

「27 凡不背著自己十字架跟從我的，也不能作我的門徒。28 你們那一個要蓋一座樓，不先坐下算計花費，能蓋成不能呢？29 恐怕安了地基，不能成功，看見的人都笑話他，說：30 這個人開了工，卻不能完工。31 或是一個王出去和別的王打仗，豈不先坐下酌量，能用一萬兵去敵那領二萬兵來攻打他的嗎？32 若是不能，就趁敵人還遠的時候，派使者去求和息的條款。33 這樣，你們無論甚麼人，若不撇下一切所有的，就不能作我的門徒。」

(聖經 新約路加福音 第十四章 第 27 ~33 節)

「12 耶穌又對請他的人說：你擺設午飯或晚飯，不要請你的朋友、弟兄、親屬，和富足的鄰舍，恐怕他們也請你，你就得了報答。13 你擺設筵席，倒要請那貧窮的、殘廢的、癱腿的、瞎眼的，你就有福了！14 因為他們沒有甚麼可報答你。到義人復活的時候，你要得著報答。」

(聖經 新約路加福音 第十四章 第 12 ~14 節)

2008 搞笑諾貝爾獎 台灣醫師獲獎

法新社／張仲琬 2008-10-03 14:35

(法新社波士頓二日電)「不可思議科學年報」今天在美國哈佛大學揭曉二零零八年搞笑諾貝爾獎得獎名單，醫學獎得主：艾瑞利。他發現昂貴假藥比廉價假藥更有效。

一 前言

法律經濟分析在倫理學上的根源：功利主義 Utilitarianism

- 一 人的圖像/人性 理性 +自利 經濟人的想像
- 二 功利主義 邊沁 善=最大快樂 pleasure→幸福 happiness
- 三 Coase Theore(理論) 成本=0=社會資源最佳分配狀態=分配到最需要的人手  
成本=0=法律如何規定 結果事都是一樣的

例子：火車排放火花造成鐵軌兩旁農地損失

防火花設備	農夫損失	法律規定	當事人決定
1. 50 萬	70 萬	公司賠償	公司自行購買設備(50 萬)
2. 50 萬	70 萬	公司不必賠償	農夫購買設備給公司(50 萬)
3. 50 萬	30 萬	公司賠償	公司賠償/不買設備(30 萬)
4. 50 萬	30 萬	公司不必賠償	農夫自行吸收)/不買設備(30 萬)

四 最佳效率？

Pareto : 利益極大化+不致損害

Kaldor-Hicks : 利益極大化+賠償損害的意願

五 Posner : common law 描述性+規範性 → 效率的增加

→經濟學=優先次序 (preference)=出價(willing to pay)

→社會資源的最佳分配=分配給最需要的人=出價最高者的手上

批評 John Rawls 1.人與人之間的差別；甲≠乙

## 2.The Right > the Good

Q : 1. 效率=成本？(福利經濟學x) 不同的效率概念？

2. 效率就足夠了嗎？分配正義？

3. 集體主義？個人主義/個人價值？

本文的質疑：

1. 每一單位的幸福都是等值的（10000 元的利益對貧民/富豪）？

2. 「社會」的最大幸福，如何界定？英國？大英國協？全球？下一（幾）代？

3. 無權利的觀念（特定範圍內，依其自由意志使用、享受該利益）

4. 集體主義的價值觀，沒有個人不可讓渡的權利/價值（天賦人權）

例如：自殺的女孩，捐出器官造福 30 人→功利主義者認為應當鼓勵她自殺？

二 對法律解釋/適用的可能影響，

1. 內在體系

2. 客觀功能，例如 應如何發揮物的經濟效用、維持公平競爭的秩序

3. 法律經濟分析不是唯一的觀點；特別當它（貶值）成為利益衡量/common sense 的分析時，尤應謹慎

醫療糾紛非消費關係、不適用無過失責任？

何不

1. 採用無過失責任（讓醫生願意在合理的程度內、採用高風險的醫療方式，不致於採域防禦性醫療）、透過（強制）保險（類似汽機車強制責任險）、徹底涵蓋相關風險、透過高低不同的醫療費用的增加轉嫁給（風險高低不同的）病患群體，可以徹底避免無謂的訴訟、不致動搖醫病的信賴關係；或是

