

TRIAL

2004年 第二辑

(总第三辑)

审判研究

STUDY

《审判研究》编辑委员会 编

孔祥俊 / 论社会学解释与“两个效果的统一”

杨振山 孙东雅 / 民事优先权制度研究(下)

夏锦文 徐英荣 / 现实与理想的偏差:论司法的限度

章武生 / 简易程序与法治社会的形成

孙国祥 / 单位犯罪主体资格的刑法否定

张平 / 技术性贸易壁垒:技术标准与知识产权

谢国伟 马荣 蒋飞 / 诉讼调解理论与制度构建的实证研究

Thomas W. Wälde 著 孙祥壮 译 / 国际商事纠纷中的调解运用



法律出版社
LAW PRESS

2004年 第二辑

(总第三辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究·2004年第2辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2004. 5
ISBN 7-5036-4864-3

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 026443 号

©法律出版社·中国

责任编辑/柯 恒

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/15 字数/239 千

版本/2004 年 5 月第 1 版

印次/2004 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法规出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/law@lawpress.com.cn

rpc8841@sina.com

读者热线/010-63939631

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4864-3/D·4582

定价:20.00 元

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：丁巧仁

委 员：	公丕祥	丁巧仁	田 幸	周晖国
	叶兆伟	曹立久	屈建国	蔡则民
	马汝庆	李克军	徐立新	马志相
	帅巧芳	刘 华	李飞坤	张 屹
	张年度	张培成	陆洪生	陆国甫
	胡道才	鲁国强	褚红军	刘亚平
	范 群	何 方	陆鸣苏	沈 莹
	周茸萌	刘媛珍	吴立香	刁海峰

目

录

Trial Study

2004 年第 2 辑(总第 3 辑)

专家论坛

- 1 杨振山 孙东雅/民事优先权制度研究(下)
21 夏锦文 徐英荣/现实与理想的偏差:论司法的限度
41 章武生/简易程序与法治社会的形成
48 孙国祥/单位犯罪主体资格的刑法否定
59 张 平/技术性贸易壁垒:技术标准与知识产权

特 稿

- 67 孔祥俊/论社会学解释与“两个效果的统一”

调解专论

- 85 谢国伟 马荣 蒋飞/诉讼调解理论与制度构建的实证研究
102 江苏省南通市中级人民法院研究室/
对南通法院开展诉讼调解工作情况的调查分析
115 Thomas W. Walde 著 孙祥壮 译/国际商事纠纷中的调解运用

专题研究

- 124 金 晶/论刑事简易程序的正当性
136 花玉军/民事再审事由审查程序中的举证责任
146 徐振华/死刑适用的理性研究
156 晋 松 高 翔/校园伤害案件学校责任基础及形式研究

目 录

2004 年第 2 辑(总第 3 辑)

Trial Study

调查报告	
加大保险案件审理力度 保障保险市场健康发展 ——关于全省保险纠纷案件审理情况的调查报告 /江苏省高级人民法院民二庭	165
关于国有公司、企业人员职务犯罪的调查报告 /江苏省南京市中级人民法院	182
各抒己见	
关于我国设立身份关系诉讼制度的思考/滕 威 影响刑罚公正问题的观念反思/秦传熙	194 205
裁判文书	
沛县大屯镇徐庄村民委员会诉沛县人民政府为上海大屯 能源股份有限公司徐庄煤矿颁发国有土地使用证案 ——江苏省高级人民法院(2003)苏行终字第 046 号 行政判决书及评析	213
审判参考	
江苏省高级人民法院关于适用责令停止侵犯 知识产权行为若干问题的实施意见(试行)	220

专家论坛

民事优先权制度研究(下)

杨振山 孙东雅*

第三部分 优先权制度立法原因探析

从上述可知,许多国家法律中都规定了优先权制度,制度是文化价值内涵的外显化,文化价值目的通过制度而实现。法律是一种制度性事实,具有双重性质,它既是一种作为逻辑结构的理论性存在,又是一种作为社会现象的实体性存在。法律制度的立法基础是指该法律制度本身所具有的内在质的规定性及其潜功能,具有全局性、抽象性、内在性之特点,而法律制度性质的外化则表现为该制度具体的特征和作用。研究优先权制度的设立原由,我们不仅要从法的经济基础的角度看,还要从法背后的文化价值内涵来分析;不能只看到其表层特征和作用,而应当从法的经济基础、法律文化等深层原因去研究和揭示优先权制度的立法基础。

