

选择之债的具体适用

——以本土语境与比较法立法例的比对为中心

吴昊

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2021年11月29日; 录用日期: 2021年12月14日; 发布日期: 2021年12月23日

摘要

选择之债乃债法理论之中, 债的形态的一种, 且在《中华人民共和国民法典》颁布之前付之阙如。《民法典》实施之后, 学者亦鲜有提及选择之债之具体适用。在定义上, 选择之债指于数宗给付中, 依选择而定一宗之给付为标的之债; 而对于这一债之形态的核心, 即在于选择权的界定——含义、归属、性质以及为各立法例如出一辙所确定的跳转规则。在外部, 选择之债需要与单一之债、种类之债、选择竞合等概念加以区分。在功能性上, 选择之债亦得与债法上其他制度, 特别是给付不能、合同僵局下的解除发生牵连。

关键词

选择之债, 选择权, 替代权, 给付不能, 合同僵局

The Specific Application of the Debt of Choice

—Centering on the Comparison between the Local Context and the Legislation of Comparative Law

Hao Wu

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 29th, 2021; accepted: Dec. 14th, 2021; published: Dec. 23rd, 2021

Abstract

The selected debt is one of the forms of debt in the theory of debt law, and it was not paid before

文章引用: 吴昊. 选择之债的具体适用[J]. 争议解决, 2021, 7(4): 270-278.

DOI: 10.12677/ds.2021.74035

the promulgation of the “Civil Code of the People’s Republic of China”. After the implementation of the Civil Code, scholars rarely mentioned the specific application of selected debt. In terms of definition, the debt of choice refers to the debt of choice among several payments, and one payment is the subject of the choice; the core of the form of this debt lies in the definition of the right of choice—meaning, attribution, nature, and for each legislative example, there are exactly the same jump rules determined. Externally, the debt of choice needs to be distinguished from the concepts of single debt, type of debt, and selective competition. In terms of functionality, the chosen debt may also be implicated in other systems in the debt law, especially the inability to pay and the termination of contract deadlock.

Keywords

Debt of Choice, Right of Choice, Right of Substitution, Payment Impossibility, Contract Deadlock

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题之提出

选择之债，谓以得于数宗给付中，依选择而定一宗之给付为标的之债^[1]。中国大陆于《中华人民共和国民法典》¹颁布前迄无有关选择之债之规定。虽其位于《民法典》合同编总则，亦可因《民法典》486条而适用于其他法定之债。

选择之债于各国立法例中均有规定，且形式几乎如出一辙，主旨均关乎选择权之归属、选择权之行使、选择权行使迟延之救济、选择之标的发生给付不能时之救济。然实质上，对于选择权跳转之规定德国法可谓独树一帜，而我《民法典》更趋同于日本及我国台湾地区民法典。

我《民法典》以 515 条、516 条对选择之债相关问题加以规制，其中 515 条第一款规范选择权归属之原则及例外。就该条而言，原则与例外之规则似有南辕北辙之意味：民法为私法，追求意思自治，而本条但书以“当事人另有约定”作为例外，确有违背私法自治之嫌隙；如《德国民法典》，其本文为，“于有疑问时(im Zweifel)，选择权属于债权人”，该规范之适用虽于德国民法学界略有争议^[2]，但仍不掩其应列后于当事人之合意内容而适用。515 条第二款之主旨为选择权跳转之境况：选择权人若于合理期限内未作选择，则选择权经催告后跳转于对方。以文意观之，法技术及构造与日本及台湾地区民法典相埒，但本款亦有弊漏：其一，“享有选择权的当事人”范围过窄，亦作扩大解释，应包括第三人享有选择权之情形；其二，仅有转移之流程，而无终了之定局，若催告方取得选择权后仍不行使，对方是否可进行催告？对方催告再取得选择权继而仍不行使，则选择权辗转往复，永无终局。

516 条第一款为选择权之行使及效果，因选择权系属形成权，为有相对人之单方意思表示，因到达而生效力。本款未明确第三人享有选择权之情形应如何处理；且就选择权确定效果而言，但书之「标的确定后不得变更，但是经对方同意的除外」在各立法例中别具一格。第二款为受选择标的发生给付不能之处理，该款须明确文意之射程范围。

此外，于外部体系上，选择之债可倒逼牵连规范出现：例如，未于《民法典》中规制之确定权，其行使及法效果是否可类推适用选择权？选择竞合该当如何适用？替代权与选择权、单一之债、任意之债

