

我國私有既成道路土地使用受限 與損失補償之法律經濟分析

陳明燦*

目	次
壹、序說	二、既成道路之使用限制與財產
貳、財產權理論	權配置法則
一、基礎理論	三、既成道路與損失補償
二、財產權配置法則	肆、「競價收購」解決措施評析：以
參、既成道路成因、使用限制、	台北縣為例
財產權配置法則以及損失補	一、內容簡論
償	二、問題分析
一、既成道路之成因	伍、結論

中文關鍵詞：財產權保障、既成道路用地、使用限制、損失補償、競價收購、法律經濟分析

Keywords：Property Protection, Institutional Entitlement, Existing Roads, Use Restriction, Loss Compensation, Competition & Purchase, Economic Analysis of Law

中文摘要

我國既成道路之取得以及損失補償問題，由來已久，一直困

* 德國波昂大學農學博士，國立台北大學公共事務學院不動產與城鄉環境學系專任教授兼系主任。作者感謝研究助理許世迪碩士於資料蒐集上之協助，更感謝匿名審查人之費心審查以及寶貴意見，惟文責由作者自行負責。

擾其所有權人以及主管機關，雖然司法院大法官釋字第 400 號解釋認為主管機關對既成道路應負「損失補償」責任，但並無益於問題之解決。於是，有關既成道路之損失補償問題終究仍是處於「懸而未決」狀態。為此，相關單位莫不絞盡腦汁，以求問題之解決，是以財政部乃於民國 92 年訂頒實施「中央補助直轄市及縣政府取得既成道路試辦計畫」，並委由地方政府實施，採取由既成道路所有權人競價出售其土地予地方政府之方式，並予以補償，俾利國家逐年取得既成道路用地所有權。本文有鑑於此，乃以台北縣為例，並從法制觀點分析「競價收購」此一措施之合理與合法性，茲分述其結論於次：

- 一、既成道路用地之補償方式宜多元化；
- 二、競價收購措施宜反應其原因之多樣性，並減少行政干預；
以及
- 三、競價收購措施之執行方式宜彈性化。

Abstract

The issue of purchase and its loss-compensation of the existing roads can as a great challenge for the authority in Taiwan. On other hand, the respective interpretation of No. 400 of Judicial Yuan has made for a long time (in 1996). Nevertheless, the problem is existed however. In order to purchase the ownership of the existing roads as soon as possible, the authority has notified respective measurements. The program of so-called “competition & purchase” is one of the most important of them. Therefore, the purpose of this paper is to make a comprehensive review and evaluation of effects of this measurement based on the property protection theory. After

analyzing based on Taipei County, the following points can be proposed for the authority.

1.The criteria for implementing of the mentioned measurement must be rational, especially, the reasons of the existing roads should be into consideration.

2.The constitution for the program of so-called “competition & purchase” of the existing roads should not be more intervened by the authority their owners. And

3.The implementing for the program of so-called “competition & purchase” of the existing roads should not be more flexible.

壹、序說

我國既成道路之取得以及損失補償問題，由來已久，一直困擾其所有權人以及主管機關，雖然司法院大法官釋字第 400 號解釋認為主管機關對既成道路應負「損失補償」責任，但該號解釋並不能作為補償請求權之基礎，充其量僅能為「立法及施政指針」，似無益於問題之解決。於是，有關既成道路之損失補償問題終究仍是處於「懸而未決」狀態。依內政部資料顯示，以民國 85 年為例，全台尚待取得之既成道路用地面積約為四萬六千餘公頃（近時恐較少，惟僅微幅減少），其取得所需經費實為「天文數字」，遠遠超乎政府之財政負擔範圍。為此，相關單位莫不絞盡腦汁，以求問題之解決。是以財政部乃於民國 92 年訂頒實施「中央補助直轄市及縣政府取得既成道路試辦計畫」，並委由地方政府實施，採取由既成道路所有權人競價出售其土地予地方政府之方式，充作補償之方式，使國家逐年能取得既成道路用地所

有權，此不失為呼應旨揭釋字 400 號「他法補償」之作法，然問題本質是否果真如此單純，質言之，此一作法是否合於財產權保障法則，應有探究必要。於是本文有鑑於此，乃以台北縣為例，並從法律經濟分析觀點分析「競價收購」此一措施之合理與合法性。綜之，本文首先分析財產權理論，既成道路用地之形成原因、使用限制、以及損失補償內涵，並以財產權理論為分析基點，兼評「競價收購」此一措施並提出相關建議，以供作主管機關之參考。

貳、財產權理論

一、基礎理論

基本上，本文此處所稱「財產權」之基礎理論，將包括「財產權保障」以及「制度授權」兩大理論，謹分述如次：

(一)財產權保障理論¹

1、財產權概念

所謂「財產權」(Eigentum)，依德國憲法學見解，其中所稱「財產」(Vermögen)應包括「所有權」，隨著社經條件之轉變，現代財產權之範圍已更為廣泛，而不以所有權為限，其範圍已擴充至「任何具財產價值之私權利」(private vermögenswerte Rechte aller Art)，經由此一「擴張式所有權概念」(Der erweiterte

¹ 此處撰寫主要參考陳明燦，從財產權保障觀點論土地之使用限制與損失補償，台北大學法學論叢第 45 期，1999 年，頁 317-318。

Eigentumsbegriff)，從而「所有權保障」便屬「財產權保障」(Eigentumsschutz)之範疇，並為「基本法」(Grundgesetz)之保障範圍內。就「土地財產權」(Grundeigentum)以論，因鑑於其特性（例如數量不增性以及區位不可移動性等），故往往具有高價值，當然不例外地被納入憲法所稱財產權保障之範疇內，亦即屬於所謂「最廣義所有權」(Eigentum in weitesten Sinnen)之概念。惟隨著社經條件變動，土地此一珍貴財產權，亦肩負著某種程度之「社會拘束」(Sozialbindung)²，於是土地所具「財產權保障」與「社會拘束(義務)」，兩者間之「消長」程度或「界限」所在，往往構築了土地財產權之核心部分，並成為損失補償之重要立論³。

2、財產權保障意涵

茲以德國基本法第 14 條第 1 項前段之規定為例，則財產權保障之意涵，其內容概可包括「制度存續保障」(Institutsbestandsgarantie)與「主觀權利存續保障」(subjektivrechtliche Bestandsgarantie)兩種⁴，茲分述如下：

² 有關土地所有權之思想演變，包括：個人的所有權思想、社會的所有權思想、以及個人與社會調和的所有權思想，詳參溫豐文，土地法，2005 年，頁 44-45。就我國法制而言，其基本原則主要見於憲法第 143 條第 2 項以及土地法第 10 條第 1 項。

³ 土地所有權所具「財產權保障」與「社會拘束(義務)」，該兩者之「界限」所在（亦即所謂「土地法線」），亦關涉土地所有權之思想導向（亦即個人導向、社會導向、以及個人與社會調和導向）

⁴ 有些學者將「主觀權利存續保障」與「個別性保障」視為具有等同意涵，此一見解亦可從聯邦憲法法院之歷次判決獲得印證（可參 BVerfGE 24, 367, 389 f.; 31, 229, 240 ff.）。有關「主觀權利存續保障」之旨意略謂：除了保障私人對其財產標的之「存續保障」(Bestandsgarantie)外，更進一步使其取得一個「財產價值之法律地位保障」(Rechtspositionsgarantie der Vermögenswerte)，以作為對抗國家公權力所為之侵害 (Schutz vor staatsrechtlichen

(1) 制度存續保障：該制度具兩方面意涵，就「立法者」(Gesetzgeber)方面而言，將據以使其負有訂頒法令規範之義務，以確保人民財產權保障之實質效力，質言之，人民可據以確保其行使財產權利「私使用性」(Privatnützigkeit)之「最低標準」(Mindeststandard)⁵，此亦為憲法上「比例原則」(Prinzip der Verhältnismässigkeit)之體現⁶。

(2) 主觀權利存續保障：茲因礙於篇幅，依據上述「主觀權利存續保障」之意旨而以「土地」之使用權利(Recht auf Nutzung des Bodens)為例，以說明該保障制度內涵⁷，質言之，以土地之「建築自由」(Baufreiheit)權利為例，基本上，其所有權人得否享有該權利而不受到任何剝奪，對此學者之見解極為分歧⁸。本文

Beeinträchtigungen)，亦即，對國家公權力之行使，課以尊重私人合法所取得之一切財產權利與價值，因之，任何對私人具體權利所為限制（如土地使用規劃與限制）與剝奪（如公用徵收）之法律規定，均必須具「合憲性」，始得為之。

⁵ 有關財產權（如土地）私使用性之「最低標準」內容詮釋，可參聯邦憲法法院判決（BVerfGE 83, 201, 208 ff.）。

⁶ 所謂「比例原則」於德國傳統學說上係指「適當性」(Geeignetheit)、「必要性」(Erforderlichkeit)、以及「均衡性」(Proportionalität)三個概念，相關文獻甚多，亦有學者主張「可忍受性」(Zumutbarkeit)亦屬比例原則內涵之一，詳參 Ossenbühl, F., Zumutbarkeit als Verfassungsmassstab, in: FS zum 10 jährigen Bestehen der Gesellschaft für Rechtspolitik, (1984), 頁 315 以下。

