

连带债务研究

——以德国法为主要考察对象

张定军 著

中国社会科学出版社

连带债务研究

——以德国法为主要考察对象

ISBN 978-7-5004-9046-3



9 787500 490463 >

定价：32.00元

张定军 著

连带债务研究

——以德国法为主要考察对象

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

连带债务研究：以德国法为主要考察对象/张定军著.
北京：中国社会科学出版社，2010.8
ISBN 978-7-5004-9046-3

I. ①连… II. ①张… III. ①债权法—研究—德国
IV. ①D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 166311 号

责任编辑 王 茵
责任校对 王有学
封面设计 格子工作室
技术编辑 王炳图

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司 装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 8 月第 1 版 印 次 2010 年 8 月第 1 次印刷

开 本 880×1230 1/32

印 张 11.875 插 页 2

字 数 288 千字

定 价 32.00 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发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

导言	(1)
一 问题的提出	(1)
二 关于本书研究范围和术语使用的说明	(3)
三 基本思路和主要内容	(5)
 第一章 德国连带债务制度的历史基础与基本规定	(8)
第一节 罗马法上的连带债务	(8)
一 罗马法上连带之债的语源学考察	(9)
二 罗马法上连带之债的发生原因	(13)
三 罗马法上连带之债的效力	(23)
四 共同连带之债的实践意义	(29)
五 连带之债的追偿问题	(32)
六 罗马法上连带债务制度隐含的问题	(37)
第二节 德国普通法上连带债务的主要问题	(41)
一 共同连带与单纯连带之债的区别	(42)
二 连带债务人之间的追偿问题	(45)
三 单一理论和复数理论	(47)
第三节 《德国民法典》的基本规定	(54)
一 《德国民法典》关于多数人之债的基本结构	(54)

2 / 连带债务研究

二 《德国民法典》对德国普通法上三个问题的 回应	(60)
三 《德国民法典》中产生的新问题	(61)
小结	(69)

第二章 对附加要件的探寻:连带债务成立要件理论

研究(一)	(72)
第一节 债务原因同一性理论	(73)
一 债务原因同一性理论的提出及其 基本含义	(73)
二 Eisele 的阐释面临的困境	(76)
三 学界对 Eisele 观点的态度	(78)
四 帝国法院对“债务原因同一性”的态度	(79)
第二节 目的共同说	(81)
一 Klingmüller 的主观目的共同说	(82)
二 法律的目的共同说	(84)
三 客观目的共同说	(87)
四 德国法院对目的共同理论的运用	(91)
五 德国学术界对目的共同理论的态度	(95)
第三节 相互清偿共同和相互履行共同说	(97)
一 相互清偿共同说	(98)
二 相互履行共同说	(102)
第四节 义务的同层次性理论	(110)
一 “不同层次性”概念的产生及其本初含义	(110)
二 Selb 和 Esser 的同层次性思想	(114)
三 Larenz 的同层次性理论	(116)
四 德国法院和学界对同层次性理论的态度	(127)

小结·····	(134)
---------	-------

第三章 对附加前提的放弃:连带债务成立要件

理论(二)·····	(138)
第一节 连带债务类型化的几种早期尝试·····	(140)
一 第一个出发点:对法律和判例中已确定的 连带债务的类型化·····	(140)
二 第二个出发点:从连带债务法中剔除 “移转案型”·····	(145)
三 第三个出发点:从法律规定的具体案型中探求 连带债务的特征·····	(148)
第二节 Ehmann 对连带债务本质的阐释及其 类型构建·····	(153)
一 Ehmann 对共同清偿的认识 (《德国民法典》第 422 条)·····	(154)
二 Ehmann 对追偿的认识 (《德国民法典》第 426 条)·····	(158)
三 连带债务的本质·····	(162)
四 单个债的原因作为连带债务关联的基础·····	(172)
五 Ehmann 的类型构建·····	(181)
六 学界对 Ehmann 类型构建的评价·····	(193)
第三节 同一给付前提下的排除法·····	(195)
一 无法证明《德国民法典》第 421 条不完备·····	(196)
二 给付的同一性作为连带债务的第一个要件·····	(199)
三 按份债务和协同债务的排除:连带债务的 第二个要件·····	(204)
四 对连带债务的“体系化”·····	(207)

