

# 新私法學<sup>\*</sup>

張永健<sup>\*\*</sup>

## 目次

壹、前言	一、重視概念，但也要反省既有概念
貳、什麼是新私法學？	二、尊重既有部門法分界，也要跨部門
一、三個核心特徵	肆、代結語：邁向「新法學」？
二、新在哪裡？	
三、從此岸到彼岸	
參、怎麼寫作新私法學？	

## 壹、前言

2009年9月，拿到博士學位後數個月，筆者進入中央研究院法律學研究所籌備處服務。當時的籌備處主任湯德宗大法官，心中念茲在茲的目標，就是早日成所。對於剛展開學術生涯的我，苦於沒有新的研究方向，小孩又剛出生，當然對於儘快成所的目標，沒有100%的信服。直到去申請公務員補助，被院外單位回絕，說「籌備處」不是正式、永久的單位，所以我資格不符，才堅定了儘快把「籌備處」三個字拿掉的念頭。

也有同事說，在國外開會時，不諳拉丁文的學者看到法律所的單位名稱「Institutum Iurisprudentiae (Preparatory Office)」後，以恍然大悟的

\* 作者感謝陳冠廷、歐苡均、朱明希的研究協助，尤其關於內在與外在觀點的法理學梳理，全拜冠廷所賜。本文乃中研院前瞻計畫AS-CDA-106-H02的部分研究成果。

\*\* 中央研究院法律學研究所研究員；法實證研究資料中心主任。

kleiber@sinica.edu.tw。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/32617012.pdf>。



語氣說：「原來 Institutum Jurisprudentiae 就是 Preparatory Office 的意思！」雖然只是法律所內部笑談，但儘早「扶正」，記得已是當時同仁的共識。

2011年間，中央研究院法律學研究所正式成所。在這個關鍵時點前後，我也總算找到了研究方向。現在回頭看，當時確立的研究方向，就是「新私法學」（New Private Law）。

## 貳、什麼是新私法學？

新私法學是筆者長年的合作者、哈佛大學法學院講座教授 Henry Smith 等人發起的學派。先是2012年 Harvard Law Review 刊登了新私法學的專號<sup>1</sup>，而後2020年由牛津大學出版社發行了教戰手冊（handbook）<sup>2</sup>，確立了開宗立派的決心，也說明了學派的方向與立場<sup>3</sup>。

### 一、三個核心特徵

新私法學有三個核心特徵：第一，併用內在觀點（internal approach）和外在觀點（external approach）。第二，認真看待私法學中的既有概念與部門分野<sup>4</sup>。第三，擴展私法學的範疇到周邊部門，如：公司法、智財法、勞動法等<sup>5</sup>。

提到內在觀點與外在觀點之分，往往讓人容易想到英國分析法理學的宗師哈特（H.L.A. Hart）<sup>6</sup>。哈特或許並非首位明確對內在觀點與外在

---

<sup>1</sup> See SYMPOSIUM, THE NEW PRIVATE LAW, HARVARD LAW REVIEW (2012).

<sup>2</sup> See ANDREW S. GOLD ET AL. EDs., THE OXFORD HANDBOOK OF THE NEW PRIVATE LAW (2020).

<sup>3</sup> 中文文獻中的介紹，參見熊丙萬，實用主義能走多遠——美國財產法學引領的私法新思維，清華法學，2018年1期，頁129-151（2018年）。

<sup>4</sup> 因此，新私法學與「法律現實主義」（legal realism）的重大差異，就是後者鄙視法律概念。See Emily Sherwin, *Formalism and Realism in Private Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE NEW PRIVATE LAW 466, 466 (Andrew S. Gold et al. eds., 2020).

<sup>5</sup> See Andrew S. Gold et al., *Introduction*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE NEW PRIVATE LAW, at xv, xv-xvi (Andrew S. Gold et al. eds., 2020).

<sup>6</sup> See H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 88-91 (Joseph Raz & Penelope A. Bulloch eds., 3d ed. 2012). 另可參見以下國內文獻的介紹：顏厥安，法與實踐理性，頁300-308（1998年）；陳景輝，哈特《法律的概念》導讀，台灣法學雜誌，189期，頁28-38（2011年）。

觀點進行區分者，但哈特的此一區分卻最為人所熟知<sup>7</sup>。在《法律的概念》（*The Concept of Law*）一書裡，內在觀點所指涉的，乃是人們在法律底下生活的接受態度。這種接受的態度是一種「批判反思」的態度，持有這種態度的人「接受」了法律作為自身社會生活的行為標準；人不只是行動上符合了法規的要求，並以此做為檢視自己以及他人的標準，認為自己或他人「應當如此」，或者以此來指責違反者（不論是自己或他人）的行徑。而以如此態度行走江湖者，哈特認為持有「內在觀點」。相對地，視法律運作為行為規律或反應，或因為受法律威脅方才作出某種行為者，則是持有外在觀點。

