

民法第 826-1 條分管權之法律經濟分析： 財產權與準財產權之析辨*

張永健**

〈摘要〉

學說、實務對「債權物權化」問題討論甚豐，但往往未清楚認識財產權（物權）之「關係」本質、效力，及其與契約權（債權之一種）之效力差異。學說、實務對財產權應具備之公示方式，忽略資訊成本面向。新增訂之民法第 826-1 條，除上述問題外，其成效亦值得深入研究。

本文運用法律經濟分析方法，主張：財產權之本質為「人與人間關於某資源之特定權利」，財產權人可以對不特定多數人主張對世排他效力。第 826-1 條第 2 項、民法第 425 條等所創設之法律關係，並不具備所有典型財產關係之特徵，但又不只有對人效力，應歸類為「準財產關係」（即學說所謂「債權物權化」）；並可分為幾種子類型。然而，第 826-1 條第 2 項以第三人並非「明知或可得而知」作為取得對世排他效力之要件，民法第 425 條第 1 項以「占有中」、第 2 項以「經公證」作為取得對世排他效力之要件，均會迫使潛在交易第三人支出可觀之資訊成本，並非最有效率之公示方式。相對地，第 826-1 條第 1 項創設之不動產分管權（為典型之財產權），以登記

* 本文初稿於 2010 年 6 月 5 日發表於 2010 臺灣法律經濟學研討會，感謝召集人謝哲勝教授之邀請、主持人王文字教授與評論人林洲富法官的寶貴意見。作者並感謝匿名審查人之寶貴意見，曾鈺珺小姐、陳榕小姐非常有價值的研究協助，及陳憶馨小姐面面俱到的行政協助。

** 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。

E-mail: kleiber@gate.sinica.edu.tw

• 投稿日：06/08/2010；接受刊登日：01/11/2011。

• 責任校對：陳榮恬、黃凱紳。

作為公示方法，可有效促進共有物分管使用。但若以第 826-1 條第 1 項作為創設其他新物權之平台，因稅制難以配合、第 823 條對不分割期限之限制過嚴等理由，成效難期。是故，其他物權類型（如人役權）之增訂，仍有實益。

關鍵詞：分管、共有、契約權、財產權、債權物權化、準財產權、對人權、對世權、登記、公示、物權法定主義、民法第 826-1 條

◆ 目 次 ◆

壹、導論：定紛止爭、暗渡陳倉、還是功虧一簣？

貳、契約權與財產權之界分

一、財產權之本質與效力

二、債權物權化問題之論爭：以民法第 425 條為例

三、物權法定主義 vs 物權自治主義

四、準財產關係之譜系

參、民法第 826-1 條之分析

一、民法第 826-1 條第 1 項創設「不動產分管權」

二、民法第 826-1 條第 2 項創設「動產分管權」

三、分管權不一定能滿足對新型財產關係之需求

肆、結論

壹、導論：定紛止爭、暗渡陳倉、還是功虧一簣？

雖然遠遠落後於民法親屬編與債編，物權編在 2007 年到 2010 年間，歷經三次修正，終於克竟全功。其中民法第 826-1 條¹新增關於分管契約可以

¹ 民法第 826-1 條：「不動產共有人間關於共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定或依第八百二十條第一項規定所為之決定，於登記後，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力。其由法院裁定所定之管理，經登記後，亦同。動產

在符合特定條件下拘束後手之規定，並未受到特別注目²。一般咸認，新增本條主要是為了定紛止爭，解決最高法院 48 年台上字第 1065 號判例³與大法官釋字第 349 號解釋⁴之不同立場⁵。甚至，主持修法的謝在全大法官，還為了讓本條降溫，諄諄提示本條無法作為「債權物權化之一般原則」⁶。

然而，民法第 826-1 條的可能功能，不僅止於此。對民法物權編共有章之修法「著力甚深⁷」的蘇永欽大法官，就指出本條是「明修棧道、暗渡陳

共有人間就共有物為前項之約定、決定或法院所為之裁定，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，以受讓或取得時知悉其情事或可得而知者為限，亦具有效力。共有物應有部分讓與時，受讓人對讓與人就共有物因使用、管理或其他情形所生之負擔連帶負清償責任。」

² 或許原因是 1994 年大法官釋字第 349 號解釋出爐之後，相關問題早已受到廣泛討論。參郭雨嵐、林發立（1994），〈試論分管契約之效力〉，《萬國法律》，76 期，頁 10-13；謝哲勝（1995），〈從釋字三四九號解釋論隨土地所有權移轉的債權契約〉，《財產法專題研究》，頁 57-77，台北：三民；蘇永欽（1995），〈大法官解釋介入民法合憲問題之妥當性：以釋字三四九號解釋為例〉，《憲政時代》，20 卷 3 期，頁 52-68；王文字（2000），〈從財產權之保障論釋字三四九號解釋〉，《民商法理論與經濟分析》，87-129，台北：元照；蔡明誠（2000），〈共有物分管契約與物上請求權問題：最高法院八十七年臺上字第二三五號民事判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，12 期，頁 77-89。

³ 最高法院 48 年台上字第 1065 號判例要旨：「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在。」

⁴ 大法官釋字第 349 號解釋文：「最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為『共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在』，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。至建築物為區分所有，其法定空地應如何使用，是否共有共用或共有專用，以及該部分讓與之效力如何，應儘速立法加以規範，併此說明。」

⁵ 參鄭冠宇（2009），〈民法物權編關於「共有」部分之修正簡析〉，《月旦法學雜誌》，168 期，頁 63-64；謝在全（2009），〈物權法新紀元：物權編通則及所有權之修正〉，《台灣法學雜誌》，122 期，頁 6-7；謝在全（2007），〈民法物權編修正經緯〉，《台灣本土法學雜誌》，100 期，頁 24。

⁶ 謝在全（2009），《民法物權論（上）》，4 版，頁 546，台北：新學林。

⁷ 蘇永欽（2010），〈物權自由了〉，《法令月刊》，61 卷 3 期，頁 122。

倉」，使交易人可以透過先共有、分管的方式，創造民法所無之物權類型⁸。然而，要令蘇永欽大法官失望的是，雖然民法第 826-1 條在 2009 年 1 月 23 日公布，並在半年後正式實施（民法物權編施行法第 24 條參照），但截至 2010 年 4 月 13 日為止，全國一共只有 23 筆經登記之土地分管契約，更只有 1 筆經登記之房屋分管契約⁹。有登記之不動產分管契約如此之少，沒有人利用民法第 826-1 條創造新物權，也就不令人意外了。確實，至 2010 年 3 月 19 日止，全臺灣各級法院之所有判決中¹⁰，找不到一件當事人使用民法第 826-1 條創造新型物權之記錄，法院也絕少利用到民法第 826-1 條¹¹。或許要等到蘇永欽大法官的文章面世一段時間後，實務界才會慢慢發現民法第 826-1 條開設之「巧門」¹²。

民法第 826-1 條引發的課題，不僅止於此。民法第 826-1 條第 1 項、第 2 項本身，是否各創造一種新的物權類型？其所設計之公示方法，是否妥當？賦予通說認為屬於債權契約的分管契約物權效力，是否妥適？要回答這些問題，必須重新回顧過去十餘年來物權法最受關注但尚未有共識的若干基本問題，包括債權物權（相對）化、物權法定主義（*numerus clausus principle*）是否該被物權自治主義（*numerus apertus principle*）取代、物權之效力為何等等。此外，蘇永欽大法官點出民法第 826-1 條可以協助創設的新型物權，是否最適合由共有物分管之方式達成，也有疑義。換言之，民法第 826-1 條雖然立意良善，但是否為山九仞、功虧一簣？

本文之研究方法，是 Thomas Merrill & Henry Smith 所具體化之財產法

⁸ 蘇永欽，前揭註 7，頁 121-125；蘇永欽（2010），〈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〉，《南京大學法學評論》，2010 年秋季卷，頁 16-44。

⁹ 筆者非常感謝內政部地政司提供本項統計。

¹⁰ 參法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw>（最後瀏覽日期：03/19/2010）（以關鍵字：826-1、826 條之 1、八百二十六條之一搜尋）。

¹¹ 其中一個例外是彰化地院 98 年度訴字第 635 號判決。但分管契約是否拘束後手非該判決主要爭點，法院僅在判決中重申若分管契約經登記，即可拘束後手的法律規定。

¹² 蘇大法官語。蘇永欽，前揭註 8，頁 106。

經濟分析路徑¹³。其核心觀念，簡言之，是新物權類型之創設（例如：民法第 826-1 條第 1 項），通常會降低交易者之「挫折成本（frustration costs）」¹⁴，因其得以運用有對抗第三人效力之物權來安排其交易。然而，正因為物權之效力強大，若未要求以適當方式公示，則潛在市場交易者必須多支付「估量成本（measurement costs）」（或稱「資訊成本」）¹⁵，以確認標的物之權利狀態。在本文之分析中，降低資訊成本尤其佔有重要地位。此外，「其他條件一致（other things being equal）」時，標的物之價值，在權利狀態明確時較高，權利狀態不明確時較低，所以法律經濟分析鼓勵使財產權明確¹⁶。財產權明確，可以鼓勵「自願性交易（voluntary transactions）」；而法律經濟分析咸認，自願性交易一般而言是有效率的（efficient）¹⁷。簡言之，就本文討論之議題，最關鍵者往往是如何降低資訊成本——因為資訊成本越低，財產權越明確，自願性交易越可能發生，越有效率。

本文之架構與主張如下：

第貳節中探討契約權與財產權的界分問題（即傳統所謂債權、物權區別之問題）。本文主張，財產權之本質為「人與人間關於某資源之特定權利」，財產權人可以對不特定多數人主張對世排他效力。而契約權人只能對特定少數人主張權利；即契約僅有對人效力。

由此概念出發，可以更清楚釐清學說、實務爭論不休的民法第 425 條及「債權物權化」問題之本質。此外，相關探討往往忽略了不同公示方式隱含

¹³ 最能展現其分析架構者，see Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L. J. 1 (2000)。

¹⁴ 對 Merrill & Smith 文章與專有名詞之闡釋，參王文字（2003），〈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》，93 期，頁 141-152；蘇永欽（2008），〈物權法定主義鬆動下的民事財產權體系〉，《尋找新民法》，頁 119-123，台北：元照。

¹⁵ 估量 / 資訊成本、挫折成本，都是「交易成本（transaction costs）」之一環。

¹⁶ See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 97 (5th ed. 2008).

¹⁷ 無外部性的自願性交易，更是少數可以符合 Pareto 效率標準者。關於 Pareto 效率之闡釋，see RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 12 (7th ed. 2007).

不同的資訊成本。民法第 425 條第 1 項仰賴占有、第 2 項依靠公證，均會迫使潛在交易第三人支出可觀的資訊成本，並非最適當之公示方式。

再者，學說、實務對其他債權是否可以物權化之討論，亦未深究此是否有違反民法第 757 條「物權法定+習慣主義」之可能。最高法院最近關於互易應有部分之契約如未經登記仍可物權化之判決¹⁸，也忽略了利用登記之外的公示方法所製造的資訊成本。最有趣的是，若仔細分析該最高法院判決，會發現最高法院沒有物權化該互易契約，只是認為該契約之效力拘束某些第三人（明知者）。嚴格說來，最高法院是創造介於純粹財產關係與純粹契約關係的中間類型。

第參節中運用第貳節所確立之理論架構探討民法第 826-1 條所創設之關係如何定性。本文主張，民法第 826-1 條第 1 項創造了新的「不動產分管權」，而第 2 項創造了新的「動產分管權」。立法者苦心孤詣，使共有人未來可用財產關係安排交易，值得肯定。第 1 項以登記而非其他較無效果的公示方法，作為取得對世排他效力之要件，更是絕佳之設計。然而，第 2 項不幸引入備受批評的司法院大法官釋字第 349 號，以是否「明知或可得而知」作為是否取得對世排他效力之要件，不但有礙動產共有人成立可長可久的分管約定，也迫使潛在買受人支出資訊成本，並非良策。

此外，有學者認為民法第 826-1 條可以幫助交易者創設幾乎任何種類的定限物權。然而，稅的考量可能使交易者無意藉道此途。而民法第 823 條規定共有人間禁止分割期限以 30 年為上限，注定分管權「合久必分」之命運。是故，民法第 826-1 條是否真能變成一切新型定限物權之母，實堪懷疑。許多交易情境中，當事人並不想要或需要變成共有關係，而是希望以單獨所有人之地位締結有拘束後手效力之約定。就此而言，大陸法系中的人役權或英美法中的「隨不動產權利移轉之約定（covenants running with land）」，應該會比民法第 826-1 條更能發揮適當功能。

第肆節中總結。

¹⁸ 最高法院 97 年度台上字第 1729 號判決參照。

貳、契約權與財產權之界分

傳統上，我國學者探討者為債權與物權之分野。債權至少包含了契約所生之權利與侵權行為所生之權利，然而兩者有極大之不同¹⁹。而本文欲與物權比較者，唯有契約，不包括侵權行為、不當得利、無因管理、代理權之授予等非契約關係，故本文使用「契約」、「契約關係」、及其所產生之「契約權 (contractual rights)」等名詞，而非債或債權。正如蘇永欽大法官所指出，「物權」一詞因為含有「權」字，並未精確表達其「關係」特徵²⁰，所以本文使用「財產」、「財產關係」、及其所產生之「財產權 (property rights)」等名詞，而非僅使用「物權」一詞指涉這些不同層次之概念。雖然使用不同名詞 (以免混淆)，本文之討論仍在傳統論述債權與物權分野的脈絡下，只是限縮了對「債權」之討論範圍，對「物權」之詮釋也不同于我國通說。

