

内 容 摘 要

为解决建设工程拖欠款问题，保护建筑企业合法权益，我国《合同法》第286条规定建设工程承包人享有优先受偿权。但是，由于《合同法》第286条的规定过于原则，造成法学理论在如何适用该优先受偿权的问题上充满争议，进而严重影响司法实践中该权利效用的发挥，即使最高院批复的出台可以解决其争议的部分问题。本文试主要从比较法的角度，结合我国目前正在制定的物权法，对建设工程承包人优先受偿权的性质作出界定，并从该权利性质的界定出发，采体系解释方法，对有关该权利成立、行使和实现等方面的争议问题作一初步探讨，同时对最高院的批复作出相应评价。

本文共分四章。第一章概括优先受偿权性质争议的主要观点，参照各国立法就优先受偿权性质的两种立法例，将优先受偿权界定为法定抵押权纳入我国现行民法担保物权体系所规定的抵押权制度。第二章分析优先受偿权作为法定抵押权的成立方式和登记问题，强调优先受偿权的成立必须登记，建议采预告登记制度。第三章讨论优先受偿权作为法定抵押权效力的主要方面，结合相关争议问题，对其权利主体范围、担保的债权范围、所及的标的物范围和优先顺序进行阐述。第四章明确优先受偿权作为法定抵押权的实现条件，对优先受偿权的实现作相应程序设计。

关键词：优先受偿权 体系解释 法定抵押权 登记

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

序 言	1
第一章 建设工程承包人优先受偿权的性质	4
一、性质争议的主要观点	4
(一) 留置权说	4
(二) 法定抵押权说	4
(三) 优先权说	5
二、性质争议的评析	6
三、性质争议的界定	9
第二章 建设工程承包人优先受偿权的成立	13
一、优先受偿权的成立方式	13
二、优先受偿权的登记	14
(一) 物权公示原则	14
(二) 优先受偿权的登记成立	15
(三) 优先受偿权的预告登记	17
第三章 建设工程承包人优先受偿权的效力	20
一、优先受偿权的权利主体范围	20
(一) 勘察、设计承包人和分承包人	20
(二) 新建承包人和修缮承包人	22
二、优先受偿权担保的债权范围	22
(一) 垫资债权	23
(二) 损害赔偿债权	24
三、优先受偿权所及的标的物范围	26
(一) 建筑用地土地使用权	26
(二) “不宜拍卖、折价”的建设工程	27
四、优先受偿权的顺序	27

(一) 优先受偿权与约定抵押权·····	28
(二) 优先受偿权与预购商品房请求权·····	31
第四章 建设工程承包人优先受偿权的实现·····	33
一、优先受偿权实现的条件·····	33
(一) 发包人未按照约定支付价款·····	33
(二) 经承包人合理期限催告而发包人仍未付款·····	34
(三) 在建设工程竣工之日或合同约定竣工之日起六个月内行使·····	34
二、优先受偿权实现的程序·····	35
结束语·····	40
主要参考文献·····	41

厦门大学博硕士论文查重系统

序 言

建设工程拖欠款问题是一个历史问题，又是一个现实问题。近年来，随着我国固定资产投资步伐的明显加快，拖欠工程款的现象日益突出，工程拖欠款总额几乎呈几何级数攀升。据不完全统计，1992年底，全国拖欠工程款为200亿，1993年达到308亿，1995年超过600亿，1997年竟达3566亿元。^①为依法治理建筑行业，保护建设企业合法权益，1999年3月颁布的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第286条规定，“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿”，即建设工程承包人就建设工程价款对建设工程享有优先受偿权（以下简称建设工程承包人优先受偿权）。

《合同法》第286条关于建设工程承包人优先受偿权的规定，强化了对建设工程承包人的特殊保护，为长期以来难以解决的建设工程拖欠款问题提供了法律依据，给建筑行业的健康发展带来了希望。但是，由于该条规定过于原则，自《合同法》生效以来，引起了法学理论就其在我国民法担保物权体系适用问题的广泛争议，争议的问题主要集中在建设工程承包人优先受偿权的性质、成立、行使和实现等四个方面，其中，又以第一方面即权利性质的争议最为激烈。法学理论的争议进而造成了司法实践的困惑，法院在对此类案件进行审理时往往无所适从，结果各异，建设工程承包人的合法权益并没有因该条规定得到有效保护。于是，有建筑业人士惊呼，《合同法》第286条的规定对建筑业无异于“画饼充饥”。^②

