

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



生存權的司法實踐：

人民請求社會給付違憲審查之比較研究

The Practice of Right to Life in Constitutional Courts:

A Comparative Study on Judicial Review

Concerning the Social Benefit Claims

王筑萱

Chu-Hsuan Wang

指導教授：葉俊榮 博士

Advisor: Jiunn-Rong Yeh, J.S.D.

2009年6月

June, 2009

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

生存權的司法實踐：
人民請求社會給付違憲審查之比較研究

本論文係王筑萱君（學號 R96A21008）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 98 年 6 月 24 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明。

指導教授：

葉俊榮

口試委員：

孫迺翔

張文貞

謝 辭

回頭一看，兩年，就這樣過了。猶記開學第一天踏進研究生教室忐忑又興奮的心情，轉眼間，又到了再次跟法學院道別的日子。雖然撰寫論文可以說是每個碩士生必經的過程，但能在這麼緊湊的時間順利完成一本論文，著實有太多太多的人需要感謝。

首先最要感謝的，就是我的指導教授葉俊榮老師。老師清晰的思路、深厚的法學涵養，在我論文寫作的過程中給予全方位的指導，常常提點我許多沒有注意到的問題，也給予我相當大的空間多方伸入研究，因為有老師的指導與幫助，才得以順利完成這本論文。在跟隨老師做研究的這兩年期間，不僅使我在公法的專業知識上獲益良多，也跟老師學習到如何「做」學問（“do” research）的方法。老師對法學研究的嚴謹和熱忱，讓我無限佩服，老師對學生的好，更讓我深深感激在心。能夠受到老師的指導、跟著老師作研究，是我研究所期間獲得最珍貴的寶藏。在此向老師表達最大的敬意與謝意。

我還要感謝我的論文口試委員—張文貞老師和孫迺翊老師。兩位老師對於憲法解釋與社會法的議題有相當專業的研究，在我論文寫作過程中，受到兩位老師非常多的啟發，也對老師豐厚的學術涵養和精闢的見解，深感敬佩。感謝兩位老師在學期末課務最為繁忙之際，撥冗指導我的論文；口試的過程中，更感謝老師給我很多鼓勵與許多寶貴的意見，使得我的論文得以更為完善。在此也要向兩位老師致上深深的謝意。

黃昭元老師、雷文政老師、黃舒芃老師和李立如老師，也是影響我很大的老師。在撰寫論文的過程裡，從老師們的文章中學到了許多珍貴的知識，也帶給我不少論文寫作上的啟發。雖然沒能有機會請老師蒞臨指導口試，也希望能利用撰寫謝辭的機會向老師們表達感謝之意。此外也要感謝黃昭元老師在憲法專題課程的教導及鼓勵，讓我鼓起勇氣嘗試在台大公法論壇發表關於社會權司法審查的一些想法，也因為參與了公法論壇，開啟了我對這種憲法積極性的權利產生進一步研究的興趣。

再來要感謝「貓頭鷹」團隊及「北極熊」團隊裡所有學長、學姐、同學和學弟妹們，尤其是春元學長、欣活、文字、伯翰、彥君、詩薇、韶曼及珮育，感謝春元學長不嫌煩地聆聽我天馬行空的想法並幫助我從凌亂的思緒中抓出研究的方向，感謝欣活在論文寫作過程給我寶貴的意見與友情的支持陪伴，感謝彥君和詩薇教導迷糊的我許多論文要注意的事項，也感謝韶曼、珮育、文字和伯翰在資料收集上給予我許多協助。

深深感謝欣活和萱雅的情意相助，論文發表會和口試時因為有妳們幫我顧前顧後，幫我處理大大小小繁複的事務，讓我能夠專心又放心地準備報告內容，並有個流暢完美的會議，真是萬分感謝！還有春元學長、文字、伯翰、喬婷、柏富、珮琪、昱中、彥強、健安、沛筑、緯武、秀華……，謝謝你們論文發表會的參與和支持，為我加油打氣，以及給予我許多寶貴的意見。有你們這麼好的朋友，真是我的好福氣！謝謝你們！

這本論文的背後，還有許許多多默默幫助我的朋友，感謝英國倫敦大學的Carol Tan老師、中研院的家馨學長、冠好學姐、思岑學姐、界逢學長、黃聖學長、喬婷、君華、彥君、新楣、天正、睿翰……許許多多的「貴人」，給我英文上的幫助與研究方向上的啟發，謝謝你們給我的鼓勵、援手和溫暖的情誼，我永遠銘記在心。感謝法律系辦公室的思儀學姐，總是耐心又細心地為我解答各式各樣的疑難雜症，還幫我安排了一個研究桌，讓我有一個安靜舒適的環境撰寫我的論文。感謝圖書館總是笑咪咪的阿姨和叔叔們，雖然不知道你們的名字，但我永遠不會忘記你們親切的臉與對我的照顧和關懷。感謝允佳、懿寧、匡曜、堂雯、齡尹、竹芸、宛鈺、雅婷、牧軒、素貞、尚諭、龍寬、珮琪、詩敏、皓芸、貞汝、中鶴、沛筑、依蓉、思萱、思潔、鴻毅、智鈞、廷翰、蔚貞、曉文、欣活、萱雅、彥佑、品淞、世芬、逸群、忠霖、賢璋、文力……，從國小、國中、高中、大學、社團、律訓一路走來的死黨們，你們時時刻刻的問候和關懷，讓我寫論文的時候倍感溫暖而不孤單。還有許許多多需要感謝的朋友們，礙於篇幅，實在無法一一詳述，但你們曾經給我的幫助、給我的鼓勵，我時時銘記在心，感謝你們在我開心時陪我分享快樂、在我低潮時陪我掉淚、為我打氣。謝謝有你們這麼好的朋友！

最後也是最重要的，我要感謝我親愛的家人：爸爸、媽媽、妹妹以及最可愛的小夢。感謝家人總是默默的給予支持、無條件的付出，卻不忘叮嚀我注意身體健康，時時刻刻幫我留意研究相關資訊，也包容我的壓力與勞累，因為有你們的養育照顧、支持與陪伴，讓我成為全世界最快樂、最幸福的人。在此也特別感謝可愛又貼心的小夢，十五年來，妳總是靜靜地陪在我的腳邊，陪著我熬夜、陪我做功課，給我關心和精神上的支持，當我拉著妳的手開心地跟妳訴說又完成論文一個章節時，妳總是搖尾巴笑瞇瞇地舔我，帶給我好多開心、溫暖，讓我對研究保持熱忱和幹勁；雖然在5月30日，論文即將完成之際，你卻離開了，但還是將完成論文的這份喜悅與天堂的妳一同分享。謝謝妳，夢天使！

僅將這本論文獻給所有關愛我、陪伴我的長輩、朋友及親人們。

筑萱

2009年8月17日寫於板橋



摘要

在探討自由權、平等權之領域時，往往強調國家應給予最大限度的維護；但不同於前者，學說與實務對於以給付請求功能面向為主的社會權領域，卻因思及這種權利的理念是要求國家介入，且權利的具體落實通常挾帶著國家預算及資源，一般而言，這種憲政權能是優先分配給立法者的，從而基於權力分立、責任政治以及司法權本質之考量，社會權的規範效力以及可司法性遭到了質疑，甚至被根本的否定憲法上不該存有這種概念類型的權利。在實務的運作上也是如此，面對人民請求社會給付的案件時，大法官往往不正面直接回應所據以審查的「權利」基礎，反而用「基本國策」來包裝，並以國家的義務來回應，似乎刻意避免在憲法解釋中使用到社會權的概念。換言之，社會權背後強烈的司法正當性疑慮，是導致其概念無法如其他憲法基本權在司法上有效揮灑的原因；然本文思考到：不論憲法上社會權的概念「好不好」，既然我們的憲法人民權利章中有一個一向被認為是社會權類型之一的「第15條生存權」，或許可以換個方向，認真去思考這個已經存在的、社會性格濃厚的憲法第15條生存權在我們憲政架構下「要怎麼用」；因此嘗試從我國憲法解釋的實踐作為觀察分析的起點，去瞭解憲法第15條「積極」的生存權於司法審查中可發揮之功能意義及其侷限，作為化解以往社會權可司法性論辯的一條嘗試路徑。

透過憲法解釋實證研究之分析以及外國案例之比較觀察，本文發現，我國憲法生存權條款作為一個人民得據以請求社會給付的憲法權利基礎應無庸置疑，實不必對人民是否因此擁有具體請求權等情過於擔心，司法者不必刻意迴避它的權利面，反而應該正面回應它，好好地把它講清楚、說明白。而大法官對於生存權的內涵闡述太少，可能也是無法打破可司法性疑慮、彰顯其異於其他權利之特質的原因，因此嘗試描繪生存權內涵的圖譜，希望可以幫助對生存權的理解，也希望能幫助生存權在我國憲法下可以跳脫學界對社會權的束縛，而具有司法實踐的可操作性。

本文也從南非人權委員會與印度社會行動訴訟（social action litigation，簡稱SAL）機制背後所支撐的「民間專家委員會調查監督」、「強化正當程序民眾參與」以及「為貧窮弱勢簡化司法救濟程序」等設計理念，得到一些強化民主功能、

突破司法正當性的制度啓示。另一方面，面對國際化、全球化的影響，生存權保障範圍與國家主權疆界的關係被突顯出來；經研究發現，本國人與外國人的界分，其實又是一種司法正當性疑慮的反映，而目前這條正當性的界線則仍以國家主權疆界作為劃分，不計較國籍與經濟能力差異的社會連帶意識尚未真正形成。

然而，在整體實證分析後，本文深刻的發現，以上所探討各項生存權所遭遇的一系列可司法性疑慮與障礙的分析以及解決之道的探尋，所呈現出的都是「人民生存權保障需求的特質」與「司法審查制度下之司法權能」之間的激烈拉距——這也正是真正的核心問題所在。申言之，生存權保障需求具有非常個別性、個案差異性的特質，以及其核心保障「攸關生命維繫」所需最迫切、最即時的救濟，此特徵正鮮明地透露出現行抽象違憲審查制度昧於現實之處。或許，當前生存權研究最需要去解決的問題，不是法釋義學上主客觀權利性格的定位，也不是審查標準如何去類型化的問題，而是關於個案（具體）違憲審查——甚至是採行分散式違憲審查機制——來切實落實憲法生存權保障意旨之更深層的省思。

關鍵字：

生存權；社會權；社會給付；違憲審查；憲法解釋；可司法性；釋憲制度。



Abstract

“Social rights” are a debatable legal term, especially when it comes to the judicial remedies for these kind of rights. Through the practice of social rights, it requests our government to expand his power to private lives and involves the allocation of financial resources which should be left to the legislative authorities rather than the courts. Additionally in consideration of the essence of separation of powers, political accountability and judicial authority, disputes remain stalled over the justiciability during the judicial remedy for social rights. Therefore, many scholars to date refuse to recognize social rights as the fundamental rights of people. However, there is definitely a “right to life” (which is generally deemed as a kind of social right) set in Article 15 of our Constitution. For good or bad, the understanding of how to practice this right should be taken seriously.

This thesis discusses the judicial practice of the right to life in two ways. First, the implementation of the right to life by our Grand Justices of the Constitutional Court, Judicial Yuan, is analyzed. Second, the consequences of our constitutional interpretations are compared with the counterparts in foreign countries, such as the United States, Japan, South Africa, and India. This thesis also evaluates the constitutional theories and further presents its perspectives of our judicial practice of the right to life.

After a thorough survey, it is discovered that our Grand Justices have made every efforts to establish various standards to review the cases involved claims to social benefits. The right to life own its own, however is scarcely interpreted by the Grand Justices. In fact, it is unnecessary as this thesis indicates to worry too much that people would use this right to claim things immodestly, and neither the real problem of the judicial practices of the right to life is simply related to the choice between a strict or a loose standard of the judicial review. Therefore, in order to make feasible the judicial practice of the right to life, the thesis mentions that we need to clarify the right to life directly and clearly, and reconsider the relationship between the right to life, the system of judicial review, and the real need of people who claim the right to life through judicial remedies.

This thesis attempts to develop a 3-level graphic model to illustrate the elements and features of the right to life: the core element of "the right to live", the second level of "the basic need of physical life", and the third level of "the preferable living standard". The 3-level model could help determine the urgency and the degree of the protection regarding various people's right to life. Since the requirements of the right to life are very personal, different from person to person and diverse from case to case, a predicament of incompatibility and dilemmas arises when our judicial review system regulates the constitutional interpretation in an abstract way (without being subject to the "case or controversy" requirement). To address this issue, this thesis on one hand discusses the inspirations from the social action litigation (SAL) system in India and its socio-legal commission consisting of civil experts, which plays a very important role in helping people with urgent need for aids in time, in protecting their rights during judicial remedies, and in reinforcing the justiciability and the democratic legitimacy of judicial reviews. On the other hand, this thesis challenges the abstract manner of constitutional interpretation (judicial review) in the current system. It suggests that the Grand Justices abolish the current practice of statute review in an abstract way, and that they adopt the standard of concrete case reviews, even by switching to the diffuse system of judicial review. In this way, the judicial practice of the right to life can be more feasible, and the spirit of the Constitution can be better realized.

Key words: Right to life; social rights; social benefit; judicial review; Constitutional interpretation; justiciability; judicial review system.

目 錄

口試委員會審定書.....	II
謝 辭.....	III
摘 要.....	VI
Abstract.....	VIII
圖目錄.....	XI
表目錄.....	XII
論文簡目.....	XIII
論文詳目.....	XIV
第 1 章 緒論.....	1
第 2 章 從我國憲法解釋探尋問題.....	13
第 3 章 生存權作為社會給付請求之權利基礎的思考.....	42
第 4 章 生存權可司法性與憲法解釋效力的探討.....	93
第 5 章 審查標準的抉擇與抽象審查制度的重省.....	123
第 6 章 結論：重構生存權的司法審查.....	141
參考文獻.....	145
附錄	158

圖目錄

圖 2-1、聲請人主張與大法官認定之交叉比對圖	14
圖 2-2、生存權功能屬性分布圖	18
圖 2-3、涉及議題類型	21
圖 2-4、受益人資格與時間序列之交叉比對	24
圖 3-1、生存權內涵之光譜環	90



表 目 錄

表 2-1、給付受益人之身分資格	22
表 2-2、聲請人主張之基本權	24
表 2-3、大法官認定之基本權	25
表 2-4、大法官關心的層面	27
表 2-5、大法官採用之審查標準	28
表 2-6、審查結論	32
表 2-7、解釋結論與涉及議題進行交叉比對	34
表 3-1、美國案例簡表	48
表 3-2、日本案例簡表	54
表 3-3、南非案例簡表	58
表 3-4、印度案例簡表	65



論文簡目

第 1 章	緒論	1
1.1.	問題緣起	1
1.2.	研究動機：嘗試從憲法第15條生存權的司法實踐談起.....	5
1.3.	研究範圍與方法.....	6
第 2 章	從我國憲法解釋探尋問題	13
2.1.	第1組憲法解釋：有關生存權的憲法解釋.....	13
2.2.	第2組憲法解釋：人民請求社會給付的憲法解釋	20
2.3.	觀察重點的探討，與三個問題的提出.....	35
第 3 章	生存權作為社會給付請求之權利基礎的思考	42
3.1.	外國案例之比較分析.....	42
3.2.	我國憲法生存權之反思.....	67
3.3.	本章小結	92
第 4 章	生存權可司法性與憲法解釋效力的探討	93
4.1.	關於生存權可司法性之論辯	94
4.2.	再探我國司法審查態度與憲法解釋落實方式.....	107
第 5 章	審查標準的抉擇與抽象審查制度的重省 ...	123
5.1.	生存權對人的保障範圍：外國人的生存保障.....	123
5.2.	我國審查標準操作與抽象審查制度之重省.....	131
第 6 章	結論：重構生存權的司法審查	141
參考文獻	145
附 錄	158

論文詳目

第 1 章	緒論	1
1.1.	問題緣起	1
1.1.1.	基本人權（不）只是保障橋墩下餐風露宿的自由？	1
1.1.2.	還沒有達成共識的社會權概念	3
1.2.	研究動機：嘗試從憲法第15條生存權的司法實踐談起	5
1.3.	研究範圍與方法	6
1.3.1.	研究範圍	6
1.3.2.	研究方法	7
1.3.2.1.	從我國憲法解釋梳理出需要進一步關切或思考的問題	9
1.3.2.2.	輔以學說討論以及外國憲法判決的比較與反思	10
1.3.2.3.	研究上的限制	11
1.3.3.	本文架構及主要論點	11
第 2 章	從我國憲法解釋探尋問題	13
2.1.	第1組憲法解釋：有關生存權的憲法解釋	13
2.1.1.	聲請人主張與大法官認定之交叉比對	13
2.1.1.1.	以生存權作為權利基礎的釋憲聲請案量不少	15
2.1.1.2.	大法官之解釋中，很少見對生存權之認定	15
2.1.1.3.	晚近個別大法官的意見書，常利用機會對生存權表示意見	16
2.1.2.	權利內涵	16
2.1.2.1.	生存權的基本內涵包括生活、生計，以及生命權	17
2.1.2.2.	聲請人以防禦權功能面向的生存權主張為主	18
2.1.2.3.	大法官肯定了給付請求面向生存權之積極性功能	19
2.2.	第2組憲法解釋：人民請求社會給付的憲法解釋	20
2.2.1.	議題取向	20

2.2.1.1.	給付請求的種類	20
2.2.1.2.	給付受益人之屬性	22
2.2.1.3.	與時間序列的交叉比對	23
2.2.2.	權利基礎	24
2.2.2.1.	聲請人主張生存權保障，同時伴隨其他憲法基本權一併主張 ..	25
2.2.2.2.	大法官多用平等權、財產權作為據以審查的權利基礎	26
2.2.2.3.	大法官偏重於國家行為義務面的強調，時常不談基本權而只論基本國策條款	26
2.2.3.	審查內容	27
2.2.3.1.	關心人民生活，也關心國庫財源	27
2.2.3.2.	運用許多憲法原理原則作為審查標準	28
2.2.3.3.	審查標準以法律保留及平等原則為主	29
2.2.4.	審查結果	32
2.2.4.1.	憲法解釋的結論與效力	32
2.2.4.2.	與給付類型之交叉比對	34
2.2.4.3.	與審查標的之交叉比對	34
2.2.4.4.	人民如何透過憲法解釋實現權利	35
2.3.	觀察重點的探討，與三個問題的提出	35
2.3.1.	擺著好看的生存權？	35
2.3.2.	為何態度積極的大法官對於結論宣告顯得力有未逮？有無 配套機制可幫助困境之解決？	37
2.3.3.	發展一套清楚明確、具預見可能性及可操作性的生存權審查 標準可能嗎？現行抽象違憲審查制度下，探討生存權的審查標準，是否 昧於現實？	39

第 3 章 生存權作為社會給付請求之權利基礎的思考 42

3.1.	外國案例之比較分析	42
3.1.1.	強調須有社會立法始有權利保護的美國與日本	42

3.1.1.1.	美國社會給付請求相關案例簡析	42
3.1.1.1.1.	自由權與平等權：Shapiro v. Thompson (1969)	42
3.1.1.1.2.	財產與正當法律程序：Goldberg v. Kelly (1970)	43
3.1.1.1.3.	平等權：Dandridge v. Williams (1970)	44
3.1.1.1.4.	平等權：Graham v. Richardson (1971)	46
3.1.1.1.5.	平等權：United States Department of Agriculture v. Moreno (1975)	47
3.1.1.1.6.	小結	48
3.1.1.2.	日本社會給付請求相關案例簡析	49
3.1.1.2.1.	朝日訴訟 (1967)	49
3.1.1.2.2.	牧野訴訟 (1978)	51
3.1.1.2.3.	堀木訴訟 (1982)	52
3.1.1.2.4.	塩見訴訟 (1989)	53
3.1.1.2.5.	小結	54
3.1.2.	可直接基於憲法基本權主張權利保護的南非及印度：以住房 請求案為例	55
3.1.2.1.	南非案例：Government of the Republic of South Africa v. Grootboom (2000)	55
3.1.2.2.	印度案例	59
3.1.2.2.1.	Olga Tellis & Ors. Vs. Bombay Municipal Corporation & Ors. Etc. (1985)	59
3.1.2.2.2.	Ahmedabad Municipal Coproration v. Nawab Khan Khan & Ors. (1997)	61
3.1.2.3.	各國闡述權利基礎之綜合比較	65
3.2.	我國憲法生存權之反思	67
3.2.1.	權利基礎的選定，與國家的歷史背景與時代需求密切相關	67
3.2.1.1.	生存權誕生的背景，與外國入憲考量的歷史脈絡	67
3.2.1.2.	我國之觀察與分析	73
3.2.2.	我國社會權體系與釋憲論述方式的重省	74
3.2.2.1.	基本國策作為客觀價值秩序再「回導」主觀權利乃迂迴論述	75

3.2.2.2.	基本國策並非人民「權利」	78
3.2.2.3.	正視生存權作為一個主觀權利基礎	79
3.2.2.4.	釋憲受理程序對於權利主張方式的規範，已避免了人民無端請求 的問題	80
3.2.2.5.	司法實踐經驗也顯示，當代生存權的司法審查所面對的問題，不 再是人民直接拿生存權主張之顧慮	83
3.2.2.6.	小結：回歸憲法「權利」規定來論定人民之權利基礎	84
3.2.3.	構築生存權的權利內涵	86
3.2.3.1.	核心層：生命的維繫	87
3.2.3.2.	第二層次：基本物質條件的滿足	88
3.2.3.3.	第三層目標：健康、文化、更為快適的生活水準	89
3.2.3.4.	小結：生存權內涵光譜環	90
3.2.4.	生存權於人民社會給付請求案件中之實效	91
3.3.	本章小結	92
第 4 章	生存權可司法性與憲法解釋效力的探討	93
4.1.	關於生存權可司法性之論辯	94
4.1.1.	可司法性的顧慮與考量	94
4.1.1.1.	權利的不明確	94
4.1.1.2.	權力分立	95
4.1.1.3.	民主考量	96
4.1.1.4.	法官本身判斷能力的限制	97
4.1.2.	對可司法性的困境的回應	98
4.1.2.1.	權利不明確是所有憲法權利的共同特色	98
4.1.2.2.	不能以權力分立為由吞沒基本權的保障	98
4.1.2.3.	司法違憲審查有一定民主正當性的空間	100
4.1.2.4.	「生命的維繫」與「基本物質條件」的標準並非法官所不能判斷	100

4.1.3.	比較法的觀察分析：南非及印度可司法性的突破	101
4.1.3.1.	南非的司法經驗與法院外人權保障機制.....	101
4.1.3.2.	印度公益訴訟（SAL）機制與可司法性的突破.....	103
4.1.4.	本文觀點.....	105
4.1.4.1.	一國的社會背景與憲政意識型態才是真正影響司法審查介入空間的關鍵.....	105
4.1.4.2.	探討可司法性的同時，更應思考人民權利救濟如何透過司法解釋來實踐	106
4.2.	再探我國司法審查態度與憲法解釋落實方式.....	107
4.2.1.	我國憲政意識型態下的司法權能	107
4.2.2.	憲法解釋效力的評估	110
4.2.2.1.	我國釋憲制度本身並不負有具體權利救濟的功能	111
4.2.2.2.	符合我國憲政意識型態下的分權與制衡關係.....	111
4.2.2.3.	人權保障在政治部門實現本就是原則.....	111
4.2.2.4.	無待憲法解釋，政治部門自有履行憲法之義務.....	112
4.2.2.5.	對立法行為「一次走一步」的容許	113
4.2.2.6.	小結	114
4.2.3.	相關配套機制的思考	115
4.2.3.1.	南非人權委員會的組織建制及機能.....	115
4.2.3.2.	印度SAL之制度目的與理念設計	116
4.2.3.3.	制度理念的啓示	119
第 5 章 審查標準的抉擇與抽象審查制度的重省 ...		123
5.1.	生存權對人的保障範圍：外國人的生存保障.....	123
5.1.1.	跨國人權匯流與人權的普世性	123
5.1.2.	社會連帶意識的界限與司法審查標準.....	125
5.1.2.1.	外國案例的比較	125
5.1.2.2.	歐盟經驗的觀察	126

5.1.2.3.	主權國家與歐盟經驗的對照分析	129
5.1.2.4.	小結：以「合法居留於我國法制區域內共同生活」作為保障範圍的判準	130
5.2.	我國審查標準操作與抽象審查制度之重省	131
5.2.1.	國內文獻關於審查標準的探討	131
5.2.1.1.	原則概念式操作與類型化標準的優缺點	131
5.2.1.2.	審查標準的設定	132
5.2.2.	審查標準適用上的難題	134
5.2.3.	生存權的特性與個案審查的必要	137
第 6 章	結論：重構生存權的司法審查	141
參考文獻	145
附 錄	158
附錄一、有關生存權憲法解釋之統計資料		158
圖2-1「聲請人主張與大法官認定之交叉比對圖」之統計資料		158
圖2-2「生存權功能屬性分布圖」之統計資料		159
附錄二、人民請求社會給付憲法解釋之統計資料		160
圖2-3「涉及議題類型」之統計資料		160
圖2-4「受益人資格與時間序列之交叉比對」之統計資料		161
表2-2「聲請人主張之基本權」之統計資料		162
表2-3「大法官認定之基本權」之統計資料		163



第 1 章 緒論

1.1. 問題緣起

1.1.1. 基本人權（不）只是保障橋墩下餐風露宿的自由？

今年五月間，台中縣一名國小女童寫信向社會求援，難過地訴說因其父親失業，全家付不出房租被趕了出來，只好搬到921的廢棄空屋暫住。屋內沒門、沒窗、沒水、沒電，且須在廢棄屋內搭帳篷始能禦寒保暖，寫功課只能靠點蠟燭照明。因近日遭檢舉涉及侵佔罪嫌，一家人頓時不知道該何去何從，女童只好利用學校圖書館網路寫信求助，希望外界幫幫他們。

不只是我國，今年年初，美國亦因次級房貸與金融海嘯重創，許多人民無法償債，形成法拍屋暴增而窮人流離失所的景象，於是不少流落街頭的貧窮家庭暫時「白住」在供過於求的法拍空屋中²。這些「白住客」（squatters）自嘲地稱其無權占用的空屋為「人權屋」，因為他們深知，一旦某天遭到強制驅離，將頓失所依，而憲法上所強調的自由權利對他們來說，唯一的意義也只是保障他們在橋下餐風露宿的自由而已了。

¹ 相關報導可參TVBS網路新聞（2009/05/27），快沒屋住了！女童求助麥當勞叔叔，Yahoo!奇摩新聞：<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/090527/8/1k7q3.html>；NOWnews 網路新聞（2009/05/27），沒錢沒地方住 女童寫Email求助麥當勞叔叔，Yahoo!奇摩新聞：<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/090527/17/1k80u.html>。（最後瀏覽日：2009/07/1）

² 相關報導可參中時電子報（2009/04/11），還我房子—美貧戶進住法拍屋，Yahoo!奇摩新聞：<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/090411/4/1hnra.html>。（最後瀏覽日：2009/07/1）

³ 法國文學評論家Anatole France於其作品中，曾挖苦挖苦防禦權只是保障人民「在巴黎的橋下睡覺」的自由罷了，它基本上只對一小撮無須求助於國家，憑一己財力就能生存的富人有意義而已。轉引自許宗力(2007)，〈基本權的功能與司法審查〉，收於氏著《憲法與法治國行政》，元照，二版，頁186。Anatole France名言之原文為：“The majestic quality of the law forbids the rich as well as the poor to sleep under the bridges, to beg in the streets and steal bread.” See ANATOLE FRANCE, WINIFRED STEPHENS trans., THE RED LILY 95(1930).

這兩則新聞，也不禁使人想起過去幾年在南非、印度等國的憲法法院似曾相識⁴。當時案例中的貧民受到強制驅離，生活面臨嚴重困境，他們最後一線希望只能透過法院主張一種「要求國家給予積極扶助的人權」。這種人權，與傳統所重視的自由權理念有很大的不同。自由權理念源自於人民對抗國家的侵害，強調的是免受國家權力干涉的自由（freedom from state），以防禦權功能為要務；但這裡關心的卻是受益給付請求功能的權利面向，強調國家積極介入，使人民享有符合人性尊嚴最起碼的生活條件⁵。其人權理念形成的背景，是為因應資本主義發展與政治經濟結構轉變所導致貧富不均等各種社會問題；這些問題的發生非能單純歸咎於個人懶惰，也非僅憑個人力量便能解決，因此期待由國家積極有所作為來保障人民的生活。可知，此一人權理念，源起於資本主義自由市場過度發展所引發嚴重貧富不均等社會問題，因此期待藉由國家有所作為，扶助貧病弱勢，以導正資本主義的流弊⁶。由於這種權利與人類經濟社會發展的結構有著密切關係，所以憲法學界多以「社會權」⁷來稱呼。

⁴ 南非2000年之Government of the Republic of South Africa v. Grootboom案，See Government of the Republic of South Africa v. Grootboom, CCT 11/00, Constitutional Court of South Africa (Oct. 4, 2000)；印度1996年之Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Khan & Ors案，See 1997 AIR 152, 1996(7) Suppl. SCR 548, 1997(11) SCC 121, 1996(7) SCALE 770, 1996(10) JT 485. 案例簡介亦可參見本文第3章。

⁵ 許慶雄（1991），《社會權論》，眾文，頁19。

⁶ 許慶雄（1991），〈社會權概念及特質：日本憲法法理之探討〉，《現代學術研究專刊（第4輯）》，頁13-17；許慶雄（1991），《社會權論》，眾文；周志宏（1999），〈社會權：總論、教育權〉，《月旦法學雜誌》，48期，頁127-128；陳新民（1992），〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，臺北：三民，頁95-128；黃錦堂（2006），〈社會權試論〉，載於：台灣大學政治學系暨研究所黃錦堂教授教學網：homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20060530Solidarity.pdf。（最後瀏覽日：2009/07/1）

⁷ 國內學者受不同國家憲法學典籍的影響，對於這種社會經濟性的基本權有不同的用語。有以德國文獻為本，以「社會基本權」稱之，而將社會權界定為法律層次的給付請求權者（例如陳新民（1992），〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，臺北：三民，頁95-97）；也有參照國際公約之命名，以「經濟社會文化權」稱之者（Sandra Liebenberg著，輔仁大學社會文化研究中心譯（2004），〈人權鏈環-從人權角度看社會保障：經濟社會文化權〉（Circle of Rights: Economic, Social & Cultural Rights），輔仁大學社會文化研究中心網站：<http://peace.ls.fju.edu.tw/paper/043.pdf>。（最後瀏覽日：2009/07/1）但普遍上，學者多以「社會權」乙辭來探討這種憲法層次的社會經濟性基本權利，參照許慶雄（1991），〈社會權概念及特質：日本憲法法理之探討〉，《現代學術研究專刊（第4輯）》，頁13-17；許慶雄（1991），《社會權論》，眾文；周志宏（1999），〈社會權：總論、教育權〉，《月旦法學雜誌》，48期，頁127-128；陳新民（1992），〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，臺北：三民，頁95-128；黃錦堂（2006），〈社會權試論〉，載於：台灣大學政治學系暨研究所

1.1.2. 還沒有達成共識的社會權概念

在我國釋憲實務中，亦曾出現不少有關人民向國家請求社會給付以滿足生活所需的事例，而隨著近來國際金融海嘯波及所連帶影響企業倒閉、裁員、無薪價等經濟不景氣與社會問題，在政府忙著研擬食物券、教育券、就學貸款、就業扶助等一系列社會政策⁸的同時，社會權理念也再度受到重視。

不過，「社會權」這一種人權理念，不論是權利的規範基礎、權利構造內涵，以及其到底適不適合作為憲法上的基本權利等，至今仍相當不明朗且一直是學界論辯不休的話題⁹。因為，社會權的理念是要求國家介入，且權利的具體落實通

所黃錦堂教授教學網：homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20060530Solidarity.pdf。(最後瀏覽日：2009/07/1)

⁸ 自由時報(2009/01/20)，補助弱勢童-寒暑假加發午餐券，自由電子報<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/jan/20/today-life5.htm>；聯合晚報(2009/02/05)，行政院：教育券改名-政策沒喊卡，聯合新聞網：<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT4/4719574.shtml>；國立教育廣播電台教育新聞(2009/4/15)，就學貸款可貸生活費！每學期最多3萬元，Yahoo!奇摩新聞：<http://tw.news.yahoo.com/artiele/url/d/a/090415/63/1hwdm.html>；中央社即時新聞(2009/03/10)，搶救失業-中市將追加預算辦理擴大就業，中央通訊社：<http://www.cna.com.tw/SearchNews/KWSearch.aspx?strNewsID=200903100252&PageNo=1>。(最後瀏覽日：2009/07/1)

⁹ 1991年至1994年我國憲改熱潮之際，許多民間團體及政治團體致力於「推動社會權入憲」的運動，不少學者撰文探討社會權的原理原則，例如許慶雄(1991)，〈社會權概念及特質：日本憲法法理之探討〉，《現代學術研究專刊(第4輯)》，頁91-114；許慶雄(1991)，《社會權論》，眾文；陳新民(1992)，〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論(上冊)》，臺北：三民，頁95-128；林子儀(1993)，〈Is the welfare right a constitutional right?〉，收於：氏著《權力分立與憲政發展》，台北：月旦，頁145-172等等。而隨著憲法增修條文第10條基本國策條款之增訂以及全民健保等社會制度開辦以來，一系列有關於社會權功能意涵及憲法基本國策社會福利政策檢討的論文，更是從政治、經濟、社會、歷史、哲學各種學術視角切入，在法學界也分別從人性尊嚴、社會國原則、福利國原則等理念價值為出發點，加以探尋。直至今(2008)年9月司法院主辦之「違憲審查基準與社會國原則－司法院大法官釋憲六十週年學術研討會」及今(2009)年3月台大法學院主辦之「日台憲法共同研究會－公法典範的繼授與轉型」等法學研討會上，社會權的憲法議題也仍然是會議上討論的焦點問題。外國文獻也不乏研究社會權入憲的文章，例如：MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, Princeton University Press(2007); Andras Sajo, *Welfare Rights + Constitutional Court = State Socialism Redivivus – How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform*, 5(1) EECR 3, 5(1996); Avi Ben-Bassat & Momi Dahan, *Social Rights in the Constitution and In Practice*, School of Public Policy Working Paper No. 05-03(2004), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=407260 (2009/7/1 visited); David Currie, *Written Constitutions and Social Rights*, in *WRITING A NATIONAL IDENTITY – POLITICAL, ECONOMIC, AND CULTURAL PERSPECTIVES ON THE WRITTEN CONSTITUTION* 41, 41-42(Vivien Hart & Shannon Stimson eds.,1993); Kim Lane Scheppele, *A Realpolitik Defense of Social Rights*, 84 TEX. L. REV. 1921(2004)等等。

常挾帶著國家預算及資源，一般而言，這種憲政權能是優先分配給立法者的，從而基於權力分立、責任政治以及司法權本質之考量，社會權的規範效力以及可司法性遭到了質疑。因此大多數的學者認為社會權的規範效力原則上只有作為一種「憲法委託」的客觀地位，例外在「人性尊嚴最低限度保障」的底線人民才可以行使「主觀公權利」¹⁰；甚至，有學者根本的質疑：既然社會權不是一種可經由法院加以實現的權利，其是否可被視為一種憲法上的基本權利即有疑問¹¹。

我們憲法究竟有沒有社會權這種基本人權呢？觀諸憲法規定和大法官的解釋文、理由書中，並沒有出現「社會權」此一名詞，不過，許多學者認為我國憲法第15條、第21條以及基本國策之規定，均為我國社會權的憲法基礎¹²。尤其是憲法第15條：「人民之生存權……應予保障」的規定，最普遍被認為是社會權的代表¹³，蓋制憲理由清楚指出：「本條草案係關於人民財產權之規定，經討論時咸以為人民之財產權，固應保障；然對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障，否則僅保障有財產者之財產，實屬有違民生主義之精神，及成為偏重保護資產階級之流弊，因而將本條修訂」¹⁴，帶有濃厚社會色彩。釋憲實務上，有

¹⁰ 楊政憲（1995），〈社會基本權之研究：以德國法為借鏡〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁68-69；周志宏（1999），〈社會權：總論、教育權〉，《月旦法學雜誌》，48期，頁127-128；法治斌、董保城（2004），《憲法新論》，台北：元照，二版，頁89；李惠宗（2006），《憲法要義》，元照，三版，頁660-663。

¹¹ 林子儀（1993），〈Is the welfare right a constitutional right?〉，收於：氏著《權力分立與憲政發展》，台北：月旦，頁143-167。

¹² 陳新民（1992），〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，臺北：三民，頁95-96；周志宏（1999），〈社會權：總論、教育權〉，《月旦法學雜誌》，48期，頁130；雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁11-15；黃舒芃（2006），〈社會權在我國憲法中的保障〉，《中原財經法學》，16期，頁6-9；黃錦堂（2006），〈社會權試論〉，載於：台灣大學政治學系暨研究所黃錦堂教授教學網：homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20060530Solidarity.pdf。（最後瀏覽日：2009/04/07）。

¹³ 除了前註所列學者外，還包括否定基本國策相關規定屬於社會權的林子儀、鍾秉正等學者。請參，林子儀（1993），〈Is the welfare right a constitutional right?〉，收於：氏著《權力分立與憲政發展》，台北：月旦，頁143-167；鍾秉正（2005），〈社會福利之憲法保障：兼論相關憲法解釋〉，湯德宗主編，《憲法解釋之理論與實務（第四輯）》，中央研究院法律學研究所籌備處，頁9-67。

¹⁴ 國民大會秘書處編（1946），《國民大會實錄》，頁432。

不少大法官於解釋意見書中，藉由本條規定闡述出「社會權」的概念¹⁵；此外，近年來也開始有釋憲聲請人使用憲法第15條來主張其「社會權」¹⁶。

而就權利救濟面而言，在我國的憲政制度上，負責解釋憲法的司法院大法官一向被認為是人權保障者及憲法擁護者¹⁷，當政治部門違背憲法意旨使人民的基本權受到侵害時，大法官「是否」/「如何」透過釋憲制度來確保憲法權利之真正實踐，是人民最關心的事情，也是基本人權保障功能核心。傳統自由權便是因為其違憲審查制度已經發展出漸趨穩定的體系脈絡及審查標準，因此人權保障的落實受到了肯定；但是社會權卻因為權利本身的規範效力與可司法性存在著各種疑問，其背後強烈可司法性疑慮，使得該如何透過司法審查來保障權利的方式以及權利保障的程度，至今都還沒能被完整地界清。

1.2. 研究動機：嘗試從憲法第15條生存權的司法實踐談起

筆者思考的是，不論憲法上社會權的概念「好不好」，既然我們的憲法人民權利章中有這一個第15條生存權，或許可以換個方向，認真去思考這個已經存在的、社會性格濃厚的憲法第15條生存權在我們憲政架構下「要怎麼用」。又，基於「有權利，應有救濟」的思考，筆者最想關心當人民生存權受侵害時，司法違憲審查——這個人權保障最後一道防線，也是討論社會權時爭議最激烈的戰場——要如何來實踐。

有鑑於我國的釋憲機制已經運轉了60餘年，累積了超過650號的憲法解釋，許多國家以及國際司法實務在這段時間也發展出不少經典的憲法判決，這些量能

¹⁵ 例如釋字第368號解釋（1994/12/09）吳庚大法官協同意見書、釋字第514號解釋（2000/10/13）黃越欽大法官不同意見書及釋字第538號解釋（2002/01/22）謝在全大法官協同意見書。

¹⁶ 例如釋字第626號解釋（2007/06/08）之釋憲聲請書。

¹⁷ 前司法院大法官翁岳生認為大法官在我國憲政民主發展的過程中，兼具維持憲政秩序與保障人權的雙重功能，扮演著「憲法的維護者」的重要角色，學者林子儀也認為釋憲制度之健全與否，為憲政能否落實之關鍵。參照，翁岳生（1990），〈憲法之維護者〉，《行政法與現代法治國家》，頁475；翁岳生（2000），〈憲法解釋與人民自由權利之保障〉，收於李建良、簡資修主編，《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，11版，頁1-2；林子儀（1993），〈司法護憲功能之檢討與改進〉，國策中心編，《憲政改革》，業強，頁195、270。

的累積與總體發展的走向，或許可提供我們承繼前人從法哲學與法釋義學的研究基礎上¹⁸，而繼續從實證的角度進行分析與交互對話的機會。

基此，本文擬從我國憲法解釋的實踐作為觀察分析的起點，去瞭解憲法第15條生存權在憲法解釋中的發展形貌，以期透過實證觀察所呈現問題點的檢討，重省我國司法審查架構及預見未來發展走向。社會權背後強烈的司法正當性疑慮，是導致其概念無法如其他憲法基本權在司法上有效揮灑的原因，但或許從憲法第15條「積極」的生存權於司法審查中可發揮之功能意義及其侷限作為研究分析憲法社會權的出發點，是一條可以嘗試的路徑。

1.3. 研究範圍與方法

1.3.1. 研究範圍

本研究旨在探尋「憲法第15條生存權」司法違憲審查的實踐情形，故主要的分析對象設定為現有共計658號之大法官解釋（計算至2009年4月底止）中有關生存權論述的解釋以及有關社會給付議題之違憲審查的解釋。

¹⁸ 過去我國憲法學受外國法典範體系及原理原則繼受的影響相當深遠，加上實務案例少，因此社會權的相關論著，以法哲學與法釋義學的研究為主；而有關生存權的研究，國內的憲法教科書，多僅略提到生存權積極與消極意義的區分，少有針對生存權之司法保障為論述；近年來，探討生存權的專書論文增加，但焦點多集中於生存權之權利性格與規範效力之探討，以及關於日本確認不作為違憲審查訴訟的引介，並附帶評析我國幾則與生存權相關之憲法解釋。相關社會權、生存權的專書或論文有：陳新民（1992），〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，臺北：三民，頁95-128；林子儀（1993），〈Is the welfare right a constitutional right?〉，收於：氏著《權力分立與憲政發展》，台北：月旦，頁145-172；李鐮澂（1993），〈我國憲法上民生福利國家原則之研究〉，輔仁大學法律學研究所碩士論文；楊政憲（1995），〈社會基本權之研究：以德國法為借鏡〉，台灣大學法律學研究所碩士論文；薛憲政（1995），〈社會權利論--社會基本權的思想脈絡〉，《中正嶺學術研究集刊》，14卷，頁1-36；蔡茂寅（1999），〈社會權—生存權與勞動基本權〉，《月旦法學雜誌》，49期，頁137-144；周志宏（1999），〈社會權：總論、教育權〉，《月旦法學雜誌》，48期，頁127-128；陳宜中（2003），〈國家應維護社會權嗎？評當代反社會權論者的幾項看法〉，《人文及社會科學集刊》，15卷2期，頁309-338；黃錦堂（2006），〈社會權試論〉，載於：台灣大學政治學系暨研究所黃錦堂教授教學網：homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20060530Solidarity.pdf（最後瀏覽日：2009/5/1）；蕭淑芬（1991），《日本憲法生存權保障原理與構造之研究：由生存問題之歷史發展探討》，淡江大學日本研究所碩士論文；林茂青（1998），《生存權之研究：以日本國憲法為中心》，淡江大學日本研究所碩士論文；大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台

為將研究聚焦，本文將研究面向設定在以下三個部分：第一是權利面的探討，即大法官據以審查的權利基礎；第二是效果面的探尋，即審查態度、解釋結論與解釋效力；第三是關注審查過程所採用的審查標準。

而為了研究上的需要，本文擬從其他國家之憲法法院（最高法院）與國際法院案例取材，去了解各國對類似議題的處理情形，一方面藉由他國經驗預先評估不同決定選項在現實上的發展結果，據此對我國法學研究與司法實踐作更深入理解與問題之解決，另一方面，也是考慮到全球化下各國憲法學相關理論與法院功能運作實態，彼此間可能的相互影響與互動連結¹⁹。

但由於全世界國家數目之多，而涉及的案例事實更是多元複雜，所要比較對象不可能窮盡。因此，本文取材的對象，係挑選影響我國近代人權發展至深、然其憲法本身並不存在生存權概念的美國，以及與我國地理上同位於東亞、且憲法上亦有生存權明文規定的日本作為對照。另一方面，有鑑於南非及印度兩個晚近脫離殖民背景的新興民族國家，於制定新憲時，特別加入不少社會權條款，他們的憲法法院本於其司法權能及相應的制度設計，克服了權利規範效力與可司法性的問題，曾就人民為了生存而透過司法向國家請求提供住房的相類似事件，發展出相當經典的司法案例，故本文也擬將兩國憲法法院對系爭案件的處理模式作為比較研究的對象。此外，面對全球化的影響，本文也希望能以歐洲法院近年處理外國人申請生活給付的案件，作為反思全球空間觀的改變下對我國未來司法對生存權保障範圍與主權國界關係的前瞻性素材。

1.3.2. 研究方法

歸納目前學界針對社會給付相關議題的研究，以學理闡述為主，近年來的研究也逐漸開始輔以大法官解釋來映證學理架構或提出評釋。就憲法解釋的分析，

北：元照；周宗憲（2003），《憲法上人民最低生存權的性質與司法保障-我國與日本學說及司法判決（大法官釋憲）見解的檢討》，輔仁大學法律研究所博士論文等等。

¹⁹ 張文貞（2007），〈跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院與內國憲法法院關係初探〉，《月旦法學》，151期，頁57-70；並收於：顏厥安、林鈺雄主編，《歐洲人權裁判研究（二）—人權之跨國性司法實踐》，台北：元照，頁121-142；廖元豪（2002），〈全球化之比較憲法理論--兼評美國司法實務之憲法解釋方法〉，《憲政時代》，28卷2期，頁99。

學者所採用的論述模式大致有三：一是挑選一則或數則指標性解釋，探尋當中的闡述意旨，並進行規範與學理的分析²⁰；二是針對議題，將一切相關之解釋逐一挑出，並透過各解釋相互闡述之同一概念，用以佐證學者的論述²¹；第三，是舉出相關憲法解釋，並分析將來實務發展方向²²。這三種方法各有不同探討重心，也都各有所長。本研究希望汲取以上研究方法之優點——透過學說實務的對話、憲法解釋總體發展方向的進一步思考——來掌握傳統理論的檢視，並瞭解現實發展的認知與因應。

此外，關於研究分析與思考的方式，筆者深受葉俊榮老師於97學年度第1學期曾修讀開設之「憲法變遷專題：憲法解釋」研究所課程的啟發。葉老師常常提醒同學在作實證研究的過程不能忽略時代背景、社會脈絡與憲法發展變遷的重要關聯，也必須重視總體脈動趨勢的分析與評價。此外，就憲法變遷發展之總體趨勢的呈現、理論與實務的對話、我國法制與社會脈絡的關心，以及外國案例的比較分析部分，筆者也深受葉俊榮老師所撰之〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉²³與〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四九年至一九九八年〉²⁴兩篇論文，以及張文貞老師之〈中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位〉²⁵與張老師及李立如老師合撰〈認真看待社會變遷的憲法—變遷機制

²⁰ 例如黃昭元（2000），〈「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性：司法院釋字第485號解釋評析〉，《台灣本土法學雜誌》，6期，頁19-38；陳英鈴（1999），〈『自由法治國』與『社會法治國』的制度選擇——評釋字四七二與四七三號大法官會議解釋〉，《台灣本土法學》，4期，頁87-99。

