

財產權的限制與補償： 新理論分析框架*

張永健**

中央研究院法律所研究員

「財產權重大限制」是指財產權雖然沒有被徵收，但受到超過「至為輕微」的管制。臺灣的「財產權重大限制」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「至為輕微」作為區分特別犧牲和社會義務的判斷標準。本文並進一步主張，使用特徵迴歸模型與實價登錄數據，計算系爭不動產在管制前後的市場行情。市價差異可以用來判斷侵害是否至為微小而須給予補償；也可以作為補償數額的估價方式。

關鍵字：騎樓、公共設施保留地、特徵迴歸模型、財產權、隱然非金錢補償、大法官釋字第564號解釋、至為輕微

* 本文初稿曾發表於 2016/12/3 司法院大法官 105 年學術研討會（感謝蔡明誠大法官邀請與會）、2016/12/20 中研院個人年度學術研討會、2017/11/2 香港大學舉辦之兩岸四地法律發展研討會，感謝本刊匿名審查人、陳弘毅、易繼明、羅昌發、陳明燦、林子儀、李建良、吳秦雯、簡資修、許家馨、蘇彥圖、林建志、王必芳、劉淑範、李念祖教授的寶貴意見；感謝彭瑞驊、劉孟涵、陳憶馨、朱明希、張凱評的研究協助。

** E-mail: kleiber@sinica.edu.tw

收稿日期：106 年 11 月 3 日；接受刊登日期：107 年 3 月 1 日

壹、導論

財產權因行政管制而受限制時，何時應論為「特別犧牲」¹ (*Sonderopfer*) 而給予補償，何時毋須給予補償，是憲法學財產權議題的大哉問。² 大法官雖然早在釋字第 336 號就提出「特別犧牲」概念，但一直無法提出具體可操作之標準³ (表 1 整理出歷年大法官解釋的標準)。釋字第 400 號解釋中，「社會責任及環境生態責任」和「特別犧牲」的概念關連，並不清楚。至釋字第 440 號解釋，特別犧牲被定義為「逾其社會責任所應忍受之範圍」，但社會責任範圍幾何，仍未見說明。釋字第 579 號解釋以「耕地承租人之租賃權……於耕地被徵收時隨同所有權而消滅」作為特別犧牲之例子，但沒有發展判斷標準。最近的釋字第 747 號解釋則老調重彈，以「逾越所有權人社會責任所應忍受範圍」作為特別犧牲之定義。

1 本文在此討論之特別犧牲，在德國法理論之語境下為「特別犧牲理論」而非「特別犧牲補償請求權」。兩者區別參見林三欽 (2010: 124-140)。匿名審查人指出，德國學說在社會拘束與特別犧牲二分理論下，有更細緻的理論探討，例如：轉換理論、救助條款理論。救助條款理論，從中文文獻之介紹，接近個案的例外救濟，而不是可以處理一般性問題「特別犧牲」如何定義的理論。救助條款理論的中文文獻，參見陳愛娥 (2000: 107-112)；陳明燦 (2006: 165-172)；陳新民 (2015a: 125-154)。至於轉換理論，筆者無法找到中文文獻，在 Beck Online 德文文獻資料庫找到的德文法學文獻，也都沒有清楚說明轉換理論的內涵。因此，本文無法進一步與這些德國理論對話。

2 國內學者也有進一步闡釋「特別犧牲」內涵者，參見例如：張文郁 (2003: 169-175) (「人民被迫為公共福祉作出對其他人民而言無法期待之不成比例犧牲，使其立於較其他人民不平等之特別地位」)；陳敏 (2009: 1219) (「干涉……足以構成不可期待當事人容忍之特別犧牲」)；李惠宗 (2005: 51-86) (「社會義務係屬基於公共利益對財產所形成之『微量』限制，基本上係屬『量』的問題。從量的角度來看，應檢視財產權的『使用』、『收益』或『處分』個別權能是否因此受到『全部限制』而定，如果其中一種權能受到全面且無法預計其結束期間的限制，即非財產社會義務範圍」)；許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍 (2002: 173) (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)；陳新民 (2015b: 491)；陳立夫 (2017: 17-30) (以限制目的手段型態、限制程度等等綜合判斷是否構成特別犧牲)；陳明燦 (2017: 21-37) (整理出七大理論)。不過，學者之闡釋，似未較下述釋字第 564 號解釋更為具體，且不似大法官解釋有直接拘束全國各機關效力。故以下以大法官解釋之規範架構為討論出發點。

3 同樣批評社會義務和特別犧牲兩個概念的區別標準不明，參見林明鏞 (2017: 5-16)。

表 1：歷來大法官解釋關於財產權重大限制的判斷標準

大法官解釋	「特別犧牲」判斷標準	系爭管制內容概要
336 號	第一次在憲法解釋中提到「特別犧牲 (Sonderopfer)」，但未提出判斷標準。	都市計畫法公共設施保留地，限制土地使用人為妨礙保留目的之使用。
400 號	社會責任及環境生態責任使個人行使財產權受到限制，此種限制中形成特別犧牲者，應享有相當補償。仍未提出判斷標準。	既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地無從自由使用收益，必須任不特定公眾通行。
440 號	「逾其社會責任所應忍受之範圍」。	既成道路或都市計畫道路用地，埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使。
564 號	「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」，若超過至為輕微的限制，則逾人民財產權所應忍受之範圍。 本號解釋理由書末段的標準與此不同，參見正文。	騎樓屬道路，原則禁止設攤。
579 號	未提出判斷標準。本號解釋的貢獻在於提出「補償與損失必須相當」的補償標準。	耕地承租人之租賃權，於耕地被徵收時隨同所有權而消滅。
747 號	逾越財產權人「社會責任所應忍受範圍」。	交通部臺灣區國道高速公路局，未先申請徵收地上權，穿越私有土地之地下，建造高速公路之隧道。

唯一提出更具體定義者，是未受到足夠重視的司法院大法官釋字第 564 號解釋。該號解釋之理由書論道：「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……再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。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。」（底線為本文所加）

不過，釋字第 564 號解釋仍有語焉不詳之處。解釋理由書第一段將「至為輕微」和「社會義務」等同，意思似乎是超過至為輕微的限制，就不屬於人民享受財產權所應負擔之社會義務。但解釋理由書第二段記述了解釋標的條文後，先是將國家提供之補償（租稅減免）和對財產權的侵害混為一談；又在社會義務第二次出現後，使用相近但不知標準是否相同的「社會責任」一詞。而解釋理由書第一段中「至為輕微」和「社會義務」看起來是同樣標準，但解釋理由書第二段中的「輕微」和「社會責任」以「亦」字連結，看起來則是兩個不同的檢驗標準。而只要限制輕微就「自無悖於憲法第二十三條比例原則之要求」，也有模糊之處（限制輕微就當然通過必要性和衡平性的檢驗嗎？限制輕微與否和有無適當性也非同一件事）。解釋理由書第二段最後的「更未構成個人之特別犧牲」可以解釋為第三個檢驗標準，或者解釋為一個較為寬鬆的檢驗標準。後者的意思是，特別犧牲是指超過（至為）輕微的某程度限制（例如「中等限制」），而必須要超過中等限制才算特別犧牲，故至為輕微的限制當然就不會構成特別犧牲。在此種見解下，（至為）輕微就不是一個檢驗標準，但特別犧牲在我國憲法財產權保障架構下的意義就仍然不具體；特別犧牲和「社會義務／責任」的關係也仍不明確。

