

再访物权法定与自由之争议

张永健*

目次

- 一、导论
- 二、物权类型的最适量
 - (一) 理论架构
 - (二) 边际社会利益递减
 - (三) 边际社会成本之变化
- 三、创设最适数量物权类型的制度安排
 - (一) 物权自由
 - (二) 物权法定
- 四、结论

关键词 物权法定 物权自由 物权类型最适量 边际社会成本

* 台北中央研究院法律学研究所副研究员、法学博士。

本文初稿于2013年11月17日发表于北京航空航天大学法学院“社会变迁与民商法发展——第三届两岸民商法前沿论坛”，感谢点评人刘凯湘教授、戴孟勇教授之宝贵意见，以及与会来宾李昊教授、陈胜处长、茅少伟博士生等之回馈意见，并感谢主办单位政治大学法学院与北京航空航天大学法学院，尤其龙卫球院长与王文杰副院长之邀请。本文部分内容取自笔者先前发表的另一篇文章，张永健：《〈物权“自治”主义的美丽新世界？——民法第757条之立法论与解释论〉》，载《交大科法评论》2010年第7卷第1期，第119~168页（台湾交通大学的法学期刊）。该文发表后，海峡两岸几位学术先进给予该文不少批评，笔者因而也修正了自己的见解。本文回应了所有批评意见，并加入了中国学者的不少论述。本文代表笔者对物权法定与自由问题的最新看法。

一、导论

物权法定主义^{〔1〕}(又称“物权法定原则”)风光了两千年,^{〔2〕}但其存废近来陷入争议。^{〔3〕}自第三个千禧年始,海峡两岸的物权法学者,尤其是使用法律经济分析的物权法学者,纷纷为文检讨物权法定主义。^{〔4〕}刹时间,废除物权法定主义之呼声响彻云霄。^{〔5〕}即便中国台湾地区“民法”第757条已于2009年修正,纳入习惯(法)作为创设物权类型之方式,^{〔6〕}仍有学者觉得改革不够彻底。^{〔7〕}中国大陆物权法于2007年出台,第5条采取严格的物权法定主义,但许多领导学者认为解释上可以更宽松。^{〔8〕}

美国物权法律经济分析学者托马斯·梅里尔与亨利·史密斯(Thomas Merrill & Henry Smith),于2000年发表论述物权法定主义之长文。^{〔9〕}梅里尔与史密斯主张,权衡“估量成本”(measurement costs)和“挫折成本”(frustration costs)可知,物权类型不是越多越好,也不是越少越好,而是有最

〔1〕 本文所称之“物权法定主义”,其内容为通说所称之“类型强制”(Typenzwang)与“类型固定”(Typenfixierung)。物权法定主义之“法”,在探讨海峡两岸民法时,所指者为“立法机关所制订之法”。关于物权法定原则与其拉丁原文 *numerusclausus* 的语意落差,请参考于学平:《司法保护法律权利的基本负载定价:海耶克知识利用视角下的物权法定主义》,载《财产法体系的重构——从物权法定原则谈起学术研讨会论文集》(2010年3月26日),政治大学、南京大学主办,第57页。

〔2〕 罗马法中,就有物权法定主义。参见苏永钦:《物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展与经济观点分析》,载《经济论文丛刊》1991年第2期,第221页。

〔3〕 在1993年台湾民法物权研修小组讨论旧台湾“民法”第757条〔3〕时,只有五位委员主张维持原法条,与五位主张放松物权法定主义者,分庭抗礼。参见法务部民法研究修正委员会主编:《法务部民法研究修正委员会物权编研究修正小组会议资料汇编》(1998年),第47~48页(主席杨建华之统计)。

不过,在1991年,苏永钦教授即已为文挑战物权法定主义。从会议记录来看,其似乎影响了修法委员。参见前注〔2〕,苏永钦文,第221页;法务部民法研究修正委员会主编:《法务部民法研究修正委员会物权编研究修正小组会议资料汇编》(1998年),第28页(谢在全委员发言)。

〔4〕 批判物权法定原则的中国大陆文献,例如常鹏翱:《体系化视角中的物权法定》,载《法学研究》2006年第5期,第3~16页;杨代雄:《物权法定原则批判——兼评〈中华人民共和国物权法〉第五条》,载《法制与社会发展》2007年第6期,第20~31页。

〔5〕 参见蔡明诚:《民法物权编的发展与展望》,载《民法七十年之回顾与展望纪念论文集(三)》(2000年),第87页;蔡明诚:《习惯与物权法定原则》,载《私法学之传统与现代(下)》(2004年),第344页;简资修:《物权法:共享与排他之调和》,载《月旦法学杂志》2003年第97期,第224页;王文宇:《物权法定原则与物权债权区分——兼论公示登记制度》,载《月旦法学杂志》2003年第93期,第157页;张鹏:《物权法定经济上合理性之批判》,载《月旦法学杂志》2004年第108期,第155页。

〔6〕 2009年新台湾“民法”第757条:“物权除依法律或习惯外,不得创设。”

〔7〕 参见谢哲胜:《民法物权编(通则章)修正综合评析》,载《月旦法学杂志》2009年第167期,第126页。对新修条文采肯定见解者,参见谢在全:《民法物权修正经纬》,载《台湾本土法学杂志》2007年第100期,第20页。

〔8〕 中国物权法草案第五、六稿采取非常宽松的物权法定主义规定。物权法正式出台后,许多学者认为可以承认行政法规、司法解释、习惯创设之物权。参见申卫星:《物权法原理》,中国人民大学出版社2008年版,第83~87页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年第5版;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2011年第2版,第22~23页。

〔9〕 See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, “Optimal Standardization in the Law of Property: The NumerusClausus Principle”, 110 Yale Law Journal (2000), 1.

中文文献已有介绍梅里尔与史密斯之见解。参见前注〔5〕,王文宇文,第141~152页;苏永钦:《物权法定主义松动下的民事财产权体系》,载《寻找新民法》,台湾元照出版公司2008年版,第119~123页。

适(optimal)量。本文称此理论为“物权类型最适量”理论。梅里尔与史密斯并以此理论作为物权法定主义有效率之佐证。有趣的是,中文世界的学者,也都引用梅里尔与史密斯这篇论文,但从各种不同角度,批判其论点,最后得出物权法定主义不妥当之结论。相较于美国学界对梅里尔与史密斯理论之拥护,中文世界里的四射炮火,让人好奇原因何在:是普通法与大陆法之根本差异?美国法制与中国海峡两岸法制的细节不同?法律经济分析推论步骤中的某些假设有异?还是另有原因?

梅里尔与史密斯的物权类型最适量理论,基本正确;但需要用汉斯曼与卡拉克曼(Hansmann & Kraakman)^[10]对相关成本的细致阐述和对公示之强调,辅以本文见解,加以修正。问题关键不在于物权类型最适量理论本身,而在于各国采用物权法定主义的实然面差异:美国已经有足够(甚至太多)的物权类型,只要谨守物权法定,就有最适量的物权类型。^[11]且因普通法的弹性结构,物权类型可以彼此堆栈并不断衍生,想用物权安排的交易,基本上都可以达到目的。而中国海峡两岸的物权类型少于最适量,大陆法系物权又比较僵硬,^[12]所以物权法定主义显得处处掣肘,无法响应市场对新物权类型之需求。^[13]

是故,真正的问题是:哪一种制度安排有助于创造最适量的物权类型?如果物权法定主义行不通,替代方案为何?许多学者倡议改采“物权自由主义”——这正是梅里尔与史密斯隐然批判的主张。但若创设新物权的成本有部分“外部化”(externalized),物权自由主义就会使物权类型超过最适量。2009年甫修正通过的新台湾地区“民法”第757条,采用另一种制度安排,也就是在物权类型法定之外,加入习惯法作为创设物权类型的方式(本文称之为“物权法定+习惯主义”)。然而,用习惯创设新物权类型,仍受到许多限制,实际上能产生多少功效,还有待观察。不过,在大陆法系,只要用正确的解释方法(物权类型最适量理论),改采物权法定+习惯主义,至少比坚守物权法定主义,更有可能使物权类型接近最适量。毕竟,物权法定+习惯主义,并不排斥立法者立法明文化既有之习惯,更不排斥立法者预为之计,新增尚无习惯、但市场急需之物权类型。^[14]此外,物权法定+习惯主义,也不像比较激进的物权自由主义那般,必然会创造超过最适量的物权类型。是故,新台湾地区“民法”第757条之修法,应给予正面肯定。物权法定+习惯主义,可能是当下最堪称理想的制度安排。

[10] See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, “Property, Contract, and Verification: The NumerusClausus Problem and the Divisibility of Rights”, 31 The Journal of Legal Studies (2002), 373.

