

执行价款分配模式转型之辨

陈杭平^{*}

内容提要 《民事强制执行法（草案）》第179条从以平等主义为重心的二元主义转向统一的优先主义，规定普通债权人按照查封财产的先后顺序受偿。据称此条旨在促进强制执行法与破产法的协调互补，突出执行效率理念。然而，我国法制在近代化过程中选择了平等主义而非优先主义，并在改革开放后形成了二元主义。在原理层面，优先主义相对于平等主义，在债权人公平、执行效率、债务人保护、制度协调四个方面均无明显优势。自完成现代主权国家的建构以来，平等主义更契合我国的具体国情与执行体制。从二元主义转向统一的优先主义的时机和条件尚不成熟。现阶段应当对相对平等主义加以完善，形成更好地平衡公平与效率的执行价款分配模式。

关键词 执行价款分配 平等主义 优先主义 群团优先主义

目次

- 一、引言
- 二、我国执行价款分配模式的由来
- 三、平等主义与优先主义的优劣之辨
- 四、我国执行价款分配模式的变革
- 五、结语

^{*} 清华大学法学院副教授，法学博士。

一、引言

2022年6月,《民事强制执行法(草案)》(以下简称《草案》)甫一公布,即受到法学界、司法界及社会公众的广泛关注。相对于现有执行法规范体系,《草案》最具结构性、根本性的变革之一,是执行价款分配模式从以平等主义为重心的二元主义转向统一的优先主义。目前,执行法规范奉行二元主义。具言之,若债务人财产足以清偿全部债权,贯彻优先主义,普通金钱债权人按采取执行措施的先后顺序受偿;若债务人(自然人或非法人组织)财产不足以清偿全部债权,贯彻平等主义,普通金钱债权人按债权额比例受偿。^①二元主义的关键无疑是在债务人财产不足时施行的平等主义。与之相对,《草案》第179条规定,除了涉民生债权、对执行标的享有优先受偿权的债权外,其他债权按照查封的先后顺序受偿,改采统一的优先主义。为与第179条相匹配,《草案》还作出一系列重新安排:(1)取消轮候查封制度,允许重复查封(第110条第1款);(2)废除参与分配制度,改为对特定执行标的物的价款分配(第175条);(3)明令禁止超标的查封(第105条第1款、第147条);(4)规定保全执行转为终局执行后,查封效力回溯至保全之时(第202条第1款、第204条);(5)将执转破程序的适用对象从企业法人扩张至所有债务人(第82条);等等。

据称,《草案》改采优先主义之理由在于“增进本法与破产法的协调互补,突出执行效率理念”,且是建立在“破产法正在修订和自然人破产制度即将建立的背景下”。^②不言而喻,在执行实践中,贯彻平等主义的参与分配制度耗时费力、滋生纠纷,也降低了首封债权人足额受偿的可能性。相反,若普通金钱债权人按照查封顺序受偿,执行法院无需竭力发现债务人可供变价的全部财产,也不必代行破产清算组织的职能,理论上得以更简捷地实施执行。然而,自然人破产制度能否顺利建立尚不可知,且即使相关法律如期颁布并由此确立一般破产主义,也不代表强制执行法非改采优先主义不可,邻国日本即是例证。若只强调执行效率,而不从原理上检视平等主义与优先主义的优劣、论证执行价款分配模式转型之必要及可能,则很难消除部门主义主导立法的质疑。

我国法学界与司法界关注执行价款分配模式由来已久,迄今形成了群团优先主义^③、平等主义原则下首封债权人受优待(适当多分)^④、程序优先主义(不以查封担保

① 若债务人为企业法人,普通债权人通过破产程序按比例受偿。有观点称之为“混合主义”。参见葛行军、刘文涛:《关于执行财产分配的立法思考》,载《法学研究》2001年第2期,第113、119页;江必新主编:《强制执行法理论与实务》,中国法制出版社2014年版,第694-695页。“混合主义”一词不能揭示现有执行价款分配模式的主要特征,且容易让人产生混乱杂合的误解,本文不予采用。

② 参见周强:《关于〈中华人民共和国民事诉讼法(草案)〉的说明》,2022年6月25日在十三届全国人大常委会第三十五次会议上。

③ 参见张永泉:《民事执行程序中“参与分配”的理论与制度构建》,载《苏州大学学报(法学版)》2017年第4期,第122-125页。

④ 参见苏全生:《论我国强制执行之原则》,载《中国法学》1992年第3期,第88页;江必新:《论强制执行单行立法的若干问题——以〈民事诉讼法〉修订为背景》,载《法律适用》2011年第9期,第6页。

物权为基础)^⑤、实体优先主义(以查封担保物权为基础)^⑥等对立的观点。随着《草案》的公布,执行价款分配模式应否转型、如何转型的问题再度浮出水面,亟待理论界与实务界展开论证,形成共识。有鉴于此,本文拟先从法制史的视角揭示现行执行价款分配模式的由来,继而从原理层面比较平等主义与优先主义在债权人公平、执行效率、债务人保护、制度协调(执行与破产之关系)四个方面的优劣,最后立足我国具体国情和制度语境展开分析,提出模式转型的政策建议。

二、我国执行价款分配模式的由来

执行价款分配模式是民事执行的有机组成部分,旨在确定复数金钱债权人在同一债务人之责任财产的变价款中的受偿秩序。我国当下施行的民事执行制度并非本土法律的传统产物。在明清时期,不存在以对物执行为中心的民事执行制度,而是以当事人自力救济为主、地方官府对人执行为辅作为私人债权实现的路径。因程序法制近代化以邻国日本为主要范本,晚清及民国均深受日本当时的法制及理论通说的影响,采用彻底的平等主义。这与走出帝制、走向现代主权国家的历史进程相契合。随着权力、资源不断向国家集中,代表国家积极介入私权实现的平等主义而非放任债权人自力救济的优先主义受到青睐。新中国成立后,尤其是改革开放以来,执行价款分配模式转为二元主义,平等主义的重要性有所降低,但以其为原则形成的独立的参与分配制度,深刻地嵌入民事执行制度框架当中。

(一) 平等主义之兴起

关于明清时期民事执行的总体面貌,受史料匮乏所限,难以得到充分揭示与说明。大体上,州县官处理户婚田土钱债等“细事”时,以言辞说教威吓、“朴责”(杖责、笞刑)、“掌责”(打耳光)、“押”(强行羁押于监狱或替代性设施中)及作为暂定性结论的“堂谕”等为手段,以当事人各方出具“遵依甘结状”为目标。在这种“甘愿”和解的前提下,金钱判决原则上由当事人自愿履行。若债务人交付金钱,由双方当事人向官府提交“缴状”(已交钱)和“领状”(已领钱)等文书;若债务人拒不履行或拖延履行,债权人通常会再次提交诉状,并申请将债务人“押”起来。^⑦州县官对被羁押的债务人科以轻微体罚,迫使其再遵依具结或当堂履行,但几乎不会通过扣押、变价等对物执行方法强制实

^⑤ 参见肖建国:《我国强制执行平等与优先原则论纲》,载《法律科学》1996年第2期,第72-73页;前注①,葛行军、刘文涛文,第120页;肖建国、庄诗岳:《参与分配程序:功能调整与制度重构——以一般破产主义为基点》,载《山东社会科学》2020年第3期,第70页。

^⑥ 参见刘哲玮:《论民事司法查封的效力》,载《国家检察官学院学报》2019年第4期,第150页;马强伟:《论查封债权人的优先受偿地位及其效力限制》,载《法学》2023年第1期,第133页。

^⑦ 寺田浩明『中国法制史』(东京大学出版会,2018年)173-179页参照。

现金钱判决内容。^⑧概言之,民事执行并非地方官府的职责所在,相反主要靠当事人自行落实,具有浓重的自力救济色彩。在此语境下,因不对债务人的财产实施扣押、变价,债权人不能从扣押财产的变价款中受偿,执行价款分配模式无从谈起。

