

民法第 166 條之 1 之立法政策評析*

胡天賜**

國立中正大學法律系研究所博士班研究生
台中行政執行處行政執行官

民法第 166 條之 1 自民國八十八年公布至今已近兩年，但仍尚未實施，而其間此一立法之當否卻引起了甚多學者之討論，並無定論。本文擬從法律之邏輯分析及立法目的之實質妥當性兩部分來檢驗民法第 166 條之 1 立法政策之當否。

在邏輯分析部分，本文分別從該條文本身法律概念邏輯有效性以及在整體法律體系中是否符合上位概念（尤其是憲法原理原則）之要求，來探討其形式之有效性。其次在立法目的妥當性部分，本文首先本於相關經驗事實來驗證立法者或反對者就相關立法所假設之前提事實是否為真實，此一部分本文大量引用了司法院與內政部所公布之相關數據為分析基礎。其次，本文再依據目前之公證法制來探討立法者所用之強制不動產債權契約公證之立法方式，是否真能達到所欲求之減少相關契約虛偽、詐欺及推行拉丁公證制度之立法目的。最末本文再以經濟學上之供需法則 (law of demand) 與新制度經濟 (new institutional economics) 所持之理論基礎，分別來分析民法第 166 條之 1 施行後對於相關制度所可能產生之影響與成本效益之分析。

最後本文分析之結論為，為推行公證制度立法之重點應置於如何賦予經過公證之法律行為更高之法律效果，以提高當事人辦理公證之誘因，而非由國家公權力強制介入私人訂約之領域中。從而建議將現有民法第 166 條之 1 現有內容確實不當，或可委由司法機關將本條文解釋為訓示規定，或由立法者將該法條更改為「契約經公證者，推定其契約已成立」或「契約公證者，其契約視為已成立」。

關鍵詞：無效、拉丁公證制度、法律經濟分析、供需法則、新古典經濟學、新制度經濟理論、完全競爭力市場、不完全競爭市場、完全理性、受限制理性、交易成本、實質審查、形式審查

* 作者感謝兩位評審學者之批評與建議；另感謝台北士林地院公證處公證人林主任尚音及陳公證人昱奉及本刊英文編輯協助校正本文之英文摘要。

** 作者曾任職法院公證人八年。

收稿日期：92 年 7 月 8 日；接受刊登日期：92 年 8 月 12 日

壹、前言

法律是一門類似實證科學（quasi-science）的學科，其理論綜合了邏輯與經驗事實之判斷。¹ 法律之意義應從形式（form）與實質（substance）的對比而來——形式指法律內部的理論，實質則指法律外部的世界。法律的自主性和客觀性是通過將法律分析限制於形式這一層次上來保護。但當法律結果取決於關於世界之事實時，法律的自主性和客觀性就遭受挑戰（Posner, 1990: 40），然而也只有透過此一外界經驗事實之驗證，才能得出各別法律命題之妥當性。因此任何法律理論，不論其來自於抽象理論的演繹，或具體經驗的歸納，除了其形式上須符合邏輯的要求外，仍盡可能訴諸實際適用所可能產生之結果來論其優劣。故學者曾云，法學非純粹理論認識的學問，乃係混合理論與實踐之一門科學，法學之所以為法學，必須透過法律之應用，始能實現吾人之社會目的，以滿足人類在社會上各種需求，其具有實踐性格，灼然至明。（楊仁壽，1986: 56-57）因此就法學認識論而言，為求其具客觀性，一般均憑藉著「邏輯分析的方法」及「經驗事實的驗證方法」來獲得其認識上之客觀性。（楊仁壽，1986：第二編）

我國民法債編新修正之條文已於八十八年四月二十一日公布，並於八十九年五月五日開始施行，施行至今業經近兩年。其中新增訂之第 166 條之一規定就以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的之債權契約採用強制公證制度，原則上若未經公證則契約無效。此一條文增訂之妥適性，引起了各界學者廣泛的討論。² 而也由於該條文極具爭議性，因此於事後所公

1 學者曾云「在法律中雖有科學的藍圖和影子，但沒有這樣的大廈」，Cf. Richard A. Posner, *The problem of Jurisprudence* (1990), p.69

2 如王澤鑑著，「債法原理」第一冊（2001 年 3 月版），第 128-135 頁；黃立著，「民法第一百六十六條之一的法律行為形式問題」（月旦法學 54 期）第 32 至 42 頁；黃茂榮著，「不動產契約之要式性」（植根雜誌第 15 卷第 7 期）第 241 至 258 頁；謝哲勝著，「無強制實現力的契約——兼評民法債編增訂條文第 166 之 1」，氏著「財產法專題研究(三)」，第 97 至 119 頁；孫森焱著，「民法修正草案關於強制公證之規定」（律師雜誌第 216 期），第 60 至 64 頁；張特生著，「論民法關於強制公證的妥當性與可行性——為公證新制鳴鑼開道」，司法周刊（第 991 期至 993 期），第二版。

布之民法債編施行法第 36 條第二項規定「民法債編修正條文及本施行法修正條文自中華民國八十九年五月五日施行。但民法第一百六十六條之一施行日期，由行政院會同司法院另定之。」其立法理由為「新增民法債編第一百六十六條之一將於八十九年五月五日施行，但公證法修正條文卻於九十年四月二十一日才正式施行，考試院始能對民間公證人進行考試與遴選工作，公證業務必須完全由法院公證處負擔。不動產交易契約一年高達四百萬件，加上設立、變更的數量，非現有法院公證處的人力所能負擔。突然實施公證制度，因為公證人不足，造成公證延宕，反而造成民眾的不便或是交易損失，爰增列第三項『民法第一百六十六條之一施行日期，由行政院會同司法院另定之』」。然至今司法院仍未會同行政院訂定該條文之施行日期，從而該條文雖形式上公布，但至今仍尚未生效。

然而若從立法論而言，假設為良法，制訂後應儘速施行；若為劣法，則或者不應制訂，或者制訂後應儘速廢除；實不宜採先制訂再無限期拖延施行之立法方式。以下本文首先從邏輯來分析該法條之形式上之有效性，次從該法條所規定之內容與目前已存之經驗事實相比較，以論民法第 166 條之 1 立法目的之實質上之妥當性。而最後再試著從法律經濟分析之理念來提出若干建議，希望藉此能為該條文日後發展提出可能之方向。

貳、民法第 166 條之 1 條文內容、立法理由及應有之解釋

一、內容及立法理由

民法第 166 條之 1 規定「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人做成公證書。未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」該條文之立法理由如下：「1、本條新增。2、不動產具有高度經濟價值，訂立契約約定負擔移轉、設定或變更不動產物權之義務者，不宜輕率。為求當事人締約時能審慎衡酌，辨明權義關係，其契約應由公證人做成公證書，以杜事後之爭議，而達成保障私權及預防訴訟之目的；爰參考德國民法第 313 條

第 1 項及瑞士債務法第 216 條第 1 項之立法例，增訂第 1 項規定。3、當事人間合意訂立以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的之契約（債權契約），雖未經公證，惟當事人間如已有變動物權之合意，並已向地政機關完成物權變動之登記者，則已生物權變動之效力，自不宜因其債權契約未具備第一項規定之公證要件，而否認該項債權契約之效力，俾免理論上滋生不得利之疑義；爰參考前開德國民法第二項，增定第二項規定。此際，地政機關不得以當事人間之債權契約未經公證，而拒絕受理登記之申請。至對此項申請應如何辦理登記，宜由地政機關本其職權處理，並此序明。」³

二、在我國法律體制上應有之解釋

由於民法第 166 條之 1 第 1 項雖規定不動產債權契約須辦理公證，但未明文規定未依該規定辦理之效果為何？因此若欲論斷民法增修第 166 之 1 第 1 項之效力，須配合民法第 73 條之規定來看始可。民法第 166 之 1 第 1 項係規定「應由公證人做成公證書」，而民法第 73 條前段則規定：「法律行為，不依法定方式者，無效。」因此依法律之體系解釋，所謂「應由公證人做成公證書」應係以負擔不動產之移轉、設定或變更為標的之債權契約之法定方式，若不依該方式做成就者，依民法第 73 條前段之規定，為無效之法律行為。⁴

但第 166 條之 1 第 2 項又規定，「未依前項規定公證之契約，如當事人以合意為不動產之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」此一條文在我國目前民法之體系之下應作下列之解釋：即從民法第 73 條之但書來論其效力。亦即雖然未經公證之契約依第 166 條之 1 第一項及第 73 條合併以觀為無效之契約，但第 166 條之 1 第 2 項則屬民法第 73 條但書所謂之「法律另有規定」之情形相符，故不適用第 73 條本文之規定。其法律行為因此便基於第 73 條但書之規定而適用民法第 166 之 1 條第 2 項之規定，因此仍屬有效之行為。

3 有關民法第 166 條之 1 之研定經過及更詳細之立法理由，可參閱張特生，「論民法關於強制公證的妥當性與可行性——為公證新制鳴鑼開道」（上），司法周刊（第 991 期第 2 版）。

4 另有學者見解認為或可視為「無強制實現力」的契約，參閱謝哲勝著，前揭註 2；或認其為「方式未完成」或為「契約未成立」，參閱黃茂榮及黃立之專論，前揭註 2。

參、評析

為求得法學認識之客觀性，故一般均從「邏輯分析」及「經驗事實驗證」兩方面著手，來研究法之內涵，已如前述。故本文亦從上述兩方面來評述民法第 166 之 1 條之優劣。

一、從邏輯分析而言

在法律上之邏輯分析大致上又可細分為兩方面。其一為就法條本身之內容來作邏輯之分析，即法條本身內容是否符合邏輯，是否有矛盾。其二則就法體系來作邏輯之分析，亦即該法條之內容是否符合現已存在之整個法律體系，是否會與既存之法律體系發生矛盾。茲就上述之分類，再分述於下：

(一)就法條本身之內容而分析

首先，契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，若未由公證人做成公證書，依該條項及民法第 73 條前段之規定以觀，其契約應屬無效，已如前述。然而第 166 之 1 第 2 項又規定「未依前項規定公證之契約，如當事人以合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」此種規定之內容是否會與無效法律行為之現有定義相違背？

依目前之通說，無效之法律行為係已成立之法律行為因不具備有效要件，法律上當然且確定的不發生當事人所企圖實現之法律效果之謂。因此無效之法律行為具有三種特性，即無效行為之「當然性」、「自始性」及「確定性」。而所謂無效行為之確定性乃指無效的法律行為為確定無效，不因時間的經過而補正。學者曾云：「無效之法律行為不因當事人的承認而發生效力，也即不能因治療而復活」，此即無效法律行為與效力未定的法律行為不同之處。（施啓揚，1982: 312）亦即在我國目前民法理論下，一個無效之法律行為，除了符合無效行為轉換之要件之外（民法第 112 條），並不會因為事後之治療而有回復效力之可能。因此契約之「無效」，在規範上屬於一種終局的評價，所以概念上有死而不能復生的認識。（黃茂榮，1999: 249）然而新增訂之民法

第 166 條之 1 却明文規定了一種可以死而復生之無效法律行為，似與既有之無效法律行為理論相違背。⁵

有學說試著提出所謂「可補正之無效行為說」或「契約未成立說」（黃茂榮，1999: 249-250。黃立，2000: 33）或「無強制實現力的契約說」（謝哲勝，2002: 97-119），試著來補救上述立法內容上之矛盾。本文以為，上述之見解固然有其所本，但仍有下列有待斟酌之處：

1. 「可補正之無效行為說」

無效之法律行為可否補正？民法第 112 條之無效法律行為之轉換似乎即為無效法律行為補正之一例。但民法第 112 條之轉換係以無效之法律行為中具備其他有效之法律行為之要件為轉換之必要條件，而所能轉換者也以該業已具備有效要件之他法律行為為限，並不能經由轉換而使原本無效之法律行為起死回生。此與所謂「可補正之無效行為說」之目的係希望經由補正行為而使得原本無效之法律行為變成有效，似乎不可同日而語。

而無效之法律行為乃嚴重違反或欠缺生效要件的法律行為。而何種事項屬於「嚴重違反或欠缺生效要件」，係屬立法裁量之事項，由立法者衡諸各種情形自行決定。我國無效的法律行為主要因違反公益而不能發生應有之效力。例如違反強行規定（民法第 71 條），違背公序良俗（民法第 72 條），或欠缺意思能力（民法第 75 條）、虛偽意思表示（民法第 87 條）等。（施啓揚，1982: 311）因此當法律希望保護公眾利益時，就不再給予當事人就瑕疪行為得決定其效果之權利，而強行規定無效之效果。只有當公眾利益與當事人之利益相比，較不重要時，法律就決定法律行為之存續之權利，才會聽任當事人自行決定（得撤銷）。（黃立，1994: 435）因此立法者就某一類型之事項若認為其違反公益之情形並不嚴重時，似乎在立法時就應將此事項規定為得撤