然而,汉斯曼与卡拉克曼之理论,在实然面上并无法解释各国物权法为何在不动产较为严格地贯彻物权法定主义。对此之有力批评,参见张巍:《物权法定的效率问题再思考》,载《中研院法学期刊》2013年第13期,第253页。

[11] 太多物权类型比较不是问题,只要市场交易者不使用冷僻类型即可。例如台湾地区“民法”中的永佃权(已废除)和典权,几乎无人使用(统计数据参见王泽鉴:《民法物权》,台北自版2009年,第30、386页),其存在于民法典中,除了稍嫌尸位素餐,与“国考”时突袭考生之外,并无负面效果。

[12] 但苏永钦教授指出,在台湾地区“民法”修改后,透过地上权地租之登记,不动产役权、地上权、农用权用途约定之登记,共有物分管契约之登记,已经可以创造许多新种类之物权。参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第475~478页。

[13] 像最高限额抵押权,实务上用途甚广,但迟到2007年才正式纳入台湾地区“民法典”。人役权在外国法制上甚为普遍,理论上亦能在台湾发挥功用(参见谢在全:《民法物权论(中)》,台湾新学林出版社2009年第4版,第171~173页;苏永钦:《重建役权制度——以地役权的重建为中心》,载《月旦法学杂志》2000年第65期,第81~91页),但至今受限于物权法定,无法正式登场。中国大陆更是在实行社会主义市场经济、经济起飞多年后,才正式制订物权法。

[14] 类似见解,见刘凯湘:《物权法原则的重新审视》,载《中外法学》2005年第4期,第396页(认为物权法定原则是基本原则,但应该在立法上预留例外空间)。

本文之架构如下:第二节是物权最适量理论之回顾与再建构。此理论是台湾地区“民法”第757条、中国大陆物权法第5条之立法论。第三节比较物权自由主义、物权法定主义之良窳。^[15]第四节作结。

二、物权类型的最适量

要探究物权类型是否有最适量,必须比较创造新物权类型所产生的边际(marginal;用白话说是“额外的”)社会利益(social benefits)与边际社会成本(marginal social costs)。如果边际社会利益大于边际社会成本,则应创设此新物权类型。若边际社会利益小于边际社会成本,则应该让交易用债权(而非物权)来架构,或有时甚至禁止该种交易。如果边际社会利益递减,而边际社会成本递增,当评估是否创造新物权类型时,发现两者相等,则可知符合成本效益分析的物权类型已经被创设,再多承认任何新的物权类型,都不会增加社会福利。此时,回头清点已经创设的物权类型,即可知物权类型的最适量。

无论是美国或中国台湾地区的法律经济学界,对物权类型最适量之争论,都(应)由此架构展开。^[16] 确立物权类型是否有最适量后,再探讨物权法定主义、物权自由主义、物权法定+习惯主义或其他制度安排,最可能达成创设最适量物权类型之目标。当前物权法定主义之争论,其实应厘清为两大部分:第一部分是物权类型最适量理论是否正确,这是本节要探讨之主题。第二部分是实践物权类型最适量之最佳制度安排为何,此为第三节之探讨重点。

(一) 理论架构

美国法律经济学界,对物权类型最适量问题之探讨,以梅里尔与史密斯和汉斯曼与卡拉克曼^[17]两篇专文最具代表性。^[18] 汉斯曼与卡拉克曼对增加物权类型之社会利益与社会成本,阐述较为清楚。边际社会利益,汉斯曼与卡拉克曼认为由两部分组成:减少之使用者成本(user cost^[19])与资产(asset)所增加的产值。^[20] 使用者成本之减少,源自于:以复杂的契约安排交易,成本较高;以单纯、有对世性的物权安排交易,成本较低;所以创设新物权可以减少使用者成本。资产的价值上升,是因为新物权类型使得物之利用或交易模式增加。边际社会成本,是额外支出的非使用者成本(nonuser cost)与系统成本(system cost)。^[21] 非使用者成本是不欲利用新物权类型者被迫支

[15] 关于台湾地区新“民法”第757条之解释,以及由行政机关创设新物权类型之利弊,参见张永健:《物权“自治”主义的美丽新世界?:民法第757条之立法论与解释论》,载《交大科法评论》2010年第1期,第152~163页。

[16] 干学平教授对此有不同看法。氏之创见为梅里尔与史密斯之模型假设(社会)立法之情境,而汉斯曼与卡拉克曼之模型假设法院诉讼之情境,后者较符合英美之普通法背景。参见前注[1],干学平文,第58~67页。不过,本文立法论与解释论之探讨对象,主要为台湾地区“民法”第757条、中国大陆物权法第5条,即为立法之情境,故使用梅里尔与史密斯之模型为出发点,应无不妥。

不过,台湾地区“民法”第757条修正后,习惯亦成为新增物权类型之法源。习惯须透过法院之承认才能真正创设新物权,正是干教授所谓之法院诉讼情境。所以,另一种分析台湾地区“民法”第757条之方式,就是用梅里尔与史密斯之模型,求得最适之物权数目,并期望立法者能制订之。但若立法者未能制订足够之物权数目,或因时过境迁,有新的物权类型需求,则用汉斯曼与卡拉克曼之模型分析何种新物权应该被创造。

[17] Hansmann & Kraakman, supra note [10].

[18] 干学平教授从不同角度解析梅里尔与史密斯和汉斯曼与卡拉克曼之专文,发人深省。参见前注[1],干学平文。

[19] See Hansmann & Kraakman, supra note [10], at 396.

[20] See id., at 396-397.

[21] See id., at 396-397.

出的成本;系统成本则是例如土地登记制度的成本。

梅里尔与史密斯其实也考虑类似之成本,但使用不同名词。边际社会利益,梅里尔与史密斯认为是“挫折成本之减少”。这看起来像是汉斯曼与卡拉克曼的“使用者成本之减少”而已;但从梅里尔与史密斯之文脉判断,挫折成本之减少也可能兼含汉斯曼与卡拉克曼所指出的两种社会利益。关于边际社会成本,梅里尔与史密斯的估量成本,^[22]对应于汉斯曼与卡拉克曼的非使用者成本。^[23]然而,梅里尔与史密斯虽然几度使用行政成本(administrative cost)这个名词,^[24]甚至明确指出它是社会成本之一部分,^[25]但并未定义之。就笔者之理解,此成本与汉斯曼与卡拉克曼的系统成本,可作相同解释。然而,梅里尔与史密斯的基本模型^[26]只有处理同属社会成本的估量成本,并未处理行政成本。在其文章随后的衍生模型^[27]中,虽有处理有登记制度与无登记制度时估量成本之差异,但既未释明登记制度之成本是否就是行政成本,也未将此成本纳入模型考虑(易言之,梅里尔与史密斯在该模型中将登记制度之成本视为外生给定^[28])。^[29]梅里尔与史密斯此部分没有清楚交代,其受汉斯曼与卡拉克曼与两岸学者批评,有以致之。

但笔者认为,梅里尔与史密斯的核心论点,依然正确;也就是物权类型有最适量。梅里尔与史密斯主张,因为创设新物权类型的边际社会利益递减,而边际社会成本递增(参考图1),所以物权类型有最适量。笔者先前论述物权法定主义之论文中,也采取这两种条件。^[30]多位华人世界学者之后续响应,与笔者之论点多有不同。不过,学者之不同见解,主要集中在新物权类型之成本是否“外部化”(externalized)之议题(详见第三部分讨论)。然而,无论是内部化还是外部化,成本还是成本。只要边际社会成本递增或维持不变、为正,而边际社会利益递减,物权类型仍有最适量。外部化与否影响的是哪一种制度安排最能产生逼近最适量之物权类型。若新物权类型之成本与利益均内部化,则物权自由主义就可以在市场无形之手的运作下,自动创造不多不少的最适量物权类型。但若新物权类型之成本与(或)利益有一部分外部化,则物权自由主义几乎不可能创设数量恰恰好的物权类型。这并不表示物权自由主义一定不是最佳选择,因为其他制度安排可能产生更低的社会净利益。此外,有学者指出,创设新契约类型,也会有成本与利益外部化之问题,^[31]旨哉斯言!不过,这正提醒我们,契约类型可能也有最适量,而且契约自由原则并无法完美产生最适量的契约类型。且契约与物权,一对人、一对世,两者成本效益不同,从契约自由推导出物权应该自由,就像是物权法定径行推导出契约类型应该法定,说服力似乎不够充分。^[32]

[22] 梅里尔与史密斯常用的信息成本(information costs),与估量成本同义。See Merrill & Smith, *supra* note [9], at 26 n. 107.

