

先买权制度研究

——以租赁关系为中心

Study on Preemptive Right System

— Centering on the Lease Relation

石鲁夫 著



FE 东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press



先买权制度研究

——以租赁关系为中心

Study on Preemptive Right System

— Centering on the Lease Relation

石鲁夫 著

© 石鲁夫 2014

图书在版编目 (CIP) 数据

先买权制度研究：以租赁关系为中心 / 石鲁夫著. —大连：东北财经大学出版社，2014. 6

ISBN 978-7-5654-1552-4

I. 先… II. 石… III. 租赁-研究-中国 IV. F832. 49

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 112998 号



东北财经大学出版社出版发行

大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025

教学支持：(0411) 84710309

营 销 部：(0411) 84710711

总 编 室：(0411) 84710523

网 址：<http://www.dufep.cn>

读者信箱：dufep@dufe.edu.cn

大连图腾彩色印刷有限公司印刷

幅面尺寸：170mm×240mm 字数：130 千字 印张：8 3/4 插页：1

2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

责任编辑：时 博 王芑南

责任校对：赵 楠

封面设计：张智波

版式设计：钟福建

定价：30.00 元

前 言

相对于庞大的民商法体系而言，虽然先买权制度偏居一隅，显得很普通、很具体，但是整个民商法体系的建立有赖于各个细小制度的存在与整合，每一个具体的权利制度的存在都反映了社会的客观需求。研究民商法学理论，不应当遗漏对社会生活有影响的任何一项法律制度，先买权制度也不例外。

本书从先买权的应然含义入手，细致而深入地探讨了先买权的价值、权利属性、运行规则以及效力等内容，并对我国现有的先买权制度，尤其是房屋承租人先买权制度的内容进行了全面考察和检讨，进而提出了完善我国先买权制度的立法建议。

先买权制度，作为民法的一项重要制度，其自身价值理应与现代民法的价值观保持内在的关联与一致。因此，在这个意义层面上，我们说，现代民法上的先买权制度的价值应该体现在：先买权制度的设计和解释须符合契约伦理和私法正义的操作规程，侧重保护交易安全。然而，对先买权制度基本理论研究的薄弱和立法的不完善导致了制度目的难以实现，先买权纠纷也难以得到妥当的解决。在此背景之下，本书希望通过在上述价值理念的引领之下，对先买权制度的基本原理和制度安排进行系统和深入的研究，以求明晰理论，并对未来立法的完善和司法

实践的发展有所裨益。

本书除了绪论和结论之外，正文部分共分为五个部分，其主要内容如下：

第一部分为“先买权制度概述”。对于先买权制度的研究，应首先搭建讨论的框架和平台，即根据出卖人是否履行了法定的通知义务，区分为常态和异态两种情形。在论证了常态分析的引入及必要性的基础上，笔者指出，在常态下，只要出卖人履行法定的通知义务，无须“激活”先买权，先买权的制度目的即有望实现，这是一种通过权利义务法律预设来引导当事人进行法律行为的制度目的实现方式。而在异态下，出卖人未履行法定的通知义务，只有当先买权人积极行使先买权，先买权的制度目的才可能实现，这是一种通过法律救济措施进行事后补救的制度目的实现方式。在本部分的最后，笔者对先买权进行了类型化分析，区分了法定先买权和约定先买权，界定了债权效力的先买权和物权效力的先买权。

第二部分为“先买权制度的价值”。本书认为先买权制度作为一项法律制度，其价值包含两个层面内容：其一为价值体现，其主要作用在于揭示制度存在的正当性，在时态上为“过去时”或“现在进行时”；其二为价值追求，认为交易安全和实质正义是先买权制度所应追求的法律价值，因此在理论构建和制度设计上都应与之契合，这种价值在时态上为“将来时”，是先买权制度在将来生命得以延续的“精神内核”。

第三部分为“先买权的权利属性”。在这一部分，笔者首先对关于先买权权利属性的诸学说予以介绍和评析，认为期待权说、实体权说、附条件形成权说以及附强制缔约义务请求权说都存在一定的缺陷，不能揭示先买权的权利属性。认为将先买权的权利属性界定为形成权是最为准确的定性，其形成权属性，使得先买权具有技术性、手段性的权能，其行使只在于确定先买权人和出卖人之间所形成的买卖合同的法律关系，其本身并不直接产生债权或物权的法律后果。并认为先买权的形成权属性是先买权制度设计和安排的逻辑起点，在异态下，先买权的制度目的唯有通过其形成权属性作用的发挥才能得以实现。

