

釋字第 747 號解釋不同意見書

黃璽君大法官 提出

本號解釋多數意見認本件聲請解釋案，應予受理，並擴張本件釋憲審理範圍，將未經聲請人主張且本案確定終局判決未予適用之法規，即土地徵收條例第 57 條第 1 項納入本件聲請解釋案之審理範圍；且認依憲法第 15 條財產權之保障規定，應賦予人民就實際穿越其土地形成既成侵害時，主動請求徵收之憲法上權利，本席尚難贊同，爰提不同意見如後：

一、本件應不受理

大法官依憲法第 78 條、第 173 條及第 177 條規定，雖有解釋憲法（或審理憲法爭議、疑義）以及宣告規範違憲之權限，但程序具體內容為何，仍須下位規範（法律、命令）形塑，是解決憲法爭議、疑義之程序，當受司法院大法官審理案件法（下稱大審法）拘束。按人民聲請解釋憲法，應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」，始得為之，對未侵害其權利或未被確定終局裁判所適用之法令，

不得聲請釋憲。惟釋憲實務上，以我國大法官釋憲制度同時具有維護客觀憲政秩序目的，常擴大解釋範圍，將具有相關聯且必要(重要關聯性)之法條內容納入，而不限於聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限。此擴大解釋範圍，宜審慎為之，以免害及司法之被動性。

本號解釋援引本院釋字第 737 號解釋：「如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體。」認本件聲請人雖僅主張確定終局判決所適用之中華民國 89 年 2 月 2 日制定公布之土地徵收條例第 11 條規定：「需用土地人申請徵收土地……前，應先與所有人協議價購或以其他方式取得；所有人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收」(101 年 1 月 4 日修正之同條第 1 項主要意旨相同，下稱系爭規定一)有牴觸憲法疑義。然因土地徵收條例第 57 條第 1 項規定：「需用土地人因興辦第 3 條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。……」(下稱系爭規定二)對需用土地人因興辦該條例第 3 條規定之事業而有穿越私有土地之上空或地下之情形，

設有徵收地上權之相關規定，故應將系爭規定二納為整體評價之對象。

惟查本院釋字第 737 號解釋係因該案聲請人雖主張犯罪嫌疑人及其辯護人之閱卷權，然其憲法疑義之本質為犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中之羈押審查程序是否有權以閱卷或其他方式獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料，以有效行使防禦權，並避免犯罪嫌疑人人身自由遭不法侵害。而刑事訴訟法第 33 條第 1 項閱卷規定、同法第 101 條第 3 項有關告知被告及其辯護人羈押原因事實規定，均與獲知上開資料等有關，須併納入審查，始能整體評價犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料是否足以使其有效行使防禦權。而本件聲請解釋之系爭規定一係關於使用土地之土地所有權徵收規定，系爭規定二係關於穿越土地之地上權徵收規定，兩者規範範圍不同，並無須合併觀察始能判斷是否合憲，且在原因案件，聲請人係依系爭規定一請求徵收土地所有權，並非請求徵收地上權，難謂兩規定具相關聯且必要(重要關聯性)，系爭規定二不應併入審查。

依憲法第 15 條財產權保障規定，人民固有對抗國家之防禦權限，但無主動請求徵收之憲法上權利。國家欲使用人

民土地，須依法徵收給予補償後，方得合法使用。如未予徵收補償逕行使用，乃違法使用，人民無容忍義務，應主張結果除去請求權或請求國家賠償等，但仍非得請求徵收，詳如後述。系爭規定一、二係規範需用土地人之徵收補償行為，人民既無主動請求徵收之憲法上權利，其土地所有權等受違法侵害復另有救濟途徑，本件顯無解釋之必要，應不受理。

二、人民並無主動請求徵收之憲法上權利

按憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴，迭逕本院解釋在案。其保障核心包含「存續保障」及「支配自由保障」。前者在確保既有財產之存續狀態不會改變，以權利存續狀態之繼續維持為保護內涵；後者係確保在既有財產狀態下之使用、收益及處分之自由。

憲法所保障之財產權，不僅是基本權，亦是一種「制度性保障」，立法者得合憲地形成私有財產制度，而在合憲法律下，人民合法取得受保障之具體財產權，有對抗國家之防禦權限。國家為增進公共利益，固得以法律或法律明確授權之法規命令對於人民之財產權予以限制，惟「國家依法行使

公權力致人民之財產權遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應給予合理補償」（本院釋字第 440 號解釋參照）。

