

## 物權：( 實體 ) 物或權 ( 定分 )

簡資修\*

- 一、 前言
- 二、 科斯電波
- 三、 相鄰關係
- 四、 物權法定
- 五、 占有物化
- 六、 侵權責任
- 七、 財產利益
- 八、 概念經濟
- 九、 結語

---

\* 中央研究院法律學研究所研究員、台灣大學法律學系合聘教授。此篇文章從 2011 年初稿至今，曾在香港大學法學院、中國政法大學中歐法學院與社科法學連線等的研討會報告過，要感謝的人太多，在此就不一一列其名。本文仍有的錯誤，當然是作者本人要自負的。

## 一、前言

不管是在大陸法或普通法，物權是被區分於債或契約請求。一方面，相對於對人的請求，物權是對物的直接支配<sup>1</sup>；另一方面，相對於與其衝突的對人的請求權，物權具優先性。這裡的問題是，在前者，物權人不是對所有侵犯其支配者皆可排除，有時其完全不能<sup>2</sup>，有時僅能請求損害賠償<sup>3</sup>，為何如此呢？在後者，物權人不以對物的直接支配為必要，或甚至對物的直接支配者，並不是物權人<sup>4</sup>，則如何認定誰是物權人呢？這是將「物權」以（實體）「物」而非「權」（定分）視之的後果，而此實外部性經濟理論（externality）的法學版。

科斯（Ronald Coase）在〈社會成本問題〉一文的總結最後說<sup>5</sup>：一、生產要素被以物理實體視之，造成了正確分析外溢效果<sup>6</sup>之困難；二、一個權利不受限制的法律系統（此即有損害即課責之外部性理論），根本無權利可言；三、在法律系統，改進某部分去減少損害，可能造成其他部分的損害，若再將轉換成本考量進來，即可能得不償失。但梅若與史密斯（Thomas Merrill and Henry Smith）則認為，科斯這種物權觀是不當的<sup>7</sup>，其甚至說，這是不科斯的<sup>8</sup>！梅若與史密斯仿效史蒂格勒（George Stigler）之發明「科斯定理」（Coase Theorem），提出「科斯附論」（Coase Corollary）——在無交易成本的世界（P），財產權利的性質或範圍（Q），無關於社會之產值<sup>9</sup>。但首先，誠如張五常

---

<sup>1</sup> 台灣民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制範圍內，得自由、使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」

<sup>2</sup> 例如台灣民法第 793 條但書。

<sup>3</sup> 例如台灣民法第 184 條之過失（損害賠償）責任。

<sup>4</sup> 例如台灣民法第 860 條規定：「稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。」

<sup>5</sup> R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 155-156 (1988).

<sup>6</sup> 注意：不是外部性（externality）而是外溢效果（external effects），前者有矯正失靈之規範意涵，後者純粹是現象之描述。

<sup>7</sup> Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics*, 111 *Yale LJ* 357 (2001).

<sup>8</sup> Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Making Coasean Property More Coasean*, 54 *J E & Econ.* S77 (2012).

<sup>9</sup> Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Making Coasean Property More Coasean*, 54 *J E & Econ.* S94 (2012).

指出，在無交易成本的世界，豈止財產權利的性質或範圍無關緊要，財產權利根本無存在的必要<sup>10</sup>！次之，雖然定理化的論證看起來比較儼然，但與甚多誤用科斯定理者一樣，其也犯了否定前件的邏輯錯誤（the fallacy of denying the antecedent）——由於世界不是無交易成本（ $\sim P$ ），從而其以（實體）物為中心的物權觀（ $\sim Q$ ），才能使社會產值最大。在此交易成本取代傳統庇古式外部性理論之損害（或利益），成為法律介入之開關。

訊息作為交易成本，在「外部性」前加上「訊息」，成為訊息外部性（information externality），不會使外部性理論，就變成正確了，因為現實世界中，個人間的訊息（量），不可能是對等的，則強制性法律也無所不在了——萬能法律矯正市場失靈（私法自治）之外部性思維還魂了！亨利·史密斯（Henry Smith）主張實體物之物權觀，是法律的模組化（modularity）<sup>11</sup>或標準化（standardization）<sup>12</sup>，有概念經濟（economy of concept）的效果<sup>13</sup>。本文則認為，實體物之物權觀之僵化，反而減少了私法（自治）體系之融貫性，從而概念不經濟了！

本文以下將先探討科斯如何界定無體電波之財產權利——作為市場交易之前提條件，定分而已矣。接著一節本文指出，土地使用相鄰關係之界分，不是以物理疆界為標準。再下一節本文批評了物權法定作為私法自治之例外說法。將占有物化的說法，是本文接著批判的。再來本文指出，侵權法中的實體物之物權觀之結果不法說，造成了過失客觀化，違反私法自治之過失責任原則了。批判完了，本文指出，「財產利益」應取代物作為財產權利之分析起點。最後，本文論證，概念之經濟性在財產法律之表現，不是單一概念之閉鎖，而是其概

---

<sup>10</sup> R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 14-15 (1988).

<sup>11</sup> 參見 Henry E. Smith, *Toward an economic theory of property in information*, in Kenneth Ayotte and Henry E. Smith ed., *Research Handbook on the Economics of Property Law* 104-124 (2011), Northampton, MA: Edward Elgar.

<sup>12</sup> 參見 Henry E. Smith, *Standardization in property law*, in Kenneth Ayotte and Henry E. Smith ed., *Research Handbook on the Economics of Property Law* 148-173 (2011), Northampton, MA: Edward Elgar.

