

目 录

序 言	(1)
第一章 优先权的概念与性质	(1)
一、优先权的概念	(1)
二、优先权的性质	(7)
第二章 优先权制度的历史发展	(23)
一、优先权制度的源起	(23)
二、优先权制度的确立	(28)
三、优先权制度的式微	(31)
四、优先权制度的完善	(44)
第三章 优先权的种类	(49)
一、优先权的一般分类	(49)
二、各国立法规定的优先权具体种类	(58)
第四章 优先权的效力	(84)
一、优先权与普通债权的效力	(84)
二、优先权之间的顺位	(86)
三、优先权与其他担保物权的竞存	(101)
第五章 我国优先权制度的立法思考	(112)
一、优先权的立法基础与制度价值	(112)

二、优先权制度存废之争	(116)
三、我国优先权制度的立法现状	(126)
四、我国建立优先权制度的必要性	(128)
五、我国优先权制度的立法选择	(133)
第六章 税收优先权	(139)
一、税收是否有优先权的学说之争	(139)
二、税收优先权的概念、类型和适用范围	(144)
三、税收优先权的行使	(148)
四、税收优先权的效力冲突	(155)
五、我国税收优先权制度存在的缺陷及其完善	(179)
第七章 建设工程优先权	(193)
一、建设工程优先权的性质	(193)
二、建设工程优先权的概念与特征	(202)
三、建设工程优先权的产生	(205)
四、建设工程优先权的行使	(215)
五、建设工程优先权与其他权利的冲突	(230)
六、我国建设工程优先权制度存在的缺陷及其完善	(237)
第八章 船舶优先权	(247)
一、船舶优先权的起源和名称	(247)
二、船舶优先权的定义和特征	(254)
三、船舶优先权的法律性质	(265)
四、船舶优先权的项目	(279)
五、船舶优先权的标的	(291)
六、船舶优先权的顺位	(311)
七、船舶优先权与其他担保物权的效力冲突	(319)

八、船舶优先权的行使.....	(338)
九、船舶优先权的消灭.....	(341)
十、船舶优先权与海事赔偿责任限制.....	(351)
主要参考文献.....	(356)
后 记.....	(361)

序 言

曹艳芝的专著《优先权论》即将出版，作者邀请我为其作序。曹艳芝在中国人民大学访学期间是我指导的，由此建立了师生关系。看到学生的著作出版，我自然非常高兴，因此欣然接受邀请。

优先权制度滥觞于罗马法，由于其本身具有的价值，经过历史的传承，在现代许多国家或者地区或多或少地继续存在着，即使有些国家或地区在立法上没有以优先权命名的制度，也有与之具有类似功能的制度予以替代，以补救没有优先权制度的缺陷，满足社会生活实践的需求。因此，对这一制度进行研究无疑具有重要意义。

在我国《民法通则》中，没有对优先权制度作出一般性规定，只是在有些特别法中，对某些具体的优先权作了规定，而对于其他某些特种债权的优先保护是通过清偿顺序制度来实现的。基于这一现状，在我国物权法的制定过程中，对是否要规定优先权制度存在争议，部分学者关注于这一领域，不断有论文面世，而较少有以专著的形式进行研究的。虽然蔡福华写过一本关于优先权的书，但该书是从广义上来研究优先权的，凡是包含有“优先”二字的民事权利都在研究的范围之列，如优先购买权、优先申请权、优先受偿权、优先承包权、优先承租权等。而《优先权论》一书是从狭义上来研究优先权，是从

一项专有的民事制度的层面上进行研究，这无疑是一次大胆的尝试，具有开创性的意义，更具有学术价值。该书对优先权制度的历史发展过程进行了考察，对部分国家的优先权制度进行了梳理，对我国优先权制度的现状进行了分析，对我国是否要确立优先权制度以及如何确立优先权制度提出了建设性意见，并就三种具体的优先权制度进行了系统、细致地阐述和评析。该书资料新颖，观点鲜明，文笔流畅，不乏独到见解。因此，我向读者推荐这部著作，希望它能够对读者研究物权法以及在司法实践中适用有关优先权法律规定有所启迪，有所帮助；同时，也为在《物权法》中应当规定优先权制度的主张提供一个更为重要和充分的论证，借以推动物权法的不断进步。

