

QIYEZhiben

主编
罗锐韧

企业资本

运营操作指南

企业管理出版社

企业资本运营操作指南

下 卷

主编 罗锐韧

企业管理出版社

第一章 拍卖概述

第一节 拍卖的基本涵义

拍卖是出卖者通过公开叫价的办法，将财物卖给出价最高的购买者的一种法律行为。

首先，拍卖是一种公开的竞卖活动。拍卖的出卖人称为“拍卖人”，参加拍卖的买主称为“应买人”、成功出价买得标的物的人称为“拍定人”。拍卖的最大特点是公开性和竞争性。拍卖是由应买人提出各种标价，通过公开竞争，由拍卖人通过击锤等特定方式接受某项出价的买卖方式。一般情况下，拍卖人不是拍卖自己的动产或不动产，而是根据委托关系，代为出卖他人的动产或不动产。因此，拍卖当事人一般至少由三方组成，即拍卖人、委托（拍卖）人、应买人（拍定人）。

拍卖活动的公开性和竞争性充分体现在拍卖的程序之上，它必须经过三个步骤：

（1）拍卖人将拍卖物的种类、拍卖处所、拍卖日期及其他必要事项公开告知公众。拍卖必须是公开的出卖。告知公众的方式一般是刊登广告或将拍卖物品陈列。

、 拍卖人所公开表示的出卖意思本身并不是买卖合同法意义上的要约，而只是邀请谈判（或称“要约邀请”、“要约引诱”），因此，除拍卖人有明白表示者外，拍卖人并没有义务将拍卖物品卖给出价最高的应买人。

（2）在规定的拍卖日期和拍卖地点，拍卖人当众拍卖规定的物品。各国对应买人的人数一般没有具体规定，但拍卖的性质决定了应买人必须是多数人。各个应买人在拍卖过程中可以用竞相抬高价格的方式出价购买。应买人的出价就是法律意义上的要约。应买人的出价（要约）对他具有约束力。但是，在拍卖人拍卖以前，应买人可以随时撤回自己的出价（要约）。

（3）拍卖人对于应买人所作的意思表示（即要约）作出承诺，这种承诺就叫拍定，是拍卖人表示卖定的意思。拍定通常用击锤的方式表示。拍卖人就应买人所出的最高价高呼三次后，没有人再出更高价额时，他就可以击锤拍定。拍定意味着拍卖人接受应买人的要约，一经拍定，买卖合同便告成立。

拍定的公开性和竞争性使拍卖严格区别于变卖。

在民事诉讼程序的执行阶段，拍卖和变卖是两项重要的执行措施，我国民事诉讼法第223条、第226条等，在保留试行的民事诉讼法有关变卖的规定的同时，又规定了拍卖。

变卖，是我国民事诉讼法规定的由人民法院所采取的强制措施之一，即：被申请人在财产被查封、扣押后，仍不执行法院决定，不在限制期限内履行法律文书内容的，人民法院可以强制出卖查封、扣押的财产，以所得的价款清偿债务。司法实践中，变卖是将作为

执行对象的财产交由信托商店，供销合作社等商业部门收购或代为出售，把所得现金偿付申请人。

变卖与拍卖有其共同之处，如上所述，它们都是对到期不履行债务的债务人的财产采取的一种民事执行措施，但二者又有本质区别，最为显著的不同，即在于拍卖具有公开性与竞争性，是一种公开的竞争活动，而变卖就无此规定。例如，拍卖必须先期公告，并通知债务人到场，而变卖则没有这样的规定；拍卖从对物品的扣押、查封、公告乃至拍卖的时间，法律均有明确规定，变卖则不受时间限制；拍卖时须对拍卖物进行估价，确定最低价（尤其是对不动产拍卖），变卖则不受此项限制；拍卖还必须采取公开的形式，以竞争的方式当场成交，而变卖则没有这样的限制。另外，拍卖的形式适用于动产，也适用于不动产，变卖一般只限于动产；拍卖的地点为拍卖物所在地或执行法院，有时委托拍卖行进行，变卖则无此规定。

由于拍卖具有公开性、竞争性的特点，因而特别适宜在涉外民事诉讼法中适用。最高人民法院 1987 年 8 月 29 日《关于强制变卖被扣押船舶清偿债务的具体规定》第 1 条第 10 款明确规定：“变卖船舶采用公开拍卖的方式进行，以底价以上的最高报价成交。如报价低于底价，可进行第二项公开拍卖，或者以其它方式变卖”。

其次，拍卖方式是订立合同中的一种竞争方式。它不仅适用于公开出卖，在承包中也有广泛应用。这种方式包括：拍卖、应买和拍定三个阶段。

(1) 拍卖是订立合同当事人一方向公众发出的以订立合同为目的的意思表示。拍卖人只提出自己的条件，规定拍定的时间（如至某一时刻拍定，或至没有人再出新价时拍定），其目的是唤起相对人的注意，以向自己提出合同的条件。所以，拍卖的意思表示虽以订立合同为目的，但并不包含决定合同内容的条件，一般不具有要约的效力。

(2) 应买是与拍卖人订合同的相对人（应买人）向拍卖人发出的订立合同的提议。应买的意思表示包含着应买人订合同的条件，一般具有要约的性质。但在拍卖的过程中，每个应买人都可以随时提出比前一个人的出价更优的条件。因而，应买人的应买表示在他人提出另一报价时即失去效力。

(3) 拍定是指拍卖人同意应买人的条件。因而，拍定具有承诺的效力，拍定即表示当事人双方意思表示一致。在一般情况下，订立合同的程序完结，合同成立。

以竞争方式来订立合同，常见还有招标方式。

以招标方式订立合同分为招标、投标、定标三个阶段。

招标是订立合同的当事人方（称为招标人）通过一定方式，公布一定的标准和条件，向公众发出的以订立合同为目的的意见表示。招标人可以向相对的几个人发出招标的意思表示，也可以向不特定的社会全体发出招标的意思表示。前者一般以招标通知的方法将自己的意思发给相对人；而后者一般以招标公告的方法将其意思发给相对人。

