

釋字第七三九號解釋部分不同意見書

陳新民大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

你這個一再被狩獵欲望所趨策的人啊！
許多死亡的規則就被寧靜的制定下來；
我知道你在鐘乳石洞內輕輕懸掛布條，
彷彿為慶祝和平的標幟，但卻是陷阱與羅網！

奧地利詩人·里爾克·《致奧費斯的十四行詩》

本號解釋多數意見延續本院釋字第七〇九號解釋的意旨，為了保障人民的財產權以及維護「正當行政程序」，對於獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法（以下簡稱「辦法」）第八條第一項之私人發起重劃籌備會的門檻過低，致有侵犯其他不同意參與市地重劃（以下簡稱重劃）者之權益；該「辦法」有關籌備會的任務已經超越母法的授權範圍；以及主管機關於核定擬辦重劃範圍及核准實施重劃計畫時，未設置適當之審議組織、亦未給予利害關係人陳述意見與舉辦聽證等機會，自有違正當行政程序等高見，獲致該辦法相關條文違憲之結論，本席就此敬表贊成。

惟本號解釋多數意見之立論，顯然與釋字第七〇九號解釋一樣，僅著眼於程序正當部分，但真正的關鍵之處，應當置於少數不參與重劃者的財產與居住自由權之上。同時，應以憲法的高度——尤以確保財產權「存續保障」之真諦——論究重劃制度的意義、公益份量（與私人法益之衡量問題）能否

合理化人民負擔重劃區公共建設費用，與本號解釋所涉及的「自辦重劃」制度的合憲問題。本號解釋雖亦提及保障財產與居住自由甚至「存續保障」之名詞，但只是泛泛援引用語，沒有任何憲法詮釋意義的重要性與說服力可言。故多數意見捨此實體核心部分於不論，而僅將論點集中置於限制財產權之程序有無遵守憲法正當行政程序的問題之上，重蹈釋字第七〇九號解釋在方法論上「本末倒置」的覆轍。本席實歉難同意。

其次，多數意見既然肯定公權力在核准自辦重劃範圍及計畫時，當會涉及侵犯人民基本權利。故行政權力理應更注重比例原則，是否容有「最少侵犯」不同意重劃者權利的可能性。而平均地權條例（以下簡稱「平權條例」）第五十八條第三項，有關重劃計畫之許可標準，係以「重劃區內私有土地所有權人半數以上，同時其所有土地面積超過重劃區內私有土地總面積半數以上之同意」而論——此規定未如釋字第七〇九號解釋所認為合憲之都市更新條例第二十二條第一項，尚區分不同類型而採不同的同意比率。多數意見且以「當屬立法形成之自由」為由，而認為不違反比例原則。此亦是本席所不能贊同者。

而且上述平權條例第五十八條第三項的計算同意重劃的所有權人比率，是以「私有土地」所有權人為準。準此，已經排除公有土地之所有權人在內，致使公有土地有遭到私人藉籌劃重劃計畫之機會而予侵奪之可能。此涉及到公有財產的「分配正義」，但多數意見對此部分的違憲性，竟然亦未加一詞，亦未納入審查的範圍，實質上顯現出對此有高度違憲之虞的法律規定，竟持極度容忍的態度。

故有鑒於自辦重劃制度，既可能造成「吃小」（侵奪少數不願重劃者之權益），以及「吃公」（侵奪公有財產）之虞，凡此皆觸及了自辦重劃制度的嚴重弊害。甚且地方政府實行的重劃政策之目的，乃為謀求財政利益，避免支付徵收補償費，而以實行重劃取代徵收，以獲得公共設施之用地，造成人民財產權的損失！

俗諺有云「木必自腐，而後蟲生」之諺語般，多數意見只達到「除蟲」的效果，何不鼓其餘勇，而「刨其腐心」乎？

本席不敢輕乎釋憲與護憲的重責，敬提部分不同意見書於次，以明其理。

一、重劃制度的公益或私益？

（一）重劃之目的

土地重劃，顧名思義，乃是對土地的「重新規劃」。在此可以顯現出兩種意義：第一種，是對土地使用的重新規劃，亦即，將原有土地的使用方式（例如，住宅、建築物、空地）予以重新規劃、興建，而後給予該土地更大的功能。當然，也可以增加重劃區的土地總產值，而後所有參加重劃者，其財產法益亦可增加。第二種，乃是對財產權的重分配，亦即重新劃分財產權人擁有重劃區內的土地範圍，對於財產關係的重新分配。

這兩種意義實為一體兩面，由於土地使用的重新規劃，自然會有「挪東牆、補西壁」的調整使用，使得財產標的重新洗牌，因此重劃代表財產標的之重新分配，而最後分配的總財產，將是土地重新規劃，扣除公共用途的土地後，以剩餘的土地，依各參加重劃者原財產之比率平均分配之（平權

條例第六十條之一)。

由上述重劃制度的目的，可以得知下述的特徵：

第一，是兼顧私益與公共利益。

由重劃的目的可知，乃是政府對於土地，不論是市區或者是農地，依據社會現實與未來的需要，重新開發、並興建完備公共設施，除了提升原有居民的生活品質外，亦可能滿足更大範圍（重劃區以外）的公共利益，例如，開闢成公園、水土保持區或學校、福利措施。因此，固然可以稱為「增加重劃區的土地總利用價值」，但不能解釋為「增加重劃區的土地所有權人之總產值」，即非著眼於重劃給重劃者帶來財產的增加而已，而是更帶來甚大的公共利益，且絕非限於原有財產權人所能享受也。

在此，由該土地在重劃前後利益的擁有者之差異，可知重劃前的利益擁有者為原有的所有財產權人；後者，則為不特定的享有者。此即重劃制度亦有承擔頗為重大的公益目的。本號解釋多數意見(在理由書第八段)也正確的指出了此點：

「……查市地重劃不僅涉及重劃範圍內不同意參與重劃者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、同意參與重劃者之財產與適足居住環境之權益，以及原有土地上之他項權利人之權益，有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由（本院釋字第709號解釋參照）。……」。

在實證法上，亦復如此。我國土地法第一百三十五條規定實施土地重劃之原因便是基於這種公益與私益並重的法理，規定：「直轄市或縣（市）地政機關因左列情形之一，經上級機關核准，得就管轄區內之土地，劃定重劃地區，施

行土地重劃，將區內各宗土地重新規定其地界：一、實施都市計畫者。二、土地面積畸零狹小，不適合於建築使用者。三、耕地分配不適合於農事工作或不利於排水灌溉者。四、將散碎之土地交換合併，成立標準農場者。」

其中，除了第一款為公益取向優先，第四款「合小為大」仍為私益考量為主，第二、三款則純粹為土地合理使用，可以兼顧公益與私益。

其次，農村社區土地重劃條例第五條亦規定：「有下列情形之一者，直轄市或縣（市）主管機關得報請中央主管機關核定辦理農村社區土地重劃：一、促進農村社區土地合理利用需要。二、實施農村社區更新需要。三、配合區域整體發展需要。四、配合遭受地震、水災、風災、火災或其他重大事變損壞之災區重建需要。五、應用機器耕作，興辦集體農場者。」

則此五項要件，第一款概括公益與私益之維護；第五款多半直接有利人民。其他各款，如第二款更新制度明顯為公共利益所需（釋字第 709 號解釋參照）¹，第三、四款亦同。

至於平權條例第五十六條第一項則規定：「各級主管機關得就下列地區，報經上級主管機關核准後，辦理市地重劃：一、新設都市地區之全部或一部，實施開發建設者。二、舊都市地區為公共安全、公共衛生、公共交通或促進土地合理使用之需要者。三、都市土地開發新社區者。四、經中央主管機關指定限期辦理者。」則顯然更係公共利益導向之重劃

¹ 釋字第 709 號解釋：「……都市更新為都市計畫之一環，乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益。都市更新條例即為此目的而制定，除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約第十一條第一項規定參照）外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據。……」，也因此會特別引述國際公約與公法原則等適用之餘地。

目的也。

故上述三個規範重劃的法律，固然亦有保障與提升私人財產利益的立法目的，但無疑的，追求公共利益的份量，亦不在私益維護之下。

第二，與徵收相同之處——達到重要公共目的、可替代徵收手段。

按重劃制度既然承擔了追求公共利益的目的，同時公權力也介入了重劃事務，例如，辦理重劃機關的設立、重劃制度的設計（包括許可條件）、即使在許可自辦重劃（如本案情形），關於重劃範圍的核定、核准實施等，皆屬對人民權利限制的行政處分，而納入整體行政程序之一環，為本號解釋所確定（理由書第六段），如同都市更新事件，即使民辦都更，主管機關所為的核准與監督、審查行為的屬性並無差別，釋字第七〇九號解釋且曾為更詳盡之解釋也²。