¹ 以下简称《民法典》。

与选择之债之认定于中国法体系下存有疑问。

本文将以选择之债作为切入点，于第二部分界说分析选择之债及其近似概念；第三部分则将选择之债延伸，洞悉其与债法上其他制度之关联性；第四部分为结论。

2. 界说

(一) 选择之债及选择权

1) 选择之债

选择之债系属一项统一、且首先伴随着相对不确定但其内容最终又可确定之债务关系^[3]。谓相对不确定者，乃选择权行使之前，多宗各异给付被作为各详细之单一给付而考虑，债务人并以此方式而负担；谓最终可确定者，乃选择权行使之后，给付标的便被视为自始负担之给付而确定。选择之债并非仅限于多项相异质之给付标的，亦存在于选择不同之给付态样：如给付时点、输运方法之选择等。

由上观之，选择之债于现实之交易往来中并不具有经济意义：盖选择之标的于选择前均为债之关系所束缚，债务人难以对其处分而进行融资或作成其他交易目的之行为，因之，选择之债愈来愈被视为一种法学家所想象之产物^[4]，于现实中，交易安排多诉诸以替代权，以减缓债务人所受之束缚，但于遗赠中仍有选择之债之适用。

选择之债之产生，有法定与意定两途。德国法中，除有争议者外，依通说典型选择之债者有《德国民法典》第 546a 条第一款、《德国商法典》第 61 条第一款²等。选择之债当然可意定，且通常多发生于赠与或遗赠之场合。

2) 选择权之归属

各国立法例均于有疑问时将选择权赋予债务人。唯上文所提及，《民法典》第 515 条就权利归属之判定于文意表达上稍有瑕疵，而于实际应用中无伤大雅。法定选择之债中选择权之归依系由法律明文规定，而于意定选择之债，当事人可通过合意明确究属债权人或债务人，甚且为第三人。因此该条之定位应为补充性规范^[5]，其趣旨为于意思表示解释规则难以查明真实意思时，确定选择权之归属。

德国学者认为，《德国民法典》第 262 条所规定之补充规则，与实际利益状况相反：绝大多数场合下，确定给付之利益系于债权人^[6]。例如，学生于食堂进餐，同一价位之荤素安排由其自主决定；彩票之购买，亦由买受人一方定夺，并非为出卖人挑选。由是观之，于意思表示不明确时将选择权付之与债务人之规定并非妥适。因此德国学者主张，在该条文之规域下，为达成令当事人满意之结果，应通过意思表示解释方法竭尽可能消除存在之疑问，以此该规范便不会被适用^[7]。

笔者管见，选择权之归属不明确时，应以法律行为之种类作为区分前提：若选择之债为片务契约如赠与合同或遗赠时，不妨由债务人享有选择权，盖此时赠与人一方承担义务，由其自由选择，并不违背双方之利益状况。但此情形亦有例外，若该赠与为负负担之赠与，例如赠与人与受赠人达成合意，受赠人须对赠与人养老送终，才可选择其一套房产，则此时选择权交之与受赠人更优。若选择之债为双务契约，由于信息不对称之交易境况存在，债务人作为掌握给付标的一方，其总可知晓给付标之质量实情，因此易滋生劣币驱逐良币之现象³，不利于市场发展。因此，赞成德国学者之见解，《民法典》第 515 条，应基于意思表示解释之规则展开，不可贸然适用。

3) 选择权之跳转

a) 德国法之处理

² 商业辅助人侵害自己依第 60 条所负担的义务的，业主可以请求损害赔偿；代之于此，业主可以请求商业辅助人，将以自己计算所实施的行为视为为业主的计算所缔结的行为，并且请求其交出由为他人计算实施的行为中所取得的报酬，或者让与其报酬的请求权。

³ 例如，债务人总是将二手或者有瑕疵的物交付给债权人。

于德国法, 无论何者享有选择权, 均不负有选择之义务[8], 其实质体现为债权人或债务人均不可诉请权利人进行选择。但选择之债之履行系以选择从而发生特定化为前提, 因之法律规范之核心意指在于有选择权人不行使选择权应当如何处理。《德国民法典》第 264 条对选择权之构造, 在大陆法国家中堪称特立独行⁴。确切言之, 根据债权人享有选择权或债务人享有选择权发生不同效果。德国学者认为, 此种分类不仅冗杂并且脱离实际(umständlich und praxisfern) [9]。