哈特這番以「接受」來說明「內在觀點」的論述，仍有模糊之處，也因而讓不少法理學研究者爭執著哈特此一「接受」之內涵與範圍<sup>8</sup>。而其中一項原因或許是，哈特點出內在觀點此一現象是在駁斥奧斯丁（John Austin）的命令論時所提出，是為了指出命令論在說明「法律是什麼」此一法理學大哉問時犯下的疏漏，並非是為了涉入「法學論證（legal argument）」而述。也因此，若法學者基於法學論證之旨趣而明白指出自己所採是內在觀點時，大多不會是嚴格追隨哈特的定義，而是調整界定為「參與到法律運作的參與者觀點（participants' point of

<sup>7</sup> 北歐法律現實主義學者Alf Ross在哈特之前便注意到「內外」之別，或可謂是先驅。但哈特認為Ross僅將內在面向單純看成一種感受（feeling）或情緒（emotion）反應，未關注到哈特後來所提及的「批判反思態度」。哈特便是藉批評Ross的觀點開展其理論雛形。See H.L.A. Hart, *Scandinavian Realism*, in *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY* 161 (1983). 相關國內文獻，參見：顏厥安，內外交迫：對法與道德之關係的幾個檢討，2017臺灣法理學會年度學術研討會暨會員大會「法律與道德」，台灣法理學會、台灣大學人權與法理學研究中心主辦（2017年4月22日）；陳冠廷，法律規範性理論的「無心」之過？——以哈特與拉茲之理論為核心的反思，中研院法學期刊，27期，頁378-379（2020年）。

<sup>8</sup> 對此議題，國內文獻即已有豐富的討論，參見：莊世同，法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證，中研院法學期刊，13期，頁1-36（2013年）；許家馨，從「接受論證」到「深層內在觀點」——評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉，中研院法學期刊，14期，頁375-386（2014年）；王鵬翔，接受的態度能夠證成法律的規範性嗎？——評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉，中研院法學期刊，14期，頁387-405（2014年）；陳景輝，哈特的接受論證與法律的規範性——對「莊世同／王鵬翔」之爭的評論，中研院法學期刊，14期，頁407-428（2014年）。

view) 」。<sup>9</sup> 例如在德國法理學大儒阿列西 (Robert Alexy) 的《法概念與法效力》一書中，便將哈特的內在／外在觀點之區分加以略作改寫。按其表述<sup>10</sup>：凡是在某個法律體系中參與關於「什麼是在這個法體系中被要求、禁止、授權者」的論證者，他所採取的是參與者觀點。相對地，不以這種方式提問，而是追問法律的決定實際上是如何產生的，則是觀察者觀點。而另一美國法理學大儒德沃金 (Ronald Dworkin) 在其名著《法律帝國》(Law's Empire) 也採類似看法<sup>11</sup>。對德沃金而言，參與到法律實踐之人所具備的內在觀點，乃是提出或追問「法律允許或禁止什麼」的各項主張，且這些主張因為追問的是「法律」所允許或禁止者，因此必須以一個既存的法律世界存在為前提。相對地，外於實踐的觀察者 (如社會學或史學家)，所考慮的乃是「這些法律 (論證) 是在何種背景條件之中誕生」。

簡言之，內在觀點是參與者觀點；外在觀點是觀察者觀點<sup>12</sup>。以上扼要說明內在觀點與外在觀點的不同，以便讀者理解新私法學的第一項核心主張。對內在的參與者而言，其追問都給定 (given) 了一個法律世界 (且通常是自身所處的法律世界)；就此來說，講究概念體系的法釋 (教) 義學<sup>13</sup>，是不折不扣的內在參與者觀點<sup>14</sup>。而法學結合社會科學而

<sup>9</sup> 如筆者的同事邱文聰教授探討實證研究與法學之關係時，即是援引德沃金之說法。而德沃金便是以參與者觀點來做討論。參見：邱文聰，被忽略的 (立法) 事實——探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第584號解釋，臺大法學論叢，37卷2期，頁235 (2008年)。德沃金本人之論述，請參本文後述。

<sup>10</sup> Robert Alexy 著，王鵬翔譯，法概念與法效力，2版，頁60-61 (2020年)。國內學者的介紹，參見：王鵬翔，法概念與分離命題——論Alexy與Raz關於法實證主義之爭，中研院法學期刊，5期，頁246 (2009年)。

<sup>11</sup> See RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 12-15 (1986).

