

连带债务发生明定主义之反思

张定军^{*}

内容提要：基于对连带债务会给债务人带来过于严苛之法律后果的担忧，我国学界和实务界对连带债务的发生持明定主义立场。但明定主义的立论基于对连带债务之成立要件与法律后果的认识偏差，而其所强调之两端，即连带债务的发生要么基于当事人明确之意思表示、要么基于法律的明确规定，已出现不能适应现实生活之困境。对于依法律行为发生连带债务，比较法上多突破意思表示明确性之束缚，我国司法实践亦有表现；对于依法律规定成立连带债务，比较法上多引入不真正连带债务或类似制度缓解成文法规范供给不足之困境，我国司法实践近年来也较多借鉴此制度。但以不真正连带债务应对成文法之固有局限，存在较大缺陷。鉴此，有必要对民法典第518条第2款作目的性限缩，并充分发挥该条第1款第2分句辅助性规范之功能，以连带债务之成立要件作为判断是否成立连带债务之基础。

关键词：多数人之债 连带债务 不真正连带债务 意思表示解释 肇因原则

连带债务是多数人之债的基本类型。依民法典第518条第2款（民法典第178条第3款与之类似），连带债务之发生“由法律规定或者当事人约定”。我国目前多数民法典释义书认为，此项规定意在对连带债务的发生作严格限制，即需有法律的“明确”规定或当事人的“明确”约定。^{〔1〕}这与我国长期以来关于连带债务发生的主流观点相合。^{〔2〕}本文将这种要求连带债务须依明确的法律规定或当事人明确的意思表示方可发生的观点，概括为连带债务发生的明定主义。^{〔3〕}

^{*} 华中科技大学法学院副教授。

- 〔1〕 参见黄薇主编《中华人民共和国民法典释义》中，法律出版社2020年版，第988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合同编理解与适用》第1册，人民法院出版社2020年版，第392页以下；王利明主编《中国民法典评注·合同编》第1册，人民法院出版社2021年版，第246页。
- 〔2〕 参见孔祥俊《论连带责任》，《法学研究》1992年第4期，第43页；张广兴《债法总论》，法律出版社1997年版，第147页；王利明《债法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第173页，第175页；魏振瀛主编《民法》，北京大学出版社2021年版，第370页；李永军主编《民法学教程》，中国政法大学出版社2021年版，第410页。
- 〔3〕 明定主义的立法例如法国。若仅要求意思表示的明确性而不要求法律规定之明确性，本文谓之“明示主义”，立法例如奥地利；若仅要求法律规定之明确性而不要求意思表示的明确性，本文谓之“法定主义”，立法例如瑞士。“明示主义”中的“明示”，非仅就意思表示的方式而言，而且要求意思表示的明确性。

明定主义可使连带债务的范围相对明确,便于法院认定当事人之间是否成立连带债务,我国司法实践亦多基于明定主义为裁判。⁽⁴⁾不过,明定主义使连带债务之发生完全依赖于当事人明确的意思表示及法律的明确规定,拒绝了司法权的适度介入,使连带债务的范围相对封闭,未在连带债务的封闭范围与纷繁复杂的社会生活之间预留“接口”,是否妥当,需检视如下问题:其一,明定主义的立论基础是否成立?其二,明定主义能否适应社会生活?其三,究应如何解释民法典第518条第2款之规定,方能既避免连带债务之滥用,又在体系融贯的同时适应现实生活之需要?这些问题涉及连带债务之发生基础这一基本理论问题,对司法实践有重大影响,亟需明确。

一、对连带债务成立要件与法律后果的再认识

我国学者主张通过明定主义限制连带债务的发生,理由是认为连带债务本质上是一种加重责任,⁽⁵⁾可能伤及自己责任。⁽⁶⁾这种认识的一个基本出发点,是因为在连带债务中,债权人可以选择任一债务人履行全部债务,而在按份债务中,债权人仅得向各债务人主张全部债务中的一部分。从这个角度而言,连带债务较之按份债务,对债权人的权利实现确实更为有利,但不可就此认为,连带债务一定会加重债务人负担。前述认识忽略了多数人之债中债务形态认定的一般逻辑过程,从而对连带债务之成立要件与法律后果存在认识误区。

(一) 多数人之债中债务形态认定的逻辑过程

民法遵循自己责任原则,对这一原则的遵循并不因债务人为多数而改变。基于这一原则,当同一债之关系中债务人为多数时,确定债务形态的完整逻辑过程应包括两个阶段:第一阶段,根据自己责任原则确定各债务人的债务范围是对全部债务负责抑或仅对部分债务负责;在此基础上再展开第二阶段的判断,即依各债务形态的一般事实构成,确定各债务人以何种形态对债权人承担债务。作第一阶段判断时,在意定之债,以意思自治为基础,即根据各债务人的意思表示判断;在法定之债,则主要根据作为自己责任原则之法律技术手段的肇因原则判断。

多数人之债中债务形态的认定一般应严格遵循前述完整的逻辑过程,特别是不能忽略第一阶段判断对于债务形态认定的基础性作用,否则将使多数人之债中债务形态的认定过程完全脱离肇因原则的约束,可能造成两方面的不良后果:一是,因为没有进行第一阶段的判断,在被认定为同一债务形态的不同案件中,根据肇因原则,有些案件中的各债务人仅应对部分债务负责,有些案件中的各债务人应对全部债务负责,势必导致同一债务形态的认定标准不一,理论上造成体系矛盾,实践上造成异案同判;二是,如果依肇因原则各债务人仅应对部分债务负责,但因忽略了第一阶段的判断而被认定为连带债务,便可能加重债务人负担,从而伤害自己责任原则。

当然,如果法律明确规定了某种案型为连带债务(责任),⁽⁷⁾则仅需判断待决案件中的

(4) 参见最高人民法院(2020)最高法民再315号民事判决书;海南省高级人民法院(2020)琼民终552号民事判决书;河南省高级人民法院(2021)豫民再77号民事判决书;天津市高级人民法院(2021)津民终137号民事判决书;北京市高级人民法院(2021)京民终122号民事判决书。

(5) 参见前引〔1〕,王利明主编书,第246页。

(6) 参见刘凯湘《债法总论》,北京大学出版社2011年版,第148页;前引〔2〕,王利明书,第173页。

(7) 就本文主题而言,多数人责任中的“责任”通常为赔偿责任,本质上属于债,因而本文对债务和责任的使用不作严格区分。

事实是否可涵摄于该法条规定的事实构成,而不一定需要进行前述两阶段的判断。之所以说“不一定”,是因为有些连带债务规定遵循了肇因原则,其事实构成本身即包含了这两个阶段的判断(如民法典第1171条);而有些连带债务规定以立法者意志代替了基于肇因原则的第一阶段判断,只要满足法条规定的事实构成,各债务人便要全部债务负责(如民法典第1168条)。

即便如此,对于立法者突破肇因原则而直接以其意志代替第一阶段判断的法律规定,也应认识到债务形态认定的完整逻辑过程包括前述两个阶段,如此才能洞悉立法者突破肇因原则的基本价值考量,而不至于不恰当地将之归属于债务形态。例如,同样是连带债务规定,民法典第1171条中各行为人之所以承担连带责任,是因为根据肇因原则,各行为人本即应对全部损害负责,该规定不过是对肇因原则的贯彻,并不包含其他考量;而第1168条则是因为共同侵权行为具有更大的社会危害性和可非难性,故不考虑每个行为人与最终损害之间的具体因果关系,而突破肇因原则直接要求每个行为人对全部损害负责,表现出立法者对共同侵权更强烈的否定性评价。这一价值考量溢出了连带债务之规范目的,即让债权人权利实现更为“安全和便宜”⁽⁸⁾的范畴。

(二) 成立要件抑或法律后果

我国有影响力的观点将债权人得请求任一债务人履行全部债务作为连带债务的外部效力,而非其成立要件。⁽⁹⁾依此理解,易产生每个债务人均对全部债务负责乃连带债务所致的误解。但正如前述债务形态认定之逻辑过程所示,每个债务人所应承担之债务的范围,在第一阶段判断中已经确定,基于此判断,只有在各债务人均对全部债务负责时,方有成立连带债务之可能。易言之,每个债务人均对债权人负全部给付义务乃连带债务之成立要件,而非其法律后果或效力;或者至少如有学者所理解的,任一债务人均对债权人负全部给付义务既是连带债务的成立要件,又是其法律后果。⁽¹⁰⁾

将每个债务人均对债权人负全部给付义务作为连带债务成立之前提,亦符合我国现行法对连带债务的界定。民法典第518条第1款第2分句规定“债务人为二人以上,债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务的,为连带债务。”这一规定对连带债务的概念作了法律上的界定,即满足“债务人为二人以上,债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务”这一前提,方为连带债务,而非相反。既然任一债务人均对债权人负全部给付义务为连带债务之成立要件,便意味着各债务人本即应对债权人负全部给付义务,任一债务人向债权人履行全部债务便属当然之理。因此,连带债务本身并非一种“加重责任”,相反,因为连带债务中追偿规则的存在,常常可以减轻各债务人的负担,起到保护债务人的作用。有学者正确地认识到,连带债务在保证债权人利益、平衡债权人和债务人之间的利益方面,较按份债务有更为优越的作用。⁽¹¹⁾

(三) 问题之真正所在

尽管连带债务本身并不加重债务人负担,但如果忽略前述第一阶段判断或者在第一阶段判断中不恰当地认定各债务人对全部债务负责,从而认定当事人之间成立连带债务,则确有可能

(8) Vgl. Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Band I, Berlin 1851, S. 218 – 219.