<sup>13</sup> 參見 Henry E. Smith, *On the Economy of Concepts in Property*, 160 *University of Pennsylvania Law Review* 2097-2128 (2012).

念與法律體系是否融貫了。

## 二、 科斯電波

科斯在〈社會成本問題〉一文的前身〈聯邦通訊委員會〉指出，無線通訊之（私有）財產權利，與其說是電波（frequencies）或甚至是以太（空間）（ether）之所有，不如說是「可以特定方式使用設備傳出訊號」<sup>14</sup>。無線通訊之所以需要法律介入，是因為訊號互相干擾，但完全去除干擾，並非社會之最佳，則說財產權利是「排他」占有電波或以太（空間），即無意義，因為其意味了完全無干擾。科斯舉噪音干擾了醫生看診之例說，法院並未探討噪音波誰屬或其穿越的空間誰屬之後，才去裁判。不只此也，其又舉例說，法律是否容許槍彈越過他人土地，其認定與其以他人土地所有權是否及於上空為準，不如探討使用槍枝之限制，因為即使在自己的土地上開槍，若其目的在於嚇跑鄰地供打獵之野鴨，也是不行的<sup>15</sup>。總之，科斯不認為無線通訊之釐定財產權利，有不同於一般者，例如土地使用。

梅若與史密斯認為科斯上述的財產觀有三個缺失。首先，其認為排他權能非科斯財產權利觀之中心，則權利人即無誘因去投資生產，因為其無法收穫其成果<sup>16</sup>。但從上述可知，所謂所有電波或以太，其本身是無法排除鄰波的干擾，只有傳出訊號的方式受到限制，才能減少此一干擾。換言之，傳出訊號的方式（受限制）若不確定，其財產權利即不確定，何來誘因去投資生產。事實反而是，傳出訊號的方式（受限制）確定，其財產權利才確定，從而可（定分）排他，才有誘因去投資生產。

次之，其認為科斯的這種財產觀，對避免侵害權利的他人，造成太大的訊

---

<sup>14</sup> R. H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 *J Law and Economics* 1, 33 (1959).

<sup>15</sup> R. H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 *J Law and Economics* 1, 34 (1959)。可參見台灣民法第 148 條第 1 項規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」

<sup>16</sup> Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Making Coasean Property More Coasean*, 54 *J E & Econ.* S90 (2012).

息負擔<sup>17</sup>。但事實是，相反說法，才對。既然鄰波干擾不全都是侵害權利之「不法」，則死釘住「界線」（更何況以太是無界線的），根本無助於他人知曉其是否會侵權——訊息成本反而無限大！

梅若與史密斯最後認為，科斯的這種財產觀，將損害與因果關係相對化，不為法律（人）接受<sup>18</sup>。但事實是，不少法律是如此的。侵權責任不是結果責任或無過失責任，即是最好的證明。同樣地，既然鄰波干擾不全都是侵害權利之「不法」，將損害與因果關係絕對化，無疑才是「不法」。

此外，誠如科斯指出，若從出版自由的面向來看，電波為物之概念觀，給予了政府管制言論自由的藉口<sup>19</sup>。電波若被視為物，其即有限，從而政府即可加諸諸多限制——雖然是以「公共利益」之名。但電波之使用所以可能，是因為他人的傳送訊號被限制了，則言論自由也受到限制，其限制因此必須是內容中立的，才是合憲的。

### 三、 相鄰關係

台灣民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制範圍內，得自由、使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」此條文似乎顯示了所有權的排他絕對性，但法律是體系的，其必須與其他法律規定整合觀之始可。台灣民法的其他條文，不但有令所有人不得排他而僅能請求金錢補償，甚且有令所有人連金錢補償之請求，都不可得。前者，例如民法第 779 條第 2 項（高地所有人的過水權）、第 780 條（他人工作物的過水使用權）、第 783 條（使用鄰地餘水權）、第 785 條（堰之設置與利用）、第 786 條（管線安設權）、第 787 條（袋地所有人的通行權）、第 788 條（通行權人的開路權）、第 791 條（尋查取回物侵入之容許）、第 792 條（鄰地使用權）及第 796 條（越界建築）等<sup>20</sup>。後者，例如民

<sup>17</sup> Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, Making Coasean Property More Coasean, 54 J E & Econ. S90-91 (2012).

<sup>18</sup> Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, Making Coasean Property More Coasean, 54 J E & Econ. S91-92 (2012).

<sup>19</sup> R. H. Coase, The Federal Communications Commission, 2 J Law and Economics 1, 7-12 (1959)。

<sup>20</sup> 以管線安設權為例。民法第 786 條第 1 項如此規定：「土地所有人非通過他人之土地，不能

法第 793 條規定：「土地所有人於他人之土地、建築物或其他工作物有瓦斯、蒸氣、臭氣、煙氣、熱氣、灰屑、喧囂、振動及其他與此相類者侵入時，得禁止之。但其侵入輕微，或按土地形狀、地方習慣，認為相當者，不在此限。」<sup>21</sup>

在台灣，公寓大廈屋頂平台之使用，曾是爭議問題<sup>22</sup>。在爭議初期，法院將屋頂平台所有權誰屬視為其先決問題，而將其定性為共有，然後再適用共有之法律規定，結果是未對症下藥，滋生困擾。如本文上段所述，相鄰關係之釐定，正是來自於物理疆界誰屬之漠視，而公寓大廈屋頂平台之使用，也是此一關係，只是前者，是水平關係，而後者，是垂直關係，但這種物理關係，在法律關係之釐定上，並不重要。不過，在此屋頂平台之爭議，台灣法院卻反向操作，先以若無屋頂平台，即無公寓大廈（作為獨立不動產）本身之共榮理由<sup>23</sup>，認定屋頂平台為共有，然後適用共有相關規定，導致剪不斷、理還亂的窘況。因為若是依照此一論理，何止屋頂平台，而是所有的樓層地板，都是共有，則他人基於共有人之身份，是可以任意進出公寓大廈各單位的，這太荒謬了。