2. 採用無過失責任+科技抗辯（由醫生舉證免責；因為較能控制風險以及與病患資料的掌控）；消費關係責任的認定標準統一化

三 幾個有待反思例子

1. 善意取得

1.1. 對於國家徵收的土地，但仍登記為私人所有的土地，可否成為善意取得的對象？

臺灣高等法院 94 年度上字第 639 號民事判決 事實及理由六（二）「4 以法律經濟分析之觀點而言，以「上訴人不得對被上訴人為本件請求」之結論，較為妥

適。(1)按法律賦予權利與義務時，應以促成經濟效率為圭臬，而設計其內容（引自波斯納與法律經濟分析，林立著第247頁），茲以法律經濟分析角度，剖述本件法律關係可能解決之途徑。... (5)反之，倘認系爭4筆土地仍因國家徵收而取得（即被上訴人以下之登記皆有瑕疵），則相關交易當事人（含兩造及陳明哲、張麗玲、張楊麗美等3人）皆**必須採取契約無效或權利瑕疵致給付不能等等制度，以解決彼此間之權利義務關係，其中可能涉及繁複之訴訟程序、保全程序，甚至難以獲得給付之風險（契約相對人之資力變化、信用等條件）**。然而，相關交易當事人皆信賴國家登記制度而遂行彼此間之交易行為，奈何因公務員20餘年前之疏失，**竟須承擔如此鉅大之風險與無謂之訴訟爭端**？顯見此種處理模式，不符經濟效益。(6)準此，是從法律經濟分析之觀點，以「上訴人不得對被上訴人為本件請求」之結論，較符合公平正義，亦較符合法律之經濟效能。」

1.2. 但是：與自主權？例如買得盜贓物「血鑽石」，又已過2年時效（§949），買主可否放棄善意取得，主張權利瑕疵擔保責任、解除契約？雖可能增加訴訟負擔，仍應允許。

2. 分管契約有拘束新的共有人的效力，是為避免重新協商、影響既有法律狀態的安定←減低交易成本，但仍應兼顧善意/信賴的保護

2.1. 相關學說「受讓人應受分管契約拘束之法律上理由：共有人間所訂之分管契約，對受讓應有部分者，亦有效力，其法律上之理由，有三種學說。甲說：共有人間訂立分管契約，並依約交付各共有人占有使用者，已具備公示之作用，此與民法第四百二十五條規定，出租人於租賃物交付後，將其所有權讓與第三人者，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在，有相同之法律上理由。乙說：民間買受不動產者，有實地調查其現況及權利關係之習慣，受讓人對分管契約，係明知或可得而知之事實。且共有物之分管，涉及共有人對共有物之權利義務，受讓人應受其拘束。丙說：不動產之分管契約為物權契約，受讓共有物之應有部分者，自應繼受其法律關係。依上述三說，受讓應有部分之人，不問善意惡意均應受共有人間分管契約之拘束。」

2.2. 釋字第349號「最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在」，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。至建築物為區分所有，其法定空地應如何使用，是否共有共用或共有專用，以及該部分讓與之效力如何，應儘速立法加以規範，併此說明。」

2.3. 「不同意見書：大法官 鄭健才

一 本件依可決人數作成之解釋，意謂受違憲審查之最高法院判例（見下述），為一部合憲一部違憲，本席則主張應為全部合憲。解釋文之文字，當為：不動產共有人就共有物訂立分管契約，各就共有物之特定部分實行管領之債權，同時又互負容忍他共有人各就特定部分實行管領之債務，性質上乃結合於物權而相當於租賃之繼續性雙務契約。一經實行，亦與租賃物之交付相當，應類推適用民法第四百二十五條關於租賃物權化之規定，使其效力及於自共有人中一人或數人受讓共有物應有部分之第三人。最高法院四十八年度臺上字第一〇六五號判例意旨，與此相符。使共有物應有部分受讓人以外之共有人，不致因信賴分管契約，反受不測之損害，為提昇共有物之利益價值，維護合理之財產秩序，以增進公共利益所必要，與憲法並無牴觸。惟在建築物區分所有而其法定空地為共有之場合，依現行建築法規得在法定空地設置停車場使用，問題叢生，僅依上述判例解決，仍嫌不足。應儘速立法規範之，以杜爭議，合併說明。

二 理由：

（一）共有制為所有制之變體，具有超個人的意義，成為共有權與身分權（成員權）結合的形態。共有人間易滋利害之衝突，又往往阻礙共有物之效益成長，故非良制。民法第八百二十三條賦共有人以隨時請求分割，以消滅共有關係之形成權，即有「不得已而承認共有制」之意。而各共有人之應有部分，僅係抽象的存在，並無其特定部分。因之對於共有物之使用收益，法律亦隨之祇抽象的規定：「各共有人按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權」（民法第八百十八條）。除性質上必須共用者外，若欲各就特定部分各自使用收益，化抽象為具體，惟有依私法自治原則，由全體共有人訂立契約以實現分管。此可謂為以債權結合於物權，充實物權之內涵。各國就此種分管契約有以法律規定須經登記始有拘束第三人之效力者，固不失為解決方法之一種，然非惟一非採用不可之解決方法。而我國目前並無此種法律，亦不能因此即不假思索逕謂分管契約當然無拘束第三人之效力。在法律未有規定之情形下，遇有分管契約效力之爭議，自應依民法第一條：「民事，法律所未規定者依習慣，無習慣者，依法理。」之規定解決之。