既然納入重劃區內的人民（與納入都更計畫同），其將被迫參與重劃計畫，以致於影響其財產權與居住權，甚至及於其他權利人之上（本號解釋理由書第六段），這種為公共利益（也同時可能為自己利益）而遭到強制的侵犯，已非單純的財產權之承擔社會義務，而進入到類似徵收強度的公權力侵犯。是否應當認為屬於徵收之概念？特別是典型徵收的公益，也包括了實施都市計畫，以及其他相關的災後重建等目的之上。大法官在釋字第四四〇號解釋，已經承認了市地重劃乃可達到與徵收一樣重大地公共目的：「……又關於都市

² 釋字第 709 號解釋，除了上註有關都更的公益性外，且提及：「……且於後續程序貫徹執行其核准或核定內容之結果，更可使土地或建築物所有權人或其他權利人，乃至更新單元以外之人之權利受到不同程度影響，甚至在一定情形下喪失其權利，並被強制遷離其居住處所（本條例第二十一條、第二十六條第一項、第三十一條第一項、第三十六條第一項等規定參照）。故上述核准或核定均屬限制人民財產權與居住自由之行政處分。……」

計畫保留地之徵收或購買，都市計畫法第四十八條規定，依同法指定之公共設施保留地供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收或購買。其餘由該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所依（一）徵收、（二）區段徵收、（三）市地重劃之方式取得之。……」。

所以，原本不願重劃者被強制劃入重劃區，已經侵犯其保有財產現狀的權利，以致於侵犯其受憲法保障的「存續狀態之保障」(Bestandsgarantie)，而後儘管可再獲分配土地，但已經違背其意志，造成強制更易財產標的之結果，不能不謂類同徵收之侵害也³。

這種見解，在德國也一度受到不少學界與邦立法的支持。德國在第一次世界大戰後，威瑪憲法開始了強化財產權負有社會責任的時代。許多城市都進行了市區重劃與整建，因此聯邦與各邦都制定許多相關的土地重劃法（Flurbereinigungsrecht）的法令。這些法令的基本精神都一致，可強制人民加入重劃（Umlegung）範圍，重新調整其土地所有權，這是採行原有價值計算後給予的「換地」處分，同時在準備重劃期間，不得有自由處分或影響未來重劃之行為等義務，故有些邦——例如，巴伐利亞邦——，一直到二次大戰後的一九四六年的邦重劃法，都承認這是屬於純粹的徵收。因為此重劃後的「換地」，與徵收（特別是在區域徵收經常可見）之以土地作為補償的情形，極為類似。而重劃期間加諸在財產權人上的限制，也與「禁止妨礙徵收」之義務無異也。故重劃與徵收是追求土地使用公益的兩種手法，雖有若干差距，但實質上皆為純粹徵收，而非單純的「財產

³可參見陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，刊載於：憲法基本權利之基本理論，上冊，民國80年1月，第314頁。

社會義務」⁴。

然而，這種傳統的重劃制度之特色既然在「換地」，乃會將土地大部分在重劃後，扣除公共建設外，仍然交付在原來財產權人的手中。此重分配的過程中，原有財產權人不僅不會損失財產現值，且有增加之潛在性，且重劃帶來公共建設也是明顯的有利於重劃區人民。不像徵收計畫會將徵來的土地，於滿足公共使用等任務後，縱然會將部分土地讓售或分配予原財產權人，視為徵收補償之方式，但亦可以分配給其他人民—例如低收入或其他特定職業（例如，公務員等）⁵，只要符合公共目的即可。

因此，鑒於這種財產重分配的特徵，德國聯邦行政法院在一九五四年十一月九日對此作出了一個重要的判決⁶，便明白的指出：在（農地）重劃事件，既然是要依農地的土地性質、耕種方式改進、農產品產量提升等目的為著眼，因此能增進重劃人民的權利。縱然公共利益也能提升，但僅是附帶的。故如果構成人民遭受到徵收的侵犯，必須該徵收公益是「對被徵收人而言，乃非關自己的利益」（dem Betroffenen gegenüber selbständigen fremden Interesse）。此「非關自己的利益」（fremden Interesse），顯然便是與「私利」打對台也。同樣的見解，在一九六〇年十月六日作出的一個判決，更將此見解理論化，認為重劃制度，基本上是一個土地交換之制—亦即所謂的「替換原則」

（Surrogationsprinzip）—，因重劃計畫所產生變動者，

⁴ 見 O. Kimminich, Eigentum, Enteignung, Entschädigung, 1976, Rdnr.201.

⁵ 德國聯邦建築法第 40 條第 1 項便認為都市計畫中可以將土地規劃為給予符合社會福利需要的人民住宅之用，與其他公共建設的用地一樣，可利用徵收或重劃的方式取得之，但應給受到侵害的所有權及其他權利人公正補償。

⁶ BVerwGE 1,225.

不是財產權人的變動，而是財產標的的變動，亦即財產權人對於原有財產標的上的權利，已經移轉到另一個財產標的之上也，並不損於財產權人原有的財產權限與其價值也。即所謂的「非財產標的之同一性」(Identität des Objekts des Eigentums)，而是「權利的同一性」(Identität der Rechte des Eigentums)⁷。

基於類似的法理，聯邦法院在許多類似的判決，甚且提出了所謂「在變動土地上的不中斷之所有權」(ungebrochene Fortsetzung des Eigentums an einen Verwandelten Grundstück)的理論⁸，同樣的是承繼著「替換原則」⁹。

基本上，此「替換原則」已成為現今德國的通說，不僅學術界，即連聯邦憲法法院在後續的判決見解也持類似的看法¹⁰，這亦符合德國常年來認定土地的使用負有極大之社會義務¹¹。因此，土地的使用必須配合都市計畫，因此重劃計畫加諸財產權人的限制——包括禁止有害重劃計畫的使用與處分（聯邦建設法第五十一條）——，都可視為財產權的社會義務也¹²。

至於日本亦將這種土地重劃，稱為「換地計畫」(土地區畫整理法第八十六條以下)，顯然也是採納了替換原則也¹³。

⁷ 此用語與概念在德國可謂源遠流長，早在 1821 年普魯士邦國公布的「土地分配令」便實施此制，規定依土地重劃政策而失去土地者，政府應依原土地的功能、負擔及其他法律關係之綜合判斷，給予同樣性質與價值的土地，俾使人民不會造成實質的損失。見 Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 1978, Rdnr. 558.

⁸ BGHZ 27,15;51,341.

⁹ 可參見 Oldiges, Baurecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl, 1986, S.498; H. Schrödter, Bundesbaugesetz Kommentar, 3 Aufl., 1973, Rdnr.3 zum §45.

¹⁰ BVerfGE 104,10; 114,59.

¹¹ 依德國的理論，這種都市計畫法規加諸人民財產權的限制，泰半屬於財產權內容的規定與法定的界限，毋庸給予補償。惟有在特別情形，造成個案犧牲的效果，才可請求補償。P. Badura, Staatsrecht, 6.Aufl., 2015, C. 85; Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, Rdnr. 559.

¹² 可參見 Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 13 Aufl., 2014, Rdnr.80 zum Art.14.

¹³ 可參見林英彥譯，日本土地區畫整理法，行政院經濟建設委員會建全經社法規工作小組，民國 77 年，第 76 頁以下。

我國對重劃之制度，不論是立法者，甚至大法官在釋字第四四〇號已經約略的提出重劃乃可與徵收達到同樣目的的手段，但在其他相關的大法官解釋（第七〇九號解釋及本號解釋）都未論及此屬性，顯然的認為這些財產權利乃是可為公共利益而受到限制¹⁴，是否亦贊成其乃社會義務乎？

這種重劃制度「非徵收侵犯說」的主流見解，近年來逐漸再度受到學術界的批評。其中最重要的批評，乃是：未能切合憲法保障財產權的重要內涵。按憲法財產權保障的真諦既然是以「存續保障」為主，本號解釋多數意見也已經提及¹⁵，但卻未能前後一貫地實踐此憲法意旨！按所謂的財產權強調「存續保障」乃是承認財產權人可以依自己的自由意志來保有、使用與收益其財產標的而言。這就是財產權受到憲法保障的「首要權利保護」(Primärrechtsschutz)的功能，也是憲法所構築的第一道防線！特別運用在保障防止徵收的侵害時，其功能最大。故除非有極為重大的公益及在嚴格的條件下（符合比例原則與給予公平補償），公權力無法剝奪人民對財產標的之「擁有權」——即保障人民持續保有該財產也。

其次，第二道防線構築在滿足徵收要件後的「次要權利保護」(Sekundärrechtsschutz)，此才是「公平的補償」問題¹⁶。就此意義，憲法「財產權保障」(Eigentumsgarantie)

¹⁴ 請見理由書第2段：「……又憲法第十條規定人民有居住之自由，旨在保障人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由(本院釋字第四四三號解釋參照)。國家為增進公共利益，固得以法律或法律明確授權之法規命令對於人民之財產權或居住自由予以限制，惟依法律授權訂定之法規命令，仍不得牴觸其授權之目的、內容及範圍，方符憲法第二十三條法律保留原則。……」

¹⁵ 請見理由書第2段：「……憲法第十五條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴(本院釋字第四〇〇號解釋參照)。……」

