

Die Beiladung in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

I. Einleitung

Die Beiladung war im Verwaltungsprozessrecht seit Beginn des vergangenen Jahrhunderts vielfach Gegenstand graphischer Untersuchungen. In der jüngsten Zeit nimmt das rechtswissenschaftliche Interesse aber deutlich ab. Seit der Entstehung des Rechtsinstitutes bestand, durch die vielfältigen Ausprägungen, die Beiladung in der Hauptsache weitgehend gelöst worden ist.

學術專論

物權法之經濟分析 所有權 (第一冊)



張永健 著

Economic Analysis of Property Law, Volume 1: Ownership

本書經臺灣大學經濟系「經濟論文叢刊」(TSSCI)專書審查通過，

並由科技部人文社會科學研究中心補助出版



元照

簡 目

第一章	導 論	1
第二章	物權法之經濟分析：方法導論	21
第三章	物權與所有權的本質與界分	79
第四章	物權法定與自由之爭議	113
第五章	物權習慣	167
第六章	法定通行權	183
第七章	越界建築	221
第八章	附合與混合	261
第九章	共有物分管	289
第十章	事實上處分權	303
附 錄	法律經濟分析對中國物權法之研究 有用嗎？	343
	參考文獻	361
	中文索引	393
	法條與判決索引	401
	英文索引	403

目 錄

推薦序一	王澤鑑
推薦序二	謝在全
推薦序三	蘇永欽
自 序	
作者簡介	

第一章 導 論

壹、經濟分析有助於解釋民法	1
貳、經濟分析作為法學方法	6
參、美式經濟分析方法解釋大陸法系民法	7
肆、經濟分析符合Rule of Law	11
伍、本書論點鳥瞰	13

第一編 理論基礎

第二章 物權法之經濟分析：方法導論

壹、事前觀點與事後觀點	24
貳、交易成本與資訊成本	29
參、寇斯定理與經濟效率	38
一、零交易成本與單一主人	38
二、外部性與內部化	40
三、四種效率標準	45
四、效率判斷步驟	47

肆、共用、共決、半共用	55
一、共 用	56
二、共 決	58
三、悲劇或喜劇？	62
四、半共用	64
伍、財產原則與補償原則	66
陸、經濟效率與公平正義	73

第三章 物權與所有權的本質與界分

壹、財產是一束關係	80
一、文獻回顧	80
二、財產的三個核心效力	85
三、四種典型財產關係	87
四、所有權是一束權能，財產權則非	97
五、法學中的所有權與經濟學中的所有權	99
貳、債權物權化與準財產關係	101
一、以讓與不破租賃與互易契約之物權化為例	102
二、準財產關係之公示	105
(一)不動產	105
(二)動 產	108
三、準財產關係之譜系	111

第四章 物權法定與自由之爭議

壹、物權類型的最適量	116
一、理論架構	117
二、邊際社會利益遞減	121

5	三、邊際社會成本之變化	123
5	(一)不動產之登載、登記、交易	124
8	(二)動產與善意取得	128
2	貳、創設最適數量物權類型的制度安排	130
4	一、物權自由	132
6	(一)避免侵害他人權利所支出之估量成本	134
3	(二)確認交易對象之權利內容而支出之估量成本	136
	(三)系統成本	138
0	二、物權法定	142
0	(一)物權類型過少	142
5	(二)寇斯定理與物權法定主義	146
7	(三)物權法定與法定物權	148
7	三、物權法定+習慣主義：臺灣民法第757條	151
9	(一)符合習慣之定義	152
1	(二)符合修法理由設定之三條件	155
2	(三)其他問題	157
5	(四)小 結	160
5	四、行政機關創設新物權類型之利弊	161

