

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

怎麼樣的犧牲才夠特別？論管制性徵收

張永健*

摘要

臺灣的管制性徵收理論，主要有兩大缺失：第一，缺乏夠具體的判斷標準；第二，沒有現實可操作的補償計算方式。本文以大法官釋字第 564 號解釋理由書，以侵害是否「至為微小」作為管制性徵收理論第一階段的判斷標準。本文承襲了 Richard Epstein 的徵收理論，主張以民法於類似情境中是否賦予補償請求權，作為進一步具體化「至為微小」的第二階段判斷標準。而輔以特徵迴歸模型與實價登錄數據，可以計算系爭不動產在管制前後的市場行情。市價差異可以在民法規範難以作為參考指標時，用來判斷侵害是否至為微小；也可以作為補償數額的估價方式。

臺灣的管制性徵收實務，目前最大的問題是拒絕以釋字第 400 號、釋字第 440 號及憲法第 15 條作為補償之請求權基礎，因而直接駁回許多財產權受重大限制者的訴訟。本文認同學者主張，認為行政法院應該實體審酌此種請求，撤銷拒絕給付補償但又過多限制財產權的行政處分。近年來許多土地所有人改以公法上不當得利作為請求權基礎，本文檢討行政法院相關判決的論理缺失。

關鍵詞

騎樓、公共設施保留地、民法、特徵迴歸模型、
財產權、隱然非金錢補償、至為輕微、公法上不當得利

*中央研究院法律所副研究員、法實證研究資料中心執行長；美國紐約大學(N.Y.U.)法學博士。kleiber@sinica.edu.tw。作者感謝彭瑞驊、劉孟涵、陳憶馨的研究協助；感謝許家馨、蘇彥圖、林建志的寶貴意見。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

目次

壹、	導論.....	1
貳、	徵收、管制、兩者之間：管制性徵收理論建構.....	4
一、	大法官解釋揭示之管制性徵收理論.....	5
	（一） 基礎規則：釋字第 564 號之標竿地位.....	5
	（二） 應用：騎樓限制擺攤（釋字第 564 號）.....	7
	（三） 應用：公共設施保留地未補償（釋字第 336 號）.....	8
二、	管制性徵收標準之進一步具體化.....	9
	（一） 公法問題之私法答案.....	10
	（二） 公法問題之實證答案.....	13
	1. 實踐方式.....	14
	2. 為何受管制者在財產權保障體系中最不利？.....	16
參、	損失補償請求權.....	18
一、	行政法院仍不處理管制性徵收之請求.....	18
二、	「創設」以大法官財產權解釋為本之損失補償請求權.....	19
三、	遁入「公法上之不當得利」.....	20
	（一） 既成道路與公用地役關係.....	21
	1. 公用地役關係的私權性質區辨.....	21
	2. 公用地役關係的有償性.....	23
	3. 補償請求權.....	25
	（二） 其他管制類型.....	26
肆、	結論.....	27

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

壹、導論

財產權受限制時，何時應論為「徵收」而給予保障，是憲法學財產權議題的大哉問。至少由中文或英文的法學文獻判斷，目前並沒有夠具體且眾意咸同的理論。筆者曾嘗試以國土計畫法之損失補償規定為探討對象，主張以民法中私人間的損害賠償規定，作為公法管制中損失補償的基準¹。詳言之，若公法管制對財產權之限制，相近或超過民法中他人之侵害，而民法對此種侵害又規定「如有損害，並應賠償」，則公法管制也應該給予損失補償。本文由此理論出發，提出包涵更廣（但仍不完整）之「管制性徵收」(regulatory takings；亦有稱「準徵收²」)損失補償理論。

職司憲法解釋的大法官，審查有剝奪財產權嫌疑的行政管制，已經有熟悉的論證格式。若某行政管制剝奪人民財產權，卻設定苛刻的補償條件，或給予過低的補償數額，大法官可以依據憲法第 15 條宣告該法條違憲無效（附期限失效，免得財產權人在法律空窗期無法請求任何補償），並要求立法機關儘速制訂符合憲法意旨的新規定。財產權受侵害者要把案件帶到司法院大法官面前，也不會有太大的論證困難。財產權受侵害者可以先據相關條文在行政法院提起給付訴訟，若能說服行政法院法官，系爭條文的補償條件或數額有違憲之虞，或許法官就會裁定停止訴訟，聲請大法官解釋。即使法官沒有被說服，受侵害者仍然可以在有終局判決之後，自行聲請解釋。

本文要開展的論述不是上述情形的憲法解釋，而是處境更為艱困的「財產權受限制」案件類型。若要處理此種案件，必須實務界能接受：憲法條文與憲法解釋可以作為請求權基礎。舉例而言，若某人之土地被指定為公共設施保留地，或房屋被指定為古蹟，從指定之日起，即不能作大型開發或變動。然而，如果授權作此種指定之法律，並未明訂給予補償，財產權受限制者，能否在行政法院提起給付訴訟，要求國家給予損失補償？從大法官解釋的規範立場出發（其梳理參見本文第貳部分），財產權受超過「至為輕微」限制者，當然應該獲得補償。但財產權人如何請求？本文發現，多年來行政法院對於「法令上請求權基礎不明」的損失補償請求，都以直接駁回終結（參見本文第參部分）。也因此，我國行政法院實務沒有發展任何管制性徵收理論。

為何我國行政法院認為前述此等宣稱財產權受侵害者，沒有請求權基礎？關於「財產權保障」的憲法條文與憲法解釋為何不能作為請求權基礎？本文並非在

¹ 參見[匿名隱去]。

² 參見謝哲勝（1995），〈從美國法上的土地準徵收論既成道路公用地役權之妥當性〉，《財產法專題研究》，頁 217 以下，臺北：三民。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

爭執一般法院是否有違憲審查權力，因為在本文關心的案件類型中，並沒有需要被宣告違憲的法條。憲法本文及大法官解釋揭示，對財產權的限制或剝奪——即（管制性）徵收——若非基於公用或其他公益目的³，是違憲的、國家不能作的。但如果有公用目的（像是預留日後興建公共設施的腹地），則徵收或限制財產權是有條件合憲——以國家給予財產權人補償為合憲條件。即使授權管制或徵收的法律沒有規定是否補償、如何補償，宣告法律違憲並非行政法院給予財產權人公正補償的唯一途徑。行政法院也不需要強迫行政部門採用或不採用某種特定政策，只要求行政部門必須從預算中撥款以補償財產權人，使系爭財產權限制不至於違憲即可。

本文見解其實就是課予行政法院審查行政處分合憲性的義務——此本為行政法院的執掌所在。大多數情境中，財產權真正被限制，必須通過行政處分（像是指定特定土地或房屋為受限制標的）。行政法院審查行政處分時，無法也毋須認定其違法（因為法律並未明確規定補償），但應該認定其違憲。行政法院的上策是：若權利人提出給付訴訟，判決作行政處分之機關給予相當補償；若權利人提出撤銷訴訟，宣告沒有附相當補償之行政處分違憲無效⁴。行政部門可以就此放棄相關管制，或者另為行政處分，但帶有公正補償。人民對補償數額不符，仍可繼續提出撤銷訴訟或給付訴訟。主管機關或許受到立法拘束，不得不管制；但當立法對補償問題保持沈默時，行政部門本應本於憲法意旨，給予財產權人補償。立法者漏未規定補償，自有疏失；但代議者的疏失，豈是主權者無法獲得補償的合理藉口？

財產權保障的三分結構（合憲微小限制，不用補償；合憲重大限制，要補償；違憲限制，根本不能採取），不同於其他防禦權的二分結構（合憲限制，沒有補償；違憲限制，根本不能採取）；也和其他具有積極性權利如工作權不同。財產權可以限制、但要補償的關鍵特徵，使得憲法對財產權的保障，得以建構成可在一般法院中適用的請求權基礎。更何況，大法官已經不止一次宣示遭遇管制性徵收者有請求補償之權利（參見本文第貳部分）。

³ 以「公用或其他公益目的」作為徵收前提要件，參照憲法第 108 條第 1 項第 14 款、司法院釋字第 732 號解釋理由書（「徵收人民土地除應對土地所有權人依法給予合理及迅速之補償外，自應符合公用或其他公益目的之必要，始無違於憲法第二十三條之規定」）、釋字第 731 號解釋理由書（「國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應儘速給予合理、相當之補償」）、釋字第 652 號解釋文、釋字第 579 號解釋文。關於此要件之學術分析，參見陳仲嶠（2011），〈徵收之憲法拘束：以「私用徵收」的違憲審查為中心〉，《臺大法學論叢》，40 卷 3 期，頁 1040。

⁴ 關於財產權特別犧牲損失補償之行政爭訟類型之深入討論，參見王服清（2013），〈論財產權特別犧牲損失補償原則在行政救濟之實踐問題——無法律，無補償？〉，《興大法學》，14 期，頁 126-140。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

本文無意提出一套大理論，主張所有憲法條文、所有憲法保障的基本權，都可以當成請求權基礎。本文提出的是小理論，主張憲法對財產權的保障，足以要求行政法院在受理財產權人的補償訴訟時，必須實質審理系爭法律管制，是否已經是重大（即非「至為輕微」）的財產權限制，而應給予補償。如果行政法院繼續駁回這樣的主張，除了侵害財產權，也違反正當法律程序。

對大法官而言，若此種案件聲請解釋，在「抽象」違憲審查制底下，確實也比較綁手綁腳。行政法院在判決中適用之法令，因為沒有規定補償，而非規定「不補償」，此一未規定補償並不當然、總是創造違憲狀態。真正使系爭國家行為在憲法效力上不完整的原因是，該予具體補償的法律，應存在而不存在，因此行政法院無從適用；或者，徵收人可以體察憲法意旨，編列預算以補償財產權受限制者⁵，但實際上往往未如此編列與動支預算。大法官要當面鑼、對面鼓處理此種問題，似乎必須作行政處分之具體違憲審查。大法官過去之解釋中，已有此前例（司法院釋字第 295 號、第 378 號、第 423 號、第 553 號、第 627 號、第 656 號、第 689 號解釋參照⁶）。當然，這或許被認為是例外性質、為了實踐正義所作的制度僭越。本文所探討之案型，正是彰顯了沒有司法機關能正大光明作具體違憲審查的荒謬之處：立法者半吊子的補償法律規定，可以被大法官宣告違憲。立法者「沒吊子」、漏未規定補償，反而不一定存在能被大法官宣告違憲的法律客體。無論立法者是有意還是無心，此種制度僵局絕非保障財產權的最佳設計。

本文以下開展上述論點。第貳部分在區辨徵收、管制、管制性徵收後，豎立以大法官第 564 號解釋理由書為中心之管制性徵收標準，並以 Richard Epstein 教授的徵收理論，援引民法規範進一步具體化該號解釋之「至為微小」標準。第

⁵ 最高行政法院 93 年判字第 375 號判決明確指出：「人民所有或使用之建築物或土地，原得為合法之使用、收益，基於公眾飲用水水質、水量保護之需要，被適法之公權力行為命為拆除、改善或改變使用，個人利益受有特別犧牲，使公眾因而受益，乃予以相當之補償，符合憲法保障人民財產權之意旨。法條雖未明示授權訂定有關補償之法規命令，然主管機關為執行法條所定損失補償之規定，基於職權訂定如何補償之基準及注意事項，如符合各該法條之意旨，足資適用。」

⁶ 釋憲實務中，具體個案原則上（違憲政黨解散案為例外）並非大法官進行違憲審查之客體，然而在以下類型中，大法官多次偷渡司法個案進行違憲審查：第一，將受理個案歸結為「法律適用違憲」；第二，將「判例」或「決議」納入違憲審查客體；第三，大法官未予說明理由，逕將司法裁判納為審查客體，隱藏於憲法解釋之中。參見李念祖（2008），《案例憲法 II 人權保障的程序（上）》，頁 202-204，臺北：三民。並參見釋字第 656 號徐璧湖大法官、池啟明大法官部分不同意見書（其認為本件聲請係指摘確定終局判決之認為被害人訴訟上之請求，符合法定「回復名譽之適當處分」之法律見解錯誤、甚至違憲，並非指明民法第一百九十五條第一項後段法律規定本身，如何違憲，因此大法官於程序上不應受理），及李建良（2010），〈不表意自由與名譽權的憲法保障與法益權衡：司法院大法官有關「強迫公開道歉」憲法解釋的分析〉，《第五屆「日臺憲法共同研究會」論文》，日本：東京大學，頁 6-8（其亦認為於釋字第 656 號中，大法官並未明確釐清強制道歉處分是否為立法原意，若否，則有對判決先例及法院見解進行審查的情形）；釋字第 689 號解釋許宗力大法官部分協同部分不同意見書（其認為「系爭規定主要是適用於新聞媒體有無違憲之疑義，而非規定本身之違憲，但本院仍有受理空間」）。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

