

论连带责任的性质*

李永军

[摘要] 什么是连带责任？原告对于承担连带责任的被告如何行使请求权？承担连带责任后的被告人之间如何分担责任？对于这些问题，我国立法、学理和判例存在很大的分歧，例如，《民法通则》与《合伙企业法》中的连带责任的概念就不同，在《合伙企业法》中，一方面规定合伙人对合伙企业债务承担连带责任，另一方面却规定先由合伙企业财产支付，实际上赋予承担连带责任的合伙人对债权人“先诉抗辩权”。在司法实践中，法院，甚至是最高人民法院的判决对连带责任的认识也很不一致。这种分歧和不一致不仅会给学术研究带来不便，更重要的是引起司法实践的混乱。从罗马法以来，连带之债就具有其质的内在规定性，表现在：主体的多数性和平等性、发生原因的同一性、给付的同一性、消灭上的整体性、可求偿性等。后来的《德国民法典》及《日本民法典》等都坚持了这些特征，而我国民法在继受过程中，变化了连带责任的概念和基本的内涵，造成了立法、学理和司法实践的不统一性。我们也应该坚持传统民法关于连带责任的内在规定性，认真纠正我国有些理论、立法和司法实践中关于连带责任的错误认识和做法。

[关键词] 连带责任 合伙企业 债务

[作者] 李永军（1964—），男，山东滨州人，中国政法大学教授、法学博士。研究方向为破产法、民法总论、合同法、物权法、侵权责任法。

一、问题的提出

什么是连带责任？原告对于承担连带责任的被告如何行使请求权？承担连带责任后的被告人之间如何分担责任？对于这些问题，我国立法、学理和判例存在很大的分歧，而这种分歧却常常被忽视。例如，《民法通则》与《合伙企业法》中的连带责任的概念就不同，在《合伙企业法》中，一方面规定合伙人对合伙企业债务承担连带责任，另一方面却规定先由合伙企业财产支付，实际上赋予承担连带责任的合伙人对债权人“先诉抗辩权”。在司法实践中，法院，甚至是最高人民法院的判决对连带责任的认识也很不一致。但是，无论在学术研究还是在司法实践中，连带责任都是一个经常用到的法律概念。这种分歧和不一致不仅会给学术研究带来不便，更重要的是引起司法实践的混乱。

* 在本文的写作中，作者特别感谢我的同事朱庆育博士、我的博士生王伟伟和仇晓洁，他们为我提供了第一手的德国法资料。

正如杨立新教授所言：法官在对侵权责任形态的适用上存在较大的混乱，在司法实践中存在很多问题。^{〔1〕}因此，特有必要利用债的一般原理及比较法的规定，对连带责任的性质进行研究并澄清。

二、比较法上的连带责任

（一）罗马法上的连带责任

1. 概念与分类

按照意大利法学家的解释，连带之债可以定义为：“具有数个主体（债权人或者债务人）和完全同一的和单一的标的的债。在这种债中，各个债权人有权要求完整的给付。但是，在数名债务人中只是一人清偿或者为所有债务人负责，另一方面，在数名债权人中只是一人提出请求或者代表所有债权人。”^{〔2〕}这一连带之债的概念反映了当时罗马法学家在对连带之债请求权行使方面的限制，一方面防止债权人超过债权的实际数额向债务人行使，另一方面没有规定连带债务人之间的求偿权问题。

在罗马法上，连带之债的分类十分复杂。大致可以分为以下两种：

（1）累计的连带之债与非累计的连带之债。这种分类的主要标准是债权人是否能够在债务人之间进行选择。对于各个债务人来说，债是完整的、连带的，每个债权人都要求完整的给付，例如，某人将同一标的分别卖给了数个人。在罗马法中最为典型的是，某人应当承担同时对数人给付一个同等数额的刑金，或者某人有权从数个犯罪人那里获取这种罚金。这种债可以称为累计性的连带债。非累计的连带债是指：债对于各个债权人和债务人是连带的，但不表现为累计的方式，而是表现为选择的方式，也就是说，在各个不同主体间选择其一，从而使债务或者债权一次消灭。^{〔3〕}