[23] 汉斯曼与卡拉克曼就如此认为。See Hansmann & Kraakman, *supra* note [10], at 401.

[24] See Merrill & Smith, *supra* note [9], at 38, 51.

[25] See *id.*, at 38.

[26] See *id.*, at 39 (Figure 2).

[27] See *id.*, at 41 (Figure 3).

[28] 简资修:《物权外部性问题》,载《中研院法学期刊》2011年第8期,第239页。

[29] 此外,梅里尔与史密斯亦隐然假设,无论有多少物权类型,登记制度所降低的边际估量成本都相同。此部分受到苏永钦教授之批评。参见前注[9],苏永钦文,第123页。

[30] 参见前注[5],张永健文,第126~127页。

[31] 参见苏永钦:《从以房养老看物权的自由化——再谈民法作为自治与管制的工具》,载《中国法研究》2013年第1期,第34~35页。

[32] 类似批评,参见龙卫球:《物权法定原则之辨:一种兼顾财产正义的自由论视角》,载《比较法研究》2010年第6期,第30页;梁上上:《物权法定主义:在自由与强制之间》,载《法学研究》2003年第3期,第51页。

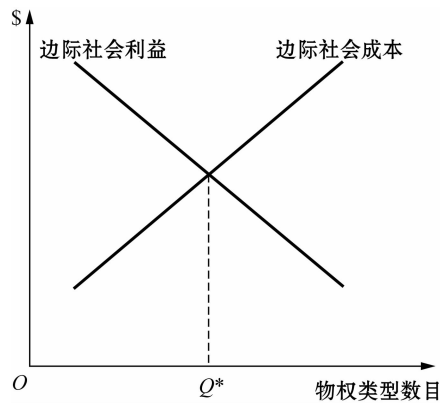


图1 物权种类的最适量

以下分别讨论边际社会利益与边际社会成本之变化,以说明物权类型有最适量。

(二) 边际社会利益递减

梅里尔与史密斯的最适量模型,核心洞见是新物权类型带来的边际社会利益,不会和既有物权类型相同,而是会缩减。^[33]为此,梅里尔与史密斯假设最简单好用的物权类型会先被创造,所以越晚诞生的类型,价值越低。^[34]此模型并非要精确描述在物权法定世界中物权类型创设之动态过程,但可用以大略描绘静态的(static)、物权自由的世界。^[35]

汉斯曼与卡拉克曼没有表明是否认为边际社会利益递减,但从其一再强调“重点是创设新物权所创造的价值是否超过必须支出的成本,物权类型并没有最适量”,^[36]可以反推^[37]其可能认为边际利益不一定会递减。然而,以汉斯曼与卡拉克曼的术语来探讨此问题,可知:物权种类越多,越不需要用复杂契约来安排交易,所以新物权类型所能减免的使用者成本,逐渐变少。且物权种类越多,资产的使用或交易机会虽然越多,但很难想象冷僻的物权类型,可以比流行的物权类型,创造更多的资产价值。故若会流行的物权类型通常都会先被创造,冷僻物权类型之边际社会利益就会递减。^[38]总而言之,即令用汉斯曼与卡拉克曼的架构,也应该得出边际社会利益递减之结论。

[33] 本文主张,图1中X轴的单位就是物权类型之数量,而物权间确实有替代关系。举例而言,在中国大陆,土地为国有或集体共有,长期之土地使用权就替代了所有权。在中国台湾,违章建筑不得登记为不动产,“事实上处分权”就应运而生。若物权法只承认所有权,不承认抵押权,就可能产生交付占有但不让与所有权的新型担保,或使用让与担保之方式交易。

张鹏教授质疑边际社会利益线不一定是直线,而应该是曲线。参见前注[5],张鹏文,第146~147页。直线、曲线当然可以探讨,采用直线,只是让模型简洁、作图方便而已。

[34] See Merrill & Smith, *supra* note [9], at 39.

[35] 罗马法中的物权法演进,某程度就符合此模型之描述。罗马法一开始只有“所有权”此种最有价值的物权类型,其后才慢慢发展出地上权、永佃权等定限物权。See Yun-chien Chang & Henry E. Smith, “An Economic Analysis of Civil Versus Common Law Property”, 88 *Notre Dame Law Review* (2013), 1.

[36] See Hansmann & Kraakman, *supra* note [10], at 401.

[37] 因为只要边际利益线与边际成本线会相交,物权类型就有最适量。理论上,汉斯曼与卡拉克曼也可能认为两者都递减,只是边际成本递减较快,所以两者不会相交。但无论汉斯曼与卡拉克曼行文中,或理论上,都不太可能采此见解。

[38] 本文并未主张,在静态的、物权自由的社会中,边际社会利益会“单调”(monotonically)递减。市场运作若稍有不完美,有时边际社会利益会突然上升,但大趋势还是下降。至于动态社会中的边际社会利益变化,详后。

史密斯教授之近作更指出,物权类型标准化的成本并不高——亦即,新兴物权类型的边际社会利益很低——因为物权有“递归性”(recursiveness),^[39]使各式各样交易安排成为可能。^[40]不过,此论点在普通法国家成立,在大陆法国家需要打折扣。英美普通法中有“终生地产权”(life estate)、^[41]多样且富有交易弹性的“未来权益”(future interests)、^[42]类型繁多且以财产关系安排的信托。没有(形式意义的)未来权益,递归性只能彰显在诸如转典这样的交易,功能大失。没有信托关系赋予受托人的各种自由,许多交易会面临无法以物权安排、用契约又架构不好的窘境。而没有终生地产权或部分欧陆国家有的居住权,使得中国大陆、台湾在“以房养老”的问题上,处处捉襟见肘,而有苏永钦教授“物权永远少一件”的喟叹。^[43]

(三) 边际社会成本之变化

只要肯认新物权类型之边际社会利益递减,则只要边际社会成本没有以更快速度递减,则物权类型就有最适量。梅里尔与史密斯的论文主张边际社会成本递增,招致中文世界论者的猛烈攻击。然而,纵使边际社会成本不变(只要为正),边际社会成本线终究会和负斜率的边际社会利益线相交;相交处的物权类型数目,就是最适量。^[44]以下分别分析不动产与动产的边际社会成本变化方式,并区辨不同成本类型的逐一探究。

1. 不动产之登载、登记、交易

在实行“权利登载制”^[45](registration)之法域,如:德国、中国台湾,边际系统成本会随着物权类型增加而上升,因为登记机关必须“实质审查”各种已登记权利间是否有冲突,^[46]物权类型数量越大,要辨权利冲突越困难,越难在登记簿上清楚呈现权利状况,审查时间只会增加不会减少。多一种物权类型,至少要花跟先前一样的精力,所以边际系统成本就算维持不变,也是正数。权利登记制使得物权之类型与内容在土地登记簿上各归其位、一目了然。但字段增加,权利种类增加,对使用土地登记簿获取信息者,纵使边际成本不高,边际估量成本仍不可能下降。

[39] 递归性是从语言学借用来的观念。一个常举的例子是英文中的“that 子句”——递归性描述的就是,凭借 that 后面接子句这个基础的文法规则,英文的用户可以不断地在句子后面增添 that 子句而使得句子无尽地延长;例如:I know that she knew that he had known that... 在物权法上的例子,例如:利用典权人可以转典的规定,就可以不断转典。

[40] Smith, *supra* note [35], at 164.