相鄰關係本質上還是人之「合約」而非物之「支配」，此所以社區規約如此重要，而且有對世效力<sup>24</sup>；前述民法第 793 條但書中的侵入輕微，或按土地形狀、地方習慣，認為相當者，也是互蒙其利的合約表達。這可分兩方面說。一方面：這些聲響或氣體之侵入，只要是相鄰之間，一定是無法避免，因此是

---

設置電線、水管、瓦斯管或其他管線，或雖能設置而需費過鉅者，得通過他人土地之上下而設置之。但應擇其損害最少之處所及方法為之，並應支付償金。」

<sup>21</sup> 德國民法甚至以正面禁止排他反面才容許排他規定之。其第 906 條規定：「(第一項)土地所有人對於瓦斯、蒸氣、臭氣、煙、煤、熱、音響及振動之侵入，及其他來自鄰地之類似干擾，並不妨害其對土地利用、或其妨害僅係不重大者，不得禁止之。法律或法規命令所定之上限值或標準值，不為依該規定確定及評估之干擾所超過者，通常構成不重大之妨害。依聯邦公害防治法第四十八條規定公有且反映現有技術狀態之一般行政規定之數值者，亦同。」德國民法（總則編、債編、物權編），頁 867，國立臺灣大學法律學院（德國民法編譯委員會）、財團法人台大法學基金會，2016 年修訂第二版，台北：元照出版。

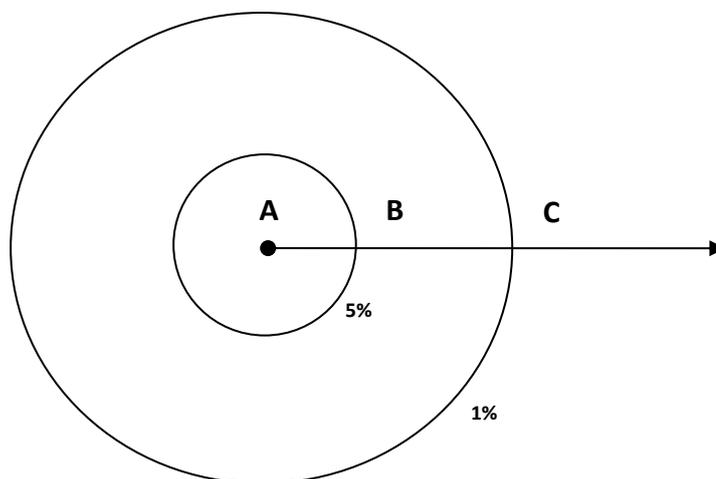
<sup>22</sup> 參見簡資修，公寓大廈屋頂平台之產權研究，軍法專刊，41 卷 10 期，頁 8-15（1995 年），收於氏著，經濟推理與法律，頁 165-191（2014 年增訂 3 版）。

<sup>23</sup> 建物須可遮風避雨，達經濟上使用目的，始可為獨立不動產。參見台灣最高法院 70 台上 2221 判決。

<sup>24</sup> 參見台灣民法第 799 條至 800 條之 1 與公寓大廈管理條例。

互為侵入，則在特定具體情況，賦予受害人請求權，毋寧滋生紛擾<sup>25</sup>，因為在 A 情況，甲是受害人，乙是侵害人，但在 B 情況，甲成為侵害人，而乙成為受害人，則一者，這種互告，是各自逐利浪費，二者，如有好告之一方，其可以告為威脅，掠取不當利益。二方面是：這些聲響或氣體之侵入，是涉及多人的，則即使發出者，因有極高價值，想買通眾多受害人，也是不可能的。

按聲響或氣體的性質，是向四方擴散的，因此其影響愈是輕微，其愈是邊緣，受到影響的土地也愈多，則聲響或氣體發出者必須買通的土地也愈多，交易難以成立。例如在下圖，A 點是聲響或氣體發源，其擴散至 B 時，仍有 5% 的密度，但擴散至 C 時，只剩下 1% 的密度，因此可稱之為輕微；此時不但 AC 之長度大於 AB 之長度，而且 AC 的圓周長度更是要大於 AB 的圓周長度，此即聲響或氣體發出者要買通的人，隨著其影響程度減弱而增加，倍增交易的困難。須強調者，這裡不妨礙立法或行政部門去訂定排放標準，且對違反者，加以處罰。法院由於其制度機能所限，是無法去訂定或執行這些「行政管制」事項<sup>26</sup>。



<sup>25</sup> 這是「你活我也活」(live and let live)之規範。參見 Richard A. Epstein 著，簡資修譯，自由社會之原則，221 頁以下，2003 年。台北：商周。

<sup>26</sup> 參見簡資修，市場、法院或政府——法律實踐的制度面向，收於氏著，經濟推理與法律，頁 55-64，2014 年。台北：元照。

#### 四、物權法定

梅若與史密斯基於物權是對物的支配，在〈財產法的最適標準化——物權法定原則〉一文主張<sup>27</sup>：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。但本人在〈物權外部性問題〉一文指出<sup>28</sup>：「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，但這是事後觀點的。事前觀點是物權創設人與其他財產交易人或一般人，是互為流動的，因此物權制度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。又在經驗上，至少在台灣，物權法定不但被實務規避<sup>29</sup>，而且在最近的民法典修訂中被揚棄了。」

梅若與史密斯基的經濟分析為<sup>30</sup>：「將物權創設的利害關係人分為三類，如圖

---

<sup>27</sup> Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 Yale L. J. 1 (2000).

