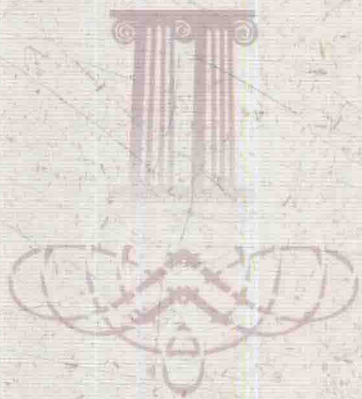


重大法学文库

民事确定判决反射效力研究

The Reflective Effect of the Final and Binding Judgment

廖浩 著



中国社会科学出版社

重大法学文库

民事确定判决反射效力研究

The Reflective Effect of the Final and Binding Judgment

廖浩 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事确定判决反射效力研究 / 廖浩著. —北京: 中国社会科学出版社, 2018. 3
(重大法学文库)

ISBN 978-7-5203-2292-8

I. ①民… II. ①廖… III. ①民事诉讼-审判-研究-中国 IV. ①D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 065191 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 梁剑琴
责任校对 周 昊
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2018 年 3 月第 1 版
印 次 2018 年 3 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 12
插 页 2
字 数 200 千字
定 价 56.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话: 010-84083683
版权所有 侵权必究

献给

父亲 廖军先生

母亲 王琴女士

Meinem Vater

Liao Jun,

meiner Mutter

Wang Qin

gewidmet.

《重大法学文库》编委会

顾 问：陈德敏 陈忠林

主 任：黄锡生

副主任：张 舫

成 员：黄锡生 刘西蓉 秦 鹏 张 舫

王本存 程燎原 陈伯礼 胡光志

曾文革 齐爱民 宋宗宇 杨春平

张晓蓓 焦艳鹏 张 燕

出版寄语

《重大法学文库》是在重庆大学法学院恢复成立十周年之际隆重面世的，首批于2012年6月推出了10部著作，约请重庆大学出版社编辑发行。2015年6月在追思纪念重庆大学法学院创建七十年时推出了第二批12部著作，约请法律出版社编辑发行。本次为第三批，推出了20本著作，约请中国社会科学出版社编辑发行。作为改革开放以来重庆大学法学教学及学科建设的亲历者，我应邀结合本丛书一、二批的作序感言，在此寄语表达对第三批丛书出版的祝贺和期许之意。

随着本套丛书的逐本翻开，蕴于文字中的法学研究思想花蕾徐徐展现在我们面前。它是近年来重庆大学法学学者治学的心血与奉献的累累成果之一。或许学界的评价会智者见智，但对我们而言，仍是辛勤劳作、潜心探求的学术结晶，依然值得珍视。

掩卷回眸，再次审视重大法学学科发展与水平提升的历程，油然而生的依然是“映日荷花别样红”的浓浓感怀。

1945年抗日战争刚胜利之际，当时的国立重庆大学即成立了法学院。新中国成立之后的1952年院系调整期间，重庆大学法学院教师服从调配，成为创建西南政法学院的骨干师资力量。其后的40余年时间内，重庆大学法学专业和师资几乎为空白。

在1976年结束“文化大革命”并经过拨乱反正，国家进入了以经济建设为中心的改革开放新时期，我校于1983年在经济管理学科中首先开设了“经济法”课程，这成为我校法学学科的新发端。

1995年，经学校筹备申请并获得教育部批准，重庆大学正式开设了经济法学本科专业并开始招生；1998年教育部新颁布的专业目录将多个

部门法学专业统一为“法学”本科专业名称至今。

1999年我校即申报“环境与资源保护法学”硕士点，并于2001年获准设立并招生；这是我校历史上第一个可以培养硕士的法学学科。

值得特别强调的是，在校领导班子正确决策和法学界同仁大力支持下，经过校内法学专业教师们近三年的筹备，重庆大学于2002年6月16日恢复成立了法学院，并提出了立足校情求实开拓的近中期办院目标和发展规划。这为重庆大学法学学科奠定了坚实根基和发展土壤，具有我校法学学科建设的里程碑意义。

2005年，我校适应国家经济社会发展与生态文明建设的需求，积极申报“环境资源与保护法学”博士学位授权点，成功获得国务院学位委员会批准。为此成就了如下第一：西部十二个省区市中当批次唯一申报成功的法学博士点；西部十二个省区市中第一个环境资源法博士学科；重庆大学博士学科中首次有了法学门类。

