

优先权之反思与重述

袁 野*

目次

- | | |
|--------------------|------------|
| 一、现状和问题：优先权的植入及其扩张 | 四、优先权的本质还原 |
| 二、狭义优先权之弊 | 五、结 论 |
| 三、创设广义优先权谱系何以不能 | |

摘要 优先权的概念范畴有狭义和广义之分。源自法国民法的狭义优先权长期游离于我国债物二分体系之中,已造成权利性质难辨、公示机制阙如和其他衍生的学理弊端。广义优先权谱系的创设存在语境虚假、效果无益、集合异类等显著缺陷。在狭义优先权中,一般优先权实为债权,特别优先权实为法定抵押权。此种法定抵押权与受其担保的主债权相区分,具有债法和物法的双重面相。其他所谓的“优先权”子项主要包括竞争中享有优待地位的资格和对因顺位判定原则或规则所生结果的描述。

关键词 优先权 债物二分 法定抵押权 优待地位 顺位判定

一、现状和问题：优先权的植入及其扩张

优先权的原初语境在于特定债权人就债务人的一般或特定财产优先受偿。^{〔1〕}于此狭义范畴下,优先权通常分为一般优先权和特别优先权。前者指向债务人的全部财产,通常包括税收优先权、工资优先权、共益费用优先权、债务人丧葬费用优先权等。^{〔2〕}后者则是指就特定财产优先受偿。据考证,我国学者对英美法中“lien”概念的错误理解在《海商法》制定之时影响了“maritime lien”之译,学界在激烈争论之后只得参考国际公约中的对应法语——*privilège maritime*,将其译为“船舶优先权”,法国法上的优先权概念由此植入我国法制之中。^{〔3〕}自此,我国法相继确立了船

* 武汉大学法学院特聘副研究员、武汉大学法律与科技中心研究员、法学博士。本文系国家自然科学基金一般项目“破产与担保制度协调的理论基础与实现路径研究”(项目编号:22BFX078)的阶段性成果。

〔1〕 参见申卫星:《我国优先权制度立法研究》,载《法学评论》1997年第6期,第60页;郭明瑞等:《优先权制度研究》,北京大学出版社2004年版,第1页。

〔2〕 参见宋宗宇:《优先权制度研究》,法律出版社2007年版,第58—60页。

〔3〕 参见孙新强:《我国法律移植中的败笔——优先权》,载《中国法学》2011年第1期,第154—155页。

舶优先权(1993年《海商法》第21条)、民用航空器优先权(1995年《民用航空法》第18条)和建设工程价款优先权(1999年《合同法》第286条/现《民法典》第807条),并在相应司法解释中得以延续。^[4]

随着规范、学说和实务的不断丰富和发展,优先权的范畴出现了显著扩容的现象。一者,除优先受偿权外,规范层面还存在大量其他具有优先效果的权利,包括但不限于优先购买权(《民法典》第305条、第726条,《公司法》第84条第2款)、优先承租权(《民法典》第734条第2款)、优先受让权(《民法典》第847条第1款、第859条第2款、第860条第1款)、优先抚养权(《民法典》第1108条)、优先承包权(《草原法》第14条第1款)、发明或实用新型申请的优先权(《专利法》第29条)、商标申请的优先权(《商标法》第25条)、取得养殖证的优先权[《渤海生物资源养护规定(2010年修正)》第9条第2款],等等。二者,学说上优先权概念的使用范围也在不断扩大。例如,早有学者提出物权的优先权;^[5]有学者将优先购买权、优先承租权、优先承包权、优先受让权、优先申请权悉数纳入优先权范畴;^[6]取自英美法系的价金超级优先权;^[7]所谓“不动产亲属优先权”;^[8]所谓“购房人优先权”;^[9]重整融资在破产重整中的超级优先权。^[10]三者,优先权概念的泛化在我国司法实务中亦有显著体现。^[11]除前述提及的优先类权利外,判例中不乏涉及优先使用权^[12]、优先居住权^[13]、优先受领权^[14]、优先转让权^[15]等概念。

在此背景下,关于优先权的有待深究的问题可从以下两方面展开:一方面,狭义优先权制度源自法国民法,但法国民法并未严格贯彻债物二分体系及其理论,^[16]而债物二分理论在我国民法学

[4] 参见《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(2020年修正)第16条、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条第6项、《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第71条第4项。

[5] 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社1999年版,第10—11页;钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版,第33—34页。

[6] 参见李锡鹤:《论民事优先权的概念》,载《法学》2004年第7期,第92—95页;蔡福华:《民事优先权研究》,人民法院出版社2000年版,第49—96页。

[7] 参见王利明:《价金超级优先权探疑——以〈民法典〉第416条为中心》,载《环球法律评论》2021年第4期,第21—37页。

[8] 参见刘云生:《不动产亲属优先权的身份伦理与法权张力》,载刘云生主编:《中国不动产法研究》2021年第1辑,社会科学文献出版社2021年版,第341—342页。

[9] 参见阙梓冰:《购房人优先权的价值理念与解释路径》,载《法律适用》2020年第11期,第99—109页。

[10] 参见陈景善:《重整融资之超级优先权模式:功能与构造》,载《政治与法律》2021年第9期,第64—77页。

[11] 笔者以“优先权”为关键词在聚法案例数据库(<https://www.jufaanli.com>)“法院认为”项下检索,所得案例59912件,所涉纠纷的案由有数十种,可见此项概念在实务中运用之广,最后检索日期:2023年12月26日。

[12] 参见最高人民法院民事判决书,(2020)最高法知民终85号;最高人民法院民事裁定书,(2013)民申字第2204号;湖北省高级人民法院民事裁定书,(2020)鄂民申5078号。

[13] 参见北京市第一中级人民法院民事判决书,(2018)京01民终4027号;天津市河北区人民法院民事判决书,(2019)津0105民初3080号;朝阳市双塔区人民法院民事判决书,(2021)辽1302民初3227号。

[14] 参见商丘市中级人民法院民事判决书,(2017)豫14民终4636号;长沙市中级人民法院民事判决书,(2014)长中民三终字第00494号;重庆市沙坪北区人民法院民事判决书,(2019)渝0106民初26502号。

[15] 参见杭州市中级人民法院民事判决书,(2019)浙01民终338号;德宏傣族景颇族自治州中级人民法院民事判决书,(2021)云31民终621号;厦门市中级人民法院民事判决书,(2019)闽02民终1101号。

[16] 从《法国民法典》第2卷和第3卷的内容来看,法国民法系以财产及其取得作为一般财产法构造的线索。其中,第2卷并未明确使用“物权”概念,而是使用了“所有权”“用益权”等概念;第3卷中也只是涉及债法的规定,与典型的债物二分体系相比,体系构造差异较为显著。其次,物权与对人权的学理分类在法国学界遭到诸多批评,更多法国学者倾向于财产权一体构造理论(参见尹田:《法国物权法》,法律出版社2009年版,第33页),这也能反映出债物二分理论在法国学界的式微。

继受中已然稳固,债权和物权俨然成为我国财产权体系的基本形式。尤其是《民法典》在法典形式上虽未设立债编,但合同编和侵权责任编(尤其是合同编)依然代行债法功能,^[17]实质意义上的债物二分体系依然存在。此际,关于狭义优先权制度的立法论虽曾一度成为我国民法研究的重点议题,^[18]但随着2007年《物权法》的出台,这一立法建言成为泡影。此后直至当下《民法典》出台,学界也未就此议题再起争议,亦鲜有学者再就优先权制度建言献策。^[19]随着狭义优先权从过去的学术热点坠为当下鲜有问津的学术冷门,我国民法再未就早已植入的法式优先权制度作系统性处理。这一异质基因在我国债物二分体系上所生之积弊及其修正,不可不察。另一方面,任一概念范畴的扩容不免会引发其涵义在具体语境运用中的前置性讨论。具至本文,此种近乎信手拈来的优先类概念的创设以及由此逐渐形成的广义优先权谱系,在认识论和教义学层面是否确有实益?若否,各种所谓的“优先权”背后真正的本质为何?对以上问题的解答,即本文意旨所在。

