**参与分配的理论研究与制度构建**

张永泉[[1]](#footnote-0)

**内容提要：**参与分配制度既包括如何实现普通债权人公平受偿，同时也包括清偿优先债权；在执行分配程序中，我国应当确立优先债权职权清偿、群团优先主义、合并执行等原则和制度；因我国采用涂销主义，享有担保物权等优先债权人无需取得执行依据即可优先清偿，法院也应当依职权清偿优先权；普通债权参与分配原则上须取得执行依据且提出申请，但允许有例外情形；债权人申请启动参与分配程序，或者申请参与正在进行的分配程序，如果执行法院不予准许的，应当赋予债权人程序救济权；对参与分配方案提出异议，如果异议事项为法院作出的生效裁判，既可以提起参与分配异议之诉，也可以提起撤销之诉来救济其权利；如果异议事项为仲裁裁决、赋予执行力的公证债权文书等，可以提起参与分配异议之诉；参与分配异议程序中，不宜通过再审程序救济。

**关键词**：参与分配 普通债权 优先权 异议救济

**一、民事执行参与分配的含义**

关于民事执行中参与分配的含义，就学者们在理论上的认识和理解以及不同国家或者地区的立法制度看，在不同语境下使用“参与分配”这一概念，其含义是不同的。有时候把民事执行程序中参与分配理解为：在执行程序中申请人以外的普通债权人要求参与对同一被执行人执行标的金额平均受偿。有时候认为参与分配制度还包括主张优先权的债权人要求优先清偿其全部债权，或者执行法院依照职权清偿享有物权担保等优先权的债权，剩余执行金额按照规定对普通债权人平均清偿的制度。享有担保物权等优先权的债权人主张优先清偿，或者执行法院以职权优先清偿从而别除优先债权，应当属于参与分配的范畴。本文将普通债权人申请参与分配称为狭义上的参与分配制度。在执行分配中既要优先清偿享有优先权的债权，又要公平清偿普通债权的，则称为广义的参与分配制度。

**（一）狭义上的执行参与分配—普通债权公平受偿**

关于参与分配制度的内涵，在理论界和实务界的认识还存诸多差异，多数观点是从启动执行程序的申请人以外的债权人，要求参与本案的执行款项的平均分配来理解参与分配制度。如有学者认为：“参与分配是指在执行程序中，申请人以外的债权人在对同一被执行人的财产不足以清偿所有债权的情况下，申请加入到已经开始的执行程序中，请求将执行所得对各债权人平均清偿的执行分配制度；”[[2]](#footnote-1) “参与分配，是指在程序过程中，被执行人财产不足以清偿各个申请人债权时，申请人以外的其他申请人向法院申请加入执行程序，从执行标的中获得公平受偿的制度；” [[3]](#footnote-2) 有的学者立足于债权人申请的时间节点来定义参与分配制度，认为 “在被执行人的财产执行完毕前，申请加入已经开始的执行程序；”[[4]](#footnote-3) 还有学者从申请参与分配的债权范围的角度进行定义，认为“参与分配,是指经申请执行人申请,对被执行人为公民或其他组织的财产开始执行程序以后,该被执行人的其他已经取得执行依据的或者已经起诉的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权,向执行法院申请,使债权平均受偿的制；”[[5]](#footnote-4) 还有学者完全从债权平均受偿的视角进行定义，认为“所谓参与分配，就是对债务人的财产实施民事执行所得的金额，他债权人向执行机关请求平均受偿，以实现自己的债权。”[[6]](#footnote-5)

我国台湾地区《强制执行法》对参与分配制度由较完善的规定，台湾学者大多从立法的角度定义参与分配制度，台湾学者杨与龄教授认为，“所谓参与分配，是指债权人申请执行法院，就债务人之财产实施强制措施所得之金额，他债权人向执行法院申明，其债权应平均受偿而言；”[[7]](#footnote-6)张登科认为，“债权人依据金钱债权之执行名义，申请就债务人之财产强制执行后，他债权人向执行法院请求就执行所得之金额，同受清偿之意思表示。”[[8]](#footnote-7) 台湾学者许士宦除了从其他债权人申请执行法院执行之金额平均受偿债权之外，还是行政执行依据与民事执行依据竞合时合并执行程序，论及参与分配问题。[[9]](#footnote-8)

这些不同的表述实质上涉及参与分配制度的主体资格、债权范围、参与分配的外延等，有的强调需要以执行依据申请参与分配，有的则认为已经提起诉讼或者申请仲裁即可申请参与分配，有的认为参与分配包括对同一被执行人进行的不同执行程序（行政与民事）、不同案件并案处理时的分配。**尽管表述存在诸多差异，但有一点是共同的，都认为参与分配制度是在不足以清偿全部债权的情况下，通过参与分配获得平均受偿或者公平受偿。**从上述学者们对参与分配制度的定义可以看出，理论界几乎都没有把享有优先权的债权人主张优先清偿列入参与分配制度之中，都是从狭义上阐述参与分配制度。

**（二）广义上执行参与分配制度—优先权别除**

在关于参与分配含义的阐述中，台湾学者许士宦教授虽然认为债权人基于抵押权或者其他优先权主张优先受偿，属于“强制参与分配”。但这里的“强制参与分配”并不是狭义上的“参与分配”，而是广义上的参与分配，包括了享有优先权的债权，不管履行期限是否届满，强制提前清偿。这是因为在台湾地区担保物权等优先权采用的涂销主义原则，标的物一经拍卖担保物权即消灭。因此，标的物有担保物权或者其他优先权时，“不论其债权届清偿期与否，皆应提出权利证明文件声明参与分配。” [[10]](#footnote-9) 即使债权人不提出参与分配申请，执行法院仍然将优先债权人列入分配名单。台湾杨与龄教授在理解台湾地区强制执行法时认为，执行拍卖标的物有优先权负担的情况下，采用涂销主义，“对此种债权人之参与分配，改採强制主义，如未为参与分配之申明，执行法院应以职权将其列入分配。”[[11]](#footnote-10)

我国民事执行程序中仍然在不同情况下，分别采用了参与分配广义和狭义两种含义。2015年2月最高人民法院发布的《关于适用〈民事诉讼法〉的解释》（以下简称“民事诉讼法司法解释”）第508条第一款规定：“被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配。”这里规定是普通债权人申请参与分配，公平清偿债权。该条第二款又规定：“对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权。” 把担保物权等优先债权的清偿，也直接规定为参与分配，但参与分配的条件及清偿的方式是不同的。民事诉讼法司法解释第510条也有同样的规定：参与分配执行中，执行所得价款扣除执行费用，并清偿应当优先受偿的债权后，对于普通债权，原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。[[12]](#footnote-11) 可见，我国执行参与分配制度也包括了两种不同的情形，优先权别除及普通债权按照比例清偿。

