

# 中国古代优先权论略

## ——序位·要件·效力·限制

刘云生<sup>1</sup>, 宋宗宇<sup>2</sup>

(1. 西南政法大学, 重庆 400031; 2. 重庆大学法学院, 重庆 400044)

**摘要:**本文继优先权概念、源流、种类之后进一步研究优先权之序位、要件、效力及其限制,在系统比较中国古代优先权和欧洲大陆优先权体系与价值基础上开掘优先权制度之固有资源,特别是对传统中国之亲邻优先权之效力、要件及其保护机制进行梳理,从而对其价值选择、文化机制作了较为深入的研究并就学界相关偏失、误解进行矫正、阐释。

**关键词:**古代优先权;序位;要件;效力;限制

**中图分类号:**DF71

**文献标识码:**A

**文章编号:**1008-5831(2003)03-0091-05

### On Ancient Priority of China

#### —Order, Essential, Validity and Limitation

LIU Yun-sheng<sup>1</sup>, SONG Zong-yu<sup>2</sup>

(1. Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China;

2. College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

**Abstract:** After studying the concept, origin and varieties of the priority, this thesis makes a deeper research of the order, essentials, validity and limitations of the priority. By comparing the system and value of the priority in ancient China and European continent, it discovers the inherent resource of the priority, and especially studies the validity, essentials and protection system of the ancient priority in China, so as to make a comparatively deep research of the value choice and cultural origin and put forward the opinion and perfection of the deviation and misunderstanding in related study field.

**Key words:** ancient priority; order; essential; validity; limitation

#### 一、序位

在多种优先权竞合状态下,其序位如何排列事关权利人权利本身之实现,而从序位排列中,可发现不同民法体系的价值追求。德国民法废除了债权人之一般优先权,也废止了不动产上的优先权,仅承认特定财产上的优先权,且多以占有取得为要件或是仅承认债权人支配范围内之动产优先权(参见[日]林良平·注释民法(八).有斐阁丛书;[日]远藤浩·川井健等·新版民法(3).有斐阁丛书)。法国民法则通过立法限制一般优先权,即债权应先就债务人动产价金受偿,不足始能就其不动产受偿。日本民法承继法国民法体系,优先权之行使必先就动产行使,不足,就无担保之不动产受偿,再不足方得就担保之不动产受偿。法国、日本对优先权还作了如下限制:一是不动产优先权必须在一定期限内登记,否则不得对抗一般债权人和有担保权之债权人,二是动产特别优先权被

合法让渡给善意第三人,无追及效力。

值得注意,德、法、日所保护之优先权重心是特种债权,具有社会公益性和国家政策性,同时,为防止该类优先权过分妨碍一般债权优先权故对其加以限制。这集中体现为优先权序位排列。以日本民法典为例,在同一序位按比例受偿的大原则下(312条),对各类优先权竞合作了详尽的序位排列<sup>[1]</sup>。(1)优先权与留置权竞合,实践中留置权人优先,即不动产优先权人在拍卖不动产时,其买受人必须清偿留置债权(民执第188条,民执第59条4款),而动产如没有留置权人之承诺则不得拍卖(民执第190条)。(2)优先权与抵押权登记竞合。一般情形下,如不动产优先权已经登记,则以其时间先后为标准(336条),同时规定,同一不动产逐次买卖,优先权顺序依时间先后为序(331条2款)。但不动产优先权未经登记,则抵押权优先。同时,如不动产优先权未经登记尚

收稿日期:2003-03-20

作者简介:刘云生(1966-),男,四川绵阳人,西南政法大学副教授,博士研究生,主要从事民法研究。

本文系发表于《重庆大学学报(社会科学版)》2002年第3期的《中国古代优先权论略——概念·源流·种类》之续。

不得对抗第三人。引致优先权与质权竞合,二者享有同等权利,按比例受偿(334条);同时,如优先权与不动产质权竞合,不动产质权人享有与抵押权人同等权利(361条)。(4)优先权与让与担保竞合,意见不一,多为学理性解释。有学者主张,优先权人可依319条获即时取得效力,故应优先于让与担保。<sup>[2]</sup>而一般学者则认为让与担保应优先,因让与担保之设定是向第三已取得者转移所有权,还有学者主张类推适用314条,将让与担保与质权并列,与优先权处于同等序列。公示是日本民法优先权体系的重要步骤,其表现:不动产非经登记,则不发生优先权效力;一般先取特权若不登记,则仅得对抗无特别担保之债权人(336条),但不得对抗已登记之第三人(336条但书),亦即一般优先权落后于抵押权和不动产质权。

