

QUANQIUHUAJINCHENGZHONGFAXUEQIANYANWENTIJIANJIU



女 / 性 / 大 / 视 / 野

全球化进程中法学前沿问题研究文库

优先购买权 法经济学分析

◎ 袁锦秀 著

YOUXIANGOUMAIQUAN
FAJINGJIXUEFENXI



中国民主法制出版社

QUANQIUHUAJINCHENGZHONGFAXUEQIANYANWENTIJIANJIUWENKU



女 / 性 / 大 / 视 / 野

全球化进程中法学前沿问题研究文库

优先购买权 法经济学分析

湖南省哲学社会科学基金项目

◎ 袁锦秀 著

YOUXIANGOMAIGUAN
FAJINGJIXUEFENXI


中国民主法制出版社

D923.24
Y949

图书在版编目 (CIP) 数据

优先购买权法经济学分析/袁锦秀著. —北京: 中国民主法制出版社, 2006.8

ISBN 7-80219-130-0

I. 优... II. 袁... III. 房屋-所有权-研究-中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 096169 号

书名/优先购买权法经济学分析

YOUXIANGOU MAIQUANFAJINGJIXUEFENXI

作者/袁锦秀 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/63292534 63057714(发行部) 63053367(总编室)

传真/63056975 63055259

http://www.npc.gov.cn

E-mail: MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/大 32 开 850 毫米×1168 毫米

印张/9.375 字数/238 千字

版本/2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷

印刷/北京华正印刷有限公司

书号/ISBN 7-80219-130-0/D·1011

定价/20.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)



袁锦秀：湖南师范大学法学院副教授，清华大学高级访问学者。代表性著作：《妇女权益保护法律制度研究》；《法学基础与教育法规》。代表性论文：《公司治理结构法律规制》、《上市公司非流通股转让若干法律问题研究》、《股权优先购买权研究：交易成本视角》、《论我国抵押制度的完善》等。

**YOUXIAN
GOUMAIQUAN
FAJINGJIXUEFENXI**

总策划：赵卜慧/刘明清

责任编辑：赵卜慧/张霞

封面设计：戴东明

作者的话

美国著名的法官和法学家霍姆斯早在一百多年以前就颇有预见性地指出：“对法律进行理性研究的人，现在也许是照本宣科、墨守成规之人，但将来却是精通统计和经济学的人。”^①在某种程度上说，在今天这个预言已经部分变成了事实。一个新的交叉学科——法经济学的兴起以及其方兴未艾的发展势头证实了霍姆斯的远见卓识。法经济学，又称“法和经济学”或“法律的经济分析”，是用经济学的方法和理论来考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科，^②简单地说，法经济学是运用经济分析方法来分析和解决法律问题的一门交叉学科。

在第二次世界大战以前，学者们按照不同的

^① Oliver·W·Holmes, "The Path of the Law", Harvard Law Review, Vol.10, 1987, P.469.

^② [美] 理查德·波斯纳：《法律的经济分析》罗伯特·考特，托马斯·尤伦：《法和经济学》，上海三联书店1994年版，第13页。

逻辑在法学和经济学这两个学科各自独有的领域内进行着自己的研究：法学所要解决的基本问题是公平和正义，经济学关注的是经济效益问题即如何最大限度地增加社会财富总量，实现收益最大化。二战后，尤其是 20 世纪 60 年代以后，随着学科之间相互渗透、交叉和融会贯通的趋势日益显著，特别是随着战后政府对社会经济干预的加强，学者们认识到，在国家和法律直接参与资源和产品分配的情况下，法学家应当考虑的不仅是法律的正义性、合法性，而且还要考虑法律的效益性；与此同时，经济学家也改变了以往将法律制度作为经济学的一个外在因素的看法而将法律看作从事经济活动的重要环境因素之一，这在客观上促进了法学和经济学的联姻。

