

不真正连带债务理论的反思与更新

李中原^{*}

内容提要：不真正连带债务理论的精髓在于其区分规制思想。该思想始终围绕着多数债务之间的“同一性”展开。各国理论上对不真正连带债务学说的质疑和批评无法否定其区分规制思想尤其是新的层次划分学说的合理性。我国审判实践经验与层次划分学说的高度契合性亦说明该区分学说具有相当的实践基础。与此同时，一种包括不真正连带债务在内的宽泛统一的连带性学说也日益成为各国理论发展的趋势。应当积极促成二者的融合，在宽泛统一的连带性模式下，以层次划分学说为核心来更新和完善传统的区分规制方案。多数情况下应当根据各个债因的主客观因素并结合法律政策和社会伦理，综合考量多数债务人是否处于同一层次。此外，在不真正连带债务的判决和执行环节可以适当借鉴补充性的顺位规则。

关键词：不真正连带债务 连带性 层次划分学说

一、问题的提出

上世纪90年代，我国大陆学者从台湾地区民法学中引入了不真正连带债务理论。^{〔1〕}自此，不真正连带债务迅速在我国大陆民法理论和实务界受到广泛认可，并成为按份债务和连带债务之外的一种独特的多数人债务形态。

在十多年的学术讨论中，大陆学界对不真正连带债务的特征逐渐形成了以下一般认识：其一，数个债务的发生系基于不同的法律关系，债权人对数个债务人分别享有独立的请求权。其二，数个债务乃基于偶然的原因而联系在一起，数个债务人缺乏共同的目的（或者说缺乏主观上的意思联络）。其三，各个债务人对债权人承担同一给付。其四，各个债务人之间没有内部分担关系，即使发生求偿也非基于分担关系，而是基于终局责任的承担。^{〔2〕}

* 苏州大学王健法学院副教授。

本文为作者主持的2009年教育部人文社会科学研究青年项目“多数人侵权的责任分担机制研究”（项目编号：09YJC820079）的成果之一。

〔1〕 比如孔祥俊的《论不真正连带债务》（《中外法学》1994年第3期）就是当时在此方面较有影响的代表作品。

〔2〕 参见孔祥俊：《不真正连带债务的确认和承担》，载王利明主编：《中国民法案例与学理研究·债权篇》，法律出版社1998年版，第1页以下；王利明：《侵害债权与不真正连带债务》，载王利明主编：《中国民法案例与学理研究·侵权行为篇》，法律出版社1998年版，第274页；张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年版，第155页以下。

与我国台湾学界的传统学说相比,上述认识具有明显的“拿来主义”特点。拿来主义的优点自不必说,但其缺点也是显而易见的:首先,“拿来”的前提是对被拿来之理论的正当性的认可,但既有研究既缺乏对该理论历史基础的反思,又缺乏对该理论现代趋势的展望,对不真正连带债务理论的认识不够全面、准确。其次,既有理论解释多半假手台湾,只是对我国台湾不同版本理论的介绍,狭隘的知识来源更加剧了既有研究的“盲从”倾向。〔3〕

深入研究可以发现,传统不真正连带债务理论所涵盖的范围相当广泛,其与连带债务之间的区分也极其复杂、晦涩,有些地方甚至不能自圆其说。更大的困惑在于,不真正连带债务虽然在理论和判例上由来已久,却很少为立法所采纳。最新的情况表明,该理论在大陆法系还出现了被淡化甚至被抛弃的迹象。尽管如此,不真正连带债务理论却始终在以不同的形式影响着民法法系的理论和实践。面对这一传统理论,盲目地接受或是简单地抛弃,抑或是一味地回避,都是不明智的。

二、不真正连带债务理论的历史基础

(一) 共同连带和单纯连带的区分理论

学说上一般认为,不真正连带债务的概念是从19世纪德国普通法时代有关共同连带和单纯连带的区分理论中发展而来的。〔4〕德国在民法典颁布之前的普通法理论主要来自对罗马法的发掘,而共同连带和单纯连带的区分则与罗马法上一种特殊的“争讼程序”〔5〕密切相关。在《学说汇纂》中,“争讼程序”对于连带之债的效力表现出了一定的差异:债权人向多数债务人之一提起“争讼程序”或者多数债权人之一向债务人提起“争讼程序”,一般情况下并不导致债相对于其他债务人或者其他债权人的消灭;但在某些情况下则导致债的整体消灭。〔6〕

这一细微的差异在19世纪德国普通法上受到了格外的关注。以凯勒(Keller)和里宾特洛普(Ribbentrop)为代表的德国学者正是以这一差异为依据,在19世纪20、30年代正式提出了所谓的“共同连带之债(korrealobligation)”和“单纯连带之债(einfach solidarische obligation / blossolidarobligation)”相区分的二元概念和二分理论:对于前者,“争讼程序”具有整体消灭债务的效力,而对于后者,只有清偿等有效满足债权人的方式才具有该效力;前者系由多个法律关系构成的一个债,后者则系以一个给付为标的的多个债。〔7〕该理论对19世纪的德国学者产生了普遍的影响,并直接影响到了以萨维尼和温德夏特(Windscheid)为代表的潘德克吞法学对现代债法理论的构造,在二人的相关著作中该区分理论成为多数人之债的基本类型。

共同连带之债为单一之债,债因也是单一的,多数债务人之间或者多数债权人之间联系紧密,因此就多数债务人之一或者多数债权人之一发生的事项,即使非以满足债权为目的,也往往对其他债务人或者其他债权人产生效力,从而使债之整体归于消灭或者变更,这在理论上被称为

〔3〕但在本文研究过程中,这一问题已经引起中国民法学界的关注,尤以张定军博士的研究最具代表性,参见张定军:《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2010年版。

〔4〕参见〔日〕於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,台湾五南图书出版公司1998年版,第233页;C. Massimo Bianca, *Diritto Civile*, IV. L'obbligazione, Milano: Giuffrè, 1993, p. 693, n. 2.

〔5〕对“争讼程序”的介绍,参见〔意〕彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第99页,第107页。

〔6〕See Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano: Giuffrè, 1990, p. 525.

〔7〕Ribbentrop, *Zur Lehre von den Correalobligationen*, 1831. Cfr. Giovanni Pacchioni, *Degli Effetti della Litis Contestatio sulle Obbligazioni Solidali Passive*, Rovereto: Tipografia Roveretana v. Sottocchia, 1900, pp. 3-4.

“绝对效力”。〔8〕根据温德夏特最终的归纳，共同连带之债的发生主要基于以下情况：〔9〕多数人之间共同缔结一份合同（而非每一对债权人、债务人之间分别缔结合同），根据遗嘱设定的多数人之间的债权债务关系以及法院判决多数人承担同一责任；此外，基于法律规定也可发生共同连带之债，这主要包括罗马“附加诉”中家主、家父与其家奴、家子或家外人之间的共同责任，〔10〕奴隶、动物的共有人对奴隶、动物致人损害的责任以及合伙人的责任等情况。

单纯连带之债则为复数之债，债因也是复数的，多数债务人之间或者多数债权人之间只是偶然结合，并无紧密的联系，因此就多数债务人之一或者多数债权人之一发生的事项，除非以满足债权为目的，否则一律与其他债务人或者其他债权人无关，即无“绝对效力”。单纯连带之债的发生主要是由于多数人须对同一损害负责，但他们承担责任的原因并非单一的事实。典型情况包括：〔11〕多数人共同实施一非法行为，则每一个人都应承担连带责任；在多数保管人、多数借用人、多数委托人（或多数受托人）或者其他形式的多数当事人基于分别独立的行为或原因而须对同一利益予以照顾的场合，每一个人都应对不当损害承担连带责任；〔12〕由于一人的不法行为，其他人即使无过错也须对此负责；某人承诺清偿他人的债务所产生的连带关系，这相当于现代民法上不免责任的债务承担。

显然，共同连带和单纯连带的区分是以单一之债与复数之债的区分学说为基础的。尽管这一学说在德国民法典颁布前就逐步为学界所抛弃，〔13〕最终也未被德国民法典所采用，但其区分规制的理论内涵则始终为近现代民法理论所重视，并对此后在德国以及其他国家和地区兴起的不真正连带债务学说产生了深刻影响。

（二）近现代民法上不真正连带债务理论的传统学说

“不真正连带”（*unechte solidarität*）的概念是19世纪后期德国民法学者在讨论共同连带与单纯连带的过程中产生的，现代学者一般认为最早讨论不真正连带理论的是德国学者艾思勒（Eisele）。〔14〕自艾思勒开始，近现代各主要国家和地区的民法理论针对不真正连带债务产生了不同的学说，但总体上可以归纳为原因同一说和目的共同说两大类。

1. 原因同一说。艾思勒在1891年撰写的一篇名为《共同连带与单纯连带（*über correalität und solidarität*）》的论文中，一方面承认共同连带与单纯连带的传统划分，另一方面则主张对单纯连带予以进一步解析：将主要基于合同意思而成立的单纯连带债务（如多数保管人、多数保证人、多数监护人等）归为一类，而将非基于合同意思而成立的单纯连带债务（如多数不法侵害人、保险人与加害人、小偷与过失保管人）归为另一类，并将后者称为“不真正（单纯）连带债

〔8〕 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义IV·新订债权总论》，王纛译，中国法制出版社2008年版，第363页；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第649页。德国法上也称“总括效力（*Gesamtwirkung*）”，参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第611页。

〔9〕 See B. Windscheid, *Diritto Delle Pandette*, trad. C. Fadda e P. E. Bensa, Volume II, Parte I, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1904, pp. 158-161.