基於兩個理由，本文採取釋字第 564 號解釋之解釋理由書第一段的財產權限制檢驗標準。第一，解釋理由書第二段的檢驗標準，和其他解釋一樣，過於抽象不具體，而且即使在抽象層次上都沒有將幾種名詞（特別犧牲、社會義務、社會責任）的關係梳理清楚。第二，之後的釋字第 577 號解釋，沒有提到「特別犧牲」一詞，但仍以「限制尚屬輕微」，作為「未逾越社會義務所應忍受之範圍」之論據。就此與釋字第 564 號解釋應屬一脈相承。有兩號解

釋採取一致的立場，應該足以作為日後大法官審查財產權限制案件的標準。

本文從釋字第 564 號、第 577 號解釋之規範標準出發，提出進一步具體化「至為輕微」的理論與實證方法。以下所稱之「財產權重大限制理論」，是以釋字第 564 號、第 577 號解釋作為規範依據的一整套論述，以區分需要補償和不需要補償之管制。本文提出的是以「實然知識」與「強力保障財產權的應然理論」為基礎的財產權重大限制理論。本文認為財產權重大限制理論與釋字第 564 號、第 577 號解釋的規範立場一致。但即使論者不同意本文對此兩號解釋之詮釋，或者之後新的大法官解釋推翻了此兩號解釋，仍不影響本文理論的內在一致性與外在說服力。差別只是，本文理論不再是現行憲法解釋體系下的規範基礎，而只是一個學說。

「重大限制」是本文用以簡潔描述第 564 號解釋所稱之「非至為輕微之限制」。⁴「財產權重大限制」、「重大財產權限制」等語，在本文即指涉財產權人應受到補償之情形。本文並不堅持要以「重大限制」描述「超過至為輕微之限制」，要以「過度限制」或其他名詞都無妨，也無關於以下的核心論點。本文是刻意使用一個未見於學說或德國、日本、美國實務之名詞「財產權重大限制」作為論述之名稱。本文關心的問題，固然就是常見於大法官解釋和德國學說實務的「特別犧牲」所關心的問題，但如上所述，大法官多號解釋究竟如何界定特別犧牲，仍不清楚；本文所提出之實證取徑和規範立場，也不同於德國學說實務中的特別犧牲。因此，另取「重大限制」（或其他不是我國或他國學說、實務、法典使用過的專有名詞），應較不引起混淆。

以下本文第貳部分進一步梳理釋字第 564 號解釋之規範標準，並指出過往大法官解釋中時有混淆財產權所受損害和補償，並進一步證立財產權重大限制理論。第參部分說明當管制同時帶來損害與利益時，何種利益能夠與損害相抵，是重大限制理論最關鍵的問題，但目前尚無夠有說服力的理論。第肆部分主張，或許讓市場交易者決定何種利益能和損害相抵！以量化方法（特徵迴歸模型）計算財產權在管制前後的市價，是讓大量無關利害的不動

4 以「重大」和「輕微」對舉的學說，參見李建良（2006: 645-737）（「若屬輕微之干預與限制，即屬財產權『社會義務』之範疇，無補償可言；反之，如屬情節重大而構成『特別犧牲』者，則應給予不同程度之補償。」）

產交易者，參與決定。算出的市價差距，也可以用來決定尚須補償財產權人之金額。簡言之，這是以實證方法解決部分的理論難題。

須先敘明者，既有大法官解釋關於財產權重大限制者，都與不動產使用的限制有關，沒有關於動產或無體財產者；但大法官解釋提出的規範標準，可以適用到所有財產權的侵害。然而，本文提出的量化方法，運用的是不動產交易數據，所以只能用以計算不動產的價格變遷。動產沒有標準化，也缺乏完整的交易數據。因此，如果將來出現動產使用遭受重大限制的案件，無法直接套用下文引介的量化方法。

貳、大法官解釋揭示之財產權重大限制理論

限制人民財產權到什麼程度需要給予補償，爭論由來已久，沒有理論能成爲主流學說。⁵ 財產權的重大限制，如同一般管制，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，財產權的重大限制則接近徵收，蓋前者對私人使用、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。財產權的重大限制在形式上只是管制，未剝奪所有權，但法律效果等同徵收，須以補償。如何界定，關乎財產權人的權益甚鉅。但財產權的重大限制與非重大限制，僅有量的差別。該如何區分，正是困難之原因。

憲法如何區辨須補償與不須補償的財產權管制？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，頂多是完全剝奪財產權（徵收）的補償依

5 在美國，此種問題被稱爲「管制性徵收」（regulatory takings）或「準徵收」的認定問題，同樣是爭論不休，實務見解混亂，學界甚至沒有主流理論（張泰煌，1998a: 23-36；張泰煌，1998b: 4-11；張泰煌，1998c: 113-157；陳新民，2002；彭正元，1998；馮君君、卓佳慧，2001: 41-71；蔡瑄庭，2008: 35-84；蔡懷卿，2004: 197-279；鄧煜祥，2007；謝哲勝，1995: 214-236）。英文文獻汗牛充棟（Been, 2004; Dana and Merrill, 2002; Dukeminier et al., 2014; Fischel, 1995; Miceli and Segerson, 1994; Merrill and Smith, 2012）。

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，財產權受重大限制者，若要主張損失補償，必須由大法官解釋尋找規範依據（李震山，2005: 143-148）。

本部分第一節萃取出釋字第 564 號解釋的補償標準，並在第二節以學理支持此種補償標準。第三節與第四節分別以釋字第 564 號解釋的補償標準，反過頭來反省釋字第 564 號解釋和釋字第 336 號解釋之論據。

一、基礎規則：釋字第 564 號之標竿地位

筆者閱讀大法官所有關於財產權的解釋後，認為司法院釋字第 564 號的財產權限制與補償問題，提出最清楚的理論架構，⁶且此補償標準與筆者採取較強的財產權保障立場一致。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抵觸。」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；反面言之，若對財產權的限制，不只是「至為輕微」——本文稱之為「重大限制」——須予補償；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，須予補償。⁷有時當手段與目的相去太遠時，甚至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。

6 如林明鏘（2017: 5-16）指出，對於何種條件下應予補償的核心問題，到最近的司法院釋字第 747 號解釋，仍未採取正面判斷標準。司法院釋字第 564 號解釋，仍是至今最清楚的財產權補償標準。

7 謝哲勝（1999: 221-274）之早期著作，傾向於擴大準徵收之範圍，而與其大作發表後多年作出之釋字第 564 號相呼應。

以目的、手段關連，以及財產權的限制程度，作為是否要補償的標準，較諸之前釋字第400號、釋字第440號解釋，更為清楚，也更保護財產權人。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，釋字第400號要財產權人已經「無從自由使用收益」，近乎全面剝奪財產權，⁸才給予補償，不可謂不嚴格。⁹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。或者，釋字第564號解釋隱然推翻了釋字第400號提出之判斷標準。

