

物權法定主義與經濟分析之初探

張禎云*

壹、前言

我國現行民法概括繼受近代德國民法，將財產權區分為債權與物權，並採取「物權法定原則」。物權法定原則具備嚴謹簡明的特色，然而，晚近隨著國家急遽變遷及社會經濟的發展，現行民法物權編規定的物權種類與內容已逐漸不敷應付，進而發展出中間型態之權利，例如大法官釋字第349號解釋之意旨、租賃權、土地法第79條之1預告登記之權利等。本文嘗試檢討物權法定原則存在的之理由，並試圖以經濟分析之觀點探索物權法定主義之合理性。

貳、物權與債權之區分

一、物權與債權之意義

物權之意義在我國民法並未予以定義，綜合規歸納出現今學說對於物權意義之描，例如：（一）對物關係說，即物權乃對物支配之財產權。（二）對人關係說，即物權乃對

抗一般人之財產權。（三）折衷說，即物權乃對物得直接支配，且得對抗一般人之財產權¹。亦有論者主張物權之本質為歸屬權，不同於我國其他學者多著重在物權是一支配權，其認為物權之特徵，著重於特定物之歸屬於特定主體，而直接支配特定物及對抗任何人，則屬於物權之效力，此歸屬權可分為物之歸屬權（即物直接歸屬權利人）與絕對之歸屬權（即對抗任何人之效力）此二種²。另有論者認為，物權係直接支配特定物而享有利益之權利³，只要是直接支配物或歸屬性之權利，理論上就符合物權之定義，其與英美法上的「財產權」（Property）範圍應為相同。論者更進一步認為債權物權的區分在許多情形下僅係相對而非絕對，部分被定性為債權的權利，其實本質上是物權，亦即為不符合物權法定原則而事實上存在的物權。⁴是故其將物權重新區分為「本質上的物權」及「非本質上的物權」，前者係只要事實上符合「直接支配特定物而享有其利益的權利」此一定義的權利，就是本質上的物權，不論登記與否，例如所有權；後者則是權利本身

* 本文作者係逢甲大學商學院暨法律研究所碩士，現任職於眾云律師事務所

註1：鄭玉波著，黃宗樂修訂，《民法物權》，三民書局股份有限公司，2003年10月，頁14-15。

註2：蔡明誠，〈論物權的概念與類型〉，《物權法研究》，學林文化事業有限公司，頁4-6。

註3：謝哲勝，〈台灣物權法制發展〉，收錄於《2005年大陸學術訪問團學術研討會論文集》，台灣財產法暨經濟法研究協會，2005年9月，頁41。

註4：謝哲勝，前揭註3，頁45。

不具對物的性質，換言之，即當事人間之行為尚未到達對物主張之階段，而其需透過物權法定公示之方式，才可發生物權效力，例如抵押權、土地預告登記即屬非本質上的物權⁵。

至於債權之意義，債乃是屬於一種法律關係，又稱為債之關係，其得請求給付之一方當事人，享有債權，稱為債權人；而負有給付義務之一方當事人，則稱為債務人⁶。而債權係將債務人之給付歸屬於債權人，債權人因而得向債務人請求給付，受領債務人之給付，簡單地說，債權之本質內容在於有效地受領債務人之給付，債權人得向債務人請求給付，則為債權之作用；債權非屬於支配權，債權並非對債權人之身分加以支配的權利，債權人得直接強制債務人履行給付義務，債權並不賦予債權人對債務人給付行為的支配，亦不具有對給付標的物的支配⁷。

二、物權與債權之分際

(一) 物權具有對世性，屬絕對權；債權則僅具相對性，屬相對權

物權乃是物權人得向任何客觀第三人主張其權利，就其對於標的物之支配狀態予以尊重之權利，任何客觀第三人均負有不得侵害其直接支配狀態之義務；相反地，債權則係

以請求特定債務人給付為內容，係債權人與債務人雙方間之權利義務關係，債權人僅得對債務人主張其權利，而不得對債務人以外之第三人主張權利，債務人以外之第三人對債權亦無不可侵犯之義務存在。此外，任何人侵害物權時，得對之行使物上請求權或主張追及效力，以回復物權之圓滿狀態；相反地，債權僅具有相對性，債權之違法侵害，如有妨害債權之滿足時，能對債務人請求履行，或請求債務不履行之損害賠償，原則上對債務人以外之第三人，不得直接請求排除妨害⁸。