¹⁶ 這兩道防衛程序，在德國是以不同的法院救濟程序顯現出來，即關於徵收處分的合法性爭議，循行政訴訟救濟；就徵收補償額度的爭議，循民事訴訟，而有先後之別。至於我國雖皆由行政訴訟途徑救濟，但補償的爭議往往列於徵收合法性爭議之後，也是有異曲同工之妙。

才會演變成「財產價值保障」(Eigentumswertgarantie)也¹⁷。

如今，通說斤斤於被強制重劃者的財產權利，可以藉由重劃完成後獲得「等值」土地來交換，故未侵犯其財產權利云云，豈非倒置憲法財產權的重心於第二道防線、且是次要的「財產價值保障」，放棄了防衛力最強的第一道防線之首要的「財產標的存續保有之保障」¹⁸？

何況土地重劃後，可使用的土地必然減少，故有些財產權人未必能分配到土地或未達最小分配面積者，便以現金補償（平權條例第六十條之一第一項），此時，所獲得的「補償金」，豈非與徵收補償相同乎¹⁹？土地法第一百三十六條及一百三十九條也有相類似的規定²⁰。為此，本號解釋聲請人曾主張自辦重劃已和區域徵收無異，並非毫無依據也。

同樣的，在重劃區內如有工廠等財產權，重劃後已不得再有該工廠等設施。即使獲得重分地，但工廠設備等形同廢除，必須在重劃區以外，另起爐灶，甚至已經無法繼續復原。此時德國實務界也承認其為徵收之侵害。可見重劃與徵收已相互重疊，不能再嚴格區分矣²¹。

¹⁷ 可參見陳新民，論公益徵收的補償原則，刊載於：憲法基本權利之基本理論，上冊，第416頁。

¹⁸ 因此德國學界也針對德國聯邦法院長年來支持重劃制度並不侵犯財產權的見解，認為只是確保了財產的價值，因此，認為這種將財產權保障的重心(持續保障)，轉成為價值保障，會造成掏空憲法財產基本權利矣。V. Epping, Grundrechte, 3 Aufl., 2007, Rdnr. 455.

¹⁹ 為此，德國聯邦法院也認為屬於徵收也(BFHZ 27,15; 31,49)，見 Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, Rdnr. 560.

²⁰ 土地法第136條：「土地重劃後，應依各宗土地原來之面積或地價仍分配於原所有權人。但限於實際情形不能依原來之面積或地價妥為分配者，得變通補償。」第139條：「土地重劃後，土地所有權人所受之損益，應互相補償，其供道路或其他公共使用所用土地之地價，應由政府補償之。」

²¹ 德國聯邦建築法第56條及第57條，對於重劃後土地的分配標準，也比照徵收的補償模式，必須就重劃土地原有價值，以市價定之，並且要斟酌嗣後價格的變動，權衡當事人的利益以及重劃利益後，公正的裁量決定之。易言之，不應當給予重劃人更多的利益，與受領徵收補償者標準一樣。

所以，重劃制度不僅在追求私人利益，已經偏向公益導向，超過了一般財產權人的社會義務之界限，另一方面其強制力也顯現在針對特殊個案（實現都市計畫或整建計畫所具體指定的重劃範圍之財產權人），也和徵收的個案效力頗為類似。兩種制度已經日益拉近。重劃的目的是否與徵收的目的的一致，都是最高度的公共利益——即公共福祉（Wohl der Allgemeinheit）？德國相關法律中並未明言。但由推敲相關條文，即可持肯定說。

舉例以明之，德國聯邦建設法第一條第五項明定都市計畫的目的為：「都市計畫是為了城市持續發展所定，俾使能符合對後代負責之社會、經濟與環保要求之需，同時也為保證符合公共福祉之社會正義的土地使用。」在此提出的「符合公共福祉」之目的，正與德國基本法第十四條第三項所揭示的徵收目的乃在「符合公共福祉」，用語完全一致。同樣的，德國聯邦建設法第八十七條第一項規定：「徵收處分只能對個案，且因為公共福祉所需，並且無其他可行方法達到徵收目的時方得為之。」也是使用同一的用語。這在德國法律用語上，唯有最高度的公共利益，方能使用「公共福祉」之用語，否則只須使用「公共利益」即可，因此都市計畫使用此高度價值的法律用語，當有其一定的意義也²²。

從而，德國聯邦建設法第四十五條已經規定，為了配合都市計畫，而對土地——不論有無建物與否——進行開發或重新整建而採行之重劃，即可屬於為達到公共福祉所為之行為也，故公益的考量上，重劃與徵收都具有同樣程度之公益性。為此，本號解釋多數意見在理由書第八段：「……查市地重劃

²² 關於公共福祉與公共利益的法律概念，可參照陳新民，論公共利益的概念，刊載於：憲法基本權利之基本理論，上冊，第129頁以下。

不僅涉及重劃範圍內不同意參與重劃者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、同意參與重劃者之財產與適足居住環境之權益，以及原有土地上之他項權利人之權益，……」也似承認了重劃的「重要公益」的價值。當然，多數意見沒有將此寶貴的見解，反映在強化重劃制度的憲法價值，從而採行最嚴格的審查標準來促使該制度發揮其保障財產權人的功能，至為可惜也。

但這種立法上的用語，雖表示已經大幅度偏向承認重劃具有徵收色彩的見解，但仍未為學術界及實務界的所完全採納，仍有待時間來統一其見解。但大方向應是朝「徵收論」發展，如此方可確實保障財產權，也避免實施土地整建都市計畫等政策，在方法上要適用好幾套寬嚴不一的標準。

然而，我國立法上與學說上，最多仍只停留在採行「替換原則」，且將重劃利益偏向「私利維護」。此狹窄之見，也衍生出重劃公共建設費用，由重劃者承擔是否合憲之問題。

第三，與徵收不同之處—須承擔公共設施興建之費用。

按理說，重劃區內所設立的公共設施最直接受益的對象，固然是區內人民——亦即，可藉重劃區內交通、衛生等設施提升，使人民享受更高品質的生活條件，土地價值自然有增漲之機會。乍看之下，似乎為重劃區人民所獨享之利益。因此，輔以重劃並非等於徵收之見解，重劃利益既然主要由參加重劃者享有，因此，必要的公設支出，應當屬於重劃的成本，而依「受惠者分擔成本」的原則，當由重劃受益人分擔之。

我國的重劃法令，莫不循此原則。例如，平權條例第六十條第一項及農村社區土地重劃條例第十一條第二項皆有

明確的規定²³。

這種將重劃利益完全視同「參加重劃者利益」，從而分擔重劃費用的見解，完全與本號解釋之立論、與所有有關重劃法律對重劃功能與目的之規定，乃兼重公益與私益，甚至偏向公益的見解，大相逕庭。正如同徵收一地後興建公共設施——例如，交通設施、興建垃圾處理或能源設施、公園、水土保持……——，其所帶來的利益，也絕非限於原地區內之財產權人所能享受也。而是各地區都可能牽涉到的公共利益，且是極重要的公共利益，方賦予該徵收行為合憲與合法的依據。

依此道理，所有重劃區內公共設施興建的費用（包括公共設施用地及各項費用），特別是配合都市計畫、在災後重建等，都可以將徵收的目的，與利用重劃來相結合。例如，利用災後重劃的機會安置其他受到災害的其他居民之用。便是一個利用重劃來達成再分配土地給參加重劃人，以及「兼惠」其他弱勢族群，以達到重大的公共利益之目的也。重劃之制度，作為整體土地整建制度之一，性質已經大幅轉變，不再是傳統之「單純換地」，而融入了徵收的公益在內。

（二）自辦重劃制度的違憲性

由上述重劃制度既然帶有追求公共利益之重要目的，且

²³ 平均地權條例第 60 條第 1 項規定：「依本條例規定實施市地重劃時，重劃區內供公共使用之道路、溝渠、兒童遊樂場、鄰里公園、廣場、綠地、國民小學、國民中學、停車場、零售市場等十項用地，除以原公有道路、溝渠、河川及未登記地等四項土地抵充外，其不足土地及工程費用、重劃費用與貸款利息，由參加重劃土地所有權人按其土地受益比例共同負擔，並以重劃區內未建土地折價抵付。如無未建築土地者，改以現金繳納。其經限期繳納而逾期不繳納者，得移送法院強制執行。」；農村社區土地重劃條例第 11 條第 2 項：「重劃區內規劃之道路、溝渠、電信電力地下化、下水道、廣場、活動中心、綠地及重劃區內土地所有權人認為為達現代化生活機能必要之其他公共設施用地，除以原公有道路、溝渠、河川及未登記土地等四項土地抵充外，其不足土地及拆遷補償費與貸款利息，由參加重劃土地所有權人按其土地受益比例共同負擔。」

其份量與日俱增，「非徵收論」的見解認定重劃利益以維護私益為主，附帶增進公益為輔的見解，當已過時。從而，即便重劃對人民的誘因僅是等值（或可望增值土地），這也和徵收的法定要素——應以市價補償，或以等值地補償——，並無太大立意與程度上的差別。

