

对《〈公司法〉司法解释（四）》 若干规定的理解与评析

石少侠*

内容提要：本文结合《〈公司法〉司法解释（四）》在起草研讨过程中的有关争议问题，以及正式颁布后有关条文的规定，阐述了排除公司决议有效之诉的理由，肯定了司法解释对公司决议效力之诉种类的规定。主张应将公司职工排除于决议效力之诉的原告范围之外，将公司债券持有人涵盖于决议效力之诉的原告范围之内。认为应当直接明确股东有权查阅公司的会计凭证，而不用股东可查阅“公司特别文件”来取而代之。在坚持公司利润分配自治并原则上排除司法介入的基础上，赞成在特定情形下适用强制分配利润制度，以切实维护股东权益。建议司法解释应进一步细化在股权拍卖程序中股东优先购买权行使的程序性规定，用“询价法”取代有关司法解释采用的“跟价法”规定。

关键词：公司决议效力；股东知情权；利润分配请求权；股东优先购买权

2016年12月5日，最高人民法院审判委员会审议并原则通过了《〈公司法〉司法解释（四）》。2017年8月28日，最高人民法院公布了该司法解释的正式文本，使这部起草酝酿了数年之久的司法解释终于面世并付诸实施。这是规范我国《公司法》实施的又一部重要的司法解释，也是进一步统一公司诉讼案件审判活动的基本准绳。本文拟就该司法解释的有关规定，谈几点肤浅的认识并加以简要评析，以就教于学界同仁。

一、关于公司决议效力之诉的种类

对公司决议效力之诉进行司法解释的法源是我国《公司法》第22条的规定，该条第一款规定“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”第二款规定：“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”依据该条第一款和第二款的规定，显然法定的公司决议效力之诉只有两种，即因内容违法的决议无效之诉和因程序违法的决议撤销之诉。然而，在司法审判实践中提起的决议效力之诉并不仅限于这两种，常见的还有决议不成立之诉，以及并不常见的决议有效之诉。对于决议不成立之诉，在起草和研讨中并无不同意见，学界共识是应当对此加以规定，以弥补立法的漏洞。《〈公司法〉司法解释（四）》规定了决议不成立之诉，并被誉为该司法解释的重要制度创新之一，应予充分肯定，本文不予赘述。

* 国家检察官学院教授，吉林财经大学讲座教授，博士生导师。

起草中分歧和争议的焦点主要集中在要不要规定决议有效之诉。⁽¹⁾对此, 笔者的基本观点是: 第一, 并不否认在司法审判实践中确有提起确认决议有效之诉的事实, 但在此类诉讼中原告大都是以决议有效为既定事实, 直接诉请判令被告承担不履行有效决议的责任, 而并非将确认决议有效作为单一诉由。第二, 决议效力基本上属于公司自治的范畴, 如果决议生效, 股东既不主张决议无效或撤销, 也不履行生效决议的, 其他股东应当通过诉讼直接要求其履行决议, 或提出请求损害赔偿, 而无须通过司法解释确认决议有效之诉, 并以此为诉由来解决纠纷和争议。第三, 对决议有效的确认和判决在实务中大多是通过无效之诉实现的, 法院驳回了决议无效之诉, 就必然要确认决议是有效的。确认决议有效是被告在决议无效之诉中, 以决议有效作为抗辩理由所获得的胜诉结论。第四, 根据《公司法》第 22 条规定, 确认公司决议有效之诉法无明文, 因此做出这样的司法解释是没有法源依据的。笔者注意到, 有的国家是允许提起肯定性确认之诉的, 如德国。⁽²⁾但肯定性确认之诉在德国是有法可依的, 而在我国却无法可依, 因此最高人民法院不宜作出无法源的解释。当然, 决议不成立之诉在形式上看似乎也没有直接的法源依据, 但此种情形却隐含于法条规定之中, 且在实务中较为常见, 司法解释如对此不加规定, 当事人则别无其他救济途径。而确认决议有效之诉在司法实务中较为少见, 且当事人完全可以把决议有效作为诉讼的基础和前提, 提起强制履行决议并赔偿损失之诉, 以实现公司决议的目的。据此, 笔者赞成《〈公司法〉司法解释(四)》对决议有效之诉不予确认。

