

物權外部性問題*

簡資修**

目次

- 壹、前言
- 貳、外部性之謎：Merrill & Smith 模型
- 參、謎外謎：公示作為外部性？
- 肆、回歸基本面：公示即內部化
- 伍、法律實踐：善意保護
- 陸、結論

* 投稿日：2010年9月17日；接受刊登日：2010年11月15日。〔責任校對：楊大維〕。
本文初稿曾分別發表於「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」學術研討會（2010/3/26政治大學與南京大學合辦）、「法律與社會科學席明納第十二期」與中央研究院法律學研究所學術研討會（2010/9/14），很感謝與會者的高見；特別感謝于學平、艾佳慧、馬凌與張瀚中的質疑與評論，使本文大大改進，當然本文仍有錯誤，與他們無關。

** 中央研究院法律學研究所籌備處副研究員；國立台灣大學法律學系合聘副教授。

摘 要

在經濟分析中，外部性往往被視為市場失靈，需要政府的介入導正，但此種分析往往不但未檢查病因而且開錯藥方。在物權是否要法定的辯論中，外部性也被宣稱了。此一方面的扛鼎之作是 Thomas W. Merrill 與 Henry E. Smith 的〈財產法的最適標準化——物權法定原則〉一文，其認為：物權創設增加了其他財產交易人與一般人避險的估量成本，而此一成本不在物權創設人的決策考量之內，因此有外部性，而物權法定使之內部化了。本文將論證，Merrill & Smith 虛擬了此一外部性，而且其物權法定的主張也是恣意的。其往後的修正論者，以定義不清楚的社會成本公式，例如加入公示（系統）成本，意圖擴大外部性的範圍，只可說治絲益棼。分析的方向，應該是反過來的。物權是內部化的結果，若其還有外部性，是來自於取代個別訂約的公示（內部化）成本過高，而非其有獨立的外部性。外部性的分析，若要有意義，不在於發現某人的行動增加了他人的成本（或損害），這必然到處都是的，否則也不會有經濟問題——競爭稀有資源——而是發現是否有交易障礙，從而減少之，這是內部化。善意保護或不得大於自己處分等原則，促進了交易與避免了侵權，當然減少了外部性。採取先進的登記制度，增加了系統成本，但其減少了交易障礙，則不管其是經由收費或課稅，外部性是減少了而非增加了。

關鍵詞：物權法定、標準化、外部性、內部化、公示、登記制度、估量成本、挫折成本、經濟分析、公共財。

The Problem of Right *In Rem* Externality

*Tze-Shiou Chien**

Abstract

In the economic analysis of law, it is said that externality is a kind of market failure and it should be corrected by government interventions. However, this analysis has usually been abused. In the debate of the whether the *numerus clausus* principle is a sound policy of property law, the argument of externality has been invoked. Thomas W. Merrill & Henry E. Smith claim that the transactions which set up new kinds of right *in rem* would cause information externality on general people and those people who make routine legal transactions of property, and the *numerus clausus* principle is the corrective measure to internalize it. This paper would argue that this externality is not real and therefore the claim of *numerus clausus* has no foundation. It is also a bad idea for revisionists of the Merrill and Smith model to include costs of notice system as externality not least because this would destroy Merrill and Smith's thesis. Contrary to externality claim, this paper argues that setting up new kinds of right *in rem* should be characterized as a process of internalization not a problem of externality. The Choice of baseline determines the relevancy and soundness of arguments!

KEYWORDS: *Numerus Clausus*, Optimal Standardization, Externality, Internalization, Publicity, Recording System, Measurement Costs, Frustration Costs, Economic Analysis, Public Goods.

* Associate Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; Associate Professor of law, Department of Law, National Taiwan University.

壹、前言

在經濟分析中，外部性往往被視為市場失靈，需要政府的介入導正¹，但此種分析往往不但未檢查病因而且開錯藥方²。在物權是否要法定的辯論中，外部性也被宣稱了。此一方面的扛鼎之作是 Thomas W. Merrill 與 Henry E. Smith 的〈財產法的最適標準化——物權法定原則〉一文³，其認為：物權創設增加了其他財產交易人與一般人避險的估量成本，而此一成本不在物權創設人的決策考量之內，因此有外部性，而物權法定使之內部化了。本文將論證，Merrill & Smith 虛擬了此一外部性，而且其物權法定的主張也是恣意的。其往後的修正論者，以定義不清楚的社會成本公式，例如加入公示（系統）成本，意圖擴大外部性的範圍，只可說治絲益棼。分析的方向，應該是反過來的。物權是內部化的結果，若其還有外部性，是來自於取代個別訂約的公示（內部化）成本過高，而非其有獨立的外部性。

張五常指出，外部性之分析常有二誤失：一是，假設不切實際，二是，案例報導不實⁴。Merrill & Smith 將物權創設人的交易後手區分於其他財產交易人或非財產交易人，是不切實際；未考量當事人以及法律已經隨著資訊公開程度，分別調整其行為與效果，則是報導不實。至於其修正論者，引入 Merrill & Smith 的批判者 Henry Hansmann 與 Reinier Kraakman 之分析⁵，宣稱補充了前者之

1 See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 44-46 (4th ed. 2004).

2 See Harold Demsetz, *Social Cost* (within the item "Ronald Coase"), in 2 THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 268-70 (Peter Newman ed., 2002).

3 Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L.J. 1, 1-70 (2000).

4 STEVEN N. S. CHEUNG, THE MYTH OF SOCIAL COST 51 (1980). See also Steven N. S. Cheung, *The Myth of Social Cost*, in ECONOMIC EXPLANATION: SELECTED PAPERS OF STEVEN N.S. CHEUNG (張五常英文論文選) 335, 385 (2005).

5 Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 J. LEGAL STUD. S373, S373-S420 (2002).

不足，更是理論誤植。Hansmann & Kraakman 針對特定新增物權在不同公示制度下的分析，是不能套用至同一公示制度下的物權種類多寡之決定。此外，這些修正論者將 Hansmann & Kraakman 所言的系統成本擴張至與公示無關的法制改變成本，會令外部性的分析能力稀釋至零。

James M. Buchanan 與 William Craig Stubblebine 證明了，即使在柏雷托最適境界下（此即外部性製造者與承受者交易了），外部性仍不因之而去除⁶。觀察到外部性並不表示利害關係人未交易或交易失敗，從而需要矯正內部化。相反的，外部性是果而非因⁷，未探討其成因，無以知曉其是否柏雷托相關——可經交易而內部化。物權的排他性與優先性，的確使得財產交易人或一般人，增加了負擔或造成其侵權，這是外部性，不過，是事後觀點。事前觀點是物權創設人與其他財產交易人或一般人，是互為流動，因此物權制度的功能在於極大化物權效力的效益，但同時減低他人避免負擔或侵權的費用，這是內部化。在物權完全透明的環境下，此即所有的人知悉了所有的物權，此境界可達。但達到此境界的唯一方法是，只要有物權創設，其創設人即須將此資訊傳遞予所有的人，使其知曉。其成本極高，當可想見，因此以一對多的公示，減少了多次一對一契約的交易成本，乃應勢而起。經濟推理上，只要公示成本不高於其因之可減少的交易成本，此物權即是可承認的。從而，若未探討各種公示制度及其相應的法律規範，即恣意訴諸外部性而主張物權應法定，是落入寇斯批評的黑板經濟學的陷阱之中⁸。又

6 James M. Buchanan & William Craig Stubblebine, *Externality*, in THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN v.15: EXTERNALITIES AND PUBLIC EXPENDITURE THEORY 109, 109-25 (2001).

