

資源分配、利用與管理相關法律的基礎理論

謝哲勝*

- 壹、引言
- 貳、資源配置的基礎理論
 - 一、公共資源與私有財產配置的選擇應符合人民福祉的極大
 - 二、私有財產制度原則上符合效率原則
 - 三、爲了市場失靈和公平性考量保留某些資源爲公有
 - 四、私有財產制度本是國家社會選擇的結果
- 參、政府進行資源分配、利用與管理的法律基礎與合憲性審查
 - 一、政府進行資源分配、利用與管理的法律基礎
 - 二、政府進行資源分配、利用與管理的合憲性審查
- 肆、政府對資源分配、利用與管理規範的具體內容
 - 一、公共資源釋出爲私有財產
 - 二、私有財產的限制
- 伍、公共資源配置許可的類型
 - 一、私經濟行爲
 - 二、給付行政行爲
- 陸、公共資源配置許可的合法性要件
 - 一、實質要件
 - 二、程序要件
- 柒、結論

關鍵字：財產法、物權法、資源配置、公共資源、私有財產、正當法律程序

Keywords: property law, allocation of resources, public resources, private property, due process of law

* 謝哲勝，美國威斯康新大學法學博士，國立中正大學法律學系教授兼系主任暨研究所所長，臺灣財產法暨經濟法研究協會理事長。

摘要

財產法是國家為合理有效分配社會資源所設的一種制度，目的在於規範資源的分配、利用與管理，不僅藉由保護人民的私有財產權而確立私有財產權制度，也因而區分公共資源和私有財產的界線。

公共資源與私有財產配置的選擇應符合人民福祉的極大，私有財產制度原則上符合效率原則，但是為了市場失靈和公平性考量保留某些資源為公有，因此，憲法選擇私有財產制度作為分配資源的一種制度。

政府代表國家行使公權力，制訂資源的分配、利用與管理的法律或行政命令，即是政府進行資源分配、利用與管理的法律基礎。此種法令原則上是合憲的，但如果個案有違反相關要件，則構成違法或違憲。具體內容包括政府就公共資源與私有財產為配置後，再對進行資源分配、利用與管理規範，即是對經濟活動的一種干預。

政府對公共資源配置許可的類型可以分為私經濟行為和給付行政行為，應具備合法性要件，可分為實質要件和程序要件。前者包括平等保護原則和實質的正當法律程序，對於私經濟行為和給付行政行為都有適用。後者在私經濟行為和給付行政行為，則有不同，私經濟行為不必遵守行政程序法，但仍須遵守機關內部規定或對外公告的程序；給付行政行為則應遵守行政程序法相關規定。

The basic theory of concerning law of the distribution , use and mananagement of resources

Shieh, Jer-Sheng

Abstract

Property law is an institution for a country to allocate resources effectively and reasonably. Its purpose is to regulate the distribution, use and mananagement of resources. Property law not only protects private property of individuals, but also marks the boundary of public resources and private property.

The choice of the allocation of public resources and private property should meet the maximum welfare of the people. The institution of private property is principlly efficient; however, for the reason of market failure and equity, a country retains certain resources as public. Thus, the Constitution chooses the institution of private property as an institution to allocate resources.

That the government uses police power to stipulate the statutes or regulations of the distribution, use and mananagement of resources is the constitutional basis of governmental intervention to the distribution, use and mananagement of resources. In principle, such statutes or regulations are constitutional, but in certain cases, certain statutes or regulations might be not constitutional. The content of governmental intervention includes regulation of distribution, use and mananagement of resources after the allocation of public resources and private property.

The permission of the government to allocate public resources can be divided into two categories of private economic act and performance administrative act. It should meet legal, sustantative and procedural, requirements. The sustantative

requirements include equal protection and substantive due process of law, and apply to both private economic act and performance administrative act. The procedural requirements do not apply to private economic act; however, the private economic act still shall follow internal rules or posting procedure of the governmental agent. The performance administrative act shall follow the Administrative Procedural Act.

壹、引言

財產法（即廣義的物權法）是國家為合理有效分配社會資源所設的一種制度，¹目的在於規範資源的分配、利用與管理，不僅藉由保護人民的私有財產權而確立私有財產權制度，也因而區分公共資源和私有財產的界線，等於將國家資源在政府和人民間，與人民和人民間，作成資源配置的具體決定，因此，如同憲法是一國的根本大法，財產法則是資源配置的根本大法，指導著一國財產制度和經濟建設的發展方向。

私有財產的保障常被質疑是過度保護富人，因而有權利社會化的主張，此種論點的提出，將促使立法為資源配置的具體決定時，可以兼顧社會上各階層人民的利益，並還原財產法的本質，有助於資源分配、利用與管理相關法律的基礎理論的釐清。國家資源有限，如何凝聚共識從事資源分配、利用與管理，將公共資源與私有財產為適當配置，不僅是關係著民法物權編如何修正，也是任何經濟法立法前必須先面對的課題。

本文第二部分首先提出公共資源與私有財產配置的基礎理論，作為全文論述的基礎；第三部分分別說明政府進行資源分配、利用與管理的法律基礎與合憲性審查；第四部分敘述政府對資源分配、利用與管理規範的具體內容；第五部分闡述公共資源配置許可的類型；第六部分探討公共資源配置許可的合法性要件；第總結全文，提出本文結論。

貳、資源配置的基礎理論

公共資源與私有財產配置的選擇應符合人民福祉的極大，而私有財產制度原則上符合效率原則，但是為了市場失靈和公平性考量保留某些資源為公有，因此，私有財產制度本是國家社會選擇的結果，詳細說明如下：

