

王利明 主编

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

- 王利明 共有中的优先购买权问题
杨立新 制定民法典人格权法编需要解决的若干问题
胡锦光 乙肝歧视第一案与宪法救济
胡志超 酒楼收取“开瓶费”的合法性

第4辑
2004

人民法院出版社

2004年第4辑(总第18辑)

D925-55

J

:2004(4)

2004

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2004 年. 第 4 辑: 总第 18 辑/王利明主编.
北京: 人民法院出版社, 2004. 9
ISBN 7-80161-862-9

I. 判… II. 王… III. 审判-研究-中国
IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 097814 号

判解研究

2004 年第 4 辑(总第 18 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290578(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 224 千字

印 张 13

版 次 2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-862-9/D·862

定 价 25.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖楊

二〇〇〇年

七月一日

《判解研究》编辑委员会

主 任：王利明

委 员：(以姓氏笔画为序)

王运声 王彦君 龙翼飞

江 伟 刘春田 杨润时

吴汉东 张晓秦 姚 辉

郭明瑞 奚晓明 董安生

葛行军 蒋志培

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 马 特

熊谓龙 麻锦亮

电 话：(010) 65290571 62514868

传 真：(010) 65290586

E - mail: caselaw@sohu.com;

caselaw@sina.com

支持单位：北京市乾坤律师事务所

网 址：www.qiankun.com.cn

E - mail: qiankun@qiankun.com

目 录

专 论

共有中的优先购买权问题…………… 王利明 (1)

综 述

制定民法典人格权法编需要解决的
若干问题

——“中国民法典制定研讨会”讨论问题

辑要及评论 (一) …………… 杨立新 (20)

法学专论

法经济学范式的知识基础研究…………… 冯玉军 (41)

论 WTO 争端解决机制的执行异议程序

——以 DSU 第 21 条第 5 款为中心

…………… 郑小敏 (55)

法官论坛

内地与香港民商事管辖权的冲突及其解决

——以内地法院的司法实践为中心

…………… 王建源 (67)

城市商品房“相关权”若干问题研究

…………… 石金平 王增勤 (85)

判例评析

乙肝歧视第一案与宪法救济 …………… 胡锦涛 (101)

酒楼收取“开瓶费”的合法性 …………… 胡志超 (129)

运动员转会制度的法律思考	徐海燕 杨颖辉 (145)
银行不动产抵押贷款负险的法律 防范与处理	——奥林匹克饭店拍卖案启示录
	洪艳蓉 (155)
论实习教学中的患者隐私权保护	邱 鹏 (165)
公报案例评析	
海事赔偿责任限制基金的计算问题	
——“M. V. Dae Myong”轮责任限制案 引发的思考	邬先江 (175)
海外判例选介	
保险人之间的责任分摊	
——重复保险的后果	
	R·M·Merkin 编 王 凡 译 邢海宝 校 (189)
编辑后语	(198)

共有中的优先购买权问题

王利明*

优先购买权,又称为“先买权”,是特定的民事主体依照法律规定享有的先于他人购买某项特定财产的权利。优先购买权除了可适用于共有关系外,还可依法适用于其他法律关系,但共有中的优先购买权更具有典型意义。且在实践中,因为共有人行使优先购买权而引起的纠纷也较多。在物权立法中是否有必要对此作出规定,法学界及实务界一直存在着不同的意见。因此,有必要对该制度具体分析,深入探讨。

一、关于优先购买权制度存在的必要性

在我国,优先购买权制度最早可以追溯到《唐律》,^①在五代时已经有法律明确记载。^②在外国民法史上,有关优先购买权的规定可溯源至古希腊、罗马时代。这一制度在拜占庭时期的罗马法上,就已有之,所谓 *Jus Protimiseos* 即是。中世纪意大利学说上有所谓 *Jus retractus*,其性质亦属一种先买权,德国普通法中的 *Retraktrecht* 一语,即由此而来。^③大陆法诸国都以不同的形式规定了在特定条件下的优先购买权。1804年的《法国民法典》对继承中遗产共有人的优先购买权作了较为细致的规定,该