5 有關此一部分，若採契約未成立說之見解，則認為第 166 條之 1 第一項之作成公證書係為契約成立之特別成立要件。作成公證書者，係欠缺成立要件而不生效。至於依第 166 條之 1 第二項為登記後，使前項之契約變成有效，其有效之起算點有兩說，有溯及雙方合意時起生效或是自登記時起往後生效。若採後者之見解——以公示之方法（登記）補正欠缺之特別要件（公證書）開始生效，則學理上可解決所謂起死回生之窘境；然而此種見解之缺失則將在以下 2、「契約未成立說」部分中檢討。

銷之事項，甚至是效力未定之事項；而不應將之規定成為無效之事項。同理若規定為無效之事項，就不應再准許當事人於事後有可補正之權限，而使之起死回生。更何況民法第 166 條之 1 第二項規定似乎意味著被認定為無效之法律行為，若當事人執意繼續為之，仍為有效；如此一來，反而令人質疑法律認定該法律行為無效理由之正當性。

此外無效法律行為補正之學說若真有必要存在，即使不以成文法規定，也應以所有民法上無效之法律行為為基礎作通盤之考量。例如身分上之要式行為（如民法第 982 條之公開儀式、二人以上之證人）是否也適用此項法理？若僅在適用民法第 166 條之 1 時才討論無效法律行為補正之學說而不及於其他領域，則此種學說似乎仍有待日後繼續充實，故此說並不足採。

2. 「契約未成立說」：

法律行為之不成立（如民法第 166 條之 1）與無效之法律行為二者間，雖然在表面上均不發生其法律上之效果，但在法律行為之實質效果上仍有極大的不同。即法律行為未成立，雖不發生其法律行為上之效果，但組成該行為之法律事實，尚不妨發生其固有之效力。如契約之要約，於相對人為承諾以前，契約本身雖未成立（民法第 153 條第 1 項），但仍發生要約之效力（民法第 154 條第 1 項）。（洪遜欣，1997: 518-519）反之，於無效之法律行為，如不動產之移轉之債權契約若未經公證，則不管承諾或要約均自始無效。因此契約不成立說似乎與我國目前之法律行為之無效與不成立之既有體系相違背，故亦欠缺說服力。

3. 「無強制實現力之契約說」

所謂「無強制實現力之契約」，乃援引美國法上的無強制實現力的契約（unenforceable contract）；只有若干法律效力，但因欠缺法定方式或因時效而無法強制實現的契約，有些契約因違反法律規定，但非無效（void）或可得無效（voidable），也被視為無強制實現力的契約。⁶

然所謂「無強制實現力」的契約，在我國的法制上似乎類似於自然債務。但所謂的自然債務與因無效之法律行為所產生之法律效果仍有不同。首先自

6 Cf. *Restatement, Second, Contracts* 8. Comment b. 引自謝哲勝著，前揭註 2，第 44 頁。

然債務仍存在著因法律行為而生之債之關係，只不過其效力不完全；而無效之債之法律行為則因為屬無效行為，故根本不存在著該法律行為所欲生之債之關係，此其不同點一。其次自然之債因該債之關係仍然有效存在，故基於該債之關係所為之給付並非不當得利，給付之一方不得請求返還；而於無效之法律行為因該行為所生之債之關係已因無效而不存在，故基於該法律行為所為之給付為不當得利，給付之人得請求領受之一方返還之，此其不同點二。

因此美國法上之「無強制實現力的契約」理論應如何適用於以德國法制為基礎之我國民法體系下，仍待學者繼續深入研究。

4. 利用「不動產經紀業管理條例」排除民法適用

有學者認為民法第 166 條之 1 與不動產經紀業管理條例第 22 條第 1 項第 6 款及第 24 條之規定相矛盾，因而認為不動產經紀業管理條例為民法第 166 條之 1 之特別法，並依據「明示其一者，視為排斥其他」的原則，認為該法排除了民法第 166 條之 1 的適用。（黃立，2000：36）⁷ 但本文以為所謂之「特別法」或「普通法」之關係，係針對相同之事項，不同之法律規定相衝突時所採取之解釋法律原則。而是否為相同之事項，是否有衝突，原則上應以立法者之意思為原則。若立法者意思不明，原則上應盡量朝著和諧之方向解釋；而認為不同法律間有矛盾，應屬不得已之作法。

就不動產經紀業管理條例與民法第 166 條之 1 而言，所謂「不動產經紀

7 茲將其原文附錄於下：「肆、不動產經紀業管理條例優先於本條而適用。另一方面於八十八年二月三日由總統公布實施不動產經紀業管理條例。該法第二十二條第 1 項第六款（應由經紀人簽章之文件）規定：『下列文件應由經紀業指派經紀人簽章：六、不動產租賃、買賣契約書』。該法第二十四條（租賃或買賣契約書之簽訂）規定：『雙方當事人簽訂租賃或買賣契約書時，經紀人應將不動產說明書交付與委託人交易之相對人，並由相對人在不動產說明書上簽章。前項不動產說明書視為租賃或買賣契約書之一部份』。在特別法上並未規定公證之要求，也為引據民法第 166 條之 1 的規定，依據「明示其一者，視為排斥其他」的原則，應該認為在此情形並無民法第 166 條之 1 的適用。也就是只要經過不動產經紀業簽章，就排除了民法第 166 條之 1 的適用。」

本文以為既然不動產經紀業管理條例在先，而民法第 166 條之 1 增修在後，則制訂在先之不動產經紀業管理條例立法者應無法預先得知制訂在後之民法第 166 之 1 增修條文之內容，進而於條文中預先「規定公證」之要求；反之立法者於事後在民法第 166 之 1 之條文中既然未考慮不動產經紀業管理條例之相關規定，似可反證立法者之原意，並不認為此二法係針對相同之事項而規定。

業管理條例」顧名思義，屬於一行政上管理之規定，其應是以規範不動產經紀業之行為並提供相關業務行為之準則為主，有關私法法律行為效果之規定本非該法之規範目的。而民法第 166 條之 1 則專就私法法律行為之效力所做之規定，兩者之間所規定之事項並非相同，在立法適用上是否有可能發生衝突，本文持保留之態度。

且本文以為若從立法時間之先後來觀察，不動產經紀業管理條制訂在先，而民法第 166 條之 1 增修在後，則制訂在先之不動產經紀業管理條例立法者應無法預先得知制訂在後之民法第 166 之 1 增修條文之內容，進而於條文中預先「規定公證」之要求；反之立法者於事後在民法第 166 之 1 之條文中既然未考慮不動產經紀業管理條例之相關規定，應可反證立法者之原意，並不認為此二法係針對相同之事項而規定。

5. 小結

以上學者為補救民法第 166 條之 1 所提出之種種補救或排除原有條文適用之見解，立意固然甚佳，但似乎均與我國目前之民法體系有不相容之處，因而均不能圓滿解決民法第 166 條之 1 第一項及第二項之間的邏輯上衝突。故本文以為民法第 166 條之 1 的第一項與第二項之規定，違反了我民法法律行為效力中之無效行為之基本理論——無效行為之確定性——即無效行為不能因事後之治療而復活。故此項法條在本身內容之邏輯性上存在著瑕疵。

(二)就整個法律體系而分析

以下本文擬以法律位階論為基礎，來分析民法第 166 條之 1 是否與其上位階之法律相符。民法之上位階法律為憲法，故於此便應探討民法第 166 條之 1 之合憲性。民法第 166 條之 1 所規定之內容，其實質上限制了人民處分其所有不動產之自由權，其採用之方式是在處分之方法上做了某些程度之限制。因此該規定之內容便涉及了兩個方面，其一為限制了人民表達訂約意思方式之自由。其二則是限制了人民處分財產之自由。今再依據上述分類，分析其合憲性於下：

1. 就人民表達訂約意思方式之自由而言

近代民法於私法行為理論中採私法自治原則。即私法給予個人，極為廣

泛的機會，依自己的自由意願去塑造他與其四周的法律關係，此種機會就是私法自治 Privatautonomie。（黃立，1994: 221）而為使當事人能最大限度行使私法自治權，由之引伸之契約自由原則肯認締約者之方式自由，基於此，契約當事人原則上得以任何方式（包括口頭或書面）訂定契約，且原則上不必踐行任何儀式。（黃茂榮，1999: 242；王澤鑑，2001: 132）此種方式自由為契約自由之重要內容，構成私法自治的部分，（王澤鑑，2001: 132）在憲法意義上，應屬人性尊嚴的保障之一環——即將人當作是主體並尊重其基於所做成之決定而對外表達之意思。⁸

若基於上述人性尊嚴之理念，則對於人民所對外表達之意思，只要其具體明確，且無欠缺行為能力或違法、違反公序良俗等情形，均應尊重其意思，並在立法上應賦予其所欲發生之法律效力。這也是為何民法上在規定法律行

8 有關訂約自由在我國憲法上之地位，目前我國之學說似乎並不明確。在美國之憲制上，有關訂約自由之保障，在傳統之見解是認其為財產權保障之一環。亞當斯曾云「財產必須保障，否則自由即無所存」。因而美國聯邦憲法第一條第十項便明文限制各州不得通過損害契約義務之法律。其後聯邦最高法院於 *Allgeyer v. Louisiana* 一案中更揭櫫了所謂「契約自由」原則，以達成圓滿保障私人財產權之鵠的。在本案中最高法院對於美國憲法第十四條修正案中「自由」一詞採取頗為廣義之解釋，不以人身自由為限，並認定其包括「公民可自由享受其一切能力之權力，可在一切合法活動中，自由行使其才能之權利，任意決定其居住與工作處所之權利；從事合法職業，以維持生計之權利；以及為達成上述目的，締結一切契約之權利」。而於 *Coppage v. Kansas* 一案中，法院即宣稱：「個人之自由權與財產權中，即涵蓋有為取得財產，而締結契約之權利。」相關之內容請參閱法治斌著，「憲法保障人民財產權與其他權利之標準」一文，收錄於「憲法專論(一)」(1985)，第 227 頁以下。

又美國憲法於討論保障言論自由時，有所謂「表現自我說」。其主張言論自由之基本價值乃在保障個人發展自我 (self-development)，實現自我 (self-realization)，完成自我 (self-fulfillment)，亦即保障個人自主 (autonomy) 即自由 (liberty) 的自我表現 (self-expression)。該說之基本前提乃是個人的存在絕不只是為他人完成某種目的之工具，個人自身即是目的。就是把人當人看，尊重個人獨力存在的尊嚴，以及自由活動之自主權 (autonomy)。換言之，個人乃為獨立自主之本體，其有權自由決定其自身之一切事宜，其中也包括自由的表達自己而不受政府之干涉。相關之內容請參閱林子儀著「言論自由之理論基礎」一文，收錄氏著「言論自由與新聞自由」(1993) 一書。亦即言論自由之保障來自於保障個人發展自我之基本價值。而所謂保障個人發展自我之基本價值之實質內容為「個人自身即是目的——尊重個人獨力存在的尊嚴，以及自由活動之自主權；其有權自由決定其自身之一切事宜」，此一上位理念亦可導出訂約方式之自由。因為以如何之方式訂約同樣是個人自身一切事宜之一種。

為無效時，原則上以公益之考量為主。（黃立，1994：435；施啓揚，1982：311）

然而若衡諸民法第 166 條之 1 之立法理由，之所以需要公證，係因為「不動產具高度經濟價值，……，不宜輕率。為求當事人締約時能審慎衡酌，辨明義務關係……」，其主要目的均在減少契約訂定之風險⁹ 而減少訂約風險之事項應係有關個人特殊保護之私權事項，其公益性質甚低，是否適合以之作為法律行為無效之事由，頗有可疑。而立法理由中似乎先假定人民在訂定相關不動產債權契約時均會「輕率」，故非經過一定之方式，國家不必尊重其意思表示而使其發生當事人所意欲之法效。此種假設是否與前述之人性尊嚴之憲法原則相違背，恐值得有識者深思。

2. 就限制人民處分財產之自由而言

依據憲法第 15 條之規定，「人民之生存權、工作權及財產權應予保障。」此種保障除了限制國家公權力違法的將其剝奪之外，亦包括了國家應建立一保障制度，使得人民能充分的利用其所有之財產，並充分的發揮其財產之效用。¹⁰ 而民法第 166 條之 1 之規定，卻使得人民在處分其所有不動產時較為困難。此時便應檢討此種限制是否符合憲法第 23 條所規定之比例原則以及憲法第 7 條之平等原則。在法制上會對法律行為採取要式行為之立法理由不外乎四種原因，一為保存證據，¹¹ 二為籲請謹慎，三為標記出有效果意思之行為，以與無法效意思之行為加以區別，以便利司法之執行，四為區別具有值得實現價值之法律關係，而不願利用司法力量執行價值微小之事件。（Fuller & Eisenberg, 1983: 8）

