

# 中国法学对外交流与研究中的 概念对接

——以多数人之债实体与程序的中德比较研究为例

卜元石\*

**内容提要：**概念的准确对接，是不同法文化互鉴的前提，也为观察本国法提供了新视角。本文选取多数人之债中的若干中国法概念，尝试在德国法中寻找能够与其对接的术语，借此探讨概念对接出现问题的原因、在实践中呈现的样态，以及概念对接的潜在功用。在实体法领域，借助对不真正连带之债、补充责任与原因力概念对接的考察，可以更好地向海外学者解释中国法中多数人侵权责任形态多样化、按份责任主流化背后的逻辑。通过对追偿权和法定代位权这两对中德法中貌似一致的概念之可对接性的分析，可以揭示其根本区别，阐释两国法律在连带之债时效问题上解决路径之差异的根源与效果。在程序法领域，以共同诉讼类型的中德对接为切入点，可以发现中国法对于共同诉讼乃复数之诉的认识尚且模糊，导致对于共同诉讼当事人之间关系的认识不够清晰，进而对诉讼标的、判决既判力形成了与德国共同诉讼理论完全不同的认知，造成问题处理上的巨大差异以及对话的困难。提高法学概念对接意识，关注外来概念在本土语境的演变，有助于在对外交流中进行有效沟通，以及在研究中探寻中国法的独特性。

**关键词：**连带之债 原因力 并发侵权 共同诉讼 诉讼告知

## 一、问题的提出

中国自改革开放以来，在构建现代法律体系的过程中，借鉴吸收了大量的域外法经验，从事法学研究时参考外国文献，也是中国法学界的通行做法。<sup>〔1〕</sup>一般说来，学者引入外来概念时，通常会考虑其与中国语境的匹配性即对接问题。但当中国法走出国门进行对外交流时，参与者对于概念对接问题却未必有明确意识，导致向海外受众译介中国法时，遇到意想不到的沟

\* 德国弗莱堡大学法律系教授。

〔1〕 参见宋亚辉：《迈向自主法学知识体系的比较法研究范式——以2003—2022年的比较法论文为样本》，《法学研究》2024年第1期，第20页以下。

通障碍。文明互鉴的实现，以能够进行有效交流为必要前提，而增强概念对接意识，则又是促进彼此理解的重要一环。此外，在法学研究中对概念对接问题进行反思，也能加深对本国法特性的认识，进而促进本土问题解决方案的形成。鉴此，本文试图通过对多数人之债实体与程序法的中德比较研究，探讨概念对接问题的根源、归纳其在实践中呈现的样态并阐述概念对接的功用。考虑到专门针对概念对接问题的讨论需要从多个领域获取例证，可能造成内容的分散，本文将之贯穿于多数人之债的比较研究中，从而在讨论概念对接问题的同时，直接推动相关实质问题的解决。当然，其不足是概念对接并非出现于相关讨论的所有场合，但这更接近于法学研究的常态。选取多数人之债进行比较研究，也是因为在这一领域国际资深比较侵权法学者都困惑于中国相关规定的内在逻辑，而其根源又可回溯至概念对接问题上。<sup>〔2〕</sup>最后，本文选取的主要比较对象为德国法，是考虑到其在中国晚近研究中作为参照物的功能日益显著，而且中德法学术交流频繁，在民法、民诉法方面德国学者对于中国法知识存在较大需求，中德概念对接问题的现实意义更强。

## 二、实体法比较及其中的概念对接问题

就实体法而言，多数人之债需要讨论债权人与债务人之间的外部关系，以及多个债务人（或者债权人）之间的内部关系。本部分讨论多数人之债的实体法问题，并在这一框架下讨论不真正连带债务、补充责任、原因力、并发侵权、追偿权、法定代位权的概念对接问题。

### （一）债权人与债务人的外部关系

中德针对多数人债务的实体法律规定与司法实践差异明显：中国复数债务人责任形态较多，特别是在侵权法中，而德国法则较少；此外，德国法多数人债务中的法定按份之债比较少见，且主要应用于连带债务人的内部追偿关系，甚至连“按份之债”一词都很少见。<sup>〔3〕</sup>

在德国，连带之债构成压倒性的主流，其原因主要有三：其一，德国民法典第427条规定，即便标的物可分，如无另外规定，同一合同中的多个债务人形成的也是连带之债，而常见的标的物如金钱与种类物都是可分的。德国民法典第840条第1款又把无意思联络的多人侵权造成同一损害<sup>〔4〕</sup>形成的债务关系，直接规定为连带之债，而中国民法典第1172条将其规定为按份责任。<sup>〔5〕</sup>也就是说，中国侵权法中的按份之债，在德国法中绝大多数是作为连带之债处理的。这是因为，在多人侵权中，存在共同故意的情形是例外，一般情形中侵权人之间并无主观上的沟通、认识，根据中国法无法构成共同侵权，由此形成的不是连带之债。而在德国法中，只要多个侵权行为造成了同一损害后果，无论是共同侵权、共同危险行为还是无意思联络

〔2〕 参见卜元石：《德国学者眼中的中国〈民法典〉：洞见、困惑、误读及其展望》，《环球法律评论》2023年第6期，第25页；Marta Infantino & Weiwei Wang, *Causation in the Chinese Civil Code: A Comparative Law Appraisal*, in Hao Jiang & Pietro Sirena (eds.), *The Making of the Chinese Civil Code: Promises and Persistent Problems*, Cambridge University Press, 2023, pp. 195-196。

〔3〕 德国语境下，使用更为普遍的是“可分之债”（Teilschuld）一词。中文已有研究指出，中国法按份之债的概念源自1964年苏俄民法典，但其第179条使用的也是“可分之债”一词。参见齐云：《不可分之债与连带之债关系的历史沿革研究——以不可分之债考察为中心》，《中外法学》2008年第5期，第645页。

〔4〕 对于同一损害的要求，参见 Staudinger/Vieweg/Lorz (2023) BGB § 840 Rn. 3; Meier, AcP 2011, 479。

〔5〕 参见曹险峰：《〈侵权责任法〉第12条之按份责任正当性论证——兼论第12条与第37条第2款的关系》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2014年第2期，第61页；张定军：《连带债务发生明定主义之反思》，《法学研究》2023年第2期，第169页（指出例外情况下，累积因果关系也可能构成部分连带责任）。

的多人侵权，德国民法典第 840 条第 1 款均适用，侵权人承担连带责任。〔6〕

其二，德国民法典第 421 条关于连带之债的概念具有开放性，可以发展、吸纳新型连带之债。不能通过德国民法典第 840 条认定连带之债的，可直接适用第 421 条认定是否成立连带债务。因此，不同性质的债权，如纯粹合同之债与侵权之债的叠加，可通过该条被认定为连带之债。〔7〕而中国民法典第 178 条第 3 款、第 518 条第 2 款规定，连带债务的认定需要当事人约定或者法律规定，因此在出现法律尚无规定的新型案件时，即便存在保护债权人的需要，理论上法院也无权径行认定成立连带债务。〔8〕

其三，德国法中的不真正连带债务与连带债务的模糊界分，进一步导致连带债务类型的扩大化。在德国法上构成不真正连带债务的情形，债务人对外承担连带清偿义务，因此判决的表述与真正的连带债务是相同的：“判决被告一与被告二有义务作为连带债务人向原告支付××欧元”，〔9〕如何区分二者就成为问题。德国法中就此曾发展出多个学说，目前的主流学说为以债务的承担顺序即在债务人内部是否有人承担最终责任为断。但是，在连带债务中，也存在内部债务份额为零的债务人的情况，比如合同排除了某一债务人的对内责任，因此以内部责任份额来划分连带债务与不真正连带债务，并不可行。〔10〕中德两国学者均指出，是否承认不真正连带债务，归根结底还是为了解决能否准用连带债务规则的问题。因此，如果把连带债务的范围框定得比较窄，而非连带债务也产生连带债务的法律后果，反而不如直接扩大连带债务的范围，并直接排除不适用连带债务法律后果的某些情形。〔11〕

那么，德国法中的不真正连带债务对应的中国法概念是什么？依笔者之见，既可以是不真正连带责任、相应的责任，也可以是补充责任。中文文献把德国法中的“subsidiäre Haftung”译为补充责任，〔12〕但其作为一个概念在德国法中的使用并不严格。狭义的“subsidiäre Haftung”只包括德国民法典第 839 条第 1 款第 2 句中的公务员职务侵权责任与国家赔偿责任，以及德国公证人法第 19 条第 1 款第 2 句规定的公证员违反职务责任，其实际用途受到很大限制。〔13〕广义的“subsidiäre Haftung”一般也要求，只有无法从居前的债务人处获偿时，才能要求补充责任人履行，〔14〕但也用于指代不真正连带债务，只要债务人之间存在终局责任人即

〔6〕 参见 Staudinger/Vieweg/Lorz (2023) BGB § 840 Rn. 15; Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl., 2022, § 19 Rn. 22; 张定军:《论共同侵权的“共同性”要件——规范目的与制度功能的视角》,《法治研究》2018 年第 4 期,第 16 页以下。

〔7〕 Vgl. BGH, Urt. v. 29. 6. 1972 - VII ZR 190/71; Staudinger/Vieweg/Lorz (2023) BGB § 840 Rn. 15.

〔8〕 学说与司法实践提供的解决方案是,使用推定或意思表示解释的方法扩大连带责任的适用范围。参见齐云:《论多数人之债的类型推定规则》,《法律科学》2022 年第 3 期,第 161 页;张平华:《意定连带责任的构造与类型》,《法学》2022 年第 4 期,第 112 页以下。

〔9〕 Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 421 Rn. 133.

〔10〕 实际上,德国法目前的界分方法均有争议。Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 421 Rn. 27 ff.; MüKoBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, § 421 Rn. 16.

〔11〕 参见 Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 421 Rn. 33; 前引〔5〕,张定军文,第 164 页。

〔12〕 参见李中原:《论违反安全保障义务的补充责任制度》,《中外法学》2014 年第 3 期,第 683 页。

〔13〕 参见谢鸿飞:《违反安保义务侵权补充责任的理论冲突与立法选择》,《法学》2019 年第 2 期,第 48 页; Staudinger/Vieweg/Lorz (2023) BGB § 840 Rn. 78; BeckOK BNotO/Schramm, 9. Ed. 1. 2. 2024, BNotO § 19 Rn. 122.

