

## 凌驾所有权之上的“特别权利”：民国铺底权考释\*

康黎 李佳轩

**摘要** | 铺底权作为发端于我国民间的一种物权习惯，在民国时期历经了从司法确权到地方限权的发展路径，也曾产生过商业“护符”抑或“恶习”的铺底权价值之争；铺底权始终游离于中华民国民法之外的存续状态，加之其凌驾于房东所有权之上的特别权利内容，导致铺东与房东的关系常常“势如水火”，铺底纠纷不断发生，最终因此黯然退出历史舞台，然而它所蕴含的维护商业长期稳定发展的法律理念对于当下中国优化营商环境和保护民营经济仍具镜鉴意义。

**关键词** | 民国；铺底；铺底权；铺东；铺房

**作者简介** | 康黎（1979-），西南交通大学法学系副教授，法学博士；李佳轩（1996-），西南交通大学法学系硕士生。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、我国民间商事“独特习惯”： 铺底权的源起

“铺底”一词在我国古代典籍中缺乏记载，近现代学者大多认为，作为一种商事习惯，它可能始于清朝乾隆年间。“按其由来，率因铺商辍业，推让他人，议价既成，延中立契，举凡营业货底，连同家俱一并成交，倒与后继永远为业。辗转授受，

相继频仍，房主以租金次有所增，向不过问，致使倒字连篇，而铺底于焉成就”<sup>[1]</sup>。到晚清民国时，我国水陆通商地区，“如河北之北平、广东之广州、江西之南昌”，其“繁盛街市之店铺”，“多有铺底之习惯”。<sup>[2]</sup>

究其产生发展的原因，这与清朝以降我国商铺营业的特点有关。对当时的铺商而言，为成本计，他们一般不轻易购置经营用房，而常常会选择租赁

\*本文系西华师范大学地方档案与文献研究中心2019年重点项目“民国璧山县司法档案研究”（项目编号：DAWXB1905）的阶段性成果。

[1] 倪宝森著：《铺底权要论》，倪宝森律师事务所1942年印行本，第1-2页。

[2] 胡长清：《铺底权之研究》，载《法律评论》1929年第6卷第52号，第6页。

一个地段好的“旺铺”，藉此取得房屋使用权，从而进行营业。这种经营用房遂被称为“铺房”。正如民国学者所言，“所谓铺房者，因经营商业，开设商店之房屋也。私人住邸，固不待论，即使经营商业，而无商店之外观，或虽有商店之外观，而作住居之用者，均不得谓之铺房”<sup>[1]</sup>。通常，商人在租赁铺房后，鉴于“所租赁之房屋，不合宜于其营业使用”，“自不得不出资将租得之房屋加以改良修缮，若变更铺面；添设窗门；刷新粉饰；添盖仓房；安设机架；甚属常见”<sup>[2]</sup>。铺商此举，“不仅为本身营业便利而已，且使该房屋成为便于营商之铺房，房之价值由此增高，将来房租亦可增高”。按照当时一些地方的习惯惯例，这种费用“完全由承租商店负担”，其代价是“房主承认承租商店对该房屋有一种特别权利，准其于该铺转租时，得向新承租人索回一种铺底顶手金，此种特别权利，即一般所谓之铺底权”<sup>[2]</sup>。于是，在商业活动中，渐渐形成了一种特别的习惯：在承租人歇业、无力承作或转租铺房时，作为“铺东”的原承租人，便可以向新承租人索要“顶手金”（又称“顶费”或“倒价”），以补偿其先前对房屋修缮改建及添置家具等的花销。这就是“铺底”习惯的由来。其具体做法是：

铺生与房主租约既成，铺主遂又单独立一字据存之柜中，载明价值若干，及前后业主之关系等。以此即作为该铺之财产，以之转卖也可，以之典押也亦无不可。惟此字据既无官印，又无公证，纯系铺东一人所私造之白字也。此项白字，即为铺底。将来各该店不能营业时，门前即粘贴此铺出倒字样，倒价即以此纸白字所记为准，如铺户一经有歇业出倒情事，则房主非特不能收回原房，即收取租金亦多不易，必俟有人倒得其铺底后，房主始能与新业