⁷ 其權利內涵至少具下述要件：土地使用之「基本原則」、「目標」、以及其他要件，茲以「目標」為例，其內容可參 Hoppe/Böhnker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl. §4 Rn.2 (2002)以下。至其如何藉由土地使用計畫（如 Flächennutzungsplan）予以落實，詳參 Battis/Krauzberger/Löhr, BauGB, 8. Auflage, §5 BauGB, Rn.3 (2002)，茲不贅述。

⁸ 茲以持僅能經由公法規範《durch die Normen des öffentlichen Rechts；如建築法典（Baugesetzbuch；簡稱 BauGB）》始能授與私人建築自由權利之主張為例，則亦有違旨揭制度性保障之「不足禁止」原則，蓋依建築法典規定，於「營建計畫」(Bebauungsplan)之規劃過程中，人民亦得基於合法權利而為一定主張（事實上，我國私人亦得自行擬定或變更都市計畫中之細部計畫，詳參都市計畫第 24 條以下），簡言之，計畫主管機關不能單方擁有建築執照之核發 (Erteilung der Bebauungsbefugnis)，詳參 Hendler, R., Baurecht,

以為，似應從土地建築權利之「整體」觀點切入，並經由「個案正義原則」(Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit)理論學說與實務見解、以及公、私利益綜合權衡之後⁹，方能切確勾勒出憲法上財產(土地)權利保障之真正範疇。

3、財產權保障範圍

上文言及財產權保障意涵之後，則探討財產權保障之「範圍」(Schutzbereich)亦屬重要課題，蓋透過此一界定，將有助於財產權遭到侵害時損失「內容」(如額度)之確定¹⁰，並由此更能確定財產權制度之內涵(Wesensgehalt)，從而強化財產權之保障效果，但其內容與各種權利之歸屬，亦即如何形成一個「私有財產權制度」，則仍須經由立法者(Gesetzgeber)之運作，此乃所謂補償之「法定原則(主義)」(Prinzip der Gesetzlichkeit)¹¹，方能竟其功。

Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 4. Auflage, (2004), 129ff.

⁹ 所稱公、私利益綜合權衡理論，依德國學說認為：其係一種土地使用計畫之決定方法(Entscheidungsmethode)，實施步驟概可包括：對相關公、私利益之調查(Ermittlung)、對利益衡量之「態度」(Einstellung)、對利益衡量之「權重」(Gewichtung)、以及對利益衡量之「權衡」(Abwägung)四項程序。

¹⁰ 以德國為例，學者陳愛娥指出，財產權保障之「範圍」具有下述特性：(1)由「物權性權利」之保障到「私財產權利」之保障；(2)「公法性質財產權利」之憲法保障；以及(3)單純「財產」利益並非「財產權」之保障客體。詳陳愛娥，司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變，收於李建良等主編：憲法解釋之理論與實務，1998年，頁404-407。

¹¹ 我國憲法第23條以及中央法規標準法第5條第2款參照，有關土地使用限制與損失補償請求權，詳參陳明燦，財產權保障、土地使用限制與損失補償專題研究，台北：翰蘆圖書出版有限公司，2001年，頁24-36；李建良，損失補償，收於翁岳生主編，行政法(下冊)，1998年，頁1201-1290；或參Hendler, R., 同前註8，頁276-278。

(二)制度授權理論

「授權」(entitlement)一詞始由 Calabresi 與 Melamed 兩位學者所提出,其含意為,當政府面對政策施行後產生利益衝突時(例如土地權利以及使用之分派等)¹²,對某一方許其「獲得」較大利益之謂,而另一方則對該權利內容負有相關容忍義務,於是,「授權」之意涵與「配額」應具有某種程度上之雷同,惟就實務以論,授權終究須經法令予以規範,而成為其指導原則或一種機制¹³。此外,誠如學者 Bromley 所言,在制度規範基礎上,「授權」毋寧是在限制或誘發規範個體(組織)對財產權(如土地)選擇之一種制度,俾利財產權之社會整體(甚或私人)利益得以極大化¹⁴,使土地使用制度能更合於經濟效率法則。由於其為土地此一財產權之客觀指導基準,故可「定分止爭」,並降低土地之交易成本¹⁵。

¹² 關於(土地)財產權之權利衝突主體論述,學者討論甚多,例如學者 Keith 即提出所謂「一束權利」(a bundle of rights)理論,其內容包括「權利束集」(sticks)、「權利關係人」(stakeholder)、以及「部分權利人」(partial interest),該三者可作為授權分配機制建構之重要考量因素,得參 Keith, D. & Ruth, M.D., Property Rights as Policy Tools for Sustainable Development, Land Use Policy, 15 (2) 203-213 (1998)。

¹³ 例如以授與土地所有權人或他項權利人之(法定)優先購買權(土地法§34之1 IV、104、107、124、耕地三七五減租條例§15、農地重劃條例§5、以及國民住宅條例§19 II等)為例,均屬此處「授權」之具體表徵。

¹⁴ 詳參 Bromley, D.W., Economic Interest and Institutions- the Conceptual Foundation of Public Policy, New York and Oxford, Basil Blackwell, 頁41-43 (1989)。

¹⁵ 有關制度授權之運用於水資源使用與管理,詳參夏維良,土地使用限制行為之研究-以制度授權觀點為基礎,台北大學地政系碩士論文,2002年,頁50以下,茲不贅述。

二、財產權配置法則¹⁶

上文論及以「制度授權」與「財產權保障」作為財產權理論之基礎，於此，本文擬從財產權「配置法則」進一步予以詮釋，所謂財產權配置法則應可包括：「禁制法則」（rule of inalienability）、「財產法則」（property rule）、以及「義務法則」（liability rule）三種法則¹⁷，此可解為財產權第一重「授權」後之第二重配置方式，其旨在確保「第一重」之配置「結果」。以是，「財產權配置法則」與「財產權保障」兩者關係密切，不容割裂。茲假設 B 持有住宅區內一筆土地，其使用類別以及權能為何，於相關法令規範前¹⁸，B 並不得而知。茲為分析起見，本文假設系爭土地之可能使用類別為「道路用地」與「建築用地」兩種，又，依據前文「制度授權」以及「財產權配置法則」，系爭土地之相關權利人限縮為「用路人」（亦即 A；詳表 1），茲分析如下：

假若由前揭「雙重法律判斷模式」第一重之判斷結果屬「道路使用優勢」（亦即「用路」優先）者，則 B 於其土地使用過程中所有可能危害該使用者，均應受到禁止，易言之，其使用類別應劃定為「既成道路用地」，接著，再藉由第二重「財產權配置

¹⁶ 有關財產權配置法則相關文獻甚多，例如可參吳佩瑛等，農地管制下對農地財產權之保障與侵害，經社法制論叢第 33 期，2004 年，頁 228-232，茲不贅述。

¹⁷ 「義務法則」又稱「責任法則」，其本質雖未變動（例如「有徵收即有補償」），但就土地使用限制而言，並不必然會發生「補償」問題，可參 Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, fifth edition, A Division of Aspen Publishers, Inc. 頁 615-616 (1998)。

¹⁸ 例如可參土地法第 82 條、區域計畫法第 15 條第 1 項、都市計畫法第 32 條以下，以及農業發展條例第 10 條。

法則」之運作，並假設以「財產法則」為「優勢」之保障方式，則意味著該既成道路用地之「用路人」(A)擁有通行使用之絕對權利，申言之，其土地所有權人(B)若欲為土地相關使用(如建築等行為)，則必須先取得A之同意，再與其進行協商，並給付其所受損失之補償價金後，才可以使用其土地。若以「義務法則」作為保障方式，則B可於系爭土地為使用相關行為，但必須對A為相當補償。最後，若採「禁制法則」，則無論如何既成道路用地所有權人(B)均不得侵犯「用路人」(A)之通行使用權能，其因此所產生之成本則由A、B雙方承擔。

相反的，如果於前揭理論之第一重法律判斷結果屬「建築優勢」(亦即「建築」優先)者，則其情形由表1可知應為：A對於B之土地，若其使用過程可能妨害之使用者，均應受到禁止，亦即，其使用類別應劃定為「建築用地」，若經由第二重「財產權配置法則」之運作，並以「財產法則」為保障方式，則該建築用地之「所有權人」(B)乃擁有建築使用絕對權利，從而，任何「用路人」(A)若欲禁止其為建築使用，則必須先取得B之同意與進行協商，並給付相當補償價金後，才可以使用其土地。假若以「義務法則」作為保障之方式，則A可禁止B於其「建築用地」上為建築相關使用，但必須對B為相當補償。最後，若採「禁制法則」之保障方式，則無論如何「用路人」(A)均不得侵犯既成道路用地所有權人(B)之(建築)使用權能，其因此所產生之成本則由A、B雙方承擔。

