

憲法財產權保障的司法自制與積極*

陳仲嶙**

<摘要>

我國晚近的釋憲實務見解，已確立起將財產權之限制連結於寬鬆審查標準的審查態度。此一財產權保障之定位，從民主原則而衍生之參與導向、代議強化的理論以及現代行政國家之國家角色理解所支撐的美國雙重審查標準架構來看，恰如其分。在此同時，更宏觀地從釋憲實務整體來觀察，會發現也存在偏離寬鬆審查的案例，在特定事物領域，甚至呈現相當顯著的司法積極主義現象。究竟財產權之保障被放置於何等位置？理論基礎何在？與社會背景又有何關聯？凡此均引人深思。

本文之目的，即在觀察與分析財產權限制的司法審查態度，包括原則上連結寬鬆審查的預設，以及同時也存在的提高審查密度乃至積極保障的面向。藉由比較制度分析的視角，本文認為我國財產權的憲法保障，整體而言，在司法自制與司法積極之間的拿捏未有重大偏差，取得的或許是比美國更加適切的平衡。只是，在偏離司法自制往司法積極一端的那些案例發展，欠缺明確而具有體系性的論理。而本文透過比較制度分析開展的討論，或有助於在建構財產權司法審查密度調控上，提供更具體系性的理論基礎。

* 作者感謝清大科法所研究生林軒、蕭愛融、廖桂瑩、陳韋儒在研究上的協助，並感謝二位匿名審查人的指正與建議，讓本文得以更加豐富完整。本文為科技部專題研究計畫「憲法財產權保障的司法積極主義」（MOST 110-2410-H-007-007）之部分研究成果。

** 國立清華大學科技法律研究所教授。

E-mail: clchen@mx.nthu.edu.tw

• 投稿日：10/12/2022；接受刊登日：06/21/2023。

• 責任校對：辛珮群、高映容、黃品樺。

• DOI:10.6199/NTULJ.202403_53(1).0001

關鍵詞：財產權、違憲審查、審查標準、司法自制、司法積極、法與社會

·目次·

- 壹、前言
- 貳、美國財產權憲法保障的司法自制
 - 一、現象觀察
 - 二、背景緣由
 - 三、理論基礎
- 參、我國財產權憲法保障之司法態度
 - 一、保障內涵
 - 二、原則立場
 - 三、調控考量
 - 四、個別規則
- 肆、剖析我國財產權憲法保障之司法態度
 - 一、司法自制
 - 二、司法積極
- 伍、結論

壹、前言

財產權是跨越國界，普世受到肯認的憲法權利之一。歷史上財產權已被認為是免於政府壓迫而享有自由的經濟基礎¹。以美國為例，財產權的防衛正是在美國獨立的歷史當中統合殖民地而與英格蘭對抗的主要力量²。此一

¹ JAMES W. ELY, JR., THE GUARDIAN OF EVERY OTHER RIGHT: A CONSTITUTIONAL HISTORY OF PROPERTY RIGHTS 5 (1992).

² *Id.* at 27.

核心的人民權利，受到何等程度的憲法保障，自屬重要議題，而在過往也確實已受到學界高度的關注。

在美國，財產權一般而言所受之憲法保障落在較弱的一端，限制財產權的立法，原則上僅觸動寬鬆之違憲審查。此一現象緣起於 1930 年代新政時期現代國家之興起，進步派與新政倡議者將聯邦最高法院原先對財產權的高度保障，視為社會與經濟改革的絆腳石；大眾在經濟大蕭條背景下對國家積極行動促進社會福祉的期望，累積出改變法院態度的動量³。聯邦最高法院對財產權等經濟性權利之限制，轉為適用合理審查標準——即僅要求合理關聯於合法政府利益之追求即可合憲，而高度順服於立法權力⁴。

我國晚近的釋憲實務，似乎也採取了相同的立場。對財產權之限制自 2011 年的司法院釋字第 688 號解釋開始，浮現了適用寬鬆審查標準的定位；此一原則立場並在後續許多解釋被維繫，而逐漸確立下來。但在此同時，若將財產權限制與寬鬆審查之連結視為必然，也並不反映我國釋憲實務的完整面貌。例如在某些解釋中，大法官基於其他考量因素，明確調高了審查標準。此外在某些特定事物領域如徵收相關領域，可看出個別憲法規則的浮現與演進，也呈現了並不盡然符合低度保障的趨勢。更加全面而細緻的觀察顯示，財產權憲法保障的完整圖像，存在著司法自制與司法積極的面向。

對於釋憲實務審查態度的了解，是提供未來裁判可預測性以及進行理論評價的基礎，重要性不言而喻。而所謂審查態度的定位，實際上是歷經許多個別大法官解釋逐步發展、累積出來的複雜現象，需要從宏觀的視角進行整體觀察，爬梳當中的原則、脈絡與架構。然而，針對財產權，個別大法官解釋的學術評析固所在多有，開展整體面貌之觀察者則仍罕見。尤其是，投入此等全面性關照的重要著作⁵，距今已逾 25 年，對於晚近緣起於審查標準分

³ *Id.* at 116-17, 119-20; EDWARD KEYNES, LIBERTY, PROPERTY, AND PRIVACY: TOWARD A JURISPRUDENCE OF SUBSTANTIVE DUE PROCESS 130-31, 136-45 (1996).

⁴ TIMOTHY SANDEFUR, CORNERSTONE OF LIBERTY: PROPERTY RIGHTS IN 21ST CENTURY AMERICA 73-75 (2006).

⁵ 法治斌 (1981)，〈憲法保障人民財產權與其他權利之標準〉，《政大法學評論》，23期，頁1-26；蘇永欽 (1998)，〈財產權的保障與大法官解釋〉，《憲政時代》，

殊化而衍生的審查定位、回應相關議題之社會背景而演化的司法態度等，自然不在討論當中。此一空缺，有待填補。

本文之目的，即在觀察與分析財產權限制的司法審查態度，包括原則上連結寬鬆審查的預設，以及同時也存在的提高審查密度乃至積極保障的面向。本文認為，我國財產權憲法保障的整體面貌，在司法自制與司法積極之間尚稱平衡；只是展望未來，於調控審查密度的個別脈絡中，宜從更體系性、一致性的理論基礎，來提供決斷與說服。以下將分三章開展討論。第貳章從我國寬鬆審查的源頭——美國憲法裁判——出發，探索財產權保障司法自制的歷史發展與理論基礎。第參章綜覽我國財產權相關釋憲實務見解，呈現財產權憲法保障的圖像，突顯當中帶有司法自制與司法積極色彩的發展。第肆章則進一步從法社會與比較制度分析的觀點，解析前述司法態度的社會因子與理論基礎。

在呈現司法的預設態度時，司法積極與司法自制，是往往被用以討論分析的相對應概念⁶。本文以此組概念為題，一方面參與既有的討論，二方面係基於此組概念本身，有助於在理解與分析司法態度時，提供整體概括性的座標。蓋所謂司法態度，有無數種切入認識的可能性，而從司法積極與私法自制的定位切入，得以讓吾人掌握司法態度的重要趨向。當司法積極與司法自制作為相對應概念時，理解其中之一也就界定了另一方。而饒富興味的是，相對於司法自制，司法積極在美國是吸引更多爭議的概念；使用此一概念是否妥適，以及此一概念意涵為何等問題，頗受爭執。本文既然使用到司法積極之概念為題，自有必要先處理這些問題。首先，司法積極一詞的使用，於美國常已帶有負面的意涵，隱含所涉裁決在結果上錯誤、不智，或甚至欠缺正當性或逾越了司法的權限，特別是法官將自己的主觀價值凌駕於憲法規範或判決先例之意⁷。在此負面意涵下，不少論者進而認為，司法積極往往已

24卷3期，頁19-64。

⁶ RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 29-30 (1985); Archibald Cox, *The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?*, 47 MD. L. REV. 118, 121-22 (1987).

⁷ KERMIT ROOSEVELT III, THE MYTH OF JUDICIAL ACTIVISM 38 (2006); David R. Dow et

成為僅是對特定裁決站在不同立場者的攻擊用詞，或被藉以表達對特定裁決的不贊同，欠缺真正的概念意涵⁸。如此一來，是否司法積極並非學術使用上合宜的概念？本文認為不然，因為司法積極在我國並無前述負面意涵的背景。許多探討我國釋憲發展的文獻，係以中立的態度理解此一概念⁹，甚至包含著以正面角度看待司法積極主義之價值（例如對於民主轉型、權利保障等的貢獻）的論述或觀察¹⁰。本文認為，司法積極可以中性地理解，且具有學術討論上的意義，故仍延續許多其他文獻使用此一概念。

al., *Judicial Activism on the Rehnquist Court: An Empirical Assessment*, 23 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT. 35, 37 (2008); James W. Ely, Jr., *Property Rights and Judicial Activism*, 1 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 125, 125 (2002); Diarmuid F. O'Scannlain, *Takings Clause Jurisprudence: Muddled, Perhaps; Judicial Activism, No*, 1 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 129, 132 (2002); Stephen F. Smith, *Taking Lessons from the Left?: Judicial Activism on the Right*, 1 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 57, 64 (2002); Lino A. Graglia, *It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism*, 19 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 293, 296-99 (1996); James Bopp Jr., *Preserving Judicial Independence: Judicial Elections as the Antidote to Judicial Activism*, 6 FIRST AMEND. L. REV. 180, 189 (2007); Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, 92 CAL. L. REV. 1441, 1463-77 (2004); Randy E. Barnett, *Is the Rehnquist Court an "Activist" Court? The Commerce Cause Cases*, 72 U. COLO. L. REV. 1275, 1275-76 (2002); Jane S. Schacter, *Putting the Politics of "Judicial Activism" in Historical Perspective*, 2017 SUP. CT. REV. 209, 214 (2017).

⁸ ROOSEVELT, *supra* note 7, at 39; Dow et al., *supra* note 7, at 37; Mark V. Tushnet, *Tushnet: Comment on Cox*, 47 MD. L. REV. 147, 147, 153 (1987); Barnett, *supra* note 7, at 1276; Schacter, *supra* note 7, at 214.

⁹ 例如黃昭元（2004），〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《臺大法學論叢》，33卷3期，頁49-50。

¹⁰ 例如許宗力（2018），〈大法官的司法積極主義如何形塑臺灣的自由民主憲政秩序〉，《司法周刊》，1923期（司法文選別冊），頁16-33；葉俊榮、張文貞（2002），〈轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢〉，《人文及社會科學集刊》，14卷4期，頁537-538；Tzu-Yi Lin et al., *Seventy Years On: The Taiwan Constitutional Court and Judicial Activism in a Changing Constitutional Landscape*, 48 H. K. L.J. 995, 995-1027 (2018); Thomas Weishing Huang, *Judicial Activism in the Transitional Polity: The Council of Grand Justices in Taiwan*, 19 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 1, 1-58 (2005).

而接下來的挑戰是，司法積極的可能意涵，多樣而欠缺明確¹¹，本文對此概念有必要給予清楚的界定。司法積極可能被從以下這些角度來加以理解：(1)傾向於在進行憲法解釋時，不受制憲者意圖的束縛；(2)傾向於在推翻判決先例時擁有更大的彈性；(3)傾向於降低取得憲法裁判的程序性障礙，像是當事人適格、政治問題原則、成熟性 (ripeness) 與欠缺實益 (mootness) 等；(4)傾向於不順從於政治部門的決定；(5)傾向於提出廣泛的法則與意見；(6)傾向於擴大司法救濟的權限，以確保後續行為將遵守憲法的要求¹²；(7)傾向於在憲法案件中行使「立法」性質的權限，也就是藉由憲法中抽象一般的概念來自行塑造憲法的樣貌¹³。而在上述這些不同的理解中，一般認為最核心的，當屬對政治部門——也就是立法與行政部門——的態度：當法院信賴政治程序的結果時，展現的是司法自制；而當法院對政治程序的結果採取質疑的立場時，即產生司法積極¹⁴。更簡單地說，我們可以用推翻政治程序中的多數——可能是行政、可能是立法的行為——作為指標，即將司法宣告違憲無效描述為司法積極¹⁵。雖然在美國，有些論者在以宣告立法無效為指標之外，也同時以推翻判決先例為判斷司法積極主義的標準¹⁶，但同時採用二種標準進行定義平添複雜性，且判決先例拘束原則在我國憲法裁判上的操作

¹¹ Tushnet, *supra* note 8, at 147-53; Smith, *supra* note 7, at 65-80; Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 EMORY L.J. 1195, 1217-20 (2009). *See also* ROOSEVELT, *supra* note 7, at 38-39; Kmiec, *supra* note 7, at 1463-77.

¹² CHRISTOPHER WOLFE, JUDICIAL ACTIVISM 2-5 (Rev. ed. 1997).

¹³ *Id.* at 30. *See also* Cox, *supra* note 6, at 121-22.

¹⁴ WOLFE, *supra* note 12, at 5.

¹⁵ *See* Greg Jones, *Proper Judicial Activism*, 14 REGENT U. L. REV. 141, 143 (2002). *See also* Kmiec, *supra* note 7, at 1463 (mentioning that “[l]egal academics often describe judicial invalidation of legislative enactment as ‘judicial activism.’”) *Cf.* Dow et al., *supra* note 7, at 38, 40 (using judicial deference instead of judicial activism and defining deference as “deference to political majority.”)

¹⁶ Lori A. Ringhand, *Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court*, 24 CONST. COMMENT. 43, 66 (2007); Stefanie A. Lindquist, *Judicial Activism in State Supreme Courts: Institutional Design and Judicial Behavior*, 28 STAN. L. & POL’Y. REV. 61, 65 (2017).

亦仍存相當疑難¹⁷，故本文並不將是否推翻判決先例作為界定司法積極主義的元素。合先敘明。

另外，本文在開展針對我國脈絡的觀察與分析之前，基於以下的原因，先從美國相關司法態度的發展與理論談起，作為比較法上的參考。第一，本文於後文論及我國司法自制之面向時，以美國判決與學說見解呼應並充實背後的理論基礎。第二，認為財產權的保障內涵不是亙古不變的，而是基於其建構社會關係的角色而作為持續進行中的法律產物，是貫穿本文的一項觀點，而美國二百多年來在財產權保障上的發展，鮮活地述說了此一觀點，因而得以提供更具象而深刻的體會。

貳、美國財產權憲法保障的司法自制

一、現象觀察

（一）憲法依據

美國憲法中關於財產權保障之規定，主要出現於第 5 及第 14 增補條文。第 5 增補條文提及：「未經正當法律程序，任何人均不得被剝奪生命、自由或財產」；第 14 增補條文提及：「任何州亦不得未經正當法律程序，剝奪任何人之生命、自由或財產」。分別以聯邦及州政府為拘束對象，提供了財產權憲法保障的一般性基礎。此外，第 5 增補條文中「未予公正補償，私有財產不得被徵收作公共使用」之針對徵收的規定，亦屬財產權保障相關之憲法依據；聯邦最高法院在此一特別條款下，另發展出針對徵收的憲法原則。

¹⁷ 參照蘇永欽（2022），〈承擔解釋功能的判決：以111年憲判字第3號判決為例〉，《月旦法學雜誌》，325期，頁77-83。

(二) 財產概念

對於財產的概念，如同聯邦最高法院所指出的，雖然在一般日常的使用中往往被理解為公民行使法律肯認權利之實體物，但更精確的理解，其實是「指涉內含於公民與該實體物之關係的一群權利，如占有、使用與處分的權利」¹⁸。此一理解，反映出在財產法中占有重要地位的「權利束」(bundle of rights)觀點，也就是認為財產係由許多法律關係所組成，而非僅單一權利¹⁹。當中的權利清單在不同學者或判決中或有不同²⁰，但從圍繞特定標的之多種權利或法律關係的方式來理解，是在英美描述財產本質時典型的出發點

¹⁸ *United States v. General Motors Corp.*, 323 U.S. 373, 377-38 (1945).

¹⁹ 關於財產理論中之權利束觀點，J. E. Penner, *The "Bundle of Rights" Picture of Property*, 43 *UCLA L. REV.* 711, 712-13 (1996).

²⁰ *See, e.g.*, EPSTEIN, *supra* note 6, at 59-61 (including the right of possession, the right of use, and the right of disposition); Steven J. Eagle, *The Development of Property Rights in America and the Property Rights Movement*, 1 *GEO. J. L. & PUB. POL'Y* 77, 90-91 (2002) (including the right to exclusive possession, the right to use and enjoy, and the right to dispose of one's interest through devise, sale, or gift); JOSEPH WILLIAM SINGER, *PROPERTY LAW: RULES, POLICIES, AND PRACTICES*, at xxxix-xi (4th ed. 2006) (including the privilege to use the property, the right to exclude others, the power to transfer title to the property, and immunity from having the property taken or damaged without your consent); EDWARD H. RABIN ET AL., *FUNDAMENTALS OF MODERN PROPERTY LAW* 1 (4th ed. 2000) (including the right to exclude others, the right to possess or occupy the property, the right to dispose of or alienate the property, the right to manage the property, and the right to receive income from the property); Lawrence C. Becker, *The Moral Basis of Property Rights*, in *NOMOS XXII: PROPERTY* 187, 190-91 (J. Roland Pennock & John W. Chapman eds., 1980) (including the right to possess, the right to use, the right to the income, the right to consume or destroy, the right to modify, the right to alienate, the right to transmit, the right to security, the absence of term, the prohibition of harmful use, the liability to execution, and the residuary rules); *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 435 (1982) (including the right to possess the property, the right to use the property, the right to dispose of the property, and the right to exclude others).

²¹，且其中有幾項權利（占有、使用與處分）似乎是在學說實務中都共同肯認的。

然而，何等事物得以成為財產權利束的客體仍是遺留的問題。雖然存在不一致，但法院經常採取高度實證主義的路徑，藉由界定財產的州法，來決定是否存有憲法上的財產²²。彰顯此一路徑的典型語句，像是：「當然，財產利益並非由憲法所創造。是來自於獨立來源——例如州法——的既存法則或理解，創造了財產與界定財產的各面向」²³、各州「擁有使其能於第一時間定義『財產』的剩餘權力」²⁴、「財產權是由州所創造」²⁵、「一般而言，州法界定財產利益²⁶」等，頻繁出現於法院意見中。此一路徑之運用，也讓財產保障疆界改變，擴展到非傳統、非實體的財產上。例如在 *Goldberg v. Kelly* 一案，法院表示系爭社會福利給付對於有資格獲得者乃是法定權利，雖然不在傳統普通法中財產概念的範圍內，在現今將其視為財產恐怕是比較合乎現實的。由於系爭社會福利給付是受領者賴以生活的重要憑藉，停止給付必須給予中止前的證據聽證（evidentiary hearing）機會，方符合憲法正當程序條款的要求²⁷。又如在 *Ruckelshaus v. Monsanto Co.* 一案，法院認為營業秘密係屬財產。法院提及密蘇里州法承認營業秘密為財產，且營業秘密雖然非實體的，但具有可移轉性等許多實體財產之特徵。其結論認定「孟山都

²¹ Penner, *supra* note 19, at 712-13.

²² ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW* 675 (4th ed. 2011); LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 609 (2d ed. 1988). *See also* Laura S. Underkuffler, *Property and Change: The Constitutional Conundrum*, 91 *TEX. L. REV.* 2015, 2032 (2013).

²³ Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U.S. 564, 577 (1972). *Accord* Webb's Fabulous Pharmacies, Inc. v. Beckwith, 449 U.S. 155, 161 (1980); Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986, 1001 (1984); Phillips v. Washington Legal Foundation, 524 U.S. 156, 164 (1998).

²⁴ Pruneyard Shopping Center v. Robins, 447 U.S. 74, 84 (1980).

²⁵ Palazzolo v. Rhode Island, 533 U.S. 606, 626 (2001).

²⁶ Stop the Beach Renourishment, Inc. v. Florida Dept. of Environmental Protection, 560 U.S. 702, 707 (2010).

²⁷ Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 260-64 (1970).

公司於其健康、安全與環境資料上之利益在密蘇里州法下可被認為營業秘密財產權，於此範圍內，該財產權受到第 5 增補條文徵收條款的保護。²⁸」不過也值得附帶說明的是，雖然美國釋憲實務可以爬梳出上述觀點和取向，但整體觀之仍存在不少模糊與不一致的現象²⁹。

(三) 審查態度

美國財產權限制之違憲審查，自 1937 年以降，呈現高度尊重立法判斷的立場。第 5 及第 14 增補條文之正當法律程序條款，除財產權外，也是其他經濟自由 (economic liberties) 的保障基礎。所謂經濟自由，一般而言包含了契約自由、貿易或職業自由，以及財產權³⁰。而法院對於經濟自由的態度，在 1937 年之後發生了戲劇化的轉變，採取高度尊重政府之經濟管制的政策³¹。

當面對財產權之限制是否具有充分正當性之挑戰時³²，自 1937 年以降，法院採取的是大幅尊重政治部門的寬鬆審查立場³³。法院所要求的僅僅是，

²⁸ Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986, 1001-04 (1984).

²⁹ See CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 677-78; Tom W. Bell, "Property" in the Constitution: The View from the Third Amendment, 20 WM. & MARY BILL RTS. J. 1243, 1252-64 (2012); James Y. Stern, *Property's Constitution*, 101 CALIF. L. REV. 277, 288-91 (2013).

³⁰ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 621-22.

³¹ *Id.* at 623.