**二、我国参与分配的基本原则**

**（一）确立依职权强制优先债权参与分配原则**

对于拍卖标的物有担保物权负担的，执行法院拍卖以后担保物权是否消灭，取决于立法采用涂销主义还是承受主义。所谓涂销主义，又称为消灭主义，是指因执行法院拍卖标的物以后，该标的物上负担的担保物权或者用益物权等权利负但归于消灭，标的物买受人取得标的物以后没有任何权利负但。所谓承受主义，是指拍卖标的上负担的担保物权或者用益物权等权利负但，不因执行拍卖而消灭，而是有买受人继续承受。[[13]](#footnote-12)涂销主义和承受主义完全对立的观点，二者各有优点和缺点，各国基于本国的实际情况在立法政策上予以考虑，因此，各国也就采取不同的立法例。我国台湾地区采用的就是涂销主义，标的物上担保物权在执行拍卖之后归于消灭。[[14]](#footnote-13)

在我国，根据最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（以下简称“执行拍卖规定”）第31条第一款规定：“拍卖财产上原有的担保物权及其他优先受偿权，因拍卖而消灭，拍卖所得价款，应当优先清偿担保物权人及其他优先受偿权人的债权，但当事人另有约定的除外。”可见，我国执行程序中采用了涂销主义，担保物权因标的拍卖而消灭，买受人不承受担保物权负担。但是，我国并不采取完全的涂销主义，而是折中了一些承受主义成分，前述拍卖规定中第31条第二款规定：“拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。”也就是说，拍卖标的物上的担保物权采用涂销主义，而用益物权采用的是承受主义，标的物买受人须承受用益物权负担。

由于对拍卖标的物上担保物权等优先权采用涂销主义，执行拍卖以后就应当强制实现担保物权等优先受偿权，而不管担保物权的实现的条件是否具备，这就有别于普通债权参与分配必须以债权人申请为前提。为此，执行法院在拍卖具有担保物权等优先权负担的标的物时，执行法院应当依职权通知享有优先权的债权人，债权人应提供优先债权权利凭证等相关文件参与分配。此种情况下，执行法院通知参与分配以后，享有优先权的债权人不管是否提出申请，都应当通过参与分配清偿其优先权。“执行标的物有抵押权或其他优先受偿权之债权人，即要强制其参与分配，”[[15]](#footnote-14) 不同于普通债权人参与分配的任意参加。[[16]](#footnote-15)

但是，我国关于享有优先权的债权人参与分配却没有规定强制参加，根据最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第508条第二款规定：“对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权，”必须是优先债权人提出申请才能参与分配，[[17]](#footnote-16) 没有规定执行法院应当依照职权通知（可以说是“追加”）优先债权人。如果享有优先权的债权人没有提出申请，或者以债权未到期拒不提出申请，执行法院应当如何处置？是否意味着优先债权丧失？显然不能，从制度设计层面而言，不能够因为优先债权人没有申请主张优先受偿就剥夺其优先权。因担保物权等形成的优先权是实体法赋予的，其优先权的实现条件也是依据实体法的规定，采取民事执行程序查封、拍卖等执行措施不能够损害债权人的优先受偿权。本文认为，**如果优先债权人没有申请或者不愿意申请参与分配主张优先受偿权，执行法院应当依照职权“追加”为优先受偿债权人。**

基于以上的分析，本文建议在参与分配制度中，应当明确规定以职权强制分配原则，即享有担保物权等优先权的债权人如果因故没有申请参与分配，或者拒绝申请参与分配的，执行法院应当依照职权将其列为参与分配债权人，根据法律规定优先清偿其债权。

**（二）确立群团优先主义原则**

1、平等主义及优先主义剖析

当一个债务人的财产同时被两个以上债权人同时申请执行，而债务人财产又不足以清偿全部债务时，每一个债权人的债权如何才能够得到公平清偿？关于这一问题，早在古罗马帝国时期，人们就对此种情况进行了思考。罗马法学家保罗在《论告示》第59编指出：“当债权人中的一人要求控制债务人的财产时，人们问：是否只有提出了要求的人才能够占有此财产？当只有一个人提出要求并且得到裁判官允许时，这是否使所有债权人均有了占有财产的可能性？确切地说，在裁判官允许占有之后，这不被看作是对提出要求者的允许，而被视为允许所有债权人占有财物。”[[18]](#footnote-17)

在现代社会中，普通债权人参与分配（狭义上参与分配）采用何种原则，不同国家或者地区有不同的立法体例，主要有三个原则：优先主义、平等主义和群团优先主义。债权人申请查封或者参与分配的时间先后来决定债权人分配先后顺利即属于优先权主义，如果不以申请查封或者申请执行时间先后债权分配顺序，而是以债权额比例分配则属于平等主义。[[19]](#footnote-18) 德国及英美法系采用优先主义立法，依德国民事诉讼法第804 条的规定, 申请强制执行并对债务人的动产为扣押时, 就该财产申请强制执行的债权人于该财产被扣押时, 取得扣押质权, 其地位与法律行为设定之担保物权地位相同；德国民事诉讼法第第866条、第867 条还规定, 在强制执行时, 仅依债权人声请并在土地登记簿为抵押登记, 即可获得强制抵押权, 该抵押权的效力与以法律行为设定的抵押权效力也相同；第932条还规定，作为诉讼保全措施的假扣押行为也可产生假扣押质权或假扣押抵押权, 于进人强制执行阶段时, 自动转为查封质权或查封抵押权。德国优先主义是对被查封、扣押的特定财产的特定优先权，而英美法则是概括优先权，亦即“判决于州书记局登记者，该州全部不动产成立判决优先权。”[[20]](#footnote-19)

平等主义价值理念在于债权人平等原则，以及债权人应当共同分担损失的法律思想。除实体法有担保物权或者其他有限权外，不应当因查封或者申请执行等程序事项的时间先后影响债权的平等性，也就是不能够“先下手为强”。以债务人的总财产为债权共同担保，不足以清偿全部债权时按债权额平等受偿。法国及意大利等采用平等原则，根据法国民法典第2093条规定，“债务人的财产为全体债权人之共同质押物；此种财产的价金，应依各债权人之债权数额平等分配之；但如债权人之间存在优先受偿的合法原因，不在此限，”[[21]](#footnote-20) 由此认为法国系典型的平等主义原则。但也有学者指出，法国在执行拍卖动产时，实行彻底的平等主义，但对于不动产执行，则可依照判决上之抵押权，从而成立优先受偿权，并没有采用平等主义。[[22]](#footnote-21)

在我国执行程序中，从立法制度层面上看，区分被执行人是公民及其他组织还是法人，似乎分别采用了平等主义和优先主义。最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第510条规定：“参与分配执行中，执行所得价款扣除执行费用，并清偿应当优先受偿的债权后，对于普通债权，原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。……。 ” 该条明确规定对被执行人是公民及其他组织的普通债权的参与分配时，按照债权数额的比例受偿，体现出平等主义色彩。但是，我国《民事诉讼法司法解释》第516条又规定：“当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院就执行变价所得财产，在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。”该条确定了被执行人是企业法人的情况下，对于普通债权的清偿实现优先主义，按照财产保全和执行查封冻结先后顺序清偿债务。 [[23]](#footnote-22) 我国对被执行人为法人采用优先主义的主要理由是：我国破产法规定企业法人具有破产资格，如果作为企业法人的被执行人在资不抵债的情况下，债权人可以启动破产程序实现债权的平等受偿；在执行程序中基于执行效率的考量，也为了督促债权人申请破产程序，因而对普通债权的参与分配采用了优先主义原则。

