

房屋承租人优先购买权 效力再探析

——以法释(2009)11号第21条为中心

宋刚 罗金川

【提要】 优先购买权的法律性质和优先购买权的法律效力,此二者是优先购买权最为核心的问题。法释(2009)11号出台后,合乎法律意旨地解释房屋承租人优先购买权的法律性质和法律效力,对于法律适用意义重大。房屋承租人优先购买权为附条件的形成权,仅具有债权性效力。法释(2009)11号第21条的类推适用需要谨慎。

【关键词】 房屋承租人优先购买权 法律性质 法律效力 类推适用

【中图分类号】 D923.8 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952(2014)01-0099-05

一、问题之说明

优先购买权,谓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。当事人基于交易需要,得为优先购买权之约定,但此仅具债权上之效力。^① 本文所称房屋承租人优先购买权,为《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第118条、《合同法》第230条所明定,故属于法定优先购买权。

房屋承租人优先购买权,最早由国务院1983年《城市私有房屋管理条例》第11条所规定:“房屋所有人出卖租出房屋,须提前三个月通知承租人。在同等条件下,承租人有优先购买权。”后为《民通意见》所采纳并具体化,《合同法》以法律形式予以规定。自承租人优先购买权被规定以来,学者对此讨论甚多,见解不一,更有学者提出应将其废除。其中争议较大的问题是,优先购买权的法律性质和优先购买权

的法律效力,此二者也是优先购买权最为核心的问题。特别是优先购买权的法律效力,事关当事人利益,须在现行法律体系下做出合乎法律意旨的解释。

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》^②(法释(2009)11号,以下简称《租赁合同解释》)第21条特别对承租人优先购买权做出具体化规定,本文拟结合该规定,分析探讨优先购买权的法律性质,在此基础上具体解释优先购买权的法律效力。

二、理论构造:优先购买权的法律性质

优先购买权的法律性质如何,关系到其行使及保

^① 王泽鉴:《优先购买权之法律性质》,《民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社2003年版,第612页。

^② 2009年2月9日最高人民法院审判委员会第1462次会议通过,自2009年5月13日起施行。

护,学说和实务一向有不同见解,主要存在订立买卖合同的请求权说、附条件的形成权说、物权取得说。

订立买卖合同的请求权说,认为出租人出卖房屋时承租人依同样条件声明承买者,出租人有承诺出卖之义务。^①我国亦有学者主张持订立买卖合同请求权说,该说内部主要有两种观点。其一,优先缔约之请求权说,认为优先购买权是一种优先购买的请求权,请求的内容是缔约的优先,结果和具体表现就是在同等条件下相比于其他人,权利人优先与出卖人缔结买卖合同而已。^②其二,附强制缔约义务的请求权说,认为请求权说显然弱化了优先购买权的效力,不足以保证优先购买权人获得出卖标的的所有权,因此不足采,优先购买权的定性应为附强制缔约义务的请求权。^③诚如王泽鉴先生所言,依买卖合同订立请求权理论,买卖合同之成立,尚需义务人同意,论其本质,无异于要约,因此义务人得予拒绝,与一般买卖合同之成立,并无区别,不能合理说明优先购买权之本质。^④即便采取强制缔约的理论构造,苛以出租人强制承诺之义务,惟其在出租人拒绝情形下,买卖合同仍未成立,此时仅发生合同不成立的缔约过失损害赔偿赔偿责任。

附条件的形成权说,认为优先购买权,无论其为法定或约定,论其性质,系属形成权,即优先购买权人得依其一方意思,形成以出卖人出卖与第三人之同样条件为内容的合同,无须出卖人的承诺。惟此项形成权附有停止条件,须俟出卖人出卖标的物于第三人时,始得行使。^⑤我国学者亦有主张该说者。^⑥我国有学者主张优先购买权不能产生既存法律关系变更或消灭的法律效果,形成权不能附条件,所以附条件形成权说不成立。^⑦本文认为,此实乃误解。形成权的法律效果不限于使法律关系变更或消灭,亦包括使法律关系发生,^⑧优先购买权即是适例,此其一;形成权的行使原则上不得附有条件或期限,但条件的成就与否系依相对人意思而定,或期限明确者,不在此限。^⑨优先购买权所附条件即为出租人出卖租赁房屋,出租人是否出卖房屋取决于出租人的意思,此其二。