二、关于公司决议效力之诉的原告

鉴于《〈公司法〉司法解释(四)》(征求意见稿)⁽³⁾拟规定“公司股东、董事、监事及与股东会或者股东大会、董事会决议内容有直接利害关系的公司高级管理人员、职工、债权人等”, 均可以作为公司决议效力之诉的原告。⁽⁴⁾因此, 在起草中曾引起较大争议。争议的焦点集中在公司的职工和债权人能否作为公司决议效力之诉的原告。对此, 笔者认为对公司决议效力之诉原告的界定, 直接涉及到《公司法》上的公司治理与利益平衡问题。司法解释要遵循公司自治原则与主体利益平衡原则, 并以此为基础来界定决议效力之诉原告的范围。

首先, 笔者不赞成将公司职工作为公司决议效力之诉的原告。对于公司职工与公司之间的关系, 以及公司职工在公司中的地位, 《公司法》第 17 条、第 18 条做出了明确的规定。第 17 条规定“公司必须保护职工的合法权益, 依法与职工签订劳动合同, 参加社会保险, 加强劳动保护, 实现安全生产。公司应当采用多种形式, 加强公司职工的职业教育和岗位培训, 提高职工素质。”第 18 条规定“公司职工依照《中华人民共和国工会法》组织工会, 开展工会活动, 维护职工合法权益, 公司应当为本公司工会提供必要的活动条件。公司工会代表职工就职工的劳动报酬、工作时间、福利、保险和劳动安全卫生等事项依法与公司签订集体合同。公司依照宪法和有关法律的规定, 通过职工代表大会或者其他形式, 实行民主管理。”

由此可见, 《公司法》第 17 条和第 18 条已经明确规定了职工与公司之间的关系, 涉及到职工权益并由职工作为当事人一方的, 只能是劳动合同关系。涉及到与公司签订集体合同的, 法定由工会代为签订; 涉及到民主管理的, 明确规定是通过职工代表大会来行使。可见在后两种情形

(1) 详见《〈公司法〉司法解释(四)》(征求意见稿) 的第 1 条、第 3 条。

(2) 参见 [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法(第 3 版)》, 高旭军等译, 法律出版社 2005 年版, 第 590 页。张志铭、李若兰《迈向社会法治国: 德国学说及启示》, 《国家检察官学院学报》2015 年第 1 期, 第 32 页。

(3) 本文简称的《〈公司法〉司法解释(四)》(征求意见稿) 专指最高人民法院于 2016 年 4 月 12 日发布的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(征求意见稿), 下同。

(4) 参见《〈公司法〉司法解释(四)》(征求意见稿) 第 1 条。

下，职工都不是直接的法定主体。据此，笔者认为，职工因公司决议产生的纠纷，就其内容和实质而言，主要是劳动合同纠纷。而对于劳动合同纠纷的解决途径法律已有明确规定，完全可以通过劳动仲裁，或者通过人民法院对劳动合同纠纷案件的审理来解决。尽管此类诉讼也可能涉及到对公司决议效力的评价，但就诉讼的本质而言显然不属于《公司法》上的决议效力之诉，对这类纠纷的解决另有救济途径。因此，主张将公司职工作为公司决议效力之诉原告的观点是没有法律和事实根据的。笔者注意到，《〈公司法〉司法解释（四）》在充分尊重公司自治原则的指导下，已经将公司决议效力之诉的原告仅限定为“公司的股东、董事、监事等”。对此，笔者的理解是《〈公司法〉司法解释（四）》已经排除了公司职工作为公司决议效力之诉的原告资格，不应再将公司职工解释为涵盖于“公司的股东、董事、监事等”原告的范围之内，这是对公司自治原则的维护，是对公司自主经营权利的保障，应予充分肯定。