站在法学理论的角度，在市场经济的背景下，法律的具体作用显然是值得法学家认真考虑的。除了抽象的公平、正义这些具有道德意味的概念之外^①，在市场经济的角度下，法律具有一个最重要的作用，即减小交易成本（exchange cost）。建立市场经济制度，在本质上意味着大规模的交易普遍地渗透到日常生活中，每一个人的生活以及整个社会运行都建立在交易的基础上。因此，市场经济在本质上是一种交换经济，而且，这种交换是建立在陌生人之间的，因此，人们对交易的结果是极其缺乏信心的。法律在这个角度发挥着重要的作用：法律可以通过其国家强制力后盾，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。这样，人们才能够在陌生人中进行大规模的交易。市场经济中的这种交易，使立法在进行立法活动时，必须考虑到法律的一个重要作用在于减少交易成本，保证交易安全。而在对法律进行此种分析时，所需要借助的，更多的是经济学的分析工具，例如，“交易成本”、“效率”

① 从价值取向上，法学所面临的一个重要问题，什么是正义？一种鸵鸟主义的态度是：正义就是正义，就是人们的一种认同感。但是，这种关于正义的看法，显然存在着问题，经不起推敲。因为不管从什么角度来定义法学所谓的“正义”、“公平”，其最终的问题是，如何在法律的实践中来确定“公平”与“正义”。一种可能的途径是独裁，另一种可能的途径是民主。因此，彻底的法治只能走向两个归宿：独裁或民主。

等。因此，使用经济学方法对法律进行分析，是现代市场经济对法学的一种基本要求。

站在经济学的角度来看市场经济，市场经济一方面能够通过资源配置效率的提高而使整个社会的运营效率得到提高，并通过建立一种有效的激励机制，将整个社会所蕴含的生产潜力全部释放出来。另一方面，市场经济不能完全解决社会中所存在的问题，例如，分配问题。因此，在进行经济学研究时，需要借助法律、社会学等工具。经济学与法学两者之间的相互融合，必然会产生新的社会科学。

1960年，科斯（Ronald H. Coase）发表了法经济学的奠基之作《社会成本问题》，标志着现代法经济学（modern law and economics）的诞生^①。科斯文中的思想后来被归纳为“科斯定理”。科斯不仅在理论上揭示出对法律进行经济分析的重要性，而且展示了对法律进行经济分析的方法，即交易成本方法。《社会成本问题》一文使得对于法律的经济分析成为现实。科斯定理从两个方面构建起了经济学进入法律分析领域的通道：第一，法律具有的经济意义，“合法权利的初始界定会对经济制度的运行效率产生影响。一种权利的调整会比其他安排产生更多的产值”，^②在交易成本为正的现实世界中，立法和法官的判决活动就是比较不同权利赋予格局（制度）的产值，从中选择最大者，使权利界定给最有效率的使用者。效率应是法律活动的追求目标。第二，交易成本方法是科斯所提供的分析方法。法律制度的运行成本，不仅包括产权界定的成本，而且包括在法律框架下权利交易的成本。“法律所创造的规则对不同种类的行为产

① 对于法经济学具有最重要的意义的概念“交易成本”，则是由科斯在其最具有影响力的论文《企业的性质》（1937）中提出的。交易成本概念的提出，使人们找到了经济学与法学的接口点，从而使二者结合起来研究具有充分的可能性，并最终形成了蔚为大观的现代法经济学。

② 科斯：《社会成本问题》，载《财产权利与制度变迁》，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第20页。

生隐含的费用，因而这些规则的后果可当作对这些隐含费用的反应加以分析。”^①法经济学的目的就是要说明这些成本，并比较它们的大小，以寻求成本最小的制度安排。这说明交易成本及其最小化的途径就说明了法律制度与资源配置之间的关系。