更何況，重劃制度基本上應當是公權力運作的事項，相關法律無不對推動重劃事宜的組織、程序與要件，詳加規定，且是公法法規與公權力（行政處分）之屬性，再再表明重劃與都市更新、其他土地政策與都市計畫的措施同，皆是政府責無旁貸之職責。因此，除非依法委託私人執行外（行政程序法第十六條），此責任不當委由私人來進行之。

準此，儘管我國平權條例第五十六條至第五十八條，規定重劃有三種類型，包括公推公辦（第五十六條）、民推公辦（第五十七條之重劃區內私有土地半數以上贊成重劃者，應優先進行之）及民推民辦（第五十八條）三種。但實施此制以來，絕大多數的案件皆為第三種的民推民辦，亦即為本號解釋所討論的類型，在此即發現重劃制度被誤用與濫用的嚴重情形²⁴。

這種自辦重劃之所以比公辦數量來的多，顯然是符合了「孳孳為利」的人性。這可以解釋為何平權條例不強調重劃的重大公益，反而拋出「獎勵重劃」的誘因——除了獎勵的措施外，還加上強制重劃的範圍及於公有土地之上——，試想，人民自行推動重劃，要耗費許多金錢、時間與精力來進行重劃計畫的擬定、預算的估計與分配、說服他人加入及繁複的

²⁴ 依內政部正式資料顯示，至民國 104 年 12 月為止，全台灣共進行 968 件重劃（共計 15,977 公頃），見內政部地政司全球資訊網站/重劃業務；但內政部非正式資料顯示全台灣共進行 964 件重劃（共計 15,879 公頃），其中公辦為 352 件（12,963 公頃），自辦為 611 件（2,911 公頃）。其中件數自辦約佔三分之二，但是面積數則為五分之一弱。二者雖差 4 件，但大致比率不差。

行政作業……，若云無強大的重劃利益在背後驅使，該推動重劃者豈會如此天真與充滿正義感的來推動與進行重劃²⁵？難道是平權條例的獎勵規定，已經達到「動之以公益」的效果乎？其答案已呼之欲出矣。

這種出於算計、且是絕對有利於推動者巨大利益的動因，不僅在重劃事件，也在都更事件都到處斧鑿畢露，本席在釋字第709號解釋一再提及，但似乎未獲得立法檢討的迴響也。

因此，自辦重劃制度的主動權，完全操在申請重劃者的一方，主管機關即使擁有核定權與審核權，可以想見，完全處於被動配合的情況之下，難免會使公權力產生名為「遂其所願」、「順民所好」，實則是被「挾持」的現象？

鑒於國家必須將推動公共利益攸關的土地政策，交付在自己的手上，避免公權力不彰與不作為，並淪為私人可能濫用重劃機會，造成侵犯他人權利，增加自己不法利益的「助手」。本席主張我國立法機關應當仿效德國與日本法例，將重劃制度納入政府獨掌的職權。例如，德國聯邦建設法（BauGB）第四十六條第二項明白規定，實施重劃，乃是地方政府（鄉鎮）以自我負責的方式來推動與執行之，俾配合都市計畫與都市發展的目的。可知推動重劃的主體，必然是公權力機構——至少是可以制定都市計畫的鄉鎮自治團體以上——，不許可私人進行之。同時，同條文第三項亦規定：人民對於重劃計畫的擬定與實施，並無請求權，亦即，未許可

²⁵ 在不少重劃實務上，由於相關規定只要求一定比率人數的私有地所有權人或擁有一定比率的私有地，都可作為發動重劃計畫者，導致有些重劃案件，發生若干只擁有極少部分土地的地主，聯合建築公司進行重劃（甚至由建設公司以人頭政策，各人頭擁有極少數土地，湊成所有權人總數的門檻），形成少數百分比的土地擁有者，可決定絕大多數地主的重劃利益，本號解釋的原因案件之一，似乎即為此現象也。可參見莊仲甫，從大法官 709 號解釋看自辦市地重劃問題，土地問題研究季刊，第 49 期，2014 年 3 月，第 79 頁。

人民有發動市地重劃的主觀權利也。

然而，相對於德國如此的強調市地重劃乃是公權力實施之履行都市計畫的專屬權限，不開放給私人。固然可以防止「廉售公權力」(Ausverkauf von öffentliche Gewalt)之嫌，但是否也會使民間要求市地重劃的動力無法彰顯？為此，日本採取許可私人參與重劃的法制。日本在一九五四年公布的「土地區畫整理法」，以及一九六三年公布的「新住宅市街地開發法」等(以後迭經歷次修正)都有類似的制度，例如，土地區畫整理法規定有七種重劃方式，其中五種為公辦重劃，二種為私人推動，分別為個人(由宅地所有權人)或土地區劃整理合作社(由數位宅地所有權人組合)，來推動進行。但在個人推動時，是由全體所有權人同意方可。至於該合作社推動時，則由超過三分之二以上成員許可。但這種私人的角色僅是推動作用，重劃工作的實際進行，仍由地方政府執行之，其情形與我國平權條例第五十七條的「民推公辦」，頗為類似也²⁶。這也是本席認為我國應該採納私人「協力」重劃的模式，最多止於此種。

既然重劃是追求重要公益為主，相關的公共設施，也應由公力承擔，因此，毋庸由重劃區內的人民來承擔。此點，德國聯邦建設法(BauGB)第七十八條便規定：負責重劃計畫的鄉鎮，應承擔所有重劃的費用。同樣的，日本則由各級政府分別承擔重劃費用，俾使參與重劃人民毋庸承擔太重負擔²⁷。

由此可見，重劃區所有土地，既然在重劃後已經劃分出

²⁶ 參見林旺根，台北縣都市計畫委員會日本考察心得報告(一)—從日本土地區劃整理談我國市地重劃之改進，現代地政，第210期，1998年12月，第38頁。

²⁷ 日本的例子見林旺根，台北縣都市計畫委員會日本考察心得報告(二)—從日本土地區劃整理談我國市地重劃之改進，第211期，1999年1月，第38頁。

一部分提供為公共設施之用，原來的所有權人已經喪失該所有權（雖然平權條例第六十條第三項「非常善心」的規定了折價抵付的共同負擔土地總面積，不能超過百分之四十五為原則）。既然重劃區人民已經為了公共利益而犧牲了不少所有權，豈能夠還要求其自費興建該公共設施乎？豈非一條牛剝二層皮，是否過度侵犯人民之財產權？而且政府在重劃計畫中，可以獲得公設用地的所有權，又可完整的獲得所有已完成的公共建設，是否全部取之於人民乎²⁸？特別是在人民一手推動與執行之自辦重劃，以及沒有公有土地加入重劃區內的案例為甚！政府無尺寸之功，卻能夠獲得一大批公共建設，豈非「取財於民」的不當得利？

然而，觀諸我國主管重劃的主管機關，似乎對此並不覺有愧。依內政部的資料顯示，至民國一〇四年十二月為止，全臺總共完成的重劃面積為一五,九七七公頃，取得道路、溝渠等用地，計五,三六七餘公頃，近三成的用地；而節省政府建設經費達八,七四七億餘元，似乎為可洋洋得意之政績。如果相信上述公開資訊並未浮誇——例如，該取得五千餘公頃的公設用地，並不包括所有重劃區內原有的公有土地——²⁹，則吾人不禁要問：此些土地豈非全由重劃區人民的手中獲得？而所謂「節省政府建設經費」達八千億餘元，是否本應花在政府徵收或價購公設用地，而後投入建設之上而必須花費的總數？

²⁸ 德國對於政府透過重劃制度，獲得了公共建設的土地，此情形正與傳統的徵收情形無異，亦即所謂「公用徵收」的古典徵收型態，因此，重劃制度可促使徵收的概念，由不一定剝奪私人財產權轉入公家之手的公益徵收概念，轉變成為公用徵收的古典意義也。關於此概念的討論，可參閱陳新民，論憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，刊載於：憲法基本權利之基本理論，上冊，第318頁。德國聯邦憲法法院在後來有關一個都市重劃案件判決(BVerfGE 104,1)，已經改採此見解。V. Epping, Grundrechte, Rdnr. 452.