本節除加入既有學說、實務對債權物權化之討論，提出個人不同見解外，亦再次檢討民法是否該改採「物權自治主義」。本節對物權法基本概念之釐清，除可用以定性民法第 826-1 條第 1、2 項究竟是產生契約權、財產權、還是介於兩者之間的中間類型，亦有助於在第參節檢討民法第 826-1 條規定之良窳。

一、財產權之本質與效力

本文立論奠基在契約權與財產權之差異，而欲知兩者之不同，必須先瞭解財產權之效力為何。財產權 (物權) 之效力，依學者之整理，有排他效力、

¹⁹ 在美國普通法中，契約 (contract) 與侵權行為 (torts) 是兩種領域、兩種學問。中國也將合同 (契約)、侵權行為分開立法。從法律經濟分析之觀點，契約法處理的是事前 (*ex ante*) 有商議機會的兩造在事後 (*ex post*) 發生糾紛時該如何處理，侵權行為法考量者是事前「沒有」商議機會的兩造在事後發生糾紛時該如何處理。債之關係是否不當地混雜契約與侵權行為，乃大哉問，在此難以詳論，俟諸後文。國內對相關問題之探討，參陳忠五 (2008)，《契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，台北：新學林。

²⁰ 蘇永欽，前揭註 8，頁 92-94。

優先效力、追及效力、去害效力（物上請求權）、對世效力等²¹。然而，我國各學者所認知的物權效力，往往只有其中幾種，而且人言言殊²²。除了早期學者張企泰教授之外²³，其他學者都認為物權的效力有兩種以上。

美國財產法學者，對財產權之效力，有激烈爭論、正面交鋒。Henry Hansmann & Reinier Kraakman 主張財產權的特徵是「追及效力（runs with the asset）」，批評 Thomas Merrill & Henry Smith 的論文²⁴不應該將財產權的特徵歸為「對世效力（good against all the world）」²⁵。而 Thomas Merrill 較此論戰為早的論文中，又指出「排他效力（right to exclude）」是財產權的充分且必要條件²⁶。究竟，財產權的效力為何？

要瞭解財產權之效力，特別是清楚掌握財產權與契約權的效力差異，必須先瞭解財產權的本質。這方面，最近蘇永欽大法官有精闢之說明：

「台灣的民法和德國一樣，先在總則編對『物』（Sache）作了一般性的規定，然後在物權編集中規定所有與『物權』（Sachenrecht）相關的事項。但實際上物權編規定的既不以物為限，規範的重心也不在嚴格意義的『權利』，而和債編一樣重在由權利義務組合而成的『關係』。…

各種在歐陸法系統稱為限制物權（定限物權）的規定，規範的重心都放在所有權所無的內部關係——限制物權人與所有人的關係。儘管如此，限制物權的這種相對性格在物權法的釋義學上還是有意無意的被忽略了…

限制物權和債權一樣附麗於一定的『物權關係』，而且正如債權關係會

²¹ 參陳榮隆（1997），〈物權之一般效力〉，楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編，《法制現代化之回顧與前瞻：楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 432-433，台北：元照。

²² 參陳榮隆，前揭註 21，頁 434。

²³ 參陳榮隆，前揭註 21，頁 434。

²⁴ Hansmann & Kraakman 指的論文是 Merrill & Smith，前揭註 13 之文章。

²⁵ See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 J. LEGAL STUD. 373, 374, 410-11 (2002).

²⁶ See Thomas W. Merrill, *Property and the Right to Exclude*, 77 NEB. L. REV. 730 (1998).

衍生出各種債權債務，物權關係也會衍生出物權物務。永佃權人對所有人的佃租債務是永佃權關係的內容，和狹義的永佃權一樣附隨於土地，因此是一種物務（Realobligation）…」²⁷

蘇永欽大法官認為，無論是德國或臺灣民法，都常常混淆了「物權『關係』」與「物『權』」²⁸。但美國法學界則清楚認知到物權／財產權的關係本質——財產權乃「人與人間關於某資源之特定權利」²⁹。不止蘇永欽大法官強調的定限物權如此³⁰，所有權亦然³¹：A 對 A 地之所有權，之所以為財產

²⁷ 蘇永欽，前揭註 8，頁 92-94。

²⁸ 同樣強調物權關係是「人與人的關係」者，參鄭冠宇（2010），《民法物權》，頁 2-3，台北：新學林。

²⁹ See Merrill, *supra* note 26, at 733 (“[T]here is a general consensus that property refers to particular rights of persons or entities with respect to scarce tangible and intangible resources; that property is distinct from and superior to the mere possession of resources...”); Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *What happened to Property in Law and Economics?*, 111 YALE L. J. 357, 357-58 (2001) (“Property is a composite of legal relations that holds between persons.”); WILLIAM B. STOEBUCK & DALE A. WHITMAN, *THE LAW OF PROPERTY* 3 (3rd ed. 2000) ([P]roperty is comprised of legal relations between persons with respect to “things.”); Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L. J. 1163, 1191-92 (1999); JOHN SPRANKLING, RAYMOND R. COLETTA & MATTHEW C. MIROW, *GLOBAL ISSUES IN PROPERTY LAW* 1 (2006) (“In the United States, we broadly define ‘property’ as legally enforceable rights among people that relate to ‘things.’ The particular ‘thing’ might be land, or a tangible object . . . , or an intangible item.”). American Law Institute 所整理出版的財產法整編法（Restatement of Property Law），也明確指出“The word ‘property’ is used in this Restatement to denote legal relations between persons with respect to a thing.” Restatement (First) of Property I, 1 IN NT (1936).

³⁰ 蘇永欽大法官似仍認為所有權乃「單純支配性格」。參蘇永欽（2008），〈從債物二分的底蘊看債物分編的體例〉，《尋找新民法》，頁 235，台北：元照。

³¹ 此與傳統上以「支配的絕對性」（或稱「歸屬（*zuordnung*）權」）看待所有權的路徑，有所不同。參王澤鑑（2010），《民法物權》，2 版，頁 37，台北：自刊；蔡明誠（2003），《物權法研究》，頁 6，台北：新學林。

關於大陸法與普通法對財產權標的之不同思考路徑，see UGO MATTEI, *BASIC PRINCIPLES OF PROPERTY LAW: A COMPARATIVE LEGAL AND ECONOMIC INTRODUCTION* 75-78 (2000)。

權，是因為 A 對 B、A 對 C、乃至於 A 對世界上所有人，都有權利³²。

亦即，財產權是一種「對世權 (*in rem right*)」，財產權的權利人對世上不特定多數人有權利。國內學界所闡述的物權對世效力，即可用此角度理解。但須澄清者，並非僅有財產權有對世效力，人格權、自由權也有對世效力³³。兩者之差別，就在於前者與有體物或無體物（都是資源）有關，而後兩者無關。而契約權則是一種「對人權 (*in personam right*)」，僅對簽訂契約的特定少數人有其拘束力。契約可能與（有體或無體）物有關，如買賣；也可能與物無關，如委任。是故，財產權與契約權的關鍵差異，不在於是否為「權利義務所組合之關係」（財產關係與契約關係皆是！），而在於前者為對世權，後者為對人權。此界分方式乍看之下了無新意，但貫徹以此角度思索，則學界關於物權法定主義與債權物權化的討論，會有另一番風貌（詳後）。

不過，即使是美國法學界也沒有正面立論，究竟這有對世效力的財產權，到底對世上其他人發生什麼效力。但從學者之相關論述中，可以推知，重點是排他效力 (*right to exclude*)³⁴。所以，與其稱財產權有對世效力，不如稱財產權有「對世的排他效力」更能精確展現財產權之特徵³⁵。

³² See Henry E. Smith, *Property and Property Rules*, 79 N.Y.U. L. REV. 1719, 1792 (2004).

³³ See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773, 782 (2001); STOEBUCK & WHITMAN, *supra* note 29, at 4.

侵權行為法處理對人格權、自由權之侵害。See THOMAS W. MERRILL & HENRY E. SMITH, *PROPERTY: PRINCIPLE AND POLICY* 18-19 (2007). 就此而言，侵權行為法可能更接近物權法，而非契約法。如何將將侵權行為法與契約法從「債」的禁錮中釋放，以區別思考、分別處理，筆者認為乃十分重要之課題。參見前揭註 19 之討論。

³⁴ 把對世權與排他權一同處理，See Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *A Theory of Property*, 90 CORNELL L. REV. 531, 587 (2005); Smith, *supra* note 32, at 1793; Merrill & Smith, *supra* note 33, at 792; Merrill & Smith, *supra* note 29, at 360; SUKHNINDER PANESAR, *GENERAL PRINCIPLES OF PROPERTY LAW* 12 (2001)。

³⁵ 相對於「對人的排他效力」（例如以契約約定對造不得為某事），「對世的排他效力」最大的優勢就在於節省交易成本。若對世之排他權需透過契約一一安排才能達成，則交易成本過劇（每個人就每一所有物皆須與世界上所有其他人締約，要求其不得侵犯！），沒有人能安然享有資源，資源之價值亦無法獲得充分利用與實現。See Merrill & Smith, *supra* note 33, at 793; Bell & Parchomovsky, *supra* note 34,

即令如此，Hansmann & Kraakman 標明為財產權特徵的追及效力，以及國內學者多有主張之優先效力與物上請求權，又該如何解釋？Thomas Merrill 主張，排他效力是財產權的充要條件，因為從排他效力可以導出其他物權之效力，但他種效力卻無法導出完整的排他效力³⁶。筆者尚在思索財產權之特徵為何，將來當以另文完整闡釋筆者之思考結果。但筆者之思考發軔於 Merrill 之主張，其論點又尚未被學者引介至國內，又以本文之目的而言，奠基於 Merrill 之理論即已足夠，故本文暫且先接受 Merrill 教授之主張，並簡介其論點如後：

財產權人只要有排他效力，自然可以主張除去妨害（民法第 767 條第 2 項參照），自然可以請求將落入他人之手之物取回（民法第 767 條第 1 項參照）；所以，財產權人具備物上請求權，是排他效力的當然推理結果。甚至，排他效力可以導出毀損、滅失所有物之權利，因為使物滅失是終極地排他³⁷。有排他效力者，可以選擇不排他，所以可以拋棄財產權（民法第 764 條參照）³⁸。至於優先效力，不過是排他效力的另一種表述而已——例如設定第一順位抵押權者，可以「排除」（或「優先於」）第二順位抵押權人就「一胎」之抵押金額取償之權利（民法第 874 條參照）。又如地上權人可以「排除 / 優先於」設定於同一土地（且妨礙地上權行使）之不動產役權。最後，追及效力也是對世排他效力之變體。以國內最常舉例的抵押權追及效力（民法第 867 條但書參照）為例，抵押權人就抵押物於擔保範圍內之價值，有對世排他之權利，故不僅原所有人受拘束，後手也受拘束。故民法第 867 條但書其實是自明、當然之理；若為相反之規定，則抵押權因無對世之排他效力，而從財產權變為契約權，僅拘束原所有人³⁹。

at 580-81.

³⁶ See Merrill, *supra* note 26, at 740-45.

³⁷ See Lior J. Strahilevitz, *The Right to Destroy*, 114 YALE LAW JOURNAL 781, 794 (2005).