²¹ 例如林俊言（2001），〈論受益權面向的生存權：以大法官解釋為中心〉，《軍法專刊》，47卷8期，頁29-43；陳愛娥（2007），〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界限——兼評司法院大法官相關解釋〉，《憲政時代》，32卷3期，頁259-298。

²² 例如王信仁（2003），《再訪社會權》，政治大學法律學研究所碩士論文，頁11-27、96；雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印。

²³ 葉俊榮（1996），〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，《行政院國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，6卷1期，頁1-23。

²⁴ 葉俊榮（1999），〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四九年至一九九八年〉，《台大法學論叢》，28卷2期，頁1-63。

²⁵ 張文貞（2003），〈中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位〉，《臺大法學論叢》，32卷6期，頁61-102。

的初步探討)²⁶之論文的研究方法啟發。這種以憲法解釋變遷之整體趨勢分析的研究方法，針對憲法變遷與社會脈絡進行研究，重視總體趨勢探討，具有制度分析、社會分析等價值功能。筆者將嘗試這樣的研究目標，希望得以藉此清楚分析法院實務運作，以及探討法院的回應模式與影響。

因此本文擬以葉老師及張老師對憲法解釋發展變遷的研究思維架構為本，並學習其他探討大法官解釋的研究方法，首先對我國憲法解釋進行實證研究，分析大法官對這些議題的處理情形，嗣後就實證研究過程所發現的問題點，作進一步憲法理論與實務間的關聯對話，並參照國外司法案例之發展，進行比較分析，期能抽繹出一些價值、概念或標準來幫助我國對司法審查的現實課題建立關連或啟發，或獲得進一步的理解和省思。

申言之，本文具體所採行之步驟方法以及研究上所面臨的侷限，可整理為下述三點：

1.3.2.1. 從我國憲法解釋梳理出需要進一步關切或思考的問題

研究的第一步，是從我國現有共計658號大法官解釋中，抽出兩組相關的憲法解釋²⁷：一是從法條出發，挑出「有關憲法第15條生存權的憲法解釋」，二是從議題面切入，觀察「人民請求社會給付的憲法解釋」。

透過第一組「有關憲法第15條生存權的憲法解釋」所展現的總體趨勢與特色的歸整，探討用憲法第15條生存權作為人民積極性請求權司法實踐的幾個基本問題，包括：大法官是否肯認憲法上有所謂積極給付功能的權利面向的生存權、如何闡述它的權利內涵等等。接著搭配第二組「人民請求社會給付的憲法解釋」，

²⁶李立如、張文貞（2006），〈認真看待社會變遷的憲法－變遷機制的初步探討〉，收於：蘇永欽(主編)，《部門憲法》，初版，臺北：元照，頁125-150。

²⁷筆者於97學年度第1學期修讀葉俊榮老師開設之「憲法變遷專題：憲法解釋」研究所課程，葉老師教導我們一種憲法解釋實證分析的法學研究方法，近日葉俊榮老師已擬規劃著書發表。此種研究方法，係根據研究議題挑選出一切相關之憲法解釋，並依時間順序排列而成，由於這數號解釋根據議題相關性及時間順序銜接，就像串鍊環一樣，故以「憲法解釋鍊」稱之。葉老師這套憲法解釋鍊的研究方法，不論在憲法解釋之時間序列、變化軌跡以及與社會脈絡的貼近性上，都有嚴謹的步驟及理論基礎，使筆者深受啟發。

思考憲法第15條規定與人民向國家請求社會經濟性給付之間的關聯及其所透露出司法審查的訊息。

根據前揭研究面向的設定，本文要從這些相關的憲法解釋來關心以下三個重點：

1. 憲法解釋中，人民據以請求這些社會給付的「權利基礎」為何？大法官又是如何來論述？
2. 大法官審查此類案件的「態度」如何？憲法解釋之結論與效力是否跟著受影響？
3. 大法官採用什麼樣的「審查標準」？審查標準在人之資格與議題取向上，是否反映出什麼樣的特性？

藉由這三個觀察重點，爬梳目前實務可能尚待澄清或發展建構的部分，使研究方向能進一步聚焦在這些待釐清的疑問加以探討。

1.3.2.2. 輔以學說討論以及外國憲法判決的比較與反思

就發現之問題點，本文將輔以學說討論以及外國憲法判決的比較，來進行反思。透過目前實務的作法跟既有的學理架構進行對話，瞭解司法審查態度方式背後的原因，思考其中衝突矛盾之處；另一方面，針對所要探討的問題，輔以外國憲法判決的司法實踐比較分析，探究不同法秩序間雷同與差異的憲法體系、歷史社會背景及司法判決，期能抽繹出一些價值、概念或標準來幫助我國對社會權司法審查的現實課題建立關連或啟發，給予我國的反思回饋。不論是有助擴展我國法學得以援用之論據的可能性，抑或借他國經驗預先評估不同選項設計在現實面上的可能後果，皆希望能據此對我國相關議題獲得進一步的理解與問題之省思、解決²⁸，也期待藉由這些問題的研究，構築出憲法第15條帶有積極請求給付功能

²⁸ 參照陳愛娥（2004），〈繼受法國家中的法比較：以憲法解釋作為觀察對象〉，《月旦民商法雜誌》，4期，頁15；黃舒芃（2005），〈比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例〉，《月旦法學雜誌》，120期，頁185。

之生存權的司法審查架構與審查標準，作為化解、釐清社會權可司法性論辯的嘗試路徑。

1.3.2.3. 研究上的限制

必須說明的是，雖然本文嘗試跳脫社會權的框架束縛，以憲法明文之生存權為研究主軸，但為了研究上需要，行文之間仍不免會論及憲法學對所謂「社會權」之相關討論，因此還是有必要對社會權在本文脈絡之下的概念範圍加以界定：本文所稱之社會權，其概念上為一種「憲法層次的權利行使」，作用在於「保障人民在社會中享有健全生活的基本條件、合乎維持人性尊嚴之基本所需」，而權利行使的主要特徵為「請求國家積極提供給付」。

此外，在外國文獻取得方面，因受本身語言上的限制，故以英語系國家，或得以英文搜尋及理解的國家法院資料與學術論文為主，其中無可避免的包括國內外學者以中英文撰寫的二手資料，但為求得較周全的探討，故仍採用之，於此必須說明。

1.3.3. 本文架構及主要論點

本文認為，由憲法第15條生存權之司法實踐作為一個切入點，是探討人民向國家請求給付案件之司法審查問題一個可以嘗試的研究面向。若能梳理出給付請求面向之生存權於實務中存在的實益與司法運作模式，或許還有助於化解學界對社會權概念及可司法性的爭論。

因此，自第2章開始，先由兩組相關憲法解釋之三個觀察重點，為憲法第15條生存權以及人民請求國家給付之案件相關的大法官解釋作一總體檢，藉以了解大法官是否肯認憲法上有所謂積極給付功能面向的生存權？大法官闡述它的權利內涵為何？憲法第15條生存權規定與人民向國家請求之社會經濟性給付之間是什麼關係、司法審查標準為何？本文將點出目前實務在處理社會給付案件的審查，在「權利基礎」、「審查態度」、「審查標準與發展趨勢」方面，有一些待澄清或可進一步思考的部分，包括：（1）大法官運用給付面向之生存權作為權利基礎的憲法解釋非常稀少，許多給付請求的案件往往是從基本國策去探討國家

對人民生存保障的義務，或訴諸平等權、財產權之審查。這是否意味著生存權只是美麗的文字宣示，而根本無能無用？（2）為何司法救濟的實效顯得力有未逮？有無其他配套機制可幫助困境之解決？（3）司法介入的深度如何隨著人之身份資格或議題取向而調整？又，在現行抽象審查之釋憲制度下討論司法審查標準是否不切實際？

第3章將針對前述第一個問題，來探討人民請求社會給付的憲法權利基礎。希望藉由比較法的分析，探討美國、日本、南非及印度於相關的憲法法院案例中所闡述的權利基礎與內涵，並分析實務上以何種憲法權利作為司法審查之基礎，對於案件的分析及其關注的面向是否會有所不同，進一步思考我國現有法制結構的發展脈絡下，給付面向之生存權存在的實益。另一方面，將透過學理論述的分析、反省，對給付面向之生存權的「權利」性格重新了解，以及反思我國生存權於社會給付請求案件中的實效，嘗試提出在本文思考脈絡下之生存權內涵形貌。

第4章則是接續探討司法審查態度與憲法解釋的效力。除了梳理出學說所指出可司法性困境真正的爭點所在之外，也嘗試從外國憲法法院審查態度的表現與憲法判決之效力的比較分析，來探討我國審查態度及解釋效力的安排，並思考是否需有其他配套機制的設計。

在第5章，本文將分別從給付受益人身份以及審查標準的拿捏，來探討司法審查操作上的問題。一方面是有鑑於國際化、全球化所帶來人際往來互動頻繁使主權疆界的阻隔趨於模糊，故關心司法審查對於外國人生存權保障的界定與態度；本文將以歐洲法院有關「跨境的住居所權與社會救助的給付請求」案件作為一個前瞻，提供我國展望全球化下生存權的司法審查的思考點與啟發性，探討全球化趨勢對於生存權背後所支撐的社會連帶基礎，是否能突破有形的主權國家界線區隔，藉以思考司法審查所應介入的程度。另一方面，則是重新省思現行抽象違憲審查制度下，生存權保障實踐上的難題，並藉由實證資料、比較法經驗以及假設的案例來探討個案（具體）審查制度對生存權保障的可能性與需要性。

第6章總結整個憲法第15條生存權的司法架構，提出本文對生存權在我國憲政理念與司法制度實踐的看法。

第2章 從我國憲法解釋探尋問題

誠如研究方所述，本文將以「有關憲法第15條生存權的憲法解釋」與「人民請求社會給付的憲法解釋」這兩組大法官解釋當中三個論述重點，作為觀察分析之開展，梳理出目前實務可能尚待澄清或發展建構的部分，以便進一步針對這些待釐清的疑問加以探討。

2.1. 第1組憲法解釋：有關生存權的憲法解釋

透過關鍵字「憲法第十五條」、「生存權」聯集搜尋司法院大法官解釋資料庫¹共計658號解釋（截至2009年4月底止）之解釋文、解釋理由書、意見書及釋憲聲請書，並扣除僅純粹論及憲法工作權、財產權之憲法解釋後，可以得到有關生存權司法審查的憲法解釋²。

2.1.1. 聲請人主張與大法官認定之交叉比對

首先，以時間序列為橫軸，以生存權被認定的關係為縱軸，畫出一條「聲請人主張與大法官認定之交叉比對折線圖」，如圖表2-1。

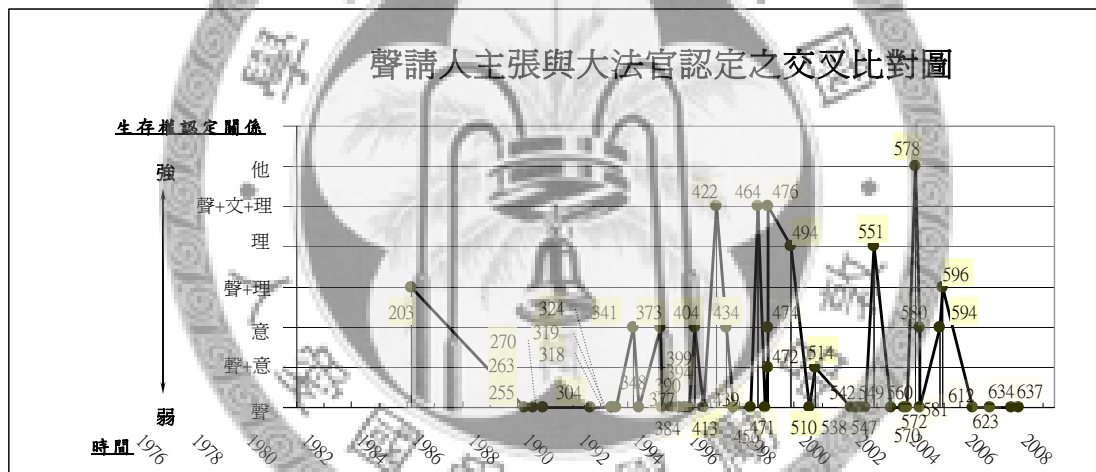
在圖示中，生存權被聲請人與大法官認定的關係，按大法官認定由弱到強的程度，共有以下7種呈現類型：

1. 聲請人以生存權為主張，但大法官未明示生存權之認定者（標記於X軸上，簡稱「聲」）；
2. 聲請人有主張，大法官未認定，但大法官意見書表示意見者（標記於刻度1，簡稱「聲+意」）；

¹ 司法院大法官解釋資料庫網站：<http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p03.asp>（最後瀏覽日：2009/7/1）

² 解釋資料及各項統計表，請參見附錄一。

3. 人民及大法官解釋均未認定為生存權，但大法官意見書表示意見者（標記於刻度2，簡稱「意」）；
4. 聲請人有主張，但大法官僅在理由書有生存權之認定者（標記於刻度3，簡稱「聲+理」）；
5. 聲請人未主張，但大法官於理由書有生存權之認定者（標記於刻度4，簡稱「理」）；
6. 聲請人及大法官解釋文、理由書均認定為生存權者（標記於刻度5，簡稱「聲+文+理」）；
7. 大法官指出國家對聲請人其他自由財產權利的干預是爲了保護他人的生存權者（標記於刻度6，簡稱「他」）。



(圖 2-1、聲請人主張與大法官認定之交叉比對圖)³

根據圖形表現，可看出以下幾點特色：

³ 統計表請見附錄一。

2.1.1.1. 以生存權作為權利基礎的釋憲聲請案量不少

1986年2月28日之釋字第203號解釋之釋憲聲請書中，首次見到人民主張憲法第15條生存權作為其聲請違憲審查權利基礎。累積迄今，以憲法第15條生存權聲請釋憲者，共計37筆解釋⁴。雖總筆數未如財產權、平等權的案件，但相較於其他自由權領域的案件，可發現以生存權作為權利基礎的釋憲聲請案量並不少。這37筆解釋中，有4筆解釋是法官所提起⁵，其他則為權利受侵害的人民自己聲請。

由前揭圖2-1亦可見，自1986年以來，各筆解釋之間的分布密度逐漸增高，顯示聲請人以生存權作為其釋憲權利基礎之案件數量有逐年變多的趨勢，而大法官處理的時間密度也相對提高。不過，截至2008年2月22日之釋字第637號解釋，迄今（2009年4月底），已經過十年多的時間憲法解釋上未再出現基於生存權所提起之釋憲聲請案，於此也必須一併說明。

2.1.1.2. 大法官之解釋中，很少見對生存權之認定

相較於聲請人之主張，大法官正式於憲法解釋中認定涉及憲法第15條生存權而進行違憲審查的解釋，則僅有7筆⁶。

圖2-1可見，其中有3筆⁷是聲請人、大法官之解釋文及理由書，均對生存權有所認定；而有2筆解釋⁸大法官僅於解釋理由書論及生存權，但在解釋文中並沒有明白表示。比較特別的是，其餘的2筆解釋⁹，聲請人並沒有於聲請書中提及其生存權，但大法官還是認真就釋憲標的有無生存權侵害加以分析。

⁴ 包括釋字第203、255、263、270、304、318、319、324、348、377、384、390、394、399、413、422、439、456、464、471、472、476、510、514、538、542、547、549、560、570、572、581、596、612、623、634、637號解釋。分別座落於圖表之X軸、刻度1、刻度3、刻度5。

⁵ 釋字第476、551、572、637號解釋。

⁶ 包括釋字第203、422、464、476、494、551、596號解釋。分別座落於圖表刻度3~5之間。

⁷ 釋字第422、464、476號解釋。座落於圖表刻度5。

⁸ 釋字第203、596號解釋。座落於圖表刻度3。

⁹ 釋字第494、551號解釋。座落於圖表刻度4。

另值得一併對照的是，座落於圖表座標刻度6的釋字第578號解釋，顯示出大法官審理其他基本權受侵害的案件時，亦曾去申論憲法對特定人民生存的保障，並以此作為判斷國家干預聲請人基本權正當化之事由¹⁰。換言之，大法官不但直接針對人民「生存權」進行違憲審查的案件，也曾間接以他人的「生存保障」作為正當化國家干預聲請人權利的案件。

2.1.1.3. 晚近個別大法官的意見書，常利用機會對生存權表示意見

圖2-1縱軸之刻度1及刻度2顯示個別大法官的意見書對生存權關注的情形¹¹。隨著以生存權為基礎的聲請案增加，有關生存權的相關論述也活躍於個別大法官的意見書中。不僅如此，座落於圖表之刻度2的7筆¹²數據更顯示，即使聲請人沒有主張、解釋文及理由書未作認定，個別大法官還是常利用任何可能的機會，對生存權表示意見。

2.1.2. 權利內涵

解釋中，關於生存權之權利內涵的描述，則呈現如下趨勢與特色：

¹⁰ 釋字第578號解釋文（節錄）：「…勞動基準法第五十五條及第五十六條分別規定雇主負擔給付勞工退休金，及按月提撥勞工退休準備金之義務，作為**照顧勞工生活方式**之一種，有助於保障勞工權益……該法又規定雇主違反前開強制規定者，分別科處罰金或罰鍰，係為監督雇主履行其給付勞工退休金之義務，以達成**保障勞工退休後生存安養**之目的……。」本號解釋中，聲請人有特別針對勞工的生存權作抗辯，但大法官於解釋中並沒有特別明示此為生存「權」，因此本文暫且僅以「生存保障」稱之。

¹¹ 釋字第341、373、404、434、472、474、514、580、594號解釋。分別座落於圖表之刻度1及刻度2。

¹² 釋字第341、373、404、434、474、580、594號解釋。座落於圖表刻度2。

2.1.2.1. 生存權的基本內涵包括生活、生計，以及生命權

大法官對生存權內涵的闡述，通常僅指出憲法第15條「生存權應予保障」的規定，再與工作權¹³、財產權¹⁴、基本國策¹⁵等條款併陳，即軋然而止，並沒有很詳盡、細膩的分析。對照之下，前所論及座落於圖2-1之刻度6的釋字第578號解釋，大法官對「生存保障」的闡述反而比較具體而深入。

雖然如此，就整體解釋意旨還是可以推得生存權的意涵主要從其字面上的意義出發，以「生活水準」、「生計維持」為基本核心，而生存權之保障，在於確保人民基本生活之所需。從解釋中，我們常能見到聲請人把生存權視為一切生活的基礎，從而也將生存權作為工作權、財產權保障的核心目的再加以開展。換言之，人民提出主張時，並沒有很明確地將生存權的內涵跟工作權、財產權截然劃分；相反的，生存權係內化為工作權、財產權的核心意義的一部份，三個權利常常混合一起主張。例如，釋字第270、319、612號等解釋，聲請人便將生存權與工作權合併主張，而釋字第464、596號等解釋，則是混合生存權與財產權的論述，此外如釋字第413、422、439、510號等解釋，聲請人更是廣泛以生存權、工作權及財產權三者綜合為其權利基礎。大法官的論述，也有類似的表現；釋字第464號解釋中，大法官便將生存權與財產權併陳，而釋字第596號解釋中，生存權保障是退休金財產制度的核心目的之一。此外，個別的意見書中，釋字第514號解釋黃越欽大法官的不同意見書更直接表示：「工作權即成為生存權的一種」；不過也有大法官特別強調生存權與財產權還是有權利功能不同之處¹⁶。

¹³ 釋字第494號解釋。

¹⁴ 釋字第464號解釋。

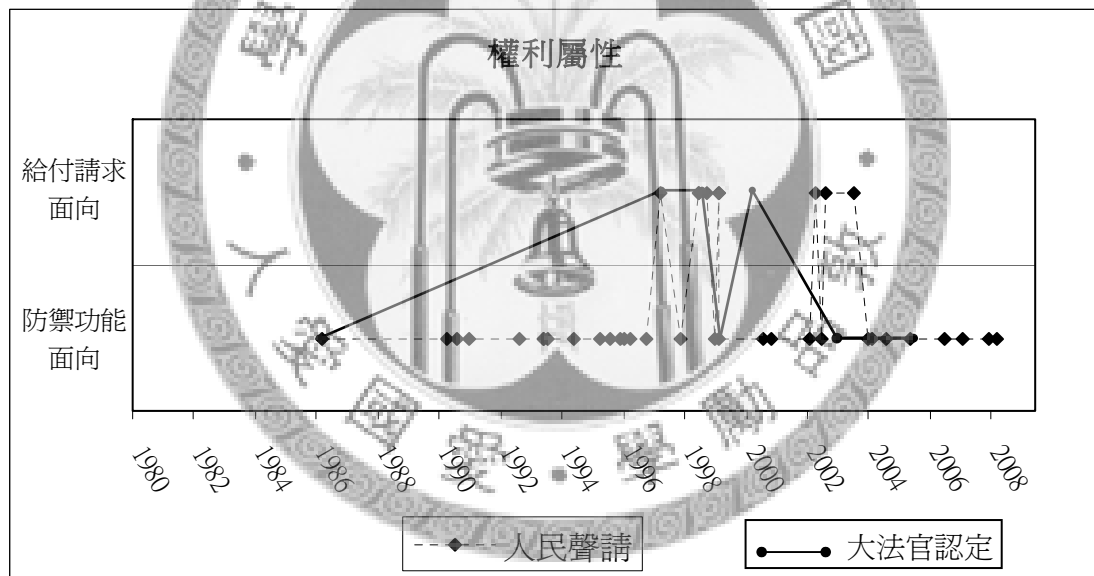
¹⁵ 釋字第203、422、596號解釋。

¹⁶ 林子儀大法官於釋字第580號解釋之部分協同及部分不同意見書之註二認為：「所謂『財產權保障的核心範圍』，不應該是以權利的種類或支配財產的權能為考量對象，財產權保障的核心範圍，毋寧係以個人是否獲得發展人格所需的最低程度的資源為斷。此種主張與生存權保障之主張並非完全重疊。蓋生存權係保障個人生存的最起碼之需求，但其並不一定以保障個人人格的發展為前提，且並非保障個人獲有可以自我決定如何使用、收益或處分之最低程度的資源。」特別強調生存權與財產權保障之主張「並非完全重疊」，但反面而言，兩個權利意涵仍有重疊之處。

而除了生存權字面上可知「生活」、「生計」的基本意涵之外，大法官也於釋字第476、572號解釋中，明白揭示了生存權的內涵尚應包括對生命權的保障，以生命權作為自由與生存的根本前提。許玉秀大法官於釋字第594號部分協同意見書中也補充道：「生存權稱為享有生命、發展生命和決定生命存在與否的自由。」顯示，若沒有生命，「生存」一詞也不具意義，生命權自然包括於生存權內。

2.1.2.2. 聲請人以防禦權功能面向的生存權主張為主

由圖2-2則明顯可見聲請人主張違憲審查案件，主要分布於「防禦權」的座標軸上。全部37筆的解釋中，即有30筆¹⁷屬於防禦權面向的權利屬性，占全部的81%。尤其是1997年以前、1999-2001年間，以及2003年底的釋字第570號解釋迄今五年多，這三個階段都是防禦權功能面向的生存權聲請案。



(圖 2-2、生存權功能屬性分布圖)¹⁸

¹⁷ 包括釋字第203、255、263、270、304、318、319、324、348、377、384、390、394、399、413、439、471、476、510、514、538、547、570、572、581、596、612、623、634、637號解釋。

¹⁸ 統計表請見附錄一。

2.1.2.3. 大法官肯定了給付請求面向生存權之積極性功能

雖然大法官解釋中的生存權以防禦權功能面向的解釋為主，但也必須承認有一些解釋聲請人主張生存權的目的，並非是在對抗國家的干預，而是在爭執國家應該給予案件當事人一定的給付或扶助，而不該恣意停止給付或增設不當的條件限制。

就圖2-2之整體發展趨勢以觀，虛線圖（即聲請人之主張）呈2個類似「凸」型的分布。1997年之釋字第422號解釋，首次出現人民主張給付請求面向的生存權，其後的1997至1999年及2002至2003年間，一共有7筆¹⁹屬於給付請求功能生存權的解釋。此外，實線圖形（即大法官之認定）也顯示大法官在釋字第422、464及494號這3筆解釋中，亦肯定生存權得據以作為給付議題違憲審查的權利基礎。釋字第422號解釋中，大法官以生存權來審查法令規定是否危及憲法對農民生存權之保障，宣告相關函釋未適當考慮農民最低生活所需，應不再援用；另，釋字第464號解釋審查軍士法令中有關支領退休俸之規定、以及釋字第494號解釋審查勞動基準法有關勞動條件之最低標準之規定時，也提及生存權保障人民生活所需的意涵。

以上分析，我們可以確定的是，實務上生存權的內涵以「生活」、「生計」為基本核心，而大法官也肯定了生存權具有給付請求功能面向。接著，本文將從另一個視角切入，觀察第二組憲法解釋：人民請求社會給付之憲法解釋，以藉兩組解釋之間的交錯關聯，得到更多實證研究的訊息。

¹⁹ 包括釋字第422、456、464、472、542、549、560號解釋。但受大法官明確肯定案件中涉及這種生存權者只有3筆解釋（包括釋字第422、464號解釋，以及大法官自行論及給付功能生存權的釋字第494號解釋），於此一併說明，詳細則參後述。

2.2. 第2組憲法解釋：人民請求社會給付的憲法解釋²⁰

必須先說明的是，本文定義的「社會給付」，係指特定人民基於社會生活之需要，向國家請求給予一種非對價性的積極照護或救助措施。給付的手段上，不限於實際金錢的給予、財產的分配，或是國家介入私人契約關係加以調整等受益性給付行爲²¹。

統計結果共有27筆解釋，其中25筆²²爲人民自行提起、1筆分別有立法院、立法委員以及人民提出聲請²³，另1筆則係立法委員所提起之違憲審查案²⁴。茲就這些解釋在議題取向、權利基礎、審查標準、審查結論四個項目所呈現之特徵，分述如下：

2.2.1. 議題取向

2.2.1.1. 給付請求的種類

就所涉及議題類型而言，可粗略區分爲「社會保險給付」、「退休保障」、「軍公教及其眷屬其他扶助」以及「其他性質之照護或福利措施」四個類型。

其中，以「保險給付」之解釋數量最多，共有12筆，占全部44%。所涉及之保險種類，包含公保3筆²⁵、勞保6筆²⁶、農保1筆²⁷及全民健保2筆²⁸，而請求給付之項目以醫療性給付爲主，少數幾筆爲喪葬給付。

²⁰ 解釋資料及各項統計表，請參見附錄二。

²¹ 因此，本組解釋不包括具有對價性格之徵收補償、以國家造成損害而進行填補修復爲目的之國家賠償制度，以及單純消極主張免受國家干預之防禦權面向的社會經濟議題（如課稅），於此一併說明。

²² 包括釋字第246、280、285、310、316、320、354、389、422、434、455、456、457、464、474、524、526、542、549、560、571、596、609、614號解釋。

²³ 釋字第472號解釋。

²⁴ 釋字第485號解釋。

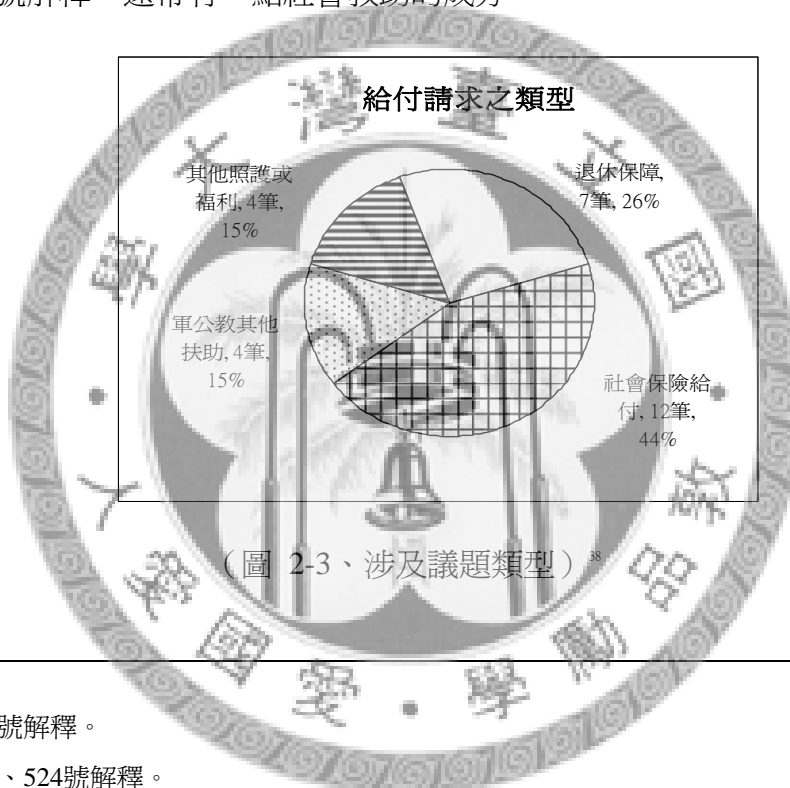
²⁵ 釋字第316、434、474號解釋。

²⁶ 釋字第310、389、456、549、560、609號解釋。

「退休保障」之議題則有7筆解釋，占全部26%。有1筆屬於勞工退休金請領之事項²⁹，其餘為公務人員之退休額數計算與存款利率問題³⁰。

「軍公教及其眷屬其他扶助」的4筆解釋，占全部15%，內容包括喪葬補助費³¹、傷殘補償金³²及田產之配耕³³。

至於「其他性質之照護或福利措施」，有三七五減租³⁴、改建構宅優惠款³⁵、安遷救濟金³⁶及緊急慰助金³⁷之類型，共計4筆解釋，占全部15%。本類型最關注於人民基本生活保障之需要，非以個人貢獻程度作為考量基礎，尤其是釋字第542及571這兩號解釋，還帶有一點社會救助的成分。



²⁷ 釋字第398號解釋。

²⁸ 釋字第472、524號解釋。

²⁹ 釋字第596號解釋。

³⁰ 釋字第246、280、455、464、526、614號解釋。

³¹ 釋字第285號解釋。

³² 釋字第320號解釋。

³³ 釋字第354、457號解釋。

³⁴ 釋字第422號解釋。

³⁵ 釋字第485號解釋。

³⁶ 釋字第542號解釋。

³⁷ 釋字第571號解釋。

³⁸ 統計表請見附錄二。

2.2.1.2. 給付受益人之屬性

受益人資格身份		相關解釋	筆數	議題類型
軍公教及眷屬	一般公務員	246、280、285、316、434、474、526、614	8	13 退休保障 保險給付 軍公教其他扶助
	專門針對軍人榮民	320、354、455、457、464	5	
勞工		310、389、456、549、560、596、609	7	退休保障 保險給付
農民		398、422	2	保險給付 其他照護或福利
其他（貧困、急難）		472、485、524、542、571	5	其他照護或福利

（表 2-1、給付受益人之身分資格）

給付受益人之職業屬性，以軍公教人員所占比例最高、勞工次之，農民或其他貧困、急難等經濟上弱勢人民社會給付之解釋較少。有關軍公教人員的解釋中，其中除了一般公務人員給付的議題外，更有5筆解釋專門探討軍人榮民的給付措施。

此外，案件中請求保障者之身分通常為老人³⁹、傷病⁴⁰、婦女⁴¹，2003年的釋字第560號解釋還涉及了外國人的請求。

而在給付受益人與議題交叉比對上，有關勞工的解釋，包括了退休保障與保險給付；農民的解釋，包含保險給付與其他性質之照護或福利措施；軍公教人員的解釋則含括保險給付、退休保障、軍公教及其眷屬其他扶助三種類型。至於、

³⁹ 例如釋字第246、280、434號解釋。

⁴⁰ 例如釋字第310、316、320號解釋。

⁴¹ 例如釋字第457號解釋。

貧困、急難等其他經濟上弱勢人民，則都含括在「其他性質之照護或福利措施」的類型裡。參見表2-1。

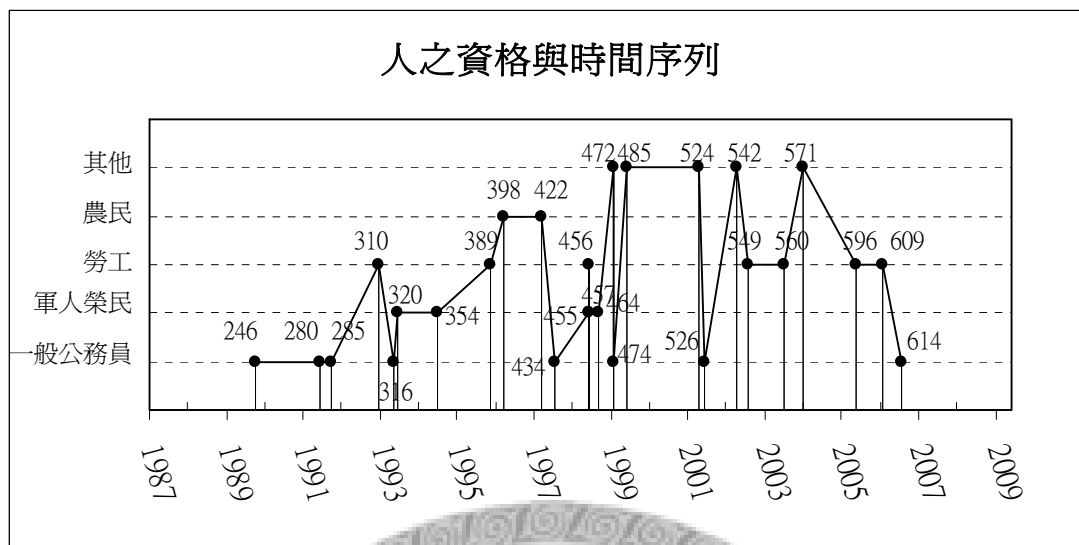
2.2.1.3. 與時間序列的交叉比對

時間上，第一筆相關之解釋始於1989年之釋字第246號解釋，最後一筆解釋為2006年之釋字第614號解釋。

在時間序列之分布上：1989年1件，1990年0件，1991年2件，1992年1件，1993年2件，1994年1件，1995年1件，1996年1件，1997年2件，1998年4件，1999年3件，2000年0件，2001年2件，2002年2件，2003年1件，2004年1件，2005年1件，2006年2件。平均一年1.5件，以1998、1999兩年較多的解釋。惟2006年7月以後，迄今未再出現人民請求有關社會給付之憲法解釋。

而將受益人之資格與與時間序列交叉比對（圖2-4），可發現有關公務人員之解釋出現的最早（1989年底），其次是勞工（1992年底）。有關軍人榮民的解釋則集中於1993-1994年間與1998年，而與農民有關的2筆解釋都集中於1996及1997年間發生。自1999年以後，受益人身份更擴及特殊事件中貧弱急難人民的扶助。

次從圖2-4之時間序列分布疏密，則明顯可以見到有關勞工的解釋密度，隨著時間發展，有漸趨緊密的情形。相反的，有關公務人員之解釋，時間密度則逐漸趨緩。



(圖 2-4、受益人資格與時間序列之交叉比對)⁴²

2.2.2. 權利基礎

茲將解釋中，聲請人主張之基本權(及基本國策)與大法官認定之基本權(及基本國策)，對照如下：

	未指明	生存權	工作權	財產權	平等權	憲 22	其他種類基本權	提及基本國策
總計	4	7	6	14	13	3	3	8
解釋	316、320、389、524	422、456、464、472、542、549、560	310、422、457、526、542、614	285、422、434、456、457、464、472、474、526、542、560、571、596、614	280、354、398、455、464、474、485、526、549、560、596、609、614	246、310、464	398(10)、474(16)、542(10)	246、389、422、434、456、472、524、609

(表 2-2、聲請人主張之基本權)

⁴² 統計表請參見附錄二。

	未指明	生存權	工作權	財產權	平等權	憲 22	其他種類 基本權	提及 國家義務
總計	13	3	0	6	10	0	4	15
解釋	246、280、 285、310、 316、320、 389、456、 472、474、 524、549、 609	422、464、 596	x	434、464、 526、560、 571、596	354、398、x 455、457、 485、526、 560、571、 596、614		398(10)、 542(10)、 596(18)、 614(18)	246、280、 285、316、 422、455、 456、457、 472、485、 549、560、 571、596、 609

(表 2-3、大法官認定之基本權)

2.2.2.1. 聲請人主張生存權保障，同時伴隨其他憲法基本權 一併主張

根據上表2-3統計，聲請人在這些解釋中所主張之基本權，有憲法第15條財產權（14筆）、第7條平等權（13筆）、第15條生存權（7筆）、第15條工作權（6筆）、第22條未列舉權（3筆），第10條居住遷徙自由（2筆）以及第16條訴訟權（1筆）。另有4筆解釋聲請人並未清楚指明其所依據的憲法權利基礎。

可發現，憲法財產權以及平等權是聲請人於社會給付請求議題最常主張的權利基礎，而生存權在這個解釋群組中也占有重要份量。尤值得注意的是，這7筆據憲法第15條生存權保障所主張的解釋，與之前所分析之組「有關憲法第15條生存權的憲法解釋」（參見圖2-2）之給付請求功能面向之生存權重疊⁴³。

不僅如此，當聲請人主張生存權保障時，均一併連結工作權、財產權或平等權等其他憲法基本權而為主張，並非僅以生存權作為單獨的權利基礎。詳細資料亦可參附錄二之表2-2統計表。

⁴³ 表2-3大法官所認定生存權的3筆解釋亦同。

2.2.2.2. 大法官多用平等權、財產權作為據以審查的權利基礎

據表2-3可見，大法官認定的基本權，以平等權的比例最高（10筆），財產權次之（6筆），接著依次為生存權（3筆）、服公職權及居住遷徙自由（各2筆）。

對照下，聲請人與大法官主要認定的權利大致相同，但特別的是，大法官有高達13筆之解釋未清楚指明違憲審查的憲法權利基礎為何，尤其釋字第316、320、389、524號這四筆聲請人沒有清楚指明所涉及權利基礎之憲法解釋，大法官受理了它們，然而論述時，也沒有對這幾號解釋涉及的權利基礎加以闡明，頗令人玩味。

2.2.2.3. 大法官偏重於國家行為義務面的強調，時常不談基本權而只論基本國策條款

誠如前述，表2-3顯示，解釋中有13筆解釋大法官未清楚指明違憲審查的憲法權利基礎；此外有15筆解釋，大法官論及國家的作為義務，其中包括8筆大法官根本沒有清楚指明權利基礎的解釋。雖然聲請人聲請司法違憲審查而經大法官受理並作成解釋，並不表示大法官接受了人民所主張的「權利」，但解釋中更顯出大法官幾乎未提及人民對國家請求之憲法權利依據為何，反而關注於國家的種種作為義務。

這些解釋中，大法官用了非常特別的論述方法，大法官常常引述憲法規定的機關職務規定⁴⁴或基本國策條款⁴⁵，以國家的種種作為義務來回應違憲審查的問題。例如，大法官於釋字第246、280、455號等解釋中，大法官提到憲法第83條國家機關掌理公務人員「退休」、「養老」等事項，作為國家應設置公務員退輔制度、履行國家之照顧義務的依據。另外，在釋字第316、456號等解釋中，大法官引用了憲法第153、155條等基本國策條款，指出國家負有保障農民、勞工生存

⁴⁴ 例如釋字第246、280、285、455、571號等解釋。

⁴⁵ 例如釋字第316、422、456、457、472、485、571、596、609號等解釋。

及提昇其生活水準之義務，以及應實施社會保險制度，給予老弱殘廢、無力生活及受非常災害者，適當之扶助與救濟之義務。釋字第485號解釋更論及憲法前言、第1條、基本國策及憲法增修條文第10條等規定賦予國家定頒社會政策、照顧人民的義務。雖然有時候大法官會引用人民憲法上的基本權作對應（例如釋字第422號解釋大法官提到了生存權，而在釋字第485號解釋中述及平等權），不過大部分的情形，大法官並沒有提及人民請求之憲法權利依據⁴⁶。

2.2.3. 審查內容

2.2.3.1. 關心人民生活，也關心國庫財源

提及人民生活之解釋	提及國庫財源之解釋
280、285、316、320、398、422、455、457、472、485、526、549、571、596、609	246、280、285、457、464、472、485、526、542、560、571
15筆	11筆

（表2-4、大法官關心的層面）

審查社會給付之議題時，大法官會特別著眼對人民生活照顧、生活安定與維持的判斷，尤其面對年長、殘病、危難之人民基本生活的給付議題，大法官都會特別就人民是否能維持其社會經濟生活，加以關心。但是，大法官也並非沒有意識到國庫財源的問題，解釋內容顯示，大法官屢屢提及國庫財源負擔分配的考量。（參表2-4）

例如釋字第280號解釋，大法官將「退休制度保障公務員生活」以及「避免公庫負擔」作利益衡量；釋字第285、472、485號解釋文或理由書也分別言及：「…主管機關為照顧退休人員之生活，衡量國家財力及各項津貼之性質…」、「改制方案之考量，依本解釋意旨，並…擲節開支及暫行拒絕保險給付之當否…」、

⁴⁶ 例如釋字第246、280、285、316、456、472、549、609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…」等語；可見大法官審查態度上，關心人民生活，也關心國庫財源之分配與負擔。

2.2.3.2. 運用許多憲法原理原則作為審查標準

	法律保留	法明確性	平等原則	比例原則	信賴保護	重複請求禁止	基本生活保障	其他	提及政治部門裁量自由
總計	17	1	13	6	1	3	3	3	17
命令函釋規則(20)	246、285、310、316、320、389、398、455、456、464、474、524、526、571、609、614	524	455、457、526、542、571、614	280、456、542、609	x	310、316、464	280、422	316(植物人專門照護) 320(不溯既往原則) 542(資源有效利用原則)	246、285、310、320、389、434、455、457、472、485、526、542、560、571、596、609、614
小計	16	1	6	4	0	3	2	2	
法律(8 ⁴⁷)	472	x	354、398、434、485、549、560、596	472、560、472	x		549(人性尊嚴原則)	485(資源有效利用原則)	
小計	1	0	7	2	1	0	1	1	

(表 2-5、大法官採用之審查標準)

由表2-5可發現，大法官所採用許多憲法原理原則來審查這些案件，包括了法律保留原則、法律明確性原則、平等原則、比例原則、信賴保護原則、重複請求禁止、最低限度基本生活保障、法律不溯既往原則、資源有效利用原則等判斷標準。

⁴⁷ 釋字第398號解釋同時涉及法令與法律之違憲審查。

大法官透過「重複請求禁止」⁴⁸、「明顯過度保障禁止（資源有效利用原則）」⁴⁹拒卻了人民之給付請求，但大法官也採用「最低限度基本生活條件」⁵⁰之標準，認為若人民已不能維持最低限度基本生活條件時，則國家應加以照顧扶助。

至於「最低限度基本生活條件」的具體界限，大法官在幾號解釋中有約略之說明：釋字第422號解釋認為必須「斟酌…家庭生活之具體情形及實際所生之困窘狀況」，亦即須個案判斷；釋字第549號解釋認為可用「人性尊嚴原則」來評估；而釋字第280號及第316號解釋，則提供了一些具體的標準：在釋字第280號解釋中，大法官謂：「…如不能維持退休人員之基本生活（例如低於編制內委任一職等一級公務人員月俸額），其優惠存款自不應一律停止…」，此外在釋字第316號解釋理由書中，大法官寫道：「…『植物人』之大腦病變縱可終止治療，其所需治療以外之專門性照護，較殘廢給付更為重要，現行公務人員保險就專業照護欠缺規定，應迅予檢討改進…」，足見對植物人的保障比原來「基本照護」要求更高。

整體而言，大法官審查時所採用的這些憲法原理原則，是大部分是具有普遍性的憲法基本原則，例如比例原則、法律保留原則等，也常在一般自由權的案件中見到其蹤影。至於案件中究竟應採哪些原理原則來審查，係由大法官依個案事實來挑選，並依個案情形權衡判斷（balance）該憲法原則之違背；除了隱約感覺到大法官操作這些原則時，並不像一般自由權的案件要求的那麼嚴格之外，關於平等原則的採用上，則普遍以「合理性」作為判準，似有朝向美國類型化下之合理性審查標準的趨勢。

2.2.3.3. 審查標準以法律保留及平等原則為主

如上表2-5所示，大法官主要採用的審查標準為「法律保留原則」與「平等原則」。

⁴⁸ 例如釋字第310、316、464號解釋。

⁴⁹ 例如釋字第485、542號解釋。

⁵⁰ 例如釋字第280、422、5492號解釋。

關於法律保留原則的論述，大法官多用以審查行政機關制訂的法規命令、函釋、行政規則是否逾越了立法授權或法律意旨，而審查過程大法官亦常提及「裁量空間」、「形成自由」等等詞彙，顯示大法官對於立法者所制定相關法律意旨相當尊重。表現在對法律的審查亦是如此，釋字第472號解釋理由書中，大法官明白將「具體社會福利政策的形成方式」之事務領域，劃歸「立法裁量的範圍」；釋字第560號解釋中所為「…就外國人眷屬在勞工保險條例實施區域以外發生死亡事故者，限制其不得請領喪葬津貼…屬立法裁量範圍」之闡釋，也表現出尊重立法者政策判斷的意向。

而關於平等之審查，是大法官進行實質審查的論述主軸，大法官認為受益性立法⁵¹、私經濟行政⁵²均須遵守平等原則。大法官主要以請領給付之人是否有與法律給予社會給付之對象相當的身份或情狀，來判斷是否違背平等，亦即採用了「等者等之、不等者不等之」的思考⁵³；在數號解釋中，大法官也提及了「實質平等」的理念⁵⁴，認為「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等。立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。整體而言，除了明顯的「等者不等之」會被大法官認為違憲者⁵⁵外，大法官傾向採取寬鬆的審查標準，高度尊重立法者設計之法令及裁量空間，原則上只要具有「合理性」，即能通過違憲審查⁵⁶，與美國在社經類型案件所採用之合理性審查標準對於「目的合理、手段

⁵¹ 例如釋字第354、398、434、485、549、560、596號解釋。

⁵² 例如釋字第455、457、526、542、571、614號解釋。

⁵³ 例如釋字第455號解釋認為，軍人為公務員之一種，自有依法領取退伍金、退休俸之權利，故認為服義務役軍人僅得於任公務員後服役者始得併計公務員退休年資之規定違憲。而釋字第526號解釋，則是因為認為改制前經建等機關人員，與行政機關之一般公務人員不同，因此對於經建會所屬人員在改制前之年資不再發給補償金之函示合憲；釋字第560號解釋中，大法官就外國人眷屬在勞工保險條例實施區域以外發生死亡事故，限制不得請領喪葬津貼規定合憲之理由在於，眷屬身居國外未與受聘僱外國人在條例實施區域內共同生活者，與我國勞工眷屬及身居條例實施區域內之受聘僱外國人眷屬，其生活上之經濟依賴程度不同，故認為不生歧視問題。

⁵⁴ 例如釋字第485、526號解釋。

⁵⁵ 例如釋字第434、455號解釋。

⁵⁶ 例如釋字第571號解釋言及：「兼顧震災急難救助之目的達成，手段亦屬合理」、釋字第571號解釋理由書亦謂：「…主管機關考量…所為之合理差別規定，尚難認係恣意或不合理，與憲

