

ISSN-1018-3825
GPN: 2006000017

ISSN-1018-3825
GPN: 2006000017

NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL

VOLUME 41, SPECIAL ISSUE/ November 2012

國立臺灣大學
法學論叢

NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL

第 41 卷 特刊 / VOLUME 41, SPECIAL ISSUE (2012 年 11 月)

論 著

法定通行權之經濟分析

Legal Servitude of Passage: An Economic Analysis

— 張永健 *Yun-chien Chang*



Published by
College of Law, National Taiwan University
No.1, Roosevelt Rd. Sec.4, Taipei City 10617, Taiwan
Tel: +886-2-3366-8916
Fax: +886-2-3366-8924
<http://www.law.ntu.edu.tw>

©國立臺灣大學法律學院
College of Law, National Taiwan University
<http://www.law.ntu.edu.tw>

論著

•臺大法學論叢 NTU Law Journal
第 41 卷特刊\Vol.41 Special Issue (11.2012)

法定通行權之經濟分析*

張永健**

〈摘要〉

我國民法第 787 條、第 788 條、第 789 條之袋地通行權，第 779 條之過水權，第 786 條之管路通行權，第 854 條不動產役權之必要附隨行為之權，本質上為相似問題（本文稱之為「法定通行權」）。但文獻尚未將此六條文合而觀之，對各條背後立法緣由之分析，亦尚有未盡之處。本文運用法律經濟分析，探究此六條文背離財產原則，改採補償原則、甚至無償使用原則之經濟原因。

本文主張，通行權為法定而非意定，是為了降低袋地所有權人與鄰地所有權人間之交易成本，以利兩造後續交易。法定通行權侷限在特定情境，而非一般性之規定，是要確保通行之邊際社會利益夠高。各條對「必要性」之要求，可以解釋成通行程度應該設在邊際通行利益大於邊際通行成本處。償金之規定是為了讓袋地所有權人內部化通行所造成之外部成本。但第 789 條採取無償原則，也有道理，因為該條適用之情境是土地所有權人可以事先安排通行處，採用無償原則可以降低事前的協商成本與事後的紛

* 筆者感謝匿名審查人、謝在全大法官、劉孔中教授、簡資修教授、邱文聰教授、王鵬翔教授、吳宗謀研究員、陳銳教授之寶貴意見。本文初稿於2011年11月22日發表於中研院法律所個人年度學術研討會。研究助理陳憶馨、曾鈺珺、陳榕、鄭育翔、林琮達，提供研究協助，在此表達深深的謝意。本文為筆者執行國科會計畫100-2410-H-001-005「法定通行權之比較與經濟分析」之部分研究成果；筆者感謝國科會的研究補助。

** 中央研究院法律所助研究員暨法實證研究資料中心副執行長；美國紐約大學(N.Y.U.) 法學博士。E-mail:kleiber@sinica.edu.tw

- 投稿日：04/11/2012；接受刊登日：07/25/2012。
- 責任校對：高健佑、曾玠智、陳螢恬。

爭解決成本。「鄰地損害最少」只是四種典型標準的其中之一，且不總是最有效率。在特定條件下，「袋地所有權人自由選擇」反而會有助於社會福利極大。但現行規定也有時較有效率。從事前觀點，任意行為所造成的通行需求，不應該適用法定通行權之規定。

關鍵詞：法定通行權、袋地、事前觀點、損害最少、必要、單一主人、交易成本、規範面的寇斯定理、規範面的霍布斯定理、補償原則

◆ 目 次 ◆

壹、導論

貳、通行權之問題本質：「法定」而非「意定」之原因

參、通行用途

一、理論：高邊際社會利益

二、條文解釋

肆、必要性

一、理論：邊際社會利益大於邊際社會成本

二、條文解釋

伍、償金

一、理論：內部化外部性

二、條文解釋：第 788 條價購通行地之特殊問題

三、條文解釋：第 854 條未規定償金

陸、選擇通行處所與方法

一、理論：四種模式

二、條文解釋：無償通行也須選擇鄰地損害最少處

柒、法定通行權之例外

一、理論：事前觀點

二、條文解釋：第 787 條之「任意行為」

三、條文解釋：第 789 條

捌、結論

壹、導 論

本文研究之「法定通行權¹」，抽象而言，指法律規定土地所有權人無須得他人之同意，即可通行、通過、使用他人之土地。法律往往會要求土地所有權人支付償金，選擇損害最少之處所及方法利用他人土地，僅得於必要時為之；但這些要求並不當然伴隨法定通行權之規定。所謂「他人」，往往限於土地所有權人之鄰居；「他人土地」也就因而限於「鄰地²」。此外，「土地所有權人」雖是最典型的利用人，法律也常常將法定通行權之行使主體人擴張至其他不動產權利人³。

我國民法中與法定通行權⁴相關之條文，包括我國民法第 779 條⁵、第 786 條⁶、第 787 條⁷、第 788 條⁸、第 789 條⁹、第 854 條¹⁰。第 779 條、第 786

¹ 溫豐文教授、陳榮傳教授雖亦使用「法定通行權」一詞，但其意涵僅包括民法第 787 條到第 789 條之通行權，與本文不同，請予注意。參見溫豐文（1994），〈論法定通行權〉，《東海大學法學研究》，8期，頁49；陳榮傳（2001），〈法定通行權〉，蘇永欽（編），《民法物權實例問題分析》，頁71-98，台北：五南。

² 為行文方便，本文將以「鄰地」統稱法條中之「鄰地」（第779條）、「周圍地」（第787條）、「他人土地」（第786條）。

³ 如：我國民法第800-1條將相鄰關係準用至地上權、農育權等。本文以下行文雖選擇使用最典型之「土地所有權人」，但本文之分析一般而言適用到所有對不動產有使用權者；若有無法適用處，本文會特別註明。關於相鄰關係規定可否類推適用於非物權人之探討，參見蘇永欽（1999），〈民法相鄰關係規定可否類推適用於非物權人？〉，蘇永欽（編），《民法物權爭議問題研究》，頁113-132，台北：五南（認為一律準用於所有利用人，顯然過於粗糙）。

⁴ 關於法定通行權之性質，學說有三大類不同意見。蘇永欽大法官、朱柏松教授等認為通行權乃法定地役權；王澤鑑大法官則認為是「所有權內容基於相鄰關係而受之法律上限制」，鄭冠宇教授之見解是「土地之法定負擔」，與王澤鑑大法官見解類似；謝哲勝教授認為是「所有權權能的擴張與限制」。參見蘇永欽（2002），〈重建役權制度〉，《走入新世紀的私法自治》，頁280，台北：元照；朱柏松（2010），〈新修正相鄰關係法規範評議〉，《民事法問題研究：物權法論》，頁50，台北：元照（並參照其所引學說；但請注意，所引用之謝在全大法官教科書，在第5版中認為法定通行權係「土地所有權內容之擴張」，與第二、三說較為類似）；王澤鑑（2010），《民法物權》，頁181，台北：自刊；鄭冠宇（2011），《民法物權》，2版，頁241，台北：新學林；謝哲勝（1999），〈民法上相鄰關係與社區管理之

條之「通過」，與第 787 條、第 788 條、第 789 條之「通行」，都是己地利用鄰地，只是前者用以排水或架設備，後者用以通人。因問題本質相同，且為敘事簡便，本文以「通行」統稱之。第 854 條之適用前提是已有不動產役權存在，但會產生可否為附隨行為之爭論，必然導因於雙方未在契約

探討》，《財產法專題研究（二）》，頁187，台北：元照。本文贊成第一說，因第二說似乎忽略了需役不動產之觀點，而第三說則未能完全說明所有權權能擴張之態樣。

⁵ 第779條：「（第一項）土地所有權人因使浸水之地乾涸，或排泄家用或其他用水，以至河渠或溝道，得使其水通過鄰地。但應擇於鄰地損害最少之處所及方法為之。（第二項）前項情形，有通過權之人對於鄰地所受之損害，應支付償金。（第三項）前二項情形，法令另有規定或另有習慣者，從其規定或習慣。（第四項）第一項但書之情形，鄰地所有權人有異議時，有通過權之人或異議人得請求法院以判決定之。」

⁶ 第786條：「（第一項）土地所有權人非通過他人之土地，不能設置電線、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。（第二項）依前項之規定，設置電線、水管、瓦斯管或其他管線後，如情事有變更時，他土地所有權人得請求變更其設置。（第三項）前項變更設置之費用，由土地所有權人負擔。但法令另有規定或另有習慣者，從其規定或習慣。（第四項）第七百七十九條第四項規定，於第一項但書之情形準用之。」

⁷ 第787條：「（第一項）土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有權人之任意行為所生者外，土地所有權人得通行周圍地以至公路。（第二項）前項情形，有通行權人應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之；對於通行地因此所受之損害，並應支付償金。（第三項）第七百七十九條第四項規定，於前項情形準用之。」

⁸ 第788條：「（第一項）有通行權人於必要時，得開設道路。但對於通行地因此所受之損害，應支付償金。（第二項）前項情形，如致通行地損害過鉅者，通行地所有人得請求有通行權人以相當之價額購買通行地及因此形成之畸零地，其價額由當事人協議定之；不能協議者，得請求法院以判決定之。」

⁹ 第789條：「（第一項）因土地一部之讓與或分割，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，土地所有權人因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或他分割人之所有地。數宗土地同屬於一人所有，讓與其一部或同時分別讓與數人，而與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用者，亦同。（第二項）前項情形，有通行權人，無須支付償金。」

¹⁰ 第854條：「不動產役權人因行使或維持其權利，得為必要之附隨行為。但應擇於供役不動產損害最少之處所及方法為之。」

中約定清楚。故附隨行為仍非意定，而是不動產役權人未經供役地所有人同意即利用供役地，以實現其役權用途¹¹。第 854 條與前述五條之間問題點相通，故本文一併討論之，也以「法定通行權」統稱之，以求行文簡便。

法定通行權之規定，並非我國民法獨創。大陸法系國家（如：德國、法國、日本、中國等等）之民法，美國路易西安納州民法典¹²，與普通法系國家¹³如美國之各州案例法與特別法¹⁴，亦規範本文所謂之「法定通行權」

¹¹ 亦即，若有附隨行為，則需役不動產所有人與供役不動產所有人間，至少有兩層財產關係：意定役之關係與法定役之關係。關於財產權/物權之關係本質，參見張永健（2011），〈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〉，《臺大法學論叢》，40卷3期，頁1263-1265。感謝謝在全大法官敦促筆者澄清此點。匿名審查人主張第854條之「必要附隨行為」，乃意定而非法定，本文敬表不同意見。必要附隨行為若為意定，民法物權編無庸刻意規定附隨行為須為「必要」——不必要的附隨行為，只要當事人同意，當然可以做——也不需要規定附隨行為「應」選擇損害最少處進行。必然要在當事人約定之範圍之外，尚有「必要附隨行為」，才需適用第854條，也才有本文見解之適用。

¹² 因歷史因素，美國路易西安納州深受大陸法（尤其是法國法）影響，但也同時有普通法之傳統，為少見之普通法與大陸法之混合法系。關於該州法定通行權之探討，see A. N. Yiannopoulos, *The Legal Servitude of Passage*, 71 TUL. L. REV. 1 (1996); Randall L. Wilmore, *The Right of Passage for the Benefit of an Enclosed Estate*, 47 LA. L. REV. 199 (1986); C. G. Van der Merwe, *The Louisiana Right to Forced Passage Compared with the South African Way of Necessity*, 73 TUL. L. REV. 1363 (1999); Scott D. Huffstetler, *Don't Fence Me In: Louisiana's Fourth Circuit Expands "Voluntariness" Under Louisiana Civil Code Article 693*, 63 LA. L. REV. 111 (2002); C. Sherburne Sentell, III, *Fixing the Right of Passage from an Enclosed Estate: Deciding Where to Break out Using Louisiana Civil Code Article 692*, 54 LA. L. REV. 1659 (1994)。

¹³ 普通法中法定通行權之比較研究，see A. J. Bradbrook, *Access to Landlocked Land: A Comparative Study of Legal Solutions*, 10 SYDNEY L. REV. 39 (1983)。

¹⁴ 美國路易西安納州以外的州，根據美國財產整編法第三版役權部分之彙編者（reporter）研究，其普通法始終沒有承認相當於我國民法第787、788條之袋地通行權。Restatement (Third) of Property: Servitudes § 2.15 cmt. a (2000)。但有些州透過立法之方式，容許「私人徵收（private condemnation）」，以創造相當於我國民法第787、788條之袋地通行權。也就是私人為自己通行之需要（而非為公益），可訴請法院或行政部門強迫鄰地所有權人出賣通行權（也就是徵收通行役權，而非所有權），但通行人必須補償鄰地所有權人。此類規定從結果上來看，與大陸法系國家民法之規定相似；但美國從徵收角度規範法定通行權之觀點，似未見於

問題，且規定頗為類似——以「必要」、「鄰地損害最少」等作為法定通行權之要件¹⁵。據學者研究指出，我國民法之規定，即是分別斟酌各國之規定，選擇適合者繼受之¹⁶。我國之規定既與他國近似，則本文之分析亦可大體套用至各該國之法定通行權問題。

本文之核心關懷，是以法律經濟學方法，分析、評價我國民法之法定通行權規定，是否符合「（經濟）效率（efficiency）¹⁷」。以下先簡述法定通行權經濟分析之基本思考出發點：

諾貝爾經濟學獎得主、法律經濟學的開山祖寇斯（Ronald Coase）在其經典論文 *The Problem of Social Costs*¹⁸ 中，提出一套思維參考點——無交易成本之世界¹⁹。在此世界中，資訊完全透明，交易雙方對彼此的底牌一清二楚，所以任何有效率的交易都可以在剎那間完成²⁰。為求更準確地掌握

大陸法系國家。美國各州相關規定之鳥瞰，*see* JON W. BRUCE & JAMES W. ELY, JR., *THE LAW OF EASEMENTS AND LICENSES IN LAND* §4.14 (2011); Michael V. Hernandez, *Restating Implied, Prescriptive, and Statutory Easements*, 40 *REAL PROP. PROB. & TR.* J. 75, 112 (2005). *See also* THOMAS W. MERRILL & HENRY E. SMITH, *PROPERTY* 204 (2010). 從更廣義的角度分析「私人徵收」，*see* Abraham Bell, *Private Takings*, 76 *U. CHI. L. REV.* 517 (2009)。

¹⁵ 關於各國民法對相鄰關係之規定鳥瞰，參見朱柏松，前揭註4；Yun-chien Chang, A Comparative and Economic Analysis of Access to Landlocked Land: A Case for a Hybrid of Property and Liability Rules working paper (Sep.11, 2012) (unpublished manuscript) (on file with author)。

¹⁶ 參見朱柏松（2010），〈論袋地通行權與公用地役權之關係〉，《民事法問題研究：物權法論》，頁86，台北：元照。

¹⁷ 效率之定義，請參見註31與註34之說明。簡言之，本文所謂之效率就是法律經濟學界一般使用之Kaldor-Hicks efficiency，其標準為：如果政策受益者之利，大於政策受害者之害，則該政策有效率。本標準不要求受益者實際補償受害者。如果要求補償，則變得和Pareto標準一模一樣；因為一經補償，受害者就沒有損失可言，而受益者必仍有餘。所以Kaldor-Hicks標準又被稱為「潛在的帕雷多標準（potential Pareto）」。

¹⁸ *See* Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J.L. & ECON.* 1 (1960).

