



元照出版提供 請勿公開散布

社會基本權之釋義學重構

Reconstructing the Concept of Social Rights in Constitutional Law

蔡維音*

Wei-In Tsai

要 目

壹、前 言	二、由功能面向檢視憲法論述 之釋義學結構
貳、社會基本權之概念的分辨與 採擇	三、學說見解與反思
一、概念之由來	四、小 結
二、概念使用之歧義	肆、積極給付請求權論述之建構
三、社會基本權在比較憲法上 之演進與發展	一、社會基本權論理之重新 省思
參、社會基本權於我國憲法解釋 之作用	(一)回應傳統的質疑 (二)學說之批判與比較法之 啟發
一、社會基本權於我國憲法之 投射與憲法解釋實務之 態度	二、社會基本權主張之基礎 要件

DOI: 10.3966/168067192021060041001

投稿日期: 2020年9月25日; 接受刊登日期: 2021年5月27日

* 德國慕尼黑大學法學博士; 國立成功大學法律系教授。本文之校對、註解
格式調整感謝王健云之協助。

(一)基礎生存所需之維護	(一)以防禦權形式實現積極
(二)對權力分立無重大影響	給付請求權
(三)無明顯財政資源重新配置 需要	(二)以法律補充克服給付障礙
三、社會基本權理論於訴訟中 主張之態樣	(三)提升行政機關之說理與 舉證義務
	伍、結 論



摘 要

本文提出在具備「基礎生存所需之維護」、「對權力分立無重大影響」、「無明顯財政資源重新配置需要」三個要件之下，司法應對人民根據基本權之積極給付請求有所回應。而面對人民所遭遇之權利實現障礙之型態，也可採行不同類型之司法作為以對應，其分別為「以防禦權形式實現積極給付請求權」、「以法律補充克服給付障礙」以及「提升行政機關之說理與舉證義務」。

關鍵詞：社會基本權、憲法解釋方法、基礎生存保障



Abstract

This article proposes that with the three requirements of “ensuring essential minimum of subsistence”, “no significant impact on principle of separation of powers” and “no obvious need for financial resource allocation” the judicial system should actively respond to the people’s fundamental rights.

Judges can apply following three judicial Methods, wenn encountered with legislative inaction: “fulfilling the claim for active payment in the form of defense rights”, “overcoming legal obstacles with methods of analogical Interpretation, teleological reduction or extension” and “raising the reasoning and proof duty of administration”.

Keywords : social rights, methods of constitutional interpretation, minimum of subsistence



壹、前言

時代動盪，自然與社會的環境均面臨劇烈變遷。世界開始面臨氣候極端化、貧富差距、世代利益衝突各種挑戰，在此之間，在因應變局上居於劣勢的部分人民，可能是貧病老年，可能是新貧青年，往往陷入無法自力確保其生存基礎的困境，而需要公部門力量之救援。而從前一個世紀開始蔚為潮流的「福祉國家」概念與福利國家的實際運作，也面臨新的挑戰。

臺灣自然也無法自外於這個全球性變遷，貧富劇烈差距、少子化、近貧、新貧族群暴增等問題，都對社會安全法制產生衝擊，而在困境中之人民究竟是否可以、在何限度內、以何種方式可以向國家請求積極的支援協助，已然是時時浮現在法律現況中的問題。就司法於此際可以扮演的角色也產生了若干促請革新的聲音，呼籲司法就自身功能與作用進行反思¹。

這或許是一個轉機，使得人們眼光可以再度轉向所謂的「社會基本權」——亦即基本權功能理論所稱「積極給付請求權」。人民是否有積極向國家要求給付之基本權的可能性，在權力分立理論與資源有限性的侷限下，長久以來被束諸高閣。惟面臨新的社會衝擊，法律與政治體系的運作型態也早已不同於建構初期的當下，實現基本權之國家積極作為型態隨著法規範的密集化與多元化，早已存在多種不同的路徑，可能各自表現於立法、授權立法及行政裁量等與人民基本權利保障有所交集的場域。基本權作為積極性給付請求權的行使可能性是否應重新檢視？本文立論即立足於當前的社會環境與法制結構運作下，省思社會基本權其內涵與功能是否有應用活化的機會。