〔14〕 这包括融资租赁合同中出租人就承租人在租赁物出现瑕疵等违约情形却无法追究出卖人责任时所承担的责任 (Vgl. Beckmann, MDR 2005, 1208), 以及德国民法典第 566a 条第 1 句所规定、第 634a 条第 2 款约定适用的情形 (Vgl. Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, BGB § 566a Rn. 28; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, 4. Aufl. 2022, BGB § 634a Rn. 68)。上述列举并未穷尽。

可, 因为“subsidiär”在德语中就是居次、后位的意思。当然, 中国法中的补充责任也区分多种类型,<sup>[15]</sup> 其对应的德国法概念也不同。一般认为, 补充责任的承担以终局责任人无清偿能力为前提,<sup>[16]</sup> 因此一般保证责任在中德两国都可以认为构成补充责任。而中国民法典第1198条第2款与第1201条规定的补充责任, 因只承担部分责任并赋予追偿权, 也可认为更接近于德国的部分连带之债。<sup>[17]</sup> 中国法中同样使用“部分连带责任”一词, 含义与德国法相同, 此外也使用“按份化的不真正连带责任”“比例连带责任”“单向连带责任”等词, 指代部分连带责任、补充责任所涵盖的法现象。这些中国本土特有概念是否有存在必要, 尚有争议。<sup>[18]</sup> 根据德国法, 部分连带债务可发生在如下情形:

案例一: 某人遭遇车祸, 对于因车祸造成的损害, 肇事司机一人承担责任。在医院救治过程中又因医疗过失, 导致损害进一步扩大, 司机与医生就该扩大部分承担连带责任, 除非医疗过失非常罕见。例如, 受害人骨折, 实施救治的外科医生在看X光片时发生错误, 此属常见过失, 就此造成的扩大性损害, 在德国法中司机与医生承担连带责任。<sup>[19]</sup>

在多数人之债的问题上, 德国法存在强烈的对外责任连带化倾向, 中国法恰好相反, 对外责任有明显的按份化倾向。在侵权法领域, 中国法实质上是把内部责任与外部责任同步化处理, 即通过过错与原因力, 同时划分了债务人对债权人以及多个债务人之间的责任, 而德国法则将二者区分对待。此项区别在违反安保义务与第三人侵权相结合造成同一损害的案件中表现得尤为明显: 虽然中国法上规定的是补充责任, 但这一补充责任在实践中以普通的按份责任处理却非常普遍,<sup>[20]</sup> 安保义务人最多承担部分连带责任, 一般不会承担全责。<sup>[21]</sup> 而德国在对外关系上直接认定安保义务人与第三人承担连带责任, 在对内关系上, 安保义务人如果过错较小, 则不承担任何责任, 由直接责任人承担全责。<sup>[22]</sup>

[15] 参见李中原:《论民法上的补充债务》,《法学》2010年第3期,第79页(总结出12种补充责任)。德语文献也有把中国法中的补充责任译为“bedingte Haftung (conditional liability)”的。Vgl. Green/Cardi, in: Koziol (Hrsg.), Grundfragen des Schadensersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, 2014, S. 530.

[16] 参见上引李中原文,第79页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第141页,第153页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第291页,第307页;邹海林、朱广新主编:《民法典评注·侵权责任编1》,中国法制出版社2020年版,第373页。

[17] 类似观点与阐述,参见孙维飞:《论安全保障义务人相应的补充责任——以〈侵权责任法〉第12条和第37条第2款的关系为中心》,《东方法学》2014年第3期,第38页。对中国司法实践的总结,参见下文注20。

[18] 参见邹学庚:《虚假陈述比例连带责任的认定模式与体系展开》,《法学研究》2023年第4期,第131页以下;张平华、石文静:《〈民法典〉不真正连带债务追偿权体系释论》,《北方法学》2023年第3期,第9页以下;焦艳红:《我国〈民法典〉侵权责任编中“相应的责任”之责任形态解读》,《中州学刊》2022年第6期,第38页。

[19] Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 24. 4. 2008 - 5 U 1236/07.

[20] 中国民法典颁布前的情况,参见宋春龙:《〈侵权责任法〉补充责任适用程序之检讨》,《华东政法大学学报》2017年第3期,第189页。中国民法典实施后的情况,在北大法宝以“第一千一百九十八条”+“第三人”为条件作全文检索,得到民事裁判文书149份。其中,最高人民法院发布的典型案例1份(认定为补充责任),高级人民法院裁判文书5份(有具体事实与说理的3份,其中2份补充责任,1份按份责任),中级人民法院裁判文书63份(有具体事实与说理的38份,其中29份补充责任,9份按份责任)。但问题是,对于补充责任的认定大多未审查第三人的赔付能力(最高院案件未审查,高院案件1个审查1个未审查,中院案件7个审查22个未审查)。从实际效果看,补充责任在外部关系上很大程度上已经蜕变为按份责任,第1201条规定的补充责任的适用情况与之类似(在北大法宝以“第一千二百零一条”+“第三人”为条件作全文检索,得到6份裁判文书,均未审查第三人的赔付能力,其中2份提及补充责任人的追偿权,2份成立按份责任,2份驳回了原告请求)。

[21] 参见张海燕:《民事补充责任的程序实现》,《中国法学》2020年第6期,第189页。

[22] Vgl. MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, § 840 Rn. 18.

上述区别既有民众公平观念与社会制度上的原因，也有理论上的原因。在制度上，德国侵权法上连带责任扩大化的做法，建立在其责任保险与社会保险发达的基础上，因此无论责任如何分担，最后通常由保险人来承担与分摊，保险公司通常也不是通过诉讼而是通过签订一揽子协议来处理追偿问题。<sup>[23]</sup> 保险公司的参与导致法院对损害赔偿的处理相对简单。在人身伤害案件中，受害人无法从社会保险与责任保险处获赔的只是精神损害，因此德国联邦最高法院就此类案件的很多判决只是处理精神损害赔偿问题，<sup>[24]</sup> 虽然是民事最高审级，诉讼标的额却经常仅有几百或几千欧元，从中国视角看低得惊人。反观中国，首先责任保险业不发达；其次即便在强制性保险中，保险公司为避免理赔过程中的恶意串通，也宁愿诉讼解决，不愿主动赔付；<sup>[25]</sup> 最后，中国社会保险法第 30 条、第 42 条要求受害人原则上必须先向侵权人求偿医疗费用。这些因素导致在中国连带责任难以推行及侵权诉讼数量高企。

在理论上，中国有学者认为，安保义务人和第三人对损害都只有部分原因力，均不足以造成全部损害，故受害人对侵权人均不享有独立的、给付内容相同的请求权，亦难成立不真正连带债务。<sup>[26]</sup> 但从德国法的角度，即便在“补足因果关系”（komplementäre Kausalität）即数人的行为均分别构成损害结果发生的必要条件，缺少其中一人的行为，则损害不会发生的案件中，每个侵权人与损害之间都可能被认为存在相当因果关系，请求权的产生没有障碍，而在中国法中则可能要通过安保义务人“过失的认定来化解因果关系的困局”。<sup>[27]</sup> 在观念上，中国法认为连带责任是为他人“背锅”，需要正当理由，而且不应允许类推适用。<sup>[28]</sup> 而据笔者观察，德国法中不存在原因力这一概念，德国学者很难理解中国法中的部分因果关系。<sup>[29]</sup> 因果关系在德国法中被理解为 0 和 1 的关系，或者存在，或者不存在，完全排除了所谓 20% 或 30% 因果关系的可能性。<sup>[30]</sup> 在曾见、贺剑与李金陵关于中国侵权法的德文博士论文中，原因力被译为三个完全不同的德语表述，<sup>[31]</sup> 也从侧面佐证了德国法中没有与之对应的概念。根据中文已有研究，中国法中的原因力概念是从日本法引入的。<sup>[32]</sup> 换个角度说，正是因为德国法中不存在部分因果关系，多人侵权造成同一损害在对外关系上就必然难以形成按份责任。这也解释了为什么中国法对于不构成共同侵权的分别侵权设置两个条款即民法典第 1171 条和第 1172 条来规制，<sup>[33]</sup> 而德国法中不存在与第 1171 条相对应的条款。德国学者认为，中国民法典第 1171 条规定的情形可以称为“双重因果关系”（Doppelkausalität），既可以适用德国民

[23] Vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl., 2021, 11. Kapitel Rn. 14.

[24] 同上书，第 11 章，边码 6。

[25] See Wei Zhang, *The Evolution of the Law of Torts in China: The Growth of a Liability System*, in Y. Chang, W. Shen & W. Wang (eds.), *Private Law in China and Taiwan - Legal and Economic Analyses*, Cambridge University Press, 2016, pp. 147-148; Benjamin L. Liebmann, *Ordinary Tort Litigation in China: Law versus Practical Justice?*, 13 J. Tort Law 222 (2020).

[26] 参见前引 [13]，谢鸿飞文，第 46 页；前引 [5]，曹险峰文，第 63 页以下。

[27] 参见冯珏：《安全保障义务与不作为侵权》，《法学研究》2009 年第 4 期，第 74 页。

[28] 参见前引 [8]，齐云文，第 152 页；杨立新：《侵权责任追偿权的“背锅”理论及法律关系展开——对〈民法典〉规定的侵权责任追偿权规则的整理》，《求是学刊》2021 年第 1 期，第 128 页。

[29] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), *Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches*, 2022, S. 584.

[30] 参见前引 [23]，Kötz/Wagner 书，第 10 章，边码 74。

[31] 曾见论文使用“Verantwortungsgrad”一词（可译为“责任程度”）；贺剑论文使用“kausaler Beitrag”一词（可译为“原因贡献度”）；李金陵论文使用“Verursachungsbeitrag”一词（可译为“肇事贡献度”）。

[32] 参见郑永宽：《医疗损害赔偿中原因力减责的法理及适用》，《中国法学》2020 年第 6 期，第 85 页以下。

[33] 参见叶金强：《解释论视野下的共同侵权》，《交大法学》2014 年第 1 期，第 148 页。

法典第 830 条第 1 款第 2 句相当于中国法中共同危险的规定，也可以适用德国民法典第 840 条第 1 款的规定。<sup>[34]</sup>

此处有必要指出，“共同危险”这一表述对于德国法而言是完全陌生的，德国法所用术语为“择一因果关系”（Alternative Kausalität）、“加害人不明”（Urheberzweifel）。中国民法典把第 1170 条称为“共同危险”，对本土法律适用具有误导性。何为危险行为？危险行为与一般侵权行为有何区别？任何一种侵权行为都能构成危险行为，还是仅限于特别危险的侵权行为？危险是否必须是同种类型的？德语文献中虽将第 830 条第 1 款第 2 句的构成要件解释为要求行为的危险性（gefährliche Handlung），但并不要求行为具有特别危险，而仅要求行为可能构成侵权。<sup>[35]</sup>即便如此，共同危险在德国法中也只是为特定情形中的原因不明提供了裁判依据，如果不能证明被告的确作出了侵权行为，原则上无法适用。比如，仅确定某一时间段内某几辆车通过某路段，不能证明其的确碾压过受害人。<sup>[36]</sup>

