

民商法理論與經濟分析

王文字 著

學術論文集



元照出版

國立台灣大學法學叢書 122

民商法理論與經濟分析



王文宇 著

國立台灣大學法學叢書編輯委員會／編輯

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民商法理論與經濟分析 / 王文宇 著 · --初版 ·

--臺北市 : 元照, 2000[民 89]

面 : 公分 · -- (學術論文集)

ISBN 957-0332-34-4(精裝)

1. 民法 2. 商法 3. 經濟 - 法令, 規則等

553.42

89003176

民商法理論與經濟分析

學術論文集 1D59GA

2000 年 5 月 元照初版第 1 刷

作 者 王文宇

出 版 者 元照出版公司

台北市 100 館前路 18 號 5 樓

定 價 新臺幣 420 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

Copyright©by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號 ISBN 957-0332-34-4

序 言

法律經濟分析理論係一種將法律學與經濟學作科際整合的新學門，於一九三〇年代自美國開始萌芽，逐漸發展為美國法律學研究中重要的領域，並且不僅停留在學術研究的探討，更進一步落實在美國法院裁判理由中。

經濟學的理论博大精深，也未必所有經濟學討論的課題都適宜應用在法律學之上。然而由於經濟學裏理性自利、理性選擇的重要基本預設，與法律作為一種規範研究的學門，必須探討規範對人類行為產生效果的面向不謀而合，是以將經濟學的分析理論運用在法律學上，就有了迥異於大陸法系法釋義學傳統下以涵攝、三段論法等法體系研究路線的成果。

依美國法學界及實務界的發展現況，法律經濟分析不僅僅可用在民事法中，也被廣泛地運用在行政法、環境法及刑事法學領域，可以說明法律經濟分析從預設發展出模型，去驗證人類行為與規範間的互動關係，是經濟學得以從法律經濟分析理論解構法律學的重要原因。筆者引介法律經濟分析之理論，並無意以經濟學之是論法律之非，而是希望在傳統大陸法律學研究方法強調法律體系及語意解釋的主流法學價值下，另闢蹊徑，冀求從這個面向可以窺出傳統法學解釋方法的一些盲點。是以本書除筆者對法律經濟分析理論之研究心得外，許多篇幅係將法律經濟分析理論運用在國內司法實務的解釋及判決上，有些部分更係從新制度經濟學之角度，去探討我國商業市場的法制面問題。此點固為運用法律經濟分析理論所必然的研究方向，亦是企求將法律經濟分析理論落實於本土之法律環境，而期盼可能在法制面之變革上有所裨益者，此亦為筆者研究法律

經濟分析與民商法理論之最終目的。

本書另行收錄數篇與民商法及經濟法相關之論文，包括關係國內重大經濟建設發展的促參法之評析、電子銀行與網路交易的相關問題、專門職業人員的規範，以及衍生性金融商品法律問題等等。上述論文與經濟分析理論亦屬相關，皆為筆者研究經濟法及民商法之心得，一併提供參考。

本書之問世，要感謝元照出版公司全體編輯的辛勞，並感謝臺灣大學法律學院法律研究所紀天昌同學蒐集、整理資料並提供寶貴意見，大學部許良宇、楊智傑同學協助校對。回顧法律經濟分析理論之發展，此一法學領域之巨擘寇斯，其所闡述的寇斯定理，係美國法律經濟分析理論發展的重要里程碑。寇斯本為一經濟學者，卻能以其深厚之經濟學素養在法學領域綻放出絢麗的花朵，筆者不僅心嚮往之，亦願以此與有志習法者共勉。

王文宇

民國八十九年四月於臺大法學院

目 錄

序言

一、從經濟觀點論保障財產權的方式——

以財產法則與補償法則爲中心	1
壹、前言	3
貳、財產權的經濟分析	9
參、保障財產權的方式——財產法則與補償法則	34
肆、法律應優先採取財產或補償法則？以民法規定 爲例	45
伍、結論	81

