

物權「自治」主義的美麗新世界？ ——民法第757條之立法論與解釋論

張永健^{**}

摘要

近來，不少學者批評物權法定主義，提倡以物權自治主義代之。2009 年民法第 757 條修正，改採物權法定加習慣主義。本文以 Merrill 和 Smith 提出之物權類型最適數目理論為基礎，輔以 Hansmann 和 Kraakman 及本文之批評修正，評判上述各種制度安排何者為優。

本文主張物權法定主義，理論上雖不當然創設最適數目之物權類型（台灣經驗即為一例），但若立法者不怠惰，仍有可能達成該目標。物權自治主義製造外部成本，理論上必然會創造過多之物權類型，並無效率。法院解釋物權法定加習慣主義時，除應注意修法理由所揭示之社會成本外，亦應考量邊際社會利益。此外，動產因難以適當地公示，不應輕易使習慣得創設新動

* 感謝匿名審稿人、朱敬一院士、李念祖律師，及中國南京大學主辦之「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」研討會（2010 年 3 月 26 日舉行）與會來賓及評論人高富平教授之寶貴意見。作者並受惠於蘇永欽教授、簡資修教授、于學平教授之宏文對本文初稿提出之批判與建議。本文之作，深受蘇永欽教授之啟發與鼓勵，並承蒙蘇教授邀請至海峽對岸發表本文，在此深致謝忱！研究助理陳滢竹小姐、曾鈺琿小姐提供寶貴研究協助，亦在此誌謝。

** 中央研究院法律所籌備處助研究員；美國紐約大學（N.Y.U.）法學博士。

投稿日：2009 年 10 月 24 日；採用日：2010 年 1 月 13 日

產物權。法院承認習慣所創設之不動產物權，應以該習慣存在於全國大多數地區為要件。

關鍵詞：物權類型最適數目、物權法定主義、物權自治主義、物權法定加習慣主義、外部成本、公示、登記

Cite as: 7 TECH. L. REV., June 2010, at 119.

Is Freedom of Property Form Principle Efficient?

— Interpretations of Article 757 of the Taiwan Civil Code and the Underlying Theory

Yun-Chien Chang

Abstract

Recently, many Taiwanese and Chinese scholars criticized the *numerus clausus* principle, and proposed freedom of property form principle instead. In 2009, the Taiwan legislature amended Article 757 of the Civil Code, loosening the *numerus clausus* principle, and allowing customs to create new property forms. Based on the optimal standardization theory first proposed by Merrill & Smith, with the revision by Hansmann & Kraakman and this article, I evaluate which institutional arrangement to create property forms is the most desirable.

This article argues that although the *numerus clausus* principle (under which the legislature monopolizes the creation of property forms) does not guarantee creation of optimal number of property forms, it is not impossible for the number of statute-created property forms to approximate the optimal number. The freedom of property form principle, by contrast, will produce an over-optimal number of property forms, because of the external costs of creating new property forms by private transactors. When interpreting the newly-amended Article 757, the court, in addition to the marginal social costs mentioned in the “amendment rationale”

(drafted by the Department of Justice before sending the bill to the legislature), should also take into consideration the marginal social benefit of creating new property forms. In addition, new property forms on personal properties are difficult to be verified by third parties. Thus, the court should adopt a strict standard of review in recognizing new personal property forms created by customs. Finally, a pre-requisite to recognize new property forms on real estate created by customs is the existence of such customs in most regions in Taiwan.

Keywords: Optimal Number of Property Forms, *Numerus Clausus*, Freedom of Property Form Principle, Custom, External Costs, Notice, Registration

1. 導論

物權法定主義¹（又稱「物權法定原則」）風光了兩千年²，但至少在台灣，近來被打入冷宮。在 1993 年民法物權研修小組討論舊民法第 757 條³時，尚有五位委員主張維持原法條，與五位主張放鬆物權法定主義者，分庭抗禮⁴。但自第三個千禧年始，物權學者，尤其是使用法律經濟分析的物權學者，紛紛為文檢討物權法定主義。剎時間，廢除物權法定主義之呼聲響徹雲霄⁵。即便在 2009 年民法第 757 條修正，納入習慣（法）作為創設物權類型

¹ 本文所稱之「物權法定主義」，其內容為通說所稱之「類型強制」（Typenzwang）與「類型固定」（Typenfixierung）。物權法定主義之「法」，在探討台灣與中國民法時，所指者為「立法機關所制訂之法」；在指涉到美國財產權法時，所指者為「法院所肯定者」。關於物權法定原則與其拉丁原文 *numerus clausus* 的語意落差，請參考于學平，「司法保護法律權利的基本負載定價：海耶克知識利用視角下的物權法定主義」，中國南京大學「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」研討會論文集，頁 57（2010）。

² 羅馬法中，就有物權法定主義。參見蘇永欽，「物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析」，經濟論文叢刊，第 19 卷第 2 期，頁 221（1991）。

³ 舊民法第 757 條：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」

⁴ 參見法務部民法研究修正委員會主編，法務部民法研究修正委員會物權編研究修正小組會議資料彙編，主席楊建華之統計部分，頁 47-48（1998）。不過，在 1991 年，蘇永欽教授即已為文挑戰物權法定主義。從會議紀錄來看，似乎影響了修法委員。參見蘇永欽，前揭註 2，頁 221；法務部民法研究修正委員會主編，法務部民法研究修正委員會物權編研究修正小組會議資料彙編，謝在全委員發言，頁 28（1998）。

⁵ 參見蔡明誠，「民法物權編的發展與展望」，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（三），頁 87（2000）；蔡明誠，「習慣與物權法定原則」，私法學之傳統與現代（下）——林誠二教授六秩華誕祝壽論文集，頁 344（2004）；簡資修，「物權法：共享與排他之調和」，月旦法學雜誌，第 97 期，頁 224（2003）；王文字，「物權法定原則與物權債權區分——兼論公示登記制度」，月旦法學雜誌，第 93 期，頁 157（2003）；張鵬，「物權法定經濟上合理性之批判」，月旦法學雜誌，第 108

之方式⁶，仍有學者覺得改革不夠徹底⁷。

美國物權法律經濟分析權威 Thomas W. Merrill 和 Henry E. Smith，於 2000 年在美國最負盛名的期刊之一 Yale Law Journal，發表論述物權法定主義之長文⁸。Merrill 和 Smith 主張，權衡估量成本（measurement costs）和挫折成本（frustration costs）後，可知物權類型不是越多越好，也不是越少越好，而是有最適（optimal）數目。本文稱此理論為物權類型最適數目理論。Merrill 和 Smith 並以此理論作為物權法定主義有效率之佐證。有趣的是，上述大部分台灣學者，都引用 Merrill 和 Smith 這篇論文，但從各種不同角度，批判其論點，最後得出物權法定主義不妥當之結論。相較於美國學界對 Merrill 和 Smith 理論之擁護，中文世界裡的四射砲火，讓人好奇原因何在：是普通法與大陸法之根本差異？美國法制與台灣法制的細節不同？法律經濟分析推論步驟中的某些假設有異？還是另有原因？

本文認為 Merrill 和 Smith 的物權類型最適數目理論，基本上正確；但需要用 Henry Hansmann 和 Reinier Kraakman⁹對相關成本的細緻闡述和對公示之強調，及本文見解（詳見第貳節）略加修正¹⁰。我國學者多集中火力批判

期，頁 155（2004）；張鵬，「否定物權法定主義芻議——兼談中國大陸物權法立法選擇」，月旦民商法雜誌，第 8 期，頁 159（2005）。

⁶ 2009 年新修正民法第 757 條：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」

⁷ 參見謝哲勝，「民法物權編（通則章）修正綜合評析」，月旦法學雜誌，第 167 期，頁 126（2009）。對新修條文採肯定見解者，參見謝在全，「民法物權編修正經緯」，台灣本土法學雜誌，第 100 期，頁 20（2007）。

⁸ See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L.J. 1 (2000).

國內文獻已有介紹 Merrill 和 Smith 之見解。參見王文宇，前揭註 5，頁 141-152；蘇永欽，「物權法定主義鬆動下的民事財產權體系——再探大陸民法典的可能性」，月旦民商法雜誌，第 8 期，頁 119-123（2005）。

⁹ See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 J. LEGAL STUD. 373 (2002).

¹⁰ 簡資修教授批評本文初稿採用 Hansmann 和 Kraakman 之架構來審查財產權之創設是

Merrill 和 Smith 之理論，但其批評皆有商榷餘地。本文主張，問題關鍵不在於物權類型最適數目理論本身，而在於各國採用物權法定主義的實然面差異：美國已經有足夠（甚至太多）物權類型，所以謹守物權法定，就有最適數目的物權類型¹¹。而台灣的物權類型少於最適數目，修法前唯一能增加物權類型的立法院又對修正民法興趣缺缺，所以物權法定主義顯得處處掣肘，無法回應市場對新物權類型之需求¹²。

是故，真正的問題是：哪一種制度安排有助於創造最適數目的物權類型？如果物權法定主義行不通，替代方案為何？我國學者所提出的替代方案是改採「物權自治主義」——這正是 Merrill 和 Smith 隱然批判的主張。但物權自治主義一定會使物權類型超過最適數目，亦無效率。2009 年甫修正通過的新民法第 757 條，採用另一種制度安排。也就是在物權類型法定之外，加入習慣法作為創設物權類型的方式（本文稱之為「物權法定加習慣主義」）。這可以看成是把台灣現在太少的物權類型，往上加到最適數目之努力。然而，用習慣創設新物權類型，若欲符合物權類型最適數目理論之要求，會受到許多限制。本文懷疑此種修正實際上能產生多少實效。不過，對現在的台灣，只要用正確的解釋方法（物權類型最適數目理論），改採物權

否符合成本效益。在此澄清，本文仍是用 Merrill 和 Smith 之架構為主。參見簡資修，「物權最適量問題」，中國南京大學「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」研討會論文集，頁 2、9-10（2010）。

11 太多物權類型比較不是問題，只要市場交易者不使用冷僻類型即可。例如：我國現行民法中的永佃權和典權，幾乎無人使用〔統計數據參見王澤鑑，民法物權，頁 30、386（2009）〕，其存在於民法典中，除了稍嫌尸位素餐，與國考時突襲考生之外，並無負面效果。

12 像最高限額抵押權，實務上用途甚廣，但遲到 2007 年才正式立法納入物權家族。人役權在外國法制上甚為普遍，理論上亦能在台灣發揮功用〔參見謝在全，民法物權論（中），頁 171-173（2009）；蘇永欽，「重建役權制度——以地役權的重建為中心」，月旦法學雜誌，第 65 期，頁 81-91（2000）〕，但至今受限於物權法定，無法正式登場。

法定加習慣主義，至少比堅守物權法定主義，更有可能使物權類型接近最適數目。畢竟，物權法定加習慣主義，並不排斥立法者立法明文化既有之習慣，更不排斥立法者預為之計，新增尚無習慣、但市場急需之物權類型。此外，物權法定加習慣主義，也不像比較激進的物權自治主義那般，必然會創造超過最適數目的物權類型。是故，民法第 757 條之修法，應給予正面肯定。物權法定加習慣主義，可能是當下最堪稱理想的制度安排。

本文之架構如下：第 2 節是民法第 757 條之立法論。美國法律經濟學界對物權類型最適數目理論之建構，有重大貢獻，但仍有闡述不清之處。本文整理、批判該理論，意在為立法機關、司法機關、行政機關考量創設或承認新物權類型時，提供指引。

3.1 討論舊民法第 757 條所採用之物權法定主義，並對兩種常見對物權法定主義之批判，提出不同意見。3.2 討論不少我國學者擁護之物權自治主義。本文主張，物權自治主義有致命缺點，就是創設新物權會產生龐大外部成本，最終導致物權類型過多，並無效率。3.3 是現行民法第 757 條之解釋論。該節先探討，依據修法理由之闡釋，以習慣創設新物權所應符合之條件；之後探討物權類型最適數目理論所要求的額外條件。該節之主要論點為：無法登記之動產，因難以公示其權利內容，應從嚴解釋，使習慣難以形成新動產物權。至於不動產，必須在習慣存在於全國大部分地區時，法院方應承認其為新物權類型——但仍須以創設新物權類型之邊際社會利益大於邊際社會成本為前提。3.4 探討由行政機關創設新物權類型之利弊。

第 4 節作結。

2. 物權類型的最適數目

要探究物權類型是否有最適數目，必須比較創造新物權類型所產生的邊際（marginal，用白話說是「額外的」）社會利益（social benefits）與邊際社會成本（marginal social costs）。如果邊際社會利益大於邊際社會成本，則應

創設此新物權類型。若邊際社會利益小於邊際社會成本，則應該讓交易用債權（而非物權）來架構，或有時甚至禁止該種交易。如果邊際社會利益穩定遞減，而邊際社會成本穩定遞增，當評估是否創造新物權類型時，發現兩者相等，則可知所有合效率的物權類型已經被創設，再多創造任何新的物權類型，都不敷成本效益。此時，回頭檢點已經創設的物權類型，即可知物權類型的最適數目。

無論是美國或台灣的法律經濟學界，對物權類型最適數目之爭論，都（應）由此架構展開¹³。確立物權類型是否有最適數目後，再探討物權法定主義、物權自治主義、物權法定加習慣主義、或其他制度安排，最可能達成創設最適數目物權類型之目標。當前物權法定主義之爭論，其實應釐清為兩大部分：第一部分是物權類型最適數目理論是否正確；這是本節要探討之主題。第二部分是物權法定主義是否為實踐物權類型最適數目之最佳制度安排；此為第3節之探討重點。

2.1 理論架構

美國法律經濟學界，對物權類型最適數目問題之探討，以 Merrill 和 Smith 及 Hansmann 和 Kraakman¹⁴兩篇專文最具代表性¹⁵。Hansmann 和

¹³ 千學平教授對此有不同看法。氏之創見為 Merrill 和 Smith 之模型假設（社會）立法之情境，而 Hansmann 和 Kraakman 之模型假設法院訴訟之情境，後者較符合英美之普通法背景。參見千學平，前揭註 1，頁 58-67。不過，本文立法論與解釋論之探討對象，主要為台灣民法第 757 條，即為立法之情境，故使用 Merrill 和 Smith 之模型為出發點，應無不妥。

不過，民法第 757 條修正後，習慣亦成為新增物權類型之法源。習慣須透過法院之承認才能真正創設新物權，正是千教授所謂之法院訴訟情境。所以，另一種分析新民法第 757 條之方式，就是用 Merrill 和 Smith 之模型，求得最適之物權數目，並期望立法者能制訂之。但若立法者未能制訂足夠之物權數目，或因時過境遷，有新的物權類型需求，則用 Hansmann 和 Kraakman 之模型分析何種新物權應該被創造。

¹⁴ See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9.