合法」的判斷相當接近。解釋中，通常只有兩種理由會被認定為與憲法意旨不符：一是立法者沒有衡酌「謀生能力」之事實⁵⁷，第二是僅以「固定不變」或「唯一」的條件作為差別待遇的理由，而被認為有失合理性⁵⁸。有時候，大法官也會援用「比例原則」來輔助平等權的審查，例如釋字第542號解釋理由書言及「依本院釋字第四八五號解釋之意旨，在目的上須具…正當性，在手段上須有助於目的之達成且屬客觀上所必要，亦即須考量手段與目的達成間之有效性及合比例性」，查釋字第485號解釋，大法官係以平等原則為審查，故釋字第542號解釋之論述，可窺出比例原則與平等之審查在某種程度上有重疊性。



法第七條平等原則亦無違背」。而釋字第398、560、578及596號等解釋，亦採相當寬鬆之審查標準，且在分類精確度上並不嚴格要求；學者陳怡如亦採相同看法，參陳怡如（2006），〈司法院大法官平等原則違憲審查標準之探究〉，《靜宜人文社會學報》，1卷1期，頁150-153。

⁵⁷ 例如釋字第549號解釋：「…為貫徹國家負生存照顧義務之憲法意旨，並兼顧養子女及其他遺屬確受被保險人生前扶養暨無謀生能力之事實，規定應於本解釋公布之日起二年內予以修正…」；釋字第422號解釋中宣告系爭法令違憲之理由亦為：「…以固定不變之金額標準，推計承租人之生活費用，而未斟酌承租人家庭生活之具體情形及實際所生之困窘狀況，難謂切近實際，有失合理…」。

⁵⁸ 例如釋字第457號解釋認為僅以性別及已否結婚，對特定女性為差別待遇，違反男女平等；釋字第485號解釋論及：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；此外，釋字第542號解釋也指出：以設籍為認定居住之唯一標準，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。

2.2.4. 審查結果

審查結論表現如下：

		違憲			合憲	
		立即失效 (應不再援用)	定期失效 (月)	單純違憲宣告 (依意旨修正)	警告性解釋 (應檢討改進)	合憲
命令、 函釋、 規則	280、316、 320、398、 422、456、 474、609	×	×	455 (12)、 457 (6)、 524 (24)	316、542	246、285、 310、389、 464、526、 571、614
小計 ⁵⁹	8	0	0	3	2	8
法律	×	×	×	434、549 (24)	472、485	354、398、 560、596
小計8	0	0	0	2	2	4
總計	8筆	0筆	0筆	5筆	4筆	12筆

(表 2-6、審查結論)

2.2.4.1. 憲法解釋的結論與效力

由表2-6可見，大法官作成憲法解釋的效力則可分為以下四類：

(一) 違憲且立即失效：

解釋中，有7筆解釋⁶⁰大法官明確指出該違憲之規範「應不再援用」，宣告法令「違憲且立即失效」，此外釋字第398號解釋大法官雖未言明行政機關之函釋不再援用，但指出「…農民健康保險被保險人之地位不應因而受影響，仍得…繼續享有同條例所提供之保障。主管機關發布有關命令應符合此意旨…」，就整

⁵⁹ 本統計數字係指涉及法規命令審查之解釋筆數。其中，釋字第316號解釋涉及二項法規命令之審查，一被宣告為違憲立即失效，另一則作成警告性合憲解釋，在解釋筆數上並不重複統計，於此說明。

⁶⁰ 例如釋字第280、316、320、422、456、474、609號解釋。

體解釋意旨以觀，已否定了行政函釋的效力，回歸法律規定。特別一提的是，釋字第474號解釋中，大法官不僅宣告違憲之部分無效，更進一步指出公保給付消滅時效之法律未明定前，應「類推」公務人員退撫金請求權時效規定，而時效中斷及未完成之規定，亦應先類推適用民法規定。

（二）單純違憲宣告：

除了「違憲且立即失效」的宣告方式外，大法官對於違憲的認定，僅作成「單純違憲宣告」，沒有宣告「違憲但定期失效」的類型。有5筆解釋大法官單純宣告違憲，僅督促「政治部門依解釋意旨修正」。不過，其中的4筆解釋，大法官「督促」政治部門的方式，是「訂定期限」課予有關機關於期限內訂定相關規定之義務。再進一步觀察，還可發現這些被限期的解釋，屬於行政法令違憲者，大法官給予的期限比較短，為6個月至2年，而屬法律違憲者，則給予2年之期限。

（三）警告性解釋：

這類解釋，大法官雖未作違憲之宣告，但於結論上給予政治部門「應檢討改進」的修法建議。解釋中有4筆解釋屬於此一類型。

（四）合憲：

解釋中屬於此類型者最多，共有11筆解釋。

就整體而言，合憲與違憲之比例為16：13，比重相當接近，大法官宣告違憲件數佔總體之48%。據統計，憲法解釋中所有關於違憲審查之案件，大法官作成違憲宣告之比率，第一屆至第三屆為0%、第四屆17.24%、第五屆29.81%等⁶¹，逐第往上攀升，然迄今尚未逾35%；因此對照之下，可看出大法官對於社會給付請求之案件認定為違憲的態度顯得相當積極。

⁶¹ 參照蘇永欽（1994），〈大法官解釋與台灣的社會變遷〉，收於氏著《合憲性控制的理論與實際》，台北：月旦，頁300。

2.2.4.2. 與給付類型之交叉比對

違憲		合憲		
	立即失效 (應不再援用)	單純違憲宣告 (依意旨修正)	警告性解釋 (應檢討改進)	合憲
保險給付	316、398、456、474、609	524、434、549	316、472	310、389、398、560
退休保障	280	455	×	246、464、526、596、614
軍公教其他扶助	320、	457	×	285、354、
其他性質 照護	422	×	485、542	571

(表 2-7、解釋結論與涉及議題進行交叉比對)

就解釋結論與議題的交叉比對如表2-7，除了退休保障得到合憲結論之比例比較高以外，其他議題的合違憲比例均相當接近。顯示大法官作成結論的傾向，應不是特別針對給付議題類型而有基本預設。

2.2.4.3. 與審查標的之交叉比對

但另一方面，分析結果顯示，審查標的屬於行政機關作成之法令或函釋者有20筆，遠大於屬於立法機關制定之法律（8筆）。而將審查標的與審查結論交叉比對如上表2-6，則明顯可見大法官宣告法律違憲者，佔總體法律審查之25%，而法規命令違憲者，則佔總體法規命令審查之55%，顯示大法官對行政機關的審查態度更為積極。

不僅如此，表2-6亦可見被大法官宣告「違憲且立即失效」者，全部皆為行政機關作成之法令或函釋，亦即解釋內容旨在要求行政機關遵循立法意旨來執行

這些社會性措施。相對而言，大法官違憲審查法律時，傾向作合憲解釋，頂多就「不妥」之處，附帶警告性建議立（修）法。

以上顯示出，大法官之審查過程雖然態度較其他領域的案件更為積極，但仍然相當尊重立法者之裁量決定。

2.2.4.4. 人民如何透過憲法解釋實現權利

誠如前述，由於大法官宣告「違憲且立即失效」者，全部皆為行政機關作成之法令或函釋，亦即表明這些案件中，人民權利的實現應「回歸法律規定」來處理，人民「依法」來請求。至於其他被大法官作成合憲解釋或僅作單純違憲宣告的解釋，僅有「建議」或「督促」重新立法之功能，非賦予人民直接實現權利之強制法效。顯示，人民若要實現權利，原則上仍仰賴立法部門配合。

比較特別的是釋字第474號解釋，大法官除了督促立法部門改進外，還試圖填補立新法之前法律缺漏的空窗。在本號解釋中，大法官進一步指出法律明定前可先「類推適用」其他法律之類似規定，給予了人民在立法改進前，得透過司法途徑實現暫時性權利保護的可能性。

2.3. 觀察重點的探討，與三個問題的提出

綜合以上兩組相關的憲法解釋，重新針對憲法第15條生存權以及人民透過司法違憲審查途徑請求給予社會性給付案件之「權利基礎」、「司法審查態度」及「審查標準」三個觀察重點所呈現的實證訊息，作進一步思考：

2.3.1. 擺著好看的生存權？

在探討言論自由時，我們通常會引述釋字第509號解釋開宗明義的第一句話：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，**國家應給予最大限度之維護**……。」這句話顯示出大法官賦予憲法第11條言論自由之基本權，非常高度正面的肯定及認同，對於人民各種言論皆給予強有力的憲法支持，即便是低價值言論，也盡可能承認其權利地位，給予其保障。

對比之下，大法官雖承認給付請求功能面向的生存權，卻似乎不是很常在憲法解釋中明白承認人民有這樣一個權利。除可能係因為我國各項社會給付立法的定頒，已使憲法生存權逐漸透過實定法而具體化，因此不太需要動用到憲法生存權，反而常面臨的問題是系爭法規變動時，涉及財產權、平等權或他人權利干預的判斷，而不是單純的生存權問題。但分析結果仍不免發現，即使人民在釋憲聲請書中不斷強調自己的生存權，可是在多號解釋中，大法官面對人民所請求之社會給付議題，卻往往不正面直接回應所據以審查的「權利」基礎，反而用「國家義務」的面向來談論國家對人民之「生存保障」，似乎刻意避免在憲法解釋中使用到具有給付請求功能的「生存權」。

若與學說上有關社會權的討論相對照，便不難替大法官「不去談權利面向，而從憲法政府職權規定或基本國策條款上導出國家作為義務」這樣的論述方式找到歸因。學說上認為我國憲法將社會權這種積極性權利的規範來源分為兩類，一是規定於憲法第二章、可作為人民主觀公權利，但只能在「人性尊嚴最低限度保障」未獲滿足時，始得行使的生存權等條文；另一類則是規定於基本國策裡，強調「憲法委託」、「社會國原則」之客觀法規範功能的社會權條款，必須透過法律與制度的建制後，人民始能取得對國家的法律上請求權。由於學說上將社會權的規範效力以客觀法規範下課與國家的作為義務為原則，例外在「人性尊嚴最低限度保障」的底線人民才能有「主觀公權利」；或許正因為如此，大法官似乎盡可能不去使用具有主觀公權利的憲法第15條生存權規定，而是以基本國策條款作為基礎，不斷強調憲法委託的國家的作為義務。

有鑑於此，本文想進一步去探討學說與實務創設出來這種國家義務與人民權利性格之間的關係及其論述方式，並思考這樣的體系思維在現階段的憲政實況下是否還有必要？外國類似案例的發展是否也是如此？我們是否可以拋開束縛，大方的看待給付請求功能面向的權利、大方的在憲法解釋中論述生存權——就像大方看待低價值言論也有在憲法上主張言論自由的權利保障一樣。

另外，姑不論對權利性格之爭論，第二組憲法解釋之實證訊息則顯示，面對人民請求給付之案件時，大法官主要用平等權和財產權來處理。究其原因，主要是我國釋憲制度採取抽象審查，故聲請人所主張之憲法爭點依附於既有的法規來

主張，加上現階段已定有許多社會立法提供人民財產請求基礎，因此當人民透過釋憲主張「為什麼在某項社會立法中，國家限制了我請求一定給付之權利」時，平等權和財產權很自然的成了系爭案件據以審查的基礎。基此，本文思考的是，既然憲法上之平等權和財產權就可以作為系爭案件的論述基礎⁶²，但即使承認生存權可以與平等權、財產權一起作為系爭案件的權利基礎，是否僅是讓生存權擺著好看，呈現一種自我安慰的宣示，但實際上生存權在現行的釋憲制度下的司法審查一點也派不上用場呢？又，外國類似的案例又是運用什麼樣的權利基礎來審查案件呢？採用不同的憲法權利作為基礎，是否對審查內容或審查結果造成不同的影響？本文希望進一步瞭解對於生存權這個權利基礎的承認，在社會給付請求之案件中，是否有任何實效、可發揮任何功能？

2.3.2. 為何態度積極的大法官對於結論宣告顯得力有未逮？有無配套機制可幫助困境之解決？

前司法院院長翁岳生擔任大法官時，曾在一篇文章中對於大法官的角色提出以下想法：「未來大法官……對於涉及人民基本權利的案件，不論其政治性如何，均應從嚴審查，容無迴避的餘地……。」⁶³

相較於其他自由權領域案件之違憲宣告比例，我國大法官在社會給付請求之案件中宣告違憲的態度相當積極，隱隱透露出大法官對於個案的同情。但是，若進一步細看審查內容，卻發現大法官非常尊重立法者制度形成，往往僅作形式法律保留之審查，或採寬鬆的審查標準。從而，被宣告違憲的憲法解釋，通常是指摘行政機關發布的函令不符法律保留，且關於憲法解釋的結論與效力，也是不斷表明回歸立法、督促立法，甚至僅僅是建議立法的態度。換言之，人民的權利要

⁶² 其實，關於社經類型的憲法解釋中大法官以財產權作為憲法基礎的判斷，亦有學者從法律上的權利與憲法上的財產權、新財產權之關聯，以及財產權本身所表彰的物質關係、社會關係與政治關係等法律與經濟、社會整合交錯互動，提出反思。詳請參見張文貞（2006），〈法律人的大法官或經濟學家的法官？——以釋字第606號解釋為例〉，台大法律學院科技整合研究所、台大法律學院、台大法學會主辦，憲法學研究之科技整合研討會，頁1-21。

⁶³ 翁岳生（2000），〈憲法解釋與人民自由權利之保障〉，收於李建良、簡資修主編，《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁22。

獲得實現，最後還是必須回到立法部門來解決，而司法審查並非能給予具體、直接的救濟。

因此不禁要問：到底是什麼原因、什麼想法，造成此類案件中，大法官一方面勇於展現出對抗政治部門既有法令的積極態度，但最後的釋憲結果，卻顯得心有餘而立不足，難收權利救濟之效？這與學界所討論「可司法性」的論辯是否有關？司法解釋的實力（enforcement）可以更積極一點嗎？

尤其，當面對審查標的與憲法意旨不符的情形時，大法官應該如何宣告？憲法解釋顯示，大法官經常單純宣告違憲，或僅作成警告性合憲解釋，剩下的僅能靜待立法者儘速立法；但相對的，釋字第316號及第474號解釋中，大法官也曾經在欠缺法規範的情形下，具體指示法律對於某一類個案事實（例如植物人醫療）的適用，應給予更高程度的保障，或指明新法制定前先類推適用其他類似規定。究竟什麼樣的結論宣告才是比較好的方式呢？或者還可以有其他更好的方式嗎？

又翁岳生大法官於釋字第455號解釋之協同意見書中亦曾述及：「…司法院大法官審理案件法第十七條第二項規定：『大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法。』此項規定旨在使大法官得諭示適當、有效之方式，以實現解釋之意旨，確保其解釋意旨之所有必要措施而言，非僅限於義務不履行時之強制執行。…」提醒司法還有更積極的作法和空間。據此，反思我們的憲法解釋效力：除了具有「確定」釋憲標的有無違憲的作用之外，是否需要再予加強，使之更進一步具有「形成效」或「執行效」，以提高人民依據憲法解釋實現權利的機會？

如果微弱的司法解釋效力，是現行釋憲制度下不得不然的結果，那麼，在解釋作成後，我們該如何確保立法者有認真依照憲法解釋之意旨修正法律、分配資源呢？有哪些配套制度設計，可以用來輔助生存權能真正在司法實踐上得到救濟與落實？便值得更進一步的思考了。

2.3.3. 發展一套清楚明確、具預見可能性及可操作性的生存權 審查標準可能嗎？現行抽象違憲審查制度下，探討生存權 的審查標準，是否昧於現實？

從憲法解釋的實證分析中，可以看到大法官對於社會給付案件，常常論及「立法裁量」、「形成自由」等語，大致採取較寬鬆審查；但大法官卻不是空泛的運用立法裁量的概念，反而透過諸多憲法原理原則來設定立法裁量的框架，最明顯的便是法律保留原則、比例原則、平等原則、信賴保護原則等原則的運用；此外，大法官也時常運用類似於美國「合理性審查標準」的平等權操作，判斷政府的立法目的是否合法、手段是否合理。對於審查標準的建構，多所著力。

而由前揭表2-1、圖2-3可知，社會給付的議題及受益人的資格多樣，且從憲法解釋的變化趨勢來看，可發現人民對社會給付的需求項目，係以老人為主的社會福利服務，本文認為此現象顯出近來面對高齡化社會型態，權利的理念目標也與原初預設為解決資本主義矛盾而產生的「經濟性貧困」有所不同，逐漸轉為關注「社會的弱者」的社會轉型與憲法變遷互動。此外，重症及長期照護醫療，也隨著時代脈絡的發展，在憲法解釋中亦見其受重視之程度。釋字第316號解釋中，甚至更積極的指出植物人之專門性照顧應較殘廢給付的基本照護更為重要。雖然本號解釋常受學界以職司抽象審查的大法官越權介入個案實質立法決定，有傷權力分立而遭受批評，卻也顯出大法官審查過程對於個案實況的同情與社會關懷。再就聲請人之身分資格而言，釋字第457號解釋，係屬女性基於男女平等主張所提起的給付請求事項，也顯示傳統所得維持制度是「男性中心」的制度漸漸被打破，女性不在侷於家庭的私領域，已進入公共社會參與。

更引起本文關注的是，1990年代初，其實國際上已經因為「無疆界世界」(the borderless world) 的浮現而警覺到全球化 (globalization) 風潮的來臨⁶⁴，但當時

⁶⁴ 林萬億 (2005)，〈1990年代以來臺灣社會福利發展的回顧與展望〉，《社區發展季刊》，109期，網路版：<http://sowf.moi.gov.tw/19/quarterly/data/109/03.htm>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

台灣正值民主轉型過度期，對國內本土議題的解決⁶⁵，優位於關心全球政治經濟的擴張⁶⁶，而2003年的釋字第560號解釋的出現，顯示憲法已跟隨社會變遷開始意識到全球化時代的效應，本案涉及了外國人透過釋憲途徑請求其給付，該案聲請人主張：「憲法第十五條生存權、工作權及財產權之保障範圍亦顯不以「中華民國人民」為限，從而外國人民之財產權自亦應屬憲法所保障之範圍，而非立法者得恣意予以剝奪……國際貿易法規要求各國開放市場、掃除貿易障礙的趨勢，就憲法所保障之受益權而言，所可能涉及者，亦為人之所以為人之基本需求，不因其為生存權、財產權或工作權（憲法第十五條）而異其性質。國家根據憲法之要求，提供受益權之保障，以免凍餒時，究竟是基於國民愛、同胞愛、抑或是人類愛？實為不可不思考之問題。人性尊嚴或人的基本需要，究竟取決於「人」，還是「國民」或「同胞」而已？經濟資源與人性需求，究竟誰主誰從？……將主權置於人權之上，違反憲政主義」，其認為從大院大法官以往之解釋意旨、制憲史料、憲法文義解釋、憲法論理解釋，以及從憲法體系解釋及比較法之觀點以觀，都不能否定對於外國人生存保障。本案的提起，除了讓我們意識到國際化、全球化風潮所帶來距離、空間觀念的改變，也提醒著我們必須認真思考憲法第15條「『人民』之生存權…應予保障」中，所謂人民的概念範圍、保障程度及其與國家主權疆界之關係。

是故，本文思考的是，大法官在違憲審查框架模型建構的努力，是否確實有辦法界清生存權的保障範圍，以及建構出一套清楚明確、具預見可能性及可操作性的生存權審查標準？申言之，如同憲法解釋實證資料所呈現，社會給付的類型相當多元，不僅包含社會保險、社會救助，以及有關社會福利照顧之事項，而受益人的身分資格也涵蓋了公務人員、勞工、農民、急難、貧困者、外國人等等，各種不同的範疇使得各項立法政策設定的目標、提供照顧的手段都未盡一致。面

⁶⁵ 有關台灣民主轉型的歷程與憲法變遷的發展，可參葉俊榮（2003），《民主轉型與憲法變遷》，臺大法學叢書（137），臺北：元照；葉俊榮（2002），〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第261號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《臺大法學論叢》，31卷2期，頁59-96；葉俊榮、張文貞（2006），〈路徑相依或制度選擇？--論民主轉型與憲法變遷的模式〉，《問題與研究》，45卷6期，頁1-31等專論。

⁶⁶ 林萬億（2005），〈1990年代以來臺灣社會福利發展的回顧與展望〉，《社區發展季刊》，109期，網路版：<http://sowf.moi.gov.tw/19/quarterly/data/109/03.htm>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

對社會給付的多元形貌及生存權保障之個別性特質，從而思考到大法官既已建立的審查標準，不論是原則概念式的操作，或類型化的標準，是否能切實達成憲法生存權之保障？承前所論及，釋字第316號解釋大法官作出類似於具體個案審查之「適用上違憲」的宣告方式，似乎隱約透露著現行抽象違憲審查制度下，要從審查標準的構築來達成生存權保障的落實，恐有空礙難行之處，而需有更深層的省思。另一方面，面對全球化跨境人流的影響，當國外及國際間都已發展出不少憲法案例來對生存權保障的範圍尺度認真考量、拿捏，我們也似乎需要放大視野，關注生存權對人的保障範圍。因此，本文將藉由憲法解釋實證資料對於人之資格與多元給付類型的提醒，以及外國司法實踐的經驗，重新省思生存權司法審查中關於人的保障範圍和對於給付議題之審查標準操作所面臨的問題，並試提出一點淺見。

由下章開始，各章將分別針對以上所提出關於「憲法權利基礎」、「司法審查態度與解釋效力」以及「司法審查審查標準省思」之三大問題，逐第分析探討。



第3章 生存權作為社會給付請求之權利基礎的思考

我國憲法解釋對於社會給付請求案件之權利基礎的特殊操作，主要是受到背後的學理思維影響。本章希望藉由各國憲法案例的比較，來反思是否還需要用如此特殊的論理方式來限制生存權作為人民的權利基礎，並進一步探討生存權的權利內涵以及生存權在司法審查所可能遭遇的限制與所能發揮的實效。

3.1. 外國案例之比較分析

觀諸外國有關社會給付請求的案件，其透過司法程序主張權利的方式，大致可以分為兩類，一類是強調須有社會立法始有權利保護者，本文將以美國與日本為分析的代表，另一類則是正面看待主觀公權利性格，認為人民可直接基於憲法基本權主張權利保護者，本文將以南非及印度兩國相類似的住房請求案作為比較分析的對象。

3.1.1. 強調須有社會立法始有權利保護的美國與日本

3.1.1.1. 美國社會給付請求相關案例簡析

3.1.1.1.1. 自由權與平等權：Shapiro v. Thompson² (1969)

本案涉及「受扶養兒童家庭補助計畫」(Federal Aid to Families with Dependent Children,以下簡稱AFDC)以受給人居住期間為要件限制的合憲性。Connecticut州

¹ 目前日本通說對於人民之社會給付請求權採抽象權利說，認為當立法機關已將該等權利內容設定為具體權利時，則憲法上抽象的生存權保障將與該法律結合，轉為具有司法上裁判規範效力的具體化權利，但若立法者未有作為時，憲法所保障的生存權仍為一種抽象性權利，人民不得以之為依據直接訴諸司法裁判。在美國，也是類似的觀點，認為社會給付請求權，為一種法律層次上的權利，如果沒有法律之訂定，人民沒有任何基礎得以主張。

² 394 U.S. 618 (1969)

等三個行政區的法律規定，於區域內住滿一年以上的居民才有申請給付之資格。自他州移入的新住民認為受到不平等差別待遇，於是提起本件訴訟。

聯邦最高法院多數意見認為系爭規定違憲。法院首先論及系爭差別待遇所設定的分類標準以一定居住期限作劃分，干預了人民的遷徙自由（right to travel）。雖然遷徙自由不是憲法上明示的權利，但因涉及到憲法上所保障的基本權利（fundamental right），故仍應將審查標準提高為嚴格審查，除非政府的理由是為了不得不的迫切（compelling）利益，否則不能認為系爭差別待遇與立法目的之間的關聯合憲。本件以居期間要件為標準的差別待遇，主要的目的是為了減少外地窮人大量湧入，確保財政的健全來照顧長期居住此地的窮人，然而一個母親為了自身利益及為給子女享有更好生活的遷徙動機，不論是為獲得福利金或基於該州較好的教育設施，州政府都不應給予其低度評價，不應禁止那些為了更好生活的窮人遷入。是故，系爭法規違憲。

本案並未明確指出人民有請求國家給予積極保障的人權，也未針對社會給付的憲法基礎加以說明；但是，法院透過自由權（遷徙自由）保障的觀點開啓論述，並透過憲法平等保護條款的檢驗，給窮人生活保障帶來很強的保護效果。

3.1.1.1.2. 財產與正當法律程序：Goldberg v. Kelly⁴（1970）

本案涉及了社會給付廢止之合憲性爭議。本案原告Kelly是一個殘疾且失業之人，Velez則獨自育有4個孩子，Kelly及Velez等人都是AFDC及紐約州「家庭救助計畫」（General Home Relief Program）的受補助者，一直依靠政府給付才能過活。後因州政府在沒有預先通知的情況下，突然廢止了Kelly等八人的AFDC與家庭救助計畫，使他們陷入無法生活的窘境，於是提起本件訴訟，主張政府沒有事先通知及舉行聽證即中止補助，剝奪了他們受正當法律程序的保障；政府方面則主張，受補助者所受福利是種特權(privilege) 而非權利(right)，故不適用憲法的正

³ 本案由大法官Brennan主筆撰寫。

⁴ 397 U.S. 254 (1970)

當程序條款；加上處分決定前精簡了聽證程序，則是因考量政府財政及行政資源之負擔。

聯邦最高法院認為，國家最基本的職責就是保障這塊土地上人民之尊嚴與幸福，而社會福利給付是為滿足人民維持生計的基本需要，使窮人能有相同機會參與正常社會生活。故福利受益權是一種「財產」，而非「恩賜」，應受正當程序保障。由於系爭補助的中止，可能立即剝奪了受補助者所期待的賴以生活的收入，因此中止前的聽證制度是不可或缺的，而憲法正當程序保護的內容應包括：（1）在給付中止前獲得及時全面的告知，並應詳細列明中止給付的理由、（2）獲得與相對人或對己不利之證人有效對質的機會、（3）在公正裁決者面前陳述意見和提出證據防禦之權…等要件；這些程序保障給付受益人的利益，比政府簡化程序的利益更為重要。紐約州政府的聽證程序沒有給原告陳述意見、提出證據與對質的機會，故違反了憲法第14條增補條款之正當法律程序。

在美國社會政策上，社會福利給付過去一向被認為是一種恩賜或是特權，然而，本案中聯邦最高法院透過司法審查，首次確認了人民的社會經濟利益是一種「財產」，具有法律上權利的地位，受美國憲法第14條增補條款正當法律程序所保障⁶。此後的案例中，雖仍然沒有去界定人民社會給付於憲法上權利的依據，但從此法院找到可以將憲法第14條增補條款之正當法律程序的適用擴大到經法律制定後所給予給付之憑據。

3.1.1.1.3. 平等權：Dandridge v. Williams⁷ (1970)

本案涉及AFDC之給付設有最高限額規定之合憲性爭議。Maryland州政府依照子女人數計算AFDC之補助款，但由於該州財政支出漸增，故規定每戶補助款

⁵ 本案多數意見由大法官Brennan主筆撰寫。

⁶ 參照郭銘松，從財產權的思想典範論現代憲法功能的變遷：以美國聯邦最高法院Lochner v. New York與Goldberg v. Kelly判決為例，歐美研究第29卷第3期，頁143-180，1999年。

⁷ 397 U.S. 471 (1970)

之上限250美元，造成子女數量多的大家庭得不到充足的補助，與子女數量少之家庭形成了差別待遇。其他的社福計畫卻未有類似規定。

聯邦最高法院以五比四認為州法令不違憲⁸。法院言及，因系爭規範對於大小家庭的給付形成了差別待遇，涉及了憲法第14條增補條款的平等保障的審查。而在社會經濟領域（field）中，即使系爭差別待遇有分類標準不完美之情形、欠缺數理上的精確度、或因為造成實際適用不公平的結果，但只要政府的差別待遇具有「合理依據」（reasonable basis），即可通過平等權的檢驗。蓋因公共福利給付的分配，存有難以處理的經濟、社會、甚至哲學問題，並非司法者所得過問；憲法可以要求社會福利行政必須提供一定程序保障，但是憲法並不容許司法者對政府如何將有限的福利預算進行分配時，一再猜忌政府官員艱難的抉擇，而逕介入為第二次的判斷。法院認為，本案州政府的給付目的是為鼓勵就業，並避免接受福利的家庭和工作的貧困家庭之間產生歧視，有其合理依據，並不違憲⁹。

⁸ 本案多數意見，由大法官Stewart主筆撰寫。

⁹ 本案另有Black大法官主筆、首席大法官參與以及Harlan大法官分別提出之協同意見書。其中，Harlan大法官雖同意多數意見合憲的結論，但不同意合憲的原因是由於本案屬於經濟或社會的立法所致；他認為，除了有特殊歷史背景的嚴重歧視之外，不管系爭的差別待遇究竟屬於哪一類型，憲法上平等權的保障，都僅要求符合合理審查標準已足。

此外，Douglas大法官提出不同意見書。Douglas根本上認為Maryland州法本身已違反聯邦社會安全法的立法精神及文義，沒有必要再處理違憲的問題。因為州法最高限額的規定，將使得大家庭在需求超過補助金額時，有強烈的經濟誘因，將多餘無法受補助的未成年子女安置到孤兒院或其他機構，造成家庭成員離散，此與社會安全法確保子女與父母一同在家庭中成長的基本精神相違背。

Marshall大法官主筆、Brennan大法官參與的不同意見書亦認為Maryland州法與社會安全法的基本架構與立法意旨根本相衝突，並質疑多數意見既然認為本案觸及弱勢人民最基本的經濟需求，與以往的判決先例對於一般商業領域的事實情狀已有所差異，不應延用傳統的合理審查標準來審查。本院過去曾數度肯認，當一項給付攸關生存所必要，即使當事人對該給付沒有主觀公法上的請求權，若政府要剝奪該給付者，均應接受更為嚴格的程序和實體審查。本案中，以大小家庭為差別待遇過於恣意，與「促進就業」的立法理由毫無關聯，即使政府有正當理由促使受領人就業，但由於最高限額獨獨限制大家庭，故有「涵蓋過窄」的疑慮。另一方面，本法對於不受補助者是一種歧視，嚴重剝奪其基本生存；相對的，政府宣稱所要達成的公益「促進就業、避免歧視」，卻無法證明受補助之家庭有多少成員有工作能力，且事實上該法也限制到大多數類似本案當事人這種沒有工作能力的家庭，亦即平等權的適用範圍亦有「涵蓋過廣」的問題。綜上，本案差別待遇不符憲法要求，違反了憲法第14條增補條款的平等權保障。

自1934年的Nebbia v. New York案¹⁰，美國聯邦最高法院面對社經領域案件時，往往對立法者採取尊重、謙讓、幾乎不審查的合理性標準進行審查，至今合理性審查標準仍為美國最高法院審查社經立法的主要審查標準。本案僅為眾多案例中的一個典型而已。換言之，在美國有關社會給付請求案件之發展，不論是從平等權的觀點切入，或者將社會給付請求權視為一種財產，一旦被法院歸類於社經領域，幾乎都會落入合憲推定的運命。值得注意的是本案Marshall大法官之少數意見，提出了滑動尺度理論（sliding scale），認為法院不應拘泥自由領域從嚴、社經領域從寬的僵固雙重標準區分，須關注於系爭差別待遇的特性，亦即衡量差別待遇之個人喪失利益與政府利益兩者之間的相對重要性。Marshall之見解，能隱隱體會到人民生存保障的個案性特質，必須依據每個個案、每個當事人不同的事實情況加以拿捏權衡，並非可通案一概而論。

3.1.1.1.4. 平等權：Graham v. Richardson¹¹（1971）

本案涉及永久殘障扶助（Assistance to Persons Permanently and Totally Disabled，以下簡稱APTD）對外國人之給付設有居住期間限制的合憲性。本案原告Richardson是個外國人，他從1956年起就一直住在亞利桑那州（Arizona）。由於該州法律規定外國人必須於該州居住15年以上始有給付受領權，故Richardson申請APTD時，州政府以其不符居住期間要件而拒絕給付。Richardson認為該居住期間之限制違反憲法第14條增補條款之平等保護以及憲法居住遷徙權，於是提起司法救濟。

聯邦最高法院多數意見¹²認為，憲法第14條增補條款中的「人」（person），指的是「住在美國的人民」，故應包涵合法入境居留的外國人，不論本國人或外國人，均受第14條增補條款保障。本案以人種或國籍為差別待遇之分類，屬於嫌疑分類，其未通過嚴格審查標準之檢驗，而為違憲。

¹⁰ 291 U.S. 502(1934)

¹¹ 403 U.S. 365 (1971)

¹² 本案多數意見，由大法官Blackmun主筆撰寫。

本案以國籍作為分類標準，被歸類為嫌疑分類，受到了違憲的推定。本案反映出，美國有關社會經濟的案件隨著時間的發展已非一概採寬鬆審查，還是必須考量差別待遇與保障範圍之間的調和，依據案例之差異性為判斷。

3.1.1.1.5. 平等權：United States Department of Agriculture v. Moreno¹³ (1975)

本件涉及以有無血緣關係作為是否給予給付之差別待遇事由之合憲性。1964年制定之聯邦食物券法（The Food Stamp Act）給予低所得收入者購買食物券以享受食物折扣之法律。1971年時該法修正規定：若家庭中有未滿六十歲之無血緣關係的人者，該家庭即喪失食物券之資格。遭排除受給資格的家庭，因而提及訴訟。

聯邦最高法院多數意見¹⁴引用前述Dandridge等先例，認為涉及社經領域平等保護之案件採取合理性審查，只要國家追求的利益合法，且與差別待遇有合理的關連的話，均尊重立法決定。法院論及，自立法沿革以觀，系爭立法規範之目的是為防止「嬉皮」參與食物券優惠計畫，如此單純課與政治上不受歡迎之族群不利益，並無法作為一合法目的；不僅如此，法律適用的結果所真正排除者並不是那些濫用該計畫的家庭，反而是的確需要救助者，因為他們已無力改變其生活方式。是故，本案之差別待遇分類不只是數理上不夠精準，而是根本沒有明白、實際的目的手段合理關聯，自屬違憲。¹⁵

不同於以往聯邦最高法院幾乎不審查立法目的與手段的態度，可說是對立法目的與手段的關聯作詳細的判斷。法院將合理性審查標準從原本只要有想像得到（conceivable）的合理事實，抬高到須有明白（articulated）、實際（actual）的目的手段關聯。有學者稱這種適用合理審查卻作出違憲結論的審查標準為「會咬

¹³ 413. U.S. 528 (1973)

¹⁴ 本案多數意見由大法官Brennan主筆撰寫。

¹⁵ 本件道格拉斯大法官之協同意見書更採用Shapiro案的分析模式，認為本件涉及了結社自由（freedom to associate）的人權干預，故應採較嚴格的審查標準，而認定為違憲。

人的合理審查」(rationality review with bite)¹⁶。這種「加強版」的合理審查最大的特徵在於舉證責任之分配¹⁷，申言之，法院依然不涉及政策利益的判斷，也不對政府目的作嚴苛評價，但是要求政府對系爭立法目的以及目的與手段之關聯提出具說服力之舉證，讓法院相信政府沒有「恣意」情形，始能免於違憲之命運。

3.1.1.1.6. 小結

茲將本文所選美國案例表列如下：

案例名稱	爭點	權利基礎	審查標準
Shapiro v. Thompson	州移民居住期限限制	自由權 平等權	嚴格審查/違憲
Goldberg v. Kelly	廢止給付	財產 正當程序	正當程序/違憲
Dandridge v. Williams	最高限額	平等權	合理審查/合憲
Graham v. Richardson	外國人居住期限限制	平等權	嚴格審查(嫌疑分類)/違憲
US Department of Agriculture v. Moreno	無血緣關係不給付	平等權	會咬人的合理審查(強化目的手段關聯審查)/違憲

(表 3-1、美國案例簡表)

由聯邦最高法院一系列案件發展可發現，一開始，法院透過自由權保障的觀點開啓論述，並透過憲法平等保護條款的檢驗，達到生活保障的效果，法院也試圖將社會給付請求權視為一種財產來保障。Dandridge案所採用之平等權與寬鬆合理性審查雖為美國社會給付司法審查的原則，但往後的案件中也顯示法院查覺單憑「屬於社經領域事項，應從寬審查」之雙重審查標準的僵固區分，已難妥善

¹⁶ See R. Randall Kelso, *Filling Gaps in the Supreme Court's Approach to Constitutional Review of Legislation: Standards, Ends, and Burdens Reconsidered*, 33 S.TEX. L.REV. 493, 493-599(1992).

¹⁷ See Gerald Gunther, *In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 20-21(1972); Richard Delgado, *Active Rationality in Judicial Review*, 64 MINN. L. REV. 467(1980).

處理所有社會給付案件，因此繼續根據個案事實差異進行審查標準的調整，以補平等保護在社會經濟領域解釋與適用上的不足。

3.1.1.2. 日本社會給付請求相關案例簡析

日本憲法第25條規定：「全體國民均享有過著健康且文化的最低限度生活之權利。（第1項）國家對一切生活領域，應努力提昇及促進社會福祉、社會保障及公共衛生。（第2項）」日本有關社會給付請求的憲法案例，幾乎都是透過本條生存權之規定展開論述。

3.1.1.2.1. 朝日訴訟¹⁸（1967）

朝日訴訟並不是日本最高法院處理首宗關於憲法第25條生存權的憲法訴訟¹⁹，卻是司法首次面對判斷生存權規範性格之訴訟。本案涉及日本《生活保護法》對「最低生活基準」的設定之合憲性問題。當事人朝日茂先生患有肺結核重病，長期在療養所住院治療，由於其獨身一人、且無收入，故依生活保護法一直領取醫療補助及生活補助費；後因行政機關查獲其斷絕音訊35年之胞兄，便依保護法中扶養義務之規定，命其胞兄每月寄交朝日茂1500日圓，並認為其中900元作為醫療費之自付額，其餘600元可為生活費，從而國家停止了生活補助給付，僅提供扣除自付額後殘餘的醫療補助。朝日茂不服，申訴主張重病患者僅靠療養所的飲食供應營養不足，希望多保留400日幣（可購優質黃油四分之一磅、雞蛋10個及少量水果）作為基本飲食補助，並希望將醫療費的自付額減為500日圓。

本案原告一審勝訴、二審敗訴，後進入最高法院，歷經三審共10餘年，嗣因原告過世，最高法院於1967年宣告本案訴訟因原告死亡而終結，但為了慎重起

¹⁸ 朝日訴訟第一審（東京地判1960.10.19 行集11卷10號.2921頁）、二審（東京高判1963.11.4 行集14卷11號.1963頁）、三審（最大判1967.5.24 民集21卷5號.1043頁）。本案中文翻譯參照許慶雄（1991），《社會權論》，眾文，頁94-103；大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台北：元照，頁299-305。

¹⁹ 日本最高法院第一件關於憲法第25條生存權的憲法訴訟，是1948年憲法實施後不久所發生之「違反糧食管理法事件」（最大判1948.9.28 刑集2卷10號.1235頁）。被告中野靜吾因戰後糧食不足，向黑市買米運回家中，因未經地方長官的許可，被以違反當時的食糧管理法起訴；被告認為系爭糧食管理法之規定違反了憲法第25條生存權保障。

見，法院仍在裁判之附論表明對生活保護法的立場。最高法院認為憲法生存權的規定只宣稱了國家的義務，並未賦予個人得以主張的權利，蓋因所謂「健康且文化的最低限度生活」是一個相對而抽象的概念，隨社經文化轉變，並涉及國家財政、城鄉差異、貧窮人口的收入、各類人口的比例，以及不能使受補助之人擁有較其他人更優渥的生活…等諸多因素之考量，這些都是厚生大臣裁量權限內得以考量者；除非厚生大臣極端漠視現實生活條件而設定明顯過低的最低限度生活基準，或是有裁量逾越、裁量濫用之情形，違反了憲法及生活保護法的宗旨而可能接受司法審查外，並不涉及違法違憲的問題。換言之，最低限度生活基準之設定，厚生大臣有裁量權，只要他的決定沒有偏離生存保障意旨，應無違憲違法的問題，頂多只有適當與否的政治責任問題。

本案發生於1956年前後，當時日本因韓戰特別需求，對社會性預算較不重視，僅佔國家預算10%；到了1967年最高法院作成判決時，日本的經濟條件、國家財政能力、國民的要求更與戰後初期之國情大不相同，因此朝日訴訟所爭執的「最低生存保障」程度，受到全國廣泛的關注²⁰。當時除了法庭上之爭論外，學界也在訴訟過程中提出許多理論分析探討，各界也發起不少支援運動。不過，儘管當事人的訴求引起全國熱烈迴響，但最高法院的態度卻從第一審原告的勝訴，至二審態度的一路後退，最後最高法院更以最低限度生活基準的設定完全是厚生大臣之裁量權，否定了司法審查之可能性，更進一步顯示出司法消極主義²¹。雖然如此，本案歷審之判決還是產生了兩個重大的社會性意義：第一，本案一審判決中言及：（1）「健康且文化的生活水準」不是指單純做為生物之生存，其內容必須能為「值得為人之生存」的水準；（2）生活保護法非單純的反射利益，而是一保護請求權；（3）厚生大臣對最低限度生活生活基準之設定，係屬羈束裁量，其具體內容雖非固定，但在特定的時點仍能客觀的決定…等²²。此判決作成後，生活保護基準即提高了18%，往後並陸續調整，顯示出政府在民權意識高

²⁰ 許慶雄（1991），《社會權論》，眾文，頁94。

²¹ 同前註，頁102。

²² 轉引自鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁87。

漲之下，充實社會給付的關聯效果。第二，朝日茂以個人微弱貧病之身，不惜長期參與訴訟爭取人權保障，促使日本人權意識普遍提升，往後日本人權思想日趨蓬勃發展²³。

3.1.1.2.2. 牧野訴訟²⁴（1978）

本案涉及限制夫婦同時受領老人年金的合憲性爭議。原告牧野亨與其配偶均領取老人福利年金，故北海道知事依國民年金法規定分別扣除其夫妻兩人年金中相當於3000日圓之給付額，因此引發本件爭訟。

法院主要以憲法第14條之平等原則處理，認為以「夫婦之社會性身份」作為社會給付措施上之差別待遇須有「合理」的理由；本案夫妻共同生活、共用部分物品似可節省生活部份開銷，但就經驗而言，老人夫妻與獨居老人相比，整體的生活費用將更加困難，特別是貧困者家庭的扶養義務人，若同時扶養二人其負擔勢必比扶養單身老人更重。是故系爭限制規定違反憲法平等而為無效。

日本法院在社會給付的相關案件中，繼受了美國類型化的合理性審查標準來判斷平等權保障下，夫婦同時受領限制的「合理性理由」。但特別的是，法院避開以往常用的形式論理，而是採經驗的、實際的生活實態調查，亦即非採形式上夫婦者與單身者間的不平等之審查，而是實質認為老年福利金過於低額，以尋求合理性間的實質關係²⁵，比傳統寬鬆之「合理審查標準」更嚴一些，雖未明言憲法生存權，但以本於人民生活保障的思考而在平等審查之見解上有所突破。

²³ 許慶雄（1991），《社會權論》，眾文，頁103。

²⁴ 牧野訴訟僅歷經一審（東京地裁1978.7.15 行集19卷7號.1196頁）。本案中文翻譯參照大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台北：元照，頁317-320；鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁93。

²⁵ 鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁93-94。

3.1.1.2.3. 堀木訴訟²⁶（1982）

本案涉及國民年金法之殘障福利金與兒童扶養津貼法限制併給資格之合憲性爭議。原告係全盲的視障者，依國民年金法受領殘障福利年金，後因獨力扶養子女，乃依兒童扶養津貼法，請求認定兒童扶養津貼受領資格。主管機關以原告既已受領有殘障福祉年金，依當時的兒童扶養津貼法之禁止併給規定，認原告欠缺受領資格駁回其請求，原告遂主張此禁止併給規定牴觸憲法規定，訴請撤銷前揭駁回處分。

一審判決認為禁止併給規定違反憲法第14條第1項平等原則（按：並非違反第25條生存權）故違憲無效；在二審判決中，法院則是將憲法第25條第1、2項分離解釋，將第1項稱為「救貧措施」—為確保國民達成「健康且文化的最低限度生活」之目的所做的救濟措施（如生活保護法），有絕對的基準；而第2項則稱為「防貧措施」—並無絕對的基準可拘束最低限度生活之保障，國家要採何種措施、法律要如何具體化，都屬政策裁量問題，原則上只有適當與否而無違憲的問題；除非是「恣意判斷做出明顯使國民生活水準退後之措施，或裁量權的行使明顯錯誤超出裁量權範圍」，否則不在司法審查範圍內。但是，最高法院並未採第1、2項分離論，仍然維持朝日判決見解，將「健康且文化的最低限度生活」認為是極為抽象的、相對的概念，其具體的內容必須視文化的發達程度、社經條件、一般國民狀況等相關條件來判斷決定，故有賴立法府廣泛的裁量，除非有顯著的欠缺合理性，或濫用裁量權，否則不適合法院審查。

本案最高法院又再一次表現出見解退後，自我放棄了司法違憲審查權。有學者因此認為過度的司法自制反而是違反了三權分立的意旨²⁷，批評如此空洞化的

²⁶ 堀木訴訟一審（神戶地判1972.9.20 行集23卷8-9號.711頁）、二審（大阪地判1975.11.10 行集26卷10-11號.1268頁）、三審（最大判1982.7.7 民集36卷7號.1235頁）。本案中文翻譯參照周宗憲（2003），《憲法上人民最低生存權的性質與司法保障-我國與日本學說及司法判決（大法官釋憲）見解的檢討》，輔仁大學法律研究所博士論文，頁103；鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁91-92。

²⁷ 荒本誠之（2000），《社会保障法讀本》，有斐閣，頁264。轉引自鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁93。

司法解釋不只是濫用了立法裁量論，更違反了憲法課予司法者尊重、擁護憲法的義務，法院應至少要進入具體個案中當事人實質的生活判斷²⁸。惟本案二審法院首次透過憲法第25條第1、2項分開闡述，將生存權分為「最低限度生活保障的救貧」和「高於最低生活水準之防貧措施」二個部份審查，前者採嚴格審查，後者採寬鬆合理性審查，可看出日本法院仍試圖去說明人民對於生存權需求的個案性差異有影響司法審查寬嚴強度的可能。

3.1.1.2.4. 塩見訴訟²⁹（1989）

本案涉及外國人生存權保障及殘障津貼以國籍為要件之合憲性問題。當事人塩見原籍為韓國人，長年住在大阪，由於其失明症狀該當於日本殘障福利年金法規定之一級殘廢，因此向政府請領殘障津貼；但當時法律以殘障發生之時申請人具有日本國籍為要件而駁回其給付請求，遂引發本件爭訟。

法院於一審時，承襲堀木訴訟二審見解的「第25條第1項、第2項分離論」，但到了最高法院依然維持過去一貫立場，先否定第1項非直接賦予國民具體的權利，再將「健康且文化的最低限度之生活」視為一抽象、相對的概念，須仰賴諸多立法政策的實施才能實現，故而承認廣泛的立法裁量。關於平等權的審查上，亦是如此，法院認為，「日本國人相較於在日的外國人有殘障福利年金的優先受益權」以及「以發生殘障之時點須具有日本國籍的要件設定」兩者，均屬立法裁量範圍，並不違反平等。因此，審查結果合憲。

²⁸ 小川政亮（1982），〈人權としての社会保障と最高裁判所の選択—堀木訴訟最高裁大法廷判決によせて〉，《労働法律旬報》，1052号，頁9-10。轉引自鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁92。

²⁹ 塩見訴訟一審（大阪地裁1980.10.29 行集31.10.2274）、二審（大阪地判1985 行集92號）、三審（最大判1989.3.2 訟月35.9.1754）案例事實參照：日本學習院，〈塩見訴訟から〉，<http://www-cc.gakushuin.ac.jp/~e930032/detect-data/2002/20020617/theme5.html>（最後瀏覽日：2009/7/1）；中文翻譯參照鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁94-95。

本案發生後，政府開始認真思考外國人生存權保障之問題，許多社會立法均相繼廢除國籍限制，將社會給付保障準用於定居的外國人，亦可看出憲法生存權的保障隨著時代的演進、人口的流動，國家也慢慢的在調整其保護的範圍與界限。

3.1.1.2.5. 小結

案例名稱	爭點	權利基礎	審查標準
朝日訴訟	最低生存標準之設定	生存權	一審：羈束裁量/違憲 Sup Ct：立法裁量/合憲 (只宣稱了國家的義務，並未賦予個人得以主張的權利)
牧野訴訟	併給限制	平等權	一審：差別待遇不合理 /違憲
堀木訴訟	限制夫婦同時受領	(平等權) 生存權	一審：差別待遇不合理 /違憲 二審：憲法第25條1.2項分離論 /合憲 Sup Ct:立法裁量/合憲
塩見訴訟	限制國籍	生存權 平等權	一審：憲法第25條1.2項分離論 /合憲 Sup Ct：優先保障本國人屬立法裁量 /合憲

(表 3-2、日本案例簡表)

由以上四件日本案例的發展可發現，雖然日本最高法院秉持一貫消極保守立場，但就整體案件發展以觀，各級法院一直努力藉由生存權條文的闡釋，去細緻化社會給付立法的審查標準。

3.1.2. 可直接基於憲法基本權主張權利保護的南非及印度：以住房請求案為例

3.1.2.1. 南非案例：Government of the Republic of South Africa v. Grootboom³⁰（2000）

（一）案例事實：

本案緣於一群經濟弱者（包含510名孩童和390名成人）因無法忍受Cape當地惡劣的生活條件，遂移居到一私人土地。土地所有人向官方申請了驅逐令，要求他們遷離。驅逐過程中，他們的房子被燒毀，財物被損壞，只好到運動場搭起帳篷。Grootboom是該團體中之一員，他向Cape的高等法院提起訴訟，訴稱南非憲法第26條所保障「獲得充足住房權」以及第28條第1項第3款規定「兒童獲得庇護所的權利」受到侵犯，請求司法機關判令政府提供足夠的基本住房，直到他們獲得永久性住房為止。高等法院認為，依南非憲法第28條第1項第3款規定，兒童以及他們的父母有權獲得庇護所，因此判令政府有立即提供帳篷、活動廁所和定期供應水之義務。南非政府不服，向憲法法院提出上訴。

（二）憲法法院見解：

南非憲法法院³¹指出其憲法第26條第1款規定了「獲得適足住房權（the right to housing）」³²。本條不僅是指建築上的磚和瓦，尚包含可利用土地、足夠的配套，例如水資源提供、汙物處理以及房屋建造等。根據條文規定，「國家有義務」提供住房，在手段上應採取「合理」立法或以其他措施，在可獲得的資源內「逐步實現」這些權利。

³⁰ Government of the Republic of South Africa v. Grootboom, CCT 11/00, Constitutional Court of South Africa (Oct. 4, 2000).