二、狭义优先权之弊

(一) 权利性质难辨

优先权从引入伊始便有性质难辨的问题。有学者回忆道,在我国优先权立法的讨论会议中,在场学者就优先权之性质界定争得面红耳赤,甚至有学者指出,优先权的性质无法说清。当时全国人大法工委王胜明副主任也提出,优先权既非债权,也非物权,但可挂靠在物权法中。^[20]此种异质基因一直沉淀于我国民法学说和实务中,在债物二分视域下性质尤为难辨。

1. 学说层面

关于建设工程价款优先权的性质界定,学界主有“法定抵押权说”和“优先权说”二说。持“法定抵押权说”的学者认为,建设工程价款优先权应系法定抵押权之一,因其不以占有标的物为必要,且具有从属性、不可分性、追及性等抵押权的一般特点。^[21]“优先权说”内部又分为进路不一的债物性质取向。其中,“特种债权说”支持者认为,建设工程价款优先权赋予了债权人对特殊债权的优先于其他债权人受偿的请求权,《日本民法典》第337—339条的先取特权(特种债权)即为代表立法例。^[22]而“担保物权说”支持者认为,建设工程价款优先权具有物权属性,属于

[17] 参见温世扬:《中国民法典体系构造的“前世”与“今生”》,载《东方法学》2020年第4期,第37页。

[18] 代表性文献参见郭明瑞、仲相:《我国未来民法典中应当设立优先权制度》,载《中国法学》2004年第4期,第37页以下;陈本寒:《优先权的立法定位》,载《中国法学》2005年第4期,第52页以下;温世扬、丁文:《优先权制度与中国物权法》,载《法学评论》2004年第6期,第38页以下;梅夏英、方春晖:《优先权制度的理论和立法问题》,载《法商研究》2004年第3期,第92页以下;申卫星:《信心与思路:我国设立优先权制度的立法建议》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2005年第2期,第55页以下。

[19] 较近时期对优先权制度作立法论研究的学者,仅参见辜江南:《优先权与中国民法典》,人民法院出版社2019年版,第153—178页。

[20] 见前注[18],申卫星文,第60页。

[21] 参见梁慧星:《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2001年第3期,第5—6页;易军、宁红丽:《合同法分则制度研究》,人民法院出版社2003年版,第268—269页;余能斌、范中超:《论法定抵押权——对〈合同法〉第286条之解释》,载《法学评论》2002年第1期,第122—123页;张学文:《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》,载《法商研究》2000年第3期,第101—102页。

[22] 参见王利明:《合同法研究》(第3卷),中国人民大学出版社2015年版,第488页;王建东:《评〈合同法〉第286条》,载《中国法学》2003年第2期,第64页;孙科峰、杨遂全:《建设工程优先受偿权主体的争议与探究》,载《河北法学》2013年第6期,第127页。

担保物权之一。^[23]此外,还存在相对少数的学说:有学者认为,建设工程价款优先权系“债权物权化”现象之一;^[24]有学者基于承揽合同中的留置权,将其扩张适用于以不动产为标的的建设工程价款优先权;^[25]有学者主张,建设工程价款优先权属于有别于担保物权和用益物权的独立的物权形态;^[26]还有学者认为,建设工程价款优先权属于“特定的法定的所有权保留权”,其中承包人通过垫资行为成为建筑产品的原始取得人,而建设单位则通过转让而继受取得所有权。^[27]

关于船舶优先权之性质,学界共有“债权说”“物权说”“担保物权说”和“债权物权化说”。“债权说”代表者认为,船舶优先权实质代表了一种优先债权。^[28]“物权说”代表者认为船舶优先权属于物权,但未明确具体物权类型,存在模糊处理的倾向。^[29]“担保物权说”将船舶优先权认定为法定担保物权。^[30]“债权物权化说”支持者则主张,船舶优先权系基于特殊政策考量的具有担保物权性质之债权,乃债权之物权化。^[31]此种性质争议至今仍未平息。^[32]至于民用航空器优先权之性质界定,亦有特殊债权说和担保物权说之分。“特殊债权说”代表者认为,民用航空器优先权属于特殊债权的特种效力。^[33]“担保物权说”代表者则认为,民用航空器优先权属于担保物权之一。^[34]

2. 实务层面

以建设工程价款优先权为典型,优先权的法律性质难辨在我国司法实践中亦有显著体现。在笔者所做的案例统计中,对于建设工程价款优先权的性质认定,大多数法院主张“法定优先权说”。^[35]但是,此种所谓的“法定优先权说”只是将法律规定的建设工程价款优先权简称为“法定

[23] 参见温世扬、廖焕国:《物权法通论》,人民法院出版社2005年版,第790页;张东旺、孟宪东:《论建设工程优先权》,载《法学论坛》2001年第3期,第47页;马永龙、李燕:《建设工程款优先受偿权法律适用问题探析——从担保法的视角出发》,载《现代法学》2003年第6期,第127—128页。

[24] 参见尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第26页。

[25] 参见江平:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第223页。

[26] 参见雷运龙、黄锋:《建设工程优先权若干问题辨析》,载《法律适用》2005年第10期,第58页。

[27] 参见张晟杰:《当前形势下工程价款优先受偿权的若干法律实务问题》,载唐国华主编:《律师实务研究》第4卷,浙江大学出版社2010年版,第200—202页。

[28] 参见田冲:《船舶优先权法律问题研究》,载郭瑜主编:《海商法研究》第2辑,法律出版社2002年版,第202—203页。

[29] 参见傅廷中:《海商法》(第2版),法律出版社2017年版,第38页;李强、周后春:《论船舶优先权的法律性质》,载《河北法学》2003年第6期,第85—90页。

[30] 参见张丽英:《船舶优先权法律性质若干学说析》,载《比较法研究》2004年第4期,第132—133页;孙新强、秦伟:《论“优先权”的危害性——以船舶优先权为中心》,载《法学论坛》2010年第1期,第130—135页;司玉琢、蒋跃川、张永坚编著:《中国海商法注释》,北京大学出版社2018年版,第32页。

[31] 参见梁宇贤:《海商法论》,三民书局1994年版,第230页;杨仁寿:《海商法论》,三民书局1986年版,第67—68页。

[32] 参见崔任中:《船舶优先权性质争议解读及与担保物权体系之融入(上)》,载《中国海事》2020年第11期;《船舶优先权性质争议解读及与担保物权体系之融入(下)》,载《中国海事》2020年第12期。

[33] 参见郝秀辉、李晓娟:《民用航空器优先权研究》,载《中国民航学院学报》2000年第2期,第38页。

[34] 参见孟繁超、顾国平:《论民用航空器优先权》,载《中国民航飞行学院学报》2006年第4期,第9—10页;孟繁超、朱彤彤:《民用航空器物权体系建构若干问题研究》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期,第41页;蔡斌:《中国民用航空器留置权法律体系构建比较分析》,载《北京航空航天大学学报(哲学社会科学版)》2013年第2期,第28页。

[35] 笔者以“建设工程价款优先(受偿)权”为关键词在“法院认为”项下检索,共计案例38031件;进一步以“法定优先权”为关键词在“建设工程价款优先(受偿)权”项下检索,共计案例1172件。案例来源:聚法案例数据库(<https://www.jufaanli.com>),最后检索日期:2023年12月28日。

