

財產權保障的起手式

——論保障理論對保障內容的影響

以美國法為觀察核心

鍾瑞楷*

壹、前言

憲法第15條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」但就財產權保障之理由、保障之財產種類或範圍、憲法是否允許政府得為侵害人民財產權之行為、政府侵害行為是否有其界限、為侵害行為時應否併與補償及其理由，這些基礎理論在我國憲法學界討論的文獻並不甚多，相對之下美國憲法學界對這些議題的探討就顯的較豐富而多元，這些理論雖然枯燥且未必對我國釋憲實務產生具體影響，但對於相關議題爭點釐清及提供解決方向上之論述形成上卻甚有實益及必要，就像物理、化學等基礎科學是工程、建築等應用科學思考解決問題方法時的必要法則，以下本文將以美國法為主軸討論財產權保障理論對保障內容的影響，之後再將美國法的重要爭點拉回至我國進行比較研究，以期能就我國財產權保障及補償體系的說明及釐清更為完備。

貳、美國憲法實務對財產權保障立場的演變

論及美國社會及法院對於財產權保障的立場，可以1937年的新政實施及憲法革命作為一關鍵分水嶺，在1937年以前美國的人權保障將財產權作為保障主體，是財產權保障的黃金年代，認財產源自於自然屬天賦人權，政府應採自由放任的立場，避免介入干涉以免產生財產再分配的效果，聯邦最高法院因而宣告眾多涉及財產權侵害的社會經濟管制法規違憲，但1937年以後有關財產權的保障卻從神壇墜落，與其他憲法權利相較反落居於次要的地位，認財產非從天而降自然產生，而係由為法律所創造及保障，故政府自得予以介入調整，其行使也須為公益而受節制，聯邦最高法院自此而後對眾多涉及財產權侵害的社會經濟管制法規採最寬鬆的審查標準，幾無違憲宣告，憲法革命因之得名；而之所以美國社會及法院立場會有180度轉變的主因，除了因時代背景與該國的政治環

* 本文作者係法務部檢察司訴訟科科長，曾為執業律師

境、社會需求外，對於財產權產生及保障背後的立論基礎，如自然法及實證法對財產的哲理思考更有關鍵性影響，兩相梳理對照，饒富學術探討之價值，介紹如下。

一、1937年憲法革命以前

美國立憲之初，受到18世紀末將財產權、生命權與自由權列為天賦人權的影響，其憲法之父Madison在制憲會議時明示：「文明社會之主要目的，即在於保障財產及公共社會的安全」，因此受此一思潮的影響，美國憲法第1條第10項明文規定「任何州不得：加入任何條約、盟約或邦聯；…；通過任何公民權利剝奪法案、溯及既往之法律，或損害契約義務之法律；…」¹，以限制各州不可通過損害契約義務的法律，此亦稱之為契約條款，充分顯示美國制憲諸賢對財產權的重視，甚至將財產視為最根本的自由，僅於其獲得保障，不受獨斷剝奪後，生命及自由始有存在的價值，這也反映出自然法的思想（natural law，學說上一般係指自然狀態中固有的正義法則及在解決衝突的自然過程中顯

現的規律，相對於實證法而言）及Locke（英國哲學家，也被認為是自由主義之父）視財產為個人的延伸，人類之所以由自然狀態進而形成社會契約，即欲藉此保護其各自努力所累積的財富²的觀念，對美國憲法產生的深遠影響³。

而於美國建國伊始，聯邦最高法院便是以其為保障財產權的依據，以契約義務為標準用以審查財產權侵害的立法（通常是經濟管制的立法），但是因為契約條款只保護到少數人的利益，則若各州如為公益而以警察權（police power）來制定侵害少數人財產的法規，這時聯邦最高法院反會加以支持；再加上於1868年憲法增修條文第14條有關「正當法律程序」概念形成後，契約條款從此式微不再被援用為財產權保障的依據⁴。

美國憲法增修條文第5條規定⁵：「任何人不得未經正當法律程序被剝奪生命、自由或財產，私人財產未經公正補償不得徵收作為公共使用。」及增修條文第14條規定⁶：「國家未經正當法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產。」由於增修條文第5條、第

註1：U.S. CONST. I, X (No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility).

註2：法治斌（1993），〈憲法保障人民財產權與其他權利之標準〉，《人權保障與釋憲法制》，第229頁，月旦。

註3：同上註，第229頁。

註4：同上註，第230-232頁。

註5：U.S. CONST. amends. V (No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.)

註6：U.S. CONST. amends. XIV (Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.)

14條中所揭露的正當法律程序，並未規定僅得用於程序層面，所以捍衛個人財產權之人士者便極力主張以之做為保障依據，亦即欲將其拘束力擴及於法規的實質內容以保障財產權，經過數十年的努力後，遂使聯邦最高法院逐步接納擴及正當法律程序的規範意義於法的實質內容中，在1898年的Smyth v. Ames⁷一案中該院完全賦與正當法律程序實質的意義，並以之為標準介入審查政府經濟管制法律的實質內容⁸，換言之，美國聯邦最高法院之後便以實質意義的正當法律程序，作為對財產權侵害立法的違憲審查基準

此外，由於當時的大法官深受19世紀流行的自由放任資本主義及「財產權絕對不受限制，契約自由之原則」的影響，為達成保護私人財產權之目的，遂宣告諸多社會立法或經濟管制立法因抵觸正當法律程序規定而違憲無效⁹，這時期可說是美國憲政史上，對私人財產權保障的黃金年代。

二、1937年憲法革命以後

賦予正當法律程序規範意義擴張及於法律的實質內容，背後意義等於是司法者正式宣告其欲介入有關財產權資源分配與經濟政策的立法決策中，但職司司法審判的大法官們未必有如此的專業來作這些抉擇，所以司法對是類案件的審查態度應尊重行政立法專業考量而採抑制的立場，不過，1937年以前的

美國聯邦最高法院似乎未能體悟到這一點，反而僅是全由18世紀末的財產權保障出發，視財產權為個人絕對不可侵犯的自由權，所以自1929年發生全球經濟大恐慌後，當美國的羅斯福總統於1933年前後相繼推出一連串經濟改造與管制法案的「新政」（New Deal）時，便遭到聯邦最高法院以正當法律程序為名的抵制，以拒絕政府所為過度侵害財產權的社會立法，而自1935年開始後的16個月，最高法院有關新政的12件案件中，判決政府敗訴¹⁰，但當羅斯福於1937年以壓倒性的勝利贏得總統大選後，等於是民意以實際的行動宣告對羅氏新政的支持，於是對過去阻撓其新政推行的最高法院，羅氏遂提出「法院改造方案」以作為對最高法院的節制與反擊，最後「法院改造方案」雖未能在參議院中過關，但卻也促使最高法院開始反思昔日過於傾向個人財產權的立場，並自此放棄以正當法律程序的實質意義來抗衡政府的經濟管制政策及社會立法，甚至於1938年Stone大法官主筆的United States v. Carolene Products Co.¹¹一案的註腳4中，以法院關切程度區分憲法中的人權成兩類，財產權不同於與政治運作、司法程序或與防免歧視相關的人權（如言論自由、集會自由或結社自由）乃為法院所較不關切的人權，這就是著名的「雙重標準」，爾後該院及未曾再以財產權的保障為由宣告政府的經濟管制措施違憲¹²。

註7：169 U.S. 466 (1898).

註8：法治斌，前揭註2，第232-240頁。

註9：同上註，第236-247頁。

註10：同上註，第246頁。

註11：304 U.S. 144 (1938).

註12：法治斌，前揭註2，第247-252頁。

雙重審查標準間的最大差異，即是在於對政府管制措施之「目的」、「手段」審查寬嚴不一，美國法院在處理有關侵害財產權之經濟管制社會立法時係採所謂的「合理關聯性審查標準」（the rational relationship test），只要管制目的乃在追求正當的（legitimate）利益，而目的與手段有「合理的關聯性」（rational relationships）即可，且不必要求管制措施為侵害最小的手段，而一旦採此一最寬鬆審查標準，就等於是法院對政府部門的完全順從，至於若係法院特別關切的人權則以所謂嚴格的審查標準加以檢視，不僅要求管制目的須追求優勢的（Compelling）利益，且採取的手段須為達成該目的必要且侵害最小的手段；另外為因應審查時的實際需要，法院尚創出所謂中度的審查標準，以為管制的目的須追求重要的（important）利益，且手段與目的間需要有「實質的關聯性」，與雙重審查標準合計以觀，則構成美國法院審查管制人權措施時的「三重審查標準」¹³。

聯邦最高法院以雙重審查標準的合理關聯性審查標準來對政府的經濟社會立法管制措施為合憲性監督，造成財產權與受嚴格審查標準保障其他人權間的不對等，甚至使財產權受特別歧視，然最高法院卻未說明理由導

致引起學者非議，即便是最高法院的大法官亦多有對財產權形成差別待遇雙重審查的批評¹⁴，於是在憲法革命後的近二十年間便有保守派大法官的反彈，極欲以明確的形式建立財產權的最後防線¹⁵，也就是想以更嚴格的審查標準來檢驗財產權侵害的立法。