第四部分为“先买权的成立与行使”。笔者指出，先买权的成立与

行使是先买权的两个不同方面，先买权的成立即意味着出卖人对先买权人负有当其意欲出卖特定标的物时的法定通知义务；而先买权的行使，是以出卖人未履行法定通知义务为前提的，至此，则进入异态下先买权制度的研究领域。在异态下，先买权的行使涉及行使条件、行使期限和行使方式三个核心要素，在具体制度设计和安排上应遵循制度逻辑体系和价值追求的双重标准。

第五部分为“先买权行使的效力”。在这一部分，笔者首先对先买权行使的效力进行了界定，认为它是具有形成权属性的先买权行使后产生的效力，因此，对于先买权行使效力的研究，其实就是在探讨先买权行使后，在出卖人与先买权人之间形成的买卖合同的效力问题，并认为先买权行使的效力上包含了两个层级，即买卖合同之债和物权变动效力。与此同时，先买权的行使导致了“一物二卖”现象的形成，且形成了两个有效的买卖合同。其次，笔者从何为对抗与何以对抗两个方面解析对抗效力，认为对抗解决的是先买权人的债权是否能够对抗第三人的债权，并取得标的物所有权的问题，其可行的思路是采用对先买权的存在予以物权法意义上公示的方法，使得先买权人在行使先买权之后获得的合同债权具有对抗第三人的效力。接着在论及救济效力时，以区分不同场景的分析方法为基础，提出并论证了如何对先买权人和第三人进行法律救济。最后，笔者区分了同种先买权和异种先买权，分别论证了其竞合效力问题。

纵观全书，笔者对于先买权制度的思考，体现了对原有惯性认识的反思，全书自始至终贯穿着两个核心理念：其一是充分考虑先买权制度设计本身对未来主体行为的指引和影响，充分考虑到主体对既定规范的回应，将社会常态下权利义务法律预设的意义与异态下法律对于法律秩序遭到破坏后权利的救济置于同等重要的地位，这是因为市场经济在本质上是一种交换经济，而且，这种交换主要是建立在陌生人之间的，因此，在通常情况下，人们对交易的结果是极其缺乏信心的，法律在这个意义上发挥着重要的作用，法律可以以其国家强制力为后盾，制定出人们进行交易的规则，使人们对交易结果能够产生稳定的预期。其二是力求在充分发挥先买权制度价值与维护传统民法理念方面达到平衡，以解

决现实中的问题，没有将目光局限于对先买权人的保护，而是认为先买权虽然在一定程度上打破了数个购买人地位平衡，但其具有正当的法理基础，契合民法理念和基本原则，既没有损害出卖人、第三人的利益，也没有对传统的民法理论带来冲击，其本身并不是一种特权利益，而是在平衡各方利益的基础之上满足某些需要。

石鲁夫
2014年5月

目 录

第 1 章 绪 论	1
1.1 研究动机	1
1.2 研究范围	2
1.3 本书结构	3
1.4 研究方法	4
第 2 章 先买权制度概述	6
2.1 先买权的界定	6
2.2 先买权的类型	18
第 3 章 先买权制度的价值	27
3.1 先买权制度的价值体现	28
3.2 先买权制度的价值追求	37
第 4 章 先买权的权利属性	48
4.1 权利属性诸学说之检讨	49
4.2 形成权属性之证成	56

第5章 先买权的成立与行使	63
5.1 先买权的成立	63
5.2 先买权的行使	68
第6章 先买权行使的效力	87
6.1 先买权行使效力的界定	87
6.2 先买权行使的对抗效力	96
6.3 先买权行使的救济效力	106
6.4 先买权行使的竞合效力	111
第7章 结 论	116
参考文献	120
索 引	130
后 记	131

第1章 绪论

1.1 研究动机

本书的研究对象是先买权制度。之所以确定这一选题，源于笔者因我国民法学界和实务界在先买权制度的基本原理及其制度安排上缺少系统和深入的研究。尤其是对下列问题，基本上没有作出合理的和应有的回答。这些问题主要包括但不限于：