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。而遭遇重大限制之財產權人，則享有補償之權，此點多號解釋並無二致。

二、釋字第564號解釋之理論基礎

無庸諱言，釋字第564號解釋用「至為輕微」作為啟動補償之標準，非常保護財產權。此種解釋，與筆者個人立場一致；而與法學論述中多半重視

8 林明鏘（2004：47-56）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」！

9 以經濟分析觀點分析既成道路損失補償，參見陳明燦（2004：71-84）。

其他基本人權而願意以犧牲財產權為代價者不同。本節第一小節論述為何應該強力保護財產權，也就是為何只要不是輕微的損害就應該補償；本文第肆部分才會探討為何可以不補償至為輕微的損害。本節第二小節則嘗試調和釋字第 564 號解釋，與看似採取相反意見的釋字第 580 號解釋。

(一) 保護財產權的政治經濟學理由

之所以要強力保護財產權，是因為即使在民主社會中，中下階層人民在政治過程中仍是弱勢，而其微薄的不動產（可能是破碎的農地、破爛的矮房），往往是都市更新、徵收、其他不動產管制的對象。¹⁰ 政治菁英和經濟權貴則往往能夠用選票、政治獻金、國會遊說保護自己的財產免於被限制或徵收。若不嚴格限制徵收，及要求財產管制需要補償，受害的一定是社會弱勢；即使管制的內容全民受益，實際上仍舊造成了弱勢補貼全民的不公平。換言之，如果憲法法院或行政法院無法給予財產權人請求適當補償的權利，弱勢的財產權人很難由政治過程中爭取到適當補償。

再者，給予財產權人適當補償，¹¹ 有助於保持政治過程的正當和廉潔，並避免無效率的結果。無論學者如何界定財產權的社會義務，財產權人仍會以自己認定的（沒有社會義務的）管制前、後財產價值，衡量自己的財富損失。為了避免財富損失，財產權人可能畏於開發利用不動產，或用遊說、行賄方式干擾政治決策，甚至政府主事者可能藉機索賄（Bell and Parchomovsky, 2010: 1693）。而當管制要付出的代價低於市場行情，第三方例如不動產開發商或其他可能從中漁利者，也可能嘗試遊說政府進行對其有利的管制（Chang, 2013: 14-16; Somin, 2007: 201-203）。換言之，過少的補償，製造財產權人遊說的誘因。若管制本身仍符合 Kaldor-Hicks 效率標準，則遊說的成本都是社會的無謂損失。而政府官員固然不追求預算支出極小化，也不當然會因為管

10 以此種方式描述民主實際運作情況的理論，英文文獻稱為 *minoritarian politics*（少數政治）（Been, 1991: 920; Ellickson, 1977: 407）。另外有學者指出，在選民人數少的區域，像是美國的小鎮，則可能有 *majoritarian politics*（多數政治），使社群中多數人的偏好成為政策（Fennell, 2002; Fischel, 1991: 893; 2001: 92-93; Komesar, 2001: 114-145）。

11 關於以市價補償作為限制、剝奪財產權的補償基準，參見張永健（2013: 17-19）。

制不用實際付出補償而誤以為管制有利無弊，但若管制決策者從來不知道管制的真正代價，自然不可能以面面俱到的成本效益分析作為決策基礎。要求管制者必須以公務預算補償受管制者超過至為輕微的損失，是讓管制者（儘量）親身體會管制成本的一種方式（臺灣有這麼多公共設施保留地，原因或許就在政府不用付一毛錢）。不過，誠然，因為預算不是管制者的口袋錢，沒有真正切膚之痛；要作成本效益分析也不以真的花掉錢為必要條件。因此，保障財產權，補償受管制者超過至為輕微之損失，主要的效率論據仍在避免受管制者的無效率行為。

(二) 調和釋字第 580 號解釋的論據

從上一小節民主失靈的論點出發，就會瞭解，釋字第 564 號和之後看似對財產權保障採取較寬鬆審查標準的釋字第 580 號，其實立場一致。釋字第 580 號解釋，和該號林子儀大法官精彩的部分協同及部分不同意見書，都沒有說白的潛台詞，是該號解釋涉及的法律，限制了當時經濟上的強勢者（耕地出租人／所有人），以保障經濟上的弱勢者（耕地承租人）。正因為耕地三七五減租條例是公共選擇理論（public choice theory）下少見的「濟弱扶傾」財產權管制，所以林子儀大法官的意見書才會反覆強調，國家保障了特定人的財產權，就排除了其他人利用同樣資源的機會。如果該號解釋涉及之法律限制窮人利用其財產、造就富人，很難想像會有大法官說憲法如果保障了窮人的財產權，就排除了富人利用共享資源的機會。

因此，若單純對比釋字第 564 號解釋和釋字第 580 號解釋，大法官可以說採取了財產權保障的雙軌理論：如果系爭法律限制富人的財產權以幫助窮人，大法官採取寬鬆的審查標準。然而，更簡潔的看法，則是：大法官只有在代議民主可能失靈，造成窮人財產權被過度剝奪或限制時，才會採取較嚴格的審查標準。如果系爭法律限制了弱勢階層的財產權，大法官要求不是「至為輕微」的限制都必須補償財產權人。嚴格要求補償，是為了防止「俘虜政治」吞噬民主。本文的主軸在於第二軌下的具體補償標準與實務操作，限於篇幅，其背後更高位的基本理論，不在本文申論。

三、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，是否為財產權重大限制，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」與否界定應否補償，何以此種限制仍屬輕微？不能無疑。¹²

本文認為，有幾種理由，可供補強，證立大法官之結論。第一，考慮非現金給付之補償。Richard A. Epstein (1985: 195-215) 教授主張，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，已獲得超過完全補償 (Epstein, 1985: 283-305)。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。¹⁵（以隱

12 本文此處討論者，為強制不動產所有權人設置騎樓，並禁止進行商業活動，是否構成對不動產所有權人之重大限制。此種探討，超出釋字第 564 號解釋申請人之申請解釋標的。該案申請人在其所有之騎樓「設攤製造販賣月餅」，遭臺北縣警察局板橋分局以違反道路交通管理處罰條例第 82 條第 1 項第 10 款在公告禁止設攤之處擺設攤位之規定，課處罰鍰。申請人因此不服而提起大法官解釋。大法官在此並無法處理強制設置騎樓之規定，是否過度侵害財產權。但如果單獨看某種土地管制法規，很容易在「給定其他相關管制不在解釋標的範圍內，而先視為合法」的前提下，認為此單行管制僅造成輕微影響。如此，則立法者或行政機關只要把許多管制化整為零，就可以使許多合而觀之過度侵害財產權的管制，反而顯得個別而言微小無害。

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 Richard A. Epstein (2008) 是教授 20 餘年後反思晚近美國徵收案件的成果。Richard A. Epstein (2011) 是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。

