

参与分配：解析与检讨

丁亮华

摘要 在我国有限破产主义立法模式下，为解决不具备破产能力的债务人向所有债权人公平有序地清偿，强制执行中的参与分配程序应运而生。受此目的牵制，我国的参与分配制度在适用要件上有其特殊构成。为了保护当事人的实体权益和程序权利，实行参与分配必须准确把握申请期日、清偿顺位以及分配程序，并在当事人权利受到侵害时，通过参与分配方案异议和异议之诉予以救济。

关键词 参与分配 金钱债权 有限破产主义 强制执行

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2015.05.009

作者丁亮华，厦门大学法学院金融法研究中心兼职研究员，中国人民大学法学院博士研究生。

债务人的财产，是全体债权人债权的总担保，故原则上各债权人均可自债务人的财产获得债权的清偿。^①若多数债权人先后或同时，对债务人的同一财产申请强制执行，且该项财产的拍卖价款无法满足全部债权时，就有执行参与分配适用的空间。

参与分配直接关涉诸多当事人之间的利益安排，其重要性不可谓不大。本文拟从现行法出发，运用“法教义学”^②的分析方法，对我国的参与分配制度进行结构解析与规范检讨。

一、参与分配的价值为何

参与分配制度的历史由来已久。早在罗马法时期，保罗就在《论告示》第59编中指出：“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

* 本文系教育部人文社会科学重点研究基地项目“中国强制执行法体系研究”（项目批准号：12JJD820012）的阶段性成果。

① 参见陈荣宗：《强制执行法》，三民书局2000年版，第263页。

② 所谓法教义学（Dogmatik），本质上指运用法律自身的原理，按照逻辑的要求，以原则、规则、概念等基本要素，制定、编纂与发展法律，以及通过适当的解释规则运用和阐释法律的做法。其核心在于强调权威的法律规范和学理上的主流观点。参见许德风：《论法教义学价值判断：以民法方法为重点》，《中外法学》2008年第2期，第167页。

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。”^③这一分配原则体现了对债权的平等保护,为后世各国(地区)立法普遍确认。如《法国民法典》第2093条规定,债务人的全部财产为其债权人的共同担保,其卖得价金,除个别债权人有优先权情形外,应按债权额分配与债权人。^④及至现代,各国(地区)民事诉讼法或强制执行法均就参与分配进行了详尽的规定,如《日本民事执行法》第二章第二节“对于以支付金钱为目的的债权强制执行”中,分别对不动产、动产、债权及其他财产权的执行所得金额的分配予以规定。我国台湾地区“强制执行法”更是在第二章“关于金钱请求权之执行”中,专设“参与分配”作为第1节予以统一适用,虽几经修改删订,至今仍设有13个条文。

我国1991年《民事诉讼法》并未规定参与分配。1992年,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》以司法解释的形式首次确立了该制度(第297条)。后经数年司法实践,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)》(下称《执行规定》)以专章(第11章)对参与分配制度的内容进行了丰富和修正。根据这些规定,被执行人为公民或者其他组织,在执行程序开始后,其他取得金钱债权执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债务时,可向法院申请参与分配,就其债权要求受偿。2008年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(下称《执行解释》)增加了分配方案异议及分配方案异议之诉,使得参与分配制度更臻完善。

一般认为,参与分配是与强制执行中的平等主义相适应的。所谓平等主义,是指先申请查封的债权人,除有法定优先权者外无优先受偿的权利,各债权人应按债权额比例就执行所得公平分配。与此相反,优先主义则是指首先对债务人财产申请查封的债权人,享有优先于其他无法定优先权的债权人受清偿的权利。在这种主义之下,债权满足依执行的先后顺序而定,故不存在如何实行分配的问题。我国民事诉讼法虽然未明确规定采取平等主义,但随着司法解释关于参与分配规则的制定,强制执行的平等原则得以确立。由于金钱债权具有同质性,因此,金钱债权的参与分配与执行中因请求性质和内容不同从而发生债权互相排斥、无法同时获得满足的执行竞合应作区分,不可混淆。^⑤

作为一项强制执行制度,参与分配在设立目的上,首先是为了使各债权人能够利用同一执行程序获得清偿,以节省执行时间和执行费用,其次才是使各债权人公平分担债务人迟延或不能清偿的风险和损失。^⑥这与破产程序以实现债权人之间的平等满足为根本目标,显有不同。一般来说,当债务人陷入无法支付或停止支付的状态时,债权人之间的平等满足应属破产程序调整的范围,并优

③ [意]桑德罗·斯契巴尼选编:《民法大全选译:司法管辖·审判·诉讼》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第89页。

④ 参见注①,第265-266页。

⑤ 比如,某执行依据之内容为交付特定标的物,而另一执行依据同为要求交付该标的物,或以该特定标的物满足金钱债权为内容,此时势必形成就债务人之某一特定标的物,无法同时满足交付特定标的物给两个债权人的现象,也无法同时实现既交付特定标的物,又拍卖该特定物而满足债权人的金钱债权。参见注①,第636页。但也有学者主张,“强制执行之竞合,有数执行程序具有相同之目的可以并存者。例如二个以上金钱债权之债权人,均声请对同一标的物强制执行。有数执行程序彼此目的不同,相互抵触无法并存者。例如债权人依金钱债权之执行名义对标的物执行后,另一债权人基于物之交付请求权之执行名义,请求对同一标的物强制执行”。庄柏林:《强制执行竞合及其效力》,《法令月刊》第41卷第10期,第129页。

⑥ 参见江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1999年版,第294页。

先于强制执行适用。易言之，在债务人财产不足清偿债务时，应当纳入破产范畴，债权人不能再通过个别执行程序寻求债权的满足。^⑦但是，破产与执行的这种机能区分，是以破产制度适用于所有债务人并得到有效利用为前提的。我国实行有限破产主义，破产制度主要适用于企业法人，当债务人为公民或者其他组织时，各债权人无从利用破产程序来获得公平清偿。此时，参与分配就承担着弥补有限破产主义的功能，在公民或其他组织资不抵债时，通过执行程序来为各债权人提供一条公平受偿的途径。只是这种价值目标的异变，导致我国的参与分配在规则设计上难以自洽，与相关制度的衔接适用也多有龃龉，进而造成了司法实务中的诸多误解，亟需予以检讨和澄清。

二、参与分配如何构成

与国外立法例相比，我国参与分配的法律构成有所不同，这在债权人、债务人、债权三个方面均有体现。

（一）债权人

参与分配解决的是数个债权人对同一债务人同时请求清偿的问题。“若债权人仅有一人，则执行所得金额，应交付执行债权人，纵不足清偿全部债权，亦属是否继续执行，或核发债权凭证之问题，无参与分配之可言。”^⑧

但是，如果同一债权人对债务人有多金钱债权，可否解释为有“多个债权人”从而适用参与分配？一般认为，只有不同的债权人之间，才会产生利益对抗和权利冲突，如果只有一个债权人对债务人的特定财产提出清偿请求，即使其有若干个执行依据，也不发生各个请求权之间的排斥，因此并无必要实行参与分配。但也有学者主张此时可以适用参与分配。^⑨在笔者看来，在一个债权人对债务人有多金钱债权请求的场合，如果不许债权人依其他执行依据参与分配，尽管对其实体权益不生影响（即债权人可另行申请执行），但显然与参与分配借助同一执行程序公平清偿多个债权的目的相悖。而且，以利益归属主体的“同一性”来阻却其他不同的债权参与分配，有否认不同债权之间的独立性和平等性之嫌。由此，宜对《执行规定》第90条之“其他债权人”作扩大解释，即允许申请执行人依其他执行依据主张参与分配。

