



想 法

张永健 | 著

ECONOMIC
ANALYSIS OF
PROPERTY LAW
——
OWNERSHIP

物权法之经济分析

「所有权」

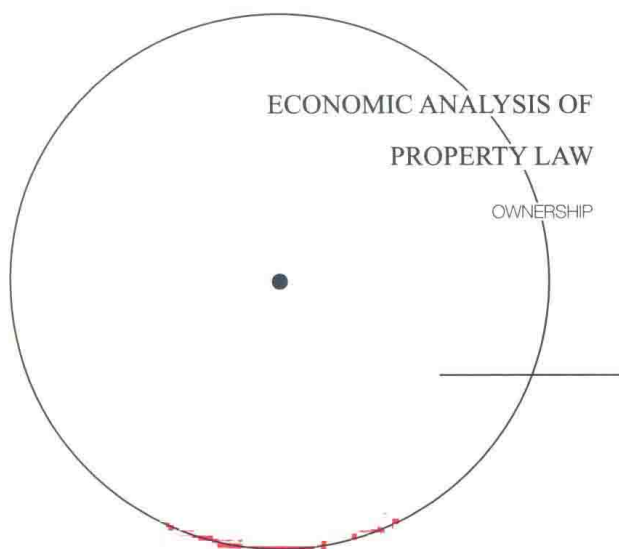


北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

物权法之经济分析

所有权

张永健
| 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

物权法之经济分析:所有权/张永健著. —北京:北京大学出版社,
2019. 3

ISBN 978-7-301-30152-4

I. ①物… II. ①张… III. ①物权法—研究 IV. ①D913.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 290993 号

- 书 名** 物权法之经济分析:所有权
WUQUANFA ZHI JINGJI FENXI; SUOYOUQUAN
- 著作责任者** 张永健 著
- 责任编辑** 郭薇薇
- 标准书号** ISBN 978-7-301-30152-4
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672
编辑部 010-62752027
- 印 刷 者** 涿州市星河印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
965 毫米×1300 毫米 16 开本 25.75 印张 343 千字
2019 年 3 月第 1 版 2019 年 3 月第 1 次印刷
- 定 价** 78.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370



张永健

男，1978年生，现任台湾地区“中研院”法律学研究所研究员、法实证研究中心执行长。美国纽约大学法学博士、硕士；台湾大学法学硕士、学士。曾任美国芝加哥大学、美国纽约大学、荷兰

鹿特丹大学、瑞士圣加仑大学、以色列耶路撒冷希伯来大学、以色列海法大学法学院客座教授、访问学者。曾于美国康奈尔大学、日本东京大学、法国巴黎第二大学从事短期研究。

主要研究领域为物权法、土地房屋管制、司法制度，研究方法兼采法律经济分析与法实证研究，并有比较法视野。近年研究领域由物权法向外扩展至信托法、非营利组织法、继承法、契约法、侵权法。喜欢与研究养成背景不同的学者合作，开拓学术研究可能性。已经和海内外法律学者、经济学者、统计学者联名发表数篇研究成果。对咀嚼数字与文字同样狂热，花在理解经济学与贯通法学的时间相去不远。

由 Cambridge University Press, Edward Elgar, Routledge, Wolters Kluwer 等（即将）出版中、英文（主编）专著九种。征收补偿之英文专著 *Private Property and Takings Compensation: Theoretical Framework and Empirical Analysis*，获得 2013 年台湾“中研院”人文社会科学专书奖。2015 年获得台湾“中研院”年轻学者研究著作奖。

著有中、英文期刊与专著论文 90 余篇，多发表于知名学术期刊。英文论文散见于 *Journal of Legal Studies*; *Journal of Legal Analysis*; *Journal of Law, Economics, and Organization*; *Journal of Empirical Legal Studies*; *The University of Chicago Law Review*; *Notre Dame Law Review*; *Iowa Law Review* 等顶尖期刊。中文论文则获刊于海峡两岸的顶尖学报，如：《中外法学》《法律与社会科学》《南京大学法律评论》《北大法律评论》等等。



規法

万法源于思考

谨将本书献给



惠品

在钢琴演奏和管弦乐指挥
的舞台上继续发光!

