



財產獨立與資產分割之理論架構*



作者文獻

張永健 · 中央研究院法律所副研究員、法實證研究資料中心執行長

摘要

民、商法中許多涉及財產之問題，均可由財產獨立與資產分割的理論架構綜觀。本文指出，資產分割亦應有法定類型限制，而現行法也隱然承認之。財產獨立性至少有四種類型：一自然人有複數概括財產、財產有管理人但沒有所有人、法人擁有財產、非法人團體之財產；分別在信託法、繼承法、公司法、破產法可以找到例子。資產分割可以分為防衛型資產分割與積極型資產分割，後者又可分為：弱型資產防禦、強型資產防禦、完全資產防禦、無資產防禦；在合夥、有限公司、無限公司、公寓大廈管

理、繼承等法律規定中可以找到實例。

關鍵詞：概括財產、資產分割、資產防禦、法人、信託、繼承

目次

- 壹、導論
- 貳、概括財產之概念
- 參、資產分割法定原則
- 肆、財產獨立性之四種類型
- 伍、資產分割與資產防禦之類型
- 陸、結論

壹、導論

原則上，一個自然人有一個「概括財產」(patrimony)，其權利包括在概

DOI: 10.3966/172717622015120050006

* 作者感謝曾鈺琄、王天心、范皓柔、賴建樺、劉孟涵、楊哲豪的研究協助。感謝本刊匿名審查委員、吳宗謀教授、林郁馨教授、賴建樺的寶貴意見。本文為科技部計畫「獨立財產與資產分割：理論基礎與應用」(104-2628-H-001-001-MY3)之部分研究成果，感謝科技部之經費補助。

括財產中，而其義務（尤其是民事上的債務）則由概括財產全體為擔保。然而，此原則早已經被一連串的立法所「侵蝕」。獨立於自然人主要概括財產外的財產，所在多有。公司法與民法總則使法人可以自行擁有財產，人盡皆知。信託法使受託人的信託財產與其他財產獨立，使受託人有兩個概括財產，為另一適例。換言之，現實上，許多自然人有複數的概括財產。

「財產獨立」(separate patrimony)雖然在各自法領域中成為基石，少有以「財產由誰擁有、與其他財產的關係為何」為視角，跨部門法的橫向研究。本文將提出理論框架，統合說明財產獨立、資產分割(asset partitioning)、概括財產間之關係。簡言之，資產分割（動詞）達成財產獨立（名詞），而財產獨立用以描述概括財產一分為多之狀況。

舉例而言，甲有一個概括財產，他將其中現金300萬元，信託給乙。現金300萬元在信託成立後，不再為甲概括財產之一部分。乙本來只有一個概括財產，成為受託人後，取得300萬元現金之所有權，但此信託財產不會成為乙原本概括財產之一部分，而成為乙獨立於原本概括財產之外的「特別財產」。丙原本有一個概括財產，他將其中現金

300萬元，作為與丁合夥的出資。現金出資300萬元在合夥成立後，不再為丙原本概括財產之一部分，而成為丙獨立於原本概括財產以外的特別財產。庚過世後，留下現金300萬元遺產和債務若干，其唯一繼承人辛原本有一個概括財產，而庚之遺產成為辛獨立於其原本概括財產之外的特別財產。

上例可以看出主動與被動資產分割方式。第二例中，是丙藉由典型的主動資產分割，將自己的概括財產一分為二。第三例中庚辛二人可能都不希望庚離世，但上帝之呼喚使得辛被動地取得特別財產；換個角度說，辛之資產因此繼承事實而分為兩塊概括財產。第一例中，乙獲致彼此獨立的兩個概括財產，可以看成是被動資產分割；當然也可說是甲的主動資產分割，造成乙有兩個概括財產。

財產獨立與資產分割，都可以再進一步理論化。本文以臺灣現行法為例，分析出財產獨立性的四種類型——此類型譜並未窮盡所有的理論可能性；現行法或許已經有規定其他類型，立法者也可能發明新類型。

資產分割不是只有單純指涉析分概括財產，而是同時會決定兩個概括財產彼此獨立程度如何。舉例而言，在公司法中，股份有限公司與有限公司之股

東僅負有限責任，公司之債權人不能在公司資產不足以清償債務時，由股東之概括財產取償，就是探討公司資產（股東之股份為其特別財產）與股東之概括財產間，獨立性很高。無限公司股東所負之無限責任，則表示兩筆概括財產相互之獨立性較低。由此獨立程度高低，可以將資產分割分為防衛型資產分割與積極型資產分割，後者又可以梳理出四種「資產防禦」層次——這同樣並未窮盡理論可能性。

本文結構如下：第貳部分進一步定義「概括財產」。第參部分論述「資產分割法定原則」之經濟基礎。第肆部

分探討財產獨立方式的理論可能性，並以現行法規規定為例。第五部分則分析資產分割之程度與類別。第陸部分作結。

貳、概括財產之概念

在進入正文分析前，有必要先澄清「概括財產」之概念。概括財產之觀念從羅馬法以來就有，也被不少大陸法系國家，以及歐洲私法整合時使用的 Draft Common Frame of Reference art. X-1:202(1)¹用來解釋信託財產獨立性²——英文文獻則稱之為 dual patrimonies 或 separate patrimony³。Patrimony 是權利、利益、義務、債務等之總和⁴，即

¹ DCFR art. X-1:202(1): “A trust takes effect in accordance with the rules in Chapter 10 (Relations to third parties) with the effect that the trust fund is to be regarded as a patrimony distinct from the personal patrimony of the trustee and any other patrimonies vested in or managed by the trustee.”