观诸我国现行立法体制,与西方近似者体现在《民事诉讼法》中有关职员工资、劳保、税款等项,同时仅规定了优先受偿,但未确认其权利,准以抗拒一般担保物权,效力后于担保权人之别除权。特别优先权方面除《海商法》、《民用航空法》及新出《海事诉讼特别程序法》等法规有所涉及外,多付诸阙如。

中国古代优先权种类已详上述,在各类优先权相互竞合情形下,其位序所采原则颇值玩味。亲邻优先权方面,适用“尽内不尽外”原则,即以服亲等次和地邻远近作为优先权行使之根据。优先承买权方面,若非是“违法交易”则适用“占有优先”原则,但不得侵犯亲邻优先权,此点有异于今日民法中不动产登记之绝对性效力。中国民通意见128条规定:赠与房屋虽未办理过户手续,但赠与根据书面合同已将产权证书交与受赠人且受赠人根据赠与合同已占有使用该房屋的,可以认定赠与有效。这一规定是对传统民法的保留,即以占有之效力优先。优先受偿权方面情况较复杂。以担保物权为例,今日中国动产担保物权在保护债权人优先权方面体系较为完备,在同类担保物权中,抵押权以设定时间和登记先后为原则;质权则在先者优先受偿,有学者对此提出异议,认为应以占有优先<sup>[3]</sup>,留置权利适用占有优先原则。

在各类担保物权相互竞合情况下,其情形可归纳为三类:(1)抵押权与质权竞合。因我国抵押权仅限不动产,故自应适用登记在先原则,质权则必须转移占有,自应适用占有优先原则,二者竞合,如抵押权未经登记,则占有优先。(2)抵押权与留置权竞合,留置权以占有效力优先。(3)质权和留置权竞合,因二者均转移占有,故一般适用谁占有谁优先原则。

揆诸中国古代优先权体系,在位序竞合下优先权行使有如下特征:(1)亲邻优先权一般优于优先权,即使契约已然履行完毕,优先权人可根据习惯法或要求官府救济,买受或承典亲邻物业。但必须满足以下要件:第一,出卖人未履行告知义务;第二,以其他债权人所出价格赎回买受;第三,善意无过失。即不存在故意勒借价钱之事实;第四,未超过法定时效;第五,优先权人必须具备特定身份。否则“官不为

理”,强迫行使也会遭致道义上的谴责和法律之惩罚。(2)优先承买权中,如系善意取得且不违法或习惯之禁止性条款,则以占有优先。如子孙盗卖家产,中人保人知情不告,第三人而为买受并占有该财产,此种情况下,如非官方强行毁抹契约,则该第三人得以物权占有优先权力取得优先权以抗辩业主。一般情况下,官府仅惩罚盗卖家产者及中保本人等,而不会追及第三人责任。检校清末民初史料所得,优先承买权之序位有如下数种,优先权原则为“尽先不尽后”:第一,典主—亲邻—第三人(报告录上.39,85,119,156)。第二,亲族—四邻—典主—第三人(报告录上.93)。第三,亲族—当户—地邻—第三人(报告录上.329)。第四,上手业主—亲房—地邻(中国民事大全四.2)。第五,典主—亲房—地邻—上手业主—第三人(中国民事大全四.18)。第六,亲房—典主—抵押主—邻里—第三人(中国民事大全三.35)。第七,亲族—姻戚—典主承租人—第三人(中国民事大全三.35)。从以上序列看,亲族优先权占绝对优势,亦即不管业主是否转移占有,亲族均较实际占有人(如承典人)享有较优位的购买权。同时,典主的先买权已日益受到重视,同时承租抵押权上手业主的优先权也不可忽视。(3)优先受偿权方面,以抵押权与典权之序位互为典型。如果抵押权与典权两种优先权竞合,两种物权之效力该当如何?从明代一则判例中不难看出,官方判案倾向于典权优先。其案情大略如下:尹某以其土地为抵押借族弟尹自训银钱十七两三钱且已“议绝”,即根据合同,该抵押物已流质为尹自训之财产,但尹某事前又曾将土地典与王某,距约定赎期尚有三年,地方官判决如下:王某与尹某之年典权合同先行履行,三年满后,尹自训依约接管该产业(张肯堂·管辞(卷11))。此案之判决理由是典权须为占有土地并使用收益,而抵押权仅从属于债权,优先权效力低于典权。