7 See Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 347, 347-59 (1967).

8 參見簡資修，〈寇斯的《廠商、市場與法律》——一個法律人的觀點〉，《台大法學論叢》，26卷2期，頁229-246（1996年），收於氏著，《經濟推理與法律》，頁15-33（2006年增訂2版）。以經濟分析主張物權自治最力的蘇永欽，並未否定 Merrill & Smith 的分析架構，而僅是質疑其相關變數的量化不夠精確，參見蘇永欽，〈可登記

在經驗上，至少在台灣，物權法定不但被實務規避⁹，而且在最近的民法典修訂中被揚棄了¹⁰。

本文以下首先將分析 Merrill & Smith 的外部性說法為何是不當的。接著的第三節將說明為何其修正論者混搭 Hansmann & Kraakman 的分析是突兀的。第四節將探討物權的內部化功能以及公示之資訊效率。第五節將展示資訊內部化理論對物權法的解釋力。第六節是結論。

貳、外部性之謎：Merrill & Smith 模型

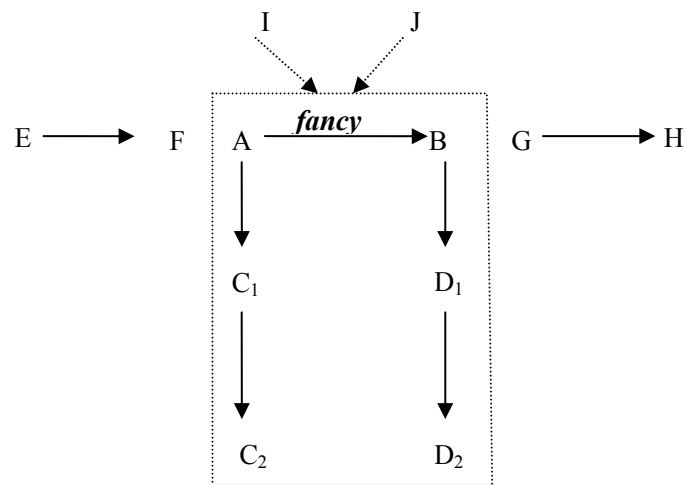
不同於 Bernard Rudden 質疑的那些解釋物權法定的零散經濟理由¹¹，Merrill & Smith 在此設定了一個相對完整的經濟模型¹²。其將物權創設的利害關係人分為三類，如圖一：一、創設該物權的交易當事人 A、B 以及其後手 C1、C2、D1、D2；二、不想設定該物權而為其他物權交易的當事人 E、F、G、H；三、可能侵害到物權的第三人 I、J。Merrill & Smith 認為創設新物權會對第二類以及第三類的人造成資訊外部性，因此必須禁止之，如此物權創設交易當事人就會承受物權無法創設所生的挫折成本(frustration costs)，而減

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年秋季號，頁16-44（2010年）。

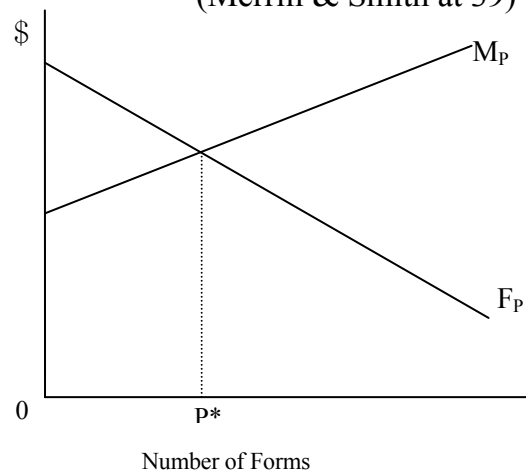
- 9 例如大法官釋字349號解釋以及最高限額抵押，參見謝在全，《民法物權論（下）》，頁60（2004年8月增訂3版）。
- 10 民法第757條於2009年1月23日修訂時，條文從「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」修訂為「物權除依法律或習慣外，不得創設。」其他幾次相關條文的修訂也或明或暗宣示了物權不再法定，參見蘇永欽，〈物權自由了〉，《法令月刊》，61卷3期，頁121-125（2010年3月）。
- 11 See Bernard Rudden, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE: THIRD SERIES 239, 239-63 (John Eekelaar & John Bell eds., 1987).
- 12 中文介紹可參見王文字，〈物權法定原則與物權債權區分〉，《月旦法學雜誌》，93期，頁138-165（2003年2月）。

少其物權創設行為；當此成本與因創設物權對第二類及第三類利害關係人所生的估量成本(measurement costs)在邊際上等值時，此即為最適量的物權種類，如圖二。

圖一 THE CLASSES OF AFFECTED PARTIES
(Merrill & Smith at 28)



圖二 OPTIMAL NUMBER OF PROPERTY FORMS
(Merrill & Smith at 39)



M_p = marginal cost of measuring (delineating and processing) property rights
 F_p = marginal benefit in reducing frustration of parties' objectives

首先，Merrill & Smith 此一模型並未有效回答 Rudden 的兩個現實質疑¹³：「為何不存在土地批發市場？」與「契約同樣造成他人的資訊外部性啊！」¹⁴次之，在理論上，Merrill & Smith 硬生生將人分為三類，然後說在第一類人之間無外部性，而第二類人與第三類人和物權創設人之間，則處處外部性，是假設不實了。一者，第一類人與第二類人，根本無法區分。二者，第一類人與第三類人，在長期上，也是互換的。

按在第一類人間，不但是物權創設人 A、B 有誘因將此物權公諸於世，令其後手 C1、C2、D1、D2等人知悉，以減少其物權不確定性，從而增加其資產價值，其後手同樣也有誘因，希望其交易之物上的負擔，清楚明白，減少其不確定性，從而才能出高價格¹⁵。可見第一類人間，有誘因去創造一個符合成本效益的公示制度，此是 Merrill & Smith 所言的內部化，無外部性存在。

此外，從事後觀點看，第一類人與第二類人，的確可區分，但從事前觀點看，對於物權創設人 A、B 而言，其後手 C1、C2、D1、D2與第二類人 E、F、G、H 是無從區分。因為此一區分只有在有後手交易時，才顯現出來，而物權在創設之時即公示了，因此其交易（公示）對象除了其後手 C1、C2、D1、D2外，還包括了第二類人 E、F、G、H。不單如此，從第二類人與物權創設人的後手的觀點言，其在為交易時，也不知其應歸屬第一類人或第二類人，除非創設物權已經公示了，因此 E、F、G、H 一如 C1、C2、D1、D2，有強烈誘因希望物權公示，而與物權創設人 A、B 趨同了。若將動態因素考慮進來，更是如此。例如在甲交易，A、B 是物權創

13 Rudden, *supra* note 11, at 253-54.

14 此是大哉問。這要論證顛倒，才看得清楚：契約由於無法公示，因此無法交易而有外部性，從而法律不賦予其對世（物權）效力，而物權由於可以公示，因此有交易可能而無外部性，從而法律賦予其對世（物權）效力！