³¹ 憲法判決由Yacoob大法官主筆。

³² 南非憲法第26條第1款規定原文為：“Everyone has the right to have access to adequate housing.”

憲法要求政府積極作為改善成千上萬處於困境中的人民，政府必須制定綜合和有效計畫並透過各種方式來滿足最小核心的權利內涵（minimum core of the right），以保障給那些不能維持生存的人。法院強調，所有憲法權利是互相聯繫與互相支持的，不能只停留於憲法文本之上，實現社會經濟權利以確保人民享受權利法案中的其他權利，是促進種族、性別平等和社會發展的關鍵。沒有食物、衣服或住所就沒有人的尊嚴、自由和平等，因此吾人不能孤立看待憲法第26條之「獲得適當住房權」，政府必須創造條件保障公民在平等基礎上獲得房屋。

法院指出，雖然憲法第26條並不強迫政府在現有資源之外或立即實現這些權利；然而，國家機關在權力分立之下亦必須相互尊重，並不意味著法院不能或不應當作出影響政策的決定。法院的責任是憲法和法律的維護，因此當國家政策如與憲法不一致時，法院在適當情況下「必須」且「能夠」執行或實施這樣的政策，使權利獲得實踐。

依據憲法第26條「合理性」(reasonableness)的要求，政府可以採取廣泛的手段履行義務。法院並不判斷是否應採行更好的措施或國庫財物及資源如何被花費，但要審查系爭措施實際上是否合理。在確定何種措施「合理」時，有必要從社會、經濟和歷史文本中考量住房問題，並考量實現專案的制度能力。由於案情並不是靜態的，因此要做到合理，就不能不根據權利法案的內容來審查權利受到剝奪的程度和範圍。對於那些需求最為緊迫、享有權利的能力也因而受到極度破壞的人，在制定各種旨在實現權利的措施時，決不應有任何的忽略。觀諸本案情形，雖然近年來政府採取了全面的住房計畫並建立了大量住宅，但政府並沒有在其可獲得的資源條件下，為開普地區的那些沒有土地、沒有住房、生活在難以忍受的境況中的人提供合理的支援；因此，國家的住房計畫不合情理，國家沒有履行其逐步實現社會權的憲法義務。

是故，憲法法院向政府當局發出宣示命令（declaratory order），確認政府之不作為違反憲法義務，指示政府應在三個月內依判決意旨向被上訴人履行憲法第26條之義務--提供基本住房，並報告關於此事項的執行情況，住房申請人則有權對此報告作出評論。但如有必要，法院將發布進一步的補償命令。」

（三）簡析

南非在1996年的新憲法中，特別在其第2章基本權利章節納入了適足之住房、健康照顧、食物和水之權利等社會經濟性權利，各特別在本章第7條闡明權利典章的意義：「（一）權利典章係南非民主之基石。它銘記我們國家所有人民之權利，並且確認人性尊嚴、平等和自由之民主價值。（二）國家必須尊敬、保障、促進和實現權利典章中之權利……」。本案中，法院特別強調「所有憲法權利是互相聯繫與互相支持的，不能只停留於憲法文本之上，實現社會經濟權利以確保人民享受權利法案中的其他權利，是促進種族、性別平等和社會發展的關鍵」，並以憲法第26條之「獲得適足住房權」以及第28條兒童權利保護作為人民請求之權利基礎，認為：沒有食物、衣服或住所就沒有人的尊嚴、自由和平等；也基於這項權利保障，政府負有憲法義務採行一切合理的手段，在有限的資源內逐步實現權利，而法院也因此負有憲法職責，當國家政策與憲法不一致時，法院「必須」且「能夠」加以審查，使權利獲得實踐。換言之，本案可司法性是無庸置疑的，關心的重點反倒是權利如何在個案中獲得落實。

法院的論述內容強調「個人尊嚴」的維持，認為政府必須使人民享有「最小核心」（minimum core）的生活保障，另一方面，南非法院也將「平等」列為最重要的考量面向，要求政府落實人權保障之作為必須建立在平等的基礎上，以保障全體人民的生存福祉³³。根據憲法第26條之文義：「在足夠資源下採取『合理』之措施逐步實現」，法院採用了「合理性」審查標準，檢視政府有無使人民在合理、公平的基礎上獲得權利保障，並運用宣示命令及預示更進一步的補償命令確保權利之落實。

整體而言，南非憲法法院對於捍衛憲政民主、打破國會至上迷思、實踐憲法權利典章保障人權，表現出相當積極的態度，但也將其司法審查權限控制在「合理性」的審查。因為法院知道，這是憲法第26條獲得適足住房權所劃下的界限，

³³ 法院言及：「吾人不能孤立看待憲法第26條獲得適當住房權，政府必須創造條件保障公民在平等基礎上獲得房屋。」南非憲法將平等保障列為最重要的人權，除了有明確的平等權條款外，各種社會經濟性的權利保障，也都強調平等、公正的表現。參照魏千峰（2000），〈南非新憲法下之人權保障〉，《思與言》，38卷4期，頁127。

也是國家權力的分際。本案人權之落實，除了反映出憲法法院與立法機關的攜手合作、努力實踐外，其實吾人也不能忽略「人權委員會」(Human Rights Commission)此一憲法獨立機關居間所發揮的重要功能³⁴，人權委員會積極的推動人權教育、從事人權研究、監督及建議政治部門的人權政策及立法革新措施³⁵，使人民生存權的保障及落實成爲了可能。本案是南非落實人權保障的經點寫照之一，而南非新憲法的權利典章規定與憲法法院、人權委員會等人權保障機制使國內民主獲有進展，也獲得國際讚譽，國家形象大幅提昇，有學者稱道南非憲法對於人權之落實不僅開啓新時代開端，亦意味著非洲之復興 (African Renaissance)³⁶。

權利基礎	直接有依據： 憲26適足住房權
可司法性	強調權利的重要性 強調憲法不能只是宣言 強調法院忠於憲法而爲解釋
權利內涵	尊嚴：人人至少有最小核心生活保障 平等：政府作爲建立在平等基礎
審查重點	合理性審查： 國家採取措施是否合理 是否滿足最小核保障
結論	政府沒有在可獲得的資源條件下，爲那些生活處境艱困的人提供合理的保障
判決效力	1. 確認政府違憲 2. 指示三個月內向人民報告 3. 宣示必要時發布補償令

(表 3-3、南非案例簡表)

³⁴ 南非1993年的臨時憲法創設了5個人權保障機制：人權委員會、性別平等委員會、土地回復委員會、公共保護官、事實及調停委員會，1996年的新憲大致延續這些機制，並增設促進及保護文化、宗教和與言權利委員會。其中以人權委員會爲南非最重要的人權機制。See Jeremy Sarkin, *The Development of a Human Rights Culture in South Africa*, 20 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 630,634(1998).有關人權委員會職能進一步的分析，留待本文第四章再作說明。

³⁵ Mario Gomez, *Social Economic Rights and Human Rights Commissions*, 17 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 155, 156-158(1995).

³⁶ Peter Vale & Sipho Maseko, *South Africa and the African Renaissance*, 74 INTERNATIONAL AFFAIRS 271, 277(1998).

3.1.2.2. 印度案例

3.1.2.2.1. **Olga Tellis & Ors. Vs. Bombay Municipal Corporation & Ors. Etc.**³⁷ (1985)

(一) 案例事實

人口膨脹一直是印度最頭痛的問題。尤其在印度獨立之後，人民爲了生存、尋求工作機會，大量的人口從鄉下湧入孟買及各印度大城市，大群貧民迅速在街頭巷尾蔓延、集聚，並紛紛佔據街道，形成廣大貧民窟。1981年，孟買市政委員會通過「道路潔淨計畫」(Pavement Clearance Program)，驅逐這些隨意佔路搭屋的貧民。一系列驅逐行動就在該年7月最惡劣的季風季節中展開，貧民的陋屋被毀壞，許多老人、小孩因此而死去。爭取公民自由人民聯盟(People's Union for Civil Liberties, 簡稱PUCL)認爲政府不作任何通知即驅逐貧民的行爲非常殘忍而不人道，遂向孟買高等法院請發停止驅逐令。法院受理了請求，判令政府在季風季節前暫停執行。到了季風季節尾聲，PUCL向最高法院訴請提供適足住房計畫給這些無家可歸的貧民；同時，一位新聞記者Olga Tellis亦向最高法院起訴，主張這些貧民有居住在道路上的基本權，政府若不提供安遷措施而驅趕人民，有違憲法。兩案合併判決。

(二) 法院見解

由Chandrachud法官主筆的多數意見認爲，道路是公共的資產，不得據爲私用，人民並沒有侵佔道路而居的基本權。不過，人民的生計權與工作權是互相連結且相互依賴的，而憲法第21條所保障的生命權不單是身體或是動物性的存在，而是包括尊嚴的生活以及維持這種生活所必需的一切條件；換言之，生計權是憲法生命權保障的一環，如果人民的工作被剝奪，或被逐出棲身的道路及貧民窟，他最根本的生命權將陷入非常危機中。依憲法第21條，未經自然正義之程序不得剝奪人民之生命權，就本案而言，政府驅逐人民前應進行預告，因此法院判令政府在季風季節過後的下一個月以後始得進行驅逐。此外，法院也指示(direct)

³⁷ 1986 AIR 180, 1985(2) Suppl.SCR 51, 1985(3) SCC 545, 1985(2) SCALE5.

—並非命令（order）—政府應該提供這些貧民分配社會資源「最高優先」（highest priority）的機會，諸如分配便利可用的土地給他們。

（三）簡析

印度憲法為世界上最複雜的憲法，條款內容繁瑣並多達370條³⁸。除了憲法前言論及：「印度人民莊嚴地宣告，決心把印度建設成為具有主權、社會主義、世俗的民主共和國，確保所有國民享有社會、經濟和政治的正義，思想、言論、信仰和禮拜的自由，地位和機會的平等，以及維繫個人尊嚴、國家統一和領土完整的友愛」外，與人民權益相關的規定在第3部分基本權利和第4部分國策方針，這種章節編排與我國憲法有相似之處。但與我國不同的是，印度的高等法院和最高法院，有權力根據個案需求簽發有關落實憲法第三部分人民基本權利的指引、命令和令狀，包括人身保護（habeas corpus）、執行職務（mandamus）、禁制（prohibitio）、權利開釋（quo warranto）和訴訟文件移送（certiorari）性質的令狀。

由案例事實可發現，本案並非是自覺權利受侵害之人所提起之司法救濟，而是由完全不具利害關係的第三人基於公益所提起的訴訟。印度公益訴訟制度發端於20世紀70年代末80年代初，以美國的公共利益訴訟（public interest litigation，簡稱PIL）為藍本，並結合印度本國社會、文化、政治法律等現實，發展出具有印度自己特色的機制，因此，儘管受美國PIL影響深遠，印度法官和學者傾向將印度之公益訴訟制度稱為社會行動訴訟（social action litigation，簡稱SAL）³⁹。簡言之，印度的SAL比美國PIL更放寬了當事人適格與請求權基礎的要件把關，認為：如果公民或某一特定階層人民受到違法行為（尤指違憲行為）、越權行為的侵害，或被課以非法負擔，或處於上述情勢之危險，而該公民或階層因貧窮或能力不足等處於經濟或社會的弱勢地位，不能進入法院尋求救濟時，任何人都享有

³⁸ 黃姿育（2008），〈社會權可司法性的新出口？：以印度最高法院關於都市違建戶案件判決為中心〉，台大法律學院公法研究論壇（二），台大法律學院公法中心，頁3。

³⁹ 何兵、王軒（2007），〈印度的公益訴訟制度〉，《行政法學研究》，3期，中國政法大學，頁131。

根據憲法第226條⁴⁰ 請求高等法院發布適當的令狀或指示的權利；如果違法行為侵犯了該公民或階層的基本權利，任何人都享有根據憲法第32條請求最高法院提供司法救濟的權利⁴¹。由於起訴人都是代表他人或其他群體之人，所以這種修正傳統當事人適格限制的公益訴訟又被稱為「代理人社會行動」（Representative Social Action）⁴²。本案顯示，對於大多數人仍受到壓制、貧乏、低教育水準和被邊緣化的印度來說，司法的實踐除了透過憲法解釋，賦予憲法第21條生命權寬泛的定義，使生計權、住屋權等都能在生命權的內涵裡獲得落實和保護之外，更加重視司法制度的設計如何能夠讓那些既沒有能力、金錢，也不知道如何保護自己的人「去到法院並懂得敲門」⁴³。

就本案判決內容而言，最高法院落實權利保障的方式亦是有策略的：第一，法院僅為「過渡期間」之秩序作安排；第二，法院只就立法政策的規劃提供國家職責應該履行的「方向」，並且僅在最迫切核心保障的範圍內才對國家應滿足之形式加以指示。除此之外，印度最高法院的判決之所以能獲得政府回應與互動，也不能忽略SAL制度之專家委員會積極主動地調查資訊、提供專業意見、定期追蹤及監督政治部門後續的履行情況的重要功能。

3.1.2.2. Ahmedabad Municipal Coproration v. Nawab Khan Khan & Ors.⁴⁴ (1997)

（一）案例事實

⁴⁰ 印度憲法第226條：「無論第三十二條做何規定，高等法院有權在其司法轄區內對任何人員、機關、政府在適當情形下發佈指令、命令或令狀，包括人身保護狀、命令狀、禁令追究權利以及移送復審令等性質的令狀，以執行第三篇賦予它的一切權力。」

⁴¹ 何兵、王軒（2007），〈印度的公益訴訟制度〉，《行政法學研究》，3期，中國政法大學，頁132。

⁴² 蘇晏殊（2008），〈公益訴訟與公益法：印度的經驗〉，《亞洲法治通訊》，1卷5期，武漢大學亞洲法律資源中心，頁11。

⁴³ 同前註。

⁴⁴ 1997 AIR 152, 1996(7) Suppl.SCR 548, 1997(11) SCC 121, 1996(7) SCALE770 , 1996(10)JT 485.

有29位貧民在印度Gujarat州Ahmedabad市的人行道上搭屋居住，形成一貧民窟。1982年政府打算拆遷該違建時，該29位違建戶依憲法第226條向Gujarat高等法院提起訴訟。高等法院在1995年作出判決，令市政府應在判決後兩個月內，制定安遷計畫將貧民安置到另一個替代處所，在此過渡期內貧民得先暫住此地，直到貧民安遷之後，政府始可移除這些違建屋；而整個安遷及移除違建的進行過程，政府皆必須遵守「符合自然正義之聽證程序」的要求。市政府依法院意旨擬定了安置計畫，提供三個富有生活便利措施的地點供選擇，但是違建戶認為這三個地點均太遙遠，無疑是剝奪他們的生計權而不願搬遷。於是市政府向最高法院提起上訴。（附帶說明的是，本案繫屬高等法院時，原來29位上訴人僅剩下10位，其中之19位已接受政府要求而搬離。但案件到了最高法院時，違建戶卻由原來所剩之10人擴增到56人，甚至原本所搭建的簡陋小屋也已改建成商店。）

（二）法院見解

最高法院首先就政府拆遷行為的合憲性作說明。法院依循前述Olga Tellis案的見解，指出小路、街道、人行道是供公眾使用的公共資產，不允許私人目的使用，故國家有權及責任來移除阻礙交通之人行道上的違建戶。又，生命權或個人自由權利的剝奪，必須經過一合理公平公正之程序，經查，本案政府移除違建的程序、過渡期保障及提供違建戶安遷計畫措施，均可認符合公正程序，故若人民仍繼續抵抗者，政府必要時得使用適當合理之武力，並不違反自然正義原則。

法院進一步就這些違建戶為何得在政府收回道路之前要求國家提供住房安置方案的憲法理由加以闡釋。最高法院表示，生存權是文明社會眾所皆知的基本人權，世界人權宣言（UDHR）第25條第1項⁴⁵與聯合國經濟、社會、文化權利國

⁴⁵ 世界人權宣言第25條第1項：「人人有權享受為維持他本人和家屬的健康和福利所需的生活水準，包括食物、衣著、住房、醫療和必要的社會服務；在遭到失業、疾病、殘廢、守寡、衰老或在其他不能控制的情況下喪失謀生能力時，有權享受保障。」（Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.）

際公約（ICESCR）第11條第1項⁴⁶將此權利奉為神聖，而住所權是生存權保障內涵之一，不單只是有屋頂遮蔽已足，還需包含所有必要之生活基礎設施，例如適於生活的空間、安全的結構、乾淨的環境、水電、衛生設備和道路等設施，進而可以發展自我，因此解釋印度憲法時也不能忽略這些基本人權。在印度過去諸多判決先例⁴⁷中已對住房權係印度憲法第21條生命權之保障範圍加以肯認，生命權不單是活著，它更是一切自由之根基，人民生命權被確保進而擁有發展自我之能力，才享有真正自由、人性尊嚴而人人平等；換言之，為了生存而尋求住所，是生命保護與延伸，有了家的依靠，人民才有機會讓身、心、智和精神都有所成長。加上平等的落實正是印度憲法的終極目標，憲法前言即表明以社會經濟正義、機會平等和個人尊嚴為促進社會整合之目標，而憲法第38、39條等國策方針條款也要求國家要對社會弱勢人民落實社會經濟正義，減緩因收入所致的機會與地位的不平等。因此，即使侵占道路搭建違建不被允許，但國家仍有憲法職責提供適當的設備與機會給社會上受限於窮困處境的弱者，以維繫憲法宗旨。國家必須謹記，當今社會中，使人民生命痛苦且不可能安適的活著，也屬於一種生命權的剝奪。

司法審查是憲法基本結構，每個市民皆可藉由司法程序來主張其基本權以修補國家侵害，違建戶也不例外；相對而言，這也是憲法法院的憲法職責，透過司法來保障人民權利免受侵害。即便政府受限於財政，也不能因此免除義務，蓋憲法職責乃是要求政府於合理費用內逐步實現權利。因此，雖然政府預算之分配，乃為政治部門的權能，法院並無法給予具體預算規劃與執行的指示，但政府必須依憲法第38、39、46條之國策方針條款的意旨，在發展經濟的同時，亦須兼顧社會正義，特別是對社會經濟與政治上不正義之階級族群應預先加以保障，以防止

⁴⁶ 聯合國經濟、社會、文化權利國際公約第11條第1項：「本公約締約各國承認人人有權為他自己和家庭獲得相當的生活水準，包括足夠的食物、衣著和住房，並能不斷改進生活條件。各締約國將採取適當的步驟保證實現這一權利，並承認為此而實行基於自願同意的國際合作的重要性。」（The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.）

⁴⁷ e.g. *Olga Tellis & Ors. Vs. Bombay Municipal Corporation & Ors. Etc.*[3 SCC 545(1985)]; *Chameli Singh & Ors. V. State of U.P. & Anr.*[2 SCC 549 (1996)]; *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Toame*[1 SCC 520 (1990)]

他們被剝削與遠離不正義。本案中，政府應逐步形成方案、立法提撥週年預算專款，提供膳宿給這些族群，逐步地實現他們的住房權。

綜上，最高法院認為政府拆遷程序合憲，但還是要給予原來剩下之10位違建戶有選擇政府三個方案中的任何一個的機會；至於其他藉著向原違建戶買屋而成爲新違建戶、或在上訴期間內增建違建的當事人，除非符合該方案所定要件而可相同適用之外，並無資格獲得此方案利益，以免變相鼓勵人民藉違規及濫用司法程序而獲得補助。

（三）簡析

印度憲法第四部分之國策方針條款規定了許多關於社會經濟正義實踐目標的憲法宗旨，不過第37條特別明定：「此部份之條款不應由任何法院實行，但在國家領導下卻是基本性的原則，且國家應採用這些原則作為立法之義務。」亦即僅賦予了立法者制定各項社會立法之正當性基礎，使其免於違憲性非難，但同時意味著人民不可透過司法來主張國策方針之規定。又雖然印度憲法基本權章中並未如南非有明確的住房權之規定，但是最高法院透過解釋，將UDHR及ICESCR二國際公約之生存權保障意旨用來充實印度憲法第21條生命權保障之內涵，並搭配憲法前言、國策方針之憲法意旨，將不具可司法性、規定在國策方針章中的社會保障目標，融入具有可司法性的基本權當中，加以闡述，使原本只有自由權性質的生命權保障範圍有了新意義，強調生命權所蘊含人性尊嚴、實質平等的面向，使本件社會給付(住房)請求找到了憲法明訂的權利基礎與司法審查的空間。

審查方法上，印度法院以防禦權的形式展開審查，認為國家使生命痛苦即屬一種生命剝奪，並重視整部憲法的和諧性及前言、權利典章、國策方針各章節的關聯結合，均衡兼顧國家建設發展（整治道路、市容）與社會正義（確保各身份階級之人享有平等的人權）的落實。然而，最高法院雖使當事人透過司法救濟獲得特定利益，但也謹守司法權限分際，將判決對政治部門的要求停止於預算分配之前。

茲將以上兩件印度案例的審查特色，表列如下：

案件	Olga Tellis案	Nawab Khan Khan案
權利基礎	憲21生命權功能展開	憲21生命權功能展開 (將國際公約、憲法前言、國策方針融入基本權內為解釋)
可司法性	直接有依據： 基本權條文本身即有可司法性	
權利內涵	尊嚴：尊嚴的生活 生計：維持這種生活所必需的一切條件	尊嚴：發展自我、身心智成長 平等：改善經濟身份不平等，實現社會正義
審查重點	以防禦權形式為審查： 需符合自然正義之程序始能剝奪生命 優先去滿足最基本核心保障	以防禦權形式為審查： 需符合自然正義之程序始能剝奪生命 憲法體系和諧： 經濟發展與社會正義必須兼顧
結論	驅逐前有相當過渡期間先行預告 國家應提供社經地位極度弱勢之人分配社會資源「最高優先」的機會	國家使生命痛苦亦為一種生命剝奪 國家應盡憲法職責合理費用內使人權逐步獲得積極實現
判決效力	1. 確認政府違憲 2. 過渡期之保障 3. 基本生活條件優先保障的指示	1. 確認政府違憲 2. 指示立法形成方案提供過渡期膳宿、分派週年預算實施 3. 使特定當事人獲得特定利益，但止於實質預算分配之前

(表 3-4、印度案例簡表)

3.1.2.3. 各國闡述權利基礎之綜合比較

美國憲法上，除了前言提及「促進普遍福利」外，並未提及任何具體的社會經濟權利；案例中顯示，美國聯邦最高法院以「社會經濟『領域』(field)」來描述這些案件，沒有特別去定位社會給付係屬何種憲法權利。不過，過去一向被視為是政府恩澤 (gratuity) 或特權 (privilege) 的社會給付，經過美國實務判決

的闡釋下，可以「財產」⁴⁸的形式加以確認，再透過憲法第14條增補條款正當程序和平等來保障。

日本法院則以其憲法明文規定之第25條生存權作為審查的基礎。由法院的論述可發現，法院對於生存權的規範效力是有所顧慮的，但仍然正面回應生存「權」，使生存權活躍於其釋憲實務中。

而南非法院亦是在其憲法第26條直接找到了「獲得適足住房權」之權利依據，但不同於日本強調片面的國家義務的拘束而人民沒有主觀公權利，在南非法院的觀點中，住房權之規定是「人民權利」與「國家義務」相互對應的雙向思考。

印度法院也是如此，其憲法中雖然沒有生存權規定，但最高法院透過UDHR及ICESCR二國際公約之生存權條款，來充實其憲法第21條生命權保障之內涵，並將憲法前言、國策方針之憲法意旨與社會政策目標融入憲法第21條生命權意涵中，使生命權多了積極意義，也為人民之社會給付請求找到了憲法權利基礎。

綜而觀之，印度SAL制度放寬了起訴資格與要件，使少數且弱勢族群的權利救濟增添許多實現可能性，加上在其憲法第三部份可提起司法審查的基本權條款中找到了權利基礎，因此人民直接提起司法救濟主張權利保護並不是問題；而南非則是認為憲法權利之規定不能只作為一紙美麗的宣言，在有權利即應有救濟的理念下，肯定了人民直接基於憲法基本權主張司法救濟的機會。但是，美國及日本則因認為人民之社會給付請求權源，必須依附於既有的立法而為主張，若沒有法律規定，人民不能夠享有直接請求國家實現的權利。可發現，各國認定的權利基礎不同，或多或少都與憲法文本規定有關，而憲法學理的主張，也影響各國進入司法救濟之門檻設計。

⁴⁸ 美國學說上有稱此為一種新財產權，See Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733(1964).所謂「新財產權」，同時意指著一種新的經濟現象以及指涉的是一種對於持有該利益者而言，非常重要的經濟上利益發展，然而這不在傳統的「財產」定義範圍中；這些利益是奠基於龐大組織的經濟系統自然發展的結果，這裡的組織同時包含國家與私人企業，美國聯邦最高法院包括Goldberg v. Kelly(397 U.S. 254)在內的幾個案子中可見到此種見解的身影。參照憲法案例教學網（2008），黃昭元、葉俊榮、張文貞編撰，〈第五單元：財產權〉，2007年教育部補助法律專業科目教學改進計畫，<http://www.law.ntu.edu.tw/taiwan-claw/index.html>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

觀諸我國憲法章節的安排與學界通說所認定基本權與基本國策的規範效力，實與印度的憲法體例相當接近，不過，關於人民的生存保障，並非從防禦權面向的生命權推導出生存權，反而是與日本一樣，在憲法上有明確的生存權條文規定。然而，不論是必須依附於社會立法始能主張權利的美國與日本，抑或可直接基於憲法基本權主張權利保護的南非及印度，其司法審查的過程都有一個共同的特徵：各國都正面回應人民憲法上的「權利」基礎、直接從憲法權利條款找到「權利」依據進而展開論述，此點與我國大法官解釋在這類案件中常常只論國家義務，卻不去認定憲法權利基礎，有非常明顯的不同。

3.2. 我國憲法生存權之反思

我們應如何看待憲法第15條生存權在我國憲政底下的意義？各國司法案例之發展，提供了我們幾點反思與回饋：

3.2.1. 權利基礎的選定，與國家的歷史背景與時代需求密切相關

3.2.1.1. 生存權誕生的背景，與外國入憲考量的歷史脈絡

人權研究普遍將基本權利的發展分為三代：第一代人權肇始於十八世紀推翻專制政府，爭取民主憲政運動時，美國憲法增補條款與法國憲法對於人身安全、財產權與參政權的保障⁴⁹，認為人民只要能夠擺脫專制政府予之的束縛，個人即可憑藉自己的能力及努力成果，獲得生存。在這種國家干涉越少越好的思潮中，請求國家積極介入的社會經濟性權利尚難在人權建制理念中獲得立足點⁵⁰。

然隨著19世紀工業國家興起，以及資本主義下商品交易自由及財產自由使得資產形成不受限制，社會貧富不均所產生的經濟矛盾、貧富懸殊等社會問題日益

⁴⁹ 參照雷文玫、黃舒芃(2005)，《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁5。本文亦收於：行政院研究發展考核委員會主編，《憲改方向盤》，台北：五南，頁386-426。

⁵⁰ 參照陳新民(1992)，〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論(上冊)》，臺北：三民，頁97-98。

嚴重，所以承認每一個國民皆應擁有最起碼的生活權利之思潮漸漸出現；此時，原初所強調消極不干涉人民自由的人權保障宣示，已經不足以保障人民基本生存所需，故當時德國哲學家菲希特及法國社會主義者傅立葉，分別提出生存權、教育權及工作權之主張，要求政府要積極確保人民生存所需，也激起20世紀初社會主義思潮提倡各種勞動、社會與文化等第二代人權的誕生。第二次世界大戰之後，經法西斯及納粹等獨裁者對憲法的扭曲等教訓，更促使人們重新個人生命尊嚴及人道尊重，許多政府職能角色也從夜警國家漸漸轉向給付行政國家，並將人類的尊嚴作為至高無上的命題⁵¹。

要保障生存，將人性尊嚴的價值加以具體化，最直接的方法便是將之實定法化。第二次世界大戰之後，各種形式的社會權利的規定在各國憲法內或多或少獲得肯定外，也在一些重要的國際公約裡得以見之。生存權在世界上首次受到憲法明文保障的是德國1919年的威瑪憲法，其第二編第五章《經濟生活》開頭的第151條第1款規定：「經濟生活之組織，應予公平之原則及人類生存維持之目的相適應。」學者認為這裡雖不能明確稱之為權利，但它名是了生存權是一種國家積極介入來實現「像人那樣生存」的權利⁵²。隨後，各國憲法也紛紛仿效，加入了生存權保障，或揭櫫社會福利國家為前提規劃相關的社會保障制度。日本憲法正是在此潮流中而制定了憲法第25條生存權，本條第1項規定：「全體國民均享有過著健康且文化的最低限度生活之『權利』⁵³」。可發現，不同於威瑪憲法之條文上並未明文揭示生存權為國民權利，日本憲法則明文規定生存權為一種權利。

其實，在日本制憲過程，1945年的憲法研究案階段，社會黨便提出了以民間草案為基礎、與現行條文文意幾近相同之草案，但至麥帥草案階段，卻未加採納，反倒提出類似於現在第25條第2項「國家對一切生活領域，應努力提昇及促進社會福祉、社會保障及公共衛生」的國家立法義務規定；直到眾議院最終修正階段，

⁵¹ 奧貴雄（1985），《生存權の法理》，新有堂，頁216-217。轉引自鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁17。

⁵² 大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台北：元照，頁3。

⁵³ 按：引號為筆者所加。譯文摘自許慶雄（1991），《社會權論》，眾文，頁19。

當時二位社會黨議員森戶辰男（社會思想學專家）和鈴木義男（法律專家）再度提案將「享有過著健康且文化的最低限度生活之權利」追加插入成為本條第1項規定，雖有其他議員擔心將生存權明文化會帶來「社會主義化」，但經二人熱心且詳細的說明此乃資本主義的修正原理，且為當代憲法社會化必走之路，始獲其他代表的同意通過⁵⁴。由此過程顯示，日本憲法第25條第1項明定生存權，主要是因應國際潮流及國內需求產生，而以民間草案為基礎，並為日本當局自主制定而成，其由下而上的制憲過程更是符合理想的制憲模式⁵⁵。嗣後日本制定了《新生活保護法》，本法第1條開宗明義規定「本法基於日本憲法第25條規定之理念，國家對於所有生活窮困之國民，對應其窮困之程度而實行必要之保護，連同保障最低限度的生活並助長其自立為目的」，亦即，生活保護法為憲法第25條生存權的具體化法律，亦使人民之生存權有了憲法和法律的明文保障與落實。

1931年，南非脫離英國殖民獨立自治後，政府為便利少數白人政治與經濟控制，仍繼續運用強大的行政立法措施來延續過去的種族隔離與歧視，面對反對者的批判，政府往往以國家安全之名加以壓抑，使人權受到嚴重迫害，南非人民的個人權利義務皆隨種族標籤決定，大多數人民過著貧苦、卑賤的生活⁵⁶。1980年代，著眼於集體對於保護環境、尊重少數民族文化、與住民自決權的反省的第三代人權崛起⁵⁷，南非的反種族隔離運動達到高潮，政府的威權統治亦達高峰。1990年代南非受英國影響的傳統議會至上和司法保守主義已開始淪為對過去實施種族隔離政策的反動改革力量。加上國際上美、俄兩國對於南非政治環境的關注壓

⁵⁴ 藤澤宏樹、高木さやか（2000），《生存權の法的性格論（1）》，福島高專研究紀要第40号，頁124-125；清水伸編（1962），《逐条日本国憲法審議録第二卷》，有斐閣，頁546-578。轉引自鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁27-28。

⁵⁵ 鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁28。

⁵⁶ See Hugh Corder, *Towards a South African Constitution*, 57 MODERN L.REV. 491, 493(1994); Hugh Corder, *South Africans Transitional Constitution: Its Design and Implementation*, PUBLIC LAW 293(1996).轉引自魏千峰（2000），〈南非新憲法下之人權保障〉，《思與言》，38卷4期，頁151。

⁵⁷ 參照雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁5。本文亦收於：行政院研究發展考核委員會主編，《憲改方向盤》，台北：五南，頁386-426。

力，提供了朝野談判協商制定新憲的契機。1993年的臨時憲法與1996年制定的新憲法，建立了權力分立制度，也為消除以往種族歧視的危害，致力於權利典章與人權委員會的建制，尤其強調每個南非人皆有平等之基本權利理念，將平等保障列為最重要的人權⁵⁸，同時也針對社會本身之歷史與環境特別保障，並參照聯合國經濟、社會、文化權利國際公約（ICESCR）之規定，將許多社會權納入了權利典章中，並特別表現在平等、公正的基礎上使權利獲得落實⁵⁹。

印度的背景亦與南非有相似之處，由於數千年的歷史文化因素，印度一直是個極不平等的社會，種姓階級制度長久存在於社會上，受到宗教、政治、經濟壓迫使最低層級階級處於社會最低階亦最貧窮地位。而印度為成爲一真正民主國家，致力於消除種姓制度，使社會最底層人民可獲得真正自由，因此制定了非常細膩繁複的憲法條款，已如前述。在這樣的歷史背景下，極度強調平等成爲印度憲法之特色，除了憲法前言所提及之「平等」可說是整部憲法的中心思想外，第三部分的基本權利不僅規定了平等權，此外其他條文亦多次使用平等之詞；而關於憲法第四部分的國策方針則特別明定了國家應特別注意地增進弱勢人民的教育與經濟利益。因此，印度憲法之前言、基本權、國策方針可說是以「消弭歧視、積極維繫平等」爲中心，所展開的憲政體系，各項基本權利的落實，均不忘貧窮、弱勢人民社經生活地位的保護。

對比之下，美國脫離英國殖民統治、建立獨立自主的國家後，看待個人權利與國家管制間關係的方式，傾向認爲不該在憲法層次賦予國家積極介入私人生活領域、藉以實現社會正義的任務與權力，因此係藉由相關社會立法與各種管制措施來推展國家發展社會福利的理念⁶⁰。但其實，美國雖有強烈的自由放任思想，

⁵⁸ Allie Sachs, *A Bill of Rights for South Africa: Areas of Agreement and Disagreement*, 21 COLUM. HUM. RTS. L. REV.13, 16-17(1989).

⁵⁹ Peter Vale & Siphon Maseko, *South Africa and the African Renaissance*, 74 INTERNATIONAL AFFAIRS 271, 277-278(1998); 魏千峰（2000），〈南非新憲法下之人權保障〉，《思與言》，38卷4期，頁151；胡敏潔（2006），〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

⁶⁰ 鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁140。

然而面對30年代的經濟恐慌，國內亦曾掀起要求國家將勞動基本權和生存權或社會保障權等新基本權入憲的聲音。只是不同於德國威瑪憲法制定時是面臨強烈的政治革命與資本主義危急存亡之秋，美國基本上還是以維持自由經濟，要求自律自主的自治精神來保障社會上的貧弱者，主要的目的乃著眼於消解經濟構造上的矛盾與確保自由經濟秩序的安定和繁榮。但許多革新措施因受前述自由放任思維之影響，面臨相當大的阻礙⁶¹，諸如甘迺迪（John Kennedy）的「失業政策」、詹森（Lyndon Johnson）的「和貧困之戰」等都未收良效；而尼克森（Richard Nixon）除貧的「家族援助計劃」中原本有福祉最低標準津貼之設計，亦在議會中遭自由派與保守派所反對。由於社會意識尚未凝聚，無法形成足夠力量，從而生存權思想在與自由放任主義抗衡中仍遲遲沒有入憲⁶²。但儘管如此，美國仍嘗試以多樣的解釋論和價值原理性，試圖從學說和判例上構築人民生存保障之道；1960年時，本來一般不被認為是憲法上的權利的社會給付請求權，在學者Charles Reich的新財產論⁶³、John Rawls的正義論⁶⁴、Frank I. Michelman的社會福利權⁶⁵等學說，以及後來透過判例的解釋，運用平等保障、正當程序要求等方式，企圖從側面、間接保障了人民的社會給付請求權。

綜而言之，保障人民生存權利這種人權理念的產生，是為了解決資本主義所造成的各種社會問題，因此希望國家在行政立法上的積極作為使人民享有符合人性尊嚴的基本生活條件。但這樣的理念入憲與否，則與各國社會背景和歷史脈絡有關；從日本生存權之規定，以及南非、印度制憲背景與憲法體例以觀，這些權利的入憲主要有以下幾個用意：第一，拘束政府施政，將權利透過文字予以宣示，不僅約束政府施政不得侵害憲法保障人民的權利，也約束人民不得忽視或任意侵害少數弱勢的人權；第二，雖然生存權的落實因涉及資源分配，未必能在短期實現，但入憲後仍然明確了國家發展方向，國家必須在平等的基礎上逐步實現權

⁶¹ 同前註，頁140-141。

⁶² 同前註，頁37-38。

⁶³ See Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733(1964).

⁶⁴ See JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE*, Harvard University Press, 4th(2001).

⁶⁵ See Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 13 (2003).

利，不得違背憲法指令；第三，權利的入憲尚有鼓舞人心、凝聚團結意識的作用；印度及南非當時政治上面臨民主化變革，經濟上經歷著消除奴役階級制度的轉型，其憲法上社會權的規定，成為國家對人民平等看待、認真照護的承諾，也象徵著新的民主憲政體制會努力實現這些承諾，凝聚了人民對新政體和經濟改革的團結心⁶⁶。

另一方面，我們從各國歷史背景發展可知，其權利保障的理念與方式除可能受憲政法理基礎影響之外，亦不能忽視其時代上的意義⁶⁷。例如，美國之所以能如此運作，除了上述的歷史思想以及已落實第一層次社會立法政策的使然，在客觀環境上也因有判例法為中心，並強調程序保障，故有其特殊的環境背景可以直接在法律層次上運轉⁶⁸；而日本生存權的入憲提供了明確的憲法基礎，但同時也因面對1980年代末期經濟衰退，礙於政府財政窘迫的現實，從而導致生存權規範效力受到學說及司法實務保守看待的原因。時值民主轉型過渡的南非及印度，許多貧民面臨根本無法生活的窘境，在當時法制未臻成熟的情況下，人民只能直接本於憲法人權，向法院尋求最後一線救濟的希望；此時，憲法權利規定、司法審查以及司法積極主義，被聯繫在一起，司法對於人權保障的落實，在國際社會的廣泛讚譽和關注下，更形成熟、積極⁶⁹。

從以上比較法的觀察可發現，憲法權利如何規定，對於該國司法實務的處理，確實會有所不同；再者，發展中或者已開發之國家，對於生存權的議題取向

⁶⁶ 其實，不只是日本、南非及印度，學者雷文玫在研究中東歐國家在1980年代民主轉型後將社會權入憲的意義，也有類似的發現。詳參雷文玫（2002），〈再訪社會權—1990年代中東歐國家憲法變遷社會權入憲之研究〉，收於《當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（下）》，元照，頁571-600。

⁶⁷ See Frank I. Michelman, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: the Constitutional Question*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 156, 164(George Nolte ed., Cambridge Univ. Press, 2005).