經過本院釋字第 336 號、第 400 號、第 440 號、第 564 號釋憲實務發展，基於財產權之憲法保障，損失補償之原因有二類型：一是國家因公用或其他公益目的之必要，依法剝奪人民財產權，而形成特別犧牲之公用或公益徵收；一是國家公權力對人民財產之限制，雖未達權利剝奪之程度，但已逾越社會責任所應忍受之範圍，構成特別犧牲，而形成應予補償之財產權限制。二者皆是基於公益之必要，以「特別犧牲」為補償要素，前者著重財產權之剝奪，後者係指財產權剝奪以外之限制。而無論是徵收或是應予補償之財產限制，皆以法律有補償之明文規定為必要，詳言之，立法者是在形成財產權之內涵，或限制財產權，抑或徵收，應依從立法者之意志。當立法者意在形成財產權之社會義務，故法律無補償規定時，即使因已逾社會義務構成特別犧牲而違憲，人民僅能主張該當法律違憲，以除去侵害，亦不得請求補償。我國憲法雖未如德國基本法明定徵收制度，亦未如日本憲法為了調和財產權不可侵害之原則與私有財產權具有社會性之

原則，明文設定補償制度¹，但經由學說與司法院大法官解釋的演進，已大致形成上述損失補償體系。至於公權力行為對人民造成之損失屬於財產權社會義務之範圍者，人民即應忍受，不生補償之問題。

特別犧牲係指國家為公共利益行使特定公權力，並非一般性，針對一般人產生同樣影響或限制，而是針對某些特定人，逾其社會責任所應忍受之範圍而課予不平等之負擔，使其必須忍受特別損失，基於平等原則，其損失應以租稅方式分配給全國人民分擔。日本通說亦認為，損失補償制度係藉著將基於對私有財產施加適法公權力行使而生之特別偶然之損失(犧牲)轉嫁於全體負擔，以實現正義與公平原則、平等原則之法技術手段²。

徵收係國家基於公共利益剝奪人民財產權，致生特別犧牲之行為，此一行為自須在同時給予人民補償之條件下始為憲法所允許。至於何種情形下國家得徵收及如何徵收，及徵收之條件與程序，係立法裁量，而何種具體情狀下應依法徵

¹ 江義雄，日本法上「公益徵收」徵收補償制度之探討，中正大學法學集刊，創刊號，1998年7月，頁12。日本憲法第29條規定「(第1項)財產權不得侵犯。(第2項)財產權之內容應合於公共福利，由法律定之。私有財產在正當的補償下得收歸公用。」

² 矢島基美，財產權の制限と補償の要否，收錄於大石真、石川健治編，Jurist增刊 憲法の争点，有斐閣，2008年12月，頁155。

收，則係行政裁量。因徵收涉及公共政策與國家財政之規劃，人民自無請求國家徵收其財產權之憲法權利，本院歷來解釋如釋字第 400 號、第 440 號、第 516 號、第 579 號、第 732 號解釋等，亦未曾認人民有請求國家徵收其財產權之憲法上權利。基於憲法財產權之保障，國家甚至應在非徵收無法遂行其目的之情形下始得徵收人民之財產權，亦即徵收具最後手段性。

三、有關徵收之法律未賦予人民請求徵收之權尚難認係違憲

徵收本係國家以剝奪權利之方式侵及人民財產權之行為，僅僅在基於公共利益且予以補償下，始具容許性。人民基於憲法財產權之防禦功能所得請求者，係構成財產權特別犧牲下之補償以及排除違法侵害、填補其損害。是以，當國家實際掏空人民財產權之實質內容（例如事實上佔用或無法律依據禁止其使用）係出於違法有責之行為時，人民自應主張結果除去請求權或請求國家賠償等，而非請求補償，甚或徵收。是有關徵收之法律係對於國家進行徵收之規範，僅規定徵收之條件、範圍、補償及程序等，未賦予人民請求徵收權，尚難認係違憲。

但國家淘空人民財產權實質內容之行為，亦有可能係出於違法無責之行為或係基於一合法行為之外溢結果，因非違法行為，無從依前述結果除去請求權或請求國家賠償等途徑救濟，此時既已形成特別犧牲，自應予以人民補償，立法者應為補償之規定，而特別予以人民請求徵收（因已造成財產權之剝奪效果）之權利，亦能符合憲法保障財產權之意旨。例如土地法第 217 條規定：「徵收土地之殘餘部分，面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用時，所有權人得於徵收公告期滿 6 個月內，向直轄市或縣（市）地政機關要求一併徵收之。」（合法徵收範圍外之土地）；土地徵收條例第 8 條第 1 項規定：「有下列各款情形之一者，所有權人得於徵收公告之日起一年內向該管直轄市或縣（市）主管機關申請一併徵收，逾期不予受理：一、徵收土地之殘餘部分面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用者。二、徵收建築改良物之殘餘部分不能為相當之使用者。」（合法徵收範圍外之土地、建築改良物）；共同管道法第 14 條第 2 項規定：「前項私有土地因共同管道系統之穿越，致不能為適當使用時，土地所有權人得於施工之日起至完工後 1 年內請求徵收土地所有權，主管機關不得拒絕。」（含第 1 項合法穿越以外部分之所有