主另立租约，继续收租。<sup>[3]</sup>

可见，作为民间的一种商事习惯，铺底乃是取其字面意，即：铺于柜底之“白契”，用以相互倒转。从各地铺底习惯来看，铺底“种类日繁”，<sup>[4]</sup>并呈现出一定的地区性差异，举例如表1所示：

表1 民国时期南昌、广州、北京三地民间铺底种类统计表<sup>[5]</sup>

地区	铺底种类
江西 南昌	1. 装修铺底，如添置窗格板壁、变更铺面及店铺间数、就店铺加以油漆装潢等
	2. 顶脚铺底，即供同种营业的后承租人可利用的装修设备、家具以及售余之货品
	3. 码头铺底，取船舶停泊之所多系商业繁盛之区之义，如某街某巷是某种营业码头
广东 广州	1. 铺壳，即承租人对于店铺上盖曾出资建筑者
	2. 装修，即店铺四周间格之谓，例如前作米铺生理者，今改作金铺生理，重新加以装修
	3. 货底，即卖余之货物
	4. 家私，即铺内什物
	5. 代结，即代还揭项货账者
	6. 铺位，即店铺所在之地位
	7. 保险，即承租人曾出资购买的保险
	8. 行底，即承租人为经营某行生理，而投入某行，其入行份金
	9. 招牌，即商店之牌号，如济生堂药丸号之类
北京	1. 房屋铺底，承租人在出租人土地上自行建筑的房屋或拆改建筑的整齐高大房屋
	2. 家具铺底，即自行添置的家具什物
	3. 家具兼装修铺底，即因修理门面及一切装修所费不貲者

由此可见，“铺底权系投资于他人之土地及其建筑物上而生出之一种权利，其权利与所有权不同，与他项权利亦有差别”<sup>[6]</sup>。从效力所及来看，“铺底权对于房东与铺东间所生之效力，亦即两者互相之权利义务”<sup>[7]</sup>。其中，铺底权人即铺东，他是铺底权法律关系的核心主体，享有以下重要权利。

首先是对铺房的占有使用权。“铺东受铺房之交付后，即于其房内取得占有权，在使用目的之范围内，有事实上管理之力”<sup>[7]</sup>。并且，“铺东对

[1] 倪宝森著：《铺底权要论》，倪宝森律师事务所1942年印行本，第6页。

[2] 鞠镇东：《广东省铺底权之研究》，载《广东地政》1938年第1卷第2期，第29页。

[3] 包荣第：《评论北京铺底之习惯》，载《法政学报》1922年第3卷第1期，第2页。

[4] 倪宝森著：《铺底权要论》，倪宝森律师事务所1942年印行本，第2页。

[5] 参见胡长清：《铺底权之研究》，载《法律评论》1929年第6卷第52号，第6-7页。

[6] 鞠镇东：《广东省铺底权之研究》，载《广东地政》1938年第1卷第2期，第30页。

[7] 黄顺敏：《北平市铺底权之研究》，载《土地改革》，第18页。

于铺房享有永久使用之权利，除于设定铺底时，议定存续期间者外，原无期间之限制者，纵使铺房因不可抗力而灭失其全部或一部，亦得另行改建，继续使用”<sup>[1]</sup>，“铺底权并不因之而消灭”<sup>[2]</sup>。故而，铺底权具有永续性。

其次是对铺底的收益处分权。铺东取得铺底后，可以转租、出让铺底，也可以在铺底上设置抵押担保向银行或他人借款，这种做法在民国屡见不鲜。例如，京师地方审判厅1926年曾发布一则通告称：“为通告事，本厅执行朴心甫诉姜文敏债务一案，已将所封朝阳门内南小街永德油煎店铺底拍卖与王泽，并点交管业在案，惟该铺底原有字据迭经严追，迄未遵缴，除已于拍卖书据注明作废外，嗣后无论转给何人，概认无效，特此通告。”<sup>[3]</sup>该案中，姜文敏向朴心甫借款并以其铺底权作为担保，后因未履行还款义务，审判厅遂拍卖铺底。

铺底权人在享有权利的同时，必须承担特定义务，此种义务便是按时向房东交租，否则，房东有权收回铺房。例如，按照民国时期广东当地惯例，“铺底权人对房主，不能因铺底权而缓减房租。惟在其营业停止时，亦得照例请求停租”<sup>[4]</sup>。