绍节

实现你当发明家，
让人类生活更便利的梦想!

对你们而言，这本书的写作成本还包括对你们制造的外部性。尤其对小儿而言，爸爸的成本效益分析怎么想都不合理——怎么会不陪我玩，选择去敲键盘呢？

« 本书简介

本书是中文世界中第一本“物权法经济分析”的专论。起笔介绍物权法经济分析的重要分析工具,澄清经济分析与法学方法间的融合方式。而后由经济分析切入核心问题——所有权与物权的本质,提出与普通法和大陆法系物权理论不同之特殊见解。物权法定主义使得物权法与合同法之发展有根本不同,物权法定主义之效率性又是海峡两岸的热门争议,本书对既有论述提出系统性的反省。为响应对经济分析的法学用处之可能误解,附录举例说明其对中国物权法研究的可能取径。

本书以所有权为范畴,分析所有权之限制(袋地通行、越界建筑),所有权之变体(事实上处分权),所有权之分散与监管(共有物分管),所有权之消灭或扩张(附合与混合),所有权内容形塑之例外(物权习惯)。

作者同时汲取了美国法与大陆法的法学精华,又兼有经济学与统计学的眼光;对书中探讨的每个问题,都有与前人不同的看法。本书以物权法的议题为经,两岸法律条文为纬,将创新的理论落实到具体之法释义学操作。中文世界的法律人,可以直接援用本书之分析,解决实务问题。经济学子则可藉此一窥经济分析在论述经济活动之外的强大威力。

本书繁体版依台湾科技主管部门人文社会科学研究中心规定,经台湾大学经济系“经济论文丛刊”(TSSCI)专书审查通过。

« 序言一

法学的进步在于方法的进步,方法的创新是一切进步的动力。传统法学系建立在法教义学之上,旨在整合分析现行法律规范的解释适用、判例学说,建构兼具稳定性及开展可能性的法秩序。多年来法律学者及经济学家倡导运用法律经济分析及实证研究,以促进法律的发展进步。本书作者张永健博士早在台大法律系肄业期间,即善用此二种方法发表了多篇论文,备受肯定。其后留学美国,以“征收补偿——理论架构与实证研究”获得美国纽约大学法学博士学位。返台后在台湾地区“中研院”法律学研究所继续从事物权、土地房屋管制、法律经济分析及法学实证研究。

张永健博士著作丰硕,质量均佳,兼具广度及深度。英文著作有出版于英国剑桥大学出版社,有刊登于 *The University of Chicago Law Review* 和 *Journal of Legal Studies* 等权威期刊。中文著作预定出版物权法系列研究专著,本书系第一册,以所有权为中心,具有四点特色:

(1) 基本权利与经济基础:所有权系产权的核心制度,本书的重要意义在于,对所有权之作为一种基本权利建构了经济基础,阐释财产权价值理念及功能,为物权的保护与限制、物权法的解释适用,提供了理论架构、判断的基准。

(2) 法律思维与经济推理:台湾地区法律经济分析的著作多偏重于藉此方法认识其所研究的对象,而本书值得强调的是使读者更进一步学习到了法律经济分析的方法,培养自己的研究能力,能够结合法律思维(legal reasoning)及经济推理(economic reasoning)二种能力,成为一个法律经济人,更深刻了解法律规范所涉及

2 物权法之经济分析:所有权

自由与效率的问题,而能在各种职业生涯上有更多的成就。

(3) 经济分析与法院裁判:台湾地区“最高法院”在其裁判时,为解决重要争议,在其判决理由中常提出社会经济发展、交易安全、利益比较衡平、经济效益、有害及经济之虞等观点,作为裁判论证的依据,因过于抽象,常难提供较为明确的内容。本书以经济分析方法针对实务上重大争议问题,例如法定通行权、越界建筑、共有物分割、违章建筑的事实上处分权等,建立了较精确、具可操作性的判断基准,使经济推理成为一种法律解释方法,使法律规范更有涵摄能力、判决理由更具可论证性,而能裨益于解决争议,提供行为准则,实现司法正义。