* 中国人民大学法学院副院长,民商事法律科学研究中心主任,教授,博士生导师。

① 唐律规定,房地产买卖必须先问近亲,次问四邻,近亲四邻不要,才得卖与别人。参见孔庆明等编著:《中国民法史》,吉林人民出版社1996年版,第256页。

② 五代会要载,后周广顺二年奏准:“如有典卖庄宅,准例:房亲、邻人合得承当;若是亲人不要,及着价不及,方得别处商量。”

③ 郑玉波:《民商法问题研究》(一),台湾地区三民书局1991年版,第415页。

法第 815—14 条规定：“任何共有人，均可在此项通知之日起一个月期限内，以司法外文书告知让与人，其将按照通知的价格与条件行使先取权。在共有人行使先取权的情况下，行使先取权的人，自向财产出卖人作出答复之日起，可以有两个月期限实现对该财产的变卖；过此期限，经向其发出催告后 15 天如无效果，宣告先取财产的权利无效，并且不妨碍出卖人可能对其提出损害赔偿请求。”而《德国民法典》对优先购买权规定得更为详密，该法在债编和物权编各以 11 个条文规定了优先购买权，在债编以特种买卖形式予以规范，在物权编以物权形式确认优先购买权。现代大陆法系国家的民法大多规定了先买权。

我国民事立法有关优先购买权的规定并不多，但对共有中的优先购买权却一直有明确的规定。我国民法通则第 78 条第 3 款规定：“按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。”最高人民法院《关于贯彻〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 92 条规定：“共同共有财产分割后，一个或数个原共有人出卖自己分得的财产属于一个整体或者配套使用，其他原共有人主张优先购买权的，应当予以支持。”《城市私有房屋管理条例》第 10 条也确认：“房屋所有人出卖共有房屋，须提交共有人同意的证明书。在同等条件下，共有人有优先购买权。”可见，我国立法和司法解释继承大陆法系的传统，明确承认和保护共有人的优先购买权。

对我国在物权立法过程中是否应当继续保留上述规定，存在着两种不同的看法：

一种观点认为，应当取消共有中的优先购买权制度，理由是：一方面，在共有中设立优先购买权制度将会对所有权作出不合理的限制。共有人对其应有的份额的权利具有所有权的效力，共有人转让其应有的份额，实际上是处分其个人财产，对此，不应当在法律上加以限制。法律上要求共有人必须将其财产转让给享有优先购买权的其他共有人，否则将导致买卖行为无效，这实际上是对共有人处分权的不合理限制，而且也不利于保护善意的买受人的利益。另一方面，承认优先购买权将对交易形成妨害，不利于鼓励交易。因为共有人在寻找买主、确定价格过程中，将会有很长的谈判时间，支付相当的缔约费用，如果在已经确定了价格，花费了较大的交易成本之后，只是因为其它共有人要主张优先购买，就宣告合同无效，甚至还要由其承担缔约过失责任，对鼓励交易是极为不利的。此外，优先购买权的设定不利于形成公平的交易，因为优先购买权的设立，给予了共有人某种优先购买的机会，

它剥夺了非优先购买权人的购买机会,使得优先购买权人和非优先购买权人不能进行公平的交易和竞争。因此,优先购买权制度存在的合理性在现代社会受到质疑和挑战。

另一种意见认为,应当保护共有人享有的优先购买权。因为:第一,这样就有利于稳定共有关系,维护财产秩序。因为共有要保持稳定,共有人就必须保持稳定,而共有人的稳定方式之一就是要允许其它共有人享有优先购买的权利。新的共有人的加入,有可能与共有人之间发生纠纷,影响财产秩序的稳定。第二,承认共有人的优先购买权将使对共有财产的利用的更有效率。共有人已经长时间利用共有财产,因此维护共有关系的稳定,使共有人优先成为标的物所有人,这种权利的配置有利于有效发挥物的功能,以达物尽其用的目的。

