

## 債之標的(下)

黃茂榮\*

### 四 貨幣之債

種類之債中，有以貨幣為指示之種類者。此即貨幣之債。貨幣之債可謂是種類屬性內涵最少，最不可能發生給付不能的債務。不過，外國貨幣之債可能因外匯管制而發生法律不能。貨幣之債應如何履行？以現金、票據、劃撥或轉帳？就個別貨幣之債，這應視交易習慣及具體情況認定之，不能一概而論。上述清償方法，如涉及新債務的負擔，則會引起間接給付（即新債清償）的問題（民法第三百二十條）。否則，即便以劃撥或轉帳的方法清償，亦應與現金給付同視。惟必須注意，在以劃撥或轉帳的方法清償時，債權人可能因為其與一定銀行之債務關係，而指定應向或不得向其在一銀行之帳戶劃撥或轉帳，以避免該帳款在進入該帳戶後被留置、扣押或抵銷。在估價單、收據、或發票上載有債權人之銀行帳號者，如無反對之約定，應解釋為債務人得以劃撥或轉帳的方法清償該文據上所載之債務<sup>22</sup>。

在貨幣之債，其規範最為關鍵者，首先是通用效力、外匯管制、本國貨幣之替代性、利息<sup>23</sup>。貨幣如果喪失通用效力已不再是貨幣。所以，約定「以特種通用貨幣之給付為債之標的者，如其貨幣至給付期失通用效力時，應給以他種通用貨幣」（民法第二百零一條）。外匯管制指關於外國貨幣之境內流通或匯出境外的禁止或管制。外國貨幣之境內流通如果受到禁止，外國貨幣即成為不融通物，不但不

\* 司法院大法官、台灣大學法律學院兼任教授。

<sup>22</sup> Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karkruhe, 1960, § 45, 2.

<sup>23</sup> 利息、租金及股利併列為三個最典型的法定孳息。他們分別是使用借用金錢、承租有體物（動產及不動產）或投資於事業之股本的對價。授權使用權利之對價稱為權利金，是類似於租金的法定孳息。但權利金之使用場合不像利息或租金嚴謹。只要是與權利之交易有關的對價，不論是基於授權使用，或基於購買，皆可能稱為權利金。選擇權之買賣雖與權利之授權使用無關，其對價亦稱為權利金。例如認購（售）權證之發行人向其購買人收取之對價即稱為權利金（所得稅法第二十四條之二）。

得以之做為交易的支付工具，而且不得以之做為買賣或兌換的標的。

除法律有特別規定或當事人有特約外，在債之關係成立後，未得雙方合意，當事人之任何一方皆不得片面變更債之客體。事後改變債之客體的約定即是：代物清償（民法第三百十九條）、間接給付（即新債清償）（最高法院八十七年度臺上字第四一二號、九十五年度臺上字第二四七七號民事判決）或更改（民法第三百二十條）。「以外國通用貨幣定給付額者，債務人得按給付時、給付地之市價，以中華民國通用貨幣給付之。但訂明應以外國通用貨幣為給付者，不在此限」（民法第二百零二條）。此即債權人事先同意債務人得以本國貨幣替代外國貨幣而為給付的推定。是否以本國貨幣替代外國貨幣而為給付，債務人有選擇權。以外國通用貨幣定給付額之債，在此意義下，具有選擇之債的性質。因有該條但書之推定的特別規定，反而債權人如要拒絕債務人以本國貨幣替代外國貨幣而為給付，應舉證證明雙方事先有「訂明應以外國通用貨幣為給付」。事後始為拒絕，會構成受領遲延。在民法第二百零二條所定情形，債務人對債權人，決定以本國貨幣替代外國貨幣而為給付，究竟應論為選擇之債中之選擇權的行使，因該選擇才定系爭之債之給付標的，或應論為債務人得單獨決定為代物清償（民法第三百十九條）？鑑於該債務本來有其約定之給付標的，所以還是以解釋為：債權人例外得單獨決定以代物清償的方法，以本國貨幣替代外國貨幣而為給付，較妥。是故，債務人如欲以本國貨幣替代外國貨幣而為給付，除有得為言詞提出以代現實提出的情形外（民法第二百三十五條），必須為給付之現實的提出，以便債權人得同時受領其提出之外國貨幣。