〔10〕 萨维尼认为此种情况应当属于“不真正共同之债”（即单纯连带之债），其主要理由在于：“附加诉”中主债务的消灭（比如免除）当然导致附加债务的消灭，但反之，附加债务的消灭（比如免除）则并不导致主债务的消灭。See F. C. Savigny, *Le Obbligazioni*, volume primo, trad. G. Pacchioni, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, pp. 195-200.

〔11〕 参见前引〔9〕，Windscheid书，第166页以下。

〔12〕 19世纪德国有个别学者认为这些场合应属于共同连带之债，因为这里的“共同连带性”存在于多数人的意志之中，该意志虽非明示但却可以从多数人承诺给付的性质中推出。该观点的代表学者包括Fitting, Baron和Fritz等，参见上引Windscheid书，第166页，注15。

〔13〕 此后德国及受其影响的国家和地区的民法理论普遍认为，包括共同连带和单纯连带在内的所有连带之债都属于复数之债。参见前引〔3〕，张定军书，第47页以下。

〔14〕 参见德国当代学者Jürgens和Wernecke的著作，转引自前引〔3〕，张定军书，第73页，注2。

务”。^[15]在此基础上,他主张前一类(真正)单纯连带债务与传统的共同连带债务(基于单一合同或遗嘱的共同债务)具有更大的亲和性,二者都基于共同的意思和标的,即具有同一原因(或同一债因, einheitlichen Schuldgrund),因而在效力上具有绝对性。相反,不真正(单纯)连带债务则不具有上述同一原因性和绝对效力。艾思勒进而主张将理论区分的重心转移到以“同一原因性”为标准的连带债务(包括上述的共同连带债务与真正单纯连带债务)与不真正(单纯)连带债务的区分上来。之后,为了迎合《德国民法典第一草案》的规定,艾思勒进一步将非基于合同意思的共同侵权之债也调整到连带债务的范畴当中,其基本思想是强调共同侵权行为与共同缔约行为类似,属于单一行为,符合同一原因性的要求。^[16]

在学说史上,该同一原因性又被称为“形式的同一原因性”,理解上则较为模糊。在德国普通法时期,相当多的学者倾向于认为共同连带之债应当源自一个形式上单一的合同或遗嘱。这一倾向主要导源于古典罗马法上通过要式口约来缔结连带关系的实践(I. 3, 16pr.)。但这一不切实际的“形式”在艾思勒甚至其前辈学者那里就有所突破:古典罗马式样的“单一(意思)行为”被或多或少的“同性质的复数合同或事实”所取代。艾思勒更是将所谓“形式的同一原因性”与“相同的债务关系和名义”这一特征联系在一起,进而将传统上通常归于复数债因的多数保管人、多数监护人、多数保证人乃至共同侵权人都纳入到同一原因的范畴。艾思勒所谓“形式的同一原因性”,用现代民法的观念来理解,就是请求权基础的同一性:复数债务都基于相同的法律规定。^[17]

此外,从立法形式来看,改装后的二元区分理论乃以限制立法上(《德国民法典第一草案》第321条,相当于现行德国民法典第421条)对于连带债务过于宽泛的表述为目的,将缺乏约定或法定依据的所谓不真正连带债务的情况排除于连带债务之外。^[18]

后来的德国学者在艾思勒“形式的同一原因性”学说的基础上又发展出“实质的同一原因性”学说,强调以“同一生活事实”作为确定同一原因性的实质标准。该学说更加注重构成连带关系的数个债务的发生原因在时间上的同一性。^[19]这在一定意义上是向罗马法原旨的回归。

作为德国法系的重要成员,瑞士的传统民法理论在19世纪末20世纪初主要接受了来自德国的“形式的同一原因性”学说,主张以同一请求权基础或同一法律原因作为(真正)连带债务的理论基础,而将不具有同一请求权基础或同一法律原因的多数人共同债务归于不真正连带债务。这一思想在瑞士债法典第51条的规定上得到了充分的体现,该条规定:“数人基于不同的法律原因(Rechtsgrund),如非法行为、合同、法律规定,对同一损害承担责任的,类推适用有关共同致害人之间追偿的规定。原则上,首先由因其非法行为造成损害的一方当事人赔偿,最后由本身无过错也无合同责任而是依据法律规定承担责任的当事人赔偿。”

根据瑞士的民法解释学理论,该条规定的就是不真正连带债务。^[20]较之于德国学说,瑞士的学说从“形式的同一原因性”中进一步导出了债务人之间的层次或等级关系,将基于不同的法律原因的多数债务人归于不同的义务层次或等级,并依据此等级关系来决定多数债务人履行债务

[15] 需要说明的是,在词源上,共同连带债务是 correalität, 单纯连带债务即 solidarität, 而不真正单纯连带债务即 unechte solidarität——字面翻译就是现代所谓的“不真正连带债务”。

[16] 参见前引〔3〕, 张定军书, 第73页以下; P. Bonfante, Istituzioni di Diritto Romano, Milano: Giuffrè, 1987, p. 317, n. 11.

[17] 参见陈聪富:《连带债务研究》, 台湾大学1989年硕士论文, 第45页以下; 前引〔3〕, 张定军书, 第75页。

[18] 艾思勒对《德国民法典第一草案》第321条的解释, 参见前引〔3〕, 张定军书, 第76页。

[19] 同上书, 第78页, 第217页。

[20] See C. Chappuis, G. Petipierre, B. Winiger, *Multiple Tortfeasors under Swiss Law*, in W. V. H. Rogers (ed.), *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 231; F. Dessemon-tet, T. Ansay (eds.), *Introduction to Swiss Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1995, p. 139.

的先后顺序。此种不真正连带债务理论已经初步具备当代“同一层次（或层次划分）”学说的雏形，而且在效果上实现了向补充债务的转化。这些变化都值得进一步研究。

意大利的传统民法理论也习惯于对连带债务进行二元区分。根据对意大利民法典第 1294 条的解释：如果数个债务人依据同一渊源而承担同一债务，则推定为连带债务，除非合同另有约定或法律另有规定；如果缺乏同一渊源，则连带债务的构成应当基于合同或法律的规定。^{〔21〕}于是，连带债务便有了同一渊源与不同渊源之分。

这里的“同一渊源”也被称为“同一原因”。^{〔22〕}一般认为，同一渊源主要是指数个债务源于同一事实或行为，个别情况下，有着统一联系的多个事实也可以构成同一渊源，比如多数人侵权或者多数人违约造成损害的情况。但诸如复保险（意大利民法典第 1910 条）和多数人保证（意大利民法典第 1946 条）等情况，虽然与多数人侵权、多数人违约很类似，却不能构成同一渊源。^{〔23〕}与德国的理论相对照，当代意大利法学上的同一渊源或同一原因理论实际上介于德国的“形式的同一原因性”与“实质的同一原因性”之间，是一种极不彻底的权宜之计。

在此基础上，部分意大利学者进一步提出了以是否具有同一渊源为标准在连带性内部区分真正连带与不真正连带的类型化理论，意大利学者将这一理论的渊源追溯到德国法学。^{〔24〕}按照这一思想，真正连带债务应当基于同一渊源（或原因），而由法律引入的不具有同一渊源（或原因）的连带性规定则属于不真正连带债务。^{〔25〕}

2. 目的共同说。德国民法典颁布之后，由于原因同一说无法解释法律上明确规定的各种不同请求权基础的连带债务（比如德国民法典第 840 条第 2 款规定的雇主与雇员之间的连带债务）以及基于不同生活事实的连带债务（比如德国民法典第 769 条规定的多数人保证的连带债务），所以该学说很快就被目的共同说所取代。目的共同说又可分为主观目的共同说、客观目的共同说和法律目的共同说。

主观目的共同说要求构成连带关系的数个债务人之间须具有主观上的共同目的（或意思联络），即每个债务人都知道其他债务人的存在并且知道自己的给付对其他债务人同样生效。而在不真正连带债务的情况下，数个债务人之间则不具有主观上的共同目的（或意思联络），他们只是偶然地负担同一给付。显然，如果主观目的共同说仅限于此，那么它最多只能解释依约定共同承担连带债务的类型和通谋侵权的类型，而无法解释大量法定的连带债务形态，为此，该学说的倡导者克林米勒（Klingmüller）又提出在法定连带债务的情况下，各个连带债务人被强制地赋予一个主观的共同目的，即使他们彼此毫不知情。^{〔26〕}这一补充显然太过牵强。

相形之下，客观目的共同说影响更大。该学说要求构成连带关系的数个债务人之间具有客观上的共同目的。而在不真正连带债务的情况下，数个债务人之间则只存在偶然的目的一。所谓客观上的共同目的，实际上就是指“债权人客观上的同一利益”。^{〔27〕}起初这种客观共同目的或同一利益仅限于当事人依共同意思和法律规定而成立连带债务的场合，但后来的司法实践和解释突破

〔21〕 See D. Rubino, *Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna: Zanichelli, 1968, p. 140; 前引〔4〕, Bianca 书, 第 705 页; Mazzoni, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratto Rescigno*, IX, Torino: Utet, 1984, p. 602; M. Ticozzi, *Le obbligazioni solidali*, Padova: CEDAM, 2001, p. 16.