债务人不履行其所享有之选择权, 此时该迟延对选择权不会产生任何影响, 并且选择之迟延并不会导致给付之迟延。质言之, 债务人处之选择权与其所负担之给付应当分离。选择权将一直存在于债务人履行时, 且债权人不能通过设定期限(《德国民法典》第 264 条第二款之反对解释), 将选择权转移到其处; 选择权会受限之情形, 毋宁说仅能通过债权人之强制执行而实现。因此, 区分执行开始之前之时间与执行之后之时间就犹有必要。在开始执行之前, 即使债权人未成功要求债务人选择债务或设定期间将其置于违约状态(上文所提及此时并不会陷入迟延), 债务人仍保留不受限制的选择权。债权人之诉讼请求仅能为根据债务人之选择从选择之债关系中的多项给付中选出一项, 嗣后作出相应之判决。此时选择之债之标的仍未具体化, 盖债务人并未承担选择义务, 同样该不履行仍不会造成损害赔偿之义务, 债务人之行为并没有违反合同。如果债务人被判决选择但仍然没有选择, 则债权人可以将执行指定为就某宗给付而履行。从债权人指定之履行之强制实施开始, 便发生变化: 债务人仍然保留选择权, 但其不能像强制执行开始前一样通过意思表示行使选择权, 而必须通过履行其被债权人选择之标的来进行履行。指定之结果是, 通过强制执行将多项给付开始集中于一项之上。但若指示执行之标的仍然不成功或事实证明成功之概率较小时, 债权人此时并不会受任何阻碍, 其仍可将执行指示到他宗给付之上。因此, 债权人只有在完全满意之后才受到约束[10]。

不同于债务人债权人可能会丧失其选择权。《德国民法典》264 条第二款之文本为: “债权人陷入迟延”, 此概念首先应当被明确: 根据上文, 选择权本质既然为一形成权, 因此债权人同样不背负行使选择权之义务, 因此此处并非指选择迟延。确切言之, 该处之迟延实谓债权人违反不真正义务下所发生之一般受领迟延, 亦即根据《德国民法典》293 条以下, 债务人经提供后所发生之效果。此时, 债务人为使债权人陷入迟延, 其必须提供选择之债合意下数宗全部给付标的才可发生本款所谓债权人陷入迟延之法效果。同时, 根据《德国民法典》295 条, 此时经言辞提供即已足够, 盖选择之债情形下, 债权人享有选择权并行使选择权系其助力债务人履行之必要行为, 债务人之言辞提出会催促债权人行使选择权使得一项标的被特定。但根据本款文意, 即使债权人处于受领迟延, 行使选择权也并非必须, 盖债务人仍可通过设定一段合理之期限以限制债权人, 当期限经过后若债权人仍为行使, 则选择权会移转到债务人处。在选择权移转至债务人处后债权人就不得再重新获得选择权, 若此时债务人在选择权跳转后就其所提供之数宗标的可行使选择权, 其可以于债权人再不履行其受领义务时, 通过提存使债务消灭[11]。

由是观之, 德国法根据选择权之性质, 以权利之归属分设不同法效果, 较为冗杂, 虽然最终选择权停摆于债务人, 且债务人之债务或可通过强制执行完成, 或可通过提存实现, 但这一立法构造在我民法典上, 难以从《民法典》515 条之文意中解释出该效果。

b) 日本法之处理

在日本法, 选择权其性质仍仅为权利, 因此不行使选择权并非违反义务。因此, 除开当事人之间有关于应当行使选择权之特殊约定场合以外, 选择权之行使仍不能被强制[12]。然而, 当拥有选择权的权利人不行使选择权时, 可能会对无选择权一方当事人产生不利影响。在这种情形下, 《日本民法典》第 408 条承认当满足一定要件的情况下, 选择权应当发生移转。

⁴ 比较范围包括西班牙、瑞士、葡萄牙、荷兰、俄罗斯、奥地利等国家与地区之民法典。

选择权跳转之要件在日本民法学界并无争议⁵，一般需满足：首先，一方为选择权人之场合下，债务处于履行期限内，亦即当对方享有届期抗辩权时，设定期间不发生跳转效果，需嗣及履行期届至尚可；其次，相对方对选择权人设定一段合理之期限，并进行催告；最后为选择权人在该期间内未进行选择。满足以上要件后，选择权发生跳转。