(二) 物權屬支配權；債權非屬支配權

多數德國學者認為物權與債權間最大的差異點，即在於物權對於物之「直接支配性」⁹，所謂支配權，是指得直接對於權利客體加以支配利用，並排除他人干涉之權利，故其具有雙重特性，即「直接支配性」與「排他性」。前者即係將特定客體歸於權利人支配，以其意思作為支配該客體之準據；後者則是因此種支配所具有之排他性。物權（尤其是所有權）為典型之支配權，所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉，此為我國民法第756條所明定；相反地，債權則非屬與支配權，基於債法基礎之自由與平等原則，其

註5：謝哲勝，〈物權的公示——兼評台灣民法物權編相關修正條文〉，《月旦民商法雜誌》，第1期，2003年12月，頁12-13。

註6：王澤鑑，《債法原理第一冊——基本理論之發生》，自版，2001年11月，頁4。

註7：王澤鑑，前揭註6，頁8-10。

註8：謝在全，《民法物權論（上）》修訂2版，自版，2003年7月，頁35-36。

註9：參閱Meier-Hayoz, FS Oftinger, 1983, S.172f, 轉引自蘇永欽，〈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〉，《經濟法的挑戰》，五南圖書出版有限公司，1994年5月，頁5。

不得對於債務人之人身自由進行支配，否則將有違憲法保障人身自由之意旨。是以有論者認為，物權之本質在於支配某物，而債權之本質在於受領給付。支配權係物權之本體，而受領權則係債權之本體，兩者均須藉由請求權之法力以保障其本體性權利。

三、債權物權之相對化

有學說認為債權與物權之區分雖然有其功能，但是隨著時代之演進，債權和物權以外之財產權如準物權和智慧財產權之重要性亦大為提升，而難以區分其為債權或物權之權利越來越多，例如租賃權、土地法第七十九條之一預告登記之權利、信託之受益權、信託占有、附條件買賣、大法官釋字第三四九號解釋之意旨等¹⁰。換言之，當債權具有一定對外公示之外觀（交付占有），即有可能例外承認其對抗第三人效力之物權化特徵；然而物權亦有可能債權化，當對物直接支配之所有權轉化成供擔保或供收益之對價請求權，亦應可即屬物權債權化，顯見債權與物權的區分已不具一般性和普遍性的意義。因此，有論者言「債權與物權的區分是技術規定而非法理，既非法理就非一成不變，重要的是某權利具有何種效力，否則就無法理解釋字第三四九號解釋『具有物權效力的債權』的概念，債權與物權的區分既非一成不變，則定性為債權的權利，可能可以對物主張權利，而有物權效力；定性為物權的權利，可能僅對人主張權利¹¹。

是以債權與物權之間難謂有何本質上之差異，重點在於財產權之各種權利應具備何種權能及效力，例如租賃權具有對抗特定繼受人之效力，則將其歸類為債權或物權顯已不重要。因此，基於上述的說明，不難發現債權與物權間的效力存在著相互流動的現象（債權物權化、物權債權化），由此觀之，債權和物權的區分恐怕不必然是絕對的。

四、小結

債權與物權之概念，在實際經濟生活衝擊下，早已不能維持其純淨性，現今債權與物權之分際並非絕對與明確，吾人應著重在法律關係得以順暢運作並且保障交易安全，以促進經濟發展。目前學說對物權之見解不一，因此，欲對物權描述應該從物權之內容下手，有論者將物權重新區分為「本質上的物權」及「非本質上的物權」之見解相當值得贊同，前者係只要事實上符合「直接支配特定物而享有其利益的權利」此一定義的權利，就是本質上的物權，只要符合該要件，不論登記與否亦不論係規定於民法債篇貨物權篇中，均應認為其係物權。簡言之，只要事實上符合物權效力之權利，即是物權。

參、物權法定原則

一、物權法定原則與必要性起源與規範

我國法對於物權法定原則，係依民法757條規定：「物權除依法律或習慣外，不得創

註10：謝哲勝，前揭註3，頁45。

註11：謝哲勝，〈債權物權相對化〉，《月旦法學教室》，69期，2008年7月，頁11。

設。」此一規定為物權法定原則的明文規定，其認為物權種類和內容必須依照法律規定，創設新種類和新內容物權，不能有物權效力，採債權物權區分絕對理論。依此原則排斥行政機關以行政命令和司法機關以判決承認新種類和新內容的物權，更禁止當事人自由創設新種類和新內容的物權¹²。至於物權法定原則之必要性，歸納而言，可得下列七項¹³：