² See LUSINA HO & REBECCA LEE, TRUST LAW IN ASIAN CIVIL LAW JURISDICTIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS 264-65 (2013).

³ See Kenneth Reid, *Conceptualizing the Chinese Trust*, in TOWARDS A CHINESE CIVIL CODE: COMPARATIVE AND HISTORICAL PERSPECTIVES 209, 225-30 (Lei Chen & C. H. van Rhee eds., 2012). 在英美信託法中，patrimony 一詞主要為英國信託法學者所使用 (See George L. Gretton, *Trusts without Equity*, 49 INT'L & COMP. L.Q. 599, 610 (2000))。美國信託法雖有 patrimony 之觀念，但並不使用這個名詞。在美國法下，信託財產並無獨立法人格，訴訟主體是受託人，而非信託財產。See JESSE DUKEMINIER ET AL., WILLS, TRUSTS, AND ESTATES 549 (8th ed. 2009); Robert H. Sitkoff, *Trust Law as Fiduciary Governance Plus Asset Partitioning*, in THE WORLDS OF THE TRUST 428, 435 (Lionel D. Smith ed., 2013) (美國法下的信託在功能上——但非形式上——是法人)。But see Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 YALE L.J. 387, 416 (2000) (認為信託是法人；以兩個法人，而非兩個 patrimonies 來解釋受託人的角色)。在蘇格蘭法、魁北克法下，信託也不是法人，雖說許多面向上信託像是法人。See Kenneth Reid, *Patrimony Not Equity: The Trust in Scotland*, 3 EUROPEAN REVIEW OF PRIVATE LAW 427, 434

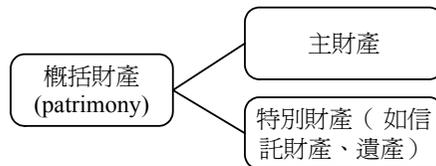
包括積極財產與消極財產，頗難譯為中文⁵。王澤鑑教授將財產分為一般財產與特別財產(Sondervermögen)，並認為一人除主財產（即一般財產）外，尚有一個或數個特別財產⁶。依照王澤鑑教授用語，patrimony或許該翻譯成「財產」，才能同時指涉一般財產與特別財產；但財產一詞已經有不少既存但又歧異之用法。故本文以「概括財產」一詞翻譯patrimony，其下分「主財產」，

以及「特別財產」——後者指涉信託財產、遺產等主財產以外之概括財產。

參、資產分割法定原則

物權法中有物權法定原則 (the *numerus clausus principle*⁷)，物權法定的政策考量，如降低第三人的資訊成本、交易成本（也就是減少外部性）⁸，在資產分割問題亦有適用。因此，藉由分割資產使財產得以獨立，亦受「類型

圖一 概括財產示意圖



(2000). 在（美國）公司法的情境下借用大陸法系 *separate patrimony* 之概念，see Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *What Is Corporate Law?*, in *THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH* 1, 7 (Reinier Kraakman et al. eds., 2004).

中文文獻，討論在信託法中，承認特定（信託）財產作為權利主體，參見王文字，*民商法理論與經濟分析（二）*，元照，2003年，342頁。

⁴ See Kenneth Reid, *Patrimony Not Equity: The Trust in Scotland*, 3 *EUR. REV. PRIVATE L.* 427, 432 (2000).

⁵ 英文 *Patrimony* 以及法文 *patrimoine*，目前臺灣似無相關文獻介紹與翻譯。中國大陸學者有人翻成「廣義財產」，也有翻成「概括財產」。參見尹田，*法國物權法*，法律出版社，二版，2009年，4頁以下；Terré、Simler 著，羅結珍譯，*法國財產法（上）*，中國法制出版社，2008年，29頁以下。

⁶ 參見王澤鑑，*民法總則*，增訂新版，2014年，258頁。

⁷ 中文文獻，參見例如蘇永欽，*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*，19卷2期，1991年6月，219-257頁；蘇永欽，*物權法定主義鬆動下的民事財產權體系*，收錄於：*尋找新民法*，元照，2008年，103-160頁。

⁸ 關於此，參見張永健，*再訪物權法定與自由的爭議*，*交大法學*，2014年第2期，122-

強制」與「類型固定」之限制⁹。換言之，分割資產只能使用法律規定之方式為之，個人不能自行創設資產分割方式。本文稱之為「資產分割法定原則」。

資產分割法定原則之道理，應不難理解。若任何人可以自行創設新的資產分割方式，就可以突破信託法的限制，同時身兼信託的委託人、受託人、受益人。或者，某人可以任意分割自己的資產，創造有管理人但沒有所有人的獨立財產，並以自己或近親為管理人。

一、更容易脫產造成之問題

在資產分割方式自由的世界中，脫產問題會更加嚴重。債務人生意作不下去，欠一屁股的債，但又還有一點資產時，可以「跟自己切割」，把名下財產全部藉由資產分割而獨立出去，使之不為債權人求償所及。例如A放貸給B時，先徵信了B名下可供償債之財產。但B可以在取得貸款後、真正破產前，將大部分財產信託給C，受益人是B的子女。以此，B大大降低償債能力¹⁰。A因此須定時重新徵信B個人名下之財

產，以免借款變為呆帳。這增加了A的資訊成本與交易成本。所有授信交易如借貸，制度費用都要高上天。

試想：在此種世界中，人保不再是有效的擔保，因為債務人或（連帶）保證人隨時可以藉由資產分割來脫產。有鑑於此，債權人會轉而要求不動產或可登記動產之物保，或要求可以掌握占有的質權。這一方面增加所有授信交易的交易成本（設定抵押當然有費用），另一方面也減少了原本可行的授信交易數目，因為債務人的財產中能作為物保標的者有限。