一、设立优先权制度的目的

具体讲,设立优先权制度的目的主要有以下几点:

(一)优先权制度是实现社会实质平等的重要法律手段

在现代国家,社会公平应包括权利公平、效率公平、分配公平(结果公平)、人道主义公平等几个层次的公平,它们相互联系,互为一体,构成了完整的社会公

* 杨振山,中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师;孙东雅,河南省高级人民法院法官,法学博士。

平体系。权利公平、效率公平和机会公平构成了社会的形式正义,分配公平和人道主义公平构成了社会的实质正义。〔1〕

权利平等体现在民法上就是指民事主体享有独立的法律人格,在具体的民事财产流转关系中互不隶属,地位平等,能独立表达自己的意志,其依法取得的权利平等地接受法律保护。〔2〕或者说,是指交换双方在法律上必须具有自己的人格,都是独立的民事主体,能够在平等的基础上参与民事流转。〔3〕总的来说,当事人身份平等就是法律地位的平等,是民事权利能力的平等,实际上就是机会平等。机会公平是私法上公平的本质体现。〔4〕

在现代社会,效率就意味着竞争和发展,因而效率公平的实质就是竞争公平和发展公平,在合同法中,合同自由的目的在于效率。〔5〕以意思自治为基础的合同制度就是社会公平竞争的法律基础。正如法国学者佛鲁尔和沃倍尔指出的那样:“合同与公正这两个概念的一致性,如同方程式般严密”。〔6〕概言之,近代民法认为当事人自由订立的契约本身就体现了正义,因此它追求的是形式正义。

分配公平(结果公平)。社会公平的实现最终必然体现在分配即财富的占有上,因而分配公平是社会公平的根本内涵和最高层次。正如迈克尔·D·贝勒斯指出的那样,“公平分配就是平等分配,除非有充分理由实行另一种可选分配”。〔7〕但是,结果公平不能促进生产力发展,本质原因在于生产资料公有与劳动力私人性的矛盾,在一个没有竞争的社会,人们更多地会选择休闲,而不是更多地选择奉献。结果公平造成的效率低下,又使公平失去了物质依托。〔8〕

但是,在任何社会里,分配上的均等化社会心理倾向即财富占有上的相对平等要求都是存在的。奥塔·魏因·贝格尔也曾指出“仅仅从形式上的考虑为基础的正义理论是站不住脚的,还必须把实质性的正义理想考虑在内”。而且,分配是否公平,往往对社会制度和社会秩序的维护与稳定起着决定性作用。这可能

〔1〕 肖玉明:“论社会公平的重建”,载《党政干部论坛》1999年第3期。

〔2〕 吴茂见:“市场经济立法要首倡民法的平等原则”,载《现代法学》1994年第3期。

〔3〕 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第58页。

〔4〕 杨振山:“民法法治中的公平与效率”,载《中国民事与社会权利现状》,昆仑出版社2001年版,第162页。

〔5〕 上引书。

〔6〕 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第20页。

〔7〕 [美]迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则——一个规范的解释》,张文显译,中国大百科全书出版社1996年版,第11—12页。

〔8〕 前引〔4〕,杨振山文。

正是我国改革选择“效率优先、兼顾公平”战略(虽然效率是第一位的、主要的政策目标,但仍要照顾到社会公平)的社会背景。

分配公平(结果公平)和人道主义公平共同构成了社会实质公平。当然,分配制度、分配政策对于分配公平的实现也起着直接的极为重要的作用。但是,优先权制度对维护结果公平和人道主义公平无疑具有重要的作用。正如有学者指出的那样:“形式正义意味着对所有人平等地执行法律和制度,但这种法律和制度本身却可能是不正义的”。^[9] 缺乏分配公平(结果公平),权利公平就成为虚架子,效率公平也失去意义并最终要遭到破坏。我们要正视契约当事人间经济地位不平等的严峻现实,正视竞争带来的两极分化,也就是结果上的不平等,坚持形式正义同时也要追求实质正义。对于现代社会来说,既要大力强化权利公平这一基础,又要充分考虑效率公平这个根本,还必须努力实现分配公平(结果公平)。从这个意义上讲,以区别对待、保护弱者为重要职能的优先权制度也是有存在价值的,也是不可替代的。

