

第二章

物權法之經濟分析： 方法導論

經過半個世紀的發展，法律經濟分析已有不少本教科書。英文教科書自然不在話下¹，畢竟經濟分析革命是源自於美國；德文、法文教科書也已問世²；中文教科書也沒有缺席³。物權⁴法作為基礎學門，不會在前述教科書中缺席。若是如此，何以有必要撰寫本章？語言和法律規定的隔閡是其一。前述每一本教科書都以撰寫者所處的法域為主要研究對象，對華文世界的讀者都可能

-
- ¹ 除了本章後續會引用的幾個教科書外，較著名的教科書還有：A. MITCHELL POLINSKY, *AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS* (4 ed. 2011); STEVEN SHAVELL, *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (2004); THOMAS J. MICELI, *THE ECONOMIC APPROACH TO LAW* (2004).
 - ² 筆者所知的兩本德文、法文教科書，都由原作者改寫後出了英文版。See HANS-BERND SCHÄFER & CLAUS OTT, *THE ECONOMIC ANALYSIS OF CIVIL LAW* (2004); EJAN MACKAAY, *LAW AND ECONOMICS FOR CIVIL LAW SYSTEMS* (2013).
 - ³ 謝哲勝主編，*法律經濟學*（2007年）。此外，最近關於法律經濟學方法論的深刻探討，亦可參見臺灣法律經濟學明日之星蔣侃學的碩士論文：蔣侃學，*論法律經濟學之方法論預設——以Coase與Posner的爭論為核心*，國立臺灣大學法律研究所碩士論文（2014年）。
 - ⁴ 本章所稱之「財產權」與「物權」可以彼此替代，但筆者認為財產權比較精確。參見本書第3章。

有隔層紗、甚至搔不到癢處的疑惑與遺憾。再者，就像物權法的教科書可以有不同的架構，而不同架構反映撰寫者的不同切入方式，物權法經濟分析的思考步驟與重點，不同學者也會有不同視角⁵。

1972年時，Guido Calabresi & Douglas Melamed發表一篇經典論述，文章的副標題是*One View of the Cathedral*⁶（或可翻譯為「大教堂一景」）。這個比喻來自法國印象派畫家Claude Monet每天不同時間、不同天候去觀察並點描法國的Rouen大教堂，畫作幅幅不同，雖然對象同一⁷。Calabresi & Melamed謙稱，他們的分析架構，只是法學分析方法的一種。法律經濟分析也只是法學分析的一種面向。絕大多數的法律經濟分析學者，包括筆者，並未主張法律經濟分析是法學方法的全部，效率也不是法學家唯一需要考量的價值。然而，法律經濟分析是重要的分析工具，而效率至少在大陸法系國家中被過度忽略。運用法律經濟分析之研究，在大陸法系國家常被質疑忽略了公平、正義、自由、權利等價值。但若一篇論文、一本專書中，混合了經濟分析、正義論、女性主義等等方法，就像是從印象派變成立體派（Cubism）。立體派畫家對教堂的處理，大不相同。例如立體派的創始人之一Albert Gleizes於1912年所繪之*Chartres Cathedral*，就像是將多次觀察Chartres大教堂所得之感官印象一次全部畫在帆布上（這或可稱為「大教堂多景」）。雖然畫家、藝評家可以欣賞立體派的革命手

⁵ 筆者之學術取徑，受Thomas Merrill與Henry Smith教授影響甚大，他們以經濟分析方法（尤其著重於資訊成本）切入美國財產法的專著，非常值得參考。See THOMAS W. MERRILL & HENRY E. SMITH, *THE OXFORD INTRODUCTIONS TO U.S. LAW: PROPERTY* (2010).

⁶ See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

⁷ 讀者若在Google image頁面輸入“Monet Rouen cathedral the portal”，就可以瀏覽莫內的諸多大師手筆。

法，一般大眾難得其門而入。對一般習畫者，要「畫得像」，比畫得很立體派，來得容易⁸。是故，絕大多數（法律經濟分析）學者，只有能力選擇一種角度切入法律問題；而此種分析法律議題之方式，也比較能被多數讀者理解⁹。

本章挑選物權法經濟分析中數個重要的分析工具，逐一介紹之。經濟分析的核心概念是效率，分析工具雖然不同，但其實都在探究何種條件下最有效率或較有效率的境界會誕生，如何能改善效率。而效率是多種狀態下的成本與效益比較之結果，所以諸多討論自然圍繞著成本與效益（或價值）打轉。

近代法學研究被細分為許多部門法。部門法如何區分，各法域（或法系）的作法不同（像是美國就沒有「經濟法」此種部門）。部門形成後，彷彿語言學所談的「模組」（module）¹⁰，部門／模組內的溝通、交流非常熱烈，但部門／模組間的溝通、交流就非常稀少。好處是專業分工，壞處是部門／模組內發展出的洞見，很少會傳遞到別的部門／模組¹¹。法律經濟分析對美國

⁸ 畢卡索有一句名言：“It took me four years to paint like Raphael, but a lifetime to paint like a child.”[我花了四年功夫才能畫得像拉斐爾，但花了一輩子才能畫得像個孩子]其旨亦同。

⁹ 經濟分析物權理論與其他四種物權理論（分別使用Locke、Kant、Hegel和美國自由派學者發展出之human flourishing理論）之比較，see GREGORY S. ALEXANDER & EDUARDO M. PEÑALVER, AN INTRODUCTION TO PROPERTY THEORY 11-104 (2012). 該書作者並選取具體問題，以彰顯不同物權理論的獨特切入角度與分析結論。

¹⁰ 關於模組的概念在物權法研究的應用，see generally Henry E. Smith, *The Language of Property: Form, Context, and Audience*, 55 STAN. L. REV. 1105 (2003).

¹¹ 美國法學研究的多元，有一部分就來自於部門間的熱烈交流（而這和經濟分析的風行沒有必然關係）。美國法學中，部門的區分本來就比大陸法不明顯，再加上許多學者的研究領域是（對大陸法系學者而言）遙遠的部門的組合，所以部門間的智慧很常來回傳遞。知名的物權法學者Thomas Merrill同時也是行政法的權威，知名的刑法學者Rachel Barkow也精研行政法。這些例子不勝枚舉。有趣的是，大陸法系把侵權法與契

法學的衝擊之一，是進一步打破（或鼓勵跨越）部門法的界線，用一以貫之的理論視角（經濟效率）分析任何法律問題。雖然筆者基本上認同此種取徑，但仍認為部門法有各自的效率問題，所以其經濟分析之重點不同¹²。是故，本章僅以物權法之經濟分析為範疇。其他部門法（尤其智慧財產權法與電信法）的學子應該也可以從本章獲得些許靈感，但萬萬不可認為法律經濟分析的視角與分析工具就僅止於本章所簡述者。

以下，就是筆者描繪的大教堂一景：

壹、事前觀點與事後觀點

法學分析可以區別為「事前（ex ante）觀點」與「事後（ex post）觀點」；而經濟分析通常重視事前觀點之分析¹³。所謂事前

約法合稱為債法，精研兩者的大陸法系學者不少，但在美國同時專攻兩者的學者數目，或許遠少於大陸法系學者的想像。

近來將侵權法的洞見引入物權法討論者，see, e.g., Lee Anne Fennell, *Property and Precaution*, 4 J. TORT L. art. 3 (2011); Lee Anne Fennell, *Property and Half-Torts*, 116 YALE L.J. 1400 (2007); Stewart E. Sterk, *Strict Liability and Negligence in Property Theory*, 160 U. PA. L. REV. 2129 (2012).

¹² Carol Rose教授就曾指出，某些「大一統」的法律經濟分析理論，其實預設了特定部門法。See Carol M. Rose, *The Shadow of the Cathedral*, 106 YALE L.J. 2175 (1997).

¹³ 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); THOMAS W. MERRILL & HENRY E. SMITH, *PROPERTY: PRINCIPLES AND POLICIES* 60-64 (2 ed. 2012); Daniel B. Kelly, *Restricting Testamentary*

觀點，簡言之，法院解釋法條、立法者制訂法律、學者提倡修法，應著重於誘使「未來」之行為人，可以選擇更有效率之行為¹⁴；而非著眼於解決眼前（孤立的）個案。例如：自願交易比附合或逕行越界建築更能促使物之最佳利用，所以法律之解釋或修改，要能促使行為人盡量利用自願交易，而不是附合或者逕行越界建築。著眼於事前觀點，就是重視「誘因」（incentive），亦即透過法律規定促使受規範者自動踐行立法者之期待¹⁵。

所謂的事後觀點，則是在某事已經發生之條件下（如：兩物已經附合或混合），解釋、修改、制訂法律，使得善後工作能在侷限下極大化社會福祉¹⁶（法律人常講的個案正義，就是一種事後觀點¹⁷）。例如：若分離合成物會使其灰飛煙滅，則不容許當事人分離合成物，以免折損社會資源（參見本書第8章）。臺灣的違章建築與中國的小產權房都明顯違背建築法規，但數量太多，無法一時間全部拆除。在拆除之前，如何善後，也是事後觀點問題。此外，臺灣民法第796條之1容許越界房屋被有條件保存，也是事後觀點——亦即，給定建築已越界，一律拆除未免可惜，故交由法院個案思考如何善後最能增加效率。但同條斷然排除故意越界之適用，則是回到事前觀點——逼使明知疆界何在之建築

Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications, 82 *FORDHAM L. REV.* 1125 (2014); LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* 436-49 (2002).

¹⁴ 簡資修教授強調，即使採取事前觀點而向前看（forward-looking），仍應顧及法安定性。參見簡資修，*科斯經濟學的法學意義*，*中外法學*，24期，頁198（2012年）。

¹⁵ 在行政管制領域，經濟誘因型的管制就是強調事前觀點。關於經濟誘因型的管制與命令控制型的管制，參見葉俊榮，*全球環境議題——臺灣觀點*，頁134（1999年）。

¹⁶ 在附合問題中採取事後觀點者，參見謝哲勝，*民法物權*，3版，頁187（2010年）。

¹⁷ KAPLOW & SHAVELL, *supra* note 13, at 437.

者，一定要和鄰地所有權人事前商量越界土地使用方式¹⁸。

經濟分析以事前分析為原則¹⁹，是因為經濟分析意圖綜觀全域，考量法律規則的整體效果。而關注個案事實、個案正義，往往只看到特殊、不典型的案例。看著例外來撰寫原則，會使得不典型的案例（不當地）影響到大多數的典型案列²⁰。亦即，採取事後觀點，往往造成未來行為人在事前作為的不良誘因；例如若臺灣民法第796條第1項不排除故意越界，則建築人刻意造成越界的既成事實，法院事後若因「惜物」而容許越界者支付一定代價就可以繼續使用鄰人土地，將激發日後更多人越界建築。事後分析不是完全不在經濟分析的範疇中。若採取事後分析不會影響事前行為，則事後分析也算恰當。例如在袋地通行問題，因為臺灣民法第787條、第789條已經排除當事人自行創造的袋地，所以法原則可以給定袋地之存在，而不用擔心將來會有人刻意使其土地淪落為袋地。

值得再次強調者，採取事後觀點的決定（如法院判決），通常會有事前效果，而這正是問題的根源！當決策者只關注事後的、個案的效果，忽略了其決定對其他行為人的效果，往往會扭曲他人未來的行為誘因。因此，法律經濟分析的事前與事後觀點，結論往往不同。

經濟分析的事前觀點不但要看短期，還要看長期²¹之效果。例如臺灣民法第796條之1固然從事後觀點看，避免了越界情狀輕微

¹⁸ Cf. Thomas W. Merrill, *The Economics of Public Use*, 72 CORNELL L. REV. 61, 88-89 (1986).

¹⁹ 據Kaplow & Shavell的分析，法理學大家如Ronald Dworkin和John Rawls也曾支持使用某種事前分析。KAPLOW & SHAVELL, *supra* note 13, at 438 fn. 86.

²⁰ *Id.* at 437.

²¹ See HENRY HAZLITT, *ECONOMICS IN ONE LESSON: 50TH ANNIVERSARY EDITION* 17 (50 ed. 2008). 並參考熊秉元教授對本書中譯本之推薦序：熊秉元，晶瑩剔透的鑽石，收於：一課經濟學，頁33（2005年）。

者面臨房屋拆除之辛酸²²，短期內也不一定會誘發大量越界；但長期來看，是否誘使部分心存僥倖的建築者，稍稍越界又裝成一派無辜，值得再觀察。臺灣與中國的政府部門，都企圖藉由宣示對違法房屋的強硬態度（一律拆除！不許登記！），壓制民間法外開工的風潮。可以想見，政策甫出臺時，會有短期遏止違建的效果；但長期來看，由於各種現實條件的拘束，政府無法貫徹其政策宣示，使得長期而言違章建築還是存在，而不許違章建築或小產權房登記，反而製造私人交易間無窮的紛爭（參見本書第10章）。

在物權法之討論中，無可避免會遇到物之價值或價格之計算。當運用事前觀點時，經濟分析傾向採用物之「經濟價值」（*economic value*），即物之市價加上所有權人自己之「主觀價值」（*subjective value*）²³。當運用事後觀點時，經濟分析傾向採用物之「公平市價」（*fair market value*），或稱市價。經濟價值才是法律經濟分析真正重視者，但純屬主觀，外人難以探知²⁴。而採用事前觀點，較可能運用經濟價值——採用事前觀點之政策

²² 關於臺灣地方法院運用民法第796條之1裁量之實證研究，參見張永健，*越界建築訴訟之實證研究*，中研院法學期刊，14期，頁353-370（2014年）。See also Yun-chien Chang, *To Tear or Not to Tear? An Empirical Study of Boundary Encroachment Cases in Taiwan*, in *EMPIRICAL LEGAL ANALYSIS: ASSESSING THE PERFORMANCE OF LEGAL INSTITUTIONS* 144, 144-58 (Yun-chien Chang ed. 2014).