综上所述，铺底权事实上已经成为凌驾所有权之上的一种特别权利，但盛行于民间的这种特别权利却在民国时期的民事立法中难觅踪影。1929年11月30日，南京国民政府颁布了《中华民国民法》，其中第三编规定了物权的种类，包括所有权、地上权、永佃权、抵押权、质权、典权、占有等项内容，但铺底权不在其列。

## 二、从司法确权到地方限权：民国对铺底权的官方态度

铺底权在民国时期虽然始终未能获得民法上的“一席之地”，但它也绝非置身法外，而是历经了

从司法判例确权到地方政府限权的特殊法律路径。

### （一）司法确权与官方登记制

鉴于民间铺底权纠纷屡有发生并不时被诉诸法院，民国司法机关不得不对铺底权予以高度审视。1916年，大理院上字第八百〇五号判例首次明确“铺底为租主就于铺房上所有之一种权利”，其后第八百七十三号判例进一步提出了铺底权的发生条件，“凡铺东于其所租铺房隙地添盖房屋者，苟房东别无异议，即当然发生铺底权”<sup>[5]</sup>。但对于铺底权的性质即在法律上之地位，大理院起初避而不谈，以致时人“议论非一”，“有主张应归入债权人，有主张应归入物权者”，其“互有理由，亦互有疏略”<sup>[6]</sup>。

债权论者认为，依据当时民法第757条“物权除本法或其他法律有规定外，不得创设”的物权法定主义原则，既然民法与其他成文法均无铺底权规定，那么，“铺底权只有认为债权，不能认为物权”；并且，民法第425条关于“买卖不破租赁”的规定，“与铺底权之标的物转移情形相合”，其理由是，“原铺底权设定由于租赁铺房，纵使房主移转，其铺底权仍然有效，租赁法例既属债权，债权之附属事件，当亦债权”。<sup>[6]</sup>

物权论者则认为，“铺底权系建设实在之物于其标的物铺房及其基地之上，以永久使用其铺房为要素。纵铺房业主转移毫不妨碍其权利，是其具有永久性，实债权所不能者”；对于债权论者“尝引用民法第425条，以铺底权附属于租赁行为，租赁既属债权，则铺底权自应归入债权”的立论，物权论者指出“殊不知再考之民法第449条第1项‘租赁契约之期限不得逾二十年’非租主同意不能更续租约。但铺底权系可永久行使之权利，不应认为债权，自当视为物权”。对于债权论者据引之民法第757条“其他法律有规定”一语，物权论者认为其“意

[1] 黄顺敏：《北平市铺底权之研究》，载《土地改革》，第18页。

[2] 倪宝森著：《铺底权要论》，倪宝森律师事务所1942年印行本，第6页。

[3] 《京师地方审判厅通告》，载《市政月刊》1926年第2、3期合刊，“附载”，第1页。

[4] 鞠镇东：《广东省铺底权之研究》，载《广东地政》1938年第1卷第2期，第31页。

[5] 包荣第：《评论北京铺底之习惯》，载《法政学报》1922年第3卷第1期，第3页。

[6] 鞠镇东：《广东省铺底权之研究》，载《广东地政》1938年第1卷第2期，第34页。

殊笼统”，“此语究系指成文法，抑咳成文法及习惯法而言，法学家解释未尽一致，倘得采用广义解释，习惯法固可包括在内”<sup>[1]</sup>，况且“铺底权乃由习惯而酿成，民法定义亦曾标明‘法律无明文者依习惯’，由此判断则铺底权不妨并入物权也”<sup>[2]</sup>。