貳部分並倡議以不動產價值變化的實證研究，輔助判斷是否構成管制性徵收，並以迴歸模型推估之市價差異，作為補償數額。

第參部分則回顧最高行政法院近年來對以憲法解釋為請求權基礎的請求，指出其不願受理之一貫立場。接著建構理論，主張行政法院應該實質審理損失補償之請求，否則應該宣告未附補償、又不是至為輕微的財產權侵害違憲無效。財產權受侵害者最近幾年在行政法院改以「公法上不當得利」請求管制性徵收補償，此部分並梳理、批判最近最高行政法院之相關判決。

貳、徵收、管制、兩者之間：管制性徵收理論建構

(物理性)徵收((physical) takings)、管制(regulation)、管制性徵收的定義與區隔⁷，爭論由來已久，沒有理論能成為主流學說。尤其管制性徵收與管制的界線，更是百家爭鳴。所謂「徵收」，指政府完全剝奪私人財產之所有權，原所有人無法繼續擁有、使用、收益、處分其物。所謂「管制」，指政府以法律、命令或其他手段，限制私人使用、收益或處分其物之方式，但未剝奪其所有權。徵收與管制，在光譜的兩個極端。在光譜的中間，是「管制性徵收」。

管制性徵收的外觀較近似管制，因為兩者均未剝奪私人所有權；反之，徵收必然伴隨所有權移轉登記(不動產)或占有移轉(動產)。但就規範評價與法律效果而言，管制性徵收則接近徵收，蓋管制性徵收對私人使用、收益、處分之限制甚大，致使所有人之財產利益大幅萎縮，殆與所有權「剝奪」無異，故應予損失補償。管制性徵收的管制內容近似管制，未剝奪所有權，但法律效果等同徵收，

⁷ 美國法上對管制性徵收問題之介紹，參見陳新民(2002)，〈財產權的限制與公益徵收之概念——美國法上之探討〉，《憲法基本權利之基本理論(上冊)》，頁461-494，臺北：元照；鄧煜祥(2007)，〈從財產權保障之觀點論土地使用管制與損失補償——美國法管制準徵收概念之引介〉，頁30-60、90-99，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；彭正元(1998)，〈財產權限制與徵收之區別——以美國法為中心〉，頁國立台灣大學法律學研究所碩士論文；張泰煌(1998)，〈以準徵收理論填補我國財產權保障之漏洞〉，《臺灣地政》，151期，頁4-11；張泰煌(1998)，〈以美國法論財產權之限制〉，《台灣土地金融季刊》，35卷1期，頁25-35；張泰煌(1998)，〈從美國法準徵收理論論財產權之保障〉，《東吳法律學報》，11卷1期，頁113-157；蔡懷卿(2004)，〈美國之土地使用法管制及其憲法許可界限〉，《玄奘法律學報》，2期，頁204-252；謝哲勝(1995)，〈財產法專題研究〉，頁219-222，臺北：三民；馮君君、卓佳慧(2001)，〈限制發展地區土地利用受限補償課題之研究〉，《臺灣土地研究》，2期，頁53-55；蔡瑄庭(2008)，〈論土地所有人多重環保義務之補償——以美國法規徵收相關判決分析為核心〉，《財產法暨經濟法》，14期，頁52-80。英文文獻汗牛充棟，see, e.g., Thomas J. Miceli & Kathleen Segerson, *Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?*, 23 J. LEGAL STUD. 749 (1994); WILLIAM A. FISCHER, *REGULATORY TAKINGS: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS* (1995); Vicki L. Been, *Lucas V. The Green Machine: Using the Takings Clause to Promote More Efficient Regulation?*, in PROPERTY STORIES 299 (Gerald Korngold & Andrew P. Morriss eds., 2004); JESSE DUKEMINIER et al., *PROPERTY* (8 ed. 2014); HERBERT HOVENKAMP & SHELDON F. KURTZ, *PRINCIPLES OF PROPERTY LAW* (6 ed. 2005); DAVID DANA & THOMAS W. MERRILL, *PROPERTY: TAKINGS* (2002); THOMAS W. MERRILL & HENRY E. SMITH, *PROPERTY: PRINCIPLES AND POLICIES* (2 ed. 2012).

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

皆須補償，此為三者區別困難之原因。

本文以下雖主要以美國法的名詞行文論述，但本文立論並不以接受美國理論或繼受美國法為前提。法學先進國家應該都面對相同的問題——如何區分要補償的財產權限制與不要補償的財產權限制——只是使用不同的名詞或不同的概念體系處理而已。

一、大法官解釋揭示之管制性徵收理論

憲法如何區辨管制性徵收與管制⁸？（請自行插入四小節全休止符）憲法第 143 條中段規定土地所有權應受法律之限制（那房屋所有權呢？），表示國家可以管制。憲法第 143 條後段規定之照價收買，頂多是傳統「物理性徵收」(physical takings) 的補償依據。憲法第 15 條雖然規定財產權應予保障，但沒有一般性的補償條款。可以說，從憲法文義上，只看得出管制與徵收之區別。因此，受管制性徵收之財產權人，若要主張損失補償，必須由大法官解釋尋找規範依據⁹。

（一） 基礎規則：釋字第 564 號之標竿地位

根據司法院釋字第 564 號解釋理由書：「人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。惟基於增進公共利益之必要，對人民依法取得之土地所有權，國家並非不得以法律為合理之限制，此項限制究至何種程度始逾人民財產權所應忍受之範圍，應就行為之目的與限制手段及其所造成之結果予以衡量，如手段對於目的而言尚屬適當，且限制對土地之利用至為輕微，則屬人民享受財產權同時所應負擔之社會義務，國家以法律所為之合理限制即與憲法保障人民財產權之本旨不相牴觸。」司法院釋字第 564 號之分析架構是，對財產權的限制「至為輕微」，且此限制手段與公共利益之目的有「適當」關連，則為管制，無須補償；反之，若對財產權的限制，不只是「至為輕微」，則為管制性徵收，需要補償；此外，若對財產權利用的限制「至為輕微」，但此限制手段與公共利益之目的沒有適當關連，仍為管制性徵收，需要補償¹⁰。有時當手段與目的相去太遠時，甚至

⁸ 同樣的問題意識，參見陳新民（2015），《行政法學總論》，修訂九版版，頁 491，臺北：三民（其認為因公益而特別犧牲的態樣不以剝奪財產權為限，過度限制亦包含在內，如何將此種「特別犧牲」的概念與法律之「普遍拘束義務」予以區別，已然成為釋憲實務的一大議題。）

⁹ 類似見解，參見李震山（2005），〈行政損失補償法定原則——無法律即無補償嗎？〉，《台灣本土法學》，71 期，頁 145。

¹⁰ 謝哲勝教授之早期著作，傾向於擴大管制性徵收之範圍，而與其大作發表後多年作出之釋字第 564 號相呼應。謝教授認為：1. 無益及有害經濟活動之禁止，不予補償。2. 將管制準徵收理論融入憲法第 23 條之精神而加以適用，檢視：(1) 是否以法律定之；(2) 是否具備四種公共利

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

讓審查者懷疑沒有公共利益目的，因而違反徵收必須公用的憲法條件。

以目的、手段關連，以及財產權的限制程度，作為管制和管制性徵收的界線，較諸之前釋字第 400 號、釋字第 440 號解釋，更為清楚。釋字第 400 號解釋文的標準是：「既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償」（底線為本文所加）。換言之，要財產權人已經「無從自由使用收益」，近乎全面剝奪財產權，才構成釋字第 400 號之管制性徵收，不可謂不嚴格¹¹。當然，有了釋字第 564 號，釋字第 400 號可以看成是針對具體情境而發之特例探討，並非提出一般標準。

至於釋字第 400 號解釋理由所言之「惟個人行使財產權仍應依法受社會責任及環境生態責任之限制，其因此類責任使財產之利用有所限制，而形成個人利益之特別犧牲，社會公眾並因而受益者，應享有相當補償之權利」（底線為本文所加），其所謂責任限制，是指財產權人不得排除國家之干預，須受限制。但釋字第 400 號關鍵地指出：財產權受限制者，應享有補償之權。

釋字第 440 號解釋文指出：「國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利。」（底線為本文所加）本號解釋所謂之社會責任應忍受之範圍，在釋字第 564 號中具體化為「至為輕微」的財產權限制，且此限制與公益目的合理關連。而遭遇管制性徵收之財產權人，則享有補償之權，此點多號解釋並無二致¹²。

益之情形；(3) 採取之方法是否為促進公共利益所必要；(4) 是否仍允許所有人對其財產為經濟上可行之使用。若以上四點有一項是否定，即構成管制性徵收。參見謝哲勝（1999），〈準徵收之研究〉，《財產法專題研究（二）》，臺北：元照。

¹¹ 類似見解，林明鏘教授認為，大法官於釋字第 336 號解釋中引入「特別犧牲」理論是錯誤繼承。「特別犧牲」（*Sonderopfer*）是德國法上準徵收侵害（合法行使公權力致財產權「附帶」受到剝奪或嚴重限制）與類似徵收之侵害（違法無責公權力造成財產權受剝奪或嚴重限制）之概念，為了銜接「損失補償」的法律效果所創設。亦即，受有犧牲者，雖非憲法上之徵收，但受有特別負擔之人，仍得以主張損失補償。然而，林明鏘教授認為，釋字第 400 號所處理的既成道路問題，已然構成財產權之剝奪或嚴重限制，屬於徵收，而非僅為特別犧牲之「準徵收」！參見林明鏘（2004），〈私有既成道路與損失補償請求權〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 49-50。

至於以經濟分析觀點分析既成道路損失補償，參見陳明燦（2004），〈私有既成道路使用受限與損失補償相關問題之探討〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 71-84。

¹² 早期學說提出之理論見解，與大法官解釋（尤其是釋字第 400 號和釋字第 440 號）堪稱一致。蔡茂寅教授認為，若限制財產權行使，已達剝奪所有權同一程度之限制，構成特別犧牲，需予補償。然而，雖未達上一程度之限制，但為增進公益之積極目的所為之偶然的、外在的侵害，仍構成特別犧牲，需予補償。唯有當對財產權之使用限制屬內在財產權之社會制約，方非屬特別犧牲，無需補償。參見許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍（2002），《現代憲法論》，3 版，頁

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

(二) 應用：騎樓限制擺攤（釋字第 564 號）

釋字第 564 號探討的是騎樓限制擺攤，是否過度侵害財產權，而應給予補償。大法官套用本案才提出之新標準，認為騎樓限制擺攤，「對土地之利用尚屬輕微」，而其目的「係為維持人車通行之順暢」，而「騎樓既屬道路，其所有人於建築之初即負有供公眾通行之義務，原則上未經許可即不得擺設攤位」。然而，騎樓所在基地，係屬土地所有權人所有，並非為國家所有；只能供公眾通行，已經是限制甚深；再加上不能擺設攤位，限制更多。以該號解釋用侵害「至為輕微」與否界定管制與管制性徵收的標準，何以此種限制仍屬輕微？不能無疑。

本文認為，有幾種理由，可供補強，證立大法官之結論。第一，援引 Richard Epstein 教授之徵收理論（詳見本文貳、二、(一)）。Epstein 教授主張，凡是國家對財產權之限制超過了私法上對所有權等物權之限制，就構成徵收！然而，國家的補償形式，不限於現金補償¹³，許多補償是「隱然的非現金補償」（implicit in-kind compensation）¹⁴。例如，課稅就是徵收，但因為其他國民也被課稅，而他人稅金所創設之公益建設，大於任何個人被課稅之金額，所以其繳稅造成之徵收，已獲得完全補償¹⁵。類似的論據，用在本案，可作如下推論：任何被要求以土地供作騎樓者，同樣享受了他人土地作為騎樓的通行便利。因此，其財產權之限制，已獲得（部分）補償。

第二，其實大法官的另外一個論據，可以改奠基在 Epstein 的論述上。解釋理由書謂：「鑑於騎樓所有人既為公益負有社會義務，國家則提供不同形式之優惠如賦稅減免等，以減輕其負擔。」稅賦減免，也是一種隱然的非現金補償形式。

第三，容積率不變的前提下，建商興建時地面層必須有設置騎樓者，本來就

173，臺北：元照。

李建良教授主張，對財產權內涵之確定與限制，若無法律依據，或雖有法律依據但違反比例原則及平等原則，人民得請求除去，但不能容認其存在而請求補償。若有法律依據且不違比例原則與平等原則，則需判斷是否構成特別犧牲。若答案為否，則屬不予補償之社會義務。若持肯定答案，則應給予補償。參見李建良（2006），〈損失補償〉，翁岳生（編），《行政法（下）》，頁 709-711，臺北：元照；李建良（1999），〈行政法上損失補償制度之基本體系〉，《東吳法律學報》，11 卷 2 期，頁 33-101。

¹³ 對此，釋字第 579 號也宣示了「國家依法徵收土地時，對該土地之所有權人及該土地之其他財產權人均應予以合理補償，惟其補償方式，立法機關有一定之自由形成空間」。

¹⁴ See RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 195-215 (1985) [hereinafter EPSTEIN, TAKINGS.]. Epstein 教授 20 餘年後反思晚近美國徵收案件的成果，see RICHARD A. EPSTEIN, SUPREME NEGLIGENCE: HOW TO REVIVE CONSTITUTIONAL PROTECTION FOR PRIVATE PROPERTY (2008). Epstein 教授對晚近美國徵收研究中最熱門的「司法判決構成徵收」的反省批評，see Richard A. Epstein, *Littoral Rights under the Takings Doctrine: The Clash between the Jus Naturale and Stop the Beach Renourishment*, 6 DUKE J. CONSTI. L. & PUB. POL'Y 37 (2011).

