

## 物权是内部化而不是外部性

简资修\*

【编者按】本文是简资修教授作为匿名评审专家,在评审张永健《再访物权法定与自由之争议》一文(本期所刊)时撰写的评审意见。作为评审专家,简资修认为该文结构完整,引注充分且为相当主流之见,因而极力推荐刊登。同时他也建议同时刊登他的评审意见,以利于学术争鸣。本刊尊重简资修教授的意见,在此将其意见作为相对独立的文章刊登。

物权到底应是法定还是自由为佳,在海峡两岸引起很大争执,论者挟其经济分析,更是热闹非凡。张教授此文《再访物权法定与自由之争议》(以下简称《再访物权》),中外文献搜集丰富,有意总结此一争论。其论旨是:物权创设造成了外部性,滋生社会成本,若令物权自由创设之,必然使物权种类过多,因此物权种类一定要法定,顶多加上以习惯去调整,否则就是无效率。但这是标准的皮古式经济分析——假设不一致与举例不洽。<sup>〔1〕</sup>

几个相关问题:民间为何交易失败?立法者为何是全能的?物权种类(数量)受到限制,到底是法律不足还是法律过度?

《再访物权》的第二节是其理论部分,其(图1)说,当边际社会成本与边际社会利益相等时,此时是物权的最适量。在数学计算上,边际成本与利益相等时,其值的确是最大的,但欲求其经济或法律意义,必先了解:一、边际成本与利益是如何求得?二、其是如何互动而可调整至相等?

《再访物权》主张梅里尔与史密斯(Merrill & Smith)的信息外部性说法,但又自称调和了汉斯曼和卡拉克曼(Hansmann & Kraakman)的理论。不过,梅史二氏与汉卡二氏,应该不会同意此混搭。一方面,汉卡二氏在其成文在后之文中,明言其是为反梅史二氏之文而作的;<sup>〔2〕</sup>另一方面,梅史二氏应该也不乐见汉卡二氏之说加入其中,稀释了其核心论旨——单纯的信息外部性,无关于任何的“系统成本”或公示制度。梅史二氏知道系统成本是固定的,其边际成本为零,因此在计算边际社会成本时,根本无须加入此项,此所以其将公示制度视为外生。而汉卡二氏之所以加入系统成本,是其针对单一新设物权,决定是否承认,自然要从“总”成本利益来考虑。《再访物权》想融合梅史二氏与汉卡二氏,逻辑上是不可能的。《再访物权》图1,既然是“边际”社会成本利益图,其即不可能包括“固定”的系统成本,因为其非边际的。

其实,物权外部性理论的最大问题,不是在要如何加入系统成本,而是其所谓外部性根本不存

\* 台湾大学法律系副教授、法学博士。

〔1〕 See Steven N. S. Cheung, *The Myth of Social Cost* (San Francisco: Cato Institute, 1980) p. 51.

〔2〕 Henry Hansmann and Reinier Kraakman, “Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights”, 31 *The Journal of Legal Studies* (2002), 374.

在。《再访物权》以图 2 说明，当私人创设了物权，私人成本与社会成本分离，因此物权创设就会过多。此图 2 的问题与图 1 的问题是一样的：美则美矣，但为何私人与社会成本分离？这必须回到梅史二氏原始论文的图 1 去看，而且这才是梅史二氏理论迷（惑）人之处。

本人曾为文指出梅史二氏理论的缺失，说：“其将物权创设的利害关系人分为三类，如图 1：一、创设该物权的交易当事人 A、B 以及其后手 C<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>、D<sub>1</sub>、D<sub>2</sub>；二、不想设定该物权而为其他物权交易的当事人 E、F、G、H；三、可能侵害到物权的第三人 I、J。Merrill & Smith 认为创设新物权会对第二类以及第三类的人造成信息外部性，因此必须禁止之，如此物权创设交易当事人就会承受物权无法创设所生的挫折成本（frustration costs），而减少其物权创设行为；当此成本与因创设物权对第二类及第三类利害关系人所生的估量成本（measurement costs）在边际上等值时，此即为最适量的物权种类。

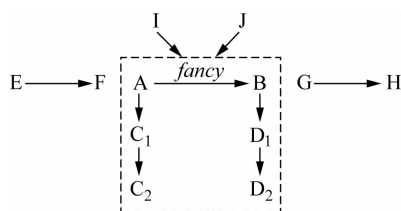


图 1

“Merrill & Smith 硬生生将人分为三类，然后说在第一类人之间无外部性，而第二类人与第三类人和物权创设人之间，则处处外部性，是假设不实了。一者，第一类人与第二类人，根本无法区分。二者，第一类人与第三类人，在长期上，也是互换的。

“按在第一类人间，不但是物权创设人 A、B 有诱因将此物权公诸于世，令其后手 C<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>、D<sub>1</sub>、D<sub>2</sub> 等人知悉，以减少其物权不确定性，从而增加其资产价值，其后手同样也有诱因，希望其交易之物上的负担，清楚明白，减少其不确定性，从而才能出高价格。可见第一类人间，有诱因去创造一个符合成本效益的公示制度，此是 Merrill & Smith 所言的内部化，无外部性存在。