(4) 物权法的学习及教学研究:台湾地区法律经济分析的著作,或以个别问题作为研究对象,或就各领域做综合性的观察,本书集中于所有权制度,就核心问题作完整、有体系的阐述。研究物权法的人应以物权法教科书与本书一起研读、相互对照,以强化学习的深度,增进运用法教义学及经济分析的能力。

张永健博士的著作体现了台湾地区年轻法学者治学的理念、方法和精神,有开阔的视野、丰富的法学想象力及敏锐的洞察力,让我们看到台湾地区法学发展的前景。期待张永健博士能继续完成物权法的经济分析与实证研究,精益求精,作为一种典范,对台湾地区法学的进步及比较法的发展,作出更卓越、长远的贡献。

台湾大学名誉教授

王泽鉴

2018年1月10日

« 序言二

近年以来,物权法园地出现了一位深耕不断、成果丰硕、令人刮目相看的法界新秀。他不但具有宏观的视野,以美国法的财产法眼光,考察台湾地区“物权法”的丘陵世界,并且分心关注台湾地区“物权法”实务的运作,因此,物权案件个案的良窳也逃不出他金星法眼的追究。他使用白话文将财产(物权)法娓娓道来,在英美法与大陆法中往返进出,于实务与理论间穿梭来回,悠游裕如,编织出与众不同、崭新全新、目不暇给的繁华锦绣。每次参加以他为主讲人的法学研讨会,只见他侃侃而谈,从容自信,谦虚中流露出自己的坚持,在我心目中,大将之风已蔚然成形。他就是本书的作者永健君,人如其名,永远健硕,自强而不息。

法是文化现象的一部分,所以,很难脱离一般的文化来论法。物权主要是以不动产为对象,更是和一国或地区民族的生活方式、起居习惯、文化传统等密切攸关,因此,有人说物权法是故乡的法,此中韵味遗迹在所有权及用益物权领域,至今仍然闻得到,嗅得出。英美法根植于他们土地、生活所孕育的财产观念,源远流长,和大陆法物权所产生的背景有异,与华人地域情况,当然又是一番不同景象。而永健君努力跨越鸿沟,在这无趣特硬的一块,挖掘播种,接枝插花,却已生意盎然。这就足以证明他法学功力的深厚,未来研究成果必是灿然可观。于是,在台湾地区泥土上开辟新气象,不但有“大教堂一景”的光影艺术,也会有“大寺庙一景”的剪黏雕饰,我个人对他这份寄望尤为深切。

永健君对法律经济分析素有专精,物权法定主义及不动产相邻关系议题正是法律经济分析最佳研究素材,他洞烛先机,慧眼独到,选定上述议题作为论述的对象,自然得心应手,成果斐然。当

然,将研究心血结晶融入法律体系,成为市民日常生活的柴米油盐酱醋茶,绝非康庄大道,而是必须将专业智慧植基于斯土,坚忍恒毅,奋力向前行,有时孤寂,有时拥挤喧嚣,却需竖耳倾听,分离过滤的崎岖路径。首先以物权法定主义为例,永健君不但注意到台湾地区特有的违章建筑物财产关系地位,同时认为,物权类型法定之外,加入习惯法作为创设物权类型的方式(物权法定加习惯主义),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,台湾地区“民法”(以下简称“民法”)第757条之修法,应予正面肯定。物权法定加习惯主义可能是当下最堪称理想的制度安排。接着指出:以习惯创设新物权类型,除须符合习惯之要件,及“民法”第757条修法理由揭示之三项要件外,亦须考虑所增加之社会利益。此与有学者呼吁习惯法形成的物权,必须社会上确有其实益及需要,遥相呼应。在接受英美法彻底洗礼以后,他依旧能脚踏台湾地区土地,以敏锐的洞察力,提出非常务实的观点,自然值得为他按“赞”。其次,另以“民法”的相邻关系性质为例,各说并陈,当采取法定不动产役权的见解时,对于是否和“民法”在以法定物权处理的情形,必然见诸明文(“民法”445、612、824之一、838之一、876等参照)的体例未尽符合?实务有权解释认为相邻关系与不动产役权不同,是否可采何以未置一词?如果能够略作阐释,必更能聚百川为洪流,终成一家之言。