小结.....	(209)
---------	-------

第四章 不真正连带债务:限缩连带债务适用范围的

产物.....	(212)
第一节 德国不真正连带债务理论的发展史.....	(213)
一 不真正连带债务概念的提出.....	(213)
二 目的共同作为连带债务与不真正连带债务的 区分标准.....	(217)
三 清偿共同理论与不真正连带债务.....	(221)
四 履行共同说与不真正连带债务.....	(226)
五 义务的同层次性与不真正连带债务.....	(229)
六 对各种学说的一个小结.....	(231)
第二节 依当代德国主流学说确定的不真正 连带债务案型.....	(233)
一 法定移转案型.....	(235)
二 发生移转请求权的案型.....	(237)
三 对法定移转或者移转请求权规定的 类推适用.....	(240)
第三节 对德国当前主流学说的反思.....	(245)
一 关于连带债务的法律规定对不真正连带债务 不能适用.....	(245)
二 关于错误追偿或不公平免责的担心.....	(252)
三 同层次性可否作为界分连带债务与不真正 连带债务的标准.....	(255)
四 从连带债务的本质看不真正连带债务.....	(261)
小结.....	(263)

第五章 连带债务发生原因的规定:适用范围的影响因素 ..	(265)
第一节 不得解释或类推——几种立法模式	(265)
一 严格限制主义的立法模式	(266)
二 相对限制主义的立法模式	(270)
三 宽松主义的立法模式	(275)
第二节 德国法上依法律行为成立的连带债务	(279)
一 连带债务协议	(279)
二 当事人意思表示的解释问题	(283)
三 广义的请求权内部移转案型	(297)
第三节 德国依法律规定成立的连带债务	(307)
一 德国法上的连带债务规定	(307)
二 德国对有关连带债务规定的类推适用	(311)
小结	(315)
 第六章 连带债务的效力	(317)
第一节 连带债务人之间的追偿问题	(317)
一 追偿作为连带债务中的问题	(317)
二 追偿的前提:债务人之间的份额确定规则	(325)
三 追偿权的扩张	(328)
第二节 连带债务中的总括效力和个别效力事项	(329)
一 总括效力事项和个别效力事项概述	(329)
二 关于连带债务外部效力的立法例	(332)
三 关于效力事项规定的几点思考	(337)
小结	(350)
 结论	(352)
参考文献	(359)
后记	(370)

导 言

一 问题的提出

连带债务是债法领域的基本问题，也是该领域较为复杂的问题。我国关于连带债务的基本规定体现在《民法通则》第 87 条：“债权人或者债务人一方人数为二人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。”本条对连带债务的发生原因进行了规定（即经当事人约定或法律规定），赋予了履行债务之债务人对其他债务人的追偿权，规定了每一连带债务人对债权人清偿全部债务的义务。但《民法通则》未给出连带债务的概念性规定，亦未给出连带债务的成立要件，对连带债务的法律效果也未作全面规定。那么，连带债务的概念是什么？在什么条件下成立连带债务（构成要件）？连带债务人之间的追偿如何实现？追偿范围如何确定？在连带债务中，就一债务人所生事项（如债务免除、债权人受领迟延、一连带债务人自身给付不能、债权债务的混同等）对其他连带债务人产生何影响？连带债务的发生是否仅得依当事人明示的意思表示或法律明确规定方得成立（即能否对当事人的意