二、以撤銷權與公示解決問題？

誠然，只要在法制上容許資產分割與財產獨立，都有幫助債務人脫產的風險，也就增加了債權人事前與事後的徵信成本。所以，立法者必須設計諸如信託法第6條之撤銷權，使脫產用途的資產分割被打回原型。民法第244條一般性的撤銷權，可以在信託以外領域，於符合特定條件下發揮作用。

除了撤銷權外，立法者也可以設計公示機制，使主財產與特別財產之界

128 頁。

⁹ 參見王澤鑑，民法總則，增訂版，2010年，253頁。

¹⁰ See Kenneth Reid, *Patrimony Not Equity: The Trust in Scotland*, 3 EUR. REV. PRIVATE L. 427, 435 (2000).

線明確可辨；使未來的交易者不會因為誤認債務人的總擔保財產而作出錯誤交易決策。現行法的公示機制，例如：依據民法第1008條所為之夫妻財產制登記，任何人均可上司法法院網站查詢¹¹，故夫或妻難以對第三人冒稱採取共同財產制而使第三人誤認其總擔保財產包括配偶之財產。若夫妻確實採取共同財產制，則民法第1030條之1之特有財產，不當然供配偶償債。但特有財產之範圍，民法並未要求公示，第三人必須要求夫妻提出證明，此即增加交易成本（但考量成本、效益後，是否應該要求更清楚的特有財產公示，尚待研究）。

信託法第4條的信託登記、記載、通知¹²，也是公示機制之適例。不過，信託法第24條第1項規定：「受託人應將信託財產與其自有財產及其他信託財產分別管理。信託財產為金錢者，得以分別記帳方式為之。」由同條第3項可知，此規定僅著眼於委託人或受益人之利益。因此，信託法第24條在信託財產毋須登記、記載、通知時，對受託人之

債權人的事前保護不一定足夠，蓋債權人仍可能誤認分別管理之信託財產為受託人主財產之一部分。此外，信託法第24條對受託人之債權人的事後保護機制也難以建立——糾紛產生往往就是因為受託人自己的主財產已經不足清償債務；政策上也不太可能因為受託人沒有分別管理或記帳，就容許受託人之債權人就信託財產取償¹³。

現行法公示機制設計之缺失，以及目前撤銷權的頻繁使用，可以說明「資產分割法定原則」的重要性。若資產分割方式自由，當事人幾乎不可能自願納入撤銷權，或以老嫗能解、人盡皆知的方式公示，使債權人或其他人可以壞了他一盤好棋。

或有認為，如同物權法定之爭議中，有學者認為物權自由仍可伴隨強制公示，從而消弭外部性¹⁴；即令容許任意資產分割，也可以用一般性立法，設計更廣泛且有一般性的撤銷權，並要求一定公示，作為當事人創設新型態資產分割方式之前提。

¹¹ <http://cdeb.judicial.gov.tw/abbs/wkw/WHD6K00.jsp>

¹² 信託法第4條：「以應登記或註冊之財產權為信託者，非經信託登記，不得對抗第三人。以有價證券為信託者，非依目的事業主管機關規定於證券上或其他表彰權利之文件上載明為信託財產，不得對抗第三人。以股票或公司債券為信託者，非經通知發行公司，不得對抗該公司。」

¹³ 類似見解，參見王文宇，同註3，306-307頁。

¹⁴ 參見簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，8期，2011年3月，227-258頁。

三、任意創設資產分割方式之成本效益

允許任意創設資產分割方式，成本、效益均要考量。但容許任意資產分割的效益為何？臺灣已經有信託、一般合夥、隱名合夥、公司法中的四種公司類型，2015年又加上有限合夥。市場也似乎沒有強力需求新型態資產分割方式。信託和一人公司，應該能滿足大多數需要簡單資產分割者之需要。

容許任意資產分割的成本為何？脫產、避稅更加容易。如前所述，公示頂多可以保障未來才融資的債權人，無法保障已經出貸的債權人。信託法找不到恰當的動產公示方式；新型態的資產分割方式，即使作到信託法分別管理、記帳的水平，對潛在債權人之保護仍嫌不足。而更廣泛且有一般性的撤銷權，實務上訴訟代理人很可能浮濫主張，法院拿捏也不一定精準，小則增加整體訴訟成本，大則個案上作出錯誤判斷。而縱使撤銷權被正確使用，因為當事人可以任意分割資產，債權人可能必須一再

行使撤銷權。是故，任意分割資產縱使在實體法上終究無法成立，但能拖延訴訟或強制執执行程序，爭取以其他手法脫產的時間。

肆、財產獨立性之四種類型

財產獨立性有多種類型。本文先提出4種類型：第一是「一個自然人有複數『概括財產』」；第二是「財產有管理人但沒有所有人」；第三是「法人擁有財產」；第四是「非法人團體之財產」。

一、一自然人有複數概括財產

第一種類型是一人有多個概括財產。以信託法為例，因為「信託財產獨立性¹⁵」，受託人主財產與信託財產並不會依民法附合或混合的規定決定所有權歸屬。例如若受託人在A銀行有100萬元存款，信託財產20萬元即令存入同一戶頭，也不會變成受託人自有財產之一部分（信託法第9、10、11及24條參照）。故受託人在此意義下有兩個概括財產，一是信託財產，二是（自有的）

¹⁵ 參見例如謝哲勝，信託法，元照，四版，2014年，47頁；吳英傑，論受託人違反信託本旨而為信託財產之處分：救濟方法暨其法理基礎，臺大法學論叢，44卷2期，2015年6月，448-449頁（闡述信託財產作為特別財產）。比較信託法學者認為，信託最重要之功能就是創造獨立之信託財產，see Henry Hansmann & Ugo Mattei, *The Function of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 N.Y.U. L. REV. 434, 469 (1998).