另外，执行债权人有一般债权人与优先债权人之分，一般债权人为了实现其债权可以申请参与分配，没有争议，而优先债权人既然可就债务人财产主张优先受偿，则能否申请参与分配？《执行规定》第93条规定：“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。”据此有学者认为，该规定将具有优先权、担保物权的债权人提出权利保护主张的情形称为“参加”参与分配程序，而非“申请”参与分配，是因为申请参与分配的债权一般应当是无担保物权的金钱债权，鉴于此类债权与申请参与分配的债权性质不同，

^⑦ 当然，在破产程序启动前，个别执行是被制度所容许的，债权人因而有全额受偿的可能，实践中债权人也确实有这方面的激励。

^⑧ 张登科：《强制执行法》，三民书局2010年版，第486页。

^⑨ 参见吴鹤亭：《强制执行法析论》，三民书局1992年版，第371页。

故优先债权人申请参加已开始的执行程序,不属于参与分配。^⑩显然,这种观点只将债权人之间实行平等分配的情形称为参与分配,至于优先债权人,只是参与到这个执行程序中主张优先受偿,并不是参与分配。此为侧重于实体上的定义。^⑪

笔者认为,其他债权人申请参加已进行的执行程序,并主张从执行所得中获得清偿,即取得类似当事人的地位,并享有程序上的权利;即使债权人之间不实行平等分配,只要参加到这个程序中来,均属参与分配。首先,分配乃针对债务人财产而言,其对应的主体为就该财产主张清偿的所有债权人,如果仅以一般债权人作为参与分配的主体,无疑将人为地把客体与主体割裂开来。其次,参与分配的本质,是通过同一执行程序来实现多个债权人的债权,尽管有的优先债权人可能尚未取得执行依据,但其债权是确定的,应当允许其通过分配程序来实现债权。再次,如果将优先债权人排除在参与分配主体之外,将无法解释其他债权人或债务人何以可对该优先债权提出分配方案异议,以及在异议遭到反对时,如何以优先债权人作为被告提出异议之诉。最后,在比较法上,各国(地区)立法均允许优先权人申请参与分配,赋予其当事人资格。台湾地区“强制执行法”甚至对优先权人参与分配采强制主义,即要求执行法院必须将已知的优先权人依职权列入分配程序。基于上述理由,应将《执行规定》第93条中的“有优先权、担保物权的债权人”解释为参与分配当事人。

(二) 债务人

强制执行债务人与参与分配债务人,须为同一人,其他债权人才可以参与分配。“盖如债务人并不相同,应分别就其债务人财产声请强制执行,分别受偿,殊无许参与分配之必要。”^⑫另依《执行规定》第90条的前段规定,我国参与分配的适用,对于债务人尚有如下条件限制:

其一,主体资格限制。即债务人须为公民或其他组织。此为我国有限破产主义背景下参与分配制度的特殊要求。依破产法规定,公民或其他组织被排除在破产范围之外而不具有破产能力,一旦不能清偿债务,只有通过参与分配程序来公平保护其债权人的合法权益。而企业法人不能在不能清偿所有债务时,则说明已达破产界限,债权人应依法申请宣告其破产,而不是实行参与分配(《执行规定》第89条)。例外情况是,《执行规定》第96条规定企业法人为被执行人时,若未经清理或清算而撤销、注销或歇业,其财产不足清偿全部债务的,可比照参与分配处理。依起草者解释,这主要是针对当时企业撤销、注销或歇业后财产无人清理,破产制度不健全,破产程序的启动十分困难等特殊情况,为了维护债权人之间的公平受偿而作出的规定。^⑬只是这一例外规定,不仅模糊了执行与破产的界限,更在一定程度上导致了参与分配的滥用和破产程序的虚化,进而与其立法初衷背道而驰。^⑭

^⑩ 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317页。

^⑪ 此种定义下,如果债权人之间的受偿原则采取优先主义,按照采取执行措施的先后确定受偿顺位,则不属于参与分配。由此不能享受平等分配的后来债权人,能否参加到已经开始的执行程序中,也存在疑问。对于有优先权的债权,就更需要把他们排除在参与分配的定义之外。参见黄金龙:《民事执行中参与分配制度若干争议问题》,《执行工作指导》(总第23辑),人民法院出版社2008年版,第92页。

^⑫ 同注⑧,第487页。特殊的是,“物上保证人之债权人请求就担保物拍卖时,担保债权之债务人与物上保证人虽非同一人,但就担保债权人行使债权而言,物上保证人亦系其债务人,自属同一债务人而得参与分配。”参见陈计男:《强制执行法释论》,元照出版公司2012年版,第506页。

^⑬ 参见黄金龙:《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2000年版,第292页。

^⑭ 有学者指出,在我国,执行程序承担破产制度的功能是两个相互联系因素作用的结果。一方面,由于国家对破产的控制和垄断,破产制度进入门槛高、当事人使用制度成本高,因此导致对破产制度的需求低。另一方面,国家对执行制度大力投入,使得执行程序进入门槛低、效率相对较高,并且许多协调和组织及制度运行的成本由法院承担而不是由当事人承担。这些特点大大降低了当事人使用执行程序的成本,刺激了当事人通过执行程序解决事实上是破产问题的动机。参见唐应茂:《为什么执行程序处理破产问题?》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2008年第6期,第253页。

其二，清偿能力限制。即债务人财产不足以清偿全部债务。^⑮ 作此限制要求，与我国参与分配的价值功能有关，即主要是与破产制度分化配合，以求实现债权的公平受偿。换言之，如果债务人除了执行财产外，还有其他财产足以清偿其全部债务，则执行债权人可就该财产受偿，其他债权人也可另行申请强制执行，并无实行参与分配之必要。这里所谓“债务人财产不足以清偿全部债务”，即债务人的全部财产或者主要财产被法院查封、扣押或冻结，已无其他财产可供执行，或者其他财产不足清偿全部债务。其中，“无其他财产可供执行”，是指除了被法院采取强制执行措施的财产之外，债务人已无其他财产，此时其他债权人如果不申请参与分配，其债权将没有受偿的可能。所谓“其他财产不足清偿全部债务”，是指除了已被采取强制执行措施的财产以外，债务人虽有其他财产，但不足以清偿。

其三，财产支配限制。即债务人的全部或主要财产已被法院查封、扣押或冻结。参与分配中的“参与”，是指参加到已经开始的强制执行程序中，而所谓“分配”，则是指就债务人财产的执行所得进行比例清偿。因此，参与分配的启动，必须有先行的强制执行程序存在。相反，如果法院还未采取强制执行措施，被执行人的财产尚未被法院控制，则其他债权人无从“参与”，只能请求法院启动强制执行程序。

（三）债权

以执行依据所载债权的性质为标准，强制执行可分为金钱债权的执行与非金钱债权的执行。参与分配既然是就执行所得金额在数个债权人间按比例公平受偿，故只有多个执行根据均以金钱给付为内容，才能予以适用。^⑯ 而对于非金钱债权（即物之交付请求权和行为请求权）的执行，虽然不能排除有数个债权人请求竞合的可能，但由于其债权具有独占（排他）性，不能按比例进行公平分配，不能适用参与分配。^⑰