曹艳芝在访学期间，刻苦学习，积极钻研，肯于深入思考问题，不断进行理论探索，给我留下了很深的印象。这部著作的问世，也证明了她的科研能力和刻苦精神。我希望作者能够再接再厉，取得更多的学术成就。

中国人民大学法学院教授 杨立新

2005年3月16日于北京西郊世纪城寓所

第一章 优先权的概念与性质

一、优先权的概念

（一）优先权名称之辨

优先权制度渊源于罗马法，“优先权”这一名称，亦译自外文，拉丁文为“Pviviligia”，法文为“Privilèges”，日本译为“先取特权”。我国民法学者对这一制度有多种称谓，有的称“优先权”，^①有的称“优先受偿权”，^②有的称“先取特权”。我国台湾地区学者认为，日本所译之先取特权并不能表达优先受偿之意义，若译为优先权，虽较先取特权为妥，但按照台湾地区特别法对此权利之规定，以及此种权利的内容为权利人有优先受偿之权利，如译为优先权，尚不能将其涵义完全

① 温世扬著：《物权法要论》，武汉大学出版社1997年版，第197页。申卫星：《我国优先权制度立法研究》，载《法学评论》1997年第6期。目前多数学者使用这一名称。

② 解志国：《民法上优先受偿权的几个问题》，载《法商研究》1997年第5期。

表达，因此以译为“优先受偿权”较为适宜。^①

我国有学者认为采用“优先受偿权”的称谓不妥，认为对法律术语的翻译，除应重在表达其涵义外，还应注意将之与现有的法律术语区分开来，注意各术语在实践中的运用，以免发生混淆。法文中虽然统一使用“Privileges”一词指优先权和优先受偿权，但法国民法中的优先权制度已包括抵押权和质权在内，质权为根据质押而产生的特殊的动产优先权之一种，抵押权为不动产优先权中最重要的一种。^② 并且法国民法视留置权与双务契约同时履行抗辩权同其性质，不认为是独立之物权。^③ 因此无混淆之虞。上述台湾学者的观点亦是从台湾地区的立法和司法实践出发，无可厚非，但是考察我国实践中对“优先受偿权”一词的运用，在我国尚未建立独立的优先权制度的情况下，并非专用于指“优先权”这一独立的担保物权，更多的是用于指担保物权人基于担保物权的优先清偿效力而享有就担保物的价值优先受偿其债权的权利，不仅包括优先权，而且还包括抵押权、质权和留置权，这在我国《担保法》第33条、第63条和第82条中也有所体现。也有学者认为“优先权”即优先受偿权，^④ 这过分强调优先权人就担保物的价值优先受偿的权利，而未注意抵押权人、质权人和留置权人也享有类似优先受偿的权利。在我国绝大多数的实际运用中，“优先受偿权”是与专为担保特种债权而设的“优先权”区别使用

① 金世鼎：《民法上优先受偿权之研究》，载刁荣华主编：《现代民法基本问题》，台湾汉林出版社1981年版，第142页。

② 尹田著：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第459页、第477～478页。《法国民法典》第十八编优先权与抵押权第二章第一节第二目、第二节。

③ 史尚宽著：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第256页。

④ 陈本寒著：《担保法通论》，武汉大学出版社1998年版，第128页。

的，而“优先权”一词则已被理论界和实务界渐渐接受为专指特种债权人直接基于法律规定，而对债务人的全部或特定财产享有的优先受偿的权利，况且，我国《海商法》和《民用航空法》也已明确使用了“船舶优先权”和“民用航空器优先权”的概念。因此，在我国应译为“优先权”为当。^①我国还有学者认为，这一称谓不应采用“优先权”而应采用“先取特权”为宜。其理由在于：优先权是一个上位概念，而优先受偿权只应界定在担保物权中的抵押权、质权、留置权的优先受偿性上，故优先受偿权仅属于担保物权的优先权，而先取特权就是特种债权优先权。故优先受偿权、先取特权相对于优先权来说，是一个下位概念，它们均包括在优先权之中，所以对于特种债权优先权，还是译为“先取特权”为好。有学者认为无论是拉丁文中的“Privilegia”，还是法文中的“Privileges”，其本意均为“特权”。台湾地区学者将其译为“优先受偿权”，而我国有的学者将其译为“优先权”却是极不严谨的做法，从忠实于原意考虑，日本民法中译为“先取特权”值得借鉴。^②

