

釋字第七三二號解釋部分協同部分不同意見書

陳新民大法官 提出
國家不論用任何手段強奪人民的財產，人民手中必然握有一把復仇的匕首。

義大利大政治家 馬基維利·《論提圖斯·李維的前十卷》

本案件是大法官歷年來第一次審理到所謂「有利私人之徵收」(Die Enteignung zugunsten Privater)的案例¹。這是國家冠上追求公共利益的美名，行使強制剝奪人民財產的徵收行為，但結果卻全部或一部分轉入私人手中，形成「公益挾帶私益」的現象。這種美其名為「公私協力」，利用徵收私人土地，來達成一定的公共利益，卻造成圖利特定他人的結果，能否符合法治國家保障人民財產權的意旨？鑑於現代國家許多公共事業，都不再由國家所獨攬，許多傳統承擔公共福祉任務的國營事業，且紛紛「去國營化」而轉為公私合營或純粹民營的事業來經營，以取得效率與彈性的優勢。在此「民營化」的潮流下，私人土地為此種「民營公用事業」所徵收，是否可符合憲法保障財產權的意旨？涉及到憲法學理對「徵收公益」的探究。其論究的範圍，不僅限於「得不得」為私人徵收，且及於「若許可時」的條件與限制之問題。

本號解釋多數意見對於七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第七條第三項規定：「聯合開發用地……，得徵收

¹見拙著，公益徵收的目的，收錄：憲法基本權利之基本理論(上冊)，2002年，第5版，第370頁以下。亦有稱為「私用徵收」(Privatnützige Enteignung)，以有別「公用徵收」。陳仲麟，徵收之憲法拘束：以「私用徵收」的違憲審查為中心，刊載：國立臺灣大學法學論叢，40卷3期，第1029-1088頁。

之。」(以下稱為系爭規定)，而後移轉予國家或其他私人，認定已違反比例原則，而否認此種有利於私人之徵收目的之合憲性。本席敬表支持。

但此立論，卻未對上述徵收公益的性質加以探究，也未對民營化潮流侵襲下，有利於私人的徵收，是否應予許可的問題，及其應有的限制加以論述。由結論顯示，容易導出本號解釋將一律反對任何「有利於私人徵收」的合憲性。倘導出這種結論，是否陳義過高而與現實脫節？抑或應承認在立法者已確認有重要且急迫的公益需求、且對徵收土地能保證「持續運用於公共用途之上」，並課予相關機關嚴格與審慎的監督權限之下，例外的許可之？本席認為有必要澄清之，而採後者之見解。故為闡述此關涉憲法徵收法制的重要原則，本席敬提協同意見，以明多數意見所未能洞見之義理也。

此外，聲請人指摘土地徵收條例第十條第二項之規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」，而認定該條文對於公聽會之舉辦僅限於「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前」，而對計畫已獲主管機關同意後，經過甚久時日，情況已變遷，卻並無再舉辦公聽會之權利，故認為此規定違憲。然多數意見卻認為確定判決未適用該規定，而不予受理。本席認為上述規定已被系爭判決實質適用，只是法院專就法條「許可前」為文義解釋，而反對聲請人所主張的見解罷了。此條文的違憲性，聲請人贊成之，法院反對之，豈能因此強曰：「法院未適用之」？且為彰顯本院自釋字第七〇九號解釋強調保障人

民財產權，應注重其正當行政程序的理念，自不應受到此種狹隘與僵化的「形式援用論」所束縛，而戕害人民應享有正當行政程序所賦予的「聽證權」也。爰提出部分不同意見書析述之。

一、部分協同意見書

本號解釋的多數意見，認定徵收非為事業所需的土地——例如，系爭規定所肯認的「為整體開發之目的得徵收毗鄰地」，已違反比例原則而違憲。顯見是以比例原則作為審查的手段，也和一般人權法律的違憲審查程序無異。

此方法論忽視了憲法對徵收行為所定下的「許可界限」，首先應審查其「徵收目的」——即徵收公益的嚴格要求之上。由多數意見所隱含的見解——理由書第三段的敘述：「……國家以徵收方式剝奪人民財產，甚而影響土地上合法居住者之居住自由，如非為公用，則須符合其他公益之正當目的。徵收捷運交通事業所必須之土地，屬為興辦交通事業公用之目的；而主管機關辦理毗鄰地區土地之開發，係在有效利用土地資源、促進地區發展及籌措大眾捷運系統建設經費……，固有其公益上之目的。」——即可得知多數意見承認系爭規定仍具有公益的價值。系爭規定為聯合開發而徵收毗鄰地，此立法目的，固然具有公益的理由，只因徵收毗鄰地後，並轉給他人，而違反比例原則罷了。此由同段理由書的敘述，即可得知此立論：「……然國家為利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得，依法報請徵收交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地或聯合開發用地（下簡稱非交通事業所必須之土地），將使土地資源之利益重新分配或移

轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲。另為達利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得等目的，非不得以適當優惠方式與土地所有權人合作進行聯合或共同開發、以市地重劃之方式使原土地所有權人於土地重新整理後仍分配土地、以區段徵收使原土地所有權人取回與原土地同價值之土地、或以其他適當且對土地所有權侵害較小之方式達成」²。

這種見解，雖然結論妥適，且能達成防止私人土地藉聯合開發之名進入私人之目的。但是其由「手段必要性」著手，顯然未能明白承認「立法者不得以一般的公共利益而作為徵收的正當性與合法性來源」的基本認知也。

如此一來，多數意見視徵收公益的份量要求——包括有利他人之徵收公益，與一般限制人權的公益並無差別，只須運用傳統檢驗限制人權的模式——對限制人權公益性質為輕度的審查，而重心置於限制手段的必要性審查——即足。

此外，這種訴諸必要性的檢驗，而宣告「徵收私人土地後移轉給國家或私人」，抵觸比例原則，將會導致解讀上，一律不許可「有利於私人之徵收」。是否答案必須如此斬釘截鐵，抑或應例外許可？則有待於對「徵收公益性」加以深入的分析之。

(一) 徵收公益非一般公益可言，而係最高度的公益——由憲法財產權保障的重要性來作判斷

我國憲法對於財產權的保障與限制，與一般基本人權同，在憲法第二十三條處，以一般的公益及比例原則，作為限制的要件。如以本條文之規範方式，將不能凸顯出憲法對

² 此理由書第三段的敘述，主要都援引自立法院秘書處編印，《法律案專輯第一百一十四輯一大眾捷運法案》，民國 78 年，第 253 頁，其中關於捷運法第 7 條第 1 項規定的立法理由說明。

財產權應有特別重要的保障價值，實有待學理來填補與澄清此缺憾。

在憲法的人權清單中，並非所有基本人權皆處於同樣的價值位階。若干人權具有特別突出的價值，足以及在利益衡量時，居有優勢的地位。例如，人身自由作為享受其他人權的基礎，自有最重要的「保障性」，從而許可由法律予以限制的公益考量即有「質量上」的要求，非為一般泛泛之公益即可限制之。其違憲審查的密度愈高，愈壓縮了立法裁量與價值判斷的空間。

其次，言論自由(商業言論除外)表彰思想自由，亦為人性尊嚴與價值之核心；財產作為人民生存的物資基礎，並藉以作為形成其人格的物質依據，也成為最重要的基本人權之一。再如人性尊嚴，亦有類似的價值位階。所以我國釋憲實務上，早已承認各種人權具有不同的位階³，以作為立法限制人權及釋憲密度與許可性之參考。

上述基本人權的限制，也與其正當性的基礎——即公益份量，息息相關。即以本案所涉及的財產權為例，如欲對財產權加以限制，自可由一般公益取得立法之依據。如涉及到許可徵收的公共利益，即有在質量上提升的必要性。一方面基於在法治國家中，憲法保障人民財產權的主要防禦對象，正是針對國家的徵收公權力⁴；另一方面，著眼於公益的浮

