

# 论共有人的优先购买权

宋宗宇,侯 茜,向 艺

(重庆大学 法学院,重庆 400030)

**摘要:**针对共有人的优先购买权,现代大陆法系国家民法和我国现行立法都明确承认和保护共有人的优先购买权,但就该制度的存废仍然存在争议,文章主张保留并完善共有人的优先购买权制度。从本质而言,共有人的优先购买权是法定权和形成权并具有物权效力。在一定条件下,应当赋予共同共有人、建筑物区分所有的共有人、集体经济组织成员对集体财产的优先购买权,但在出卖人向法定继承人出卖财产份额、以拍卖和招投标方式出卖标的物、依强制执行方式而进行的出卖等情形下则不适用优先购买权。

**关键词:**共有;物权性;优先购买权

**中图分类号:**D913

**文献标识码:**A

**文章编号:**1008-5831(2004)01-0100-06

## On Joint Owner's Option to Purchase

SONG Zong-yu, HOU Qian, XIANG Yi

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400030, China)

**Abstract:** Nowadays the countries which belong to continental law system, including China, admit and protect joint owner's option to purchase, but are divided in opinion on keeping the system in future. This paper suggests that we keep and improve the system. From essential aspect joint owner's option to purchase is a kind of legal right, right of formation, and has effect of rights over things. This paper proposes that option to purchase should be conferred on common owners, co-owners who occupy building and members of collective economic organization under given conditions, but some conditions such as sell to legal heir, sell by auction or by invitation to bid and bidding, sell by enforcement, are exceptions.

**Key words:** joint ownership; real right; option to purchase

共有,为近现代民法所有权形式之一。指两个或两个以上的权利主体就同一财产共同享有所有权的法律制度,抑或复数的个人就同一标的物共同享有同一所有权的法律状态。<sup>[1]</sup><sub>(p549)</sub>共有人的优先权就是一种优先购买权(又称“先买权”),优先购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。<sup>[2]</sup><sub>(p342)</sub>我国台湾地区谓之优先承买权,乃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。<sup>[3]</sup><sub>(p505)</sub>我国现行法律对共有人的优先权制度做了一些规定,但立法上未能形成一个完善有效的体系,存在很多不完备之处。而在实践中,由于共有人行使先买权而引起的纠纷也较多,所以,在物权立法中是否有必要对此做出规定以及如何规定,法学界及实务界一直存在着不同意见。鉴于此,

有必要在理论上对该制度进行深入研究,期望在制定《民法典》或《物权法》时对此问题引起重视,弥补立法不足和解决实务中的困难。

### 一、优先购买权制度立法考察

在我国,有关优先购买权制度最早可追溯到《唐律》,《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。”<sup>[4]</sup><sub>(p256)</sub>该制度在五代时已有法律明确记载。在外国民法史上,有关优先购买权的规定可溯源至古希腊、古罗马时代。这一制度在拜占庭时期的罗马法上就有之。

现代大陆法系各国的民法大都以不同形式规定了先买权这一重要制度。1804年的《法国民法典》对继承中遗产共有人的优先购买权做了较细致的规定,该法第815-14条第1、