我认为,在物权法中设立优先购买制度是必要的,主要理由在于:

1. 有效配置资源,促进物尽其用

具体表现在:第一,通过优先购买权的行使,有可能使共有向一人所有转化。与一人所有相比较,在许多情况下,共有这种形态并不是一种有效率产权安排方式,^①因为共有人对财产的处分和管理、使用等都需要各共有人达成一致意见,这种协商过程势必会增加额外的交易费用。一旦因为共有人不能达成协议,则共有财产就不能够有效地被管理、使用和处分。一人所有则不存在着这些问题。如果建立优先购买权制度,赋予其他共有人以优先购买权,即于一共有人欲出售其份额于第三人时,其他共有人可以在同等条件下行使优先购买的权利。如此则既不损害出卖人的利益,又能通过先买权的行使来减少共有人的数量,从而能够使共有向一人所有转化,更好的发挥物的效用。^②正如王泽鉴先生所概括,“共有人优先承购权,旨在防止土地的细分,并兼及消除共有关系,以尽地利。”^③第二,优先购买权人在直接取得标的物所有权以后,不必在市场上寻找相同功用的物品。在共有关系中,共有人通过行使优先购买权而取得其他共有人的份额,也可以达到对整

① 因此,法国民法典的编纂者奉行了一种颇具特色的法律思想,“既不承认共有,也不承认共有财产的状态。”参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第265页。

② 戴孟勇:《先买权:理论与立法》,载《岳麓法学评论》第1卷,湖南大学出版社2000年版,第47页。

③ 王泽鉴:《物权法·所有权·通则》,中国政法大学出版社2001年版,第331页。

个共有财产的所有，从而可以节省交易费用。更何况，即便优先购买权人能够从市场上购买到与出卖的共有财产相同的物，但是否符合其需要也难以确定。第三，优先购买权人本身作为共有人已经实际地使用其共有财产，了解、熟悉该共有财产的情况，也应该懂得如何有效地利用该财产。而第三人未必了解该共有财产的情况，其取得共有的份额甚至整个共有财产，也不一定能够有效地使用该共有财产。

有一种观点认为，按照资源最佳配置的原则，只有通过自由交易的方式，才会使资源转向最有效率利用的人手中，从而最有效率地利用资源。而优先购买权人未必是最有效率利用共有财产的人，因此优先购买权的设定将有可能排斥更有效率利用财产的主体取得该财产的可能性。这一观点虽有一定的道理，但也值得商榷。由于共有人比其他人能够更了解从而也会更有效率地使用共有财产，因此如果共有人行使优先购买权购买到该共有财产，就表明其获得该物对其有一定效用。如果第三人确有能力使用，对该物的效用的预期比原共有人更高，也可以将价格提高。因为优先购买权只是在同等条件下的购买，并没有阻止真正的、有效率的利用共有财产的人通过自由交易的方式取得该财产。这样，通过双方自由竞价的方式，更能够充分的实现物的价值，更符合出卖人的利益；并且从而形成合理的价格使最想得到它的人（同时也是对该物的效用预期更高，更能有效率地利用该物，因此肯出更高价格的人）取得该物，确定物的最有效率的归属。

