

# 論「動產所有權善意取得」之若干問題\*

張永健

(台灣大學法研所碩士班研究生)

## 目次

- 壹、序言
- 貳、現行法解釋論上的若干重要問題
  - 一、第七六一條占有移轉之問題
    - (一)簡易交付
    - (二)指示交付
    - (三)占有改定
  - 二、物權編修正草案增訂「重大過失」但書之探討
  - 三、第九四九條的「兩年內」所有權歸屬問題
    - (一)原所有人歸屬說
    - (二)善意受讓人歸屬說(所有權溯及回復)
    - (三)善意受讓人歸屬說(所有權不溯及回復)
  - 四、綜合評釋
    - 1. 通說見解困境舉隅
    - 2. 少數說見解之問題
    - 3. 現行法下之抉擇
- 參、另一套善意取得制度之可能性

- 一、第九四八條和第九四九條區別的正當性何在？
- 二、以公開與否作區分的善意取得制度
  - (一)財產權界定明確
  - (二)增加自願性交易的發生
  - (三)可降低無權處分和偷竊之發生
  - (四)防盜成本較低
  - (五)減少無謂的調查成本
  - (六)法律解釋上較為容易
- 三、小結
- 肆、結論

## 摘要

學說上對於動產所有權善意取得之討論多矣！只是大部分的論述集中在法律繼承、文字考證或現有體系的整合解釋上，本文運用法律經濟分析方法，以「減少交易成本」和「增加效率」為判斷標準，在現行法的框架底下，探討現制的缺失、評判學說爭議並臧否物權修正草案。結論上本文認為第七六一條的四種交付方法均可於善意取得制度適用無礙，至於所有權歸屬的理論，本文傾向「原所有人歸屬說」。

但本文更著重在一套新的善意取得制度的建構，用「公開市場購得」與否作為

\* 本文作者感謝台大法律系王澤鑑、詹森林、陳聰富教授、台大經濟系古慧雯、熊秉元教授的寶貴意見和鼓勵。文雅、光威、煜偉、曉嵐、喬榆、詩穎、鎮宇、雅冷對本文的指教，作者亦銘感在心。匿名審稿人一針見血的評論，筆者收穫尤豐，不勝感激。

唯一的判斷標準，可以減少交易成本，促使交易發生，法律解釋也較為容易，本文認為是比較有效率，也比較值得採行的善意取得制度。

關鍵字：效率、制度、願付價格、財產權界定、成本、善意取得

## 壹、序言

動產所有權之善意取得乃民法上之重要問題，我國民法在第九四八條至九五一條作了精細而繁複的制度設計，但是，過度複雜的「原則、例外、例外的例外…」並不見得是好的設計<sup>1</sup>（除非複雜的制度能提供好的誘因或減少交易成本）<sup>2</sup>。財產權界定不清楚反而可能造成經濟上的無效率（inefficiency）<sup>3</sup>！

<sup>1</sup> Landsburg 的一段話深值玩味：「即使是較複雜的規則能提供更適切的誘因，法院通常仍被建議採行簡明易懂的法律規則。蓋簡單所帶來的好處足以證成該簡明易懂的法律規則。」 See Steve E. Landsburg, PRICE THEORY 485 (4<sup>th</sup> ed., 1999) South-Western.

<sup>2</sup> 此處感謝匿名審稿人一針見血地指出「複雜和界定不清之間並無邏輯關係」，本文同意之。不過，後文的論證正是在試圖論證：在動產善意取得制度上，現行法的複雜正是造成財產權界定不清的元凶！

<sup>3</sup> 經濟學一般所稱之「效率」（efficiency），係指柏瑞圖效率（Pareto efficiency），其定義是：「如果我們無法在不損及他人的情形下同時增進福祉，這種狀態就符合柏瑞圖效率。」

而本文所謂之「效率」（efficiency），是採用一般法律經濟學探討時所採用之「Kaldor-Hicks」標準，而非前述的柏瑞圖標準，定義略為「贏家賺到的比輸家失去的來得多，贏家是否彌補輸家不論。」

兩者的差別可以說就是在柏瑞圖效率標準中，不是自始無人受害，就是贏家要完全彌補輸家。 See William M. Landes, Richard Posner, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW 16 (1987) Cambridge, Mass.: Harvard University Press and Mitchell A. Polinsky, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS 7 (1992) Boston: Little, Brown and Anthony Ogus, REGULATION: LEGAL FORM AND

又民事法上善意取得制度之範圍相當廣，為求集中論點，本文將只討論最典型的「動產」「所有權」之善意取得。

本文以「法律經濟分析（economic analysis of law）」作為分析方法，希望能為這個由來已久的爭議問題注入新血。

本文在「貳」中將以現行法為本，輔以物權法修正草案，討論在我國之法律制度下，經濟分析之理論如何解釋學說上之若干重大爭議問題。在「參」則嘗試建構一套較有效率的善意取得制度。在「肆」中作結。

## 貳、現行法解釋論上的若干重要問題

### 一、第七六一條占有移轉之問題

第七六一條規定之「簡易交付」、「指示交付」、「占有改定」，是否適用於第九四八條以下之善意取得規定，我國學說上爭論不休，以下分論之：

#### （一）簡易交付

德國民法第九三二條第一項後段明定「受讓人需自讓與人取得占有，始能善意取得」。我國多數說<sup>4</sup>亦認為此規定可資贊同，蓋若非如是，則若A從B處取得M物之占有，且不知誰是真正的所有人，只要C說服A，使A認為C是所有人，而為讓與合意，A就會取得M之所有權，此結果顯不合理。但這也意味著「即令B不是所有人，只要AB有讓與合意即可使A取得所有權。」

本文贊成此見解。

ECONOMIC THEORY 24 (1994) Oxford；國內文獻請參葉俊榮，〈出賣環境權〉，收錄於《環境政策與法律》，54頁（1996），月旦。

<sup>4</sup> 陳自強，〈民法第九百四十八條動產善意取得之研究〉，收錄於《民法物權爭議問題研究》，310頁（1999），五南。

#### （二）指示交付

A（出賣人）—— B（受指示人）

|

C（買受人）

學者有認為「指示交付時，受讓人所得信賴者，僅為讓與所有權之主張，所以應該要受讓人取得直接占有才取得所有權，不論讓與人是否為直接占有人<sup>5</sup>。」

本文以為這不是很有說服力之理由，蓋若A對B沒有法律上允許的「返還請求權」，也就不會是「指示交付」，當然也不會有所有權移轉<sup>6</sup>。而如果A對B有「返還請求權」，則第三人C本來就沒有信賴A之理由。

德國民法上，則區分為「讓與人為間接占有人（例如：A借B某物，B又借C，後來B擅自將之賣D）」、「讓與人非間接占有人（例如：A借B某物，該物被C所盜，後來B擅自賣D）」兩種情形，認為後者要現實交付才可取得所有權<sup>7</sup>。

A(原所有人) - B(借用人、無權處分人) - D(受讓人)

↓  
C(轉借人或小偷)

本文認為德國民法之區分並無道理。

王澤鑑，〈占有〉，133頁（1996），自版。

鄭冠宇〈占有的相關法律問題之探討〉，月旦法學雜誌66期，120頁（2000.11.）。

<sup>5</sup> 陳自強，〈民法第九百四十八條動產善意取得之研究〉，收錄於《民法物權爭議問題研究》，310頁（1999），五南。

<sup>6</sup> 同見解，鄭冠宇，〈占有的相關法律問題之探討〉，月旦法學雜誌66期，111頁（2000.11.）。鄭教授謂：「此一讓與行為，乃具有債權讓與之性質，若當事人並未享有此一債權而為讓與，其所為之讓與行為乃無權處分。然我國民法對債權讓與之無權處分原則上無得為善意受讓之規定，因而該讓與返還請求權根本無法生效，亦無法為代交付。」