(9) 参见杨立新《债法总论》,法律出版社2011年版,第68页以下;王利明《债法总则》,中国人民大学出版社2016年版,第75页以下;前引〔2〕,王利明书,第189页以下。

(10) 参见游进发《连带债务成立规范之逻辑结构》,《海峡法学》2016年第3期,第75页以下。

(11) 参见柳经纬主编《债法总论》,北京师范大学出版社2017年版,第222页。

加重债务人负担；我国学者关于连带债务会加重债务人负担的担心实际来源于此。但必须认识到，于此情形，加重债务人负担乃是由于忽略了第一阶段判断或者不恰当地认定各债务人对全部债务负责所致。

如前述，作出第一阶段判断的基础，在意定之债为意思自治，在法定之债则可能是肇因原则，也可能是立法者意志，由此，能否恰当地作出第一阶段判断之核心问题，似仍在于如何对待当事人的意思表示和关于连带债务的法律规定，看起来与我国主流观点所关注者并无区别。但实际上，两者至少存在以下三方面不同：第一，对于意定之债，各债务人虽未明确表示承担连带债务，但表示对全部债务负责者，亦可成立连带债务；对此均无明确表示时，可否基于意思表示之解释认定各债务人均对全部债务负责的问题，不必置于连带债务的框架内讨论，而仅属于意思表示解释的问题。第二，对于法定之债，如果没有法律的明确规定，便需要通过肇因原则检验各债务人是否应对全部债务负责，如果检验结论是肯定的，便仍有成立连带债务之可能，这就使成立连带债务必须有法律明确规定的观点遭到质疑。第三，对于一债务人基于法律行为对债权人负全部给付义务、而另一债务人基于法律规定对债权人负全部给付义务的情形，即使没有法律的明确规定，亦可通过考察是否满足连带债务的其他成立要件认定能否成立连带债务，而无需有成立连带债务的特别规定。

概言之，只要认识到各个债务人均对全部债务负责乃连带债务之成立要件，则即使没有法律的明确规定，亦可能基于以肇因原则为基础的第一阶段判断成立连带债务，易言之，连带债务的成立不一定需要有法律的明确规定。至于是否可基于意思表示的解释作出第一阶段判断，以及可否对连带债务规定进行类推适用，一方面需考察明定主义能否适应现实生活之需要，另一方面需分析有无排除对意思表示进行解释或对法律规定进行类推适用的更为充分的理由。

二、对明定主义所遇困境之应对

对于连带债务之成立，明定主义所强调者有两端，一为意思表示之“明确性”，二为法律规定之“明确性”。这便意味着，于法律行为场合，既不能通过默示的意思表示，也不能通过对意思表示的解释成立连带债务；于其他情形，在无法律明确规定为连带债务的情况下，既不能类推适用现行法之规定，也不能仅因满足连带债务之构成要件而成立连带债务。但明定主义难以适应现实生活的需要，以致出现了不少突破明定主义的现象。

（一）我国司法实践对明定主义的突破

我国司法实践对明定主义的突破主要体现在两方面：一是法院在个案裁判中直接突破意思表示的明确性和法律规定的明确性，二是最高人民法院通过司法解释将实践中的大量案型规定为连带债务。

1. 法院裁判对意思表示“明确性”的突破

对意思表示明确性之突破主要表现为，当事人通过法律行为成立多数人之债，虽然并不存在成立连带债务之明确意思表示，但法院通过意思表示的解释认定当事人之间成立连带债务。以下略举数例。

民法典第552条首次明确规定了债务加入人与债务人对债权人承担连带债务。不过，在民法典生效之前，通过确认当事人之间成立并存的债务承担或者债务加入而确定当事人之间存在

连带债务关系的判决,在我国司法实践中并不少见。^[12]在这些判决作出之时,我国对债务加入尚无相关规定或司法解释,债务人与债务加入人也并未明确表示承担连带债务,于此情形,法院认定债务人与债务加入人承担连带债务,实乃基于将债务加入人之意思表示解释为愿意就其承担部分与债务人一起负连带债务。

共同借款人在借款合同或借条上未明确表示承担连带债务,借款人不按时归还借款时应如何承担责任,我国目前尚无明确的法律规定或司法解释。司法实践中,法院通过对当事人意思表示的解释,将此种情形认定为连带债务较为普遍。^[13]而且,基于对当事人意思表示的解释而成立连带债务关系的判决,不仅在共同借款合同中有适用,在买卖合同^[14]中也有适用。在此类案件中,数债务人共同举债,在未与债权人约定各自清偿额度的情况下,解释为各债务人均对债权人就全部债务负清偿之责,从而承担连带债务,可能确实更符合“交易中占主流地位的观点”。^[15]不过,也不宜将之绝对地推及到所有的共同负担合同义务的案型,而是应当结合生活经验,判断各债务人有无对全部债务负责之意思。

2. 法院裁判对法律规定“明确性”的突破

我国各级人民法院均有不少突破法律规定之“明确性”而认定成立连带债务的判决,以下选取原民法总则生效后最高人民法院和各高级人民法院涉及建设工程合同纠纷的部分裁判文书略作分析。

实践中存在不少这样的案件:承包人承包建设工程项目后,又将之转包给他人(转承包人),转承包人与实际施工人签订施工合同,后因欠付工程款而发生纠纷。民法典第791条第2款第3句(原合同法第272条第2款第3句同)仅规定禁止转包,对于承包人与转承包人对实际施工人工程款的支付则未作规定。司法实践中,法院通常判决由承包人与转承包人就向实际施工人支付工程款负连带债务,^[16]但通常未指出其法律依据,有的判决书则提到了《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》(劳社部发〔2004〕22号)第12条。^[17]该条规定:“工程总承包企业不得将工程违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人,否则应承担清偿拖欠工资连带责任。”这一规定的主要目的有二:一是防止总承包企业将工程违法发包和分包,以保障工程质量;二是保障农民工及时获得劳务报酬。在上述案件中,禁止转包的主要目的与之类似,除保障工程质量外,实际施工人虽不一定是具有用工资格的主体,不过实践中实际施工人的具体施工任务通常由农民工完成,如果拖欠实际施工人工程款,无疑会使农民工无法及时从实际施工人处获得劳务报酬。法院判决由承包人与转承包人对实际施工人承担连带债务,应属对这一规则的类推适用,可惜未进行此等检验和说理。

[12] 参见湖南省长沙市中级人民法院(2009)长中民二终字第1582号民事判决书;浙江省衢州市中级人民法院(2010)浙衢商终字第151号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四(商)终字第945号民事判决书;湖南省岳阳市中级人民法院(2011)岳中民一终字第13号民事判决书。

[13] 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2010)浙绍商终字第260号民事判决书;河南省高级人民法院(2010)豫法民申字第01242号民事判决书;福建省厦门市中级人民法院(2018)闽02民终5125号民事判决书;甘肃省陇南市中级人民法院(2019)甘12民终67号民事判决书等。

[14] 参见河南省舞钢县人民法院(2009)舞民初字第316号民事判决书。

[15] Prot. 866 = Mugdan II, 603.