《执行规定》第90条将参与分配的债权人范围限定为“已经取得金钱债权执行依据的其他债权人”，排除已经起诉但尚未取得执行依据的债权人申请参与分配。理由在于，强制执行程序系为满足有执行依据的债权而设。未取得执行依据的债权人，因申请强制执行的条件尚未具备，不应有权直接参与到执行程序中，享受与执行债权人一样的待遇。而且，在未经诉讼程序确认的情况下，债权人与债务人之间往往存在着债权债务关系的争议，这种争议在参与分配程序中解决会减损程序保障，也与执行机构的职责不符。另外，如果出现执行债权在查封财产之外获得清偿满足，或有其他原因而撤销执行申请时，该强制执行程序就应当终结，此时，没有执行依据的债权人就失去了再利用这一程序的法律理由。^⑱

笔者认为，《执行规定》将参与分配限于已取得执行依据的债权，可体现参与分配与破产清偿在制度功能上的区别，从程序价值角度而言，这样的规定显然是值得肯定的。问题是，在我国当前

^⑮ 德国、日本法上不以此为条件，在其制度体系中，参与分配的本质在于利用同一执行程序清偿多个执行债权，节约执行成本，因此不论债务人是否资不抵债，其他债权人均可申请参与分配。

^⑯ 台湾地区“强制执行法”原将参与分配列于总则章，后为避免引起非金钱债权的执行也可以适用的误会，于1996年修正时改列为第二章“关于金钱请求权之执行”第一节。

^⑰ 当然，如果此类请求权在执行中转化为金钱债权的，其他债权人也可参与分配。例如，执行依据中要求债务人完成的行为是可以替代完成的行为时，如果该行为是由第三人代为履行的，应当由债务人向第三人支付代为履行的费用，此时对行为请求权的强制执行就转变为对金钱债权的强制执行。

^⑱ 参见注⑬，第286页。

采有限破产主义的背景下,只允许已取得执行依据的债权人申请参与分配,确有不能保护所有债权人合法权益之嫌。比如,在作为被执行人的公民或其他组织事实上已经资不抵债,无力清偿所有债务的情况下,已取得执行依据的债权人通过参与分配,就债务人的财产执行获得全部或部分清偿。其他未参与分配的债权虽可向债务人继续主张清偿,但此时债务人往往已无其他可供执行的财产,故其债权也就无法得到有效保护。而这显然有违债权平等的原则。^①反之,如果在被执行人资不抵债时,法律允许所有债权人均可参加到执行程序中来获得清偿,则在事实上赋予非法人民事主体以破产能力,使参与分配成为破产制度的补充,丧失其本身独立的价值与功能。况且,如果对无执行依据的债权参与分配不加以禁止,极易出现被执行人与他人串通伪造假债权申请参与分配,从而损害真正债权人利益的情况。就此看来,在我国现行法律体系框架下,申请参与分配的债权范围,无论作何种规定都有其弊端。

从国外立法例来看,有的国家和地区只允许有执行依据的债权参与分配,如英国、美国、德国等;^②而有的国家则将无执行依据的债权也纳入参与分配的范围,如法国、意大利和日本等。^③考察此种立法政策上的区别,实际上与各国所采破产主义直接相关:在一般破产主义立法模式下,所有债权人均可通过破产程序实现受偿,故要求参与分配债权人取得执行依据,不致影响公平,还能凸显参与分配的制度价值;而在采有限破产主义的国家,为求公平实现所有债权,只能在个别执行时放宽参与分配资格,即不要求债权人有执行依据。反观我国的规则设计,恰恰与此制度逻辑相悖,造成了参与分配与破产程序在功能上的错位。因此有必要从立法设计入手,重新调整参与分配与破产及其他相关法律制度的关系。

另外,如果执行依据确定的债权附有期限,在该债权未届清偿期时,是否可以参与分配?对此,《日本民事执行法》持肯定立场,其第88条第1款规定,规定的期限未到来的债权,分配时可视为偿还期已到来。^④但在台湾地区,理论与实务界均持否定意见,理由是:“盖执行名义附有期限者,需期限届至始得开始强制执行。期限未届至之执行名义既不许强制执行,如反许参与分配,将有失均衡。”^⑤笔者认为,执行依据所载附期限之债权虽因期限尚未届至不得申请执行,但其存在已确定无疑,因此,在债务人期限利益与债权人权利实现之间,宜以后者为要,可比照《执行规定》第93条规定的有担保物权或优先权之债权,允许其参与分配,更为合理。

三、如何实行参与分配

作为一项执行债务清偿机制,参与分配处理的是各方当事人的利益分配问题,因此在实体法与

^① 参见江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第874页。

^② 如《德国民事诉讼法》第704条规定,强制执行须根据确定的终局判决或宣告假执行的终局判决而实施。参见谢怀拭译:《德意志联邦共和国民事诉讼法》(2000年版),中国法制出版社2001年版,第183页。

^③ 如《日本民事执行法》第51条规定,对不动产的执行中,持有实施强制执行的债务名义正本的债权人,在强制拍卖开始决定的扣押登记后假扣押登记的债权人,以及法律规定的文书证明其具有一般先取特权的债权人,均可以提出分配要求。参见白绿铨译:《日本民事执行法》,《强制执行指导与参考》(总第3辑),法律出版社2003年版,第352页。

^④ 参见注②,第353页。

^⑤ 同注②,第488页。

程序法上均有诸多限制。其中尤为重要的，莫过于申请期日、分配顺位以及分配程序。因为期日直接影响参与分配的资格，而顺位则关涉债权受偿的可能，至于程序，更是债务清偿合法性的必要保障。

（一）申请期日

其他债权人应于何时提出申请，才能参与到执行分配程序中？此为申请参与分配的期间问题，如何确定该期间，对当事人利益影响至深。

其他国家(地区)对于其他债权人申请参与分配的时间规定各不相同。如《日本民事执行法》第140条规定，在动产执行的场合，申请参与分配限于卖得金在执行官接受其交付之前；对于扣押的现金，限于扣押之前；对于票据等支付金限于在接受其支付之前。这意味着在查封的同时，分配要求的终期立即届满。而在台湾地区，考虑到金钱债权的执行，执行标的须变价为金钱，因此，为保护申请执行的债权人利益，避免纠纷，“强制执行法”第32条第1款对于其他债权人申请参与分配时间设有一定限制，即应于“标的物拍卖、变卖终结或依法交债权人承受之日一日前”为之，执行标的不经拍卖或变卖的，应“于当次分配表作成之日一日前”为之。^②

在我国，关于其他债权人申请参与分配的时间，《执行规定》第90条规定为“全部或主要财产已被查封、扣押或冻结，被执行人的财产被执行完毕前”。

就起始日而言，申请参与分配只能在执行程序开始后提出。这是因为，“参与分配系简便利用他人之执行程序，请求就执行价金公平受偿制度，故必须执行程序开始后，始有参与分配之可言。”^③一般来说，所谓“执行程序开始后”，是指法院受理执行申请并立案执行，但是按照《执行规定》第90条的精神，申请参与分配应在法院对被执行人的全部或主要财产采取执行措施后。因此，只有在法院查封、扣押或冻结债务人的财产后，其他债权人申请参与分配才有意义。