物权法虽然被称为故乡的法,但是其中担保物权法中的动产(包括债权、无体财产权及其他具有让与性的动产性财产权)担保法,在近年国际间法统一的努力行动中,确有显著的效果。欧洲复兴开发银行(The European Bank for Reconstruction and Development)于1994年公布之《欧洲银行担保交易模范法典》(Model Law on Secured Transactions);加拿大魁北克省于同年修订施行的《民法》(Civil Code of Quebec),其第六编优先权及担保物权之设计;2002年8月,美洲国家组织(The Organization of American States)为拉丁美洲国家通过之《美洲担保交易模范法典》(Model Inter-American Law on Secured Transactions);日本于2005年修订的“有关动产及债权让与之对抗要件关于民法特例之法律”,将

动产或债权之让与增加登记的公示方法;联合国2007年、2010年先后完成的《担保交易法之立法指南》(*Legislative Guide on Secured Transactions*)及《知识产权补编》(*Legislative Guide on Secured Transactions Supplement on Security in Intellectual Property*);以及韩国2012年施行的关于动产与债权等担保法,以及联合国国际贸易法委员会完成的《担保交易示范法》(*UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, UNITED NATIONS Vienna 2016*),都可看到《美国统一商法典》第九编动产担保交易范例的身影,该法以动产单一担保物权制度在国际间独领风骚,举世著称。我国台湾地区的“动产担保交易法”是仿照《美国统一商法典》第九编动产担保交易立法前的法制,于1963年所制订,如今不但不动如山,而且我国台湾地区对于《美国统一商法典》第九编动产担保交易的研究依然是一片荒漠。永健君既对于美国财产法及台湾地区“物权法”素养深厚,法学经济分析又有专精,若能更致力于《美国统一商法典》第九编动产担保交易的形成、担保架构及实务运作等作彻底细致的阐述,进而,为动产担保物权法制总结描绘一幅理想蓝图,不但能为台湾地区的“物权法”增添一道美丽的彩虹,而且对有关经济的推进,必然是注入动力无限的大补丸。

从看到永健君在《台湾本土法学杂志》第27期第105页发表《论动产所有权善意取得之若干问题》起,他的大作只要我能搜集到,必定阅读并且在拙著再版时加以引述,或在上课时,提供同学参考,因此,本人纵使不是他的粉丝,也是他研究成果的受益人之一。现在他又有一本新著行将出版,要我写些序言,而且特别吩咐内容不拘,实在是一件难得的荣幸和乐事。拜读他的大作,先睹为快之后,兴奋与寄望之情,两者同时油然而生,所以,不免多言赘语,但是殷殷期待于贤者的企图,确是非常明显。由衷地相信,以他的才华和努力,行将成为物权法园地的芝兰玉树,必可预卜。