随着清末法制近代化序幕的拉开,以对物执行为中心的民事执行制度逐步建立。被称为我国第一部民事诉讼法学体系书的《民事诉讼法原论》,系该书作者留日期间根据日本学者的讲义及著述编纂而成,于1905年在中日两国印行。该书深受彼时日本法制及理论通说的影响,采用彻底的平等主义^⑨。就其论述而言,一方面主张重复查封禁止,“第一执达吏当然看做受有第二以下者之委任”;另一方面,债权人除了取得确定判决或假扣押命令,主张“据民法债权担保之规定,以债务者之财产为各债权人之共同担保物,可不待何等之判决而亦得要求卖得金之配当”。^⑩换言之,债权人即使未取得执行名义,亦可参与债务人财产变价款的分配。清末修订法律馆聘请日本学者松冈义正编纂的《强制执行律草案》第127条也采用平等主义。不过,松冈氏对于平等主义未尽赞同,认为与优先主义一样“缺点甚多,皆不可用”,并希冀“后来学者,或能创设完全主义,是未可知”。^⑪但是,平等主义在法制上的原则地位已由此奠定。

其后,1920年《民事诉讼执行规则》第46条规定,债权人为数人的,应进行价金分配。第47条规定:“参与分配之债权人,除依现行法例有优先权利者外,均视债权额数平均分配。”1936年通过审读并于1940年施行的《强制执行法》作如下规定:第一,参与分配的普通债权人,按债权额数平均分配(第38条);第二,参与分配的期限较为宽松,例如通过拍卖变价的,在扣押债权人受领价款之前,其他债权人均可申请参与分配(第32条);第三,无执行名义的普通债权人亦可参与分配,只不过由其承担举证责任,而有执行名义的债权人及债务人可以表示异议(第34条第2、3款)。^⑫这种价款分配模式不分债务人性质(法人抑或非法人),不限债务人资力(财产充足抑或不足),不要求债权人取得执行名义,也不严格限制参与期限,贯彻了彻底的平等主义。

清末及民国施行彻底的平等主义,这不仅与法制近代化的具体路径有关,而且在深层次上受到当时历史大变局的牵引。具言之,虽然帝制中国传统具有“大一统”的理念和结构,但实际上,政府只能对无数个“家”为生存而紧张竞争、推来挤去的状态予以确

⑧ See Maura Dykstra, *Beyond the Shadow of the Law: Firm Insolvency, State-Building, and the New Policy Bankruptcy Reform in Late Qing Chongqing*, *Frontier of History in China*, Vol.8:406, p.418-419 (2013).

⑨ 日本1891年实施的旧民事诉讼法在整体上模仿德国法,但对于普通债权人间的清偿顺序,在德国学者的建议下,不采优先主义而采法国法的平等主义。参见前注①,葛行军、刘文涛文,第112页。与此同时,日本法对于不动产的执行,又未同时借鉴法国法的裁判抵押权制度,相对于后者实行更彻底的平等主义。兼子一「日本民事訴訟法に対する仏蘭西法の影響」兼子一編『民事法研究第二卷』(酒井書店,1955年)14頁參照。

⑩ 参见欧阳葆真、朱家璧:《民事诉讼法原论》,李喜莲、谢文哲校,载谢文哲主编:《中国民事诉讼法制百年进程(清末时期·第三卷)》,中国法制出版社2009年版,第241页。

⑪ 参见〔日〕松冈义正:《民事诉讼法》,熊元襄整理,李凤鸣点校,上海人民出版社2013年版,第226-227页。

⑫ 参见郑兢毅:《强制执行法释义》,商务印书馆2014年版,第115、119页。

认,并进行微小的调整。^⑬面对工业革命后的西方列强,虚弱、松散的国家处于全面崩溃乃至沦为殖民地的危险境况,为了实现富国强兵、殖产兴业的目的,权力、资源必须朝着国家的方向集中,以尽快完成现代主权国家的建构。^⑭在此历史背景下,代表国家积极作为的平等主义而非放任债权人自力救济(先到者先得)的优先主义,无疑受到各方面的青睐。诚如有民国学者所言,优先主义“徒以债权人声请查封之先后,定受偿之顺位。往往第一查封债权人,独得实行私权之满足。而第二以下查封债权人,或蒙损失,或竟全无所获。国家保护债权人之私权,厚薄未免悬殊也”^⑮!

(二) 二元主义之确立

在改革开放以前,我国长期缺乏民事执行法规范,贯彻强制执行与说服教育相结合原则,^⑯但在实践中执行价款分配一直以平等主义为主。^⑰改革开放以后,1982年《民事诉讼法(试行)》第180条规定:“被执行人被执行的财产,不能满足所有申请人要求的,按下列顺序清偿:(1)工资、生活费;(2)国家税收;(3)国家银行和信用合作社的贷款;(4)其他债务。不足清偿同一顺序的申请人要求的,按比例分配”。由此,平等主义重返立法。但值得注意的是,与民国时期的立法例相比,第180条悄无声息地重构了执行价款分配模式,并为此后的制度变迁埋下伏笔。要言之,该条将债务人财产不足作为要件嵌入其中,同时默示当债务人财产充足时区别对待,实际上改采二元主义。毋庸置疑,当债务人财产充足时,采用何种原则分配执行价款无关紧要,全体债权人均能得到足额受偿,关键在债务人财产不足以清偿全部债权时的处理。具体说,同一顺位的债权人究竟是按执行的先后顺序受偿、先到者全得而后到者可能一无所获,还是平等受偿、共担亏损?参与起草的学者称,当时参考了域外破产制度,采用平等主义,未获清偿的债权则不再受法律保护。^⑱由此出发,第180条相当于破产清算的平等受偿原则在民事执行中的“投影”:名为执行,实为破产。

这一隐晦的逻辑在1991年《民事诉讼法》中彰显无疑。因《民事诉讼法(草案)》试图调整试行法第180条的清偿顺位,引发激烈争议,立法机关最终将其扩展成适用于私人企业、集体企业和“三资”企业的“企业法人破产还债程序”(《民事诉讼法》第19章),以解决“有法的不破产,破产的没有法”的问题,^⑲第19章也从执行程序编挪至特别程序编。由此,立法者揭开了试行法第180条的“面纱”,显露出其作为破产清算原则的本来面目,执行价款分配模式则再度从立法中消失。因《民事诉讼法》第19章只适用于企业法人,无意中遗漏了自然人、非法人组织(或公民、其他组织),这一法律漏洞随

^⑬ 寺田浩明·前掲書⑦345-346頁參照。

^⑭ 这一历史过程参见李怀印:《现代中国的形成:1600-1949》,广西师范大学出版社2022年版,第187页以下。

^⑮ 康焕栋:《强制执行法通义》,上海法学编译社1937年版,第130页。

^⑯ 参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第137-144页。

^⑰ 参见肖建国:《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社2000年版,第642-643页。

^⑱ 参见杨荣新:《执行程序(二)》,载常怡等整理:《民事诉讼基础理论研究》,法律出版社2020年版,第422-423页。

^⑲ 关于这一颇具戏剧性的立法转折,参见唐德华:《民事诉讼法立法与适用》,中国法制出版社2002年版,第439页。

后由司法解释予以填补。1992年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(法发〔92〕22号,以下简称《民事诉讼法意见》)规定,债务人为公民或者其他组织,且其财产不能清偿所有债权的,其他债权人可以申请参与分配,对于同一顺位债权,按比例分配(第297、299条)。^{②①}从最高人民法院的本意出发,执行中的平等主义构成对有限破产主义的补充,仅以非企业法人的民事主体作为适用对象。