¹⁵ See EPSTEIN, TAKINGS, *supra* note 14, at 283-305.

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

可以將設置騎樓而未在地面層使用之容積，用來多蓋半層、一層。因此，騎樓無法開發所受之損失，部分由高樓層額外興建部分的價值所填補。

因此，釋字第 564 號解釋理由書認為「從而人民財產權因此所受之限制，尚屬輕微，自無悖於憲法第二十三條比例原則之要求，亦未逾其社會責任所應忍受之範圍，更未構成個人之特別犧牲，難謂國家對其有何補償責任存在，與憲法保障人民財產權之規定並無違背」，與本文見解不同。本文認為財產權所受之限制，係屬重大，但隱然的非現金補償多管齊下，使財產權受限制者已經獲得相當補償¹⁶。

(三) 應用：公共設施保留地未補償（釋字第 336 號）

釋字第 336 號宣示，都市計畫法第 50 條就公共設施保留地未設取得期限規定，合憲，因為此種規定乃「在維護都市計畫之整體性，為增進公共利益所必要」。但該號解釋要求主管機關檢討修正有關法律。解釋理由書並指出：「若不為取得（不限於徵收一途），則土地所有權人既無法及時獲得對價，另謀其他發展，又限於都市計畫之整體性而不能撤銷使用之管制，致減損土地之利用價值。其所加於土地所有權人之不利益將隨時間之延長而遞增。雖同法第四十九條至第五十條之一等條文設有加成補償、許為臨時建築使用及免稅等補救規定，然非分就保留時間之久暫等情況，對權利受有個別損害，而形成特別犧牲（Sonderopfer）者，予以不同程度之補償。」（底線為本文所加）

依據釋字第 564 號提出之管制性徵收標準，以今非古，檢討釋字第 336 號，應會得出後者對財產權保障較小之結論¹⁷。即使是今天，土地所有權人若不幸碰上土地被指定為公共設施保留地，即「不得為妨礙其指定目的之使用」。但土地所有權人「得繼續為原來之使用或改為妨礙目的較輕之使用」（都市計畫法第 51 條參照），或「得申請為臨時建築使用」——但「經地方政府通知開闢公共設施並限期拆除回復原狀時，應自行無條件拆除」（都市計畫法第 50 條參照）。都市計畫法至今仍未增定徵收期限。此種財產權限制，實在難謂輕微，應屬於管制性

¹⁶ 不同見解，參見李惠宗（2003），〈為什麼不能在自家騎樓上設攤營生？法律只是「依法行政」的擋箭牌，還是國家理性的表徵？釋字第五六四號解釋的解讀〉，《台灣法學雜誌》，52 期，頁 21-23。

¹⁷ 林明鏘教授認為，對財產權保障範圍的矛盾之處同樣出現在釋字第 400 號及第 336 號解釋之間，蓋因既成道路未予徵收與保留徵收毫無期限之規定，兩者皆在程度與本質上對土地所有權人長期之使用、收益及處分為嚴重之限制，甚至幾近於剝奪，但自大法官解釋的結論上卻大相逕庭，大法官似宜自圓其說。參見林明鏘（1999），〈從大法官解釋論都市計畫之基本問題〉，劉孔中、李建良（編），《憲法解釋之理論與實務》，頁 473，臺北：中研院社科所。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

徵收¹⁸。而釋字第 336 號所說的「加成補償」，是實際物理性徵收後之補償¹⁹，與管制性徵收造成之財產損失，並無關連。而免稅雖然可以構成隱然的非現金補償，但似難謂已與財產權人之損失相當²⁰。

二、管制性徵收標準之進一步具體化

上一節析論大法官之管制性徵收標準，得出如下結論：對財產權利用的限制「至為輕微」，且此限制手段與公共利益之目的有「適當」關連，則為管制，無須補償；反面言之，若對財產權利用的限制，不只是「至為輕微」，則為管制性徵收，需要補償；此外，若對財產權利用的限制「至為輕微」，但此限制手段與公共利益之目的沒有適當關連，仍為管制性徵收，需要補償。

目的與手段關係，是各種基本權審查都要討論之問題。適當關連與否，是審查標準的學術範疇。這些討論已多，本文暫不處理。

本節第一小節要接續大法官提出之規範標準，進一步具體化系爭侵害是否「至為輕微」。簡言之，本文主張，「至為輕微」與否之分野，應參考民法之規範。若某種類型與強度的財產權限制或侵害，民法規定私人應該忍受，則為輕微侵害。若某種類型與強度的財產權限制或侵害，民法規定私人「如有損害」，侵害者「應予賠償」，則為非輕微侵害，後文稱之為重大侵害。

大法官解釋中未曾直接明白以民法規範為度，衡量財產權侵害之程度。然而，至少在兩號解釋中，大法官解釋之字裡行間，透露著民法規定是重要標竿之訊息。

¹⁸ 李建良教授認為，釋字第 564 號解釋導致「無限期之保留」，已然違反比例原則比要性之下的「時間上之必要性原則」(Erforderlichkeit)，殊難認同已合於憲法第 15 條、第 23 條之保障意旨。縱如大法官所述為合憲之結論，若已達到「特別犧牲」的程度亦應給予補償，相較於其他財產權之公共使用所舉之補償規定，公共設施保留地未設取得期限之規定無補償之明文，對人民財產權之保障亦難衡平。李教授贊同大法官委諸於「立法問題」的考量，卻同時也指出後續立法者若有「立法怠惰」的情形，仍有賴大法官做出補充解釋的必要。參見李建良，前揭註 12，頁 722-726。

同結論，參見李惠宗(2005)，〈特別犧牲之損失補償——從法學方法談既成道路的徵收補償訴訟〉，臺灣行政法學會(編)，《損失補償行政程序法》，頁 68-69，臺北：社團法人臺灣行政法學會(「特別犧牲理論」係在界定「財產權社會義務」範圍，必須就財產權的使用、收益及處分之個別權能，尚未產生全面性的剝奪方屬之。即，財產權的社會義務為一種「量」的概念，若對於財產權的使用、收益及處分之個別權能其中一種受到「全面」且「無法預期結束期間」的限制，即非財產權社會義務的範圍。因此，釋字第 336 號解釋對於公共設施保留地毫無限期地保留，使得財產權的「使用」權能僅限於「從來之使用」，等同於全面剝奪使用權能，已然構成特別犧牲)。

¹⁹ 附帶一提，土地徵收條例第 30 條已將公共設施保留地之補償改用市價為標準。該條修正後之分析，參見張永健(2014)，〈舊曲新唱？2012 年後土地徵收補償新制之評析與展望〉，《財產法暨經濟法》，40 期，頁 1-28。

²⁰ 本號解釋作出之後，有學者觀察到「許多公共設施保留地所有人因財產長期遭受凍結，短期內變現無望之際，被迫以公告地價數折之價格賤售財產，而買者再將之捐獻政府，以公告地價全額抵扣所得稅法上之綜合所得，成為富人節稅的工具，而政府亦無庸徵收取得土地」。參見蔡懷卿，前揭註 7，頁 269。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

例如釋字第 671 號處理土地登記規則第 107 條之違憲問題。解釋文指出：「中華民國九十年九月十四日修正發布之土地登記規則第一百零七條之規定，符合民法規定之意旨，亦與憲法第十五條保障人民財產權之規定，尚無抵觸。」（底線為本文所加）這像是先審度民法規範，再探討與憲法規範之關連。

又如釋字第 440 號理由書：「對既成道路或都市計畫用地，主管機關在依據法律辦理徵購前，固得依法加以使用，如埋設電力、自來水管線及下水道等地下設施物，惟應依比例原則擇其損失最少之處所及方法為之；對土地權利人因此所受損失，並應給與相當之補償，以保護其財產上之利益。……其中對使用該地下部分，既不徵購又未設補償規定，與上開意旨不符者，應不再援用。至既成道路或都市計畫道路用地之徵收或購買，應依本院釋字第四〇〇號解釋及都市計畫法第四十八條之規定辦理，併此指明。」（底線為本文所加）民法第 786 條²¹規定私人間的管路通行問題，就使用「損失最少之處所及方法」為侵害的限度，並規定限制他人財產權者「應支付償金」。大法官在解釋理由書雖沒有引用民法條文，但把民法之構成要件與效果都一齊搬到憲法解釋中，讓民法規範成為損失補償標準。這或許是公法問題尋求私法答案的最佳例證。第一小節將會開展此部分論述。

因為有時公法管制難以找到民法類比，第二小節將嘗試提出另一種路徑，以法實證研究方法，判斷系爭財產權受到輕微或重大之侵害，侵害程度幾何。一種方法，同時處理是否應該損失補償，以及補償多少兩個困難問題。

（一） 公法問題之私法答案²²

為何公法問題要尋求私法答案？美國最有影響力的法學者之一 Richard Epstein²³，在 1985 年的經典名作 *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* 中，主張：公法規範必須能化約成私法的表述²⁴。詳言之，Epstein 教授認為，國家的權力來自人民的授權，因此：私人可以作的行為，國家或許可以作；但私人不能作的行為，國家除非給予補償，否則也不能作²⁵。換言之，若

²¹ 民法第 786 條第 1 項規定：「土地所有人非通過他人之土地，不能設置電線、水管、瓦斯管或其他管線，或雖能設置而需費過鉅者，得通過他人土地之上下而設置之。但應擇其損害最少之處所及方法為之，並應支付償金。」

²² 本節改寫自[筆者先前文章]。本文在此問題的思考上，又更進一步。因此，筆者關於財產權損失補償之觀點，應以本文為準。

²³ Epstein 教授之著作極多，獨著的專書就有 20 本上下，獨著的期刊論文應該在 400 篇上下。簡資修教授翻譯過他的一本早期名作《自由社會的原則》（商周出版）。

²⁴ See EPSTEIN, TAKINGS, *supra* note 14, at ix.

²⁵ See EPSTEIN, TAKINGS, *supra* note 14, at 42.

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

民法規定某些行為所有人必須忍受，則國家代表公益從事該行為時，所有人應該忍受，此時沒有損失補償問題。但若某項行政管制對物權人的限制，超出了民法要求的限度，即令因公益理由而容許國家推動此種管制，仍須給予物權人合理之損失補償。此種思考方式，可用以界定何時應該給予損失補償。

誠然，Epstein 教授的理論命題，在美國或許比在臺灣更有規範基礎。美國的私法由普通法形塑，而普通法淵遠流長，更早於美國憲法。美國憲法本文與增補條款制訂時，尊重既有財產秩序，並保護人民其他權利。美國學者大可以說，私法權利先於憲法而存在，普通法是憲法的「前理解」。而美國政府，尤其聯邦政府，在美國聯邦憲法制訂後兩百多年間，逐漸擴張其規模與對人民生活之干預程度。Epstein 教授以普通法為本，抗拒公法管制對私有產權的蠶食鯨吞，其來有自。

臺灣憲法也比民法「年輕」，但年紀差距不遠。因為民法立法者與制憲者有部分重疊（例如史尚寬），再加上時代接近，或許民法立法者與制憲者對財產權保障有類似想法。不過，就算有史料可以證明部分制憲國民大會代表有類似想法，畢竟沒有管制性徵收的損失補償沒有落實在憲法條文中。

在臺灣，管制性徵收損失補償的最新規範標準與依據是前述釋字第 564 號解釋。其「至為微小」侵害的界分，若要更加具體，可以援用 Epstein 教授的理論命題。但請注意，此處當然不是直接套用美國憲法規定，也不是主張 Epstein 的說法可以用來解釋臺灣憲法。本文的立場是，以 Epstein 教授的理論，提出合理、有說服力的界定方式。

更具體而言，以民法規定作為管制性徵收損失補償標準之分析框架為：如果新的管制限制財產權的程度，在民法中規定毋須補償（例如民法第 793 條），則為「至為輕微」之財產權管制。若新法限制財產權的程度，在民法中規定私人侵害須賠償（例如民法第 786 條、第 787 條），則為重大財產權侵害，國家應給予損失補償。換言之，就是以行政管制是否超出物權法劃定的財產權基準，決定是否應給予損失補償。民法的規定非常明確，與財產權直接相關，吾人可以透過事實態樣的相似性，以類比方式比較系爭行政管制與民法限制的範疇大小；因此，不至於淪於爭議雙方事後各說各話，事前又難以預測財產權期待的範疇。

論者或許抗拒以民法作為基準的論述，認為民法的合憲性也應該被檢討²⁶。確實，所有的法律都不能逃過憲法的檢驗。然而，現行全部的行政管制，大概都

²⁶ 釋字第 709 號解釋理由書：「憲法第十五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。」（底線為本文所加）由此可知，大法官認為，財產權保障還包括保護財產權人不受私人侵害。因此，民法規定即使只涉及私人關係，仍應受違憲審查。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