主財產；兩者井水不犯河水。除了信託財產之外，合夥財產、共同財產制下的夫妻共同財產、繼承人所獲得之遺產¹⁶，都是獨立之概括財產。另一例是消費者債務清理條例下之清算財團。依據該法第94條，清算程序開始後，消費者／債務人喪失清算財團內之財產之管理、處理權。從此規定與學者論述¹⁷可推知：清算財團內之財產，仍屬消費者／債務人所有。有學者主張，「清算程序開始以後，債務人之財產被區分為清算財團及自由財產兩大部分」¹⁸；依照本文理論架構，亦即債務人之主財產大幅縮水，僅餘消費者債務清理條例第98條第2項之專屬權利與禁止扣押財產；原本主財產之大部分都變成特別財產（即清算財團）。

一人擁有多個獨立之概括財產，

並不表示同一人之概括財產間不會產生任何交互影響；合夥財產不足清償時，合夥人之主財產必須負無限責任，即為交互影響之例。交互影響之態樣，是資產分割(asset partitioning)與資產防禦(entity shielding)之議題，本文第伍部分有更多探討。簡言之，在第一種類型之獨立性，某群特定財產（可能是現金、動產、不動產、應收帳款、智慧財產權、債務等之集合）屬於某自然人擁有，但獨立於其主財產外。

二、財產有管理人但沒有所有人

第二種類型之獨立性，是特定財產沒有所有人、只有管理人。最典型的例子：加拿大魁北克省的信託規定（魁北克民法第1261條參照），融合大陸法（法國法¹⁹）與英美法，將信託財產設

¹⁶ 關於遺產作為獨立財產，筆者與黃詩淳教授將合著專文探討之。先值得一提者，被繼承人死亡前，可能有主財產與一個以上的特別財產。主財產會直接成為遺產，但諸如信託、合夥、共同財產制所創設之被繼承人特別財產，處理則有不同。依據信託法第10條，「受託人死亡時，信託財產不屬於其遺產」。但像是合夥，除非有民法第687條「契約訂明合夥人之繼承人得繼承」之情形，死亡的被繼承人／合夥人，因死亡而退夥，退夥結算後的損益，成為遺產之一部分。至於夫妻共同財產，依據民法第1039條，共同財產之半數成為遺產。

¹⁷ 參見例如：許士宦，消費者債務清理制度之新變革，臺大法學論叢，37卷4期，2008年12月，205頁；沈冠伶，債務清理程序之撤銷權制度與撤銷訴訟，臺大法學論叢，40卷3期，2011年9月，1185-1188頁。

¹⁸ 參見沈冠伶，消費者債務清理制度之研究——從德國法之發展評析我國消費者債務清理條例，臺北大學法學論叢，63期，2007年9月，185頁。

¹⁹ 有法國學者認為，法國民法仍以一主體（人）一patrimony為原則。STRICKLER (Y.)，

計為沒有所有人，只有管理人之財產²⁰。另外，依據兩岸人民關係條例第68條第1項規定，「單身亡故榮民」之遺產，由主管機關擔任遺產管理人，但沒有明確的所有人²¹。公寓大廈的「公共基金」由誰所有，公寓大廈管理條例沒有明確規定，學說亦仍有爭論。這兩種法上的問題，都有朝此種方向定性之可能，筆者將另以專文探討。

三、法人擁有財產

第三種獨立性類型，是法人擁有財產。這又可以再細分為兩種子類型：一種是特定財產被法人化，民法上之財團法人是典型例子。另一種是以一群人為主體組成之法人，擁有財產；民法上之社團法人是最常見的例子。特別法創設之法人，不會完全適用民法總則中的社團法人與財團法人規定，但仍可區分為以財產為中心或以人為中心之兩種類型，並歸入第三種類型。自然人想將自己的部分財產與主財產切割，可藉由與

Les Biens, PUF, 2006, p. 188-198. 筆者感謝吳宗謀教授賜告此法國法上之發展。但也有法國學者認為，一人一 patrimony 已經被其他法制打破，法國法上類似信託的 *fiducie* 制度僅是另一個例外。See Michel Grimaldi & François Barrière, *Trust and Fiducie, in TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE 1085, 1095-96* (Arthur S. Hartkamp & Ewoud H. Hondius eds., 2010). 但在法國民法正式承認 *fiducie* 前，魁北克民法典就已經處理信託問題。或許是為了（至少在表面上）維持一人一 patrimony 的原則，魁北克民法典才將信託財產設計為沒有所有人之財產。

²⁰ See HO & LEE, *supra* note 2, at 262-63; Gretton, *supra* note 3, at 616; M.W. LAU, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TRUSTS 77* (2011); Rainer Kulms, *Trusts, in THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW 1697, 1700* (Jürgen Basedow et al. eds., 2012). 中文文獻，參見王文宇，同註3，124頁。