## 二、性质·要件

优先权性质直接决定其构成要件,此处一并论及。关于优先权之性质,德国学者视其为附条件之形成权,台湾学者则区分为二,认为法定先买权是买卖合同订立请求权,已如上述,而当事人双方约定之先买权则是附条件的形成权,并将其归属于担保物权系列。

大陆学者中有两种截然不同的意见,申卫星先生认为优先权具有支配性、优先性、从属性、法定性、不可分性、物上代位性、变价受偿和一定条件下的追求性等担保物权特征。<sup>[4]</sup>董开军先生则认为优先权是对特种债权(工资、生活费、税收、司法费用、扶养费用等)的支付关系,是公法关系而非私法上的债权关系,不应视优先权为一种担保物权<sup>[5]</sup>。前一观点显属承袭德国、日本、台湾民法理论而致,后一观点则过分强调优先权之公法性质而忽略了优先权的私法内涵。综合考察古代优先权,本文认为优先权仍应划归担保物权为宜。日本近江幸治先生将优先权(先取特权)之特征归纳为物权性和担保物权性,实则即优先权之特有性质<sup>[1]</sup>。就其物权性而言,优先受偿的结果显示了较债权为优的法律效力,同时,优先权在一定条件下尚有物权追及力,可辗转追及于第三人

(但动产优先权不得向第三人追及已经转移之动产)。就其担保物权性而言,优先权从属于主债权,与之同时发生,同时消灭,并与债权密不可分,在一定条件上尚具有物上代位性。

通览中国古代优先权,其性质除近江所称两点外,尚有其他两大特征,其一受身份约束,其二受优先权客体约束。如上所言,亲邻优先权实质上是一种优先购买权,但身份却是其前提要件。身份是传统中国之社会性符号,身份本身就意味着权利和义务。亲邻优先权之行使以特定身份权为前提。按宋代法律规定,所谓亲邻,必是“有亲有邻”,宋人胡颖(石壁)释“亲邻”之义甚详:“所在百姓多不晓亲邻之法,往往以为亲自亲,邻自邻。执亲之说者,则凡是同宗典卖之业不问有邻无邻,皆欲收赎。执邻之说者,则凡是南北东西之邻,不问有亲无亲,亦欲收赎。殊不知在法所谓应问所亲邻者,止是问本宗有服亲系之有邻至者。如有亲而无邻与有邻而无亲,皆不在问限。”<sup>[6]</sup>胡氏之论是依据《庆元重修田令》与嘉定十三年(1220)刑部条册。但民间习惯法层面似乎更注重亲自亲、邻自邻。亲者,所重在血缘宗族;邻者,所重在地缘产业,两者重合,自是易处,但二者分离则易滋事端。故至元代,亲邻之法,亲、邻有其一,则可主张优先权。无论是血缘,还是地缘,甚或唐宋以后行会所形成的业缘以及明清以来各江湖社团(会馆、公所),均以身份为重,这是宗法制度或受宗法制度影响的必然结果,于优先权而言,具备了某一身份,则可行使其权利,否则即为“妄执亲邻”,不唯为习惯法所不容,亦且受官府严惩。