目前我国大多数学者在其著述中都使用了“优先权”这一称谓，这表明这一称谓已具有普遍的认同性，并且在我国的《海商法》和《民用航空器法》中已使用优先权之法律术语，如果再使用“优先受偿权”的称谓，的确容易将其与担保物权的优先受偿性相混淆，基于此，笔者赞同使用“优先权”的名称。

① 王全弟、丁洁：《物权法应确立优先权制度——围绕合同法第286条之争议》，载《法学》2000年第4期。

② 韩怀清：《中国民法典应否设立优先权制度的思考》，载《私法研究》（第3卷），中国政法大学出版社2003年版，第78～80页。

（二）优先权概念之界定

尽管优先权源起于罗马法，但罗马法并没有给优先权下一个明确的法律概念。《法国民法典》首先对优先权下了定义，该法典第 2095 条规定：“优先权是指，依据债权的性质，给予某一债权人先于其他债权人，甚至先于抵押权人，受清偿的权利。”后来的《日本民法典》将法文中的“Privileges”译为先取特权，该法典第 303 条规定：“先取特权人，依本法及其他法律的规定，就其债务人的财产，有先于其他债权人受自己债权清偿的权利”。从《法国民法典》、《日本民法典》对优先权所下定义来看，优先权概念包含两项内容：一是针对的对象是“特种债权”；二是债权的法定优先受偿性。^① 即优先权实际上是指特种债权优先受偿的权利。我国《民法通则》没有规定优先权制度，因而立法没有对优先权概念作出明确界定。不过在《海商法》、《民用航空法》中对船舶优先权、民用航空器优先权作了规定。《海商法》第 21 条规定，船舶优先权，是指海事请求人依照本法第 22 条的规定，向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。《民用航空法》第 18 条规定，民用航空器优先权，是指债权人依照本法第 19 条规定，向民用航空器所有人、承租人提出赔偿请求，对产生该赔偿请求的民用航空器具有优先受偿的权利。以上概念只是特别法上对特别优先权的规定，没有涵盖所有的优先权，不能作为优先权的一般概念。

由于我国学者对优先权使用何种名称有意见分歧，因此，

^① 韩怀清：《中国民法典应否设立优先权制度的思考》，载《私法研究》（第 3 卷），中国政法大学出版社 2003 年版，第 81 页。

对优先权的理解也各有不同，归纳起来大致有四种不同观点：

第一种观点认为：民事优先权是一种根据法律规定或当事人约定，不同性质的若干民事权利发生冲突时，某一民事权利人的民事权利优先于其他民事权利人实现的民事权利。依此观点，优先权适用的范围非常广泛，凡是涉及“优先”二字的权利都归于优先权。如先取特权、优先购买权、优先受偿权（包括抵押权、质权和留置权）、优先承包权、优先承租权、优先申请权、优先通行权等。^① 目前只有蔡福华先生持此主张，但这种主张就其本身论述来看，有互相矛盾的地方。一是，蔡先生认为，优先权是一种独立的权利，同时又认为，优先权具有从属性。我们知道，从属性的权利依赖于主权利的存在而存在，是不能独立存在的；^② 二是，蔡先生认为，优先权的产生有法定和约定两种方式，但又认为优先权必须由法律明确规定，不容当事人自由约定；^③ 三是，蔡先生认为，优先权既有物权优先权，又有债权优先权，但同时认为某些债权优先权具有物权的性质，^④ 那么债权优先权是否为物权，如果是物权，它是怎样转化为物权的都没有论述。