權)；大眾捷運法第 19 條第 3 項規定：「前二項私有土地及其土地改良物因大眾捷運系統之穿越，致不能為相當之使用時，土地及其土地改良物所有人得自施工之日起至完工後 1 年內，請求徵收土地及其土地改良物，主管機關不得拒絕。……」(含第 1 項、第 2 項合法穿越或徵收地上權範圍外之「所有權」)；獎勵民間參與交通建設條例第 19 條第 2 項規定：「前項土地因交通建設路線之穿越，致不能為相當使用時，土地所有權人得自施工之日起至開始營運後 1 年內，向主管機關請求徵收土地所有權，主管機關不得拒絕；……」(含第 1 項合法徵收地上權範圍外之「所有權」)³。

四、本號解釋認土地所有權人得請求徵收地上權，其憲法根據、理由不明，且有矛盾，並可能產生嚴重不良後果

解釋理由書第 3 段根據釋字第 440 號解釋僅論述，依憲法第 15 條規定國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受

³ 共同管道法第 14 條第 1 項「共同管道系統以劃設於道路用地範圍為原則，如因工程之必要，得穿越公、私有土地之上空、地下或附著於建築物、工作物。但應擇其損害最少之處所及方法為之，並以協議方式補償。」大眾捷運法第 19 條第 1 項、第 2 項「(第 1 項)大眾捷運系統因工程上之必要，得穿越公、私有土地及其土地改良物之上空或地下，或得將管、線附掛於沿線之建物上。但應擇其對土地及其土地改良物之所有人、占有人或使用人損害最少之處所及方法為之，並應支付相當之補償。(第 2 項)前項須穿越私有土地及其土地改良物之上空或地下之情形，主管機關得就其需用之空間範圍，在施工前，於土地登記簿註記，或與土地所有權人協議設定地上權，協議不成時，準用土地徵收條例規定徵收取得地上權。」獎勵民間參與交通建設條例第 19 條第 1 項「民間機構興建本條例所獎勵之交通建設，需穿越公、私有土地之上空或地下，應與該土地管理機關或所有權人就其需用之空間範圍協議取得地上權。其屬公有土地而協議不成時，得由民間機構報請主管機關核轉行政院核定，不受土地法第 25 條之限制；其屬私有土地而協議不成時，準用徵收規定取得地上權後，租與民間機構使用，其租金優惠準用第 10 條之規定。」

損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予以合理補償。國家如徵收土地所有權、地上權，人民得請求合理補償等情，未論及人民有主動請求徵收之權利。而於解釋理由書第 4 段逕謂：「然國家因公益必要所興辦事業之設施如已實際穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，自應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。」其憲法依據、理由均無。所舉土地徵收條例第 57 條第 2 項規定，係需用土地人已依第 1 項規定(即系爭規定二)就穿越之空間範圍合法取得地上權(協議或徵收)，而因穿越致穿越空間範圍外之部分不能為相當之使用者，土地所有權人得請求徵收土地所有權。蓋穿越空間範圍外之部分不在第 1 項地上權補償範圍，其不能使用之損失，因穿越屬合法，不能請求除去或國家賠償等，故法律特予主動請求徵收權以補償其損失。反之，未予徵收補償即違法穿越情形者不同，是無從依該規定論斷，有應賦予主動請求徵收之憲法上權利。

土地徵收第 11 條規定係關於需用土地人申請徵收土地之規範，第 57 條第 1 項係關於需用土地人申請徵收穿越空

間範圍地上權之規範。如前所述，兩者規範範圍不同，且需用土地人須依上開規定合法取得該財產權(土地所有權或地上權)，始得使用(穿越)該土地，如未依法取得即行使用，係違法侵害人民之財產權，基於憲法財產權之防禦功能，土地所有權得主張結果除去請求權或請求國家賠償等，以排除侵害，尚不得請求徵收。解釋理由書第 5 段將不同規範之系爭規定一、二及土地徵收條例第 57 條第 2 項規定相提併論，應不足持。

本號解釋雖將解釋範圍侷限於實際穿越土地之地上權，然依解釋理由書第 4 段，似對於已實際穿越，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，即應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。同理，是否已實際使用土地，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，亦應賦予人民主動請求徵收土地所有權以獲補償之權利？其影響範圍極廣。且如因實際使用，形成既成侵害，即許請求徵收，則如需用土地人為興辦事業欲使用之土地，不符合徵收要件，原不得使用該土地興辦事業，其逕違法使用，造成既成侵害，如許土地所有權人請求徵收，豈非許不合徵收要件者，亦得

辦理徵收，應非妥適。

五、本件原因案件，聲請人以交通部臺灣區國道高速公路局（下稱高公局）興建北部第二高速公路（下稱北二高）木柵隧道時，未經其同意，穿越其私有土地之地下，請求依系爭規定一徵收該土地所有權。經查北二高該段路線於 86 年已完工通車（參聲請書第 6 頁），而土地徵收條例於 89 年 2 月 2 日始制定公布，北二高該段路線需用土地之徵收時，土地徵收條例尚未制定，有無適用？原因案件可否適用？本號解釋認系爭規定一、二違憲，並諭知聲請人得於本解釋送達後 3 個月內申請徵收地上權，無異認原因案件可適用土地徵收條例，使其溯及適用於條例制定前之案件？亦有可議。