<sup>12</sup> 學者雷磊曾指出，包含阿列西在內的諸多學者，將內在觀點等同為參與者觀點乃是對於哈特理論的誤解和誤用。雷磊的論述，參見：雷磊，法教義學的基本立場，中外法學，27卷1期，頁220 (2015年)。但如前文所述，本文並非為了延續哈特的提問而使用該詞彙，而是為法學論證 (legal argument) 而提，本就出於不同的理論旨趣，因此不是誤解、誤用哈特。又，阿列西本人也曾明白指出，其書中雖將內在觀點等同於參與者觀點，但其界定和哈特不同。參見：Robert Alexy 著，王鵬翔譯 (註10)。

<sup>13</sup> 參見王澤鑑，民法總則，增訂新版，頁101 (2020年) (法釋義學，此指固有意義的法學，其主要內容包括對現行有效法律的描述、從事法體系的建構，以及提出解決疑難問題的建議)。另可參見Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，頁87 (1996

成的各種社科學<sup>15</sup>，則經常被認為是外在觀點。

筆者命名倡議的「社科民法釋義學」<sup>16</sup>，就是嘗試結合內在觀點與外在觀點的取徑，以試圖釐清這些社會科學式的論理在法學論證中應有何種地位<sup>17</sup>。「社科民法釋義學」是新私法學的成果，但關注的議題仍是私法的核心部門：物權法、契約法、侵權法、繼承法，所以沒有彰顯上述新私法學的第三點特徵。

## 二、新在哪裡？

Lionel Smith教授解釋，新私法學的特點，與「舊私法學」（Old Private Law）和「超舊私法學」（Really Old Private Law）對比更能彰顯<sup>18</sup>。「舊私法學」描述20世紀後半葉風行一時的特定美國法經濟學流派（純粹的外在觀點，沒有結合現行法解釋）；「超舊私法學」則是19世紀的美國法釋義學，其風格如同當下的大陸法系法釋義學；新私法學的核心特徵則如前所述。

Lionel Smith的觀察頗值得玩味，但可能有點過度簡化。據Daniel B. Kelly的分析，第一代的法經濟分析學者，以法律制度作為出發點，運用經濟學洞見以解釋、證立、倡議改革法律。第二代的法經濟學者，比較關注經濟理論，而往往忽略了法律制度、法原則（doctrine）。到了第三代的法經濟分析<sup>19</sup>學者，包括新私法學的健將，則又重拾對法律本身的

---

年）。

<sup>14</sup> 類似看法，請參見：顏厥安，規範建構與論證——對法學科學性之檢討，收於：規範、論證與行動：法認識論文集，頁20-22（2004年）。另值得參考並比較的是，德沃金在晚期著作《身披法袍的正義》（Justice in Robes）一書中指出，提出、追問或論辯「法律所要求、禁止、許可或創設」的各項主張者，其所共享或具有者，即為釋義（doctrinal）式法概念。See RONALD DWORKIN, JUSTICE IN ROBES 2 (2006). 相關國內文獻，參見：顏厥安，德沃金之詮釋主義及其徹底化，中研院法學期刊，3期，頁181-182（2008年）。

<sup>15</sup> 參見張永健，法實證研究——原理、方法與應用（2019年）。

<sup>16</sup> 參見張永健，社科民法釋義學（2020年）。

<sup>17</sup> 就此來說，這雖仍是以內在參與者的方式加以思維，但已認知到外在觀察者的觀點與內在參與者的觀點皆不可或缺。而這正是新私法的特點。

<sup>18</sup> See Lionel Smith, *Civil and Common Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE NEW PRIVATE LAW 227, 237 (Andrew S. Gold et al. eds., 2020).

<sup>19</sup> 法經濟學與法經濟分析的區別，參見張永健，法經濟分析：方法論與物權法應用

重視<sup>20</sup>。以新私法學的視角，第一代與第三代的法經濟分析學者取徑相似，而與第二代法經濟學不同。因此，美國的法經濟學／法經濟分析，並非都是忽略法律制度的舊私法學。

### 三、從此岸到彼岸

再者，Lionel Smith觀察到的，從超舊私法學，到舊私法學，再往新私法學邁進的歷史進程，只能描述美國菁英法學院的法學作品（或許可以再加上以色列菁英法學院）。其他國家的法學院，在過去一兩百年中，都還在Lionel Smith的超舊私法學典範下。在筆者個人觀察中，在經濟學界中，亞洲和美國的经济學家所寫的法經濟學作品，都是第二代法經濟學的風格，沒有關注法律制度；但是歐洲多數的經濟學家所寫的作品，則一直是第一代法經濟分析的風格，保持對法律制度的關注<sup>21</sup>。

「華文法學」<sup>22</sup>的發展歷程，應該會與美國法學不同；兩岸的發展歷程也不同。臺灣一直有民法典和各種單行法，所以法釋義學的香火不斷，也就一直在所謂超舊私法學的典範下。未來若有改變，應該也是一躍為新私法學，而不會經歷舊私法學（純粹使用外在觀點）。在臺灣的法學院任教，從而比較可能影響法律學術圈、實務圈的學者，都不是經濟學者出身<sup>23</sup>，這是舊私法學在臺灣沒有誕生的原因之一（當然，也可能是結果）。

中國大陸則在1949年以後有很長一段私法領域的制定法真空。1986年的民法通則之外，要到20與21世紀之交才開始有重要部門法的完整單

---

（2021年）。

<sup>20</sup> See Daniel B. Kelly, *Law and Economics*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE NEW PRIVATE LAW 85, 85 (Andrew S. Gold et al. eds., 2020).