2. 减少共有人之间的纠纷

在共有关系中，数个共有人形成了一个组织体，在这个组织体中，共有人对共有财产的管理、经营、使用能否有效的进行和运作，在很大程度上要取决于共有人在相互信任基础上的合作。如果允许共有的份额随意向第三人转让，由此产生的弊病是：一方面，某些新的成员加入到共有人组织体的共同关系之中，可能对共有人之间的共同合作关系产生消极影响。因为新的共有人是否能够与其他共有人合作，能否尊重其他共有人的利益等等，这些都是不确定的。其他共有人也可能会对新的共有人不信任。从不确定到确定，从不和谐到重新达成默契需要花费相当的交易成本，不利于物的有效利用。另一方面，新的共有人加入以后，有可能会破坏原有的共有人对标的物所形成的支配关系，新的共有人可能不愿意继续维持对共有财产的使用和利用状态，而主张变更原来达成的使用管理协议，甚至要求对共有财产进行分割，这也有可能发生纠纷。为了维护原有共有人之间关系的稳定，不至于产生新的纠纷，有必要让共有人自己作出选择，由其决定原有共有人是否愿意在

同等的条件下行使优先购买权。如果愿意行使优先购买权，就可以阻止第三人加入共有关系，从而也便于节约对管理、使用、处分共有财产的过程中的交易费用。

3. 维护共有人团体的利益

承认共有人的优先购买权，首先，确认了共有人对共有财产所享有的物权的优先效力。共有人基于其物权应当享有优先于第三人购买的权利，这本身是物权优先效力的体现。其次，维护了共有人对共有物的继续占有状态，这种占有即使不是基于物权所进行的占有，也具有权利推定、占有保护、占有持续的三大功能。在民法理论上，占有具有持续功能，即占有人根据占有的事实，在某些条件下可以持续保持其占有的功能。^① 法律确认占有的功能，旨在维护社会经济秩序的稳定。在出卖共有权份额时赋予其他共有人的先买权也是为了保护其持续占有的状态，维护既有物权秩序的稳定。第三，承认共有人享有的优先购买权，简化物上的法律关系，维持原有的使用关系，更有利于保护原有的共有关系。尽管共有人转让的是他自己的份额，但共有人的加入或退出，还会影响其他共有人的利益。如果原有的共有财产经营的较好，共有人一般会希望维持原有的共有关系不变，即使经营的不好，共有人一般也不愿再有其他人加入共有关系。

优先购买权的设定只是给予了共有人某种优先购买的机会，并没有剥夺非优先购买权人的交易机会，尽管在同等条件下购买共有物的机会给予了共有人，但这本身是物权效力的体现，优先购买权人和非优先购买权人仍然可以在同等条件之外形成一种公平的交易和竞争。因此优先购买权制度并没有违反市场经济的自由公平竞争的原则，而是在此基础之上加强了对共有秩序及共有人利益的保护。

4. 平衡善意第三人利益

现代民法为维护交易安全，十分强调对善意第三人的保护。应当承认，在共有人出卖其共有财产时，第三人在受让该财产时可能是善意的，即不知道或不应当知道共有人转让份额未通知其他共有人（如告诉受让人其已通知了其他共有人，实际上并没有告诉），在此情况下，是否应保护善意第三人？我认为，对此应当区分两种情况：

一是第三人知道某个共有人出售的是共有财产的份额，但并不知道共有人在出售该份额时没有尊重其他共有人的优先购买权，或者不知道其他共有

① 孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1995年版，第108页。

人享有优先购买权，而共有人出售该财产时没有通知其他共有人，侵害了其先买权。我认为，在这种情况下很难说第三人是善意的。因为我们所说的善意是不知道或不应当知道转让人无权转让其财产，如果第三人既然知道共有人转让的是其共有财产中的份额，而且我国法律规定共有人在转让其份额时应当给其他共有人以优先购买权，也就是说第三人应当知道并了解转让人转让其共有财产份额时是否尊重了其他共有人所享有的优先购买权，第三人在交易时应负有此项注意义务。因而，第三人不知道转让份额的共有人没有通知其他共有人，这就表明其主观上非善意或有过失，违反了交易时作为一个合理的商人所应具有的通知义务，这当然不能适用善意取得的规定。当然，如果转让人明确告诉第三人其已通知了其他共有人，实际上并没有告诉，则不能视为受让人是恶意的。