〔22〕 参见前引〔4〕, Bianca 书, 第 704 页; A. Ganni, *La responsabilità solidale* (Art. 2055), Milano: Giuffrè, 2005, p. 29.

〔23〕 参见前引〔4〕, Bianca 书, 第 704 页以下。

〔24〕 意大利学者比昂卡（Bianca）将这一理论追溯到艾思勒，甚至是萨维尼。同上书，第 704 页，注 39。

〔25〕 参见前引〔21〕, Rubino 书, 第 140 页; Ticozzi 书, 第 19 页; 前引〔22〕, Ganni 书, 第 31 页。

〔26〕 参见前引〔3〕, 张定军书, 第 83 页。

〔27〕 该学说的倡导者 Enneccerus 和 Lehmann 的观点，参见王千维：《论可分债务、连带债务与不真正连带债务》下，台湾《国立中正大学法学集刊》2002 年第 8 期。

了这一限制,使该理论与债权人的利益同一性基本等同。^[28]这样一来,要依据该学说区分(真正)连带与不真正连带就更加困难,甚至可以说,在该学说下已几乎不存在(真正)连带与不真正连带的区分,因为就实现债权人的客观利益而言,二者并无区别。按此思路进一步发展,当然可以推出“有清偿共同便存在连带债务”的结论,因为债权人客观上的同一利益就是债务的清偿。这就是其后由莱昂哈特(Leonhart)提出的另一种学说——清偿共同说——的主旨,该学说明明确反对划分(真正)连带与不真正连带。^[29]现在看来,这种学说只不过是客观目的共同说的极端形式罢了。

为了限制客观目的共同说对共同目的过于宽泛、模糊的表述,德国民法理论上又出现了法律目的共同说。该学说主张将客观目的共同性进一步限制为法规目的意义上的共同性。但究竟该如何确定法规目的或法规性质的同一性,该学说并没有明确的标准,^[30]因此影响不大。

在近代民法的确立过程中,日本和中国都选择了德国法学传统。为了区分有约定或法定依据的连带债务与此外的不真正连带债务,两国的主流理论都采纳了主观目的共同说,且都强调二者在绝对效力和分担求偿关系上的区别。^[31]相形之下,日本民法学更加忠实于德国普通法上单纯连带的传统,将(无连带合意)多数人保证和共同侵权都归入不真正连带债务的范围。^[32]而我国民法(尤其是台湾民法)则更加倚赖于近现代的德国民法理论,将上述两种形态并入了连带债务的法定范围。^[33]

法国现代债法上也必须区分两个概念:obligations solidaires(或solidarité)和obligation in solidum,前者为“连带之债”(或“本义上的连带关系”),后者则为“整体负担的债务”。^[34]但在法国的理论和实践中,二者也常常被分别称为“真正连带关系(solidarité parfaite)”与“不真正连带关系(solidarité imparfaite)”。^[35]在近现代法国法上,“整体负担的债务”或者“不真正连带关系”涵盖了有明确的约定或法定依据的连带债务以外的一个更为庞大的连带关系体系,其中尤以发生在民事侵权或准侵权领域的不可分割的多数人责任为代表;而构成犯罪的多数人共同损害(即共同犯罪)则根据刑法或刑事诉讼法的相关规定适用连带责任。^[36]

显然,约定或法定依据只是此二元区分体制的形式标准,为了证成此二元区分体制的合理

[28] 此为Larenz的观点,参见前引[3],张定军书,第96页,第220页。

[29] 同上书,第98页以下。

[30] 有关该学说的详细介绍,参见前引[3],张定军书,第84页以下。

[31] 参见前引[8],我妻荣书,第394页;前引[4],於保不二雄书,第212页;郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第425页;孙森焱:《民法债编总论》下册,法律出版社2006年版,第743页;邱聪智:《新订民法债编通则》下册,中国人民大学出版社2004年版,第405页;温汶科:《论不真正连带债务》,载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》中册,台湾五南图书出版公司1984年版,第878页。但史尚宽则采客观目的共同说,参见前引[8],史尚宽书,第643页,第673页。

[32] “多数人保证”参见前引[4],於保不二雄书,第214页;前引[8],我妻荣书,第361页;日本民法典第465条第1款。“共同侵权”参见前引[8],我妻荣书,第394页;前引[4],於保不二雄书,第216页;[日]圆谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第350页。

[33] “多数人保证”参见我国台湾民法第748条;前引[8],史尚宽书,第648页。“共同侵权”参见我国台湾民法第185条;前引[8],史尚宽书,第647页;前引[31],郑玉波书,第391页。

[34] 参见《法国民法典》下册,罗结珍译,法律出版社2005年版,第932页以下。

[35] 法国学者的使用参见N. Ioanid, De la solidarité imparfaite, Thèse, Paris, 1902, passim; J. Français, De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation “in solidum”, Thèse, Paris, 1936, p. 183, par. 224. 法国法院的使用参见Civ. 3e, 10 mai 1968 Bull. Civ., III, n. 208, D. 1968, somm., p. 111; 30 mai 1969, Bull. Civ., III, n. 446, R. T. D. civ., 1970, p. 168. Cfr. R. E. Cerchia, Uno per Tutti, Tutti per Uno; Itinerari della Responsabilità Solidale nel Diritto Comparato, Milano; Giuffrè, 2009, p. 160, n. 3.

[36] See C. D. Santerre, Cours analytique de code civil, 2a ed., 1883, III, n. 135 bis, al 3. 转引自前引[35], Cerchia书,第167页,注26。另参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上卷,张新宝译,法律出版社2001年版,第77页,注310。

性，在法国民法的理论和实践中也出现了不同的解释学说来说明连带债务与“整体负担的债务”之间的实质区别，其中“从属效力说”作为目前法国的主流学说得到了法国最高法院的采信。^{〔37〕}根据该学说，连带债务和“整体负担的债务”作为连带性的两种形式，二者的区别一般仅限于连带性的“从属效力（effets secondaires）”，即德国法上的“绝对效力”：导致连带债务整体消灭的事项对于“整体负担的债务”则不具有该效力。根据法国学者的进一步解释，“整体负担的债务”之所以不具备从属效力，原因在于“共同债务人之间既无共同利益，也不存在相互代理关系”。^{〔38〕}可见，法国的“从属效力说”更加接近于德国的客观目的共同说。

（三）小结：区分规制的理论传统

无论在德国还是在直接继受德国的瑞士、日本和中国以及间接借鉴德国的法国和意大利，不真正连带债务的传统学说虽然各有其发展，但究其实质都与德国普通法上共同连带与单纯连带的区分传统密切相关，区分规制的理论传统得以形成。这突出地体现在以下三个方面：

其一，从理论内涵来看，连带债务与不真正连带债务的划分实为共同连带与单纯连带之区分精神（强调连带关系的单一性与复数性的区分以及绝对性与相对性的区分）的延续。

综观德、瑞、日、中、法、意诸国之学理，连带与不真正连带的区分主要建立在原因同一说和目的共同说的基础之上，而这两种学说实质上仍然是共同连带关系之单一性传统的变相延续。虽然近代民法确立了连带之债的复数关系说，但德国普通法上的单一性学说却变相地转化到了新的理论之中。根据新的理论，虽然（真正）连带之债也是复数债务关系的结合，但此种结合并非基于复数原因的偶然竞合，而是数个债务的发生基于同一原因；此种结合也不是毫无目的地偶然竞合，而是数个债务的发生都基于主观上的共同目的或者在客观上都以同一给付（同一标的）为目的（即客观上的共同目的）。因此，传统的单一性学说借助于同一原因、同一目的或者同一标的而在新学说中获得了再生。