**收稿日期:**2003-11-10

**基金项目:**重庆大学骨干教师基金资助项目“民事优先权制度研究”

**作者简介:**宋宗宇(1968-),男,四川达州人,重庆大学法学院副教授,硕士生导师,西南政法大学博士研究生,主要从事民商法学研究。

2款规定:“如共有人拟将其对整个共有财产或对其中一项或数项共有财产的权利全部或一部有偿让与共有人以外的其他人,应以司法文书将其拟定让与的价格及条件,自荐取得这些财产人的姓名、住所与职业通知其他共有人。任何共有人,均可在此项通知之日起1个月期限内,以司法文书通知让与人,令其将按照让与人向其通知的价格与条件行使先取权。”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都规定了优先购买权,在债编以特种买卖形式“先买”予以规范(第504~514条),在物权编以物权形式“先买权”予以确认(第1094~1104条)。《瑞士民法典》则在对出卖土地的限制上规定了法定先买权(第681、682条)。我国台湾地区的民法典虽未设此制度,但在特别法《土地法》第34条之一第4项对共有人的先买权做了如下规定:“共有人出卖其应有部分时,他共有人得以同一价格共同或单独优先承购。”<sup>[5]</sup><sub>(P347)</sub>并在《土地法》第104、107条和《耕地三七五减租条例》第15条对承租人的优先承购权予以规范。<sup>[3]</sup><sub>(P305)</sub>我国特别行政区澳门的法律也对优先权做了相当完善的规定(《澳门民法典》第408~417条、第1308、1309条)。

根据我国现行法律,共有被分为按份共有和共同共有两种形式,而共有关系的优先权主要指按份共有人的优先购买权,即按份共有人之一在出卖自己的应有部分时,其他共有人在同等条件下有优先于其他购买人购买的权利。<sup>[1]</sup><sub>(P567)</sub>虽然我国民事立法有关优先购买权的规定并不多,但对共有人的优先购买权一直都有明确规定。我国《民法通则》第78条第3款对按份共有人的优先购买权作了如下规定:“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。”而最高人民法院《关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第92条则规定了共同共有人的优先购买权:“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”。上述规定主要构成了我国共有人优先权制度的法律渊源。可见,我国现行立法和有关司法解释继承大陆法系传统,明确承认和保护共有人的优先购买权,但是,我国现行立法对优先购买权制度的规定并不完善,致使在理论上和实践中对共有人的优先购买权制度有关法律问题仍然存在颇多争议。

## 二、共有人优先购买权的存废

我国在物权立法过程中是否应该继续保留上述规定,存在两种对立观点:

一种观点认为,应当取消共有人的优先购买权制度。理由是:(1)对所有权做出了不合理限制。共有人对应有份额的权利具有所有权的效力,转让份额实际上是处分个人财产,不应在法律上限制;(2)承认优先购买权将对交易形成妨害,不利于形成公平的交易。出卖人与第三人交易时付出了

大量时间和精力,并支付了交易成本,只是因为其他共有人要主张优先购买就宣告无效,对交易十分有害,甚至还可能由其承担缔约过失责任。而且,该制度变相地剥夺了非优先购买权人的购买机会,使优先购买权人和非优先购买权人不能进行公平交易;(3)优先购买权的作用也有限,同等条件是一个伸缩性很大,易被规避的概念,如果共有人一定要将份额转让给非共有人,非共有人一定要参加共有关系,那么在同等条件下做些手脚往往能够天衣无缝。<sup>[6]</sup><sub>(P155)</sub>所以,同等条件对于行使优先购买权的限制根本毫无意义。基于以上几点,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,这是基于限制共有人人数的增加和简化共有关系的考虑。<sup>[7]</sup><sub>(P425)</sub>笔者也持这一观点,认为在物权法中设立优先购买权是必要的,因为:(1)能合理有效地配置资源,更有利于对共有财产的有效利用。通过优先购买权的行使,使共有向一人所有的方向转化。由于对共有财产的处分、管理和使用等需要各共有人达成一致意见,这种协商过程定会增加额外费用,一旦达不成合意,则共有财产就不能够有效地被管理、使用和处分。如果法律赋予其他共有人以优先购买权,因为是在同等条件下行使,则不会损害出卖人的利益,还能减少共有人的数量,从而使共有向一人所有的方向转化,更好地发挥物的效用。正如王泽鉴先生所概括,“共有人优先承购权之立法目的,旨在防止土地之细分,并兼及消除共有关系,而使尽地利”。<sup>[5]</sup><sub>(P352)</sub>而且,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,也应懂得如何有效地利用该财产,而新成员不一定能进行有效利用。(2)有利于稳定共有关系,减少纠纷。一般,按份共有的成立和存在与共有人之间的相互了解和信任有直接关系,份额转让可能影响共有关系的稳定,从这个意义上,赋予共有人先买权是必要的。共有人对共有财产的管理、经营、使用能否有效进行和运作,很大程度上取决于相互信任基础上的合作。如果允许新成员加入到共有关系中,可能对原有的共同合作关系产生消极影响,并且可能会破坏原有的共有人对标的物所形成的支配关系。新成员可能不愿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而引发纠纷。为维护稳定的共有关系,减少纠纷,保留先买权制度是非常有必要的。