³ 這可表現在憲法對各種人權有不同的保護強度，立法對其是否有限制可能種類的劃分，包括得以概括的限制、特別條款的限制，及無限制的保留(例如，保障人民的生存權，是否應解釋為不許可死刑的存在？即屬一例)。此保護的強度亦可由釋憲權的審查密度來予確保，例如，釋字第443號解釋所闡釋的「階層化法律保留制度」所存在之立論，即基於各種人權的價值高下也，亦屬一例。可參見拙著，憲法學釋論，104年5月，第8版，第161、173頁。

⁴ 至於財產權的保障效力，亦須及於防禦來自於私人——盜匪非法的侵犯。但在實施法治國家之前，所有專制國家刑法皆有處罰盜匪的規定，可見得對私人財產權侵害的保護，不僅在實施法治國理念才有。更可見得對於法治國家憲法的財產權保障之對象，正是來自防禦國家的侵犯。至於，要防制的國家侵犯，如涉及違法的侵犯，則有國家賠償的制度。而合法的侵犯才是表彰憲法財產權的重心。此種合法的侵犯，包括租稅權力與徵收的侵犯，前者囿於立法裁量的範圍甚大，援引

濫，任何國家機關所執行的任務，都可列入公共利益的範圍。如此一來，幾乎所有涉及公共利益之事項，皆可作為徵收私人財產的理由，將使人民財產陷於高度的不安定狀態之中。因此，徵收的公共利益，即非一般立法動機或行政執法動機所維護的公共利益可比，必須具有更重要的質量方可，即所謂的「加重公益」的要件(qualifiziertes öffentliches Interesse)。

然而，何以認定「加重公益」的內容？雖然有些國家的憲法，為了強調徵收公益與一般泛泛公共利益不同，特別使用類似「公共福祉」(Gemeinwohl)的用語來表示其差異⁵。但「公共利益」，以及「公共福祉」都是典型的不確定法律概念，因此要將之明確的定義幾乎不可能。這種「人言人殊」的概念定義，本席曾稱之為一個「羅生門」式的概念⁶。解釋上，曾有多種嘗試，例如，「受益對象論」——公益主要是以不特定的大多數人民，以及國家社會的利益作為受益人為特徵，這是最古老與多數意見。但現代國家理念，照顧弱勢的個人，亦可能符合公益。於是，亦有所謂的「目的論」——以公共利益是為了達到由憲法漸次所規定的國家任務而產生的價值判斷。

這種涉及到憲法所追求目的位階性的「內容論」，也可以多方面的考量每種法律所追求的公共利益之份量，以及其對人民權利侵害的程度，與斟酌憲法所欲保障的強度，為綜合的考量，所獲得具有正面價值與享有利益的結果，即可認定

憲法財產權理念(制度性保障)來防止過度苛刻的稅捐規定(所謂的「窒息式稅捐」)的效果甚為有限，形成純理論，故憲法學界對人民財產權保障的防衛對象，主要置於徵收的侵犯之上。可參見拙著，憲法學釋論，第 338 頁以下。

⁵ 例如，德國威瑪憲法(第 153 條第 2 項)及德國基本法(第 14 條第 3 項)。

⁶ 見拙著，公共利益的概念，收錄：憲法基本權利之基本理論(上冊)，第 129 頁。

為公共利益。這當是比較可採的見解。

在徵收的公益判斷，並不出上述學界討論的「受益對象論」或「目的論」（內容論）的範圍，結論當採「目的論」為宜。故土地徵收條例第三條之二第一項，即採此種公共利益的判斷模式——對於每一個徵收計畫案的公共利益考量，必須通過所有涉及社會因素、經濟因素、文化及生態因素、永續發展因素等予以公平公正的衡量後，方得許可此一徵收計畫也⁷。

因此，憲法對財產權的保障，迥異於其他人權，設下了兩道關卡：首先，必須經過立法承認，具有特別優勢的公共利益，方得許可行政機關動用徵收的強制權力。其次，在實行的程序，除了嚴格的必要性外，仍須給予公正的補償。就此第二道，也是屬於「次要的」防衛功能而言，「財產權保障」（Eigentumsgarantie）才轉變成為「財產價值之保障」（Eigentumswertgarantie）。此一字之差，必須代表憲法財產權保障的第一道關卡的重要性，質言之，若謂「只要給予公正，甚至優惠、超過市價的補償，即可行使徵收權，而不屬於對人民財產權的侵害，……云云」，都是對憲法財產權所產生的嚴重誤解，應當嚴予駁斥⁸。

（二）徵收公益的內容——仍以公用徵收為主、公益徵收為輔

雖然徵收公益應有別於一般公益的份量要求，上述的目的論僅提供論理上的依據。但作為國家建設不可或缺的一項公權力，徵收的許可性及其界限，一直隨同法治國家理念及

⁷ 陳明燦，我國土地徵收條例修正草案之評析——以財產權保障觀點為中心，台北大學法學論叢，第 85 期，第 17 頁以下。

⁸ 這是德國威瑪共和時代著名的憲法學者 Martin Wolff 所提出之名言。見拙著，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，收錄：憲法基本權利之基本理論（上冊），第 326 頁。

憲法保障人民財產權的原則，同步發展。此可由關涉法治國家原則發展居關鍵地位的比例原則，最早被適用的領域，即是規範徵收的案件之上，可以得證。

可先由財產徵收本來的原意，乃是「公用徵收」(Public Use)談起(例如，美國憲法增修文第五條之規定)。國家為了一定的公共任務所需，方得徵收人民的財產，成為法國大革命之後立憲國家所公認的原則。影響後世，包括我國土地法及土地徵收法規在內的德國普魯士邦，在一八七四年公布一部「土地徵收法」，開始實施此種徵收模式。本法將得以徵收的要件——限於國家為了達到公共福祉，而興辦各種之「公共事業」，包括政府機關、能源水電、交通、國防、教育等，都賦予得以徵收的公益理由。這些有利於公益的事業機構都是公立、且提供公共服務之用。國家強制徵收的結果，即是將此私有財產移轉為公有財產。這種「財產權人」更易的過程，形成財產標的由「服務私益」轉為「服務公益」為特色，以「新財產權人」為實現公益的「主體」，公用徵收也形成「為公共事業創造財產」的制度⁹。

既然徵收僅限於政府機構與公共事業(即公法人之泛稱)得為徵收主體，且僅以其法定職務範圍內方可行使徵收，又須予全額補償，則徵收的濫用危機可望減少，也不易產生圖利私人的問題。被徵收的人民容易被「犧牲小我，貢獻社會」的道德律所說服，徵收行為即容易獲得民眾的諒解與支持。此種徵收模式被稱為「古典徵收」(Klassische Enteignung)，自從普魯士邦制定此徵收法後，迅即為各邦

⁹ 德國著名的學者 Werner Weber 便以「財產創設過程」(Güterbeschaffungsvorgang)，形容徵收變成財產易主的程序。Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd.II, 1954, S.371. 見陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，收錄：憲法基本權利之基本理論(上冊)，第 318 頁。

徵收法所採納，甚至遠播至日本、我國。影響所及，目前德國各邦的徵收法制都仍循此一百五十年老法的模式也。

財產徵收等於「公用徵收」的代名詞，一直到了一次大戰後，為了解決難民的房荒、國家欲改善人民生活水準，許可私營水電能源企業徵收土地以興建管道、高壓電線之設備以及為增加就業機會，得實施各種經濟政策，古典公用徵收概念才遞變為「擴張的徵收概念」(erweiterer Enteignungsbegriff)。「公用徵收」即為「公益徵收」所取代。徵收公益概念已由「公用」變為「概括公益」¹⁰。