15 但須注意，同樣的騎樓管制，對不同房屋財產權人造成的損失大小不同，但隱然的通行便

然的非現金補償作為損益相抵的界線，參見以下第參部分之討論。)

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。¹⁶

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，使絕大多數財產權受限制者已經獲得相當補償。¹⁷不過，隱然非現金補償是否足夠，需依個案判斷；或許有個案情形特殊，該案土地所有權人仍受過少補償。然而，雖然在本文分析架構下，土地所有權人仍有在訴訟中爭取之機會；但大法官認為「尚未構成特別犧牲」之結論，斷了土地所有權人請求更多補償之路。

四、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：

利補償卻大致相同。換言之，隱然非現金補償並不會在同一管制中讓所有財產權人都一定獲得完全或相同比例的部分填補。

16 不過，如果是因為財產的實際價值下降，稅率才降低，如此一來，稅賦減免就不是一種補償，只是符合實質課稅原則。換言之，必須要稅賦減免的幅度超過了實質課稅原則下原有的降稅幅度，超出部分才能算是隱然的非現金補償。

17 不同見解，參見李惠宗（2003: 21-23）。並比較李建良（2006: 645-737）（釋字第 564 號解釋導致「無限期之保留」，已然違反比例原則必要性之下的「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）。

「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 號提出之重大限制理論，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。¹⁸ 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，應屬於重大限制。而釋字第 336 號所說的「加成補償」，是實際徵收後之補償，¹⁹ 與財產權限制造成之損失，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

參、計算補償額

本文第貳部分分析論大法官之重大限制理論，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，

18 林明鏞（1999: 457-486）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。

19 請注意，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: 1-28）。

20 本號解釋作出之後，蔡懷卿（2004: 197-279）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」。

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」，則為需要補償的財產權重大限制；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，仍須給予補償。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，是憲法審查標準的學術範疇。這些討論已多，本文暫不處理。

關鍵、重要、但還亟待討論的規範問題，可分為兩個層次：(1)如何劃定重大和至為輕微限制的界線，以及(2)計算財產權受重大限制時應給予之補償。從本文以上對大法官解釋之反省，以及英文文獻對美國最高法院判決之分析可知，司法實務經常將財產權受到之限制（即層次1）與受到之補償（即層次2）混為一談；也就是，把財產權人獲得之補償直接與損害抵銷，以得出財產權人並未獲得損害的結論。這是令人遺憾的概念混淆。

本文將兩個層次的問題徹底分開，在第肆部分討論第一層次問題，並在本部分討論第二層次問題：應該如何計算財產權人獲得之補償額？第一節指出，不動產管制除了對財產權的價值造成負面效果，也往往伴隨直接或間接、或快或慢發生的正面效果。何種正面效果應該用於抵銷負面效果，需要嚴肅思考。第二節提出繞過此問題，還可以同時計算補償金額的實證方法。

一、理論難題：損益相抵的範圍

前文論及，把財產權損害與補償分開，仍然可以在計算補償的階段，納入隱然非現金補償。如果隱然非現金補償大於損害，則管制者實際上毋須另外支付財產權人補償。但哪些隱然非現金補償應該要納入計算、損益相抵，就是很大的規範問題。如果無所不包（例如主張財產權人一輩子從國家獲得的整體稅收補助大於系爭管制造成的損害），則沒有任何財產權的限制需要給予補償。如果嚴格認定，則可能所有隱然非現金補償都被排除於計算之外。以釋字第564號為例，騎樓免徵地價稅，與容積可以移轉使用，或許不少人都會接受是相關的隱然非現金補償，應該要和財產權人的損害相抵。但如果管制者主張整體的都市規劃帶給財產權人的利益，都要納入，說服力或許就低了一些。

美國知名的憲法學者 Daryl J. Levinson (2002)，十餘年前在 *Yale Law*

Journal 撰寫一篇 80 頁的長文，探討徵收等各種憲法爭議中，應該如何界定 (frame) 相關性。Daryl J. Levinson (2002: 1326-1327) 教授指出，在時間 (time)、範疇 (scope)、受影響者 (group) 的三個面相上，都有可能作寬嚴不同的界定，但之前的學說與實務，卻有意無意忽略了自己立論以外的界定可能性，導致各種論述上的混淆。以徵收而言，Levinson 教授指出，最終什麼樣的管制手段與效果應該納為需要損益相抵的隱然非現金補償，是憲法實質 (substantive) 理論應該要立論與說服之處。而此問題如此巨大，Levinson 教授數萬字長文最後也無法開展他自己的實質理論。

基於第貳部分的理論探討，本文傾向在財產權保障問題，採取嚴格立場，僅容許直接相關的隱然非現金補償納入損益相抵之計算中。但何為直接相關，筆者尚未能提出更清楚的界定方式，也沒有看到文獻有足以說服人的清楚立論。然而，論述的框架和實質理論應該區分。Levinson 教授的論述框架，值得每一個學者、法官在立論時銘記在心，並坦誠揭露自己的實質理論。

二、實證取徑：市場反應之補償理論

本節提出市場反應之補償理論。簡言之，只要不動產市場運作有達到一定之效率，不動產的價格就會反映了所有管制的影響，無論是正面的影響或負面的影響。²¹ 只要不動產的價格可以在不同時點被精確估算，吾人就可以估計管制前的不動產原始價格和管制後的不動產新價格，此新價格會反應管制本身的效果和市場認為相關的隱然非現金補償的效果。將兩個價格相比，就可以知道管制的淨效果是正是負。若為負，此種取徑也算出了政府應該補償的數額（至少此數額是其中一種政策選擇可能，詳下）。

我們無法知道市場的實質理論為何，因為市場是由不一定知道身分的交易者組成，而各交易者也可能沒有清楚的實質理論，他們只是「用錢投票」，只把和不動產有關的隱然非現金補償納入考量；換言之，如果系爭管制也伴隨有正面效益，交易者就願意多花錢購買不動產；如果負面效益大於正面效

21 Anup Malani (2008) 教授即如此主張，並進一步主張使用地方之不動產價格，衡量地方的政策效果，並作跨地域比較。

益，交易者只願意付出較少的代價。但市場雖然沒有清楚的實質理論，但比起有實質理論的論者，或許更為民主——因為市場是由許多交易者（多半是公民）組成，而且各種背景、意識型態、經濟條件的人都可以參與（當然，有錢人影響力比較大，這是缺點）。相對地，實質理論的提出者，在理論中反映了自己的背景和意識型態。

市場反應之補償理論作為實質理論的優劣，當然可以進一步辯論，但此非本文主旨。在各種實質理論的反覆交鋒產生至尊理論之前，市場反應之補償理論可以作為暫行理論，因為它有很大的優點：具體可操作，立刻就能在現行法框架下算出應補償的數額。相較於現行幾乎不給補償的現狀，基於第貳部分提出的規範論據，本文認為能先給予接近市價的補償，利大於弊。