为了促进被执行人为企业法人的情况下，尽可能通过破产程序清偿债权，最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第513条中规定，只要作为被执行人的企业法人符合企业破产法第二条第一款规定情形的，执行法院经申请执行人之一或者被执行人同意，就应当将执行案件相关材料移送被执行人住所地法院进入破产程序。只要债权人之一“同意”移送破产，就相当于债权人提出破产申请，执行法院就可以职权移送进入破产程序。该制度的主要意图在于，对于企业法人的普通债权通过破产程序来实现其债权的公平受偿，其出发点确实很美好，但这一制度实施以后效果并不理想，而且存在诸多问题。就司法实务看，我国破产程序启动并不畅通，执行法院移送破产的案件时常被直接退回，受移送法院不愿意受理破产案件。根据笔者调查了解，多数法院明确表示不愿意受理破产案件的主要原因在于，处理破产案件的时间很长，需要与政府及社会各个方面协调，牵涉较多的审判力量，而多数法院案多人少矛盾很突出，由此导致许多法院比较排斥破产案件。

**2、我国应当确定群团优先主义原则**

采用优先主义导致“后动手”[[24]](#footnote-23)的债权人不能够得到清偿，因此赋予其启动破产程序权利，以实现债权平等受偿。但启动破产程序又很不畅通，转而又采用优先主义，在这种背景下“后动手”的债权人利益受到严重损害，我国适用优先主义正当性基础被动摇了。正是因为这些状况的存在，执行实务中，为了平衡债权人的利益，不少法院采取了一种折衷的方式：优先财产保全或者申请执行查封、冻结的债权人，在制定分配方案时，较其他后申请保全或者执行查封的债权人多分配15%—30%。[[25]](#footnote-24) 在我国破产启动程序不畅通的社会背景下，执行实务中的折衷做法或许是不错的选择。

 我国实行优先主义会导致债权难以公平受偿，为了兼顾债权的平等性及执行效率价值，本文认为，我国采用群团优先主义是比较合适的。所谓群团优先主义，是指最初查封、冻结的债权人与一定时间内参与分配的债权人构成第一个群团，之后申请参与分配的债权人构成第二个群团。在第一个群团内的债权人之间，按照债权金额比例平等受偿，但第一个群团较之第二个群团则优先受偿。[[26]](#footnote-25)瑞士是典型采用团体优先主义的国家，开始强制执行后，债权人在30日内申请参与分配的作为一个群团实现平等分配，30日之后参与分配作为第二个群团，在其群团内部虽然按照债权额平等分配，第一个群团则享有优先权。[[27]](#footnote-26)

 群团主义实际是对优先主义和平等主义的一种折衷，试图克服优先主义危及债权平等的缺陷，又尽可能抑制平等主义导致执行分配程序的拖延和滞后，提升执行分配效率。因此，群团主义体现出相对优先分配，有带有平等主义特点。正因为此，所以有学者认为，群团之间距离越大，就越倾向与平等主义，反之，则倾向于优先主义。[[28]](#footnote-27) 我国台湾地区民事执行中采用何种分配模式，学者们的认识实际并不一致。有学者认为我国台湾地区民事执行分配采用的是平等主义，认为“惟新法虽仍采平等主义，但除将前述参与分配之时间提前外，并限制无执行名义之债权人参与分配，以改进平等主义至缺点。”[[29]](#footnote-28) 台湾杨与龄教授则认为，台湾地区民事执行法“民国64年修改时，鉴于法理与实际难以两全，一再斟酌，决定改折衷主义。”[[30]](#footnote-29)许士宦教授也认为，台湾执行法“系采群团优先主义，惟因群团之间距非常大，故较倾向于平等主义。”[[31]](#footnote-30)

我国台湾地区执行分配实质采用的是群团主义（折衷主义）模式，但台湾群团优先主义不同于瑞士的群团优先主义，也不同于日本的群团优先主义。根据台湾地区“民事执行法”第32条规定：“他债权人参与分配者，应于标的物拍卖或变卖终结前，其不经拍卖或变卖者，应于当次分配表作成前，以书状声明之。”以拍卖或变卖标的物的时间来确定分配群团的时间点，而不像瑞士由立法直接规定时间段。在日本，根据日本民事执行法第49条第一款规定：“在强制拍卖开始决定的扣押产生效力的情况下，执行法院考虑到制作物件明细所需要的时间，应确定分配要求的终期。”[[32]](#footnote-31)可见，在债权人参与分配确定的终期问题，日本执行立法赋予执行法院来确定，使得执行法院具有相当自由裁量权。或许正是由于日本执行法院在确定第一群团债权人与第二群团债权人终期时间上差距较大，体现出更多的平等主义特色，导致一些学者认为日本采用的就是平等主义原则。[[33]](#footnote-32)

由以上的分析可以看出，在采用群团优先主义原则下，虽然第一群团债权人享有优先权，但第一群团债权人终期时间点的确定存在一定灵活性，这种灵活性在一定程度上可以弥补优先主义和平等主义的缺陷。如果像日本执行法那样授权执行法院确定第一群团债权人终期，在基于债权相对平等和执行效力的价值考量上，执行法院如同掌握阀门一样，通过价值衡量在公平和效率寻求最佳的结合点。因此，本文认为，**我国应当构建群团优先主义作为参与分配原则，原则上以拍卖或变卖款到法院之日作为申请参与分配终期，同时通过立法规定一些例外情形，**如债权人已经向其他法院申请执行，因执行法院的原因未能够向主持分配的法院申请参与分配等，仍然可以参与第一群团分配清偿债权。

 我国执行参与分配制度具有群团优先主义的制度基础，或者说我国现行制度层面就可以理解为群团优先主义。根据最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第510条的规定，在参与分配程序中，对于普通债权原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。清偿后的剩余债务，被执行人应当继续清偿，债权人一旦发现被执行人有其他财产时，可以随时请求法院执行。[[34]](#footnote-33) 如果在第一次参与分配程序结束以后，债权人发现被执行人其他财产而启动拍卖或者变卖程序时，未参加第一次参与分配的债权人，或者第一次参与分配未完全受偿的债权人，基于民事诉讼法司法解释该条的精神和用意，均可参与对被执行人财产拍卖价款的分配，即第二群团参与分配。如果未在第一次参与分配程序提出申请的债权人，在第二次参与分配程序中也只能够平等受偿。申请参与分配后来拍卖标的物的债权人，显然不能够对先前已经分配的拍卖或变卖金额主张平等分配，这就体现出了群团优先主义原则的特点。

**（三）确立合并执行原则**

通常情况下，债权人申请法院执行都是个别执行，但在金钱债权执行竞合的情况下应当合并执行。所谓执行竞合，是指多个债权人在同一时期对债务人同一财产或者特定财产申请强制执行。但也有学者认为，执行竞合还有广义上的含义，即执行竞合是指多个债权人基于不同的执行依据，在同一时期对同一债务人申请强制执行。也就是说，只要多个债权人对同一债务人申请执行，是否执行同一或者特定财产在所不问，均属于执行竞合。[[35]](#footnote-34) 我国学者大多从狭义上界定执行竞合，认为执行竞合，是指多个申请执行人在同一时期以不同的执行依据，请求法院执行同一被执行人同一特定财产，并导致不同执行依据的执行相互排斥。[[36]](#footnote-35) 本文采用狭义上执行竞合的含义。