如果说针对连带责任范围过窄，中国法中开发出了具有部分连带性质的多种复数债务形态加以修正，那么对于多数人侵权连带责任过宽，德国法中同样有所限制。对于无意思联络的多人侵权，虽然每个侵权行为均满足因果关系，形成连带责任，但其产生并不因为存在意思联络，因此在受害人与有过失时，如果其只起诉一个侵权人，法院仅对受害人与被诉侵权人的责任份额进行单独评估（Einzelabwägung），如果受害人同时起诉其他侵权人，法院需要进行总体评估（Gesamtabwägung），得出受害人与侵权人总体的比例，<sup>[37]</sup>这样形成的就是侵权人之间的部分连带关系。因此，起诉单个侵权人，受害人获得的赔偿为“部分连带金额+被诉侵权人的按份责任金额”，要低于起诉所有侵权人的受偿金额，即“部分连带金额+所有侵权人的按份责任金额”。但因该计算方法比较复杂，被批评为“过于烧脑”，甚至德国一些州高级法院在处理这类案件的外部关系时，将其与债务人内部关系混淆的情况并不罕见。<sup>[38]</sup>

案例二：三只狗一起玩耍，其中一只狗把三个主人中的 A 撞倒，A 只起诉了该直接肇事狗的主人 B，因为该狗比另外两只的个头大很多。法院认为，该狗对于损害的责任比例应为 A 的狗的两倍，但却判决 B 赔偿 A 的损失 50%。<sup>[39]</sup>

正确的判决应为赔偿 A 的损失 2/3。假定在这一案件中损害为 300 欧元，A 如果只起诉 B，因 A 与 B 的责任比例为 1:2，A 可从 B 处获偿 200 欧元（ $2/3 \times 300$ ）；如果 A 只起诉 C，因 A 与 C 的责任比例为 1:1，则可获偿 150 欧元（ $1/2 \times 300$ ）；如果 A 同时起诉 B 与 C，因 A、B、C 的责任比例为 1:2:1，则可获偿 225 欧元（ $3/4 \times 300$ ）。B 与 C 连带债务的范围为 125 欧元（ $200+150-225$ ），B 按份责任的金额为 75 欧元（ $200-125$ ），C 按份责任的金额为 25 欧元（ $150-125$ ）。连带责任内部的划分为 B 承担 75 欧元（ $1/2 \times 300 - 75$ ），C 承担 50 欧元（ $1/4 \times 300 - 25$ ）。<sup>[40]</sup>

[34] Vgl. MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, § 840 Rn. 3.

[35] Vgl. Staudinger/Eberl-Borges (2022) BGB § 830 Rn. 69, 72.

[36] 参见 Staudinger/Eberl-Borges (2022) BGB § 830 Rn. 69, 91（也指出文献中存在不同观点）。

[37] 参见 Staudinger/Vieweg/Lorz (2023) BGB § 840 Rn. 34 ff.；李中原：《论与有过失前提下多数人侵权责任的评估和分担模式》，《法商研究》2016 年第 1 期，第 84 页（关于“修正的结合评估”的说明）。

[38] Vgl. Staudinger/Vieweg/Lorz (2023) BGB § 840 Rn. 43；Lemcke, r+s 2009, 47.

[39] Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 07, 748.

[40] 这一结果的计算过程不需要特别公式，使用一般数学原理即可，步骤文中已给出。相应一般性（不是针对本案）的解释，参见前引 [38]，Lemcke 文，第 49 页。

值得注意的是，因为不以意思联络为前提，德国民法典第 840 条第 1 款在无意思联络的多数人侵权之债中应用最为广泛，这种侵权类型被称为“并发侵权”（Nebentäterschaft，英文为 independent tortfeasors），相当于中国法中的分别侵权。但中文文献提及德国民法典第 840 条时，很少使用“并发侵权”一词。<sup>[41]</sup>事实上，对于中国民法典第 1172 条，中国学界也很少使用“分别侵权”这一称谓，一般以“无意思联络的多人侵权”指代。<sup>[42]</sup>这至少在一定程度上导致对分别侵权所特有的、如案例二中所展示的问题的关注不足，未从名称上明确区分分别侵权与共同侵权，也间接造成了共同侵权范围的争议不断。<sup>[43]</sup>

## （二）债务人之间的内部关系

涉及多个债务人内部关系的追偿权，可以来源于法律的明确规定，或是法定代位权、不当得利或者无因管理。就连带债务而言，中国民法典第 519 条设置的连带债务人的追偿权，以实际承担债务超过自己份额为前提。而德国民法典第 426 条赋予连带债务人之间的“分担请求权”（Ausgleichsanspruch），也可直译为“补偿请求权”，<sup>[44]</sup>并不以清偿为前提，而是与连带债务同时产生，在债务人清偿前，该请求权的内容为协助与免责义务（Mitwirkungs- und Freistellungspflicht），在清偿后，该请求权的内容才转变为追偿权（Rückgriffsanspruch）。<sup>[45]</sup>因此，德国法中并没有与中国法中的连带债务人追偿权完全相同的概念。如果把德国法中的“Ausgleichsanspruch”译为“追偿权”，那么这一“追偿权”的产生就不以连带债务人之一履行给付义务为前提；如果把中国法中的追偿权译为“Rückgriffsanspruch”，就没有意识到这不是独立的权利，而是分担请求权在清偿后的存在形式。

笔者承认，德国法的这一构造初看上去令人费解，<sup>[46]</sup>目前提及中德追偿权的这一差异的中文文献也还有限，但协助与免责请求权在中国法中同样可能有用武之地。因这一请求权的缺乏，中国法不得不退而求其次，在诉讼法上把连带之债作为必要共同诉讼处理，以达到把所有债务人都纳入诉讼的目的，但这违背了债权人可以选择任一债务人清偿的本质。德日在 20 世纪早期就已把连带债务之诉的定性从必要共同诉讼改为普通共同诉讼。<sup>[47]</sup>在德国法中，正是凭借协助与免责请求权，被债权人起诉的连带债务人在自己垫付前，即可请求其他债务人共同清偿，这一请求权在德国法中有若干程序实现方式，其中第三人反诉的方式对中国尤其参考意

[41] 在北大法宝期刊数据库以“并发侵权”为关键词进行全文检索，仅得到少数文献，如张平华：《连带责任的弹性不足及其克服》，《中国法学》2015 年第 5 期，第 122 页。也有个别中国学者把中国法的分别侵权称为并发侵权，如李永军：《评〈侵权责任法〉第二章》，《私法研究》2010 年第 2 期，第 43 页。

[42] 参见程啸：《侵权法的希尔伯特问题》，《中外法学》2022 年第 6 期，第 1443 页。

[43] 参见前引 [33]，叶金强文，第 141 页（认为原侵权责任法第 8-11 条均为共同侵权）；上引程啸文，第 1443 页以下（讨论了长期困扰学界的共同过失侵权是否属于共同侵权的问题）。

[44] 参见 [德] 梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谔译，法律出版社 2004 年版，第 613 页。

[45] Vgl. MüKoBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 13.

[46] 如谢鸿飞认为，“按这种观点，追偿权与法定代位权的诉讼时效将趋同，但它在教义学上难以成立，毕竟在各债务人均主动向债权人履行了其债务份额时，追偿权是没有发生余地的”。谢鸿飞：《连带债务人追偿权与法定代位权的适用关系》，《东方法学》2020 年第 4 期，第 140 页。

[47] 参见 [日] 三木浩一：《日本民事诉讼法共同诉讼制度及理论——兼与中国制度的比较》，张慧敏等译，《交大法学》2012 年第 2 期，第 131 页。德国在 20 世纪初的文献认为连带之债为必要共同诉讼（Vgl. Posener, Reichszivilprozeß, 1901, 1. Aufl., S. 10），但至少 20 世纪 20 年代的教科书中已经转向普通共同诉讼（Vgl. Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht, 1927, S. 283）。

义，〔48〕德国学界最近甚至建议引入特定的诉讼类型来实现该请求权。〔49〕

就前文提及的中国本土文献为部分连带关系创制的替代性概念，如果无法解决内部追偿问题，不如回归部分连带关系的概念，这样可以直接适用关于连带关系的明文规定。这同样适用于不真正连带债务。这是因为，如果没有法律规定，其债务人内部关系不能径直类推适用连带债务来确定追偿权，而是必须在具体情形中检视是否存在准用可能。此外还应看到，中国多数人债务形态的多样性，增加了具体案件定性与法律适用的难度。存在多个终局责任人的情形，能否仍然认定为不真正连带债务，不无疑问；多个中间责任人能否互相追偿，也可能是因对不真正连带债务、部分连带与按份责任的认识混淆而人为造成的问题。〔50〕中国法面临的真正困难，是缺乏类似德国民法典第840条第2款、第3款的对内部责任分配的一般性规定，而这一问题只能通过立法或者司法解释才能得到根本性解决。

### （三）内外关系的时效

依德国法，多数人之债的内部责任与外部责任分别诉讼，可能带来的最大问题是超过诉讼时效。在这方面，中德表面上并无概念上的不同，但在解题思路差异巨大。德国一般诉讼时效为三年，在连带债务中，连带债务人之间的分担请求权与债务履行期同步，时效也自知道权利存在、义务人为谁即可以请求给付时起算，〔51〕这点与中国法完全不同。债权人如果仅对一个或部分连带债务人提起诉讼，之后可能因罹于时效而不能起诉其他债务人，因此在外部关系中，债权人起诉所有可能的债务人，可以避免因时效届满而产生的风险，在内部关系中，被诉债务人通过诉讼告知，可以中断追偿之诉的时效。〔52〕如果债权人只起诉部分连带债务人，在获得清偿前，对未被起诉的债务人的债权时效已经届满，法院仍可判决债权人胜诉，并可要求被诉的债务人清偿全部连带债务，而承担了债务的连带债务人也仍可要求其他相对于债权人而言时效届满的债务人在内部分摊。〔53〕

案例三：债权人同时起诉五个连带债务人，其中A、B、C因主张时效经过而胜诉，D、E

〔48〕 Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 426 Rn. 97; MüKoBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 75; Schwel/Todorow, NJW 2013, 3005 ff. 根据这些文献，请求其他债务人共同清偿有如下诉讼方式：其一，对其他未被债权人起诉的债务人提起诉讼，要求其向债权人支付其在连带债务中的份额，产生的判决可根据德国民事诉讼法第887条关于替代履行的规定执行。其二，提起将来给付之诉或者共同第三人反诉。其中，根据德国民事诉讼法第257条，将来给付之诉是指就未来才届履行期限的、以给付金钱或腾空土地为内容的请求权预先提起的诉讼。第三人反诉（也称“第三反诉”）分为两种情形，一种为共同第三人反诉（*streitgenössische Drittwiderklage*），即被告同时反诉原告与第三人；另一种为独立第三人反诉（*isolierte Drittwiderklage*），即被告仅反诉第三人，第三人只是被告的被告。该制度在德国法中没有明文规定，属于司法实践发展出来的做法，特别是就后一种第三人反诉的合法性，仍然存在争议。允许独立的第三人反诉，最关键的理由是诉讼经济，但正如有学者指出的，程序经济无法定义，因为程序效率缺乏指向对象，很可能对一方当事人有效率，对另一方则没有，或者对法院有效率，对当事人则没有；此外，当事人范围的泛滥反而会导致争议解决的无效率，而且这一制度规避了关于管辖的规定，会与被告的司法救济利益发生冲突。Vgl. Ackermann, Die Drittwiderklage, 2005, S. 218 f.; Hanke, Besondere Typen der Widerklage, 2019, S. 140 f.