（2）连带之债与共同之债。^{〔4〕}这是对于非累计的连带之债的再分类。在罗马法上，连带之债与共同之债的区别有以下两点：第一，从发生原因看，连带之债多因法律规定而产生；而共同之债则由当事人的意思而形成，可以是当事人的一般契约或者遗嘱，但必须明确连带关系。由法律规定而产生的连带之债，除了特别保护债权人之目的外，还有惩罚债务人的意义。故连带之债仅仅限于私犯、准私犯以及数个监护人、保佐人、受托人对于被监护人、被保佐人和委任的责任。^{〔5〕}第二，债务免除的方式有区别，在连带之债，其中一债务人被起诉时，如果债权人未得到满足，仍然可以对其他债务人行使债权；但在共同之债，在债务人之一人被诉时，其他债务人因未参加诉讼而免除债务责任。共同之债采取这种规则的理由是，在当时的罗马，往往发生债权人就同一债权多次受偿的情况。大法官针对这种不公平的现象加以改革，规定凡是共同之债的一人被诉时，其他债务人因此而免除责任。至于连带之债，古时因对共犯处罚极严，受害人可以对各犯分别起诉，获得数次赔偿。对于这两种不同债的规则，显然存在问题：在共同之债，如果被诉的债务人无力清偿，债权人也不能对其他债务人请求，因而对债权人不利。所以，到优帝一世时，便规定债权人对共同债务人中的一人诉讼时，如果未能够满足，仍可以对其他债务人追偿，且在同一诉讼中列各个债务人为共同被

〔1〕 参见杨立新：《侵权法总则》，人民法院出版社2009年版，第120页。

〔2〕 参见彼德罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第294页。

〔3〕 参见彼德罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，第294页。

〔4〕 我国已故的研究罗马法的著名学者周相教授将其称为“单纯连带债”与“共同连带债”（见周相：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第814页）。这里采取的是另一位研究罗马法的著名学者陈朝壁先生的分类（参见陈朝壁：《罗马法原理》，法律出版社2006年版，第172页）。意大利学者彼德罗·彭梵得的分类与陈朝壁先生相同（参见彼德罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，第297页）。

〔5〕 参见周相：《罗马法原论》，第814页；陈朝壁：《罗马法原理》，第172页。

告。在连带之债,帝政初期,法学家就认为这一制度失之过苛,主张各个共犯虽有全部赔偿的义务,但一经完全赔偿,其他共犯即可免责,若债权人重复追偿,被控告者即可以欺诈抗辩相反驳。共同之债与连带之债的这一区别虽在后来有所消除,但却始终没有完全消灭。〔6〕

在罗马法上,共同之债又分为主动共同之债和被动共同之债:前者是指数个债权人对一个债务人,后者必须是数个债务人对一个债权人。〔7〕应该说,共同之债与连带之债的区分标准一直是罗马法学家争论的话题,他们认为实际上这一划分完全应当摒弃。专门研究罗马法的意大利学者彼德罗·彭梵得对于连带之债与共同之债下的定义是相同的。〔8〕因此,这种区分在今天没有意义。就如有的意大利学者指出的,现代民法典没有发现一个在该意义上的术语区分,德国民法典也未区分。〔9〕

2. 连带之债的质的规定性

两个人之间的关系是否构成连带债权或者连带债务,或者在相对方之间是否构成连带关系,取决于连带之债的内在规定性。这种内在规定性表现在:

(1) 债的发生原因的同—性。从罗马法的文献看,人们推论出允诺应当同时作出,只有这样,才能产生连带之债,基于所实施行为的结构方面的原因。在誓约的连带债务,债权人问一个允诺人是否给付一定金额,然后问另一个允诺人是否给付同样的金额。这两个允诺人中的任何一个都可以分别允诺,但应当同时允诺。例如,在两个债权人分别提出了要式口约的情况下,债务人这样回答:“我答应对你们中的每个人为给付。”事实上,如果先对一个债权人允诺,然后对其他人的提问作出允诺,将一个个地产生债。〔10〕

当然,到了罗马后期,这种同一性被打破,连带责任可以脱离其基础行为而成立,例如保证,仅仅从连带之债的担保功能实现保障的功能。今天,这种同一性也仅仅是发生多种原因中的一种。

(2) 给付的同—性。给付的同—性,无论是过去还是现在,都是连带之债的内在规定性。如果没有这种同一性,连带之债就不会存在。因为,连带之债的效力具有整体性,即连带之债可以因任何一个债务人的履行而消灭,同时连带之债还具有可选择性,即债权人可以选择任何一个债务人提出履行请求,任何一个债务人也可以向其任意选择的连带债权人为给付。如果给付没有同一性,那么,效力的整体性与可选择性就无法存在。连带之债也将变为单一之债的联合。