在执行竞合的情况下，因多个债权人基于不同执行依据对同一债务人的同一财产强制执行时，不应当采用个别执行方式，应当并入同一执行程序予以合并执行。[[37]](#footnote-36)所谓合并执行，我国也叫并案执行，是指数个相互独立的对同一被执行人的案件合并为一个案件执行。[[38]](#footnote-37) 我国台湾学者认为“强制执行程序之合并，指对于已经开始实施强制执行之债务人财产，他债权人再申请强制执行者，应合并其执行程序而言。”[[39]](#footnote-38) 台湾地区强制执行法修正以后第33条明确规定了执行合并：“对于已开始实施强制执行之债务人财产，他债权人再申请强制执行者，已实施执行行为之效力，于为申请时及于该他债权人，应合并其执行程序，并前二条规定办理。”合并执行需要满足几个条件：多个债权人申请执行的是金钱债权；执行法院对债务人的财产已经开始实施强制执行行为。

我国民事诉讼法虽然没有明确规定合并执行，但就相关规定看，应当存在合并执行的情况。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)》（以下简称“执行规定”）第91条规定：“对参与被执行人财产的具体分配，应当由首先查封、扣押或冻结的法院主持进行，”这就意味着不同法院的执行案件，在参与分配的情况下，应当合并至首先查封、冻结的法院处理。最高法院《民事诉讼法司法解释》第508—512条关于参与分配的规定，虽然没有明确规定合并执行问题，但就参与分配的处理看，应当由一个法院主持拍卖标的物，其他受理案件的法院将有关材料移送至主持分配的法院一并处理。[[40]](#footnote-39)

多个债权人基于不同的执行依据在同一个时期对同一被执行人相同财产申请强制执行，应当予以合并执行，此种情况下不宜个别执行，主要理由如下：

首先，从民法上看，债务人的财产对所有申请执行之债权概括性担保，申请执行债权应当平等受偿。如果采用个别执行，必然导致申请人在“动手快”的执行法院受清偿债权额大，而执行法院迟延则导致申请人的债权无法得到清偿，债权的平等性受到损害。

其次，为防止此种情况发生，我国将已经在不同法院执行的案件，在被执行人系公民或者其他组织的情况下，直接纳入参与分配制度。[[41]](#footnote-40) 不同执行法院发出公函至拍卖执行标的的法院，要求其按照债权额平等清偿。由于多个法院都在个别执行，很可能多个法院都拍卖了被执行人同一的财产的不同份额，多个法院都有同一被执行人的拍卖价款，而这些款项不足以清偿所有债权。就我国执行实务来看，往往会出现多个法院相互之间都发出公函，要求参与分配对方法院拍卖标的物的价款。收到公函的法院则可能认为不符合参与分配的条件，不予理睬参与分配的公函，直接将拍卖标的价款清偿申请执行的债权人。当然，也有法院之间通过相互协调，将各自查封、冻结的被执行人财产归入一个法院处置，由处置法院统一制作分配方案，从而实现债权人公平受偿。

但这需要执行法院之间协商一致，不同法院之间，特别是跨地区的不同法院之间要协商一致，往往是非常困难的。如果不通过立法规定合并执行问题，任由各个执行法院个别执行，即使通过参与分配方式处理，也会带来诸多混乱，难以保障债权人公平实现其债权。

最后，关于合并执行中法院采取强制执行措施问题，如果明确确立执行合并制度，多个债权人申请执行时，无法协调执行法院之间的执行措施，通过构建和完善执行合并制度，进一步明确多个执行法院之间对同一债务人财产如何协调强制执行措施。我们从日本、德国及我国台湾地区的相关制度的分析，或许能够给我们一起启迪。

日本对不动产采取了“双重查封”模式，“查封后有申请强制执行同一财产者，仍须再为查封，但不为变价程序。于先申请查封至债权人撤回或停止执行或执行被撤销时，后查封之债权人得继续执行。”[[42]](#footnote-41) 虽然立法认可双重查封，但先后查封措施的法律效力存在差别的，后查封措施没有拍卖变价的效力，采用申请参与分配的方式合并执行程序。德国则是禁止双重查封，后申请执行法院以裁定参加先启动的强制执行程序，“有新申请拍卖者，以参加裁定准予参加原系属之执行程序。”[[43]](#footnote-42) 通过参加裁定的方式与先前执行程序合并执行。我国台湾地区的执行合并与日本及德国有所不同，根据台湾地区强制执行法的规定，先执行法院采取的强制执行措施，如查封、财产评估报告、拍卖公告等，对后申请合并执行的债权人产生约束力，亦即后申请强制执行债权人在执行合并以后，取得与先申请强制执行人同等的法律地位。[[44]](#footnote-43)

我国民事诉讼法第103条第二款规定，已经被法院查封、冻结的财产，其他法院不得重复查封、冻结。但最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第28条又规定，对已被人民法院查封、冻结的财产，其他人民法院可以进行轮候查封、冻结。轮后查封、冻结不属于重复查封、冻结，仅仅系排序等待生效的执行措施。我国虽然禁止重复查封，但准许轮后查封，就后查封措施的法律效果而言，与日本强制执行法规定对不动产执行相类似，后查封法院不能够拍卖变价执行标的。

最高人民法院在《执行规定》第91条明确规定，应当由首先查封、扣押或冻结的法院主持进行拍卖款项的分配；最高法院在答复福建高级法院关于首先查封法院与优先权法院的请示函中，[[45]](#footnote-44) 更是明确指出：执行过程中，应当由首先查封、扣押、冻结法院负责处分查封财产。由此可见，我国执行程序具体运作中存在合并执行制度，但却未从立法的角度予以确定。本文建议，应当明确规定执行合并制度，以现有的制度为基础，借鉴日本强制执行法对不动产执行合并的经验，通过参与分配的方式实现执行合并，使得债权人能够平等受清偿。

**三、执行参与分配的债权人资格**

**（一）普通债权人申请执行参与分配原则上应当取得执行依据**

我国关于执行参与分配申请人资格范围问题，我国司法解释的规定并不完全一致。1992年最高人民法院《关于<民事诉讼法>若干问题的意见》第297条规定：被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的或者已经起诉的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配。根据这一条规定，申请参与的分配的债权主体范围既包括已经取得执行依据的债权人，也包括已经提起诉讼的债权人。但1998年最高人民法院《执行规定》第90条规定，当被执行人无其他财产可供执行或其他财产不足清偿全部债务的，在被执行的财产被执行完毕前，对该被执行人已经取得金钱债权执行依据的其他债权人可以申请对被执行人的财产参与分配。这里明确规定申请参与分配的债权人必须是“已经取得金钱债权执行依据”，排除了已经启动诉讼程序债权人参与分配的资格。2015年2月最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第508条规定，如果被执行人为自然人或者其他组织，其财产不能够清偿所有债权的情况下，已经取得执行依据的债权人有资格申请参与分配，亦即排除了被执行人其他债权人参与分配的资格范围。