比民法更限制財產權。要主張民法違憲而不能作為財產權保障之基準，等於是主張民法因為太保護財產權而違憲。若不由此途，則民法若因為保護財產權過少而違憲，因此無法當作比較基準，則行政管制必然也會因為同樣的審查標準而違憲。

在此請讀者注意，本文並無意建構一個一般性的憲法解釋取徑，而是建構財產權的憲法解釋取徑。可將財產權單獨拉出來探討的原因是，憲法本來就區別處理財產權與其他基本權利。言論自由、隱私等其他基本權利，在不同事務領域內，彼此拉扯，憲法解釋者認為較重要的價值勝出，較不重要的價值退讓，而後者的權利人只能黯然神傷，不會獲得任何補償。財產權則不同。即使沒有其他基本權利因為財產權保護而受侵犯，國家仍可基於「公用」目的取走人民之財產權——但必須要給予補償。

更深一層想，憲法上完全不以補償處理財產權以外的權利，是否合理，亦非自明之理。或許各國制憲者多認為財產畢竟是「身外之物」，可以很大程度內彼此替代，所以可以用金錢取代財產；但其他基本權利則是「非賣品」，所以給予補償也沒有用，乾脆不補償。此種想法，固然崇高聖潔，但又與各國民事實定法中，對生命、身體、健康、名譽、隱私、貞操受侵害者，賦予慰撫金請求權，不相一致（民法第 194 條、第 195 條參照）²⁷。財產權被侵害，固然有可以輕易量化而補償之處（如土地價值），也有不容易量化之處（資源使用決定的自主權）。其他基本權利固然有難以量化之處，但可以量化之處，憲法學若仍舊認為毫無補償空間，似有未洽。例如，在「優惠性差別待遇」（affirmative action）措施中，可以很明白計算出哪些落榜生是因為有此種措施而沒有進入某知名公立學府（如美國聯邦最高法院 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) 和 *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003) 兩案中的密西根大學與其法學院）。若此落第學子因此進入排名較差、學費較貴的私立學校就讀，至少其多付出之學費是容易量化的損失。為何平等權受侵害者，不能至少請求主權者至少補償其可量化之損失？

但如果先將此深層問題置之一旁，則本文先為眾意咸同可以使用補償處理的財產權量身打造論述，並不奇怪。而在此種論述下，合憲的財產權侵害，應該和補償劃上等號。國家徵收人民財產，要補償。人民間的財產權衝突，也可以透過民事層次的損害賠償，解決退讓一方的損失。準此，若行政管制限制了人民財產權，卻沒有補償，就會造成該管制和民法等其他與管制同位階、甚至更高位階的法律間不相一致²⁸。

²⁷ 亦即，舉例而言，為什麼國家窺探、蒐集人民資訊時，只有可以容許和侵害隱私兩種選項，沒有「國家得在給予損失補償為條件下，繼續侵害隱私」的可能性？

²⁸ 類似見解，認為政府對土地的使用管制與民法上相鄰關係的規定大相逕庭，因此必須更進一

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

或者會有論者主張：財產權人對國家負擔的社會義務，要高於其對鄰居負擔的社會義務。換言之，民法上要補償的某些權利限制，在公法上無須補償。本文對此論點提出挑戰：何種理論可以證立此種主張？此種理論又如何劃定公法上無須補償的界線何在？本文理論並不會限制國家在有公用用途時不得行使徵收高權，本文理論僅要求徵收人予以補償。在財產權人的鄰居必須付費使用時，國家所代表的部分或全部人，可以免費使用，有何理由？

從信賴保護之觀點，為公法問題提供私法答案，亦有可取之處。民法制訂至今已經將近九十年，財產權範疇的基本輪廓，經過幾輪修正仍維持原貌；各級法院依照民法規定所作之判決，不可勝數。這使得擁有物權者形成穩定的財產權期待。如果新制訂的行政管制凌越了民法的財產權保障，也超出了先前行政管制對財產權的限制²⁹，即折損了物權人的合理預期，因而違反信賴保護原則。當然，這裡的財產權信賴保護，不是單單有民法規定存在而已，而是所有的不動產交易價格，都反映了民法以及其他全國性或地方性管制對財產權的保障強度。一塊土地本來是建地，突然被規定限建，價格必然暴跌。不動產在所有權人與其他市場交易者眼中的價值，反應了民法與其他既有管制的內容。如果新的管制沒有超越民法的財產權保障方式與範圍，市價不動。反之，若新管制的限制較多，則市價下降。因此，以民法作為損失補償標準的基準，除了前述理論依據，也有實證基礎。

（二） 公法問題之實證答案

新的公法管制對財產權之限制，相較於民法對財產權的限制，可能類型、程度不同，以致於難以用民法類比，決定系爭管制是否過度侵害財產權。此時，需要一套財產權的公法理論，由上而下、抽象而具體地提出一套具體論證。這是非常艱鉅的工作；沒有任何英文³⁰、中文憲法解釋或學說，可以完全說服我。筆者也還沒準備好提出自己的理論，供方家見笑。

不過，雖然沒有抽象的大理論，本節提出務實的判斷標準，以法實證研究取徑，提出界定管制與管制性徵收的操作標準，並計算出補償數額。

步為財產權保障的檢驗，以免違憲，參見謝哲勝（2002），《財產法專題研究（三）》，頁 376-381，臺北：元照。

²⁹ 此等限制逐漸內化到物權人的財產權期待中，但制訂當時是否符合信賴保護，則是另一重要問題。

³⁰ 參見前註 7 所引文獻。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

1. 實踐方式

物理性徵收必定造成被徵收人損失，毫無疑問。除非被徵收人之不動產甚小或價值甚低，否則其隱然非金錢補償幾乎不可能高於不動產之價值。基於其他考量³¹，各國政策決定者多決定不管隱然非金錢補償之大小，仍完全（或相當地）補償被徵收人不動產之價值。

管制則不一定造成財產權人（大）損失。要構成管制性徵收，必須要造成不小的損失。用大法官的架構，造成財產權人「至為輕微」損害者，是管制；造成超過至為輕微損害者，是管制性徵收。但管制造成的財產損害與同一管制產生的隱然非金錢補償，效果往往同時發生。像是前述騎樓管制，人人受拘束，大家都便利。整體來說，到底財產權在管制前、後的淨價值是上升還是下降，光憑理論推敲，甚難得出精確結論；這就是需要實證研究協助判斷個案價值變化之原因。

以「特徵迴歸模型」（hedonic regression model）³²與實價登錄數據庫中數十萬筆買賣交易記錄，可以估計財產權受限制之損失幅度。其方式為：先以管制實施前的交易數據，估算系爭不動產³³的市場行情³⁴。再納入管制實施後的交易數據，估算系爭不動產的市場行情。將系爭不動產兩個時期的預估市場行情相減，就知道不動產價值之增減。

此處有三點需要強調：第一，管制後估價要精準，必須有夠多數量、同受管制的不動產，已有交易；因為特徵迴歸模型必須仰賴最新交易價格所反應的管制影響，估計系爭不動產的管制後市價。若管制一實施就必須估價、補償，則特徵迴歸模型就無用武之地。因此，立法給予管制機關例如約半年到一年之時間緩衝，等累積到足夠管制後交易，才計算新市場行情，方能確保財產權的價值損失能精確估算。

第二，管制性徵收的一般立法規定，必須要求損失補償的請求權人限於管制公布當時不動產之登記所有權人（若死亡，其繼承人），而不能是不動產後來的

³¹ See YUN-CHIEN CHANG, PRIVATE PROPERTY AND TAKINGS COMPENSATION: THEORETICAL FRAMEWORK AND EMPIRICAL ANALYSIS (2013).

³² 特徵迴歸模型是土地經濟學中的標準計量工具。以特徵迴歸模型研究臺灣法律問題，也已經有文獻可稽。參見張永健、陳恭平、劉育昇（2016），〈無權占有他人土地與相當於租金之不當得利：實證研究與政策建議〉，《政大法學評論》，145期，頁92-110；張永健、陳恭平、林常青（2016），〈定錨效應與司法判決：實證研究的改革啟示〉，《北大法律和金融評論》，3期。

³³ 此種方法可以估計臺灣任何一筆不動產的市場行情。不動產座落在交易越頻繁之地區，與系爭不動產特徵相似的不動產數量越多，市場行情之預估越精準。

³⁴ 遭遇管制性徵收的財產權人，獲得補償的標準應是市場價值，還是等於其真正損失、但主觀而難以觀察的經濟價值（economic value）？有學者認為，在物理性徵收問題中，大法官所揭示之「損失與補償相當」，是指補償應等於市價，而非當事人真正損失的經濟價值。參見張永健（2013），〈土地徵收補償——理論、實證、實務〉，頁17-19，臺北：元照。本文認為，基於類似理由，管制性徵收之補償標準，也是市價，而非經濟價值。因此，以下探討均以市價補償為準。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

受讓人。原因在於，如果有些所有權人是出讓不動產前取得損失補償，有些人是將損失補償請求權一併賣給受讓人，則實價登錄資料庫中記載的買賣價金，就會有些（前者）反應了管制的限制效應，有些（後者）反應了限制效應與補償金效應——亦即，買方雖然買到有開發限制的財產權，但也買到了損失補償請求權，所以買賣價金也墊高了。而如果許多人都是連同損失補償請求權與所有權一同出賣，則實價登錄資料庫中記載的買賣價金，就是財產權的市場價值加上損失補償的預期數額。如此一來，特徵迴歸模型就無法區分管制的限制效應。反之，如果損失補償的請求權人只能是管制當時之登記所有權人，則所有財產權交易的買賣價格，就只反應財產權受限制後的價值，不會包括損失補償的預期數額。

第三，即使以上兩種條件符合，特徵迴歸模型估計出之管制後市場行情，仍無可避免反應了部分隱然非金錢補償的影響。此種特色與侷限，可以再分幾種情況探討：

- 1) 如果系爭不動產兩個時期的預估市場行情相減，發現管制後價格上升，則系爭不動產已無再補償之必要。此種情形的可能解釋為：管制本身對財產權限制的幅度較小，隱然非金錢補償的幅度較大。
- 2) 如果管制後價格下降，則有兩種可能作法：第一種作法，不嘗試區辨市價降低的幅度是否混雜著隱然非金錢補償的影響，直接判斷市價降低的幅度是否微小。若小，不補償；若大，補償。第二種作法，嘗試估計隱然非金錢補償對市價之影響，並將之剔除，俾便估計管制本身對財產價值之影響。若下降幅度小，是管制，不補償；若下降幅度大，是管制性徵收，要補償財產權人「所有」³⁵隱然非金錢補償未能彌補其損失之程度。

第二種作法可以緊密扣合管制性徵收理論，但對數據的要求更多，也不一定在每一種財產權管制都能作到³⁶。第一種作法比較務實地處理損失補償問題，但會讓某些受到管制性徵收的財產權人無法獲得完全合於市價之補償。

舉例而言，假設某不動產管制前市場行情是 1050 元；至為微小的損害是指市場行情降低在 10 元之內；隱然非金錢補償在情境 A 是 46 元、情境 B 是 37 元。在情境 A，該不動產管制後的市場行情是 $1000+46=1046$ 元。依據第一種作法，市價下降幅度是 $1050-(1000+46)=4<10$ ，所以剩餘的 4 元損失不補償。依

³⁵ 並非所有的隱然非金錢補償都會立刻反映到市場價值中。例如對財產權受限制者個人的稅捐優惠，是隱然非金錢補償，但不當然會反映到迴歸模型所運用之不動產之價值中。

³⁶ 以騎樓不得供作商業活動為例，如果有些地區許多樓房有騎樓，有些地區甚少有騎樓；有些地區法規例外允許，或實際上存在商業活動，有些地區騎樓真的沒有商業活動；則可能可以從不同地區管制後財產權價值變化的差異，推估隱然非金錢補償的效果。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

據第二種作法，市價下降幅度是 $1050-1000=50>10$ ，所以財產權人應獲得 $50-46=4$ 元的補償。在情境 B，該不動產管制後的市場行情是 $1000+37=1037$ 元。依據第一種作法，市價下降幅度是 $1050-(1000+37)=13>10$ ，剩餘的 13 元損失要補償。依據第二種作法，市價下降幅度是 $1050-1000=50>10$ ，所以財產權人應獲得 $50-37=13$ 元的補償。因此，在情境 B，兩種作法對財產權人並無差別。在情境 A，則有差異。從這個特設的例子思考，法律人的直覺或許是第二種作法比較能保障財產權，因此比較好。但第二種作法的數據品質、迴歸模型設定與詮釋的要求更高，不總是可行。本文則傾向於認為，在剛開始使用實證方法補償管制性徵收時，或許先從比較容易操作、各種管制間的操作方式也相同的第一種作法，開始實踐，日後再徐圖改進較好。