（1）先买权制度的目的究竟为何？是使得先买权人拥有优先买受的特权，抑或是为先买权人提供或增加一个原本可能并不存在的买受机会？

（2）“第三人介入”是否是先买权制度设计的必然？如此的制度设计是实现先买权制度目的的唯一途径吗？

（3）现有的先买权的制度设计是否关注到制度设计本身对未来当事人行为的指引和影响，考虑到主体对既定规范的回应（包括遵循、规避和违反的各种可能性）？

（4）如何理解先买权制度的价值？对出卖人所有权行使（缔约相对人的选择自由）的限制，其正当性为何？先买权制度的价值是固定

不变的吗？先买权制度设计如何体现其与价值的契合？

（5）先买权是一种具有实体利益的权利吗？先买权的权利属性是单一的权利，抑或是复合的权利群？先买权的权利属性的定位对于先买权制度安排有何作用？

（6）先买权的成立有何意义？先买权成立与行使的关系为何？应如何对先买权行使要素作出符合先买权制度价值的制度设计呢？

（7）“先买权的效力”能否等同于“先买权行使的效力”？何为对抗效力？在效力上又何以对抗？对抗的后果及救济又该如何？

以上诸疑问，就是促使笔者将先买权制度作为本书研究对象的动机。对上述问题的研究，无论在理论上还是实践上都具有极其重要的价值。那么，上述疑问之间又有怎样的内在联系呢？这一问题就决定了本书的研究范围。另外，通过分析这些疑问，本书最终要解决哪些问题？兹分述如下。

1.2 研究范围

笔者认为，有关先买权制度的七个方面的疑问具有内在联系，可以在“一个框架”、“两条主线”之下贯穿起来。本书的“一个框架”就是将先买权的界定分为常态和异态两种，并以出卖人法定通知义务的履行与否作为区分标志；“两条主线”，分别是先买权制度的价值和先买权的权利属性。具体而言：

第一，先买权的制度目的决定了对先买权进行常态和异态分析的必要性，反过来，明确界定了先买权制度的常态和异态的研究框架，将社会常态下权利义务法律预设的意义与异态下法律对于法秩序遭到破坏后权利的救济置于同等重要的地位，充分考虑了制度设计本身对未来主体行为的指引和影响，考虑到主体对既定规范的回应，为先买权制度目的的实现提供了可行的途径和充分的保障。

第二，通过界定先买权制度的常态和异态的研究框架，确认先买权在不同情境下处于不同的权利状态，据此可以揭示先买权成立的意义，厘清先买权的成立与行使的关系，为先买权的权利运作奠定了事实基础

和理论前提。

第三，先买权制度的价值是贯穿全文的一条主线，也是制度本身的“精神内核”，通过对先买权制度价值的体现和追求两个方面的研究，首先可以回答：先买权制度作为一项历史悠久的制度，其生命力何以贯行中外并延续至今？以限制出卖人所有权行使方式作为制度实现的代价，其正当性为何？其次，在当今经济社会背景之下，先买权制度价值应如何遵循和追寻时代和社会发展要求的轨迹？如何在价值的引领下，审视和检讨现有的理论和制度，并通过对先买权的行使、行使效力等方面原理和制度的适度修正和补充，使先买权制度的功能得以更充分的发挥和实现？

第四，先买权的权利属性是贯穿全文的另一条主线，它是先买权制度设计和安排的逻辑起点，先买权的成立与行使、先买权行使的效力问题，都是以权利属性作为逻辑起点出发，并遵循着一致性要求展开的。合理界定先买权的权利属性，除了要进行为实现逻辑自圆的立法技术考虑之外，还须综合考量如何更有利于先买权制度目的的实现，以及如何更好地体现和践行先买权制度的价值。

1.3 本书结构

第1章绪论。提示了本书的写作动机，即笔者所面临的困惑和要破解的问题，对本书的逻辑结构进行了鸟瞰式的介绍，阐释了本书的研究方法。

第2章先买权制度概述。首先，概览了先买权制度映像，即从常态和异态两个方面对先买权进行了界定，并着重分析了常态下先买权制度的运作原理和要素。其次，归纳并辨析了先买权的主要类型。本章的写作目的在于搭建论说框架和平台。

第3章先买权制度的价值。首先，从认识论上确证先买权制度存在的客观必然性和合理性，即揭示和论证了先买权制度的价值体现。其次，从价值论上论证先买权制度价值的追求。本章的写作目的在于明确先买权制度原理阐释和制度设计的精神内核。

第4章先买权的权利属性。首先,针对先买权权利属性的诸多学说进行分析和检讨,揭示其存在的或不能克服的理论缺陷,其次,论证将先买权的权利属性定位为形成权的正当性及权利运作模式。本章的写作目的在于确立先买权制度设计及安排的逻辑起点。