基于以上两点,笔者认为应当保留共有人的优先购买权制度。针对上文列举的取消的理由,笔者认为:(1)该制度是对所有权合理的限制,基于维护共有关系,有效利用共有财产出发而赋予其他共有人优先购买的权利,但限制其在同等条件下才能行使,因此,出卖人并不会因为这种限制而遭受损失;(2)该制度并没有剥夺第三人的购买机会,因为有同等条件对先买权人的限制;(3)因为同等条件不易确定、极易被规避而取消优先购买权制度,这个理由站不住脚,岂非因噎废食(关于同等条件的确定问题,笔者将另撰文详尽阐述)。

### 三、共有人优先购买权的性质

关于共有人优先权的性质,可从不同角度认识。

#### (一)法定性

在大多数情况下,先买权是基于法律的直接规定而设立,而共有人的优先购买权即为法定。这种法定性表现在:一方面,优先购买权的主体是法定的,优先购买权是基于特定基础关系即共有关系,由特定关系人即共有人专有的一种特殊权利。优先购买权人不能将该权利让与他人,因为法律规定优先购买权主要是为了保护特定关系人(如承租人、承典人、共有人等)的利益。如果优先购买权人脱离基础关系转让优先购买权,则由于购买人不是法律保护的特定对象,从而使优先购买权丧失其存在意义。另一方面,优先购买权的行使条件和行使期限等都是由法律明确规定的。<sup>[2]</sup><sub>(P358)</sub>

但从理论上,约定先买权也应有其存在的依据。由于法定先买权仅仅是在特定情形下由法律直接规定,所以不一定能完全满足当事人的要求,“惟依私法自治原则,当事人基于交易需要,亦得为优先承买权之约定。”<sup>[3]</sup><sub>(P505)</sub>现实生活中存在大量产生约定先买权的因素,如相邻关系双方可以约定,在一方出卖不动产时,可由另一方享有先买权,一方面贯彻了意思自治原则,另一方面也对另一方的利益更好地维护。因此,笔者认为,在物权法中可以规定约定先买权,如《瑞士民法典》第681条第(1)项,而《澳门民法典》中专门分节对“优先权之约定”(第408~417条)的规范相当完善成熟,值得参考借鉴。

在法定先买权存在的情况下,由于先买权只能由特定的主体享有,所以这项权利不能单独继承、转让(如《瑞士民法典》第681条第(3)项、《德国民法典》第514条),并且基于其法定性,当事人也不得约定排除,即使有此约定,也属无效(《德国民法典》第506条)。在法定先买权和约定先买权并存情形下,基于法定先买权法定的效力,无疑法定先买权更具优先性(《澳门民法典》第416条、《瑞士民法典》第681条第(3)项)。因此,财产所有权人处分财产时,依法享有优先购买权的当事人,享有在同等条件下优先于他人购买的权利。但法定先买权不能单独继承、转让,亦不得预先约定排除。法定先买权优先于约定先买权。

#### (二)形成权

形成权指权利人得利用其法律上所赋予之权利,以单独行为使权利发生变动。<sup>[3]</sup><sub>(P507)</sub>即权利人依自己的行为,使自己或他人共同的法律关系发生变动(包括发生、变更或消灭)的权利。形成权的首要功能是权利人对某项法律关系可以采取单方面行为,作用方向在于变动自己或与他人共同法律关系,对应义务具有消极性,相对人有不作为或容忍义务,尊重权利人的单方面行为并接受其作用后果。<sup>[8]</sup><sub>(P124)</sub>法律赋予权利人一种单方面的形成权力,意味着对债法上合同原则的偏离;另一面,是形成权相对人的“受约束”或“受制约”,即形成权相对人必须接受他人做出的决定。<sup>[9]</sup><sub>(P75)</sub>