²³ 關於經濟價值、主觀價值、市價之詳細討論，*see generally* Yun-chien Chang, *Economic Value or Fair Market Value: What Form of Takings Compensation Is Efficient?*, 20 SUP. CT. ECON. REV. 35 (2012)；張永健，*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33-35（2011年）。

²⁴ 外人看來是破銅爛鐵，所有權人卻當成是傳家寶的物品，一般認為是「無價之寶」或「沒有價格」。用本章之語彙，就是市場價格甚低，但主觀價值與經濟價值甚高。要保存這些主觀價值、經濟價值，就必須採用經濟分析之事前觀點。

工具，促使行為人在決策前，自己比較其物之經濟價值與外在之價格標準（如償金、損害賠償、罰鍰）。在採用事後觀點時，往往是身為外人、第三人之法院必須判斷物之價格，故以市價為標準才現實可行。

舉例而言，兩動產依臺灣民法第812條附合為一物時，該條所謂「按其動產附合時之價值」，只能使用客觀的公平市價，否則法官難以處理。但公平市價不當然反應雙方當事人對系爭物之成分之估價，故其僅為兩害相權取其輕的選擇。要避免在兩害之中權衡，較佳的政策立場是從事前觀點的視角，理解到應該防免有人惡意使其物與他人之物附合。一種對策是懲罰惡意附合者，使他人取得合成物之完整所有權，並無須補償惡意附合者（參見本書第8章）。如此，則行為人明知欲附合之資源²⁵不屬於自己，就會與資源擁有者談判交易，而不是逕行附合。

而加工問題則重視經濟價值。臺灣民法第814條移轉所有權的標準是「市場價格大幅提升」，但原所有權人與加工人面對相同的市場價格，若立法者只關心市場價格，沒有道理在加工情境轉換所有權。加工人有付出勞力等，並非充分理由，因為其勞力付出可以用不當得利法解決，不一定要透過所有權轉換來定紛。解釋加工原則比較好的方式是：在大幅度加工過程中，原所有權人之主觀價值很可能消滅，而加工人創造自己的主觀價值，使得加工完畢後，加工人的經濟價值高於原所有權人的經濟價值。以上是事後觀點。而加工原則的事前觀點則是：究竟是加工前還是加工後的經濟價值較高？加工後雖然公平市價上升，但不代表加工

²⁵ 法律經濟學中常常使用「資源」(resource)一詞指涉對人有價值的東西。筆者並未讀過法律經濟學文獻精確定義資源。曾世雄教授主張民法的核心不是法律行為，而是「生活資源」，並對生活資源的定義、範疇、作用有詳細闡述。據筆者的粗淺認識，生活資源與法律經濟學文獻中的資源頗有共通之處（但這仍需要更進一步探究）。參見曾世雄，資源本位論：民法設計與民法運作（2013年）。

後加工人或原所有權人之經濟價值一定會高於加工前原所有權人之經濟價值。加工前的原始樣貌，可能對原所有權人有特殊意義，而加工後的人工樣貌，可能對雙方都不甚特別。正因為加工不一定增加社會價值，所以應該處罰惡意加工，使明知的加工人有誘因與原所有權人交涉，以探知加工是增值還是減值。而善意加工也不一定取得所有權之規定，使不確定目標物所有權歸屬之加工人，仍有誘因花費一定資訊成本來確認產權狀態²⁶。

由此可知，經濟價值才是物權法的核心關懷，無論事前、事後，物權法規定都會盡量以經濟價值為依歸——雖未言明。但在事後分析時，經濟價值有時會因為探知成本過高而被客觀可觀察之公平市價取代。這個選擇本身，也是資訊成本考量。

貳、交易成本與資訊成本

作「成本效益分析」(cost-benefit analysis)²⁷時，成本通常比效益明確，但在(法律)經濟學理論的發展過程中，成本反而比較晚被理論化。在諾貝爾經濟學獎得主Ronald Coase幾篇重要的

²⁶ See generally Yun-chien Chang, *An Economic and Comparative Analysis of Specificatio (the Accession Doctrine)*, 39 EUR. J. L. & ECON. 225 (2015).

²⁷ 成本效益分析的介紹與理論基礎，see generally MATTHEW D. ADLER & ERIC A. POSNER, *NEW FOUNDATIONS OF COST-BENEFIT ANALYSIS* (2006). 成本效益分析的具體操作方式與理論爭議，see generally RICHARD O. ZERBE, JR. & ALLEN S. BELLAS, *A PRIMER FOR BENEFIT-COST ANALYSIS* (2006). Kaldor-Hicks效率標準(或類似的標準如Kaldor-Hicks-Moral標準)，see *id.* at 11-13.

應用成本效益分析以探究臺灣的公法問題，see, e.g., Jiunn-Rong Yeh, *Changing Faces of Cost-Benefit Analysis: Alternative Institutional Settings and Varied Social and Political Contexts*, in *THE GLOBALIZATION OF COST-BENEFIT ANALYSIS IN ENVIRONMENTAL POLICY* 87, 87-103 (Michael A. Livermore & Richard L. Revesz eds., 2013).

著作出版並獲得重視前²⁸，「交易成本」(transaction costs)往往被隱然假設為零。在Coase之後，很少有民法經濟分析的論述，可以不用到交易成本這個詞。但交易成本究竟如何定義，包括哪些類型？此方面的文獻多如過江之鯽²⁹，難以在此全面比較分析，意義也不大。讀者只要知道，顧名思義「交易成本」一詞包括的談判成本、協商成本、訴訟成本，均包括在本書所定義之交易成本中。本章之重點放在交易成本與資訊成本的對比，以及此兩分析工具對物權法經濟分析路徑之意義。

當代物權法經濟分析兩位巨擘，Thomas Merrill教授與Henry Smith教授都強調「資訊成本」(information costs)對解釋、制訂、修改物權法之重要性³⁰。例如：在物權法定與自由之爭議中（參見本書第4章），兩位教授對物權自由存疑，正是因為物權自

²⁸ See Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* 386 (1937); Ronald H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 *J. L. & ECON.* 1 (1959); Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. L. & ECON.* 1 (1960).

²⁹ 交易成本的類型，see, e.g., Lee Anne Fennell, *The Problem of Resource Access*, 126 *HARV. L. REV.* 1471 (2013); Rose, *supra* note 12; Douglas W. Allen, *Transaction Costs*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS, VOLUME I. THE HISTORY AND METHODOLOGY OF LAW AND ECONOMICS* 893, 893-926 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000); Douglas W. Allen, *What Are Transaction Costs?*, 14 *RESEARCH IN L. & ECON.* 1 (1991); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 88-91 (6 ed. 2012).

³⁰ See, e.g., Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 *YALE L.J.* 1 (2000); Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics*, 111 *YALE L.J.* 357, 394 (2001); Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, 125 *HARV. L. REV.* 1691, 1691 (2012); Henry E. Smith, *Exclusion and Property Rules in the Law of Nuisance*, 90 *VA. L. REV.* 965, 970 (2004). 關於資訊成本在智慧財產權領域之重要性，see, e.g., Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information*, 116 *YALE L.J.* 1742 (2007).

由會大大增加市場交易者之資訊成本——動產或不動產上帶有之物權，內容可能五花八門，需要更多時間探知、理解³¹。Henry Smith教授亦指出，理解物權習慣的誕生與其是否被法院承認，關鍵在資訊成本（參見本書第5章）。交易者需擁有一定數量之資訊，才能掌握未行諸明文之物權習慣。法院若會顧及資訊成本問題，就只會承認資訊要求較低之物權習慣³²。而在水權的創設與分配過程中，欲獲得某種水權者，若能證明其劃分水權之提案只需要較低的資訊成本來確認、執行，比較可能獲得政治支持³³。

究竟該如何區辨交易成本與資訊成本？本章接受Douglas Allen教授的分類與界定，將交易成本定義為「設立、維持、使用財產權的費用」（the costs establishing, maintaining, and using property rights）³⁴，而顧名思義，資訊成本則是為取得資訊而付出之代價。Allen教授並主張，「資訊成本是交易成本存在的必要條件，但資訊成本不總是交易成本……交易成本為零時，可以用無數的契約來解決資訊不充分之問題」³⁵；「資訊成本也不是交易成本的充分條件」³⁶。Allen教授並稱此種定義交易成本與資訊成本之方式為「財產權學派」（相對於定義方式不同的「新古典經濟學派」）³⁷，財產權學派的支持者多半是「新制度經濟學

³¹ See generally Merrill & Smith, *supra* note 30.

³² See generally Henry E. Smith, *Community and Custom in Property*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 5 (2009).

³³ See Henry E. Smith, *Governing Water: The Semicommons of Fluid Property Rights*, 50 ARIZ. L. REV. 445, 446 (2008).

³⁴ See Allen, *supra* note 29, at 898. See also RICHARD O. ZERBE, ECONOMIC EFFICIENCY IN LAW AND ECONOMICS 168 (2001). Allen教授沒有明白列出「使用財產權的費用」，Henry Smith教授則包括之。See Smith, *supra* note 33, at 446-47. 本章認為明白列出「使用財產權的費用」，更能彰顯此種新的交易成本定義，仍舊包括狹義的、顧名思義的談判成本。

³⁵ Allen, *supra* note 29, at 906.

³⁶ *Id.* at 907.

³⁷ *Id.* at 893-95.

派」(neo-institutionalism)的健將，筆者也自認為是此派的成員³⁸。對此派而言，交易成本並不是最好的名詞，因為它讓人聯想到狹義的談判交易，但無法聯想到更廣義的財產權制度之成本。張五常教授主張應該使用「制度費用」一詞取代「交易成本」³⁹，本章認為甚有見地⁴⁰。而因為財產權學派學者不一定區分交易成本與資訊成本，兩者也沒有明確的上位概念，故本章使用「制度費用」一詞作為交易成本與資訊成本的統稱⁴¹。

張五常教授對交易成本(或制度費用)的知名定義是「凡是一人世界不存在的費用，都是交易費用」⁴²。Robinson Crusoe(魯濱遜)的一人世界中，沒有交易成本，但仍有資訊成本⁴³——他不知道這塊地是否足夠肥沃種稻，也不確定未來一年的天氣是否適合種稻。因此，交易成本與資訊成本可以區分，也應該區分。

³⁸ Posner法官指出，新制度經濟學與法律經濟學是一體兩面。See RICHARD A. POSNER, OVERCOMING LAW 440 (1995).

³⁹ 參見例如：張五常，經濟解釋卷二：供應的行為(上篇)——收入與成本，神州增訂版，頁221、228(2011年)；Steven N. S. Cheung, *Transaction Costs Paradigm*, in ECONOMIC EXPLANATION: SELECTED PAPERS OF STEVEN N. S. CHEUNG 99, 103 (2005).

⁴⁰ Lee Fennell教授最近的力作則主張用「資源近用成本」(resource access costs)取代交易成本，亦值得重視。See Fennell, *supra* note 29.

⁴¹ 另外一種作法，或許更符合多數的既有法經濟學文獻，則是將交易成本與制度費用視為同義詞，而將資訊成本作為交易成本的一種，並將非資訊成本的交易成本另外取名。就分析問題而言，這是可以接受的作法，但筆者偏好本章的定義方式。

⁴² 參見張五常，經濟解釋卷二：供應的行為(上篇)——收入與成本，神州增訂版(2011年)，頁141；張五常，經濟解釋卷四：制度的選擇，神州增訂版，頁63(2014年)。關於張五常教授制度經濟學理論之闡述與反省，參見張永健，張五常《經濟解釋》對法經濟學方法論之啟示，交大法學，13期(2015年)。

⁴³ 參見張五常，經濟解釋卷三：供應的行為(下篇)——供應的行為，神州增訂版，頁281(2012年)。

本書之定義方式，是先劃出資訊成本（與制度運行相關之資訊取得代價），再將其他產權相關費用稱為交易成本，並將兩者合稱制度費用。本書定義與張五常教授定義之差異是：第一，本書定義之制度費用，範疇廣於張五常教授定義之制度費用，因為前者包括一人世界仍存在之費用。第二，一人世界不存在、二人以上世界才存在之資訊取得代價，例如確認談判對手的保留價格，在本書定義下之資訊成本，在張五常教授定義下應該屬於交易成本⁴⁴。

在正交易成本世界中，資訊成本與交易成本雖然常常正相關，但兩者仍可區辨。而且，有時交易成本高、資訊成本卻低；有時資訊成本高、交易成本低。以下以物權法為例進一步說明之：

物權之公示與公信，向來是物權法的核心內容。要求權利狀態公示⁴⁵，是為了降低潛在交易者之資訊成本。而公信原則⁴⁶，是

⁴⁴ 本書之定義至少有助於發展物權法經濟分析理論。此種定義是實用主義（pragmatism）的產物。物權法（以及著作權法），相對於例如侵權法，特別重視資訊成本。把全部與資訊相關之成本，無論是否在一人世界才存在，統合在資訊成本的標籤底下，有助於釐清問題本質，減輕思維負擔。反觀侵權法經濟分析的根本問題是，肇事者與受害人無法在事前相互交易，約定彼此的小心程度等等，這是交易成本問題。所以，關注侵權法的學者，往往不需要煩惱交易成本、資訊成本等劃界問題，其來有自。

⁴⁵ 公示規定，例如臺灣民法第758條：「（第一項）不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。（第二項）前項行為，應以書面為之」；中國物權法第6條（前段）：「不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，應當依照法律規定登記」；中國物權法第9條：「（第一款）不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，經依法登記，發生效力；未經登記，不發生效力，但法律另有規定的除外。（第二款）依法屬於國家所有的自然資源，所有權可以不登記」；中國物權法第129條「土地承包經營權人將土地承包經營權互換、轉讓，當事人要求登記的，應當向縣級以上地方人民政府申請土地承包經營權變更登記；未經登記，不得對抗善意第三人」；中國物權法第157條：

進一步控制資訊成本之支出：已盡一定調查程度（如查閱土地登記簿）之交易者，其產權不確定性降低至零，故其無須繼續追查土地登記資訊之真實性。然而，建立一套精確而清楚的不動產登記制度，需要許多人力、物力，這些費用就是交易成本之範疇。以此例即能理解Allen教授之主張：「資訊成本與交易成本都應該最小化。」⁴⁷如果只想著降低交易成本，則可能會著眼於精簡地政事務所之人力，減少土地登記系統之升級更新支出，這可能會

「（第一款）設立地役權，當事人應當採取書面形式訂立地役權合同。（第二款）地役權合同一般包括下列條款：當事人的姓名或者名稱和住所；供役地和需役地的位置；利用目的和方法；利用期限；費用及其支付方式；解決爭議的方法」；中國物權法第158條：「地役權自地役權合同生效時設立。當事人要求登記的，可以向登記機構申請地役權登記；未經登記，不得對抗善意第三人」；中國物權法第187條：「以本法第一百八十四條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立」；中國物權法第188條：「以本法第一百八十四條第一款第四項、第六項規定的財產或者第五項規定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人」；中國物權法第189條：「（第一項）企業、個體工商戶、農業生產經營者以本法第一百八十一條規定的動產抵押的，應當向抵押人住所地的工商行政管理部門辦理登記。抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。（第二項）依照本法第一百八十一條規定抵押的，不得對抗正常經營活動中已支付合理價款並取得抵押財產的買受人」。

- ⁴⁶ 公信原則之規定，參照臺灣民法第759條之1第2項：「因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響。」；中國物權法第106條：「（第一款）無處分權人將不動產或者動產轉讓給受讓人的，所有權人有權追回；除法律另有規定外，符合下列情形的，受讓人取得該不動產或者動產的所有權：受讓人受讓該不動產或者動產時是善意的；以合理的價格轉讓；轉讓的不動產或者動產依照法律規定應當登記的已經登記，不需要登記的已經交付給受讓人。（第二款）受讓人依照前款規定取得不動產或者動產的所有權的，原所有權人有權向無處分權人請求賠償損失。（第三款）當事人善意取得其他物權的，參照前兩款規定。」

⁴⁷ Allen, *supra* note 29, at 907.