优先权”，鉴于“优先”本身只是对法律效果的一种描述，故而此种观点实际上对建设工程价款优先权的性质界定并无实质性助益，毋宁系一种回避态度。

除此之外，在涉及对建设工程价款优先权作具体性质界定的裁判中，有的法院将其笼统界定为“担保物权”；^[36]有的法院主张“法定抵押权说”；^[37]有的法院主张“留置权说”，^[38]最高人民法院也倾向于此种观点，其在再审程序中指出，“建设工程价款优先权类似于留置权人的优先受偿权，基于承包人是工程的实际施工人，其对发包人享有的工程价款已物化到了工程本身，故对于工程享有的优先权优于抵押权和其他债权”。^[39]有的法院持“债权说”；^[40]有个别法院认为，优先权是出于维护社会的公平和秩序考量，具有物权某些效力特点的特种债权，^[41]此种观点实际上滑向了“债权物权化说”；另有个别法院持“多重属性说”，即建设工程价款优先权兼具法定抵押权、优先权和留置权的属性。^[42]

（二）公示机制阙如

狭义优先权的法律效果在于使其担保的债权优先于其他的普通债权受偿，此种优先于他人的法律效果无疑具有排他效力。出于交易安全考量，对具有排他效力的权利理应建立相应的公示媒介，否则其他交易当事人将遭受不测损害。对此，日本学者我妻荣直言：“对其他债权人而言，优先权属于痛苦的选择。因为它与留置权不同，它担保的债权与标的物并无空间上的关联。当优先权意外地出现时，其他债权人往往会受到无法预测的损失，这是现代物的担保制度非常忌讳的问题。”^[43]吊诡的是，由于法国民法的影响，我国部分学者或法官不仅不将公示阙如作为优先权制度之缺陷，反而将其作为优先权区别于抵押权的特征。^[44]此种影响在最高人民法院的民法典释义中再次得以体现。^[45]相比之下，全国人大法工委的民法典释义中明确提及了此类法定优先权不

^[36] 参见玉林市中级人民法院民事判决书，(2014)玉中民二终字第113号；江苏省高级人民法院民事判决书，(2016)苏民终5号；德州市中级人民法院民事判决书，(2017)鲁14民初130号；镇赉县人民法院民事判决书，(2017)吉0821民初958号；江苏省淮安市中级人民法院民事判决书，(2017)苏08民终1147号；丹东市中级人民法院民事判决书，(2018)辽06民终635号；天津市高级人民法院执行裁定书，(2019)津执复92号；湖南省常德市鼎城区人民法院民事判决书，(2021)湘0703民再12号。

^[37] 参见浙江省宁波市中级人民法院民事判决书，(2011)浙甬民二终字第79号；江苏省高级人民法院民事判决书，(2015)苏民终字第0069号；云南省昆明市中级人民法院民事判决书，(2016)云01民初980号；山东省烟台市中级人民法院民事判决书，(2018)鲁06民初546号；山东省泰安市中级人民法院民事判决书，(2018)鲁09民初236号；河南省焦作市中级人民法院民事判决书，(2019)豫08民初165号；福建省高级人民法院民事判决书，(2019)闽民终1151号；甘肃省兰州市中级人民法院民事判决书，(2020)甘01民初292号；广西壮族自治区河池市中级人民法院民事判决书，(2021)桂12民终1153号；湖南省衡阳市中级人民法院民事判决书，(2021)湘04民终777号。

^[38] 参见四川省成都市中级人民法院民事判决书，(2014)成民终字第3727号；河南省周口市川汇区人民法院民事判决书，(2015)川民初字第02162号；武义县人民法院民事判决书，(2017)浙0723民初3383号；河南省漯河市中级人民法院民事判决书，(2018)豫11民初146号。

^[39] 最高人民法院民事判决书，(2020)最高法民再122号。

^[40] 参见北京市第三中级人民法院民事判决书，(2016)京03民初48号；安徽省宁国市人民法院民事判决书，(2019)皖1881民初2885号；广西壮族自治区柳州市中级人民法院民事判决书，(2019)桂02民终4274号；辽宁省抚顺市中级人民法院民事判决书，(2021)辽04民终2195号；黑龙江省哈尔滨市中级人民法院民事判决书，(2021)黑01民终391号。

^[41] 参见广东省深圳市中级人民法院民事判决书，(2017)粤03民终10556号。

^[42] 参见浙江省宁波市镇海区人民法院民事判决书，(2016)浙0211民初1138号。

^[43] [日]我妻荣：《新订担保物权法》，申政武等译，中国法制出版社2008年版，第47页。

^[44] 见前注^[18]，申卫星文，第58页；王松主编：《最高人民法院司法观点集成：民事卷Ⅲ》，中国法制出版社2017年版，第2198页。

^[45] 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合同编理解与适用（三）》，人民法院出版社2020年版，第2035—2036页。

加登记的弊端,且宜加修正的必要性。^[46]事实上,关于法国民法中的法定抵押权公示问题,法国历史上不仅对包括不动产一般优先权在内的法定抵押权之存废有过激烈争论,而且通过1955年法令使得法国法中一直遭受诟病的不动产公示问题得以解决。自此之后,包括优先权在内的不动产抵押权,都以登记日期作为抵押权顺位的确定日期。^[47]同时,对于船舶或航空器此类特殊动产而言,法国法很早便将设立抵押权与登记挂钩。^[48]其次,这种被两岸学界误译为“优先权”的“lien”,英美普通法系以成立先后顺序来决定优先顺序。而美国许多州的成文法规定,这种成立的先后顺序实系通过登记时间予以判定。^[49]此外,日本和我国台湾地区已然意识到优先权不予公示的危害,并已做出了不同程度的改进。例言之,就建设工程价款优先权而言,日本民法中登记对于不动产先取特权的效力发挥尤为关键(《日本民法典》第336条)。^[50]其中,工程承包人对工程的先取特权,须在施工前登记费用的预算额(《日本民法典》第338条第1款)。另,我国台湾地区“民法”第513条第1款的修法理由恰恰在于,未予登记便生对抗第三人效力,有碍交易安全,故新法设立法定抵押权登记制度,兼采预为抵押权登记。^[51]相反,在我国法定优先权类型中,除民用航空器优先权设有登记制度外(《民用航空法》第20条),建设工程价款优先权和船舶优先权长期处于未公示之状态。加之我国目前虚假诉讼、恶意诉讼呈高发态势,部分当事人虚构高额工程款项等行为时有发生,若无相应公示机制予以防范,极易加剧善意第三人权益遭受不测损害的可能性。

(三) 衍生学理误区

由上可知,我国学说和实务对优先权的性质界定已然处于各行其是的状况:要么对其不置可否,以优先权或所谓的独立物权形态单独存在,此时优先权既非债权,亦非物权,反而成为我国财产权谱系中的“另类”;要么则是在债物二分体系之下游离不定,此时优先权或为债权,或为“物权化”的债权,或为物权,乃至或为多种属性重叠之权利。此种性质难辨的现状还将进一步面临诸多民法基础理论和逻辑方面的诘问。

首先,《民法典》第447条明确将留置权的客体限定为动产,而根据《民法典》第402条的规定,在建工程在我国民法规范评价上等同于不动产。“留置权说”将规范上评价为不动产的在建工程作为留置权的客体,有违物权法定原则(《民法典》第116条)。其次,在既有担保物权种类之下,抵押权和留置权属于相互独立的担保物权类型,某一权利不可能同时构成法定抵押权和留置权,据此“多重属性说”之谬可见一斑。此外,因为优先权难以在债物二分体系中找到定位,使得其自身排他效力的作用程度和适用范围难以确定,由此导致优先权人在其他程序中具有明显的“权限溢出效应”。以破产程序为例,根据2002年《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第71条第4项的规定,享有优先权的财产不属于债务人的破产财产。亦即,此时优先权人在破产程序中享有取回权。至今仍有法官持此观点。^[52]然而,从民法基本原理可知,优先权本质属于担保权,担保权享有的是对物之价值的变价权能,而非获得物本身,其在破产程序中通常享有别除权。^[53]可见,优先权

[46] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(下册),中国法制出版社2020年版,第1053—1054页。

[47] 参见许明月:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版,第26—27页。

[48] 同上注,第28页。

[49] 参见黄健彰:《法定优先受偿权》,元照出版公司2018年版,第57—58页。

[50] 参见[日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社2000年版,第38页。

[51] 参见邱聪智:《新订债法各论》(中),中国人民大学出版社2006年版,第71—72页。

[52] 参见陈东强:《建设工程价款优先受偿权的行使与规制》,载《山东法官培训学院学报》2018年第5期,第56页。

[53] 参见[德]波克:《德国破产法导论》,王艳柯译,北京大学出版社2014年版,第136页。

因其无法与传统民法理论中的绝对权体系形成对应,以至于无法准确界定其自身的效力范围,由此再次造成与现有民法理论和规范体系之扞格。

总之,正因为作为异质基因的优先权一直寄生于我国民法之上,无论是将其另行单列的冷处理,还是任由其侵入债物二分体系进而衍生出似是而非的纷纭各说,都无法形成一以贯之的学理推论,遑论逻辑自洽的优先权制度建构及其民法实践!