优先承买权系形成权,为单独行为,因权利行使,使买卖

契约成立。<sup>[3]</sup><sub>(P510)</sub>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思表示而使法律关系发生变动。依德国法学者通说,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,而无须义务人(出卖人)之承诺。惟此项形成权附有停止条件,须俟义务人出卖标的物于第三人时,始得行使。<sup>[3]</sup><sub>(P507)</sub>《德国民法典》第504条就规定了“行使的要件”：“对一标的物享有先买权的人,一为俟义务人与第三人就此标的物订立买卖合同,即可行使先买权。”我国《民法通则》第78条第3款也有规定：“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。”该条款可以这样理解,它实质上规定了形成权的行使要件,即“出售份额给第三人(虽然条文并未明文写出第三人,但如果是直接出售给先买权人,则先买权人根本就不用行使优先购买权,行使先买权就是针对不特定的第三人而言)”和“同等条件”两个要件。笔者亦赞同这一观点。

如果从立法目的分析,优先购买权是形成权也有理可依。如果优先购买权不是形成权,那么它就不能实现立法规定它的初衷,即维护共有关系稳定,简化共有关系目的。依照有些学者的观点,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,而非仅就已成立的法律关系使之发生变动的权利,即使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,换言之,是否出让给优先购买权人,出卖人负有承诺的义务,但就合同的内容还要进一步协商,不能认为一旦共有人提出要约,出卖人就必须承诺。<sup>[2]</sup><sub>(P350)</sub>照此分析,如果法律赋予的不是形成权,那么最后卖给谁的决定权还是掌握在出卖人手里,不管他是否善意或恶意,反正出卖人想卖给谁就卖给谁,即使先买权人出更高的价,但就是不卖,法律也拿他无可奈何,因为出卖人并不必须承诺,还是要基于合意与先买权人订立合同。一旦如此,则优先购买权的规定就没有达到它最初的立法目的,形同虚设。另一方面,如果其性质不是形成权,则可进行反复竞价,带来交易的恶性循环和成本提高,即当先买权人主张优先购买时,但因不是形成权,而不能自动建立自己与出卖人之间的合同关系,则第三人对此抬高价格,这时,先买权人又愿意以抬高后的价格优先购买,第三人又抬价,如此反复,出卖人坐收渔利,而对第三人和先买权人则不公,对交易也是有害无利。

因此,无论从学理上、法律条文上分析,还是从立法目的出发,优先购买权都应该是形成权,赋予了优先购买权人一种仅凭自己的单方意志与出卖人形成买卖关系的权利,但其前提是满足一定的行使要件。当形成权划分为消极形成权和积极形成权时,可以认定先买权是一种积极形成权,因为其旨在创设某种权利状态。<sup>[9]</sup><sub>(P78)</sub>

#### (三)物权效力

优先购买权具有物权效力和债权效力两种。物权效力观点认为,先买权是一种对世权,可以对抗任何人,未经先买

权人的同意,即使标的已转让,仍不生效力。债权效力观点认为,先买权不过因成立买卖合同而设,这种权利不影响出卖人和第三人关系。我国台湾地区法院基本上采纳债权说,认为“土地法”上之优先承买权,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。<sup>[3]</sup><sub>(P508)</sub>

笔者认为共有人的优先购买权具有的主要是物权效力。因为先买权的核心是优先于他人,而他人却是不特定的多数人,这显然不是债权所具有的特征,而是一种对世权即绝对权。所以,先买权人可以对抗第三人,出卖人和第三人就排除先买权所作的约定没有法律效力。当然,在存在法定先买权的情况下,也不一定排除善意取得的适用。同时,共有人的优先购买权在我国现行法上明文规定,根据物权法定原则,共有人的先买权制度显然具有物权效力。