<sup>28</sup> 簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，第8期，頁227-257，2011年。

<sup>29</sup> 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）。

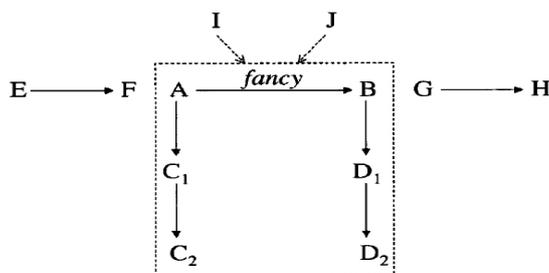
<sup>30</sup> 參見簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，第8期，頁232-233，2011年。

—<sup>31</sup>：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<sup>32</sup>。」

本人則指出<sup>33</sup>：「在理論上，Merrill & Smith 硬生生將人分為三類，然後說第一類人間無外部性，而第二類人與第三類人和物權創設人間，則處處外部性，是假設不實了。一者，第一類人與第二類人間，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。

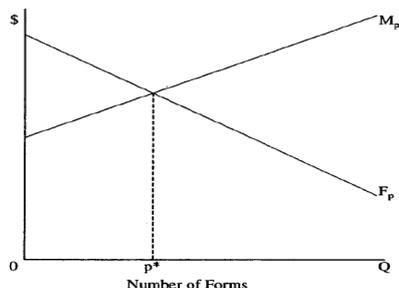
按在第一類人間，不但是物權創設人 A、B 有誘因將此物權公諸於世，令其後手 C1、C2、D1、D2 等人知悉，以減少其物權不確定性，從而增加其資產價值，其後手同樣也有誘因，希望其交易之物上的負擔，清楚明白，減少其不

FIGURE 1. THE CLASSES OF AFFECTED PARTIES



31

FIGURE 2. OPTIMAL NUMBER OF PROPERTY FORMS



$M_p$  = marginal cost of measuring (delineating and processing) property rights

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

32

<sup>33</sup> 參見簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，第 8 期，頁 234-235，2011 年。

確定性，從而才能出高價格<sup>34</sup>。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。

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 是無從區分的。因為此一區分只在有後手交易時，才顯現出來的，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。不但此也，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，而第二類人間有外部性，否則就是邏輯矛盾了。

若將模型的時間拉長，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。」

台灣民法第 826 條之 1 規定：「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。」同條第二項規定：「動產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。」此一條文之規定，使得所有權人可以共有「契約」之方式，經過登記，創設任何其想要的物權，所謂物

<sup>34</sup> 參見簡資修，〈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）。

權法定主義，若有的話，也是名存實亡<sup>35</sup>。

## 五、 占有物化

張永健以法律概念的經濟性以及責任與利益同歸屬於有「現實」管領力者才有效率之理由<sup>36</sup>，主張間接占有不是占有，而占有輔助人才是占有人，並且不容許占有之繼承與合併<sup>37</sup>。但這是過度將占有物化了。

台灣民法第 190 條：「動物加損害於他人者，由其占有人負損害賠償責任。但依動物之種類及性質已為相當注意之管束，或縱為相當注意之管束而仍不免發生損害者，不在此限。動物係由第三人或他動物之挑動，致加損害於他人者，其占有人對於該第三人或該他動物之占有人，有求償權。」張永健主張，此條文之所以不以所有人而以占有人為規定對象，是因為所有人與占有（輔助）人間，有所謂代理成本（agency cost），必須直接課予占有（輔助）人損害賠償責任，才能使其與所有人「同心同德」避免損害之發生。但此規定之實際理由，應是：所有人不一定是占有人，因為該動物可能因為租賃或借貸等關係，而由非所有人占有。依照張永健的說法，只有占有輔助人才是占有人，則這些非現實占有的所有人或其他「間接占有人」，不是占有人，因此無庸負損害賠償責任——法律被背棄了。而所謂代理成本之說法，也只是橫生枝節，不是理由，因為侵權法是在規範無（具體）契約的關係，此即占有人與受害人間之關係，而代理是占有人與占有輔助人之關係<sup>38</sup>。

另外，台灣民法第 373 條規定：「買賣標的物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限。」張永健說：原則上指示交付或占有改定，不是此條文中的交付，因為此時買受人尚未有現實管領力，因此無法減少實現風險之機率。但這又是侵權與契約不分了。條文中的危

<sup>35</sup> 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）。

<sup>36</sup> 台灣民法第 940 條規定：「對於物有事實上管領之力者，為占有人。」張永健將「事實上」管領力為非常狹隘之物理支配之理解，因此在此以「現實」（上）管領力稱其說明。

<sup>37</sup> 參見張永健，占有規範之法理分析，台大法學論叢，第 42 卷特刊，頁 847-932，2013 年。

<sup>38</sup> 張永健，占有規範之法理分析，台大法學論叢，第 42 卷特刊，頁 855-856，2013 年。

險，是指買賣雙方當事人皆無法防止的損害，與現實上管領力無關。引入所謂「契約法預設任意規定（default rule）」之經濟理論，是多餘的<sup>39</sup>。