增加利用土地登記者之資訊成本。相對地，如果希望土地登記資訊永遠不出錯，則每一筆不動產交易都要層層查核，這會使不動產交易都曠日廢時，交易成本大增。從經濟分析觀點，能同時兼顧降低資訊成本與交易成本之制度，方為良策。

物權人之自助行為⁴⁸，提出所有物返還或排除侵害訴訟⁴⁹，顯然是維持財產權的費用，所以是交易成本⁵⁰。

加工⁵¹之情境則顯示了資訊成本與交易成本的糾葛關係。加工人在動工之前，會希望確定系爭物之所有權歸屬，蓋若加工人並非所有權人，則其不當能享受加工增值之果實，也可能需要額外付出不當得利之價金。但動產多半未被登記，也不一定帶有

-
- ⁴⁸ 自助原則之規定，參照臺灣民法第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。」關於自助行為的經濟分析，*see, e.g.*, Henry E. Smith, *Self-Help and the Nature of Property*, 1 J. L. ECON. & POL'Y 69 (2005); Richard A. Epstein, *The Theory and Practice of Self-Help*, 1 J. L. ECON. & POL'Y 1 (2005); Richard A. Epstein, *Intel V. Hamidi: The Role of Self-Help in Cyberspace*, 1 J. L. ECON. & POL'Y 147 (2005).
- ⁴⁹ 所有物返還請求之規定，參照臺灣民法第767條：「（第一項）所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。（第二項）前項規定，於所有權以外之物權，準用之」；中國物權法第34條：「無權占有不動產或者動產的，權利人可以請求返還原物」；中國物權法第35條：「妨害物權或者可能妨害物權的，權利人可以請求排除妨害或者消除危險」；中國物權法第36條：「造成不動產或者動產毀損的，權利人可以請求修理、重作、更換或者恢復原狀」。
- ⁵⁰ 關於訴訟是否為純粹的交易成本、有無社會利益的有趣探討，*see* NICHOLAS LEONIDAS GEORGAKOPOULOS, *PRINCIPLES AND METHODS OF LAW AND ECONOMICS* 105 (2005).
- ⁵¹ 加工之規定，參照臺灣民法第814條：「加工於他人之動產者，其加工物之所有權，屬於材料所有人。但因加工所增之價值顯逾材料之價值者，其加工物之所有權屬於加工人。」關於加工問題之經濟分析，*see* Chang, *supra* note 26.

權利標記（如牛身上的烙印），查核權利歸屬需要資訊，因此查核費用有資訊成本屬性。但因為特定條件下，無所有權之加工人亦能取得所有權，加工人為取得物權所支付之費用，亦得歸為「設立財產權的費用」，也就是交易成本。此外，動產之所有權人擔心所有物遭竊、被加工、被毀損，會買鎖、加密碼、雇保全，會支付維持財產權的費用，又是交易成本。

盜贓物善意取得⁵²之情境亦為適例。寶物被盜者，要追查竊賊之下落，要追索寶物銷贓後落於何人之手，在在需要資訊（由私家偵探、員警、保全公司、拍賣公司提供），自然有資訊成本。但掉寶者之所作所為，又是為了維持其財產權，故又可以歸為交易成本。

有時交易成本高、資訊成本卻低，例如袋地通行⁵³。若無法定通行權，袋地所有權人與鄰地所有權人之談判協商費用（屬於交易成本）很可能會居高不下，但原因並非出在資訊成本：袋地所有權人很清楚土地對自己之價值，鄰地所有權人也知道袋地價

⁵² 盜贓物善意取得之規定，參照臺灣民法第949條：「（第一項）占有物如係盜贓、遺失物或其他非基於原占有人之意思而喪失其占有者，原占有人自喪失占有之時起二年以內，得向善意受讓之現占有人請求回復其物。（第二項）依前項規定回復其物者，自喪失其占有時起，回復其原來之權利。」盜贓物善意取得之經濟分析，參見張永健，論動產善意取得之若干問題，台灣本土法學雜誌，27期，頁105-120（2001年）；楊宏暉，動產所有權善意取得制度之比較與再檢討，國立臺灣大學法學論叢，41卷4期，頁1743-1818（2012年）；張永健，動產所有權善意取得之經濟分析，研討會論文（2015年）。

⁵³ 袋地通行之規定，參照臺灣民法第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，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有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」；中國物權法第92條「不動產權利人因用水、排水、通行、鋪設管線等利用相鄰不動產的，應當儘量避免對相鄰的不動產權利人造成損害；造成損害的，應當給予賠償」。

值在有、無通行權時之巨大落差（其落差值約略等於袋地之市場價值）。協商費用高的原因是談判範圍特別寬，雙方都希望分到比較大的餅，而鄰地所有權人又常常有獨占力量（參見本書第7章）。

有時交易成本低、資訊成本卻高：在夜市中討價還價即為一例。夜市為公開市場，就算買到贓物都受到臺灣民法第950條⁵⁴的額外保護，所以買家基本上不用擔心標之物之權利歸屬，而賣家就在現場，一手交錢、一手交貨的成本也很低。對買賣雙方而言，最困難的問題是：賣家的底價何在、買家的願付價格幾何。資訊成本高而交易成本低，使得市場中許多人都花時間討價還價，但不一定會成交。

最後，「其他條件一致」（*other things being equal*）時，物之價值在權利狀態明確時較高，權利狀態不明確時較低，所以法律經濟分析理論鼓勵明確化財產權之制度安排⁵⁵。財產權是否明確，就是資訊成本高低之問題。財產權越明確（資訊成本越低），越可以鼓勵「自願交易」（*voluntary transactions*）——自願交易一般而言是有效率的⁵⁶。由此，吾人從單純成本之探討，進入經濟效率與寇斯定理之範疇。

⁵⁴ 臺灣民法第950條：「盜賊、遺失物或其他非基於原占有人之意思而喪失其占有之物，如現占有人由公開交易場所，或由販賣與其物同種之物之商人，以善意買得者，非償還其支出之價金，不得回復其物。」

⁵⁵ See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 97 (5 ed. 2008).

⁵⁶ 無外部性的自願性交易，是少數可以符合Pareto效率標準者。詳後。

參、寇斯定理與經濟效率

一、零交易成本與單一主人

只談成本，不看效益（或社會利益），不總是能極大化經濟效率。但有趣的是，若能身處零交易成本⁵⁷的「寇斯世界」（Coasean world）⁵⁸，不管法律如何分配產權，任何有效率的交易都可以在剎那間完成，社會產值一定極大，資源運用必然最有效率⁵⁹。此時，雖然只觀察了成本，效率卻能掛保證。這就是寇斯（Ronald Coase）在其經典論文*The Problem of Social Costs*⁶⁰中隱含的「寇斯定理」（Coase theorem）⁶¹，以及寇斯分析法律問題之起點。

⁵⁷ 對「無交易成本」概念之批判，see Bingyuan Hsiung, *Sailing Towards the Brave New World of Zero Transaction Costs*, 8 EUR. J. L. & ECON. 153 (1999)；熊秉元，航向沒有交易成本的美麗新世界？！，收於：天平的機械原理，頁165-90（2002年）；張五常，中國的前途，增訂第一版，頁244-46（2002年）。

⁵⁸ 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, *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).

⁵⁹ 法律規定仍會影響分配（distribution）問題。see COOTER & ULEN, *supra* note 29, at 106-08. 分配問題於下文處理。

⁶⁰ See Coase, *supra* note 28.

⁶¹ 寇斯定理的幾種版本，see COOTER & ULEN, *supra* note 29, at 81-88. 近來對寇斯定理的重要反省，see, e.g., Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Making Coasean Property More Coasean*, 54 J. L. & ECON. S77 (2012). 寇斯定理中文文獻，參見謝哲勝編，法律經濟學，頁26（2007年）；簡資修，法律之經濟分析：一個自主但開放的法學觀點，收於：經濟推理與法律，2版，頁3（2006年）；蘇永欽，相鄰關係在民法上的幾個主要問題，收於：跨越自治與管制，頁191（1999年）（應用寇斯定理於袋地通行情境）；簡資修，寇斯的法律經濟學，台灣法學雜誌，191期，頁

為求更準確地掌握無交易成本之概念，學說提出「單一主人」(single owner)之概念作為思考基準⁶²。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⁶³。蓋擁有複數資源而其使用方式彼此衝突者，只需要「和自己交易」，並無交易成本⁶⁴；而其資源運用模式，必然最能極大化資源價值⁶⁵。

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，制度費用為正數，最有效率之資源配置不一定能透過自願交易達成。因此，在寇斯世界中，產權分配方式不影響效率的結論，在現實世界中不總是成立。所以，在現實世界中，才需要分析不同法律制度所隱含的效率程度。以下探討之效率判斷步驟，與財產原

80-85 (2012年)。

⁶² See, e.g., Richard A. 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); SCHÄFER & OTT, *supra* note 2, at 440-41; MACKAAY, *supra* note 2, at 215. 單一主人概念之中文文獻，參見熊秉元，論布坎楠和寇斯的異同，收於：天平的機械原理：法律及制度經濟學論文集，頁149-151 (2002年)。

⁶³ 以袋地通行權為例，可假設袋地與鄰地同屬一人所有，然後設想此單一主人會如何規劃袋地部分之通行問題。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。寇斯定理與單一主人概念之應用，參見蘇永欽，法定相鄰權可否預先排除？，收於：民法物權爭議問題研究，頁139-140 (1999年)。並參見本書第6章。

⁶⁴ 此外，也沒有所得重分配問題，因為手心手背都是自己的肉。

⁶⁵ 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。

則、補償原則等之制度設計工具，都是緊密扣合著正交易成本的現實狀態。

二、外部性與內部化

在討論效率之前，有必要在此先探討「外部性」(externality)。外部性用白話說就是人的行為產生或好或壞的影響，沒有全部由自己享受或負擔。在自家門庭前種花，自己賞心悅目的好處，沒有外部化；但路人觀色聞香獲得了一天的好心情，並沒有付費給蒔花者——經濟學說種花製造了「外部利益」(external benefit)。工廠加裝空氣淨化設備，降低黑煙排放；淨化設備的費用由公司負擔，其成本內部化(internalized)。但無法完全淨化的黑煙，降低了社區的空氣品質，若沒有補償鄰里居民，即是工廠施加了「外部成本」(external cost)。

某行為的總利益中，外部利益占的比重越高，行為越不會發生(或發生頻率下降)。若「內部利益」低於「內部成本」，理性、自利人不會作。在美國物權法、智慧財產法發展過程中，是否賦予新聞報導者對新聞／資訊某種財產利益，正與此種考量有關。新聞媒體挖掘新聞，可以增加報紙銷路。但瞥見報紙頭條的人，同樣獲得資訊梗概，卻不用付錢。此外，新聞同業跟進報導，也不用補償先前獨家報導的同業。因此，新聞資訊的外部利益很高，會「供給」(supply)過少，甚至沒有供給。美國法上對新聞自由的高度保護，對媒體的誹謗侵權訴訟必須以媒體有「真正惡意」為前提⁶⁶等等，有一種法律經濟學解釋就是要降低製造新聞的內部成本(亦即，媒體毀人名譽，但不用賠償，外部化了成本)。

⁶⁶ 相關介紹，參見許家馨，美國誹謗侵權法歸責體系初探——以歸責內涵及查證義務為中心，月旦法學雜誌，154期，頁111-141(2008年)。

某行為的總成本中，外部成本占的比重越高，行為越會發生，因為行為人享受了行為的利益，但卻沒有負擔全部的成本。寇斯在*The Problem of Social Costs*批評Pigou的福利分析有誤，但Pigou式以租稅來內部化外部性（*internalize externality*）的作法，至今仍常被運用在公共政策。為什麼？在沒有交易成本的世界中，Pigou稅確實是多餘的⁶⁷。透過沒有成本的自願交易，就可以分配產權。但在正交易成本的現實世界中，並非所有資源都能產權化（所以產生commons，詳後述）；也不是全部帶有產權的資源，其權利內涵都100%清楚；實踐權利的高成本往往令權利人卻步。是故，環境主管機關還是要用罰鍰或租稅手段，讓污染者切身感受社會成本。尋求自願交易不成的私人，也往往有侵權行為損害賠償請求權，作為另一種內部化外部性的法律工具。由此可知，內部化外部性問題就是制度費用問題。有正的制度費用，才有外部性。然而，並不是所有的正制度費用產生的問題，都是外部性問題。外部性問題，也不是只能利用Pigou式的手段解決。轉換制度（法律制度或非法律制度）往往會影響外部性的高低。本書第4章探討物權自由與物權法定的選擇，第6章探討袋地通行的制度設計問題，都是法律制度本身影響外部性的適例。

寇斯提到的「損害相互性」（*reciprocal nature of harm*），值得再加闡釋。損害相互性的意思是，一個巴掌拍不響：若有工廠排放黑煙，但附近沒有居民，因此無人受害，就沒有外部性。而黑煙製造的外部性，源頭有二：有人排放黑煙，有人住在附近；故工廠與居民都是外部性產生的原因。寇斯強調損害相互性，是為了反思傳統的「單線損害觀」——是工廠「製造」居民的損害。寇斯認為，重點是何種制度安排（工廠放煙還是居民不受煙擾）最能極大化產值。換言之，若工廠產值較高，則工廠應該繼

⁶⁷ See RONALD H. COASE, *ESSAYS ON ECONOMICS AND ECONOMISTS* 10-11 (1994).

續生產；若居民安居樂業的產值較高，則工廠應該停止排放黑煙。

然而，這不表示所有的侵權行為訴訟都沒有經濟道理。在零制度費用的世界，損害相互性成立。在制度費用為正，而系爭資源（如空氣）的產權沒有被劃定時，損害相互性的概念也很重要——若法院的目標是極大化產值，則在分配資源之產權時（參見後述財產原則、補償原則之討論），即可將產權劃分給產值較高者。但在正制度費用的世界中，政策決定者無論是法院或立法者往往都無法知道誰是產值較高者。事前分配資源難以完善；事後個案分配成本很高，也同樣無法確保效率。所以，若制度費用沒有太高，法律已將系爭資源財產化，並將物權初始分配給特定人；並留待市場自願交易來促進資源的有效率使用⁶⁸。物權擁有者有排他效力（參見本書第3章），他人若未經同意而使用其資源，物權擁有者可以視情況動用所有物返還、防止侵害請求權或侵權行為損害賠償請求權。無權而干擾他人資源者，不能以「損害相互性」作為抗辯（如臺灣民法第794條所規範者，某甲蓋房子打地基時，不能使鄰人房屋的地基動搖；或第777條所規範者，某甲新潮的屋簷設計，使雨水直注於鄰居屋頂）。在物權分派已定的社會，最可行的制度設計就是要求自認為更能利用資源者，透過磋商向物權擁有者要求購買資源或授權使用資源。在特定情況中，補償原則或許更可能促進效率（詳後），但仍須以補償作為前提、代價⁶⁹。

⁶⁸ See, e.g., Henry E. Smith, *Exclusion Versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. S453 (2002); Henry E. Smith, *Property and Property Rules*, 79 N.Y.U. L. REV. 1719 (2004); Yun-chien Chang & Henry E. Smith, *An Economic Analysis of Civil Versus Common Law Property*, 88 NOTRE DAME L. REV. 1 (2012).