我國民法第 166 條之 1 之規定之所以採用要式行為方式，依據立法理由應是基於籲請為相關法律人民慎重以預防司法之理由。然此種限制人民自由之理由，是否符合憲法第 23 條之比例原則，首先應探討者為是否符合適當

9 請參閱法務部民法研修委員會會議第 908 次記錄中蘇永欽委員之發言。

10 有關制度性之保障見解，請參閱吳庚大法官在釋字 368 號之協同意見書中所做之說明。

11 為了保障契約雙方與法院避免偽造證據或難以取得證據之風險；cf. Von Mehren, "Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis", 72 *Harv. L. Rev.* 1009, 1016-1017 (1959)；另可參閱 28 滉上 110 號判例。

性——即所欲達成之目的（籲請交易當事人謹慎預防司法）可否經由該種限制自由之方式（強制公證）達成。而有關比例原則適當性由於必須以相關社會事實為判斷基礎，故擬於本文第二段之「從立法目的之實質妥當性而言」中探討之。

而民法第 166 條之 1 之立法者於該立法中，僅針對不動產之設定、變更或負擔物權行為為標的之債權契約之行為方式而加以限制，不及於其他法律行為，此一立法之差異是否符合憲法上之平等原則，則應以該差異究竟斟酌何種事實上之差異及立法目的而為合理之不同處置，而加以認定。（釋字第 211 號解釋文）參照相關立法紀錄，上述差異所斟酌之事實應為不動產之價格較其他財產標的為高之原因。然而若從經濟觀點而言，某一財產價格僅反應當時社會需求之程度，價格高代表之意義為財產之稀少性，而稀少之原因來自於需求量大或者供給面少，往往隨機性相當高，應不宜持為立法中差別待遇之理由，此為其一。且假若不動產因為價格高而契約之訂定必須採取要式方式，則凡具有一定稀少性性質之財產（如黃金、鑽石、飛行器、船舶），在交易時均需採取相同之標準始符合平等原則；然而顯然立法者並未注意到此點，此為其二。更何況目前台灣不動產之價格，普遍持續下滑，是否普遍仍符合當初立法者所謂「價值較高」之概念，不無疑問，此為其三。基於以上理由，本文認為民法第 166 條之 1 規定中，僅就以不動產之設定、變更或負擔之物權行為為標的之債權契約，規定為要式行為，限制行為人之契約自由，基於憲法平等原則之檢驗，應有未盡之處。

3. 小結

就法律體系之邏輯分析而言，民法第 166 條之 1 與其上位階法——憲法——之規定內容，不論在人性尊嚴之尊重上，以及此種規定僅以不動產之設定、變更或負擔之物權行為為標的之債權契約，規定為要式行為之部分，其在憲法之平等原則上之合憲性，若從保障個人自由之觀點出發，應有違憲之虞。¹²

12 然而應注意者為以近代民法之發展史而論，契約絕對自由之觀念已不復存在，無論締約自由、相對人選擇自由、方式自由或是內容自由等，均有相當之限制，且亦為一般學說所肯定。而公證書之作成要求，既是透過立法方式為之，其對限制人民自由，亦僅為方式自由

二、從立法目的之實質妥當性而言

前段係以邏輯分析方法來對法律概念加以分析，該方法之優點在於法律的安定性，即以法律之邏輯一貫性來追求法律解釋的客觀性。但法學非純理論科學，非徒憑純粹的理論認識即足任事，而應統合理論與實踐，透過法律的應用，始足滿足吾人之社會需求，而達社會統治目的。

任何新法之增修均係針對某一特定目的而為，立法者希望藉由立法之手段以達到特定社會統制之目的，此即為立法目的。在確定立法目的之過程中，立法者多半先秉持著一定之價值觀，再以一定之社會事實為基礎，而訂定其立法目的，並據以決定立法之內容。在民法第 166 之 1 增訂之過程中，立法者所秉持之價值觀為 1、避免社會之矇騙、擅權等糾紛。2、追求社會生活之和諧。¹³ 3、建立拉丁公證制度。¹⁴ 而其所假設之事實為 1、不動產具有高度經濟價值。2、現今民眾在為不動產之債權行為時往往輕率、不謹慎。3、而由於人民之輕率以致於法律之紛爭不斷而涉訟，以致於加重法院之工作負擔。¹⁵ 4、而公證制度有助於減輕訟爭、預防司法並能疏減訟源。¹⁶ 而反對該立法之學者則主張因為公證人人數不足且可能增加之案件數量過多，懷疑公證人本身對土地案件之專業能力以及將來實施後收費過高增加人民之負擔。然而不論贊成者或反對者，對於所主張之事實似乎均無法提出強有力之論證；從而有學者於論及本條文時，感嘆「在台灣，關於不動產買賣契約等向採方式自由原則，無方式的強制，乃國民法律生活的一部份，民法債編修正

限制，若從此一價值觀而論，則是否仍有違憲之可能？筆者認為即使採取上述之價值觀，則仍須考量該限制是否符合憲法上比例原則之要求。而有關比例原則之探討，本文以為可從立法目的之實質妥當性（即本篇以下部分，包括立法者所假設之社會事實是否正確、立法者所用之方式是否能達到其所欲求之目的以及相關條文之法律經濟分析等方面）之探討來檢證，若立法目的具實質妥當性，則符合比例原則之要求；反之，則不合。

13 請參閱「民法債編修正草案初稿有關必要公證之增修條文反映意見彙整表」中之台灣大學法律系之建議意見。八十四年一月法務部法律事務司研提。

14 請參閱法務部民法研究修正委員會會議記錄（1995）中各委員之發言，原則上以謝在全及張特生委員之發言較集中。

15 前揭註 14，以及相關立法理由。

16 前揭註 14，謝在全委員之發言。

所以改採公證強制，立法說明書認係因不動產具有高度經濟價值，為求當事人締約時能審慎衡酌辨明權義關係，以杜事後之爭議。以此概括籠統的論點變更數百年來的不動產交易制度，似不具說服力。現行制度缺點何在？有無弊端？改革的利弊得失何在？應有深入研究之必要。」（王澤鑑，2001：132-133）以下本文擬分別以贊成與反對者個別所提出之基礎事實為研究對象，更加深入研究。

上述立法之立法目的事項可從下列兩個方向來評論其優劣：其一為立法者確定立法目的時，所假設之社會事實是否正確？於此本文另基於同一標準評析反對學者所持見解之正確性。其次則為立法者所用之立法手段是否確能達到其所秉持之立法價值觀。而前者之觀察又涉及到社會經驗事實之驗證的部分。本文擬先就此二部分，分述於下；最後再檢視立法者所抱持之價值觀是否合宜：

（一）立法者與反對者所假設之社會事實是否正確

立法者於立法之前對於社會事實所做之假設，除非確定係顯然為公眾所周知之事實外，應先做好充分之社會事實之調查。而就前述民法第166條之1條之立法者所做之社會事實之假設中，除了第1項——不動產具有高度經濟價值——一項勉強可算是為公眾所周知之事實外，其他三項事實是否真的如立法者所假設，則頗有疑問。此外持反對見解之學者則認為公證人太稀少而相關不動產案件數量太多，因而持反對見解。茲先將不動產之經濟價值以外之3項立法者見解及反對見解，分述於下：

1. 「民眾對於不動產之債權契約行為往往輕率」之事實

在此一部份，立法者所曾做的調查為先將特定草案提出於特定社會團體，並彙整其反映之意見。¹⁷但是此種調查不但不能反映民眾於為不動產債權契約行為時輕率與否，而且法務部之調查內容根本與該事實之認知毫無關係。因為所謂之「民眾」係指整體的全民而言，而就處理特定事項是否「輕

17 詳細之內容請參閱法務部法律事務司所研提之「民法債編修正草案初稿有關必要公證之增修條文反映意見彙整表」。

率」與否，往往只有個人自己才知道，他人無從得知。¹⁸ 因此似乎可得知立法者對於此一基礎之假設事實根本未經調查。

本文接下來擬就立法者所表示之意見為基礎，試著做一次可能的調查研究。立法者在制訂民法第 166 條之 1 時，認為之所以要公證，均係以為目前司法工作者均感案件量多而質重，而公證制度則具有預防司法、疏減訟源之功能為主要理由。¹⁹ 由此我們似可推知立法者之所以認為民眾會輕率，是因為相關不動產之訴訟案件太多。若是如此，則反映「民眾對於不動產債權契約行為往往輕率」一概念之經驗事實即為「相關之不動產訴訟案件太多」。

若同意上述之前提，那麼所謂「相關之不動產訴訟案件太多」之經驗事實何所指？本文假設最能代表不動產訴訟案件之外延為各地法院第一審有關不動產之案件數量，²⁰ 然而光從此一數字似乎仍無法判定不動產訴訟案件究竟是多還是少？因為多少是一種比較性概念，必須有兩組以上之事實相比較，才能得出結果。而最能反映出「相關訴訟案件多或少」之另一組數字應是各該年度所有相關不動產移轉、設定或變更之案件量。²¹ 因此若要瞭解「相關之不動產訴訟案件太多」一概念是否為真，必須有兩個先決要件，一要先調查各地法院第一審有關不動產案件之數量；其次則要瞭解各該年度不動產移轉、設定或變更之案件量。

首先有關於各地法院第一審有關不動產案件數量，依據司法院所公布之數據中，民國 88 年至 90 年間，各地法院有關不動產訴訟之終結案件數

18 而法務部所詢問之特定團體如台灣大學、各地法院、高分院、全國商業總會等剛好均屬菁英團體，充其量只能代表注意程度較高之群體。

19 前揭註 14，謝在全委員之發言。

20 然而需注意的是本文將會以終結事件之件數而非收案之件數來計算，其理由是因為司法院統計數據對於收案並未依照種類加以區分。然而若比較每年法院新收案件及終結案件數量，可得知二者間誤差應不會太大。此外由於司法統計專輯中亦未就有關不動產之債權契約之案件加以分類，姑且先就相類似性質之案件——所有不動產物權之訴訟案件量——來作為計算基礎而加以比較。

21 資料來源為內政部 90 統計年報。該資料並未提及每一件案件中所包含之筆數；但另一方面，由於地政機關之每一案件中所平均包含之筆數與每一司法案件中所平均包含之筆數並沒有直接關係，故如欲作較詳細之調查，仍有待司法統計單位將每一涉訟案件平均所包含之不動產筆數作一完整調查。

量如下表所示：

表 1：88 年至 90 年各地方法院所受理有關不動產物權訴訟案件數量終結統計表(包括普通、簡易及小額訴訟)²²
單位：件

種類 年 度	所有權 (A)	地上權 (B)	地役權 (C)	抵押權 (D)	占有 (E)	其他 (F)	總數 G $(= A + B + C + D + E + F)$	各年度終結 總件數
88 年	10,099	191	16	859	37	500	11,702	1,483,040
89 年	10,485	184	22	883	42	420	12,036	1,883,131
90 年	10,670	119	18	737	40	556	11,640	1,725,693

若以上述統計表之數據為分析基礎，則 88 年至 90 年之三年間，所顯示有關不動產訴訟之案件數量平均為每年 11,793 件。

其次上述年度中台閩地區有關不動產移轉、設定或變更之案件數量，依據內政部所公布之統計數據如下：

表 2：88 年至 90 年台閩地區不動產物權移轉、設定或變更之數量統計表²³
單位：筆或棟

種類 年 度	A 土地所有 權移轉登記總 筆數(扣除繼 承、徵收後之 筆數)	B 土地他項權 利登記總筆數 (扣除塗銷抵 押權登記後之 筆數)	C 建物所有權 移轉登記總棟 數(扣除繼承 後之棟數)	D 建物他項權 利登記總棟數 (扣除塗銷抵 押權後之棟 數)	E = A + B + C + D
88 年	1,566,850	1,465,635	481,893	747,600	4,261,978
89 年	1,431,039	1,281,318	449,237	740,675	3,902,269
90 年	1,030,518	1,115,329	357,237	634,657	3,137,741

22 資料來源 88 年至 90 年之司法統計提要。首先由於該資料中僅於各地方法院終結案件統計中，就各該案件之性質（債權、物權或親屬繼承）加以區分，而於新收案件統計中則未加以區分，故本文僅能採用各地方法院終結案件數量作為分析標準。其次上述數據中雖然大部分均能區分動產或不動產之案件，但仍有少部分數據（即在分類中屬於「其他」之類別）並未區分動產與不動產，然由於其數量不大，且一般而言屬於不動產之機率較高，故本文擬將之計算於不動產之案件數量中，以求將誤差降至最低。