¹⁹ 對「無交易成本世界」之概念批判，*see* Bingyuang Hsiung, *Sailing Towards the Brave New World of Zero Transaction Costs*, 8 *EUR. J.L. & ECON.* 153 (1999)。

²⁰ 關於寇斯定理在袋地通行情境之運用，參見蘇永欽（1999），〈相鄰關係在民法上的幾個主要問題〉，《跨越自治與管制》，頁191，台北：五南。

無交易成本之概念，學說提出「單一主人（single owner）」之概念作為思考基準²¹。亦即，假設有使用衝突之兩種（或多種）資源，同屬一人所有，並藉由推論此種假設情境中之資源運用方式，來論證資源分屬不同人所有時，最有效率之運用方式為何。蓋擁有複數、使用方式彼此衝突之資源者，只需要「和自己交易」，並無交易成本²²；而其資源運用模式，必然最能極大化資源價值²³。

從寇斯以降恆河沙數的文獻，證明了若 A 與 B 間沒有交易成本，不管法律怎麼規定，資源擁有者會透過交易達成最有效率的資源運用方式——此即著名之寇斯定理（Coase theorem）²⁴。換言之，若 A 從 B 地某處通行確實有效率，則 A 與 B 自然會作如此之交易安排，無須民法大費周章地規定通行權及通行位置²⁵。在沒有交易成本的寇斯世界²⁶（Coasean world）中，

²¹ See, e.g., Richard Epstein, *Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase*, 36 J. L. & ECON. 553, 556-57 (1993); William F. Baxter & Lillian R. Altree, *Legal Aspects of Airport Noise*, 15 J. L. & ECON. 1, 2-4 (1972); HANS-BERND SCHAEFER & CLAUS OTT, THE ECONOMIC ANALYSIS OF CIVIL LAW 440-41 (Matthew Braham trans., Springer-Verlag 2004) (2000). 單一主人概念之中文文獻，參見熊秉元（2002），〈論布坎楠和寇斯的異同〉，《天平的機械原理：法律及制度經濟學論文集（二）》，頁149-151，台北：元照。

²² 此外，也沒有所得重分配問題，因為手心手背都是自己的肉。

²³ 當然，若所有權人掌握之資訊有重大瑕疵，則仍然會作錯誤決定。但「單一主人」本為假設性之思維方式，用此方法思考時自然也會假設資訊無重大瑕疵。

²⁴ See, e.g., ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 89 (5th ed. 2008). 中文文獻，參見例如謝哲勝（編）（2007），《法律經濟學》，頁26，台北：五南；簡資修（2006），〈法律之經濟分析：一個自主但開放的法學觀點〉，《經濟推理與法律》，2版，頁3，台北：元照。

²⁵ 參見蘇永欽（1999），〈法定相鄰權可否預先排除？〉，《民法物權爭議問題研究》，頁139-140，台北：五南。

²⁶ 寇斯本人對「寇斯世界」一詞頗感無奈，因為無交易成本是他反對最力之學術假設。See Ronald H. Coase, *Notes on the Problem of Social Cost*, in THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW 174 (1988); Robert C. Ellickson, *The Case for Coase and Against "Coaseanism"*, 99 YALE L.J. 611, 611-13 (1989).

追求效率者根本無須擔心民法物權編採用「鄰地損害最大」還是「鄰地損害最少」為通行標準，因為結果相同——資源運用有效率²⁷。

然而，寇斯定理與單一主人之概念，只是思考的參考點，幫助分析者思考最有效率之資源配置方式為何。現實世界中，交易成本為正，最有效率之資源配置不一定能透過自願交易達成，所以配置資源的法律規定扮演重要角色。本文欲探討者，乃我國民法物權編配置法定通行權之效率性，自然都以有交易成本存在²⁸為前提，合先敘明。

交易成本為正時，法律經濟學文獻提出兩項重要的規範判斷標準，作為分析物權法規定是否有效率之準繩。第一是「規範面的寇斯定理（normative Coase theorem）」²⁹：此定理主張，為促進效率，法律應該致力於降低交易成本，以促進交易³⁰——蓋一般而言，自願交易所作出之安排，使交易雙方受益，也無他人受害——學理稱之為「帕雷多改善（Pareto improvement）」³¹——既有效率，也無所得重分配之問題³²。第二是「規範

²⁷ 民法物權編之規定，仍然會影響分配（distribution）問題。規定從鄰地損害最少還是損害最多處通行，顯然就會影響鄰地所有權人之財富。本文不擬處理分配問題，只從效率考量著手。對於此種研究路徑之說明，*see COOTER & ULEN, supra note 24, at 111-13*。

²⁸ 關於民法第787條到第789條情境之交易成本分類，參見徐士堯（2002），〈鄰地通行權探析：協商關係與解決途徑的初探〉，《土地問題研究季刊》，1卷2期，頁108。

²⁹ *See COOTER & ULEN, supra note 24, at 96-97.*

³⁰ 參見王文字（2000），〈財產法的經濟分析與寇斯定理：從一則土地相鄰關係的判決談起〉，《民商法理論與經濟分析》，頁142，台北：元照。

³¹ 一般所稱之「帕雷多效率（Pareto efficiency）」包含幾個概念：若行為或政策增加了一些人的福利，卻沒有人因而受害（如正文所述之自願交易），則稱此行為或政策製造了「帕雷多改善（Pareto Improvement）」。也可以說政策實施後比實施前「帕雷多優越（Pareto Superior）」。如果行為或政策無法「改善一人或多人的福利，卻不傷害一人或多人的福利」，則吾人之處境稱為「帕雷多最適（Pareto Optimality）」。關於帕雷多效率，*see, e.g., MAXWELL L. STEARNS & TODD J. ZYWICKI, PUBLIC CHOICE CONCEPTS AND APPLICATIONS IN LAW 16-18 (2009); NICHOLAS MERCUCIO & STEVEN G. MEDEMA, ECONOMICS AND THE LAW: FROM POSNER TO POST-MODERNISM 20, 33, 105 (2 ed. 2006)*。

³² 無所得重分配問題，指自願交易之獲利如何分配，由雙方自行協議，法律並不介

面的霍布斯定理（normative Hobbes theorem）」³³：即令法律著眼於降低交易成本，交易成本有時還是太高而妨礙交易。有鑑於此，為使交易不成時，資源仍能被最妥善地運用，此定理主張，「法律應將財產權分配給最能有效率利用該資源者（the law should allocate property rights to the party who values them the most）」³⁴。至於誰是最能有效利用資源者，前述單一主人之概念即可派上用場。舉例而言，若 A 地與鄰地 B 地同屬單一主人 C 所有，C 是否會讓 A 地之水管、汽車通行 B 地？若 C 認為該通行，則在 A 地與 B 地分屬 A 與 B 的現實世界中，A 有通行權較有效率。反之，若 C 認為無須通行，則 A 無通行權較有效率。

運用「規範面的寇斯定理」與「規範面的霍布斯定理」，及其他法律經濟學之分析架構，本文探討法定通行權各細部規定背後之經濟原因，並評價其良窳。本文架構如下：第貳節鋪陳為何通行權需要法定；第參節探

入；且交易外之第三人並無受損。帕雷多效率仍有一般性的分配問題，*see RICHARD O. ZERBE, JR., ECONOMIC EFFICIENCY IN LAW AND ECONOMICS* 3 (2001); DAVID D. FRIEDMAN, *PRICE THEORY: AN INTERMEDIATE TEXT* 440 (1986)。

³³ See COOTER & ULEN, *supra* note 24, at 97-98. See also Richard A. Epstein, *On the Optimal Mix of Private and Common Property*, 11 SOC. PHIL. & POL'Y 17, 31 (1994); James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 N.Y.U. L. REV. 440, 446 (1995).

³⁴ 換言之，「規範面的霍布斯定理」想要達到「社會福利極大（social welfare maximization）」。不同的法律經濟學者，對社會福利有不同的稱呼方式與量度方法，內涵也小有出入。不過，這些理論差異對本文要討論之法定通行權問題，並無影響，因為不管是用哪一派的理論架構或名詞，都應該會得到相同的結論。是故，除非本文特別標明討論「帕雷多效率」，否則本文所稱之「社會福利極大」、「有效率」、「社會淨利益最大」、「財富極大」等所指涉者均為台灣法律經濟學界習用之「Kaldor-Hicks效率」。關於「Kaldor-Hicks效率」，*see, e.g.*, STEARNS & ZYWICKI, *supra* note 31, at 17-18; MERCURIO & MEDEMA, *supra* note 31, at 45-50。關於Richard Posner提出之「財富極大標準（wealth maximization）」，*see RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS of Law* 14 (5th ed. 1998); RICHARD A. POSNER, *FRONTIER OF LEGAL THEORY* 98 (2001)。關於Louis Kaplow & Steven Shavell之「個人福祉（individuals' well-being）」標準，*see LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE* (2002)。關於Eric Posner & Matthew Adler之「整體福祉（overall well-being）」標準，*see Eric POSNER & MATTHEW ADLER, NEW FOUNDATIONS OF COST-BENEFIT ANALYSIS* 25-61 (2006)。

討產生法定通行權之情境與條件；第肆節為通行之「必要性」賦予經濟意義；第伍節探討通行償金之經濟功能；第陸節以全新的視角析論通行處選擇在「鄰地損害最少」處與其他替代方案之利弊；第柒節從經濟分析之事前觀點，剖析法定通行權之例外規定；第捌節作結。

貳、通行權之問題本質：「法定」而非「意定」之原因

民法物權編之基本理念是採用「財產原則（property rule）」³⁵，也就是除非物權人同意，他人不得任意干涉物權人之權利。例如：鄰地所有權人，有權排除他人通行（或通過），除非雙方自行約定通行權。法定通行權之規定，顯與財產原則扞格，而是採用「補償原則（liability rule）」³⁶，使「已

³⁵ 財產原則之定義為“the state guarantees property right assignments against infringement through the threatened use of its police powers.” Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 HARV. L. REV. 713, 715 (1996). 中文文獻，參考葉俊榮（2010），〈出賣環境權〉，《環境政策與法律》，2版，頁56-58，台北：元照；王文宇（2000），〈從經濟觀點論保障財產權的方式〉，《民商法理論與經濟分析》，頁34-86，台北：元照；簡資修（2001），〈一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害〉，《人文及社會科學集刊》，13卷1期，頁65-88；張永健（2005），〈動產「加工」與「毀損」之法律經濟分析〉，《法令月刊》，56卷8期，頁16-17。Property Rules和Liability Rules的概念，首先由Calabresi and Melamed提出，see Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972)。

從另一種角度看，也可謂物權編採用「排他策略（exclusion strategy）」，意指法律藉由賦予財產權人排他權，將利用財產／資源之使用方式決定權交給財產權人；至於財產權人如何使用，聽其自由。舉例而言，我國民法第765條賦予所有權人排除他人干涉之權能，民法第767條第1項並具體規範三種物上請求權。故一般情形中，所有權人可以自由決定在土地上種麥還是種稻、任其荒蕪還是大興土木，鄰居或路人不得干涉之。關於排他策略，see Henry E. Smith, *Exclusion Versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. 453 (2002)。中文介紹與我國民法之應用，參見張永健（2011），〈物權法中之習慣：資訊成本理論之觀點〉，《月旦法學雜誌》，188期，頁87。

³⁶ 補償原則之定義為“A liability rule gives at least one party an option to take an

地³⁷」所有人只要支付償金並符合其他法律要求，就可以強迫鄰地所有權人任其通行，鄰地所有權人是否同意在所不論。放棄原則性的財產原則（即，通行權須由雙方議定），改用例外的補償原則（即，通行權由法律強加），原因為何？本文認為，答案要由「規範面的寇斯定理」與「規範面的霍布斯定理」中來尋。

己地所有權人身處袋地，若無法由鄰地出入或接管線，己地價格必然大幅下跌³⁸。相對地，鄰地之一小部分用以通行或接管，損失通常不會太高——鄰地損失額多半會小於己地下跌之地價。然而，鄰地所有權人知道己地所有權人若不通行，損失極大，必然會想盡辦法在談判中抬高價格（鄰地所有權人出價之上限是己地能通行時與不能通行時之地價差距）³⁹。這種策略性談判會導致交易成本上升。此外，鄰地所有權人可能因世仇、歧視或其他原因拒絕與己地所有權人交易。是故，因為交易成本太高，有效率的通行安排可能無法達成。若法律賦予己地所有權人最低限度之通行權，可以消除鄰地所有權人作策略性行為之誘因。雙方若要進一步協商更大規模之通行權，就不會有高額交易成本⁴⁰。就此而言，符合「規範面的寇斯定理」⁴¹。此外，法律將鄰地可供通行處之使用權，劃歸己地所有權人，也是將資源分配給最能有效率利用該資源者，故亦符合規範面的霍布斯定理。

entitlement non-consensually and pay the entitlement owner some exercise price.” Ian Ayres & J.M. Balkin, *Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond*, 106 YALE L.J. 703, 704 (1997).

³⁷ 本文以「己地」代表土地所有權人擁有之土地，或不動產役權人使用之需役不動產。

³⁸ 關於變成袋地可能使地價下跌至零，see DAVID DANA & THOMAS W. MERRILL, PROPERTY: TAKINGS 181 (2002)。

³⁹ 寡占者在相鄰關係的情境中（較諸一般市場交易中）更容易遂行所欲。公平交易法不會禁止數個鄰地所有權人之「聯合行為」，而因為通行是可以觀察到的客觀事實，其中一個鄰地所有權人也無法偷偷與己地所有權人締約而不被發現。所以，幾個鄰地所有權人是可以透過契約來約束彼此與己地所有權人之談判條件，從而向己地所有權人收取高額通行費用。

⁴⁰ Cf. Stewart E. Sterk, *Neighbors in American Land Law*, 87 COLUM. L. REV. 55, 76 (1987).