市场经济要求公平、公正,体现在民法上,就是要求民事主体地位平等,权利平等。然而,由于“近代民法基础的两个基本判断即所谓平等性和互换性已经丧失,出现了严重的两极分化和对立”,^[10] 拥有强大经济实力的一方,其地位总是要高于经济条件差的一方,这在企业主与劳动者两者之间的关系上表现得最为明显,劳动者在劳动条件、安全条件和卫生条件差的环境中劳动是随处可见的,劳动者的工伤、疾病、失业等得不到保障也是大量存在的,这有悖于市场经济对公平、公正追求的初衷。因此,必须抛弃形式上的公平,追求实质意义上的公平。对弱者的一些民事权利予以特殊的照顾和保护,就成为市场经济追求公平而在民法上所作的必然选择,也是现代民法追求实质正义理念的一个鲜明的体现。为了平衡各种利益,提高社会成员的福利水平,赋予弱者的一些民事权利有优先权,是各国民商立法所作的一个现实努力。

当然,从协调的立场上看,当我们强调实质公平的合理性时,也决不能忽视效率目的的合理性。鉴于一般优先权对交易安全和资金融通的妨碍,从兼顾效率的目的出发,一般优先权的种类设置不仅应受到严格限制,而且一般优先权在其权利行使的方式上同样应有限制。^[11]

[9] 沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第49页。

[10] 梁慧星主编:《民商法论丛》(第7卷),法律出版社1997年版,第241页。

[11] 左平良:“优先权立法构想”,载《当代法学》2001年4期。

可以说,优先权制度创设之价值抉择目标是破除“债权平等原则”,以“对等对待”(Treat as an equal)取代“平等对待”(Equal treatment),以实质正义代替形式正义。^[12]

(二)基于一定社会政策的要求而设立优先权制度

优先权制度尽管不是近代才产生的,但许多具体的优先权类型是在近代的社会和法律理念的推动下设立的。

19世纪的法律思想,在法的目的上肯定个人自由的极度发挥为金科玉律,并以此作为实定法的最高指导原则,结果在急剧发展的工商业社会中,产生了尖锐的矛盾和严重的社会问题,法律非但未能完成个人自由的充分发展的目标,而且有害于个人与社会健全地发展。20世纪以来,在寻求解决社会问题、缓和社会矛盾之途径的过程中,法律思想发生了根本性的转变。对债务人的平等保护转为特殊情况下对特殊债务人给予特别保护。“合同法已不再被认为是一种消极的,其主要作用仅是执行当事人经选择而达成的协议的一种工具。现在的趋势是把合同法看作达到公平的一种积极工具”。^[13]达成公平的目标,只靠合同自由是远远不够的,法律选择了从个人与社会相协调的角度对社会生活进行调整。优先权制度在各国的普遍存在就是一个典型。

大多数西方学者认为,市场机制主要解决效率问题,而政府行为则要侧重解决社会公平问题。如果说前者是经济运行的基本问题,那么后者则是社会运行的基本问题,二者共同构成经济运行的环境系统,是融为一体的。社会公众对不公平的承受能力是有限的,否则就会造成严重的社会冲突和秩序混乱。^[14]因为多种经济和法律原因的存在,保护劳工利益成为世界各国普遍的基本社会政策。^[15]正如王泽鉴教授指出的那样,“保护劳工系现代社会法治国家之基本任务”。^[16]

劳动力市场的供需状况导致劳动者处于弱势地位,“工薪阶层”对工资风险的承受能力相对较差。一般来说,在雇主破产的情况下,雇主经常负债甚巨,相

[12] 前引[7],[美]迈克尔·D·贝勒斯书,第56页。

[13] [英]P.S.阿蒂亚:《合同法概论》,程正康等译,法律出版社1982年版,第13页。

[14] 刘溶沧主编:《中国:走向21世纪的公共政策选择》,社会科学文献出版社1999年版,第7页。

[15] 当然,制定保护劳工政策的政治因素,比如社会政治局势、竞选政策等以及社会国家对工人地位的定位等政治原因对这些政策的影响可能更大。

[16] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),中国政法大学出版社2000年版,第510—515页;梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年版,第44—45页。

比之下,雇主拖欠工人工资的数额一般是很有限的。(如果在对雇主进行破产清算时,各债权人的债权,按比例分配清偿的话,工资债权由于数额所占比例甚微,则按比例分配,工人得到的清偿将微不足道。)因雇工一般为经济弱者,加以特别保护,授予受雇人在分配其它债权人之前,先受清偿,确实也是理中之义。^[17]