三者，台灣民法第 791 條規定：「土地所有人，遇他人之物品或動物偶至其地內者，應許該物品或動物之占有人或所有人入其地內，尋查取回。」張永健認為此條文排除了占有輔助人可入內尋查取回。但占有輔助人之所以是輔助人，是其在輔助占有人行使占有，則既然占有人可尋查取回，其輔助即是入內尋查取回<sup>40</sup>！雖然台灣民法第 961 條規定：「依第九百四十二條所定對於物有管領力之人，亦得行使前條所定占有之權利。」但即使無本條的規定，占有輔助人之所以是占有之輔助人，也應理所當然可以為民法第 960 條的自力救濟行為<sup>41</sup>。

四者，台灣民法第 947 條規定：「（第 1 項）占有之繼承人或受讓人，得就自己之占有或將自己之占有與其前占有之占有合併，而為主張。」如果從張永健的現實管領力觀點言，此規定等於橫空世出、無理取鬧<sup>42</sup>。但占有作為公示，其可比擬於登記<sup>43</sup>，則其繼承或受讓，從而主張占有合併，是自然不過了。

張永健說其占有之現實管領力之狹義說法，來自亨利·史密斯的概念經濟性理論（詳見本文第八節），但這應是概念經濟性之誤用<sup>44</sup>。首先，亨利·史密斯的概念經濟性用法，已經是過份狹窄，其將同屬下一級的不同概念，視之以基準/例外，因此體系斷裂了。而張永健則更將占有此一概念，由現實管領獨占，排除其他指涉，甚至連加上修飾詞，例如「間接」占有或占有「輔助」人，都不可以，這更是令法律破碎化了，經濟性安在哉。如依此邏輯，則

<sup>39</sup> 張永健，占有規範之法理分析，台大法學論叢，第 42 卷特刊，頁 856-857，2013 年。

<sup>40</sup> 張永健，占有規範之法理分析，台大法學論叢，第 42 卷特刊，頁 857，2013 年。

<sup>41</sup> 台灣民法第 960 條：「（第一項）占有人，對於侵奪或妨害其占有之行為，得以己力防禦之。（第二項）占有物被侵奪者，如係不動產，占有人得於侵奪後，即時排除加害人而取回之；如係動產，占有人得就地或追蹤向加害人取回之。」參見張永健，占有規範之法理分析，台大法學論叢，第 42 卷特刊，頁 857-858，2013 年。

<sup>42</sup> 張永健，占有規範之法理分析，台大法學論叢，第 42 卷特刊，頁 880-881，2013 年。

<sup>43</sup> 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）

<sup>44</sup> 張永健，占有規範之法理分析，台大法學論叢，第 42 卷特刊，頁 852，註 18，2013 年。

「法」就只能「法」之單字使用，所謂「私法」或「公法」，甚至「民法」、「刑法」、「行政法」、「訴訟法」或「憲法」等名詞或分類，都是不可以的。

## 六、 侵權責任

台灣民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」從文義來看，過失既然與故意並列，其應是與故意同為心理狀態，雖然一是認知到，另一則是未認知到，此即應注意能注意而不注意（刑法第 14 條）。但物權實物觀之結果不法說，令過失客觀化了，以致於破壞私法自治體系。結果不法說指：物權作為占有時空之實物，其一旦受到侵害，應先被推定為不法，而由行為人舉證其無過失，始能免責。如此一來，（主觀）過失之認定，即成為（客觀）不法之認定。例如在弱視駕駛之例，一旦發生車禍，其先被認定為不法，然後再去探討其是否有過失，則客觀的駕駛人之弱視，即成為過失，從而不能免責，此即過失客觀化<sup>45</sup>。過失客觀化，令過失責任喪失了其作為私法自治原則之地位。

在弱視駕駛之例，其分析應是：愈是弱視，其為駕駛，愈是危險，則其減速，愈是可以減少較多的危險，從而其「不法」標準愈高——漢德公示  $B < PL$  中，減速因之無法實現的利益  $B$ ，可以假定不因視力不同而不同，而因之可以減少的預期損害（此即危險） $PL$ ，則是愈弱視愈高，從而此公式愈易成立。但法律作為規範，其對行為人而言，必須是認知可能。換言之，（主觀）過失必須有認知的（客觀）不法對象。而人類之可以存活至今，是其對危險之可能認知，從而可以避開之，則愈是危險，愈可能認知到。一般而言，弱視並不影響其認知駕駛危險性的能力，甚至可能因為其弱視，其認知駕駛危險性的能力，還比較強<sup>46</sup>。

<sup>45</sup> 「在若干情形，此種客觀化的過失標準事實上將導致某種危險責任，如天生弱視而駕駛者，必須就其視力不足而負責，此為採過失責任所要付出的代價。」王澤鑑，*侵權行為法*，頁 310，2011 年，台北：自刊。

<sup>46</sup> 參見簡資修，*過失責任作為私法自治之原則*，*北大法律評論*，第 15 卷第 1 輯，頁 155-173，2014 年。

侵權法一旦擺開過失客觀化之糾纏，體系即儼然。過失責任其實就是危險責任，而從事極端危險活動者，因為其幾乎百分之百可認知到此危險，所以必須「嚴格」負損害賠償責任——嚴格責任是過失責任之一種類型，不是二元論。故意是過失的極致，因為有意造成損害之行為是極端危險，所以故意責任也是過失責任之一種。一般人不負好撒馬利亞人的責任，因為危險非由其造成者。違反事前管制者，不必然應負侵權責任，因為這些事前管制規定，未必與已經發生的系爭損害有因果關係，此即無危險性，何來過失？又無因管理人之所以不得請求報酬，是此可能增加了本人被強迫訂約的危險。