15 參見簡寶修，〈轉讓（買賣）不破租賃及其類推適用——長期投資保障觀點之分析〉，《政大法學評論》，78期，頁121-147（2004年）。

設人，在乙交易，其成為他人後手 C1、C2、D1、D2，在丙交易，其又成為 E、F、G、H。換言之，Merrill & Smith 不能假設第一類人間無外部性，而其與第二類人間有外部性，否則就是邏輯矛盾。

若再將模型的時間拉長，這在法律規範之形成，是很正常的。當世界上的財產非你我一人所有，則物權創設人 A、B 與第三類人 I、J，是互換的。A、B 知道其所創設的物權，若造成外部性，其後也會加諸其身，自然就內部化了，則所謂第三類人的外部成本，即無從說起。

Merrill & Smith 直接從資訊外部性導出物權應法定，此推論太快了。上述分析表明，物權相關利害關係人是有誘因將此所謂資訊外部性內部化，如果此外部性真存在的話。此即這裡的資訊「外部性」，已不再具柏雷托相關，這是交易過的殘餘¹⁶。現實的法律制度，也的確顯示了如此的內部化¹⁷。例如「任何人不得為大於自己處分」的原則，使得第三類人只要知道該物非其所有，其不可侵權，而無須知道該物之上還有多少物權，則物權種類之增加，無論多少，都不會增加其避免侵害的估量成本，從而其邊際估量成本為零¹⁸。又例如在善意保護原則之下，無論是在占有或登記公示，第二類人的估量成本也不會因為多種物權之創設而增加，因為其只要驗證誰是占有人或所登記為何¹⁹，任何非可由占有或登記簿顯示的權利，對其不發生效力，則其邊際估量成本也是零。既然第三類人與第二類人的邊際估量成本都是零，則其加總後的邊際估量成本也

16 See Buchanan & Stubblebine, *supra* note 6.

17 詳細論證請見本文第四、五節。

18 Hansmann & Kraakman, *supra* note 5, at S411；蘇永欽，〈民事財產法在新世紀面臨的挑戰〉，收於氏著，《走入新世紀的私法自治》，頁78-81（2002年）；張鵬，〈物權法定經濟上合理性之批判〉，《月旦法學雜誌》，108期，頁148（2004年5月）；張巍，〈物權法定與物權自由的經濟分析〉，《中國社會科學》，4期，頁131（2006年）。

19 See Hansmann & Kraakman, *supra* note 5, at S381.

是零。在圖二，此即 M_p 線與橫軸合一了，則圖中的黃金交叉，根本不存在²⁰，因此也無所謂以物權限制來內部化外部性的問題。

又即便承認了物權應法定，Merrill & Smith 模型在執行技術上，幾乎也是不可能²¹。以其類比的污染稅為例²²，課稅者只要計算污染的「外部性」，以污染排放量為稅基，訂出稅率，即便可能是累進的，但其無須去探討污染者的活動價值²³。在物權法定，如何得出或驗證哪些物權不應創設？在 Merrill & Smith 模型中，挫折成本必須是該物權已經被禁止創設才能得出，而估量成本是該物權被容許創設才能得出，真是兩難啊！想要得出挫折成本，必須先預設該物權被禁，但該物權是否要被禁，又是決定於挫折成本；想要得出估量成本，必須容許該物權創設，但該物權是否要容許創設，又是決定於估量成本。立法者的立法事實，顯然非常薄弱²⁴。立法者的政治選擇，也面臨同樣困境。立法者若不以法律禁止之，自然無所謂挫折成本之發生，更不用說其增加或減少，但估量成本必然發生，則此立法即是錯了；立法者若以法律禁止之，有了挫折成本，但無估量成本，此立法又錯了。這是一個幾乎無法驗證的模型！

20 參見張鵬，前揭（註18）文，頁148。

21 對於 Merrill & Smith 這種全知全能模型的比較批判，參見干學平，〈法律權利之司法保護的基本負擔訂價：海耶克知識利用視角下的物權法定原則〉，《財產法體系的重構——從物權法定原則談起會議論文集》，頁53-83（2010年3月）。

22 原文是：“Furthermore, the design and implementation costs imposed by the *numerus clausus* function as a sort of ‘pollution tax’ that should deter parties from insisting on overusing hard-to-process property forms, thereby placing higher processing burdens on market participants and especially courts.” Merrill & Smith, *supra* note 3, at 35.

23 Steven Shavell 即質疑此資訊外部性很小，課稅即可，為何以禁止為之。In “Markets, Firms, and Property Rights: A Celebration of the Research of Ronald Coase”, held in University of Chicago Law School, December 4-5, 2009. 網址為 <http://mindonline.uchicago.edu/media/law/coase-120509-panel2-512K.mov>（最後瀏覽日：2010年10月1日）。

24 有關國家與民間在權利標準化的分工，可參見蘇永欽，〈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〉，收於氏著，《尋找新民法》，頁126-130（2008年9月）。

不只此也，Merrill & Smith 的模型，假設了在決定物權是否法定時，所有可能的物權，都已在那裡了。這有兩個問題。一、這在英美普通法是不可想像，因為該法之特徵是案例法，每次只處理一個物權，根本無從作連續性的邊際成本效益分析，但英美普通法卻又是 Merrill & Smith 的立論基礎。二、物權的需求有時間性，不但同樣的物權在不同時間有不同的需求強度，而且隨著時代的變化，必然有新物權的需求。在物權法定的決定時點，已經存在的物權如何排序？而在物權法定決定後新需求的物權，在定義上，又是禁止，因此有挫折成本，但 Merrill & Smith 模型並未將之納入。在如今變動迅速的社會，這部分成本是甚高的。

最後，甚至 Merrill & Smith 自身設定的模型之運算結果，也不支持其假說。在圖二，Merrill & Smith 假設最簡單而且最廣為使用的物權會最先被採用，例如近於所有權的 *fee simple*²⁵，很顯然這是從挫折成本面看的。但從圖中也可看出，其相應的估量成本是最低的，而此是不合邏輯與經驗。Merrill & Smith 設定的模型，既然不是個人選擇而是社會整體選擇，則愈是廣為人使用的物權，即意味了第三人愈是可能動輒得咎而侵權，對於同類交易相對人而言，其也是愈可能交易到有物權負擔之物，因此其整體估量成本應愈是增加的。另外，從最少人使用的物權種類那一端看，的確物權創設當事人的挫折成本也最低（人數最少），但第三人或同類交易相對人為何要花高的估量成本去避免萬中才有的侵害或負擔？若侵害或負擔的額度固定，則其愈不可能發生者，理性人對之支出的估量成本是愈小的，而非圖二中的愈大。

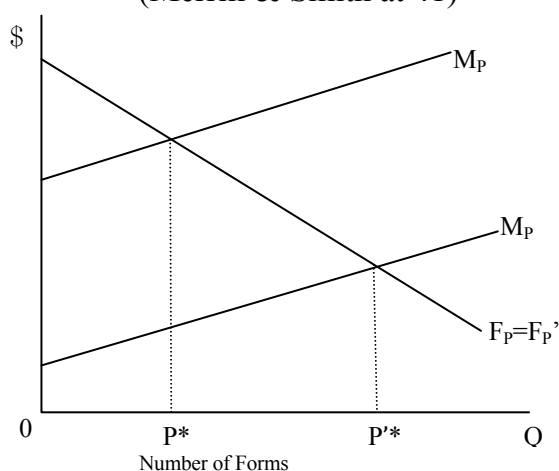
25 Merrill & Smith, *supra* note 3, at 29.