连带与不真正连带的另一个重要的区分标准乃是效力绝对性理论。根据该理论，构成连带关系之复数债务在法律效力上所体现出来的绝对同一性是不真正连带关系所不具备的。而此种绝对性不仅是基于同一原因或同一目的之前提的必然结论，而且其本身也是单一性理论的固有内容。

其二，从理论外延来看，不真正连带只不过是单纯连带中分裂出来的理论形态。民法法系各国在近代立法和学说上都是以批判性继承德国普通法的连带性理论为基础的。表现在立法上，各国分别基于各自的立场在民法典中确立了各自典型的连带债务形态。除了日本基本以共同连带为界限外，绝大多数国家都在其法定的典型形态中合并了共同连带和若干重要的单纯连带形态。在这一格局下，理论上提出的不真正连带债务学说主要被用于描述与立法上明确规定的连带债务相区别的或者是一些非典型的连带债务形态，而这些形态从外延上来看无不出自单纯连带的传统领域。这一点在不真正连带债务的创始理论中体现得尤为明显：在艾思勒的理论体系中，不真正连带只不过是单纯连带中的一种类型。从这一意义上讲，近现代民法上的连带与不真正连带的划分只不过是传统的共同连带形态与单纯连带形态的重新组合。

其三，从理论缺陷来看，正是因为不真正连带债务学说实质上继承了德国普通法上共同连带与单纯连带的区分传统，所以这一学说始终无法摆脱与其前身类似的诟病，比如区分标准不够统一或区分标准与实践形态之间无法完全吻合等。耶林将共同连带与单纯连带的区分理论视作潘德克吞法学脱离现实、缺乏实践性的最为恶劣的表现，^{〔39〕}这一批评对于当下之（真正）连带与不

〔37〕 参见前引〔35〕，Cerchia书，第160页，注4和注5。

〔38〕 持上述观点的法国学者包括J. Français, J. Carbonnier, C. Aubry和C. Rau。参见前引〔35〕，Cerchia书，第199页，注154。

〔39〕 See R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Vol. 1, New York: Oxford University Press, 1996, p. 129.

真正连带的区分学说也同样适用。

三、当代民法上不真正连带债务理论的发展

(一) 当代各国理论和实践的总态势

由于不真正连带债务的传统学说始终无法摆脱其固有的不确定性,因而对实践缺乏足够的解释力。到目前为止,除瑞士外,该学说尚未见立法采纳,^[40]从各国的理论和审判实践来看,该学说所面临的局面更为复杂。

在当今的瑞士、法国、日本和中国,不真正连带债务的传统学说仍然占据着主导地位,但无论是原因同一说、目的共同说还是绝对效力说,都无法与民法典上所确立的连带性体制完全吻合。因此,这些国家的理论和实践中均不同程度地存在着反对的声音。瑞士民法理论界就出现了废除连带与不真正连带之区分的主张,其理由是“法律原因或请求权基础”这一术语过于含糊,作为确定连带债务或不真正连带债务的标准过于随意,缺乏实践意义。^[41]这一主张甚至在瑞士联邦政府委托学者起草的《侵权法修正和统一草案》(1999年完成)中得到了体现,只是最终未被采纳。^[42]而在法国,其传统的主流学说与现实严重脱节,尤其是该学说在区分共同犯罪和民事共同违法行为时明显带有牵强附会的色彩。正因为如此,连带债务与“整体负担的债务”之间的区分在理论上甚至被认为是法国法学“最为含糊不清且自相矛盾”的学说创造。^[43]当代法国民法理论几乎放弃了从实质上对这一区分进行说明的努力,而将重点放在“整体负担的债务”的扩张性应用上,立法界甚至在酝酿将“整体负担的债务”统一到连带债务中去的方案,“整体负担的债务”与连带债务的区分基本流于形式。^[44]日本也有学者倾向于淡化连带债务与不真正连带债务之间的区别而将两者视为连续的概念,^[45]或者主张干脆摒弃不真正连带债务这一概念,对于该理论所关注的绝对效力问题则根据具体事项(比如请求、时效、免除等)结合具体领域进行个别的探讨。^[46]我国台湾的民法理论在支持不真正连带债务学说上是最为坚定的,但近期也有学者主张仿效德国的同一层次理论(见下文)对传统学说进行改造,其间也对不真正连带债务的概念或用语的存在意义提出过怀疑。^[47]我国大陆理论界的情况与台湾地区基本类似。^[48]

在意大利,不真正连带债务学说从来就不是其主流学说,从没有被理论和实践普遍接受过,而且目前多数意大利学者认为该理论已经被抛弃。^[49]但是,即使是否定该理论的学者也不得不面对这样的现实:对于立法者所规定的各种具体的连带之债应当根据其是否具备连带之债的一般要件(尤其是“同一渊源”)区分对待,具备的,直接适用一般连带性的规则,不具备的,则只能类推一般连带性的规则。^[50]因此,根据是否基于同一渊源(或同一原因)而对连带性进行区

[40] 我国台湾在最近一次的民法典债编修正过程中曾有增订不真正连带债务的建议,但为避免产生无谓之争,最终还是未予采纳。该修正建议参见前引[31],邱聪智书,第405页。

[41] 参见前引[20],Chappuis等文,第241页。

[42] 同上文,第251页。

[43] Busnelli, L'obbligazione soggettivamente complessa, Milano: Giuffrè, 1974, p. 138.

[44] 参见前引[35],Cerchia书,第199页。

[45] 持此观点的代表性学者为内田贵。参见赵廉慧:《债法总论要义》,中国法制出版社2009年版,第100页。

[46] 持此观点的代表性学者为淡路刚久和前田达明。参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第293页以下;前引[32],圆谷峻书,第350页,注51。

[47] 参见前引[27],王千维文;王千维:《连带债务与不真正连带债务》,台湾《月旦法学》2006年第137期。

[48] 对不真正连带债务概念之存在意义的怀疑在我国大陆学者中也开始出现。参见前引[3],张定军书,第262页。

[49] 参见前引[4],Bianca书,第693页;前引[22],Ganni书,第31页。

[50] 参见前引[21],Ticozzi书,第21页。

分对待的思想始终主导着意大利民法的理论和实践。无论是否承认不真正连带债务，连带性的二元区分理论在意大利法学上的存在和影响是不可否认的。意大利的做法有两点值得借鉴：其一，以宽泛的连带性概念来统一连带债务的各种典型和非典型情况，从而实现了连带性的概念界定与适用范围的统一，避免了其他国家由于二者的不同所带来的尴尬；其二，突破了连带债务的约定或法定限制，不再以是否基于约定或法定的形式标准来限制或划分连带性。

当然，德国作为不真正连带债务理论的发源地，其传统学说的更新和当代主流学说的发展更具有代表性。

（二）当代德国的主流学说：同一层次说

在德国，由于传统学说被证明不具有充分的说明力，因此德国联邦最高法院已经将不真正连带债务这一概念予以搁置。^[51]但与此同时，另一种限制连带性的学说则迅速在德国的理论和实务上占据了主导地位，这就是“同一层次说”。

根据上文的介绍，瑞士债法典第 51 条所确立的体制已经初步具备了同一层次说的雏形，但完整的学说思想则是由德国民法学者塞尔普（selb）和拉伦茨在 20 世纪 50、60 年代建立和完善起来的。与瑞士从“形式的同一原因性”（同一请求权基础）中导出债务人之间的层次性关系不同，德国的学说肇始于塞尔普对传统的“客观目的共同说”及其极端形式“清偿共同说”的发展。根据这两种学说，连带债务的构成必须基于客观的共同目的或清偿共同，其实质就是数个债务人承担同一给付。塞尔普的创造在于他对同一给付的重新解释。在他看来，同一给付的意义不仅在于债权人客观上的同一利益，它必须具有履行共同效力（或直接履行效力）：根据这一效力，多数债务人中任何一人的给付也同时履行了其他债务人的债务。这就要求多数债务人处于“同一层次”，即任何一个债务人都对债权人负有相应的终局义务。反之，如果多数债务人处于“不同层次”，“较近”的债务人应当承担最终的债务，而“较远”的债务人则只须预先承担债务，前者履行给付只是在履行其自己的义务，不具有履行后者之债务的效力，因此该给付不具有履行共同效力，不构成同一给付，这样的情况也就不属于连带债务。^[52]拉伦茨在塞尔普的基础上进一步完善和提升了同一层次说的地位，使该学说成为连带债务的理论基础。

同一层次说的原旨并非论证不真正连带债务。恰恰相反，该学说并不主张将不同层次的多数人债务称为不真正连带债务，而且不同层次的多数人债务在内容上还涉及到一类更为特殊的补充债务，只是后来的学术界习惯于将该学说与不真正连带债务联系在一起，并将其作为区分连带与不真正连带的新的理论基础。