为了解决司法实践对建设工程承包人优先受偿权适用的极大困惑，2002年6月11日最高人民法院审判委员会第1225次会议通过《最高人民法院关于

① 张国香、孙贤程：《工程款拖欠引发法律思考》，《人民法院报》2001年8月20日第B1版。

② 肖黎明、任建：《合同法第286条：‘画饼’容易‘充饥’难》，《检察日报》2000年10月5日第5版。

建设工程价款优先受偿权问题的批复》(以下简称最高院批复),该批复的主文为,“一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中,应当依照《中华人民共和国合同法》第286条的规定,认定建设工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。三、建设工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,不包括因发包人违约所造成的损失。四、建设工程承包人行使优先权的期限为六个月,自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。五、本批复第一条至第三条自公布之日起施行,第四条自公布之日起六个月后施行。”

最高院批复的出台,尤其是对其清偿顺序的认定,大大提高了司法实践中建设工程承包人优先受偿权的可操作性。但是,应该看到的是,最高院的批复只是解决了有关该权利成立、行使和实现争议的部分问题,而对其性质的争议没有作出任何明确界定。最高人民法院研究室的有关同志在谈到该问题时认为,“最高人民法院的批复并不侧重于解决理论上的争议,而是根据立法机关的立法意图探求法律规范的真实含义”。^①

本文认为,自18世纪以来,西欧大陆国家开始尊奉国家主义的民法渊源理论,坚持行为规范与裁判规范相统一的民法功能观,崇尚以演绎逻辑为基础的民法体系化方法论。^②由此,任何一项民法规范所规定的具体权利,都根据其性质被包含在一定的民法体系之中,以完整的体系化的民法制度作为支撑。反过来,这种民法体系化的制度设计决定了,体系解释方法成为传统民法解释学所常用之方法。所谓体系解释方法,即指以法律条文在法律体系中的地位,即依其编、章、条、款、项之前后关联位置,或相关法条之法意,阐明其规范意旨。其主要功能有二:第一,以法律条文在法律体系上之关联,探求其规范意义。具有疑义之法律条文,在法律体系上的地位及前后条文之关联位置,可

^① 孙贤程、朱树英:《细说工程款优先受偿权—最高人民法院研究室有关人士谈第286条司法解释》,《建筑时报》2002年7月5日第4版。

^② 张俊浩主编:《民法学原理》(法学本科教材),中国政法大学出版社1997年修订版,第8-9页。

资阐明法律之规范意旨；第二，采体系解释方法，以维护法律体系及概念用语之统一性。运用体系解释，可以使法条与法条之间，以及法条各款之间，相互补充其意义，组成完整的法律规定。换言之，单就各个法条观之，其规定或不完整，或彼此矛盾，而存在所谓‘不完全性’或‘体系违反’的情况，而通过体系解释方法，均不难消除矛盾，使之完整顺畅而无冲突，以维护法律体系之统一性。^①。

因此，对建设工程承包人优先受偿权性质争议的界定，其意义非仅限于“解决理论上的争议”，而是关系到如何将该权利体系化入我国民法担保物权体系，并运用民法担保物权体系的相关规范完整解决该权利其他方面争议的重要问题。换句话说，只有首先在我国民法担保物权体系中对建设工程承包人优先受偿权的性质争议作出界定，才能进一步完整地解决该权利成立、行使和实现等方面的争议，并使其他方面争议的解决同样符合民法担保物权体系统一性之要求。本文认为，这也应该是法学理论对该权利性质的争议最为激烈原因之所在。以下，本文试主要从比较法的角度，结合我国目前正在制定的物权法，对建设工程承包人优先受偿权的性质作出界定，并从该权利性质的界定出发，采体系解释方法，对有关该权利成立、行使和实现等方面的争议问题作一初步探讨，对最高院的批复作出相应评价。