茲須指出者，此處財產權配置法則對土地此一財產權因具有「客觀且公平」特性，應可作為相關立法者之指引原則，於是，本文乃擬以之運用於既成道路土地使用限制以及損失補償之相關爭點之釐清(詳參、二、三)，並作為文後論述之比較基礎。

表 1：財產權保障、制度授權以及產權保障法則之運用-以既成道路用地所有權人與用路人為例

授權類型 (第一重)	授權內容	產權保障法則 (第二重)	侵犯發動與成本負擔
道路使用優先	A 得到授權：B 未得 A 之同意，不得侵犯之	A 受財產法則保護	由 A 決定侵犯與否，由 B 負擔所生成本
道路使用優先	A 得到授權：B 得侵犯 A，但必須補償 A	A 受義務法則保護	由 B 決定侵犯與否，由 B 負擔所生成本
道路使用優先	A 得到授權：B 於任何情況下，均不得侵犯 A	A 受禁制法則保護	由社會大眾決定侵犯與否，由 A、B 雙方負擔所生成本
地主權益優先	B 得到授權：A 未得 B 之同意，不得侵犯	B 受財產法則保護	由 B 決定侵犯與否，由 A 負擔所生成本
地主權益優先	B 得到授權：A 得侵犯 B，但必須補償 B	B 受義務法則保護	由 A 決定侵犯與否，由 A 負擔所生成本
地主權益優先	B 得到授權：A 於任何情況下，均不得侵犯 B	B 受禁制法則保護	由社會大眾決定侵犯與否，由 A、B 雙方負擔所生成本

備註：A：用路人；B：既成道路用地所有權人

資料來源：本文整理

上文言及財產權之「配置法則」及其運用，事實上，若從學者 Keith 提出所謂「一束權利」理論（見註 12）予以分析，兩者實具有異曲同工之妙，蓋依此理論，則於同一權利客體（如同一宗土地）上，當係存有不同之權利主體，並分別享有不同權利，是以，此土地財產權乃是一束權利之集合體（詳圖 1），其持有權利可能會相互衝突¹⁹。茲為簡化分析起見，假設於同一宗土地之利害關係人只有 P1 與 P2 兩位兄弟所分別共有，各自享有其權利之一定比例（如 1/2），但區位並不固定，於是對於權利重疊之「陰影」部分，由於未明確「授權」，致其「財產權」之歸屬亦不明確，P1 與 P2 雙方於使用該部分時，勢必引起「權利衝突」，導致土地使用效率下降。此證諸我國民法第 774 條規範旨意（鄰地損害之防免）亦明，蓋「單獨所有」之土地所有權人於行使其使用權利時，亦應負有「鄰地」損害防免之義務，其原因何在？乃因雙方所具土地之權利客體（亦即土地）並非完整，易言之，其鄰地所有權人對此亦擁有部分權利，只是土地之「所有權人」所受到法律（如土地法）保護之「強度」較「相鄰所有權人」為高而已，事實上，就前者而言，對鄰地負損害防免義務，應可解為旨揭土地「社會義務」之表徵。

綜上，本文以為，事實上，就前揭分別共有土地以論，P1 與 P2 兩位兄弟對土地使用所生之衝突與爭議，除可藉助於司法判決途徑解決外，雙方亦可透過「分管契約」之約定而避免之²⁰，則該「分管契約」，核其本質，則屬旨揭「制度授權」之一種。茲須指出者，土地持有態樣無論屬「單獨所有」、「分別共有」抑

¹⁹ 例如同一土地上，其所有權人可先設定抵押權後再設定地上權及其他權利，民法第 866 條參照。或詳參王澤鑑，民法物權第一冊（通則、所有權），2001 年，頁 64-66。

²⁰ 民法第 820 條第 1 項參照。

或其他者，其所有權人對土地使用或處分等「權能」之行使過程中，並不能「無視」於其他相關（相鄰）權利人，並在旨揭「雙重法律判斷模式」以及產權保障法則之運作與判定下，才能避免雙方爭議，落實公平正義之旨趣。

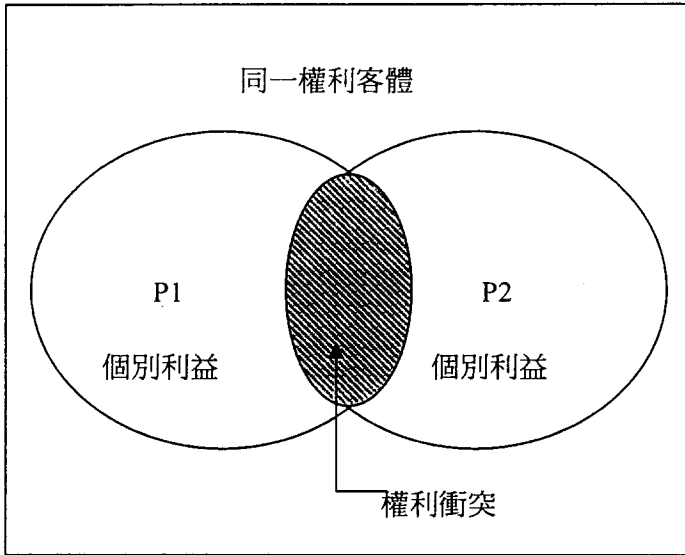


圖 1：同一土地權利客體下相關權利人之權利衝突
資料來源：本文繪製

參、既成道路成因、使用限制、財產權配置 法則以及損失補償

一、既成道路之成因

按所謂私有「既成道路用地」，係指依法編定為道路之公共

設施用地²¹，或非屬公共設施用地但已闢建供道路使用之土地，依內政部相關函釋意旨略謂，凡都市計畫內以及都市計畫外闢建供道路使用者均為「既成道路用地」，但都市計畫區內依都市計畫法編定供道路使用而尚未取得者，則屬（道路）「公共設施保留用地」，適用其他法律規定，非屬此處所稱「既成道路用地」，核先敘明²²。對於既成道路用地之使用權能，我國以往相關判解中多以「時效取得」為由，而肯認既成道路上存有公用地役關係，從而其土地所有權人乃負有容忍及不作為的義務²³，於是，其所受之損失並不會發生補償，而亦無財源籌措困難等問題。迄至司法院釋字第 400 號解釋作成之後，始明確指明對既成道路應予補償²⁴，雖是如此，此一性質屬「立法指針」之補償規定究應如何具體規範於「法律」層次上，以為據以執行之依據，本文以為應須瞭解其形成之原因（如可歸責於地主、他人甚至政府等）以及其他因素（例如形成之久暫等），接著再將其類型化，並輔以旨揭「財產權配置法則」等機制之運作，始能有助於既成道路「使用限制」以及「損失補償」等課題之連結與問題分析，茲先分析既成道路之成因如次：

²¹ 都市計畫法第 42 條第 1 項第 1 款參照。

²² 例如供作道路使用之「公共設施保留用地」之取得方式，依都市計畫法第 48 條規定可採徵收、區段徵收，以及市地重劃三種方式。

²³ 行政院 45 年判字第 8 號、57 年判字第 32 號以及 73 年判字第 1222 號判決參照。對此，學者蔡宗珍則持不同見解，氏認為時效不能取代提供公用之行政處分，亦即，否定時效可取得公用通行地役權，蓋如此一來將有違「法律保留原則」（Gesetzvorbehaltprinzip），可資參考。參見氏著，從憲法財產權之保障論既成道路與公用地役關係，收於「憲法與國家（一）」，2004 年，頁 290 以下。

²⁴ 釋字第 400 號解釋文謂「...，既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無法自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，...」，詳參司法院印行，司法院大法官解釋彙編-釋字第 1 號至第 566 號，2003 年，頁 400-401。

(一) 政府未徵收即予以開闢使用(本文以之為主):亦即道路主管機關未踐行土地徵收相關程序而逕予開闢使用者²⁵,此就既成道路用地所有權人而言,其土地毋寧係遭政府「無權占用」,若未能獲得相當補償,應可本於所有權之權能排除占用²⁶。另值一提者,私有土地所有權人之土地已依法被徵收供作道路使用,且業已領取地價補償費²⁷,僅因土地登記人員疏忽而未為徵收註記,導致該土地仍為私有但卻已供公眾通行使用者²⁸。或者,既成道路用地所有權人已同意無償提供公眾通行使用,但土地登記機關卻未同步予以登載為公有者,類此情形於實務上屢見不鮮,不但土地登記內容失實,抑且衍生如善意第三人「信賴保護」(Vertrauensschutz)問題²⁹。惟本文以為,後者尚可經由道路主管機關與土地登記主管機關協商,共謀對策(例如清查等),則可解決,問題不致過大,但對於前者(亦即政府未徵收即予以開闢使用),則無論如何,主管機關實應對既成道路用地所有權人為相當補償,至如何補償,乃本文探討重點。

(二) 私人所開闢使用者:其類型包括(1)私人建築房屋為求符合建築法相關規定,而預留通道並經開闢為道路用地者;(2)人民私設道路以供自己通行者;(3)人民為行善而願無償