关于申请参与分配的普通债权人资格范围，学者们认识也不必一致。有学者认为必须在取得执行依据的债权人才能够申请参与分配，已经提起诉讼的债权人不能够参与分配，其主要理由是：没有取得执行依据的债权人，尚不具备申请执行的条件；债权人与债务人之间的债权债务关系未最终确定，而执行程序不具有取得债权的功能；如果申请执行人撤回执行申请人而终结执行程序，申请人便丧失了参与分配程序的法律理由。[[46]](#footnote-45) 也有学者赞同提起诉讼的债权人应当有资格参与分配，其理由是：我国实行的是有限的商人破产主义，参与分配在一定程度上必须承担破产法的职能，尽可能保障债务人财产对所有债权担保功能的实现，由此保护债权人的利益。[[47]](#footnote-46) 这两种观点从不同视角分析了普通债权人参与分配资格范围的价值取向，都有一定道理。

本文认为，对于普通债权人申请参与分配，原则上必须取得执行依据，但应当有例外规定。对同一被执行人拍卖财产实行参与分配制度，本质上就是执行竞合的处理方式之一，也就是说，多个债权人对同一被执行人申请执行，而被执行人财产不足以清偿全部债权情况下，通过参与分配制度才实现债权的公平清偿，因此，这就要求参与分配的债权人应当具有执行依据。我国台湾地区强制执行法第34条也规定，必须是拍卖或者变卖前一日取得执行名义的债权人，才有资格申请参与分配。

但是，一律要求参与分配的债权人取得执行依据，也会带来一些问题，需要有些例外情形。最高人民法院《执行规定》第91条规定：“对参与被执行人财产的具体分配，应当由首先查封、扣押或冻结的法院主持进行，”法院采取的先查封、冻结措施，完全可能是基于债权人申请实施的保全查封、冻结。由于诉讼程序的复杂性，首先申请保全查封、冻结的债权人可能尚未取得执行依据，而其他查封、冻结在后的债权人可能早已取得执行依据并进入执行程序。但却查封、冻结在后，无权处置被执行财产，只能够无所作为的等待先查封、冻结债权人取得执行依据，并向法院申请执行。虽然最高人民法院在《关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》指出：在一定条件下可以转移由次查封、冻结法院行使被执行财产处置权，但这里转让处置权必须是次查封、冻结法院执行的债权人享有优先权的情形。根据现有立法及司法解释规定，不是执行优先权的的法院，如果查封、冻结在后的，没有关于请求转让处置权的规定。

基于我国现行的立法及司法解释的规定，我们可以理解为：没有优先权的执行法院，如果被执行人财产采取查封、冻结措施在后的，在任何情况下均不能行使对被执行人财产进行处置。于是，必然会导致这样一个问题：申请查封、冻结在先的债权人没有取得执行依据，其他执行法院对该被执行人财产就无法处置，执行程序便无法推进。[[48]](#footnote-47) 在这种情况下，如果通过立法赋予其他执行法院有权处置被执行财产，而先申请查封、冻结的债权人因没有取得执行依据又不能够参与分配的话，申请查封、冻结在先的债权人的合法权益必然受到损害。为此，本文建议：在上述情况下，通过立法形式规定申请查封、冻结在先债权人在一定时间内没有取得执行依据的，应当许可次查封、冻结的执行法院处置被执行人财产，同时允许先申请查封、冻结债权人起诉以后，即使没有执行依据也可以直接申请参与分配，以此作为申请参与分配的例外情形。

**（二）优先债权范围及参与分配方式**

最高人民法院《民事诉讼法司法解释》第508条第二款规定，对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权。我国立法明确规定享有优先权的债权人申请参与分配无需取得执行依据，最高人民法院司法解释规定“可以直接申请参与分配，主张优先受偿权”，这里“申请参与分配”是否意味着参与分配是优先权债权人的权利？本文前面已经论及优先权债权人参与应当采取依照职权强制参与原则，因为我国对拍卖抵押物等采用的是涂销主义原则，一旦拍卖成交，买受人不继受抵押权等他物权负担，但又不能够因此损害抵押权人合法权益。享有优先权的债权人即使不申请参与分配，主持分配的法院也必须优先清偿拍卖标的物抵押担保的债权，实际上是职权强制清偿的。因此，如果执行法院发现拍卖标的物存在优先权的情况，应当依照职权通知享有优先权的债权人申请参与分配，即使其不愿意申请参与分配，也要依职权列为优先债权参与人，并按照其优先债权范围进行清偿。

关于参与分配优先权的范围问题，最高人民法院在《民事诉讼法司法解释》第508条以及《执行规定》第93条中都规定：对人民法院查封、扣押或冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以申请参加参与分配程序，主张优先受偿权。这里规定了担保物权和优先权两种优先受偿权。对享有担保物权的债权人依法享有优先受偿权这一问题没有争议，但对于这里规定的“优先权”范围问题，理论界和司法实务界存在较大的争议。我们认为，把握“优先权”的范围必须立足于优先权的法定性和实体性特点，同时还必须认识到这里的优先权是民事上的优先债权。

在我国，除担保物权的优先权外，我国《海商法》第21、22条规定了“船舶优先权”；《担保法》第56条规定了土地使用权出让金优先权；《民用航空法》第18、19条规定了民用航空器优先权；《合同法》第286条规定的建设工程价款优先权等。这些实体法明确的规定优先权应当属于民事执行参与分配中“优先权”范围，在民事执行参与分配程序中，执行法院应当依法优先清偿这些优先权。

关于国家税收在参与分配中是否享有优先权的问题，倒是值得商榷的。我国《税收征管法》第45条规定“税收优先于无担保债权”，国家税务总局《关于人民法院强制执行被执行人财产有关税收问题的复函》（国税函〔2005〕869号）指出：税收优先于无担保债权，纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行；纳税人因强制执行活动而被拍卖、变卖财产的收入，法院应当协助税务机关依法优先从该收入中征收税款。据此，我国执行实务中都采用税收优先原则。

笔者认为，“税收”债权属于公法债权而不是民事债权，不应当属于民事执行程序参与分配中的优先权范围。已经有不少学者对税收优先权提出质疑，如果若赋予税收优先权必然违反债权平等及物权公示原则，而且威胁担保物权的交易基础，破坏物权法秩序，结果反而是名为保护公益，实为妨害公益；[[49]](#footnote-48) 还有学者明确指出，从世界范围内来看，美国、德国、澳大利亚等发达国家，税收优先权理论遭遇挑战，税收优先权总体呈现着不断弱化的趋势，税收优先适用条件越来越严格，适用范围在缩小，甚至一些国家在破产分配中将税收作为普通债权予以分配；[[50]](#footnote-49)公益不比私益在法理上更具天然的正当性甚至合法性，公益与私益只有量上的大小差异，而无质上之优劣，[[51]](#footnote-50)原则上确立民事债权优先原则有利于保障民事权益、维护交易秩序和交易安全。被执行人财产不足以清偿全部债权时，如果把具有公法债权性质的国家税收，在参与分配中作为优先债权予以清偿，表现为典型的“国家与民争利”，这有悖于现代法治国家“国不与民争利”的基本理念。因此，作为公法债权性质的国家税收，在参与分配中不应当优先清偿。

