

王文宇 著

民商法理论与经济分析

中国政法大学出版社

民商法理论与经济分析

王文宇 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法理论与经济分析/王文字著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2002

ISBN 7-5620-2230-5

I. 民… II. 王… III. ①民法-研究-中国②商法-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052174 号

书 名 民商法理论与经济分析
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 12.5
字 数 325 千字
版 本 2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷
印 数 0 001—5 000
书 号 ISBN 7-5620-2230-5/D·2190
定 价 26.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆ ☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

作者简介

王文宇

学历：

美国史丹福大学法学博士

美国哥伦比亚大学法学硕士

台湾大学法学硕士、法学士

经历：

美国史丹福大学法学院客座副教授

台北理律法律事务所律师

纽约华尔街 Sullivan & Cronwell 律师事务所律师

现职：

台湾大学法律学系副教授

2 作者简介

主要著作：

公司与企业法制

金融法制论文集

BOT 三赢策略(与刘忆如、黄玉霖教授合著)

主编：

金融小六法

公司与商业小六法

内 容 简 介

本书系收录作者近年来研究法律经济分析理论、民商法、经济法之重要论文，不仅在理论面对于法律经济分析之原理及模型有深入浅出之论述，亦将理论广泛地运用在各个法学领域，包括民事法、商法、行政法、金融法及网路法等等。在实证面上，更以法律经济分析理论引证及批判台湾实务之解释及判决，提供了以经济学之科际整合方法分析法律学之最佳途径。

序 言

法律经济分析理论系一种将法律学与经济学作科际整合的新学门，于一九三〇年代自美国开始萌芽，逐渐发展为美国法律学研究中重要的领域，并且不仅停留在学术研究的探讨，更进一步落实在美国法院裁判理由中。

经济学的理论博大精深，也未必所有经济学讨论的课题都适宜应用在法律学之上。然而由于经济学里理性自利、理性选择的重要基本预设，与法律作为一种规范研究的学门，必须探讨规范对人类行为产生效果的面向不谋而合，是以将经济学的分析理论运用在法律学上，就有了迥异于大陆法系法释义学传统下以涵摄、三段论法等法体系研究路线的成果。

依美国法学界及实务界的发展现况，法律经济分析不仅仅可用在民事法中，也被广泛地运用在行政法、环境法及刑事法学领域，可以说明法律经济分析从预设发

展出模型，去验证人类行为与规范间的互动关系，是经济学得以从法律经济分析理论解构法律学的重要原因。笔者引介法律经济分析之理论，并无意以经济学之是论法律之非，而是希望在传统大陆法律学研究方法强调法律体系及语意解释的主流法学价值下，另辟蹊径，冀求从这个面向可以窥出传统法学解释方法的一些盲点。是以本书除笔者对法律经济分析理论之研究心得外，许多篇幅系将法律经济分析理论运用在司法实务的解释及判决上，有些部分更系从新制度经济学之角度，去探讨商业市场的法制面问题。此点固为运用法律经济分析理论所必然的研究方向，亦是企求将法律经济分析理论落实于本土之法律环境，而期盼可能在法制面之变革上有所裨益者，此亦为笔者研究法律经济分析与民商法理论之最终目的。

本书另行收录数篇与民商法及经济法相关之论文，包括关系重大经济建设发展的促参法之评析、电子银行与网路交易的相关问题、专门职业人员的规范，以及衍生性金融商品法律问题等等。上述论文与经济分析理论亦属相关，皆为笔者研究经济法及民商法之心得，一并提供参考。

本书之问世，要感谢元照出版公司全体编辑的辛劳，并感谢台湾大学法律学院法律研究所纪天昌同学搜集、整理资料并提供宝贵意见，大学部许良宇、杨智杰同学协助校对。回顾法律经济分析理论之发展，此一法学领域之巨擘寇斯，其所阐述的寇斯定理，系美国法律经济分析理论发展的重要里程碑。寇斯本为一经济学者，却能以其深厚之经济学素养在法学领域绽放出绚丽的花朵，笔者不仅心向往之，亦愿以此与有志习法者共勉。

王文字

二〇〇〇年四月于台大法学院

目 录

序言

一、从经济观点论保障财产权的方式

——以财产法则与补偿法则为中心…………… (1)

壹、前言…………… (2)

贰、财产权的经济分析…………… (7)

叁、保障财产权的方式——财产法则与补偿法则 …… (29)

肆、法律应优先采取财产或补偿法则？以民法规定
为例 …………… (38)

伍、结论 …………… (70)

二、从财产权之保障论释字第三四九号解释 …………… (76)

壹、前言 …………… (77)

贰、释字第三四九号解释评释 …………… (79)

叁、财产权、公共利益与分管契约之效力 …………… (82)