正是有以上的学术积淀和基础，随着重庆大学“985工程”建设的推进，2010年我校获准设立法学一级学科博士点，除已设立的环境与资源保护法学二级学科外，随即逐步开始在法学理论、宪法与行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、国际法学、刑事诉讼法学、知识产权法学、法律史学等二级学科领域持续培养博士研究生。

抚今追昔，近二十年来，重庆大学法学学者心无旁骛地潜心教书育人，脚踏实地地钻研探索、团结互助、艰辛创业的桩桩场景和教学科研的累累硕果，仍然历历在目。它正孕育形成重大法学人的治学精神与求学风气，鼓舞和感召着一代又一代莘莘学子坚定地向前跋涉，去创造更多的闪光业绩。

展望未来，重庆大学法学学者正在中国全面推进依法治国的时代使命召唤下，投身其中，锐意改革，持续创新，用智慧和汗水谱写努力创建一流法学学科、一流法学院的辉煌乐章，为培养高素质法律法学人才，建设社会主义法治国家继续踏实奋斗和奉献。

随着岁月流逝，本套丛书的幽幽书香会逐渐淡去，但是它承载的重庆大学法学学者的思想结晶会持续发光、完善和拓展开去，化作中国法学前进路上又一轮坚固的铺路石。

陈德敏

2017年4月

引 言

在一些民事诉讼案件类型中，如债权人起诉请求合伙组织履行债务、保证的主债权人起诉请求主债务人履行债务、存有转租关系的出租人起诉要求解除租赁合同、共有人中一人请求无权占有人返还共有物、连带债务的债权人起诉请求债务人中的一人履行债务，常常出现棘手问题。那就是，在这些案件类型中，当事人所获胜诉或者败诉的本案判决生效，如前诉中的当事人又对未实施诉讼的其他人提起诉讼或申请强制执行，其前诉判决之效力是否应当及于后诉的被告？兹以保证及连带债务关系诉讼为例，提出以下的问题：

例一：设有自然人乙向甲借款 300 万元，于借款合同订立之际，商请 A 担任保证人，A 表示同意。于是甲乙之间订立借贷合同，并将钱款按约定数目足额交付于乙；A 也与出借人甲订立保证合同。不久，甲乙间借贷返还期限届满，乙无力偿还；于是甲以主债务人乙为被告，依借贷合同诉请乙返还借款，法院判决甲胜诉的判决生效后，因乙无资产可供执行，甲于是再以 A 为被告，依保证合同诉请 A 履行保证义务。在甲对 A 提起的后诉中，法院可否认定甲对乙的借贷关系不成立，进而根据“保证合同的从属性”认定甲、A 间的保证合同亦不存在，最终判决 A 无须对甲负担保之责？

例二：假设在例一中，法院在前诉中以甲对乙的借贷关系不成立为理由判决债权人甲败诉。在该判决生效后，在后诉（主债权人对保证人提起的诉讼）中，保证人能否援引法院在前诉中做出的“甲对乙的借贷关系不成立的判断”或由法院依职权根据前诉中甲对乙的借贷关系不成立的判

断，按“保证合同的从属性”判决 A 无须对甲履行保证责任？

例三：债权人以连带债务人中一人为被告，请求其返还 5 万元连带债务，在诉讼中被告主张该笔借款已在诉讼外全部还清，法院认定双方系争债务已经清偿而消灭，因此判决驳回原告诉讼请求。判决生效后，原告债权人又向其他连带债务人请求履行同一笔连带债务。此时该其他连带债务人能否援引或由法院依职权采用前诉中的“债权人债权已经清偿而消灭”的判断？

例四：假设在例三中，如果前诉中主张连带债务人该笔借款已在诉讼外全部清偿，但法院认定该抗辩不存在，判决其败诉，则在后诉中债权人能否援引或由法院依职权采用“前诉中债权人债权存在”之判断？