〔49〕 Vgl. Spangenberg, Die Klage unter gesamtschuldnerisch haftenden Streitgenossen, 2022, S. 88 ff.

〔50〕 参见前引〔18〕，张平华等文，第15页。

〔51〕 Vgl. MüKoBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 13 f., 26. 两个时效虽然理论上同步，但实际起算未必相同。在案情复杂的情形，如建筑工程出现质量问题，究竟是设计、监理、施工、材料、分包人谁的过错所致，在诉讼开始时通常并不清楚。因此，债权人可能首先起诉胜诉可能性最大的一个债务人，在审理过程中发现还存在其他连带债务人，此时被诉债务人分担请求权时效的实际起算可能晚于债权时效的起算，因为被诉债务人此前不知道存在连带债务，进而也不可能知道其享有分担请求权。Vgl. Urt. v. 08. 07. 2020 - I 12 U 74/19.

〔52〕 Vgl. BeckOK ZPO/Dressler/von Selle, 52. Ed v. 1. 3. 2024, Rn. 2 zu § 72.

〔53〕 Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 426 Rn. 14.

因缺席诉讼未主张时效经过而败诉，D、E在赔偿后向A、B、C追偿。德国联邦最高法院认定，在前诉中胜诉的债务人A、B、C，在内部关系中仍需承担自己的责任份额。<sup>[54]</sup>

该案中存在的疑问或许是，既然债权已经罹于时效，为何内部的分担请求权（即中国法中的追偿权）尚未罹于时效？这是因为，该分担请求权的时效适用一般规则，即从权利人可以行使权利时起算；值得注意的是，不论该分担请求权是以协助、免义务还是支付义务存在，适用统一的时效，不因追偿权人向债权人清偿而重新计算。<sup>[55]</sup>

中国民法典对于连带债务的时效并无明文规定。就对外关系的时效，《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2020〕17号）第15条第2款仅规定，债权人向部分连带保证人主张权利，诉讼时效的中断效力及于其他连带保证人，<sup>[56]</sup>在其他情况，连带债务人对于债权人至多只能援引自己的时效抗辩权。<sup>[57]</sup>就对内关系的时效，中国法中追偿权的时效自债务人实际清偿时起算，内部追偿诉讼因此一般并不像在德国那样紧迫。有疑问的是，中国民法典第519条第2款第2句规定“其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张”，其中的抗辩是否包括时效抗辩？在案例三中，如果根据中国法，结论可能是D、E对A、B、C无追偿权，因后者可主张对主债权的时效抗辩，该方案也是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编的解释（一）（2021年9月18日讨论稿）》<sup>[58]</sup>第45条第1款的规定（方案一）；或者D、E向债权人支付各自所应承担的连带债务内部份额，并对A、B、C无追偿权，这一方案可从中国民法典第519条第2款推导出，也是上述讨论稿第44条第2款的设想（方案二）。<sup>[59]</sup>

这两种方案在德国都为通说所否定，也在立法过程中被明确摒弃，理由是其被视为实质上强迫债权人必须起诉所有债务人，而这与连带债务的性质不符。<sup>[60]</sup>为了保证债权人的选择权，就无理由要求追偿权人承担债权人因不及时起诉被追偿人而致其债权罹于时效的不利后果（如方案一之设想）。就方案一而言，在案例三中当然可以认为D、E败诉完全是因其拒绝应诉而咎由自取，不能因此让A、B、C承担不利后果。<sup>[61]</sup>但假设D、E败诉是因债权对其还未过时效，根据方案二如果允许二者对连带债务无须全部承担，而是削减A、B、C的份额总和，实质上也是变相允许D、E追偿，只不过最终承受不利后果的是债权人。为了避免这种情况下债权被限缩，债权人还是被迫要起诉所有债务人，同样与债权人的选择权相悖。<sup>[62]</sup>中文文献

[54] Vgl. BGH, Urt. v. 25. 11. 2009 - IV ZR 70/05.

[55] Vgl. BGH, Urt. v. 9. 7. 2009-VII ZR 109/08, Rn. 20, 2.

[56] 对此的批评，参见戴孟勇：《论我国连带债务制度的立法发展与司法完善》，《吉林大学社会科学学报》2022年第4期，第141页。

[57] 参见杨巍：《〈民法典〉第192条、第193条（诉讼时效届满效力、职权禁用规则）评注》，《法学家》2020年第6期，第181页，边码30。

[58] 转引自前引〔56〕，戴孟勇文，第145页。

[59] 参见上引戴孟勇文，第143页以下；李中原：《连带债务人之间追偿权的法教义学构建》，《法学家》2022年第2期，第74页以下。

[60] Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 426 Rn. 18-20; BGH, Urt. v. 9. 7. 2009-VII ZR 109/08, Rn. 18. 对德国法的批评，参见前引〔56〕，戴孟勇文，第143页；前引〔59〕，李中原文，第74页。

[61] 参见前引〔46〕，谢鸿飞文，第140页；崔建远：《〈民法典〉所设连带债务规则的释论》，《当代法学》2022年第2期，第17页以下。

[62] 德国法中，如果D、E不主张时效抗辩构成权利滥用，亦有观点认为其失去追偿权（Vgl. MüKoBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 29），但原则上连带债务人并无主张时效抗辩的义务，因此构成权利滥用需要其他构成恶意的要件（Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 426 Rn. 20）。德国联邦最高法院在案例三中明确指出，D、E的行为不构成权利滥用（BGH, Urt. v. 9. 7. 2009-VII ZR 109/08, Rn. 10）。

对上述两个方案的论证，多从时效问题应与债权人个别免除债务人债务等同处理出发，但两者是否具有可比性，不无疑问。<sup>[63]</sup>

此外，有观点认为，德国法上连带债务人追偿权与法定代位权的竞合说存在逻辑障碍，中国法应采一体适用说。<sup>[64]</sup>初看上去，竞合说与一体说均逻辑自洽，尽管证成路径有所不同。依一体说，中国法中追偿权与法定代位权的时效均自清偿时起算，而德国竞合说中分担请求权（追偿权）、法定代位权的时效虽然也同时起算，但始于原债权产生之时。这种区别源于中德对法定代位权的认识差异。中国主流观点认为，清偿导致原债权消灭，法定代位权是一个被拟制的新债权，<sup>[65]</sup>尽管这一看法很难解释原债权上的担保权没有一同消灭，而是法定移转到追偿权人之处。与此不同，德国主流观点认为，清偿虽能使债权人失去原请求权，但该请求权仅在追偿权人本人应承担的份额范围内消灭，剩余部分仍然存在，并法定移转给追偿权人，而法定代位权的产生根源决定了其时效不因清偿发生中断，也不重新计算。<sup>[66]</sup>但在实体法效果上，两种理论有所不同。具体而言，一体说会导致原债权不当“复活”。在案例三中，如果中国法采纳一体说，法定代位权的时效被认为自清偿时起算，那么就会产生这样的后果：在D、E清偿之前，债权人对A、B、C的请求权因时效届满，已变为自然债务，但在D、E清偿之后，这一本来已罹于时效的请求权，以被拟制的新债权状态再次产生，因此时效重新计算，相当于获得了“新生”，反而会为D、E带来上述两个方案所否定的额外利益。与之相比，在德国法中，因清偿不引起时效重新计算，所以D、E无法借助法定代位权向A、B、C追偿。因此，追偿权与法定代位权的“抗辩切断”，即追偿权（分担请求权）不受法定代位权（即延续的原债权）抗辩的影响，恰恰是为追偿提供两种请求权基础的正当理由之一。<sup>[67]</sup>当然，一体说也可以辩驳说，D、E根据方案一无追偿权，而法定代位权作为从属于追偿权的权利，自始即不存在，但问题是民法典第519条第2款并未否定D、E享有追偿权。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号）最终放弃了对连带债务中的时效问题作出规定。在这一背景下，如果因为概念对接的错位，排除了一个在德国实践中运行良好、为德国学界认同、可供参考的模式，未必有利于中国方案的形成。

### 三、程序法比较及其中的概念对接问题

多数人之债的诉讼形态既与实体法区分其内外部关系相关，又受到民事诉讼法中共同诉讼之类型构造的影响。中德两国法律关于多数人之债诉讼形态之差异，可能更甚于其在实体法方

[63] 《施陶丁格德国民法典评注》（2005年版，第426条，边码10）认为，在债务人故意偿付已过时效的债务时，两者应等同对待，但之后的版本放弃了这种观点，实际上案例三代表的就是德国司法实践的通行做法。这一问题在共同保证中的讨论，参见潘运华、吴钦松：《个别免除时共同保证人间的追偿权之证成》，《苏州大学学报（法学版）》2022年第2期，第6页。

[64] 参见前引〔46〕，谢鸿飞文，第139页以下。

[65] 参见上引谢鸿飞文，第138页以下；前引〔59〕，李中原文，第74页以下。

[66] Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 426 Rn. 134; MüKoBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, BGB § 426 Rn. 42, 44.

[67] Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 426 Rn. 3. 关于抗辩切断的具体阐释，参见前引〔59〕，李中原文，第73页以下。

面的不同。本部分比较两国法律在多数人之债诉讼程序方面的不同，并在这一过程中讨论诉讼请求、共同诉讼及其类型、共同诉讼中诉讼标的、既判力概念的对接问题。

### （一）外部关系诉讼

在多数人之债的诉讼形态方面，在中国理论与实务界都存在纠纷一次性解决的倾向，认为这样便于查明事实、避免矛盾判决、节省司法资源，但由此也导致必要共同诉讼范围的不当扩张。<sup>[68]</sup>此外，中国实体法中按份责任的泛化，导致如果只起诉一人，债权人无法获得全部赔偿，同时起诉所有债务人成为理性选择，而且按份责任下只有债权人起诉所有债务人，才能更好地查清各自的责任份额。在德国法的相关讨论中，诉讼经济的观点也不陌生，但并未改变德国司法实务中对内责任与对外责任分开诉讼的通常做法。分开诉讼的原因主要有两个：一方面，根据处分原则，民事诉讼法应尽量允许原告自己决定起诉多个债务人中的哪个或哪些。在必要共同诉讼中，当事人必须一同起诉或应诉，因此必要共同诉讼的范围越窄，对当事人的诉权限制越小，才越符合处分原则。另一方面，允许共同诉讼，需要克服源于管辖权的障碍，而且对于法院来说未必有效率。