²⁵ 所謂土地徵收係指國家因興辦公共事業或實施國家經濟政策之需,依法定程序強制取得私人土地權利,並給予合理補償之行政行為,於是土地徵收須合於:法律保留原則、公益之需、比例原則、以及合理補償等四要件,詳參溫豐文,同前註2,頁501-503。

²⁶ 民法第765條參照。

²⁷ 由於絕大多數之既成道路形成期間已久,乃以「土地徵收條例」公布實施(89.02.02)前相關法律規定者為例,詳參土地法第228條第1項以及同法第235條。

²⁸ 關於土地徵收註記登記相關問題,得參陳明燦,土地徵收註記登記之法律效力,月旦法學教室第27期,2005年,頁24-25。

²⁹ 土地法第43條參照。

提供土地於公眾通行者³⁰；（4）建設公司為促銷社區建築物之出售，預先規劃道路用地而供公眾通行者；以及（5）人民自行闢設為道路者，須指出者，類此道路均非屬都市計畫所規定之法定都市計畫道路，由於係私人自願捐獻者，而無損失補償問題，從而亦不屬本文所稱之既成道路用地。

另者，既成道路用地之寬度，其亦涉及其所有權人之財產權內涵，質言之，假若其他要件相同，則道路「寬度」應與損失「額度」成正比，從而影響其被主管機關取得之「次序」，例如，主管機關乃依道路之「寬度」而排定下列優先順序³¹：1.第一優先：道路寬度超過 15 公尺者；2.第二優先：道路寬度 8 至 15 公尺者；以及 3.第三優先：道路寬度未達 8 公尺者。此外，以民國 93 年度既成道路優先採購範圍為例，財團法人台北縣取得私有既成道路基金會（詳後述）亦以之為據，申言之，凡臺北縣各都市計畫區域內規劃寬度達 10 公尺（含）以上之都市計畫道路範圍內之既成道路土地，均為優先取得對象，至為何以 10 公尺為準，除係考量其所有權人所受損失較大之外，亦應礙於財源籌措困難所致。

此外，本文以為既成道路用地之形成時間久暫，亦關涉其得補償之「次序」，蓋如上所述，既成道路用地之形成時間愈久者，其所有權人所受損失亦較大³²。茲以內政部於民國 92 年所訂頒實施「都市計畫私有公共設施保留地與公有非公用土地交換辦法」

³⁰ 類此道路由於可免徵其地價稅（土地稅減免規則第 9 條參照），但因形成原因未明，致於租稅實務上，爭議頗多，得參財政部稅制委員會編印，土地稅法令彙編，2003 年，茲不贅述。

³¹ 行政院台 85 內字第 45745 號函參照。

³² 詳參陳明燦，私有既成道路使用受限與損失補償相關問題之探討，月旦法學雜誌第 112 期，2004 年，頁 80。

之相關規定為例³³，其土地交換之「準則」即以道路之「形成久暫」為定。惟本文以為，應可進一步就既成道路之形成時間（例如 20 年、25 年、30 年、35 年、40 年以上）予以等級與細緻化，再據以決定道路用地與與公有土地「交換」之次序，以符公允。

二、既成道路之使用限制與財產權配置法則

（一）使用限制

茲先論述既成道路用地之使用限制如下：

1、不得為妨礙交通之使用行為：既成道路用地所有權人不得於其土地起造任何建物，亦不容擅自廢止其既成道路，而改闢為田耕作³⁴，此外，既成道路所有權人亦不得擅自將已形成之農路，以竹柱或鐵線築為圍籬，阻礙交通，意圖收回路地³⁵。茲值一言者，既成道路所有權人雖受到上述（地面）使用之禁止，但依司法院釋字第 440 號之解釋意旨，既成道路用地所有權人仍享有其地下部分之使用收益權能，亦即得享有地下使用權³⁶。因此，旨揭行政法院之判解應僅限於既成道路用地之「地面」，而不及於地中或空中此一空間權（air space rights）範圍。

2、對既成道路用地負容忍義務：道路主管機關於既成道路

³³ 內政部 92 年 11 月 28 日台內營字第 0920090375 號令訂定（93.3.1 施行），共 15 條，須指出者，既成道路與都市計畫道路雖不同，但均供通行使用，則一也。

³⁴ 行政法院 44 年判字第 11 號判決參照。

³⁵ 行政法院 61 年判字第 435 號判決參照。

³⁶ 司法院大法官釋字第 440 號解釋文謂「...，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。...」，詳參司法院印行，司法院大法官解釋彙編-釋字第 1 號至第 566 號，2003 年，頁 484。

用地上為必要之改善養護以及鋪設瀝青路面等使用行為，其所有權人負有容忍義務，並不得依民法第 773 條規定行使「排除」權利³⁷，顯見既成道路用地之「使用權能」幾已遭至「架空」，亦影響其「處分權能」，於是，其所有權人僅空有所有權之名罷了。

須指出者，既成道路用地所有權人須負有旨揭使用限制之容忍以及不作為義務，但依現行相關判解並不得據以請求不當得利³⁸，或提起國家賠償之訴³⁹，顯然其所受使用限制與損失補償並無關聯，但是否合於財產權保障意旨，非無疑義。

(二)財產權配置法則

如前所述，所謂「既成道路用地」係指已闢建供道路使用之土地，姑且不論其「成因」（詳前述）為何，其已供公眾通行多年而為道路使用，則是不爭事實，因此，主管機關若欲改變其使用種類（例如將道路使用轉為建築使用），以迎合其所有權人之訴求，勢將付出鉅額花費，此不但未合於成本效益法則，亦不符合用路人「通行」權利所代表公共利益之旨趣。於是，應可依前文「雙重法律判斷模式」予以探究。

本文以為：依第一重之判斷結果屬「通行優勢」（實務上亦應如此判定），則既成道路用地所有權人於其地面上所為一切妨礙公共通行之使用行為均應受到禁止，至應採何種「產權保障法則」（詳表 1），則應視其形成原因之「歸屬」以為斷，申言之，若既成道路用地所有權人業已領取徵收地價補償費，但僅因土地登記主管機關疏忽而漏未為徵收註記者，則該土地之所有權本屬國家（亦即「用路者」大眾）所有。此就財產權理論以論，應無

³⁷ 行政院 79 年判字第 289 號判決參照。

³⁸ 最高法院 88 年台上字第 1683 號判決參照。

³⁹ 最高法院 82 年台上字第 583 號判決參照。

構成既成道路用地所有權人使用限制問題，從而亦無損失補償問題，從而應採用「禁制法則」，藉以保障既成道路「用路者」之權利。至若道路主管機關未踐行土地徵收程序而逕予開闢使用者致形成既成道路者，雖在第一重判斷為「通行優勢」之大原則下，但依財產權理論以及釋字第 400 號見解以論，道路主管機關理應全面並迅予補償，但因礙於財源困窘，實際上並無可能。本文乃建議不妨採「財產法則」，亦即，於不妨礙「用路者」之權益下，賦予既成道路用地所有權人一定之使用權利⁴⁰，蓋如此一來，不但稍可化解既成道路用地所有權人不滿情緒，於現行法制上亦無問題（平面使用轉為立體使用），更重要者，此一作法亦符合旨揭所稱「個案正義原則」之旨趣，以避免所有既成道路用地之損失補償均陷入「無解」狀態。

三、既成道路與損失補償

（一）損失補償之須否

上文已對「既成道路用地」作出定義，按其使用限制與編定為「道路」之「公共設施保留地」相當類似，於是，本文乃以該兩種用地為例，比較分析其使用限制與損失補償之相關法制規範⁴¹，茲簡述如下：

⁴⁰ 亦即將既成道路用地從「平面」轉為「立體」概念，舉例而言，假設既成道路僅使用其地面至地上 10 公尺之範圍，則 10 公尺以上範圍之使用權能不妨仍屬其所有權人所有，此種土地「空間所有權」（如區分地上權屬之）之概念，事實上已見於土地相關法律中，例如可參土地徵收條例第 57 條以及獎勵民間參與交通建設條例第 19 條。

⁴¹ 兩者亦有相同之處，例如於免徵地價稅方面，詳參土地稅減免規則第 22 條第 3 款與第 5 款。

1、憲法上「平等原則」方面

既成道路用地較公共設施保留地遭到更嚴重之使用限制，蓋後者於被徵收闢為道路之前，仍享有收益使用權利⁴²，具體而言，其所有人仍得為「臨時建築使用」、「從來使用」、以及「妨礙目的較輕之使用」。此外，都市計畫法所規範之公私有土地交換以及容積移轉等機制，其適用對象亦僅限縮於公共設施保留地⁴³，但既成道路用地所有權人所受到之「特別犧牲」程度顯較公共設施保留地為高，卻遭致財產權保護密度甚低之對待，此應有違憲法上「平等原則」。