¹⁵ 千學平教授從不同角度解析 Merrill 和 Smith、Hansmann 和 Kraakman 之專文，發人

Kraakman 對增加物權類型之社會利益與社會成本，闡述較為清楚。邊際社會利益，Hansmann 和 Kraakman 認為由兩部分組成：減少之使用者成本（user cost）¹⁶與資產（asset）所增加的產值¹⁷。使用者成本之減少，源自於：以複雜的契約安排交易，成本較高；以單純、有對世性的物權安排交易，成本較低；所以創設新物權可以減少使用者成本。資產的價值上升，是因為新物權類型使得物可以用更多不同的方式利用或交易。邊際社會成本，是額外支出的非使用者成本（nonuser cost）與系統成本（system cost）¹⁸。非使用者成本是不欲利用新物權類型者被迫支出的成本；系統成本則是例如土地登記制度的成本。

Merrill 和 Smith 其實也考量類似之成本，但使用不同名詞。邊際社會利益，Merrill 和 Smith 認為是「挫折成本之減少」。這看起來像是 Hansmann 和 Kraakman 的「使用者成本之減少」而已；但從 Merrill 和 Smith 之文脈判斷，挫折成本之減少也可能兼含 Hansmann 和 Kraakman 所指出的兩種社會利益。關於邊際社會成本，Merrill 和 Smith 的估量成本¹⁹，對應於 Hansmann 和 Kraakman 的非使用者成本²⁰。然而，Merrill 和 Smith 雖然幾度使用行政成本（administrative cost）這個名詞²¹，甚至明確指出它是社會成本之一部分²²，但並未定義之。就筆者之理解，此成本與 Hansmann 和 Kraakman 的系統成本，可作相同解釋。然而，Merrill 和 Smith 的基本模型²³只有處理同屬

深省。參見于學平，前揭註 1。

¹⁶ See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 396.

¹⁷ See *id.* at 396-97.

¹⁸ See *id.*

¹⁹ Merrill 和 Smith 常用的資訊成本（information costs），與估量成本同義。See Merrill & Smith, *supra* note 8, at 26 n.107.

²⁰ Hansmann 和 Kraakman 就如此認為。See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 401.

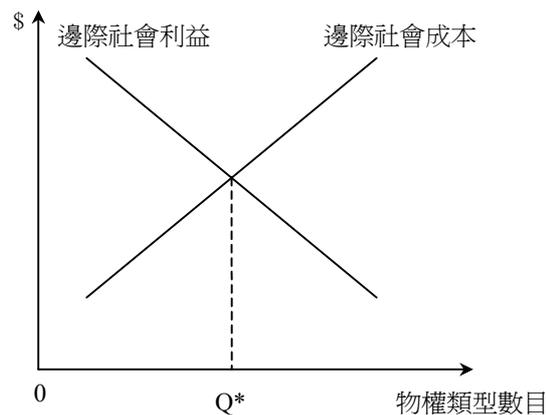
²¹ See Merrill & Smith, *supra* note 8, at 38, 51.

²² See *id.* at 38.

²³ See *id.* at 39 fig.2.

社會成本的估量成本，並未處理行政成本。在其文章隨後的衍生模型²⁴中，雖有處理有登記制度與無登記制度時估量成本之差異，但既未釋明登記制度之成本是否就是行政成本，也未將此成本納入模型考量（易言之，Merrill 和 Smith 在該模型中隱然假設登記制度之成本為零²⁵）。Merrill 和 Smith 此部分沒有清楚交代，其受 Hansmann 和 Kraakman 與國內學者批評，有以致之。

但本文認為，Merrill 和 Smith 的核心論點，依然正確。也就是創設新物權類型的邊際社會利益會遞減，而邊際社會成本會遞增，所以物權類型有最適數目（參考圖一）。持反對見解之學者，主要就是爭執：1.邊際社會成本是否遞增；2.邊際社會利益是否遞減。以下分別討論之：



圖一 物權種類的最適數目

2.2 邊際社會成本遞增

社會成本分為非使用者成本與系統成本。非使用者成本（或謂「估量成本」），Merrill 和 Smith 分為兩種型態：為避免侵害他人權利所支出之估量

²⁴ See *id.* at 41 fig.3.

²⁵ 此外，Merrill 和 Smith 亦隱然假設，無論有多少物權類型，登記制度所降低的邊際估量成本都相同。此部分受到蘇永欽教授之批評。參見蘇永欽，前揭註 8，頁 123。

成本；為確認交易對象之權利內容而支出之估量成本²⁶；於 2.2.1 及 2.2.2 中探討。2.2.3 探討系統成本。

2.2.1 避免侵害他人權利所支出之估量成本

Hansmann 和 Kraakman 和國內學者咸認，難以想像非（新物權類型）使用者會需要多支出估量成本，以避免侵害他人權利，因為任何人只要知道東西是別人的、不是自己的，就可以避免侵害他人權利²⁷。本文同意，若物權類型只有目前台灣承認的那幾種，確實難以為此種成本舉例。然而，若開放物權自治，各種千奇百怪的物權類型出現後，非使用者必須支出此種成本，並非難以想像。至少，批評 Merrill 和 Smith 論點之學者，都忽略或未正面反駁 Merrill 和 Smith 在另一篇文章中所舉之「橘色大衣」案例：地主甲在其位於交通要衝的土地設定公用人役權²⁸，任何想通行的人都歡迎自便——但若有人穿著橘色大衣，則不享有通行權；踏進該地一步都算妨害所有權（trespass）²⁹。

在物權自治的世界中，任何地主皆可自由創設現行法所無之人役權，也可對其人役權作各式各樣的限制，例如：開雙 B 轎車的人下來推車才能通行、身高超過兩百公分者只能匍匐通行等等。當然，愛穿橘色大衣、開高級轎車的長人，大可以走另外一條路。但他必須確定自己不會違反沿途道路所

²⁶ See Merrill & Smith, *supra* note 8, at 26.

²⁷ See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 411; 張鵬，「否定物權法定主義芻議——兼談中國大陸物權法立法選擇」，前揭註 5，頁 146；蘇永欽，前揭註 8，頁 115。

²⁸ 蘇永欽教授對於此種人役權是否可以在大陸法系的物權體系下設定，頗有微詞。參見蘇永欽，「可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線」，中國南京大學「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」研討會論文集，頁 101-102（2010）。然而，若物權真的「自由、自治」了，此種人役權，有何不可？

²⁹ See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773, 795-96 n.77 (2001).

附加的光怪陸離限制，以免侵犯地主權利³⁰。即使物權自治世界中，所有新創（不動產）物權都必須登記或以他法公示，在此例子中，要查閱相關物權內容或每一條道路的公告牌，顯然就必須花費額外估量成本。即使那個美麗新世界中的 GPS，可以顯示所有道路的通行限制，通行者還是必須在上路前做好功課，或抱著隨時要急轉彎的心理準備³¹。這些，就是避免侵害他人權利所必須支出的估量成本³²。

2.2.2 確認交易對象之權利內容而支出之估量成本

Hansmann 和 Kraakman 認為：只要常用物權類型有清楚定義、明確規範，不常用物權類型，與絕大多數交易者不相干，自然不會造成非（罕見物權）使用者之成本³³。此外，Hansmann 和 Kraakman 認為：若新物權類型都用同樣方式公示（例如：登載於土地登記簿），則交易者／非使用者也不會支出額外成本。例如：某甲購買土地前，本須查閱土地登記簿，確認該地上是否有抵押權、地上權等常見之限制物權，若該地上同時有奇特之限制物

³⁰ 蘇永欽教授就認為，駕車者大可以只走公共道路，不走「來路不明」的私人開放道路。蘇永欽，前揭註 28，頁 102。然而，要確定一條路是否為公共道路，顯然就仍需花費估量成本。而且，在此情境中，Hansmann 和 Kraakman 所強調的 verification（確認權利狀態）就特別重要，因為通說常用的公示方法——占有或登記——都無法大幅降低行路人的估量成本；至少要用式樣標準化的公告牌，才可能大大降低估量成本。但無論是大是小，外部成本依然存在。

³¹ 況且，很多人原本不需要使用 GPS，現在需要使用，就是額外的非使用者成本。

³² 如果物權自治的世界中也容許自行創設智慧財產權的（準）物權類型與內容，吾人購買的每一本書、下載的 iTunes 歌曲、購買的 CD，可能都會有不同的合理使用限制（影印、拷貝、借人、閱讀／聆聽次數）。在那個世界中，消費者購買的可能不是書籍或 CD 的所有權，而是各種形形色色的使用權。試問，吾人是否須花費額外心力，以免侵犯他人權利？蘇永欽教授認為，智慧財產權是否法定，可與一般物權作不同考量。參見蘇永欽，前揭註 8，頁 118。

³³ See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 381. 同見解：張鵬，「物權法定經濟上合理性之批判」，前揭註 5，頁 145-146。

權，某甲也會順便在土地登記簿中發現³⁴。而若某甲欲取得乙地所有權，丙、丁地上有奇特類型之物權，也不會造成甲之困擾。

本文不贊成 Hansmann 和 Kraakman 之分析，因其討論有欠周詳。以下分為動產與不動產兩種情形，分別討論之：

2.2.2.1 動產

首先，一般不可登記之動產，公示甚為困難。學說上常謂，占有為動產之公示方法。但占有之為公示，相較於土地登記簿，實屬簡陋³⁵。此即動產僅有兩種定限物權（質權、留置權），而留置權更屬暫時性質之物權之原因。在物權自治的世界中，動產物權之類型可以大幅增加，而動產之權利人可以遍布全球，但特定時間內，占有人只有一個。是故，占有能夠擔負的公示功能不但有限，而且往往誤導。Merrill 和 Smith 刻意用動產為此種估量成本舉例，而 Merrill 和 Smith 理論之批評者，並未正面回應³⁶。Merrill 和 Smith 的例子是：有隻手錶的所有權在每星期一屬於某甲，在其他天屬於某乙³⁷。無論是某甲或某乙的占有，都不足以公示另一人之部分所有權。假定此錶為高級名錶，大概也無法透過在錶鏈上刻上甲、乙的名字來公示，以免降低其價值與外觀美感。而社會上奇特的動產物權類型越多，想買錶或任何其他動產者，都必須要一一調查其上之可能物權負擔。

而即令在電腦與網路的世代，也很難為動產建立簡便的（線上）登記簿。即令科技進步使得動產（線上）登記簿成真³⁸，未創設、也不想用「星

³⁴ See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 401.

³⁵ Hansmann 和 Kraakman 強調，唯有在沒有定限物權的情況下，才可能單以占有作為動產之公示方式。See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 385.

³⁶ 唯一有所探討的張鵬教授，並未切中 Merrill 和 Smith 以此例說明外部成本之意旨。故其回應並未推翻 Merrill 和 Smith 的推論。參見張鵬，「物權法定經濟上合理性之批判」，前揭註 5，頁 144-145。

³⁷ See Merrill & Smith, *supra* note 8, at 27-33.