三、憲法革命對財產權及財產再分配立場的轉變

（一）現狀中立及自由放任思潮下的財產權絕對保障

在19世紀末20世紀初，現狀中立（status quo neutrality）主導了整個美國法學思潮，這概念體現了自然（法）的概念，也使自由放任（laissez-faire）制度成為法院進行憲法審查的標準，以財產權為例，當政府要對人民所有之物為再分配時，往往就會被認為是從一團體中取走利益移轉給另一團體，而違背了現狀中立義務¹⁶。在這種觀點下，人們不會將現有的所有權或其他權利視為法律的產物¹⁷（而認為屬自然法的一部，是政府不可侵犯的天賦人權），而現狀中立概念也在當時聯邦最高法院的判決中獲得確認及實踐，故有關對人民財產進行重新分配的社會立法及經濟管制性法規，在新政之前都被認定是違憲的。

註13：以上有關雙重審查標準、三重審查標準內容說明參見林子儀，（2002），〈言論自由的限制與雙軌理論〉，《言論自由與新聞自由》，第142-147頁，元照。

註14：反對雙重審查大法官的批評意見參見法治斌，前揭註2，第259頁。

註15：彭正元，（1998），《財產權限制與徵收之區別——以美國法為中心》，第84-85頁，臺灣大學法律研究所碩士論文。

註16：CASS R. SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 40 (1993). [hereafter CONSTITUTION].

註17：Id, at 41.

而新政及1937年的憲法革命，可以被視為拒絕這種現狀中立的概念，也改變法院認為政府對於財產權現狀應予維持中立的觀點，將現有的所有權或其他權利視為法律規範下的產物¹⁸，所以1937年的憲法革命的結果不應僅僅被視為限制司法權的行使及對新政的接受，也應該被認為從根本上打破這種現狀中立觀念，使法律可以對既有財產進行再分配¹⁹。

這樣思想的轉變，充分反映在最高法院對侵害財產權相關社會立法及經濟管制法規（特別是勞資關係法規）的立場，美國在南北戰爭及廢除奴隸制度後受到自由勞動（free labor）原則的影響，聯邦最高法院在1937年的憲法革命以前都試圖阻止政府規範勞資關係²⁰，當中最有名的案例就是Lochner v. New York²¹，就紐約州規定麵包店員工最高工時限制的法律（麵包店員工最高僅可每日工作10小時、每週工作60小時），聯邦最高法院宣告該法律因違反勞資雙方的勞動契約自由，因違反憲法增修條文第14條而無效，不過本案大法官Holmes所寫的不同意見則明白表示，憲法並沒有採取干涉主義（paternalism）或自由放任的經濟理論，雖然某些法律體現了某種信念或偏見，但法官並不應該依自己

的經濟理念來判斷某一立法是否違憲²²。

而自1905年起到1937年憲法革命發生前，這段期間也被稱為Lochner時代，聯邦最高法院廢除了諸多企圖規範勞資關係的各州法律²³，而據統計自正當法律程序之實質概念產生後到1937年為止，該院以違法正當程序為理由共在184件案件中，宣告各州法律無效²⁴。

Lochner時代的法院是採取司法激進主義，司法在沒有憲法文本及憲政歷史的支持下，即介入民主程序宣告立法違憲，不過與其說這時期的法院具侵略性，倒不如說這是因為受到自然法的影響，認現存財富及權利分配是先於法律存在且公正的，所以應維持現狀中立，法律不得干預進行再分配或調整變動。當時的法院認為立法的結果是沒有原則的，它取決黨派關係（partisanship）及特殊的訴求（special pleading），因此如果雇主沒有犯普通法下的任何錯誤，就不需要法律來補救；而普通法作為自然的一部份，也可當成基準來判斷政府的法律或行為有無悖離現狀中立²⁵。

至於讓Lochner時代終結最著名的案子，是1937年聯邦最高法院在West Coast Hotel v. Parrish案²⁶的判決中，維持了華盛頓州針對婦

註18：Id.

註19：Id, at 42.

註20：Id, at 40.

註21：198 U.S. 45 (1905).

註22：Id, at 75-76.

註23：SUNSTEIN, CONSTITUTION, supra note 16, at 45.

註24：法治斌，前揭註2，頁247。

註25：SUNSTEIN, CONSTITUTION, supra note 16, at 48.

註26：300 U.S. 379 (1937).

女的最低工資的法律，該判決提到：「雇主剝削在契約議價能力方面處於不平等地位的工人，只因他們相對地較無法拒絕領取生活工資…而這將直接給社會帶來了負擔，因這些工人損失的工資（致無法維生）將由納稅人被迫支付。…而社會沒有義務為不合情理的雇主提供有效的補貼。」²⁷，本文中並同時宣告憲法中無所謂契約自由的觀念，憲法有提及者僅自由及未經正當程序不得剝奪自由，又憲法未承認絕對或不受限制的自由²⁸，至此以後，聯邦最高法院即以雙重審查標準的合理關聯性審查標準，來對政府的社會立法及經濟管制措施為合憲性監督，從而甚少宣告相關立法違憲，這也意味著財產權保障在美國憲法違憲審查上，已從絕對不受限制的神壇墜下，而落居次要的憲法權利。

（二）財產權定位由先法律存在回歸法律創造

相對於自然法認為財產先於法律存在，法律實證主義者則認為財產是由法律所創造，正如Bentham所寫：“財產與法律是一起誕生的，並且一起消亡。在法律之前沒有財產；廢除法律之後，所有財產都將消失。”而這個基本主張即是法律實證主義運動的重要論述，尤其是Robert Hale及Morris Cohen兩位法律學者，更堅持認為普通法規則是法律規則，具有可預測地強制性效果和分配性效果，所以人們所擁有的財產並不是自然或習

俗的反映（結果），而是政府選擇的反映（結果）。事實上，無法律即無財產，所有權是法律的創造²⁹。

所以（財產及市場）自由放任的主張，基本思想是一個神話，如同Robert Hale所寫：

“當前的經濟狀況至少在一定程度上取決於政府過去關於公共領域分配的政策，這是顯而易見的。自由放任是一個從未實現，永遠無法實現的烏托邦夢想。”³⁰

法律創造了財產和契約權利，故法律對這些權利可以施加各種限制。從這個意義上說，過去Lochner時代法院認為市場的工資及工時約定是不可限制的財產權及契約自由觀念，必須加以揚棄，市場的工資及工時都是法律的創造，不是自然產生的，自不應讓市場自由放任決定，普通法不該被視為自然的一部，而所謂地現狀非由自然產生，而是由法律所創造的³¹。

新政的主張者幾乎都不是社會主義者，他們普遍讚賞市場對繁榮和自由的貢獻。但是他們認為普通法下的自由放任的市場及現狀分配存在有下列重大缺陷：普通法對現有的財產保護過多，使其免於受到民主程序的控制，而並非人們所擁有的財產都須一律受到法律保護；但另一方面普通法對於既有的權利制度保護得太少，因為它沒有提供足夠的安全措施來防範市場經濟的各種危害，它不包括社會福利的權利，包括食物、住所、衣

註27：Id, at 399.

註28：Id. at 391.

註29：SUSTEIN, CONSTITUTION, supra note 16, at 51.

註30：Id.

註31：Id, at 50.

服、醫療、教育及對老年人援助等，而這些權利在羅斯福總統1944年的國情咨文中所提出的“第二次權利法案”中獲得了明確支持³²。至於Lochner時代法院審理有關社會立法或經濟管制立法的缺陷則在於：以普通法標準下的既有市場秩序為基礎來處理憲法案件，及認為政府為解決弱勢困境的政策及法規是不公開而不中立的，所以不應許可³³。

故美國學者Sunstein認為應該將1937年的憲法革命可以解讀成最高法院對新政的支持，及突破現狀中立觀念傳統束縛將所有權及伴隨所有權的一切，視為由法律所創造的，而普通法和現有資源分配無權受民主政治的特別保護，現有資源分配和普通法規則並非不得修正，而其修正都應根據其對社會效率和社會正義的影響結果進行評估，至於立法者合理的立法判斷將應受到司法的尊重³⁴。

（三）財產權概念的擴張

美國憲法增修條文第5條及第14條的正當程序條款規定，要旨在於沒有正當的法律程序，任何國家都不能剝奪任何人的自由和財產，但在憲法革命後聯邦最高法院在定義自由和財產時，受到了很大的挑戰，最大的挑戰是要決定哪些法定利益有權獲得程序性保障，簡單來說所謂地美國憲法上所謂地正當程序性保障，是指政府在撤銷法定利益前，

對受有利益之人民應為事前之通知及舉行聽證程序，若未舉行聽證會就無法將該法定利益撤銷³⁵。

而長期以來法院都採用新政之前現狀中立的思維，強調某些利益是由政府創造，例如就業、社會福利及社會保障，而其他的利益則非由政府創造，只有非政府創造的利益才可以被視為財產，方得享有憲法的程序性保障³⁶。普通法的權利，實質上是人們目前擁有的包括私有財產和私有自由在內的一切權利，政府若要剝奪必須經過充分的聽證會才算符合正當程序保障，但是就業、福利、執照和社會保障等法定利益既是政府所授予的「特權」，則這些利益得因政府的意願而取消³⁷。

不過1960年代這種觀念面臨強烈挑戰，許多看法認為這傳統觀點的結果將使公民受到政府自由裁量權的傷害，因為公務員、社會保障和福利的領取者或具有公共執照的人為數眾多，幾乎社會所有人的重要法定利益都會受到政府的裁量權的影響。

所以在1968年至1980年代後期，受到上開看法的影響聯邦最高法院的見解出現轉變，認為「法定利益（statutory benefits）」有時得被視為自由或財產。但只有在這些法定利益存有「法定權利（statutory entitlement）」

註32：Id, at 60.