有疑問者為：其折算應以給付時、給付地外匯市場之買入或賣出的市價為準？應以賣出之市價為準。此外，還應加計兌換手續費。蓋必須以賣出之市價為準，並加計兌換手續費，債權人才能以受領之本國貨幣在外匯市場買入約定數量之同等數額的外國貨幣。從而不因債務人決定，以本國通用貨幣替代外國通用貨幣為給付，而使債權人遭受不利。

從公共利益的觀點看貨幣之債，除外國貨幣的問題外，最受關心者為消費借貸的利率。此即傳統上之重利盤剝的禁止問題。基於該價值上的看法，不但刑法有重利罪（第三百四十四條），而且民法亦有下述關於利息的規定。其中首先在民法第二百零三條規定法定利率：「應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律

可據者，週年利率為百分之五。」此為利率無約定或法律可據時，應適用之法定利率的規定。在法律規定之邏輯構造中，該條規定屬於關於法律效力之說明性法條<sup>24</sup>。利息依其規範依據可分為約定利息及法定利息。同樣的，利率依其規範依據可分為約定利率及法定利率。不過，約定利息不一定適用約定利率；法定利息也不一定適用法定利率。例如在具體情形，遲延利息縱使是法定利息，如當事人有利率之約定，仍應按約定利率計算該法定之遲延利息（民法第二百三十三條：「遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率。」）。原則上雖應優先適用約定利率，但因為約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權（第二百零五條）。所以，在這種情形等於適用法定之最高利率。

所謂無請求權，不僅是有拒絕給付之抗辯權，而是根本無該超出利息限額之請求權。然這究竟是指超過部份之利息債權不存在，或是雖有債權而無請求權？其差異為：如有債權而僅是無請求權，則其清償給付便不是非債清償。反之，無債權，則其清償給付是非債清償。當其是非債清償，則只有在為清償時，債務人明知債權人無債權或無請求權而為清償，始無不當得利返還請求權（民法第一百八十一條第三款）；當其不是非債清償，則在清償時，縱使清償人不知債權人無請求權，其清償給付亦不構成不當得利。在有債權而無請求權之債，債務人為清償給付後，固不得再依不當得利的規定請求返還<sup>25</sup>。但何謂已為給付，仍有探討餘地。在此所稱之給付應指現實給付而言。不含約定將利息滾入原本或債之更改<sup>26</sup>。其

<sup>24</sup> 關於說明性法條，請參照黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂五版，二〇〇六年四月，頁241。

<sup>25</sup> 最高法院四十四年度臺上字第一五一六號民事判決「對於無請求權者，債務人雖得拒絕履行，然其已為給付者，亦非必得請求返還。」最高法院五十六年度臺上字第一九七號民事判決「金錢債務之約定利率，超過當時當地中央銀行核定之放款日拆者，債權人對於超過部份，僅無請求權而已。若債務人已依約定利率給付，法院僅能就未給付之利息，認債權人無請求權，而不得就已生清償效力之利息，認債權人應退還債務人。」

<sup>26</sup> 最高法院九十一年度臺簡抗字第四九號民事判例「民法第二百零五條既已立法限制最高利率，明定債權人對於超過週年百分之二十部分之利息無請求權，則當事人將包含超過週年百分之二十部分之延欠利息滾入原本，約定期限清償，其滾入之利息數額，仍應受法定最高利率之限制。故債權人對於滾入原本之超過限額利息部分，應認仍無請求權，以貫徹『防止重利盤剝，保護經濟弱者』之立法目的。又債之更改，固在消滅舊債務，以成立新債務，惟超過限額部分之利息，法律既特別規定債權人對之無請求權，債權人自不能以債之更改方式，使之成為有請求權，否則無異助長脫法行為，難以保護經濟上之弱者。」