<sup>21</sup> See HANS-BERND SCHÄFER & CLAUS OTT, *THE ECONOMIC ANALYSIS OF CIVIL LAW* (2004).

<sup>22</sup> 簡資修，華文的法經濟學道路，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁513-550（2018年）。

<sup>23</sup> 過去30年在臺灣最有影響力的法經濟學者，是臺大經濟系退休的熊秉元教授；其法經濟學作品參見：熊秉元，罪與罰之外：經濟學家對法學的20個提問，2版（2019年）；熊秉元，正義的效益——一場法學與經濟學的思辨之旅（2015年）；熊秉元，法學的經濟思維（2013年）；熊秉元，法律經濟學開講（2007年）；熊秉元，約法哪三章？——法律及制度經濟學論文集(一)（2002年）；熊秉元，天平的機械原理——法律及制度經濟學論文集(二)（2002年）；熊秉元，熊秉元漫步法律（2003年）。

行法，並且直到2020年才出台民法典之前很長的一段時間內，強調外在觀點，而不當然直接碰觸具體法律解釋問題的論著，非常受矚目<sup>24</sup>。但在「法網」越來越密之後，內在觀點（超舊私法學）的興起並不讓人意外<sup>25</sup>。但也因為先前的舊私法學根基還在，年輕一輩的私法學者，也頗多結合經濟分析與法釋義學的論著<sup>26</sup>。新私法學的奮起，指日可待<sup>27</sup>。

<sup>24</sup> 類似觀察，參見薛軍，法教義學與社科法學的社會思想背景，北大法律評論，17卷2期，頁279-280（2016年）。其他觀察，未提到法典化的影響，請比較蘇力，中國大陸法學研究格局的流變，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（上冊），頁171-212（2018年）（探討中國既有的「政法法學」的衰弱與轉換）；侯猛，社科法學的傳統與挑戰，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁445-472（2018年）。

比較早期的社科法學代表作品，參見例如蘇力，「海瑞定理」的經濟學解讀，中國社會科學，2006卷6期，頁116-119（2006年）；蘇力，送法下鄉：中國基層司法制度研究，修訂版（2011年）；蘇力，解釋的難題——對幾種法律文本解釋方法的追問，中國社會科學，1997卷4期，頁12-31（1997年）；桑本謙，理論法學的迷霧——以轟動案例為素材，增訂版（2015年）；桑本謙，疑案判決的經濟學原則分析，中國社會科學，2008卷4期，頁108-122（2008年）；張維迎、鄧峰，信息、激勵與連帶責任——對中國古代連坐、保甲制度的法和經濟學解釋，中國社會科學，2003卷3期，頁99-113（2003年）。

<sup>25</sup> 強調法釋義學的論述，參見例如黃卉，法學通說與法學方法——基於法條主義的立場（2015年）；雷磊，法教義學立場再商榷，北大法律評論，17卷2期，頁298-305（2016年）（指出法釋義學是一內部視角的工作，但也同時承認外部視角有益，故不應一味否認，而應與社科法學對話合作）；許德風，法教義學的應用，中外法學，25卷5期，頁937-973（2013年）（指出法釋義學是以文本為依歸所開展，非法律虛無論；但也提到法釋義學應借鏡社會科學等經驗研究，並特別指出法學者對於經驗素材中的數據取得與解讀的部分亦有待改進）；許德風，論法教義學與價值判斷，中外法學，20卷2期，頁165-190（2008年）（認為哲學思考和社會科學的考量皆無法取代法律規則。而只有藉由體系化的法律規則，方可將價值判斷轉化為可操作的規則供法律人使用。故法釋義學必不可少）。

<sup>26</sup> 參見例如賀劍，綠色原則與法經濟學，中國法學，2019卷2期，頁110-127（2019年）；許可，物債二分下的網路虛擬財產權——一個法律經濟學的視角，人大法律評論，2017卷1期，頁180-201（2017年）；熊丙萬，中國財產法的經濟分析，人大法律評論，2017卷1期，頁123-161（2017年）；熊丙萬，中國民法學的效率意識，中國法學，2018卷5期，頁82-101（2018年）。

<sup>27</sup> 在德國任教的中國學者也指出，在德國，私法領域中，法經濟分析方法已經被基本認可。參見卜元石，法教義學的顯性化與作為方法的法教義學，南大法學，1期，頁69（2020年）。

## 參、怎麼寫作新私法學？

本文雖然讀起來像華文世界中的新私法學宣言，但其實在私法領域中緊密結合法釋義學和社會科學的創作，已經存在三十年。最有代表性的莫過於蘇永欽教授<sup>28</sup>。筆者的前引著作，也是新私法學典範下的嘗試。本節因此要探討在新私法學的取徑之上，再進一步推進的兩個可行方向。