<sup>7</sup> 參王澤鑑，〈占有〉，136頁（1996），自版。

首先，若從原所有權人A之角度而言，A只關心B是否無權處分其物，BC間有何糾葛，非其所問，而因為對A不相干的C之行為而對A異其保護，似乎說不過去。

第二，從善意受讓人D的眼光來看，B如果真的是所有人（在上圖就是A=B），依第七六一條第三項，B當然可以將對C的請求權讓與給D以代交付。若B只是借用人，B讓與D其對C的請求權，仍然有可能是契約上返還請求權或物上返還請求權<sup>8</sup>。也就是說，D無法從B讓與「契約上返還請求權<sup>10</sup>」或「物上請求權<sup>11,12</sup>」來判斷B是否是真正的所有權人。B是所有人時，當然會有這兩種請求權，但B不是所有人時，同樣也可能有！所以自D之角度言，亦無法說明為何要區分「間接占有人」和「非間接占有人」<sup>13</sup>。

德國民法之區別既不值得採納，則剩餘問題即在於我國民法<sup>14</sup>中「是否應規定『現實交付才取得所有權』，或者『一經指示交付即善意取得』」。

<sup>8</sup> 如果C是借用人，就是「契約上的返還請求權」；如果C是小偷，就是物上請求權第七六七條或第九六二條。

<sup>9</sup> 不過這裡只有第九六二條，而無第七六七條。

<sup>10</sup> 即，讓與人為間接占有人之情形。

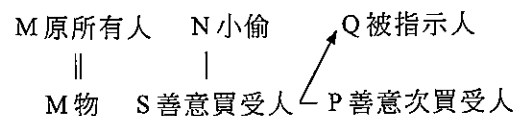
<sup>11</sup> 即，「讓與人非為間接占有人」之情形。

<sup>12</sup> 指示交付的標的是否包括「物上請求權」？德國學說和我國學說都有爭執，我國最近的學說似乎採肯定說者較多。不過，即令採否定說，亦不影響本文的推論和結論，因為在「契約上返還請求權」部分，仍然有本文中所提到的問題：受讓人根本無從分辨出賣人是否為所有人。參蔡明誠，〈現實交付與返還請求權之讓與〉，載於台灣本土法學雜誌18期（2001.1.），166-7頁。

王澤鑑，〈民法物權第一冊：通則所有權〉，138-9頁（2001.04.修訂版）。

<sup>13</sup> 相同懷疑，陳沈岳教授對鄭冠宇教授前揭註6文之評論，載於月旦法學雜誌66期，122頁（2000.11.）。

<sup>14</sup> 本文以下的討論的是「立法論」的問題。若要應用到解釋論上，則只能適用到「受讓人歸屬說」。



假設原所有人M之物被小偷N偷走，N賣給善意之S，並指示Q交付給S。又如同法律討論中所常假設的——罪魁禍首N逃逸無蹤，所以S或M都不能向N請求賠償。此時所有權是在「指示交付」時還是「現實交付」時移轉所有權（以下，前者簡稱為「指示交付說」，後者簡稱為「現實交付說」），對S、M之保護自有不同。本文用下列幾種情形討論之：

1. N指示交付後、Q實際交付前，標的物為Q所毀損滅失：

(1)所有權已屬於S（即，「指示交付」即可移轉所有權之情形）：S可以向Q請求賠償。

(2)所有權不屬於S（即，「現實交付」時才可移轉所有權之情形）：學說通說認為，此僅為侵害S之債權，除非符合第一八四條第一項後段嚴格的要件（「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人」），否則S不能向Q請求賠償，故S雖對N付出價金，但卻可能換來一場空。而雖然M可以向Q求償，但是失主M可能根本找不到小偷N、S、Q等人或其他原因而根本不會也不能向Q求償，而在Q<sup>15</sup>有可能「打破不用賠」的情況下，Q就不會付出最適(optimal)的防範成本而造成無效率。

2. S受指示交付之後，有另一善意之P出更高而讓S心動之價錢，從效率的觀點上，物在P之手上會做更好之利用，而若

(1)不讓S在指示交付後取得所有權，S無法確定自己能否真正為所有權人<sup>16</sup>，就

<sup>15</sup> 當然，這裡的Q必須要對這是贓物交易有認知，才有可能認為自己「有可能打破不要賠」。

<sup>16</sup> S要取得所有權的情形有二：1.N是真正所有權人；2.S在M之前向Q取得現實占有。

可能不敢立刻和P訂約，以免自己不能履行時要負損害賠償責任。而P有可能因為S無法保證移轉所有權而打退堂鼓。而此項交易的不成功使社會喪失進一步累積財富的機會<sup>17</sup>。

(2)S在指示交付後取得所有權，S可以不用怕會半路殺出一個所有人M，自然就可以放心地轉賣。

3. S若不能確定自己是所有人，也不敢對該物作最有效率的投資，以免為人作嫁<sup>18</sup>。

從以上三點的討論可知，若在「指示交付」時讓善意買受人立即取得所有權，會是比較有效率的设计。

不過，相對而言，指示交付說仍有缺點，例如：會增加贓物或一般之無權處分物被第三人取得之機會，也就會降低原所有人去尋找失物之誘因，而交由警方辦理（盜贓物之情形）或直接找罪魁禍首<sup>19</sup>，這雖會減少一些搜尋成本，但也可能降低竊盜破案率，而使小偷偷竊之成本降低而使偷竊率上升。

但此說的「缺點」（理論上就是「現實交付」說的優點）又可能會很不明顯，因為後說對於所有人的保護只不過多出「指

<sup>17</sup> 經濟學家認為，自願性交易的雙方會各自獲得「生產者剩餘」(producer's surplus)和「消費者剩餘」(consumer's surplus)，兩者之和稱為「社會增長」(social gain)或「福利增長」(welfare gain)。這種福利增長是因為每一宗自願性交易而自然地產生，且並未犧牲任何他人的福祉，故自願性交易越多，社會就越好。See Steve E. Landsburg, PRICE THEORY 248 (4th ed., 1999) South-Western and Eugene Silberberg, PRINCIPLE OF MICROECONOMICS 110 (1995) Prentice Hall.

<sup>18</sup> 雖然所付出之投資可以用無因管理或善意占有人（第九五四條、第九五五條）之規定求償，但是依該規定所能請求的畢竟會少於所有的投入。

<sup>19</sup> 甲將物交由乙保管，乙擅賣予丙，一般而言，甲找本來就認識的乙求償，會比找完全陌生的丙來得容易。

示交付到現實交付這段時間」，就像是時間競賽：視「原所有人先發現而追討」或「無權讓與人先使善意第三人取得現實占有」！然而論諸實際，「指示交付」到「現實交付」之時間甚短，原所有人找到失物的可能性甚低<sup>20</sup>。

況且，就算採「現實交付說」，當受讓人知道指示交付有風險而堅持要現實交付，可想而知無權處分人就會改為現實交付，蓋現實交付不會增加多少成本。所以，「現實交付說」無法提供減少偷盜的反誘因，也無法製造贓物轉手的障礙，甚至會因為現實交付的交易增多而提高了贓物轉手的速度，增加追贓的難度。

此外，第七六一條之所以要規定簡易交付、指示交付、占有改定等三種方式，著眼點就是在增加交付方式、減少交易成本。在一宗正當交易中，如果受讓人疑心病重，堅持要馬上現實交付，否則免談，則整個交易速度就會被拖慢而造成無效率的苦果<sup>21</sup>。

所以，採現實交付說使「所有權移轉時點延後」並不會更有效率，因為這對原所有人並無太大助益，但對受讓人進行進一步交易造成妨礙。故，應採「指示交付說」。

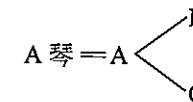
### (三) 占有改定

德國民法規定占有改定之情形必須受

<sup>20</sup> 當然，贓物的尋回率需要更進一步的實證資料來佐證，但在一般人的認知、個人的經驗和法律學者的論述（參黃榮堅〈論行為犯〉，收錄於《刑罰的極限》，242頁（1999），元照）中，都可以發現一般對贓物之尋回抱持悲觀的態度，遑論是「指示交付」到「現實交付」短短的時間中恰好尋獲的機率！