优先权客体的特殊性可导致身份性优先权人对抗其他优先权人。其中家族所谓“公产”和寺产最为典型。如买受人明知所买受物业为家族公产而为买受,即视为主观上存在恶意,如系祭田、墓茔则更形切峻。如庐陵文天祥祀产,“文姓子孙永不得私出典卖,他姓人亦不得私行典买”(宣统庐陵县志·祭祀·1-6)。广东花县土地买卖惯例,“私家自卖之田,地契内必声明不是尝产,而卖主乃受”(民国花县志(卷2).28)。乾隆十一年(1746),针对民间私卖祀产义田现象之泛滥,江苏巡抚庄有恭奏请朝廷:“凡有不肖子孙私卖祀产义田,一亩至十亩者杖一百,加枷号一个月,十亩以上即行充发。”买者“与私卖者同罪,田产仍交原族收回,卖价照追入官”,朝廷准奏(光绪大清会典例(卷755).户律·盗卖田宅·苏抚庄奏为请定盗卖盗买祀产义田之例以原风俗事)。这就意味着买受祀产义田之人所遇风险远较一般买卖为大,失落本钱,归还原业之外,尚须受刑事处罚,可谓官方保护民间习惯的一种极端措施,也是中国宗族孝道文化对法律影响的必然结果。至于寺产则属事佛之本,严禁私相典卖出举。今存敦煌文书P2187号《敦煌诸寺奉使衙贴处分常住文书》规定:“在寺所管资庄、水碓、油樑……凡是常住之物……不许倚形恃势,妄生侵夺及知典卖,有不依此式,仍仰所由具状申官,其人重加刑责;常住之物,却入寺中,所出价值,任主自折”。基于优先权客体属性而产生的优先权抵消吞并了物权和债权领域的优先权,虽有利于物的稳定性,却增加了交易风险。

由以上古代优先权之性质,可归纳中国古代两类优先权的构成要件。第一类与身份相关的优先承买权,其要件已如上述。第二类即优先受偿权,其构成要件包括:(1)有特定之债权债务关系存在且有因果关系。(2)优先权人善意无过失,即不存在违法交易等情项。(3)优先权人仅得向特定人主张权利。此点要特别注意,因债权本身为对人权,其主张优先权,仅得向特定之债务人提出,而不得向第三人提出。但在担保物权中如债务人无力偿债,则优先权人可向保证人主张权利,由保证人代偿并就保证人财产享有优先于其他债权人的权利,实则是一种因优先权而产生的代位权。

### 三、效力

德国不动产优先权之效力实际上是两个相互关联的步骤:所有人移转其所有权于先权人;先买权人支付出卖人与买受人所约定的价款,依萨维尼之理论均属于物权行为,亦即德国视优先权为一种物权优先权,这与其将优先权定性为附条件之形成密切相关。

台湾民法体系中将优先权定性为附条件之形成权和债权请求权,故其优先权效力也分为物权效力与债权效力两种。具有物权效力之优先权计有《土地法》104条承租人之优购权<sup>[7]</sup>,《耕地》371《减租条例》承租人之优购权。该条例15条第三款规定:出租人与第三人订约,不得对抗承租人,具有债权效力之优先权则集中体现在法定先买权中典权人之留买权<sup>[8]</sup>,《土地法》107条耕地承租人之优先权,即优先权人仅得要求承租人损害赔偿而不得向第三人主张权利<sup>[9]</sup>。

中国大陆之优先权效力也分物权效力与债权效力两种。物权效力之优先权计有民通意见118条承租人之优先购买权,以及《公司法》35条第三款股东之优先购买权以及《合伙企业法》22条、43条合伙人优先受让权等等。具债权效力之优先权集中体现在民通意见89条对共同共有人擅自处分共有财产之规定,在第三人善意、有偿取得的情形下,第三人享有所有权,债权人只能要求出卖人损害赔偿,即其他共有人仅享有债权请求权。

比较大陆与台湾的共有人优先权与承租人优先权竞合情况下的审判原则和法理规则可发现二者相反。台湾《土地法》34条、104条出现了土地共有人出卖自有部分时同时出现两种优先权,即其他共有人优先权和基地承租人、地上权人、典权人优先权。依最高法院之见解,后三种优先权优先,其理由是后三者均具准物权效力,而共有人之间仅具债权效力。<sup>[7]</sup>而大陆相反,民通意见133条(修改稿)规定:在按份共有人与承租人均享有优先购买权的情况下,按份共有人优先,其理由是按份共有之先买权基于物权,而承租人之优先权则是基于租赁合同即债权,物权效力优先于债权。不难看出,台湾民法视共有人相互间之买卖或转让行为为动态债权行为,而视实际占有使用收益人为静态的准物权行为,一动不如一静,强调的是“地尽其利”;大陆民法则视按份共有人相互间是一种静态的物权事实,而将承租人之权利来源还原为动态的租赁债权,同样是一动不如一静,但其重点则