（一）確保物權之特性，建立物權體系

物權基於其「直接支配性」與「保護上之絕對性」，不允許自由創設其種類與內容，因物權乃是對標的物直接支配之權利，且任何人不得侵害或干涉，尤其是所有權更是重在其對於標的物具有完全圓滿與永久之支配權利，倘所有權或其他物權，當事人得自由恣意約定其內容或為不同種類之約定，則物權之特性將可能因此而受到破壞或排除

（二）整理舊物權，防止封建物權之復活

避免某些人藉由身分特權之威勢，使物權變成為對人之支配，此尤為近代人權思想所不容，故舊物權制度自須加以整理，使物權脫離身分之支配，成為純然之財產權，並以法律規定，禁止當事人任意創設，以防止封建時代之物權制度死灰復燃¹⁴。

（三）物權公示，確保交易之安全與迅速

物權的權利主體對該特定物享有一定之支配領域，而此項支配領域之劃定等於限定第三人之自由範圍，對第三人權益影響甚鉅，因此有將物權之存在，加以公示，俾人人知曉之必要。且物權多為交易之對象，為確保交易之安全與迅速，應將物權加以公示，惟公示之技術有限，為使其簡單而易行，其種類與內容須透過法定，使其單純化，便於物權之公示。

（四）發揮物盡其用的經濟效益

物權與社會經濟具有密切關係，若容許任意創設，將對所有權造成過多的限制及負擔，影響物的有效利用。以法律明定其種類內容，建立物權類型體系，有助於發揮物盡其用的經濟效益。

（五）財產秩序透明化與交易便捷

唯有透過類型限制，一般人才有對任何私有財產的歸屬與限制一目瞭然的可能，而登記制度也才能負荷物權的公示。此外，物權交易時，不需要花費過多時間、勞力費用，去研究權利的內容細節。

二、物權法定主義之動搖

我國民法第757條明文規定物權法定原則，

註12：謝哲勝，〈債權、物權相對化（二）——最高法院九十六年台上字第一三五九號判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，第162期，2008年11月，頁199。

註13：整理自謝在全，《民法物權論上冊》（修訂2版），自版，2003年7月，頁17-18。王澤鑑，《民法物權（一）通則·所有權》，自版，頁46。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〉，《經濟法的挑戰》，五南圖書出版有限公司，1994年5月，頁4-5。

註14：在19世紀，採行此一原則更有防止封建制度復辟的政治意義，大陸法系採用羅馬法的原則，確實使得世襲貴族藉各種物權維持其特權的企圖無法得逞，自由市場經濟因此而得確立，反倒是封建制度更早開始瓦解的英國，因為未採取此一較激烈的原則，封建制度的殘餘一直到20世紀中期才完全消除。參閱蘇永欽，〈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〉，《經濟法的挑戰》，五南圖書出版有限公司，1994年5月，頁14-15。

但實務上不區分物權行為和債權行為之見解亦在所多有¹⁵。最高法院甚出現無視物權法定原則之判決，如86年度台再字的97號判決要旨即闡明「物權之新種類或新內容，倘未違反物權之直接支配與保護絕對性，並能以公示方法確保交易安全者，即可認為與物權法定主義存在之宗旨無違。」本判決肯認新種類和新內容的物權若有符合兩大要件，即可認為與物權法定原則存在之宗旨無違，亦即：（一）不能違反物權的直接支配與保護絕對性；（二）具有公示方法確保交易安全。就前者而言，物權的本質是支配權，當事人要創設物權，則權利性質當然是支配權，而非請求權。就後者而言，公示方法並不限於法律所規定，只要事實上有公示方法，可以保護交易安全即可。簡單言之，「如果能不違反物權的特性並確保交易安全，就可以創設物權的新種類或新內容」。此一見解無係動搖物權法定主義，改採物權自由原則¹⁶。

而學說上，亦有論者認為應揚棄物權法定主義，其理由分述如下¹⁷：

（一）物權法定並非普遍適用的法理

物權法定原則係德國崇尚國家管制之產物，相對於崇尚財產權自由之國家，如美國、英國、法國等。皆不採取此原則。法國民法典並未使用物權一詞，更無物權法定相關規定，相當於用益物權的用益權、使用權