### 一、重視概念，但也要反省既有概念

特別講究概念，或可謂法學異於社會科學之處。建構概念體系更是法釋義學者的當行本色。但私法學只能用一套概念體系嗎？顯然不是。德國民法概念體系雖然已經有百年以上的發展歷史，但筆者認為已經到了「縫縫補補太多年」的地步，應該重新檢討，甚至砍掉重練。

以霍菲爾德（Wesley Hohfeld）的分析法理學（analytical jurisprudence）方法，筆者已經嘗試重新檢討兩岸所繼承的德國民法基本概念：債<sup>29</sup>、物<sup>30</sup>、買賣<sup>31</sup>、信託<sup>32</sup>、損害賠償<sup>33</sup>、占有<sup>34</sup>。筆者也用此方法反省兩岸

---

<sup>28</sup> 參見蘇永欽，法學的想像，現代法治研究，15期，頁9-10（2020年）；蘇永欽，物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析，經濟論文叢刊，19卷2期，頁219-257（1991年）；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169-218（1999年）；蘇永欽，從效率觀點看幾個共有關係的爭議，收於：走入新世紀的私法自治，頁303-331（2002年）；蘇永欽，法定物權的社會成本，收於：尋找新民法，頁161-218（2008年）。

<sup>29</sup> 參見張永健，告別債的概念——德國民法概念體系檢討之二，工作論文，<http://idv.sinica.edu.tw/kleiber/pdf/obligation.pdf>（2020年）。

<sup>30</sup> 參見張永健，物權的關係本質——基於德國民法概念體系的檢討，中外法學，2020卷3期，頁720-742（2020年）；張永健，物權的架構與風格——以不動產與動產抵押為例，月旦法學雜誌，241期，頁77-87（2015年）。

<sup>31</sup> 參見張永健、吳從周，逝者的公寓大廈——靈骨塔的契約與物權安排問題，臺大法學論叢，48卷4期，頁1976-1983（2019年）。

<sup>32</sup> 參見張永健，霍菲爾德分析法學對占有、信託概念的新界定，經貿法律評論，2021卷6期（2021年）（即將出版）。

<sup>33</sup> 參見張永健，損害賠償（之債）作為公因式？大民法典理論下的反思，收於：蘇永欽教授七秩祝壽論文集編輯委員會編，蘇永欽教授七秩祝壽論文集（第一卷）：法學的想像（2021年）（即將出版）；張永健，損害賠償之債——5800筆判決的實證社科法學研究，收於：蘇永欽教授七秩祝壽論文集編輯委員會編，蘇永欽教授七秩祝壽論文集（第四卷）：社科法學（2021年）（即將出版）。

<sup>34</sup> 參見張永健（註32）；另參見張永健，占有規範之法理分析，臺大法學論叢，42卷特

自創的私法概念，如：成員權<sup>35</sup>。

唯有用更精確的概念，剝除不必要的概念雜質，才能使法律關係更清晰，並使法律議題的各種面向討論不流於各說各話。使用精準的法律概念，也會使運用行為理論（behavioral theory）預測受管制者的行為，不會失焦。

## 二、尊重既有部門法分界，也要跨部門

新私法學雖然強調要尊重既有的部門法類型（categories），但也提倡一些跨部門的探討，例如：fiduciary law（忠實法）就可以跨越委任、信託、繼承等傳統部門分界<sup>36</sup>；organization law（組織法）的研究對象自然包括公司、財團法人、公益信託、社會團體、合夥、共有<sup>37</sup>。

而在既有兩申文獻的基礎上<sup>38</sup>，筆者寫作了一系列以獨立財產和資產分割為視角的論文，以展示此分析框架跨部門的啟示。獨立財產和資產分割的理論框架<sup>39</sup>，可以用以探討繼承法中的遺產<sup>40</sup>、公司與其他法人

---

刊期，頁847-932（2013年）。

<sup>35</sup> 參見張永健，農村耕地的產權結構——成員權、三權分置的反思，南大法學，1期，頁81-100（2020年）。

<sup>36</sup> See, e.g., Henry E. Smith, *Why Fiduciary Law Is Equitable*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW 261 (Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., 2013); Robert H. Sitkoff, *An Economic Theory of Fiduciary Law*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW 197 (Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., 2014).

<sup>37</sup> See, e.g., Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Organizational Law as Asset Partitioning*, 44 EUR. ECON. REV. 807 (2000); Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 YALE L.J. 387 (2000).

<sup>38</sup> 關於獨立財產的文獻，see, e.g., Kenneth Reid, *Patrimony Not Equity: The Trust in Scotland*, 3 EUR. REV. PRIVATE L. 427 (2000); Lionel Smith, *Trust and Patrimony*, 38 REVUE GÉNÉRALE DE DROIT 379 (2008). 關於資產分割的文獻，see Hansmann & Kraakman, *supra* note 37; Henry Hansmann & Ugo Mattei, *The Function of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 N.Y.U. L. REV. 434 (1998); Henry Hansmann et al., *Law and the Rise of the Firm*, 119 HARV. L. REV. 1333 (2006).