[16] 参见最高人民法院(2019)最高法民再67号民事判决书;江苏省高级人民法院(2019)苏民申6843号民事裁定书。

[17] 参见吉林省高级人民法院(2019)吉民再208号民事判决书。

最高人民法院2019年作出一例终审判决，维持贵州省高级人民法院的一审判决，判令发包人就其对承包人欠付的工程款与承包人一起对实际施工人承担连带债务，⁽¹⁸⁾可惜未给出法律依据。其他类似判决给出的裁判依据为原法释〔2004〕14号第26条或原法释〔2018〕20号第24条。⁽¹⁹⁾根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第43条第1款（原法释〔2004〕14号第26条第1款同）之规定，实际施工人可以将发包人和承包人作为共同被告起诉，根据该条第2款（原法释〔2018〕20号第24条同）之规定，若实际施工人仅起诉发包人，则发包人在其对承包人所欠付之工程款范围内对实际施工人承担责任。基于现有法律规定，实际施工人既可以向发包人主张工程欠款，也可以向承包人主张工程欠款，法律虽规定可将发包人和承包人作为共同被告起诉，但并未明确规定二者对实际施工人承担连带债务；若严格按明定主义，不能将此类案型认定为连带债务。但从三方当事人的关系来看，发包人和承包人对实际施工人负同一给付义务，且均对债权人负全部给付义务，属典型的请求权并合案型，⁽²⁰⁾实际上已经满足了连带债务的成立要件，法院判决发包人与承包人承担连带债务并无不妥。

3. 司法解释中的连带债务规定

由于现实生活中存在较多法律未作明确规定、但宜适用连带债务规则的案型，而实践中又多坚持明定主义，最高人民法院不得不通过司法解释将一些较为常见的案型规定为连带债务。初略统计，自2020年以来，最高人民法院通过26件司法解释将50余种案型规定为连带债务。其中，除个别案型可直接适用现行法上的连带债务规则而无专门规定之必要外，⁽²¹⁾多数案型需要对特定案型中当事人的意思表示进行解释，或者类推适用现行法规则。例如，《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，以下简称“担保制度解释”）第25条第2款，即属将当事人的意思表示解释为作出了民法典第688条所规定的“承担连带责任”的约定。又如，《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》（法释〔2010〕15号，以下简称“房屋登记解释”）第13条规定“房屋登记机构工作人员与第三人恶意串通违法登记，侵犯原告合法权益的，房屋登记机构与第三人承担连带赔偿责任。”由于房屋登记机构为国家机关，我国未将国家赔偿纳入民事侵权赔偿范畴，这一规定可以理解为对原侵权责任法第8条（民法典第1168条同）的类推适用。

(18) 参见最高人民法院（2019）最高法民终1510号民事判决书。类似裁判参见最高人民法院（2019）最高法民再67号民事判决书；最高人民法院（2020）最高法民申5459号民事裁定书。

(19) 参见最高人民法院（2019）最高法民终379号民事判决书；最高人民法院（2020）最高法民申1611号民事裁定书；最高人民法院（2020）最高法民申5500号民事裁定书；最高人民法院（2021）最高法民申1400号民事裁定书；河北省高级人民法院（2020）冀民终768号民事判决书。

(20) 德国法上的 *Anspruchskonkurrenzfall*，直译为请求权竞合案型，即数人基于不同的法律原因对债权人各负全部给付义务，债权人得选择向任一债务人主张权利，直至其权利全部得到实现，但仅得单次（而非重复）受偿的案型。由于其与一般所指的请求权竞合即权利人针对同一相对人得选择一种请求权主张的情形不同，但都用了 *Anspruchskonkurrenz* 一词，为区别于一般意义上的请求权竞合，在指称这里所涉案型时，我国有称之为“广义的请求权竞合”者。但从逻辑上而言，广义当然也包含了狭义的情形，并不单指这里所涉案型，本文结合其含义将之表述为“请求权并合”。与之类似但从责任角度称谓的术语尚有 *Haftungskonkurrenzfall*，直译为责任竞合案型，本文相应地表述为“责任并合案型”。

(21) 例如，《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2021〕17号）第8条和第9条第3款规定的案型，涉及食品的分别可以直接适用食品安全法（2021）第130条和第131条之规定；不过，涉及药品的应属于类推适用连带责任规则。

以上可见,因现实生活需要,我国司法裁判对明定主义时有突破。司法解释中不断补充的连带债务规则,尽管可以一定程度上缓解现行法规范供给不足之困境,但仍难掩成文法规范的固有局限。

(二) 比较法上对明定主义所致困境的应对

明定主义之困境具有普遍性。从比较法观察,应对这种困境的举措,一方面表现为对明定主义的直接突破;另一方面则常借助不真正连带债务或类似制度缓解成文法规范之有限性与现实生活复杂性之间的紧张关系。

1. 对明定主义之两端的直接突破

奥地利民法典第1301-1304条对非依法律行为成立连带债务进行了规定,但并未要求有法律的明确规定,故学界并不排除通过对法律的类推适用成立连带债务。⁽²²⁾对于依法律行为成立连带债务,该法典第891条则规定须明确达成“一人为所有人、所有人为一人承担债务”的协议,即需有当事人明确的意思表示。但奥地利学界和实务界对此提出质疑,认为该规定过于严苛,因此通过不同途径对这一规定进行了突破。首先,对该条中“明确”一词作扩大解释。根据奥地利学界和法院判决的观点,“明确”指的是“明显可得而知的”“显然的”“清楚的”,⁽²³⁾因此法院得通过对当事人意思表示的解释认定连带债务。其次,法院根据当事人目的、交易习惯或者行为性质承认当事人之间的连带债务关系。⁽²⁴⁾此外,法院有时甚至在一些案件中基于诚实信用认定当事人之间的连带债务关系。⁽²⁵⁾不过受制于法律对意思表示明确性的要求,实践中也有反对突破“明确”性之判决。⁽²⁶⁾这给奥地利司法实务带来了极大困扰。

尽管经历了2016年债法改革,对于连带债务的发生,法国民法典仍持明定主义立场,⁽²⁷⁾但法国理论和实务界并未严格遵守明定主义。首先,在合同场合,即使没有明确的意思表示,法院通常认定共同购买人对价金、共同承租人对租金承担连带债务;⁽²⁸⁾特别是在商事领域,法院倾向于认定多个债务人承担连带债务。⁽²⁹⁾其次,在依法律规定成立连带债务场合,法院也进行类推适用。例如,法国民法典第220条第1款仅规定配偶双方对另一方因以维持家庭和子女教育为目的的合同而承担的债务承担连带责任,但法院将之类推适用于法定债务和准合同债务。⁽³⁰⁾又如,根据法国刑法典第375-2条第1款、第480-1条第1款和第543条第2款之规定,因刑事犯罪而承担连带债务仅适用于数人共同实施“同一罪行”的情形,但法院将之类推适用于法国刑事诉讼法典第203条意义上的“相关罪行”。⁽³¹⁾

(22) Vgl. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Wien 1997, S. 462, 463 f.

(23) SZ 27/299; SZ 38/160; EvBl 1967/86; Miet 31. 101. Vgl. RummelKommentar ABGB/Gamerith, Wien 2000, § 891, Rn. 3; Kurzkommentar ABGB/Bydlinski, Wien 2017, § 891, Rn. 1; KlangKommentar ABGB/Perner, Wien 2008, § 891 Rn. 2.

(24) SZ 48/36; SZ 54/155; Miet 34. 128. Vgl. SchwimannKommentar ABGB/Apathy, Wien 2006, § 891, Rn. 2; 上引 Gamerith 评注,第891条,边码4; 上引 Bydlinski 评注,第891条,边码1; 上引 Perner 评注,第891条,边码3。

(25) SZ 44/13 = JBI 1971, 519. 参见前引〔23〕, Gamerith 评注,第891条,边码4。

(26) 参见前引〔23〕, Bydlinski 评注,第891条,边码1。

(27) 其第1310条(原第1202条)规定“连带之债可为法定,亦可为约定;连带之债不得推定之。”参见《〈法国民法典:合同法、债法总则和债之证据〉法律条文及评注》,秦立巍等译注,《北航法律评论》2016年第1辑。法语原文参见 <https://www.legifrance.gouv.fr>, 2021年6月1日最后访问。

(28) Marc Mignot, J. -Cl. Civil code, Art. 1309 à 1319 - Fasc. 20: Régime général des obligations. - Pluralité de sujets de l'obligation. - Obligation solidaire, n°20-21, p. 7.