同一层次说逐渐成为当代德国民法理论和实践的主流观点。自 1989 年被德国联邦最高法院采纳以来，该学说至今仍是德国法院解释连带债务的一般标准。^[53]根据这一学说，不真正连带债务的具体形态表现为各种依法定或者推定而发生的请求权转移案型，其共同特点在于多数债务人中存在某个债务人须承担终局责任，其他债务人承担的责任最终都可以向他追偿。比如保险人与加害人的共同责任，保证人与主债务人的共同责任，借用人与盗贼对被盗物品所有人的共同责任以及雇主与侵害人对被侵害雇员的共同责任，等等。

尽管如此，同一层次学说仍然在理论上受到了一定的质疑和批评，主要有以下三个方面：

其一，将同一层次作为构成连带债务的必要条件不符合德国的立法现状，如德国民法典第 840 条第 2 款和第 3 款所规定的连带债务就是不同层次的多数人债务。^[54]

[51] 参见前引〔8〕，梅迪库斯书，第 609 页。

[52] 参见前引〔3〕，张定军书，第 105 页，第 115 页，第 226 页。

[53] 同上书，第 127 页以下。

[54] 同上书，第 129 页，第 255 页。

其二,将不同层次的多数人债务排斥于连带债务之外会削弱对第二债务人的保护。因为这一排斥将导致预先承担债务的第二债务人在向终局债务人追偿时不能适用德国民法典第426条,因而无法获得该条提供给权利人任选的两个补偿请求权的强化保护。^[55]

其三,同一层次学说无法将连带性与补充性区分开来。因为不同层次的多数人债务包含了众多补充债务的情况,比如保证债务、有关社会组织对雇主拖欠雇员薪水的责任、依扶养顺位而产生的共同责任以及国家机关对公务员侵权的赔偿责任等。^[56]

仔细分析后可以发现,前两个理由并不是或者说并不能否定多数债务人之间存在着同一层次与不同层次的差别,它们的实质乃在于对塞尔普和拉伦茨试图藉此学说予以捍卫的两个原则进行批判:一为将连带债务囿于约定或法定界限的“形式主义”原则,^[57]二为将不同层次的多数人债务(或不真正连带债务)排除出连带债务范畴的“分裂主义”原则。本文认为,这两个在德国乃至整个大陆法系根深蒂固的原则确实妨害了连带债务理论的系统性和实用性,而且也是导致连带债务理论混乱的根源之一,但只要能够将这两个有害的因素从同一层次学说中清除出去,问题仍然可以解决。借鉴意大利的经验,只须将立法和理论上的连带债务统一确立为一个包括同一层次与不同层次的多数人债务在内的宽泛的连带性概念,^[58]上述有害因素即可得以清除。

至于第三个理由,它虽然提出了同一层次学说必须面对的最为棘手的问题,但也没有否定广义的连带债务人之间在债务承担上所存在的同一层次与不同层次的差异。

(三) 我国审判实践中不真正连带债务的案型分析

我国民法理论界在不真正连带债务的问题上虽然一直追随来自我国台湾的传统理论,但该理论在审判实践中的应用也基本限于德国法上的请求权转移案型。

在上世纪末出版的《中国民法案例与学理研究》丛中,孔祥俊先生列举了两个不真正连带债务的案例:其一为运输合同的承运人疏于注意导致承运货物被侵害人截留变卖,由此给货主带来的损失承运人须与侵害人承担不真正连带责任;其二为双方在当事人在信用社达成汇款协议并办理完汇款手续后,一方违约撤销汇款,信用社则违规为其办理了撤汇手续,由此给原告造成的损失信用社须与违约人承担不真正连带责任。^[59]在该套丛中,王利明先生也列举了一个不真正连带债务的案例:储蓄所违规操作导致受害人的存款被冒领,储蓄所须与冒领人承担不真正连带责任。^[60]显然,这些案件中的共同责任人均处于不同层次。

此外,笔者通过“北大法律信息网”采集了自1998年以来我国各地法院采纳不真正连带债务理论作出的24份裁判文书。采集方法如下:在北大法律信息网的“司法案例—民事案例”库中通过关键词“不真正连带”搜索到65份裁判文书(检索时间为2011年2月4日);排除重复、雷同的案件(集中在雇佣损害领域)以及仅在案外专家点评或者当事人诉讼主张中使用不真正连带概念的材料,得到30份在法院的判决意见中明确采用不真正连带概念的裁判文书;再去除4

[55] 这来自于拉伦茨对德国民法典第426条第1款和第2款的特殊解释。根据该解释,这两款为连带债务人的内部求偿提供了两个竞合的请求权基础:一个是第1款直接规定的补偿请求权,另一个是依据第2款的债权转移规则获得的请求权。参见前引[3],张定军书,第121页,第133页。这种解释显然过于牵强,不具推广价值。

[56] 同上书,第235页以下,第256页。

[57] 该原则在立法上的体现参见瑞士债法典第143条,日本民法典第427条,我国台湾民法第272条,法国民法典第1202条。德国民法典对此虽未设明文,但从第420条按份债务原则的确立和德国历来之理论传统来看,此点当无疑义,对此可参见前引[27],王千维文。

[58] 这不仅是批评者们的意见而且也符合当前的理论趋势,现在《慕尼黑德国民法典评注》“多数债务人和债权人”部分的评注人Bydlinski就持这一意见。参见前引[3],张定军书,第134页,第354页。上文提到的瑞士和法国的修法动向也反映了这一趋势。

[59] 参见前引[2],孔祥俊文。

[60] 参见前引[2],王利明文。

份存在理论争议^[61]和2份二审法院否定一审采用不真正连带债务理论^[62]的裁判文书,最后获得这24份裁判文书。在这24个案例中,只有1个属于同一层次的多数人债务案,^[63]其余23个均属于不同层次的多数人债务案。

对这些案例的进一步分析表明,不同层次的不真正连带债务案主要分布在以下领域:

1. 雇佣损害责任。这其中又包括两种情况:(1)侵害人与雇主对雇员在从事雇佣活动中遭受之损害的赔偿责任在我国实践中被普遍认为属于不真正连带责任。此种情况在性质上属于侵权与违约的竞合。^[64](2)雇员在从事雇佣活动中故意致人损害应与雇主承担不真正连带赔偿责任。此种情况在性质上属于直接侵权责任与替代侵权责任的竞合。^[65]

2. 物主责任。比如建筑物中的消防栓走水造成他人损失,负有管理义务的物业公司与该建筑物的所有人须承担不真正连带责任。这在性质上属于直接侵权责任与物主责任的竞合。^[66]

3. 运输损害责任。对于旅客运输或货物运输中发生的人身损害或财产损害,承运人须与侵权人承担不真正连带责任。这在性质上属于侵权与违约的竞合。^[67]

4. 保险责任。对于保险标的的损害,侵害人的损害赔偿责任与保险公司的保险责任不构成真正连带关系。这在性质上属于侵权与违约的竞合。^[68]

5. 产品质量责任。民法通则第122条关于产品制造者、销售者、运输者及仓储者在产品质

[61] 这涉及两类争议案型:1. 在因第三人的违法行为导致合同债务人违约的所谓“侵害债权”案件中,我国某些地区的法院主张债权人可以不真正连带债务的形式追究违约的债务人和侵害债权的第三人的共同责任。比如“绍兴县中柏贸易有限公司诉上海兰生国际贸易有限公司等买卖合同纠纷案”,浙江省绍兴市中级人民法院(2008)绍中民二初字第130号;“中国银行股份有限公司洛阳分行与洛阳温州服装商贸城有限公司房屋买卖合同、侵权纠纷上诉案”,河南省高级人民法院(2009)豫法民一终字第54号。但依据侵权责任法第2条,侵害债权是否以及在多大程度上属于侵权范畴尚有争议。2. 在公共场所的安全保障责任案件中,我国某些地区的法院认为负有安全保障义务的公共场所管理人须对第三人导致的人身伤害承担不真正连带责任。比如“邓国禹与赵方国等人身损害赔偿纠纷上诉案”,重庆市第二中级人民法院(2010)渝二中法民终字第990号;“胡丽绒等与佛山市顺德区东升物业管理有限公司人身损害赔偿纠纷上诉案”,(2006)佛中法民一终字第693号。但依侵权责任法第37条第2款的规定,这类案件应属于法定的补充责任的范畴。所以这两类案件不在本文分析的范围之内。

[62] “马应举等与定边县电力局生命权纠纷上诉案”,陕西省榆林市中级人民法院(2010)榆中法民二终字第189号;“韩伟显与郭敏志人身损害赔偿纠纷上诉案”,广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法民一终字第2686号。

[63] 辽宁省大连经济技术开发区人民法院在1998年11月30日审理的“郑善成诉陈善军以菲夫公司出售的瑕疵配件修理汽车致车损成立不真正连带债务案”中判决,由于产品本身的缺陷和维修人的过失共同导致的损害须由产品销售人与维修人承担不真正连带债务。