³² 第 5 及第 14 增補條文之正當法律程序條款加諸政府二項不同的拘束，分別稱為「程序正當程序」(procedural due process) 與「實質正當程序」(substantive due process)。前者針對政府於侵奪人民權利時應遵循的程序；後者探問政府侵奪人民權利是否具有充分的正當性，而是否具備所要求之正當性，相當大程度視所適用的審查標準而定。*Id.* at 557-58。因此，本文所聚焦的，由審查標準之寬嚴觀察財產權所受保障之高低，在美國憲法上，主要相關的就是第 5 及第 14 增補條文之實質正當程序的脈絡。

³³ See *infra* text accompanying notes 123-134. See also JAMES L. HUFFMAN, PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION: STATE POWERS, PUBLIC RIGHTS, AND ECONOMIC LIBERTIES 119-20 (2013); Gregory S. Alexander, *Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example*, 88 CORNELL L. REV. 733, 735 (2003); Dennis J. Coyle, *Takings Jurisprudence and the Political Cultures of American Politics*,

是否該等管制合理地關聯於正當的政府目的³⁴。也就是法院所適用的，是最低的合理審查標準（rational basis test），在目的層次，僅要求政府所追求者為正當的目的；在手段層次，所選擇的手段僅需要是達成目標的合理方法³⁵。而在現實操作中，法院甚至是幾乎完全退讓於社會經濟管制；法院願意接受純粹假設性的事實和理由，甚至在幾乎不具實質理由的情況下仍維持立法³⁶。其結果，1937年以後並沒有任何經濟社會立法，在實質正當法律程序的此一審查標準下被聯邦最高法院宣告為違憲³⁷。同時，自1940至1960年代，不再給予財產權限制嚴肅審查的立場也逐漸進入州法院，多數州法院朝向聯邦最高法院的觀點靠攏³⁸。

（四）徵收規則

值得注意的是，雖然對財產權限制的一般性的違憲審查，已呈現上述的大幅棄守狀態，但針對徵收，基於第5增補條文中的徵收條款，法院另發展出一套審查架構，由四項探問所組成：(1)是否存在「徵收」？(2)是否標的為「財產」？(3)是否為「公共使用」（public use）而徵收？(4)是否給予「公正補償」（just compensation）³⁹？換句話說，對財產之徵收，必須遵守(3)和(4)二項憲法拘束，也就是必須出於公共使用並給予公正補償。其中(3)的公

42 CATH. U. L. REV. 817, 821-23 (1993); JULIAN CONRAD JUERGENSMEYER & THOMAS E. ROBERTS, LAND USE PLANNING AND DEVELOPMENT REGULATION LAW 647 (2d ed. 2007); DALE A. WHITMAN ET AL., THE LAW OF PROPERTY 469-70 (4th ed. 2019); David Schultz, *The Property Rights Revolution That Failed: Eminent Domain in the 2004 Supreme Court Term*, 21 TOURO L. REV. 929, 948, 988 (2014); ELY, *supra* note 1, at 154.

³⁴ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 641.

³⁵ *Id.* at 552.

³⁶ 1 LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1362 (3d ed. 2000).

³⁷ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 641, 644; GEOFFREY R. STONE ET AL., CONSTITUTIONAL LAW 767 (8th ed. 2017); ELY, *supra* note 1, at 127. *See also* JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 483, 485-86 (8th ed. 2010).

³⁸ Coyle, *supra* note 33, at 822-23.

³⁹ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 656.

共使用概念，法院已採取相當廣泛的界定，認為只要政府之行為係出於合理地相信徵收將讓公眾獲益即可；換句話說，法院所採取的，同樣是大幅尊重的合理審查標準，使得幾乎所有的徵收，都能符合該等要求⁴⁰。相對於此，(4)的給予公正補償，就成為徵收與財產權的非屬徵收的限制相比之下，獨特的要求。法院揭示，公正補償係以所有權人的損失為計算基礎，並依徵收時之市場價值加以衡量⁴¹。在公正補償此一針對徵收的額外憲法要求下，法院即須面對系爭案件是否構成徵收、標的是否構成財產，以及是否提供了公正的補償等問題，也逐步發展出相關的審查原則。

其中關於(1)是否存在徵收的探問，含括一項引人關注又富挑戰性的議題，也就是對財產的管制於何種情形構成徵收因而應予補償的問題。如同法院在 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 一案中所釋示，「財產可以一定程度地被管制，惟若管制太過，該等管制將被視為徵收。」⁴² 此種由財產管制構成之徵收的概念，一般稱為管制徵收 (regulatory takings)⁴³。由於後文探討我國特別犧牲補償時，將碰觸到美國管制徵收的比較，故對美國相關釋憲實務的發展，亦於此稍作提及。經由許多判決的累積，美國聯邦最高法院歸類出三種主要的管制徵收類型：A. 永久性物理入侵；B. 完全剝奪所有經濟性收益使用；以及 C. 其他管制徵收⁴⁴。其中 A、B 類型為本身即構成徵收 (per se

⁴⁰ *Id.* at 679-80.

⁴¹ *Id.* at 681.

⁴² 260 U.S. 393, 415 (1922).

⁴³ See generally CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 662-63; TRIBE, *supra* note 22, at 595-99; NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 37, at 555-86; PATRICIA E. SALKIN & JENNIE C. NOLON, LAND USE LAW IN A NUTSHELL 49-62 (3d ed. 2021).

⁴⁴ *Lingle v. Chevron U. S. A. Inc.*, 544 U.S. 528, 538 (2005). 除了上述三種類型外，其實還有一種案件稱為土地使用提供 (land-use exactions)，係指政府要求土地所有權人奉獻一允許公眾近用其財產之役權，作為取得開發許可之條件。由於所涉之物理性入侵對財產之沉重負擔，在一般情形已足以視為徵收，因此此種案件的合憲性爭點，其實並非徵收或非徵收的概念判斷，而是違憲條件法則 (the doctrine of unconstitutional conditions) 於此脈絡之特殊適用，即是否可以要求人民放棄公正補償的憲法權利，以交換政府給予——而給予與否政府有裁量權——核准使用之利益。就此，判決先例建立之標準，要求土地使用提供必須在本質上與程度上與預定開發之衝擊大致上合比例。*Id.* at 546-47.

takings) 的態樣，也就是當政府加諸者係對財產之永久性物理入侵，或管制已完全剝奪財產之所有經濟性收益使用時，即構成徵收而要求給予公正補償；C 類型，則有賴依循 *Penn Central Transp. Co. v. New York City* 一案⁴⁵所建立之標準，來判斷是否構成徵收⁴⁶。*Penn Central* 所採取的是個案衡量的審查取徑，其指出三項特別具有重要性之考量因素，包括：(a)管制之經濟衝擊；(b)管制已干預特定投資回報預期 (investment-backed expectations) 的程度；以及(c)政府行為的性質⁴⁷。此一取徑不可避免給予法院廣泛的裁量權，而整體言之，法院對於將管制認定為徵收偏向於審慎、限縮的態度⁴⁸。

綜上，美國釋憲實務長期以來均維持著對財產權限制寬鬆審查的態度。不僅適用的明確為合理審查標準，且在實務操作上，確實呈現對政治部門高度順服的現象。若屬對財產之徵收，憲法徵收條款中的公共使用要求，也被詮釋為與合理審查標準相當；惟因同一條款中加諸的公正補償要求，使得針對徵收的脈絡另發展出獨特的憲法原則。

二、背景緣由

現行對財產權保障採取的司法自制立場，並非必然，亦非亙古如常。事實上，財產權的憲法地位在美國曾歷經不同的階段。回顧這段演化的歷程，可以讓吾等初窺現今財產權低度保障的緣由。由於二百多年來的案件判決極多，本文難以鉅細靡遺地涵蓋，亦非本文目的所必要，以下僅能撿擇各該時期具有歷史性意義或著名代表性的案例，作為觀察司法態度的切入點，合先敘明。

⁴⁵ 438 U. S. 104 (1978).

⁴⁶ *Lingle v. Chevron U. S. A. Inc.*, 544 U.S. 528, 538 (2005).

⁴⁷ *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 124 (1978); *Connolly v. Pension Benefit Guar. Corp.*, 475 U.S. 211, 224-25 (1986).

⁴⁸ *CHEMERINSKY*, *supra* note 22, at 664, 675; *JUERGENSMEYER & ROBERTS*, *supra* note 33, at 610-11.

（一）早期的發展

從美國開國後的最初階段，就可以看到對財產權的重視。從許多立憲先賢的主張中可以看出，他們將取得與保有財產的權利視為最重要的價值之一，而且並不對個人自由與財產權利存有差別態度；在他們心目中，財產權與自由權緊密相關因而不可或缺⁴⁹。而在 18 世紀晚期到 19 世紀南北戰爭前的這個階段，案件法亦已出現對財產權的保障，且在保障基礎的面向顯示了自然法的影響⁵⁰。

在 1795 年 *Van Horne's Lessee v. Dorrance* 一案中，巡迴法院認定一項賓州法律違憲無效⁵¹。判決中提及，根據權利宣言與賓州憲法，「取得與保有財產的權利，及使其受保障，乃是人自然、固有，且不可讓與的權利之一。人們有財產的意識：財產是維持生計所必要，且對應於他們的自然需要與欲望；財產的安全，乃是促使人們團結於社會的目的之一。如果在一個社群中人無法享受他誠樸的勞力與事業的果實，他不會想要成為該社群的一份子。因此財產的保護是社會契約的首要目的，且藉由晚近的賓州憲法而成為具基本性的法。⁵²」由此可見對財產權之保障，該判決在以憲法為基礎的同時，其論述顯然亦訴諸自然權利與社會契約的思維。這是透過憲法拘束、自然權利與社會契約哲學對立法權力加以限制的最早的司法裁判之一⁵³。

早期有關於對政府權力加諸限制的，或許最知名的聯邦最高法院意見，是出現在 1798 年的 *Calder v. Bull*⁵⁴ 判決⁵⁵。法院在該案中維持了一項康乃狄克州的法律，但判決中表達了立法權力受憲法之拘束也受到自然法之制約的觀點⁵⁶。判決中提到，「有些行為，是聯邦或州之立法者無法在不超越其權

⁴⁹ ELY, *supra* note 1, at 43.

⁵⁰ See KEYNES, *supra* note 3, at 20-22; CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 624-26.

⁵¹ 2 U.S. (2 Dall.) 304, 320 (C.C. Pa. 1795).

⁵² *Id.* at 310.

⁵³ KEYNES, *supra* note 3, at 20-21.

⁵⁴ 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

⁵⁵ TRIBE, *supra* note 36, at 1336.

⁵⁶ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 624-25.

限的情況下從事的。在我們的自由共和政府中存在某些重要原則，將決定與推翻明顯而公然的立法權力濫用，包括由實定法對明顯的不正義予以授權，或剝奪人身自由或私有財產之保障……一項背反於社會契約的偉大首要原則的立法行為（因我無法稱其為法律），無法被認為是立法權力的正當行使。⁵⁷」緊接著法院舉了幾個例子，其中包括關聯於財產權保障的「一項將財產從 A 奪走送交給 B 的法律。」並稱其「違反了人將立法權力託付給立法者的一切理性與正義」⁵⁸。

其後在 *Fletcher v. Peck*⁵⁹一案，法院宣告一項喬治亞州法——該法撤銷先前對特定人的土地授與——無效。法院表示「喬治亞州受到共通於吾等自由體制之一般原則或美國憲法特定條款之拘束」，而不得通過系爭這樣的法律⁶⁰。再次透過自然法隱含之限制與憲法條款之詮釋，作為財產權保障之基礎。類似地在 *Terrett v. Taylor*⁶¹一案，法院也將系爭維吉尼亞州法——該法收回美國聖公會（The Episcopal Church）之財產——的無效，建立在「自然正義的原則、每個自由政府的基本法則、美國憲法的精神與文字」等之基礎上⁶²。

這些例子證明財產權保障在美國早期的確立。南北戰爭以前的這個時期，法律文化對財產權的保障投以相當的重視。領導性的法律人將財產權視為自由與經濟發展的基礎，他們成功地開創出財產權保障的憲法原則，促進國家市場的發展⁶³。但在此同時他們也肯認各州基於公共利益管制經濟活動的權力⁶⁴；相對於下個階段，在戰前的這個時期，對財富不受管制之追求的想法，比較不被強調⁶⁵。在財產權的保障基礎上，除了憲法之外，自然法的

⁵⁷ 3 U.S. (3 Dall.) at 388.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).

⁶⁰ *Id.* at 139.

⁶¹ 13 U.S. (9 Cranch) 43 (1815).

⁶² *Id.* at 52.

⁶³ ELY, *supra* note 1, at 81.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ KEYNES, *supra* note 3, at 32.

思維亦扮演重要的角色；且此見解的身影，在 19 世紀後半的判決中仍持續現身⁶⁶。總括來說在歷史的軸線中，此一戰前階段的財產權意識，是 19 世紀晚期自由放任主義發展的先導⁶⁷。

（二）鍍金時代（The Gilded Age）

在南北戰爭後到 19 世紀末的這段期間，美國社會經歷了巨大的轉變。南北戰爭毀棄了奴隸作為財產的制度，也改變了聯邦政府與州之間的權力關係。工業化和大型企業的成长轉變了經濟生活，美國人面對適應新經濟與社會秩序的挑戰。盛行的憲法思維強調財產權與對政府權力的限制。而在 1868 年通過的第 14 增補條文，為聯邦監督州立法開啟了新的可能性；實質正當程序作為保障財產權憲法基礎的角色漸漸浮現⁶⁸。

聚焦於法的發展，起始於 1870 年代，隨著工業化改變了美國經濟的本質，政府的管制大幅增長，而商業界也不斷朝法院訴求更加留心地保障財產權，以對抗立法的管制。而在此同時，學者和法官也愈來愈擁護自由放任（laissez-faire）、不加管制之經濟的信念。許多背景思維造就此一信念：認為不加干預可以促成最優秀者勝出以及社會蓬勃發展的社會達爾文哲學、認為政府管制不當干預擁有與運用財產之自然權利的想法，以及追求商業利益而對政府管制的直覺敵意⁶⁹。在此背景下，聯邦最高法院在一些案件中展現了對政府管制權力更加懷疑的審查態度。1874 年的 *Loan Association v. Topeka*⁷⁰ 判決是較早的一例⁷¹。更多的例子出現在 1980 年代以後，可以看出 1873 年 *Slaughter-House Cases*⁷² 及 1877 年 *Munn v. Illinois*⁷³ 等案判決對州控

⁶⁶ See CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 624-26, 628.

⁶⁷ *Id.* at 81.

⁶⁸ ELY, *supra* note 1, at 82.

⁶⁹ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 627-28.

⁷⁰ 87 U.S. (20 Wall.) 655 (1874).

⁷¹ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 628.

⁷² 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

⁷³ 94 U.S. 113 (1877).

制私有財產權力所採取的順服態度，逐漸改變⁷⁴。如在 1886 年的 *Stone v. Farmers' Loan & Trust Co.*⁷⁵ 及 1887 年的 *Mugler v. Kansas*⁷⁶ 等案，雖然法院維持了系爭法律，但已逐步塑造約束州政府權力的原則並擴大經濟自由的範疇，甚至已清晰指出聯邦對州經濟立法具有廣泛之司法監督的立場⁷⁷。而到了 1890 年代，更可看到許多法院宣告了系爭州法違憲的例子，像是 1890 年的 *Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co. v. Minnesota*⁷⁸、1897 年的 *Allgeyer v. Louisiana*⁷⁹ 及 1898 年的 *Smyth v. Ames*⁸⁰ 等案。

實質正當程序從舞臺之外到取得主導地位，是此一階段特別值得注意的發展。起初在 1873 年 *Slaughter-House Cases*，針對授予一家私人公司於屠宰場事業 25 年獨占地位的路易西安納州法，法院不認為其對當地屠戶的貿易限制構成第 14 增補條文下對財產的剝奪，而拒絕了實質正當程序的主張⁸¹。相對於 Bradley 法官的不同意見書，肯定第 14 增補條文之正當法律程序條款作為州管制實質拘束的基礎⁸²，且認定本案禁止了一大群公民的合法就業的法律，「確實是欠缺正當法律程序而剝奪了他們的自由以及財產」⁸³，本案多數意見對於第 14 增補條文採取的顯然是限縮的解讀⁸⁴。但是，在其後約二十年間的許多案件，法院雖然沒有以實質正當程序為基礎宣告經濟管制違憲，但已在其中逐漸開展了在保障經濟自由上實質正當程序的憲法原則⁸⁵。到了 1890 年代，聯邦最高法院很清楚地即將著手全面性的實質正當程

⁷⁴ ELY, *supra* note 1, at 85-87.

⁷⁵ 116 U.S. 307 (1886).

⁷⁶ 123 U.S. 623 (1887).

⁷⁷ ELY, *supra* note 1, at 88-89.

⁷⁸ 134 U.S. 418 (1890).

⁷⁹ 165 U.S. 578 (1897).

⁸⁰ 169 U.S. 466 (1898).

⁸¹ 83 U.S. (16 Wall.) 36, 80-81 (1873).

⁸² *Id.* at 121-22 (Bradley, J., dissenting).

⁸³ *Id.* at 122 (Bradley, J., dissenting).

⁸⁴ TRIBE, *supra* note 36, at 1339.

⁸⁵ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 628-29.

序審查⁸⁶。在 *Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co. v. Minnesota* 一案，雖然法院認定違反正當法律程序的理由較著重在程序面向——也就是應給予鐵路公司就費率合理性尋求司法審查之要求⁸⁷——但其指出費率合理性，「顯然是司法審查——要求以正當法律程序來作出決定——的一項問題」⁸⁸，也指涉出實質正當程序的意涵，因而有學者認為本案已標誌出正當法律程序對政府權力之實質限制的重要發展⁸⁹。

更清楚的例子應該是 1897 年的 *Allgeyer v. Louisiana* 一案，讓在先前居於旁論 (dicta) 的實質正當程序，明確成為宣告州之經濟管制違憲無效的基礎⁹⁰。雖然在權利類型上，基於該案背景，法院主要闡述的是在契約自由、職業自由或營業自由的範疇⁹¹，但財產權同屬經濟自由⁹²，此一路徑之發展也完全影響財產權的司法審查。事實上，在隔年的 *Smyth v. Ames* 一案，法院就以不符正當法律程序剝奪財產為據，認定系爭內布拉斯加限定鐵路公司費率的法律違憲⁹³。

總括來說，此時期的聯邦最高法院經歷了重要的哲學轉變。戰後初期法院願意順服於立法的政策裁量，然在之後開始緩步撇開不干預的哲學。經濟社會與學術上的思維推促法院扮演更積極的角色以保障商業利益，而實質正當程序成為可行的概念工具。在世紀轉換之時，法院已完全擁抱此一概念並準備好用以作為拘束立法的基礎⁹⁴。雖然整體而言在這個時期，多半案件的判決結果仍是維持法律的合憲性，但在審查態度上的變化與論述依據上的發展，已為接下來的 *Lochner* 時代鋪好道路。尤其自本時期末了的 *Allgeyer v. Louisiana* 一案，可以說已在財產權的憲法保障基礎上開啟了新頁。

⁸⁶ TRIBE, *supra* note 36, at 1343.

⁸⁷ 134 U.S. 418, 457 (1890).

⁸⁸ *Id.* at 458.

⁸⁹ KEYNES, *supra* note 3, at 116.

⁹⁰ See CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 629-30; TRIBE, *supra* note 36, at 1343-44.

⁹¹ 165 U.S. 578, 589 (1897).

⁹² See *supra* notes 30-31 and accompanying text.

⁹³ 169 U.S. 466, 522-50 (1898).

⁹⁴ NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 37, at 471.

(三) *Lochner* 時代

到 1900 年，美國已成為世界上主要的工業國家。新的工業與都市社會持續取代舊有的農業社群。隨著企業的大型化，勞雇關係產生根本性的改變：公司的受僱人通常在去個人化的環境下工作，且缺乏協商工作條件的力量。移民和農工因受新的工作機會吸引，使得城市快速膨脹，地方政府因此遭遇居住過度擁擠及公共衛生等之問題。工業區與住宅區的密接則產生安全上的憂慮以及居住品質的劣化⁹⁵。私人的壟斷和寡占限制了市場進入、損害了競爭，財富的集中也顛覆經濟機會的平等⁹⁶。為回應這些經濟社會改變，20 世紀早期興起了進步主義（Progressivism）的社會運動，主要關懷即在矯正新的工業秩序所連結的經濟權力失衡；其主張未管制的市場常常運作不佳，州與聯邦的政府應扮演更積極的角色進行經濟管制並解決社會問題⁹⁷。

然而，受自由放任價值之影響，此時期的聯邦最高法院多數意見，對改變自由市場秩序或限制財產權的管制，抱持懷疑的態度⁹⁸。法院的自由放任憲政主義因而開始和逐漸浮現的福利國家政策發生碰撞⁹⁹。1905 年，聯邦最高法院在 *Lochner v. New York* 一案中將一項設定烘焙師得工作的最高工時之法律宣告違憲¹⁰⁰。法院揭示了幾項原則，直到 1937 年以前持續被遵循；且因為該案判決反映了這段時間的哲學與信條，此一時期通常被稱為「*Lochner* 時代」¹⁰¹。

在該判決中，法院表示政府得基於其警察權力——也就是保護公眾的安全、健康、道德與一般福祉的權力——的正當行使，限制契約自由¹⁰²；同時

⁹⁵ ELY, *supra* note 1, at 101.