⁴¹ 同見解：蘇永欽，前揭註20，頁192。

然而，並非所有己地與鄰地所有權人之談判，都充斥策略性行為與高交易成本。有學者主張，己地與鄰地所有權人之交易，乃雙邊獨佔（bilateral monopoly）⁴²——雙方均為各自唯一之交易對象——因而產生策略性行為⁴³。然而，己地所有權人或許只有一個鄰居，非通行鄰地不可；但鄰地之可能用途各式各樣，不是非得用作通行道路。換言之，鄰地所有權人或許往往是「獨賣者（monopolist⁴⁴）」，但己地所有權人不一定是「獨買者（monopsonist）⁴⁵」。是故，雖然某些相鄰關係情境確實符合雙邊獨佔之定義⁴⁶，但並非總是如此。

尤有甚者，鄰地所有權人也不一定是獨賣者。己地周圍可能有許多塊鄰地，若鄰地數目夠多，通行各鄰地之效益也近似，鄰地所有權人間也會彼此競爭——開出通行其地之條件與價碼，吸引己地所有權人向其購買通行權。此時，本文認為應該回歸「財產原則」，也就是不賦予己地所有權人法定通行權。一者，這可以保護鄰地所有權人運用其財產之決定權；二者，可以促使己地所有權人付出市場行情之通行價格，解決自身通行問題——若己地所有權人仍保有法定通行權，則有誘因要先坐等法院以判決賦予其法定通行權，因為在台灣實務上償金數額會遠低於市場行情（詳後述）；如此一來，則縱令有競爭，己地所有權人仍會策略性地選擇不買。

然而，此主張無法透過民法條文之文義解釋為之，或許必須藉由「目的性限縮」相關條文之方式為之。換言之，本文認為，理論上要適用法定通

⁴² 關於袋地通行情境之雙邊獨占，see Stewart E. Sterk, *supra* note 24, at 55, 57-58。

⁴³ 關於袋地通行情境之策略行為，參見蘇永欽，前揭註25，頁140-141；*Id.* at 58。

⁴⁴ 精確定義「A monopolist is the only seller of a product for which no close substitutes exist.」See COOTER & ULEN, *supra* note 24, at 300.

⁴⁵ 精確定義「A monopsonist is a buyer who faces an upward-sloping supply curve.」STEVEN E. LANDSBURG, PRICE THEORY AND APPLICATION 488 (7th ed. 2008).

⁴⁶ 實例參見COOTER & ULEN, *supra* note 24, at 301。

行權之相關規定，必須以鄰地所有權人有獨佔（獨賣）或「寡占（oligopoly）⁴⁷」般的市場力量為前提⁴⁸。

屬於補償原則之法定通行權，畢竟仍是財產權之例外法則。縱使法定通行常常確實符合效率，也不可能授權己地所有權人隨心所欲地通行鄰地。否則，己地所有權人隨意、過度通行，不但通行之邊際社會成本可能高於邊際社會福利，使社會福利並未極大；甚至可能使法定通行權產生之總社會成本高於總社會利益⁴⁹。各國立法者都有慮及此點，故對法定通行權之規定加諸各式各樣的條件與限制，以下各節，就是在討論我國民法中之條件與限制是否符合經濟效率。

參、通行用途

一、理論：高邊際社會利益

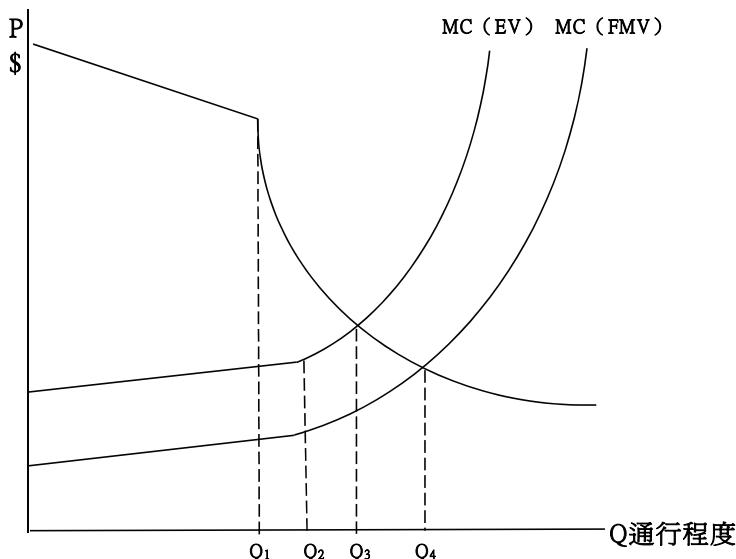
若民法只抽象地提出法定通行權之一般原則，而容許土地所有權人隨意提出法定通行權之請求，再要求法院在個案中判斷通行之邊際社會利益與邊際社會成本孰高，耗費司法資源甚鉅。立法上可行之作法，是容許少數特定情境中之通行權，以確保產生之邊際社會利益夠高。通行用途可能是袋地之人車通行，也可能是非袋地之所有人想要通過鄰地抄近路。前者之通行利益，在極端的情形甚至可能接近己地之地價本身，所以通常會高

⁴⁷ 精確定義「Oligopoly is a market structure in which only a few sellers offer similar or identical products.」N. GREGORY MANKIW, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 365 (5th ed. 2009).

⁴⁸ 注意，一般經濟學所討論之獨占或寡占，並不隱含消費者非買不可。但通行情境中之獨占或寡占則不然。

⁴⁹ 此處的社會利益就是己地所有權人的私人通行利益，社會成本則是鄰地用以通行之私人、機會成本。更精確言之，私人通行利益，會反映在己地之地價中——可通行時己地之價格，減去不可通行時己地之價格，就是通行的社會利益。鄰地若不通行，可以養雞、種稻或作其他用途。通行的社會成本，就是鄰地用以通行處除通行之外最高價值之用途。

於鄰地之邊際損失。但後者之邊際通行利益，卻不一定高過於鄰地之邊際損失。若以圖一解釋，經濟分析觀點希望（MR 線代表之）通行之邊際社會利益越高越好⁵⁰。MR 線越低，立法者（司法者）越不該設計（容許）法定通行權。



〔圖一〕法定通行權之利益與成本

⁵⁰ 審查人指出：「法律規定的法定通行權的態樣，所要適用的事實，是針對不同的人，在不同時間，長時間範圍內分別加以行使，並非是同人在同一時間內，通行同一土地，因此，並無邊際效用遞減的問題。」本文敬表不同意見。圖一之X軸，單位是抽象的「通行程度」（不同通行程度之舉例，詳後文），而非具體的某種商品。圖一所要示意者，乃某位袋地所有權人，在法院指定之通行處，在某一時刻，「消費」不同單位之「通行程度」，會有邊際利益遞減之現象。舉例而言，「從不能通行」到「有權步行」的邊際利益，必然高過從「有權開闢一線道」到「有權開闢兩線道」的邊際利益。因此邊際通行利益一般而言遞減。可以說，審查人與筆者對於類似圖一這樣的剪刀圖，可以如何幫助吾人思考法定通行權之問題，有不同之切入方式。在此紀錄雙方不同之意見，供讀者進一步思考辨難。

說明：MC 是邊際社會成本；MR 是邊際社會利益。EV 是經濟價值；FMV 是公平市價。所以 MC (EV) 代表考量通行地之經濟價值時之邊際社會成本；MC (FMV) 代表考量通行地之公平市價時之邊際社會成本。

資料來源：本文製圖。

二、條文解釋

我國民法賦予法定通行權之情境，是否屬於高邊際社會利益之情境，以下分述之：

土地所有權人要「使浸水之地乾涸，或排泄家用或其他用水」，有兩種較可行之方式，一種是「使其水通過鄰地」，「以至河渠或溝道」（於第 779 條⁵¹規範），另一種是設排水管（於第 786 條規範）；兩者皆須通過鄰地⁵²。若己地淹水無法排出，或日常用水無處宣洩，或必須日日雇用水肥車載走污水，則己地地價必然大跌。故第 779 條創造之邊際社會利益甚高。

第 786 條所容許設置者乃現代生活不可或缺之電線、水管、瓦斯管等⁵³，若無法設置，必然影響己地價格甚鉅⁵⁴。本條要求「非通過鄰地不能設置」，

⁵¹ 日本民法第220條、瑞士民法第690條有類似規定。德國與法國民法典雖無類似規定，但德國用地方特別法與習慣法規定，法國以特別法規定。參見黃右昌（1948），《民法銓解：物權編》，頁139，上海：商務印書館。筆者乃藉由閱讀官方或民間之各國民法英譯本，理解歐陸諸國與日本民法之內容；以下皆同，不一一註明。

⁵² 每天使用抽水車將水運至河渠，並非不可能，只是需費過鉅。

⁵³ 也因為管線的不可或缺，往往有特別法加以特別規範，並優先於民法第786條適用（參見例如：彰化地方法院99年度彰簡字第382號民事判決）。關於電線，電信法第32條第1項規定：「第一類電信事業或公設專用電信設置機關因設置管線基礎設施及終端設備之需要，得使用公、私有之土地、建築物…其因使用土地或建築物致發生實際損失者，應付與相當之補償。但應擇其對土地及建築物之管理機關、所有人、占有人或使用人損害最少之處所及方法為之。」不過，彰化地方法院99年度彰簡字第382號民事判決，認為「電信業使用他人之不動產設置電信基礎設施，原則上係採無償主義」，因為「架設電信裝引接箱及連接之電信線路，並未妨礙他人居家之出入，亦不影響他人所有權之行使，對他人所有權之侵害甚微」。並請參見註腳54。

關於水管，下水道法第14條規定：「下水道機構因工程上之必要，得在公、私有土地下埋設管渠或其他設備，其土地所有人、占有人或使用人不得拒絕。但應擇

有其道理，因為如果透過己地本身就可以與公共管線連通，通行鄰地僅屬錦上添花，邊際利益不高。

第 786 條也容許「雖能設置而需費過鉅」代替「非通過…不能設置…」為通行條件。本文主張，為符合經濟效率，「需費過鉅」應解釋為：己地設置成本高於己地通行利益，復高於鄰地設置之成本。蓋若設置於己地，其所有人仍有利可圖，土地所有權人本該自行承擔設置成本，並減少法定通行權衍生之各項外部成本。且若鄰地設置成本高於己地通行利益，通過鄰地設置管線是沒有效率之作法。

第 786 條第 2 項規定，「情事有變更時」，鄰地所有權人「得請求變更設置」。第 786 條第 3 項規定原則上⁵⁵由「土地所有權人負擔」費用。哪些條件改變，構成情事變更？若己地所有權人已可不通過鄰地而設置管線即達成使用目的（例如：網路從有線變成無線），或者在己地設置已非「需費過鉅」（例如：土地所有權人買下另一塊比鄰土地，可供設置管線），則要求己地所有權人將設備搬回己地，且負擔遷移費用，合情合理。但如果只是鄰地通行損害最少處改變，則應該在「變更設置後之總社會福利，減去變更費用後，仍大於變更設置前之總社會福利」之情況下，准予變更

其損害最少之處所及方法為之，並應支付償金。如對處所及方法之選擇或支付償金有異議時，應報請中央主管機關核定後為之。」

關於瓦斯管，共同管道法第 14 條第 1 項規定：「共同管道系統以劃設於道路用地範圍為原則，如因工程之必要，得穿越公、私有土地之上空、地下或附著於建築物、工作物。但應擇其損害最少之處所及方法為之，並以協議方式補償。」（以上法條底線均為本文所加。）

⁵⁴ 在美國紐約州曾有立法規定不動產所有權人必須忍受有線電視公司在其財產上布建電纜線。不滿此「管制性徵收（regulatory takings）」規定之不動產所有權人，一路將官司打到聯邦最高法院，並獲得勝訴——聯邦最高法院裁決此法律構成徵收。案件被發回州法院以決定徵收補償金額，不過州法院認為 1 元美金就是公正補償，因為不動產有連接有線電視，整體而言價值上升。參見 *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982)。

⁵⁵ 例外是「法令另有規定或另有習慣」。關於物權法上之習慣，參見張永健，前揭註 35，頁 82-86。

設置。法院需特別注意外部成本問題：鄰地所有權人可以請求移置，並享受移置之利益，但無須負擔移置之成本，自然會傾向於過度請求移置。

第 787 條要求「與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用」才有通行權⁵⁶。因為無法通行公路，土地難以利用，地價必然下跌；故法定通行權之邊際社會利益甚高⁵⁷。

第 854 條規定必須要「行使或維持」不動產役權，才可以作附隨行為。不動產役權態樣甚多，難謂所有行使或維持權利之附隨行為，都能產生高額邊際社會利益。但若以法律經濟分析引導法學解釋，則為追求效率，法院唯有在不動產役權人之行為能產生高額邊際社會利益時，才承認其為第 854 條之「附隨行為」。第 786 條之「其他管線」亦應以同樣方式解釋。

肆、必要性

⁵⁶ 袋地若為建地，其「通行使用」之解釋，參見蔡明誠（2001），〈鄰地之必要通行權〉，《月旦法學雜誌》，73期，頁11。

⁵⁷ 第787條之袋地通行權，是否得以類推適用至區分所有的公寓大廈中？本文採肯定見解。相較於袋地，「袋房」所有權人幾乎可以確定是面對獨占或寡占的鄰居，所以交易成本更高，更有創設法定通行權之必要。相關討論，參見蔡明誠（2010），〈新用益物權法之適用、解釋及補充〉，《法學叢刊》，55卷3期，頁8-9。實務上饒富興味之判決，參見高等法院台中分院90年度上易字第113號民事判決。對此判決之短評，可參見張永健（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〉，《交大科法評論》，7卷1期，頁147-148。另外可參見最高法院96年度台上字第584號裁判，該判決謂：「區分所有建物專有部分，因其他專有部分之間隔，無法對外為適宜之聯絡，不能為通常之使用，顯與袋地同，自有調整區分所有建物專有部分相鄰關係之必要，始能充分發揮其經濟效用，此與鄰地通行權之規範目的相同，既與袋地之情形類似，法律就此情形，本應同予規範，因立法者之疏忽，而發生顯在之法律漏洞，自得類推適用民法第七百八十七條之規定。」

一、理論：邊際社會利益大於邊際社會成本

前一部分主張，法院應該只在圖一之 MR 線夠高時，認定有法定通行權。但法定通行權之通行程度有高低之分——圖一之 MR 線上有無數個點，該選擇哪一點（何種通行程度）？

通行的邊際好處並不會隨著通行程度增加而上升。依據「邊際效用遞減原則」（the principle of diminishing marginal utility）⁵⁸，己地所有權人享有之通行程度越高（如通行之道路越寬），己地所有權人之邊際通行利益越低——雖然總通行利益仍繼續上升。本文更進一步假設，邊際通行利益除了遞減之外，還會有一個轉折點；通行程度超過該點之後，邊際通行利益會陡然掉落。圖一中的 Q1 就是轉折點，MR 線先是緩慢下降，在 Q1 時急轉直下⁵⁹。何以如此？以袋地通行之情境為例，通行伊始，初極狹、才通人，但能與外界通行之邊際利益極高。往 X 軸右方移動，通行程度漸趨增加（從步行到可通行腳踏車、機車、小轎車等等）；邊際利益雖然遞減，但仍高。但再往 X 軸右方移動，通行程度從單純小轎車通過，到開闢一線道、雙線道、四線道等等，邊際通行利益（如在較寬大車道上開車之愉悅感）與通行腳踏車或機車時相比，已經減少甚多。

隨著通行程度增加，鄰地所有權人承受之邊際通行成本也越高⁶⁰。所以，即使邊際通行利益一開始夠高，隨著通行程度增加，邊際通行利益線

⁵⁸ See ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, MICROECONOMICS 96 (7th ed. 2009).