[64] 参见“雍小英等与陈保顺雇员受害赔偿纠纷上诉案”,陕西省汉中市中级人民法院(2009)汉中民终字第440号;“赵子祥与李生山雇员受害赔偿纠纷上诉案”,河南省新乡市中级人民法院(2009)新中民一终字第711号;“黄兴福等与蒋奎蓉等雇员受害人身损害赔偿纠纷上诉案”,重庆市第二中级人民法院(2009)渝二中法民终字第884号;“常山县新昌乡卫生院与姚丽娟等雇员损害赔偿纠纷上诉案”,浙江省衢州市中级人民法院(2008)衢中民一终字第273号;“石佰平诉商丘市交通运输有限公司、南红雇员受害赔偿纠纷案”,河南省商丘市中级人民法院(2006)商民终字第684号;“宋利辉诉王中坡等人身损害赔偿纠纷案”,河南省宝丰县人民法院(2009)宝民初字第1180号;“李定元等与邵方飞等道路交通事故人身损害赔偿纠纷上诉案”,广东省佛山市中级人民法院(2005)佛中法民一终字第607号;“徐志安等诉樊广东等人身损害赔偿纠纷案”,重庆市长寿区人民法院(2005)长民初字第244号;“顾新明等诉张炳元等案”,江苏省南通市中级人民法院(2005)通中民一终字第0155号;“吴国华与廖隆谷等人身损害赔偿纠纷上诉案”,广东省广州市中级人民法院(2004)穗中法民一终字第2415号。

[65] 参见“濮阳市市区孟轲农村信用合作社与梁维敏财产侵权纠纷上诉案”,河南省濮阳市中级人民法院(2008)濮中法民三终字第192号。

[66] 参见“郑元根等诉嵊州市剡湖房地产有限公司等财产损害赔偿案”,浙江省绍兴市中级人民法院(2007)绍中民一终字第607号。

[67] 参见“熊某某等与上海海博出租汽车有限公司出租汽车运输合同纠纷上诉案”,上海市第一中级人民法院(2008)沪一中民一(某)终字第3418号;上文孔祥俊所举之运输合同案。

[68] 参见“李伯康与中华联合财产保险公司广州分公司等财产保险合同纠纷上诉案”,广东省佛山市中级人民法院(2006)佛中法民二终字第62号。

量损害中的责任关系属于不真正连带责任。这在性质上一般属于侵权与违约的竞合。^{〔69〕}

6. 旅游服务责任。旅游服务过程中因第三人侵权导致的损害,旅行社须承担不真正连带责任。这在性质上属于侵权与违约的竞合。^{〔70〕}

7. 金融服务违规责任。金融机构违规操作导致客户资金损失须承担不真正连带责任,实践中往往发生在以下场合:(1)存单业务违规。此种情况主要发生在因金融机构审核违规导致储户存款被冒领的案件中,性质上属于(金融机构)违约与(冒领人)不当得利的竞合。^{〔71〕}(2)票据结算业务违规。这主要是指银行在办理票据结算业务时违规导致客户资金流失,银行须承担不真正连带责任,性质上属于违约与不当得利(或侵权)的竞合。^{〔72〕}(3)托收业务违规。比如银行在接受供货人委托办理托收业务的过程中指定快递公司交送货物单据,由于快递公司误送货物单据造成委托客户无法收回货款,则误送单据的快递公司与受托银行须承担不真正连带责任,性质上也属于侵权与违约的竞合。^{〔73〕}(4)汇款业务违规。比如在上文孔祥俊所举之信用社违规撤汇案中,违约拒绝汇款的当事人与违规为其办理撤汇手续的信用社对原告的损失共同承担责任,^{〔74〕}性质上属于违约与侵权的竞合。(5)资产监管业务违规。比如证券公司违反监管协议,擅自准许委托理财合同的受托人对委托人的部分证券账户撤销指定交易,证券公司须对委托理财合同的受托人给委托人造成的损失承担不真正连带责任,性质上属于消极违约与积极违约的竞合。^{〔75〕}

8. 仓库保管责任。仓库违反保管义务导致货物被他人侵占须承担不真正连带责任。这在性质上属于违约与侵权的竞合。^{〔76〕}

9. 其他安全保障责任。比如,某块非公共场地的权属人对于处于该场地内的受害人的财产负有安全注意义务,但其不谨慎的行为却为第三人侵害受害人的财产提供了条件,则该权属人须与第三人承担不真正连带责任。这在性质上可能属于违约与侵权的竞合,也可能属于消极侵权与积极侵权的竞合。^{〔77〕}

总体而言,发生在这些领域的案件基本可以归入理论上的危险责任(或严格责任)和安全保

〔69〕 参见福建省厦门市中级人民法院在“金羽利公司诉工行厦门市湖里支行不按其委托在汇票上记载付款行、工行广西横县支行违规结算致其票款流失不真正连带赔偿案”(北大法律信息网的“民事案例”库中没有标明该案的案号,特说明其所在网址 <https://vpn.suda.edu.cn/case/>, DanaInfo=. avjrCgmouiuik7u0t3Pt65 + displaycontent. asp? Gid = 117465340) 的二审判决理由:“虽然我国民事法律规范中未出现有‘不真正连带债务’的概念,但民事立法中对某些法律关系的规定(如民法通则第122条关于产品质量责任的规定等)反映了不真正连带债务的特征和要求,故原审运用‘不真正连带债务’理论处理本案并无不当。”

〔70〕 参见“南京金蓉旅游客运服务有限公司与上海新华旅游社有限公司客运合同纠纷上诉案”,上海市第二中级人民法院(2006)沪二中民四(商)终字第275号。

〔71〕 参见“李汉江因存款被他人冒领诉邱县邮政局等按存单支付存款案”,河北省邯郸市中级人民法院[2005]邯市民三终字第46号;上文王利明所举之存款冒领案。

〔72〕 参见“中国铁道建筑总公司诉广东发展银行股份有限公司昆明分行其他侵权案”,云南省高级人民法院(2005)云高民一终字第151号;前引〔69〕,“金羽利公司案”。

〔73〕 参见“河南省豫星畜产品进出口有限责任公司诉广东发展银行股份有限公司郑州分行等进出口代理合同纠纷案”,河南省郑州市中级人民法院(2004)郑民三初字第271号。

〔74〕 最高人民法院对于此案的批复(法(经)复(1988)45号“关于信用社违反规定手续退汇给他人造成损失应当承担责任的批复”)一直被我国审判实务界认为是对不真正连带债务理论的承认。

〔75〕 参见“湖北安琪酵母股份有限公司诉友源资产管理有限公司等资产委托管理合同案”,湖北省高级人民法院(2006)鄂民二终字第31号判决书。

〔76〕 参见“宁波远东进出口有限公司诉宁波东大锦昌进出口有限公司进出口代理合同纠纷案”,浙江省宁波市海曙区人民法院(2009)甬海商初字第1307号;“上海佳飞贸易有限公司诉嘉定区安亭镇新泾仓库仓储合同纠纷案”,上海市第二中级人民法院(2005)沪二中民四(商)初字第18号。

〔77〕 参见“上海某厂经营服务部诉上海某企业(集团)有限公司等财产损害赔偿纠纷案”,上海市卢湾区人民法院(2007)卢民二(商)初字第469号。

障责任两大类型。这两类案型有两个共同特点：其一，发生竞合的数个债务分别基于不同的请求权基础，其中尤以侵权与违约的竞合为典型。从这个意义上讲，不同的请求权基础通常是构成不同层次的前提。其二，数个债务人中只有一个或部分债务人须承担终局责任，其他债务人（通常是危险责任人和安全保障义务人）承担的债务都可以向最终责任人追偿。

虽然我国审判实务界并未受到当代德国同一层次学说的影响，但我国审判实践的经验却与该学说具有高度的契合性，这也从一个方面说明该学说具有广泛的实践基础。

（四）小结：“区分”和“统一”的相反态势

综上所述，各国理论上对不真正连带债务学说的质疑和批评，其实质是否定传统学说中含糊不清、不切实际的区分标准和形式主义、分裂主义的倾向，但无法否定区分规制思想尤其是新的层次划分学说的合理性。与此同时，一种包括不真正连带债务在内的宽泛统一的连带性学说正日益成为各国理论发展的趋势。

面对“区分”和“统一”这两种在形式上截然相反的态势，正确的态度应是积极促成二者的融合，谨防历史和现实中存在的两种错误倾向：一种为传统的分裂主义倾向，它借口不真正连带债务的特殊性，否定其与连带债务的统一性；另一种则是当代的抛弃主义倾向，它看到了不真正连带债务与典型的连带债务之间的密切联系和共同特点，试图以统一的连带性理论来抹杀不真正连带债务的特殊性，进而主张完全抛弃不真正连带债务的概念。