<sup>21</sup> 現實上，正當交易的出賣人和盜贓物的出賣人的情形不太一樣，前者因為是利用自己之物，可以隨心所欲地寄託、出租等等，所以比較有「指示交付」的可能性和必要性。後者，比較少會大張旗鼓地先租再賣等等，所以銷贓時往往東西就在自己那兒，現實交付也是順理成章的結果。

讓人受現實交付時才取得所有權。我國現行法則無此規定，但於物權篇修正草案第九四八條第二項則採取了同於德國法之規定。



學說上有認為「占有改定之權利外觀存在，不用現實交付就可以善意取得<sup>22</sup>」。

亦有對此見解採取懷疑態度者，並舉例「A賣A琴給B，訂立租賃契約使B取得間接占有；然後再賣給C，也是用占有改定之方式。」在現行法上是由C取得所有權，而學者即認為「B是由所有權人處購得A琴，其保護反不如由無權處分者處購得之C，是否合理值得研究，但在現行法上只能採此種解釋，危險性應由依占有改定受讓占有之人自行承擔。」<sup>23</sup>本文則認為此種懷疑似無必要，蓋B和C都是善意，也就是認為自己的交易相對人是所有權人，僅憑客觀上B「碰巧」是在A為所有權人時與其交易就較保護B，並非十分堅強的論據。更何況A至少曾是所有權人，要求C去探知A之前有無和他人訂約也屬強人所難。所以，此理由無法證成「不應在占有改定時即取得所有權」。

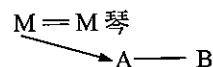
此外，分點比較現行法和修正草案的適用情形如下：

1. 若維持現行法，則A可以使善意的C在占有改定時就取得所有權；若改採修正草案，則C必須要現實取得占有始取得所有權。A之所以會再出賣A琴給C，泰半是因為AC成交價較AB成交價為高，C支付較多價金，「可能」表示C的願付價格

<sup>22</sup> 陳自強，〈民法第九百四十八條動產善意取得之研究〉，收錄於《民法物權爭議問題研究》，310頁（1999），五南。

<sup>23</sup> 王澤鑑，〈占有〉，135頁（1996），自版。

(willingness to pay)<sup>24</sup>較高——東西在C處會較有效率<sup>25</sup>——但是，這只是「可能」而已，例如：B的願付價格可能高於C，但是因為B的談判能力較強而獲得較低的價格。但是，當A面對B、C兩人時，衝著C較高之出價，若所有權未在占有改定時移轉，A就會選擇現實交付給C，使C取得所有權，然後將C出價之部分用以賠償B。也就是說，只要賣給C是有利可圖的，就算我們依照物權法修正草案那樣修改，A也會儘快現實交付來讓C取得所有權，所以，物終究是會落到C手上<sup>26</sup>。



2. 從另一角度考量，占有改定的一種典型是「A賣M琴給B，訂立租賃契約使B取得間接占有」，而若租期中A因可歸

<sup>24</sup> 願付價格就是一個人對某物最高所願支付之金額，例如：一斤豬肉我最多願意支付100元來購買，超過100元我就不願意買，但一般交易上，我通常是用60或80元來買，80元可能是「買貴了」，但仍然是願付價格之下，否則我們不會購買！願付價格和交易價格之差距，叫做「消費者剩餘」(consumer surplus)。

比較嚴謹的學術定義是「某物的經濟價值就是某人願意花多少錢買它(願付價格)，或當他已經擁有時，開價多少錢才足以讓他願意放棄。See Richard Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 12(5<sup>th</sup> ed., 1999) Aspen Law & Business; 拙著，〈人身保險有無複保險之適用〉，載保險專刊59期(2000.03.)，178頁註83。

<sup>25</sup> Posner一段話可以說明：「藉由自願性交易的進行，資源會移轉到願付價格最高的人手上，當這種情形發生時，稱為『配置有效率』。」See Richard Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 11(5<sup>th</sup> ed., 1999) Aspen Law & Business.

<sup>26</sup> 而依寇斯定理(Coase Theorem)，若B的願付價格高於C，而交易成本又未過高時，最終仍會是由願付價格最高的B取得該物。

責於己之事由使M琴滅失，B對A的請求權視現行法和修正草案而不同：

(1)現行法：因為B在占有改定時即已取得所有權，所以B可本於所有權向A依侵權行為(第一八四條第一項前段)請求固有利益之賠償，也可依第四三二條請求租賃物滅失的損害賠償。

(2)草案：B變成是無權出租他人之物，但仍可依第四三二條請求租賃物滅失的損害賠償，並依第四三二條請求履行利益的損害賠償。

就此點而論，這兩種規定無法分辨孰較有效率。

3. 但若是在「轉賣」和「投資」的情形<sup>27</sup>，則問題點和「指示交付」同，可推論出草案之規定是較無效率的。

4. 再要加入M之考量，若M之願付價格「總是」較B為高，則制度設計上應該儘量讓M維持所有權；反之，則應讓B能早日取得所有權以作進一步利用。雖然我們可以推論「當贓物之售價低於市價時，B的願付價格有可能較M為低，因為M的願付價格大於或等於市價，而B之願付價格若高於市價，可能早就會向M或其他在市場上的人購買；而B並沒有，所以其願付價格可能較M為低。」但是，若因為M願付價格較高的可能性較大，而認同草案之規定，仍是忽略了前述在「指示交付」時曾提及的問題<sup>28</sup>：「就算所有權移轉時點延後至現實交付時，對於原所有人M而言，所能增加的尋回可能性可能少得無法在統計上被觀察出來；而對於買受人而言，卻會增加財產權歸屬的不明確性。兩相權衡，其實不見得有好處」。所以，此論點仍不足以支撐草案之規定。

綜上所述，本文認為「占有改定」之

<sup>27</sup> 參上述貳一(一)的2、3。

<sup>28</sup> 參上述貳一(一)。

情形亦應讓受讓人即時取得所有權<sup>29</sup>。

## 二、物權編修正草案增訂「重大過失」但書之探討

有學者<sup>30</sup>從資訊成本的高低來界定是否為重大過失之善意，而認為「保護善意(通常不保護資訊成本不高的重大過失而不知情)減省的社會成本往往還大於其增加的社會成本」，可資贊同。至於重大過失之實例，德國實務上認為購買汽車而不事先查看行車執照或汽車登記，即為有重大過失之善意而不受保護，可供參考<sup>31</sup>。

## 三、第九四九條的「兩年內」所有權歸屬問題

### (一)原所有人歸屬說

本說之理由<sup>32</sup>：

1. 第九四九條是九四八條的除外規定

<sup>29</sup> 請比較蘇永欽教授的見解，蘇教授認為：「單純強調對任何一方的占有的信賴都是不合理的，如果因此使得一般人法於採用本來可以降低交易成本的某些變動方式，結果反而違反效率。實不如允許以各種替代交付方式善意取得…而在無重大過失的要件上，將過於簡便的交付依個案事實加以審查…其結果應該會比概括地排除某種變通的交付方式更合理。」蘇教授復認為修正草案對「占有改定」方式只是排除即時取得，仍是合理的調整。參蘇永欽，〈動產所有權的代理取得〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，53頁(2001)，五南。本文同意上述蘇教授引文內的推論，但基於正文內的其他部分考量，認為仍不應排除占有改定方式的即時取得。

<sup>30</sup> 蘇永欽，〈債權人可否留置非債權人之物〉，收錄於《民法物權爭議問題研究》，292頁(1999)，五南。

<sup>31</sup> 參王澤鑑，〈占有〉，138頁(1996)自版。

<sup>32</sup> 主要可參考蘇永欽，〈善意受讓盜贓遺失物可否即時取得〉，收錄於《民法物權爭議問題研究》，318頁以下(1999)，五南；蘇永欽，〈動產善意取得的若干問題〉，載於《法學叢刊》第112期，51頁；蘇永欽，〈盜贓物善意取得〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，307頁以下(2001)，五南。