其次，对公司的债权人能不能作为公司决议效力之诉的原告应作具体分析。概而言之，公司的债权人有三类：第一类是交易债权人，对于这类债权人的保护应当适用合同法及其他相关法律来解决和实现，此类债权人无权提起公司决议效力之诉。第二类是机构贷款人，主要是银行和金融机构。在实务中此类债权人很少有介入到公司内部管理事务中来的，债权人也完全可以通过借款合同之诉来维护自己的债权，因此也不宜赋予其对决议效力提起诉讼的原告资格。第三类是公司债的债券持有人，对于此类债权人的保护，在制定和修订《公司法》时，许多学者都提出应借鉴有关国家和地区公司法的规定，设立公司债管理人或公司债债权人会议制度，由公司债管理人或公司债债权人会议这样一种组织形式来监督公司的运作，以保护公司债债券持有人的合法权益。⁽⁵⁾但令人遗憾的是，我国《公司法》迄今没有确立公司债管理人或公司债债权人会议制度。尽管法无明文，但中国证监会在2014年11月15日颁布的《公司债券发行与交易管理办法》中已明确规定“发行公司债券的，发行人应当为债券持有人聘请债券受托管理人，并订立债券受托管理协议；在债券存续期限内，由债券受托管理人按照规定或协议的约定维护债券持有人的利益。”公司债券受托管理人的重要权限之一，就是要持续关注公司的资信状况，当出现可能影响债券持有人重大权益的事项时，有权召集债券持有人会议，作出依法纠正或提起诉讼的决定。作为中国证券市场的监管机构——中国证监会颁布的这一办法对于债券的发行与管理无疑具有一体遵行的效力，实际上已建立起我国的公司债债权人会议制度。据此，笔者认为，应确认债券受托管理人和公司债债券持有人为提起公司决议效力之诉的适格原告。在因公司决议导致其债务清偿能力面临严重不确定性，需要依法采取行动时；或因公司决议导致其对债券持有人权益产生重大影响时，应当允许债券受托管理人或债券持有人提起公司决议效力之诉。因此，笔者主张公司债的债券持有人在符合前述条件时应涵盖于《〈公司法〉司法解释（四）》规定的“公司的股东、董事、监事等”原告的范围之内，可以作为公司决议效力之诉的原告。

三、关于股东知情权的范围

我国《公司法》第33条以列举的形式明确规定“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。”需要特别指出的是，《公司法》第33条采用逐一系列的方式已经明确地规定了股东知情权的范围，即仅限于法定列举的6项内容，并无任何弹性空间。《公司法》的这一规定既是对股东知情权的赋予，也是《〈公司法〉司法解释（四）》予以解释的根据和法源。

(5) 参见石少侠主编《公司法学》（第四版），中国政法大学出版社2015年版，第126-128页。

长期以来,在公司实务和司法实践中,对于股东知情权范围存在的争议集中表现在股东能否查阅公司的会计凭证。对此,在理论与实务(特别是在司法审判实务)中都有不同的理解和适用。有的认为股东知情权包括查阅公司会计凭证,并作出允许股东查阅公司会计凭证的判决;⁽⁶⁾有的则认为查阅会计凭证依法不属于知情权的范围,股东的查阅权应为可无条件查阅公司财务会计报告、有条件查阅公司会计账簿,但是无权查阅会计凭证,并据此做出股东不得查阅会计凭证的判决。⁽⁷⁾面对同类诉讼请求的不同判决,亟需最高人民法院做出司法解释,以统一法律适用。

“股权既是基于出资而产生,又是基于股东资格而享有的权利的集合”。⁽⁸⁾知情权是《公司法》赋予股东的法定权利,是股东监督公司经营的重要手段,也是股东自益权和共益权得以实现的前提和基础。对于股东知情权是否包括查阅公司会计凭证的权利,笔者认为不能只拘泥于《公司法》第33条的字面规定,狭隘地理解为股东只能查阅公司的会计账簿,还必须搞清《公司法》第33条规定的“公司会计账簿”的本原、真实的含义,而无论是法官的自由裁量还是学者的学理诠释都不具有普遍适用的效力,因此必须由最高人民法院对此作出明确的司法解释,这应是《〈公司法〉司法解释(四)》的重要内容之一。

笔者赞成股东有权查阅公司会计凭证的主张,这是因为:第一,股东有权查阅会计凭证应为法律规定的应有之义。对《公司法》第33条的理解必须兼顾《中华人民共和国会计法》(以下简称《会计法》)的相关规定。《会计法》第14条第一款规定“会计凭证包括原始凭证和记账凭证”。《会计法》第15条规定“会计帐簿登记,必须以经过审核的会计凭证为依据,并符合有关法律、行政法规和国家统一的会计制度的规定。会计帐簿包括总帐、明细帐、日记帐和其他辅助性帐簿”。根据《会计法》的这两条规定,可以明确地看出公司会计账簿与总账、明细账、日记账以及会计凭证之间的逻辑关系,即由总账、明细账、日记账等构成的公司会计账簿都是以会计凭证为基础、为依据的。当公司股东对公司会计账簿记载的真实性提出质疑时,不仅提出质疑的股东需要用会计凭证来核实、认证会计账簿记载的真实与否,就是公司也有义务为股东提供会计凭证,为提出异议的股东释疑解惑。据此,可以顺理成章并符合逻辑地得出股东可以查阅的公司会计账簿理应包括会计凭证(原始凭证、记账凭证)的结论。第二,允许查阅公司的会计凭证是确保股东知情权的必备条件。由于公司会计账簿的制作是以会计凭证为依据的,如果不允许股东查阅会计凭证,股东则无法判断公司的真实经营情况,就无法切实保障股东的知情权,从而也就无法实现其基于投资行为所享有的自益权与共益权,股东的知情权也就无法落到实处。