第二編 具體問題

第五章 物權習慣

16	壹、現行臺灣民法規定鳥瞰	168
17	貳、資訊成本理論與物權習慣	174
21	參、臺灣司法實務中的物權習慣	180

第六章 法定通行權

壹、通行權之問題本質：「法定」而非「意定」 之原因	188
貳、通行用途	191
一、理論：高邊際社會利益	191
二、條文解釋	193
參、必要性	196
一、理論：邊際社會利益大於邊際社會成本	196
二、條文解釋	198
肆、償 金	200
一、理論：內部化外部性	200
二、條文解釋：臺灣民法第788條價購通行地之特殊 問題	204
三、條文解釋：臺灣民法第854條未規定償金	206
伍、選擇通行處所與方法	207
一、理論：四種模式	207
二、條文解釋：無償通行也須選擇鄰地損害最少處	214
陸、法定通行權之例外	214
一、臺灣民法第787條之「任意行爲」	215
二、條文解釋：臺灣民法第789條	216

第七章 越界建築

壹、越界建築問題之思考步驟	224
貳、越界之界定	227
一、學說、實務見解之經濟解釋	227
二、排除故意越界與經濟分析之事前觀點	229

參、知而立即異議.....	231
一、降低社會成本.....	231
二、重大過失越界.....	233
三、房屋完工與否不影響第796條之適用.....	234
肆、越界者對鄰地所有權人之補償、賠償、價金 給付.....	237
一、越界後、判決前之損失.....	237
二、臺灣民法第796條第1項但書之償金應該是 地租，不是損害賠償.....	239
三、法院所定之「相當價額」應等於市價.....	244
伍、設置安全閥與否：事前與事後觀點的平衡.....	248
一、臺灣民法第796條之1的安全閥設計與其解釋.....	248
二、為何安全閥不更加保護善意無過失之越界者？.....	251
陸、與房屋價值相當之其他建築物：臺灣民法 第796條之2新解.....	255
一、臺灣民法第796條：「主觀價值」為正之建築物.....	257
二、臺灣民法第796條之1：總價高之建築物.....	259
第八章 附合與混合	
壹、動產之附合.....	261
一、合成之要件.....	261
二、共有與應有部分.....	263
三、一造單獨取得合成物所有權之條件.....	265
貳、動產之混合.....	267
參、不動產之附合.....	269
一、重要成分.....	269
二、合成物所有權之分配.....	270

三、自己財產之附合	271
四、建造中之房屋	271
肆、排除惡意附合與混合	274
伍、附合、混合並非總是強制規定	277
一、思考出發點與臺灣民法第811條修正草案	278
二、建造中房屋	280
三、植 物	282
四、附合、混合作為任意規定之資訊成本	284

第九章 共有物分管

壹、不動產分管權	291
貳、動產分管權	292
參、分管權不一定能滿足對新型財產關係之需求	294
一、稅金考量降低使用分管權之誘因	295
二、分管約定之內容是否全有對世效力仍有疑義	295
三、不分割期限上限設為30年可能太短	296
(一)為何限制不分割期限？	297
(二)為何限制有管理約定者之不分割期限？	299

第十章 事實上處分權

壹、不許違章建築辦理保存登記之政策合理性	312
貳、事實上處分權作為習慣創設之物權類型	315
一、違章建築之出資建造者原始取得所有權	316
(一)在自己土地上蓋房子：適用民法第766條	318
(二)共有土地或合建：以契約排除民法第766條之適用	318

1	(三)無權占有他人土地蓋房子：適用添附原則	321
1	(四)與實務見解結論似異實同	321
4	二、事實上處分權是物權	323
7	(一)習慣物權	323
8	(二)房屋稅籍登記作為公示	327
0	(三)房屋稅籍登記作為民法物權編之登記	329
2	(四)第三人異議之訴	333
4	(五)小 結	334
	三、事實上處分權是何種物權？	335
	(一)模糊之實務見解	335
91	(二)建構為所有權	336
92	(三)建構為定限物權	338
94	四、民法第425條與民法第425條之1之適用問題	340
95	附 錄 法律經濟分析對中國物權法之研究	
95	有用嗎？	343
96	壹、Richard Epstein的先占理論	344
97	貳、Lior Strahilevitz的物權拋棄理論	347
99	參、Lee Anne Fennell的時效取得理論	350
	肆、RONALD COASE的中國經濟制度理論	355
112	參考文獻	361
115	中文索引	393
116	法條與判決索引	401
118	英文索引	403