从法律技术的角度看,欲弥补工资拖延风险防范手段的先天性欠缺,与其通过合同约定对工资的担保条件进而通过司法来实现这种担保,远远不如通过立法来一揽子加以解决来得经济,应该说,设定职工工资法定优先权制度是一种有价值的解决方式。^[18]

(三)基于公共利益和国家利益的要求而设立优先权制度

基于公共利益和国家利益设立优先权从罗马法时代就开始了,这亦是世界各国设立优先权的重要原因之一。罗马法中国库对于纳税人的税收优先权的设立基础就包括公共利益。^[19]

司法费用优先权、税金优先权是为了保障国家司法活动和行政管理活动正常运转而设立的,其目的是维护社会公共利益。社会公共利益是社会全体成员的共同利益,包括社会经济秩序、安全程序、社会福利和细致的公共服务等。社会公共利益要求个人利益与社会公共利益相协调。国家税收是满足公共需要的最主要的手段,具有很强的公益性。因此,法律赋予国家税收这种公法上的债权优先权,作为维护社会公共利益所需要。《中华人民共和国破产法(试行)》第37条,《中华人民共和国海商法》第22条,以及《法国民法典》第2098条,均有税收优先权的规定。因此,优先权制度是国家维护社会公共利益的一种法律保障制度。

本文并不想陷于公益和私益孰高孰低的问题当中,这里对公益的强调并非认为公共利益绝对的高于私人利益,也不认为所有涉及国家利益的权利都应当较私权利优先得到保护。只是认为在一定的条件下可以赋予其较私人利益具有一定的优先性,因为国家于社会的存在是个人存在的基础,而且对公益的保护可以使其更有效的保障私人利益的实现;同时,和私人利益相比较这种公益的实现是由国家来完成的。而人们对于国家权力的行使又有法定性的要求,不能向私

[17] 王泽鉴:“捐税工资与抵押权”,载《民法学说与判例研究》,三民书局1984年版,第337页。

[18] 韩长印:“破产优先权的公共政策基础”,载《中国法学》2002年第3期。

[19] 周枬:《罗马法原论》,法律出版社1994年版,第395—398页。

人保障自己的债权那样进行约定,因此,对公益的保障需要在法律上规定更多的解决途径。

二、一些具体优先权制度的立法考虑

优先权制度,总的来说是基于一定社会政策的要求,为保护公共利益和国家利益,或者为实现社会实质正义而设立。规定优先权制度的一些国家为实现优先权制度的立法目标,对特殊债权采取破除债的平等原则,对债的当事人从一体对待转为区别对待的方式,给弱者以特别保护,建立了许多具体的优先权类型。这些具体的优先权制度的设立,一方面为实现社会实质正义等“根本性”的目标,另一方面又有一些具体的立法考虑。笔者认为,主要包括以下原因:

(一)基于“共有”观念而设立

耕地出租人优先权、种子出卖人优先权的设立,是因为没有耕地出租人和种子出卖人向债务人提供耕地和种子,债务人根本就不可能有收获,所以就收获物而言,在观念上可视耕地出租人或种子出卖人与债务人的“共有物”,对于共有物之分割,“共有人”自然优越于其他债权人。因此,就债务人利用债权人的耕地和种子所生产的收获物,耕地出租人和种子出卖人就其债权有优先受偿的权利。^[20]

借款人就所借资金购买的不动产可视为贷款人与借款人的“共有物”,所以贷款债权对该不动产应享有优先权。不动产工程人员(包括工程师、建筑师、承揽人等)对其所修建的不动产,可视为不动产工程人与债务人的“共有物”,因为没有不动产工程人员的劳动和资金的投入,此项不动产就不会存在,所以不动产工程人员就其债权对该不动产应享有优先权。^[21] 动产、不动产出卖人就所出卖的动产或不动产也应视为出卖人与买受人的“共有物”,所以就此物的价金,出卖人应优先于其他债权人而受清偿。

只有赋予耕地出租人、种子出售人、不动产资金贷与人和不动产工程人员以

[20] 中卫星、傅穹、李建华:《物权法》,吉林大学出版社1999年版,第415页。

[21] 也有人认为,这种“不动产承揽人优先权”主要是为保护建筑工人的工资债权。参见曾诗权:“对《合同法》第286条的定位”,载《法制日报》2000年10月22日。也有人认为该优先权是为了“保护工人工资、建筑业的发展和社会秩序权,并是一种类似留置权的权利”,参见汪治平:“关于建设工程价款优先受偿权问题的批复的理解”,载《人民司法》2002年6期。梁慧星教授也基本持这种意见。参见梁慧星:“《合同法》第286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24卷第3期。