第二种观点认为：优先权，又称之为优先受偿权，是指由法律所规定的特种债权人就债务的全部财产或特定财产优先受

① 蔡福华著：《民事优先权新编》，人民法院出版社 2002 年版，第 7 页、第 50～109 页。

② 蔡福华著：《民事优先权新编》，人民法院出版社 2002 年版，第 7 页、第 13 页。

③ 蔡福华著：《民事优先权新编》，人民法院出版社 2002 年，第 8 页、第 9 页。

④ 蔡福华著：《民事优先权新编》，人民法院出版社 2002 年版，第 3 页、第 9 页。

偿的权利。^① 这种主张将优先权与优先受偿权等同，没有将优先权与抵押权、质权、留置权等担保物权相区分。因抵押权、质权、留置权也有优先受偿的效力。

第三种观点认为：优先权是指特定债权人基于法律的直接规定而享有的就债务人的总财产或特定动产、不动产的价值优先受偿的权利。^② 这种主张与法国、日本法上的优先权内涵一致，受到普遍地推崇。

第四种观点认为：优先权分为广义上的优先权和狭义上的优先权。狭义上的优先权就是优先受偿权，是指根据法律规定的特种债权人就债务人的全部或部分财产优先受偿的担保物权。广义上的优先权包括优先受偿权、优先购买权、优先承租权，优先通行权等。^③

笔者主张从广义、狭义两方面来界定优先权。从狭义上来说，优先权即特种债权优先权，是指特定债权人依据法律的规定，针对债务人的全部财产或特定动产、不动产的价值享有优先受偿的权利。广义上的优先权，包括特种债权优先权、优先购买权、优先受偿权、优先承租权、优先申请权、优先通行权等。这既考虑到了优先权渊源的历史相延性，便于从制度层面规范优先权，又有利于全面系统地了解优先权。本书是从狭义上来探讨优先权。

由以上分析可知，狭义上的优先权具有以下特征：

1. 优先权为法定的权利，其设定基于法律的直接规定，不能由当事人任意创设。至于何种债权的债权人可以基于法律

① 陈本寒著：《担保法通论》，武汉大学出版社 1998 年版，第 128 页。

② 申卫星：《我国优先权制度立法研究》，载《法学评论》1997 年第 6 期。

③ 郭明瑞著：《担保法》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 272 页。

的规定享有优先权，各国立法一般以列举的方式明文规定。

2. 优先权是无须以占有或登记为公示要件的权利。优先权是基于法律的规定而产生的权利，其成立无须权利人占有债务人的财产也无须以登记的方式为公示。这是因为法律规定的权利，已向世人昭示权利的存在，本身具有预告登记的效力。优先权这一特征对同一财产上其他权利人权利的实现构成了威胁。为了克服这一缺陷，有的国家的法律对其行使作出了一定的限制。如《法国民法典》第 2104 条和第 2105 条规定，一般优先权的债权人应先就债务人的动产价金受偿，动产价金不足清偿时，始得就不动产价金受偿。

3. 优先权的顺位，由法律直接规定。当同一财产上存在数个优先权时，优先权受偿的顺位均由法律规定。这与同一财产上存在数个抵押权时，抵押权受偿的顺位，依登记的时间先后顺序而定是不同的。各国立法根据各种因素和特殊利益的需要，直接规定优先权的顺位，同顺位的优先权则按债权比例受偿。同时优先权与其他担保物权竞存时，其顺位也由法律直接规定。

二、优先权的性质

（一）优先权性质论争

关于优先权具有何种性质颇具争议，以至于优先权被人称为“难予开垦的法律领地”。对优先权性质的争议，集中在三个方面：一是优先权是否为一项单独的权利？二是优先权若是一项权利，是实体性权利，还是程序性权利？三是若是实体性权利，是什么性质的权利。

1. 优先权是否为一项单独的权利

对于优先权是否为一项单独的权利，否定论在立法和理论上又有两种不同的意见。

第一，特殊效力说。该说认为优先权是特殊债权的一种特殊效力——优先受偿效力，如德国民法明确认为优先权是特殊债权所有之一种效力。^① 智利民法典将优先权与其担保之债权合并规定，将优先权作为特种债权的一部分，^② 不认其作为一种单独的权利。郑玉波先生认为，优先权分为物权优先权与债权优先权两大类。物权优先权指担保物权，乃债权之从权利，而标的物易属特定，如抵押权、质权、留置权及海商法上之优先权；债权优先权并非担保物权，仅为债权之一种效力，故原则上无特定之标的物，如人寿保险要保人之优先权、劳动报酬之优先权等，^③ 即认此类优先权为债权之一种优先受偿效力，而非单独的权利。