^① 梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第217-218页。

第一章 建设工程承包人优先受偿权的性质

一、性质争议的主要观点

法学理论上对建设工程承包人优先受偿权性质的争议主要有三种观点：一是留置权说；二是法定抵押权说；三是优先权说。

（一）留置权说

所谓留置权，根据《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）和《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）的规定，是指债权人按照合同约定占有债务人的动产，为债务人从事保管、运输、加工承揽等行为，在债务人不按照合同约定支付价款并超过合理期限时，债权人有权留置该财产，以该留置财产折价或就其拍卖、变卖价款优先受偿。江平教授认为，《担保法》将留置财产的范围限于动产，债权人不能对诸如房屋等不动产行使留置权，这无疑不利于保护债权人的利益，尤其不利于保护建设工程合同中承包人的利益。为了解决这一问题，《合同法》286条规定的建设工程承包人优先受偿权扩大了留置财产的范围，建设工程的债权人对不动产同样可以行使留置权。其依据主要是：第一，建设工程合同在性质上属于承揽合同，应适用承揽合同的规则，因此建设工程承包人优先受偿权应是对建设工程的留置权。另外，《担保法》第84条第2款也规定，“法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定”，而《合同法》第286条正是赋予建设工程承包人享有留置权。第二，《合同法》第286条规定的建设工程承包人优先受偿权的实现程序与《担保法》中留置权实现程序的规定基本一致，即在合理催告后，债务人仍拒绝履行的，债权人（建设工程承包人）可以与债务人协议以留置物（建设工程）折价，也可以依法拍卖、变卖留置物而不必经过诉讼程序。^①

（二）法定抵押权说

所谓法定抵押权，是指当事人依据法律的规定而直接取得的抵押权。一般

^① 江平主编：《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。

来说,抵押都是当事人双方通过订立抵押合同而取得的,但是在特殊情况下,法律为保障债权人的利益可以设定法定抵押权。^①由于法定抵押权只适用于例外情况,民法理论通说认为,法定抵押权在我国尚属空白。^②梁慧星教授认为,《合同法》第 286 条规定的建设工程承包人优先受偿权恰恰是按照法定抵押权来设计的,其特别强调,《合同法》第 286 条,从设计、起草、讨论、审议直至正式通过,始终是指法定抵押权。例如,由 12 个单位学者起草的《合同法建议草案》第 306 条规定:“建设工程完工后,发包人未按合同约定支付建设费用和报酬的,承包人对建设工程有法定抵押权。”由全国人大法制工作委员会提出的《合同法试拟稿》也在第 177 条规定:“承建人对其所完成的建设工程享有抵押权。”此后,合同法草案修改的几次讨论,参加立法的各个方面专家学者对该权利的实质就是法定抵押权均无异议。只是在最后的修改中,考虑到法律条文仅规定建设工程承包人享有法定抵押权,而该法定抵押权的内容、效力如何实现仍有待于修改《担保法》或出台法律解释,不如直接规定其内容、效力和实现方式,更有利于法律适用,才出现未直接规定该权利就是法定抵押权的情况。^③

(三) 优先权说

所谓优先权,是指特种债权人基于法律直接规定而对债务人的全部财产或特定财产享有的就其债权优先受偿的权利。^④优先权制度渊源于罗马法,其最初的立法目的在于保护弱者,满足事实需要和维护公平正义。^⑤我国现行民法担保物权体系并未设立独立的优先权制度,仅在特别法中零星有个别具体的优先权规定,如《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)第 22 条规定

① 张国炎:《论建筑承揽商法定抵押权》,《社会科学》1998 年第 7 期,第 35 页。

② 王利明教授认为,法定抵押权在我国现行民法已经得到承认。我国《担保法》第 36 条规定:“以依法取得的国有土地上的房屋抵押的,应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。以出让方式取得的国有土地使用权抵押的,应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,其占用范围内的土地使用权同时抵押。”这种伴随成立的以土地使用权为客体的抵押权或者以地上房屋为标志的抵押权,完全是基于法律的直接规定,不依当事人双方的意志为转移,因而属于法定抵押权。(王利明著:《物权法论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 692 页)该理解目前在我国民法学界争议较大。