[41] 终生地产权之中文简介,参见吴一鸣:《英美物权法:一个体系的发现》,上海人民出版社 2011 年版,第 223~233 页。

[42] 关于英美法与大陆法的未来权益之比较,参见高富平、吴一鸣:《英美不动产法:兼与大陆法比较》,清华大学出版社 2007 年版,第 270~274 页。

[43] 见前注[31],苏永钦文,第 22 页。

[44] 本文难以想象边际社会成本为负的情形。为零都不可能,因为市场交易者要记住新型态物权的名称并了解其内容,必然有成本。

[45] 学者多认为台湾实行托仑斯登记制,参见陈铭福:《土地登记——法规与实务》,台湾五南图书出版公司 2009 年第 9 版,第 5 页;但有学者认为台湾实行权利登记制度,而非与之类似之托仑斯登记制。参见吴光明:《物权变动之立法模式》,载《财产法体系的重构——从物权法定原则谈起学术研讨会论文集》(2010 年 3 月 26 日),政治大学、南京大学主办,第 163 页。

严格说来,托仑斯登记制是权利登记制的一个亚种,see Benito Arrunada, “Property Enforcement as Organized Consent”, 19 *Journal of Law, Economics, and Organization* (2003), 401, 420; Benito Arruñada, *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: Theory and Policy of Contractual Registries* (Chicago: University of Chicago Press, 2012), pp. 132-67.

[46] 关于台湾土地登记制度采实质审查,参见前注[5],王文宇文,第 154~155 页。

在实行“契据登记制”^[47](recording)之法域,如法国、美国绝大多数地区,^[48]边际系统成本可能为零,^[49]因为不管契据(deed)内容是率由旧章,还是创设新物权类型,地政机关只要确认来申请登记者是契据,就会允许登记、分宗归档。^[50]

然而,采用契据登记制,不动产交易人必须自行查阅交易目标之过往契据,以判断权利归属。物权类型越多,交易者之边际估量成本越高。试想,在物权法定主义^[51]之下,假设不动产只有八种类型,交易者只要确定契据中有无该八种物权类型之交易即可。若有他种内容之交易,会在诉讼时被法院认定为无效,或拟制为现存物权类型之一种,当事人之专业代理人可以不费太多功夫即可判断。但在物权自由主义下,不动产物权可能有八十种类型。交易人必须先最新的过往契据中仔细判断是否有设定任一类型之物权,再判断次新的过往契据中是否有设定任一类型之物权,比较两者是否有冲突,然后再比较第三新的过往契据……以此类推。即令判读所有契据后发现,该不动产过去只有利用最常见的三种物权类型,交易人过滤权利内容的估量成本,已经一去不返。若物权自由,纵令法典订有典型之物权类型,交易者没有使用之义务,故每组新的交易者,都必须实质判断过往契据之内容究竟设定何种物权。^[52]此外,当事人可能会使用令人混淆的物权名词。^[53]例如,某土地之过往契据中,可能有多种新型物权,但都被概括称为“用益权”或“使用权”,^[54]但内容不尽相同。

总之,无论采取权利登载制或契据登记制,不动产物权类型越多,边际社会成本越高,至少稳定为正。^[55]由是可知,加收登记费用之提议,^[56]就算能解决成本外部化问题,也无碍于边际社会成本为正,而且有实践上之困难。^[57]此外,纵如学者主张,由“权利登载制”转轨到“契据登记制”,^[58]也无法让边际社会成本不为正或不上升。

[47] 关于契据登记制内涵之中文文献,参见前注[45],陈铭福书,第4页。

[48] 参见前注[5],王文宇文,第156~157页。Arruñada文之回归模型发现:采用契据登记制的国家,物权类型比较多。See Arruñada, supra note [46], at 416-417.

[49] 相关讨论,参见前注[31],苏永钦文,第46~47页。

[50] 关于不同登记制度下,物权法定与自由原则的信息成本高低分析,参见许惠峰:《物权法定原则,一朵明日黄花?——以法律经济学三问物权自治原则》,载《华冈法粹》2012年第52期,第56~58页。

[51] 美国大部分的州就是兼采契据登记制与物权法定主义。See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Property: Principles and Policies* (New York: Foundation Press, 2007), p. 579, pp. 917-918.

[52] 有学者认为,交易者仅需估量存在于其自身交易之物之物权内容即可,毋须知悉其余物上潜在物权的内容。参见前注[10],张巍文,第247页。确是如此,但本身交易之物,就不知道带有何种物权。

[53] Henry E. Smith, “Standardization in Property Law”, in Kenneth Ayotte & Henry E. Smith (Eds.), *Research Handbook on the Economics of Property Law* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011), pp. 148, 163.

[54] 笔者尝阅读欧陆多国之“民法典”,对于各国称为“用益权”、“使用权”、“使用收益权”之各种物权类型,倍感不解。若来自欧陆各国的新移民,将其原生国的物权类型带到中国大陆或台湾,但一律使用“用益权”称呼之,则会引起诸多混淆。

[55] 汉斯曼与卡拉克曼指出,系统成本、用户成本、非使用者成本往往互为消长。See Hansmann & Kraakman, supra note [10], at 396-397. 本文之论述,与此相合。

[56] 见前注[28],简资修文,第243页。

[57] 张巍教授指出以调整收费内部化系统成本与非用户成本之困难。参见张巍:《物权法定与物权自由的经济分析》,载《中国社会科学》2006年第4期,第133页。

[58] 有学者指出,物权法定或自由的选择,和集中或分散型公示方式之选择,系属二事。参见前注[10],张巍文,第246、248页。然而,物权从法定转为自由,若真的解放了市场,使物权类型激增、态样千变万化,似乎必然导致不动产公示制度从权利登载制往契据登记制移动。

“公寓大厦管理条例”第 23 条至第 24 条^[59]将公寓大厦规约物权化，^[60]可用以说明新物权类型的成本与利益。“公寓大厦管理条例”经立法通过，符合物权法定主义无疑。而规约有助于提升小区或大楼的价值，也无庸置疑；也就是，其边际社会利益为正。但立法者选择不将规约、有拘束力的管理委员会决议等，整合到土地登记簿中，就是考虑了频繁变动小区中诸多土地与房屋之登记成本。立法者之替代方案是“分散型揭露”^[61]：要求各小区之管理委员会提供规约、管理委员会决议等供利害关系人阅览。所以，不管潜在买受人有兴趣的公寓大厦是否有规约，他都必须探明是否有规约。因为规约可能会修改，潜在买受人必须确保卖方或管理委员会或总干事是否有意隐瞒或欺骗（如拿旧版规约给买受人）。^[62]是故，纵使规约之物权效力为法定，也有公示，仍然增加了交易者之估量成本。若物权自由，信息披露方式只可能更为分散，信息披露地点更多、更复杂。

2. 动产与善意取得

多数动产在可预见之将来不可能被纳入集中型登记。汽车、船舶等动产在台湾现行法下之登记方式，也无法容纳物权自由后各式各样的新型权利。是故，可登记动产之系统成本与交易者估量成本之变化，与不动产庶几近矣。

不可登记之动产，缺乏与登记相关之系统成本，关键问题就转向交易者（非用户）之估量成本。在现行法下，动产仅有两种定限物权（质权、留置权），而留置权更属暂时性质之物权，原因就在于动产缺乏低成本又有效的公示方式。占有作为公示方式，成本够低但信息模糊。^[63]占有人可能是所有权人、质权人、留置权人、小偷或与所有权人缔结契约而占有者（如：干洗店老板之于送洗衣物）。动产可以有众多权利人，但真正有事实上管领力之占有人往往只有一个。是故，占有能够担负的公示功能不但有限，而且往往误导。

然而，占有之外，也确实没有可资替代的动产公示方式。此时，交易者之估量成本是否随物权类型增加而上升，很大程度上取决于法院诠释善意取得制度之尺度。依据台湾地区“民法”第 948 条第 1 项但书，^[64]若买受人“明知或因重大过失而不知”出卖人为无权处分，买受人无法当然取得

[59] “公寓大厦管理条例”第 23 条：“（第一项）有关公寓大厦、基地或附属设施之管理使用及其他住户间相互关系，除法令另有规定外，得以规约定之。（第二项）规约除应载明专有部分及共享部分范围外，下列各款事项，非经载明于规约者，不生效力：一、约定专用部分、约定共享部分之范围及使用主体。二、各区分所有权人对建筑物共享部分及其基地之使用收益权及住户对共享部分使用之特别约定。三、禁止住户饲养动物之特别约定。四、违反义务之处理方式。五、财务运作之监督规定。六、区分所有权人会议决议有出席及同意之区分所有权人人数及其区分所有权比例之特别约定。七、纠纷之协调程序。”