³⁸ 張鵬教授似乎認為現在就可以設立動產的權利索引。參見張鵬，前揭註 5，頁 156-157。

期一錶所有權」的非使用者，爲了購買一隻可以天天擁有的錶，必須查閱線上登記簿，以確定自己看中的錶，是否帶有奇怪之物權限制或負擔。這就是爲確認交易對象之權利內容而支出之估量成本，而且是沒有被創設「星期一錶所有權」的使用者所內化（internalize）的外部成本。

誠然，在現行善意取得制度下，若賣錶者宣稱其擁有完整之所有權，而錶之購買者不知賣方僅擁有星期一所有權，買方仍可善意取得完整的所有權；因而不會支出額外的估量成本。對此論述，可有不同層次之回應。

首先，值得注意者，不額外支出估量成本，並非物權自治主義運作之當然結果，而是仰賴善意取得制度所獲致；而善意取得制度既非法制或理論上之必然，亦非當然伴隨物權自治主義——過往之論者皆未論及此點³⁹。

此外，善意取得所有權，依 2010 年 1 月甫通過之新民法第 948 條第 1 項但書⁴⁰，已改成以非「明知或因重大過失而不知」爲限。若罕見物權之所有權人（或任何組織），設立線上登記簿，則未查閱線上登記簿即可能構成重大過失。非使用者爲順利取得所有權，仍被迫查閱可能之登記簿⁴¹，因而額外支出估量成本⁴²。

再者，現行法第 948 條到第 951 條對善意取得的設計模式，本來就使得潛在買受人無法確知自己是否能終局取得所有權，蓋即使買受人爲善意，又

³⁹ 參見張鵬，前揭註 5，頁 146；蘇永欽，前揭註 8，頁 158。

⁴⁰ 新民法第 948 條：「（第 1 項）以動產所有權，或其他物權之移轉或設定爲目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護。但受讓人明知或因重大過失而不知讓與人無讓與之權利者，不在此限。（第 2 項）動產占有之受讓，係依第 761 條第 2 項規定爲之者，以受讓人受現實交付且交付時善意爲限，始受前項規定之保護。」

⁴¹ 也可能因爲查閱登記簿的成本高於交易所獲得之利益，而乾脆不交易。是故，雖然沒有因此增加非使用者成本，但卻有減少交易的另一種無效率結果。

⁴² 關於新民法第 948 條之「重大過失」該如何解釋，在條文仍在草案階段即有討論。參見蘇永欽，「債權人可否留置非債權人之物」，民法物權爭議問題研究，頁 292（1999）；張永健，「論『動產所有權善意取得』之若干問題」，台灣本土法學雜誌，第 27 期，頁 111（2001）。

盡合理調查成本，仍難以得知究竟出賣人所處分之物，究竟是盜贓物等非基於原占有人之意思為喪失占有（適用民法第 949 條），還是基於原占有人之意思為喪失占有（適用民法第 948 條）⁴³。所以「善意」不一定能「取得」，潛在買受人自然就在乎出賣人是有權處分還是無權處分，因而會額外支出更多估量成本，以確認權利狀態。

況且，動產善意取得制度也無法處理所有的案型。假設出賣人僅擁有「週一手錶所有權」，並對買受人輕描淡寫地表示讓與其所擁有之該錶上所有權，則因出賣人僅有意出售其星期一所有權，並沒有無權處分他人星期二至星期日錶所有權之意，買受人無從善意取得。買受人為避免此種不利處境，勢必要花更多心力釐清出賣人的權利內容。

總之，動產難以公示，購買動產又不當然有善意取得之適用，非（新物權類型）使用者，仍須為確認交易標的物之權利內容而額外付出估量成本。

2.2.2.2 不動產

新類型不動產物權之公示，也不像論者所想像得那般容易。台灣現在採用物權法定主義，物權類型有限、內容明確，在土地登記簿上各歸其位、一目了然⁴⁴。若改採物權自治主義，新物權類型如雨後春筍般浮現。以地政機關有限的人力與能力，是否能持續擴充土地登記簿之欄位以負荷登記需求，是否能「實質審查」各種已登記權利間是否有衝突⁴⁵，不無疑問。學者即有主張，此時必須捨棄我國目前所採之「托崙斯登記制（Torrens System）⁴⁶」⁴⁷，而改採法國、美國之「契據登記制（recording）⁴⁸」⁴⁹——

⁴³ 對此，筆者已於另文批評，參見張永健，同前註。

⁴⁴ 即便如此，欄位越多，或登載越多定限物權，仍然會增加一點估量成本。

⁴⁵ 關於我國土地登記制度採實質審查，參見王文宇，前揭註 5，頁 154-155。

⁴⁶ 關於托崙斯登記制內涵之中文文獻，參見陳銘福，土地登記——法規與實務，頁 5（2009）。

⁴⁷ 學者多認為我國採行托崙斯登記制，參見陳銘福，同前註，頁 5；但有學者認為我國採行權利登記制度，而非與之類似之托崙斯登記制。參見吳光明，「物權變動之立法模式」，中國南京大學「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」研討會論

地政機關在契據登記制中，僅負責集中彙整各筆不動產之交易內容（物權契約），而不審查新交易之內容是否與已登記之權利有衝突。

採用契據登記制，不動產交易人必須自行查閱交易標的之過往契據，以判斷權利歸屬。物權類型之多寡，大大影響估量成本。試想，在物權法定主義⁵⁰之下，假設不動產只有 8 種類型，交易人（或其代理人）只要確定契據中有無該 8 種物權類型之交易即可。在物權自治主義之下，不動產可能有 80 種類型。交易人必須先在最新的過往契據中仔細判斷是否有設定任一類型之物權，再判斷次新的過往契據中是否有設定任一類型之物權，比較兩者是否有衝突，然後再比較第三新的過往契據……以此類推。即令判讀所有契據後發現，該不動產過去只有利用最常見的三種物權類型，交易人過濾權利內容的估量成本，已經一去不返。簡言之，增加不動產物權類型，就增加非使用者確認交易對象之權利內容而支出之估量成本。

綜前所論，Hansmann 和 Kraakman 認為罕見新物權的創設，不會增加非使用者之成本，並不正確。Hansmann 和 Kraakman 認為整齊劃一的公示方法，不會使交易者支出額外成本，也忽略了上述公示之困難處。或許 Hansmann 和 Kraakman 也認知到其論述之侷限，故最後承認非使用者成本可能會上升⁵¹。而本文贊同 Merrill 和 Smith 之論據——物權類型越多使得權利關係越複雜（各種奇怪的公用人役權，複雜切割動產或不動產擁有或使用之交易安排等，以及彼此加成的混淆效果），是故，邊際非使用者成本，隨物

文集，頁 163（2010）。嚴格說來，托崙斯登記制是權利登記制（registration；或譯登載制）的一個亞種，see Benito Arruñada, *Property Enforcement as Organized Consent*, 19 J. L. ECON. & ORG. 401, 420 (2003).

48 關於契據登記制內涵之中文文獻，參見陳銘福，前揭註 46，頁 4。

49 參見王文宇，前揭註 5，頁 156-157。Arruñada 文之回歸模型發現：採用契據登記制的國家，物權類型比較多。See Arruñada, *supra* note 47, at 416-17.

50 美國大部分的州就是兼採契據登記制與物權法定主義。See THOMAS W. MERRILL & HENRY E. SMITH, *PROPERTY: PRINCIPLES AND POLICIES* 579, 917-18 (2007).

51 See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 401, 419.

權類型增加而遞增⁵²。

2.2.3 系統成本

Hansmann 和 Kraakman 指出，系統成本、使用者成本、非使用者成本往往互為消長⁵³。若採用契據登記制，邊際系統成本（如：地政機關每次辦理登記所花的成本）大體不變，因為不管契據內容是率由舊章，還是創設新物權類型，地政機關都只是將契據分宗歸檔。與此同時，如前小節所論，邊際非使用者成本遞增。

但若勉強維持托崙斯登記制與實質審查，則邊際系統成本遞增，邊際非使用者成本可視為不變。在此登記制度下，地政機關必須創設許多新的欄位來容納新物權類型，地政登記人員必須持續吸收新知來作實質審查。而物權類型越多，越難明確地在登記簿上呈現權利狀況，地政人員也越難理解相關權利之關連，而拖慢實質審查的時間。但非（新物權類型）使用者在進行交易時，只需關注自己有興趣之不動產的權利內容，而登記簿上會清楚顯示其狀態，故邊際非使用者成本應該不會有太大變化⁵⁴。

前述系統成本只侷限於物權登記的系統成本，但系統成本還應該包括其他法律機制之成本。假設開放物權自治，某甲開風氣之先，引入其心儀已久的美國物權類型 life estate（或可翻譯為「終身使用權」），將對其他法制造成巨大衝擊。例如：甲將其擁有之 A 地之終身使用權，移轉給乙，乙過世後，終身使用權消滅，甲之所有權回復完整⁵⁵。試問，甲、乙是否各須繳交一次贈與稅或土地增值稅？還是各一次？還是都不用？乙使用期間，地價稅之義務人是誰？終身使用權還有許多其他亞種，例如：甲將 B 地之使用權移

⁵² See Merrill & Smith, *supra* note 8, at 39 n.146.

⁵³ See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 396-97.

⁵⁴ 但這仍以新修訂民法第 759 條之 1 第 2 項之土地登記制度「公信原則」繼續適用為前提。

⁵⁵ 這個類型叫作 life estate for life of grantee, see JAMES E. KRIER, PROPERTY 89-90 (17th ed. 2006).

轉給丙，但期間僅限於丁活著的時候（也就是，終身使用權的終身是以丁的命來量，但丙才是權利人）⁵⁶。又如：甲將 C 地之終身使用權移轉給庚，庚仙去後，權利移轉給辛⁵⁷。再如：甲將 D 地之終身使用權移轉給丑，但規定若卯在丑在世時就成婚，權利立即移轉給卯⁵⁸。這些新的物權類型，都會迫使現行土地、贈與、遺產稅制修法因應，甚至民法期待權的理論與實務，都必須有所調整。這些都可以算是新物權使用者不會納入考量的系統成本。

甲能夠製造的麻煩不僅於此。甲在 E 地上蓋高樓，但不將之規劃為區分所有的大廈，而是引進在紐約市極為風行的 cooperative apartment（或可譯為合作式住宅）形式。合作式住宅的特色是：土地與房屋的所有權都在公司手中，公司全部的股份由住戶持有。住戶透過董事會控制公司。住戶和公司簽訂長期、可更新的租約。合作式住宅通常是以整片土地與整棟樓為抵押品向銀行借貸，故若任何一戶欠繳房貸而其他戶沒有代墊，連樓帶地都會一起被拍賣⁵⁹。引入合作式住宅形式，可以想見會對公司法、破產法、稅法造成衝擊。

總之，新物權類型可能會成為現行法律體系難以處理的燙手山芋。當然，假以時日，立法機關或行政機關自然能決定課稅準則或處理方式。但是，物權自治主義的世界中，新物權類型可以不斷出現，只要一人創造新類型，受影響的單位或機關就要重新制訂行政命令或者修法。系統成本，焉能不高⁶⁰？

⁵⁶ 這個類型叫作 life estate pur autre vie。See *id.* at 90.

⁵⁷ 這個類型叫作 life estate in a class。See *id.*

⁵⁸ 這個類型叫作 life estate subject to an executory limitation。See *id.* at 91.

⁵⁹ See JESSE DUKEMINIER ET AL., PROPERTY 814-15 (6th ed. 2006).

⁶⁰ 蘇永欽教授正確地指出，新物權類型也可能給法律系統帶來利益，例如：稅收增加。然而，蘇教授亦認為，此種利益與系統成本，會使得問題分析過於複雜，不宜納入討論。參見蘇永欽，前揭註 28，頁 103。本文認為，在蘇教授之引領討論下，物權法定與否之問題，已經持續論戰超過二十年，並擴及海峽兩岸，故當下的討論，應該超越過度簡化的模型，而加入更多現實世界中會產生的其他問題為宜。

是故，將所有法律體系中的系統成本合而觀之，邊際系統成本應該會遞增。由於邊際非使用者成本也是遞增，邊際系統成本與邊際非使用者成本之總和，即邊際社會成本，也會遞增。

2.3 邊際社會利益遞減

Merrill 和 Smith 假設最簡單好用的物權類型會先被創造，所以越晚誕生的類型，價值越低⁶¹。這就是邊際社會利益遞減的理由⁶²。需澄清者，Merrill 和 Smith 並不是主張，在物權法定主義之下，最有價值（亦即形制最單純、交易者最需要）的物權類型會先被創造出來。兩位學者的假設，與文章中的剪刀圖（類似圖一），其實正是在描繪物權自治主義的世界⁶³。在那個世界中，最先受到矚目、肯定、使用的物權類型，應該會是邊際社會利益最高者。退萬步言，即使物權自治主義的世界中，物權類型的創造，不一定永遠嚴格按照邊際社會利益高低排序，在大趨勢上，邊際社會利益還是遞減⁶⁴。

Hansmann 和 Kraakman 沒有明確表明是否認為邊際社會利益遞減，但從其一再強調「重點是創設新物權所創造的價值是否超過必須支出的成本，物

⁶¹ See Merrill & Smith, *supra* note 8, at 39.

⁶² 簡資修教授主張，本文以及本文所承繼之 Merrill 和 Smith 模型，忽略了物權間並無替代關係，故本文圖一之 X 軸並無共同度量單位。參見簡資修，前揭註 10，頁 10。本文主張，圖一之 X 軸的單位就是物權類型之數量，而物權間確實有替代關係。舉例而言，在中國，土地為國有或集體共有，長期之土地使用權就替代了所有權。在台灣，違章建築不得登記為不動產，「實質處分權」就應運而生。若物權法只承認所有權，不承認抵押權，就可能產生交付占有但不讓與所有權的新型擔保，或使用讓與擔保之方式交易。

⁶³ 這一點，Merrill 和 Smith 文章並未清楚闡明，但本文認為這正是其意旨所在。See Merrill & Smith, *supra* note 8.