¹ 參見許宗力，憲法法院作為積極立法者，中研院法學期刊，第25期，2019年，頁1-39。



貳、社會基本權之概念的分辨與採擇

一、概念之由來

人權的概念在不同地域、不同歷史脈絡有著不同的理解。基本人權思考的契機本隨著時代變革當時的政治、社會、文化情境而會有不同，法國大革命與美國獨立革命之際，所要爭取與抗拒的意圖與重點即有差異²。時代變遷，自由與平等之核心價值自然也會因應著時代變動下的社會議題，輒演變出新的意涵。相對於誠令國家不得恣意侵犯人民權利的傳統自由權思考，考慮社會弱勢之困境而強調實質正義、共同體連帶以及國家積極之平衡性措施的主張也浮現：若沒有實現自由的基礎與條件，形式的自由保障對弱勢者而言並沒有意義。舉例而言，每個國民都享有選擇住居的權利，但若作為安身之所的房屋，被作為商品炒作到遙不可及的價格，則遷徙自由與居住自由對貧無立錐之地的無殼蝸牛而言並無意義。故國家為了助成人民生存基礎之安定，除了消極地不侵犯人民既有的住居外，更負有籌劃積極的居住政策、建設國民住宅等措施之義務，方能滿足人權保障之本旨。因此為確保個人的自我實現，強調國家除了消極的不予侵害外，更應採取積極的作為去促成形成自由的前提與環境的主張，即是社會基本權概念之由來。

二、概念使用之歧義

社會基本權——或謂社會權——之概念在我國學術界的論述中時常是在不同脈絡、意義下使用的。在繼來文獻中大略可分為二，

² Vgl. Eberhard Eichenhofer, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, 2012, S. 74-76; 同此意旨之闡釋亦見張桐銳，論憲法上之最低生存保障請求權，政大法學評論，第123期，2011年10月，頁127-130。



一種是指涉一組特定實體基本權之範疇性基本權分類概念（例如生存權、工作權、受教權等）；另一種則是指涉一抽象之基本權功能面向，亦即所謂「積極給付請求權」或「原生受益權」。前者取向在我國早期憲法學說中即已出現，將憲法第十五條之生存權、工作權以及財產權定性為「社會的基本權」，與自由權相對³。此以日本早期憲法學說為端緒之「社會權」概念，係指稱一組與古典自由基本權相對的實體基本權⁴。近期憲法學說亦有承續這種界定路徑，再將教育權、勞動基本權歸類於社會權的見解，或更加入了若干所謂新興基本權清單如健康權、環境權、文化權等⁵。其概略特徵乃在於將社會權與自由權視為對列之範疇，認其多需要國家作為之積極輔助方能充分實現，與自由權有本質上的差異。惟隨著被納入此社會權範疇之新興基本權愈多，其概念特徵也愈不明確，乃至於其是否具有在訴訟上得以直接主張的主觀權利性格也往往是被保留的。第二種社會權的理解取向乃是源自於德國之基本權功能理論，此理論抽象地將基本權可能延伸出的功能面向拓展為主、客觀兩面，主觀面包含防禦權、受益權、參與權、程序權等，客觀面則推出客觀價

³ 林紀東，中華民國憲法逐條釋義(一)，1982年，頁230-252。

⁴ 日本憲法學說一般係將社會權作為基本權的一種分類，與自由權對列，參見芦部信喜著，高橋和之補訂，憲法，六版，2015年，頁156、428-452；野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法I，五版，1997年，頁445-473。惟學者同時亦強調此種分類並非絕對，所謂「自由權之社會權側面」、「社會權之自由權側面」以及基本權之客觀制度保障面亦有發揮空間，芦部信喜著，高橋和之補訂，同前書，頁95-96。