“此外，从事后观点看，第一类人与第二类人，的确可区分，但从事前观点看，对于物权创设人 A、B 而言，其后手 C<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>、D<sub>1</sub>、D<sub>2</sub> 与第二类人 E、F、G、H 是无从区分。因为此一区分只在有后手交易时，才显现出来，而物权在创设之时即公示了，因此其交易（公示）对象除了其后手 C<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>、D<sub>1</sub>、D<sub>2</sub> 外，还包括了第二类人 E、F、G、H。不单如此，从第二类人与物权创设人的后手的观点言，其在为交易时，也不知其应归属第一类人或第二类人，除非创设物权已经公示了，因此 E、F、G、H 一如 C<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>、D<sub>1</sub>、D<sub>2</sub>，有强烈诱因希望物权公示，而与物权创设人 A、B 趋同了。若将动态因素考虑进来，更是如此。例如在甲交易，A、B 是物权创设人，在乙交易，其成为他人后手 C<sub>1</sub>、C<sub>2</sub>、D<sub>1</sub>、D<sub>2</sub>，在丙交易，其又成为 E、F、G、H。换言之，Merrill & Smith 不能假设第一类人间无外部性，而第二类人间有外部性，否则就是逻辑矛盾。

“若再将模型的时间拉长，这在法律规范之形成，是很正常的。当世界上的财产非你我一人所有，则物权创设人 A、B 与第三类人 I、J，是互换的。A、B 知道其所创设的物权，若造成外部性，其后也会加诸其身，自然就内部化了，则所谓第三类人的外部成本，即无从说起。”〔3〕

物权之创设，因此是在“消弭”外部性而非其“制造了”外部性。若将之放在《再访物权》图 2 架构，其解说刚好与《再访物权》相反。《再访物权》的现状是  $Q^A$ ，法律应使之往  $Q^*$  移动；内部化的说法则是，现状是  $Q^*$  而非  $Q^A$ ，因此法律应该使“社会成本”去除，使之回归私人成本，此即将  $Q^*$  移往  $Q^A$ 。

《再访物权》说，物权自由主义为“由市场交易者自由创设新物权类型（无须得到法院之认

〔3〕 简资修：《物权外部性问题》，载《中研院法学期刊》2011 年第 8 期，第 232～235 页。

可!)”。但不受法院认可,还可称权利吗?更何况是具追及效力的物权。物权创设者,不可能不要法院承认,否则创设物权何用?如上述所言,物权之创设是去除外部性的内部化过程,民间社会是想要愈多物权愈好,但其数量(种类)受公示制度限制,法院在此是被动的——公示制度并非法院可去筹建——其只能在现有公示制度下去承认物权(种类)。没有不须法院承认的物权自由主义;物权自由不会是目前法律的丛林!

《再访物权》举着橘色大衣不可通行外部性之例。但世上可有这种案例?为何有人要去创设这种物权?此即需求何在。又其创造了何种外部性?如果其无法令人知晓此为私有道路而且有着装颜色限制,表示此人役权无公示制度支撑,从而法院不会承认,但其大可在路口以醒目标语公示此人役权,如果技术上可行,甚至可每天更换。对用路人而言,其原本即无权使用他人道路,这种人役权限制,不管多复杂,对其都是有利的。私有道路若与公用道路相通,私有道路所有人必须提醒这是私有财产不可擅入,开放私有道路人役权不会增加用路人判断道路公用与否的成本。《再访物权》又举手表分日所有为例。但为何少有人去创设这种物权?因为法院不承认。但为何法院不承认?因为其无公示制度支撑。但为何无公示制度?因为政府或市场未提供。但为何政府或市场未提供?因为投资报酬率为负值。分日所有不是原罪,其之所以不获承认,并非其“创造了”所谓外部性,要由法律加以制止,而是因为公示制度不足,令想创设物权的人裹足不前了!

另外,纯从形式来看,《再访物权》的图2也有很大问题。如果依照其私人与社会成本分离说法,此图应该是针对特定物权创设所为之分析,其横轴不能是物权种类,充其量其只能是特定物权的强度,虽然这很难想象。其在文中所举的例子,也多是针对单一创设物权而来,而不是去说明如何增加了一个物权,其边际上就(递)增加了社会成本。若是如此,梅史二氏的理论,已被弃置,汉卡二氏的理论胜出——针对单一物权为总成本利益分析,而非在全部物权种类排序,划定最适的物权种类(数量)。

诚如《再访物权》指出,法律问题是物权到底是要法定还是自治,但理论问题是经济分析。不过,经济分析也不能只是边际社会成本与效益相等之极大化形式推演,而必须有实质内容。杨振宁教授在纪念爱因斯坦诞生一百二十五周年大会上说:“相对论这个名词,并不是爱因斯坦,而是庞加莱(Henri Poincare, 1854—1912)发明的。庞加莱在1905年的前一年的一次演讲中讲道:‘按照相对论原则,不论是对于一个不移动的,或者是以均速运动的观察者来说,物理现象的定律应该是相同的。因此,我们不能,也没有任何方法可以分辨我们是否在从事这样的运动。’这段说话不仅提出了‘相对论’这个名词,而且描绘出在哲学上绝对正确的、令人吃惊的洞察力。不过庞加莱并没有了解此想法在物理学中的全部含义。在同一演讲后面的段落显示出他没有能领悟“同时性”是相对的这个关键的和革命性的概念。爱因斯坦也不是第一个写出下面这组极为重要的变换公式的人,这是洛兰兹(Hendrik A. Lorentz, 1853—1928)早已提出来的。这个变换曾经,至今仍是,以洛兰兹的名字命名。可是洛兰兹也没有领悟‘同时性’是相对的这个革命性的概念。他在1915年写道:‘我没有成功的主要原因是我墨守只有变量t可被看作是真正的时间,我的局部时间t'最多只被认为是一个辅助的数学量。’这就是说,洛兰兹懂了相对论的数学,可是没有懂其中的物理学,庞加莱则是懂了相对论的哲学,但也没有懂其中的物理学。”〔4〕

《再访物权》在极大化的计算上有意义,但在以交易为核心的经济分析,似乎没有意义,从而也缺乏了法律意义。

(责任编辑:黄 韬)

〔4〕 杨振宁:《爱因斯坦对二十一世纪理论物理学的影响》,载《二十一世纪》2004年6月号,第101~102页。