因此,如果连带债务人承担的责任内容不具有同一性,例如,罗马法学家帕比尼安举例说道:如果我将某物同时寄存在两个人那里,应当将他们视为连带债务人。如果与他们其中任何一个债务人约定,其中一个也对过失承担责任,显然二者并非连带债务人,因为这样一来他们承担的债务就是不平等的了。〔11〕

(3) 消灭上的整体性。意大利学者指出:连带之债的意义同债的消灭原因有关,当出现触及债

〔6〕 参见彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,黄风译,第297页;周枬:《罗马法原论》,第814页、第815页;陈朝壁:《罗马法原理》,第172页、第173页。

〔7〕 参见彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,第295页。

〔8〕 参见彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,第294—297页。

〔9〕 参见里卡尔多·卡尔迪里:《罗马法体系传统中的连带之债》,载第四届罗马法、中国法与民法典法典化国际研讨会论文集(上),第22页。

〔10〕 参见里卡尔多·卡尔迪里:《罗马法体系传统中的连带之债》,载第四届罗马法、中国法与民法典法典化国际研讨会论文集(上),第19页、第20页。

〔11〕 参见里卡尔多·卡尔迪里:《罗马法体系传统中的连带之债》,载第四届罗马法、中国法与民法典法典化国际研讨会论文集(上),第25页。

的统一要素时（债务或者标的）的法律事实时，它在其总体上即相对于所有主体消灭。^{〔12〕}

（4）主体的多数性。连带之债的一个重要目的，就是要解决在多个主体之间的法律关系问题。因此，主体的多数性是连带之债的先决条件。

（5）责任承担条件的非平等性。我们可以设想这样一个问题：在一个连带债务中，两个债务人承担债务的条件不一致，是否会影响它构成一个连带之债？有学者根据史料指出：罗马法承认连带债务人可以以不同方式承担债务，在两个连带债务人中，一个可以是附期限或者附条件地承担责任的连带债务人。这一条件和期限不构成向另一个承担单纯债务的连带债务人请求给付的障碍。^{〔13〕}

但是，我们应当正确理解上述结论。我认为，在一般情况下，在多个连带债务人之间承担责任的条件应当是平等的，否则，如果有的债务人承担责任是附条件或者附期限，一方面，会影响债权人的选择性，违反连带之债的内在规定性，另一方面，如果是附停止条件，那么是否具有债权尚难确定，如何可以判定是连带责任呢？因此，仅仅在极其特别的情况下，才有可能，如连带责任保证，保证人的连带保证责任可以认为是附条件的。因此，一般地说，应当将承担条件的平等性作为连带之债成立的内在规定性。

（6）可求偿性。在古典时期，因为罗马法要求各连带债务人之间互为担保，因此，在连带之债中不承认追索权，因为债务人在清偿全部债务时是在履行一项自己的义务，无论是作为债务人还是债务担保人。当然，债务人可以根据其他关系获得补偿，如合伙举债，清偿了全部债务的债务人可以提起“合伙之诉”向其他合伙人追偿。至优士丁尼时代，追索权得到了普遍的承认。^{〔14〕}在今天，各国法一般都承认追索权。

（二）德国立法和学理关于连带之债的理解

1.《德国民法典》关于连带之债的规定

德国的连带之债主要体现在《德国民法典》第421条。该条规定：“数人以各负全部给付的责任负担同意债务，但债权人仅得一次请求给付者，债权人得任意对每个债务人请求全部或者一部分的给付。在未清偿全部债务前，全体债务人仍负其责任。”

2. 德国学理对于连带之债的解释

德国学者拉伦茨（Larenz）也指出：“新的文献因此要求在履行利益的同一性（Identität des Leistungsinteresses）之外，不同的义务（verschieden Verpflichtungen）是同一位阶的（gleichstufig）或者同一顺序的（gleichrangig）。欠缺这一点，它也不涉及表面的、‘不真正的’（‘unechte’）连带之债，而是根本就不涉及《德国民法典》第421条至第426条意义上的连带之债（Gesamtschuld）。不同义务之间的目的的共同性（‘Zweckgemeinschaft’ unter den mehreren Verbindlichkeiten）也是不需要的。目的的共同性与债权人履行利益的同一性的观点是重合的。目的的共同性不过是履行利益同一性的另一种说法，没有确立更多的标准。进一步的标准是义务的同阶性（gleichstufig）或者等价性（gleichwertig）。”^{〔15〕}

〔12〕 参见彼德罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，第296页。

〔13〕 参见里卡尔多·卡尔迪里：《罗马法体系传统中的连带之债》，载第四届罗马法、中国法与民法典法典化国际研讨会论文集（上），第24页；彼德罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，第295页；费安玲主编：《罗马私法学》，中国政法大学出版社2009年版，第276页。

〔14〕 参见里卡尔多·卡尔迪里：《罗马法体系传统中的连带之债》，载第四届罗马法、中国法与民法典法典化国际研讨会论文集（上），第21页；费安玲主编：《罗马私法学》，第277页。

〔15〕 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1987, p.635.