23 資料來源：中華民國九十年內政部統計年報第 274 頁至 282 頁。上述之數據在土地部分為（移轉登記總件數－繼承登件數－徵收登記件數〈因均非由於契約行為而生〉）+（他項權利

若以上述統計表之數據為分析基礎，則 88 年至 90 年之三年間，所顯示有關不動產移轉、設定或變更之案件數量平均每年為 3,767,329（筆或棟）。

由於司法統計專輯中，並未就每一不動產物權案件中所包含之不動產筆數再做統計，因此本文只能先假設兩者之單位得加以互換之前提下。²⁴ 而兩者之間相比，88 年至 90 年三年間各地方法院民事第一審終結案件裡，有關不動產物權之案件量（11,793 件）佔各該年間不動產物權移轉、設定或變更登記筆數總和（3,767,329 筆）之 0.3%。亦即一千筆（棟）之不動產物權移轉案件中，將可能會產生三件訴訟。雖然單位之換算基礎會影響比較之精準，但若單就上述所得之數字來看，這樣的比例如是否符合了一般人想法中所謂「民眾對於不動產之債權契約行為往往輕率」的概念，恐怕相當有疑問。這似乎亦支持當初修法時，部分修法委員認為「不動產買賣契約訂立後，依正當情況，皆能完成登記，其因契約瑕疵而生爭執，纏訟多年者，屬於少數，增訂必要公證條文似因此少數不正當現象，而要求所有訂定不動產買賣契約者，均須經由公證」之見解。²⁵ 故此一立法目的是否符合整體社會成本之考量，頗值得商議。

2. 「由於民眾之輕率而訟爭不斷，以致於加重法院之負擔」之事實：

有關「民眾輕率」部分之概念與事實不符已如上所述。故本部分之事實仍有印證必要者為「以致於加重法院之負擔」之部分事實。亦即有關不動產物權而涉訟之案件量，是否對法院造成沈重之負擔。有關不動產物權之案件量於 88 年至 90 年度三年間平均為 11,793 件，已如上述。而如表 1 所示，各該年間地方法院之總結案量平均為 1,697,288 件，故有關不動產物權之案件量佔全部總結案件量之 0.7%。而各該年間台灣各地方民事庭每位法官平均每月辦結件數為 343 件。²⁶ 因此平均每月中約有 2.4 件是有關不動產物權之案

登記總件數－塗銷抵押權登記件數（因此原則上非屬於契約行為）；而在建物部分則為（移轉登記總件數－繼承登記件數）+（他項權利登記總件數－塗銷抵押權登記件數），然後再將土地及建物之件數相加而得。

24 即一訴訟案件僅以一筆土地或一棟建物為訴訟標的。

25 前揭註 14，孫森焱委員之發言。

26 資料來源 90 年度司法統計提要，第 8-10、8-11 頁。該三年間各地院民事審判法官平均每月辦結件數分別為 367.83、320.88 及 340.42。

件。

若純就數字上來看，也實在看不出不動產物權部分會加重法官多少的負擔。然而在訴訟實務上，此一部份似不能完全以數字為評斷。因為案件之難易程度往往也是法院負擔輕重之關鍵。若欲瞭解事實之真相，尚須由司法院對各地院之法官發出調查問卷，以詢問其對土地案件難易程度之看法。²⁷

3. 「公證可預防司法、減輕訟源」之事實

所謂「預防司法」應是指著「經過公證之法律關係，所具有之司法訟爭性較低」；而所謂司法訟爭性較低之原因可能源自於當事人爭執之意願低，也有可能源自於法律本身賦予公證某種強制力。有關此一部份事實，較佳之認定方式應是由司法院對各地方院民事庭（不包括執行處）之法官調查，就其所辦之案件中，曾經經過公證之比例有多少。一般而言若比例越高，則公證可預防司法、減輕訟源可能性便越低，反之則越高。然而由於司法統計專輯中並未有此項目之調查，而司法院亦未做過類似之調查，故公證之預防司法、減輕訟源之一事實之真假，仍處於各說各話之狀態。²⁸

但由於我國公證人對於所承辦之公證案件僅具有形式審查權，難以介入實質層面，故法律關係是否經公證，僅有在未來民事審判之證據力上具部分之差異。（民事訴訟法第 355 條第 1 項）事實上若契約當事人在自願前提下而將法律關係公證，該種法律關係確實具有較低之司法訟爭性。探其原因並非由於公證人之介入，主要係源自於會主動公證之當事人，通常在訂約時會持較為謹慎之態度，從而在往後會產生紛爭之機率較低。因此並非公證使該契約當事人變得謹慎，而是謹慎之當事人會選擇公證；若因為如此而欲採強制公證制度，想藉此使所有訂約之人採較為謹慎之態度，恐怕係倒果為因。反之，立法者若欲採強制公證制度並欲藉此減少法律關係之訟爭性，則只有透過立法賦予公證制度類似訴訟之效力。例如我國公證法之逕受強制執行之規定（公證法第 13 條）即為一例；依據該規定凡得逕受強制執行之公證案件，

27 不過據筆者瞭解，司法院或立法委員似乎並未作相關調查。

28 有關正反意見可參照前揭註 13，以及黃立教授在民法研究會第 15 次學術會議中之發言，法學叢刊第 177 期，104 頁。

由於經過公證後在一定條件下得免訴訟程序而逕受強制執行，從而可達到預防司法之功能。

但若經過公證之案件與未經過公證之案件所存在之差異不大時，則可預防司法之可能性相對減低；舊契稅條例曾經施行過強制公證之制度，該法律之施行經驗即可證明上述推論。在八十八年七月十五日修正前之契稅條例第 23 條中規定，「凡因不動產之買賣、承典、交換、贈與、分割及占有而辦理所有權登記者，地政機關應憑繳納契稅收據辦理權利變更登記」，而同法第 28 條則規定「不動產遇有買賣、承典、交換、贈與、分割或占有而取得權利時，以鄉、鎮（區）公所為監證，按價抽取百分之一監證費，列入預算，充該鄉、鎮（區）公所經費。取得權利人依公證法作成公證書者，不適用前項之規定。」²⁹ 從而在民國八十八年七月十五日以前若欲買賣、承典、交換、贈與、分割及占有而欲辦理相關不動產所有權登記者，³⁰ 依法應先就雙方所訂定之物權契約（公契）至鄉、鎮公所辦理監證或至公證處辦理公證，而辦理登記又為取得不動產所有權之必要條件之一，因此上述法條將不動產物權之生效要件與相關行為必須辦理公證或監證兩者連結在一起。然而由於當時辦理公證之費用為契約標的之千分之一，³¹ 僅為鄉鎮公所辦理監證之費用之十分之一，從而當時欲辦理前述不動產登記事項之當事人原則上均會選擇至公證處辦理公證，而此一數字則顯示於各該年各地方法院辦理物權之公證案件數量上，³² 以 85 年至 87 年三年為例，平均每年約有 235,472 件³³ 相關公證

29 按上述二條文均業於民國 88 年 7 月 15 日修正公布之契稅條例中刪除。

30 雖然條文規定為不動產，但由於在開徵土地增值稅之地區免徵契稅（契稅條例第 2 條參見），從而原則上僅有對建物為物權行為時須受該條文之限制，土地部分原則上均不用繳納契稅。

31 舊公證法（民國六十七年公布施行）第 50 條參照。

32 雖然該種類數據尚包括其他非辦理公契之案件，但就筆者當初擔任公證人之經驗，此僅為鳳毛麟角，佔極少之比例。此點可從 85 年至 87 年三年間該二條文仍存在時，各地方法院公證處有關物權公證之案件量為平均每年 235,472 件，但自契稅條例修正後，民國 89 年及 90 年兩年間，有關物權公證之案件數量遽降為 2361 件（含民間公證人之案件量）一數據中得知。資料來源 85 年至 87 年之台灣司法統計專輯及 89 年、90 年之司法統計提要。

33 三年之件數分別為 85 年為 262,954 件，86 年為 235,361 件，87 年為 208,101 件；資料來源請參閱 85 年至 87 年之台灣司法統計專輯。

案件產生；³⁴ 因此前述契稅條例第 23、28 條等條文之規定，再透過公證與監證二者間費率之差別，在客觀上強制將不動產（以建築物為主）因買賣、承典、交換、贈與等原因行為而生之物權行為之生效要件（合法登記）與公證連結在一起，產生強制公證之效果。然而在此同時並未賦予經過公證之物權契約具有任何得代替審判之效力。

若民法第 166 條之 1 之立法者所假設「只要契約經過公證，不論其法律效果如何均能預防司法」之命題為真，則自民國 89 年起，各地方法院所受理有關不動產物權之訴訟案件量應該會較民國 88 年前為多，然而由於司法院所公布之各該年度統計數據中，對於所受理之案件，僅有在該案件終結時始會顯現案件標的之權利種類，於收案時並未區分，從而無法得知各該年度不動產物權之收案件數。

但自民國 85 年至 90 年間，各地方法院於普通程序（不含簡易及小額訴訟程序案件）所終結有關不動產物權之案件量如表 3 所示。

雖然表 3 所示者為各該年度有關不動產物權訴訟之終結案件數量，但若參照同表中所載當年度各地方法院平均辦結一民事案件所須之日數為 76.5 日左右，得知各年度之結案件數可視為上年度十月十六日至該年度十月十五日之間所收之案件。³⁵ 而由於契稅條例第 28 條係於民國 88 年 7 月 15 日修正廢止，假設強制公證不論其效力如何均有預防司法之功能，則自 85 年至 88 年之結案（推定為 84 年 10 月 16 日至 88 年 10 月 15 日間所收之案件）之件數或在整體案件所佔之比例應低於 89、90 年兩年間之結案件數，但由上表所

34 然而自民國八十八年七月十五日起，由於契稅條例上述條文均加以刪除，因此自該時起，甚少有民眾因為欲辦理公契而至法院辦理公證，相關事實可參閱註 32 中所引之各該年度相關公證案件數據。

35 即司法院各年度所公布之終結案件件數，為當年度一月一日開始至十二月三十一日間所發生之終結原因之案件。故若將其終結之時間點減去各該案件平均所需之辦案日數，即可推算出各該案件之大概收案日期。故以八十五年所公布之終結案件件數為例，由於該案件發生終結原因之日期為八十五年一月一日至十二月三十一日，故將該期間之始期（八十五年一月一日）與終期（八十五年十二月三十一日）均減去平均辦案所需日數（76.5 日），即可推算出該各該終結件數之收案期間——即為八十四年十月十六日至八十五年十月十五日間所收之案件；而八六年所公布之終結案件件數則為八十五年十月十六日至八六年十月十五日間所收之案件，以下依此類推。

表 3：85 年至 90 年各地方法院所受理有關不動產物權訴訟案件數量終結統計表(不包括簡易及小額訴訟)³⁶ 以及終結事件中平均一件所須日數³⁷

年 度 種 類	所有權 (A)	地上權 (B)	地役權 (C)	抵押權 (D)	占有 (E)	其他 (F)	總數 G (=A+B +C+D +E+F)	各年度終結 總件數 H	比例 (I=G:H)	終結事件中 平均一件 所需日數
85 年 (84,10,16-85, 10,15 收案)	7,666	147	13	746	29	356	8,957	985,154	0.9%	53.95
86 年 (85,10,16-86, 10,15 收案)	7,453	129	12	704	25	458	8,781	1,082,678	0.8%	64.37
87 年 (86,10,16-87, 10,15 收案)	6,901	107	7	704	27	431	8,177	1,255,376	0.65%	75.53
88 年 (87,10,16-88, 10,15 收案)	6,981	135	9	674	23	356	8,178	1,483,040	0.55%	83.49
89 年 (88,10,16-89, 10,15 收案)	7,150	134	15	688	29	306	8,322	1,883,131	0.44%	70.72
90 年 (89,10,16-90, 10,15 收案)	7,209	89	12	563	28	409	8,310	1,725,693	0.48%	111.12

36 資料來源 85 年至 87 年之台灣司法統計專輯及 88 年至 90 年之司法統計提要。首先由於該資料中僅於各地方法院終結案件統計中，就各該案件之性質（債權、物權或親屬繼承）加以區分，而於新收案件統計中則未加以區分，故本文僅能採用各地方法院終結案件數量作為分析標準。其次上述數據中雖然大部分均能區分係動產或不動產之案件，但仍有少部分數據（即在分類中屬於「其他」之類別）並未區分動產與不動產，然由於其數量不大，且一般而言屬於不動產之機率較高，故本文擬將之計算於不動產之案件數量中，以求將誤差降至最低。