第二，清偿顺位说。该说不认为优先权是一项权利，而是特殊债权之间的清偿顺位。基于这种认识，许多国家在程序法中，从债权清偿的角度来规定优先权的内容。如西班牙民法典之优先权，仅按债权优先受偿之位次排列，又如我国除在《海商法》、《民用航空法》中规定了船舶优先权以及民用航空器优先权之外，在《民事诉讼法》、《企业破产法（试行）》、《公司法》等中只是将其作为特殊债权的特殊清偿顺位予以规定。

笔者既不赞成特殊效力说，又不赞成清偿顺位说。首先，

① 史尚宽著：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第255页。

② 徐涤宇译：《智利共和国民法典》第2470～2491条，金桥文化出版（香港）有限公司2002年版，第454～459页。

③ 郑玉波：《论租税债权与优先权》，载郑玉波《民商法问题研究》，台湾三民书局1983年版，第620页。

如果优先权仅是特殊债权的一种效力，那么，该效力应伴随着特殊债权之始终而存在，即随特殊债权的产生而产生，转移而转移，消灭而消灭，而事实上，优先权存在着自己独立的消灭原因，可以因债权人放弃而消灭，也可以因一定期限不行使而消灭，还可因标的物灭失又无代位物而消灭。优先权的消灭并不能导致其担保的债权消灭，只不过使该债权变成了普通债权而已。如加拿大魁北克民法典第 2727 条规定，不动产建筑人或修建人之法定抵押权（legal hypothecs）在工作完成后的 30 日内未作登记的，即告消灭，在工作完成后的 6 个月内，债权人不对不动产所有人提起诉讼或未就该抵押权之行使作预告登记者，该法定抵押权亦告消灭。^① 可见，此等债权之外尚有一个担保其优先受偿的权利——优先权的存在。这说明，优先权并非特殊债权的效力，而是一项单独的权利。

另外，郑玉波先生将海商法上之优先权归结为一种担保物权，但却又将在立法背景、设立条件、公示方法等方面与海商法上优先权相类似的人寿保险要保人之优先权，劳动报酬之优先权等归结为债权优先权，认为仅为“债权之一种特殊效力”，这样岂非自相矛盾？王泽鉴先生在区分物权优先受偿权与债权优先受偿权时，则将海商法上之优先权与矿场法上之矿工工资优先权等一并归入债权优先受偿权之中，并认为该等法定的优先受偿权与抵押权“皆优先于一般债权受偿，故均具有对世效力，具有物权性。因此，台湾地区学者多将优先受偿权与抵押

^① 在我国，不动产建筑人优先受偿权性质，有人认为是法定抵押权，有人认为是优先权，有人认为是留置权，笔者持优先权说。

权并列，认为系担保物权之一种形态”。^①可见，其不仅认为优先权为一项单独的权利，而且认为是一种担保物权。

其次，如果优先权仅是特殊债权之间的清偿顺位，那么，只要特殊债权存在，这种法定的顺位自不应发生变更，而实际上优先权会因优先权放弃或经过一定期间未行使，以及标的物的灭失又无代位物时，归于消灭。另外，就优先权的内容而言，也绝非一个清偿顺位所能规定得了的。实际上清偿顺位只是优先权的一项内容——优先权的顺位而已，除此之外，优先权还有物上代位性和一定条件下的追及性，甚至某些动产优先权还有占有扣押标的物的权能。可见，优先权并非仅是特殊债权之间的清偿顺位，而是一项单独的权利。