值得注意,并不是任何情况下先买权都具有物权效力,如约定先买权但未经登记就不产生物权效力。判别先买权的效力,主要是根据先买权的性质和是否采取相应的公示方法考虑。约定先买权只有依法公示才具有物权效力,反之则仅具有债权效力。《澳门民法典》就在第407条、415条、416条分别规范了“预约之物权效力”,“物权效力”和“优先权之相对效力”,亦值得作为立法之参考。

综上所述,共有人的优先购买权可从不同角度认识,依不同标准把握。究其本质,共有人的优先购买权是法定权利,是一种形成权,可基于权利人单方意思表示而自动建立与出卖人的合同关系,且具物权效力,可对抗第三人。

#### 四、共有人优先购买权的适用范围

如前所述,我国现行立法明确规定了按份共有人的优先购买权,但对其他情形下共有人的优先购买权则规定得不明确,包括但不限于下列情形。

##### (一) 共同共有人的优先购买权

共同共有指依一定原因成立共同关系之数人,基于共同关系,而共享一物所有权的制度。<sup>[1]</sup><sub>(P553)</sub>较之按份共有,共同共有的法律特征:(1)在共有关系存续期间,各共有都对共有财产享有平等权利,承担平等义务;(2)共有财产不分份额,每一共有都对全部共有财产享有完整权利;(3)共同共有以共有人之间特定关系的存在为前提,根据共同关系而产生,一旦共同关系消失,则共有关系解体。<sup>[10]</sup><sub>(P94)</sub>照此看来,共有关系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,共有人无法就共有财产划分各自的份额或确定哪部分属于哪个共有人,只有在共同共有关系终止、共有财产分割后,才能确定各共有人的份额,所以,在共有关系存续期间,共有人不可能转让份额,因此也不可能导致其他共有人的优先购买权。《民法通则》第78条第3款规定的共有人的先买权也仅限于按份共有人所享有的权利。

问题在于,在共同共有关系终止,原共有人要处分共有财产,其他原共有人能否主张优先购买权?为了更有利于物

的共同管理、使用、维修以及避免损害共有物和减少各种纠纷,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时,如果出卖的财产与其他原共有人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。”从充分发挥物的效用来讲,这一规定有其合理性。然而,由于共有财产因分割而转化为各个共有人的单独所有财产,如果允许原共有人再享有优先购买权,则对原其他共有人个人财产所有权的行使可能会施加不合理的限制。据此,有许多学者认为,在共同共有中,原共有人的转让只能发生在共有关系终止后,其他共有人主张优先购买权的基础关系已不存在,从而使这种优先购买权欠缺法理基础。

对该问题应从设立优先购买权的立法目的出发,具体问题具体分析,才能得出妥当的结论。一般而言,一旦发生共有财产分割,按份共有与共同共有并无实质不同,都会引起共有关系重新确定、共有纠纷易发、财产权利细化等相同后果,优先购买权具有相同的适用空间。共同共有关系在因共同关系终止而解除时,共有人之间要实际分割共有财产,对共有财产的分割实际上也要按一定份额进行。那么,原共同共有人是否应当对原共有物享有优先购买权呢?笔者认为,原共有人应该享有优先购买权,理由如下:第一,共同共有一般是基于共同生活和共同劳动而产生,在我国主要是以下两种基本形式:夫妻共同共有的财产和家庭成员共同共有的财产。<sup>[10]</sup><sub>(P95)</sub>如果夫妻离婚以后处分共有财产,在夫妻任何一方要取得该分割的共有财产时,应当保护其优先购买权。例如夫妻双方共同所有一套两室一厅的房屋,离婚时房屋被分割后,一方要求继续居住其中的一间,而另一方要求将自己的一间出售。此时双方之间的关系已实际转化为按份共有关系,应当使共有人享有对其份额的优先购买权。<sup>[2]</sup><sub>(P355)</sub>第二,家庭成员因为长期在一起使用该房屋,如果有其他人加入进来,在感情上、生活上也多有不便。法律上承认共同共有人对共有财产享有优先购买权,也有利于维护生活关系的稳定。第三,夫妻或家庭成员长期共同占有某一共有财产,依照社会常识,由原共有人继续保留该共有财产符合人的生活习惯,并且有利于该财产的有效利用。同时,由于按份共有人之间的结合关系与共同共有人之间的结合关系同为共有,并无实质区别,而且共同共有人间结合的紧密程度强于按份共有人。因此即使在共有关系终止后,维持原共有人对共有财产的使用和利用关系也有利于减少因为第三人的加入而产生的纠纷。