一、公共資源與私有財產配置的選擇應符合人民福祉的極大

在人類社會形成社會生活規範前，資源本無私有的概念，因為任何人的財產都可能被強者掠奪，或被強迫與他人共享，如無國家社會的規範保護，私有財產難有存在空間，即在國家形成之前，一國的資源本是公有的或共有的，即所謂的「原始共產社會」。

任何國家都是為了人民的利益而存在，人民的利益既是國家的根本利益，就一國資源配置的選擇就應該符合人民的最大利益—即福祉的極大，而一國的資源為了符合人民福祉的極大，配置的選擇上，就可以大致地將資源區分為公有和私有兩種類型—即公共資源和私有財產，公共資源與私有財產配置的選擇，即應符合人民福祉的極大。

構成國家主人的人民十分眾多，都是國家的主人，每個人的利益都十分重要，不能有某些階層的人的利益特別重要的觀念，否則就違反憲法平等保護的原則。當然，資源可能不夠分配給每一人民充足的量，以滿足他的需求，但也不能因此就不分配，不分配的結果將傷害更多的人民，因此，在現有選項中，可以滿足最大多數人的資源配置方式，就是最好的選擇，也符合人民福祉的極大。²

¹ 參閱謝哲勝，「憲法解釋對物權與土地法制發展的影響」，憲法解釋與法制發展—司法院大法官九十四年度學術研討會（上冊），頁3，司法院主辦，2005年12月24日；並請參照司法院釋字第580號解釋林子儀大法官部分協同及部分不同意見書。

² 相關資源配置問題，參閱王正、黃湘媚，國家財政與社會福利資源配置之探討，政府審計季刊，頁3-15，2005年10月

二、私有財產制度原則上符合效率原則

國家爲了追求人民福祉的極大，必須利用週遭的資源生產財貨以供人民所需，而資源相對於人們的需求是有限的，所以國家必須選擇一套資源配置的法律制度，使資源能夠充分利用而滿足大多數人所需，據此而應運而生的即是資源分配、利用與管理相關法律的規定。

在公有財產制度³下，私人不能保有其全部生產所得，所以，私人缺乏誘因盡其所能利用資源以生產財貨，因而資源利用就缺乏效率，資源浪費閒置的情形十分普遍，使得公有財產制度缺乏效率。而在國家握有大多數資源的情形，私人取得資源未必藉由市場競價取得，而由國家機關決定，結果就變成由官僚決定，官僚的利益與國家的利益未必一致，因此，難免有徇私和腐化的情形發生。

在私有財產制度下，因爲私人可以保有其生產所得，所有人（或財產權人）對特定物能夠享有利益具有某種期待⁴，所以，所有人會盡其所能利用其所有的資源以生產財貨（創造生產誘因），因而私有財產制度可以避免資源浪費閒置的缺點，因此，私有財產制度原則上符合效率原則。⁵而因爲私有財產制度符合效率，爲了促使權利人盡其所能創造財產配置和利用上的效率，國家應該讓財產權人有充分的自由，從事財產的利用與交易，自由地從事各種經濟行爲，財產權與人民的自由和安全保障也有密切關連，⁶因而對私有財產的限制，應以必要爲限，以免扼殺人民經濟的活力，影響國家對人民的自由和安全保障，憲法第十五條和二十三條即是基於此一理念所爲的規定。

三、爲了市場失靈和公平性考量保留某些資源爲公有

私有財產制度會發揮效率，必須基於自由競爭市場的假設，但如果在市場失靈的情形，就有考慮保留某些資源爲公有的可能，而且，自由競爭市場是假設每一個人都有能力購買，對於無購買能力的人民的利益，保留某些資源爲公有，可能是有必要的。

四、私有財產制度本是國家社會選擇的結果

私有財產制度既然原則上符合效率原則，爲了市場失靈和公平性考量，因而保留某些資源爲公有，就形成公有財產和私有財產並存的狀態，國家即必須基於全民最大福祉，合理配置公有財產與私有財產，因此，私有財產制度是國家社會爲了人民福祉的極大所選擇的結果⁷。

私有財產制度既然原則上符合效率原則，保護私有財產就能創造更多的財富，藉由稅收和取得財富的人的消費，此一財富也將由全民共享，因此，私有財產制度符合公益，現代化國家都在憲法中明文加以保護。

³ 參閱王國柱、陶然，我國物權法的角色定位——論民法典草案關於公有財產制度的設計，當代法學，2003 年卷 12 期，頁 46-48，2003 年。

⁴ Roger A. Cunningham, William B. Stoebuck, Dale A. Whitman, *The Law of Property* 7(1993).

⁵ 相似論述，參閱王澤鑑，民法物權（第一冊），所有權、通則，頁 16，三民經銷，2006 年 2 月。

⁶ John Christman, *The Myth of Property* 3(1994.)