²⁹ 對此，本席不無懷疑。

這個說法並非無據。實際上已經出現了地方政府，為了避免付出高額的經費以取得公共建設用地，或避免付出拆遷費，而允許自辦重劃計畫者，來進行重劃，或是利用納入重劃計畫的使用方式，而將某些不必要變更其使用區分之他人土地納入公共建設，如此，地方政府即可不費吹灰之力，與花費一毛錢，即取得土地矣。此種專為「政府財政利益」的案件之合法性，竟然也可以獲得法令與司法訴訟的承認³⁰。

原來如此，若非鎚銖來自於重劃區人民之手，則政府又何德何能可以「節省」了八,七四七億餘元，又獲得了五,三六七餘公頃的土地，我國政府堪稱「生財有道」！果其然，政府何不傾全力在全國大力推動重劃，國庫豈非可「日進斗金」乎？然而，公辦重劃制度似乎效果有限，豈非與「現實好處」相互矛盾！

即使全由人民一手包辦的自辦重劃，帶來的弊病，正如同釋字第709號解釋的都更一樣，容易引起「以大吃小」的弊端。試想，在自辦重劃過程，整個重劃區內共有十項以

³⁰ 主管機關藉重劃之名，獲得財政利益的案例，最清楚的例證，莫如，在本號解釋公告同一天，大會通過一件不受理案(會台字第13020號)的聲請案，其原因案件(臺北高等行政法院98年度訴字第27號；最高行政法院99年度裁字第2281號)，其內容即與此類似，聲請人的土地被迫納入重劃區，且被分成三部分，其中一部分甚小，無法使用，只能獲得金錢補償，但卻要付出鉅額公設建設費。聲請人曾起訴調整該土地納入鄰旁住宅區不果，故質疑該重劃計畫違法，但主管機關所持之理由乃認為此次重劃之理由：「……擬定中壢平鎮都市擴大修訂計畫(原文小十六學校用地變更為住宅區)細部計畫案計畫書第33頁第6章第2節財務計畫(摘略)：「財務為庶政之母，政府的各項施政是否能順利執行，全賴是否有健全的財政以支應而定。都市建設更離不開財務計畫，尤其都市計畫理想與目標的實現，都有賴財源之充分配合，故周詳而切合實際的財務計畫，乃為細部計畫所應具備。…二、市地重劃區範圍(以市地重劃方式開發)：其所需之公共設施用地及工程費，均由參加重劃之土地所有權人，按其收益比例部分共同負擔後，再負擔部分提供為公共設施，並將餘下的土地分配予原土地所有權人，故公共設施用地可以不需由政府編列預算，即可取得。……」顯然是採「以重劃取代區域徵收」，結果臺北高等行政法院認為：「……經查財務計畫本屬都市計畫推動之基礎，是被告就財政之考量，自難謂屬不具重要性之觀點，故被告選擇採取市地重劃之方式，尚難逕認有裁量瑕疵。……」以及「……如被告將之納入建成區，將形成重劃區土地利用分配之困難，故被告決定不將之納入建成區，亦非無據，是以被告考量計畫區域內土地整體開發利用目的之利益，而未採納原告主張，即難認有裁量濫用或違反比例原則之違法。……」。而對於聲請人提起上訴的理由：「……(三)被上訴人將上訴人所有系爭土地，不以徵收方式取得，卻逕自以無償之方式將其劃入市地重劃範圍內，不僅違反平等及比例原則，亦有裁量濫用之違法云云。」但也遭最高行政法院以未具體說明適用法規不當為由，予以駁回。

上的公共設施之費用，要由全體重劃人民來承擔。舉凡公設的位置、施工與設計的成本、實施過程、剩餘土地的分配……處處都有玄機，且非吸引人垂涎的黑箱作業乎³¹？此即我國平權條例第五十八條所制定之「獎勵自辦重劃」云云所帶來的「求私利」之動因，利之所趨，貪弊亦隨之，這也是本席所指稱自辦重劃制度會引來若干重劃人「吃小」與「吃公」的弊病也。故此對公益與私益有如此重大影響，且最易非法圖利私人與假公濟私的事務，何不交由中立的公權力之手來運作乎³²？

無怪乎，本號解釋原因案件之一的桃園地方法院聲請釋憲理由書也已經特別指明：「自辦市地重劃屬私權關係，且在重分配財產，重劃後土地面積減少，位置及形狀均改變，涉及土地所有權人權益甚鉅，其雖具有公共利益，但背後卻隱藏著巨大歸私利益，重劃利益由重劃業者獨享。此與公辦市地重劃盈餘款須回饋地主迥然不同，……」以及「自辦市地重劃本質上，隱藏重劃者的私益……」，都很明確的指出了重劃業者假藉重劃之名以求巨大利益的現狀。此段聲請理由，道出了位於與民眾權益與爭議最接近的基層法院法官的正義心聲，吾等大法官同仁豈能不虛心傾聽之？

二、未大力援用比例原則的缺憾

多數意見另一個值得斟酌之處，乃未援引比例原則作為

³¹ 也因此在我國自辦重劃所需要的資金十分龐大，常常遠非市井小民所能承擔，因此往往必須交結「金主」（重劃公司）來提供資金，從而掌控了重劃內容。該金主定會將本求利，而後將有利可圖之地劃為抵價地，致使重劃小民頂多獲得接近原有財產之較差土地，形成金主等籌劃者不當的鉅額利益。可參見陳明燦，土地重劃理論與實務，新學林出版社，2012年，第220頁。同樣的情形，在都更也一再出現矣。

³² 也因此學界已有此呼籲，政府主管機關，應該責無旁貸，將重劃視為法定任務，見陳明燦，土地重劃理論與實務，第221頁。

判斷相關法規違憲性的依據。

誠然，釋憲理由書已經針對平權條例第五十八條第三項，有關重劃計畫的許可標準，係以「重劃區內私有土地所有權人半數以上，同時其所有土地面積超過重劃區內私有土地總面積半數以上之同意」而論，而產生有無違反比例原則之爭議。多數意見且認為：「……有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由……」。

明顯的此段文字完全援用釋字第709號解釋。然而卻是「形同而神異」，多數意見在此只是援用該號解釋的文字，卻明白拒絕援用釋字第709號解釋的論理模式——該號解釋認為都市更新條例第二十二條第一項，尚有區分不同類型，而採不同的同意比率，方屬合憲——。從而，以單一過半數的同意門檻，亦難謂已達違反比例原則、平等原則之程度云云。

如果在進一步檢驗釋字第709號解釋的相關論述，也對比例原則的作用加以闡述：

例如，「……立法者於斟酌實際實施情形、公益受影響之程度、社會情狀之需要及其他因素，而為上述同意比率之規定，核屬必要，且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡，自未違反憲法上比例原則，亦無違於憲法要求之正當行政程序。……」，再如：「……又依本條例之規定，都市更新處理方式分為重建、整建、維護三種，其對土地及合法建築物所有權人權益影響之程度亦有重輕之別，則法律就相關申請之同意比率，允宜有不同之規定。……」，都再再表明出該號解釋，在承認立法者的裁量權時，亦賦予立法者應當要衡量各種不同的公益考量，以及對人民權利影響的輕重，而有不

同的門檻設計，此才是真正的將裁量納入憲法原則的拘束之內。更何況所謂「有關同意之比率如非太低」的標準，該號解釋對於都更同意的門檻，至少過半數同意尚屬少見，泰半達到三分之二，五分之三或四分之三，這種門檻制度，方通得過釋字第709號解釋的比例原則之檢驗。

如今，多數意見摭取釋字第709號解釋的理由字句，卻摒棄其立論的依據，強加在最低標準的同意門檻上的合憲依據，就闡揚法治國家的理念與理論的完整性而論，本號解釋無法與釋字第709號解釋比擬矣。

故重劃既然與徵收行為都係追求公共利益為目的，也涉及到公權力的運作，此時，當然應強制性的適用比例原則³³。既然重劃有如此強力的公益需求為其要件，連接著公權力對人民財產權如此強大的侵犯（人民被迫加入重劃、重劃區可提供至百分之四十五的土地為公用、必須承擔高額的公共建設費……），自然要以最嚴格的方式執行之。同時整個重劃制度也應當適用比例原則來檢驗之。故計畫應以被侵犯者的立場著想，而盡可能保留個人擁有不加入重劃計畫的權利，亦即「最小侵犯原則」之實現。

這也涉及到必須檢驗個案之重劃計畫是否有絕對的必要性？倘無，即無強制他人加入的公益理由。在功利社會的今日，每個財產權人都會抱持「自我利益極大化」的價值觀。一片土地如有重新整建、規劃的經濟誘因，一定會有市場機制來主動、被動的促使相關地區財產權人對財產標的進行重新增值的處分，這也是私法性質的重劃，可以達到增進土地價值的目的³⁴。只是其專為私人利益著想，除非法律嚴格規

³³ H. Schrödter, Bundesbaugesetz Kommentar, Rdnr.5, zum §45.