最後由於 85 年至 87 年間有關各地方法院終結案件中並未顯示簡易訴訟及小額訴訟中有關物權訴訟案件數量，從而本文為求比較基準一致，所計算 88 年至 90 年間各地方法院終結不動產物權訴訟案件數量中，均扣除各該年度簡易及小額訴訟程序中之有關不動產物權訴訟案件之數量，因此表 1 與表 3 所顯示 88 年至 90 年間之有關不動產物權訴訟案件之數量並不相同，請讀者詳查。

37 資料來源：<http://www.judicial.gov.tw/hq/juds/yearlist90.htm>。

顯示之數據發現，雖然民國 89 年、90 年兩年間各地方法院所終結（收受）不動產物權訴訟案件數量較民國 88 年、87 年兩年為高，但此應是各該年度終結（收受）案件之總件數增加所致，若從相關結案件數佔整體結案件數之比例以觀，89、90 年兩年間之比例（平均 0.46%）反而較 85 至 88 年間之比例（平均 0.725%）低。

因此基於上述之分析，本文認為我國民法 166 條之 1 雖為達預防司法之目的而採取強制公證制度，但在未賦予經公證之契約具有可代替審判效力之前提下，所能達成之效果應相當有限。從而我國民法第 166 條之 1 為預防司法之目的而以要式契約之方式限制人民訂約之自由，由於此種限制不符比例原則之適當性——即無法以該限制達成立法者所欲之目的，故得知該立法亦不符憲法第 23 條所規定之比例原則。

4. 有關反對民法第 166 條之 1 施行理由所持之事實

反對學者從未來公證人之稀少性提出質疑，懷疑公證人可否消化得完一年四百多萬件之不動產案件，或懷疑公證人本身對土地案件之專業能力（黃立，2000：35–36），或害怕將來實施之後收費過高，增加人民之負擔。³⁸

(1) 民法 166 條之 1 施行後所可能增加之公證案件數量評估：

首先學者對於因為施行民法第 166 條之 1 而會增加四百多萬件之推測，顯然是依據內政部所公布有關各年度地政事務所受理土地及建物之移轉、設定或變更件數而來。然而由於對地政事務而言，所關心者為相關交易中各別不動產筆數，故其案件計算單位為各該不動產之件數。但於公證則注重有關不動產交易之契約數量，³⁹ 故原則上以契約數目為案件之計算單位。假設同一個債權契約移轉三筆不動產所有權，所顯現在地政事務所之案件件數為三件（筆），但顯現在公證案件之件數則為一件。由於公證案件之單位（相關契約之數量）所包含之不動產數量係隨機而定且往往多於一筆以上，故與內政部地政單位所公布之案件單位（土地之筆數或建築物之棟數）並無法準確

38 前揭註 14，謝在全委員之發言。

39 此種計算單位牽涉公證人對於案件所須花費心力之計算。即對於公證人而言，一個契約僅涉及一筆不動產之交易與同時涉及好幾筆不動產之交易，其所須花費之心力往往差不多。

換算，從而所謂該法施行後會增加四百多萬件公證案件數量，此一評估是否準確，仍有待商榷。⁴⁰

而本文以為若比較民法第 166 條之 1 之規定與八十八年七月十五日修正前之契稅條例第 23 條、第 28 條所規定，則相同處為兩者均將特定法律行為之生效與辦理公證連接在一起，使得法條所規範之主體於為特定法律行為時具有強烈辦理公證之誘因，故形成強制公證之效果，此為其一；而兩者均有法律行為雖不須公證但仍生效力之例外規定，此為其二；且兩者規範之不動產均包含建物，此為其三。兩者之相異點則為契稅條例所規定之法律行為以建築物之買賣、承典、交換、贈與、分割及占有等原因行為所衍生之物權行為為規範客體，而民法第 166 條之 1 則以負擔不動產物權（含不動產及其定著物）之移轉、設定或變更為標的之債權契約行為為規範客體。而二者雖均有例外規定，⁴¹ 但若比較兩者間之差異，應可得出舊契稅條例對於所規範行為辦理公證之強制性高於民法第 166 條之 1。⁴²

而在 85 年至 87 年三年間（均為舊契稅條例生效時期），台灣地區有關建築物之買賣、贈與、承典、分割及占有等原因行為所反映於建築物所有權登記之棟數如下表所示：

40 即一方面公證案件之計算並非以公證標的之單位為準，若有兩筆以上建物辦理同時辦理公證，在公證實務上仍以一個案件來計算；另一方面由於民法 166 條之 1 之例外規定，將會有許多以負擔不動產物權之移轉、設定或變更為標的之債權契約逕行辦理相關登記免去公證程序。

41 舊契稅條例係得向鄉鎮公所辦理監證，而民法第 166 條之 1 第二項則規定若業經完成登記時，契約仍為有效。

42 因為在契稅條例中必須要辦公證或監證不動產始能辦理變更登記，因此公證或監證為取得物權之必要條件。而於民法 166 條之 1 規定下，則不必公證仍可辦理物權變動登記而取得物權，從而公證與否非取得物權之必要條件。

表 4：85 年至 87 年間台灣地區建物因買賣、贈與等原因辦理移轉登記之案件數量表⁴³
 (單位：棟)

原年別	總數	買賣	贈與	其他
85 年	564,725	508,748	20,736	35,241
86 年	534,728	466,568	28,334	39,826
87 年	460,253	385,969	22,759	51,525

若將 85 年至 87 年間，各該年有關建物因買賣、贈與等原因移轉登記之件數與各該年度因不動產物權所生之公證案件數量加以比較，兩者數量及比例如下表所示。

表 5：85 年至 87 年間台閩地區有關建物因買賣、贈與等原因移轉登記案件數量⁴⁴ 與各地方法院公證處不動產物權公證案件數量⁴⁵ 及比例表

種年 類度	台閩地區有關建物因買賣、贈與等原因移轉登記之總件數(棟) ⁴⁶ A			地方法院公證處所受理有關物權公證之案件數量(件)B	所產生公證案件占各該年度不動產案件數量之比例 C(=B÷A)
	買賣	贈與	其他		
85 年	508,748	20,736	35,241	564,725	262,954 0.47
86 年	466,568	28,334	39,826	534,728	235,361 0.44
87 年	385,969	22,759	51,525	460,253	208,101 0.45
三年平均				519,902	235,472 0.45

43 資料來源：內政統計資訊服務網 <http://www.moi.gov.tw/W3/stat/home.asp>,2003,5,13.

然而本表資料係將原資料中之繼承案件（此種案件無庸繳納契稅）數量扣除而自行算得。

44. 資料來源：內政統計資訊服務網 <http://www.moi.gov.tw/W3/stat/home.asp> (2003/5/13)，總數部分係扣除相關數據中之繼承案件數自行統計而得。

45 資料來源：85 年至 87 年台灣司法統計專輯。

46 由於原則上土地無須繳納契稅，因此計算台閩地區不動產移轉、設定及變更件數時僅計算有關建物之件數。

若以上述統計數據為計算基礎，則可知在舊契稅條例時代，雖然依據 23 條及 28 條規定建物因買賣、贈與等原因辦理移轉登記必須強制公證，但由於公證實務案件計算方式差異與存在例外規定等原因，因為該強制公證條文所衍生出之公證案件數量應約為當年度相關不動產設定移轉及變更總件數之 45%。而若以此一計算為評估基礎，來推估施行民法 166 條之 1 所可能增加之公證案件數，例如以民國 90 年為例，當年度台閩地區有關不動產移轉、設定、變更之總件數為 3,137,741 件，從而合理之推算為因此所增加之公證案件約為 1,411,983 件。再分析相關條文之例外規定，得知由於相較於民法第 166 條之 1 對於辦理公證之強制性，舊契稅條例第 23、28 條具有更高之辦理公證誘因，因此因為民法第 166 條之 1 之規定施行後所可能增加之公證案件數量與相關不動產移轉、設定、變更件數之比例應較舊契稅條例所衍生之比例為低，故合理之推估為因為施行民法 166 條之 1 所增加之公證案件數量應不會高於同年相關不動產移轉、設定、變更所顯現於地政機關登記件數之 45%。

(2) 未來公證制度可否消化完因新法施行所增加之公證案件之評估

其次對於反對學者憂慮公證人可否消化完所有之案件量而言，此種顧慮應該是多餘的。因為只怕沒有足夠的誘因吸引符合資格之人（新修正公證法第 25、26、27 條）來當公證人，否則將來在民間公證人之制度下，案件量再多也只代表著收入增加，反而會吸引民間公證人更快速的將案件辦完，如此才能吸引新的顧客上門。其次對於公證人之專業能力之懷疑，似乎亦非問題之癥結點。⁴⁷ 而如果未來擔任公證職務之人確實發生有專業能力不足之情形，所應做的應是如何使其於具備相當之專業素養之後，始准其辦理相關之案件；或如何吸引具備能力之人擔任此一職務，而非否定此一制度。就如同並非每一位法官都有能力辦理涉外案件，⁴⁸ 但並不因此而能否定由法官辦理涉外案件之制度。法治（rule of law）的假設前提之一為——國家制度之

47 首先所謂之專業素養或「能力」之有無應如何比較，便已先成問題。更何況在未來實施新修正之公證法之後，有資格擔任公證人之人包括原有之公證人、律師、法官、公設辯護人等等，要如何比較這些人之專業能力。

48 目前司法官考試之科目中並未包含任何外文科目，故是否具有外語能力與能否取得司法官資格兩者間，並無關連。然而若欲處理涉外事件，原則上至少需具備一種以上外語能力。

運行靠的是完整的制度來彌補個人能力之不足。

由於未來之公證制度係以民間公證人為主，故本文以為問題之癥結點在於未來民間公證人之市場機制以及其所負之責任。亦即未來民間公證人之市場是一個具競爭力的市場（Perfect market）抑或為一不完全之市場（Imperfect market）⁴⁹ 若為一個完全競爭的市場，根本不用擔心服務之價格過高，因為價格的高低係由自由市場依據標的物之價值來決定。反之若為一不完全競爭之市場，則不管價格高或低都將令人憂心。⁵⁰

而就公證人所負之責任而言，若其所負之責任輕，則公證人會仔細審查案件之意願便降低。若係如此，由於所有之成本將均僅存在於案件之取得，將使得公證人為取得案源之競爭情形加劇。如此一來很可能會為取得案源而與當事人勾結，反而會增長虛偽、詐欺之情形。⁵¹

5. 小結

在經驗科學之命題中，首先固然先有假設之階段，然而其後則必須透過觀察經驗事實之方法以確定其先前假設之「驗證可能性」（Verifiability）。而反觀民法 166 條之 1 之立法過程，雖然做了經驗事實之假設命題，但卻沒有透過觀察經驗事實之方式以確定其先前假設之真與假。以致於令人懷疑民法第 166 條之一是否是純粹基於假設，或是個人之確信便當做立法之基礎。

49 一個所謂完全競爭之市場至少具有下列之要件：1、資訊暢通（good information）。2、實質上存在著不同的服務供給者（supplier），銷售同質之貨物（homogeneous products）使得消費者有選擇的可能。3、買方與賣方得自由進出市場。4、沒有任何一賣方有足夠的能力以增加或減少產量來影響價格。若符合上述之要件，任何一提供服務之賣方只能視經由市場所決定之價格而被動的反應。反之若一個市場欠缺上述之任一要件，則稱之為不完全競爭市場；Cf. Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics* (1995)。

50 價格高對人民不利固不待言，即使價格低也將對人民不利。舉例言之，若市場缺乏競爭，而人民又一定得辦公證，假設強制將價格降到成本以下，則公證人將欠缺辦理公證之誘因。此時人民不得已只好利用其他方式來回饋或籠絡公證人，使公證人能有相當利潤，以求得能順利辦公證。而此項花費之總和往往會比原來通常之市價要高。此一見解可從往日共產主義之社會經驗中驗證。

51 有學者認為公證人所提供之服務係屬於以科技專業為內涵之服務，相當於消費者保護法中之服務的概念。如此一來，將來之民間公證人便有可能適用消保法。參閱朱柏松著，「消費者保護法」（1998 年 12 月版），第 238 頁。但若依據新修正公證法第 68 條之規定，則似乎民間公證人所負之責任等同於一般公務員之民事侵權責任。此一爭點有待日後釐清。

而依據本文上述各段之分析，似乎證明了不論立法者或反對學者就前提經驗事實所做之假設，或者與事實不符，或者於目前並無相當之數據可資證明，使得不論支持或反對民法第 166 條之 1 論點之妥當性欠缺經驗事實之基礎。學者曾云：「良以法解釋學之爭論，雖大致為法律見解的對立，惟對事實本身苟未有充分之認識，則亦導致法律見解之分歧。因之，如係對事實本身未有充分之認識而發生爭論，必須根據經驗事實的驗證方法，以究其實在情形」（楊仁壽，1986: 56）此言洵屬的論。