中国法就几种主要的复数债务人责任类型，其外部关系适用的诉讼形态总体上存在如下较为主流的处理方式：1. 按份责任：最为典型的为中国民法典第 1172 条调整的多人侵权关系，受害人可选择起诉哪个侵权人，<sup>[69]</sup>前诉结束后，受害人还可起诉未被诉的其他侵权人。2. 连带债务：主流观点认为债权人可选择起诉任一连带债务人，如果同时起诉所有债务人，则构成类似的必要共同诉讼，<sup>[70]</sup>少数观点认为构成普通共同诉讼，<sup>[71]</sup>最高人民法院则将共同侵权造成人身损害的案件认定为固有的必要共同诉讼。<sup>[72]</sup>3. 不真正连带债务：分别诉讼为常态，即可先起诉一人，如果不能获得全部清偿则可再起诉他人，如果同时起诉多个债务人，则构成普通共同诉讼。<sup>[73]</sup>4. 补充责任：债权人同时起诉主债务人与补充债务人的情形为主流，<sup>[74]</sup>对一般保证债务诉讼实现的规定即为例证。<sup>[75]</sup>此时构成的是哪种共同诉讼，学界

[68] 参见蒲一苇：《诉讼法与实体法交互视域下的必要共同诉讼》，《环球法律评论》2018年第1期，第41页。

[69] 参见宋春龙：《侵权按份责任诉讼形态研究——以〈侵权责任法〉第12条的司法适用为中心》，《现代法学》2017年第5期，第141页；肖建国、黄忠顺：《数人侵权责任诉讼模式研究》，《国家检察官学院学报》2012年第4期，第133页。

[70] 前一观点，参见汤维建：《类似必要共同诉讼适用机制研究》，《中国法学》2020年第4期，第252页以下；张永泉：《必要共同诉讼类型化及其理论基础》，《中国法学》2014年第1期，第217页。后一观点，学者指出，“我国民事司法实践对连带责任共同诉讼类型的认识正经历从固有必要共同诉讼向类似必要共同诉讼的转变”。参见任重：《夫妻债务规范的诉讼实施——兼论民法典与民事诉讼的衔接》，《法学》2020年第12期，第11页。还有观点认为构成准共同诉讼。参见卢佩：《多数人侵权纠纷之共同诉讼类型研究：兼论诉讼标的之“案件事实”范围的确定》，《中外法学》2017年第5期，第1246页以下。

[71] 参见任重：《重思多数人侵权纠纷的共同诉讼类型——与卢佩博士商榷》，《法律科学》2020年第3期，第200页；沈佳燕、史长青：《连带责任的诉讼形态研究——基于实体法与诉讼法的双重视角》，《苏州大学学报（法学版）》2020年第2期，第130页。

[72] 参见袁中华：《法律关系范式之反思——以民事诉讼法法为中心》，《法学研究》2024年第1期，第132页。

[73] 参见赵盛和：《论不真正连带债务请求权的诉讼形态——以民事程序法与实体法的协调与契合为分析路径》，《湖南社会科学》2015年第3期，第92页以下。不同观点，参见袁琳：《多数人之债的诉讼构造与程序规则》，《中外法学》2021年第6期，第1549页。

[74] 参见前引〔21〕，张海燕文，第188页；刘洋、邱敏：《论侵权补充责任的诉讼形态》，《法律适用》2019年第9期，第96页。

[75] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号）第26条第2款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2022〕11号）第66条，均允许同时起诉主债务人与一般保证人。

观点不一,对补充责任的顺序性认识不同,也导致在侵权案件中直接起诉补充责任人的普遍化、责任分配的按份化与承担顺序的平等化。〔76〕不考虑具体的责任类型,在涉及多个债务人的诉讼中,如果原告只起诉一个债务人,是否可以追加当事人,观点并不统一,其中亦有更接近德国法的、强调债权人自我决定权的主张。〔77〕此外,还有一些建议以因果关系来确定是否可以先起诉部分债务人,之后再起诉另一部分,〔78〕或者通过把其他债务人以证人或第三人的身份纳入诉讼,或通过合并审理或者预决效力实现事实的同一认定。〔79〕总体上,在中国法的讨论中,从事实查明的角度论证共同诉讼的必要性比较常见。这一论证通常指出,法官在程序之初未必知道全部案情,如果不使所有债务人都参加诉讼,事实查明会遇到障碍,比如构成的是一般还是连带保证、多个侵权行为对损害的原因力等。这又是因为强制性的缺失,使得追加当事人的事实查明功能无法通过证人制度替代。〔80〕

在德国法中,针对多数人债务的内外关系,通常分开诉讼,以避免案情复杂化,不利于原告尽快受偿。考虑到德国多数人之债主要以连带之债的方式存在,附带少数补充责任的情形,下文的讨论也集中在这两种类型。首先,针对连带之债的外部关系,原告既可选择只起诉一个债务人或者对多个债务人分别进行诉讼,也可选择通过普通共同诉讼起诉多人。如果在审理过程中发现案件不符合普通共同诉讼的前提,法院不会驳回起诉,而是把针对多人的共同诉讼拆分为单个诉讼。最终法院的判决可以是一个,在主文部分对所有被告需要承担的法律 responsibility 一一作出裁判,并可指明被告承担的是否为连带责任。这种情况下,在执行阶段,债权人可以选择申请同时执行每个债务人的财产还是首先执行特定债务人的财产,因为对每个被执行人都需要单独提出申请、缴纳费用,所以后一做法节省费用。尽管在连带债务中债权人可以选择分别起诉债务人,但在实践中,先后起诉不同的债务人并不会带来额外的利益。分别诉讼的情况下,原告所能获得的最有利的结果,便是获得两个或多个胜诉判决,此时每个被告都被判决承担全部责任,执行法院无义务审查是否出现超额清偿的情况。〔81〕但是,一旦一个或多个债务人的清偿达到了该连带责任的总额,其他债务人就有权根据德国民事诉讼法第 767 条提起债务人异议之诉,拒绝继续支付超额赔偿,〔82〕这样就不会出现重复赔偿的问题。如果的确出现了重复赔偿,债务人可以要求债权人返还不当得利。〔83〕

德国法中补充责任的诉讼实现,可以一般保证责任为例来演示。对一般保证人起诉与判决的前提,是对主债务人强制执行之尝试未果,但这种尝试一次即为已足。〔84〕该抗辩不要求债

〔76〕 参见前引〔21〕,张海燕文,第190页;肖建国、宋春龙:《民法上补充责任的诉讼形态研究》,《国家检察官学院学报》2016年第2期,第5页以下,第8页;前引〔74〕,刘洋等文,第97页以下。

〔77〕 参见杨立新:《被侵权人对侵权连带责任人的选择权》,《当代法学》2022年第1期,第26页以下。

〔78〕 参见罗恬漩:《数人侵权的共同诉讼问题研究》,《中外法学》2017年第5期,第1266页。

〔79〕 参见前引〔71〕,任重文,第200页;上引罗恬漩文,第1257页;前引〔73〕,袁琳文,第1559页。

〔80〕 参见宋春龙、高一凡:《保证合同纠纷诉讼程序的检讨——兼论〈民法典〉实施后保证合同纠纷的诉讼程序》,《法律适用》2020年第21期,第150页;刘君博:《当事人与法院交互视角下共同诉讼研究》,《清华法学》2022年第6期,第167页。

〔81〕 Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 421 Rn. 135.

〔82〕 Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 421 Rn. 135. 中文相关论述,参见任重:《反思民事连带责任共同诉讼类型——基于民事诉讼基础理论的分析框架》,《法制与社会发展》2018年第6期,第155页以下。

〔83〕 Vgl. Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 426 Rn. 101, § 421 Rn. 135.

〔84〕 Vgl. Staudinger/Stürmer (2020) BGB § 771 Rn. 7. 中文相关论述,参见宋春龙:《诉讼法视角下的先诉抗辩权研究——兼评民法典各分编草案中的先诉抗辩权》,《政治与法律》2019年第3期,第27页。或者也可将这一前提理解为“穷尽检索债务人责任财产”。参见朱禹臣:《先诉抗辩权的程序设计:一个跨法域分析视角》,《法学家》2022年第5期,第165页。

权人必须先起诉主债务人，而是完全可以一并起诉保证人，前提是同一法院对两个被告均有管辖权，此时构成普通共同诉讼。但如果保证人主张先诉抗辩权，法院不能判决债务人与保证人同时承担责任，因此要胜诉，债权人针对保证人的诉讼请求必须是附条件的，即在主债务人无法清偿时要求保证人清偿。<sup>[85]</sup> 保证人一般需要在审判程序中主张先诉抗辩权，在特定情况下也可以在执行程序中通过债务人异议之诉主张。<sup>[86]</sup> 这显然与中国法把未提出先诉抗辩权理解为放弃有明显区别。如果仅起诉主债务人，对保证债权并不产生时效中断的效力。<sup>[87]</sup> 此外，债权人针对主债务人的诉讼判决，只有在对保证人有利时，才对其产生既判力。也就是说，如果法院驳回债权人的诉讼请求，可以认为保证人无须承担保证责任。<sup>[88]</sup> 因此，债权人有必要考虑在对主债务人提起给付之诉的同时起诉保证人，并将两诉合并。就此，德国实践中有两种诉讼方式，即将来给付之诉与确认之诉，但对其可行性或另附条件，或仍有争议。向保证人提起将来给付之诉，债权人需要证明有不能及时受偿之虞（德国民事诉讼法第 259 条），但具有可执行性的判决书，只有在法院执行人员证明主债务人无法清偿时，才能出具。<sup>[89]</sup> 另外一种可能是在起诉主债务人的同时根据德国民事诉讼法第 256 条针对保证人提起确认之诉，但有观点认为，在通常情况下，该确认之诉缺乏诉的法益，不满足受理前提。在债权人可以提起给付之诉的情况下，一般不允许提起确认之诉，因为即便确认了债权的存在，该确认之诉的判决也不能强制执行，债权人还需再次提起给付之诉。<sup>[90]</sup>

## （二）内部追偿关系的诉讼

对于债务人之间的内部关系，中国法的理论与实践不一，既有内外关系在同一诉讼中解决的做法，也有支持分开处理的观点。<sup>[91]</sup> 但即便在后一情形，也多认为外部关系的判决对内部关系的诉讼具有一定的拘束力。德国法中，如果前诉处理的是外部责任问题，债务人在后续程序中解决内部的分摊与追偿问题时，前诉判决以及法院对事实所作的法律定性，对于后续的追偿诉讼不产生拘束力。

案例四：原告出生时因脑部缺氧导致严重残疾。在前诉中，原告起诉主治医生、值班医生与助产士，法院判决主治医生承担全部赔偿责任，值班医生与助产士无需承担责任。主治医生的保险公司在赔偿后，起诉值班医生与助产士，主张追偿全部责任。<sup>[92]</sup>

在后诉中，法院指出，如果主治医生主张原告对其他两个被告的法定代位权，那么该诉构成重复诉讼，因为就该权利已经形成了有既判力的判决。但如果主治医生主张的是分担请求权即其自己的追偿权，那么该诉的标的与前诉不同，因此不受前诉既判力的拘束，法院可在内部关系中再次判断前诉中三个被告是否构成连带之债，以及主治医生是否享有分担请求权。拓展

[85] Vgl. Staudinger/Stürmer (2020) BGB vor zu § 765-778 Rn. 168; MükoBGB/Habersack, 9. Aufl. 2024, § 771 Rn. 6.