自序

筆者成為物權法學者，是許多意外與不意外的組合。筆者在美國的指導老師Vicki Been教授是同時鑽研土地房屋管制與物權法的學者，由徵收補償研究到物權法研究，看似曲折、實則曲徑通幽。筆者在臺灣的指導老師葉俊榮教授，除了是知名公法學者，也教了許多次英美侵權法課程。物權法除了涉及私人自願交易，也脫離不了國家大量的土地、房屋管制。公法與私法匯流於物權法。

在臺大碩士班念公法組，但我大學時花最多功夫的是民事財產法，感謝教過我民事財產法各種課程的王澤鑑教授、黃茂榮教授、劉宗榮教授、詹森林教授、陳聰富教授、蔡明誠教授、王文字教授、簡資修教授，啟發我的興趣、幫我開財產法的天眼，並且耐心地回答我課前課後的奇怪問題。也謝謝其他學術界與實務界的前輩，他們的著作或判決中包含的豐富世界，是我人生轉了一圈又回到初戀的重要關鍵。

感謝王澤鑑教授賜序。吾生也晚，我大學四年，只在最後一年遇上王老師開一門民法實例研習的課，因而親炙了大師風采。我熟讀了王老師每一本書，從大一開始每一門民法課又都要反覆聽到王老師的名字。年幼的我想像中的大師應該是「望之儼然」較多，但上了王老師的課才感受到「即之也溫」是更貼切的描述。王老師在課堂上強調個體經濟學的重要，謙稱以他當時的年紀，瞭解剪刀圖不那麼容易。受到民法大師的號召，我才更堅定地進入法律經濟學的世界，也才有今天這本書。王老師當時擔任司法院大法官，對於我在報端對大法官解釋之批評，不但不以為忤，還在課堂上公開表示大法官有接收

到我的指正。我那時寫了一篇關於Hadley v. Baxendale與給付不能之任意規定的經濟分析，準備參加臺大法學基金會的徵文比賽，王老師在課後還耐心地聽我絮叨不成熟的見解，並提出修正建議（而後該文僥倖獲獎）。王老師的大度能容與獎掖後進，讓我每次讀他的書，都覺得無比溫暖。

感謝謝在全教授賜序。在初次讀謝老師物權法大作後15年，我才無意間得知，我們是遠房姻親（因而獲得物權法研究的優良基因？！）。2001年時，連初出茅廬都還稱不上的我，在臺灣本土法學雜誌發表了我第一篇物權法論文。二年後，我在謝老師第2版的物權法教科書中，赫然發現拙文的第一次引用。謝老師的鉅著被稱為物權法學界、實務人士案頭必備寶典，被引用讓我有被收錄到金氏世界紀錄的興奮感。回國服務之後，我才認識謝老師本人。謝老師細心閱讀我的許多論文，往往有猛烈批評，但深責中帶著期許，希望這本書是符合他的嚴謹標準。

感謝蘇永欽教授賜序。第一次見到蘇老師，是在中研院法律所的前身設科所法律組舉辦的法與經濟分析研討會。我從高中立志作學者以來，直到獲得博士學位回國，從來沒有想過到中央研究院任職。2009年夏天到中研院面試前，我只去過中研院兩次——都是為了簡資修老師主辦的法與經濟分析研討會。我依稀記得我大膽地在Q&A時間，對蘇老師的論點提出反對意見。中午吃飯時，來參加會議的毛頭學生，都縮在角落進食。蘇老師走過來，向我自我介紹（！），並稱讚我問的問題很好，希望我能對他的論點多提意見。蘇老師對我的鼓勵從此開始，但我和他的對立觀點，也一直持續。這充分顯示了蘇老師對晚輩的寬容大度。2009年我剛回國，滿腦子還是徵收補償問題（博士論文主題）。同樣精研公法的蘇老師，卻給我一篇他