招标人的招标虽是以订立合同为目的的行为，但它并不包含合同的全部主要内容。招标人在发生招标公告前或后需制定标底，该标底不能公开。因而，招标意思表示不具有要约的效力。招标人对他人的投标，可以接受也可不接受。也就是说，招标的意思表示不能发生使招标人必须与对方订立合同的效力。如果招标人在招标的公告中明确表示必与报价

最优者签订合同，则招标人负有在投标人投标后与其中条件最优者订合同的义务，这种招标的意思表示可以视为要约。

投标是参加投标的出标人按照招标人提出的要求，在规定期间内向招标人发出的以订立合同为目的的意思表示。投标采用书面形式，各投标人必须编制标书，填制标单（或报价单）。投标亦即出标，实际上是投标人提出自己欲订立合同的条件。从性质上说，它一般属于要约，发生两方面的效力：第一，对投标发生拘束力，投标人不得变更或撤销标书；第二，对于招标人发生承诺资格，即招标人取得承诺的资格，得承诺投标人提出的条件。但是，招标人一般没有必与某人订约的义务，除在招标公告上中明确表示外，招标人可以废除全部标书，不与投标中的任何一人订约。

定标是招标人从投标人中决定中标人。招标人的定标亦即对投标人的标书予以承诺。定标须在公开标的基础上进行，为保证公平的正当竞争，开标应公开进行。开标后，招标人需进行评标，从中选出条件最优者，最终作出选择，确定中标人。招标人选定中标人意味着招标人对该投标人提出的条件完全同意，双方当事人的意思表示完全一致，合同即可成立。

招标方式或者拍卖方式，从形式上看，有很多相似之处。招标人的地位相当于拍卖人，招标人发出的招标公告与拍卖公告一样，不是法律意义上的要约，而只是要约引诱，招标除在招标公告中明确有表示必与报价最优者签订合同之外，招标人对他人的投标，可以接收，也可以不接收。而投标人的地位与拍卖中的应买人相似。投标人的投标构成法律意义上的要约，投标人的投标对出标人发生拘束。

第二节 拍卖的历史发展

一、国外拍卖制度的源起

拍卖作为一种买卖方式，最早可以溯及到古代。早在公元前五世纪，古希腊历史学家希罗多德在他的著作中提到，在公元前 500 年的古巴比伦，已有拍卖的存在。当时，拍卖这种交易方式主要用于对达到适婚年龄的妇女的买卖。

古代罗马的拍卖活动及其拍卖程序与现代拍卖十分相似。如对于即将举行的拍卖，先由传令官以口头或书面的方式向社会发布公告；拍卖品在开拍之前要预先接受检查等。当时的“传令官”即相当于现代的拍卖人，他把拍卖品提交拍卖，并负责确定拍卖品的底价。拍卖的结果是将拍卖的物品拍归成功出价的人，即出价最高者，有人认为，罗马的拍卖是现代化的“增价拍卖”的源起。英文“拍卖”(auction)一词正是来源于拉丁词 *augere*、*auctum*（“增加”的意思。）。

现代意义上的拍卖有自愿与强制两种。前者是物品所有者自愿委托拍卖人代为拍卖，后者是物品所有者因破产或其他原因被强制拍卖，如法院委托拍卖行代为拍卖债务人的财务等。以史料为据，这种强制拍卖在古代罗马也存在，“罗马士兵手持长矛主持战利品的拍卖”即属此例。

在古代罗马，参加拍卖的当事人有四方：①拍卖物的所有人或享有拍卖利益的人；②组织拍卖活动，在某些情况下提供拍卖经费的经纪人；③负责拍卖事项的公告，主持拍卖物拍卖的传令官；④应买人以及其中成功出价取得拍卖物的拍定人。现代社会中，经营拍卖的商行（拍卖行）或拍卖人在拍卖成交后，要向买方或买卖双方收取佣金，而在古代罗马，拍卖中的中间人也收取较低的佣金。

与现代一些国家关于拍卖的法律规定有所不同的是，罗马法律中，所有的应买人都受到卖主的拍卖规则的制约，不能中途撤回出价，否则在拍卖中被视为违约。而卖主却可以拒绝承诺。

拍卖的观念，从罗马法律以来即为各国法律所认可，但英国有记载的拍卖活动，却始于近代。到英王查理二世复辟的时代（1660）年，英国的动产拍卖已开始专业化。英国富有的绅士阶层参加拍卖，竞买活动在当时已成为一种时尚，这在客观上推动和刺激了拍卖制度的发展。1689年2月的一份拍卖记录，记载了在“巴巴多斯咖啡馆”举行“画及手稿的拍卖”的公告。在当时的拍卖场地里，还通常放置诸如“任何人不得购买自己的画”等的告示，同期的另一份拍卖记录则记载了“以公开、逐渐减价方式”拍卖财物的实例。

英国土地拍卖制度的确立是在1739年。首例土地拍卖的公告，贴在伦敦市场的公告牌上。被拍卖的是一个破产者的在巴丁顿城的二所房屋。在18世纪中叶，伦敦最负盛名的二家拍卖行——苏富比拍卖行与克里斯蒂拍卖行相继成立了。此后，这二家拍卖行逐渐从私营企业过渡到合伙经营，继而成立了拍卖行有限公司。

西方国家的拍卖制度及拍卖规则的真正确立，也是在18世纪，拍卖的规则体现了“拍卖”不同于普通买卖活动的特殊性。

二、国外拍卖活动现状

由于拍卖能够使买卖双方以较少的花费获得较大的利润，它已成为目前世界各国普遍采用的一种交易方式。特别是对于那些归属不明的财物或经过使用、年代久远等原因而无法确定其价值的标的物，或者是那些具有特殊文化价值的古玩，艺术品的买卖，则已非拍卖莫属。

在西方国家，尤其是英国和美国，绝大多数的拍卖活动，可归结为三个基本类型，即：商品处理型的拍卖、收藏家式的拍卖、以及纯粹作为一种买卖方式的拍卖。不同类型的拍卖，有其特殊的拍卖规则和拍卖实践中特殊的做法。包括：拍卖当事人的特定范围、应卖人与卖主的特殊买卖关系、及拍卖人的不同地位和职权等等方面：