⁵ 參見周志宏、許志雄、陳銘祥、蔡宗珍、蔡茂寅合著，現代憲法論，四版，2008年，頁179-210；黃舒芃，社會權在我國憲法中的保障，中原財經法學，第16期，2006年6月，頁4-5；吳庚，憲法的解釋與適用，2004年，頁266-284；陳新民亦採範疇式之界定，惟其社會權用語係指涉基本國策性質的規定，並不包括憲法第15條在內，參見陳新民，憲法學釋論，新九版，2018年，頁299-306。

值秩序、制度保障、國家保護義務功能等等⁶。此理論係抽象地推衍由基本權保護內涵可以去引導、開展出的可能功能面向，其中之受益權面向即是所謂積極給付請求權。在此理解下之社會基本權，並非指涉任何特定之實體基本權，而是鋪敘若直接基於一項基本權而對國家主張積極有所作為，不須法律依據而可透過訴訟貫徹其主張，此項作用即是發揮該項基本權之積極給付請求權功能。例如直接基於生存權在訴訟上主張國家必須給付人民賴以維生所必需之物資、基於教育權直接在訴訟上主張應得到入學許可或是直接基於工作權在訴訟上主張應有工作職位使其受到雇用。

這兩種對「社會權」之理解處於不同的論述脈絡，無法交互援引，卻極易在學術之對話與討論上產生混淆。我國憲法第十五條其保護內涵即因此發生過界定上之分歧，例如黃越欽大法官於釋字第五一四號解釋之不同意見書中引據日本學說之社會權分類觀點，認為工作權與自由權有別，反對多數意見將職業自由此保護內涵納入工作權之下⁷。

而將「社會權」用在指涉一組相關基本權類型之黃舒芃，亦明言其使用之「社會權」用語其實在效力上並不必然可以直接被認為

⁶ 關於德國基本權功能理論有諸多文獻介紹可茲參照，如 *Klaus Stern, Staatsrecht III/1*, 1988, Rn. 66 ff.; *Ingo Richter/Gunnar Folke Schuppert, Casebook Verfassungsrecht*, 3. Aufl., 2000, S. 9-42; *Ingo v. Münch, Art. 1*, in: *Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Rn. 16 ff. 國內學者之引介論述則有李建良，基本權利的理念變遷與功能體系，收錄於：憲法理論與實踐(三)，2004年，頁41-60；張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，收錄於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會主編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集(上)，2002年，頁29-70。

⁷ 李惠宗亦曾針對工作權分析此理解之歧異。李惠宗，憲法工作權保障之系譜，收錄於：劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務，1998年，頁347-392。



是一種「主觀權利」⁸。並認為走德國基本權功能理論路線之「透過傳統自由權之功能開展而來的社會權面向」，在我國之社會權討論上並無必要援引，蓋我國憲法已於基本權利與基本國策等章節中，明文保障若干具備社會權性質或意義的權利或利益，因此並不需要透過基本權多重功能的開展來推導出基本權的「社會權內涵」。因此其定義下之社會權乃指「在性質上本即有別於傳統以防禦國家干預為主要訴求之自由權的個別基本權利類型」，例如生存權、工作權、受教育之權，也可列入受健康照顧之權、環境權、文化權等⁹。然而如此界定社會權分類其疑慮在於：是否如此圈定的基本權利類型自始就被弱化、甚至於否定了此類型法益發展出主觀權利性格之可能性，從而限制了其保護內涵的開展？再者也可能使人誤解或忽視傳統自由權在社會立法上可能表現的作用，而限縮了社會立法拓展其憲法論述的幅度。另則在概念建構上，張桐銳亦曾指出黃文所主張「作為憲法委託的社會權」與「作為主觀權利之社會權」之區分，實即單純之憲法委託條款與具憲法委託性質之基本權條款的區分，如此又何必在強調基本國策條款僅具憲法委託性質同時，又使用「社會權」之用語¹⁰？