正是沿着科斯所开创的道路，法经济学学者们采用现代经济学的成熟理论（主要是微观经济学的成果）研究法律制度体系对人们的行为以及对资源配置产生的影响，将法经济学的研究领域拓展到几乎所有的法学领域，包括合同法、侵权法、财产法、家庭法、宪法、刑法、行政法以及法律系统、法律实施等等领域^②。正因为经济学分析方法所具有的解释力和说服力，法经济学丰硕的研究成果，为立法和司法实践提供了有效的解决方案和有价值的参考意见。从学科发展来看，法律经济学作为目前世界上最为活跃的交叉学科之一，在最近年又取得了长足的发展。一场国际性的法律经济学运动正在全球兴起：从发源地芝加哥大学到美国的一些名牌大学，甚至到整个北美大陆和欧洲的一些普通法系国家，法学院和经济学院设立的法律经济学科目已经引起了越来越多的人的兴趣。在美国，法律经济学协会也已经成立，波斯纳任首任会长。在东亚的中国、日本，法律经济学研究也正在孕育之中，并已出现了一些初步的研究文献和介绍性评论。法律经济学的国际性合作也正在蓬勃开展，1990年，欧共体国家在基恩特（Ghent）大学建立了欧洲法律经济学院（School for Law and Economics），专门为欧共体国家提供跨国法律经济学研究生教育。

令人们迷惑的是，法经济学究竟研究什么？英国著名学者安东尼·吉登斯（Anthony Giddens）在阐述社会科学的特殊性时指出：

① [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，上海三联书店1994年版，第13页。

② 从笔者的角度来看，在法学、法经济学、经济学之间，其实还有大量的中间领域。例如，使用经济学方法分析犯罪问题（最著名的是1992年诺贝尔经济学奖获得者加里·贝克尔所做出的研究）。

“从一定意义上讲，所有社会科学无疑都是解释学，因为它们能够描述任何情境‘某人正在做什么’，而这就意味着能够了解在行动者或行动者活动建构中他们自己知道并应用了什么。”^②就社会科学话语的实践内涵而言，吉登斯的想法深刻地揭示出了社会科学的基本特征。在哲学的视野中，以理解和解释为核心的诠释学被视为人文科学的普遍方法论。因此，解释也必然是法学的基本方法之一，理论的解释力当然成为判别与检验法学理论有效性的基本标准，并且决定着理论在实践中的可接受性。换言之，具有解释力的理论更容易被人们在行动中所接受，而解释力不足的理论必定存在一定的缺陷。在这个意义上，法经济学所提供的是一套解释体系，即从正义与市场效率的角度来解释各种法律现象与法律事实。

从我国的法学研究以及法律实践来看，法经济学的重要意义并没有得到足够的认识。法学研究主要借鉴的传统、西学等（例如，我国很热门的《物权法》，基本上就是借鉴德国法律传统），很少有人真正从经济学的角度来对法学理论以及法律实践进行深入的分析。例如，对所谓的“优先购买权”制度^①，在西方立法以及中国传统司法实践中均可以找到支持资源，因此，基本上所有的法学家或准法学家就没有任何怀疑地将其接受为我国民事法律的一项基本制度。

有感于经济分析方法的有效性和深入的解释力度，本书也尝试运用法经济学的分析方法，尤其是从交易成本视角对我国现行的优先权制度进行分析和研究。在我国现行立法下，优先购买权制度涉及民法、物权法、合同法、侵权法、公司法等几大法律部门，是一项重要的民事法律制度。然而纵观我国关于优先购买权的立法规定，

① 安东尼·吉登斯：《社会学方法的新规则——一种对解释社会学的建设性批判》，社会科学文献出版社2003年版，第65页。

② 我国现行立法所称优先购买权，法国、德国、瑞士的民法称先买权（目前国内流行的此三个国家民法典的中文译本均译为“先买权”，这可能是译者为方便行文而采用的译法，其实质与我国立法中所称之优先购买权并无不同。在本文中，我们对“优先购买权”与“先买权”不做任何区别，视为其具有同等含义。