此外,还有一种特殊情况,即全体共有人一致愿意将共有财产全部出售给第三人,如何看待原共有人的先买权,笔者认为,既然全体共同共有人一致同意出售,那么,全体共同共有人共同作为出卖一方已表明其不愿受让该共有财产,则可视共同共有人放弃优先购买权,而并非共同共有人不享有优先购买权。

## (二) 建筑物区分所有共有人的优先购买权

数人区分一建筑物而各有其一部者,谓之建筑物区分所有。<sup>[11]</sup><sub>(P204)</sub>即根据使用功能,将一栋建筑物的结构区分为由各个所有人独自使用的专用部分和由多个所有人共同使用的共用部分,每一所有人享有的是对其专用部分的专有权与对共用部分的共有权的结合,且其共有权性质应该是共同共有。<sup>[6]</sup><sub>(P161)</sub>建筑物区分所有权与共有的根本区别:前者将一栋建筑物区分为专有部分和共用部分,并在此基础上形成一种特殊类型的不动产所有权。就共用部分而言仍然属于共有,但专有部分则是单独的所有权,后者则不包括单独所有权。<sup>[12]</sup><sub>(P128)</sub>

那么,建筑物区分所有人对其单独所有部分行使处分权时,其他单独所有人是否享有优先购买权?笔者认为,不能享有优先购买权。因为建筑物的区分所有与共有是不同的,共有乃是一个所有权,即使在按份共有关系中,各个共有人应按照各自的份额享有权利并承担义务,各个共有人的权利都可及于共有物,但任何一个共有人都不得对共有财产主张单独的所有权。而在区分所有权中,要将一栋建筑物区分为专有部分和共有部分,专有部分是单独的所有权,与一般所有权无异,在产权登记时也应分别进行登记。因此,在区分所有权的情况下,一栋建筑物实际上已分割为独立的为多人分别单独享有的单位,这样,所有权已不是一个而是数个。由于区分所有人对其专用部分享有所有权,因此单独所有人对其单独所有的财产可以独立行使使用、收益和处分的权利,他人不得干涉。

对专有部分的所有权的行使不能在法律上通过施加优先购买权来予以限制,也不能因为各个单独所有人之间彼此是相邻的便使其享有优先购买权。因为尽管区分所有人之间是相邻的,但他们相互独立,互不关联,不能因为某个所有人转让其单独的所有权而主张优先购买权。如果允许某个所有人对其他所有人转让所有权也享有优先购买权,实际上是对独立的所有权施加了极不合理的限制。尤其是因为区分所有人人数众多,如果都要求主张优先购买权,将产生许多不必要的纠纷。对共有部分,就其基本性质属于共同共有,此种关系是区分所有人共同使用同一建筑物的关系,这种关系只有在建筑物的各单元同归一人的情况下才会消灭,因而排除了共有部分及设施分割的可能性。基于此,共同部分的权利不能为某一区分所有人转让、设定负担或抛弃,也不存在着优先购买权。<sup>[6]</sup><sub>(P162)</sub>如《瑞士民法典》第712条C第(1)款就规定:“对于取得应有部分的第三人,依照法律,建筑物区分所有人无先买权;但在设定建筑物区分所有权时或依事后的合意,亦可设定先买权并在不动产登记簿上登记。”