參、謎外謎：公示作為外部性？

Merrill & Smith 模型的另一大缺失，是將公示制度視為外生給定(exogenous)，從而也漏掉了物權創設的最重要環節。其之所以如此，有不得不的理由。Merrill & Smith 應是知道一旦不同的物權，若是對應不同的公示制度，則各種物權的估量成本，將視其對應的公示制度而定，此一不確定性將使其理論核心——單純物權種類之增加必然造成資訊外部性——即無法證立。因此其才會在圖三說，當公示制度弱時，其估量成本是 M_p ，而其物權種類最適量是 p^* ；但當公示制度強時，其估量成本從 M_p 降至 M_p' ，從而其物權種類最適量也從 p^* 升至 p'^* ²⁶。不過，此一設定排除太多了。為何某一時點的物權法不能容許多種的公示制度存在？不同種類的物權配以不同的公示制度，有何不可？現實諸多法律系統都是如此的，則 Merrill & Smith 的模型，搖搖欲墜矣。

²⁶ *Id.* at 40-42.

圖三 CHANGE IN OPTIMAL NUMBER OF PROPERTY FORMS
(Merrill & Smith at 41)



M_p = marginal costs of measuring property rights without registration

M_p' = marginal costs of measuring property rights with registration

$F_p = F_p'$ = marginal benefit in reducing frustration of parties' objectives

Merrill & Smith 既然將公示系統視為外生給定，即意味了系統成本是不納入計算。在此應先澄清，將公示制度視為外生給定，與將公示系統成本視為零，是兩碼事，不可混淆²⁷。按公示系統成本約可分為兩類：固定成本與營運成本。公示系統一般是公共財 (public goods)，一旦投入固定成本設立後，其邊際營運成本是零。由於 Merrill & Smith 的分析是邊際的而非總量的，因此即使有很高的系統固定成本，其也無須列入計算。又即使營運成本不是零，公示系統的收費，也使得此系統成本轉為估量成本，否則就重複計算了。或即使系統不收費或收費不足，也很難想像，其邊際上營運成本會隨物權種類增加而遞增，恐怕相反的想法才是——愈是新奇的物權愈是少人使用，其營運成本愈是減少。

27 張永健說：「Merrill & Smith 在該模型中隱然假設登記制度之成本為零。」因此是誤解了。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〉，《科技法學評論》，7卷1期，頁119、129（2010年）。

Merrill & Smith 惑於「邊際」成本效益等值時效益極大化的數學公式，漠視系統設立成本之存在，的確是犯了見樹不見林的錯誤²⁸。Hansmann & Kraakman 引入系統成本批駁其物權法定主張²⁹，良有以也。Hansmann & Kraakman 認為物權創設有三種成本：使用者成本(user costs)、非使用者成本(nonuser costs)與系統成本(system costs)，而其利益是資產因之增加的價值。概念上，使用者成本可對應於 Merrill & Smith 所言的第一類人間的估量成本；非使用者成本則對應於第二類人及第三類人的估量成本。一般而言，減少使用者成本，會增加非使用者成本及系統成本，因此資產因之增加的價值加上使用者成本之減少，若大於因之增加的非使用者成本及系統成本，此物權是可承認的，反之，則非³⁰。在此要注意的是，Hansmann & Kraakman 是針對單一特定物權為總效益成本加總，而 Merrill & Smith 是就所有的物權為邊際效益成本分析。Hansmann & Kraakman 是立於英美普通法的個案思維，因此一次僅解決一種物權，即使其所舉立法之例，也是針對某一特定物權而來。反觀 Merrill & Smith 的模型是一個全面事前立法式的，雖然其也宣稱此亦可適用至英美普通法。Merrill & Smith 的修正論者，嫁接 Hansmann & Kraakman 的系統成本至 Merrill & Smith 模型，邏輯上是不通的。

從事前立法觀點，引入公示系統成本之經濟分析，蘇永欽是其首發者。其分析指出，占有具有成本低的優點，但也有產能低的缺

28 See Ronald Coase, *The Marginal Cost Controversy*, in *THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW* 75, 75-93 (1988).

29 其說“The pattern of property rights implied by Merrill and Smith’s optimal standardization theory – a small fixed set of well-defined standard forms from which all persons must choose – is therefore not the pattern we observe ... One reason for this approach is paternalism toward artists. This has nothing to do with the information problems facing third-party purchasers that are the focus of the optimal standardization theory.” Hansmann & Kraakman, *supra* note 5, at S399.

30 See Hansmann & Kraakman, *supra* note 5, at S385-S398.

點，反之，登記則有成本高的缺點，但也有產能高的優點。其選擇，當然須視其效益而定。例如在動產，其不同於不動產的不動，因此一般無法特定，而且價值往往較低，則採用登記制度，即不符合成本效益。又例如在電腦化時代，登記制度的產能，可望大幅提高，則登記制度將大幅擴張³¹。

31 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》，19卷2期，頁219-257（1991年6月），收於氏著《經濟法的挑戰》，頁1-58（1994年）。

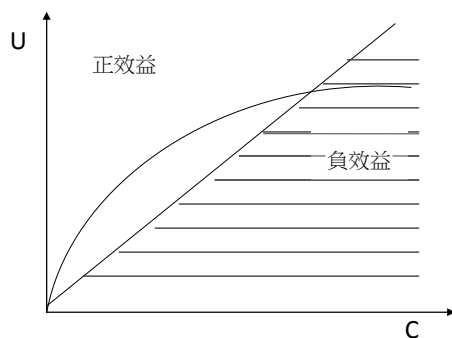
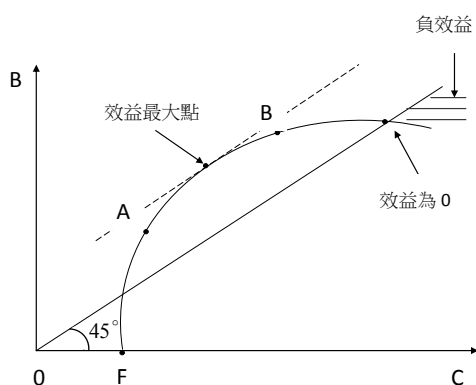


圖 13 公示制度的效益(一)



該文有一小瑕疵，此即圖13（頁250）有關公示制度的效益，應改為如上圖。首先，負效益部分，只有在產能線與45度斜線交叉點以上部分才是，原圖標出的負效益只是成本部分。另外，因為該產能曲線是總量線而非邊際線，則總效益最大之點，不是產能線與45度斜線的交叉點，因為此點的總效益為0，而是產能線上平行於45度斜線之點。