至于申请参与分配的截止日，则更加复杂。比如，“执行完毕”是指被执行人财产被拍卖、变卖或者其他处分措施终结前，还是指该财产被用于清偿或清偿完毕前？如果解释为前者，则被执行人的财产被拍卖或变卖后，其他债权人就不得再申请参与分配，但此时该财产仅价值形态发生变化，故而应无理由阻止其他债权人申请参与分配。如果将其解释为后者，那么由于实施清偿一般都有一个过程，一旦在此过程中有其他债权人提出参与分配申请，则法院只好重新调整分配比例，并重新制作分配方案，以此类推，就会出现不断修改分配方案的情况，操作过程不胜其烦。

笔者认为，为使该截止期日更加明确，以减少实务中的争议，同时在强制执行效率与债权平等保护之间保持合理的平衡，应区别不同情形予以界定：若执行标的物为货币类财产，以该财产扣划至法院账户之日作为截止日；若执行标的物为非货币类财产，需对该财产予以拍卖、变卖或以其他方式变价的，则以拍卖、变卖成交之日或裁定以物抵债之日作为申请参与分配的截止日。理由在于，强制执行毕竟为个别清偿程序，被执行人货币财产一经扣划，申请执行人的债权理论上即获得实现，此时并无理由坐等其他债权人申请参与分配；至于其他须拍卖、变卖予以变价的财产，司法

^② 1996年修正前的“强制执行法”第32条第1款原规定，“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。”依此，参与分配以拍卖或变卖终结的时间为决定是否合法的基准点，但该时点与参与分配申请提出的时间，孰先孰后实际上难以认定，易生弊端。为此，1996年修正改为按“日”计算，并以拍卖、变卖终结或依法交债权人承受之日一日前为基准点。参见杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社2002年版，第259页。

^③ 同注②，第498页。

解释规定了公告程序,^{②⑥}借此其他债权人可周知相关事实,及时行使权利。不过,对于有优先权或担保物权的债权,因其可优先于一般债权而受清偿,法院应依职权将其列入分配,故不受参与分配申请期日的限制。

(二) 清偿顺位

参与分配的核心问题,在于以何种原则及顺序进行分配。《执行规定》第94条规定,参与分配案件中可供执行的财产,在对享有优先权、担保物权的债权人依照法律规定的顺序优先受偿后,按照各债权额的比例进行分配。上述规定明确了参与分配中优先清偿享有优先权和担保物权的债权,其余普通债权按比例平等分配的基本原则。综合相关法律、司法解释的规定,参与分配的债权顺位如下:

(1) 执行费用。立法均将执行费用作为第一顺位优先予以支付。“盖如无此项费用之支出,强制执行即不能开始或续行也。”^{②⑦}如不优先予以扣除,仅当作一般债权平等受偿,将有可能导致债权人分得额不足抵缴执行费用的情形,这种执行不仅无益,而且不公平。这些费用主要包括法院因强制执行支出的费用,申请执行人因申请强制执行支出的费用,以及其他债权人因申请参与分配而预先缴纳的执行费等。“其他为债权人共同利益而支出之费用,不以本案执行程序中支出者为限,其为保存执行标的物之财产,在其他程序所支出之费用,亦属之。”^{②⑧}

(2) 劳动债权。即被执行人基于劳动关系应向员工支付的各项费用,主要包括:①工资;②养老保险金、失业保险金、工伤保险金和医疗保险金等社会保险费用;③解除劳动合同的补偿金、赔偿金。尽管上述劳动债权在性质上仍然属于民法上的普通债权,但考虑到“工资是劳力之报酬,是劳工生活之依赖”^{②⑨},各国立法大都从保护劳动者权益出发,将其列为法定优先权予以特别保护。我国关于劳动债权优先受偿的规定,散见于《企业破产法》、《合伙企业法》等法律中。^③

(3) 法定优先权。即债权人基于法律的直接规定而享有的就债务人的总财产或特定动产、不动产的变价款优先受偿的权利。主要包括:其一,船舶优先权、航空器优先权。前者系指海事请求人对海事船舶具有优先于船舶留置权、船舶抵押权受偿的权利(《海商法》第21条、第22条和第25条);后者的基本原理与船舶优先权一致(《民用航空法》第22条)。其二,建设工程优先权。这是《合同法》第286条确立的一项优先权。依最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的规定,法院在执行中应按照《合同法》第286条,认定建筑工程款优先于抵押权和其他债权受偿。建筑工程款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,不包括承包人因发包人违约所造成的损失。其三,划拨土地出让金。《城市房地产管理法》第50条、《担保法》第56条规定,设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的,依法拍卖该房地产后,应当从拍卖所得价款中缴纳相当于土地使用权出让金的款额后,抵押权人方可优先受偿。

^{②⑥} 参见最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第11条、第12条、第28条。

^{②⑦} 同注①,第291页。

^{②⑧} 同注①,第291页。

^{②⑨} 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第308页。

^③ 《企业破产法》第113条规定,破产财产优先拨付破产费用和共益债务后,第一顺位清偿破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金。《合伙企业法》第89条规定,合伙企业财产在支付清算费用后,合伙企业所欠职工工资、社会保险费用、法定补偿金优先于所欠税款、合伙企业债务清偿。

(4) 被执行人所欠税款。税收是国家财政收入的主要来源，也是满足公众需要的重要基础，具有很强的公益性，故各国立法均确立了税收优先权。《税收征收管理法》第45条规定，税收优先于无担保债权，法律另有规定的除外。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，税收应当优先于抵押权、质押权、留置权所担保的债权。这里所谓“法律另有规定”，即指前述执行费用、劳动债权等。

(5) 有财产担保的债权。依物权法的规定，债权人在债务人财产上设定抵押权、质押权、留置权等担保物权，可就该财产行使优先受偿权。如对同一物设有数个担保物权时，在先设置的优先于后设置的担保物权。就不动产而言，原则上依抵押权登记顺位确定其分配次序，但同一不动产上有设定抵押权及法定抵押权存在时，其顺位以各抵押权成立生效的先后为次序。就动产而言，其上设定的若干抵押权、质押权或留置权，原则上登记的依登记时间先后，没有登记的依成立时间先后，确定其优先受偿的顺位。^③

(6) 申请执行人以及申请参与分配的其他债权人的一般债权。执行变价款支付完毕上述费用及债权后，其余额用于清偿普通债权。普通债权人多数时，不论执行债权人或申请参与分配的其他债权人，均按其债权额所占比例平等分配。

《执行规定》第88条第1款规定：“多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行，各债权人对执行标的物均无担保物权的，按执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。”这一规定是否赋予了在先申请查封的债权优先于其他普通债权受偿的地位？实务中对此有争议。事实上，依据解释，《执行规定》第88条第1款确立的查封优先权并非绝对的、彻底的优先权——在正常情况下（被执行人财产足以清偿时）有优先权，在参与分配和破产时则丧失了这种权利。它是一种有限的或有条件的优先权，类似于英美而非德国的制度。^④ 鉴于其适用前提为被执行人财产足以清偿全部债务，故承认之并不致影响各债权人在实质上的平等受偿。