刑事审判中判处罚金等财产刑而形成的债权，其实质仍然具有公法债权性质，在参与分配中不应当享有优先受偿权。刑事判决中的财产刑的无偿性和惩罚性，完全不同于民事责任的对价性和补偿性。我国《刑法》第36条规定，承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任，体现了民事赔偿责任（民事债权）优先于罚金和没收财产。《侵权责任法》第4条也同样规定，因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任，侵权人的财产不足以支付的，先承担侵权责任。最高人民法院《关于财产刑执行问题的若干规定》第6条进一步规定，被判处罚金或者没收财产，同时又承担刑事附带民事诉讼赔偿责任的被执行人，应当先履行对被害人的民事赔偿责任。从这些规定中我们可以看出，刑事责任、行政责任中财产责任与民事责任竞合情况下的，被执行人的财产应当优先履行民事责任。**我们可以理解为，在民事参与分配程序中，民事债权优先于行政责任、刑事责任中公法债权，此种情况下体现了“国家让利于民”**。

 **四、执行参与分配中的权利救济**

**（一）债权人参与分配中的程序权利救济**

债权人向执行法院提出参与分配申请，如果执行法院认为提出申请的债权人不具备参与分资格，或者本案不符合参与分配条件等，不接受债权人提出的参与分配申请，当事人不服而提出异议，这不属于参与分配的异议之诉救济范围。但执行法院不受理参与分配申请，客观上侵害了债权人的申请参与分配的程序权利，应当赋予其救济途径。不受理参与分配的申请，在执行实务中一般认为对执行行为提出异议，应当适用民事诉讼法第225条予以裁定，并赋予当事人申请复议的权利。[[52]](#footnote-51) 本文赞同这一做法。

事实上，是否启动参与分配程序，是否受理债权人参与分配申请参等，均属于债权人是否进入参与分配的程序问题，不是分配债权的实体权利，可以理解为执行法院实施的执行行为，应当依照民事诉讼法第225条予以裁定，不服执行法院作出的裁定，可以向上一级法院申请复议。

**（二）提起参与分配异议之诉与撤销之诉**

在参与分配程序中，执行法院应当制作分配方案，确定各债权人申请的债权性质属于优先权还是普通债权、债权数额、受偿顺序等，债权人及被执行人均有权对分配方案提出异议。如果异议事项涉及执行法院分配方案中债权是否存在、债权分配数额的多少和受偿顺序等，而不涉及对作为债权依据的生效法律文书提出异议的，通过异议之诉的审理依法作出相应的裁判。

在参与分配程序中，如果部分债权人以其他债权人提供参与分配债的依据有异议，认为参与分配的债权已经虚假不真实或者金额存在错误等为由，提出异议的，执行法院应当将异议告知其他债权人及被执行人，其他债权人有异议的，应当区分执行依据系法院作出的执行依据，还是法院之外诸如仲裁裁决书、赋予强制执行力的公证债权文书等，决定通过提起参与分配异议之，还是提起第三人撤销之诉，或者在二者之间选择救济手段。

本文认为，在参与分配程序中，如果异议的事项是法院作出生效法律文书确定债权虚假或者错误等，债权人有权提起参与分配异议之诉，也可以提起撤销之诉来救济其权利。主要理由如下：

第一，执行法院应当制作参与分配方案应当包括各债权人申请的债权性质（优先权还是普通债权）、债权数额、受偿顺序等。根据民事诉讼法司法解释第512条规定，债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的，执行法院将分配异议通知未提出异议的债权人、被执行人后，如果提出反对意见的，则再通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼。该条规定没有排除执行法院根据生效裁判文书确定债权数额提出异议时，不能够提出参与分配异议之诉。据此我们可以认为，在执行法院制作的分配方案中，异议人以生效裁判文书确定的债权额错误而提出异议的，仍然属于参与分配异议之诉的范围。

第二，以生效裁判虚假或者错误为由提出异议，进而提起参与分配异议之诉，该起诉的债权人并非是生效裁判的当事人。根据既判力原理，既判效力范围具有相对性，生效裁判原则上在对立当事人之间发生作用，只有在例外情况下才约束当事人之外的人。因此，不能够当然根据债权人与被执行人之间存在生效裁判，而否定提出异议的债权人提起参与分配异议之诉。最高人民法院《民事证据规定》第9条以及民事诉讼法司法解释第93条都明确规定，生效裁判文书确定事实对后诉案件的效力是“无须举证”，而且允许提出相反证据予以推翻。也就是说，对于前诉案件作出的生效裁判，无须通过再审程序撤销前诉案件裁判，在有充足的相反证据的情况下，法院可以直接作出相反的认定和裁判。因此，不能够以存在生效裁判作为债权依据，从而否定提起参与分配异议之诉。

第三，在参与分配程序中的异议事项为生效裁判确定的债权，亦即认为作为参与分配的判决书、调解书确有错误，并损失其合法权益，这就符合民事诉讼法第56条第三款的规定，提出异议的债权人可以提起撤销之诉。关于这一问题，甚至有观点认为，就我国现行的立法规定来看，在这种情况下，提出异议的债权人只有通过提起撤销之诉途径才能够救济权利，不能够提起参与分配异议之诉，也不能够申请再审。[[53]](#footnote-52) 笔者认为，债权人对分配方案中确定债权依据的生效法律文书提出异议的，如果该生效法律文书系法院作出的生效裁判，既可以提起参与分配异议之诉，也可以提起撤销之诉。此种情形下，相对于提出异议的债权人而言，这两种救济程序发生竞合，提出异议的债权人可以选择其中之一来救济其权利。当然，如果异议人提起撤销之诉的，在撤销之诉程序中应当提出确认民事权利的诉讼请求。

第四，在执行实务中，以仲裁裁决文书、赋予执行效力的公正文书等债权依据申请参与并不少见，如果异议人认为这类生效法律文书确定债权虚假或者错误，除通过参与分配异议之诉的途径予以救济之外，别无其他法定救济手段。因为不管是申请再审，还是案外人提起撤销权诉讼，都必须是以法院作出的生效裁判文书确有错误为前提。因此，异议事项为生效的仲裁裁决或者赋予强制力的债权文书等，则只能够提起参与分配异议之诉，生效的仲裁裁决或者赋予强制力的公证债权文书，在参与分配异议之诉审理程序中仍然是“无须举证”的效力。

**（三）申请再审不应当属于参与分配异议的救济程序**

有观点认为，对生效裁判文书（包括法院判决书、调解书、仲裁裁决书等）确定债权有异议，主张生效裁判文书确定债权全部或者虚假，或者不属于优先债权范围等，应当申请再审，通过再审程序撤销生效裁判。主要理由是：生效裁判具有既判效力，当事人不能够在后诉案件提出相反的主张，法院也不能够做出相反的判决，应当受到前诉生效裁判的约束，认为“其他债权人通过一些证据主张参与分配是虚假的，这些证据在前诉的口头辩论结束前已经存在，则应通过再审程序排除原执行依据的既判力。”[[54]](#footnote-53) 本文认为，根据我国目前的法律规定，对其他债权人作为参与分配依据的生效裁判文书有异议的，只能够通过再审程序救济依据不足，主要理由是：