三、创设广义优先权谱系何以不能

(一) 虚假的“优先”语境

从“优先权”概念的使用语境来看,无论是优先受偿,还是优先购买、优先承租等场域,其首要前提在于至少两个以上主体就同一所欲获得的标的具有竞争关系,由此方才产生判定何者更为优先的需要。循此,首需检讨的便是所谓物权的优先权,即物权的优先效力,主要包括物权间的优先效力和物权优先于债权两个方面。

一方面,就物权间的优先效力而言,其首先要求两个以上的物权可在同一物上并存,鉴于所有权之间、同一内容的用益物权之间不存在共存的可能性,故其自始欠缺判定优先的需要。另外,异种物权之间(包括用益物权和担保物权之间或不同内容的用益物权之间)具有并存可能性,但此种并存结果通常是当事人之间通过法律行为意定所致。此时当事人之间是各取所需,而非相互竞争,亦无判定优先的需要。例如,经宅基地使用权人同意,在土地所有权上设立地役权(《民法典》第379条)。因此,所谓“物权间的优先效力”的通常情形实则限于同一或不同类型担保物权的并存,进而产生判定优先受偿顺位的需要。问题在于,“优先”是对至少两种以上竞争关系的结果描述,于此情形下真正需要明确的是判定优先结果的规则(例如《民法典》第414条、第415条、第456条),而非一般性地谓之“优先权”或赋予优先效力。要言之,适用领域受限的“物权间的优先效力”本就有以偏概全之嫌,更况且“物权间的优先效力”对拟要判定的优先受偿顺位并未提供任何助益,充其量只得说是对担保物权之间可能需要判定优先顺位的现象描述。

另一方面,就物权优先于债权而言,更是自始欠缺需要判定优先的前提。申言之,物权和债权的根本差异在于客体。正是基于物权和债权的客体各不相同,无论是合同债权作为获取物权或其权能的媒介,抑或担保物权作为担保债权受偿的手段,“物权和债权不处于同一客体之中,不在同一时空位置之中,永远没有机会相互冲突以至于需要确定谁为先的问题”。^[54] 例言之,两位潜在买受人皆欲获得某物,二人先后与出卖人签订买卖合同,其中前者先行通过交付(针对动产)或转移登记(针对不动产)取得所有权便是所谓的“物权优先于债权”。^[55] 但是,从逻辑上来看,上例中,合同债权是取得物之所有权的手段(方式),最终获得物之所有权是目的(结果),而对于目的与手段、方式与结果,显然无法在同一层面比较先后,其本质是对数位买受人合同债权之竞争与我国采债权形式主义之所有权变动模式的现象描述,更为妥洽的表述应是:两位买受人竞争同一物,根据所有权变动规则和“一物一权”法理,其中一人获得该物,另一人未获得而已。此时,前者的债权因取得标的物所有权而消灭,后者的债权因未能实现仍然存在,相应买受人只得向出卖人主张违约责任。此中,同一标的物已然不存在两个相互竞争的债权,更不存在相互竞争的物权和债权。既然无法发生权利冲突,便自始不需要何种权利优先之判定。

[54] 孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》(第2版),人民法院出版社2004年版,第89页。

[55] 参见梁慧星、陈华彬:《物权法》(第6版),法律出版社2016年版,第50页。

此外,债物二分体系的起源——《德国民法典》第二编和第三编只是在法典形式上分别形成了“债之关系编”和“物权编”,但并无任何迹象或论据表明债权和物权存在效力层面的强弱或先后之分。所谓的“优先效力”等效力配置只是对可能的权利竞合时的效力描述,并不代表此种优先效力配置专属于某一权利类型,更无法形成一般性的逻辑推论。恰如德国学者格布哈特·M. 雷姆(Gebhard M. Rehm)批判道,“若泛泛地规定物权优先于债权,那么这种规定不可能适应各种可以想象的冲突在实践中所具有多种特殊性……中国法不应对诸如物权法规定优先于债权法规定等内容进行一般性调节。就物权所具有的绝对效力而言,其充其量只是在形而上学意义上较债权来的更为强烈一些。从立法角度予以普遍优待是站不住脚的,因为从法律角度来看,债权债务关系中的权利人拥有和根据物权法规定的权利人同样的完全能够实现中的地位……不管怎么说,僵硬的优先性规定将导致具体个案的不公正和矛盾冲突,其结果是不得不重新偏离相关规定。”^[56]

(二) 无益的“优先权”概念塑造

如前所述,所谓“优先”是对至少两种以上具有竞争关系的权利所做的顺位判定,其可能发生在任何相同或不同种类的权利相冲突的情况,对此我们只需在对应情形下分别结合具体判定标准加以认定即可,至多对具有竞争关系的各项权利设立相应的顺位判定规则,而无须将所涉权利一一谓之“优先权”或将其作为“优先权”的子项。故此,优先受偿等优先效果无须作为权利,而宜作为保障特定权利实现顺序利益的制度安排。^[57]相反,若任由优先权的子项不断增多,当多种优先权发生竞合、需要判定其中何种权利更为优先时,不可避免地会产生某种优先权最后未优先,而另一种优先权更为优先的结果。于此情形下,是否意味着前者名不符实,而后者还需进一步划分不同层级的优先权?此种在优先权内部再作不同优先层级的划分在“超级优先权”概念登场时已有显现。但是,如若存在两个以上具有竞争关系的“超级优先权”,又需在“超级优先权”之间再判优劣,此时是否需要再度造设比“超级优先权”更为优位的“绝对优先权”概念?照此推演,优先权子项的不断衍生最终只得在优先权谱系中陷入“优先-逐渐滞后-新的更为强力的优先-再滞后”的内部循环。

归根结底,将本应在个案中待判定的结果提前作为某一类权利的核心内涵,进而先验地赋予这一类权利名义上具有一般性的优先特权,最终不得不通过将此种优先特权普遍化来弥补此种权利塑造方式的固有弊端,反而使得被冠以“优先权”头衔的各类权利从根本上丧失了优先顺位上的普遍性。尤为典型的是,尽管基于《企业破产法》第113条等规定形成了“税收优先权”“工资优先权”等常用称谓,但《企业破产法》第113条主要规定了这类债权相较于普通破产债权的优先受偿顺位,至于其与其他“优先权”竞争时的受偿顺位规则,至今都未予明确。因此,从某种程度而言,广义优先权谱系的创设及扩张是一种无用功,因为即使某项权利被归入优先权序列,在实操中其至少仍须在内部与其他具有竞争关系的优先权再判优劣,但这一检视程序与其是否被称作“优先权”根本无关。例如,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第57条的规定,所谓的“价款超级优先权”(《民法典》第416条)的优先地位实际上取决于法定的登记规则及其顺位。