⁷ 參閱楊世雄，私有財產權的合理基礎，政大勞動學報 12 期，頁 167-185，2002 年 7 月。

參、政府進行資源分配、利用與管理的法律基礎與合憲性審查

基於前述可知，公有財產與私有財產配置，是政府的選擇，政府進行資源分配，以及利用與管理的法律基礎何在，以及是否符合憲法的精神，即有探討的必要。

一、政府進行資源分配、利用與管理的法律基礎

政府基於國家權力得行使公權力，國家權力包括主權國家所得行使的各種權力，國家的立法、行政、司法權都包括在內，⁸公權力即是最廣義的警察權(police power)，公權力的行使以確定的規範約束人民的外在生活，⁹可以剝奪或限制人民的權利，¹⁰狹義的警察權則僅指限制人民權利的情形。¹¹剝奪人民權利的情形，如剝奪人民所有權、自由權，前者如土地徵收、犯罪的工具沒收，後者如無期徒刑。限制人民權利的情形，如限制人民所有權、自由權，前者如限制人民使用土地，如規定只能作住宅用，後者如對集會、結社、新聞媒體的規範。

政府為了促進公共利益，在有必要進行資源分配、利用與管理的情形下，基於公權力的行使，制訂相關法律或行政法規，使資源的分配、利用與管理符合效率和公平，符合人民福祉的極大，是公權力的正當行使，有其正當化的理由。所以，政府代表國家行使公權力，制訂資源的分配、利用與管理的法律或行政命令，即是政府進行資源分配、利用與管理的法律基礎。

二、政府進行資源分配、利用與管理的合憲性審查

憲法是一國的根本大法，法治國家的憲法都有對私有財產權保護的明文規定，例如美國憲法第五增補條款明定¹²：「任何人不得未經正當法律程序（due process of law）被剝奪生命、自由或財產，私人財產非經公平補償不得加以徵收作公共使用。」在台灣，則規定於憲法第十五條。私有財產制度既被各國確認為國家合理有效分配資源的一種制度，而在憲法中明文加以保障，藉由私有財產制度配置公共資源和私有財產，自然是合憲的。

當國家就公共資源和私有財產為配置決定後，如果要再重新配置，而剝奪或限制所有權人的權利，就要符合憲法保護私有財產權的精神，而可能有必要加

⁸ 參閱陳新民，「公權力的概念及其法律救濟」，憲政思潮，第 65 期，頁 1，1984 年 3 月。

⁹ 參閱許志雄譯，「從行政法之發展論法治國家與公權力之行使」，憲政思潮，第 65 期，頁 46，1984 年 3 月。

¹⁰ 參閱謝哲勝，準徵收之研究：以美國法之研究為中心，中興法學第四十期，頁 107-153，1996 年 3 月。

¹¹ 同前註，頁 235。另請參閱Robert R. Wright & Morton Gitelman, *Land Use: Cases and Materials* 375-376(4th ed. 1991)。

¹² 本文所引的美國憲法第五增補條款規定的原文為：「No person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.」

以補償。當國家就公共資源和私有財產為配置決定後，取得的私有財產權，即受憲法第十五條的保障，可是憲法第二十三條也規定，¹³在四種情形有必要時，得以法律加以限制，此即為正當法律程序¹⁴（due process of law）¹⁵的規定。政府對於資源的分配、利用與管理的規範，即是對私有財產的限制，而必須符合憲法第二十三條所規定的正當法律程序的要件。

憲法第二十三條的要件有四，¹⁶第一是公共利益的存在，第二是必須為了促進公共利益，第三是為公共利益有必要限制，第四是須以法律加以限制。第四要件僅須經由立法院通過即可，或基於法律的授權而制訂的行政命令或地方自治法規加以限制即可，爭議不大。因此，以下僅就第一、二、三加以說明。此三項要件分析結果也可以分為正當性、必要性、及比例性三要件，也就是通稱的比例原則。¹⁷

（一）公共利益的存在

憲法第二十三條規定為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益是限制人民基本權利的要件之一，防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序都是公共利益，只是此三點是消極的避免損及公共利益，增進公共利益則是積極的，所以，簡單地說，防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，和增進公共利益，都是公共利益。也就是不能為了少數私人的利益，而必須是為了公共利益才能限制人民基本權利，而符合正當性。

對資源的分配、利用與管理的相關法律，必須明白顯示為了特定目的，如此一目的是法律可以增進的公共利益，即符合此一要件。

（二）為了促進公共利益

憲法第二十三條規定除「為」上述公共利益，不得限制人民基本權利，則為了上述公共利益，即可限制人民的人民基本權利。限制某一人民基本權利，是否是為了公共利益，必須於立法的理由或條文顯示出來，而且，此種限制必須被認為是理性地促進公共利益，¹⁸如果對人民基本權利的某一限制，並無法促進立法理由或條文所明示的公共利益，則此一要件即不具備。

資源的分配、利用與管理的法律，必須是可以理性地促進各項法律所揭櫫的公共利益的方法，才符合此一要件。

（三）有必要限制

即使立法限制人民基本權利確實是為了某一公共利益，而且限制的手段也

¹³ 憲法第23條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

¹⁴ 關於正當法律程序亦有學者稱為正當程序原則，請參閱陳敏，行政法總論，頁95，自版（新學林總經銷），2007年10月修訂五版。

¹⁵ Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, *Constitutional Law* 114-156(West, 1990).

