

方昀 著

强制 拍卖 新论

Qiangzhi Paimai

xinlun

武汉出版社
WUHAN PUBLISHING HOUSE

强 制 拍 卖 新 论

Qiangzhi Paimei
xinlun

方
昀
著

武
汉
出
版
社
WUHAN PUBLISHING HOUSE

(鄂)新登字 08 号

图书在版编目(CIP)数据

强制拍卖新论/方昀著. —武汉:武汉出版社,2006.1

ISBN 7-5430-3315-1

I. 强… II. 方… III. 拍卖法—研究—中国

IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 096552 号

书 名:强制拍卖新论

著 者:方 昀

责任编辑:张 平

封面设计:董 晟

出 版:武汉出版社

社 址:武汉市江汉区新华下路 103 号 邮 编:430015

电 话:(027)85606403 85600625

<http://www.whcbs.com> E-mail: wuhanpress@126.com

印 刷:武汉中远印务有限公司 经 销:新华书店

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:12.75 字 数:365 千字 插 页:1

版 次:2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价:25.80 元

版权所有·翻印必究

如有质量问题,由承印厂负责调换。

作者简介

方昀，男，1974年7月生于湖北武汉。1996年毕业于南昌大学法律系，同年取得律师执业资格，在江西省经济律师事务所从事专职律师。1998年9月在武汉大学攻读民商法专业法学硕士学位，期间取得注册拍卖师资格，2001年7月通过硕士论文答辩，同年担任江西省经济律师事务所主任。现转入广东华安联合律师事务所担任合伙人律师。

作者从事专职律师期间，积极实践，担任数家拍卖企业法律顾问，参与了大量房地产、法人股的强制拍卖活动及政府委托的行政拍卖活动，并连续两年受聘于江西省人民政府行业办担任拍卖从业人员教师。

责任编辑：张平

封面设计：董晨

内 容 简 介

近年来，强制拍卖成为我国司法实践中一个热点和难点问题。2005年1月1日实施的最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》更是将其推向一个新的高度，引起社会各方面的关注。

本书着重研究我国强制拍卖原理与运用，兼具介绍国外及我国台湾地区的强制拍卖制度。全书共十二章，第一章至第三章主要定位于强制拍卖的理论分析；第四章至第八章着重于实务，以现行法律为基本内容，以强制拍卖的实施程序为章（委托、实施、优先购买权、效力、救济）；第九章至第十二章以我国传统类型的强制拍卖（破产财产拍卖、船舶拍卖、行政强制拍卖、罚没充公物拍卖）为章分别论述，部分章节还以案例分析予以辅助论述。

本书的最大特点就是以现行法律规定为基础，以国外强制拍卖法律制度作比较，针对我国强制拍卖存在的问题，提出独立的观点，并敢于重新设计强制拍卖的制度，提出完善强制拍卖程序的若干设想。

目 录

第一章 强制拍卖制度概述	1
第一节 强制拍卖的内涵	1
第二节 强制拍卖与其他变价的关系	7
第三节 强制拍卖的基本原则	13
第四节 强制拍卖的性质	22
第五节 强制拍卖的历史沿革	32
第二章 强制拍卖的主体	37
第一节 委托人	37
第二节 竞买人与买受人	42
第三节 拍卖人	44
第三章 强制拍卖标的	51
第一节 强制拍卖标的的属性	51
第二节 强制拍卖标的的特点	52
第三节 强制拍卖标的的限制	55
第四节 拍卖标的的分类	60
第四章 强制拍卖的委托	66
第一节 委托依据	66
第二节 评 估	83
第三节 拍卖机构的确定	89
第四节 保留价	91
第五章 强制拍卖的实施	96
第一节 拍卖实施前的准备	96
第二节 拍卖的实施	112
第三节 流拍财产之债权人承受	133
第四节 强制拍卖之必要费用	137

