

物權法經濟分析的方法論之路*

——評張永健教授《物權法之經濟分析——所有權》 及相關論文

賀劍**

摘要

物權法經濟分析之方法論包括經濟分析和法教義學兩個面向，在中文世界罕有研究。張永健教授獨著之《物權法之經濟分析——所有權》，以及與王鵬翔教授合著之〈論經濟分析在法學方法之運用〉，填補研究空白，意義深遠。本文旨在反思其潛在不足，以裨方法論之發展。

在經濟分析面向，信息成本、生產效率、配置效率等概念未必堪當大任，在物權法領域支撐一套有別於一般法律經濟分析之專門方法論。從具體應用來看，相較於教義分析，物權法之經濟分析的優勢在於其一貫的事前視角和成本效益視角；但經濟分析的品質並不必然優於教義分析。

在法教義學面向，經濟分析融入法教義學的主要通道為目的解釋方法。區分一階與二階效率，並試圖在二階效率層面論證，經濟分析在目的解釋和法律解釋後設方法兩種情境能有效化解一階價值之衝突，目前尚難謂成功。

* 投稿日：2020年1月31日；接受刊登日：2020年5月29日。〔責任校對：莊佩芬〕。

本文的寫作，得益於劉恩志同學的研究協助，得益於張永健教授和諸位匿名審稿人的批評指正，在此併致謝忱。

** 北京大學法學院助理教授。hejian@pku.edu.cn。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/80617002.pdf>。



關鍵詞：經濟分析、法經濟學、信息成本、交易成本、配置效率、生產效率、一階效率、二階效率、法教義學/法釋義學、法律解釋。

目次

壹、引言	三、越界建築
貳、物權法經濟分析中的成本	四、附合與混合
一、交易成本之重新界定	五、共有物分管
二、信息成本之盛名難副	六、事實上處分權
三、被遺忘的管理成本？	伍、經濟分析如何融入法教義學？
參、物權法經濟分析中的效率	一、一階效率：經濟分析作為法律解釋方法之方法
一、效益為何「神隱」？	二、二階效率：經濟分析作為價值衝突之解決方法
二、效率標準或可反思	陸、結論
三、方法論的其他內容	
肆、物權法經濟分析之應用	
一、物權習慣	
二、法定通行權	

壹、引言

物權法（財產法）的經濟分析，在中文世界並不新鮮。兩大法系的法經濟學著作，不少已被逐譯為中文，其中自有物權法經濟分析之篇章¹。不過，這畢竟隔了一層，缺乏對本土法制的真切觀照。多年來，雖然也不乏本土研究，但大都零散而未成體系，更缺

¹ 參見Richard A. Posner著，蔣兆康譯，法律的經濟分析，2版，頁41-129（2012年）；Robert Cooter & Thomas Ulen著，施少華、姜建強、陳巧亞、姜欣、費曉楓譯，法和經濟學，頁63-152（2002年）；Steven Shavell著，柯華慶譯，法律的經濟分析，頁6-49（2009年）；Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott著，江清雲、杜濤譯，民法的經濟分析，頁531-610（2009年）。

乏方法論的一般思考²。

就此而言，張永健教授的《物權法之經濟分析——所有權》（以下簡稱《物權》）不愧為「中文世界中第一本『物權法經濟分析』的專論」（「本書簡介」）³。之所以稱第一，倒不僅因為材料的體系性，而頗得益於理論之深度。借用蘇永欽教授的評語：「這本書討論的民事財產法問題，我好像都處理過」，但該書依然將中文世界的法經濟分析「提升到前所未有的層次」；如果以往研究是有「電腦的況味」之「卡片」，該書就近乎「真正的個人電腦」（「序言三」，頁7-8）！

在筆者看來，《物權》的理論深度固然與具體問題的深入研究有關，但更體現為其系統闡釋了物權法經濟分析的方法論，並以之分析具體問題。具體研究易逝，而方法論長存。在方法論上，該書

-
- 2 兩岸的代表研究，參見蘇永欽，走入新世紀的私法自治，頁245-299、335-352（2002年）（分別涉及地役權、共有關係和租賃權物權效力）；蘇永欽，私法自治中的經濟理性，頁84-329（2004年）（分別涉及物權法定、物權行為的獨立性與無因性、動產善意取得、盜賊遺失物的善意取得、留置權、相鄰關係和動產加工）；蘇永欽，尋找新民法，增訂版，頁175-297、459-520（2012年）（分別涉及物權法定、以房養老、物權堆疊、共有物分割）；王文宇，民商法理論與經濟分析，頁1-129（2002年）（分別論及財產法則與補償法則、分管契約、「財產法的經濟分析與寇斯定理」）；王文宇，民商法理論與經濟分析（二），頁1-52（2003年）（關於物權法定原則及物債二分）；簡資修，經濟推理與法律，頁61-95（2006年）（分別涉及讓與不破租賃、公寓大廈屋頂平臺之產權研究）。寧紅麗，經濟學視野中的越界建築法律規則，法商研究，2005年第3期，頁88-95（2005年）；張巍，物權法定與物權自由的經濟分析，中國社會科學，2006年第4期，頁129-140（2006年）；許德風，論擔保物權的經濟意義及我國破產法的缺失，清華法學，2007年第3期，頁60-77（2007年）；薛啟明，動產善意取得功能辨，北大法律評論，12卷1輯，頁200-228（2011年）；賀劍，走出共同擔保人內部追償的「公平」誤區——《物權法》第176條的解釋論，法學，2017年第3期，頁77-92（2017年）。唯一的專著，參見周林彬，物權法新論——一種法律經濟分析的觀點（2002年）（但經濟分析在此更接近「調料」而非「菜式」，且未被一以貫之）。一個例證，參見周林彬、李勝蘭，法律經濟分析與我國物權法創新，河北法學，19卷5期，頁10-14（2001年）。
- 3 張永健，物權法之經濟分析——所有權，簡體修訂版（2019年），「本書簡介」。為節省篇幅，下文引證該書時均直接列明其頁碼，如「（頁N）」。

關於物權法經濟分析之一般思考，為中文世界之「頭一遭」，如同所有理論，縱有完善空間，甚至難免被修正捐棄，卻依然具有無可磨滅、不可替代的理論貢獻。

物權法經濟分析之方法論，大體需回答兩個面向的問題：

其一，在經濟分析（法經濟學）的面向，物權法的經濟分析有何概念工具、遵循何種框架，尤其是相比於一般的法律經濟分析，有何特性及共性。

其二，在法教義學（法釋義學）的面向，經濟分析如何運用於物權法的解釋與適用，尤其是如何與文義、歷史、體系、目的等法律解釋方法融合，成為法學方法和法律實踐之日常，而非曲高和寡，在立法論的道路上漸行漸遠。

《物權》側重於經濟分析面向的論述，在法教義學的面向點到為止。不過，該書出版後不久，張永健教授與同事王鵬翔教授又合作發表了一篇專門論文〈論經濟分析在法學方法之運用〉（以下簡稱〈經濟〉）⁴，彌補了法教義學面向的缺憾。後者並未以物權法經濟分析為限，但是，經濟分析如何運用於物權法的解釋與適用，與經濟分析如何一般性運用於各種法律的解釋與適用，除了場景有別，問題本身以及對應解決方案並無不同。正因為此，〈經濟〉一文關於經濟分析與法學方法之一般探討，可以毫無窒礙適用於物權法經濟分析之方法論。《物權》一書、〈經濟〉一文，共同首次開闢了物權法經濟分析的方法論之路⁵。

4 參見王鵬翔、張永健，論經濟分析在法學方法之運用，臺大法學論叢，48卷3期，頁791-871（2019年）。

5 關於經濟分析與法教義學之一般關係，學界已有探討。參見許德風，論法教義學與價值判斷——以民法方法為重點，中外法學，2008年第2期，頁180-182（2008年）；賀劍，綠色原則與法經濟學，中國法學，2019年第2期，頁110-127（2019年）。不過，以上研究均未系統討論經濟分析與法教義學如何融合，因而未曾涉及經濟分析與法律解釋方法，與法律解釋後設方法之關聯等議題。

本文以《物權》和〈經濟〉為樣本，評論並反思物權法經濟分析之方法論的兩大面向。其中，前三部分針對經濟分析面向。鑒於《物權》循「理論—應用」之主線，包括「理論基礎」和「具體問題」兩編，本文第貳、參部分將相應研討「理論基礎」中的成本、效益、效率等方法論本體問題；第肆部分則逐一評述「具體問題」，涉及物權習慣、法定通行權、越界建築、附合與混合、共有物分管、事實上處分權等制度實例。第伍部分針對法教義學面向，評述《物權》簡要提及、〈經濟〉深入闡發的經濟分析與法教義學之融合。最後是結論。

貳、物權法經濟分析中的成本

經濟分析是成本效益（收益）分析（cost-benefit analysis），物權法之經濟分析亦不例外。不過，依《物權》所述，物權法經濟分析中的成本，在交易成本、信息成本等概念的選擇或使用方面均不無特色，以下分別評述。

一、交易成本之重新界定

所謂成本，一般指社會成本（social cost）或交易成本（transaction cost），兩者通用。此外雖有談判成本、防免成本等概念，但均為交易成本之細分。《物權》在以下兩方面重新界定了交易成本，頗具特色。

其一，區分信息成本與交易成本（頁28）。《物權》指出，在美國法上，不同理論學派對於交易成本、信息成本等概念有不同定義，而其所贊同的「財產權學派」認為，交易成本是「設立、維持、使用財產權的費用」，信息成本是「為取得信息而付出之代價」

(頁29⁶)。以此為據，《物權》將「與制度運行相關之信息取得代價」界定為信息成本，將「其他產權相關費用」界定為交易成本(頁30)。

其二，以制度費用取代通常的交易成本。《物權》指出，交易成本「讓人聯想到狹義的談判交易，但無法聯想到更廣義的財產制度之成本」，有失妥當。故不妨以張五常主張的「制度費用」取代通常的、社會成本意義上的「交易成本」，並以之統攝該書所區分的的信息成本與交易成本(頁29-30)。

上述區分在邏輯上大致周延。不過，就表述而言，制度費用或可改稱為「制度成本」。張五常所說的制度費用指institution cost，其稱cost為費用而非成本，有翻譯上的斟酌，故其一以貫之，將transaction cost也稱為交易費用而非交易成本⁷。但《物權》並不介意稱cost為成本(如交易成本、信息成本)，故在借用制度費用之概念時，亦宜前後一貫。且《物權》所稱制度費用與張五常原意不同(頁30)，既然內容實質都可改變，亦無需拘泥於概念形式。

二、信息成本之盛名難副

《物權》的核心成本概念是信息成本(繁體版稱為「資訊成本」)。這從相關定義即可管窺一二：「與制度運行相關之信息取得代價」為信息成本，「其他產權相關費用」為交易成本(頁30)。於此，信息成本不但與交易成本分庭抗禮，甚至風頭更勝；信息成本有精準界定，而交易成本不過是「其他」成本之籠統集合，形同「大雜燴」。

在知識脈絡上，前述對信息成本之厚愛，源於美國財產法學者

6 《物權》其後提及「財產權學派學者不一定區分交易成本與信息成本」(頁30)，似與財產權學派的定義(區分交易成本與信息成本)相左，或需澄清。

7 參見張五常，經濟解釋(二零一四增訂本)，頁340、413(2015年)。

Thomas W. Merrill和Henry E. Smith所創設之「大理論」——「信息成本是物權法規定的關鍵考慮」(頁4註2)。兩位學者都認為，信息成本對於「解釋、制訂、修改物權法」至關重要(頁28)。《物權》進一步指出，物權法「特別重視信息成本」，「把全部與信息相關之成本，無論是否在一人世界才存在，統合在信息成本的概念底下，有助於釐清問題本質，減輕思維負擔」；相反，諸如侵權法經濟分析，交易成本問題才是其根本，因而侵權法學者無需「煩惱交易成本、信息成本等劃界問題」(頁31註1)。

由上可見，信息成本是物權法經濟分析最為關鍵之成本概念，也是物權法經濟分析相較於一般法律經濟分析的一大特色。不過，筆者的一點擔心是，信息成本的重要性在《物權》中可能被誇大了，會有盛名之下、其實難副的風險。

任何一種法學理論，無論貢獻多大，大抵都有適用邊界。信息成本亦如此。Merrill和Smith兩位法學家關於信息成本的研究，主要以物權法定和物權自由之爭為語境；在《物權》中，信息成本的用武之地也大體限於第三章、第四章和第十章，均為與物權法定相關之主題，而在其他章節，成本分析的主角依然是交易成本。其實，該書第二章即方法論專章也曾提及，「本章之重點放在交易成本與信息成本的對比，以及此兩分析工具對物權法經濟分析路徑之意義」(頁28)；倘若能再適當強調信息成本的適用邊界，以及交易成本的重要功能，則既可凸顯物權法經濟分析之特色，又可說明其與其他法律經濟分析之共性，不但契合全書內容，持論也更公允。

筆者的一個斷想是，信息成本作為一種理論工具的意義，主要限於物權或權利的公示情境；信息成本主要為權利公示所引發的(第三人之信息)成本。物權法定的相關討論，包括《物權》做出重大突破的物權習慣、習慣產權等議題，都與物權的公示有關。此外，侵權法上的過錯侵權責任為何通常體現為狹義侵權、違法侵

權、背俗侵權之三分，也都與權利（權益）的公示，即防免的期待可能性（信息成本）有關⁸。簡言之，信息成本之信息，應主要限於與權利公示相關之信息，而不包括《物權》所稱的其他「與制度運行相關之信息」。若無關乎權利公示，只是為追求邏輯或概念的完滿，而將與信息相關之成本悉數界定為信息成本，從而擠壓通常的交易成本之「生存空間」，反倒會引發如下無謂的概念或理論紛爭。

首先，如《物權》自陳，至少在兩種情境下，信息成本與交易成本在概念上已有「糾葛關係」（頁33）。

其一，加工之情境。加工人查核系爭動產的權屬需要信息，故查核費用是信息成本；但當無所有權之加工人取得所有權時，該查核費用作為財產權的取得費用，又屬於交易成本（頁33）。