不可否认，较之其他债权人，在先申请查封的债权人确实付出了更多的时间、金钱和精力，尤其是在我国，财产保全措施的适用比较严格，在先采取保全措施的债权人往往承担着较大的风险。而他们申请保全的目的在于保障自身权益，而并非全体债权人的利益。如果在参与分配中完全坚持平等主义，一概否认查封优先权，势必会打击债权人查找、控制被执行人财产的积极性。故此，法律应当探寻一种在平等主义基础上，对在先查封的债权人给予一定优惠的制度。^⑤ 基于上述考虑，最高人民法院在起草关于参与分配的司法解释时，提出了一种折中路线，即在对普通债权人原则上实行平等主义的前提下，进一步平衡在先查封的债权人与随后加入的债权人之间的利益，给予在先

^③ 但需注意的是，因担保物权竞存形态的多样性及复杂性，其效力顺位也有不同的例外规则。比如在同一标的物上有留置权与抵押权、质押权竞存时，留置权尽管成立在后，但留置权人因直接占有标的物而在分配时得优先受偿，等等。关于担保物权竞存的顺位排序及效力规则，参见刘保玉：《论担保物权的竞存》，《中国法学》1999年第2期，第82页。

^④ 参见注①，第282页。

^⑤ 其他立法例也有类似的做法。加拿大阿尔伯塔省（Alberta）及纽芬兰省（Newfoundland）在20世纪90年代修订强制执行法时，设立了分配阶梯确立财产分配的先后顺序，其中，首先提起执行（因其申请而形成分配资金）的债权人不超过2万加元的债权，在扣除共益费用及优先债权后，如分配资金余额超过1.5万加元，则从中分配其债权的15%。先申请人未受清偿的余额部分，与其他参与分配的债权按比例分配。参见黄龙：《加拿大强制执行程序中的参与分配制度及其启示》，《强制执行指导与参考》（总第14辑），法律出版社2006年版，第243-244页。

查封的债权人一定的补偿或优惠。^④

(三) 分配程序

根据现行法和司法解释的相关规定,并结合强制执行基本原理,执行中实行参与分配一般遵循以下程序:

1. 提出分配申请

其他债权人欲参加已经开始的执行程序,并要求分配被执行财产,必须依法向法院提出书面申请。^⑤ 申请人提交的申请除应附有执行依据外,还需提供被执行人不能清偿所有债务的必要证据,以说明参与分配的理由。但是,对于担保物权所指向的标的物,经一般债权人申请强制执行,担保物权人以其债权申请参与分配的,因其性质系就标的物拍卖款主张优先受偿,故担保物权人只需提出担保物权及主债权的证明,毋庸释明债务人无其他财产可供执行。^⑥

2. 审查分配债权

法院收到其他债权人的参与分配申请后,首先应查明该申请是否符合规定的要求。对于不符合要求的,可以责令其限期补正,逾期不补正的,驳回其申请。对于申请参与分配的债权并非金钱债权,或未在规定时间内提出申请的,应予以驳回。法院经审查,认为申请符合参与分配条件的,应准许其他债权人参与分配并通知其他债权人和被执行人允许其在分配方案作成之前,提起确认债权不存在之诉或采取其他必要措施,以避免分配的拖延。^⑦

3. 制作分配方案

执行法院明确可供清偿财产和可受分配债权范围后,应当制作分配方案,用以确定各债权人就执行所得应受清偿的份额。《执行解释》第 25 条要求“多个债权人对同一被执行人申请执行或者对执行财产申请参与分配的,执行法院应当制作财产分配方案,并送达各债权人和被执行人。”依此,解释上可认为,只要有数个债权人对同一债务人主张债权,都要制作分配方案,而不论执行所得是否足以清偿各个债权人的全部债权。^⑧

分配方案作成后,执行法院应当指定一个分配日期,并将分配方案副本交付被执行人及各债权人,或放置于执行法院供其查阅,以便当事人了解分配方案的内容,有机会提出异议。应当注意的

^④ 最高人民法院《关于执行程序中多个债权人参与分配问题的若干规定》(征求意见稿)第 10 条第 1 款第三项规定,首先采取查封、扣押或冻结措施的,在其债权总额的范围内,优先分配该措施所控制的资产的变价款的 20%。参见《人民法院报》,2004 年 7 月 16 日。

^⑤ 依《执行规定》第 92 条规定,债权人申请参与分配,应当向其原申请执行法院提交参与分配申请书。故接受债权人参与分配申请的法院是“其原申请执行法院”。该法院在接到申请后,应当转交给主持分配的法院。问题是,有的债权人虽已取得执行依据,但尚未向法院申请强制执行且未逾申请执行时效,此时,依民事诉讼法及《执行规定》的规定,可能有多个法院享有执行管辖权,当事人可选择申请,则应当如何认定“其原申请执行法院”?笔者认为,这里不应拘泥于该规定,其他债权人可直接向主持分配的法院提交参与分配申请,否则要求其他债权人先行向有管辖权的法院申请执行,待立案后再由该申请执行法院向主持分配的法院转交参与分配申请,程序上徒增繁琐,也可能因时间拖延导致其他债权人申请参与分配逾期,损害其利益。

^⑥ 但抵押物拍卖款,不足清偿抵押债权,抵押权人欲以不足部分,就债务人的其他财产受偿的,因不足部分的债权,属一般债权,应依一般债权参与分配的规定办理。

^⑦ 参见注⑤,第 280 页。

^⑧ 就强制执行所得有数个债权人需要受偿时,执行法院是否应当制作分配方案,有不同的规定。依《日本民事执行法》,只有在对债务人的执行所得不能清偿数个债权人的全部债权和执行费用,且债权人对于执行所得的分配达不成协议时,执行法院才有必要制作分配方案。台湾地区“强制执行法”第 31 条前段规定,“因强制执行所得之金额,如有多数债权人参与分配时,执行法院应作成分配表。”依文义解释,似乎只要有数个债权人对同一债务人主张债权,都须制作分配表,不论执行所得是否足以清偿各个债权人的全部债权。但大多学者认为,如强制执行所得金额,足以满足各债权人的债权时,执行法院应将执行金额,依各债权人的债权额交付债权人,无需制作分配表实施分配。参见注④,第 512 页;注⑤,第 290 页。

是：其一，该分配日期至少应在分配方案作成之日 15 天以后。因为，依照《执行解释》第 25 条、第 26 条的规定，债权人收到执行法院交付的分配方案后，可对该方案提出异议，异议期为 15 日。其二，鉴于民事执行以实现私权为目的，有权请求查阅分配方案及相关资料的人，应仅限于被执行人及各债权人，第三人不得任意查阅。

4. 交付分配金额

一般来说，执行法院交付分配方案副本后，债权人和被执行人在分配日前未提出异议的，执行法院应根据该分配方案进行分配，将分配金额支付各债权人。如果有债权人或被执行人在分配日前对分配方案提出异议，执行法院应通知其他债权人或被执行人。其他债权人或被执行人对该异议表示反对的，依照分配方案异议及异议之诉处理；不表示反对的，则应更正分配方案，并按更正后的方案进行分配。实施分配时，应当作成分配笔录，记明实施分配情况后入卷，以备查阅。