[86] Vgl. Staudinger/Stürmer (2020) BGB § 771 Rn. 1.

[87] Vgl. Staudinger/Stürmer (2020) BGB § 765 Rn. 275, § 771 Rn. 10.

[88] Vgl. Staudinger/Stürmer (2020) BGB vor zu § 765-778 Rn. 173, 179, § 768 Rn. 25 f.

[89] Vgl. Staudinger/Stürmer (2020) BGB § 771 Rn. 10; MükoBGB/Habersack, 9. Aufl. 2024, § 771 Rn. 6.

[90] 支持观点，参见 Staudinger/Stürmer (2020) BGB § 771 Rn. 10; Erman/Zetzsche, BGB, 17. Aufl. 2023, § 771 Rn. 5。反对观点，参见 MükoBGB/Habersack, 9. Aufl. 2024, § 771 Rn. 6。中文相关论述，参见前引 [84]，朱禹臣文，第 172 页以下。

[91] 参见高圣平：《论保证人追偿权的发生与行使——基于裁判分歧的展开和分析》，《东方法学》2023 年第 1 期，第 169 页以下。《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》（法释〔2000〕44 号，已失效）第 42 条第 1 款规定，在债权人与保证人的诉讼中，法院应在判决主文中明确保证人对主债务人的追偿权。

[92] Vgl. OLG Bamberg, Urt. v. 01. 08. 2011-4 U 38/09.

开来可以认为,根据德国法如果债权人(A)不是同时而是分别起诉连带债务人(B、C),那么即便案情相同,在A先起诉B并败诉的情形,A仍可起诉C,如果胜诉,C仍可向B追偿;而且在A与C的诉讼中,C可重新提起B在前诉中针对A所提出的并非为B所独有的抗辩(如B主张原告方存在过失),这点在中国语境下可能受到质疑。<sup>[93]</sup>究其原因,中国主流观点还是对既判力范围作宽泛解释,甚至通过预决效力将既判力扩张至案外人。

与之相反,德国法将既判力范围规定得极其狭窄,即便在相同的当事人之间,前诉的事实认定、判决理由以及被告的抗辩权,对后诉都没有约束力。阐释这一做法的经典案例是,A诉B要求交出某戒指,法院判决A胜诉,理由是A为戒指的所有人。之后A再次诉B,主张戒指在B占有期间被损坏,要求B赔偿损失。德国法院在后诉中对于A是否为戒指所有人可以重新判断,甚至得出与前诉相反的结论。<sup>[94]</sup>在这一背景下,预决效力在德国现行法中没有存在空间。<sup>[95]</sup>不仅如此,争点效、禁反言在德国现行法中也不被认可。但是,德国法中对既判力的狭窄规定并非一贯如此,萨维尼与温德沙伊德的主张与今天的中国法极为相似,因此德国现行法的规定并非教义学的必然结论,而是立法者的价值选择,立法之时也担心普通民众的排斥,这一决定的正确性在德国诉讼法学界亦多次引起争论,只不过中国学界对德国既判力理论的发展还未有全面梳理。<sup>[96]</sup>这种价值选择的深层原因是,德国法院适用法律不受当事人主张的限制,若使判决理由发生既判力,当事人可能遭受意想不到的不利。在前述案件,B交出戒指的原因可以是所有一占有关系,也可以是合同或者不当得利,A、B只有知晓法院确定的二者之间的法律关系将对后诉产生拘束力,才会重视并积极应对。由此,德国法要求当事人对判决理由产生既判力必须提出特别申请,在满足前提时法院受理并作出中间(确认)判决。<sup>[97]</sup>

在扩张既判力的同时,中国晚近学界又倾向于将诉讼标的的定义狭窄化,主要体现在不少学者主张原则上回归旧实体法说。一种观点认为,在给付之诉中,原告主张的每个实体请求权都构成一个诉讼标的。这样,在经典的公交车乘客因司机过错而受伤的案例中,乘客以过错侵权责任、违约责任与无过错责任为请求权基础主张损害赔偿,将会形成三个诉讼标的,而且如果乘客前诉中主张违约、后诉中主张侵权,或者前诉主张过错侵权、后诉主张无过错责任,都不构成重复诉讼。<sup>[98]</sup>另一种观点把诉讼标的的解释为法律关系,事实上把诉讼标的的原有功能转移给诉讼请求,但同样认为请求(权)理由不同,诉讼请求即不同。<sup>[99]</sup>这些对于诉讼标的之狭窄理解,法教义学可以说得通,但无疑会利于反复诉讼,而且可能产生债权人多次受偿的问题,其所体现的价值取向与中国法院案多人少的现实有所偏离。为避免这些弊端,如果不改

[93] 参见 Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 426 Rn. 21 ff., § 425 Rn. 71 f.; OLG Frankfurt Urt. v. 14. 12. 2010- 16 U 145/10; 陈杭平:《前诉与后诉视角下的连带保证人追偿之诉》,《法学》2019年第3期,第169页;前引[59],李中原文,第75页;王福华:《民事判决反射效力研究》,《当代法学》2022年第5期,第40页。

[94] Vgl. Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 16. Aufl., 2022, Rn. 1044.

[95] 根据德国通说,生效判决对案外第三人无拘束力,但有学术观点主张在少数特定情形中,对第三人有利时,可以部分承认这种既判力扩张。Vgl. Fervers, Die Bindung Dritte an Prozessergebnisse, 2022, S. 282 ff. 中国类似观点,参见陈晓彤:《多数人债务判决对案外债务人的效力》,《华东政法大学学报》2019年第5期,第191页以下。

[96] Vgl. Krüger, Europäischer Rechtskraftbegriff, 2020, S. 146 ff. 中文文献,参见曹志勋:《德国诉讼标的的诉讼法说的传承与发展》,《交大法学》2022年第3期(在对德国诉讼标的的理论的梳理中有简要提及)。

[97] 参见曹志勋:《禁止重复起诉规则之重构:以合同效力的职权审查为背景》,《中国法学》2022年第1期,第286页以下。

[98] 参见任重:《〈民法典〉第1170条(共同危险行为)诉讼评注》,《法学杂志》2023年第3期,第65页以下。

[99] 参见苏伟康:《诉讼标的的法律关系说及其修正》,《华东政法大学学报》2023年第4期,第138页;任重:《论我国民事诉讼标的与诉讼请求的关系》,《中国法学》2021年第2期,第262页。

弦更张，继续选择以请求权（或考虑到形成之诉以请求权与形成权）来构造诉讼标的的，有两种解决方案。其一，对上述旧实体法说进行修正，即在实体法上禁止请求权竞合。在上述经典案例中，原告的请求权主张必须三选一，包括通过预备合并主张多个请求权，或者至少只允许原告在败诉时选择不同的请求权（基础）再次起诉，或者要求法院通过释明促使原告选择可以胜诉的请求权。这些是中国司法实践的以往做法，日本法也有类似实践。<sup>[100]</sup>其二，参考德国法，把同一给付内容的实体请求权，无论其请求权基础为何，都理解为同一“程序/诉讼上的请求权”（prozessualer Anspruch），构成的也是同一诉讼标的的，其背后的逻辑是将（复数的）实体请求权都看成程序请求权的诉讼理由。<sup>[101]</sup>这样，在上述经典案例中，原告无论是同时还是先后主张过错侵权、违约与无过错责任来支持其损害赔偿请求，形成的都是同一诉讼标的的，由此避免重复诉讼。<sup>[102]</sup>这一做法之所以不会损害原告的利益，是因为德国法院适用法律不受原告主张的约束，也就是说，即便原告主张违约赔偿，法院也可以适用过错侵权判定原告胜诉。<sup>[103]</sup>判定原告败诉，法院需要考察所有可能的请求权，但如果判定原告胜诉，法院只要找到一个前提被满足的请求权即可。<sup>[104]</sup>最新的中文文献中，也存在将诉讼标的的判断标准进行诉讼法说改造的建议。<sup>[105]</sup>应当看到，较之实体法说，诉讼法说的优点是能够为诉讼标的的判断提供统一标准。这样，无论前后诉讼类型属于给付之诉、确认之诉还是形成之诉，均可实现一体判断。<sup>[106]</sup>

综上，必须认识到中国目前对诉讼标的之狭窄理解与对既判力的宽泛解释，形成一种矛盾组合，一方面容忍反复诉讼，另一方面排斥矛盾判决，如果僵化运用，会导致同一纠纷无意义的多次诉讼。要解决这一问题，需要认识到，诉讼标的与既判力之间虽有关联，但并不同步，选择何种诉讼标的理论，与既判力能否延伸到事实认定、裁判理由无关，<sup>[107]</sup>从根本上取决于社会资源的分配。如果以纠纷一次性解决为主导性价值取向，也许应该选择更为广泛定义的诉讼标的与既判力。<sup>[108]</sup>中国实践向争点效的转向，虽与当前政策目标一致，但会导致错误判决

[100] 参见卜元石：《重复诉讼禁止及其在知识产权民事纠纷中的应用》，《法学研究》2017年第3期，第103页；韩波：《论请求权竞合时诉的客观合并之形态》，《现代法学》2022年第1期，第53页；[日]山本克己：《“第二次世界大战”后日本民事诉讼法学的诉讼标的的论争》，史明洲译，《清华法学》2019年第6期，第9页以下。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第53条第1款摒弃了这一做法，转向争点效。参见王福华：《民事判决理由效力的法理基础》，《现代法学》2023年第2期，第40页。

[101] Vgl. Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 37 Rn. 31.

[102] 参见前引〔98〕，任重文，第66页（认为这一问题在中国法还没有明确答案）。

[103] 参见卜元石：《德国法学与当代中国》，北京大学出版社2021年版，第173页。

[104] 参见前引〔94〕，Musielak/Voit书，边码125；Arz/Gemmer, JA 2019, 851 ff.。当然，原告一般都会自行提及可能适用的请求权基础。

[105] 参见宋史超：《民事诉讼中“诉讼请求”概念的再认识——兼论诉讼请求与诉讼标的之关系》，《北大法律评论》2020年第1辑，第61页；陈界融：《由诉讼标的的理论看〈民法典〉第186条规范》，载任妍姣主编：《中财法律评论》第13卷，中国法制出版社2022年版，第34页。

[106] Vgl. Becker-Eberhard, MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, vor § 253 Rn. 34; BeckOK ZPO/Elzer, 52. Ed. v. 1. 3. 2024, § 300 Rn. 27. 比如，最为常见的给付之诉与确认之诉，一般可以认为给付之诉的诉讼请求中已经包含确认请求权存在的内容，因此后面提起的消极确认之诉不被受理。需要指出的是，德国国民商事诉讼中的形成之诉数量很少，意思表示瑕疵情形的撤销权并不需要通过诉讼方式行使。

[107] 参见前引〔96〕，Krüger书，第107页以下。

[108] 比如，法国在判断重复诉讼的问题上也采“三同说”，即当事人、诉讼请求（chose demandée）与诉讼理由（cause）相同，其中的诉讼请求也被称为“object du litige”，即诉讼标的、请求权对象。诉讼理由曾被认为指代的是请求权基础，但目前法国司法实践倾向于不再考虑诉讼理由，以实现集中解决纠纷、为法院减负的目的。Vgl. Ferrand, ZZPInt 2017, 45-60.