（二）本件受違憲審查之最高法院四十八年度臺上字第一〇六五號判例云：「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之契約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在。」雖未明示其法理根據，亦不難從左列理論中尋求其法理之所在。

**1 債權物權化之法理：**受物權以利用為中心思潮之衝擊，就一定情形之債權，使之物權化，早為無可遏阻之立法趨勢。例如民法第四百二十五條規定：「出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。」便是。此與物權以處分為中心時，須經登記始生效力之情形，大異其趣。租賃契約雖為債權契約，但租賃物一旦交付（移轉占有）由承租人使用，即處於一種公示狀態，顯現其所有人非使用人之物權內容。**所有權之受讓人，如可不受租賃契約之拘束，無異使讓與人（即出租人）片面享有租賃契約之終止權，亦無**

異聽由受讓人與讓與人共同侵害承租人之債權（在第三人言債權得為侵權行為之客體），於財產秩序之破壞不謂不深。此種民法規定之合理性，自無庸置疑。而共有物分管契約，乃共有人相約各將其對於共有物全部之共用權（見前引民法八百十八條），互改為各有共有物一部（特定部分）之專用權。自己享有專用權為債權，容忍他共有人享有專用權則為債務（以不得反對為內容之不作為債務）。債權與債務交為對價關係，成為繼續性雙務契約，其性質相當於租賃契約。實務上甚至認為兩地相鄰，界線彎曲（不規則），雙方為建屋方便，相約截彎取直，因而互越界址，各自建屋完成者，就其越址使用言，亦屬租賃契約性質，有民法第四百二十五條之適用（最高法院七十五年三月十一日決議參閱）。一地之共有關係，較兩地之相鄰關係尤為密切，豈有「共有分管」反非相當於租賃之理？共有物分管契約，類推適用民法第四百二十五條規定，使其有拘束第三人之效力時，應有部分之受讓人如認分管不妥，儘可請求分割以消滅共有關係，其應享之應有部分物權，並無絲毫減損。依建築法第十一條規定，土地供建築之用時應留設法定空地。並得依建築技術規則第五十九條之一第四款規定，於法定空地設置停車空間，俗稱停車場。假定土地（建築基地）為共有，建築物為區分所有，而停車場不敷建築物全體區分所有人使用，勢必經由房屋與基地總價之高低，使停車場歸總價高者專用。此時不獲使用停車場者，若謂其完全未使用法定空地，無從與專用者成立雙務之分管契約，亦屬誤會。蓋法定空地之留設為建築許可之條件。共有之法定空地，為全體建築物區分所有人用以促成建築許可條件之成就，亦即為其全體所共用。祇不過在此共用之外，又多一種停車專用；形成「留設之共用」與「停車之專用」之重疊狀態。而祇享共用未享專用者，已從總價中獲得減少付出之對價。是單就此種法定空地言，無礙於雙務契約之成立，又至明顯。

2 禁止權利濫用之法理：民法第一百四十八條第一項規定：「權利之行使，不得違反公共利益或以損害他人為主要目的。」此為權利濫用之禁止。在土地所有權之行使言，此亦為法律強制所有權人（包括共有人）應盡之社會責任。土地共有之分管契約，即令不予類推適用民法第四百二十五條之規定，但受讓人不依前述規定，請求分割以消滅共有關係；而一味以破壞分管之既成狀態為務，亦屬權利之濫用。果可如此濫用權利，則在大型建築物區分所有而基地共有之場合，區分所有人以千百計。千百人所安之既成狀態，亦可因一、二人之出讓應有部分而毀之矣。

3 從權利隨同主權利移轉之法理：民法第八百二十條第一項規定：「共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。」足見共有物如何管理，原則上應決於由具有共有人身分之人所訂之契約。分管契約即屬其中之一。契約有訂定者，依其所定，未有訂定者，始由共有人共同管理之。此種契約，定於物權編，顯係有意使之結合於物權，與物權本身構成不可分離之共同體。物權本身為主權利，依此契約所生之契約上權利，則為從權利。而此從權利亦係以共有人之身分享有。其後共有人出讓其主權利（應有部分），受讓人仍係繼受原來之共有人身分，祇是與原來共有人之姓名不同。依主權利移轉時從權利隨同移轉之法理，該受讓人

當然同時繼受原來之從權利（契約上權利）。原來從權利，有利於受讓人之程度高者，他共有人固不得以受讓人非契約當事人而予否定；其有利於受讓人之程度低者，受讓人亦不得以其自己非契約當事人而主張不受契約之拘束。分管契約之效力如不足以拘束應有部分之受讓人，則分管契約甚有利於受讓人時，試問該受讓人將作如何主張？而同一「應有部分」又可不斷相繼出讓，使共有人因之而不斷變更，分管契約又豈非永無用處。