思表示进行解释和对法律进行类推适用)?此外,近年来有不少学者主张确认不真正连带债务这一概念,那么何谓不真正连带债务?这一概念的产生背景是什么?其含义是否发生过变化?其与连带债务的关系如何?在我国有无确认这一概念的必要?这些问题都是连带债务中的基本问题,我国法律对此未作出规定,理论界也未对此问题进行过深入系统的研究。连带债务问题既涉及债法总则的规定,也涉及债法分则的规定,我国有制定《民法典》的计划,如果对上述基本问题不进行系统深入的研究,势必影响立法的质量,也将给司法实务带来严重困扰。

我国较早对连带债务进行详细介绍的,是王家福教授主编的《中国民法学·民法债权》;^①对连带债务进行详细介绍并较早将连带债务与不真正连带债务进行系统比较的,是张广兴教授的《债法总论》。^②这两部著作对我国认识连带债务和不真正连带债务产生了深远影响,在我国学术史上具有重要意义;我国学术界对连带债务和不真正连带债务的认识,较诸上述著作未见有实质性深入。我国目前的几个“民法典草案建议稿”中都有关于连带债务的制度设计^③,是对其他国家和地区民法典中相关规定进行比较分析和借鉴的产物,有其合理性。不过从德国的情况来看,基于不同的理论,在不同时期人们对法律文本的阐释往往并不相同,而且域外相关法律文本的形成相对较早,司法实践中如何适用法律文本也颇值关注。我国将来的《民法典》如何规定连带债

① 王家福主编《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第42页以下。

② 张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第143页以下。

③ 梁慧星主持《中国民法典草案建议稿附理由·债权总则编》,法律出版社2006年版,第65页以下;王利明主持《中国民法典建议稿·债法总则编·合同篇》,法律出版社2005年版,第93页以下;徐国栋主编《绿色民法典草案》,社科文献出版社2004年版,第461页以下。

务制度，尚有必要对域外相关制度的理论发展和司法实践作进一步深入了解。

本书是对连带债务问题展开研究的进一步努力，旨在通过对德国关于连带债务之理论和司法实践的发展历史和现状进行细致梳理和分析评介，对连带债务的基本问题进行深入研究，以期丰富我国对连带债务制度的理论研究，并对完善我国连带债务的制度设计作必要的理论准备，为立法工作提供可资借鉴的思路和方案，为司法实践提供必要的理论支持。

二 关于本书研究范围和术语使用的说明

本书关于连带债务的研究，以德国法为主要考察对象。连带债务制度是各国法律制度的重要组成部分，如能进行全面深入的比较研究，诚属美事，然受限于学识水平，力有不逮，只能退而求其次，以德国法为主要考察对象。好在德国民法与我国民法有密切的渊源关系，用梅仲协教授的话说，我国 1929 年《民法典》（现在我国台湾地区仍然有效）采德国民法者十之六七，采瑞士民法者十之三四，法日苏联之成规亦尝撷取一二；^①而单就连带债务的规定来看，我国 1929 年《民法典》对《德国民法典》的继受远不止十之六七，恐达到十之八九。我国目前对连带债务的认识，主要来源于我国民国时期和台湾地区学者的观点，而我国旧民法典与《德国民法典》之间又有着如此深厚的渊源关系，加之《德国民法典》对许多大陆法国家和地区的深远影响，所以对德国法上连带债务制度的研究，不仅具有典型意义，而且对我国具有特别的参考价值。此外，我国现在有不少关于不真正连带债

^① 梅仲协：《民法概要》，中国政法大学出版社 1998 年版，谢怀栻教授序第 2 页。

务的讨论，而该概念也是由德国学者 Eisele 首先提出，在德国引发了长期讨论并不断发展出新的理论，不真正连带债务被一些大陆法国家和地区的理论界引入，甚至影响到司法实践。这些情况表明，我国对连带债务制度的研究，不能不对德国法上的连带债务制度进行深入了解和全面把握，对不真正连带债务制度的把握，不能脱离德国法的语境。