二是第三人根本不知道其出售的该财产是共有财产。例如共有人将共有的财产登记在某一个共有人名下，而该共有人以所有人名义将该财产出售给第三人，显然第三人主观上是善意的，并不知道该财产不归该共有人所有。因为第三人只能相信登记记载的权利人，而不可能去实际了解真正的权利人。如果在这种情况下，第三人受让该财产，则可以即时取得该财产的所有权。即在此情况下，可以适用动产的善意取得或不动产的公示公信制度保护善意第三人的利益，从而维护交易安全。

关于同等条件的确定是一个复杂的问题。因为，出卖人与第三人之间就转让事宜特别是价格问题可能会进行反复的协商，经过艰苦的讨价还价，支付相当交易费用。如果在谈好以后，再告诉先买权人其已经确定的价格，而先买权人又主张优先购买权，使得第三人不能买受该份额，第三人支付的交易费用就不能得到补偿，而使得先买权人坐享其成。如果出卖人分别与第三人和先买权人谈判，就会形成两个合同，出卖人的行为就可能构成双重买卖。因此在实际操作中，不妨将同等条件事先确定。我认为，出卖人应当事先确定一个出售份额的价格条件，可将该价格条件规定一个幅度，例如，将在某价款至某价款之间出售其份额，并将其价格条件告诉先买权人。如果先买权人表示在此价格条件内，其愿意优先购买，则出卖人在与第三人协商缔约时，只要是在该价格条款之内所确定的价款，在确定以后都应提前通知先买权人。如果超过这一幅度，就不必再通知先买权人。当然，也可以由先买权人事先确定一个价格幅度，通知出卖人。只要出卖人在该价格条款内达成的交易，都应当由先买权人优先购买。这就是说，应首先与优先权人协商一个大致价格，然后再寻找买方，由此也可避免或减少关于价格条件发生的纠

纷。

二、关于优先购买权的性质

关于优先购买权的性质，主要有以下几种观点：

1. 期待权说。按照许多学者的看法，优先购买权乃是一种期待权。^① 所谓期待权，是指一种将来可能取得权利的权利，其权利寄托在将来可能取得的权利上。期待权的法律性质即决定于将来可能取得权利的法律性质。王泽鉴先生认为，期待权是指因具备取得权利之部分要件，受法律保护，具有权利性质的法律地位。^② 期待权说认为，标的物所有权人（即共有人、出租人等）未将标的物出卖，则优先购买权人的权利尚未现实化，只处于期待权状态。^③

我认为，此种学说有一定的道理。就优先购买权而言，在某项财产出卖以前，权利人不能向他人主张任何权利，该权利能否行使、何时才能行使是不确定的。所以，法律赋予某人享有优先购买权，只是使其取得了某种期待的利益，即期待将来在某项财产出售时可以享受的利益。期待权分为债权的期待权和物权的期待权，优先购买权属于其中的物权期待权。

2. 形成权或附条件形成权说。此种观点认为优先购买权是形成权。所谓形成权，是指基于当事人一方之意思，可以使现已成立之法律关系发生变化之权利。^④ 优先购买权无论是法定还是约定，性质上都属于形成权，可以依据权利人一方的意志而使法律关系发生变动。依德国法学通说，优先购买权人得依一方之意思，形成以义务人出卖与第三人同样条件为内容之契约，而无需义务人（出卖人）之承诺。惟此项形成权附有停止条件，只有在义务人出卖标的物于第三人时，才能够行使。^⑤

我认为，优先购买权不是一种形成权，因为优先购买权只是在订立买卖合同时优先买受的权利，而非仅就已成立之法律关系使之发生变动的权利，二者是有本质区别的。法律确定该项权利并没有给优先购买权人一种仅凭自己的单方意志就与出卖人形成买卖关系的权利。因为，一方面，优先购买权