德国学者梅迪库斯也指出：依第421条的定义，连带债务人中的任何一人都必须履行全部给付，债权人也可以向任何一个债务人请求全部或者部分给付，但其总共仅获得一次给付。例如，ABC向G负担1000马克的连带债务，则G首先可以向其中的任何一个人请求1000马克。但一俟已经支付了一次1000马克（不论由债务人中的任何人支付），其他债务人也对G免责。如果支付的是较低的金額，则按照相应比例发生全体债务人免责。^[16]

从成立上看，梅迪库斯认为，德国现在主流的学说是：《德国民法典》第421条列举的是成立连带责任的最低要件。但这并不是说，如果具备这些要件，就总是成立连带之债。为成立连带之债，还需要另外一个要件：数种义务必须是“同级别的”或者是“同顺序的”（即不是补充关系或者先后关系——作者著）^[17]。

什么是《德国民法典》第421条规定的“最低要件”呢？德国学者对于有关连带债务的本质和概念的争议存在一致性。一个连带债务存在时，只有根据第421条产生履行的最低先决条件：（1）请求必须指向多数债务人。每个债务人都履行给付是没有必要的。最初的无能力不会使给付义务归于无效。即使多数债务人承担同一个给付，也不存在连带债务。（2）对于给付只能要求一次给付。当债权人只是想和众多卖主单独签订合同时，只是一种债务的累加而不是连带债务。（3）给付利益的广泛一致性是必须的。然而给付利益和范围的完全一致是没有必要的，多数债权人类型可以是附条件或附期限的或不附条件、附期限。就连带债务而言，义务范围是已知债务可以始于自然形成或后天改善。

（三）日本的立法与学理

1.《日本民法典》关于连带之债的规定

日本立法基本上借鉴了《德国民法典》的立法方式，并承认在连带债务以外，存在不真正的连带债务。^[18]《日本民法典》关于连带之债的规定，主要集中在第432条—第445条。而核心条款应该是第432条、第434条、第436条、第437条、第438条、第439条、第442条。第432条规定：“数人负连带债务时，债权人可以对债务人之一人、也可同时或者逐次对全体债务人，请求全部或者一部分的履行。”第434条规定：“对连带债务人之一人的履行请求，对其他债务人也发生效力。”第436条规定：“（一）连带债务人之一人对债权人有权，该债务人援用抵销时，债权为全体债务人的利益而消灭。（二）有上述债权的债务人不援用抵销时，其他债务人只能就该债务人负担部分，援用抵销。”第437条规定：“对连带债务人一人所进行的债务免除，只就该债务人负担部分，为其他债务人的利益也发生效力。”第438条规定：“连带债务人之一人与债权人之间有混同时，视为该债务人已经清偿。”第439条规定：“时效为连带债务人之一人完成时，就该债务人负担部分，其他债务人也免除义务。”第442条规定：“（一）连带债务人之一人清偿了债务，或者以其他方式的个人履行，使得共同免责时，对其他债务人，就其各自负担部分，有求偿权。（二）前款的求偿，包含清偿或者其他免责日以后的法定利益、不可免的费用及其他损害赔偿。”

2.日本学理对连带责任的认识

日本著名学者我妻荣指出：“连带债务是指数个债务人对同一内容的给付，各自独立负全部给付

[16] 参见迪特尔·梅迪库斯著：《德国债法总论》，杜景林、卢谡译，法律出版社2004年版，第606页。

[17] 参见迪特尔·梅迪库斯著：《德国债法总论》，杜景林、卢谡译，第609页。

[18] 参见我妻荣著：《新订债法总论》，王燊译，中国法制出版社2008年版，第356页。

债务，且其中一人给付时，其他债务人同样被免除债务的多数人的债务。”^[19] 连带债务的性质如下：(1) 各债务人的债务以全部给付为内容。(2) 债务人中的任意一人给付，则全部债务消灭。因各债务人的债务是达到客观的单一目的的手段。(3) 各债务人的债务具有主观的、共同目的的关联性，其结果是，一人所发生的事由，在一定范围内对其他人也有影响，或依内部负担分配决定、或互相共同分担。(4) 连带债务人按债务人的人数为数个债务，其结果是：(A) 对债务人中的一人可以让与债权；(B) 对债务人中的一人的债务，保证债务成立；(C) 各债务人的债务可以是各种形态的，即各个债务人的债务期限或者条件可以是不同的，债务的额度也可以是不同的，一个为民事债务而其他为商事债务也可以。^[20]