<sup>39</sup> 參見張永健，財產獨立與資產分割之理論架構，月旦民商法雜誌，50期，頁87-104（2015年）。

<sup>40</sup> 參見張永健、黃詩淳，「遺產」的概念定性與債權人保護——理論檢討與修法建議，臺北大學法學論叢，110期，頁171-226（2019年）。

的資產與股東的有限責任<sup>41</sup>、公寓大廈中的公共基金<sup>42</sup>、靈骨塔的歸屬<sup>43</sup>。

另外，一身專屬性的概念雖然源自於民法第1148條，但從契約法、物權法到行政法、刑事訴訟法，都必須判斷財產、權利、義務是否一身專屬<sup>44</sup>。

兩岸的私法學，依拙見，仍太過於固守傳統的部門分野。就連學者的研究領域組合，也都少見打破陳規者。研究契約的學者也作侵權法。教授親屬法者，被期待要教繼承法。公司法學者的次要研究領域仍多在商法之列，連跨足契約法者都不多見<sup>45</sup>。若能有更多從事創新「領域排列組合」的學者，像是同時研究親屬法與信託法，便可促進部門間的洞見交流——可能在親屬法內已經被研究透澈的想法，在信託學者間尚屬新鮮，而兼治兩者的學者，就可利用親屬法學的洞見，推進信託法的新思維。

## 肆、代結語：邁向「新法學」？

新私法學尊重既有部門分野，但也提倡更多跨越與整合。私法學內部如此，公法學內部何獨不然？筆者作為公法組的「逃兵」，最近改版出版的《土地管制與徵收的專論》，也可以看成是「新公法學」的成果<sup>46</sup>。該書調度了法經濟分析、法實證研究方法，與公法釋義學結合，從憲法解釋、行政法院的法律與命令解釋、立法政策、行政執行各方面，均提出結合社會科學的法學解釋與建議。

---

<sup>41</sup> 參見張永健，資產分割理論下的法人與非法人組織——《民法總則》欠缺的視角，中外法學，30卷1期，頁59-83（2018年）。

<sup>42</sup> 參見張永健，大家的錢是誰的錢？——公寓大廈組織型態與公共基金所有權歸屬之立法論，月旦法學雜誌，269期，頁105-116（2017年）。

<sup>43</sup> 參見張永健、吳從周（註31）。

<sup>44</sup> 參見黃詩淳、張永健，「一身專屬性」之理論建構：以保證契約之繼承為重心，中研院法學期刊，25期，頁285-353（2019年）。

<sup>45</sup> 一個例外是法經濟分析的先行者之一王文字教授，跨足公司、信託、契約法。參見例如王文字，探索商業智慧：契約與組織（2019年）；王文字，公司法論，6版（2018年）。

<sup>46</sup> 參見張永健，土地徵收與管制之補償——理論與實務（2020年）。

而公法學與私法學間，又何嘗不需要更多跨越與整合？筆者大三時修了「英美侵權法」；授課教師是後來成為業師的葉俊榮教授。筆者大二時就修了葉俊榮教授的環境法，當然也知道他是知名「公法」學者。一開始，總覺得葉俊榮教授是否「走錯教室」。修過葉教授課的人，大概都聽過他的「萬法皆公法」的論點。而侵權法作為事後的環境管制手段，與行政法作為事前的環境管制手段，確實不能因為公法與私法的分野而鋸箭處理<sup>47</sup>；否則學者如何能給立法者雙管齊下（或單管孤下，因為什麼手段都用不一定是最好的政策）的最佳建議？

因此，在中研院法律所十週年之際，提倡「新私法學」或許氣魄太小，應該重磅推出「新法學」才是！但願法律所廿週年時，我不用感嘆：「知我者，二三子。」

---

<sup>47</sup> 筆者仍記得第一次閱讀葉教授此篇論文時的震撼：葉俊榮，出賣環境權，收於：環境政策與法律，頁35-71（1993年）。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- Robert Alexy著，王鵬翔譯（2020），法概念與法效力，2版，臺北：五南。[Alexy, Robert (2020), *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg im Breisgau: Karl Albe.]
- Karl Larenz著，陳愛娥譯（1996），法學方法論，臺北：五南。〔Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm (1995), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg: Springer.〕
- 侯猛（2018），社科法學的傳統與挑戰，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁445-472，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 卜元石（2020），法教義學的顯性化與作為方法的法教義學，南大法學，1期，頁49-80。
- 張永健（2013），占有規範之法理分析，臺大法學論叢，42卷特刊期，頁847-932。
- （2015），物權的架構與風格——以不動產與動產抵押為例，月旦法學雜誌，241期，頁77-87。
- （2015），財產獨立與資產分割之理論架構，月旦民商法雜誌，50期，頁87-104。
- （2017），大家的錢是誰的錢？——公寓大廈組織型態與公共基金所有權歸屬之立法論，月旦法學雜誌，269期，頁105-116。
- （2018），資產分割理論下的法人與非法人組織——《民法總則》欠缺的視角，中外法學，30卷1期，頁59-83。
- （2019），法實證研究——原理、方法與應用，臺北：新學林。
- （2020），告別債的概念——德國民法概念體系檢討之二，工作論文，<http://idv.sinica.edu.tw/kleiber/pdf/obligation.pdf>。
- （2020），土地徵收與管制之補償——理論與實務，臺北：元照。
- （2020），物權的關係本質——基於德國民法概念體系的檢討，中外法學，2020卷3期，頁720-742。