⁵⁹ 當然，究竟邊際利益會不會急掉、如何急掉，是實證問題，隨具體情境而不同，圖一僅為示意。亦即，本文並未主張所有之通行必要都應該解釋為可以讓小轎車通過。有些情境中應該容許步行通過或機車通行即可，端視具體個案中邊際社會利益與成本之分布而定。

⁶⁰ 審查人質疑，邊際成本為何會遞增。舉例而言，假設鄰地有100平方公尺，袋地所有權人通行鄰地90平方公尺，對鄰地製造之損害/成本，應該會高於通行鄰地10平方公尺，對鄰地製造之損害/成本之九倍。原因在於，通行鄰地一小部分時，對鄰地之利用方式，影響多半不大。鄰地若要建屋，則袋地所有權人利用屋前空地通行即可。但若通行處吃掉越來越大片的鄰地，甚至使得鄰地變成畸零地，或難以作最適規模之利用，自然會造成鄰地「不成比例」之損害。這裡的不成比例，就是邊際成本一般而言遞增之原因。

(圖一之 MR) 與邊際通行成本線(圖一之 MC (EV) 與 MC (FMV)) 終究會「黃金交叉」——Q4 右方之通行程度，其邊際通行利益一定低於邊際通行成本。

關鍵的問題是：通行程度應該定在何處？或有認為，應該依循常見之經濟分析，將通行程度設在邊際利益等於邊際成本之處。但基於以下理由，本文主張應該要將通行程度設在邊際社會利益高於邊際社會成本之處：

第一，如後詳述，法院無可避免需要用客觀的、較低的市場價格來估計邊際通行成本，但市場價格往往低估通行地之經濟價值，而經濟價值才是通行成本的正確指標。也就是說，法院只能觀察到圖一的 MC (FMV)，但無法觀察到圖一的 MC (EV)，所以會以為邊際利益等於邊際成本之處在 Q4——但事實上在 Q3。故若將通行程度設在邊際社會利益等於邊際社會成本之處，則法院很可能就會選擇過度之通行程度。

第二，法院要精確估計邊際社會利益，也有困難。過與不及雖然都不是（理想世界中的）最佳狀態，但在法定通行權問題中，寧可給予少於最適之通行程度。首先，通行程度越小，對鄰地所有權人之權利侵害越小。再者，給予己地所有權人少量之通行權，就已經打破鄰地所有權人之獨佔或寡佔地位；己地所有權人如果需要更高程度之通行，仍可以透過與鄰地所有權人協商來擴張通行範圍⁶¹。

當然，邊際社會利益高於邊際社會成本之處，仍有許多可能。本文認為，邊際通行利益由高轉低之轉折點 Q1，應該是合理的選擇。除了前述原因外，Q1 也是法院比較可以觀察、判斷的通行程度。復次，在轉折點之前，法定通行權所產生之邊際利益還很高，比較可以確保高過於邊際成本。

⁶¹ 若通行範圍過大，當事人仍可協商。但此時反而是被通行之鄰地所有權人要付錢敦請己地所有權人不要通行。至少在分配面上顯然不合理。

二、條文解釋

回到我國法之解釋。法院憑什麼將通行程度設在 Q1，而不是其他點？本文認為，我國民法第 787 條第 2 項（「通行必要之範圍內」）⁶²、第 854 條（「必要之…」）⁶³，規定通行以「必要」為限。「必要」就應該解釋為邊際通行利益沒有開始陡降之範圍內⁶⁴。而將通行程度精確地設在 Q1，則是各種考量下最適切之選擇⁶⁵。

但為何立法者在第 787 條與第 854 條規定「必要」，卻未在第 779 條與第 786 條中規定「必要」？原因或許是第 787 條之通行與第 854 條之「行使或維持其權利」有各種態樣，若不用「必要」一詞來規範己地所有權人，可能造成過度使用⁶⁶。反之，第 779 條排水之方法，第 786 條管線之粗細，多半選擇有限。尤其是第 786 條中之電線、水管、瓦斯管，縱使己地所有權人有權通過，也是電力公司或水公司以標準方式接管、接線，不會讓己地所有權人親力為之。而即使依第 779 條土地所有權人可以排水，渠亦不至於因此日以繼夜生產廢水以通過鄰地。換言之，第 779 條與第 786 條規範之情境中，己地所有權人能使用鄰地之方式，通常都屬必要。當然，如

⁶² 德國民法第 917 條、瑞士民法第 694 條、俄羅斯民法第 274 條、美國路易西安納州民法第 690 條等，亦作同樣規定。

⁶³ 瑞士民法典第 737 條、法國民法第 697 條有類似規定。關於法國民法規定之闡釋，參見尹田（1999），《法國物權法》，頁 443，台北：五南。

⁶⁴ 所以，「必要」之經濟功能，與前一節探討之「通行用途」不同。以圖一而言，前者是選擇 MR 線上之一點，對應到 X 軸之 Q1 處；後者則是探討 MR 線是否交在 Y 軸之高處。不過，兩者都是確保邊際通行利益夠高之方法。

⁶⁵ 第 787 條第 2 項之「必要之範圍『內』」不應該解釋為 Q1 點左方任一點皆符合。原因是各國立法例均規定法定通行權必須選擇在鄰地損害最少處，而邊際通行成本遞增，結果就是和 Q1 點距離最遠的「原點」對鄰地損害最少——等於不能通行。且參酌外國立法例，如德國民法 917 條，也僅有「必要」之限制，沒有「必要範圍內」之要求。所以，第 787 條第 2 項應該理解為「必要」即可。

⁶⁶ 用損害最少條款並不足夠。因為損害最少之認定，以確立通行方式為前提。以第 787 條之袋地通行權為例，如果沒有必要性之要求，己地所有權人可以主張用四線道通行周圍地，只是己地所有權人必須選周圍地損害最少之處來闢建四線道。若有必要性之要求，則己地所有權人可能只能闢建單線道，必然對鄰地產生較少之損害。

果修改法條，納入必要程度之限制，也無不可，只是作用不大，僅能在極端案例發生時發揮作用——或者若法院過寬地解釋第 786 條之「其他管線」時，必要性即可發揮限制作用。

第 788 條之情況最為特別。第 788 條乃延續第 787 條而來，第 788 條第 1 項所稱之「有通行權人」，必然已經通過第 787 條第 1 項之「不能為通常使用」標準，才會從土地所有權人升格為有通行權人。第 788 條第 1 項之「必要時，得開設道路」，本文認為應作此種解釋：若開設道路之邊際通行利益沒有陡降，則屬必要。換言之，若開設道路之邊際通行利益遠低於開路前之邊際通行利益，則開路非必要⁶⁷。

伍、償金

一、理論：內部化外部性

法定通行權往往伴隨償金之規定；我國民法第 779 條、第 786 條、第 787 條、第 788 條即為適例。在沒有交易成本，裁決者又無所不知的世界中，償金不是達成有效率通行的必要規定。因為裁決者可以衡量成本效益後，作成極大化社會福利之決定。換言之，至少短期而言，鄰地所有權人受損害而未受補償，對通行是否有效率，並無影響⁶⁸。

⁶⁷ 朱柏松教授發現，法、日、德、瑞都沒有規定開設道路權，及購買崎零地之規定，故認為此立法值得斟酌。參見朱柏松，前揭註4，頁65。但從日本民法第211條第2項之英譯條文“A person who holds the right of passage under the provisions of the preceding Article may construct a road if necessary”來看，日本民法似乎有賦予開設道路權。日本民法的官方英譯本，參見 <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1928&vm=02&re=02> (最後瀏覽日：04/08/2012)。

⁶⁸ 不過，長期而言，因為鄰地受損不受補償，鄰地所有權人投資於鄰地之金額會低於最適量。

然而，現實世界中沒有無所不知的裁決者，償金規定就變得非常關鍵⁶⁹。要求己地所有權人必須給付鄰地所有權人償金，就是要求己地所有權人「內部化（internalize）」其強加於鄰地所有權人之「外部性（externality）」（亦即，鄰地所有權人之損失）⁷⁰。償金因此達成兩個目標，第一、在分配面上填補了鄰地所有權人之損失，較符合一般認知之公平正義；第二、確保配置效率⁷¹。

⁶⁹ 相鄰雙方對償金數額談不攏時，是否得請求法院裁判？第779條第4項規定法院可以判決定損害最少之處，並未賦予法院介入決定償金之權利。第786條第4項、第787條第3項都準用第779條第4項之規定，以裁決第786條第1項但書與第787條第2項之爭議。問題在於，雖然第786條第1項但書與第787條第2項同時包括損害最少與償金兩種可能爭議點，但第786條修正理由（三）特別指出「又其準用範圍限於損害最少處所及方法有關之異議程序規定，不包括償金，併予指明」，第787條修正理由（二）亦謂「增訂第三項，理由同第七百八十六條說明三」。換言之，廿一世紀之物權修法者，似乎不欲相鄰地主請求法院裁決償金。但本文採通說，認為當事人仍得訴請法院以判決定之。參見謝在全（2010），《民法物權論（上）》，5版，頁293，台北：自刊；謝哲勝（2010），《民法物權》，3版，頁147，台北：三民；朱柏松，前揭註4，頁64，註40。

⁷⁰ 請注意，法定通行權之償金乃利用土地之代價，而非損害賠償之規定。相關討論，參見張永健（2013），〈越界建築之經濟分析〉，審查中；臺灣臺中地方法院98年度訴字第1640號民事裁判（「民法第786條之立法目的則在調和權利之行使，故償金之請求不限受有損害為前提，應屬使用土地之對價」）。

⁷¹ 關於「配置效率（allocative efficiency）」，see COOTER & ULEN, *supra* note 24, at 301.

也因此，償金如何計算，變得至關重要⁷²。與徵收補償問題相同⁷³，此處政策決定者又面臨要給予客觀但低估真正損失的公平市價（fair market value；以圖一之 MC (FMV) 線代表），還是給予主觀、可能被誇大、但理論上較能反應真正損失的經濟價值（economic value；以圖一之 MC (EV) 線代表）⁷⁴。甚至可以說，決定通行償金數額可能比決定徵收補償更困難，因為徵收是剝奪整個不動產權利，該補償多少，有市場上之不動產所有權交易價格可作參考；但通行權往往只是鄰地頻繁但短暫的使用，不一定有

⁷² 吳光明教授認為，償金之數額判定，應斟酌因通行所受利益及鄰地因之所受損害之程度，並以雙方之經濟狀況為衡量之標準。參見吳光明（2009），《新物權法論》，頁127-128，台北：三民。

謝在全大法官認為，償金之計算方式，應按鄰地所有權人受損害之程度、地目、目前使用情形、形狀、附件之環境、通行以外利用價值，通行權人是否為獨占利用，通行期間乃永久或暫時等具體情況而定。參見謝在全，前揭註69，頁292-293。王澤鑑大法官認為，損害有繼續性，應以定期支付為佳。參見王澤鑑，前揭註4，頁192-193。

⁷³ 徵收補償看似為公法問題，而通行權之償金看似為私法問題，但從法律經濟分析來看，兩者都是對財產權之保障採取「補償原則（liability rule）」。也就是法律容許外人未經財產權人同意就取得使用甚至擁有之權利。為確保財產權利之強迫移轉或使用會有效率，補償/償金之數額必須反應原財產權人之損失。此問題文獻已多，see, e.g., Kaplow & Shavell, *supra* note 35, at 719-20（法院若能將損害賠償額訂在類似案件之平均損害，補償原則就會優於財產原則）；Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 J. LEGAL STUD. 307 (1994)（一般性地討論法律裁決精確性之重要）。

關於補償精確性之重要，參見Yun-chien Chang, *Economic Value or Fair Market Value: What Form of Takings Compensation Is Efficient?*, 20 SUP. CT. ECON. REV. (forthcoming Sept. 2012)。

⁷⁴ 經濟價值必然大於或等於公平市價，兩者之差為「主觀價值」（subjective value）。參見張永健，（2011），〈土地徵收補償之規範標準與實證評估〉，《東吳法律學報》，22卷4期，頁33-34；YUN-CHIEN CHANG, PRIVATE PROPERTY AND TAKINGS COMPENSATION: THEORETICAL FRAMEWORK AND EMPIRICAL ANALYSIS (forthcoming 2013)。即使鄰地所有權人之土地被通行，沒有剝奪鄰地所有權人之所有權，他仍然被剝奪土地使用權或更抽象的土地使用方式決定權（right to exclude），所以鄰地所有權人應該仍有主觀價值之損失。

類似交易存在（不動產役權之價金，無須登記⁷⁵；似乎也沒有任何既存之交易資料庫可供參考）。就此而言，價金問題與「管制性徵收（regulatory takings）」⁷⁶之補償問題更為近似。筆者另文中主張以公平市價作為徵收補償之起點⁷⁷，此處亦然。要精確估算強制通行對鄰地經濟價值之影響，資訊成本太高（強制通行案件並不頻繁，又少有比較基準），以公平市價減損為標準⁷⁸，目前較為現實可行⁷⁹。