(三) 异质的概念集合

一旦优先权概念被泛化适用至所有可能具有优先效果的权利,那么不得不将此种极为广义的优先权概念简单理解为具有优先效力的权利。若是如此,一如将自由权理解为享有自由的权利、

[56] [德] Gebhard M. Rehm:《物权和债权之间的关系》,载高志新主编:《中华人民共和国物权法——立法进程资料汇编》,中国政法大学出版社2010年版,第281、283页。

[57] 参见张素华:《论民法典分则中担保制度的独立成编》,载《法学家》2019年第6期,第91页。

平等权理解为享有平等的权利,此种概念阐释不仅在认知增益方面极为有限,在方法上还将陷入“以问答问”之嫌。同时,概念愈抽象,其内容便愈空洞,由此极易导致其间赖以为基础的那些价值标准和法律原则所产生的意义脉络不复可见。^[58] 比照而言,开篇所示的各种优先权子项并非取自同源,彼此间的制度本旨互不相同,仅因翻译或理解上的“优先”二字便将各类来源不一、要旨各异的优先性权利统归于“优先权”名下,难以在教义学上产生体系串联。

拓言之,类型学难以作为广义优先权谱系的解释工具。理由在于,作为拟归入某一类型的个别构造物而言,其必须在某种程度上满足这一类型的特征,这些彼此关联紧密的特征成为这一类型的关键构成要素。就这一类型下的各种构造物而言,其只是在特征的强度方面相互存在差异或变化。^[59] 例如,担保物权和用益权是物权之下的两种类型,二者在功能、是否占有标的物等方面具有差异,但在属性上具有共通之处。与之相对的是,在广义优先权谱系中,狭义优先权取材于法国法,本质上属于具有优先受偿效果的担保权;专利申请时的优先权袭自《巴黎公约》,旨在为申请人提供专利权国际保护;^[60] 其他诸如优先购买权(Vorkaufsrecht)、优先承租权(Vormietrecht)在比较法上明显与德国法更为亲近。这些权利除了文字上借由“优先”二字发生关联之外,其他并无规范层面共通且渐变的特征。

最后,优先权语义的泛化还将导致优先权的原义及其弊端遭至淡化,反而促使“优先权”成为一种漫无边际的不规则概念,不断朝着“合并异类项”的方向发展,阻碍学术共识和规范统一。例如,《专利法》第29条、《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》(2020年修正)第11条和《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(2020年修正)第16条中虽然都使用了“优先权”概念,但这三种“优先权”的内涵及其要旨显然各不相同。诚如德国法学大儒萨维尼所言,“如果某项教义阐释会破坏法律制度的内在一致性,将本质相异的不同事物捆绑在一起,使得不同制度之间的要点被扭曲和异化,那么这便构成形式上的致命瑕疵,因为其遮蔽了素材本身,并且阻碍了真正的认知。”^[61] 尤其是广义优先权谱系的创设本质上只是一种因翻译所生的文字上的联合,欠缺教义学上意义脉络的相互关联。

四、优先权的本质还原

如前所述,优先权的本质还原需从以下两条进路展开:其一,在我国债物二分视域下,对作为异质基因的狭义优先权进行相应的性质界定;其二,揭开广义优先权谱系的假面,结合其他各类优先权的使用语境,还原其相应的本质和功能。

(一) 狭义优先权的性质界定

1. 作为债权的一般优先权

从一般优先权所用语境来看,无论是共益费用或丧葬费用,还是工人工资或待缴付的税金,其本质上都属于待清偿的债权。这在最初的罗马法雏形上亦是如此。^[62] “一般优先权”概念只是表明一般情形下这些债权在债权分配程序中的优先顺位。例如,2018年《全国法院破产审判工作会议纪要》第49条关于“合理保护我国境内职工债权、税收债权等优先权的清偿利益”之规定便可佐

[58] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第572页。

[59] 同上注,第579页。

[60] 参见吴汉东:《知识产权法》,法律出版社2022年版,第365页。

[61] Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 406.

[62] 见前注[1],郭明瑞等书,第20—21页。

证我们通常所称的“工资优先权”“税收优先权”在性质上属于债权。

2. 特别优先权的双重面相

在我国三项特别优先权的法律构造中,明显可以发现两项权利:其一,在承包人与发包人的法律关系中,涉及二人之间的价款债权以及在发包人不履行债务时承包人所享有的优先受偿权(《民法典》第807条/《合同法》第286条)。^[63]其二,同理,在海事请求权人与船舶所有人、光船承租人或船舶经营人之间除了船舶优先权之外(《海商法》第21条),还存在若干海事请求权之债权(第22条)。其三,债权人与民用航空器所有人或承租人之间既存在民用航空器优先权(《民用航空法》第18条),也存在就工资或必要管理维护费用赔偿享有的债权(第19条)。在这种“债权+优先受偿权”的权利组合中,承包关系中的价款支付债权、海事关系中的海事请求权或民用航空器关系中的赔偿请求权属于被担保的基础性权利。只有在主债权关系中,债务人一方未履行到期债务的,债权人才可主张优先受偿权,由此反映出两项权利之间的补充关系。从反对解释来看,如果债务人一方顺利清偿其债务,则相应的优先受偿权自然消灭,由此显现出优先受偿权对被担保债权的从属性(《海商法》第27条/《民用航空法》第23条)。更重要的是,这三项特别优先权具有属性性。亦即,以上情形下的特别优先权分别附着于各法律关系中的建设工程、船舶或民用航空器之上,实质上对应各物所有权的变价权能,由此在构成要件满足时方可请求将各物进行变价,并就变价后的价款优先受偿。例如,最高人民法院明确指出,建设工程价款优先权具有追及效力,即使在建设工程所有权发生转移,承包人仍可行使该权利。^[64]

由此可见,在我国特别优先权涉及的法律关系中,被担保债权和具有担保物权性质的特别优先权之界分清晰可辨。特别优先权既未与被担保债权重合,进而形成所谓的“特种债权”,更未因特别优先权赋予被担保债权的优先受偿效果,进而构成所谓的“债权物权化”。相反,特别优先权从属于被担保债权,且本身具有明显的属性性,宜归入法定担保物权。规范配置方面,《民法典》第386条仅仅是对担保物权的概念界定,并未将担保物权局限于意定范畴,建设工程价款优先权等法定担保物权亦可纳入射程范围之内,最高人民法院的民法典释义即采此解。^[65]在我国既有担保物权制度语境下,对于此类非移转占有型的法定担保物权,明显更为契合抵押权的特征(《民法典》第394条第1款),故特别优先权性质上进一步属于法定抵押权。^[66]如果硬要在法定抵押权之外将此类非移转占有型的法定担保物权单独认定为优先权,无异于在“诸葛亮”之外另设一个“孔明”,徒增认知障碍。

应予指出的是,特别优先权归入法定抵押权后,一方面需要与既有担保物权规范建立关联,另一方面不可忽略其中的债法元素。要言之,我们需要重新全面审视“担保物权”这一概念。亦即,“担保物权”在概念上落脚为“物权”,只是体现了自身的物法面相。而基于担保物权的制度本旨及其与主债权之间的从属性,担保物权中的债法面相实则蕴涵在其概念中的“担保”二字当中。对此,可以担保物变价作为分割点,将法定抵押权分为存续阶段和实现阶段加以考察,来进一步呈现特别优先权构造中债法和物法的双重元素和规范适用。

[63] 有学者指出,建设工程价款优先受偿权在构造上宜理解为工程价款债权和优先权的结合,而非能够优先受偿的债权,参见崔建远:《论建设工程价款优先受偿权》,载《法商研究》2022年第6期,第126页;有法官明确区分工程款债权与工程款优先受偿权,参见福建省高级人民法院民事判决书,(2019)闽民终1142号。

[64] 参见最高人民法院执行局编著:《〈最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第407页。