（1）荷兰式拍卖，国际通行的拍卖方式，除了传统的“增价拍卖”以外，还有下列几种非典型的拍卖方式：即“减价拍卖”，因从荷兰传出而得名。此种拍卖方式，由于拍卖人决定拍卖物品的最初价格及每次下降的报价幅度后，开始拍卖，拍卖人逐渐下降报价，直到有人应买为止。这样拍卖的结果往往不利于卖主。荷兰式拍卖中，出价的竞争性远不如增价拍卖。荷兰式拍卖多采取口头叫价的方式，较为复杂些的，也可采用按电钮的方式报价。目前，这种拍卖方式已逐渐为增价拍卖所取代。

（2）准荷兰拍卖，这是一种兼有增价拍卖和减价拍卖特点的混合方式，主要存在于拍

卖市场不健全或拍卖制度不完善的阶段。采取这种方式进行拍卖，首先以增价式拍卖开始，通常进行二轮。如果第一轮拍卖中，报价最高的应买人在第二轮拍卖中没有坚持前一轮的最高出价，或者报了另一个较低的价格，则原最高出价无效，拍卖人不得接受该出价。此时，转入减价拍卖。这种繁琐费时的拍卖程序已经过时，除了欧洲大陆的某些国家有所保留以外，基本上已被淘汰。

(3) 准投标式拍卖，也是增价拍卖的一种形式。在准投标式拍卖中，应买人可以对拍卖人在私下用打手势等方式报价。由拍卖人选择最高出价人，这种拍卖通常用于邮政拍卖，如拍卖邮票等，因其与下面将要提到的“投标式拍卖”性质类似，故称准投标式拍卖。

(4) 限时式拍卖，即在增价拍卖中，用燃烧蜡烛、漏沙或用闹钟来计时，在确定的时间内，找出出价最高的应买人的一种特殊方式。一份记载 1932 年在英国举行的限时拍卖房地产的案例说：“晚饭后，点燃蜡烛，由应买人开始出价，直至蜡烛熄灭。最后一位（也就是出价最高的人）的出价是最后出价。他因此而获得了该店产一定期间的租赁使用权。”这种方法的一个明显的优点是在于排除了规定时间终止后继续出价的有效性。目前，这种方式也基本废除了，只在英国还有一些保留。

(5) 密封出价式拍卖，即投标拍卖，无论从应买人的角度还是出于卖主的利益考虑，投标的方式有利于买卖双方有更为充裕的时间来作出慎重细致的考虑，进行郑重选择。各应买人均不知他人的出价，所以，可能会出现低于在传统方式拍卖中出价的情况。

在国外小到一匹小马驹、一份珍稀的 17 世纪的手稿、一条古老的破旧不堪的高加索地毯、一幅伦勃朗的肖像画、一辆废弃的凯迪拉克轿车；大到国际商用机器公司股票、价值 10 亿美元的政府债券，甚至对于一个州的共同管辖权，在西方国家也可以用来拍卖。近代以来，大规模拍卖活动的产生与发展一直是以伦敦为中心推展的。此外，纽约和日内瓦等大城市的拍卖活动也非常发达。近二十年来，拍卖标的物的范围不断扩大，拍卖的成交量也在惊人地增长。

1987 年，伦敦一家公司在三次拍卖中，共卖出了价值 10 亿美元的商品房；在美国，房地产的拍卖也已从 10 年前的每年不足 50 万美元的金额骤升为 20 亿美元。作为一种交易方式的拍卖已深入商品经济的各种不同领域。目前在国外，机动车的拍卖也非常风行。美国有大批的“二手”汽车是以拍卖的方式销售的。在英国，则出现了诸如“英国汽车拍卖行”、“机动车拍卖中心”等专业拍卖企业，最大限度地保护买卖各方的利益。仅 1982 年，英国的 75 万辆汽车的销售中有 1/5 是通过拍卖进行的。在当今时代，工厂机器的拍卖也已成为融通资金的一个重要手段。随着近年来拍卖在商业领域的广泛应用，有人预计拍卖将取代一些严格的经济形式。

三、我国的拍卖实践

我国在建立社会主义制度后，拍卖制度被当成资本主义的东西而遭到否定，随着我国商品经济的发展，要求建立平等、竞争、透明度高的市场环境和条件，使得拍卖制度重新被肯定。1986 年上半年，在广州市政府的支持下，经广州商委和广州市一商局批准成立了我国第一个拍卖行——国营广州拍卖行，并参考国外及香港拍卖企业的办法，确定拍卖行

有别于一般商业企业，其职责主要是担负当地公安、海关、工商局、法院等部门需要处理的一切物品的拍卖。继广州之后，北京、天津、上海、沈阳、大连、长春、哈尔滨等城市分别在信托企业的基础上建立了综合拍卖企业，还有一些如文物、邮票、土地使用权、房地产、汽车、小企业等的专业拍卖活动在各地也相继出现。我国的拍卖市场已初具规模，拍卖实践也在摸索中不断发展。

以我国土地使用拍卖为例。1987年12月1日，深圳市政府首次（在我国也是首次）采取公开拍卖方式出让土地使用权。所拍卖的土地位于深圳特区内布心路翠竹新村西侧，面积为8588平方米，用途为住宅建设，使用期限为50年。拍卖公告发出后，有63个单位索取了竞投标书。最后，在深圳特区注册、具有法人资格的44家企业，包括9家三资企业，参加了竞投，深圳经济特区房地产公司以525万元的出价获得了这块土地的使用权，平均每平方米611.3元。香港一位专家在拍卖现场观看后说：“这次拍卖很成功，程序规则完全符合国际惯例。”

1989年2月25日，厦门市土地管理局代表市政府主持了该市第三次国有土地拍卖出让活动。这次拍卖的五幅国有土地使用权，土地总面积为14388平方米，建筑总面积40650平方米。其中89-C1、189-C2两幅土地供建商场、住宅、综合办公楼；其余三幅供建住宅。