我國的徵收法制也呈現出此種現象。土地法第二〇八條即仿效古典徵收的概念，第一項第一至八款，採列舉式的方式，臚列可徵收私人土地的公共事業；第九款概括規定「其他由政府興辦，以公共利益為目的之事業」，亦可為徵收之目的。這些都是典型的為公用之徵收，且徵收主體為國家而非私人，如此，至少還能保持徵收土地為公有。

然而土地法第二〇九條則規定，為實施經濟政策，得實行徵收。自始，凡是立法者認為有利國家發展的政策，不論是狹義或廣義的經濟政策，如社會政策、土地改革政策、工業政策，無一不可涵括在此擴張的徵收公共利益之下。故國家制定的獎勵投資條例(第五十五、五十七條)，實施耕者有其田條例(第十條)，國民住宅條例(第十條)，都有許可徵收私人土地而後轉入工業投資者、佃農及國宅承購人之規定¹¹。

¹⁰ 可參見胡博硯，論土地徵收中公益性與必要性之評估，東吳公法論叢，民國 104 年 8 月，第 8 卷，第 136 頁以下。

¹¹ 這個將經濟政策採行極廣義的見解，在今日的類似立法例中，亦不乏見。就以現行的「產業創新條例」而言，政府即可以成立「產業園區」為由，行使徵收權力。但此產業的定義，依同條例第 1 條第 2 項之規定，指農業、工業及服務業等各行業。尤其是服務業包含在內，已使得五花八門的各種行業都可包括在內，哪一日說不定連「觀光夜市」都可能成為「觀光文化產業園區」，而行使徵收權也。此產業的範圍及徵收公益未免過於浮濫？

土地法此種徵收的公益分為古典與擴張的法制，也被後來制定的土地徵收條例所繼承。依該條例第三條之規定：「國家因公益需要，興辦下列各款事業，得徵收私有土地；徵收之範圍，應以其事業所必須者為限。」同條第一款至第九款倣效土地法第二〇八條的公用事業種類之規定，但第十款的概括條款「其他依法得徵收土地之事業」和土地法第二〇八條第九款概括規定「其他由政府興辦，以公共利益為目的之事業」，仍強調以「公辦公共利益事業」為限的規定迥然不同，顯示土地徵收條例的許可徵收要件，已經擴張到任何法律皆可基於其不同立法目的，開啓許可徵收之大門。故儘管土地徵收條例並未如土地法第二〇九條明示為經濟政策可為徵收，及許可將徵收土地轉於私人之上，但第三條第十款的「全面授權」，已將徵收的公用原則大幅度轉變為「公益徵收」矣。徵收的公益也「降格」為一般公益，是為立法與學界所漠視的現象。

然而，儘管我國的徵收法制，雖由作為徵收基準法的土地徵收條例以觀，仍是古典意義「公用徵收」為主，現代意義的「公益徵收」為輔，但實際運用上，並不妨礙立法者隨時得以公共利益之名賦予行政權力行使徵收之權，以及移轉土地於私人之上，故對於徵收的公益及有利私人的徵收，應予有效的界定之，已為要務矣¹²。

（三）有益私人徵收的許可性

1. 學術界的探究與呼籲

由上述的探究可知，在古典徵收時代，徵收僅是侷限於

¹² 堅持財產徵收仍應以公用事業為主的見解，仍為學術界與立法界的主流，例如，德國各邦的土地徵收法都仍沿襲普魯士邦徵收法的立法例，只不過將列舉項見更為細緻罷了。例如，德國巴伐利亞邦 1978 年的土地徵收法也臚列了 8 種公共事業的需要；日本土地收用法(昭和 26 年)第 3 條且臚列徵收的事業達 35 項之多。可見得德日立法者仍欲將徵收侷限在為公共事業服務之上。

為公共事業所需，方得將私人財產徵收後，轉移到公共事業之上。自從國家任務擴充，導入擴張的徵收目的形成廣義的公益徵收後，連帶著發生了「公益挾帶私益」的有利私人的徵收，也引發是否濫用徵收權及使徵收制度「變質」的議題。

開啟此一問題探究的先鋒有二位著名的學者，一為賴耶教授(M. Layer)，二為布林格(Martin Bullinger)教授。都有發人省思的高見，本席願意在此一述之。

早在一九〇二年，德國學者賴耶，目睹德國在一八七〇年普法戰爭勝利，成立德意志帝國後，各邦都大力發展工業、形成現代化。在此由農業轉型成工業化時代，國家無法自行興辦所有之公共事業，遂透過「特許制度」(Konzession)，由私營企業來興辦與經營之。為便利這些企業，各邦政府從寬解釋土地徵收法的「國家興辦事業」之規定，只要私人企業興辦，亦可為之行使徵收之權力，私人土地遂可進入此私營企業之手。

賴耶教授便針對此種情形，於該年撰就的「徵收法之原則」(Principien des Enteignungsrechts)，對此提出警語。賴耶教授不否認私人企業如果獲得經營公用事業的特許，可以滿足公共福祉的要求，而可以徵收私人土地。但國家也要盡到下列的責任：

(1)國家應負有義務「時常審查」被徵收土地有無「持續用在服務公益」之上。

(2)一旦發現土地未(或未再)為公共所需時，應許可被徵收人民行使買回權。國家應協助人民實現此權利，以貫徹「徵地公用」的原則。

賴耶的警語，可惜並未為德國實務界所採納。隨著第一

之世界大戰的爆發，許多私營企業都投身到國防工業的生產，因此，可徵收之公益範圍遂形擴張，運輸、化學、鋼鐵及軍火工業亦可要求政府徵收私人土地以為擴張事業規模之用。由於此些特許事業攸關國之存亡，有利私人之徵收儘管開始普遍與變本加厲，也鮮招批評。一次世界大戰後帶來的難民潮與國家任務的擴充，如同上文所提及，國家須在積極的社會政策(如房屋政策)、經濟產業政策及民生福利政策上提供服務，更使得有利私人的徵收不絕如縷，且逐漸視為尋常。

在此風潮中，起先都仍只是擴張解釋公共福祉的概念，法律上尚未出現明目張膽承認可為私營企業徵收土地的現象。一直到一九三五年十二月十三日納粹政權制定了著名的「能源經濟法」(Energiewirtschaftsgesetz)，第二條規定，為了使國民享受到公共能源的照顧，任何經營公共能源的公司，不論其法律型態為何，皆可申請徵收私人土地。這是納粹政權秉於每位國民都應當能享受低廉的水、電、瓦斯與暖氣的供應的理想，而規定每一個公立或私立之能源公司，不應如營利事業及市場經濟般斤斤計較興建管線的成本考量，應負有普及推動能源供給之義務。且納入國家行政機關嚴格的監控與指揮之中。為了配合其履行之公共任務賦予其能獲得所需私人土地的特權。此立法例在某些背景上，可端詳到古典徵收「特許」行業的色彩！

此立法例被認為是將古典徵收由公辦事業，方能獨佔徵收公益的現象打破，及於其他同類事項的民營企業之上，不能不說是一個「務實」且符合時代思潮的立法例。此法律及基本精神直至現在仍在適用也。就此新型的概念轉變，給予

德國行政法學大師福斯多夫(E. Forsthoff)後來開創「給付行政」(服務行政)理論的靈感。福斯多夫將國家此種對人民「生存照顧」(Daseinsvorsorge)的精神，視為國家任務與行政權力運作的典範，連同另一個同時代的法律——一九三四年的地區大眾運輸法，本法與能源法精神一致，規定為了滿足鄉區人民交通的便捷需要，任何公私立客運公司，都應當不計成本，儘量讓偏遠的居民能夠享受到大眾運輸系統的服務——構成了福斯多夫在一九三八年提出重要的著作「視為服務主體的行政」的兩條典型服務行政之法律的主軸。福斯多夫也是因此著作主張現代行政法已非古典行政法所強調的秩序行政，而係滿足人民生存照顧的給付行政¹³，而躍身成為現代行政法學奠基者的權威人士。