以下第一小節簡介特徵迴歸模型；第二小節指出運用特徵迴歸模型計算財產權重大限制的補償額，必備的配套措施；第三小節處理隱然非現金補償反應在預估市價中，對以量化方法實踐憲法要求的理論影響。

(一) 特徵迴歸模型估算市價：基本概念

以「特徵迴歸模型」(hedonic regression model)²² 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。簡言之，特徵迴歸模型可以用交易數據，估算系爭不動產²³ 受管制前與受管制後的市場行情。²⁴ 兩者相減，就知道不動產價值之增減。

詳言之，特徵迴歸模型的形式，可以如下迴歸方程式為例：

$$\ln P_{it} = \alpha + \beta H_i + \delta LOC_i + \theta TIME_t + \rho LOC_i \times TIME_t + \varepsilon_{it}$$

22 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（張永健、陳恭平、林常青，2018；張永健、陳恭平、劉育昇，2016: 81-153）。

23 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。

24 財產權受重大限制者，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)? 張永健 (2013: 17-19) 認為，在徵收問題中，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。本文認為，基於類似理由，財產權重大限制之補償標準，也是市價，而非經濟價值。因此，以下探討均以市價補償為準。

應變數是實際售價的自然對數。下標 i 代表不動產編號；下標 t 代表時間。 H_i 是不動產的各種特徵（建物專有部分位於幾樓、是否有騎樓、幾房幾廳幾衛、樓地板面積、座落土地的分區使用管制等等）。 LOC_i 是地點的固定效果（fixed effects），例如以五碼郵遞區號或不動產實價登錄的地價區段為準，一號或一區段為一個虛擬變數（dummy variable）。 $TIME_t$ 是銷售時間的固定效果。 $LOC_i \times TIME_t$ 是時間與地點的交乘項（interaction term）。 ε 是殘差項（error term）。

特徵迴歸模型預設不動產（無論是土地或房屋）的價值是由其各特徵加總決定。直觀的理解方式是：房屋每多一間浴室市價平均多 100 萬，面對 101 大樓比不面對 101 大樓平均多 150 萬元，純住宅比住商混合多 50 萬等等。換言之，特徵迴歸模型就是把每一筆不動產拆解除數十種特徵，並控制地區和時間的影響，得出每一種特徵的價值。知道任一不動產的全部特徵，就可以把各特徵的價值加總，得出預估市場價值。因此，即使被管制的不動產在管制前後都沒有實際交易，並不影響對其估價。實際上，即令該不動產有在管制前後幾度轉手，對於標準的特徵迴歸模型估價也毫無影響。

以特徵迴歸模型估計管制前後價值落差的方式是：以估價時點（例如管制生效一年後）所有的正常不動產交易資料，丟到特徵迴歸模型中，得出方程式中的 α 、 β 、 δ 、 θ 、 ρ 的值，然後輸入系爭不動產的 H_i 、 LOC_i 、 $TIME_t$ 的值，加以運算，就可以獲得有數據期間內的任何時間（如果 $TIME$ 以月為單位，就是任何月份）的預估不動產價格（ $\ln P_{it}$ ）。如果系爭管制與 LOC 的單位重合——例如某些郵遞區號內有此管制、有些沒有——則 $\rho LOC_i \times TIME_t$ 的值在管制前後的變化，就會顯示不動產價格在管制前後的漲跌變化。舉例而言，若管制後（ $t+1$ ）不動產跌價， $\rho_{i,t} > \rho_{i,t+1}$ 。當管制項目沒有和 LOC 重合，例如騎樓能否擺攤的管制，則要探知管制的價格影響，除了在 H_i 中納入一個騎樓虛擬變數控制外，還要增加該虛擬變數與 $TIME_t$ 的交乘項。此種交乘項就會掌握了騎樓不能擺攤的管制實施前後對有騎樓的不動產的價格波動。

(二) 特徵迴歸模型估算市價：制度配套

使用特徵迴歸模型估計管制的價格效果，有兩點配套措施必須搭配：

第一，管制後估價要精準，必須有足夠數量、同受管制的不動產之交易。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。²⁵ 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。延後估價的另一個好處是，管制伊始的不確定性，會使不動產價值下降，過一陣子後管制的好處明朗後，才會帶來上漲的市價。²⁶ 延後估價，因此更能看出管制的真實效果。

第二，若使用特徵迴歸模型計算市場行情變化，為求分離補償對不動產市價的影響，法律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），而不得轉讓給不動產的受讓人。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，究竟是整體而言增加還是減少不動產價值。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。換言之，管制後，買方不需要考量管制機關在累積足夠數據後，是否會決定補償重大限制——如果有補償，也是管制公布時的不動產所有權人有請求補償權；如果沒補償，買方當然也沒有油水。因此，無論買方預期管制機關是否會補償，都不影響買方對不動產的願付價格。管制後的市價因此只反應管制的淨效果，而不反應預期補償的價值。

25 當然，如果實價登錄的價格本身被高報或低報，自然會影響特徵迴歸模型估計之結果。

26 此理論亦有實證研究結果支持（Truesdell et al., 2015: 592）。

(三) 隱然非金錢補償對價格的影響

即使以上兩種配套措施和特徵迴歸模型一起被採用，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：

甲、如果將系爭不動產在管制前、後的預估市場行情相減，得知管制後價格上升，則系爭不動產已無再補償之必要；因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。

乙、如果管制後價格下降，則有兩種可能作法：

(1)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，直接判斷管制後市價降低的幅度是否至為微小。若至為微小，不補償；若屬重大，補償。

(2)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，是財產權重大限制，要補償財產權人「所有」²⁷ 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財產權重大限制理論，但一者吾人往往不知道有哪些隱然非金錢補償存在；二者就算知道也幾乎不可能取得完整數據，單單估算隱然非現金補償的價值。第一種作法比較務實地處理損失補償問題，但會讓某些受到重大限制的財產權人無法獲得完全合於市價之補償。

兩種作法之差異，以2種假設情境（A、B；數字均為說明論點，並非實際標準）之比較，說明如下：某不動產管制前市場行情是1050元，管制後（不計入隱然非金錢補償部分之）市場行情是1000元；假若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。依據以上假設，在情境A，該不動產管制後，財產價值是 $1000+46=1046$ 元。依據第一種作法，市價下降幅度是 $1050-(1000+46)=4<10$ ，所

27 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。

以剩餘的 4 元損失不補償。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 $50 - 46 = 4$ 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，兩種作法則有差異。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。但第二種作法目前是不可能的任務，所以目前應該只能採行第一種作法，日後再徐圖改進較好。

肆、界定與證立不補償至為輕微之損害

延續第肆部分的數字設例，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，不構成重大限制，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！這是徵收與管制的巨大差異。在徵收，被徵收人無論損失大小，（理論上）一律獲得市價補償。但在非徵收，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，構成了重大限制，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負面效應大一點，方能獲得補償。²⁸

應該如何證立「受財產權重大限制者獲得完全補償，但受至為輕微限制者一無所獲」的失衡狀況？此證立理論又如何界定至為輕微與重大限制？第一節反駁公益犧牲論。第二節由事後觀點探討：可否用行政成本的數額界定