過失責任追究到底，是（抽象）合約責任。過失責任作為危險責任，在漢德公式下，照理說，世上不會有過失侵權之發生，因為行為人因之無法實現的利益（B），必然低於其應負的損害賠償（PL），因小失大，非理性人也，但現實上，意外事故是不停止發生的。關鍵是，人的認知能力。人的認知系統，有快思與慢想兩種，前者，可以快速處理事物，但不精確，人之行為，多數屬此，而後者，則是深思熟慮，比較精確，但人不常為之<sup>47</sup>。快思是人類生存之必要，因此必然有過失了！不同於本文第三節之聲響或氣體等侵入輕微之免責，意外事故之發生頻率比較低而且涉及損害比較大，此時互蒙其利的（合約）規範，是填補損害，但不是懲罰的。過失責任因此可以定性為：附過失作為停止條件的損害填補約款。此所以台灣民法第 220 條第 2 項規定：「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人利益者，應從輕酌定。」這裡的過失，是依據具體契約而定的，而侵權法的過失，是依據抽象合約而定的，皆互蒙其利之約定也。

卡勒布列西與梅勒枚德（Guido Calabresi and A. Douglas Melamed）在其名著〈大教堂一景〉一文<sup>48</sup>，將（過失）侵權責任歸為強取的補償規則（liability

<sup>47</sup> 參見 Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (2011).

<sup>48</sup> Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 95 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

rules)，也與此物權實物觀脫不了關係。但過失侵權責任其實是，附過失作為停止條件的損害填補約款。換言之，法院僅是在執行私人間的契約（此即財產規則，property rules），其並非基於公共利益，強取受害人之物，從而補償之<sup>49</sup>。卡勒布列西是法律現實論者，將侵權法歸為補償規則，有助於其將私法的侵權法管制化或福利化<sup>50</sup>，吾人不可不知。

## 七、財產利益

債物兩分——債權被以請求關係視之，而物權則是歸屬支配——是大陸法系的特徵，不過，誠如蘇永欽指出，除了所有權以外，其他的定限物權（包括用益與擔保），本質上，也是關係的；其與債權之區別，僅在於當事人是否想將其公諸於世，因此有對世效力<sup>51</sup>。物權種類之多寡，是決定於公示制度的產能，而非物權本質如此<sup>52</sup>。

蘇永欽說：「所謂的物權，從一開始就不以物為其唯一的標的——即使把物的概念張延到遠超過生活語言的極致——而是回到此一權利設計的原始目的，確認屬於可控制和特定的財產利益。傳統民法典沒有使用一個涵蓋物和權利的上位概念，較新的《荷蘭民法》則已正式使用「財益」（goed），是傳統的「物」（zaak）的上位概念。<sup>53</sup>」真哉斯言，「所有權」也相對化了！例如本文上述之相鄰關係，所有人之容忍聲響或氣體等侵入之義務，對其而言，即是不可控制或特定之財產利益。

的確，回歸到權利之最原始之定分意義，所有權也是關係而非支配的。科斯說，權利之釐定，是市場交易之前提要件<sup>54</sup>。顯然，所有權不僅有支配或歸

<sup>49</sup> 參見簡資修，侵權責任的私法性質，北大法律評論，第17卷第1輯，2016年。

<sup>50</sup> 參見 Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection* 117-130 (2016).

<sup>51</sup> 蘇永欽，可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線，收於氏著，尋找新民法，頁175-210，2012年增訂版。北京：北京大學出版社。

<sup>52</sup> 參見簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，第8期，頁238-249，2011年。

<sup>53</sup> 蘇永欽，可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線，收於氏著，尋找新民法，頁177，2012年增訂版。北京：北京大學出版社。

<sup>54</sup> R.H. Coase (1959), *The Federal Communications Commission*, *Journal of Law and Economics* 2 (Oct.), p. 27.

屬功能，更有流轉功能。當阿爾欽（Armen Alchian）說：「價格決定什麼，遠比價格是怎樣決定的重要」，以及張五常說，權利之釐定，在於減少眾人之你爭我奪之租值消散<sup>55</sup>，則（初始）所有權，也是定分而已——人與人間之法律關係也。在本文上述第二節的科斯電波，科斯指出，以電波本身去釐定權利是不可能的；換言之，其是不可控制與特定之財產利益，不可作為法律客體——其存在，不具法律意義。

「公共財」（public goods）此一怪物之出現，應也與這種以實體物為中心的物權觀有關。公共財因為其無排他性（non-exclusive）以及非競爭性（non-rivalry），而被視為市場失靈，必須由政府提供<sup>56</sup>。而實體物由於其占有空間，因此一般可排他而且一人使用他人即不可使用，不會被視為公共財；其反面則是，非實體物（服務）不可排他而且可共用而不減損。不過，誠如張五常指出<sup>57</sup>，一方面，實體物往往不僅僅是占有空間之物，其價值是決定於其外觀或內在美，例如鑽石，此是可共用而不減損之非競爭性，但多由市場提供；另一方面，非實體物之非競爭性共用品，往往也可結合實體物而排他，例如演唱會。所謂「公共」財云云，根本是無稽，而其非競爭性的「共用財」面向，也是可市場定價的。