## (三) 集体经济组织成员对集体财产的优先购买权

集体经济组织在出让集体财产时,集体经济组织成员是否享有优先购买的权利?对此问题存在两种不同观点。一种观点认为应予肯定,理由是集体经济组织成员对集体财产享有共有权利,赋予优先购买权也具有实际意义。另一种观

点认为不能从财产共有人推导出集体经济组织成员享有优先购买权。

笔者认为,集体财产实质上并不是共有财产,不应当适用共有财产对共有人的优先购买权的规定。集体经济组织的财产是一种公有财产的形式。公有和共有是不同范畴的概念。公有一词具有双重含义,一是指社会经济制度,即公有制,二是指一种财产权形式。共有则是法学上的所有权范畴,不属于经济学上的所有制范畴。就公有财产权,它和共有在法律性质上也不同:一是主体不同。共有财产的主体必须是多人以上,既可是公民,也可是法人;而公有财产的主体是单一的,只能是国家或集体经济组织。二是公有财产已脱离公民个人而存在,它既不能实际分割为个人所有,也不能由个人按照一定份额享有财产权利。单个公民退出或加入公有组织,并不影响公有财产的完整性。而在共有关系中,共有财产并未完全脱离共有人,因而共有人退出共有组织时,就会产生对共有财产的分割问题。三是在共有关系中,共有人的地位平等,处理共有财产时一般要征得大多数人的同意,而公有财产的所有权主体在处理公有财产时则没有必要征得各成员的同意,而是由所有权主体单独行使权利。<sup>[10]</sup><sub>(P89-90)</sub>

从学理看,集体组织的成员不应当对集体财产的出让享有优先购买权。但在实际生活中,集体经济组织的财产也可能直接关涉到其成员的利益,例如村民小组的农用机械等长期为小组成员所使用的财产,这些财产一旦转让给第三人以后,本村村民的生产和生活就会受到妨碍。在这种特殊情况下,如果集体组织出售的财产直接关涉集体组织成员的个人利益,应允许集体组织成员享有优先购买权。<sup>[2]</sup><sub>(P357)</sub>因此解决该问题的关键在于立法应明确集体经济组织成员享有优先购买权的客体范围,如农地使用权、农田水利设施及其他重要的农业生产资料等直接关系到集体组织成员个人利益的财产。至于其他财产,则不应当涉及优先购买权的问题。

## (四) 其他不适用优先购买权的情形

尽管优先购买权具有物权效力,可以对抗第三人,但从保护第三人利益出发,各国立法无一例外地对其进行了相应的限制,排除优先购买权的适用。这些限制综合起来主要表现为三个方面:

第一,出卖人向法定继承人出卖财产份额。在实际生活中,出卖人基于将来财产继承的需要,往往直接向法定继承人出卖财产,在这种情况下,先买人不应行使优先权。因为在第三人为法定继承人时,不能以一般第三人看待,买卖双方具有特定的人身关系,从某种程度上,买卖双方具有共同利益和特定目的,如果先买人行使了先买权,对出卖人及其法定继承人均会造成损害。<sup>[13]</sup><sub>(P298)</sub>但有一个前提,出卖人必须是从财产继承角度考虑而出卖财产,否则也不排除先买权的适用,因为如果没有这个限定,出卖人会以这种方式转移标的份额,从而剥夺其他共有人的先买权。如《德国民法典》第511条就规定了“出卖给继承人不得行使”的条款,规定“在

发生疑问时,先买权不扩大于为考虑到将来的继承权而向法定继承人进行的出卖”。

第二,以拍卖、招投标方式出卖标的物。拍卖、招投标出卖标的物不同于一般的买卖,它具有很强的公示性。一般以拍卖和招标方式出卖标的物,第三人无须知晓该物上的权利和负担,通过竞买程序即可获得合法所有权,从而排除相关权利人追索。例如,遗失物所有人的请求权便不能及于竞买人。同样,先买权也不应适用于竞买场合,但出卖人应当负通知义务,预先通知先买权人参加。《法国民法典》在第1686-1688条就专章对“共同财产的拍卖”作了规定。