2、「課稅公平原則」方面

依遺產與贈與稅法第 16 條第 12 款規定，既成道路用地經主管機關證明者，則雖不計入「遺產總額」之財產而得免除遺產稅之繳納，但亦因之而非屬遺產與贈與稅法第 30 條第 2 項所稱「課徵標的物」，從而亦不得享有以「實物抵繳」遺產與贈與稅之權利⁴⁴。但反觀供作道路使用之「公共設施保留地」，只要被主管機關依法公告為該類土地，其於被徵收闢建供作道路使用之前，仍得申請抵繳遺產稅款⁴⁵，由此觀之，同屬「使用受限」之既成道路用地以及（道路）公共設施保留地（事實上前者所受之使用限制程度較後者為高），卻面臨不同遺產與贈與稅之稅制規範，其理由何在？令人費解。尤有進者，於土地優惠稅制規範方面，

⁴² 例如得申請為「臨時建築使用」之相關設施，都市計畫法第 50 條第 1 項參照。

⁴³ 都市計畫法第 50 條之 2 以及第 83 條之 1 參照。

⁴⁴ 詳參葛克昌，既成道路土地與遺產稅抵繳，月旦法學教室第 84 期，2002 年，頁 30-31。

⁴⁵ 遺產及贈與稅法施行細則第 44 條第 1 項參照。

公共設施保留地亦有諸多適用之處⁴⁶，但並不得適用於「既成道路用地」上，此亦有違「課稅公平原則」旨意⁴⁷。

(二)補償之法律基礎

如上文所述，既成道路用地所有權人所受使用限制以及損失較公共設施保留地為鉅，但卻遭受不平等對待，是以，甚多文獻莫不苦思如何以「金錢」以外型態予以補償⁴⁸，以符財產權保障旨意。然多數學者認為釋字第 400 號並非能作為補償請求權之基礎，充其量僅具有「立法及施政指針」之法律性質。然則，果真法之沈默即代表既成道路所有權人所受「特別犧牲」之損失無由獲得補償？不可諱言地，誠然損失補償須有法律特別規定，方符補償「法定原則（主義）」之旨趣，然檢視我國現行僅有「國家賠償」以及「信賴利益」保護下「行政損失補償」二元法制⁴⁹，此對照於同屬大陸法系之德國實施三元法制，似有缺漏，亦有違憲法財產權保障意旨，申言之，德國經由聯邦憲法法院作成「濕採石」裁判後，對於「類似徵收侵害」（enteignungsgleicher

⁴⁶ 詳參都市計畫法 50 條之 1，公共設施保留地被徵收之加成補償款得免徵所得稅，因繼承得免徵遺產稅，因配偶、直系血親移轉者得免課徵贈與稅；另，土地稅法第 19 條得享有免徵地價稅以及同法第 39 條得免徵土地增值稅，茲不贅述。

⁴⁷ 有關「課稅公平原則」詳參釋字第 211、218、224、248、257、281、318、327、493、496、以及 508 等號解釋，茲不贅述。

⁴⁸ 詳參劉厚連，建築容積移轉制度運用於解決既成道路問題之研究，政大地政系碩士論文，1998 年；劉厚連，既成道路估價方式之研究，土地問題研究季刊，1998 年，頁 43-51；蔡明誠，既成道路之公用地役關係與所謂公用人役權問題，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年，頁 305-317。更值一提者，由於既成道路之損失補償問題存在已久，台灣法學會乃於 2004 年 4 月 21 日邀請陳清秀等若干學者舉辦「既成道路相關法律問題研討會」，並將所發表論文收錄於月旦法學雜誌第 112 期，2004 年，既成道路多面鏡映影，頁 47-84，頗值得參考。

⁴⁹ 行政程序法第 120 條及第 126 條參照。

Eingriff), 亦賦予受害人損失補償請求權⁵⁰。事實上, 我國除司法院釋字第 400 號解釋之外, 由相關釋字亦可尋繹出行政機關對其合法行使公權力致生人民之「特別犧牲」, 應予以損失補償之解釋⁵¹, 雖然釋字第 400 號解釋於性質上非屬「實定法」, 惟其仍應具有拘束個案之效力, 否則即無由實現憲法上之實質正義原則, 此對土地使用權能幾乎遭致架空之既成道路用地所有權人之權益而言, 應具有正面鼓舞之效益⁵²。

(三)補償之額度⁵³

既成道路主管機關目前因礙於財源短絀而未能合理解決其所生之損失補償, 然並不表示既成道路之損失補償內容(尤指額度)即無探究之必要, 相反地, 如何建構一套合理補償機制, 以備「不時之需」, 有其迫切性。於是, 本文擬以法律經濟分析觀點⁵⁴, 就其補償額度予以論述。基上論述, 土地財產權內容可解

⁵⁰ 德國聯邦憲法法院對此有所謂「濕採石判決」(Nassauskiesungsbeschluss), 詳參李建良, 同前註 11, 頁 1439 以下, 德文文獻方面請參 BVerfG 58, 300=NJW 1984, S.1876 ff. 又, 對於「類似徵收侵害」一語, 亦有學者譯為「類似公益犧牲侵害」(aufopferungsgleicher Eingriff), 詳參李震山, 行政損失補償原則, 台灣本土法學雜誌第 71 期, 2005 年, 頁 144, 以及林明鏘, 私有既成道路與損失補償請求權, 月旦法學雜誌第 112 期, 2004 年, 頁 50。

⁵¹ 例如可參釋字第 110、236、332、336、344、409、425、440、516、579、以及 580 等號解釋。

⁵² 對此, 學者李震山有甚為細膩之論述, 同前註 50, 頁 148。

⁵³ 此處撰寫主要參考陳明燦, 同前註 32, 頁 78-80。

⁵⁴ 法律經濟分析係指運用經濟學之分析方法以詮釋法律規範, 可謂「法律」與「經濟」科際整合之一種新興研究方法, 相關文獻甚多, 得參 Posner, *Economic Analysis of Law*, (5th Ed. 1998)【唐豫民譯, 法律之經濟分析, 台灣商務印書館發行, 1987 年】; Cooter, R., *Law and Economics*, (4th Ed. 2004), 或可參 Adams, *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte*, (1980); 以及 Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3. Auflage (2000), 頁 515-525。至國內部分亦有日漸增多趨勢, 如學者簡資修曾為文作有系統(共七回合)介紹, 並發表於月旦法學雜誌第 93 期以下, 2004 年。

為「一束權利」理論下之集合體，亦即由不同元素（權利集）所組成，並在旨揭「制度授權」之運作下，使該財產權內相關組成元素或權利人經由細緻安排而得以「相安無事」。依據學者 Fischel 對財產權理論⁵⁵，既成道路用地之使用權能內容（或者「授權」）係可成為自由交易之標的，此固無疑義，但問題是：其土地相關權利人所獲得之「原始」授權為多少，此應為爭點所在。

為此，本文擬以圖 2 說明如次：首先，圖 2 之 LL'、MM' 與 NN' 分別為某地區內既成道路用地之「用路人」與其「所有權人」在不同土地使用限制程度下之邊際效益或成本曲線⁵⁶，其中，LL' 曲線代表每增加一單位土地使用限制所增加之邊際外部效益（又稱「限制邊際社會效益」），此亦可解為該地區內既成道路用地「用路人」對既成道路之需求曲線，其所代表之意涵為：既成道路用地之「用路人」對既成道路每增加一單位土地使用限制之「願意支付」額度（Willing To Pay；簡稱 WTP），惟此邊際效益會隨既成道路使用限制之提高而遞減。而 MM' 曲線乃代表既成道路每增加一單位土地使用限制所增加之邊際外部成本（又稱「限制邊際社會成本」），此可解為既成道路用地「所有權人」之內部成本（亦即既成道路「所有權人」對減低其土地使用限制之「願意支付」額度。因此，MM' 曲線可視為該地區內既成道路「所有權人」對既成道路之供給曲線，而 MM 曲線之型態與高度係取決既成道路「用路人」對其需求之「程度」，LL' 與 MM' 兩曲

頗值參考，另學者謝哲勝並分析其運用步驟，詳參謝哲勝，法律經濟學基礎理論之研究，中正大學法學集刊第 4 期，2001 年，頁 37-60，茲不贅述。

⁵⁵ 詳參 Fischel, W.A., The Offer/Ask disparity and Just Compensation for Taking: A Constitution Choice Perspective, *International Review of Law and Economics*, 15:187-203b (1995).