## 八、 概念經濟

概念之提出，在於減少思維之負擔<sup>58</sup>，亨利·史密斯主張：物權或英美普通法的 property 作為概念，其是實物支配，而對不特定人發生排他效力。其認為從認知科學來看，實物支配作為認知基準而搭配例外之物權法律，是人以有限的認知能力，面對複雜世界的最好回應方式<sup>59</sup>。但其實亨利·史密斯此一實

<sup>55</sup> 參見張五常（2014），《經濟解釋》，頁 104，107-108。

<sup>56</sup> 科斯對此的批判，參見其〈經濟學中的燈塔〉（The Lighthouse in Economics），R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 187-213 (1988)。

<sup>57</sup> 張五常，經濟解釋，頁 205-214，2014 增訂本，北京：中信出版社。

<sup>58</sup> 參見黃茂榮，法律概念，收於氏著，法學方法與現代民法（2011 年增訂 6 版），頁 67-158，台北：自刊。

<sup>59</sup> Henry E. Smith (2012), *On the Economy of Concepts in Property*, *University of Pennsylvania Law Review* 160 (7). pp. 2097-2128

體物之物權觀，是無體系的「概念法學」，其並未減少多少的法律認知成本。

誠如亨利·史密斯指出，概念的內涵（intension）與外延（extension）必須區分。前者，是指涉（功能），而後者，是指涉的對象。其說，霍費爾德（Wesley Newcomb Hohfeld）以人數多寡而非特定與否去定義「物權」（in rem rights），是錯誤的<sup>60</sup>，因為霍費爾德以法律後果取代了法律概念本身。亨利·史密斯此一批評是對的，不過，這裡的「物權」其實是「物權效力」，其是針對「一旦」被定分享有物權者，相對於債權有優先效力而言；這裡並未涉及實物之支配者或歸屬者，應被定分為物權人。

亨利·史密斯舉英文中的動詞過去式為例說，在動詞後加上 ed 是常態，其他如 ring, rang 是例外，因此其文法描述是 ed 規則，而非如 ring, rang 等之例外<sup>61</sup>。但此一例子，不能應證其內涵與外延之說法。事實是，動詞要有過去式，才是此一概念之內涵，ed 規則與其他例外現象，僅是此一概念之外延；單單 ed 規則與其他例外現象之區別，若無動詞過去式此一概念內涵，其是無意義的（母語為華文之英文學習者，對此應有感觸吧）。

又物權法作為自治之裁判法而非行為法，此即人們是依據不思的規範而行動，法律概念非其意識之中，此猶如上述對英文是其母語者而言，動詞要有過去式，根本是理所當然，至於是要後面加 ed，還是其他例如 ring, rang，也是無文法意識學習而得的。「物」是法律建構出來的，人們行動的依據，不但不是「物」概念下之「不動產」或「動產」，甚至也不是在法律概念更下階的房屋或土地，而是脈絡下的特定行動。誠如亨利·史密斯自己指出，在停車場上，人們只要知道不是我的車不要取就可以，不需要知道這些車是何人的，但這無關於人們之法律認知，因為這是不思而為的。非我者勿取之法律規定，根本不影響人們之行動，說其有認知的訊息成本，根本無意義。在相鄰關係，鄰居間的

---

<sup>60</sup> Henry E. Smith (2012), On the Economy of Concepts in Property, University of Pennsylvania Law Review 160 (7). pp. 2102-2104.

<sup>61</sup> Henry E. Smith (2012), On the Economy of Concepts in Property, University of Pennsylvania Law Review 160 (7). pp. 2109—2111.

噪音干擾是必然的，但人們在發出聲響時，一定有所節制，此可能來自道德、習慣或社區規約等，而不須有法律認知，則法律認知成本之說法，是無中生有。在侵權法，過失損害賠償責任之法律規定，也是來自「附過失停止條件之損害賠償約款」之成文化，人們也是不須法律認知，則法律認知的訊息成本比較高，也是不知所云了。反而是如果人們「知法」，此即持有亨利·史密斯所主張的實體物之物權觀，在相鄰關係主張無容忍義務，或在侵權法主張結果責任，整個私法自治體系會崩潰的。另外，在物權法，若有相關的一般人認知成本，是公示制度。本文第四節物權法定指出，公示制度愈強，此即一般人認知到「物權」的成本愈低，物權的種類可愈多——社會整體之利益與成本均衡罷了。

一般人是自利行動的，私法非其行動誘因，所謂的法律認知成本，因此是立法者、法官或法律學習者等法律從業人員，才須關心者。亨利·史密斯提出的基準/例外架構，例如無權處分/善意受讓、排他（*exclusion*）/管理（*governance*）、普通法/衡平法等，僅是描述的而非解釋的，減少的法律認知成本有限。科斯即說：「理論不是飛機或巴士的時刻表，因為預測精準不是吾人唯一關心者。理論是思考的基礎，其幫助吾人去組織想法，從而理解世事。」<sup>62</sup>亨利·史密斯僅說了「是什麼」，而未說「為什麼」——基準為何在此不能用而必須有例外？基準與例外之上，必須還有一個概念可以指涉兩者，始可以減少認知法律之負擔，否則就是死背而已<sup>63</sup>。在如今交往頻繁（因此意外不斷）與訊息經濟（因此物質重要性降低了）下，非以實體物之物權觀之例外，其比重應該已高於實體物之物權觀之基準，則其上位概念之發展，即有必要——可控制或特定之財產利益也。甚至，如蘇永欽主張的<sup>64</sup>，物（包括動產與不

<sup>62</sup> R. H. Coase (1994), *Essays on Economics and Economics* 16, Chicago: University of Chicago Press.