第五节 案例分析:买受人能否有权要求否定竞买规则	140
第六章 强制拍卖中的优先购买权	150
第一节 优先购买权的性质与分类	150
第二节 优先购买权在强制拍卖中的保护	153
第三节 股东优先购买权在强制拍卖中的法律问题探讨	163
第七章 强制拍卖的效力	176
第一节 强制拍卖交付与标的物权利移转	176
第二节 强制拍卖标的之风险负担	186
第三节 强制拍卖中的瑕疵担保	192
第四节 强制拍卖中的物上负担	204
第八章 强制拍卖的救济	217
第一节 执行异议	217
第二节 执行回转	221
第三节 国家赔偿	223
第四节 其他国家及有关地区在强制拍卖程序中的法律救济	227
第五节 案例分析:从一起拍卖纠纷看强制拍卖法律关系的复杂性	229
第九章 破产财产拍卖	236
第一节 概 述	236
第二节 破产拍卖的标的	244
第三节 破产企业财产拍卖的实施	252
第四节 案例分析:破产的拍卖程序与执行程序的冲突及其解决	262
第十章 海事执行程序中的船舶拍卖	266
第一节 简 述	266
第二节 海事执行程序中拍卖标的	267
第三节 船舶拍卖的实施	269
第四节 船舶拍卖实践中的其他问题	277
第十一章 行政强制拍卖	282
第一节 行政强制拍卖简述	282
第二节 行政强制拍卖的实施	287
第三节 行政强制拍卖程序中的救济	292

第四节	行政强制拍卖与其他相关行为的比较·····	296
第五节	案例分析：行政强制拍卖与一事不再罚·····	300
第十二章	罚没充公物的拍卖·····	304
第一节	罚没充公物简述·····	304
第二节	罚没充公物拍卖的特点·····	308
第三节	罚没充公物拍卖与其他拍卖的比较·····	312
第四节	罚没充公物拍卖的误区·····	313
第五节	案例分析：置疑“李真涉案物品的拍卖”·····	316
 附录		
	《中华人民共和国拍卖法》·····	322
	《拍卖管理办法》·····	330
	《文物拍卖管理暂行规定》·····	340
	《中华人民共和国国家赔偿法》·····	344
	《最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件 若干问题的规定（试行）》·····	352
	《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定 （试行）》·····	356
	《最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会 法人股若干问题的规定》·····	375
	《最高人民法院国土资源部建设部关于依法规范人民法院执 行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》···	381
	《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结 财产的规定》·····	385
	《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产 的规定》·····	392
主要参考文献·····		399
后记·····		402

第一章 强制拍卖制度概述

第一节 强制拍卖的内涵

拍卖 (auction)^①, 又称竞拍,《大英百科全书》对拍卖的释义是“拍卖是指以公开竞价方式买卖不动产和个人财产”。《美国百科全书》的释义是“拍卖是将财产交给出价最高者的公卖方式”。

按我国 1997 年 1 月 1 日开始实施的《中华人民共和国拍卖法》(下简称《拍卖法》)第 1 章第 3 条的定义为“拍卖是指以公开竞价的形式,将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式”,其核心内容是“公开竞价”和“价高者得”。

我国 1991 年的《民事诉讼法》第 223 条和第 226 条首次在人民法院执行程序的强制执行措施中规定了强制拍卖权,首次以立法的形式明确了强制拍卖的法律地位,《拍卖法》也对法院的拍卖作出了相关规定,直至 2005 年 1 月 1 日起生效施行的最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(下简称《拍卖规定》)对法院的强制拍卖作出了较系统的规定。但是,由于法律规定得并不具体,缺乏可操作性,各地在理解和适用上也不尽一致,导致强制拍卖在理论与实践上仍存在一些争议。

一、强制拍卖概念的表述

关于强制拍卖的概念,学者们认识不一。

一种观点认为,强制拍卖是专指执行法院将被查封、扣押的财产委托拍卖人进行公开拍卖的行为,故亦称之为法院拍卖。另一种观点

^① Auction: public sale of property by an auctioneer to the highest bidder. See L. B. Curzon, Dictionary of Law (英文影印本),法律出版社 2003 年版,第 33 页。