值得一提的是,2004年最高人民法院执行局起草的《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1条、第4条、第7条第3款试图重返彻底的平等主义,不论债务人性质及其财产是否充足,也不要求普通债权人取得执行名义(但须已起诉且进行财产保全),均可参与分配并平等受偿。但不知何故,该征求意见稿自公布后再无下文。而《民事诉讼法意见》及其后的司法解释未局限于有限破产主义之补充的定位,相反逐渐形成了具有独立性的参与分配制度。根据现行司法解释的规定,参与分配制度具有以下基本特征:其一,作为适用对象的债务人为自然人、非法人组织,一度也包括特定条件下的企业法人,^{②②}有别于有限破产主义下破产程序只以企业法人为适用对象;其二,普通债权人只有取得执行名义才能申请参与分配(2022年修正的《关于适用中华人民共和国民事诉讼法的解释》^{②③}第506条第1款),有别于破产中全体债权人均可申报债权;其三,普通债权人只要“发现”债务人的财产不足并具体化说明事实理由,即能申请参与分配(2022年《民事诉讼法解释》第506条第1款、第507条第1款),^{②④}有别于破产申请须提供有关证据且法院对破产原因进行实质审查;^{②⑤}其四,债权人只能在财产执行终结前(2022年《民事诉讼法解释》第507条第2款),也即特定财产执行终结前而非整个执行程序终结前提出申请,^{②⑥}有别于破产公告期届满前的债权申报;其五,对于分配后的剩余债务,债务人应当继续清偿,债权人可以再请求执行(2022年《民事诉讼法解释》第508条),有别于破产清算发生债务免除效力。

概言之,司法解释层面的平等主义已不再是破产清算原则的“投影”:相对于破产中全体债权人申报债权并概括清偿,已取得执行名义的债权人在法定期限内申请参与分配,对外优先于未参与分配的债权人,对内按债权额比例受偿。不难看出,这是一种附严

^{②①} 因2006年《企业破产法》的适用对象涵盖了所有类型的企业法人,已属多余的第19章在2007年《民事诉讼法》修正时被删除。

^{②②} 根据1998年《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(法释〔1998〕15号,以下简称《执行工作规定》)第96条的规定,被执行人为企业法人,未经清理或清算而撤销、注销或歇业,其财产不足清偿全部债务的,参照参与分配制度的规定。2020年修正时,该条被删除,企业法人通过参与分配进行债务清理已无规范依据。但是,实践中仍不乏对企业法人适用参与分配制度的主张。

^{②③} 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)取代《民事诉讼法意见》于2015年实施,2020年第一次修正,2022年第二次修正。以下将2022年修正稿简称为“2022年《民事诉讼法解释》”。

^{②④} 申请人无需提供证据加以证明,法院也不进行实质审查。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编:《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2022年版,第1126-1127页。

^{②⑤} 关于破产申请及其实质审查,参见王卫国:《破产法精义》(第2版),法律出版社2020年版,第37-38、44-45页。

^{②⑥} 参见杜万华、胡云腾主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释逐条适用解析》,法律出版社2015年版,第951页。

格条件的平等主义,相当于优先受偿时点从“查封”后移至“特定财产执行终结”而形成的单一群团优先主义,与破产清算中的绝对平等主义难以通约。因此,尽管参与分配制度常被称作“小破产”,但这只能算是一种功能意义上的类比,除了都按债权额比例分配财产变价款外,二者分属不同的法律领域,差别远大于共性。另外,1998年《执行工作规定》第88条第1款规定,债务人财产充足时,债权人按照执行法院“采取执行措施的先后顺序”受偿(另见2020年修正后的该规定第55条第1款)。虽然该款规定的“执行措施”是指发出履行通知还是查封财产尚存争议,但采优先主义无疑义。自此以后,二元主义在司法解释层面正式确立。

综上所述,随着我国在法制近代化进程中逐步建立以对物执行为中心的民事执行制度,执行价款分配模式一度采用彻底的平等主义。自20世纪80年代初以来,平等主义在执行法规范中的地位有所降低,且一度成为破产清算原则在民事执行中的“投影”。但是,贯彻平等主义的参与分配制度形成了独立的结构与功能,已非有限破产主义的单纯补充。《草案》起草者试图借《企业破产法》修订及自然人破产制度建立之机,删除二元主义下的平等主义,不分债务人性质及其财产是否充足,统一适用优先主义。这一立法方案看似简洁,但有无必要、是否可行,有待从原理与实践层面进行检视辨析。

三、平等主义与优先主义的优劣之辨

当执行中债务人财产不足以清偿全部债权时,普通金钱债权人应按比例还是按顺序受偿,在相当程度上取决于平等主义与优先主义优劣的比较。若优先主义明显优于平等主义,从平等主义向优先主义转型就具有必要性,甚至具有客观必然性。然而,在比较法的视野下,欧洲除瑞士采群团(团体)优先主义外,大抵上法国、比利时、荷兰、卢森堡、希腊、意大利、芬兰以平等主义为主,德国、奥地利、英国、西班牙、葡萄牙、瑞典、丹麦以优先主义为主;^{②6}在欧洲之外,如美国各州普遍以优先主义为主,日本则主要采平等主义。二者基本呈分庭抗礼之势,难言孰优孰劣。而在法制史上,在德国于19世纪起草民事诉讼法时,学者曾围绕二者优劣的问题发生过激烈争议。到了20世纪,日本也围绕此问题进行过多场学术辩论。^{②7}21世纪,尤其在我国民事强制执行法起草阶段,这一议题再度兴起。下文即从债权人公平、执行效率、债务人保护、制度协调(执行与破产之关系)四个方面展开辨析。

(一) 债权人公平

关于债权人公平,存在相对立的两种观点。一种观点主张,债务人的财产是对全体债权人的共同担保,普通债权人从中平等受偿,若债务人的财产不足,则按债权额比例共

^{②6} En G.Tarzia, « La distribution des deniers dans l'exécution forcée en Europe », *Revue internationale de droit comparé*, n° 51, 1999, p.331-346.

^{②7} 参见陈荣宗:《民事程序法与诉讼标的理论》,台湾大学法律丛书编辑委员会1977年版,第137-139页。

担损失,是为债权人公平的应有之义。与之相反的观点则认为,在权利行使意志自由下,先到先得,奖励勤勉,才是真正的公平。换言之,债权人公平应当是机会平等,而非结果平等。债权人因法律上勤勉而受优待,是“对其警醒的奖励”,不能“强迫其与那些在权利上沉睡者分享所获收益”。^{②⑧}为辅证这一观点,学者往往还指出,强制执行与任意(自由)清偿均为债务履行方式,二者在实质目的上并无不同。若债务人为任意清偿,其他债权人无法否认在先债权人的受领给付效力,就时间而言,本来就有先后。在强制执行的场合,因为查封、变价、处理异议等程序漫长,其他债权人参与分配,致使先为执行的债权人不能先受清偿,两相对照,有失公平。^{②⑨}然而,这一观点值得商榷。

首先,任何公平观都是具体历史社会语境下的产物。罗马法自公元前5世纪的《十二表法》起,就强调保护债权人平等受偿的地位。^{③⑩}但西罗马帝国崩溃之后,日耳曼主权体虚弱不堪,无力实施罗马法时代公平分配的方案,^{③⑪}遂放任私人执行相互间的契约,自力救济盛行。在债权人自助扣押(pigneratio)债务人的财产后,被扣押的财产即归其所有,其他债权人不能从中获利。孰先孰后,全凭自力。受日耳曼法传统的熏陶,德国民事诉讼法起草者就将优先主义建立在这种公平观之上。在其看来,怠于行使权利的债权人与勤勉的债权人受同等对待,无异于后者为前者服务,后者劳心费力的成果反而被前者坐享其成。^{③⑫}在15世纪骤然继受罗马法后,德国学者甚至用日耳曼法的优先主义思想来阐释罗马法源,复以罗马法的质权观念来说明日耳曼法的优先主义,基于历史的附会创设扣押质权制度,以夯实优先主义的法律基础。^{③⑬}相反,在继承罗马法传统的法国,1804年《法国民法典》第2093条明确规定,债务人的全部财产是对其债权人的共同担保,除有优先受偿的正当原因外,价金在债权人之间按债额的比例分配。该条规定及其法理对东亚法制近代化影响甚深。日本明治维新后,聘请法国学者起草民法典,1890年公布的旧民法典债权担保编第1条就效仿《法国民法典》第2093条,规定债务人的财产是对其全体债权人的共同担保,普通债权人按债权额的比例分配。相关条文及原理也在近代传入我国,并被广泛接受,流传至今。因此,以债权人公平为论据,不应脱离具体历史社会语境而仅在抽象层面上展开。

其次,不能机械理解法律上的勤勉。若债权人自行调查发现债务人的财产,垫付必要的执行费用,率先请求执行并实现财产查封,为应对第三人异议之诉支付诉讼成本,此

^{②⑧} See *Edmeston v. Lyde*, 1 Paige 637, 639-640 (N.Y. Ch. 1829), quoting Daniel H. Distler & Milton J. Schubert, *Enforcement Priorities and Liens: The New York Judgment Creditor's Rights in Personal Property*, Columbia Law Review, Vol.60:458, p.464 (1960).