另外,在法国,这种优先权只能设定于有关工程对不动产所赋予的增值部分。参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第502页。

优先受偿权,他们才会有信心从事此项事业,才会调动他们的积极性。所以,此种基于“共有”观念或“准共有”而成立的优先权,具有促进特种事业发展的功能,也就是说基于“共有”观念承认特定债权人的优先受偿权利,不仅体现了“公平”的理念,而且具有功利主义的理由。但于此场合,公平所能提供的理由比功利主义的理由更进一步。

(二)基于扩大的留置权观念而设立优先权制度

基于扩大的留置权观念而设立,且这些优先权采用“私力救济”更为经济,也符合人们的日常观念。例如,不动产出租人在当承租人不付租金时,可以对不动产承租人置于其所承租之不动产上的物品,扣押并行使优先权,优先于其他债权人受偿。类似的情形还有旅店主人对于客人所携带之行李或其它对象有优先权,运送人对于托运人因运输契约所发生之债权,就托运标的物享有优先权等情况。

笔者认为,上述几种情况,极其类似于留置权的规定,可以说是对留置制度的扩大运用而规定的优先权。“这些优先权不能由当事人约定,而是由法律直接规定的,因而它不同于由当事人约定的抵押权、质权,而类似于留置权。”^[22]也有学者称之为“特殊留置权”。^[23]

留置制度各国规定差异较大,法国法、德国法以及意大利民法中将留置视为债的同时履行抗辩效力,且无优先受偿效力。我国民法借鉴瑞士和日本民法的规定,将留置作为担保物权的一种,并规定了严格的适用范围。在英美法系中,有相当于大陆法上留置权之“lien”,包括普通法上之留置权、衡平法上之留置权以及海上留置权三种。普通法上之留置权,亦称占有之留置权,以物之占有为必要,不包含就物受清偿的权能之单纯的留置权。对于动产出卖人之留置权,承揽契约上承揽人之留置权,代理人之留置权,旅店主人之留置权,运送人之留置权等,均属占有之留置权。这类留置权十分类似与大陆法系中规定的动产/不动产优先权。衡平法上之留置权,不以物之占有为必要,对于知道留置权的存在而取得留置物之人,均可主张留置权,故留置权乃系为衡平的利益而获得物权的效力。海上留置权,即海事优先权。

[22] 参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第513页。

[23] 参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社1996年版,第389—390页;董开军:《债权担保》,黑龙江人民出版社1995年版,第197—198页。

民法所以设立留置权制度,乃基于公平之原则。因为债权人既占有债务人之物,对债务人之债权又与该物有牵连关系存在,则于债权未受清偿前,若须先返还占有物,则使债权难于甚至无从获得清偿,实非公平之道。^[24]故法律乃给予债权人,于债权未受清偿前,可以留置其物的权利,以间接迫使债务人清偿债务。倘债务人仍不履行,则可就留置物折价、变价、拍卖并优先受偿,以使其债权获得满足,如此方能维持其公平,不致于一方履行债务而置他方之债务于不顾。可见,留置权具有极强的实现公平之权能,为民法公平原则之一具体表现。优先权在这一点上,与留置权有很多相似之处。

这些类型的优先权具有很强的私力救济性,这也与留置权很类似。民事救济分为私立救济和公力救济两类。^[25]私力救济与公力救济为一对应的范畴。私力救济即自力救济,指权利人自己采取措施保护自己权利的行为,而公力救济为权利人的权利受到侵害或有被侵害之虞时,权利人行使诉权,诉请法院保护自己的权利。这些类型的优先权基本都是以占有标的物为要件的。占有,在民法上往往赋予了特殊的效力,如权利推定性、返还请求权等,尤其值得注意的是,占有人为保护自己利益,通常可以采取自力救济的方式(或者说,私力救济的方式)。依各国或地区立法例,占有人的自力救济权主要包括自力防御权和自力取回权。自力防御权指占有人对于侵夺或妨害其占有的行为,得以己力进行防御的权利。自力取回权指占有人在其占有完全被侵夺或妨害后,可以己力回复原有状态的权利,即占有人可取回其物。^[26]