的物權法文章，請我指教，並希望我能寫一點相關的文章。我讀了蘇老師的精彩文章，但仍然滿腹的不同意，結果我回國第一篇論文是幾萬字的物權法文章。我戒慎恐懼地把文章傳給蘇老師，卻很快就收到他熱烈的迴響，並邀請我到他在南京主辦的研討會發表。我心想：容忍後進的不同意見，或許有些修養就好；花研究經費請持不同意見者到處說自己壞話，真是相當罕見！本書的讀者應該會發現，我其後的研究依然奠基在與蘇老師的意見相左。如同蘇老師在序言中所言，本書處理的問題，他都處理過了；如同牛頓所說：我能夠看得更遠，是因為站在巨人的肩膀上。

本書是由筆者多篇期刊論文「大幅改寫」、「調整論述結構」並「增加內容」而成，希望讓讀者有閱讀一本專書（而非論文集）的感受。詳言之：本書第2章的主要內容分三期於2014年刊登：〈物權法之經濟分析導論(三)：共用、共決、半共用〉，《月旦法學雜誌》，第232期，頁223-233；〈物權法之經濟分析導論(二)：效率〉，《月旦法學雜誌》，第231期，頁194-205；〈物權法之經濟分析導論(一)：事前觀點與交易成本〉，《月旦法學雜誌》，第230期，頁248-260。亦有部分取材自張永健（2005），〈動產「加工」與「毀損」之法律經濟分析〉，《法令月刊》，第56卷第8期，頁12-39；張永健（2015），〈張五常《經濟解釋》對法經濟學方法論之啟示〉，《交大法學》，第13期。本書第3章主要取材自張永健（2014），〈物權的本質〉，《南京大學法律評論》，春季號，頁185-200；張永健（2011），〈民法第826-1條分管權之法律經濟分析——財產權與準財產權之析辨〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第40卷第3期，頁1255-1302；張永健（2015），〈張五常《經濟解釋》對法經濟學方法論之啟

示》，《交大法學》，第13期。第4章內容來自張永健（2010），〈物權「自治」主義的美麗新世界？——民法第757條之立法論與解釋論〉，《交大科法評論》，第7卷第1期，頁119-168；張永健（2014），〈再訪物權自由與法定之爭議〉，《交大法學》，第2期，頁119-135。第5章改寫自張永健（2011），〈物權法中之習慣：資訊成本理論之觀點〉，《月旦法學雜誌》，第188期，頁81-92。第6章改寫自張永健（2012），〈法定通行權之經濟分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第41卷特刊，頁1321-1372。第7章取材自張永健（2014），〈越界建築訴訟之實證研究〉，《中研院法學期刊》，第14期，頁319-373；張永健（2013），〈越界建築之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，第12期，頁153-201。第8章改寫自張永健（2012），〈附合與混合之經濟分析〉，《月旦民商法雜誌》，第36期，頁74-97。第9章改寫自張永健（2011），〈民法第826-1條分管權之法律經濟分析——財產權與準財產權之析辨〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第40卷第3期，頁1255-1302。第10章取材自張永健（2015），〈違章建築事實上處分權之理論建構〉，《臺北大學法學論叢》；本書附錄改寫自張永健（2013），〈芝大法律經濟學與中國物權法：方法論的展現與辨正〉，《法律與社會科學》，第12卷，頁1-18。

感謝前述期刊之匿名審查人、研討會之主辦人、主持人、報告人、評論人、其他曾經評論論文初稿的學界先進，包括但不限於于學平教授、方錫滄律師、王文字教授、王文杰教授、王寧教授、王鵬翔教授、白江教授、朱敬一教授、江肇欽律師、艾佳慧教授、吳一鳴教授、吳宗謀教授、吳英傑教授、吳啟賓理事長、吳從周教授、李念祖律師、周俊智律師、