³⁴ 可參照獎勵人民自行辦理土地重劃實施要點（民國65年2月1日發布）第2點：「農地或鄉村

定，否則人民很難願意主動將土地提供公用。因此，除非有絕對強制重劃的必要性存在時，否則應當賦予不願參加者擁有「leave me alone」的「不加入權」，以及創設可聲請由法院或行政機關來修正重劃計畫，縮小與調整重劃範圍，俾以實踐比例原則之權利！

正如同本號解釋原因案件之一的桃園地方法院聲請釋憲理由書中已經一再指稱：「自辦市地重劃本質上，隱藏重劃者的私益……」，因此，應當格外重視侵害基本權的程度、重要性與迫切性，故許可重劃計畫的所有人比率必須有不同的規範，不得一律相同。但相關規定的獎勵措施卻反其道而行，造成追求的公益較輕，不具有重要性與迫切性，明顯牴觸比例原則的結果。故不論是全體財產權人同意的重劃（平權條例第五十七條的民推公辦）甚或災區重劃，皆與自辦重劃的同意比率一致，即有牴觸比例原則之嫌。

本席贊同聲請人桃園地方法院法官同仁的見解，且視為典型牴觸比例原則之例，這也符合本院一貫對比例原則的認定——必須視法益侵犯的大小，而有不同的權利限制之寬鬆，可參見本院釋字第六六九號解釋之意旨——。因此，對於重劃的必要性與急迫性，應當是決定重劃範圍同意比率的判斷標準。

為此，本席不免敝帚自珍，願重申在釋字第七〇九解釋之部分不同意見書已提及之：應當依循比例原則之「個案判斷」（ad hoc）原則，對每一個欲行都更的老舊建築物依其急迫性，以及是否具備絕對優勢的公益性，區分為紅、黃、

住宅用地及其有關土地，合於左列情形之一者，其所有權得依本要點，自行協議，申請辦理土地重劃：（一）農地坵塊不適合於農事工作，或不利於排水灌溉者。（二）將散碎之土地交換合併，調整為完整坵塊者。（三）土地面積畸零狹小，不適合建築使用者。（四）將曲折之道路、水路，截彎取直，以利公眾使用者。」即是民眾為自己的利益為主之重劃。

綠三個等級，賦予不同的同意標準。

(1)「紅色等級」：唯有列入到絕對非都更不可的老舊危樓，發動與同意的門檻可以降低，例如立法者可以規定僅需少數的同意即可發動，普通多數便可進行重建。蓋此危樓攸關重大公共安全與公共利益，主管機關本即可透過建築法規，行使拆除的權利，或以徵收的方式為區段徵收，何不透過較和緩的都更方式來執行？

(2)「黃色等級」：指建築物雖有都更的必要性，但無急迫之虞，其發動門檻雖可以普通多數，但同意比率必須採高標之絕對多數。

(3)「綠色等級」：建築物雖已老舊，但保存良好，都更的必要性與急迫性都極為薄弱，都更可有可無，此時對都更的發動，至少應採普通多數，但同意的門檻應採取最嚴格的標準，即類似公寓大廈管理條例的全數同意(第十三條)。在此時，也可以符合此階段的都更，全屬私權性質，例如，合夥等之法律行為也，方予最嚴格之同意比率也。

同樣的標準與立論也應當可運用在重劃之上也³⁵。不如此無法突顯比例原則之重要性也。

三、公有土地強制納入重劃的違憲性

在上述論及重劃計畫籌備會發起人與計畫同意門檻的所有人比率問題，已經涉及到公有土地所有人（或管理機關）的參與問題。平權條例第五十八條第三項明白規定只限於私

³⁵ 本來平權條例第 58 條對於重劃計畫的同意比率，乃採完全同意制(民國 66 年)，嗣後發現如此高比率的同意率無法推動重劃，遂於民國 75 年改為目前的過半數比率。這種專為推動重劃計畫之便，而以犧牲所有權人之財產權利為代價，研究重劃制度的學者也頗多認為應提高其比率矣。可參見莊仲甫，從大法官 709 號解釋看自辦市地重劃問題，土地問題研究季刊，第 49 期，第 85 頁。

有財產權人的比率，而排除了公有財產權人的同意。如此一來即可能產生私人的土地少過公有土地，卻能夠「挾持」公有土地加入重劃。尤其是現行法（例如，「辦法」第二十三條³⁶）已將公有地強制加入重劃，更使得上述這種挾持現象更為嚴重。同樣的，都市更新亦有相同的制度（如都市更新條例第二十七條）。然而在釋字第709號解釋，也略過此問題而不論，本號解釋也步其後塵矣！

按土地常是公有與私有處於犬牙交錯之地段，為了整體開發與重整之必要，公有土地當與私有土地一起處理，並為利益共同體。故為避免公有土地形成重劃與都更的障礙，我國法令遂有公地強制加入之規定，出發點並無不妥³⁷。

但這種不計入公有土地管理機關的同意權，不啻承認該管理機關並未如私有土地所有權人般，擁有得以決定該重劃計畫的權限，亦即，剝奪其對財產標的之處分權限。除了平權條例第五十八條第三項外，土地法第一百四十一條亦復規定：「第一百三十五條之土地重劃，得因重劃區內土地所有權人過半數，而其所有土地面積，除公有土地外，超過重劃區內土地總面積一半者之共同請求，由直轄市或縣（市）地政機關核准為之。」依該條規定，公有土地所有權人的處分權限，已經明顯被剝奪殆盡，唯一的防衛機制，僅剩下主管機關的「核准權」也³⁸。

³⁶ 如「辦法」第23條規定：「直轄市或縣(市)主管機關核定重劃範圍內之公有土地，應一律參加重劃，並由直轄市或縣(市)主管機關於核定同時列冊通知公有土地管理機關。」，及土地所有權人辦理農村社區土地重劃辦法第18條：「直轄市或縣(市)主管機關核定範圍內之公有土地，應一律參加重劃，並由直轄市或縣(市)主管機關於核定同時列冊通知公有土地管理機關。」

³⁷ 在平權條第58條第3項於民國75年修正成為現行法之前，不僅採百分之百同意比率(已於前註35處論及)，同時，也將公有財產機關的同意納入。惟此規定亦在民國75年同時遭刪除，明定只以私有財產所有權人為限。

³⁸ 公有土地管理機關只能依「辦法」第13條第2項的規定，在會員大會以超過全體會員二分之一以上的決議修改已經獲准實施的重劃計畫，報請主管機關同意。因此，此補救的方式也頗為消極。

此制度也會帶來二個問題，第一，是否有侵犯公有財產權人的基本權問題；第二，會否公有土地管理與主管機關的護產責任，以及「分配正義」的問題。先就第一個問題而論，誠然，公有財產的所有權可能受到上述的侵犯，但卻很難由憲法保障財產權的理念，來享受保障之效果。按憲法保障財產權的旨意，主要是防止人民的財產權受到公權力的侵犯，致影響其喪失生活之資與人生發展所需的財產。故對擁有公權力的公法人而言，儘管受到公權力之侵害造成其財產損失，則侵權者與受侵者同屬公權力，且損失不致於形成如私人之困境，故除非法律特別規定——多半視為「準私人地位」——，否則無法援引憲法財產權保障之規定³⁹。只能靠把關的核准機關扮演重要的「護產角色」。

此即第二個問題應予探究者，按公有財產的主管機關——此時可能為中央機關或地方自治團體——，都有維護公有財產的職責。雖然依法令該財產標的必須加入重劃範圍，與配合重劃計畫的法定義務，且此法定義務也符合重大的公共利益（其前提要件當是該公有財產已無其他法定任務與功能矣）

⁴⁰ 。

但政府機關（包括地方自治團體），既然依法令負有保管與使用公有財產之職責，且公有財產的處分、運作，都應當

³⁹ 這是德國的通說，故唯有例如，公立大學、公有電視台等公法人，才享有財產權保障的地位也。見 B-O Bryde, in: von Münch/Kunig(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd.1, Rdnr.7, zum Art.14, 4. Aufl., 1992; 關於公法人得否成為基本權的主體，而適用財產權等人權之問題，德國聯邦憲法法院一直採取極為嚴格的態度，只有在極為例外的情形，經由法律授與其類似私人的權利地位，俾使其能達到一定的公共任務時，才可例外的賦予其人權享有者之地位，從而在受到公權力侵犯時，得提起憲法訴願也。可參見陳新民，憲法學釋論，修正 8 版，民國 104 年 5 月，第 138 頁以下。

⁴⁰ 依「辦法」第 21 條第 2 項之規定：「籌備會申請擬辦重劃地區有下列各款情形之一者，應不予核准：……二、非屬都市計畫指定整體開發地區，經選定市地重劃範圍內之公有土地管理機關已有具體利用或處分計畫，且報經權責機關核定者。但剔除該部分公有土地後，重劃範圍仍屬完整者，不在此限。……」同樣的規定，例如，土地所有權人辦理農村社區土地重劃辦法第 17 條第 1 項。

遵循一定的法定程序，且其經常作為公物，更應當儘量追求公共利益，尤其不能將公有財產不當的流入私人手中。因此，強制加入重劃，不應當解釋為「強制剝奪處分權限」。在此意義上，公法人對於公有財產的處置，並非基於類似私法財產權人之地位，從而享受憲法財產權保障之效力，以及適用民法契約自由原則。就前者而言，大法官在釋字第二三二號解釋，已經提供了一個理論的依據。依該號解釋之意旨，對於重劃案件中，公有土地夾雜在內，乃所在多有，固宣示：公有土地參加重劃計畫，而於重劃計畫實施後，得獲得土地分配，「就此交換分配言，乃係法律規定之效果，並非土地所有權人以自己之意思使權利發生變更之處分行為，亦至明顯。」故無須比照一般公有土地的處分方式——「非經該管區內民意機關同意，並經行政院核准，不得處分，或設定負擔或為超過十年期間之租賃所有權人」——之程序。