多仅提及概念和名称，且这些规定多是原则性的、概括性的，并无实质性的完整意义上的制度架构。对于优先购买权的性质和效力、行使条件、行使期限、行使方式、行使效力、同等条件的含义等等均是语焉不详。这种立法状况造成了理论界对于优先购买权的有关问题莫衷一是；有关立法缺陷反映在司法实践中，就出现了侵犯有关权利人的优先购买权的事情屡见不鲜，权利人的权益不能得到有限的保护，侵权人的侵权行为也不能得以惩戒，优先购买权制度的立法规定成为一纸具文。本书作者认为，从法经济学的角度来看，优先购买权意在保护一种没有任何经济价值的权利（某些特定对象的优先购买权利），限制财产的自由转移，导致财产的交易成本急剧增加，并减损了财产的价值，因此，此项制度是否值得继续存在，也是值得考量的问题。而任何一项法律制度，如果被当事人大量规避，或者任何一项权利，被当事人持续抛弃，则该法律制度存在的意义，或者说是其本身的合法性，更是我们应该认真反思的。法学家的主要任务，除了修补法律中的漏洞之外，更重要的是，对为什么会出现这些漏洞进行深入的反思^①。因此，本书的目的，除了对优先购买权制度的漏洞（尤其是在实践运用中的困难）进行深入研究之外，更为重要的是，对优先购买权的存在合理性进行深入的反思。

本书的基本架构为：

本书共分八章，第一章对优先购买权的历史渊源以及国内外的立法情况进行了分析，通过分析可以看出，优先购买权是一种具有历史传统的法律制度，在我国古代即已出现并得到广泛践行，在国外亦有很多相应的规定。第二章对优先购买权的性质理论以及立法思想进行了反思，通过分析可以看出，优先购买权的立法思想是基于效率理论与具体人格及实质正义理论。第三章与第四章对优先购

^① 我国的法学家缺乏关于此方面的训练，在出现一些相关的问题之后，总是倾向于要求政府管理部门加强管理。例如，曾经有过报道，称有航空代理公司以手写无底的保险单骗取乘客的保险金，对此事的最终处理方式，大多数中国法学家的回答是，应加强管理。但是，一位在美国留学的法学博士第一反应是，为什么不能取消手写保单。

买权具体应用过程中出现的一些问题进行了分析，通过分析可以看出，在优先购买权具体应用过程中出现了很多令人困惑的问题，作者认为，这些问题的出现，主要是因为缺乏一种明晰的优先购买权理论，这说明优先购买权制度本身并不是一种具有很好理论基础的法律制度。第五章对特殊情况下的优先购买权进行了探讨，这些情况包括非交易情形与特殊交易（拍卖、招标）情形。第六章对优先购买权的立法情况进行批评，作者认为，现有的优先购买权立法固然存在着很多不足之处，而几个比较具有可研究性的立法建议也值得深入探讨；与此相对应，本章还研究了约定优先购买权问题，作者认为，优先购买权制度在应用中之所以出现了很多问题，其关键是过于强调法定优先购买权而忽略约定优先购买权，过于强调优先购买权的物权性而忽略其作为一种债权的本质，因此，在今后的立法中，应将约定优先购买权作为一种普遍的情况，只在最小限度内规定法定优先购买权。第七章利用法经济学的基本理念，对优先购买权制度进行全面分析，通过分析可以看出，优先购买权制度存在几乎没有任何站得住的理论基础，相反，这种制度极大地增加了交易成本，减少了交易，因此，从本质上看，应废除法定优先购买权或最小限度地保留优先购买权。第八章对全书进行了总结。

101	优先购买权的定义、起源以及相关法律规定	第一章
181	我国现行法律对优先购买权的规定	第二章
191	我国优先购买权立法的缺失	第三章
191	我国优先购买权的比较法研究	第四章
405	本章小结	第五章
115	本章小结	第六章