而非限制規定。

2. 論理解釋：占有人不論有無本權，本得對抗其他無權占有人(第九六〇條以下)。第九四八條所謂之「受法律之保護」，是在使受讓人對抗原權利人，而第九四九條正是例外。

3. 比較解釋：所有我國法律參照之國家，皆不採即時取得說。

4. 交易安全：就算受讓人即時取得所有權，只要在二年內被請求，所有權仍喪失，交易並不會比較安全。

5. 經濟分析：即令採「善意占有人歸屬說」，由於仍非終局歸屬，仍要支出很高之調查成本，和採「原權利人歸屬說」並無二致。

6. 當善意占有人後來變成惡意時，「只有」採本說，原所有人才有機會收取孳息。物權法緊接著善意取得規定而規定所有人占有人的特別債權債務關係，其意旨正在使未能因善意而取得所有權者仍能得到合理的補充保護。

7. 已失去本權者如何向善意取得人回復占有甚至本權，法理殊難理解。

8. 盜贓物善意受讓人轉讓予另一善意之買受人時，性質上也是無權處分，不用如多數說般作「例外」解釋。

本說乃少數說，學說上之批評<sup>33</sup>及蘇永欽教授的回應略有：

1. 批評：「若仍是所有人，第七六七條已足，不須第九四九條。」；回應：「第七六七條會受到第九四九條兩年期間的限制。」<sup>34</sup>

2. 批評：「就文義言，『回復』不同於『返還』。」；回應：「我國民法用『返還』時既不限於請求權人為所有人的情形…從回復其『物』，而非回復其『權』觀之，

<sup>33</sup> 可參王澤鑑，〈占有〉，159頁(1996)，自版。

<sup>34</sup> 參蘇永欽，〈盜贓物善意取得〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，313頁(2001)，五南。

文義上更有利於善意受讓人未即時取得所有權之解釋……」<sup>35</sup>

3. 批評：「就制度言，使善意受讓人能受到保護。」；回應：「原所有人在兩年內隨時可以請求回復其物，與沒有取得所有權有何實質差異？交易仍處在隨時可被第三人改變的狀態，又何嘗比較安全？」<sup>36</sup>

4. 批評：「第九五〇條之情形，原所有人既為所有人，何須支付價金？」

#### (二) 善意受讓人歸屬說（所有權溯及回復）<sup>37</sup>

王澤鑑教授<sup>38</sup>採此見解，認為原權利人請求後，所有權溯及回到原權利人處，縱未交付，原權利關係當然回復。

#### (三) 善意受讓人歸屬說（所有權不溯及回復）

採此說者有：

1. 謝在全<sup>39</sup>：受請求後，所有權向後移轉到原權利人，此為形成權之當然效果；也避免善意取得人要負第九五三條之責。

2. 郭瑞蘭<sup>40</sup>。

<sup>35</sup> 參蘇永欽，〈盜贖物善意取得〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，311-2頁（2001），五南。

<sup>36</sup> 參蘇永欽，〈盜贖物善意取得〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，311頁（2001），五南。

<sup>37</sup> 學者有認為「所有權之回復必須要依第九四九條請求，且受讓人『交付』原所有人時，所有權方回復。」（此為劉宗榮教授在物權法課堂上所表示之見解），拙見認為有「交付」在概念上較能維持動產因交付而移轉所有權的制度，只是第九四九條具有形成權之性質，且在「受請求」到「交付」之間，由於所有權尚在受讓人處，若受讓人故意滅失該物，但是因為受讓人仍是所有人，無第九五六條、第一八四條之適用，對原所有人之保護顯有不足，故應該不用加上「交付」之要件。

<sup>38</sup> 王澤鑑，《占有》，160頁（1996），自版。

<sup>39</sup> 謝在全，《民法物權論（下）》，518頁（1995），自版。

<sup>40</sup> 郭瑞蘭，《動產善意取得之研究》，210頁（轉引自王澤鑑，《占有》，160頁）。

3. 物權法修正草案第九四九條第二項<sup>41</sup>。

#### (四) 綜合評釋

##### 1. 通說見解困境舉隅

善意受讓人歸屬說，在很多具體問題上，有捉襟見肘之感，常需再作「目的解釋」，例如：A之物被B所盜，B復賣給善意的C，C又賣給善意的D，若採善意受讓人歸屬說，則在A向C請求回復前，C是所有權人，而所有權人出賣自己之物，是有權處分，故D無論善意或惡意皆可取得所有權，但是學說就認為這種純邏輯解釋不符合第九四九條之規範目的，所以D若是善意，則A仍可在二年內向D請求回復<sup>42</sup>；但是，D是惡意的時候呢？此時D完全不具備第九四八條最重要之要素——「善意」，是否可以「目的性擴張」第九四九條？且A並非所有人，自然亦不可用第七六七條向D請求。又要作什麼解釋？

##### 2. 少數說見解之問題

但若採原所有人歸屬說，對受讓人之保護則會太少，例如：C從B處買得贓物，C是以一般市價購買，也不知道那是贓物，但是，若該物遭到D之無權占有，C可能的物上請求權只有第九六二條，無第七六七條，而第九六二條又嚴格地以「侵奪」為要件，會使受讓人「無計可施」<sup>43</sup>。C雖可以依第一八四條請求返還或賠償，但C

<sup>41</sup> 從法條文義上看，修正草案採何說並不清楚，但解釋理由書則較為清楚地展現此項決定，即使是反對此說的蘇永欽教授也認為修正草案意在採取「不溯及說」。參蘇永欽，〈善意受讓盜贖遺失物可否即時取得〉，收錄於《民法物權爭議問題研究》，323頁（1999），五南。

<sup>42</sup> 王澤鑑，《占有》，169頁（1996），自版。

<sup>43</sup> 例如：他人取得占有非出自侵奪，或他人雖侵奪，但又讓與給另一善意之繼受人（未善意取得）。相關問題請參鄭冠宇〈占有物返還關係(-)〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，343-6頁（2001），五南。

只是有權占有人<sup>44</sup>，則C之求償範圍會少於C是所有權人時之範圍<sup>45</sup>。

少數說認為「只有」採用該說，才能公平地解決「受讓人所得之租金、孳息」之問題<sup>46</sup>。但是，採用善意受讓人歸屬說中的「不溯及說」仍可得出相同的結論。（雖然，少數說在此議題上的論證，的確比多數說一貫而不迂迴。）

##### 3. 現行法下之抉擇

在進行制度評估的時候，可以運用A-A'的分析邏輯<sup>47</sup>來思考，即當我們面對A和A'兩種制度時，A有B<sub>1</sub>、B<sub>2</sub>…等優點/效益（benefit），也有C<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>…等缺點/成本（cost），A'則有B<sub>3</sub>、B<sub>4</sub>、C<sub>3</sub>、C<sub>4</sub>等，各制度皆各有其良窳，當我們選擇A不但會享有B<sub>1</sub>、B<sub>2</sub>等好處，當然也會承擔C<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>等成本。

先比較多數說中的「溯及說」和「不溯及說」。試想兩種情形：

1. 買受人因可歸責於自己之事由致標的物（物理上）「滅失」：該物既已滅失，則原所有人無法依第九四九條請求回復<sup>48</sup>。

2. 買受人因可歸責於自己之事由致標的物「毀損」：原所有人可依第九四九條向其請求回復，但是否可依第九五三條請求

<sup>44</sup> 之所以是「有權占有」而非「無權占有」，可以從第九五〇條來觀察，在該條之情形，原所有人在未交付價金前亦不得逕向受讓人請求返還。

<sup>45</sup> 參王澤鑑〈侵害占有之侵權責任與損害賠償〉，收錄於《民法學說與判例研究第三冊》，233頁（1996），自版。王澤鑑《侵權行為法第一冊》，189頁（1998），自版。