物权取得说,认为先买权具有排斥他人的效力,故为物权,但先买权既非用益物权,亦非担保物权,而是属于形成权的物权取得权。^⑩值得商榷的是,物权取得权是否属于物权,如是,是否受《物权法》第5条规制,是否有违物权法定原则。再者物权之定性与形成权之定性得否并存,亦存在疑窦。

此外,我国学者有主张优先购买权为附条件的承诺权(选择权),认为先买权的主要法律效力在于使

义务人在出卖标的物时,必须依法律规定、合同约定或第三人之为要约条件,向权利人为要约的意思表示,先买权人应在规定或约定的期限内承诺,否则先买权即消灭。^⑪该说似认为出租人负有强制要约义务,皆如前述,出租人不履行要约义务,仅发生合同不成立的缔约过失责任。

相比较而言,关于优先购买权的法律性质,在理论构造上,附条件的形成权说在法理上较为充分、圆满,值得赞同,于承租人优先购买权应作相同解释。惟其形成权说能否契合我国法律规定的房屋承租人优先购买权,需要解释现行法规定之承租人优先购买权的效力作为检验。

三、承租人优先购买权的法律效力

(一)《民通意见》中承租人优先购买权的效力分析

《民通意见》第118条规定:“出租人出卖出租房屋,应提前三个月通知承租人,承租人在同等条件下,享有优先购买权;出租人未按此规定出卖房屋的,承租人可以向人民法院宣告该房屋买卖无效。”该条前半句规定了承租人优先购买权的行使要件,解释上应当包括:须房屋出租人出卖租赁房屋、须房屋出租人与第三人缔结了一份房屋买卖合同、须为同等条件;后半句则规定了承租人优先购买权的法律效

- ① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第1册,第613页,台湾地区法院有持该说裁判之判例。
- ② 许尚豪、单明书:《优先购买权制度研究》,中国法制出版社2006年版,第152页。该说破形成权说、立请求权说之理由均存在漏洞,实不足采信。
- ③ 宁红丽:《论承租人的优先购买权》,《广西社会科学》2004年第9期。
- ④ 王泽鉴:《优先承买权之法律性质》,第614页。
- ⑤ 王泽鉴:《优先承买权之法律性质》,第614页。
- ⑥ 戴孟勇:《房屋承租人如何行使优先购买权——以〈合同法〉第230条为中心的释论》,《清华大学学报》2004年第4期。韩世远著“合同法分则讲义”,内部复印版,第50页。
- ⑦ 许尚豪、单明:《优先购买权制度研究》,第137~140页。
- ⑧ 参阅王泽鉴《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第97~98页。
- ⑨ 王泽鉴:《民法总则》(增订版),第99页。
- ⑩ 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版。转引自戴孟勇《先买权的若干理论问题》,《清华大学学报》2001年第1期。
- ⑪ 廖焕国、严浩:《先买权制度论纲》,《法学评论》2003年第6期。