^{②⑨} 参见前注^{②⑦},陈荣宗书,第138-139、141页;前注^⑤,肖建国文,第68-69页。

^{③⑩} 参见[德]马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第795-796页;周栢:《罗马法原论》(下册),商务印书馆2014年版,第1022页。

^{③⑪} O. Kahil, *L'égalité entre les créanciers dans le cadre de la saisie attribution*, Université du Droit et de la Santé - Lille II, Français, 2011, p.31.

^{③⑫} 参见前注^{②⑦},陈荣宗书,第139页。

^{③⑬} 雉本郎造『民事訴訟法の諸問題』(有斐閣,1955年)436-437頁参照。

种勤勉理应获得法律上的优待。然而,在国家垄断合法暴力以后,将查封在先的债权人等同于勤勉的债权人,就在不自觉中陷入了所有债权人都处于同一“起跑线”的认识误区。事实上,债权届期有先后,即使同时届期,债权人取得执行名义亦有先后(设想取得公证债权文书与二审确定判决的周期),连债权人与债务人的关系、债权人对债务人资力的了解也有不同。哪怕债权人同时请求执行,还可能基于不可归责于其原因导致查封有先后。换言之,先查封者可能只出于偶然甚至诈害,非因其主观上警醒、行动上积极。因此,对于法律上的勤勉,只能从债权人是否适时、妥当地进行收取债权活动加以判断。“起跑线”不一致,“终点线”就不应一刀切。^{③④}若先查封者一律优先受偿,与其说是奖励勤勉,不如说奖励幸运,甚至鼓励合谋,其正当性颇可质疑。

最后,将强制执行类比任意清偿,也难言成立。若债务人财产不足以清偿全部到期债权,其可基于意思自治,对某一或部分债权人先为任意清偿,其他债权人即使未获清偿,也不得对之行使撤销权,由此在事实上造成普通金钱债权人受偿顺位有先后。相反,强制执行恰是因债务人欠缺任意清偿的意思及行动,其也不以债务人的意思表示为根据。在执行程序中,执行机关根据国家主权(垄断的合法暴力),不顾债务人的意愿夺取其财产或限制其行为自由,形成“干预关系”(Eingriffsverhältnis)。在此种执行法律关系中,债权人的角色淡化,执行机关的地位凸显。^{③⑤}执行机关——尤其是公共部门而非接受债权人委托的职业人员——所从事的强制执行并非债务人任意清偿的替代。对代表国家的执行机关而言,其除了以合法手段、方法强制实现个别债权,同样负有维护债权平等、保护债务人等公共职责。二者在性质上不可通约,就不能作出有效的类比。

(二) 执行效率

通常认为,平等主义会造成执行拖延,相对于优先主义在效率上处于明显劣势。一方面,平等主义允许普通金钱债权人在法定期限内参与分配,执行机关需对申请人的资格作必要的审查,制作分配表或分配方案,债权人及债务人可提出异议,反对异议者还可对异议人提起分配表异议之诉,导致执行程序反反复复、拖沓冗长;另一方面,为保障复数债权人在同一执行程序中受偿、降低参与分配人不能得到足额清偿的概率,原则上允许执行机关扩大查封范围,不以本案执行费用及执行标的额为限。相比之下,优先主义无需超额查封,在同一标的物上存在重复查封(附带查封)的,按照查封顺序分配价款即可,程序简单明快。这一观点确有道理,但不宜夸大。

一方面,优先主义可分为实体优先主义和程序优先主义。在实体优先主义下,普通债权人因先为查封而获实体法性质的担保物权,在破产中享有别除权,但可能被宣告无效或被撤销。^{③⑥}后位查封债权人申请债务人破产,通常会在破产程序中就先位债权人的

^{③④} 参见马强伟:《论查封债权人的优先受偿地位及其效力限制》,载《法学》2023年第1期,第128页。

^{③⑤} 参见赵秀举:《论民事执行救济——兼论第三人执行异议之诉的悖论与困境》,载《中外法学》2012年第4期,第840-841页。

^{③⑥} 参见前注^{③④},马强伟文,第134-135页。

别除权应否撤销展开争议。在此意义上,执行程序看似简明,却会增添破产清算程序的复杂性。以德国早先的实践为例,在破产宣告前因扣押取得扣押质权或其他查封担保物权的案件,占到破产中撤销权纠纷的4/5,引发了大量债权人撤销权诉讼。^{③7}从总体上看,因成本后置,这种优先主义的效率优势需打折扣。当然,若强制执行由收受报酬的职业人员负责,其以实现债权人的委托为己任,可以不将后续成本考虑在内。但是,若强制执行由公共部门负责,就不能放任“各扫自家门前雪”,而应在整体上追求公共资源的效用最大化。而在程序优先主义下,因查封产生的优先受偿地位在破产中不享有别除权,无需担心执行成本转嫁于破产。不过,首封债权人的优先受偿地位缺乏实体法保护,在受领执行变价款之前,更易因其他债权人申请债务人破产或者债务人处分查封财产(不得对抗善意受让人)而丧失。这种脆弱性不仅会促使普通金钱债权人“抢保全”,还会加剧“抢执行”(如不待债务人为任意清偿而先申请执行)、“抢受偿”(如在执行中以物抵债、财产变卖而非拍卖)等现象,滋生更多的执行案件及执行纠纷。

另一方面,在优先主义下,对价值巨大的不动产等财产进行执行,同样需要进行价款分配及提供法律救济。例如,德国《强制拍卖与强制管理法》第9条规定,在土地登记簿上登记权利或担保性权利的权利人、向执行法院申报并证明其权利的特定范围内的权利人,^{③8}均为拍卖程序的参与人;第27条规定,强制拍卖启动后又申请对同一不动产进行拍卖的权利人,可以经执行法院批准加入拍卖程序,由此形成了参与拍卖主体的多元性。而在价款分配阶段,根据《强制拍卖与强制管理法》第10条的规定,需要考虑的权利人更加多样,有查封担保物权的债权人只是其中的一小部分而已。^{③9}而且,普通金钱债权人因先为执行而获得的优先受偿地位,不论是否以查封担保物权为基础,均不能对抗已存在的法定或意定优先权人。换言之,个别执行同样需要兼顾执行标的物上诸多权利负担的处置,避免权利人因标的物之物权变动而受损害。面对这一共通的课题,优先主义虽有执行效率上的优势,可以防止普通金钱债权人参与分配对个别执行的干扰,但在以不动产等高额财产为标的的情形下,通常不能省略价款分配程序。

(三) 债务人保护

有观点认为,在平等主义下,债权人出于对他人参与分配致其债权不能足额受偿的担心,容易申请预防性的超额查封。由此造成债务人可自由处分的财产减少,对债务人殊为不利。相反,优先主义下债权人在申请查封时,对标的物的变价款足以清偿其债权形成信赖,从而给债务人留下更多可自由处分的财产。尤其债权人一旦查封债务人的财产即取得查封担保物权的,不必急于实施拍卖程序,可相对从容地等待债务人为任意清

^{③7} Vgl. S. Fragistas, a. a. O. S. 78 u. Anm 9, 转引自前注^{②7}, 陈荣宗书, 第145页。

^{③8} 参见杨柳译:《德国强制拍卖与强制管理法》, 人民法院出版社2010年版, 第3页。

^{③9} 参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(下册), 王洪亮、郝丽燕、李云琦译, 法律出版社2020年版, 第771-772页。