其二，盜贓物善意取得之情境。失主追索寶物需要私家偵探等提供信息，故有信息成本；而該信息成本作為財產權之維持費用，亦為交易成本（頁34）。

以上兩例說明了，信息成本與交易成本絕非邏輯上的嚴謹區分。信息成本關注的信息，與交易成本關注的交易，兩者天然就有重合；倘若涉及交易，大部分信息成本甚至都兼有交易成本的屬性。信息成本從通常的交易成本即制度費用中獨立出來，並非邏輯的必然，而只可能是理論實益等非邏輯考慮使然。這一方面可以解釋，為何信息成本的典型情境是與物權公示相關之信息成本，以及信息成本與交易成本在邏輯上糾纏不清；另一方面也說明，在諸如盜贓物善意取得之情境，將私家偵探提供信息等成本稱為信息成本而非交易成本，並無實益，甚至未見得比偵探成本、追索成本等概

⁸ 從對世規範角度所作的精彩分析，參見蘇永欽，再論一般侵權行為的類型，收於：《走入新世紀的私法自治》，頁304-310（2002年）。

念高明。

在有些情境，《物權》認為並無信息成本和交易成本之糾葛。例如，在袋地通行權談判中，信息成本低而交易成本高，即雙方當事人均知悉通行權之有無影響袋地價值甚鉅，但因談判範圍很寬，未必能達成交易（頁34）。又如在夜市討價還價中，信息成本高而交易成本低，即雙方均不知對方底價，信息不對稱；但得益於公開市場（善意取得）規則，買家無需擔心標的物之權屬，且一手交錢、一手交貨的成本也很低（頁34）。

其實未必。在以上兩例，信息成本和交易成本並非涇渭分明。是否知悉對方底價或通行權對袋地價值之影響，誠然屬於信息成本範疇，但該信息成本與上文的查核費用近似，亦為權利取得之必要費用，即交易成本。這再次印證了，信息成本與交易成本並非邏輯必然之區分；基於理論重要性，信息成本固有「自立門戶」之必要，但依然為（通常的）交易成本之一類，而非其對立物⁹。

其次，刻意強調信息成本與交易成本之區別，易將兩者對立而忽視其作為「成本」之共性。《物權》曾提及Douglas W. Allen教授之主張「信息成本與交易成本都應該最小化」，該書也頗為推崇「兼顧降低信息成本與交易成本之制度」（頁32）。可是倘若信息成本的最小化、交易成本的最小化無法兩全，又當如何取捨？既然同為成本，為何要分別強調兩者之最小化，而非兩者之和的最小化？似乎後者，才更契合成本最小化的本義。

最後，《物權》關於信息成本（以及制度費用）的定義無遠弗屆，還忽略了物權法的適用情境並非魯賓遜式的一人世界，亦非你

⁹ 若嚴格依照定義，交易成本為信息成本之外的「其他產權相關費用」（頁30），以上四例中的信息成本與交易成本實無「糾葛關係」。不過，或許因該定義在邏輯上不盡如人意，《物權》實際是從字面含義出發，將交易成本理解為與交易相關之成本，故因財產權的取得、維持等而發生的費用才都屬於交易成本。

儂我儂的二人世界，而是三人以上的眾人世界。一人世界沒有也無需法律；二人世界無需區分物權債權，或者說只需要債法；只有在眾人世界，物、債才有區分必要，物權法才有生長的土壤。張五常的知名定義，「凡是在一人世界不存在的費用，都是交易費用」，旨趣頗為相近：凡有社會必有制度，故有制度費用（交易費用）；一人世界無社會，無制度，因而無制度費用¹⁰。《物權》反其道而行之，將制度費用、信息成本等概念擴展至一人世界及二人世界（頁30-31）。可是，於此物權和物權法尚無存在必要，旨在對其作經濟分析的信息成本、制度費用等概念又有何益？這在邏輯上雖更為完滿，卻有忽視經濟和法律理論的語境與限度之嫌。

三、被遺忘的管理成本？

《物權》的交易成本雖不包括信息成本，但其他則與通常的交易成本無異。或許正因如此，該書就交易成本的一般理論著墨甚少，僅涉及寇斯定理之「零交易成本」（頁35），以及「外部性與內部化」一節中的外部和內部（交易）成本（頁37-42）。交易成本主要以各種形態見於具體問題之分析，後文將專文評述。

在一般理論層面，除了信息成本，物權法涉及的交易成本類型繁多，難以也無需體系化。但一項潛在疑問是：物權法經濟分析，是否應當考慮管理成本或行政成本（administrative cost）？

管理成本是侵權法經濟分析的經典概念之一——侵權糾紛成訟者眾多，勢必關乎管理成本，尤其是司法資源的耗費¹¹。當然，在侵權法經濟分析中，管理成本的概念也較少被貫徹和應用¹²；即使

10 參見張五常（註7），頁412-413。

11 參見Guido Calabresi著，畢競悅、陳敏、宋小維譯，*事故的成本：法律與經濟的分析*，頁24-28（2008年）。

12 Richard A. Posner, *Book Review: The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analysis by Guido Calabresi*, 37 U. CHI. L. REV. 636, 639 (1970): “Calabresi devotes most of his book to discussing how to optimize primary accident costs.”

應用也多止步於定性分析而罕有定量研究。背後的原因為，管理成本有時兼具「沉沒成本」(sunk costs)的特質，管理體制如司法系統，一旦設立，管理成本即已發生，在現有體制可堪承受範圍內，訴訟數量之增長非但不會增加管理成本，反為司法資源之物盡其用；只有在「訴訟爆炸」等極端情境，現有體制無法承受，管理成本才成問題，才有特別關注必要。

在物權法中，管理成本的角色並無不同。物權界定、公示等制度並不直接關乎糾紛與訴訟，與管理成本關聯較少；物上請求權、相鄰關係、物權變動等制度，以及《物權》處理的法定通行權、越界建築、附合與混合等制度，固然與糾紛和訴訟相關，涉及管理成本，但通常亦無特別關注必要。就此而言，在聚訟紛紜的（混合）擔保人內部追償權之爭中，反對追償權者以避免繁複的追償訴訟、節約司法成本立論，似有失妥當¹³。《物權》通篇未單獨論及管理成本，而僅在具體分析時將其拆解為信息成本與交易成本¹⁴，此等「遺忘」之舉在結論上則應予贊同。不過，若能略作說明，當更為周全。

參、物權法經濟分析中的效率

效率並非效益 (benefit)，而是經濟分析之目標，成本效益分析之結果。依常理，在成本之後、效率之前，應有效益的一席之地。但是，《物權》並無任何章節或二級標題關乎效益，相比於成本的大書特書，其對效益可謂惜墨如金。以下先分析此等蹊蹺，再評述效率以及其他方法論議題。

13 參見胡康生主編，中華人民共和國物權法釋義，頁381（2007年）。相關批評，參見賀劍（註2），頁77-92。

14 特別感謝匿名審稿人的提示與建議。

一、效益為何「神隱」？

《物權》自陳，書中成本的出鏡率很高，效益「卻有時神隱」，並做了兩點辯護：其一，成本易於判斷，效益卻難以查知，且往往無需查知：「成本儘量壓低之後，效益如何增加，就由後續的自願交易完成」，「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。」其二，成本往往是「加上負號」的效益，故名為成本分析，很多時候仍為成本效益分析（頁50-51）。

前述兩點辯護看似一致，實則不無衝突。第二點辯護仍然認可效益，僅概念上不予使用，而代之以（加上負號的）成本；雖有失精準，卻無大礙。第一點辯護則幾乎否定了效益。若效益難以查知且往往無需查知，物權法之經濟分析就應將效益打入冷宮，唯成本獨尊。

筆者認為，第一點辯護或可斟酌。其將配置效率完全寄望於後續的自願交易，然而，部分物權法規則之適用情境並非自願交易，而是「被迫交易」，如善意取得之剝奪實際權利人的權利。退一步，即使後續交易皆為自願交易，基於寇斯定理，當制度費用（通常的交易成本）為零時，固可實現「配置效率」，即「資源流動到最能利用者之手」的狀態（頁44）。但若制度費用並不為零，而僅處於某種最小化狀態，前述配置效率就無法全然實現；效率或配置效率，於此還取決於在先的產權分配及其對應效益。換言之，自願交易並非效益之全部；效益只可能「隱」，卻不可能「無」。正因為效益不可能「無」，第二點辯護所稱的藏身於成本分析之效益分析，在邏輯上才能成立。

另需指出，效益也並非始終「隱身」。《物權》第二章第一節「事前觀點與事後觀點」，曾專門論及效益。表面上，其僅關乎物之價值的界定：物之價值，是客觀意義上的公平市價，還是主觀意義

上的經濟價值，即公平市價加上（所有權人之）主觀價值（頁25、193）？但其實則涉及經濟分析的大哉問：所謂效益，究竟應採客觀標準，還是主觀標準？該書適切地指出，原則上應採主觀標準；僅在法院必須判斷物之價值等情形下，因信息成本過高，方可例外採客觀標準（頁25、27）。就此作兩點說明。

其一，關於概念，經濟價值旨在描述所有權人對物的主觀估值，但就表述而言，其易引發客觀而非主觀標準的聯想。就內容而言，作為公平市價與主觀價值之和，其不一定總高於公平市價，而可能低於公平市價，導致主觀價值在邏輯上為負值。故或可將經濟價值改稱為主觀價值，不但簡明易懂，在內容上也與公平市價脫鉤。

其二，原則上堅持效益的主觀標準，還隱含方法論上的如下風險，即由於信息成本過高，不同人之間的主觀效益比較幾無可能。傳統的帕雷多效率以無人受損為前提，故無需作效益的人際比較；但法經濟學慣用、《物權》也贊同的卡爾多希克斯效率則難以迴避此等難題。對於該由效益的主觀標準引發的法經濟學之經典難題，似也應略作說明¹⁵。

二、效率標準或可反思

在法經濟學上，為人熟知的效率標準為帕雷多效率（Pareto efficiency，也作帕累托效率）和卡爾多希克斯效率（Kaldor-Hicks

15 一個代表性研究是關於「人命價值幾何」的經濟分析。參見W. Kip Viscusi & Joseph E. Aldy, *The Value of a Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World*, 27 J. RISK & UNCERTAINTY 5, 63 (2003); Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott著，江清雲、杜濤譯（註1），頁360-363。或有認為，《物權》未單獨說明主觀效益的人際可比性問題，在於該問題「通常在物權法的經濟分析中並非最關鍵的爭議」。此當為的論。物權法旨在確立一套權屬界定與流通之規則，涉及物權保護時，也多以財產規則（如物上請求權）為手段，鮮有涉及主觀價值之精準評估，故主觀估值問題確非物權法及其經濟分析之核心關切。若《物權》就此稍作說明，當更周全。

efficiency)。但《物權》還提及其他兩種效率標準——配置效率(allocative efficiency)和生產效率(production efficiency)(頁44)，並以配置效率作為「解釋物權法之核心觀念」(頁49)。這就不無特色，以下分別評析。

(一) 生產效率並非獨立效率標準，僅為兩類成本之「組合」

依照定義，生產效率為「用最少成本製造出最多產出」，是「許多廠商奉為圭臬的行為準則」(頁44)。若以「降低制度費用」為產出(效益)，以為此所需支出的費用為成本，即可構成物權法經濟分析之下的生產效率標準(頁45)。生產效率與配置效率進而可結合為「單一的經濟效率標準」：「在該標準底下，法律政策應盡量壓低交易成本與信息成本，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」(頁45)。

在前述由生產、配置效率組合而成的單一的經濟效率標準中，配置效率或可界定為邊際社會成本等於邊際社會利益之狀態；但生產效率卻隱身不見，為交易成本與信息成本之盡量壓低所取代。生產效率淪為可有可無的「雞肋概念」。

生產效率的尷尬境遇，根源於其在書中之定義。依定義，生產效率作為「效率」，不僅有成本面向，還有效益面向。例如，若支出10元成本，可降低100元制度費用，則其產出或效益為100元。然而，該100元效益並非積極的社會效益如資源之增加，而僅為消極的制度費用之減少，是名副其實的「加上負號」的成本。所謂生產效率，不過是被降低的「制度費用」與「降低制度費用所需之費用」這兩類成本的「語言遊戲」之產物；一旦將其還原為成本，尤其是還原為具體的交易成本和信息成本，生產效率就不復為獨立的效率標準。「配置有效率、生產也有效率」、「配置效率是以無效率的方式生產」(頁48)等書中所表述之「生產效率」，也都可以理解為不同成本之組合，而非成本效益之總和。

這就可以解釋，在前述單一的經濟效率標準中，生產效率何以缺席；也可以解釋，為何《物權》在概念上雖將生產效率、配置效率並舉，卻認為配置效率才是「解釋物權法之核心觀念」，以及與配置效率在書中頻頻出鏡不同，生產效率僅在第二章的理論介紹部分亮相，其後便成絕響，除了第二章關於土地登記制度的簡單例示（頁48），從未應用於具體制度之分析¹⁶。

（二）配置效率亦非獨立效率標準，概念界定不無歧義或錯誤

配置效率是指「資源流動到最能利用者之手」（頁44）。其與兩類傳統效率標準的關聯如下。

其一，配置效率與帕雷多效率無關。因為「產權分配規則、保護模式、制度環境之轉變」等物權法規則之解釋或修正總會觸及既得利益，「幾乎不可能是帕雷多改善」。（頁48）

其二，至少在物權法領域，配置效率與卡爾多希克斯效率同義，儘管後者「比較有一般性」。「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慮。」（頁49）

作為背景，以下先梳理配置效率在英文世界之歧義，再指出此等歧義亦見於《物權》一書，並逐一評述其錯誤或實益。

1. 配置效率在英文世界與《物權》一書均不無歧義

筆者初步梳理，在英文法經濟學文獻中，配置效率至少有如下不同含義：

¹⁶ 參見《物權》「中文索引」的生產效率、配置效率詞條（頁372、375），以及對應正文。生產效率僅在頁44、45、47-49出現，均為一般理論介紹；頁337所言的生產效率是農業生產效率之「斷章」，與物權法經濟分析意義上的生產效率無關。

(1) (經濟) 效率：這是常見用法之一。配置效率或被明確作為效率、經濟效率之代名詞¹⁷；或被寬泛使用，指法律規則經由權利義務之規定，(取代市場) 所達致的資源配置之有效率狀態¹⁸。

(2) 帕雷多效率：以Paul A. Samuelson和William D. Nordhaus的經典經濟學教材之定義為代表：帕雷多效率為「一種經濟狀態。經濟到達該狀態時，已經不可能通過重組或貿易等手段，在既提高某一个人的效用或滿足程度的同時，而又不降低其他人的效用或滿足程度。在某種限制條件下，完全競爭可以導致配置效率。也稱配置效率¹⁹」。依據此種定義，配置效率僅為帕雷多效率之不同稱謂，兩者等價。部分法經濟學者亦從之，如「配置(帕雷多)效率」等表述²⁰。

17 “[T]he text that follows will often substitute the seemingly more technical (less normatively charged) expression ‘allocative efficiency’ for ‘economic efficiency.’” RICHARD S. MARKOVITS, TRUTH OR ECONOMICS: ON THE DEFINITION, PREDICTION, AND RELEVANCE OF ECONOMIC EFFICIENCY 14 (2008). 在法經濟學界，專以配置效率為題的論文為數不多，其中大半由Markovits所著。See, e.g., Richard S. Markovits, *The Distributive Impact, Allocative Efficiency, and Overall Desirability of Ideal Housing Codes: Some Theoretical Clarifications*, 89 HARV. L. REV. 1815, 1815-46 (1976); Richard S. Markovits, *Legal Analysis and the Economic Analysis of Allocative Efficiency*, 8 HOFSTRA L. REV. 811, 811-904 (1980); Richard S. Markovits, *The Allocative Efficiency of Shifting from a Negligence System to a Strict-Liability Regime in Our Highly-Pareto-Imperfect Economy: A Partial and Preliminary Third-Best-Allocative-Efficiency Analysis*, 73 CHI.-KENT L. REV. 11, 11-134 (1998).