²¹ 臺灣兩岸人民關係條例第68條第1項規定為「退除役官兵死亡而無繼承人、繼承人之有無不明或繼承人因故不能管理遺產者」。在退輔會實際的運作中，只要榮民「在臺灣」無繼承人（即使在中國大陸有繼承人），均解為該當此要件，主管機關即得開始管理遺產。退輔會相關文件稱此種榮民為「單身亡故榮民」，例如高雄市榮民服務處執行法定遺產管理人工作之常見問題說明〔行政院國軍退除役官兵輔導委員會高雄市榮民服務處網站，http://www.vac.gov.tw/vac_service/kaohsiung/content_out/index01.asp?sno=8499&pno=460&au=news&newsty=vac_out（最後瀏覽日：2014年12月13日），1頁〕。該文件明白揭示，所謂「單身亡故」，係指「該榮民在臺灣無民法第1138條所定之繼承人」。因此，本文此處亦使用「單身亡故榮民」一詞，惟此種榮民只是在臺灣無繼承人，未必無中國大陸之繼承人，已如上述，故遺產是否有所有人，並不明確。關於榮民遺產管理實際狀況與理論上的問題，參見黃詩淳，涉訟榮民遺囑之特徵與法律問題，臺大法學論叢，43卷3期，2014年9月，593-596頁。

同好成立社團法人，並將部分財產捐助或繳納給社團法人，使該部分財產獨立於自有主財產之外。或者自己捐助成立財團法人。

自然人與法人同具權利能力，何以要區分第一種與第三種獨立性類型？原因是：自然人擁有的概括財產，無論是單獨所有或共有，通常均可「自己單獨」決定如何運用。而無論是財團法人或社團法人擁有的概括財產，則要社員大會或理事會或董事等合意決定，且受到章程之限制。再者，法人財產，例如公司之資本，另外受有許多法令之使用限制。

此外，從自然人自己擁有財產，到法人擁有財產，可看作資產分割。在2001年公司法承認一人（有限）公司後，成立一人公司作為自然人分割資產的工具，容易許多。反之，大概很少有人會以「製造自然人」（生小孩）作為資產分割之工具——也通常緩不濟急；除非日後複製人技術變成家常便飯。

而且，有意資產分割者，若資力雄厚，可以走向國際，在美國德拉瓦州、開曼群島等諸多法域提供之法人形式中，選擇對其分割資產或其他目的最有利者。法人擁有財產之方式與其使用限制，各法域所允許的不同組織型態，可以差距甚大。相對地，自然人在一般情況下擁有、使用概括財產之方式，各法域大同小異。且不說，在不採屬地主義之國家，要讓新生兒成為他國之公民，並非易事。

四、非法人團體之財產

第四種獨立性類型，描述非法人社團與非法人財團之財產，像是無可奈何的「剩餘」(residual)類型。目前實踐上存在許多非法人團體（例如未辦理法人登記之社會團體），有些被法律或判決賦予程序法上當事人能力，但實體法上沒有權利能力；有些則妾身未明，雖然以團體名義進行法律活動，但並沒有被公認為有當事人能力與權利能力²²。

²² 關於非法人團體之權利能力，相關文獻不少，見解往往不同，參見呂太郎，所謂非法人團體之權利能力，台灣法學雜誌，3期，1999年8月，183頁；陳榮宗，訴訟當事人與民事程序法（第三冊），1987年，14頁；沈冠伶，涉及非法人團體之當事人適格及訴訟擔當，台灣法學雜誌，141期，2009年12月1日，29-41頁；許士宦，程序選擇權與訴訟當事人——二〇〇四年最高法院有關民事訴訟法裁判之新開展（下），台灣法學雜誌，80期，2006年3月，84-103頁；陳榮宗等，非法人團體之權利能力論（上）——民訴法研究會第二十七次研討紀錄，法學叢刊，33卷2期，1988年4月，105-125頁；陳榮宗等，非法人團體之權利能力論（下）——民訴法研究會第二十七次研討紀錄，法

此種非法人團體是否能自行擁有並處分財產，產生許多爭議。一方面，許多團體之營運方式，使其團體財產與成員之財產獨立、分離（即一般團體成員無法任意使用、處分團體之財產），使其在事實上接近第三種類型。另一方面，現行法不承認未辦理法人登記者（或法律未直接賦予法人格者）可以擁有財產，所以法院或主管機關只能將團體財產解釋為成員全體以某種方式一起擁有；亦即法律上接近第一種類型。另一例是破

產法中的破產財團²³。陳榮宗教授認為，破產財團為一獨立的權利主體，有權利能力，雖非法人，但承認其為破產程序上之法主體²⁴。就像依人民團體法單純立案的社會團體接近社團法人，卻不是法人；破產財產某方面也類似財團法人，但又不是法人²⁵。

此種類型，妾身未明，製造許多實務紛爭。立法者實應考慮以前述三種財產獨立類型，或立法者新發明之其他類型，使非法人團體之財產歸屬更加明

學叢刊，33卷3期，1988年7月，156-189頁；陳計男，民事訴訟法論（上），修訂五版，2009年，98頁；姚瑞光，民事訴訟法論，2004年，88-89頁；楊建華，民事訴訟法——問題研析，1992年，30-34頁；楊建華，民事訴訟法——問題研析（四），1995年，43-46頁；吳光明、王真瑱，論公寓大廈管理委員會之「獨立財產」——程序法之視角，法令月刊，63卷5期，2012年5月，81-93頁；邱聯恭講述、許士宦整理，口述民事訴訟法講義（一），2008年，251、265-267頁；楊智守，從祭祀公業條例之施行探究祭祀公業法律地位之變更及衍生之問題，台灣法學雜誌，143期，2010年1月1日，25-49頁；黃詩淳、黃美衡，派下（權）與房份——最高法院民事99年度台上字第1986號裁判，司法院司法智識庫，http://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=4wsTAtwP0SRT1xjKO1ihzdaNv4q%2feolWnyfui571p0U013A1VDGbv%3d%3d，2014年（批評楊智守將祭祀公業定性為「非法人團體」；指出最高法院的裁判僅在「程序上」肯定祭祀公業的「非法人團體」性，「實體上」則持續否認）。