第一，根据民事诉讼法第227条规定，案外人对执行标的提出异议，不服执行法院作出的裁定，认为执行依据错误，才能够申请再审。如果案外人不是对执行标的提出异议，仅仅是认为裁判文书虚假或者错误，该条并没有规定可以申请再审。在参与分配异议处理程序中，执行法院仅仅将当事人提交的分配异议告知其他当事人，法院不予审查，只有在其他当事人对异议没有提出意见的情况，法院修改分配方案。

第二，生效裁判当事人之外的人申请再审，仅限于对执行标的物主张权利的案外人，而且无法通过其他诉讼救济其权利的。最高法院《审判监督程序若干问题的解释》 第5条规定，案外人对原判决、裁定、调解书确定的执行标的物主张权利，且无法提起新的诉讼解决争议的，可以向作出生效裁判的上一级法院申请再审。认为申请参与分配债权虚假或者错误，并非属于对“执行标的物”有异议，而且法律规定了异议之诉以及第三人撤销之诉等诉讼救济手段，因而不能够依据上述规定申请再审。

第三，前面已经从既判力原理分析中指出，因既判效力的相对性原理，既判力原则上并不约束未参与前诉案件的当事人。如果在债权人参与分配异议之诉审理程序中，能够提供充分证据足以证明作为异议对象的债权确实虚假或者错误，无须撤销前诉生效裁判文书，应当依据异议之诉案件的审理情况直接作出判决。正因为此，所以有观点认为“在本诉中证明其他债权人伪造证据、或者其他债权人与债务人恶意勾结假造债权，此时法院应据此作出相反的认定。”[[55]](#footnote-54)

第四，就我国当下社会背景而言，当事人之间通过恶意串通虚构债权等逃避债务等虚假诉讼、仲裁行为还比较猖獗，各级各地法院出台了许多防规避执行的司法文件，但并没有取得十分理想的效果。在此情况下，就程序制度设置的价值取向而言，应当注重债权人救济手段的快捷性和有效性。