[65] 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983页。

[66] 瑞士民法和我国台湾地区民法亦采此解,见前注[3],孙新强文,第162页。

在法定抵押权的存续阶段,其物法特征集中于属物性,此种属物性除了前述的追及效力外,还包括:(1)担保人的担保责任限于物的价值,即被担保债权仅在担保物的价值范围内可以优先受偿,不排除担保物变价后所得价款无法全部清偿被担保的债权,《民法典》第413条即为这一原理的体现。也正因如此,《民法典》第393条将“主债权消灭”和“担保物权实现”分作两个独立的担保物权消灭事由。(2)担保物权人支配了担保物的交换价值。需强调的是,此种法律上的支配主要体现在两个方面:第一,担保物权人对担保物享有强制的变价权能(《民法典》第410条第2款)。第二,担保物价值减损时的救济权配置。亦即,法定抵押权人享有抵押物保全请求权,包括抵押物价值减少防止请求权、恢复抵押物的价值请求权或增加担保请求权(《民法典》第408条)。在抵押物价值减少防止请求权情形下,此项请求权不以抵押人故意或过失为要件,^[67]旨在恢复抵押权在价值层面的圆满状态。另,担保物权人的物上代位性同样属于担保物权人支配物之交换价值的集中体现,由此可以保障不因交换价值的载体变更而使担保物权人丧失支配力(《民法典》第390条)。

转至法定抵押权的实现阶段,其债法面相尤为突出,此种债法面相集中体现为给付面相。根据我国民法对担保物权的概念界定(《民法典》第386条、第394条、第425条、第477条第1款),担保物权最终的效力输出形态为“优先受偿”。结合民法基础理论,物权本身无法受偿,能够受偿的只能是债权。从担保物权的制度要旨来看,此时“优先受偿”的应系受其担保的主债权。因此,上涉条文中“……就担保财产优先受偿的权利”的完整表述应是“……就担保财产使被担保债权优先受偿的权利”。同理,《民法典》第414条规定的并非是抵押权的清偿顺序,而是受抵押权担保的债权的清偿顺序;《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(2020年修正)(以下简称《新建设工程施工合同解释》)第36条中的“抵押权”本身无法受偿,能够优先受偿的是受其担保的债权。此种受偿的本质是取得财产而非支配财产,与债法上的受领相差无几。^[68]对此,有德国学者提出“受领权”(Anrecht)来指代此时权利人的法律地位。他指出,受领权虽无强制权能,但属于法律赋予权利人对某标的受领并持有的权利。此项权利是对人的,具有客观的受领效果。其并非追求特定人的作为,而是旨在要求特定的受领。^[69]在此基础上,鉴于权利与义务相对应,债权人的受领权恰恰须与担保人的给付义务相对应。理由在于,受领权系债权的根本权能也是根本目的所在,请求权只是债权人为行使受领权,进而请求债务人给付的外化体现。最典型体现在,即使无请求行为,受领权依然存在,例如债务人自动履行。^[70]因此,从债权产生那一刻起,受领权便是债权内部先验的存在,其必然与债务人的给付义务相对应。

从特别优先权的实现方式来看,可分为当事人合意实现和法院强制实现两种方式。以建设工程价款优先权为例,此种合意实现方式为折价(《民法典》第807条第2句第1项)。这种折价方式与抵押权实现中的折价方式如出一辙(《民法典》第410条第1款),实质上属于以物抵债的表现形式,即以担保物直接冲抵债务人所负债务。^[71]法院强制实现方式则是申请法院拍卖建设工程

[67] 参见谢在全:《民法物权论》(中册),中国政法大学出版社2011年版,第721页。

[68] 参见孟勤国:《东施效颦——评〈物权法〉的担保物权》,载《法学评论》2007年第3期,第159页。

[69] Vgl. Ulrich von Lübtow, Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, in Hans Carl Nipperdey (Hrsg.): Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, I. Band, 1956, S. 330.此外,拉伦茨也指出,债权系债权人对(债务人)对其所负给付的理想的“受领权(Anrecht)”。Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I Band: Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 1982, S. 25.

[70] 参见孙永生:《民法学的新发现》,广西师范大学出版社2018年版,第21—22页。

[71] 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1111页。

(《民法典》第 807 条第 2 句第 2 项),并以拍卖所得价款清偿被担保的债务(《民法典》第 807 条第 3 句)。于此情形下,法定抵押人至少需要容忍抵押物被强制变价并以所得价款为限对被担保债权做出相应给付。可见,在特别优先权实现时,无论是合意折价,还是强制变价,法定抵押权人的受领与法定抵押人的给付相对应。其次,在抵押物转让有损害抵押权之虞时,抵押权人可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或提存(《民法典》第 406 条第 2 款第 2 句)。其中的“清偿债务或提存”显然表明抵押权的输出终端体现为一种对被担保债权的给付。复次,根据《担保制度解释》第 42 条,当抵押物出于毁损、灭失或征收等原因在价值上转化为金钱形态时,基于抵押权的物上代位性,抵押权人可以直接通知给付义务人并请求相应给付。^[72]于此情形下抵押权在实现端层面的给付面相尤为显著。

此外,根据《民法典》第 419 条前段,抵押权的行使受到相应的主债权诉讼时效期间的限制。其法理根源实则在于抵押权的行使最终体现为请求抵押人(至少容忍)以抵押物价值为限做出相应给付。此种债务履行性质的请求权理应适用诉讼时效而非除斥期间。抵押权人逾期不行使的,该条后段所称的“人民法院不予保护”系指抵押人获得相应的时效抗辩权。^[73]《担保制度解释》第 44 条第 1 款结合第 20 条的体系解释进一步维持了这一立场。^[74]同理,根据《新建设工程施工合同解释》第 41 条的司法释义,最高人民法院就建设工程价款优先权的行使期限问题同样参考了《民法典》第 419 条的规定,即超过建设工程价款优先权的行使期限的,优先权人的主张不能得到支持。^[75]据此亦可印证特别优先权在实现阶段的给付面相。

尤值参酌的是,就担保物权的性质与构造而言,德国民法出现了显著的学界通说与规范教义相背离的现象。德国民法通说认为,土地担保权系对物的变价权。^[76]事实上,此种通说仅说对了一半。亦即,此种定义仅截取了担保物权的存续阶段,而未对担保物权从成立到实现作完整观察。但是,担保物权的实现阶段恰恰是规范配置层面不可或缺的组成部分。而一旦转入实现阶段,担保物权的债法面相便不可不察。典型体现在:《德国民法典》明确规定,作为抵押人的土地所有权人具有支付特定金额来清偿债权人之债权的义务(第 1113 条第 1 款);抵押权和土地债务可以作为请求给付的权利来源(第 952 条第 2 款)。其次,土地所有权人的抗辩权(第 1137 条、第 1157 条)、抵押权的通知终止(第 1141 条)、以提存或抵销方式替代土地所有权人的清偿(第 1142 条第 2 款)、迟延利息的产生(第 1146 条)等规范都具有典型的债法属性,据此亦可从侧面佐证土地所有权人在抵押权实现时的债务履行性质。此外,在不动产让与担保的实现阶段,亦不乏涉及债法方面的相关规范。^[77]更为典型的是,土地债务(Grundschild)在德国民法典中被置于担保物权,但就土地债务这一概念构造本身而言,该词词尾“Schuld”本身便有明显的债之倾向,德国民法将债权人模糊地描述为“因设定负担而受利益的人(第 1191 条第 1 款)亦无法掩盖土地债务中的债法面相,以

[72] 关于抵押权的物上代位性,有担保物权延续说和法定债权质权说之争议,司法释义更偏向于后者。参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 378—379 页。

[73] 关于抵押权实现的学说争议以及时效抗辩权的详细论证,参见杨巍:《行使抵押权与主债权诉讼时效之关联——以〈民法典〉第 419 条和司法解释新规定为视角》,载《北方法学》2021 年第 6 期,第 44 页以下。