⁶⁸ 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〉，《國立臺灣大學法學論叢》，33卷3期，頁61-81。

⁶⁹ See Peter Vale & Siphon Maseko, *South Africa and the African Renaissance*, 74 INTERNATIONAL AFFAIRS 271, 277-278(1998); 胡敏潔（2006），〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

也有所差異。南非及印度的案例中，面對的是人民根本無以維生的窘境，只能單純依靠國家作為以及尋求憲法上的權利救濟；然而美國及日本的案例中，則主要處理社會給付立法變動及關於其他基本權競合的問題，因此司法著力的深度也未盡一致。但不論各個國家是以何種形態的方式保障與詮釋，我們都能明確觀察到在設定國家定位及憲政價值的同時，都勢必對其社經地位不均所導致的社會環境脫序做修正。而生存權實定法化的過程以及往後權利的落實，也非一朝一夕而成的，必須要有足夠的人民權利意識、社會普遍接受的全體社會規範意識，以及足夠的社會資源環境等條件，才能推動權利思想實現於法的秩序上⁷⁰。因此，本文認為，究竟應否承認憲法位階的生存權，不單純僅為憲法學理上權利的概念與定位的分析而已，相反的，我們應該綜合思考：(1)生存權是否能成為整合國人對國家憲政發展的共識；(2)在憲法上應該以何種形式呈現生存權；(3)憲法上能否提供適當機制使人民得以實現權利⁷¹。

3.2.1.2. 我國之觀察與分析

據上以觀，我國憲法生存權的實踐，必須把本國制憲背景及時代需求脈絡納為考量。

查我國憲法前言：「中華民國國民大會受全體國民之付託，依據孫中山先生創立中華民國之遺教，為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利，制定本憲法，頒行全國，永矢咸遵。」制憲者認為國家除了應「鞏固國權，保障民權」，更必須致力於「奠定社會安寧，增進人民福利」，社會主義式的國家觀隱然可見⁷²。而就憲法條文觀察，我國憲法保護了相當多的基本權，尤其是建構市場經濟的工作權（職業自由、營業自由）、財產權、契約自由等，透過大法官解釋，都可以在憲法上找到依據；由這些保障規定看來，我國憲法預設之經濟體

⁷⁰ 小林直樹（1961），《憲法の構成原理》，東京大学出版社，頁305-306。轉引自鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁17。

⁷¹ 相同見解有學者雷文玫及黃舒芃。參見雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁18。

⁷² 王信仁（2003），《再訪社會權》，政治大學法律學研究所碩士論文，頁133。

制則又具有市場經濟、自由法治主義的傾向。再就憲法第15條文本體例而言，其將生存權、工作權與財產權並列，並使用「應予保障」的字句，與其他明顯防禦性格的自由權有很大的不同。制憲史料中，已如本文第1章所述，亦特別論及生存權乃是為保障無產階級而特別制定，社會性格相當濃厚。

再者，吳庚大法官於釋字第404號不同意見書中表示：「…我國民初以迄現行憲法制定之際，社會主義、集體主義思潮瀰漫國中，五五憲草第十七條原僅定有保障財產權之文字，於制憲國民大會第一審查委員會審查時增加工作權、生存權，使二者與財產權並列為保障之對象，其理由為：「經討論時咸以為人民之財產權，固應保障，然對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障，否則僅保障有財產者之財產，實屬有違民生主義之精神…」，顯示我國憲法第15條生存權不僅僅只是片面的國家義務，而係屬於人民憲法保障的基本權之一。此外，釋字第422、464、596號解釋中，大法官也透過憲法解釋肯定了給付請求性格的生存權。

故本文認為，在我國，生存權作為人民請求社會給付案件的權利基礎，應可像日本一樣是直觀且清楚的選項，不會面臨美國式的權利選擇猶豫或大費周章的闡述，也不須要如同印度透過傳統自由權的功能開展的分享權意涵來解釋，或者透過對憲法基本原理原則等其他迂迴方式來闡述⁷³。

3.2.2. 我國社會權體系與釋憲論述方式的重省

既然我國生存權作為憲法權利基礎的地位是可以肯定的，那麼各國案例中，正面闡述人民「權利」基礎的論述方式，也提供我們對社會給付案件之釋憲論述方式重新檢討、省思的機會。

⁷³ 學者雷文玫與黃舒芃分析我國憲法與德國之差異時，也持相同的看法。參雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁22；黃舒芃（2006），〈社會權在我國憲法中的保障〉，《中原財經法學》，16期，頁8-9。

3.2.2.1. 基本國策作為客觀價值秩序再「回導」主觀權利乃迂迴論述

承第2章所分析，大法官處理社會給付請求之案件時，往往將焦點放在國家作為義務面向，不正面說明人民之權利內涵。這樣的論述方法，與學者研究社會權所提出的論點，有相通之處。根據學說討論，將社會權分成兩種類型，一是放在憲法第二章人民權利規定中的生存權等條款，但僅有「人性尊嚴最低限度保障」未獲滿足時，始得主張的「社會基本權」，大部分情形，則以置於基本國策中的各項社會權條款為基礎，作為一種「憲法委託」⁷⁴或作為一種「社會國原則」的憲法原則⁷⁵。申言之，源自於憲法基本國策條款「憲法委託」、「社會國原則」的國家作為義務，所強調的是相對於基本權之主觀權利面向的一種客觀法規範，具有課予國家作為義務的法拘束力，但非直接賦予人民「主觀公權利」⁷⁶。

⁷⁴ 關於社會權的分析，我國學者對基本國策規範效力的認定，大致可分成以下四說：（1）方針條款：並無規範拘束力，只是給予國家公權力一種日後行為的方針指示，政治及道德意義大過法律意義；（2）憲法委託：此說為多數說，認為憲法委託具有法規範力，立法者雖有形成自由，但如果立法者訂立的法律，有違背這些社會權條款時，會產生違憲的後果；（3）制度保障：對於既有制度或憲法中已有某些社會基本權利「理念」的具體架構出現時，即應與保障；（4）主觀公權利：認為社會基本權利應該如同其他的憲法自由權利一樣，具有直接的、強行的效力，也就是賦予人民可以「主張」實踐的一種「公法權利」，並且可以請求法院予以救濟，此說最受爭議而不為所採。

⁷⁵ 李建良（2008），〈論社會給付立法的違憲審查基準：社會國原則的實踐難題〉，司法院主辦，違憲審查基準與社會國原則－司法院大法官釋憲六十週年學術研討會（下冊），頁1-28；李建良（2009），〈社會國原則的實踐與人民基本權的保障〉，台大法學院主辦，第四屆日台憲法共同研究會－公法典範的繼授與轉型法學研討會，頁7-16。

⁷⁶ 主觀權利、客觀規範這樣的概念由來，主要是因德國法上基本權（Grundrecht）之「recht」一字，在德文裡有雙重意義：權利及法；因此使用此字作為重要概念時，通常都加上主觀或客觀的字樣，前者指個人權利，後者指法或規範，以免混淆。而我國若干學者受德國文獻影響，也常使用主觀權利與客觀規範作為術語。參照吳庚（1998），〈基本權的三重性質：兼論大法官關於基本權解釋的理論體系〉，《司法院大法官釋憲50週年紀念論文輯》，司法院書記處，頁14。關於主觀權利、客觀法規範之基本權體系的沿革發展、內涵及與社會權之關係，可參照吳庚（1998），〈基本權的三重性質：兼論大法官關於基本權解釋的理論體系〉，《司法院大法官釋憲50週年紀念論文輯》，司法院書記處，頁14-48；李建良（2007），〈基本權利與國家保護義務〉，收於氏著《憲法理論與實踐（二）》，學林，二版，頁62-122；李建良（2004），〈基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克「身分理論」談起〉，收於氏著《憲法理論與實踐（三）》，學林，頁38-60；程明修（2008），〈基本權客觀內涵之主觀化—從憲法保障之制度與基本權之制度性保障功能談起〉，第六屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會—釋憲六十週年紀念，頁12-23；張嘉尹（2002），〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，《當代公法新論（上）：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照，頁35-62；陳新民（1992），

「主觀權利」和「客觀規範」這兩個概念最大的區別在於：人民是否能向司法機關的權利救濟。但隨著人權觀念的日漸普及，憲法理論也開始關心國家如果未盡客觀規範所要求之義務時，如何導出法律效果或結論以透過司法貫徹⁷⁷。是故，我國憲法學似乎也逐漸承繼了德國學說以及聯邦憲法法院判決⁷⁸所逐步建立起基本權客觀功能體系的論證理路，首先透過基本權利的「擴散作用」（Ausstrahlungswirkung），使其效力擴及到所有法秩序；其次，從國家保護義務、組織及程序功能中，再導引出主觀的公權利⁷⁹。本文推測，我國釋憲實務強調國家作為義務進而導引出人民得進入司法救濟的論述方法，應該是這種「客觀功能面向再主觀化」理論的實踐，故憲法解釋中才會看到大法官以國家是否違反義務作判斷，而不去過問人民究竟有無主觀權利，即予受理。

不過，「再主觀化」理論的引入，在學界曾引起檢討的聲浪⁸⁰。學者程明修引述德國學界的分析，認為基本權客觀面向的功能主要在於補強本身基本權之保障，所以它本身就應該盡可能有效地在主觀權利上加以型構；如果在此也要先承認某些客觀制度之意義，再尋求權利主觀化的可能性與方法，實係曲折而難以理解，且易使得基本權利的保障範圍依附於立法者之形成判斷⁸¹。學者李建良也認為這種基本權利客觀功能的論證方法，先將基本權利提升為價值秩序，再透過所謂「擴散」作用及國家保護義務的衍生，再從中導引出請求保護的權利。此種論證方法隱含著頗值商榷的「再主觀權利化」（Resubjektivierung）的問題：首先

〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，三民，頁98-102；楊政憲（1995），〈社會基本權之研究：以德國法為借鏡〉，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁25-36。

⁷⁷ 李建良（2004），〈基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克「身分理論」談起〉，收於氏著《憲法理論與實踐（三）》，學林，頁53。

⁷⁸ BVerfGE 7,198(204 f.); 49, 89(141 f.); 56,54(73); 73,261(269); 84,212(227).轉引自前註，頁56。

⁷⁹ 同前註，頁56-57；李建良（2007），〈基本權利與國家保護義務〉，收於氏著《憲法理論與實踐（二）》，學林，二版，頁81-85。

⁸⁰ 李建良（2004），〈基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克「身分理論」談起〉，收於氏著《憲法理論與實踐（三）》，學林，頁65；程明修（2008），〈基本權客觀內涵之主觀化—從憲法保障之制度與基本權之制度性保障功能談起〉，第六屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會—釋憲六十週年紀念，頁14-16；張嘉尹（2002），〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，《當代公法新論（上）：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照，頁35-62。

⁸¹ 程明修（2008），〈基本權客觀內涵之主觀化—從憲法保障之制度與基本權之制度性保障功能談起〉，第六屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會—釋憲六十週年紀念，頁14-15。

就保護義務而言，所有原本只是客觀法的內容的保護義務，一下子轉成主觀的「保護權利」，使吾人不禁要問，此一主觀的權利內涵何不直接從基本權利的主觀面向進行推演，而要以此種「迂迴之道」來構建另一主觀權利體系；換言之，其實可以直接了當的把所有「客觀功能」直接歸結為基本「權利」的功能內涵與成分要素，藉以免去憲法釋義學上的迂迴週折⁸²。

本文也認為，「再主觀化」的思考，其實透露了人民的主觀權利與國家客觀義務之間應不必截然二分，而可以是一體兩面的相對關係。正如日本、南非、印度案例中，法院不斷強調國家的種種作為義務，但也特別指明國家的這些憲法職責都係來自於人民的權利本身。究竟我國為何須將社會權體系區分為主觀權利與客觀義務兩種類型來區別對待，是有待商榷的。

或許有認為，基本權之主觀權利與客觀義務之再主觀化的主張，還是有「抽象」權利與「具體」權利之差異，為了避免人民恣意請求以及司法過度膨脹，還是有區分實益的。但是，憲法基本權保障，本即不在擔保特定人民、特定利益之取得⁸³；基本權的主觀權利面向，並不必然表示司法權會過度膨脹，也不必然會因為承認了主觀權利的作用，而比基本權僅視為一種憲法委託更容易致使憲法法院去形構具體規範內容，造成違憲審查機制變成特定個人與特定利益的操弄。由釋字第485、578號解釋的觀察甚至可以發現，當大法官闡述基本國策憲法委託的理念進行違憲審查時，司法介入的程度不見得比較低。因此，若以司法權會過度膨脹、審查機制質變為特定利益等論觀點而否定給付請求性格基本權的主觀功能面向，其說服力顯有未足。以上迂迴論述，只是顯出學說及實務想藉由客觀論證來封鎖人民開啓訴訟之門並非必要，相反的，可能需要重新檢討刻意迴避給付請求案件中基本權的主觀權利功能，是否只是多餘的顧慮。

⁸² 同前註，頁65-66。

⁸³ 張喬婷（2008），〈憲法保障社會權是否可能透過違憲審查制度實現？—輔以比較法觀點之參考〉，台大法律學院公法論壇（一），頁8。

3.2.2.2. 基本國策並非人民「權利」

其次，對於憲法上哪些條文是人民的基本權，也應該慎重定位。就我國憲法之章節編排以觀，「人民權利」與「基本國策」分開規定，各自處於規範順序上相隔甚遠的第二章與第十三章（及增修條文第10條）中；這種體系上的安排，隱約透露制憲者當時的想法：基本國策不是基本權利⁸⁴。而學說上就基本國策是否為基本權利，也已經劃定明顯的界分⁸⁵，認為基本國策乃是憲法中國家機關與人權規定「以外」的第三種結構⁸⁶。然而，當討論到社會權時，多數學者卻又認為憲法第二章的第15、21條以及基本國策條款等均為我國社會權之憲法基礎——把「權利」與「非權利」通通納入「社會『權』」的概念內涵，也正因為如此，導致社會權的定義，及其能否作為憲法「基本權」的地位備受爭議，進而也造成社會權之「權利」行使及一系列「權利」性格爭論的主因。

再者，我國人民聲請釋憲的程序，依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定，以「人民『憲法上權利』遭受不法侵害」為要件；由此以觀，若未能在憲法第二章人權條款找到受侵害的權利基礎者，根本不符合釋憲受理要件。因此本文認為，不論是人民的主張或大法官的認定，不論如何，都應該回歸憲法第二章人民權利的條文去探尋憲法權利基礎。基本國策條款，作為客觀的「憲法委託」，或稱「社會國原則」，是既然不是「人民憲法上權利」，大法官就不應該於案件中僅論及此、以此作為憲法權利的根據，而仍然應該回到憲法第二章人民權利的條文規定找到人民受侵害的憲法權利基礎。

較為合適的作法，是類似於我國釋字第485號解釋、或印度Nawab Khan Khan案中，將基本國策與憲法基本權章節中之權利依據相互配合，藉以描繪出國家憲政意識所設定的意象與圖譜，以透過基本國策規定較基本權更為具體的方向設

⁸⁴ 林明昕（2006），〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，《公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構》，元照，頁23。

⁸⁵ 同前註，頁22-23；林子儀（1993），〈Is the welfare right a constitutional right?〉，收於：氏著《權力分立與憲政發展》，台北：月旦，頁145-172。

⁸⁶ 李震山（2005），〈論憲政改革與基本權利保障〉，《中正大學法學集刊》，18期，頁200。

定，幫助充實、明確化人民抽象、概括的基本權在國家憲政意識下所特別彰顯的各種具體內涵。

3.2.2.3. 正視生存權作為一個主觀權利基礎

除了前述基本國策思維體系的問題外，另一個影響大法官處理人民請求社會給付之案件時，不從主觀權利面切入的理由可能在於：大法官採取了多數學者所認為「只在最低限度或最基本程度之內承認憲法第15條（給付功能面向）生存權的主觀權利地位」的說法⁸⁷。對此，本文基於以下兩點理由⁸⁸，認為這樣的思維有進一步商榷的餘地：

第一，就生存權的保障範圍而言，這種「只在最低限度或最基本程度之內承認生存權的主觀權利地位」的觀點是繼受自德國通說對其基本法「生命權」(Recht auf Leben)的解釋，該條生命權的主觀給付請求權是來自國家對個人生命的保護義務，在這種情況下，其給付範圍自然只限於保障生命所需的「最低限度的生存保障」，至於超過一般所承認「最低限度」之部分，應該依據由社會國原則而來之社會安全體系進行給付，而不屬於基本法中生命權的保障範圍。換言之，德國的生命權很清楚地區分「國家保障的生命權」與「從國家對生命的保護義務導出的給付請求權」，原本是一種防禦國家侵害的自由權，只是在基本權的客觀面向暨保護義務發展出來之後，基於國家對個人生命的保護義務，延伸產生出個人可以要求國家提供「最低限度的生存保障」所需之給付，而相對於我國的生存權，學說以及大法官均肯認了其給付請求之性格，基於我國與德國對生存權在規範性質定位上的不同，似乎不須要仿照德國將其規範效力限於「最低限度的生存保障」

⁸⁹。

⁸⁷ 楊政憲（1995），《社會基本權之研究：以德國法為借鏡》，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁68-69；周志宏（1999），〈社會權：總論、教育權〉，《月旦法學雜誌》，48期，頁127-128；法治斌、董保城（2004），《憲法新論》，台北：元照，二版，頁89；李惠宗（2006），《憲法要義》，元照，三版，頁660-663。

⁸⁸ 參照雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁27-29。

⁸⁹ 同前註，頁28。

第二，就憲法所保障的生存權應該在何種程度或條件底下予以承認，應係屬生存權「保障範圍與保障程度」的問題，而不是生存權作為主觀權利之「規範效力」層次所要討論的問題。換句話說，一旦承認生存權作為主觀權利的效力，就已經肯定人民得以此作為憲法上的權利基礎、向國家主張生存權保障，至於生存權的保障可以落實到何等程度，應是屬於權利「實現」層次的問題⁹⁰。其實，學界會這麼限縮生存權的適用條件，是因為擔心這種具有給付請求性格的權利過度擴張，但事實上，當人民具有「不限於最低限度生存保障」的生存權之主觀公權利，並不表示人民的給付請求可以無止無盡地擴張，相反的，它突顯了我國憲法規範架構之下，生存權的「實現」應有其範圍與界線。換言之，生存權的「規範效力」、生存權的「保障（實現）程度」係屬不同層次的問題⁹¹；生存權作為主觀權利的效力位階，並不會直接導致司法違憲審查侵犯立法形成空間的後果，反而要關心是釋憲機關對於憲法規範所為闡釋是否逾越憲法本身對司法活動的拘束，亦即司法審查界限範圍的問題。

由此以觀，學說及實務一直顧慮對開啓釋憲程序之門的把關，盡可能限縮對於主觀公權利的承認，但事實上所要擔心的應該不是一旦承認了生存權的主觀權利使得司法機關就權利之實現獲得表示意見的機會，即足以導致司法過動、或權力分立破壞的結果；要關切的反而應是司法機關獲得審查的機會出現後，司法者究竟應該扮演何等角色，以及憲法解釋內容有無逾越憲法規範所劃定的界限。

3.2.2.4. 釋憲受理程序對於權利主張方式的規範，已避免了人民無端請求的問題

當學說致力於生存權規範效力把關，限制人民直接依據憲法提起具體的請求權的同時，事實上，我國人民聲請釋憲的程序依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款：「二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法

⁹⁰ 同前註。

⁹¹ 同前註，頁37。

之疑義者。」可以歸納為三個要件：第一，人民憲法上權利遭受不法侵害；第二，經法定程序，並已窮盡救濟途徑；第三，對終局確定裁判所適用之法律或命令發生抵觸憲法之疑義。

由上述第三個要件可知，我國採取了抽象法規審查，聲請人必須指摘法令違憲，而非終局確定之裁判本身認事用法違憲，亦即我國抽象審查制度下的要件要求，早已使得社會給付請求須依附於既有的國家法令而為主張。然而，這並非是生存權之規範效力本身獨有的限制，所有憲法基本權為司法救濟之時，都會受到上開釋憲受理要件的限制；只是因為生存權之給付請求性格，使得此項限制更為彰顯而已。換言之，我國釋憲制度的使然，使得生存權的司法實踐，與日本的抽象權利說⁹²以及美國社會給付係屬法律上權利的實務運作「結果」十分近似。是故在現行釋憲制度下，我們應沒有憂心人民憑恃憲法生存權無端予取予求的主觀公權利之顧慮，因為根據大法官審理案件法，人民聲請憲法解釋除了有憲法保障的權利之外，尚須以此權利對抗既有法令規範，亦即，人民的主張本來就不是無中生有、作無端的請求。

或有不少學者指出，在這樣的釋憲要件限制下來承認生存權的主觀權利，反而是默視給付請求性格之生存權欲透過司法途徑實現權利的根本性問題。因為，生存權之不滿足，通常便是因為國家（尤其是立法者）的不作為或懈怠；又既然是「不作為或懈怠」，就不會有法令的存在，此時聲請人如何能進一步客觀予以具體指摘相關法令抵觸憲法呢？

因此，就現行大法官審理案件法之規定，有學者認為可將立法不作為歸類為「關於適用憲法發生疑義之事項」，亦即立法院及中央或地方行政機關得以行使職權（是否提供具體的給付）適用憲法（得否不受立法欠缺所拘束，直接依據憲

⁹² 日本憲法學對生存權的規範效力，最主要為抽象權利說與具體權利說之爭。所謂抽象權利說，係認為人民之具體生活保護請求權，必須由立法機關設定該具體權利的內容，此時憲法上抽象的生存權保障才會與該法律結合，轉為可司法性的具體化權利，然若沒有立法時，憲法所保障的生存權僅為一種抽象性權利，人民不得以之為依據直接訴諸司法裁判。相對而言，具體權利說與抽象權利說的區別便是當立法不作為時，人民得依據憲法條文提起立法不作為違憲之訴訟。

法規定為給付)發生疑義聲請釋憲⁹³。雖然也有反駁前揭看法,而指出「憲法疑義解釋」僅限「憲法及具有憲法位階的規範」,故立法不作為不能作為此類釋憲之標的者⁹⁴,不過,學者們卻肯定:為了捍衛憲法的最高性與拘束力,以及本於「有權利必有救濟」之人權意旨,且從釋字第153、374號解釋的發展,應肯認大法官並非不能採取「類推」的方式,擴張解釋標的直接及於立法不作為⁹⁵。另外,也有學者從國家賠償的觀點切入,認為依現行國家賠償法第2條第2項後段以及釋字第469號解釋意旨,並基於生存權及平等權之競合,受害人民得向立法院先行協議或直接向法院提起損害賠償之訴,此時繫屬法院應得依釋字第371號解釋提出客觀上確信立法不作為構成違憲之理由,向大法官聲請違憲疑義之解釋,也建議儘速落實釋字第487號解釋之精神,制定有關立法不作為國家賠償之法律⁹⁶。

以上,有關立法「完全」不作為的假設與分析,確實對生存權之權利行使與司法救濟提供完整宏觀的理論建構。不過,本文就現實面來觀察,認為目前的釋憲受理程序對於現階段法制結構下之立法不作為的因應,應不是問題。蓋從美國與日本之案例背景可發現,日本憲法剛制定時,關於人民得否直接依生存權條文提起救濟一事,各家爭議不斷,但隨著生存權下位法規的制定完成,1970年代中期以後,關心的重點逐漸從「抽象權利與具體權利」的爭論轉為違憲審查標準的探討;而美國也由於新政時期定頒了一連串的社會立法,使人民生存保障得以側

⁹³ 周宗憲(2003),《憲法上人民最低生存權的性質與司法保障-我國與日本學說及司法判決(大法官釋憲)見解的檢討》,輔仁大學法律研究所博士論文,頁197-198。

⁹⁴ 林子儀(1991),〈司法護憲功能之檢討與改進〉,國策中心編,《憲政改革》,業強,頁217;陳愛娥(1995),〈立法怠惰之回應〉,《憲政時代》,21卷1期,頁41;王信仁(2003),《再訪社會權》,政治大學法律學研究所碩士論文,頁155。

⁹⁵ 陳愛娥(1995),〈立法怠惰之回應〉,《憲政時代》,21卷1期,頁55;許宗力(2007),〈淺談立法怠惰〉,收於氏著《憲法與法治國行政》,元照,二版,頁479-486;郭介恆(1995),〈立法怠惰之回應〉,《憲政時代》,21卷1期,頁6-7;王信仁(2003),《再訪社會權》,政治大學法律學研究所碩士論文,頁156;周宗憲(2003),《憲法上人民最低生存權的性質與司法保障-我國與日本學說及司法判決(大法官釋憲)見解的檢討》,輔仁大學法律研究所博士論文,頁198-199。

⁹⁶ 郭介恆(1995),〈立法怠惰之回應〉,《憲政時代》,21卷1期,頁8-10;陳文豐(2004),《論立法不作為之國家賠償責任》,中國文化大學法律學研究所碩士論文,頁189-192、198。此外,學者郭介恆尚有提出人民創制權行使等方式,惟目前我國創制複決之法律尚未制定,此是否亦屬另一項更嚴重的立法怠惰,以及是否有憲法創制權條文之直接適用,又屬另一值得討論的議題。相關討論亦可參陳愛娥(2003),〈立法怠惰與憲法條文之直接適用〉,《全國律師》,7卷11期,頁50-54。

面透過平等權或藉由第一層立法所型構出之公法上財產權方式來保障。換言之，憲政民主國家對人民生活保障大致已透過社會給付第一層次的立法來落實，故大部分的給付問題往往可以附於立法規定有無涵蓋不足或涵蓋過廣的分析上。

觀諸我國社會立法亦是如此，人民的生活急難救助，透過社會救助法提供了救助給付、關於教育的部分，國民教育法及補習教育法已提供了九年國民教育給付；而職業訓練與就業服務，有職業訓練法與就業服務法加以保障，此外尚有老人福利法、殘障福利法、兒童及少年福利法、就業保險法、中低收入老人生活津貼發給辦法、社會福利政策綱領等各項社會立法及社會政策，也顯示生存權的各種面向已有實定法加以落實⁹⁷。基此，本文認為現階段我國的法制發展，釋憲聲請時，人民應可找到相應的法規依據作為社會給付請求之違憲審查基礎。也正因為如此，現階段爭論生存保障究竟為主觀權利抑或客觀價值之區別，在結果上已沒什麼重大意義了。

3.2.2.5. 司法實踐經驗也顯示，當代生存權的司法審查所面對的問題，不再是人民直接拿生存權主張之顧慮

由外國比較法的經驗可以得知，國家法制發展的成熟度，會影響人民生存權的主張方式以及關於憲法權利基礎的闡釋與操作。在20世紀初的南非與印度，正值民主轉型之際，法制尚不健全，故無以維生的人民，只能直接拿憲法權利規定來主張；但是，美國與日本的社會經濟發展有一定水準，加上普遍有實定法的規定來落實人民生存保障，是故司法案例中也就不是空論人民依憲法權利向國家請求給付，而是有立法所本。隨著時代的發展下，各國法制伴隨文明開化而漸有一定水準；今日，如同過去南非與印度案例直接根據憲法主張生存權者，已相當少見，大部分要面對的反而是國家法規變動所衍生的權利保障調整問題。

⁹⁷ 學者許宗力、楊展嘉亦採相同看法。參照許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，收於氏著《憲法與法治國行政》，元照，二版，頁191；楊展嘉（2006），《論人格尊嚴在法律上之地位：依社會國原則論我國對人民最低限度生存保障之實踐》，文化大學法律學研究所碩士論文，頁121。

我國的司法實踐亦是如此，且承第2章實證結果可知，有關生存權的解釋通常與其他權利相連結，很少單獨被使用。尤其是釋憲聲請書中，聲請人主張給付請求性格之生存權的同時，均伴隨著其他憲法權利一併主張，顯示人民其實非常清楚當生存權作為憲法主觀權利之際，也會涉及到財產權、平等權或他人其他憲法權利的問題，並不是片面無端的主張而已。況且，誠如前述，由於現行釋憲制度下，生存權的主張須依附於一個不完美的立法，亦即透過指摘「該規定只給了某部分人民給付，而忽略了聲請人所面臨情況亦有社會給付需求」；從而，當人民提出生存權主張時，便容易會去搭配平等權或財產權，以請求大法官去判斷系爭規範有無恣意差別待遇之不公平情形或對財產權益受到過度限制。因此，大法官解釋也會將生存權、平等權、財產權以及他人憲法權利綜合斟酌，應不再須要擔心人民直接拿生存權無端主張。

除此之外，國際上，聯合國經濟社會文化權利委員會（Committee on Economic, Social and Cultural Rights）為使各國司法審查切實落實ICESCR而作出之第9號一般性建議書（general comment）⁹⁸中，也透露出相同的訊息。關於生存權的司法救濟，已有了個人申訴制度的建立，是故現階段已難想像一國人民直接拿憲法生存權而為主張之情，相對的，生存權實踐的重心，主要放在法院如何以生存權意旨審視立法政策的問題。

綜上以觀，不論是比較法觀察、我國司法實證的資訊，抑或國際公約一般性建議書中均顯示，原初憂心人民會直接拿憲法生存權無端向國家予取予求的假設，在當代司法實踐中已證明為多餘的顧慮了。

3.2.2.6. 小結：回歸憲法「權利」規定來論定人民之權利基礎

憲法學創設國家義務概念之旨，應不是用來瓜分主觀權利的功能，也不該是用來調控司法救濟大門之鬆緊，也非單純用來界分「抽象」權利保護抑或「具體」

⁹⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1998), Draft general comment No. 9: The domestic application of the Covenant, available at <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (2009/07/09 visited)

權利保護的。相反的，憲法學上特別創設客觀價值體系，其目的應在「補強」基本權利主觀面向不足之處⁹⁹，使權利保護更具完整性。是故，演繹憲法權利體系時應該非常小心，以避免發生「反『客』為『主』」所帶來的體系複雜紊亂。

如果將基本權體系譬喻成大自然，人民的身為基本權利主體就如同植物，需要適合的土壤、氣候等客觀條件配合，方能茁壯，使權利有效發揮、落實。在一個憲政國家中，公權力部門基於憲法意旨，保障人民基本權利免受侵害，並確保人民有良善的環境使權利能確實行使，本屬當然之職責，這也是學說客觀價值秩序的初衷；而個人，身為基本權利的主體，當其權利受侵害時，可依憲法保障基本權之旨提起救濟，此亦為基本權主觀權利面向最主要的功能。由此以觀，客觀價值秩序的作用是盡可能的輔助主觀權利的實現，並且可以提供國家有正當的基礎來保障「潛在的基本權主體」、「集體而難以逐一確定的基本權主體」或「沒有基本權的客體」——例如胚胎、幼兒、動物、自然環境、氣候變遷等這些攸關整體人民基本權行使環境，卻沒有主體可以主動、即時地主張人權的「客觀秩序」。至於已經有基本權，且可以自己主張權利的個人，所應強調的應是「權利」面的回歸，而不是由客觀面向來片面看待國家的義務。

不可否認的，我國憲法學理繼授德國憲法基本權之體系思維與脈絡，當時擔心法制結構未臻成熟，若使人民得直接依憲法享有給付請求的主觀公權利，容易導致人民無端請求、國家過度介入與權力分立失衡等問題，但誠如前揭分析，這些疑慮在當代已屬不必，並可透過司法審查程度與審查界限的把關加以解決，不必再迂迴從客觀功能體系操控基本權最原初的預設——「人民」行使、主張其「人權」的本質。

是故，關於社會給付請求案件的權利基礎為何？本文認為，現在學說與實務對於基本國策與基本權之間的關聯，是最要細緻而慎重處理的部分。既然稱為「權

⁹⁹ 許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，收於氏著《憲法與法治國行政》，元照，二版，頁192-206；李建良（2007），〈基本權利與國家保護義務〉，收於氏著《憲法理論與實踐（二）》，學林，二版，頁81；程明修（2008），〈基本權客觀內涵之主觀化—從憲法保障之制度與基本權之制度性保障功能談起〉，第六屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會—釋憲六十週年紀念，頁15；林明昕（2006），〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，《公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構》，元照，頁27-31。

利基礎」，便應回歸憲法第二章節的條文規定去探尋，使基本國策的憲法精神在憲法第二章人權條款中找到對應的權利規定¹⁰⁰。既然現階段生存權司法實踐所面臨的問題，應不再是國內文獻過去所討論人民是否具有主觀公權利的問題，因此當人民依憲法第15條生存權提起社會給付請求時，大法官不論是要受理還是駁回，都不應該選擇迴避對生存權的闡述，反而應該正視它，把它說清楚、講明白。

綜上，本文認為，既然過去討論最激烈的主客觀權利理論已不再是有關社會給付議題司法審查的困境，現階段關於權利基礎闡述所面臨的問題，反而是由於既有的大法官解釋對於生存權內涵的闡述太少，使得生存權的特質與功能沒有被清楚突顯出來。是故，若要探討生存權作為權利基礎是否有用，我們應該去認真思考生存權的內涵為何？以生存權為基礎時，會與單純使用平等權、財產權的審查有何差異嗎？是否有平等權、財產權就足夠，生存權只是放著好看而已？本文將接續來分析。

3.2.3. 構築生存權的權利內涵

日本憲法第25條規定：「全體國民均享有過著健康且文化的最低限度生活之權利。（第1項）國家對一切生活領域，應努力提昇及促進社會福祉、社會保障及公共衛生。（第2項）」，而我國憲法第15條則僅簡單規定：「人民之生存權…應予保障」。相較之下，日本生存權之條文結構設有較詳細的權利保障內涵及層次規定，因此其司法審查往往可以直接透過生存權的闡述，發展出一系列經典的實務案例；而我國現行條文規定以及既有的憲法解釋對於生存權的概念內涵闡述的還不夠清晰，這或許也是影響我國司法審查一直把生存權束之高閣的原因。

本文認為，若要使我國憲法生存權有進一步實踐的空間，其內涵不能只停留在生活、生計的籠統概念中，還需再具體化、充實化、明確化、具有司法可操作

¹⁰⁰ 學者李震山提到我國基本國策條款所可能對應的憲法基本權為何，可以嘗試從憲法第7條射程範圍尋找基礎，或探討是否在憲法第15條生存權保障範圍內，抑或透過「複合權」的方式，以憲法第22條為媒介，再將有明文列舉之生存權、財產權等結合而為權利基礎。參李震山(2005)，〈論憲政改革與基本權利保障〉，《中正大學法學集刊》，18期，頁201-202。

性才行。根據日本憲法第25條生存權之條文結構，以及南非、印度司法案例對於住房權、生命權內涵的闡述，本文將嘗試從司法審查的現實面（而非人權刻畫的理想面），來描繪、構築出我國憲法第15條生存權的權利意旨及射程範圍。

3.2.3.1. 核心層：生命的維繫

關於生存權之定義，在學說上有以維持生命之最小需求為解釋，亦有以符合人性尊嚴生活標準來認定者。前者定義主要以「生命的維繫」為主，後者則喻含著享有發展自我與實質平等之自由平等意涵。不可否認的，保障人性尊嚴係與追求人類幸福生存之目的固然是近代立憲主義國家所存立的終極目的，所有基本權都可說來自於人性尊嚴理念的實踐；但是，就司法審查的角度而言，人性尊嚴的概念過於抽象空泛，較難判定及操作，且易流於主觀，畢竟各人對於什麼是符合人性尊嚴之生活皆有不同的看法。因此，本文認為，人性尊嚴的價值理念或可看作是貫串生存權（甚至是每個基本權）的價值思想，卻不適於將之作為生存權的核心意涵。反倒是「生命的維繫」此一意涵之涵蓋範圍小而具體明確，且正如我國釋字第476號解釋意旨以及印度司法案例所論及，生命的維繫是人民生存最基本且不可或缺的前提，故應可肯定「生命的維繫」適於作為生存權核心意涵。

申言之，本文認為，生存權的原點，當為生命的確保（生命權）¹⁰¹，蓋生命乃是生存的前提，失去了生命，也根本談不上生存。生存權在生命尊重的面向上，其具有防禦權的性質，使人民擁有對抗國家造成其生命侵害的權利；而在生活延續面向上，和生命維繫最緊密相連的生存條件是生存權保障最起碼的要求。依釋字第571號解釋，大法官指出受非常災害之人民的生存照護非常緊急必要，比起非實際居住於受災屋之人民，更有提供緊急救助之必要之意旨，故應可認為當生命權遭受到危害之情形時，處於緊急危難狀態者之救助順序應優先於其他。

尤其今日資本主義社會中，不可避免的一些非自因性、結構性問題（如貧窮、失業）而威脅到弱勢者賴以維生的條件，當人民生命處於急迫危難的狀態時，應

¹⁰¹ 學者鄭明政亦有類似看法，惟氏認為生存權之核心內涵係以人性尊嚴為建構基礎的最低限度生活權利，與本文見解略有差異。參照鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁76。

肯認人民可從生存權導出請求國家提供適時救助，使人民脫離生命急難之權；相對的，國家本身也有義務對於已陷入貧困而無法維生的人民提供實質的保障，協助其免於生命危難¹⁰²。

3.2.3.2. 第二層次：基本物質條件的滿足

維繫生命之外，生存權的第二層次應是確保人民免於挨餓受凍，享有基本物質條件的滿足。

正如南非及印度之司法案例所論及，住所是生存權保障的內涵之一，不單只是有磚、瓦、屋頂足以遮蔽風雨已足，還需包含所有必要之生活基礎設施，例如適於生活的空間、安全的結構、乾淨的環境、水電、衛生設備和道路等設施。因為當人民最基本的物質條件獲得滿足後，才有可能進一步去關心生活品質以及具備發展、實現自我的能力。

而為了防止這層權利內涵與範圍過度擴散，而失去原來最基本的保障功效，應對「基本物質條件」的內容、標準加以收縮與界定，以最嚴密的方式保障。有日本學者提出由國家劃定一最低限生活水準線，以充做人民生活風險的最低安全網¹⁰³之方式；本文認為，這在我國亦是可行的，蓋我國基本國策條文已經諭示國家劃定一些準據以實施各種生活保障，且透過生活科學的研究、當時社會生產力、國民收入水準、生活水準、人民權利意識以及社會文化發展程度等作為參考指標，並隨著各時期國家經濟的發展，定期去界定客觀的基本物質條件應非問題¹⁰⁴。例如，我國勞動基準法所定最低基本工資，或者我國釋字第280號解釋中，

¹⁰² 參照鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁76-77。

¹⁰³ 參照大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台北：元照，頁121-124。

¹⁰⁴ 採相同看法的亦有楊展嘉（2006），《論人格尊嚴在法律上之地位：依社會國原則論我國對人民最低限度生存保障之實踐》，文化大學法律學研究所碩士論文，頁120；鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁76。而日本學者大須賀明亦指出，在日本的生活扶助基準方面，就生活費部分的計算測定方式，已經由「茶籃式（依據生活必需品的市場價格來計算實際生活花費）」轉變為「恩格爾式（根據家庭食品開支費用與家庭總收入的比例關係來計算）」，或者以東京高等法院肯認的「勞研方式（又稱為綜合消費單位方式，依據日本勞動科學研究所所實施的生活實際情況調查的詳細資料，編製成一種反映國民基本生活的綜合消費單位）」。由此觀之，就客觀科學的

大法官謂：「…如不能維持退休人員之基本生活（例如低於編制內委任一職等一級公務人員月俸額），其優惠存款自不應一律停止…」，均顯示非可訂出一客觀可衡量之基準。

3.2.3.3. 第三層目標：健康、文化、更為快適的生活水準

生存權的保障，依各國之經濟社會所具備之條件與能力所能保障之範圍自然不同，須按照階段性來漸進達成目標、逐步使權利獲得實現。當第一層、第二層目標皆達成時，生存權便可進階作為發展社會福利、教育保障、健康權等新興人權之基礎¹⁰⁵。

有鑑於給付請求面向的生存權常伴隨龐大財政支出，牽涉甚廣，使國家常不知該如何妥適處理或望之卻步，將「健康、文化、更為快適的生活水準」納為生存權第三層目標內涵，課予國家必須努力去敦促與指導最低生存權的向上充實，是有意義的。只是因為此一概念具有流動性及彈性，因此司法審查標準不須定得太嚴格而已。

另一方面，本層意涵亦包涵了權利保障「不得倒退」的原則，具有「防禦權」的效果，以對抗國家事後恣意更改法律政策而影響到已穩定實行之各種保障制度¹⁰⁶。從美國的Goldberg案以及我國釋字第280、456、609號等解釋便可見到，此一層次生存權內涵一旦透過具體化的法律制定後，若國家無合理之理由或依正當程序進行者，不得任意剝奪該已經賦予之權利，否則會遭司法違憲評價。

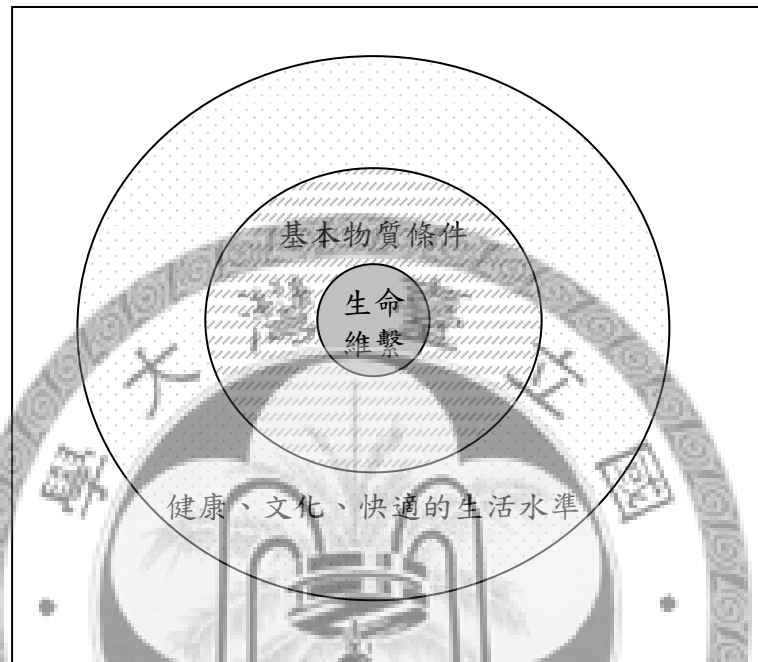
測定方式來確定最低限度生活標準，在基本上是可行的。大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台北：元照，頁124-125。

¹⁰⁵ 河野正輝（2001），〈社会保障法の目的理念と法体系〉，《21世紀の社会保障法（講座社会保障法第一卷）》，日本社会保障法学会編，頁29。轉引自鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁77。

¹⁰⁶ 學者孫迺翊也有類似看法，認為當立法落實後之修正變更，必須受到法治國原則的拘束。詳參孫迺翊（2007），〈恩給性社會給付沒保障？：憲法與行政法角度的分析〉，《月旦法學教室》，52期，頁87。

3.2.3.4. 小結：生存權內涵光譜環

綜上所述，本文嘗試藉由我國實務既有標準以及外國案例的啓示，構築出生存權的三層次內涵，若以圖形表示，可形成一圈圈由內往外擴展的生存權內涵光譜環：



(圖 3-1、生存權內涵之光譜環)

生存權的核心保障，是「生命的維繫」，具有時間上之急迫性以及損害之不可回復性，因此必須受到最嚴密、迅速的權利救濟與保障。而第二層的「基本物質條件」重視的是人民免於挨餓受凍的社會基本生活條件，本文認為，其保障範圍應可透過客觀的科學和社經統計數據來具體化。第三層則是「健康、文化、更為快適生活的水準」，一方面防禦國家不當侵害既有權利，同時亦包含國家權力積極作為提升保障範圍的意旨。

生存權由最內層的核心往外層層擴展的內涵層次，顯示出權利保障的由先序位及迫切性，當人民要求保障的內容越接近生存權之核心內涵，就越應該賦予較嚴密的保障。由於生存權的概念是流通的，受社會經濟發展、人民意識等影響而有階段性不同的變化，其權重亦會依照層次、階段而不同。整個生存權之射程範

圍從最內的「生命維繫」到「基本物質條件」再到外層「健康、文化、更為快適生活的水準」的光譜環，也對應到憲法意旨對國家權力從嚴格拘束（裁量萎縮至零）到允許一定的立法形成空間，視不同情況而給予不同強度的保障程度與保障時限，與其他的基本權一樣，具有開放性的本質¹⁰⁷。

3.2.4. 生存權於人民社會給付請求案件中之實效

承前述，當今憲政民主國家對於人民的生存保障多已透過立法加以落實，因此，縱使不依據生存權，人民還是可以藉由平等權、財產權之主張來爭取司法救濟。不過，生存權的內涵與平等權、財產權畢竟不同，以生存權作為的權利基礎的案件，對於司法審查所關注的面向還是會有所差異。

例如，美國的案例中便能發現，因受限於憲法並無明文生存權保障，在審查社會給付案件時，法院很難明確表示人民的請求權源自於本質性的人權以及憲法上的根據，或多或少還是能感受到沒有生存權此一人權保障為基礎時所遭遇到審查人民給付請求權利定位的困境；再者，司法者以平等權審查社經領域案件時，為對立法謙讓，通常使用幾近無干涉的合理性審查，顯示案件一旦被歸類於經濟自由領域，而欠缺人民生存權保障之思考時，司法審查之結果最終仍難逃以合憲推定的命運。相較於我國相關憲法解釋，數號解釋中因有生存權保障的憲法意旨，從而大法官的分析論述較能夠思考到人民之生存保障與國家財政負擔之間的輕重權衡，甚至也反映出在財政資源有限的情形下，立法者的分配更要公平合理、滿足人民實際生活情況所需。

不僅如此，本文認為，以生存權、平等權、財產權同時作為權利基礎，並不衝突，反而還能相輔相成，幫助審查標準更為細緻化。一方面，生存權的概念寓含改變人民社會經濟生活不平等和不公正狀態，本身帶有實質平等的意涵，能幫助平等權審查規範目的時更加具體、明確，也能充實手段合憲性審查時思考分析的素材；另一方面，對應於美國與日本的案例的發展，可發現兩國實務均漸漸細緻化其司法審查的論述過程，改善了過去「一旦屬於社會立法事項即寬鬆審查」

¹⁰⁷ 關於生存權審查標準的建構，請參第五章。

的粗糙分析模式，而開始重視個案事實的不同，而有更為細緻的調整，其中，也不難看出人民生活需求的迫切程度是調整寬嚴判斷的要素之一。據此，生存權內涵的光譜環，應可用來幫助個案審查更為細膩，適度調整審查標準的寬嚴，越接近核心領域的給付需求，應給予越高程度的保障。

3.3. 本章小結

根據我國制憲者原意以及憲法解釋實踐情形，應可肯定人民社會給付請求案件中，生存權可以與平等權、財產權等一起作為權利基礎。過去學說與實務對於生存權之主觀權利性格之顧慮，在現階段人民生活保障已透過社會立法落實的法制現況下，其實對生存權之主觀權利面向的擔心都已屬不必要，不妨回歸基本「權」，好好地看待這個具有給付請求面向的權利。

其實生存權概念意涵建構的不夠清晰，也是造成給付請求面向的生存權甚少被司法實踐的原因之一。許多大法官運用財產權、平等權來審查之社會給付請求案件中，其實不僅涉及財產權、平等權的問題，也涉及了生存權的保障，有時甚至更應以生存權作為貫串整個憲法解釋的基礎。如果生存權能像言論自由、隱私權這些權利一樣，有相對清楚的內涵層次理解，使人人能夠對其權利內涵的光譜環有所預見與共識，使權利的特質以及保障範圍有較清楚之界定，不僅可幫助充實、明確歸整出個案中司法審查實質平等的分析，還可以避免原來學理所憂心生存權過度膨脹、顛覆財政危險等種種顧慮。

至於生存權的司法實踐，是否會導致國家過度介入私領域、司法過動、破壞權力分立等疑慮？本文認為，這並非是生存權其「權利」本身的問題，而是司法審查過程進行利益衡量、審查標準如何採擇之「保障程度」、「司法實踐方式」的分寸拿捏。換言之，顧慮生存「權」而費心防堵其司法救濟大門之餘，其實更重要的應是去關心系爭案件一旦進入司法程序，司法者應採取什麼樣的態度、審查標準或救濟制度來面對生存權在司法實踐上的困難，以及如何使生存權不至於淪為政治道德上的宣示、憲法上美麗的宣言，同時也能在司法權限分際內、在維持權力分立容許狀態下，有良好的機關互動。

第4章 生存權可司法性與憲法解釋效力的探討

外國案例中可觀察到，美國法院的態度大致採取寬鬆的審查模式；而印度及南非的法院雖表現出積極的態度，但審查結果只是提供有限的、暫時的權利救濟，至於完善的權利保障，還是只能要求政治部門來「逐步實現」；日本法院的態度最為保守，幾乎完全訴諸立法裁量而不加以審查。相較於其他基本權，生存權的司法審查顯然面臨一些顧慮或困境，使得釋憲機關對於生存權的司法實踐，態度向後退縮。

我國的司法實務對於社會給付的議題，表現在違憲宣告的比例上，比學理解釋結果積極許多，足見大法官對於個案聲請人生活實況的同情。但若細究憲法解釋的實力及權利救濟的實效，卻又顯得大法官指示將這些案件重重舉起、輕輕放下，已如第2章所分析。

大法官這種特殊的結論作成方式，根據學說的分析，主要的原因在於學界對生存權這一類具有積極給付請求性格之權利的可司法性有所懷疑。所謂的「可司法性」(justiciability)意指所有適合司法判斷的事務，亦即可透過司法實踐來判斷人權是否受侵犯、國家是否未履行憲法義務，進一步使人權獲得保障、尊重和實現之謂¹。

有鑑於此，本章將針對司法審查態度，以及憲法解釋拘束立法機關、實現人民權利的效力作探討。以下將先整理學理上就可司法性相關的論辯，以瞭解生存權司法審查之癥結所在；另一方面，藉由南非及印度案例中，突破可司法性的方式、歷史背景與相應機制，加以分析，重新思考我國司法審查態度應該怎麼拿捏、是否可能再積極一點，或是否須要配套機制來補強司法權能的不足或監督立法者對權利的落實。

¹ Craig Scott & Patrick Macklem, *Constitutional Ropes Of Sand Or Justiciable Guarantees? : Social Rights In A New South African Constitution*, 141 U. PA. L. REV. 1, 45-48(1992);胡敏潔(2006)，〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

4.1. 關於生存權可司法性之論辯

4.1.1. 可司法性的顧慮與考量

各國憲政制度的設計，以及關於生存權這一類積極性權利理念之建立和保障的背景都有些差異，但對於系爭權利的可司法性的爭論卻大體相同。其實，對於生存權可司法性的顧慮，與其說是針對其權利理念本身，毋寧說是顧慮法院如何進行違憲審查的「權」與「能」。根據學理上的討論，生存權的司法實踐未能如其他基本權利往往可以通過憲法訴訟予以確立及保障、司法判決的效力(enforcement)甚為微弱，所持理由主要有下述四點：

4.1.1.1. 權利的不明確

生存權的內涵不夠具體，且隨社會經濟與環境而改變，並非一個僵固的規定或幾種判斷標準所能包括，具有高度不確定性。究竟何謂最低限度生活保障、國家的作為義務應盡到何種程度等，這些都是很難由憲法規定中獲得答案的棘手問題。相對於消極性的權利只須課予作為或不作為義務，積極給付性格之生存權的落實，卻是要求特定結果的出現，此時生存權內容的不具體，司法者面對的是不完備的資訊和不明確的規範，縱使力求中立，也難免顯得恣意專斷²。

其次，權利和義務之間的關係也具有不確定性。生存權之保障，須要有國家的作為來配合，而這些作為都牽涉一定的財政資源為基礎，而此種資源又多半是來自納稅人的稅收。因此假若一個人向國家主張生存權保障可以成立，便意味著他可以從國家獲得一定的金錢或物質支持，但他實際上是「借取」了他人的稅收或財富，使得其中的權利義務關係顯得複雜而不清晰；不像消極權利，可能直接對應到確定的義務主體（國家）。而至於權利主體，則更具有不確定性，尤其當學界認為生存權只能作為一種客觀法規範，賦予國家實現的義務，而人民沒有主

² Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 UCLA L. REV. 857,901-907 (2001).；雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁19。

觀權利向國家提出具體請求時，它至多只是一種「希望」或「期待」而已，只能間接的享受³。

4.1.1.2. 權力分立

在美國，權力分立的問題被認為是反對這類積極性權利之可司法性、甚至不認同其作為憲法上基本權的首要原因。正如Dandridge v. Williams案中法院所表達：「關於公共福利的補助分配，存在著難以處理、棘手的經濟、社會、甚至哲學問題，並非司法者所得過問。」可見社會給付事項往往涉及國家複雜的政治決策，一旦法院指示政治部門調整財政資源分配時，司法者都面臨著過度介入具有多數決支持的立法裁量，導致權限逾越的危險以及機關職務干預等負面結果。如果讓法院來實現生存權、讓法院對資源分配作決定，一方面意味著政治政策的決定，將由國會轉移到了法院手上，如此一來，可能侵犯立法機關審查預算與形成政策的權力，壓縮行政機關履行任務的裁量權，造成憲法所分別賦予立法者及法院的任務及職權發生混淆，國家權力分立原則遭到破壞；另一方面，當立法機關與行政機關不履行法院基於生存權的要求時，也將斷傷法院的尊嚴與政治威信，使憲政體質蒙上灰影⁴。

換言之，生存權的實踐，考量到權力分立底下，政治部門和司法部門之間的分權關係。立法機關的職責在於制定法律發展政策，被認為是具體化生存權內容、並實現權利的主要機構。而生存權如果要透過法院來實現，往往因牽涉各種社會資源重新分配及國家整體利益之調整與財政安排，使法院的判斷易與立法權產生衝突。再者，司法者固然可以對立法機關的法律是否符合憲法要求加以審查，但針對立法消極不作為之情形可以進行審查、並進一步「要求」立法機關積

³ 胡敏潔（2006），〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

⁴ 參照雷文玖、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁19。

極作為者，無疑讓司法者去從事應由立法機關從事的職務，導致司法者躍身為幕後的立法者，恐已嚴重威脅立法權限，而破壞權利分立與憲政體制的穩定基礎⁵。

4.1.1.3. 民主考量

在憲政民主國家的體制設計，人民的意志是國家權力來源。立法者由人民選出，代表人民制定符合民意導向的法律，其所作出的決定具有民主正當性。而司法者非民選，加上機關本質必須秉持一定的中立，故基於民主基礎考量，司法審查立法者之政策決定時皆必須審慎自制。生存權的司法審查面臨到權利保障程度以及保障方式的判斷，但是「最低生活標準為何？」、「應給予人民哪些資源項目？」，這類決定應是交由民主選舉產生的機關作出，較能貼近人民最實際的需求。申言之，在民主考量下，國家要再有限的財政資源內積極提供給付，最適合決定與人民社會生活相關議題之人，應是最具有民主基礎的立法機關；如果由欠缺民意基礎的法院來決定國家預算或財政分配，可能會侵犯民主制度框架⁶。

更重要的，生存權的保障在於解決資本主義下貧富不均等社會問題，但如果貧窮與弱勢者的利益無法取得多數民眾的認同，縱然理論上司法者不介入政治，但事實上卻很難真正自外於政治的影響，此時司法者恐未必對權利加以保護；縱使加以保護，其民主正當性基礎則恐受動搖⁷。甚至有部分學者認為生存權這種社會性權利的本質就是反民主的。例如法國學者Fabre便論及：「所有的社會權，除了受教育權，都是不民主的，如果實施了它們，將縮減名義上的民主。」因為

⁵ 張翔（2006），〈基本權利的受益權功能與國家的給付義務〉，《中國法學》，1期，載於中國法律信息網：<http://law.law-star.com/txtcac/lwk/036/lwk036s314.txt.htm>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

⁶ 胡敏潔（2006），〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

⁷ See Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 UCLA L. REV. 857, 887-893(2001).