当第三人为选择权人之场合，选择权移转要件为第三人无法进行选择或者不欲行使选择权。该种场合下，结合《日本民法典》408条与409条第二项，无需待及履行期届至，亦不用对第三人设定选择期间并进行催告，此时选择权直接跳转到债务人处，若债务人再不行使选择权，其后债权人可进行《日本民法典》408条之程序。

以文意观之，日本法之立场更契合于我民法典，但问题诚如上述，在日本法相关文献中，笔者未曾寻找到如何解决“选择权辗转反侧”之出路。

c) DCFR 之处理⁶

《欧洲民法典草案》对选择权于当事人无合意且法律无明文规定时原则上归属于债务人之规制与其他立法例无差异，但选择权跳转之规则，有其独特构成：在该文本中，其区分两种迟延程度，即实质上等同于完全未履约与未达到完全未履约之情形。对于后一情形，跳转程序与上述日本法并无差异，仍然为设定确定期限，该期限经过后仍未行使时选择权转移。针对前项情形，何种程度下才可以构成“拖延实质上等同于完全未履约”？学者并未给出解释[13]。就文意分析，当选择权人为债务人时，若债务人未就数宗给付标的进行任何提供，有理由认为此时债务人行为表露出其拒绝履行之意思，则此时债权人无需设定期间而直接使得选择权跳转，债权人行使后即可强制履行该宗给付标的。若债权人享有选择权时，债权人一侧似难以解释出完全未履约之情形：盖根据通说，债权人受领义务为不真正义务，但于选择之债中，其利益状况较为特殊，若债务人已将数宗标的为之提供并言辞告知债权人，债权人仍不受领，债务人难以就多宗标的再为安排，此时可认为受领义务在此情形下可被作为真正义务之一，则此时债权人不行使选择权时，选择权跳转至债务人处，嗣后解决途径如同上文德国法之构造，债务人可将所选之给付进行提存。

综上分析，选择权跳转之构造，中国大陆即不同于德国以权利人进行区分之模式，亦不同于《欧洲民法典草案》以违约程度区分之模式，其更趋近于日本与台湾地区，即双方均可对权利方设定期间从而发生跳转效果。于中国法立场，虽然选择权不会最终确定于一方，但结合上文就选择权归属之分析，当法律行为系单务时，由于此时义务仅系于赠与人一方，由赠与人享有选择权并无不当，若债务人不行使选择权，则或出于倦怠，或出于不愿赠与，此时权利人可设定期间并进行催告，期间经过后债务人仍不选择时，债权人可自由选择。此时，若债权人再不行使选择权，对债务人仍有不利，此时债务人即可再设期间为之催告，亦可行使赠与中任意撤销权消灭赠与关系。

于双务合同中，若权利人享有选择权而不行使，对方设定期间并催告后可使得选择权发生跳转，相对方为取得对待给付，一般会尽快行使选择权使法律关系确定；特殊情况下，跳转方若不行使选择权，根据《民法典》515条之文意，丧失权利方仍可重复上述步骤取得选择权；此时权利来回流转于两方间，法律关系形如儿戏，以笔者管见，若从解释论出发，可对本条进行目的性限缩[14]，亦即选择权于相对人间仅可发生一次跳转，盖根据诚实信用原则，矛盾行为应当被禁止[15]，债权人或债务人先前不行使选择权，后取得选择权再不行使，则不得出尔反尔再次取得该权利；但解释论上问题在于，被禁止再次取得后，法律关系就进入僵持阶段，相对方得否行使解除权并请求损害赔偿，牵及问题过大，本文难以全述。另若从立法论出发，此时为相对方取得权利后设定法定除斥期间，期间经过后仍不行使，则选择权消灭。

⁵ 我妻荣、潮见佳男、平野裕之等法学家均未提出个别意见。

⁶ 《欧洲民法典草案》，第 III-2:105 条。

3. 相似概念之界分

(一) 种类之债与选择之债

种类之债，谓以不特定而可特定之给付为标的之债[16]。该债之关系下给付种类已确定，债务人所负担之标的为同种类物，经特定化后限缩为特定之债。而于选择之债中，给付标的为异质物，即不同种类之给付，德国学者认为，债务关系被判定为选择之债之要素可为：给付标的之数量、具有独特标记且不可被替代。种类之债与选择之债之界分较为明确，盖于选择之债中原则上允许就各给付标的自由选择，而在种类之债中根据《德国民法典》243条之文意所选之物应当具备中等品质与质量[17]。