（三）本件依可決人數作成之解釋，意謂共有人訂立之分管契約，僅對於非善意（知情）或雖係善意但有過失（可得而知而不知）之應有部分受讓人有其拘束力，對於並無過失之善意（非明知亦非可得而知）受讓人則否（即通過之解釋文內所云之「首開判例在此範圍內，嗣後不再援用」）。有待商榷之處尚多，述之如下：**1 忽視共有物由共有人多數決定處分原則之比較：**民法第八百十九條關於共有物之處分，應得共有人全體同意之規定，在共有物為不動產時，已為土地法第三十四條之一所定「過半數之同意行之」所取代。後者深符物權以利用為中心，非以處分為中心之理念，與社會脈動相適合。而本件爭議，係由不動產之共有而引起，祇應就不動產共有之分管契約而為論列。**設土地共有人百人訂立分管契約，僅其中一、二人之應有部分由並無過失之善意（非明知亦非可得而知）第三人受讓，其受讓之應有部分亦不過百分之一、二。竟可依本件解釋推翻全部分管契約。共有物之處分較共有物之分管為嚴重，舉重明輕，重者尚且以過半數同意行之即可，輕者反使每一共有人均有否決權，有是理乎？**

**2 忽視信賴分管契約者利益之保護：**共有人因信賴分管契約而各自投資實行分管，卻因共有人中之一人將其應有部分讓與無過失之善意第三人，致其投資意外的化為烏有，不能謂非不測之損害。通過之解釋，則以避免善意第三人受不測之損害，作為分管契約對之不生拘束力之理由，**殊不知在應有部分讓與立場言，其他共有人亦係善意第三人，何以又不須避免其受不測之損害？**將不測之損害強加於其他共有人，將使分管即令達十年百年之久，亦隨時有被否定之虞。共有人中若有藉此生端與訟，所謂善意或非善意、有過失或無過失，又悉憑舉證責任之分配及證據力之判斷而定，勝敗難卜。共有制至此全失「定分止爭」之作用，徒增共有人之訟累而已。

**3 忽視理論橋樑之架設：**民法第四百二十五條使租賃契約之效力及於租賃物所有權之受讓人，係以「物權化」為其理論之橋樑，故界限明確，不必有該受讓人為善意（不知情）或非善意（知情）之區別。而通過之解釋，就共有物分管契約之效力是否及於應有部分之受讓人，則視該受讓人為善意抑非善意而定。善意者從否定說，非善意者從肯定說。而其所謂善意又將「可得而知而不知」者除外。其中對於知情（非善意）者，使其為分管契約效力之所及，是否係以「默示同意」繼受分管契約之契約上地位（學理上謂此為「契約承擔」），為其理論之橋樑，未見說明，已難懸揣。對於「可得而知而不知」之不知情（有過失之善意）者，亦為分管契約效力之所及，若不借重「物權化」之理論，如何架設其理論之橋樑，尤有疑義。

三 總之，上述最高法院判例，無論從何種法理角度觀察，皆應受肯定。即依可決人數通過之解釋文亦謂其為維持法律秩序之安定性所必要。至錯綜複雜之眾多法理，有如條條道路通羅馬，依民法第一條之規定，均足供支持該判例之用。惟鑒於該判例文字表述之方式，與民法第四百二十五條相合，而最高法院數十年來，本此立場，堅定不移之理論發展軌跡，亦至堪珍惜。故本席寧從債權物權化之法理，以解決共有物分管契約之效力問題。所應強調者，此非廣泛的討論債權物權化，而係個別的就一定情形之債權（如與物權相結合且已處於公示狀態者）討論其應否物權化。不動產共有人就共有物訂立之分管契約，各就特定部分實行分管時，賦予物權化之效力，實為提昇共有物之利用價值，維護合理之財產秩序，以增進公共利用所必要。縱因之而使部分共有人受有某種行使權利之限制，亦未逾越憲法第二十三條得予限制之範圍，自與憲法無所牴觸。民法第四百二十五條之規定如此，民法第一條許於法律未規定時，以法理解決民事紛爭之規定，亦係如此。至在建築物區分所有而其法定空地為共有之場合，如就法定空地設置停車場，問題叢生（例如是否共用，或劃位專用，如為專用，可否與建築物所有權分離而單獨轉讓），僅依上述判例解決，仍嫌不足，亟待立法規範。爰提不同意見書如上。」

#### 本文的質疑

1. 債權物權化是一種法理？有無界線？若有，其界線何在？§ 425 的立法理由為何？其類推適用的界線為何？
2. 從權利隨同主權利移轉？是當然移轉、亦或仍應遵守各該權利的移轉要件？
3. 新共有人（例如擁有 99% 的應有部分）否認既有分管契約的拘束力，必定構成權利濫用（§ 148 I）？