18 Posner之皇皇巨著《法律的經濟分析》即為適例。該書僅有兩處提及配置效率，並將其與「資源配置之效率」(efficiency with which resources are being employed) 等同視之；該書詞條附錄中，efficiency詞條之下子概念眾多，卻難覓allocative efficiency之影蹤，亦可說明配置效率並非專門概念。See RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 489, 640, 735 (6th ed. 2003); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 454, 572, 657 (3d ed. 1986).

19 Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus著，蕭琛主譯，經濟學，頁612 (2013年)。另參見車聖保，效率理論述評，商業研究，2011年第5期，頁31、34 (2011年)。

20 Lewis A. Kornhauser, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, 8 HOFSTRA L. REV. 591, 592, 607 (1980): “Allocative (Pareto) efficiency”, “allocative (or Pareto) efficiency”. See also ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 14 (6th ed. 2012).

(3) 卡爾多希克斯效率。配置效率是指資源配置之產出最大化或財富最大化，但不以無人受損為限²¹。其實質是將配置效率等同於效率，但同時預設效率應採卡爾多希克斯效率之標準。

(4) 資源流動到最高估值者之手。如Smith之定義：「配置效率所關注者，在於一項資源或活動是否花落最高估值者（highest-valuing party）之手²²」。

此外，有學者一方面認為，配置效率是指「將資源配置於最高估值之處」（allocate resources to their highest-valued uses），一方面又指出，配置效率的標準包括帕雷多效率與卡爾多希克斯效率²³。這實則將配置效率等同於效率；前述所謂「最高估值之處」，應修正為「最有效率之處」。

(5) 資源流動到更高估值者之手。如Lee Anne Fennell所言，「讓資源落入更高估值者（higher valuer）之手，是一個配置效率問題」。其還指出，配置效率應採卡爾多希克斯效率之標準²⁴。

在以上定義中，前三種定義大體可歸為一類。於此，配置效率

21 相關綜述請參見，David Gray Carlson, *Reforming the Efficiency Criterion: Comments on Some Recent Suggestions*, 8 CARDOZO L. REV. 39, 68 (1986) (“allocative efficiency refers to the Kaldor-Hicks definition, in that total wealth is maximized, regardless of who, between competitors, loses profits”). Carlson還認為，Markovits也是以配置效率之名，行卡爾多希克斯效率之實（“Rather, I suspect that Kaldor-Hicks efficiency (as it is practiced) and what Markovits calls allocative efficiency are identical.”) Carlson, *supra*, at 69. 但如上文的梳理所示，這或有誤會。

22 “Concerns with allocative efficiency relate to whether an asset or activity will wind up in the hands of the highest-valuing party.” Henry E. Smith, *Property and Property Rules*, 79 N.Y.U. L. REV. 1719, 1787 (2004).

23 Lawrence H. White, *Can Economics Rank Slavery Against Free Labor in Terms of Efficiency?*, 7 POL., PHIL. & ECON. 327, 327-28 (2008).

24 “Getting resources into the hands of the higher valuer is a question of allocative efficiency.” Lee Anne Fennell, *The Problem of Resource Access*, 126 HARV. L. REV. 1472, 1494 (2013).

泛指法律規則之資源「配置有效率」，至於是對應於廣義的經濟效率，還是對應於確切的帕雷多效率或卡爾多希克斯效率，僅為細節差別。後兩種定義則屬另一類，其將配置效率明確界定為「資源流動到最高估值者之手」或「更高估值者之手」。

以上配置效率之歧義，在《物權》一書亦有相當體現。以下將逐一評述《物權》或明或隱採取的配置效率之三種不同含義，並指出其錯誤或缺乏實益。

2. 不該忽視之潛在定義：配置效率或為帕雷多效率

《物權》在定義配置效率時，唯一引以為據的英文文獻為Robert Cooter和Thomas Ulen的法經濟學經典教科書（頁44註1²⁵）。但如後者所述，配置效率實為帕雷多效率的同義詞。例如，在一般理論部分，Cooter和Ulen指出²⁶：

另一類效率，即以提出者之名命名的帕雷多效率，有時也稱配置效率，則關乎個體偏好之滿足。稱一種情形為帕雷多有效或配置

25 此外，《物權》還提示了兩篇參考文獻，但經核查，兩篇文獻的相關處均未出現allocative efficiency一詞；而僅提及在寇斯定理的理想情境，即交易成本為零時，無論資源的初始產權如何，最終都可實現最佳配置，即資源終將流動到最能利用者之手。See 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(2) SOC. PHIL. & POL. 17, 31 (1994).

26 “The other kind of efficiency, called Pareto efficiency after its inventor or sometimes referred to as allocative efficiency, concerns the satisfaction of individual preferences. A particular situation is said to be Pareto or allocatively efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation).” COOTER & ULEN, *supra* note 20, at 14. 該書其他地方提及配置效率時（COOTER & ULEN, *supra* note 20, at 52, 108, 159, 344），亦在相同意義上使用。尤其是頁363提及的「配置無效率」，以及與之相對的「動態無效率」，都是以微觀經濟學上配置效率（帕雷多效率）與動態效率等概念之理論論爭為背景（COOTER & ULEN, *supra* note 20, at 363）。《物權》在定義配置效率時，僅援引了前述教材之頁363（頁44），以及舊版本的相應頁碼（頁193），未及其他。

有效，是指於此無法做任何改變，使至少一人（主觀）受益，且其他任何人免於（主觀）受損。

另如上文所述，「配置效率=帕雷多效率」也是經濟學界的通行定義。故《物權》忽視並否認配置效率與帕雷多效率之親緣，似難謂客觀中允。

更為重要者，《物權》雖否認配置效率與帕雷多效率之關聯，但在具體論述時，無意之間又予以肯認，未盡一貫。其體現為對自願交易之推崇，以及配套的壓低制度費用之方案，以「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」（頁51）。自願交易必為帕雷多改善、最終契合帕雷多效率，但卻未必能讓資源流動到最能利用者之手。故經由自願交易達致之配置效率，實質應為帕雷多效率。

英文世界也不無此類混淆。例如，Guido Calabresi和A. Douglas Melamed在論述責任規則之正當性時引為依據的「經濟效率」（economic efficiency）尤其是帕雷多效率，一經Merrill和Smith轉引，就化身為「配置效率」²⁷；而上文已述，至少Smith所謂之配置效率，應為「資源流動到最能利用者之手」，未必是帕雷多效率或寬泛的經濟效率。

另需指出，在介紹「規範層面的霍布斯定理」時，《物權》認為該定理旨在實現「配置效率」（頁46）。這也或有過度引申之嫌：

27 “[T]his supplies a justification for switching from property rule to liability rule protection to achieve allocative efficiency (Calabresi and Melamed 1972, pp. 1106-7)”. Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Making Coasean Property More Coasean*, 54(S4) J.L. & ECON. S77, S79 (2011); Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1106 (1972). 此外，Merrill所謂的「亞當斯密所預見的市場之配置效率」（allocative efficiency of markets envisioned by Adam Smith），也應作帕雷多效率解。Thomas W. Merrill, *The Property Strategy*, 160 U. PA. L. REV. 2061, 2087 (2012).

在原始文獻中，前述定理雖關乎「配置」，但「配置效率」從未被提及；其功能僅在於「免去權利交易，節省交易成本」²⁸。

3. 「資源流動到最能利用者之手」之定義不無錯誤

拋開帕雷多效率以及其他潛在含義不論，《物權》將配置效率界定為「資源流動到最能利用者之手」，亦頗有可議之處。

其一，「最能利用者」抑或「更能利用者」？當制度費用為零時，即在寇斯定理的理想情境下，經由自願交易，資源誠然終將流動到最能利用者之手。但是，若制度費用不為零，無論採取帕雷多效率，還是採取《物權》提倡的卡爾多希克斯效率，資源都只可能流動到「更能利用者」之手，而未必落入「最能利用者」之手。具體言之，帕雷多效率有賴於自願交易，而制度費用之存在，可能阻礙部分自願交易，資源因此無法流動到最能利用者之手。卡爾多希克斯效率雖不以自願交易為前提，但「資源流動到最能利用者之手」僅為效益的最大化，而卡爾多希克斯效率卻追求成本效益之最大化；在最大效益、較大成本，較大效益、較小成本等排列組合中，卡爾多希克斯效率未必總是青睞前者。

其二，「配置效率」抑或「配置效益」？無論「資源流動到最能利用者之手」，還是「資源流動到更能利用者之手」，均指單純的資源利用之效益，無法涵蓋相應成本。《物權》以人盡其才、物盡其用說明配置效率（頁44），即採此單純效益之義。誠然，若制度費用為零，效益與效率並無區別必要。可一旦制度費用不為零，前述單純關乎資源利用的「配置效率」恐現出原型，淪為「配置效益」。

28 “By allocating property rights to the party who values them the most, the law makes exchange of rights unnecessary and thus saves the cost of a transaction.” COOTER & ULEN, *supra* note 20, at 93.

總結而言，資源流動到「最能利用者之手」意義上的配置效率，僅為制度費用為零時之「理想」。因制度費用為零，資源總能落入「最能利用者之手」；因制度費用為零，「資源流動到最能利用者之手」既為最大效益，亦為最大效率。可一旦回歸現實，因制度費用並不為零，前述「資源流動到最能利用者之手」之定義就不再成立。不過，亦不可簡單將配置效率修正為「資源流動到更能利用者之手」，後者依然僅單純描述效益，缺乏成本面向，難當「效率」之大任。

4. 「配置有效率」與（經濟）效率同義，缺乏實益

《物權》在論及配置效率與帕雷多效率、卡爾多希克斯效率之關係時，對配置效率的定義其實有一個未曾言明的調整——配置效率，是指（財產權）「配置有效率」（頁48），故除了單純的配置效益，還涉及配置成本問題。又因財產權的配置總會觸及既得利益，「幾乎不可能是帕雷多改善」（頁48），故配置效率僅剩下卡爾多希克斯效率之選項。「至少在物權法領域」，配置效率和卡爾多希克斯效率「可謂同義」：根據此兩項標準，只要贏家（較能利用資源者）所得，多於輸家（較不能利用資源者）所損，就有效率（頁49）。配置效率由此完成了向卡爾多希克斯效率的轉變。

從恪守定義的角度觀之，該轉變並非一次成功的蛻變，而近於一場錯誤的婚姻。其代價，是書中配置效率的明文定義被改變。「配置效率」不復為「資源流動到最能利用者之手」，而實為卡爾多希克斯效率意義上的「配置有效率」。與之對應，資源通常只能流動到「更能利用者」之手，而非「最能利用者」之手。

《物權》曾指出：若最能利用資源者獲得財產，則「有配置效率」；但「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」，即「配置無效率」（頁46）。該段文字中，前一處配置效率指資源利用之「配置效益」，後

一處配置效率則為寬泛的經濟效率。同一段文字，兩種不同配置效率，可謂配置效率之歧義的頂峰。

誠然，若可重新定義，或不考慮定義矛盾，「配置效率」不妨寬泛界定為「配置有效率」，或者「最有效率之資源配置」，進而適用帕雷多效率或者卡爾多希克斯效率之標準。但需強調，「配置效率」於此僅為效率或經濟效率在涉及資源配置問題時之別稱，而非卡爾多希克斯效率或帕雷多效率之外的獨立效率標準；其在方法論層面依舊缺乏實益，無法與後兩者相提並論。

(三) 生產效率、配置效率在物權法經濟分析中有一席之地嗎？

作為源於微觀經濟學（繁體版稱為「個體經濟學」）之概念，生產效率和配置效率都有特定的問題意識。從關注對象看，配置效率/帕雷多效率關注個體的偏好滿足，生產效率則關注企業的生產活動²⁹。從理論演進看，傳統經濟理論關注市場的配置效率，視市場主體即企業之生產效率為理所當然；但生產效率理論則關注企業內部的生產效率，構成傳統經濟理論的有益補充³⁰。

在轉用於法經濟學之後，配置效率若為帕雷多效率或（經濟）效率的同義詞，依然有廣泛適用空間；但生產效率則不無疑問。仍以《物權》多有參考的Cooter和Ulen的法經濟學教科書為例，其僅在第二章「微觀經濟學理論」介紹了配置效率和生產效率（productive efficiency）³¹，其後配置效率雖多有應用，但生產效率僅見於第四章「財產的經濟理論」之結論。該段文字對生產效率和

29 COOTER & ULEN, *supra* note 20, at 13, 14. 此外，生產效率也可能遵循帕雷多效率之標準。參見Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus著，蕭崗琛主譯（註19），頁13、614（生產效率是指「經濟如果不減少一種產品的生產就不能再生產更多的另一種產品的情況」）。

30 參見高宇，生產效率理論演進及其比較研究，天府新論，2008年第1期，頁46-47（2008年）。

31 COOTER & ULEN, *supra* note 20, at 13-14, 52.

配置效率在法經濟學中的角色有簡明概括，頗可參考³²：

有效率的財產權以兩種不同方式促進一國財富之最大化。其一，財產權是自願交易的法律基礎，而自願交易使財產流動到對其估值更高者（who value them more）之手，可實現配置效率。其二，財產權是法律使財產權人內化（internalize）其財產利用之多種方式所對應之社會成本和效益的機制之一。財產權人權衡財產利用之社會成本與效益，實現生產效率。

在前述文字中，配置效率是自願交易的結果，此與帕雷多效率的含義一致。而生產效率旨在說明財產權是一種「內部化」機制，使財產權人全面權衡其財產利用之成本與效益。生產效率之產出，是真正的淨效益，而非被降低的制度費用，即「加上負號」的成本。生產效率並非分析物權法具體制度之成本效益，尤其是藉此以降低制度費用的重要概念；而是分析物權法之整體作為一項制度（所謂物權或財產權）之成本效益即正當性的重要概念。易言之，在承認物權或財產權制度的背景下，生產效率之概念並無實益，其僅為物權歸屬後物權人物盡其用的通常結果，無助於任何物權法規則的解釋、修正或建構。或許正因為此，部分學者在論及效率之多重含義時，僅列舉配置效率、帕雷多效率與卡爾多希克斯效率，而不提及生產效率³³；或者雖同時論及配置效率與生產效率，但認為配置效率才有規範和法律意義，而生產效率僅為「工程學概念」（an engineering concept），不具有規範意義，與法律及法律經濟分析關聯甚少³⁴。

32 *Id.* at 108.