<sup>46</sup> 蘇永欽，〈盜贖物善意取得〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，313-4頁（2001）五南。

<sup>47</sup> 參熊秉元〈調整全民健保重大傷病給付制度之研究〉，載《經社法論叢》25期，134頁（2000.11）。Bingyuan Hsiung（熊秉元），*Economic Analysis of Law: An Inquiry of Its Essence* 10，中央研究院社科所「法律與經濟分析研討會」2000年5月20日論文。

<sup>48</sup> 王澤鑑，《占有》，157頁（1996），自版。

「毀損所得之利益」，視有無回溯而定。

由以上二種情形，吾人可以先作思考，一般而論，若某物被毀損時可以求償，「舉輕明重」，滅失時更可求償。2. 中若採溯及說，則可請求賠償，如是，則解釋上亦必須使1.之情形可以獲得賠償，否則這是法律體系在價值判斷上的失衡。但第九五三條是由「回復請求人」向「善意占有人」求償，若套至1.之情形，由於該物已經滅失而無法透過第九四九條來轉換所有權，所以從買受人取得所有權到該物滅失之間，所有權始終屬於買受人，若原所有人可對之行使第九五三條，在邏輯上變成是「無權利人」向「所有權人」求償，又跟基本的法理相抵觸。更不用說，通說都將第九五三條的「善意占有人」認定成「無權占有人」的一種<sup>49</sup>，從而1.之情形根本就不符合第九五三條之要件，蓋物既已滅失，則到滅失為止買受人都是「有權占有」，而非「無權占有」，原所有人又無法行使第九四九條來讓買受人溯及成為「無權占有人」，所以根本無法行使第九五三條。

若在2.中採不溯及說，則兩者皆無第九五三條之適用，則至少在1.、2.這個小體系上不失衡。

若再宏觀一點探討，以滅失的情形為例，即令我們將第九五三條解釋（又要目的解釋！）成可以適用在這種案例，而論證：「原所有人原本可以拿回原物，而在滅失的情形就應該可以拿回『因毀損或滅失所得之利益』」。但是，原所有人永遠都有另外一個管道——找竊盜者負責！善意取得制度辛辛苦苦地區分不同情形來對「靜的安全」和「動的安全」作調整，無非是希望該標的物能被作最有效利用的人

<sup>49</sup> 參王澤鑑，《占有》，36頁（1996），自版；鄭冠宇，〈占有的相關法律問題之探討〉，月旦法學雜誌66期，114頁（2000.11.）。



擁有<sup>50</sup>，但當標的物已經完全轉化成金錢賠償的時候，為何原所有人可以比善意受讓人更受保護（即，兩人都曾經花錢買過該標的物，但，為何前者可以從後者手裡輕輕鬆鬆地拿走因滅失而獲得的損害賠償）？為何不是原所有人找偷竊者，用一個訴訟就解決，而要讓原所有人告善意受讓人，善意受讓人再告其賣主？賣主若為小偷則已，若後面是連著一長串的善意受讓人，則顯然這種制度設計會增添更多訴訟事件，耗費勞力時間費用甚鉅<sup>51</sup>。

即使拋開上述問題不論，第九五三條在適用到盜贓物交易上也有許多解釋論上的疑難問題要克服：首先是第九五三條的「可歸責」到底是什麼意思？是「抽象輕過失」還是「具體輕過失」？目前似乎沒有文獻直接處理這個問題，本文傾向後者，畢竟善意占有人認為自己是在處理自己的所有物，只要有盡「與處理自己之事務同樣之注意」即可。而假設善意占有人因具體輕過失而打破該物，但獲得保險理賠，但他覺得打破東西是造孽，深感不安，就將保險給付捐贈孤兒院。如果他要對原所

<sup>50</sup> 善意取得制度的目的究竟為何，相信會有不同意見，或有認為是「對財產權的制度性保障」或「保障原所有權人的財產權」等等。前者，本文認為抽象到無法拿來作制度評估。後者，保障財產權亦是法律經濟分析方法所重視的價值，蓋財產權若不保障，資源的運用就沒有效率，但在整個法律經濟分析架構底下，「維持資源運用的效率」才是最高價值，保障財產權是其中的一個方法，故，整個善意取得制度的探討應該圍繞著「效率」而動。如果說「保障原所有權人的財產權」是最高的價值，我們恐怕很難合理化第九四八條對原所有人的「保護不足」吧！

<sup>51</sup> 類似的觀察，鄭冠宇〈占有的相關法律問題之探討〉，月旦法學雜誌66期，113-4頁（2000.11.）。鄭教授謂：「一物若曾在公開市場交易，縱其後數度異主，其交易秩序已經形成…若不顧及此現實，仍賦予所有權人如此強大的權限…對現占有人而言，實係不平。…反覆輾轉，徒增困擾與訴訟，是否經濟，實有待考慮。」

有人依第九五三條賠償其「所受之利益」，究竟是指「所受之利益而現存者」——也就是如同第一八二條般對善意的不當得利受領人給予「所受利益不存在」時即免予返還的「優待」？還是「即令所受利益已不存在」仍然要賠？這牽涉到第九五三條以下之規定和不當得利規定競合之問題，這又是學說上聚訟盈庭、爭論不休的棘手問題…。

綜上所述，本文認為：多數說中以「不溯及說」較為恰當。

再來，是比較「不溯及說」和「原所有人歸屬說」。在物之毀損滅失情形，「原所有人歸屬說」在論理上本來就較「受讓人歸屬說」容易，因為前者將所有權判給原所有人，適用第九五三條以下之規定毫無障礙<sup>52</sup>。而比起「不溯及說」完全不讓原所有人得到賠償，「原所有人歸屬說」更是較為公平<sup>53</sup>。

而當標的物轉手到惡意的轉得人時，「不溯及說」在理論解釋上也有困難。此又為少數說的優點。

當然，如前述，「原所有人歸屬說」對於受讓人的保護則較「不溯及說」為遜。所以，這兩說初步看來各有利弊，如何採擇，可再進一步觀察，如：「不溯及說」之下，原所有人不能向受讓人請求毀損滅失的賠償或孳息等等，其唯一的希望繫乎能否揪出小偷。而「原所有人歸屬說」中，受讓人依「占有」而請求損害賠償時，雖然較少，但是聊勝於無！如此比較之下，則似乎少數說的「原所有人歸屬說」能將其「成本」壓縮得較小，所以，應該是現行法之下比較值得採納的學說見解。

不過，由於受讓人的保護不足和財產權界定不明確等缺點仍存在於「原所有人

<sup>52</sup> 感謝匿名評論人正確地指出這一點。

<sup>53</sup> 參蘇永欽，〈盜贓物善意取得〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，315頁（2001），五南。

歸屬說」中，故本文將嘗試建構另一套善意取得制度來解決這些問題。

## 參、另一套善意取得制度之可能性

### 一、第九四八條和第九四九條區別之正當性何在？

一般學者幾乎都未詳談的問題是「一般無權處分和盜贓物無權處分有何不同？縱有不同，為何適用這二套大異其趣的規則處理？」例如刑法上之贓物意指「財產犯罪所生之物」，但學說實務上可以說一致認為第九四九條之盜贓物是「竊盜、搶奪、強盜」之物，而不包括「侵占」<sup>54</sup>或「詐欺」<sup>55</sup>之物，這樣的解釋在現行法之下乃不得不然，蓋若包括侵占物，則所有第九四八條一般無權處分之情形皆因構成侵占罪而落入第九四九條之範疇而掏空第九四八條。

不過，留下的問題是「民法和刑法對贓物做不同界定之理由何在？」尤其是竊盜罪和侵占罪之分野，刑法學者已有認為兩者根本保護法益完全一樣而不應做任何區分<sup>56</sup>，如依其見解，則民法上強將所謂「竊盜」和「侵占」作區分而賦予差別極大的法律效果即值斟酌。退萬步言，縱如