认为,强制拍卖是指国家执法机关依照法律的规定,将被查封、扣押的财产实施公开拍卖的行为^①。这种观点认为在强制拍卖中国家执法机关是委托人也可以是拍卖人,而强制拍卖的实施主体只能是国家执法机关。还有一种观点认为,强制拍卖是指国家有关机关依照法律的规定,将被查封、扣押的财产委托拍卖人进行公开拍卖的行为。这种观点认为强制拍卖中国家机关是委托人而不是拍卖人,同时强制拍卖的实施主体是国家执法机关与拍卖企业共同实施组成的^②。

我们认为第二种观点是正确的,即强制拍卖是指国家执法机关依照法律的规定,将被查封、扣押的财产实施公开拍卖的行为。但此时国家执法机关作为强制拍卖的实施主体,在实施拍卖时,可以自行拍卖,也可以根据需要依法委托拍卖机构拍卖。

首先,强制拍卖的实施主体并不限于执行法院。在英美法系国家中,以美国为代表,包括英国、澳大利亚、加拿大等国家,不是按照执行标的、方法或内容的不同来划分执行权的,而是根据执行权的性质予以分权,将执行程序中的裁判、监督等权利交由法院行使;而对于执行中的调查、查封、拍卖等实施具体强制执行措施的权利,交由执行官来行使。以美国为例,债权人获得确权判决之后,申请执行首先要向受诉法院的书记官取得执行令,然后持执行令要求司法行政官执行。执行州法院判决由州司法行政官进行,执行联邦法院判决由联邦司法行政官进行。执行程序一旦启动,财产调查、查封、扣押、拍卖等,均由执行官自己决定。法院只是看一下执行汇报,了解执行的结果。而在我国,由于强制拍卖是国家执法机关实施拍卖的活动,其实施的主体具有多样性。如人民法院、人民检察院、公安、工商、海关、税务、国土、环保、卫生等机关。因此,在我国,强制拍卖既存在于民事执行权中亦存在于行政处罚权中。认为强制拍卖是专指执行法院将被查封、扣押的财产委托拍卖人进行公开拍卖的行为,是缩小了强制拍卖实施主体的外延。

^① 参见刘宇元著:《拍卖法原理与实务》,上海人民出版社1998年版,第19页。

^② 参见拍卖行业协会编:《拍卖通论》,中国财政经济出版社2002年版,第208页。

但从我国现行强制拍卖的立法情况来看,一方面人民法院的强制拍卖程序与内容最为清晰和完善,具有强制拍卖的一般性和代表性;另一方面我国现行法律明确规定了人民法院实施拍卖应当委托拍卖机构,因此,我们把民事执行程序中人民法院将被查封、扣押的财产实施拍卖的行为称为狭义的强制拍卖。如非特别说明,本书所说的强制拍卖即指狭义上的强制拍卖。

其次,拍卖企业不是强制拍卖的实施主体,而仅是辅助实施强制拍卖得以执行的单位或称之为执行辅助人。拍卖企业的性质仅为具有一定拍卖专业的中介组织,既非法院内部的执行机构,亦不同于大陆法系国家或者英美法系国家的执行官。拍卖企业具有从事拍卖活动的的能力,但无行使强制处分权的能力。我国最高法院1998年《关于人民法院执行工作若干问题的规定》(下简称《执行规定》)第46条第1款明确规定:“人民法院对查封、扣押的被执行人财产进行变价时,应当委托拍卖机构进行变价。”我国《拍卖规定》第3条亦规定:“人民法院拍卖被执行人财产,应当委托具有相应资质的拍卖机构进行,并对拍卖机构的拍卖进行监督,但法律、司法解释另有规定的除外。”表面上看,最高人民法院的立场是:强制拍卖必须由专门的拍卖机构主持,执行人员无权直接进行拍卖。实质上,法律并非赋予拍卖机构对强制拍卖的执行权,仅委托其进行拍卖变价或称之为拍卖会的主持人。