(29) 同上引评注,第31段,第10页以下。

(30) 同上引评注,第3段,第2页以下。

(31) 同上引评注,第6段,第3页。

我国台湾地区民法第 272 条对于连带债务之发生采明定主义，学说亦然。⁽³²⁾ 不过，对于意思表示之明确性，有学者主张允许对当事人意思进行合乎规范要求之解释。⁽³³⁾ 近来有学者更进一步提出，我国台湾地区民法第 272 条并非要求当事人就承担连带债务予以明确表示，因此不能以该条之规定来判断连带债务是否成立，该学者并对明定主义立场进行了系统性反思。⁽³⁴⁾ 从我国台湾地区实务判决来看，对意思表示之明确性与法律规定之明确性亦有突破，⁽³⁵⁾ 并未彻底遵循明定主义，⁽³⁶⁾ “欠缺当事人明示之意思或法律明文规定者，并非绝对不能成立连带债务”，最重要的是，是否符合连带债务的成立要件。⁽³⁷⁾

2. 借助不真正连带债务或类似制度缓解法定主义之困境

除直接突破明定主义之限制外，不真正连带债务或类似制度在采法定主义或明定主义立法例的典型国家和地区，对于缓解成文法规范的固有局限发挥了重要作用。

瑞士债务法第 143 条对依法律行为成立连带债务并未要求有明确的意思表示，因而理论和实务界认为可通过意思表示的解释成立连带债务。⁽³⁸⁾ 对于非依法律行为所生之债，瑞士债务法第 50 条和第 51 条分别规定了“数人共同侵权”和“不同的法律原因造成同一损害”两种情形。司法实践中，数人根据瑞士债务法第 50 条承担的责任被称为真正的连带债务，而根据第 51 条承担的责任被称为不真正连带债务。⁽³⁹⁾ 从瑞士司法实践来看，瑞士债务法第 51 条的适用范围非常广，包括所有既不适用第 50 条、又没有特别法律规定的责任并合案型（Haftungskonkurrenzfall），⁽⁴⁰⁾ 如建筑承揽人和建筑设计者对发包人的责任等。⁽⁴¹⁾ 瑞士债务法第 51 条在实践中发挥了较第 50 条更为重要的作用，⁽⁴²⁾ 这在很大程度上缓解了成文法规范供给不足的困境。

在连带之债（la solidarité）外，法国司法实践创设了一种新的多数人之债类型，即“整体之债”（l'obligation in solidum），其主要存在于数人造成同一损害的民事责任领域，数个合同外责任、数个合同责任以及一个合同责任与一个合同外责任，均可能构成此类债。⁽⁴³⁾ 其与连带债务非常接近，两者通常仅为名称上的差异，在最初的判例中之所以选择不将此类债定性为连带债务，不是因为两者性质有所不同，而是不招致违反法国民法典原第 1202 条（现

(32) 参见史尚宽《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 646 页；林诚二《债法总则新解——体系化解说》下，我国台湾瑞兴图书股份有限公司 2017 年版，第 343 页；孙森焱《民法债编总论》下册，2018 年自版，三民书局经销，第 865 页以下。

(33) 参见陈聪富《连带债务之研究》，我国台湾大学 1990 年硕士学位论文，第 169 页以下。

(34) 参见王千维《论可分债务、连带债务与不真正连带债务》下，《国立中正大学法学集刊》2002 年第 8 期，第 37 页以下。

(35) 同上文，第 42 页。

(36) 参见邱聪智《新订民法债编通则》下，中国政法大学出版社 2004 年版，第 395 页。

(37) 参见前引〔34〕，王千维文，第 43 页。

(38) Vgl. BaslerKommentar OR/Graber, Basel 2020, § 143 Rn. 5; BGE 106 II 250, 254; BGE 15, 290.

(39) BGE 93 II, 317; BGE 98 II, 102; BGE 114 II, 42; BGE 130 II, 591 u. a. 参见上引 Graber 评注，第 51 条，边码 2。

(40) Vgl. BernerKommentar OR/Brehm, Bd. VI, 1. Abt., Bern 2006, § 51 Rn. 8a; 前引〔38〕，Graber 评注，第 51 条，边码 3 以下。

(41) BGE 93 II, 317; BGE 98 II, 102; BGE 114 II, 42; BGE 130 II, 591.

(42) 参见前引〔38〕，Graber 评注，第 51 条，边码 3。

(43) Marc Mignot, J. -Cl. Civil code, Art. 1309 à 1319 – Fasc. 30: Régime général des obligations. – Modalités de l'obligation. – Pluralité de sujets. – Obligation « in solidum », n° 7 à 13, p. 4 à 10.

第1310条)之规定的批评。⁽⁴⁴⁾

我国台湾地区司法实务产生了诸多涉及不真正连带债务的判决,其不真正连带债务的概念虽继受自德国法,但范围不仅包括德国法上居于不同层次债之关系的案型,而且不少居于同一层次债之关系的案型也被列入不真正连带债务。⁽⁴⁵⁾实务上,又将适用于连带债务的规则特别是连带债务人之间的追偿规则适用于不真正连带债务人之间,由于二者在法律适用上未作区分,导致二者实质上并无区别。可见,不真正连带债务之引入,很大程度上起到了规避明定主义之限制的作用。

三、不真正连带债务应对法定主义困境之不足

虽然采明定主义(包括法定主义)立场的典型国家和地区,在连带债务之外,常借助不真正连带债务或类似制度应对法定主义之困境,但我国不宜采取这一路径。

(一) 不真正连带债务在比较法上的境况

不真正连带债务概念的最初提出,主要是基于历史原因即对罗马法和欧陆普通法的分析。德国民法典生效后,这一概念具有了一项新的功能,即通过在德国民法典第421条界定的连带债务之外寻找额外的特征,限制连带债务的范围。⁽⁴⁶⁾但在采法定主义和明定主义立法例的国家和地区,不真正连带债务或类似制度却发挥着与在德国相反的作用,其为法院将连带债务相关规则适用于法律未明确规定为连带债务的案型提供了可能,变相扩张了连带债务的范围。

近年来,不真正连带债务在比较法上的地位耐人寻味:一方面,在本欲通过不真正连带债务限制连带债务的德国,不仅理论上质疑这一做法,⁽⁴⁷⁾实务上也基本不再适用这一制度。⁽⁴⁸⁾另一方面,在借助不真正连带债务或类似制度将连带债务相关规则适用于更多案型的国家如瑞士,主流观点对区分连带债务和不真正连带债务也提出了批评,⁽⁴⁹⁾理由主要有两点:一是没有可被接受的区分标准,二是没有实践意义。⁽⁵⁰⁾又如,在法国,一旦其司法部于2017年3月

(44) 参见前引〔43〕,Mignot评注,第1段,第2页以下。比利时和卢森堡的情形与法国类似,实践中引入整体之债的目的在于弥补法律规定连带债务不得推定这一规则之不足。参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、〔英〕埃里克·克莱夫主编《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》第3卷,高圣平等译,法律出版社2014年版,第846页。需说明的是,法国民法典第1310条所称不得推定,既包括不能推定或通过解释认定当事人有承担连带债务之意思,也包括不能类推适用现行法规定。

(45) 参见前引〔34〕,王千维文,第35页,尤见脚注492。

(46) 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,第212页以下。

(47) 此前占统治地位的同层次理论遭到了系统批驳。Vgl. Staudinger/Looschelders, Berlin 2017, § 421, Rn. 28 ff.

(48) 根据在德国 Juris 数据库中的检索结果,2010年1月1日至2022年4月23日共有1484份判决书含有“连带债务”(Gesamtschuld)一词,其中仅有4份判决提到“不真正连带债务”(unechte Gesamtschuld)这一概念。其中,一份判决是对很早以前判决之表述的引用,主要功能在于说明法官了解历史上的不同观点,而法院最终并未采纳(vgl. OLG Celle, Urteil vom 03. Juni 2010 -16 U 135/09 -, juris)。两份判决中虽被法院用来认定当事人之间的关系,但在这一概念之前都加上了“至少”二字,虽未否定不真正连带债务,但表现出对连带债务和不真正连带债务不予深究的态度,且法官所引内部效力条文和追偿条文均是关于连带债务的规定(vgl. KG Berlin, Urteil vom 30. August 2010 -26 U 133/09 -, juris; Landesarbeitsgericht Mecklenburg Vorpommern, Urteil vom 04. Januar 2011 -5 Sa 139/10 -, juris)。还有一份判决虽提到了不真正连带债务,但亦未说明是否在本案中构成不真正连带债务(vgl. OLG Köln, Beschluss vom 04. Oktober 2012 -19 U 88/12 -, juris)。从年份来看,2010年2件,2011年1件,2012年1件,2013年以来则未见判决中提及这一概念。

(49) 参见前引〔38〕,Graber评注,第50条,边码3。

(50) BaslerKommentar OR/Heierli/Schnyder, Basel 2011, § 50 Rn. 2.