次，債務人縱使知之，如果因刑法第三百四十四條的規定，而將超限利息之支付，定性為因不法之原因而為給付，且不法之原因僅於受領人一方存在，則為清償之債務人還是得請求返還（民法第一百八十八條第四款），不受同條第三款的限制。這兩種解釋皆還在民法第一百八十八條第三、四款之可能的文義範圍內。最後究竟如何，在解釋上這取決於法秩序之規劃上的決策<sup>27</sup>。

關於利息，不宜單純從絕對的利率管制，而應從銀行業之合理的利差制訂管理的範圍。所謂合理的利差指存款與放款之間的利率差額。例如一般銀行定期存款利率是百分之八或是百分之二時，不可等同看待，皆以年利率百分之二十為上限。此外，關於利息，尚有複利的限制「利息不得滾入原本再生利息。但當事人以書面約定，利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其規定（第一項）。前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之（第二項）」（第二百零七條）。

另「約定利率逾週年百分之十二者，經一年後，債務人得隨時清償原本。但須於一個月前預告債權人」（第二百零四條第一項）。亦即約定利率逾週年百分之十二時，貸與人方超過一年之期限利益不受保護。為提前清償原本，借用人必須於一個月前預告債權人終止其間之消費借貸契約。該終止之通知依該項規定應附以一個月以上之始期。有疑問者為：借用人得否在消費借貸期間未滿一年時，即於一個月前預告債權人，在該消費借貸滿一年時終止契約。在此，預告之目的應僅在於使債權人得預為資金之運用的安排，所以應解釋為：借用人得在消費借貸期間未滿一年時，即於一個月前，預告於消費借貸期間經一年後之任何時點終止契約。尚有疑問者為：縱使如此，其終止之時點是否應限於月底？如有限於年底之約定者，是否應以其過長，縮短為每月底？應採至長為每月底的標準。

關於利息，最後還有巧取利益之禁止：「債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法，巧取利益」（民法第二百零六條）。用來巧取利息的方法，首

---

<sup>27</sup> 就法律之此種解釋的可能性，針對德國在第三帝國的經驗，Bernd Rüthers 在其教授論文：《Die Unbegrenzte Auslegung, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1968》有深值參考的論述。活用這樣的解釋可能性，固可使法院隨時代之變遷，演進法律，確保國家民族的進步；但如遭濫用，也可使法院曲從於不義的權力，置同胞於苦難，萬劫難復。這是在理論上，從概念法學向利益法學或價值法學；在實踐上，從形式意義的法治國家向實質意義的法治國家發展時，必須逐步克服之左右為難的困境。

先為約定在消費借貸之期初預扣利息，減少本金之給付，就事實上無給付之本金併計利息。按關於消費借貸，民法雖無利息應於期初或期末給付之規定，但衡諸有償消費借貸之目的，在於支付利息，取得資金之融通，所以應解釋為利息於期末後付，以符利息為本金之使用對價的性質。是故，期初預扣利息之消費借貸，應以預扣利息後實際給付之金額為本金。並就該本金數額適用約定之利率計算利息<sup>28</sup>。約定以預扣利息前之數額為本金者，違反民法第二百零六條，巧取利益<sup>29</sup>。其次為利用更改將超過限額之利息轉化為原本，以虛擬超限利息已經給付的外觀，排除債務人引用民法第二百零五條獲得保護的可能性<sup>30</sup>。

遲延給付之違約金的約定，雖亦很容易被濫用為巧取消費借貸利益的方法，但因最高法院認為，就消費借貸之遲延給付約定的違約金，應與利息分別看待，使違約金固受民法第二百五十二條關於約定之違約金額過高的限制，法院得減至相當之數額。但不受民法第二百零五條關於最高利率 20%之限制。是故，約定之違約金本身，或與利息相加後，比之於本金，縱使超過 20%，亦不論為：以違約金巧取第二百零六條禁止之利益<sup>31</sup>。不過，法院在斟酌約定之違約金是否過高時，仍應將約定之利率考慮在裡面<sup>32</sup>。