③ 梁慧星:《合同法第 286 条权利性质及其使用》,《中国律师》2001 年第 10 期,第 44—45 页。

④ 崔建远:《我国物权法应选取的结构原则》,《法制与社会发展》1995 年第 3 期,第 28 页。

⑤ 金世鼎:《民法上优先受偿权之研究》,载于刁荣华主编:《现代民法基本问题》,台湾汉林出版社 1981 年版,第 144 页。

的船舶优先权和《中华人民共和国民用航空法》(以下简称《民用航空法》)第19条规定的民用航空器优先权等。赞同优先权说的学者认为,《合同法》第286条的规定,从表面上看,保护的是建设企业即建设工程承包人的利益,但在深层意义上,更是为了保护建筑企业工人的利益,因为建设工程拖欠款中有相当一部分是建筑企业工人的工资。而建筑企业工人作为劳动者属于社会的弱者,对他们利益的保护,有助于满足其生存和维护社会稳定的事实需要。^①同时,与《海商法》所规定船舶优先权中救助人对救助费用优先受偿相似,建设工程承包人优先受偿的基础是以建设工程的存在为前提的,而其他债权人的债权请求权仍然以承包人建设的工程的存在为基础,赋予承包人优先受偿权可以维护社会的公平正义。^②显然,所有这些都符合优先权保护弱者,满足事实需要和维护公平正义的立法目的。更有学者从《合同法》第286条规定的建设工程承包人优先受偿权应界定为优先权出发,认为我国近年来特别法中具体的优先权规定呈现出蓬勃发展的势头,因此有必要在未来民法担保物权体系中确立独立的优先权制度。^③

二、性质争议的评析

目前,第一种观点即认为建设工程承包人优先受偿权属于不动产留置权的观点,已遭一致否定,其主要理由是:第一,传统物权法理论认为留置权仅仅适用于动产,我国《民法通则》和《担保法》都明确了这一点,而建设工程承包人优先受偿权的标的物却是不动产;第二,留置权以债权人对标的物的占有为成立要件和存续要件,债权人丧失对标的物的占有,留置权即归于消灭。^④即使在承认不动产留置权的日本,亦是如此。^⑤而从《合同法》第286条的规定来看,承包人在交付建设工程后,虽已不占有标的物,但仍享有该优先受偿权。

① 王瑛:《工程款的优先受偿是一种法定优先权——对合同法第286条的理解》,《人民法院报》2001年8月6日第B2版。

② 王红亮著:《承揽合同·建设工程合同》(合同法原理与适用丛书),中国法制出版社2000年版,第187-188页。

③ 王全第、丁洁:《物权法应确立优先权制度——围绕合同法第286条之争议》,《法学》2001年第4期,第54-55页。

④ 张学文:《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》,《法商研究》2000年第3期,第101页。

⑤ 近江幸治著:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社2000年版,第29页。

本文亦赞成这种看法，基于上述理由，建设工程承包人优先受偿权的性质不应界定为不动产留置权。

对于另外两种观点，即法定抵押权说和优先权说，双方各执一词。否定建设工程承包人优先受偿权为优先权的一方认为，我国现行民法担保物权体系并未设立独立的优先权制度，对该优先受偿权属于优先权的界定，必然与我国现行民法担保物权体系相悖，从而该优先受偿权应是一种法定抵押权，因为其完全符合我国现行民法担保物权体系中抵押权制度的主要特征，其与一般抵押权的区别仅仅在于它的成立原因为法律的直接规定。否定建设工程承包人优先受偿权为法定抵押权的一方则认为，我国现行民法担保物权体系同样无法定抵押权的规定或类似规定。何况，承包人依据法律直接对建设工程有法定抵押权的规定，对我国现行民法担保物权体系的不动产抵押登记制度更是一种否定，从而主张该优先受偿权是一种优先权。^①

本文认为，上述双方均以我国现行民法担保物权体系未规定独立的法定抵押权制度或优先权制度作为否定对方的理由，似有“搬起石头砸自己脚”之嫌，因为我国现行民法担保物权体系确实对两者均未有相应规定。但是，我国现行民法担保物权体系规定有独立的抵押权制度，同时，我国目前正在制定的物权法也有在担保物权体系中设立独立优先权制度的可能。“他山之石，可以攻玉”。对于建设工程承包人优先受偿权，各国法律多有规定。就其性质而言，从比较法的角度看，法定抵押权和优先权均有立法例可循。