⁸ 轉引自胡敏潔（2006），〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

向國家提起生存權訴求之人，便是以其特定價值的民主在對抗國家機關基於民意所制度化的資源分配決定與規劃。

4.1.1.4. 法官本身判斷能力的限制

許多學者也認為，法院沒有能力來處理生存權議題。因為，一般而言，政策決定是行政和立法機關的職能，而法院主要在於認事用法、是政策規範的適用者。而生存權的實現要求政府介入，其中涉及到資源分配，必須有足夠專業與資訊去實地調查、詳細瞭解，並就資源多寡分析安排，最終作成政策決定，然而法官既不是經濟學家，也非政策專家，我們難期待法官對於社會經濟政策作出最佳評估⁹。易言之，由於社會政策涉及很多專業知識的運用，亟需依賴專家研議及長期規劃，加上這類議題通常因為資源的分配而牽涉廣泛利益衝突，包括許多利害關係人、資源分配的優先順序等等，若司法者介入其中，往往會因對政策的判斷存在一定能力缺失，導致最後的裁判結果可能不是在解決問題，而是製造更多國家資源分配的問題。

再者，也有學者認為法院本身是否能有效發揮窮人救濟的功能，頗令人質疑¹⁰。蓋訴訟過程消耗勞力時間費用，而窮人礙於經濟能力，要接近法院並非容易，因此法院對於社會現狀的救濟是否能即時發揮效果，容有疑問；再加上法官和律師通常是高級知識份子及經濟優勢者，從而生存權救濟之案件，若不能引起法官和律師的共鳴，也會造成權利實現的機率打折。

⁹ See Craig Scott & Patrick Macklem, *Constitutional Ropes Of Sand Or Justiciable Guarantees? : Social Rights In A New South African Constitution*, 141 U. PA. L. REV. 1, 24(1992).

¹⁰ See Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 UCLA L. REV. 857, 880-888 (2001).

4.1.2. 對可司法性的困境的回應

學界對於生存權之違憲審查有所顧慮的理由，主要為權利的不明確、資源分配任務的權力分立原則、民主考量，以及法院對於政策的專業判斷能力等。惟也有學者針對這些觀點進行回應：

4.1.2.1. 權利不明確是所有憲法權利的共同特色

憲法作為國家最高、最基本的法規範，其規定必然是以最具基本性、原則性、結構性、重要性的事項為主，在用語上也會傾向簡潔、開放；使用較概括約文字以充實其涵蓋範圍，是所有憲法基本權規定共通的特色，權利範圍本非憲法文本所能清楚詳實界定的，因此，當權利內容需要透過司法者解釋以及立法者制定規範加以形成、確立，並無礙其為憲法所保障的權利地位。權利內容的不明確，並非生存權所獨有，自由權亦有內容不明確的問題，必須仰賴立法機關進一步明確¹¹。同樣的，自由權保障也會隨著社會環境變化而發生憲法文本訊息不完備的和不明確的情形，從而司法救濟時，法院也可能必須從相互衝突的價值中作出選擇¹²。因此權利的不確定性，應不足構成對司法審查持保守態度的原因。

4.1.2.2. 不能以權力分立為由吞沒基本權的保障

權力分立的要求，一方面是要防止權力集中而迫害到人民，另一方面也考量國家事務能由「最適功能」的機關加以處理，以得到最接近正確的結果¹³。換言

¹¹ 張翔（2006），〈基本權利的受益權功能與國家的給付義務〉，《中國法學》，1期，載於中國法律信息網：<http://law.law-star.com/txtcac/lwk/036/lwk036s314.txt.htm>。（最後瀏覽日：2009/7/1）；陳宜中（2003），〈國家應維護社會權嗎？：評當代反社會權論者的幾項看法〉，《人文及社會科學集刊》，15卷2期，中央研究院中山人文社會科學研究中心，頁320-321、325；王信仁（2003），《再訪社會權》，政治大學法律學研究所碩士論文，頁148。

¹² 王信仁（2003），同前註，頁148。

¹³ 蘇彥圖（1998），《立法者的形成餘地與違憲審查：審查密度理論的解析與檢討》，台大法律研究所碩士論文，頁38-39。

之，有關權力分立的探討，可以從兩個面向，第一是司法者要作國家資源分配之正當性問題，其次則是機關功能最適的觀點。

就資源分配而言，原則上生存權的具體內涵應交由立法者來落實，是最妥適的權限分配無疑，但是，這並不影響司法者本於司法違憲審查職權而對立法機關的立法是否符合憲法要求加以審查，蓋權力分立原則是一個目的性的概念，其目的正在於保護人民基本權，若基於權力分立而否認司法對於人民權利救濟，無疑是「反咬人民一口」，反而忽略了權力分立所要追求的目標¹⁴。況且，並不是生存權這種強調積極性的權利才會涉入國家的資源分配，當司法機關從事自由權、平等權審查時，以釋字第400、477號解釋為例，面對徵收補償、國家賠償等案件所涉及的預算成本並不會比較少，但大法官爲了維護自由權與平等權仍均加以審查，一樣是對國家資源分配作介入、一樣會增加預算支出¹⁵。顯然資源分配的理由，並不足否定可司法性。

另以機關功能最適的觀點而言，釋憲者的功能不只單純的「控制」部門，漸漸的也承擔了部分的「決策」功能¹⁶，是故權力分立的界限毋寧取決於憲法對該事務的規範密度。況我國憲法基本國策條款課予立法者的作爲義務可說是鉅細靡遺，在這種高規範密度的結構下，立法者政策形成空間已經不多，反而是司法者在「維護憲法」的目標下，依據憲法規範有更多決策空間¹⁷。

再者，憲法解釋本身也是將憲法具體化的一種途徑，隨著人民與國家關係的動態演變，國家的分權機制也必須跟著時代調整，因此釋憲機關爲使憲法與時俱進，根據法律解釋的職責延伸，而透過憲法解釋對立法缺漏進行暫時「漏洞補充」

¹⁴ 王信仁（2003），《再訪社會權》，政治大學法律學研究所碩士論文，頁151；楊政憲（1995），《社會基本權之研究：以德國法爲借鏡》，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁86。

¹⁵ 同前註，頁150-151；蔡維音（2001），《社會國的法理基礎》正典，頁55。

¹⁶ 李惠宗（2006），《憲法要義》，元照，三版，頁540。

¹⁷ 王信仁（2003），《再訪社會權》，政治大學法律學研究所碩士論文，頁152。

或「法之續造」，是有正當性的；相反的，如果司法者怠於審查，反而有傷憲法付託，並忽略憲法規範與時俱進的可能¹⁸。

4.1.2.3. 司法違憲審查有一定民主正當性的空間

在自由民主憲政秩序的體制設計中，人民的意志是國家權力來源，若政府無法善盡實現民意的職責，人民得透過選舉制度使之淘汰。在正常情形下，政治部門是人民實現生存權之主要場合，亦即透過民主程序，形成反映民意的社會政策及立法。但是，當立法機關和行政機關沒能充分反映民意、給予人民最基本之權利保障時，人民透過法院提起訴求，期待司法機關「破例」取代立法和行政，成為民意表達的場所，此時司法機關在其職責權限範圍內具有一定程度的民主正當性¹⁹。

4.1.2.4. 「生命的維繫」與「基本物質條件」的標準並非法官所不能判斷

生存權最核心的「生命維繫」不但不容許立法裁量，同時亦無司法裁量的空間²⁰，這種對於生命迫切攸關的事情，並非法官所不能瞭解與判斷。

而生存權「基本物質條件」的客觀量化亦非不可能，搭配科學的測定與國家統計數據等參考指標，都可以輔助法院加以應用、判斷。以日本為例，其生活扶助基準就生活費部分的計算測定方式，已經由「菜籃式（依據生活必需品的市場

¹⁸ 王信仁，同前註；陳慈陽（2001），〈立法怠惰與司法審查〉，《憲政時代》，26卷3期，頁21-24；李惠宗（2003），〈憲法工作權保障系譜之再探：以司法院大法官解釋為中心〉，《憲政時代》，29卷1期，頁126；張翔（2006），〈基本權利的受益權功能與國家的給付義務〉，《中國法學》，1期，載於中國法律信息網：<http://law.law-star.com/txtcac/lwk/036/lwk036s314.txt.htm>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

¹⁹ 胡敏潔（2006），〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

²⁰ 鄭明政（2006），〈生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例〉，淡江大學日本研究所碩士論文，頁133。

價格來計算實際生活花費)」轉變為「恩格爾式（根據家庭食品開支費用與家庭總收入的比例關係來計算）」，而東京高等法院亦曾肯認所謂「勞研方式（又稱為綜合消費單位方式，依據日本勞動科學研究所所實施的生活實際情況調查的詳細資料，編製成一種反映國民基本生活的綜合消費單位）」²¹。由此觀之，即便法院並非政策決定專家、沒有專業能力作出好的財政規劃，因此資源分配細節等多樣實施方法的應交由立法者專業選擇，但至少法院基本上有能力透過客觀的測定方式來判斷政治部門是否有保障不足或過度保障之處，而課予其加以修正、調整的義務。

4.1.3. 比較法的觀察分析：南非及印度可司法性的突破

4.1.3.1. 南非的司法經驗與法院外人權保障機制

南非憲法法院之設置之背景，乃由於昔日南非普通法院無法發揮實踐憲政之功能。當時各級法院法官向來不專經公商，且其組成幾乎全為白人與男性，加上過去面對不正義的法律時，法院通常只用程序或技術上之理由判定人民勝訴，未曾從實質內容審查而加以指責，使得各界對普通法院是否有能力實踐憲法保障人權頗為質疑，因此制定新憲時，倡議設置憲法法院為解決憲政爭議之最高機關²²。而南非司法開始積極的態度，乃由於過去南非因受英國影響而形成的傳統議會至上和司法保守主義，被當時政府利用為迫害人權的工具，隨著第三波民主改革反動的浪潮，這樣的憲政思想逐漸受到顛覆；1996年新憲的制定，促成了憲法之權利法案、司法審查與司法積極主義，被聯繫在一起，也因此為許多社會經濟性權利提供了司法實踐的動力。另一方面，因當時南非的行政權已開始超越立法權，

²¹ 大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台北：元照，頁124-125，楊展嘉（2006），《論人格尊嚴在法律上之地位：依社會國原則論我國對人民最低限度生存保障之實踐》，文化大學法律學研究所碩士論文，頁120。

²² 1993臨時憲法實行時，僅有最高法院於156位的法官中進用了2位女性及1位黑人。魏千峰（2000），〈南非新憲法下之人權保障〉，《思與言》，38卷4期，頁133。

傳統的分權觀點開始受到質疑，於是人民也開始尋求司法來保障其基本權，使得司法者開始被期待判斷一些涉及社會經濟政策複雜的社會問題²³。

南非Grootboom案中，我們可以看出法院突破可司法性的方法，主要是透過對憲法第26條「國家有義務提供適足住房，在手段上應採取合理立法或以其他措施，在可獲得的資源內逐步實現這些權利」充分的闡釋。法院首先解釋了所謂「適足住房」的內涵，並強調了社會經濟權利的重要意義；其後，法院對「合理性」、「逐步實現」作出了「最小核」的描述。法院採取這種忠實於憲法文本、內容與目的之單純「解釋憲法」的路徑，而不涉入實質政策的判斷，基本上不存在關於權力分立、司法能力的質疑，反而被認為是善盡其憲法職責。此外，法院透過了「最小核」與「平等基礎」的要求，以及「定期報告」、「逐步實現」的保障方式，使有限的社會資源得以充分利用，也對立法裁量的界限範圍作限定，促使其行使裁量行為具有一定的合理性和協調性。

當然，南非也發現，雖然傳統憲政架構皆以司法機關作為保障人權之主要途徑，但法院畢竟處於不告不理被動之地位，且因司法本身權能的侷限，故對人權落實存有一定的限制；因此，南非憲法上特創設了「人權委員會」，並將之視為最重要的人權機制。人權委員會是一個憲法上的獨立機關，致力於人權教育之推行、人權研究之研討，並有監督及建議國家人權政策立法之職能。Grootboom案判決作成之後，也有賴於人權委員會的後續監督，為政府各部門提供資訊、作出建議，並在法律和憲法架構內採取革新措施（progressive measures），促進了人權保障得以確實落實²⁴。

²³ 胡敏潔（2006），〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

²⁴ 關於南非人權委員會機制的介紹，可參照魏千峰（2000），〈南非新憲法下之人權保障〉，《思與言》，38卷4期，頁135-137。

4.1.3.2. 印度公益訴訟（SAL）機制與可司法性的突破

而印度早期的司法，其實並不得民心，司法人員多屬位於社會上高地位之菁英人才，因此早期的司法決定多為其本身地位利益來為決定，側重於中產階級地位以上人民之人權保障，甚少關心身份地位卑下的貧弱人民²⁵。而在在1975至1977年間，印度國大黨政府宣佈國家進入緊急狀態，這段期間政府剝奪了憲法賦予公民的基本權利，並定頒憲法第28、29兩項修正案，禁止法院聽取任何有關緊急狀態的起訴²⁶。上述緊急措施導致無數下層社會成員的基本權利受到政府行為的嚴重侵犯卻乏人問津的局面，除了因法院在政治鬥爭下失職於維護人民之基本權外，大多數的人民也因支付不起龐大的律師與訴訟費用，根本沒有能力到法院去尋求權利救濟。此時的憲法和法律保障，對於社會上大多數的經濟弱者而言，幾乎是毫無關係，直到緊急狀態結束、新聞自由恢復，新聞媒體才開始揭露社會中各種侵犯人權的實情，才逐漸引起律師、法官和社會工作者的關注。

各種保護下層人民基本權利的民權運動迅速發展起來，人民強烈要求加強對政府行為的監督，期待法院的司法審查權能更予強化。而為導正人民對於法院在緊急狀態時期的不良印象，以獲取人民信賴，於是司法也開始變得積極。印度最高法院的兩名大法官官VR Krishna Iyer與PN Bhagwati於1977年提出了一份報告，建議引入美國公益訴訟的構想，但整個訴訟形式則必須為印度人民量身定作，重新提出富含本國特色的公益訴訟概念：如果政府侵犯了某一個人或某一階層人的法律權利而對其造成了法律上的錯誤或損害，但該人或這一階層的人由於社會經濟地位造成的無力狀態不能向法院提出法律救濟時，任何公民或社會團體都可以向高等法院或最高法院提出申請，尋求對這一階層的人遭受的法律錯誤或損害給予司法救濟²⁷。從此一概念的界定，我們可看到，印度的最高法院透過SAL

²⁵ See S.P. Sathe, *India: From Positivism to Structuralism*, in INTERPRETING CONSTITUTIONS A COMPARATIVE STUDY 215, 264 (Jeffrey Goldsworthy ed., Oxford University Press, 2007).

²⁶ S.P. SATHE, *Judicial Activism in India*, Oxford India Paperbacks 49 (2006); 樂志菘 (2006), 〈印度公益訴訟制度的特點及其啟示〉, 《北京交通大學學報(社會科學版)》, 5卷1期, 頁59。

²⁷ 蔣小紅 (2005), 〈通過公益訴訟, 推動社會變革: 印度公益訴訟制度考察〉, 中國論文天下論文網: <http://www.lunwentianxia.com/product.free.3369776.1>。(最後瀏覽日: 2009/7/1) 制度推行之詳細內容亦可參 Shehnaz Meer, *Litigating Fundamental Rights: Rights Litigation and Social Action Litigation in India: A Lesson for South Africa*, 9 S. AFR. J. ON' HUM. RAT. 358, 358-361 (1993).

機制，放鬆了對訴訟主體資格的限制，任何個人和民間團體都有權提起公益訴訟，而不必證明其與案件有直接的利害關係，使得貧窮弱勢人民權利獲得司法即時救濟之機會大大地提昇。因此印度也多將此稱為社會利益訴訟（social action litigation，簡稱SAL），以區別其與傳統公益訴訟制度的不同。

印度的司法審查在與SAL制度的配合下，克服了以往對於法院是否有能力處理社會權案件之質疑。印度最高法院意識到其可能逾越了民主法治國家下之權力分立原則，為避免此風險，法院更加小心謹慎，嚴守司法自制而將此風險降到最低。首先，藉由SAL制度建制了一專門委員會，該委員會是由社會經濟領域之專家所組成，有權調查系爭案件之社會實情，負責蒐集相關資訊及提出專家意見予法院，使法院掌握充分資訊來為判決，補充了法官能力上之限制²⁸。其次，在判決上，法院一直加強其司法審查正當性之說理，透過憲法既存的體系，指出了憲法「兼顧經濟發展與社會正義、國家各權力部門皆應受到拘束」之意旨，打破了司法不能介入審查政策決定與資源分配的質疑，並著眼於貧窮弱勢人民脆弱的基本權，得出國家對於社會弱勢人民「優先」分配相關預算之義務，逐步改善其社會經濟地位上的不平等。換言之，法院對於人民最脆弱之基本權保障，並不是透過對政府經濟策略的直接指示，而是要求國家在擬定政策時須考量這些人民基本權利，加諸政府制定合乎憲法兼顧經濟發展與社會正義之義務，藉由憲法判決暫時性地填滿行政與立法不足之處，並自制地停止於實質預算分配之前，避免了司法取代了立法與行政功能²⁹。至於法院之判決大多能獲政治部門的落實，則要歸功於SAL之專家委員會在判決後之定期追蹤監督，將判決指示被政治部門履行之程度回報給法院，法院亦可藉由SAL之調查資訊及定期追蹤，適當地調整將來類似案件之判決內容，移除判決實現上可能存在的障礙，也確保了司法的可信度³⁰。

²⁸ See Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?* 37(3) AM. J. COMP. L. 495 (1989)

²⁹ Jayna Kothari, *Right of Housing: Constitutional Perspective on India and South Africa*, Lawyers Collective(2001). Available at: http://www.escr-net.org/usr_doc/kothari_article.doc. (2009/7/1 visited)

³⁰ See Shehnaz Meer, *Litigating Fundamental Rights: Rights Litigation and Social Action Litigation in India: A Lesson for South Africa*, 9 S. AFR. J. ON'HUM.RAT.358, 370(1993).

4.1.4. 本文觀點

4.1.4.1. 一國的社會背景與憲政意識型態才是真正影響司法審查介入空間的關鍵

從學理論辯及南非印度司法實務的發展可發現，關於可司法性探討所論及之「生存權的不明確性」、「資源分配任務的權力分立原則」、「民主考量」、「法官的判斷能力」等爭辯，背後的重點都是在思考司法權功能角色的定位，以決定我們如何看待司法者要做國家資源分配的正當性，進而考量生存權在司法救濟過程可以得到多大程度的落實，與安排整個國家權力的任務分工。當一國之司法權限功能定位被設定妥當時，生存權是否具有可司法性、司法審查的程度、界限何在，便能一目了然。

自法理而言，美國憲法學者Bickel、Ackerman、Dworkin、John Ely等，或者我國學者湯德宗等對於司法違憲審查正當性所架構出之各種民主理論³¹，其實都可以用來尋求司法違憲審查可能的空間與界限，以解決涉及立法權與司法權之間權力分立的爭議。然以現實觀點而言，也不能忽略了每個國家機關實際上之權限要如何分配、司法權可以有多大強度，背後的核心還是關涉到該國歷史背景發展下之憲政體制及意識型態，亦即與一個國家憲政哲學的態度與立場密切相關。尤其是關於生存權這種積極性權利的司法審查，既然憲法價值是民意取向的展現，只要人民願意、且國家體質能夠承受得起者，可司法性應該不是問題，真正司法

³¹ 關於司法違憲審查正當性之分析，可參黃昭元（2003），〈司法違憲審查的正當性爭議—理論基礎與方法論的初步檢討〉，《臺大法學論叢》，32卷6期，頁114-133；湯德宗（2000），〈立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探〉，《權利分立新論卷二》，頁1-70。簡要而言，學者Bickel以多數民主為價值，提出司法違憲審查抗多數困境，並以司法的「消極美德」（passive virtues）作為克服正當性爭議的方法；學者Ackerman則從二元民主（dualist democracy）下的憲法時刻（constitutional moments），根據其所產生的憲法典範作為正當性基礎；學者Dworkin則認為民主是以憲法概念的民主（constitutional conception of democracy）為前提，由於法官做出的決定是經過縝密論證過程的最佳解釋，因此司法違憲審查的外部正當性是來自於司法違憲審查的內部正當性；而學者John Ely則是以健全的代議民主為司法違憲審查要維護的終極目標，故認為司法違憲審查的正當性來自於補強代議民主的失靈。

審查的重點毋寧在於該國之憲政意識型態對於人民生存保障之決定，到底是相信政治部門多一點，還是相信法院多一點？

也正因如此，本文認為，姑不論司法權應該是強還是弱，一旦違憲審查機制被啟動時，司法部門面對制度設計所必然發生與政治部門權限之間的針鋒相對，都不應該僅以司法自制作為規避審查的理由，司法者反而更應該加強審查態度之說理，試圖界清司法審查標準為何、政治部門的權限範圍在哪裡、為何有或沒有違背憲法逾越權限，以及國家機關分權所不容僭越的核心領域等權利分立界限問題，使司法審查的分際更為明瞭。

4.1.4.2. 探討可司法性的同時，更應思考人民權利救濟如何透過司法解釋來實踐

司法救濟為正義的最後一道防線，釋憲機關除了制衡其他國家機關而擔綱「憲法擁護者」的角色之外，更重要的是司法審查能否作為「人權擁護者」，確保人權能依解釋意旨真正落實。當我們關注於生存權這種給付請求性格之權利是否具有可司法性的同時，其實更應思考承認可司法性以後，人民之權利救濟如何透過司法解釋來實踐。

生存權的司法審查對於貧窮、急難與弱勢者救濟的功能，尤為重要。在正常情形下，民意與人權訴求原則上可透過民主票決的政治程序加以反映，但民主票決有一定的任期，當人民已然陷入貧窮或急難，隨時有喪失作為一個人的基本條件，根本來不及、也沒有能力與機會透過民主票決機制來即時反映意見、主張權利。加上社經地位弱者在政治過程本即處於相對不利的情勢，幾乎很難在多數民主制度下充分發聲，是故透過司法途徑尋求救濟，成為較可期待公平正義、反映其人權訴求的管道。

生存權之司法實踐本身也不能忽略權利救濟的「可能性」與「及時性」。我們必須思考開啓司法程序以及司法審查過程，所需專業知識與所耗費的勞力時間費用是否造成貧弱人民權利救濟的阻礙之外，同時也要注意司法決定作成後之

權利實現的方式，亦即司法解釋（判決）的效力要有何種強度，以及作成司法解釋後能否確保立法者依據憲法意旨制定落實人權保障的法律。否則，即便大法官積極的宣告政治部門違憲，但如果國家機關沒能根據釋憲意旨確實的落實，則司法判決也毋寧只是一紙美麗的宣言而已。

關於此點，我國普通法院無法直接提供人民憲法生存權的權利救濟，且人民必須「窮盡一切司法救濟」後，始能滿足釋憲受理要件，故生存權之違憲審查是否能實際保障到真正需要權利救濟之人，尚有疑慮³²；又大法官之違憲宣告以「單純違憲宣告」為主，並沒有特別賦予憲法解釋執行力或形成力；而在督促立法方面，也沒有相應機制來監督，只能期待立法機關忠實遵守。對照之下，本文認為前揭南非及印度有關人民住房請求的司法實踐經驗及相應機制，提供了我國司法違憲審查實現生存權諸多值得參考與深思的訊息。

4.2. 再探我國司法審查態度與憲法解釋落實方式

基於以上二觀點，本文將從我國憲政意識型態以及外國司法經驗，再探我國司法審查態度與憲法解釋落實方式，包括，司法權能的界定、解釋效力的強度及相關配套機制的思考。

4.2.1. 我國憲政意識型態下的司法權能

若從憲法條文分析，司法權在我國憲法上地位不遜於其他國家。前司法院長翁岳生曾撰文剖析指出：「憲法對司法院大法官會議之期待，至為殷切，在其不少條文中，明示法律與憲法抵觸者無效，命令與法律或憲法抵觸者無效，以及地方自治法規與憲法抵觸者無效，同時不厭其煩地強調，其有無抵觸發生疑義時，『由司法院解釋之』，或司法院認為違憲時，應『將違憲條文宣布無效』。憲法甚至不顧司法之被動性，給予司法院對省自治法之半主動性審查權……，這是我

³² 關於現行違憲審查制度重省的問題，將留待下一章探討，本章仍以既有釋憲制度下的司法實踐方式為分析基礎，合先敘明。

國歷史上第一次如此重視司法權」³³。但就違憲審查制度而言，由於我國現行違憲審查制度以抽象審查為主，稍有不甚可能損傷司法威信³⁴，加上我國未有如美國之「可司法性原則」或「移審令」等彈性（裁量）受理機制，一旦符合聲請解釋要件，大法官即應受理解釋；並且，大法官所為之憲法解釋具有拘束全國各機關及人民之拘束力，這樣的違憲審查制度，從正面說，或能更有效地守護憲法，從反面說，亦較易形成「司法治國」³⁵。因此如何在司法與立法之間尋得平衡，在我國尤其具有意義。

不同於南非及印度種族歧視之歷史背景，我國對於司法積極的期待在戒嚴到解嚴期間曾間達到了高峰，但隨著解嚴、國會全面改選、總統直接民選等民主轉型的過程，憲政體制逐漸回到由正常政治民主機制來檢視政治部門之作爲。目前國內民主政治漸入正軌，政治系統間的溝通對話逐漸趨向制度化，而面對「政治司法化」、「司法政治化」的危險，司法實踐的過程，釋憲機關應發揮「司法自制」的精神，從嚴受理有關政治爭議的憲法解釋案件，並明辨何者爲憲法性的政治爭議，避免涉入非憲法性的政治爭議；而對於憲法性的政治爭議亦應採取較爲寬鬆的審查標準，以避免涉入其他憲法機關所爲的政策決定。昔日仰賴釋憲者作爲溝通、仲裁中介的功能條件已不復存在，因此更有理由減少釋憲機制介入政治爭議，反而應使此類爭議透過政治系統間的內部協調自行解決³⁶。是故，大法官行使違憲審查權時，應避免介入純粹政治事件，盡可能自我抑制而拒絕加以判斷，記取不負政治責任而作成政治性決定可能造成之不良後果，尊重各憲法機關之固有職權，使其有一定形成之領域。另一方面，經過了民主轉型之歷史，人民對於大法官克盡「人權守護者」的任務，更是殷切期待。前司法院長翁岳生剖析我國釋憲制度之運作情形時，便指出，對於人民權利遭受公權力侵害之事件，即

³³ 翁岳生（1990），〈憲法之維護者〉，收於《行政法與現代法治國家》，頁475-476。

³⁴ 參照湯德宗（2000），〈權力分立與違憲審查：大法官抽象釋憲權之商榷〉，《權利分立新論卷二》，頁97-115。

³⁵ 湯德宗（2000），〈立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探〉，《權利分立新論卷二》，頁43。

³⁶ 翁岳生（1998），〈我國釋憲制度之特徵與展望〉，《司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集》，司法院大法官書記處，頁321。

使該事件富有政治色彩，只要審查時有法律上判斷之標準存在，大法官就不應放棄判斷之職責；相反的，應秉持超然公正之立場，如此，始能獲得各方之共同信賴，各憲法機關亦能尊重憲法賦予大法官之職權，彼此共同來宏揚憲政³⁷。

在我國憲法第15條已將生存權列為受保障的基本權利之一，根據大法官審理案件法「人民『權利』受侵害」之要件規定，其可司法性不應該是重要的爭議，且在權利救濟的觀點下，職司憲法解釋的大法官亦非不能根據憲法意旨就權利內涵加以闡釋。只不過，生存權之實踐有賴國家介入的政策規劃，故憲政哲學的預設是將具體化權利實現的權責交給政治部門為之，使權利透過各項社會立法及政策的建制，獲得完善的保障。而大法官的職責，在於「解釋」憲法，不是「形成」立法，故為司法審查時，須避免自己從釋憲者成為候補立法者，更不能僭越變成第一次的立法者，否則不僅僅是權力分立的違背，甚至已間接縱容立法可以怠惰，破壞了原來立憲本意。

再者，除了憲法演繹之外，現實上我國既有憲法解釋呈現的形貌，也是憲政意識型態的一種展現。解釋中，大法官根據憲法對國家作為義務加以闡述，宣示國家立法的方向，卻沒有限定國家應實施的具體內容，也沒有就國家資源如何分配作指示，除了釋字474號解釋就尚未立法的過度期作法律類推適用的補充以外，並未讓自己從事實際立法行為；不過，大法官沒有因為涉及立法裁量事項便完全棄守，反而更進一步對立法者提出遵守法律保留、比例原則、平等原則等憲法原理原則之要求，顯示大法官在給付請求案件被設定要保守節制的審查態度中，也盡可能積極發揮「人權守護者」之人民的憲政意識與期待。

換句話說，在現在的憲政意識型態下，法院之違憲審查因為分工與資源配置的緣故，扮演有限而自制的角色，各種實體價值的形成、各項社會改革的實現，基本上應委由思辯民主的程序達成。司法違憲審查處於一種補充、後備的作用³⁸，

³⁷ 翁岳生（1994），〈憲法之擁護者：回顧與展望〉，《法治國家之行政法與司法》，月旦，頁400。

³⁸ 就我國權力分立的動態平衡以及司法違憲審查「補強」民主的功用而言，亦與Ely的代議補強理論有神似之處。湯德宗（2000），〈立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探〉，《權利分立新論卷二》，頁37-38。

主要功能在確保憲法意旨受到貫徹，確保憲法上權力部門間的動態平衡關係不受破壞，並避免國家機關坐享其「權」卻不盡其「能」，或避免政治民主淪為社會多數對少數懷有極端成見或歧視，致使少數難以有效參與正常政治程序或根本弱勢到無法透過正常民主程序為其權益發聲³⁹。透過司法審查，剔除這些不符思辯民主、不合理的立法裁量，以督促立法者進行思辯民主，確保民主政治過程的公平與開放。

此外，也由於司法者有審查、宣告其他國家機關行為違憲之權限，因此憲政意識型態亦期待司法者釋憲時克盡說理義務，促成憲法權力部門之間持續而正向的「憲法對話」⁴⁰。

4.2.2. 憲法解釋效力的評估

不論司法審查的論述如何，最後都要透過憲法解釋效力的發揮，使權利救濟得以達成、使權利獲得實踐；換句話說，憲法解釋效力如何安排，是探討司法審查態度與司法權能一項重要的指標⁴¹。

在兼顧司法自制、人權擁護及促進民主思辯與憲法對話的憲政意識型態期待下，我國的社會給付案件應採用何種解釋效力呢？本文認為，我國目前所採附加一定期限之單純違憲宣告以及警告性合憲解釋，主要是基於以下幾點理由所採取符合整體憲政架構下較為妥適的作法：

³⁹ 張喬婷（2008），〈憲法保障社會權是否可能透過違憲審查制度實現？—輔以比較法觀點之參考〉，台大法律學院公法論壇（一），頁17；李宗瀚（2006），《從John H. Ely的代表性補強理論檢討司法違憲審查正當性爭議》，台大法律學研究所碩士論文，頁79、83。

⁴⁰ 同前註。

⁴¹ See Mark Tushnet, *State Action, Social welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations*, 3 CHI. J INT'L L. 435(2002); Wiktor Osiatynski, *Social and Economic Rights in a New Constitution for Poland*, in WESTERN RIGHTS?: POST-COMMUNIST APPLICATION 263, 263-269 (Andras Sajó ed.,1996); Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 UCLA L. REV. 857(2001). 學者Mark Tushnet 係分成passive review、Strong-form judicial review、weak-form judicial review及superweak-form judicial review四種類型加以討論。

4.2.2.1. 我國釋憲制度本身並不負有具體權利救濟的功能

首先，由於我國釋憲制度目前係採抽象審查制，大法官若是認為該立法違憲時，通常只能根據憲法意旨去宣告該立法違憲與否，無法就具體個案的救濟細節詳細指示。換言之，不論是一般自由權案件，抑或社會權的請求都一樣，人民在憲法解釋上獲得勝訴（意即系爭侵害權利的法律被宣告違憲），其獲得救濟的方式僅是依據此解釋，再一次回到普通司法程序上，去請求依據該解釋意旨重為裁判，而不是直接依據該號解釋而獲得立即的救濟結果。但或許是因為生存權對國家積極要求作為的本質，使得憲法解釋可能會作出立法方向的宣示，而人民具體權利實現仍須留待立法者方能落實的結果，更加突顯。然而，此點也透露出生存權的實現，尤重具體權利的即時救濟，抽象違憲審查制度與生存權的落實之間，尚有進一步深思之處，本文將留待下一章接續探討。

4.2.2.2. 符合我國憲政意識型態下的分權與制衡關係

其次，採取單純違憲宣告或警告性解釋的作法，是我國憲政意識型態下的安排。申言之，單純違憲宣告或警告性解釋的「確認效力」，一方面能使大法官堅守憲法賦予其監督立法、努力敦促人權落實的義務，另一方面也是考量到機關分權職能與順序；蓋我國憲政意識型態下，生存權的具體落實還是期待能先由立法機關盱衡整體社會事實、訂立具體要件以及財源的分配為之，從而人民權利的救濟，也就不會是「不先經過立法程序」就可以取得具體給付請求權。

4.2.2.3. 人權保障在政治部門實現本就是原則

再者，有論者認為，從比較法上觀察，即使採取具體個案審查的美國、南非及印度等，其憲法判決效力也並沒有因此而產生很強的效果。以南非Grootboom案為例，憲法法院作出了宣示判決（declaratory order），其效果亦在於確認政府違憲，至於判決中要政府於三個月內向被上訴人報告履行進度的要求，與其說有

強制力，毋寧說是國家行為應然的指示⁴²。而印度違建案中，法院對權利保障的宣示，也並非就是最終具體決定，關於住房計畫內容與預算編列細節，仍由立法者進行規劃與逐步實施，法院只是透過過渡期間內公平正義聽證程序的要求，使違建戶的心聲可傳遞出去，政府部門亦須履行其了解、說明之義務，以促進將來立法者落實人權保障的最終決定能獲得更大的支持與信任⁴³。

藉由外國案例可發現，就生存權的落實而言，憲法解釋效力的微弱性（weak enforcement）乃是權力分立及法院專業考量下的權衡結果，也突顯出人權保障的領域內，「依靠政治性手段的保障」本就是一項原則⁴⁴。所有的人權保障都一樣，司法者本非憲法所設想的第一道防線⁴⁵。司法者可以做的事，是對過去損害填補⁴⁶、對現在違憲情況加以指出，但對於未來人權保障的落實，仍然應回歸原初所預設具有民主性保證的政策實踐，法院至多透過正當程序的要求與民主參與的確保，使人權的落實更貼近民意。

4.2.2.4. 無待憲法解釋，政治部門自有履行憲法之義務

僅具有確認效力的憲法解釋，是否會變成只是理想性、道德性的宣示，並無法確保及約束政治部門聽從憲法解釋意旨而具體行動呢？理論上，政治部門過去有怠於作為的違憲行為，並不表示將來仍不遵守憲法。單純違憲宣告或警告性解釋確認了立法裁量的界限，也透過憲法意旨的闡明，使人權價值及政府義務清楚

⁴² 張喬婷（2008），〈憲法保障社會權是否可能透過違憲審查制度實現？—輔以比較法觀點之參考〉，台大法律學院公法論壇（一），頁18。

⁴³ 黃姿育（2008），〈社會權可司法性的新出口？：以印度最高法院關於都市違建戶案件判決為中心〉，台大法律學院公法研究論壇（二），台大法律學院公法中心，頁18。

⁴⁴ See VICKI C. JACKSON & MARK TUSHNET (Eds.) (2006), *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, New York: Foundation Press (2nd Ed.), 1701-1702; Mark Tushnet, *State Action, Social welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations*, 3 *CHI. J INT'L L.* 435(2002); Herman Schwartz, *Do Economic And Social Rights Belong In A Constitution?*, 10 *AM. U. J. INT'L L. & POL'Y*1233, 1235(1995); 大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，元照，頁167。

⁴⁵ 張喬婷（2008），〈憲法保障社會權是否可能透過違憲審查制度實現？—輔以比較法觀點之參考〉，台大法律學院公法論壇（一），頁18。

⁴⁶ 例如南非案例中法院論及若立法遲遲怠於作為，必要時將發布進一步的補償命令。我國釋字第477號解釋有關戒嚴回復受損補償的態度也是如此，直接在憲法解釋中肯定可直接依據該解釋文向國家請求賠償。

呈現出來；政治部門或許因對自己違背憲法義務而不確知，使發生違憲情事，但司法解釋之後，使其得以檢討改進。況且，既然政府作為義務乃憲法所賦予之職責，即使憲法解釋只有確認效力，而無執行效或形成效，政治部門亦非能置若罔聞，反而必須對解釋意旨加以重視並認真實踐。故有學者甚至認為單純違憲宣告或是警告性解釋，不僅是道德上的呼籲，而應具有規範拘束力，約束立法機關於「適當期間」內達成憲法解釋（裁判）機關所課與立法義務的要求⁴⁷。

4.2.2.5. 對立法行為「一次走一步」的容許

有時候，大法官採取警告性合憲解釋，而不採單純違憲宣告，也是考量到給付性法律的特性。以釋字第455號解釋為例，翁岳生大法官的協同意見書便指出在給付性法律之違憲效果宣告上，須考量人民既得權利之維護及立法者對財政資源分配之自由形成空間，因此「此等違憲狀態之除去，究應（一）刪除原有賦予權利之規定、（二）將受不利對待者納入目前有利之規範中、或（三）重行規定賦予權利之要件」，應由立法者斟酌個案以作合理調整，而非一律宣告系爭規範違憲無效。是故，在釋字第455號解釋中，即令系爭法規被認為違反平等原則，仍未逕自宣告違憲無效，而是諭知有關機關於一年內，依解釋意旨妥為訂定。這樣的考量，跟美國憲法學有關於平等審查所討論「一次走一步」（one step at a time）容許性的思考十分類似。

質言之，警告性裁判看似一種司法謙抑的掩飾，事實上，法院對於立法涵蓋過狹卻不宣告違憲，背後有以下兩個原因⁴⁸：

其一是來自於立法者能力與資源上的限制，造成立法的腳步往往落於社會脈動之後，這是所有立法行為無可避免的難題與障礙。倘若要求對某特定問題的各面向採取一視同仁的態度（亦即一併根除或保留之），則政府須待其所得掌握、

⁴⁷ 陳愛娥（2001），〈立法怠惰與司法審查〉，《憲政時代》，26卷3期，頁63。

⁴⁸ See Note, *Reforming the One Step at a Time Justification in Equal Protection Cases*, 90 YALE L. J. 1777-1784 (1981). 轉引自徐秀蘭（2000），《平等權審查標準之解析與建構：以社會立法為中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁104-105。

運用的資源充足而完備後，方得以進行任何治癒的步驟，這將使權利保障的落實更加遲滯，對人民並非好事。

其次，基於給付性法律本身的特性，具有經濟學上的沙盤推演和事實上的不確定性，使得立法者所採取的手段，具有相當程度的實驗性質。於此種情況下，政府並無法預估某一政策是否明智，因此也難以引導立法者將該政策的涵蓋面做進一步延伸，是故，全有全無的要求將會限制政府嘗試的契機。

因此，透過附加改進期間的警告性解釋，一方面指出立法涵蓋過狹的問題，使原本政治部門基於能力上、資源上及事實上的限制，所為涵蓋過狹的差別待遇，得以透過時間壓力的緩衝，逐步達成其所預設的目標；另一方面，期限的附加同時意味著系爭差別待遇是有被二度司法檢驗的可能性，原本的合憲並不具永久的保證，一旦法院限定的時間屆至，而政治部門並未做如實的改善者，該差別待遇將可能不再具有合理性，而會在將來的案件中被宣告違憲⁴⁹。

4.2.2.6. 小結

綜上，司法者透過單純違憲宣告或警告性解釋的方式，主要是思考到：即便解釋僅有確認效力，但其將憲法意旨及立法缺失之處詳加指出，並在程序上給予正當法律程序保障等要求，對於捍衛憲法的努力以及解釋論證的嚴謹，仍是促進整個國家機關之間持續性憲法對話⁵⁰而促成憲法人權保障的落實的。蓋遵守憲法義務保障人民權利本即是所有國家機關的職責，故若歸咎憲法解釋效力的微弱性導致政治部門對憲法解釋的置之不理，這將不單純是司法威信是否會減損的問題而已，更是整個國家民主憲政所必須面對的危機。

據上以觀，在既有的釋憲制度下，關於生存權的司法實踐，我們也許不必（也不可能）對強有力的憲法解釋效力過於執著，甚至因此而質疑權利落實無可期待。但是，面對生存權保障攸關生命維繫的急迫性，以及最需要生存權保障之貧

⁴⁹ 徐秀蘭，同前註，頁105。

⁵⁰ 湯德宗（2000），〈立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探〉，《權利分立新論卷二》，頁37。

弱人民本身主張權利、尋求救濟的困難，既有的制度就顯得有些不符現實需求。在不調整既有違憲審查制度的前提下，我們可以做的，或許是從司法程序之內，或是司法權力之外，考慮其他促進人權保障落實之配套機制，補強可司法性的缺憾，並輔助人權透過司法途徑來實踐成爲可能。

4.2.3. 相關配套機制的思考

從外國案例的實踐經驗中可發現，南非的人權委員會與印度SAL制度的建制理念及運作方式，提供我們在既有的釋憲制度外，有不一樣的思考。

4.2.3.1. 南非人權委員會的組織建制及機能

南非的人權委員會係根據1991年歐美亞洲超過20個國家之人權組織在巴黎達成之協議，以及嗣後聯合國人權委員會依此巴黎原則建立之「有關委員會角色及顧問地位之原則」，所於其憲法明定設置的獨立機關，俾監督立法、促進人權教育、救濟及重建⁵¹。

南非人權委員會設有一名主席及十名委員，其資格僅須具有南非公民身分，普遍代表南非全國。雖然委員會部分委員被期待具有法律背景，但也認爲不應由法律人全部壟斷整個委員會。人權委員會至少需包括國會各黨的一名代表，且各委員須經兩個國會聯席委員會四分之三以上之同意，而由總統任命。人權委員會之執掌除法律規定之事項外，主要負有（一）提升、監督、尊重和保障憲法基本權之義務，（二）促進人權意識，（三）對政治部門提出建議，並在法律和憲法之架構內採取逐步革新措施（*progressive measures*），以促進權利落實，（四）就基本權之主題或相關事項作出研究報告，（五）就有關基本權事項，委員會有權要求任何國家機關就任何立法或行政措施提供資訊等職責，且得參酌非政府組織（NGO）、人權運動者、法律專家等人之意見，對總統提出年度人權報告⁵²。

⁵¹ 魏千峰（2000），〈南非新憲法下之人權保障〉，《思與言》，38卷4期，頁135-136。

⁵² 同前註，頁136-137。

此外，如果立法草案違反憲法權利規定或國際人權法時，委員會得對立法機關提出報告；而被害人亦得就權利侵害事項向人權委員會提出申請，人權委員會因此得主動調查和協助被害人、利害關係人尋求救濟。為達此目標，委員會得安排或提供財政上之協助，使人民得順利進行司法訴訟⁵³。

4.2.3.2. 印度SAL之制度目的與理念設計

印度SAL機制是在司法領導下所創設的制度，主要針對「地位上處於弱勢且為少數的族群」而設計，使其有機會、有能力利用司法程序。SAL的作用相當於憲法訴訟和公益行政訴訟，它不包涵公益民事訴訟，不處理私人所造成的公益損害，但又比一般公益行政訴訟範圍寬，可以針對抽象行政行為甚至立法行為進行司法審查⁵⁴。SAL主要的制度目的與理念設計有：

1. 原告適格（standing）條件的放寬：

傳統訴訟制度對起訴資格的限制是基於一種假設：所有人都對自己的權利有明確的認識，並有能力充分利用一切資源保護自己的權利。然而印度人民大部分都處於貧窮或文盲狀態，因此起訴資格的限制實際上剝奪了他們獲得救濟的可能。為確保法律和正義能夠到達窮人和其他弱勢階層、確保因政府不作為或濫用職權而遭到損害的公共利益得到救濟並提高公民對憲法實施過程的參與程度，印度最高法院透過判例不斷擴展公益訴訟的原告資格，最終將起訴資格賦予全體公民，取消了「請求權基礎」此一要件的限制，不再嚴格要求甲主張權利來對抗乙的私人權利（義務）模式⁵⁵。儘管後來為了防止濫訴，對訴訟主體資格復規定了「都必須具有維護正義的『善意』」之限制條件，否則法院將拒絕受理，但是，

⁵³ Anton J. Steekamp, *The South African Constitution of 1993 and the Bill of Rights: An Evaluation in Light of International Human Rights Norms*, 17 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 124-125(1995).轉引自魏千峰（2000），〈南非新憲法下之人權保障〉，《思與言》，38卷4期，頁136。

⁵⁴ 何兵、王軒（2007），〈印度的公益訴訟制度〉，《行政法學研究》，3期，中國政法大學，頁132。

⁵⁵ Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?* 37(3) AM. J. COMP. L. 495, 498-507 (1989)；黃姿育（2008），〈社會權可司法性的新出口？：以印度最高法院關於都市違建戶案件判決為中心〉，台大法律學院公法研究論壇（二），台大法律學院公法中心，頁4。

這裡的「善意」仍然比美國公益訴訟中的「事實上的損害」要件的適用範圍寬廣許多⁵⁶。

2. 起訴程序的簡化：

一般而言，原告必須向法院遞交正式的訴狀，否則法院不予受理。然印度SAL的聲請人可以用信函的方式代表社會低階層的人民訴請法院啟動司法審理程序，因此又被稱為「信函司法權」⁵⁷。為使貧窮弱勢人民不會因為經濟負擔造成尋求司法救濟的障礙，印度SAL機制使人民不用預繳昂貴的訴訟費用即可開啓司法程序，起訴程序的簡化，甚至一張明信片便可啟動訴訟。不僅如此，一般以書信方式提起訴訟，理應寫明收信人為法院，但印度法院為鼓勵公眾參與SAL機制，法院甚至把寫給個別法官或法庭的信件也看作令狀聲請⁵⁸。由此可發現，信函司法權的確立，使聲請人不必親自到法院遞狀，書信的內容也很簡單，只要包含公共危害的情事、請求法院糾正違法行為等簡單事實即可⁵⁹；其他相關的事實和資料收集，則有SAL專家委員會負責，SAL對於起訴程序的簡化，非常有利於權利受侵害之人，特別是對於社會下階層之人民。

3. 司法積極主義（Judicial Activism）：

相對於司法自制主義，印度的司法表現出積極的態度，法官由案件的被動仲裁人轉變為積極的參與者，並且在法律適用和人權理念上，也形成許多創新、突破性的見解⁶⁰。在公益訴訟案件的判決中，司法積極主義主要表現為司法機關侵入傳統上屬於行政機關的權力領域。法院作出判決時必須在政策目的、各種法律

⁵⁶ Jamie Cassels, *supra* note, at 498-507.