随着经济体制改革的不断深化，国有小型企业产权的拍卖，已成为调整我国所有制结构、深化企业改革的一项重要内容。国家体委、财政部、国家国有资产管理局等单位，联合制定颁布了《关于出售小型企业产权的暂行办法》，对于国有小型企业产权拍卖的范围、拍卖的重点、拍卖形式及被拍卖的企业资产评估办法等作出了具体规定。《暂行办法》原则上按照国务院1984年9月18日批转财政部《国营企业第二步利改税试行办法》中关于国营小企业的标准，划分国有小企业。规定国有企业产权的出售，由各级政府的国有资产管理部门负责。《暂行办法》还指出，在目前尚未建立国有资产管理部门的地方，应按照企业隶属关系，由财政部门会同企业主管部门报同级政府来决定哪些小企业产权需要出售。对于当前重点出售的国有小企业的产权，《暂行办法》规定了三种类型，即①资不抵债和接近破产的企业；②长期经营不善，连续多年亏损或微利的企业，③为了优化结构，当地政府认为要出售产权的企业。该《暂行办法》规定国营小企业可以整体拍卖的形式出售产权，对资产数额较大的小企业可以折股分散出售；国营小企业产权的购买者，可以是国内全民所有制企业、集体所有制企业、乡镇企业、“三资”企业，跨部门进行企业产权买卖，以促进一些企业和有关组织运用自己的资金、技术和管理的优势，去购买和经营被出售的企业。

此后，各地各部门也都相应地制定了关于国有小型企业产权拍卖的试行办法。例如，河北省商业厅1988年5月制定了《关于拍卖国营小型企业的试行办法》，明确规定凡符合小型企业条件的国营商业、饮食业、服务业、商办工业企业均可以拍卖。

1988年11月9日，河北省人民政府发布了《河北省全民所有制小型企业拍卖办法（试行）》，针对河北省的特点和具体情况，积极稳妥地进行国有小型企业产权的拍卖工作，改造和优化产业结构。

黑龙江省的企业产权拍卖交易也异常活跃，通过拍卖、招标等各种型式，为企业事业单

位的企业承包、出售、联合、兼并和租赁的社会招标及闲置资产调剂交易等产权交易活动牵线搭桥,提供交易场所和综合性服务。

当前,我国拍卖市场已初步形成并发挥作用。但是,由于没有统一的法律规定,在其发展过程也存在着不少问题,诸如拍卖市场的布局不尽合理;拍卖企业的经营范围不甚统一,一些已经进行或即将进行的拍卖活动缺乏法律依据等。随着社会主义市场经济的发展,在我国建立公开、平等、竞争的拍卖市场已势在必行,而对拍卖活动的法律调整更是迫在眉睫。

拍卖作为一种公平、便捷的交易方式,已越来越普遍地为世界各国所采用。尤其是对于处理那些无法进入市场交易或者尚未形成专门市场的财物,拍卖更是有效的方法。随着近年来拍卖在现代商业领域的广泛应用及其在世界各国的流行和发展,表明了它在现代社会中有着多种积极的效用。在西方国家,有人甚至把拍卖当成经济运转机制中不可或缺的组成部分。

由于拍卖所具有的公开、公平竞争等特点,拍卖活动的本身包含和体现了某些重要社会价值取向,包括社会风尚和社会价值规范。拍卖的公众性特点决定了它的功能,在于总体上解决各个社会群体之间的利益关系与利益分配。经济学家和心理学家往往把拍卖当成“揭示”市场价值规律的一种方法。社会学家则认为拍卖活动本身具有内在的动力机制,在拍卖这种特殊的社会过程中,价值规律才得以充分发挥其作用,使拍卖物品实现其真正的价值。商品经济的高度发展,人们越来越希望通过一种公开的市场规则来克服现有经济机制的弊端。而在拍卖中,通过公开的竞买竞卖,就能实现流通物品的最大价值。

随着社会主义市场经济的发展,越来越需要平等竞争、透明度高的市场环境,拍卖正是适应这种客观要求而复生的。由于拍卖这种特殊的买卖方式具有机会均等、竞争性强、价格合理、透明度高、法律约束力显著等特点,因此,拍卖市场的形成对治理经济环境、整顿经济秩序、深化改革具有不可低估的作用。

(1) 拍卖制度的建立和完善,有利于完善社会主义市场体系。拍卖是财产流转的重要途径。拍卖市场的出现,如同生产资料、技术、金融、劳务、股票等市场的出现一样,都是完善和健全我国社会主义市场体系必需的。拍卖市场所担负的不是一般的流通任务,在我国它的主要任务是满足社会的特殊需要,担负不经常流通和非正常流通物品的交换。拍卖市场的形成则给上述物品的流通开辟了一条较为合适的渠道。

(2) 由于拍卖所特有的公开竞争性,有利于被拍卖物品充分实现其价值,有些特殊物品更可实现最大价值。据报载,1987年5月英国苏富比拍卖公司在香港举行的拍卖大会上,一只明朝洪武年间的釉里红玉壶春瓶,打破了任何中国瓷器、任何中国古董和世界任何瓷器售价的三项纪录,以1700余万元港币卖出,轰动了全世界。北京拍卖场曾拍卖过一把榆木仿明式圈椅,以2000元拍给一个外国人。拍卖业务的开展,不但可以实现物品的最大价值,为国家创造更多收入,而且有利于打击非法经营和走私活动。

(3) 拍卖市场的形成,有利于建立公平合理的经济秩序。目前,在我国经济领域中存在着许多不公平、不合理的现象,常使奉公守法者在竞争中处于不利地位,而有些善于搞行贿违法行为的经营者却能占到便宜。比如在紧缺原材料的供应和优惠经营权的分配上就

存在着这种现象。在目前情况下，拍卖不失为一个很好的“治理”手段，有关部门按照国家计划的要求，在有限的范围内可以利用拍卖的方式，杜绝在紧缺原材料、优惠经营权的分配上的不合理现象。目前已在我国实行的羊毛和土地使用权的拍卖已体现出了这个方面的优越性。

(4) 建立和完善拍卖市场、有利于促进为政清廉。我国在五十年代就曾明确规定：对缉私、罚没物品，无主物品和机关、团体、部队、国营企业事业单位的公物的处理，必须交给贸易信托公司去办，各单位无权擅自定价和处理。但是，目前对这些物品的处理许多已被“内部处理”代替，即使委托信托商店估价，也流于形式，售价往往被压得很低，价格与价值严重不符。这不仅给国家造成很大损失，也腐蚀了干部队伍，滋长了不正之风，严重损坏了国家机关在人民群众中的形象。香港有关法律规定，一切公物须经公开拍卖方可处理。这是因为拍卖所具有的竞争性和公开性，不但使这些物品实现了应有的价值，而且也使这些物品数量公开，不正之风在这种完全透明的买卖过程中难以生存。据初步统计，北京市拍卖市场从1988年4月到1989年4月举办的三次公物拍卖中，已为国家财政增加收入27万多元。