（二）立法者所用之方式是否能達到其所欲求之立法目的

民法第 166 條之 1 之立法者希望藉由強制公證之方式以達到兩個立法目的，其一為希望藉由強制公證之方式，能藉由公證人之審查減少虛偽、詐欺情形，並促使為不動產之債權契約當事人謹慎，以減少訟爭。其二則是希望藉由此來為日後推行拉丁公證制度來鋪路。而上述兩個目的亦引起不同之爭論，故本文擬分別論述於下：

1. 藉由公證人審查以減少虛偽、詐欺，並促當事人謹慎：

欲藉由公證人審查以減少契約之虛偽、詐欺，並促當事人謹慎之立法目的之達成程度，將與法制上所賦予公證人得實質審查該契約權限成正比；即公證人就各該契約所具有之實質審查權限越大，越能達成該立法目的，反之則越不能達成。在我國法制上，公證法歷來以「保護人民私權、澄清訴訟根源為目的」。（陳清盛，1943: 3）所謂私權之保護，係指「私權被侵害者，固可依民事訴訟以救濟之，而其證明須有確實之證據方法，不然當事人無由證其真，曲者遂得起而爭之，則私權時有被侵害之虞，凡為法律行為或關於私權之事實，須請求公證人作成公證書或認證私證書，方足使權利得以確定，故公證制度之目的在保護人民之私權也」；（陳清盛，1943: 4）所謂澄清訴訟根源則指「蓋訴訟原因，大多數皆由證據不確定而起，若能使人民於每種法律行為或關於私權之事實發生之時，即向法院請求作成公證書或認證私證書，則訴訟自無由發生也」。（陳清盛，1943: 5）從而公證制度之目的似乎是比較著重在日後舉證之方便及其效力較強於一般證據力之形式要求上，而非當事人實質上之法律關係內容是否合法確定。

故依據舊公證法（民國 32 年公布）第 17 條之規定，「公證人不得就違反法令事項及無效之法律行為，作成公證書」；因而公證人在受理公證案件時，必須審查所受理之公證案件是否有違反法令或無效之法律行為，若有，則須依據舊公證法第 13 條之規定拒絕受理。⁵²

再依據民國 88 年所公布之新修正公證法，除了於第 70 條中仍保存了相當於舊法第 17 條之規定外，並於並仿照民事訴訟法第 199 條之規定內容增修了第 71 條內容，規定「公證人於作成公證書時，應探求請求人之真意及事實真相，並向請求人說明其行為之法律上效果；對於請求公證之內容認為有不明瞭、不完足或依當時情形顯失公平者，應向請求人發問或曉諭，使其敍明、補充或修正之。」依據此一條文，則在新公證法之下之公證人之審查權似乎有明顯擴大之趨勢，而可以對於受理案件之實質內容合法或明確性來做審查。

然而依據此一條文之增修理由中卻又認為「因此，公證人於作成公證書時，自宜本諸非訟事件『形式審查之精神』，就請求公證之內容，從形式上加以審核……」（司法院，1999：144-145）；若再依據同法 72 條之規定「公證人對於請求公證之內容是否符合法令或對請求人之真意有疑義時，應就其疑慮向請求人說明；如請求人仍堅持該項內容時，公證人應依據其請求作成公證書。但應於公證書上記載其說明及請求人就此所為之表示」之內容，似乎可以認為在新法中仍更明示了公證人對於所受理之案件並無實質審查權，只有形式審查權——雖然必須就不明瞭、不完足之內容為審查說明，然而最多也只有提醒以及註記之權利而已，「殊不能逕予懷疑而予拒絕」。⁵³

52 依據實務之見解，公證法第 13 條中所謂得拒絕請求之「正當理由」，包括公證法第 17 條之規定，司法官訓練所公證實務研究會第一期座談結論，請參閱公證法律問題研究暨文書格式彙編，第 98 頁，司法周刊社印行。依據此一相關規定之解釋，則公證人在審查公證案件是否符合公證法第 17 條之規定時，最起碼在形式審查之範圍內，便可達到使租賃契約內容合法明確之目的。惟有問題者為公證人是否具有實質上之審查權（類似司法審判之證據調查權），抑或僅有形式上之審查權（僅能就書面上之內容來做審核），在公證實務之討論上，一直引起極大之爭議。而司法院則認為「為防止利用公證製造假債權，對於可疑之請求應從嚴審查，惟公證既屬非訟事件，如無正當理由，殊不能逕予懷疑而予拒絕，……」，似乎並未對此一問題提出直接之答案。

53 請參閱 70、5、18（70）廳民三字第 0392 號函復台高院、福建金門地院之函示。

因此不管依據舊公證法或新修正之公證法，在對於受公證契約內容之合法明確之目的而言，公證制度僅能就形式上——亦即從書面契約之形式上記載——來判斷其合法明確性，而無法及於契約內容之實質上——例如認為係為通謀虛偽之意思表示而無效並拒絕公證——之合法明確與否。

其次在實務上公證之性質為司法行政，⁵⁴ 基於依法行政之要求，公證人所得行使之權限必是來自於法律之授權；若法律未經授權之部分，在有損及當事人之權益情形時，應屬權限外之範圍而不得行使。在舊法時代，由於公證人對於案件之審查權範圍尚無明確之規定，尚可就實質部份內容加以審查；然而在新法修正公布之後，既已明確表示公證人之審查權限僅及於形式部份而不及實質部份，公證人自不宜就契約之實質法律關係之合法性與明確性加以審查。

從而若從我國目前公證法制而言，若欲藉由公證人審查以減少虛偽、詐欺，並促當事人謹慎，其效果應不如民法第 166 條之 1 之立法者之預期。

2. 藉由民法第 166 條之 1 來為未來之拉丁公證制度鋪路：

法律為一社會統制之手段，故利用法律來推行特定之制度乃屬事理之常。⁵⁵ 然而有問題者為在拉丁公證制度之國家中之所以能實施強制公證制度，其歷史之沿革雖不清楚，但應與其公證人擁有崇高的社會地位之傳統有相當之關係（也許因此其人民對於強制公證之制度比較沒有爭議）。然而在我國，至少目前之公證人並不存在著這樣的要件。⁵⁶

54 實務見解認為「按所謂『司法』，觀念上係相對於立法、行政而言，……。概念上原屬多義之法律用語，有實質意義之司法、形式意義之司法與狹義司法廣義司法之分。……其形式之意義則凡法律上將之納入司法之權限予以推動之作用者均屬之——如現行制度之『公證』，其性質原非屬於司法之範疇，但仍將之歸於司法予以推動，……」；釋字 392 號解釋之解釋理由書參見。

55 例如利用不動產經紀業管理條例來推動不動產經紀人之制度，利用土地登記士法（尚未公布施行）來推行土地登記士之制度等等。

56 相關見解請參閱「民法研究會第十五次研討會——民法第一六六條之一的法律行為形式問題」，收錄於「民法研究會實錄——民法研究 4」（1999 年，學林出版），第 121 頁以下。由於我國民法 166 之 1 乃繼受於德國民法，故似乎應先就相關拉丁公證制度之國家加以調查，瞭解為何在其國家中得以施行強制公證之制度。而此一部份之研究，在我國似乎做的並不夠，有待日後深入研究。

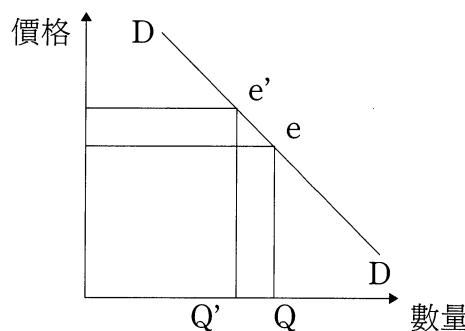
而在我國沒有這樣的條件卻作同樣的強制公證規定，此種立法方式確實值得商榷。所謂「徒法不足以自行」，法律之施行是必須靠民眾的認同，在大多數的情形下是由下而上的。而民法第 166 條之 1 之制訂，使人民在尚未培養出對公證人之崇高感覺之前，只感受到了為了公證人制度之存在而造成其辦理不動產債權契約時的不便，對於未來之公證制度之推行只怕會有負面的影響。

(三)民法第 166 條之 1 之法律經濟分析：

1. 民法第 166 條之 1 施行後對相關制度面影響之經濟分析

在法律經濟分析中，本文首先假設生效之法律行為所具有之經濟效益高於無效之法律行為。於民法第 166 條之 1 制定之前，以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之債權契約，原本毋須經公證，即生效力。然於該條文制定後，非經公證，則其法律行為不生效力。從而該法條施行之結果，使得以負擔不動產之移轉、設定或變更之債權契約行為，若欲生效則必須經過公證，增加為該法律行為（生效）之成本。若從經濟學之需求法則（law of demand）以觀，在其他因素維持不變下，個別消費者對一種物品的價格及需求數量之間存在「負的」（或「反向的」）關係。即若價格上升，如其他因素維持不變，「需求量」（quantity）將減少。其間關係如下圖所示：

圖 1：需求數量與價格變動關係圖



因此民法 166 條之 1 若施行後，由於增加行為人負擔不動產物權之移轉、設定或變更之債權契約行為之成本，將使得原本欲為該行為之人轉而尋

求其他替代方案，而減少訂定該種契約之數量。以圖 1 為例，假設原本存在於相關市場之需求數量與價格關係如該圖之 D 線段所示，則在民法 166 條之 1 施行前，原本為相關行為之成本較低，假設反映當時行為成本之價格與數量落於該圖 D 線段之 e 點上，然於該法條施行後，由於反映成本增加，從而使用相關行為之數量將降低至圖中之 e' 點。而其減少之行為數量將由其他存在於市場中替代方式所吸收，替代方式大致上有兩種，一為省略債權契約，直接依據該條第二項規定為相關登記；另一則為以其他方式來取代其為不動產物權相關行為所能獲得之效益。

就第一種取代方案——省略債權契約，直接依據該條第二項辦理登記——而言，在法律制度面之影響為降低行為人在為不動產物權之移轉、設定或變更等物權行為時，先行約定債權行為之可能（因成本較高），而促使其逕行直接為該物權相關行為。此時該法施行前後所存在之以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之債權契約數量之變化，就如同圖 1 所示，施行前之數量如 e 點所示，而施行後之數量則如 e' 點所示。

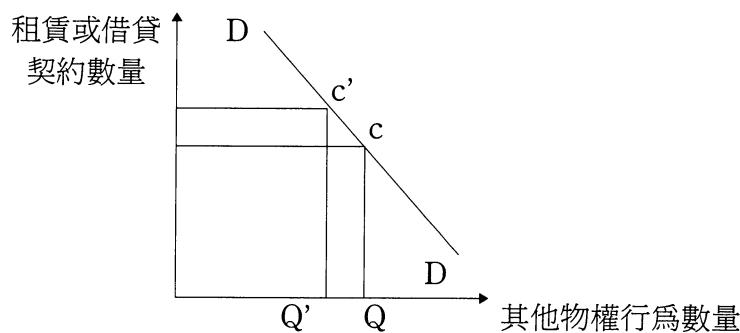
再就第二種取代方案——以其他方式來取代其為不動產物權相關行為所能獲得之效益——而言，一般而言，物之經濟價值可大致上區分為利用價值與交換價值兩種。就不動產之交換價值而言，反映在經濟層面者為投資大眾對不動產之投資意願。如今由於民法第 166 條之 1 之施行而增加為相關法律行為之成本，從而降低相關不動產之投資報酬率，因此其影響為使得原本存在於市場中之潛在投資人之投資意願降低，並相對提高其他投資標的之吸引力，進而將其資金投資在其他標的（如股票，期貨等）上；故對我國不動產市場之投資，將產生負面之影響。

若就物之利用價值而言，在我國法律制度上，能同時達成與不動產相關物權同等效益而無須另為物權行為之契約制度為租賃契約與借貸契約。因此在經濟學之概念上，租賃、借貸契約與相關不動產物權行為，在使用收益之範疇上互屬替代貨物（substitute good）之關係。⁵⁷ 即在相同財力之條件

57 經濟學上稱此種關係為「替代性關係」（substitution effect），係指著兩種在效用上具有替代關係之財貨（goods），其在價格上之關係為其中一種財貨價格上升時，則由於市場需求會轉向另一項財貨，因此價格上升之事實會導致需求減少。

