页。

② “同一法律关系”不同于牵连关系,其范围更窄。前者必须是与产生的债权完全属于同一个法律关系,而后者只需要具有一定的牵连性即可。由于我国留置权的成立要求属于“同一法律关系”,使留置权的成立条件更为严格。参见王利明《物权法论》(修订二版),北京:中国政法大学出版社2008年版,第437页。但也有学者认为“同一法律关系”应解释为牵连关系。参见陈华彬《民法物权论》,北京:中国法制出版社2010年版,第508页。

③ 王保树《商法总论》,北京:清华大学出版社2007年版,第91页。

④ 全国人大法律工作委员会民法室编《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京:北京大学出版社2007年版,第415页。

⑤ 楼建波《我国〈物权法〉的商事适用性》,载《法学杂志》2010年第1期,第72页。

English Abstracts

Commercial Lien in the Perspective of Comparative Law

LIU Kai-xiang

*Law School , Peking University
Beijing 100871 , China*

Abstract: The commercial lien originated from the customary law among the Italian merchants in the medieval ages. Due to different history and emphasis , commercial lien is dissimilar to civil lien in the nature of rights , applicable subjects and implicated relation. By analyzing the contrast in the legislation of various countries and regions , this thesis is trying to summarize the particularity and value of commercial lien. In China , The exception provided in Article 231 of the Property Law is deemed to be commercial lien , which is a significant development of the legislation. Although there is some weakness , commercial lien still presents its great openness and commercial application.

Key words: lien; civil lien; commercial lien

The Multi-Dimensional Perspective of Transitional Period of Mongolia Empire Narration

YAO Xin-yong

*College of Liberal Arts , Jinan University
Guangzhou 510630 , China*

Abstract: Mongolia Empire Narration is an important historical theme since The New Period. It did not only receive the highly attention from Mongolian authors , become the significant subject of Mongolian literature of Transitional Period restating ethnic history and returning ethnic culture , but also gained good graces from some non-Mongolian writers. Therefore , a batch of long historical literary pieces and television works were pro-

duced. This article inspects the creative work of Mongolia Empire Narration from three dimensions , which are narrative technique and intertextuality , historical narrative and moral judgment , and ethnic feelings and interactions of civilizations. The circumstances of China's multi-ethnic cultures interaction in these forms of writings and the more complex and subtle implications it contained are revealed in this paper.

Key words: Mongolia Empire Narration; intertextuality; Chinese ethnic peoples

Service Foreign Direct Investment and Structure Upgrade of Service Industry: Mechanism and Empirical Study

ZHONG Xiao-jun

*School of Economics and Trade
Guangdong Polytechnic Normal University
Guangzhou 510665 , China*

Abstract: This paper analyzes the mechanism of service FDI affecting the structure adjustment of service industry , and makes an empirical research on the relationship between service FDI and structure upgrade of service industry , with Guangdong as example. The results of the study show that service FDI has positive effects on the structure upgrade of service industry , and these positive effects are exerted through capital filling vacancy effect , knowledge spillover effect and income-demand effect. Moreover , service industry growth and high-level human capital optimize services structure , while excessive government intervention and traditional-service-industry dominated demand structure have negative effect on structure upgrade of service industry.

Key words: service industry; FDI; structure upgrade

[责任编辑 丛 敏]