四、参与分配如何救济

（一）参与分配救济体系

强制执行救济，有程序上的救济（执行异议）和实体上的救济（异议之诉）之分。具体到参与分配程序中，对于法院所作的程序性执行行为，当事人应依执行异议的方式予以救济，自不待言；而对于债权人、债务人之间的争执，因涉及实体权利分配，则必须以异议之诉的途径加以解决。只是这种救济程序，又因参与分配的要件不同而设计各异。在准许无执行依据债权人参与分配的立法例中，就该债权人的参与分配资格，法律设有参与分配异议和参与分配异议之诉：前者是债务人、已申请执行或已参与分配的债权人，对于无执行依据债权人参与分配的申请表示不同意，并产生排除该债权人参与分配的效力；后者则是申请参与分配的无执行依据债权人，认为否认其债权的理由不成立，以对其申请提出异议的人为被告，请求法院判决准许其参与分配的诉讼。^{③⑨}而在只许有执行依据债权人参与分配的立法例中，虽然不存在前述对参与分配主体资格的异议，但也可能发生对分配债权、分配顺序、分配比例及金额等事项的争议，故立法上设置分配方案异议和分配方案异议之诉，用以解决债权是否存在、金额范围以及优先次序等实体争执。

台湾地区“强制执行法”的立法变迁充分体现了上述两种模式的差异。在 1996 年修法之前，“强制执行法”允许无执行依据的债权人申请参与分配，故规定了参与分配异议和参与分配异议之诉，“无执行名义之债权人声明参与分配，债务人可提出异议，声明人如仍欲参与分配，须提起参与分配异议之诉解决。”^{④⑩}后“强制执行法”经修正，不许无执行依据的债权人申请参与分配，故为简化程序，删除了参与分配异议和分配异议之诉的规定，并对分配表异议与分配表异议之诉进行改造。^{④⑪}分配表即分配方案，是关于债权金额的计算及分配次序的内容安排。债权人或债务人如不

^{③⑨} 参见注⑩，第 327 页。

^{④⑩} 同注⑤，第 296 页。

^{④⑪} 台湾地区“强制执行法”于 1996 年修正前，实务上认为分配表异议的事由，仅限于分配表金额计算及分配次序，而不包括债权不存在异议在内。但分配表异议系解决分配表上债权的实体争执，而债权是否存在，尤为实体争执的重心。故于 1996 年修正时，将原第 39 条修改为“……对于分配表所载各债权人之债权或分配金额有不同意见者，……声明异议。”

同意分配表所载各债权人的债权、应受分配金额或者分配次序,要求予以补救或重新作出分配表,应允许其对分配表提出异议。其他债权人或债务人经法院征询意见不表示反对的,则执行法院依异议人的意见将分配表更正即可,该异议也就不复存在。如果因其他债权人或债务人有反对陈述,异议人与作出反对陈述的债权人或债务人之间,就产生了关于异议的争议。因该争议涉及当事人的实体权益,执行机构不宜直接处理,异议人应另行提起分配表异议之诉。

在我国,参与分配须取得金钱债权执行依据,故对债权人和债务人而言,在申请阶段一般不存在对参与分配主体资格的争议。至于那些尚未取得执行依据的有优先权和担保物权的债权人申请参与分配,系执行法院依职权审查确认其资格,也不需要征求各债权人和债务人的意见。只是进入分配阶段尤其是制作分配方案后,债权人或债务人对分配方案所确定的债权是否存在,数额多少,受偿顺序等问题难免会产生异议。这种异议不单纯是一种程序上的异议,而涉及到实体争议,因此,应当通过诉讼程序解决。但是诉讼程序毕竟较为繁琐,如果所有的争议都直接进入诉讼,将导致参与分配程序过于复杂。^②为此,《执行解释》采取了较为灵活的处理模式,即通过设定分配阶段的参与分配方案异议(第25条)与参与分配方案异议之诉(第26条),吸收了申请阶段的参与分配异议与参与分配异议之诉,从而在制度上实现简约化处理。

(二) 分配方案异议

分配方案异议,是指债权人或被执行人在分配期日前,向执行法院提出不同意分配方案并要求更正的意见。《执行解释》第25条后段规定,债权人或者被执行人对分配方案有异议的,应当自收到分配方案之日起15日内提出。此处司法解释将参与分配异议主体限于债权人和被执行人,理由在于,分配方案确定债权如何分配,直接涉及债权人利益,故债权人当然可以提出异议;^③同时,分配执行所得金额,将使债权债务在分配范围内一同消灭,分配正确与否,被执行人也有利害关系,应当允许其提出异议。^④至于案外人,虽然可能因法院制定分配方案受有权利侵害,如财产被法院误作被执行人财产编入分配方案,但此时系《民事诉讼法》第227条案外人异议(之诉)制度所解决的问题,无需分配方案异议来加以救济。

在学理上,分配方案异议有广义和狭义之分,前者兼指实体上异议和程序上异议,后者仅指实体上之异议,即“债权人或债务人对于分配表所载各债权人之债权是否存在或分配金额不同意,而向执行法院声明异议而言”。^⑤根据《执行解释》第25条的规定,债权人或被执行人对分配方案提出异议,目的在于阻止分配方案的确定,并请求予以更正,调整分配份额,故应仅指实体上异议。对于执行法院制作分配方案的方法或程序存在违法的情形,如未在法定期限内送达当事人,未按规定程序编制分配方案等,系执行行为违反有关程序性规定,不涉及实体问题的争议,应适用《民事

^② 参见俞灵雨、王飞鸿、赵晋山:“《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》的理解与运用”,《执行工作指导》(总第33辑),人民法院出版社2010年版,第71页。

^③ 但债权人提出分配方案异议,须以主张增加自己的分配额为前提。“如主张他债权人应减少分配份额,但自己之分配额并不增加者,则并无对分配方案异议之利益。例如第一顺位抵押权人之债权已列入优先分配,纵认第二顺位抵押权人之债权并不存在,则因第二顺位抵押债权纵被删除,亦不影响第一顺位之抵押债权,故第一顺位抵押之债权人不得对分配方案主张异议。”同注②,第515页。

^④ 台湾地区“强制执行法”原第39条规定,“债权人对于分配表……声明异议。”故实务上认为债务人不得对分配表异议。后考虑到如何分配不仅关系债权人之间的利益,也攸关债务人的利益,于是在1996年修正时,明定债务人也可对分配表异议。但债务人如仅对分配表上债权人间分配次序有所争执,则因该争执仅债权人间有利害关系,债务人并非利害关系人,自不得以此为理由,对分配表异议。参见注②,第515-516页。

^⑤ 同注②,杨与龄书,第296页。

诉讼法》第225条的规定提出执行异议，而非按分配方案异议处理。^{④⑥}

《执行解释》第26条第1款规定，债权人或者被执行人对分配方案提出异议的，法院应当通知未提出异议的债权人或被执行人。此处司法解释未明确法院的审查责任，在文义上，似乎异议一经提出，法院即应通知其他债权人或被执行人，而无论该异议是否合法、理由是否正当。实际上，法院作为分配方案的制作机关，显然不能全然无视异议的内容及理由，尤其对是否符合前述条件须作判断，故应解释为法院仍有审查之责。法院经审查认为符合条件的，才通知未提出异议的其他债权人或被执行人。其他债权人或被执行人自收到通知之日起15日内未提出反对意见的，法院应依异议意见对分配方案进行修正，并在修正后实行分配。其他债权人或被执行人收到通知后提出反对意见的，法院应通知异议人，并暂停分配有异议部分。如果异议人在15日内提起诉讼，则法院予以提存，待异议之诉判决确定后另行处理；如果异议人在15日内未起诉，则按原分配方案进行分配。