⁶⁴ 張鵬教授質疑邊際社會利益線不一定是直線，而應該是曲線。參見張鵬，「物權法定經濟上合理性之批判」，前揭註 5，頁 144-145。直線、曲線當然可以探討，不過，只要是邊際社會利益遞減，都不影響 Merrill 和 Smith 的核心論點。採用直線，只是讓模型簡潔、作圖方便而已。

權類型並沒有最適數目」⁶⁵，可以反推⁶⁶其可能認為邊際利益不一定會遞減。然而，以 Hansmann 和 Kraakman 的術語來探討此問題，可知：物權種類越多，越不需要用複雜契約來安排交易，所以新物權類型所能減免的使用者成本，逐漸變少。且物權種類越多，資產的使用或交易機會雖然越多，但很難想像冷僻的物權類型，可以比流行的物權類型，創造更多的資產價值。故若會流行的物權類型通常都會被創造，邊際資產價值就會遞減。總而言之，即令用 Hansmann 和 Kraakman 的架構，也應該得出邊際社會利益遞減之結論。

總結前述討論，創造新物權類型的邊際社會利益遞減，邊際社會成本遞增，兩者逐漸逼近彼此，最後黃金交叉。兩者相同時所存在的物權類型數目，就是最適數目（亦即圖一中的 Q^* ）⁶⁷。這是 Merrill 和 Smith 鴻文之要旨，也是本文所採取之立場⁶⁸。

⁶⁵ See Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 401.

⁶⁶ 因為只要邊際利益遞減且邊際成本遞增，兩者終究會相交，物權類型就因而會有最適數目。不過，理論上，Hansmann 和 Kraakman 也可能認為兩者都遞減，只是邊際成本遞減較快，所以兩者不會相交。但無論 Hansmann 和 Kraakman 行文中，或理論上，都不太可能採此見解。

⁶⁷ 在 2010 年 3 月 26 日南京大學主辦之「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」研討會中，北京航空航天大學法學院李昊教授，評論道：在中國，最適數目可能有很多解釋。確實，（法律）經濟學是作有條件之論述。最適數目既然由估量、挫折、行政成本之大小而決定，若中國各省分有不同的登記制度、交易需求，各地最適數目自然就不同。所以，中國現行物權法第 5 條採用嚴格的物權法定主義（內容相當於台灣舊民法第 757 條），由中央立法決定物權類型，並一體適用至全國各地，就難以使各地的物權類型都是最適數目。像美國那樣由各州（各省）自行發展物權法，大概純屬畸夢幻想。但仿照台灣新物權法第 757 條，使各省可以透過習慣而新增適合該省交易條件之物權類型，或許是可以思索之方向。

⁶⁸ 值得一提者，Carol Rose 對 Merrill 和 Smith 及 Hansmann 和 Kraakman 的論爭，有一針見血的評論：Merrill 和 Smith 強調，透過控制物權種類與數目，物權法定主義可以使資訊成本不至於過高。Hansmann 和 Kraakman 則從「確認權利狀態」（verification）的觀點，主張使用登記制度或其他公示方法，即可使資訊成本不至於

3. 創設最適數量物權類型的制度安排

第 2 節探討之理論，僅能說明物權類型有最適數目，並不當然是物權法定主義之禁衛軍；此已有學者指出⁶⁹。本節探討之問題，是哪一種制度安排最能創造出數量最適的物權類型。

概念上，創設物權類型，應有數種可能的「理想型」（ideal type）制度安排。第一種是由立法機關獨占物權類型之創設與廢止，此即吾人熟悉之「物權法定主義」，舊民法第 757 條採之；於 3.1 中探討。

第二種在光譜的另一端，乃由市場交易者自由創設新物權類型（無須得到法院之認可！），未被使用的物權類型則被自然淘汰，此即許多學者支持的「物權自治主義」；於 3.2 探討。

第三種是第一種理想型的擴充。在此類型中，立法機關仍肩負一開始創設新物權類型之責任，而物權類型的正式廢止，也由立法機關為之。與第一種不同之處，是法院也可以創設新物權類型。我國新修訂民法第 757 條採用「物權法定加習慣主義」，就是第三種理想型的一種子類型。之所以是子類型，乃因法院並不得任意創設新物權類型，而需民間先有交易習慣，並符合若干立法者設定之條件始得為之⁷⁰；於 3.3 探討之。

過高。Rose 觀察到大陸法系國家，往往兼採土地登記制度與物權法定主義。所以 Merrill 和 Smith 及 Hansmann 和 Kraakman 的論點，不當然無法並存，因為物權法定主義與公示制度其實相輔相成（supplementary）。差別在於，大陸法系國家所採的登載制下，物權法定主義是在事前（*ex ante*）發揮作用，擋下特異的物權安排，使登載制不至於資訊超載。而在美國的契據登記制下，則是在事後（*ex post*）發揮作用，使產權不至於過度複雜。See Carol M. Rose, *Servitudes* 24-28 (Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 09-13, 2009), available at <http://ssrn.com/abstract=1371251>.

⁶⁹ 參見蘇永欽，前揭註 8，頁 128，批評 Merrill 和 Smith 由標準化推論到物權法定主義，過於速斷。

⁷⁰ 換言之，理論上可有另一種子類型：法院可以在沒有習慣的情況下就創設新物權類型。

在 3.4，本文探討由行政機關創設新物權類型之利弊。行政機關創造之物權類型，可能可以俾補物權法定主義與「物權法定加習慣主義」之缺漏，制度設計上可以外掛在第一類與第三類理想型中。容許行政機關創造物權，若與物權自治主義結合，也至少可以當成物權類型範本；故其與第二種理想型不相衝突。

3.1 物權法定主義：舊民法第 757 條

本小節討論者，為嚴格意義之物權法定主義。亦即，法定之法，只包括立法院所通過之法律，不包括習慣（法）、判例、行政命令等。3.1.1 探討以物權法定主義創設物權類型之利弊，3.1.2、3.1.3 則回應學者對物權法定主義之批評。

3.1.1 物權類型過少

筆者猜想，與其說批判物權法定主義之學者，是對物權數目最適理論或傳統論述⁷¹有深厚不滿，倒不如說學者憂心目前物權類型數量過少。此由批判物權法定主義之學者，多在文章中一併提倡新物權類型⁷²，可略知一二。不過，理論上，物權法定主義不一定會創設低於最適數量的物權類型；它也可能創設太多；或有迫切需要的類型未制訂，但無實務重要性的類型長期佔據民法的位置（這或許更適合描述我國的現況與學者的憂慮）；也有可能，物權法定主義剛剛好創設最適數量的物權類型，不多不少。Merrill 和 Smith 也有意識到物權最適數目理論與物權法定主義的連結問題，只是他們認為，

⁷¹ 支持物權法定主義之非法律經濟學論述，參見謝在全，民法物權論（上），頁 52-53（2009）。

⁷² 蔡明誠，「論物權的概念與類型」，物權法研究，頁 21-26（2005）；蘇永欽，前揭註 2，頁 232-233。簡資修教授雖未提倡新物權類型，但亦指出目前法定物權類型過少。參見簡資修，前揭註 5，頁 226。中國學者張鵬教授，則擔憂物權法定主義會使中國大陸制訂物權法時，創造不敷市場需求的物權類型。參見張鵬，「否定物權法定主義芻議——兼談中國大陸物權法立法選擇」，前揭註 5，頁 159。

物權法定主義算是取得差不多的平衡點（rough balance）⁷³，所以沒有討論是否需要引入習慣法或判例作為物權類型法源。

本文大膽假設，美國學者與法院擁抱物權法定主義⁷⁴，而台灣學者對之不滿，其實是因為美國⁷⁵的物權類型，遠多於台灣的物權類型⁷⁶。台灣學者

⁷³ See Merrill & Smith, *supra* note 8, at 40.

⁷⁴ 美國法院（不知不覺）擁抱物權法定主義，是 Merrill 和 Smith 之見解。Merrill 和 Smith 文章在 2000 年問世後，截至 2010 年 1 月 17 日為止，SSCI 中收錄有 77 篇文章引用該文。除 Hansmann 和 Kraakman 明白表示不同意見外，其他文章至少從標題上看來並未採取不同立場（以美國學界之慣例，若對此等重量級學者在頂尖期刊的扛鼎之作有不同意見，幾乎都會在標題上表明）。而筆者本來讀過其中數十篇文章，再額外抽樣數篇文章，均未發現有學者反對 Merrill 和 Smith 的核心論點，或提出有力反擊。如 Glen Robinson 雖對 Merrill 和 Smith 之論點表示不滿，但其論述僅占其 74 頁論文之半頁，且亦未明確指出其論據究竟錯誤何在。See Glen O. Robinson, *Personal Property Servitudes*, 71 U. CHI. L. REV. 1449, 1488 (2004).

反觀 Hansmann 和 Kraakman 文章之影響力遠遜，自 2002 年發表後在 SSCI 僅有 11 篇文章引用，還有 3 篇是 Henry Smith 的文章，而 Smith 並未改變他在 2000 年文中之想法〔Smith 曾明白表示，Hansmann 和 Kraakman 的 verification cost，只是 Merrill 和 Smith 的資訊成本的其中一種態樣。See Henry E. Smith, *Property and Property Rules*, 79 N.Y.U. L. REV. 1719, 1768 n.174 (2004)〕。且引用 Hansmann 和 Kraakman 者也通常都有引用 Merrill 和 Smith，所以 Hansmann 和 Kraakman 在這場論爭中，似乎未享有「後發者優勢」。

⁷⁵ 美國的物權體系，源自英國。而英國在 1925 年時，有感於物權種類過多，反而妨礙交易，故用立法之方式，削減物權類型。See C. Dent Bostick, *Land Title Registration: An English Solution to an American Problem*, 63 IND. L.J. 55, 77 (1988).

⁷⁶ 台灣之物權類型，即令將特別法所創之物權類型納入，亦僅有十餘種。物權的各種分類，請參考謝在全，前揭註 71，頁 64-68。美國的物權種類，由各州普通法自行發展，大同中有小異，難以一概而論美國物權種類幾何。不過，要證明美國的物權類型比台灣多，只要觀察美國物權法容許對所有權在「時間向度」的諸多彈性安排即知一二。前揭註 55 至註 58 介紹者，僅為六種「現時權」（present possessory estates）中的其中一種的幾種亞種，再將各種「未來權」（future interests）納入，就更複雜了。關於美國物權依「時間向度」區分的各種類型，see KRIER, *supra* note 55, at 100, 112, 129. 台灣的物權類型，相對於德國與日本都算少。參見蔡明誠，前揭註 72，頁 17-18。

所倡議之新物權類型，雖然多取經自德國、日本，但美國法縱令無完全對應的物權類型，也可以透過其他物權類型的安排，獲致相同的對世效。美國學者身處物「權」豐隆的法律制度，自然會覺得物權法定主義已經非常夠用。在台灣，立法院怠惰似乎是無法舉反證推翻之事實。物權法修法，花了二十年、幾代學者之努力，才在 2010 年 1 月完成第一輪的修正。要將現行制度下無處容身的人役權等外國普遍實施、我國付之闕如的物權類型，明媒正娶到民法裡⁷⁷，不知道是不是要等到民法歡慶一百週年的那一天……。

但若前引幾位論者的真正動機是亟欲引入幾種新物權類型，而不是真的希望市面上出現幾百種新興物權類型，則廢除物權法定主義不一定是最好的辦法，採用物權自治主義更不是唯一的選擇。目前的主流論述，卻多陷於非黑即白的二分法，殊為可惜。

立法院除了怠惰之外，其通過法案的不可預測性也是出了名。若續採物權法定主義，也不是沒有機會一舉通過數種新型物權。為避免交易窒礙難行，起草的主管機關，甚至立委，或可考慮參酌各國立法例，多制訂幾種物權類型，寧濫勿缺！如果創設幾種無用之物權類型，民間頂多就是不用，目前的永佃權與典權就是最好的例子⁷⁸。因為民法能制訂的物權類型有限、內容又很明確，即使無用武之地，不至於造成太多非使用者成本與系統成本。而經過一段時間的實踐後，若證明某些物權類型不受市場歡迎，也可以立法刪除，更降低多餘物權類型的社會成本。當然，要整合多種新物權類型，也是不小的工程，尤其若要參酌美國許多富有高度彈性，又與現行物權體系有扞格的物權類型的話。未雨綢繆所創設的物權類型，同樣會牽動相關稅制規

筆者許多在美國考過律師考試的朋友，都抱怨物權法是最大夢魘，物權類型既多且雜，許多古老類型，彷彿是設計給《魔戒》人物用的。不過，若捨棄枝節不論，美國物權法和台灣物權法之差異，並沒有一般所想像的那麼大。

77 前一波民法物權編修正時，曾有是否納入人役權之相關討論。參見蔡明誠，「既成巷道之公用地役關係與所謂公用地役權問題」，物權法研究，頁 225（2003）。

78 參見王澤鑑，前揭註 11。

定，而增加法律體制系統成本。所以，用寧濫勿缺的態度多制訂幾種新物權類型，也不是全無缺點。但本文認為只要新類型數目不要「太超過」，應該會利大於弊。

總而言之，物權法定主義，並無法保證能完美實現物權類型最適數目理論之目標。在台灣，很可能會造成物權類型過少之遺憾。以下數小節，本文將探討其他制度安排，是否能比物權法定主義更容易達到目標。但在進入物權自治主義等之討論前，本文先釐清並回應兩種常見對物權法定主義之批判意見。

3.1.2 寇斯定理與物權法定主義

有學者引用寇斯定理 (Coase Theorem)⁷⁹來質疑物權法定主義，並倡議物權自治主義⁸⁰，本文有不同看法。寇斯定理之前提條件為，若財產權的劃定很清楚，而交易成本又夠低，交易者的安排就一定是最有效率的。放在物權最適數目理論的情境，就是若採物權自治主義，任何人（使用者）都有「權能／優勢 (entitlement)⁸¹」創造新物權類型，但受到波及的非使用者，若其受害較使用者之受益為高，就會與使用者交易，付錢請使用者不要創造新物權類型或棄絕使用新物權類型；若反之，受害較受益低，則新物權類型本來就該被創造，非使用者擔待一些，有助於效率。前者情境，起始點在圖

⁷⁹ 關於寇斯定理，文獻多如繁星。相關中文文獻如：熊秉元，熊秉元漫步法律，頁 164-168、211-214 (2003)。See, e.g., STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 83-84, 102-06 (2004).