在二次大戰結束前，這種有利於公益與私利的徵收合法性，已經在許多法律中出現，漸漸形成了學術界與立法界的共識，即以徵收的發動，端視有無服務公益，不以受益人是否為公法人或私人為論。

故在二次大戰後，西德各邦忙於建設，都立法許可為攸關人民生活所急需的公共與民生事業，來徵收私人土地。因此，舉凡能源公司興建輸送管道、高壓電線及其他硬體建築所需土地，一一可假借徵收公權力之便，而轉入私人企業之手，甚至，為了增加就業機會，增加稅收，許多邦皆許可為大型企業修改都市計畫、土地及環保法令，並行使徵收權力，以為企業消除擴張其事業規模之阻力。「官商合作」以逼迫小民交出土地的情形，日漸嚴重。

¹³ 福斯多夫提出此給付行政理論，當然亦有其盲點，最重要的是採取全面授權行政權力來行使監督權。而在二次大戰後，福斯多夫將此理論修正，透過法治的原則，由立法者來實現此目的。可參見拙著，服務行政及生存照顧的原始概念——談福斯多夫的〈當作服務主體的行政〉，公法學劄記，2005年，第3版，第47頁以下。

一九六二年一位布林格教授，在其就任德國著名的海德堡大學公法學教授職位所舉行的演講中，便發表一篇論文「有利私人之徵收」，對此問題提供了深入的批判，並提出了改革的建議¹⁴，而成為德國憲法學界討論此議題的經典論著。

鑑於許多公共事業已經不再由國家或地方政府所獨攬，委由或開放民間經營已為不可違逆之潮流。既然無法阻擋之，只能善加規劃，為嚴密之管控。故布林格教授再三呼籲有益私人的徵收固然可行，但也僅限於有最重大與優勢的公共利益存在時，方可以使某些私人承擔此犧牲品的角色。同時呼應半個世紀前賴耶教授的主要見解——國家要善盡監督義務——，在執行此類的徵收時，還要「窮盡一切的法律手段」，來確保被徵收的土地，能持續的運用在有利於公共利益的用途之上。否則，企業容易為一時之需，把徵收視為「短暫的信託制度」，公共利益之名成為過渡的手段¹⁵。

比起賴耶教授，布林格更重視「防患」的措施。國家必須「窮盡一切的法律手段」，來監督「徵地公用」。首先必須在法律上，就將公共利益的範圍嚴格的界定出來。這也是因為公共利益或公共福祉，甚至重大的公共利益，都是不確定的法律用語，在解釋上存有甚大的彈性。因此，為了使有益私人的徵收，能與一般的徵收公益有所區分，就有待於立法者事先即界定出哪些是最重要、不可或缺的公益，方得許可

¹⁴ 至於早在實施古典徵收概念時，私人若獲得國家的特許來經營特定業務，例如，交通、礦業、軍火工業等，即經常透過徵收方式取得私人之土地。這也說明了大企業與政府「水乳交融」與「魚水關係」的密切關聯。但布林格並不認為這是典型的有利私人之徵收。因為這些特許企業都是承擔國家的公共任務，亦即國家透過特許，也將公權力與公共任務轉移到私人企業，此情形不像後來形成弊案的圖利私人之徵收，乃假借少量、一時性的公共任務，行攫奪他人土地之實。見 Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, in: Der Staat, Bd. 1. 1962, S. 466.

¹⁵ Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, S. 477.

之。從而，公共利益便分成三種：第一種為一般的公益，可作為普通基本人權限制所須。人民財產權可因此受到的限制亦可透過財產權的社會義務性來合理化此限制；第二種為加重的公益，亦為重大公益，亦即上文所提到「徵收公益」，德國憲法學經常以「公共福祉」，以示與一般公共利益有別。在此布林格所提出的第三種公共利益，即比一般徵收公益更為強烈與重大，方可作為同時有利於私人的徵收的正當性來源。此「三層公益理念」的區分，來顯示徵收公益與財產權保護的關聯，如同憲法學上對工作與職業自由的保護，分為基於三種不同份量的公共利益之考量，而有不同的限制可能性與檢驗密度，亦即由德國聯邦憲法法院由一九五〇年代「藥房案」所導源出的「三階段理論」，有異曲同工之妙(可參見司法院釋字第五八四、六四九號解釋)¹⁶。

為了強調許可有利私人徵收，必須基於之最優勢的公共利益所需，也多半是具有急迫性與例外性，布林格教授認為必須由立法者把守「第一關」。這涉及到立法者的立法行為有無侵犯到憲法保障人民財產權的意旨。這也是本號解釋所應當要集中檢驗火力的標的所在——到底大眾捷運興建的公益，可否「愛屋及烏」的延伸到由毗鄰地與整體開發所獲得利益之上，從而使後者的利益提升為公益，並能擁有獲得徵收而來土地之權利也。

就此而言，釋憲機關所審查的徵收合法性，已經不繫於檢驗「手段的必要性」為重，而根本在「正本清源」地徵收目的之檢驗之上¹⁷。就此而言，亦是本號解釋多數意見所未能特別重視之處。本席將於下文討論比例原則時，再敘及之。

¹⁶ 可參見本席在釋字第 659 號解釋之協同意見書。

¹⁷ Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, S. 470.

其次，在立法嚴格確定「例外時」方許可有利私人徵收的情形下，仍須有賴行政機關的把關，一般徵收的許可有賴行政處分的實施。行政機關應當透過附負擔、條件等方式，將法治國的界限課予徵收土地的實施之上。在以行政契約的方式執行時，也應將此列入契約的內容。因為此類的徵收，已經與一般公用徵收大相逕庭。行政機關不能夠以傳統於徵收後的徵收程序視之，而應課予「持續的監督」，按此類的徵收，已經將傳統由公行政承擔的履行公共任務，移轉到私人之上。因此，國家不能夠認為已經完全把履行公共任務責任託付給私人，自己即可擺脫責任¹⁸。

因此，布林格的大作，提出了下列的結論立法者必須：
(1)確定那些能移轉為私營企業所有的徵收之目的，不能夠籠統與概括授權的規定；(2)惟有在例外情形方得許可，亦即為特例而非非常態；(3)從而其違憲審查應採最嚴格的標準及(4)立法者必須採行一切有效的預防方法來保證土地能持續的為公益服務，這種見解已經成為德國學界的通說¹⁹，包括確保人民的買回權(與賴耶的見解同)。

2. 德國聯邦法院的見解

上述布林格教授的見解，具有理智與高度的前瞻性，不僅成為學界的主流思想，也影響到德國聯邦法院的實務見解。不僅聯邦憲法法院，即連聯邦行政法院及聯邦普通法院，都採行之。可略述如下：

(1) 德國聯邦憲法法院之見解

德國聯邦憲法法院日後在審理有關有利於私人的徵收，所持的見解，大致不出布林格教授的見解。例如，最經典的

¹⁸ Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, S. 471.

¹⁹ P. Badura, Staatsrecht, 6 Aufl., 2015, C.86; V. Epping, Grundrechte, 3 Aufl., 2007, Rdnr. 473.