<sup>54</sup> 最高法院40年度台上字第704號：「占有物非盜贓，亦非遺失物，其占有並具有民法第九百四十八條所定應受法律保護之要件者，所有人即喪失其物之回復請求權，此觀民法第九百四十九條之規定自明。至所謂盜贓，較諸一般贓物之意義為狹，係以竊盜、搶奪、或強盜等行為，奪取之物為限，不包含因侵占所得之物在內。」

<sup>55</sup> 最高法院22年度上字第330號：「民法第九百四十九條所謂盜贓，係指以竊盜、搶奪、或強盜等行為奪取之物而言，其由詐欺取得之物，不包含在內。」

<sup>56</sup> 黃榮堅，〈財產犯罪與持有關係〉，載於台灣本土法學雜誌5期，140頁以下（1999.12.）。

部分學者所主張，搶奪強盜等情形比較是「非基於原占有人之意思而喪失占有」，但是，防止東西被偷（第九四九條）和防止因識人不明而所託非人（第九四八條）同樣都需要付出成本，而前者所需之成本也不見得會大於後者，就算又真的前者必大於後者，對善意買受人而言，區分盜贓物和非盜贓物幾乎是不可能的，「買受人為避免買到贓物所支出的調查成本」應該也會高於「原所有人防範東西被偷的成本」或「原所有人避免識人不明所支出的成本」，而應歸由原所有人來支出防範成本較有效率。（從而，不應依第九四九條使受讓人負擔分辨是否為盜贓物的責任。）

蘇永欽教授從經濟分析的觀點認為：「在此情形（第九四九條）通常不容易循契約途徑以成本較低方式解決爭議，如果保障善意取得，反而可能製造較高的防盜成本與侵權行為的追訴成本…至於因降低善意受讓人保護而可能增加交易人支出調查成本的疑慮，又有…調和規定（第九五〇條）。」<sup>57</sup>（括弧內容為本文所加）

對此，本文則認為，盜贓物實際上的尋回率，會影響制度的設計。假設尋回率是0%，原所有人必然付出很高的防盜成本，而受讓人在交易時則高枕無憂，即令我國如德國民法般規定盜贓物不能善意取得，受讓人也會想說「反正就算是盜贓物，失主一輩子也找不到。管它是不是盜贓物，買了準沒錯。」而雖然法律評價上受讓人可能沒有所有權，但在沒有原所有人出面挑戰其所有權的情況下，他就如同享有所有權一般。反之，如果盜贓物的尋回率在中華民國警察的宵旰勤勞下高達百分之百，則原所有人可能完全不付出任何防盜

<sup>57</sup> 參蘇永欽，〈動產所有權的代理取得〉，收錄於《民法物權實例問題分析》，48頁（2001），五南。

成本<sup>58</sup>，但受讓人一方就會小心行事了，因為（在現行法下）只要是盜贓物，一定會被發現並須繳回，所以受讓人就必須考量：要不要調查？對於「名畫」這種高單價且調查較容易的市場，受讓人會考慮付出一定的調查成本，但是，天有不測風雲，即使極盡調查之能事，仍可能無法驗明標的物的正身，況且現行法並不會獎勵受讓人的努力，只要是盜贓物，受讓人也只能眼睜睜地看著原所有人歡天喜地地抱著標的物回家，自己只能回家「蓋棉被哭」<sup>59</sup>，蓋即令第九五〇條賦予他請求「價金」的權利，但他付出過的高額調查成本，則是投訴無門<sup>60</sup>。在其他買賣，例如各種二手物品的交易，或許受讓人會因為自己覺得「再怎麼調查也無濟於事，所以乾脆不調查」，但是面對「標的物不確定的將來」（這就是財產權界定的不明確<sup>61</sup>），受讓人的「願付價格」必然降低<sup>62</sup>。而願付價

<sup>58</sup> 因為當個人使用警察時，不需支付如同私家偵探的費用，所以就個人而言，不防盜是個理性自利的結論。但從社會的觀點則無效率，因為為了個人低於最適（optimal）的防盜成本，致使社會要支出龐大的警力（當然這也是成本！），不過，這是另一個問題了。

<sup>59</sup> 此乃耶聯恭教授之名言。

<sup>60</sup> 能否找到無權處分人是一個問題，法院是否容許受讓人請求「調查成本」，又是另一問題。蘇永欽教授認為第九五〇條可以用來調和，但是第九五〇條只賦予請求「價金」的權利，而至少在文義上，並不包含「調查成本」。

<sup>61</sup> 請特別注意，法律經濟分析理論中的「財產權界定不明」，不是指法律體系不明確，而是一個交易相對人面對賣主提出的標的物，能否確定該標的物移轉後的所有權狀態！在現行法之下，善意的相對人不能百分之百確定標的物不是贓物（賣方能夠提出什麼證據？），從而他必須考慮「賭一賭」。但這就不是明確界定的所有權，要像土地法第四三條賦予善意的交易人「絕對的」保護，或如同本文下述建議的制度，能使交易相對人知道「一定受保護」，才是明確的財產權界定。

格降低和支出調查成本，如同後述，都會減少對社會有利的自願性交易。

而我們雖然沒有具體的實證資料來說明盜贓物的尋回率<sup>63</sup>，但我們可以知道絕對不是0%或100%，而是在光譜中間移動。正因為介於中間，原所有人會付出「有點多又不會太多」的防盜成本，受讓人也會付出調查成本。蘇文固正確地指出「若盜贓物也適用第九四八條的處理方式，會使防盜成本增加」，但是，似乎忽略了同時也會使「調查成本變少」！現行法之下固然不會出現過高的防盜成本，卻會出現過高的調查成本；盜贓物適用第九四八條處理，固然出現了過多的防盜成本，卻減少了無謂的調查成本。所以，單就這兩種方案來選擇，就是一種「取捨」（trade-off）了，任何制度的宿命就是「利弊交雜」，只不過，有的制度利大於弊，有的則反之。但是，這兩種制度在缺乏盜贓物尋回率、防盜成本和調查成本實證資料的情形下，無法下斷言說何者較優。不過，制度設計的方式本有千千萬萬種，並不限於第九四九條刪除與否這兩種選擇。以下，本文即嘗試用另一套制度設計來論證：該制度更能減少交易成本並促使更多交易發生<sup>64</sup>。

## 二、以公開與否作區分的善意取得制度

<sup>62</sup> See Robert Cooter & Thomas Ulen, LAW AND ECONOMICS 142 (3<sup>rd</sup>, 2000) Addison-Wesley.

<sup>63</sup> 筆者曾嘗試在各警政機關的網站查詢相關資料，而一如所料地一無所獲。不過，即令有官方統計資料，還是有犯罪黑數的問題。

<sup>64</sup> 此外，本文耗費篇幅討論現實上贓物尋回率的原因在於：如果有一天我們不幸地變成 George Orwell 小說 1984 那副景象，所有的一舉一動都在國家的掌握之中，那盜贓物的尋回率當然是 100%，則善意取得制度就該因應社會條件而改變。（不過，那種社會條件就很接近 R. Coase 的「無交易成本」世界了，也就沒有「受讓人不知道標的物是否為贓物」的問題了！）或者是，如果有一天主政者宣布「警察從此再也不抓有形物的竊盜，只抓大學生下載 MP3，丟

學者王澤鑑在二十餘年前的一篇文章中<sup>65</sup>，旁論式地寫下一段話「動產能否善意取得，不宜就標的物設其區別，應依交易過程之性質而定。申言之，凡由拍賣或公共市場或由商人以善意取得者，不論其為盜贓（或遺失物）與否，均能取得所有權；反之，非依上述交易過程而取得者，縱其非屬盜贓或遺失物，亦不能取得其所有權<sup>66</sup>。」

王澤鑑教授所倡議的這種制度設計（以下簡稱「王制」；現行法則簡稱為「現制」），較諸現制，可作如下之說明：

### （一）財產權界定明確

「拍賣或公共市場或商人出賣」在客觀上可以輕易判斷<sup>67</sup>，買受人知道只要自己是在此種情形下購買，就毋庸擔心是否為盜贓物而在二年內縛手縛腳。而現制以