¹⁶ 學者有將公共利益的存在與為了促進公共利益合為一要件，即「是已具備所謂限制人權的公益條款」，參閱陳新民，中華民國憲法釋論，頁162，自版，1999年10月修訂三版。

¹⁷ 參閱翁岳生主編，行政法二〇〇〇（上），頁134-135，翰蘆出版公司，2000年3月。

¹⁸ 參閱謝哲勝，準徵收之研究：以美國法之研究為中心，中興法學第四十期，頁107-153，1996年3月。

確實能促進此公共利益，然而如所採取的限制方法超越必要程度，人民的負擔如果過重，或此種負擔不成比例，¹⁹則違反必要性或比例性，即違反比例原則，而違反憲法第二十三條。

資源的分配、利用與管理的法律，即使確實爲了特定公共利益，所採取的限制方法也足以促進該公共利益，但如認爲某種限制超越必要程度，即並無必要而違反必要性，或此限制對於人民所造成的負擔過重，超過其因此限制而享受的利益，即違反比例性，則違反憲法第二十三條而無效。

台灣的大法官會議解釋，關於財產權（物權）的保障，基本上是符合上述的論述，例如釋字第二九一號、第四五一號解釋、第五三二號²⁰、第五六二號、第五六四號、第五八〇號²¹、第五九八號解釋。

¹⁹ Manheim, *Tenant Protection and Takings Clause*, 13 Wis. L. Rev. 925, 938-939(1989).

²⁰ 關於該號解釋的評釋，參閱林明鏘，「非都市土地使用管制法制之研究--兼評大法官釋字第五三二號解釋」，收錄於當代公法新論（中）--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版公司，2002年7月。

²¹ 關於釋字第580號解釋，請特別閱讀大法官林子儀部分協同及部分不同意見書，本文贊同大法官林子儀認爲耕地三七五減租條例第19條第3項並不違憲的見解。

肆、政府對資源分配、利用與管理規範的具體內容

政府就公共資源與私有財產為配置後，再對資源為分配、利用與管理的規範，即是對經濟活動的一種干預。其中將公共資源釋出為私有財產，將增加財貨的供給量，可能影響既有私有財產的價格，而影響私有財產權利人的利益；如果就已經是私有財產的資源為分配、利用與管理的規範，則是對私有財產的管制，等於對財產權的限制。

一、公共資源釋出為私有財產

政府如果保留的公共資源不多，就不必面對太多公共資源釋出的問題，因為有必要維持為公有的資源都有其公有的必要性，大多數經濟活動所需的資源都已私有化，因此，並無太多配置公共資源的問題。

然而，現代國家為了提供公共財，在城市中，充斥許多公共資源，例如人行道、公園、地下道及高架橋等公告設施，雖然必須維持公有，²²但人行道、公園、地下道及高架橋都可以有設立廣告的功能，而且效果很好，如無負面因素，可增加政府收入符合公益。如准許私人設立，等於將公共資源上的部分權利配置給私人，公共資源的部分已成為私有財產。

人民在公有財產上取得使用權，等於也是在公共資源上配置權利給私人，公有財產上也形成了私有財產，只要確認公有財產和私有財產的界線即可。政府對私有財產分配、利用與管理的規範，都構成對私有財產的限制，而應遵守憲法保護財產權的精神，並受到正當法律程序條款的限制²³。

二、私有財產的限制

政府對資源分配、利用與管理的規範，而形成對私有財產的限制，都是政府介入經濟活動的方法，有以下各種情形：

（一）、取得的限制

法律限制藉由私有財產的取得，而對資源分配的情形，有關於權利主體的限制，也有關於權利客體的限制。

關於權利主體的限制，是由法律規定某種財產權必須具備一定身份資格者才能取得，或因不具備某種資格而取得受到一些限制，例如二〇〇〇年之前土地法第三十條規定限制能自耕²⁴者才能承受農地，土地法第十七到二十條規定外國人取得土地權利的限制；中國大陸對於農村宅基地使用權限制只有戶籍在農村的人民才可取得。

關於權利客體的限制，有些情形是由法律規定某些財產不得為私有財產權的客體，例如土地法第十四條規定的土地，或中國大陸對城市土地私人不得享有所有權的規定。有些情形是對取得的範圍的限制，例如，日本大深度地下公共使用

²² 參閱張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學理論與實際上冊，頁375-376，自版，2004年8月修訂五版。

²³ 關於基本權利的限制，參閱陳新民，論憲法基本權利之限制（上），政大法學評論第三十五期，頁161~193，1987年6月；陳新民，論憲法基本權利之限制（下），政大法學評論第三十六期，頁57~182，1987年6月。

²⁴ 關於自耕能力的探討，參閱楊金順，從「自耕能力證明書」核發談我國農業政策光怪陸離現象，全國律師雜誌，頁17-20，2000年2月。

特別措置法規定，土地即使為私有，地面一定深度以下的空間都是公有，以促進地下公共工程的進行等公共利益。

（二）、使用的限制

對於資源利用的限制，通常就是對財產使用的限制，可以分為土地使用管制²⁵和建築管理加以說明：

1. 土地使用管制²⁶

土地使用管制法律可以分為土地使用分區管制、文化古蹟保護、環境生態保護等相關法律。

土地使用分區管制的規定最重要的三項是就土地使用的項目、建蔽率和容積率的規定，使用項目、建蔽率和容積率都牽涉到建築，因此，探討土地使用分區管制時，也不得忽略建築管理，土地使用分區管制和建築管理是密不可分的。

文化古蹟保護法律是為文化古蹟保護對土地使用所為的管制，在台灣現行法中主要是文化資產保存法對古蹟的規範，²⁷以及國家公園法對史蹟保存區的規範。²⁸

台灣現行影響土地使用的環境生態保護法律有許多種，其中可大略分為自然景觀保護和污染防治兩大類，相關法律有數十種，規定開發行為應經許可，尤其環境影響評估法規定，開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估。²⁹

2. 建築管理³⁰

土地使用管制是針對土地上經濟活動的種類而為管制，為了公共的安全、交通、衛生及增進市容觀瞻，則有必要實施建築管理，台灣目前的建築管理，分別由建築法、實施區域計畫地區建築管理辦法、實施都市計畫以外地區建築管理辦法、及免由建築師設計監造或營造業承造之一定金額工程造價標準表所規範。³¹

（三）、收益的限制

²⁵ 參閱謝哲勝，土地法，頁 241-249，翰蘆總經銷，2006 年 7 月。

²⁶ 參閱謝哲勝，「土地使用管制法律之研究」，國立中正大學法學集刊，第五期，頁 97-162，2001 年 9 月；土地使用管制法律的理論，並請參閱Ralph E. Boyer, *Survey of the Law of Property* 623(3rd ed., 1981).