Merrill & Smith 的修正論者，捨此不為，將公示系統成本以外部性視之，意圖增加外部性成本，從而降低物權種類最適量，但此將摧毀 Merrill & Smith 的核心論旨。如圖三顯示的，在 Merrill & Smith 模型中，公示制度愈強，物權種類最適量愈高；公示制度愈弱，物權種類最適量愈低。又由於公示制度愈強，意味了其系統成本愈高，公示制度愈弱，其系統成本愈低，因此在其修正論者的分析中，反而成為公示制度愈強，物權種類最適量愈低，而公示制度愈弱，物權種類最適量愈高。這是對 Merrill & Smith 模型之完全背反，豈只修正而已！

個別來看，例如有論者認為，第一個創設手錶分時使用權者，若必須登記揭露此一信息，將會滋生兩種外部成本：登記制度的創建成本以及所有為手錶交易的人查詢登記的成本³²。但現實上不存在這樣的登記制度，政府或市場為何不去創建一個如此的登記制度？因為不符合成本效益！也許稀有的手錶，其生產者可以自設登記制度，以確保其非贗品。若是如此，創建登記制度的成本，已經內部化了，而其他手錶的交易者，也無須去查詢登記，因此也無外部成本。物權（自治）制度既非消極容許所有人為所欲為，更非要政府積極去促成這種不負責任的行為，此是 Hansmann & Kraakman 與蘇永欽的分析重點。

也有論者認為採用契約登記制，不會造成邊際系統成本遞增，但若採用托崙斯登記制與實質審查時，則會³³。但即使如此，此修正模型也排除太多了，不但動產（以占有為公示方法），很多國家的不動產也被排除了。更何況，採用托崙斯登記制與實質審查，真會使邊際系統成本遞增？對於第三類人而言，其避免侵權的成本，不會因採契約登記制或托崙斯登記制與實質審查而有不同。對於第

32 張巍，前揭（註18）文，頁132。

33 張永健，前揭（註27）文，頁136。

二類人而言，其既非創設新型物權，其實質審查即根本不會增加登記機關的任何成本，這是定義上的。對於第一類人而言，其創設了新型物權，因此登記機關的確要傷點腦筋去實質審查之。「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」³⁴，此的確不利於第一類人，但這無外部性，因為其不利益僅由創設新型物權的人承受了。也許「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」³⁵，來減少此拖延，但地政機關為何要採取此增加其工作量的動作？地政機關若向這些創設物權人多收費，以增加人手或設備，則此即無外部性。但地政機關若是以稅款支應，是否就有外部性？如果警察、國防或法院的支出不被認為是外部性，為何土地登記服務之支出要被視為外部性？

從公共財政觀點言，只要公共支出是合法的，即無外部性可言。之所以有公共支出，是因為外部性無法以市場內部化，乃訴諸集體行動，建立法律，因此有了徵稅與公共支出³⁶。個別的納稅人或專家，即使質疑此支出之不當，從法律體系看，其無不法，自然也無未經內部化的外部性問題——其內部化已經在制訂法律的過程中完成了³⁷；或者基於公共支出的經常性，其支出規範不可能微調所有個案，則其缺失也無外部性³⁸。在此不是說政治（包括行政）不會腐敗，而是一者，此是實證問題，二者，即便有之，此也非物

34 張永健，前揭（註27）文，頁136。

35 張永健，前揭（註27）文，頁136。

36 See James M. Buchanan, *The Bases for Collective Action*, in THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN v.15: EXTERNALITIES AND PUBLIC EXPENDITURE THEORY 3-38 (2001).

37 此所以 Buchanan 曾以「好經濟學——壞法律」來評論波斯納的法律經濟教科書。James M. Buchanan, *Good Economics—Bad Law*, in THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN v.18: FEDERALISM, LIBERTY, AND THE LAW 327, 327-37 (2001).

38 See James M. Buchanan, *The Institutions of Fiscal Choice*, in THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN v.5: THE DEMAND AND SUPPLY OF PUBLIC GOODS 142, 142-60 (1999).

權創設所致，而是政治不良，因果不可顛倒。又決定以公課（包括稅捐與特別公課）成立公示制度，當然也要考慮成本效益，但此已無涉原本物權是否造成外部性。

在這裡還有一弔詭的是，這種外部性論證推論到最後，其外部性是效益而非損害外溢！這些新型物權創設人不管是推動了全新的公示制度、或是令地政機關增加了新登記、或甚至令法院承認了新物權，都造福了後來的仿效者，但失敗卻由其完全承擔。這種外部效益是來自物權創設人的自利，而非來自政府的補貼。外部性須以課稅或補貼來內部化之說法，不能當真³⁹。

此外，將外部性的系統成本納入諸如稅法等其他法令的修改⁴⁰，分析偏離就更大了。首先，如果物權創設了財富，一般說來，此也是有助於物權以外法令目的之達成，例如稅法很可能因為物權之創設，使稅收增加了。次之，法令修改非物權創設才會造成，債權創設同樣也會，若考慮債權在種類及數量遠大於物權，債權自由而物權法定，更是沒道理。最後，應該也是最重要的是，如同上述的公共財政，各種法令都有其目的，因此也各有其內部化的對象，民法上物權之修改，對其可能無影響，但若有的話，基於法律體系無矛盾之原則，該修改就要修改，何來外部性之說詞？外部性主張不應無限擴大，否則斯之濫矣。難道如果眾多法律學者或法律從業人員持物權應法定的看法，這些思想轉換可被視為外部成本，從而主張物權法定不可變？

總而言之，Merrill & Smith 認為資訊外部性之邊際遞增，因此應有物權限制，雖然被證明其非，但其修正論者，雖然也一再強調邊際分析，但並未提出邊際成本「遞增」的理由。行政或政治亦如財產交易人或第三人，會因物權種類增加而有資訊外部性？例如在

39 參見張五常，《制度的選擇：經濟解釋卷三》，頁75-81（2005年7月2版）。

40 例如張永健，前揭（註27）文，頁135-136。

登記制度，至少在一定程度內，其是無外部性。即使有的話，其條件也會不同。同樣的物權種類增加，在市場條件所產生的估量成本，絕對不同於行政或政治條件所產生的估量成本，其怎能相加為社會成本？同樣在利益面，減少所謂挫折成本，市場的挫折成本是來自物權創設人，而在行政或政治的挫折成本是來自納稅人或其他（這不是單純金錢數量問題），也是加不起來。將 Merrill & Smith 單純的資訊外部性模型擴張至社會成本效益模型，在技術上，既不可行，在實質論證上，更摧毀了 Merrill & Smith 物權法定的主張。

肆、回歸基本面：公示即內部化

回到基本面，物權是否法定的探討，不能從衍生的外部性下手，而應從原生自發的內部化出發，因為物權作為一種制度，其功能在於減少（制度）交易成本⁴¹。私有制減少了無主物或共有制的資源浪費，而私有制的核心，在於眾人能彼此區分你我，但一對一個別的資訊傳遞甚高，以一對多的公示制度乃代之而起，其是有減低成本之效的。Merrill & Smith 主張資訊外部性，其修正論者主張公示之外部性，基點錯了，論證自然左支右絀。

為使分析清晰，先假定物權只有私所有權而無其他定限物權或物上負擔，此即所有權人僅享有使用、移轉及排他之權。在此，所有權之存在，避免了公地(tragedy of commons)與反公地(tragedy of anti-commons)的悲劇⁴²。公地悲劇來自眾人不受約束，以致竭澤而