两派观点，物权论者“为数较多”<sup>[3]</sup>，并最终获得官方认可。大理院第一千二百七十号判例首次明确判定铺底权是物权之一，“铺底之构成，系以铺房之永久使用为必要之原素”，故其性质当属物权。<sup>[4]</sup>1932年，大理院民事上字第一二七五号判例的“裁判要旨”又进一步明确了铺底权系他物权的物权属性，“按当时法例，系认铺底权为物权之一，于所有权与其他物权归属于一人时，其他物权因混同而消灭，在民法施行前亦为条理所承认，如房屋所有权与铺底权同归一人所有，则铺底权即因混同而消灭”<sup>[5]</sup>。在该案中，上诉人顾华甫因不服河北高等法院确认涉诉房屋无铺底权判决提起上诉，最高法院认为铺底权系限制铺房所有权的一种权利，其性质当然属于其他物权，因所有权归为一人时消灭，案涉房屋所有权与铺底权早已归被上诉人王功兆一人所有，铺底权当时即已经因混同而消灭。最高法院据此驳回了上诉人的上诉请求。同时，大理院的解释例也直接明确了铺底权的他物权效力，遵循他物权消灭的基本规则，即“不动产其所有权及所有权以外之他项物权归于一人时，其他项权利因混同而消灭……铺底权如与所有权同属一人，自因混同而消灭，不得更为登记，至就旧铺底权设抵押权亦属无效，”<sup>[6]</sup>。

1922年5月，北洋政府出台了《不动产登记条例》，其第3条列举了应予登记的八项不动产权利，

包括所有权、地上权、永佃权、地役权、典权、抵押权、质权、租借权，<sup>[7]</sup>其中虽无铺底权的明确规定，但该条例第4条“习惯相沿之物权，其名义与前条第一项所列不符，依其性质得认定为其中一种者，应从其性质登记，仍添注原有名义，若不能认定者，应从原有名义登记”的规定给铺底权等习惯性物权的登记作了留有余地的处理。<sup>[8]</sup>目前，从留存下来的民国各类物权登记证书中，我们发现了一种由当时官方印制并登记填写和铃印的“铺底顶手登记完毕证”，如图1所示：

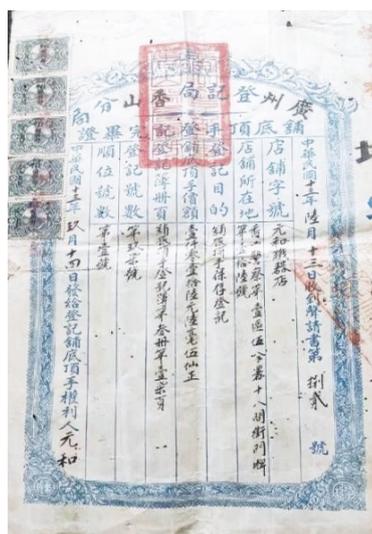


图1 广州登记局香山分局1924年颁发的“元和铁器店”铺底顶手登记完毕证（私人收藏）

可见，民国初期，铺底权至少在广州等地以《不动产登记条例》第4条规定之“习惯物权”的形式获得官方登记认可，并被赋予“登记对抗主义”的法律效力，即“非经登记，不得对抗第三人”<sup>[9]</sup>。