毫无疑问,公司的会计凭证关系到公司的经营秘密和商业秘密。因此,在肯定公司股东有权查阅公司会计凭证的同时,还必须对股东的查阅权作出必要的限制,即查阅必须具有正当目的。如果有证据证明股东要求查阅公司的会计账簿(包括会计凭证)具有不正当目的,亦有权拒绝查阅。《〈公司法〉司法解释(四)》第8条阐明了何为法定的“不正当目的”,规定有限责任公司有证据证明股东存在下列情形之一的,即应认定为具有“不正当目的”:一是股东自营或者为他人经营与公司主营业务有实质性竞争关系业务的,但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外;二是股东为了向他人通报有关信息查阅公司会计账簿,可能损害公司合法利益的;三是股东在向公司提出查阅请求之日前的三年内,曾通过查阅公司会计账簿,向他人通报有关信息损害公司合法利益的;四是股东有不正当目的的其他情形。

然而,令人费解的是《〈公司法〉司法解释(四)》却回避了股东知情权是否包括查阅公司会计凭证这一司法实践亟待解决的问题,转而又反复使用了一个查阅“公司特定文件”的概念。

(6)参见《南通崇川法院受理一起股东知情权纠纷案件,判决支持其查账》,《南通日报》,2012年11月20日。

(7)参见广东省东莞市中级人民法院(2014)东中法民二终字第853号民事判决书。

(8)胡晓静《股权转让中的股东资格确认——基于股权权属与股东资格的区分》,《当代法学》2016年第2期,第37页。

如前所述,《公司法》第33条已经用列举的方式明确了股东可以查阅和复制的公司文件的范围,如果“公司特定文件”指的就是《公司法》第33条已经明确列举的文件,显然没有作出解释的必要,也削弱了解释的司法价值;如果“公司特定文件”是另有所指,那么“公司特定文件”究竟是什么?是否包括公司的会计凭证?显然又没有给出一个明确的答案;如果在司法实务中还要对“公司特定文件”来加以解释,又违背了司法解释应力求明确、清晰、可操作的基本要求,堕入了还需要用“解释”来明晰“解释”的解释循环,使司法解释的功效大打折扣。笔者认为,多年来的司法实践已经明确了对于股东知情权司法解释急需解决的问题,主要就是股东能否查阅公司的会计凭证,这是司法解释不能回避的。无论允许查阅还是不允许查阅公司的会计凭证,司法解释都应当作出明确的规定,既不能模棱两可,更不能继续任由法官自由裁量,必须有一个明确、统一的规定。笔者理解司法解释的本意是要将公司会计凭证涵盖于“公司特定文件”之中的,是允许股东查阅公司会计凭证的。但愿这一理解确实符合司法解释的本意,而《〈公司法〉司法解释（四）》对这个问题的处理方式却是值得研讨和商榷的。

四、关于股东的利润分配请求权

在公司实务中,公司有利润而长期不予分配的情形并不少见,因此而引起的股东在股东会没有作出分配利润决议时直接向法院诉求公司向其支付利润的案件也时有发生。对于此类案件法院是受理还是不受理,历来有“肯定说”和“否定说”两种不同的观点。“肯定说”认为,即使公司没有做出利润分配的决议,亦应赋予股东诉权,这有利于维护中小股东的合法权益,强化股东对董事和监事的约束,保障公司活动依法有序进行。“否定说”则认为,第一,在公司未作出利润分配决议的情况下,是否分配利润仍属于公司自行决定或公司自治的范畴,司法没有介入的必要;第二,公司如拒绝股东分配利润的请求,股东可通过转让股权、要求公司回购其股份等方式解决,并非没有其他的救济途径。受这两种不同观点的影响,司法实务中的裁判结果大相径庭。有的法院在没有股东会利润分配决议的情形下,主动决定由会计师事务所对公司的盈余情况进行审计,并根据审计报告确定的利润额直接判决公司向股东支付一定数额的利润;有的法院则认为公司的利润分配应以公司股东会作出相关决议为前提,进而直接驳回原告起诉。