⁸⁰ 參見蘇永欽，前揭註 2，頁 235-245；張鵬，「物權法定經濟上合理性之批判」，前揭註 5，頁 151-153。

⁸¹ 關於 entitlement，葉俊榮教授翻譯成「優勢」。參見葉俊榮，「出賣環境權」，環境政策與法律，頁 49 (1993)；張永健，「動產『加工』與『毀損』之法律經濟分析」，法令月刊，第 56 卷第 8 期，頁 12-13 (2005)。王文字教授翻譯成「權能」。參見王文字，「從經濟觀點論保障財產權的方式——以財產法則與補償法則為中心」，民商法理論與經濟分析，頁 38 (2000)。本文認為，兩詞皆有所長，故依中文行文方便，交互使用兩詞。

一 Q^* 右方；後者情境，起始點在圖一 Q^* 左方。但透過交易，最後都會跑到最適的 Q^* 。然而，創造新物權類型的情境中，交易成本非常高！因為每個人都可以隨時創造新物權類型，任何人都隨時會受外部性波及。顯然，全部人與全部人交易的成本，會是天文數字。交易難以發生，效率就難以達成。

寇斯定理衍生出另一個小定理：如果交易成本很高，導致無法交易，則一開始的權能分配，最好能有效率，因為初始分配很可能就是終局分配。也就是說，最好能讓物權類型的數目維持在 Q^* ，然後就不給予任何人創造新物權的權能。在 3.2 中，本文會論證，若用物權自治主義，物權類型數目一定會大於 Q^* ；而若用物權法定主義，如前述，雖然物權類型數目不一定會在 Q^* ，但至少有可能落在 Q^* 。所以，寇斯定理即令可以說明物權法定主義不一定完美之部分原因，寇斯定理也無法用以支持物權自治主義。

綜觀引用寇斯定理之學者論點，皆為物權法定主義增加交易成本，使寇斯式的交易（Coasean bargaining）無法出現，有礙效率⁸²。但論其實際，學者所指出之交易成本，其實就是第 2 節理論架構中之使用者成本或挫折成本。就此而言，能減少挫折成本，當然有助於效率。但若以廢除物權法定主義為手段，則必須面對非使用者成本與系統成本增加之問題。是故，單看交易成本之增加，並未窺得最適物權數目問題之全貌。寇斯定理，無法為物權自治主義背書。

3.1.3 物權法定與法定物權

有論者認為，「法定物權在某程度上是因為物權法定而有必要」⁸³；又在探討物權法定製造的挫折成本時，探討法定物權之困境⁸⁴。雖然論者已經正確地指出「物權法定和法定物權之間，沒有邏輯上必然的關連」⁸⁵，但因

⁸² 蘇永欽教授所舉之居住權例子，可供參考。參見蘇永欽，前揭註 2，頁 235-238。

⁸³ 參見蘇永欽，「法定物權的社會成本」，尋找新民法，頁 216（2008）。

⁸⁴ 參見蘇永欽，前揭註 8，頁 132-133。

⁸⁵ 參見蘇永欽，前揭註 83，頁 163。

爲此兩名詞仍時有混淆，值得在此作進一步闡釋。

在物權自治的世界裡，就像在眼下契約自由的世界裡，法律會設有典型、有名之類型作爲預設任意規定（default rules），以節省交易成本或誘使資訊優勢者揭露資訊⁸⁶。就像契約自由原則仍會伴隨強制規定，物權自治主義也會伴隨強制規定——法定物權即爲一例。亦即，法定物權與物權自治主義，可以相容。以民法第 876 條爲例，物權自治的世界中，仍可能有僅以土地或房屋設定抵押權之狀況；拍賣抵押物後，爲使房屋得存續於土地上，規定法定地上權，與物權自治的概念並無不合。

畢竟，物權自治或法定主義，是私人能否創設新物權類型之問題。而法定或自定物權，是私人自行安排物權關係或國家代爲安排物權關係之問題⁸⁷。兩種既爲不同層次之問題，則物權法定主義與法定物權，並無當然伴隨關係。誠然，有些不太恰當的法定物權，可能是立法者體察到物權法定主義中，物權不足權衡之弊，而做出之不妥安排。但正本清源之道，乃檢討各該法定物權之合理性，及研議增加物權類型，而非傷及無辜，將物權法定主義一起掃地出門。

⁸⁶ 英文文獻，see Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); Ian Ayres, *Default Rules for Incomplete Contracts*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, Vol. A-D 585 (Peter Newman ed., 1998); Ian Ayres & Robert Gertner, *Majoritarian v. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 1591 (1999); Eric Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L.J. 829 (2003). 中文文獻，參見王文字，「論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償規定為例」，民商法理論與經濟分析（二），頁 170-174（2003）；張永健，「自始客觀不能之經濟分析」，月旦法學雜誌，第 86 期，頁 157-161（2002）。

⁸⁷ 從法律經濟學觀點，法定物權其實是權能的重分配。若無法定地上權，則土地所有人有權能、占優勢，房屋所有人若無法購得地上權或合致租賃契約，則必須拆屋還地。反之，若有法定地上權，則房屋所有人有權能、占優勢，土地所有人若無法要到好價碼，也只能任由法院裁決。學者觀察到法定物權所增加的交易成本與拿喬（hold-up），故非無見，但亦不能忽略沒有法定物權時所不能避免的交易成本與拿喬。

最高法院也往往混淆物權法定主義與法定物權。最高法院 77 年度台上字第 1916 號判決謂：「法定地上權，必須合於法律之特別規定，始能發生；且物權除本法或其他法律有規定外，不得創設，民法第 757 條定有明文」，就是很明確的誤解。

較不明顯的誤解，例如：最高法院 84 年度台上字第 2385 號判決。該案中，貸款人將土地設定抵押權與地上權予信用合作社，以擔保其借款。信用合作社取得地上權，並非爲了利用土地，僅爲取得多一種物上權利、多一層擔保。然而，最高法院認爲「系爭地上權既非以支配物之利用（原審誤爲交換）價值爲目的，即與民法第 832 條所定之地上權者不符，依民法第 757 條規定，自屬不得創設。系爭地上權之設定，應屬無效」，則有誤解。從形式上來看，信用合作社所登記取得者，是典型之地上權。其是否利用之，爲其權利。就像買主購入土地後，雖有使用、收益、處分權，但決定任其荒廢，亦不因此違反物權法定主義。信用合作社之意圖雖在以地上權擔保貸款，但並未據此請求拍賣或流當等，故並不因此使得雙方合意之地上權成爲法律所未承認之定限物權。再從實體或公共政策之角度衡量，本案兩造設定之地上權，從本文所主張之物權數目最適理論以觀，並未製造外部成本，故亦無引用民法第 757 條使雙方合意無效之理⁸⁸。

高等法院則曾在一饒富興味之案例中做出正確之判決。高等法院台中分院 90 年度上易字第 113 號民事判決涉及者，爲一樓住戶拆除一樓至二樓之樓梯，使五樓住戶與地面無適宜之聯絡。五樓住戶主張類推適用民法第 787 條第 1 項袋地通行權之規定，一樓住戶則抗辯此違背物權法定主義。高等法院則謂：「實務上認民法第 787 條第 1 項所規定之土地所有權人袋地通行權，得類推適用於土地利用權人相互間之袋地通行及區分所有房屋所有權人相互間之建物通行。而土地所有權之鄰地通行權，係土地所有權之權能，即土地

⁸⁸ 即今要使此種定限物權之設定無效，也以援用通謀虛偽意思（民法第 87 條第 1 項）之規定爲妥。

所有權人在土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，所擁有得通行鄰地之權利，該鄰地通行權自非物權本身，因此類推適用民法第 787 條第 1 項所規定之土地所有權人袋地通行權，並非創設物權，此與民法第 757 條所定物權法定主義，物權除法律有規定外不得創設之規定並未違背，亦與最高法院七十七年度台上字第一九一六號判決所謂法定地上權之存在不得類推適用無涉，被上訴人認上訴人之建物通行權類推適用民法第 787 條第 1 項之規定，有違物權法定主義，尚有誤解。」更精確地說，本案之關鍵問題在於，法定地上權可否使用類推適用產生？對此，本文採取保留態度。然而，本文贊成高等法院之見解，法定地上權之創設，與物權法定主義無涉。

3.2 物權自治主義：學者主張

本文認為，物權自治主義⁸⁹，並非創設最適數目物權類型的萬靈丹。外部成本是物權自治主義的單門⁹⁰。當私人利益／成本（private benefit/cost）

⁸⁹ 因為 Hansmann 和 Kraakman 批判 Merrill 和 Smith 之主張，故有誤會前者贊成物權自治主義，或認為美國對物權類型數目未加限制。實則，Hansmann 和 Kraakman 明確主張，普通法中只承認有限數目的物權類型，see Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 376. 甚且，其主張物權類型數目應該是集體決定，而非交由個人或市場決定，see Hansmann & Kraakman, *supra* note 9, at 402 (“The choice of a property rights regime must be made socially, prior to the point at which persons interact. It is not a choice that can be left to the decisions of individual actors pursuing individual transactions—or, as it might be put, left to the market.”)。

⁹⁰ 簡資修教授對此表示不同意見，其主張無論是使用者或非使用者均有公示財產權利狀態之誘因，故外部性微乎其微。參見簡資修，前揭註 10，頁 5-6。

然而，姑且不論大多數動產如何公示之問題，使用者可能為了詐騙而作誤導性之公示，或基於種種原因不願意讓財產交易內容公諸於世，或者雖有心公示其權利狀態以極大化其財產利益，卻沒有能力完成最有效的公示。

再用 Merrill 和 Smith 的「星期一錶」（參見 2.2.2.1）說明公示不一定能消除外部性。「星期一錶」的交易者，可以透過契約或交易由律師公證之方式，向交易後手擔保該錶之權利狀態，確實如其所宣稱。或者，交易者也可以為後手購買損失保險，作為另一種放訊（signal）權利狀態之方式。但無論錶的所有人對該錶之權利狀

和社會利益／成本不同時，就有外部性。2.1 理論架構中的兩種非使用者成本（為避免侵害他人權利所支出之估量成本；為確認交易對象之權利內容而支出之估量成本），都是外部成本。系統成本，因為難以完全貫徹使用者付費原則⁹¹，也會產生外部成本。使用者的私人成本中並不包括非使用者成本或大部分的系統成本，但該成本包括在社會成本中。私人成本低於社會成本的結果是，若開放物權自治，因為私人只顧自己的邊際私人成本與邊際私人利益（等於邊際社會利益）⁹²，市場會創造出 Q^* 數量的物權類型，但最適數

況作如何之公示，都會施加外部成本在其他錶之交易者——錶的潛在買家會擔心自己買到僅有星期一權利的錶，所以會要求賣家透過律師提供履約保證或提供損失保險〔畢竟，民法的權利瑕疵擔保責任，因為其高執行（enforce）成本，通常買家希望僅以之作為事後求償的備胎手段〕。而這些討價還價，就是估量成本，也正是「星期一錶」交易者施加於他人（非使用者）的外部成本。

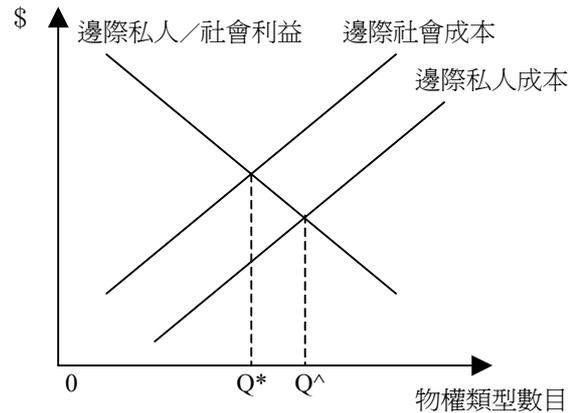
所以，抽象而言，若物權自治主義的體制，容許物權交易者自由採用自己選擇的公示方式，則難以消除外部性。但是，若法律強制物權交易者使用特定公示方式，又怎麼能稱之為物權自由、私法自治呢？（無法符合該公示方式者，即無法創造新物權。）況且，公示，如上所論，也不總是能消除外部性。

⁹¹ 要課徵「庇古稅」（Pigovian tax），使外部成本內部化，前提是可以精確計算外部性的大小。但物權自治產生的外部性，甚難精確估算。

⁹² 乍想之下，會覺得邊際私人利益應該低於邊際社會利益，因為創設新物權者讓後來者搭了便車。誠然，若有人想出一套十分新奇、便利、有效的物權類型，而他人絞盡腦汁也想不出，則確實邊際私人利益會低於邊際社會利益。但絕大多數情況中，新物權類型大概不會這麼實用又有創意，除非千百年來的物權研究者都太墨守成規。反之，大多數的新物權類型，都是因為「需求為發明之母」而出現，有類似交易需求者，都可以想出大致類似的物權類型來因應交易問題。