³⁸ 關於拋棄財產權的一般性但非常深刻之論述，see Lior J. Strahilevitz, *The Right to Abandon*, 158 U. PENN. L. REV. 355 (2010)。

³⁹ 就此而言，本文認為 Hansmann & Kraakman 標舉財產權之追及效力，但否認其對世效力之重要性，似未正確掌握財產權之特徵。

簡言之，財產權對不特定多數人有對世的排他效力，契約權則僅對事前同意的特定少數人有拘束力，但此兩種權利均產生自權利義務所組成之（契約或財產）關係。而財產權的對世排他效力，可以推導出我國學說上所細分出來的追及效力、優先效力、物上請求權等效力。

二、債權物權化問題之論爭：以民法第 425 條為例

（一）準財產關係

債權物權化是熱門問題，學者論述已多⁴⁰。立基於前述財產權與契約權之差異，本文提出一些不同看法。首先，契約關係與財產關係之間，有中間類型之關係。典型之契約關係僅有相對效力，不拘束非締約者；典型之財產關係之絕對效力，拘束全部人。若有某種關係拘束一些非締約者，但又沒有拘束全部人，就會是中間類型。因為「中間類型之關係」一詞難以望文生義，本文暫且稱之為「準財產關係」，表示該關係所生之「準財產權」可以拘束契約關係外之人。

準財產關係在國內爭議最多者，首推民法第 425 條「買賣（讓與）不破租賃」規定所引發之「債權物權化」爭論⁴¹。不過，（必也正名乎？）「債權

⁴⁰ 參見，例如：吳從周（2008），〈債權物權化、推定租賃關係與誠信原則：最高法院九五年度第十六次民事庭會議決議評釋〉，《臺灣法學雜誌》，111 期，頁 5；謝哲勝（2008），〈債權、物權相對化（二）：最高法院 96 年台上字第 1359 號判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，162 期，頁 196-206，及所引用之文獻。

⁴¹ 本文不擬討論「買賣不破租賃」是否為可欲立法政策之問題；關於此，參胡天賜（2004），〈買賣不破租賃制度之法律經濟分析〉，《臺大法學論叢》，33 卷 1 期，頁 131-182；簡資修（2006），〈讓與（買賣）不破租賃及其類推適用〉，《經濟推理與法律》，頁 81-103，台北：元照；溫豐文（2003），〈民法第四二五條修正條文評析：論租賃物權化之範圍〉，《東海大學法學研究》，19 期，頁 198-199；蘇永欽（2002），〈關於租賃物權化之幾個問題〉，《走入新世紀的私法自治》，頁 378-379，台北：元照；王文宇，前揭註 2，頁 120。

關於讓與是否破使用借貸，筆者擬以另文為之，學說參王澤鑑（1989），〈買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用及類推適用〉，《民法學說與判例研究（六）》，頁 222-223，台北：自刊；詹森林（2007），〈最高法院二零零二年度契約法判決之研究〉，《民事法理與判決研究（五）》，頁 209-211，台北：元照；

物權化」一詞，似不如本文之「準財產關係」精準。「債權物權化」究竟仍是債權，還是完全變成物權，還是介於債權與物權之間，以中文語法而言，並不清楚⁴²。正是因為這種模糊之語意，使得論者往往在「債權物權化」的旗幟下，混談典型的財產關係與準財產關係——詳如後述，究其實際，民法第 826-1 條第 1 項創造者為典型財產關係，而諸如民法第 425 條所創造者為準財產關係。

民法第 425 條為何是準財產關係，而非典型之財產關係？關鍵因素在於民法第 425 條所創造之財產關係是單向的、不對稱的⁴³。亦即，唯有出租人將所有權轉讓時，租賃關係始有追及效力。但承租人並無可任意轉讓他人之「承租權」；第三人承擔承租人之租賃契約地位，則須得出租人同意。此外，承租人並無物上請求權——未占有租賃物之承租人連占有物返還請求權都沒有。再者，承租人之權利並無典型財產權之優先效力：在承租人締約後、交付並占有前，若出租人另租他人並交付使之占有，承租人無法主張排除該他人之干涉。由此可知，承租人享有之權利並非完整之對世排他效力，而只是有限度的追及效力，自然也只能定性為準財產權。租賃關係，是概念極為接近契約關係之準財產關係。

除了財產關係與準財產關係之區辨外，另一個重要問題，是（準）財產關係所產生之資訊成本⁴⁴。無論是財產關係或準財產關係，都會影響締約者

吳從周（2007），〈推定租賃關係：民法第四百二十五條之一之適用與類推適用〉，《民事法學與法學方法（三）》，頁 129，台北：一品；吳從周（2010），〈使用借貸契約之債權物權化 / 高院九八重上更（二）五一〉，《台灣法學雜誌》，152 期，頁 167-173。

⁴² 吳從周教授特別強調，債權物權化所指者為本文所謂之準財產關係。參見吳從周，前揭註 40，頁 5。

而另有學者指出，債權物權化也有混合程度之差異，有的比較接近債權，有的比較接近物權。參陳明燦、何彥陞（2010），〈我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討〉，《台北大學法學論叢》，74 期，頁 72。

⁴³ See Sjeff van Erp, *Comparative Property Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 1043, 1053 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006).

⁴⁴ 資訊成本在財產權議題討論之關鍵地位，參 Merrill & Smith, *supra* note 13; Smith,

以外之交易者。交易者知道，她有興趣購買（或取得定限權利）之資源（如轎車一台），若帶有契約，並不會拘束她。但若該資源帶有（準）財產關係，則（可能）會拘束她。為避免受拘束之風險，交易者會付出資訊成本用以調查該資源是否帶有（準）財產關係。立法者為降低交易者之資訊成本，規定財產關係必須要公示（notice）⁴⁵。但公示方式之恰當與否，對資訊成本影響甚鉅。過往對「債權物權化」之探討，卻往往忽略公示方式之良窳。

（二）不動產

以民法第 425 條為例，因為買賣可能會不破租賃，買受人有強烈誘因要確認標的物上是否帶有租賃關係；而出賣人雖有誘因要說服買受人該標的物上未有租賃，好提高售價，但因為出賣人可以透過欺騙、隱瞞或其他方式來遮掩租賃關係，買受人必須透過公示，以確認標的物權利狀態。若公示之資訊不充足，還必須額外花費成本自行調查。而民法第 425 條之立法者，雖採用複雜的四層次區別（是否為承租人占有中、是否經公證、是否為不動產、是否期限逾五年或未定期限），其減低資訊成本的效果卻很有限。不動產租約公證或許可以解決以前實務上碰到的租約倒填日期問題⁴⁶，但無助於買受人確認權利狀態⁴⁷——試問潛在之不動產買家要去哪裡找該公證契約⁴⁸？出

supra note 32。

⁴⁵ 民法第 758 條採用「絕對登記」、「設權登記」，原因正是為了降低資訊成本。

⁴⁶ 簡資修，前揭註 41，頁 78。

⁴⁷ 未經公證、但租期不到五年的不動產租賃，仍有對世效力。但其公示何在？可謂完全付之闕如！當然，租賃期間不到五年，對交易之影響較低，或許不值得以公示方式處理。

⁴⁸ 參法務部民法研究修正委員會主編（1998），《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（十六）》，頁 588（劉宗榮教授、陳計男教授發言記錄），台北：法務部。

公證法第 69 條規定「民間之公證人應按月於次月十日前，將作成之公證書、認證書繕本或影本，依受理時間之先後順序彙整成冊，送所屬之地方法院或其分院備查」，而公證法第 89 條規定「請求人或其繼受人或就公證書有法律上利害關係之人，得請求閱覽公證卷內文書。第七十三條、第七十六條、第七十七條之規定，於依前項為請求時準用之。請求人之繼受人及就公證書有法律上利害關係之人請求閱覽時，應提出證明文件。第七十六條第二項、第三項之規定，於前項證

賣人可以隱瞞有公證之租賃契約，或誤導買受人⁴⁹。就不動產租賃而言，應該利用現行的土地登記簿，使不動產租賃契約以附件或另設專簿方式存於地政機關⁵⁰。若有不動產買賣，任何潛在買家只要查閱登記簿即可確知是否存在有追及效力之租賃契約。而第 425 條第 2 項，就應該規定不動產⁵¹租賃契約若未登記，不得對抗第三人（無論第三人善意與否，理由詳如後述）⁵²。

明文件準用之」。

由條文觀之，似乎買受人並不難獲取租賃之資訊。然而，據 2010 年 4 月 13 日電詢台中地方法院公證處，及 2010 年 4 月 26 日電詢花蓮地方法院所屬民間公證人何叔耀事務所，實務上認為，潛在買受人，即便有磋商斡旋的文件來往證明，還不能算是利害關係人，所以無論是公證人或法院，都不會讓潛在買受人閱覽公證契約。唯有「出賣人 / 公證契約之出租人」同意時，潛在買受人才得以閱覽公證契約。然而，出賣人與潛在買受人之利益衝突，無法期待每一位出賣人均會誠實告知潛在買受人標之物之權利狀態。有效的公示制度，必須使不特定第三人（或至少潛在的利害關係人如潛在買家者）都能得知權利狀態，以減少資訊成本。租賃契約之公證，就此而言，並非有效之公示方式。

同見解另可參胡天賜（2004），〈我國民法第 425 條中有關租賃契約公示制度之法律經濟分析〉，《台北大學法學論叢》，54 期，頁 217（公證法要求公證人保守秘密，與公示制度之要求背道而馳）。

⁴⁹ 例如拿出一份有公證之租約，其租約到期日在可能之成交日之前。但事實上出賣人 / 出租人另有一份新的公證之租約，到期日在四年後。

⁵⁰ 相關制度之可能修改方向與其優劣，參王澤鑑，前揭註 41，頁 226；胡天賜，前揭註 48，頁 229-230。

⁵¹ 可登記之動產，如汽車、船舶等，也應該做同樣之規定。因為重點不是動產與不動產概念上的差異，而係是否有能有效降低資訊成本的公示方式存在。

⁵² 匿名審查人質疑租賃登記在實務上是否可行，認為以租賃交易之頻繁，地政機關可能不堪負荷；再者，租約一旦登記，就要課所得稅，出租人是否有意願登記，頗有問題。筆者非常感謝匿名審查人賜教，謹回應如下：租賃登記當然會增加地政機關之負擔與行政成本，但也能減少潛在交易人之資訊成本。定限物權（如抵押權與地上權）同樣交易頻仍，其登記也會增加地政機關之負擔與行政成本，但因為其登記所能節省之第三人資訊成本甚多，故要求其登記仍符合成本效益分析。租賃登記何嘗不是如此？此外須指出者，地政機關處理租賃登記會比處理定限物權登記來得容易，因為後者必須經過實質審查，以確認申請登記之新權利，與之前土地登記簿上所載之既存權利沒有衝突或扞格之處；租賃則無此問題，只要將租約放入專簿或納為附件，登記程序較為簡便，且第三人查閱並無困難。

關於課稅問題，姑且不論民法規定是否應該促使每個出租人都誠實納稅，以維課稅公平，還可以有幾種思考方向：首先，在現行法下，出租人將契約公證，

(三) 動產

至於動產⁵³，1999 年民法債編修法時，立法者將「承租人占有中」加入第 425 條第 1 項，以占有作為公示之要件。此種設計在兩個關鍵面向上都有缺點，第一是在出租人與承租人間，第二是關於第三人（即潛在之買受人），分述如下：

首先，對出租人與承租人而言，「承租人是否占有」，依民法第 940 條，視承租人是否有事實上管領力而定。然事實上管領力可能隨時變動⁵⁴，以之作為租賃法律關係是否有對世效力之條件，使得權利狀態不確定。由基本經濟學理論可知，同樣之資源，權利狀態不確定時之價值，低於權利狀態確定時之價值。換言之，對承租人而言，因為無法確保自己所進入之租賃關係可以確定對抗所有買受人，租賃該物對其價值較低。承租人可能因此決定不租，或只願意出較低之價格。對出租人而言，縱令有心使租賃權利狀態確定，以增加租賃成交之機會與成交之價格，但出租人無法確保承租人在出租人移轉所有權時是否剛好在占有中，就無法向承租人擔保租賃一定有對世效力。

就已經逃不了稅，由公證轉為登記，對出租人並無影響。再者，承租人將租約公證或登記，則年繳租金在一定限額內可以抵稅，故雖然出租人有節稅考量，承租人同樣有節稅考量，兩者之淨效果（net effect）難以一概無論，但至少不會只倒向不登記（或公證）之方向。復次，依本文主張，登記不是生效要件，只是對抗要件——現行法中的「公證」亦同。承租人永遠可以選擇不登記或不公證，但要承擔「讓與破租賃」之風險。但因為不是生效要件，所以租賃雙方不是非要花登記費不可。最後，筆者也同意租約登記確實是會產生交易成本，較短期之租約，若未登記，仍可考慮賦予其對抗第三人之效力——現行民法第 425 條第 2 項使五年之內的租約可不用公證即有對抗第三人之效力，即寓有相同考量。但短期與非短期之分界點何在，端視登記之邊際行政成本何時與第三人因而減少之邊際資訊成本相埒，此乃實證問題，目前難以下定論。

⁵³ 依據現行民法第 425 條，租期不到五年而未經公證之不動產租約，依然要符合「承租人占有中」之要件，才能享受對世排他效力。故此段之討論，亦適用此等不動產租賃。

⁵⁴ 吳秀明教授雖未由民法第 940 條之解釋出發，但亦認為承租人是否占有應視「個別情形」而定。參黃立主編（2002），《民法債編各論（上）》，頁 458（吳秀明執筆），台北：元照。

當然，出租人可以用約定違約金，甚至先給付承租人一筆押金之方式⁵⁵，擔保承租人之損失⁵⁶。但一來對承租人而言，此種違約金通常不如有對世效力之權利來得有利⁵⁷；二來對一般動產之租賃，對此約定違約金或給付押金，恐怕交易成本不低，實現機會不大。

再者，對第三人（即潛在之買受人）而言，「承租人占有中」是很粗糙的公示方法⁵⁸。舉例言之，A 將腳踏車⁵⁹租賃給 B，B 受現實交付而占有。A 欲將腳踏車出賣給 C，利用 B 上班之際，讓 C 試車之後，移轉所有權給 C。依照現行法，腳踏車仍在 B 占有中，故 B 可以向 C 主張（原 AB 間）租賃關係對 C 繼續存在。由此例可知，新增之「承租人占有中」要件，雖然可以排除部分不合理的買賣不破租賃（例如 B 根本自始未占有，或 AB 以占有改定方式移轉占有⁶⁰），但因此大幅增加潛在買受人 C 的資訊成本。

本文主張，對於動產買賣是否破租賃之問題，應該首先區分「可登記之動產」及「不可登記之動產」。對現行法制中已可登記之動產⁶¹，如：汽車⁶²、船舶⁶³，應該比照前述對不動產之處理，一律以登記作為產生財產效力的條件。