²³ 有學者認為，破產程序開始後，破產人雖對破產財團喪失管理處分權，惟其仍是所有人。參見陳國樑，破產法論，成功大學商學院企業管理研究中心，再版，1968年，88頁；黃加昌，論破產財團與破產人之財產關係，政大法學評論，21期，1980年2月，71-80頁。亦有德國、日本文獻認為，破產財團之所有權應由全體債權人共有；或有認應歸屬於破產管理人，蓋其認為破產財團為一信託財產，破產宣告後，破產管理人依法成為受託人，取得破產財團所有權。參見陳榮宗，破產財團之法律性質與破產管理人之法律地位，臺大法學論叢，11卷2期，1982年6月，123頁（引用外國文獻）、124-125頁（批評以上見解）。

²⁴ 參見陳榮宗，同前註，127頁。並參見陳計男，破產法論，三版，2004年，131頁。

²⁵ 破產法與消費者債務清理條例理應有類似機能，但請注意並比較兩法之設計與學者對財產獨立性之見解，有所不同。

確。

五、代理作為資產分割方式？

近來有學者主張，代理亦為資產分割方式²⁶。本文則認為，若能正確理解概括財產之概念，就不會認為代理為資產分割之方式，或認為代理為財產獨立之新類型。詳言之，代理權之授予並不會創設特別財產。代理人在代理權限範圍內所為之法律行為，效果歸屬於委託人。換言之，權利、義務都直接歸入委託人之主財產，而非代理人之主財產或某種特別財產。即便是無權代理，法律效果也是歸屬於代理人之主財產，而非其特別財產。因此，代理不會創設獨立財產，自然就不會構成一種財產獨立類型。

伍、資產分割與資產防禦之類型

前文提及，概括財產間會交互影響；而此種交互影響不限於第一種類型之財產獨立性。在第三種、尤其第四種

類型的財產獨立性，同一人或不同人間之概括財產也會交互影響。最容易理解的例子，是無限公司。無限公司的財產獨立於各股東之主財產外，但當公司資產不足清償債務時，各股東仍須以自己之主財產負責（臺灣公司法第60條參照）。以下進一步探討獨立之概括財產間之交互影響；而此種分析落入了組織型態法(organizational law)與物權法交錯領域²⁷。

組織型態法最關鍵的功能，是決定資產分割之程度²⁸（參見圖二）。組織型態法，諸如信託法、公司法、人民團體法等等，是以法律規範可容許之資產分割方式，也就是設計債權清償優先性之程度——或者說概括財產彼此獨立之程度。詳言之，組織型態法之資產分割方式，決定下列問題之答案：特別財產之債權人是否能就主財產取償？若可，其債權優先或平等或劣後？另主財產之債權人是否能就特別財產取償？若可，其債權優先或平等或劣後²⁹？前者

²⁶ See Gabriel V. Rauterberg, *Agency Law as Asset Partitioning* (Aug. 10, 2015), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2641646> (last visited Aug. 10, 2015).

²⁷ 因此，美國即有學者明白指出，組織型態法也可以看成物權法之一環。Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Organizational Law as Asset Partitioning*, 44 EUR. ECON. REV. 807, 813 (2000) (“Organizational law operates as a form of property law.”).

²⁸ See generally Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 YALE L.J. 387 (2000). 中文文獻：參見王文宇，同註3，146-153頁。

²⁹ 請注意，此處所探討者，均涉及兩個以上之概括財產。若同在一概括財產底下，而有優

是「防衛型資產分割」(defensive asset partitioning)之問題，因為關乎個人主財產能否防衛來自特別財產（如信託財產或公司）之債權人之清償請求。後者是「積極型資產分割」(affirmative asset partitioning)之問題，其名稱源於主財產的擁有者積極、主動將概括財產一分為二³⁰。

以下分別析論臺灣法已經容許的防衛型與積極型資產分割類型。

一、防衛型資產分割

極致的防衛型資產分割，讓特別財產之債權人不能就主財產取償。最典型的例子是公司法的（股份）有限公司股東之有限責任。而公司法第154條之「揭穿公司面紗原則」(piercing the corporate veil)就是突破了防衛型資產分割，使濫用公司法人地位的股東，仍負清償責任³¹。

一般的防衛型資產分割，則是個人主財產的債權人，相對於特別財產的債權人，有優先以組織成員個人財產取償之權³²。

股東有限責任或其他防衛型資產分割雖然重要，但非公司法或其他組織型態法的核心功能³³，原因是：就算公司法沒有明定股東有限責任，公司也可以在設立後，與每個交易對象約定對造放棄對公司股東求償之權。逐一約定的交易成本不低，但仍有可能實現。而在組織型態法中明定股東或出資者之有限責任，或規定一般的防衛型資產分割，仿若是契約法的強制規定(mandatory rules)，當然適用於公司之全部交易，且不能另為約定。此舉大大降低交易成本。換言之，每個公司、每個契約加入「股東有限責任條款」之成本，與立法設計出有限公司和股份有限公司這兩種組織型態等相關成本相比，後者應屬較

先或劣後清償順位者，文獻討論已多，不在本文探討範圍。最常見之優先清償權利是不動產抵押權；而消費者債務清理條例第 29 條，也對債務人之同一概括財產下之債權，區分為一般債權與劣後債權。

³⁰ 請注意，繼承人所得之遺產，乃繼承人之特別財產，此為被動資產分割所致。但此處仍有類似問題：繼承人之債權人，必須在遺產之資產用以優先清償被繼承人之債務後，才能對遺產／特別財產取償。

³¹ 在美國破產法中，破產法院也可以突破資產防禦，將幾個關係企業的資產與債務合併。See Kenneth Ayotte & Henry Hansmann, *Legal Entities as Transferable Bundles of Contracts*, 111 MICH. L. REV. 715, 717 (2012).