第三节 拍卖的种类

一、法定拍卖与任意拍卖

法定拍卖与意定拍卖划分的根据在于拍卖本身是依法律规定产生还是依当事人意愿产生。依法律规定而非依当事人意愿产生的拍卖，就是法定拍卖。而依据当事人本身的意愿产生的拍卖，就是意定拍卖。

司法实践中，法定拍卖的提起大多由当事人的申请，但因这种申请并非一定引起拍卖的进行，所以，即使当事人在法定拍卖中提出申请要求将抵押物拍卖，也不能看作完全意义上的意定拍卖。法定拍卖是根据法律规定的要件作出，如果当事人申请法定拍卖不符合法律规定，就不能进行法定拍卖。

区分法定拍卖与意定拍卖不仅要求把握它们之间产生根据的不同，更重要的是能够通过两者的区别理解其程序及原则的差异。正是由于法定拍卖根据法律规定产生而意定拍卖根据当事人意愿产生的不同，因此法定拍卖程序执行的原则也与任意拍卖有严格区别。

二、强制拍卖与任意拍卖

强制性拍卖是指国家机关（如人民法院）依照强制执行法律规定，将已查封之标的物公开进行的拍卖。其目的在于清偿债务。任意拍卖指民事法律关系当事人依照民法的规定，把特定的物交出由应买人当场公开竞争出价后，卖与最高出价人的拍卖。任意拍卖的目的并非直接为清偿债务。

强制拍卖与任意拍卖的区别在于发生根据或原因的差异。因此，强制拍卖与意定拍卖的主体、方式、原则、程序等也相应不同。强制拍卖的主体之一方面为国家机关，而任意

拍卖的当事人双方都处于民事法律关系的平等地位；强制拍卖表现为国家对民事法律关系的干预，而任意拍卖全凭交易双方当事人的合意；强制拍卖贯彻执行国家强制债务人清偿债务的原则，任意拍卖则体现诚实信用、合法合理的原则；强制拍卖一经开始，除特殊场合外，其程序即必须贯彻始终，而任意拍卖随当事人意志而变化，他们有权决定拍卖程序的进行与否。

鉴于强制拍卖与任意拍卖既有区别又有联系的特点，实践中一般强制拍卖程序上也通行任意拍卖的程序、原则等。但在任意拍卖时，却不适用强制拍卖的原则与程序，因为强制执行的性质与任意的性质是严格对立的。

三、动产拍卖与不动产拍卖

动产拍卖系指拍卖移动其位置但不毁损的物的活动。如拍卖羊毛、汽车、邮票等等，都属于动产拍卖。不动产拍卖则是拍卖不能移动的或虽能移动其位置但却损害其经济价值的物的活动，它包括对土地及其位置附着物如房屋等的拍卖。动产拍卖与不动产拍卖的区别，在于民法上动产与不动产的差异。

民法上认为，物权的客体一物是各种各样的。对不同的物适用不同的法律制度，有利于正确及时有效地实现并保护物权。不动产因其不能移动或移动其位置就会损失经济价值的特点，在民法上受到较动产更加严格的保护。一般的不动产物权保护，有所有权、地上权、承佃权、典权、抵押权六种。而动产物权保护，则有所有权、动产质权、权利质权、留置权四种。动产物权之公示方法为占有，不动产物权之公示方法为登记，随着社会经济发展，国内外经济交易对重要财产（包括动产和不动产），通常采用证券公示的方法申明权利，所以动产与不动产之差异，亦因物权的证券化而日益淡薄。但在拍卖抵押物时，强制执行机关严格区别动产拍卖与不动产拍卖，其目的在于保护债权债务关系双方当事人正当合法的权益。动产与不动产的拍卖，在程序、原则、方式等方面均有不同表现。特别是物的拍卖中又有许多特殊物权需要加以特殊保护，因而，在物的拍卖中，各国法律上都注重动产与不动产的区分。

四、自行拍卖与委托拍卖

拍卖是一种特殊的买卖活动，但买卖的主体的一方——卖方并非都自己介入或不介入这种活动。一般来看，在任意拍卖中，既有出卖人自己公告自己主持进行的拍卖，也有委托他人如拍卖行或拍卖经纪人进行的拍卖。从法律角度上认识，前者即为自行拍卖，而后者则是委托拍卖。

与任意拍卖不同，强制拍卖中主持拍卖的是国家机关如人民法院，而拍卖物的所有人或占有人只是在拍卖中提出请求的人。基于这种请求，强制机关主持拍卖，带有接受当事人委托的意思，但在性质上有严格的区别。

自行拍卖相对于委托拍卖或拍卖经纪商进行的拍卖，在程序上不十分严格，组织也相对不严谨。拍卖时成交即拍定的手续亦较简单。而委托拍卖中，拍卖行或拍卖经纪商因专门从事拍卖事务，一般都有一定的规章制度，有严谨的程序。

经济比较发达的国家和地区，拍卖业也相应发展，委托拍卖在社会中司空见惯，自行拍卖的情况较少。

五、定向拍卖与不定向拍卖

定向拍卖，指拍卖一定物时只准许有限范围内的应买人参加竞争。非定向拍卖，则在拍卖时不对应买人条件或范围作出限制。

定向拍卖与非定向拍卖的区分在国外特别是英美法系国家比较盛行，如对股票、证券的拍卖，多对应买人规定必备条件。我国拍卖活动虽起步较晚，但也有过对应买人条件的限制。如1988年沈阳市拍卖国营小企业，就要求应买人为国营企事业单位，或具备相同资格的法人。

定向拍卖虽主要表现为对应买人的条件限制，然因其限制的根据往往具是拍卖标的物本身的特殊性，所以在定向拍卖中，其标的物多为土地、房屋、企业等等特定之物。而从债权债务连带关系的角度看，有的定向拍卖又以照顾或兼顾连带之债的权益为出发点进行。