²⁷ 參閱文化資產保存法第 12 至 36 條。

²⁸ 參閱國家公園法第 15、16 條。

²⁹ 參閱環境影響評估法第 5 條。

³⁰ 參閱謝哲勝，土地法，頁 249-270，翰蘆總經銷，2006 年 7 月；在美國，也可以對建築設計加以限制，參閱Daniel R. Mandelker, & Roger A. Cunningham, *Planning and Control of Land Development* 678(3rd ed.,1985).。

³¹ 另外農業發展條例第 18 條第 5 項授權發佈的農業用地興建農舍辦法第 2 條規定，民國 89 年 1 月 4 日前取得的農業用地，其興建農舍得依原有法令規定申請，民國 89 年 1 月 4 日後取得的農業用地，則需依農業用地興建農舍辦法的規定申請興建農舍。

作為私有財產權人，在法令使用用途限制下，在市場機制下原則上可以自由決定收益的金額，然而，法律為了保護經濟上弱者，如住宅承租人，有時會有收益上限的限制，例如台灣土地法第九十七條³²規定城市地方房屋租金額不得超過房地總價年息的百分之十。³³

（四）、處分的限制

法律對私有財產處分的限制，分為積極和消極兩種，積極的限制是強迫權利人為非自願交易，消極的限制是不准權利人為自願性交易。強迫權利人為非自願交易的情形，包括民法不動產相鄰關係的規定、徵收³⁴和徵用等。不准權利人為自願性交易，又有長期的和短期的情形，前者如公共設施保留地³⁵，³⁶限制權利人為永久建築長達數十年，後者如市地重劃地區選定後，由主管機關公告禁止土地移轉或限制建築物新建、改建等。³⁷

（五）、排除他人干涉的限制

作為私有財產權人，在法令限制範圍內，原則上可以排除他人干涉，³⁸然而，法律為了公共利益，有時會有排除他人干涉的限制，可以分為兩種情形，一種是他人的干涉無礙財產權的行使，另一種是他人的干涉可以促進更大的利益。前者如民法第七七三條後段規定，後者如有線廣播電視法第六條、電業法第五十一條和電信法第三十二條等規定，使不動產財產權人不得排除管線設施穿越或使用其不動產。

就此種由法律明訂得由電信等業者通過地下、水底、上空的情形，即形同將土地所有人的所有權為分層劃分，將部分權利配置給電信等業者，但因為這構成財產重分配，因而條文都明定如對所有人造成損害應給予補償。

（六）、課稅

³² 依實務見解，土地法第 97 條規定的限制，僅適用於住宅租賃，參閱最高行政法院 92 年 10 月份庭長法官聯席會議：「房屋僅供住宅用者，始受土地法第九十七條第一項規定之限制。」最高法院 94 年度第 2 次民事庭會議：「城市地方供營業用之房屋，承租人得以營商而享受商業上之特殊利益，非一般供住宅用之房屋可比，所約定之租金，自不受土地法第九十七條規定之限制。」

³³ 參閱謝哲勝，土地法，頁 337-338，翰蘆總經銷，2006 年 7 月。

³⁴ 徵收相關問題，參閱謝哲勝，土地法，頁 429-492，翰蘆總經銷，2006 年 7 月。

³⁵ 參閱陳立夫，保留徵收土地與公共設施保留地之所有權人財產權保障問題的探討，土地問題研究季刊，第三卷第三期，頁 18-25，2004 年 9 月。

³⁶ 參閱都市計畫法第 50 條。

³⁷ 參閱平均地權條例第 59 條。

³⁸ 參照民法第 765 和第 773 條。

課稅是對私有財產最普遍和直接的一種限制，³⁹是對私有財產權的一種法定負擔。人民有依法律納稅的義務，⁴⁰就私有財產課稅的情形，包括財產稅(property tax)性質的地價稅⁴¹、田賦⁴²和房屋稅⁴³、財產交易所得(gains derived from dealings in property)稅⁴⁴性質的土地增值稅⁴⁵、以及交易稅(transfer tax)性質的契稅⁴⁶。⁴⁷

³⁹ 參閱莊谷中，共有土地分割課徵土地增值稅適法性之探討，新學林出版公司，2005年7月，第二章第三節租稅對土地財產權之限制。

⁴⁰ 參閱憲法第19條。

⁴¹ 參閱土地稅法第二章。

⁴² 參閱土地稅法第三章。

⁴³ 參閱房屋稅條例。

⁴⁴ 參閱所得稅法第9條。

⁴⁵ 參閱土地稅法第四章。

⁴⁶ 參閱契稅條例。

⁴⁷ 參閱謝哲勝，土地法，頁371-415，翰蘆總經銷，2006年7月。

伍、公共資源配置許可的類型

如前所述，政府如果保留的公共資源不多，就不必面對太多公共資源釋出的問題，例如如果沒有非公用國有土地，就沒有國有地標售所有權或地上權的問題。另外，特定行業經營權（例如電訊）之所以有價值，是因為政府管制特定行業數量而形成寡占的利益，而使特定行業經營權也成為一項公共資源，如果開放私人經營，則特定行業經營權將幾乎無價值可言。所以，有些公共資源是政府管制的結果，並非本身就適於作為公共資源。