28 Alon Cohen et al. (2017) 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。

至為輕微。第三節由事前觀點論述：至為輕微的界定如何影響財產權人與管制者的誘因。

一、「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。²⁹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。何以徵收與限制重大的管制中的公益犧牲有補償；管制中的公益犧牲卻不給補償？

或許，論者會指出政府財政困難，財產權人應該共體時艱。臺灣錢從淹腳目到乾涸，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實價登錄數據，計算管制對財產價值之影響，更可以警惕施政者。如果政策真的對社會各角落都有利，財產淨價就會上升，不用補償。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，或持續確實補償，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？或許論者可以進一步反駁：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。在沒有堅實的實證研究之前，即推定財產權人沒有長期損失，似嫌速斷。

29 排他權能是物權的三大核心要素之一，參見張永健（2015: 85-86）。

二、節省行政成本：事後觀點考量

「為節省行政成本，所以不補償至為輕微之損害」，是事後觀點（ex post viewpoint）考量。不動產管制實施後，補償只是財富移轉，沒有效率影響。若財富移轉的成本本身多於移轉的財富，從社會福利的觀點沒有道理如此使用資源。

不過，行政成本往往是個被高估與濫用的論據。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 萬元的損失與 1000 萬元的損失，都只要花 1000 元的成本，為何只補償後者、不補償前者？因此，若出於行政成本考量而不補助至為輕微的損害，在數據日益海量、自動化運算日益普遍的社會，至為輕微的損害將會越少越少！不過，以拓展大法官解釋的規範標準而言，節省行政成本反而是個好的論據，因為行政成本已經越來越低，損害額若還低於微小的行政成本，確實就是至為輕微。

另外，可能還有論者反駁：為了一點點的損害，要徵收機關內部的公務員操作迴歸模型，層層簽核，還有潛在的訴訟糾紛，成本不可能低。此種憂慮自非無見。但立法者反而應該思考，是否有其他方式可以進一步降低補償的行政成本。一個有趣的對照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，行政成本太高，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？

但無論是定額或堅持使用特徵迴歸模型估計財產權的價格減損，或許對不少人而言，財產權是否被憲法保障，只單純以行政成本高低來決定，似乎

太不「莊重」。而對法經濟學者而言，事後觀點只是效率觀點的附餐，主菜仍是事前觀點。因此，本文接續探討其他證立「至為輕微損害」不補償的論理。

三、誘因機制設計：事前觀點

從事前觀點 (ex ante viewpoint)，至為輕微與否，和行政成本沒有必然關連。從改變行為誘因角度思考，至為輕微必須是損害小到財產權人不會因為擔憂沒有補償而影響投資決策，或小到財產權人不願意動員人脈遊說政府；至為輕微必須是小到管制者無法藉由多次切割一個整體管制，使每一次的小管制都只是至為輕微損害，從而不用補償。本文沒有數據可以進一步量化至為輕微相當於多少新台幣，但從此觀點可以推知損害的絕對金額必須很低。

另有學者同樣從事前觀點立論：在不動產管制的情境，以民法劃定之物權人忍受義務作為更進一步之區分標準：若民法規定物權受干擾者，「如有損害，[侵權人] 並應賠償」，則國家以管制手段造成同樣或更高程度之干擾時，也應給予損失補償。若民法規定為無須賠償之干擾（如民法第 793 條之微小氣響侵入），則國家以管制手段造成同樣或更低程度之干擾，亦無須賠償（張永健，2016: 116-132）。此種見解是以淵遠流長、規則穩定的民法作為標準，假設人的決策是以民法賦予的權利範圍作基準；若管制不干擾基準，就不會影響財產權人的行為；而因為管制者無法任意調整民法規範，採用民法標準不會誘使管制者對財產權限制「策略分割」，化零為整。此種見解的缺陷則是，民法的標準不總是以侵害是否至為輕微作標準，像是民法第 787 條袋地通行的情境，民法只要求通行的處所造成鄰地損害最少，但這是相對立論，從絕對的角度，造成鄰地損害最少的通行，可能並非至為輕微的侵害。但民法的成本效益分析中，還包括通行本身的利益，有以致之。³⁰ 因此，若採用民法為基準，無法在文義上最契合釋字第 564 號解釋的補償標準。

事前觀點理論可以說明為何有重大限制造成的損害，應該要補償；可以說明至為輕微的損害如何界定，以及不補償此等至為輕微損害不會造成效率損失。但事前觀點理論的缺陷是：無法證立為何不應該補償至為輕微的損害。

30 袋地通行的成本效益分析，參見張永健（2012: 1321-1372）。

伍、結論

大法官歷來曾對財產權保障，尤其是何種財產權的限制應該予以補償，作出不少號解釋。然而，絕大多數解釋都對關鍵的損失補償標準問題——何時必須給予補償——以寥寥幾個德國進口的名詞帶過，不但內涵不明，甚至往往自相矛盾。司法院釋字第 564 號解釋提出了「至為輕微」作為損失補償標準，但無論是學界或政策決定者，都未給予足夠重視。本文結合規範面的法學理論與實然面的經濟學理論，延伸、補充、證立司法院釋字第 564 號解釋的理論，並以「財產權重大限制理論」名之。

2012 年不動產實價登錄制度實施後，內政部已經累積數十萬筆不動產交易數據，但除了加值開發提供一般民眾自行參考使用外，政府尚未運用不動產交易數據改善其施政。本文主張，不動產交易的大數據，結合土地經濟學標準的特徵迴歸模型，可以降低財產權損失補償的行政成本到極低，因而使過去上百年用以證立不補償多數財產權限制的論據過時。而以特徵迴歸模型估計管制前後的不動產價格，輔以本文提出的制度細節設計，甚至可以「逃避」提出實質規範理論，而將補償標準與數額此項難題，交由市場交易者集體決定。各國對財產權限制與補償問題已經有幾十年的深刻討論，卻仍然沒有明確的優勢理論。或許，本文的倡議是現實條件下最佳的解決方案。不過，由於有實價登錄者只有不動產，特徵迴歸模型也只有廣泛運用於不動產，因此本文提出的方案只能適用於不動產的管制補償議題。

本文最後也開始反省：司法院釋字第 564 號解釋的「至為輕微」標準是否是理論上最佳的標準，因為從三種角度切入，均無讓人滿意的證立論據。財產權的社會義務（或社會責任）是否只應該以財產權價值的升降作為標準？如果司法院大法官處理新的案件，有意創設新的、更完整的標準，並尋求筆者的鑑定意見，筆者在空白石板上重新擘劃的主張會是什麼？還不知道，請讀者拭目以待。³¹

31 張永健（2018）中提出更進一步的新理論框架。

參考資料

A. 中文部分

李建良

- 2006 〈損失補償〉，見翁岳生（編），《行政法（下）》，頁 645-737。臺北：元照。(Lee, Chien-liang, 2006, "Compensation," pp. 645-737 in Yueh-Sheng Weng (ed.), *Administration Law II*. Taipei: Angle.)