⁶⁹ 時效取得是知名的例外，但筆者認為時效取得制度在現代臺灣並沒有經濟道理。參見張永健，歷久彌新或不合時宜？民法不動產時效取得制度

經濟學者擔憂外部性會成為政府胡亂干預的藉口⁷⁰。確實，世界上許多行為會造成外部性，其矯正都需要（生產）成本，因此多半不值得由政府介入。但法律經濟學者會碰到的外部性，往往是法令規定所造成。有法令存在，就已經不是單純的「市場」運作結果。故法律經濟分析學者往往應該正面面對外部性，思索不同法律解釋、法律政策（制度設計）對系爭問題外部性之影響。

公寓大廈中的外部性，或許是最容易理解的例子。無資力購置透天別墅的都市居民，都應該有鄰居打麻將、唱KTV、放鞭炮、怒吼而難以入眠的經驗⁷¹，或為對門亂置鞋、傘於梯間而深感不便。從騷擾發生當時來看，這些都是外部性。但如薛兆豐教授精闢向本書作者指出，若引入「預期」（expectation），則前述噪音就不是外部性，因為「雞犬（人）之聲相聞」，早在意料之中，因而反映在買房價格中。換言之，「結廬在人境，而『有』車馬喧」的不快，已經在較低的房價中獲得補償（較低時相較於無車馬喧時的房價）。

但在進一步看，如果能以夠低的代價揭露資訊，使喜歡打麻將的人住到同樣的公寓大廈，你洗牌、我自摸，誰都吵誰、誰就都不吵誰。比起「牛驥同一皁」的混合均衡（pooled equilibrium），整體房價上升，住戶的整體福祉也上升。要揭露資訊，使外部性降低（如不能亂放傘），或使得外部性不再是外部性（千家萬戶一齊引吭高歌），不一定要靠政府直接干預。

之實踐與革新，中研院法學期刊，18期（2016年）。

⁷⁰ 參見張五常，經濟解釋卷四：制度的選擇，神州增訂版，頁74-75（2014年）。對張五常此種外部性思維的反省，參見張永健，註42。

⁷¹ 2002年時，新聞還有報導過鄰居種植的夜來香太香，導致居民失眠；而環保署研議以違反空氣污染防治法開罰。（相關新聞報導的原始連結已經找不到，但在網路上搜尋「夜來香太香」仍可找到諸多網友當年轉貼的新聞內容。）

立法者仍可以透過「公寓大廈規約」與「規約內容強制揭露」之制度設計，使個別公寓或大廈的居民可以自己互相約束，俾便形成小群體中的「社會規範」(social norm)。規約甚至可以設有賠償金之約定，或藉由賦予管理委員會對特定社區事務的裁量權，制裁不合作的居民。因此，在公寓大廈管理條例中創設了規約(covenant)制度⁷²，就給物權人壓制他人外部成本一大利器⁷³。好的制度設計，可以降低外部性；而如上所示，降低外部性，不當然是靠政府直接干預。法律經濟學者，不應該一概否認外部性的存在，或不思索降低外部性的諸多制度選擇⁷⁴。

有外部性的內部化問題，也有「內部性」(internality)的外部化可能。內部性一詞少見於文獻，但應該是有用的概念。內部成本或效益，就是不待外力介入就會由行動者背負或享有者。行動的內部成本、內部效益、外部成本、外部效益的大小比重，影響了行為人作該行動的誘因。以(不是物權法的)「見義勇為」

⁷² 臺灣公寓大廈管理條例之綜合介紹與反思，可參見筆者英文論文：Yun-chien Chang, *Condominium Law in Taiwan*, working paper.

⁷³ 由此，可以再進一步思索，臺灣和中國的民法是否都該引入real covenants，以作為在公寓大廈(或小區)之外，進一步控制外部成本的制度設計。倡議引入real covenants(或稱covenants running with land)之論述，參考謝哲勝，從釋字第349號解釋論隨土地所有權移轉的債權契約，收於：財產法專題研究，頁57-77(1995年)。

⁷⁴ 為何本書認為法經濟學者應該重視外部性，張五常教授卻認為外部性是胡說？或許這正反映了學科關懷之不同。所謂的法經濟學是使用(制度)經濟學的分析工具，研究對象(subject matter)則是與法令與其相關之制度。制度經濟學使用同樣或類似的分析工具，但研究對象主要仍是市場或其他經濟組織，而非法令。制度經濟學者因此似乎傾向把現行法令當成是不能改變的侷限條件(constraint)。但法學者出身的法經濟學者，在知道侷限條件後，會想要改變侷限條件(法令)，以求提升效率。See Lee Anne Fennell, *The Problem of Resource Access*, 126 HARV. L. REV. 1471, 1480-82 (2013). See also Pierre Schlag, *Coase Minus the Coase Theorem—Some Problems with Chicago Transaction Cost Analysis*, 99 IOWA L. REV. 175, 214-15 (2013). 後文有更多討論。

行為為例，若A見B溺水，是否去救，A的考量是：內部成本是自己救人可能受傷甚至溺斃的危險；內部效益是「自我感覺良好」；外部成本是A可能弄巧成拙，反而害死B；外部效益是B若幸而脫險，B往後人生的快樂。若法律沒有介入，A是否出手相救端賴其內部利益與內部成本之權衡。而法律可以介入的可能方式非常多：外部效益內部化是要求B必須在脫險後給付A一筆報酬；外部成本內部化是A若幫倒忙要負賠償責任；內部成本外部化則是若A不幸罹難，B必須補償A之遺族。內部成本外部化，與外部效益內部化，皆有助於增加「見義勇為」的行為（但增加此等行為，不表示會有更多人會獲救，因為可能有不擅救人者投入救助）。而外部成本內部化，與內部效益外部化，會減少見義勇為的行為。

三、四種效率標準

常見的效率標準有四種⁷⁵。第一，「帕雷多效率」（Pareto efficiency）⁷⁶，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（如自願交易），則稱此行為或政策製造了「帕雷多改善」（Pareto Improvement）⁷⁷。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

⁷⁵ 效率概念之歷史演進，see ZERBE, *supra* note 34, at 1-13.

⁷⁶ See MAXWELL L. STEARNS & TODD J. ZYWICKI, PUBLIC CHOICE CONCEPTS AND APPLICATIONS IN LAW 16-18 (2009); NICHOLAS MERCURO & STEVEN G. MEDEMA, ECONOMICS AND THE LAW: FROM POSNER TO POST-MODERNISM 25-45 (2 ed. 2006); DANIEL M. HAUSMAN & MICHAEL S. MCPHERSON, ECONOMIC ANALYSIS AND MORAL PHILOSOPHY 84-90 (1996).

⁷⁷ 自願交易引致的帕雷多改善，無所得重分配問題，因自願交易之獲利如何分配，由雙方自行協議，法律並不介入；且交易外之第三人並無受損。但帕雷多效率仍有一般性的分配問題，see ZERBE, *supra* note 34, at 3; DAVID D. FRIEDMAN, PRICE THEORY: AN INTERMEDIATE TEXT 440 (1986).

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）。

第二，「Kaldor-Hicks效率⁷⁸」，此與「帕雷多效率」的標準緊密相關。按照Kaldor-Hicks效率標準，只要總社會利益（或邊際利益）高於總社會成本（或邊際成本），且受益者「有可能」補償受害者即可，不以確實有補償為要件。若要依照較嚴格的帕雷多效率標準，則必須「無人受害、有人受益」，或「受害者、受益者皆有，但受益者確實補償受害者之損失」⁷⁹。Kaldor-Hicks效率標準理論上也可以更精確地分為「Kaldor-Hicks改善」、「Kaldor-Hicks優越」、「Kaldor-Hicks最適」等幾種表述方式，但似乏文獻如此處理。

Kaldor-Hicks效率標準與帕雷多效率標準都是在比較兩種狀態。可以想成立法前、立法後兩種規範狀態，或者法院作某種司法解釋前、後兩種規範狀態。不同狀態反映了人的不同行為，有些狀態下，人會心存僥倖之心、作投機取巧之事；有些狀態下，人會勤勤懇懇、腳踏實地。這兩種效率標準藉由比較全部個人在兩種狀態下的行為所造成之成本、效益之總和，評判兩種狀態之

⁷⁸ See RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 17-20 (8 ed. 2011). 還有一種和Kaldor-Hicks接近，但不完全相同的標準，是由經濟史上承先啟後、繼往開來的大師Alfred Marshall所提出。它的現代支持者是David D. Friedman。See DAVID D. FRIEDMAN, *LAW'S ORDER: WHAT ECONOMICS HAS TO DO WITH LAW AND WHY IT MATTERS* 21-25 (2001); David D. Friedman, *Does Altruism Produce Efficient Outcomes? Marshall Versus Kaldor*, 17 J. LEGAL STUD. 1 (1988); FRIEDMAN, *supra* note 77, at 440-47. Kaldor和Hicks原本的思路也和現在的Kaldor-Hicks標準不盡相同，see ZERBE, *supra* note 34, at 4-8; Matthew D. Adler & Eric A. Posner, *Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences Are Distorted*, 29 J. LEGAL STUD. 1105, 1108 n. 2 (2000). 不過，這些思想史上的淵源或方法論上的細微差異，並不影響本章的論證。

⁷⁹ See, e.g., MERCURO & MEDEMA, *supra* note 76, at 45-50; STEARNS & ZYWICKI, *supra* note 76, at 17-18.

優劣——也等於是評判兩種立法或司法解釋之良窳。Kaldor-Hicks 效率標準與帕雷多效率標準是實然面（positive）的判斷；但若操作者抱持極大社會福利的目標，則此兩標準也就轉化成規範面（normative）的量尺。

第三，「配置效率」（allocative efficiency）⁸⁰，亦即資源流動到最能利用者之手。「人盡其才、地盡其利、物盡其用、貨暢其流」就蘊含了配置效率的想法。第四，「生產效率」（production efficiency），就是用最少成本製造出最多產出，這是許多廠商奉為圭臬的行為準則。這兩種效率標準，同樣在比較兩種狀態。除了可以用於評判孤立事件（例如A賣地給B，是否增加配置效率），也可以用以評價各種「法原則」（doctrine）的妥適性——效率是比較出來的，當然就需拿現行法原則去對比舊法原則、修法草案原則或學者提出之理論對案。

四、效率判斷步驟

物權法經濟分析學者應該如何界分這四種效率標準？先從配置效率和生產效率的配對談起。配置效率關心的是資源有無流轉到最能利用者之手中⁸¹。透過自由市場與價格機制，最能利用資源者，一般而言，能出最高之價錢，將資源盤到手上。但若現有制度環境下有高制度費用，使最適配置效率無法達成，物權法經濟分析學者就會想透過修法、提出新的法律解釋方式來改變制度

⁸⁰ See COOTER & ULEN, *supra* note 29, at 363. See also Thomas W. Merrill, *Accession and Original Ownership*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 459, 488 (2009); Richard A. Epstein, *On the Optimal Mix of Private and Common Property*, 11 SCO. PHI. & POL'Y 17, 31 (1994).

⁸¹ 配置效率講求的是實體法上的效率。而達到實體上資源有效配置所支出者，不管是訴訟外的談判成本，或訴訟內的勞力、時間、費用，都是實現配置效率的生產成本。換言之，訴訟法學上講的「效率」，不會是本書界定的配置效率，而是生產效率。

環境、降低交易與資訊成本。重點是，降低制度費用，本身需要支出費用，而此費用若超過改造制度環境所帶來的配置效率改善，則此改革並不划算。若將「降低制度費用」看成產品，則是否應生產更低總成本的制度環境的標準，就是生產效率標準⁸²。換言之，在物權法的範疇中，配置效率與生產效率可以結合為單一的經濟效率標準，在該標準底下，法律政策應儘量壓低交易成本與資訊成本⁸³，直到執行該法律政策的邊際社會成本高於其邊際社會利益為止。如前所述，此種經濟效率標準，既有實然面也有應然面的層面。

有學者更進一步總結相關論述，提出兩項重要的規範判斷標準，作為物權法經濟分析之準繩：第一是「規範面的寇斯定理」（normative Coase theorem）⁸⁴：為促進效率，法律應該致力於降低交易成本與資訊成本，以促進交易⁸⁵。第二是「規範面的霍布斯定理」（normative Hobbes theorem）⁸⁶：即令法律著眼於營造低成本的制度環境，有時交易成本與資訊成本還是太高而妨礙交

⁸² See HAROLD DEMSETZ, FROM ECONOMIC MAN TO ECONOMIC SYSTEM: ESSAYS ON HUMAN BEHAVIOR AND THE INSTITUTIONS OF CAPITALISM 109-14 (2008); Harold Demsetz, *The Problem of Social Cost: What Problem? A Critique of the Reasoning of A. C. Pigou and R. H. Coase*, 7 REV. L. & ECON. 1, 8-9 (2011). Demsetz的洞見之後由Fennell延伸。See Fennell, *supra* note 29, at 1502. See also Pierre Schlag, *Coase Minus the Coase Theorem—Some Problems with Chicago Transaction Cost Analysis*, 99 IOWA L. REV. 175, 214-15 (2013).

⁸³ Fennell教授和Demsetz教授理論架構的關鍵不同是後者將法律當成外生給定，前者則有倡議修法之雄心。See Fennell, *supra* note 29, at 1480-82. 這恰恰反映了法律學者與經濟學者的研究取徑與背景假設不同。

⁸⁴ See COOTER & ULEN, *supra* note 29, at 92.

⁸⁵ 同見解，參見王文宇，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，收於：民商法理論與經濟分析，頁142（2000年）。

⁸⁶ See COOTER & ULEN, *supra* note 29, at 92-93. See also Epstein, *supra* note 80, at 31; 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).

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）⁸⁷。亦即，應該設計法律或解釋法律，使財產權不用透過後續交易，透過法律規定，就會達到配置效率。這涉及財產原則與補償原則之討論，詳後述，在此暫且打住。

再回頭細談評斷物權法問題效率性的判斷步驟⁸⁸。

第一步：分析現有產權分配規則（entitlement assignment）與保護模式（protection mechanism）（詳後論），探究最能利用資源者是否獲得產權。若是，有配置效率。不過，此處之配置效率可能是耗費過多交易成本才換來，故整體而言，現有制度不當然符合經濟效率。若第一步答案為否，配置無效率，但政策決定者不當然應該出手干預。

第二步：分析現有制度，探究其下之交易成本與資訊成本是否過高，導致自願交易停滯。根據寇斯的洞見，若前述成本夠低，法律所決定的產權分配規則與保護模式只影響分配，不影響配置效率，因為自願交易會矯正原初的配置錯誤⁸⁹。但若前述成本高，則法律所造成的配置無效率將會持續。然而，政策決定者仍然不當然該介入。

第三步：估計轉變產權分配規則與保護模式之成本（與第一步相關），也估計制度轉換所需之成本，當然也估計「替代制度」下之交易成本與資訊成本（與第二步相關）。無論是產權分

⁸⁷ COOTER & ULEN, *supra* note 29, at 93.

⁸⁸ 其實，還可以設想有「第零步」（step zero）：就是要不要將某資源當作產權。本書沒有正面討論這方面的問題（雖然與是否承認習慣物權有相似問題點），故在此從略。這方面的經典文獻是Demsetz 1967年的論文（參見註92）。若要討論例如是否承認線上遊戲中的寶物為財產，則第零步的討論是有必要。

⁸⁹ See Coase, *supra* note 28.