3. 小结

从上述《日本民法典》的立法和学理看，其与德国立法和学理基本相同。但在有些问题上，例如，连带债务人之一人的行为对其他连带债务人的效力方面，比德国法要宽。^[21] 同时，日本立法和学者坚持要区分连带责任与不真正连带责任。^[22]

三、我国立法和学理关于连带责任之考察

(一) 立法关于连带责任的规定

1. 《民法通则》关于连带责任的规定

《民法通则》中关于连带责任的规定，主要集中在以下方面：

(1) 《民法通则》第 87 条关于连带责任的一般规定。(2) 《民法通则》第 35 条关于合伙的连带责任规定。(3) 《民法通则》第 130 条关于侵权责任的一般规定。(4) 《民法通则》第 66 条第 3 款、第 4 款、第 67 条关于代理中的连带责任。

2. 我国《合伙企业法》关于连带责任的规定

我国《合伙企业法》关于连带责任的规定主要集中在第 2 条、第 38 条、第 39 条及第 40 条。

从《合伙企业法》的上述规定可以看出，这里关于连带责任的规定，与《民法通则》的规定已经完全不同了，这里仅仅是“数额连带”，但在请求顺序上是不可以由债权人任意选择的。这一规定对我国后来的司法实践影响很大，是引起责任形态混乱的源头之一。

3. 我国《侵权责任法》关于连带责任的规定

我国《侵权责任法》关于连带责任的规定主要有 14 项条文，它们分别是第 8 条—第 11 条、第 13 条、第 14 条、第 36 条、第 43 条、第 51 条、第 47 条、第 59 条、第 83 条、第 86 条等。那么，第 67 条是存在疑问的，该条规定：“两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定。”那么，该条是关于污染者对受害者承担责任后内部责任的分担性规定还是外部责任的规定？从字面上可以作两种理解：一是外部责任规定，即受害者只能按照污染物的种类、排放量等因素请求污染者承担赔偿责任；二是两个以上污染环境受害者有权向任何一个污染者请求赔偿（污染者应当向受害者承担连带责任），任何一个污染者赔偿后，就超出自己赔偿数额的部分向其他污染者追偿。污染者之间的责任分配即按照污染物的种类、排放量等因素确定。从中国具体的司法实践看，第二种更有利于保护受害者。因为，如果让受害者证明污染物的种类、排放量等

[19] 参见我妻荣著：《新订债法总论》，王燚译，第 355 页。

[20] 参见我妻荣著：《新订债法总论》，王燚译，第 358 页。

[21] 参见我妻荣著：《新订债法总论》，王燚译，第 361—381 页。

[22] 参见我妻荣著：《新订债法总论》，王燚译，第 393—396 页。

因素恐怕是特别困难的。即使作第一种理解,该条应该有两个辅助性规定:(1)规定举证责任倒置,即由污染者就自己的污染物的种类、排放量等进行举证;(2)不能证明的,平均承担责任。但是,该条没有这样规定,因此,最好作第二种解释。

4.我国《担保法》及其司法解释对连带责任的规定

我国《担保法》对连带责任的规定,主要集中在关于保证部分的规定,更具体地说,体现在第12条、第18条。

《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》第20条规定亦对连带责任作出了规定。

应该说,《担保法》及其司法解释的规定与《民法通则》的规定基本保持了一致。

(二)学理上的认识

我国学理的主流基本上继受了德国学理和日本学理。主流观点认为,在连带之债中,数个债权人中的任何一个债权人对其享有的同一债权都有权请求各债务人履行全部债务,每个债务人都负有全部履行的义务。债务因一次全部履行而消灭。^[23]我国台湾学者林诚二先生认为,是连带债务者,指数人负同一债务,依其明示或者法律之规定,对于债权人各负全部给付之责任的多数主体的债的形态。连带债务一经成立,债务人的给付虽为可分,各债务人均独立负担全部给付责任,故债务人中一人或者数人为全部给付,其他债务人所负之债务,因给付目的已经失去其存在,亦随之消灭。又连带债务为多数人之债,彼此之间不仅独立并存,尚无主关系,而且得为单独之让与、担保,其时效、附款,乃至无效或者得撤销原因,均未必一致。^[24]此一概念,与德国学者的观点几乎一致。