偿,对债务人也较为有利。^④然而,尽管不符合原理,且一直饱受非议,但在采平等主义的法制中,均有禁止超额查封的规定。例如,日本《强制执行法》第128条就规定,扣押债务人的动产,不能超过偿还债权及执行费用所必要的限度,扣押后发现明显超过限度的,应撤销超过部分的扣押。而优先主义对债务人的保护同样存在不足。

一方面,债权人为了先到先得,有先为查封的强烈动机。因保全查封转为终局执行查封后,回溯至保全查封之时有效,实践中更容易引发“抢保全”现象。债务人本可通过经营周转或积极创收等方式渡过资力衰减的难关,却因债权人一拥而上,将其用于融资、经营的财产查封或扣押殆尽,导致债务人信用受损,终致无力回天。不仅如此,在“抢位”中落后的债权人,为防止一无所获,照理会积极申请债务人破产,其目的在于削弱首封债权人的优先地位,将其拉回平等受偿、共担亏损的局面,但结果势必造成债务人更频繁的破产。在现代市场经济中,债务人是否达到破产界限,不能仅以静态的、事后的视角观之,相反,在执行中给予债务人适当的缓冲期,不但可能让其起死回生,债权人也可从中受益、减免亏损。而在平等主义下,虽然债权人同样追求债权及时、足额的受偿,但先为查封不能排斥他人参与分配,后为执行不丧失期限内参与分配的资格,一般来说,不易发生优先主义下的踩踏效应。就此而言,平等主义对债务人反而更加友好。

另一方面,在贯彻优先主义的立法例中,禁止超额查封并非绝对。德国法仅明文禁止超额扣押动产(德国《民事诉讼法》第803条第2款),而对不动产是否禁止超额查封的规定付之阙如。德国判例及理论认为,依据小标的额债权拍卖不动产时,法院根据《强制拍卖与强制管理法》第139条负有释明义务,债务人可通过融资及任意清偿避免强制拍卖,对此不应类推适用德国《民事诉讼法》第803条第2款。^④换言之,对不动产的执行不适用禁止超额查封原则,超额查封不动产并不违反比例原则。一个实质性理由在于,查封不动产不转移占有,债务人在查封期间内仍得对查封标的物使用、收益。另外,通说认为,对债务人的债权进行扣押时,即使被扣押债权金额大于执行债权,也全部扣押而非部分扣押。^④概言之,德国区分财产类型,对不动产债权的超额查封相对宽容。就此而言,优先主义与平等主义没有本质区别。

(四) 制度协调

有观点认为,在一般破产主义下,强制执行与破产制度一为效率、一为公平,二者各司其职,形成有机整体,由此可以兼顾债权平等和意思自治,贯彻分配正义与程序正义。“只有在自由的发展中被允许产生不平等但又受到平等性限制的情况下,发展自由与平

^④ 雉本郎造·前掲書 ③ 651 頁及以下参照。

^④ 参见前注 ③,弗里茨·鲍尔等书,第33-34页。

^④ 参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(上册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社2019年版,第691页。原因不难理解,债权的价值取决于第三人债务人的清偿能力,这在扣押时难以确定。

等之间才能在实践中相互协调。”^{④③}反之,在执行中适用平等主义,与破产制度在功能上发生重合,造成制度间的叠床架屋,有失协调。^{④④}这一观点颇具说服力,也是主张优先主义学者的主要论据。^{④⑤}然而,即使德国学者也承认,个别执行在性质上并不排斥平等主义,同样可以令普通金钱债权人平等受偿,而非依其查封顺位受偿。^{④⑥}事实上,在日本,平等主义与一般破产主义并行近百年,虽然质疑声不断,但始终未彻底放弃执行中的平等主义。而在法国,自20世纪80、90年代以来,由商人破产主义逐渐过渡至一般破产主义,^{④⑦}也没有废除动产执行中的平等主义^{④⑧}。究其原因,既有偶然性,也有必然性。偶然性从日本近代法制史可见一斑:日本在1922年制定旧破产法时,效仿德国采用一般破产主义,但受制于立法传统,认为如果执行法制突兀地转向优先主义,会在商界引起混乱,故仍沿用平等主义价款分配模式。^{④⑨}必然性主要体现在以下两个方面。

一方面,执行中的平等主义与破产中的平等主义并不等价。破产清算实行的是全面、绝对的平等主义,无论附条件的债权还是未到期、待确定的债权,均可被纳入破产债权的范围。相比之下,当代执行法制中的平等主义无一例外都是相对的、附有严格条件的,我国如是,日本亦然。日本《民事执行法》规定,普通债权人只有持执行名义正本或者在查封登记后进行假扣押登记,才能参与分配(第51条第1款)。与此同时,针对不同的财产设置不同的参与分配期限:对不动产的拍卖中,由执行法院的书记官确定参与分配终期(通常在执行的早期阶段)并公告(第49条);对动产的执行中,只能在执行官收到变价款之前参与(第140条),且普通债权人不能直接申请参与分配,而只能通过执行案件合并达到请求分配价款的效果(第125条);对债权的执行中,参与分配期限相对提前(第165条),分配主体也更加受限(第154条)。^{⑤①}概言之,以破产清算为参考系,执行中的平等主义相当于阶段性、群团性的债权平等受偿。二者虽然都按债权额比例清偿,但具有相异且可兼容的制度功能。

另一方面,更为重要的是,执行中的平等主义有其适用的独立场域。执行与破产二元对立、各司其职,隐含着完全理性的假设前提,即第二及以下查封债权人基于债务人资产与负债的完全信息,在可获足额受偿时选择申请执行,在不可获足额受偿时选择申请破产。换言之,“执行的归执行,破产的归破产”,非此即彼。然而,执行与破产之间并不存在一个容易识别的“临界点”,二者的边界是不确定的,各国法制对破产界限也都作模

^{④③} 前注④②,弗里茨·鲍尔等书,第151页。

^{④④} 参见前注②⑦,陈荣宗书,第143-144页。

^{④⑤} 参见肖建国:《中国民事强制执行法专题研究》,中国法制出版社2020年版,第240-241页。

^{④⑥} 参见前注④②,弗里茨·鲍尔等书,第240-241页。

^{④⑦} 参见罗洁珍译:《法国商法典》(中册),北京大学出版社2015年版,第932页。

^{④⑧} See Wendy Kennett et al., *Enforcement of Judgments*, *European Review of Private Law*, Vol.5:321, p.411-412 (1997).

^{④⑨} 中野贞一郎『民事执行(保全法)概说』(有斐阁,2000年版)193页参照,转引自前注①,葛行军、刘文涛文,第112页。

^{⑤①} 参见〔日〕福永有利:《民事执行法·民事保全法》,雷彤译,2017年自版发行,第139-140页。

糊化处理。^{⑤1}毋庸置疑,有限理性才是生活的常态。对后位查封债权人来说,其通常不拥有债务人资产及负债的完全信息,相反会落入一种“囚徒困境”:坐等在执行中按顺序受偿,可能所得寥寥甚至一无所获,而申请债务人破产不仅成本高、历时长、纠纷多,^{⑤2}而且扩大破产债权的范围,可能进一步稀释本方债权的受偿金额。在债务人财产明显富余与显有不足两端之间存在广阔的中间区域。基于人类的有限理性,有必要在个别执行与概括破产之间设置兼顾公平与效率的制度,减少无序和混乱。这可能是相对的平等主义与一般破产主义在不同国家及地区并行不悖的根本原因。

综上所述,无论是在债权人公平、执行效率方面,还是在债务人保护、制度协调方面,优先主义较之平等主义都难言有绝对优势,相反同样存在诸多限制和不足。回顾两百多年的欧亚法制史,虽然平等主义受到诸多质疑,采此种法制的国家也不断向优先主义趋近,但迄今无一改弦易辙、彻底转投优先主义。归根结底,各国采用不同的执行价款分配模式,乃是不同法制演进路径下的产物,并深受不同历史传统、执行体制等因素的影响。即使在一般破产主义下,相对的平等主义依然有其存在价值和适用余地。