33 Jules L. Coleman, *Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*, 68 CALIF. L. REV. 221, 222 (1980).

34 Kornhauser, *supra* note 20, at 609-10.

此外，還可參看與《物權》持類似觀點的Fennell之論述³⁵：

讓資源落入更高估值者之手，是一個配置效率問題。於此，生產效率也有用武之地：一方面，我們希望以最可能小之成本完成生產，即或促成或阻礙財產權之特定流轉，另一方面，唯有該生產過程足以創造配置效率上的充分收益(gains)，我們才應如是行為。盡管如此，在評判一項針對資源配置規則的調整建議時，相比於分別探討前述兩類效率及其互動關係，更可取的做法是適用卡爾多希克斯標準，即考察為促成或阻礙資源的特定流轉（或為了降低前述過程中的成本）所發生之社會損失，是否低於較高估值者因利用相應資源而所獲得之收益。

依Fennell之論述，生產效率依然是兩類成本，即完成生產所必需的「最可能小之成本」和「促成或阻礙資源的特定流轉」所對應的成本之組合。至於配置效率，可能是指「讓資源落入更高估值者之手」意義上的單純效益(benefit)，也可能是指前述狀態下的成本效益之和即「收益」(gains)。但無論是何情形，也無論是配置效率還是生產效率，均可為更具包容性的卡爾多希克斯效率所替代。生產效率和配置效率之缺乏實益，可見一斑。

或有認為，「物權法中的生產效率和配置效率，如果後者的重心在資源流動到最佳利用者，前者或即在對資源創造或回復的鼓

35 “Getting resources into the hands of the higher valuer is a question of allocative efficiency. Questions of productive efficiency are also in play: we wish to produce transfers and transfer resistance at the lowest possible cost, but we should produce them only to the extent that they generate sufficient gains in allocative efficiency. Rather than separate out these types of efficiency and trace their interaction, it is more helpful to apply a Kaldor-Hicks standard to proposed alterations in resource access arrangements to test whether the social losses incurred in making or resisting transfers (or in reducing the costs of doing so) are outweighed by gains in access to resources by higher valuers.” Fennell, *supra* note 24, at 1494.

勵，而不必僅是語言遊戲」。此處所謂「生產效率」，首先並非《物權》所界定的各類成本之組合，而是真正的成本效益之和，與「語言遊戲」無涉。不過，因為法律規則無法自行創造資源，而只能配置現存資源（如埋藏物之發現），而故前述鼓勵資源創造意義上的生產效率，更像是經濟學上的、作為「工程學概念」之生產效率，與法律及法律經濟分析並無關聯。而且，在配置效率與資源的更高估值者或最高估值者掛鉤之背景下，配置效率已蘊含生產效率之內容。例如，所謂更高估值者，在定義上即為能夠對資源作更有（生產）效率之利用者。有學者將配置有效率稱為「資源的最有生產力之利用」³⁶（maximum productive use of resource），亦可資佐證。

總言之，《物權》在帕雷多效率、卡爾多希克斯效率兩種傳統效率標準之外，另行提出配置效率和生產效率之標準，實益無多。將配置效率界定為「資源流動到最能利用者之手」，只能在制度費用為零的理想情境下成立；在制度費用不為零的現實世界中，其不但無法成立，必須被修正為「資源流動到更能利用者之手」，還有以「配置效益」充當「配置效率」之嫌。倘若將配置效率界定為帕雷多效率或寬泛的經濟效率，雖然不錯，但亦無功，僅新增既有概念之別稱，並無方法論之實益。至於將生產效率界定為以最小支出「降低制度費用」，則使生產效率不復為一種效率標準，而僅為兩類成本之「組合」；但倘若堅持生產效率在經濟學之本義，其又僅為一個「工程學」概念，關乎事實判斷而不具有規範意涵，在法律與法律經濟分析中依舊無立足之地。

其實，《物權》雖然推崇生產效率和配置效率，但在論述「物權法問題效率性的判斷步驟」時，並未受前述概念之束縛。剔除配

³⁶ Coleman, *supra* note 33, at 225. 需指出，「最有生產力之利用」包含效益、成本雙重面向，故不同於單純效益意義上的「資源流動到最能利用者之手」。

置效率和生產效率之表述³⁷，其提出的成本效益分析框架大致如下：

第一步，考察現有的產權分配規則和保護模式之效率，不僅考察其效益（「最能利用資源者是否獲得產權」），也考察對應成本；

第二步，若前述產權分配規則和保護模式無效率，進一步考察現有制度之下的成本是否過高，導致自願交易停滯；

第三步，若自願交易因成本過高而停滯，分別考察制度變遷的成本³⁸，以及新的替代制度之成本（頁46）。

前述框架旨在比較現有制度的成本效益，與替代制度的成本效益（以及制度變遷之成本），除了第三步還應考慮替代制度之效益以外，大體並無可指摘之處。這再次印證了，在傳統的帕雷多效率和卡爾多希克斯效率之外，另行承認配置效率和生產效率的意義不大。

三、方法論的其他內容

《物權》第一編「理論基礎」由第二、三、四章組成（第一章為全書「導論」）。其中，方法論的核心為第二章「物權法之經濟分析：方法導論」，共計六節。除了第二節研究成本，第三節關乎效率，第一節旁涉效益之外，還有其他方法論上的內容，以下簡要評述。

其一，事前（*ex ante*）觀點與事後（*ex post*）觀點（第一節）。

37 《物權》在此以「最能利用資源者是否獲得產權」為標準界定配置效率，這是效益而非效率視角的理解。如此，前述第三步的替代制度之成本既無法為生產效率所涵蓋（僅涉及制度變遷的兩類成本），也無法為配置效率所涵蓋。

38 其包括《物權》所說的「轉變產權分配規則與保護模式之成本」和「制度轉換所需之成本」（頁46），前者為物權法規則自身的改變成本，後者為配套制度如登記制度的改變成本。

「經濟分析以事前分析為原則」(頁23)；「若採取事後分析不會影響事前行為，事後分析也算恰當」(頁24)。這是經濟分析的共通規則，非物權法經濟分析所獨有。不過，或需強調，事前觀點和事後觀點並非水火不容，毫無瓜葛。

以袋地通行為例，《物權》強調，由於法律已經預先排除當事人自行創造的袋地，故無需考慮事前觀點，即是否「會有人刻意使其土地淪落為袋地」，而僅需專注於事後分析，即袋地形成後如何物盡其用(頁24)。但是，事前觀點除了考慮刻意創造袋地等投機行為，似乎也應一併考慮袋地形成後的物盡其用問題，如是方為完整的成本效益分析。

簡言之，事前觀點包括但未必限於事後觀點。就此而言，《物權》關於事前觀點、事後觀點的另一層說明更值贊同：事後觀點往往局限於個案，事前觀點則關注整體或全局(頁23)。既然是全局，自也包括個案，而非與個案無關。

其二，共用、共決、半共用(第四節)，財產原則與補償原則(第五節)。其均為法律經濟分析的經典概念，具有強大而廣泛的解釋力，其與成本、效益、效率等的關係，類似於數學上定理與公理之關係，在方法論上的意義稍遜一籌。

其三，經濟效率與公平正義(第六節)。這實質為價值判斷之爭，由於是法律經濟分析的共通問題，且眾說紛紜，故無需多言，本書點到為止，俐落乾淨。

在第二章之外，第三章「財產權、物權、所有權的本質與界分」、第四章「財產權類型法定與自由之爭議」也被列入第一編「理論基礎」。該兩章雖然也關乎物權法之根基，且部分牽涉經濟分析，但其一方面與本文重點探討的經濟分析面向之方法論無關，另一方面，也並非針對物權法具體制度的經濟分析，且多為域外研究

之梳理，而非相應方法論之應用，有鑑於此，本文權且略過。

肆、物權法經濟分析之應用

《物權》第二編「具體問題」涉及物權習慣（第五章）、法定通行權（第六章）、越界建築（第七章）、附合與混合（第八章）、共有物分管（第九章）和事實上處分權（第十章）等諸多議題的經濟分析。

以下評述旨在闡釋如下觀感：與傳統的法教義學分析相比，物權法之經濟分析的優勢在於其「視角」。具體有二：其一，事前視角或事前觀點，傳統教義分析（目的解釋）所包含之後果取向的討論雖與之類似，但不如其徹底；其二，成本效益視角，一切問題皆為成本、效益之比較，分析框架更為一貫、清晰。

但是，經濟分析的品質不一定優於教義分析。優秀的教義分析與優秀的經濟分析往往有相通之處，而糟糕的經濟分析甚至可能遜於糟糕的教義分析。究其原因，經濟分析只是一個視角或框架，其中，事前視角的分析有賴於扎實的事實判斷尤其是對因果關係之預判，成本效益視角的分析則取決於對不同情境下各類成本、效益全面而準確的界定（包括估值）。其大部分工作內容，與教義分析中的後果討論或利益平衡並無不同。決定成敗優劣的往往是人，或者說是人的洞見，而與視角或方法無關。當然，若經濟分析能夠融入法教義學，教義分析樸素的、因人而異的後果討論或利益衡量能夠轉化為嚴謹、周全、一貫的經濟分析，則珠聯璧合，是最理想之局面。

《物權》第一編關於物權法定效率之爭的研究亦可資印證。支持財產權類型有最適量的「核心洞見」，是「新產權類型帶來的邊

際社會利益，不會和既有財產權類型相同，而是會縮減」（頁114）。而反對意見的關鍵性前提，也是本書所駁斥者，則為前述「邊際利益不一定會遞減」（頁115）。兩者均與經濟分析的視角或方法無關，而與相關事實判斷或洞見有關。可見，經濟分析並非倚天劍、屠龍刀，一旦擁有即功力倍增；與法教義學相似，其也不過是十八般武器之一，運用之妙、存乎一心。經濟分析也好，教義分析也罷，分析的品質主要取決於分析者的洞見³⁹，而非分析方法自身。

就第二編的具體問題研究而言，正是因為經濟分析的品質取決於諸多事實判斷和成本效益界定，故難免有認識不一或見仁見智的餘地。以下商榷或建議，都應在此意義上理解。

一、物權習慣

《物權》主要從信息成本的角度檢討有關物權習慣的諸多規定。其理論基礎為Smith以法院顧及信息成本為前提所作的兩項推論：其一，相比於同時影響「外地人」的習慣，法院更易於接受僅影響「在地人」的習慣作為物權習慣；其二，相比於規範「特定適當使用」的習慣，法院更易於接受限制「財產權人之排他權」的習慣作為物權習慣（頁168）。《物權》據此認為，民法第790條、第793條、第850條之5的信息成本較低，若法院慮及效率，更應予以承認（頁170-172）。

上述經濟分析或面臨兩項質疑：（1）規範物權「適當使用」之習慣，相較於限制物權人「排他權」之習慣，信息成本未必更高。誠然，限制「排他權」的規則非黑即白、簡單明瞭，規範「適當使用」的規則較為複雜，兩者的認知難度不一。但這僅涉及習慣產生

³⁹ 美國學者也曾談及「作為洞見之經濟學」（economics as insight），不過其還強調經濟學作為「行為理論」之功用。See Kornhauser, *supra* note 20, at 635-39.