---

<sup>28</sup> 最高法院二十九年上字第一三〇六號民事判例「據上訴人稱，借字上所載一千二百元之數額，實照八折扣算，祇收到九百六十元云云。如果屬實，自係民法第二百零六條所謂以折扣方法巧取利益，關於折扣之二百四十元，被上訴人既未實行交付，即不發生返還請求權。」最高法院七十七年度臺上字第一六四號民事判決：「自貸與金額中預扣利息，該預扣部分既未實際交付借用人，自不能認為係貸與本金額之一部（本院二十九年上字第一三〇六號判例參照）。故利息先扣之消費借貸，其據以計算利息之本金額應以利息預扣後實際交付借用人之金額為準，於約定依本金之一定比例支付違約金者，其據以計算違約金之本金額，亦同。」

<sup>29</sup> 最高法院七十八年度臺上字第一五六三號民事判決「被上訴人實貸二百十萬元，而以三百萬元計息，實貸一百萬元而以一百三十四萬元計息。此與民法第二百零六條規定所謂巧取利益之情形，適相符合，應為法所禁止。」

<sup>30</sup> 最高法院九十一年度臺簡抗字第四九號民事判例。該判例要旨請參見本文註 10。

<sup>31</sup> 最高法院五十五年度臺上字第四〇六號民事判決「約定給付滯納金係屬確保債權效力之一種強制罰，與利息性質迥異，不得謂為巧取益而無請求權。」滯納金應當是國家對於違反公法規定之給付期限，而對於公法上之金錢債務加計的強制罰。這不應適用於私法上的金錢債務。實務上應拒絕此種約定，以降低債權人與債務人間之不必要的身分摩擦，破壞法律和平。

<sup>32</sup> 最高法院認為，「違約金不論為懲罰性或損害賠償之性質，均與利息之性質不同，不得以利息與違約金合計超過年息百分之二十，即謂其超過部分無請求權」（最高法院八十四年度臺上字第一六三二號民事判決）。在違約金的加計，容易從違約者無理的觀點，認為債務人有過在先。從而對其少有同情。而其實應將非金錢之債與金錢之債分別看待。非金錢之債因可能具有不可代替性，而必

利息之債在發生上附屬於原本之債。利息之債雖然因此被認為是原本債務之從債務，但在發生後，其存續有一定程度之獨立性。可以獨立於原本債權移轉，也有自己的消滅時效期間。惟所移轉者如為將來之利息債權，該利息債權若未經證券化，可能帶有源自原本債權之抗辯權。例如債務人提前清償原本債務（民法第二百零四條第一項）或利息債權超過利息限額（民法第二百零五條），都可能使移轉之將來的利息債權遭遇抗辯。在原本債權移轉時，「未支付之利息，推定其隨同原本移轉於受讓人」（民法第二百零九條第二項）。「如債權人給與受領原本之證書者，推定其利息亦已受領」（民法第三百二十五條第二項）。然除得反證推翻上述推定之事實外，並不因上述規定而使利息債務在存續上依存於原本債務。

## 五 選擇之債

在債務契約之締結時，就數宗給付，有時當事人之一方尚不能決定，究竟應以哪一宗為標的，但卻又希望締結一個非僅是附以停止條件，而是立時有效的契約，以免失去希望之交易機會時，則就債之標的，他們可能將可供選擇之數宗給付，約定為可供候選之標的範圍，而將最後的選擇權保留給當事人之一方。於是形成一個法律狀態：於數宗給付中，當事人之一方得選定其一。此即選擇之債。該選擇權只能歸屬於一方，而不得歸屬於雙方。歸屬於雙方者，該契約將因意思表示尚未一致，而不成立。在選擇之後，其標的由得確定轉變為確定。可供選擇之標的通常為特定物，不過，也可能約定在數個種類之標的中選擇其一。例如不同出發地及目的地之來回機票一張或某廠牌某型之重型機車一台。在招標案中亦常見以某廠牌某型號之設備或其他廠牌之同級品為標購標的之一<sup>33</sup>。

---

須藉助於違約金，以促其實現；而金錢之債具有可代替性，其不履行所涉及者主要為債務人之支付能力的問題。在給付遲延時，加計違約金之真正意義還是在於對不良債權之利率的差別待遇。是故，不將利息與違約金合併考量，並不妥當。至於合併計算後如超過百分之二十，應如何處理，是另一個需要制度性規範的問題。