四、我国执行价款分配模式的变革

显然,立法选择并非只取决于原理辨析,而是受复杂因素的综合影响。更何况,关于执行价款分配模式,各国立法例及学者观点各异,尚无绝对的通说可言。《草案》采统一的优先主义,是最高人民法院基于自身视角,为追求执行效率、减轻执行(价款分配)负担所作的抉择。针对现行参与分配制度存在的债权人激励不足、执行效率低下等缺陷,优先主义未必不是一种有效的改革方案。制度经济学认为,制度变迁可分为诱致性和强制性两种,即使诱致性制度变迁过程不能提供恰当的制度安排,国家也可能有激励和能力强制推行。^{⑤3}然而,笔者认为,目前我国尚不具备实行统一的优先主义的制度环境,强制推行将造成理论错位和实践混乱。退一步说,也许将来可能发生,但当下时机还不成熟。有鉴于此,目前应重构二元主义的执行价款分配模式,重点是对其中的平等主义作合理化改造,在《草案》中确立中国式相对平等主义或单一群团优先主义。

(一) 优先主义之暂不可采

首先,统一的优先主义与当下的民事执行体制难以契合。优先主义下先查封者先受偿,是以债权人“自主行为(决定财产查封的先后),自负其责(承担按顺序受偿的风险)”

^{⑤1} 参见何欢:《债务清理上破产法与执行法的关系》,载《法学研究》2022年第3期,第147-148页。

^{⑤2} 公司破产成本不仅包括法律费用、管理人费用等直接成本,还包括股东及债权人争夺公司资产,员工、供货商、消费者失去信任而流失等间接成本。See Stephen A. Ross et al., *Fundamentals of Corporate Finance 12th Edition*, China Machine Press, 2020, p.460-462.

^{⑤3} 参见林毅夫:《关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁》,载[美]R·科斯、A·阿尔钦、D·诺斯等:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第382-397页。

为正当性基础。然而,目前我国实行的是权能与责任均高度集中于法院的民事执行体制,当事人既难以在债务人财产发现中起到主体性作用,决定财产查封之先后也非其权能范围。就此而言,要求债权人承担查封顺序列后带来的不利后果,很难具有正当性。同时,因执行法院全权决定财产查封及其顺序,采用优先主义容易引发廉政风险,加剧执行乱现象。

具言之,在逐渐完成现代主权国家的建构之后,我国的国家权能扩张,展现出前所未有的重塑社会的抱负与能力。国家的触角伸入社会的各个角落、日常生活的各个方面,也塑造了普通人之独特的“国家”理论,^{⑤4}在民事执行领域,亦是如此。强制执行权始终由法院独揽或垄断,从未真正向社会分权,社会组织及执行当事人在债务人财产发现、查封、变价等环节所起的作用不大。律师调查令迟迟得不到正式确认、中介机构调查始终游走于法律的边缘、司法拍卖由委托拍卖逐渐向法院自行(通过网络)拍卖收敛,皆是具体而生动的例证。特别是自“用两到三年时间基本解决执行难问题”目标提出以来,执行信息化建设快速发展,建成了全世界独一无二的执行网络查控系统,与人财物有关的电子化信息向法院高度聚集。信息即权力,掌握信息即意味着施加权力的可能。^{⑤5}除了未被“总对总”“点对点”查控系统涵盖的财产信息(如位于异地的不动产),在大多数金钱债权执行案件中,执行网络查控已成为财产发现及查封的常规途径和主流方法。^{⑤6}因此,在财产发现与查封(及确定查封顺序)上,法院几乎是唯一的决定性因素。而法院为了切实履行执行职能,提高财产发现及查封的效率,民事执行甚至向刑事侦查靠拢,呈现“侦查化”现象。^{⑤7}

与之相对的,则是执行当事人在财产发现及查封中角色的萎缩。其一,受执行机关之公共部门性质所限,债权人与执行法院之间难以建立委托/代理的私法关系,而执行程序以法院职权进行为原则,何时查封财产非债权人所能决定。其二,债务人财产、居所等关涉查封的信息基本由公共部门垄断,债权人难以借助社会力量搜集、获取,导致债权人的财产发现义务(财产线索提供义务)长期虚化,很难将其作为执行程序的逻辑起点和向债权人分责的制度依据。^{⑤8}其三,受社会诚信体系不健全、财产登记基础设施不完善、违反义务制裁措施过轻且落实不到位等因素的影响,债务人财产开示义务(财产报告义务)也难以指望。例如,局部调查发现,95%以上的案件债务人未按照财产报告令要求如实向执行法院申报财产,直接根据债务人财产申报结果执行完毕的案件不足1%。^{⑤9}当

⑤4 参见项飏:《普通人的“国家”理论》,载《开放时代》2010年第10期,第119-122页。

⑤5 See Austin Sarat ed., *A World without Privacy: What Law Can and Should Do?*, Cambridge University Press, 2014, p.65. 转引自余成峰:《信息隐私权的宪法时刻:规范基础与体系重构》,载《中外法学》2021年第1期,第54页。

⑤6 参见陈国平、田禾主编:《中国法院信息化发展报告 No.6(2022)》,社会科学文献出版社2022年版,第63页。

⑤7 参见刘君博:《民事执行权“侦查化”的内在逻辑与制度重塑》,载《法律科学》2022年第6期,第94-97页。

⑤8 参见陈杭平:《比较法视野下的执行权配置模式研究——以解决“执行难”问题为中心》,载《法学家》2018年第2期,第83页。

⑤9 参见卢日久、李成晓:《财产报告制度的运行问题及应对路径》,载《人民法院报》2021年2月3日,第7版。

然,对于异地不动产等尚未纳入查控系统的财产,通常由债权人提供财产线索,并申请执行法官出外勤查封。但是,执行法官受人少案多等因素的束缚,是否愿意、能否及时出外勤,均存在极大的不确定性。^{⑥0} 概言之,在权能与责任均高度集中的民事执行体制转型及当事人普遍成为“够格”的制度主体之前,尚不具备实施统一的优先主义的可能,强制推行会导致法院与当事人之间权能与责任的严重失衡。执行人员容易将手中的权力变成“租金”,债权人为趋利避害,主动或被动地满足其寻租行为,进而加剧执行乱现象。

其次,即使在一般破产主义下,法院也难以只追求个别执行效率、弃债权平等于不顾。在个别执行与概括破产非此即彼的机械思维下,容易忽略人类的有限理性以及破产界限的模糊性、不确定性,寄希望于通过优先主义“倒逼”债权人申请或同意破产。在此类情况中,债权平等原则被从执行法中剔除。然而,目前法院在民事执行中并非只以实现个别债权为宗旨,相反,根据善意文明执行理念,不得不兼顾当事人、案外人基于实体权利甚至道义性、生存权益的主张。^{⑥1} 执转破程序在实践中的遇冷表明,即使建立自然人破产制度,也难以在债务人接近或达到破产界限时期望执行案件均能顺利地转入破产程序。改采统一的优先主义之结果很可能是大量债权人一无所获的案件变成终结本次执行程序(以下简称“终本”),“滞留”于法院,而非转入破产程序进行终局性化解。