[74] 参见高圣平:《担保法前沿问题与判解研究》,人民法院出版社 2021 年版,第 299—302 页。

[75] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 421 页。

[76] 参见[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社 2006 年版,第 31 页。

[77] 参见王泽鉴:《不动产让与担保——第一个习惯物权的创设》,载《荆楚法学》2022 年第 4 期,第 33—34 页。

至于在德国民法典制定之时便有学者指出此为法典中的失败教义。^[78]对此,新近德国民法典评注已指出,德国学界通说为避免得出迥异的结果而选择忽略上述债法性质的规定,其仍在固守过去普通法中占主流地位的教义。此种有意偏离现行德国民法典规定的做法,亦是对法教义学的背离。^[79]正因如此,将土地担保权释为物上之债的观点在德国学界一直存在。^[80]鉴于我国物权法理论深受德国民法学影响,此种担保物权语境下主流学说与现行规范相偏离的情况在我国同样存在。就此类似弊端而言,我国民法宜加修正,真正立足于我国现行民法规范建构本土教义学。

综上,特别优先权有别于被担保的债权,在我国既有担保物权类型下宜归入法定抵押权。同时,基于担保物权的属性性和与被担保债权的从属性,此种特别优先权具有债法和物法的双重面相。此种双重面相避开了单纯的债权还是物权的性质界定之争,亦未创立新的异质的权利类型,而是如上文所述,分阶段、依具体规范分别考察其中的债法和物法的规范元素,实质上仍然遵从了债权物权区分理论和债物二分体系。只是此种实质意义上的债法规范在法典形式上被置于物法范畴,需要进一步加以识别和区辨,这也是民法典时代厘清并建构实质债法和物法规范体系不可或缺的重要内容。^[81]

(二) 作为竞争中享有优待地位资格

在诸多所谓“优先权”中,有相当一类实则系指某主体在竞争中享有优待地位资格。在产生方式上,一方面,当事人之间可以意定其中一方享有此种优待资格,据此被优待者在与其他潜在竞争者相争时获得相对稳妥的保障,典型体现为交易实践中当事人意定的优先购买权、优先承租权,前述司法实践中出现的优先居住权等优先类权利亦属此类。另一方面,出于特定的法政策考量,现行法中存在诸多法定的优待规定。典型示例为国家对军人(及其家属)的优待。1988年《军人抚恤优待条例》(已失效)第33条规定:“优抚对象在与其他群众同等条件下,享有就业、入学、救济、贷款、分配住房的优先权。”该条规范中的“优先权”即指被优待的法律地位。此种优待地位在2021年《军人地位和权益保障法》中得以充分体现(例如第55—57条)。

此种优待地位内部亦有强弱之分。较弱的优待地位系指被优待者凭借特定权利享有与他人平等竞争的资格,但并不意味着其已然终局地先手取得被竞争的标的。较弱的优待地位通常出现在意定情形和部分法定情形之中,性质上通常为形成权,^[82]即权利人可依自己的单方意思表示获得与第三人共同竞争同一标的的机会,典型代表为优先购买权和优先承租权。在这两种情形下,被优待者通过行使优先购买权/优先承租权可以与出卖人/出租人缔结与第三人内容相同的

[78] Vgl. Füller, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2006, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 72.

[79] Vgl. Hans Wolfsteiner, *Staudinger Kommentar BGB, Einleitung zu §§ 1113 ff.*, 2009, Rn. 37.

[80] 参见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2001年版,第379—380页;前注[76],鲍尔/施蒂尔纳书,第31页;新近的代表性德国学者,vgl. Jan Wilhelm, *Sachenrecht*, 5. Aufl., 2016, Rn. 1435.

[81] 可值参酌的是,据德国学者统计,德国民法典物权编中的实质债法规范包括:拾得人的权利和义务(第966—972条、第977条),所有物返还请求权的从属后果(第987—1003条);地役权框架内的义务(第1020—1023条);非常详致的用益物权中权利和义务的法律规定(第1036条第2款、第1037—1039条、第1041—1045条、第1046条第2款、第1047条、第1049—1051条、第1055—1056条);在变价权情形下出质人和质人之间的义务(第1217—1220条、第1223条);第1108条规定了物上负担情形下所有权人和权利人之间的债之关系。总体而言,其中近四分之一的规定具有债法规范性质。Vgl. Füller(Fn. 78), S. 528 f.

[82] 从概念史来看,源自德国民法的“形成权”本就始于“取得权限”(Erwerbsberechtigung)这一概念。参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第504页。

买卖/租赁合同,进而形成“一物二卖”/“一物二租”的结果,出卖人/出租人事实上仍然享有决定自由。^[83]换言之,此类优先权的目的在于排他,但其本身并无排他效力。权利人在求而不得时只能向出让方主张损害赔偿,而无法通过主张竞争者与出让方之间的合同无效进而终局地取得被竞争标的。房屋承租人的优先购买权和集体经济组织成员的优先权即为典型示例(参见《民法典》第728条,2022年《最高人民法院关于审理森林资源民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条)。此外,委托开发合同中的委托人和合作开发技术成果的合作人的优先受让权(《民法典》第859条第2款、第860条第1款)实为优先购买权之变体,相应的权利人亦居于较弱的优待地位,在其优先受让权遭至侵害时,只得主张损害赔偿。^[84]

较强的优待地位系指被优待者往往能在竞争中终局地优先获得被竞争资源,此种优待地位可称为“被正当化的特权”。这种“被正当化的特权”主要服务于特殊群体,除前述被优待的军人外,还有老年人(《老年人权益保障法》第55条、第57条第1款)、残疾人(《残疾人保障法》第36条第3款、第5款)等。这些群体在就医、购票等特定资源获取上通常享有特定的机制保障(例如专门的优先窗口),故而往往能够终局地优先获得特定资源。

另需指出的是优先抚养权(《民法典》第1108条)和职务技术成果完成人的优先受让权(《民法典》第847条第1款)。在前种情形下,生存一方的配偶侵害死亡一方配偶的父母的优先抚养权的,死亡一方的父母可以请求确认收养关系无效,并要求变更抚养关系。^[85]换言之,与优先购买权、优先承租权等竞争经济利益的先手地位不同,在他人与被送养对象已达成抚养关系的情形下,死亡一方的父母仍可凭借优先抚养权来变更抚养关系,进而终局地保全自己的隔代亲属利益。从这个角度而言,优先抚养权也属于“被正当化的特权”。当然,这仅限于死亡一方的父母在相类条件下与其他收养人的竞争,如果个案中拟收养未成年人的一方在健康状况、经济条件、家庭环境等方面显著优于死亡一方的父母,尤其是优先抚养权人存在严重危及未成年人身心健康的危险时,此时死亡一方的父母的优先抚养权将让位于未成年人利益最大化原则。^[86]在后种情形下,鉴于成果完成人通常更为熟悉研究进程及其后续研究方向,故该款的规范目的除了在经济、荣誉等方面激励科研人员之外,还包括“有利于科学技术的进步,加速技术成果的转化、应用和推广”。^[87]亦即,成果完成人之优先受让权背后的法政策考量已然超越单纯的个人利益,而兼具公共利益色彩。正因如此,学界通说认为,这一优先受让权实则限制了转让方的合同自由或转让自由。^[88]易言之,在同等条件下,此种优先受让权旨在终局地保障成果完成人获得拟要转让的职务技术成果,亦可被归入“被正当化的特权”。

(三) 作为判定优先的原则或规则

在个案裁断或规范适用中,不乏会遇到利益冲突或主体间相互竞争的情形,此时便需要相应的原则或规则为裁判者提供判定依据。原则与规则的主要区别在于,原则在适用上的可

[83] 参见常鹏翱:《论优先购买权的法律效力》,载《中外法学》2014年第2期,第399—402页;袁野:《房屋租赁中的优先承租权》,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第31页。