德国、瑞士和我国台湾地区民法将建设工程承包人的优先受偿权规定为法定抵押权。《德国民法典》第 648 条规定：“建设工程或建筑工程一部分的承揽人，以其因合同产生的债权，可以要求定作人让与建筑用地的担保抵押权。工作尚未完成的，承揽人可以为了其已提供的劳动的相应部分的报酬以及未包括在报酬之内的垫款，要求让与担保抵押权。”所谓担保抵押权，指的是抵押权的内容按照其所担保的债权的内容决定的抵押。在一般抵押的转移中，抵押权的附随性原则常常会被异议抗辩破坏，债权人的利益得不到强力保障。为此德

^① 王全第、丁洁，前引文，第 52 页。

国民法建立了担保抵押权制度，担保抵押权属于法定抵押权。^①《瑞士民法典》第 837 条规定：“为在土地上的建筑或其他工程提供材料及劳务或单纯提供劳务的职工或承包人，对该土地的债权，享有法定抵押权。”我国台湾地区民法第 513 条于 1999 年修订前规定：“承揽人之工作为建筑物或其他土地上之工作物，或为此等工作物之重大修缮者，承揽人就承揽所生之债权，对于其工作所附之不动产有抵押权。”

法国和日本民法则将建设工程承包人的优先受偿权规定为优先权（日本民法称为先取特权）。《法国民法典》第 2103 条规定：“建筑师、承包人、泥瓦工以及其他为建筑、重建、修缮建筑物、水渠或其它工程的工人，如经建筑物所在地民事法院依职权指定的鉴定人查看所有人声称具有图纸的施工现场情况，并在工程开始以前作成记录，并在工程完工后至迟在六个月内由同样依职权任命的鉴定人验收时，对不动产有优先权；但优先权的总额不得超过第二次记录确定的价值，并限于转让不动产时及由于所进行的工程而增加的价值。”《日本民法典》第 325 条规定：“有因下列各项原因产生的债权人，于债务人的特定不动产上有先取特权：1、不动产的保存；2、不动产的工事；3、不动产的买卖。”第 327 条规定：“不动产工事的先取特权，就工匠、工程师及承揽人对债务人不动产所进行的工事的费用，存在于该不动产上。前款先取特权，以不动产因工事而产生的增价现存情形为限，只就该增价额存在。”

从上述国家或地区对建设工程承包人优先受偿权的立法看，有的规定为法定抵押权，而有的规定为优先权。本文认为，其区别仅仅在于不同国家或地区设计民法担保物权体系的不同。主张民法担保物权体系包括独立优先权制度的国家，如法国、日本等，均将承包人的优先受偿权规定为优先权；而主张民法担保物权体系不包括独立优先权制度而仅有独立抵押权制度的国家或地区如德国、瑞士和我国台湾地区等，则均将建设工程承包人的优先受偿权规定为法定抵押权。这样，我国建设工程承包人优先受偿权的性质争议，就可以简化成我国目前正在制定的物权法，其担保物权体系应否设立独立的优先权制度的问

^① 孙宪忠著：《德国当代物权法》，法律出版社 1997 年版，第 292 页。

题。如果我国物权法担保物权体系应设立独立的优先权制度，建设工程承包人优先受偿权必然为优先权，反之，则应作为法定抵押权纳入我国现行民法物权担保体系所规定的抵押权制度。

三、性质争议的界定

对于我国目前正在制定的物权法是否应在担保物权体系中设立独立的优先权制度，学者之间亦有争议。在梁慧星教授主编的《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由与参考立法例》中，我国物权法担保物权体系不包括优先权，且在“抵押权”一章中未明确法定抵押权和约定抵押权之分。但该章第一节“一般规定”的最后一条即第 338 条规定：“本章关于抵押权的规定，适用于其他法律所规定的抵押权。但其他法律所规定的抵押权不同于本章规定的，从其规定。”值得注意的是，该建议稿的说明认为，“所谓其他法律所规定的抵押权，例如海商法所规定的船舶抵押权，民用航空法所规定的民用航空器抵押权”，^①实际上是将《海商法》第 22 条规定的船舶优先权和《民用航空法》第 19 条规定的民用航空器优先权认定为特别法上的抵押权。显然，按照梁慧星教授的理解，《合同法》第 286 条建设工程承包人优先受偿权同样应属于特别法上的抵押权。