果，即出租人出卖房屋未提前三个月通知承租人的，承租人请求人民法院宣告该房屋买卖合同无效。《民通意见》赋予房屋承租人在优先购买权被侵害时请求宣告合同无效的权利。这是法律文义直接反映的信息。需要检讨的是，合同具有相对性，《民通意见》赋予承租人请求宣告出租人与第三人间的合同无效，其法理基础是什么？请求宣告合同无效之后的法律效果是什么？毕竟请求宣告合同无效，仅仅使得出卖人（出租人）与第三人的买卖合同归于无效，对于承租人而言，行使优先购买权，其目的在于与出卖人（出租人）缔结合同，受让房屋所有权。首先分析上述第一个问题。对不具备生效要件的特定法律行为，应赋予何种效力？此为评价问题，应视其所欠缺生效要件的性质及其严重性的程度而为决定。民法所采的原则为：其欠缺的要件，如属有关公益，则使之无效。如仅有关私益，则使之得撤销。如仅属于程序的欠缺，则使之效力未定，俾资补正。^①出租人出卖房屋予第三人，侵害承租人优先购买权，其买卖合同效力如何，如果没有特别规定，原则上则应当适用《合同法》总则合同的效力一章的规定，仅在满足《合同法》第52条规定时，才能判定合同无效。最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）（法释〔2009〕5号，以下简称《合同法解释二》）第14条规定，合同法第52条第（五）项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。尽管《合同法解释二》没有进一步界定“效力性强制性规定”，但其法律意旨是比较明显的，旨在进一步限缩“强制性规定”的范围，以免诸多交易动辄无效，与合同法鼓励交易的立法目的不符。惟其在法律有特别规定的时候，除非适用该条文显示不公平，造成价值矛盾、体系违反，法官才能在释明后不予适用。“出租人未按此规定出卖房屋的，承租人请求人民法院宣告该房屋买卖合同无效。”学者解释认为，《民通意见》确立的承租人优先购买权具有物权的效力，承租人行使优先购买权，不仅发生使出租人负有向其交付标的物并移转所有权的债务，同时具有否定出租人与第三人合同效力的效力，从而在很大程度上能够确保优先购买权人获得房屋所有权。^②该解释观点填补了承租人请求宣告合同无效之后的法律效果，未失允当，值得赞同。

（二）《租赁合同解释》第21条中承租人优先购买权效力分析

1. 关于优先购买权受侵害的赔偿基础

《租赁合同解释》第21条规定：“出租人出卖租

赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。”细致分析，该条规定不同于《民通意见》第118条之处有三：其一，规定侵害承租人优先购买权的情形包括“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人”但不限于“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人”；其二，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持；其三，该条明确承租人请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。

《租赁合同解释》第21条明确出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人属于侵害承租人优先购买权的行为，应该承担赔偿责任。但是，该赔偿责任的法律依据或请求权基础为何，值得探讨，是违约行为、侵权行为抑或独立的一种侵害行为？本文认为在解释上有两种路径。

路径一为，《合同法》第230条赋予了承租人对出租人的赔偿请求的权利。该条规定“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。”根据此规定，出租人未通知出租人的行为，属于违反了租赁合同项下之义务，当产生违约责任。因此该条所谓“赔偿责任”的性质当属违约责任，并且根据我国《合同法》之违约责任之规定，违约责任的成立不以出租人有过错为必要，只要出租人未经通知承租人即出卖标的物，即构成违约，故该条采用“侵害”一语似乎未尽妥当，改作类似“损害”之语词为宜。赔偿金额属于违反该房屋租赁合同的违约责任之一，其金额的确立应该以该租赁合同为依据进行确定。

路径二为，承租人优先购买权的附条件形成权说。认为该条所谓的“赔偿责任”是植根于租赁合同项下的通知义务的违反，认为行使优先购买权即在出租人与承租人之间已经缔结了一份“同等条件”的房屋买卖合同。虽然这个合同的缔结主体仍然是出租人和承租人，但是其性质却是“买卖合同”，区别于路径一中的《合同法》第230条的“租赁合同”。在此法理构造前提下，该同等条件的买卖合同之履行及效果可以区分以下两种情况来讨论：

^① 王泽鉴：《民法总则》（增订版），第476页。

^② 韩世远：“合同法分则讲义”，第52页。

如果出租人与第三人之间的合同已经履行,即已经办理过户登记,那么房屋所有权已经发生移转,出租人还须依据“同等条件”的买卖合同向承租人承担履行不能的违约责任。需要思考的一个问题是,这一违约责任与《租赁合同解释》第21条“赔偿责任”关系如何?本文认为两者具有一致性,即《租赁合同解释》第21条之“赔偿责任”就是违反上述“同等条件”协议的违约责任。换言之,该赔偿责任的法律依据是合同义务的违反。那么,据此赔偿金额也能够得以确认,即按照出租人与第三人签订的售房合同中约定的违约责任的“同等条件”计算。例如,该售房协议约定出卖人不履行交付房屋的义务应该承担总房款20%的违约金责任,那么据此同等条件,则承租人的优先购买权受到的侵犯,就有权向出租人主张上述总房款20%的违约金。