配規則、保護模式、制度環境，都可能透過立法、修法、司法解釋調整。例如：不動產的權利紀錄，從「私自記錄」（private titling）制度轉變到「權利登載制」（registration），可以大大降低資訊成本，活絡交易，提升配置效率。然而，制度轉軌（想成一個產品）只有在效益大於成本時才值得追求。權利登載制的初始成本非常高，維持費用亦不低，故私自記錄或「契據登記制」（recording）產生的社會淨利益可能高過於權利登載制⁹⁰。此外，如Demsetz的經典論文所論，財產權制度不一定永遠比共用制好⁹¹——當資源價值上升，劃分財產權的利益大於成本時，財產權體系才會產生⁹²。因此，配置無效率並非永遠需要矯正，而要考慮矯正措施的生產效率。

⁹⁰ See generally Benito Arruñada & Nuno Garoupa, *The Choice of Titling System in Land*, 48 J. L. & ECON. 709 (2005); BENITO ARRUÑADA, INSTITUTIONAL FOUNDATION OF IMPERSONAL EXCHANGE: THEORY AND POLICY OF CONTRACTUAL REGISTRIES 145-61 (2012).

⁹¹ Saul Levmore探討從私有產權回歸到共用資源的可能性、條件，並指出除了交易成本之外，必須注意利益團體會遊說政府以改變財產權體制。See Saul Levmore, *Two Stories About the Evolution of Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. S421 (2002).

⁹² See Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 347 (1967). Demsetz的理論設想是財產權制度會由下而上產生，其他學者則強調國家由上而下形塑財產權制度的角色，see Katrina Miriam Wyman, *From Fur to Fish: Reconsidering the Evolution of Private Property*, 80 N.Y.U. L. REV. 117 (2005). 對Demsetz理論的其他批評，如：只有作「比較靜態分析」（comparative static analysis），描繪資源共有與資源私有的世界，但沒有指出資源私有化是以何種機制產生。此外，Demsetz沒有區分「個人獨有」、「家庭成員共有」、限制性共用資源。See James E. Krier, *Evolutionary Theory and the Origin of Property Rights*, 95 CORNELL L. REV. 139 (2009); Thomas W. Merrill, *Introduction: The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. S331 (2002). Ryan Bubb以非洲象牙海岸與迦納的數據，檢驗Demsetz的理論。Bubb的發現是：立法制訂的財產權體制確實對實踐中的財產權體制，有一定影響；然而，社會規範仍有強大影響力。這兩個國家的財

而土地登記制度的例子，也可說明為何在第一步中發現的配置效率不總是等於經濟效率：權利登載制設立後雖然可以促進配置效率，但若政策決定者在設立任何土地登記制度前審慎考量效率問題，可能會發現權利登載制太過昂貴，設立並不值得⁹³。不過，權利登載制一旦實施，高額的固定成本變為「沉沒成本」（sunk costs），其每日所產生之邊際社會利益可能高過其邊際成本，使只著眼於當下的判斷者得出配置有效率、生產也有效率之結論。當然，每日營運成本也可能高過於其效益；此時，雖然不動產這種資源的配置效率仍受惠於清楚明白的權利登載制，但此種配置效率是以無效率的方式生產⁹⁴。政策決定者應考慮是否轉為契據登記制，甚至不強制要求公示。

本章以生產效率與配置效率組合而成的經濟效率標準⁹⁵，與帕雷多效率與Kaldor-Hicks效率，又有何關聯？產權分配規則、保護模式、制度環境之轉變，幾乎不可能是帕雷多改善，因為總有人受害。所以，至少在物權法領域，選取帕雷多效率，等於宣告政策制訂者不用做、不能做任何事⁹⁶。至於Kaldor-Hicks效率，至

產權體制，一定程度也支持了Demsetz的假說。See Ryan Bubb, *The Evolution of Property Rights: State Law or Informal Norms?*, 56 J. L. & ECON. 555 (2013).

⁹³ Cf. ARRÚNADA, *supra* note 90, at 139-44.

⁹⁴ 另一種觀察角度則是，納稅人的稅金被分到土地登記機關，而非其他部門，並非最有效率的配置。

⁹⁵ 本書認為世界上仍有無效率存在，這和張五常的制度經濟學思想如何接軌？簡言之，本書認為：不同的侷限條件會產出大小不同的「租值」（rent），或說租值消散（dissipation of rent）多寡不一。亦即，不同的制度，隱含不同的侷限條件；不同的侷限條件下，租值也不同。重點在找出現實可達、租值最大的制度。從低租值的制度轉變到高租值的制度，只要改制成本不要高於制度轉變帶來的淨收益，就可以用「較有效率」來形容「租值比較高的制度」。不同制度下的交易 / 制度費用高低，或租值消散多寡，縱使無法用計量方法精準推估，至少可以在理論上辨明其相對大小。更多討論，參見張永健，註42。

⁹⁶ Cf. ADLER & POSNER, *supra* note 27, at 5 (“[T]he Pareto principle is too

少在物權法領域，和配置效率可謂同義。兩者均未「要求」制度變遷的贏家（較能利用資源者）補貼輸家（較不能利用資源者）；兩者也都沒有內建生產效率之考量。根據此兩標準，只要贏家所得，多於輸家所損，就有效率。所以，在物權法領域，選擇使用配置效率或Kaldor-Hicks效率，只是名詞不同。兩者殊途同歸。筆者個人偏好配置效率，所以用此名詞解釋物權法之核心觀念。不過，在其他法律領域中，Kaldor-Hicks效率的思路或許比較貼近既有的思維方式。因此，Kaldor-Hicks效率標準比較有一般性。

最後，本章及許多其他法律經濟學文獻中所稱之「社會福利極大」（social welfare maximization）、「社會淨利益最大」、「財富極大」（wealth maximization）、「有（經濟）效率」，雖然方法論之內涵有所出入⁹⁷，但對於絕大多數（甚至全部）物權

strong—few, if any, government projects would satisfy it.”). Pareto標準的問題不止於此。例如：它實質上給受損者——即使只有一個人——無限大的「權數」（weights），也就是否決權。例如：一項政策使一個人受害10元，卻使社會上其他所有人都各得利100元，就不會符合Pareto標準。ZERBE, *supra* note 34, at 3.

另一項常見的批評是：極度的分配不均，例如：一人擁有世界上所有的財富，也是「帕雷多最適」！換個方式說：任何的分配方式，一旦完成，就變成Pareto最適。舉例而言，一塊蛋糕分給兩個小朋友，刀子切下去後，無論想作任何調整，都會有一個小朋友不高興。「『Pareto最適』狀態不一定比『非Pareto最適』狀態來得『Pareto優越』！」FRIEDMAN, *supra* note 77, at 440.

⁹⁷ 關於RICHARD POSNER提出之「財富極大標準」（wealth maximization），see RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 14 (1998); RICHARD A. POSNER, *FRONTIERS OF LEGAL THEORY* 98 (2001) (“Wealth is to be understood in this context not in strictly monetary terms but rather as the summation of all the valued objects, both tangible and intangible, in society, weighted by the prices they would command if they were to be traded in markets”). 關於Louis Kaplow & Steven Shavell之「個人福祉」（individuals’ well-being）標準，see generally KAPLOW & SHAVELL, *supra* note 13. 關於Eric Posner & Matthew Adler之「整體福

法問題，無論採用哪一種標籤與量度方法（除非是用帕雷多效率標準），都應該會得到相似結論。所以，為求遣詞用字的變化，本書及筆者其他著作，會交替使用這些名詞。

無論採用哪些名詞，經濟效率或社會福利之判斷，都要兼顧社會成本與社會效益。閱讀本書之後章節時，讀者或許會覺得「成本」出現的頻率很高，「效益」卻有時神隱，因而質疑本書立論不夠周全。本書之回應是：第一，常論述成本，是因為政策決定者、學者比較能夠掌握、理解、量度制度層次的交易成本與資訊成本，並藉由立法、修法、解釋法律，以降低制度費用。物權法中的法原則，諸如：登記生效、動產善意取得、不動產公信原則，會影響每一個物權之權利人與潛在交易者的資訊成本與交易成本。不同制度設計導致之制度費用，容易推斷；因此，立法者、法官比較能推知其決策對成本面的影響。反之，效益跟具體個案情境密不可分。例如：在A和B兩人之間，A是甲地的較能利用資源者，但B是乙地的較能利用資源者。又如：C加工D之物，加工後究竟C還是D比較珍視系爭物，也難以一概而論⁹⁸。但抽象規則的決策者如立法者，甚至具體個案的決策者如法官，往往不知道他們處理的系爭土地是像甲地還是乙地，原告（被告）是A還是B。所以不管是制訂、適用或解釋法律，決策者能做的往往是處理制度層次的成本問題；成本儘量壓低之後，效益如何增

祉」(overall well-being) 標準，see ADLER & POSNER, *supra* note 27, at 25-61.

部分文獻中，welfare的涵義比wealth廣泛。Wealth僅包括金錢可以直接量度者，而welfare除包含wealth外，也可以考量公平正義——原因在於（心理學實驗證明）人偏好較公正、較正義的制度，且願意為了追求公平正義而付出代價（多交稅或甚至拋頭顱、灑熱血）。相關文獻綜述，see, e.g., Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams, *Introduction*, in FAIRNESS IN LAW AND ECONOMICS xiii, xvi-xvii (Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams eds., 2013).

⁹⁸ See Chang, *supra* note 26.

加，就由後續的自願交易完成。本書第6章討論之袋地通行權亦為適例，立法者可以大致推斷，就鄰地損害最小處之通行地而言，袋地所有權人比起鄰地所有權人是較能利用資源者，所以將產權分配給袋地所有權人；但在必要程度以外的通行，立法院不知道哪一造的利益較高，就讓雙方自行協商交易。換言之，雖然看起來本書之分析只關照成本，但背後目標仍是達到最終的配置效率，讓最能利用資源者透過自願交易取得其產權。

第二，論述時只出現成本，不表示效益沒有被考量。成本與效益的論述往往可以「加上負號」後互換。舉例而言，在本書第4章論述物權法定與自由之問題時，所謂的「挫折成本」（無法自由創設新物權因而必須額外花費的交易成本或難以實現的交易利潤），就是減少或消失的（社會）效益。當論述者採用成本與效益兩邊互比時，經濟分析追求者為極大化淨效益，也就是總效益減去總成本之差能最大，或者說是邊際效益等於邊際成本。當論述者將效益轉化為成本時，經濟分析追求者為極小化總成本——在侵權法的經濟分析很常見這種論述方式。這兩種論述方式得出之結論，應該相同，只要論述者在兩種方式下都有納入同樣的考量點⁹⁹。

當然，這不是說物權法只關心物之使用者與交易者之成本與效益。在社會福利的考量上，所有的成本與效益都應該納入計算。舉例而言，在相鄰關係中，尤其是英美法列為nuisance的問題，常常有污染或噪音等外部成本，這些成本不是資訊成本，也不是比較狹義的交易成本的一環¹⁰⁰。但這不表示這些成本沒有被

⁹⁹ See also Yun-chien Chang & Henry Smith, *The Numerus Clausus Principle, Property Customs, and the Emergence of New Property Forms*, 100 IOWA L. REV. (2015), forthcoming.

¹⁰⁰ 如果用張五常教授對交易成本的定義「凡是一人世界不存在的費用，都是交易費用」（參見註43），則污染是交易費用，因為一人世界中，萬物皆為我用，空氣或水污染了其他地方，影響了該人未來利用之可能

或不應該被納入效率考量中，只是在此種問題並不顯著、不重要時，本書後續章節就會略過不論，以免過於枝節。

肆、共用、共決、半共用¹⁰¹

Commons（本章譯為「共用」¹⁰²）、anti-commons（本章譯為「共決」）、semicommons（本章譯為「半共用」）從英文術語看起來，一正一反一半，是同一光譜上不同端點的概念¹⁰³。但文獻上共決與半共用的概念外延被大大擴充，以致於共用、共決、半共用產生複雜的互動關係。本章認為應該區辨三者的核心概念與延伸。以下先談共用與共決各自的概念與兩者比較，最後再加入半共用之論述。

性。在一人世界中，半夜彈鋼琴也沒有外部性，因為僅是對牛彈琴，而動物的成本效益在大多數經濟分析中未被納入考量。

¹⁰¹ 討論共用與共決，很難不談到智慧財產權中的相關問題。筆者並非此方面的專家，所以只會蜻蜓點水，舉一些例子。更專門之討論，see, e.g., JYH-AN LEE, NON-PROFIT ORGANIZATIONS AND THE INTELLECTUAL COMMONS 12-21 (2012). Jyh-An Lee就是知名的智慧財產權學者李治安教授。中文文獻，參見例如：劉靜怡，從創用CC運用看數位時代的公共領域——財產權觀點的初步考察，中研院法學期刊，8期，頁113-184（2011年）。

¹⁰² 熊秉元教授將commons翻譯成公地。參見熊秉元，法學的經濟思維，頁73（2013年）。

筆者認為「公有」或許是比較好的翻譯，反應了所有權的歸屬。但中華人民共和國憲法對公有一詞之界定更寬泛，未免誤會，本章從簡資修教授將commons翻譯成「共用」。參見簡資修，經濟推理與法律，2版，頁124（2006年）。

¹⁰³ 把共用、私有財產權、共決放在同一個光譜上，see Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L.J. 1165, 1167 (1999).

一、共 用

共用分為兩大類型，「開放式共用資源」（open-access commons）與「限制式共用資源」（limited-access commons）。開放式共用資源，如公海，不是私有財產權之標的，因為任何利用者均無權排除任何其他人，目前的利用者也無法以法律行為將其既有利用方式移轉給第三人。換言之，利用開放式共用資源者，沒有對世排他之權，以事實行為轉讓其利用方式，自然也無追及效力（也就是其他同資源的既有利用者，不用尊重前述轉讓）。準此，沒有人對開放式共用資源享有財產權或準財產權¹⁰⁴。而利用者能享用開放式共用資源，也不是基於契約，所以其利用也不是奠基於契約權。開放式共用資源與財產權最顯著之對比是：一般而言，財產權人有權排除世界上任何人之干預；開放式共用資源的利用者，只能以自救的方式抵抗其他人之排斥，但無法逕行排除其他人對同一資源之利用¹⁰⁵。

限制式共用資源，如只有特定村民或會員可以使用的草原、沙灘，則有特殊的財產權結構：內部人（村民、會員）對外部人（路人甲乙）有排他效力——Carol Rose教授描述為「對外的財產權」（property on the outside）¹⁰⁶——但內部人間無法彼此排斥，所以對內共用。限制式共用資源的產權結構可能導因於法律或社會規範（social norm）¹⁰⁷，因此，作為內部人的資格，不當然可

¹⁰⁴ 筆者於另文有完整鋪陳，若某權利完全沒有對世、排他、追及效力，則連準財產權都不是。See Chang & Smith, *supra* note.

¹⁰⁵ 例如：牧羊人不能透過法院將其他共用地上的牧羊人趕走，只能讓自己的羊和其他人的羊在共用地上彼此爭食，在此適用者為弱肉強食的叢林法則。

¹⁰⁶ See Carol M. Rose, *The Several Futures of Property: Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystem*, 83 MINN. L. REV. 129, 144 (1998).