2. 為何受管制者在財產權保障體系中最不利？

延續前一小節的數字設例，假設某不動產管制前市場行情是 1050 元，管制後市場行情是 1041 元，沒有隱然非金錢補償。因為其損失為 $1050-1041=9$ 元，不構成管制性徵收，所以無法獲得任何補償。因此，在所有該補償的案件都補償完畢後，一開始受到最輕微侵害的財產權人，反而是最終受到最嚴重侵害者！這是物理性徵收與管制性徵收的巨大差異。在物理性徵收，被徵收人無論損失大小，一律獲得市價補償。但在非物理性徵收，如果財產權人損失微小，被認定為管制，就一輩子承受微小的損失；但只要財產權人的損失大一點點，構成了管制性徵收，財產權人就能獲得補償，反而沒有（以市價為標準之）損失。這會造成財產權人反而祈禱管制的效應大一點，方能獲得補償。

一種可能的解決方式為：財產權人一律齊頭平等，所以在管制性徵收，財產權人的部分損失不補償。若贊成此方案，則前述第一種作法的缺點，就消失了。但若真要貫徹此種平等，因為市場運作而自動獲得完全的隱然非金錢補償之財產權人，甚至還要被課稅（以前例 A 情境而言，財產權人要被課 5 元的稅，其財產價值才會回到 $1046-5=1041$ 元，與只受管制者相同）。但這恐怕有違一般人的法感情。

但若不如此處理，應該如何證立「受管制徵收者獲得完全補償，但受管制者一無所獲」的失衡狀況³⁷？

³⁷ Ariel Porat 教授在芝加哥大學法學院的工作午餐中，向筆者與其他學者提出過侵權行為法的類似例子：假設醫生若盡了 80 分的注意義務，就無過失。一個案件中，醫師盡到剛好 80 分的注意義務，病人因為 20 分的沒注意而病情加劇，但仍無法請求任何賠償。另一個案件中，醫師盡到 79 分的注意義務，病人遭遇同樣程度的病情加劇，但可以請求醫師賠償其所有損失。事後來看，碰到醫師精神較不濟的第二位病人，反而在賠償後回復原狀。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

「為公益犧牲」並非好理由。抽象言之，財產權人無法行使「排他權能」，就已經是為公益犧牲³⁸。而徵收乃財產權的完全剝奪，也是為了公益犧牲。此種犧牲有補償，已經是我國憲法解釋中再三確立的原則（釋字第 579 號解釋文參照）。這是全民以其稅金，購買徵收所欲達到之公益。何以徵收與管制性徵收中的公益犧牲有補償；管制中的公益犧牲卻不給補償？

「為節省行政成本，所以不補償」抽象而言是有說服力的成本效益分析（cost-benefit analysis），但亦非全然沒有問題。民法物權編的第 793 條，也規定侵入輕微者，不用補償。但此種私人間的擾鄰損害，都是個案發生。每一宗糾紛，都必須法院個別判斷情狀。而且，一時性的擾鄰，不會反應在不動產價格中，故亦無法用迴歸模型估價。民法第 184 條、第 195 條與憲法交錯的名譽侵害問題亦然。舉例而言，如果只是講了一個八卦，稍稍減損某人在他人心中的份量，法院大概不會判給損害賠償；民法第 195 條更是以侵害人格法益「情節重大」作為明確的構成要件。名譽侵害目前尚難用迴歸模型估價，名譽侵害也都是偶發、獨立事件，估算損害的行政成本確實存在。如果相關糾紛處理機制之成本，高於此等無聊舉動對他人造成的輕微損害，則打打成本效益分析的算盤，多數人都會同意「小事情」就「算了」³⁹。

然而，國家管制對財產權的侵害，通常都是大批產生的類似侵害。一次處理相同性質補償，有規模經濟，降低個案處理成本。再者，如前述，迴歸模型和大數據可以越來越簡單地估算出財產權的侵害程度，行政成本其實只會越來越趨近於零。如果補償財產權人 10 元的損失與 100000 元的損失，都只要花 1 元，為何只補償後者、不補償前者？因此，受管制者未獲補償，在數據日益海量的社會，將越來越難被證立！

或許，論者會指出政府財政困難。臺灣錢從淹腳日到乾涸，確實也是不爭的事實。但阮囊羞澀的政府，還是作了各種公共支出，又何以獨薄財產權受管制者？如果政府進行之管制，確實對整體社會有利，又對個別財產權人的影響很小，隱然非金錢補償就很可能會大於財產價值之減損，所以政府根本不需要付出金錢補償。換言之，使用特徵迴歸模型與大數據，計算管制對財產價值之影響，更多是警惕施政者的功能。如果政策真的對社會各角落都有利，財產淨價就會上升，不

³⁸ 排他權能是物權的三大核心要素之一，參見張永健（2015），《物權法之經濟分析：所有權》，頁 85-86，臺北：元照出版社。

³⁹ 另一個有趣的例子是刑事補償法的補償規定。該法第 6 條明訂無端羈押或徒刑的補償是一日 3000 元到 5000 元。立法者並沒有認為，在羈押或徒刑 N 天以內，不予補償，因為配合刑事調查是公民社會義務云云。被無端羈押一天，也有補償。但要使此種補償能順利運行，立法上也只能採用小範圍裁量的類似定額補償。如果每個刑事被告的刑事補償，都要依個案計算其人身自由受限制的損失，或許立法者就會考慮只對長期被無端羈押或受徒刑者給予補償。

反過來說，為何財產權受輕微限制，不能制定小額的定額補償？

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

用補償⁴⁰。但如果財產淨值下降，則可能是對各財產權人都不利，此時，政府必須選擇停止讓餅縮小，或持續切實補償，這或可促使政府為了避免預算失血而停止無效率的政策。財產淨值下降，也可能是因為管制的區域效果不同，在部分地區財產淨值上升，部分地區下降。當分配不均時，何以不補償受害者？或許可以說，長期來看，除非國家管制永遠獨厚某一批人，否則各種管制的效果加總，會使得財產價值整體而言上升。因此，不應該執著於每個管制都要補償受害者，以免耗費行政資源。不過，管制是否往往厚同一此、薄同一彼，是實證問題，也仍然需要前述的法實證研究，長期追蹤，才能略知梗概。

參、損失補償請求權

一、行政法院仍不處理管制性徵收之請求

立法院對管制性徵收，一直未立法賦予人民一般性的補償請求權；而在個別行政管制法律中，也少見補償請求權之安排⁴¹。行政法院的許多判決採取「損失補償法定原則⁴²」，主張諸如釋字第 400 號解釋、釋字第 440 號解釋，僅為立法與施政之方針，人民不得以之作為請求權基礎⁴³。本文系統地搜尋 2010 年 1 月 1 日到 2016 年 7 月 31 日的最高行政法院判決，發現其見解十分穩定，仍舊不許土地所有權人以大法官解釋或憲法條文為請求補償之基礎⁴⁴。

⁴⁰ Anup Melani 教授即主張使用地方之不動產價格與工資水平，衡量地方的政策效果，並作跨地域比較。See Anup Malani, *Valuing Laws as Local Amenities*, 121 HARV. L. REV. 1273 (2008).

⁴¹ 行政執行法第 41 條賦予財產受特別損失者請求金錢補償之權，是少見之例外。新通過之國土計畫法，也有相關損失補償規定，其評釋參見黃相博（2016），〈土地所有人的損失補償〉，謝哲勝（編），《國土計畫——法律與政策》，臺北：元照。

其他例外給予補償的特別法，如野生動物保育法第 11 條規定補償土地所有人、使用人因依主管機關公告之方法提供野生動物棲息環境所受之損失；飲用水管理條例第 5 條第 5 項規定「飲用水水源水質保護區及飲用水取水口一定距離內之地區，於公告後原有建築物及土地使用，經主管機關會商有關機關認為有污染水源水質者，得通知所有權人或使用人於一定期間內拆除、改善或改變使用。其所受之損失，由自來水事業或相關事業補償之」；自來水法第 12 條規定「前條水質水量保護區域內，原有建築物及土地使用，經主管機關會商有關機關認為有貽害水質水量者，得通知所有權人或使用人於一定期間內拆除、改善或改變使用。其所受之損失，由自來水事業補償之」；水利法第 79 條第 1 項規定「水道沿岸之種植物或建造物，主管機關認為有礙水流者，得報經上級主管機關核准，限令當事人修改、遷移或拆毀之。但應酌予補償」；森林法第 31 條規定，應補償禁止砍伐竹、木之保安林，其土地所有人或竹、木所有人，以及保安林所有人受指定造林者所受之損失；水土保持法第 21 條規定，受限制使用之保護帶土地所有人或地上物所有人所受之損失得請求補償金。以上立法之探討，參見卓佳慧（2000），《從財產權觀點探討限制發展地區損失補償之問題》，頁國立台北大學都市計劃研究所碩士論文。

⁴² 早期行政法院見解之舉隅，參見李震山，前揭註 9，頁 146；董保城、湛中樂（2005），《國家責任法：兼論大陸地區行政補償與行政賠償》，頁 25，臺北：元照。

⁴³ 參見最高行政法院 97 年判字第 229 號判決、最高行政法院 93 年判字第 178 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 554、675、897、828 號判決，91 年度判字第 1395 號判決等。

⁴⁴ 參見最高行政法院 104 年判字第 251 號判決、最高行政法院 100 年判字第 1420、1926、797

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

二、「創設」以大法官財產權解釋為本之損失補償請求權

在美國法中，財產權受限制者，可以依憲法的徵收補償條款直接在法院起訴請求政府給予公正補償⁴⁵。故美國之法院必須時時區別「無須補償之管制」與「必須補償之管制性徵收」。縱使美國法院依舊抓不準管制與管制性徵收之界定，但至少在美國，沒有任何財產權人會因為法無明文而在程序上就被拒絕正義之門外。在德國法中，當事人亦得「選擇向行政法院訴請去除違法之侵害行為，或者容忍此項侵害，而向普通法院請求補償」⁴⁶。

大法官人力、時間非常有限，不可能逐一處理各種財產權侵害方式所導致的損失補償問題。最理想的方式，是在一個適合的解釋中，一槌定音，宣示憲法保障財產權的規定，可以作為損失補償的請求權基礎，且此不待立法明文規定⁴⁷。此外，大法官解釋也可以明確指示行政法院，必須受理損失補償的給付訴訟，不能逕予駁回⁴⁸。

號判決等。早期判決對於「無法律，無補償」之原則的整理，參見王服清，前揭註 4，頁 117-120。

⁴⁵ 日本憲法第 29 條第 3 項亦明定「私有財產在正當補償下，得為公共需要予以收用」，早期日本學說見解認為該條僅為綱領規定，是否予以補償仍為立法之問題；然晚近見解則有所改變，認為國家因基於公共需要，致使人民財產權發生特別犧牲之損失時，應給予正當補償，乃憲法上之要求。因此，於「河川附近地制限令違反事件」中，法院一致宣示「財產上犧牲已逾越一般當然忍受之限制範圍而達特別犧牲時，縱無有關損失補償規定，得直接以憲法第 29 條為依據，請求補償」一方面肯定人民引據憲法作為損失補償請求權基礎，另一方面則避免直接將徵收處分宣告違憲無效後，人民僅得請求確認處分無效與損害賠償的困境。參見日本最高判昭和 43.11.27 判時 538 號。以上引用自葉百修（2011），《損失補償法》，頁 7、66-67、164-166，臺北：新學林。

⁴⁶ 參見李建良，前揭註，頁 709-711；陳新民（2002），〈論公益徵收之補償原則〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，頁 408-411，臺北：元照；蔡宗珍（2004），〈既成道路相關法律見解之回顧與檢討〉，《憲法與國家（一）》，頁 295-296，臺北：元照；陳明燦（2006），〈我國私有既成道路土地使用受限與損失補償之法律經濟分析〉，《東海大學法學研究》，24 期，頁 113-114。

⁴⁷ 不同見解：吳庚大法官援引德國基本法第 14 條第 3 項之意旨，認為補償義務須待法律規定使得請求，即所謂「補償法定原則」（Grundstaz der Gesetzmässigkeit der Entscheidung）。參見吳庚（2010），《行政法理論與實用》，增訂 11 版，頁 743-748，臺北：三民。

⁴⁸ 我國不少學者肯定大法官引用憲法規定，直接賦予人民請求補償之權。參見李建良，前揭註 12，頁 663；李震山，前揭註 9，頁 148；董保城、湛中樂，前揭註 42，頁 26-27；李惠宗，前揭註 18，頁 73-80（認為釋字第 400 號解釋犯了法學方法上的謬誤，一方面援引屬於「法本質論」的特別犧牲理論，另一方面卻又在解釋理由中表示應依據「法律」辦理徵收補償，使得行政法院在受理既成道路問題時成為「法適用論」的問題。亦即將本應因「法律漏洞」而類推適用有關徵收之規定補償的，反而因釋字第 400 號解釋，認為係立法者的有意疏漏，從而駁回人民之請求。釋字第 400 號解釋本身應屬法理發現之解釋，在法律有所缺漏的情形，應認為係屬「特別犧牲請求權」之基礎，因法無明文補償，從而透過憲法解釋以填補法真空的狀態）；林明鏘，前揭註 11，頁 52、55-56；蔡宗珍（2003），〈既成道路之徵收補償問題〉，林明鏘、葛克昌（編），《行政法實務與理論（一）》，頁 185，臺北：元照；蔡瑄庭，前揭註，頁 49-50；王服清，前揭註 4，頁 123-126。反對見解，參見葉百修，前揭註 45，頁 132（認為即令有釋字第 400 號，人民仍沒有徵收國家請求權）；蔡進田（2003），《我國土地徵收補償法制之研究》，頁 105-106，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文。比較折衷的見解，參見謝哲勝（1999），《財產法專題研究（二）》，頁 272-273，臺北：元照（準徵收之救濟，以宣告無效或排除侵害為原則，金錢補償為例外）。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