从实体法和程序法的不同视角分析上述问题，可以得出饶有兴味的结论，并由此呈现民事判决反射效力理论的缘起。

目 录

引言	(1)
第一章 反射效力的缘起	(3)
第一节 关联纠纷中实体法上依存关系的解析	(3)
一 保证合同的从属性	(3)
二 各连带债务人相互之间的关系	(11)
第二节 关联纠纷裁判矛盾在诉讼法上的肇因	(44)
一 既判力相对性原则及其例外	(44)
二 既判力相对性招致的实体法窘境	(46)
三 诉讼中事实认定的特质	(48)
第三节 规避或解决问题的途径试析	(49)
一 诉讼主体规模的扩大	(49)
二 前诉预决效力范围的扩张	(60)
三 前诉判决效力主观范围的扩张	(62)
第二章 反射效力理论的提出和发展	(64)
第一节 反射效力理论的提出	(64)
第二节 反射效力的构成要件效力说和附随效力说	(66)
第三节 反射效力与既判力作用的趋同理论	(75)
第三章 反射效力理论的检讨及重塑	(78)
第一节 反射效力本质的既判力扩张说	(78)
第二节 反射效力本质的既判力对第三人效力说	(88)

第三节	反射效力本质的争点效扩及第三人说	(92)
第四节	否定反射效或既判力扩张的观点	(99)
第五节	域外反射效力理论重塑的现状	(102)
第六节	司法实践领域对于反射效力理论的探讨	(112)
一	反射效力或既判力扩张的实定法依据问题	(112)
二	第三人与他人间判决内容欠缺权利关联性的示例	(115)
三	本章观点的归纳	(119)
第四章	具体关联纠纷中反射效力作用的分析	(121)
第一节	合伙责任纠纷中反射效力作用的分析	(121)
第二节	保证纠纷中反射效力作用的分析	(131)
一	保证的从属性及其例外	(131)
二	保证中反射效力态样——既判力扩张	(134)
第三节	连带债务纠纷中反射效力作用的分析	(138)
一	连带保证与连带债务的关系	(138)
二	连带债务人构成共同诉讼的类型	(140)
三	连带债务人一人所受判决效力与其他债务人的关系	(143)
第四节	共有物返还纠纷中反射效力作用的分析	(149)
一	我国实定法框架下的情况	(149)
二	其他法域与学说的考察	(156)
第五节	转租关系纠纷中反射效力作用的分析	(160)
第六节	反射效力作用的事例类型归纳	(163)
第五章	结论	(168)
第一节	关联纠纷解决的恰当途径	(168)
第二节	反射效力的性质	(171)
第三节	反射效力的作用范围	(173)
余论		(175)
参考文献		(177)
后记		(181)

第一章

反射效力的缘起

第一节 关联纠纷中实体法上依存关系的解析

在对上述设例进行深入解析之前，笔者还看到与上述设例相类似的存在实体法上依存关系的示例众多。典型示例包括：合伙债权人对合伙组织及合伙人之间的关系、复数连带债务人对主债权人之间的关系、承租人与转租人对出租人之间的关系、共有人与无权占有人之间的关系。笔者将上述情形中所发生的纠纷称为“关联纠纷”。在这些示例中同样也有上述示例中的疑问。作为诉讼法上分析的依据乃至于一般理解的前提，充分地探讨各种实体法律关系中所存在的彼此依存的关系具有重要的意义。为集中展示最为典型的实体法上依存关系现象，本书将讨论范围限定于保证关系和连带债务关系这两种关联纠纷的分析上。

一 保证合同的从属性

在对上述设例进行深入解析之前，需要充分理解民法上保证合同从属性的真实含义。民法上的保证合同具有从属性，其来自保护保证人的需求。债权人基于保证合同所能对保证人主张的权利的状态系依照主债务的状态而定。^①一般而言，保证合同是否存在、保证合同中所约定的保证责任的范围和数额等问题都是依照主合同而定。首先，保证以主合同中权利

^① Vgl., Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 765 Rn. 61.

或义务关系的存在为前提。^①当然这样也有例外,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)即规定了主合同无效时保证人的责任。一般而言,理论上,如果主合同不复存在,则保证合同虽非无效,但因为保证标的不存在而失效,除非依据当事人约定的意思能够解释出其有对主合同所衍生的不当得利、返还或损坏赔偿请求权承担保证责任的意思,例如在格式保证合同或条款中记载“保证人对于因主合同解除、撤销、不当得利或其他类似原因所发生的债务承担保证责任”^②。尤其是主合同是可归责于债务人的原因而出现效力瑕疵时,更容易认为保证合同有继续保持从属性的必要。例如,主合同因为债务人欠缺民事行为能力由效力待定状态到最终无效,^③或者主合同债权人是因为欺诈而与债务人订立双务合同,主合同债权人发现后撤销该合同,使其无效。另外,如果保证人对合同履行有固有的经济利益,也可以做上述解释,使其对主合同所衍生的不当得利、返还或损坏赔偿请求权继续承担保证责任。例如有偿融资租赁、企业经营者与消费者之间订立分期付款买卖合同,有偿融资分期付款合同,因保证人能从主合同的履行中享有利益,那么在主合同不复存在时由其继续对主合同债务所衍生的债务承担保证责任,也不能谓有失公平。^④在保证人针对主合同债务所衍生的债务承担保证责任的情形中,甚至包含保证人对因主合同约定违反公序良俗而无效所发生的不当得利返还请求权承担保证责任的情形;例如,主债权债务合同约定的利息远超当时的市场利息一倍,这时主债权债务合同约定因违反公序良俗而无效,而债权人已经给付的借贷本金则依不当得