四、不真正连带债务理论的出路

（一）不真正连带债务理论的历史和现实经验的总结

不真正连带债务理论发端于19世纪，虽然随着时代的变迁，它在形式和内容上不断地更新以增强自身的解释能力，但是作为一种不甚完美的理论，它始终影响着民法法系的理论和实践，并已成为民法法系的一种理论传统。因此，抛弃或回避它都是不现实的，只有顺应理论发展的潮流，不断实现自身的完善和更新，才是解决问题的现实路径。从不真正连带债务理论在各国的历史发展和现实状况来看，可以得出以下三个方面的结论：

其一，不真正连带债务理论的精髓并不在于不真正连带债务本身，而在于内含于该理论中的区分规制思想，该思想经久不衰的根本原因则源自理论和实践的需要。由于连带债务在实践中呈现出广泛性和复杂性，理论上要更好地把握其规律，司法上要更准确地适用规则，就必须对纷繁复杂的连带性状况进行分门别类的研究，这就是区分规制思想的客观基础，其本质是一种类型化思想。只要客观基础存在，该思想就必将通过各种不同的形式体现出来。

其二，不真正连带债务理论所代表的区分规制思想始终是围绕一个恒定但多变的理念展开的，即多数债务之间的同一性。无论是德国普通法时代的单一关系，还是近代法学上的同一原因、共同目的、同一标的乃至同一给付（或清偿共同或履行共同），都是各个时代不同学说对同一性的不同解释，即使是当代法学上的同一层次说，也同样来自对同一原因或同一给付的解释。在此，原因或给付的同一性体现为多数债务人在义务层次上的同一。可见，同一性理念的延续和变迁构成了不真正连带债务理论发展变化的内在线索和动力。

其三，不真正连带债务理论欲适应实践发展的需要，就必须对自身进行不断地调整和更新。只有将不断扩张、日趋宽泛的连带性概念与以层次划分学说为核心的新的区分规制方案结合起来，才有可能建立一种具有更强解释力和适应性的理论。

（二）我国不真正连带债务理论的更新和完善

基于上述认识，本文主张在宽泛统一的连带性模式下，以层次划分学说为核心来更新和完善传统的区分规制方案，这也正是我国不真正连带债务理论的出路所在。

1. 层次划分理论的难点与对策

以层次划分为导向的区分规制方案为我国不真正连带债务理论的更新和完善指明了方向。但根据前文对德国学说的分析,这一理论在适用中尚存在两处难点。

(1) 如何鉴别同一层次与不同层次。根据层次划分理论,数个连带债务人处于同一层次,则为真正连带债务,而处于不同层次,则为不真正连带债务。问题在于,同一层次与不同层次应当如何鉴别。层次性是连带债务人之间的关系,其实质是对每一个债务人所承担的终局义务的衡量:如果每一个债务人都对债权人承担一定份额的终局义务,即为同一层次;反之,则为不同层次。进一步的问题是,导致这一差异的原因是什么;有没有明确的依据帮助我们在实践中鉴别连带债务人之间的关系。

根据瑞士债法典第51条,同一层次与不同层次的鉴别取决于各个债务人承担债务的法律原因或请求权基础是否相同,相同为同一层次,不同则为不同层次。但该观点过于僵化,不符合实践的情况。比如在瓷器保管过程中,由于保管人的保管不慎与第三人的过失碰撞致使瓷器毁损,虽然保管人系违约,第三人系侵权,但二者仍为属于同一层次的责任人。从这一意义上讲,多数债务人之间的层次问题与请求权基础问题并不完全等同。正因为如此,第51条的层次划分方案在瑞士的审判实践中并未得到严格的遵循:根据瑞士联邦法院的相关判例,法官仍可以根据具体情况和公平原则作出与该法定形式不同的分担裁决。^{〔78〕}

在德国,同一层次学说的建立者塞尔普和拉伦茨也对此进行了探讨。塞尔普的学说试图以每一个债务人是否有为其他债务人清偿的意思为标准来判别是否存在履行共同或同一层次,^{〔79〕}其实质又回到了主观目的共同说(意思联络说)的老路上来。这显然只适用于依单一合同产生的多数人债务和多数人通谋侵权的情况,而对诸如多数人无意思联络的重复担保(包括多数人保证、人保与物保的竞合)和无意思联络的多数人侵害等情况则无法适用。拉伦茨在对这一问题进行探讨后指出,债务的同一层次性的鉴别“当然不能用一个简单的公式来回答”,根据其基本思想,在法律没有规定时,同一层次性的鉴别只能结合具体情况,根据对当事人意思的解释和对法律的类推适用来实现。^{〔80〕}

随着连带债务在实践中适用范围的日益拓宽,复数债务的组合方式多种多样。在不同的组合方式中,各个债务是否处于同一层次在一般意义上当取决于这些债务各自的发生根据(债因)与共同的债务后果之间联系的紧密程度:紧密性程度相当的复数债务处于同一层次,反之则处于不同层次。而对此的判断除了依据当事人的约定或者法律的规定外,多数情况下当根据各个债因的主客观因素并结合法律政策和社会伦理展开综合考量。以多数人侵害案为例,欲衡量多数责任人是否处于同一债务层次,必须对构成各个债因的核心因素——包括各责任人的主观过错程度和各自行为的客观原因力——展开综合考量,其中对客观原因力的考量涉及更多复杂的因素,例如侵害的时间、方式、责任人是否从中获利,不少情况下还须考察致害原因在政策和伦理上的意义。基于立法和司法的分工,这样的问题不适于在立法上作统一规定,而应作为司法裁量的预留空间。

(2) 如何处理补充债务与不真正连带债务的关系。如前所述,对于层次划分学说,德国法学上提出的一个最大的质疑在于,由于欠缺同一层次性的请求权转移型案件既可能是不真正连带债务,也可能是补充债务,该学说无法将二者区分开来。

关于补充债务的讨论早在德国普通法上就已经出现。在德国普通法上,补充债务主要发生在保证人与主债务人的关系中,保证人享有所谓的“先诉(顺位)利益”,即现代民法上的先诉抗

〔78〕 参见前引〔20〕,Chappuis等文,第249页。

〔79〕 参见前引〔3〕,张定军书,第228页。

〔80〕 同上书,第125页。

辩权。此种补充债务最初是与连带债务一起讨论的，被归属于共同连带或者单纯连带，^{〔81〕}只是在德国普通法后期才开始从连带债务中独立出来并最终为近现代法所承认。^{〔82〕}在当代民法法系，补充债务通常仅适用于法律有明确规定的个别领域，最为典型的的就是保证人的责任、依扶养顺位而产生的共同责任，^{〔83〕}德国法上还涉及公务员的侵权责任（德国民法典第 839 条）和有关社会组织对雇主拖欠雇员薪水的责任（德国社会法第 115 条）等。与不真正连带债务相比，上述补充债务实行的是补充性的顺位规则，债权人必须按照数位债务人的顺位逐次主张权利，否则后顺位的债务人享有先诉抗辩权；而不真正连带债务实行的则是连带性的任选规则，债权人可以在数位债务人中任意选择主张权利的对象。问题在于，同样是多数债务人处于不同的层次，为什么只有上述情况适用补充性规则，而其他情况则适用连带性规则呢？

对此，传统民法理论无法提供合理的解释。为了摆脱这一困境，瑞士在上世纪初进行了一种新的统一化尝试，其特点是对不真正连带债务理论进行“补充性”改造。根据瑞士的民法解释学理论，瑞士债法典第 51 条已将不真正连带债务的实现形式改造为一种具有补充性的顺位责任规则：对于共同的损害，侵权责任人负有第一顺位的责任，处于第二顺位的是负有合同责任的人，第三顺位的则是那些负有其他法律责任的人。相应地，处于第三顺位的被告对于前两个顺位的被告有追索权；合同性责任人对于侵权责任人享有追索权；侵权责任人则没有追索权。^{〔84〕}但正如前文所述，这一过于僵硬的顺位体制在实践中已被瑞士联邦法院所突破，目前瑞士的司法实践中该法定的顺位对于法官并不具有强制性。

历史和现实的经验表明，连带性与补充性是既有联系又有区别的两个范畴，企图用任何一个来囊括或取代另外一个都是不成功的。

一方面，德国普通法曾经试图用连带性来涵盖补充性。当代法学将补充债务视为“具有补充性质的连带之债”或“补充连带债务”的看法^{〔85〕}也有类似的倾向。但是，这些看法都无法掩盖补充债务之顺位规则（先诉抗辩权）的特殊意义：多数人在债务承担上的先后顺序如果符合当事人的意思（合同约定）或者系源自立法者妥当的政策考量，限制债权人任意选择被告的权利就有其合理性；如果对于任意选择模式不加以任何制约，就可能导致甚至是纵容法院在判决和执行此类案件中的随意性。

另一方面，瑞士的实践说明试图用补充性的顺位规则来取代连带性的任选规则也是不可取的。补充债务模式虽然表面上节约了诉讼和执行成本（减少了因任意选择被告所带来的不必要的诉讼和执行次数），但它的潜在威胁也很大：首先，它对任意选择模式给债权人带来的利益构成了重大威胁，债权人必须举证以排除先诉抗辩权，才能向后顺位的债务人主张债权，债权人基于个人方便或者个人私密而选择被告的自由被剥夺，这就增加了债权人主张权利的负担和成本。其次，多数债务人之间顺位的确定与排除增加了诉讼中的证明环节，因而也增加了立法和裁判的难度。

综观二者之利弊，应当首先承认连带性与补充性之间彼此不可替代的客观事实。在此前提下，还必须认识到以下两点：

〔81〕 其中，以温德夏特为代表的学者认为该类情况一般属于共同连带关系，而以 Fritz 和 Baron 为代表的学者则倾向于将其划归单纯连带关系。参见前引〔9〕，Windscheid 书，第 159 页。

〔82〕 以 Dernburg 为代表的学者主张共同连带和单纯连带都属于同等复数之主债的结合，而以保证为代表的具有主从顺位关系的复数之债应独立于共同连带和单纯连带之外。See A. Dernburg, *Diritto delle Obbligazioni*, trad. F. B. Cicala, Torino: Fratelli Bocca, 1903, p. 281.