及居住權的內容皆是依當事人意思創設內容，用益物權可以附條件、期限，也可對各種動產和不動產加以設定，規定承租人的權力同時具有對人權和對物權的性質。日本民法典雖有物權法定原則，但日本國內通說係認為習慣法可以創設物權，且認為物權法定原則並不妥當。美國法相當於物權的Propetry可以質、量、時間加以切割，物權的創設上是自由的。

（二）物權法定無法符合現代交易所需

德國民法藉由物權法定主義，結合物權行為概念，加上不動產物權因法律行為發生變動，以登記作為生效要件，只有少數權利才符合物權的定義。然而，法定物權種類和內容是無法符合交易所需，因此，目前民法上雖明訂有與德國相同之物權法定原則，但為了因應實際需要，如司法院大法官解釋349號認為，並非法定物權才有對抗第三人的效力（即物權效力）和最高法院接掙脫物權法定之束縛，藉由債權物權相對化，默示或明示地拋棄物權法定主義。

（三）物權法定有違憲法15條財產權保障之精神

物權法定之價值在於公示以確保交易安全，但確保交易安全的價值並不當然可以抹殺人民對於不同物權種類的需求，人民對於不同種類物權需求，是有關物質使用效率，是攸關生產誘因的提供。採取物權法定主

註15：最高法院39年台上字第105號判例、60年台上字1317號判例、69年台上字第558號判例、69年台上字第1590號判例

註16：謝哲勝，前揭註3，頁48。

註17：整理自謝哲勝，〈中華人民共和國物權法綜合評析〉，收錄於《兩岸物權法學術研討會論文集》，2007年6月，頁5-6。

義，等於以限制生產的誘因為代價，即剝奪真正權利為代價，換取保護交易安全，若依28年院字第1919號解釋僅在保護交易安全的必要限度內才能剝奪真正權利的法理，物權法定就是超過保護交易安全的必要限度，剝奪真正的權利，即違反比例原則，若依台灣憲法第23條意旨，實已違反憲法第15財產權保障精神。

三、小結

綜上述，以務實角度觀之，物權法定主義在現代社會之需求，已面臨極大之挑戰，由實然面觀之物權法定主義存在之理由就顯的薄弱而站不住腳了。本文贊同學者之見解，物權法定主義並非普遍適用之法理且有礙社會交易之現況，更嚴重有違憲之可能，物權法定主義似乎應予以揚棄。

肆、以Coase理論觀點檢驗物權法定主義

法律是一種社會的生活規範，是人民的行為規範與準則，有導引社會大眾從事合乎自身利益並兼顧社會公益之行為的功能，因此法律必須是明智的，才能夠使其規範效果有利於人民，同時法律也必須盡量的淺顯易懂，才能夠彰顯其導引人民行為的功能，故重點在於「法律的規範是否符合人民的利益」，從而，作為行為科學的經濟分析，正

好可以提供簡約的標準（公平與效率），指引法律規範作出最符合人民利益的決定。故可以透過「法律經濟分析」可指引我們朝向最佳之規範模式與達成規範目的之方向而解釋適用法律。故而本文將藉由法律經濟分析的方式來檢討物權法定原則之相關議題¹⁸。

一、Coase定理

Coase定理（寇斯定理）認為，在交易成本為零時，不論法律對權利配置如何，要權利交易自由，私人間協議即會產生高效率之社會資源配置，財法、產值臻至極大¹⁹。Coase理論出發點就在強調判斷財產權結構是否符合資源配置效率，而判斷財產權結構是否符合資源配置效率，不應該從第一次分配的結構來著手研究，而應該就當事人調整過後的實際分配結構來加以觀察，由於每個人會為自己做最有利的考量，因此如果能滿足下列兩個條件，資源就會在個別利益的驅使下，重新組合，進而產生高效率的社會資源配置，以致發揮物的最大利用效能，並且不因交易成本的抵充而產生利益的損耗：

- （一）財產權歸屬明確，而其所包含的各種行為可能性（就是指當事人創設各種物權的行為）均得自由移轉（允許資源自由流轉）。
- （二）有關權利移轉的資訊、協調等交易成本及請求、訴訟等實現權利的成本等於零時（將交易成本降至最低點），該

註18：謝哲勝，〈以經濟分析突破概念法學的困境——兼回應熊秉元教授的幾個觀點〉，《財產法專題研究（五）》，台灣財產法暨經濟法研究協會，2006年5月，頁2-3、9-13。