本书对连带债务制度的研究，主要是对连带债务中基本问题的研究。这主要是考虑到几个方面的因素：一是我国目前对连带债务的认识，在这些基本问题上还需要进行理论上的深入探讨，这需要做大量的工作，尚无暇顾及连带债务中的一些具体细节问题；二是对连带债务基本问题的解决，是对连带债务制度进行规定的基础和前提，而对一些具体细节问题研究的暂时搁置，对立法的影响不大，可以留待以后再进行探讨，而且通过对这些基础理论问题的深入研究和把握，对一些具体细节问题的解决也有参考意义；三是目前在德国法上讨论的一些具体细节问题，由于我国现有法律的规定和现实生活情况，尚不是问题或者未成为亟须解决的问题。基于这样的考虑，本书将主要精力集中在对连带债务基本问题的研究上，这可能导致本书对连带债务的讨论并不全面，对有些问题并不涉及或者即使涉及，探讨也不够深入。比如在德国法上有关于“也为他人事务”的无因管理与连带债务之间的讨论，由于这一讨论需对德国的无因管理制度进行详细介绍，对这方面讨论的介绍才有基础，而这需要花较大的气力介绍与连带债务并无直接关联的无因管理制度，分散了文章的讨论重点，因此本书仅简略提及；又比如在德国法上有因为事前免除导致的连带债务障碍问题，而这一问题最典型的案例是数个机动车驾驶人导致同一受害人损害的连带债务案型（受害人搭乘其中一人的机动车，并事先免除其责任），由于我国《交通安全法》第 76 条

第1项规定了数个机动车驾驶人(持有人)之间的按份责任,使德国法上的这一问题在我国失去了讨论的法律基础,因此对这一问题的理论探讨显得并不紧迫,本书未进行探讨;此外,对一些连带债务具体案型的探讨,在本书中也未能得到深入。不能在文章中对连带债务的所有问题进行全面和深入的探讨,确为不小的缺憾,不过这也使本书的讨论能围绕连带债务中的基本问题展开,不至于使讨论的中心过于分散。

债务和责任是两个不同的概念,连带债务和连带责任的含义也有所不同,前者属于“当为”,后者属于违反债务的法律上强制;^①不过正如张广兴教授所言,无论是连带债务还是连带责任,在债务人或责任人与债权人或受害人之间都发生债的关系,均属于连带之债的范畴。^②本书关于连带债务的讨论,包括上面所提到的连带债务和连带责任;对这两个术语的使用在文中不作严格区分,只是连带债务通常在更广的意义上使用,而连带责任一般不用于仅产生债务的情形。

三 基本思路和主要内容

由于我国关于连带债务的认识主要来源于我国民国时期和台湾地区学者的观点,而这些学者的观点直接来源于德国法,而且我国旧民法典和台湾地区“民法典”与《德国民法典》之间存在密切的渊源关系,因此对德国民法上的连带债务制度进行全面了解和把握,有助于我国连带债务制度的立法。由于《德国民法典》以德国普通法为基础,而德国普通法生长于罗马法,为了准确把握德国法上的连带债务制度,本书首先探讨了罗马法以来关

① 孔祥俊:《论连带责任》,《法学研究》1992年第4期。

② 张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第147页。

于连带债务所面临的主要问题,包括《德国民法典》中潜在的问题(第一章);以此为出发点,介绍了德国学术界为解决这些问题,长期以来所进行的各种努力及其对司法实践的影响,直到目前德国的主流学说和司法实践中的做法,并尽量客观地介绍了德国学术界对各种观点的评价,包括对目前德国主流观点的批评意见(第二章和第三章)。

考虑到连带债务和不真正连带债务的界定范围是一个此消彼长的关系,因此以我国近年来讨论的热点问题^①,即不真正连带债务问题为切入点,介绍了不真正连带债务在德国的产生背景、发展历史和现状,对当前德国的主流观点进行了反思;并指出我国台湾地区关于不真正连带债务的观点,尚停留在德国早期的债务原因同一性理论和目的共同理论,特别是在德国被认为“毫无意义并因此没有反驳价值”^②的主观目的共同说上,进而指出,我国在引入我国台湾地区不真正连带债务的认识上应持审慎态