在民事执行程序中,执行实施权的运行,还会涉及被执行财产的强制处分,并发生财产权属移转,这又需要评估、拍卖机构的变现和产权登记部门协助办理过户。如《西班牙民事诉讼法典》第3章第183条规定:“如果被扣押的是动产,将由各方指定的专家交法官指定的第三者估价,如果当事方在合约中已确定了价值,则应公开拍卖。”^①日本的东京地方法院则是直接从东京市的不动产评价师之中,选任不动产评价人,为了防止评价人受利益驱动而作出不公正的评价,法院按顺序选定评价人,并且他们评价的不动产价格不管多少一

① 黄仰鑫译:《西班牙民事诉讼法典》,载童兆洪著《民事执行权研究》法律出版社:2004年版,第263页。

律按件支付固定酬金。我国《民事诉讼法》第226条规定：“财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行依据法律文书确定的义务。被执行人逾期不履行的，人民法院可以按照规定交有关单位拍卖或者变卖被查封、扣押的财产。国家禁止自由买卖的物品，交有关单位按照国家规定的价格收购。”因此可知，拍卖机构同评估机构及其他有关单位等均属于辅助强制拍卖得以执行的单位。

再次，强制拍卖的实施主体只能是国家执法机关。无论是民事执行中还是行政处罚中的强制拍卖均系一种变价方式亦是国家执法机关行使公权力的一种执行措施，这是由强制拍卖自身的性质所决定的。在我国，有权实施强制执行的机关是人民法院。“法治国家里，公民的财产权非经正当的法律程序不受剥夺和限制，任何单位和个人未经法律的特别授权都不享有强制执行权，不能对他人的财产采取强制执行措施。”^①同时，在强制拍卖法律关系中，执行机关依法律赋予的职权实施强制拍卖行为，是国家意志的体现，具有国家强制力。因此，我们认为依法律赋予的职权实施强制拍卖行为是认定强制拍卖的实施主体的关键，而认为强制拍卖的实施主体是国家执法机关与拍卖机构共同组成的，显然将强制拍卖与任意拍卖的性质和效力混淆。

在认识强制拍卖概念的同时，还应注意以下几点：

（一）所谓公开拍卖亦非绝对公开。在强制拍卖中，大部分国家采取的是不公开保留价或密封式拍卖。其目的，一则便于竞买人作出较高报价，二则防范竞买人之间串通作弊。不公开保留价或密封式拍卖与公开拍卖的基本原则会发生冲突，但公开拍卖的实质是指竞买人的公开应价，因此，即便作出这样的限制方式，也并不影响公开拍卖的本质属性。

（二）狭义上的强制拍卖与通说的“法院拍卖”仍有区别。主要表现在：1. 法院拍卖应当包括一切由各级人民法院所实施的拍卖活动，如民事诉讼中对涉案财产通过强制执行变价清偿债务的拍卖，对刑事执行中罚没财产的拍卖，甚至可以包括依据《海商事特别程序的

^① 孙家瑞：《中国强制执行制度概述》，中国民主出版社1999年版，第15页。

规定》进行的涉案船舶等财产的特别拍卖，及依据“国际承认航空器权利的公约”，航空器国际登记地的法院可以对涉案的航空器执行强制拍卖；2. 法院拍卖的目的不仅限于金钱给付为内容，以清偿债务为执行目的，还有将罚没、充公的物品之变价款上缴国库的执行目的。因此，法院拍卖的概念具有较强的概括性。本书所讨论的狭义的强制拍卖，则是指在民事执行程序中，以金钱给付为内容、以清偿债务为目的的拍卖。

（三）执行机关与执行机构在概念上是有所区别的。执行机关是指负责实施强制执行的国家机关。在我国，有权就民事案件实施强制执行的国家机关只能是人民法院。执行机构是指在人民法院内部设立的专门负责执行工作的部门，人民法院的执行职能是通过执行机构具体行使。上述概念所作的区分主要是针对不同的范围、从不同的角度来讲的。前者注重的是人民法院与法院之外的其他机关的分工关系，后者注重在法院内部从事执行工作的机构及其设置、人员的构成、与法院内其他审判部门之间的职责分工。从整个司法体制的角度来讲，我国的执行机关是人民法院。从法院内部的职责分工来讲，执行机构是法院内部专门负责执行工作的部门。