註33：Id.

註34：Id, at 51.

註35：鍾瑞楷（2020），〈憲法正當程序在財產權保障的實踐與檢討〉，《全國律師》2020年4月號，第71-79頁。

註36：SUNSTEIN, CONSTITUTION, supra note 16, at 82.

註37：Id.

時，才有資格被視為自由或財產，至於所謂法定權利？聯邦最高法院以「政府（提供相關法定利益）行政裁量權」有無法律限制為判斷標準³⁸：即立法機關一旦沒有限制行政機關的裁量權，則被行政機關撤銷法定利益之人無權要求舉行聽證會（因該法定利益尚未構成財產，自不當主張正當法律程序保障）。例如，法律若允許政府得自由裁量解僱其雇員，則被解聘的雇員不會因此有法定權利，該僱傭關係也就不會形成財產，但是法律若規定雇員僅在出現「特定原因（斯時政府無裁量權）」後才會被解僱，則該僱傭關係將形成財產，如果政府要解僱，就必須舉行聽證會³⁹。

在上開法定利益可以視為財產的範圍內，法院試圖使憲法保障能跟上現代政府行為的擴張，但是仍只有部分的法定利益才可視為財產，在大多數情況下，自由和財產仍然是依循現有分配及普通法來定義，而普通法保護的利益：最主要者為最主要是私有財產權及人身完整權，都享有受保護的權利，但其他種類的權利：包括不受歧視的權利、受政府聘僱的權利和社會福利的權利，則未必受憲法保護⁴⁰。至於法院為這種區別處理的理由還是因為，政府提供的利益與一般財產

（即普通法下的利益）有所不同，前者不是受領者本來（自然）所擁有的，而是政府給予的，所以當然政府也可以隨時取消它所創造的利益，故對法定利益不給予實質性保護的原因⁴¹。

而有關法定利益視為財產最具指標的案例為1970年的Goldberg V. Kelly⁴²一案，聯邦最高法院認為從美國立國之初起，國家的基本承諾就是在其境內培養所有人的尊嚴和福祉，我們已經認識到，不受窮人控制的力量將加劇了他們的貧困⁴³，而公共援助不僅是慈善事業，而且是「促進整體福利，並是確保我們及後代子孫自由的祝福（blessings of Liberty）」的一種手段⁴⁴，故在本案中該院將社會福利視為一種新財產，不同於土地、現金、銀行帳戶及投資等舊財產⁴⁵，紐約州（市）政府在停止社會福利前，未對遭停止的人民事前通知及舉行聽證，故已違反憲法增修條文第14條。不過這樣的見解，因為尼克森總統在1968年當選後的4年間提名4位保守派大法官進入最高法院，並沒有全面貫徹到該院有關社會福利等有關社會經濟立法的相關判決中⁴⁶。

依上面所提的法定權利方法，法院雖然已例外允許將普通法以外的某些利益視為「財產」而給予憲法上的保障。但為德不卒的是，

註38：Cleveland Bd. of Educ. V. Loudermill, 470 U.S. 532, 538-542.

註39：SUNSTEIN, CONSTITUTION, supra note 16, at 82.

註40：Id, at 83.

註41：Id.

註42：397 U.S. 254 (1970).

註43：Id. at 264-265.

註44：Id. at 265.

註45：Id. at 262 n.8. See also Reich, The New Property, 73 Yale L.J. 733 (1964).

註46：CASS R. SUNSTEIN, THE SECOND BILL OF RIGHTS 163 (2004). [hereafter RIGHTS]

法院仍未能全面將「由政府創造的利益」與「普通法上（先政府而存在）的利益」視為相同，學者Sunstein就認為這種區分仍受新政之前思想的束縛，因為這種區分本身就是將法定的利益，仍視為一種對現狀中立「干預」的情形（與Lochner時期法院的邏輯相同）⁴⁷。不過在新政之後，權利與特權（政府授與者）間區分的概念越來越難存在，舊的財產權不是從天而降的，而是來自於法律的承認，人民可以享受舊有的財產權是因為政府有意願去創造它及保障它，若以此角度觀察人民所享有的社會福利也是如此，所以在新政後將社會福利視為與傳統財產不同的作法是根本不可行的⁴⁸。

肆、政府為強制性財產權交換（徵收）之必要性及正當性

美國學說上常以經濟學中的交易成本概念，來說明我們何以需承認政府有權對人民為強制性的財產交換（徵收）。若政府處於「厚」市場（thick market，即許多人願意出售特定資源的活絡市場），它就不需要進行強制交換（徵收），如果單一賣方不願出售或開出過高價格，則政府可以選擇與下一個賣方交易。因此，在交易活絡或資源豐沛的厚市場（如大多數個人服務，商品和個人財產市場就是這種情況，而有時在土地或建築

物市場方面也是如此），則斯時政府尚無需要使用徵收權⁴⁹。

但是，當政府欲在「薄」的市場（thin market，即交易稀少或資源短缺的冷清市場）中獲取資源時，由於該資源的可替代性稀少甚至具不可取代性，情況就大不相同，政府對賣家的選擇性大幅度限縮，在極端情況下，若處在一個只有惟一潛在賣方的市場中，此時的賣方具有如同政府的壟斷權力，並可能以遠遠超過賣方機會成本（opportunity cost，賣方以任何其他方式使用或出售該資源所可獲得報酬）的價格來出售該資源。如果在這種情況下，仍限制政府僅能以市場交易方式向賣方取得該資源，若賣方坐地起價而哄抬價格，則交易可能破局，或政府必須付出過高的買價（最終還是納稅人全體支付）才能取得該資源，因政府欲取得該資源往往都係計畫將其作為公共（或公益）使用，而這兩種情形都會對公共利益造成不同程度的損害。但是通過賦予政府有強制轉移財產的徵收權，政府可以強迫具有壟斷權的任何賣方轉移其資源，並使賣方僅能獲得與其機會成本相當的補償，而如此補償價格也將使賣方無法獅子大開口恣意喊價，而使政府的施政計畫因能取得該資源，而得以繼續進行，不會因無法取得該資源而造成計畫遲延，或是付出高價購買該資源而造成納稅人不必要的負擔⁵⁰。

如政府欲在新石器時代卑南考古遺址上興

註47：SUNSTEIN, CONSTITUTION, supra note 16, at 83.

註48：SUNSTEIN, RIGHTS, supra note 46, at 161.

註49：Thomas W. Merrill, The Economics of Public Use, 72 CORNELL L. REV. 61, 74-77 (1986).
DAVID A. DANA and THOMAS W. MERRILL, PROPERTY: TAKINGS 28 (2002).

註50：Merrill, supra note 49, at 74-77. DANA and MERRILL, supra note 49, at 29.

建文化公園或博物館，遺址附近的土地由私人地主所有，所以當地地主就此關鍵的土地資源是壟斷的供應商，也無其他土地可以取代，則地主可能以壟斷者的地位開出超高價要政府購買其土地，而若遺址附近皆為農地，如果賣給當地農民的一般行情價是每坪2萬元，則地主的機會成本為每坪2萬元，但由於政府的計畫是在遺址上興建博物館，遺址上的土地具有不可替代性，則地主可能會向政府開價每坪30萬元，則在此例中，政府每坪所要多付出的28萬元即為壟斷價格，而徵收制度的設計，就是為這種壟斷情形提供了解決方案⁵¹。如果政府徵收收土地，它可以獲取所需的資源，而不會給土地所有者帶來鉅額橫財，也不會給納稅人帶來不必要的負擔，而這也是徵收制度在執行上雖然問題叢生，但其本質未受根本挑戰的原因⁵²。

伍、財產權保障下之侵害補償理論

如果允許政府得為強制性財產交換（主要為徵收）的理由是要克服私人壟斷資源而影響到公共利益，那麼為什麼法律甚或憲法通常要求政府在為此類強制性轉讓時需支付公正補償？既然資源的強制性轉讓往往有利於公共利益的實現，那為何法規或憲法不讓政府得在不支付補償的情況下來獲得所需要的

資產，或者至少給予政府得決定支付補償金的裁量權？

與肯定政府為強制性財產交換之正當性相較，有關政府為何要對被強制性交換財產的所有權人予以補償，美國法學界對此並沒有達成明確的共識，但為了要肯定補償的必要性，學界至少已經提出了3種較為接受通用的正當理由，其為「平等待遇」（equal treatment），「財政幻覺」（fiscal illusion）和「過程失敗」（process failure）理論⁵³，而這些理論在許多方面並非互斥，併與解釋將能使徵收補償理論更具說服力⁵⁴，介紹如下：

一、平等待遇理論

自然法學家相信當政府徵收財產（take property）時補償是必須的，以使財產權所有人就全體公民所應共同分擔政府的花費，被要求放棄「超出他個人所應平均分擔的財產損失」時能達到衡平⁵⁵，故平等待遇理論也就是透過補償讓財產被徵收人得以恢復與其他公民相同的地位，而本理論也是徵收需補償理論中最廣為接受的一種，美國聯邦最高法院也明確表示「保證私有財產不得在沒有公正補償的情況下用於公共用途，其目的是阻止政府強迫某些人獨自承擔公共負擔，這在公平和公正的前提下應由整個公眾承擔。」⁵⁶，本理論的困難點在於，如何精確地判斷政府

註51：類似案例可見DANA and MERRILL, supra note 49, at 29-30.