第一章	导论：优先购买权的定义、起源以及相关法律规定	1
第一节	优先购买权的定义以及起源	1
第二节	我国现行法律对优先购买权的规定	9
第三节	我国优先购买权立法的缺失	14
第四节	优先购买权的比较法研究	16
第五节	本章小结	19
第二章	优先购买权的立法思想检讨	21
第一节	优先购买权的法律性质：理论争议	21
第二节	优先购买权的法律效力	34
第三节	不动产优先购买权的立法思想	45
第四节	其他优先购买权的立法思想	68
第五节	本章小结	74
第三章	优先购买权具体应用过程中的困惑（一）	76
第一节	优先购买权的司法救济问题	76
第二节	同等条件之研究	104
第三节	本章小结	117
第四章	优先购买权具体应用过程中的困惑（二）	119
第一节	优先购买权的行使条件和期限	119
第二节	优先购买权的冲突	137
第三节	优先购买权的放弃与抛弃	151
第四节	部分租赁的优先购买权问题	155
第五节	本章小结	163
第五章	特殊情况下的优先购买权研究	165

第一节	特殊租赁关系中的优先购买权分析	165
第二节	拍卖或招标等竞价过程中的优先购买权问题	181
第三节	其他特殊产权转让过程中的优先购买权研究	190
第四节	次承租人、隐名股东、亲邻优先购买权研究	195
第五节	特殊标的物买卖过程中的优先购买权	204
第六节	本章小结	211
第六章	关于优先购买权的立法批评以及约定问题研究	212
第一节	关于优先购买权立法建议的批评	212
第二节	约定优先购买权研究	233
第三节	本章小结	242
第七章	优先购买权的重构：一个法经济学分析框架	243
第一节	经济学的基本假定	243
第二节	法经济学的兴起与交易成本理论	247
第三节	交易成本的概念	250
第四节	价值、边际效用与交换的自由	254
第五节	对优先购买权进行分析的基本框架	262
第六节	优先购买权制度的重新建构	275
第七节	本章小结	278
第八章	全书结论	279
主要参考著作及论文		281
后记		286

第一章

导论：优先购买权的定义、起源以及相关法律规定

尽管从中唐起，优先购买权制度已成为我国田宅买卖的一项重要制度^①，但是，我国对优先购买权的相关理论研究的历史却不长，包括对优先购买权的定义、法律性质等研究均不很透彻。本章主要研究优先购买权的定义、渊源以及相应的法律规定。

第一节 优先购买权的定义以及起源

一、优先购买权的定义

按照通常的定义，优先购买权，有时亦称为先买权（Pre-emption），是指特定人，依法律规定，在特定的买卖关系中，在所有人出卖财产（动产或不动产或股权、出资额、财产份额等）时，依法享有在同等条件下，优先于其他人购买的权利（优先是在购买顺序上的优先）。优先购买权的主体是特定的人，即特定的公民、法人。优先购买权要由法律来规定，不能由当事人自由创设。优先购买权

① 先买权制度是一项具有典型中国法律传统的法律制度。例如，有学者指出，历史上的先买权制度，以中国最早最完备。我国古代就有亲族先买权、地邻先买权、典主先买权、佃租先买权或租主先买权等，其立法理由“或者符合家族观念和伦理观念，或者着眼于社会经济发展及公序良俗维持，不独在农业社会有其作用，即使在今日工商高度发达之社会其立法本旨仍有相当的注意之处。”（注：潘维和：《先买权之研究》，载《现代民法基本问题》，台湾汉林出版社1981年版，第170页。）

一般是基于优先购买权人与财产出卖人有一定的关系；如共有关系、租赁关系等，且必须在同等条件下，才能行使。对同等条件是什么，在理论上与实践中均有不同的看法，一般认为，同等条件是指潜在买受人所愿支付的价款、价款的支付方式等条件均相同。