但是此意旨並未表示，有護產職責的有關機關並無參與重劃計畫，並以專業的智識、公正的立場，提供更周全的計畫構想。換言之，此正是行政機關發揮「行政指導」的典型機會，並且，行政機關當可以提供更符合都市計畫（尤其是在細部計畫尚未提出的重劃地區），以及需要更專業、更前瞻考量的公共建設、保留地等等，都可能牽涉每一位參加重劃財產權人的財產負擔，以及日後獲得分配的權利大小，何不讓主管機關實質上承擔起推動與型塑重劃計畫的職責乎？

更何況，將重劃範圍內的公有土地所有權人及土地比率排除在外，如此設計的同意重劃比率，無疑的是對不同意參加重劃者的不利。因為不同意參加重劃者，常因不同意重劃

計畫之內容，如公有土地所有權人的見解與此不同意參加重劃者相同時，則整個重劃計畫勢必改觀。如今，公有地的影響力完全倒向私人較大的一方，使得較弱一方毫無「扳回一城」的可能性，也失去了制度的公允矣⁴¹。這也是本號解釋原因案件之一，所認為平權條例第五十八條第三項的同意比率未盡公允的一大因素矣。

有鑒於此，主管機關應當以「追求最大公共利益」的立場來處理納入重劃區內公有土地最佳的運用方式，同時應當秉持「分配正義」，公有土地亦應保留予未來其他週遭土地實施重劃的可能性，不可「竭澤而漁」，此亦主管機關對參加重劃的公有土地之處置，不可視為純粹的私法經濟行為之「國庫行政」，從而免除公法原則的拘束。似應當回歸公權力的作為，即全由行政權力運作的重劃行為，自可以將公有土地的運用，納入公法原則的監控範圍之內。否則依目前制度，極容易導致地方政府與地方勢力的不當勾結，造成護產不力的結果矣⁴²。

本席不贊同本號解釋多數意見竟然對此強制排除公有土地所有權人或其管理機關，對重劃計畫的內容，並無積極的形成權，造成其無法創設更合目的的重劃計畫與更公允的未來土地分配規則之制度，持以「噤而未言」之態度，且對於，

⁴¹ 就以本號解釋原因案件之一，重劃區內私有土地人總共 1,795 人，總面積 61.7 公頃，贊成重劃計畫者 1,027 人，雖過 50%(57.21%)，其擁有土地 34.88 公頃，占有所有私有土地 56.53%。乍看之下都超過 50%，可以主導重劃計畫的實施。但區內仍有公有土地 28.33 公頃，若不贊成重劃，即可與不同意重劃者立於同一陣線，而否決重劃，保全了該些財產權人的權利也。是否較為妥適？

⁴² 例如，平均地權條例第 60 條第 2 項規定：「重劃區內未列為前項共同負擔之其他公共設施用地，於土地交換分配時，應以該重劃地區之公有土地優先指配。」如此一來，由私人發動與規劃的重劃計畫，即可能在規劃土地使用與分配時，將重劃後增值可能性最好的部分納為可由私人分配，而將低價值之部分分配給原公有財產者，且可能編列成其他公共建設用地，最後且由此部分公有土地來承擔，結果好處盡由私人取得。倘公機關能在重劃計畫的內容有建設性之影響力，即能對該公有土地的運用作最合理的分配，求得「公益極大化」，甚至有將此公有土地分配給數個重劃計畫，造福更多的老舊社區的可能性。如此一來，是否比被少數重劃者所「綁架」更合乎公平原則？

造成公產不當流入私人之手的「吃公」，以及侵犯少數不願重劃者利益的法律規定，採取未加審查的見解。為填補此一缺憾，在獲得原擬稿大法官同仁的慨允下，本席願意引述一段相關的論述文字，以呈現本席與此位同仁未能撼動多數意見「漏此不審」態度的「未竟之業」也！

「同意比率計算基準應計入計劃區內全體土地所有權之人數與面積，不得任意排除所有權人同意權之行使，以真實反映重劃區內土地所有權人之共同利益，確保其等在自辦市地重劃案之主導地位，資以避免因計算基礎分母之縮小，提高通過同意比率門檻之機會，致侵害不願參與重劃者之財產權與居住自由。重劃計畫內容與土地所有權人各自應分擔之公共設施用地、工程費用、重劃費用、貸款費用及受配土地範圍等財產權、居住自由相關(市地重劃實施辦法第十四條第二項規定參照)，向主管機關提出重劃計畫前，應就重劃計畫書之內容徵求全體土地所有權人之同意，不因公有土地(按公有土地管理機關未必即為審查自辦市地重劃計畫書之主管機關)或私有土地而異，且應將全部所有權人同意與否之意思表示列入計算，不得以法令排除之。獎勵重劃辦法第二十三條規定重劃區內之公有土地固應一律參加重劃，然公有土地管理機關有保護公有財產之義務，作為土地所有權人之法律上地位與私有土地所有權人並無不同，對計畫書內容為同意與否之表示為其權利也是義務，其人數與土地面積應列入同意比率計算基準。平均地權條例第五十八條第三項規定：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而

其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。」以合乎法定同意比率為重劃計畫被核准之合法要件之一（獎勵重劃辦法第二十六條規定參照）。其中關於同意比率規定部分，未將公有土地所有權人數、面積列入同意比率計算基準，且未設私有土地應占重劃範圍總土地面積之門檻下限，致願意參與重劃之私有土地所有權人，縱其等土地面積之總和未超過公有土地與不願意參與者之總土地面積，尤其在公有土地面積占總面積多數或絕對多數時，仍可將公有土地納入重劃範圍，一律依其等同意之重劃計畫辦理，使公有土地管理機關未能擔負保護公有財產之義務、不能確保其以所有權人身分在重劃案主導地位外，同時增加不願意參與者，被迫接受實際上面積及（或）人數占少數者之願意參與重劃者所提之重劃計畫之機會，甚至必須遷離原住居地，受有財產權與居住自由侵害。此部分規定與自辦市地重劃尊重多數之民主精神不符，難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序。」

四、援引正當行政程序原則的防衛功能與對象之商榷

本號解釋多數意見的立論放在確保行政程序的正當性，為此，理由書第八段有下述的闡述：「……查市地重劃不僅涉及不同意參加市地重劃者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、同意參與市地重劃者之財產與適足居住環境之權益，以及重劃範圍周邊關係人之權利，有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之

自由（本院釋字第七〇九號解釋參照）……」。

這段說詞，顯露出多數意見的考量仍有令人滋疑之處：

1、有關所有權人同意重劃的比率高低問題，竟然是「違反憲法要求之正當行政程序」的問題，而非涉及到財產權保障的實質問題，顯然的將「程序的正當性」超越了「實質保障的正當性」，其不當處，已於前文再三陳述。

2、既然將重劃利益包括了「重要公益」與個人的財產與居住權，因此，舉凡重劃計畫的參與、型塑及決定權利，即應由全體利益牽涉者參與，不獨私人部分，即連公益代表之意見亦不得遺漏。然而，多數意見的正當程序保障之對象，只針對私人部分。無疑的，本號解釋隱含著重劃乃牽涉所有重劃區內「人民」的共同利益，必須如同釋字第七〇九號解釋的要求應讓都更計畫所有人參加者一樣，可以有機會（且藉要求行政機關於行使核准權的公權力時應把關的「正當行政程序原則」），來確保其知悉相關資訊，以及保全其權利的發言權利。凡此，似乎都在強調保障私人的財產利益與其共同利益。重劃應具有強烈的公共利益的「制度寓意」，已降低及掩蓋矣。

3、本號解釋提到之「正當行政程序原則」之發揮保障功能之時刻，乃是要要求主管機關於核定自辦重劃之範圍與核准該重劃計畫時，必須遵守的程序原則也，亦即主管機關在行使此核准的公權力時，必須遵守此些可以保障人民權利的正當行政程序，於是應進行聽證程序、送達相關資訊等等屬於行政機關的應作為義務也。

在此，顯然將正當行政程序的保障功能置於重劃計畫的「後段」——行使核准權的公權力時——，卻忽略了此正當行政

程序的保障功能，應是「全程」，由足以影響相對人權利的整個「規範內容」的形成過程，皆應包括在內。就以本原則用以拘束最典型的行政處分而論，正當行政程序原則便應在主管機關作成相關行政處分的過程中，即應透過充分的資訊給予、聽取相對人的意見等等程序，方形成最後的處分內容。然而，即便在公辦重劃的過程中，也未能滿足此要件。重劃區人民唯有在重劃公告期間，超過私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃地區土地總面積半數者，表示反對時，主管機關才應予調處，並參酌反對理由，修訂市地重劃計畫書，重行報請核定，並依其核定結果公告實施（平權條例第五十六條第三項），顯然是對已作成的重劃處分所表達的意見，而非作成處分前，學界也頗有認為乃類似「重開程序」（行政程序法第一百二十八條）者，即有違程序正義與牴觸財產權保障之嫌⁴³。