对于异议理由明显不当的，法院应如何处理？现行司法解释未作规定。台湾地区学界对此有不同见解，有观点认为，此时宜询问其他债权人的意见，如其他债权人不表示反对，不妨对分配方案进行更正。因为债务人财产卖得价金如何分配，在全体债权人意思达成一致后，无需强行干涉。^{④⑦}也有观点认为，分配方案异议为多数债权人相互间的关系，且属实体上问题，执行法院无认定之权。即使认为异议并非正当，除到场的债权人同意更正外，也仅能就无异议部分进行分配，不得裁定驳回异议。^{④⑧}依笔者之见，参与分配方案虽然仅为分配债权受偿所作的安排，但并非与债务人利益无关，若仅依债权人意思自治而对明显不当的异议不予置评，显然有违公平的要求。实际上，如果执行法院认为异议理由不成立的，足以表明原分配方案并无不当，应当予以维持，此时仅需裁定驳回异议即可，毋庸征询其他债权人的意见。异议人如果坚持己见，可另行提起分配方案异议之诉加以解决。

需要讨论的是，如果债权人或被执行人有合法的异议事由，但未在法定期间内提出异议，或提出异议后又撤回的，在法院按照分配方案实施分配后，能否依不当得利的规定主张分配不合法，并请求已受领分配的债权人返还分配所得？肯定说主张，债务人或债权人未提出异议，仅同意依分配方案进行分配，并非承认受领分配的债权人享有实体法上的权利，也非放弃不当得利返还请求权。^{④⑨}否定说认为，法律既已赋予当事人提出异议的机会，而其不利用该机会主张异议，应视为同意该分配，故受领人依分配方案受领分得金额，有“法律上之原因”，他人事后不得再依不当得利请求返还。^{⑤⑩}笔者赞同肯定说，理由是，正如学者所指出，在没有足够充分且正当理由的前提下，不得主张限制民事主体的自由，^{⑤⑪}对私权的限制也应如是。既然法律并未规定当事人未提出异议即产生失权效果，故其未提出异议，虽然不能阻止法院依原方案进行分配，但并不丧失不当得利返还请求权。尤其在被执行人未异议，而债权人超出其应有的债权额而受领分配，则被执行人对于超出执行

^{④⑥} 参见注④，第72页。

^{④⑦} 参见汪伟成：《强制执行法实用》，三民书局1978年版，第163页。

^{④⑧} 参见注⑧，第518页。

^{④⑨} 此为学界之通说。参见注①，第301页；注⑧，第519页；注⑤，第300页。

^{⑤⑩} 此外还有折中说，主张得否依不当得利请求返还，应当区分优先债权或一般债权而定：对于有优先受偿权的债权，即使其未依法提出异议，仍得于嗣后请求返还不当得利；而对于一般债权，应完全通过分配方案异议以及分配方案异议之诉来解决争议，否则不得于事后请求返还不当得利。

^{⑤⑪} 具体论证，参见王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，《中国社会科学》2004年第6期，第104页。

依据的债权额,当然可以请求返还不当得利。

(三) 分配方案异议之诉

债权人或者被执行人对分配方案提出异议后,如果其他债权人或被执行人对该异议提出反对意见,依《执行解释》第26条的规定,异议人可以其他债权人、被执行人为被告向执行法院提起诉讼,此即参与分配异议之诉。若其他债权人和被执行人都提出反对意见,不论反对意见的理由是否同一,因对原告的分配金额须有一致判决,故均应列为共同被告。为避免执行程序久拖不决,《执行解释》第26条第2款规定分配方案异议之诉应“自收到通知之日起十五日内”提起。根据该款后段关于“异议人逾期未提起诉讼的,执行法院依原分配方案进行分配”的规定,可解释为异议人如逾期起诉,仅发生不因异议而停止分配的效果,并非指不得另行主张救济。^②

分配方案异议之诉,是以争议债权在实体法上存在或不存在为原因事实,而请求对原分配方案进行更正。当事人不宜将确认实体法律关系直接作为诉讼请求,法院也不得仅将实体法律关系成立与否作为审理对象,而需基于该原因事实来判决维持或修改分配方案。鉴此,德国、日本及台湾地区通说都认为该诉性质上属于形成之诉,诉讼标的为原告主张分配方案所载分配额与实体法规定不符,也即对分配方案的异议权。^③但是,形成之诉说无法避免当事人就实体法律关系另行起诉,导致前后裁判矛盾,故又有新形成之诉说,认为实体法律关系是异议之诉判决的先决条件,依争点效理论,^④当事人不得再以之作为诉讼标的另行起诉。据此,宜认为该诉是以当事人间的实体法律关系为诉讼标的,原告对于分配方案的异议权,系原告实体权利所产生的作用。^⑤

法院经审理,认为起诉理由不成立的,应当判决予以驳回,并依原方案进行分配。认为起诉理由成立或部分成立的,应判决更正分配方案中有争执的金额或分配次序,并按照更正后的分配方案进行分配。^⑥有疑问的是,如果判决确定异议成立,异议债权不得参与分配,那么原分配方案中该债权人的受偿额是由全体债权人享有,还是用于优先清偿胜诉的异议人的债权?就此,实务中有主张“优先受偿说”,认为在异议之诉中,原告为了证明自己的主张,花费了大量的精力,如果允许其他债权人也参与分配该部分,那就属于变相鼓励“搭便车”行为,不劳而获地分享胜诉异议人付出相当时间、精力以及金钱后所得的利益,以形式上的平等掩盖事实上的不平等。^⑦《合同法》第73条、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》下称《合同

^② 关于提起参与分配异议之诉的期间的性质,台湾学者多有争议。有认为系普通法定期间,逾期起诉即为非法,应予驳回。“原告起诉逾期或起诉未逾期而逾期未为起诉之证明者,发生视为撤回异议之效果,执行法院得以裁定驳回异议人之异议,受诉法院亦得以起诉不合法驳回起诉。”参见注①,第305页。有认为系特殊起诉期间,逾期起诉仍为合法。但执行法院如实施分配完毕,则异议之诉就失去其目的,原告应将异议之诉变更为请求返还不当得利之诉。参见陈世荣:《强制执行法论解》,国泰印书馆有限公司1980年版,第443页以下。

^③ 参见注⑧,第521页。

^④ 争点效理论由日本的新堂幸司教授首创,即在前诉中被双方当事人作为主要争点予以争执,而且法院也对该争点进行了审理并作出判断,当同一争点作为主要的先决问题出现在其他后诉请求的审理中时,前诉法院对于该争点作出的判断将产生通用力,这种通用力就是所谓的争点效。依据这种争点效的作用,后诉当事人不能提出违反该判断的主张及举证,同时后诉法院也不能做出与该判断相矛盾的判断。参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第559页。

^⑤ 参见注②,第302页。

^⑥ 如果判决调整分配方案,可能会对其他未提出反对意见的债权人或者被执行人的利益产生影响,则该债权人或被执行人能否再行提起分配方案异议之诉?对此,《执行解释》第25条、第26条未予明确,笔者认为,分配方案异议之诉为形成之诉,既判力具有对世性,易言之,其判决的形成效果不只产生于当事人之间,还对其他债权人或被执行人具有效力。因此,纵使其他债权人或被执行人对判决调整后的分配方案仍有异议,也不得再就该争议部分再次提出异议之诉。