的固化，因此需要保护当事人的法定听审权，赋予当事人参与程序、控制其进程和充足的进攻与防御可能性，强化释明，否则“一案结多案生”，反而无益。

既判力范围狭窄，显然会允许前后诉对同一事实、法律问题的不同判断，对此德国民事诉讼法也提供了解决手段，其中最重要的是诉讼告知。中国民事诉讼的讨论中对诉讼告知的关注比较少，但这是德国等大陆法系国家避免多人诉讼中出现矛盾判决的最为有效的手段。<sup>[109]</sup>通过诉讼告知，可以使没有被起诉的连带债务人受到前诉判决既判力的约束，而且可以使判决中支撑性的事实及法律判断，比如是否存在连带债务，也对其发生拘束力。<sup>[110]</sup>根据德国民事诉讼法第66条，被诉讼告知的对象可以加入诉讼，成为一般辅助参加人。诉讼告知的前提是诉讼告知人对争议有法律利益，而存在未被起诉的连带债务人被认为满足这一前提，因为申请了诉讼告知，解决内部关系时，债务人很大程度上就没有诉讼的必要，可以直接和解。原告选择起诉一个连带债务人，判决结果不影响其再起诉其他连带债务人，因此原告不能对连带债务人进行诉讼告知，只有被告才可以。如果前诉的结果不影响诉讼告知人的请求权，则无权进行告知。<sup>[111]</sup>在狭义的补充责任（如前述公证人责任）中，如果债权人只起诉补充责任人，债权人便不能对直接责任人进行诉讼告知，但被诉的补充责任人有追偿权的，可以对直接责任人进行诉讼告知。<sup>[112]</sup>根据德国民事诉讼法第68条与第74条第3款，诉讼告知只有在对告知人有利时，才在其与被告告知人之间产生效力（“参加效”，Interventionswirkung）。诉讼告知的主要适用领域包括瑕疵担保责任，供应链，建筑工程合同中的总包与分包，保证人与债务人，连带债务人，以及保险人与被保险人。

在诉讼标的与既判力的讨论中，也存在概念对接的问题，其中尤为突出的就是诉讼请求的概念。中国法中的诉讼请求究为何指，与诉讼标的之关系如何，与之相对应的德语术语是什么，也存在不确定性。<sup>[113]</sup>考虑到这一问题现有文献已结合德国法有详细讨论，<sup>[114]</sup>虽有商榷余地，因篇幅之故，此处不再展开。

### （三）多人诉讼之诉讼标的与既判力的理论问题

纠纷一次性解决，就是通过合并诉讼，将所有法律关系放在一个诉讼中统一解决，以节约

[109] 参见瑞士民事诉讼法第78条及以下、奥地利民事诉讼法第21条、日本民事诉讼法第53条。

[110] Vgl. Stein/Jones/Jacoby, ZPO, 23. Aufl. 2014, § 68 Rn. 5; Staudinger/Looschelders (2022) BGB § 421 Rn. 132, § 426 Rn. 21. 这样就可以解决如债务人不在前诉中尽力就主债务进行抗辩或防御，而在保证人承担保证责任后提起的追偿之诉中予以主张及举证，导致连带保证人难以实现追偿权的问题。参见前引〔93〕，陈杭平文，第174页。

[111] Vgl. BGH, Urt. v. 07. 05. 2015 - VII ZR 104/14; BGH NJW 2019, 1953 Rn. 29.

[112] BeckOK ZPO/Dressler/von Selle, 52. Ed. v. 1. 3. 2024, Rn. 11-13 zu § 72; Hoppe, Die Streitverkündung als Instrument gesellschaftsrechtlicher Prozessführung, 2017, S. 43 ff. m. w. N.; Musielak/Voit/Weth, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 72 Rn. 3-6a. 这一处理方式的根据在于，直接责任人的赔偿责任不以补充责任是否存在为前提，即便补充责任人败诉，也不能断定直接责任人是否需要承担责任。但如果直接责任人被诉，原告可以对补充责任人进行诉讼告知，只有这样，原告在前诉败诉时才能使这一判决对补充责任人产生效力，避免在后续诉讼中法院作出相反认定，认为应该由直接责任人承担责任，进而导致原告也不能从补充责任人处获偿。

[113] 德文文献将其译为“Klageforderung”“Klageverlangen”“Klagebegehren”。Vgl. Pißler (Hrsg.), Handbuch des chinesischen Zivilprozessrechts, S. 41, 105, 512, 570.

[114] 参见前引〔99〕，任重文，第257页（讨论了如德国法诉之声明（Klageantrag）与“Klagebegehren”之间的关系对中国法理解诉讼请求的启示）。该文指出，“Klagebegehren”对应的中文概念为起诉请求，而不是诉讼请求。笔者认为，前种译法当然可行，但无论如何翻译，德文中“Klageantrag”与“Klagebegehren”是可以互换使用的同义词，因此德国法的诉讼请求并不一直是诉讼标的的代名词，至少在诉讼标的二分肢说成为德国司法实践中的通说之后不是。无论使用诉之声明、起诉请求、诉讼请求哪个名称，都只表明了原告请求法院给予其司法保护的内容，这只是诉讼标的二分肢中的一肢，另一肢即生活事实（Lebenssachverhalt）并未被其涵盖。但正如前引〔108〕所述，法国法中把诉讼标的与诉讼请求作为同义处理，也未尝不能逻辑自治。

司法资源，但无论中国还是德国诉讼法的制度安排，都未必能够实现内外部关系的合并审理。<sup>[115]</sup>与规范层面的差异相比，中国学者可能更关心两人诉讼与多人诉讼在诉讼标的识别标准与既判力理论方面是否同样存在不同。

对此，首先需要指出，就共同诉讼的类型而言，德国法下的分类与中国法存在一定差异。虽然中德均首先把共同诉讼分为必要共同诉讼与普通共同诉讼两种类型，但就前者，中国法又细分出固有的必要共同诉讼和类似的必要共同诉讼，而德国法则细分出实体法上的共同诉讼与程序法上的共同诉讼。可以发现，在必要共同诉讼的两种亚类型上，不仅概念不能直接对接，<sup>[116]</sup>而且范围、划分标准也有所不同。中国法在必要共同诉讼的认定上，以“诉讼标的共同”为基准，而德国法中则以共同实体权利、诉讼实施权与既判力扩张为划分标准，至少表面上与诉讼标的无直接关联。<sup>[117]</sup>但1877年颁布的德国民事诉讼法最初同样是以诉讼标的的不可分性为确定必要共同诉讼的标准，这种看法也与当时的诉讼标的实体说相吻合。<sup>[118]</sup>笔者认为，随着诉讼标的二分肢说成为德国法上的主流理论，当事人可以自己决定诉讼标的，诉讼标的同一性失去了作为判断标准所应具有稳定性，因此被目前的判断标准所取代。中国法对于必要共同诉讼的理解，可能最初通过日本、中国台湾地区间接继受了某个历史阶段的德国法内容，之后德国法另路前行，导致二者今日的差异。<sup>[119]</sup>继续深究就会发现，中国文献虽然把共同诉讼解释为诉的主观合并，而且在抽象的讨论中也意识到合并后共同诉讼继续以复数之诉的形式存在，<sup>[120]</sup>但在特定问题上又似乎认为合并后不同当事人之间的多个诉不可分割地融合为一个诉，因此对下列相关问题的解决，中德的认识也有所不同：

其一，中国司法实务中有观点认为，当事人在后诉中增加诉讼主体就可以避免重复诉讼，如A诉B，形成生效判决，之后A起诉B与C，并就B主张相同内容的请求权。<sup>[121]</sup>但是，判断后诉与前诉是否为重复诉讼，只能判断A和B之间的前后诉的诉讼标的是否相同，而不应

[115] 中国语境下的讨论，参见赵志超：《基于同一事实的纠纷合并审理规则重述——以〈民诉解释〉第221条为中心》，《法学评论》2023年第4期；段文波：《类型化视角下诉讼请求合并的程序展开》，《中外法学》2022年第3期。在德国语境下，复数之债的内外部关系一般不满足德国民事诉讼法第147条要求的法律关联（*rechtlicher Zusammenhang*）的前提，因此无法合并审理。此外，如果原告只起诉了一个债务人，那么被告还需要通过独立第三人反诉把未被起诉的债务人纳入诉讼。在中国的诉讼实践中，实际上也已经产生了第三人反诉的萌芽。参见包冰峰、梁茂源：《第三人反诉的制度比较与理论证成》，《西华大学学报（哲学社会科学版）》2020年第6期，第44页以下；张亮：《民事反诉当事人扩张制度研究——以第三反诉为中心》，《法律适用》2020年第3期，第116页以下。在美国法中，类似制度为“第三人引入”（*impleader*）。参见刘哲玮：《代办托运案案例研习报告——复杂诉讼中当事人地位的确定方法》，载《燕大法学教室》第1卷，中国法制出版社2021年版，第123页。

[116] 中国法中的这两种必要共同诉讼，其德文翻译使用的都是德国法中没有的、新创的名词。其中，固有的必要共同诉讼被译为“*inhärent notwendige Streitgenossenschaft*”，类似的必要共同诉讼被译为“*ähnlich notwendige Streitgenossenschaft*”。但是，对于德国读者而言，这两个名词的含义无法从其字面得出。

[117] 参见前引〔94〕，Musielak/Voit书，边码432。

[118] 在德国民事诉讼法立法之初，使用的是“诉讼标的的不可分性”，因为当时诉讼标的与实体法请求权等同，因此可以认为“诉讼不可分”就是“诉讼是同一个”的意思，进而引申为诉讼标的是共同的。Vgl. Mantzouranis, *Die notwendige Streitgenossenschaft im Zivilprozessrecht*, 2013, S. 91.