台湾东吴大学端木恺校长讲座教授

谢在全

2017年11月24日

« 序言三：法律与经济——怎样相互为用

读永健这本新书，我有很深的“总算等到”的欣喜和期待。欣喜是他完成得真好，期待是他还这么年轻。

这本书讨论的民事财产法问题，我好像都处理过，十年前在中国人民大学出版社出版的文集会以“私法自治中的经济理性”来总结，就是发现自己一直这么理所当然地擅扬民法中的经济理性，不论是第一次的产权分配，还是交易、竞争的规则，仿佛认定古罗马人就已经有“法律与经济”的思维。但为什么不？当我们读到“被发现的埋藏物，由发现人和埋藏地所有人各得其半”的古老规则时，不从资源效率的角度理解，又该如何理解？不过我能处理的，多是在碰到财产法的解释分歧，大家莫衷一是，却又只能强作解人时，设法探索规范背后的经济理性，为甲说乙说的选择，增加一点说服力。对于这里所谓的经济理性，不出我在德国读书时刚刚开始引进的科斯(Coase)、卡拉布雷西(Calabresi)、波斯纳(Posner)等人谈的，法律人勉强跟得上的一些基本观念。我没有办法从制度经济学的理论出发，在一套清楚的概念和方法论基础上去对个别的法律制度展开分析。如果说法律与经济的学者做的是蜜汁火腿大餐，我只能用一小片火腿给清汤提个味而已。因此读到这本书的感受，真的是等到了一个早该有的改变，一套较为完整的思维途径。我甚至回忆起大学时曾经很前卫的研究工具——卡片，我们在宿舍里把看到和想到的东西写在卡片上，然后在卡片四周依所记载信息相关的门类打洞，使用时就可以按需要对着成叠的卡片穿洞，就能很快地组合起所需的信息，当时我们好像已经领略到那么一点计算机的况味，而有极大的喜悦，但一直到差不多二十年后

才等到真正的个人计算机。在法律与经济的中文化上,永健和大陆几位年轻学者近年发表的论作,确实提升到前所未有的层次。

不过这是从经济人写给经济人看的法律经济学,到法律人写给法律人看的法律与经济研究,在论述的系统化上显现的巨大进步。如果从法律这头来看法律论证的经济化,恐怕还不能过于乐观。法律学者对于法学文献中出现的经济分析,始终还停留在嗤之以鼻和敬之以唇这两种典型反应,并没有太大的改变,夸张一点说,经济理论对法学的实质影响力,恐怕连滩头堡都还没有真正建立,和它在社会科学其他许多学科攻城略地建立的霸权地位,实不可同日而语。这样的差距又不以台湾地区为独然,可以说是大陆法系国家和地区普遍的现象,因此在我看来问题的症结已经相当清楚:上个世纪70年代美国的经济人和法律人分别从经济学和法学这两头作了足够的跨界努力后,即可让经济分析在法律文件里畅行无阻,显示问题应该不在经济学的效率思维和法律重视的公平价值不尽兼容,更多地反而在于大陆法系国家和地区所谓法学的本质。如果不能掌握这一点,而把法律与经济的研究方法照搬到台湾地区,经济学终究还是不能为法律所用。

简单地讲,以制定法为主要法源的国家,其法律的操作必然倚赖系统化的法条诠释,一般就把这种以法律为给定的系统化整理活动称之为法释义学,一如神学家的注释圣经。对于大陆法系国家和地区而言,法教义学既可为法律的适用提高可预见性,也可使法律的修订有方便讨论的体系原则,作为法治的主要支撑,法释义学更理所当然地涵盖了法律教学和研究的绝大部分题材,德国甚至就以“法律科学”(Rechtswissenschaft)来为这种以实定法全部为范围的知识活动定性。这样以法律为给定而无法证明为误的诠释科学,和一般理解的建立于事实证成的科学,如何连结,本来就是方法论上的大问题。因此为响应社会变迁,法释义学虽也难免在形式主义和实质主义间摆荡,但即使在实质主义的高峰,其规范诠释和体系建构的本质,仍使得它与事实科学的连结受到极大的限制。所有的“法律与××”都沦为某种饭后点心,似乎也是理之必

至。相对于此，美国司法的找法过程，除了严格的先例拘束外，即使在制定法介入的领域，也没有那么严格的三段演绎和体系框框，更不要说普通法主导的领域，经济学提供的理性论辩，反而正因为它的可证成性与可重复操作，而更容易被接纳为止争定分的法理。