⁹⁶ KEYNES, *supra* note 3, at 121.

⁹⁷ ELY, *supra* note 1, at 101-02.

⁹⁸ *Id.* at 102.

⁹⁹ KEYNES, *supra* note 3, at 121.

¹⁰⁰ 198 U.S. 45 (1905).

¹⁰¹ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 630.

¹⁰² 198 U.S. 45, 53 (1905).

法院也指出，法律是否在警察權力的範圍內，是必須由司法來回答的問題¹⁰³。針對本案，法院進行了仔細的論證，認定欠缺合理的基礎限制烘焙師之工時。一方面，烘焙師和其他交易或體力勞動的職業在智力與能力上並無不同，他們有能力主張自己的權利與照顧自己；二方面，系爭法律並不牽涉公眾的安全、道德與福祉，也不影響烘焙師以外的公眾的健康¹⁰⁴。對於州立法權力與人民權利間的衡量，法院表示「只是主張和公眾健康有關但僅具有遙遠的關係，並不使系爭立法有效。系爭法律必須具備更直接的關係——作為追求目的之手段——，且目的本身必須適切且正當」¹⁰⁵。這顯示著對政治部門不加順服的態度、給予一定嚴格程度審查的立場。法院也表示，「我們不可能閉上眼睛不正視此項事實：許多此一性質的法律，雖然是在聲稱為了保護公眾健康或福祉之警察權力下所通過，現實中卻是基於其他動機而立法。¹⁰⁶」為法院在檢視立法目的時，不受限於所宣稱之目的，而係自行由法律在現實運作中的自然效果來決定¹⁰⁷，提供了論理基礎。

Lochner 判決對於實質正當程序的操作原則，受到後續判決的遵循，直至 1937 年。法院會仔細審視目的與手段，確保確實具有有效的警察目的，以及法律充分促成所欲達成之目的¹⁰⁸。在手段的層次，法院要求立法與其目的間具有「真實而實質」的關係；且法院對於立法者作為事實的認定者帶著根本性的懷疑，將其所認定的事實視為可能受到扭曲而因此不可倚賴的¹⁰⁹。而比起手段層次，更引人矚目的是司法對目的的嚴格評判。基本上，政府的合法目標僅在保護個人權利及以其他方式提高整體的公共善；也就是政府管制須促進一般性的福祉，而非純粹促進私利。也因此以犧牲某些人之利益為代價讓某些人獲益——即資源重分配——被認為係危險而屬例外的¹¹⁰。在此

¹⁰³ *Id.* at 56-57.

¹⁰⁴ *Id.* at 57.

¹⁰⁵ *Id.* at 57-58.

¹⁰⁶ *Id.* at 64.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 632.

¹⁰⁹ TRIBE, *supra* note 36, at 1346.

¹¹⁰ *Id.* at 1348-49.

嚴格的審查下，此段期間有將近 200 個案件州或聯邦管制被宣告違反正當程序條款¹¹¹。

但在此同時，也不應將這段期間誤解為完全排除了立法的裁量。事實上亦仍有許多——甚至比被認定違憲的更多——的案件，法院維持了系爭立法¹¹²。著名的例子如在 *Muller v. Oregon*¹¹³ 一案，時任律師的 Louis D. Brandeis，成功地說服法院，女性特別之健康需求以及依賴男性之地位，使限制工廠之工時的保護性立法可以被正當化；Brandeis 所使用的取徑以「Brandeis 訴狀」之稱聞名於世，強調應將經濟社會事實納入考量，於審視管制的正當性時，引入非法律的資料如醫學資訊、健康資料、工廠檢查報告與經濟統計等，而非僅仰賴判決先例或機械性地適用既有法則¹¹⁴。又如在涉及顯著健康與安全風險的情形，像是礦場安全之管制與工人賠償之立法，法院容易接受；對於公共道德的監管，例如彩券與撞球館營運之限制及酒的製造銷售之禁止等，法院亦採尊重態度；對於防止商業詐欺的法律，更不被認為有憲法上的疑義¹¹⁵。另外，也值得一提的是從政治力量回應司法態度之視角，呈現的觀察。也就是法院在許多案件中對管制的嚴苛態度，引發對司法之制度性角色有組織性的、持續性的政治反動力量；鮮明的例子包括了像是 Theodore Roosevelt 及 Robert LaFollette 曾分別提出對法院加諸限制的爭議性提案。此股政治反應持續存在直到 1937 年¹¹⁶。

綜上，在所謂 *Lochner* 時代，法院承繼前一階段的發展，開啟了一段高度保障經濟自由，嚴格審視經濟社會立法的時期。然而同時發生的工業化與都市化環境變遷，也讓國家管制市場與回應社會問題的需求不斷襲來。兩相碰撞下，雖然許許多多立法遭到違憲宣告的命運，但外部壓力與內部反思也正醞釀著法院見解下一階段戲劇性的轉變。

¹¹¹ *Id.* at 1344; CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 632.

¹¹² TRIBE, *supra* note 36, at 1344; CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 632.

¹¹³ 208 U.S. 412 (1908).

¹¹⁴ ELY, *supra* note 1, at 104. *See also* TRIBE, *supra* note 36, at 1346, 1350-51.

¹¹⁵ ELY, *supra* note 1, at 103-04.

¹¹⁶ Schacter, *supra* note 7, at 221.

(四) 1937 年以後

1937 年後財產權的憲法保障發生了重大改變。本小節將對其發展的歷程及背景，略作概述。至於持續至今的這個階段中財產權憲法保障的實質面貌，已於前文「貳、一」呈現，此處不擬重複。

1930 年代的經濟大蕭條 (Great Depression) 造成商業衰敗與大量失業，希望政府介入經濟的呼聲興起。在嚴重的經濟危機下，認為不受控的自由市場在工業社會中運作不良的想法，不斷增長。Franklin D. Roosevelt 於 1932 年的勝選加上由民主黨掌握的國會，標誌出拒絕自由放任哲學的政治史上分水嶺¹¹⁷。Roosevelt 總統於其勝選後，即開始說服國會制定其新政 (New Deal) 立法，希望協助國家脫離大蕭條。而在 1934 到 1936 年間，許多新政立法的合憲性在一系列案件中來到聯邦最高法院的面前，遭到法院以逾越聯邦立法權限或違反正當程序條款為由而宣告違憲¹¹⁸。Roosevelt 總統於 1936 年以壓倒性的票數連任後，提出了所謂「法院重組方案」(Court-packing plan)，計畫允許總統於每一位聯邦最高法院法官逾 70 歲時得任命一位增加的法官，藉以排除司法對新政立法的阻礙¹¹⁹。然此一方案威脅到法院作為憲法爭議之中立仲裁者的信念。經過將近 6 個月的辯論，國會最終否決了此項方案¹²⁰。這些發展的背後，表徵的是大蕭條的經濟現實已經侵蝕掉 *Lochner* 判決觀點的前提、社會與法律思維推促司法扮演回應時代的角色，以及與日俱增的政治壓力迫使孤立的法院重新思考過去的準則¹²¹。其結果，就在法院重組方案審議之時，原先站在推翻進步派經濟立法一方的 Owen Roberts 法官轉變立場，使得法院開始維持了許多新政法律¹²²；法院開始放棄原先對於經濟社會立法的實質正當程序審查，也放寬了對聯邦商業權力的詮釋¹²³。可以說

¹¹⁷ ELY, *supra* note 1, at 119.

¹¹⁸ NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 37, at 476.

¹¹⁹ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 638; NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 37, at 476.

¹²⁰ NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 37, at 476.

¹²¹ See TRIBE, *supra* note 36, at 1358-61.

¹²² KEYNES, *supra* note 3, at 132-33.

¹²³ NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 37, at 476.

經過總統國會與最高法院間的僵局、決定性的選舉、政治部門對法院的挑戰，到最後法院見解的「即時轉變」（“switch in time”）的歷程，完成了憲法內涵的根本變遷（如同憲法的修改），接納了積極主義福利國家的到來¹²⁴。

首先在 *West Coast Hotel Co. v. Parrish* 一案，法院維持了一項授權設定女性最低工資的華盛頓州法，並明確推翻之前的判決先例¹²⁵。法院雖同意本案觸發第 14 增補條文正當程序條款的保障，但所適用的標準僅被描述為「合理關聯於其目的且係為社群之利益而被採取之管制，即符合正當程序。¹²⁶」同時在關於政府目的之要求，法院亦不再局限於公共安全、健康與道德之促進，法院表示「在處理勞雇關係時，立法者必然具有廣泛的裁量，以便透過確保健康工作條件與免受壓迫之法規，對健康和 safety 提供適當保護與促進和平及良好之秩序。¹²⁷」法院亦將經濟社會背景納入考量，指出「對於協商權力處在不平等地位——以及因此對於拒絕給予符合基本生活之工資，相對無力抗拒——的一類勞工之剝削，不僅是對其健康與福祉之傷害，也是在他們對社群之支持加諸直接的負擔。¹²⁸」總括而言，法院對於契約自由已不再給予高度的保護，政府可以為追求正當之目的進行管制，且法院對立法只要是合理之抉擇亦予以尊重¹²⁹。

一年後在 *United States v. Carolene Products Co.*¹³⁰一案，法院重申了尊重政府經濟管制的立場。1923 年國會通過的換脂牛乳法(The Filled Milk Act) 禁止換脂牛乳之跨洲運輸，該法是否在國會管制跨州貿易的權力範圍內以及是否符合正當法律程序條款，成為本案之爭點¹³¹。針對正當程序之爭點，法院表示「支持系爭立法判斷之事實應被推定存在，因為影響一般商業交易的管制立法不應被宣告違憲，除非有鑑於已知或普遍假定的事實，該等立法具

¹²⁴ 1 BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 47-50 (1991).

¹²⁵ 300 U.S. 379 (1937).

¹²⁶ *Id.* at 391.

¹²⁷ *Id.* at 393.

¹²⁸ *Id.* at 399.

¹²⁹ CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 640.

¹³⁰ 304 U.S. 144 (1938).

¹³¹ *Id.* at 145-46.

有在立法者知識與經驗範圍內的某種合理基礎之上，這樣的假設遭到排除。¹³²」在緊接著的註腳，也就是著名的註腳 4，法院提出了雙重審查的架構。也就是法院原則上尊重政府之裁量，採取合理審查標準進行審查；但當立法限制政治程序，或對分離而隔絕的少數族群進行歧視時，則不再享有合憲的推定，而須適用更加嚴格的審查標準¹³³。這意味著司法創造了一個財產權與個人自由的二分結構，前者僅被給予次級的憲法地位，而後者則被賦予較高的憲法保護；甚至可以說，司法保障財產權免於立法侵奪的任務，在 1937 年之後相當程度遭到棄守了¹³⁴。

綜上，隨著國家角色的認知因社會環境的變遷而改變並因經濟大蕭條而被推上轉折點，司法對財產權保障的見解發生了地殼變動般的轉型，自此給予政治程序廣泛的裁量空間，成為支配性的觀點。值得附帶一提的是，雖然在 1937 年之後此一立場持續主宰聯邦最高法院，並不乏個別法官、學界或政治上的反省或反動¹³⁵。尤其 1980 年 Ronald Reagan 總統壓倒性的勝選，在財產權的復興上格外具有意義；因其對管制國家的敵意，對自由市場懷抱的理想，使其經濟政策偏好競爭、私人經濟秩序與去管制化¹³⁶。這些也是在理解美國此一時期對財產權的概念時，可以一併考量的。

三、理論基礎

從法律思維的宏觀視角切入，1937 年以後司法哲學對財產權的看待，可以從古典自由主義（classic liberalism）的自然權利觀點，轉向進步主義或法律現實主義（Legal Realism）的社會關係角色觀點的發展來理解。美國的開國者心目中的財產權，也是在早期判決中一再出現的認知，是將其視為不

¹³² *Id.* at 152.

¹³³ *Id.* at 152-53 n.4. *See also* CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 640-41. 中文文獻介紹，參照林子儀（1999），〈言論自由的限制與雙軌理論〉，氏著，《言論自由與新聞自由》，頁149-151，元照；李建良（2004），〈論基本權利的位階次序與司法審查標準〉，氏著，《憲法理論與實踐（三）》，頁82-85，新學林。

¹³⁴ ELY, *supra* note 1, at 132-33.

¹³⁵ *Id.* at 140-42.

¹³⁶ *Id.* at 143.

可轉讓的、作為永恆不變之正義標準的自然權利¹³⁷。而該等財產權的實質內涵，即將所有權描述為人與物之間的宰制關係¹³⁸。而為管制國家鋪路的進步主義，則挑戰了不變的人類本質此一前提¹³⁹。政治層面的進步主義與具有承繼關係的在哲學層次的法律現實主義，共同參與了對古典自由主義財產概念的批判。其認為讓法律因應變遷的社會經濟條件以適當地達成正義，調整政府與私領域間的關係乃是必要的；而在其中，私有財產扮演著建構社會關係的角色，財產的概念與其從人與物間的非社會關係來認知，不如從所有權如何影響人們之間的關係的制高點來理解¹⁴⁰。財產是持續進行中法律與政治決定的產物，由像是社會福祉、分配正義、公民自由等公共價值來評價，而非由憲法對私人秩序的保障領域此等概念界線來決斷¹⁴¹。在此思維下，面對時代鉅變已捉襟見肘的自由放任憲政主義消逝，取而代之的是弱化的財產權保障、司法給予政治部門廣泛管制空間的觀點。

而這新觀點的基礎，主流見解將之建立在制度之能力與權限的評價上¹⁴²。例如 John Hart Ely 的司法審查理論，為註腳 4 雙重審查標準架構賦予說理，便是最具影響力的例子。Ely 對司法審查之參與導向、代議強化的理論（participation-oriented, representation-reinforcing approach），建立在民主原則與政治程序失靈作為司法介入正當性的基礎上¹⁴³。詳言之，代議民主是我

¹³⁷ Jedediah Purdy, *Property in the United States Constitution*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE U.S. CONSTITUTION 501, 503 (Mark Tushnet et al. eds., 2015); EDWARD J. ERLER, PROPERTY AND THE PURSUIT OF HAPPINESS: LOCKE, THE DECLARATION OF INDEPENDENCE, MADISON, AND THE CHALLENGE OF THE ADMINISTRATIVE STATE 210 (2019).

¹³⁸ GREGORY S. ALEXANDER, COMMODITY & PROPRIETY: COMPETING VISIONS OF PROPERTY IN AMERICAN LEGAL THOUGHT 1776-1970, at 311 (1997).

¹³⁹ ERLER, *supra* note 137, at 210.

¹⁴⁰ ALEXANDER, *supra* note 138, at 312-13.

¹⁴¹ Purdy, *supra* note 137, at 508. See also Underkuffler, *supra* note 22, at 2016-17, 2029-30 (explaining this assertion through understanding the nature of property).

¹⁴² See TRIBE, *supra* note 36, at 1368.

¹⁴³ JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980)。中文介紹可參黃昭元，前揭註9，頁107；林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2008），〈憲法：權力分立〉，2版，頁129，新學林；湯德宗（2005），〈立法裁量之司

們政府體系的核心，過去一世紀已不斷被憲法發展所擁抱與確信¹⁴⁴。而在代議民主下，實質價值的選擇與調和基本被交託予政治程序，也就是由民選的代表所決定，而法院不能僅因不贊同——不論有多麼強烈地不贊同——政治程序的結果而介入¹⁴⁵。當政治程序發生系統性的失靈時——例如註腳 4 中指出的對政治程序相關權利加以限制，或對分離而隔絕的少數族群進行政視等情形——，司法的強化審查具有正當性；因為我們無法信賴民選代表識別這些失靈情境，相對地，法官外於政府體系的位置，以及身分保障下較少喪失職位的憂慮，使其具有制度性的優勢去評估，民選代表是否因上述情境，事實上並不在代表著他們理應代表的那些利益¹⁴⁶。

由於財產權等經濟權利的限制，原則上僅涉及利益衡量與分配，正是在制度上被授予政治部門的權限範疇¹⁴⁷。其較少發生立法者的不正當動機，並不落入政治程序系統性失靈的情境，因而法院在矯正政治程序失靈上相對於政治部門的制度優勢，也就並不相關¹⁴⁸。尤其在富含政策選擇或資源分配的事務上，以法律專業為特徵的法院，相較於反應與折衝人民利益與意見的政治程序，更不具有判斷上的優勢。這意味著，經濟社會立法對於財產權的限制，應受司法之尊重；適用寬鬆的審查標準，成為順理成章的結果。

參、我國財產權憲法保障之司法態度

關於釋憲實務對於財產權保障態度，可從採取何種審查標準與個別規則來作為適切的切入點。從前章對美國憲法裁判見解的探索可以看到，其司法

法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探》，氏著，《權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡》，頁14-17，元照。

¹⁴⁴ ELY, *supra* note 143, at 7.

¹⁴⁵ *Id.* at 87-88, 101-03.

¹⁴⁶ *Id.* at 103.

¹⁴⁷ Suzanna Sherry, *Selective Judicial Activism: Defending Carolene Products*, 14 GEO. J. L. & PUB. POL'Y 559, 570-71 (2016).

¹⁴⁸ *See id.* at 567.

自制之現象，已普遍被透過採取合憲推定的合理審查標準來理解與呈現。然而，此一切入點是在得以清楚解讀出審查寬嚴的前提下，才能實現。而在我國，晚近多元審查標準架構浮現與確立¹⁴⁹，使透過觀察財產權有關案件採用標準的嚴格程度來認知司法審查之態度，已合理可行。因此本章的第二、三節，將從財產權原則上連結之審查標準，以及在特定考量下調整標準之寬嚴的角度，呈現我國釋憲實務的立場。不過，上述視角所觀察的實務見解，僅及於採用審查標準——也就是由目的以及手段與目的關聯性構築之分析——進行審查的案件；在許多案件中，大法官並非使用審查標準，而是透過針對特定事務領域發展出的個別規則，來判定合憲性。本章的第四節，就將觸及個別規則視角的觀察。在進入司法審查態度的觀察以前，有必要探索釋憲實務對財產權概念的理解，才能對於討論的範疇劃出界線，故在本章第一節將先嘗試爬梳大法官對於財產權保障內容的粗略輪廓。

一、保障內涵

自司法院釋字第 400 號解釋起，大法官便明確指出，憲法第 15 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。」其後並為多號憲法解釋與裁判持續引用，至晚近的 112 年憲判字第 3 號判決亦作類似表述。由此觀之，財產權保障的內涵在權能內容——即依其存續狀態自由使用、收益與處分——上已被描述，但定義中所使用的財產此一概念，仍未被界定。

¹⁴⁹ 如後文將提及的，多元審查標準架構的浮現約自司法院釋字第 577 號解釋起始，財產權適用審查標準之擇定則自司法院釋字第 688 號解釋開始出現。參照後文「參、二」。

學說上認為財產權含括物權、債權、無體財產權／智慧財產權¹⁵⁰，這些權利的客體分別為物、債務人的作為或不作為¹⁵¹、精神的產物¹⁵²。所謂物，學說上界定為「除人之身體外，凡能為人力所支配，具有獨立性，能滿足人類社會生活需要的有體物和自然力。¹⁵³」物又分為不動產與動產，前者指土地及其定著物¹⁵⁴；後者則為不動產以外之物¹⁵⁵，包括金錢在內¹⁵⁶。衍生而來，對人民既有之金錢予以損害結果（例如租稅、沒收、罰金或罰鍰之處罰等），亦可構成財產權的侵害¹⁵⁷。而歷來論及財產權之大法官解釋的標的，也確實及於各類物權（且包括租稅、沒收、罰金或罰鍰之處罰等）、債權、無體財產權／智慧財產權¹⁵⁸。

¹⁵⁰ 王澤鑑（2010），《民法物權》，增訂2版，頁11，自刊；法治斌、董保城（2020），《憲法新論》，增訂7版，頁360，元照；李惠宗（2012），《憲法要義》，6版，頁280，元照；劉得寬（1993），《法學入門》，3版，頁125-127、300-302，五南。許多學者強調財產權之保障不僅涵蓋私法上權利，亦及於公法上財產請求權（例如法治斌、董保城，同前註，頁360-361；吳秀明、楊坤樵（2006），〈憲法與我國經濟部門之基本秩序〉，蘇永欽（編），《部門憲法》，頁236，元照；李惠宗，同前註，頁280；吳庚、陳淳文（2021），《憲法理論與政府體制》，增訂7版，頁251-252，自刊），而值得釐清的是，公法上財產請求權在性質上可歸類於債權之範疇，並非前述依權利客體之分類以外的權利。類似見解，李惠宗，同前註，頁280（將公務員退休金請求權亦理解為債權。）並參照吳庚、陳淳文，同前註，頁252（表示「因公法上身分而享有的俸給請求權、退撫金請求權等……與民法上的財產無異，故我國釋憲實務上對財產權概念的認定，一向不區分公法或私法。」）