然而，公平市價畢竟往往低於經濟價值（鄰地所有權人之真實損失），故己地通行製造外部成本於鄰地。且因為法院低估通行成本，可能會在不應容許通行之時或地，容許通行⁸⁰。最後，若己地與鄰地所有權人在爭訟前商議意定通行權，鄰地所有權人必然會依據其經濟價值出價，但己地所有

⁷⁵ 不過，第 859-2 條準用第 836-1 條，使有登記之預付價金，可以對抗善意第三人。此種規定會給予需役不動產所有權人登記役權價金之誘因。然而，實務上究竟有多少需役不動產之所有權人確有利用本條而登記役權之價金，尚不清楚；也絕對還不到可以建立數據資料庫作進一步統計推論之地步。

⁷⁶ 所謂「徵收」，指政府完全剝奪私人財產之所有權。所謂「管制」，指政府以法律、命令或其他手段，限制私人使用、收益或處分其物之方式，但未剝奪其所有權。徵收與管制，在光譜的兩個極端。在光譜的中間，是「管制性徵收」。關於管制性徵收之文獻非常多，*see, e.g.*, WILLIAM A. FISCHEL, REGULATORY TAKINGS: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS (1995); DAVID DANA & THOMAS W. MERRILL, *supra* note 38; RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN (1985)。中文文獻，參見例如：謝哲勝（1995），〈從美國法上的土地準徵收論既成道路公用地役權之妥當性〉，《財產法專題研究（二）》，頁214-236，台北：三民；謝哲勝（1999），〈準徵收之研究〉，前揭註4，頁221-274；張泰煌（1998），〈從美國法準徵收理論論財產權之保障〉，《東吳法律學報》，11卷1期，頁113-157。

⁷⁷ 參見例如張永健，前揭註74，頁48-50。

⁷⁸ 實務上多要求雙方當事人舉證證明系爭通行地之價值。然最高法院有見解認為，除此之外，應請專業機關鑑定該筆土地之市價，並應斟酌因通行所受利益及鄰地因之所受損害之程度，及雙方之經濟狀況，作為衡量之標準（最高法院八十五年度台上字第六七號民事判決參照）。

⁷⁹ 筆者另文強調，未來若有實證方法可計算土地所有權人之主觀價值，仍應朝經濟價值補償之目標前進，方可同時兼顧長期與短期效率。*See Chang, supra* note 73.

⁸⁰ 例如：鄰地之損失/經濟價值是90元，價金／公平市價是80元，己地之通行利益是85元。通行其實並無效率，但因為價金以公平市價估算，使己地或法院都「誤以為」通行有效率。

權人知道法院會以較低之公平市價估定償金，所以——除非訴訟成本夠高——己地所有權人有誘因使談判破局，等法院判決法定通行權。要逼使己地所有權人上談判桌，並使鄰地所有權人之真實損失獲得補償，必須限縮法定通行權之範圍。

二、條文解釋：第 788 條價購通行地之特殊問題

第 788 條規定，開設通行道路，致「通行地損害過鉅」者，鄰地所有權人得請求己地所有權人以「相當之價額」購買通行地與因此形成之畸零地。如果依第 788 條第 1 項所賦予之償金，已經完全填補鄰地之損失，鄰地所有權人何來損害過鉅？第一種解釋是，償金難以反應經濟價值，只能填補公平市價；所以，通行範圍越廣，鄰地所有權人之主觀價值（經濟價值與公平市價之差）就損失越多。開設道路需要較大面積之通行地，較容易對經濟價值高之鄰地產生過鉅之損害。依此見解，則「過鉅」衡量者為主觀價值之總額。然而，如前述，因為高資訊成本，相當價額也只能反應公平市價，而無法反應經濟價值，鄰地所有權人因而難以從強迫己地所有權人購買通行地中獲得主觀價值之補償，所以此見解並無實益。

第二種解釋是，開設之道路可能使縮水之鄰地無法為最有價值之利用，造成剩餘、未通行部分鄰地之價值不成比例地下跌。是故，若僅依第 788 條第 1 項，以鄰地所有權人在通行處之損失來計算償金，可能嚴重低估通行之成本。第 788 條第 2 項於是賦予鄰地所有權人迫使通行權人購買鄰地之「選擇權（option）⁸¹」——價購通行地後，使得通行權人搖身一變成了單一主人！如果通行權人不願意付出相當之價額變成單一主人，就顯示開路通行其實並無效率⁸²。這種解釋之好處，就是確保通行之效率。缺點仍

⁸¹ 更精確地說，是「買權（put option）」。關於買權概念在法學分析中之應用，see IAN AYRES, OPTIONAL LAW: THE STRUCTURE OF LEGAL ENTITLEMENTS 15-29 (2005); Ian Ayres, *Protecting Property with Puts*, 32 VAL. U. L. REV. 793 (1998)。

⁸² 若通行權人只是現在有通行必要，並預計（舉例而言）不久之將來會買直昇機或買另一塊鄰地用以通行，這時通行雖有必要，但開路之邊際利益對通行權人可能太低。此時，從增進社會福利之觀點，本來不應容許開路。若通行權人預期永久

是有背離法條文義之弊。細查第 788 條第 2 項之文義，「通行地」與鄰地或周圍地並不同義，而是特指己地所有權人/通行權人之通行處。「畸零地」也難謂等同於「通行處之外的所有鄰地」；畸零地一般指「面積狹小或地界曲折之基地」⁸³。亦即，損害過鉅之量度對象是實際通行處，而非鄰地整體或鄰地剩餘部分；畸零地也不等於鄰地其餘部分。

第三種解釋是，當通行處開設道路，使鄰地所有權人雖保有所有權，但已無他用之可能⁸⁴（亦即對鄰地所有權人而言通行處價值趨近於零），此時判定通行地損害過鉅。這種解釋，類似於「管制性徵收」或「特別犧牲（Sonderopfer）⁸⁵」之判斷標準（只是此處「徵收人」乃私人也）。本文推測，大部分的案例都會符合此標準。雖然此種解釋已經可以解決大多數鄰地受害過多之問題，但可能仍不夠周全。若能修法，使前述第二種解釋亦能為實務所採納，應更有效率。

第 788 條第 2 項要求當事人先協議價購；不過，法院以何種標準判定「相當之價額」，對當事人協議有關鍵之影響。若法院以公平市價定義相當價額，則在當事人協議時，鄰地所有權人就很難讓己地所有權人甘心賠償鄰地所有權人之經濟價值——除非經濟價值與公平市價之差，猶小於己地所有權人之訴訟成本。故鄰地所有權人並不會因為法律要求當事人先協議而當然能從協議中獲得經濟價值補償。

不過，法條之「相當之價額」，應該可以解釋為「開設道路前完整鄰地之市價，減去開設道路後非通行部分鄰地之市價」。在通行地不大、不影響鄰地形狀或利用方式、不影響其規模經濟（economy of scale）之情形，此種計算方式得出之價格，與直接計算通行部分土地之價格，應無二致。

使用道路，卻不願意購買，這正顯示其通行利益並不高。

⁸³ 臺北市畸零地使用規則第 2 條參照。關於畸零地之產生，可參見張永健（2013），〈共有物分割判決之實證研究〉，張永健（編），《2011 司法制度實證研究》，台北：中研院法律所。

⁸⁴ 若未開設道路，僅供己地所有權人步行或騎腳踏車通過，則可利用性較高。

⁸⁵ 本理論在釋憲實務上之運用，參見司法院釋字第 400 號；司法院釋字第 444 號。學術文獻，參見例如：李建良（2006），〈損失補償〉，翁岳生（編），《行政法（下）》，台北：元照。

但在未通行部分鄰地之價值不成比例地下跌時，依本文之計算方式，方可真正反應鄰地所有權人在公平市價方面之損失。

三、條文解釋：第 854 條未規定償金

民法第 854 條僅規定「必要性」、「損害最少之處所與方法」、「通行用途」，卻獨漏償金之規定。本文認為，無須補償有其道理。第 854 條適用於意定之役權，其性質上不類強制規定，反似契約法上之（預設）任意規定 (default rules)⁸⁶，當事人可以合意採取他種安排。所以，無論第 854 條規定是否有償金，役權的兩造都可以採取其他安排，或是在協商時調整役權之價金而反應償金之有無。但採取無償金此種預設任意規定有一個好處——減少訟爭。若有償金之規定，法院往往必須介入，還須估算金額。若無償金之規定，事前有以契約調整者，故較無問題；事後產生糾紛者，也知道沒什麼好吵的。

陸、選擇通行處所與方法

⁸⁶ 英文文獻，see Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); Ian Ayres, *Default Rules for Incomplete Contracts*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, Vol. A-D 585 (Peter Newman ed., 1998); Ian Ayres & Robert Gertner, *Majoritarian v. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 1591 (1999); Eric Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L.J. 829 (2003).

中文文獻，參見王文字（2003），〈論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償規定為例〉，《民商法理論與經濟分析（二）》，頁170-174，台北：元照；張永健（2002），〈自始客觀不能之經濟分析〉，《月旦法學雜誌》，86期，頁156-161；張永健（2003），〈論給付不能的分類與歸責問題〉，《法令月刊》，54卷6期，頁106-108。

一、理論：四種模式

我國民法第 779 條、第 786 條、第 787 條、第 854 條⁸⁷共通採納「鄰地損害最少⁸⁸」作為選擇通行處所與方法之標準⁸⁹。「鄰地損害最少」卻不是理論上唯一可能的選擇⁹⁰。以下將討論四種典型的標準：「鄰地損害最少」（模式 1）；「鄰地所有權人選擇」（模式 2）；「己地利益最大」（模式 3）；「己地所有權人選擇」（模式 4）（參見表 1），並分析其利益得失⁹¹。

⁸⁷ 此外，中華人民共和國物權法第160條規定：「地役權人應當按照合同約定的利用目的和方法利用供役地，儘量減少對供役地權利人物權的限制。」比臺灣民法第854條之標準抽象。不過，解釋上似乎殊途同歸。在中國官方出版之條文說明中，明確指出「地役權人按照合同約定的利用目的和方法利用供役地時，應當採取對供役地損害最小的方法為之，在利用供役地的同時，不要過分損害其利益。…地役權人要採取適當的方法，儘量選擇對供役地損害最少的方法行之，盡可能減少對供役地權利人物權的限制。」參見全國人大常委會法制工作委員會民法室（2007），《中華人民共和國物權法條文說明、立法理由及相關規定》，頁288-289，北京：北京大學出版社。另曾任中國最高人民法院副院長者黃松有主張，「地役權人在供役地上為必要的附隨行為時，應該採取對供役地最小損害的方式進行」。黃松有（2007），《中華人民共和國物權法條文理解與適用》，頁477，北京：人民法院出版社。

⁸⁸ 其他法律也常見「損害最少之處所與方法」之規定，如公寓大廈管理條例第6條第2項、土地徵收條例第57條、共同管道法第14條等等。

⁸⁹ 我國民法第779條第4項、第786條第4項、第787條第3項規定，兩造對損害最少之通行處無法達成共識時，法院得以介入。第854條無類似規定，是否得類推適用此三條規定？本文採肯定見解，蓋此數條文皆處理法定通行權問題，有類推適用之基礎，而若法院不得介入，雙方爭議難以解決。

⁹⁰ 前註14提及，美國各州以特別法之方式，規定如同我國民法第787條之袋地通行權。各州作法不同，如Arkansas州規定與大陸法系之民法典接近，有損害最少、必要性等之規定；補償額由市價差距來計算。ARK. CODE ANN. §§27-66-401(a)(1) (Michie 1994). 但如Alabama州就另闢蹊徑，明確規定通行處不得寬於30英尺；以可通行到最近或最方便之公路，決定通行處所。ALA. CODE § 18-3-1 (1997). Kansas州則規定通行地寬度必須介於40英尺與100英尺間。KAN. STAT. ANN. § 68-117 (2002).

⁹¹ 有學者認為，損害最少之處不易判斷。參見蕭慧瑜（2003），〈鄰地通行權問題之研究〉，《臺灣土地金融季刊》，40卷4期，頁15-28。

若下列條件成立，則無論法律採用客觀之「鄰地損害最少」標準，或主觀之「鄰地所有權人選擇」標準，結果應無二致：通行處所與方法之成本透明、沒有資訊不對稱（即鄰地所有權人與法院對成本之估算會相同）；鄰地所有權人只重視金錢之成本效益；鄰地與己地所有權人間不可能發生後續交易。以表 2 為例，通行方案 A 因為製造最小的鄰地總損害，模式 1 會選擇之；而鄰地所有權人也只在乎自己的損失，所以在模式 2 下通行方案 A 也會被選擇。

然而，前述條件不總是成立。舉例而言，若鄰地所有權人無法說服法官通行方案 A 是鄰地損害最少之處，法官可能會被己地所有權人說服，認為通行方案 C 才是鄰地損害最少之處。如此，則模式 1 會選擇通行方案 C，模式 2 會選擇通行方案 A。另外，若鄰地所有人重視的不只是金錢，還有恩怨情仇⁹²，則鄰地所有人在模式 2 下也不一定會選擇通行方案 A。假設己地與鄰地所有權人是世仇，鄰地所有權人的目標可能是極大化己地所有權人之不便，因此會選擇己地通行利益最小的通行方案 D，即令多負擔 $7-5=2$ 之成本也在所不惜。最後，若鄰地所有權人與己地所有權人間沒有特殊過節，後續交易可行，則模式 2 下，鄰地所有權人有誘因要壓低己地所有權人之通行利益（所以選擇通行方案 D），以誘使己地所有權人另外向鄰地所有權人商談更大規模之通行方案⁹³，並從談判中獲取更多利益。

⁹² 亦即，鄰地或己地所有權人不總是表現得如同理性經濟人。地主可能有「行為法律經濟學（Behavioral Law and Economics）」所描述的各種「有限理性」的行為，也可能受情緒影響，寧可不賺錢，也要求個痛快。關於行為法律經濟學，*see generally BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS* (Cass R. Sunstein ed., 2000)。行為經濟學對法律決策及日常生活決策之分析，*see generally RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (2008); DAN ARIELY, PREDICTABLY IRRATIONAL: THE HIDDEN FORCES THAT SHAPE OUR DECISIONS (2008)*。