① 因此,在主债权人对保证人提起的请求履行保证责任的诉讼中,对于被保证债权——主债权是否存在的主张及证明责任应依一般原则,亦即,依据相当于在债权人与债务人之间诉讼的证明责任分配基准为之(主张责任之分配依随证明责任的分配)。原则上债权人应主张并证明主债权债务关系成立的事实,反之,保证人应主张并证明主债务消灭、障碍、排除之事实。Vgl. Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 765 Rn. 64.

② Vgl. Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 765, Rn. 62. 按照德国联邦最高法院的分析,保证人如为主合同债务人的朋友或亲戚,则在客观很可能具备这种意思。Vgl. BGH NJW 1987, 2076 (2077)。

③ 德国州高等法院(科隆)一则裁判即针对该情形,具体可参见 OLG Köln OLGZ 1976, 329 (331) = MDR 1976, 398。

④ Vgl. Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 765 Rn. 62; BGH NJW 1987, 2076 (2077)。

利之规定需由债务人返还,在符合上述保证合同从属性仍然维持的情形中,保证人仍然应当对该不当得利返还义务承担担保责任。^① 保证合同依赖于主合同之成立(成立上的从属性)也体现在:主合同债权债务关系因公法规定而不具有可诉性后,保证合同中的债务也与主合同债务一起沦为自然债务或不完全债务。^②

其次,根据保证合同的从属性原理,保证的范围、数额原则上不得超出主合同债权债务关系的范围、数额。尽管在某些情况下,超出的保证合同并非无效。依据实体法,合同等法律行为于其性质或数额上具有可分性者,其部分无效时,不影响其余部分的效力,除非当事人有相反的意思。进一步讲,如果保证合同所约定的保证责任的数额高于主合同债务的数额,那么超出的部分也并非无效。该结论的导出有赖于当事人在订立保证合同时的具体意思表示,亦即,如果保证人在订立保证合同时有“向主合同债权人赠与超出主合同债务额度的给付”的意思,那么该超出主合同债务部分的约定也能成立,只是这时构成的是赠与合同,而非保证合同。这种例外情况又例如,保证人在订立保证合同时有对“将来因主合同而发生的损害赔偿债务承担保证责任”的意思。在这种情况下,因损害赔偿请求系为填补损害,而非实现事前约定的合同给付义务,因此其范围数额有可能超出主合同债务部分。最为常见的情况就是因加害给付所导致的债务不履行责任,这相当于我国法律中的产品责任。这时债务人在履行合同时的不当行为不仅导致该给付损害合同债权人的受偿利益,也使得合同债务人的固有利益受到损害,这就超出了合同所约定的给付利益范围。在这一种例外情况下,保证人是对因主合同而发生的损害赔偿责任承担保证责任。

再次,保证合同的保证责任发生的条件,应高于主合同债务。例如,保证合同约定的履行期限比主合同的履行期限更早,那么该约定违反了保证的从属性原理。所以保证人只在主合同履行期限到来之后才需要承担保证责任。^③