<sup>33</sup> Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karkruhe, 1960, § 41, 1. 在招標案，關於採購標的，不以規格指示給付物，而先以一定廠牌之某型號的產品為例示，再以未指名之其他廠牌同級品概括可供得標人選擇之採購標的物，即是種類的選擇之債。此種約款極易在驗收時引起履標糾紛。此種標案，宜先就採購

如果一個債有數宗給付可供債務人或債權人選擇為最後履行之標的時，則為其履行上之需要，與種類之債一樣，必須將債之客體，從多數或不特定復歸於一或特定，以使其給付成為可能。在種類之債，有其標的品質之分級及指定；在選擇之債，其數宗給付在該具體債務關係，主觀上等值<sup>34</sup>，有選擇的規範需要。有選擇權的一方，得任意在可供選擇之等值的數宗給付中，透過選擇，以特定最後依債務之本旨，債務人應給付，或債權人得請求給付之標的。在因不可歸責於債務人之事由，致給付不能的情形，民法第二百五條第一項及第二項所定之免給付義務與代價請求權間；在買賣因標的物有瑕疵，致出賣人依民法第三百五十四條至第三百五十八條之規定，應負瑕疵擔保責任的情形，民法第三百五十九條所定，買受人得解除買賣契約或請求減少其價金的權利間；就物之損害的賠償方法：被害人在回復原狀與金錢賠償間（民法第一百九十六條及第二百十三條）有選擇權<sup>35</sup>。這些情形皆構成選擇性競合的關係。賠償的方法並非強行規定，在約定的損害賠償之債，當事人得事先約定其賠償方法<sup>36</sup>。這是否為一種選擇之債？有採否定

---

之種類標的物開以規格為基礎之資格標，而後再開價格標。又不同廠牌之相同或可接受之相當規格的產品，在市場上有由市場決定之常規價格時，可考慮以其對於該常規價格之折讓折扣為價格標之決標標準。這可避免以絕對價格為標準決標，所發生之不公平競爭。

<sup>34</sup> 最高法院四十八年度臺上字第一五六三號民事判決「數宗給付可由契約當事人選擇者，係指該數宗給付係屬平行並無先後之分，且無須待某種條件成就後始有其選擇權者而言。」

<sup>35</sup> 最高法院七十四年度臺上字第一七四號民事判決「不法毀損他人之物者，民法第一百九十六條規定，應向被害人賠償其物因毀損所減少之價額。在實務上，固認並不排斥同法第二百十三條之適用，即被害人仍得依選擇而按該規定為修復費用之請求。然修復所需之費用與減少之價額，未必相同。原審既認上訴人應依民法第一百九十六條規定賠償，而命賠償之金額又以修復費用為準，已嫌未洽。」究竟應依民法第一百九十六條或第二百十三條計算上訴人應給付之賠償金額，視被上訴人選擇之請求依據而定。這即便在民法第二百十三條第三項於八十九年四月二十六日修正公布前，亦然。因為這涉及在賠償請求前之選擇權的行使，所以，即便在採新訴訟標的理論，以原因事實界定訴訟標的（甲毀損乙之物）的情形，被害人就其請求的規範依據還是必須有正確的主張。否則，容易遭到敗訴。不過，應當認為只要被害人主張請求修復費用，即應解釋為其請求「支付回復原狀所必要之費用，以代回復原狀」，而不必具體引用民法第二百十三條第三項。

<sup>36</sup> 在物之損害，其賠償的方法，不但在侵權行為的情形，民法第一百九十六條及第二百十三條規定，被害人得在請求賠償其物因毀損所減少之價額或回復原狀間做選擇，而且在保險給付，保險契約亦可能約定保險人有類似的選擇權。最高法院七十年度臺上字第四一五五號民事判決「查上訴人提出之空白汽車保險單用紙，其背面印有汽車保險基本條款，該條款第十八條之內容略為：『被保險汽車遇有毀損或滅失時，本公司得自由選擇……加以修理，……或對於該項毀損或滅失之數額償付現款，……』，係約定因保險事故毀損之轎車，保險人有權選擇修理或償付因毀損所減少之價額，為