关于连带责任的分类,学者有不同的标准和观点。绝大多数学者将连带责任分为真正的连带责任与不真正的连带责任。^[25]以侵权法为例,这些学者一般都认为:连带侵权责任是指受害人有权向共同侵权人或者共同危险行为人中的任何一个人或者数人请求赔偿全部损失,而任何一个共同侵权人或者共同危险行为人都有义务向受害人负全部的赔偿责任。共同加害人中的一人或者数人已经全部赔偿了受害人的损失,则加害人全体免除责任。承担了超出自己份额责任的加害人有权向其他没有承担责任或者承担责任没有达到自己应有份额的加害人追偿。^[26]侵权法上的不真正连带责任,是指多数行为人违反法定义务,对一个受害人实施加害行为,或者不同的行为人基于不同的行为而致使受害人的权利遭受损害,各个行为人产生的同一内容的侵权责任,各负全部赔偿责任,并因行为人之履行而使全体责任人的责任归于消灭的侵权责任形态。^[27]从一般连带责任的原理上说,不真正连带责任与真正连带责任除了发生原因上有区别外,在对外效力上并无区别,只是在内部责任分担上有重大区别:真正连带责任人在承担了责任后,对其他连带责任人有权求偿权,而不真正连带责任人承担责任后,对其他连带责任人并无求偿权,仅对终局责任人具有求偿权。^[28]

[23] 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,第448页;王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第42页。

[24] 参见林诚二:《民法债编总论》,中国人民大学出版社2003年版,第477页。

[25] 参见杨立新:《侵权法总则》,人民法院出版社2009年版,第529—552页;林诚二:《民法债编总论》,第476—485页;王泽鉴:《民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社1998年版,第56—71页;刘克毅:《论不真正连带债务》,载《法律科学》2003年第6期;李志君等:《浅析不真正连带责任》,载《法制与社会》2007年第6期等。

[26] 参见杨立新:《侵权法总则》,第524页。

[27] 参见杨立新:《侵权法总则》,第526页、第527页。

[28] 参见林诚二:《民法债编总论》,第477页、第478页;杨立新:《侵权法总则》,第527页。有的学者也认为,连带责任与连带债务是不同的,不真正连带债务仅仅是连带责任发生的原因之一(参见戴孟勇:《连带责任制度论纲》,载《法制与社会的发展》2000年第4期)。

而有的学者则将连带责任分为一般连带责任和补充性连带责任，其认为：在理论上，有的人认为承担连带责任的各债务人之间没有主次、先后之分，债权人可以向任何一个有偿还能力的债务人求偿；在诉讼中，各债务人作为共同被告，其地位完全平等。这种观点是不正确的，因为从理论上讲，连带责任作为一种法律制度，是就多数人之债中债务人作为一个整体与债权人之间的债务清偿关系而言的，它不否认各债务人之间对该共同债务或者连带债务的形成及清偿地位上的差别，也不排斥在具体清偿过程中对各债务人作主次或者先后顺序上的划分；同时，这种划分只是对债务人各自承担责任的区别，并不影响权利人实体利益的最终实现。从实践看，对债务人不作主次之分，固然对债权人十分有利，但对债务人来说，在很多情况下却显得过于严厉和苛刻，甚至有悖于公平、合理的法律精神和实事求是、区别对待的司法原则和政策。在连带责任中，一种责任的基础是共同债务，即该债务是由各债务人共同行为或者共同参与而产生和形成的，各个债务人对同一债务负有共同的或者同等的清偿义务。所以，在债务清偿时，各债务人之间不分主次，每个债务人应对整个债务无条件地承担责任，债权人也可以不分先后或者主次顺序，要求任何一个有履行能力的债务人清偿全部债务。这种责任可以成为一般的连带责任；在另外一种连带责任中，由于责任的基础是连带债务，即该债务是由债务人一方的行为而产生，其余连带债务人并没有直接参与，所以，对债务人应区分为主债务人和从债务人。只有在主债务人不能履行或者不能完全履行时，从债务人才承担补充性的清偿责任。在这种连带责任中，从债务人享有先诉抗辩权。这种连带责任为补充性连带责任。^[29]

我国的司法判例大量的采用一般连带责任与补充连带责任的分类，有大量判例把补充责任写作补充连带责任，例如，最高人民法院在“东方公司南宁办事处诉舞阳神公司等借款担保合同纠纷案”[最高人民法院民事判决书（2003）民二终字第47号]中就判决：镇远县建材化工公司在贵州舞阳神植物油有限责任公司的油房及设备、东风汽车、招待所、蕉溪办公室、污水处理站等抵押财产不能清偿时，就舞阳神植物油有限责任公司对凯里市中行的272万元借款本金承担连带责任。