前述二種情形，理論上並不相同，前者單純是國家將其財產上設定私有財產，未必有行政目的，一般稱為私經濟行為。後者則是國家為了行政目的，基於公權力，所為的給付行政行為，賦予人民特許⁴⁸的財產權，二者概念上並不相同，而有區分的必要。

公權力行政與私經濟行政的區別實益為：私經濟行政，國家機關履行行政任務時擁有較大的彈性與形成可能性，不必如公權力行政須受公法的嚴格拘束。私經濟行政不適用行政程序法，如有爭執，應由民事法院管轄。就人民受有損害時，應依民法相關規定請求賠償。⁴⁹

一、私經濟行為

私經濟行政又稱國庫行政，係指國家立於私人的地位，適用私法規定的行為。私經濟行為可分為三種：一、以私法方式輔助行政行為。二、行政營利行為。三、以私法方式達到行政任務的行為。⁵⁰

以私法方式輔助行政行為，指行政機關以私法方式獲得日常行政活動所需的物質或人力，例如發包興建大樓、購買辦公設備等。行政營利行為是國家以私法方式參與社會上的經濟活動，其主要目的在於增進國庫收入，有時並兼負執行國家政策的任務。可以分為兩種型態：一、由國家或行政主體以內部機關或單位直接從事營利行為：例如財政部國有財產局所為的國有土地標售行為。二、國家或行政主體依特別法或公司法等規定，投資設立公司而從事營利行為：例如設立公營銀行、鋼鐵公司、石油公司、造船公司、糖業公司。以私法方式達到行政任務的行為，則是行政主體以私法方式直接達到行政任務，例如國家成立公司與人民訂立私法契約提供水電等日常生活所需。⁵¹

二、給付行政行為

依行政態樣、內容及目標的不同，可將行政行為區分為干涉行政、給付行政

⁴⁸ 特許是行政處分中確認處分的下位概念。特許指將人民原本就不擁有的權利於特殊情形給予人民，也就是將法律所一般性禁止的行為例外許可人民從事此一行為。因此就人民的立場，特許可謂增加、擴大了其自由活動範圍。參閱許宗力，行政處分，翁岳生主編，行政法，頁 557，元照出版，2006 年 10 月修訂三版。

⁴⁹ 翁岳生，行政的概念與種類，翁岳生主編，行政法，頁 22-23，元照出版，2006 年 10 月修訂三版。

⁵⁰ 翁岳生，行政的概念與種類，翁岳生主編，行政法，頁 20-21，元照出版，2006 年 10 月修訂三版。

⁵¹ 翁岳生，行政的概念與種類，翁岳生主編，行政法，頁 21-22，元照出版，2006 年 10 月修訂三版。

⁵²與計畫行政。給付行政又可稱為服務或福利行政，指提供人民給付、服務或給與其他利益的行政作用。二次大戰後國家職能有重大轉變，積極主動提供人民最大的服務及照顧，以滿足人民各項生活所需，已成為國家責無旁貸的任務。⁵³關於給付行政的實施方式，行政機關享有較大的選擇自由，得以直接作成授益行政處分或與人民簽訂行政契約或以事實行為加以實施，行政機關也可依私法契約履行給付行政的任務，例如以簽訂私法契約的方式提供人民低利貸款。⁵⁴

⁵² 參閱陳春生，給付行政，月旦法學教室，第四期，頁 38-41，2003 年 2 月。

⁵³ 翁岳生，行政的概念與種類，翁岳生主編，行政法，頁 24-25，元照出版，2006 年 10 月修訂三版。

⁵⁴ 翁岳生，行政的概念與種類，翁岳生主編，行政法，頁 25，元照出版，2006 年 10 月修訂三版。

陸、公共資源配置許可的合法性要件

如前所述，公共資源配置許可的行為，分為私經濟行為和給付行政行為，二者皆應符合合法要件，可分為實質要件和程序要件。

一、實質要件

實質要件方面，包括平等保護原則⁵⁵和實質的正當法律程序，對於私經濟行為和給付行政行為都有適用，分述如下：

（一）平等保護原則

為了保障每個人民在憲法上一律平等，憲法第七條規定人民的平等權，除非符合下述的實質的正當法律程序，否則不應該對人民有差別待遇。

「平等」最簡單的詮釋就是禁止沒有正當理由的而存在的平等行為。此處所稱的沒有正當理由，指欠缺重要的實質原因。而認定有無重要的實質原因，不外三項標準：是否在於追求正當目的、是否為達成此一目的所必要、與目的的價值成適當比例，以上標準正是比例原則的內涵。⁵⁶

就社會經濟性立法的平等，美國法院所採取的標準為最寬鬆的「合理審查標準」，即 1. 具備正當政府利益，2. 手段與目的間只需具有合理關聯。台灣的司法院釋字第五七一號解釋⁵⁷採取與美國法院同樣的標準。⁵⁸即釋字第五七一號解釋大法官林子儀協同意見書所闡述的：「……平等權，應採取寬鬆之合理審查標準，並依憲法第二十三條規定就立法目的之正當性、手段與目的之合理關連性依序審查憲法第七條規定『中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等』，本院歷來一再重申憲法第七條對平等權之保障並非指絕對、機械之平等，而容許立法者基於憲法之價值體系及立法目的，斟酌事件性質事實上或本質上的差異為合理之差別待遇。」