从我国法律与司法实践来看，我国现有法律规定了承租人、按份共有人、合伙人、股东（包括公司法意义上的股东以及中外合资合作经营意义上的股东）等所享有的优先购买权。这些优先购买权从权利本身的性质来讲，并无实质性的区别，只是因为行使优先购买权的主体不一样，而导致在具体现实中存在细微的差别。

根据理论界的通说，优先购买权是优先权的一种^①。笔者认为，这种说法在某种程度上是一种误解，其误解的关键在于优先权与优先购买权均有“优先”二字。优先权中的“优先”是保障债权的优先实现，以债权实现为目的，而优先购买权中的“优先”是在购买顺序上的优先，以获得某种特定物为目的。从最广义的角度上来看，优先购买权是优先权的一种。但是，从优先权之“优先受偿”的本质来看，优先购买权不应属于优先权的一种。例如，王利明所主持的《中国物权法草案建议稿》对优先购买权与优先权进行分开规定，并明确规定，优先权是指由法律直接规定的特种债权的债权人享有的优先受偿的权利^②。

① 例如，参见蔡福华《民事优先权新论》。值得指出的是，英美法中没有系统的优先权理论，但英美法中也有一些具体的优先权类型。《牛津法律大辞典》对优先权是这样诠释的。优先权（Priority），在时间上先于他人的地位，或者指享有比他人更高权利的地位。优先常常是由诸如告知的时间或登记注册的时间这样的因素来决定的。在遗产管理、破产公司清算和其他场合中，法律对特定债权人的权利请求规定了优先权。因此，在这样的法律框架下，优先购买权应属于优先权的一种。但是，《布莱克法律字典》对此规定不同。其中相当于优先权的概念有两个词（priority, priority claim），priority 是指对于同一债务人，根据法律规定一些债权人（享有优先权的）优先于其他债权人得到清偿；priority claim 指在破产程序中，一些无担保的诉求如破产费用、拖欠工资、雇员福利等优先于其他诉求得到清偿。

② 参见王利明主持《中国物权法草案建议稿》第 526 条。

优先权制度发端于罗马，“优先权”这一名词亦译自外文，拉丁文为“Privilegia”，法文为“Privileges”，日本译为“先取特权”，有台湾学者认为，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表达，因此以译为“优先受偿权”较为适宜。如果将前述优先权译为“优先受偿权”，我们就可以清楚地知道优先权与优先购买权之间的区别。

从优先权的历史沿革来看，最初设立的优先权有妻之嫁资返还优先权和受监护人优先权，这种优先权被称之为“索要优先权”(Privilegium exigendi)，以后逐渐设立了国库对于纳税人的税捐优先权、丧葬费用优先权等就债务人的总财产上存在的一般优先权，另外还出现了诸如城市土地的出租人对由承租人以稳定方式带入的物品享有的优先权；乡村土地的出租人对土地的孳息享有的优先权；受监护人对任何人用他的钱购买的物享有的优先权，受遗赠或遗产信托受益人对继承人或其他受托人通过继承取得的财物享有的优先权；还有贷款人对用贷款盖成的建筑物享有的优先权等就债务人的特定动产与不动产上存在的特别优先权，从而使优先权制度成为一个完整的体系。从罗马法上的这种安排来看，其显然并不是仅仅满足于赋予特种债券以优先的效力，而是从保护弱者、维护公平正义的角度出发，赋予特定身份的主体的权利。从本质上看，优先权是为了保障某种特定债权的实现，其目的并不仅仅是赋予某些债权以优先效力，而是赋予某些债权人以优先权来保护其脆弱的法律地位。

现代意义上的优先权制度始于《法国民法典》，该法这样规定：“优先权，为按债务的性质，而给予某一债权人先于其他债权人、甚至抵押权人而受清偿的权利。”继而《日本民法典》亦将优先权制度移植过来，命名为先取特权，所谓先取特权系指依据日本民法典及其他法律规定的特定债权人，对债务人的财产，有优先于其他一般债权人，就自己的债权获得清偿的法定担保物权。《意大利民法典》