註19：陳佩怡，《物權法定原則之檢討》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007年8月，頁97。

社會的資源配置效率最高。換言之，在一個零交易成本的世界裡，不論權利的法律原始配置如何，只要權利交易自由，就會產生高效率的社會資源配置，而發揮物的最大利用效能²⁰。

應注意者在於，Coase打破過去經濟學者執著於「財產權原始分配」的成見，特別說明重點在於「當事人調整過後的實際分配結構」，並指出如果在前述兩個條件可以得到滿足的情況下，就能夠產生高效率的社會資源配置，是故財產權的原始分配結構根本與資源配置效率無關。真正的關鍵在於「資源能否自由移轉」與「交易成本的多寡」²¹。

二、Coase定理與物權法定主義之變化

— 小 結

從「資源能否自由移轉」與「交易成本的多寡」之論點，物權法定原則在經濟效益上，確實在資源運用上，有一定之窒礙。就是否允許資源自由移轉或處分而論，學說有認為，當事人創設法定物權以外的新種類或新內容的物權，只是不能夠產生相應的物權對世效力，但是該約定在當事人之間仍然具有債權的法律拘束力，社會資源可以藉此途徑而得以重新組合。換言之，當事人創設之物權，在物權法定原則下可能無效，但實質上，其行為若具備其他法律行為之要件者，例如債權行為，當事人間仍存在著該法律行為之效力²²。例如當事人約定創設承租人就

租賃之房屋與基地有優先承買之物權，其創設的物權固然無效，但是仍然具有債權效力，出租人如有違反時，仍應負債務不履行的損害賠償責任。由此可知，物權法定原則可能會限制了物權的種類和內容，但事實上，並不影響社會資源的自由移轉處分。

事實上，現實生活中交易是有成本的，因而財產權的指定，會影響資源配置的效率，為了避免因為交易成本的存在，使最高使用效率的人無法藉由自由交易取得財產權，因此法律應將財產權配置給最高使用效率之人，才符合資源配置最佳效率。如果交易雙方進行的活動，不會對第三人產生負面影響，那此交易結果對社會整體是有益的。申言之，「私有財如果允許自由交易，資源將傾向流向最有價值使用之處」，也提醒法律規範，在無市場失靈現象下，盡量不要限制交易，而採取私法自治使符合效率。

陸、結 論

財產法的功效在於，一方面促使私人按照其自由意志訂立契約，使私人間因契約失敗造成的損害降到最低；另一方面透過減少私人契約中的交易成本來幫助私人達成協議，由此觀之，財產法的基本立法宗旨在於如何藉由法律的規定穩定並輔助於私人間的談判，從而促進資源的移轉，以達到最有效率的資源配置。然而，基於前述的說明，論者

註20：張鵬，〈物權法定經濟上合理性之批判〉，《月旦法學雜誌》，2004年5月，頁152。

註21：蘇永欽，前揭註9，頁20。

註22：張鵬，前揭註20，頁155。

反觀物權法中貫徹物權法定原則所產生的實際效果，其無視社會主體（一般交易大眾）希望重新配置社會資源的內在衝動，為社會資源的再組合設置了種種阻礙，憑空製造了諸多交易成本，使當事人的市場交易成本無端增加，甚或導致完全阻絕了當事人進行交易的可能性。如此的後果將會導致社會資源閒置，需方與供方之間可望而不可及，社會財富的創造也隨之化為泡影，此項財產法中之基本原則（物權法定原則），將與財產法的基本立法宗旨（如何藉由法律的規定穩定並輔助於私人間的談判，從而促進資源的移

轉，以達到最有效率的資源配置）背道而馳，南轅北轍。

結合本文先前討論，物權法定主義，既非普遍適用之法理，甚至有違憲之疑慮，實務上因應現代發展之工商社會現況，物權法定是以相當實際的方式和緩而已。依現代法治之情形，似再無極堅強之理由採行物權法定主義，此外，再由經濟分析之觀點檢驗，物權法定原則與交易成本，將會在不動產交易過程中，將會淡化物權法定原則之存在，或許，物權法定原則之在未來之交易或實務運用上，將逐漸受到動搖與檢視。

律師通訊處變更通知書

致：全國律師雜誌編輯部

律師姓名：

地址：台北市忠孝西路一段4號7樓C室

電話：

電話：(02) 2388-1707

傳真：

傳真：(02) 2388-1708

更新住址：

（新執業律師亦請填寫）