案例莫過於一九八七年三月二十四日所判決的「波克斯堡徵收案」(Boxberg-Enteignung)²⁰，這也是德國聯邦憲法法院對有關此議題所作出第一個案例，迄今已成為權威與經典案例。本案乃是德國著名的賓士汽車公司，打算在波克斯堡小鎮附近興建一個汽車測試廠，預計十年內可提供九百個工作機會。當地政府遂修改都市計畫，將農林用地劃歸為工業用地。汽車公司雖然收購部分所需土地，仍有若干地主不願出售土地，汽車公司遂申請地方政府，依據聯邦建設法的規定，以配合都市計畫之名進行徵收。最高行政法院肯認此徵收計畫能夠帶來優勢的公共利益，法院認為以賓士汽車公司雄厚的財力與信譽，能夠確保持續維持九百個工作機會，此對於飽受失業率高漲及財政收入困乏的地方政府而言，此徵收公益無疑具有優越無比的價值。然而，聯邦憲法法院所作出的結論卻宣布此徵收計畫違憲。憲法法院認為，徵收的公共利益，特別是可轉讓給私人之徵收，必須極為優勢。以必須透過立法者在法律中明白確認此種公益的存在為前提。憲法法院曾經援引該院在過去一九八四年三月二十日所公布的「能源經濟法案」判決(亦即延續一九三五年的法案)的見解，認定凡是私人企業受到公共任務的委託，提供公共事業的服務時，例如能源、交通等，可以肯定其具有得為有利私人之徵收²¹。因為這是滿足人民「生活照顧」所需，且自一九三五年以來一直受到肯認。但是如果僅是為了增加就業機會，以及增加稅收，以改善地方政府的財政狀況，就不可與上述「能源經濟法案」的公益份量，相提並論。否則，以後

²⁰ BVerfGE, 74, 264;中譯本可參見江嘉琪譯，波克斯堡徵收案，司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯(十)，民國91年12月，第129頁以下。

²¹ BVerfGE, 66, 248;江嘉琪，前述文，第137頁。

任何大企業都可以到失業率高、財政不佳的地區，大肆收刮私人土地乎？

其次，聯邦建設法雖賦予地方政府為了執行都市計畫的目的，而可實行徵收，但該法是為都市計畫而規定，而非為徵收目的所設。而達到都市計畫的方式很多，農地的地主亦可配合都市計畫而改變農地之使用。故不得用此建設法概括的規定，變成有利私人的徵收理由。故聯邦憲法法院認為，這種以增加就業機會等為名的徵收，只是「間接」服務公共福祉，既不能滿足徵收的公益要求，更不能將徵地移轉給企業也。

對於憲法如何許可此類有利私人的徵收？憲法法院認為立法者應當要就各種許可的徵收公益，為實體上與程序上予以詳盡的規範，使得徵收的得利者，在平衡被徵收的人民與行政權力的三角關係中，能經得起比例原則與平等原則的檢驗，特別是徵收的必要性原則，應當仔細的審查之。此外，企業徵收私人土地後，必須要確保其非一時性的，而是持續性的為公眾服務，這也是立法者應有仔細規範的義務²²。顯然憲法法院已經採納賴耶與布林格教授的見解矣。

由上述德國聯邦憲法法院波克斯堡徵收案的經典案例可知，立法者雖然有決定徵收公益及轉讓予私人之徵收的權限，但必須極為慎重。大凡在傳統公用事業的徵收問題不大，但在增加工作與稅收的考量，即不足以構成徵收的理由，這是頗重要的一個觀點，對本號解釋的立論，應有甚大的參考價值。

(2)德國聯邦行政法院的見解

²² 江嘉琪，前述文，第 152 頁。

接續德國聯邦憲法法院一九八四年「能源經濟法案」判決及上述「波克斯堡徵收案」的立論，德國聯邦行政法院在二〇〇二年七月十一日，也作出一個著名的案件，表達承認對私人徵收土地後轉讓給私營能源公司的合法性見解²³。聯邦行政法院除了援引上述聯邦憲法法院的能源法案之見解，而特別強調該徵收已具備「國家的能源與經濟措施監督的權限」的要件之上。鑑於現代能源經濟的發達與迅速革新，都使得原本一九三五年版本的「地區化」能源法已形落伍，地區性的能源系統已不敵「跨區性」或「全國性」的能源網，從而大公司兼併地區小公司已成趨勢，將會面臨卡特爾法與公平交易法等多法的規範管制，故能源公司遭到國家經濟法與能源法的多重管制，當可以確保其妥善與合乎徵收目的的使用所徵收之土地也。

(3) 聯邦普通法院的見解

德國聯邦普通法院民事第三庭，在今年(二〇一五年)三月十二日也作出了一個有利於私人徵收合法性的判決。本案是一個能源公司將在鄉鎮公園上興建八個風力發電機。聯邦法院援引上述二〇〇二年聯邦行政法院的見解，認定此種有利於民眾能源供應的徵收計畫，乃是符合公共福祉，得為徵收之依據。從而有關輸送電源的管道及其他調控設施，包括供電網的設立都可徵收私人的土地，且能轉移給民營電力公司。聯邦法院認定，只要能源主管機關能夠持續監控所徵收來的土地，移轉於私人後，可繼續用在公共用途之上，即可符合徵收的公益。至於，主管機關對於設置風力發電的必要性評估，包括日後是否有多少需電量的估算，聯邦法院認為

²³ BVerwGE,116, 365.

這是主管機關的預測與估算的裁量權限，法院只能夠審查其方法有無可非難，以及有無合乎事理的理智判斷而已——亦即承認行政法學所謂「判斷餘地」的理論。至於，在具體徵收計畫的必要性上，包括徵收的範圍等，法院則有完全的審查權限²⁴。

聯邦法院的見解，雖然重心不在有利於私人徵收的問題，但也對行政機關必須對徵收土地的用途「持續用於公共事務之上」，也符合學理與實務的通說。

3. 國庫利益的「非徵收公益性」

次一個問題，由系爭規定許可聯合開發主要的目的，正是措籌興建捷運的經費，已經觸發了對於國庫利益是否屬於得以徵收的公益的問題。按國庫利益，自屬公共利益，否則憲法不會許可人民負有依法納稅的義務。然而，在行政法學上，早就將圖利國庫的徵收，排除在徵收的許可範圍之外。例如，威瑪共和時代，帝國法院便宣示了此一原則。而在一九五〇年巴登邦的高等法院也在一個普受注目的判決中，支持這種見解²⁵。因此，有利於國庫的公共利益，不足以作為徵收的公益理由。因此，政府不得藉著徵收私人的土地，來充裕國庫，否則便是「肥了國家，瘦了人民」，而與憲法保障人民財產權的意旨背道而馳。反之，如果非為了充裕國庫所為「加害型」的徵收，而是真正為公用或公益而徵收後，徵收的補償標準，固應正當與適當，然而，國庫支付能力實在無法全額以市價補償時，學理上基本上仍可視為基於公共

²⁴ BGH, 12. 3. 2015, III ZR 36/14, EnWZ 2015, 269.

²⁵ 財產的公益徵收，就應當和稅捐徵收會有不同的概念也，後者的概念，稅捐的收入乃形成公共財產內容的主要來源，反之，公益徵收，則不可視為公共財產的「附帶制度」(Nebeninstitut)，這是德國行政法大師韋伯(W. Weber)的名言。見陳新民，公益徵收之目的，收錄：「基本權利」(上冊)，第360頁。

利益的考量，並非全為憲法所不可也。但此情況應有賴民意機關來嚴格的檢視國庫的支付能力。而其監督與判斷，釋憲機關在此情形，泰半會尊重之²⁶。

(四) 我國法制對有益私人徵收許可性的規定

上述依我國土地法實施徵收的時代，有利於私人的徵收已數見不鮮，似乎從未遭到學界、立法實務界的批評與反對²⁷。例如，土地法第二〇八條的公用徵收事業，第八款即將「為國營事業之需要」即可徵收。然而國營事業雖有配合國家政策，提供人民需求為目的，可列為公益的內容（見國營事業管理法第二條），但國營事業仍有營利的目的，與民營事業無異，實乃追求國庫利益之事實。卻許可為之徵收土地，甚為不妥。連同同法第二〇九條許可為實施經濟政策而徵收，並且可移轉至私人之手，且嗣後為土地改革及提倡工業化與振興經濟的法律中，也一再實施這種有利於私人的徵收。都為私營企業獲得土地，開了方便之門。