註52：DANA and MERRILL, supra note 49, at 30-31.

註53：DANA and MERRILL, supra note 49, at 32.

註54：DANA and MERRILL, supra note 49, at 33.

註55：William B. Stoebuck, A General Theory of Eminent Domain, 47 WASH. L. Rev. 553, 587 (1972).

註56：Armstrong v. United States, 364 U.S. 40, 49 (1960).

的徵收何時算是對個人（與其他公民相較）施加不成比例過大的負擔，以至於違反了「公平與公正（或正義）」。特別是當政府並沒有移轉財產所有人的所有權，僅僅只是對其財產進行管制以致於減少其財產之價值時，又該如何判斷政府何時對該受管制而減值的財產所有人應予補償⁵⁷。

對於平等待遇理論說明最經典的文章莫過於Frank Michelman⁵⁸，Michelman開啟近代美國學術界對財產權徵收哲學理論討論的先河，主導美國學界近數十年有關徵收條款的討論，其文說是美國財產權徵收理論的不朽經典之作亦不為過⁵⁹。

Michelman透過功利主義道德理論（utilitarian moral theory）及John Rawls的正義理論⁶⁰來說明何以徵收需賠償，來判斷徵收是否可補償（用於管制規定所造成的財產權限制損失亦同）。

他引用英國法實證家Bentham對財產看法，認財產可以被視為有關管理利用及享受資源規則的集合，如此財產會成為建構在現存規則的期待基礎（a basic of expectations）⁶¹，亦即，財產是一種由制度建立的理解，依據該理解關於管理人與資源之間關係的現存規

則將繼續存在，而對於這種理解有堅持，才能期待人們能產出最小而可接受的生產力，而人們若無這種未來可以享受（他們勞動）產品的安全性期待（secure expectation），出於人性，人們將不會再生產，除非他們確認他們可以依賴這些規則，否則人們不會勤奮的工作或自由的投資⁶²，所以人們勞動意願及投資意願，都是取決於人們有無未來可以享受他們生產成果的可信賴保證，而對於新的財產再分配（redistribution）無論立意或成果多良善，多少都會造成對於這種財產本質期待的失望，而再分配的行為，也暗示社會不會在乎未來再次再分配，然而這種財產再分配的效果係對上述財產安全性期待的否定，而這也是功利主義財產理論所主要反對的對象⁶³。

Michelman認為如果接受Bentham這種（財產）社會效用（social utility）理論，則（對財產）共同分配決定（collective allocational decision）本身並非不可接受，除非它達到恣意再分配（capricious redistribution）的程度且其負面效果未被補償給付給抵銷，才是不被許可的⁶⁴。

他並以「效率提昇」（efficiency gains）、

註57：DANA and MERRILL, supra note 49, at 34.

註58：Frank I. Michelman, Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law, 80 HARV. L. Rev. 1165 (1967).

註59：DANA and MERRILL, supra note 49, at 35. WILLIAM A. FISCHER, REGULATORY TAKINGS: LAW, ECONOMICS, AND POLITICS 141-142 (1995). Michael A. Heller & James E. Krier, Deterrence and Distribution in the Law of Takings, 112 Harv. L. Rev. 997, 998-999 (1999).

註60：JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971).

註61：Michelman, supra note 58, at 1211.

註62：Id, at 1212.

註63：Id.

註64：Id.

「士氣低落成本 (demoralization costs)」和「解決成本 (settlement cost)⁶⁵」。所謂的效率提昇的定義為 (政府) 措施所產生的收益超過因它所造成的損失；所謂「士氣低落的成本」的定義是：(1) 抵消損失者及其同情者因未獲補償所產生的負面效應或痛苦，以金錢換算的價額(2) 未獲補償的損失者、他們的同情者以及其他觀察者，由於他們認為自己未來可能會受到類似 (未獲補償) 待遇，所產生的士氣低落並進而導致未來 (社會) 生產的損失 (即他們因士氣低落，導致不生產或投資致使全體社會蒙受的損失，反映了受損的恐慌或社會動盪)，將該損失以金錢換算的價額；至於「解決成本」的定義是為了避免產生士氣低落成本而提供補償，就達成補償目的所需花費的時間、勞力和資源，該等時間、勞力和資源以金錢換算的價額，其中不僅包括解決所損失者所提出的具體賠償要求的費用，還包括無法由現行方法計算全部索賠的估價費用⁶⁶，故解決成本包括賠償損失及管理與運作賠償系統的總成本⁶⁷。

至於，就徵收應否補償而言，採功利主義的說法是，只要士氣低落的成本超過解決成本，才應補償，否則就不補償⁶⁸。

簡言之，士氣低落成本及解決成本對社會都是實際的成本，這兩種成本代表的資源都可以被移轉使用於其他目的上，Michelman透

過士氣低落成本的概念，來解釋政府未給予因政府行為而受損失的財產權所有人補償之情形，這時，受損失的財產權所有人及同情他們的人不僅會遭受心理上的痛苦，此外也會因擔心遭受這種財產損失而放棄未來的投資，然而他也認為不應該補償財產所有人全部的損失，以將士氣低落的成本減至零 (因為主觀心理痛苦的損失難以估價，如果都予補償，政府會耗資過巨，而政府的補償經費也是由全體納稅人支付)，他主張政府只需在士氣低落成本超過解決成本時給予補償即可⁶⁹。

Michelman文章在討論徵收與補償間「效用 (utility) 和公平 (fairness)」的問題。而實際上，效用可稱效率 (efficiency)，是為了在 (資源) 替代用途之間，以最大化價值的方式來分配資源；公平可稱公正 (justice)，則是為了以某些公平正義原則的方式，來合理地分配因特定分配所產生成本及利益，若以切蛋糕來比喻，效率與蛋糕的大小有關，而公正則是誰應該拿到分配後的蛋糕⁷⁰。

美國有學者就認為Michelman有關平等待遇理論的框架提供了一個很好的解釋，說明了政府為何要就財產徵收及永久性物理入侵 (permanent physical invasions) 進行補償，但對於多數財產使用管制規定卻不必補償⁷¹，就政府的財產的徵收及永久物理入侵而言，

註65：Id, at 1214.

註66：Id, at 1214-1215.

註67：DANA and MERRILL, supra note 49, at 36.

註68：Michelman, supra note 58, at 1215.

註69：DANA and MERRILL, supra note 49, at 35-36.

註70：Heller & Krier, supra note 59, 998-999 (1999).

註71：DANA and MERRILL, supra note 49, at 36.