二、從財產權之保障論釋字第三四九號解釋 ... 87

壹、前言	89
貳、釋字第三四九號解釋評釋	92
參、財產權、公共利益與分管契約之效力	95
肆、衡量分管契約效力之標準	104
伍、從財產權之保障論釋字第三四九號解釋	114
陸、財產權之經濟面向與分管契約之定位——代結論 ...	127

三、財產法的經濟分析與寇斯定理——

從一則土地相鄰關係的判決談起	131
壹、前言	133
貳、Sturges v. Bridgman 案的事實與判決	135
參、寇斯對本案判決之批評	136
肆、寇斯定理：交易成本與效率的關係	138
伍、寇斯定理在規範上之意義	141
陸、保障財產權的方法：財產法則與補償法則	143
柒、由本案事實經過論有關寇斯定理的爭議	145
捌、結論	147

四、從民法撤銷權規定論特定物債權人之

保障	151
壹、前言	153
貳、法律應優先採取「強制履行」或「金錢賠償」 法則	154
參、特定物債權人得否行使撤銷權	156
肆、何謂「有效率的違約」	163
伍、訴訟案件之分析	164
陸、何種方式為保障財產權的「最佳方式」	165
柒、結論	166

五、從財產權保障與政府權責論震災重建	169
壹、前言	171
貳、震災重建的正當性、目標與立法重點	174
參、震災重建的經濟誘因	180
肆、震災重建與土地開發規模的維持	185
伍、從震災重建論土地財產權的保障與限制	190
陸、震災重建與政府權責	197
柒、結論	201

六、論共生交易對公平交易法的挑戰——	
以加盟事業爲中心	203
壹、前言與背景說明	205
貳、共生交易與加盟事業的定位	208
參、加盟事業的經濟功能與限制競爭效果	215
肆、加盟事業與公平交易法——比較法的觀察	223
伍、我國對加盟事業規範方式的檢討	230
陸、結語——共生交易對公平交易法的挑戰	236

七、論德沃金的司法判決理論	239
壹、前言	241
貳、德沃金的司法判決理論	244
參、德沃金判決理論與其他學派判決理論之比較	253

肆、德沃金司法判決理論之批評	260
伍、司法判決的現實：追求「理論不全的共識」	268
陸、結論	271
 八、論類推適用與法律解釋	277
壹、前言	279
貳、類推適用之概念與特徵	280
參、類推適用之優缺點與案例研究	284
肆、類推適用與法律解釋——兼論我國實務上之類推 適用	293
伍、結論	299
 九、論高鐵投資契約中之強制收買條款	301
壹、前言	303
貳、興建營運合約之性質	305
參、高鐵收買條款之內容與背景——自願理賠還是 間接保證	307
肆、從獎參條例與國際規制論政府收買機制之內容	313
伍、高鐵收買機制可能產生的弊端	316
陸、結論	323

十、有關促參法的修訂意見	327
壹、前言	329
貳、促參法概述	330
參、用地之取得及開發	336
肆、融資租稅及優惠	338
伍、申請與審核	341
陸、監督與管理	346
柒、結論	350
 十一、電子銀行與網路交易之法律問題	351
壹、前言	353
貳、電子銀行	353
參、網路交易對證券管理的影響	364
肆、結論	382
 十二、從經濟觀點與美國法論專門職業人員之 規範	383
壹、前言	385
貳、專門職業接受競爭法規範的理論基礎	386
參、美國對專門職業如何受競爭法規範之研究	390
肆、OECD 國家對專門職業人員服務競爭問題的理念	398

十三、論衍生性金融商品之法律問題	405
壹、前言	407
貳、衍生性金融商品之基本概念與契約類型	408
參、衍生性金融商品之管理——國際規則與美國法制 ...	426
肆、衍生性金融商品交易涉及之法律問題與風險	434
伍、結論	452