大法官會議解釋明白表示此種平等保護原則，對於私經濟行為和給付行政行為都有適用。⁵⁹

⁵⁵ 參閱陳新民，平等權的憲法意義，理論與政策第四卷一期，頁 46-57，1989 年 10 月。

⁵⁶ 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 189，自版（三民總經銷），2004 年 6 月修訂三版。

⁵⁷ 「……，對於九二一大地震災區住屋全倒、半倒者發給慰助金，以設籍、實際居住於受災屋與否作為判斷依據，並設定申請慰助金之相當期限，係基於實施災害救助、慰問之事物本質，以合理之手段作不同之處理，為差別之對待，已兼顧震災急難救助之目的達成，乃在實現前開緊急命令及其執行要點規定之目的，所為必要之補充規定，並未逾越其範圍，與憲法第七條規定亦無抵觸。又此項緊急慰助之給付，旨在提供受非常災害者之緊急慰助，並非對人民財產權損失之補償，是對於不符合慰助條件者，不予給付，本質上並未涉及人民財產權之限制，故不生違反憲法第二十三條之問題。」

⁵⁸ 黃昭元，「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」，國立台灣大學法學論叢，第 33 卷第 3 期，頁 83-85，2004 年 5 月。

⁵⁹ 參閱釋字第 457 號解釋：「中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應促進兩性地位之實質平等，憲法第七條暨憲法增修條文第十條第六項定有明文。國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定。」；釋字第 485 號解釋：「……鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。立法機關就上開條例與本解釋意旨未盡相符之部分，應通盤檢討改進。」；釋字第 542 號解釋：「行政機關訂定之行政命令，其屬給付性之行政措施具授與人民利

（二）實質的正當法律程序

實質的正當法律程序，與前述平等保護原則其實是相通的，也是檢驗是否符合公共利益、採取的方法是否為理性的方法、及所採取的方法是否為達成公共利益所必要。

因此，將公共資源配置給私人，不管是私經濟行為還是給付行政，都要符合配置的目的，符合公共利益；其次，所採取配置的方法必須可以促進前述公共利益；第三，所採取配置的方法，是達成公共利益所必要，即符合比例原則。

二、程序要件

程序要件在私經濟行為和給付行政行為，則有不同，前者既然是私經濟行為，不必遵守行政程序法，⁶⁰但仍須遵守機關內部規定或對外公告的程序⁶¹；後者，既然是行政行為，即應遵守行政程序法相關規定。

程序的正當法律程序主要內涵為：一、公正作為義務。二、受告知權。三、聽證權。四、說明理由義務。五、行政資訊公開。⁶²作成行政處分的正當法律程序為：一、預告(行政程序法第 104 條)。二、陳述意見(行政程序法第 106 條)、聽證(行政程序法第 54 條至第 66 條)。三、告知決定(行政程序法第 108 條)、說明理由(行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款)、教示救濟途徑(行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款)。四、公正作為。⁶³

益之效果者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。系爭作業實施計畫中關於安遷救濟金之發放，係屬授與人民利益之給付行政，並以補助集水區內居民遷村所需費用為目的，既在排除村民之繼續居住，自應以有居住事實為前提，其認定之依據，設籍僅係其一而已，上開計畫竟以設籍與否作為認定是否居住於該水源區之唯一標準，雖不能謂有違平等原則，但未顧及其他居住事實之證明方法，有欠周延。相關領取安遷救濟金之規定應依本解釋意旨儘速檢討改進。」

⁶⁰ 陳敏，行政法總論，頁 739，自版（新學林總經銷），2007 年 10 月修訂五版。

⁶¹ 吳庚，行政法之理論與實用，自版，頁 16，2007 年 9 月增訂十版。

⁶² 湯德宗，行政程序法論－論正當行政程序，頁 1，元照出版公司，2005 年 2 月修訂二版二刷。

⁶³ 湯德宗，行政程序法論－論正當行政程序，頁 32-36，元照出版公司，2005 年 2 月修訂二版二刷。

柒、結論

公共資源與私有財產配置的選擇應符合人民福祉的極大，私有財產制度原則上符合效率原則，但是爲了市場失靈和公平性考量保留某些資源爲公有，因此，私有財產制度本是國家社會選擇的結果，國家既選擇私有財產制度作爲分配資源的一種制度，則相關法律解釋時，即應尊重憲法保護財產權的精神。

政府代表國家行使公權力，制訂資源的分配、利用與管理的法律或行政命令，即是政府進行資源分配、利用與管理的法律基礎。此種法律或行政命令，如爲了某一公共利益，所採取的方法，也可以促進該公共利益，方法也符合比例原則，並由法律或法律授權的行政命令訂定或不違反行政機關權限的行爲，則原則上是合憲的，但如果個案有違反相關要件，則構成違法或違憲。

政府對資源分配、利用與管理規範的具體內容，包括政府就公共資源與私有財產爲配置後，再對進行資源分配、利用與管理規範，即是對經濟活動的一種干預。其中將公共資源釋出爲私有財產，將提高財貨的供給量，可能影響既有私有財產的價格，而影響私有財產權利人的利益；如果就已經是私有財產的資源爲分配、利用與管理的規範，則是對私有財產的管制，等於是對財產權的限制。