是保护静态所有权而非动态的用益权,相形之下,台湾民法更见其优势,适应了所有权相对化的世纪潮流。

就中国古代两类优先权而言,其效力状况颇值深究,概言之,本文认为其效力有如下数端:(1)排他效力。就身份性优先承买权而言,如业主出卖出典物业未尽告知义务即将物业典卖他人,亲邻人等可请求其返还原物,变更买卖关系,以确保其对亲邻物业所享有的可能利益(占有、使用、收益、处分)。就一般优先承买权而言,则更完整地体现了近现代民法之物上请求权,当其占有物业受到侵害或其行使权利受到阻遏时,占有人可依习惯或法律享有与物权所有同等的权利,要求返还原物,排除妨碍,恢复原状。这是一种基于物之支配权而自然享有的权利(有学者认为物上请求权是一种典型的独立请求权,或谓之为债权,本文从李开国先生等学说,认为其为附从性权利)。<sup>[10]</sup>至于优先受偿权则区分具体情形而定,其排他性效力实则是位序上的优先受偿效力。(2)优先效力。优先实现权力是优先权制度创设的直接目标。依现代民法理论,优先效力分别体现为“物权优于债权”,“先权优于后权”,“优先受偿权”、“优先购买权”等类别。古代优先权中的亲邻优先权名为身份性优先权,但因古代同宗同族多系“聚族而居”,其财产所有权多为共同所有性质,加以习惯法赋予同族以互助义务,故身份权实则是一种共同物权或相邻物权,其优先效力迹近于今日之共有人优先承买权。(3)代位效力。在亲邻优先权和一般优先承买权中,亲邻优先权人可依习惯法(“乡例”)直接代位原业主向第三人追索亲邻物业或向官府申告请求代位行使相当于原业主的权利。优先受偿权人则可就债务人之债务人财产代位行使权利,以实现其优先权。(4)代偿效力。当被典卖物业在优先人主张权利期间灭失,优先权人可要求相应债务人损害赔偿或以其它物业充抵,或就灭失物业所得赔偿部分优先实现其权利。(5)追及效力。集中体现在亲邻优先权和一般优先承买权中。依唐代“帖卖”为例,原业主所帖卖产业如被占有人出卖给第三人且未尽告知义务,则原业主得依习惯法和官府成文法主张物权追及效力,无论原业辗转落于何人之手,均得向其主张权利。所谓帖卖,迹近于后世之典权。“帖卖者,帖荒田七年,熟田五年,地还钱还,依令所许”(通典·食货二·田制(下)·关东风俗志)。这是关东一带风俗,唐代帖卖盛行,唐宪宗元和八年(813)十二月敕允准赐予王公、公主、百官等人之庄宅、碾碾、店铺、车坊、园林典帖买卖<sup>[11]</sup>,帖卖风行全国,推动了经济发展,从物权性质上讲,帖卖当属附有赎回条件的买卖,上手业主之优先权是一种形成权,也是一种可行使优先权的物权。

在中国古代优先权中,已经抵押之不动产如未经债权人同意被抵押人转卖给第三人,则债权人得凭抵押契约向买主照据索钱,即债权人对已出卖之抵押物可追及并行使其债权。湖北潜江县习惯,此种情况下,放债人可同时或分别向抵押原中或出卖中证及买主并欠债人索偿(报告录上.346)。而竹溪、兴山、郧县、麻城等地习惯均允可债权直接向买受人

主张权利或阻拦其买受行为,且不管其是否善意,这是民间优先权追及力在习惯法上的经典个案(报告录上.334)。

#### 四、保护机制

现代民法体系中之优先权保护基本上是仰赖于国家成文法之直接规定。传统中国优先权之保护在官府法令之外,更多的是依靠习惯法之效力进行保护,物权、债权两种优先权之保护略近于今时民法,略而不论。值得探讨的是亲邻优先权。中国以孝治天下,宗法体制完善,同居共产是其主要经济组织形式,官方与民间对亲邻优先权均着力护佑,其保护体制历代均有定制,其个中原理实堪揣摹归纳。据历代法条及民间习惯,本文尝试对其简单分析<sup>[11]</sup>。

第一,批退、批价制度。这是强行要求业主履行告知义务。业主欲出卖、出典物业,必须向亲邻人等履行告知义务。宋代规定:“诸典卖田宅,具帐开折,四邻所至有亲总麻以上亲及墓田相去百步者,以帐取问”(清明集·户婚门·争业类)。这是批退批价制度的开始。所谓批退、批价,即业主将典卖事项告知优先权人(“立帐取问”),优先权人在法定期限内(元代规定批退为3天,批价为5天)表明是否买受或承典。该制度之创设既保障了亲邻优先权,减少了争讼,也有利于保护善意相对人。