¹⁵¹ 債權之客體為債務人的作為或不作為，參照民法第199條；施啟揚（1993），《民法總則》，增訂5版，頁174，自刊。

¹⁵² 無體財產權之客體為精神的產物，參照施啟揚，前揭註151，頁29、175。

¹⁵³ 王澤鑑，前揭註150，頁51。

¹⁵⁴ 民法第66條第1項。

¹⁵⁵ 民法第67條。

¹⁵⁶ 張永健（2020），〈既成道路之私法性質與徵收補償請求基礎：釋字第747號解釋後的新局〉，《臺北大學法學論叢》，113期，頁12。

¹⁵⁷ 關於租稅構成財產權之侵害，參照吳庚、陳淳文，前揭註150，頁268-269。

¹⁵⁸ 參照法治斌、董保城，前揭註150，頁360-361；李惠宗，前揭註150，頁280；蘇永欽，前揭註150，頁30-33。租稅部分參照吳庚、陳淳文，前揭註150，頁272-273。

由此可知，我國釋憲實務下的財產權，基本上和法律層次對財產權的理解相合，且隨著立法的發展，而擴及於新興創設的智慧財產權，與美國的情形類似。不過，由於大法官從未明確界定財產權的客體，也從未闡明財產權的本質及與其他權利相區隔的特徵，仍無法全然免於理論上的疑問。例如，財產是否先於法律存在、具有本質之內涵，或純係法律之產物、隨法制的創設與形塑而演變？學說上有明確採取前說者，並將財產權界定為具有財產價值的權利¹⁵⁹，以此為財產權提供本質性的描述。然而，所謂具有財產價值，意涵並不清楚。事實上，人格利益亦完全可被理解為具有財產價值，例如以勞力（人身自由）進行生產、將自身隱私或肖像出版獲取收益等社會實踐，均為證明；同時，也有許多典型的財產，僅對個人有意義而不具有任何經濟或市場價值。而倘若不以財產價值為中心，又應向何處尋求財產權的概念要素？又或者，財產權本為法制下的產物，應當放棄本質性的界定，讓財產權的範疇跟隨立法的塑造而遞嬗¹⁶⁰？釋憲實務迄今仍未明確提供答案¹⁶¹。

¹⁵⁹ 吳庚、陳淳文，前揭註150，頁251。同樣將財產權描述為具有財產價值之權利者，例如法治斌、董保城，前揭註150，頁360；王澤鑑，前揭註150，頁11。事實上，112年憲判字第3號判決中亦曾出現「憲法上之財產權係指一切具有財產價值之權利」之語句。

¹⁶⁰ 有學者以「財產法上之權利」來描述財產權（劉得寬，前揭註150，頁123），隱含財產權係由財產法所界定之意涵（不過該部分討論並非針對憲法上財產權之脈絡）。

¹⁶¹ 本文的初步看法是，財產權與非財產權（人格權與身分權）相區隔的概念特徵乃是與個人的可分離性，而是否賦予該等特徵乃依憑法律的設定。立法者可以基於政策考量，決定是否將特定利益塑造為得與個人分離的權利態樣。因此財產權的範疇是跟隨立法的塑造而遞嬗的，不論是前文提及的美國新政後的財產哲學（參照「貳、三」），或美國釋憲實務對界定財產權的取徑（參照「貳、一、（二）」），都反映此一現實。學說上亦有直指財產和言論、宗教或自由不同，其本質便是法律保障，並無與法律分離的存在（Underkuffler, *supra* note 22, at 2029-30）。不過，立法的裁量並非沒有限制，當立法將憲法上人格屬性之基本權利的內容創設為財產權，而產生損及該憲法權利的保障時，即必須通過憲法第23條的考驗。例如在美國法制中有——「利用個人形象之權利」（right of publicity），指個人身分／形象之商業性利用的權利，為財產權之一種（J. THOMAS MCCARTHY, *THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY* 10 (2d ed. 2008)）。而其客體——姓名、肖像等——都帶有人格屬性。立法者可以衡量將該等客體在商業利用脈絡下之權利定性為財產

此外，在某些大法官解釋中，將預期之經濟利益似也納入財產權的保障範圍。例如司法院釋字第 414 號解釋稱「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障」。然而，獲取收益的期望，不在法律上財產權的概念中，甚至與前引釋憲實務所謂「依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能」亦有不合。對於獲取經濟收益的保障，應該劃入工作權（營業自由）的權利範疇，較能維持和財產權分工的適當疆界。故前開脫逸多數釋憲實務見解的情形，或許應該被理解為未充分考慮的特例。

二、原則立場

約自 2004 年的司法院釋字第 577 號解釋以降，大法官逐漸發展出多元審查標準的架構¹⁶²，也因此財產權受何等憲法保障，開始可從其觸發之審查標準加以觀察。不過，或許因為一開始大法官對於改採多元審查標準的立場尚未穩固，也或許是對財產權保障程度的猶疑，財產權限制原則上連結寬鬆審查標準之立場，直至 2011 年的司法院釋字第 688 號解釋才開始出現。其後，此原則立場明確被許多解釋所維繫，包括像是司法院釋字第 746、751、780、781、782、783、788、811 號解釋等。

所帶來的效率以及對個人人格的影響，決定設定為財產權，因此改變財產權的疆界。但倘若將姓名與肖像不限脈絡地全面財產化，則恐面臨合憲性的問題。基於財產權概念的妥適界定並非本文的焦點，上述初步見解雖有待申論，但也僅能於此點到為止，期待未來更深入的研究。

¹⁶² 學者湯德宗以司法院釋字第 578 號解釋許宗力大法官之協同意見書中，對於立法事實判斷之審查，指出「約可粗分三種寬嚴不同審查基準」之相關論述，作為我國釋憲實務發展多元審查標準之起點。湯德宗（2009），〈違憲審查基準體系建構初探：「階層式比例原則」構想〉，廖福特（主編），《憲法解釋之理論與實務第六輯（下冊）》，頁 589-590，中央研究院法律學研究所。惟事實上在前一號解釋——即司法院釋字第 577 號解釋——的多數意見，就已經開啟多元審查標準的運用。該號解釋對於商業言論之限制，適用了中度審查標準。此不僅從所使用之「重大公益目的」、「與目的達成有實質關聯之手段」等語彙可以看出，在余雪明大法官於該號解釋之協同意見書中亦加指明；余大法官主張適用低度審查即可，認為多數意見之中度審查標準過於嚴格。該號解釋相關分析可參照陳仲嶙（2011），〈商業性言論憲法解釋十年回顧與評析〉，《中原財經法學》，27 期，頁 110。

首先在司法院釋字第 688 號解釋，針對加值型及非加值型營業稅法之營業人開立銷售憑證時限表，將包作業之開立憑證時限規定為「依其工程合約所載每期應收價款時為限」，是否違憲侵害財產權與營業自由之問題，大法官宣示「如係為正當公益目的所採之合理手段，即與憲法第十五條及第二十三條之意旨無違。」並進而分析表示，「系爭時限規定係為促進稽徵效率與確立國家稅捐債權之公益目的，考量包作業之特性與交易習慣所為與銷售勞務者之不同規定，且該差別待遇與目的間具有合理關聯，尚非屬恣意為之；又所採之手段，係為確保營業稅之稽徵，有適時之證明方法可稽，對包作業之營業人難謂因系爭時限規定而對其財產權及營業自由構成過度負擔。」由其中對目的僅要求「正當公益目的」或「公益目的」，手段僅要求「合理手段」、「具有合理關聯」或無「過度負擔」，應可認已採取寬鬆審查的態度¹⁶³。

惟此審查取徑並未立即穩定下來。在接下來的幾號解釋，大法官又採取了由三個子原則組成之比例原則的取徑，或雖不明確但偏向過往比例原則敘述的審查。詳言之，在司法院釋字第 714 號解釋，審查之推進包括了「所採手段亦有助於上開目的之達成」、「始足以妥善有效處理土壤及地下水污染問題，而又無其他侵害較小之手段可產生相同效果，自應認系爭規定係達成前述立法目的之必要手段」、「對其財產權等所為之限制，與所保護之公共利益間，並非顯失均衡」之論述，顯然遵循了適合性原則、必要性原則及狹義比例性原則的審查步驟。在司法院釋字第 716 號解釋，「所採手段均有助於上開立法目的之達成」、「無其他侵害較小之手段可產生相同效果，自應認系爭規定一、二係達成前揭立法目的之必要手段」、「限制尚未過當，與其所保護之公共利益間，並非顯失均衡」等分析，亦顯示了三個子原則的審查操作。接著在司法院釋字第 719 號解釋，大法官先在審查標準上不區分所涉權利地宣示：「為正當公益之目的限制人民權利，其所採手段必要，且限

¹⁶³ 承繼自美國的寬鬆審查標準所使用的語彙，在目的上的要求為有「正當利益」，在手段與目的關聯性上的要求為具有「合理關聯」。參照例如黃昭元，前揭註9，頁83。

制並未過當者，始與憲法第二十三條比例原則無違。」針對本案情形則表示「對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡。」雖然並未全然操作三個子原則，但似乎仍較偏向過去比例原則的描述取徑。另在司法院釋字第 738 號解釋，以下述之論理進行審查：「所採取電子遊戲場業營業場所應與特定場所保持規定距離之手段，不能謂與該目的之達成無關聯。且各直轄市、縣（市）就其工商輔導及管理之地方自治事項，基於因地制宜之政策考量，對電子遊戲場業營業場所設定較長之距離規定，可無須對接近特定場所周邊之電子遊戲場業，耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段。至該限制與所追求之公共利益間尚屬相當，亦無可疑。」顯然包含了適合性、必要性及狹義比例性等原則的操作。值得注意的是，上述比例原則的分析都獲致合憲的結論，是否實際上存在較寬鬆以待的態度，或值玩味。

有進一步探究餘地的是司法院釋字第 732 號解釋。大法官認定大眾捷運法系爭規定允許為土地開發之目的，徵收非交通事業所必須之毗鄰地區土地，「並非達成土地資源有效利用、地區發展並利國家建設經費之取得目的所不得不採之必要手段，且非侵害最小之方式。」此一敘述可以被解讀為，係比例原則中必要性原則的操作；尤其在此號解釋之前的幾號解釋與之後的司法院釋字第 738 號解釋，都仍採取由三個子原則構成的比例原則作為審查標準的背景下，應是合理的解讀。惟在此同時，本文也認為本號解釋對審查標準的操作，帶有考量本案涉及「私用徵收」的特殊情境，而刻意進行了嚴格的審查之態度。只是此一對審查態度的調整設定，係基於特定背景脈絡而來，並非針對財產權的一般性立場，故相關討論將留待下節「三、調控考量」再做申論。

經過幾號回到過去比例原則操作的解釋之後，大法官於司法院釋字第 746 號解釋提及，「租稅規定涉及國家財政收入之整體規畫及預估，較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定（本院釋字第 745 號解釋參照）。是其決定如有正當目的，且手段與目的之達成間具有合理關聯，即與憲法比例原則無違。」進而認定稅捐稽徵法第 20 條及遺產

及贈與稅法第 51 條第 1 項逾期繳納稅捐應加徵滯納金之規定，「目的尚屬正當」、加徵滯納金及其緩和配套規定「與目的之達成間具有合理關聯」，而難認侵害憲法保障之財產權。依其所使用語彙，可看出相當明確確立了適用合理審查標準——也就是寬鬆審查標準——的立場。

之後多號解釋亦繼續採用合理審查標準作為審查準據。如在司法院釋字第 751 號解釋，針對行政罰法第 26 條第 2 項，允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得另裁處罰鍰之規定，大法官認定「目的洵屬正當」、「所採另得裁處罰鍰之手段……與目的間具合理關聯性」，而與憲法保障財產權之意旨無違。在司法院釋字第 780 號解釋，針對道路交通管理處罰條例第 54 條第 1 款就「警鈴已響、閃光號誌已顯示，或遮斷器開始放下，仍強行闖越」行為處以罰鍰規定侵害財產權之爭點，大法官認定手段與目的之達成間「具有合理關聯」而與憲法保障財產權之意旨並無不合。緊接著在針對年金改革案的司法院釋字第 781、782、783 號解釋，雖然如後文將指出的，大法官闡述了觸發寬嚴程度不同之標準的可能性¹⁶⁴，但基於該等案件之具體事實，實際上適用的是寬鬆審查，從解釋理由書多次明白宣示採取的是寬鬆標準、「目的正當」、手段與「立法目的之達成間，確有合理關聯」等敘述看來，自屬明確。在司法院釋字第 788 號解釋，大法官明確揭示「採寬鬆標準予以審查。如其目的正當，且手段與目的之達成間具有合理關聯，即與憲法第 23 條比例原則無違。」本案乃涉及廢棄物回收清除處理費之費率問題，系爭就容器瓶身以外之附件使用聚氯乙烯 (Polyvinyl Chloride, PVC) 材質者加重費率 100% 之規定，係基於聚氯乙烯對環境影響之考量，大法官認定其目的不僅正當甚至重要，手段與目的達成間亦顯具合理關聯，因而與憲法無違。在司法院釋字第 811 號解釋，大法官指出「公教人員依法請領公保養老給付之權利，應受憲法第 15 條財產權保障」，而「立法者基於公共利益之考量，就被保險人受憲法保障財產權之相關權利施以限制，例如公教人員得否參加公保及採認保險年資，涉及其是否符合請領養老給付之條件及依此所得請領之數額，如其所採手段與目的之實現間有合理關聯，即符合憲法第 23 條比

¹⁶⁴ 參照後文「參、二」。

例原則之要求，而與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。」進而就系爭有關揭示社會保險禁止重複加保原則之規定，認定「所追求者係正當公共利益，所採取之手段與目的之實現間亦有合理關聯」而合憲。在 111 年憲判字第 19 號判決，針對全民健康保險法施行細則有關出國人民停保及復保之規定，大法官以管理自身健康風險之自主決定權、財產權及平等權為據以審查之權利依據，表示「該限制及差別待遇，其目的若為追求正當之公共利益，限制及差別待遇之手段與目的間具有合理關聯，即與憲法比例原則及保障平等權之意旨無違。」進而認定系爭規定「目的當屬追求正當之公共利益」，且「對短暫返國者施以強制復保及一定期間（3 個月）後始得再次辦理停保之限制，其手段與達成正當目的間具合理關聯」。在 112 年憲判字第 3 號判決，針對公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例中有關扣除社團年資與返還溢領退離給與之規定，大法官延續司法院釋字第 781、782、783 號解釋依財源性質異其保障的見解，基於本案之背景事實而言明適用「較寬鬆之標準」，審查結果以「目的洵屬正當」、手段與目的「具有合理關聯」之語句，認定為合憲。

稍有疑問的是司法院釋字第 753 及第 813 二號解釋。於司法院釋字第 753 號解釋，在分析全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法當中有關停止特約與不予支付之規定，是否有違比例原則而侵害財產權的爭點上，大法官認定系爭規定之目的，「在於預防及處置詐領醫療費用，提供完善醫療服務，係為維護重要公共利益，應屬正當。」並認為所採取之手段，「有助於目的之達成」、「並無顯不合理之處」。所使用之語彙，與前述其他解釋、典型寬鬆審查使用者有異。惟在目的層次，本號解釋的描述有空間理解為，系爭規定之目的已達重要之程度，固可通過寬鬆審查之正當門檻要求；在手段層次，僅要求符合適合性以及無顯不合理，亦顯屬低度的審查要求。基此，本號解釋應可認為並未偏離其他解釋之走向。其次在司法院釋字第 813 號解釋，針對文化資產保存法關於歷史建築登錄，於歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形未以取得土地所有人同意為要件，是否違憲侵害財產權之問題，大法官認定系爭規定「目的係為正當公益」，而對於所欲追求之目的

言，「自屬必要」。其中關於目的層次之要求，與寬鬆審查之用語相合。關於手段層次之要求，則與寬鬆審查之典型描述有異；惟手段層次的審查，幾未予任何說明，即直接表示自屬必要，似係以寬鬆態度待之。基此，可認為本號解釋亦同樣未偏離其他解釋之走向。

雖然在歷史的視角下，大法官對財產權之保障可能曾帶有相對於其他權利較為積極的態度¹⁶⁵，但從上述的觀察可以得知，財產權之限制連結到寬鬆審查標準，應已成為我國現今釋憲實務的預設。

三、調控考量

然而，前述對財產權限制觸發寬鬆審查的一般性描述，是否已完全呈現我國釋憲實務對於財產權保障的立場？恐怕並不完全如此。進一步解析相關之憲法裁判，可以發現更複雜的圖像，彰顯調控審查寬嚴的諸多可能性。

首先，在某些解釋中，大法官明確揭示了較高的審查標準。例如在司法院釋字第 766 號解釋，針對遺屬年金之保險給付，大法官一方面揭示受憲法財產權之保障，二方面考量「得請領遺屬年金之遺屬，或為未成年人，或為無謀生能力者，或為每月工作收入未超過其領取遺屬年金給付時之月投保金額者等（國民年金法第 40 條第 2 項參照），其等常因被保險人死亡頓失依怙而陷難以維持最低生活需求」，而認為亦涉及生存權之保障，因而得出適用中度審查標準之結果（以「較為嚴格之審查」稱之，表明「目的須為追求

¹⁶⁵ 早期全面性關照財產權憲法保障之文獻曾指出，在我國釋憲實務中對財產權之保障似超越於其他權利之保障。例如法治斌，前揭註5，頁21（該文從美國聯邦最高法院有關財產權保障之歷史脈絡與變遷談起，進而比較檢視我國截至當時之司法院釋字第171號解釋，點出我國釋憲實務有別於美國較低度保障的立場，對於財產權之保障似反而凌駕於其他權利）；蘇永欽，前揭註5，頁56（該文從哲學、社會學與經濟學的理论，以及憲法對財產權之保障及其限制的法律意涵起始，繼而就大法官解釋對財產權有關概念與原則之開展，進行了地毯式地觀察。針對我國釋憲實務之審查態度，該文指出17年前法治斌文之觀察仍具深刻意義，蓋大法官對財產權限制所作審查，不僅在量上超越其他權利，其逐步發展出的憲法原則亦不斷累積強化，相較其他權利不但更加豐富與完整，甚至進而貢獻於其他權利保障之發展。）

重要公益，所採手段與目的之達成間須具有實質關聯」)。另外在司法院釋字第 793 號解釋，當中提到「考量政黨及其附隨組織不當取得財產之調查及處理，不僅涉及政黨公平競爭，外觀上與實質上亦涉及對特定政黨及其附隨組織財產之剝奪，是其限制之目的須為追求重要之公共利益，且其手段與目的之達成間應具有實質關聯。」所適用者為中度審查標準；而觸發此等審查密度的因素，似主要在剝奪財產之考量¹⁶⁶。

除了上述二個例子之外，司法院釋字第 732 號解釋似亦隱含因特定情境考量而提高審查密度的意旨。如前節所述，本號解釋並非明確揭示三重審查標準架構下特定標準的解釋；但在認定系爭規定「並非達成……目的所不得不採之必要手段，且非侵害最小之方式」的相關論理中，似乎帶有基於「私用徵收」之背景考量，而提高審查密度的傾向¹⁶⁷。首先，解釋理由書中明確提及，「國家為利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得等目的，依法報請徵收交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地……將使土地資源之利益重新分配或移轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲」，似已認知到私用徵收此一特殊類型及其對人民財產權帶來的威脅，與一般公用徵收有所不同；此從多位大法官的意見書中更可看出¹⁶⁸。其次，要求為不得不採之必要手段、侵害最小之方式，其實也是嚴格審

¹⁶⁶ 此處引述之解釋理由書文句雖亦提及政黨公平競爭，但依緊接之前文，其意旨乃著重於為達成政黨公平競爭，「應對政黨財務予以適度規範」，以及因應過往黨國體制累積黨產「致形成政黨競爭機會不平等之失衡狀態」，為達成政黨公平競爭，「國家應採取回復或匡正之措施」。故而對政黨公平競爭之提及，應不在作為提高審查標準至中度的理由。

¹⁶⁷ 所謂私用徵收係相對於公用徵收之概念，指徵收財產之目的，在移轉所有權給私人或提供私人排他性使用，而不提供公眾使用之情形。關於對私用徵收應適用嚴格審查標準或經濟發展私用徵收原則上違憲之學說主張，參照陳仲嶙（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1029-1076；陳仲嶙（2010），〈圈地惡法立即停止：對私用徵收的憲法批判〉，《台灣法學雜誌》，159期，頁9-15。

¹⁶⁸ 例如李震山大法官協同意見書、陳春生大法官協同意見書、羅昌發大法官協同意見書、陳新民大法官部分協同部分不同意見書等。

查標準之要求可能使用的語彙¹⁶⁹；而對比在本號解釋之前、之後適用比例原則的多號解釋均支持系爭規範，以及下述司法院釋字第 746 號解釋之後明白揭示的寬鬆審查，本號解釋以與聯合或共同開發、市地重劃及區段徵收等方式進行比較，指系爭規定並非不得不採之必要手段而認定違憲，顯示出的是高度侵入性而嚴格的審查態度。因此，將本號解釋理解為調控審查密度之一例，應符合大法官的審查態度。

其次，大法官亦曾在解釋中，於同一制度背景下，就財產權侵害所涉標的之不同，而分殊化保障程度與審查標準。詳言之，在司法院釋字第 783 號解釋¹⁷⁰，大法官受德國聯邦憲法法院判決對年金權利給予層級化保障之見解¹⁷¹的影響，考量「退撫給與請求權固受憲法財產權之保障，然因退撫給與之財源不同，其請求權受保障之程度，應有差異」，進而指出政府補助部分「全部源自政府預算之恩給制範疇，涉及國家財政資源分配之社會關聯性，就此財源產生之財產上請求權，立法者得有相對較高之調整形成空間，本院審查相關立法是否符合比例原則及有無違反信賴保護原則時，應採較為寬鬆之審查標準。」本案正屬此種情形，大法官因而進一步指出「基於財政規劃之專業能力、國家機關之組織與分工及決定作成程序之考量，本院原則上尊重政治部門就此事項所為之決策，採寬鬆標準予以審查。」也就是說，採取寬鬆