提出的民事责任改革草案生效,“整体之债”基本不再有存在空间,因为该草案第1265条第1款规定,“多人对同一损害承担责任的,对被害人承担连带赔偿责任”,可以将此类案型完全纳入连带债务的范畴。⁽⁵¹⁾这至少说明,不真正连带债务或类似制度在比较法上有被淡化甚至废弃的趋势。

(二) 不真正连带债务在我国存在的问题

不真正连带债务概念及其理论源自德国,经由我国台湾地区学者介绍传入国内。德国、瑞士以及我国台湾地区均难以找到区分不真正连带债务与连带债务的妥当标准,有德国学者明确指出,“从来没有成功地将这两者相互界分开来”。⁽⁵²⁾我国学者对于区分两者之标准所持观点差异极大,有学者已经清楚地认识到这一点。⁽⁵³⁾相应地,我国学者对不真正连带债务的认识颇为混乱。一方面,早期有些学者借鉴比较法上不真正连带债务的不同理论,持同一发生原因理论或目的共同说,⁽⁵⁴⁾近来则有学者接受同一层次理论。⁽⁵⁵⁾另一方面,有些学者进行了理论创新,将补充责任作为不真正连带责任的一种特别形式,⁽⁵⁶⁾或者认为不真正连带债务包括真正连带债务以外的诸多多数债务人债务形态,涵盖补充责任。⁽⁵⁷⁾

我国司法实践对不真正连带债务的认识同样相当混乱。多数判决认为,在不真正连带债务,债权人对任一债务人的请求权获得满足,其他债务人之债务即归于消灭,债权人便不得向其他债务人主张权利。⁽⁵⁸⁾但也存在不同认识:有的认为,不真正连带债务与连带债务并无差异,在说理部分认定为不真正连带债务,却判决承担连带债务;⁽⁵⁹⁾有的认为,债权人请求债务人承担债务仅得择一主张,即使被选择的债务人不能清偿,也不能再向其他债务人主张;⁽⁶⁰⁾有的认为,不真正连带债务就是补充责任,即由部分债务人先履行,不足部分由其他债务人补充承担债务。⁽⁶¹⁾

从我国理论观点和司法实践来看,我国目前对不真正连带债务的认识极为混乱,以之作为解决问题的手段,恐不仅不能解决问题,反而会造成更多问题。如果借鉴比较法上的不真正连带债务理论,但因为各自所借鉴的理论不同,所界定的不真正连带债务范围亦不同,必将导致同案不同判。如果将补充责任纳入不真正连带债务的范畴,正如有学者正确指出的,前者在请

(51) 参见前引〔28〕,Mignot 评注,第6段,第3页;前引〔43〕,Mignot 评注,第1段,第2页以下。该草案至今尚未生效,但从中至少可以看出法国司法部的基本立场。

(52) Vgl. Medicus, Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 2003, S. 392 ff.

(53) 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184页。

(54) 关于我国早期观点的梳理,参见张定军《论不真正连带债务》,《中外法学》2010年第4期,第505页以下。

(55) 参见李中原《不真正连带债务理论的反思与更新》,《法学研究》2011年第5期,第50页以下;杨代雄《〈民法典〉共同担保人相互追偿权解释论》,《法学》2021年第5期,第121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7页。

(56) 参见杨立新《侵权责任追偿权的“背锅”理论及法律关系展开》,《求是学刊》2021年第1期,第127页。

(57) 参见黄凤龙《不真正连带债务——从概念到制度的嬗变》,《北大法律评论》2013年第2期,第412页。

(58) 参见最高人民法院(2005)民二终字第217号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2010)辽民一终字第1号民事判决书;湖北省高级人民法院(2013)鄂民四终字第00062号民事判决书;山西省高级人民法院(2020)晋民再64号民事判决书。

(59) 参见湖南省高级人民法院(2016)湘民再259号民事判决书;广东省高级人民法院(2018)粤民申6884号民事裁定书。

(60) 参见山西省高级人民法院(2020)晋民再64号民事判决书。

(61) 参见云南省高级人民法院(2005)云高民一终字第151号民事判决书;湖北省高级人民法院(2006)鄂民二终字第31号民事判决书。

求履行上具有顺位性,而其他的不真正连带债务案型中债权人得任意请求履行,⁽⁶²⁾二者之间的区别可谓巨大,连带债务的各项规则亦不能适用于补充责任,谓之不真正连带债务实属牵强,从而也必将导致我国对多数人之债的类型区分愈加模糊。更为关键的是,即便此一问题尚有望通过学界和实务界达成普遍共识得到解决,以下两方面的问题则更为根本:

其一,可能造成体系矛盾。从比较法观察,连带债务与不真正连带债务之区分标准,从同一原因理论到目的共同说、履行共同说等,再到目前通说同一层次理论,经历了一个漫长的发展过程。但无论采何种理论,均可能与我国现行法不符,从而造成体系矛盾。例如,民法典第1171条所规定之连带责任,各行为人乃分别侵权,非基于同一发生原因,更谈不上各行为人之间有共同目的,一侵权人的履行通常也不存在为他人履行之目的,这就使同一原因理论、目的共同说、履行共同说均无法解释这一规定;又如,民法典第552条所规定之债务加入案型,债务加入人多对债务人有完全的追偿权,同一层次理论也无法解释此一规定。⁽⁶³⁾

若放弃比较法上所提出的所有区分标准,如部分学者主张的将不真正连带债务之外延不适当地扩大,则实际上放弃了对多数人之债进行类型化的实质性依据,不真正连带债务实际上论为一个“筐”,其内部容纳大量具有不同特征之案型,不同案型的法律后果有天壤之别(比如补充责任与比较法意义上的不真正连带债务),前述体系问题仍然无法解决。

其二,与法定主义之立论基础相悖。更为重要的是,以不真正连带债务应对法定主义之不足,与法定主义之立论基础相悖。前已论及,我国学者之所以持法定主义立场,原因在于担心连带债务给债务人带来过于严苛的法律后果。但从比较法观察,无论基于何种区分标准界定的不真正连带债务,债权人均可向各个债务人主张履行全部债务。易言之,如果我国引入一个与比较法上相同意义的不真正连带债务概念,在各债务人均对债权人负全部给付义务这一点上,与连带债务并无二致,对于消除前述担心毫无意义,相反只能起到规避法定主义之作用。一方面坚持法定主义,一方面试图用不真正连带债务规避法定主义,逻辑上自相矛盾。

四、成立要件作为认定连带债务之基础

由上可见,要求成立连带债务需有当事人明确之意思表示与现实生活不符,我国司法实践亦常有突破;而要求法律有明确规定方可成立连带债务则无法避免成文法之固有局限,尚无妥当方案解决此问题。事实上,我国已有学者认识到,“民法典虽然表述为由法律规定或者当事人约定,但推定必不可免”。⁽⁶⁴⁾因此,有必要回到民法典体系和连带债务本身探讨其发生基础。

(62) 参见郭明瑞《补充责任、相应的补充责任与责任人的追偿权》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期,第13页;徐银波《侵权责任补充责任之理性审思与解释适用》,《西南政法大学学报》2013年第5期,第62页以下;孟星宇《公用事业特许经营视角下的国家赔偿责任及其嬗变》,《法学评论》2018年第2期,第123页。

(63) 需说明的是,无论何种不真正连带债务理论,其提出和论证均以法教义学为基础,因此都有一个基本前提即对现行法的尊重。易言之,对现行法上规定为连带债务的案型,均承认其为连带债务。如果依某一理论,法律规定的某种连带债务案型应纳入依该理论所界定之不真正连带债务范畴,则会因为其不能解释现行法的规定而受到批评。同一层次理论就被批评与德国民法典第840条第2款、第563b条第1款第2句的规定不符(这两种案型中都有终局责任人)。参见前引〔47〕,Looschelders评注,第421条,边码28。

(64) 参见前引〔55〕,崔建远文,第3页。此外,亦有学者认为法定主义不合理,参见杨代雄主编《袖珍民法典评注》,中国民主法制出版社2022年版,第429页以下。