笔者有条件地赞同“否定说”的观点。基于学理分析和对实务的概括梳理,按照股东利润分配的请求权是否有公司决议,可以将股东的利润分配请求权分为确定的利润分配请求权和不确定的利润分配请求权两种。第一,确定的利润分配请求权,又称具体的利润分配请求权,是指股东根据股东会分配利润的决议,而享有的请求公司按照其出资比例向其支付特定利润金额的权利。⁽⁹⁾ 由于公司做出的利润分配决议一经生效,基于决议分配给股东的利润就转化为公司对股东的一项债务,而股东对确定的利润分配请求权就成为一项实际的债权。股东以具体的、确定的利润分配请求权向人民法院提起诉讼的,法院理应依法予以受理。第二,不确定的利润分配请求权,又称抽象的利润分配请求权,是指股东基于其股东身份所拥有的获取公司利润分配的固有权,而要求公司进行利润分配的权利。⁽¹⁰⁾ 不确定的利润分配请求权是股东的固有权利,由于该项权利能否实现,即能否转化为确定的利润分配请求权,还取决于公司是否盈利,以及股东会是否作出利润分配决议等条件。因此,在公司作出利润分配决议前,股东享有的利润分配请求权只

(9) 参见蒋大兴《〈公司法〉的展开与批判》,法律出版社2001年版,第79页。

(10) 参见周恒山《法律视角下的公司利润分配制度》,华中师范大学硕士论文,2009年。赵一瑾《商事合同解除权的特殊限制》,《国家检察官学院学报》2016年第2期,第151页。

是一种不确定的、抽象的权利，是一种期待权。⁽¹¹⁾ 而公司是否分配利润，以及具体的分配金额等，均须由公司股东会作出决议，本质上属于公司自治问题。在公司没有做出利润分配决议的情形下，法院一般不宜越俎代庖，即原则上应排除司法介入。据此，股东以不确定的、抽象的利润分配请求权向人民法院提起诉讼的，法院应依法予以驳回。法院不受理或驳回股东不确定的、抽象的利润分配请求权，股东并非没有其他救济途径，按照《公司法》第74条的规定，对公司五年或五年以上盈利而公司股东会仍作出不分配利润的决议，投反对票的股东享有要求公司收购其股份的请求权；或者按照《公司法》第71条的规定，可以向第三人转让股权。当然，这些解决途径都是以股东退出公司为条件的，是股东的无奈之举，是法定的、消极的救济措施。

考虑到在公司实务中大股东滥用股权及多数决原则，欺压中小股东的纠纷在实践中屡有发生，仅以消极的救济途径显然并不足以切实保护股东利益，因此《〈公司法〉司法解释（四）》第15条但书部分确认了强制利润分配诉讼，即在股东违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，并给其他股东造成损失的，允许股东在公司没有做出利润分配决议的情形下，直接向法院提起请求公司分配利润之诉。一般说来，在分配公司利润方面滥用股东权利的行为主要有以下几种：一是给在公司任职的股东或者其指派的人发放与公司规模、营业业绩、同行业薪酬水平明显不符的过高薪酬，变相给该股东分配利润的；二是购买与经营不相关的服务或者财产供股东消费或者使用，变相给该股东分配利润的；三是为了不分配利润，隐瞒或者转移公司利润的，以及滥用股东权利不分配利润的其他行为。《〈公司法〉司法解释（四）》对强制利润分配之诉的规定，无疑是该司法解释的一大亮点，是保护股东权益的一项重大的积极举措，是对股东利润分配请求权的消极救济方式不可或缺的重要弥补。

五、关于股权拍卖时优先购买权的行使

为了进一步规范股东优先购买权的行使，《〈公司法〉司法解释（四）》对股权转让时优先购买权的排除适用、同等条件、书面通知事项、优先购买权行使期间、放弃转让、损害救济等都做出了较为详尽的规定。但是，对于司法实践中问题较多的股权拍卖问题却仅以第22条第一款做出了原则规定，即规定“通过拍卖向股东以外的人转让有限责任公司股权的，适用《公司法》第71条第二款、第三款或者第72条规定的‘书面通知’‘通知’‘同等条件’时，根据相关法律、司法解释确定”。显然，这一原则的、简明的规定并不足以满足司法实务中急需解决的问题。