⁵⁵ 此與現行實務中「押租金」之給付流向相反，或可稱為「反向押租金」。

⁵⁶ 現行法中，目前尚不允許承租人在締約時就「假處分」，使出租人無法移轉所有權；也不允許租賃雙方向地政事務所要求在登記簿上加入一種「禁制登記——除非雙方同意，一定期間之內不許出租人移轉所有權給第三人」。即令此兩種法律手段變為可行，出租人是否會願意為了出租而綁死自己出賣之權，值得懷疑——當然，只要承租人願意補償出租人，這種交易當然可能發生。

⁵⁷ 如果租賃有對世效力，而買受人希望承租人終止租賃關係，承租人自然可以「拿翹（hold-up）」，索取高額償金，或依然故我，繼續承租。

⁵⁸ 對占有作為公示的一般批評，參張永健（2010），〈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〉，《科技法學評論》，7 卷 1 期，頁 132。

⁵⁹ 就現行法而論，未經公證，但租期在五年以下的不動產，也可適用此例。

⁶⁰ 參林誠二（2003），《民法債編各論（上）》，2 版，頁 385，台北：瑞興。

⁶¹ 當然，若符合成本效益分析，更多動產納入登記系統亦可。

⁶² 汽車可以登記。動產擔保交易法第 4、5、6 條參照。

⁶³ 船舶可以登記。船舶登記法第 3 條「船舶關於左列權利之保存、設定、移轉、變更、限制、處分或消滅，均應登記：一、所有權。二、抵押權。三、租賃權」參照。

對於「不可登記之動產⁶⁴」，則必須兩害相權取其輕：一害是，此種動產之租賃，只有契約關係，無財產關係，故 C 無須擔心天外飛來租賃，無庸支出額外資訊成本；但 B 必須要透過契約約定違約金或要求出租人 A 給予承租人 B「反向押租金」作為擔保等方式，確保若 A 違約在租賃期滿前即出賣標的物給第三人 C 時，B 可順利獲得救濟。

另一害是，此種動產之租賃，只要租賃關係成立（應可要求以契約公證作為最低證明條件），無論承租人是否「占有中 / 有現實支配力」（只要出租人曾依民法第 946 條第 2 項、第 761 條為現實交付與簡易交付），皆有對世效力，使 B 無後顧之憂。而 C 必須支出額外資訊成本（但僅能降低、不能消除風險）。

從降低交易成本的觀點，應採用前者⁶⁵，也就是限制不可登記之動產之租賃只發生對人效力⁶⁶。蓋租賃當事人 AB 得以輕易在契約中對可預見之風險（即 A 在租期中出賣標的物）預作分配——例如前述違約金或反向押租金之約定；但為數眾多之潛在買家 C 往往難以探知是否有占有，或標的物之權利狀態為何⁶⁷。

⁶⁴ 嚴格言之，已經財產化成為「動產」者，並無本質上不可登記之理。只是以目前之科技水準，若要為大多數之動產建立登記簿，成本過高。

⁶⁵ 但若認為承租人 B 往往是社會弱勢，買受人 C 必然較富資力，則可能會傾向於保護 B，使買賣仍不破租賃。但是否應該以私法之規則來實現所得重分配，學說上有強烈反對意見，可供參考。See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*, 29 J. LEGAL STUD. 821 (2000); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, 114 HARV. L. REV. 961 (2001). 中文論述，參黃茂榮（1985），《民事法判解評釋》，增定版，頁 133，台北：自刊。關於現今社會之承租人是否為社會弱勢，胡天賜之實證考察採否定見解。參胡天賜，前揭註 41，頁 149-153。

⁶⁶ 同見解可參簡資修，前揭註 41，頁 75；黃立主編，前揭註 54，頁 450（吳秀明執筆）。

蘇永欽大法官觀察到，我國主要參考的幾個法典，都未將讓與不破租賃之效力擴張到動產。參蘇永欽，前揭註 41，頁 379-380。

⁶⁷ 匿名審查人質疑本段所論純屬武斷，欠缺實證，並認為可以作完全相反的推論。本文在此確實只是作理論推衍，而無實證證據；不過，筆者也不知道有實證證據

三、物權法定主義 vs 物權自治主義

掌握財產權與契約權之關鍵差異後，再回頭看近年來在海峽兩岸非常熱門的物權法定主義與物權自治主義之論爭⁶⁸，會更清楚瞭解後者主張之不可行處。

物權自治主義之支持者，認為應該打破民法第 757 條之桎梏，讓市場交易者自由創設新物權類型；甚至主張，應該打破民法債編與物權編之界線，將現有的定限物權規定，與債各有名契約之預設任意規定（default rules）合流、放置一處⁶⁹。然而，此主張忽略財產權與契約權的效力差異，並非可採。首先，即使物權類型可以自由創設，新創設之物權仍有對世的排他效力⁷⁰，而非僅有對人的效力。如此巨大不同，就已經是在民法體系上不將債各規定與定限物權規定治於一爐的重要理由。

再來，法條位置事小，實際效果事大。若物權類型可以自由創設，市場

可以支持相反的推論。就理論推斷而言，匿名審查人認為潛在買家可以「問一下出賣人或到現場看一下」，筆者敬表不同意見。潛在買家不能仰賴出賣人提供之資訊，因為出賣人與買家利益衝突，出賣人往往有欺騙買家之誘因。公示制度的其中一項優點，就是公證第三方（如地政機關）不會因為偏袒某一方而扭曲或隱瞞資訊。而潛在買家親自觀察標的物也往往無濟於事。如前述腳踏車之例所示，即使潛在買家看到了腳踏車，也無法確定是否該車正被他人占有中。此外，租賃當事人只有兩人，出租人轉讓又是顯而易見的風險，兩造對此約定違約金或其他處理方式，成本甚低（若本文見解獲採，日後的租賃契約範本也一定會囊括此風險分配之條款）。相對地，潛在買家為數眾多，又無以低廉成本取得可靠資訊之方式。各潛在買家之資訊成本加總後，本文認為會高出租賃當事人締約分配風險之成本甚多。

⁶⁸ 主張物權自治主義之經典文獻：蘇永欽（1991），〈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》，19 卷 2 期，頁 221；蘇永欽，前揭註 14，頁 119-123。近年來針鋒相對的幾篇論文：干學平（2010）〈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》，頁 57，南京：南京大學法學院；簡資修（2011），〈物權外部性問題〉，《中研院法學期刊》，8 期，頁 227-257；蘇永欽，前揭註 8；張永健，前揭註 58，頁 119-168。

⁶⁹ 蘇永欽，前揭註 8，頁 111。

⁷⁰ 而如果市場交易者新創設的交易關係只有對人效力，則根本就不是財產權。

交易者不會只是乖乖引進外國行之有年的物權類型(即令如此都會產生很多問題⁷¹)，而很可能將債各的有名契約以(準)財產關係方式安排交易。租賃在英美法中是財產關係⁷²，當然可以物權化；使用借貸，亦可以物權化。各種先買權或選擇權(option)，可以物權化…例子不勝枚舉。而一旦物權化，交易者的權利關係立刻產生對世的排他效力。與此同時，會有很多人依然使用契約方式安排其買賣、租賃、使用借貸。所以，舉例而言，市場中會同時存在買賣不能破的使用借貸(以財產方式安排權利義務者)與買賣能破的使用借貸(以契約方式安排權利義務者)，短期內，勢必引起權利混淆與高交易成本；長期而言，若無土地登記簿等有效公示方法配合，交易成本依然無法降低⁷³。所以，因為財產權強大的對世排他效力，若物權類型創設完全自由，勢必產生錯綜複雜的財產關係，並(對市場交易者而言)與契約關係夾雜不清。誠然，物權法定主義需要鬆動，但物權自治主義並非良方⁷⁴。

由此立場出發，本文對學者⁷⁵所讚揚之最高法院 97 年台上字第 1729 號判決，即有不同看法。最高法院於該判決謂：「特定當事人間倘以不動產為標的所訂立之債權契約，其目的隱含使其一方繼續占有該不動產，並由當事人依約交付使用，其事實為第三人所明知者，縱未經以登記為公示方法，因已具備使第三人知悉該狀態之公示作用，自應與不動產以登記為公示方法之

⁷¹ 詳細論證，參張永健，前揭註 58，頁 136-137。

⁷² 不過，在美國，近年來經由法院解釋與修法，部分契約法之原則已被引入租賃關係。See, e.g., Thomas J. Miceli, C. F. Sirmens & Geoffrey K. Turnbull, *The Property-Contract Boundary: An Economic Analysis of Leases*, 3 AM. L. ECON. REV. 165, 166-67 (2001); DUKEMINIER JESSE, JAMES E. KRIER, GREGORY S. ALEXANDER & MICHAEL H. SCHILL, PROPERTY 431-39 (6th ed. 2006).

此外，雖然德國民法將租賃歸為契約，但德國民法制訂前，普魯士法即將租賃列為財產關係之一種。而時至今日，仍有一派德國學者主張將租賃當作財產關係。德國法相關歷史與討論，see BRAM AKKERMANS, *THE PRINCIPLE OF NUMERUS CLAUSUS IN EUROPEAN PROPERTY LAW* 240-43 (2008)。

⁷³ See generally, Merrill & Smith, *supra* note 13. See also Merrill & Smith, *supra* note 29, at 387.

⁷⁴ 詳細論證，參張永健，前揭註 58，頁 148-152。

⁷⁵ 吳從周(2009)，〈互易契約之債權物權化：簡評最高法院九七年台上字第一七二九號判決〉，《臺灣法學雜誌》，123 期，頁 197-203。

效果等量齊觀，並使該債權契約對於受讓之第三人繼續存在，此乃基於「債權物權化」法理所衍生之結果。」此段論述產生幾個問題。

首先，若最高法院因為第三人明知契約（該案例中為互易契約）存在，而於一方占有中，即可「基於債權物權化之法理」財產化該法律關係，則顯屬違反當時之民法第 757 條⁷⁶之規定。即令最高法院可以在新民法第 757 條⁷⁷實施後的今天重判，除非認為互易應有部分之交易已有使用財產關係之習慣，否則法院仍然不得任意突破現行民法第 757 條「物權法定+習慣主義」之限制。

再者，即令認為此種交易已有形成習慣之潛力，民法第 757 條修正理由諄諄提示，習慣形成之新物權類型必須要「能依一定之方法公示」。本案例中之不動產應有部分互易契約，可以用非常具體明確的土地登記簿為公示。僅以有占有（應有部分如何讓人得知占有？）即認為與不動產登記簿之公示效果「等量齊觀」，似乎是過度看重占有與登記在法學概念上的對仗⁷⁸，而忽略了占有與登記在資訊成本上的天壤雲泥之別。

最後，要幫最高法院解除民法第 757 條之金緊箍，最佳策略並非支持最高法院暗中違反「物權法定+習慣主義」，而是正確地認知到，在該案及其他類似案件中，最高法院根本就沒有創造典型的財產關係，也就是最高法院所謂之「債權物權化」，其實只創造了準財產關係（原因詳後）。當然，在政策上，是否應容許法院任意創設準財產關係（換句話說，民法第 757 條之射程範圍除典型財產關係外，是否應包括準財產關係），則屬另一問題，當以另文詳細探討之——但基於降低資訊成本之考量，本文傾向採取否定立場，認為法院不得任意創設準財產關係或財產關係。

⁷⁶ 舊民法第 757 條：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」

⁷⁷ 新民法第 757 條：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」

⁷⁸ 類似見解，參陳聰富（2010），〈使用借貸契約之債權物權化：最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，2 期，頁 56。

四、準財產關係之譜系

目前為止，本文指出兩種準財產關係，一種由民法第 425 條創造，一種由最高法院前述判決創造。該如何有體系地理解準財產關係？先參考美國財產法頂尖學者拍檔 Merrill & Smith 之見解。Merrill & Smith 主張契約權與財產權之間，「至少」可以有兩種中間型態，即針對「不特定少數人」與「特定多數人」的權利；前者，如約定之租賃契約承擔⁷⁹；後者，如定型化契約。參見〔表一〕。

〔表一〕權利義務關係之類型

		人 數	
		少 數	多 數
特定性	特定	典型契約關係：對人效 (如：承攬)	中間類型(二) (如：定型化契約)
	不特定	中間類型(一) (如：約定之租賃契約承擔)	典型財產關係：對世效 (如：地上權)

※資料來源：Merrill & Smith (2001)⁸⁰

〔表一〕的分析架構，可以幫助吾人進一步理解，最高法院在 97 年台上字第 1729 號判決中並未賦予互易關係典型的財產權效力。最高法院想要拘束者，唯有該案中明知之第三人而已，若有其他不知互易契約之買受人對該標的物有興趣，最高法院並不會認為該互易契約會拘束此善意者。所以，最高法院所創設、闡釋之法律關係，顯然沒有對世效力，自然就不會是典型財產關係。然而，因為未簽訂互易契約之第三人確實因最高法院之判決受到

⁷⁹ 這裡所指的租賃契約承擔，是指出租人在租賃契約締結時，即允許承租人任意指定第三人來承擔承租人之地位。故對出租人而言，誰會承擔承租人之地位，並不確定；但可以想見，承擔者之人數不可能很多。此例在美國法上較易理解，因為租賃在美國法中乃一種定限物權。