二、强制拍卖的特征

（一）强制拍卖具有强制性与处分性。法律区别于其他社会规范的最显著的特征是强制性，强制性亦是法律的根本属性。这也是强制拍卖区别于其他拍卖的最大区别。强制拍卖无需考虑当事人的主观意愿，只要符合法律规定条件，即凭债权人取得的执行名义，执行机关就可以采取强制措施将执行财产予以拍卖。强制拍卖除具有强制性外还具有处分性，这一特征又明显有别于查封、扣押，冻结等执行措施。正如查封、扣押，冻结措施虽具有强制性，但不具有处分性，而强制拍卖是对被执行人的财产实施强制处分，该强制处分集中表现在变价权上，法院执行机构虽然对拍卖物不享有所有权和担保物权，其基于职权对债务人的财产实施保全措施后，即取得了对保全财产的公法上之变价权。法院执行机构之所以可以对债务人所有的被保全财产实施强制拍卖，也正是基于法律赋予法院的变价权。强制拍卖具有强

制性与处分性是强制拍卖最根本的特征。

(二) 强制拍卖具有公信力。强制拍卖与私力拍卖的最大差异在于法院执行机构凭债权人取得的执行名义实施强制拍卖, 因此法院拍卖之进行及其效果, 不能没有公信力。国家强制执行机构凭其公权力所进行之拍卖行为, 不仅应能取信于一般人, 而且须能单独承担强制执行拍卖的效果。凡因信赖法院拍卖行为者, 无论是拍定人或一般人, 均应受公信力的保护, 因为基于公权力之法院拍卖, 与私人之拍卖行为, 其可信赖度自不可相提并论。私力拍卖情形下, 如无变价权之出卖人擅自将他人之物为拍卖, 除拍定人有民法善意取得情形可取得所有权之外, 出卖人无法使拍定人取得他人之所有权。依民法原理, 债权人与债务人之间实体法律关系, 能直接决定拍定人能否取得拍卖物所有权。至于法院拍卖情形下, 法院执行机构之变价权, 非以债权人与债务人之间实体法律关系为基础, 而是基于发生公法上之强制执行关系, 法院强制拍卖行为即为国家机关有公信力之执行行为。^①

(三) 强制拍卖的目的具有特殊性。强制拍卖的形式上的目的与任意拍卖相同, 即在通过拍卖转移财产所有权或财产权利的同时, 获得该财产的最大交换价值。但强制拍卖有其更深层的目的, 是将拍卖所得价款清偿债务人的债务, 满足执行债权人的债权要求。维护债权得以实现是强制拍卖最直接的目的。

(四) 强制拍卖具有国家意志性。任意拍卖是普通民事主体间的法律行为, 适用民法上关于一般法律行为的原理, 而强制拍卖体现了较强的国家意志性。在强制拍卖法律关系中, 执行机关依法律赋予的职权实施强制拍卖行为, 其行使的是国家公权力, 是国家意志的体现。

(五) 强制拍卖具有规范性。依法强制执行的关键在于正确地采取强制执行措施。强制拍卖作为一种法定的执行措施, 其适用条件、实施程序和方式都由国家法律明确规定。这一特征又明显有别于变卖措施。因此, 适用强制拍卖措施时应符合法律规定, 遵守该执行措施

① 陈桂明、侍东波:《民事执行法中拍卖制度之理论基石——强制拍卖性质之法律分析》,《政法论坛》,2002年第5期。

的有关要求。

第二节 强制拍卖与其他变价的关系

不同的角度和标准存在不同的变价方式，大致对变价可作如下划分。

一、强制拍卖与任意拍卖

任意拍卖，又称商业性拍卖或称私力拍卖。由于其委托主体带有普遍性而没有明确的限制，即可以是公民、法人或其他组织等，且是以经营为目的的商业性拍卖，故又称之为任意拍卖。