⁵⁷ 樂志菀（2006），〈印度公益訴訟制度的特點及其啓示〉，《北京交通大學學報(社會科學版)》，5卷1期，頁60。

⁵⁸ Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?* 37(3) AM. J. COMP. L. 495, 498-507(1989)

⁵⁹ 樂志菀（2006），〈印度公益訴訟制度的特點及其啓示〉，《北京交通大學學報(社會科學版)》，5卷1期，頁60。

⁶⁰ 同前註，頁61。

價值之利害衝突之間作權衡⁶¹，例如在一件環保案件中，法院作出關閉砂石場的決定時，審酌了工業發展的需求、環境保護的需求、維持當地就業的需求和保持重要的商業投資的需求之間的關係，法院並參考地理專家的技術報告，在各種利益衡量之後，作出最終的決定⁶²。

4. 持續的司法參與及後續監督機制：

印度法官除了從事審判外，也常透過媒體和學術期刊表達其社會理念或觀點，進而形成輿論，運作的結果的確促成多項立法，使廣大社會弱勢者之生活獲得實際改善，監督後續的法制落實⁶³。另外，法院附設一民間專家組成之委員會，定期追蹤判決作成後之執行情況、後續影響發展，並向法院提出調查報告。

綜上可知，印度SAL的理念設計，主要係從啟動司法救濟程序的簡化程序及積極促成權利的具體落實，來加強人權在司法程序中的實踐。法院透過「信函司法權」這種簡便易行的方式，為社會弱勢群體開啓了一扇大門，提供了一個法律的空間。在這個空間裏，他們的權利能為社會所關注，他們的願望能夠被表達。其次，最高法院在公益訴訟案件中，擴大解釋了平等權、生命權和人身權等基本權利的含義，使更多的權利被包含在基本權利範圍內，從而受到憲法的保護⁶⁴。此外，為使貧窮弱勢人民有真正獲得救濟、實現權利的機會。

SAL第二項特色則是民間專家委員會的建制。誠如前述，此一專門委員會，係由社經領域的專家所組成的獨立機關，具有調查及資訊蒐集的權限，可將其所

⁶¹ 樂志菘，同前註；ARUN RAY MOHAPATRA, PUBLIC INTEREST LITIGATION AND HUMAN RIGHTS IN INDIA, Radha Publications 71(2001).

⁶² 樂志菘，同前註，頁61。

⁶³ 黃姿育（2008），〈社會權可司法性的新出口？：以印度最高法院關於都市違建戶案件判決為中心〉，台大法律學院公法研究論壇（二），台大法律學院公法中心，頁5；Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?* 37(3) AM. J. COMP. L. 495, 498-507 (1989)

⁶⁴ 蔣小紅（2005），〈通過公益訴訟，推動社會變革：印度公益訴訟制度考察〉，中國論文天下論文網：<http://www.lunwentianxia.com/product.free.3369776.1>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

調查之社會狀況以及其研究後之專業意見向法院報告⁶⁵，使法院對系爭案件能掌握充分資訊，並有專家意見可供參酌，以補足法官原本專業能力的欠缺，使判決結論更能貼近現實。判決之後，委員會也會定期追蹤、監督後續政治部門的回應，瞭解判決意旨是否確實被履行，使法院知悉判決被實現的情形，從而可在後續相類似的案件中，適當調整判決內容。

可發現，印度SAL制度雖是源自美國之公益訴訟建制，但實際發展已與美國原初強調民眾參與的制度設計有很大的不同，印度SAL更重視的是社會層面的關懷，故有學者認為其本質上是一項由司法發起的社會運動⁶⁶。

4.2.3.3. 制度理念的啟示

一個國家之憲法人權規定是否落實，不只是憲法條文規定如何，而是能使政府以及全民確實依照憲法意旨來落實。南非經過長期種族隔離時期，人權低落，然隨著新憲制定後，經由人權監督、教育與憲法判決之實踐，使南非人民對基本權具有相當體認，成為其人權保障之關鍵。近年來，亞洲地區諸如澳、紐、印尼、泰國等，紛紛設立國家人權委員會，我國於2000年也在人權團體的推動下，總統府成立了人權諮詢小組，以催生我國之國家人權委員會為目標，迄今仍在評估中⁶⁷。本文認為，隨著我國的民主法治化越來越成熟，憲法人權保障的機能也越來越能在憲政體制中保持好的運轉，因此目前對於增設國家人權委員會的需求，並不像南非當年正值民主轉型初期而對制度需求的迫切。

至於印度SAL機制亦源起於彌補種姓制度階級不平等的歷史發展背景，與我國司法結構及社會脈絡顯有差異，在我國行之有年的司法制度底下，或許並不需要完全移植或仿效。尤其必須注意到，印度之司法積極主義尚須與「協作性、非

⁶⁵ Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?* 37(3) AM. J. COMP. L. 495, 498-507 (1989).

⁶⁶ Shehnaz Meer, *Litigating Fundamental Rights: Rights Litigation and Social Action Litigation in India: A Lesson for South Africa*, 9 S. AFR. J. ON' HUM. RAT. 358, 360 (1993).

⁶⁷ 詳細背景介紹可參黃文雄（2000），〈台灣亟待設立國家人權委員會〉，台灣人權促進會：<http://www.tahr.org.tw/site/committee/2000.01.04.peter.htm>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

控辯式」的訴訟模式相配合⁶⁸，與傳統的訴訟當事人一方提出控辯，另一方則反對該救濟的模式有很大的不同。且印度SAL機制發展迄今已漸漸偏離原來救貧救窮的制度形貌，近年來之案件多涉及行政事宜，例如行政部門未能有效執行法令、部門中的裙帶關係、腐敗和恣意妄為等，也有好幾個案件只是反映如公路命名、時速限制等的瑣碎事情，距離原初「代表窮人、維護其社經權益」的初衷越來越遠，使印度SAL機制面臨了濫訴、功能削弱以及讓法院變成看守規則和監督政府而不是維護國家良知的「第三院」(third house)的危險⁶⁹，這些都是制度移植之前，所必須審慎考量的問題。

不過，本文認為，雖然我國現階段並沒有移植整個制度的迫切需要，也不適合貿然全盤仿效，但上開制度中卻有兩點理念是值得我們參考的。第一，南非之人權委員會與印度SAL之「民間專家委員會」的組織功能設計，具有提供社會實況的資訊蒐集、專業意見、持續的追蹤監督以及對國家人權政策立法提出具體建議等諸多優點，不僅能適度輔助司法者有更專業的知識和更切合社會現實的判斷能力，提升司法判決的品質，並對於政治部門權利具體落實的監督發揮一定的成效。其次，懂得透過司法程序主張權利，尋求救濟之人，通常有一定的知識及經濟能力（甚至本身已屬具有良好社經地位的優勢階層，只因法規變動刪減其給付，即動用司法資源者）；然而，真正領不到該給付則無法維生之人，恐怕根本無知也無力提起司法救濟。申言之，陷於貧窮、急難的少數弱勢，正是最需要主張生存權保障的人民，然而我國現在雖已有法律扶助機制的普遍落實，但司法救

⁶⁸ 印度SAL在性質上屬於非控辯式的訴訟模式。相較於傳統的訴訟當事人結構是二元的，對過去實踐法律後果的認定存在著爭議，一方提出申訴或提出救濟，另一方則反對該申訴或提出的救濟；然而，非控辯式的訴訟模式體現出兩個特點，其一，它是一種協作型的訴訟方式，申訴方、法院和政府之間的一種合作式的努力關係，不是控辯式的關係，他們共同努力為社會中的弱勢群體尋求正義，是一種合作式的關係。人民透過公益訴訟尋求行政機關對他們憲法上和法律上的義務加以關注並給予落實。第二個特點是它屬於調查研究式的訴訟方式，法院的判斷是建立在書記員的報告、專家的評論以及新聞媒體的報導等基礎之上。法院還經常任命社會法律委員會去調查案件的事實，委員會向法院提交報告，法院透過這些方式來收集案件的事實，作為判斷的根據。See Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?*, 37(3) AM. J. COMP. L. 495, 498-507 (1989); 蔣小紅 (2005), 〈通過公益訴訟，推動社會變革：印度公益訴訟制度考察〉，中國論文天下論文網：<http://www.lunwentianxia.com/product.free.3369776.1>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

⁶⁹ 蘇晏殊 (2008), 〈公益訴訟與公益法：印度的經驗〉，《亞洲法治通訊》，1卷5期，武漢大學亞洲法律資源中心，頁12。

濟過程的勞力時間費用及嚴格又專業的法規條件限制，仍是他們行使權利救濟的最大障礙。基此，印度SAL為這些貧窮急難弱勢且少數的族群簡化了司法救濟的程序、並促進民眾參與的理念，讓司法的實踐更能有效發揮功能，真正保護到這些最需要主張生存權的人民，實有值得我們參考之處。

展望我國生存權的司法實踐，南非與印度之「專家委員會」、「促進民眾參與」及「簡化救濟程序」的制度思考，提供我們泥於司法權正當性困境的同時，更實際的反思與啓示。質言之，這些制度思考的背後，正是看到司法權本身有其侷限，也瞭解弱勢族群艱難處境，作為公平正義最後一道防線的法院若置身於室外或視而不見，則差異與壓迫將持續加深，尤其在全球化的衝擊下，更容易激化人民社經地位的優劣勢的差異且更不可逆⁷⁰。面對人民權利在政治部門運作缺失下需要救濟而又同時面臨司法者處理資源分配正當性的問題下，透過了制度思考，找到了一條出路：對於生存權的司法審查，雖不執著於司法解釋（判決）對抗立法的效力要多強大，而是轉由一種「參與本位」的制度模式來補強，實際的去思考如何能確保資源有效分配利用、彌補政治運作的缺失，又能讓人民憲法生存權保障得以有效發揮的制度方法。在可司法性的困境及權力分立憲政哲學考量而對於司法難有太過積極的期待下，或可改弦更張，從匯納民眾參與的程序面向

⁷⁰ 參照林春元（2004），《全球化下的法院：從司法空間轉型的角度分析之》，台大法律研究所碩士論文177-206、210。

思考⁷¹，以民主參與作為目標，一方面輔助可司法性疑慮的緩和，一方面也可確保權利落實，並使真正讓需要救濟之人有機會進入司法程序等問題的解決⁷²。



⁷¹ See Craig Scott & Patrick Macklem, *Constitutional Ropes Of Sand Or Justiciable Guarantees? : Social Rights In A New South African Constitution*, 141 U. PA. L. REV. 1, 131-48(1992)

⁷² 其實許多學者看到可司法性的疑慮，都有提出「由民主參與的程序面向加以強化」之相類似的見解，例如孫迺翊（2006），〈憲法解釋與社會保險制度之建構：以社會保險「相互性」關係為中心〉，《臺大法學論叢》，35卷6期，頁278-280；葉俊榮（1986），〈論行政裁量的司法審查與程序上的要求〉，《憲政時代》，11卷4期，頁70-81。另外，學者葉俊榮對於憲法環境權的實踐，也對此有深入的思考與詳盡的分析，葉教授認為，對於法院彌補法律與政治運作缺陷的期待，存在著司法審查內在的難題，且實效相當有限，而為解決資源利用與分配、民主理念的強調及政治運作缺失的彌補，或可改弦更張，朝向建立以參與為本位的模式來思考。詳參葉俊榮（1993），〈憲法位階的環境權：從擁有環境到參與環境決策〉，收於：氏著《環境政策與法律》，臺大法學叢書（63），元照，頁1-34。

第5章 審查標準的抉擇與抽象審查制度的重省

關於社會給付請求的憲法解釋中，經常出現「立法裁量」的類似用語，且尤以解釋結果為合憲宣告之情形最為常見。但相較於日本案例中司法者一論及生存權屬於立法裁量幾乎完全棄守，我國大法官解釋對於立法裁量之審查標準的論理，可算是投入了不少心思。誠如本文第2章對憲法解釋之分析，可發現大法官運用了許多憲法原理原則作為立法裁量的審查標準，此外大法官也似乎有朝向美國運用平等權審查社經給付案件之類型化底下合理性審查標準的趨勢。

在我國憲法解釋的實證研究中也發現，社會給付的種類繁多，受益人身份資格也變化萬千，加上社會給付的財政資源來自於社會整體，因此當我們一方面要兼顧生存權的保障，一方面要權衡保障程度及保障範圍對整體社會及他人權利的影響時，其審查標準的拿捏是相當困難的。這或許也就是為何至今生存權的司法審查一直未能如同言論自由等其他憲法權利發展出一套明確可循、具有預測可能性及可操作性之審查標準的原因。

因此本章將先探討近年司法實踐有關於給付受益人身份所衍生的新興問題，即外國人之生存權保障，以瞭解我國憲法第15條「『人民』之生存權…應予保障」的標準分際。其次，本文則希望藉由生存權在各種給付類型中（甚至是一般性案件裡）的特質，以突顯納入生存權思維的司法審查相較於以平等權作為司法審查展開的差異之處，並重新省思現今採取抽象法規審查的釋憲制度下，其各種審查標準的討論是否合乎實際需求。

5.1. 生存權對人的保障範圍：外國人的生存保障

5.1.1. 跨國人權匯流與人權的普世性

隨著交通科技的進步及國際化、全球化的發展，人與人之間跨境往來互動越區頻繁，逐漸模糊了主權疆界的區隔，從而憲政體制上也逐漸開始思考全球化下的移民潮、跨國勞工的生存權保障可以向「誰」來請求（宗主國，還是居留國？）

¹，以及對於一個主權國家而言，是否有義務讓非國家成員（即外國人）享受該國憲法之基本權保障等等之問題。

近年來，跨國憲法（transnational constitutions）或跨國憲政主義（transnational constitutionalism）成爲學界主要關心的議題。國家之間常透過條約、公約，進一步整合國際間共同遵守的人權規範，具備有如一部憲法般優越的規範地位，形成「國際憲法化」的趨勢發展；同時，內國憲法對於人權的保障，也逐漸發展出逸脫主權疆界之外的效力，甚至成爲跨國間所合意或共識的規範，形成「憲法國際化」的跨國人權匯流風潮²。

目前，各種自由權利已紛紛爲各國憲法及國際人權憲章肯認爲一種普世性的人權價值，無疆界、無國籍之分的人權保障已然成爲共識。而關於人民生存權的保障，則亦可見到世界人權宣言（UDHR）、聯合國經濟社會文化權利國際公約（ICESCR）納入了各種具體生存保障的思維，此外，美洲人權憲章任意定書（1992關於經濟、社會及文化權利）、歐洲聯盟人權宣言等各種國際憲章中，亦明揭生存權保障意旨³。由此以觀，人民生存權的保障似乎也朝向「國際的憲法化」的發展，逐漸形成國際信念與追求的價值目標；直由南非新憲法仿照ICESCR規定所定頒之各項社會權條款，以及印度案例中援引UDHR第25條第1項與ICESCR第11條第1項作爲司法審查之重要闡釋，亦見生存權保障朝向「憲法國際化」的趨勢。

¹ 參照張家寶（2006），《社會權思想在人權體系中之發展研究》，中華文化大學中山學術研究所碩士論文，頁129。

² 關於「國際的憲法化」與「憲法的國際化」跨國人權匯流的深度研究分析，請參照張文貞（2007），〈跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院與內國憲法法院關係初探〉，《月旦法學》，151期，頁57-70。

³ 李仁焘（2000），〈國際人權法體系中社會權保障之新進展：以社會權規約委員會之最新動向爲檢討中心〉，《思與言》，38卷4期，頁41-66；張家寶（2006），《社會權思想在人權體系中之發展研究》，中華文化大學中山學術研究所碩士論文，頁129-140。

⁴ 參照李仁焘（2000），〈國際人權法體系中社會權保障之新進展：以社會權規約委員會之最新動向爲檢討中心〉，《思與言》，38卷4期，頁45-48；Sandra Liebenberg著，輔仁大學社會文化研究中心譯（2004），〈人權鏈環-從人權角度看社會保障：經濟社會文化權〉（Circle of Rights: Economic, Social & Cultural Rights），輔仁大學社會文化研究中心網站：<http://peace.ls.fju.edu.tw/paper/043.pdf>。（最後瀏覽日：2009/04/07）。（最後瀏覽日：2009/7/1）

5.1.2. 社會連帶意識的界限與司法審查標準

那麼，我國憲法第15條生存權之文字規定，係以「人民」為保障對象，不為國籍所限，是否也意味著有「憲法的國際化」的發展空間呢？

本文思考的是給付請求性質之生存權，背後意涵著國家基於每個國民歸屬於一個國家集體所擁有的權利義務，每個國民無論是鰥寡孤獨、老弱殘病，都能夠依賴其他成員基於社會連帶(Solidarity)關係所形成的安全網，有尊嚴地維持其生活的基本需求；基於成員彼此相互連結的意象，形成一個範圍有限、「屬於『我們』的『想像共同體』」，發展出一種互相扶持的同胞之愛⁵。是故我們不禁要問：在全球化的發展下，我國生存權的憲法意識是否能如自由權一般具有普世性，形成跨越國籍國界的相互扶持社會連帶意識——由國民之間，超越到世界大同境界呢？反映在司法審查上，便是要思考：如果社會給付立法以本國人、外國人身份之別作差別對待時，司法應介入多深？

5.1.2.1. 外國案例的比較

觀諸我國釋字第560號解釋中，大法官認為外國人不在本國法實施區域內共同生活，生活上之經濟依賴程度不同，故外國人之社會給付申請，已超過「社會安全制度所欲保障之範圍」，傾向寬鬆審查，尊重立法決定。

而若比較外國司法案例中有關於外國人社會給付請求的處理模式，則可發現，美國Graham v. Richardson案法院認為，政府對外國人以居住期間與國籍的差別待遇屬於嫌疑分類，採取了嚴格審查標準，宣告該限制規定違憲。但是，在日本塩見訴訟中，法院則認為優先保障本國人而排除給予外國人給付，係屬立法裁量範圍。兩國法院明顯呈現不同態度與立場，頗令人玩味。

⁵ 雷文玟（2003），〈低收入社會救助給付與設籍限制之違憲 審查——Saenz v. Roe一案判決之分析〉，《歐美研究》，33卷3期，頁414；孫迺翊（2006），〈社會共識基礎與社會福利國家之建構〉，台大法律學院科際整合法律中心、台大法律學院公法研究中心、台灣法學會主辦，憲法學之科際整合研究學術研討會；孫迺翊（2006），〈憲法解釋與社會保險制度之建構：以社會保險「相互性」關係為中心〉，《臺大法學論叢》，35卷6期，頁257-267。蔡維音（2001），《社會國之法理基礎》，正典，頁1；蔡維音（1997），〈社會福利制度之基礎理念及結構〉，《月旦法學雜誌》，28期，頁24-29。

但由於以上案件皆是以主權國家的角度來著眼，是故，為求較為深層的觀察與探討，以理解超越主權疆界的發展趨勢的可能性，本文希望將研究視角再拉高到國際司法實踐的觀察。

5.1.2.2. 歐盟經驗的觀察

有鑑於歐洲聯盟(European Union/Europäische Union; 簡稱EU, 以下中文簡稱歐盟)的整合工作逐步從各國經濟的整合擴及政治層面的協調合作與價值共同體的方向邁進，並透過歐盟人權憲章、歐洲憲法條約(Constitutional Treaty of Europe, 以下簡稱歐體條約)⁶及期盼於2009年批准生效之里斯本條約⁷等文件，將自由權與社會基本權並列，顯示歐盟追求經濟競爭力提升的同時，也體認到公平正義是形塑歐盟認同、作為整合基礎的共同價值，並區隔出歐洲社會市場經濟與美國資本主義經濟兩種不同的模式⁸。因此本文希望藉由歐盟法院對社會給付請求的實踐以及與立法之間的互動情形，觀察歐盟人民的權利地位是否讓歐盟各會員國國民彼此之間產生「我們歐洲人民」的認同感，作為分析全球化下生存權對人之保障範圍的一個開端，嘗試勾勒出現階段「社會連帶」的界線所在，以探討司法者對於跨越主權國界的社會連帶的分際拿捏。

⁶ 必須補充說明的是，2004年所擬定的歐洲憲法條約，因荷蘭與法國兩國公投未通過歐洲憲法條約致使其批准程序生變。

⁷ 2007年歐盟高峰會簽訂了「里斯本條約」(Treaty of Lisbon)，希望能於2009年完成批准生效程序。里斯本條約將現行歐盟條約第6條修正為：「歐盟承認二〇〇〇年十二月七日簽訂，並於二〇〇七年十二月十四日於史特拉斯堡修正之歐盟人權憲章中所列之權利、自由與基本原則；歐盟人權憲章具備與條約同位階之法律效力。」因此，一旦里斯本條約順利完成批准，將賦予歐盟人權憲章法拘束力。參照孫迺翊(2008)，〈歐盟人民社會基本權之保障：以受僱者與非受僱者之遷徙自由與社會給付請求權為例〉，《歐美研究》，38卷4期，頁580-581。

⁸ 孫迺翊(2008)，〈歐盟人民社會基本權之保障：以受僱者與非受僱者之遷徙自由與社會給付請求權為例〉，《歐美研究》，38卷4期，頁580-582。學者張文貞也發現，雖然歐盟與各會員國的關係也逐漸往所謂的聯邦原則來發展，而美國則是採用聯邦原則的一個成功典範，但歐盟與美國在建構聯邦原則的過程中，在途徑、組織原則、執行機制、組織重心及建構過程等面向，都採取了完全不同的方式。詳參張文貞(2005)，Constructing Federalism: The EU and US Models in Comparison，《歐美研究》，35卷4期，頁733-773。

經查，歐盟目前以「市場經濟歐盟化，社會政策內國化」的模式運作，各種社會給付政策主要仰賴各會員國各自立法予以落實⁹。在歐盟會員國中，社會給付之請求因申請者國籍之差別待遇，主要表現在當他們向政府申請給付時，對於其在該國居住遷徙權之影響。申言之，如果外國人是「基於受僱就業因素」而居留者，依歐體條約第39條¹⁰可享有完整居住遷徙權之保障，但若屬一般性的跨境居住遷徙，依同法第18條¹¹則受到許多條件限制，例如以「個人及其家屬均加入健保，其涵蓋所有疾病風險產生之經濟負擔」以及具備「充分的生活經濟基礎」作為繼續居留之要件之一。這些法律的規定，使得會員國間經常發生：居住於A國境內之B國國民固然得向A國政府請領社會救助給付，但一旦提出申請，即無法滿足長期居留之要件而必須離境，表面上A國之法律固然未歧視B會員國國民請領社會救助，但實際上國籍已成為請領社會救助給付的限制因素¹²。

⁹ 同前註，頁616。

¹⁰ 歐體條約第39條第1項：「受僱者於歐體境內之遷徙自由應受保障，在其工作的會員國中得自由遷徙並居住，非基於公共秩序、安全及健康之理由不得限制之。」

¹¹ 歐體條約第18條：「每位歐盟人民享有於會員國境內自由遷徙與居住之權利，除非本條約或其執行規定另有限制或條件者外。」

¹² 參照孫迺翊（2008），〈歐盟人民社會基本權之保障：以受僱者與非受僱者之遷徙自由與社會給付請求權為例〉，《歐美研究》，38卷4期，頁619-620。

爲此，歐洲法院陸續在2001年之Grzelczke案¹³、2002年之Baumbast案¹⁴及2004年之Trojani案¹⁵等多件案例中表明：僅以請領社會救助或健康保險涵蓋之風險範圍等形式要件判斷應否准予繼續居留，而完全不作具體個案之衡量，顯然違反比例原則。如果申請給付之人僅爲暫時性之經濟協助需求，本身仍有充分之經濟能力者，實無理由逕行終止其居留之權利；反之，如果只有短暫的居留時間即申請社會救助，而又欠缺特殊的正當理由或其不只是暫時性的經濟能力不足，一旦給予救助將形成長期經濟依賴性，造成居留國不成比例之財政負擔，那麼居留國仍可拒絕其繼續居留¹⁶。

以上司法案例作成後，歐盟理事會於2004年時頒布了「自由遷徙指令」(Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the memberstates)，使居留國不得僅以其他會員

¹³ EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193. 本案當事人Grzelczke爲法國人，其就讀於比利時的大學並居住當地，其於大學最後一學年爲準備考試與論文，無法打工支付生活費而申請社會救助給付，惟依照比利時社會救助法之規定，社會救助給付保障的對象限於比利時國民以及具有其他歐盟會員國國籍之受僱者，行政機關遂駁回Grzelczke之申請，而審理此項案件的比利時法院請求歐洲法院解釋比利時社會救助法之規定是否抵觸歐體法。歐洲法院認爲，學生居留指令並未賦予請領社會救助給付之權，但也未排除其請領。將來各會員國得在居留指令上作「未請領社會救助」要件之設計。然而由居留指令的立法理由觀之，其肯認一國之國民應與其他會員國之國民產生某程度的社會連帶關係，當其他會員國之國民有暫時的經濟危難時應即伸出援手而非要求其離境，因此當該國已准許外國人居留後，便不得僅以申請社會救助之事實，作爲終止居留許可或不予延長的直接理由。摘自孫迺翊，同前註，頁620-621。

¹⁴ EuGH vom 17.9.2002, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091. 本案當事人Baumbast爲德國人，其原以受僱者身分居住於英國，退出職場後欲以歐盟人民的身分申請繼續居留。但因其保險給付並未涵蓋在英國發生的緊急醫療需求，因而未能符合歐體非受僱者居留指令所要求的「需加入健康保險」之要件。歐洲法院強調，歐盟人民只要經常居住於其他會員國中，即應與該國國民獲得相同之對待。法院指出，本案當事人Baumbast從未申請社會救助，顯示其有充分的經濟基礎，如果僅因其所投保之健保未涵蓋所有風險即拒絕其繼續居留，顯然違反比例原則。摘自孫迺翊，同前註，頁621-622。

¹⁵ EuGH vom 7.9.2004, Rs. C-456/02, Rn 41 ff. Trojani爲法國人，曾短暫於比利時工作，失業後找到收容機構服務換取安棲之所，並向政府申請社會救助金。歐洲法院特別強調歐盟人民無論有無職業、資力，在歐盟各國境內均享有遷徙自由，而只要經常居住於某一會員國或已獲得該國之居留許可，即應享有與該國國民同等的權利地位，包括請領社會救助金之權利。摘自孫迺翊，同前註，頁622。

¹⁶ 孫迺翊，同前註，頁622。

國國民申請社會救助即自動地拒絕其繼續居留；如果該歐盟人民所申請之社會救助並未造成居留國過度負擔，仍享有居留之權利¹⁷。

5.1.2.3. 主權國家與歐盟經驗的對照分析

由此以觀，國際間對於外國人請領社會給付與其與居留權利之關聯性，以及歐盟人民是否基於受僱就業因素之居留等差別，顯示歐盟各國歡迎有能力、有貢獻的其他會員國國民，但不希望收留無自立能力的外國人，以免造成社會支出之增加。

反觀本文第2章所簡介美國Shapiro v. Thompson案對「他州」移入之州民請領社會給付之限制，雖然案例事實與歐盟案例十分相似，僅有「戶籍」與「國籍」之差異，然而Shapiro案的思考並不在乎申請人來自於哪一個州，而是以整個「美國國民」作為自己成員之認同，並將人民之居住遷徙視為一種「用腳投票」之民主政治上的重要功能，以「出走」方式反映民意對各州政府實踐社會政策的支持程度¹⁸。顯示美國身為一個主權國家，並不能容任各州之間恣意區分「我群」與「他群」，以避免傷害對「美國」的認同感與凝聚力。

從主權國家與歐盟發展的對照分析可發現，歐盟雖然有意凝聚跨越主權疆界之「歐盟層次」的認同，發展出跨國憲政體制¹⁹，但現階段各個會員國之間仍認為經濟能力的欠缺尚不能成為居留國所欲整合接納的對象，彼此相互扶持的連帶意識還沒有真正跨越主權國家的界線，蓋因各會員國無不擔心蜂擁而至的「社會福利移民」將拖垮財政，動搖既有的社會連帶基礎²⁰。或許須在歐盟各國發展均達一定程度而具有自助能力，使「互助」不致造成一方單獨負擔另一方單獨受益，

¹⁷ 同前註，頁622-623。

¹⁸ 雷文玫（2003），〈低收入社會救助給付與設籍限制之違憲 審查——Saenz v. Roe一案判決之分析〉，《歐美研究》，33卷3期，頁430-436。

¹⁹ 張文貞（2005），Constructing Federalism: The EU and US Models in Comparison，《歐美研究》，35卷4期，頁770。

²⁰ 孫迺翊（2008），〈歐盟人民社會基本權之保障：以受僱者與非受僱者之遷徙自由與社會給付請求權為例〉，《歐美研究》，38卷4期，頁628-629。

並體認彼此須相互協助才能獲得更大的發展時，一個跨越國籍的主觀互助意識，始能樂觀期待²¹。

5.1.2.4. 小結：以「合法居留於我國法制區域內共同生活」 作為保障範圍的判準

在現今的國際趨勢下，台灣法院作為全球化司法結構下的一環，其所作決定之正當性的維持，將更受衝擊。蓋台灣才擺脫殖民主義及外來政權陰影而正致力於本土化的凝聚，然全球化的思潮對台灣不啻是另一個本土化侵蝕的威脅；在台灣特殊的國內外政治環境中，法院必須更敏銳且正確的掌握相關政治勢力及社群意見²²。經由以上的分析以及憲政哲學的考量，本文初步思考下，認為現階段對於外國人社會給付請求案件之保障範圍與司法審查的判準，應分為兩個面向來區別對待較為妥適：

其一，對於居住在他國境內的外國人民，因不在本國法律制度實施區域內共同生活，與本國人之生活經濟依賴程度較為薄弱，尚有我群與他群之區分，跨越主權國界的社會連帶關係尚未形成，是故司法對此不應介入太深，應從寬尊重立法者之決定，此亦與釋字第560號解釋意旨相互呼應。

其二，如果我國法制已在跨境居住遷徙要件上把關，而該外國人已合法的在我國居留下來，則彼此之生活共同關係逐漸形成，基於我國憲法平等權保障以及第15條生存權規定未以國籍設限的體系下，應盡可能同等對待本國人及在本國合法居留的外國人，如果立法有差別待遇之情形，司法者在審查時應該從嚴判定。

²¹ 同前註，頁629。

²² 林春元（2004），《全球化下的法院：從司法空間轉型的角度分析之》，台大法律研究所碩士論文，頁210。

5.2. 我國審查標準操作與抽象審查制度之重省

5.2.1. 國內文獻關於審查標準的探討

關於社會權或社會給付的議題，我國學者在審查標準上的研究焦點，主要可分為兩個面向。一是從方法論的層次上去比較「原則概念式的操作模式」與「類型化操作模式」的特色及優缺點，以作為分析相關案件的思考基礎；二是把焦點放在操作面，建構可資運用的審查標準。茲簡要歸整研究論點如下：

5.2.1.1. 原則概念式操作與類型化標準的優缺點

若從方法論來比較類型化與原則概念式這兩種審查模式，則只能說兩者各有所長，也各有其操作上可能困境。其中「原則概念之操作模式」的優點在於，簡單清楚、綱舉目張，可以一個基本原則而普遍適用於所有的案件類型；它不像類型化的審查標準那麼複雜，需要長期的實證累積與區辨，且要不斷與本土的實務發展對話，始能建構出一套類型化的審查標準²³。但是，原則概念式操作面臨最大的挑戰是要回應「法院如何能使用同一標準來審查各類不同案型、不同權利基礎、不同機關行為」的質疑，如何避免因仰賴個案衡量的結果而淪為法官主觀審查態度的操縱²⁴。

相較之下，「類型化操作模式」的優點，則是可藉由類型的區分，反映各種不同類型的基本權利之特色及差異，也比較能應付各種不同的限制手段。質言之，類型化操作模式反映各種不同類型權利之特色，也就是反映人類生活經驗的多元性與複雜性；且不同內涵的基本權利當然會產生不同類型的立法限制手段，是故也有必要發展出相對應的不同類型之司法審查標準²⁵。其次，類型化模式因事先預設了不同寬嚴的標準，一旦逐步建立類型，各種不同案例的適用結果自然

²³ 黃昭元（2000），〈立法裁量與司法審查—以審查標準為中心〉，《憲政時代》，26卷2期，頁165。

²⁴ 同前註。

²⁵ 同前註，頁166-167。

就相對確定，因此操作過程具有較高的客觀預測可能性，不但法院容易操作，人民也容易預測結果，減少司法恣意；此外，學者尚認為，司法審查的類型化，並有助於促進憲法學的深耕發展的展望空間²⁶。²⁷

不過，學者也經由比較法的研究發現，不論採行何種審查模式，各國的操作其實都相當接近，對於社會給付的案件的審查大都從寬，不像涉及公民政治性權利的案件要求的那麼嚴格。其原因已如本文第3、4章所分析，多少是反映了各國社會背景與歷史經驗的累積，也反映出各國法院與政治部門在憲政意識型態下的分工。由此觀之，與其說審查標準的選擇是概念應然的要求，毋寧說是經驗的累積與方法論的選擇²⁸。故關於我國司法審查標準的發展，應好好思考如何調和或釐清我國司法審查標準交錯在類型化模式與原則概念操作模式之間的衝突矛盾與方法論上混亂，以及如何發展一套符合我國脈絡、穩定明確、可供清楚依循的審查標準。

5.2.1.2. 審查標準的設定

關於審查標準的建構，有學者提出以財產存續保障、制度存續保障以及平等原則作為大法官審查立法裁量時的判斷基準²⁹，有學者指出司法者在正當法律程

²⁶ 學者認為，類型化模式更容易促進憲法學的發展。審查標準往類型化模式發展，如果和民法的發展相比擬，就像是從單一的「違約」概念進一步發展出「給付不能」、「給付遲延」、「不完全給付」等不同類型的債務不履行體系，這不僅是法學理論的繼續發展，也是法治程度提升的具體表現。參照黃昭元，同前註。

²⁷ 有關原則概念式操作與類型化審查標準操作模式在方法論上的詳細分析，尚可參見黃昭元（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〉，《國立臺灣大學法學論叢》，33卷3期，頁45-148；陳愛娥（2008），〈基本權限制之審查基準〉，司法院主辦，違憲審查基準與社會國原則－司法院大法官釋憲六十週年學術研討會（上冊），頁1-40；廖元豪，2008，〈高深莫測，抑或亂中有序？--論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，2期，頁211-274等等。而外國相關文獻亦有Pierre J. Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379-430(1985); Frederick Schauer, *Freedom Of Expression Adjudication In Europe And The United States: A Case Study In Comparative Constitutional Architecture*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 49, 49-69(Geroge Nolte ed., Cambridge Univ. Press, 2005).等可資參照。

²⁸ 參照黃昭元（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〉，《國立臺灣大學法學論叢》，33卷3期，頁45-148。

²⁹ 李建良（2008），〈論社會給付立法的違憲審查基準：社會國原則的實踐難題〉，司法院主辦，違憲審查基準與社會國原則－司法院大法官釋憲六十週年學術研討會（下冊），頁 25-28。學

序審查上的介入空間³⁰，有學者納入裁量收縮至零的思考³¹，此外，更有學者詳細探討以社會給付的分類作為審查標準「再類型化」的可能性³²。

申言之，學者徐秀蘭從社會立法之平等權審查的角度切入，認為可就社會立法的性質區分為社會救助、社會福利與社會保險三大範疇來探討。其中，社會救助強調危難的急迫性與援助的暫時性，需要政治部門的伺機行動，以資因應陸續可能出現之層出不窮的狀況，因此司法者的介入程度有限。而社會福利一向被國內學者及比較法上否定人民有主觀公權利，是故在法規涵蓋過狹時，應給予立法者較寬廣的裁量空間，惟若涉及涵蓋過廣的情形時，為確實使有限的財政資源作有效分配運用，司法者於審查標準應可強化，理由在於司法者只是要求政府不得為該項財政支出，並不致過份干預立法者對於財政資源分配的第一次決定權與政治決定。至於社會保險領域，司法所能介入的程度更低，因為社會保險是由國家與人民共同分擔保費，乃著眼於風險預防³³，不似社會救助與社會福利是關乎當下、目前的生存保障，加上社會保險尚涉及精密的概算與分析，則司法者掌控度

者鄭明政也從日本案例觀察到財產存續保障、制度存續保障的「不得倒退」原則；參照鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式——檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文，頁91。

³⁰ 學者認為，國家事後更改法律政策、廢止既有給付事項時，司法者尤應審視政治部門是否符合正當法律程序的要求，以避免穩定實行之各種社會制度受到嚴重影響。黃鼎馨（2008），《給付抑或不給付？——從憲法受益權／社會權保障功能論社會救助給付行政之目的及正當程序》，東吳大學法律學院法律學系法律專業碩士班碩士論文。學者孫迺翊也有類似看法；參照孫迺翊（2007），〈恩給性社會給付沒保障？：憲法與行政法角度的分析〉，《月旦法學教室》，52期，頁87。

³¹ 張喬婷（2008），〈憲法保障社會權是否可能透過違憲審查制度實現？——輔以比較法觀點之參考〉，台大法律學院公法論壇（一），頁20。

³² 徐秀蘭（2000），《平等權審查標準之解析與建構：以社會立法為中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁120-124；王信仁（2003），《再訪社會權》，政治大學法律學研究所碩士論文，頁162-163。

³³ 申言之，社會保險的設計，主要是透過風險預防與社會連帶、團結互助的思想，而由國家依法組織危險共同體，以集體的方式，共同事前預防成員所可能遭受的生活風險。參照孫迺翊（2006），〈憲法解釋與社會保險制度之建構：以社會保險「相互性」關係為中心〉，《臺大法學論叢》，35卷6期，頁261-278；楊靜利（2000），〈社會保險的意義與社會福利體系〉，《台灣社會福利學刊（電子期刊）》，1期，<http://www.sinica.edu.tw/asct/asw/journal/paper0105.pdf>（最後瀏覽日：2009/7/1）；林炫秋（2008），〈社會保險權利之憲法保障——以司法院大法官解釋為中心〉，國立中正大學法學集刊，24期，頁344。

應更加謙讓³⁴。是故，氏認為，社會福利恐怕是司法比較能介入的領域，涉及社會福利立法外部的涵蓋過廣或者內部的差別待遇問題時，手段與目的間的關連應可提昇至30%至50%的程度；但在社會救助與社會保險的情形，以及關於社會福利外部的涵蓋過狹時，只適合採取美國法上的合理審查標準，如果系爭差別待遇手段與目的間並非毫無關連性即可通過審查³⁵。

學者王信仁亦認為社會救助、社會福利（社會促進）與社會保險（社會預護）三大範疇的分類，有助於審查標準進一步的細緻化。不過，相較於學者徐秀蘭，其認為社會救助主要是針對無法滿足最低生存標準的人民所設計，因此必須用最嚴格的態度來審查；就社會保險而言，因涉及保費細膩的經算，非司法者可以完成的任務，此時司法者不可能向社會救助給予立即給付，只能做一些立法方向的指示或限期立法，要求立法者儘速立法、建立適當制度。又，社會福利的政策性格最濃厚，必須斟酌國家財力及整體經濟情勢，因此司法者只能寬鬆審查，不能做太多指示，須保留較廣泛之政策形成空間³⁶。兩位學者的論點，明顯地顯現出有無以生存權思維作為出發點，對於案件判斷的差異。³⁷

5.2.2. 審查標準適用上的難題

一套好的審查標準，可以反映出權利保障的界限，使越接近權利核心、越具有權利保障迫切需求的情況，獲得完善、嚴密的保障；相對的，對於距離權利核心內涵越遠、與權利保障的連結度越薄弱者，則亦可透過審查標準的操作，為國家行為與人權保障之間，調和到最適當的位置。因此，理想中的生存權保障，以本文第3章所提出「生存權內涵光譜環」來分析，便是越攸關生命急迫危難、無

³⁴ 徐秀蘭（2000），《平等權審查標準之解析與建構：以社會立法為中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁120-123。

³⁵ 同前註，頁123-124。

³⁶ 王信仁（2003），《再訪社會權》，政治大學法律學研究所碩士論文，頁162-163。

³⁷ 此外，關於社會救助、社會保險等社會給付類型之特色差異及我國制度發展實況，尚可參見孫迺翊（2007），〈社會保險與社會救助體系中個人、家庭與國家的角色〉，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告；孫迺翊（2006），〈憲法解釋與社會保險制度之建構：以社會保險「相互性」關係為中心〉，《臺大法學論叢》，35卷6期，頁241-290。

法維生的生存權核心內涵者，國家須給予最優先、最急切的照顧扶助，司法審查也應給予最周延、即時的保護，此時立法裁量「是否」給付的空間受到了限縮；反之，越往生存權光譜的外圍擴散，越屬於更快適的生活層面者，其權利保護的迫切性漸弱，基於財政資源的分配及司法專業的考量下，應給立法裁量空間更多程度的尊重。

然而，當學說與釋憲實務致力於構築一套可操作的生存權審查標準時，本文卻發現審查標準的採擇與生存權保障之間，發生了適用上的難題。易言之，在現行抽象違憲審查制度下，似乎不可能有一套好的審查標準可以貼合本文第3章生存權內涵之譜系，同時也使得司法者面臨了如何拿捏審查標準及如何做結論宣告的困境。茲舉一例來彰顯問題之所在：

假設有二名退休老人，甲尚有子女扶養、乙孤苦無依，甲乙兩人目前均依A法規定領有老人津貼。某日，因A法修正，導致甲乙均喪失了給付受領的資格，兩人均以A法違反憲法生存權聲請釋憲，試問大法官應如何審理、如何宣告？

在現行抽象審查制度下，大法官必須針對整個釋憲標的在適用上所可能面臨的各種情形是否發生違憲，進行通盤考量後，始得作合憲或違憲之宣告。本例中，甲乙兩人均為A法之適用者，因此不論是甲或乙的案件，只要案件到達大法官手中，整個司法審查過程都會是相同的，大法官皆必須就A法規定對於一切潛在的個人生活條件的影響（包括甲、乙的生活實況）作綜合判斷。而由案例可知，甲尚有子女扶養，其對於系爭津貼給付的需求程度並非迫切，對應於生存權光譜環，亦已超過第二層次「基本物質條件」的保障需求。然而，對乙而言，若無該筆津貼，則根本無法維生，乙係屬生存權內涵最核心需要保障的人民。面對此情此景，只能對於同樣一個A法違憲審查綜合作成一個決定的大法官，究竟應採寬鬆審查，宣告A法未逾越立法裁量範圍而屬合憲？抑或應採嚴格審查標準，作成A法違憲宣告或警告性解釋呢？反面而言，究竟一個法律規定應保障到何種程度，可以在司法審查上被認為是符合生存權保障的合憲立法呢？是50%得以維生、50%無法生存？還是70%比30%？99%比1%？或者必須滿足100%的人民都

得以藉由該給付而維持生活呢？所謂審查標準的寬鬆或嚴格，應該如何拿捏、界定？

誠如本文第4章所指出給付性法律本身，具有經濟學上的沙盤推演和事實上的不確定性，實難達成精確而完整的涵蓋，一項給付立法的制定或法規的變動，可能會使大部分的人民得賴以維生，但仍有少部分民眾因此而無法繼續生存下去，面臨生存權最核心的窘境。在這種情況下，大法官若尊重立法裁量，勢必造成少數群眾一旦正是生存權保障最急需落實之人一無法獲得救濟；依此，審查標準操作的結果，反而背離了憲法生存權保障的初衷，而「生存權的司法審查」也顯得諷刺且昧於現實。相反的，如果大法官爲了滿足100%的人民在系爭法規中都能滿足生存權最核心保障的環節，也勢必遭逢部分保障涵蓋過廣、財政資源分配等複雜的問題，並有危及權力分立、凌駕立法的重大憲政危機。要之，現行抽象審查通案判斷的結果，恐無法反映出個案人民的特徵需求。