¹⁰⁷ 社會規範研究的經典文獻，see, e.g., ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL

以任意流轉——所以，內部人所享有之權利不當然追及。典型的財產權具備對世、排他、追及效力，限制式共用資源的內部人，沒有對世的排他權，只有對全部外人的排他權；其財產關係在村民或會員身分移轉後也不當然能夠追及到後手；所以，限制式共用資源只有「準財產權」¹⁰⁸。

某程度而言，早期中國農村地區集體所有的土地，就可以套用「限制式共用資源」的分析架構。不屬於村集體成員者，無法近用農村土地。村民則可以利用集體所有之土地。在近年來土地承包制度漸次推行後，農村的對內共用漸漸被定限物權取代。

共用資源存在的原因是高額的制度費用。若制度費用為零，每個資源之利用方式都會被私人約定得清清楚楚（此外，政府若要介入，也可以管制得鉅細靡遺）。若制度費用為正，但將資源財產化的社會利益夠大，財產權制度就應該被創設（也可能會被創設）。但若制度費用遠高於社會利益，則資源維持共用，是不得不然、也有效率之結果。公海裡的魚、美國新英格蘭地區海域的龍蝦、太空、空氣……凡此資源，雖然不是完全沒有被財產化的適例¹⁰⁹，但一般而言仍是開放式共用資源，因為將水中資源與空中資源財產化的制度費用實在太高。

NORMS (2002); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996); POSNER, *supra* note 97, at 288-318; Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338 (1997); Robert C. Ellickson, *The Market for Social Norms*, 3 AM. L. & ECON. REV. 1 (2001). 以社會規範的取徑研究物權法問題之經典文獻，*see generally* ROBERT C. ELICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES* (1991).

¹⁰⁸ 關於財產權與準財產權的區分，參見本書第3章。準財產權有多種態樣，且隱含之資訊成本不同，值得再次強調。

¹⁰⁹ 筆者曾聽聞某太平洋上的島國（似乎是斐濟），沒有竭澤而漁的問題，因為魚根據該國法律全部屬於國王所有，漁夫只是受雇人，多捕也沒有獎賞，濫捕反而會被處罰，因此漁夫沒有誘因先占先贏。

二、共 決

共用資源不帶有財產權；狹義的共決則源自於許多人對某一資源都有不同程度或類型之財產權，尤其以複數的排他權最為關鍵。Michael Heller教授的論著¹¹⁰，使共決問題成為財產權研究的熱門議題。Heller教授最知名的例子是共產主義垮臺後的莫斯科街頭：店家的貨架空無一物，甚至沒有開門；但寒冷的街上，經營街車的個體戶，客人應接不暇¹¹¹。Heller的解釋簡單有力：個體戶單獨擁有自己的小本生意，盈虧自負、決策單純；店家的財產權在共產制度轉型市場經濟制度的過程中，被割裂為出售權、收益權、出租權、占有權等等，並分配給許多不同的政府單位與私人組織¹¹²，一方阻撓，生意就做不下去。

物權法領域中，分別共有、共同共有等共有型態，以及區分所有，就可能產生共決問題¹¹³。例如臺灣民法第819條第2項規

¹¹⁰ See Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998); MICHAEL A. HELLER, *THE GRIDLOCK ECONOMY: HOW TOO MUCH OWNERSHIP WRECKS MARKETS, STOPS INNOVATION, AND COSTS LIVES* (2008). 對Heller理論之批評，see, e.g., Richard A. Epstein, *Heller's Gridlock Economy in Perspective: Why There Is Too Little, Not Too Much Private Property*, 53 ARIZ. L. REV. 51 (2011); Eric Claeys, *Exclusion and Exclusivity in Gridlock*, 53 ARIZ. L. REV. 9 (2011).

¹¹¹ See Heller, *supra* note 110, at 633-35.

¹¹² See *id.* at 638.

¹¹³ 認為分別共有產生共決問題，see Yun-chien Chang, *Tenancy in "Anticommons"?: A Theoretical and Empirical Analysis of Co-Ownership*, 4 J. LEGAL ANALYSIS 515 (2012); HELLER, *supra* note 110, at 108; Faith Rivers, *Inequality in Equity: The Tragedy of Tenancy in Common for Heirs' Property Owners Facing Partition in Equity*, 17 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 1 (2007); Clifford G. Holderness, *Joint Ownership and Alienability*, 23 INT'L REV. L. & ECON. 75, 76 (2003)；認為分別共有產生共用問題，see Hanoch Dagan & Michael A. Heller, *The Liberal Commons*, 110 YALE L.J.

定，共有物之處分、變更，應得全體共有人之同意。亦即，每個共有人都有否決權，也就是排除其他全部共有人變更現狀的權利。臺灣民法第828條第3項¹¹⁴對共同共有之類似規定，也有同樣效果。臺灣民法第823條¹¹⁵規定不分割期限不得超過30年，寓有防止「共決悲劇」（the tragedy of the anti-commons）之目的（討論詳後）。也就是說，若法律未限制不分割之期限，而共有人又約定長期或永遠不分割，即令之後的共有人對如何利用共有物無法達成協議，也會因為不能分割或無人願意接手而僵持不下。共有資源將僅有低度利用，無法發揮經濟效益，並無效率。

549 (2001).

- ¹¹⁴ 臺灣民法第828條：「（第一項）共同共有人之權利義務，依其共同關係所由成立之法律、法律行為或習慣定之。（第二項）第八百二十條、第八百二十一條及第八百二十六條之一規定，於共同共有準用之。（第三項）共同共有物之處分及其他之權利行使，除法律另有規定外，應得共同共有人全體之同意。」
- 中國共同共有之規定，參照中國物權法第96條：「共有人按照約定管理共有的不動產或者動產；沒有約定或者約定不明確的，各共有人都有管理的權利和義務。」中國物權法第97條：「處分共有的不動產或者動產以及對共有的不動產或者動產作重大修繕的，應當經占份額三分之二以上的按份共有人或者全體共同共有人同意，但共有人之間另有約定的除外。」
- ¹¹⁵ 臺灣民法第823條：「（第一項）各共有人，除法令另有規定外，得隨時請求分割共有物。但因物之使用目的不能分割或契約訂有不分割之期限者，不在此限。（第二項）前項約定不分割之期限，不得逾五年；逾五年者，縮短為五年。但共有之不動產，其契約訂有管理之約定時，約定不分割之期限，不得逾三十年；逾三十年者，縮短為三十年。（第三項）前項情形，如有重大事由，共有人仍得隨時請求分割。」
- 中國物權法第99條則規定：「共有人約定不得分割共有的不動產或者動產，以維持共有關係的，應當按照約定，但共有人有重大理由需要分割的，可以請求分割；沒有約定或者約定不明確的，按份共有人可以隨時請求分割，共同共有人在共有的基礎喪失或者有重大理由需要分割時可以請求分割。因分割對其他共有人造成損害的，應當給予賠償。」亦即，是否能打破約定不分割所造成之共決悲劇，法院是主導力量，因為是否構成「重大理由」由法院裁斷。

共用與共決之英文原文名稱是對舉，又常常被一起討論，原因在於其對稱性¹¹⁶：共用造成資源過度使用（像是羊群把共用的青草吃光、公海的魚被濫捕），共決造成資源低度使用（共有人無法達成合意，所以共有地長期荒蕪）¹¹⁷。共用與共決其實都導因於高制度費用。若制度費用夠低，共用資源可以財產化；分享共決資源者也可以找到解決方案。但兩者高制度費用之原因不同，故值得區辨分析¹¹⁸之。

Fennell教授主張¹¹⁹，共決就是assembly問題¹²⁰。Assembly姑且可以翻成「聚合權利」；英文中的land assembly就是指房地產開發商一一收購目標開發地之土地所有權或地上權。Assembly問題換句話說就是「合則兩利」的行動無法成功¹²¹，也是一種「集體行動」（collective action）問題¹²²。本章認為，共決問題固然

¹¹⁶ See James M. Buchanan & Yong J. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, 43 J.L. & ECON. 1 (2000).

¹¹⁷ 有學者主張，共用造成資源也可能造成低度使用，共決造成資源過度使用。See, e.g., Lee Anne Fennell, *Commons, Anticommons, Semicommons*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF PROPERTY LAW 35, 42-43 (Henry E. Smith ed. 2011); Michael A. Heller, *The Anticommons Lexicon*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF PROPERTY LAW 35, 69 (Henry E. Smith ed. 2011). 但其所舉事例，有些沒有說服力，有些則適用於廣義的共用或共決，但不適用於狹義的共用或共決。

¹¹⁸ 亦有學者將共決問題刻劃為open access investment problem，因而將之與共用問題等同視之。See Dean Lueck & Thomas J. Miceli, *Chapter 3 Property Law*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 183, 193 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007).

¹¹⁹ Fennell, *supra* note 117, at 42-43. 在Fennell教授之定義底下，anticommons才可能造成資源過度使用。換言之，非屬（狹義的）共決問題，但屬於（廣義的）聚合權利問題者，才有過度使用之可能。

¹²⁰ Heller教授認為共決問題可以一般化成「零散（fragmented）決策方式」問題。這和Fennell教授說的聚合權利問題，意旨相同。See Heller, *supra* note 117, at 60.

¹²¹ Fennell, *supra* note 41.

¹²² 這方面的經典之作，see MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE

本質上是一種聚合權利問題；但不是所有聚合權利的問題，都和傳統上談的anti-commons相似，也和中文譯名的「共決」不當然有關。準此，共決問題可以限縮適用以描述「單一物有複數權利人擁有排他權」及「單一法人或非法人組織有複數權利人有否決權」¹²³。而此範圍之外的聚合權利問題，則不稱為共決問題，而逕稱聚合權利問題，或在各自領域中更適切地命名。

前一段說的「單一物」，值得再作說明。「一物」如何界定，是大哉問，筆者日後當以專文為之。目前姑且先以分析當時之所有權數目與範圍來界定物之數目與邊界。例如：某一筆土地有10個共有人，所有權僅有一個，就只有一物；所以此土地產生之問題可以界定為共決問題。（傳統上說一物一權，似乎是認為先有物的界分，再賦予一權。但一物和一權，到底是先有雞還是先有蛋，值得進一步推敲。）10筆畸零地彼此相鄰，分析時，已經有10個所有權，故本問題不會是共決問題。物會如何區分為一物或多物，通常與「是否有獨立用途有關」。畸零地雖然利用價值低，但仍可獨立使用，故一個畸零地一個所有權；一區域內有眾多畸零地；每一筆土地都是一物。而莫斯科的商店，之所以要看成共決問題，就是因為開店有關的各種權利，無法獨立使用。Heller所舉之中世紀萊茵河上各選候、各邦各自設置的收費站，則是邊界案例¹²⁴：對部分行水人而言，只要能利用部分河道即為已足，此等人若只被收一次買路財，則此問題應該是聚合權利問題。但若有人必須從上游開到下游才能完成交易，因而被收取多次買路財（甚至因而徹底放棄使用河運），則本問題應該被看成共決問題。換言之，關鍵在於使用一小段河流是否有獨立經濟價值。

ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (2009).

¹²³ 前者可用以描述分別共有，後者可用以描述莫斯科空無一物的商店。

¹²⁴ See HELLER, *supra* note 110, at 20.

聚合權利問題的例子不勝枚舉：掌握關鍵專利的公司，可以用專利訴訟為脅，嚇阻後來者從事創新研究¹²⁵。而層層堆疊的專利（*patent thicket*；有譯為「專利灌叢」¹²⁶或「專利叢集」），會使得後來者處處掣肘，難以開展其創新之路。此外，一部電影、一齣音樂劇、甚至一本書要出版，都要經過法務部門查核著作權的授權狀況，以免電影中轉瞬即逝的一個鏡頭，成為某著作權人事後提出高額賠償訴訟的依據¹²⁷。

三、悲劇或喜劇？

共用與共決常常和悲劇一詞相連為「共用悲劇」（*the tragedy of the commons*）與「共決悲劇」（*the tragedy of the anti-commons*）。悲劇一詞是形容共用與共決造成之配置無效率。而人盡皆知的悲劇之所以會持續，是因為高額的制度費用，使得更好的均衡無法被生產。有幾點值得強調，第一，高額的制度費用可能是市場運用失靈，也可能是政府管制或立法所造成。所以，

¹²⁵ See generally Michael A. Heller & Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 *SCIENCE* 698 (1998); HELLER, *supra* note 110, at 49-78. 對此觀點之深刻批評，並指出「取得政府許可」與「取得專利授權」的根本不同，see Richard A. Epstein & Bruce N. Kuhlik, *Is There a Biomedical Anticommons*, 27 *REGULATION* 54 (2004).

¹²⁶ 對於專利法研究者，專利灌叢或許比共決或聚合權利可能適切反應專利之特殊問題。在所有領域都一律使用共決一詞，往往會有引喻失義而誤導之處。例如Burk & Lemley認為*patent thicket*和共決仍值得區分，前者的特點在於「重疊」的權利，所以改革的重心是限縮專利權的範圍。See DAN L. BURK & MARK A. LEMLEY, *THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT* 139-40 (2009).

¹²⁷ See generally LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD* (2002). 其他著作權制度造成的制度費用，see, e.g., RICHARD A. POSNER, *LAW AND LITERATURE: A MISUNDERSTOOD RELATION* 342-46 (1988).

並不是有共用或共決悲劇，就一定要政府介入或退出。例如共用草原上的牧人可能因為忙於生活、想搭便車等原因，無法有效組織起來解決地力耗竭問題，此時若政府或其他組織介入或可有效協調（但也不保證能成功增加經濟效率）。而專利權與著作權產生的共決問題，本身就是智慧財產權法制運作的結果，不能全部歸咎於「市場失靈」¹²⁸；而若政府本身被利益團體俘虜，要求政府再介入不一定會改善低度均衡。

第二，過度或過少利用，本身是特定價值判斷標準下的詮釋。例如著重開發者會覺得土地閒置是過少利用、無效率，但在環境保育人士眼中，反而是最好的狀態。又如強調知識有價者或許會為「公共領域」（public domain）中的過度使用¹²⁹而長籲短嘆，但偏好知識散播與再利用者卻會對文化產品的廣泛利用欣喜若狂¹³⁰。所以，也有共用喜劇¹³¹與共決喜劇¹³²。共決可以被刻意

¹²⁸ 將現實世界和幻想中的零交易成本世界相比，然後說交易成本無所不在的現實世界「市場失靈」，是常見的分析錯誤，Demsetz稱這種想法為Nirvana approach。See Harold Demsetz, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, 12 J. L. & ECON. 1 (1969).

¹²⁹ 例如：各式各樣的廣告中都使用「蒙娜麗莎的微笑」作為意象，並用貝多芬的命運交響曲第一樂章或合唱交響曲第四樂章作為配樂，不管廣告的題材與這些經典作品有無關聯。參見張永健、郭躍民、謝曉嵐、李駿逸，音樂著作保護界限之法律與經濟分析（上），台灣本土法學雜誌，46期，頁190（2003年）。See also William M. Landes & Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. CHI. L. REV. 471, 484-88 (2003).

