

厦门大学法学学术文库



不可分之债研究

齐云 著

On the Indivisible Obligation

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014006325

D913.304

02

不可分之债研究

On the Indivisible Obligation

齐云 著

School of Law

Xiamen University

厦门大学法学学术文库



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



北航

C1692776

D913.304

02

图书在版编目(CIP)数据

不可分之债研究 / 齐云著. —北京: 法律出版社,
2013. 11
(厦门大学法学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5561 - 9

I. ①不… II. ①齐… III. ①债权法—研究 IV.
①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 256204 号

厦门大学
法学学术文库

不可分之债研究

齐云著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.5 字数 176 千

版本 2013 年 12 月第 1 版

印次 2013 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5561 - 9

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,

下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学政科为院。1934年6月,法学院与商学院合并为法商学院。1937年年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术

论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执著,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎力推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

谨以此书献给我敬爱的导师涂国栋教授

目 录

导论 001

第一章 不可分之债与连带之债关系研究 014

第一节 不可分之债与连带之债概念的词源考察 015

一、四个概念对应拉丁术语之分析 016

二、“*in solidum*”误译造成的混淆 019

第二节 不可分之债与连带之债的历史沿革考察 021

一、《十二表法》时期 021

二、古典法时期和优士丁尼法时期 023

三、关于损害赔偿之债可分与否的争论 027

第三节 不可分之债与连带之债的立法例考察 030

一、前苏联模式 030

二、德国模式 032

三、法国模式 035

四、阿根廷模式 036

第四节 不可分之债与连带之债的相似点 037

一、从债的主体角度入手：多数人之债 038

二、从债的标的角度入手：给付之整体与部分 043

三、从债的关系角度入手：对内关系与对外关系 046

第五节 不可分之债与连带之债的不同点 048

一、划分标准不同 049

二、形成原因不同 050

三、功能目的不同 052

四、损害赔偿之债不同 053

五、可继承性不同 055

六、整体履行的原因不同 057

七、整体履行的方式不同 059

第二章 不可分之债理论发展脉络之研究 065

第一节 国外关于不可分之债理论的发展脉络 066

一、优士丁尼与《民法大全》 067

二、杜摩林与其 1562 年《解开可分与不可分的迷宫》 071

三、波蒂埃及其 1761 年《债法论》与 1804 年《法国民法典》 075

四、萨维尼、温德沙伊德与 1900 年《德国民法典》 081

五、弗雷塔斯与 1860~1865 年的《巴西民法典草案》 084

六、萨尔斯菲尔德与 1869 年的《阿根廷民法典》 088

七、各国民法典对于《法国民法典》模式的追随与抛弃 091

八、对 1998 年《阿根廷民法典草案》的特别考察 098

九、在《欧洲合同法原则》中的最近发展 101

第二节 国内关于不可分之债理论的发展脉络 104

一、大陆地区 104

二、台湾地区 107

第三章 不可分之债判断标准及类型研究 109

第一节 前提问题之一：债的标的及其类型研究 109

一、债的标的之概念 110

二、债的标的之类型 112

三、债的标的与给付标的 113

第二节 前提问题之二：可分与不可分的各种分类 115

一、可分物与不可分物 115

二、物理分割与观念分割 117

三、客观不可分与主观不可分 122

四、观念分割与主观不可分 124

第三节 给付不可分类型化研究 126

一、周相假想分马案件中的观点 127

二、给予之债的可分与否研究 129

三、作为之债的可分与否研究 136

四、不作为之债的可分与否研究 139

第四节 四个常被误解的问题研究 140

一、种类之债的可分与否研究 140

二、选择之债不可分性之批驳 144