[1] 鞠镇东：《广东省铺底权之研究》，载《广东地政》1938年第1卷第2期，第35页。

[2] 同上注第36页。

[3] 同上注第35页。

[4] 包荣第：《评论北京铺底之习惯》，载《法政学报》1922年第3卷第1期，第3页。

[5] 《铺底权之适用》，载《最高法院民事判例汇刊》1934年第8期，第39页。

[6] 《大理院解释：铺底权如与所有权同属一人自因混同而消灭，不得更为登记，至就旧铺底权设抵押权亦属无效》，载《法律评论》1927年第12期，第23页。

[7] 《现行法令全书》，商务印书馆1922年版，第92-93页。

[8] 同上注第93页。

[9] 《现行法令全书》，商务印书馆1922年版，第93页。

## （二）地方政府的限权举措

铺底权在获得司法认可的同时，一些地方政府却对其出台了系列限制性措施，其典型做法是在北京、广州等地，政府开征铺底捐税，以此限制商号铺底权的发生和移转。

在北京，1921年，京师税务左右翼公署专设“铺底转移税处”，并于当年10月制订颁布了《京师铺底转移税章程》，其中第2条规定：“凡商号铺底转移时，新业主于契约成立后，即须会同房东呈报京师警察厅行查，俟厅批准后再持铺底字据，先赴本行会加盖证明戳记，并取得总商会公函，于一个月内仍行会同房东赴左右翼税务公署内铺底转移税处，呈验字据，遵章报税。”<sup>[1]</sup>1923年北京又通过了《修正京师铺底转移税章程》，第2条重申规定：“凡商号铺底转移时，新业主除依照惯例呈报主管机关批准营业外，并须于铺底契约成立一个月内，会同房东赴左右翼税务公署内铺底转移税处呈验铺底字据，遵章报税。”<sup>[2]</sup>当时所定的铺底转移税税率为“值百税二”，对不报、迟报和匿报倒价者，视不同情节处以严厉罚金。<sup>[3]</sup>除缴纳铺底转移税之外，“新铺户报移转时必须呈报公署铺底转移税处呈请注册，注册费得分等差缴纳”<sup>[4]</sup>。

在广东，1921年12月，广东省长公署公布《广州市清理铺底顶手办法》，对盛行于广州城辖区内的民间铺底权进行规范。该办法将商业店铺区分为“全无铺底顶手”与“现有铺底顶手”两类，一方面规定“全无铺底顶手者，此后不得发生铺底顶手”，即尚未设立铺底的铺房不得新设铺底；另一方面将“现有铺底顶手”纳入官方管理，明令“现有铺底顶手之铺业自本办法公布起一个月内，该铺客须具

备申请书，声明铺底顶手价格，向财政厅请给执照”，“执照费按照铺底顶手价额百分之四征收之”，待取得执照后还应向当地登记局办理铺底顶手登记，“登记费照不动产保存登记之例征收之”<sup>[5]</sup>，即“每百元征一元”<sup>[6]</sup>。如果铺客不依法办理铺底顶手执照并取得登记，那么该铺业则被视为是全无铺底顶手，将来不得设立铺底。<sup>[7]</sup>该办法还通过第7条“铺底顶手正式登记后，价额不得复有增加”<sup>[7]</sup>的规定在事实上限制了已登记铺底的未来扩容。随后不久，广州又出台了“加征铺底警捐”政策。鉴于“广州政府自军兴以来，所有军事之支给，多赖发行公债以为维持，但不敷尚钜。乃悉将收入扩充，以济急需，故广州市公安局之警费，亦被提作军费，以致警费无着”的状况，为“另行设法筹款弥补”，广州市公安局、财政局与市政委员长孙科商议举办铺底警捐。<sup>[8]</sup>此举虽然遭到当地商民的激烈反对，但时任广州市市长的林云陔仍坚持签署政令曰：“关于铺底警捐一案，似应仍照原确定案执行征收，以资警饷补助。”<sup>[9]</sup>

上述北京、广州两地的铺底捐税政策显然在客观上削弱了铺底权人及潜在铺底交易投资者的从业信心，铺底权由此进入了一个更为尴尬的发展历史期。

## 三、商业“护符”抑或“恶习”：铺底权的价值之争

铺底权从其产生之日起，就一直伴随着争议。民国司法判例之所以认可铺底权，其初衷旨在通过保护铺户权益，促进商业良性发展，维护交易安全。从初期的实施效果来看，铺底权确实起到了一定的商业“护符”作用。