¹³⁰ See generally SIVA VAIDHYANATHAN, *COPYRIGHTS AND COPYWRONGS: THE RISE OF INTELLECTUAL PROPERTY AND HOW IT THREATENS CREATIVITY* (2003); LAWRENCE LESSIG, *FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY* (2004).

¹³¹ See generally Carol M. Rose, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, 53 U. CHI. L. REV. 711 (1986).

¹³² See Heller, *supra* note 117, at 70.

使用，使系爭資源可以永續存在。共用也可以被刻意使用，使系爭資源可以澤被眾生、不獨厚少數人。

第三，共用與共決的狀態有時候只是暫時的¹³³。例如無主物先占原則¹³⁴，使得資源可以輕易地從「共用」轉變為「私有」¹³⁵，使資源運用可以達到最適狀態。而分別共有雖然有共決的特徵，但任何共有人都可以藉由單方面請求法院分割共有物¹³⁶，而使資源從共決轉為單獨私有。

四、半共用

半共用資源是共用與私有財產權的混合¹³⁷，且私有財產與共用之性質還會交互作用¹³⁸。半共用和共決同樣有廣義、狹義之應

¹³³ See Fennell, *supra* note 117; Lee Anne Fennell, *Common Interest Tragedies*, 98 NW. U. L. REV. 907, 912-13 (2004); Heller, *supra* note 110, at 673-75. 控制悲劇的方式，see ELINOR OSTROM, *GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION* 91-102 (1990). 對諾貝爾經濟學獎得主Ostrom在共用問題上的貢獻，see Lee Anne Fennell, *Ostrom's Law: Property Rights in the Commons*, 5 INT'L J. COMMONS 9 (2011).

¹³⁴ 臺灣民法第802條：「以所有之意思，占有無主之動產者，除法令另有規定外，取得其所有權。」中國物權法中沒有無主物先占原則，其立法背景與經濟分析，參見本書附錄；Yun-chien Chang, *Property Law with Chinese Characteristics: An Economic and Comparative Analysis*, 1 BRIGHAM-KANNER PROPERTY RIGHTS CONF. J. 345, 352-53 (2012).

¹³⁵ See MERRILL & SMITH, *supra* note 5.

¹³⁶ 臺灣共有物分割之實證研究，參見張永健，*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*，頁221-265（2013年）。

¹³⁷ See Henry E. Smith, *Governing the Tele-Semicommons*, 22 YALE J. ON REG. 289, 291 (2005); Smith, *supra* note 33; Henry E. Smith, *Semicommon Property Rights and Scattering in the Open Fields*, 29 J. LEGAL STUD. 131 (2000).

¹³⁸ Smith, *supra* note 137, at 292.

用與定義。本章所定義之半共用比較狹義，只包括「時間軸上的半共用」。根據Henry Smith教授之研究¹³⁹，典型的例子¹⁴⁰是：在中古歐洲，農牧混合。土地在麥子播種、成長、收割的季節，是私有，個人種個人收穫，個人造業個人擔。休耕期間，則村子裡的農地轉為共用，村民的牛羊都可以自由在任何土地上晃蕩。也就是說，從某地之時間軸來觀察，有時是私有，有時共用，而且兩者交替輪迴。半共用很容易形成悲劇，例如放牧時間，牧者有誘因引導牲口去自己的田裡「灑黃金」，但在牛羊要散步時帶去踐踏別人的土地。但中古歐洲村民想出聰明的辦法，以避免半共用悲劇（tragedy of the semicommons）：牧者由村民共同出資聘請，而非村民各自照料自己的牲畜；這使得牧者比較沒有私心。再者，私有農地並非一人一塊，而是一人多條細長型的土地、散布在村落四周。私有土地的分散使得以鄰為壑的成本上升、肥水不落外人田的難度也增加。半共用看起來如此複雜，為何會產生而且風行數百年？原因是在歐洲要地盡其利，土地利用者必須從事農業以外的活動（在此為放牧），但農耕與放牧所需的「規模」（scale）不同，時間軸上的半共用反而成為相對最可行的解決之道。

Fennell教授進一步拓展了半共用的應用範圍到（本章所稱之）「生產單位的半共用」。在其理論下，「共用悲劇」的產生原因正是生產單位的半共用：草地共用，但羊是私有。換言之，部分生產資源共用，才使得牧人竭取共用資源以增益私有資源。

¹³⁹ See *id.*

¹⁴⁰ 臺灣電信法上的例子是電信事業的網路互連與管線基礎設施共用：網路與基礎設施，有時是搭建設施之公司自行使用，有時則必須開放給其他同業使用。參見劉孔中，通訊傳播法：數位匯流、管制革新與法治國家，頁133-139（2010年）。See also Smith, *supra* note 137, at 300.

此外臺灣物權法上比較接近半共用的例子是公寓大廈中的「約定專有部分」——所有權為全部住戶共有並共同使用，但透過規約約定使得某段時間中由特定住戶私用。

然而，生產單位的半共用幾乎不可能被消除，因為兩種解決方式之制度費用都太高：將所有資源都財產化，或將所有資源共用化。在共用草地與羊的經典例子中，無論共用化羊或財產化草地都無法完全解決（半）共用悲劇，因為私有資源與共用資源的互動仍會存在¹⁴¹。例如，若財產化草地，牲口的尿仍會污染水源（水是共用資源），牲畜的屁會產生溫室氣體，造成全球暖化（大氣是共用資源）。而若羊變為共用資源，放羊者可能天天殺羊來進補，而向其他村民謊稱「狼來了，吃掉羊」¹⁴²。

本章認為Fennell教授之分析閃爍著智慧的光芒，直指問題核心；然而，過度一般化共決與半共用之適用範圍，使得共用、半共用、共決的關係變得很複雜，難以一言之蔽之。以本章之狹義取徑定義共用、半共用、共決，並以其他名稱標誌處理其他一般性問題，或許更適合剛接觸法律經濟分析之讀者。

伍、財產原則與補償原則

前文論及之產權分配規則、保護模式，在此完整論述。所謂的「產權分配規則」（entitlement allocation）¹⁴³指的是各種法律

¹⁴¹ Fennell, *supra* note 117, at 38-39.

¹⁴² 另一種可能是，放羊者因為「有功無賞、打破要賠」，對放羊一事意興闌珊，反而使得另一樣共用資源——草地，使用「過少」。See Robert C. Ellickson, *Stone-Age Property in Domestic Animals: An Essay for Jim Krier*, 2 BRIGHAM-KANNER PROPERTY RIGHTS CONF. J. 1, 14 fn. 60 (2013). 中國大躍進時期，農民不顧政府推動人民公社（就是一種資源共用制）之政策，改採私有產權，也是資源共用導致無效率的證據。See RONALD H. COASE & NING WANG, *HOW CHINA BECAME CAPITALIST* 49-50 (2012).

¹⁴³ Entitlement一字並非法律術語，非常難翻譯。它的意思有點模糊，並沒有僅指正式的法律權利，也包括一些利益。先前的文獻有翻譯成「優勢」（葉俊榮，*環境政策與法律*，再版，頁49，2010年），也有翻譯成

上利益的初始分配規則。無主物先占原則（first possession principle）¹⁴⁴、添附原則（accession principle）¹⁴⁵都是初始分配規則；此種分析架構的創始者Guido Calabresi & Douglas Melamed則用工廠有污染權還是住戶有環境權為例，說明法院可以決定將產權分配給工廠或住戶¹⁴⁶。

「權能」（王文宇，民商法理論與經濟分析，頁38，2000年）。本章選擇將entitlement翻譯成「產權」，因為產權也不是法律名詞（不像「財產權」、「物權」、「權利」等），且產權一詞也有其模糊性，和entitlement一樣可以指涉不同的情境與利益。不過，採用「產權」的缺點是，有些學者用產權當成財產權的簡稱。

¹⁴⁴ 經典文獻：Dean Lueck, *The Rule of First Possession and the Design of the Law*, 38 J. L. & ECON. 393 (1995); Richard A. Epstein, *Possession as the Root of Title*, 13 GA. L. REV. 1221 (1979); Carol M. Rose, *Possession as the Origin of Property*, 52 U. CHI. L. REV. 73 (1985).

¹⁴⁵ 經典文獻：Merrill, *supra* note 80. 臺灣法上的應用，參見本書第8、10章。

¹⁴⁶ See Calabresi & Melamed, *supra* note 6. 後續經典論戰請比較IAN AYRES, *OPTIONAL LAW: THE STRUCTURE OF LEGAL ENTITLEMENTS* (2005)與Richard A. Epstein, *A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules*, 106 YALE L.J. 2091 (1997); Richard A. Epstein, *Protecting Property Rights with Legal Remedies: A Common Sense Reply to Professor Ayres*, 32 VAL. U. L. REV. 883 (1998); Smith, *supra* note. 其他知名文獻甚多，see, e.g., Saul Levmore, *Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules, and Startling Rules*, 106 YALE L.J. 2149 (1997) (Levmore將Calabresi & Melamed的四種規則延伸、混合，創造、整理出更多細緻的規則，使其與民事法領域之實定規範更為貼近。例如：正統的規則1是「洗衣店可要求工廠停止污染」；Levmore提出「規則1E」：洗衣店可要求工廠停止污染，並要求工廠交出其因侵害行為所得之利益。「規則2E」：工廠可繼續污染，但支付洗衣店其不當得利。「規則2N」：工廠有過失時才須賠償洗衣店。「規則2S」：工廠對洗衣店負嚴格責任。規則2N、規則2S也可以用到契約法問題，分別代表「可歸責方要負責」、「不可抗力或事變責任」。也可以結合、折衷規則1與規則2（稱為「部分財產原則（partial property rule）」），例如：工廠之煙囪必須加濾靜器方可營運；營運時若造成洗衣店之損害，仍要賠償）。關於此分析架構如何套用來理解中國法律，參見凌斌，*法治的代價：法律經濟學原理批判*，頁145-184（2012年）。凌斌教授並提出自創之無

所謂的「保護模式」(protection mechanism)則是區分擁有者運用與保護其產權的不同方式。Calabresi & Melamed提出三種類型：財產原則(property rules)、補償原則(liability rules)、禁制原則(inalienability rules)。財產原則特徵為對產權之絕對保護——未經產權擁有者同意，不得移轉產權。為貫徹財產原則，國家可能對侵害產權者課予極高之懲罰，以致於少人敢侵犯產權（例如刑法中的竊盜罪與侵占罪）；或國家可以用直接強制的方式制止侵犯產權者¹⁴⁷（例如員警逮捕財產犯罪的現行犯，所有權人依臺灣民法第767條請求返還所有物、並強制執行）。補償原則特徵為侵害者無須經產權擁有者同意，即可侵犯或移轉產權，但必須補償產權擁有者所受之損失¹⁴⁸（例如臺灣民法第196條對物之侵權行為、民法第796條¹⁴⁹、第796條之1¹⁵⁰、第796條之2¹⁵¹關於償金之規定）¹⁵²。補償金額夠高的補償原則，相當於財產原則¹⁵³。

為規則與管制規則，以補此分析架構之不足。

¹⁴⁷ See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 HARV. L. REV. 713, 723 (1996).

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ 臺灣民法第796條：「(第一項)土地所有人建築房屋非因故意或重大過失逾越地界者，鄰地所有人如知其越界而不即提出異議，不得請求移去或變更其房屋。但土地所有人對於鄰地因此所受之損害，應支付償金。(第二項)前項情形，鄰地所有人得請求土地所有人，以相當之價額購買越界部分之土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。」

¹⁵⁰ 臺灣民法第796條之1：「(第一項)土地所有人建築房屋逾越地界，鄰地所有人請求移去或變更時，法院得斟酌公共利益及當事人利益，免為全部或一部之移去或變更。但土地所有人故意逾越地界者，不適用之。(第二項)前條第一項但書及第二項規定，於前項情形準用之。」

¹⁵¹ 臺灣民法第796條之2：「前二條規定，於具有與房屋價值相當之其他建築物準用之。」

¹⁵² Lee Fennell提出之補償原則變體，稱為ESSMOs (entitlements subject to self-made options)。ESSMOs和補償原則的差異在於，後者之補償金額是由第三方(通常是法院)決定，而前者的補償金額則是由財產權人自行、事先決定。See generally Lee Anne Fennell, *Revealing Options*, 118

補償金額低到零的補償原則，相當於將產權劃歸侵害方¹⁵⁴。禁制原則的概念最複雜，狹義概念在探討是否禁止自願交易¹⁵⁵；廣義的概念，會牽涉到全部資源擁有、使用、移轉方式之劃定——全面禁止或部分限制。一般文獻論及保護模式時，多半略去禁制原則，本章從之¹⁵⁶。

詳言之，Calabresi & Melamed依產權分配規則與保護模式之不同，整理出四種規則。以「工廠—洗衣店」的情境為例（參見表1），規則1是洗衣店（傳統認知中的權利擁有者與受害者¹⁵⁷）有產權並受財產原則保護，因此洗衣店可以訴請工廠停止排放黑煙。規則2是洗衣店有產權但只受補償原則保護，因此工廠可以繼續營運，但必須賠償洗衣店之損失。規則3是工廠（傳統認知中的加害者）有產權並受財產原則保護，故除非洗衣店能說服工廠經營者，否則工廠可以自由排放黑煙。規則4是工廠有產權但只受補償原則保護，故洗衣店若補償工廠損失，即可強制其停止排放黑煙。

表1 Calabresi & Melamed規則1至規則4

產權分配規則 / 保護模式	財產原則	補償原則
洗衣店	規則1	規則2

HARV. L. REV. 1399 (2005).

¹⁵³ See Ian Ayres & J. M. Balkin, *Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond*, 106 YALE L.J. 703, 705 (1996).

¹⁵⁴ *Id.* at 724.

¹⁵⁵ See Calabresi & Melamed, *supra* note 6, at 1092.

¹⁵⁶ Calabresi & Melamed之後擴展禁制原則的文獻，*see generally* Lee Anne Fennell, *Adjusting Alienability*, 122 HARV. L. REV. 1403 (2009); Susan Rose-Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 COLUM. L. REV. 931 (1985).

¹⁵⁷ 傳統認知中的受害者、原物所有人或更抽象的起始產權擁有者，會歸在規則1、規則2這一欄，而非規則3、規則4。

工廠	規則3	規則4
----	-----	-----

資料來源：作者取材自 Calabresi & Melamed (1972)。

美國法律經濟分析學界之通說認為，物權法慣用財產原則，而以補償原則為例外¹⁵⁸。臺灣物權法亦然：民法第767條第1項前段的所有物返還請求權，及同項中段與後段的妨礙與妨礙之虞的排除請求權，就是財產原則（規則1）的展現。讀者若至司法院的判決檢索系統¹⁵⁹，搜尋「民法第767條」或「拆屋還地」，就可以從大量湧出的判決（及其內容），體會到臺灣的物權法以財產原則為基本原則¹⁶⁰：權利受到侵害之物權人可以不論侵害者之動機、目的、甚至損害多寡，要求其停止侵害。

補償原則又可以分為買權原則（規則2、4）與賣權原則（規則5、6），參見表2。在金融市場中，有買權（call option）者可以選擇兌現其選擇權，將產權從他人之手移轉給自己；也可以選擇按兵不動。而有賣權（put option）者，若行使其選擇權，可以要求他人購買自己的產權。買權型的補償原則，有如A可以逕行支付市價購買B地，B同意與否在所不論。賣權型的補償原則，是 Calabresi & Melamed 之後的文獻發展出來，有如C可以將C地移轉給D，並向D索取C地市價，不管D有無意願¹⁶¹。買權型的補償原

¹⁵⁸ 關於物權法慣用財產原則，see, e.g., Robert C. Ellickson, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights*, 64 WASH. U. L.Q. 723 (1986); Epstein, *supra* note 146; Rose, *supra* note 29; Smith, *supra* note 146; Richard R.W. Brooks, *The Relative Burden of Determining Property Rules and Liability Rules: Broken Elevators in the Cathedral*, 97 NW. U. L. REV. 267, 311 (2002).