对于法院以拍卖方式强制转让股权的，其他股东能否行使以及如何行使优先购买权，在司法实践中一直存在较大争议。一种观点认为，法院以拍卖方式强制转让股权的，股东仍然享有优先购买权。另一种观点则认为，拍卖以“价高者得”为原则，无“同等条件”可言，如果允许权利人行使优先购买权，无疑是对拍卖基础准则的破坏，使其他竞买人失去了参加竞买的意义。因此，拍卖时不应允许适用优先购买权。⁽¹²⁾

笔者认为，法院采取拍卖方式强制转让被执行股权，其他股东同样享有优先购买权，因为股东的优先购买权属于《公司法》所规定的实体权利，而拍卖仅仅是取得权利的程序，实体权利应当优先于程序权利。股东优先购买权是维护公司内部稳定以保持股东之间良好合作关系的必需措施，因此拍卖被执行股权时，可将该股权的瑕疵告知竞买人，由竞买人自行决定是否参与拍

(11) 参见刘俊海《股份有限公司股东权的保护》（修订版），法律出版社2004年版，第195页。

(12) 参见步艳红《产权、拍卖与并购——企业产权交易中的拍卖机制设计》，经济科学出版社2006年版，第11页。

卖，而不应对其他股东的优先购买权予以限制。⁽¹³⁾

根据《公司法》第72条的规定，法院依法以强制执行程序转让股东股权的，既可以采取协商定价的方式，亦可采用询价拍卖的方式。目前在司法实务中一般是二者并用，即协商不成则转入拍卖程序，在这两个程序中股东都可以行使优先购买权。这种做法不仅浪费了司法资源，又使执行程序旷日持久，影响了公司的正常运营。为兴利除弊，笔者主张二者应一而终，不宜并用。即如采用协商定价的方式，应依照《公司法》的规定，由法院会同被执行股东、债权人、公司及其他股东协商确定股权转让价格；协商不成的，可由法院委托评估机构对股权进行评估，根据评估结果，确定股权转让的价格，优先权股东应当以该价格购买。如果其他股东在收到法院具有股权转让主要内容通知后20日内未行使优先购买权的，即应视为放弃优先购买权，法院即应启动拍卖程序，实施拍卖时其他股东则不再参与拍卖程序。如决定采用拍卖方式来处理股权，则应直接进入拍卖程序，不必采用协商定价方式，享有优先购买权的股东可在拍卖程序中进行优先购买权。

在实践中，股权的拍卖一般有两种方法，即跟价法和询价法。前者是指优先购买权人直接作为竞买人参与拍卖，举牌竞价，通过拍卖程序实行价高者得。后者是指优先购买权人并不直接参与拍卖竞价，而是在产生最高应价者后，由拍卖师询问优先购买权人是否愿意购买，如果其不愿意购买，则拍卖标的即由最高应价者取得；如果优先购买权人愿意购买，拍卖师询问最高应价者是否愿意再加价，如果其不愿意再加价，拍卖标的即由优先购买权人取得；如果最高应价者愿意再加价，而优先购买权人则不再加价，拍卖标的则由最高应价者取得。如此反复，直至其中一人退出，拍卖即为成交。

2015年1月1日起实行的最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》，采取的是“跟价法”，这也是目前司法实践中优先购买权行使的通常做法。对于《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》中采用的“跟价法”，学界多有质疑，笔者亦有同感。这种做法实际上是将优先购买权股东等同于竞买人，否定了优先购买权股东的优先地位。根据《拍卖法》第32条规定，竞买人是指参加竞购拍卖标的的全过程公民、法人或者其他组织。而享有优先购买权的股东对拍卖的参与并不是“竞”购，因为他行使优先购买权是法定权利。因此，优先购买权股东不应参与全部竞购过程，而只应在出现最高报价后来行使优先权，因而在拍卖程序中采用询价法来处理优先购买权似更符合优先购买权的本质属性。因此，采用拍卖方式应以询价法进行，而不应采用跟价法。这既符合拍卖程序价高者得的基本原则和拍卖制度的基本规则，也可以维护有限公司人合兼资合的属性，切实保护优先权股东的法定权利，同时亦可维护竞购者的竞买权利。有鉴于此，笔者主张《〈公司法〉司法解释（四）》应在总结司法审判经验的基础上，对股权拍卖程序另行作出规定，而不应简单适用最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》。

责任编辑：王国柱

(13) 参见夏青《关于股东优先购买权的法律冲突及解决途径》，《甘肃社会科学》2005年第4期，第69页。