“公寓大厦管理条例”第 24 条：“（第一项）区分所有权之继受人，应于继受前向管理负责人或管理委员会请求阅览或影印第三十五条所定文件，并应于继受后遵守原区分所有权人依本条例或规约所定之一切权利义务事项。（第二项）公寓大厦专有部分之无权占有人，应遵守依本条例规定住户应尽之义务。（第三项）无权占有人违反前项规定，准用第二十一条、第二十二条、第四十七条、第四十九条住户之规定。”

[60] 见前注[31]，苏永钦文，第 27 页。

[61] 关于集中型与分散型揭露之定义与区辨，参见前注[10]，张巍文，第 244~247 页。

[62] 若管理委员会因故意或过失未将全部管委会决议提供给潜在买家，其购买后仍受拘束。

[63] 汉斯曼与卡拉克曼强调，唯有在没有定限物权的情况下，才可能单以占有作为动产之公示方式。See Hansmann & Kraakman, supra note [10], at 385. 但请注意，因为第三人无法确知任何动产是否带有定限物权，所以永远无法单纯仰赖占有以判断权利状态。

[64] 台湾地区“民法”第 948 条：“（第一项）以动产所有权，或其他物权之移转或设定为目的，而善意受让该动产之占有者，纵其让与人无让与之权利，其占有仍受法律之保护。但受让人明知或因重大过失而不知让与人无让与之权利者，不在此限。（第二项）动产占有之受让，系依第七百六十一条第二项规定为之者，以受让人受现实交付且交付时善意为限，始受前项规定之保护。”

所有权。^[65] 若法院把重大过失的范围划得宽,要求买受人要作翔实的调查才能善意取得,则物权类型增加很可能使买受人之边际估量成本上升。若法院采取紧缩政策——例如,除非有肉眼可辨的权利声明,否则不算买受人重大过失——则买受人就不会在乎目标物上带有什么新型物权的限制。

然而,台湾地区“民法”第949条、中国大陆物权法第107条,对盗赃物、遗失物善意取得之例外规定,使“善意”不一定能“取得”;(贵重动产的)买受人仍有诱因要探究出卖人之权利状态。而物权类型越多且态样各异,会使得买受人越难调查、理解目标物之权利状态。

况且,动产善意取得制度也无法处理所有的案型。假设出卖人仅拥有“周一手表所有权”,并对买受人轻描淡写地表示让与其所拥有之该表上所有权,则因出卖人仅有意出售其周一所有权,并没有无权处分他人周二至周日表所有权之意,买受人无从善意取得。买受人为避免此种不利处境,势必要花更多心力厘清出卖人的权利内容,或斤斤计较契约之内容。

以上分析显示,动产难以公示,购买动产又不当然有善意取得之适用,非(新物权类型)使用者,仍须为确认交易目标物之权利内容而付出估量成本。新物权类型之边际社会成本,纵使没有递增,也应该是正数;至少,没有递减、或为零、或为负数之理由。

总结前述讨论,创造新物权类型的边际社会利益递减,边际社会成本不变或递增,^[66]两者逐渐逼近彼此,最后黄金交叉。两者相同时所存在的物权类型数目,就是最适量(亦即图1中的 Q^*)。^[67] 这是梅里尔与史密斯鸿文之要旨,也是本文所采取之立场。^[68]

三、创设最适数量物权类型的制度安排

第二节探讨之理论,仅能说明物权类型有最适量,并不当然是物权法定主义之禁卫军;此已有学者指出。^[69] 本节探讨之问题,是哪一种制度安排最能创造出数量最适的物权类型。创设物权类

[65] 关于台湾地区“民法”第948条之“重大过失”该如何解释,在条文仍在草案阶段即有讨论。参见苏永钦:《债权人可否留置非债权人之物》,载《民法物权争议问题研究》,台湾五南图书出版公司2011年版,第292页;张卫健:《论“动产所有权善意取得”之若干问题》,载《台湾本土法学杂志》2001年第27期,第111页。

[66] See Hansmann & Kraakman, *supra* note [10], at 401, 419; See Merrill & Smith, *supra* note [9], at 39 n. 146.

[67] 在2010年3月26日南京大学之研讨会中,北京航空航天大学法学院的李昊教授评论道:在中国,最适量可能有很多解。确实,(法律)经济学是作有条件之论述。最适量既然由估量、挫折、行政成本之大小而决定,若中国大陆各省份有不同的登记制度、交易需求,各地最适量自然就不同。所以,中国大陆物权法第5条采用严格的物权法定主义,由中央立法决定物权类型,并一体适用至全国各地,就难以使各地的物权类型都是最适量。像美国那样由各州(各省)自行发展物权法,大概纯属畸梦幻想。但仿造台湾地区“民法”第757条,使各省可以透过习惯而新增适合该省交易条件之物权类型,或许是可以思索之方向。

[68] 梅里尔与史密斯强调,物权法定主义控制物权种类与数量,使信息成本不至于过高。汉斯曼与卡拉克曼则从“确认权利状态”(verification)的观点,主张使用登记制度或其他公示方法,即可使信息成本不至于过高。卡罗尔·罗斯(Caorl Rose)观察到大陆法系国家,往往兼采土地登记制度与物权法定主义。所以梅里尔与史密斯和汉斯曼与卡拉克曼的论点,当然无法并存,因为物权法定主义与公示制度其实相辅相成(supplementary)。差别在于,权利登载制下,物权法定主义是在事前(*ex ante*)发挥作用,挡下特异的物权安排,使登载制不至于信息超载。而在美国的契据登记制下,则是在事后(*ex post*)发挥作用,使产权不至于过度复杂。See Carol M. Rose, “Servitudes”, in Kenneth Ayotte & Henry E. Smith (Eds.), *supra* note [53], pp. 296, 306-307.

[69] 参见前注[9],苏永钦文,第128页(批评梅里尔与史密斯由标准化推论到物权法定主义,过于速断)。

型,有数种可能的制度安排方式。第一种诸多学者倡议之“物权自由主义”,由市场交易者自由创设新物权类型(无须得到法院之认可!),未被使用的物权类型则被自然淘汰;于第一小节探讨。第二种在光谱的另一端,乃由立法机关独占物权类型之创设与废止,即“物权法定主义”,旧台湾地区“民法”第 757 条、中国大陆物权法第 5 条采之;于第二小节中探讨。

(一) 物权自由

创设新物权类型之私人成本与社会成本是否分离,是物权自由主义之成败关键。若成本没有外部化,物权自由必定比物权法定更有效率。私人只顾自己的边际私人成本与边际私人利益(等于边际社会利益^[70]),若有外部成本,使私人成本低于社会成本,则物权自由的市场会创造出 Q^{\wedge} 数量的物权类型。但 Q^{\wedge} 大于最适量 Q^* (参见图 2),表示物权自由主义的世界会创造出过多的物权类型,^[71]因而使物权自由不一定比物权法定更有效率。

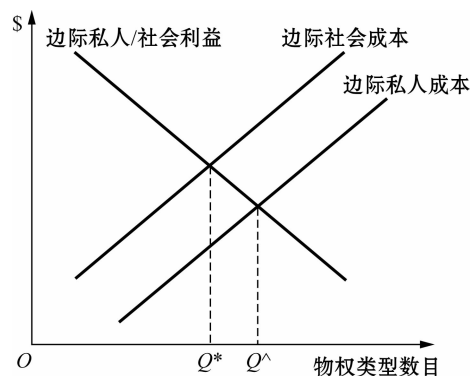


图 2 物权种类的最适量与物权自由主义创造出的过多种类

创设新物权类型之成本中,可能外部化者分为非用户成本与系统成本。非用户成本,梅里尔与史密斯分为两种形态:为避免侵害他人权利所支出之估量成本;为确认交易对象之权利内容而支出之估量成本;^[72]于前两小节中探讨。第三小节探讨系统成本。

1. 避免侵害他人权利所支出之估量成本

许多学者认为,难以想象非使用者会需要多支出估量成本,以避免侵害他人权利,因为任何人

[70] 乍想之下,会觉得边际私人利益应该低于边际社会利益,因为创设新物权者让后来者搭了便车。诚然,若有人想出一套十分新奇、便利、有效的新物权类型,而他人绞尽脑汁也想不出,则确实边际私人利益会低于边际社会利益。但绝大多数情况中,新物权类型大概不会这么实用又有创意,除非千百年来的物权研究者都太墨守成规。反之,大多数的新物权类型,都是因为“需求为发明之母”而出现,有类似交易需求者,都可以想出大致类似的物权类型来因应交易问题。