過程中的信息成本。一旦兩者均成為（事實上的）習慣，基於習慣之定義，其就已經為或可得為相關人群知曉，因而在相關人群中，兩者雖有內容繁簡之異，信息成本未必有別。

（2）從信息成本角度審視物權習慣不無洞見，但物權習慣之經濟分析卻不應囿於信息成本。前述「若法院顧及信息成本」的假定似應修正為「若法院顧及效率」，從而將信息成本之外的其他成本與效益一併納入考慮。首先，除了信息成本，物權習慣作為產權分配規則，還對應於不同效益和成本。其次，若物權習慣與多數當事人的利益一致，是其欲求之規則，承認物權習慣還意味著當事人另行訂約之交易成本的最小化；相反，若物權習慣非多數人之所欲，承認物權習慣則對應於較高的交易成本。以上效益和成本，同樣應予考慮。

二、法定通行權

以袋地通行權為代表，法定通行權在教義學上的解釋通常不外乎地盡其利、物盡其用，以免資源閒置⁴⁰。此外，或許還有避免鄰地所有人「敲竹槓」，向袋地所有人索取高額通行費之理由。但《物權》對法定通行權的經濟分析更勝一籌。

以袋地通行權為例，若鄰地所有人「敲竹槓」成功，袋地所有人得以通行，首先並無資源閒置問題。其次，「敲竹槓」非法律之所欲，未必源於其道德上的可譴責性（其仍可能為有效、自願的合同交易），而在於「敲竹槓」的無效率。如《物權》所言：一方面，「敲竹槓」通常導致袋地所有人和鄰地所有人的締約成本（交易成本）增加；另一方面，在雙方有世仇等情境下，交易成本過高以致交易無法達成，袋地無路通行，資源閒置，效益減少。兩種情

40 參見最高法院79年度台上字第2次民事庭會議決議（「原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利增進社會經濟之公益目的……」）。

形均為無效率，而法定通行權可避免兩者，達致效率（頁181）。這就更為細緻、一貫而富有洞見。

《物權》進一步指出，並非任何袋地情境都會有前述無效率。若鄰地眾多，袋地所有人可經由市場競爭與某一鄰地所有人達成交易，則無前述成本增加或效益減少之憂。據此，其建議對相關規則作目的性限縮解釋，將袋地所有人之法定通行權限定為鄰地所有人具有獨占或寡占般的市場力量之場合（頁182-183）。

筆者認為，前述限縮解釋並無必要。若鄰地眾多，而袋地所有人一律享有（在造成損害最小的特定鄰地之）法定通行權，首先可以避免獨占尤其是寡占的界定，節省司法成本即管理成本。其次，袋地所有人基於自身利益計算——對他人損害最小之選擇，未必對自身利益最大，仍可能與其他鄰地所有人自願交易，這與前述限縮解釋之下的自願交易所能達致之效率並無不同。最後，至於《物權》所擔心的司法實踐支持的償金數額較低，導致袋地所有人策略性放棄自願交易，而坐等法院之法定通行權判決（頁183），從前述袋地所有人的利益計算來看，未必都會出現；即使出現，錯也不在法定通行權之有無，而在償金之多寡。

基於「內部化外部性」之理論，《物權》認為，償金的目標有二：其一，填補鄰地所有人之損失，符合公平正義；其二，確保配置效率（頁192-193）。這也有探討餘地。

首先，後一目標的含義或需澄清。若配置效率是指卡爾多希克斯效率，由於其僅要求「受益者『有可能』補償受害者即可，不以確實有補償為要件」（頁43），償金恰恰非所必須。換言之，償金的正當性還需額外論證⁴¹。相反，若配置效率是指帕雷多效率，償金

⁴¹ 或有認為，在卡爾多希克斯效率的框架下，償金雖非必需，但仍可作為篩選機制，確保物權或財產權流動到較高估值者（higher value user）之手；一旦償金

就為其應有之義——袋地所有人應當向鄰地所有人支付償金，正旨在彌補後者的損害，確保有人受益而無人受損。這其實也是責任規則的經典應用情境，即藉由法律規定而非自願交易配置資源，以避免出賣方要挾加價（hold-out），實現帕雷多效率意義上之經濟效率⁴²。《物權》在論及越界建築之償金時，認為其體現了「從Kaldor-Hicks標準往Pareto標準邁進」（頁238註3），亦可資佐證。

其次，填補鄰地所有人之損失，固可視為公平正義之要求，但也是帕雷多效率的當然之理。故就經濟分析而言，償金的雙重目標不妨改為單一目標，即實現帕雷多效率。

三、越界建築

越界建築規則充斥了原則與例外，從經濟分析的視角觀之，即事前觀點與事後觀點的消長更替。在該規則內部，越界建築有時可免於拆除，源自事後觀點；但在故意等情形下存在例外，又源自事前觀點。同時，基於事前觀點，該規則本身還構成物上請求權一般規則之例外。例外與原則、事前與事後之更替，使得越界建築一章成為《物權》最為複雜的經濟分析之應用個例。潛在可商榷之處，因而也相應增加。

（1）經濟分析中的事後觀點，依然是成本效益分析，而非公平、教義等其他考量。《物權》大都恪守此理解，但也有例外。通說認為，在越界建築規則中，越界（建築）人不包括無權占有人。該書贊同此見解，因為「保存越界建築之最終目的是為了極大化社會財富，若房屋本體很可能因為無權占有而被拆除」，越界建築規

闕如，較低估值者（lower value user）也會嘗試攫取。該論據從「內部化外部性」之視角切入，可資贊同（在袋地情境，由於法定通行權人唯一且確定，償金機制或許還可避免少數袋地所有權人對法定通行權之主觀估值雖然極低，但因無需支付償金而仍然行權之低效率局面）。不過，帕雷多效率框架下之償金亦有此等功能，故該論據雖成立，但與償金目標之探討並無直接關聯。

42 See Calabresi & Melamed, *supra* note 27, at 1106-07.

則亦無適用實益（頁211）。

一項潛在質疑是，越界建築的本體因無權占有而被拆除，實為法律教義（物上請求權）而非經濟分析之結論。若依後者，即使為無權占有，越界建築的本體也未必應予拆除。

於此需探討的問題為，法律是否允許「雙重越界」，即越界人無權（善意）占有土地，並越界建築於鄰地，其可否先依越界建築規則成為鄰地相應部分的有權占有人，再依該規則成為其無權占有之土地相應部分的有權占有人？從經濟分析的事後觀點觀之⁴³，至少在完全越界或幾乎完全越界時（頁217-218），並無不許之理。而在法教義學上，此為越界建築規則的雙重適用，邏輯上亦無不可；由於越界建築的本體不在或幾乎不在越界建築人原本無權占有之土地上，該土地所有人還可能受制於權利濫用等規則而無從訴請拆屋還地。

（2）基於事前觀點，故意（以及重大過失）越界不適用越界建築規則，旨在保障自願交易，且故意越界人的確權成本極低（頁219-220）。

但是，在特定類型的故意越界，《物權》仍傾向於採事後觀點：其一，越界人與鄰地所有人訂立一定期限之使用借貸合同，後者於合同期滿後不願續約。其二，鄰地易手，後手基於合同相對性否認受原合同約束。雖然越界人明知越界，但此為「故意」而非「惡意」，故受制於禁止權利濫用規則，鄰地所有人無權請求拆屋還地（頁220）。

以上結論可資贊同，不過更宜從事前觀點予以解釋：前述越界行為雖屬故意，但係基於自願交易，故不在越界建築規則旨在排除

43 因為假定越界人占有土地為善意占有，非屬惡意或故意，故無需考慮經濟分析的事前觀點。

的、非自願的故意越界之列。在教義學上，即當事人的有約在先阻卻了故意越界的違法性。

具體言之，在第一種情境下，使用借貸合同到期後，越界人是否繼續有權占有使用鄰地，係合同解釋問題。若合同明確約定期滿後拆屋還地，則拆屋還地不僅是物上請求權的應有之義，還是越界人的合同義務，自應予以肯認。若合同無約定或約定不明，基於合同目的、誠信原則等似可認為，當事人仍然有意讓使用借貸合同延續至案涉建築使用壽命屆滿之日，唯獨租金應依有關規定，參考原合同價格或公平市價確定。在第二種情境下，鄰地在合同期限內易手，或可類推適用買賣不破租賃之規則，後手應受在先合同之約束。

(3) 在非故意（以及非重大過失）越界之情形下，鄰地所有人未「知而立即異議」，將喪失拆屋還地之權利，只能主張償金或價購。這涉及兩方面問題，《物權》分別予以經濟解釋：

一方面，若為輕過失越界，前述失權規則可激勵鄰地所有人即時異議（頁221），避免其在「越界建築幾近完工才要求拆屋還地」或借此「索取高額賠償」（頁222），易言之，避免浪費資源或徒增交易成本。

另一方面，若為故意越界，前述失權規則不復適用，此為「最簡單明瞭之方式」，避免越界人「心存僥倖」（頁220）。若為重大過失越界，結論亦無不同，而理由為：其一，越界在前而異議在後，直接規制越界行為可儘早防止糾紛發生；其二，重大過失越界人的確權成本較低（頁223-224）。

以上分析未盡全面。越界人有過錯、鄰地所有人未立即異議，是典型的與有過失。以上分析或聚焦於鄰地所有人，或聚焦於越界人，而未兼顧兩者，不無偏頗之嫌。不過，若能闡明前述異議制度的功能，該偏頗嫌疑即可得澄清。

鄰地所有人之異議義務，並非鄰地所有人在知情後有義務阻止一切後續越界行為（除非借助公權力，通常也無從阻止），而是藉由異議，使越界人知悉自己越界，從而主動中止越界行為。正因為此，異議義務通常僅存在於過失越界之場合。鄰地所有人因過失未「知而立即異議」，將喪失拆屋還地之權利，而僅能主張償金或價購。至於不涉及與有過失時的責任分擔，或者違反減損義務時擴大損失之單獨承擔，應源於「拆屋還地」權利在經濟上之整體性，難以部分主張。

相反，在故意越界之場合，越界人自始知悉自己越界，前述異議毫無意義。鄰地所有人無異議義務，自不涉及與有過失。不過，在重大過失越界之場合，鄰地所有人是否負有異議義務，不無探討餘地。一方面，重大過失越界人並非自始知悉自己越界，若經提醒，仍有可能中止，就此而言，鄰地所有人應負有異議義務。另一方面，重大過失與故意在實踐中頗難區辨，若兩者區別對待，信息成本較高，據此又應否定鄰地所有人之異議義務。

此外，為激勵鄰地所有人向過失越界人披露信息，「知而立即異議」之「知」，除了明知，也應包括「可得而知」。《物權》僅在註腳中提及相關不同見解，未予以深究（頁221註2），亦為小小的缺憾。

（4）關於鄰地所有人知道越界而負有異議義務之最晚時點，一般認為是越界建築完工時，《物權》則持不同意見。理由是越界建築完工後，其經濟價值（公平市價加主觀價值）仍可能因越界人的情感、裝修等投入而增加，故鄰地所有人應始終負有即時異議之義務，以免社會財富減損（頁225、247）。

前述經濟價值之增加是事實判斷，難以一概而論。若越界建築用於自住，其情感方面的主觀價值在一定期限內誠然可能增加，但時過境遷，隨著子女升學、成年、生老病死等事件，其主觀價值亦

可能減少。若非用於自住，而是出租或投資，則無情感方面的主觀價值。裝修作為越界建築之附屬，亦無不同。

至於經濟價值中的公平市價，與主觀價值不同，也與《物權》所主張的「隨房地產行情波動」不同（頁247），越界建築本身的公平市價必然因折舊而減損，唯有其對應土地權利（部分屬於鄰地所有人！）的公平市價才可能因通貨膨脹、市場行情等因素而上升。至於裝修，因其更多關乎主觀偏好，越界建築的公平市價未必會因裝修而相應上升，在甲看來精緻無比的裝修，在乙眼中可能一文不值，甚至為負值，因為還需先拆除才能重新裝修；即使有一定公平市價，裝修之增值亦主要存在於裝修完成時，此後則與時俱減，而非與時俱增。

總之，若將情感、裝修等越界建築完工後的主觀或客觀價值考慮在內，並據此確定鄰地所有人的異議義務，有較大不確定性，信息成本較高。主流意見以越界建築完工時作為鄰地所有人知道越界而負有異議義務的最晚時點，可資贊同。

當然，鑒於異議制度旨在避免拆屋所造成的較大損失，如《物權》所言，前述房屋「完工時」或可界定為，拆除越界部分將損及全部建築物的經濟價值之時（頁214）。此前，拆除越界部分的成本較小，異議的價值較高；此後，拆除越界部分的成本較大，異議的價值較低。房屋完工時因而未必等同於建築法規或通常理解的房屋竣工時。

另值探討的是，無論鄰地所有人是否負有異議義務，其可否長時間不行使其針對越界人的排除妨害請求權？回答應為否定。該物上請求權縱不受制於訴訟時效，亦應受制於失權規則，並非漫無期限。

四、附合與混合

附合與混合是《物權》經濟分析的另一重頭戲，以下逐一評析。

(1) 附合、混合的構成要件。其關鍵為「非毀損不能分離」「分離需費過鉅」等要件的含義。《物權》提出應比較分離前後各物之價格以及分離費用而定之，「非毀損不能分離」實為「分離需費過鉅」的子類型（頁250），讓人耳目一新。

不過，《物權》認為前述框架及結論亦適用於高情感價值物，因其「通常經不起『分離』」（頁250），或可商榷。高情感價值物不但經不起分離，也經不起添附。先添附、後分離，高情感價值物的主觀價值較當初固然有較大減損，但其與其他分離物的價值之和，未必低於不分離時合成物之價值。而且，合成物是歸屬於高情感價值物的物主還是歸屬於其他人，也會影響合成物之（主觀）價值。一律認為高情感價值物非毀損不能分離，未盡妥當。

(2) 附合、混合的法律後果。其所得之新物，原則上應為共有還是單獨所有？若為單獨所有，歸誰所有？針對前一問題，基於合成物分割之前的利用效率和分割成本，《物權》區別對待附合與混合：附合之所得更適合共有，而混合之所得更適合獨有。在動產之附合，因各共有人的親疏恩仇，共有之合成物在分割前可能處於低度利用狀態（頁252）；不動產與動產之附合亦無不同（頁256）。而在動產之混合，因原物易於分割，「也能夠很快被分割」，故分割成本和低度利用問題均不明顯，單獨所有的必要性較低，「比附合更適合以共有方式處理」（頁255）。

前述分析在若干重要事實判斷上或可存疑。其一，合成物在分割前未必處於低度利用狀態。除非附合、混合發生時，各原物所有人均在場且此後共同現實占有該合成物，通常而言，在分割之前，

合成物在法律上雖為共有，在事實上僅可能為一方單獨占有、使用和收益，並不會導致事實上的低度利用。

其二，合成物能否被很快分割，除受制於現物分割之難易，還取決於當事人之親疏恩仇以及其他爭議。即使在動產之混合，若當事人原有嫌隙，或者因賠償問題而生爭執，也可能拖累合成物之分割。

其三，附合物的分割成本較高，混合物的分割成本較低，在現物分割固然成立，但僅以裁判分割，即信息成本較高的情境為限。若當事人協議分割，則附合與混合的分割成本並無明顯差別。

因此，就合成物是否應為共有而言，未必應當區別對待附合與混合。由於合成物的低度利用較為罕見，且分割成本未必很高，故不同於《物權》的結論及論理，合成物原則上應一律為共有。而且，共有方案在以下兩方面也更勝一籌：其一，在法院介入前，共有方案對應的權屬關係更為清晰，而在單獨所有方案下，合成物的權屬取決於各原物價格之對比，甚至可能例外為共有。其二，共有方案還避免了部分原物所有人的物權僅因添附制度，就被「降級」為債權，不必要承受他方的破產風險。

此外，《物權》指出，附合所得之合成物原則上應「價高者獨得」，即價值明顯較高的原物之所有人單獨取得合成物之所有權，因為其「通常會是較能較佳利用合成物者」(頁253)⁴⁴。該事實判斷也未必成立。從主觀價值觀之，至少主動從事附合或混合之行為