（一）拍卖原域与目的不同。任意拍卖以当事人自愿为原则，是财产所有人基于自己的某种经济目的，根据自己的意愿来决定，而非来自外界压迫实施。任意拍卖的目的在于，通过拍卖转移财产所有权的同时，获得该财产的最大交换价值，这是一种以经营为目的的纯粹的民事行为。强制拍卖则是为了执行法院生效的法律文书，但这些生效的法律文书只是产生强制法律关系的事实，还应符合法律规定的条件即凭债权人取得各类金钱给付义务为内容的执行名义。强制拍卖的最终目的在于，迫使债务人履行金钱给付义务，通过实施拍卖变价及时清偿债务。

（二）拍卖法律关系不同。任意拍卖无论是基于委托人委托拍卖人对拍卖标的进行拍卖，还是买受人通过应价取得拍卖标的物，均是受民法所调整的平等主体之间的民事买卖关系，即民法上的契约，一般情况下，委托人与买受人可以是公民、法人或其他组织，具有可诉性；而强制拍卖是国家执法机关行使公权力，委托拍卖人协助将拍卖标的予以变价的一种执行措施，拍卖人是辅助实施强制拍卖得以执行的执行辅助人，买受人之所以能取得拍卖标的物的所有权，是基于买受人因拍定而及时取得，即直接由法院裁定取得，故其应买申请对执行法院而言不是要约或承诺行为，而是请求成为拍卖人的诉讼行为，即买受人取得标的物应视为一种诉讼上的应买行为，故无论是拍卖人还是买受人均不得对法院实施强制处分权的行为提起诉讼，对该行为仅能依法申请国家赔偿，但我国法律规定强制拍卖应类托拍卖人进

行，而拍卖人违反实体法规定的，买受人可以向拍卖人提起诉讼。

(三) 实施主体不同。即拍卖标的物的委托人不同，任意拍卖的标的物是基于出卖人自愿出卖自己的财产，出卖人对该财产拥有最终处分权，亦是买卖行为的实施主体。强制拍卖情形下，拍卖标的物已经被法院执行机构实施了强制措施在先，如查封、扣押，冻结等，债务人对该项财产已不具有完全所有权，即不具有最终处分权，执行法院是强制拍卖的实施主体。

(四) 拍卖的效力不同。任意拍卖是财产所有人自由行使处分权的体现，是平等主体间转移财产所有权的一般民事行为。如果没有特殊的法律规定，只要符合民法基本原则即告成立；强制拍卖则是一种执行措施，执行机关依照民事诉讼法或其他司法解释规定的程序和方式进行，而不论拍卖标的物的所有人是否出于自愿，即强制拍卖是国家行为具有国家强制力，其效力高于任意拍卖。

二、强制拍卖与行政强制拍卖

行政强制拍卖是指国家行政机关依法在义务人不履行义务时，对其已采取行政强制措施的财产实施强制变价的行政执法活动，目的是将变价所得用于抵税、抵交罚款或罚金等上缴国库。强制拍卖与行政强制拍卖都是属于行使国家公权力，两者的区别为：

(一) 两者所实现的权利性质不同。民事执行程序中的强制拍卖是为了实现执行当事人之间存在的某种私法权利，即实施国家公权力的目的是满足清偿债权人之债权。行政强制拍卖是依据行政机关单方作出的行政决定，目的不是为了实现当事人之间的私法权利，而是运用国家赋予的行政公权力维护国家的秩序。虽然民事执行程序中的强制拍卖债权人与债务人具有一定的不平等性，但亦决非像行政强制拍卖中凌驾于行政相对人之上的权利。

(二) 实施主体不同。广义的强制拍卖的实施主体是国家执法机关，包括全部行政强制拍卖的实施主体，狭义强制拍卖的实施主体是人民法院。行政强制拍卖的实施主体是指有执法权的行政机关，如我国海关、公安机关、工商行政管理部门、税务机关及其他有执法权的国家执法机关。