[1] 印铸局编校：《法令全书》1921年第4期，第13页。

[2] 监督京师税务公署编印：《京师税务法规》，1924年版，第32页。

[3] 同上注第33-34页。

[4] 监督京师税务公署编印：《京师税务法规》，1924年版，第34页。

[5] 鞠镇东：《广东省铺底权之研究》，载《广东地政》1938年第1卷第2期，第39页。

[6] 同上注第40页。

[7] 同上注第39页。

[8] 《加征铺底警捐》，载《银行月刊》1926年第6卷第10号，“各省财政近讯”，第3页。

[9] 林云陔：《确定执行征收铺底警捐案》，载《市政公报》1930年第354号，第156页。

首先，铺底权为商号的稳定经营提供了场地保障。稳定的经营场所是商人立业的重要前提，“商业以铺位为重，迁地勿良，各铺皆然。故优美地点，不惜善价承顶，对外则有信用关系，对内则有营业关系”。<sup>[1]</sup>只有房东不随意增租或收回房屋，铺房不被迫搬迁，商人才能安心经营，维护客户资源，开拓更大市场。相反，如果房东议租之后，“或覬觐铺东营业之发达，高涨租金；或因积嫌隙而失睦，故收铺产；一运操纵之技，则营业之基础，顿形动摇，社会安谧，于焉弗保”，故而，“有铺底权以维系之，则铺房使用，历久无虞”<sup>[2]</sup>。因此，铺底权的存在解决了商人的后顾之忧，一旦和房东签订铺底协议，铺东就享有永久使用该铺房的权利，不会出现房东恶意提高房租或者收回铺房的情形。只要铺东按时缴纳房租，房东就无权收回铺房。若是商人无力继续经营或欲搬迁他处，仍然可以倒卖或者倒租铺底，一方面收回了经营成本，另一方面可使自己先前苦心经营的商铺继续存续，从而维持了商业的稳定性和连续性。

其次，民国时期借由铺底权的永久存续性孕育出了大批“中华老字号”。中华老字号是历经数百年历史沉淀和世代传承，在激烈的市场竞争中遗留下来的产品、技艺或特殊服务，是守护传统文化与传承经典的标志性文化符号，大多具有浓郁的地方特色与独具匠心的品质。<sup>[3]</sup>由于铺底转让时，新铺东可以选择继续承作本字号的业务，相当于该字号被一同转让给了新铺东。这样，原有商业字号所积累的客户资源、商誉、口碑乃至商业秘密等都不会因此而流失。迄今我们耳熟能详的“同仁堂药铺”“六必居酱园”等中华老字号，都是因为铺底

权才得以百年传承。

可见，铺底权在一定程度上保障了商业的繁荣发展，但由于其自身制度设计的弊端即过分偏重保护铺东铺底而限制房东所有权，常常使得铺东与房东势如水火，纠纷不断，同时立法与司法层面又无一致性的纠纷处理办法，最终使铺底权走向了商业“恶习”的另一面，其被指摘存在以下弊端。

其一，铺底权构成对房东所有权的变相剥夺。

“铺底权对于铺房所有权所加之限制甚大，一经发生，则铺房所有权几乎有名无实”<sup>[4]</sup>，因为只要房主将其房屋租与店铺，“即一变房主单纯之所有而为铺主与房主之共有”，至此以后，就铺房而言，“于房东之外，又有铺东者，房东固有干涉此房之权，而铺东亦有之。其行使权利之范围，铺东间有优越于房东者”<sup>[5]</sup>。并且，“铺底权之效力，极为强大。即凡有铺底权之店铺，出租人固不能随时退租或增加租金；即承租人业已歇业，而出租人仍不能即时收房”<sup>[6]</sup>。此外，“自旧铺出倒至新铺倒来之间，房主多不能按期收取租金。至其倒出之期日，则毫无限制，多则数十年，少则数年，是以近今北京僻巷中五六十年未能倒出者，比比皆是。年限愈多，房屋愈旧，终年几无一人过问。房主损失，实非浅鲜”<sup>[5]</sup>。可见，铺东的铺底权事实上已经成为凌驾于房东所有权之上的一种“特别权利”。尤其是民国司法判例承认铺底权之后，“铺主遂藉此为把持房屋之具，房主即因是而受无穷之束缚”。有学者就此批评铺底权道：“此种习惯，绝非善良，法院承认此种习惯之判例亦殊欠允当。”<sup>[7]</sup>