六、合并拍卖与分别拍卖

合并拍卖是指将并非同一事项但标的物相同的拍卖，按同一程序进行的拍卖。分别拍卖则相反，指同一事项中不同标的物进行拍卖时，按照不同程序进行的拍卖。

一般来看，合并拍卖的标的物为两个或两个以上，分别拍卖则只拍卖一个标的物；合并得标人（应买人）为同一人，分别拍卖时的得标人（应买人）则并不一定为同一人。按各国强制执行立法惯例，强制拍卖抵押物时，多以分别拍卖为原则，而以合并拍卖为特殊或例外。动产与不动产拍卖，若合并拍卖，即适用不动产拍卖的规定；分别拍卖时，动产依动产拍卖之规定，不动产依不动产拍卖之规定。

拍卖实践中，是否合并拍卖既要视标的物本身的属性而定（如合并拍卖种类物，而分别拍卖特定物，均要根据实际情况），又要坚持正当合法保护当事人的原则。特别是强制拍卖抵押物时，对合并拍卖的抉择尤其要慎重，以便维护债务人的合法权益。

七、有底价拍卖与无底价拍卖

拍卖活动中，有的拍卖事先将标的物估价，确定了最低价，但有的拍卖却没有确定标的物出卖的最低底价，这种将出卖物标以底价的拍卖，即是有底价拍卖；未确定底价的拍卖，则称无底价拍卖。

有底价拍卖物拍卖，参与应买的竞买人所出价格必须高于出卖物的底价，方可成交。如果竞买人出价低于拍卖底价，一般就不能一次成交，而采取再拍卖或减价拍卖的作法，无底价拍卖通常也要事先进行估价，但却未确定底价。因此，无底价拍卖中应买人参与竞买多根据自己估价而出价，而不一定受事先确定的底价有无的限制。

无底价拍卖多出现于动产拍卖的场合，而有底价拍卖多运用于不动产拍卖的场合。无底价拍卖在任意拍卖中，既可能发生于出卖物价值较低而难以估价之际，也可能因价值过高而难以估价。有底价拍卖则多发生在强制拍卖时，其目的是体现强制执行的公平合理，维

护债权债务双方当事人的合法权益。

八、增价拍卖与减价拍卖

增价拍卖，指对应拍卖出的标的物在已确定底价的基础上，再增加其底价数额所进行的拍卖。减价拍卖，又称“荷兰式拍卖”。指先由拍卖人喊出最高价，如无应买人应买，则逐步降价，直至应买人中有人接受时，方告成交。

增价拍卖和减价拍卖，一般均须经过出卖人或所有人的同意。但因出卖物价格的增减直接涉及到出卖人的利益，故减价拍卖时出卖人的同意应采用书面形式。

增价拍卖和减价拍卖都是拍卖活动中最常见的调节手段，但价格的增减除按照标的物实际价值确定外，又必须遵守国家有关法律，恪守公平合理交易原则。

九、密封式拍卖与非密封式拍卖

不管是任意拍卖程序还是强制拍卖程序，都有密封式拍卖和非密封式拍卖即是否公开底价的拍卖。所谓密封式拍卖，是拍卖出卖人对出卖标的物核定价格，确定了底价之后，又将底价密封，然后进行拍卖。非密封式拍卖，又称公开底价的拍卖，即通过拍卖公告或招标公告，将出卖物底价公诸于所有竞买人，由竞买人依据公开的底价进行竞买。

密封式拍卖对底价保密有严格规定，非密封式拍卖则无；密封式拍卖对底价的估定多根据拍卖的行情而定，非密封式拍卖估定的底价一般按照实际价格确定；密封式拍卖的拍定以是否接近密封底价为准，非密封式拍卖的拍定则以竞买人意愿为原则。

拍卖实践中，密封拍卖多运用于土地、房屋等不动产拍卖；非密封拍卖的运用范围较广，动产与不动产拍卖都可以采用。

另外，密封式拍卖具有招标拍卖的性质，而非密封式拍卖则无。

十、一次性拍卖与再拍卖

拍卖开始后，只在其程序中一次即告拍定，就是一次性拍卖，但是，在任意拍卖和强制性拍卖实践中，有的标的物并非一次拍卖就可拍卖，在这种情况下，为达到切实流通物品，积聚资金和实现债权清偿债务，通常又要将初次拍卖未拍定的标的物移交第二次拍卖活动，有的甚至还要进行第三次乃至多次拍卖。因此，相对于一次性拍卖而言，第二次拍卖及其以上拍卖又可以称再拍卖。

一次性拍卖与再拍卖相比，不仅在程序上比较简单，而且其标的物亦有实用经济的特点。再拍卖之标的物，一般来说并非不实用经济，但总是在标价、估定方面为竞买人所不能接受，因而再拍卖时，往往实行减价拍卖。

再拍卖的程序虽然有时间长，手续繁琐的缺点，但在公平合理交易上却能最大限度地满足出卖人的意愿，故一些特殊的价值贵重的标的物拍卖，若一次拍卖不能拍定，仍采取再拍卖的措施，直至拍定为止。

除上述分类外，拍卖还可依进行方式不同分为蜡烛式拍卖和击锤式拍卖。又因拍卖竞争中特别报价方式，可分为有声拍卖与无声拍卖。而从标的物本身特点看，亦可分种类物

拍卖与特定物拍卖，生产资料拍卖和生活资料拍卖等等。

上述有关拍卖的种种表现形式或种类既互相区别，又互相联系。以强制拍卖房地产为例，其拍卖既是法定拍卖，也是不动产拍卖，既有可能是标底密封式拍卖，也有可能是无标底非密封式拍卖。在拍卖进行程序上，既有可能是减价再拍卖，也有可能是增价一次性拍卖。又以邮票拍卖为例，其拍卖既可能是自行拍卖，也可能是委托拍卖。而自行拍卖又可能是减价拍卖或增价再拍卖。

拍卖实践中，直观地机械地认识理解拍卖的种类并无积极实际意义。但是，给拍卖分类本身并不是仅仅在于对不同的拍卖表现形式加以区别，而是通过这些区别为正确把握正当拍卖行为创造自觉的前提。只有辩证地理解拍卖表现方式的区别及通过这种区别去把握合法正当拍卖的原则，才能使自己的拍卖交易或拍卖管理中作出经济有效且合理的行为。