第三,依强制执行方式而进行的出卖。在出卖人的财产因故被查封并被强制出卖时,先买权已无法适用。因为行使先买权针对的对象是出卖方,而强制执行时,出卖方已不能控制财产,而由执行方式对财产予以处置。此时,先买权已无法适用,出卖人也无须通知其他共有人。如《德国民法典》第512条明文规定了“强制执行和破产时的不得行使先买权”条款,规定“对于以强制执行方式或者从破产基金中的出卖,不得行使先买权”<sup>[14-18]</sup>

#### 参考文献:

- [1]梁慧星.中国物权法研究[M].北京:法律出版社,1998.
- [2]王利明.物权法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2002.
- [3]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.

- [4]孔庆明.中国民法史[M].沈阳:吉林人民出版社,1996.
- [5]王泽鉴.民法学说与判例研究[M].(第三册).北京:中国政法大学出版社,1998.
- [6]孟勤国.物权二元论——中国物权制度的理论重构[M].北京:人民法院出版社,2002.
- [7]梁慧星.中国物权法草案建议稿[M].北京:社会科学文献出版社,2000.
- [8]龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2002.
- [9]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东译.北京:法律出版社,2001.
- [10]许明月,李东方.公民的物权[M].北京:中国社会科学出版社,1999.
- [11]谢在全.民法物权论(上册)[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [12]王利明.中国民法案例与学理研究(物权篇)[M].北京:法律出版社,2003.
- [13]马俊驹.民法案例教程(上册)[M].北京:清华大学出版社,2002.
- [14]法国民法典[M].罗结珍译.北京:中国法制出版社,1999.
- [15]德国民法典[M].杜景林,卢湛译.北京:中国政法大学出版社,1999.
- [16]德国民法典[M].郑允,贾红梅译.北京:法律出版社,2001.
- [17]瑞士民法典[M].殷生根,王燕译.北京:中国政法大学出版社,1999.
- [18]赵秉志.澳门民法典[M].北京:中国人民大学出版社,1999.

## 投 稿 须 知

一、论文标题最长不超过20字;摘要应具独立性和自含性,字数控制在100-300字;关键词选词规范,应尽量从汉语主题词表中选取,一般选3-5个。

二、论文标题、摘要、关键词、作者姓名及工作单位均有完全对应的英文翻译。

三、文中表格一律使用“三线表”,应先见文字后见表,表的内容切忌与图与文字内容重复,表格应有表序和表题,表内的个位数、小数点位置应上下对齐;插图也应标明图序和图题。

四、论文字数控制在4000-6000字,属课题资助项目请注明项目名称及编号。

五、参考文献著录规范。

1. 期刊:[序号]文章作者.文培养名[J].期刊名,年,卷(期):起止页码.
2. 专著:[序号]著者名.书名[M].出版地:出版社名,出版年.
3. 论文集:[序号]文章作者名.文章名[A].论文集编著者.文集名[C].出版地:出版社名,出版年,起止页码.
4. 报纸文章:[序号]作者名.文章名[N].报纸名,出版年-月-日(版次).
5. 报告:[序号]著者.题名[R].出版地:出版者名,出版年.起止页码.
6. 电子文献:[序号]作者名.题名[EB/OL].网址,发表日期.
7. 同一文中被反复引用但页码不同的文献用同一序号标示,页码放在正文的引文后。

六、为方便审稿,以下内容请单独打印一页,与正文分开:作者姓名,工作单位(含邮政编码)作者简介(含出生年、性别、籍贯、单位、职称、学位、研究方向),联系地址、电话。

七、为加快稿件处理速度,请提供论文的电子文本(软盘或EMAIL发送)。