下，⁵⁸ 當一制度被使用的越多，另一制度就會被使用的越少，反之亦然。因此二種制度在特定標的使用收益之經濟目的下，其被使用之可能性之關連性，將如下圖所示：

圖 2：民法第 166 條之 1 施行前後，在不動產使用收益效用範疇內，租賃借貸契約與其他物權行爲之數量變動表

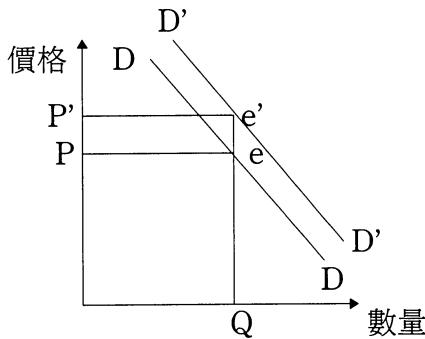


即在民法第 166 條之 1 規定制訂前，假設為獲得不動產使用收益效用而存在於市場上之物權行爲數量與租賃或借貸契約數量如圖 2 之 c 點所示，並達成一定之均衡。但由於該法制訂後，存在該市場上為物權行爲之成本增加，造成欲達成同樣使用收益之當事人，轉而採取租賃或借貸契約之行爲以達成同樣效用之誘因增加，從而原先兩種達成使用收益效用行爲（租賃、借貸與其他物權行爲）存在於市場之數量均衡點將因該法條之修正而從 c 點移至圖中之 c'。

再回歸到存在於租賃制度之需求法則來看，由於民法第 166 條之 1 之施行結果使得原本存在於市場中之租賃契約需求量增加，則其價格將會增加。故施行前後存在於租賃市場價格之變動，將如下圖所示：

⁵⁸ 此僅限於有償契約——租賃契約。即一般而言就同一標的為有償之物權行為所需花費之資金要大於租賃契約，從而財力不足之當事人，雖然具有訂定租賃契約之能力，但並無為相關物權行為之能力。

圖 3：民法第 166 條之 1 施行前後，租賃市場價格變動關係圖



如上圖所示，假設在民法第 166 條之 1 施行前，存在於租賃市場之需求量如上圖之 D 線段所示，而假設該市場中數量與價格之均衡點如上圖之 e 點所示，故其所需之契約數量為 Q，而存在於該數量之價格為 P，然而由於民法第 166 條之 1 施行後，則促使原先存在於市場中物權行為改採訂定租賃契約行為，從而促使原先市場中之租賃契約行為之數量增加，故租賃標的物形成相對稀少，故原先之需求關係從 D 點變更至 D'，此時即若欲達成先前存在於 D 線段同樣數量之租賃關係數量 Q 而言，其價格亦將升至 P' 點，高於原先之 P 點，相對增加了以不動產訂定租賃契約之投資報酬率。⁵⁹

故總而言之，當民法第 166 條之 1 施行後，對於相關制度面所造成之影響為降低相關行為人負擔不動產物權之移轉、設定或變更之債權契約行為之成本，並使得原本欲為該行為之人轉而尋求其他替代方案（如改訂租賃、借貸契約），而減少訂定該種契約及相關物權行為之數量，並造成租賃、借貸行為之增加，並間接提高了訂定租賃契約價格，並降低了社會大眾對房地產投資之吸引力。因此民法第 166 條之 1 之立法者在預防司法之目的外，似乎尚認為目前存在於台灣相關不動產之交易情形太過於熱絡，或者認為台灣目前相關不動產租賃或借貸契約之交易情形不甚理想，有待立法提升。

⁵⁹ 此種關係類似於當小白菜因颱風而造成供給減少，始得價格上漲，因而使得原本消費小白菜之人轉而購買豆芽菜，於是造成豆芽菜的需求量增加，並進而導致豆芽菜之價格上漲；相關之經濟分析可參閱高希鈞等著，「經濟學的新世界」（2002 年 10 月），第 48、49 頁。

2. 民法第 166 條之 1 施行後相關成本效益之分析

在法律之價值觀上，永遠都存在著兩種價值觀的對立，即自由與管制。所謂自由是假設每一個人都是一個具有理性的人 (The Reasonable prudent person)，自己最清楚他自己要什麼，並能做出理性 (Rationality) 之抉擇，而此種價值觀為近代經濟理論採用，新古典經濟理論 (neoclassical economics) 即假設每個人具有完全之理性 (complete rationality)，均知道他所欲求者為何，而且此種決定並非由他以外之第三人或政府所決定。(Malloy, 1990: 32) 而法律所要做的就是尊重個人所做出的決定，並依照其意思產生應有之效力。相信經過自由市場中所存在之看不見的手 (Invisible Hand) 之運作，自然會達成正義的要求。然而此一假設則為新制度經濟 (new institutional economics) 理論學者所修正，認為由於行為人對於外在環境資訊之缺乏，因此現實環境中並不存在完全理性的人，在現實中人的理性往往受限於對於外在環境資訊之缺乏，為一受限制理性 (bounded rationality) 之人，從法律制度之最大功能在於如何減少各種交易間所產生之交易成本 (transaction cost)。(Furubotn & Richter, 2000: 17-19, 29-33) 從而所謂的管制，來自於政府相信透過契約當事人自由互動所做之決定所衍生之交易成本太高而不合於經濟效率之要求。因此政府透過法律介入私人做成決定過程中，以將交易成本降至最低。

立法者在民法第 166 條之 1 之立法理由中，透露政府之所以要藉由公證人強制介入私人訂立不動產契約之原因是希望能減少當事人因不黯法律或一方惡意詐欺等原因，而於訂定該契約之程序中所產生之負面性（如一方受到不利或契約因而無效等）。因此能減少契約訂定過程中所產生之負面不確定性為立法者假設由公證人介入之獲利，而契約當事人在獲利之同時仍須支付一定成本為——訂定公證所須花費之時間及金錢。若欲主張民法第 166 條之 1 之施行符合經濟效率，必須證明在各個（或至少平均）欲公證之不動產契約中，當事人因公證所減少之不確定風險（獲利）應大於當事人為公證所花費之時間及金錢（成本）。例如依據表 1 與表 2 所示民國 88 年至 90 年有關不動產物權訴訟案件與設定、移轉或變更之件數相較，在單位得互算之前提下，平均每年每一千筆（棟）不動產交易中，將有三件訴訟案件產生，從而每筆

(棟) 不動產交易會產訴訟之風險為 $3/1000$ 。而假設經過公證之契約能減少訴訟風險，則平均所能減少之風險比例再乘以平均每筆（棟）不動產於第一審之訴訟成本，即為全體當事人因辦理相關不動產公證所可能獲得之平均獲利；⁶⁰ 而平均公證費用應低於該平均獲利。即在獲利大於成本之前提下，才不會影響當事人採用相關制度之意願；假設成本大於獲利，而其差距過大，將促使原本有意願採用該制度之當事人改採用其他替代制度（如租賃制度），反而造成社會之失序。⁶¹

然而事實為一方面因公證而得減少之訴訟風險無從估計，另一方面由於各個訂約條件及參與者個性不同，因此因公證所能獲得之經濟利益難以事先估計。更何況訂定契約時，如果希望將來不會有糾紛，在自己有能力之情形下就必須要多花時間、精力去審查；若自己不具有能力，則必須花錢請專家審核；再不然就必須負擔將來會有糾紛之風險。有些人自己有審核契約之能力，因此便省下了錢，而多花時間精力自己去審核契約。有些人因為相信訂約對造（例如具親屬關係），或者業經就該風險投保，⁶² 故不願為特定風險而去另花時間或金錢在辦理公證上。而在民法第 166 條之 1 之規定之下，所有的人都必須透過公證人之審查來訂約，對部分人造成了資源的浪費。更有甚者，我們如何能確定那些已經產生糾紛的契約當事人就一定會後悔呢？與其為了要訂一個約而要辛苦一個月去唸書，他寧可冒著打官司的風險，因此打

60 例如平均每筆不動產之訴訟成本為 10 萬元，而經過公證後，訴訟風險從 0.3% 降至 0.1%，則當事人平均因公證而獲利為 $100,000 \times 0.2\%$ （風險降低之比例）= 200 元（平均應徵收公證成本）。

61 此一失序意味著原本對於當事人最具有經濟效率之制度，因為外力介入之結果，造成使用制度成本增加，而改變了當事人使用制度之意願，反而改採原來較不具經濟效率之制度，如此將造成社會資源之浪費。

62 此即保證保險，請參閱保險法第四節之一（第 95 條之 1 以下）。然而民法上保證債務為從屬債務，若主債務無效時，即使保證人之其情事，該保證契約原則上亦屬無效（民法第 743 條為例外規定），從而將來民法第 166 條之 1 一旦施行後，若該契約當事人能否就未經公證之契約所可能產生之風險訂定保證保險契約，值得有識者繼續研究。

官司同樣也是一種成本花費的理性選擇。⁶³ 更何況為了謹慎所須付出的成本是時間，有時基於特定原因（如商業競爭），符合當事人之利益為迅速，因此往往希望負擔一定風險而能夠儘速完成不動產之買賣程序，在強制公證之制度下，則反而增加了上述之風險。⁶⁴

法律之經濟分析學者曾云：「在處理一有負面效果之問題時，其最終之目的均在如何適切的將處理社會的成本配置給社會之成員。而由於任何問題的解決都需要付出成本，因此沒有理由僅在市場運作失靈時，便尋求政府之管制。」（Coase, 1960: 4-5）因為政府之管制同樣要付出成本，而且往往是更多的成本。總而言之，法律之經濟分析學者主張若國家無法確定市場失序而導致交易成本過高，應盡量尊重當事人之意願（即尊重自由市場之運作）。因此，國家之公權力在選擇介入私人之行為時，應該相當謹慎。除非切確的知道私人之需求為何，並且確定由國家介入將使社會成本之花費降至最低，否則不應貿然介入。⁶⁵

63 類似見解可參照法律經濟分析之學者對於美國契約法上之 Unconscionability（類似於我國民法上第 73 條之乘人急迫、輕率、無經驗之情形）之討論。美國契約法之學者 Eisenberg 主張凡訂約之一方係在無知（ignorance）之情形之下而定約，並支付之價金較一般市價為高且顯不相當者（has paid a price much greater than the normal market rate），就有被認定是 Unconscionable——而被認定契約為失效（nullify）之可能。法律經濟分析之學者對此一見解之批評有二：1、如果只是因為訂約之地位存在著不平等的瑕疵便普遍的認定契約失效，而非就個案所具有之特殊情形加以判斷，將有違社會之福祉（social welfare）——因為很可能幾乎所有的訂約者對於類似情形下所訂的契約都非常滿意——即對契約之滿意與否，應由訂約者自行決定，而非由立法者或法院為其做決定。2、其次，類似之規定將降低訂約者仔細審查契約內容以尋求最佳價格之誘因。而法律經濟分析學者更進一步主張，如果訂約者仔細審查相關契約所需花費之成本若低於其事後因為發生訟爭而尋求法院解決之成本，真正有效率之立法方式反而是強制此種不公平（unfair）契約應切實履行——因為如此一來便可促使訂約者以成本花費最低之方式（仔細審查）來保護其權利，而非用成本較高之方式（事後訴諸法院）來解決。相關之見解請參閱 Antony W. Dnes, *The Economics of Law* (1996), p.75。

64 即原本不管有無辦理物權登記，至少該債權契約有效，如今則除非完成物權登記，否則為無效之債權契約，故風險反而更高。

65 其實真正應該檢討者為民法第 73 條要式法律行為規定之必要性。法律行為之所以會要求以一定之形式為成立要件，其目的多半為 1、防止衝動，促使當事人審慎。2、證據之保存。3、過程儀式之公開性，以昭大眾週知（如民法第 982 條）。相關見解請參閱黃立著，「民法

此外民法第 166 條之 1 之所以採用半強制之手段，另一目的為希望民眾能養成辦理公證之習慣。然而在方式上雖然變成了強制公證，但是在公證書之實質價值上仍然與修法之前相同，並沒有另外增加經過公證法律關係任何效力，反而採取降低其他未經公證法律行為之效力，以凸顯經過公證法律行為之效力。此種方式在法律經濟分析上而言，立法之結果將使整體人民之福祉降低，違反經濟效率之要求。⁶⁶ 如果要推行公證制度，符合經濟效率的方式應該是修法增加公證書之實質效力，將整體之福祉擴大。且若能確實增加公證制度本身之誘因，即足以吸引民眾來辦理公證，至於是否強制反而並不重要。⁶⁷ 因為如果有誘因存在，即使要求人民不要辦公證都不可能⁶⁸ 更遑論是強制人民去辦理公證。

總則」（1994 年版），第 373、374 頁；黃茂榮著，「民法總則」，第 564 頁以下。有關儀式之公開性在目前之民法中，只存在於婚姻行為中，故暫不討論。而有關證據之保存，其目的祇是為了將來審判之經濟，似乎只要在訴訟法之證據章中規定，若特定行為必須依一定之方式舉證即可，不必在法律效果上規定其無效。而就防止衝動促使當事人審慎一點而言，此一目的由於公益性質甚低，似乎亦無必要以無效之方式來懲罰當事人。而且之所以如此規定，一般而言均考慮避免訂約當事人之訂約能力相差懸殊。然而類似之情形於消費者保護法實施之後，已獲得大幅之改善，是否仍有因為此而規定其無效之必要。而即使係為了使當事人審慎，似乎應以強制規定一定之審閱期間（如消費者保護法施行細則第 11 條第 1 項）之規定方式較佳；或者比照消費者保護法第 19 條第 1 項之規定，允許未依該方式訂約之當事人，於一定期間內得不附條件解除契約，此亦較強制使其無效之規定方式要佳。

66 法律經濟分析學者對於評斷經濟效率多採 Kaldor-Hicks 經濟效率，係指著在制度中之獲利者所獲得之利益應大於受損者，隱含著當利益彌補損害後仍有剩餘；相關見解請參閱 Richard A. Posner, *Economic analysis of law* (1992), pp.13-14.