1.  张永泉，苏州大学王健法学院教授、法学博士后，研究方向：民事诉讼法、证据法。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 张卫平主编：《民事诉讼法学》，高等教育出版社2008年版，第402页。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 李浩：《民事诉讼法学》，法律出版社2011年版，第534-535页。 [↑](#footnote-ref-2)
4. 童兆洪主编：《民事强制执行新论》，人民法院出版2001年版，第195页。 [↑](#footnote-ref-3)
5. 杨立新：《民事执行程序中的参与分配》，载《法律科学》1994年第一期。 [↑](#footnote-ref-4)
6. 谭秋桂：《民事执行原理研究》，中国法制出版社2001年版第353页。 [↑](#footnote-ref-5)
7. 杨与龄：《强制执行法论》，台湾三民书局股份有限公司2007年版，第288页。 [↑](#footnote-ref-6)
8. 张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第491页。 [↑](#footnote-ref-7)
9. 参见许士宦：《强制执行法》，台湾新学林出版股份有限公司2014年版，第194页。 [↑](#footnote-ref-8)
10. 许士宦：《强制执行法》，台湾新学林出版股份有限公司2014年版，第195页。 [↑](#footnote-ref-9)
11. 杨与龄：《强制执行法论》，台湾三民书局股份有限公司2007年版，第296页。 [↑](#footnote-ref-10)
12. 我国执行程序中，在参与分配这个问题上，可以说长期使用广义和狭义两种含义的参与分配制度，理论界主要探讨的狭义上参与分配制度。如1998年最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第93规定“对人民法院查封、扣押或冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以申请参加参与分配程序，主张优先受偿权；”该规定在第94条还明确规定了分配原则：“参与分配案件中可供执行的财产，在对享有优先权、担保权的债权人依照法律规定的顺序优先受偿后，按照各个案件债权额的比例进行分配。” [↑](#footnote-ref-11)
13. 参见【韩】姜大成：《韩国民事执行法》，朴宗根译，法律出版社2010年版，第262-263页。 [↑](#footnote-ref-12)
14. 参见杨与龄：《强制执行法论》，台湾三民书局股份有限公司2007年版，第296页；张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第500-501页。 [↑](#footnote-ref-13)
15. 许士宦：《强制执行法》，台湾新学林出版股份有限公司2014年版，第194页。 [↑](#footnote-ref-14)
16. 参见张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第501页注释580。 [↑](#footnote-ref-15)
17. 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)》第93条也同样规定有优先权、担保物权的债权人，要主张优先受偿权的，可以申请参加参与分配程序。 [↑](#footnote-ref-16)
18. 【意】桑德罗·斯契巴尼选编：《民法大全选译·司法管辖·审判·诉讼》，黄凤译，中国政法大学出版社1992版，第89页。 [↑](#footnote-ref-17)
19. 参见许士宦：《强制执行法》，台湾新学林出版股份有限公司2014年版，第197页。 [↑](#footnote-ref-18)
20. 参见张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第495页注释572。 [↑](#footnote-ref-19)
21. 参见《法国民法典》，罗结珍 译，中国法制出版社199年版，第474页。 [↑](#footnote-ref-20)
22. 参见张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第494页注释。 [↑](#footnote-ref-21)
23. 针对被执行人是法人采用优先主义原则，可以说是在最高人民法院2015年2月发布的民事诉讼法司法解释中才确立的。在此之前，根据最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第96条规定，被执行人为企业法人，未经清理或清算而撤销、注销或歇业的情况下，如果其财产不足清偿全部债务的，仍然应当参照该规定90条至95条的规定执行，亦即对各债权人的债权按比例清偿。也就说，被执行人是企业法人的，在前述情况下仍然采用平等主义原则。 [↑](#footnote-ref-22)
24. “后动手”债权人即申请保全或者申请执行在后的债权人，财产保全或者申请执行查封、冻结等在后的原因较多，主要有这几种：1、债权没有到期或者实现债权的条件不具备；2、申请财产保全或者执行虽然在先，但不同法院或者不同法官工作效率的原因，导致先申请却后查封、冻结；3、有些债权人启动诉讼程序在先，却因诉讼程序原因导致裁判生效很晚，甚至有债务人故意滥用诉讼权利导致诉讼程序拖延，从而成为“后动手”债权人。而有些债权人起诉以后，债务人非常配合，很快取得生效裁判，从而成为“先动手”债权人。 [↑](#footnote-ref-23)
25. 笔者在江苏地区走访调研了四个基层法院和两个中级法院，和多名执行法官进行过交流，他们很赞同的做法是：优先申请查封冻结的债权人适当提高分配比例，这样就无需通过破产程序就可以尽快实现债权。其实，在他们处理案件时，他们往往会提出类似建议，以促进债权人之间达成协议。 [↑](#footnote-ref-24)
26. 参见张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第495-496页。 [↑](#footnote-ref-25)
27. 参见许士宦：《强制执行法》，台湾新学林出版股份有限公司2014年版，第197页。 [↑](#footnote-ref-26)
28. 参见许士宦：《强制执行法》，台湾新学林出版股份有限公司2014年版，第199页。 [↑](#footnote-ref-27)
29. 张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第498页。 [↑](#footnote-ref-28)
30. 杨与龄：《强制执行法论》，台湾三民书局股份有限公司2007年版，第292页。 [↑](#footnote-ref-29)
31. 许士宦：《强制执行法》，台湾新学林出版股份有限公司2014年版，第199页。 [↑](#footnote-ref-30)
32. 白绿铉编译：《日本新民事诉讼法》，中国法制出版社2000年版，第220页。 [↑](#footnote-ref-31)
33. 台湾学者张登科认为：“日本现行民事执行法仍采用平等主义，但由旧法之彻底平等主义改为合理之平等主义”（ 张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第448页，注释571），我国也有学者持该观点，参见邹川宁著：《民事强制执行基本问题研究》，中国法制出版社2004年版，第91页；但也也有不少学者认为日本民事执行采用的群团优先主义，如谭秋桂认为“严格说来，日本和我国台湾省实行的已不再是平等主义原则，而是有限优先主义原则，或者称团体优先原则。”参见谭秋桂：《民事执行原理研究》，中国法制出版社2001年版，第346页。 [↑](#footnote-ref-32)
34. 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第299条，以及最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第95条都有相同的规定，说明我国民事执行分配程序制度层面和司法实践中，长期采用这一分配原则。 [↑](#footnote-ref-33)
35. 参见杨与龄：《强制执行法论》，台湾三民书局股份有限公司2007年版，第306页；我国学者谭秋桂教授也认为执行竞合包括广义和狭义两种含义，广义上的执行竞合包括参与分配，而狭义上的执行竞合不包括参与分配，参见谭秋桂：《民事执行原理研究》，中国法制出版社2001年版，第325页。 [↑](#footnote-ref-34)
36. 参见王娣：《强制执行竞合研究》，中国人民公安大学出版社2009年版，第18-20页；董少谋著：《民事强制执行法论纲——理论与制度的深层次分析》，厦门大学出版社2009年版，第187页。 [↑](#footnote-ref-35)
37. 我国有学者认为民事案件执行均属于个别执行，当事人基于个别执行依据申请到法院执行，法院应当予以个别执行，并由此主张：不论被执行人是公民、其他组织或者法人，都应当采用优先权原则，按照查封或者申请执行先后顺序进行清偿。参见第七届“中国执行论坛”（本溪）北京高级人民法执行局雷云龙副局长发言材料。 [↑](#footnote-ref-36)
38. 参见王娣：《强制执行竞合研究》，中国人民公安大学出版社2009年版，第28页；孙加瑞：《中国强制执行法概论》，中国民主法制出版社1999年版，第387页。 [↑](#footnote-ref-37)
39. 杨与龄：《强制执行法论》，台湾三民书局股份有限公司2007年版，第299页。 [↑](#footnote-ref-38)
40. 我国也有学者认为，尽管民事诉讼法及司法解释没有明确规定执行合并制度，但相关的制度规定及实务中具体做法，在一定条件下，我国实际上确立合并执行方式。参见王娣：《强制执行竞合研究》，中国人民公安大学出版社2009年版，第28-29页。 [↑](#footnote-ref-39)
41. 执行合并与参与分配制度有着本质的区别：参与分配仅仅是其他债权人，通过申请参与分配的方式平等清偿其债权，并不是向法院申请强制执行；参与分配申请人不具有独立的地位，依附于执行申请人；参与分配并不必须要有执行依据，而执行合并则都需要有执行依据等。参见杨与龄：《强制执行法论》，台湾三民书局股份有限公司2007年版，第300页。 [↑](#footnote-ref-40)
42. 张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第508页。 [↑](#footnote-ref-41)
43. 张登科：《强制执行法》，台湾三民书局股份有限公司2012年版，第508-509页。 [↑](#footnote-ref-42)
44. 参见杨与龄：《强制执行法论》，台湾三民书局股份有限公司2007年版，第302-303页。 [↑](#footnote-ref-43)
45. 参见最高人民法院《关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》，法释〔2016〕6号。 [↑](#footnote-ref-44)
46. 参见王娣：《强制执行竞合研究》，中国人民公安大学出版社2009年版，第319-320页；黄金龙：《<关于人民法院执行工作若干问题的规定>实用解析》，中国法制出版社2002年1月版，第286-287页。 [↑](#footnote-ref-45)
47. 参见谭秋桂：《民事执行原理研究》，中国法制出版社2001年版，第357页。 [↑](#footnote-ref-46)
48. 据笔者了解，司法实务中的确存在先申请财产保全查封、冻结的债权人，因诉讼程序的复杂性及其他因素的影响，有的两三年甚至更长时间都无法取得执行依据，其他债权人早已进入执行程序却无法处置被执行人财产，而且有些财产价值随着时间的推移还会降低。 [↑](#footnote-ref-47)
49. 参见郑玉波：《论租税债权与优先权》，第622页，转引自孙鹏、肖厚国著：《担保法律制度研究》，法律出版社1998年版，第199页。 [↑](#footnote-ref-48)
50. 侯作前：《我国税收优先权制度前瞻》 ，载《云南大学学报》2003年第1期。. [↑](#footnote-ref-49)
51. 吴建华、赖超超：《私产征收征用中的公法保障机制研究》，载《中国法学》2004年第6期。 [↑](#footnote-ref-50)
52. 如债权人申请参与分配执行法院裁定不予受理，当事人申请复议，上级法院经过复议审理后认为：分配方案异议是指异议人对分配方案记载的分配数额、比例、顺位等不同意而向执行法院声明的情形。本案中形式上是异议人分配方案提出异议，实质上是对本案适用参与分配程序提出异议，而执行法院决定是否适用参与分配程序属于执行实施范畴，故应当依照民事诉讼法第225规定审查并作出裁定，当事人对裁定不服的还可以向上一级法院申请复议。 参见苏州市中级人民法院（2015）苏中执复字第00008号执行裁定书。 [↑](#footnote-ref-51)
53. 参见[李杨](http://yuanjian.cnki.com.cn/Search/Result?author=ææ¨)、[刘建发](http://yuanjian.cnki.com.cn/Search/Result?author=åå»ºå)、[罗彬](http://yuanjian.cnki.com.cn/Search/Result?author=ç½å½¬)：《执行分配方案异议之诉中的虚假债权参与分配问题研究—以新《民事诉讼法》第三人撤销之诉为视角展开》，载[《全国法院第二十六届学术讨论会论文集：司法体制改革与民商事法律适用问题研究》2015年](http://cpfd.cnki.com.cn/Area/CPFDCONFArticleList-GJFG201504001.htm)。 [↑](#footnote-ref-52)
54. 楼常青、楼晋：《论民事执行程序中分配方案异议之诉的运作》，载《上海政法学院学报》2012年第1期。 [↑](#footnote-ref-53)
55. 廖浩：《执行分配方案异议诉讼之解释论研究—以法律方法为视角》，载《研究生法学》2013年第1期。 [↑](#footnote-ref-54)