從經濟觀點論保障財產權的方式——

以財產法則與補償法則為中心

壹、前言

貳、財產權的經濟分析

一、法律經濟分析的基本理論

(一)理性自利的預設

(二)從事前觀點引申出實證觀點及規範觀點

二、財產權的歸屬與經濟效益——以寇斯定理為中心

◎從寇斯定理看法律的功能

三、實例說明——一則有關土地相鄰關係的判決

四、關於「外部性」的討論

五、經濟分析的侷限性

(一)過度簡化的模型

(二)價值判斷的盲目

(三)無法分析人類行為的非理性因素

參、保障財產權的方式——財產法則與補償法則

一、基本概念

二、補償法則的內涵與疑義

三、實例說明——越界建築立法例的比較

四、保障財產權的方式與交易成本

肆、法律應優先採取財產或補償法則？以民法規定為例

一、原則——以財產法則為優先

(一)財產權的基本性質

(二)財產法則的經濟功能——促進資源的有效利用

(三)財產權的歸屬與財產法則——以分管契約為例

二、例外——以補償法則取代財產法則

(一)一般利益衡量的考量

(二)緩和箝制問題的考量

(三)減省談判成本的考量

(四)鼓勵揭露資訊的考量

(五)減省執行成本的考量——強制履行或金錢賠償

三、兩種法則皆不適用？以民法緊急避難規定為例

伍、結論

壹、前 言

在私有財產制下，「財產權」為個人肯定自我、實現未來的憑藉，亦是社會妥善分配經濟資源以創造利益的依歸。是故憲法明文規定人民之財產權應受保護（憲法第十五條），更進一步將這個基本原則落實在各種民商法與財經法中¹，或將其內涵透過法院判決加以釐清²。在社會變遷日趨複雜的情形下，人民私法上之權利義務關係亦隨之千變萬化，但大致上都可以從資源分配的觀點去切入，而法律界定資源分配的手段就是財產權。法律保障財產權的方式，是設計不同的機制去促進或限制人民利用資源的方式。現代社會中與財產權有關之法律事實，有簡單如購買一片麵包者，亦有複雜如企業集團購併者，當然需要用更細緻的規範去建立適當的概念與體系，以符合公平正義與人民對法律規範的期待。

傳統大陸法系講求體系和邏輯，因之民法建立複雜嚴密的法律結構來規範財產權，自總則而下，有債編通則，然後是各種典型契約，物權通則和各種擔保用益物權。基本上大陸法系的做法就是將法律事實概念化、類型化，然後藉著解釋去實現規範目的及立法者的價值判斷，因此法律概念有所謂「價值儲藏」的功能³。大陸法系

¹ 學者認為憲法之規定對於人民私法上之法律關係，並不具有直接形成之效力，亦即憲法規定之基本權並不能直接當作請求權之基礎，而須經由法律條文之規定將之具體化。參見王澤鑑，民法債編總論第一冊——基本理論·債之發生，作者自刊，民國82年11月第八版，頁13。

² 請參考蘇永欽，財產權的保障與大法官解釋，司法院舉辦大法官釋憲五十週年論文，民國87年9月16日。

³ 參見黃茂榮，法學方法與現代民法，民國86年3月增訂三版，頁58。概

由抽象到具體、由一般到特殊，建立起令人讚嘆的法律體系；反觀英美法，雖然不乏類似的努力⁴，但由於較重視判例法及普通法的傳統，其類型化的深度與大陸法相較可謂瞠呼其後。雖然如此，現代國家法制——包括大陸法系和英美法系——講求類型化與概念化操作的基本立場是一致的⁵。因此，如我們抱持著存異求同的態度來看，英美法與大陸法的法學研究在某種程度上均強調概念與類型的重要性。

長期以來，各國的法學研究由概念推展到類型，經歷了相當的演變，使法學方法向前邁進一大步。然而，過度類型化的結果也可能產生相當之後遺症，例如專注實際運作卻忽略規範目的以致和價值剝離，或在是否要更抽象以涵蓋更多法律事實或更具體以避免規範空洞化間擺盪⁶。事實上，由於本身結構性的因素使然，類型的優點正是它的缺點，這個道理正如「水能載舟，亦能覆舟」。是故，

念或類型的功能除了共識及價值儲藏外，還有減輕思維的工作負擔的功能。

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 有些人以為英美法完全不注重概念與邏輯，似有誤解；事實上英美法如大陸法般，亦有「公法、私法」，「契約、不動產物權」等基本概念的區分。有關美國法上的基本體系與概念區分，請參考 Farnsworth, *Introduction to the Legal System of the United States* (2nd ed.) 81-87 (1987).