政府對公共資源配置許可的類型可以分爲私經濟行爲和給付行政行爲，前者是國家將其財產上設定私有財產，未必有行政目的。後者則是國家爲了行政目的，基於公權力，所爲的給付行政行爲，賦予人民特許的財產權，二者概念上並不相同，而有區分的必要。私經濟行爲國家機關履行行政任務時擁有較大的彈性與形成可能性，不必如給付行政行爲須受公法的嚴格拘束。私經濟行政不適用行政程序法，如有爭執或損害時，應依民法相關規定請求賠償。

公共資源配置許可應具備合法性要件，可分爲實質要件和程序要件。實質要件方面，包括平等保護原則和實質的正當法律程序，對於私經濟行爲和給付行政行爲都有適用。程序要件在私經濟行爲和給付行政行爲，則有不同，前者既然是私經濟行爲，不必遵守行政程序法，但仍須遵守機關內部規定或對外公告的程序；後者，既然是行政行爲，即應遵守行政程序法相關規定。

參考文獻

一、中文

(一)書籍

- 王澤鑑，民法物權（第一冊），所有權、通則，三民經銷，2006年2月。
- 王澤鑑，民法物權（第二冊），占有、用益物權，三民經銷，2005年9月。
- 吳 庚，行政法之理論與實用，自版，頁16，2007年9月，修訂十版。
- 吳 庚，憲法的解釋與運用，自版（三民總經銷），2004年6月，修訂三版。
- 林明鏘，「非都市土地使用管制法制之研究--兼評大法官釋字第五三二號解釋」，收錄於當代公法新論（中）--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版公司，2002年7月。
- 法務部編，民法物權編部分條文、民法物權編施行法修正草案，1999年3月。
- 莊谷中，共有土地分割課徵土地增值稅適法性之探討，新學林出版公司，2005年7月。
- 翁岳生主編，行政法，元照出版，2006年10月，修訂三版。
- 陳 敏，行政法總論，自版，2007年10月，修訂五版。
- 陳新民，中華民國憲法釋論，自版，1999年10月，修訂三版。
- 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，經濟學理論與實際上冊，自版，2004年8月，修訂五版。
- 湯德宗，行政程序法論－論正當行政程序，元照出版公司，2005年2月，修訂二版。
- 謝在全，民法物權論（中冊），自版，2004年8月，修訂三版。
- 謝哲勝，土地法，翰蘆總經銷，2006年7月。
- 謝哲勝，「憲法解釋對物權與土地法制發展的影響」，憲法解釋與法制發展－司法院大法官九十四年度學術研討會（上冊），司法院主辦，2005年12月24日。

(二)期刊論文

- 王正、黃湘媚，國家財政與社會福利資源配置之探討，政府審計季刊，頁3-15，2005年10月
- 王國柱、陶然，我國物權法的角色定位——論民法典草案關於公有財產制度的設計，當代法學，2003年卷12期，頁46-48，2003年。
- 許志雄譯，「從行政法之發展論法治國家與公權力之行使」，憲政思潮，第65期，頁33-48，1984年3月。
- 陳新民，「公權力的概念及其法律救濟」，憲政思潮，第65期，頁1-7，1984年3月。
- 陳新民，論憲法基本權利之限制（上），政大法學評論，第三十五期，頁161-193，1987年6月
- 陳新民，論憲法基本權利之限制（下），政大法學評論，第三十六期，頁57-182，1987年6月。
- 陳新民，平等權的憲法意義，理論與政策第四卷一期，頁46-57，1989年10月
- 陳立夫，保留徵收土地與公共設施保留地之所有權人財產權保障問題的探討，土地問題研究季刊，第三卷第三期，頁18-25，2004年9月。

陳春生，給付行政，月旦法學教室，第四期，頁 38-41，2003 年 2 月。
黃昭元，「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」，國立台灣大學法學論叢，第 33 卷第 3 期，頁 45-148，2004 年 5 月。
楊金順，從「自耕能力證明書」核發談我國農業政策光怪陸離現象，全國律師雜誌，頁 17-20，2000 年 2 月。
謝哲勝，準徵收之研究：以美國法之研究為中心，中興法學第四十期，頁 107-153，1996 年 3 月。
謝哲勝，「土地使用管制法律之研究」，國立中正大學法學集刊，第五期，頁 97-162，2001 年 9 月。
謝哲勝，不動產財產權的自由與限制，財產法暨經濟法，第七期，頁 1-35，2006 年 9 月。

二、英文

Barron, Jerome A. & C. Thomas Dienes, *Constitutional Law*, West, 1990.
Boyer, Ralph E., *Survey of the Law of Property*, West, 3rd ed., 1981.
Christman, John, *The Myth of Property*, Oxford University Press, 1994.
Cunningham, Roger A., William B. Stoebuck, Dale A. Whitman, *The Law of Property*, West, 1993.
Hagman, Donald G. & Julian Conrad Juergensmeyer, *Urban Planning and Land Development Control Law*, West, 2nd ed., 1994.
Mandelker, Daniel R. & Roger A. Cunningham, *Planning and Control of Land Development*, 3rd ed., The Michie Company, 1985.
Steuben, Norton L., *Real Estate Planning*, Foundation Press, 3rd ed., 1989.
Wright, Robert R. & Morton Gitelman, *Land Use: Cases and Materials*, West, 4th ed., 1991.
Manhein, *Tenant Protection and Takings Clause*, 13 Wisconsin Law Review 925(1989).