67 例如現行公證制度下之房屋租賃契約，因為依據現行公證法第 11 條（新法為第 13 條）得約定逕受強制執行，因此雖然沒有強制公證之規定，但仍然吸引大批民眾來辦理。而自民國 78 年至 87 年，依公證法第 11 條得逕受強制執行之案件均佔總案件量之 10% 強。參閱「八十七年司法統計專輯」，第 14 頁。

68 如民國九十三年間因 SARS 病毒感染流行，為了避免飛沫傳染，口罩因為缺貨致使價格不斷飆漲，原本五十塊錢的 N95 型口罩甚至賣到三百五十元，由於價格飆漲的太離譜，引發公平會及法務部分別介入了解目前飆漲的情形，資料來源：<http://tw.news.yahoo.com/2003/04/30/leisure/bcc/3962917.html> 及 <http://tw.news.yahoo.com/2003/05/06/leisure/cna/3973852.html>。而數年前台灣亦會發生米酒與麥當勞之 HELLO KITTY 之搶購熱潮，以及每年中央銀行套幣之搶購熱潮等等例子，均可證明。

肆、對民法第 166 條之 1 增訂條文之建議 ——代結論

新增訂之民法第 166 條之 1 基於本文在本論中之法理論分析，可發現其不論是在邏輯要求上之形式上有效性以及經驗事實觀察上之實質上妥當性均存在著相當的瑕疪。而法律之適用必須以法理論為基礎，一個在理論基礎上存在著瑕疪的法律，在適用上勢必會發生問題。而由於民法第 166 條之 1 之規定，不論在形式有效性及實質妥當性均存有相當的問題。

即使為了要推行將來之拉丁公證制度，而有必要設立相關配套之法律制度來鼓勵民眾辦理公證，⁶⁹ 但所使用之手段應以吸引人民主動前來辦理之方式為最佳，而非強制人民被動的前來。而基於法律經濟分析之理念，吸引人民前來之最有效方式，便是在實質上提升現有公證書之效力，⁷⁰ 使公證對於當事人所能產生之利益大於成本。

在做出應有條文內容結論之前，不妨先看看在八十八年所增修債編條文中有關公證之規定：

- 1、民法第 408 條：其規定於贈與契約中，贈與物未移轉之前，贈與人得撤銷贈與。但若贈與契約經公證者則不得撤銷。
- 2、民法第 425 條：其規定原則上超過五年以上之定期租賃契約或未定期限之租約無買賣不破租賃原則之適用，但若契約經公證，則上述之契約始有該原則之適用。
- 3、民法第 513 條：其規定若承攬契約經過公證，則於有得辦理法定抵押

69 前揭註 14，謝在全委員之發言。

70 基於經濟理念中之機會成本 (opportunity cost) 之概念——即由於資源之稀少性 (scarcity)，要求當我們在考慮花費成本時，最合理的作法是考慮多組不同之選擇；並在多組對我們最有利的選擇中，去選擇成本花費最少而能提供最高價值之事物。因此理論上投資報酬率較高之事物，其在市場上之競爭力亦較強。相關之見解請參閱 Robin Paul Malloy, *Law and Economics* (1990), pp.17-18。因此同樣之公證書，若在法律上規定了推定成立之效力，便是提高了當事人辦理公證之投資報酬率，在經濟理論上會比較能吸引人民來辦公證。

權之情形時，抵押權人（承攬人）得單獨申請抵押權之登記。

上述之條文之內容似乎可歸納出一個原則，即契約未經公證仍具有其最基本之效力（即契約仍成立生效），但若經公證之後則會發生較特殊之效力（如買賣不破租賃、得單獨辦抵押權登記等），此均符合本文所提以吸引人民公證以代替強迫其公證之經濟分析之理念。

在實施拉丁公證制度之國家，由於公證人具有相當高之公信力，因此經其所辦理之公證案件在法庭上多半具有較強之法律效力（例如得逕受強制執行，相當於我國舊公證法第 11 條之規定），在義大利凡經公證人公證之簽名具有絕對之法律效力，除非因簽名之偽造經刑事判決判處罪刑確定，否則不容否認其效力。⁷¹ 我國立法者似欲在未來採拉丁公證制度，因此除了規定公證人辦理案件時應審查當事人之人別資料外（新公證法第 73 條），並於新法之第 70、71 條中賦予公證人對案件相當於實質上之審查義務；但同時在立法上及實務上卻又不承認公證人具有相對之審查權限，造成立法價值觀之分裂狀態。因此未來如何在公證法制上（包括立法及司法實務）承認公證人對於公證案件具有相對之實質審查權限，應為推行拉丁公證制度之首要任務。

本文以為在公證法制上承認公證人之審查權限及義務之前提下，若欲借用公證制度之施行以達成預防司法之目的，則在法制上即應賦予經過公證案件類於司法訴訟之效力，如此始能使得經過公證之案件減少尋求司法救濟之機率。而在民法債編總則規定中，最適合賦予給公證類似審判之效力應屬契約推定成立或視為成立之效力。當契約推定成立時，在審判上具有極強之證據效力；而若視為成立，則在審判上將不允許舉證推翻經公證之法律關係；凡此將降低潛在訴訟當事人欲對經過公證契約提起訴訟之意願。而在立法制度上，若能承認公證人對於所受理之公證案件具有實質審查權，且負以一定調查責任之前提下，凡經過辦理公證之契約，一般契約之成立要件已經公證人審查過應無疑義；而既然當事人會主動去公證，亦可推定其有訂約之真意，甚至視為成立。故「推定」此種契約已成立或「視為」其已成立，應屬事理之常，不但一般人民較容易接受，而且剛好符合公證制度本身之目

71 資料來源「司法院歐洲公證制度訪問報告」，第 126 頁。

的。⁷²因此依本文建議，民法第 166 條之 1 之最好修正方式是將現有內容全部刪除，再比照新修正之民法第 248 條條文內容，更改為：「契約經公證者，推定其契約已成立」或「契約經公證者，其契約視為已成立。」⁷³

而此種修正立法方式為僅將經公證之契約價值提高，故在提升辦理公證之誘因外，僅造成相關行為尋求司法審判機率之減少；故在達成預防司法之外，並未影響存在於不動產換價或使用收益等效用市場上之交易行為方式。相較於現行民法第 166 條之 1 之規定內容而言，應屬影響層面較小之修正法律方式。

然而本文亦不排除在現有情形之下，若將其條文內容刪除有困難（即條文尚未施行即須刪除之窘境）。但即使如此而欲保留原條文之內容，不妨委由司法機關將本條文解釋為訓示規定，⁷⁴然仍宜將「推定成立」或「視為成立」之規定內容加入原有條文，最起碼比較能說服民眾為何要強制公證——因為其實質之效力較一般契約為高。

72 有關公證效力之問題，最高法院曾於 86 年度做成一個判決，認為「經過公證之法律行為或有關私權之事實，除有反證外，應認其存在」（86 年台上字第 2142 號判決）。若依此判決，似可認為經公證之法律行為或事實行為有推定成立之效力，但此一判決亦引起相當大之爭論，贊成與反對之意見均有。相關意見請參閱吳光陸著，「公證書之證據力」（1998 年，月旦法學第 37 期），頁 18；鄭雲鵬著，「從最高法院 86 年台上字第 2142 號民事判決談公證書之證據力」（1998 年，司法周刊 884 期）；鄭雲鵬著，「再談公證書之實質證據力兼論公證人之審查權」（1999 年，司法周刊第 942 期至第 944 期）；趙原孫著，「公證書之實質證據力——兼評最高法院 86 年度台上字第 2142 號民事判決」（1998 年，法令月刊第 49 卷第 12 期），第 28 頁以下。因此在編輯之法律上直接規定公證具有推定之效力，一方面固然可以吸引人民來辦公證；另一方面又可以終止學說上之爭論，一舉兩得。

73 由於新修正之公證法第 71、72 條賦予了公證人相當大之審查義務，因此規定「視為成立」似乎較規定「推定成立」更能與相關之審查義務規定配合。但若如此，則似應於法條之中賦予公證人對於審查結果顯有違法、無效之虞（但不明確）之案件有得拒絕辦理之權限，然而若依公證法第 72 條之規定，公證人對於此種案件似乎只有說明之義務，而無拒絕之權力。而且依舊有之實務見解，認為公證人對於案件只有形式之審查權，並無實質之審查權。因此若欲規定其效力為「視為成立」，相關之制度及實務見解仍有待釐清。

74 此一見解固有其見地，然由於法條中所規定者為「應由公證人做成公證書」，若將此一規定解釋為訓示規定，則將來若欲規定民法第 73 條之要式行為時，在立法技術上將會發生一定之困難（如究竟以何種內容來規定始能彰顯其要式性）。故本文認為解釋為訓示規定，似乎只能作為一時之方案，長久之計仍以刪除為宜。

參考資料

一、中文（按照姓氏筆畫排序）

王澤鑑

2001 《債法原理》第一冊。

朱柏松

1998 《消費者保護法》。

吳光陸

1998 〈公證書之證據力〉，《月旦法學》37:18-19。

法治斌

1985 《憲法專論(一)》。

林子儀

1993 《言論自由與新聞自由》。

洪遜欣

1997 《中國民法總則》。

施啓揚

1982 《民法總則》。

高希鈞、林祖嘉、李誠、周行一合著

2002 《經濟學的新世界》。

陳清盛

1943 《公證法要論》。

黃茂榮

1999 〈不動產契約之要式性〉，《植根雜誌》第 15 卷第 7 期。

黃立

1994 《民法總則》。

2000 〈民法第一百六十六條之一的法律問題形式問題〉，收錄於《民法研究四》，頁 95-183。

張特生

2000 〈論民法關於強制公證的妥當性與可行性——為公證新制鳴鑼開道〉，《司法周刊》991 期至 993 期。

孫森焱

1999 〈民法修正草案關於強制公證之規定〉，《律師雜誌》第 216 期。

楊仁壽

1986 《法學方法論》。

趙原孫

1998 〈公證書之實質證據力——兼評最高法院 86 年度台上字第 2142 號民事判決〉，《法令月刊》49(12):28-40。

鄭雲鵬

1998 〈從最高法院 86 年台上字第 2142 號民事判決談公證書之證據力〉，《司法周刊》884:2-3。

1999 〈再談公證書之實質證據力兼論公證人之審查權〉，《司法周刊》，942 期至 944 期。

謝哲勝

- 2002 〈無強制實現力的契約——兼評民法債編增訂條文第 166 條之 1〉，收錄於《財產法專題研究(三)》，頁 97-120。

司法院

- 1981 70、5、18(70)廳民三字地○三九二號函復台高院、福建金門地院。

- 1995 釋字第 392 號解釋。

- 1996-1998 《台灣司法統計專輯》。

- 1999 《公證法修正草案總說明暨條文對照表》。

- 1999-2001 《司法統計提要》。

司法周刊社

- 1989 《公證法律問題研究暨文書格式彙編》。

法務部

- 1995 《法務部民法研修委員會會議紀錄》。

- 1995 《民法債編修正草案初稿有關必要公證之增修條文反映意見彙整表》。

內政部

- 2001 《內政部統計年報》。

- 2003 內政部統計資訊服務網 <http://www.moi.gov.tw/W3/stat/home.asp>, 2003, 5, 13.

二、英文

Coase, Ronald A.

- 1960 *The Problem of Social Costs.*

Dne, Antony W.

- 1996 *The Economics of Law.*

Fuller, Lon L.; Eisenberg, Melvin Aron

- 1983 *Basic Contract Law.*

Furubotn, eirik G.; Richter, Rudolf

- 2000 *Institutions and Economic Theory.*

Harrison, Jeffrey L.

- 1995 *Law and Economics.*

Mollov, Robin Paul

- 1990 *Law and Economics—A Comparative Approach to Theory and Practice.*

Posner, Richard A.

- 1990 *The Problem of Jurisprudence.*

- 1992 *Economic Analysis of Law.*