若係如此，則第一個創設物權者就沒有創造什麼外部利益。無論是第一位、第二位、還是第 N 位創設或使用新動產物權類型者，都是以自己占有為公示方法。創設或使用新不動產物權類型者，因為在契據登記制中，只需登記契據，無論契據中使用的是新物權類型還是舊物權類型，登記手續都相同。唯有在採用托崙斯登記制的情況，率先創設新不動產物權者，必須花費心力與地政機關周旋，更改簿上的欄目，才會有外部利益產生——然如前所論，物權自治主義下，採用契據登記制，勢不可免。最後，市場交易者隨時可以創設新物權，不以他人已創設該物權為必要。

目的是 Q^* （參見圖二）。 Q^{\wedge} 大於 Q^* ，表示物權自治主義的世界會創造出過多的物權類型⁹³。



圖二 物權種類的最適數目與物權自治主義創造出的過多種類

需強調者，創設過多物權類型之物權自治主義，與創設過少物權類型之物權法定主義，同樣都無效率。若最適數目為 10，前者創造 12 種物權，而後者創造 8 種物權，其無效率並無不同。然而，物權法定主義的低產能，是台灣目前立法環境的限制，並非理論上之必然。而物權自治主義之「宿命」，是物權類型數目過多、惹人困惑⁹⁴。所以，抽離台灣的特殊情境，理論上物權法定主義達成最適數目物權類型之機率，高過於物權自治主義。即令在現代之台灣，物權法定主義雖非完美，亦不應全盤抹煞其可能貢獻；況

是故，邊際私人利益，應該等於（至少近似）邊際社會利益。

⁹³ 物權自治主義之提倡者，為避免得出此結論，多質疑非使用者成本之存在的原因在此。參見張鵬，「否定物權法定主義芻議——兼談中國大陸物權法立法選擇」，前揭註 5，頁 146；蘇永欽，前揭註 8，頁 115。

⁹⁴ 此外，筆者之「直覺」是：物權類型最適數目不可能太多，法律創造之物權類型，即令過少也少不了太多；但相對而言，市場能自由創造出來的物權類型，會遠多於最適數目。所以物權自治主義之無效率程度較高。

且，物權自治主義之缺陷，亦不應忽視⁹⁵。

有學者另闢蹊徑，主張物權自治世界中之法院，可以用「產權過於複雜」為由，不承認某些意定物權⁹⁶。此作法，若運行得當，有助於減低物權類型，使之趨近最適數目。但若法院間見解不同，則無法維護交易安全。若法院趨於保守，不願用效率或經濟的理由，宣告自治物權無效⁹⁷，則物權類型仍然會有增無減，離最適數目越來越遠。

匿名審稿人指出，我國憲法保障契約自由原則（釋字第 576 號解釋參照），而物權法定（加習慣）主義，與此背道而馳，有違憲疑義⁹⁸；故應採物權自治原則。對此本文持保留態度。首先，釋字第 576 號解釋與物權法定原則無關，而是保險契約、債權契約之問題。大法官必然知道我國之通說認為債權契約與物權契約有間，其對契約自由保障之闡釋，必然僅針對債權契約而發。若認為因為有釋字第 576 號解釋，物權法定原則之合憲性就受到動

⁹⁵ 蘇永欽教授曾倡議，若物權法定（加習慣）主義創造低於最適數目的物權類型，因為超過「法典承載適量」，可以考慮由民間擔負創造新物權類型之功能。參見蘇永欽，前揭註 8，頁 128-130。但本文認為，一旦民間可以創造新物權類型，就像打開潘朵拉的盒子，所有物權自治主義的弊病都會浮現，最終物權類型一定會超過最適數目。故本文對此建議持保留態度。

蘇永欽教授在其最近的文章中，主張可讓產業團體將定型化物權契約報備主管機關並予編號，使該登記權利可簡單明瞭地顯示在土地登記簿中，供業內行家使用。參見蘇永欽，前揭註 28，頁 105。此提議確實有降低（但不可能消除）估量成本與系統成本之可能效果。但若這就是物權自治主義中僅有的創造物權方式，亦難謂完全之自由，或許可稱為「修正式之物權自治主義」。再者，若將「報備主管機關」轉為「主管機關核准」，則又從物權自治主義轉為非物權自治主義。關於由行政機關創設（核准）新物權類型之討論，參見 3.4。

⁹⁶ 參見簡資修，前揭註 5，頁 226。由此提議可推知，簡資修教授亦應認為物權自治主義並不當然創設最適數目之物權類型。

⁹⁷ 現行法中可資引用之規範依據，大概只有民法第 148 條「權利之行使，不得違反公共利益」而已。台灣法官是否願意把效率當成公共利益之指標之一，令人懷疑——雖然筆者亦認為法官應該如此！

⁹⁸ 相關討論，亦可參見謝哲勝，前揭註 7，頁 110-117；蘇永欽，前揭註 8，頁 111-118。

搖，似乎過度寬估大法官解釋之射程範圍。再者，採用物權法定（加習慣）主義，只是使得當事人之契約無法取得物權效力，並不妨礙其產生債權契約之效力，對契約自由本無妨礙。最後，即令認為「當事人在契約中規定之物權效力不受法院承認，即屬對契約自由之侵害」，因我國憲法不似美國憲法有「契約保障條款」（contract clause）⁹⁹，對契約自由之合理限制，不至於動輒得咎¹⁰⁰。是故，本文不認為從憲法保障契約自由，可以導出物權法定主義之違憲性與物權自治原則之必要性。

簡言之，物權自治主義，會創設多於最適數目的物權類型，不是最理想的制度選擇¹⁰¹。此外，物權自治主義亦非憲法所要求。

3.3 物權法定加習慣主義：新民法第 757 條

2009 年甫修定之民法第 757 條¹⁰²，放鬆先前嚴格的物權法定主義，將習慣¹⁰³亦納為創設物權的方法之一。修法理由謂：「為確保交易安全及以所有權之完全性為基礎所建立之物權體系及其特性，物權法定主義仍有維持之必要，然為免過於僵化，妨礙社會之發展，若新物權秩序法律未及補充時，自應許習慣予以填補，故習慣形成之新物權，若明確合理，無違物權法定主義存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公示者，法律

⁹⁹ 美國聯邦憲法第 1 條第 10 項第 1 款；U.S. CONST. art. 1, § 10, cl. 1, “No State shall ... pass ... Law impairing the obligation of contracts ...”

¹⁰⁰ 此外，美國憲法有契約保障條款，美國法學界又幾乎事事上溯到憲法規定，但作者並不知道有任何美國法學者認為 the *numerus clausus principle* 違反美國憲法的 contract clause。當然，contract clause 在 1930 年代末期美國聯邦最高法院轉而支持新政之後，就不占據重要地位，也是可能原因。

¹⁰¹ 2010 年 3 月 26 日南京大學主辦之「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」研討會中，與會之中國學者，包括筆者論文之評論人華東政法大學高富平教授，似乎多對物權自治主義採取疑懼態度。

¹⁰² 新修正民法第 757 條：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」

¹⁰³ 關於民法修正前，習慣與物權法定主義之關係，參見蔡明誠，前揭註 5，頁 313-345。

應予承認，以促進社會之經濟發展，並維護法秩序之安定，爰仿韓國民法第 185 條規定修正本條。又本條所稱『習慣』係指具備慣行之事實及法的確信，即具有法律上效力之習慣法而言，併予指明。」（楷體底線為本文所加。）修法後，為目前物權類型過少之台灣社會，開了一扇方便門。修法之用心良苦，值得肯定。然而，在現代社會與目前法律架構下，習慣法能創設多少新物權，不能無疑¹⁰⁴。

3.3.1 符合習慣之定義

根據民法第 757 條修法理由，習慣（法）必須通過兩重條件，方能補充物權類型。首先，習慣必須符合基本要件：「慣行之事實」加上「法的確信」。不合此要件，根本不該當習慣。除此之外，習慣還必須「明確合理，無違物權法定主義存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公示」，才可能用以形成新物權類型。以下依序探討此兩重規定：

慣行之事實，就是很多人一直用同樣的方式處理特定事務。習慣要形成新物權，必須很多交易者，使用同樣的模式，作「法無明文、但有物權效力」的交易安排。但符合此要件甚為困難。

在 1930 年民法物權編實施，並採用物權法定主義前（或 1945 年，國府剛接收台灣之際），民間本有若干交易習慣，並有物權之性質¹⁰⁵。在那兵馬倥傯、法制初具的年代，要承認以習慣形成的物權，或許還有幾分道理。但物權法定主義已在台灣實施超過一甲子，若有習慣形成之物權，也早就被法院承認或否認。現在修法將習慣列為創設物權類型之法源，若為回顧過去，恐怕無甚大用。若著眼於未來，也難起作用。試想，若有交易者察知第 757 條之修正，開始創設新物權類型，難保不會產生紛爭。若訴諸法院，法院很

¹⁰⁴ 有學者認為，習慣形成物權之機會，微乎其微。參見法務部民法研究修正委員會物權編研究修正小組會議資料彙編，法務部民法研究修正委員會主編，劉宗榮委員發言部分，頁 45（1998）。

¹⁰⁵ 民法物權實施前，有以機器設定質權無須移轉占有之地方交易習慣。參見蔡明誠，前揭註 5，頁 318-319。

可能認為，該自創物權一無法律依據，二乏交易習慣（新創設之物權，尚無太多人使用，無慣行事實），而否定其物權效力¹⁰⁶。法院判決一出，熟悉實務動態的交易者，為降低交易風險，就不敢使用此新創設但被否定效力的物權類型——使得該物權交易安排更難成為慣行事實。即使有人冒險或因無知而用，嗣後處理案件之法院，恐怕也會率由前例而否定其物權效力。

由市場交易者創造、具有物權效力的交易安排，要能成為民法第 757 條之「習慣」，必須先在民間廣為使用，而且皆無爭訟；等到已經變成常見交易模式，再進入法院，法院才可能認為該交易安排，符合慣行之事實。然而，一者法院仍不當然會認定該交易安排符合修法理由中的其他條件。二者，毫無爭訟是不切實際的假設¹⁰⁷。是故，交易所創設之新物權類型，因被法院審查時，尚無慣行之事實，所以不會得到法院承認而產生「法的確信」。又因為缺乏法的確信，不會被市場交易者使用，更不容易形成慣行之事實。這威力強大的法律邏輯漩渦，新興物權類型逃脫的機率幾乎是零！

當然，交易雙方也可以不試圖直接透用交易創設新物權類型，而用債權的安排，希冀達到物權的效果¹⁰⁸。或者，法院也可以把創設新物權的交易安排，解釋為只有債權的效果，使得某種交易類型，可以持續用僅有債權相對效力的方式運作。（本文以下之討論，都針對此種類型）例如：法院向來不

¹⁰⁶ 違反物權法定主義，依民法第 71 條無效。參見吳光明，物權法新論，頁 16-17（2006）。

¹⁰⁷ 即令交易雙方可以訂定仲裁條款，減少法院介入之機會。但物權安排與契約安排的差別，往往就在是否拘束交易第三人。交易第三人不受仲裁條款之約束，自然可以上法庭爭訟。

¹⁰⁸ 在合建契約上，常見建商與地主約定，該契約亦拘束「地主之配偶、繼承人、直系血親……」。這可以說就是希冀以債權契約達到物權之效力。合建需曠日費時與多名地主談判，往往談妥最後一位地主時，第一位地主已經移轉所有權給他人；若合建契約僅有債權效力，建商又需與新地主談判。建商確實需要物權效力之「買權」（call option）以安排交易，多數地主也會希望能受此拘束，因為可以藉此要到更高之價碼。是否會由此慣行與交易需求，創設新類型物權，吾人期待實務之發展！

承認有物權效力的先買權，但締約雙方可以透過契約中高額違約金之約定，使所有權人不敢不尊重先買權的約定。又如：最高法院在最高限額抵押權立法之前，將該種交易安排，解釋為類似「就連續發生之債務為保證而未定有期間之保證契約」¹⁰⁹。再如：讓與擔保從興起至今，是以所有權移轉加上信託的債權契約作為交易內容¹¹⁰。

用債權來安排（或詮釋）新型交易，才可能使該新型交易產生慣行之事實，並進一步透過法院的肯認，產生法之確信。但在概念上，這種交易安排頂多稱之為「習慣形成之新債權或新契約安排」，並不當如修法理由稱之為「習慣形成之新物權」。但本文相信，修法理由並無意將習慣形成新物權之方式，侷限於自始就以物權方式規劃交易之情況——否則該法條等於自掘墳墓。修法理由不比法條，無庸過度字斟句酌，故本文認為，若眾多市場交易者不斷使用相同、特定債權方式安排交易，可認為係有慣行之事實。若法院承認此事實，則有法之確信。

3.3.2 符合修法理由設定之三條件

當然，並非任何有慣行事實與法確信之交易安排，都該產生新物權效力。否則，有名債權契約可能泰半要物權化。要以習慣形成新物權，民法第 757 條修法理由，設下另一道關卡，包含三項條件：明確合理、無違物權法定主義存立之旨趣、能依一定之公示方法予以公示。以下分別檢討之。首先，能公示，就應該會「明確」，明確之為要件應屬多餘。「合理」二字似乎只得作為萬用條款，或解釋為不會產生太多外部成本。