¹⁵⁹ <http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>.

¹⁶⁰ 關於物權法中的補償原則的探討，參見本書第6、7章。

¹⁶¹ 以前述工廠與洗衣店之例，規則5是工廠可以選擇停止污染，並向洗衣店索取償金，金額相當於「工廠停工使洗衣店免於污染而避免之損害」。建立規則5之原因是，工廠可能擁有最多資訊，由其決定繼續生產、污染或停工、受償，可能較有效率。規則6則是洗衣店擁有禁制令，可以勒令工廠停工；但洗衣店也可以放棄禁制之權利，但要求工廠

則（規則2）在物權法中不乏其例，但賣權型的補償原則（規則5、6）在已開發國家的物權法中則難以找到適切實例。

而在物權法中，法院將產權由原物權人，轉給原非物權人——也就是採用規則3、4——相當罕見；除了時效取得制度或許近似規則3外，其他物權法原則其實都是規則1與規則2之體現。因此，本書主張，Calabresi & Melamed及後進學者所提出的規則3到規則6，並不具備類似的重要性或實用性。

表2 財產原則、買權原則、賣權原則之架構

產權分配規則 / 保護模式	財產原則	補償原則	
		買權原則	賣權原則
原物權權利人	規則1	規則2	規則6
原非物權權利人	規則3	規則4	規則5

資料來源：本書製表。

介於典型的財產原則與典型的補償原則間，有彈性原則與混合原則。彈性原則（*pliability rule*）之名頗具巧思，是*property rule*的p，加上*liability rule*的liability而成。*Pliability*本又有「有彈性、可彎曲」之意。由Abraham Bell & Gideon Parchomovsky教授首倡的彈性原則，其實並未提出新的保護模式，但是把以往被歸在典型財產或補償原則中，但實則較不純粹的規則，統整在彈性原則的麾下。彈性原則是定義是「產權擁有者本來受到財產原則或補償原則保障，但在特定條件下，或轉換由另一種規則來保障產權」。彈性原則是動態的，典型的財產原則、買權原則、賣權原則是靜態的¹⁶²。彈性原則的例子甚多，臺灣民法第793條氣響侵

補償其損失。See Ian Ayres, *Protecting Property with Puts*, 32 VAL. U. L. REV. 793, 796 (1998).

¹⁶² See Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Pliability Rules*, 101 MICH. L. REV. 1, 5 (2002).

人之規定及著作權法合理使用之規定，Bell & Parchomovsky就認為其兼具「零階彈性原則」(zero order pliability rule)及「同時彈性原則」(simultaneous pliability rule)之性質¹⁶³。因為土地使用權與著作權一般而言受財產原則保障，但例外在侵入輕微與合理使用時，非產權擁有者不但可以使用，還不用補償(零階彈性原則)。與此同時，嚴重侵入與完全拷貝者仍須受到財產原則之拘束，此為同時彈性原則。

混合原則是筆者個人獨創獲的小發明¹⁶⁴。彈性原則的定義與類型並沒有包括混合原則。混合原則可以看成是受限制的補償原則；亦即補償原則的適用有一定限度，限度之外回歸財產原則。臺灣民法第787條袋地通行權的規定，就是典型的混合原則(參見本書第6章)。袋地所有權人雖然可以有償通行鄰地，但只能在必要範圍內，通行對鄰地損害最少之處。袋地所有權人不能選擇多侵害多補償，或者作不必要的通行。換言之，在通行必要與鄰地損害最少的範圍內，補償原則適用；範圍之外，財產原則適用。

Ian Ayres教授一系列的論文與2005年出版的專書¹⁶⁵，使其「選擇權法理論」(optional law)頗有一統江湖之氣概。然而，筆者不認為選擇權法理論可以套用到物權法研究。筆者英文論文

¹⁶³ See *id.* at 30-31, 49-52.

¹⁶⁴ Yun-chien Chang, *Access to Landlocked Land: A Case for a Hybrid of Property and Liability Rules*, WORKING PAPER (2013).

¹⁶⁵ See, e.g., AYRES, *supra* note 146; Ian Ayres & Paul M. Goldbart, *Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules*, 100 MICH. L. REV. 1 (2001); Ian Ayres & Paul M. Goldbart, *Correlated Values in the Theory of Property and Liability Rules*, 32 J. LEGAL STUD. 121 (2003); Ian Ayres & Eric Talley, *Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade*, 104 YALE L.J. 1027 (1995); Ian Ayres & Eric Talley, *Distinguishing between Consensual and Nonconsensual Advantages of Liability Rules*, 105 YALE L.J. 235 (1995).

中，已有完整論述¹⁶⁶。在此僅簡述其研究發現：第一，當交易成本低時，財產原則比補償原則更有效率，因為前者較能利用當事人私人資訊。第二，物權法只需要一種財產原則（規則1）與一種補償原則（規則2），文獻上認為與規則1、2對稱之規則3、4，實則並不對稱，概念上也沒有實益，再者規則2也比規則3、4更有效率。第三，買權原則比賣權原則有效率，因為前者可以利用兩造的私人資訊，而後者只能利用原所有權人之私人資訊。賣權原則在物權制度穩定的已開發國家物權法，沒有容身之處。第四，補償原則要比財產原則有效率，須具備以下條件：一、高交易成本；二、產權移轉可增加配置效率；三、物的事前投資並不重要；四、法院少犯錯。此外，有時補償原則乃唯一選項，如無所有權之人對物為「事實上處分」，如毀損汽車或吃掉蛋糕。第五，金融市場交易的選擇權（*financial options*），選擇權法理論家所提出之「法律作為選擇權」（*legal option*），法律規定中可觀察到的補償原則，三者有許多根本不同，不宜比附援引。

陸、經濟效率與公平正義

如前所論，以經濟分析研究物權法問題，可以指出什麼樣的物權規範方式，可以增加經濟效率。在研究方法上，這是「實然」（*positive*）面的、社會科學式的描述。此種描述之結論，可能是現行法符合效率，也可能是無效率。若為後者，下一步的問題就是「規範」（*normative*）層次的探究。要主張經濟效率之分析結論，可以作為規範論據（或作為證立修法必要之理由），必

¹⁶⁶ See Yun-chien Chang, *Optional Law in Property: Theoretical Critiques*, 9 NYU JOURNAL OF LAW & LIBERTY 459 (2015).

須奠基在「經濟效率是物權法所認可、必須參酌之價值」此種主張上。這牽涉到法學方法的根本論戰，並非本章所能完善處理¹⁶⁷。

不過，奠基在Judge Richard Posner等法律經濟學者提出之肯定論據之上¹⁶⁸，本章認為，雖然物權問題當然涉及資源分配與再分配的爭議，但在解釋適用臺灣民法物權編條文時，確實可以關注經濟效率，而暫且不論公平正義等分配面的考量¹⁶⁹，原因是：

¹⁶⁷ 本問題文獻眾多，經典論戰請參見1980年Journal of Legal Studies中Posner、Dworkin、Kronman的激烈交鋒。See Ronald M. Dworkin, *Is Wealth a Value?*, 9 J. LEGAL STUD. 191 (1980); Anthony T. Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, 9 J. LEGAL STUD. 227 (1980); Richard A. Posner, *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*, 9 J. LEGAL STUD. 243 (1980).

要再次強調，對本問題之分析與處理，本章寥寥數百字的篇幅，著實不夠。這裡初步描繪者是我目前的基本立場與論述出發點。日後待筆者更深入研究本問題後，或許會有不同的看法，屆時再為文分享心得、就教於學界先進。

¹⁶⁸ See generally RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMICS OF JUSTICE* 1-118 (1983) (正義的諸多面向中，效率本身就是相當重要的面向之一；對法官而言，效率更是最可操作的面向)；RICHARD A. POSNER, *THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE* 353-82 (1990)。晚期的Judge Posner強調，效率不是唯一的價值，但確實是一種法學應該重視的價值。See, e.g., POSNER, *supra* note 78, at 319.

¹⁶⁹ Kaplow & Shavell更「激進」的論點是：若公平正義取徑的分析結論與福利經濟學相同，則公平正義的考量就是多餘；當公平正義的分析取徑與福利經濟學結論不同，則會造成所有人長遠來看福祉降低，因為在應然面上不可取。KAPLOW & SHAVELL, *supra* note 13, at 4-5, 8.

Fennell則認為，就效率分析而言，分配問題只有在影響行為者的事前誘因或影響自願交易過程時，才需要納入考量。Fennell, *supra* note 156, at 1423.

此外，Kaplow & Shavell指出，經濟分析方法的批評者，往往指責經濟分析方法，忽略了難以量化的因素。然而，其他替代之分析方法，則往往連可以量化的因素都完全沒有考慮。KAPLOW & SHAVELL, *supra* note 13, at 454。Kaplow & Shavell論點之批評者當然也不少，扼要的回顧，see Fennell & McAdams, *supra* note 97, at xiv-xvii.

類似見解，參見蘇永欽，尋找新民法，修訂版，頁90-91（2012年）

第一，使用所得稅製作所得重分配，會比運用民法作所得重分配，更能精確地「劫富濟貧」，增加總社會福祉¹⁷⁰。第二，除了採用累進稅率的所得稅法制之外，在最可能涉及分配不正義的不動產問題，臺灣已經有許多特別法（平均地權條例、土地稅法等）運用土地增值稅等方式，照顧弱勢、降低貧富不均。在此前提之下，讓民法物權編之條文肩負提升整體社會福利之功能，並在提升效率會導致分配不正義時，讓特別法介入處理，或許是求取效率與公平兩者平衡較佳之方式。第三，在許多物權法的爭議問題中，爭議兩造都是「有產階級」，亦即土地或房屋的所有權人或定限物權人。確實，可能一造是大地主，一造是小地主。但兩者之差距，不會總是像某些特定法律問題中是「富商巨賈vs.貧無立錐」。是故，這又降低了在物權法把大部分目光與心力都投注在公平正義問題上之必要性¹⁷¹。

（主張民法典應採用「中立規則」，將涉及所得重分配與保護弱勢的政策，留給特別法處理）。

¹⁷⁰ 關於此方面之經典論述，see Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor?. Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*, 29 J. LEGAL STUD. 821 (2000); KAPLOW & SHAVELL, *supra* note 13, at 460. 他們的論點，簡言之：所得稅制可以直接針對財富多寡調控其目的與手段，但民法普遍適用，原告不一定是窮人，被告不一定是富人，無權占有人可以是富人，地主可能是把全部家當投入在一畝方田的貧農。所以，民法的規則特別偏袒某一方，並不總是會有利於窮人。聚焦在效率可以使立法者專心致志於考察立法規則的整體影響，並在有效率的規則對特定弱勢團體不利時，另外用所得稅制調整之。

反對見解，see Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006); Lee Anne Fennell & Richard H. McAdams, *The Distributive Deficit in Law and Economics*, working paper (提出political action cost的重要觀念，並全面深入批判前引Kaplow & Shavell之論點)。

¹⁷¹ 有不少論者指出，心理學實驗結果發現，人確實有公平的偏好，感受到

在此，本章之思考路徑有別於既有文獻爭辯時所採之「普世」取向。意即，既有文獻是一般性地論證「一般而言，法律解釋是否可以（只）考量效率」；本章則關注物權法。故本章上述論述，不當然適用到其他類型的法律問題¹⁷²。

當然，即使是法律經濟學界，都對於法律經濟分析是否該、可以如何納入分配面考量，有許多不同看法。本章在此之論述，並不代表法律經濟學的既定立場，甚至也不一定會是筆者終生不移的信念。本章所要完成之任務，也是筆者認為應該可以證立的立場是：以經濟分析方法，研究臺灣物權法之問題，應屬合理¹⁷³。即使是公平正義的分配面論述，都應該會關心其所主張之制度，對人民福祉之影響。若正義的分配同時伴隨效率的提升，則兩邊同心、其利斷金。但若分配正義與效率發生衝突，分配論者也應該要知道正義的代價為何。畢竟，在許多情境中的分配正義，不

不公平，會大大影響人在各種領域中的行為，而這不能用一次性、年度的金錢移轉來轉變其心態與行為。See Fennell & McAdams, *supra* note 97, at xvi-xv. 此見解確非無見，但筆者憂心的是，公平的偏好（preference）、感受（perception），似乎有很大的人際差異。筆者曾在農曆年後的中研院郵局，目睹民眾為了公平與否而大聲爭執。一方認為，「快速櫃臺」可以讓辦簡易業務的民眾可以快速來去，比較公平；另一方認為，不管來者要辦什麼業務，按照順序排隊比較公平。筆者相信這兩種作法都能在某些人（身處某些情境中）產生共鳴。但兩方的公平偏好如此不同，不管採用有效率或沒有效率的作法，恐怕都有人覺得不公平。是故，這個問題的爭議，恐怕才開始，還沒有到可以下定論的時候。

¹⁷² 經濟分析之結論，不當然與傳統分析有所扞格。Judge Posner即曾精彩地分析，經濟分析與John Rawls對Rule of law的闡釋相合，參見本書第1章。

¹⁷³ 本章之論理，應用在臺灣的情境，並無問題。是否能用在中國物權法的研究，需要另文探究。理論上，中國採用社會主義，應該更沒有貧富不均的問題。但改革開放之後，財產權制度的轉型使得社會主義仍停留在目標與理想。是否在中國物權法的探討中，需要加入更多分配面的思維，筆者仍在思索當中。應用經濟分析理論探究中國物權法問題的初步嘗試，參見本書附錄。

是只有一種解決方案。當多種分配都一樣公平，選擇其中較有效率者，有何不好？當分配方案是有重分配的程度之別、正義程度有別時，政策決定者探求不同方案的福祉高低，俾作更細緻的權衡考量，亦為生民之福。

換言之，經濟分析學者需要分配正義的專家對同一物權問題提出卓見；分配正義論者，也需要經濟分析學者剖析幾種可能分配方案的福祉效應¹⁷⁴。兩種陣營的論者多半只能畫出各自的大教堂一景。較持平的態度，或許是不把自己畫出的2D畫像，當成大教堂的全貌。民法研究需要細緻的分配正義論述，也需要細緻的經濟分析。

¹⁷⁴ 在歐洲私法整合的過程中，目前已經提出的共同綱領Draft Common Frame of Reference (DCFR)，也將經濟效率和自由、安全、正義並列為四個整合原則。See Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, at 60.