⁶ 同前揭註 3。

我們一方面要避免落入類型至上或類型萬能的窠臼⁷，一方面應以開放胸襟接受新的類型，以體察或分析變化萬千的法律關係。尤其是在既有類型不能適切說明某些社會現象時，更應思考是否有採取其它類型的可能性⁸。

其次，法律不僅僅是概念與形式邏輯的運作，從法律的目的或功能角度來看，法律免不了要涉及價值判斷。依照價值法學派的看法，我們應透過隱藏於法概念後的價值，去瞭解法律概念與法律原則的關係，並進一步以之為基礎來建構法體系和理論。藉著價值觀點的帶入，可以使得法體系活化而具有開放性，能夠與時而轉、與時俱進。問題是價值判斷是一種主觀理性的運用，既是主觀，自是人言言殊。法律如果是實踐理性下的產物，在各人不同之經驗下似乎很難產生所謂的共同主觀，那麼所謂公平正義有時不免歸於虛無或成為權力運作的產物。就此而言，如將經濟觀點納入法學研究，

⁷ 即使在注重概念與體系的德國，法律學者也不時挑戰既存類型的適切性。如德國學者 Schwerdtner 即曾為文檢視「債權與物權嚴格區分」這個政策的正當性，請參考馬維麟，民法債篇註釋書，頁 402~406（附錄：債權與物權嚴格區分之摒棄？簡介德國學者 Schwerdtner 氏之研究），民國 84 年。

⁸ 著名的美國法學者即曾指出：雖然對法律學者而言，契約與侵權行為為截然不同的法律概念；但對經濟學家而言，這兩個概念不外都是用來處理投機行為、資訊揭露、與外部性等經濟學上的問題，因此這兩種概念實有相通之處。請參考 Richard Posner, *The Future of Law and Economics in Europe*, 17 *International Review of Law and Economics* 6 (1997).

嘗試將價值作某種程度的客觀化，似不無助益⁹。法律經濟分析在美國發展已久，它具有澄清解釋法規範、補充概念體系的不足、作為法規範正當性的佐證等功能¹⁰。在不違反體系與公平正義的條件下，我們應試著瞭解財產權制度對資源分配有何種影響、法律規範又製造那些社會成本等問題，使法律發揮促進整體社會利益的功能。

基於以上認知，本文擬從經濟分析角度來探討財產權¹¹法制，主要討論兩項財產法的基本課題：第一，當財產權產生衝突時，法律應將財產權賦予何方當事人？第二，在確定財產權的歸屬主體後，法律應採取何種方式來保障這個財產權？本文不欲以經濟學之是論法律學之非，而是希望藉著不用於典型體系之方式，為法律學之科學化另闢蹊徑。作者嘗試從法律經濟分析的角度，去看待財產權保障的法律架構，希望能從此迥異於「通說」的門徑，為法學的發展投石問路。

⁹ 一般人多認為大陸法系的法學方法強調邏輯，然而法理學者顏厥安曾指出：在大陸法系中概念分析是重要的，但邏輯演繹並未占有極重要的地位，反而經濟分析具有更強的邏輯性格。請參考顏厥安，從法理學與大陸法系觀點看法律經濟分析，頁 1。引自顏教授在臺大法律系「民商法經濟分析專題」課程專題演講所發的書面資料，開課老師為作者本人，時間為民國 87 年 3 月 23 日。

¹⁰ 目前美國較通用的法律經濟分析參考書有三種：Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed.) (1998); Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (2nd ed.) (1992); Cooter & Ulen, *Law and Economics* (2nd ed.) (1997).

¹¹ 本文將財產權界定為一種有權力或權利依法律規定取得資源所帶來利益的方式；簡言之，是一種有權使用社會資源的狀態。