通常會導致相當高的士氣低落成本，因為它們剝奪了所有人與財產有關的全部價值，而且，此類事件相對容易識別及客觀衡量它們所造成的損失，因此減少了計算補償額與管理此類補償系統所產生的解決成本。相對地，對財產價值帶來某些價值減損或負面影響的管制規定，由於這些管制規定僅讓財產失去部分價值，因此士氣低落的成本通常會較小，但同時，因解決成本需要去識別受影響的所有人並計算適當的補償金額，故解決成本通常會相對較高，在管制規定影響到大量所有人的情況下更是如此⁷²，因此解決成本往往高於士氣低落成本，故政府無須補償。

Michelman也說明為何對財產價值有不利影響的所有政府行為，未必都需要賠償，他指出，當政府的政策廣義上旨在產生更平等財富分配目的時（例如採用累進稅率和福利計劃）就不用受補償要件的約束。他認為這是因為大多數人並不認為旨在平衡財富分配的一般性措施是不公正和不公平的（不會造成士氣低落成本）⁷³；他還指出，如果我們不是僅僅觀察單一對財產價值有負面影響的政府行為，而是將我們的視野拉大到長時間後一系列的政府行為，那麼財產所有人單一次的損失往往會被其他後續政府行為所帶來收益所抵消，從而可消除了對財產所有人任何

不平等的待遇⁷⁴；最後，某些管制法規目的如在糾正過去財產所有人的錯誤行為時，如財產所有人一方透過製造損害（nuisance）來減損削弱其他財產所有人的價值，在這些情況下，因為該管制法規只是重新回復了損害發生之前的現狀（status quo），此時無需補償即可維持平等待遇⁷⁵。而雖然Michelman對他的政府補償理論作了上開調整，然相較於當代美國法的補償制度，他的補償理論範圍仍更為廣泛⁷⁶。

二、財政幻覺理論

財政幻覺理論就徵收給予補償要求將重點從公平轉向效率。其論點是，需要補償才能將向政府徵收財產的成本內部化（internalize the costs）⁷⁷。因為徵收不僅將引起士氣低落的成本，而且還將形成機會成本（opportunities costs），即一旦政府取得財產，財產所有者就不能將其用於其他用途。

本理論認為，通過要求政府為所徵收資產支付補償，我們將迫使政府官員將政府打算徵收的資源價值，與將該資源維持私人用途的價值進行比較。官員只有在評估將該被徵收資源作為政府計畫一部分所產生的價值，高於政府為徵收該資源而必須支付的補償金時，才會推動徵收。相反，如果我們不要求政府為徵收支付補償，則政府官員可能會產

註72：DANA and MERRILL, supra note 49, at 36.

註73：Michelman, supra note 58, at 1181-1182.

註74：Id, at 1225.

註75：Id, at 1235-1237.

註76：DANA and MERRILL, supra note 49, at 37.

註77：RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 64 (5th ed. 1998)

生「財政幻想」，認為他們徵收的資源沒有機會成本。結果，他們可能會過度徵收取得財產，導致資源錯置（misallocation of resources）⁷⁸。而透過強迫政府在徵收財產時需支付公正的賠償，我們使政府需將強迫財產權移轉的成本內部化。這將使政府有動機去限制徵收權的發動，只有在徵收私人財產為公眾帶來的利益，超過將該財產使用於其他目的的機會成本時，才發動徵收程序。

從另一角度觀察，Richard Posner認為要求政府有義務支付賠償的理由在於如此方能對政府形成威懾（或嚇阻，deterrence）的效果，而對公正補償要件最簡單的經濟學解釋是，它可以嚇阻政府以防止其過度行使徵收權。⁷⁹如果政府可以任意地徵收資源而無需為之付費，它將不會有動力（incentives，指由價格系統創建的動力）去有效地利用這些資源，其結果可能造成某些資源從高價值使用轉向低價值使用，為了避免政府產生這種濫用資源的弊端，才需要以公正補償要件對政府進行一般威懾（general deterrence）⁸⁰，學說上另有特別威懾（special deterrence），係指以公正補償的要件限制政府剝削政治上弱勢群體和個人的資源，而補償要件所形成的這兩種威懾力，可作為對政府（徵收）權力的制衡⁸¹。

財政幻想理論比平等待遇理論具有一個明

顯的優勢：它可以解釋為何不能透過私人保險來解決政府徵收所面臨問題。如果徵收對財產所有人所造成的損失可以由私人保險支付，則政府對儲備資源使用效率低下的成本，仍將由非政府行為者外部化（如該成本由財產所有人透過投保而承擔），而不是由政府內部化（承擔）。儘管該效率低下的成本可能會通過私人保險而更廣泛地分攤，但從政府的角度來看，這類成本仍然是一種外部性⁸²，無法約束政府促其發動徵收前更為謹慎評估。

但如果要求政府管制所造成的全部財產價值下降都予以補償，那麼這將減少政府管制措施的威懾作用（deterrent effect）。例如，如果政府必須賠償因污染而被政府關閉工廠的所有人，這顯然將損及禁止污染法規的效用。且一旦政府補償監管損失，反將使被監管人更有動機來從事反社會行為⁸³。

三、程序失敗理論

本理論將補償要求立足於克服政治程序中某些失敗的需要，本理論所強調政治程序的核心問題是，不同的利益團體在民主政治體系中的影響程度各不相同。任何團體的影響程度不僅取決於其代表的選民人數，而且還取決其他因素，諸如組織團體的成本及該團體所控制的資源數量。因此民主下的政治運

註78：DANA and MERRILL, supra note 49, at 42.

註79：POSNER, supra note 77, at 58.

註80：Heller & Krier, supra note 59, at 999.

註81：Id.

註82：DANA and MERRILL, supra note 49, at 44.

註83：DANA and MERRILL, supra note 49, at 45.

作結果不會反映出任何個人的偏好（利益），相反地，會系統性地偏向那些有高度影響力團體的偏好（利益）⁸⁴。

而補償是避免「團結少數人（intense minorities）」對於涉及「分散多數人（diffuse majority）」利益計畫為反對的重要因素，由於政府所為財產權侵害的行為將直接且嚴重地影響少數人私人的財產（涉及少數人既有私益的剝奪），自然少數人會更為團結積極反對，至於因政府財產權侵害所欲完成的計畫，對多數人而言該計畫實踐所增加的利益係為公益，並非個人私益，且對多數人既有權利影響不大，多數人雖支持該計劃但往往不會有積極的行動，所以如為少數所有人的財產損失預先提供的補償保證，將在很大程度上緩和輸家（少數人）的反對情緒。因此，補償可能是確保由分散多數支持的政府計畫不會受到團結少數影響的重要工具。

如市政府欲徵收50位土地所有人的私有土地興建社區活動中心及公園，而該社區活動中心及公園預定地附近數以千計的居民都可以享受社區活動中心及公園建成後的利益，倘因這數以千計居民的利益彙總起來，將會超過這50位土地所有人未受補償的士氣低落成本及機會成本，而使市政府可能考慮對這50位土地所有人皆不予補償，不過若是不予補償，則社區活動中心及公園的建成可能遙遙無期，因為這50位土地所有人一定會竭盡所能地組織動員，在市政府決策時阻止這計

畫的推動，相反地這數以千計的鄰近居民雖是利害關係人但幾乎不會動員支持該項計畫，所以透過補償則可以適度地軟化該徵收計畫中50位輸家的反對力道，以免該計畫無法有效推動⁸⁵。

這種程序失敗下安撫輸家的理論也可稱為「收買」（buyoff）理論，平等待遇和財政錯覺理論的補償範圍較當前美國法補償範圍為廣，然而收買理論的補償範圍則較當前美國法補償範圍為狹，因收買理論政府應否補償取決於財產權被侵害人所組成之團體的政治影響力，如若有一中等規模的團體因有能力對政府徵收計畫形成重要的反對意見並阻礙該計畫的推動，則該團體得於徵收時獲得補償⁸⁶。然而單一個人或一小團體往往勢單力薄，而無法對政府施加任何的政治影響力，則政府得對其徵收不予任何補償，因政府應否補償係取決於人民對政府的反抗程度，這種結果將對政治上無法發聲的弱勢或少數團體形成特別地不公平，有違公平正義，故收買理論少有人支持⁸⁷，且在政府治理上，這樣的補償方式會使政府的施政回到自然狀態下的叢林法則，會令大眾產生會吵的小孩才有糖吃的觀念（覺得政府欺凌弱勢且柿子挑軟的吃），反不利後續政府施政。

程序失敗理論中最著名的理論是由Epstein所提出，他是財產權高度保障的捍衛者，與Michelman同是建構美國近代財產權保障理論的兩大法學家，Epstein是從民主政治上政府

註84：Id, at 46.

註85：Id, at 47.

註86：Id, at 47.

註87：Id, at 48.

失能（特別是立法機關）及經濟學的角度，來建構其財產權徵收理論，對形塑近代美國財產權徵收理論也有很大影響力（如現任美國總統拜登於1991年擔任參議員時，就聯邦最高法院大法官Thomas的提名聽證會上，就曾拿Epstein有關財產權著作來詢問其對財產權保護的立場）⁸⁸。

Epstein是以Locke對自由主義理論的看法及國家的社會契約論來解讀徵收條款⁸⁹，他認為依據自然法，個人擁有包括財產權在內的某些權利，國家僅具有必要的權力來增強（構成國家主權）個人的福祉⁹⁰（而非由國家剝奪或限制該等權利），而依循Locke看法，在的自然狀態下，財產權是由眾多私人協議創造及定義的，雖然在自然狀態下，並無國家組織來保護這些財產，但是Epstein似乎仍認為財產權的核心概念，仍可以在這種無政府的狀態下平衡被創造及維持⁹¹，所以Epstein沒有仔細定義何謂財產，認為財產的概念是不言而喻而無需證明的⁹²。對於自然法這種在自然狀態就能形成財產的主張，就有論者批評這種想法與現實不符，對國家內個人所有的財產權而言，只要個人非自願放棄他的財產，

國家通常已準備好會保護個人的財產，但在自然無政府的狀態下（並無國家強制力的介入），私人財產的保護僅依靠私人契約，但自然狀態下的私人契約（這不同於法治國家中私人契約的履行）並無國家強制力可以促使該契約履行⁹³，只能靠私人武力來保護私人財產或促使私人履行財產契約。

此外，Epstein有關財產權保障的主張源於他對政治（程序）的高度不信任，這與Michelman所採自新政以來美國司法實務界對政府高度尊重及信任的立場背道而馳，Epstein非常強調不信任立法機關能正確的事⁹⁴。

而他認為徵收條款訂定的動機是來自於對立法機構知識不完備或動機不良善或兩者兼而有之的恐懼，政府強制的權力影響巨大而深遠，權力的風險在於掌握它的人可以用它來謀取私利，但其代價卻是由被權力支配的人來負擔，立法的危險處在於它是一種由多數人所把持的系統，而公平補償條款要求徵收必須補償可以作為管制立法者的一個手段⁹⁵。Epstein的假設有不同影響力的團體將持續進行競逐租金（rent-seeking）的行為，也就是他們將試著使用國家權力來犧牲他人以使自己致

註88：FISCHEL, supra note 59, at 141-142.