⁹³ 法定通行權本來就只是預設任意規定，己地與鄰地所有權人當然可以透過契約擴張或縮減通行之範圍、方式等（但當然基於債之相對性，不拘束後手）。關於物權法之規定為何「不總是」強制規定，參見張永健，前揭註 35，頁 86。

由以上討論可知，相較於現行法採用之模式 1，模式 2 不一定比較有效率⁹⁴，需視具體情況而定。然而，模式 1 與模式 2 都有盲點，就是只顧通行之社會成本，而未能使法院或鄰地所有權人考量通行之社會利益，乃至於淨社會福利。採用模式 3 也有類似問題，因為法院只會被要求關注通行之社會利益，而置通行成本於不顧。以表 2 為例，模式 3 將使得法院必須選擇通行方案 B，但這剛好是鄰地損害最大之通行方案，也沒有極大化淨社會福利。

〔表一〕選擇通行處所與方法之四種典型模式

	客觀標準	主觀標準
偏鄰地	模式 1：鄰地損害最少(A)	模式 2：鄰地所有權人選擇(A)
偏己地	模式 3：己地利益最大(B)	模式 4：己地所有權人選擇(C)

備註：括號中的英文字母，代表各模式下最可能被選擇之通行方案（見下表二）。

資料來源：本文製表。

〔表二〕通行方案與成本效益

通行方案	己地通行總利益	鄰地通行總損害/償金	淨社會福利	損益分析
	(1)	(2)	(3)=(1)-(2)	
A	72	5	67	鄰地損害最少
B	110	30	80	己地利益最大
C	100	10	90	社會福利最大
D	50	7	43	社會福利最小

資料來源：本文製表。

⁹⁴ 也請注意，模式2之主觀標準可以減少法院介入之司法裁決成本，因為法律已將決定權授予鄰地所有權人，爭訟空間甚小。相對地，在模式1之客觀標準下，另一造尚可提出客觀證據以爭執對造所稱之損害最少是否確係如此。

有趣的是，模式 4「己地所有權人選擇」從傳統眼光來看，可能是最不受青睞的模式，但卻可能是有效率之選擇。關鍵在於，己地所有權人享有全部之通行效益，且必需支付通行償金，所以內化（internalized）了通行成本⁹⁵。必須成本面與效益面兼籌並顧之己地所有權人，就近似於單一主人⁹⁶，只會容許社會利益大於社會損害之通行⁹⁷，甚至有誘因挑選極大化兩地淨社會福利之方案通行⁹⁸。故在模式 4 下，己地所有權人其實不會選擇單純通行利益最大之 B 方案，而會選擇淨通行利益最大之 C 方案。而從經濟分析之觀點，極大化淨社會利益正是終極目標。

以圖二⁹⁹解釋，法定通行權之「必要性」條件限制了通行程度在 Q1。但不同通行處所與方法之邊際成本與邊際效益有所不同。在模式 1 下，法院必須選擇第三種通行處所與方法，因為 MC3 低於 MC2 與 MC1。但第三種通行處所與方法並不總是極大化社會福利。但在模式 4 下，己地所有權人會選擇 MR 線與 MC 線在 Q1 點距離最遠者，也因此比模式 1 會增加社會福利。

不過，模式 4 也不是全無缺點。雖然單一主人不會在乎成本與效益在己地或鄰地間之分配。然而，現實中兩地分屬不同人所有，通行利益全部由袋地享受，通行成本全部落在鄰地¹⁰⁰。通行成本雖然理論上可以獲得償金填補，但因為法院受限於高資訊成本，必須以客觀之公平市價計算償金，

⁹⁵ 容許己地所有權人選擇對其利益最大之處，並要求其補償鄰地所有權人之損害，是典型的「補償原則（liability rule）」設計。

⁹⁶ 但因為己地所有權人沒有內化主觀價值，所以仍非純粹之單一主人。

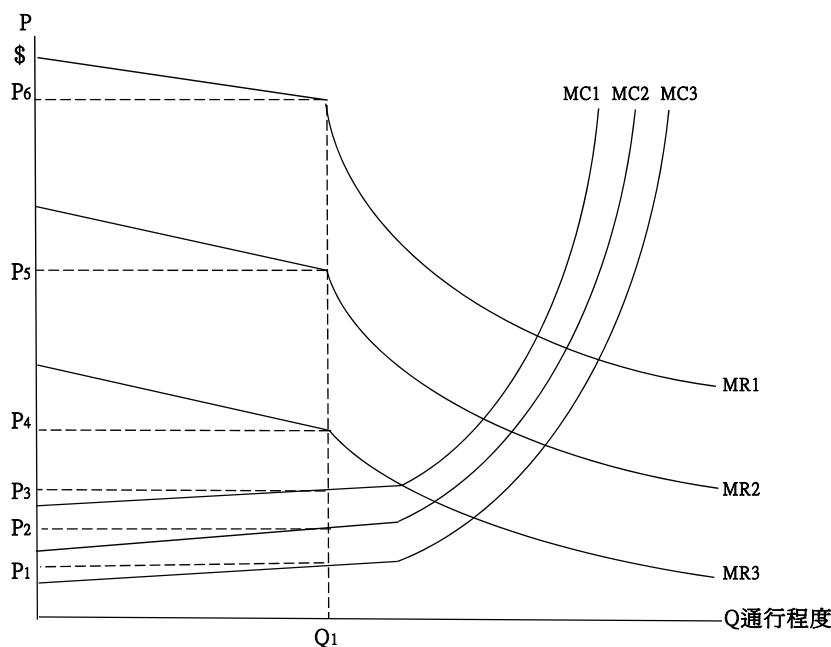
⁹⁷ 己地所有權人必然只在其「私人利益」（＝社會利益）高過於「償金」（＝私人成本＝社會成本）時，才會要求通行。

⁹⁸ 相對地，鄰地所有權人至多獲得損害填補，又沒有獲得任何通行之好處，通行對其淨利益最多是零，甚至為負。是故，僅有己地所有權人有誘因極大化通行之社會福利。以表一為例，模式 1 只重視第(2)欄；模式 3 只重視第(1)欄；模式 2 混合多種考量，但不會只關注第(3)欄；只有模式 4 下，當事人才有誘因選擇第(3)欄數值最大者。

⁹⁹ 以圖二而言，淨社會福利之總和是 MR3、MC3、Y 軸、Q1 上的虛線所圍成之四邊形。

¹⁰⁰ 例如，己地所有權人可以濫用模式 4 賦予之決定權以報復鄰地所有權人。

故不能完全補償鄰地被迫用於通行之損失¹⁰¹。而模式 4 因為不總是選擇鄰地損害最少之處，所以相較於模式 1，會增加鄰地所有權人未受補償之主觀價值，也因此降低鄰地所有權人投資於自己土地上之意願。



〔圖二〕不同通行處所與方法之邊際成本與邊際效益

說明：MC_n 與 MR_n 代表第 n 種通行處所與方法之邊際成本與邊際效益。

資料來源：本文製圖。

如果己地與鄰地所有權人間之交易仍屬可行（交易成本沒有過高），更可以看出現行法之模式 1 有其道理。「規範面的霍布斯定理」是假設交易成本過高，所以只能靠立法者或司法者直接作好有效率之資源分配。如果交易（Coasean bargaining）不可能發生，則採用模式 4 可以確保法定通

¹⁰¹ 在分配面上，此對鄰地頗有不公之處。

行權之通行方案是朝有效率之方向決定。而依照寇斯定理，若可以降低交易成本，使雙方當事人自行協商，是更能確保效率之作法，因為唯有透過自願性交易，才能確定雙方都有賺頭。換言之，即使圖二中之第三種通行處所與方法未能極大化社會福利，鄰地與己地所有權人仍可透過協商，以契約之方式改採他種通行處所與方法。而此契約必然會填補通行處所與方法之變動對鄰地所有權人產生之全部損害。

綜上所論，模式 4 與現行法之模式 1 孰優，取決於許多條件，尤其是設定法定通行權後兩造之交易成本高低，與法定通行權對鄰地所有權人之投資意願有多少影響。此外，在法定通行權尚受到許多侷限之條件下，模式 1 與模式 4 會選擇之通行方式，究竟社會福利差距多少，也尚待實證研究（empirical studies）。在證據齊備之前，本文認為應該可以先維持既有之模式 1。

二、條文解釋：無償通行也須選擇鄰地損害最少處

第 789 條明白規定無償通行，但未明定使用哪一種模式決定通行處所與方法。本條情境中，袋地所有權人不用付償金，採取模式 4 不會使他內化通行成本，故並無道理偏好模式 4。事實上，模式 1、2、3、4 都會只側重通行成本或通行利益，皆無法誘使當事人選擇極大化淨通行利益之通行方案。

本文認為，此處應該偏好模式 1「鄰地損害最少」。蓋客觀標準比主觀標準不容易被當事人濫用；且成本往往比效益具體明確¹⁰²，採用模式 1（相較於模式 3）有助於降低法院之紛爭解決成本。故在解釋上，關於通行處所與方法，第 789 條應類推適用第 787 條¹⁰³。

¹⁰² 參見熊秉元（2003），《熊秉元漫步法律》，頁202，台北：時報。

¹⁰³ 並參照最高法院69年度台上字第2418號民事裁判要旨：「民法第七百八十七條第二項所謂有通行權人，應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之，此項規定，依誠信原則，對於民法第七百八十九條第一項所謂不通公路土地之所有人，亦有其適用。」

柒、法定通行權之例外

一、理論：事前觀點

經濟分析不但要看短期，還要看長期（long-run）¹⁰⁴之效果；不只是在事後（*ex post*）收拾殘局，更重視在事前（*ex ante*）設立良好之行為準則，使當事人有正確之誘因、作有效率之決定¹⁰⁵。前文運用者多為事後觀點，因為袋地之產生非當事人有意造成，而是造化之功或前人留下的爛攤子。己地與鄰地所有權人既無法在通行需求產生前，預為之計，則無論法律如何規定，都無法改變袋地之既成事實。此時，法律只能以事後觀點，降低己地與鄰地所有權人間之交易成本，或將資源（通行權）分配給最能利用者。本節討論者則不同。從法律經濟學之事前觀點，本節闡述為何第 787 條排除「任意行為」所生之通行需求，及為何第 789 條規定己地所有權人可以無償通行。

¹⁰⁴ See HENRY HAZLITT, ECONOMICS IN ONE LESSON: 50TH ANNIVERSARY EDITION 17 (50th ed. 2008). 並參考熊秉元教授對本書中譯本之推薦序：熊秉元（2005），〈晶瑩剔透的鑽石〉，Henry Hazlitt（著），《一課經濟學》，頁33，台北：經濟新潮社。

¹⁰⁵ 關於法律經濟分析的事前觀點，see Henry E. Smith, *Law and Economics: Realism or Democracy?*, 32 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 127, 134 (2009) (“Law and economics in particular is concerned with incentives for the future and is *ex ante* in this sense.”); Richard R.W. Brooks & Warren F. Schwartz, *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*, 58 STAN. L. REV. 381, 392 (2005); Lucian Arye Bebchuk, *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*, 100 MICH. L. REV. 601, 603 (2001)。此觀點之闡釋，參見張永健（2012），〈附合與混合之經濟分析〉，《月旦民商法雜誌》，36期，頁75-76。

二、條文解釋：第 787 條之「任意行為」

第 787 條排除「任意行為」所生之通行需求¹⁰⁶，在避免投機行為，以促進長期效率。若土地所有權人可以藉任意行為自斷後路來取得通行鄰地之權，不啻以鄰為壑。法院酌定之通行償金，無法完全補償鄰地所有權人，已如前述。亦即，若己地所有權人要透過與鄰地所有權人締結契約來取得通行權，通常要付出較法院償金為高之代價。土地所有權人皆想節省通行費用；若其可藉由堵塞己地尚可通行之路，再付出低於市價之代價通行鄰地，資源之配置必無效率。

第 787 條之「任意行為」，翻譯自德民第 918 條第 1 項¹⁰⁷，並為第 787 條修正理由（一）所接受：「所謂任意行為（德文 willkürliche Handlung），係指於土地通常使用情形下，因土地所有權人自行排除或阻斷土地對公路之適宜聯絡而言，例如自行拆除橋樑或建築圍牆致使土地不能對外為適宜聯絡即是。」此種解釋，符合經濟分析，可資贊同。

三、條文解釋：第 789 條

第 789 條規定，讓與或分割形成之袋地，袋地所有權人僅得通行受讓人或讓與人土地¹⁰⁸。此規範其實與第 787 條對任意行為之規範相近。只不

¹⁰⁶ 另可參照最高法院85年度台上字第1088號裁判書：「土地所有人任意拋棄原有之通行地役權或其他通行土地使用權，或破壞原有通路、設障阻礙原接公路，即不能主張必要通行權。」

¹⁰⁷ BGB 918I: “The obligation to tolerate the right of way of necessity does not arise if the previous connection of the plot of land with the public road is ended by an arbitrary act of the owner.” 此外，美國路易西安納州民法第693條，與南非之普通法也採用同樣之規定。關於後者，*see C.G. Van der Merwe, supra* note 12, at 1392。

¹⁰⁸ 此種規定亦見於日本民法第213條、德國民法第918條、法國民法第684條、美國路易西安納州民法第694條。

美國各州之普通法中也有此種原則，稱為easements of necessity、easement by necessity或ways of necessity，而且是討論法定通行權時之重點——美國各州普通法中沒有類似我國民法第787、788條之法定通行權。美國財產整編法第三版役權部分，是這樣描述讓與或分割形成之袋地通行權：“A conveyance that would otherwise deprive the land conveyed to the grantee, or land retained by the grantor, of