选择之债与种类之债并非相互排除关系：当事人仍可达成种类选择之债之合意，即选择之给付标的均为不特定物，例如双方约定，买受人可从出卖人处选择100斤黑米或100斤红豆。该债务之履行，应为债权人首先行使选择权确定标的，而后再由债务人自行特定或经债权人之指示将给付特定。

(二) 选择竞合与选择之债

选择竞合与选择权相比，选择竞合为一项不涉及特定化且同样伴随着相对不确定内容之法律构造，更确切言之，权利人可于多项请求权或形成权中决定排除何种内容[18]。德国学者认为，《德国民法典》第262至265条有关选择之债的相关规范均不适用甚至不可类推适用于选择竞合，因此债务人不可为债权人设定选择之期限，且即使该期限被设定其经过后不会发生选择权跳转之境况。选择竞合就权利之排除系决之于其他标准，例如根据《德国民法典》437条第二项、441条，当买受人退货时，排除减价之权利。于德国选择竞合之著例有以下情形：对担保人而言存在一项选择竞合之境况，当其清偿债权人后，其可以享有根据《德国民法典》第774条法定债之移转所发生之追偿请求权，亦可享有从其与主债务人之间之债务关系中所产生之权利；《德国民法典》第285条所规定之代偿请求权与替代给付之损害赔偿请求权间的选择[19]。

中国法语境下，备受争议者为原《合同法》第111条，现《民法典》第582条。多数说认为，该条所称之“修理”、“重作”、“更换”、“退货”、“减少价款”之权利，应为债权人之选择权，构成选择之债；少数说认为，选择竞合之客体为权利，选择之债之客体为给付标的，因此该条系选择竞合之情形。少数说中又有认为该条构成选择竞合之例外，即当一项权利不能实现时，权利人仍可再继续选择。近来有学者提出第三种观点，称为“有限聚合说”，该说认为以上两说路径均有不妥，难以解释违约责任形式并用之问题，因此该说认为应在不违背救济方式功能异质性前提下发生请求权聚合[20]。笔者赞成新说，因该条中各项权利之救济目的有相同与相异性，其相同者当然可并用，如修理、更换与重做可与损害赔偿或减价并用。

(三) 替代权与选择权

替代权(Ersetzungsbefugnis)系一项并未于《德国民法典》中明确规定之权利，但该法律构造仍为司法实践及学者所承认。其可归属于债务人亦或债权人：若债务人享有该权利，则其可以通过其他物作为所负担之给付作成清偿。若债权人享有替代权，则其可要求债务人给付其他物作为所负担之给付。替代权具有独断性，就其内容而言可在事后改变一项确定之债务关系。与选择之债之不同在于，替代权所构成之任意之债中债务人之给付义务业已确定，其仅负担一项给付，而并非如选择之债般，存有多项平行之给付而经债务人或债权人之选择后发生确定[21]。学说上有关于任意之债与代物清偿间关系之争论[22]，乃系另一问题，并非本文主旨而留存不论。

替代权经合意而存于债务人处之著例，德国法上常举购买新汽车时买受人可主张以自己之二手车折抵一部分车价[23]，此时债务人亦可不选择行使折抵之权利而偿付全部款项。债权人享有替代权之情形与选择之债中债权人享有选择权之情形虽然原则上不同，但于实际结果上二者之差异却不分轩輊。在选择

之债，当债权人行使其选择权后，债务人即自始负担于该给付之上。相反，在债权人享有替代权时，只要债权人未将所合意之给付通过其他给付而替代，债务人就应当提供该给付，于该情形中就给付内容不存在不确定性。替代权之存在有利于债权人，盖于长期债务关系中，债权人可以请求变化之利益。

有替代权人是否受到替代表示的拘束或者其可以重新作出是有争议的。通说基于形成意思表示原则上不能撤回的考虑而肯定了拘束效力。反对观点区分何方享有替代权，债权人享有替代权时原则上被理解为不可撤回的形成意思表示，(当债务人享有替代权时，「konzentration」于给付提供时才开始)，因为债务人的意思表示没有形成效力，因此其可以在 242 条的限度内被撤回。拘束力在原则上被肯定是基于法律安全性的考虑。若有替代权人做出受拘束的表示，他将使用替代权，那么对方应当能够据此进行安排。这一适用不取决于债权人还是债务人享有替代权(此时是通说的理由)。但是替代权于个案中可以以合同解释或者法律的规定为根据而解释不同的解决方法。只要相对方并没有做出相应的处置，当其仍然坚持替代权人做出的决定时，那么他通常会违反诚实信用原则。