⁵⁶ 茲為簡化分析起見，假設該地區內僅有既成道路之「所有權人」以及「用路人」兩種，於是，該兩方所生之「社會效益」（或成本）即為其「內部效益」（或成本）與「外部效益」（或成本）之和。

線之交點 O^* 即為既成道路用地之社會（亦即既成道路所屬地區）最適土地使用限制程度（亦即既成道路用地之「最適授權」）。另外， NN' 曲線則係代表每增加一單位既成道路之土地使用限制，若於無土地使用管制之假設前提下，其所有權人將不會考慮因使用限制所產生之邊際外部效益，故其決定土地之使用決策時，將只會依據 MM' 曲線（亦即不考慮外部性）而不考慮 LL' 曲線，而 MM' 與 NN' 兩曲線之交點（亦即 X_1 ），即點為該土地之最適土地使用程度₁（亦即既成道路用地所有權人之「最適授權」），此代表土地之邊際內部效益等於內部成本，其所有權人可獲得最大土地使用效益。

然問題是：土地（既成道路用地屬之）因其特有性質而為一種兼具公、私性質之財產權⁵⁷，並非一般商品所可比擬，此亦賦予國家對私有土地為使用限制之必要性。依據前文「制度授權」理論，假若土地財產權之最初授權為 X_1 （亦即使用受限程度較低，例如被編定為建築用地，所謂「地主權益優先」，詳表 1），嗣後，因道路拓寬而形成既成道路用地，假定該土地之使用限制程度提高至 O^* （亦即 LL' 與 MM' 兩曲線之交點），此時，依據旨揭「雙重法律判斷模式」以及「產權配置法則」（詳表 1）之運作，則既成道路用地所有權人基於「使用優勢」（或「地主權益優先」，蓋依法本屬建築用地）以及「財產法則」之旨意，其既成道路用地之「用路人」必須得到土地所有權人之同意後，並支付相當補償，始可令其放棄「建築權利」，至其補償範圍應為：既成道路用地所有權人因而受到之損失（面積為 A ）或者 $A+B$ （既成道路用地用路人因而所獲得之外部效益）。

⁵⁷ 蓋由土地法第 10 條第 1 項前段規定可知我國土地之「上級所有權」屬於「全體國民所有」（屬共同所有），而人民僅能依法取得其「下級所有權」（屬私人所有），詳同法第 10 條第 1 項後段規定。

相對地，設若該土地最初所獲得之授權僅為 X_2 （例如其地主為取得建築執照，所依法留設之「私設巷道」，詳前述），其所有權人如欲將該土地之使用限制程度減低至 O^* ，此舉將導致以該土地為通行之「用路人」權益受損，於是，如上所述，依據旨揭「雙重法律判斷模式」之運作，則該土地勢必被判為「道路使用優先」（詳表 1），於是若採「財產法則」之優勢保障方式，則該土地之所有權人必須先獲得「用路人」之同意，並支付其因而減少之外部效益（面積為 C ）或者 $C + D$ （既成道路用地所有權人所因而減少之內部效益），茲礙於篇幅，不另論述其他兩種優勢保障方式。

茲值一言者，由圖 2 可知，以土地轉為既成道路用地而屬「地主權益優先」以及「財產法則」為例，固然其所有權人所遭致之損失均會受到補償，但問題是其補償額度為何，亦即大於或小於 $A+B$ 之額度？則應視於 NN' 曲線（亦即系爭土地原來授權所生內部效益）、 LL' （亦即系爭土地成為既成道路用地所生社會效益）、以及 MM' （亦即系爭土地成為既成道路用地所生社會成本）三曲線以為定，綜之，若 LL' 與 MM' 兩曲線維持不變，則其補償額度將視 NN' 曲線為斷，亦即以其「原始」授權為斷。最後，同樣地於「地主權益優先」下，倘若採「禁制法則」之優勢保障方式，則是否將該土地轉為道路用地，將由該地區內之社會大眾決定，一旦決定轉用，則其使用限制所生之損失補償費用，將由該道路之「所有權人」及其「用路人」雙方負擔之。

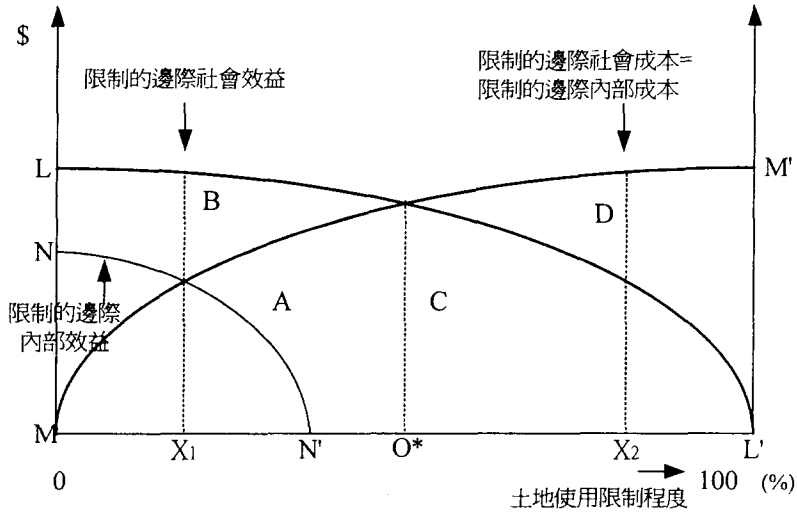


圖2:不同限制程度下既成道路用地之財產權變動以及損失補償

資料來源：本文繪製

肆、「競價收購」解決措施評析-以台北縣為例

如上文所述，司法院釋字第 400 號並非能作為既成道路所有權人之補償請求權基礎，僅具有「立法及施政指針」性質，主管機關除儘速完成相關立法之外⁵⁸，學者陳清秀即指出，除採「金錢補償」方式之外，未來相關因應措施可為：競價收購、廢止、以及容積移轉等多種方式（詳表 2）⁵⁹。事實上，由表 2 可知任

⁵⁸ 立法院於第四屆第四會期由李俊毅等委員研擬「私有既成道路徵收補償處理條例」（草案），然因財源困難而作罷，顯見欲經由「立法」一途以解決既成道路補償問題，並不容易。

⁵⁹ 詳參陳清秀，既成道路相關法律問題探討，月旦法學雜誌第 112 期，2004 年，頁 57。另請參李立建，以競標方式取得私有既成道路土地之可行性初探，現

何一種補償方式均又其優缺點，無法一概而論，茲謹以財政部於 2003 年所訂頒「中央補助直轄市及縣市政府取得既成道路試辦計畫」(屬「競價收購」)為例，予以論述，事實上，財政部決定自 2004 年至 2006 年試辦 3 年，擬以 105 億補助款補助地方政府取得既成道路用地，亦即由地方政府或由其捐助所成立之財團法人以「競價收購」方式，收購都市計畫範圍內之私有既成道路用地。

表 2：私有既成道路用地取得方式之比較

取得方式	內容	優點	缺點	法令依據	實施現況
協議價購	以取得當期公告土地現值之一定比例作為補償基準	既成道路用地所有權人可立即獲得補償	價購金額過於龐大	釋 400，「台北市處理私有既成道路土地補償自治條例」	「台北市處理私有既成道路土地補償自治條例」，惟未獲財政部同意
土地徵收	以取得當期公告土地現值之一定比例作為補償基準	(同上)	(同上)	釋 400，「私有既成道路處理條例」(草案)	「私有既成道路處理條例」(草案)，未獲立院通過
區段徵收 (市地重	以取得當期公告之一	既成道路用地	價購金額過於龐	釋 400，(例如)	區段徵收以及市地

劃)	般正常交易價格作為補償基準	所有權人可立即獲得補償，所屬地區可整體開發	大，整體開發費時過久	平均地權條例第53條第1項	重劃等整體開發方式礙於「財務自主性」，近年多未推動
公用地役權	由主管機關以設定「公用地役權」取得通行權利	既成道路用地所有權人可立即獲得部分補償	悖於憲法上「財產權保障」原則	釋 400	無法令依據，尚未實施
容積移轉	由主管機關以「容積移轉」方式，將既成道路用地（送出基地）之容積移入「接受基地」，以獲得對價補償	既成道路用地所有權人可立即獲得補償	容積計算複雜，將影響「接受基地」之環境品質	釋 400	無法令依據，尚未實施
以地易地	由主管機	(同	無足夠公	釋 400	無法令依

	關以「以地 易地」方 式，取得既 成道路	上)	有土地以 資交換		據，尚未實 施
捐地節稅	由富人以 低價購 既成道路 用地，再 以高價 捐贈地 方政府， 以節省 所得稅負	既成道 路用地 所有權 人可立 即獲得 部分補 償	中央與地 方政府有 稅收之衝 突，亦不 符公平正 義原則	釋 400	近年來已 有案例，因 悖於「稅賦 公平負擔 原則」，財 政主管機 關已從嚴 執行該措 施
廢止	主管機關 研擬並實 施細部計 畫時，可依 法定程序 廢止不必 要之既成 道路	既成道 路用地 所有權 人可回 復為使 用強度 較高 (例如 建築用 地)之 用地	主管機關 須循一定 行政程序 辦理，費 時較久	釋 255， 都市計畫 法第 17 條第 1 項，例如 「台北縣 都市計畫 區內巷道 廢止或改 道作業要 點」	因未確實 執行都市 計畫法第 17 條第 1 項，致被廢 止之既成 道路用地 甚少
競價收購	主管機關 以收購當	既成道 路用地	悖於憲法 上「財產	釋 400， 例如「台	近年來已 有案例，但

期公告土地現值之一定比例作為價金基準	所有權人可立即獲得部分補償	權保障」原則以及平等原則	北縣無償取得辦理既成道路作業要點」	僅限於特定地區
--------------------	---------------	--------------	-------------------	---------