三、附处罚条款之债的可分与否研究 147

四、担保之债的可分与否研究 153

第四章 不可分之债基本制度构造之研究 157

第一节 不可分之债概述 158

一、不可分之债的定义和特征 158

二、不可分之债的效力 161

第二节 不可分债权 164

一、对外效力 164

二、就债权人一人所生事项之效力 168

三、对内效力 171

第三节 不可分债务 173

一、对外效力 173

二、就债务人一人所生事项之效力 177

三、对内效力 179

第四节 应特别注意的几个问题 180

一、分割方式及标准设定的问题 180

二、整体履行方式的问题 181

三、不可分之债的转化问题 181

四、过错责任的分担问题 182

第五章 不可分之债具体条文设计之研究 184

第一节 具体条文之设计完备版 184

第二节 完备版条文设计之理由 189

一、条文设计之结构 189

二、具体内容之评析 190

第三节 三个已有不可分之债设计评述 196

一、立法模式 197

二、立法内容 198

第四节 条文设计之精简版 200

一、精简条文之内容 200

二、条文缩减之理由 202

结论 206

参考文献 212

后记 223

导 论

一、研究缘由

所谓“不可分之债”，是指由性质上、双方约定或法律规定而形成的给付不可分的多数人之债。对于这个概念，可以用“熟悉的陌生人”来形容它。说它是“陌生人”，翻开我国《民法通则》颁行之后的传统的民法教材，完全寻觅不到其踪影。说它是“熟悉的”，随手打开一本大陆法系的民法典，在债法总则之“债的分类”章节里都可以看到它，一般都会先后规定可分之债、不可分之债和连带之债，可以说在大陆法系的国家它是一个不可回避的概念。^{〔1〕}

那么，为何在大陆法系中的常客，在我国大陆地区的民法里却成了陌生人呢？原因其实很简单：我们知道，我国大陆民法先是通过日本，后是通过前苏联，间接地继受了大陆法系的传统，成为大陆法系的一

〔1〕 在此，可不完全列举在民法典中规定了不可分之债的国家或地区：法国、意大利、西班牙、葡萄牙、埃及、阿根廷、智利、巴西、委内瑞拉、哥伦比亚、古巴、秘鲁、墨西哥、瓜地马拉、乌拉圭、加拿大魁北克、美国路易斯安那、日本、韩国、菲律宾、越南、中国台湾地区、中国澳门等。总之，一个基本的结论是，几乎所有传统大陆法系国家的民法典中都规定了不可分之债，只有受前苏联影响的国家的民法典没有规定之。

员,而现在这种继受更是以最广泛的方式进行着。清末,为了救亡图存,清政府被迫学习西方法律思想和制度,修订和改革本国法律,成果之一便是《大清民律草案》,虽然它还来不及生效就灭亡了。在该草案的第二编债权第一章通则第六节里规定了“多数债权人及债务人”,很明显是仿照《德国民法典》,分别规定了可分之债、不可分之债和连带之债。^[1] 中华民国成立后,也继承了该草案,规定的“多数债务人及债权人”基本上与前者一样。^[2] 1949年,新中国成立,废除了国民党的《六法全书》,而在1980年代前法律基本上是从前苏联搬过来的,而我国在1986年通过的《民法通则》中,只在第五章第二节“债权”里花了第86条和第87条两条分别规定了按份之债和连带之债。^[3] 而我国当时之所以这样规定,就是因为前苏联也是如此:师傅当时背离了大陆法系的传统,没有规定不可分之债,而是将之并入了连带之债之中,^[4] 当时徒弟还无鉴别能力,也就亦步亦趋,依葫芦画瓢,不可分之债就这样在我国大陆地区被遗忘了,^[5] 虽然在我国台湾地区和澳门地区它还依然

[1] 《大清民律草案·民国民律草案》,杨立新点校,吉林人民出版社2002年版,第60页。

[2] 《大清民律草案·民国民律草案》,杨立新点校,吉林人民出版社2002年版,第255页。

[3] 《民法通则》第86条规定:“债权人为二人以上的,按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的,按照确定的份额分担义务”。第87条规定:“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。”

[4] 《苏俄民法典》第180条(连带的债)规定:“如果合同或法律有规定(例如债的客体不可分割),则发生连带的义务或连带的请求。”参见《苏俄民法典》,马骥聪、吴云琪译,中国社会科学出版社1980年版,第59页。

[5] 这是一个政治因素影响法律制度的选择的典型例子。在韩国和朝鲜,也出现了同样的现象:现行的1960年颁布的《韩国民法典》第三编第一章第三节规定了“多数债权人与多数债务人”,分别规定了可分之债、不可分之债和连带债务;而在1990年颁布的《朝鲜民法典》则以第三编第一章在“一般规定”中以第70条到第76条规定了按份之债和连带之债。我们知道,在日本占领朝鲜半岛时期,在分裂成南北朝鲜之前,根据1911年的《朝鲜民事令》,整个朝鲜半岛开始沿用日本民法,即使在将日本人赶走之后,韩国于1960年颁布的《韩国民法典》,仍然保留了很多日本民法的成分,因此在多数人之债的体例与规定上,与《日本民法典》也极其相似,属于传统的大陆法系的阵营;而朝鲜则不同,它在脱离日本人的统治后,加入前苏联领导的社会主义阵营后,前苏联的法律也强烈地影响了它,表现在多数人之债的体例上,就是抛弃了《日本民法典》的做法,采取了前苏联的做法,没有规定不可分之债。参见《韩国民法典·朝鲜民法典》,金玉珍译,北京大学出版社2009年版,第1页、第7页、第64~67页以及第207页。