關於約定之租賃契約承擔，參黃立主編，前揭註 54，頁 427-29（吳秀明執筆）。

⁸⁰ 關於對世權、對人權，及此兩種中間類型之分析與闡釋，see Merrill & Smith, *supra* note 33, at 786。

拘束，自然也不是典型的契約關係。兩種中間類型相較，最高法院所創設者較接近中間類型（一）⁸¹；亦即，唯有對「少數惡意之第三人」，互易關係才被定性為財產關係；而對善意第三人，互易關係仍是契約關係；整體來看，則以準財產關係描述之。到此，民法第 425 條與最高法院此處所創設之所謂「債權物權化」，其不同應該昭昭甚明。民法第 425 條之財產關係僅於其中一方（出租人）轉讓時存在；最高法院所創設之財產關係，雖可能適用於締約之任一方，但僅於第三方有特定主觀狀態（明知）時存在。故同樣是準財產關係或債權物權化，構成要件與適用情境（還有公示方式）會有很大不同。以下，將探討民法第 826-1 第 1、2 項，是否創設財產關係或準財產關係。

參、民法第 826-1 條之分析

第貳節中釐清契約權與財產權之概念，為本節分析民法第 826-1 條之分管關係，打下理論基礎。契約權乃對特定少數契約簽訂者之權利，而財產權為對不特定多數人之排他權利；兩者之間，可以有非常多種型態之準財產關係。依此架構，民法第 826-1 條第 1 項創造一種關於不動產的新形態財產關係，第 826-1 條第 2 項則創造一種準財產關係；分別於第一小節與第二小節探討。

第三小節接續討論，現行法架構出來有對世效力的分管關係，是否仍有未盡完善之處。此外，該小節亦探討此種分管關係，是否可以適切回應所有交易需求，還是民法仍有新增其他物權類型之需求。

一、民法第 826-1 條第 1 項創設「不動產分管權」

前已論及，民法第 826-1 條之增訂，主要的原因是處理最高法院 48 年台上字第 1065 號判例與大法官釋字第 349 號解釋之不同立場，但另闢蹊徑，區分動產與不動產，給予不同之「物權化」要件。

有分管關係之共有人，仍可自由出售其應有部分（民法第 819 條第 1

⁸¹ 當然，不套用 Merrill & Smith 之分析架構，亦無不可。

項參照)。依民法第 826-1 條第 1 項前段，分管關係若有登記，有對世排他效力⁸²，後手均受財產關係之拘束。由前文之論證與〔表一〕可知，民法第 826-1 條第 1 項前段，等於是創設一種新的財產關係，或稱新的不動產定限物權——姑且稱之為「不動產分管權」。而第 826-1 條第 1 項後段由法院裁定所創設的分管關係，經登記後，亦有對世之排他效力。因為是一種法定物權，可稱之為「法定不動產分管權」。

二、民法第 826-1 條第 2 項創設「動產分管權」

民法第 826-1 條第 2 項對動產分管關係之效力，採司法院大法官釋字第 349 號的路線，使不知、亦非可得而知者，不受動產分管關係之拘束。故動產分管關係，顯與典型財產關係有間，而比較接近表一之中間類型（一）。精確言之，動產分管關係是對「少數明知或可得而知者」而言是典型財產關係，對其他人則是契約關係。就此而言，動產分管關係類似前述最高法院為互易契約所創造之準財產關係，只是動產分管關係效力更強，因為亦拘束「可得而知之第三人」。但兩者也有頗大相異之處：首先，動產分管關係之原始兩造，本來就有共有之財產關係（分管是額外之關係），互易關係之兩造則無財產關係。再者，動產分管關係之效力乃法律所定，符合民法第 757 條之規範，並無違反物權法定主義之問題。

然而，法律雖可任意創設各式各樣不僅僅拘束契約當事人的權利義務關係，但若未同時考量第三人之資訊成本⁸³，往往會阻礙交易。換言之，法律

⁸² 民法第 826-1 條第 1 項前段之對世排他效力，未直接規定於條文中，在此稍加闡釋。不動產分管契約不是以登記為生效要件，而是對抗要件；此觀諸民法第 826-1 條第 1 項文義甚明。有登記之分管契約與未登記之分管契約，在對世排他效力上差異何在？舉例而言，ABCDE 共有 Y 地，應有部份均等。ABCDE 約定分管，由 E 使用 Y 地最東邊之部份。嗣後，ABCD 又合意將整塊 Y 地出租給 M。因 ABCD 之應有部份合計與人數均過半，依民法第 820 條第 1 項，可以處理共有物之管理（出租）事宜。若分管契約沒登記，E 不能對抗 M，只能向 ABCD 請求債務不履行之賠償責任。若分管契約有登記，E 可以排除 M 對 Y 地最東邊部份之使用。

⁸³ 參胡天賜（2001），〈從經濟方法分析方法論釋字 349 號解釋〉，財團法人李模務實法學基金會編，《判解研究彙編（五）》，頁 243，台北：財團法人李模務實法學

是否創設有（不同程度）對世效力的權利義務關係，與是否要求該權利義務關係公示，是兩個層次的問題⁸⁴。但若兩個層次的設計沒有搭配好，會大大增加交易成本。舉例而言，若民法維持所有現行抵押權章之規定，但規定抵押權「不可」登記，則抵押權仍有財產權效力。但因為所有的不動產交易者都無法明確得知其有興趣之物件是否帶有抵押，使得不動產交易不是因為難以確認權利狀態而告吹，或因交易成本大增而降低利潤。

而民法第 826-1 條第 2 項，以主觀之心理狀態作為是否有拘束第三人效力之條件⁸⁵，使分管契約之效力懸於第三人之有知或無知，無法有效促進共有物之利用⁸⁶。其基本理由，與前文討論動產買賣是否破租賃之論理相通：分管契約之締結者，無法有效對彼此保證不出賣應有部分⁸⁷，也無法控制第三人是否明知或可得而知分管契約之存在，使標之物之價值下降；此外，第三人亦難以用低成本之方式確認標之物權利狀態。與動產買賣不破租賃不同者，民法第 826-1 條第 2 項要求法院作主觀心理狀態之判斷（而民法第 425 條第 1 項的占有與否是事實判斷），困難度與不確定性更高⁸⁸，可謂較民法第 425 條更忽視資訊成本在財產關係中的重要。

本文認為，基於與前文探討買賣不破租賃問題相類似之理由，可登記與不可登記之動產應區別處理。高價值、可登記之動產，仍應以分管約定之登

基金會。

⁸⁴ 不同見解，參楊智傑（2003），〈挑戰傳統債權物權分野：以租賃物權化的檢討為例〉，《法令月刊》，54 卷 8 期，頁 21；張梅英、李宏志（2007），〈從債權物權化論土地登記之效力〉，《土地問題研究季刊》，6 卷 2 期，頁 36。

⁸⁵ 此種主觀條件，迭經學者批判。參見，例如：王文宇，前揭註 2，頁 121-127；謝哲勝（2002），〈相鄰關係與隨不動產所有權移轉的契約〉，《財產法專題研究（三）》，頁 162-163，台北：元照；溫豐文（2009），〈論共有物之管理〉，《臺灣法學雜誌》，135 期，頁 96；溫豐文（2001），〈論不動產登記：以探討民法物權編修正草案之規定為主〉，《月旦法學雜誌》，68 期，頁 111。

⁸⁶ 類似見解，參鄭健才大法官於司法院釋字第 349 號解釋之不同意見書。

⁸⁷ 而分管契約必須全體共有人同意方能簽訂，交易成本本來就不低。參胡天賜（2005），〈分管契約對繼受人效力之法律經濟分析〉，《財產法暨經濟法》，創刊號，頁 141-173。

⁸⁸ 參法務部民法研究修正委員會主編，前揭註 48，頁 576（司法院對民法第 826-1 條提出之意見）。

記作為對抗第三人之要件⁸⁹。對於低價值、不可登記之動產，則不使分管契約有對抗第三人之效力，藉以促使共有人分割共有物，使財產關係由複雜歸於單純。職是之故，以下本文僅討論可登記財產之分管問題。

三、分管權不一定能滿足對新型財產關係之需求

蘇永欽大法官別具慧眼，觀察到藉由民法第 826-1 條，交易者可以「創設出幾乎任何他們在物權編上找不到的『限制物權』」；並舉例甲為取得物權性質的租屋權，可與房屋所有人乙變成共有人，並約定由甲分管房屋一定期間，並每月給付其他共有人（乙）若干元（作為租金），再約定期滿分割時由甲無償讓與給乙⁹⁰。

本文同意民法第 826-1 條的彈性，可以在單純分別管理之外，使他種不動產交易可以用財產關係安排。亦即，民法第 826-1 條，除了創造狹義的分管權（本為共有人者，約定管理之方式）外，也可以創出各式各樣的新財產權類型，如前述的租屋權——此種權利，自然是廣義的分管權的一種⁹¹。為行文簡便，以下僅稱狹義者為分管權，而廣義者以租屋權舉例並以之作為廣義分管權之代稱。

民法第 826-1 條允許多種以財產關係交易之可能，應該可以便利交易，並提升交易標的物價值；不動產分管透過登記而公示，則能大大降低交易者的資訊成本。故不動產分管權之增設，可謂有利而幾無害⁹²。本節要討論者，為不動產分管權因制度設計之缺陷，及其本質上之不足，所生之侷限。

⁸⁹ 匿名審查人對此亦有類似於前揭註 67 中之質疑，本文之立場與分析亦如同註所述。

⁹⁰ 蘇永欽，前揭註 8，頁 107-108。

⁹¹ 有點類似不動產役權。土地通行役權和房屋日照役權都是不動產役權，但可以分別就財產權類型取名，以方便討論。

⁹² 天下沒有白吃的午餐。地政事務所要依 2009 年新增之土地登記規則第 155-1 條，設置「共有物使用管理專簿」以保存申請登記之分管契約，並須將分管契約存在之事實標示於登記簿標示部之其他登記事項欄。這些都有成本。

（一）稅金考量降低使用分管權之誘因

以蘇永欽大法官所舉之物權性質之租屋權為例：首先，稅法會是一大阻礙。雖然甲乙雙方只是想以財產關係安排租屋，但對現行稅法的課徵機關，卻是兩度移轉不動產應有部分。細瑣的各種程序要求不說，甲乙要辦理各種移轉登記的規費、契稅、土地增值稅、贈與稅，都不是小數目。對許多人而言，以財產關係（而非契約關係）安排租屋所增加的利得，是否高於這些零零總總的稅金與繁雜手續，頗有疑問。

（二）分管約定之內容是否全有對世效力仍有疑義

再者，承前例，甲同意每月給付其他共有人之價額，是否可以登記而發生對世效力？也就是，這種由某共有人定期給付他共有人之價額，是否為民法第 826-1 條第 1 項所謂「關於共有物使用、管理…之約定」？或者要參考同條第 3 項之規定，認為是「就共有物…其他情形所生之負擔」？狹義解釋之，可能會傾向採否定見解；廣義解釋之，則可採肯定見解——本文認為應容許當事人自由選擇是否登記，但唯有登記才會發生對世效力，以增加交易彈性、減少交易成本。

但若民法第 826-1 條未修正以明確化此爭議，或實務沒有發展出清楚之立場，此種交易風險（也就是法院可能採否定見解，使後手雖可依有登記之分管約定而使用分管部分，但可不理會雖有登記但只有對人效力的價額約定），自然可能減低交易者使用第 826-1 條創造財產關係之租屋權或其他新財產權類型之誘因。

（三）不分割期限上限設為 30 年可能太短

民法第 823 條第 2 項規定之不分割期限上限，似乎過於「吝嗇」，也可能降低市場交易者依第 826-1 條安排交易之誘因。民法第 823 條⁹³之原則是

⁹³ 民法第 823 條：「各共有人，除法令另有規定外，得隨時請求分割共有物。但因物之使用目的不能分割或契約訂有不分割之期限者，不在此限。前項約定不分割之期限，不得逾五年；逾五年者，縮短為五年。但共有之不動產，其契約訂有管

任何共有人均得隨時請求分割。蘇永欽大法官說得傳神：「與其吵吵鬧鬧，乾脆一哄而散。⁹⁴」但若共有人不能限制彼此的分割請求權，則分管約定即令有登記，其效力也僅如風中之燭；任何共有人提出分割之請求，即可打亂原本辛苦架構的分管安排。這樣的請求權給予每個共有人進行策略性行為（strategic behavior）的誘因與武器——每個共有人隨時都可用請求分割使分管破局作為要脅，取得更大份的利益。是故，民法第 823 條第 1 項容許共有人約定不分割，而第 2 項但書更將有分管約定之可容許不分割之期限，從 5 年延長到 30 年。

但 30 年並非永恆。民法第 823 條依然使「不動產分管權」最多半甲子就要重新洗牌。誠然，民法第 823 條並未強制共有人在 30 年屆滿時一定要分割。但 30 年屆滿後，分別使用、管理之約定並不會失效，但各共有人重新取得要求分割之權利，則策略性行為勢必出現，原有分管方式必然難以維持⁹⁵。是故，不分割期限以 30 年為上限是否太短，有必要進一步檢討。

1. 為何限制不分割期限？

首先該檢討者，為何民法要不顧私法自治原則，管制共有人約定不分割期限？誠然，每個共有人的偏好與效用函數不同，要對共有物之運用達成合意，誠屬不易。故民法若能使共有物盡量維持在隨時可以分割之狀態，可使權利關係單純化。然而，民法第 823 條第 1 項本文之預設規定就是隨時可以分割。故共有人達成不分割之約定，必然有其原因，也必然表示至少在此點上有共識。則何以要打破渠等之共識？