肆、衡量分管契约效力之标准 …………… (91)

伍、从财产权之保障论释字第三四九号解释 …………… (99)

陆、财产权之经济面向与分管契约之定位
——代结论…………… (111)

三、财产法的经济分析与寇斯定理

——从一则土地相邻关系的判决谈起	(114)
壹、前言	(114)
贰、Sturges v. Bridgman 案的事实与判决	(116)
叁、寇斯对本案判决之批评	(117)
肆、寇斯定理：交易成本与效率的关系	(120)
伍、寇斯定理在规范上之意义	(123)
陆、保障财产权的方法：财产法则与补偿法则	(124)
柒、由本案事实经过论有关寇斯定理的争议	(126)
捌、结论	(128)

四、从民法撤销权规定论特定物债权人之保障

壹、前言	(130)
贰、法律应优先采取“强制履行”或“金钱赔偿” 法则	(132)
叁、特定物债权人得否行使撤销权	(134)
肆、何谓“有效率的违约”	(140)
伍、诉讼案件之分析	(141)
陆、何种方式为保障财产权的“最佳方式”	(141)
柒、结论	(142)

五、从财产权保障与“政府权责”论震灾重建

壹、前言	(145)
贰、震灾重建的正当性、目标与立法重点	(148)

叁、震灾重建的经济诱因	(153)
肆、震灾重建与土地开发规模的维持	(157)
伍、从震灾重建论土地财产权的保障与限制	(162)
陆、震灾重建与“政府”权责	(168)
柒、结论	(171)
六、论共生交易对公平交易法的挑战	
——以加盟事业为中心	(173)
壹、前言与背景说明	(174)
贰、共生交易与加盟事业的定位	(177)
叁、加盟事业的经济功能与限制竞争效果	(182)
肆、加盟事业与公平交易法——比较法的观察	(189)
伍、对加盟事业规范方式的检讨	(195)
陆、结论——共生交易对公平交易法的挑战	(201)
七、论德沃金的司法判决理论	(204)
壹、前言	(204)
贰、德沃金的司法判决理论	(207)
叁、德沃金判决理论与其他学派判决理论之比较	(215)
肆、德沃金司法判决理论之批评	(222)
伍、司法判决的现实：追求“理论不全的共识”	(229)
陆、结论	(232)
八、论类推适用与法律解释	(236)
壹、前言	(237)

4 目 录

貳、类推适用之概念与特征	(238)
叁、类推适用之优缺点与案例研究	(242)
肆、类推适用与法律解释	
——兼论实务上之类推适用	(249)
伍、结论	(255)
九、论高铁投资契约中之强制收买条款	(257)
壹、前言	(257)
貳、兴建营运合约之性质	(260)
叁、高铁收买条款之内容与背景	
——自愿理赔还是间接保证	(262)
肆、从奖参条例与国际规制论“政府”收买	
机制之内容	(267)
伍、高铁收买机制可能产生的弊端	(270)
陆、结论	(276)
十、有关促参法的修订意见	(279)
壹、前言	(280)
貳、促参法概述	(281)
叁、用地之取得及开发	(286)
肆、融资租税及优惠	(288)
伍、申请与审核	(292)
陆、监督与管理	(296)
柒、结论	(300)

十一、电子银行与网路交易之法律问题	(301)
壹、前言	(302)
貳、电子银行	(302)
叁、网路交易对证券管理的影响	(312)
肆、结论	(327)
十二、从经济观点与美国法论专门职业人员之规范	(328)
壹、前言	(329)
貳、专门职业接受竞争法规范的理论基础	(330)
叁、美国对专门职业如何受竞争法规范之研究	(333)
肆、OECD 国家对专门职业人员服务竞争问题的 理念	(340)
十三、论衍生性金融商品之法律问题	(347)
壹、前言	(348)
貳、衍生性金融商品之基本概念与契约类型	(349)
叁、衍生性金融商品之管理 ——国际规则与美国法制	(365)
肆、衍生性金融商品交易涉及之法律问题与风险	(372)
伍、结论	(389)