44 該規則有兩個例外：(1) 在不動產附合，一律由不動產所有人取得合成物，這雖未盡符合前述原則，但節省了操作成本，難謂不合理(頁257)。(2) 在動產附合，若原各動產的價值相當，則仍以共有為宜，因為若堅持單獨所有並以抽籤決定權屬，民眾或許難以接受，以及從兩物合成到抽籤之間的所有權歸屬也將不明(頁254)。前一例外的分析並無問題；但在後一例外，從兩物合成到抽籤之間的所有權不明問題，似可經由抽籤結果的溯及力以及占有保護制度等予以解決，而民眾的接受程度屬於何種成本，也有說明必要。

人較需要、也可能較好利用合成物。

(3) 附合或混合是否為強行規定或強制規定，從而排除當事人的特別約定。《物權》認為，添附規則應為關於合成物權屬的「預設任意規定」(default rules)(頁263-267、302-303)，並從第三人之信息成本(以及尊重合同自由)角度作了精彩分析。以下僅作兩點說明：其一，在動產之附合或混合，第三人之信息成本不受添附規則的性質影響，或許並非因為第三人反正都須花費相同的信息成本查核所有權歸屬(頁266)，而是因為基於動產善意取得規則，第三人原本就無需花費信息成本，通常只需信賴動產的占有外觀即可。其二，鑒於共有之合成物允許事後協議分割，原則上亦無否定事前協議分割，即事先約定合成物權屬之理。

(4) 惡意附合與混合之例外。惡意附合與混合不適用添附，此乃基於事前觀點，旨在阻遏惡意的非自願交易。作為非自願交易之法定結果，附合、混合規定「不可能永遠都將物之所有權分配給最能利用者」，因而遜於雙方當事人自願交易之結果(頁262)。或可稍作補充的是：附合、混合至多可能將合成物之所有權分配給雙方當事人之中的更能利用者；而自願交易卻可以將添附之前各原物之所有權分配給不以雙方當事人為限的更能利用者。此外，為何僅排除惡意附合與混合，而未考慮重大過失、輕過失等情境，也不妨予以說明。

五、共有物分管

基於經濟分析，《物權》除了贊同以登記作為不動產分管權和部分(高價值、可登記之)動產分管權之公示方法，還敏銳指出，共有物分管權作為新型財產權之創設通道，理論上雖被寄予厚望，實踐中卻罕有迴響，並從高額稅金角度予以解釋⁴⁵。不過，也有兩

45 遺憾的是，實證研究僅截至2010年3月19日(頁275)；若能補充近十年來狀

處分析或可斟酌。

(1) 動產分管權以第三人(「對於應有部分受讓人或取得物權之人」)明知或可得而知為公示方法，不具有效率。《物權》提出三點理由，以下逐一評述。

其一，動產分管契約無法防止共有人出售應有部分，且「無法控制第三人是否明知或可得而知分管合同之存在，使標之物之價值下降」(頁278)。此處似非標之物價值下降，而為動產分管契約或動產分管權之價值下降。在共有人對外轉讓應有部分時，動產分管契約往往因第三人不知且非可得而知，而不具有對抗效力(物權效力)，且作為債權合同亦陷入履行不能，故其客觀及主觀價值均會下降。

其二，第三人查核標之物權屬的信息成本較高(頁278)。這可資贊同，但或可進一步區分兩類不同的信息成本。第一類信息成本是共有動產之應有部分在交易時的固有成本。該應有部分可能缺乏適當公示方法，確權的信息成本較高，但此與動產分管契約無關，不應予以考慮。第二類信息成本則為動產分管契約之特殊公示方法所導致的成本。不過，若前述第三人之明知或可得而知，與動產善意取之明知或可得而知內容相同，第三人仍不會承擔額外的信息成本；只有當前述第三人之可得而知的內涵更廣，例如包括因輕過失而不知，第三人才會承擔更重的注意義務，支出更高的信息成本。

其三，法院須審查第三人的主觀心理狀態，而非審查占有等客觀事實，故(法院的)信息成本較動產買賣不破租賃等情境更高(頁278)。第三人的主觀心理狀態不外乎明知和可得而知，然而，可得而知所對應的過失通常已客觀化；明知雖為主觀狀態，但亦只能由客觀事實證明。換言之，審查占有與審查第三人的主觀心理狀

況，當更有說服力。

態均為審查事實，且均須由當事人證明，兩種情境下法院的信息成本並無顯著差別。而且，前述法院的信息成本或審查成本屬於管理成本範疇，成本效益分析時應在多大程度上予以考慮，亦可斟酌。

(2) 共有物不分割期限之上限設為30年，可能太短。《物權》認為，該30年的上限規定旨在防止不分割約定之濫用，包括補強共有人的有限理性，使其有機會重新檢討資源的分配方式；禁止現在的資源擁有者永久控制資源之使用方式，「因為控制時間越久，邊際效用越低；但逝者已矣，無法與之締約變更財產分配狀態」。但這僅顧及「除弊」，而忽視了「興利」，妨礙了對超過30年的分管方式之交易需求（頁280-286）。

或可細化的是，前述交易需求之妨礙有兩種情境：其一，一旦30年經過，共有物分管契約之權利人即無任何權利。如書中示例，在利用分管合同設立的有對世效力的租屋關係中，缺乏穩定收入的退休老人將因共有人之分割請求而隨時失去承租房屋（頁285）。其二，30年經過後，共有物分管契約雖不具有物權效力，但仍具有債權效力。前述承租共有房屋的退休老人仍可享有相當保障。相關分析似應兼顧兩種情境。

六、事實上處分權

關於違章建築之「事實上處分權」，《物權》先梳理了違章建築的基本處理方案，然後重點論證該事實上處分權是一種習慣創設之財產權，可以房屋稅籍登記為公示方法，性質上為「永久使用、收益、處分權」即定限物權。其主要為法教義學建構，但也涉及經濟分析。就後者而言，部分事實判斷和成本效益界定亦有斟酌餘地⁴⁶。

⁴⁶ 《物權》在論證違章建築之所有權由誰取得時，亦頗多經濟分析（頁299-305），不過其係添附規則經濟分析之延續，且並無可指摘之處，故從略。

(1)《物權》認為，處理違章建築的最佳方案是一律拆除，因為許多違章建築都有製造公共危險之虞，且一律拆除將有力減少違章建築之交易及訟爭(頁294)。該成本效益分析未盡全面。在成本面向，遺漏了(禁止違章建築的)相關建築法令之規範目的被違反所對應的其他成本(如超越土地用途管制之成本)；在效益面向，違章建築權利人的效益、後續交易之效益等也被忽略。

(2)在維持現狀而非一律拆除的前提下，《物權》認為，處理違章建築的次優方案是將事實上處分權納入土地登記(立法論)，再次方案則為以現有的房屋稅籍登記作為公示方法(解釋論)。上述兩種方案雖然都會鼓勵違章建築的交易與新建，但經由罰款等替代嚇阻措施，例如對違章建築在正常房屋稅之外按年課徵罰款，從而抵消違章建築「從不能登記到可以登記之市場增值」、強化「違章建築縱令可以登記，仍屬不法」之訊息等，仍可誘使建造者遵守建築法規(頁298)。此種思路可資贊同。不過，若前述罰款的數額僅為違章建築可登記時和不可登記時之價值差額，似無法實現有效嚇阻。因為違章建造人及其後手至少可以「合法」保有違章建築不可登記時之價值；若前述罰款按年分次徵收，而非一次徵收，更無異於鼓勵違章建築的換手交易，因為愈早交易，罰款愈少，獲益愈多。

伍、經濟分析如何融入法教義學？

在《物權》序言中，蘇永欽教授對張永健教授曾有如下期許：「……我們只能期待，一套把經濟理論融入法教義學的方法論，或者民事財產法的經濟釋義，有一天也能由他來完成。」(「序言三」，頁9)除了道出該書之缺憾，更指明物權法經濟分析未來之研究方向：一為經濟分析融入法教義學之方法論，二為更成體系的物

權法之經濟釋義。後者只是時間問題，而前者則為基礎前提，也是物權法經濟分析之方法論所不可或缺者。

《物權》主要在第一章「導論」簡要提及，「經濟分析是一套完整嚴密之目的解釋體系」（頁3），「作為目的解釋之一種，當然也是法學方法之一環」（頁6）；「經濟分析有助於體系解釋……使民法體系不會產生內在矛盾」（頁4）。此外，「經濟效率可以作為裁決一階效率與公平、正義等價值之衝突的二階決策工具」（頁74）。

上述思想在王鵬翔教授和張永健教授合著的〈經濟〉一文得到了系統闡釋，上文已述，其不僅適用於物權法之經濟分析，亦適用於其他法律之經濟分析；事實上，《物權》也多次提及和預告該文（頁6、74）。以下將主要基於該文，對經濟分析融入法教義學之方法論予以評述。

一、一階效率：經濟分析作為法律解釋方法之方法

在文義、歷史、體系、目的四種法律解釋方法中，經濟分析扮演何種角色？《物權》僅提及經濟分析在體系解釋和目的解釋之功用，但〈經濟〉則涵蓋全部四種情形。不過，〈經濟〉的摘要僅涉及三種解釋，忽略了體系解釋。此間差異，頗有咀嚼必要。

（一）經濟分析並非對經濟學術語的文義解釋

經濟分析在文義解釋中有一席之地，是指經濟分析可用於分離需費過鉅、償金、可歸責、可得而知、善良風俗、誠實及信用方法等模糊概念之解釋。這些概念或有多重含義，或需精確界定，甚至需「透過價值判斷予以填補」。若單純基於文義，不足以確定其含義；而「引入經濟分析思維作為解釋工具，反而比較能夠精確界定這些概念的意義內涵，有助於提高法安定性與可預測性」⁴⁷。

47 參見王鵬翔、張永健（註4），頁819-826。

如質疑者所言，這多少有混淆文義解釋與其他解釋（如目的解釋）之嫌⁴⁸。誠然，語言有日常語言和專業術語之分。故基於生理學知識解釋刑法上「毀敗一肢之機能」，並非獨立的「生理學解釋」，而涉及專業術語的文義解釋⁴⁹。與之類似，若法律中有機會成本、邊際效益等概念，基於經濟學知識所為之解釋亦為文義解釋。但是，前述分離需費過鉅、可得而知等模糊概念，或者為日常語言，或者為法律術語，而非經濟學術語。其雖「具有經濟意涵⁵⁰」，因而經濟分析有用武之地，但此與文義解釋無關，而牽涉目的解釋等其他解釋方法。正因為文義解釋無能為力，其他解釋才有出場之機。不能以文義解釋之名，行其他解釋之實。

對於前述質疑，〈經濟〉不無讓步。「退一步而言，即便將文義解釋局限於只能訴諸日常語言或（狹義的）法學專業使用方式的語意論證」，分離需費過鉅等模糊概念之解釋亦可歸類為一種目的解釋，即「以促進經濟效率為目的之解釋論證」⁵¹。不過，這仍與文義解釋是否局限於日常語言及法律術語無關，文義解釋包括對經濟學術語之解釋，但不包括基於經濟效率價值所為之解釋。

（二）經濟分析僅在特定情境適用於歷史解釋

經濟分析在歷史解釋之適用餘地，僅限於修法理由等立法材料中包含經濟考慮之情境⁵²。其實質與法律的內在體系或規範目的包含經濟考慮之情境類似，不同僅在於，立法者於此宣示了經濟考慮，較為罕見；而通常只能訴諸體系解釋或目的解釋，揭示立法者未曾言明的經濟效率價值。

48 參見王鵬翔、張永健（註4），頁826。

49 同前註。

50 同前註。

51 參見王鵬翔、張永健（註4），頁827。

52 參見王鵬翔、張永健（註4），頁827-828。

（三）經濟分析與體系解釋、目的解釋之糾葛

經濟分析進入法教義學的主要通道，是體系解釋，還是目的解釋，抑或兼而有之？《物權》似認為兼而有之，但〈經濟〉之摘要又獨厚目的解釋。此種差異首先與體系解釋、目的解釋等概念在〈經濟〉中的運用未盡一致有關。

〈經濟〉認為，經濟分析是目的解釋的一種方法；其與體系解釋尤其是內在體系解釋並無衝突，因為效率並非法律體系的外在價值，而是民法或民事財產法的內在價值（內在原則）⁵³。以上見解的矛盾之處在於，若效率為民法體系的內在價值，基於體系解釋包含外在體系解釋和內在體系解釋之界定⁵⁴，經濟分析應屬於（內在）體系解釋，而非目的解釋。

誠然，〈經濟〉提及，內部體系解釋有時也被稱為目的解釋⁵⁵，但其對此似不以為然；其認為，目的解釋之目的另有所指，亦即足以證成前述內在價值之合理性或正確性的「某些實質論據」，包括經濟分析的效率論據⁵⁶。該文摘要將目的解釋與結果取向解釋等量齊觀，而未提及（內在）體系解釋，亦可資印證。

前述經濟分析之歸類困境，根源於傳統法學方法論的兩項固有爭議。

其一，內在體系解釋是體系解釋，還是目的解釋？以拉倫茨（Karl Larenz）教授為代表的眾多學者，一方面將基於法律體系內在價值、原則之解釋作為目的解釋，另一方面，因其接受外在體系、內在體系之二分，故在體系解釋中又談及內在體系解釋，導致

53 參見王鵬翔、張永健（註4），頁828-852。

54 參見王鵬翔、張永健（註4），頁811。

55 同前註。

56 參見王鵬翔、張永健（註4），頁814。

內在體系解釋「妾身未明」⁵⁷。

筆者認為，這是不同情境下的「體系」概念不當混用之結果。法律或民法之體系包括概念、規則等組成的外在體系，和價值、原則等組成的內在體系，此為單純的學說建構，旨在從體系角度「描述」法律，故價值、原則等均可有「體系」，甚至不妨有「目的體系」之概念。但是，在法律解釋之情境下，一旦承認體系解釋和目的解釋之區分，就不宜再將目的作體系，將目的解釋與體系解釋混為一談。