2. 优先权是一项实体性权利，还是程序性权利

前文已肯定了优先权是一项单独的权利，那么，这项权利究竟是实体性权利，还是程序性权利？有人基于优先权需要通过法院来实现和权利的内容是在受偿顺位上的优先性而认定其为程序性的权利。笔者认为，优先权应为一项实体性权利。首先，区分一项权利究竟为实体性权利，还是程序性权利，关键看权利的设定是否会直接地影响当事人之间法律关系的实质内容。能直接对当事人之间的法律关系产生实质性的影响，为实体性权利。如所有权的设定，使权利人拥有某物、享有占有、使用、收益和处分该物的权利，而其他人不得妨碍，双方之间原有的法律关系发生了实质性变化，此为实体性权利。相反，权利的设定并不直接影响当事人之间的法律关系的实体内容，只是为了实体性权利行使的方便或公正而设定的权利，为程序

^① 王泽鉴著：《民法学说与判例研究》（一），中国政法大学出版社1998年版，第499页。

性权利。例如申请回避的权利，其设定和行使本身并不直接影响当事人之间的法律关系的内容。当事人之间的权利义务关系不会因申请回避权利的行使，而发生实质性的变化，所以程序性权利可被认为是为了保护或便利实体性权利实现的权利。

基于以上分析，可以认定优先权为实体性权利。就特别优先权而言，由于其权利客体特定，优先权人可以占有支配债务人的特定动产或不动产，并就其价值优先受偿。这些权利内容的加入，显然已经改变了当事人之间的原有债权债务关系，构成了直接的实质性影响，成为实体性权利。就一般优先权而言，虽然债权人对债务人的财产并不能直接支配，但仍具有对抗力，在其债权未受清偿之前，可以对抗其他债权人，甚至可以对抗享有担保物权的债权人，而优先受清偿，否则只能与通常债权人一起平等地受偿。这显然已经在原有的债权债务关系中加入了新的内容，产生了实质性的影响，构成了实体性权利。^①

其次，区分一项权利究竟为实体性权利，还是程序性权利，还可以从权利产生的时间上去考察。优先权是当特定债权出现时，就依法产生了，只不过是优先权的实现才可诉请司法程序。而程序性的权利一般是在诉讼程序启动后，才开始产生，并随着程序的结束而消灭。故不能把优先权的产生和优先权的实现混为一谈。从这个角度来看，优先权也应为实体权利。

3. 优先权作为实体权利的性质之争

优先权若是实体性权利，应是什么性质的实体权利？优先权作为一项实体性权利，属于财产权自不待言。但在财产权中

^① 申卫星：《优先权性质初论》，载《法制与社会发展》1997年第4期。

究竟属于何种财产权，对此，立法上和理论上有不同的意见。

在立法上，大陆法系国家出现了两种不同的立法体例：一种是以法国，日本为代表的国家，主张优先权是与抵押权相并列的一项独立的担保物权。在《法国民法典》中，优先权与抵押权被并列规定在第三编第十八章中。该章将优先权分为一般优先权和特别优先权，而且就抵押权和优先权的适用问题专设了“共同规定”一节。由此可见，法国法是将优先权与抵押权同等看待的，既然抵押权是担保物权，优先权当然也不例外。日本民法受法国的影响，在民法典的“物权编”中设专章规定优先权制度，取名为“先取特权”。^① 法国、日本民法将优先权定位为物权，其理由是优先权所具有的优先受偿性，是物权效力的基本属性，也是物权与债权相区别的重要标志，法律赋予某种债权以优先受偿的效力，事实上就肯定了该项请求权具有物权的性质。另一种是以德国为代表的国家，认为优先权的实质在于破除债权平等的原则，赋予特种债权人以优先受偿之权利，但特种债权不过是推行社会政策和基于社会公益的结果，并不改变该特种债权的债权性质。^②

在理论上，对优先权的性质，主要有以下几种观点：（1）债权说。针对有学者认为优先权为担保物权，该说认为，优先权不是担保物权，而是债权。其理由是：第一，担保物权是民法或私法上的制度，是担保特定债权的制度。而诸多种类的优先权并非私法上的制度，而是税法、劳动法、诉讼法等公法上的规定。第二，物权因具有绝对权、对世权的品性及优先的效力，因而应以公示为原则，非经公示，或者不能设立，或者不

^① 参见《日本民法典》第二编第八章。

^② 陈本寒主编：《担保法通论》，武汉大学出版社1998年版，第129页。