註89：RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 9-15 (1985) [hereinafter TAKINGS]

註90：Id, at 12-13.

註91：Id, at 10-11.

註92：André LeDuc, Twilight of the Idols: Philosophy and the Constitutional Law of Takings, 10 Ala. C.R. & C.L. L. Rev. 201, 247-248 (2019).

註93：Id, at 248.

註94：FISCHEL, supra note 59, at 171.

註95：Richard. A. Epstein, Property, Speech, and The Politics of Distrust, 59 U. Chi. L. Rev. 41, 52 (1992). [hereinafter Property, Speech]

富，他們通過遊說國會以：減免其納稅額、訂定管制規定來加重其競爭者的負擔及創設新的責任規則，如此一來他們就可達成將別人的財富移轉給自己的目的。

然而如果立法機關徵收時可以支付公正補償的話，那麼該公正補償本身就提供了一定的理由使人民相信社會可以因此獲得淨收益（社會因徵收所獲得的效益減去因此所受損害），可以說徵收公正補償條款被設計用來防止（立法）集體行為（collective action）的所造成（財產）分配的損失（allocative losses），沒有立法者知識不完備或動機不良善所造成權力的濫用，就沒有必要堅持要求補償⁹⁶。

另一方面，立法機關濫用徵收權將引起司法監督，因此，司法有必要進行補償檢驗，而公正補償條款也可消除司法機關需要逐案比較衡量公眾從（徵收）法規中獲得的收益與私有財產所有人的損失，得減輕司法系統為判斷政府財產徵收或限制之措施合理與否所承受的巨大壓力。因為法院的判斷資訊匱乏，少有管道能接觸到足以判斷何種交易算有利於公眾的資訊，且法院也不能完全相信由國家提供相關資訊。所以在Epstein的理論中徵收補償不僅是為了確保個人的正義，而且是為了打擊不足以信任的政府官員⁹⁷。

Epstein理論下有關徵收條款的要件可以擴

大理解為，當任何人由於稅收、管制法規或責任規則的改變而導致其財產價值下降時，都應獲得支付公正補償，除非政府可以證明這些情形已經內含補償（implicit compensation，即財產所有權人因政府侵害其財產行為而獲有利益，該利益可以抵銷其因政府侵害行為所生的損失）或是屬於使用警察權的例外情況⁹⁸。否則這樣的規則所形成的財產再分配，實際上就是利用國家權力，以犧牲他人為代價使特權團體致富。Epstein認為國家不可被此等特權團體利用為財富再分配的工具，所以有關國家對人民財產的徵收或限制，只有屬正和情況（positive sum games，及財產被徵收或限制的人民雖有損失但也因此獲利，且其獲利超過損失）才可繼續推動；零和（zero sum games）或負和（negative sum games）情形，都需要以一般補償要件來進行制衡⁹⁹。

Epstein就限制國家權力對於財產權的侵害主要方法有二，首先，他認為公正補償原則需採用特別寬鬆的估價原則和從寬認定¹⁰⁰，其次，他認為，公正補償的給付即便以財產的市場價值來計算也是不足的，公正補償的計算除了市場價值外，還必須按照自然狀態下財產權侵害前財富分配的方式，額外再支付就政府（財產權侵害）行為所產生的社會盈餘的數額¹⁰¹。

註96：Epstein, Property, Speech, supra note 95, at 52.

註97：Id.

註98：DANA and MERRILL, supra note 49, at 50.

註99：Id.

註100：EPSTEIN, TAKINGS, supra note 89, at 35-36.

註101：RICHARD A. EPSTEIN, BARGAINING WITH THE STATE 90-98 (1993) [hereinafter BARGAINING]

而Epstein的財產權保障憲法理論的效果，可以明顯的表現在下列3個面向：首先，私人財產只能因公共使用而徵收¹⁰²，因此，許多現行的城市更新計畫（僅支付公平補償）在很大程度上依賴於私人開發商，並通常將已被徵收的財產從私人所有者轉移到第3方開發商，由於已經超出國家的徵收權限範圍，該項更新計畫將被禁止（即禁止公益徵收）¹⁰³；其次，Epstein將從根本上改變公正補償的計算方式，當前美國法上有關公正補償所依據的市場估價，未能包括向財產所有人給付其應享有國家（徵收）行為所帶來利益的合理分配¹⁰⁴（依財產所有人的所有權比例來分配），按Epstein的理論則應要給付。另外，有關公正補償的額度，Epstein則認為應到達使被徵收人認為即使被強制徵收，也與繼續保有原有財產無所差別的程度¹⁰⁵，但是，Epstein的實質困難處在於在缺乏必要計算基礎的資訊情況下，很難有公式去得出該數額¹⁰⁶；第三，稅收和管制法規通常也會受徵收條款的約束¹⁰⁷，而他更主張累進所得稅雖然符合美國憲法增修條文第16條，但卻違反了美國憲法增修條文第5條的徵收條款¹⁰⁸，因為要將

累進所得稅納稅人繳稅後所產生的政府利益，再按繳稅比例計算還給原納稅人在技術上根本是天方夜譚，實際上，徵稅目的通常就是為了進行財富重新分配，並對政府社會（社福）計劃提供資金，但依Epstein理論，累進的所得稅是違憲的¹⁰⁹。

Epstein的反競逐租金（anti-rent-seeking）理論及反再分配理論，將造成補償條款適用漫無邊際，所以也引起一連串的反對意見¹¹⁰。最主要的反對意見是，他的理論將使政府採取任何形式的累進稅收或向窮人提供福利都構成違憲¹¹¹（這部分與Michelman理論的適用相反，Michelman認為有關財富分配均等的法律，因為不會有士氣低落成本，所以並無補償規定的適用）；另一個有力的反對意見是，Epstein極度寬鬆的補償要件，將使司法部門在補償程序中扮演更為重要的角色並加重其負擔，結果會超出司法部分處理案件的能力，特別是在檢視管制規定所造成經濟衝擊及稅捐方法方面（不過平等對待理論及財政錯覺理論的運作，在計算補償額度方面也會造成法院沉重的負擔）¹¹²；另外依Epstein的理論主張，財產所有人請求補償時，有權

註102：EPSTEIN, TAKINGS, *supra* note 89, at 162.

註103：*Id.*, at 178-180.

註104：*Id.*, at 182-184.

註105：*Id.*, at 183.

註106：*Id.*

註107：*Id.*, at 95.

註108：*Id.*, at 283-303.

註109：*Id.*, at 297-300.

註110：Symposium, Richard Epstein's Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, 41 U. MIAMI L. REV. 1 (1986).

註111：DANA and MERRILL, *supra* note 49, at 50.

註112：DANA and MERRILL, *supra* note 49, at 51.

按照其在自然狀態下的財產所有權的比例，來分享國家利益（因徵收或財產權限制所帶來的利益）¹¹³，這在實務上的可行性幾乎等於零¹¹⁴（因為如何計算比例以及利益都是難題）。

無論Michelman和Epstein都認為國家的徵收權可能被濫用，即使支付公正補償時也是一樣。但是，Michelman對國家行為較有信心，在一個民主共和的國家中，至少立法機關和行政機構會考慮其憲法的義務¹¹⁵；反之，Epstein由於他的觀點來自公共選擇理論和自由主義政治哲學，所以他沒有這樣的信心，他斷言，民主國家是通過著重黨派及個人利益的政客運作，因此不會重視公共利益¹¹⁶。所以Epstein是以極度自由主義的觀點來衡量國家對財產權侵害的威脅，與Michelman對政府給予較自由行動主義的觀點有根本的不同¹¹⁷。所以Epstein的理論也被美國學界批評為是建立在傳統Locke的私有財產及有限政府觀念，且希望回到美國在憲法革命前Lochner時代所主張個人自治、財產自然權利及有限政府的時代，而與現今美國實務及學界主流所認新財產（即財產由法律所創建）及福利國家的觀念有所悖離¹¹⁸。

而由於Michelman和Epstein此2人對國家行為威脅本質的評估有根本不同，導致他們應對的模式以及就補償條款的適用情況也有所不同。簡單來說，Michelman信任國家的民主政治機構會做正確的事¹¹⁹，所以他理論下的補償範圍較小及補償數額較少，國家有比較大的空間去進行財產權侵害財產權的行為，Epstein則不這樣認為，Epstein則不相信國家會不斷地為公共利益（public good）而努力¹²⁰，在Epstein所認為的民主機制運作下，民主的決策不會考慮到保護個人利益，只有限制權力才能保護人民¹²¹，所以他基本上是不贊同政府為財產權侵害的行為，自然他的補償範圍及補償數額是所有學說中最廣大的。

陸、財產權保障理論在我國的發展

以下將就本文先前所討論美國財產法保障理論及內容之重要爭點議題，與我國法對相關議題的看法進行比較，以期能對我國財產法保障體系為較明確的認識及釐清。

一、財產是由自然形成或法律所創造

此議題係研究財產權保障理論的大哉問，

註113：EPSTEIN, TAKINGS, supra note 89, at 4-5.