第四节 拍卖法律关系

拍卖，是指由特许的拍卖人或被授权从事拍卖业务的个人或企业通过竞争的方法，将财物公开出售给出价最高的应买人的一种特殊的买卖行为。

拍卖法律关系就是出卖人、拍卖人、应买人（拍定人）之间特殊的法律关系。

一、拍卖当事人

一般说来，拍卖当事人应由三方组成，即出卖人、拍卖人和应买人（包括出价最高取得拍卖物的拍定人，在特殊情形下，出卖人可以自行主持标的物的拍卖，则出卖人同时又承担了拍卖人的角色，例如，在强制拍卖情形下，由法院主持的拍卖，执行法院既是出卖人，又是拍卖人）。

□ 拍卖人

拍卖人是指接受他人的委托，以自己的名义公开拍卖他人的动产或不动产，并接受报酬的人。

一方面拍卖人是出卖人特殊的委托代理人，以拍卖人自己的名义主持出卖人的标的物的拍卖。拍卖人必须本着维护出卖人利益的精神主持拍卖活动；由拍卖活动而产生的经济上的利益和损失，均归出卖人所有。出卖人应向拍卖人支付一定的报酬。拍卖人因拍卖活动而支出的必要、有益的费用，也应由出卖人承担。

另一方面，拍卖人以自己的名义经营拍卖业务，独立地进行买卖行为，自得权利，并自负义务，具有一般买卖行为中出卖人的权利与义务。并且，由于拍卖的公开竞争的特点，又具有其特殊的定约、履约的方式。

拍卖人既可以是个人、合伙，也可以是某种法人形式，如有限责任公司。拍卖业务的经营，一般是由特许的拍卖企业（拍卖行）进行的。

主持拍卖业务的拍卖师，依法必须经过专业培训，获得合格证明；同时应具有相当的工作经验，并取得特许的拍卖师的资格。拍卖师应诚实、正直、秉公守法；对物品具有较高的鉴赏能力。经营拍卖业务的拍卖企业（拍卖行）必须取得特许的开业证明，并进行合

法的注册登记。不经特许程序擅自开办拍卖企业或拍卖业务，必须承担相应的法律责任。我国，个人一般不得经营拍卖业务；拍卖企业多属于全民所有制经营的服务性企业，具有法人资格。拍卖企业的成立必须经过登记注册程序；开办拍卖企业，除具备《中华人民共和国企业法人登记管理条例》规定的条件外，尚须有必要的拍卖场所和设施、有能够开展专营拍卖业务的组织机构和包括拍卖师、财会人员、技术人员在内的职能人员、并具有健全的拍卖规则，并将拍卖师的姓名、资格及拍卖行的特许证明等公示于众。

拍卖人的职权范围分别由法律规定和当事人之间自行约定。

☐ 出卖人（委托人）

在拍卖法律关系中，出卖人包括拍卖物的所有人及根据法律规定，得以将拍卖物交给拍卖人进行拍卖的委托人。拍卖中的卖出人既有普通买卖中的出卖人的特点，即享有标的物出卖所得利益，履行瑕疵担保责任等出卖人的义务；同时还受“应买禁止”的约束，即出卖人不得同时为应买人。

拍卖若出于拍卖物的所有权人的自愿，无论拍卖是委托拍卖行代为进行，或由拍卖物的所有人自行主持拍卖，拍卖物所有权人，就是出卖人。拍卖人仅为出卖人的委托代理人。

拍卖是由于某些法律的规定而并非出于拍卖标的物的所有权人的自愿而提起的，情况就有所不同：

①在债权人为实行其担保物权（如动产抵押、质权、留置权）而对抵押物、质物、留置物进行的拍卖中，出卖人并非出卖物的所有权人。这种情况下，有变价权的担保权人，就成为拍卖的出卖人。拍卖的效力仅发生在买受人与担保人之间，担保权人应以拍卖的出卖人的地位，单独对买受人享受权利。而拍卖人仅为出卖人的委托代理人。担保权人由于享有对物的变价权，就可经直接以自己的物权行为使买受人取得拍卖物的所有权。因此，拍卖物的所有权人不与拍卖行发生任何法律上的关系。

（2）因保管、整理财产的目的而进行的拍卖。为保管、整理财产为目的的拍卖，拍卖权利人的变价权也是由法律所规定的。法律之所以赋予利害关系人以“变价”的权利，是为了保护利害关系人的利益、维护公共利益。基于这种目的而进行的拍卖，拍卖的出卖人有时是拍卖物的所有权人，但在有些情况下，拍卖的出卖人，可以是所有权人以外的利害关系人。在强制拍卖的情况下，应以执行机关（执行法院）为拍卖的出卖人。

☐ 应买人

应买人，指根据拍卖规则和拍卖程序进行竞争出价的要约人。应买人应具备以下资格：

①应买人必须有权利能力和相应的行为能力。在特殊标的物的拍卖中，应买人还应具备拍卖性质所要求的特殊行为能力。②拍卖中的出卖人和拍卖人不得同时为应买人。买卖合同是出卖人与买受人之间就买卖标的物达成的协议，因此出卖人与买受人同为一人时，买卖合同是不能成立的。在拍卖中，若拍卖人或出卖人与拍定人（买受人）为同一人时，拍卖亦不能够成立。所以，拍卖中的出卖人及拍卖人不能参加应买。国外法律有不少这方面的规定。如德国民法第 456 条规定“因强制执行而为出卖时，实行或指挥主持买卖的受任人其延聘的助手，包括记录员，不得为个人，或通过他人、或代表他人买受列为出卖的标的物。”我国台湾民法第 392 条亦规定：“拍卖人对于其所经营之拍卖物不得应买，亦不得使

他人为其应买。”从而在法律上保障了拍卖的公正性。

应买人通过公开出价竞买，依照拍卖程序，出价最高的人是拍定人。拍定人通过签定《拍卖成交认定书》等法律文件，取得拍卖标的物。此时拍定人就相当于买卖关系中的买受人，享有买受人的一般权利，也必须履行买受人的义务。