¹⁰⁹ 參見最高法院 66 年台上字第 1096 號判決，司法院法學資料庫檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>（以下所引用之判決來源亦均相同）；王澤鑑，前揭註 11，頁 471。

¹¹⁰ 謝在全，民法物權論（下），頁 415（2007）。值得一提者，謝在全大法官最近即指出，在民法第 757 條修正後，讓與擔保「將得以擔保物權之新姿態出現，應可預期」。謝在全，前揭註 71，頁 59。不過，至 2009 年 12 月 23 日止，民法第 757 條實施約半年，各級法院尚未依據本條而承認任何新物權類型。

物權法定主義存立之旨趣為何？修法者並未明言。照本文之見解，採取物權法定主義之優點，至少相對於採取物權自治主義，是避免產生外部成本¹¹¹。所以，若法院承認某習慣具有物權效力，會產生太多外部成本，則法院應否定其物權效力。照通說之見解，物權法定主義之存在理由有三項：確保物權之特性，建立物權體系；整理舊物權，防止封建制物權復活；便於物權公示，確保交易之安全與迅速¹¹²。照第一項理由，則應不輕易承認習慣形成之物權，以免衝擊現行物權體系。照第二項理由，則即令某種交易安排不會產生外部成本，且可以公示，但若不相容於現代人權思潮，則亦不應承認其物權效力。第三項理由，為民法第 757 條修法理由所設之另一條件。

能依一定方法公示，是重要的條件，也是習慣法不可承受的重。不動產之公示媒介，眾意咸同，是土地登記簿¹¹³。相信修法者並不會認為習慣形成之不動產物權，可用登載於土地登記簿外之方式公示¹¹⁴。否則，若所有不動

¹¹¹ 誠然，物權法定主義世界中的立法者，也可以胡亂制訂一大堆物權類型，也不要求公示，使得非使用者成本依然無法降低。然而，無論假設立法者是為民謀福利，還是光想自己利益，都不至於推導出立法者會有誘因如此亂來（並沒有特定一群人會從外部成本中獲利……）。

物權法定主義中的物權類型數目，一定會少於物權自治主義中的物權類型數目。因為後者是 Q^* ，只要前者的數目在 Q^* 左邊，都可以增加社會福利（因為物權類型數目只要超過 Q^* 右邊，因為邊際成本高於邊際利益，總社會福利降低），直到物權數目等於 Q^* 為止。然而，理論上，物權法定主義下的物權類型數目，也可以在 Q^* 的左邊遠方——最極端的情況大概就是沒有、或只有一個物權類型。此種情況下，不要說社會福利不是極大，甚至可能低於物權自治主義中的社會福利。

所以，以物權法定主義與物權自治主義相比，無法確定何者之社會福利較大，故無法認為，物權法定主義之旨趣為極大化社會福利。但是，立法者不可能有所有市場交易者加總之心力，也沒有誘因，制訂非常多種物權類型。是故，可以確定的是，物權法定主義製造的物權類型數目較少，所製造的會外部化的社會成本也較少，所以物權法定主義之旨趣，可以認為是減少外部成本。

¹¹² 參見謝在全，前揭註 71，頁 52-53。

¹¹³ 以下對不動產之討論，可「類推適用」於動產擔保交易法中可登記之動產。

¹¹⁴ 於他處（如同業公會之登錄簿）公示，並非在現實上不可行，而是若採此法，將增

產交易者均需查閱多種公示方法才得確定權利內容，習慣創設之新物權類型就會大幅增加外部成本，違反物權法定主義存立之旨趣。但問題是，修法理由所要求之公示，意指法院承認某交易安排為習慣創設之新物權「前」，就必須要在土地登記簿上公示？還是法院承認「後」，再開始公示於土地登記簿即可？

修法理由既謂「『能』依一定之公示方法予以公示者，法律應『予』承認」，似乎承認為新物權前，不當然需要公示。但吾人仍需探討，法院承認後，如何開始公示。形式上，土地登記規則，並非民法授權而制訂。民法第757條修法時，也沒有要求主管機關或地政事務所，必須配合法院判決而增加土地登記簿得登記之內容。行政部門若能主動配合，固無問題。但若地政機關膠柱鼓瑟，或遇事遷延，交易者是否能由行政救濟之途，課予地政機關義務，似乎仍有疑問，有待修法解決。

但若修法者之原意為，承認新物權前，就必須公示，則幾乎不可能有新物權產生。我國仍採托崙斯登記制，地政事務所只能作「個案」實體審查，若申請登記者使用非法定之物權類型或非法定之可登記事項，地政事務所只能作否准登記之結論。而且否准再多次，也不會因為累積足夠的否准案件，突然允許登記。如此一來，習慣不可能產生新不動產物權類型。要解決此問題，也必須法放寬可登記之事項。

非動產擔保交易法所包括之動產，該如何公示，也頗費思量。照本文見解（詳前），占有與否，往往不是權利之精確反射。出質人未占有動產，但不表示沒有任何權利。因借貸或租賃而占有動產者，實際上並未擁有任何定限物權，遑論所有權，但有占有之外觀。相對於登記簿的綱舉目張，直接占有¹¹⁵全有全無的粗糙特性，使得附著於動產之定限物權內容，難以讓外人一

加非使用者成本，違反物權法定主義之旨趣。

¹¹⁵ 間接占有，沒有任何公示的效果。

目了然。所以，本文主張，若新動產物權類型只能依占有而為公示¹¹⁶，應認為不符合修法理由所謂「能依一定方法公示」。即令採傳統見解，認為占有即得為公示，本文仍認為，此作法產生高額外成本，「違反物權法定主義存立之旨趣」。要能創設新動產物權，最快也要等到動產物權（線上）登記簿可以實現之時¹¹⁷。

3.3.3 其他問題

3.3.3.1 疏未考量社會利益

即令符合以上條件，習慣中之契約安排，也不當然要從債權變成物權。修法理由雖然包括物權最適數目理論之成本面考量，但疏未考量社會利益面。有些民間慣行之契約安排，僅有債權效力，即足以保護交易安全或當事人利益。賦予物權效力，可能所增之邊際社會利益小於引致之邊際社會成本，得不償失。法院在審酌是否承認習慣形成之物權類型時，應依 2.1 之理論，將邊際社會利益納入考量。

3.3.3.2 物權體系一國多制

再者，以習慣創設物權，還須注意是否會產生其他外部成本，而違反物權法定主義存立旨趣之可能。物權類型可能一國數制，即為一例。習慣之要件既為「事實上」慣行，自應以各地方是否實際上有該慣行為準¹¹⁸。設若金門、馬祖因與中國大陸往來日趨頻繁，而產生不同於台灣本島之事實上慣行；或台東、花蓮原住民部落，因根深蒂固之傳統物權觀念而有其獨特之事

¹¹⁶ 若有一天，簡便的動產登記簿能成真，方屬「能依一定方法公示」。

¹¹⁷ 荷蘭新民法跳脫動產、不動產區分之傳統思維，改用「可登記財物」與「不可登記財物」之區別，在物權法定加上習慣主義之下，更加發人深省，或許是我國將來修正民法時可以考慮的方向。筆者贊成此種新的思維；本文對動產類型自由之批判，皆對無法登記或以他法公示之動產而發。荷蘭新民法的介紹，參見蘇永欽，前揭註 8，頁 157。

¹¹⁸ 現行民法物權編多處使用習慣來補規範之不足，但全部關於不動產，而且多集中在相鄰地關係。不用習慣調整動產權利內容，顯見係為避免因尊重一地交易者之特殊習慣，而影響他地交易者之交易安全與成本。

實上慣行；或台北之大企業，因與英美企業往來頻仍，慣常使用不同於大陸法物權類型之特殊交易安排。而金門、台東、台北之地方法院，經審查各該交易安排，認為符合習慣之定義與第 757 條修法理由所揭示之三項條件，承認其物權效力。試問，外島／金門地院創設之物權類型，在無該事實上慣行之本島，是否亦成為新物權類型？台北（地院）創設之物權類型，無該事實上慣行之中南部，是否亦需被迫採認新物權類型？若採肯定說，則可能無端擾亂大部分地區之物權體系與交易秩序，製造外部成本。即便採否定說，外地人（任何人都可能變成外地人）與本地人作不動產交易時，需格外注意當地土地登記簿上之特殊記載，增加估量成本。而若動產物權得以習慣輕易創設（本文反對之），因動產可在全國各地區流轉，所有潛在買受人需探知動產過去之出賣人與出賣地，方能得知動產是否帶有物上負擔。因而增加之外部成本，不可以道里計¹¹⁹。

是故，本文主張，以習慣創設新物權類型，應符合另一要件：該習慣必須存在於全國大多數地區。符合此要件所承認之新物權類型，則適用於全國各地¹²⁰。如此一來，外部成本不高；法律解釋簡便，可降低交易風險；全國多數地區有此習慣，顯示交易之需求甚高，若創設新物權，當可大幅降低挫折成本（增加社會利益）。

3.3.4 小結

總而言之，本文認為，以習慣創設新物權類型，除須符合習慣之要件，及民法第 757 條修法理由揭示之三項要件外，亦須考量所增加之社會利益。動產無法公示，故應嚴格限制以習慣形成新動產物權類型之數目，以免增加

¹¹⁹ 事實上慣行不會「尊重」土地疆界。若桃園縣與竹北有某習慣，新竹其他地區與苗栗對同一種類之物權有另一種習慣——假設前者之動產質權由質權人占有動產，後者由受質人占有動產——新竹地方法院是否又可以（應該？）區分竹北與非竹北而承認不同物權類型？

¹²⁰ 學者曾有主張，可以判例創造新物權類型，與本文之論點相呼應。蘇永欽，前揭註 2，頁 255。

外部成本。新不動產物權類型，可依習慣創設，但以該習慣已存在於全國大多數地區為前提。習慣創設新不動產物權後，有迫切利用土地登記簿公示之需求。地政機關有何權責因應法院所承認、習慣所創設之新物權，仍有待修法釐清。

可以想見，習慣之形成，曠日費時；要符合相關條件並經法院承認，更需長時間醞釀。若著眼於透過習慣快速補足現行物權類型體系中的漏洞，則物權法定加習慣主義，緩不濟急。長遠來看，有些物權類型，像親房間之先買權，有可能產生全國一致之慣行。物權法定加習慣主義，或許可以發揮功能，透過法院承認而產生有效率之新物權類型。但是，物權法定加習慣主義也可能開創性不足，無法創設新物權類型。但這是實證問題，也有待時間來回答。理論上，物權法定主義在我國創造了過少數目的物權類型，新增習慣創設物權類型一途，即令成效有限，只要法院掌握正確詮釋理論，應也不至於有害。

不過，有些物權類型，像人役權（土地供人便宜之用），有無限多種利用可能性，難有全國一致之慣行。法院若只看外在之慣行，大概不會承認太多種特殊人役權。但法院是否能觀察到全國眾多土地供人便宜之用的慣行背後，都是一般性的人役權，而在判決中肯認一般性的人役權作為新物權類型？恐怕還很有爭論。只能由具體安排歸納到抽象物權類型，而不能創設抽象物權類型使交易人能演繹出多樣化的具體安排，使得習慣能扮演之角色，受到重大侷限。立法者切勿認為習慣是萬靈丹，從此不再用法律創設新物權類型。否則，我國的物權類型數目，會長久處於低於最適數目（sub-optimal）而無效率之狀態。

3.4 行政機關創設新物權類型之利弊

由前述論證可知，物權法定主義、物權自治主義、「物權法定加習慣主義」都不能保證產生最適數目之物權類型。各該制度安排加入「行政機關亦

得創設新物權類型」¹²¹之利弊如何，在此略加探討。

土地登記之中央主管機關，是內政部地政司。傳統上修訂民法，由法務部主導。若維持現行規定，增加物權類型之通常程序，是地政司或法務部邀請學者專家開會，提出民法修正條文草案，報行政院院會通過後，送立法院審議。所以，由行政機關創設新物權類型，其實就是跳過送立法院審議這個步驟。

未經過立法院審議，是否會對新增物權類型的效率性產生影響？若內政部提案之新物權類型，確實為社會所需，則邊際社會利益應該大於邊際社會成本，有效率¹²²。不過，雖然有交易者因新物權類型而受益，大部分人仍蒙受（外部）估量成本之損失。然而，因為受損失之人極多，損失額度又難以估量，故即令內政部將新增物權類型之法律草案送至立法院審議，立法院也沒有辦法在立法同時，補償制度轉型時受害之財產權人。此種補償權能，原本是立法機關相對於行政機關之優勢。而補償既不可能，「純由行政機關主導」或「行政機關函請立法機關審議、通過」，就創設新物權而言，似乎不當然存在效率之落差¹²³。

不過，前已論及，增加新物權類型，勢必會牽動土地登記規則、土地稅法等相關配套措施之調整。即令立法院授權主管機關以行政命令創設新物權，並可調整相關行政命令位階之規範（如：土地登記規則），法律位階的

¹²¹ 倡議此種可能之制度安排，參見蘇永欽，前揭註2，頁255。

¹²² 這裡指的有效率是依 Kaldor-Hicks 效率標準——只要總社會利益（或邊際利益）高於總社會成本（或邊際成本），且受益者「有可能」補償受害者即可，不以確實有補償為要件。若要依較嚴格的 Pareto 效率標準，則必須「無人受害、有人受益」，或「受害者、受益者皆有，但受益者確實補償受害者之損失」。See, e.g., NICHOLAS MERCURO & STEVEN G. MEDEMA, *ECONOMICS AND THE LAW: FROM POSNER TO POST-MODERNISM* 45-50 (1998).