註114：LeDuc, supra note 92, at 338.

註115：Michelman, supra note 58, at 1257.

註116：EPSTEIN, BARGAINING, supra note 101, at 92-94.

註117：LeDuc, supra note 92, at 276.

註118：James L. Huffman, A Coherent Takings Theory at Last: Comments on Richard Epstein's Takings: Private Property and The Power of Eminent Domain, 17 *Envtl. L.* 153, 153-155 (1986).

註119：Michelman, supra note 58, at 1257.

註120：EPSTEIN, BARGAINING, supra note 101, at 90-103.

註121：LeDuc, supra note 92, at 276.

美國憲法革命以前主流看法是認為財產是自然形成，財產權是天賦人權，是以政府應維持（財產的）現狀中立及自由放任資本市場，不得以政府行為進行財產權的再分配，憲法革命以後主流的看法則是，無法律即無財產，所有權是法律創造的，故政府無需維持（財產的現狀中立），可以透過立法來進行財產的再分配，而我國有關大法官有關財產權保障的解釋甚多，不過對於財產的概念，應採自然法所認財產係自然形成或實證法所認財產由法律創造的立場，大法官解釋似未有明文著墨，不過從大法官解釋認為財產是可以以法律剝奪（徵收）或限制的立場，如釋字400號解釋認政府對成立公用地役關係之既成道路，因依法辦理徵收給予補償；釋字440號解釋認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，似可推論大法官是採法律所創造的立場，對此吳庚大法官認為現代社會各種財產權利（包括物權、債權、礦業權、漁業權、水權及智慧財產權等）其概念與範圍都有相關法律加以規範，對財產概念似應以法律為準，不過由於財產是先法律、先國家而存在，憲法所保障的財產權若侷限在現行法規，將產生是否減損憲法保障的用意，而財產權是個人權利，其內容及範圍不能完全以法律規定為準，也不全然取決於交易上有無價值，客觀上毫無

價值，或法律對其已不加以保障，但只要對所有人有主觀價值，仍應視為財產的一種，故財產的概念應認為係法律上及所有人主觀上一切具有財產價值之權利及物件¹²²。

對上開見解，本文是持贊同立場，並考量現代社會日新月異，實務上可能出現國家不願承認或無法監管的財產，如槍枝及毒品在我國視為應沒收之違禁品，不得交易且不受法律保障，依實證法有關財產的觀點，在我國自非屬財產，惟槍枝及部分毒品（如大麻）在部分歐美國家係屬合法，得交易且受法律保障，依實證法有關財產的觀點，則屬財產，故若謂槍枝及毒品等自然形成具有市場價值之物，因社會民情、規範落差及法域不同等人為障礙，而禁止其在私人間或社會流通，進而認其非屬財產恐怕與現實不符，故就財產概念而言由自然形成之自然法見解似仍有存在必要。又如虛擬貨幣（包含比特幣、以太坊、萊特幣或狗狗幣等，是一種無法律約束，由開發者發行與管控，在特定虛擬社群成員中接受和使用的數位貨幣）其特色即在於其去中心化或去管制化，網路上有很多交易平台供全球投資人買賣，惟其交易並非在各地都受當地法律保障，如印度及中國大陸都是持否定虛擬貨幣的態度，中國大陸個人雖得合法持有虛擬貨幣，但其交易合同（契約）不受法律保護，投資交易造成的後果和引發的損失由持有人自行承擔，現行金融體系不得推展及提供任何有關虛擬貨幣的任何金融服務，否則即係犯罪活動，印度

註122：吳庚、陳淳文（2016），《憲法理論與政府體制》，5版，第237-238頁。

甚至未來擬立法，將持有虛擬貨幣之私人亦視為犯罪行為¹²³，然若謂虛擬貨幣非財產恐怕與現實不符，故就財產概念而言由自然形成之自然法見解似仍有存在必要。

二、財產保障範圍是否包括法律創造的權利

美國在憲法革命前的自然法思想係認財產是自然形成的，故財產保障範圍自不包括法律創造的權利，憲法革命以後雖認為財產是由法律創造的，但財產保障的範圍一開始，仍是以非政府創造的利益為範圍（如此解釋似會得出自然形成的財產或法律創造的權利才在受保障的範圍），未包括法律所創造的利益（如社會福利），一直要到1968年以後才逐步將法定利益納入財產保障的範圍，對此，本文認為如認財產係由法律所創造，則其保障範圍除自然形成的財產或法律創造的權利外，自應納入法律所創造之利益，如此才符合理論的一貫性，如限於自然形成的財產才在受保障的範圍，似會產生理論上的矛盾。至於我國釋憲實務上對於法律上一切具有財產價值之權利及物件，則認都在受保障

的財產範圍，而此處的法律雖德國通說認為限於私法，但我國大法官解釋則認凡私法上及公法上所規定具財產價值者皆可在憲法財產保障範圍之內，如釋字第107、291、350、451號解釋等有關依民法取得時效制度取得之財產權受憲法所保障；及釋字第187、201、204、266、312、434、782號等有關公務人員因公務員身份，對政府所享有之俸給及退休金等權利，與基於公法上原因所取得的無體財產權包括商標專用權（釋字370、492、594號）、專利權（釋字213號解釋）、礦業權（釋字383號解釋）等都屬之¹²⁴。

三、政府可否為涉財產再分配的侵害行為

如前所述美國憲法革命後，聯邦最高法院轉認財產權為法律所創造，故政府得為相關社會經濟管制規定以進行所得再分配，我國釋憲實務則認私有財產具有個人奮鬥進取之誘因及社會進步發展之原動力的功能，加諸我國大法官亦未受到美國憲法革命前那種應維持（財產的）現狀中立，政府應採自由放任資本市場經濟觀的束縛，故只要符合受侵

註123：路透社2021年3月15日新聞報導「India to propose cryptocurrency ban, penalising miners, traders - source」，網址：

<https://www.reuters.com/article/uk-india-cryptocurrency-ban-idUSKBN2B60QP>（2021.5.1瀏覽）；新華社2021年5月18日新聞報導「防範虛擬貨幣交易炒作風險！三家協會發佈公告」，http://www.xinhuanet.com/fortune/2021-05/18/c_1127461941.htm（2021.5.18瀏覽）、另亦可見路透社2021年5月19日新聞報導「China bans financial, payment institutions from cryptocurrency business」，網址：<https://www.reuters.com/technology/chinese-financial-payment-bodies-barred-cryptocurrency-business-2021-05-18/>（2021.5.19瀏覽）

註124：吳庚、陳淳文，前揭註122，第238頁。另參見蔡維音（2006），〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》第11期，第39-44頁，自版。

害財產予以補償的相關要件，政府自可以為涉財產再分配的侵害行為，說明如下：

- (一) 釋字400號解釋主文所謂「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，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。如因公用或其他公益目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。」充分說明了財產社會功能對實踐個人自我發展及實踐的重要，而國家在未給予人民相當之補償前，不得徵收人民財產這段話，似可推論大法官並未贊同國家不得應維持財產現狀不得為財產再分配的立法。
- (二) 釋字580號解釋理由書所謂「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換。憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源；憲法第二十二條保障人民之契約自由，使契約當事人得自由決定其締約方式及締約內容，以確保與他人交換生活資源之自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之

範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。」及釋字580號解釋林子儀大法官部分協同及部分不同意見書所謂「本席以為，凡在國家承認特定之人對特定的資源享有一定財產權保障的同時，也排擠了其他人對同一種資源享有同樣財產權的可能性。相較於言論自由、信仰自由或其他帶有防禦性格的自由權之保障，這種排擠效應使得財產權保障顯得特殊。…。故而，財產權有效的保障，絕非單憑建立財產制度後，國家中立地袖手旁觀即可達成，而必須仰賴國家對他人的積極限制。是以國家對任何財產權的確認，都是一種社會資源的分配。因此，財產權實係國家為合理有效分配社會資源所設之一種制度。…」進一步闡釋了財產的功能除是維繫個人生存及發展自我不可獲缺的生活資源外，且因整體社會生活資源有限，為求資源之合理分配，以使人人都可獲得維繫個人生存發展所必要的財產，則國家可以在合於比例原則的範圍之內限制人民的財產，而此處論述對照前述美國憲法革命後，就政府所為限制人民財產的社會經濟管制規定，聯邦最高法院全予尊重的立場，大致吻合，也一定程度表彰了我國大法官並不贊同美國憲法革命前，聯邦最高法院因秉持現狀中立、自由放任資本市場的經濟觀，而反對政府應維持財產現狀不得為財產再分配立法的自然法思想。