資料來源：本文整理

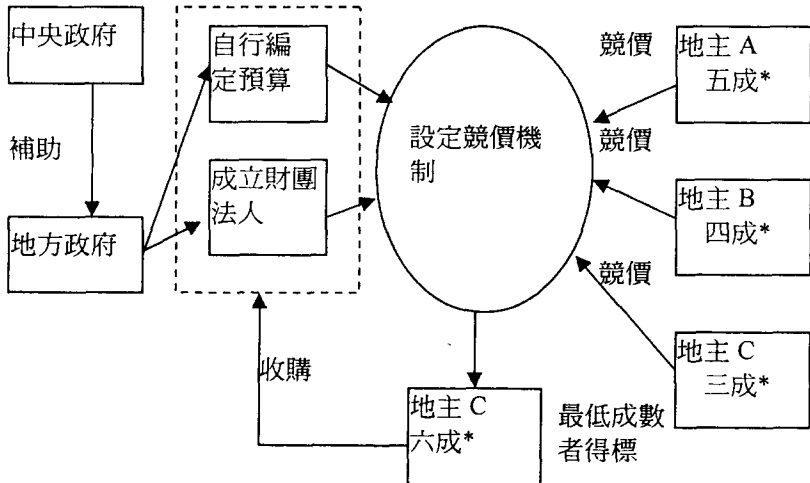
為此，台北縣政府於業已訂頒實施「台北縣政府無償取得辦理道路用地作業要點」(90.7.13)，以配合旨揭「競價收購」措施，加強縣內既成道路用地之取得，因此，本文乃以之為例，予以探討此一措施以及相關問題，茲分述如次⁶⁰：

一、內容簡論

如上所述，財政部業已訂頒實施「中央補助直轄市及縣政府取得既成道路試辦計畫」，並委由地方政府實施，採取由既成道路所有權人競價出售其土地予地方政府，俾利國家逐年取得既成道路所有權。茲以圖 3 分述如下：首先，財政部提供二種管道以利地方政府選擇，其一為由地方政府自己編列預算，並以既成道路之「最低」成數優先予以收購；其二，由地方政府成立財團法人，地方政府每年編列一定預算，設定競價機制，由既成道路所有權人參與競標，以最低成數得標，圖 3 中有地主 A、B、與 C 三位參與競標，最低成數為地主 C 之六成，因此財團法人向地主 C 購買後，依相關規定捐贈給地方政府。須指出者，此項機制不具強迫性，而係自願性質，更非「徵收」，故其實施「績效」似

⁶⁰ 詳參許世迪，取得私有既成道路相關措施之研究-以捐地節稅與競價收購為例，台北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文，2005 年，頁 2-7 以下。

全視既成道路所有權人之「配合度」以為定，因之，若其不配合（例如每次出價均相等），則欲以之取得多數既成道路用地，無異緣木求魚，而須仰仗他途（詳表 2）。



*：當期土地公告現值一定成數

圖 3：台北縣私有既成道路用地之「競價收購」示意

資料來源：修改自許世迪（見註 60），頁 2-7

茲以台北縣為例分析如次⁶¹，台北縣府所分配額度約為一億三百七十萬元，為辦理私有既成道路購買事宜，於民國 93 年 10 月間成立「財團法人台北縣取得私有既成道路基金會」，並委託縣府採購中心協助購買私有既成道路，並經決議以縣內都市計畫區域內規劃「寬度」達 10 公尺（含）以上之都市計畫道路（含公

⁶¹ 因係全國最早實施競價收購措施，並於 93.12.15 訂頒實施「財團法人台北縣取得私有既成道路基金會採購私有既成道路土地投標須知」作為指導方針，故以之為例。

路系統省道、縣道、鄉道等)範圍內之既成道路為優先購買範圍，此應合於上述判定既成道路土地使用受限與補償次序之旨意。

二、問題分析

茲謹依據上文「財產權保障」、「制度授權」、以及「財產權配置法則」為基礎，檢視旨揭「競價收購」此一措施之合法性，茲分述於次：

(一)以既成道路用地所有權人出價之最低成數為收購之依據，違反財產法則

姑不論既成道路土地上是否存有他項權利(如公用通行地役權)負擔，若有，則其補償價格並不得依公告現值「十足」為補償⁶²，以符法制。然而若原先係供作使用強度較高(如建築用地)之使用者，且政府未予以徵收即開闢為道路使用者，則理應由「用路人」予以合理補償，嚴格而言，此時，國家僅是扮演「代徵者」之角色⁶³。再者，就「競價收購」之價格以論，由於其買賣契約非屬公法上之「行政契約」，而係屬私法契約，故本文以為應可擺脫土地徵收條第 30 條第 1 項強行規定之限制⁶⁴，亦即其地價補償額度應可更高。然實際上是，主管機關係以出價之最低成數作為取得既成道路用地之依據(詳圖 3)，此不但未合於旨揭「雙重法律判斷模式」之意旨，更不合於憲法上財產權保障意旨。

⁶² 有關「土地公告現值」之定義，詳參平均地權條例第 46 條。

⁶³ 亦即由政府向「用路人」依「受益付費」法則徵收通行費，再交由既成道路所有權人，然現行之作法是：不管既成道路形成原因為何，均由道路主管機關(不管中央或地方政府均屬國家)負損失補償責任，如此不但造成財政負擔過重，亦有違財產權配置法則(詳表 1 或圖 2)。

⁶⁴ 詳參陳清秀，同前註 59，頁 67。

依我國現行土地法制規範，係以市場價格為土地徵收之補償標準⁶⁵，其主要理由係立基於所謂「厭惡失去理論」(theory of loss aversion)、以及所謂「稟賦效果」(endowment effect)原則⁶⁶，有以致之，其中後者係指人民於放棄某客體（如土地之被徵收或收購）時所需求之數額，往往超過他們獲得該客體之出價額度，簡言之，亦即厭惡失去其所認為珍貴之財產權，由此觀之，其意涵與「厭惡失去理論」之旨意並無差異。於是，既成道路用地所有權人於其土地被徵收或強制收購時，其對所生「損失」較「利得」(gain)存有更強烈之主觀因素。亦即，於此種「所欲」與「實得」價值衡量顯不對稱而存有極大「落差」情況下，既成道路用地所有權人將被迫「賤價出售」其土地，此雖不合憲法上財產權保障之意旨，但因政府礙於財源短絀致使徵收補償遙遙無期，於是，道路用地所有權人仍願意以公告土地現值之「最低成數」出售其土地，以期早日獲得補償，其處境實在堪憐。

(二)以低於正常交易價格為補償基準，違反憲法上財產權保障原則

於正常情形下，假設土地所有權人之總滿足水準（效用）不變，則一種財貨（如土地）數量之減少，必須增加另一種財貨（如貨幣）數量，始能維持其總效用水準於不變，至該土地與貨幣之交換比例則取決於某效用水準下無異曲線以及預算線之斜率。茲假設某一土地所有權人原本之總效用水準為 U_1 ，則其與預算線之切點為 P（詳圖 4），亦即其擁有 OQ 數量的土地以及 ON 數量的貨幣，今若其既成道路用地被強制收購，而減少為 OQ'，（亦即

⁶⁵ 土地徵收條第 30 條第 2 項參照。

⁶⁶ 有關「厭惡失去理論」以及「稟賦效果」含意，詳參葉泰寧，不動產時效取得相關問題之法律經濟分析，政大地政系碩士論文，2005 年，頁 2-13。

其既成道路用地數量為 QQ' ），此時，為維持其總效用水準為 U_1 之前提下，收購其既成道路用地之主管機關，所給予其地價（貨幣）之補償額度應為 RS ，然事實上僅為 RS' ⁶⁷，從而既成道路用地所有權人之效用水準乃由 U_1 降為 U_2 ，違反憲法上財產權保障原則。再者，假若該土地係屬「地主權益優先」以及「財產法則」者，則 RS' 該值若與圖 2 相較，當小於「 $A+B$ 」之值，於是，「競價收購」此一措施悖於憲法上財產權保障之旨意，又獲得一明證。