（一）民法典第 518 条之体系地位

1. 民法典第 518 条第 1 款第 2 分句之体系地位

民法典第 518 条第 1 款第 2 分句用“……的，为……”的句式，给出了连带债务的法律定义，属定义性规范。由于定义性规范“描述的是对众多的完整法律规范而言很重要的事实构成特征”，⁽⁶⁵⁾就其与相应请求权基础规范之间的关系而言，属辅助性规范。⁽⁶⁶⁾民法典第 519 条和第 520 条分别为连带债务的当事人提供了若干请求权基础，但这些请求权的行使，以当事人之间成立连带债务为前提；何等情形下成立连带债务，在法律没有规定、当事人没有约定之场合，则应根据第 518 条第 1 款第 2 分句之规定认定。

在民法典第 518 条第 1 款第 2 分句对连带债务的定义性规定中，可以概括出连带债务的三个构成要件：债务人为二人以上；债权人有任何选择权；每个债务人对债权人负全部给付义务。⁽⁶⁷⁾此三个要件对于判断连带债务是否成立有基础性作用，其中第一个要件将连带债务（多数人之债的一种）与单一之债区分开来；第二个要件排除顺位债务（如补充责任）；第三个要件则排除按份债务，且因此要件的存在，可以消除连带债务伤害自己责任、给债务人造成过于严苛之法律后果的担忧。

尽管如此，民法典第 518 条第 1 款第 2 分句对连带债务的特征描述并不完整，尚需补充两个构成要件：其一，数债务人对债权人负同一给付义务。这一要件将多个当事人关联起来，将多个独立的债权债务关系排除出连带债务的范畴，也将绝大部分聚合债务排除在外。⁽⁶⁸⁾例如，甲为粉刷其墙面，分别与乙、丙签订相同的油漆买卖合同，以期及时获得油漆并完成房屋装修。由于甲乙、甲丙之间的债权债务关系各自独立，其给付内容虽然相同，但各个给付不具有同一性，不应认定他们之间成立连带债务。如果缺少这一要件，便无法将此类型排除出连带债务的范畴。是否存在同一给付，根据目前有力说，依数给付是否为满足同一直接给付利益为判。⁽⁶⁹⁾其二，债权人仅得受领一次给付，不得重复受领。这一要件可以进一步将特殊情形下的聚合债务排除出连带债务的范畴，⁽⁷⁰⁾不可或缺。

2. 民法典第 518 条第 2 款之解释

就规范目的言，民法典第 518 条第 2 款（第 178 条第 3 款类似）乃是因为担心连带债务导致对债务人过于严苛之法律后果而欲限制连带债务的发生。⁽⁷¹⁾规范目的在法律解释中居核心

(65) [德] 伯恩·魏德士《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年版，第 63 页。

(66) 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯《请求权基础》，陈卫佐等译，法律出版社 2012 年版，第 11 页以下。

(67) 部分连带债务也满足这些要件。《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2020〕17 号，以下简称“环境侵权解释”）第 3 条第 3 款规定了一种部分连带债务案型。根据这一规定，若甲、乙分别排污，甲的行为足以造成全部损害 100 万元，乙的行为仅可能造成其中 50 万元的损害，则甲、乙在 50 万元的范围内承担连带责任，其余 50 万元由甲单独承担责任。就甲、乙承担连带债务的范围看，二者均对 50 万元负全部给付义务。

(68) 聚合债务通常指债权人基于互不关联的债之关系，可以向多个债务人分别主张并保有为了满足债权人不同利益的多个给付，这些给付不具有同一性。Vgl. MüKoBGB/Heinemeyer, München 2019, vor § 420, Rn. 3.

(69) 参见朱广新、谢鸿飞主编《民法典评注·合同编通则（1）》，中国法制出版社 2020 年版，第 402 页以下。

(70) 一般情形下，聚合债务中的各给付不具有同一性，特殊情形下，虽然数个给付具有同一性，但因为法律的特别规定，债权人得多次受偿，此时也可能构成聚合之债。例如，根据保险法第 46 条的规定，如果甲向乙保险公司投保人身伤害险，受益人为甲，合同生效后，第三人丙致甲人身伤害，则甲既可以请求第三人丙赔偿损失，又可以请求乙保险公司支付保险金，且可以受领并保有这两份给付。

(71) 《第十二届全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则（草案修改稿）〉修改意见的报告》中提及，“有的代表提出，连带责任是两个或者两个以上的债务人共同向债权人承担责任，是一种较为严厉的责任方式，除当事人有约定外，宜由法律作出规定。法律委员会赞成上述意见，建议在这一条增加一款作为第三款：连带责任，由法律规定或者当事人约定”。参见本书编写组编《民法总则立法背景与观点全集》，法律出版社 2017 年版，第 35 页。

地位,有学者认为,规范目的乃解释之目标,而文义解释、体系解释和历史解释仅为解释之方法。⁽⁷²⁾若基于此规范目的,从第 518 条第 2 款中解释出明定主义的立场,则民法典第 518 条第 1 款第 2 分句将沦为单纯的释义性条款,毫无实践意义。

不可否认,如果各个债务人本来并不对债权人负全部给付义务,但因忽略债务形态认定的第一阶段判断或者在此阶段作出不当判断,从而错误地认定各债务人承担连带债务,则确有可能加重债务人负担。因此民法典第 518 条第 2 款可避免法院将不满足或无法确定是否满足连带债务构成要件、且法律未作出规定的案型认定为连带债务,有利于防止连带债务的滥用而给债务人造成过于严苛之后果。但是,在各个债务人本即应对债权人各负全部给付义务之案型,正如前文所述,即使法律无明确规定,认定各债务人承担连带债务也不会给债务人带来过于严苛之法律后果,基于这一规范目的之限制便失去了适用于此类案型之基础。方法论上有所谓“若立法目的消失,则法律本身也消失”的原则,⁽⁷³⁾既然认定前述案型成立连带债务与民法典第 518 条第 2 款之规范目的并不冲突,其规范效力便不应适用于此类案型,严格遵循明定主义便失去了基础。

鉴于民法典第 518 条第 1 款第 2 分句所界定之连带债务,本身就包含了各债务人对债权人负全部给付义务这一要件,而在满足这一要件的情况下是否成立连带债务,尚需检验是否满足其他成立要件,因此,对民法典第 518 条第 2 款可初步作如下限缩解释:在不满足或无法判断是否满足民法典第 518 条第 1 款第 2 分句所规定之连带债务成立要件时,连带债务由当事人约定或法律规定。如此,既不违反规范目的,让民法典第 518 条第 2 款发挥防止连带债务滥用的作用,又能充分发挥民法典第 518 条第 1 款第 2 分句辅助性规范的重要功能。

连带债务的诸构成要件中,各债务人是否应对债权人负全部给付义务甚为关键,涉及三个问题:一是,虽然我国主流观点认为依法律行为成立连带债务需有当事人的明确约定,但民法典第 518 条第 2 款仅规定“由当事人约定”,并未要求“明确”,那么可否通过意思表示之解释认定各债务人有对全部债务负责之意思?二是,于法定之债,如何判断各债务人本即应对全部债务负责?三是,对于突破肇因原则的连带债务规定,可否类推适用?