大法官在釋字第 516 號之解釋文「國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償。此項補償乃因財產之徵收，對被徵收財產之所有人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家自應予以補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失」，就已經明白指出管制性徵收應該予以補償。釋字第 652 號解釋文「嗣後直轄市或縣（市）政府始發現其據以作成原補償處分之地價標準認定錯誤，原發給之補償費短少，致原補償處分違法者，自應於相當期限內依職權撤銷該已確定之補償處分，另為適法之補償處分，並通知需用土地人繳交補償費差額轉發原土地所有權人。逾期未發給補償費差額者，原徵收土地核准案即應失其效力」，更是直接了當宣示：補償不足，徵收處分失效！不管是物理性徵收之損失補償，或管制性徵收之損失補償，其性質相同。準此，若行政法院不願意接受沒有法律明文依據之損失補償請求，可以依據「有（非至為微小）損失應有補償，否則違憲」之原則，撤銷沒有附帶補償之行政處分！

這等於是行政法院作行政處分之違憲審查。這是偷渡了法律的違憲審查嗎？是，也不是。若該行政處分所依據之法律，沒有規定「不得補償」，只是「沒有明文規定要補償」，行政機關本來就可以依據大法官解釋，編列預算，在限制人民財產權時，給予補償。所以系爭法律之合憲性，其實在未定之天，繫於行政機關是否依據該法律限制財產權時，配合了補償。所以，違憲與否，視個案而定。有補償，就沒有違憲，也沒有違法。沒有補償，或許沒有違法，但確定違憲。

若覺得本文一系列主張過於激進，不妨設想：如果立法院發瘋突然廢除土地徵收條例及所有其他物理性徵收之相關法律中關於徵收補償之規定。行政機關還是照常徵收。此時，被徵收人以憲法第 15 條、第 143 條、釋字第 652 號為規範依據，在行政法院請求徵收人給予相當補償。行政法院難道應該以「於法無據」為理由，駁回其給付之訴？

三、 遁入「公法上之不當得利」

前兩節所描述的實務見解，以及本文支持的請求權基礎建構，對關注徵收問題的法律人，都不是新鮮事。但多年的搖旗吶喊，既沒有吸引立法者的注意，也沒有撼動行政法院的立場。是否有可能在目前行政法院能接受的範圍中，以其他方式讓財產權受侵害者獲得保障？

本文觀察 2010 年以後的最高行政法院判決，發現：在行政法院一再宣示不承認大法官解釋與憲法條文為請求權基礎後，有土地所有權人改以「公法上不當

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

得利」為請求權基礎⁴⁹。此種策略，有優點亦有侷限。優點是公法上不當得利為行政程序法明文承認的請求權基礎⁵⁰，請求權人有機會一搏、辯論構成要件是否適用。此外，請求權人不限於因土地用於道路而遭受損失者。再者，公法上不當得利訴訟毋須先經過訴願，也不用先提起課予義務訴訟，程序較為簡便。侷限則是，公法上不當得利的構成要件必須是：有人受利益而致他人受損害。例如土地分區使用管制內容變更，導致土地所有權人蒙受損失時，由於往往沒有明確的受益者（或者受益者眾，但土地所有權人告的是管理養護機關⁵¹），行政法院往往以不符合公法上不當得利之構成要件，駁回訴訟⁵²。

當行政訴訟不再以爭執（管制性）徵收存在，而轉為公法上不當得利或一般給付訴訟後，將產生一連串新的法律解釋問題。以下第一小節析辨既成道路的公法與私法性質，並探討既成道路之土地所有權人應該如何主張的請求權基礎。第二小節探究其他類型的財產權受限制者，應該如何主張補償。

（一） 既成道路與公用地役關係

在既成道路案件中，兩造當事人與行政法院都沒有精確認識到不同法律論理下所應適用的請求權基礎。簡言之，若系爭土地是既成道路，成立公用地役關係，則土地所有人的請求權基礎是「一般之公法返還請求權」⁵³，而非公法上之不當得利返還請求權。但要獲致此結論，實有必要重頭檢視公用地役關係的法律性質，以及建構此一新物權關係之配套制度。

1. 公用地役關係的私權性質區辨

公用地役關係其實是不特定人擁有的人役權（easement in gross），是釋字

⁴⁹ 參見最高行政法院 105 年判字第 182 號判決、最高行政法院 104 年判字第 251 號判決、最高行政法院 102 年判字第 669 號判決、最高行政法院 100 年判字第 1420、1926 號判決等。

⁵⁰ 行政程序法第 127 條規範者乃行政機關對人民的不當得利請求權。但由本文討論之判決可知，法院似乎與學者見解同調，認為該條僅是證明了更多類型的公法上不當得利請求權存在。德國學說實務透過長期的發展，區分出不成文的「一般公法返還請求權」與若干法律特殊規定的「特殊公法上返還請求權」，後者可能具有獨立的構成要件及法律效果而優先於前者的適用。而我國公法上不當得利制度發展甚遲，學說與實務認識者係繼受自德國的「一般公法返還請求權」，行政程序法第 127 條、稅捐稽徵法第 28 條及第 38 條 2 項，皆屬於「特殊公法上返還請求權」，惟規範內涵皆相當簡略且模糊。參見林明昕（2006），〈「公法上不當得利」之體系思考〉，林明昕（編），《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 236-239，臺北：元照；林明昕（2008），〈公法上不當得利之研究—以行政程序法第一百二十七條規定為中心〉，《輔仁法學》，35 期，頁 9-13。

⁵¹ 如在既成道路案件中即為道路管理機關。

⁵² 參見例如最高行政法院 105 年判字第 182 號判決。

⁵³ 學者指出，縱使沒有個別法律的公法返還請求權特別規定，一般行政法中普遍存在著「一般之公法返還請求權」。參見陳敏（2009），《行政法總論》，6 版，頁 1241，臺北：自版。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

第 400 號創設之新型態物權⁵⁴。臺灣民法或其他特別法雖未承認人役權⁵⁵，只承認不動產役權，但在物權法定原則之下，憲法解釋位階高於法律，自可創設新型態物權，而不違反民法第 757 條⁵⁶。但從經濟分析觀點⁵⁷，憲法解釋者缺乏一般立法者寬廣政策之形成空間，可以考量創設新型態物權的各種成本與效益，並調整外部成本與外部效益；因此，是否適當由大法官創設新型態物權，仍有探討空間。不過，以下暫且擱置此爭議，以展開公用地役關係定性的其他討論。

值得先進一步思辨的是，「公用地役關係/通行人役權」與時效取得地役權的同與不同。通行人役權與通行不動產役權的差異在於定限物權人是否為某不動產之權利人；其權利依附於、取決於身為不動產權利人者為不動產役權，否則為人役權。但以時效取得兩種權利而言，關鍵都是在供役不動產受限制，該不動產之權利人因而受有損失。

如何權衡供役不動產權利人與通行人之利益？以時效取得不動產役權而言，民法第 852 條第一項規定，時效取得之不動產役權要「繼續並表見」之外觀。該條默默地修正了民法第 769 條與第 770 條（透過第 772 條準用）「繼續占有」的要求。若嚴格貫徹占有作為「事實上管理力」的字面意義⁵⁸，則通行權人一天數次或數天一次通行幾分鐘，而且還有其他人同時或先後通行同一處，很難與民

⁵⁴ 類似見解，參見蔡明誠（2002），〈既成巷道之公用地役關係與所謂公用人役權問題最高法院八十九年度台上字第二五號判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，91 期，頁 316-317。

⁵⁵ 耐人尋味地，釋字第 400 號解釋理由書特別強調「公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認」。

⁵⁶ 不過，創設物權類型是一回事，新物權類型使某些財產權人受害卻未予補償，又是另一回事。類似見解，參見林明鏘，前揭註 11，頁 51（基於憲法第 15 條、第 23 條揭櫫之人民財產權保障及法律保留原則，不得創設法律規定以外，公權力主體可以剝奪或嚴重限制他人財產權使用，卻無須為任何補償之物權）；蔡宗珍，前揭註 46，頁 290-292（既成道路作為公物而具有公法上的供役性，不能夠以時效完成之「事實狀態」取代屬於「法律行為」之公物設定。無法律依據即以時效完成限制所有權行使，挑戰了法律保留原則）；陳明燦，前揭註 46，頁 95-96（同樣認為公用地役關係的限制違反法律保留原則）。肯定以時效取得公用通行地役權，而形成公物者，參見陳清秀（2004），〈既成道路相關法律問題探討〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 58-59。

⁵⁷ 由經濟分析觀點分析物權法定的中文文獻，參見王文字（2003），〈物權法定原則與物權債權區分——兼論公示登記制度〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 138-165；張永健（2014），〈再訪物權法定與自由的爭議〉，《交大法學》，2014 年第 2 期，頁 119-135；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》，7 卷 1 期，頁 119-168；張巍（2006），〈物權法定與物權自由的經濟分析〉，《中國社會科學》，4 期，頁 129-141；張巍（2013），〈物權法定的效率問題再思考〉，《中研院法學期刊》，13 期，頁 235-278；許惠峰（2012），〈物權法定原則，一朵明日黃花？——以法律經濟學三問物權自治原則〉，《華岡法粹》，52 期，頁 21-84；蘇永欽（1991），〈物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析〉，《經濟論文叢刊》，19 卷 2 期，頁 219-257；蘇永欽（2008），〈物權法定主義鬆動下的民事財產權體系〉，《尋找新民法》，頁 103-160，臺北：元照；蘇永欽（2010），〈可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線〉，《南京大學法學評論》，秋季卷，頁 16-44；簡資修（2011），〈物權外部性問題〉，《中研院法學期刊》，8 期，頁 227-258；簡資修（2014），〈物權是內部化而不是外部性〉，《交大法學》，2014 年第 2 期，頁 136-138。

⁵⁸ 對於此種主張，參見張永健（2013），〈占有規範之法理分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，42 卷特刊期。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

法第 769 條與第 770 條所規範的所有權時效取得的「繼續占有」相提並論。

因此，民法第 852 條第一項「繼續並表見」之規定，則只要求欲時效取得通行不動產役權者，必須長期走，而不能偷偷走。對時效取得通行役權者，課予同樣「繼續並表見」的要求，應該是對潛在供役不動產權利人的基本保護。而通行者之行為必須符合民法第 769 條與第 770 條之和平要件，也屬當然。釋字第 400 號之解釋理由書要求既成道路「於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事」，即指涉和平、表見（即公然）要件。理由書復要求「須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要」，則是要求通行必須「繼續」，而且期間應該要長於民法第 769 條所規定之「20 年」要件。

不過，釋字第 400 號之解釋理由書首先要求之「須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時」，則似乎常為人忽略。若貫徹此要求，則公用地役關係則類似民法第 787 條袋地通行權⁵⁹的人役權版本。但此情境中之不特定人若為袋地物權人，則本有相關民法條文可資適用，何勞大法官創設新型人役權？如果不特定人不是袋地利用人，何來通行必要⁶⁰？難道是政府機關位於袋地，民眾為了洽公不得不通行私人土地至政府機關？全臺灣如此多被認定為公用地役關係的土地，難道都符合通行必要的標準？從後來的法制實踐來看，顯然「通行必要」之要件並未被認真看待。大法官當初揭示此要件，目的應該在從嚴解釋，保護既成道路所在土地所有權人之利益。但若真的從嚴解釋，恐怕符合要件之既成道路百不及一。地方政府無庸逐一徵收大多數之既成道路，但必須廢止其公用而還產於民。因為上述解釋的兩難，本文以下暫且忽略此通行必要之要件。

2. 公用地役關係的有償性

若公用地役關係（通行役權）最接近時效取得之通行不動產役權，則公用地役關係之有償性，可從役權的有償性與時效取得的有償性兩方面論證。

第一，民法物權編之不動產役權章雖然沒有規定役權必定有償，但市場交易

⁵⁹ 關於袋地通行權的實證研究，參見張永健（2013），〈袋地通行權判決之實證研究〉，《月旦法學雜誌》，216 期，頁 211-227；袋地通行權的經濟分析，參見張永健（2012），〈法定通行權之經濟分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷特刊期，頁 1321-1372。

⁶⁰ 誠如學者已經指出，袋地通行權乃不動產役權，需役與供役者均為土地，而實際能享受者，乃有權合法使用需役地者。因此，不獨所有權人，用益物權人與承租人等自然都可以通行，因此後者情境也毋須創設公用地役權。參見蘇永欽（1999），〈相鄰關係在民法上的幾個主要問題〉，民法研究會（編），《民法研究 2——民法研究會實錄》，頁 15，臺北：學林。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