① 参见谢哲胜：《财产法专题研究》，第254页。

② 王泽鉴：《民法学说与判例研究（1）》，中国政法大学出版社1998年版，第145页。

③ 张新荣：《试论“优先购买权”及其法律保护》，《法学》1989年第9期。

④ 王伯琦：《民法总则》，台湾地区正中书局发行，1979年台8版，第28页。

⑤ 王泽鉴：《民法学说与判例研究（1）》，中国政法大学出版社1998年版，第507页。

人必须要在同等条件下才能有购买的机会,另一方面,即便优先权人在同等条件下愿意购买,也必须要与出卖人就合同的内容具体协商,即是否应当出让给优先购买权人,出卖人负有承诺的义务,不能认为一旦共有人提出要约,出卖人就必须承诺。形成权说实际上给出卖人强加了一种就合同的内容必须承诺的义务,几同于强制缔约,这是不妥当的。

3. 物权或债权说。该说认为优先购买权依其能否对抗第三人可分为物权性和债权性优先购买权,无论法定或约定优先购买权皆有这两种性质不同的优先购买权。^① 对于基于共有关系等的法定优先购买权,学者对其性质有不同意见,一种观点认为优先购买权附随于买卖关系,本质上仍属债权。我国台湾地区法院基本上采纳债权说,认为“土地法”上优先承买权,仅具债权之效力,故耕地所有权已移转于他人者,不得对于承买耕地之他人,主张优先承买该地,仅能对于出租人请求损害赔偿。^② 另一种观点认为优先购买权具有法定性,具有对抗第三人的物权效力,应当在物权法中予以规定。先买权的核心是优先于他人,而他人是不特定的多数人,这显然不是债权所具有的特征,而是一种对世权。

优先购买权是否可以作为一项物权受物权法调整?从性质上看,优先购买权是附随于买卖关系的,该项权利的设定也是法律对出卖人所附加的义务,它作为合同法中规定的强制性的义务,可以自动的成为买卖关系的组成部分。从这个意义上说,优先购买权本质上仍然是债权,可以在合同法中加以规定。但是,优先购买权是一种较为复杂的民事权利,我认为,优先购买权不仅仅具有债权的效力,也具有某些物权的效力,在物权法中也可以对其作出规定。其主要理由在于:

(1) 共有中的优先购买权是包含在物权中的权利,是法定的而非当事人约定的权利。立法者从公平、效益和维护社会生活正常秩序的价值取向出发,对此类特定关系人予以倾斜保护,赋予共有人优先购买份额的权利。同

① 参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第170~171页。

② 王泽鉴:《民法学说与判例研究(1)》,中国政法大学出版社1998年版,第508页。此外,典权人的留买权不具有物权的效力,而仅为一种债权的先买权。参见郑玉波:《民商法问题研究》(一),台湾地区三民书局1991年版,第417页。依“土地法”第34条,共有人的优先承购权并无对抗第三人的效力,仅有债权的效力;依第104条承租人的优先购买权具有物权性的效力。参见王泽鉴:《共有人优先承购权与基地承租人优先购买权之竞合》,《民法学说与判例研究(3)》,中国政法大学出版社1998年版,第353页。

时,这种权利也是对所有权的限制,即出让人对财产的处分自由受到了先买权的约束,只要先买权人是在同等条件下行使了购买权,则出卖人不得将标的物再转让给先买权人以外的其他人,否则,该财产移转可能被宣告无效。当然,当事人可以约定先买权,这种约定先买权如未经登记,则不得对抗第三人。正是因为优先购买权是依法产生的,因此符合物权法定的特点。