林子儀教授、林洲富法官、林秋綿教授、林郁馨教授、林喜芬教授、邱文聰教授、侯猛教授、孫森焱大法官、高富平教授、高薇教授、張巍教授、許可教授、許政賢教授、許家馨教授、陳立夫教授、陳志雄律師、陳忠五教授、陳冠華律師、陳若英教授、陳榮傳教授、陳銳教授、陳聰富教授、陳滢竹律師、彭誠信教授、渠濤教授、稅兵教授、黃虹霞律師、黃國昌教授、黃韜教授、黃詩淳教授、詹森林教授、劉孔中教授、蔡昌憲教授、蔡明誠教授、鄧峰教授、鄭凱鴻律師、龍衛球教授、薛兆丰研究員、謝在全大法官、謝哲勝教授、謝煜偉教授、簡資修教授、魏大嘍法官、蘇永欽教授、蘇彥圖教授（以上按姓名筆畫排列）。

本書第一稿完成於2014年1月間，先央請三位物權法的大家賜序，並依照科技部人文社會科學研究中心「期刊審查專書書稿」之規定，提交臺灣首屈一指的經濟學期刊「經濟論文叢刊」（臺灣大學經濟系出版）審查。之後並依照推薦序中的期許，與期刊三位匿名審查人的意見，以及新讀之文獻，持續修改。2014年11月完成第二稿後送排。

本書無法論述全部與所有權相關之議題；不過，有部分議題，筆者已用英文下筆發表，且未有機會在中文論述中完整論及相關論點。以下簡述其內容主題，有興趣者可以參酌：一、Yun-chien Chang and Lee Anne Fennell. 2014. Partition and Revelation. *University of Chicago Law Review* 81: 27-51. 本文設計一套各國均能輕易實施的新型共有分割方式，不但可以減少共有人的策略行為，而且可以運用共有人自願揭露的真實保留價格，更適切地分配共有財產。二、Yun-chien Chang. 2012. Tenancy in “Anticommons”? A Theoretical and Empirical Analysis of Co-ownership. *Journal of Legal Analysis* 4: 515-553.

本文運用法律經濟分析與臺灣之數據資料，說明Columbia Law School講座教授Michael Heller之理論（土地共有容易導致土地細分並製造難以克服的交易成本）在理論上有值得商榷之處，也無法在臺灣的數據資料中獲得支持。三、Yun-chien Chang and Henry Smith. 2012. An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property. Notre Dame Law Review 88: 1-55. 本文討論大陸法系物權法與普通法系物權法在風格與架構上之異同，並以路徑相依與網路效果理論解釋兩者在風格上之差異。四、Yun-chien Chang and Henry Smith. 2015 forthcoming. Structure and Style in Comparative Property Law. In Comparative Law and Economics, edited by Giovanni Battista Ramello and Theodore Eisenberg. Northampton, MA: Edward Elgar. 本文接續前文之論述軸線，並深入探究抵押關係的本質是債、物還是兩者皆非。五、Yun-chien Chang. 2012. Property Law with Chinese Characteristics: An Economic and Comparative Analysis. Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal 1: 345-372. 本文以經濟分析理論詳細分析中國物權法之部分內容迥異於他國民法物權編規定之原因。六、Yun-chien Chang. 2015. An Economic and Comparative Analysis of *Specificatio* (the Accession Doctrine). European Journal of Law and Economics, forthcoming. 本文從比較法角度剖析各國民法略有不同的加工原則，何種最有效率。此文可與本書關於附合與混合之論述一同參看。筆者尚有多篇英文關於物權的會議論文、專書論文、期刊論文，不在此贅述，請參見筆者網站<http://www.iias.sinica.edu.tw/ycc>。

這四年多來的幾位助理陳憶馨、陳滢竹、王玠涵、陳榕、陳致睿、鄭育翔、曾鈺琄、黃柏仁、易先勇、蔣愷學、王天心、李孟穎、楊哲豪協助研究本書相關議題，使本書內容更為豐富，並將錯誤減到最少。非常感謝勞苦功高的同學們！

張永健

2014年11月於紐約旅次