一個可能的正當化理由是，一旦約定不分割，而法律又未規定期限上限，未設定分割時點之共有物會進入「共決（anti-commons）」狀態。在此狀態中，共有人不一定可以再以合意推翻前約定而分割共有物，因為只要一

理之約定時，約定不分割之期限，不得逾三十年；逾三十年者，縮短為三十年。前項情形，如有重大事由，共有人仍得隨時請求分割。」

⁹⁴ 蘇永欽，前揭註 8，頁 107。

⁹⁵ 換言之，民法第 823 條第 2 項雖然只限制了共有人約定不分割之期限，實際上也順帶限制了分管權的「有效期限」。

個共有人不同意，後約定即無法合致⁹⁶——又是策略性行為的溫床。誠然，共有人仍可自由出賣應有部分。但若不分割約定有依民法第 826-1 條登記，則拘束後手；後手不會自掘墳墓，跳入共決的深淵。也就是說，若法律未限制不分割之期限，而當事人又約定長期或永遠不分割，則產生「共決悲劇 (the tragedy of the anti-commons)⁹⁷」：共有人對如何利用共有物無法達成協議，但又因為不能分割或無人願意接手而僵持不下。從社會之觀點，共有地將僅有低度利用，無法發揮經濟效益，並無效率。

問題是，共有人為何要讓自己淪為共決人？共有人與他人共有土地，往往基於法律規定，或現實考量（如資力不足），但為何要約定不分割？若有管理約定，約定不分割是合理的安排。若未有管理約定，為何會單純約定不分割？誠然，共有人可能只是「有限理性 (bounded rationality)」，但達成不分割之約定，仍需花費交易成本；若無其他目的，共有人不致於會為不分割而約定不分割。可以想像，在台灣會有因為長輩要求「祖產不能分散⁹⁸、不能分家⁹⁹」，而約定不分割。但應該還有其他理由——為解答此問題，需進行「法學實證研究 (empirical legal studies)」，在此難以申論。但直觀上，無論當事人是基於什麼目的，民法第 823 條第 2 項本文僅給予 5 年之期限，似乎過苛。本文之重點乃在探討有管理約定共有物之不分割期限，故對無管理約定共有物之討論，就此打住。

⁹⁶ 分割或不分割，從民法共有章之用字來看，很顯然地不是民法第 820 條第 1 項所稱之「管理」，所以無法適用多數決。而即令能使用多數決，仍有競租 (rent-seeking) 行為。

⁹⁷ 經典文獻，see MICHAEL A. HELLER, *THE GRIDLOCK ECONOMY: HOW TOO MUCH OWNERSHIP WRECKS MARKETS, STOPS INNOVATION, AND COSTS LIVES* (2008); Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998)。

⁹⁸ 王澤鑑教授認為，「國人重孝而好名，出賣祖產乃敗家之兆，使祖宗蒙羞，乃創設典之制度」，可供參照。王澤鑑，前揭註 31，頁 417。

⁹⁹ 若只是祖產（如一塊農地），而無家廟或祭祀公業，可能不會符合民法第 823 條第 1 項但書對「因物之使用目的不能分割」所設之例外規定。

2. 為何限制有管理約定者之不分割期限？

有管理約定之共有物，其不分割期限之立法政策，當有不同考量。然而，立法者並未明言，民法第 823 條第 2 項新增之但書，為何限制共有人約定不分割之期限不得逾 30 年。民法第 823 條之修法理由，認為有分管約定時「不動產之用益已能圓滑進行，共有制度無效率之問題足可避免，是法律對共有人此項契約自由及財產權之安排，自應充分尊重」。既然肯認私法自治之效率，又要充分尊重之，則為何要設下 30 年的關卡？正當化的理由何在？

一個可能的理由是，若民法第 823 條第 1 項與第 2 項的期限差距過大，就可能引起某些投機的共有人，形式上為管理之約定（但實質上無關痛癢），以逃避第 1 項較短的禁止分割期限¹⁰⁰。然而，這是為了遏止投機者而犧牲了真心要長期分管者之利益。再者，依然沒有解釋，若投機式管理約定可以防堵，限制附隨管理約定之不分割約定期限，理由為何。

另一種可能理由，是共有人的有限理性，使其無法精確預測將來市場的變化；而且越久以後的市場越難預測。是故，當下有效率的分管與不分割安排，可能在多年後變成最糟的資源運用方式。不分割約定以 30 年為上限，是讓共有人能有每 30 年重新檢討資源配置方式之機會。

又另一種可能理由，是禁止現在的資源擁有者永久控制資源之使用方式。在現行法下，單獨所有人若移轉所有權，或成為被繼承人，就無法繼續控制資源之使用方式；新的所有權人可以完全不受制於原所有人之期望，自由地依己意利用。假設甲不動產之單獨所有人 A 發現第 826-1 條的「暗道」，將非常微小的應有部分贈與給 B、C、D…等人（B 可能是 A 的摯友，C 可能是聽 A 命行事之律師，D 可能是路人甲、與 A 毫無干係）。在贈與時，A 同時安排分管、約定永遠不分割（並辦妥登記），在甲不動產上設置 A 之個人紀念館。而在如此之分管關係持續中，B、C、D 等其他入頭共有人都會

¹⁰⁰ 而且，民法第 823 條第 2 項但書，並不像第 826-1 條要求分管契約必須登記。所以，共有人只有在約定不分割時，順手作一些無傷大雅的管理約定，就可以輕鬆適用民法第 823 條第 2 項但書的 30 年期限。不過，若未登記，反悔而有意提早分割之共有人，只要將其應有部分之一小部分讓與給「入頭」，並由其請求分割即可。

按時獲得報酬。在 ABCD 相關人等仙去之後，其繼承人或受讓人必須受到分管契約之拘束，則正因為不得分割，使 A 之繼承人沒有透過分割打破分管約定之機會。A 的紀念館，只要還有運作基金，就可能可以透過分管權之安排而千秋萬代¹⁰¹。

英美法中，向來有「禁止永久控制原則 (rules against perpetuities)」¹⁰²，避免當下的資源擁有者，可以永久支配未來之財產權利分配¹⁰³——因為控制時間越久，邊際效用越低；但逝者已矣，無法與之締約變更財產分配狀態¹⁰⁴。然而，「禁止永久控制原則」(極端簡略地說)允許當下資源擁有者可以控制的年限是「現存任何人的壽命，再加 21 年¹⁰⁵」，一般而言比民法第 823 條所容許的 30 年長久許多。若民法確實有禁止資源擁有者永久或長期控制資源運用方式之規範目的，民法第 823 條確實是有效手段之一，但似乎太過於嚴

¹⁰¹ 當然，民法第 823 條第 3 項之「重大事由隨時分割請求權」如何解釋，就成為關鍵問題。

¹⁰² See generally, JESSE DUKEMINIER ROBERT H. SITKOFF & JAMES LINDGREN, WILLS, TRUSTS, AND ESTATES 888-92 (8th ed. 2009).

¹⁰³ 「禁止永久控制原則」在英美財產法頗有適用空間，是因為英美財產法中可以輕易將財產權跨時切割——A 可以把財產權切分成「現時權益 (present interests)」和「未來權益 (future interests)」，還可以進一步用各種彈性的方法切割「未來權益」，並不需要藉由分管約定來迂迴控制將來資源運用之方式。關於「未來權益」之介紹，see generally, JAMES E. KRIER, PROPERTY 103-68 (17th ed. 2006)。

不過，「禁止永久控制原則」其實也無法完全避免永久支配。See *id.* at 888-89; Heller, *supra* note 29, at 1180-81. 近年來美國近半數的州廢除了「禁止永久控制原則」對「未來信託權益 (future interests in trust)」之適用，實際上使得規劃財產得當者可以長久控制其遺產之運用方式。See Robert H. Sitkoff & Max M. Schanzenbach, *Juridical Competition for Trust Funds: An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes*, 115 YALE L. J. 356 (2005).

在台灣，其實也可以用信託之方式避免繼承人散盡家財。但無論是成立基金會或信託遺產，都無法保證像個人紀念館這樣的安排不會被基金會執行長或受託人推翻。

¹⁰⁴ See Robert C. Ellickson, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights*, 64 WASH. U. L. Q. 723, 735-36 (1986).

¹⁰⁵ 可以想成：英美法允許有不動產者挑選最優秀的兒子繼承家業，並持續控制資源分配方式至少到孫子 21 歲成年為止。

苛。據民法第 823 條之修法理由，新增之 30 年限制乃參照瑞士民法而來¹⁰⁶。不同法域 (jurisdiction) 有不同的時空環境背景與政策考量，在我國究竟 30 年是太長、太短、還是剛剛好，恐怕還需要更進一步研究。

不過，以上理由都聚焦在防止不分割約定之濫用。立法政策除了考量除弊之外，自然也該考慮興利。若共有人確實有需求去確立超過 30 年的分管方式，否准其訂立長期的不分割約定，即有妨礙交易之弊。例如：假設有 W 在 35 歲之盛年，想安排好夫妻兩人在世時的住所。但因資力有限，無法在台北市購屋，欲利用民法第 826-1 條之巧門，與屋主 P 成為共有人後，利用分管契約設立有對世效力的租屋關係。然而，第 823 條第 2 項但書之規定，使 W 必須在 65 歲剛退休、沒有穩定收入時，重新與 P 談判（因為 30 年之不分割期限已到，P 隨時可以請求分割）。對一心追求穩定的 W，並非理想之交易安排。民法第 823 條第 2 項之立法者，有考慮到 W 嗎？

民法第 823 條第 3 項既然授予法院在有重大事由時介入之空間，何妨更放寬不分割約定之存續期間？（但要求不分割約定必須登記，且伴隨有實質內容之分管關係）如此，如 W 者可以用更長期的財產關係安排其交易，而有如 A 者利用分管關係作無效率資源運用時，可由法院介入調整。

（四）增定新物權類型仍有實益

由前述討論可知，第 826-1 條的巧門，雖然讓過去一些無法使用財產關係安排之交易，現在有此選項，但其交易成本仍高，且有多重限制，似乎不會永遠是最理想的創設新物權類型之方式。繼續以租屋權為例，過去蘇永欽大法官曾主張用人役權¹⁰⁷來設定有物權效力的住居權¹⁰⁸。而依本文之見，人

¹⁰⁶ 美國學者 Michael Heller 與以色列學者 Hanoch Dagan 合著之文章中，從建立 liberal commons 之角度，認為瑞士的 30 年期限太長。See Hanoch Dagan & Michael Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L.J. 549, 619 (2001). 又，美國普通法對禁止分割之限制，沒有明確的最長期限，只要期限「合理」即可。不過，「合理」時間常常被定義為與「禁止永久控制原則」之時間相當。See *id.* at 616.

¹⁰⁷ 人役權乃為特定人之便利而使用他人不動產之權利。參謝在全（2009），《民法物權論（中）》，增訂 4 版，頁 169，台北：新學林。

¹⁰⁸ 蘇永欽（2002），〈重建役權制度〉，《走入新世紀的私法自治》，頁 277，台北：元照。

役權比分管權更簡明、更直接、也更適合設定租屋權 / 住居權。人役權現在仍被拒於民法之大門外，誠屬可惜¹⁰⁹。

另曾有學者認為¹¹⁰，有拘束後生效力的分管契約，類似英美法中的「隨不動產權利移轉之約定 (covenants running with the land)」¹¹¹。如前文所引之互易契約爭議，該案於台南高分院更一審時，高院即認為該互易契約性質上屬於「隨土地所有權移轉之債權契約」¹¹¹（翻譯不同，但同義），值得在此稍加討論¹¹²。

筆者閱讀之美國文獻中，幾無討論「隨不動產權利移轉之約定」適用於共有人間者¹¹³。而民法第 826-1 條之分管關係，與美國法中之「隨不動產權利移轉之約定」之定義或要件，有數點不同。第一，「隨不動產權利移轉之約定」須符合「水平關連 (horizontal privity)」要件。即令共有關係符合此

¹⁰⁹ 同見解，參謝在全，前揭註 107，頁 171。

¹¹⁰ 參謝哲勝，前揭註 2，頁 71-74；黃義豐（1996），〈論附隨於不動產之特約之效力〉，《法令月刊》，47 卷 2 期，頁 16-28。

¹¹¹ 臺灣高等法院台南分院 96 年度上更（一）字第 17 號判決參照。

¹¹² 另一延伸之問題為：若分管約定之內容歧視特定族群，是否仍有效？美國法中之經典案例為 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948)。該案中，一群地主以「隨不動產權利移轉之約定」，規定 50 年內只能將其不動產出賣給白人。約定合致 34 年後，其中一地主將其所有權讓與給一對黑人夫婦；鄰居主張此買賣違反「隨不動產權利移轉之約定」而無效。該案之特別處，在於法院並未用私法原則（如契約不得違背公序良俗）來解決此案，而是拉高到憲法層次，認其約定違反憲法的平等保護原則而無效。有趣的是，要適用平等保護原則，必須有公權力 (state action) 行使。公權力何在？美國聯邦最高法院認為，要執行此「隨不動產權利移轉之約定」，必須透過法院；而法院的強制執行就是行使公權力。有關本案之精彩評論，see Carol Rose, *Property Stories: Shelley v. Kraemer*, in *PROPERTY STORIES* 169, 169-200 (Gerald Korngold & Andrew P. Morriss eds., 2004)。