過，第 787 條之任意行為被解釋為利用物理性之方法（事實行為）為之，而第 789 條是利用法律行為為之¹⁰⁹。

受第 779 條、第 786 條、第 787 條（非任意行為之情形）、第 788 條規範之土地與鄰地所有權人，沒有在取得所有權且通行成為問題前，有事前協商之機會¹¹⁰。所以法律不得不在事後以法定通行權重新調整財產權之內容，以俾社會福利極大。第 789 條第 1 項與第 2 項之情境則與前述條文不同：在某地主 D 分割或讓與全部或一部土地之前，因為 D 是「單一主人」¹¹¹，通行本無問題。但讓與或分割後縱使有部分土地無法通行公路，也都可以在讓與或分割時，預為之計。民法之角色是在事前劃定明確之規則，促使當事人在讓與或分割時就以契約、通行役權或其他方式，規劃之後的通行問題。第 789 條只允許有通行需求者通過原本由 D 擁有之土地，而不得通過其他人之土地，使得 D 或 D 之後手無法將通行成本外部化。通行必

rights necessary to reasonable enjoyment of the land implies the creation of a servitude granting or reserving such rights, unless the language or circumstances of the conveyance clearly indicate that the parties intended to deprive the property of those rights." Restatement (Third) of Property: Servitudes, §2.15 Servitudes Created by Necessity。關於讓與或分割形成之袋地通行權之普通法規定，另可參見BRUCE & ELY, *supra* note 14, at §4.2; JAMES E. KRIER, PROPERTY 307-08 (2006); John W. Fisher, II, *A Survey of the Law of Easements in West Virginia*, 112 W. VA. L. REV. 637, 705-13 (2010); Michael V. Hernandez, *supra* note 14, at 79 (論及讓與或分割形成之袋地通行權，在普通法中源遠流長，至少可以溯及至13世紀)。

¹⁰⁹ 參照最高法院85年度台上字第3141號裁判書：「按民法第七百八十九條規定之通行權，係因土地所有人為土地一部之讓與或分割，對於致生不通公路之土地者，得為預見，可期先為合理解決，自不能因當事人之任意行為，而加重其他鄰地所有人之負擔。故凡因土地一部之讓與或分割，致有不通公路之土地者，不通公路土地之所有人，因至公路，僅得通行受讓人或讓與人或他分割人之所有地。此項通行權性質上為土地之物上負擔，隨土地而存在，於土地所有人將其一筆土地同時分割成數筆，再同時讓與數人之情形，亦有其適用。」

¹¹⁰ 通行之需求可能因為天災、政策改變、科技進步等原因而產生，如：土石崩落致形成袋地，政府決定廢除某條公路，原本所無之光纖電纜因資訊時代沛然來臨而變成必需品。第779條、第786條、第787條、第788條之情境，都是通行需求發生或被預見時，通行地與被通行地皆已各有其主。

¹¹¹ 即使是數人共有，也算是單一主人，因為各共有人除另有相反分管約定外，可以通行土地任何部分（民法第818條參照）。

然會造成通行處之損失，D 或 D 之後手自然希望不要由原本 D 之土地通行，以極大化土地價值。若無第 789 條之規定，其他周圍地之損害又較小，D 與 D 之後手就會有恃無恐，等著由其他周圍地通行。此種通行安排，從短期來看可能是有效率的——畢竟周圍地之損害最少——但因為償金沒有反應主觀價值，所以也可能是無效率的。再者，從長期來看，也侵害其他周圍地所有人之財產權，使其投資過少。所以，第 789 條不得通行其他周圍地之規定，可以同時確保長期與短期之效率¹¹²。

第 789 條第 1 項、第 2 項之規定，適用在受讓人、讓與人或分割人沒有事先安排妥當通行事宜之時；若已經以契約或意定役權安排通行事宜，則當然排除第 789 條之適用。第 789 條第 2 項免除通行權人支付償金之義務¹¹³，不過，制度設計者自然也可以採取相反立場，仍要求支付償金。但兩相比較，現行法規定較有效率¹¹⁴。現行法之下，雖然看起來有通行權人可以免費通行，但由於第 789 條第 2 項規定明確，有通行權人「必然」¹¹⁵ 在讓與或分割時會付出代價——多付價金、分割時分到價值較低之部分等¹¹⁶。

¹¹² 只要是D或D之後手之間自願之交易安排，必然符合短期效率。因為沒有侵犯到第三人之財產權，符合長期效率。

¹¹³ 無償金之規定，在民國初年即為我國判例所採。參見陳榮傳，前揭註1，頁79。與本文類似之經濟分析，參見蘇永欽，前揭註25，頁142。

日本民法第213條、美國路易西安納州民法第694條亦規定此種情境中之通行權人無須支付償金。

¹¹⁴ 同結論，參見蘇永欽，前揭註25，頁142-143。對此規定之批評，參見陳榮傳，前揭註1，頁79。

¹¹⁵ 此處，本文之分析假設了受讓人、讓與人、分割人、有通行權人等相關當事人，知悉第789條第2項之規定。此是否為真，是實證命題。一般人民可以想見不會清楚此種技術細節，但若當事人有尋求地政士或律師之協助，專業中間人比較可能清楚此規定，並提醒當事人注意。制度設計上，或許可以考慮在登記時，由地政機關盡提醒之責。當然，本文相信，必然有部分案例中，基於種種原因，相關當事人沒有先安排通行。但話說回來，分割或讓與共有土地，通常都涉及一大筆財產利益，稍微有留心於此之土地所有權人，難道不會思考「分割／讓與後，怎麼通行到馬路」之問題？若合理預期當事人有此問題意識，並尋求專業人士之協助，應不難發現民法第789條之規定。

¹¹⁶ 若是共有物分割，則筆者曾讀過許多判決是以命共有人繼續共有通行地之方式，解決日後之通行問題。我國實務上關於共有物分割後部分土地繼續維持共有之統

而法律規定有通行權人無需支付償金，表示法院無須決定鄰地損失，因此節省司法成本¹¹⁷。反之，若法律修改為須支付償金，雖然土地分割或讓與時仍會有所調整，但法院嗣後就必須介入。兩者相比，現行法之規定可以降低司法裁決成本。

此外，土地被通行之損失不獲補償，給當事人更強之誘因在事前（讓與或分割時）解決通行問題。因為前手若未妥善安排通行問題，必須對無償讓人通行之後手負瑕疵擔保責任，或者自己必須讓後手無償通行；後手會擔心有通行問題之鄰居有權無償通行其土地，但卻無法找到前手求償；即使是有通行需求之後手也會擔心可通行處並非最方便之處。

第 789 條之無償通行是否得繼受¹¹⁸？概念上，法定通行權屬法定不動產役權，附著於土地，與所有權人為誰無關，無償的法定通行權自然可以繼受。從經濟分析觀點，無償通行權可以繼受、長久存在，當事人間法律關係比較單純，原土地所有權人在讓與或分割時，也比較容易安排、調整通行方案¹¹⁹。且若無償通行權不得繼受，袋地之買受人與鄰地所有權人間會改而適用第 787 條之規定，若鄰地損害最少處並非位於原本讓與或分割

計，參見張永健，前揭註83。

¹¹⁷ 匿名審查人質疑，雖然司法成本得以節省，但若當事人在事前沒有安排通行，事後袋地所有權人又可以無償通行，則袋地所有權人之通行，可能沒有效率。本文之回應為：首先，如前述，本文此處採取「事前觀點」，希望能誘使當事人在事前解決問題。審查人則採取「事後觀點」，擔憂若立法者之苦心造詣沒有實現，個案中會產生無效率之通行。此兩觀點均是經濟分析所要重視者，不過，本文採取事前觀點，可以解釋為何台灣民法（及諸多其他國家民法）均規定無償通行。此外，如前所述，因為經濟分析更重視事前觀點，所以本文亦給予此種觀點更大之權重。再者，如前所論，第789條袋地無償通行仍應該類推適用第787條「損害最少」之規定（同理，也應該類推第787條適用「必要性」之規定），故由法院決定之袋地通行方案，利益仍應該會高過損害；個案上產生無效率通行之案例應不多見。換言之，要求袋地所有權人支付正確估算之償金，雖然可以確保通行有效率，但若其他法定要件已經被正確詮釋，通行還是很可能有效率；屆時，支付償金，變成只是財富移轉——未支付償金，也不影響經濟效率。

¹¹⁸ 相關討論，參見謝在全，前揭註69，頁302-303。

¹¹⁹ 勿須擔心被通行之地必須長久忍受、未受補償而造成不公平。讓與或分割時，本來就可以將無償通行之損失納入一齊考量。

出之土地，會使身為第三人之鄰人無端必須承受損失。而且這可能產生不良誘因：原本無償通行之雙方可能締結密約，使無償通行權人將土地移轉給第三人（可以是伴侶、子女、死忠兼換帖），然後將通行成本轉嫁給其他鄰人。

不過，誠如匿名審查人所指出，無償通行權若可繼受，也有其成本——土地購買者必須花費資訊成本，探知其有興趣購買之土地，是否帶有被無償通行之負擔。不過，本文認為：首先，唯有周圍有袋地之土地，才有可能帶有被無償通行之負擔；故並非所有土地購買者都必須花費資訊成本。其次，通行是可以被觀察到的現象，資訊成本不至於太高。再者，若土地購買者仍有疑慮，可以在買賣契約中明白規範此種被無償通行之風險；而出賣人本來就要負權利瑕疵擔保責任。復次，確實，若通行權不能繼受，或通行權必須有償，土地購買者可以省卻資訊成本之支出；但從社會整體觀點，此種見解會產生前述缺點，故「通行權不能繼受，或通行權必須有償」此種見解，並非有利無弊。最後，制度設計上，最好的方式還是要求法院在判決有第 787 條至第 789 條之通行權時，必須依職權通知地政事務所，而地政事務所必須將通行權記載於土地登記簿上。如此，則可徹底大大降低土地購買者所需支出之資訊成本。若有此制度配合，則現行法之無償通行規定，更添其效率性與正當性。

捌、結 論

本文之分析顯示，我國民法第 787 條、第 788 條、第 789 條、第 779 條、第 786 條、第 854 條背離物權法預設之財產原則，有經濟效率之理論可以支持。若無法定之通行權，鄰地所有權人之策略性行為會拉高交易成本，並甚至使有效率之交易無法合致。這六個條文限制通行用途、處所、方法，並要求通行必要性與支付償金，都是為了確保通行之社會利益大於社會成本，並使雙方當事人可以嗣後以自願交易之方式，約定完全填補且

程度最適之通行。但是，若袋地所有權人有機會在袋地形成事先規劃通行，法定通行權之規定不會適用，以誘使當事人自行透過契約解決問題。

參考文獻

一、中文部分

- 尹田(1999)。《法國物權法》。台北：五南。(Tian Yin [1999]. *French property law*. Taipei: Wu-Nan.)
- 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)。《民商法理論與經濟分析(二)》。台北：元照。(Wen-Yeu Wang [2003]. *Theories of civil and commercial laws and economic analysis* [Vol. II]. Taipei: Angle.)
- 王澤鑑(2010)。《民法物權》，2版。台北：自刊。(Tze-Chien Wang [2010]. *Property law of civil code* [2nd ed.]. Taipei: Author.)
- 全國人大常委會法制工作委員會民法室(2007)。《中華人民共和國物權法條文說明、立法理由及相關規定》。北京：北京大學出版社。(Civil Law Committee of the National People's Congress Standing Committee. [2007]. *P.R.C. Property Law in annotation and a compilation of legislative materials and other stipulations*. Beijing, Peking University Press.)
- 朱柏松(2010)。《民事法問題研究：物權法論》。台北：元照。(Peh Sung Chu [2010]. *Research on civil law issues: Property law*. Taipei: Angle.)
- 吳光明(2009)。《新物權法論》。台北：三民。(Kuang-Ming Wu [2009]. *The new property law*. Taipei: San-Min.)
- 李建良(2006)。〈損失補償〉，收於：翁岳生(編)，《行政法(下)》，3版，頁645-737。台北：元照。(Chien-Liang Lee [2006]. Compensation. In Yueh-Sheng Weng [Ed.], *Administration law* [3rd ed., Vol. II, pp. 645-737]. Taipei: Angle.)

- 張永健（2002）。〈自始客觀不能之經濟分析〉，《月旦法學雜誌》，86 期，頁 155-166。（Yun-chien Chang [2002]. Economic analysis of ex ante objective impossibility doctrine in contract law. *Taiwan Law Review*, 86, 155-166.）
- （2003）。〈給付不能的分類與歸責問題〉，《法令月刊》，54 卷 6 期，頁 89-108。（Yun-chien Chang [2003]. The taxonomy of impossibility and the responsibility test in contract law. *The Law Monthly*, 54[6], 89-108.）
- （2005）。〈動產「加工」與「毀損」之法律經濟分析〉，《法令月刊》，56 卷 8 期，頁 12-39。（Yun-chien Chang [2005]. Trespass to chattels versus accession: One room in the cathedral. *The Law Monthly*, 56[8], 12-39.）
- （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〉，《交大科法評論》，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.）
- （2011）。〈物權法中之習慣：資訊成本理論之觀點〉，《月旦法學雜誌》，188 期，頁 81-92。（Yun-chien Chang [2011]. Property customs in Taiwan: An information cost perspective. *Taiwan Law Review*, 188, 81-92.）
- （2011）。〈土地徵收補償之規範標準與實證評估〉，《東吳法律學報》，22 卷 4 期，頁 27-64。（Yun-chien Chang [2011]. Land condemnation compensation in Taiwan: Normative standard and empirical study. *Soochow Law Review*, 22[4], 27-64.）
- （2011）。〈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〉，《臺大法學論叢》，40 卷 3 期，頁 1255-1302。（Yun-chien Chang [2010]. An economic analysis of the article 826-1 of the Taiwan

- civil code: The distinction between property rights and quasi-property rights. *National Taiwan University Law Journal*, 40[3], 1255-1302.)
- (2012)。〈附合與混合之經濟分析〉，《月旦民商法雜誌》，36期，頁 74-97。(Yun-chien Chang [2012]. An economic analysis of accessio and confusio in property law. *Cross-Straits Law Review*, 36, 74-97.)
- (2013 印製中)。〈共有物分割判決之實證研究〉，收於：張永健（編），《2011 司法制度實證研究》。台北：中研院法律所。(Yun-chien Chang [2013, in press]. An empirical study of co-ownership partition cases in Taiwan: 2008-2010. In Yun-chien Chang [Ed.], *Empirical studies of the judicial systems 2011*. Taipei: Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.)
- (2013)。〈越界建築之經濟分析〉，未出版之原始資料。(Yun-chien Chang [2013]. *An economic analysis of boundary encroachment*. Manuscript submitted for publication.)
- 張泰煌 (1998)。〈從美國法準徵收理論論財產權之保障〉，《東吳法律學報》，11 卷 1 期，頁 113-157。(Tai-Whang Chang [1998]. Remedy of property taking in U.S.A. *Soochow Law Review*, 11[1], 113-157.)
- 徐士堯 (2002)。〈鄰地通行權探析：協商關係與解決途徑的初探〉，《土地問題研究季刊》，1 卷 2 期，頁 100-113。(Shih-Yao Hsu [2002]. The analysis on legal servitude of passage through adjacent land: A preliminary research on negotiation and solution. *Land Issues Research Quarterly*, 1[2], 100-113.)
- 陳榮傳 (2001)。〈法定通行權〉，收於：蘇永欽（編），《民法物權實例問題分析》，頁 71-98。台北：五南。(Jung-Lung Chen [2001]. Legal servitude of passage. In Yeong-Chin Su [Ed.], *Case study on property law of civil code* [pp.71-98]. Taipei: Wu-Nan.)