复次,主合同债权转移时,因为债权的从属性适用于债权人变更的情

① 比较法上的实例参见上述德国联邦最高法院民事庭第三庭 1987 年 2 月 12 日裁判(BGH NJW 1987, 2077)。

② 比较法上的实例, vgl. KG, Urteil vom 19. 3. 1956-4 U 2415/55。

③ 其他讨论,参见史尚宽《债法各论》,法律出版社 2000 年版,第 879 页。

形,原先的合同债权人对保证人依保证合同所享有的债权——保证债权也由新债权人行使。对此可区分债权人的概括继受 (Gesamtrechtsnachfolge) 与通常的债权转移分别讨论。前者的情形例如作为自然人的主合同债权人死亡,此时保证债权转移于继承人;如果继承人正是保证人,则保证债权因债权人与债务人身份发生混同而消灭;如果继承人正是债务人,则保证债务因主债权人消灭而消灭。^①如果是主合同债权全部或部分地被转移给第三人,那么保证合同债权也随之依法 (ipso iure) 转移给第三人,该第三人就成为保证合同的当事人和保证合同债权的债权人。^②在理论上,除保护保证人外,主合同债权的债权人与保证合同债权的债权人必须身份合一,这种“债权人身份同一”(Gläubigeridentität)的要求具有强制性,单独转让保证合同所发生的保证债权的行为无效。^③其实,此种从属性同样意味着,主合同债权的债权人想单独转让债权而保留保证合同债权也是不可能的。例如根据《德国民法典》第399条、412条(准用第399条的规定)以及类推适用同法第1250条第2款(债权让与排除质权转移的,质权消灭),上述情况下应直接发生保证合同消灭的效果。^④

最后,除上述各点以外,保证的从属性还体现在保证人对主合同债权人享有的抗辩手段(Einreden)也从属于主合同债务人上。依据保证从属性的意义与目的,既然主债务人有权对主债权人的给付请求提出抗辩、无须对主债权人履行,那么原则上保证人自然也不需要再对主合同债权人履行。^⑤何况,从主合同债务人和保证人之间的关系看,主债权人在实现其权利方面对于主债务人所能享有的权益不能超出其对保证人所能享有的权

① 在比较法上,德国联邦最高法院认为,外国政府对债权进行无偿征收或国有化行为也引发概括继受,此时外国政府同时作为主合同债权人与保证债权人,保证债权债务关系不因此而消灭。但外国政府请求作为保证人的德国公民履行保证责任却可能因为违反本国公序良俗而遭驳回。Vgl. BGHZ 31, 168 = NJW 1960, 189 (本案的例子即为因民主德国政府对作为法人的债权人进行国有化征收所引起的概括继受); BGHZ 32, 97 = NJW 1960, 1052; BGHZ 104, 240 = NJW 1988, 2173。

② 域外有对此作明文规定的立法例。例如《德国民法典》第401条明确规定了担保债权之保证所生债权随该债权而转移给新债权人,同法412条规定法定债权之转移也适用于这种情况。

③ 德国通说与实务见解。Vgl. BGHZ 115, 177 (183) = NJW 1991, 3025; BGH NJW 1980, 1572 (1573); Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 765 Rn. 52。

④ Vgl. Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 765 Rn. 52a。

⑤ 参照德国联邦最高法院民事庭第七庭2009年2月12日裁判理由部分, vgl. BGHZ 179, 374 Rn. 9 = NJW 2009, 1664。

益。主合同与保证合同在成立、范围、幅度、发生条件、债权人变更方面具有从属性，必然意味着保证合同在权利实现方面也是从属于主合同的。例如，针对主合同债权发生权利消灭的事实（清偿、提存、免除等），则此类权利消灭事实也针对保证合同具有效果。^①同理，主债务人对主债权人所能主张的权利障碍抗辩（*rechtshemmende Einwendungen*）亦能由保证人对主债务人主张以对抗保证债权之行使。至于主债务人对主债权人所能主张的权利抑制抗辩（*rechtshindernde Einwendungen*），例如因被诈欺胁迫所为意思表示之撤销，如前所述，如因此主合同不复存在、保证合同因保证标的不存在而失效，则保证人也能对主债务人主张；除非依据保证人的意思能够解释出其有对主合同所衍生的不当得利、返还或损坏赔偿请求权承担保证责任的意思。总之，保证人能否主张主债务人对主债权人的权利抑制抗辩，取决于在具体情况下保证债务与主合同债务在成立上的从属性。^②又如，主债务人对主债权人所能主张的时效抗辩，保证人也能主张。理论上一般认为主债权人对主债务人的请求权，和主债权人对保证人的请求权的消灭时效（诉讼时效）系分别计算，假设主债权人对主债务人取得胜诉判决以后，甚至是主债权人对保证人取得胜诉判决以后，主债权的消灭时效经过，^③那么此时保证人仍能对主债权人主张主债务人的时效抗辩。在主债权人对保证人取得胜诉判决以后、主债权的消灭时效经过

① Vgl. Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 768 Rn. 2.