的看法<sup>37</sup>。至於在積極侵害債權與侵權行為之損害賠償責任間，是否亦構成選擇的關係？最高法院顯然自請求權競合說採肯定的見解<sup>38</sup>。惟如採請求權規範競合說，則因只有一個請求權，無請求權之選擇關係。在債務的履行階段，如有類似上述的發展，則原來有特定給付之債務關係可能轉為（例如在給付不能）或附加（例如在物之瑕疵）一個選擇之債。

上述情形，有疑問者為：一經選擇之後，是否還得重為選擇？從形成權之教義上（dogmatisch）的觀點論，選擇權行使後，非有產生另一變更權或選擇權之新的法律事實發生時，原則上固不得重為選擇。但相同之賠償方法的給付內容不同時，應容許在不改變賠償方法的前提下，改以金錢給付替代實物或狀態之回復原狀的給付。蓋依民法第二百十三條第三項，在同條第一項規定的情形，債權人得請求支付回復原狀所必要之費用，以代實物或狀態之回復原狀。惟該改變如使賠償義務人已支出之實物或狀態回復原狀的準備費用歸於無用，而遭受損失，賠償義務人得請求將該無用的費用自其應賠償之金額中扣除<sup>39</sup>。在此，所謂產生另一變更權

---

其理賠之方式。按選擇之債，經有選擇權人之選擇，成為單純之債。依民法第二百十二條規定，其選擇之效力，並溯及於債之發生時。故選擇之債，一經選擇，即視為自始為單純之債。」

<sup>37</sup> *Esser* 稱這種由一個事件引起之損害賠償請求權與解除權間，或解除權與請求減少價金間之選擇性競合構成者，為數個不同的履行上之債務關係，而非一個選擇之債的關係（*Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960, § 41, 1 b).*）。

<sup>38</sup> 最高法院六十九年度臺上字第一四〇二號民事判決「債務人之違約不履行契約上之義務，同時構成侵權行為時，除有特別約定，足認為有排除侵權責任之意思外，債權人非不可擇一請求。」

<sup>39</sup> 最高法院八十七年度臺上字第八〇三號民事判決「損害賠償，以填補損害，使被害人獲得完全賠償為最高原則。是物被毀損時，被害人除得依民法第一百九十六條請求賠償外，並不排除民法第二百十三條至第二百五條之適用，為本院向來之見解。被害人此種選擇權，於向賠償義務人為選擇之意思表示後，原則上固應受其拘束，但如賠償義務人尚未為回復原狀之準備，或逾期不為回復，或回復顯有重大之困難者，被害人改依民法第一百九十六條請求賠償，對賠償義務人無何影響，尚與誠信原則無違，應無不予准許之理由。」該判決中認為，被害人於選擇回復原狀為賠償方法後，得請求改依民法第一百九十六條請求賠償的見解，與選擇權的性質衝突。被害人在該判決所述情形，得請求變更者為其給付的內容：自第一項所定之自然或事實的回復原狀，改為第三項所定之金錢的回復原狀。該給付內容之變更並不改變其賠償方法：改變前後都是回復原狀。倒是第三項所定之金錢的回復原狀與第一項所定之金錢賠償不同者：不是其給付內容，而是其給付金額之計算基礎。其計算基礎，在金錢賠償為，物因受毀損而減損之交易價值；在回復原狀為，為回復該物在受損前之效用及價值所必要的費用。其回復的過程為，先回復其效用，再視效用回復後，其交易價值的增減，決定雙方之找補關係。例如甲向乙借得汽車一部出遊。旅途中因輪胎壓到尖石而洩氣。設甲請汽車修護廠補胎，則雖可回復其效用，但補後之輪胎的交易價值或多或少會有所減損；反之，

或選擇權之新的法律事實，例如經債權人定相當期限催告後，債務人逾期不為回復者，債權人得請求以金錢賠償其損害（民法第二百十四條），或有不能回復原狀或回復顯有重大困難，債務人應以金錢賠償其損害（民法第二百十五條）。