果真要利用正當行政程序原則來保障重劃者之利益，如本案之情形——這是本席所不贊成者，於此須再度強調——，則運用此原則於自辦重劃時，則應將此行政程序的原則之拘束力「拉到」籌備與制定重劃計畫的階段方可。如此一來，行政機關審查的公權力，即可放在檢驗所有參加重劃者有無參與獲得形成重劃計畫的可能性，以及該參與程序是否具體落實之上。故正當程序原則乃確保所有加入重劃區之人民能確實擁有參加與形成該重劃計畫內容的機會與參與程序，而非針對主管機關如何行使監督權也。故多數意見這種正當程序原則的拘束對象，乃錯置之舉，不能夠達到該原則真正的保障功能也。

⁴³ 參見廖義男，市地重劃之程序規定是否合憲？法令月刊，第 65 卷第 1 期，2014 年 1 月，第 137 頁以下。

但是上述這種「延伸」正當行政程序原則至自辦重劃的擬議階段，固可以將該保護效力展現出來，但也有一個理論上的致命傷——此正當行政程序原則的拘束力，只及於公權力的行使，不及於私人的法律關係之間。故自辦重劃的擬議等過程，仍屬私權爭議（見前述本號解釋原因案件之一的桃園地方法院聲請釋憲理由書），何能援引此正當行政程序之原則乎？如此一來，同一個具有憲法如此崇高位階的正當程序原則，竟然會呈現出兩種不同程度的效力規定：（1）在公辦重劃理應可以全程適用正當程序原則（目前法律規定不足處應修正，已於上述）；（2）在自辦重劃時，只有後階段審查部分適用之，而有發生二種長短不同的「射程效果」，在理論上如何能自圓其說？

4、多數意見認為只要同意重劃人數的比率不致過低，即可屬於立法形成的範疇。如此一來，何謂「比率不致過低」？標準何在？以本案重劃門檻而論，只須私有土地所有權人與土地面積二分之一以上，即可強制其他人加入，此二分之一的比率，不分有無絕對重劃的必要。對照起釋字第七〇九號解釋，尚針對都市更新條例第二十二條第一項，有區分不同類型，而採不同的同意比率，才表示合憲的見解，完全不同。同時導致多數意見認定，即便是本重劃區並非災區，卻全部使用同一比率之規定並不違憲的結論，故此見解完全漠視比例原則。故多數意見已和保障財產權的根本原則——「私使用性原則」（Privatnützigkeit）相互牴觸。按此原則，即應以財產權人自我的意志，而非以他人的多數意志，來決定財產權的使用、處分權限。故這種對立法裁量與合憲性的寬鬆認定，已經掏空憲法財產權保障的意旨矣。

故多數意見援引正當行政程序之原則，作為本號解釋的立論，捨棄了最寶貴與最有利的武器——憲法宏偉、強大的保障財產權的意旨——，反而選擇功能與拘束對象有限的程序正當原則，實屬可惜！這也觸及了我國行政程序法對行政計畫有關規定的流於空洞與形式化的問題。按重劃計畫乃可以納入行政計畫範疇的行政行為，因此，當透過周詳的行政程序法來規範之，例如，多數意見堅持之聽證程序即為行政程序法的主要內容（第一〇二條以下），故行政程序法應當提供行政計畫制度詳盡周全的程序俾供遵循。如今我國行政程序法只有二條空泛條款，本法施行至今十五年以還，仍屬具文，有關機關且尚無詳盡的立法草案出現。故本院接連在釋字第七〇九號解釋與本號解釋都一再強調此種屬於行政計畫態樣的都更及重劃事件須遵循之正當行政程序，但卻沒有提出一定的「正當程序之標準」，行政程序法豈非應當在行政計畫方面進行詳盡立法，以填補此程之漏洞乎⁴⁴？

五、結論——敲起「唯有為弱者伸張正義，才是真正的正義」的警鐘

由本號解釋的原因案件，特別是由地方法院法官所提出的釋憲理由書中，已經將我國實施重劃所顯露出的病態，刻畫入木三分。這應當產生促使吾人警覺出我國重劃法制觀念的落伍，與重劃制度的窳陋，都到了刻不容緩的時刻！尤以弊病百出的獎勵自辦重劃制度，竟然只有平權條例第五十八條一條法律依據，其餘委由行政機關訂定，對此攸關許多人

⁴⁴ 對此德國聯邦行政程序法有極為詳盡的規定（第 72 條至第 78 條），我國行政程序法立法時未能納入。其他亦可參見廖義男，論行政計畫之確定程序，刊載：氏著公共建設與行政法理，民國 83 年，第 3 頁以下。

民重劃利益的制度，似乎已違背法律明確性原則。

因此，自辦重劃制度造成假藉重劃之名，行攫奪公有財產，與欺凌弱小所有權人之現狀，國家立法與行政公權力豈能袖手旁觀？更何況重劃制度演變至今，甚且成為地方政府取代徵收行為的代用品！政府主動與被動的透過重劃制度（美其名為裁量權的正確行使，以及人民應當承擔財產權社會義務的高調），規避原應支付給人民補償費之義務，且憑空又獲得大筆的土地，豈非變成與不肖之重劃業者，相互勾結的「共犯結構」？且毫不掩飾，不無炫耀地承認，藉此方法實可獲得鉅額財政利益與廣大的公設用地！如此一來，人民豈能再相信政府會作為「概括公益的執行人」與「人民財產權利的守護者」？

而多數意見再三強調的正當程序原則，豈非為維護正義而發？正如同著名的羅馬法學家烏比安（Gnaeus Domitius Annianus Ulpianus）所提出的一句拉丁法諺：「唯有為弱者伸張正義，才是真正的正義」（*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*）。明顯的，重劃制度已經喪失了其追求公益的神聖光環，也侵蝕了徵收制度的作用，造成了貪婪之手到處流竄！重劃制度，特別是自辦重劃制度，已經痛擊了我國政府作為「正義使者」的形象矣。

最近讀到奧匈帝國時代，與卡夫卡（Franz Kafka，一八八三—一九二四）同時期，也同樣是著名的德語文學家與詩人里爾克（Rainer Maria Rilke，一八七五—一九二六年）《致奧費斯的十四行詩》（*Sonette an Orpheus*）中，第二部十一首，有一句頗切合本號解釋原因案件所可能涉及的

「貪婪與佔有欲擴張」的現象——

你這個一再被狩獵欲望所趨策的人啊！

許多死亡的規則就被寧靜的制定下來；

我知道你在鐘乳石洞內輕輕懸掛布條，

彷彿為慶祝和平的標幟，但卻是陷阱與羅網！

而後，助手扭動了布條。

此時，從洞穴中湧出一大批蒼白與失措的鴿子，

由黑暗中飛向光明⁴⁵……結果呢，就是這樣⁴⁶！

本號解釋實應揭發出目前落伍與被私欲誤導的重劃法制，正是如本詩所形容的：「和平的標幟」，實乃假藉重劃之冠冕堂皇、大公大正的理由，形同「推動與增加共同利益」的誘人標幟，但卻是致命的陷阱，將個人（以及地方政府）的利益——如同獵人的欲望般——，隱藏了剝奪與侵犯弱者權益的陷阱與羅網？

多數意見似乎並未警覺到現行重劃制度所帶來如此嚴重的侵犯財產權的危害性，想起今後恐有不少同胞將可能遭到

⁴⁵ 依詩人當地的狩獵習慣，獵人會在鐘乳石洞穴中垂入布條，而後晃動之，引起洞內棲息的野鴿子狂亂飛出，遂成為獵槍的活靶。詩人遂有此敘述。不明此狩獵習慣之背景者，將無從了解此句的用意也。

⁴⁶ 這是節譯，後面還接著：

這個旁觀者遠處傳來一些遺憾的嘆息聲，
不僅僅只是對這個專注、蓄勢待發而準備下手的獵人而已。
死亡是我們這些漂泊悲悼者的一種形體！
然而我們自身也會產生出純潔與愉悅的精神。

整首詩之德文原文為：

Manche, des Todes, entstand ruhig geordnete Regel, weiterbezwingender Mensch, seit du im Jagen beharrst; mehr doch als Falle und Netz, weiß ich dich, Streifen von Segel, den man hinuntergehängt in den höhligen Karst.

Leise ließ man dich ein, als wärest du ein Zeichen, Frieden zu feiern. Doch dann: rang dich am Rande der Knecht, – und, aus den Höhlen, die Nacht warf eine Handvoll von bleichen taumelnden Tauben ins Licht ... Aber auch das ist im Recht.

Fern von dem Schauenden sei jeglicher Hauch des Bedauerns, nicht nur vom Jäger allein, der, was sich zeitig erweist, wachsam und handelnd vollzieht.

Töten ist eine Gestalt unseres wandernden Trauerns ... Rein ist im heiteren Geist, was an uns selber geschieht.

這是一首頗為深奧的德文詩句，學界與藝文界雖有數個版本，然仁智互見，本席皆不甚滿意，爰勉力試譯如上。亦可參見李魁賢譯，里爾克詩集(I)，桂冠圖書公司，1993年，第64頁。

重劃之侵襲其財產權利，本席甚表憂慮！僅提出此意見，希望能替為國民敲起警鐘矣。