其二，铺底权的设定因缺乏明晰标准而“失之过宽”。正如民国时人所言，“铺底之设定，以铺

[1] 王凤瀛：《老佃铺底为我国特有之物权，此种制度应否保存？如不应保存，则其已存之权利关系如何？应如何整理？》，载《法学会杂志》1923年第10期，第23页。

[2] 倪宝森著：《铺底权要论》，倪宝森律师事务所1942年印行本，第3页。

[3] 参见魏崇红、王金玉：《新媒体语境下中华老字号品牌创新路径研究》，载《山东社会科学》2020年第9期，第168页。

[4] 倪宝森著：《铺底权要论》，倪宝森律师事务所1942年印行本，第2页。

[5] 包荣第：《评论北京铺底之习惯》，载《法政学报》1922年第3卷第1期，第2页。

[6] 胡长清：《铺底权之研究》，载《法律评论》1929年第6卷第52号，第8页。

[7] 包荣第：《评论北京铺底之习惯》，载《法政学报》1922年第3卷第1期，第1页。

房之永久使用为必要，永久使用之界限，应依何种方法以为之解释，是决无一定者”，“北京习惯，租得房屋以营业者，无不欲期诸久远”，“且铺房一经租妥，殆无不出重资以为之修缮。此种修缮，即足为永久使用之表示乎？”<sup>[1]</sup>况且，“构成铺底之要素，其范围太嫌宽泛，其结果必致一经租与铺户，即构成铺底；纵为小商铺，亦将有铺底之可言”<sup>[2]</sup>。可见，“铺底之发生较为易也”<sup>[3]</sup>。此外，铺底缺乏公开透明的权利证成程序。“无论何家店铺及何种式样之铺底，均系白字，从未有加以公证者”<sup>[1]</sup>，而“商界狡诈百出”，“以少报多，捏造铺底之事，在所不免”<sup>[4]</sup>。

其三，铺底权实践背离了保护铺商和发展商业的确权初衷。铺底权之所以从先前的民间商事习惯被后来的法院司法判例所确权认可，其初衷乃是法院为了保护铺东，维护交易安全并促进商业繁荣发展。但实际情况是，商人往往很难找到合适的铺底。铺房因为有铺底这一权利负担，在转让后，新房东仍需承接这一负担，其所有权会大大受限，故设有铺底的铺房要么无人问津，要么以低价抛售。房主也会谨慎考虑是否给自己的铺房设立铺底这样一个权利负担。这样一来，商人欲寻到合适的房屋承租十分艰难，往往设有铺底的铺房都为简陋和破旧的老宅，因本身出卖可能性不大，遂设定铺底用以出租，但这对商人经营就十分不利了。“有铺底之房，房东多不能任意利用，故群以租与店铺为戒，铺主因此欲租得适宜之房屋亦非易事，甚有欲营商业，因觅地无着，从而搁置者，近年来，实非仅见之事”。总之，铺底权之设立，“本意原为保护铺商，实则因此反阻其进行”<sup>[3]</sup>。

其四，铺底权在法律实践中并未得到公平适用。“民国三四年间，内务部为改良市政，收用民房，以其对于铺户只付房价而不问铺底，铺户群以内务部违法为理由，提起诉讼，卒无效果”。故当时有学者感叹道：“依此以言，是公用征收可以不认铺底，而人民所有权之转移，则须受铺底之限制，不公孰甚焉？”<sup>[5]</sup>

#### 四、结语

铺底权作为我国民间自发生成的一种物权习惯，适应了近代中国商业社会发展的需要，保护了商铺及铺东的经营权益，也一度获得大理院的司法认可。但遗憾的是，在整个民国时期，铺底权始终未能得到民法上的正式承认。有民国学者对此评论道：“乃我第一次民法草案，一味抄袭德日民法，而置我国固有习惯于不顾。就物权言之，我国本无所谓不动产质及土地债务，乃硬将外国民法不动产质权及土地债务之规定抄入，我国固有之铺底及典当不动产反无几字及之。”<sup>[6]</sup>随着近代民法的物权法定原则确立，铺底权这种游离于民法之外的存续状态，使它一直备受争议。加之，铺底权以凌驾所有权之上的权利设定方式来保护铺东利益，更是常常导致铺东与房东关系“势如水火”，铺底纠纷不绝如缕。可见，“铺底权之疏于维护租赁双方的利益平衡恐怕也是其行而不远的原因所在”<sup>[7]</sup>。

如今，铺底权早已成为历史的“过往烟云”，但它所蕴含的维护商业长期稳定发展的法律理念对于当下中国优化营商环境和保护民营经济仍具有镜鉴意义。

[1] 包荣第：《评论北京铺底之习惯》，载《法政学报》1922年第3卷第1期，第4页。

[2] 同上注第4-5页。

[3] 同上注第5页。

[4] 同上注第6页。

[5] 包荣第：《评论北京铺底之习惯》，载《法政学报》1922年第3卷第1期，第6页。

[6] 胡长清：《铺底权之研究》，载《法律评论》1929年第6卷第52号，第5页。

[7] 金伏海：《续租权与铺底权之比较》，载《比较法研究》2006年第4期，第65页。