為選擇之債之履行，首先必須規定選擇權的歸屬。就此，民法第二百零八條規定，除法律另有規定或契約另有訂定外，原則上選擇權屬於債務人。惟不但契約可能約定，而且法律亦可能規定（民法第二百二十五條、第三百五十九條）選擇權屬於債權人。此外，選擇權還可能約定由第三人行使。選擇權之行使為形成權的行使。民法一概規定應以意思表示為之，以避免學說與實務關於行使形成權之通知，究為法律行為或準法律行為的無益爭論。且「債權人或債務人有選擇權者，應向他方當事人以意思表示為之。由第三人為選擇者，應向債權人及債務人以意思表示為之」（民法第二百零九條）。亦即其行使是需要特定相對人之意思表示。因為選擇權是一種形成權，所以，民法第二百十條規定，「選擇權定有行使期間者，如於該期間內不行使時，其選擇權移屬於他方當事人（第一項）。選擇權未定有行使期間者，債權至清償期時，無選擇權之當事人，得定相當期限催告他方當事人行使其選擇權，如他方當事人不於所定期限內行使選擇權者，其選擇權移屬於為催告之當事人（第二項）。由第三人為選擇者，如第三人不能或不欲選擇時，選擇權屬於債務人（第三項）。」該規定模式與一般形成權之規定不同者為：選擇權不因未於應行使之期限內行使而消滅<sup>40</sup>，或視為已行使<sup>41</sup>。蓋在選擇之債，就數宗標的必須有所選擇。未為選擇，因不能確定應為給付之標的，該債的履行關係無法啟動。而使選擇權消滅或擬制為已選擇，皆不能生選擇的結果。「選擇之效力，溯及於債之發生時」（第二百十二條）。

---

甲如請汽車修護廠更換為相同品牌及規格之新胎，則除回復其效用之原狀外，至少輪胎部分必有交易價值的增加。要之，甲給付之金錢超出回復原狀所必要之費用的數額，含有益費用。就有益費用部分，於乙受有利益之現存價額的限度，甲得依不當得利的規定請求乙返還。

<sup>40</sup> 關於解除權，除有除斥期間之規定外，並有由相對人催告行使之規定。例如民法第二百五十七條規定，「解除權之行使，未定有期間者，他方當事人得定相當期限，催告解除權人於期限內確答是否解除；如逾期未受解除之通知，解除權即消滅。」就物之瑕疵擔保的解除權，第三百六十一條重申相同的規定。在上述情形，於催告期間屆滿時，縱使除斥期間尚未經過，該解除權依然消滅。至於撤銷權之存續問題，則單純依靠除斥期間。

<sup>41</sup> 關於承認權，經催告而不為承認之意思表示者，視為拒絕承認，這等於視為已行使。例如民法第一百七十條第二項、第二百零二條第一項。

在選擇之債，「數宗給付中，有自始不能或嗣後不能給付者，債之關係僅存在於餘存之給付。但其不能之事由，應由無選擇權之當事人負責者，不在此限」（民法第二百一十一條）。在該條但書情形，選擇權人得選擇該已陷於給付不能之給付為債務人應給付之標的。而後適用給付不能之規定，規範雙方的關係。其結果，通常為債權人得依民法第二百二十六條對於債務人請求賠償損害。

購買一筆土地之部分者，在移轉前，出賣人與買受人就該筆土地固不構成共有關係。但有疑義時，該買賣是否應解釋為應有部分之買賣，值得探討。採肯定的看法，可避免出賣人事後之恣意分割，應比較公平。蓋如解釋為應有部分之買賣，則其履行之結果首先將使出賣人與買受人就該筆土地按其應有部分構成共有關係。後來買受人將取得該筆土地之哪一區位，取決於該共有物之分割的結果。如何分割，應依物權法關於分別共有土地之分割的規定（民法第八百二十四條），而不是在債權的層次，由出賣人任割一塊與約定面積相符之區位的土地為給付即符合債務之本旨<sup>42</sup>。