¹⁶⁹ 例如學者於說明嚴格審查標準之手段要求時，稱「必須是必要且侵害性最小的手段」（林子儀（2002），〈言論自由導論〉，李鴻禧（等著），《台灣憲法之縱剖橫切》，頁167，元照）。又在釋憲實務上，例如司法院釋字第806號解釋對於嚴格審查標準之手段要求，描述為「手段應為別無其他更小侵害手段之最小干預，始得謂與目的之達成間有密切關聯」；司法院釋字第812號解釋，在宣示採取嚴格標準予以審查後，表示「所採手段應有助於目的之達成，且屬對受處分人權利侵害最小者，所犧牲之私益與所追求之公益間，應具相稱性」；111年憲判字第13號判決亦延續相同描述，稱「其所採取手段應有助於目的之達成，且為最小侵害手段，所犧牲之私益與所追求之公益間應具相稱性」。

¹⁷⁰ 司法院釋字第781、782號解釋亦揭示相同旨意。

¹⁷¹ 關於德國聯邦憲法法院年金期待權判決之「層級化的財產權保障」，將年金權利區分為「個人關聯性」與「社會關聯性」二項要素而異其保障程度之見解，參照孫迺翊（2012），〈社會給付權利之憲法保障與社會政策之形成空間：以德國聯邦憲法法院關於年金財產權保障及最低生存權保障之判決為中心〉，《臺大法學論叢》，41卷2期，頁462-463。

審查的理由，乃出於系爭退撫給與財源之性質屬國家財政資源分配範圍，立法者的判斷應受司法較高之尊重。相對地，對於個人提撥部分，大法官表示「基於個人薪給之支配性與先前給付性之個人關聯性，應受較高之保障，就此部分，本院應採較為嚴格之審查標準。立法者調降退撫給與如侵害個人提撥費用本息部分，性質上幾乎無異於國家對人民財產之徵收，自不得為之。」雖然該案並不涉及個人提撥部分之侵害，因而僅適用寬鬆審查，但已明確指出在調降給與的脈絡下，某些情形應連結到較高之憲法保障。其後之 112 年憲判字第 3 號判決，也涉及類似的憲法議題。針對公職人員退休（職、伍）給與，大法官延續前開憲法解釋「應視其財源，給予不同層級之保障」之見解，顯示此一分殊化保障程度與審查標準的架構，已經穩定下來。

另外，在部分解釋中，大法官對採取寬鬆審查的立場添加了額外的理由；這暗示著並非只要是涉及財產權的案件，便必然僅有觸發寬鬆審查之可能，而與前述考量其他因素而提高審查標準的例子相呼應。例如在前節所引司法院釋字第 746 號解釋，針對逾期未繳納稅捐加徵滯納金之規定，大法官言及「租稅規定涉及國家財政收入之整體規畫及預估，較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定」。係以國家財政收入之整體規畫及預估之任務，宜交由政治部門決定，作為採取寬鬆審查的理由。又如在前節所引司法院釋字第 788 號解釋，針對是否違憲侵害財產權與營業自由之爭點，大法官表示「回收清除處理費之課徵具有特定之政策目標，其所涉及之環保、資源回收等事項，有其專業性及複雜性，基於機關功能之考量，本院爰採寬鬆標準予以審查。」之所以採取合理審查標準，乃在功能最適觀點下，考量所涉事務性質之專業性，行政部門相較司法部分具有決策上之優勢而值得司法尊重；而非單純以所涉權利為財產權為理由。再如於前節所引司法院釋字第 811 號解釋，大法官將適用合理審查標準的理由，主要建立在所涉脈絡乃社會保險制度之建構。其在決定審查標準時，明確指出「立法者對於社會保險制度之建構，本享有較大之自由形成空間，包括公保養老給付在內之各種社會保險給付之請領要件及金額，應由立法者盱衡國家財政資源之有限性、人口增減及結構變遷可能對社會保險帶來之衝擊等因素而為規

範。是立法者基於公共利益之考量，就被保險人受憲法保障財產權之相關權利施以限制，例如公教人員得否參加公保及採認保險年資，涉及其是否符合請領養老給付之條件及依此所得請領之數額，如其所採手段與目的之實現間有合理關聯，即符合憲法第 23 條比例原則之要求，而與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。」對於給予立法者較大裁量空間，係考量到社會保險制度之建構涉及國家資源分配與其他許多複雜的背景考量因素，而非僅基於財產權受到限制。另如前節所引 111 年憲判字第 19 號判決，大法官對於為何採取合理審查標準提供了說明，表示「鑑於全民健保為國家為履行憲法委託之義務所設之制度（憲法增修條文第 10 條第 5 項規定參照），其因而限制人民自由權利，比單純根據憲法第 23 條基於公共利益之考量而限制人民權利者，具有更高之正當性，司法者從事比例原則之審查時，應予更多之尊重；且因社會政策涉及國家整體資源之分配與運用，政治部門需要盱衡政治、經濟、社會等各項條件作綜合考量，基於權力分立之要求，本即擁有較大自由形成空間」。當中的理由除涉及憲法委託外，也與前開憲法解釋類似地建立在權力分立的基礎上。

綜合上述解釋見解，可以分析得出：雖然財產權之限制已被預設為連結寬鬆審查，但在個別案件中大法官仍可能從系爭特定制度背景中加入額外的說理，藉由行政部門在特定專業事務上的決策優勢，或立法部門對於國家資源分配的決策正當性，來強化對司法自制的支撐。而當大法官提高審查密度——適用中度審查——時，則可能出於財產權之外，案件所處脈絡亦涉及其他重要憲法權利（如生存權）或財產權侵害的態樣（如財產權之剝奪／徵收）；甚至在特定財產權侵害態樣（如私用徵收），有提高到嚴格審查的可能。而由於涉及其他憲法權利——也就是權利競合——時，審查操作本即須考量所涉其他憲法權利，而非單純依循財產權限制的審查標準，因而於既有的釋憲實務發展，真正針對財產權的審查標準調控，僅因財產權之剝奪／徵收之因素而觸發。另一提的是，除了在寬鬆審查標準首次出現後的頭 5 年，大法官仍不斷採用偏向過往比例原則的操作或描述方式之外，即至最近，仍有出

現此類案例，即司法院釋字第 810 號解釋¹⁷²，這可能是因為和先前司法院釋字第 719 號解釋具共同背景的連動有關。惟無論如何，由於此種審查模式在前揭財產權審查的整體發展趨向下，漸屬特例¹⁷³，故僅附帶提及。最後謹以下表一，呈現自司法院釋字第 688 號解釋揭示寬鬆審查標準以來，我國釋憲實務適用審查標準的發展樣貌。

¹⁷² 在司法院釋字第 810 號解釋中，於「所採之手段亦有助於上開目的之達成」之適合性原則操作後，接著指出「系爭規定以劃一之方式計算代金金額……尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果」，而認定「顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則」（底線為本文所加），似有操作必要性原則或狹義比例性原則的意涵。而本號解釋許志雄大法官提出（黃昭元大法官加入）之不同意見書，亦在主張適用中度審查基準的同時，指出多數意見係「以違反狹義比例原則為由，認定系爭規定部分違憲」。

¹⁷³ 司法院釋字第 810 號解釋許志雄大法官提出（黃昭元大法官加入）之不同意見書，對於該號解釋多數意見在揭示審查準據時，未就「審查密度予以言明」，指出「顯然不同於近來大法官解釋之慣例。」

【表一】近年（司法院釋字第 688 號解釋以後）財產權違憲審查之審查標準

年份	字號	寬鬆審查標準	中度審查標準	比例原則或不明
2011	688	V		
2013	714			V
2013	716			V
2014	719			V
2015	732			V*
2016	738			V
2017	746	V		
2017	751	V		
2017	753	V		
2018	766		V	
2019	780	V		
2019	781	V*		
2019	782	V*		
2019	783	V*		
2020	788	V		
2020	793		V	
2021	810			V
2021	811	V		
2021	813	V		
2022	111 憲判 19	V		
2023	112 憲判 3	V*		

（隱含提高審查密度之審查態度，或包含適用較嚴格審查標準之傍論）

※ 資料來源：本文製表。

綜合前節與本節所呈現之「原則寬鬆、例外中度（甚至嚴格）」的審查標準架構觀察，是本文嘗試從晚近釋憲實務中爬梳出的理路。或有認為，個別大法官對審查標準的適用可能存在個別不同看法，而其更迭亦可能影響釋憲實務的見解，是否真有一貫的理路存在？從前文的分析中，也可看到歷經分歧與演變的一段發展，這正呈現了司法見解不必然始終一致的面向。但在此同時，作為法治的執行者，釋憲者也必然顧及法安定性與可預測性，致力於一個一個案件間逐漸建立具邏輯而相承繼的審查操作，也會是司法實踐的一個面向。本文確實認為，可以從晚近的釋憲實務中挖掘出如前文所述的審查理路，至於是否有說服力，留待讀者評價。可以補充說明的是，本文對於原則與例外的歸納，不僅是考量多數採取寬鬆審查標準與少數採取其他審查標準的數量比例，更是建基在不分事件類型、只要涉及財產權侵害即適用寬鬆審查，僅在指出特殊脈絡考量（具體言之，即財產權之剝奪／徵收之侵害態樣）時提升審查要求的整體觀察上。或有認為，為何不將現行實務的立場反過來描述為「原則中度（或嚴格）、例外寬鬆」？將財產權之剝奪／徵收之情狀理解為財產權保障的核心，進而將本文觀察之原則與例外顛倒，或許也是一種解讀的方式。不過本文以為，本文的解讀具有下述優勢：首先，從前述補充說明的觀察可以推知，大法官的思維路徑應該是「原則寬鬆、例外提升」，而不是先探討是否屬於財產權之剝奪／徵收，若否才適用寬鬆。其次，著眼於審查操作的合理性，適用寬鬆審查的案型廣泛多樣，占多數情形（相較於適用較高審查標準者為少數特定案型），被認定為原則，較符合原則與例外的設定。也就是說，本文所爬梳出的理路，應該是比較貼近釋憲實務思維也便於未來審查運用的選項。

四、個別規則

在我國釋憲實務的審查架構，除了三重寬嚴不同的審查標準外，其實還有另一條軸線，是在特定事務類型中，發展出個別的憲法規則進行個案的檢視，而非適用以目的及手段與目的之關係為構造的所謂審查標準¹⁷⁴。而在財

¹⁷⁴ 美國的違憲審查操作除了為國內所熟悉的多元審查標準架構外，學者亦點出另一

產權相關案件中，當然也存在此一軸線的發展。只是，此一軸線的審查與特定事務領域有高度依存關係，而要全面涵蓋財產權案件下所有個別脈絡——包括例如租稅、行政罰、徵收與特別犧牲等——的發展，尚非本文所能承載。基於前文在簡介美國財產權之違憲審查時提及美國也存在針對徵收的特別發展，本文以下選擇徵收領域作為觀察個別規則的脈絡以為呼應；而此一領域之發展，也正彰顯出與前述司法自制相當不同的現象——也就是呈現了司法積極的傾向——，值得對照與分析。有待進一步說明的是，在篩選相關案件時，除了直接針對土地徵收者外，本文也納入市地重劃、都市更新以及特別犧牲的案例。雖然在現行法中，土地重劃與都市更新被與土地徵收區分規範¹⁷⁵，但二者制度均帶有對財產權強制剝奪再重新分配或補償之元素，在憲法的評價上與徵收具有本質之共同性¹⁷⁶，故本文亦將該等案件納入整理。另

種審查態樣，即類型化規則（categorical rules）審查方法。此方法使用本身違憲規則（*per se rules*），也就是一旦發現可適用於系爭政府行為，即自動導致違憲結果。由於並不探詢政府目的以及進行手段—目的（means-ends）之檢驗，嚴格來說並不是一種違憲審查「標準」（standard）。Robert J. Hopperton, *Standards of Judicial Review in Supreme Court Land Use Opinions: A Taxonomy, an Analytical Framework, and a Synthesis*, 51 WASH. U. J. URB. & CONTEMP. L. 1, 7, 82 (1997).

¹⁷⁵ 土地法於第五編規定土地征收，第三編第六章規定土地重劃。都市更新則另於都市更新條例加以規範。

¹⁷⁶ 徵收之概念特徵即財產權之「剝奪」，參照司法院釋字第425、513號解釋；並參照李建良（2006），〈損失補償〉，翁岳生（編），《行政法（下）》，3版，頁663-664，元照；法治斌、董保城，前揭註150，頁365。關於土地重劃具徵收之性質或可類比於徵收，參照司法院釋字第739號解釋陳新民大法官（黃虹霞大法官加入）部分不同意見書，頁6-7；郭峙樺（2021），《自辦市地重劃與財產權保障：以司法院釋字第739號解釋原因案件為例》，頁19-20，國立中央大學法律與政府研究所碩士論文。相比之下，都市更新在一般認知中更加不被與徵收聯想在一起，但亦已不乏論者將都市更新描述或類比為徵收，甚或明確認定其徵收之本質。參照司法院釋字第709號解釋陳新民大法官部分不同意見書，頁8-10；林明鏞（2012），〈對「都更條例」之十點修法意見〉，《全國律師》，16卷11期，頁49；陳立夫（2008），〈我國權利變換方式之都市更新事業制度〉，《全國律師》，12卷9期，頁45；張義權、黃達元（2012），〈從文林苑事件談都市更新權利變換〉，《台灣環境與土地法學雜誌》，2期，頁125；陳仲嶙（2013），〈審視都市更新條例的合憲性：從審查標準之選擇與運用為司法院釋字第709號補述〉，《月旦法學雜誌》，219期，頁89-90。

外，限制財產權所致之特別犧牲，與剝奪財產權之徵收關係密切¹⁷⁷，且二者具有理論之共通性¹⁷⁸，故本文也將前者案例含括進來。

透過許多釋憲實踐，我國有關土地徵收、市地重劃、都市更新與特別犧牲的憲法原則不斷被豐富起來（參照下表二）。概括言之，可將相關發展歸納為以下幾個面向。第一是關於徵收之補償，在憲法未明定的情況下，大法官建立起有徵收必有補償的原則，並逐步發展合理、相當與公平之補償，乃至補償費之應儘速發給等規則。相關解釋包括司法院釋字第 215、344、425、516、579、652 等號解釋。第二是由徵收補償，擴張到限制財產權所致之特別犧牲亦應予以補償之原則，以及伴隨而來有關特別犧牲之認定、補償之方式（包括立法、借助徵收乃至賦予徵收請求權）等之規則發展。相關解釋及裁判包括司法院釋字第 336、400、440、564、747、813 等號解釋及 111 年憲判字第 15 號判決。第三是肯認需用土地人未依核准計畫之目的或期限使用時原土地所有權人之收回權，作為憲法財產權保障之延伸。相關解釋包括司法院釋字第 236、534、763 等號解釋。第四是從程序保障確保權利實現之觀點，提出之正當行政程序原則，所發展出的許多具體規則要求。相關解釋

¹⁷⁷ 例如在司法院釋字第 400 號解釋中，徵收被作為提供公用地役關係下特別犧牲之補償的法律途徑。又如司法院釋字第 336 號解釋之背景，都市計畫中公共設施保留地處於特別犧牲狀態，應儘速透過徵收取得。

¹⁷⁸ 我國釋憲實務將徵收人民財產應予補償之理論基礎，同樣建立在特別犧牲上。如司法院釋字第 652 號解釋明白指出，「財產之徵收，對被徵收財產之所有權人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家自應予以補償」；司法院釋字第 425、516 等號解釋同旨。此與構成特別犧牲之限制財產權行為應予補償，理論基礎相同（並參照吳庚（2012），《行政法之理論與實用》，增訂 12 版，頁 730-731，三民；李建良，前揭註 176，頁 663-664）。在美國，則是將徵收擴張到限制財產權之部分情形，使某些過度限制財產使用之政府行為，以管制徵收之概念納入徵收之範疇而給予憲法第 5 增補條文所要求之補償。See generally CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 662-63; TRIBE, *supra* note 22, at 595-99。美國管制徵收概念因此可與我國限制財產權之特別犧牲相類比；而管制徵收既然是透過徵收條款賦予補償之義務，其補償之基礎自與徵收相同。關於將德國達到特別犧牲之管制與美國管制徵收相類比，see also GREGORY S. ALEXANDER, THE GLOBAL DEBATE OVER CONSTITUTIONAL PROPERTY: LESSONS FOR AMERICAN TAKINGS JURISPRUDENCE 116 (2006).

包括司法院釋字第 709、731、739、763 等號解釋。第五是關於徵收目的之限制，除建立徵收目的及用途等要件與程序法律應詳加規定之要求外，並進而發展出依興建捷運之特定目的徵收之土地不得轉而辦理聯合開發移轉第三人之規則。相關解釋包括司法院釋字第 409、743 等號解釋。本文並非針對徵收之專著，但從上述宏觀概括的瀏覽，已足以顯示歷來釋憲實務形塑出許多違憲審查的個別規則，給予政治部門更細緻繁密的拘束，而呈現積極的司法態度¹⁷⁹。

除了從規則細緻發展的面向切入之外，可進一步彰顯司法積極現象的或許是從違憲比率的視角來觀察。從下表二可以得知，在所列 21 個案件中，合憲與違憲比為 8:13，也就是違憲比率高達 62%，已可見顯然並非順從政治部門的司法自制。若從時序來看，違憲比率有逐漸升高的趨勢；1994 年司法院釋字第 344 號解釋以前全屬合憲，與 2008 年司法院釋字第 652 號解釋以後全屬違憲，更呈現二個極端。因此若將焦點放在現今的審查態度，應可肯定司法積極的存在。對比第一節所探索的原則性立場，是在 2011 年司法院釋字第 688 號解釋以降，寬鬆審查逐漸被確立起來，在徵收領域的個別規則發展案件，反而朝向相反的顯著司法積極主義的方向。

由上述徵收領域釋憲發展的探索，例證了財產權保障的完整理解，除了從審查標準寬嚴的選擇入手之外，也有待加入個別領域憲法規則的觀察。個別領域規則的發展，甚至可能呈現出和一般審查標準相當不同的司法態度。

¹⁷⁹ 許宗力大法官兼院長於論及司法院釋字第 747 號解釋時，亦曾以「剛性替代立法者」加以定位，表示「大法官似乎罕見地在經濟領域積極介入，違反一般認為立法者對財產權內涵有一定自由形成空間的觀點」，並以徵收補償之憲法要求以及二十餘年立法缺漏造成之侵害急迫性為脈絡，認為「在諸多要素考量下，即便是社會經濟相關的事物領域，大法官有時也可能及時介入，以儘速填補立法不作為，備位地保障人權」。許宗力（2019），〈憲法法院作為積極立法者〉，《中研院法學期刊》，25 期，頁 32。

【表二】徵收相關違憲審查規則之發展

年份	字號	案名	相關憲法原則或規則	結果
1987	215	市區道路用地原有障礙建築物之拆遷補償案	合理補償／相當補償	合憲
1989	236	徵收土地依計畫使用認定案	收回權	合憲
1994	336	公共設施保留地未設取得期限案	特別犧牲之補償	合憲
1994	344	農林作物補償費查估基準案	公平補償	合憲
1996	400	既成道路公用地役關係案	特別犧牲之補償	違憲
1996	409	土地法與都市計畫法徵收目的及用途規定案	徵收目的之限制	合憲
1997	425	補償費因待解釋未依限發放案	補償費應相當並儘速發給	違憲
1997	440	使用道路地下部分案	特別犧牲之補償	違憲
2000	516	未依限發補償費徵收失效案	補償費應相當並儘速發給	違憲
2001	534	徵收原土地所有人收回權限制規定案	收回權	合憲
2003	564	禁止騎樓設攤案	特別犧牲之認定	合憲
2004	579	徵收補償耕地承租人價額案	合理補償／相當補償	合憲
2008	652	徵收補償費短少發給補償費差額期限案	補償費應相當並儘速發給	違憲

2013	709	都市更新事業概要與計畫審核案	正當行政程序	違憲
2015	731	區段徵收申請抵價地之期間起算日案	正當行政程序	違憲
2016	739	自辦市地重劃審查案	正當行政程序	違憲
2016	743	徵收之捷運用地得否用於聯合開發案	徵收目的之限制	違憲
2017	747	土地所有權人因公路穿越地下得請求徵收地上權案	特別犧牲之補償	違憲
2018	763	被徵收土地使用情形應定期通知案	收回權；正當行政程序	違憲
2021	813	歷史建築所定著之土地為第三人所有之補償案	特別犧牲之補償	違憲
2022	111 憲判 15	農田水利用地照舊使用案	特別犧牲之補償	違憲

※ 資料來源：本文製表。

肆、剖析我國財產權憲法保障之司法態度

一、司法自制

對於財產權之侵害原則上適用寬鬆審查，已是晚近歷經許多解釋穩固下來的基本立場。從法社會學，也就是外在於法體系的視角¹⁸⁰觀之，此一立場有來自外國法及其理論基礎的影響。而從法體系內在的視角，也就是從法之應然的層面觀之，此一立場則能從比較制度分析的論理得到正當化的基礎。以下將分別詳述之。

（一）外在視角的觀察

從法社會的觀點觀之，我國在財產權案件上顯現的前開司法自制現象，無可諱言有美國實務見解的影子。自 1980 年代起始，歐美的法學理論主導了我國法學界，並進而對司法實務產生影響¹⁸¹。在法學承繼的國別上，與學者或大法官的留學國高度相關。而自 2000 年以來，雖然留德公法學者仍居多數，但留美學者亦漸顯現學術影響，大法官解釋也更加涵納德、美不同國家的取徑，呈現德國與美國分庭抗禮或兼容並蓄的態勢¹⁸²。更具體地說，從案件類型的角度觀之，美國審查架構的影響力首先在言論自由案件中彰顯，再逐步擴及於其他許多權利領域，平等權案件在 2003 年之後亦逐漸改採美國審查模式；而德國審查架構的承繼則首於職業自由案件中顯現，後與美國的審查標準接軌，另也在其他許多自由權案件中有所發揮¹⁸³。從審查標準的

¹⁸⁰ 法社會學研究是從外在於法體系的觀點來觀察法、法體系及法制度的研究，而相對於法內在觀點關切的是如何是正確的法或法應當為何的問題。LAW & SOCIETY: READINGS ON THE SOCIAL STUDY OF LAW 1-6 (Stewart Macaulay et al. eds., 1995).