黃右昌（1948）。《民法銓解：物權編》。上海：商務印書館。（Huang Youchan [1948]. *The annotation of civil law: Property law*. Shanghai: Commercial Press.）

黃松有（2007）。《中華人民共和國物權法條文理解與適用》。北京：人民法院出版社。（Huang Songyou [2007]. *Explanation and application of P.R.C property law*. Beijing: Court Press.）

溫豐文（1994）。〈論法定通行權〉，《東海大學法學研究》，8 期，頁 49-57。（Feng-Wen Wen [1994]. Legal servitude of passage. *Tunghai University Law Review*, 8, 49-57.）

葉俊榮（2010）。《環境政策與法律》，2 版。台北：元照。（Jiunn-rong Yeh [2010]. *Environmental policy and law* [2nd ed.]. Taipei: Angle.）

熊秉元（2002）。《天平的機械原理：法律及制度經濟學論文集（二）》。台北：元照。（Bing-Yuang Hsiung [2002]. *Mechanical principles: Collection of papers on law and institutional economics* [Vol. II]. Taipei: Angle.）

-----（2003）。《熊秉元漫步法律》。台北：時報。（Bing-Yuang Hsiung [2003]. *Dr. Bear's random walk in law*. Taipei: China Times.）

-----（2005）。〈晶瑩剔透的鑽石〉，收於：Henry Hazlitt（著），《一課經濟學》，頁 31-35。台北：經濟新潮社。（Bing-Yuang Hsiung [2005]. A crystal clear diamond. In Henry Hazlitt [Auth.], *Economics in one lesson* [pp. 31-35]. Taipei: Eco Trend.）

蔡明誠（2001）。〈鄰地之必要通行權〉，《月旦法學雜誌》，73 期，頁 10-11。（Ming-Cheng Tsai [2001]. The necessary legal servitude of passage through adjacent land. *Taiwan Law Review*, 73, 10-11.）

-----（2010）。〈新用益物權法之適用、解釋及補充〉，《法學叢刊》，219 期，頁 1-21。（Ming-Cheng Tsai [2001]. The application and implication of the amended articles of the usufructuary rights in property law. *China Law Journal*, 219, 1-21.）

- 鄭冠宇（2011）。《民法物權》，2 版。台北：新學林。（Kuan-Yeu Cheng [2010]. *Property Law* [2nd ed.]. Taipei: New Sharing.）
- 蕭慧瑜（2003）。〈鄰地通行權問題之研究〉，《臺灣土地金融季刊》，40 卷 4 期，頁 15-28。（Huei-Yu Hsiao [2003]. Research on legal servitude of passage through adjacent land. *Journal of the Land Bank of Taiwan*, 40[4], 15-28.）
- 謝在全（2010）。《民法物權論（上）》，5 版。台北：自刊。（Tsay-Chuan Hsieh [2010]. *Property law of civil code* [5th ed., Vol. I]. Taipei: New Sharing.）
- 謝哲勝（1999）。《財產法專題研究（二）》。台北：元照。（Jer-Shenq Shieh [1999]. *Studies on property law* [Vol. II]. Taipei: Angle.）
- （2010）。《民法物權》，3 版。台北：三民。（Jer-Shenq Shieh [2008]. *Property law* [3rd ed.]. Taipei: San-Min.）
- 謝哲勝、莊春發、黃健彰、邵慶平、張心悌、楊智傑（2007）。《法律經濟學》。台北：五南。（Jer-Shenq Shieh, Chuen-Fa Chuang, Chien-Chang Huang, Ching-Ping Shao, Hsin-Ti Chang, & Chih-Chieh Yang [2007]. *Law and economics*. Taipei: Wu-Nan.）
- 簡資修（2001）。〈一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害〉，《人文及社會科學集刊》，13 卷 1 期，頁 65-88。（Tze-Shiou Chien [2006]. A thing sold twice: Efficient breach of contract or tortious interference with contract. *Journal of Social Sciences and Philosophy*, 13[1], 65-88.）
- （2006）。《經濟推理與法律》，2 版。台北：元照。（Tze-Shiou Chien [2006]. *Economic reasoning and the law* [2nd ed.]. Taipei: Angle.）
- 蘇永欽（1999）。〈民法相鄰關係規定可否類推適用於非物權人？〉，收於：蘇永欽（編），《民法物權爭議問題研究》，頁 113-132。台北：五南。（Yeong-Chin Su [1999]. Can rules regarding adjacent relationship in the civil code be applied to non-owners *mutantis mutandis*. In

- Yeong-Chin Su [Ed.], *Study on issue of the property part of the civil code* [pp. 113-132]. Taipei: Wu-Nan.)
- (1999)。《跨越自治與管制》。台北：五南。（Yong-Qin Su [1999]. *Beyond autonomy and regulation*. Taipei: Wu-Nan.)
- (1999)。〈法定相鄰權可否預先排除？〉，收於：蘇永欽（編），《民法物權爭議問題研究》，頁 133-150。台北：五南。（Yeong-Chin Su [1999]. Can legal servitude of passage be contracted out? In Yeong-Chin Su [Ed.], *Study on issue of the property part of the civil code* [pp. 133-150]. 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.)

二、英文部分

- Adler, M. D., & Posner, E. A. (2006). *New foundations of cost-benefit analysis*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ariely, D. (2008). *Predictably irrational: The hidden forces that shape our decisions*. New York: Harper.
- Ayres, I. (1998). Protecting property with puts. *Valparaiso University Law Review*, 32, 793-832.
- (1998). Default rules for incomplete contracts. In P. Newman (Ed), *The new palgrave dictionary of economics and the law* (Vol. A-D, pp. 585-590). New York: Palgrave Macmillan.
- (2005). *Optional law: The structure of legal entitlements*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ayres, I., & Balkin, J. M. (1996). Legal entitlements as auctions: Property rules, liability rules, and beyond. *Yale Law Journal*, 106, 703-750.

- Ayres, I., & Gertner, R. (1989). Filling Gaps In Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *Yale Law Journal*, 99, 87-130.
- (1999). Majoritarian v. Minoritarian Defaults. *Stanford Law Review*, 51, 1591-1613.
- Baxter, W. F., & Altree, L. R. (1972). Legal aspects of airport noise. *Journal of Law and Economics*, 15, 1-113.
- Bebchuk, L. A. (2001). Property rights and liability rules: The ex ante view of the cathedral. *Michigan Law Review*, 100, 601-639.
- Bell, A. (2009). Private takings. *University of Chicago Law Review*, 76, 517-585.
- Bradbrook, A. J. (1983). Access to landlocked land: A comparative study of legal solutions. *Sydney Law Review*, 10(1), 39-75.
- Brooks, R.R.W., & Schwartz, W. F. (2005). Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine. *Stanford Law Review*, 58, 381-410.
- Bruce, J. W., & Ely, J. W., Jr. (2011). *The law of easements and licenses in land*. New York: West.
- Calabresi, G., & Melamed, A. D. (1972). Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral. *Harvard Law Review*, 85, 1089-1128.
- Chang, Y.-c. (in press). Economic value or fair market value: What form of takings compensation is efficient?. *Supreme Court Economic Review*, 20.
- (2012). A comparative and economic analysis of access to landlocked land: A case for a hybrid of property and liability rules. Manuscript submitted for publication.
- (in press). *Private property and takings compensation: Theoretical framework and empirical analysis*. Northampton: Edward Elgar.

- Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1-23.
- (1988). *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Cooter, R. B., & Ulen, T. (2008). *Law and economics* (5th ed.). Boston: Addison Wesley.
- Dana, D. A., & Merrill, T. W. (2002). *Property: Takings*. New York: Foundation Press.
- Ellickson, R. C. (1989). The case for Coase and against "Coaseanism". *Yale Law Journal*, 99, 611-630.
- Epstein, R. A. (1985). *Takings: Private property and the power of eminent domain*. Cambridge: Harvard University Press.
- (1993). Holdouts, externalities, and the single owner: One more salute to Ronald Coase. *Journal of Law and Economics*, 36, 553-586.
- (1994). On the optimal mix of private and common property. *Social Philosophy and Policy*, 11, 17-41.
- Fischel, W. A. (1995). *Regulatory takings: Law, economics, and politics*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fisher, J. W., II. (2010). A survey of the law of easements in West Virginia. *West Virginia Law Review*, 112, 637-763.
- Friedman, D. D. (1986). *Price theory: An Intermediate Text*. Cincinnati: South-Western.
- Hazlitt, H. (2008). *Economics in one lesson: 50th anniversary edition* (50th ed.). Baltimore: Laissez Faire.
- Hernandez, M. V. (2005). Restating implied, prescriptive, and statutory easements. *Real Property Probate and Trust Journal*, 40, 75-115.
- Hsiung, B. (1999). Sailing towards the brave new world of zero transaction costs. *European Journal of Law and Economics*, 8, 153-169.

- Huffstetler, S. D. (2002). Don't fence me in: Louisiana's Fourth Circuit expands "voluntariness" under Louisiana Civil Code Article 693. *Louisiana Law Review*, 63, 111-126.
- Kaplow, L. (1994). The value of accuracy in adjudication: An economic analysis. *The Journal of Legal Studies*, 23, 307-401.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (1996). Property rules versus liability rules: An economic analysis. *Harvard Law Review*, 109, 713-790.
- (2002). *Fairness versus welfare*. Cambridge: Harvard University Press.
- Krier, J. E. (2006). *Property* (17th ed.). Chicago: Thomson/West.
- Krier, J. E., & Schwab, S. J. (1995). Property rules and liability rules: The cathedral in another light. *New York University Law Review*, 70, 440-483.
- Landsburg, S. (2008). *Price theory and applications* (7th ed.). Mason: Thomson South-Western.
- Mankiw, N. G. (2009). *Principles of microeconomics* (5th ed.). Mason: Thomson South-Western.
- Mercuro, N., & Medema, S. G. (2006). *Economics and the law: From Posner to post-modernism* (2nd ed.). Princeton: Princeton University Press.
- Van der Merwe, C. G. (1999). The Louisiana right to forced passage compared with the South African way of necessity. *Tulane Law Review*, 73, 1363-1413.
- Merrill, T.W., & Smith, H.E. (2010). *The oxford introductions to U.S. Law: Property*. New York: Oxford University Press.
- Pindyck, R. S., & Rubinfeld, D. L. (2009). *Microeconomics* (7th ed.). Upper Saddle River: Pearson/Prentice Hall.
- Posner, E. (2003). Economic analysis of contract law after three decades: success or failure?. *Yale Law Journal*, 112, 829-880.
- Posner, R. A. (1998). *Economic analysis of law*. New York: Aspen Law & Business.

- (2001). *Frontiers of legal theory*. Cambridge: Harvard University Press
- Schaefer, H.-B., & Claus O. (2004). *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Sentell, C. S., III. (1994). Fixing the right of passage from an enclosed estate: Deciding where to break out using Louisiana Civil Code Article 692. *Louisiana Law Review*, 54, 1659-1684.
- Smith, H. E. (2002). Exclusion versus governance: Two strategies for delineating property rights. *The Journal of Legal Studies*, 31, 453-487.
- (2009). Law and Economics: Realism or Democracy? *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 32, 127-145.
- Stearns, M. L., & Zywicki, T. J. (2009). *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul: West.
- Sterk, S. E. (1987). Neighbors in American land law. *Columbia Law Review*, 87, 55-104.
- Sunstein, C. R. (2000). *Behavioral law and economics*. New York: Cambridge University Press.
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press.
- Wilmore, R. L. (1986). The right of passage for the benefit of an enclosed estate. *Louisiana Law Review*, 47, 199-216.
- Yiannopoulos, A. N. (1996). The legal servitude of passage. *Tulane Law Review*, 71, 1-44.
- Zerbe, R. O. (2001). *Economic efficiency in law and economics*. Northampton: Edward Elgar.

Legal Servitude of Passage: An Economic Analysis

*Yun-Chien Chang**

Abstract

In the Taiwan Civil Code, six articles (779, 786-789, and 854) stipulate legal servitude of passage. Four of them address the access problem for landlocked land, whereas the other deals with drainage work that has to pass through adjacent land and “incidental actions” by the owner of the dominant land. Generally, under certain circumstances, the Taiwan Civil Code prescribes that a landowner in need (often because of the landlocked nature of the plot) may use an adjacent plot, as long as the use is necessary and causes the least damage to the owner of the adjacent plot, who will be compensated by the landowner.

Using economic analysis of law, this article examines the efficiency of the above stipulations, and makes the following claims. First, a statute-prescribed servitude of passage is necessary to reduce the asymmetrical bargaining power the neighbor has vis-à-vis the landowner. Second, the legal servitude of passage is available in only certain circumstances to make sure that the social benefit of passage is high. The necessity requirement can further ensure the social benefit of passage is larger than the social cost. In addition, the necessity requirement should be interpreted to prescribe that passage be set at a level where social benefit is larger than (rather than equal to) social cost, because the court can at best appraise the fair market value of the plot used for passage, but fair market value is lower than economic value, the true loss of the neighbor. A sub-optimal passage minimizes the neighbor’s loss and at the same time reduces the transaction cost enough to pave the way for future voluntary transactions between the two parties, which generally increases efficiency. Third, the least damage rule is one of the

* Assistant Research Professor & Deputy Director, Center for Empirical Legal Studies, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. J.S.D., N.Y.U. Law.
E-mail: kleiber@sinica.edu.tw

four prototypical rules and is not necessarily the most efficient. Sometimes, the neighbor-name-it rule is more efficient. Nevertheless, overall speaking, the least damage rule has enough efficient properties to be kept. Fourth, from the *ex ante* viewpoint, the legal servitude of passage doctrines should not apply to voluntary landlocked land. Finally, the doctrine that is called “statutory easement” in the U.S. makes economic sense, because it induces the relevant parties to make arrangement of passage beforehand and internalize the cost of passage.

Keywords: **legal servitude of passage, landlocked land, ex ante viewpoint, least damage, necessity, single owner, transaction costs, normative Coase theorem, normative Hobbes theorem, liability rule**