³² See Hansmann & Kraakman, *supra* note 28, at 393.

³³ See *id.* at 428-30.

低。

此處之經濟分析，值得再進一步闡述。首先應區分「資產分割的類型法定」（參見本文第參部分），以及此處討論之「強制適用某種資產分割類型」。此兩者之區別，類同於物權法中探討物權法定與法定物權之不同³⁴。在公司法強制適用防衛型資產分割，而不是將防衛型資產分割作為「預設任意規定」(default rules)³⁵，可以降低公司以及股東兩方面的交易成本。一方面，公司締結契約時，不需要和交易對手磋商其股東之資產是否會用以清償。雙方就在給定股東有限責任之前提下，談判其他條件。另一方面，有意投資公司者，或公司的大、小股東，都無須時時監管公司與其他交易對造，是否有在某些契約中，推翻了預設任意規定，而以（特定）股東之資產作為擔保。

當然，若交易中須以特定股東之主財產作為擔保，交易方能成功，而兩

家公司與特定股東都有意願，則「強制適用某種資產分割類型」反倒是增加交易成本。不過，因為公司法規定多種公司型態，顯名合夥、隱名合夥、有限合夥也是組織型態之選擇；各種組織各自強制適用某種資產分割類型，交易成本之增加有限。再者，特定股東可以額外、自願擔任某交易之保證人。因此，至少在商業組織法，強制規定組織之資產分割類型，有其經濟道理。

二、積極型資產分割

積極型資產分割的類型與程度，則是組織型態法的核心功能³⁶。若無組織型態法規定積極型資產分割，積極型資產分割幾乎不可能用契約完成，原因是：第一，主財產成立在前，特別財產分殊在後，故特別財產獨立出來時，主財產很可能已經有債務。主財產之債權人不一定（事實上幾乎不可能願意）在事後答應將其求償範圍侷限在主財產，

³⁴ 參見張永健，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，交大科法評論，7 卷 1 期，2010 年 6 月，145-148 頁。

³⁵ 關於契約法預設任意規定之文獻，see, e.g., Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); Ian Ayres & Robert Gertner, *Majoritarian v. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 1591 (1999). 中文文獻，參見王文宇，論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償規定為例，收錄於：民商法理論與經濟分析（二），元照，2003 年，170-174 頁；張永健，自始客觀不能之經濟分析，月旦法學雜誌，86 期，2002 年 7 月，156-163 頁；張永健，給付不能的分類與歸責問題，法令月刊，54 卷 6 期，2003 年 6 月，104-105 頁。

³⁶ See *id.*, at 390.

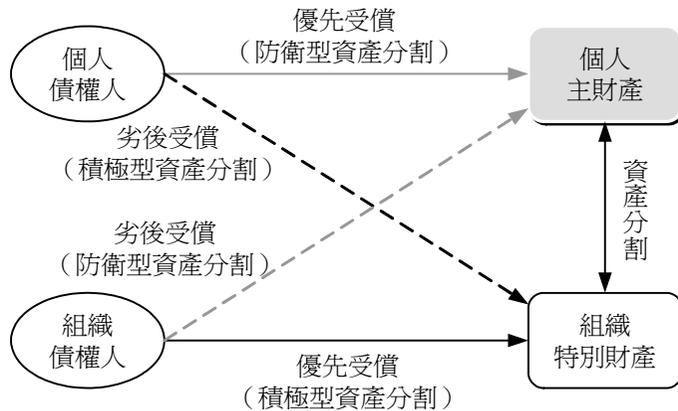
而排除特別財產。第二，特別財產之控制者在與第三方締結契約時，可以同意盡力使主財產現存或未來的債權人都答應不向特別財產取償，以增加特別財產之債權人獲得清償之機率。但特別財產之債權人幾乎不可能監管，特別財產之控制者（如公司董事會）是否有切實要求主財產之控制者（如股東）與第三方締結「不向特別財產取償」之契約³⁷。是故，積極型資產分割，也必須是強制

規定。

積極型資產分割關注的問題，是組織（特別財產）的債權人，相對於組織成員（主財產）的債權人，以組織財產取償之優先性。以組織（特別財產）為觀察中心，學說發展出三種「資產防禦³⁸」（entity shielding）的理論³⁹，具體化積極型資產分割之程度：

（一）弱型資產防禦

圖二 積極型資產分割與防衛型資產分割示意圖



³⁷ See *id.*, at 398-405. 中文文獻類似說明，參見張心悌，反向揭穿公司面纱原則之研究，東吳法律學報，24卷4期，2013年4月，88-89頁。

³⁸ Entity 很難翻譯，有翻成實體、單元、存有物等。Entity 在本文所引用的英文法律文獻的脈絡中，幾乎可以和「法人」劃上等號。本文將 entity shielding 翻譯成資產防禦，是因為它談的就是 entity 擁有的財產，如何防禦外來的（entity 成員或其債權人）清算、分析財產主張。再者，這串文獻的主要創建者，Henry Hansmann 和 Renier Kraakman 自己承認，他們前文所稱之 affirmative asset partitioning，在後文改稱為 entity shielding。See Henry Hansmann et al., *Law and the Rise of the Firm*, HARV. L. REV. 1333, 1336 (2006). 所以，兩者都很清楚是在探討資產問題。

³⁹ See *id.* at 1336-38.