(二) 通过意思表示之解释认定数债务人对债权人各负全部给付义务

对于意定之债,当事人明确约定承担连带债务固无疑义,但不以此为必要,只要当事人约定各对全部债务负责即为已足。⁽⁷⁴⁾在当事人之间无成立连带债务或各债务人对全部债务负责之明确的意思表示时,可否通过意思表示的解释认定各债务人有对全部债务负责之意思,从而认定成立连带债务,如前述,我国主流观点基于明定主义立场而持否定态度。但是在法律行为领域,如果无伤私法自治,便不会伤及自己责任,故以下主要探讨通过意思表示之解释成立连带债务是否会特别有损私法自治。

1. 意思表示的解释无伤私法自治

法律行为乃私法自治的制度工具,以意思表示为核心要素;内心意思主要通过语言表达,而语言具有多义性、模糊性,难免在当事人之间产生不同理解,且当事人之意思常有表达不完整之时,这都需要通过对意思表示的解释来确定法律行为以何种效果、内容对当事人产生拘

(72) 参见前引〔65〕,魏德士书,第 308 页以下。

(73) 同上书,第 392 页。

(74) 参见前引〔32〕,史尚宽书,第 646 页。

束。所以有学者说，解释是法律工作者最重要的工作之一，而解释的对象主要有二：一是法律，二是意思表示。⁽⁷⁵⁾

就意思表示的解释而言，总是涉及表意人的内心真意与相对人的信赖保护之间的矛盾。对意思表示进行解释的基本立场，从意思主义到表示主义再到当代兼顾表意人意思与相对人理解可能性，表现为一个不断调试与合理化的过程。依当代意思表示解释理论作出的解释，即使在单一之债中，也不能排除在有些情况下与表意人的内心真意不符并对其产生不利后果，但人们不会因此怀疑对意思表示进行解释的必要性及意思表示解释会伤及意思自治，兼顾表意人内心真意和相对人信赖保护作出解释，更宜被理解为意思自治的内在需要。在多数债务人的情况下，同样存在意思表示含义不明或存在多种理解之可能，此时同样需要对意思表示进行解释以确定其内容。仅因为该意思表示存在于多数当事人之间便禁止对之进行解释，从而作出与整个民法体系不一致的安排，不具备充分理由。比较法上，且不说法国、奥地利等国司法实践中突破明示主义的现实，瑞士、德国本即允许通过意思表示解释成立连带债务，不能因此而认为这些国家不尊重私法自治。

2. 解释先于推定

新近有学者基于为法院提供统一推定规则的角度，主张在无明确约定时推定成立按份债务。⁽⁷⁶⁾ 不过也有学者建议民商事领域区别对待，商事领域允许通过推定成立连带债务，民事领域则有条件地允许推定。⁽⁷⁷⁾ 这里的推定实际上都是对意思表示的“推定”，都是认定意思表示内容的方法，但两种观点中“推定”的含义仍有较大区别。前者是从建立统一规则角度谈推定，即为认定意思表示的内容提供一个补充性规范。由于该补充性规范的适用条件为当事人“无明确约定”，因此只要“无明确约定”，便无需进行意思表示的具体解释（Auslegung），直接推定（Vermutung）其作出了按份债务的意思表示。后者并无建立统一规则之意图，其中的推定，尚需结合待决案件的事实认定意思表示的内容，更接近于补充解释（ergänzende Auslegung）。⁽⁷⁸⁾

建立统一的推定规则有其合理性，便于法院将一定条件下的多数人之债作统一的债务类型认定。比较法上，大体上有按份债务推定和连带债务推定两种立法例，前者如奥地利、希腊、比利时、法国等，后者如德国、意大利、瑞士等；基于欧洲大陆的共同法传统，欧陆采前一立法例居多，不过《欧洲合同法原则》（PECL）、《共同参考框架草案》（DCFR）、《国际商事合同通则》（PICC）等示范法则采后一方案。⁽⁷⁹⁾ 不过，无论采何推定规则，均存在例外。例如，法国虽明文禁止连带债务推定（间接地支持按份推定规则），⁽⁸⁰⁾ 但司法实践中特别是在商事领域存在不少通过推定（实为意思表示之解释）认定成立连带债务之情形。⁽⁸¹⁾ 又如，德国民法典第427条明确规定了共同负担合同义务的连带债务推定规则，但实践中也有通过意思表示

(75) 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》，法律出版社2000年版，第232页；王泽鉴《民法总则》，北京大学出版社2009年版（2022年重排），第410页。

(76) 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155页以下。

(77) 参见张平华《意定连带责任的构造与类型》，《法学》2022年第4期，第110页。

(78) 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第377页以下。

(79) Vgl. Sonja Meier, Schuldnermehrheiten im europäischen Vertragsrecht, AcP 2011, S. 441, insb. Fn. 13 – 14.

(80) 同上文，第441页，注13。

(81) 参见前引〔28〕，Mignot评注，第31段，第10页以下。

之解释认定成立按份债务的判决。^{〔82〕}这表明,无论采何推定规则,都有必要首先对待决案件中当事人之意思表示进行解释,通过解释仍然存疑时,方适用推定规则,遵循解释先于推定的原则。

考虑到我国民法典第518条第2款限制连带债务发生之规范目的,采按份推定规则应更符合立法者意图;不过,基于解释先于推定的原则,应当在通过符合规范要求之解释仍无法认定各债务人有对全部债务负责之意思时,适用这一推定规则。我国已有学者提出了类似观点。^{〔83〕}这既与前述基于规范目的和法典体系对民法典第518条所作解释相符,又能充分发挥各规定之规范作用,更好地尊重当事人意思自治。

3. 多数人之债中意思表示的解释

对于多数人之债中当事人意思表示的解释,不存在统一标准,^{〔84〕}与一般意思表示解释一样,需根据待决案件的具体事实作出解释。解释的基本依据为民法典第142条,即根据当事人所使用之词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则而为解释。在无相对人之意思表示场合,比如遗嘱,根据该条第2款,更需探求表意人的内心真意;在有相对人之意思表示场合,根据该条第1款,更应根据表示受领人之理解可能性确定意思表示的含义。就多数人之债而言,以下两个问题值得特别斟酌:

一是共同负担合同义务(以下简称“共同合同”)。这主要是指两个以上债务人共同缔结合同而对同一债权人负债的情形。我国现行法将此种情形中的一些具体案型规定为连带债务,如民法典第786条的共同承揽、第932条的共同接受委托、“担保制度解释”第13条第2款的共同担保等,但并未一般性地作出此等规定,即使作出也会存在例外。因此,对于共同合同,在无法律规定或当事人明确约定之情形,同样应遵循解释先于推定的原则,首先根据个案具体事实进行意思表示之解释,通过解释仍无法确定当事人有对全部债务负责之意思时,宜作出按份推定。例如,我国现实生活中普遍存在的网上团购,依一般生活经验,各买受人通常并无为他人价金负责之意思,出卖人对此通常亦不可期待,应认定当事人之间成立按份债务。

二是民商事领域区别对待。这里主要涉及的是有相对人的意思表示,一般而言,意思表示受领人的认识水平为关键标准。^{〔85〕}基于经济理性人假设,从事商事行为的主体一般被认为对自己行为之后果和风险较一般民事主体有更强的判断力,从这个角度而言,民商事领域区别对待有其合理性。从比较法观察,考虑到商事主体对自己行为之辨识能力更强,且成立连带债务更有利于鼓励交易之达成,确实更有推定为连带债务之倾向。^{〔86〕}但总体而言,仍宜坚持前述解释先于推定的原则,首先根据个案具体事实对意思表示进行解释,综合考虑表意人之内心真意与相对人之信赖保护,而不宜直接作连带债务推定。

(三) 以肇因原则为基础初步判断债务人的债务范围

处理非依法律行为产生的多数人之债案件,一般需对各债务人的“债务范围”进行两次判断:第一次可谓之初步判断,即本文第一部分提到的债务形态认定的第一阶段判断,判断的

〔82〕 参见前引〔46〕,张定军书,第280页以下。

〔83〕 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139页。

〔84〕 德国曾经试图寻找这样的统一标准,但未能成功。参见前引〔46〕,张定军书,第283页以下。

〔85〕 参见前引〔65〕,魏德士书,第306页;〔德〕卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第181页。

〔86〕 参见前引〔28〕,Mignot评注,第31段,第10页以下;前引〔79〕,Meier文,第442页,特别是注20。

依据是肇因原则，目标是判断各债务人是否应对全部债务负责（可谓之初步范围），从而为债务形态的认定提供基础；第二次判断在债务形态认定之后进行，判断的依据包括原因力比例、过错程度等，目标是判断各债务人最终应承担的债务份额（可谓之具体范围，在连带债务表现为债务人的内部份额，在按份债务表现为各债务人对债权人应承担的具体份额）。对于债务形态的认定而言，各债务人是否对全部债务负责才是关键。