41 2002年的一個晚上，張五常夢中驚醒，對自己說：「蠢到死！制度的存在是因為有交易費用而起，怎還可以把這些費用加進去呢？要把這些費用減下來才對，減下來才可以看到制度的形成！」，張五常，《經濟學的缺環》，頁128（2007年12月）。

42 See James M. Buchanan & Yong J. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, 43(1) J.L. & ECON. 1, 1-13 (2000)；簡資修，〈物權法：共享與排他之調和〉，《月旦法學雜誌》，97期，頁217-218（2003年6月）。

漁，資源過早耗竭；反公地悲劇來自眾人互相牽制，以致貨棄於地，資源閒置浪費。眾人在此達成協議的要點是劃分疆界，互不侵犯⁴³，是為私所有權。此時物權法的重點，在法律效力層面是，眾人承認私所有制的範圍，例如土地所有權及於土地之上下⁴⁴；在技術層面是，眾人之物的疆界應清楚明白，否則也不能稱之為私所有權⁴⁵。在前者，有執法問題；在後者，有資訊問題——眾人必須具體知曉其自己及他人之物（所有權）何在，始能促進交易與避免侵權。眾人中的任何兩人間的一對一資訊傳遞，是確保眾人都能具體知曉自己及他人之物的方法，但這種資訊傳遞方式，成本太高了，以一對多的公示制度，可減少此成本，因此眾人有誘因去達成協議，以公示取代個別的資訊傳遞。此類似於寇斯所言，廠商之所以存在，是因為其減少了市場交易的量與質，從而節省了交易成本⁴⁶。一如廠商有多種⁴⁷，公示也有多種，其選取的條件是，公示所生的成本，不高於其因之減少的交易成本。

加入定限物權或物上負擔，除了物權疆界的劃分「媒介」可能不同外，其要劃分清楚仍是眾人的共同利益。首先，定限物權人或物上負擔權利人，因此可對外宣稱其設定的權利，從而可引來交易或避免第三人之侵權。即便是定限物權或物上負擔所附著之物的所

43 See James M. Buchanan, *Opportunity Costs and Legal Institutions*, in THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN v. 12: ECONOMIC INQUIRY AND ITS LOGIC 285, 289-92 (2000); Richard A. Epstein 原著，簡資修譯，《自由社會之原則》，頁216-248（2003年）。

44 參見民法第七七三條。

45 張巍將此種所有權範圍之確定不容任意變之的權利特性，歸諸物權法定，是誤解了。這是物權自治的核心！張巍，前揭（註18）文，頁139。至於相鄰地關係，是一種法定役權，相對於原始疆界之清楚劃分，其是次階的。其是來自於法律針對特定事項為了減少交易成本所為的特定改變，並不具一般性，因此並不影響本文在此的論證。

46 See Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, in THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW 33, 33-55 (1988).

47 See Steven N. S. Cheung, *The Contractual Nature of the Firm*, in ECONOMIC EXPLANATION: SELECTED PAPERS OF STEVEN N.S. CHEUNG (張五常英文論文選) 201, 201-29 (2005).

有權人，也因此可增加其減去定限物權後「剩餘」財產的交易價值。至於一般財產交易人，也因為產權乾淨清楚，不會有飛來意外之物權負擔。不為物權交易的第三人，當然也會因之避免了侵權。不同於單純所有權因有物之「有體」可依賴公示，定限物權與物上負擔的權利內容往往是「無體」的，因此必須依賴文字等表意符號來界定，但這無損於其疆界是可界定的。

一旦疆界劃分清楚，促進交易與避免侵權，即隨之而來。Merrill & Smith 曾舉下例，以之影射物權自治的不當：地主在其交通要衝之地創設公用通行役權，但僅限於著橘色衣服者，否則以侵權論⁴⁸。問題是，如果該地是眾人非穿過通行不可之地，國家徵收開放通行或課以公法容許通行義務，是法律標準處置。即便不是，如果有人認為著橘色衣對其成本不高（也許他本身就偏愛橘色衣或制服就是橘色），則地主此一條件，可節省其通行時間或令其瀏覽美麗風光，也甚佳。如果地主的公示不清，引人入彀，例如先在入口處告示「歡迎使用」，於進入道路五十公尺後，再告示「請著橘色衣服，否則侵權」，則我國民法第一四八條有關權利濫用禁止之規定⁴⁹，也足以使通行者不負侵權責任。是的，物權自治，不是無法無天。無公示制度之約束、容許單方意思之恣意或甚至無防欺規定之適用⁵⁰，是物權法定主張者虛擬出來的稻草人，物權自治，不是如此。

將權利界定清楚了，此例反而是支持物權自治的佳例。原本眾人知道所有的私有地是不可通行的，否則就是侵權，現在由於有了著橘色衣要求的啟發，偏愛紅色衣服的地主可要求著紅色衣者始可

48 參見張永健，前揭（註27）文，頁130。

49 民法第一四八條：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的（第一項）。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。（第二項）」

50 張永健在前揭（註27）文頁134提及的僅擁有週一所有權人買賣時的模糊其詞之例，即有此意涵。

通行，偏愛藍色者，當然也可比照辦理，如此一來，著每種顏色者，相對於此橘色衣案例發生前，都多了一條通行機會，第三人因此不但不會增加其避免侵權的估量成本，而且增加了其利益。因為物權的創設，第三人從避免侵權，轉成為財產交易人，此的確增加了其想完成交易的估量成本，但依照 Merrill & Smith 的假設，其已經完全內部化了——此即圖一中的 A 與 B。那些創設的物權，不管是如何怪異，比起根本行不得的比較基點，都是好的，更何況，地主即便突發奇想，定義上，其還是想交易的（否則其就是無意識能力⁵¹），交易相對人因之所增加的估量成本，必然還是在其考量之中⁵²。

Merrill & Smith 將私有制中資訊傳遞的不完滿歸為資訊外部性，不但無實質意義，而且有誤導之嫌。「外部性」的說法，令人失焦了，以為只有物權法定才能改進此「市場失靈」，但其真正關鍵之點是，以公示為核心的減少交易成本之制度創建。例如在給定的公示制度下，某特定物權是否應承認，或者如果要承認某特定物權，至少應搭配如何的公示制度？這是 Hansmann & Kraakman 的分析⁵³；科技的進步是否有助於公示之加強，因此應將公示制度科技化？這是蘇永欽的分析⁵⁴；公示制度由政府提供會比較好嗎？這是探討美國由市場提供者之課題。在此制度內部化思考下，Merrill & Smith 所謂的挫折成本是不會發生的，因為任何事前限制物權根本沒有合理基礎。以挫折成本去得出一個虛擬的物權種類最適量，

51 民法第七十五條：「無行為能力人之意思表示，無效；雖非無行為能力人，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者，亦同。」

52 因此張永健所引進的 GPS 等成本，不是第三人為避免侵權所增加的成本，因為只要其不開私人道路，這些奇奇怪怪的物權限制不會加諸其身，而是其想成為物權交易者（原本不可通行而現可通行但有負擔）始會增加此配備，依照 Merrill & Smith 的假設，此已內部化。參見張永健，前揭（註27）文，頁131。