2015年《民事诉讼法解释》为促进“僵尸”企业的化解,创设执转破程序。该司法解释第516条特别规定,债务人具有破产原因但当事人无一同意移送破产的,对于普通债权按照保全查封和执行查封的先后顺序清偿,以此“倒逼”轮候查封债权人积极申请或同意执转破。^{⑥2} 然而,种种迹象表明,执转破程序在多数省份属于“雷声大,雨点小”,远未达到有效分流执行案件、减轻执行负担的预期。其中的原因是复杂的,包括但不限于:执行法官推动执转破的激励不足(有更简便的“终本”程序可供选择);不同法院之间或者同一法院不同部门(执行局与破产庭)之间推诿扯皮;债权人拥有的信息不对称、不完全,担心债权被进一步稀释,对继续执行抱有期待;债务人害怕因为破产清算而被查出违法违规经营;缺乏税收、工商、公安、不动产等部门的有效联动。这足以警示我们,即使确立一般破产主义,《草案》第82条对所有债务人均可适用的执转破程序也很可能失灵。当大量债务人接近或达到破产界限,却不能成功转入破产程序实现清算、和解或重整时,作为整体性制度供给,应当在执行程序中为债权人提供某种解困之道,否则,因债务人无财产可供执行而累积的“终本”案件将越来越多,对法院施加的政治及社会压力也会越来越大。在债务人资产不足时,与其让先到者全得而后到者一无所获,不如让普通债权人共担亏损。这无疑更符合公众的期待,有利于减少事先的投机主义、

^{⑥0} 在实践中,若不动产位于外地,执行法院可以向当地法院发函请求协助查封,但通常很难得到及时、有效的配合。债权人能否通过律师说服法官尽快赶赴当地,往往决定了能否成功查封不动产。

^{⑥1} 参见陈杭平:《“善意执行”辨》,载《华东政法大学学报》2021年第2期,第32-33页。

^{⑥2} 参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2015年版,第1363-1364页。

事中的执行异议及事后的执行信访。

最后,统一的优先主义欠缺充分的理论论证。《草案》第179条并未援引《民法典》的规定将民法担保物权作为优先主义的基础,等于采用程序优先主义。然而,程序优先主义源自日耳曼法传统,目前似乎只在英美等国家能觅其踪。^③这种制度模式之所以绵延至今,除了英国在法制史上从未像德国那样出现大规模继受罗马法的历史事件外,^④一个重要原因是英美等国家缺乏统一、成文的民法典。换言之,程序优先主义除了受路径依赖的影响,还不能从民法中获得正当性来源,只能完全依托于程序法的规定。这一状况与我国显然有别,很难成为我国模式转型的参考对象,在理论上也难以证成。^⑤事实上,即使美国也开始注重判决质押的公示及首封债权人优先受偿的物权基础。^⑥有民法学者就指出应对《草案》第179条作实质理解,即普通债权人在查封物上取得优先受偿的实体权利,否则便失去了立法规范意义。^⑦然而,无论采用实质性解释,还是干脆修改第179条,采用类似《德国民事诉讼法》第804条的立法例,都会陷入查封担保物权该如何定性的理论“沼泽”。

迄今为止,关于查封何以产生担保物权的论证,德国法学界始终难以自圆其说。严格公法说主张,有效的“查封状态”为债权人、债务人之间的财产归属创设了独立且最终的法律原因(Rechtsgrund),而与民法上的担保物权无关。然而,根据该说的义理,只要查封状态在执行法上有效,即使查封的是第三人的财产,除非第三人及时提出防御,否则事后不得请求债权人返还不当得利。有鉴于此,缓和公法说主张,财产移转的原因不是查封状态及查封担保物权,而是作为基础的执行债权。但是,该说会使查封担保物权丧失独立价值,且主要借用了民法担保物权的思想。与之相对,纯粹私法说主张,查封担保物权与约定、法定担保物权并列,除有效查封外尚须满足民法上担保物权的成立要件,且其效力主要根据民法确定。然而,该说忽视了担保物权取得的实体法要件已被国家干预修改的事实。作为德国通说的混合说尝试弥补上述学说的不足,在个案中兼顾执行法与实体法的要件及效力。可是,学说旨在为疑难裁判问题提供简明、统一的结论,从而减轻法官在个案裁判中的法律适用负担,并保障法律适用的公平性。混合说只是一种杂糅的观点集合,具有易变性、多样性,尚未形成一个轮廓清晰、结果明确的思想图式

③ 参见前注①⑦,肖建国书,第650-652页;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145-148页。

④ 关于英国法制史,参见[英]哈利·波特:《普通法简史》,武卓韵译,北京大学出版社2022年版,第4页以下。

⑤ 有学者从执行效率的提高、民事程序法独立地位和价值的体现等角度论证程序优先主义的合理性。参见前注⑤,肖建国、庄诗岳文,第70页。然而,执行效率并非执行立法的唯一考量因素。与此同时,程序法(尤其是审执分离原则下的强制执行法)创设和形成实体权利的机能这一课题极富争议。

⑥ 以美国纽约州为例,当司法质押或判决质押成立之时,金钱债权人的对人权利转为对物权利。于此时刻,债权人成为标的物的所有人,可像债务人一样予以出售。See David Gray Carlson, *Critique of Money Judgment Part One: Liens on New York Real Property*, St. John's Law Review, Vol.82:1291, p.1300 (2008).

⑦ 参见前注⑥,马强伟文,第133页。

(denkfigur)。^{⑥⑧}因此,我国若改采统一的优先主义,需要先下功夫重构制度的理论基础,不宜草率地进行制度模式转型。

概言之,目前尚不具备从二元主义径行转向统一的优先主义的条件,《草案》规定的执行价款分配模式有待修正。起草机关既将参与分配作为破产法运行受阻的原因,又将一般破产主义的确立作为废除参与分配的主要理由,不仅忽视了参与分配制度所具有的独立结构与功能,而且误将破产法遇冷的“外因”当作主因。然而,虽然参与分配制度最初作为有限破产主义的补充而重现于立法,但在其后的发展中逐渐与破产法“分道扬镳”。目前该项制度与破产法已经大致脱钩,若仍将二者强行绑定、混为一谈,无疑是对破产法与执行法的竞争关系与联动关系的误解。^{⑥⑨}换言之,是否确立一般破产主义与执行价款分配采用何种模式,是两个虽有关联但彼此独立的问题。

(二) 相对平等主义之完善

无论施行有限破产主义还是一般破产主义,执行价款分配模式都需兼顾效率与公平。在优先主义下,执行机关于实施扣押或进行强制拍卖之前又受到其他普通金钱债权人委托的,扣押或拍卖对其一并生效,内部平等受偿;^{⑦⑩}在群团优先主义下,当财产查封之后以固定期间依次形成优先受偿的团体,内部同样平等受偿;在相对平等主义下,优先受偿的团体单一且参与分配期限较长,因加入团体的普通金钱债权人增多,平等受偿的占比加重,而参与分配期限越长、资格越宽松就越接近彻底的平等主义;当所有债权人均可加入同一团体,彼此已无受偿先后顺序可言,即为绝对平等主义,实为破产清算。以此为视角,虽然我国尚难以从二元主义直接跨入优先主义,但仍可适当调整公平与效率的对比关系,向优先主义一侧迈进。具言之,在强制执行中基于有限理性,以中间、模糊地带为适用场域,降低对债权平等保护的力度,提升执行效率的比重。由此形成如下债务清偿或价款分配制度框架(见表1)。

表1 执行价款分配(债务清偿)制度框架

债务人财产状况	债权人选择	适用程序	分配模式
显有富余	分别执行	执行程序	优先主义
中间区域	参与分配		相对平等主义/单一群团优先主义
明显不足	申请破产	破产程序	绝对平等主义

具体来说,在执行中允许对同一财产进行重复查封。若债权人分别申请执行,按查封顺序受偿;若债权人认为债务人除已查封财产外,无其他足额财产可供执行,通过履行事实具体化义务,在法定期间内向首封法院申请参与分配,按债权额比例受偿;若债权人

^{⑥⑧} 参见前注④②,弗里茨·鲍尔等书,第616-626页。

^{⑥⑨} 参见前注⑤①,何欢文,第149-150页。

^{⑦⑩} 参见前注④②,弗里茨·鲍尔等书,第113-114页。

未及时申请参与分配,只能从分配后剩余价款中按查封顺序受偿;若债权人认为债务人达到破产界限,可申请债务人破产。其中,参与分配所形成的单一债权人团体规模之大小,决定了执行程序中公平与效率的对比。《草案》宜在现有执行法规范的基础上,作如下完善:

其一,扩大参与分配与破产清算的分层。具言之,参与分配以特定执行标的为客体,而不是以债务人的全部责任财产为客体。债权人申请分配价款的,不以债务人全部财产不足以清偿债权为前提,执行法院也无需对债务人的财产进行穷尽式检索。^①《草案》第175条只将“特定执行标的的执行款不足”列为应当制作分配方案的要件,有利于与破产清算形成制度分层,值得肯定。当然,如果债务人除已被查封财产外,尚有其他财产可供查封、方便执行的,可以参考意大利过去的规定:参与分配申请人经指示,无正当理由未查封相关财产或不予回应,只能在查封债权人之后受偿,而不能按债权额比例受偿。^②如果复数债权人分别查封债务人的不同财产,其中部分债权人申请参与他案查封财产变价款的分配,应将本案查封的财产(包括已受领的价款)并入待分配的财产集团,由此避免参与分配债权人既独占本案执行价款,又分享他案执行价款,从而在参与分配团体内部实现平等受偿。如果债务人除了不动产、债权、股权等一体性(难以分割)的大额执行标的,无其他适额的可执行财产,作为例外,允许超额查封。这样既可促进债务人任意清偿或提供执行担保(作为解除查封的条件),又可为参与分配留有余地,减少对查封债权人足额受偿的影响。

其二,严格限制普通金钱债权人参与分配期限。在仅限已取得执行名义之普通金钱债权人参与分配的前提下,区别彻底的平等主义与单一集团优先主义(相对平等主义)之关键,在于参与分配期限的宽严。由于参与分配以特定执行标的为客体,不妨参考域外立法例,按照不同执行标的分别规定参与分配期限。对于不动产,以拍卖或变卖成交之日、以物抵债裁定送达之日为终期,或者由执行法官确定参与分配终期并公告;对于动产,以执行法院收到变价款之日为终期;对于债权,以履行通知(履行令)送达第三债务人之日为终期;对于金钱,以执行法院扣押之日为终期。由此减少债权人参与分配对执行效率的影响,相应提高首封债权人足额受偿的概率。未适时参与分配的债权人,除就剩余价款受偿外,认为债务人达到破产界限的,可以申请债务人破产,但已参与分配的债权人团体受回溯屏蔽期(如1个月或3个月)的保护,相当于在此之前享有别除权。

其三,债权人对财产查封作出实际贡献的,可从执行价款中适当多分。虽然在我国民事执行体制下,财产查封主要取决于法院的网络查控、出外勤查封,因而使债权人按查封顺序受偿欠缺正当性,但如果债权人对财产查封作出了实际贡献,应当就其贡献获得

^① 最高人民法院强调应从宽把握“被执行人的财产不能清偿所有债权”,保障普通债权人申请参与分配的权利,已为该项规定奠定了实践基础。参见前注^②,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编书,第1126页。

^② 意大利《民事诉讼法典》第527条,已被2005年3月14日第35号法令(AL DECRETO-LEGGE 14 MARZO 2005, N.35)废止。

奖励。目前,部分高级人民法院规定首封债权人可适当多分,是为了在参与分配作为有限破产主义之补充的前提下,激励债权人积极履行财产线索提供义务,减少“搭便车”心理。^{⑦③}然而,仅以财产首封作为适当多分的形式判断标准,体现的仍是先到者先得的优先主义精神,在实体法、程序法上的根据均不甚充分,故也有高级人民法院旗帜鲜明地予以否定。^{⑦④}幸运不值得奖励,但贡献应当奖励。所谓“贡献”,体现为除申请执行之外,债权人的积极行为对于实现财产查封所起的作用。具体表现为提供法院未能发现的财产线索,提起撤销权诉讼、执行异议之诉,申请司法审计、悬赏执行等,实现对债务人财产的查封或增加所查封的财产。^{⑦⑤}至于多分的具体比例或计算方法,可由立法机关在征求各方意见的基础上确定。

综上所述,这种执行价款分配模式兼顾公平与效率,从不同观察视角出发,可对之作出不同的命名。就其本质而言,是从平等主义向优先主义的“渐变”,而非如《草案》那样的“突变”。贯彻此种平等主义的参与分配制度,具有更加独立的制度结构与功能,可作为个别执行与概括破产之间的衔接。在适用范围上,因参与分配不再以债务人财产不足为要件,可以替代现行二元主义。至于是只适用于自然人、非法人组织,还是包括企业法人,因清理“僵尸”企业的宏观经济政策未变,似乎可以将企业法人排除在外,但出于立法的简明,也可不分债务人性质,设置统一的执行价款分配模式。

五、结 语

在法制史与比较法的视野下,当主权体虚弱或受限,无力在执行中实施平等分配的方案,不得不将实现债权的权能与责任交由私人自行承担时,才容易在事实上或法制上采纳优先主义。我国在法制近代化过程中,因借鉴日本法而承续了由法国继受的罗马法传统,采纳彻底的平等主义。新中国成立后,尤其是改革开放以来,立法及司法解释转为以平等主义为重心的二元主义。自完成现代主权国家的建构以来,我国有能力、有抱负重塑社会。在此历史社会语境下,我国形成了权能与责任均高度集中于法院的民事执行体制,为债权人提供结果意义上的平等保护。在执行价款分配中,普通金钱债权人按查封先后顺序受偿,使先到者全得而后到者可能全无,与现行民事执行体制格格不入,厚此薄彼未免悬殊。

从债权人公平、执行效率、债务人保护及制度协调四个方面来看,优先主义较之平等

^{⑦③} 参见《浙江省高级人民法院关于在立案和审判中兼顾案件执行问题座谈会纪要》(浙高法〔2009〕116号)第3条第4项;《北京市高、中级人民法院执行局(庭)长座谈会(第五次会议)纪要——关于案款分配及参与分配若干问题的意见》(2013年)第15条;《重庆市高级人民法院关于执行工作适用法律若干问题的解答(一)》(渝高法〔2016〕63号)第7条。

^{⑦④} 参见《上海市高级人民法院执行局、执行裁判庭联席会议纪要(二)》(沪高法执〔2018〕7号)第1条第5点。

^{⑦⑤} 对此可以参考《江苏省高级人民法院关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见》(2020年)第10条。

主义并无明显优势,相反,同样存在诸多限制和不足。事实上,目前各国及地区无一采用绝对的平等主义或优先主义,而都是在各自法制传统及执行体制下,对平等主义、优先主义加以折中或调和。《草案》骤然从二元主义转向统一的优先主义,相当于执行价款分配模式发生“突变”,既不具有原理的必要性或必然性,也不具有现实的可能性。在一般破产主义有望建立的背景下,为了改善参与分配对执行效率的负面影响,应当严格限制参与分配期限,同时奖励对财产查封作出实质贡献的债权人。这种相对平等主义或单一群体优先主义,既使参与分配团体内部平等受偿,又限制参与分配团体的规模,外部相对于其他债权人优先受偿,从而更好地平衡公平与效率。

Abstract: Article 179 of the *Draft Civil Enforcement Law* signifies a departure from the previous dualism approach, which emphasized the equal treatment of ordinary creditors, towards a new method where ordinary creditors are paid based on the order in which assets are seized. This change is said to be intended to create better coherence between enforcement laws and bankruptcy laws, with a focus on efficient enforcement. However, it is worth noting that China's legal system in the process of modernization has favored equality over prioritization, and the current dualistic framework emerged after the reform and opening-up efforts in the late 1970s. In principle, prioritization has no distinct advantages over equal treatment across four aspects, including fair creditor treatment, swift execution, safeguarding debtor rights, and overall system coherence. Since the completion of the construction of a modern sovereign state, an equal treatment perspective aligns more naturally with China's specific circumstances and enforcement mechanisms. Given the present circumstances, the time and conditions for shifting from dualism with equality centered to a unified prioritization model are not yet ripe. Instead, the current focus should be on refining the existing relatively equal approach, aiming to create a distribution model for enforcement proceeds that effectively balances both fairness and operational efficiency.

(责任编辑:陈贻健)