当不动产出租人、货物运送人以及旅店经营人在债务人不履行义务时,可以扣留债务人的动产,并以此行使优先权。^[27]优先权人的这种做法,无疑有很强的私力救济性,在给付请求遭到拒绝时,该救济权内容遂迅速发动。这些特点与留置权的自力救济性几乎完全一致,都是一种对与债权有牵连关系之物的继续占有,蕴含着强烈的私力救济精神。

当然,值得一提的是,优先权和留置权的最终实现,要通过对留置物的变价和受偿,而这一系列活动可能会有法院等公力的介入;且当优先权和留置权本身受到侵害时,亦会有国家公力的介入,故不能说留置权和优先权本身即为私力救

[24] 郑玉波:《民法物权》,中国政法大学出版社2000年版,第342页。

[25] 参见杨振山、龙卫球:“民事救济制度简论”,载《法学研究》1993年第3期。

[26] 张俊浩:《民法学原理》(三版),中国政法大学出版社2000年版,第530页。

[27] 参见《法国民法典》和《日本民法典》的有关规定。

济权。^[28]

优先权和留置权都具有很强的法定性。优先权具有法定性可以从多方面来理解,包括法律为弱者提供“特权”(Privileges),保障优先权人的利益;对优先权人进行一定限制,以平衡优先权人与债务人优先权人与其他债权人之间的关系考虑等。留置权也具有法定性,不能由当事人自行约定,只能由法律规定而产生。^[29]

笔者认为优先权和留置权制度具有法定性还可从其具有私力救济性方面理解。所谓“有权利即有救济,民事权利必然包含着法律救济力,这是民法的常则,也揭示了民事权利的完整结构。”^[30]在民事权利的救济方式中,公力救济是保护民事权利的主要手段,现代社会之法治文明,在很大程度上体现为以公力救济取代私力救济,即使公力救济不能取代私力救济,法律也会为私力救济设立种种限制,以使其在良性的轨道上运作,这种限制包括对救济之权利范围、救济的方式、救济的强度等方面。此处所指的法定性,即法律对具有私力救济性的留置权适用范围的限制,换言之,在何种情形下运用这些权利以及怎样运用概由法律作出规定。

也有学者认为上述类型的优先权是基于明示或默示设定“质权”的观念而设立的。^[31]但笔者认为,尽管质权与留置权在很多地方有相似之处,如,留置权与质权都是动产担保物权,在债权得不到清偿时都可直接就标的物受偿等。但是,民法上质权制度与留置权制度仍有较大的不同,两者不能混淆。

留置权与质权有以下的区别:^[32]

1. 质权是由质权人与出质人间之质权合同(特殊情况下也可基于单方行为,如遗嘱)设立的,而留置权则是在符合一定条件时,依法律规定当然成立的。自法国民法典以来的现代民法规定的优先权,均是“法定型”优先权,不存在“约定型”优先权。

[28] 孙鹏、肖厚国:《担保法律制度研究》,法律出版社1998年版,第266页。

[29] 郭明瑞主编:《民法学》,北京大学出版社2001年版,第278页。

[30] 前引[25],杨振山、龙卫球文。

[31] 很多学者持这一观点,参见张俊浩:《民法学原理》(三版),中国政法大学出版社2000年版,第512页;中卫星、傅穹、李建华:《物权法》,吉林大学出版社1999年版,第415页;金世鼎:“民法上优先受偿权之研究”,载:《现代民法基本问题》,台湾汉林出版社1981年版;蒋人文:“论优先权”,载《广西师范大学学报》(哲社版)1999年第2期。

[32] 前引[28],孙鹏、肖厚国书。

质权可由两者合意产生,留置权只能由法律规定产生。对于由合意产生的权利,当事人对自身以及对方的权利义务都有清醒的认识,对于权利实现不能的风险也有预测的可能,当事人基于这些认识,“主动的”设定权利与义务。而留置权是依照法律规定产生的,是当事人“被动的”获得的权利。“主动型”的担保物权即可为保全债权而设,有可作为融资手段。“被动型”的担保权主要价值在于保全权利。^[33]“主动型”的担保权和“被动型”的担保权反应了不同的法律价值取向。对于优先权而言,其主要价值无疑在于保障优先权人的权利实现,而不是让优先权人拿法律赋予的“特权”去进行交易谋利。所以从这一点上来看,优先权更类似于留置权而不是质权。