永健为了完整表达他对法律与经济的独到看法，很有意地保持一致的“事前”的分析观点，而把大陆法系作为前提、在论述上必须泾渭分明的法政策与法解释二者，一起置于效率的观点去作分析和评价。他显然已经看到法教义学与经济分析在方法上的扞格，而刻意保持一定的距离。但这当然也使我们只能期待，一套把经济理论融入法教义学的方法论，或者民事财产法的经济释义，有一天也能由他来完成。在我看来，这需要一点野心，但绝对值得做，而且可以做得好。如果我们对于法教义学有更深认识，就知道大陆法系司法者既和美国的司法者一样面对多元多变的社会，必须在找法上适度地响应。释教学不仅要在数个可能的解释中选择较能适当响应者，还要在方法上懂得创造更多的选择。利益法学、价值法学和把宪法拉进来的合宪法律解释方法，都是法教义学在方法上的突破，创造了更多样的选择，里面也都暗藏了经济分析的机会。在我看来，台湾地区的法学早就该走出“操作手册法学”的阶段，更用力、加速地本土化。以民事财产法来说，最近引发很多讨论的借贷土地建屋问题，其实就是一个东亚共同而与德法有别的房地合一政策下，早该作本土化释义的课题。又如本书深入讨论的附合制度，也停留在传统教科书就民事法规范作的强制法和任意法的二分上，但如果套用我在相邻关系议题上提出的强制和强行的区辨，则考虑欠缺有效公示工具的动产，即知附合规定固不宜定性为强行规范，但显然也不宜轻易落入任意规范，而使第三人无从根据附合的表象推定财产权的归属，比较好的反倒是强制法的选择，也就是容许当事人以“事先占有改定”方式调整法定效果，而更能兼顾自由交易和产权秩序的利益。以教义学开创更多选择，在我们把释义的范围从特定法域外扩到相邻和上位的法域，也就是着眼于更大的体系时，往往会有更多斩获，我多次谈到台湾

地区“民法”第71条的但书,应该是一个转介公法政策进入私法的概括条款,里面可以有至少八种不同的政策考虑和八种不同的法律效果;一年前从以房养老谈到债物二分和物权法定等问题,也谈到四种规划推动以房养老政策的方向,都是很好的例子。

我的意思是,真要把经济理念带进法律社群的对话,就不能回避法教义学,法律与经济在台湾地区的空间,会随着教义学的活化而扩大,永健以其扎实的法经济学与法实证研究的训练,为我们搭建了一条法律与经济互动的桥梁。未来如果他也能带着这样实然的认知进入应然的世界,走完法律与经济在台湾地区的最后一里路,会让大家看到一个突破法系的美丽新世界,我抱着很深的期待。

台湾地区政治大学讲座教授

苏永钦

2017年11月24日

« 序言四

物权法是一个大陆法概念,在英美法中,没有物权概念,只有比物权概念更宽大的财产,其中包括物权,但也包括了知识产权等。因此如何有效沟通物权法和英美传统的财产法是一个法律实践的难题,也是法学研究特别是比较法研究中的一个重要领域。以往的许多努力往往是实务导向,因此不愿深究,或在比较法之类或法理之类的研究中,则更可能是一位大陆法系或英美法系的学者从自己的学术传统来理解对方,因此难免甚至必定有“以物观之,自贵而相贱”的倾向。

法律经济学的发展为从微观经济学的视角比较研究和理解物权法提供了一个新视角,一种新可能,即便结论并不一定比其他比较研究更接近真理;这更可能拓展学术研究的新天地,可能激发财产法研究,物权法研究,比较法研究,以及法理研究。甚至可能有助于理解传统中国的财产法,以及正在出现的新型财产。

张永健教授是出色的法律经济学研究者,多年关注以社会科学的经验研究方法,从法经济学的进路,比较研究欧陆法系和英美法系的制度异同和功能,并借助法经济学对物权法的相关问题做了系统探讨。尽管我对物权法严重缺乏研究,对法经济学也仅有浅薄理解,无力系统评判张永健教授的大作,却觉得其努力意义重大,不仅对目前两地学者的财产法或物权法研究,而且对如今日益