東西的人請自認倒楣。」則盜贓物尋回率可能就會大幅下降到整個交易型態又為之更易的情景，此時，制度變遷也不可避免。（當然，如果警察棄守，一定有私家偵探起而代之…）

<sup>65</sup> 王澤鑑，〈盜贓物之牙保、故買與共同侵權行為〉，收錄於《民法學說與判例研究第二冊》，229 頁（1979），自版。

<sup>66</sup> 不過，若失主終其一生都沒找到買受人，則買受人在實際上如同擁有該物之所有權一般（而且也可能時效取得）。不過，若失主向買受人請求返還，則買受人即需交還，且無法要求價金之補償，只能向其出賣人請求權利瑕疵擔保責任。

<sup>67</sup> 本文不會討論「公開市場」的定義，一方面這是現行法就有的規定，不是本文或王教授「惹出來的麻煩」，不應該因為本文未精確定義公開市場就棄本文如敝屣。另一方面，也是更重要的理由，一個抽象的公開市場定義不會是處理善意取得問題的好方法，一定得類型化處理，而從美國法上類型化的經驗可知，由法院在各具體案件中逐步發展出標準，會比筆者閉門造車來得精緻而實際。不過，我國法院受制於「判例要旨」這種抽象思維，往往吝於「區辨」（distinguish）案件事實，使得我國法中的類型化往往是學者要從狹卷繁浩的判決中去揣摩法官的心思，但偏差就在所難免了…。

「贓物與否」作標準，就根本是善意買受人無法知道的（知道也就不是善意了！），財產權界定不明確，對標的物之利用就不會有效率<sup>68 69</sup>。

### （二）增加自願性交易的發生

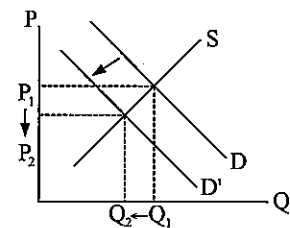
若比較同一標的物在「王制的公開市場」、「王制的非公開市場」、「現制的公開市場」、「現制的非公開市場」下的市場價格，應該會發現「王制的公開市場」高於「現制的公開市場」高於「現制的非公開市場」高於「王制的非公開市場」。其理由在於買方終局取得該標的物所有權的可能性不同（也就是說「風險不同」），完全競爭市場上的均衡價格也隨之不同<sup>70</sup>。

在「王制的公開市場」，無論如何善

<sup>68</sup> 財產權的不明確是「無效率性」的重要原因，且買方對標的物越感到懷疑，其願付價格就越低！See Steve E. Landsburg, PRICE THEORY 485 (4<sup>th</sup> ed., 1999) South-Western; Robert Cooter & Thomas Ulen, LAW AND ECONOMICS 142 (3<sup>rd</sup>, 2000) Addison-Wesley; Douglas C. North, INSTITUTION, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE 63 (1990) Cambridge University Press (North 是諾貝爾經濟學獎得主)。

<sup>69</sup> 王澤鑑教授亦認為「買受人隨時負有返還義務，難期對標的物為必要之使用、收益、修繕或投資。」參王澤鑑，《占有》，173 頁（1996），自版。

<sup>70</sup> 也就是說，在供給線（Supply Curve）不變的情形下，風險越高，需求線（Demand Curve）越往左移，均衡價格也就越低。又，縱軸、需求線以下、供給線以上所圍成的三角形就是「福利增長」（welfare gain），也隨著需求線左移而縮小，這表示：交易風險越大，自願性交易越少，福利增長也越少。見下圖：



意買受人會取得所有權，而且可以盡情作最有效率的投資利用。而「現制的公開市場」，雖然即使是盜贓物也可依第九五〇條得到補償，但如前所述，這樣的補償畢竟是不足的。「現制的非公開市場」，少了第九五〇條之補償。「王制的非公開市場」價格會最低，因為即使標的物是單純的被無權處分，買受人都無法取得所有權。

假設這四種市場上的成交價格分別是100、75、50、25元。又賣方出賣有其底價<sup>71</sup>，再低就不會賣；買方也有其上限——「願付價格」。若有一個賣方處在王制的市場中，它可以選擇在公開市場賣100元或在非公開市場賣25元，如果他是所有權人，一般情形下，他會選擇在公開市場賣，因為利用公開市場並不會（比利用非公開市場）多支出成本；而且他可能根本不願意用25元出售該物。而對買方言，100元本來就是所有權歸屬明確狀態下的價錢，他的接受度會很高<sup>72</sup>。但若賣方是無權處分人或盜贓物出賣人，自然就會衡量風險：一邊是高價出賣，但有被發現的危險；另一邊雖然比較不會被抓，但是那25元可能連填補偷竊的成本都不夠。

之所以要討論這些，重點在於推論「交易是否會發生」！如前所述，經濟學者認為每一件自願性交易的發生，都代表有「福利增長 (welfare gain)」產生，也代表標的物流向更能有效利用之人的手中，這樣是有效率的<sup>73</sup>，所以經濟學希望自願性交易儘量產生。在王制的公開市場中，由於財產權界定明確，所以自願性交易非常

<sup>71</sup> 例如，小偷的底價，就不會低於其竊盜成本。

<sup>72</sup> 當然，每個人情形不同，而且，任何人也都希望價格可以壓低——只要對方還願意賣！

<sup>73</sup> 這樣的狀態經濟學家稱之為「帕雷多優越」(Pareto Superior)或「帕雷多改善」(Pareto Improvement)。See Richard Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 13 (5<sup>th</sup> ed., 1999) Aspen Law & Business.

可能發生；而其非公開市場之設計則有降低偷竊<sup>74</sup>等之優點。而在現制中，由於兩種市場中都是「牛驥同一皂、雞棲鳳凰食」，真正是所有權人的賣主，為了令買方完全相信他是「清白的」，可能要支出額外的成本，買方為了要獲得確信，也要額外支出徵信成本或保險。而且，75元的市場價格，可能已經低到讓賣方不願意出賣，而自願性交易的減少，正是經濟學所不樂見的情況；同時，50元的市場價格，又可能讓無權處分人或竊盜者有利可圖而不會減低其偷盜之誘因。

(三) 可降低無權處分和偷竊之發生

將盜贓或一般無權處分之標的物公開出賣，雖然可以獲得較高的價金或提高所有權移轉之機會，但也因為公開出賣而提高被失主或警方循線查獲之可能性。若無權處分人不希望人贓俱獲而採不公開交易，則在明確的規則下<sup>75</sup>，接觸「不公開交易」的買主會去合理懷疑<sup>76</sup>為何無權處分人會採不公開交易，而「降低購買意願」和「拉低成交價格」——從而會遏阻小偷偷盜之誘因，或迫使小偷或無權處分人改用公開交易方式出賣，而又提高尋回失物之可能。是故，長期而言，王制尚可減少無權處分和偷竊之發生。

(四) 防盜成本較低

無論人是風險中立 (risk-neutral)、風險趨避 (risk-averse) 還是風險愛好 (risk-

<sup>74</sup> 偷竊是無效率的！因為那只是財富重分配，而且苦主防盜所支出的成本，和小偷為了破解所支出的成本，只是社會資源的浪費，並未創造新的財富。See Richard Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 226 (5<sup>th</sup> ed., 1999) Aspen Law&Business.