1. 民法典第 1171 条和第 1172 条的一般性意义

民法典第 1171 条和第 1172 条虽规定于侵权责任编，但其所体现的基本原理对法定之债有一般性意义。第 1171 条规定“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。”该条表明，承担连带责任这一后果，乃以债务人债务范围的初步判断为基础：由于每个人的行为均与最终损害之间成立确定的完整因果关系，因此每个人均应对全部损害负责。民法典第 1172 条主要包括两种案型：一是各行为人之行为均不足以造成全部损害的案型；二是一个行为人的行为足以造成全部损害，另一行为人的行为不足以造成全部损害的案型。第一种案型的法律后果为各侵权人承担按份责任，同样以债务范围的初步判断为基础：各行为人之行为均不足以造成全部损害，故均不对全部损害负责，因而不满足连带债务的成立要件。仅有部分学者认识到第 1172 条包含第二种案型，其法律后果有两种方案，一为按份债务，二为部分连带债务。^{〔87〕}考虑到“环境侵权解释”第 3 条第 3 款将此种案型的法律后果规定为部分连带责任，从体系一致性的角度而言，可考虑统一作部分连带债务处理。^{〔88〕}该连带债务的范围，乃各行为所致损害的重合部分，因为对该重合部分，各侵权人之行为均足以导致其发生。此外，有些情况下可能难以判断各侵权人之行为是否足以造成全部损害，此时可根据民法典第 1172 条第 2 分句“难以确定责任大小的，平均承担责任”之规定，推定各行为人之行为均不足以导致损害的发生。

民法典第 1171 条和第 1172 条是遵循肇因原则作出的制度安排，从中可以概括出如下几点作为处理非依法律行为发生之多数人之债的基本原理：第一，对各债务人债务范围的初步判断，遵循分别判断的原则，这是自己责任原则的要求。第二，初步判断以肇因原则为基础，具体而言：如果某人的行为足以导致全部损害的发生，则其应对全部债务负责；如果某人的行为不足以导致全部损害的发生，则其仅应对部分债务负责；如果无法判断某人的行为是否足以导致全部损害的发生，则推定不足以导致全部损害的发生，其仅对部分债务负责。第三，在初步判断的基础上，进行债务形态认定：如果各债务人均应对全部债务负责，可成立连带债务；如果各债务人均仅对部分债务负责，可成立按份债务；如果一人应对全部债务负责，另一人应对部分债务负责，可成立部分连带债务。

2. 特别规定优先于上述基本原理

民法典第 1171 条和第 1172 条所体现的基本原理应予尊重，但法律有特别规定时，应优先适用特别规定，因为此等规定常常隐含了立法者突破前述基本原理的特殊考量。

根据民法典第 1168 条之规定，只要“二人以上共同实施侵权行为”，即要求各侵权人对全部损害负责。不考虑每个侵权人对全部损害的发生有多少贡献，均让其对全部损害负责，显

〔87〕 参见王利明主编《中国民法典评注·侵权责任编》，人民法院出版社 2021 年版，第 65 页以下。

〔88〕 需要说明的是，一旦承认部分连带债务，特别是债务人较多时，将面临极为复杂的计算问题，故究采按份债务抑或部分连带债务，尚值斟酌。但此非本文讨论重点，不赘。

然突破了肇因原则,反映了立法者基于共同侵权的社会危害性和可非难性突破肇因原则要求各侵权人对全部损害负责的意志。至于何为“共同实施了侵权行为”,则属于法律解释问题。目前的理论争议主要存在于共同故意说和共同过错说之间,核心是共同过失侵权是否属于共同侵权,这个问题本质上取决于立法者是否有将共同过失纳入其中的意志。

民法典第1170条规定之并发危险行为的连带责任,也突破了肇因原则,以避免出现受害人救济无门而侵权人却逃脱法律责任的后果。其突破肇因原则主要表现为,在不能确定各行为人之行为与损害后果之间确定地存在因果关系的情况下,推定它们之间均存在因果关系;但仅此而已,至于推定成立聚合因果关系抑或共同因果关系,应根据“危及他人人身、财产安全”的程度而定,即根据各行为人之行为是否足以导致损害发生而定。原因在于,由于并发危险行为之间不存在主观共同(否则便属于第1168条的范畴),故共同侵权中突破肇因原则的考量并不适用于此;相反,只要推定存在因果关系,该条的目的便能实现。因此,该条所规定之连带责任实际上还隐含了一个条件,即各行为人之行为均足以导致全部损害的发生,从而推定各行为人之行为与损害后果之间成立完全的因果关系。如果各行为人的行为并非均足以导致损害的发生,则应类推适用民法典第1172条认定债务形态。

(四) 通过类推成立连带债务

从方法论的角度而言,进行类推的前提,不仅需待决案件中的事实构成与供类推适用之规则的构成要件具有相似性,还必须满足规范目的(价值评价)的一致性。^[89]如果这两方面均符合,一般而言应允许类推,其乃基于对同类事物作相同处理之正义价值的要求。^[90]由于成文法规范的有限性和现实生活的复杂性,现行法难免存在漏洞,类推适用在司法实践中难以避免。

但从我国现实来看,如果不加限制地允许类推,确实存在一定的困难。第一个困难是法条的规范目的难以确切判断。类推适用需要准确把握供类推适用之法条的规范目的,但从我国情况来看,能准确呈现每个法条之规范目的的文献极为欠缺,这就使准确把握法条的规范目的极为困难,对法条规范目的的判断只能是理论分析或者推断,这就难免出现仁者见仁、智者见智的局面。相应地,就必然产生对是否满足类推适用前提的不同认识,反映在司法实践中,势必出现同案异判、异案同判的混乱局面。第二个困难来自于司法实践现状。从目前实际上运用类推技术认定连带债务的裁判文书来看,存在两方面明显的不足:一是在方法论上,欠缺事实构成相似性审查和规范目的同一性审查,这就有可能使类推适用脱离方法论的约束,难免出现错误类推的情形。二是欠缺详细的说理。由于类推适用本质上是建立在规范目的基础上的价值评价行为,^[91]法律适用者的评价与立法者的评价是否一致,亦应受到监督和评价。只有法律适用者在类推适用时详细说明为何将法律价值标准适用于法律没有规定的案件,这种监督和评价才有可能。尽管最高人民法院专门发文推动裁判文书说理改革,^[92]但目前存在的问题在短期内恐难彻底改变。

[89] 参见前引〔65〕,魏德士书,第366页;前引〔85〕,拉伦茨书,第258页。

[90] 参见前引〔85〕,拉伦茨书,第258页。

[91] 参见前引〔65〕,魏德士书,第368页。

[92] 《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》(法发〔2015〕3号)将“推动裁判文书说理改革”单列一条。2018年最高人民法院印发《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(法发〔2018〕10号),旨在进一步加强和规范人民法院裁判文书释法说理工作。

这就出现了社会生活需要与现实条件制约之间的矛盾,故目前较为稳妥的方案是进行折衷:允许最高人民法院在制定司法解释时对现行法进行类推,并通过发布指导性案例(最多扩大公报案例)承认对特定案型的类推适用。

结 论

综上,民法典第518条第2款虽有限制连带债务发生之目的,但不宜将之解释为我国采行了严格的明定主义立场。如果遵循债务形态认定的完整逻辑过程,并以民法典第518条第1款第2分句为基础认定连带债务,基本可以消除连带债务会给债务人带来过于严苛之法律后果的担忧。对于意定之债,各债务人有对全部债务负责之意思即为已足;若无此约定,可通过意思表示之解释认定是否存在此等意思,通过解释仍无法认定者,可推定无此意思,从而成立按份债务。对于非意定之债,应遵循民法典第1171条和第1172条体现的基本原理认定连带债务,除非法律有特别规定。对于突破肇因原则的连带债务规定,理论上允许类推适用乃属合理,但考虑到现实制约,宜对类推适用作严格限制。

Abstract: Based on the concern that solidary obligations will bring excessively severe legal consequences to debtors, both the academic and practical circles in China hold the position of explicitness on the occurrence of solidary obligations, that is, the occurrence of solidary obligations is based on either the expressed intention of the parties or the clear provisions of the law. However, the argument of explicitness is based on the dislocation of the constitutive requirements and the legal consequences of solidary obligations, and what explicitness emphasizes faces the dilemma of not being able to adapt to real life. For solidary obligations established by legal acts, the shackles of expressed intentions are often broken in many other legal systems, which is also reflected in the judicial practice in China. For solidary obligations established in accordance with legal provisions, the unreal solidary obligations or similar systems are often used to solve the dilemma of insufficient norms of written law in the comparative law and the concept of unreal solidary obligations has also been often used in many verdicts in China. But it is not a good measure for dealing with the inherent deficiencies of statutory law. In this view, it is necessary to give a limited interpretation to paragraph 2 of Article 518 of Chinese Civil Code for normative purposes, give full play to the function of the auxiliary norm of the second clause of paragraph 1 of Article 518, and take constitutive requirements as the basis for determining whether solidary obligations are established.

Key Words: multi-party debt, solidary obligations, unreal solidary obligations, interpretation of the declaration of intention, the cause principle