王利明教授主持的《中国物权法草案建议稿》则认为我国物权法担保物权体系中应设有独立的优先权制度，并将建设工程承包人优先受偿权规定为建筑物承包人的优先权（第 543 条），属于特定不动产优先权。^②其立法理由是承包人的价款债权是因不动产的建设直接发生的，所以应允许其优先从该不动产的价值中受偿。有意思的是，王利明教授在此之前的一篇论文中，却很明确将建设工程承包人优先受偿权解释为法定抵押权。^③这也证明，建设工程承包人优先受偿权作为法定抵押权或优先权的区别仅仅在于其体系化即担保物权体系设置的不同，而非两者有着本质的区别。

本文认为，在决定我国物权法担保物权体系应否设立独立优先权制度之

① 梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿全文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 68、670 页。

② 王利明主编：《中国物权法草案建议稿及其说明》，中国法制出版社 2001 年版，第 138 页。

③ 王利明：《抵押权若干问题的探讨》，载于王利明著：《民商法研究》（修订版）第 1 辑，法制出版社 2001 版，第 442 页。

前,有必要先就优先权制度的渊源和各国民法担保物权体系对其继受情形进行分析。如上所述,优先权制度由罗马法所创制,其立法理由在于保护弱者,满足事实需要或维护公平正义。作为罗马法上“不依时间评价而依原因评价”的特权,享有此种权利的债权人在债务人的财产不足以清偿其债务时,有优先于其他债权人受偿的权利。有优先权担保的特定债权,按照罗马法的规定,包括丧葬费用返还请求权、妻子嫁资返还请求权,被监护人或被保佐人对监护人或保佐人损害赔偿请求权,建筑资金贷与人对借用人借款偿还请求权,银行存款人对银行存款偿还请求权,国库对纳税义务人税捐请求权等。^①同时,罗马法上的优先权有从属性,随着债权的转移而转移,债权受让人或继承人都有优先权。因此,罗马法有将优先权作为一般担保物权加以认识的看法。^②

优先权自在罗马法确立以来,各国民法对其继受情形各不相同。法国和日本民法继受罗马法,将优先权(先取特权)确认为一项独立的担保物权制度。其中,就债务人不特定的总财产上存在的为一般优先权,而就债务人特定财产上存在的为特别优先权,特别优先权因客体的不同又可分为动产优先权和不动产优先权。根据法国和日本民法的规定,一般优先权通常有司法费用优先权、税金优先权、工资和劳动报酬优先权、丧葬费用优先权、医疗费用优先权和债务人及其家属日用品供给优先权等^③。动产优先权根据其设定原因的不同分为三类:第一、基于明示或默示产生的质权而创设的优先权,主要指不动产出租人优先权、旅店主人优先权和承运人优先权;第二、基于因债权人加入债务人财务而增值而创设的优先权,主要指动产出卖人优先权和种籽、肥料提供人优先权;第三、基于保存费用而创设的优先权,主要指动产保存优先权。^④不动产优先权主要包括不动产修建人优先权、不动产资金贷与人优先权和不动产出卖人优先权等。

① Roger A. Cunningham William B. Stoebeck Dale A. Whitman, *The Law of Property*, West Publishing Co., 1984, pp369-370.

② 刘家祥:《论承揽人之抵押权》,台湾《法学丛刊》2001年第184期,第83页。

③ 申卫星:《我国优先权制度立法研究》,《法学评论》1997年第6期,第60页。

④ 尹田著:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第459-472页。

德国、瑞士和我国台湾地区民法则认为优先权不是一项独立的担保物权制度，而仅仅是特种债权所特有的一种特殊效力即优先受偿效力。因此，纷纷尝试将该制度加以整理，使其融入相应担保物权体系。德国民法担保物权体系首先没有采纳在债务人不特定总财产上成立的一般优先权，同时废除不动产优先权，而仅仅承认动产优先权，以法定质权方式分散规定在民法债编。^①例如，德国民法典第 559 条、592 条规定的出租人质权，第 647 条规定的承揽人质权，第 704 条规定的旅店主质权等。其后的瑞士和我国台湾地区民法担保物权体系对一般优先权同样不予采纳，而就动产优先权和不动产优先权则分别以留置权和抵押权方式分散规定在民法债编（瑞士为单独债法）和物编。例如，台湾地区民法第 445 条和瑞士债法第 272 条规定的不动产出租人留置权，台湾地区民法第 612 条和瑞士债法第 491 条规定的主人留置权，台湾地区民法第 647 条和瑞士债法第 451 条规定的运送人留置权，台湾地区民法第 513 条和瑞士民法第 837 条规定的承揽人抵押权等。