若系如此,则第一个创设物权者就没有创造什么外部利益。无论是第一位、第二位、还是第 N 位创设或使用新不动产物权类型者,都是以自己占有为公示方法。创设或使用新不动产物权类型者,因为在契据登记制中,只需登记契据,无论契据中使用的是新物权类型还是旧物权类型,登记手续都相同。唯有在采用托伦斯登记制的情况,率先创设新不动产物权者,必须花费心力与地政机关周旋,更改簿上的栏目,才会有外部利益产生——然如前所论,物权自由主义下,采用契据登记制,势不可免。最后,市场交易者随时可以创设新物权,不以他人已创设该物权为必要。是故,边际私人利益,应该等于(至少近似)边际社会利益。

[71] 物权自由主义之提倡者,为避免得出此结论,多质疑非使用者成本之存在的原因在此。参见张鹏:《否定物权法定主义刍议——兼谈中国大陆物权法立法选择》,载《月旦民商法杂志》2005 年第 8 期,第 146 页;参见前注 [9],苏永钦文,第 115 页。

[72] See Merrill & Smith, *supra* note [9], at 26.

只要知道东西是别人的、不是自己的,就可以避免侵害他人权利。^[73]若物权类型限于目前台湾地区“民法”承认者,确实难以为此种成本举例,因为任何人只要避免侵夺或妨碍他人对其物之占有,就不会侵害他人物权。然而,若开放物权自由,各种千奇百怪的物权类型出现后,非使用者必须支出此种成本,并非难以想象。梅里尔与史密斯所举之“橘色大衣”案例,即为一例:地主甲在其位于交通要冲的土地设定“公用人役权”(public easement)^[74],任何想通行的人都欢迎自便——但若有人穿着橘色大衣,则不享有通行权;踏进该地一步都算妨害所有权(trespass)^[75]。

在物权自由的世界中,任何地主皆可自由创设现行法所无之人役权,也可对其人役权作各式各样的限制,例如:开双B轿车的人下来推车才能通行、身高超过两百公分者只能匍匐通行等等。当然,爱穿橘色大衣、开高级轿车的长人,大可以选择只走公共道路。^[76]然而,要确定一条路是否为公共道路,显然就仍需花费估量成本。在此情境中,汉斯曼与卡拉克曼所强调的 verification(确认权利状态)就特别重要,因为通说常用的公示方法——占有或登记——都无法大幅降低行路人的估量成本;至少要用式样标准的广告牌,才可能大大降低估量成本。但无论是大是小,外部成本依然存在。^[77]

不过,除了公用地役权,避免侵害他人权利所支出之估量成本,确实难以想到别的实例。是故,只要物权自由主义下,创设新物权类型伴随着一定程度的公示要求,以降低信息成本,避免侵害他人权利所支出之估量成本,应该不算物权自由与否之重要考虑。

2. 确认交易对象之权利内容而支出之估量成本

汉斯曼与卡拉克曼^[78]认为:只要常用物权类型有清楚定义、明确规范,罕见物权类型即与绝大多数交易者不相干,自然不会造成非(罕见物权)使用者之成本。^[79]在权利登载制下,若新物权类型在土地登记簿上公示,则交易者/非用户也不会支出额外成本。例如:某甲购买土地前,本须查阅土地登记簿,确认该地上是否有抵押权、地上权等常见之限制物权;若该地上同时有奇特之限制物权,某甲也会顺便在土地登记簿中发现。^[80]而若某甲欲取得乙地所有权,丙、丁地上有奇特类型之物权,也不会造成甲之困扰。换言之,在权利登载制下,使用新物权者虽然在土地登记簿上创造

[73] See Hansmann & Kraakman, supra note [10], at 411; 见前注[71],张鹏文,第146页;参见前注[9],苏永钦文,第115页。

[74] 苏永钦教授对于此种人役权是否可以在大陆法系的物权体系下设定,颇有微词。参见前注[12],苏永钦文,第171页。然而,若物权真的“自由”了,此种(美国物权法承认之)人役权,有何不可?

[75] See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, “The Property/Contract Interface”, 101 Columbia Law Review (2001), 773, 795-796 n. 77.

[76] 参见前注[9],苏永钦文,第102页。

[77] 张巍教授同意橘色大衣案例中确实有外部成本,但也精彩地指出,公用地役权乃私人提供公共财,而公共财常常有外部利益存在,故“限制着橘色大衣者不得通行之公用地役权”,未必较无此种物权类型时无效率。参见前注[10],张巍文,第243~245页。类似见解,参见前注[28],简资修文,第247~248页。

[78] 因为汉斯曼与卡拉克曼批判梅里尔与史密斯之主张,故有误会前者赞成物权自由主义,或认为美国对物权类型数目未加限制。实则,汉斯曼与卡拉克曼明确主张,普通法中只承认有限数目的物权类型(See Hansmann & Kraakman, supra note [10], at 376);甚且,其主张物权类型数目应该是集体决定,而非交由个人或市场决定。(See Hansmann & Kraakman, supra note [10], at 402 [“The choice of a property rights regime must be made socially, prior to the point at which persons interact. It is not a choice that can be left to the decisions of individual actors pursuing individual transactions—or, as it might be put, left to the market.”])

[79] See Hansmann & Kraakman, supra note [10], at 381. 同见解见前注[5],张鹏文,第145~146页。

[80] See Hansmann & Kraakman, supra note [10], at 401.

了新字段,但只要非用户所交易之土地,该字段为空白或不显示,非用户就没有受到使用者外部成本之压迫。亦即,确认交易对象之权利内容而支出之估量成本,没有外部化。

而在契据登记制下,新物权类型只会出现在使用者之不动产登记簿,非使用者不会因为他人 在其物上创设新物权类型,而在边际上增加估量成本。亦即,确认交易对象之权利内容而支出之估量成本,没有外部化。然而,从物权法定转到物权自由,会永久增加交易者之固定估量成本(fixed measurement costs)。如前所论,在物权法定时,交易者在过往契据上看到的怪异物权类型,可以视为无效,或套用既有的法定权利类型。但一定物权转为自由,只要过往契据上的物权类型不是 100%标准化,或用字稍有含糊,则交易者就必须担心该物权究竟是常见标准物权、还是罕见新兴物权。此种估量成本是所有交易者因为物权自由而多出来的一笔固定成本,不太会因为新物权类型持续创设而在边际上增加(在契据登记制下,非使用者可能根本不知道有新物权类型被创设!)。是故,此估量成本因为几近等于零,没有外部化的问题,因而不影响物权自由是否会创设最适量的物权类型。但是,因为物权自由永久地增加估量成本,会使得交易数量变少,这也是社会福利损失。

就不可登记动产而言,确认交易对象之权利内容而支出之固定估量成本,也会因为由物权法定转为物权自由而大增。梅里尔与史密斯的例子是:某手表的所有权在每星期一属于某甲,在其他天属于某乙。^[81] 无论是某甲或某乙的占有,都不足以公示另一人之部分所有权。假定此表为高级名表,无法透过在表链上刻上甲乙的名字来公示,以免降低其价值与外观美感。^[82] 若要求有一定程度公示方得创设新类型动产物权,则结果很可能是动产物权自由变成虚空的承诺。若不要求公示,^[83] 因为(如前述)善意取得制度不总是适用,^[84] 非用户必须自己承担确认交易目标权利内容之责。非使用者不当然清楚何时、几种新的动产物权类型被创设,故其边际估量成本不当然为正、可能为零。但是,在物权自由之体制下,交易动产的固定估量成本上升,因为占有不再是合理的权利归属指标。诚然,表之出卖者可以藉由提供履约保证或损失保险,向买方担保该表之权利状态,确实如其所宣称——也就是信息经济学所说的“放讯”(signaling)。但这些额外的交易方式与其(估量)成本,就是物权自由带给大多数动产交易者的麻烦。无怪乎,主张物权自由最力的苏永钦教授,也认为不可登记物仍采物权法定。^[85]

3. 系统成本

在权利登载制,创设新物权之边际系统成本为正,且因为难以完全贯彻使用者付费原则,^[86] 会

[81] See Merrill & Smith, supra note [9], at 27-33. 对此例之批评,参见前注[5],张鹏文。然而,张鹏教授之论据,似未切中梅里尔与史密斯以此例说明外部成本之意旨,故未驳倒梅里尔与史密斯的推论。