[119] 日本法对于共同诉讼的划分与中国法接近，但与德国法有差别，使用的术语也不同。日本法区分固有的必要共同诉讼（德语译为“*eigentliche notwendige Streitgenossenschaft*”）与类似的必要共同诉讼（德语译为“*quasi/analogue notwendige Streitgenossenschaft*”）。Vgl. Hideo Nakamura, *Die notwendige Streitgenossenschaft im japanischen Zivilprozeß*, in: ders., *Japan und das deutsche Zivilprozessrecht*, 2009, S. 218. 这些术语的德文翻译对于德国读者而言也是陌生的，而且与注〔116〕提及的中文相同概念的德语翻译也不同。

[120] 参见汤维建：《论类似必要共同诉讼的制度性导入》，《中国政法大学学报》2022年第1期，第44页以下。

[121] 参见陈巍：《重复起诉认定标准之重构》，《中外法学》2020年第6期，第1602页，第1607页。

考虑 C。因此,所谓判断重复诉讼的“三同说”,不能因为后诉表面上多了一个被告,就认为在相同的原告与被告之间不构成重复诉讼。<sup>[122]</sup>对此,德国法的认识比较明确:外表上,普通共同诉讼似乎是一个诉,原告只须递交一份起诉状,但在学理上则是多个诉的合并,原告针对每个被告的诉讼在法律上都是独立的。<sup>[123]</sup>唯一的例外是在证据法中,调查取证是统一进行的,而且对于所有当事人都发生效力,这点也是共同诉讼所要达到的目的,即统一查明事实。<sup>[124]</sup>

其二,正是因为普通共同诉讼是复数之诉,因此根据德日民法,在两个连带债务人同为被告的情形,他们之间互为彼此的第三人,所以才有可能、也有必要进行诉讼告知,使得二者之间的关系也受前诉判决既判力的拘束,<sup>[125]</sup>才能克服每个共同被告的诉讼行为不受其他被告影响的问题。了解这一点,可以回应中国语境下可能的质疑。<sup>[126]</sup>

案例五:2006年,一个在精神病院接受住院治疗的13岁未成年病人性侵犯了其室友。2013年,法院判决当时已满20岁的侵权人与该医院的保险人向受害人支付4000欧元的精神损害赔偿,两被告就此承担连带责任。判决理由为,当时已经满13岁的未成年人具有侵权能力,而该医院未尽到监护义务。该判决生效后,医院的责任保险人支付全部精神损害赔偿后,对直接侵权人提起追偿之诉。在再审中,法院指出,在两个侵权人内部的追偿之诉中可以重新认定直接侵权人的侵权能力。<sup>[127]</sup>

案例五中,前诉判决主文指明两个被告对原告承担连带债务,但在追偿之诉中,两个被告之间是否为连带责任,并不为前诉的既判力所覆盖。这是因为,普通共同诉讼是多个诉讼的集合,在既判力的问题上也要把前诉判决在学理上进行拆分。案例五中,前诉判决既判力的主观范围分别为:就原告与被告一,“判决被告一有义务向原告支付××欧元”;就原告与被告二,“判决被告二有义务向原告支付××欧元”;就两个被告之间的法律关系,实际上并未形成判决,所以不产生既判力,即便二者都参加了前诉。<sup>[128]</sup>判决书中的“作为连带债务人”这一表述,涉及的仍然只是两个被告与原告的关系,而不是针对两个被告之间的关系。

其三,普通共同诉讼最终产生的可能是一个判决,但判决需要拆分为原告方与被告方单个当事人之间的关系,如果败诉一方的某个当事人提起上诉,对于上诉程序不涉及的其他当事人,原判决产生既判力。<sup>[129]</sup>如在一起案件中,A、B驾驶汽车相撞造成二车均有损坏,A同时起诉B、车辆所有人C、车辆保险公司D,要求三个被告就A的损失承担连带责任,C则反诉A并对其保险公司E提起第三人反诉,要求二者就C的损失承担连带责任。一审法院认为A与B过错相同,并判决B、C、D就A损失的50%承担连带责任,A和E就C损失的50%承担连带责任。B、C就一审判决中针对反诉与第三人反诉的部分对A与E提起上诉,二审法院

[122] 参见前引〔93〕,陈杭平文,第167页,第169页,第174页。对共同诉讼是复数之诉有清晰认识的,参见金印:《既判力相对性法源地位之证成》,《法学》2022年第10期,第157页。

[123] Vgl. BGH, Urt. v. 21. 11. 2017 - II ZR 180/15, BGH NJW 2018, 1259, 1260 Rn. 11.

[124] Vgl. MüKoZPO/Schultes, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 61 Rn. 9.

[125] Vgl. BeckOK ZPO/Dressler/von Selle, 52. Ed v. 1. 3. 2024, Rn. 5 zu § 72.

[126] 参见前引〔93〕,陈杭平文,第170页。陈杭平质疑道,“如将针对当事人(此处为共同诉讼中的两个被告:笔者注)发生的判决效力反而理解为参加效,也即扩大参加效的适用范围,与这一学术传统可谓背道而驰”。

[127] Vgl. BGH, Urt. v. 20. 11. 2018 - VI ZR 394/17.

[128] Vgl. BGH, Urt. v. 15. 6. 2021 - VI ZR 1029/20.

[129] 中国也有类似观点,参见谭道月、司伟:《连带责任保证案件的共同诉讼形态》,《人民司法(案例)》2021年第5期,第68页。

认为该事故完全由 A 造成，德国联邦最高法院认为这种情况可以改判。<sup>[130]</sup>但这种做法的结果可能是，在本诉未被上诉的判决中 B 被认定为对事故有过错，需要对 A 承担 50% 的责任，在反诉最终生效的判决中 B 被认定为对事故无过错，A 应赔偿 C 的全部损失。在中国法语境下，这种处理结果很难被认同。

笔者引用这一案例，是想展示在德国法下多个法律关系同时诉讼之所以可以避免矛盾判决，不是因为既判力的扩张，而是法院不能在一个诉讼中对同一事实与法律作出矛盾判决。但这只限于初审，如果部分当事人上诉，在上诉审中法院仍可作出不同判断，由此可能出现前后判决的矛盾。要防范这种风险，则需提起中间确认之诉以及进行诉讼告知。

其四，必要共同诉讼在德国法中也是复数之诉，即便在实体法上的必要共同诉讼中，每个当事人的行为原则上对同一方其他当事人不发生效力。<sup>[131]</sup>每个共同原告与被告之间，或者共同被告与原告之间，都存在单独的诉讼关系，诉讼标的也是独立的，这样就可能产生解决思路与中国全然不同的案例。比如，在前诉中，某继承人之一 A 被诉确认商铺租赁关系已经解除，原告 B 一审败诉、二审胜诉，后诉中包括 A 在内的全部继承人通过遗产保佐人起诉前诉原告 B，请求确认租赁关系继续存在，该诉被驳回。德国联邦最高法院的理由为，后诉中 A 与 B 的关系为重复诉讼，因此 A 无法再次与其他人共同起诉 B，而后诉属于实体法上的必要共同诉讼，要求所有继承人必须参加，没有 A 的参加，其他继承人属于当事人不适格。<sup>[132]</sup>这种处理方式在中国同样会被质疑。前诉判决明明是错误的，因为该诉属于实体法上的必要共同诉讼，A 一人被诉，属于当事人不适格，为何这样的判决也能产生既判力，甚至导致在当事人方面正确的后诉不能被提起？德国法对此的解释是，如果法院对共同诉讼的属性认定错误，在实体法上的必要共同诉讼中仅就部分共同被告作出判决，败诉方却未提起上诉，这种存在程序错误的判决仍可发生既判力。<sup>[133]</sup>

由此可见，在单一诉讼中，中德虽然对于诉讼标的、既判力的定义、判断标准不同，但尚可在一定程度上对接，而一旦进入共同诉讼领域，二者的对话就面临巨大障碍，不仅不能彼此认同，甚至连互相理解都比较困难。从德国视角而言，在共同诉讼中，无论其类别，诉讼标的、既判力的讨论与单一诉讼的情形并无根本区别，原则上都要拆解为多个单一诉讼来分析，而中国法中的固有必要共同诉讼，则具有共同的诉讼标的。

## 结 语

概念对接问题在中国法学对外交流与研究中出现的情形多种多样，既有概念相同但使用范围不同的情况，如不真正连带之债、补充责任；也有对规则来源与规则名称来源的认识不同，造成中文概念直译无法被理解的情况，如共同危险；还有本土化的外来概念属于比较法上的特例，外国法无对应概念而无法直接对接的情况，如原因力；或者概念相同但内容不同的情况，如追偿权、法定代位权、诉讼请求；最后还有中国法的外来概念引入于某特定时期，而该概念在其来源国继续演变，导致后来产生差异，如共同诉讼的亚类型。了解这些背景，无论是外国

[130] Vgl. BGH, Urt. v. 20. 11. 2018 - VI ZR 394/17.

[131] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 49 Rn. 36.

[132] Vgl. BGH, NJW 1989, 2133, 2134.

[133] Vgl. BGH, NJW 1996, 1060, 1061 m. w. N.

学者对中国法的困惑，还是中国学者对外国法的批判，理解与回应起来都会更加容易。在对外交流中，概念对接扮演的角色至关重要，但其功用不应止步于此，毕竟对于绝大多数学者而言，与外国同行的对话只是偶尔为之。考虑到中国法的继受背景以及对外来知识的需求，对于概念对接的关注完全可以融入日常研究之中，在使用比较法知识时，不妨尝试视角对调，在考察外来概念、制度与中国法体系之匹配性的同时，也思考中国法某特定制度在外国法律体系中的位置。以概念对接为手段，把点到点的比较，延伸到由点到面的比较，并借此在更为广阔的视野中了解外国法体系及其制度背后的法外因素，形成对中外法律制度更为深刻的认识。在强调法学研究自主性的今天，借助对概念本土化的考察，换个角度审视本国法律制度，或许能够帮助研究者在注重自主性立场的同时，从域外法中获得更多新的认知。在这个意义上，概念对接所要实现的愿景，是抱着让世界理解中国的理念，更好地理解中国自己。

---

**Abstract:** Accurate conceptual interface is a prerequisite for mutual understanding and reference between different legal cultures and provides new perspectives for observing Chinese domestic law as well. This article attempts to find corresponding terms in German law for some selected Chinese legal concepts relating to multiple debtors, so as to explore the causes of the problem with the conceptual interface and its practical constellations, as well as the potential function of the conceptual interface. In the field of substantive law, by examining the conceptual interface between the Chinese and German terms of non-genuine joint and several liability, supplementary liability and degree of causation, we can better explain to overseas scholars the logic behind the diversification of liability forms and the mainstreaming of several liability with regards to multiple tortfeasors under Chinese law. By analyzing the connectivity between the seemingly identical concepts of the right of contribution and the right of statutory subrogation in Chinese and German law, this article reveals their fundamental differences and illustrates the root and effects of the differences in the paths of solving the problem of statute of limitations of joint and several liability between the two jurisdictions. In the field of procedural law, taking the interface between Chinese and German law on the types of joinder of parties as an entry point, it can be found that Chinese law has ambiguous consciousness of the joinder of parties being a plurality of claims (*actio*), which leads to a lack of clear understanding of the relationship between the parties and then to a completely different perception of the subject matter of the dispute and *res judicata* from that of the German ones. It results in a huge divergence in the approaches to solving relevant problems and difficulties in conducting dialogs. Improving the awareness of the interface between legal concepts and paying attention to the evolution of foreign concepts in the Chinese domestic context will help Chinese scholars to communicate effectively in exchanges with foreign scholars and explore the uniqueness of Chinese law.

**Key Words:** joint and several liability, degree of causation, independent tortfeasors, joinder of parties, third-party notice

---