(四) 确定权与选择权

确定权未能为本次民法典立法所囊括。确定权同属于形成权之一种，其作用多为一方合理确定给付标的或对待给付标的[24]。例如，买方欲图向卖方订购一辆仍在制造中且为定制款之汽车，但由于该车所用材料以及人工费用于订立合同时不能确定，于是买卖双方达成“价格待定”之条款，且于交车时由卖方确定价格。此时，双方当事人即通过意思自治创设出一种确定权。有疑问之处在于，依据《民法典》第 472 条，要约之内容须具体确定，于该情形中，难谓汽车之标价于要约中即已确定，此时之解释出路，应为双方就价格之确定权达成合意，即使价格仍处于不确定状态，但此种不确定状态之发生系属当事人所欲追求之目的，因此也并非内容不具体确定之例外。

确定权与选择权在权利构造中有相似之处：选择权本身即属于对有限数目标的之确定，当选择之标的发生给付不能时，选择权人也不能就该不能之标的为之选择(但可归责于债务人除外)；而确定权之范围，参考《德国民法典》第 315 条规定，系为“公平衡量为之”之结果，也即若考虑双方利益后所确定之给付具有合理性，则公平衡量原则就得到保证。由是观之，选择权之行使目的，其实质亦系为于可能范围发生确定效果，因之选择权就其本质属于确定权之一种，质言之，选择权乃确定权之特殊形态。

在我民法典中虽无确定权之规范，但据上文之分析，并结合法学方法论之原理，就同种事物应发生同种适用[25]，因此，确定权相关规则实可类推适用《民法典》515 条以下之条文：即确定权若未为双方当事人意定或为法律规定，则其原则上归属于债务人，此处正当性在于，由对方确定己方之义务恰好得以破解信息不对称之僵局，有利于交易正常展开。其次，当一方之确定权迟延履行时，确定权可以跳转于对方。但就具体情形之适用，仍需裁判观点支撑，本文难以全述。

4. 与债法上其他制度的联动性

(一) 给付不能：选择之债与给付不能

《民法典》于 516 条第 2 款对选择标的发生给付不能之情形加以规制，即原则上选择权人不可选择不能履行之标的，例外为相对人导致该标的履行不能时，可继续请求。该款之立法表述虽形式与比较法相异，但实质上仍表露出给付不能得使选择之债发生特定之效果。

《民法典》580 条作为于给付不能时排除债务人之非金钱债务之规范，于选择之债中适用之前提为全部选择标的于选择权行使之前即已发生不能，此时就债务人一方发生狭义债之消灭，但次给付义务之产生视债务人是否具有可归责性而定；而当一宗或仍有其他宗给付余留时，所选择之标的限缩于其上；若标的发生不能系可归责于债务人，则债权人仍可选择该标的，此时一般将引发替代给付之损害赔偿，

若该标的有替代物,则会发生替代物交出请求权⁷;若相对方支出之费用满足落空费用之构成要件(《德国民法典》284条),可能会引发落空费用之损害赔偿请求权[26]。

于德国法,有学者认为《德国民法典》265条第一句即将给付义务限制在仍可能为之的给付之上会与双方当事人之利益背道而驰(interessenwidrig):对于债权人而言,所消灭之选择标的之选择可能性对其而言可能更具有意义;相反,在不可归责于债务人之境况,对债务人而言,不仅会失去所灭失物之所有权,其仍然有移转其他未灭失标的之义务,在无过错情形下债务人反而承担着更重之负担。因此,在判断个例时,仍然必须首先经过验证:即是否可以从双方当事人之意思表示中推断出与该条第一句不同之解决方案[27]。

(二) 合同僵局:选择之债之可适用性

中国法上存有一争议问题:违约方是否享有解除权。学者认为,当合同发生僵局时,债务人仍然负担给付义务,对其苛责过重,因此当满足一定要件后,即可触发违约方之解除权[28]。另有学者认为,合同僵局完全可通过继续性合同之终止制度解决,违约方解除权完全为错误概念,应当摒弃[29]。《民法典》就违约方是否享有违约权之立法亦历经周折,最终于580条第二款完成了违约方解除权之构造,该款之争议仍然极大,但非为本文主题,笔者所欲表达之事项:系通过民法典之体系效应,即可解决合同僵局之问题,而无需创设出违约方解除权之概念,惹起非议。