① 孔祥俊:《论不真正连带债务》,《中外法学》1994年第3期,第10页以下;蒋万来、王良珍:《不真正连带债务研究》,《法学》1997年第2期,第25页以下;王磊:《不真正连带债务若干问题探讨》,《社会科学》2001年第8期,第49页以下;刘克毅:《论不真正连带债务》,《法律科学》2003年第6期,第49页以下;王钦杰、王庆龄:《不真正连带债务之若干问题研究》,《齐鲁学刊》2008年第2期,第97页以下;王庆龄:《不真正连带债务研究》,西南政法大学硕士论文,2002年;郎亚蕊:《论不真正连带债务》,西南政法大学硕士论文,2004年;康云:《论不真正连带债务》,中国政法大学硕士论文,2005年;宋子建:《论不真正连带债务》,吉林大学硕士论文,2005年;李佳薇:《论不真正连带债务》,吉林大学硕士论文,2005年;刘小燕:《论不真正连带债务》,广西大学硕士论文,2005年;王晓辉:《不真正连带债务研究》,吉林大学硕士论文,2005年;马庆松:《不真正连带债务研究》,安徽大学硕士论文,2005年;巫志刚:《不真正连带债务研究》,南昌大学硕士论文,2005年;张进春:《不真正连带债务研究》,安徽大学硕士论文,2006年;夏岩:《论不真正连带债务》,吉林大学硕士论文,2006年;王松:《不真正连带债务诉讼实证研究》,《民商法论丛》第35卷,法律出版社2006年版,第415页以下。

② Larenz, Lehrbuch des Schulrechts, Band I. Allgemeiner Teil, 14. neubearbeitete Auflage, München 1987, S. 636 f.

度；在此基础上，结合《欧洲私法模范规则草案》（DCFR）的最新动态，赞成对连带债务进行较广意义上的界定，并对连带债务的本质进行了新的阐释，以此为基础，不真正连带债务的存在基础基本动摇（第四章）。在对我国台湾地区不真正连带债务理论的介绍中已经分析指出，我国台湾地区关于不真正连带债务的认识之所以停留在德国早期学说上，很大程度上是因为我国台湾地区“民法典”对连带债务的成立采取了严格限制主义的立法模式，在比较几种关于连带债务成立的立法模式的基础上，指出了这种模式的缺陷，主张我国在如何规定连带债务的发生原因这一问题上，沿袭我国《民法通则》第 87 条的精神，对连带债务的成立不做严格限制（第五章）。最后，对连带债务制度中的一些较为基础的具体问题，比如连带债务人之间的追偿问题、就一个债务人发生的法律事实对连带债务的效力问题等，进行了较深入的探讨（第六章）。

第一章

德国连带债务制度的历史 基础与基本规定

第一节 罗马法上的连带债务

《德国民法典》以德国普通法为基础，而德国普通法生长于罗马法，因此罗马法间接的成为《德国民法典》的基础。对罗马法上连带之债的认识之所以重要，还存在两方面的原因：一是由于技术上的原因，早期注释法学派对罗马法原始文献“残片”的内容尚无法全面把握，而这些“残片”藉由新的关键的拼接技术后来得以揭示，通过将原始文献与优士丁尼法的比对发现，优士丁尼法对古典罗马法作了较大的改动，但对于共同连带有关规定的修改并不彻底，导致了德国普通法时期对连带债务认识的一些争论，因而对罗马法的有关规定有回顾的必要；二是因为罗马法包括德国普通法对连带债务制度的规定并非一成不变，在罗马法和德国普通法的发展过程中，新的多数人之债被作为共同连带之债（Korrealobligationen）或者单纯连带之债（Solidarobligationen）予以接受，这导致古典罗马法上连带之债的概念结构，不再可能反映已经发展了的理论和实践，因而有对之进行动态把