^⑦ 参见楼常青、楼晋:《探微与诠释——关于分配方案异议之诉的实务运作规则》,《执行工作指导》(总第42辑),人民法院出版社2012年版,第155页。

法解释（一）》第20条规定代位权的效果直接归属于代位债权人，似乎也为这一做法提供了法律依据。

笔者认为，既然异议的债权债务关系已被判决确认不存在，则基于债权相对性原理，其法律效果应该直接归属于债务人，而非异议债权人，因为异议人提出异议之诉虽是为了增加自己的受偿额，但并非自己债权的直接满足，而是一种对债务人责任财产的保全，防止可分配财产因不法或不当债权的参与而减损。这与债权人代位诉讼的效力归属原则——“入库规则”基本一致，即代位权行使的效果直接归属于债务人，成为全体债权人的共同担保。^{⑤⑧}《合同法解释（一）》规定由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭，实际上是在金钱债务的场合，借助于抵销制度，使代位权制度发挥了简易的债权回收手段的功能，而非承认代位权的行使效果直接归属于债权人。^{⑤⑨}据此，分配方案异议之诉成立的，应将败诉的债权人从分配方案中排除，将其原受分配的金额，列入应分配的总金额，再按各债权比例平均分配计算，如有余额再交付债务人。

对分配方案提出异议之诉，是以请求更正分配方案为目的，当然有阻止按原分配方案实施的效力。^{⑥⑩}但需讨论的是，该异议之诉是否可以阻止执行程序进行？《执行解释》第26条第3款规定，诉讼期间进行分配的，执行法院应当将与争议债权数额相应的款项予以提存。就此作反对解释，应理解为在异议之诉期间，除争议部分之外，执行程序（包括分配程序）不受影响。如此，执行效率与利益衡平均可获得兼顾。

【主要参考文献】

1. 江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社1999年版。
2. 陈荣宗：《强制执行法》，三民书局2000年版。
3. 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2000年版。
4. 杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社2002年版。
5. 张登科：《强制执行法》，三民书局2010年版。

（责任编辑：肖建国）

^{⑤⑧} 参见〔日〕于保不二雄：《日本民法债权总论》，庄胜荣校订，五南图书出版有限公司1998年版，第166页。

^{⑤⑨} 正如学者所指出，虽然债权人事实上具有优先受偿的效果，但法律上并不当然具有优先受偿权，代位权行使的效果并非直接地归属于债权人，而是借助于抵销制度间接归属于债权人。否则的话，将无异于使债权人代位权转化为债务人债权的法定转移，结果债权人并非以自己的名义行使他人的权利，而是在以自己的名义行使自己的权利，显然有悖于代位权制度的基本含义。参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第388-389页。

^{⑥⑩} 参见注⑤，第306页。

Area Ratio

Xiao Jun, Ph.D. in Law, Associate Professor of Institute of Law of Shanghai Academy of Social Sciences.

Trade Practice and Unfair Competition

FAN Changjun · 84 ·

The decisive criterion for specification of general clause in Anti Unfair Competition Law is the balance of interests. Favorable trade practice can be used as the basis to evaluate the interests balance. The robots exclusion protocol, though acknowledged as current trade practice, fails to coordinate the interest conflicts in search engine industry. Thus it can not be accepted as a favorable trade practice. In order to protect the interests of authors, search engine industry as well as the public, it is suggested that work communicators can not prevent others from searching based on the robot exclusion protocol. However, this kind of searching must be limited to a certain degree. In the lawsuits between Baidu and 360, both sides have conducted unfair competition.

Key Words Trade Practice; Unfair Competition; General Clause; the Robots Exclusion Protocol

Fan Changjun, Ph.D. in Law, Lecturer of Huazhong University of Science and Technology Law School.

On the General Solicitation Rule in Private Equity Crowdfunding

—Also on the Measures of Private Equity Crowdfunding (Draft)

LIU Ming · 95 ·

Fill the information gap between the investor and financier is the basic condition for keeping a well function of the crowdfunding, but the ban on general solicitation in private funding release rules could be a major system bottleneck which will restrict the development of the private equity crowdfunding. The Jumpstart Our Business Startups Act or JOBS Act has lifted ban on general solicitation in private placement release, and chooses the investment and financing qualification rule for risk regulation instead. China could learn such regulatory ideas by setting the safe harbor rule in the publicity behavior, so that the financiers in private equity crowdfunding which have met their verification obligations could publicize to the potential investors.

Key Words Equity Crowdfunding; Private Placement; General Solicitation; JOBS Act

Liu Ming, Ph.D. in Law, Assistant Researcher of Chinese Academy of Social Science Legal Institute.

Participation in Distribution: Analysis and Review

DING Lianghua · 105 ·

In the mode of limited bankruptcy doctrine, participation in distribution system is mainly to make the debtor without bankruptcy capacity to pay off all debts fairly and orderly. Under this objective, our participation in distribution system has its special composition. In order to protect the rights and interests of the parties, the application date, the Ranking of Claims and distribution program must be accurately grasped. When there has been a violation of the rights, parties may claim relief by distribution plan objection and objection lawsuit.

Key Words Participation in Distribution; Money Credit; Limited Bankruptcy Doctrine; Compulsory

Execution

Ding Lianghua, Researcher of Financial Law Research Center of Xiamen University School of Law, Ph.D. Candidate of Renmin University of China law School.

Rethinking about the Validity of Unauthorized Disposition

——also on the Theoretical Basis of Article 3 of the
Judicial Interpretation No. [2012] 8

WU Guangrong · 120 ·

In the Chinese civil law, although the delivery or registration is necessary for the transfer of ownership, the rules of the sales contract in the Chinese Contract Law sufficiently indicate that sales contract not only has the effectiveness to result in debtor-creditor relationship between the parties, but also has the effectiveness to lead to the transfer of the ownership. So there are evidences to derecognize the independence of Property Action in Chinese civil law. Because the rule of unauthorized disposition cannot be abolished, the ownership transfer effectiveness of sales contract is pending when the contract is made by the person who has not authorized disposition. But the rule of unauthorized disposition cannot make any impact on the effectiveness of sales contract to result in debtor-creditor relationship between the parties. In light of this theory, if any party violates the contract, he should burden the responsibility for breach of the contract. In response to the complexity and staging of modern transaction, either the transaction should be distinguished between Property Action and Obligation Action, or the effectiveness of contract should be distinguished to different levels. Under the context of Chinese law, maybe there are alternative approaches to understand the unauthorized disposition rule, which is the theoretical basis of Article 3 of the judicial interpretation No. [2012] 8.

Key Words Unauthorized Disposition; Validity of Contract; Property Action; Sales Contract; Disposal Right

Wu Guangrong, Ph.D. in Law, Associate Professor of National Judges College.

On the Separate Effects of the Legacy in the Areas of Obligation Law and Property Law

ZHUANG Jiayuan · 136 ·

As Article 29 of the Property Law includes inheritance and bequest, it is believed that both bequest and inheritance cause direct transfer in property rights. However, the effectiveness will lead to legatee to bear obligations, thus breaking the features of the pure advantage of grant in the legacy. More importantly, for ensuring the settlement of debts of the decedent, the intricate rules must be added. In addition, the effectiveness of property will lead to changes in patterns of doctrine of wills and break the existing law. Legatees should be given claims of obligations law to bequests from the time, when legators die.

Key Words Bequests; Inheritance; Claims of Obligation; Effectiveness of Property; Liquidation of Debts

Zhuang Jiayuan, Ph.D. in Law, Associate Professor of Shanghai Jiao Tong University Koguan Law School.