[82] 若科技进步使得动产(在线)登记簿成真,则此动产问题与前述不动产问题就适用类似分析。

[83] 有学者另辟蹊径,主张物权自由世界中之法院,可以用“产权过于复杂”为由,事后不承认某些意定物权(参见前注[5],简资修文,第 226 页)。但若法院间见解不同,则无法维护交易安全。若法院趋于保守,不愿引用“民法”第 148 条“权利之行使,不得违反公共利益”,以效率为由,宣告新创物权无效,则此方案也难以实践。

[84] 张巍教授认为,在善意取得制度下,纵行物权自由,受让人只需要询问出卖人其出卖之权利是否受到其他物权之限制即可。参见前注[10],张巍文,第 245 页。不过,笔者怀疑受让人是否可以仅凭其与出卖人之问答就主张自己是善意。绝大多数之无权处分人,为了顺利脱手与提高价钱,都会宣称自己有完整的权利。这不会使所有受让人因此都变成善意。而因缺乏公示方法,受让人没有可信赖的信息来源,必须自行独立调查,这才是估量成本的源头。

[85] 见前注[12],苏永钦文,第 176 页。

[86] 要课征“庇古税(Pigovian tax)”,使外部成本内部化,前提是可以精确计算外部性的大小。但物权自由产生的外部性,甚难精确估算。

产生外部成本。亦即,登记机关需要重新设定计算机系统,登记人员需要花心思理解新物权之内涵,而这些成本没有全部转嫁给创设新物权类型者负担,成本外部化。在契据登记制与无法登记之动产,创设新物权之边际系统成本为零,自然没有外部性问题。

但系统成本之讨论,不应只局限于物权登记的系统成本,还应该包括其他法律机制之成本。假设开放物权自由,某甲开风气之先,引入其心仪已久的美国物权类型“终生地产权”(life estate),将对其他法制造成巨大冲击。例如:甲将其拥有之A地之终生地产权,移转给乙,乙过世后,终生地产权消灭,甲之所有权回复完整。^[87]试问,甲、乙是否各须缴交一次赠与税或土地增值税?还是各一次?还是都不用?乙使用期间,地价税之义务人是谁?终生地产权还有许多其他亚种,例如:甲将B地之使用权移转给丙,但期间仅限于丁活着的时候(也就是,终生地产权的终生是以丁的命来量,但丙才是权利人)^[88]。又如:甲将C地之终生地产权移转给庚,庚仙去后,权利移转给辛。^[89]再如:甲将D地之终生地产权移转给丑,但规定若卯在丑在世时就成婚,权利立即移转给卯。^[90]这些新的物权类型,都会迫使现行土地、赠与、遗产税制修法因应,甚至民法期待权的理论与实务,都必须有所调整。这些都可以算是新物权使用者不会纳入考虑的外部系统成本。

甲能够制造的麻烦不仅于此。甲在E地上盖高楼,但不将之规划为区分所有的大厦,而是引进在纽约市极为风行的“合作式住宅”(cooperative apartment)型式。合作式住宅的特色是:土地与房屋的所有权都在公司手中,公司全部的股份由住户持有。住户透过董事会控制公司。住户和公司签订长期、可更新的租约。合作式住宅通常是以整片土地与整栋楼为抵押品向银行借贷,故若任何一户欠缴房贷而其他户没有代垫,连楼带地都会一起被拍卖。^[91]引入合作式住宅型式,可以想见会对公司法、破产法、税法造成冲击。

总之,新物权类型可能会成为现行法律体系难以处理的烫手山芋。当然,假以时日,立法机关或行政机关自然能决定课税准则或处理方式。但是,物权自由主义的世界中,新物权类型可以不断出现,只要一人创造新类型,受影响的单位或机关就要重新制订行政命令或者修法。系统成本,焉能不高?^[92]

综上所述,新型动产与不动产类型之交易者,会外部化部分估量成本与系统成本。而且,采用物权自由制度本身,会永久性地增加固定估量成本。之前的文献虽然可能高估了外部估量成本,但又忽略了外部系统成本与制度转轨带来的固定估量成本。当然,外部成本的高低,以及其所导

[87] 这个类型叫做 life estate for life of grantee, see James E. Krier, *Property*, 17th ed. (New York: Aspen Publishers, 2006), pp. 89-90.

[88] 这个类型叫做 life estate purautre vie. See id., at 90.

[89] 这个类型叫做 life estate in a class. See id.

[90] 这个类型叫做 life estate subject to an executory limitation. See id., at 91.

[91] See Jesse Dukeminier et al., *Property*, 6th ed. (New York: Aspen Publishers, 2006), pp. 814-815.

[92] 苏永钦教授正确地指出,新物权类型也可能给法律系统带来利益,例如税收增加。然而,苏教授亦认为,此种利益与系统成本,会使得问题分析过于复杂,不宜纳入讨论。参见前注[9],苏永钦文,第103页。本文认为,在苏教授之引领讨论下,物权法定与否之问题,已经持续论战超过20年,并扩及海峡两岸,故当下的讨论,应该超越过度简化的模型,而加入更多现实世界中会产生其他问题为宜。

苏永钦教授并指出,新型契约也会造成外部系统成本。参见前注[31],苏永钦文,第22页。如前所论,这表示,或许契约类型也有最适量。似乎不应该因为新契约类型也会造成外部系统成本,就认为新物权类型的外部系统成本无庸考虑。

致、偏离物权最适量的幅度,是实证问题。若没有法域勇敢尝鲜,或许本问题永远难有定论。

但请注意,以上论述,只是经济学常见的“比较静态分析”(comparative static analysis);亦即,分析假设了社会相对稳定,交易方式没有大幅推陈出新。在静态社会中,只要立法者所创设之物权类型没有太少、太没用,物权自由能够带来的边际社会利益,就不会太高。然而,若使用动态分析,将社会变迁带来的交易革新纳入考虑(例如:数字化、网络、计算机带来的信息革命),则物权自由比物权法定弹性,更能因应新的交易环境。若再使用剪刀图作说明,就是在动态的社会中,边际社会利益不一定会递减;当新的交易环境使得既有物权类型不敷使用或过时,创立有用的新物权类型的边际社会利益可能增加——不过,也不会递增,而更可能是由一次性的边际社会利益大跃进后,开始递减。

然而,无论是在静态或动态的社会,物权自由主义,不会恰好创设最适量物权类型,^[93]因而不会达到“理论上”最有效率的境界。不过,创设过多物权类型之物权自由主义,^[94]与创设过少物权类型之物权法定主义,同样都无效率。理论上最有效率的境界,很可能是哈罗德·德姆塞茨(Harold Demsetz)所说的涅槃(nirvana),现实世界中无法达到。所以,要寻找最佳的制度选择,仍应该是比较可行方案的相对成本效益,再作决定。

(二) 物权法定^[95]

与其说批判物权法定主义之学者,是对物权数目最适理论或传统论述^[96]有深厚不满,倒不如说学者忧心目前物权类型数量过少。此由批判物权法定主义之学者,多在文章中一并提倡新物权类型,^[97]即可略知一二。不过,理论上,物权法定主义不一定会创设低于最适数量的物权类型;它也可能创设太多;或有迫切需要的物权类型并未制订,而无实务重要性的物权类型却长期占据民法的位置(这或许更适合描述台湾的现况与学者的忧虑);也有可能,物权法定主义刚刚好创设最适数量的物权类型,不多不少。梅里尔与史密斯也有意识到物权最适量理论与物权法定主义的联结问题,只是他们认为,在美国,物权法定主义算是取得差不多的平衡点(rough balance)^[98],所以没有讨论是否需要引入习惯法或判例作为物权类型法源。

[93] 2010年3月26日南京大学之研讨会中,与会之中国学者,包括笔者论文之评论人华东政法大学高富平教授,似乎多对物权自由主义采取疑惧态度。

[94] 苏永钦教授主张,可让产业团体将定型化物权契约报备主管机关并予编号,使该登记权利可简单明了地显示在土地登记簿中,供业内行家使用。参见前注[9],苏永钦文,第105页。此提议确实有降低(但不可能消除)估量成本与系统成本之可能效果。但若这就是物权自由主义中仅有的创造物权方式,亦难谓完全之自由,或许可称为“修正式之物权自由主义”。再者,若将“报备主管机关”转为“主管机关核准”,则又从物权自由主义转为非物权自由主义。

[95] 本小节讨论者,为严格意义之物权法定主义。亦即,法定之法,只包括立法者所通过之法律,不包括习惯(法)、判例、行政命令等。

[96] 支持物权法定主义之非法律经济学论述,参见谢在全:《民法物权论(上)》,台湾新学林出版社2009年第4版,第52~53页。

[97] 蔡明诚:《论物权的概念与类型》,载《物权法研究》,台湾新学林出版社2005年版,第21~26页;见前注[2],苏永钦文,第232~233页。

简资修教授虽未提倡新物权类型,但亦指出目前法定物权类型过少。参见前注[28],简资修文,第226页。

中国学者张鹏教授,则担忧物权法定主义会使中国大陆制订物权法时,创造不敷市场需求的物权类型。参见前注[5],张鹏文,第159页。而今观之,此忧虑并非不见。

[98] See Merrill & Smith, supra note [9], at 40.