在我國，若有共有人以分管方式約定將共有物出租，並由其中一人管理，但協議「不得出租給原住民或外籍新娘」（均有登記）。我國法院應該援用 *Shelley v. Kraemer* 之精神與論理，認為此約定違反我國憲法第 7 條對平等權之保護？還是引用民法第 72 條認為歧視之約款違反公序良俗無效？還是作更限縮之解釋，只認為此部分之約定不拘束後手，但仍承認此約定在原始共有人間之效力？

¹¹³ HERBERT HOVENKAMP & SHELDON F. KURTZ, *PRINCIPLES OF PROPERTY LAW* 341 (6th ed. 2005) 是筆者所見，唯一提到共有人 (co-tenants) 可以設定 covenants running with land 者，而且並無任何解釋或舉例。

要件之部份要求（「同時」為財產權人），也必須是在 A 共有人將應有部分讓與給 B 時，同時約定分管，才能符合水平關連要件¹¹⁴——此與美國土地登記採契據登記制，政策上希望財產關係都能揭露於契據（deeds）中有莫大關係¹¹⁵。我國之分管關係，則不受前述限制。

第二，「隨不動產權利移轉之約定」中之受益者，不一定取得進入受約束者之土地的權利，其主要之獲益，是課予受約束者特定作為或不作為義務，而此種作為或不作為義務，有助於受益者之不動產（例如：課予受約束之鄰居，不得將房屋漆成五顏六色，有礙觀瞻）¹¹⁶。我國之分管關係，則是分配使用、管理權能。雖然可以將（分管）約定為不管事者，理解為受不作為義務拘束（「不要插手！」），但這畢竟有點勉強。

第三，「隨不動產權利移轉之約定」沒有對世的排他效力，而比較接近契約，但又不是只有純粹的對人效力¹¹⁷（套用現在流行的話，就是「契約權以上，財產權未滿」），僅是準財產權¹¹⁸。反之，在民法第 826-1 條實施後，我國不動產分管約定有對世效力，分管權是典型之財產權。

最後，美國法中，「隨不動產權利移轉之約定」尚需符合其他各式各樣的要件方能成立¹¹⁹。然而在我國只要登記即可。

法規則（doctrine）之差異，使「隨不動產權利移轉之約定」無法與分管權劃上等號。但正因為如此，「隨不動產權利移轉之約定」是我國可以考慮引進之新物權類型¹²⁰（但二十一世紀的我國民法，當然無庸繼受英美普通

¹¹⁴ See, e.g., *id* at 341.

¹¹⁵ See Carol M. Rose, *Servitudes* 6-28 (Arizona Legal Studies Discussion Paper No.09-13, 2009), available at <http://ssrn.com/abstract=1371251> (last visited May 16, 2011).

¹¹⁶ See STOEBCUK & WHITMAN, *supra* note 29, at 470.

¹¹⁷ See MERRILL & SMITH, *supra* note 33, at 1013-14; HOVENKAMP & KURTZ, *supra* note 113, at 340.

¹¹⁸ 「隨不動產權利移轉之約定」定位困難，是一種很特別的準財產關係。其複雜之程度，由 Merrill & Smith 決定刻意不在其經典論文中處理，而嗣諸後文中可見一斑。See Merrill & Smith, *supra* note 33, at 809 n.114.

¹¹⁹ 一般性之介紹，see KRIER, *supra* note 103, at 323-49。

¹²⁰ 反對引進「隨不動產權利移轉之約定」之見解，參蘇永欽（1999），〈相鄰關係在

法因為歷史偶然、國情不同或因為登記制度不同等理由而發展出來的奇特法原則)，以運用在單獨所有人間，規範特定物之使用。就租屋權這樣的交易需求，人役權和「隨不動產權利移轉之約定」大致上可以彼此替代，似無須雙管齊下。受限於篇幅，關於此類型新財產權未來之立法方向，將以另文為之。

肆、結論

本文重新檢視契約權（債權）與財產權（物權）之界分，主張前者有拘束特定少數人之對人效力，而後者有拘束不特定多數人之對世排他效力。契約關係與財產關係之間，並有若干種中間類型，本文泛稱之為準財產關係，而非債權物權化。本文並指出，立法者或法院若要將某種法律關係設計或認定為（準）財產關係，就必須重視配套的公示措施，以降低交易者之資訊成本。民法第 826-1 條第 1 項以登記作為不動產分管關係公示方法，並給予明確之財產效力，實足稱道。然而，民法第 425 條第 2 項用公證作為不動產租賃之公示方法，及最高法院最近判決以當事人明知互易契約的存在作為公示方法，均非理想，恐將增加交易第三人之資訊成本。不過，最高法院並未「物權化」該互易關係，而是創設準財產關係。

至於民法第 826-1 條第 2 項以「明知或可得而知」與否作為動產分管關係是否構成準財產關係之要件，民法第 425 條第 1 項以「承租人占有」與否作為動產租賃（及某些不動產租賃）是否構成準財產關係之要件，均無法有效降低資訊成本與提升系爭資產之價值。本文主張，若為某些特定動產建立登記系統符合成本效益，該種動產即應一律用登記作為取得（某程度）對世排他效力之要件。無法建立登記系統之動產，則一律只有對人效力。依本文見解，民法第 425 條第 1 項、第 2 項與民法第 826-1 條第 2 項，均有修正必要。

無須修改之民法第 826-1 條第 1 項，創設不動產分管權，應能發揮不少

民法上的幾個主要問題：並印證於 Teubner 的法律發展理論》，《跨越自治與管制》，頁 204，台北：五南。

功能。然而，因為稅制無法配合，分管契約內容是否全部都有對世效力並不明確，民法第 823 條造成分管關係最多只有 30 年之不分割期限，仍無法容納現今所有以財產關係為安排交易之需求。我國民法物權編實應納入人役權或「隨不動產權利移轉之約定」，以降低有需求者之交易成本，使之無須藉由分管權迂迴安排交易。

參考文獻

一、中文部分

- 干學平 (2010)。〈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》，頁 23-83。南京：南京大學法學院。(Steven S. Kan [2010]. Basic pricing for judicial protection of legal rights: The *numerus clausus* principle in Hayekian perspective. In *Re-construction of the property rights system* [pp. 23-83]. Nanjing: Law School of Nanjing University.)
- 王文宇 (2000)。《民商法理論與經濟分析》。台北：元照。(Wen-Yeu Wang [2000]. *Theories of civil and commercial laws and economic analysis*. Taipei: Angle.)
- (2003)。〈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》，93 期，頁 138-165。(Wen-Yeu Wang [2003]. The *numerus clausus* principle and the distinction between property rights and obligation: With a focus on the land registration system. *Taiwan Law Review*, 93, 138-165.)
- 王澤鑑 (1989)。《民法學說與判例研究 (六)》。台北：自刊。(Tze-Chien Wang [1989]. *Theories and judicial cases of civil law VI*. Taipei: Author.)
- (2010)。《民法物權》，2 版。台北：自刊。(Tze-Chien Wang [2010]. *Property law* [2nd ed.]. Taipei: Author.)
- 吳從周 (2007)。《民事法學與法學方法 (三)》。台北：一品。(Chung-Jau Wu [2007]. *Jurisprudence and method in civil law III*. Taipei: Yi-Pin.)
- (2008)。〈債權物權化、推定租賃關係與誠信原則：最高法院九五年度第十六次民事庭會議決議評釋〉，《臺灣法學雜誌》，111 期，頁 1-25。(Chung-Jau Wu [2008]. Reified contract, presumed lease, and the doctrine of good faith: Comments on Supreme Court resolution of the 16th civil

- panels conference of 2006. *Taiwan Law Journal*, 111, 1-25.)
- (2009)。*〈互易契約之債權物權化：簡評最高法院九七年台上字第一七二九號判決〉*，《臺灣法學雜誌》，123 期，頁 194-203。(Chung-Jau Wu [2009]. Reified barter contract: Comments on Supreme Court 97-Tai-Shang-Tzu-1729 decision. *Taiwan Law Journal*, 123, 194-203.)
- (2010)。*〈使用借貸契約之債權物權化 / 高院九八重上更(二)五一〉*，《台灣法學雜誌》，152 期，頁 167-173。(Chung-Jau Wu [2010]. Reified contract of loan for consumption: Comments on High Court 98-Chung-Shang-Geng (2)-51 decision. *Taiwan Law Journal*, 152, 167-173.)
- 林誠二 (2003)。*《民法債編各論(上)》*，2 版。台北：瑞興。(Chen-Erh Lin [2002]. *Particular parts of obligation lawt I* [2nd ed.]. Taipei: Ruei Sing.)
- 法務部民法研究修正委員會主編 (1998)。*《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(十六)》*。台北：法務部。(Advisory Committee for the Amendments of Civil Code of Ministry of Justice [Eds.]. [1998]. *Conference materials collection of the rights-in-rem research taskforce of advisory committee for the amendments of Civil Code of Ministry of Justice VIX*. Taipei: Ministry of Justice.)
- 胡天賜 (2001)。*〈從經濟方法分析方法論釋字 349 號解釋〉*，財團法人李模務實法學基金會編，《判解研究彙編(五)》，頁 235-256。台北：財團法人李模務實法學基金會。(Tien-Tzu Hu [2001]. An economic analysis of Judicial Yuan Interpretation No. 349. In Li Mo Legal Studies Foundation [Ed.], *Studies on court decisions V* [pp. 235-256]. Taipei: Editor.)
- (2004)。*〈我國民法第 425 條中有關租賃契約公示制度之法律經濟分析〉*，《台北大學法學論叢》，54 期，頁 193-233。(The economic analysis of the public announcement of leasing. *Taipei University Law Review*, 54, 193-233.)
- (2004)。*〈買賣不破租賃制度之法律經濟分析〉*，《臺大法學論叢》，

33 卷 1 期, 頁 131-182。(Tien-Tzu Hu [2004]. The economic analysis of the transfer of ownership not annulling lease. *National Taiwan University Law Journal*, 33[1], 131-182.)

----- (2005)。〈分管契約對繼受人效力之法律經濟分析〉,《財產法暨經濟法》, 創刊號, 頁 141-173。(Tien-Tzu Hu [2005]. The binding force of the contract of separate control to the third party. *Property and Economic Law Journal*, 1, 141-173.)

張永健 (2010)。〈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〉,《科技法學評論》, 7 卷 1 期, 頁 119-168。(Yun-chien Chang [2010]. Is freedom of property form principle efficient? Interpretations of article 757 of the Taiwan Civil Code and the underlying theory. *Technology Law Review*, 7[1], 119-168.)

張梅英、李宏志 (2007)。〈從債權物權化論土地登記之效力〉,《土地問題研究季刊》, 6 卷 2 期, 頁 35-52。(Mei-Ying Chang & Hung-Chih Li [2007]. The effect of land registration: From the angle of reified contract. *Land Issues Research Quarterly*, 6[2], 35-52.)

郭雨嵐、林發立 (1994)。〈試論分管契約之效力〉,《萬國法律》, 76 期, 頁 10-13。(Yu-Lan Kuo & Fa-Li Lin [1994]. Contract of separate control. *FT Law Review*, 76, 10-13.)

陳忠五 (2008)。《契約責任與侵權責任的保護客體: 「權利」與「利益」區別正當性的再反省》。台北: 新學林。(Chung-Wu Chen [2008]. Essay on the protected objects of contractual liability and delictual liability: Rethinking the legitimacy on the distinction between rights and interests. Taipei: New Sharing.)

陳明燦、何彥陞 (2010)。〈我國不動產法上債權物權化及其登記相關問題探討〉,《台北大學法學論叢》, 74 期, 頁 45-107。(Ming-Tsann Chen & Yen-Sheng Ho [2010]. A legal analysis of "Verdinglichung Obligatorischer Rechte" and its registration issues in Taiwan. *Taipei University Law Review*,

74, 45-107.)

陳榮隆 (1997)。〈物權之一般效力〉，楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編，《法制現代化之回顧與前瞻：楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 430-452。台北：元照。(Jung-Lung Chen [2007]. The general effect of property rights. In Editorial Committee for Festschrift in Honor of Prof. Jian-Hua Yang's 70th Birthday [Eds.], *Retrospect and prospect of the modernization of legal regimes: Collection of papers in celebration of the 70th birthday of Prof. Jian-Hua Yang* [pp. 430-452]. Taipei: Angle.)

陳聰富 (2010)。〈使用借貸契約之債權物權化：最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，2 期，頁 52-61。(Tsung-Fu Chen [2010]. Reified contract of loan for consumption: Comments on Supreme Court 98-Tai-Shang-Tzi-1319 decision. *Court Case Times*, 2, 52-61.)

黃立主編 (2002)。《民法債編各論(上)》。台北：元照。(Li Huang [Ed.]. [2002]. *Particular parts of obligation law I*. Taipei: Angle.)

黃茂榮 (1985)。《民事法判解評釋》，增定版。台北：自刊。(Mao-Zong Huang [1985]. *Review of cases concerning civil and commercial laws I* [Rev. ed.]. Taipei: Author.)