的現實就是所有權人與用益物權人互蒙其利才會達成自願交易。用益物權人給付金錢作為代價，固為常態；以其他方式給付或「還人情」，也所在多有。這些都反映了不動產役權、乃至於所有用益物權的「有償性」⁶¹。在一般私人間，若有法定物權產生，所有權人向獲得法定物權人請求地租或償金，才能平衡雙方利益，促進資源有效率利用。在公用地役關係中，亦然。任何的土地使用都有機會成本，法定物權的享有者，也至少應該支付此機會成本（市場行情），否則難以證明，以某甲之土地供某乙通行，是有效率的資源配置⁶²。

第二，如學者所論⁶³，時效取得不動產所有權之制度，在當代已經很難證立。即使在少數情境中善意占有人不能單純視為無權占有人而立即驅離，其使用也必須有償。

此處之法理困難是，人役權之權利人不特定，現實上土地所有權人難以使用「反向的團體訴訟」（一人告一群人）獲得補償。若按照民法第 769 條與第 770 條之設計，時效取得不動產物權者，僅取得登記為物權人之請求權。準此，誰登記為通行人役權人，誰就要補償；有補償者，才有資格繼續通行。但因為通行人役權的特殊情況，釋字第 400 號解釋採用了民法第 787 條「法定通行權」之設計，使構成要件事實成就後，公眾得以繼續不間斷通行。然而，此種法定物權之設計，也使得權利人/補償義務人無法確定；通行的公眾何時從無權入侵者轉換為擁有通行人役權者，也無明確時點。

思及此，釋字第 400 號解釋直接宣示應該由地方政府補償公用地役關係中的土地所有人，實際上等於是讓地方自治團體替通行人集體補償，有如實體法版本的「法定訴訟擔當」；為此號解釋創設的法理難題解套。應強調者，地方自治團體公法人（更不用說不具備權利能力的養護機關）並不是私權關係中的定限物權人。無論地方自治團體是支付既成道路所有權人過去被無權使用的相當於租金之不當得利，或未來要繼續被通行的租金，都是因為大法官解釋（或若將來有立法）的特殊解套方式而代實際通行者付補償金。公法人不應該與民爭利，成為時效取得權利之人⁶⁴；而且在既成道路的情境中，公法人也難以符合構成要件而成

⁶¹ 有償性和是否「給付地租」，係屬二事。如上所言，實物給付、日後還人情、「女兒嫁給你」都是利益交換的一環。民法在用益物權的不少條文（例如第 834 條、第 835 條），以「若有給付地租之約定」作為條件，是限定適用在雙方約定以定期金錢給付作為使用土地代價，並不包括全部類型的有償用益物權交易。不能由民法猶豫地加上了「若有給付地租之約定」的條件，就誤以為民法的立法者假設許多用益物權交易是無償。

⁶² 物權關係成立是法定而非意定，往往僅在減少制度費用，並不蘊含了讓當事人免費使用他人財產的意旨。法定物權之經濟分析，參見例如張永健，前揭註 59，頁 1321-1372。

⁶³ 參見張永健（2016），〈歷久彌新或不合時宜？民法不動產時效取得制度之實踐與革新〉，《中研院法學期刊》，18 期，頁 238-254。

⁶⁴ 參見張永健（2016），〈動產時效取得——從國家時效取得私有動產案件，到制度興革建議〉，《月旦法學雜誌》，255 期，頁 133-140。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

為（其中一位）人役權人。此處之私法關係解釋如此困難，正是因為公部門「行不由徑」。若中央或地方公法人依法徵收土地、補償土地所有人後，設定為道路供公眾通行，問題就迎刃而解。

在此種遷就公部門不良示範而創設的司法解釋下，行政法院另外有值得注意之見解。依財政部訂頒「各機關經管國有公用被占用不動產處理原則」，國有公用不動產遭占用時，由管理機關請求返還。反面論之，私人不動產遭公法人占有以提供公用時，管理機關亦應為適格之被告。此理由也成為最高行政法院 105 年判字第 73 號判決中原告所主張被告適格之理由。該判決之原審以被告機關未受有利益為理由，駁回起訴；應可推知原審認為被告適格，否則無須審酌實體問題。最高行政法院則以原審見解（與公法上不當得利之要件不符）為可議而廢棄發回；亦可推知，本案中最高行政法院也認為被告機關適格。

3. 補償請求權

有了以上討論後，到此方能探討既成道路之土地所有權人，應以何種請求權基礎請求補償。若法院認為系爭土地有公用地役關係，即不得依據公法上之不當得利，判決被告給付原告不當得利之補償，因為公用地役關係就是土地權利人受損害的「法律上原因」⁶⁵，故無不當得利可言。土地權利人的請求權基礎，是時效取得用益物權應該伴隨的地租或租金，其數額——如同在其他法定物權的情形（民法第 838 條之 1、第 779 條、第 787 條參照）——並未由法律確定，故應由法院斟酌市場行情決定之。法院不應推辭沒有法律明定補償標準，因而拒絕裁判⁶⁶。

至若法院認為系爭既成道路尚不具有公用地役關係，則應依據公法上之不當得利，判決被告（地方自治團體）代人役權人返還不當得利。雖然請求權有所不同，但土地權利人所受損害相同，通行權人之所受利益也相同。是故，補償標準都應該相同，而且應該是市價⁶⁷。

⁶⁵ 下列判決之原告，就犯了此種推論錯誤：最高行政法院 105 年判字第 182 號判決之原告，於一審高雄高等行政法院 103 年度訴字第 379 號判決中主張：「按土地縱為既成道路，但僅要繼續無償使用系爭土地有違平等原則，即為無法律上原因受有利益，使土地所有人受有損害，仍屬公法上不當得利。」

⁶⁶ 下列判決，就這樣推辭：最高行政法院 100 年判字第 1926 號判決謂：「各種公權力之合法行使致使人民之財產發生特別犧牲時，應採取何種補償方式、補償如何計算，乃委諸立法考量……本件上訴人……除以憲法第 15 條為請求權依據外，無以提出具體之行政實體法為據，其向被上訴人請求作成損失補償之行政處分，自屬乏據。」

⁶⁷ 主張財產法中的補償、償金都應以市價為準，參見張永健（2010），〈土地徵收條例第 30 條之徵收補償標準——綜論 2000 年後之最高行政法院相關判決〉，《中研院法學期刊》，6 期，頁 176-185、202-203；張永健（2011），〈土地徵收補償之規範標準與實證評估〉，《東吳法律學報》，22 卷 4

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

(二) 其他管制類型

在其他管制類型中，因為沒有公用地役關係，所以土地所有權人的請求權基礎，沒有懸念，就是公法上之不當得利，或更一般性的「一般之公法返還請求權」。舉例而言，土地劃入國家公園計畫範圍內，使得開發利用方式受到限制⁶⁸。以民法不當得利的步驟檢驗此問題，土地所有人受損害，應無爭議。實務上，法院有認為「被告機關沒有受利益」而駁回原告主張⁶⁹。而土地管制往往是為了不特定人的福祉，人民才是受利益者，但土地所有人不可能逐一向造訪國家公園的遊客請求不當得利。是故，參照釋字第 400 號解釋之論理，由國家公園主管機關或其所屬公法人作為人民之代表，代為返還不當得利，應該更為符合公法上不當得利之制度設計目的。再者，利益與損害間的因果關係，在此類型中也無爭議。最後，土地使用限制乃基於國家公園法或其他法律，是否構成「法律上原因」？本文採否定見解。任何法律都不能逾越憲法，授權政府機關不補償而使用人民財產或過度限制人民使用其財產。法律如果規定管制性徵收毋須補償（似乎找不到例子），違憲而無效，無法作為法律上原因。法律如果沒有規定補償事宜，則依據憲法補償乃屬當然；再未予財產權人補償前，管制性徵收並無合法，無法作為法律上原因。

再舉另一種案型為例。當國家或地方自治團體所轄機關，無權占有人民土地作停車場、堆放捷運興建所需之原料，因為沒有法律授權依據，嚴格言之乃違法行為。所以，人民是否不得請求損失補償，僅能請求損害賠償⁷⁰？本文認為，此種管制性徵收，仍以使用公法上不當得利（甚至民法上不當得利）處理為佳。當公法人之行政機關在憲法、其組織法、其相關作用法的授權範圍以外，造成人民損失時，至少對人民而言，侵害者並非立基於其公法上地位而為之，而與其他侵害權利之自然人並無二致。當一自然人無權占有或無權使用他人權利時，後者可

期，頁 22-24；張永健（2013），〈越界建築之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，12 期，頁 179-182；張永健、陳恭平、劉育昇，前揭註 32，頁 96-98、110-119、140-145。

⁶⁸ 此乃最高行政法院 102 年度判字第 669 號判決的案件事實。

⁶⁹ 參見最高行政法院 105 年判字第 182 號判決、最高行政法院 102 年判字第 669 號判決。

⁷⁰ 合法公權力行使與違法公權力行使，使得人民行使請求權有「損失補償」與「國家賠償」之別。然而晚近之國外學說與實務上，兩者分界已有模糊化的趨勢，如德國聯邦普通最高法院之裁判實務上，創設「類似徵收侵害」，將違法但無責的公權力行使，類推適用損失補償之法理為請求。惟葉百修大法官認為，鑑於國家賠償法有監視與保障人權之功能，損失補償仍宜以合法公權力行使為對象。參見葉百修，前揭註 45，頁 4、11-12、28。不同見解，亦有學者認為損失補償法理不是因為國家合法的行政行為而給予補償，而是國家基於維護或促進公共利益，正當化了限制或侵害人民權利的行為，因此損失補償的性質未必應被限於適法的侵害行為，也因此特別犧牲理論得以構成公用徵收理論外之損害賠償原因。參見董保城、湛中樂，前揭註 42，頁 14-15、26。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

以選擇以侵權行為或不當得利請求權起訴，填補其損失。選擇使用不當得利請求權，毋須舉證證明對造之故意、過失，也不用精細舉證其損害數額。當侵害權利者是龐大的行政組織時，要舉證故意過失恐怕更為困難。如果認為不當得利是損失補償，侵權行為、國家賠償是損害賠償，而國家無權占有人民土地為違法行為，只能請求損害賠償，則反倒是在國家為更應深責的違法行為時，減少了財產權人獲得損失填補的機率。因此，本文主張，在此種涉及公法人、行政機關的「非給付型」不當得利⁷¹，無論是由行政法院或普通法院審理訴訟，都應該參照民事法院之見解，返還「相當於租金之不當得利⁷²」。

最後以特殊之分區使用管制⁷³舉例，此種案型美國文獻中稱為 **spot zoning**。舉例而言，在臺北市信義區一整片分區使用管制為商業區的地段中，一位地主因為得罪當道，其土地被改劃為農業區，土地價值大大降低。此種案例中，公法上之不當得利請求權，不一定能派上用場。財產權人固然受有損失，但很難說有任何人受有利益。此時，更適當的請求權，就是基於憲法財產權保障而生的損失補償請求權，或者學者所言一般性的「一般之公法返還請求權」。但前者為行政法院明白拒卻，後者也仍停留在學說階段。由此可知，即令有公法上不當得利請求權的「創意」用法，仍然無法解決所有財產權受管制性徵收的補償問題。本部分前兩節所陳述的財產權人困境，依然存在。

肆、結論

司法院釋字第 564 號解釋提出了管制性徵收之損失補償標準，足供日後大法官據以開展，也提供行政法院財產權侵害的理論架構。本文在此號解釋的理論基礎上，增添了更具體的判斷標準與計算損失補償額的方法，足供政策決定者參考。

⁷¹ 參見例如王澤鑑（2009），《不當得利》，增訂版，臺北：自版。

⁷² 對此種民事判決之檢討反省，參見張永健、陳恭平、劉育昇，前揭註 32，頁 81-153。

⁷³ 釋字第 444 號解釋就是針對土地分區使用管制與額外的禁止開發管制而發。不過，正如李建良教授指出，該號解釋僅觸及法律保留原則，對於釋憲人於聲請書（參見司法院公報，40 卷 2 期，頁 12，1998 年）中主張之財產權受到類似徵收之限制，則未置一詞。李建良教授認為，若人民之土地編定為「農牧用地」，土地之主要功能本在於農牧養殖活動，今因系爭要點禁止水質、保護區之土地新設畜牧場，系爭土地之經濟性功能即受到嚴重損害，系爭規定及相關法律無損失補償之規定，應屬違憲。參見李建良，前揭註 12，頁 726-727。換言之，以本文所標舉的釋字第 564 號解釋的審查標準，此種土地之所有人受到遠超過至為微小之侵害。

但請比較李惠宗，〈特別犧牲之損失補償——從法學方法談既成道路的徵收補償訴訟〉，收錄於損失補償、行政程序法（2005 台灣行政法學會學術研討會論文集），頁 70-71（土地分區編定雖然可能造成土地利用價值的不等值，然未對「使用」、「收益」、「處分」為全面且無限期的剝奪，仍然屬社會義務之範圍內，不生補償的問題）；同樣認為土地使用編定並非特別犧牲因此不構成管制性徵收，參見周家維（2002），《土地使用管制準徵收之研究》，頁 99-100，國立臺北大學都市計劃研究所碩士論文。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