- （2020），社科民法釋義學，臺北：新學林。
- （2020），農村耕地的產權結構——成員權、三權分置的反思，南大法學，1期，頁81-100。
- （2021），霍菲爾德分析法學對占有、信託概念的新界定，經貿法律評論，2021卷6期。（即將出版）
- （2021），損害賠償（之債）作為公因式？大民法典理論下的反思，收於：蘇永欽教授七秩祝壽論文集編輯委員會編，蘇永欽教授七秩祝壽論文集，法學的想像（第一卷）：大民法典，臺北：元照。（即將出版）
- （2021），損害賠償之債——5800筆判決的實證社科法學研究，收於：蘇永欽教授七秩祝壽論文集編輯委員會編，蘇永欽教授七秩祝壽論文集，法學的想像（第四卷）：社科法學，臺北：元照。（即將出版）
- （2021），法經濟分析：方法論與物權法應用，臺北：元照。
- 張永健、吳從周（2019），逝者的公寓大廈——靈骨塔的契約與物權安排問題，臺大法學論叢，48卷4期，頁1967-2021。
- 張永健、黃詩淳（2019），「遺產」的概念定性與債權人保護——理論檢討與修法建議，臺北大學法學論叢，110期，頁171-226。
- 張維迎、鄧峰（2003），信息、激勵與連帶責任——對中國古代連坐、保甲制度的法和經濟學解釋，中國社會科學，2003卷3期，頁99-113。
- 桑本謙（2008），疑案判決的經濟學原則分析，中國社會科學，2008卷4期，頁108-122。
- （2015），理論法學的迷霧——以轟動案例為素材，增訂版，北京：法律出版社。
- 熊丙萬（2017），中國財產法的經濟分析，人大法律評論，2017卷1期，頁123-161。
- （2018），中國民法學的效率意識，中國法學，2018卷5期，頁82-101。
- （2018），實用主義能走多遠——美國財產法學引領的私法新思維，清華法學，2018年1期，頁129-151。

- 熊秉元（2002），天平的機械原理——法律及制度經濟學論文集(二)，臺北：元照。
- （2002），約法哪三章？——法律及制度經濟學論文集(一)，臺北：元照。
- （2003），熊秉元漫步法律，臺北：時報。
- （2007），法律經濟學開講，臺北：時報。
- （2013），法學的經濟思維，臺北：華藝學術出版。
- （2015），正義的效益——一場法學與經濟學的思辨之旅，臺北：商周。
- （2019），罪與罰之外：經濟學家對法學的20個提問，2版，臺北：天下文化。
- 王文宇（2018），公司法論，6版，臺北：元照。
- （2019），探索商業智慧：契約與組織，臺北：元照。
- 王澤鑑（2020），民法總則，增訂新版，臺北：自版。
- 王鵬翔（2009），法概念與分離命題——論Alexy與Raz關於法實證主義之爭，中研院法學期刊，5期，頁229-289。
- （2014），接受的態度能夠證成法律的規範性嗎？——評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉，中研院法學期刊，14期，頁387-405。
- 簡資修（2018），華文的法經濟學道路，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（下冊），頁513-550，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 莊世同（2013），法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證，中研院法學期刊，13期，頁1-36。
- 葉俊榮（1993），出賣環境權，收於：環境政策與法律，頁35-71，臺北：月旦。
- 薛軍（2016），法教義學與社科法學的社會思想背景，北大法律評論，17卷2期，頁279-280。
- 蘇力（1997），解釋的難題——對幾種法律文本解釋方法的追問，中國社會科學，1997卷4期，頁12-31。

- （2006），「海瑞定理」的經濟學解讀，中國社會科學，2006卷6期，頁116-119。
- （2011），送法下鄉：中國基層司法制度研究，修訂版，北京：北京大學出版社。
- （2018），中國大陸法學研究格局的流變，收於：簡資修編，2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法（上冊），頁171-212，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 蘇永欽（1991），物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析，經濟論文叢刊，19卷2期，頁219-257。
- （1999），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169-218，臺北：五南。
- （2002），從效率觀點看幾個共有關係的爭議，收於：走入新世紀的私法自治，頁303-331，臺北：元照。
- （2008），法定物權的社會成本，收於：尋找新民法，頁161-218，臺北：元照。
- （2020），法學的想像，現代法治研究，15期，頁1-12。
- 許可（2017），物債二分下的網路虛擬財產權——一個法律經濟學的視角，人大法律評論，2017卷1期，頁180-201。
- 許家馨（2014），從「接受論證」到「深層內在觀點」——評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉，中研院法學期刊，14期，頁375-386。
- 許德風（2008），論法教義學與價值判斷，中外法學，20卷2期，頁165-190。
- （2013），法教義學的應用，中外法學，25卷5期，頁937-973。
- 賀劍（2019），綠色原則與法經濟學，中國法學，2019卷2期，頁110-127。
- 邱文聰（2008），被忽略的（立法）事實——探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第584號解釋，臺大法學論叢，37卷2期，頁233-284。