如果出租人与第三人间的合同尚未履行,承租人仍可行使优先购买权。如若认为优先购买权并不使承租人享有“同等条件”且优先于第三人受让标的物所有权的权利,仅仅发生承租人与出租人之间债之关系,^①即出租人与承租人之间的协议与出租人与第三人之间的买房协议具有平等性,那么出租人属于将房屋进行了“一物二卖”,适用相应的法律规则。如果出租人选择向承租人履行,那么承租人是否还可以要求出租人承担该条所称的“赔偿责任”?解释上,因为出租人选择向承租人履行,承租人合同目的已达成,即承租人的优先受让权得到满足,所以应否定承租人向出租人主张的赔偿责任。如果出租人选择向第三人履行,那么发生和前述第一种情形一样的利益格局。

对于《租赁合同解释》第21条中的赔偿损失的法律依据的上述两个路径,其关系如何,值得探讨,如果两者同时适用,则承租人的优先购买权得到两次赔偿,显然与民法中赔偿的补偿性冲突。如果二者中择一,何者更优?本文认为,从承租人的优先购买权的保护角度看,当该优先购买权受侵害时,路径一的赔偿金额以租赁合同为依据计算,路径二以“同等条件”的买卖合同为依据计算,应该说绝大部分情况下买卖合同中的赔偿金额高于租赁合同,因此路径二更优。

2. 不否认出租人与第三人签订的房屋买卖合同效力的理论解释

值得重视的是,“请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的,人民法院不予支持”,其改变了《民通意见》第118条“承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效”的立场。即便《民通意见》第118条未被明确废止,在解释适用上,根据“新法

优于旧法”的原则,《租赁合同解释》第21条已事实上修正了《民通意见》第118条,得适用《租赁合同解释》第21条的案件情形,《民通意见》第118条不再适用。采文义解释、体系解释,应当认为承租人只能请求出租人承担赔偿责任,不能请求法院宣告出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效,《租赁合同解释》第21条似乎倾向于采取债权效力说。

当然,承租人是否完全不能请求法院宣告出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效,解释论上,该条规定显然并非完全排除承租人请求宣告合同无效的权利,而是明确不能以侵害优先购买权为由请求宣告合同无效,故而在满足《合同法》第52条构成条件下,如构成“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益”,承租人仍然有权请求宣告合同无效。体系解释的结论是出租人与第三人之间的房屋买卖合同有效,即便第三人是恶意的,承租人也不能行使追买权。

但是,《租赁合同解释》第21条不认定买卖合同无效,其理论依据为何,尚未被合理解释。在笔者看来,从承租人优先购买权的附条件的形成权性质视角观之,当出租人与第三人签订了出售房屋的买卖协议的同时,承租人与出租人之间也形成了同等条件的买卖合同,这两个合同,前者为实际签订的,后者为法律推定的,但却“同等条件”。这两个合同在效力上具有一致性,当买卖合同有效的时候,承租人作为同等条件的合同当事人,其同等条件合同也是有效的。享有该合同权利的承租人自然无权请求真实的买卖合同无效了,因为他的优先购买权体现为该同等条件的协议。此时形成了“一房二卖”的模式,当出租人将房屋交付给买受人时候,对承租人构成违约,后者据此主张赔偿责任,与第21条前段的赔偿的规定互相对应,使得该条在理论上比较圆满,逻辑上也能够自洽。

四、《租赁合同解释》第21条 之类推适用

《租赁合同解释》第21条的类推适用,可能发生两种类型的类推适用:其一,将《租赁合同解释》第21条类推适用于房屋外的租赁标的物;其二,将《租赁合同解释》第21条类推适用于其他法定优先购买权之情形。分述如下。