第二,签押制度。为防争竞,从宋代以后凡属业主出卖出典物业,均规定了严格的签押制度。亲邻优先权方面,更形严格,要求亲邻人等同署契约,一方面有证约之意味,更重要的是通过签押合同父契,表明其放弃了亲邻优先权,以杜争论,至为精微。

第三,中证制度。国外、国内众多学者对中国之中人制度给予了较高评价,宋文格(Hugh T. Scorgin, Jr.)不仅阐述了“中人”证约功能,并认为“程序的公开性和对证人及文书的强调,使证据起到了实际证明的作用”<sup>[12]</sup>。日本学者岸本美绪则认为凭借“中人”进行交易是中国古代之特别现象,根源在于特殊的人际通常和日常生活交往的礼仪规范使中国人推崇个人人格的相互信任,中人制度具有人伦道德与功利交易的双重性质<sup>[13]</sup>。美国学者杜赞奇则将中人分为三类:有面子之保护人;交易一方亲友,另一方熟识;城居地主之代理人、村中强人或职业经纪人<sup>[14]</sup>。质言之,中人既是一种人格的社会化力量,更是一种物化的力量<sup>[15]</sup>。

第四,担保制度。为避免在交易中触犯亲邻优先权,买受人一般要求出卖人提供担保,但此种担保并非物的担保,而是一种人的担保,主要有两类:一是由业主于契约内写明已先尽亲邻义务,否则责任自负。但这类保证自唐至清实难奏效,故契约内虽有明言,实践中收效甚微。二是邀集亲邻人等作保证人,既可保证债权之实现,也不受亲邻优先权之裹胁,实为两便。买受人为达到这一目标,尚不惜花费钱粮,支付中保人(亲邻)相关费用。至清末民国年间全国各地均有“画字钱”、“画字礼”等风俗,实际上是交易双方为追求交易之安全性而于交易款项以外支付给亲邻人等的费用(报告录上.396,403,480,499)。

第五,公示公信制度。凡涉及亲邻优先权之典卖行为,交易双方不仅要向官府申牒纳税,变更产权手续,还须尊重习惯法上的公示公信制度。从汉代契约中的“酤酒”制度至于今日民间“吃中”之俗,无不反映交易行为中公示公信之重要性。有学者称汉代契约中多有“酤酒”之条款,系因中间人视添财为喜庆之事,实则大谬不然,交易双方或买受人举行宴饮活动表面上似庆祝增财,实则是一种公告行为,宣布其交易成功和产权转让之事实。日本学者滋贺秀三言之甚详,考之甚确,可资参验。<sup>[16]</sup>西南少数民族中之“吃中”则由买方邀请双方亲族、寨头、中人饮宴,目的是取得公示公信力<sup>[17]</sup>。

第六,救济。以上五种制度是为了抵消亲邻优先权而不得不采取的措施,适足说明亲邻优先权在传统中国的重要性。在亲邻优先权遭受侵害的情形下,成文法和习惯法均给予优先权人以相当强力的救济权利。其救济方式既可以公法救济,也可以私法救济,其具体措施是优先权人可鸣官、请求发文追夺已典卖产业,确认物业交易合同无效,也可直接向买受人主张权利,以同等价格收赎买回已典卖物业。考诸元代法律,如业主未尽告知义务私辄典卖物业,优先权人可于百日内依卖价收赎,如业主虽为告知,却故意抬高价钱或与买受人共谋哄抬价钱私下又以低价成交,则法律允准优先权人百日内依成交价收赎,如业主与买主有欺罔情节或故意延时日,虽过百日,法律仍许优先权人依卖价收赎。<sup>[18]</sup>

### 五、限制·禁止

优先权在社会经济领域并非独行侠,得任意优游。考诸各国法律,对优先权之禁止情形所在多有,特别是二战后,所有权社会化程序愈来愈高,用益权可在一定条件下对抗所有权,优先权原则生存空间更形局促,其主要表现有二:一是优先权范围日趋褊狭,德、法、日各国之优先权体系均以公共性利益或人道主义救济助为主旨,一般优先权受限较严;二是优先权之行使所受局限愈来愈多,以确保交易之安全性和物的效益性。《德国民法典》规定:“以强制执行或破产管理人所为之出卖,不得行使先买权”,中国大陆民法也规定拍卖场合不得行使先买权,台湾民法肯定先买权可以推及拍卖行为,据其最高法院1960年抗字第83号之解释:“强制执行法上之拍卖,应解释为买卖之一种,即拍定人为买受人而以拍卖机关代替债务人”<sup>[9]</sup>,看似有理,实则因优先权主体已然位移,此优先权人非彼优先权人,实际上仍是否定了原优先权人之优先权而仅是赋予了拍定人之新生优先权。