合同僵局问题之发生,主要问题在于享有解除权一方不行使解除权,因此违约方之义务仍然存续,此时债务人无任何救济可言,即其命运系于解除权人。解除权之本质,仍系一项确定法律关系之形成权,因此其行使应当迅速,以免使得相对方陷入不安状态,依照直接效果说时,解除之功能在于消灭债务关系从而发生返还;而依照间接效果说或折中说时,解除之效果在于法律关系之转化,产生全新返还义务[30]。同样,选择权所发挥之功用,亦为确定法律关系,使给付标的自始限于某一宗给付之上。因此在解释论上,选择权与解除权在实质功效上相同。由此,当发生合同僵局时,无解除权一方即可类推适用《民法典》第515条第二款,向对方设定行权期间,催告后若对方于该期间内仍未行使,则解除权发生跳转,此时即可破解合同僵局,无需舍近求远,违反债法体系创立违约方解除权。

5. 结论

选择之债于实践中发生之可能性微乎其微以如上述。就笔者观点,选择权之归属应为法律之补充性规定,当事人意思表示当然优先于或排除《民法典》515条第一款之适用。其次,当选择权人不行使选择权时,德国法、日本法、《欧洲民法典草案》所给出之方案均不相同,而笔者认为对该条在解释论上应进行目的性限缩,从而得以使选择权得以终局确定。

确定权虽于我国实证法上无明文规定,但分析其本旨,仍于选择权类同,因此可类推适用选择权相关规定。同样,对于合同僵局下解除权人不行使解除权而言,由于利益状况之相似性,笔者亦认为此时可类推适用《民法典》515条第二款,发生解除权之跳转。此为民法典之内部牵连效力,通过体系解释所产生之效果。

参考文献

- [1] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 264.
- [2] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, § 262Rn.1.
- [3] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, § 262Rn.2.
- [4] Looschelders (2018) Schuldrecht Allgemeiner Teil. 16. Auflage, Franz Vahlen Verlag, S. 102.

⁷《德国民法典》第285条,我国法上无该条请求权基础,但可类推适用《民法典》第390条。

- [5] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 70.
- [6] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §262 Rn. 4.
- [7] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §262 Rn. 3.
- [8] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §264 Rn. 1.
- [9] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §264 Rn. 3.
- [10] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §264 Rn. 5.
- [11] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §264 Rn. 10-12.
- [12] 潮见佳男. 债权总论 I: 债权关系、契约规范、履行障碍[M]. 东京: 信山社出版株式会社, 2003: 92.
- [13] 克里斯蒂安·冯·巴尔, 埃里克·克莱夫. 欧洲私法的原则、定义与示范规则: 欧洲示范民法典草案[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 657.
- [14] 恩斯特. 法律方法[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 118.
- [15] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 550.
- [16] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 238.
- [17] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §262 Rn. 5-6.
- [18] Looschelders (2018) Schuldrecht Allgemeiner Teil. 16. Auflage, FranzVahlen Verlag, 105.
- [19] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §262 Rn. 8.
- [20] 金晶. 合同法第 111 条评注[J]. 法学家, 2018(3): 185.
- [21] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §262 Rn. 9.
- [22] 陈自强. 无因债权契约论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 244.
- [23] Looschelders (2018) Schuldrecht Allgemeiner Teil.16. Auflage, FranzVahlen Verlag, 104.
- [24] Looschelders (2018) Schuldrecht Allgemeiner Teil.16. Auflage, FranzVahlen Verlag, 82.
- [25] 恩斯特. 法律方法[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 168.
- [26] Looschelders (2018) Schuldrecht Allgemeiner Teil.16. Auflage, FranzVahlen Verlag, 103.
- [27] Krüger (2020) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage, §265 Rn. 3.
- [28] 崔建远. 关于合同僵局的破解之道[J]. 东方法学, 2020(4): 107-116.
- [29] 韩世远. 继续性合同的解除: 违约方解除抑或重大事由解除[J]. 中外法学, 2020, 32(1): 104-127.
- [30] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 668.