[84] 参见徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注》(精要版),中国人民大学出版社2022年版,第900—901页。

[85] 参见杨代雄主编:《袖珍民法典评注》,中国民主法制出版社2022年版,第960页。

[86] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义(下)》,法律出版社2021年版,第2110页。

[87] 李政刚:《科技成果转化视野下职务技术成果制度的检视及完善》,载《科技与法律》2019年第6期,第86页。

[88] 参见谢鸿飞、朱广新主编:《民法典评注 合同编3》,中国法制出版社2020年版,第412页(朱涛执笔);崔建远:《合同法》(第4版),北京大学出版社2021年版,第600页;前注[84],徐涤宇、张家勇书,第890页。

裁量度较大,其出于整体性要求在个案中达到最优解,而规则适用较为确定,以“全有或全无”为常态。^[89] 基于此种划分标准,现行法中作为判定优先的典型原则有:(1) 给予未成年人特殊、优先保护原则(《未成年人保护法》第4条第1项),学理上常谓之未成年人利益最大化原则。在上述优先抚养权示例中,此种原则便可在利益衡量之下作为击破优先抚养权规则的依据。当然,此种优先保护并非绝对。例如,《未成年人保护法》第56条第3款规定:“公共场所发生突发事件时,应当优先救护未成年人。”但是,试想一下,在发生突发事件的某公共场所中,身受重伤、亟待救援的成年人理应比仅受轻伤的未成年人更需要优先救护。这也再次从侧面证明了,不宜将拟判定优先的对象事先冠以“优先权”,因为这很有可能只是其在某一个案或某一类情形下判断的结果,其仍有可能在结合其他情事时失去被优先考量的地位。(2) 公共利益优先原则。受权利社会化和社群主义的影响,维护公共利益原则在私法中亦不例外。^[90] 典型体现在当事人实施的侵害公共利益(例如贩卖毒品或人体器官的合同)的法律行为无效(《民法典》第153条),由此反映了立法者在贯彻意思自治和维护公共利益之间的衡量中优先选择了后者。在部分特别法中,已经明确规定了社会公共利益优先原则(《证券法》第99条、《期货和衍生品法》第79条)。(3) 生命救助优先原则。在救急救灾等情形下,生命救助优先于财产或其他物质救助(《消防法》第45条第1款、《海上交通安全法》第66条第2句)。

至于判定优先的规则,在我国法中更为常见:(1) 受担保物权担保的债权清偿顺位规则。例如,多个抵押权竞存时,受抵押权担保的债权的清偿顺位规则(《民法典》第414条第1款);不同类型的担保物权竞存时的顺位判定规则(《民法典》第415条、第416条、第456条)。(2) 债务人无法清偿全部债务时的法定清偿抵充规则(《民法典》第560条第2款、第561条)。(3) 我国法独具特色的合同债权竞争决胜规则。包括普通动产买卖合同债权的竞争[《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释(2020年修正)》(以下简称《买卖合同解释》)第6条]、特殊动产买卖合同债权的竞争(《买卖合同解释》第7条)、房屋租赁合同债权的竞争(《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释(2020年修正)》第5条第1款)。(4) 知识产权法中先申请原则的例外规则。所谓发明或实用新型申请的优先权(《专利法》第29条)、商标申请的优先权(《商标法》第25条)和品种权申请的优先权(《植物新品种保护条例》第23条)本质上是出于国际保护考量,将对应情形下事实构成中的后序顺位例外地评价为前序顺位。(5) 优先承担民事责任规则。当当事人的财产不足以支付刑事责任、行政责任和民事责任时,优先用于承担民事责任(《民法典》第187条、《证券法》第220条、《反不正当竞争法》第27条、《期货衍生品法》第154条)。

在以上情形下,重点不在于事先赋予结果上被优先考量的一方以“优先权”,而是在妥当的利益衡量之下确定相应的判断何者优先的原则或规则供司法实践适用。可值参酌的是,《德国民事诉讼法》第804条第3款评注亦将判定扣押质权顺位的规范谓之优先原则(Prioritätsprinzip),而非优先权(Vorzugsrecht)。^[91] 拓言之,顺位判定虽系民法领域中的常见需求,但这并不需要通过将顺位本身权利化来达成这一目的。^[92] 关键理由在于,尽管通常人人都希望在竞争中夺得先机,但在法律评价中,顺序利益本身无法先验地如物一般成为某一主体支配的客体,其判定必须服从于整体法秩序之下的统一安排。任何因判定优先的原则或规则而享有先手地位的人只是服从这种

[89] 参见李可:《原则与规则的若干问题》,载《法学研究》2001年第5期,第73—74页。

[90] 参见梁上上:《利益衡量论》(第3版),北京大学出版社2021年版,第108—110页。

[91] Vgl. Gruber, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 804, Rn. 32.

[92] 关于顺序权的民法构造,参见辜江南:《顺序权与中国民法典》,载《河北法学》2021年第3期,第118—135页。

统一安排客观结果,但这并不意味着其享有法律意义上的一般性优待。从这个角度而言,“价款超级优先权”“购房人优先权”等称谓毋宁系对某主体因完成顺位判定后的结果描述,并无教义学上的建构效力,而仅具有现象学上的描述意义。尤其在调整平等民事主体之间法律关系的民法视野下,对于数人竞争有限资源进而需要划定顺序之情形,我们真正需要的是符合公平正义理念的一般性原则或规则,而非据此导出所谓的优先(特)权。例如,就人体器官移植的排序标准而言,我国《人体器官移植条例》第22条第1句采用“符合医疗需要,遵循公平、公正和公开的原则”。《德国移植法》第12条第3款则采用“具体的切实标准(尤其是根据成功的希望和紧迫性)”。可见,在顺位判定的原则或规则设计中,“优先(特)权”从一开始就是一个扎眼的术语,其与原则或规则背后的公平正义理念存在某种天然的不兼容性,遑论将其普遍使用?!

五、结 论

概念是体系建构的基石。优先权概念出于移植需求引入我国,但因最初的理解偏差和长期沿用,渐成游离于我国债物二分体系内外的异质基因,并在范畴上趋于泛化之势,或成我国民法学和民法规范体系中的隐患。鉴此,本文在检讨优先权既有弊端的基础上,尝试对纳入“优先权”概念范畴中的各类异质现象作了相应还原,以期摆正学理认知,增进体系自治。

在狭义优先权内部,一般优先权实为债权,特别优先权实为法定抵押权。此种法定抵押权与受其担保的主债权相区分,并在其存续阶段和实现阶段呈现出物法和债法的双重面相。在其他所谓的“优先权”子项中,一类指代竞争中享有优待地位的资格,此种优待地位会因相应情形下的法政策考量不同而有强弱之分;另一类主要用于描述二人以上竞争情形下基于具体原则或规则判定先后的结果,此时顺序利益并未先验地归于优先顺位者,严格来说并不存在所谓的“优先权人”。

Abstract The concept of priority can be divided into a narrow sense and a broad sense. The narrow sense priority derived from the French civil law is difficult to be compatible with China's current obligation-real dichotomy system for a long time, which has caused the nature of rights to be difficult to distinguish, the lack of publicity media, and other related theoretical disadvantages. The creation of generalized priority pedigree has some obvious defects, such as false context, useless effect and heterogeneous collection. In the narrow sense of priority, the general priority is the obligatory right, and the special priority is the legal mortgage. The legal mortgage is distinguished from the principal obligational right secured by it. It has the dual aspects of obligation law and real law. Other so-called “priority” subterms consist mainly of qualifications for preferential status in competition or descriptions of results resulting from the principle or rule of ordination.

Keywords Priority, Obligation-real Dichotomy, Legal Mortgage, Preferential Status, Ordination

(责任编辑:陈韵希)