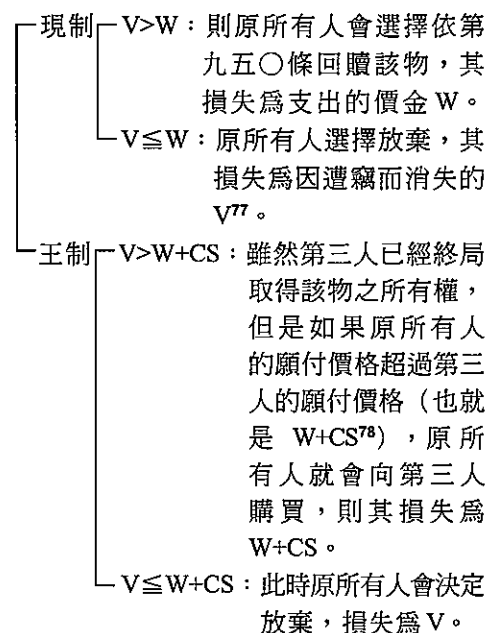
<sup>75</sup> 也就是說，在市場上交易的人都知道「公開市場的交易」和「非公開市場交易」是區分善意取得與否的標準。

<sup>76</sup> 也比較可能在法律上被論為「重大過失為不知對方為無權處分」。

loving) 者，防盜成本都會是預期損失的函數，預期損失越高，防盜成本越高。

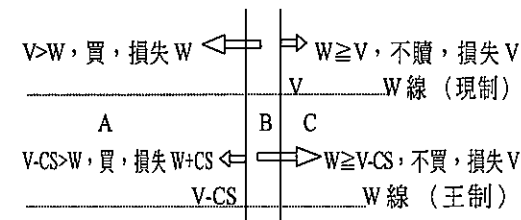
而兩制的預期損失孰大？兩制對贓物權利的歸屬只有在「公開市場交易而第三人善意取得時」有所不同，王制是第三人終局取得，現制是依第九五〇條原所有人可以選擇支付「第三人所支付的價金」而「贖回」該物或選擇放棄贖回。

假設原所有人的願付價格是V，第三人支付的價金是W，CS是第三人的消費者剩餘：



(請注意王制中的比較式可以移項寫成  $V - CS > W$  和  $V - CS \leq W$ )

預期損失孰大，可由下圖來說明。兩條線分別代表兩制中W和V、V-CS可能的關係。W是可能是線上任何一點：



用V和V-CS兩點畫垂直線，分成ABC三區，以此來比較預期損失。在A區，王制的W+CS大於現制的W。在B區，現制損失W、王制損失V，而從現制的線可以看出： $V > W$  (因為  $(V - CS) \leq W < V$ )。C區，損失都是V。從A、B區可知，王制的預期損失都大於現制，所以可以推知：現制的預期損失小於王制，從而防盜成本較小。

但，這個模型說明了台灣的現實嗎？此模型假設了一般人知道物失竊後，該財產在法律上的歸屬問題，但是，事實上很多人不知道。如果不知道法律規定，原所有人估算預期損失的方式就會改變，善意取得制度也就不會如上述模型那樣影響防盜行為。就算知道，要讓當事人改變防盜行為，前提是他必須期待「太陽下山明朝一樣爬上來，東西丟掉以後它還找得回來」！但在經驗上，在台灣防盜之人，甚少冀望失物可以「完璧歸趙」，其關心的重點是「東西『自始』不能丟」，而非失竊後所有權歸屬<sup>79</sup>。如果他考慮有找到第三人的可能性，則其預期損失不是V就是W+CS，亦即，他不是想說掉了東西就自認倒楣，或是打算萬一真的被偷就在市場上另找賣主。兩制皆然。所以，兩制之預期損失，就不是由法律上的權利歸屬來衡量，而是會因

<sup>79</sup> 匿名評論人認為本文對台灣人民心態的臆測仍屬「待證明事實」，本文虛心接受之。台灣在各種實證資料上時常付之闕如，以致研究者不是得自己捲起袖子發問卷、作統計，就是用個人經驗天馬行空地猜想。這也是本文寫作過程中最感頭痛和心酸的地方！

<sup>77</sup> 當物在原所有人處時，V就是該物對他的價值，這個價值因為物被偷而消失。

<sup>78</sup> 參註24，願付價格減掉支付的價格就是消費者剩餘。



為「失竊率」高低而不同<sup>80</sup>！失竊率降低，原所有人自己認為預期損失就降低，投入在防盜的成本就會減少<sup>81</sup>。而依前述(三)所言，王制能減低偷竊之發生，使失竊率下降，從而，能使原所有人的防盜成本下降<sup>82</sup>。

#### (五)減少無謂的調查成本

如前所述，王制中不會出現受讓人極盡調查之能事，卻仍然必須繳回標的物的慘事，由是，可避免浪費當初的調查成本。王制中，在公開市場中交易的受讓人，只要付出「不會被評價成重大過失」的調查成本即可。或有認為，王制中公開市場上的受讓人可能因為「高枕無憂」而付出過少的調查成本。本文則認為，誠如蘇永欽教授所建議<sup>83</sup>，從效率觀點而言過少的調查成本，可由法院在具體個案上判斷是否為「重大過失」來調整。

#### (六)法律解釋上較為容易

王制的設計單純，且不會面臨現制中解釋法條的窘境。

<sup>80</sup> 在前面的模型中，先假設兩制下失竊率相同。

<sup>81</sup> 例如，允許自己偶爾「夜不閉門」、購買保險金額較低的竊盜險等等。

<sup>82</sup> 另外，附帶一提，竊盜險盛行，但現制若配合保險法第五三條，可能會產生一些問題（先不論保險法第五三條是「債權移轉說」還是「法定移轉說」）：保險法第五三條「損害賠償請求權」的移轉有無包括物上請求權（劉宗榮，《保險法》，240頁認為有）？如果有，物上請求權能否和物的所有權分離而為讓與？若不能，能否用「指示（小偷）交付（保險人）」來讓與所有權（及其物上請求權）？如果第三人已經善意取得，則若採受讓人歸屬說，則原所有人，也就是被保險人，有所有權可以移轉給保險人嗎？若不能移轉，被保險人還可以請求第九四九條（雙重得利的問題）？採原所有人歸屬說，是否又可能會被評價為「保險事故未發生」？（而要兩年後才能理賠？）

如果已經有第三人在公開市場上買得，那到底可以行使第九五〇條的是保險人還是被保險人？應以後者為妥，但法理上如何解釋？

<sup>83</sup> 參註29。

### 三、小結

由於現制在法理上有其問題，且王制較諸現制，設計較為簡單，且可促進交易發生，又可減少防盜成本和調查成本等交易成本，長遠而言，又可提供竊盜的反誘因，較有效率。故本文建議在物權編修正草案中考慮改採王澤鑑教授所倡議的制度<sup>84</sup>。

### 肆、結論

本文從經濟分析的觀點評析動產所有權善意取得的幾個重大爭議問題，本文認為：

1. 第七六一條的擬制交付在善意取得之情形毋庸作不同解釋，即於「簡易交付、指示交付、占有改定」時所有權即時移轉。故本文反對物權編修正草案第九四八條第二項，在此議題上，「一動不如一靜」！
2. 物權法修正草案第九四八條第一項但書增添「重大過失」者不得主張善意取得之規定，本文深表贊同。
3. 第九四九條第二項採「不溯及回復說」，本文則不盡贊同，而認為「原所有人歸屬說」在現行法或修正草案的結構下較為恰當。

本文復認為，若要使民法上的善意取得制度更加有效率，正本清源之道，並非將現行制度弄得更繁複。本文運用 A-A' 的分析架構，比較「現行制度」和「王澤鑑教授建議之制度」，從成本／效益角度分析，認為後者應該是較有效率的制度，值得在物權編修正時斟酌採用。

<sup>84</sup> 有法律經濟分析學派的學者認為，「應該比較『受讓人的調查成本』和『所有人的防盜成本』孰高，而由成本較低的一方負責較有效率」，而該學者認為，此問題目前仍缺乏實證資料，無法一概而論。但是，該學者亦認為「美國統一商法典（Uniform Commercial Code）規定：商人（regular dealers in goods）為出賣人時，受讓人有權假設（is entitled to presume）出賣人是有權處分，而不對原所有人負責」乃一合理的規則。此種見解亦可作為王制之佐證。See Robert Cooter & Thomas Ulen, LAW AND ECONOMICS 140 (3rd, 2000) Addison-Wesley.