黃義豐 (1996)。〈論附隨於不動產之特約之效力〉，《法令月刊》，47 卷 2 期，頁 16-28。(I-Feng Huang [1996]. On covenants running with the land.(Covenants running with real estate?) *Law Monthly*, 47[2], 16-28.)

楊智傑 (2003)。〈挑戰傳統債權物權分野：以租賃物權化的檢討為例〉，《法令月刊》，54 卷 8 期，頁 18-32。(Chih-Chieh Yang [2003]. A critical reflection on the traditional distinction between property rights and obligations: With a focus on the reified lease. *Law Monthly*, 54[8], 18-32.)

溫豐文 (2001)。〈論不動產登記：以探討民法物權編修正草案之規定為主〉，《月旦法學雜誌》，68 期，頁 108-121。Feng-Wen Wen [2001]. On real property's registration: With a focus on the draft amendment to the Book of

- Property in the Civil Code. *Taiwan Law Review*, 68, 108-121.)
- (2003)。〈民法第四二五條修正條文評析：論租賃權物權化之範圍〉，
《東海大學法學研究》，19 期，頁 195-209。(Feng-Wen Wen [2003].
Comments on the amended Civil Code § 425. *Tunghai University
LawReview*, 19, 195-209.)
- (2009)。〈論共有物之管理〉，《臺灣法學雜誌》，135 期，頁 92-101。
(Feng-Wen Wen [2009]. Management of co-owned properties. *Taiwan
Law Journal*, 135, 92-101.)
- 詹森林 (2007)。《民事法理與判決研究 (五)》。台北：元照。(Sheng-Lin Jan
[2007]. *Research on civil law theories and decisions V*. Taipei: Angle.)
- 蔡明誠 (2000)。〈共有物分管契約與物上請求權問題：最高法院八十七年臺
上字第二三五號民事判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，12 期，頁
77-89。(Ming-Cheng Tsai [2000]. On covenants to use co-owned property
and Anspruchsgrundlage: Comments on Supreme Court
87-Tai-Shang-Tzu-235 decision. *Taiwan Law Journal*, 12, 77-89.)
- (2003)。《物權法研究》。台北：新學林。(Ming-Cheng Tsai [2003].
Property law. Taipei: New Sharing.)
- 鄭冠宇 (2009)。〈民法物權編關於「共有」部分之修正簡析〉，《月旦法學雜
誌》，168 期，頁 55-65。(Gung-Yeu Jeng [2009]. An introduction to the
amended articles regarding co-ownership in the Civil Code. *Taiwan Law
Review*, 168, 55-65.)
- (2010)。《民法物權》。台北：新學林。(Gung-Yeu Jeng [2010]. *Property
Law*. Taipei: New Sharing.)
- 謝在全 (2007)。〈民法物權編修正經緯〉，《台灣本土法學雜誌》，100 期，
頁 17-33。(Tsay-Chuan Hsieh [2007]. An introduction to the
newly-amended Rights-in-rem part of Civil Code. *Taiwan Law Journal*, 100,
17-33.)
- (2009)。〈物權法新紀元：物權編通則及所有權之修正〉，《台灣法學

- 雜誌》，122 期，頁 1-14。(Tsay-Chuan Hsieh [2009]. The new era of property law: The amendment to the general principles and ownership part in Property Law. *Taiwan Law Journal*, 122, 1-14.)
- (2009)。《民法物權論(上)》，4 版。台北：新學林。(Tsay-Chuan Hsieh [2009]. *The Civil Code Part III: Law of Property I* [4th ed.]. Taipei: New Sharing.)
- (2009)。《民法物權論(中)》，增訂 4 版。台北：新學林。(Tsay-Chuan Hsieh [2009]. *The Civil Code Part III: Law of Property II* [4th ed.]. Taipei: New Sharing.)
- 謝哲勝 (1995)。《財產法專題研究》。台北：三民。(Jer-Sheng Shieh [1995]. *Studies on Property Law*. Taipei: San-Min.)
- (2002)。《財產法專題研究(三)》。台北：元照。(Jer-Sheng Shieh [2002]. *Studies on Property Law III*. Taipei: Angle.)
- (2008)。〈債權、物權相對化(二)：最高法院 96 年台上字第 1359 號判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，162 期，頁 196-206。(Jer-Sheng Shieh [2008]. The relativity of obligations and property rights II: Comments on Supreme Court 96-Tai-Shang-Tzi-1359 decision. *Taiwan Law Review*, 162, 196-206.)
- 簡資修 (2006)。《經濟推理與法律》，2 版。台北：元照。(Tze-Shiou Chien [2006]. *Economic reasoning and law* [2nd ed.]. Taipei: Angle.)
- (2011)。〈物權外部性問題〉，《中研院法學期刊》，8 期，頁 227-257。(Tze-Shiou Chien [2011]. The problem of right in rem externality. *Academia Sinica Law Journal*, 8, 227-257.)
- 蘇永欽 (1991)。〈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》，19 卷 2 期，頁 219-257。(Yeong-Chin Su [1991]. Reconsidering the *numerus clausus* principle: From the economic perspective and the development of property law. *Taiwan Economic Review*, 19[2], 219-257.)

- (1995)。〈民事判例的合憲性控制：以釋字第三四九號解釋為例〉，《憲政時代》，20 卷 3 期，頁 52-68。(Yeong-Chin Su [1995]. The constitutionality control of private-law precedents: With a focus on J.Y. Interpretation No. 349. *Constitutional Review*, 20[3], 52-68.)
- (1999)。《跨越自治與管制》。台北：五南。(Yeong-Chin Su [1999]. *Beyond autonomy and regulation*. Taipei: Wu-Nan.)
- (2002)。《走入新世紀的私法自治》。台北：元照。(Yeong-Chin Su [2002]. *The principle of autonomy of private law in the new century*. Taipei: Angle.)
- (2008)。《尋找新民法》。台北：元照。(Yeong-Chin Su [2008]. *Search for New Civil Code*. Taipei: Angle.)
- (2010)。〈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〉，《南京大學法學評論》，秋季卷，頁 16-44。(Yeong-Chin Su [2010]. Freedom to transact proprietary interests that can be registered: The boundary for loosening the *numerus clausus* principle in Taiwan and China. *Nanjing University Law Review*, 2010 Fall, 16-44.)
- (2010)。〈物權自由了〉，《法令月刊》，61 卷 3 期，頁 121-125。(Yeong-Chin Su [2010]. Freedom of property right forms. *Law Monthly*, 61[3], 121-125.)

二、英文部分

- Akkermans, B. (2008). *The principle of numerus clausus in European Property Law*. Antwerpen: Intersentia.
- Bell, A., & Parchomovsky, G. (2005). A theory of property. *Cornell Law Review*, 90, 531-615.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2008). *Law and economics* (5th ed). Harlow: Pearson/Addison Wesley.
- Dagan, H., & Heller, M. A. (2001). The liberal commons. *Yale Law Journal*, 110,

549-623.

- Dukeminier, J., Sitkoff, R. H., & Lindgren, J. M. (2009). *Wills, trusts, and estates* (8th ed.). Austin: Wolters Kluwer Law & Business; New York: Aspen Publishers.
- Ellickson, R. C. (1986). Adverse possession and perpetuities law: Two dents in the libertarian model of property rights. *Washington University Law Quarterly*, 64, 723-738.
- van Erp, S. (2006). Comparative property law. In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford handbook of comparative law* (pp. 1043-1070). New York: Oxford University Press.
- Hansmann, H., & Kraakman, R. (2002). Property, contract, and verification: The *numerus clausus* problem and the divisibility of rights. *Journal of Legal Studies*, 31, 373-420.
- Heller, M. A. (1998). The tragedy of the anticommons: Property in the transition from Marx to markets. *Harvard Law Review*, 111, 621-688.
- (1999). The boundaries of private property. *Yale Law Journal*, 108, 1163-1223.
- (2008). *The Gridlock economy: How too much ownership wrecks markets, stops innovation, and costs lives*. New York: Basic Books.
- Hovenkamp, H., & Kurtz, S. F. (2005). *Principles of property law* (6th ed.). St. Paul: Thomson/West.
- Jesse, D., Krier, J. E., Alexander, G. S., & Schill, M. H. (2006). *Property* (6th ed.). New York: Aspen Publishers.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (1994). Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, 23, 667-681.
- (2000). Should legal rules favor the poor? Clarifying the role of legal rules and the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, 29, 821-835.

- (2001). Fairness versus welfare. *Harvard Law Review*, 114, 961-1388.
- Krier, J. E. (2006). *Property* (17th ed.). Chicago: Gilbert Law Summaries.
- Mattei, U. (2000). *Basic principles of property law: A comparative legal and economic introduction*. Westport: Greenwood Press.
- Merrill, T. W. (1998). Property and the right to exclude. *Nebraska Law Review*, 77, 730-755.
- Merrill, T. W., & Smith, H. E. (2000). Optimal standardization in the law of property: The *numerus clausus* principle. *Yale Law Journal*, 110, 1-70.
- (2001). The property/contract interface. *Columbia Law Review*, 101, 773-852.
- (2001). What happened to property in law and economics?. *Yale Law Journal*, 111, 357-398.
- (2007). *Property: Principles and policies*. New York: Foundation Press.
- Miceli, T. J., Sirmans, C. F., & Turnbull, G. K. (2001). The property-contract boundary: An economic analysis of leases. *American Law and Economics Review*, 3, 165-185.
- Panesar, S. (2001). *General principles of property law*. New York: Longman.
- Posner, R. A. (2007). *Economic analysis of law* (7th ed.). Austin: Wolters Kluwer for Aspen Publishers.
- Rose, C. M. (2004). Property stories: Shelley v. Kraemer. In G. Korngold & A. P. Morriss (Eds.), *Property stories* (pp. 169-200). New York: Foundation Press.
- (2009). *Servitudes* (Arizona Legal Studies Discussion Paper No.09-13). Retrieved May 16, 2011, from <http://ssrn.com/abstract=1371251>
- Sitkoff, R. H., & Schanzenbach, M. M. (2005). Juridical competition for trust funds: An empirical analysis of perpetuities and taxes. *Yale Law Journal*, 115, 356-437.
- Smith, H. E. (2004). Property and property rules. *New York University Law*

Review, 79, 1719-1798.

Sprankling, J. G., Coletta, R. R., & Mirow, M. C. (2006). *Global issues in property law*. St. Paul: Thomson/West.

Stoebuck, W. B., & Whitman, D. A. (2000). *The law of property* (3rd ed.). St. Paul: West Group.

Strahilevitz, L. J. (2005). The right to destroy. *Yale Law Journal*, 114, 781-854.

----- (2010). The right to abandon. *University of Pennsylvania Law Review*, 158, 355-420.

An Economic Analysis of the Article 826-1 of the Taiwan Civil Code: The Distinction between Property Rights and Quasi-Property Rights

Yun-chien Chang^{*}

Abstract

Ever since J.Y. Interpretation No.349, which partially vacated a Taiwan Supreme Court precedent in force for 35 years, scholars in Taiwan have been debating whether “covenants to use co-owned property” should run with assets and bind share transferees. This issue links to a broader and even more fiercely debated issue, the distinction among contractual rights, property rights, and “propertized contractual rights” (or “quasi-property rights” in my term). In 2009, the Taiwan Civil Code added Article 826-1, which stipulates that covenants to use co-owned real property shall run with assets on the condition that they have been registered, while covenants to use personal property will bind share transferees only when they know or should have known the existence of such covenants. The design by Article 826-1 is different from both the Supreme Court precedent and J.Y. Interpretation No.349, raising questions regarding its desirability. In addition, Article 826-1 seems to make fuzzier the distinction among the three types of rights mentioned above.

Following the analytical framework laid out by Thomas Merrill and Henry Smith in a series of seminal articles, this article examines the above issue through law-and-economic perspective. I argue property right is different from a contractual right; therefore, Taiwan and other civil law countries alike should maintain the *numerus clausus* principle. Furthermore, “quasi-property rights” is not the only possible intermediate relation in the property/contract interface (as claimed by some Civil Law scholars). Merrill & Smith have found two types of

^{*} Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. J.S.D., N.Y.U. Law. E-mail: kleiber@gate.sinica.edu.tw

intermediate relations (quasi-multitaland compound-paucital). One of this article's contribution is to point out that quasi-multital can further be categorized, with Article 425 of the Taiwan Civil Code, Article 826-1 II of the Taiwan Civil Code, and a recent Taiwan Supreme Court decision creating three different sub-types. I also argue that Taiwan's Supreme Court and lawmakers have neglected the importance of notice, thus creating or recognizing new forms of (quasi-) property rights that increases transaction costs between dealing parties and imposes higher information costs on third parties. Regarding the efficiency of Article 826-1 I of the Taiwan Civil Code, I argue that its requirement of registration as notice makes economic sense and facilitates the use of co-owned properties. It has been argued that Article 826-1 I can be utilized as a platform to create any type of new real property right. Although I agree that this is plausible, the current tax regime and Article 823's restraint on non-partition agreements shall prove to be significant hurdles to such arrangements. Therefore, new types of property forms, such as certain types of servitudes, shall be enacted into the Civil Code.

Keywords: Numerus clausus, covenant to use co-owned property, contractual rights, property rights, propertized contractual rights, quasi-property rights, in personam rights, in rem rights, registration, public notice, Article 826-1 of the Taiwan Civil Code