还有的学者更将连带责任作了更加广泛的分类，具体为：一般连带责任与补充连带责任、无序的连带责任和有序的连带责任、相向性连带责任与单向性连带责任等。^[30]由于这种连带责任分类的独特性及远离法律规定，故在此不作讨论。

四、我们的观点与说明

（一）坚持传统民法关于连带责任的一般概念而清除我国一些立法、理论和司法中的错误认识
我们应当坚持传统民法关于连带责任的一般概念，即将连带责任看成是性质连带而不是数额连带，不能混淆连带责任和补充责任的界限。具体来说：

1. 坚持连带责任的本质属性

连带责任的本质属性，表现在以下三个方面：

（1）给付的同一性。这是连带责任“整体性”的前提条件，只有给付是同一的，客观目的才能同一，连带责任才可能因任何一个债务人的全部清偿而消灭。

（2）消灭的整体性。无论连带债务人中的任何一人清偿全部债务都会发生全体债务人共同免责的效果，即使是给付一部分，也在给付部分的范围内使全体债务人共同免责。

（3）主体的多数性和平等性。主体的多数性是连带责任的重要特征之一，没有这一特征，连带

[29] 参见关中翔：《经济审判中各连带债务人的诉讼地位探讨》，载《法律科学》1993年第5期。

[30] 参见寇孟良：《论民法通则中的连带责任》，载《中国法学》1988年第2期。

责任也就不复存在。也就避免了将“单一之债”作为连带责任的可能性。^[31]同时,债务人的平等性,也是支持连带责任的重要基础,也就是说,各个债务人的地位平等,债权人可以在他们之间任意选择而请求履行。这样就避免了所谓的“补充连带责任”的做法,不能在连带债务人之间分出先履行的债务人和负有补充责任的债务人。

2. 认真纠正我国有些理论、立法和司法实践中关于连带责任的错误认识和做法

上述已经提到,我国有的学者在连带责任的分类上背离传统民法关于连带责任的概念和基本原则,某些立法也有这种认识,典型的如《合伙企业法》,不顾传统民法的长期积累,也不顾我国已经有《民法通则》的规定和长期实践,生硬地在连带责任中规定“先履行抗辩权”;许多法院,包括最高人民法院的许多判例也出现这种错误,不是让当事人选择哪个债务人先履行,而是法院替代当事人选择,其用语往往是“甲、乙对A承担连带责任,先由甲承担清偿责任,不足部分由乙承担”等。这些都应当得到认真的纠正,我国《侵权责任法》树立了很好的范例。

(二) 在连带责任的分类上要坚持真正的连带责任与不真正连带责任的区分

我们应当坚持连带责任的一般学理分类,即真正的连带责任与不真正连带责任的区分,并坚持连带责任与补充责任相区别,就如有的学者提出的要“捍卫连带责任的纯洁性”^[32],不能任意创设连带责任类型,任意扩大连带责任的适用范围。我国《侵权责任法》实际上也是坚持这种划分原则的。我国《侵权责任法》第8条、第9条、第51条等为真正的连带责任;第10条与第11条、第36条、第43条、第59条、第74条、第75条、第83条、第85条、第86条等为不真正的连带责任。

我们作这样的区分,实际上就是坚持了传统的区分普通连带责任与不真正连带责任的区分:普通连带责任人之间具有为共同目的的主观关联性,而不真正连带责任则没有这种主观关联性。^[33]我们在坚持普通连带责任与不真正连带责任区分的同时,要区分其效力。在对外效力上,债权人可以请求全部债务人履行债务,也可以请求一个或者数个债务人履行全部债务,债务不得以内部的份额责任对抗债权人的请求。就债权人与债务人之间的关系来说,全部债权债务关系因一次全部履行而消灭;在履行瑕疵方面,在真正的连带责任,一债务人或者部分债务人的履行迟延、不完全履行等对其他连带责任人产生影响,而在不真正连带责任,则不产生影响;在内部求偿权问题上,在真正的连带责任,一连带责任人真正连带责任人承担了责任而超过自己应承担的份额后,对其他连带责任人具有求偿权,而不真正连带责任人承担责任后,对其他连带责任人并无求偿权,仅对终局责任人具有求偿权。

当然,我们也应当看到,不承认不真正的连带责任的学说在德国和日本都存在^[34],不真正连带责任的概念仍然在发展中。^[35]因此,我们仍然有继续研究和讨论的余地。但是,不真正连带责任的上述规则符合我国目前比较成熟司法经验和学理上的通说。

(责任编辑 朱 芸)

[31] 参见我妻荣著:《新订债法总论》,王纘译,第356页。

[32] 参见杨立新著:《侵权法总论》,第529—552页。

[33] 参见我妻荣著:《新订债法总论》,王纘译,第394页。

[34] 参见我妻荣著:《新订债法总论》,王纘译,第394页。

[35] 参见林诚二著:《民法债编总论》,第477页。

this case manifests the trends and problems of the contemporary international investment law.