第5章先买权的成立与行使。首先,分析和界定了先买权的成立,并着重论证了先买权成立与行使的区别。其次,从行使条件、行使期限以及行使方式三个方面对先买权的行使问题进行检讨和重构,以期做出合理的制度安排。本章的写作目的在于对先买权制度的操作层面予以反思和梳理,为主体之行为和司法裁判提供合理规则。

第6章先买权行使的效力。首先,分析和界定了先买权行使效力的内涵和外延,其次,从先买权行使的对抗效力、救济效力和竞合效力三个方面,全面阐释了先买权行使的效力问题。本章的写作目的在于确立先买权制度设计及安排的逻辑终点,为主体之行为提供合理预期。^①

第7章结论。对本书的基本观点和主要创新进行了总结。

1.4 研究方法

方法的含义是:在给定的前提下,为达到一个目的而采取的行动、手段或方式。^② 上述研究动机中提出的各种问题及论文的研究范围,主要涉及法理逻辑上的分析,也涉及法律制度的价值取向、实际功能及其制度设计及应用等方面的考察,这决定了本书主要采用逻辑分析、价值论证和规范实证相结合的基本研究方法。

首先,大陆法系的法律制度是由规范化、系统化的行为准则构成,在法律上形成了许多范畴,并且互相联结,构成一个秩序井然的逻辑上高度和谐的体系。先买权制度体系的构建在应然的逻辑结构基础之上,从先买权的界定(框架和平台)、先买权的权利属性(逻辑起点)、先买权的成立与行使(具体操作),直至先买权行使的效力(逻辑终点),

^① 如果法律的实效只具有微弱的可预期性或者根本不可预期,那就表明法律的制度设计是失效的。

^② 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003: 80.

形成了对制度体系的整体性判断^①。

其次，法律不可能形成彻底概念化的体系，不可能没有特定的价值取向，据此，“法学工作的目标是发掘规范内在的一体性及其一贯的意义关联”。^②先买权制度的价值是贯穿全文的一条主线，也是制度本身的“精神内核”，先买权的权利属性、先买权的行使、行使效力等方面原理建构和制度安排都建立在先买权制度价值论证基础之上，同时也必须体现和张扬先买权制度的价值追求。

最后，针对某一法律范畴与制度，只有从法制史和比较法上考察它的产生和演变进程，并从社会应用层面上考察它所针对的社会问题和它所发挥的功能，才真正具有实际应用价值。从实证分析的视角解释了先买权制度何以如此的原因，也会揭示出理论或制度缺陷之所在，为原理构建和制度安排提供了有益的经验资源。此外，在对先买权制度的研究中，通过植入不同的情境，大量采用类型化分析，来进行有针对性的制度设计，力求实现制度实效。

① 整体性判断是指在制度构建中的每个静态点上，对当事人的法律地位或权利状态进行的判断并非孤立的，而是通盘考虑的结果。

② 拉伦茨：《法学方法论》[M]，陈爱娥，译，北京：商务印书馆，2003：190。

第2章 先买权制度概述

先买权，我国现行立法称优先购买权，作为一项法律制度，自拜占庭时期的罗马法于租佃关系中确定之后，被法、德民法典所承继，并得以逐渐完善和发展，是一项历史悠久、影响深远的民商法律制度。王泽鉴先生认为，先买权即“特定人依约定或法律规定，于所有人（义务人）出卖动产或不动产时，有依同样条件优先购买之权利”^①。该定义为多数学者所认可。先买权制度系民法上颇为重要的一项制度，古今中外均不乏此制。^②我国现行立法对此也多有规定。

2.1 先买权的界定

德国法学家萨维尼在理论上首次系统地使用了法律关系概念，他认为“各个法律关系，就是由法律规定的人与人之间的关系”。^③“任何法律关系起码都要包括有至少一个人的权利，以及与这个人权利相应的他

① 王泽鉴．民法学说与判例研究：第一册[M]．北京：中国政法大学出版社，1998：505.

② 潘维和．先买权之研究[G]//现代民法基本问题．台北：汉林出版社，1981：171-178.

③ 萨维尼．现代罗马法的体系：第1卷[M]．小橋一郎，译．东京都：成文堂，1993：298.