與選擇之債類似者為任意之債。任意之債的特徵為：依雙方之債務關係，其債務標的雖為特定。但雙方復約定當事人之一方有權，經由單方之意思表示決定，以另一給付替代原來已特定之給付。最高法院稱該權利為代替權。該代替權之存在，使任意之債的效力樣態與選擇之債類似。代替權人有權決定符合債務本旨之最後給付標的。然因任意之債原有特定之給付為其標的，所以，代替權的行使應配以現實給付為之，亦即應以代物清償，而不得以間接給付或更改的方式為之。此與選擇之債不同。例如在買賣，為物之瑕疵擔保責任的和解，買賣雙方約定：出賣人得以有價證券或商品抵充原來之給付者，該約定即係出賣人（債務人）得以另一給付代替原特定之給付的約定。因該約定只是賦予出賣人代替權，而無使

---

<sup>42</sup> 最高法院七十八年度臺上字第八九九號民事判決「所謂選擇之債，係指於數宗給付中，得選定其一宗為給付標的之債。其數宗給付相互間，具有不同內容而有個別的特性，為當事人所重視，故須經選定而後特定。與種類之債以給付同種類，同品質、同數量之物為標的者，有所不同。本件依被上訴人提出讓渡書之記載以觀，張○治係將台北縣○○鎮○○段○○○段○○○○號土地二百坪讓與被上訴人，原審認定該十八之一號土地於五十一年八月二十一日讓與當時，面積達○點三一六七公頃。依被上訴人主張，自其中割出二百坪移轉登記於被上訴人，即符合債務本旨。似此情形，被上訴人並不重視該二百坪土地之位置何在，對於受讓土地之利用價值如何，未特加在意，與上述選擇之債之性質，尚屬有間。」

出賣人得任意以負擔新債務的方法，滯延原特定給付之義務的意思，所以該約定不使原來之特定給付之債，轉為選擇之債。

在任意之債，因其給付標的為特定，代替給付僅居於補充地位而已，故債務人有代替權時，債權人只有權，請求原定之給付，但無權請求替代給付；債權人有代替權時，債務人應為原定之給付，但債權人得請求替代給付。

在此基礎上，代替權屬於出賣人（債務人）者，出賣人若要享受該代替權給予的利益，應以代物清償的方式，在清償時、清償地，以合於債務本旨的方法，現實為該替代給付<sup>43</sup>。代替權如在買受人（債權人）方，債權人如欲請求以替代給付代替原特定之給付，債務人亦應以現實給付（代物清償）的方式，為承諾。否則，債權人事後得再改以原特定給付為請求給付之標的。在此意義下，債務人在受請求時，如不即以現實給付承諾，該代替權之行使，無不可回復之形成效力。該債務關係繼續停留在任意之債的狀態。從而債權人可以依其後來的想法，請求原來之給付，或再次行使代替權，請求債務人，以該替代給付清償債務。此與選擇權之行使具有形成效力，使選擇之債在選擇權之行使後，不可回復的轉為特定給付之債，不同。此外，任意之債之約定的效力與間接給付之約定亦不相同：在間接給付之約定，債權人應先行使新債權，必須待新債權之行使，無約定之效果時，始得行使舊債權（民法第七百十二條第二項參照）。而在任意之債，代替權屬於債權人時，債權人得任意決定，請求債務人為原來給付或為替代給付。

---

<sup>43</sup> 最高法院七十八年度臺上字第一七五三號民事判例「選擇之債，謂於數宗給付中，得選擇其一以為給付之債；任意之債，謂債務人或債權人得以他種給付代替原定給付之債。選擇之債，在特定前，數宗給付處於同等地位以待選擇，非予特定，債務人不能為給付，債權人亦不能請求特定之給付。任意之債，其給付物為特定，代替給付僅居於補充地位而已，故債務人有代替權時，債權人祇得請求原定之給付，債權人有代替權時，債務人應為原定之給付。選擇權之行使，以意思表示為之，即生效力。代替權之行使，則為要物行為，代替之意思雖已表示，若未同時提出代替物，其債之標的仍為原定給付。」