揆诸中国古代之优先权体系,其优先权行使亦受到不同程度的限制,在某些场合其优先权被禁止行使。概而论之表现为如下数端:(1)优先权人虽可行使优先权,但无力支付业主所出相应代价,此种情形优先权自动消失。(2)优先权人恶意导致优先权丧失,即优先权人利用其优先权勒借价钱或与买主串通减落价钱,竟得实惠,此种情况下,业主可径卖他人,优先权人不得有异说。(3)已逾法定时效,优先权自动丧失。中国古代亲邻优先权之时效制均为消灭时效,依宋代元

代而言,约有如下三类:亲邻优先权之行使自典卖之日起满三年以应问亲邻而不问提起诉讼,官不为理(清明集·户婚门·取赎·有亲有邻在三年内方可执赎);典卖契约中若合同当事人一方(契头或契首)亡歿经三十年,优先权人要求取赎亲邻物业,官府不许受理(元典章(卷19)·典卖批问税限);业主立帐取问,亲邻必在法定时间内批退(3天)或批价(元典章(卷19)·典卖批问税限)。(4)在拍卖场合,优先权人之优先权一般不得行使或仅限有条件行使。在宋代,拍卖制度(实封投状)已相当发达。特别是对荒山荒林逃田等物业的处置上,官府多赋以见佃人优先权以抵消、吞并原业主之优先权及相关亲邻优先权,以至大量出现“庇客压主”现象。

### 参考文献:

- [1] 近江幸治. 担保物权法[M]. 祝娅,等译. 北京:法律出版社, 2000.31-33.
- [2] 铃木禄弥. 让与担保[M]. 日本:钻石社,1966.244.
- [3] 崔军. 动产担保物权位序关系研究[J]. 中外法学,1998,(3):36-37.
- [4] 申卫星. 优先权性质初论[J]. 法律与社会发展,1997,(4):60-62.
- [5] 董开军. 担保物权的基本分类及我国的立法选择[J]. 法律科学, 1992,(1):48-50.
- [6] 无名氏. 宋本名公书判清明集[A]. 续古逸丛书之37[C]. 重庆:西南政法学院法制史教研室,1985.91-92.
- [7] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(三)[M]. 台湾:三民书局, 1993.323.
- [8] 郑玉波. 民商法问题研究(一)[M]. 台湾:三民书局,1991.417.
- [9] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(一)[M]. 台湾:三民书局, 1993.521,523.
- [10] 李开国. 中国民法学教程[M]. 北京:法律出版社,1997.251.
- [11] 刘云生. 中国古代契约法(第三章)[M]. 重庆:西南师范大学出版社,2000.
- [12] 宋文格(Hugh T.Scorgin, Jr). 天人之间:汉代的契约与国家[A]. 高道蕴,等. 美国学者论中国法律传统[C]. 北京:中国政法大学出版社,1994.177.
- [13] 岸本美绪. 市民社会论与中国[A]. 王亚新,梁治平. 明清时期的民事审判与民间契约[C]. 北京:法律出版社,1998.378.
- [14] 杜赞奇. 文化:权力与国家[M]. 王福明译. 杭州:江苏人民出版社,1994.168-178.
- [15] SEE DUARA P. Elites and the Structure of Authority in the Villages of North China, 1900-1942[A]. JOSEPH W. ESHERICK, BACKUS RANKIN ed. Chinese Local Elites and Paternalism of Dominance[C]. Berkeley: University of California Press,1990.261-281.
- [16] 滋贺秀三. 清代中国の法と裁判[M]. 东京:创文社,1984.168.
- [17] 高其才. 中国习惯法论[M]. 长沙:湖南人民出版社,1995.331-332.
- [18] 霍存福. 论元代不动产买卖程序[J]. 法学研究,1995,(6):87-89.