53 See Hansmann & Kraakman, *supra* note 5.

54 蘇永欽，前揭（註31）文。

然後主張物權須法定，完全是循環論證⁵⁵。此可再類比於 Merrill & Smith 將資訊外部性所類比的徵污染稅，從法律觀點言，若無污染外部性，即不可徵此稅，而不能以徵此稅的後果不嚴重，例如不影響經濟發展或如此可以增加財政收入，來證立徵此稅的合法性⁵⁶。

伍、法律實踐：善意保護

就現行物權法規範，本文提出的資訊內部化理論，相對於 Merrill & Smith 及其修正論者的資訊外部性理論，非常具解釋力。大法官在我國民法2009年明文放棄物權法定以前，已在其釋字349號解釋的理由書說：「民法上之法律行為，有債權行為與物權行為，除法律有特別規定外，前者與特定人間發生法律上之效力，後者於以公示方法使第三人得知悉之狀態下，對任何第三人均發生法律上之效力。故動產以交付為公示方法，不動產以登記為公示方法，而以之作為權利取得、喪失、變更之要件，以保護善意第三人。如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。」文中的「如其事實為第三人明知或可得而知」，即是你我疆界是劃分清楚的，因此有物權效力。「以公示方法使第三人得知悉之狀態下，對任何第三人均發生法律上之效力」，則強調了公示方法之有效資訊傳遞，因此有物權效力。

至於在英美普通法，Hansmann & Kraakman 也有類似的說明，其說：「在驗證問題上，財產法一般是假設在某特定資產上的所有

55 張巍探討哪些物權的挫折成本較高因此應容許創設，是已經立於物權應法定的立場，但此一分析同樣可用於物權自治，那些物權會先被市場創設，因此其無法證立物權應法定。張巍，前揭（註18）文，頁137-138。

56 See JAMES M. BUCHANAN, THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN v.5: THE DEMAND AND SUPPLY OF PUBLIC GOODS (1999).

物權是由一人享有，其例外是，多數人可以不同的物權分享此物，只要受到此分割權利影響的人，受到合理的告知。**必要的告知程度或法律上應該如何積極促使此一告知，不同物權不同，視分割的效益與告知費用而定。⁵⁷**」

我國民法第七五七條最近從「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」修訂為「物權除依法律或習慣外，不得創設。」這是明文放棄了物權法定，同時也是公示效能的成文化。所謂習慣，就是相關人習以為常，不必言明的資訊傳遞，因此其若非明知即是可得而知，從而其非善意，應受他人創設權利的拘束。民法第六十八條第二項說：「主物之處分，及於從物。」其第一項說：「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，為從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。」該項本文中的「常助主物之用」，理解上也是一種習慣，一般人的習慣，只是如果此交易還有更特別的習慣，那就依該特別習慣，此都是資訊傳遞的表現。即使在意思表示中未「明言」的物，都受處分效力所及，則新創物權種類的後果，可能更壞於此？

在個別法律規定方面，「任何人不得為大於自己處分」原則，固定了第三人避免侵權的成本，從而物權種類之增加，不會額外增加其避免侵權的成本。私有物權一旦受承認，有體物之「有體」初步界定了物權範圍，其具公示作用，第三人只要消極不為就不會得

57 原文是“Property law generally addresses the verification problem by presuming that all property rights in a given asset are held by a single owner, subject to the exception that a partitioning of property rights across more than one owner is enforceable if there has been adequate notice of that partitioning to persons whom it might affect. The degree of notice required and the extent to which the law affirmatively facilitate the giving of notice vary across different types of property rights according to the utility of the partitioning and the costs of giving notice.” Hansmann & Kraakman, *supra* note 5, at S374。類似論點，參見 Richard A. Epstein, *Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes*, 55 S. CAL. L. REV. 1353, 1353-68 (1981).

咎⁵⁸。在「任何人不得為大於自己處分」原則下，新創物權不會增加第三人避免侵權的估量成本——第三人只要知道此物非其所有，並無須知道此物到底為 A 或 B 所有，或其上是否另有新創物權。理由是，第三人是消極被動面對各種物權之創設與變動，而非如財產交易人在於積極主動進一步劃分財產的有價值質素，一方面，這些資訊對其是無意義的，另一方面，其所面對是無限多的交易，若要其一一去知曉此資訊，無異天文數字，不強其知，是為知！

避免侵權有上述的「任何人不得為大於自己處分」原則，在促進交易上，則是善意保護制度。此制度是公示制度之必然，而非如有論者所言，其是物權自治的偶然⁵⁹。道理再簡單不過了，沒有善意取得的法律效力，公示還有意義嗎？公示無非在取代個別的資訊傳遞，但公示若無法取得善意保護之效力，其必然迫使財產交易人要回歸具體個別資訊之檢驗，則公示的功能即蕩然無存矣！這裡存在一個關係：公示功能愈強，援用善意保護原則的機會愈小；公示功能愈弱，援用善意保護原則的機會則愈大。

相對於第三人避免侵權以物之「有體」為其區分標準，物權交易問題則是以「質（無體）」為中心——物的諸多質素（例如時間長短、使用或擔保等）如何分配（誰是權利人）——而此很難以「有體」公示，除了訴諸文字符號，恐怕難竟其功。例如，占有作為一種公示，即有力有未逮之處。一者，占有人可能非有權處分

58 在此應注意的是，物的「有體」僅是初步界定，而且本身往往也有模糊之處。例如建築可能越界，此即土地疆界不明（參見民法§796以下）。又例如無主物與遺失物如何區分？在垃圾場，無主物，也許，但若是值錢物如鑽戒，就不可能如此認定。惟不管如何，此與新增物權種類無關，而且其解決方式，也是視公示效能而定（在垃圾場還是車站？值錢還是不值錢？）。

59 張永健說：「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」。張永健，前揭（註27）文，頁133。另外，偶然也非無規範力。參見 Armen A. Alchian, *Uncertainty, Evolution and Economic Theory*, in THE COLLECTED WORKS OF ARMEN A. ALCHIAN v. 1: CHOICE AND COST UNDER UNCERTAINTY 1, 3-17 (2006).

人，則交易相對人承受物被索回的危險；二者，有些物權不以占有為必要，例如抵押，則定義上，即無法公示。在後者，既然無法公示，自然不可能創設此種物權。在前者，法律則以善意保護原則（民法 § 948），去除交易相對人之物可能被索回的疑慮，從而促進交易。此不但在所有權的交易是如此（民法 § 801），質權也是如此（民法 § 886）。此例也可反證，Merrill & Smith 所言，質權之創設會增加他人估量成本，是錯的，因為在善意取得，交易相對人都可以不考慮真正所有權何在，其自然更不會去考慮質權或其他定限物權之存在，估量成本如何增加？

新修訂的民法第八五九條之三第一項規定：「基於以使用收益為目的之物權或租賃關係而使用需役不動產者，亦得為該不動產設定不動產役權。」；第八五九條之四規定：「不動產役權，亦得就自己之不動產設定之。」皆是有助於不動產活化利用⁶⁰。此若是在 Merrill & Smith 分析架構下，極可能是不被承認的，因為相對於物權種類僅對於所有權的外加，此更有顛覆眾人對於所有權認知的效果，其所增加的估量成本想必更大。前者必須與民法第一一八條第一項調和：「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力。」後者則要與自己怎可與自己訂約交易的觀念調和。但從公示效能而言，只要其可公示，甲物之上的定限物權即不會使人受害，至於其是甲物所有人 A 或他人 B 所設定，根本無關緊要。