(2) 优先购买权具有对抗第三人的效力。也就是说,优先购买权不仅可以对抗出卖人,而且还可以对抗第三人。如果第三人在侵害优先购买权人的优先权的情况下购买标的物,优先购买权人有权确认该买卖关系无效,并要求将标的物出卖给自己,这种对抗第三人的效力使其具有明显的物权的效力和特征。在这一点上与一般的合同债权是有区别的,因为债权只具有相对性而不具有对抗第三人的效力。当然,由于优先购买权人在购买前并不一定直接占有标的物,也不是标的物的所有人,因而不能以所有人或占有人的名义以物上请求权或占有保护请求权的方式行使其权利,权利人也不能直接行使对物的支配权。通过请求人民法院宣告该房屋买卖无效的方式保护其权利,这也是优先购买权作为一种具有物权效力的权利的特点。

(3) 明确优先购买权为一种具有物权效力的权利,有利于加强对特定关系人的保护。因为先买权的物权性还有利于防止出卖人和其他买受人通过协议任意更改法定优先购买权的规定,同时也有利于法律明确优先购买权的类型,防止在实践中把一些本不应作为优先购买权保护的利益加以保护。^①

虽然优先购买权具有物权的效力,但它还不是一种特殊的物权,一方面,其对标的的支配力较弱:权利人不能直接的行使对标的物的支配权,而只能要求出卖人将该标的物优先转让给自己;另一方面,优先购买权实际上是一种不确定的权利,也有学者将其称为机会权利。^②这是因为即使在优先购买权是由法律规定的情况下,共有人是否能够实际享有这一权利,还要取决于其他共有人是否实际转让其共有份额。即便转让,其他买受人可能会以更高的价格购买,使先买权人的机会不能实现。这就是说,优先购买权只是给了先买权人一个优先购买的机会。还要看到,优先购买权不是物权,因为

① 张家勇:《试析优先购买权的法律性质》,《西藏民族学院学报(哲学社会科学版)》1999年第1期。

② 王福祥:《论优先购买权》,《法制与社会发展》1995年第2期。

其在性质上只是一种附从性的权利，它是附随于主权利的一种权利，^① 共有人所享有的先买权，实际上是附随于共有关系的。基础关系（可能是共有关系、租赁关系、出典关系等等）是先买权产生和行使的基础，二者紧密结合，不可分离。因此，某一个共有人转让其份额，实际上先买权也随之发生了转让，先买权不能够与共有权发生分离，单独转让。在出卖人出卖标的物之前，优先购买权人已先于这种买卖关系而处于某种法律事实或法律关系中，离开这种法律事实或法律关系，就失去了优先购买权存在的基础和前提。^② 因此，如退出共有关系，当然就不再享有优先购买权。

综上所述，法定的优先购买权可以从不同角度进行认识，依不同标准予以把握。就其本质而言，应当是一种具有物权效力的权利，可以对抗第三人；它也是一种请求出卖人与之缔约并在同等条件下优先买受的权利；它具有期待权的性质，是一种“取得权利的权利”；同时，它是一种依赖于基础关系的附从性的权利。

三、关于共有人优先购买权适用范围的若干问题

（一）关于共同共有人是否享有优先购买权的问题

共同共有关系是指各共有人根据共同关系，不分份额共同享有对共有财产的权利。在共同共有中，财产并不区分为份额，只要共同关系存在，共有人就对共有的财产无法划分各人的份额或确定哪个部分属于哪个共有人，只有在共同共有关系终止、共有财产分割以后，才能确定各共有人的份额。财产权利不分份额，这是共同共有和按份共有的主要区别。正是因为不分份额，所以在共有关系存续期间内，共有人是不可能转让份额的，因此也不可能发生其他共有人的优先购买权问题。民法通则第 78 条规定的共有人的优先购买权仅限于按份共有人所享有的权利，根据该条，“按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。”由此可见，优先购买权并主要适用于按份共有。

问题在于，在共同共有关系终止以后，原共有人要处分共有财产，某一

① 戴孟勇：《先买权：理论与立法》，《岳麓法学评论》第 1 卷，湖南大学出版社 2000 年版，第 48 页。

② 王福祥：《论优先购买权》，《法制与社会发展》1995 年第 2 期。