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: 21-23。(Lee, Hwai-tzong, 2003, "Interpreting Judicial Yuan Interpretation No. 564," *Taiwan Law Journal* 52: 21-23.)
- 2005 〈特別犧牲之損失補償——從法學方法論談既成道路的徵收補償訴訟〉，見臺灣行政法學會（編），《損失補償：行政程序法》，頁 51-86。臺北：臺灣行政法學會。(Lee, Hwai-tzong, 2005, "Compensation for *Sonderopfer*: Compensation Lawsuits Regarding De Facto Public Roads from a Legal Methodological Viewpoint," pp. 51-86 in Taiwan Administrative Law Association (ed.), *Compensation and Administrative Procedure Act*. Taipei: Taiwan Administrative Law Association.)

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: 143-148。(Li, Chen-shan, 2005, "No Compensation without Statutory Authorization?" *Taiwan Law Journal* 71: 143-148.)

林三欽

- 2010 〈冤獄賠償、國家賠償與特別犧牲——簡評釋字第六七〇號〉，《月旦法學雜誌》184: 124-140。(Lin, Shan-chin, 2010, "Compensation for False Imprisonment, State Compensation, and *Sonderopfer*: A Short Comment on Judicial Yuan Interpretation No. 670," *The Taiwan Law Review* 184: 124-140.)

林明鏘

- 1999 〈從大法官解釋論都市計畫之基本問題〉，見劉孔中、李建良（編），《憲法解釋之理論與實務》，頁 457-486。臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。(Lin, Ming-chiang, 1999, "The Fundamental Questions in Urban Planning: A View from Judicial Yuan Interpretations," pp. 457-486 in Kung-chung Liu and Chien-liang Lee (eds.), *Constitutional Interpretation in Theory and Practice*. Taipei: Sun Yet-Sen Institute for Social Science and Philosophy, Academia Sinica.)
- 2004 〈私有既成道路與損失補償請求權〉，《月旦法學雜誌》112: 47-56。(Lin, Ming-chiang, 2004, "De Facto Public Roads and Claims for Compensation," *The Taiwan Law Review* 112: 47-56.)
- 2017 〈財產權之特別犧牲與社會義務——評司法院大法官釋字第 747 號解釋〉，《月旦裁判時報》64: 5-16。(Lin, Ming-chiang, 2017, "*Sonderopfer* and Social Obligation of Property Rights: A Comment on Judicial Yuan Interpretation No. 747," *Court Case Times*

64: 5-16.)

張文郁

- 2003 〈徵收及特別犧牲之補償〉，《月旦法學雜誌》53: 169-175。(Chang, Wun-yu, 2003, "Takings and Compensation for *Sonderopfer*," *The Taiwan Law Review* 53:169-175.)

張永健

- 2012 〈法定通行權之經濟分析〉，《臺灣大學法學論叢》41(特刊): 1321-1372。(Chang, Yun-chien, 2012, "Legal Servitude of Passage: An Economic Analysis," *National Taiwan University Law Journal* 41(Spe.): 1321-1372.)
- 2013 《土地徵收補償——理論、實證、實務》。臺北：元照。(Chang, Yun-chien, 2013, *Eminent Domain Compensation in Taiwan: Theory and Practice*. Taipei: Angle.)
- 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: 1-28。(Chang, Yun-chien, 2014, "New Lyrics with Old Tunes: A Critical Review of the New Takings Law in Taiwan," *Property and Economic Law Journal* 40: 1-28.)
- 2015 《物權法之經濟分析——所有權》。臺北：元照。(Chang, Yun-chien, 2015, *Law and Economics of Possession*. Taipei: Angle.)
- 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〉，見謝哲勝（編），《國土計畫法律與政策》，頁 116-132。臺北：元照。(Chang, Yun-chien, 2016, "A Private Law Answer to a Public Law Question. In National Planning: Law and Policy," pp. 116-132 in Jer-shenq Shieh (ed.), *National Planning—Law and Policy*. Taipei: Angle.)
- 2018 〈中國農村土地的產權結構——成員權、三權分置的反思與新物權理論的提出〉，工作論文。(Chang, Yun-chien, 2018, "The Property Structure of Chinese Farmland: Reconsidering Membership Right and the Tripartite Structure and Proposing a New Property Theory," Unpublished.)

張永健、陳恭平、林常青

- 2018 〈定錨效應與司法判決——實證研究的改革啓示〉，《北大法律和金融評論》2016: 3-10。(Chang, Yun-chien, Kong-pin Chen, and Chang-ching Lin, 2018, "Anchoring Effect and Judicial Decisions: Reform Proposals Based on Empirical Studies," *Peking University Law and Finance Review* 2016: 3-10.)

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》144: 81-153。(Chang, Yun-chien, Kong-pin Chen, and Yu-sheng Liu, 2016, "Unlawful Possession of Land and Unjust Enrichment Equivalent to Rent: Empirical Analysis and Policy Suggestions," *Chengchi Law Review* 144: 81-153.)

張泰煌

- 1998a 〈以美國法論財產權之限制〉，《台灣土地金融季刊》35(1): 23-36。(Chang, Tai-whang, 1998a, "Limitation on Property Rights: Through the Lenses from American Law," *Journal of the Land Bank of Taiwan* 35(1): 23-36.)
- 1998b 〈以準徵收理論填補我國財產權保障之漏洞〉，《臺灣地政》151: 4-11。(Chang, Tai-whang, 1998b, "Using Quasi-taking Theories to Fill the Gap of Property Rights Protection," *Land Lines* 151: 4-11.)
- 1998c 〈從美國法準徵收理論論財產權之保障〉，《東吳法律學報》11(1): 113-157。(Chang,