¹²³ 當然，行政機關目前的慎重其事，找學者開會、背書，可能是因為終究必須立法院點頭才會通過、生效。若行政機關有朝一日成為新物權類型的最終決定者，反而不一定會如此謹慎。

規範（如：土地稅法），不可能由行政機關調整。但立法機關若要親自修改配套措施，難道要受制於行政機關已經調整的物權體系？若不受制，則難以接軌。若立法機關要打掉行政機關創設之新物權類型，重新來過，那又何必當初？但平心而論，法院肯認習慣所形成之效力，一樣會有系統成本外溢的結果。只不過，行政機關創設新物權，可能又急又快，產生問題較大而已。

值得一提者，由行政機關創設新物權，看似激進建議，但在我國可謂有前例，而且廣為人知。首先，最高限額抵押權即令無法認為全由行政機關創設，行政機關也扮演吃重的角色：財政部通令銀行接受最高限額抵押權之辦理，省政府以行政命令規定各縣市政府接受最高限額抵押權之登記，甚至法務部（當時稱司法行政部）以函令要求當時所屬之高等法院注意辦理。若無相關行政部門之積極主動作為，以及各級法院（而今觀之不可思議）的「配合」，最高限額抵押權難以迅速獲得承認¹²⁴。不過，嚴格言之，當時實務上並未認為最高限額抵押權乃一全新物權類型，而是「既有物權加創新債權契約」。

另一個例子是營業質¹²⁵。民法物權編施行法第 20 條（舊法第 14 條）規定：「民法物權編關於質權之規定，於當舖或其他以受質為營業者，不適用之」。但民法物權編施行法與民法皆對營業質該如何處理，保持沈默。這引出最高法院一則看似突破物權法定主義之判決。最高法院 86 年度台再字第 97 號民事判決謂：「第按物權之新種類或新內容，倘未違反物權之直接支配與保護絕對性，並能以公示方法確保交易安全者，即可認為與物權法定主義存在之宗旨無違……關於營業質權，有當舖業管理規則可資適用，依其規

¹²⁴ 關於最高限額抵押權的演進，參見謝在全，前揭註 12，頁 351；鄭鈞懋，最高限額抵押權新法之評析——以最高限額抵押權之確定為中心，輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 5（2008）。

¹²⁵ 我國學者多認為營業質是法院承認習慣法物權之例子。例如：蔡明誠，「營業質與物權法定原則」，台灣本土法學雜誌，第 5 期，頁 128-131（1999）；謝在全，前揭註 71，頁 59。然而，筆者懷疑，若行政機關未制訂當舖業管理規則，使「當」有規則可循，最高法院會如此輕易承認其效力。

範，一方面無禁止流質契約之規定，即當期屆滿後，當戶不取贖者，質物所有權即歸屬於當舖；一方面純採物之責任，即質物價值超過受當債權額，當舖不負返還餘額之義務，若質物價值不足受當債權額，當舖亦不得請求當戶補足，此為營業質權與民法動產質權之最大差異。故營業質權雖非民法上之動產質權，惟當舖既占有當戶為擔保債務之履行而移交之物品，於債務未受清償前得留置該物品，屆期當戶不取贖，當舖即取得該物品之所有權以資抵償，自屬具有擔保物權性質之特殊質權。」依此判決之要旨，新物權類型甚至不需要符合習慣法之要件，即可創設。此比新民法第 757 條所容許之創設新物權要件還寬鬆！但細查其案件事實，則可推知：行政機關以當舖業管理規則填補民法物權編施行法與民法對營業質所留下之規範空白，最高法院對其規範內容採肯定態度。然而，當舖業管理規則終究不是法律，只是命令，故並不符合當時民法第 757 條要求，僅能以法律創設新物權類型之規定。最高法院為維護個案正義，逼不得已只好放鬆物權法定主義。然而，就筆者檢索所得，最高法院在此判決之前或之後¹²⁶，都沒有再採取過此種立場。總之，當舖業管理規則實質上就是行政機關創設新物權（營業質），透過最高法院「法外開恩」，才悄然扶正，成為物權家族的成員之一。

最後，匿名審稿人指出，由行政機關創設新物權，可能有違反法律保留原則之疑慮。須澄清者，本文所探討「由行政機關創設新物權類型」之制度安排，仍以立法院修正民法第 757 條，並授權行政機關創造新物權類型為前提（而立法院之授權，應該明確，並應要求行政機關創造新物權類型時必須考量物權數目最適理論）。由於有立法機關明確授權，創造新物權類型又不至於有「國會保留」的問題，本小節所探討之制度安排，應不至於有民主正當性的疑慮。

¹²⁶ 同一年，最高法院在 86 年度台上字第 1527 號民事判決表達過類似見解。

4. 結論

本文引介並批判 Merrill 和 Smith、Hansmann 和 Kraakman 以及國內學者關於物權類型最適數目之論證，主張物權類型確實有最適數目，因為創造新物權類型之邊際社會利益遞減且邊際社會成本遞增。美國學者認為物權法定主義可大致達成創設最適數目物權類型之目標，但此論證並不適用於台灣，因為台灣現行法定物權類型過少，又有嚴重之立法怠惰。國內學者多認為，物權自治主義可以解決物權類型過少之問題，但此論證疏未考量，物權自治主義造成物權類型過多的無效率。民法第 757 條之立法論，應從創設最適數目物權類型著眼，選擇最有可能完成此目標之制度安排。本文探討四種可能之制度安排：物權法定主義、物權自治主義、物權法定加習慣主義，以及行政機關亦可創設新物權之設計，發現其各有所長、也各有所短。相比之下，新修正民法所採用之物權法定加習慣主義，雖然起跑點並非最適，但容許習慣緩慢形成物權，趨近最適數目之物權類型，值得肯定。但正本清源之道，還是立法者打起精神，正視現行物權體系不足以反應交易需求之事實，增訂交易者引領期盼的新物權類型。

物權法定加習慣主義，既是相對較佳的制度安排，又是 2009 年民法修正後的現行規定，故本文花費較多篇幅探討其解釋論。本文主張，以習慣創設新物權，除符合習慣之要件（事實上慣行、法的確信）外，還需如修法理由所闡釋，不違反物權法定主義之旨趣（亦即，不製造太多外部成本、防止封建物權復活），及能依一定方法公示。此外，法院在審酌是否承認習慣形成之交易安排為新物權類型時，還須依照物權最適數目理論之指引，考量邊際社會利益。復次，必須全國大多數地區均有該事實上慣行，方承認為新物權類型；新類型並通行全國。最後，因不能登記之動產物權難以公示，應該嚴格限縮習慣所能創設之新動產物權類型。

參考文獻

中文書籍

- 王澤鑑，《民法物權》，台北（2009）。
- 吳光明，《物權法新論》，1版，新學林出版，台北（2006）。
- 陳銘福，《土地登記——法規與實務》，8版1刷，五南出版，台北（2009）。
- 熊秉元，《熊秉元漫步法律》，時報出版，台北（2003）。
- 謝在全，《民法物權論（下）》，修訂4版，新學林出版，台北（2007）。
- 謝在全，《民法物權論（上）》，修訂4版，新學林出版，台北（2009）。
- 謝在全，《民法物權論（中）》，增訂4版，新學林出版，台北（2009）。

中文期刊

- 王文宇，〈物權法定原則與物權債權區分——兼論公示登記制度〉，《月旦法學雜誌》，第93期，頁138-165，2003年2月。
- 張永健，〈論「動產所有權善意取得」之若干問題〉，《台灣本土法學雜誌》，第27期，頁105-120，2001年10月。
- 張永健，〈自始客觀不能之經濟分析〉，《月旦法學雜誌》，第86期，頁155-166，2002年7月。
- 張永健，〈動產「加工」與「毀損」之法律經濟分析〉，《法令月刊》，第56卷第8期，頁12-39，2005年8月。
- 張鵬，〈物權法定經濟上合理性之批判〉，《月旦法學雜誌》，第108期，頁140-157，2004年5月。
- 張鵬，〈否定物權法定主義芻議——兼談中國大陸物權法立法選擇〉，《月旦民商法雜誌》，第8期，頁143-159，2005年6月。
- 蔡明誠，〈營業質與物權法定原則〉，《台灣本土法學雜誌》，第5期，頁128-131，1999年12月。
- 謝在全，〈民法物權編修正經緯〉，《台灣本土法學雜誌》，第100期，頁17-33，2007年11月。
- 謝哲勝，〈民法物權編（通則章）修正綜合評析〉，《月旦法學雜誌》，第167期，頁108-126，2009年4月。

簡資修，〈第三回：物權法：共享與排他之調和〉，《月旦法學雜誌》，第 97 期，頁 217-226，2003 年 6 月。

蘇永欽，〈物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析〉，《經濟論文叢刊》，第 19 卷第 2 期，頁 219-257，1991 年 6 月。

蘇永欽，〈民法物權編修正系列研討會之二：重建役權制度——以地役權的重建為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 65 期，頁 81-98，2000 年 10 月。

蘇永欽，〈物權法定主義鬆動下的民事財產權體系——再探大陸民法典的可能性〉，《月旦民商法雜誌》，第 8 期，頁 110-142，2005 年 6 月。

中文學位論文

鄭鈞懋，《最高限額抵押權新法之評析——以最高限額抵押權之確定為中心》，輔仁大學法律學研究所碩士論文，2008 年。

中文論文集

王文宇，〈從經濟觀點論保障財產權的方式——以財產法則與補償法則為中心〉，收於《民商法理論與經濟分析》，頁 1-86，元照出版，台北（2000）。

王文宇，〈論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償規定為例〉，收於《民商法理論與經濟分析（二）》，頁 165-200，元照出版，台北（2003）。

葉俊榮，〈出賣環境權〉，收於《環境政策與法律》，頁 35-72，月旦出版，台北（1993）。

蔡明誠，〈民法物權編的發展與展望〉，收於《民法七十年之回顧與展望紀念論文集（三）》，頁 45-94，元照出版，台北（2000）。

蔡明誠，〈論物權的概念與類型〉，收於《物權法研究》，頁 1-26，新學林出版，台北（2003）。

蔡明誠，〈既成巷道之公用地役關係與所謂公用地役權問題〉，收於《物權法研究》，頁 199-225，新學林出版，台北（2003）。

蔡明誠，〈習慣與物權法定原則〉，收於《私法學之傳統與現代（下）——林誠二教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 313-345，新學林出版，台北（2004）。

蘇永欽，〈債權人可否留置非債權人之物〉，收於《民法物權爭議問題研究》，頁 281-299，五南出版，台北（1999）。

蘇永欽，〈法定物權的社會成本〉，收於《尋找新民法》，頁 161-218，元照出版，台北（2008）。

中文研討會論文

干學平，〈司法保護法律權利的基本負載定價：海耶克知識利用視角下的物權法定主義〉，《財產法體系的重構——從物權法定原則談起研討會》，中國南京大學大學主辦，2010 年。

吳光明，〈物權變動之立法模式〉，《財產法體系的重構——從物權法定原則談起研討會》，中國南京大學主辦，2010 年。

簡資修，〈物權最適量問題〉，《財產法體系的重構——從物權法定原則談起研討會》，中國南京大學主辦，2010 年。

蘇永欽，〈可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線〉，《財產法體系的重構——從物權法定原則談起研討會》，中國南京大學主辦，2010 年。

其他中文參考文獻

法務部民法研究修正委員會主編，法務部民法研究修正委員會物權編研究修正小組會議資料彙編（1998）。

英文書籍

DUKEMINIER, JESSE ET AL., PROPERTY (6th ed. 2006).

KRIER, JAMES E., PROPERTY (17th ed. 2006).

MERCURO, NICHOLAS, & STEVEN G. MEDEMA, ECONOMICS AND THE LAW: FROM POSNER TO POST-MODERNISM (1998).

MERRILL, THOMAS W., & HENRY E. SMITH, PROPERTY: PRINCIPLES AND POLICIES (2007).

SHAVELL, STEVEN, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2004).

英文期刊

Arruñada, Benito, *Property Enforcement as Organized Consent*, 19 J.L. ECON. & ORG. 401 (2003).

- Ayres, Ian, & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989)
- Ayres, Ian, & Robert Gertner, *Majoritarian v. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 1591 (1999).
- Bostick, C. Dent, *Land Title Registration: An English Solution to an American Problem*, 63 IND. L.J. 55 (1987).
- Hansmann, Henry, & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 J. LEGAL STUD. 373 (2002).
- Merrill, Thomas W., & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L.J. 1 (2000).
- Merrill, Thomas W., & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773 (2001).
- Posner, Eric, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L.J. 829 (2003).
- Robinson, Glen O., *Personal Property Servitudes*, 71 U. CHI. L. REV. 1449 (2004).
- Smith, Henry E., *Property and Property Rules*, 79 N.Y.U. L. REV. 1719 (2004).

英文論文集

- Ayres, Ian, *Default Rules for Incomplete Contracts*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, Vol. A-D 585 (Peter Newman ed., 1998).

其他英文參考文獻

- Rose, Carol M., *Servitudes* 24-28 (Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 09-13, 2009), available at <http://ssrn.com/abstract=1371251>.