从经济观点论保障财产权的方式

——以财产法则与补偿法则为中心

目 次

壹、前言

貳、财产权的经济分析

一、法律经济分析的基本理论

(一) 理性自利的预设

(二) 从事前观点引申出实证观点及规范观点

二、财产权的归属与经济效益——以寇斯定理为中心

◎从寇斯定理看法律的功能

三、实例说明——一则有关土地相邻关系的判决

四、关于“外部性”的讨论

五、经济分析的局限性

(一) 过度简化的模型

(二) 价值判断的盲目

(三) 无法分析人类行为的非理性因素

叁、保障财产权的方式——财产法则与补偿法则

一、基本概念

二、补偿法则的内涵与疑义

三、实例说明——越界建筑立法例的比较

四、保障财产权的方式与交易成本

肆、法律应优先探取财产或补偿法则？以民法规定为例

一、原则——以财产法则为优先

(一) 财产权的基本性质

(二) 财产法则的经济功能——促进资源的有效利用

(三) 财产权的归属与财产法则——以分管契约为例

二、例外——以补偿法则取代财产法则

(一) 一般利益衡量的考量

(二) 缓和钳制问题的考量

(三) 减省谈判成本的考量

(四) 鼓励揭露资讯的考量

(五) 减省执行成本的考量——强制履行或金钱赔偿

三、两种法则皆不适用？以民法紧急避难规定为例

伍、结论

壹、前言

在私有财产制下,“财产权”为个人肯定自我、实现未来的凭藉,亦是社会妥善分配经济资源以创造利益的依归。是故“宪法”明文规定人民之财产权应受保护(第十五条),更进一步将这个基本原则落实在各种民商法与财经法中,^{〔1〕}或将其内涵透过法院判决加以厘清。^{〔2〕}在社会变迁日趋复杂的情形下,人民私法上之权利义务关系亦随之千变万化,但大致上都可以从资源分配的观点去切入,而法律界定资源分配的手段就是财产权。法律保障财产权的方式,是设计不同的机制去促进或限制人民利用资源的方式。现代社会中与财产权有关之法律事实,有简单如购买一片面包者,亦有复杂如企业团购并者,当然需要用更细致的规范去建立适当的概念与体系,以符合公平正义与人民对法律规范的期待。

传统大陆法系讲求体系和逻辑,因之民法建立复杂严密的法律结构来规范财产权,自总则而下,有债编通则,然后是各种典型契约,物权通则和各种担保用益物权。基本上大陆法系的做法就是将法律事实概念化、类型化,然后借着解释去实现规范目的及立法者的价值判断,因此法律概念有所谓“价值储藏”的功能。^{〔3〕}大陆

〔1〕 学者认为宪法之规定对于人民私法上之法律关系,并不具有直接形成之效力,亦即宪法规定之基本权并不能直接当作请求权之基础,而须经由法律条文之规定将之具体化。参见王泽鉴,民法债编总论第一册——基本理论·债之发生,作者自刊,1993年11月第八版,页13。

〔2〕 请参考苏永钦,财产权的保障与大法官解释,“司法院”举办大法官“释宪”五十周年论文,1998年9月16日。

〔3〕 参见黄茂荣,法学方法与现代民法,1997年3月增订三版,页58。概念或类型的功能除了共识及价值储藏外,还有减轻思维的工作负担的功能。

法系由抽象到具体、由一般到特殊，建立起令人赞叹的法律体系；反观英美法，虽然不乏类似的努力，^{〔4〕}但由于较重视判例法及普通法的传统，其类型化的深度与大陆法相较可谓瞠呼其后。虽然如此，现代国家法制——包括大陆法系和英美法系——讲求类型化与概念化操作的基本立场是一致的。^{〔5〕}因此，如我们抱持着存异求同的态度来看，英美法与大陆法的法学研究在某种程度上均强调概念与类型的重要性。

长期以来，各国的法学研究由概念推展到类型，经历了相当的演变，使法学方法向前迈进一大步。然而，过度类型化的结果也可能产生相当之后遗症，例如专注实际运作却忽略规范目的以致和价值剥离，或在是否要更抽象以涵盖更多法律事实或更具体以避免规范空洞化间摆动。^{〔6〕}事实上，由于本身结构性的因素使然，类型的优点正是它的缺点，这个道理正如“水能载舟，亦能覆舟”。是故，我们一方面要避免落入类型至上或类型万能的窠臼，^{〔7〕}一方面应以开放胸襟接受新的类型，以体察或分析变化万千的法律关系。尤其是在既有类型不能适切说明某些社会现象时，更应思考是

〔4〕 See Madeline Morris, *The Structure of Entitlements*, 78 Cornell L. Rev. 822 (1993); Wesley Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale L. J. 16 (1913).

〔5〕 有些人以为英美法完全不注重概念与逻辑，似有误解；事实上英美法如大陆法般，亦有“公法、私法”，“契约、不动产物权”等基本概念的区别。有关美国法上的基本体系与概念区分，请参考 Farnsworth, *Introduction to the Legal System of the United States* (2nd ed.) 81-87 (1987)。

〔6〕 同前揭注 3。

〔7〕 即使在注重概念与体系的德国，法律学者也不时挑战既存类型的适切性。如德国学者 Schwerdtner 即曾为文检视“债权与物权严格区分”这个政策的正当性，请参考马维麟，*民法债篇注释书*，页 402~406（附录：债权与物权严格区分之摒弃？简介德国学者 Schwerdtner 氏之研究），1995 年。