四、司法對於政府財產權侵害法律的違憲審查標準

美國憲法革命以後，聯邦最高法院就不曾再以財產權保障為由宣告政府的社會經濟管制立法違憲，至多僅以政府為侵害財產權的行為未對財產權人進行補償而違憲，而非宣告侵害財產權的法律本身無效，例如在 *Horne v. Department of Agriculture*¹²⁵ 一案，聯邦最高法院對於美國農業部依1937年的農業市場協議法（為新政當時所通過的法律），發布一有關葡萄乾的市場命令，凡葡萄乾生產者在特定年份都要依指示將他們產品的一定比例免費提供給政府（2002年為百分之47；2003年則為百分之30），政府在交給特定處理者販售，以維持市場價格；剩下的產品，生產者才可自由出售¹²⁶，聯邦最高法院並未宣告該法律本身違憲而無效，而僅以農業部要求葡萄乾生產商保存其所生產的葡萄乾已構成徵收，其未對生產商為補償而違憲，換言之，聯邦最高法院對該等法律係採最寬鬆的合理關聯性審查標準。

反觀我國大法官解釋，對此似非一律採最寬鬆的合理關聯性審查標準，如在解釋時間相去不遠的釋字578號、580號解釋對政府有關財產權侵害造成財產再分配的立法卻有截然不同的立場，就是一個很明顯的對比：

（一）釋字578號解釋稱「勞動基準法第五十五條及第五十六條分別規定雇主負擔給付勞工退休金，及按月提撥勞工退休準備金之義務，作為照顧勞工

生活方式之一種，有助於保障勞工權益，加強勞雇關係，促進整體社會安全與經濟發展，並未逾越立法機關自由形成之範圍。其因此限制雇主自主決定契約內容及自由使用、處分其財產之權利，係國家為貫徹保護勞工之目的，並衡酌政府財政能力、強化受領勞工勞力給付之雇主對勞工之照顧義務，應屬適當；該法又規定雇主違反前開強制規定者，分別科處罰金或罰鍰，係為監督雇主履行其給付勞工退休金之義務，以達成保障勞工退休後生存安養之目的，衡諸立法之時空條件、勞資關係及其干涉法益之性質與影響程度等因素，國家採取財產刑罰作為強制手段，尚有其必要，符合憲法第二十三條規定之比例原則，與憲法保障契約自由之意旨及第十五條關於人民財產權保障之規定並無牴觸。」似係採最寬鬆的合理關聯性審查標準而認定上開規定合憲。

（二）釋字580號解釋則稱「七十二年十二月二十三日增訂之減租條例第十九條第三項規定，耕地租約期滿時，出租人為擴大家庭農場經營規模、提升土地利用效率而收回耕地時，準用同條例第十七條第二項第三款之規定，應以終止租約當期土地公告現值扣除土地增值稅餘額後之三分之一補償承租人。惟契約期滿後，租賃關係既已消

註125：135 S.Ct.2419 (2015).

註126：*Id.* at 2421.

滅，如另行課予出租人補償承租人之義務，自屬增加耕地所有權人不必要之負擔，形同設置出租人收回耕地之障礙，與鼓勵擴大家庭農場經營規模，以促進農業現代化之立法目的顯有牴觸。況耕地租約期滿後，出租人仍須具備自耕能力，且於承租人不致失其家庭生活依據時，方得為擴大家庭農場經營規模而收回耕地。按承租人之家庭生活既非無依，竟復令出租人負擔承租人之生活照顧義務，要難認有正當理由。是上開規定準用同條例第十七條第二項第三款部分，以補償承租人作為收回耕地之附加條件，不當限制耕地出租人之財產權，難謂無悖於憲法第一百四十六條與憲法增修條文第十條第一項發展農業之意旨，且與憲法第二十三條比例原則及第十五條保障人民財產權之規定不符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」似非採最寬鬆的合理關聯性審查標準而認定上開規定違憲。而釋字580號解釋林子儀大法官部分協同及部分不同意見書則認為此種解釋結果並非妥適，有違司法部門不干涉政治部門有關社會資源重新分配的立法（除非政治部門的決策出於恣意），上開規定並未違憲，其謂「我們或許認為政治部門的政策決定並不明智，我們甚至可能基於不同的政治哲學或經濟理論提出各種可能

更佳方案，惟從司法釋憲者本身的功能與角色而言，我們不僅缺乏決定政策所需之資訊，亦不具進行社會資源重分配所需具備的專業能力與民主代表性，更不對所作決定負政治責任，從而政治部門的決策倘非全然恣意，或明顯與國計民生均足的目標背道而馳，我們不宜冒然宣告政治部門有關社會資源分配之政策決定違憲，不宜以自己的判斷替代政治部門政策決定。…。惟該項規定，係在出租人原係不符法定收回耕地之要件下，另基於農業現代化之目地給予出租人收回耕地之機會，其規定出租人應給予承租人之補償，乃是立法者基於衡平的考量，所為之資源重分配政策決定，縱使立法者所定未盡妥適，因該規定與達成扶植自耕農及民生均足之目的仍具有合理關連性，亦非立法恣意，尚不構成違憲。」

（三）吳庚大法官則認我國在與財產權保障的違憲審查標準（密度）上係採中度審查，並非最寬鬆的低度審查基準¹²⁷，對此，本文認為美國憲法革命以後聯邦最高法院對社會經濟管制立法的違憲審查，係採雙重審查標準，基本上應完全尊重立法機關的政治決定，其背後的精神應係出於「無法律即無財產，所有權係由法律創造」的實證法財產權理論推衍所致，不過因為美國有憲法革命時期，司法部門宣告新政

註127：吳庚、陳淳文，前揭註122，第767-768頁。

所為的社會經濟管制立法違憲，而引起政治部門與司法部門高度緊張的歷史背景，而我們未有此種釋憲歷史背景，司法部門是否需做如此嚴格的自我限縮一律採行最寬鬆的合理關聯性審查標準，值得再行研究。

五、有關政府為財產權侵害行為予以補償的理論

而就前所介紹美國學界有關財產權侵害補償之理論，無論係平等待遇、財政錯覺或程序錯誤理論，據本文檢索相關美國聯邦最高法院判決及我國大法官解釋，目前仍未發現有直接對相關理論進行論述的明文，惟採用不同的補償理論將產生不同的補償基準、估價方式及範圍，對財產權被侵害之人的財產價值保障有重大影響，以美國學界有關財產權研究的二大權威學者Michelman及Epstein來說，前者延續著新政以來的傳統較信任政府，後者則完全不信任政府，以致後者為避免政府為財產權侵害行為，顯而易見會擴大政府補償範圍及提高補償數額，目的就是墊高政府侵害財產權的行政成本，進而嚇阻政府勿恣意發動侵害財產權的行為，此亦可說明財產權保障理論確實對保障內容的形成有重大影響，故值得學界再行深入研究，以供未來實務判斷所需。

而就本議題，本文初淺看法認為上開理論並非互斥而得互為補充，而若以經濟學上效率角度觀察，採財政錯覺理論，要求政府為

所徵收資產支付補償，將迫使政府官員將政府打算徵收的資源價值，與將該資源維持私人用途的價值相互比較，來決定是否應推動徵收，以避免政府官員產生財政幻覺，以為徵收的資源無機會成本而過度徵收，似較能嚇阻政府濫行徵收達到保障私人財產權之目的，甚至由於徵收補償費係由政府編列預算支應，並非政府官員本人買單，官員仍可能為了自身（黨派）利益或選舉利益而過度徵收，為避免此種結果亦得對負責徵收之機關與官員，以健全而周密的正當程序，增加其行政作業成本，並使被徵收人得在資訊充分、公平、公開且透明的平台上與政府進行對話溝通與辯證，以減少徵收遭濫用而侵害人民財產權之情形發生¹²⁸。

柒、結論

財產權保障理論對保障內容的形成息息相關，背後隱藏著對財產形成、個人與財產關係、政府與財產關係、採自由放任或政府管制市場經濟及司法對政府所為造成財產再分配侵害行為之介入程度相關基本理論之辨識，美國法有關相關理論的實務及學說發展，無論好與壞提供了一個相對完備的對照情形，可以供我國參酌，我國或可以在這些基礎上試著補充我國相關論述，使其更為完善而明確，而有利建構對人民財產權保障更為標準清晰及理由完備的體系。

註128：鍾瑞楷，前揭註35，第82-87頁。