The Gap between Expectation of Legislation and Judicial Practice and its Resolution: Empirical Analysis of Bankruptcy Law's Three-years Implementation 58

Li Shuguang & Wang Zuofa / Professor of China University of Political Science and Law, faculty of Jilin Normal University.

Abstract: Bankruptcy Law tries to achieve its goal of market-oriented bankruptcy by introducing the rally system, administer system and other advanced bankruptcy systems. However, due to the economic and social environmental constraints in the transition, coupled with defects in the legislation and lack of cognition, the legislation is not expected to be satisfactorily achieved in judicial practice. In order to make breakthroughs in the plight of the implementation of bankruptcy law, it is necessary to improve the environment of bankruptcy law from the aspects of legislation, judicature, administration and market.

On the Nature of Joint Liability 80

Li Yongjun / China University of Political Science and Law.

Abstract: What is joint liability? For plaintiffs, how to claim against defendants of joint liability? For defendants, how to distribute responsibilities after performing the obligations? Legislation, academics and judicial precedents are dissent about these questions. For example, the conception of joint liability differs in the General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China and the Partnership Enterprise Law of the People's Republic of China. On one hand, the "Partnership Enterprise Law" provides that partners shall bear joint liability for the debts of the partnership enterprise; on the other hand, it stipulates that the partnership enterprise shall first pay with all of its properties, which entitles the partners to the right of discussion. In judicial practice, judgments involving the joint liability, even those by the Supreme People's Court, are not unanimous. The divergences of holdings are not only inconvenient to academics, but also confuse the judicial practice. The joint liability has intrinsic principles since the Rome law, which embody in the pluralism and equality of subjects, the identity of causes, the congruity of prestation, the integrity of vanishing, and the claimable nature, etc. These characteristics are inherited by both the German Civil Code and the Civil Code of Japan; nevertheless, the conception and connotation of joint liability are altered in its introduction to and adoption by China, which gives rise to discrepancies in legislation, academics and practice. Therefore, the intrinsic principles in traditional civil laws shall be inherited so that the misunderstandings and misapplications of joint liability in academics, legislation and judicial practice in China could be rectified.

Legal Consideration of High Priority Issues of the Prospective China-Korea FTA :a Comparative Study on FTAs involving China and Korea 89

Gu Minkang & Yan Rong / Associate professor of the Law School of the City University of Hongkong, chair professor of "Eastern Scholar" in Huadong University of Political Science and Law; Lecturer of Guangdong Light Industrial and Vocational Technology Institute, doctoral candidate of the Law School of the City University of Hongkong.

Abstract: "WTO-plus" element is becoming a trend of the recent and future free trade agreements, therefore the scope of the prospective China-Korea FTA could be comprehensive, covering trade in goods, trade in services, even some Singapore issues and cooperation enhancement concurrently. Notwithstanding, according to the blocking factors in economic relationships between the two countries, trade in goods is still the core part in future FTA negotiation, furthermore, high priorities include but not limited to tariff elimination, rules of origin, trade remedies and non-tariff barriers. As later comer of regional integration, both parties are forming their own model or preferences in FTA. Thus, by exploring the FTAs involving China and Korea, the implications and suggestions are, on the basis of such analysis, reliable and valuable.

Analysis on the Reform of Teaching Panel Law 106

Li Fangxiao / Doctor of law, professor and vice dean of School of Criminal and Judicatory Law, China University of Political Science and Law.

Abstract: Penal Law is a very important core course for the majors of Law and takes a significant position in the system of law education. The education of Penal law in China nowadays needs to be improved in its content, its course system and in teaching method. Some reforms should be conducted on the teaching mode of panel law in upraising its teaching effect. Based on the teaching targets of Panel Law, this paper suggests carrying out the teaching idea of "students-oriented" and improving the teaching quality by further adjusting and perfecting education content, course system, education methods, practice of logical thinking and so on.