<sup>63</sup> 所謂水平劃分之層級民法與垂直劃分之部門民法之爭，也可為相同之分析。參見蘇永欽，尋找新民法，頁 77-79，2012 年增訂版。北京：北京大學出版社。這裡還未納入知法才犯法之刀筆吏或鑽法律漏洞之弊端，此僅能發生在法律「是什麼」之情況。

<sup>64</sup> 蘇永欽，可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線，收於氏著，尋找新民法，頁 175-210，2012 年增訂版。北京：北京大學出版社。

動產)此一概念可走進歷史,不再援用,而以可登記與否之財產利益,作為法律客體<sup>65</sup>,如此可以更進一步減低法律思維之負擔。

亨利·史密斯提出實體物之物權觀作為半自主模組 (module),認為其可以減少組織或系統的複雜性 (complexity),從而減少法律之認知成本。但事實反而是,此一實體物之物權觀,令整個法律系統的訊息不流通了。在相鄰關係,鄰居間的聲響與氣體等之干擾,若是以(實體物)「排他」而非「管理」思考,具有「物權效力」之社區規約是不會出現的。在侵權法,實體物之物權觀之結果不法說,令過失客觀化了,過失責任因此無法貫穿整個私法體系。卡勒布列西與梅勒枚德將過失責任歸為強取的補償規則,即是公私法不分了<sup>66</sup>。所謂模組減少複雜性,從而減少訊息成本,但也不能令系統不見了,因為系統之存在,正是在減少複雜性!法律體系若有模組化,其也是在私法與公法之間,或民法、行政法、刑法、訴訟法與憲法之間。民事不法、行政不法與刑事不法之法律性質是不同的,其各自(模組)內的變動,一般是互不影響的<sup>67</sup>,但存在著介面,在民法其為轉介條款<sup>68</sup>,例如台灣民法第 71 條(違反強行規定)<sup>69</sup>、第 184 條第 2 項(違反保護他人之法律)<sup>70</sup>與第 765 條(所有權之限制)<sup>71</sup>等。

誠如亨利·史密斯引用喬姆斯基的話說:「簡化文法,不是為了簡化而簡化,而是真正有用的簡化。<sup>72</sup>」但是其自己主張的實體物之物權觀,即是為簡化而簡化了。史密斯首先將普通法中的 property (law) 認為是物(權)

<sup>65</sup> 參見梅夏英,民法權利客體制度的體系價值與當代反思,法學家,2016年6期,頁29-45。

<sup>66</sup> 參見簡資修,侵權責任的私法性質,北大法律評論,第17卷第1輯。

<sup>67</sup> 參見簡資修,侵權責任的私法性質,北大法律評論,第17卷第1輯。

<sup>68</sup> 參見蘇永欽,從動態法規範體系的角度看公私法的調和——以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心,收於氏著,尋找新民法,頁309-352;以公法規範控制私法契約——兩岸轉介條款的比較與操作建議,收於氏著,尋找新民法,頁353-374。

<sup>69</sup> 條文為:「法律行為,違反強制或禁止之規定者,無效。但其規定並不以之為無效者,不在此限。」

<sup>70</sup> 條文為:「違反保護他人之法律,至生損害於他人者,負賠償責任。但能證明其行為無過失者,不在此限。」

<sup>71</sup> 條文為:「所有人,於法令限制之範圍內,得自由使用、收益、處分其所有物,並排除他人之干涉。」

<sup>72</sup> Henry E. Smith (2012), On the Economy of Concepts in Property, University of Pennsylvania Law Review 160 (7). pp. 2108.

(property as the law of thing)，從而其有對世效力 (right in rem)。但基本上這是文字遊戲，其將原本文義上無必然有關 (實體) 物的 property (中文的財產) 物化，然後再利用拉丁文的 in rem (物)，使其有物權效力，此即對世效力。完成名詞轉換後，亨利·史密斯宣稱其有排他或管理之策略選擇，然後指稱前者有訊息經濟之效。但物權作為權利，其是定分的。實物之支配排他，是在物權確定後，才有的。套用亨利·史密斯的術語，定分是「物權」此一概念之內涵，而實物之支配排他，僅是其外延 (之一)。為了避免有關物之名詞之混亂，有優先效力者，應稱「對世效力」，而不稱「物權效力」<sup>73</sup>；債權行為應稱負擔行為，而物權行為應稱處分行為。

## 九、結語

主流的法律經濟分析，的確不注重法律概念，而注重法律實效，因此見樹不見林，忘了法律是體系的。法律概念之回歸，因此甚有必要，但也不能重歸僵化的「概念法學」。債物兩分一向是大陸法系的民法體系，但是過時了。梅若與史密斯等人以訊息外部性之概念經濟理由，主張實體物之物權觀，可以減少法律之操作成本，但失敗了。在相鄰關係，其無法解釋為何所有人有容忍 (例如聲響或氣體等侵入) 的義務。在物權法定之主張，其分析的假設是矛盾不一致的。在占有之分析上，其物化占有，令法律無所依歸而複雜了。在侵權責任之建構上，其令過失客觀化，以致於過失責任作為私法自治之原則喪失了。所謂概念經濟云云，在經濟分析上，其是制度空心之外部性理論之翻版；在法學上，其則是無體系的「概念法學」之還魂。

---

<sup>73</sup> 債權相對於物權，由於一者，其無公示，二者，其一般侵害要至債務人破產時才顯現，此所以債權的效力一般是低於物權者。但在如今登記的年代，當事人決定是否登記，才是對世效力有無之基礎。