顽强地存在,并且我国大陆地区的比较民法学的教材和法学词典也会或多或少地提到它。

进入到21世纪,我国民法典的制定也提到日程上来了。现在我们有能力也有机会借鉴世界上最先进的立法例,取其精华,去其糟粕。饶有兴味的是,在我国现在已出版的三部民法典建议草案都不约而同地规定了不可分之债,^[1]看样子,不可分之债在我国重见天日乃大势所趋。

可清楚地看到,在我国民法学界,对不可分之债这一舍一取,其实并没有多少理性思考在里面:差别只不过是以前学苏联,现在学传统大陆法系国家。但或许我们更应该思考的是:不可分之债与连带之债在其形成发展历史过程中究竟是什么关系?前苏联为何要将不可分之债并入到连带之债中呢?而在传统大陆法系国家中,二者的关系又是如何设计的?只有弄清楚这些问题后,我们才能决定在我国未来民法典中是否要规定之,如果答案是肯定的,进一步才能考虑如何规定之,否则就只能扬弃之,就正如我国《民法通则》所做的一样。以上疑问促使我开始关注此主题的研究。

二、研究状况

当我们真正细致地探究不可分之债在各国民法典中的规定就会发现,不可分之债在债的分类中是争议最大的,各国民法典关于它的规定五花八门,其概念之模糊、其规则之多样、其与相关概念之纠缠,都让人无所适从。与此相对应,我们很容易发现国外关于不可分之债的研究文献众多,争议不断。在我掌握的不完全的资料范围内,有以下专著:

[1] 即由梁慧星教授、王利明教授和徐国栋教授三人分别主持编纂并已出版的三个民法典草案,对于此三个草案关于不可分之债部分的详细内容及特征,请参见本书第五章第三节“三个已有不可分之债设计评述”。

在意大利,有四本书专门研究不可分之债,三本书同时研究不可分之债与连带之债,^[1]现简要列举其书名:《可分与不可分之债》(1901)、《罗马法中的可分与不可分之债研究》(1972)、《罗马法课程:可分与不可分之债》(1932)、《债的可分与不可分的定义》(1953);《债:概念、自然之债、连带之债、可分之债与不可分之债》(1951)、《复合主体之债(体系概况)》(1971)、《债:选择之债、连带之债、可分之债与不可分之债》(1968)。

在西班牙,有两本书专门研究不可分之债,即《不可分之债》(1991)以及《西班牙民法典中的不可分之债》(1992)。^[2]在法国,有三本书专门研究不可分之债,有一本书同时研究不可分之债与连带之债,分别为:《解开可分与不可分的迷宫》(1681)、《在罗马法和法国法中的不可分性》(1879)、《在罗马法中的不可分的法律制度》(1934)以及《连带性与不可分性》(1852)。^[3]在德国,从梅迪库斯的《债法总论》中的参考书籍索引可知,^[4]也有多部专著研究了多数人之债。

[1] Arnò Carlo, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, Modena: Società Tipogr. Modenese, 1901; Andrea Guarnieri Citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano* (Edizione anastatica), Roma: Soc. Multigrafica Editrice, 1972; Gino Segre, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni divisibili e indivisibili (Contributo alla dottrina dell'oggetto dell'obbligazione)*, Torino, 1932 - 1933; Cicala Raffaele, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Novene, 1953; Gangi Calogero, *Le obbligazioni: concetto, obbligazioni naturali-solidali-divisibili e indivisibili*, Milano: Giuffrè, 1951; Francesco Donato Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa (profili sistematici)*, Milano: Giuffrè, 1974; Domenico Rubino, *Delle obbligazioni (Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)*, In *Commentario Scialoja e Branca* (Artt. 1285 - 1320), Bologna: Zanichelli-Foro Italiano, 1968.

[2] Angel Cristóbal Montes, *Las obligaciones indivisibles*, Tecnos, 1991; Santiago Espiau Espiau, *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil Español*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1992.

[3] Carolus Molinaeus, *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, Vol. 3, Omnia quae extant opera, Parisiis, 1681; Henri Pagat, *De l'indivisibilité en droit romain et en droit français*, Paris, 1879; J. Gaudemet, *Le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934; Aimé Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, Paris-Toulouse, 1852.