不僅如此，在現行制度下，人民必須窮盡一切通常司法救濟途徑後，始得聲請司法違憲審查，在如此龐大勞力、時間、費用消耗的現實狀況中，能夠堅持到最後而聲請釋憲者，通常有一定的資力和知識水準，屬於社會上較優勢的階層。若套用在上開案例，恐怕僅有甲有知識及能力提請釋憲，而乙在A法停止給付當下，可能早已面臨明顯而立即的生存危機，根本沒有能力爲自己憲法上的生存權作任何主張。試問，當大法官只收到甲的釋憲聲請案時，吾人能預期到的，是大法官尊重立法決定而宣告A法合憲？或者可樂觀期待大法官憑空想像到其根本不會知道的事實，而盼大法官透過該次違憲審查來對生存權保障作深度的闡釋？

再者，國內文獻曾嘗試提出以各種社會給付的類型作爲審查標準寬嚴的分類，不過，真正實際操作時，恐也會遭到不切實際的質疑。蓋各種社會救助、社會保險、社會福利的給付受益人都是多樣性的，例如，一向被視爲社會福利的育兒津貼，對於一個單親媽媽而言，恐怕不是爲求「更好、更快適的生活」，而是攸關自己及子女生命維繫所需，如果沒有領到該津貼，或許將踐踏人格、淪爲娼妓始能養家糊口；同樣的，一項社會保險給付對於富人或貧民而言，維持生存需求的程度也是不同的。換言之，由於生存權的保障需求帶有非常具體性、個別性

的「個人」屬性與特質³⁸，各種社會給付類型都會面對現實上各種不同生活條件的人民，是故以給付類型作為審查標準的分類而適用於所有社會給付請求之案件，恐昧於現實。

除此之外，關於生存權違憲審查標準的決定，還有一項值得深思的問題。除了社會立法之外，許多法令在通常情況下並不會碰觸生存權的領域，其立法目的也不是以生存權為考量，然而，當這些法令適用於某些特殊個案時，卻面臨到生存權最核心的問題。假設，政府依建築法規拆除私自搭篷居住的貧民聚落，此時恐怕不是建築法違憲的問題，然而，法令實際適用的結果，卻無疑地涉及了這些貧民生存權的問題。我們不禁要深思，只能作抽象違憲審查的大法官，如何在這些案件的司法審查中落實生存權保障？相對的，對這些貧民而言，他們期待的是宣告系爭法令違憲，還是期盼法院因「個案」考量開給例外而不予拆除呢？

5.2.3. 生存權的特性與個案審查的必要

綜合以上提問，本文想突顯的是：在整體實證分析、法理的申論以及個案的探討中，吾人可以深刻的發現，其實以上所探討種種生存權所遭遇的一系列可司法性疑慮與障礙，以及司法審查標準、解決之道的探尋，所呈現出的都是「人民生存權保障需求的特質」與「司法審查制度下之司法權能」之間的激烈拉距——這也正是真正的核心問題所在。申言之，生存權保障需求具有非常個別性、個案差異性的特質，以及其核心保障「攸關生命維繫」所需最迫切、最即時的救濟，此特徵正鮮明地透露出現行抽象違憲審查制度對於生存權保障的矛盾與昧於現實之處。

由於生存權與每個人的社會生活、經濟地位、謀生能力緊密相繫，其具有非常屬人性（personal）、差異性（various from person to person）、個別性（case by case）的特質，因此，司法審查的個案性非常強。是故，司法救濟若要發揮功能，

³⁸ 大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台北：元照，頁20。

必須個別地改善他們的生活條件³⁹。換言之，生存權的落實，是關心司法違憲審查的權限能否依據個案適度調整，以反映出個案的特徵需求，而不是一般所討論審查標準怎麼類型化的問題。

首先，由上開事例可知，抽象審查制度要求司法者在對一項釋憲標的進行審查時，必須全面性、通盤、完整地作考量，但是，我們又該如何苛求只能作抽象審查的法院去憑空設想各種連立法者都難以預知的事情？如果沒有依附於個案，對案件事實加以瞭解與審查，司法者如何能憑空想像、如何進行審查呢？

次從比較法的觀察中，我們也能發現，不論是美國、日本、南非，還是印度，沒有一個國家不是採取個案審查制度來落實生存權的保障。這些比較法的實踐經驗透露出，採取個案審查制度的國家，司法著力的深度是不同的；法院可以針對個案需求實況發布必要的指令，也才可以根據當事人落在生存權光譜還的相對位置，給予採行最合適的審查標準。反面以觀，只能作抽象法令判斷的法院，對於案件的可司法性大幅降低，法院不可能動不動就爲了個案而開給例外，再加上權力分立的拿捏、專業能力的限制、財政考量等等，使得透過司法實現生存權的期待可能性是非常低的。

再者，我國憲法解釋的實證資料，其實也早已透露出大法官在現行抽象違憲審查制度下要實踐憲法生存權保障所面臨的困難抉擇。在社會給付請求的案件中，大法官並沒有如學說普遍所指出司法者應高度尊重政治部門的決定，反而比一般自由權案件更積極地宣告法規違憲，顯出審查過程夾帶著對個案的同情。又，釋字第316號解釋植物人案中，大法官作成適用上違憲的喻示，以及釋字第474號解釋具體指明在相關法律制定前暫時類推適用其他給付規範的決定，常引來學界不少批評，然而這些評釋的背後，正突顯出連個案審查都辦不到的大法官，想試圖爲特殊個案開設例外的救濟都舉步維艱。抽象審查制度壓抑了生存權的可司法性，此時法院若不是礙於權限而對生存權的司法救濟心有餘力不足，就是動不動作「適用上違憲」的宣告，引來破壞權力制衡體制的責難。

³⁹ 學者大須賀明亦曾指出「作爲國家就有必要依照每個人生活的現狀，伸出救濟之手，個別地改善他們的生活條件，使他們在實際社會生活中，確實能夠享有權利和自由」。參照大須賀明，

國際法上之趨勢亦是如此，聯合國經濟社會文化權利國際公約（ICESCR），以及經濟、社會及文化權利委員會（Committee on Economic, Social and Cultural Rights）為使各國司法審查切實落實ICESCR而作出之第9號一般性建議書（general comment）⁴⁰，所建立的個人申訴制度，也顯現出現階段生存權的司法救濟，係將權利實踐的重心放在法院如何在個案中落實生存權之意旨，並以此審視立法政策的問題。我國早於1967年簽署了ICESCR，而今（2009）年立法院更三讀通過該公約，並經總統批准，此外，更透過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」之定頒，將該國際公約內國法化，向全世界宣示我國保障人權之決心⁴¹。尤其施行法第8條規定：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」值得注意。

此外，有不少學者為生存權可司法性解套時，指出攸關生命維繫的情況並非法院不能判斷，也認為人民基本物質生活條件可轉換為客觀數據供法院審查，亦有論及司法者非不能在新法制定前給予暫時過渡期間的權利填補以及法規變動時的正當程序保障者，還有學者提出運用我國大法官釋字第469號解釋「裁量收縮至零」的意旨來確保生存權核心內涵「攸關生命維繫」的保障，均已如前述。其實，學者們的見解也透露出個案違憲審查的制度需求，因為，惟有個案審查的情況，始有依案例事實進行衡量，以及裁量收縮至零理論運轉的空間。更有學者已明白指出：要求國家積極給付性格的基本權在面臨司法審查時，大法官勢必要在「具體個案中」才有可能逐步建立可循的審查標準⁴²。

同前註。

⁴⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1998), Draft general comment No. 9: The domestic application of the Covenant, available at <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (2009/07/09 visited)

⁴¹ 參照法務部（2009），《人權大步走計畫：落實公民與政治權利國際公約與經濟社會文化權利國際公約》，頁1。

⁴² 雷文玫（2008），〈尋找大法官實踐社會國的最適功能：「論社會給付立法的違憲審查基準」與談稿〉，司法院主辦，違憲審查基準與社會國原則—司法院大法官釋憲六十週年學術研討會（下冊），頁3、5。

綜上可知，由於生存權的特質反映在個案中的複雜性，現行抽象違憲審查機制對於生存權的保障面臨著實踐上的困境。本文認為，憲法機能運轉迄今，有關於生存權的司法審查最特殊、最值得深思的，恐已不是國內文獻以往論辯最激烈的主客觀權利定位的問題，也不是審查標準如何類型化的問題，真正亟需認真思考的，或許該是能否容許個案具體違憲審查，甚至是容許分散式違憲審查制度，讓下級法院直接得以針對具體個案事實的差異與憲法生存權保障的關聯性，加以斟酌、判斷。唯有這樣的思考，方能兼顧憲法生存權保障即時又切實的司法救濟

⁴³。



⁴³ 其實，不僅是生存權司法審查之問題，有學者甚至檢討整個權力分立體制認為我國釋憲制度採取抽象違憲審查是有待商榷的。例如，湯德宗（2000），〈權力分立與違憲審查：大法官抽象釋憲權之商榷〉，《權利分立新論卷二》，頁97-115；黃建輝（1998），〈法官個案審查制度之建立〉，《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（一）》，三民，頁471-508。也有學者從外國制度的比較以及制度改革的建議，來分析改採個案審查制度的可能性與需要性，參照林子儀（1993），〈司法護憲功能之檢討與改進〉，國策中心編，《憲政改革》，業強，頁235-265。可見，現行抽象違憲審查制度本身，即有制度上亟需改進檢討的空間。

第6章 結論：重構生存權的司法審查

從我國大法官解釋中有關憲法第15條生存權以及人民透過司法違憲審查途徑請求給予社會性給付案件之實證分析可發現，大法官雖承認給付請求功能面向的生存權，但態度上卻不是很喜歡在憲法解釋中論述這樣一個權利。分析結果，更發現大法官面對人民請求社會給付議題時，往往不正面直接回應所據以審查的「權利」基礎，反而用「基本國策」來包裝，並以國家的義務來談論國家對人民之「生存保障」，似乎刻意避免在憲法解釋中使用到具有給付請求功能的「生存權」。本文推測最主要的原因乃源自於我國憲法學對於給付請求面向之權利，存有諸多可司法性的顧慮。但是，不論從制憲沿革、條文體系、學說分析、比較法參考，以及現階段法制發展的情形來看，其實我國憲法生存權條款作為一個人民得據以請求社會給付的憲法權利基礎應無庸置疑，也不必對人民是否因此擁有具體請求權等情過於擔心；司法者實在不必刻意迴避它的權利面，反而應該正面回應它，好好地把它講清楚、說明白。

除了因為可司法性的顧慮外，實證資料也透露出生存權的概念內涵一直模糊不清，造成它被束之高閣的重要原因。本文嘗試描繪出生存權的光譜環，形成一圈圈由內往外擴展的生存權內涵——核心保障是「生命的維繫」，因具有時間上之急迫性以及損害之不可回復性，必須受到最嚴密、迅速的權利救濟與保障；第二層的「基本物質條件」重視的是人民免於挨餓受凍的社會基本生活條件，本文認為其保障範圍應隨著時代的演進與國家經濟發展程度而調整，並可透過客觀的科學和社經統計數據來具體化；第三層則是「健康、文化、更為快適生活的水準」，一方面防禦國家不當侵害既有權利，同時亦包含國家權力積極作為提升保障範圍的意旨。本文希望此光譜環可以幫助對生存權的理解，也希望能幫助實質審查的進一步實踐。

關於生存權可司法性的問題，不只在於透過權利的主張來解決資本主義所造成的結構困境，也同時面對司法者以及立法者如何攜手互動。根據我國的憲政意識型態及既有的抽象違憲審查機制，司法解釋的強度並不適於過於激進，目前單純違憲宣告並附加期限的要求，是綜合考量下較為適合的方式。然而，面對生存

權核心保障攸關生命維繫的急迫性，以及最需要生存權保障之貧弱人民本身主張權利、尋求救濟的困難在不變動釋憲體制下，我們可以做的或許是從司法程序之內，或是司法權力之外，考慮其他促進人權保障落實之配套機制的建制，讓人權透過司法途徑來實踐成爲可能。南非人權委員會與印度SAL機制背後所支撐的「民間專家委員會調查監督」、「強化正當程序民眾參與」以及「爲貧窮弱勢簡化司法救濟程序」等設計理念，不僅補強了司法專業判斷能力，減少可司法性之疑慮，讓司法的實踐更能有效發揮功能，也促進了人民的權利意識，使真正需要主張權利之人有得以發聲的管道與機會，真正保護到這些最需要主張生存權的人民。這種專家委員會及簡化救濟程序的制度思考，提供了我們檢討生存權的司法實踐所面臨司法權能與界限問題的同時，多了另一層實際的制度思考面向。

面對國際化、全球化的影響，人民開始用腳選擇適於居住的地方，此時生存權保障範圍與國家主權疆界的關係被突顯出來；但本文藉由歐盟經驗的觀察作爲分析全球化下生存權對人之保障範圍的一個開端，卻發現生存權之保障還是附著於有形的主權國家界線區隔出我群與他群，欠缺不計較國籍與經濟能力差異的社會連帶意識，每個國家無不擔心蜂擁而至的「社會福利移民」將拖垮財政，動搖既有的社會連帶基礎。在這樣的憲政哲學考量下，反思我國關於外國人社會給付請求案件之司法審查，本文認爲，對於外國人生存權保障應分爲兩個面向思考：對於居住在他國境內的外國人民，因與本國人之生活經濟依賴程度較爲薄弱，尙有我群與他群之區分，尙未形成跨越主權國界的社會連帶關係，是故司法對此不應介入太深，應從寬尊重立法者之決定；但若外國人已在我國合法居留下來，則彼此之生活共同關係逐漸形成，基於我國憲法平等權保障以及第15條生存權規定未以國籍設限的體系下，應盡可能同等對待本國人及在本國合法居留的外國人。

在綜合檢討我國憲法解釋實證觀察所呈現的問題點以及外國案例的比較後，本文深刻的發現，其實以上所探討各項生存權所遭遇的一系列可司法性疑慮與障礙的分析以及解決之道的探尋，所呈現出的都是「人民生存權保障需求的特質」與「司法審查制度下之司法權能」之間的激烈拉距——這也正是真正的核心問題所在。當前生存權司法審查最特殊、也是需要儘速解決的，恐怕已經不是過去國內文獻論辯最激烈的主客觀權利定位的問題，也不是審查標準如何類型化的

問題，而是現行的抽象違憲審查機制有根本性無法滿足憲法生存權保障意旨的運作上難題。申言之，面對生存權保障需求具有非常個別性、個案差異性的特質，以及其核心保障「攸關生命維繫」所需最迫切、最即時的救濟，生存權保障需求具有非常個別性、個案差異性的特質，此特徵正鮮明地透露出現行抽象違憲審查制度昧於現實之處。或許，當前亟需我們深思的，是關於個案（具體）違憲審查——甚至是採行分散式違憲審查機制的思考，使個別法官可以直接在個案中斟酌，並依實際需求在新法規劃完善前提供過渡期間必要的保障，如此，憲法第15條生存權保障之意旨，方得以切實在司法審查中獲得落實。

本文嘗試以我國憲法解釋的實證研究為出發，並試圖重構出生存權司法審查的形貌，主要是期待能與過去有關社會權的研究——尤其是可司法性的討論，進行對話。但是，論諸現實，筆者終究認為司法救濟乃是權利實現迫不得已的最後一道防線，而生存權落實最現實的問題也仍然在於面對的政、經、社、文結構的限制下，國家如何以一種既是照顧有需要者、另一方面又合於社會資源的有效配置的方式而為實踐¹，尤其在國家財政日漸呈現困窘的時代中，此等問題益加彰顯。因此，在本文分析下雖一方面肯認了給付請求性質生存權之司法審查的可能性與可操作性，但在結論上本文也必須一併強調，「從憲法的角度看來，做得越多、給得越多的政府，並不必然就是最好的政府」。畢竟國家本身並非製造財富的來源，國家的財力亦非自我增生，而是透過課稅，取之於民；人民生存權的實現，最後還是回到人民自身的創造力與競爭力²。如果國家為求完善照顧人民生活、提供人民更美好的環境、甚至更高尚的文化水準，反而以處處犧牲個人自由與選擇權的方式（例如：更大的租稅負擔、更多的行為限制）作為代價，那麼如此家父長導向（paternalistic）的國家角色，恐怕已經背離了法治國家維護自由的信念與承諾³。正如歐盟經驗所顯示的，生存權及社會給付制度的發展必須在一個漸

¹ 黃錦堂，〈社會權試論〉，homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20060530Solidarity.pdf，頁1、31-33，查訪日期：2008年1月8日。

² 李建良（2009），〈社會國原則的實踐與人民基本權的保障〉，台大法學院主辦，第四屆日台憲法共同研究會—公法典範的繼授與轉型法學研討會，頁16。

³ 雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁39。

趨穩定、逐步發展成熟到一定程度的整體社會價值共識的基礎上進行，或尋求所謂社區互助、群際照顧等省錢省力省時而又能達成目標方法之私領域治理模式努力⁴。憲法係建立在人類的自我負責及自主決定的前提上，不管是個人自我發展、自我實現，或是個人與群體、社會的關係⁵。雖然研究結果發現，現行的抽象違憲審查制度導致憲法生存權之保障昧於現實而有亟需改進的空間，但對於生存權之落實，我們也不應該在憲法層次、以及對於司法違憲審查賦予過大的期待；這項認知是我們在對生存權司法審查侃侃而談的同時，絕對不能忽略的。



⁴ 類似的見解尚有黃錦堂，〈社會權試論〉，homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20060530Solidarity.pdf，頁1、31-33（最後瀏覽日：2009/04/07）；劉宜君（2001），〈全球化與國家財政職能的轉換〉，載於國家政策研究基金會網站：<http://www.npf.org.tw/post/2/632>（最後瀏覽日：2009/7/1）；蔡宗珍（2009），〈從給付國家到擔保國家：以國家對電信基礎需求之責任為中心〉，《台灣法學雜誌》，122期，頁33-36。

⁵ 李建良（2009），〈社會國原則的實踐與人民基本權的保障〉，台大法學院主辦，第四屆日台憲法共同研究會—公法典範的繼授與轉型法學研討會，頁16。

參考文獻

中文文獻

專書譯著：

大須賀明著，林浩譯（2001），《生存權論》，台北：元照。

吳庚，（2004），《憲法的解釋與適用》，台北：作者自刊，三版。

李惠宗（2006），《憲法要義》，台北：元照，三版。

法治斌、董保城（2004），《憲法新論》，台北：元照，二版

法務部（2009），《人權大步走計畫：落實公民與政治權利國際公約與經濟社會文化權利國際公約》。

林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編（2008），《憲法：權力分立》，台北：學林，二版。

施文森主編（2004），《美國聯邦最高法院憲法判決選譯（第三輯）》，司法院。

許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著（2005），《現代憲法論》，台北：元照。

許慶雄（1991），《社會權論》，台北：眾文。

國民大會秘書處編（1946），《國民大會實錄》。

勞倫斯·傅利曼著，吳懿婷譯（2005），《二十世紀美國法律史》，台北：商周。

葉俊榮（2000），《珍惜憲法時刻》，台北：元照。

葉俊榮（2003），《民主轉型與憲法變遷》，臺大法學叢書（137），台北：元照。

蔡維音（2001），《社會國的法理基礎》，正典。

期刊論文：

- 何兵、王軒（2007），〈印度的公益訴訟制度〉，《行政法學研究》，3期，中國政法大學，頁131-138。
- 吳庚（1998），〈基本權的三重性質：兼論大法官關於基本權解釋的理論體系〉，《司法院大法官釋憲50週年紀念論文輯》，司法院書記處，頁1-51。
- 李仁焘（2000），〈國際人權法體系中社會權保障之新進展：以社會權規約委員會之最新動向為檢討中心〉，《思與言》，38卷4期，頁41-66。
- 李立如、張文貞，（2006），〈認真看待社會變遷的憲法—變遷機制的初步探討〉，收於：蘇永欽（主編），《部門憲法》，初版，臺北：元照，頁125-150。
- 李惠宗（2003），〈憲法工作權保障系譜之再探：以司法院大法官解釋為中心〉，《憲政時代》，29卷1期，頁121-157。
- 李建良（2004），〈基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克「身分理論」談起〉，收於氏著《憲法理論與實踐（三）》，學林，頁1-72。
- 李建良（2007），〈基本權利與國家保護義務〉，收於氏著《憲法理論與實踐（二）》，學林，二版。
- 李建良（2008），〈論社會給付立法的違憲審查基準：社會國原則的實踐難題〉，司法院主辦，違憲審查基準與社會國原則—司法院大法官釋憲六十週年學術研討會（下冊），頁1-28。
- 李建良（2009），〈社會國原則的實踐與人民基本權的保障〉，台大法學院主辦，第四屆日台憲法共同研究會—公法典範的繼授與轉型法學研討會，頁7-16。
- 李震山（2005），〈論憲政改革與基本權利保障〉，《中正大學法學集刊》，18期，頁183-252。
- 周志宏（1999），〈社會權：總論、教育權〉，《月旦法學雜誌》，48期，頁127-135。
- 林子儀（1993），〈司法護憲功能之檢討與改進〉，國策中心編，《憲政改革》，業強，頁193-287。
- 林明昕（2006），〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，《公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構》，元照，頁4-31。

- 林俊言（2001），〈論受益權面向的生存權：以大法官解釋為中心〉，《軍法專刊》，47卷8期，頁29-43。
- 林炫秋（2008），〈社會保險權利之憲法保障--以司法院大法官解釋為中心〉，國立中正大學法學集刊，24期，頁297-353。
- 孫迺翊（2006），〈憲法解釋與社會保險制度之建構：以社會保險「相互性」關係為中心〉，《臺大法學論叢》，35卷6期，頁241-290。
- 孫迺翊（2006），〈社會共識基礎與社會福利國家之建構〉，台大法律學院科際整合法律中心、台大法律學院公法研究中心、台灣法學會主辦，憲法學之科際整合研究學術研討會。
- 孫迺翊（2007），〈社會保險與社會救助體系中個人、家庭與國家的角色〉，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告。
- 孫迺翊（2007），〈恩給性社會給付沒保障？：憲法與行政法角度的分析〉，《月旦法學教室》，52期，頁79-88。
- 孫迺翊（2008），〈歐盟人民社會基本權之保障：以受僱者與非受僱者之遷徙自由與社會給付請求權為例〉，《歐美研究》，38卷4期，頁579-636。
- 翁岳生（1994），〈憲法之擁護者：回顧與展望〉，《法治國家之行政法與司法》，月旦，頁400。
- 翁岳生（1998），〈我國釋憲制度之特徵與展望〉，《司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集》，司法院大法官書記處，頁321。
- 翁岳生（2000），〈憲法解釋與人民自由權利之保障〉，收於李建良、簡資修主編，《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，11版，頁1-22。
- 郭介恆（1995），〈立法怠惰之回應〉，《憲政時代》，21卷1期，頁1-24。
- 郭明政（2006），〈社會憲法—社會安全制度的憲法規範〉，收於：蘇永欽編，《部門憲法》，台北：元照。

- 郭銘松（1999），〈從財產權的思想典範論現代憲法功能的變遷--以美國聯邦最高法院Lochner v. New York與Goldberg v. Kelly判決為例〉，《歐美研究》，29卷3期，頁143-180。
- 陳怡如（2006），〈司法院大法官平等原則違憲審查標準之探究〉，《靜宜人文社會學報》，1卷1期，頁111-168。
- 陳宜中（2003），〈國家應維護社會權嗎？評當代反社會權論者的幾項看法〉，《人文及社會科學集刊》，15卷2期，頁309-338。
- 陳英鈴（1999），〈『自由法治國』與『社會法治國』的制度選擇---評釋字四七二與四七三號大法官會議解釋〉，《台灣本土法學》，4期，頁87-99。
- 陳新民（1992），〈論社會基本權利〉，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，臺北：三民，頁95-128。
- 陳慈陽（2001），〈立法怠惰與司法審查〉，《憲政時代》，26卷3期，頁3-43。
- 陳愛娥（1995），〈立法怠惰之回應〉，《憲政時代》，21卷1期，頁43-74。
- 陳愛娥（2001），〈立法怠惰與司法審查〉，《憲政時代》，26卷3期，頁43-67。
- 陳愛娥（2004），〈立法怠惰與憲法條文之直接適用〉，《全國律師》，7卷11期，頁50-54。
- 陳愛娥（2007），〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界限--兼評司法院大法官相關解釋〉，《憲政時代》，32卷3期，頁259-298。
- 陳愛娥（2004），〈繼受法國家中的法比較：以憲法解釋作為觀察對象〉，《月旦民商法雜誌》，4期，頁5-15。
- 許宗力（2007），〈淺談立法怠惰〉，收於氏著《憲法與法治國行政》，元照，二版，頁479-486。
- 許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，收於氏著《憲法與法治國行政》，元照，二版，頁192-206，頁181-206。
- 許宗力、林子儀、葉俊榮（1992），〈憲改建言：「憲法時刻」的呼籲〉，《律師通訊》，152期，頁50-63。

- 許慶雄（1991），〈社會權概念及特質：日本憲法法理之探討〉，《現代學術研究專刊（第4輯）》，頁13-17。
- 黃昭元（2000），〈「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性：司法院釋字第485號解釋評析〉，《台灣本土法學雜誌》，6期，頁19-38。
- 黃昭元（2000），〈立法裁量與司法審查—以審查標準為中心〉，《憲政時代》，26卷2期，頁156-185。
- 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檢討〉，《臺大法學論叢》，32卷6期，頁114-133。
- 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〉，《台大法學論叢》33卷3期，頁45-148。
- 黃舒芃（2006），〈社會權在我國憲法中的保障〉，《中原財經法學》，16期，頁1-43。
- 黃舒芃（2005），〈比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例〉，《月旦法學雜誌》，120期，頁183-198。
- 黃姿育（2008），〈社會權可司法性的新出口？：以印度最高法院關於都市違建戶案件判決為中心〉，台大法律學院公法研究論壇（二），台大法律學院公法中心，頁1-25。
- 黃建輝（1998），〈法官個案審查制度之建立〉，《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（一）》，三民，頁471-508。
- 張文貞（2003），〈中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位〉，《臺大法學論叢》，32卷6期，頁61-102。
- 張文貞（2006），〈法律人的大法官？或經濟學家的大法官？—以釋字第606號解釋為例〉，台大法律學院科技整合研究所、台大法律學院、台大法學會主辦，憲法學研究之科技整合研討會，頁1-21。
- 張文貞（2007），〈跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院與內國憲法法院關係初探〉，《月旦法學》，151期，頁57-70。並收於：顏厥安、林鈺雄主

- 編，《歐洲人權裁判研究（二）—人權之跨國性司法實踐》，台北：元照，頁121-142。
- 張文貞（2008），〈憲法與國際人權法的匯流—理論分析與我國大法官解釋之初步探究〉，中研院法律學研究所籌備處、中華民國憲法學會主辦，第六屆「憲法解釋之理論與實務」暨釋憲六十週年學術研討會。
- 張喬婷（2008），〈憲法保障社會權是否可能透過違憲審查制度實現？—輔以比較法觀點之參考〉，台大法律學院公法論壇（一），頁1-21。
- 張嘉尹（2002），〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，《當代公法新論（上）：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照，頁35-62。
- 程明修（2008），〈基本權客觀內涵之主觀化—從憲法保障之制度與基本權之制度性保障功能談起〉，第六屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會—釋憲六十週年紀念，頁1-24。
- 湯德宗（2000），〈立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探〉，《權利分立新論卷二》，頁1-70。
- 湯德宗（2000），〈權力分立與違憲審查：大法官抽象釋憲權之商榷〉，《權利分立新論卷二》，頁97-115。
- 葉俊榮（1986），〈論行政裁量的司法審查與程序上的要求〉，《憲政時代》，11卷4期，頁70-81。
- 葉俊榮（1993），〈憲法位階的環境權：從擁有環境到參與環境決策〉，收於：氏著《環境政策與法律》，臺大法學叢書（63），元照，頁1-34。
- 葉俊榮（1996），〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，《行政院國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，6卷1期，頁1-23。
- 葉俊榮（1999），〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四九年至一九九八年〉，《台大法學論叢》，28卷2期，頁1-63。

- 葉俊榮（2002），〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第261號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《臺大法學論叢》，31卷2期，頁59-96。
- 葉俊榮、張文貞（2006），〈路徑相依或制度選擇？--論民主轉型與憲法變遷的模式〉，《問題與研究》，45卷6期，頁1-31
- 雷文玫（2002），〈再訪社會權—1990年代中東歐國家憲法變遷社會權入憲之研究〉，收於：《當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（下）》，頁571-600，臺北：元照。
- 雷文玫（2003），〈低收入社會救助給付與設籍限制之違憲 審查——Saenz v. Roe 一案判決之分析〉，《歐美研究》，33卷3期，頁413-459。
- 雷文玫（2008），〈尋找大法官實踐社會國的最適功能：「論社會給付立法的違憲審查基準」與談稿〉，司法院主辦，違憲審查基準與社會國原則—司法院大法官釋憲六十週年學術研討會，頁1-5。
- 雷文玫、黃舒芃（2005），《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會編印，頁11-15。本文亦收於：行政院研究發展考核委員會主編，《憲改方向盤》，台北：五南，頁386-426。
- 廖元豪（2002），〈全球化之比較憲法理論--兼評美國司法實務之憲法解釋方法〉，《憲政時代》，28卷2期，頁99-119。
- 廖元豪（2008），〈高深莫測，抑或亂中有序？--論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，2期，頁211-274。
- 蔡宗珍（2009），〈從給付國家到擔保國家：以國家對電信基礎需求之責任為中心〉，《台灣法學雜誌》，122期，頁33-36。
- 蔡茂寅（1999），〈社會權—生存權與勞動基本權〉，《月旦法學雜誌》，49期，頁137-144。
- 蔡維音（1997），〈社會福利制度之基礎理念及結構〉，《月旦法學雜誌》，28期，頁24-29。

薛憲政（1995），〈社會權利論--社會基本權的思想脈絡〉，《中正嶺學術研究集刊》，14卷，頁1-36。

鍾秉正（2005），〈社會福利之憲法保障：兼論相關憲法解釋〉，湯德宗主編，《憲法解釋之理論與實務（第四輯）》，中央研究院法律學研究所籌備處，頁9-67。

樂志茹（2006），〈印度公益訴訟制度的特點及其啓示〉，《北京交通大學學報（社會科學版）》，5卷1期，頁59-63。

魏千峰（2000），〈南非新憲法下之人權保障〉，《思與言》，38卷4期，頁117-154。

蘇永欽（1994），〈大法官解釋與台灣的社會變遷〉，收於氏著《合憲性控制的理論與實際》，台北：月旦，頁271-314。

蘇永欽（2002），〈立法裁量與司法審查〉，收於氏著《走入新世紀的憲政主義》，台北：元照，頁5-56。

蘇晏殊（2008），〈公益訴訟與公益法：印度的經驗〉，《亞洲法治通訊》，1卷5期，武漢大學亞洲法律資源中心，頁10-12。

龔向和（2005），〈通過司法實現憲法社會權—對各國憲法判例的透視〉，《法商研究》，4期，湖北：中南財經政法大學，頁131-137。

學位論文

王信仁（2003），《再訪社會權》，政治大學法律學研究所碩士論文。

李宗瀚（2006），《從John H. Ely的代表性補強理論檢討司法違憲審查正當性爭議》，台大法律學研究所碩士論文。

李錡澂（1993），《我國憲法上民生福利國家原則之研究》，輔仁大學法律學研究所碩士論文。

周宗憲（2003），《憲法上人民最低生存權的性質與司法保障-我國與日本學說及司法判決（大法官釋憲）見解的檢討》，輔仁大學法律研究所博士論文。

- 林茂青（1998），《生存權之研究：以日本國憲法為中心》，淡江大學日本研究所碩士論文。
- 林春元（2004），《全球化下的法院：從司法空間轉型的角度分析之》，台大法律研究所碩士論文。
- 徐秀蘭（2000），《平等權審查標準之解析與建構：以社會立法為中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 陳文豐（2004），《論立法不作為之國家賠償責任》，中國文化大學法律學研究所碩士論文
- 張家寶（2006），《社會權思想在人權體系中之發展研究》，中華文化大學中山學術研究所碩士論文。
- 黃鼎馨（2008），《給付抑或不給付？—從憲法受益權／社會權保障功能論社會救助給付行政之目的及正當程序》，東吳大學法律學院法律學系法律專業碩士班碩士論文。
- 楊政憲（1995），《社會基本權之研究：以德國法為借鏡》，台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 鄭明政（2006），《生存權的憲法規範與保障方式—檢討日本與美國學說及判例》，淡江大學日本研究所碩士論文。
- 蕭淑芬（1991），《日本憲法生存權保障原理與構造之研究：由生存問題之歷史發展探討》，淡江大學日本研究所碩士論文。
- 蘇彥圖（1998），《立法者的形成餘地與違憲審查：審查密度理論的解析與檢討》，台大法律研究所碩士論文。

網頁：

- 林萬億（2005），〈1990年代以來臺灣社會福利發展的回顧與展望〉，《社區發展季刊》，109期，網路版：

<http://sowf.moi.gov.tw/19/quarterly/data/109/03.htm>。(最後瀏覽日：2009/04/11)

胡敏潔(2006)，〈論社會權的可裁判性〉，《法律科學》，5期，西北政法學院，同步刊載於中文期刊全文數據庫：<http://cnki50.csis.com.tw/kns50/detail.aspx?QueryID=28&CurRec=4>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

張翔(2006)，〈基本權利的受益權功能與國家的給付義務〉，《中國法學》，1期，載於中國法律信息網：<http://law.law-star.com/txtcac/lwk/036/lwk036s314.txt.htm>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

黃文雄(2000)，〈台灣亟待設立國家人權委員會〉，台灣人權促進會：<http://www.tahr.org.tw/site/committee/2000.01.04.peter.htm>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

黃錦堂(2006)，〈社會權試論〉，載於台灣大學政治學系暨研究所黃錦堂教授教學網：homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20060530Solidarity.pdf。(最後瀏覽日：2009/7/1)

蔣小紅(2005)，〈通過公益訴訟，推動社會變革：印度公益訴訟制度考察〉，中國論文天下論文網：<http://www.lunwentianxia.com/product.free.3369776.1>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

楊靜利(2000)，〈社會保險的意義與社會福利體系〉，《台灣社會福利學刊(電子期刊)》，1期，<http://www.sinica.edu.tw/asct/asw/journal/paper0105.pdf>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

劉宜君(2001)，《全球化與國家財政職能的轉換》，載於國家政策研究基金會網站：<http://www.npf.org.tw/post/2/632>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

憲法案例教學網(2008)，黃昭元、葉俊榮、張文貞編撰，〈第五單元：財產權〉，2007年教育部補助法律專業科目教學改進計畫，<http://www.law.ntu.edu.tw/taiwan-claw/index.html>。(最後瀏覽日：2009/7/1)

Sandra Liebenberg著，輔仁大學社會文化研究中心譯（2004），〈從人權角度看社會保障：經濟社會文化權〉（Circle of Rights: Economic, Social & Cultural Rights），輔仁大學社會文化研究中心網站：<http://peace.ls.fju.edu.tw/paper/043.pdf>。（最後瀏覽日：2009/7/1）

英文專書

Mark Tushnet(2007). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press.

S.P. Sathe(2006). *Judicial Activism in India*. Oxford India Paperbacks (2nd Ed.)

Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (Eds.) (2006). *Comparative Constitutional Law*, New York: Foundation Press (2nd Ed.)

英文論文

Albie Sachs(1989). A Bill of Rights for South Africa: Areas of Agreement and Disagreement, 21 *Columbia Human Rights Law Review* 13.

Allie Sachs(1989). A Bill of Rights for South Africa: Areas of Agreement and Disagreement. 21 *Columbia Human Rights Law Review* 13.

Andras Sajo(1996). Welfare Rights + Constitutional Court = State Socialism Redivivus – How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform, 5 *East European Constitutional Review* 3.

Avi Ben-Bassat & Momi Dahan(2003). Social Rights in the Constitution and In Practice, School of Public Policy Working Paper No. 05-03, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=407260 (2009/7/1 visited)

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1998), Draft general comment No. 9: The domestic application of the Covenant, available at <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (2009/07/09 visited)

- Craig Scott(1992). Constitutional Ropes Of Sand Or Justiciable Guarantees? : Social Rights In A New South African Constitution, 141 *University of Pennsylvania Law Review* 1-148.
- Delgado(1980). Active Rationality in Judicial Review, 64 *Minnesota Law Review* 467
- Frank B. Cross(2001). The Error of Positive Rights, 48 *UCLA Law Review* 857.
- Frank I. Michelman(2003). The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification, 1 *International Journal of Constitutional Law* 13.
- Frank I. Michelman(2005). The Protective Function of the State in the United States and Europe: the Constitutional Question. Geroge Nolte (ed.)*European and US Constitutionalism*, 156-180
- Gerald Gunther(1972). In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, 86 *Harvard Law Review* 1
- Herman Schwartz(1995). Do Economic And Social Rights Belong In A Constitution? , 10 *American University Journal of International Law and Policy* 1233.
- Hugh Corder(1994). Towards a South African Constitution. 57 *Modern Law Review* 493
- Jayna Kothari(2001). Right of Housing: Constitutional Perspective on India and South Africa, Lawyers Collective. Available at: http://www.escr-net.org/usr_doc/kothari_article.doc.
- Kim Lane Scheppele(2004). A Realpolitik Defense of Social Rights, 84 *Texas Law Review* 1921
- Lynn Berat(2005). The Constitutional Court Of South Africa And Jurisdictional Questions : In The Interest Of Justice?, 3 *International Journal of Constitutional Law* 39.
- Jamie Cassels(1989). Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?, 37(3) *American Journal of Comparative Law* 495.
- Mario Gomez(1995). Social Economic Rights and Human Rights Commissions, 17(1) *Human Rights Quarterly* 155-169

Mark Tushnet(2002). State Action, Social welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations, 3 *Chicago Journal of International Law* 435

Peter Vale & Siphon Maseko(1998). South Africa and the African Renaissance, 74 *International Affairs* 271.

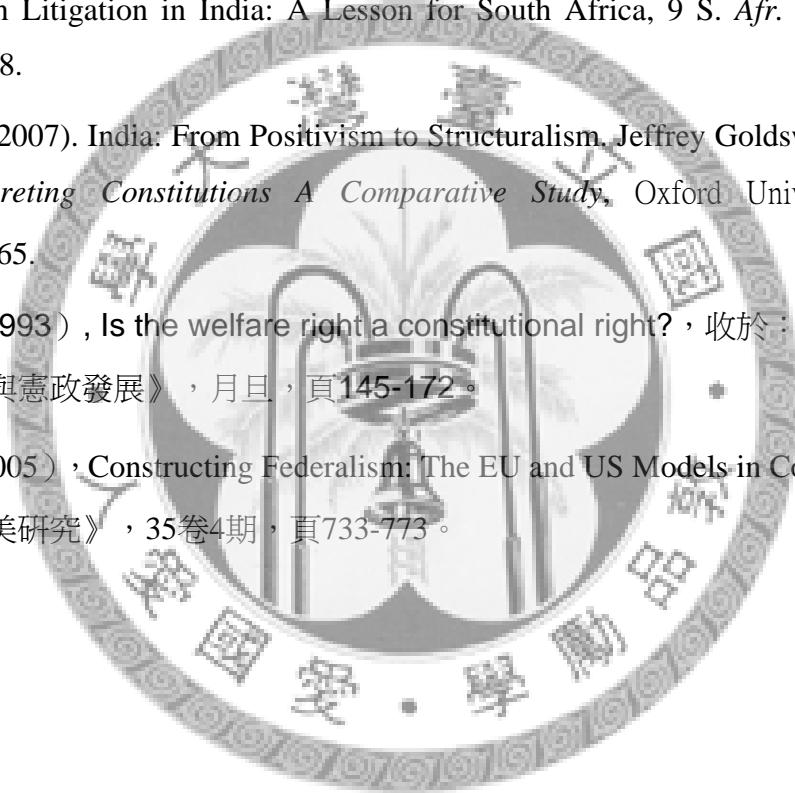
R. Randall Kelso(1992). Filling Gaps in the Supreme Court's Approach to Constitutional Review of Legislation: Standards, Ends, and Burdens Reconsidered, 33 *Texas Law Review* 493

Shehnaz Meer(1993). Litigating Fundamental Rights: Rights Litigation and Social Action Litigation in India: A Lesson for South Africa, 9 *S. Afr. J. on' Hum. Rit.* 358.

S.P. Sathe(2007). India: From Positivism to Structuralism. Jeffrey Goldsworthy (ed.), *Interpreting Constitutions A Comparative Study*, Oxford University Press, 215-265.

林子儀 (1993), Is the welfare right a constitutional right?, 收於：氏著《權力分立與憲政發展》，月旦，頁145-172。

張文貞 (2005), Constructing Federalism: The EU and US Models in Comparison, 《歐美研究》，35卷4期，頁733-773。



附錄

附錄一、有關生存權憲法解釋之統計資料

- 圖2-1「聲請人主張與大法官認定之交叉比對圖」之統計資料

字號	日期	被認定的關係
637	2008/2/22	聲
634	2007/11/16	聲
623	2007/1/26	聲
612	2006/6/16	聲
581	2004/7/16	聲
572	2004/2/6	聲
570	2003/12/26	聲
560	2003/7/4	聲
549	2002/8/2	聲
547	2002/6/28	聲
542	2002/4/4	聲
538	2002/1/22	聲
510	2000/7/20	聲
471	1998/12/18	聲
456	1998/6/5	聲
439	1997/10/30	聲
413	1996/9/20	聲
399	1996/3/22	聲
394	1996/1/11	聲
390	1995/11/10	聲
384	1995/7/28	聲
377	1995/3/31	聲
348	1994/5/20	聲
324	1993/7/16	聲
319	1993/6/4	聲
318	1993/5/21	聲
304	1992/8/14	聲
270	1990/12/7	聲
263	1990/7/19	聲
255	1990/4/4	聲
514	2000/10/13	聲+意
472	1999/1/29	聲+意
474	1999/1/29	意
580	2004/7/9	意
434	1997/7/25	意
404	1996/5/24	意
373	1995/2/24	意
341	1994/3/11	意
594	2005/4/15	意
596	2005/5/13	聲+理
203	1986/2/28	聲+理
494	1999/11/18	理
551	2002/11/22	理
476	1999/1/29	聲+文+理
464	1998/9/11	聲+文+理
422	1997/3/7	聲+文+理
578	2004/5/21	他

● 圖2-2 「生存權功能屬性分布圖」之統計資料

字號	聲請人主張	大法官認定				
203	防禦面向	防禦面向		471	防禦面向	
255	防禦面向			472	給付面向	
263	防禦面向			476	防禦面向	防禦面向
270	防禦面向			494		給付面向
304	防禦面向			510	防禦面向	
318	防禦面向			514	防禦面向	
319	防禦面向			538	防禦面向	
324	防禦面向			542	給付面向	
348	防禦面向			547	防禦面向	
377	防禦面向			549	給付面向	
384	防禦面向			551		防禦面向
390	防禦面向			560	給付面向	
394	防禦面向			570	防禦面向	
399	防禦面向			572	防禦面向	
413	防禦面向			581	防禦面向	
422	給付面向	給付面向		596	防禦面向	防禦面向
439	防禦面向			612	防禦面向	
456	給付面向			623	防禦面向	
464	給付面向	給付面向		634	防禦面向	
				637	防禦面向	

附錄二、人民請求社會給付憲法解釋之統計資料

● 圖2-3 「涉及議題類型」之統計資料

字號	解釋日期	議題取向	457	1998/6/12	軍公教其他扶助
246	1989/9/29	退休保障	464	1998/9/11	退休保障
280	1991/6/14	退休保障	472	1999/1/29	社會保險給付
285	1991/9/27	軍公教其他扶助	474	1999/1/29	社會保險給付
310	1992/12/11	社會保險給付	485	1999/5/28	其他照護或福利
316	1993/5/7	社會保險給付	524	2001/4/20	社會保險給付
320	1993/6/18	軍公教其他扶助	526	2001/6/1	退休保障
354	1994/7/1	軍公教其他扶助	542	2002/4/4	其他照護或福利
389	1995/11/10	社會保險給付	549	2002/8/2	社會保險給付
398	1996/3/22	社會保險給付	560	2003/7/4	社會保險給付
422	1997/3/7	其他照護或福利	571	2004/1/2	其他照護或福利
434	1997/7/25	社會保險給付	596	2005/5/13	退休保障
455	1998/6/5	退休保障	609	2006/1/27	社會保險給付
456	1998/6/5	社會保險給付	614	2006/7/28	退休保障

● 圖2-4 「受益人資格與時間序列之交叉比對」之統計資料

字號	解釋日期	受益人身分
246	1989/9/29	一般公務員
280	1991/6/14	一般公務員
285	1991/9/27	一般公務員
310	1992/12/11	勞工
316	1993/5/7	一般公務員
320	1993/6/18	軍人
354	1994/7/1	軍人
389	1995/11/10	勞工
398	1996/3/22	農民
422	1997/3/7	農民
434	1997/7/25	一般公務員
455	1998/6/5	軍人
456	1998/6/5	勞工
457	1998/6/12	軍人
464	1998/9/11	軍人
472	1999/1/29	其他貧弱
474	1999/1/29	一般公務員
485	1999/5/28	其他貧弱
524	2001/4/20	其他貧弱
526	2001/6/1	一般公務員
542	2002/4/4	其他貧弱
549	2002/8/2	勞工
560	2003/7/4	勞工
571	2004/1/2	其他貧弱
596	2005/5/13	勞工
609	2006/1/27	勞工
614	2006/7/28	一般公務員

● 表2-2 「聲請人主張之基本權」之統計資料

字號	未指明	生存權	工作權	財產權	平等權	憲 22	其他種類 基本權	提及 基本國策
246						v		v
280					v			
285				v				
310			V			v		
316	v							
320	v							
354					v			
389	v							v
422		v	V	v				v
434				v				v
455					v			
456		v		v				v
457			V	v	v			
464		v		v	v			
472		v		v				v
474				v			v	
485					v			
524	v							v
526			V	v	v			
542		v	V	v			v	
549		v			v			
560		v		v	v			
571				v				
596				v	v			
609					v			V
614			V	v	v			
總計	4	7	6	14	12	3	2	8

● 表2-3 「大法官認定之基本權」之統計資料

字號	未指明	生存權	工作	財產	平等	憲 22	其他種類 基本權	提及 國家義務、 基本國策
246	v							v
280	v							v
285	v							v
310	v							
316	v							v
320	v							
354					v			
389	v							
422		v						v
434				v				
455					v			v
456	v							v
457					v			v
464		v		v				
472	v							v
474	v							
485					v			v
524	v							
526				v	v			
542								v
549	v							v
560				v	v			v
571				v	v			v
596		v		v	v		v	v
609	v							v
614					v		v	
	13	3	0	6	9	0	3	15