通过以上对优先权制度渊源和各国民法担保物权体系对其继受情形的分析，结合我国现行担保物权体系安排，本文认为，我国目前正在制定的物权法，其担保物权体系没有必要采取法国和日本民法例设立独立的优先权制度，而应采德国、瑞士和我国台湾地区民法例。对于一般优先权，由于其所涉及的司法费用、税收、工资、扶养费用和生活费用等特种债权，往往体现的是一种公法关系、劳动法关系和家庭法关系，同一般民法债权关系有所区别，因此，不宜将其纳入民法担保物权体系来规定，而应以特别法形式分散规定于公法、劳动法和家庭法。例如，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 204 条和《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破产法》）第 34、37 条，通过破产债权清偿顺位的规定，使破产费用、职工工资和劳动保险费用、税款优先于破产债权而受清偿。对于动产优先权，将其加以整理分别纳入我国现行民法担保物权体系所规定的质权和留置权制度。其实，法国和日本民法中动产优先权设定原因的分类即是如此，第一类为质权，第二类和第三类则主要

^① 谢在全：《承揽人抵押权之研究》，台湾《月旦法学》2001 年第 69 期，第 122 页

为留置权^①。只是由于在法国民法担保物权体系，质权虽与优先权和抵押权并列规定在第三编财产取得方法，但根据该法第 2094 条“优先受偿之合法原因是指优先权和抵押权”的规定，质权应仅仅为优先权创设的一种方式而已。至于留置权则更非一项独立的担保物权，而只是与双务契约同时履行抗辩权相同性质。^②同样，在日本民法担保物权体系，虽然有质权和留置权的完整规定，但其留置权的效力只限于留置权能，留置权人并不能优先受偿。^③所以这些都决定法国和日本担保物权体系需要动产优先权制度的补充。相反，我国现行民法担保物权体系，质权和留置权均相互独立，且优先受偿效力完整，无任何必要由动产优先权制度进行补充。对于不动产优先权，不动产修建人优先权可以纳入我国现行民法担保物权所规定的抵押权制度，不动产资金贷与人与不动产出卖人优先权则可以为实务中新出现的让与担保、所有权保留等非典型担保物权制度所取代。

我国目前正在制定的物权法，其担保物权体系没有必要设立独立的优先权制度，这也为立法实践所证明。在 2003 年 1 月出台的《中华人民共和国民法（草案）》（以下简称《民法（草案）》）中，主张我国未来民法担保物权体系设立独立优先权制度的意见遭到了否决，该草案第 2 编物权法第 235 条第 2 款规定，“本法规定的担保方式为抵押、质押、留置和让与担保”。既然我国未来民法担保物权没有必要设立独立的优先权制度，如上所述，本文认为，我国建设工程承包人优先受偿权应规定为法定抵押权体系化入我国现行民法担保物权体系所规定的抵押权制度。

① 各国民法对留置权的定义不同，留置权的适用范围亦不同。一般说来，留置权是指债权人合法占有他人之物，且享有就该物所产生的债权已届清偿期时，得于其债权未受清偿前，留置该物以优先受偿。据此，留置权可以因合同、不当得利、无因管理和侵权行为而发生。而根据《担保法》第 82 条的规定，“本法所称留置，指依照本法第 84 条的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿”，留置权在我国仅限于因合同而发生。学者多数认为，我国担保法上规定的留置权范围过狭，不利于留置权担保功能的发挥，有必要予以扩大。《中华人民共和国民法（草案）》采纳了此种观点，其第 2 编物权法第 301 条规定：“本法所称留置，是指债权人合法占有债务人的动产，债务人不履行债务的，债权人有权留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。”这样，我国留置权不仅可以因合同，还可以因不当得利、无因管理和侵权行为而发生。（孙鹏、肖厚国著：《担保法律制度研究》，法律出版社 1998 年版，第 269-277 页）

② 史尚宽著：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 484 页。

③ 申卫星：《论优先权与其他担保物权之区别与竞合》，《法制与社会发展》2001 年第 3 期，第 43 页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库