[4] [德]梅迪库斯著:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第597页。我所确切知道的,比如就有 Ubbelohde, *Die Lehre Von den unteilbaren Obligatione*, Hannover: Rümpler, 1862。

我这还只是列举研究不可分之债专著的情况,至于说,在国外通论性的债法著作中,研究不可分之债也基本上是惯例,而各国关于可分之债与不可分之债的专题论文,则更是不胜枚举,比如,意大利的论文《债的可分性与不可分性》,^[1]法国的论文《民法典第1217条的渊源:杜摩林的〈解开可分与不可分的迷宫〉》,^[2]巴西的论文《在拉丁美洲法律体系形成过程中的可分与不可分之债》,^[3]西班牙的论文《不可分之债的法律制度》,^[4]等等。

而在深入地研究国外关于不可分之债的理论专著后,才会真正地体会到关于不可分之债的理论构成了一个“无法解开的迷宫”(法国著名法学家杜摩林语)的说法之确切性,才会由衷地赞同意大利罗马法学家彭梵得的观点:“不可分之债自古以来就是法教义学最折磨人的主题之一”。^[5]国外众多著名法学家一个个前仆后继地研究了此主题,对其理论脉络的演变史在本书第二章中将详细介绍。

相较于国外关于此主题研究的如火如荼,国内的研究基本上属于空白一片。国内除了本人关注此主题外,^[6]截至2008年年底,在“中国

[1] Raffaele Cicala, Indivisibilità e indivisibilità dell'Obbligazione, *Rivista di Diritto Civile*, 1965, parte I.

[2] Jean Louis Thireau, Aux Origines des Articles 1217 du Code Civil: L'Extrication du Labyrinthe Dividui et Individui de Charles du Moulin, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1983.

[3] José Carlos Moreira Alves, As obrigações divisíveis e indivisíveis no processo de formação do sistema jurídico latino-americano, Su *Roma e America. Diritto romano comune (Rivista di diritto dell'intergrazione e unificazione del diritto in europa e in america latina)*, a cura di Sandro Schipani, dicembre 2001.

[4] Angel Cristóbal Montes, El régimen jurídico de las obligaciones indivisibles, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año no 69, No 616, 1993.

[5] Pietro Bonfante, *La solidarietà delle obbligazioni indivisibili*, Scritti Giuridici Vari (III), Obbligazione, comunione e possesso, Torino: UTET, 1926, p. 368.

[6] 参见齐云:“不可分之债与连带之债关系的历史沿革研究”,载《中外法学》2008年第5期;齐云:“论不可分之债”,厦门大学2006年硕士学位论文。

期刊网”上找不到一篇纯粹以“不可分之债”为主题的研究文章,^[1]而我国大陆地区的债法教材以前基本不谈论它,现在受我国台湾地区债法教材的影响才开始提到它,^[2]但其研究水平远远没有达到更不用说超越台湾地区教材的深度。

国内外关于不可分之债研究状况的强烈反差,促使我以不可分之债作为选题,力图对它进行一个追根溯源的全方位的研究,以弥补我国此主题研究的空白,并力图在我国将来制定民法典时,我能够在此制度的建构上提供理论支持,以尽自己的微薄之力。

三、写作内容和进路

就写作内容而言,由于本选题属于一个非常具体的法律制度,从法教义学的角度来看,应主要关注三个方面的内容:一是法律概念,二是法律规范,三是法律体系。^[3]具体针对本书而言,我们应该:

第一,分析“不可分之债”的概念,决定判断不可分之债的正确标准。这是一个亘古难题,像杜摩林、波蒂埃、萨维尼和彭梵得这些法学大家都曾在此主题上犯过错误,只是到了巴西法学家弗雷塔斯才在1860年的《巴西民法草案》中找对方向,其成果为阿根廷法学家萨尔斯菲尔德吸收和完善,在1869年的《阿根廷民法典》中完美地呈现出来,现在我们可以充分借鉴这一理论成果。

第二,在明确不可分之债的本质的基础之上,设计出具体的完美的

[1] 到现在,此状况,稍有改变,有两篇研究不可分之债的专文,但我很遗憾地说,这两篇论文在内容并无任何新意,要么大篇幅地援引我的上述论文,要么更为夸张的是对我文章的简单的缩写。参见李强:“不可分之债与连带之债关系的探讨”,载《法制与社会》2009年第8期(上);宋瑞芳:“不可分之债之探析”,载《法制与社会》2010年第11期(中)。另外,2010年还出现了一篇研究不可分之债的硕士论文:何佳欣:“不可分之债研究”,黑龙江大学2010年硕士学位论文。

[2] 因为台湾地区的债法教材,几乎无一例外地会谈到不可分之债,这是由于其民法典中将可分之债、不可分之债和连带之债并列规定而导致的结果:理论探讨受实际立法的影响。

[3] 王涌:“私权的分析与建构——民法的分析法学基础”,中国政法大学1999年博士学位论文。