¹⁸¹ 王泰升（2012），〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，王泰升（等著），《戰後台灣法學史（上冊）》，頁52-54，元照。

¹⁸² 黃昭元（2012），〈台灣戰後憲法學說史概論：研究方法及架構的初步分析〉，王泰升（等著），《戰後台灣法學史（上冊）》，頁152，元照。

¹⁸³ 黃昭元（2013），〈大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化〉，《臺大法學論叢》，42卷2期，頁232-234、241。

角度觀之，德國式比例原則的操作固仍不乏其例，但接軌美國式多元審查標準的取徑似乎更是晚近普遍的現象¹⁸⁴。

而針對財產權的違憲審查，特別可見來自美國法的影響。首先，前文「參、二」的分析顯示，我國釋憲實務逐漸確立的寬鬆審查基本態度，不僅與美國所採立場一致，且使用的描述方式，明顯是美國合理審查標準所使用的語彙。其次，如下文將提及的，採取寬鬆審查的理由，從部分解釋中可以看出，係建立在——與美國相同的——比較政治部門與司法制度的能力與權限之理論基礎上。第三，國內學者在早前便有對美國財產權憲法保障的態度及其緣由之引介¹⁸⁵，並有留美背景之大法官在我國釋憲實務確立寬鬆審查立場以前，即已在其意見書中詳細闡述尊重政治部門財產權決策之理論並倡議該等觀點¹⁸⁶。第四，相牽連而可以合併觀察的是，在美國與財產權同樣列屬經濟性權利而連結寬鬆審查的契約自由，在我國於晚近的司法院釋字第 802 號解釋，亦同樣定調以美式的合理審查標準進行檢驗¹⁸⁷。綜合上述觀察，從美國審查架構與標準的內容，到國內學者引介的描述與個別大法官的闡述倡

¹⁸⁴ 有學者以「一個原則、三種標準」、「德國招牌、美國菜單」來描述我國此一發展趨勢。黃昭元，前揭註183，頁239。

¹⁸⁵ 例如法治斌，前揭註5，頁1-19。

¹⁸⁶ 司法院釋字第580號解釋林子儀大法官之部分協同及部分不同意見書，詳細闡述財產權涉及社會資源分配之本質，以及政治部門居於決策之優先地位的理由：「保障特定之人對特定資源享有一定之財產權，卻要建立在限制他人不能享有該財產權的基礎之上。……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。財產權的內容亦反映國家衡樹當時社會情況，依實際需要對社會資源應如何分配的一種具體決定。……社會資源要如何分配須考慮衡量眾多複雜且相衝突之因素，可採取之方式不僅有無限可能，尚且難以遽斷個別的決策是否符合國計民生均足的任務，故無論是財產權制度第一次的設定或嗣後的各種變更，不惟須反映時代、切合實際，更須調和各種經濟利益的衝突，而高度仰賴民主程序作為凝聚共識的決策基礎，類似的決策原則上自應委由具備民主正當性與決策所需之資訊及專業，並對其決策負政治責任之政治部門，予以決斷。」值得參照。

¹⁸⁷ 該號解釋針對入出國及移民法「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬」之規定，認定「係為追求正當之公共利益，目的洵屬合憲」，且限制手段「與其目的之達成間有合理關聯。」使用文句顯係合理審查標準之語彙。

議，再到大法官解釋中適用審查標準的語彙，可以看到清楚的關聯性，而印證美國法的影響。因此我國晚近對於財產權憲法位置的實務觀點，有外國法的背景元素，應無疑義。

（二）內在視角的分析

外國法不應理所當然地被視作仿效的對象，因此前述我國受到外國法影響的觀察，反而提醒吾人，應當關注理論基礎的建立。對於財產權限制與寬鬆審查的連結，大法官未曾明確說明其理由；但從部分解釋的闡述中，可略見端倪。例如司法院釋字第 746 號解釋言及「租稅規定涉及國家財政收入之整體規畫及預估，較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定」。在司法院釋字第 788 號解釋大法官則表示，「回收清除處理費之課徵具有特定之政策目標，其所涉及之環保、資源回收等事項，有其專業性及複雜性，基於機關功能之考量，本院爰採寬鬆標準予以審查。」又在司法院釋字第 811 號解釋大法官則曾闡述，「立法者對於社會保險制度之建構，本享有較大之自由形成空間，包括公保養老給付在內之各種社會保險給付之請領要件及金額，應由立法者盱衡國家財政資源之有限性、人口增減及結構變遷可能對社會保險帶來之衝擊等因素而為規範。」另在 111 年憲判字第 19 號判決大法官提到，「因社會政策涉及國家整體資源之分配與運用，政治部門需要盱衡政治、經濟、社會等各項條件作綜合考量，基於權力分立之要求，本即擁有較大自由形成空間」。雖然這些解釋的背景分別涉及租稅、回收清除處理費、社會保險等而各不相同，但大法官都將採取寬鬆審查標準的理由，共通地建立在考量所涉事務之性質，較適合由政治部門作成決定，故而司法應予尊重的基礎上。

此與美國在經濟權利上司法自制的理論基礎是相一致的。我國釋憲實務給予財產權較弱的憲法保障，並未從財產權的本質重要程度或在權利位階次序上的位置之觀點出發；也就是並非已然認定財產權係本質上較不重要或順位在後的憲法權利。事實上，從早期司法院釋字第 400 號解釋到晚近的第 813 號解釋，大法官均以「俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」來表

述財產權保障之目的與價值¹⁸⁸，顯示對其本質重要性，及其與人性尊嚴乃至實現其他自由權利的關聯性的強調。但在此同時，大法官另從政治部門與司法部門間之制度關係的觀點，來證立採取低度審查的立場；也就是說，基於國家財政資源規劃、經濟社會政策及其當中之專業事務性質，政治程序乃是正當且具優勢的決定機制，因此司法應自我節制，對政治程序之結果予以尊重。綜上，現今違憲審查上容許對財產權有廣泛的管制空間，並非肇因於對財產權憲法價值的列後評判，而是立基在適切達成國家任務的制度安排下司法應扮演角色的觀點上¹⁸⁹。此一取徑下更詳細說理，於前文美國法脈絡下的討論已有論及¹⁹⁰，此處不擬重複。

此一取徑的本質，係比較制度分析（comparative institutional analysis）。所謂比較制度分析，也就是在多數制度決定者間進行比較，以決定由誰決定的分析觀點¹⁹¹。當中的決定者，係指大尺度、複雜的制度，可以是政治程序（也可能進一步區分立法與行政程序，或進一步依據政府的層級來區分）、法院，也可以是市場、社群（設定與回應規範或慣習的社群）等¹⁹²。從比較制度分析的觀點關照司法違憲審查的應然，即意謂著對政治程序與法院的制度角色與量能進行比較，進而推導出法院應採的態度¹⁹³。而前開支撐財產權司法自制的理由，正是依循這樣的取徑。值得再連結觀察的是，雖然我國多

¹⁸⁸ 參照司法院釋字第400、709、732、813等號解釋。

¹⁸⁹ 國內學者早先便已有觀察美國釋憲見解此一取徑上之選擇，並作為我國借鏡之研究。參照李建良，前揭註133，頁106-111。

¹⁹⁰ 參照前文「貳、三」。

¹⁹¹ Neil K. Komesar, *The Essence of Economics: Law, Participation and Institutional Choice (Two Ways)*, in ALTERNATIVE INSTITUTIONAL STRUCTURES: EVOLUTION AND IMPACT 165, 165 (Sandra S. Batie & Nicholas Mercurio eds., 2008); NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 3 (1994). 中文介紹，參照陳仲嶙（2014），〈環境影響評估事件之司法審查密度：比較制度分析的觀點〉，《中研院法學期刊》，14期，頁130-133。

¹⁹² KOMESAR, *supra* note 191, at 9-10; NEIL K. KOMESAR, LAW'S LIMITS: THE RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS 29, 31 (2001).

¹⁹³ 從思辯在「諸多憲法代理人之間」適合由誰來解釋憲法，來切入理解司法違憲審查正當性爭議，並參照黃昭元（2003），〈司法違憲審查的正當性爭議：理論基礎與方法論的初步探討〉，《臺大法學論叢》，32卷6期，頁136-137。

重審查架構下財產權寬鬆審查的定位及其背後的理論思維，顯然受到美國實務學說見解的影響，但源自德國的功能最適觀點¹⁹⁴，也產生了支撐的作用。功能最適觀點原主要被運用在理解權力分立與分析相關案件上，但其與美國代議強化理論背後的比較制度分析，本質上是共通的¹⁹⁵，因而在探尋基本權利案件中司法對政治部門決定應採的態度上，同樣具有效力。事實上，在前引司法院釋字第 788 號解釋，大法官在說明擇定寬鬆標準之理由時，就使用到「基於機關功能之考量」此一彰顯功能最適觀點的語彙。這顯示來自美國的審查定位也同時獲得源自德國之理論的支持。

值得提出疑問的是，我國前開的審查定位，是真正的寬鬆審查標準下的司法自制，還是如美國般近乎棄守的司法自制？如前所述，美國聯邦最高法院在宣示適用合理審查標準之餘，實際上卻可說完全退讓於社會經濟管制；1937 年以後沒有任何社會經濟立法，在實質正當法律程序的合理審查標準下被聯邦最高法院宣告違憲¹⁹⁶。但理論上，合理審查標準雖然寬鬆，仍有一定的正當化門檻需要通過，而非全然放任政治部門隨意揮灑。美國的實際運作，其實是空洞化了合理審查標準的操作¹⁹⁷。至於我國的實踐，則尚難下定論。雖然那些針對財產權限制明確適用寬鬆審查標準的審查操作，均導出合憲的結論，但由於這段歷史尚短，案件有限，恐不足以提供充分的證據判斷

¹⁹⁴ 功能最適觀點除多次出現於大法官解釋之協同或不同意見書中外，在司法院釋字第 613 號解釋、111 年憲判字第 9 號判決、111 年憲判字第 10 號判決，已為多數意見所採。功能結構取向或功能最適之觀點的引入或倡議，參照許宗力（1993），〈論法律保留原則〉，氏著，《法與國家權力》，增訂 2 版，頁 138-141、頁 179-195，頁 181；許宗力（1999），〈憲法與政治〉，氏著，《憲法與法治國行政》，頁 45-51，元照；許宗力（1999），〈地方立法權相關問題之研究〉，氏著，《憲法與法治國行政》，頁 295-297，元照；許宗力（2007），〈權力分立與機關忠誠：以德國聯邦憲法法院裁判為中心〉，氏著，《法與國家權力（二）》，頁 303，元照。

¹⁹⁵ 關於功能結構取向或功能最適之觀點與比較制度分析的共通性，參照陳仲麟，前揭註 191，頁 133；陳仲麟（2020），〈從防疫出國禁令爭議再訪法律保留的疆界〉，《法律與生命科學》，9 卷 1 期，頁 22-23。

¹⁹⁶ 參照前文「貳、一」。

¹⁹⁷ ELY, *supra* note 1, at 155. See also Cass R. Sunstein, *Naked Preferences and the Constitution*, 84 COLUM. L. REV. 1689, 1697-98 (1984).

是否完全的退讓。而從理論層次來看，美國司法實務對社會經濟立法的過度順從，反有值得反省之處。財產權畢竟仍是在促進社會福祉與實現人性尊嚴上具重要性的權利，而政治程序不成比例地犧牲個人財產以增益社群，或以公眾利益為代價圖利特定群體等扭曲性的結果，也可能發生。當司法棄讓把關之職責，也就減少了一些政治程序約制自身恣意的外在壓力。故在謹守自制的同時，憲法裁判機關仍應行使有意義的寬鬆審查，以排除那些顯然逾越合理界限的政府行為¹⁹⁸。

綜上，財產權司法自制的原則立場之理論基礎，在現代國家的背景下，具有相當的說服力。美國經驗已然顯示，即便司法給予財產權高度保障的有限政府曾經可以是理想的國家樣貌，隨著工業化、都市化乃至全球化的時代轉變，社會經濟環境的複雜性已使國家職能急遽膨脹；而這現代國家的環境與需求，也完全是我國現今的圖像。在此背景下，當面對社會經濟管制的形塑時，因為資源規模與專業性等的差異，政治部門與司法部門作為決定者之間的正當性與適切性，愈見顯著地拉開。基於上述理由，我國跟隨美國在財產權限制上採取尊重政治程序的原則，似乎可以得到支持；只要其所行使的，仍然是有意義的寬鬆審查，保留阻擋顯逾合理界限之政府行為的可能性。然而，是否所有財產權侵害的情境均應連結寬鬆審查？在我國事實上也存在的司法積極的面向，緣由為何，又如何評價？

二、司法積極

我國大法官在部分解釋中揭示了較嚴格的審查標準，也在某些事物領域發展出綿密的個別規則，而彰顯出不順服於政治部門的一面。在某些脈絡，高比例的違憲結論甚至突顯的是鮮明的司法積極態度。這些面向呈現出整體而言比美國多一些偏向司法積極的態勢。而相比於遵循寬鬆審查的釋憲案例，這些偏離司法自制主軸的面向，更有進一步分析觀察的價值。

讓大法官脫離消極審查的考量因素為何，可以從二個角度觀察。首先，若排除和其他憲法權利競合的情形，過往釋憲實務已在某些考量下，揭示調

¹⁹⁸ See ELY, *supra* note 1, at 155.

高審查標準的可能性。包括考量涉及財產權之剝奪／徵收（司法院釋字第 781、782、783、793 號解釋），提高至中度審查；考量涉及徵收當中的私有徵收情境（司法院釋字第 732 號解釋），疑似提高到嚴格審查。其次，在某些事物領域，大法官發展出非屬三重審查標準架構下的其他個別規則；而雖然該等規則無法放在審查標準之寬嚴的角度加以評價，但在特定事物領域如徵收，整體而言可以看出顯著司法積極的現象。基此，本文雖無法窮盡所有調控審查之可能考量因素的探索，但或可初步以財產權之剝奪／徵收為例，開展進一步的分析討論。

（一）外在視角的觀察

從法社會的觀點觀之，司法院釋字第 793 號解釋不當黨產處理所涉及的轉型正義，以及諸多有關徵收之解釋所涉及的土地正義，都和社會動量緊密纏結。只是就前者而言，轉型正義的歷史脈絡與時代意義，固然和系爭規定之目的重要性的評價高度相關¹⁹⁹，卻不會是調高審查標準的理由；大法官並非基於轉型正義，而認為應適用較為嚴格的審查標準。相對地，竹南大埔、文林苑、桃園航空城等許多受高度關注之事件引發的土地正義與反迫遷運動，則很可能是徵收領域的司法積極背後重要的驅動力量之一。

相關社會運動的故事，大約起始於 2010 年的苗栗竹南大埔怪手毀田事件。該事件經網路披露與媒體報導，引發了輿論的憤慨，並串聯起原本分散各地——從新竹竹東二重、苗栗竹南大埔、苗栗後龍灣寶、臺中后里，到彰化二林相思寮——的許多反徵地抗爭，進而匯聚成一波波聚焦土地正義的社會運動，龐大的能量促成 2011 年底土地徵收條例的大幅修正²⁰⁰。接續著在 2012 年 3 月 28 日，臺北市政府基於士林文林苑都市更新案，強制拆除了王

¹⁹⁹ 參照司法院釋字第 793 號解釋理由書（將系爭規定之目的「避免……影響政黨公平競爭環境之建立及過往違反自由民主憲政秩序狀態之匡正，以落實轉型正義」，評價為「追求特別重要之公共利益」。）

²⁰⁰ 陳瑞樺（2016），〈以農之名：臺灣戰後農運的歷史考察〉，《文化研究》，22 期，頁 94-96。

家住宅，又啟動另一場震動社會的都市更新改革運動²⁰¹。同年 10 月 30 日監察院因臺北市捷運新店機廠聯合開發案——即所謂美河市案——彈劾捷運工程局前官員²⁰²，並於 12 月 12 日糾正臺北市政府²⁰³，亦使政府透過徵收取得土地卻與建商聯合開發建案致私人獲利的疑慮，受到社會關注²⁰⁴。回到土地徵收的場景，行政院於 2013 年核定為國家重大建設的桃園航空城開發計畫，以區段徵收方式進行超過 3000 公頃之大規模徵收，再掀波瀾，並延燒多年²⁰⁵。這段期間社會力的昂揚，讓土地正義躍入最重要的社會議題之一，亦累積出法律與其他學科領域的眾多討論。此一社會脈絡，對於大法官站在偏向保障人民權利的觀點進行審查，很可能發揮著作用。尤其從時序與解釋標的來看，在前述社會運動之後的 2013 年司法院釋字第 709 號解釋以降，徵收相關解釋均以違憲作結；且文林苑案正是司法院釋字第 709 號解釋的起源案件之一，美河市案則促成司法院釋字第 732 與 743 號解釋。這些亦佐證徵收領域的司法積極現象，和自 2010 年以後有關土地正義的社會脈絡的關聯性。

此外，學說上另亦指出，社會對於民主政治程序的態度，亦左右著憲法財產保障的運作。舉例來說，德國與南非的政治傳統，係對其立法與行政體系投以相當的信賴，因此其憲法財產權條款的操作，呈現對政治程序結果相當程度的尊重。相對地，美國的政治傳統包含著對通常民主政治的懷疑，其

²⁰¹ 廖本全（2014），〈歧視與暴力下的土地掠奪：台灣環境正義與人權的凝視〉，《台灣人權學刊》，2卷4期，頁142-143。

²⁰² 監察院（10/30/2012），〈台北捷運新店機廠聯合開發案 罔顧政府公利益 監察院彈劾前捷運局長常岐德等 2 官員〉，https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=213&s=6252（最後瀏覽日：08/30/2022）。

²⁰³ 監察院（12/12/2012），〈臺北捷運新店機廠聯合開發案 權益分配過程諸多違失 監察院糾正臺北市政府〉，https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=213&s=6324（最後瀏覽日：08/30/2022）。

²⁰⁴ 參照鍾麗娜（2017），〈大法官釋憲案與人民土地財產權保障之關聯〉，《土地問題研究季刊》，16卷3期，頁67。

²⁰⁵ 廖本全，前揭註201，頁144-145。

法院具有監督立法與行政行為不民主行徑的長久實踐；*Lochner* 時代和華倫法院（the Warren Court）時代分別出現、焦點不同的司法積極主義，共同地表徵對通常政治程序易被濫用的認知和對執行憲法權利保障重要性的強調²⁰⁶。以此觀點論之，我國民眾偏向於對政府不信任²⁰⁷，此一背景氛圍可能亦使大法官感覺需要站在保障人民權利的角度監督政府。也因此有助於解釋，為什麼我國釋憲實務雖然在大方向上肯定財產權司法自制的立場，但至少在某些面向，仍跨出多一些朝向謹慎檢視的步伐。

（二）內在視角的分析

1. 理論基礎概述

上述討論探索了塑造司法積極現象可能的的外在因素，而在法學上更受關切的，則是那些帶有司法積極的舉措是否能得到理論上的支持，或者相反地應受到理論上的質疑？此一問題的回答，或許可以從美國的相關學術論辯談起。對於美國司法實務在財產權上完全順服政治部門之立場，學界不乏批判的聲音。許多論述從（1）憲法文本與制憲者的意旨、（2）財產權的重要性，以及（3）政治部門未必在財產權的保障上扮演適當角色等觀點出發，主張應更嚴肅看待財產權的保障²⁰⁸。而這當中是否能找到具有說服力的論述，支持在某些層面或範疇，較嚴格的審查態度？對於這些學術反省，本文以為，第一，憲法文本提供的指引有限，而制憲者的意旨無法與時俱進，從前文回顧美國財產權保障發展的歷史所得的洞察，可以印證。同時，第二，財產權

²⁰⁶ ALEXANDER, *supra* note 178, at 61-62.