誠然，內在體系解釋係以其他法律規範所公認之價值、原則作為待解釋法律規範之目的，兼有體系解釋和目的解釋之色彩，但概念上仍應切分乾淨，而不宜曖昧騎牆，徒增概念疑義。基於體系和目的之不同界定，前述「內在體系解釋」只能體系解釋、目的解釋居其一，而應避免既是目的解釋、又是體系解釋之混亂局面。與之類似的例證為，基於立法歷史確定法律規範之含義，兼有歷史解釋和目的解釋之色彩，但為求邏輯一貫，該解釋方法或者應被歸類為歷史解釋，或者應為（主觀）目的解釋，而不宜既是歷史解釋又是目的解釋。

其二，目的解釋之目的，是僅限於法律體系的內在價值，還是也包括其他（法外）價值？若僅限於內在價值，且效率不在其列，則經濟分析與目的解釋無涉，而關乎法外續造。有見解認為經濟分析是超越法律的「法外論證」，正源於此⁵⁸。

相反，若目的解釋之目的不以內在價值為限，則不論效率是否為民法體系的內在價值，經濟分析都屬於目的解釋。王澤鑑教授謂

57 參見Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁207、212-214（2003年）；黃茂榮，法學方法與現代民法，5版，頁345-348（2007年）；Ernst A. Kramer著，周萬里譯，法律方法論，頁69、125（2019年）。

58 參見Ernst A. Kramer著，周萬里譯（註57），頁235-240。

「經濟效率乃在評估法律適用對資源配置的影響，應可納入法律目的解釋」（以物權法為語境）⁵⁹，以及「法律目的具有多種層面，有為具體的規範目的；有為抽象目的，如法律的社會作用，經濟效率以及公平正義等」（以民法為語境），即採此種關於目的之寬泛理解⁶⁰。

綜上，經濟分析是體系解釋之方法還是目的解釋之方法，抑或兼而有之，主要取決於內在體系解釋、目的解釋等經典概念的界定。筆者初步認為，應將內在體系解釋歸類為目的解釋，而使體系解釋等同於外在體系解釋。主要考慮有二：

其一，以價值、原則為中心的內在體系解釋，是價值取向之解釋，迥異於邏輯取向的以概念、規則為中心的外在體系解釋，而近於同為價值取向的目的解釋。

其二，鑒於目的解釋之目的是否包括法外價值不無爭議，若將內在體系解釋界定為體系解釋，目的解釋有被掏空之虞。相反，若將內在體系解釋界定為目的解釋，則體系解釋對應於外在體系解釋，而目的解釋包括基於內在價值之目的解釋（內在體系解釋），以及潛在的基於法外價值之目的解釋，體系解釋與目的解釋各司其職，相安無事。

（四）前提困境：效率未必是唯一或最高價值

按照《物權》的定義，作為法律解釋方法之方法，經濟分析及其對應的效率價值均涉及一階效率，即「直接作為實質規範目的之效率」，與公平、正義、自由、分配等價值並列⁶¹。然而，經濟分

59 參見王澤鑑，民法物權，2版，頁20（2010年）。

60 參見王澤鑑，民法思維：請求權基礎理論體系，頁184（2009年）。

61 參見王鵬翔、張永健（註4），頁840、843。該文以配置效率、生產效率作為一階效率之標準，以帕雷多效率、卡爾多希克斯效率作為二階效率之標準（王鵬翔、張永健，同前揭文，頁833、843）。筆者認為，一階效率、二階效率均只

析欲成為一以貫之的目的解釋以及其他解釋之方法，還有一個關鍵前提：效率必須成為唯一或最高價值。不然，任何經濟分析的結論，都將因其他價值之介入而大打折扣，經濟分析的解釋力與吸引力也將極大減損。例如，若以效率為唯一目的，某一規定的最佳解釋為A，但若兼顧公平，甚至棄效率而選公平，最佳解釋就會為B，而A、B可能迥異⁶²。

〈經濟〉認為，一階效率意義上的目的解釋不會抹煞其他價值作為目的解釋之正當性，「而是提出效率觀點作為可參酌的解釋目的之一，亦即成為權衡天平上的一個砝碼⁶³」。這僅道出了一半真相，即效率未必是唯一或最高價值。但未曾言明的另一半真相是，如前所述，一旦效率並非唯一或最高價值，效率與公平、自由等其他一階價值之衝突與妥協就勢不可免。經濟分析追求的一以貫之的解釋力，在其內部邏輯世界雖永遠屹立，但在價值多元的真實世界，在解釋分析具體問題時，卻未必能夠成立。

二、二階效率：經濟分析作為價值衝突之解決方法

〈經濟〉的重要理論貢獻之一，是區分一階效率與二階效率，並試圖在二階效率層面，開闢經濟分析在法律解釋方法中的新天地。其指出，除了一階效率，效率考慮在目的論證中還可能扮演兩個角色：一為「判斷採取哪個法律措施能夠以更低的成本達成規範目的」，二為「有助於精確地解決目的競合或衝突的問題」。前一種效率即「少花錢多辦事」，並不涉及目的或價值衝突（競合），因為

可能涉及帕雷多效率和卡爾多希克斯效率（相關概念澄清，請見上文）。

62 關於經濟分析能否用於誠信原則等民法基本原則之解釋，贊同者，參見Ernst A. Kramer著，周萬里譯（註57），頁239。但近來也有研究反思，要旨有二：其一，經濟分析的一貫性，不利於基本原則發揮因案制宜之功能；其二，效率原則的排他性，否定了基本原則相互平衡之可能。參見Christian Lange, *Treu und Glauben und Effizienz: Das Effizienzprinzip als Mittel zur Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln*, 2013.

63 參見王鵬翔、張永健（註4），頁843。

無關題旨，此後未再被論及。後一種效率即二階效率，其為「權衡解決目的（原則、價值、利益）衝突之效率考慮——亦即最適化或最大化實現一組可能相衝突之目的⁶⁴」。二階效率在中文世界是全新事物⁶⁵，以下詳細評述。

（一）帕雷多標準難成二階效率之標準

〈經濟〉認為，二階效率有兩個標準。第一個標準為帕雷多效率，例如，兩個目的Z1、Z2彼此衝突，若無損於Z1，而有益於Z2，即涉及帕雷多效率，構成帕雷多優越⁶⁶。但這似乎與預設前提不符：當兩個目的彼此相容時，固有利己而不損人之帕雷多效率；但若目的彼此衝突，難以兩全，似與帕雷多效率無涉。

（二）卡爾多希克斯標準或致效率獨尊

二階效率的第二個標準為卡爾多希克斯效率，此乃〈經濟〉之重點。仍以目的Z1、Z2之衝突為例，若帕雷多效率無望，則卡爾多希克斯效率出場。於此，「法律體系應該儘量追求Z1和Z2（共同）最大程度的實現」，其關鍵為，「實現Z2的好處或重要性是否大於Z1所受之損害，或足以彌補Z1之犧牲⁶⁷」。相關說明如下⁶⁸：

假設目的Z1要求採取某個解釋I1，目的Z2要求採取另一個解釋I2，但採取其中一種解釋必然會減損另一個目的之實

64 參見王鵬翔、張永健（註4），頁840。類似表述，參見王鵬翔、張永健，同前揭文，頁791、841。

65 從概念出處來看，一階效率與二階效率源自Anne van Aaken, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 190. 該書係奧德河畔法蘭克福歐洲大學2001年博士論文。書中的一階、二階分別與實質、形式同義，故一階效率、二階效率也可被分別替換為實質效率、形式效率（„... kann zwischen Regeln erster Ordnung (“first order”, material) und zweiter Ordnung (“second order”, formal) unterschieden werden.“）。

66 參見王鵬翔、張永健（註4），頁840。

67 參見王鵬翔、張永健（註4），頁841。

68 同前註（粗楷體為筆者所強調）。

現，此時究竟要選擇何種解釋，即須比較「採取解釋I1」與「採取解釋I2」這兩個選項的成本效益總和：在前者的狀態，雖能實現Z1，但必須付出減損Z2實現程度的成本；在後者的狀態，雖可實現Z2，但必須以犧牲Z1為代價（換言之，Z1和Z2互為對方之機會成本）。按照Kaldor-Hicks標準，即應選擇成本效益總和更高的解釋選項。

不難發現，不論目標Z1、Z2為何，終將被換算為效率意義上的成本或效益。誠然，部分「成本」之表述並無問題，因為其僅在日常之得失而非嚴格的效率意義上使用。例如：「Z1和Z2互為對方之機會成本」；實現Z1的「成本」為減損Z2的實現程度；Z2的實現以犧牲Z1為「代價」。然而，一旦切換至「成本效益總和」即卡爾多希克斯效率之語境，Z1之「失」與Z2之「得」就必須能夠「通約」，即能夠在嚴格的成本效益層面被比較、被加減，進而計算得出「成本效益總和」。正是在此一瞬間，各種效率之外的不同目標或價值（Z1、Z2），悄然完成了成本或效益之換算，淪為效率價值的階下囚⁶⁹！

倘若直言一切價值，包括公平、正義、分配、道德等都可以換算為成本或效益，前述換算在邏輯上無可厚非，而僅涉及價值判斷。這正是福利經濟學的經典主張：個人福利或福祉（well-being）無所不包，個人所珍視的一切事物，從商品、服務到公平、正義，皆囊括其中⁷⁰。但若一面認可效率並非唯一或最高價值，一面又在前述日常得失和嚴格的成本效益之間切換，就有偷換概念之嫌。

69 參見王鵬翔、張永健（註4），頁841：卡爾多希克斯效率意義上的二階效率，「其本質為成本效益分析（cost-benefit analysis）」。

70 See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, 114 HARV. L. REV. 961, 979-85 (2001). 對此類觀點的簡要說明，參見戴昕、張永健，比例原則還是成本收益分析：法學方法的批判性重構，中外法學，2018年第6期，頁1525（2018年）。

〈經濟〉或許也意識到此種潛在質疑，故強調「二階效率作為衡量方法不會使得效率變成唯一價值⁷¹」。「以二階效率解決目的衝突，不會排除其他價值」；相反，「二階效率，可以與各種實質目的或價值相容，因為二階效率只是一種形式理性的要求：亦即在權衡相競合之目的或價值時，應追求其整體之最適或最大實現⁷²」。

然而，此類辯護依然是修辭性的。在帕雷多效率無法適用的背景下，依照〈經濟〉所倚重的卡爾多希克斯效率，其他目的或價值都難免被換算為成本或效益，從而向（一階）效率「俯首稱臣」。二階效率所追求的不同目的或價值之「最適或最大實現」，並非前述價值、目的之共存共贏，而僅為「成本效益總和」之最大化，即效率的一統天下。

再以物權法定和善意取得的分析為例。物權法定背後的衝突價值為交易安全與私法自治，基於（二階效率意義上的）「經濟分析方法」，「可以在維持一定交易安全的前提下，儘量擴大私法自治的範疇⁷³」。善意取得背後的衝突價值為所有權保護與交易安全，基於「二階效率的思維」，「所有權保護與交易安全都值得追求，但註定不可能同時完美追求兩者，所以必須權衡」；「二階效率不是用以評價所有權的保護、交易安全兩種目的是否正當，而是在既有法律解釋方法面臨多重目的競合衝突時，權衡利弊得失，以做出最妥適的目的解釋結論⁷⁴」。

單看前述分析，二階效率意義上的經濟分析與寬泛的得失比較、利益權衡並無區別。而眾所周知，經濟分析對前述兩個問題有強大解釋力，端賴於以（一階）效率是唯一價值為前提，將交易安

71 參見王鵬翔、張永健（註4），頁843。

72 同前註。

73 參見王鵬翔、張永健（註4），頁841-842。

74 參見王鵬翔、張永健（註4），頁843。

全與私法自治、所有權保護與交易安全所涉及的成本效益，作條分縷析的梳理與比較，最終求得最適或最佳之效率，避免流於主觀恣意⁷⁵。注意，前述成本效益分析雖以一階效率是唯一價值為邏輯前提，但並不必然將交易安全、私法自治、所有權保護中隱含的其他價值自動換算為效率，而只是不予考慮。可一旦引入二階效率之概念，不但將導致前述價值換算，該換算還可能被誤以為或偽裝為不同目的或價值之「最適或最大實現」。

此外，二階效率意義上的經濟分析與比例原則之衡平性的比附，亦有混淆之嫌。「如果達成立法目的之好處，小於其壞處，則違反衡平性而不得採取。這正是二階效率的思維。⁷⁶」上文已述，只有當不同立法目的之得失的好處、壞處可以換算為成本或效益，即當所有價值都臣服於效率價值時，二階效率才有用武之地。這一價值預設與比例原則之衡平性的含義相去甚遠。

(三) 法律解釋後設方法論的類似困境

以上質疑針對二階效率在目的解釋之應用，但對於二階效率在法律解釋後設方法之應用，大體亦可成立。「後設方法論的真正問題，不在於解釋方法之間如何優先排序，而在於評價各個可能解釋選項孰優孰劣⁷⁷」，即「評估這些選項會帶來的結果，再進行成本效益分析以決定要採取哪一個選項⁷⁸」。該「成本效益分析」依然是二階效率意義上的不同目的或價值衝突之比較，其他目的或價值

75 物權法定的經濟分析可參見《物權》第四章(頁106-157)；善意取得的經濟分析，參見張永健，動產所有權善意取得之經濟分析，中研院法學期刊，21期，頁81-153(2017年)；張永健，民法典立法方法論——以《物權法》第106條、第107條動產所有權善意取得為例，財經法學，2017年第4期，頁50-67(2017年)。

76 王鵬翔、張永健(註4)，頁845。

77 王鵬翔、張永健(註4)，頁854。

78 王鵬翔、張永健(註4)，頁857。

同樣難免被換算為效率⁷⁹。「最低成本之（風險）防避者」（the cheapest cost avoider）的概念於此有重要地位⁸⁰，亦可資印證。

（四）小結：一階價值衝突之永恆難題

綜上所述，旨在調和效率、公平、正義、自由、分配等一階價值衝突的二階效率，雖抱負遠大，卻難如願以償。若認同效率並非唯一（一階）價值，則二階效率以不同目的之最適化為名，行成本效益換算及比較之實，不無概念偷換之嫌⁸¹。即使認同效率是唯一價值，因而其他價值均可轉化為效率，經濟分析也只需仰仗一階效率，而無需二階效率。無論在目的解釋的情境下解決目的或價值之衝突，還是在法律解釋後設方法的情境下評判不同解釋選擇方案之優劣，均是如此。

誠然，拒絕價值轉換，不唯效率是瞻，不同一階價值之間的權衡勢必缺乏指引，甚至無比艱難⁸²；法律解釋的後設方法作為法學的亙古難題，也將失去確定答案。但僅因為經濟分析提供了指引與確定性，就選擇皈依效率，未免有捨本逐末、避重就輕之嫌。一階價值之衝突平衡，可謂困擾法律人的「哲學」問題，其為法教義學毋庸諱言之短板，但看來也非經濟分析之強項。其或許只能依賴立法者、司法者做出英明的個案決斷，而很難訴諸理性或學術的一勞永逸之解決方案。

79 參見王鵬翔、張永健（註4），頁857。其還指出，「雖然目的權衡必然蘊含二階效率的考慮，但本文並未宣稱經濟分析是唯一的後設方法。」不過，倘若在目的或價值衝突的不同解釋方案之選擇中，二階效率及其對應的經濟分析並非唯一後設方法，為何其在目的解釋中就是目的或價值衝突的唯一或最優解決方法，甚至是比例原則的必然要求？似不無矛盾。

80 參見王鵬翔、張永健（註4），頁857。

81 概念的原初用法也可資印證：二階效率與一階效率都是指向效率或福利（Wohlfahrt），其中一階效率的示例為國民生產總值的效率函數，二階效率為不同目的或價值之效率函數。Vgl. *van Aaken* (Fn. 65), S. 190.