然而，實體標準雖已到位，程序問題的嚴重不足成為財產權保障之柏林圍牆。行政法院長期拒絕以大法官解釋作為損失補償之一般性甚至具體的請求權基礎。這使得財產權受限制者即使遭逢遠大於「至為輕微」的損失，也補償無門。近來雖然有部分原告以公法上不當得利作為損失補償的請求權基礎，但行政法院在多數判決中仍未支持原告主張。

長期以來，立法的漏洞（沒有規定要補償）、憲法（解釋）的抽象，成為法院駁回原告損失補償主張之擋箭牌。無論是立法院、大法官、行政法院，採取行動，落實財產權保障，此其時矣。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

參考文獻

英文

- Been, V. L. (2004). Lucas v. The Green Machine: Using the Takings Clause to Promote More Efficient Regulation? In G. Korngold & A. P. Morriss (Eds.), *Property Stories* (pp. 299–336). New York, N.Y.: Foundation Press.
- Dana, D., & Merrill, T. W. (2002). *Property: Takings*. New York: Foundation Press.
- Dukeminier, J., Krier, J. E., Alexander, G. S., Schill, M. H., & Strahilevitz, L. J. (2014). *Property* (8 ed.). New York, NY: Aspen Publishers.
- Epstein, R. A. (1985). *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Epstein, R. A. (2008). *Supreme Neglect: How to Revive Constitutional Protection for Private Property*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Epstein, R. A. (2011). Littoral Rights Under the Takings Doctrine: The Clash Between the Ius Naturale and Stop the Beach Renourishment. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 6(1), 37.
- Fischel, W. A. (1995). *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Hovenkamp, H., & Kurtz, S. F. (2005). *Principles of Property Law* (6 ed.). St. Paul, MN: Thomson/West.
- Merrill, T. W., & Smith, H. E. (2012). *Property: Principles and Policies* (2 ed.). New York: Foundation Press.
- Miceli, T. J., & Segerson, K. (1994). Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid? *Journal of Legal Studies*, 23(2), 749–776.

中文

- 王文宇 (2003)。〈物權法定原則與物權債權區分——兼論公示登記制度〉，《月旦法學雜誌》，93 期，頁 138-165。
- 王服清 (2013)。〈論財產權特別犧牲損失補償原則在行政救濟之實踐問題——無法律，無補償？〉，《興大法學》，14 期，頁 81-150。
- 王澤鑑 (2009)。《不當得利》，增訂版。臺北：自版。
- 吳庚 (2010)。《行政法理論與實用》，增訂 11 版版。臺北：三民。
- 李念祖 (2008)。《案例憲法 II 人權保障的程序(上)》。臺北：三民。
- 李建良 (1999)。〈行政法上損失補償制度之基本體系〉，《東吳法律學報》，11 卷 2 期，頁 33-101。
- (2006)。〈損失補償〉收於：翁岳生 (編)，《行政法 (下)》，頁 645-737。臺北：元照。
- (2010 年月)。〈不表意自由與名譽權的憲法保障與法益權衡：司法院大法官有關「強迫公開道歉」憲法解釋的分析〉，發表於：《第五屆「日臺憲

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

法共同研究會」，日本：東京大學。

李惠宗（2003）。〈為什麼不能在自家騎樓上設攤營生？法律只是「依法行政」的擋箭牌，還是國家理性的表徵？釋字第五六四號解釋的解讀〉，《台灣法學雜誌》，52期，頁21-23。

——（2005）。〈特別犧牲之損失補償——從法學方法談既成道路的徵收補償訴訟〉收於：臺灣行政法學會（編），《損失補償行政程序法》，頁51-86。臺北：社團法人臺灣行政法學會。

李震山（2005）。〈行政損失補償法定原則——無法律即無補償嗎？〉，《台灣本土法學》，71期，頁143-148。

卓佳慧（2000）。《從財產權觀點探討限制發展地區損失補償之問題》，國立台北大學都市計劃研究所碩士論文（未出版）。

周家維（2002）。《土地使用管制準徵收之研究》，國立臺北大學都市計劃研究所碩士論文

林明昕（2006）。〈「公法上不當得利」之體系思考〉收於：林明昕（編），《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁232-252。臺北：元照。

——（2008）。〈公法上不當得利之研究——以行政程序法第一百二十七條規定為中心〉，《輔仁法學》，35期，頁1-68。

林明鏘（1999）。〈從大法官解釋論都市計畫之基本問題〉收於：劉孔中、李建良（編），《憲法解釋之理論與實務》，頁457-486。臺北：中研院社科所。

——（2004）。〈私有既成道路與損失補償請求權〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁47-56。

張永健（2010）。〈土地徵收條例第30條之徵收補償標準——綜論2000年後之最高行政法院相關判決〉，《中研院法學期刊》，6期，頁167-206。載於：idv.sinica.edu.tw/kleiber/pdf/20100315.pdf | 。

——（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》，7卷1期，頁119-168。

——（2011）。〈土地徵收補償之規範標準與實證評估〉，《東吳法律學報》，22卷4期，頁27-64。

——（2012）。〈法定通行權之經濟分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41卷特刊期，頁1321-1372。

——（2013）。〈越界建築之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，12期，頁153-201。

——（2013）。〈占有規範之法理分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，42卷特刊期，頁847-932。

——（2013）。〈袋地通行權判決之實證研究〉，《月旦法學雜誌》，216期，頁211-227。

——（2013）。《土地徵收補償——理論、實證、實務》。臺北：元照。

——（2014）。〈再訪物權法定與自由的爭議〉，《交大法學》，2014年第2期，頁119-135。

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

- (2014)。〈舊曲新唱？2012年後土地徵收補償新制之評析與展望〉，《財產法暨經濟法》，40期，頁1-28。
- (2015)。《物權法之經濟分析：所有權》。臺北：元照出版社。
- (2016)。〈公法問題的私法答案——從民法規定論國土計畫法第18條損失補償責任之界定〉收於：謝哲勝（編），《國土計畫法律與政策》臺北：元照。
- (2016)。〈歷久彌新或不合時宜？民法不動產時效取得制度之實踐與革新〉，《中研院法學期刊》，18期，頁195-266。
- (2016)。〈動產時效取得——從國家時效取得私有動產案件，到制度興革建議〉，《月旦法學雜誌》，255期，頁133-140。
- 張永健、陳恭平、劉育昇(2016)。〈無權占有他人土地與相當於租金之不當得利：實證研究與政策建議〉，《政大法學評論》，145期，頁81-153。
- 張永健、陳恭平、林常青(2016)。〈定錨效應與司法判決：實證研究的改革啟示〉，《北大法律和金融評論》，3期
- 張泰煌(1998)。〈以美國法論財產權之限制〉，《台灣土地金融季刊》，35卷1期，頁23-36。
- (1998)。〈從美國法準徵收理論論財產權之保障〉，《東吳法律學報》，11卷1期，頁113-157。
- (1998)。〈以準徵收理論填補我國財產權保障之漏洞〉，《臺灣地政》，151期，頁4-11。
- 張巍(2006)。〈物權法定與物權自由的經濟分析〉，《中國社會科學》，4期，頁129-141。
- (2013)。〈物權法定的效率問題再思考〉，《中研院法學期刊》，13期，頁235-278。
- 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍(2002)。《現代憲法論》，3版。臺北：元照。
- 許惠峰(2012)。〈物權法定原則，一朵明日黃花？——以法律經濟學三問物權自治原則〉，《華岡法粹》，52期，頁21-84。
- 陳仲麟(2011)。〈徵收之憲法拘束：以「私用徵收」的違憲審查為中心〉，《臺大法學論叢》，40卷3期，頁1029-1088。
- 陳明燦(2004)。〈私有既成道路使用受限與損失補償相關問題之探討〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁71-84。
- (2006)。〈我國私有既成道路用地使用受限與損失補償之法律經濟分析〉，《東海大學法學研究》，24期，頁93-132。
- 陳敏(2009)。《行政法總論》，6版。臺北：自版。
- 陳清秀(2004)。〈既成道路相關法律問題探討〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁57-70。
- 陳新民(2002)。〈論公益徵收之補償原則〉，《憲法基本權利之基本理論(上冊)》

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

- 臺北：元照。
- (2002)。〈財產權的限制與公益徵收之概念——美國法上之探討〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》臺北：元照。
- (2015)。《行政法學總論》，修訂九版版。臺北：三民。
- 彭正元 (1998)。《財產權限制與徵收之區別——以美國法為中心》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文（未出版）。
- 馮君君、卓佳慧 (2001)。〈限制發展地區土地利用受限補償課題之研究〉，《臺灣土地研究》，2 期，頁 41-71。
- 黃相博 (2016)。〈土地所有人的損失補償〉收於：謝哲勝（編），《國土計畫——法律與政策》，頁 92-115。臺北：元照。
- 葉百修 (2011)。《損失補償法》。臺北：新學林。
- 董保城、湛中樂 (2005)。《國家責任法：兼論大陸地區行政補償與行政賠償》。臺北：元照。
- 蔡宗珍 (2003)。〈既成道路之徵收補償問題〉收於：林明鏘、葛克昌（編），《行政法實務與理論（一）》，頁 165-185。臺北：元照。
- (2004)。〈既成道路相關法律見解之回顧與檢討〉，《憲法與國家（一）》，頁 267-307。臺北：元照。
- 蔡明誠 (2002)。〈既成巷道之公用地役關係與所謂公用人役權問題最高法院八十九年度台上字第二五號判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，91 期，頁 305-317。
- 蔡進田 (2003)。《我國土地徵收補償法制之研究》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文
- 蔡瑄庭 (2008)。〈論土地所有人多重環保義務之補償——以美國法規徵收相關判決分析為核心〉，《財產法暨經濟法》，14 期，頁 35-84。
- 蔡懷卿 (2004)。〈美國之土地使用法管制以及其憲法許可界限〉，《玄奘法律學報》，2 期，頁 197-279。
- 鄧煜祥 (2007)。《從財產權保障之觀點論土地使用管制與損失補償——美國法管制準徵收概念之引介》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文
- 謝哲勝 (1995)。〈從美國法上的土地準徵收論既成道路公用地役權之妥當性〉，《財產法專題研究》，頁 214-236。臺北：三民。
- (1995)。《財產法專題研究》。臺北：三民。
- (1999)。〈準徵收之研究〉，《財產法專題研究（二）》，頁 221-274。臺北：元照。
- (1999)。《財產法專題研究（二）》。臺北：元照。
- (2002)。《財產法專題研究（三）》。臺北：元照。
- 簡資修 (2011)。〈物權外部性問題〉，《中研院法學期刊》，8 期，頁 227-258。
- (2014)。〈物權是內部化而不是外部性〉，《交大法學》，2014 年第 2 期，頁 136-138。
- 蘇永欽 (1991)。〈物權法定主義的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分

研討會論文，非正式出版品。未經同意，請勿引用。

析》，《經濟論文叢刊》，19 卷 2 期，頁 219-257。

——（1999）。〈相鄰關係在民法上的幾個主要問題〉收於：民法研究會（編），《民法研究 2——民法研究會實錄》，頁??。臺北：學林。

——（2008）。〈物權法定主義鬆動下的民事財產權體系〉，《尋找新民法》，頁 103-160。臺北：元照。

——（2010）。〈可登記財產利益的交易自由——從兩岸民事法制的觀點看物權法定原則鬆綁的界線〉，《南京大學法學評論》，秋季卷，頁 16-44。

When Is Sacrifice Too Much? On Regulatory Takings

Abstract

Current regulatory takings theories in Taiwan lack concrete standard to distinguish regulations and regulatory takings, in addition to failing to advance any operable method to compute the amount of compensation. This article expands the *de minimis* standard raised in Constitutional Court Interpretation No. 564 and combines this standard with the takings theory by Richard Epstein. Accordingly, this article argues that the compensation standard used in the Taiwan Civil Code should be used by analogue to decide whether property right holders limited by regulation are entitled to claim compensation from the state. Using hedonic regression models and the big data on real estate transactions available since August 2012, this article lays out a concrete way to compute the market value of the real properties in question before and after a regulation. When the Taiwan Civil Code is unable to provide compensation guide in a certain regulatory regime, the difference in computed market value can be used to decide whether the limitation of property rights is *de minimis*—if not, the value gap should be compensated.

In practice, the administrative courts in Taiwan have refused to recognize the Constitution or constitutional interpretations by the Constitutional Court as causes of action. This article contends that they are valid causes of actions and the administrative courts should review the substantive claims by the property right holders and revoke regulatory takings decisions when the constraining regulation does not come with sufficient compensation. Recently, after years of setbacks, property right holders turn to unjust enrichment in public law as the cause of action. This article closes with a critical review of the related case law.

Keywords

Pedestrian arcade, reserved land for public facilities, civil code, hedonic regression model, Property rights, implicit in-kind compensation, *de minimis*, unjust enrichment in public law