「弱型資產防禦」(weak entity shielding)是「組織(特別財產)之債權人,優先於組織成員之債權人,就組織財產求償;但組織成員或其債權人可以要求變現(liquidate)其出資或股份,以分解(部分)組織財產」。合夥即為一例:民法第697條規定合夥財產先清償合夥債務。雖依第682條,合夥清算前合夥人不得請求分析合夥財產,合夥人之債權人也不能代位為之;但依第685條與第689條,合夥人之債權人得扣押合夥人之股份,而若於兩個月內未獲清償或擔保,則可強制退夥並以合夥結算、抵還之金錢取償⁴⁰。

(二) 強型資產防禦

「強型資產防禦」(strong entity shielding)是「弱型資產防禦」加上變現保護。亦即,組織成員或成員之債權人,不得要求將組織財產變現。如股份有限公司之股東債權人可以扣押變賣股份,但不能任意要求公司清算。在公司法實務上發展出「反向揭穿公司面紗原則」(reverse piercing corporate veil),通常發生在母公司與子公司間,使主財產(如股東或母公司)之債權人,可以向特別財產(如子公司)求償⁴¹;此原則

即打破資產防禦之利器。

(三) 完全資產防禦

「完全資產防禦」(complete entity shielding)是「組織成員之債權人對組織財產沒有任何取償之權利」——公寓大廈之公共基金應可作如是觀,使區分所有人之債權人不得從公共基金取走一毛錢。信託法亦可類比,蓋受託人之個人債權人,不得以信託財產取償。

(四) 無資產防禦

本文另外提出一種類型:財產獨立但「無資產防禦」。民法第1034條規定,當夫妻選擇共同財產制時,對於一方結婚前或婚姻關係中所負之債務,依據2002年時的修法理由,夫或妻之債權人得「自由選擇先就共同財產或……一方之特有財產請求清償」。所以,依據臺灣民法第1031條以下之規定,一旦夫妻選擇共同財產制,其各自財產就獨立為兩塊——特有財產與共同財產。共同財產與特有財產有第一層次之財產獨立性,但就共同財產此種特別財產,並無對外資產防禦之功能;亦即夫或妻特有財產之債權人仍可單獨先就共同財產取償。共同財產僅得依據民法第1038條第2項要求補償。而要求補償之權利,又

⁴⁰ 相關討論與學說實務見解整理,參見王千維,由合夥組織之四大原則看合夥人之更易,2014年,55-56頁。

⁴¹ 中文文獻,參見張心悌,同註37,72-84頁。

進一步彰顯共同財產與特有財產確實是兩塊獨立之概括財產。

不管是商業組織如公司、合夥，或非營利之財團法人與社團法人，或新的組織型態，都有財產是否獨立、資產如何分割、防禦的制度選擇問題。弱型以上之資產防禦，主財產之債權人而言都類似突襲，因為主財產範圍縮水。因此，積極型資產分割，稍有不慎，就能成為脫產之溫床。資產分割法定原則，要求組織型態必須以立法方式創設，以限定積極型資產分割類型之類型，原因在此。但若有資產防禦之積極型資產分割，有此種風險，何以法律應容許之？原因在於積極型資產分割之下述經濟效率優點：主財產之債權人無法以特別財產（如公司資產）求償，降低了特別財產之債權人的監督成本⁴²。例如若母公司與子公司從事不同業務，若兩者合併，則公司債權人的不良債權風險會同時受到兩種性質不同之業務之影響。若兩公司分開，資產獨立，則對母公司放貸之債權人無須擔心子公司之業務狀況。債權人之監督成本下降，也會使債務人獲得更好的貸款條件。

陸、結論

本文提出財產獨立與資產分割之理論，並以現行法為例，說明各種類型之財產獨立性與資產分割、資產防禦之應用。限於篇幅，無法以法律經濟學理論深入分析各種財產獨立類型、資產分割與防禦之成本與效益。本文僅提出理論架構，筆者未來將寫作一系列文章，分析在幾種具體法律問題中，最適合採行之財產獨立性類型與資產分割、資產防禦方式。🌀

（本文已授權收錄於月旦法學知識庫及月旦系列電子雜誌🔗www.lawdata.com.tw）

⁴² See Hansmann & Kraakman, *supra* note 28, at 398-405.

Separate Patrimony and Asset Partitioning: A Theoretical Framework

Yun-Chien Chang

Associate Research Professor & Director of Center for Empirical Legal Studies, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. J.S.D., N.Y.U. Law.

Abstract

Many property issues in civil and commercial laws can be synthesized by a framework of separate patrimony and asset partitioning. This article identifies four categories of separate patrimony in Taiwan law: first, a natural person with multiple patrimonies; second, an asset with an administrator but without an owner; third, a legal person owning assets; and fourth, other intermediate categories. Concrete examples can be found in trust law, inheritance law, corporate law, and bankruptcy law, respectively. Asset partitioning has two types: defensive asset partitioning and affirmative asset partitioning, and the latter further contains several sub-types: weak entity shielding, strong entity shielding, complete entity shielding, and no entity shielding. Concrete examples are partnership, limited liability company, unlimited liability company, and inheritance.

Keywords: Patrimony, Asset Partitioning, Entity Shielding, Legal Person, Trust, Inheritance