就以造成本案原因案件的大眾捷運法而論，類似得以徵收土地予私人企業的立法例，亦有數個，例如，產業創新條例(第四十二條)、獎勵民間參與交通建設條例(第十一條)、離島建設條例(第八條第二項)、促進民間參與公共建設法(第十六條第一項)、運動產業發展條例(第二十八條)、科學工業園區設置管理條例(第十二條第一項)、商港法(第七條)、國際機場園區發展條例(第十一條)、農業科技園區設置管理條例(第十一條第一項第一款)，皆有類似的立法例。

如以德國聯邦憲法法院及學界的主流見解來檢驗，由系爭規定所許可的徵收毗鄰地，以及聯合開發，此有利私人的

²⁶ 拙著，論公益徵收的補償原則，收錄：憲法基本權利之基本理論(上冊)，第416頁。

²⁷ 本席甚早(1985年)即撰文對此問題援引布林格教授的見解，予以批評，參見註1處。

徵收制度已揭露出下述的問題：

(1)立法許可性：誠然，個別的有利於私人的徵收，應透過立法明白確定其要件，不可概括與含混的授權行政機關。就此要件而言，系爭規定將徵收的目的，限於「大眾捷運」的興建之上。此亦符合土地徵收條例第三條第二款的交通事業。但儘管無後者的規定，系爭規定亦可獨立成為徵收的目的。

但所謂的「聯合開發」則過於空泛與籠統。相對於徵收公益——建築大眾捷運設備的目標，極為明確。則聯合開發究竟為何目的？此應由開發案的內容而異其答案，但無疑的，都是興建「有商品價值」之建築物——如住宅、百貨公司、電影院與遊樂場。無一與徵收應有的高份量公共利益有關。

甚至系爭規定且是許可所謂的「雙軌制」——行使徵收權以便興建大眾捷運系統之用地，而後再進行聯合開發。前階段可援引徵收之規定，符合徵收目的；後者，則僅限毗鄰地部分，其使用全然與建設交通設備切割，而全為聯合開發之目的。因此，在原因案件便可以產生前者徵收土地以為交通建設之計畫已經完工及使用數年之後，才開始聯合開發計畫的「雙頭開發」之現象也²⁸。但是針對這種「併行制」的合憲性，不僅最高主管機關²⁹，甚至行政法院³⁰，皆不質疑。

不爭的事實，乃是聯合開發的範圍大小可直接牽涉可徵

²⁸ 甚至，兩種目的可以分別獨立，各自完成。以本號解釋原因案件為例：捷運出口等建築完工使用(民國 87 年 12 月)後，其他整體開發案五年後(民國 93 年 4 月)才發給建築執照，民國 96 年才取得使用執照，即是一例。

²⁹ 參見行政院民國 103 年 5 月 5 日台交字第 10301333000 號函覆監察院，認定內政部與交通部對於實施此種「併行制」，以及將徵收之毗鄰地轉移給聯合開發商的行為，並不違法與違憲（……本院對相關權責機構之見解表示尊重）。

³⁰ 例如，最高行政法院 101 年度判字第 722 號判決，即認為此制度並無程序違法及違憲之虞。

收毗鄰地的大小，且完全可由開發計劃來決定之。此由所謂的毗鄰地之法定解釋——九十年大眾捷運法第七條第二項第三款之規定為「與捷運設施用地相鄰之街廓，而以地下道或陸橋相連通者」³¹。可見，其範圍可「小大由之」，任由開發商之「胃口」，透過各種開發計畫而異其範圍。但各級法院卻漠視這種計畫全是「人為」的後果。此見諸聲請人針對毗鄰地有無符合必要性的質疑，最高行政法院確定判決所援引之：「(整體開發)係採共構型式設計、整體開發、結構一體，必須使用全部之基地範圍，而無法分割，自有一併徵收之必要」。毫無疑問地，「整體開發、結構一體」的說法並不可信，因為每一個整體開發藍圖，都可以因不同「設計」(或共構設計)，而「異其結構」，更何況，天下哪有一個建設藍圖自始至終都不可以修改？甚至，施工後亦可以在「安全無虞」的考慮下，加以修改，尤其是減小規模式的修改。因此，此「必須完全依開發商提出藍圖建設」之見解，毫不可取。更可以看出：開發商擁有「豐儉由己」的決定力，竟為法院所不察也³²。

(2)有利私人的徵收，應基於急迫的公益，與例外的情形方得為之，在系爭規定，及其他類似的立法中，且視為常態性與持續性的立法。

(3)聯合開發的目的，雖然法定理由有多端，但真正的直接目的僅有一個——籌措建築大眾捷運的財源。此觀諸大捷法

³¹ 此對所謂的毗鄰地之法定解釋，乃是民國86年5月28日才增訂，在此之前的條文，當然即有欠缺法律明確性原則的違憲疑義。即使此增訂內容後的規定，也不免過於空泛與寬鬆——只要路橋或地下道可及之處，皆可納入毗鄰地的範圍，而無最遠距離的限制，難謂不夠明確。故亦有違反明確性之虞！

³² 雖然實務上這些計畫內容都會經內政部土地徵收審議委員會審查，但泰半是尊重原計畫內容，而不致對其為結構上的刪減，也不可能改變對其的整體規劃。以開發商作為投資人的立場，將本逐利，視為當然。因此能否有效制止開發商加大規模而增加獲利機會，實足令人懷疑。

第七條之一：「主管機關為辦理前條第一項之土地開發，得設置土地開發基金；其基金來源如下：一、出售（租）因土地開發所取得之不動產及經營管理之部分收入。二、辦理土地開發業務所取得之收益或權利金。……」尤其第二款的規定，顯然將聯合開發視為徵收所要達到真正公共利益，及其他「生財之開發」所需費用的來源矣。至於有效利用週邊土地，以繁榮地區云云，難道週邊毗鄰地的地主，不會知道有此商機，而營利嗅覺十足的開發商，不會主動與地主接洽，以優惠價錢購得土地，或以其他方式實施真正的「聯合開發」，而一樣能使週邊土地最有效的使用而繁榮乎？這也是本號解釋多數意見所認為：捨徵收一途外，仍有其他對人民更和緩的手段也。

故聯合開發的公益取向，明顯是朝「有利於國庫」，一則可分擔捷運建設的費用，如有盈餘，則納入國庫。至於整體開發顯然則是全部利益的來源，亦即：本號解釋原因案件是典型的「公益挾帶私益」。而聯合開發的業者無疑的是最大的獲利者。但這種圖利國庫，或是著眼於財政利益的考量，既不應作為徵收之目的，更不能作為許可有利私人之徵收。聯合開發之制，剛好與此原則相悖之！

(4)所謂聯合開發之名，似乎美其名為「聯合開發」。與系爭規定立法之初。亦曾說明：本規定雖為有效利用土地資源與促進地方發展，而採取聯合開發的制度，可讓地主參與聯合開發，共享利益，以化解其抗拒徵收的阻力。質言之，是一種「公私協力、共享共榮」的徵收案³³。實則不然，由

³³ 可參見立法交通、司法兩委員會所提出「大眾捷運法草案」審查報告，立法院公報，第77卷，第46期會議紀錄，第35頁、第36頁。委員會在該報告也提及：這種公私協力想法甚佳，但不詳備，必遭諸多窒礙難行。同時強調應採用最小侵害方法，例如可利用現有建築物某一樓層(如地下室一樓或二樓)作為通風口或出入口，但以提高容積率為回報，即可避免徵收，並可獲地主

毗鄰地主不可能具有龐大的資金與開發技術能力，上述地主與徵收機關「共同開發」，從未有任何一個案件實施過，遂於民國九十五年後，改為完全由主管機關，取得徵收土地，獨自開發，或尋找其他私人企業參與開發。易言之，立法當初的「地主參與開發享受開發成果」，形成鏡花水月³⁴。