② Vgl. Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 768, Rn. 2; § 765 Rn. 62ff.

③ 即使原告起诉所主张的请求获得胜诉判决，该经过判决确定的请求权仍然从判决确定时起重新起算时效。域外立法一般规定起诉中断时效，而在诉讼期间时效也是持续中断，该持续中断的效果持续至判决生效。如果法院判决原告起诉所主张的请求权成立，新的请求权的消灭时效是从判决确定时开始起算的。德国在 21 世纪初修正其民法消灭时效的规定，对此也只是做表述上的修改。而在我国民事诉讼法中，虽然对此并无明确规定，但当事人申请执行的时效仍然是两年，这是《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）中所规定的一般的诉讼时效（或消灭时效）的时间长度。此前我国学者的研究已经确定无疑地证明了这一点。参见占善刚《对我国民事申请执行期间制度的初步检讨——以〈民事诉讼法〉第 219 条的修改为对象的分析》，《南京师大学报》（社会科学版）2011 年第 1 期；刘学在《论执行时效制度之理解误区及其矫正》，《北方法学》2014 年第 4 期。因而，2017 年 10 月《中华人民共和国民事诉讼法总则》（以下简称《民法总则》）施行以后，民事诉讼法范围内申请法院执行的期限也需要根据新的诉讼时效的长度加以调整。

形,原先的合同债权人对保证人依保证合同所享有的债权——保证债权也由新债权人行使。对此可区分债权人的概括继受 (Gesamtrechtsnachfolge) 与通常的债权转移分别讨论。前者的情形例如作为自然人的主合同债权人死亡,此时保证债权转移于继承人;如果继承人正是保证人,则保证债权因债权人与债务人身份发生混同而消灭;如果继承人正是债务人,则保证债务因主债权人消灭而消灭。^①如果是主合同债权全部或部分地被转移给第三人,那么保证合同债权也随之依法 (ipso iure) 转移给第三人,该第三人就成为保证合同的当事人和保证合同债权的债权人。^②在理论上,除保护保证人外,主合同债权的债权人与保证合同债权的债权人必须身份合一,这种“债权人身份同一”(Gläubigeridentität)的要求具有强制性,单独转让保证合同所发生的保证债权的行为无效。^③其实,此种从属性同样意味着,主合同债权的债权人想单独转让债权而保留保证合同债权也是不可能的。例如根据《德国民法典》第399条、412条(准用第399条的规定)以及类推适用同法第1250条第2款(债权让与排除质权转移的,质权消灭),上述情况下应直接发生保证合同消灭的效果。^④

最后,除上述各点以外,保证的从属性还体现在保证人对主合同债权人享有的抗辩手段(Einreden)也从属于主合同债务人上。依据保证从属性的意义与目的,既然主债务人有权对主债权人的给付请求提出抗辩、无须对主债权人履行,那么原则上保证人自然也不需要再对主合同债权人履行。^⑤何况,从主合同债务人和保证人之间的关系看,主债权人在实现其权利方面对于主债务人所能享有的权益不能超出其对保证人所能享有的权

① 在比较法上,德国联邦最高法院认为,外国政府对债权进行无偿征收或国有化行为也引发概括继受,此时外国政府同时作为主合同债权人与保证债权人,保证债权债务关系不因此而消灭。但外国政府请求作为保证人的德国公民履行保证责任却可能因为违反本国公序良俗而遭驳回。Vgl. BGHZ 31, 168 = NJW 1960, 189 (本案的例子即为因民主德国政府对作为法人的债权人进行国有化征收所引起的概括继受); BGHZ 32, 97 = NJW 1960, 1052; BGHZ 104, 240 = NJW 1988, 2173。

② 域外有对此作明文规定的立法例。例如《德国民法典》第401条明确规定了担保债权之保证所生债权随该债权而转移给新债权人,同法412条规定法定债权之转移也适用于这种情况。

③ 德国通说与实务见解。Vgl. BGHZ 115, 177 (183) = NJW 1991, 3025; BGH NJW 1980, 1572 (1573); Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 765 Rn. 52。

④ Vgl. Muenchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, Habersack, BGB § 765 Rn. 52a。

⑤ 参照德国联邦最高法院民事庭第七庭2009年2月12日裁判理由部分, vgl. BGHZ 179, 374 Rn. 9 = NJW 2009, 1664。