82 參見王鵬翔、張永健（註4），頁842（「其他的分析工具，並未提供目的競合時的分析指引」）。

陸、結論

在中文世界，物權法經濟分析之方法論罕有人耕耘。張永健教授獨著之《物權》一書，及其與王鵬翔教授合著之〈經濟〉一文，分別從經濟分析和法教義學面向填補了上述研究空白，堪稱方法論上的破冰之旅，意義深遠。本文主要評述和反思了前述一書一文的潛在不足，主要結論如下。

在經濟分析面向，物權法之經濟分析未必需要建立一套有別於一般法律經濟分析之專門方法論。其中，信息成本在物權法經濟分析中雖有重要地位和意義，但其解釋力及理論價值主要限於與物權（或權利）公示相關之情境。將所有與信息相關之成本界定為信息成本，不但缺乏實益，還會不當擠壓交易成本的「生存空間」，引發無謂的概念或理論紛爭。

《物權》所力倡的生產效率、配置效率，也難以成為有別於傳統效率標準，即帕雷多效率和卡爾多希克斯效率之外的獨立效率標準。生產效率旨在以最小支出「降低制度費用」，實為兩類成本之「組合」，而非囊括成本效益之效率；倘若堅持生產效率在經濟學之本義，其又僅為一個「工程學」概念，關乎事實判斷而不具有規範意涵，在法律以及法律經濟分析中均無立足之地。配置效率在英文法經濟學文獻中不無歧義，在《物權》一書中亦至少包括三種含義。配置效率若為《物權》明確定義之「資源流動到最能利用者之手」，不但邏輯上無法成立，必須被修正為「資源流動到更能利用者之手」，還有以「配置效益」充當「配置效率」之嫌。倘若將配置效率界定為帕雷多效率或寬泛的經濟效率（如「配置有效率」），雖然不錯，但亦無功，僅新增既有概念之別稱，並無方法論之實益。

從《物權》關於具體問題的經濟分析來看，相較於傳統的教義分析，物權法之經濟分析的優勢在於其「視角」，包括事前視角和成本效益視角。不過，事前視角的分析有賴於扎實的事實判斷，成本效益視角的分析也取決於對各項成本、效益之全面而準確的界定，因此，決定經濟分析成敗優劣的主要為關於前述問題之洞見，而非視角或方法本身。經濟分析的品質並不必然優於教義分析的品質。

在法教義學面向，經濟分析融入法教義學的主要通道應為目的解釋方法。經濟分析與文義解釋無關，不可將其與對經濟學術語的文義解釋混為一談。其僅在立法者明確認可經濟考慮之特定情境下適用於歷史解釋。只有當內在體系解釋被（不當）界定為體系解釋，而非目的解釋，且經濟效率被接納為法律體系的內在價值（內在原則）時，經濟分析才有可能適用於體系解釋方法。

〈經濟〉區分一階效率與二階效率，並試圖在二階效率層面，論證經濟分析在目的解釋和法律解釋後設方法兩種情境下之重要功用的努力難謂成功。若認同效率並非唯一（一階）價值，則二階效率以不同目的之最適化為名，行（卡爾多希克斯效率意義上的）成本效益換算及比較之實，不無偷換概念之嫌。即使認同效率是唯一價值，因而其他價值均可轉化為效率，經濟分析也只需仰仗一階效率，而無需二階效率。

自古批評容易建設難。物權法經濟分析之方法論，及經濟分析融入法教義學之方法論，均為法學方法論上全新的重要領地，張永健、王鵬翔兩位教授首次合力開闢了一條道路，筆者對該道路事無鉅細作了一些修整。無論未來路在何方，這條道路都會為人所銘記。

參考文獻

1. 中文部分

- Ernst A. Kramer著，周萬里譯（2019），法律方法論，北京：法律出版社。[Kramer, Ernst A. (2016), *Juristische Methodenlehre* (1998), 5. Aufl., Bern: Stämpfli.]
- Guido Calabresi著，畢競悅、陳敏、宋小維譯（2008），事故的成本：法律與經濟的分析，北京：北京大學出版社。[Calabresi, Guido. 1970. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven, CT: Yale University Press.]
- Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott著，江清雲、杜濤譯（2009），民法的經濟分析，北京：法律出版社。[Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus (2005), *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (1986), 4. Aufl., Berlin/Heidelberg: Springer Verlag.]
- Karl Larenz著，陳愛娥譯（2003），法學方法論，北京：商務印書館。[Larenz, Karl (1990), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), 6. Aufl., Berlin/Heidelberg: Springer.]
- Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus著，蕭琛主譯（2013），經濟學，北京：商務印書館。[Samuelson, Paul A., and William D. Nordhaus. 2010. *Economics*. 19th ed. Boston, MA: McGraw Hill.]
- Richard A. Posner著，蔣兆康譯（2012），法律的經濟分析，2版，北京：法律出版社。[Posner, Richard A. 2010. *Economic Analysis of Law*. 7th ed. New York, NY: Aspen.]
- Robert Cooter & Thomas Ulen著，施少華、姜建強、陳巧亞、姜欣、費曉楓譯（2002），法和經濟學，上海：上海財經大學出版社。[Cooter, Robert, and Thomas Ulen. 2000. *Law and Economics*. 3d ed. Hoboken, NJ: Addison-Wesley.]

- Steven Shavell著，柯華慶譯（2009），法律的經濟分析，北京：中國政法大學出版社。[Shavell, Steven. 2004. *Economic Analysis of Law*. Eagan, MN: Thomson/West.]
- 王文宇（2002），民商法理論與經濟分析，北京：中國政法大學出版社。
- （2003），民商法理論與經濟分析（二），北京：中國政法大學出版社。
- 王澤鑑（2009），民法思維：請求權基礎理論體系，北京：北京大學出版社。
- （2010），民法物權，2版，北京：北京大學出版社。
- 王鵬翔、張永健（2019），論經濟分析在法學方法之運用，臺大法學論叢，48卷3期，頁791-871。
- 車聖保（2011），效率理論述評，商業研究，2011年第5期，頁31-35。
- 周林彬（2002），物權法新論——一種法律經濟分析的觀點，北京：北京大學出版社。
- 周林彬、李勝蘭（2001），法律經濟分析與我國物權法創新，河北法學，19卷5期，頁10-14。
- 胡康生主編（2007），中華人民共和國物權法釋義，北京：法律出版社。
- 高宇（2008），生產效率理論演進及其比較研究，天府新論，2008年第1期，頁43-48。
- 張五常（2015），經濟解釋（二零一四增訂本），北京：中信出版社。
- 張永健（2017），民法典立法方法論——以《物權法》第106條、第107條動產所有權善意取得為例，財經法學，2017年第4期，頁50-67。
- （2017），動產所有權善意取得之經濟分析，中研院法學期刊，21期，頁81-153。

- (2019), 物權法之經濟分析——所有權, 簡體修訂版, 北京: 北京大學出版社。
- 張巍 (2006), 物權法定與物權自由的經濟分析, 中國社會科學, 2006年第4期, 頁129-140。
- 許德風 (2007), 論擔保物權的經濟意義及我國破產法的缺失, 清華法學, 2007年第3期, 頁60-77。
- (2008), 論法教義學與價值判斷——以民法方法為重點, 中外法學, 2008年第2期, 頁165-190。
- 賀劍 (2017), 走出共同擔保人內部追償的「公平」誤區——《物權法》第176條的解釋論, 法學, 2017年第3期, 頁77-92。
- (2019), 綠色原則與法經濟學, 中國法學, 2019年第2期, 頁110-127。
- 黃茂榮 (2007), 法學方法與現代民法, 5版, 北京: 法律出版社。
- 寧紅麗 (2005), 經濟學視野中的越界建築法律規則, 法商研究, 2005年第3期, 頁88-95。
- 戴昕、張永健 (2018), 比例原則還是成本收益分析: 法學方法的批判性重構, 中外法學, 2018年第6期, 頁1519-1545。
- 薛啟明 (2011), 動產善意取得功能辨, 北大法律評論, 12卷1輯, 頁200-228。
- 簡資修 (2006), 經濟推理與法律, 北京: 北京大學出版社。
- 蘇永欽 (2002), 再論一般侵權行為的類型, 收於: 走入新世紀的私法自治, 頁300-334, 北京: 中國政法大學出版社。
- (2002), 走入新世紀的私法自治, 北京: 中國政法大學出版社。
- (2004), 私法自治中的經濟理性, 北京: 中國人民大學出版社。
- (2012), 尋找新民法, 增訂版, 北京: 北京大學出版社。

2. 外文部分

- van Aaken, Anne (2003), „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, Baden-Baden: Nomos.
- Calabresi, Guido, and A. Douglas Melamed. 1972. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review* 85:1089-1128.
- Carlson, David Gray. 1986. Reforming the Efficiency Criterion: Comments on Some Recent Suggestions. *Cardozo Law Review* 8:39-73.
- Coleman, Jules L. 1980. Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. *California Law Review* 68:221-249.
- Cooter, Robert, and Thomas Ulen. 2012. *Law and Economics*. 6th ed. Boston, MA: Pearson-Addison Wesley.
- Epstein, Richard A. 1994. On the Optimal Mix of Private and Common Property. *Social Philosophy and Policy* 11(2):17-41.
- Fennell, Lee Anne. 2013. The Problem of Resource Access. *Harvard Law Review* 126:1472-1531.
- Kaplow, Louis, and Steven Shavell. 2001. Fairness versus Welfare. *Harvard Law Review* 114:961-1389.
- Kornhauser, Lewis A. 1980. A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law. *Hofstra Law Review* 8:591-640.
- Lange, Christian (2013), *Treu und Glauben und Effizienz: Das Effizienzprinzip als Mittel zur Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Markovits, Richard S. 1976. The Distributive Impact, Allocative Efficiency, and Overall Desirability of Ideal Housing Codes: Some Theoretical Clarifications. *Harvard Law Review* 89:1815-1846.
- . 1980. Legal Analysis and the Economic Analysis of Allocative

- Efficiency. *Hofstra Law Review* 8:811-904.
- . 1998. The Allocative Efficiency of Shifting from a Negligence System to a Strict-Liability Regime in our Highly-Pareto-Imperfect Economy: A Partial and Preliminary Third-Best-Allocative-Efficiency Analysis. *Chicago-Kent Law Review* 73:11-134.
- . 2008. *Truth or Economics: On the Definition, Prediction, and Relevance of Economic Efficiency*. New Haven, CN: Yale University Press.
- Merrill, Thomas W. 2009. Accession and Original Ownership. *Journal of Legal Analysis* 1:459-510.
- . 2012. The Property Strategy. *University of Pennsylvania Law Review* 160:2061-2096.
- Merrill, Thomas W., and Henry E. Smith. 2011. Making Coasean Property More Coasean. *Journal of Law & Economics* 54(S4):S77-S104.
- Posner, Richard A. 1970. Book Review: The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analysis by Guido Calabresi. *The University of Chicago Law Review* 37:636-648.
- . 1986. *Economic Analysis of Law*. 3d ed. New York, NY: Little, Brown and Company.
- . 2003. *Economic Analysis of Law*. 6th ed. New York, NY: Aspen.
- Smith, Henry E. 2004. Property and Property Rules. *New York University Law Review* 79:1719-1798.
- Viscusi, W. Kip, and Joseph E. Aldy. 2003. The Value of a Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World. *Journal of Risk and Uncertainty* 27:5-76.
- White, Lawrence H. 2008. Can Economics Rank Slavery Against Free Labor in Terms of Efficiency?. *Politics, Philosophy & Economics* 7:327-340.

A Methodological Exploration into Economic Analysis of Property Law:

Reflections on “Economic Analysis of Property Law” by
Professor Yun-chien Chang and Another Related Article

*Jian He**

Abstract

There are two dimensions to the methodology for economic analysis of property law, one economic and the other doctrinal. Both of them were rarely explored in Chinese literature until two groundbreaking studies published recently: the book *Economic Analysis of Property Law* by Professor Yun-Chien Chang and the article *On the Use of Economic Analysis in Legal Methodology* co-authored by him and Professor Peng-Hsiang Wang. This article aims to reveal the potential weaknesses of these two studies and helps to improve the aforementioned Methodology.

As regards the economic dimension, it is indeed hard to deviate from the general methodology for economic analysis of law and establish a new one specifically for economic analysis of property law, based upon concepts including *information cost*, *productive efficiency*, and *allocative efficiency*. Concerning its consistent *ex ante* perspective and cost-benefit approach, economic analysis has an advantage over doctrinal analysis in confronting many property-law issues. But the advantage does not necessarily lead to better analysis output.

With respect to the doctrinal dimension of the methodology, teleological interpretation is the main entry for integrating economic

* Assistant Professor, Law School, Peking University.

analysis into the doctrinal study of law. The classification between first-order efficiency and second-order efficiency in the relevant study is not persuasive. Neither is the argument that economic analysis can, in the sense of second-order efficiency, substantially resolve first-order-value conflicts in the context of teleological interpretation and meta-methodology of statutory interpretation.

KEYWORDS: economic analysis, law and economics, information cost, transaction cost, allocative efficiency, productive efficiency, first-order efficiency, second-order efficiency, the doctrinal study of law, statutory interpretation.