²⁰⁷ 例如據一項分析1990-2003共14年資料的研究，民眾對政府組織的信任程度，在專業角色、非營利組織、營利組織、體制、政府組織、職位角色當中，落在倒數第二。張苙雲、譚康榮（2005），〈制度信任的趨勢與結構：「多重等級評量」的分析策略〉，《臺灣社會學刊》，35期，頁76、107。

²⁰⁸ HUFFMAN, *supra* note 33, at 189-92; ERLER, *supra* note 137, at 209-16; EPSTEIN, *supra* note 6, at 19-31; RICHARD A. EPSTEIN, SUPREME NEGLECT: HOW TO REVIVE CONSTITUTIONAL PROTECTION FOR PRIVATE PROPERTY 161-69 (2008); SANDEFUR, *supra* note 4, at 1-49; Eagle, *supra* note 20, at 78-88.

的重要性毋庸置疑，但財產權作為法律的建構物，內涵本無絕對的形貌，私部門的運作，其實仰賴公共的選擇²⁰⁹；而社會經濟環境的複雜化，使得財產及經濟的利益與福祉之實現，不再能僅透過靜態的不侵奪來確保，而有待國家積極的介入調整與分配來達成²¹⁰。因此這些理由，似乎並不根本性地侵蝕前開司法自制的原則立場。然而，第三，不分脈絡、統括地認定政治部門在財產權治理上必然優越於司法部門，卻確實未必是全面的比較制度分析的結果，以下本文將進一步申論。

比較制度分析的開創性學者 Komesar 在政治程序的解析上，提出了二元驅力模型 (the two-force model)，點出在政治程序中多數影響 (majoritarian influence) 和少數影響 (minoritarian influence) 二種力量，並進而發掘二種政治失靈的類型：「多數偏頗」 (majoritarian bias) ——即多數在政治程序中過度代表的情形——和「少數偏頗」 (minoritarian bias) ——即利益集中的少數在政治程序中過度代表的情形²¹¹。由註腳 4 表徵之美國司法實務見解，以及與其相呼應的 Ely 司法審查理論，主要關注的焦點便是阻塞政治程序管道和歧視分離而隔絕的少數族群，這二種均屬於多數偏頗的政治失靈態樣。然而，此一主流見解對政治失靈的理解並非全面。

如 Komesar 已指出的，它忽略了少數偏頗的失靈類型²¹²。尋租 (rent-seeking) 確實存在且嚴重，因此有理由相信經濟社會立法會發生系統性而顯著的少數偏頗政治失靈。棄守對經濟權利的保障，也就將大幅減少對利益分散的多數——例如消費者或納稅人——的保護²¹³。雖然其亦認為，基於司法的許多特質，即使政治程序出現嚴重的少數偏頗，讓司法決定取而代之也不是個好主意；回歸 *Lochner* 時代的高密度審查，透過司法去剷除少數偏頗，在現今這個時代也就是要求法院檢視各式各樣的立法並重新做成立法中的公共政策決定，而這是其難以承擔的任務，因而美國憲法司法審查從經濟社

²⁰⁹ See, e.g., Sunstein, *supra* note 197, at 1697, 1717-18.

²¹⁰ See, e.g., KOMESAR, *supra* note 191, at 245.

²¹¹ *Id.* at 53-97.

²¹² *Id.* at 213-15.

²¹³ *Id.* at 214-15, 238-29.

會立法退守，是有其道理的²¹⁴。但是本文認為，在維持對財產權侵害寬鬆審查的原則前提下，未始不能再特定出少數偏頗顯著而司法相對具有決策能力或優勢的個別事務類型，發展出對該等事務類型較高密度的審查。

綜上所述，二元驅力模型指出的少數偏頗與多數偏頗政治程序失靈，在與司法決策劣勢進行衡平考量的前提下，為特定情境下的司法積極提供了潛在的正當性基礎。由此出發，恰可為既有憲法原則與釋憲見解提供詮釋，也為遺留的爭議點出未來宜納入思考的方向。具體言之，私用徵收可能作為基於少數偏頗而連結較高密度審查的潛在候選類型，而徵收或特別犧牲之相關補償原則的積極創設與應用亦可能從多數偏頗的背景來理解。以下將分二小節進一步闡述。

2. 公用之憲法拘束

古典的徵收概念係指公用徵收，也就是要求徵收須為公共事業之目的，影響所及，我國憲法唯一提及徵收之處（第 108 條第 1 項第 14 款）乃使用公用徵收的用語²¹⁵。雖然隨著現代國家職能的擴大，徵收已轉向為公益徵收的概念，不存在公用之絕對限制²¹⁶，但公用與私用的區分，未必不再具有違

²¹⁴ 詳言之，除司法以外的政府已經急遽膨脹並創造無數可審查的行為，司法體系難以承擔審查這些行為如此大規模的任務，而其他特定重要的範疇需要司法資源的配置；健康、安全和其他各式各樣的經濟社會議題極為重要而且複雜，同時高度涉及公民偏好的評估與權衡，司法欠缺足夠能力做成取代政治程序之決定；訴訟的特質給予司法本身一種少數偏頗，使其適合審查多數偏頗，但卻不適合審查少數偏頗。 *Id.* at 214, 229, 237-38, 251-52.

²¹⁵ 參照陳新民（2002），〈憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念〉，氏著，《憲法基本權利之基本理論（上）》，頁318、346-347，元照。

²¹⁶ 我國情形，參照司法院釋字第400、579、652、731、763等號解釋（稱「因公用或其他公益目的之必要」）。美國情形，*see Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 32 (1954) (“Subject to specific constitutional limitations, when the legislature has spoken, the public interest has been declared in terms well nigh conclusive... This principle admits of no exception merely because the power of eminent domain is involved. The role of the judiciary in determining whether that power is being exercised for a public purpose is an extremely narrow one.”); *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229, 241 (1984) (“But where the exercise of the eminent domain power is rationally related

憲審查上的意義。私用徵收透過公權力取得財產後移轉給私人的本質，使有資力從大規模土地開發或使用中獲利的群體，有高度誘因積極參與影響政治程序的結果；相對地，私用徵收政策或立法對一般大眾的衝擊僅有遙遠的可能性，無法使個別公民產生足夠的動機表達意見。其結果，政策或立法之結果並不公平地反應公眾的整體利益，而顯現鮮明的少數偏頗問題²¹⁷。

雖然一般而言，司法面對經濟決定與資源分配的議題並非適切的決策者，但辨識與回應私用徵收的少數偏頗問題，或許有些不同。蓋美國在 2005 年的 *Kelo v. City of New London* 一案²¹⁸之後，對徵收「公共使用」的憲法意涵經歷了一波豐富的反省。除了該案中 O'Connor 大法官與 Thomas 大法官分別撰寫的不同意見書，對依循先例、寬鬆解釋的多數意見提出強烈批判²¹⁹，後續美國社會的反應，更是波濤洶湧。該判決引來廣泛的公眾憤怒²²⁰，促發熱烈的學界反思、社會運動，並進而啟動各州許多立法改革²²¹、州法院在州憲法下的不同詮釋²²²，甚至是州憲法的增修行動²²³。這段經歷對法院朝向對私用徵收更警醒、更嚴格檢視的大方向，提供了正當性的動能。蓋學者就 *Kelo*

to a conceivable public purpose, the Court has never held a compensated taking to be proscribed by the Public Use Clause.”); *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, 479-80 (2005) (“Accordingly, when this Court began applying the Fifth Amendment to the States at the close of the 19th century, it embraced the broader and more natural interpretation of public use as ‘public purpose.’”).

²¹⁷ 陳仲嶙 (2011)，前揭註167，頁1064-1065。

²¹⁸ 545 U.S. 469 (2005)。該案之介紹，參照陳仲嶙 (2011)，前揭註167，頁1044-1050。

²¹⁹ *Id.* at 497-505 (O'Connor, J., dissenting), 506-22 (Thomas, J., dissenting)。

²²⁰ Janice Nadler et al., *Government Takings of Private Property*, in PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY 286, 296-98 (N. Persily et al. eds., 2008); Ilya Somin, *The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo*, 93 MINN. L. REV. 2100, 2108-14 (2009)。

²²¹ Somin, *supra* note 220, at 2114-48; George Lefcoe, *After Kelo, Curbing Opportunistic TIF-Driven Economic Development: Forgoing Ineffectual Blight Tests; Empowering Property Owners and School Districts*, 83 TUL. L. REV. 45, 73-83 (2008)。

²²² James W. Ely, Jr., *Post-Kelo Reform: Is the Glass Half Full or Half Empty?*, 17 SUP. CT. ECON. REV. 127, 139-47 (2009)。

²²³ *Id.* at 147-48。

案後立法改革的觀察顯示，這些努力的結果，實質效果有限²²⁴；許多州法因廣泛的例外條款使經濟發展徵收得以繼續存在，或因其他因素而欠缺實效或僅具象徵意義²²⁵。而其背後的原因，在於開發事業、地方政府計畫官員和其他利益團體在政治程序中的積極介入、影響²²⁶，以及在此同時一般大眾對該等法制改革的關注、參與不足²²⁷。這二項因素的觀察，正印證了少數偏頗的理論分析，也表徵出民主程序原應產出支持限制經濟發展私用徵收的立法，卻因失靈的政治程序而落空；因此司法具有正當性去積極檢視，而不會遭遇抗多數決的困境。同時，這段歷程中熱烈的討論，也為潛在的審查路徑與分析思維，累積了豐富的素材。雖然回應的具體力度與方案存在多樣性與複雜性，但有如此多資源在手，即使是在決策上原本先天不良的司法，也已非吳下阿蒙。

這些發展，也提供我國釋憲極有價值的憑藉。因而當大法官面對涉及私用徵收的捷運聯合開發爭議案件時，在司法院釋字第 732 號解釋提高了審查的嚴格程度，以及在司法院釋字第 743 號解釋創設了不得任意轉變利用目的辦理聯合開發移轉第三人之規則，具有前開背景的支撐，在大方向上值得肯定。

3. 補償之憲法拘束

除了私用徵收之外，我國其他徵收領域案件所呈現的整體積極表現，又應如何解讀與評價？回顧這些案件所提出的個別規則，主要圍繞著補償及程序保障。以補償來說，其作為憲法拘束的主要功能，是在保障少數對抗多數

²²⁴ Somin, *supra* note 220, at 2114; Ilya Somin, *Controlling the Grasping Hand: Economic Development Takings after Kelo*, 15 SUP. CT. ECON. REV. 183, 245 (2007); Lefcoe, *supra* note 221, at 100; Richard A. Epstein, *Public Use in a Post-Kelo World*, 17 SUP. CT. ECON. REV. 151, 161 (2009); SANDEFUR, *supra* note 4, at 105-06.

²²⁵ Somin, *supra* note 220, at 2120-37.

²²⁶ Epstein, *supra* note 224, at 161; Ilya Somin, *The Politics of Economic Development Takings*, 58 CASE W. RESV. L. REV. 1185, 1186-90 (2008); Somin, *supra* note 220, at 2168.

²²⁷ Somin, *supra* note 220, at 2154-59; Somin, *supra* note 226, at 1192-97; Somin, *supra* note 224, at 259-260.

²²⁸；也就是在回應多數偏頗問題，而與前述少數偏頗的脈絡不同。由於補償的經費來自於由大眾繳納的一般稅金，因此當多數偏頗出現的情境，也就是多數控制政治程序損害少數的情境，要求多數支付補償予那些少數以填補多數造成的損失，將協助確保移除多數偏頗²²⁹。至於少數偏頗，由於利益集中的少數僅在納稅大眾的身分下負擔很小的一部分成本，因此補償無法矯正少數偏頗；甚至補償之要求反而會因複雜的行政機制而創造更多尋租機會，而產生額外的少數偏頗的可能性²³⁰。

上述肯定補償具有回應多數偏頗政治失靈的功能，只完成了需求面的觀察；供給面，也就是補償之執行所產生的負擔，特別是對司法加諸者，須同等受到關注。尤其是，財產權司法自制的原則性立場，原本即是建立司法在財政資源分配與社經政策決定上相對政治部門居於劣勢的特徵。從補償之負擔的關懷來觀照提供補償的範圍，首先，相關大法官解釋跨出的第一步，是在憲法未明文的情況下，建立了徵收——也就是財產權之剝奪的情狀——應予合理、相當補償的原則。而如在司法院釋字第 763 號解釋中提到的，「徵收人民土地，屬對人民財產權最嚴重之侵害手段」，將補償要求加諸此種情境，確保了在對人民財產權最核心重要之處²³¹，得免於多數偏頗的威脅；在此同時，因範圍上局限於財產權之剝奪，不致造成情狀過於廣泛多樣所帶來的過度負擔，而且剝奪與限制的界線尚屬明晰，亦不致造成司法在區分判斷上的過大困難。另外，釋憲實務在涉及財產權剝奪時將審查提升至中度，以及徵收之收回權及正當行政程序的要求，也可以被理解為，為擔保人民財產

²²⁸ Ely, *supra* note 143, at 97-98.

²²⁹ KOMESAR, *supra* note 191, at 241. See also RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 64 (5th ed., 1998); 張永健 (2018), 〈財產權的限制與補償：新理論分析框架〉，《人文及社會科學集刊》，30卷4期，頁513。

²³⁰ Komesar, *supra* note 191, at 243-44.

²³¹ 學者有從德國法之法釋義學結構，主張財產權之「存續」本身與對既有財產之利用可能性，二者應予區分；前者有強度保護結構，因此對所有權之剝奪即便可以正當化，還須轉換為財產價值的保障，也就是徵收補償之要求，而對財產支配使用之限制則與一般自由權的保護結構相似。蔡維音 (2006)，〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，11期，頁50-51。

權最核心重要之處而進一步強化審視、增設配套機制。接著，釋憲見解將補償要求進一步擴張，及於雖未剝奪，但對財產權之限制已達特別犧牲者。理論上，大法官也可以採取保護更完全的立場，如同美國學者 Epstein 所主張的，承認所有在私人間構成財產奪取而應予賠償的情形，同樣的政府行為都應被視為徵收²³²；這也就是說，法定地役關係、土地使用管制、文化地標指定、商品銷售與價格控制等各式各樣對財產權的限制，都應該有補償要求的適用²³³。此一主張契合經濟現實。當 A 造成 B 的損失，不論是獲取所有權、侵入空間、減少財產之經濟價值，B 都應該予以填補；當 A 是私人時如此，當 A 為政府時亦然。畢竟，損失就是損失。問題是，如此一來，不僅將增加行政執行上的成本與繁雜²³⁴，更嚴重的是將要求司法承擔更龐大廣泛的職責；因其需去判斷是否存在觸發補償的財產權侵害、是否存在應予補償的損失以及補償是否充分，而成為審查標的者廣及中央與地方的各種行為。此一任務的範圍與複雜程度將遠超過司法的負荷²³⁵。雖然 Epstein 啟發性的「隱然的非現金補償」（implicit in-kind compensation）——例如管制措施對被限

²³² EPSTEIN, *supra* note 6, at 36, 39-41. For a similar argument, SANDEFUR, *supra* note 4, at 123.

²³³ EPSTEIN, *supra* note 6, at 100-01, 263.

²³⁴ 例如，於司法院釋字第747號解釋作成時，尚未徵收之既成道路的補償金額，仍達3兆元以上，參照司法院釋字第747號解釋許志雄大法官協同意見書。又如，111年憲判字第15號判決作成時，依該判決所述，符合系爭規定之無償照舊使用他人土地者，以公告現值估計約1,732億元，而照舊使用土地之用地取得專戶餘額，僅有不成比例的18億5,959萬元。

²³⁵ KOMESAR, *supra* note 191, at 235-38. For a general discussion about caseload effects, see Richard A. Posner, *The Meaning of Judicial Self-Restraint*, 59 IND. L.J. 11 (1983) (arguing that “decisions that create rights lead to heavier caseloads which can in turn impair the courts’ ability to function” and that “it is legitimate for a judge to consider caseload effects when deciding a case”); KOMESAR, *supra* note 192, at 35-36, 39-41 (describing the severe constraints “on the expansion of the adjudicative process”); Richard A. Posner, *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984?: An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function*, 56 S. CAL. L. REV. 761, 762-64 (1983) (arguing “there is a natural upper limit on the number of federal court of appeals judges”).

制者帶來的利益、稅賦減免、容積移轉等——也是一種補償形式的洞察，讓許多沒有提供明確現金補償的財產權限制，其實也都可能已滿足了補償的要求²³⁶，但對司法的制度量能壓力並不因此消除，因為如果各式各樣財產權限制都有補償要求的適用，可預見將有許多挑戰補償是否已經充分的案件被提出。基此，我國承繼德國見解肯認財產權的社會義務，僅將補償連結至達到特別犧牲之情形²³⁷，以及美國對於管制徵收之承認僅限縮在相當有限的情境²³⁸，乍看之下是不完全的保護，實際上卻可以得到比較制度分析的支持。至於補償與不補償之間的界線劃設何處，恐無絕對的答案；只要從財產權之剝奪跨越到財產權之限制的範疇，任何劃界都不免在實際認定上遭遇挑戰。

值得附帶論及的是，我國承繼德國的特別犧牲補償之原則，與美國管制徵收之操作存在一項重要的不同。特別犧牲之補償需法規依據，即補償法定原則；當發生特別犧牲，而加諸財產權限制之法令卻未提供補償規範時，救濟途徑係由憲法裁判機關宣告加諸財產權限制之法令違憲無效，而非得由法院直接判予補償²³⁹。相對地，在美國管制徵收之情形，法院之權限非僅限於宣告違憲，而可在無立法授權下直接判決補償。尋求管制徵收之補償的司法請求程序稱為反向徵收（inverse condemnation），多年來受法院所肯認²⁴⁰。所謂反向徵收，係指於政府事實上奪去財產價值時，原告訴請政府回復／填

²³⁶ EPSTEIN, *supra* note 6, at 195-98; 張永健，前揭註229，頁515-516。

²³⁷ 參照司法院釋字第400、440、564、747、813號解釋。

²³⁸ ALEXANDER, *supra* note 178, at 95; CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 675.

²³⁹ 我國情形，參照司法院釋字第336、400、440號解釋、111年憲判字第15號判決、最高行政法院92年度判字第918號、92年度判字第1720號、95年度判字第436號、100年度判字第1926號、104年度判字第251號判決；吳庚，前揭註178，頁734；張永健，前揭註156，頁4-7。司法院釋字第747號解釋雖突破性地承認於公路穿越地下情形，由憲法導出得請求徵收地上權之權利，惟此仍與承認特別犧牲得直接請求補償有異：第一，肯認請求徵收地上權之權利，仍係憑藉已存在的補償法規——也就是徵收法制——給予補償；第二，司法院釋字第747號解釋仍係以要求修正法律作為回應違憲狀態之方法，僅在逾期未完成修法時，方得直接請求徵收地上權以因應立法怠惰；第三，在之後的111年憲判字第15號判決，憲法法庭對於特別犧牲的處理，並未承認直接的徵收或補償請求權。德國情形，*see* ALEXANDER, *supra* note 178, at 116-21; Alexander, *supra* note 33, at 775.

²⁴⁰ ALEXANDER, *supra* note 178, at 116, 121; CHEMERINSKY, *supra* note 22, at 681-82.