陸、結論

歷史上，為了去除封建殘餘，物權法定主義的確發揮了很大功

⁶⁰ 參見蘇永欽，〈促銷不動產役權〉，《法令月刊》，61卷8期，頁151-155（2010年8月）。

能⁶¹，但在如今私有制的社會，其效能已不復存在。虛擬一個不完滿的物權自治情境，然後理想化物權法定主義，並非好論證。物權創設本身是一個內部化過程，而非一個靜態的外部性。Merrill & Smith 以假設不一致的資訊外部性模型主張物權法定，犯了庇古式外部性分析的兩大謬誤⁶²：一、假設立法者的善心與全知全能；二、視所有未補償的損害未內部化。其修正論者，將公示制度之設立及其他法令之修改視為外部成本，則更是違反了整體法律體系的內部化功能。蘇永欽與 Hansmann & Kraakman 探討各種公示制度的成本，是出於內部化的考量——從眾多的公示制度中，選取成本最小者——而非將公示制度所生的成本，視為外部成本。外部性的分析，若要有意義，不在於發現某人的行動增加了他人的成本（或損害），這必然到處都是的，否則也不會有經濟問題——競爭稀有資源⁶³——而是發現是否有交易障礙，從而減少之。善意保護或不得大於自己處分等原則，促進了交易與避免了侵權，當然減少了外部性。採取先進的登記制度，增加了系統成本，但其減少了交易障礙，則不管其是經由收費或課稅，外部性是減少了而非增加了。將這些減少外部性的制度費用視為外部成本，是斷錯了病因，視物權法定為毫無副作用的內部化解藥，則是開錯了藥方。內外之防，能不慎乎？

61 See Henry Hansman & Ugo Mattei, *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 N.Y.U. L. REV. 434, 442 (1998); 謝在全,《民法物權論(上)》, 頁57 (2004年8月增訂3版)。

62 See Buchanan, *supra* note 43, at 292-95.

63 See Armen A. Alchian, *Pricing and Society*, in THE COLLECTED WORKS OF ARMEN A. ALCHIAN v. 2: PROPERTY RIGHTS AND ECONOMIC BEHAVIOR 68, 68-83 (2006).

參考文獻

1. 中文部分

- Richard A. Epstein 著，簡資修譯（2003），自由社會之原則，台北：商周。
- 干學平（2010），法律權利之司法保護的基本負載訂價：海耶克知識利用視角下的物權法定原則，「財產法體系的重構——從物權法定原則談起」會議論文集（政治大學與南京大學合辦），頁53-83。
- 王文宇（2003），物權法定原則與物權債權區分，月旦法學雜誌，93期，頁138-165。
- 張五常（2007），經濟學的缺環，香港：花千樹。
- （2005），制度的選擇：經濟解釋卷三，香港：花千樹。
- 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。
- 張巍（2006），物權法定與物權自由的經濟分析，中國社會科學，4期，頁129-140。
- 張鵬（2004），物權法定經濟上合理性之批判，月旦法學雜誌，108期，頁140-157。
- 謝在全（2004），民法物權論（上、中、下冊，增訂三版），台北：自版。
- 簡資修（2004），轉讓（買賣）不破租賃及其類推適用——長期投資保障觀點之分析，政大法學評論，78期，頁121-147。
- （2003），物權法：共享與排他之調和，月旦法學雜誌，97期，頁217-226。
- （1996），寇斯的《廠商、市場與法律》——一個法律人的觀點，台大法學論叢，26卷2期，頁229-246，經濟推理與法律（2006），頁15-33，台北：元照。

- 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，收於氏著，經濟法的挑戰（1994），頁1-58，台北：五南。
- （2002），民事財產法在新世紀面臨的挑戰，走入新世紀的私法自治，頁59-90，台北：元照。
 - （2008），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，尋找新民法，頁101-158，台北：元照。
 - （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年秋季號，頁16-44。
 - （2010），物權自由了，法令月刊，61卷3期，頁121-125。
 - （2010），促銷不動產役權，法令月刊，61卷8期，頁151-155。

2. 外文部分

- Alchian, Armen A. (2006), Uncertainty, Evolution and Economic Theory, in *The Collected Works of Armen A. Alchian v. 1: Choice and Cost under Uncertainty*, 3-17, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund.
- (2006), Pricing and Society, *The Collected Works of Armen A. Alchian v. 2: Property Rights and Economic Behavior*, 68-83, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund.
- Buchanan, James M. (2001), The Bases for Collective Action, *The Collected Works of James M. Buchanan v.15: Externalities and Public Expenditure Theory*, 3-38, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund.
- (2001), Good Economics – Bad Law, *The Collected Works of James M. Buchanan v.18: Federalism, Liberty, and the Law*, 327-337, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund.
 - (2000), Opportunity Costs and Legal Institutions, *The Collected Works of James M. Buchanan v. 12: Economic Inquiry and Its Logic*, 285-297, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund.

- (1999), *The Institutions of Fiscal Choice*, *The Collected Works of James M. Buchanan v.5: The Demand and Supply of Public Goods*, 142-160, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund.
- Buchanan, James M. & William Craig Stubblebine (2001), *Externality*, *The Collected Works of James M. Buchanan v.15: Externalities and Public Expenditure Theory*, 109-125, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund.
- Buchanan, James M. & Yong J. Yoon (2000), *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, 43(1) *J.L. & Econ.* 1-13.
- Cheung, Steven N. S. (2005), *The Contractual Nature of the Firm, Economic Explanation: Selected Papers of Steven N.S. Cheung* (張五常英語論文選), 201-229, 香港: 花千樹。
- (1980), *The Myth of Social Cost*, San Francisco, California: Cato Institute.
- Coase, Ronald H. (1988), *The Marginal Cost Controversy*, in *The Firm, the Market and the Law*, 75-93, Chicago: University of Chicago Press.
- (1988), *The Nature of the Firm*, in *The Firm, the Market and the Law*, 33-55, Chicago: University of Chicago Press.
- Cooter, Robert & Thomas Ulen (2004), *Law and Economics*, 4th ed., Boston: Pearson Addison Wesley.
- Demsetz, Harold (2002), *Social Cost* (within the item "Ronald Coase"), in Peter Newman ed., *2 The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 268-270, New York: Palgrave Macmillan.
- (1967), *Toward a Theory of Property Rights*, 57 *Am. Econ. Rev.* 347-359.
- Epstein, Richard A. (1981), *Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes*, 55 *S. Cal. L. Rev.* 1353-1368.
- Hansman, Henry & Ugo Mattei (1998), *The Functions of Trust Law: A*

Comparative Legal and Economic Analysis, 73 N.Y.U. L. Rev. 434-479.

Hansmann, Henry & Reinier Kraakman (2002), Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, 31 J. Legal Stud. S373-S420.

Merrill, Thomas W. & Henry E. Smith (2000), Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, 110 Yale L.J. 1-70.

Rudden, Bernard (1987), Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem, in John Eekelaar & John Bell eds., Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series, 239-263.