美国学者与法院拥抱物权法定主义,^[99]而两岸学者对之不满,主因是美国^[100]的物权类型,远多于中国大陆、台湾的物权类型。^[101]台湾学者所倡议之新物权类型,虽然多取经自德国、日本,但美国法纵令无完全对应的物权类型,也可以透过其他物权类型的安排,获致相同的对世效。美国学者身处物“权”丰隆的法律制度,自然会觉得物权法定主义已经非常够用。在台湾地区,“物权法”修法花了廿年、几代学者之努力,才在2010年1月完成第一轮之修正。中国大陆物权法更是到2007年才出台。要将现行制度下无处容身的人役权等外国普遍实施、两岸付之阙如的物权类型,明媒正娶到海峡两岸民法里,^[102]不知道要等到何时……

但若前引几位论者的真正动机是亟欲引入几种新物权类型,而不是真的希望市面上出现几百种新兴物权类型,则废除物权法定主义不一定是最好的办法,采用物权自由主义更不是唯一的选择。但若维持物权法定,但推动修法,重点何在?除了前引学者之具体建议外,或许可以更严肃地看待亨利·史密斯教授近作中的“递归性”论点。^[103]大陆法国家都缺乏(形式意义的)未来权益,没有未来权益,很大程度上就没有利用递归性作弹性物权安排的空间。然而,未来权益并不会冲击大陆法系民法的基本结构,学界应该进一步论辩是否引进部分英美法中的未来权益。

此外,两岸都逐渐迈向高龄社会,如何使有地产、无现金的老人能运用物权交易安排老年生活,日趋重要。^[104]美国的实务上,终生地产权运用甚广。^[105]终生地产权使老年夫妻任何一人健在

[99] 美国法院(不知不觉)拥抱物权法定主义,是梅里尔与史密斯之见解。其文章在2000年问世后,截至2010年1月17日为止,SSCI中收录有77篇文章引用该文。除汉斯曼与卡拉克曼明确表示不同意见外,其他文章至少从标题上看来并未采取不同立场(以美国学界之惯例,若对此等重量级学者在顶尖期刊的扛鼎之作有不同意见,几乎都会在标题上表明)。而笔者本来读过其中数十篇文章,再额外抽样数篇文章,均未发现有学者反对梅里尔与史密斯的核心论点,或提出有力反击。如格伦·罗宾逊(Glen Robinson)虽对梅里尔与史密斯之论点表示不满,但其论述仅占其74页论文之半页,且亦未明确指出其论据究竟错误何在。See Glen O. Robinson, “Personal Property Servitudes”, 71 *University of Chicago Law Review* (2004), 1449, 1488.

反观汉斯曼与卡拉克曼文章之影响力远逊,自2002年发表后到2010年初在SSCI仅有11篇文章引用,还有三篇是亨利·史密斯的文章,而史密斯并未改变他在2000年文中之想法。史密斯更曾在后续文章中指出,汉斯曼与卡拉克曼的 verification cost,只是梅里尔与史密斯的信息成本的其中一种态样。See Henry E. Smith, “Property and Property Rules”, 79 *New York University Law Review* (2004), 1719, 1768 n. 174. 且引用汉斯曼与卡拉克曼者也通常都有引用梅里尔与史密斯,所以汉斯曼与卡拉克曼在这场论争中,似乎未享有“后发者优势”。

[100] 美国的物权体系,源自英国。而英国在1925年时,有感于物权种类过多,反而妨碍交易,故用立法之方式,削减物权类型。See C. Dent Bostick, “Land Title Registration: An English Solution to an American Problem”, 63 *Indiana Law Journal* (1987), 55, 77.

[101] 台湾地区之物权类型,即令将特别法所创之物权类型纳入,亦仅有十余种。物权的各种分类,请参见前注[96],谢在全书,第64~68页。台湾地区的物权类型,相对于德国与日本都算少。参见前注[97],蔡明诚书,第17~18页。中国大陆物权法除了将地上权一分为三之外,物权类型实质上没有比台湾地区多。

美国的物权种类,由各州普通法自行发展,大同中有小异,难以一概而论美国物权种类几何。不过,要证明美国的物权类型比台湾地区多,只要观察美国物权法容许对所有权在“时间向度”的诸多弹性安排即知一二。前注[87]到Krier介绍者,仅为六种“现时权”(present possessory estates)中的其中一种的几种亚种,再将各种“未来权益”(future interests)纳入,就更复杂了。关于美国物权依“时间向度”区分的各种类型,see Krier, *supra* note [87], at 100, 112, 129.

[102] 台湾前一波“民法”物权篇修正时,曾有是否纳入人役权之相关讨论。参见蔡明诚:《既成巷道之公用地役关系与所谓公用地役权问题》,载《物权法研究》,台湾学林文化出版有限公司2003年版,第225页。

[103] See Smith, *supra* note [53], at 152-153.

[104] 最发人深省的相关论述,参见前注[31],苏永钦文,第1~50页。

[105] Krier, *supra* note [87], at 90.

时,都有房可住。而两人都仙去后之房屋价值,则已在生前藉由出卖未来权益而变现。如果大陆法系可以承认永佃权,有类似结构的终生地产权也不会有扞格不入之处。而承认最单纯的、不负条件的、与终生地产权搭配的未来权益,和现行容许用遗嘱分配遗产之规定,只有一步之遥;而未来权益立刻变现的好处,让以房养老变得更为可行。

最后,多样的信托类型与信托的物权效力,是英美物权法不担心物权类型过少或跟不上时代的主要原因。^[106] 台湾的信托关系摆荡在对人与对世效力之间,许多英美法中承认之信托类型,也没有明白被肯认。^[107] 信托的物权接口与契约约定若能搭配得宜,甚至许多物权类型就不需要明文制订。笔者并非信托的专家,在此邀请海峡两岸的信托法高手,一同提出扩张信托关系之方案。

总而言之,物权法定主义,并无法保证能完美实现物权类型最适量理论之目标。海峡两岸目前都有物权类型匮乏之问题,本文提出之物权类型若能增订,应能大幅缓解此问题。

四、结 论

本文引介并批判梅里尔与史密斯、汉斯曼与卡拉克曼以及两岸学者关于物权类型最适量之论证,主张物权类型确实有最适量。美国学者认为物权法定主义可大致达成创设最适量物权类型之目标,但此论证并不适用于两岸,因为两岸物权法中的物权类型过少,又缺乏可以弹性创造新交易方式之未来权益与物权性质的信托。学者多认为,物权自由主义可以解决物权类型过少之问题,但此论证疏未考虑,物权自由主义所增加之外部估量成本。台湾地区“民法”第 757 条、中国大陆物权法第 5 条之立法论,应从创设最适量物权类型着眼,选择最有可能完成此目标之制度安排。本文探讨物权法定主义与物权自由主义之利弊,批判性地回顾近年来的新文献,厘清问题本质。本文之结论是两者各有成本、效益,在针对任何法域制订物权法定或自由之政策时,必须注意立法当时的制度条件。针对此物权法上最根本的问题,本文之论证必然不是论证的终点,尚祈两岸先进不吝赐教。

(责任编辑:黄 韬)

[106] See Smith, supra note [53], at 153.

[107] 例如:节省信托。参见谢哲胜:《信托法》,台湾元照出版社 2009 年第 3 版,第 305~306 页。