二、拍卖人与出卖人之间的法律关系

拍卖人与出卖人之间的委托关系，具有民法中典型的行纪法律关系的性质。出卖人相当于委托人，拍卖人相当于行纪人，拍卖中的应买人则相当于行纪法律关系中的第三人（即行纪人的相对人）。拍卖人与出卖人相互间的民事权利、义务关系，适用民法中有关行纪的法律规定。

□ 行纪合同

行纪是指以自己的名义，为委托人从事动产的买卖或其他商业上的交易而接受报酬的活动。从事行纪活动的人，称为行纪人。委托人与行纪人成立的委托合同，称为“行纪合同。”行纪合同，在我国有时也称为“信托合同。”

1. 行纪的意义与性质

行纪组织和行纪活动是商品经济发展的产物，渊源久远。欧洲中古时期，就出现了行纪组织，到资本主义时期，从事行纪活动的商业代理人更是大量存在。中国在汉代就已有为牲畜买卖的双方说合评定价格收取佣金的“佷”，后经变革，多称作：“牙行”，如宋朝的“牙佷”，元朝的“帕牙”等等。信托公司、贸易货栈，就是中国现代经营行纪业务的重要组织。

广义的行纪行为，是指为委托人的利益，以自己的名义而成立的法律行为。狭义的行纪，仅限于动产买卖及其它商业上的交易。拍卖行为是一种比较典型的行纪行为。

行纪的经济功能，体现在：①委托人可以不暴露自己的姓名，而享受与他人订立合同的利益。这就使得许多商人能够在幕后利用商业上的机会盈利，并能保持营业上的秘密。②行纪人与代理人不同。行纪人以自己的名义与第三人订立合同，第三人并不需要了解委托人的信用及支付能力而只以行纪人为相对人与之订立合同，这样，就可以使交易既便捷快速又更为安全。③行纪合同的订立，使委托人不仅可以利用行纪人的信用与资产，还可以利用行纪人在合同订立中的交易关系及其在地方业务上的知识和经验，来获得商业上的利益。④行纪人对第三人的关系，不需委托人的特别授权，行纪人根据行纪合同，应尽自己的责任来保护委托人的利益。这不仅使行纪人权利的行使比较容易，而且对于行纪人的临机应变保护交易利益也很重要。⑤由于行纪人以自己的名义和第三人进行交易，对第三人负责，委托人就不存在因代理人的过失或代理人滥用代理权而遭受损害的危险。⑥委托人与行纪人之间，一般准用关于“委任”的规定，这样，行纪中的委托就和代理权的授予，有同一效力。委托人因此可得到代理人所享有的权利。

行纪营业在交易中十分重要。各国对于行纪的规定，内容有繁有简，不尽相同，但有一点却是共同的，即认为广义的行纪行为是一种“商业行为”。例如法国商法第94条第10项规定“行纪人是为委托人的利益，以自己的名义或商号的名义实施委托行为的人。”德国

新商法第 383 条规定行纪可用于“商业或有价证券的买卖”；瑞士债法规定行纪适用于“动产或有价证券的购入或售卖”（瑞士债法第 425 条）；日本商业法认为行纪可用于“物品的售出或购入”（日本商业法第 551 条）；我国台湾民法则认为行纪营业，可进行“动产的买卖或其它商业上的交易”（台湾民法第 576 条）。

一般来说，行纪合同具有下列法律特征：

(1) 行纪人须以自己的名义实施法律行为。行纪人依委托人的指示进行商业活动，但他在与第三人建立关系时，不是以委托人的名义，而是以自己名义出现，并承担所产生的后果。行纪人须以自己的名义实施委托行为，这是行纪人与居间人、代办商或其他代理人的主要区别。居间人或代办商，只是作为当事人之间订立某项合同的媒介；而行纪人对于委托人的关系，虽然也发生类似于媒介的关系，但行纪人对于第三人，却始终是以自己本身作为权利、义务的主体。与行纪人订立合同或进行其它交易的第三人不过问行纪人是否为委托人的利益而实施受委托的行为。即使委托人有过错或有诈行为，对行纪人和第三人之间所订立合同也没有影响，第三人不能以此为理由主张行纪人的交易行为无效。

(2) 行纪人必须为委托人的利益实施委托行为。由行纪人行为所产生的经济上的利益或损失均归于委托人，行纪人为委托人购入或售出的物品的所有权属于委托人。行纪人为委托人进行营业或交易，其后果由委托人承担。

(3) 行纪营业的适用范围包括动产的买卖或其它商业上交易（如：运送、保险、代为出版、代收债权、代登广告、代为租赁等。）

(4) 行纪合同为有偿合同。委托人向行纪人支付一定的报酬。

2. 行纪行为的效力

行纪人在实施受托的行为，与第三人订立合同时，一方面发生行纪人与委托人之间的委托关系（即行纪合同关系），另一方面则发生行纪人与第三人之间的买卖或其他法律行为的关系。这种特殊的委托关系与买卖关系，产生如下效力：

(1) 行纪人与第三人之间的关系（外部关系）。行纪人是以自己的名义实施财物的售卖、购入或进行其他商业上的交易。对交易的相对人（第三人）而言，由行纪人自得权利，自负义务。第三人是否知道行纪人是为委托人实施交易行为，对于行纪人所实施的买卖或交易行为的效力，不产生任何影响。第三人不得以行纪人是为委托人实行委托行为这一点作为理由，否认行纪人所实施的买卖或交易行为的效力。关于行纪人所实施的法律行为有无瑕疵（如我国《民法通则》第 58、59 条规定的无效民事行为及可撤销民事行为情形），应就行纪人与第三人之间所进行的交易的行为本身来决定。例如，委托人有欺诈行为，但这并不影响行纪人与第三人所实施的交易行为的有效性。除非行纪人与委托人恶意通谋实施欺诈行为，第三人对行纪人所实施的行为不得主张撤销。另外行纪人与第三人相互之间虽可以用其它交易所取得的债权来抵销债务，但是行纪人却不得用委托人的债权、债务来抵销。

(2) 委托人与第三人之间不产生任何直接的关系。因此，委托人在没有取得行纪人对其交易行为的转让之前，对于第三人不得主张权利，也不履行义务。在第三人应承担不履行交易上的债务的责任时，只有行纪人才享有对于第三人的损害赔偿的请求权，委托人却