如今，地主被強制徵收土地後，僅有少部分使用於公共建設，而絕大多數徵來的土地建起堂皇的住宅，生意興隆的百貨公司與遊樂場所，企業主獲益頗豐，而原地主頗多且欲入住一宅而不可得，此豈非「有害人民之徵收乎」？

(5)有益私人之徵收的立法的合憲性，應當給予最嚴格的合憲性檢驗。同時各個許可該種徵收的法律，應當在程序及實質面給予詳盡的規範，俾使釋憲機關及法院得對之行使最嚴格的審查。顯然相關法律都未能滿足這種詳盡規範的義務。

(五) 比例原則的檢驗

本號解釋多數意見將系爭規定的檢驗標準，使用比例原則，特別是必要性原則，而推論出並無徵收毗鄰地的必要性。就此而言，本席敬表贊同。正如同本席在前言已提及，比例原則最早便出現在徵收的法令之上，此見諸德國普魯士一八七四年的土地徵收法，便強調徵收的範圍，限於公用事業的必要性之上，亦即，必須是最後手段(*ultima ratio*)。

支持。以及公私協力讓地主分享共同開發之利益，宜以法律明文規定等。這些立法過程的見解，皆極正確，但日後本法實施的發展，卻完全與立法過程的立法意旨相悖矣！

³⁴ 依台北市(民國 84 年 12 月 11 日)「台北都會區大眾捷運用地毗鄰土地劃定為聯合開發用地作業原則」草案(該原則於民國 81 年 1 月 19 日通過實施)，許可地主若有二分之一以上願意共同參與開發時(或有三分之二土地以上之地主者)，得由其開發。但無一申請案得依此規定開發之。隨著大眾捷運法第 7 條於民國 93 年 5 月 12 日通過後，改由政府自行決定與私人開發，該原則遂於民國 95 年 7 月 28 日廢止之。見台北市政府民國 103 年 12 月 4 日府捷聯字第 10314224300 號致司法院秘書長函。

從而徵收處分的必要性，一直都是行政法院審查的範圍³⁵。

然而，本席之強調徵收的公益檢驗，應置於公益的本身，而非手段的必要性為主，主要是考量倘若釋憲者因循傳統的人權法律違憲審查，如以比例原則為手段時，經常會對侵權立法措施的公益性，採行寬鬆的審查標準，而將保障人權的關鍵於在手段的管控之上，即比例原則。而在此原則的檢驗又集中在必要性與均衡性，對目的性的審查容易形式化。就必要性與均衡性的審查，如果不能切實把握必要性的重要因素，則很容易被均衡性的審查結果來予誤導——以德國聯邦憲法法院波克斯堡徵收案為例，聯邦行政法院便堅持：對一個窮困無工作機會的小鎮，可以提供養活九百個家庭的工作機會，其利益之大，豈非幾個小農，只擁有幾公頃的林地的利益所可比擬？同樣的說詞，也可用到類似的原因案件——面對一大批巍峨、堂皇的新市鎮與遊樂中心，加上捷運出口，所帶來的社會產值之大，與原有地主若繼續保留其土地的利益，何有天淵之別？

是否憲法的正義觀與保障財產權的價值，應以世俗的功利觀來做標準？這種「數量」，而非應含有保護弱勢，維護社會正義的「質量」觀，很容易誤導「均衡論」的結論——吾人可試觀本院釋字第649號對就業服務法保障盲人獨佔按摩業，被宣告為違憲的主要立論，乃是該獨佔盲人服務

³⁵ 這種重視法院對徵收計畫公益性與比例性原則的審查權限，也涉及到「立法徵收」的合憲性的探究。所謂的立法徵收，乃相對於行政徵收而言。立法徵收是立法者直接在法律中規定一個徵收計畫(例如，興建水庫、堤防)，而非一般徵收，由行政機關在個案援引法律來予個案徵收。德國聯邦憲法法院在1968年著名的漢堡堤防案件(BVerGE 24, 367)已經認為：僅限於例外的情形，透過一般行政徵收途徑，可能緩不濟急時，方得為之。憲法法院的理由主要即是針對在此種由立法者決定的徵收，一般法院很難審查徵收計畫的公益性及比例原則，甚至補償基準，而須由憲法法院方有此職權，因此限於極為例外的情形，方可許可之，避免人民訴訟權利遭到甚大的侵犯。拙著，公益徵收的目的，收錄：憲法基本權利之基本理論(上冊)，第382頁以下。本判決的中譯本，可參見蕭文生譯，堤防案判決，司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯(十)，民國91年12月，第23頁以下。

按摩業的立法，縱然有強烈的憲法依據，也符合必要性原則，但卻通不過均衡原則的檢驗，其理由是：開放按摩業予明眼人可以繁榮按摩產業，造就更多的就業機會也。

這是本席擔心，將系爭問題的檢驗，全部置於比例原則之上，可能產生失衡的弊病。故強調亦應將重心置於公益許可的檢驗之上的本意所在矣。否則，隨著人民靠薪資生活的人數比例，已經遠超過農業時代之依賴土地而生活者。工商業的產值也遠超過土地的租賃或耕種所得，這在衡量徵收處分會給雙方帶來的損益，亦即比例原則經常使用的狹義比例原則(利益均衡)，擁有土地的一方，將永遠是輸家，如果不能重視徵收制度的「最優勢公益」性質，是具有憲法位階、且濃厚保障私人財產權的用意，否則誤用此僵硬的利益均衡判斷，將扮演著為「徵收有利巨戶」現象的「合理化依據」

36。

二、部分不同意見書

本席不同意多數意見「不受理」的範圍包括了聲請人其未能獲得聽證或表達意見的機會，而有違正當行政程序之原則。按聲請人指摘土地徵收條例第十條第二項之規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此

³⁶ 我國行政法院的實務上，也有發現利用均衡原則來審查徵收合法性的案例，但幸好其作成了妥善的結論。例如，最高行 102 年度判字第 371 號判決：「……3.符合比例原則：因興辦公共事業徵收私有土地所欲達成之公益目的，與徵收強制剝奪人民財產造成人民財產權損害之私益及未徵收所維持之公益中利益，相互權衡輕重後，確認因興辦公益事業所造成之損害與欲達成目的之利益並無顯失均衡之情形，始符合憲法第 23 條及行政程序法第 7 條規定之比例原則，其強制徵收私有土地，始為適法。……足見系爭土地之徵收係以犧牲屬於特定農業區之優良農地為代價，而該特定農業區農地如原本即種植農糧，則值此世界糧食短缺，國家重視糧食自足之時，被上訴人於核准徵收時，自應針對此二者之公益為衡量，必須徵收所帶來之公益遠大於維持農用所保護之公益及土地所有權人之私益時，其徵收始符合比例原則。……」。

限。」而認定該條文對於公聽會之舉辦僅限於「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前」，而對計畫已獲主管機關同意後，卻經過甚久時日，情況已變遷，卻並無再舉辦公聽會之權利，認為此規定違憲。

多數意見以土地徵收條例第十條未經終局裁判適用為由，而不予受理。實則，由確定終局裁判(最高行政法院九十九年度判字第一二五九號判決)，已明顯得知，聲請人要求依據該條之規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會」，但法院則以該條文乃「……許可前」方有「應舉行公聽會」之必要。而該案已在「許可後」，故無舉行公聽會之必要。顯然法院已運用此條文，而採用不同於聲請人的見解罷了，何能說一定要符合法條的原意，方得作為已適用乎³⁷？

本席認為，應以更高的視野，而非拘泥於判決文句中的枝微末節，以正視人民維護其財產權「程序正義」的問題。鑑於行政程序法(第一〇四與第一〇七條)，對於行政機關作出不利人民行政處分前，應給予陳述意見的機會。同時，鑑於我國大法官在釋字第七〇九號解釋，已經將保障人民財產權，應給予充分的聽證權，使此正當行政程序提升到憲法的層次，且為立法者的義務(亦可配合上述德國要求立法者應在實體與程序面仔細規範的義務)。在都更僅是限制人民財產權的案例，大法官對正當行政程序都持如此嚴肅與周全的精神，在本處剝奪人民財產權的場合，卻採如此僵化與保守、不合論理邏輯的心態，豈完全抵觸釋字第七〇九號的初衷？