- 陳冠廷（2020），法律規範性理論的「無心」之過？——以哈特與拉茲之理論為核心的反思，中研院法學期刊，27期，頁345-406。
- 陳景輝（2011），哈特《法律的概念》導讀，台灣法學雜誌，189期，頁28-38。
- （2014），哈特的接受論證與法律的規範性——對「莊世同／王鵬翔」之爭的評論，中研院法學期刊，14期，頁407-428。
- 雷磊（2015），法教義學的基本立場，中外法學，27卷1期，頁198-223。
- （2016），法教義學立場再商榷，北大法律評論，17卷2期，頁298-305。
- 顏厥安（1998），法與實踐理性，臺北：允晨文化。
- （2004），規範建構與論證——對法學科學性之檢討，收於：規範、論證與行動：法認識論論文集，頁3-40，臺北：元照。
- （2008），德沃金之詮釋主義及其徹底化，中研院法學期刊，3期，頁163-200。
- （2017），內外交迫：對法與道德之關係的幾個檢討，2017臺灣法理學會年度學術研討會暨會員大會「法律與道德」，台灣法理學會、台灣大學人權與法理學研究中心主辦，2017年4月22日。
- 黃卉（2015），法學通說與法學方法——基於法條主義的立場，北京：中國法制出版社。
- 黃詩淳、張永健（2019），「一身專屬性」之理論建構：以保證契約之繼承為重心，中研院法學期刊，25期，頁285-353。

## 二、外文部分

- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- . 2006. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Gold, Andrew S., John C. P. Goldberg, Daniel B. Kelly, Emily Sherwin, and Henry E. Smith, eds. 2020. *The Oxford Handbook of the New Private Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Gold, Andrew S., John C. P. Goldberg, Daniel B. Kelly, Emily Sherwin, and Henry E. Smith. 2020. Introduction. Pp. xv-xxviii in *The Oxford Handbook of the New Private Law*, edited by Andrew S. Gold, John C. P. Goldberg, Daniel B. Kelly, Emily Sherwin and Henry E. Smith. Oxford: Oxford University Press.
- Hansmann, Henry, and Reinier Kraakman. 2000. The Essential Role of Organizational Law. *Yale Law Journal* 110:387-440.
- . 2000. Organizational Law as Asset Partitioning. *European Economic Review* 44:807-817.
- Hansmann, Henry, Reinier Kraakman, and Richard Squire. 2006. Law and the Rise of the Firm. *Harvard Law Review* 119:1333-1403.
- Hansmann, Henry, and Ugo Mattei. 1998. The Function of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis. *New York University Law Review* 73:434-479.
- Hart, H.L.A. 1983. Scandinavian Realism, Pp.161-169 in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- . 2012. The Concept of Law. 3d ed., edited by Joseph Raz and Penelope A. Bulloch. Oxford: Oxford University Press.
- Kelly, Daniel B. 2020. Law and Economics. Pp. 85-102 in *The Oxford Handbook of the New Private Law*, edited by Andrew S. Gold, John C. P. Goldberg, Daniel B. Kelly, Emily Sherwin and Henry E. Smith. Oxford: Oxford University Press.
- Reid, Kenneth. 2000. Patrimony Not Equity: The Trust in Scotland. *European Review of Private Law* 3:427-437.
- Schäfer, Hans-Bernd, and Claus Ott. 2004. *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Sherwin, Emily. 2020. Formalism and Realism in Private Law. Pp. 466-479 in *The Oxford Handbook of the New Private Law*, edited by Andrew S. Gold, John C. P. Goldberg, Daniel B. Kelly, Emily Sherwin and Henry E. Smith. Oxford: Oxford University Press.

- Sitkoff, Robert H. 2014. An Economic Theory of Fiduciary Law. Pp. 197-208 in *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, edited by Andrew S. Gold and Paul B. Miller. Oxford: Oxford University Press.
- . 2013. Why Fiduciary Law Is Equitable. Pp. 261-284 in *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, edited by Andrew S. Gold and Paul B. Miller. Oxford: Oxford University Press.
- Smith, Lionel D. 2008. Trust and Patrimony. *Revue Générale de Droit* 38:379-403.
- . 2020. Civil and Common Law. Pp. 227-240 in *The Oxford Handbook of the New Private Law*, edited by Andrew S. Gold, John C. P. Goldberg, Daniel B. Kelly, Emily Sherwin and Henry E. Smith. Oxford: Oxford University Press.