^① 韩世远:“合同法分则讲义”,第52页。

对于第一种类推适用，即其他作为租赁标的物的动产或不动产，在满足《合同法》第230条其他构成要件条件下，得否发生优先购买权，从而类推适用《租赁合同解释》第21条？按照“明示其一，排除其他”的解释规则，当否定法官有权对《合同法》第230条进行目的性扩张，或者进行类推适用。虽然此类土地使用权租赁在实质上均属不动产租赁关系，与房屋租赁具有极强的“类似性”，但是考虑到赋予承租人以优先购买权会增加出租人的负担，限制出租人的财产处分权，所以在法律没有明文规定的情况下，为保护出租人的利益，尚不宜通过类推适用的方法赋予这些承租人以优先购买权。^①此外，在本文看来，房屋的居住用途使得房屋与其他不动产相较而言，更具有“生存权”意味，应该通过赋予优先购买权方式予以特殊的保护。

对于第二种类推适用，即将《租赁合同解释》第21条类推适用于其他法定优先购买权之情形。考虑到物权性优先购买权与债权性优先购买权法律效力上的差异性，应当首先分析解释相关优先购买权之性质，如属于债权性优先购买权，本文认为，在缺乏法律效果规定情形下，得类推适用《租赁合同解释》第21条。但对于物权性优先购买权，则不能类推适用。如此问题的关键在于，如何区辨优先购买权的性质是物权性优先购买权还是债权性优先购买权。戴孟勇博士提出，先买权之效力如何，不宜一概而论，应结合先买权的产生原因及先买权是否已采取适当的手段予以公示来考虑。尤其是公示与否，在确定先买权的效力时应具有决定性意义。^②这一观点强调公示与物权性效力之关系，值得赞同。

结语：房屋承租人优先购买权，在《租赁合同解释》第21条施行后，宜解释为仅具有债权效力。该条所谓“赔偿责任”的性质当属未尽通知义务损害优

先购买权的违约责任，责任的成立不以出租人有过错为必要。解释论上，该条规定并非完全排除承租人请求宣告合同无效的权利，而是明确不能以侵害优先购买权为由请求宣告合同无效。采纳附条件形成权说的理论构造，行使优先购买权即缔结一份“同等条件”的房屋买卖合同。如果出租人与第三人之间的合同已经履行，已经办理过户登记，那么房屋所有权已经发生移转，出租人还应该依据同等条件的房屋买卖合同，向承租人承担赔偿责任。如果出租人与第三人间的合同尚未履行，承租人仍可行使优先购买权。此时适用“一物二卖”的法律规则。如果出租人选择向承租人履行，宜否定承租人请求出租人承担赔偿责任。《租赁合同解释》第21条的类推适用，应当否定法官有权对《合同法》第230条进行目的性扩张，或者进行类推适用，使之适用于房屋外租赁物出卖的情形，但可以将《租赁合同解释》第21条类推适用于其他法定债权性优先购买权。区辨物权性优先购买权与债权性优先购买权，应结合先买权的产生原因及先买权是否已采取适当的手段予以公示来考虑。

本文作者：宋刚是北京师范大学法学院副教授，法学博士；罗金川是清华大学房地产管理处工作人员，法学硕士
责任编辑：赵俊

① 戴孟勇：《房屋承租人如何行使优先购买权——以〈合同法〉第230条为中心的解理论》，《清华大学学报》2004年第4期。

② 戴孟勇：《先买权的若干理论问题》，《清华大学学报》2001年第1期。

On the Validity of the Lessee's Preemptive Right

——Taking Art. 21 of No. 11 Judicial Interpretation (2009) as a Focus

Song Gang Luo Jinchuan

Abstract: Legal nature and legal effect are the cores of the Lessee's Preemptive Right. After No. 11 Judicial Interpretation (2009) came into existence, it's very important for the application of law to interpret the legal nature and the legal effect of the Lessee's Preemptive Right according to the intention of the Interpretation. The Lessee's Preemptive Right, which only has the effects of creditor's right, is a kind of conditional right of formation. We should be cautious in the application of Art. 21 of No. 11. Judicial Interpretation (2009) by analogy.

Keywords: the lessee's preemptive right; legal nature; legal effect; application by analogy