- Tai-whang, 1998c, "Remedy of Property Taking in U.S.A.," *Soochow Law Review* 11(1): 113-157.)
- 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍
2002 《現代憲法論》。臺北：元照。(Hsu, Chih-hsiung, Ming-xiang Chen, Maw-in Tsai, Chih-hung Chow, and Tzung-jen Tsai, 2002, *Theory and Reality of Modern Constitution*. Taipei: Angle.)
- 陳立夫
2017 〈土地利用限制形成特別犧牲之損失補償請求權——司法院釋字第 747 號解釋之意義〉，《月旦裁判時報》64: 17-30。(Chen, Li-fu, 2017, "Compensation Claims for *Sonderopfer* Arising from Limits on Land Use: The Meaning of Judicial Yuan Interpretation No. 747," *Court Case Times* 64: 17-30.)
- 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: 71-84。(Chen, Ming-tsann, 2004, "A Study on the Use Restriction and Loss Compensation of the Existing Roads," *The Taiwan Law Review* 112: 71-84.)
2006 〈大法官釋字第六〇七號解釋之簡評〉，《月旦法學雜誌》132: 165-172。(Chen, Ming-tsann, 2006, "A Short Comment on Judicial Yuan Interpretation No. 607," *The Taiwan Law Review* 132: 165-172.)
2017 〈土地所有權人徵收請求權之法律問題分析——評司法院大法官釋字第 747 號解釋〉，《臺灣法學》329: 21-37。(Chen, Ming-tsann, 2017, "An Analysis of Landowners' Claims of Takings," *Taiwan Law Journal* 329: 21-37.)
- 陳 敏
2009 《行政法總論》。臺北：自版。(Chen, Ming, 2009, *Administrative Law*. Taipei: Author.)
- 陳愛娥
2000 〈公共設施保留地的指定與財產權保障〉，《台灣本土法學雜誌》10: 107-112。(Chen, Ai-er, 2000, "Land Reserved for Public Infrastructure and Property Rights Protection," *Taiwan Law Journal* 10: 107-112.)
- 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〉，見氏著，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，頁 285-354。臺北：元照。(Chen, Shin-min, 2002, "Limitation of Property Rights and the Concept of Takings for Public Use: Analyzing American Law," pp. 285-354 in his *Fundamental Theories of Fundamental Constitutional Rights (I)*. Taipei: Angle.)
2015a 〈土地徵收補償原則與個案正義的實踐——釋字第七三一號解釋的再斟酌〉，《中華法學》16: 125-154。(Chen, Shin-min, 2015a, "Principle for Compensation for Takings of Land and the Practice of Justice in Cases: Reconsidering Judicial Yuan Interpretation No. 731," *Chinese Society of Law* 16: 125-154.)
2015b 《行政法學總論》。臺北：三民。(Chen, Shin-min, 2015b, *General Theory of Administrative Law*. Taipei: Sanmin.)
- 彭正元
1998 〈財產權限制與徵收之區別——以美國法為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。(Peng, Cheng-yuan, 1998, "The Distinction between Property Regulation and the

- Eminent Domain Power,” Master Thesis, College of Law, National Taiwan University.)
- 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: 41-71。(Feng, Jiun-jiun and Chia-hui Cho, 2001, “A Study on the Compensation Issue for Restricted Areas,” *Journal of Taiwan Land Research* 2: 41-71.)
- 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: 35-84。(Tsai, Shen-ting, 2008, “Study on the Compensation to Landowners for Multiple Environmental Obligations—Focus on the Analysis of U. S. Precedents Regarding Regulatory Takings,” *Property and Economic Law Journal* 14: 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: 197-279。(Tsai, Huai-ching, 2004, “A Survey on the U.S. Land Use Control Laws and Its Constitutionally Permissible Boundaries,” *Hsuan Chuang Law Journal* 2: 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。(Teng, Yu-hsiang, 2007, “Land Use Regulation and Compensation from the Perspective of Property Protection: The Introduction of Regulatory Takings Doctrine in the United States,” Master Thesis, College of Law, National Taiwan University.)
- 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〉，見氏著，《財產法專題研究》，頁 214-236。臺北：三民。(Shihe, Jer-shenq, 1995, “On the Appropriateness of Easements on De Facto Public Roads through the Lense of American Law,” pp. 214-236 in his *Essays on Property Law*. Taipei: Sanmin.)
1999 〈準徵收之研究〉，見氏著，《財產法專題研究（二）》，頁 221-274。臺北：元照。(Shihe, Jer-shenq, 1999, “Inverse Condemnation,” pp. 221-274 in his *Essays on Property Law (II)*. Taipei: Angle.)

B. 外文部分

Been, Vicki

- 1991 “The Perils of Paradoxes—Comment on William A. Fischel, Exploring the Kozinski Paradox: Why Is More Efficient Regulation a Taking of Property,” *Chicago-Kent Law Review* 67(3): 913-922.

Been, Vicki L.

- 2004 “Lucas V. The Green Machine: Using the Takings Clause to Promote More Efficient Regulation?” pp. 299-336 in Gerald Korngold and Andrew P. Morriss (eds.), *Property Stories*. New York, NY: Foundation Press.

Bell, Abraham and Gideon Parchomovsky

- 2010 “The Hidden Function of Takings Compensation,” *Virginia Law Review* 96(7): 1673-1725.

- Chang, Yun-chien
2013 *Private Property and Takings Compensation: Theoretical Framework and Empirical Analysis*. Northampton, MA: Edward Elgar.
- Cohen, Alon, Ariel Porat, and Avraham Tabbach
2017 “Inducing Negligence,” Retrieved November 2, 2017, from <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/Paper%207.%20Ariel%20Porat.%20Inducing%20Negligence.pdf>
- Dana, David and Thomas W. Merrill
2002 *Property: Takings*. New York: Foundation Press.
- Dukeminier, Jesse, James E. Krier, Gregory S. Alexander, Michael H. Schill, and Lior Jacob Strahilevitz
2014 *Property*. New York, NY: Aspen Publishers.
- Ellickson, Robert C.
1977 “Suburban Growth Controls: An Economic and Legal Analysis,” *Yale Law Journal* 86(3): 385-511.
- Epstein, Richard A.
1985 *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
2008 *Supreme Neglect: How to Revive Constitutional Protection for Private Property*. Oxford; New York: Oxford University Press.
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): 37-74.
- Fennell, Lee Anne
2002 “Homes Rule,” *Yale Law Journal* 112(3): 617-664.
- Fischel, William A.
1991 “Exploring the Kozinski Paradox: Why Is More Efficient Regulation a Taking of Property,” *Chicago-Kent Law Review* 67(3): 865-912.
1995 *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
2001 *The Homevoter Hypothesis: How Home Values Influence Local Government Taxation, School Finance, and Land-Use Policies*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Komesar, Neil K.
2001 *Law's Limits: The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press.
- Levinson, Daryl J.
2002 “Framing Transactions in Constitutional Law,” *The Yale Law Journal* 111(6): 1311-1390.
- Malani, Anup
2008 “Valuing Laws as Local Amenities,” *Harvard Law Review* 121(5): 1273-1331.

Merrill, Thomas W. and Henry E. Smith

2012 *Property: Principles and Policies*. New York: Foundation Press.

Miceli, Thomas J. and Kathleen Segerson

1994 “Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?” *Journal of Legal Studies* 23(2): 749-776.

Somin, Ilya

2007 “Controlling the Grasping Hand: Economic Development Takings after Kelo,” *Supreme Court Economic Review* 15: 183-271.

Truesdell, Marie K., John C. Bergstrom, and Jeffrey H. Dorfman

2015 “Regulatory Takings and the Diminution of Value: An Empirical Analysis of Takings and Givings,” *Journal of Agricultural and Applied Economics* 38(3): 585-595.

The Limitation and Compensation of Property Rights: A New Theoretical Framework

Yun-chien Chang

Research Professor

Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica

ABSTRACT

Current theories and constitutional interpretations on regulatory takings in Taiwan only vaguely 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 argues that constitutional law scholars should develop theories regarding which kind of implicit, in-kind compensation can be used to offset the regulated parties' losses. This article explains how hedonic regression models and the big data on real estate transactions enable regulators and courts to calculate the market value of the real properties in question before and after a regulation. 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.

Key Words: pedestrian arcade, reserved land for public facilities, hedonic regression model, property rights, implicit in-kind compensation, Judicial Yuan Interpretation No. 564, *de minimis*