2. 质权在质权人丧失对物的占有时,并不即时消灭,只有在质物不能请求返还时,才归于消灭。故质物被侵夺时,质权人可根据质权请求返还,返还后其质权仍继续存在,并非成立新的质权。^[34]而留置权因占有的丧失而消灭,故留置物被侵夺时,只能依占有的规定提出占有返还之诉,而不能根据留置权请求返还,在依占有之诉恢复占有时,可成立新的留置权。在这里,特别优先权与留置权类似,因标的物占有的丧失而不存在。

3. 质权人在债权已届清偿期而未受清偿时,就可以当然行使质权;而留置权在债权已届清偿期而未受清偿时,还必须具备法律规定的条件(主要指留置物之变价及留置权所担保债权之优先受偿尚需经过一定的催告期限),才可以行使。

笔者认为,对于上述几种优先权,尽管债权人因债务人不履行债务获得优先权,也不应当直接处理标的物,应当经过一个催告期间,再行使优先受偿权为宜。

通过法国和日本民法以及我国台湾地区民法对于这些类型优先权的规定来看,均十分类似与民法留置权的一些种类,均为法律规定而产生的“法定型”权利,如果解释为默示的质权而不是留置权,笔者认为确实有些舍近求远,抛弃了更相类似的比较。

而且,也从未见任何学者除了在论述优先权性质之外的任何地方提及过“默示的质权”,用一个其他任何地方都没出现过的概念来解释另一个概念,有循环解释之嫌。

[33] 参见本文“优先权的附随性”部分内容。

[34] 前引[24],郑玉波书,第345页。

也有学者认为法律设置这些优先权类型是为了“有利于促进此种事业的发展”。^[35]换言之,是为了发展运输业、旅店业等。笔者认为,这种看法殊为不妥。

优先权制度在客观上确实有“保护”或“促进”相关事业发展的作用,但是,笔者认为这并不是设立优先权制度的主要目的。从根本上来讲,民法在本质上是“自由的财产流转法”,在于由经济活动的当事人根据市场供求关系和价格信号,自由自主地开展活动,以此达到资源的合理配置,这是由市场经济和商品经济内在的平等和自由竞争要求决定的。^[36]另外,优先权制度在性格上具有“被动性”,其设立的立足点在于保全特定债权,而不在于鼓励、促进或发展某项事业。如果要促进或发展某项产业,经济法的一些手段,比如“中小企业促进”、“财政转移支付”等,或者民法上的那些能够成为融资工具的权利制度,如抵押、质押等作用更大一些吧。

(三)基于保护债务人的需要,维护社会善良风俗而设立优先权制度

优先权和一般担保物权都有保障债权人利益的作用。除此之外,优先权还具有维护债务人利益的特殊作用。

如债务人及其所抚养家属的生活必须费用要优先保留,使债务人及其家属能够及时得到治疗或获得生活必需品,来满足医疗和生活需要。丧葬费用优先权设立的目的是为了使债务人能够及时筹集资金,迅速安葬死者。

同时,法律设立丧葬费用优先权,也有利于维护社会的善良风俗。罗马法中对丧葬费用优先权的设立,就是为了使债务人能够及时筹款迅速安葬,其中寄含着人们对基本的人格尊重,是道德要求在法律上的诉求。^[37]可以说,丧葬费用优先权的设立是出以人道主义考虑,是活着的人对死去的人的一种“终极关怀”。^[38]我们常说,法治优于人治在于法治不受人的感情影响,不受私欲的限制和破坏。这只是说法律的适用是普遍的、统一的,不受个人感情的影响,但决不意味着法律本身是无感情的、冷冰冰之物,法律应该成为推行自由、平等、美德、尊严等美好品德的工具,应该是倾注了人类美好愿望和企盼的。^[39]“法是善和正义的艺术”,法律应该在促进人性解放和人的发展方面做出其特有的贡献。

[35] 前引[20],金世鼎文;[日]林良平:《注释民法》(八),有斐阁1980年版,第90—91页。

[36] 潘静成、刘文华:《经济法》,中国人民大学出版社1999年版,第87页。

[37] 参见王晶:“论税收优先权”,资料来自“中国民商法律网”(http://www.civillaw.com.cn/)。

[38] 参见蔡福华:《民事优先权新论》,人民法院出版社2002年版,第233页。

[39] 前引[22],申卫星、傅穹、李建华书,第417页。