³⁷ 即以行政訴訟法而言，第 242 條所謂的不適用法規，乃指不僅不適用法規或適用不當而言。第 243 條第 1 項所謂判決不適用法規，乃指適用法規錯誤，或消極不適用法規在內。

三、結論：切莫實施「必焦小民」的徵收政策

的確，吾人不可諱言，現代國家的確需要民營的企業參與投資與經營有利於國計民生的公共事業，加上民營化與BOT等制度的風行，都使得徵收有必要為私人企業而行之，自然帶來了可能假以時日，淪入私人之手的弊病。故由德國學理與實務的經驗可以得知，這是可以在立法與行政監督上，努力克服的難題，只是在有無決心罷了。

正如同布林格教授早在半個世紀前所提出的：立法者負有把關的義務，對可能有利私人徵收的可能性，應作最嚴密的監控與擘劃，避免淪為完全圖利私人。否則，正如同本案可能潛在的弊害——讓聯合開發大眾捷運系統的制度成為一個「紙面上的美景」——讓地主心悅誠服貢獻土地、政府機關順籌措所需經費、隨捷運路線開通與入口興建造就週遭繁榮、地價可騰升，理論上是完美的「三贏」（政府、被徵收之人民與得利之廠商，皆獲得好處）。但卻造成「廠商獨贏」，而幻滅成「鏡花水月」！

君不見，被徵地主甚早即被排除在聯合開發行列，已無共享聯合開發好處之可能。「聯合開發者」只剩政府與廠商。雖有可能形成「雙贏」，但形成「單贏」（得利之廠商），及「三輸」（政府、被徵收之人民與公平正義）的可能性，早已為社會輿論與學界所詬病³⁸！故無論如何，被徵收土地的人民一定是「必輸」。因此，我國應當努力在立法上尋求至少能確實保障人民財產權的方法。多數意見在解釋理由書第三

³⁸ 類似的案例亦可參見監察院93年1月21日就大台北捷運新店線新店機廠聯合開發案所提出的糾正案；另見，陳仲麟，圈地惡法立即停止：對私用徵收的憲法批判，台灣法學雜誌，第159期，第9頁以下。

段已提到許多種「損害較輕」的手段：「……非不得以適當優惠方式與土地所有權人合作進行聯合或共同開發、以市地重劃之方式使原土地所有權人於土地重新整理後仍分配土地、以區段徵收使原土地所有權人取回與原土地同價值之土地、或以其他適當且對土地所有權侵害較小之方式達成。……」不失為良好的主意。然而在立法院審議大眾捷運法第七條時³⁹，已提到對取得上述整體開發的土地，除公地撥用及協議購買外，應採區域徵收或市地重劃的方式，但立法委員也明知：若採區域徵收，須返還地主至少百分之四十之土地，採土地重劃更高達百分之五十五，皆認為不可能在聯合開發中實現也⁴⁰。顯然立法時，立法委員已明知要動用徵收一途來取得整體開發之必要手段也。然而，卻未對此行使此權力詳加規範，不禁令人合理的懷疑：究竟是立法過失，還是有意欺瞞民眾，而為此有利於開發商與政府公權力大開方便之門⁴¹。

此外，德國布林格與聯邦憲法法院的見解，實值得我國立法院虛心學習。首先，國家應盡力維持徵收的公用性質，如布林格教授所主張者，徵地以建築低價國宅，或興建工業區，其買受人可能若干年又轉讓給他人，形成「公益轉私益」，形同財產權重分配，即對原土地所有人不公。應該立

³⁹ 九十年大眾捷運法第7條第4項：「大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理開發所需之土地，得依有償撥用、協議購買、市地重劃或區段徵收方式取得之；其依協議購買方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」

⁴⁰ 可參見立法院公報，第77卷，第46期院會紀錄，第35至36頁。

⁴¹ 可參見大眾捷運系統土地聯合開發辦法(民國99年1月15日修正)第3條第2款：「二、土地開發：係指主管機關自行開發或與投資人合作開發開發用地，以有效利用土地資源之不動產興關事業。」說明了土地開發乃是主管機關自行或與投資人合作開發用地，而該投資人也當然可取得「不動產新關事業」。第18條規定主管機關應與投資人簽訂投資契約書。第21條甚且許可將「建物全部或部分出租、設定地上權或以其他方式交由投資人統一經營……」。都可以得見聯合開發實際上是將開發成果，由行政機關與投資人分享，豈非赤裸裸的「官商共同營利」？

法限制其轉讓權，包括長時效的買回權制度⁴²。同時，應建立徵收之土地，並無買斷效果，只有信託使用的制度。故此種國宅應當「只租不賣」讓行政機關永遠有低價之國宅，滿足弱勢族群「居住的正義」。對於近年來屢屢高呼要「廣建社會住宅、合宜住宅」的我國地方政府，實可慎重採行此政策矣⁴³！

最近偶讀到明代的雜記《芙蓉鏡》，有一篇「栗諫」的文章⁴⁴，記載遼國皇帝與大臣家奴的對話時，家奴將治國之方比喻為煎烤栗子：「小者熟，則大者生；大者熟，則小者必焦。使大小均熟，始為盡美。」其中精采之處為「大者熟，則小者必焦」。指出了，國家之施政，如只顧既得利益集團的利益，那小老百姓們豈有活路矣？正可以作為本文不能贊同大、小財閥，藉著聯合開發捷運設施之便，行使巧奪人民財產之實的註腳。此種聯合開發，豈非「必焦小民」的徵收之策乎？

特別雪上加霜的是，我國大眾捷運法(第七條第八項)，與獎勵民間參與交通建設條例(第十條)都有相同的立法例，許可行政機關由聯合開發所獲得的權利，擁有免於土地法或國有財產法所規定的各種之拘束。此類規定，雖然有助於活化主管機關與開發商進行聯合開發的彈性與裁量空間，但也無疑的帶來了雙方利益交換或糾葛的危機，也增加

⁴² 這是早在百年前賴耶教授所提的見解。然而，現今買回權制度的僵硬，本來土地法第 219 條只限於 5 年的買回期，時間甚短，幾乎無任何功能，但土地徵收條例改為二十年(第 106 條第 1 項)較為有利，但對於如何屬於未依計畫使用，則多半採寬鬆見解，例如，主體工程有興建即可，使得買回權形成形式意義。因此，立法機關有必要就此制度重新檢討，可參見拙著，憲法財產權保障的陰暗角落—論徵收的買回權問題，刊載：東亞行政法學會第七屆國際學術大會論文，2006 年 11 月。

⁴³ Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, S. 449. 見拙著，公益徵收之目的，收錄：憲法基本權利之基本理論(上冊)，第 372 頁。

⁴⁴ 楊沁，栗諫，讀者雜誌第 9 期(2014 年 9 月)。

了貪瀆的風險與誘因。目前已有數件主其事者涉及牢獄之災，是否已有一葉知秋的徵兆乎？

義大利啟蒙時代著名的政治學者馬基維利，在其與「君王論」(The Prince)齊名的著作「論提圖斯·李維的前十卷」(Discourses on the First Ten Books of Titus Livy)第三卷第六章中，有一句著名的警語：

「國家不論用任何手段強奪人民的財產，人民手中必然握有一把復仇的匕首。」

如今不少公共建設的聯合開發案，利用公益挾帶私益，雖然公共建設已成，但卻帶來鉅額圖利廠商，甚至造成「必焦小民」的徵收後果。這些被徵收人民的怨恨，如果轉化成復仇的匕首，我心為之同悲矣！