人的义务或其他法律约束，这里的他人或是一个人、几个人，或是所有的人。”^① 因此，对于先买权权利本身，或者对于由一套规范体系有机形成的先买权制度的研究，皆离不开对相关主体之间法律关系的探讨和剖析，以先买权法律关系的视角来研究先买权制度的运作，从而界定先买权，不失为一个有益的思路。先买权法律关系通常会涉及三方主体，即出卖人、先买权人和第三人。“出卖人”系对标的物有处分权之人，在多数情况下，其为该标的物之所有权人，但在特殊情形下，也可能是有处分权的非所有权人，如所有权人之代理人、财产代管人或标的物上之抵押权人、质押权人或留置权人，甚至是国家的强制执行机关。因先买权的权利设计是以特定标的物的买卖为基础的，因此所有对标的物享有合法处分权的主体，都可能成为先买权法律关系中的出卖人。“先买权人”系指依法定或约定而享有先买权之人。而“第三人”^②，是指除先买权人之外，欲与或已与出卖人就标的物订立买卖合同之人。对于先买权法律关系要素之内容和客体的分析，须区分常态下和异态下的先买权制度运作分别展开，将在下文进行逐一论证。

2.1.1 常态下的先买权

2.1.1.1 常态分析的引入及必要性

传统民法学^③认为，先买权是指特定人依当事人约定或法律规定成为先买权人之后，于出卖人出卖标的物给第三人时，有依同等条件优先购买的权利。多数学者将先买权定位于先买权人得以在“同等条件”下优先于第三人买受特定标的物的特权，体现为如下几个方面：其一，在先买权法律关系中，有了第三人的介入，先买权人才有了竞买的对象，制度设计才能体现先买权制度立法目的所追求的“优先”；其二，出卖人出卖其标的物给第三人是先买权人行使先买权的启动条件，若无第三人的介入，先买权无从行使；其三，先买权人须以同等条件表示

① 拉伦茨：《德国民法通论：上册[M]》，王晓晔，邵建东，程建英，等，译，北京：法律出版社，2003：258。

② 准确地说，在先买权法律关系中，第三人在性质上并非独立主体，而为参照主体。具体论证可参照下文“常态下的先买权”和“异态下的先买权”的相关内容。

③ 在本书中，笔者使用“传统民法学”来泛指源起于欧陆，在20世纪初为我国民法学界所继受，至今仍然对我国的学术研究和法律实践有着不可忽略之影响的民法学传统。

购买是先买权人行使先买权的实质条件，如果无第三人的介入，则买受条件无从确定，枉论“同等条件”。因此，通常认为在先买权法律关系中，第三人的存在构成先买权制度得以运行的必要条件，先买权人之“优先”系以第三人为参照物进行对比的结果。

上述观点的立论基础在于认为先买权是一个以享有优先买受利益为内容的权利，而先买权制度的目的在于使先买权人在同等条件下得以优先于第三人实现买受，先买权人借助“第三人介入”的制度设计，通过表示以同等条件购买的权利行使方式，达到其预期的买受目的。但不难发现，第三人在上述制度设计中仅仅充当的是“工具箱”的角色，其历经漫长、艰难的谈判所达成的交易条件直接为先买权人劫取获得，为他人做嫁衣，虽心有不甘，又徒之奈何，第三人最终面对的结果很可能是空守着一纸合约，哀怨地艳羡着先买权人……可见，在此理论基础上的先买权人利益的实现，就某种意义而言是以损害第三人利益为代价的。诚然，根据立法政策的要求，特定权利人权利的实现或优先保护，通常会导致权利冲突，伴随而生的是另外一个或几个权利主体受有不利利益的结果，对于先买权人和第三人也不例外。但需要我们思考的是，如此的制度设计是实现先买权制度目的的唯一途径吗？在回答上述问题之前，尚须对先买权的制度目的进行反思：以往的认识是否存在偏差？

以立法论角度观之，笔者认为以往对于先买权制度目的的认识以偏概全，有失精确，亟待补正，在此有必要予以厘清。在笔者看来，先买权的制度目的在于通过对先买权的法律确认，保障先买权人享有买受机会，并尽量促成买受目的的实现，以达到优先保护先买权人利益的立法目的。申言之，法律创设先买权制度，对于出卖人而言，只是要求出卖人在选择交易相对人时应优先考虑先买权人，不得将先买权人排除在外，此种对所有权行使的限制并未使所有权占有、使用、收益和处分的权能有所丧失，因此并无实质上的不利益，所以当出卖人意欲出卖特定标的物时，法律上对其课以提前通知先买权人其出卖意愿和（或）交易条件的义务，立法技术上使出卖人在寻找和选择买受人的过程中不得将先买权人排除在外即可；对于先买权人而言，先买权的赋予只是给予先买权人成为出卖人交易相对人的法定机会，或者在与其他交易相对人