補其財產價值之訴因。憲法第 5 增補條文所賦予者乃是自動執行的補償權利，因此即便政府未正式行使徵收（*eminent domain*）權力，補償的權利亦發生。故而當所有權人認為政府之管制行為已構成憲法上之徵收卻未獲補償時，即可依此訴因訴請政府補償之²⁴¹。相比之下，美國模式似乎較我國模式更即刻、有效地實現人民財產權的保障。不過，我國模式將補償機制的建立與執行之第一線任務，交付給立法與行政部門，具有大幅降低司法負載的優點，也減少因法官獨立審判可能伴隨的補償與否及數額判定上的歧異紛亂。尤其是，美國在其普通法傳統下經歷許多案件的累積，發展出較為細緻化與脈絡化的考量因素與判斷規則²⁴²；我國社會義務與特別犧牲界分標準的抽象性，若交由每個個別法官判斷，恐相對於美國較不易操作²⁴³。上述分析顯示，我國與美國在回應財產權限制之補償上的制度模式，同中有異，在比較制度分析下優劣互見。在我國學界對不以法律依據存在為前提，承認直接的特別犧牲補償請求權，已成為受到許多支持的有力見解之情況下²⁴⁴，考量對司法體系的負擔以及建構更清晰可操作的判斷標準，也就成為需要努力的方向。

綜上，我國對財產權之保障，存在偏離財產權司法自制的面向。這些展現相對積極的態度，係在個別案件中被不同的考量所觸發。從法社會的視角，可以觀察到牽引某些司法積極發展的社會力量。從理論層次分析，延續財產

²⁴¹ JUERGENSMEYER & ROBERTS, *supra* note 33, at 583-84, 952-53. 日本學說實務亦採取於無損失補償規定時，得直接以憲法為依據請求補償之見解，參照葉百修（2011），《損失補償法》，頁66-67，新學林；司法院釋字第747號解釋許志雄大法官協同意見書；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期，頁26-27。

²⁴² 關於美國管制徵收的認定，參照前文「貳、一、（四）」。

²⁴³ 關於我國特別犧牲判準之抽象性的評論，參照陳立夫，前揭註241，頁18-20；張永健，前揭註229，頁506-508。並參照林明鏘（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期，頁11-13；王文宇（2001），〈從財產權保障與政府權責論震災重建〉，《臺大法學論叢》，30卷1期，頁63。

²⁴⁴ 參照林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎（2009），《行政法入門》，2版，頁380-383，元照；張永健，前揭註156，頁11-19；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123-126。

權司法自制所依憑的比較制度分析或功能最適觀點，似乎也可以為該等司法積極的傾向找到一些支持的基礎。不過，相對於在連結寬鬆審查上可以看見稍見清晰的理論基礎，在展現司法積極的這個面向，既有釋憲見解對於背後理由則或缺說明，或僅隻字片語帶過；也自然難以看到與在司法自制的面向相整合的論理。事實上，大法官在許多個別案件中的決斷，恐怕並非在一個整全性的財產權保障理路下的產物。展望未來，在拿捏司法審查的態度上，值得不斷正反辯證。當強調權利保障、進行嚴格審查的念頭出現，採取自制立場的理由也需要進來一同被考量；更具體地說，是否調整審查密度，應該從一個共同的比較制度分析或功能最適觀點出發，視能否為形成特定調控審查密度的類型化提供支持。

伍、結 論

本文從我國財產權司法自制立場的源頭——美國釋憲實務見解的發展——談起，自歷史經驗中發掘洞察。這些觀察清楚顯示，財產權的保障並沒有理之必然、亙古不變的面貌，而是隨著社會經濟背景的變遷、政治哲學與法律思維的遞嬗而演化。而在對財產作為社會建構物與扮演著建構社會關係之角色的體認，以及現代高度複雜的社經環境伴隨而來國家回應社會問題的迫切需求背景下，基於政治部門在國家財政資源規劃、經濟社會政策及其當中之專業事務上的決策優勢，對財產權限制審查之司法自制思維，於焉浮現，並且受到廣泛支持。

我國釋憲實務的觀察解析，則顯現以下幾點特徵：第一，與美國類似地，財產權之限制原則上連結到寬鬆審查標準，已成為審查上的預設。不過，第二，個案中的特定因素，仍可能引致審查標準的調整。包括基於涉及其他重要憲法權利（如生存權）、其他重要公共利益（如政黨公平競爭）或特定財產權侵害態樣（如財產權之剝奪／徵收）而適用中度審查；甚至在特定財產權侵害態樣（如私用徵收），有提高到嚴格審查的可能。第三，在特定事務類型中，釋憲實務發展出非屬所謂審查標準的個別憲法規則，作為檢視特定

領域事務合憲性的憑藉；而其中在徵收相關領域——包括土地徵收、市地重劃、都市更新及特別犧牲的案例——呈現出司法積極的傾向。因而，財產權固然概括而言受到較弱的憲法保障，但全然以順服於政治部門來理解司法態度，亦非完整正確。

此一財產權之司法審查的圖像，有歷史與社會的動因，亦大致可尋得支持的理論基礎。其中司法自制的定位，有來自美國法之影響，而在美國法下被賦予的理由，也可在大法官解釋的文句中發現身影。至於特定情境下審查標準的調控與在特定事務類型中顯現的不同審查態度，則各有其個案或脈絡的緣由或考量。藉由比較制度分析的視角進行觀察，我國財產權的憲法保障，整體而言，在司法自制與司法積極之間的拿捏未有重大偏差，取得的或許是比美國更加適切的平衡。只是，在偏離司法自制往司法積極一端的那些案例發展，欠缺明確而具有體系性的論理。而本文透過比較制度分析開展的討論，或有助於在建構財產權司法審查密度調控上，提供更具體系性的理論基礎。

參考文獻

一、中文部分

- 王文宇（2001），〈從財產權保障與政府權責論震災重建〉，《臺大法學論叢》，30 卷 1 期，頁 45-72。https://doi.org/10.6199/NTULJ.2001.30.01.02
- 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。https://doi.org/10.3966/199516202013110014003
- 王泰升（2012），〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，收於：王泰升（等著），《戰後台灣法學史（上冊）》，頁 1-67，元照。
- 王澤鑑（2010），《民法物權》，增訂 2 版，自刊。
- 吳秀明、楊坤樵（2006），〈憲法與我國經濟部門之基本秩序〉，收於：蘇永欽（編），《部門憲法》，頁 207-277，元照。
- 吳庚（2012），《行政法之理論與實用》，增訂 12 版，三民。
- 吳庚、陳淳文（2021），《憲法理論與政府體制》，增訂 7 版，自刊。
- 李建良（2004），《憲法理論與實踐（三）》，新學林。
- （2006），〈損失補償〉，收於：翁岳生（編），《行政法（下）》，3 版，頁 645-737，元照。
- 李惠宗（2012），《憲法要義》，6 版，元照。
- 林子儀（1999），《言論自由與新聞自由》，元照。
- （2002），〈言論自由導論〉，收於：李鴻禧（等著），《台灣憲法之縱剖橫切》，頁 103-179，元照。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2008），《憲法：權力分立》，2 版，新學林。
- 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎（2009），《行政法入門》，2 版，元照。

- 林明鏘（2012），〈對「都更條例」之十點修法意見〉，《全國律師》，16 卷 11 期，頁 36-50。
- （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 期，頁 5-16。
<https://doi.org/10.3966/207798362017100064001>
- 法治斌（1981），〈憲法保障人民財產權與其他權利之標準〉，《政大法學評論》，23 期，頁 1-26。
- 法治斌、董保城（2020），《憲法新論》，增訂 7 版，元照。
- 施啟揚（1993），《民法總則》，增訂 5 版，自刊。
- 孫迺翊（2012），〈社會給付權利之憲法保障與社會政策之形成空間：以德國聯邦憲法法院關於年金財產權保障及最低生存權保障之判決為中心〉，《臺大法學論叢》，41 卷 2 期，頁 445-516。
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2012.41.02.01>
- 張永健（2018），〈財產權的限制與補償：新理論分析框架〉，《人文及社會科學集刊》，30 卷 4 期，頁 505-535。
- （2020），〈既成道路之私法性質與徵收補償請求基礎：釋字第 747 號解釋後的新局〉，《臺北大學法學論叢》，113 期，頁 1-47。
- 張荳雲、譚康榮（2005），〈制度信任的趨勢與結構：「多重等級評量」的分析策略〉，《臺灣社會學刊》，35 期，頁 75-126。
<https://doi.org/10.6786/TJS.200512.0075>
- 張義權、黃達元（2012），〈從文林苑事件談都市更新權利變換〉，《台灣環境與土地法學雜誌》，2 期，頁 119-132。
- 許宗力（1993），《法與國家權力》，增訂 2 版，月旦。
- （1999），《憲法與法治國行政》，元照。
- （2007），《法與國家權力（二）》，元照。
- （2018），〈大法官的司法積極主義如何形塑臺灣的自由民主憲政秩序〉，《司法周刊》，1923 期（司法文選別冊），頁 16-33。

- (2019), 〈憲法法院作為積極立法者〉, 《中研院法學期刊》, 25 期, 頁 1-39。
- 郭峙樺 (2021), 《自辦市地重劃與財產權保障：以司法院釋字第 739 號解釋原因案件為例》, 國立中央大學法律與政府研究所碩士論文(未出版), 桃園。
- 陳立夫 (2008), 〈我國權利變換方式之都市更新事業制度〉, 《全國律師》, 12 卷 9 期, 頁 40-49。
- (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 期, 頁 17-30。
<https://doi.org/10.3966/207798362017100064002>
- 陳仲嶙 (2010), 〈圈地惡法立即停止：對私用徵收的憲法批判〉, 《台灣法學雜誌》, 159 期, 頁 9-15。
- (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。
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2011.40.03.03>
- (2011), 〈商業性言論憲法解釋十年回顧與評析〉, 《中原財經法學》, 27 期, 頁 101-150。
- (2013), 〈審視都市更新條例的合憲性：從審查標準之選擇與運用為司法院釋字第 709 號補述〉, 《月旦法學雜誌》, 219 期, 頁 80-101。
<https://doi.org/10.3966/102559312013080219005>
- (2014), 〈環境影響評估事件之司法審查密度：比較制度分析的觀點〉, 《中研院法學期刊》, 14 期, 頁 107-168。
- (2020), 〈從防疫出國禁令爭議再訪法律保留的疆界〉, 《法律與生命科學》, 9 卷 1 期, 頁 1-37。
- 陳新民 (2002), 《憲法基本權利之基本理論 (上)》, 元照。
- 陳瑞樺 (2016), 〈以農之名：臺灣戰後農運的歷史考察〉, 《文化研究》, 22 期, 頁 75-122。
[https://doi.org/10.6752/JCS.201603_\(22\).0004](https://doi.org/10.6752/JCS.201603_(22).0004)
- 湯德宗 (2005), 《權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡》, 元照。

- (2009), 〈違憲審查基準體系建構初探：「階層式比例原則」構想〉，收於：廖福特（主編），《憲法解釋之理論與實務第六輯（下冊）》，頁 581-660，中央研究院法律學研究所。
- 黃昭元（2003），〈司法違憲審查的正當性爭議：理論基礎與方法論的初步探討〉，《臺大法學論叢》，32 卷 6 期，頁 103-151。
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2003.32.06.04>
- (2004)，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 45-148。
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2004.33.03.02>
- (2012)，〈台灣戰後憲法學說史概論：研究方法及架構的初步分析〉，收於：王泰升（等著），《戰後台灣法學史（上冊）》，頁 125-158，元照。
- (2013)，〈大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化〉，《臺大法學論叢》，42 卷 2 期，頁 215-258。
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2013.42.02.01>
- 葉百修（2011），《損失補償法》，新學林。
- 葉俊榮、張文貞（2002），〈轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢〉，《人文及社會科學集刊》，14 卷 4 期，頁 515-559。
<https://doi.org/10.6350/JSSP.200212.0515>
- 廖本全（2014），〈歧視與暴力下的土地掠奪：台灣環境正義與人權的凝視〉，《台灣人權學刊》，2 卷 4 期，頁 137-150。
- 監察院（10/30/2012），《台北捷運新店機廠聯合開發案 罔顧政府公利益 監察院彈劾前捷運局長常岐德等 2 官員》，載於：
https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=213&s=6252
- 監察院（12/12/2012），《臺北捷運新店機廠聯合開發案 權益分配過程諸多違失 監察院糾正臺北市政府》，載於：
https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=213&s=6324
- 劉得寬（1993），《法學入門》，3 版，五南。

- 蔡維音（2006），〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，11期，頁 31-74。
- 鍾麗娜（2017），〈大法官釋憲案與人民土地財產權保障之關聯〉，《土地問題研究季刊》，16 卷 3 期，頁 50-68。
- 蘇永欽（1998），〈財產權的保障與大法官解釋〉，《憲政時代》，24 卷 3 期，頁 19-64。
- （2022），〈承擔解釋功能的判決：以 111 年憲判字第 3 號判決為例〉，《月旦法學雜誌》，325 期，頁 76-92。
<https://doi.org/10.53106/1025593132506>

二、英文部分

- Ackerman, B. (1991). *We the People: Foundations* (Vol. 1). Harvard University Press.
- Alexander, G. S. (1997). *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*. University of Chicago Press.
- (2003). Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example. *Cornell Law Review*, 88(3), 733-778.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.384161>
- (2006). *The Global Debate over Constitutional Property: Lessons for American Takings Jurisprudence*. University of Chicago Press.
- Barnett, R. E. (2002). Is the Rehnquist Court an “Activist” Court? The Commerce Cause Cases. *University of Colorado Law Review*, 72, 1275-1290.
- Becker, L. C. (1980). The Moral Basis of Property Rights. In J. R. Pennock & J. W. Chapman (Eds.), *Nomos XXII: Property* (pp. 187-220). New York University Press.
- Bell, T. W. (2012). “Property” in the Constitution: The View from the Third Amendment. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 20, 1243-1276.

- Bopp, J. J. (2007). Preserving Judicial Independence: Judicial Elections as the Antidote to Judicial Activism. *First Amendment Law Review*, 6(1), 180-191.
- Chemerinsky, E. (2011). *Constitutional Law: Principles and Policies* (4th ed.). Wolters Kluwer Law & Business.
- Cox, A. (1987). The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint?. *Maryland Law Review*, 47(1), 118-138.
- Coyle, D. J. (1993). Takings Jurisprudence and the Political Cultures of American Politics. *Catholic University Law Review*, 42(4), 817-862.
- Dow, D. R., Jeu, C., & Coveny, A. C. (2008). Judicial Activism on the Rehnquist Court: An Empirical Assessment. *St. John's Journal of Legal Commentary*, 23(1), 35-110.
- Eagle, S. J. (2002). The Development of Property Rights in America and the Property Rights Movement. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 1, 77-129.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctv102bj77>
- Ely, Jr., J. W. (1992). *The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights*. Oxford University Press.
- (2002). Property Rights and Judicial Activism. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 1, 125-127.
- (2009). Post-Kelo Reform: Is the Glass Half Full or Half Empty?. *Supreme Court Economic Review*, 17, 127-150. <https://doi.org/10.1086/656051>
- Epstein, R. A. (1985). *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjghwth>
- (2008). *Supreme Neglect: How To Revive Constitutional Protection For Private Property*. Oxford University Press.
- (2009). Public Use in a Post-Kelo World. *Supreme Court Economic Review*, 17, 151-171.

- Erler, E. J. (2019). *Property and the Pursuit of Happiness: Locke, the Declaration of Independence, Madison, and the Challenge of the Administrative State*. Rowman & Littlefield Publishers.
- Graglia, L. A. (1996). It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19(2), 293-299.
- Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58, 1195-1263.
- Hopperton, R. J. (1997). Standards of Judicial Review in Supreme Court Land Use Opinions: A Taxonomy, an Analytical Framework, and a Synthesis. *Washington University Journal of Urban and Contemporary Law*, 51(1), 1-188.
- Huang, T. W. (2005). Judicial Activism in the Transitional Polity: The Council of Grand Justices in Taiwan. *Temple International and Comparative Law Journal*, 19(1), 1-58.
- Huffman, J. L. (2013). *Private Property and the Constitution: State Powers, Public Rights, and Economic Liberties*. Palgrave Macmillan. <https://doi.org/10.1057/9781137376732>
- Jones, G. (2002). Proper Judicial Activism. *Regent University Law Review*, 14, 141-179.
- Juergensmeyer, J. C., & Roberts, T. E. (2007). *Land Use Planning and Development Regulation Law* (2nd ed.). West Academic Publishing.
- Keynes, E. (1996). *Liberty, Property, and Privacy: Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process*. Penn State University Press.
- Kmiec, K. D. (2004). The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". *California Law Review*, 92(5), 1441-1477. <https://doi.org/10.2307/3481421>
- Komesar, N. K. (1994). *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. University of Chicago Press.

- (2001). *Law's Limits: The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*. Cambridge University Press.
- (2008). The Essence of Economics: Law, Participation and Institutional Choice (Two Ways). In S. S. Batie & N. Mercurio (Eds.), *Alternative Institutional Structures: Evolution and Impact*. (pp. 165-186). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203894439-13>
- Lefcoe, G. (2008). After Kelo, Curbing Opportunistic TIF-Driven Economic Development: Forgoing Ineffectual Blight Tests; Empowering Property Owners and School Districts. *Tulane Law Review*, 83, 45-111.
- Lin, T. Y., Kuo, M. S., & Chen, H. W. (2018). Seventy Years On: The Taiwan Constitutional Court and Judicial Activism in a Changing Constitutional Landscape. *Hong Kong Law Journal*, 48(3), 995-1027.
- Lindquist, S. A. (2017). Judicial Activism in State Supreme Courts: Institutional Design and Judicial Behavior. *Stanford Law & Policy Review*, 28, 61-108.
- Macaulay, S., Friedman, L. M., & Stookey, J. A. (Eds.). (1997). *Law & Society: Readings on the Social Study of Law*. W. W. Norton & Co Inc.
- McCarthy, J. T. (2008). *The Rights of Publicity and Privacy* (2nd ed.). Thomson/West.
- Nadler, J., Diamond, S. S., & Patton, M. M. (2008). Government Takings of Private Property. In N. Persily, J. Citrin & P. J. Egan (Eds.), *Public Opinion and Constitutional Controversy* (pp. 286-309). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195329414.003.0013>
- Nowak, J. E., & Rotunda, R. D. (2010). *Constitutional Law* (8th ed.). West Academic Publishing.
- O'Scannlain, D. F. (2002). Takings Clause Jurisprudence: Muddled, Perhaps; Judicial Activism, No. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 1, 129-132.

- Penner, J. E. (1996). The “Bundle of Rights” Picture of Property. *UCLA Law Review*, 43(3), 711-820.
- Posner, R. A. (1983). The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, 59(1), 1-24.
- (1983). Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984?: An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. *Southern California Law Review*, 56, 761-791.
- (1998). *Economic Analysis of Law* (5th ed.). Aspen Publishers.
- Purdy, J. (2015). Property in the United States Constitution. In V. M. Tushnet, M. A. Graber & S. Levinson (Eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution* (pp. 501-520). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190245757.002.0003>
- Rabin, E. H., Kwall, R. R., & Kwall, J. L. (2000). *Fundamentals of Modern Property Law* (4th ed.). Foundation Press.
- Ringhand, L. A. (2007). Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary*, 24(1), 43-102.
- Roosevelt III, K. (2006). *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale University Press.
- Salkin, P. E., & Nolon, J. C. (2021). *Land Use Law in a Nutshell* (3rd ed.). West Academic Publishing.
- Sandefur, T. (2006). *Cornerstone of Liberty: Property Rights in 21st Century America*. Cato Institute.
- Schultz, D. (2014). The Property Rights Revolution That Failed: Eminent Domain in the 2004 Supreme Court Term. *Touro Law Review*, 21(4), 929-988.
- Schacter, J. S. (2017). Putting the Politics of “Judicial Activism” in Historical Perspective. *The Supreme Court Review*, 2017, 209-272. <https://doi.org/10.1086/697196>

- Sherry, S. (2016). Selective Judicial Activism: Defending Carolene Products. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 14(2), 559-574.
- Singer, J. W. (2006). *Property Law: Rules, Policies, and Practices* (4th ed.). Aspen Publishers.
- Smith, S. F. (2002). Taking Lessons from the Left?: Judicial Activism on the Right. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 1, 57-80.
- Somin, I. (2007). Controlling the Grasping Hand: Economic Development Takings after Kelo. *Supreme Court Economic Review*, 15, 183-271. <https://doi.org/10.1086/656031>
- (2008). The Politics of Economic Development Takings. *Case Western Reserve Law Review*, 58, 1185-1198.
- (2009). The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo. *Minnesota Law Review*, 93(6), 2100-2178.
- Stern, J. Y. (2013). Property's Constitution. *California Law Review*, 101, 277-326.
- Stone, G. R., Seidman, L. M., Sunstein, C. R., Tushnet M. V., & Karlan, P. S. (2017). *Constitutional Law* (8th ed.). Wolters Kluwer.
- Sunstein, C. R. (1984). Naked Preferences and the Constitution. *Columbia Law Review*, 84, 1689-1732. <https://doi.org/10.2307/1122446>
- Tribe, L. H. (1988). *American Constitutional Law* (2nd ed.). Foundation Press.
- (2000). *American Constitutional Law* (3rd ed., Vol. 1). Foundation Press.
- Tushnet, V. M. (1987). Tushnet: Comment on Cox. *Maryland Law Review*, 47(1), 147-154.
- Underkuffler, L. S. (2013). Property and Change: The Constitutional Conundrum. *Texas Law Review*, 91(7), 2015-2042.
- Whitman, D. A., Burkhart, A. M., Freyeremuth, R. W., & Rule, T. A. (2019). *The Law of Property* (4th ed.). West Academic Publishing.
- Wolfe, C. (1997). *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* (Rev. ed.). Rowman & Littlefield Publishers.

Judicial Self-Restraint and Judicial Activism in the Constitutional Protection of Property Rights

Chung-Lin Chen *

Abstract

The standpoint of the Constitutional Court in recent years has been to principally apply the rational basis test to the restriction of property rights. This standpoint of property rights protection is consistent with the double standard of judicial review in the United States, which is supported by the participation-oriented, representation-reinforcing theory and the understanding of the role of the modern administrative state. At the same time, the observation of the overall practice of the constitutional interpretation reveals that there are also some cases deviating from the rational basis review and, in certain contexts, it is even significant judicial activism in the attitude towards the protection of property rights. What is the comprehensive picture of the constitutional protection of property rights? What is the underlying theoretical basis? What social factors affect the judicial attitude and its evolution? All deserve further exploration.

The purpose of this article is to observe and analyze the judicial review attitudes towards the protection of property rights under Taiwan's Constitutional Court decisions, including the premise of applying the rational basis test and the aspect of increasing the level of scrutiny and even active protection at the same time. Through the perspective of comparative institutional analysis, this article asserts that the overall outlook of the current constitutional protection of property rights in Taiwan has struck a more or less sound balance between judicial self-restraint and judicial activism and, likely, has struck a better balance than the one in the United States. However, those Court opinions deviating from the baseline of judicial self-restraint and leaning toward judicial activism lack clear and

* Professor, Institute of Law for Science and Technology, National Tsing Hua University.
E-mail: clchen@mx.nthu.edu.tw

coherent reasoning. The exploration through comparative institutional analysis in this article would help to establish a comprehensive theoretic basis for adjusting the level of judicial scrutiny in the individual contexts when reviewing the infringement of property rights.

Keywords: property rights, judicial review, standard of review, judicial self-restraint, judicial activism, law and society