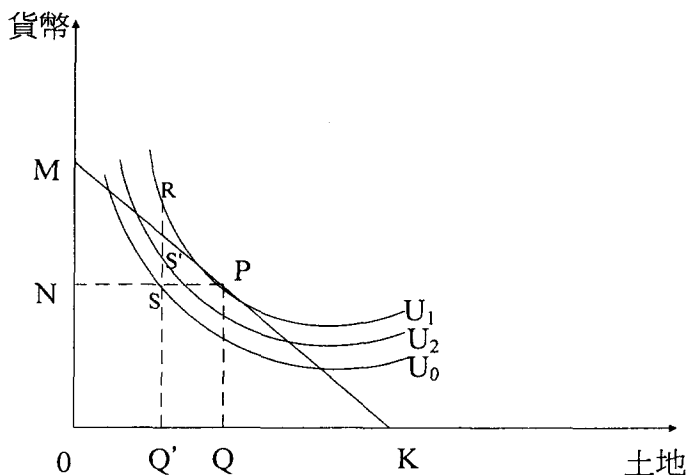


圖 4：競價收購措施下既成道路用地之財產權變動

資料來源：本文繪製

(三) 競價收購措施，不符「個案正義原則」

如上所述，既成道路用地形成原因多端，其主管機關應事予以「抽絲剝繭」，再據以決定適當處理策略，然以台北縣為例，

⁶⁷ 此資料係由「財團法人台北縣取得私有既成道路基金會」所告知(93.12.23)，約為收購當期土地公告現值之五至六成。

其雖以既成道路用地之「寬度」作為劃定「競價收購措施」實施範圍之基準，此固無可厚非，但應尚考量其他判定基準（如形成之久暫等），但並未採納，其理由為何，並未見說明。本文以為，縱算於旨揭「雙重法律判斷模式」第一重判斷下，既成道路用地具有先驗性之「道路使用優先」，若其形成原因係可歸責於國家時，似應考量既成道路用地之多種態樣，再為決定其補償內容，此即所謂「情狀拘束性」（Situationsgebundenheit）原則之旨趣。綜之，主管機關應依據既成道路用地之財產權價值狀態（如殘餘價值）、限制原因（如可歸責事由）、以及限制久暫等因素，綜合判斷其客觀性後，再決定其補償內容，以符法制。

伍、結論

本文雖認為財政部所推動之「競價收購」措施尚存有諸多問題，但基於該措施可視為行政機關呼應司法院釋字 400 號「他法補償」之具體作法，以及既成道路用地之取得與補償「不容再為延宕」之認知，乃提出下述淺見，期能兼顧「公共利益」（如用路人）以及「私權保障」（既成道路用地所有權人）之意旨，並供作相關單位參考：

一、既成道路用地之補償方式宜多元化

由上文分析可知，道路主管機關於進行收購既成道路用地時，其所有權人之效用水準呈現下降趨勢（詳圖 4），此並不符合憲法上財產權保障旨意，本文建議，主管機關似可仿效公共設施保留地相關補償作法，其中土地優惠稅制、空間所有權、容積移

轉、以及以公有土地交換等作法（詳表 2），雖仍有優缺點，但應值得一試，蓋唯有如此，才能達成司法院釋字 400 號「他法補償」之旨趣，也才能落實憲法上財產權保障之旨意。

二、競價收購措施宜反應既成道路形成原因之多

樣性，並減少行政干預

以台北縣為例，如前所述，其所擬既成道路用地競價收購實施計畫之優先適用範圍，係以臺北縣各都市計畫區域內規劃寬度達 10 公尺（含）以上之都市計畫道路範圍內者為主，雖符合其形成原因，但並未考量其他因素（尤指形成久暫等），似嫌率斷而欠缺客觀性。又，旨揭競價收購方式，事實上多少帶有市場機制之特色，政府與既成道路用地所有權人公開議價，其低價者政府優先補償，高價者則無。此種解決方式固能暫時舒緩財務壓力，但卻會造成部分地主為搶先領到補償費，故競相以低價搶標，導致領到的補償費大幅縮水，此種「肥了政府、瘦了地主」之作法，充滿濃厚之「行政高權」（*Verwaltungshoheit*）色彩，誠屬可議。雖然，政府希望透過公開協議程序，進一步掌握成道路用地所有權人之意願與偏好，進而創造政府與既成道路用地所有權人兩方「各取所需」之局面。然而，由於價購前之協議均由政府單方與既成道路用地所有權人接觸，從而產生政府既是球員又是裁判，已有不公，兼以既成道路用地所有權人之「相互削價」，於是，既成道路用地所有權人於強大之行政干預下，確已蒙受「雙重損失」（*Doppelschaden*），但卻只能忍受。

三、競價收購措施之執行方式宜彈性化

如前所述，競價收購方式多少隱含市場機制，基於市場之「供需法則」，主管機關實不必將競價購買之參與者限縮於既成道路用地所有權人，蓋基於經濟學上之「自利法則」，凡有意購買既成道路用地者均可加入競標行列，並配合相關誘因措施，如此一來，理應會提高既成道路用地之競標價格，則其所有權人亦可藉以獲得較高之地價補償度，以符合憲法上財產權保障之意旨。此外，本文以為或可由既成道路用地主管機關結合其所有權人共同設立財團法人基金會，以進行其競價收購相關業務，如此一來，才可避免既成道路用地所有權人走上街頭，並避免不必要之社會成本，以及落實法治國（財產權保障）之旨意。

參考文獻

一、中文文獻

1. 司法院大法官釋字第 110、211、218、224、248、236、257、281、318、327、332、336、344、409、425、440、493、496、508、516、579、580 號。
2. 行政法院 44 年判字第 11 號判決。
3. 行政法院 61 年判字第 435 號判決。
4. 行政法院 79 年判字第 289 號判決。
5. 吳佩瑛等，農地管制下對農地財產權之保障與侵害，經社法制論叢第 33 期，2004 年。
6. 李立建，以競標方式取得私有既成道路土地之可行性初探，現代地政第 265 期，2003 年。
7. 李建良，損失補償，收於翁岳生主編，行政法（下冊），台北：翰蘆圖書出版有限公司，1998 年。
8. 李震山，行政損失補償原則，台灣本土法學雜誌第 71 期，2005 年。
9. 林明鏘，私有既成道路與損失補償請求權，月旦法學雜誌第 112 期，2004 年。
10. 唐豫民譯，法律之經濟分析，台灣商務印書館發行，1987 年。
11. 夏維良，土地使用限制行為之研究-以制度授權觀點為基礎，台北大學地政系碩士論文，2002 年。
12. 王澤鑑，民法物權第一冊（通則、所有權），2001 年，頁 64-66。
13. 陳明燦，私有既成道路使用受限與損失補償相關問題之探討，月旦法學雜誌第 112 期，2004 年。
14. 許世迪，取得私有既成道路相關措施之研究-以捐地節稅與競價收購為例，台北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文，2005 年。
15. 陳明燦，土地徵收註記登記之法律效力，月旦法學教室第 27 期，2005 年。
16. 陳明燦，財產權保障、土地使用限制與損失補償專題研究，

- 台北：翰蘆圖書出版有限公司，2001年。
17. 陳明燦，從財產權保障觀點論土地之使用限制與損失補償，台北大學法學論叢第45期，1999年。
 18. 蔡宗珍著，從憲法財產權之保障論既成道路與公用地役關係，收於「憲法與國家（一）」，2004年。
 19. 陳清秀，既成道路相關法律問題探討，月旦法學雜誌第112期，2004年。
 20. 陳清秀等，既成道路多面鏡映影，「既成道路相關法律問題研討會」，月旦法學雜誌第112期，2004年。
 21. 陳愛娥，司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變」收於李建良等主編：憲法解釋之理論與實務，1998年。
 22. 最高法院82年台上字第583號判決。
 23. 最高法院88年台上字第1683號判決。
 24. 溫豐文，土地法，作者自版，2005年。
 25. 葉秦寧，不動產時效取得相關問題之法律經濟分析，政大地政系碩士論文，2005年。
 26. 葛克昌，既成道路土地與遺產稅抵繳，月旦法學教室第84期，2002年。
 27. 劉厚連，建築容積移轉制度運用於解決既成道路問題之研究，政大地政系碩士論文，1998年。
 28. 劉厚連，既成道路估價方式之研究，土地問題研究季刊，1998年。
 29. 蔡明誠，既成道路之公用地役關係與所謂公用人役權問題，月旦法學雜誌第91期，2002年。
 30. 謝哲勝，法律經濟學基礎理論之研究，中正大學法學集刊第4期，2001年。

二、外文文獻

1. Adams, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, (1980).
2. Battis/Krauzberger/Löhr, BauGB, 8.Auflage, §5 BauGB, Rn.3 (2002).
3. Bromley, D. W., Economic Interest and Institutions-the Conceptual Foundation of Public Policy, New York and Oxford,

- Basil Blackwell, pp.41-43 (1989).
4. BVerfG 58, 300=NJW 1984, S.1876 ff.
 5. BVerfGE 24 , 367,389 f.; 31, 229,240 ff.
 6. BVerfGE 83, 201, 208 ff.
 7. Cooter, R., Law and Economics, (4th Ed. 2004).
 8. Fischel, W.A., The Offer/Ask disparity and Just Compensation for Taking: A Constitution Choice Perspective, International Review of Law and Economics, 15:187-203b (1995).
 9. Hendler, R., Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 4. Auflage, (2004), 129 ff.
 10. Hoppe/Böhnker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl. §4 Rn.2 (2002).
 11. Keith, D. & Ruth, M.D., Property Rights as Policy Tools for Sustainable Development, Land Use Policy, 15 (2) 203-213 (1998).
 12. Ossenbühl, F., Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab, in: FS zum 10 jährigen Bestehen der Gesellschaft für Rechtspolitik, (1984), 315 ff.
 13. Posner, R.A., Economic Analysis of Law, fifth edition, A Division of Aspen Publishers, Inc. pp.615-616 (1998).
 14. Posner, Economic Analysis of Law, (5th Ed. 1998).
 15. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Auflage (2000) , pp.515-525.