〔83〕 参见前引〔4〕，Bianca 书，第 713 页。

〔84〕 参见前引〔20〕，Chappuis 等文，第 249 页。

〔85〕 参见前引〔4〕，Bianca 书，第 712 页；Pietro Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 2005, p. 347；杨立新：《民事审判诸问题释疑》，人民法院出版社 1992 版，第 6 页。

其一，基于保护债权人利益的传统立场以及国际上的通行做法，当多数债务人处于不同层次时，仍应以连带性为原则。补充性规则的适用应当作为例外，通常须以债权人与债务人的明确约定或者法律的明确规定为前提。

其二，为了限制连带性的任选规则的弊端，在不真正连带债务的判决和执行环节可以适当借鉴补充性的顺位规则。从历史上看，任选规则只是连带性的实现方式之一，限制债权人对执行对象的任意选择也可以成为连带性的实现方式。^{〔86〕}从我国审判实践来看，法院在以处于不同层次的多数债务人为共同被告的案件中也倾向于判决各个债务人按照一定的顺位关系履行债务。这其中除了法定的补充债务案件外，大量的则是不真正连带债务的案件。法院一方面确认共同被告构成不真正连带债务关系，另一方面则判决第二被告对第一被告不能履行的部分承担补充赔偿责任。^{〔87〕}在另外一些案件中，法院并未采用不真正连带债务的概念，而是直接判决第二被告对第一被告承担补充责任，但理论上一般认为这些案件也属于不真正连带债务的范畴。^{〔88〕}

基于上述认识，在不真正连带债务和补充债务的适用关系上，除非法律有明确规定或者当事人有明确约定，否则处于不同层次的多数债务人应适用连带性规则（不真正连带债务），债权人得向任一债务人主张权利。在诉讼中，债权人只起诉一个债务人，法院不得依职权追加；但如果债权人起诉多个债务人，法院的判决应当参照补充债务模式确定各个债务人之间的执行顺位关系。从这一意义上讲，补充性也是不真正连带债务的一种判决和执行方式。

2. 宽泛统一的立法模式的建立

宽泛统一的连带性理论要求将不真正连带债务纳入连带性的范畴，这就对连带债务的立法模式提出了新的挑战。传统民法典关于连带债务基本都采取“宽泛定义但实质限定”的模式，具体表现是，形式上对于连带债务的概念界定较为宽泛，但在涉及连带债务的适用原则和法律效力时则严格限定而在实质上将所谓的单纯连带或不真正连带排除在外。这种做法根植于连带债务理论复杂而矛盾的学说，同时也是导致上百年来无休止争议的立法根源。欲摆脱这种表里不一的状态，就必须顺应国际趋势，建立关于连带债务的宽泛统一的立法模式。

新的立法模式应继续坚持传统立法中对于连带债务概念的宽泛界定，但应当取消对连带债务的适用原则和法律效力的严格限定。需要说明，这并不意味着立法上对于连带性规则的设置应当按照层次划分理论区分真正连带债务与不真正连带债务分别予以规定。不真正连带债务的主要实践意义在于其外部的整体性效力和选择性效力，而这正是所有连带债务的共性所在，所以从立法的集约性和实用性的原则出发，不真正连带债务尚不宜在立法上予以规定。不真正连带债务以及层次划分理论只须作为一种主导性的法解释模式存在于司法和理论当中。

为此，本文对于未来我国民法典中有关连带债务的立法提出如下原则建议：

（1）坚持传统民法典中宽泛的概念界定：连带债务的构成只须具备多数人在债务承担上的整体性和选择性即可。

〔86〕 在罗马法上，连带债务的实现方式除了任意选择模式外，还有一种分割照顾模式。后者由于在“优帝新律”中得以最终确立，又被称为“新律照顾”，中世纪的公证文书还将其定型为著名的“伊尔内留斯（Irnerius）程式”，其实质是通过“先分割清偿后连带辅助”的方式限制债权人的选择权。虽然近现代民法普遍采纳了任意选择模式，但温德夏特仍主张在某些共同连带之债和单纯连带之债的场合可以采用分割照顾模式。See P. S. Leicht, *Storia del Diritto Italiano—Diritto Privato III—Le Obbligazioni*, Milano: Giuffrè, 1948, p. 26; 前引〔9〕, Windscheid书, 第148页, 第164页。

〔87〕 比如前引〔75〕,“湖北安琪酵母股份有限公司案”;前引〔77〕,“上海某厂经营服务部案”。

〔88〕 比如“正宇公司诉袁庆春、富民公司货运合同案”,江苏省铜山县人民法院(2004)铜经初字第1091号。对该案的理论评析参见王松:《不真正连带诉讼实务探析》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第35卷,法律出版社2006年版,第415页以下。

(2) 在连带债务的适用范围上放弃以约定或法定为限的原则, 允许根据多数人债务 (或责任) 的性质进行推定。

(3) 在绝对效力问题上, 立法上只须规定清偿、提存、抵销具有绝对效力, 其他情况由于无法完全归纳且变化复杂, 所以立法上的简单规定或者详细列举均不可取, 应留待判例、司法解释予以解决。^[89]

(4) 在多数债务人内部求偿关系上, 除传统的份额原则外, 应明确规定“当债务应归属于多数债务人中之一人时, 不适用份额原则, 而应由该人单独承担债务 (或承担终局责任)”。

Abstract: The essence of the theory of imperfect obligation in solidum does not lie in the theory itself, but in the idea of separate regulation implied in the theory. The idea of separate regulation has been deeply rooted in the theoretic tradition of the civil law system. The development of this idea represented by the theory of imperfect obligation in solidum is always focusing on a constant but also changeable concept, that is, the “identity” of several debts. The queries and critiques in many countries on the theory of imperfect obligation in solidum cannot deny the reasonableness of the idea of separate regulation, especially the new doctrine of hierarchical division. The high degree of compatibility between the doctrine of hierarchical division in Germany today and the experiences from the judicial practices in our country shows that the doctrine has a broad base in practice. But in the same time, a doctrine of broad and unified solidarity including the imperfect obligation in solidum is also increasingly becoming a trend of theoretic development in many countries.

Confronted with these two opposed situations, i. e., “separation” and “unification”, the correct attitude should be promoting the integration of them actively. The traditional program of separate regulation should be innovated and improved with the doctrine of hierarchical division under the mode of the broad and unified solidarity. Under this program, to identify whether several debtors is on the same level or not, the subjective and objective factors of each cause of debt in conjunction with the legal policy and the social ethics should in most cases be considered. Moreover, in order to limit the drawbacks of the arbitrary choice rule of the solidarity, the rank—rule of the subsidiary can be drawn on appropriately in the phase of adjudication and execution of the imperfect obligation in solidum.

Key Words: imperfect obligation in solidum, solidarity, hierarchical division, separate regulation

[89] 在绝对效力的立法模式上, 当代大陆法系也存在两种明显不同的做法: 一为集约型模式, 比如德国民法典第 422—425 条只对具有绝对效力的事项分别予以规定, 而对于大量只有个别效力 (相对效力) 的事项只用一条予以概括规定, 瑞士债法典第 147 条更是对后者不作规定; 二为列举型模式, 比如意大利民法典第 1300—1313 条就对各种事项所具有的具体效力一一作出详细规定。本文以为前者在立法上更为可取。而在集约型模式下, 鉴于众多事项的效力在理论和实践上尚不统一, 须根据具体情况加以判断, 所以德国法上将这些事项简单地划归绝对效力或相对效力的做法过于武断。相形之下, 瑞士法上对于效力无法简单确定的事项不作规定的做法更为适宜。对于这些事项的效力, 法官可根据具体情况作出裁量。