對於社會基本權定位之採擇，若實際對照釋憲實務上與學術界之討論應可觀察到，若將社會基本權的範疇界定在與自由權相對的位置上，將無法涵括相關憲法論述的全貌。例如在年金改革之憲法界限上，老年經濟安全保障之維護固然是主要關切，然而在實定法上已成立之老年給付請求權之保障，論述所及者不僅止於生存權，財產權之存續保障與年金期待權之財產權保障定位毋寧亦是核心議

⁸ 黃舒芃，同註5，頁6。

⁹ 黃舒芃，同註5，頁4-5。

¹⁰ 張桐銳，同註2，頁131。

題¹¹；又例如要求健康環境之權利輒以要求國家積極訂定污染防治或是衛生成分標準的形式來主張，但也可能以防禦權形式被援用來阻拒國家主導的環境開發。亦即，即使是要求國家積極有所作為的憲法論述中，也都有自由權論述與社會權主張交互援引或抗衡的情況存在。更何況，所有國家立法之積極形成作為，實則從另一個觀點看來也都是國家對人民自主規劃空間之干預，更勿論許多社會給付請求權的成立尚連結到義務的課與，時常有干預與授益並存的情形，故而範疇式設定在自由權相對面之社會權理解，恐無法完全對應我國當前受關切之社會憲法議題討論。

而新近研究取向中又有以「社會正義」實現為核心、框列出相關憲法條文所形成之規範總和的界定出現，涵括基本權利與基本國策規定，而稱之為「社會基本權利」¹²。此種界定乃係對憲法規範解釋體系之整合嘗試，又是另一種不同之脈絡，與本文關切之主題也不對應，蓋本文係專注於缺乏立法或是立法不足的狀況下，人民直接基於基本權向國家請求給付在釋義學上之可能性。

故而，本文所設定之社會基本權討論，乃指涉基本權功能面向之積極給付請求功能，亦即基於社會衡平理念、著眼於基本權在事實面之實現而要求國家提供積極給付之權利主張。

三、社會基本權在比較憲法上之演進與發展

社會基本權成文化之嘗試歷時已久，在過往促進國際人權的努力中即可觀察到，由一九四八年一般人權宣言、國際勞動組織的諸多公約到一九九三年維也納宣言及行動綱領，以及二〇〇〇年歐盟

¹¹ 蔡維音，基本權之合體技？——兼具生存權與財產權性格之社會給付請求權，月旦法學教室，第196期，2019年2月，頁6-8。

¹² 林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，臺灣大學法學論叢，第45卷特刊，2016年11月，頁1336-1337。



人權憲章中都可見證社會基本權所受到之關注¹³。惟國際公約中之「權利」究竟屬於基本原則性格或是真的具有可訴訟性，本常有保留¹⁴，其拘束力的對象亦僅限於締約之成員國，作用亦多在於敦促締約國應積極立法助成其內國人民基本權利實現之實際條件與基礎，並排除其實現阻礙。而在立憲例方面，各國憲法中雖不乏明文表彰社會基本權的例子¹⁵，惟論及真正在訴訟上能夠實現之積極給付請求權，則又須進一步考察。

對我國憲法釋義學影響深遠的德國憲法實務與學說，對於基本權之積極給付功能一向採取相當審慎之態度。一九一九年之德國威瑪憲法已引進此種積極形成委託的新思維，將指向於未來之家庭、教育、經濟、勞動之社會目標規定納入憲法，其義務人即是有立法與執行能力之國家¹⁶。然而其並不具有主觀權利之效力，而毋寧是被作為國家目標規定來看待。基本法時期在學說中被定性為積極給付請求權的社會基本權（學理上亦稱之為「原生之受益權」

¹³ 演進之歷史過程詳參孫迺翊，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，第38卷第4期，2008年12月，頁583-601；孫迺翊，經濟社會文化權利國際公約與我國社會憲法之比較及其實踐——以社會保障權為例，收錄於：財團法人臺灣民主基金會編，中華民國施行聯合國兩權利公約的意義：接軌國際，深化民主，2013年，頁160-163；Markus Engels, Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Herg.), Soziale Menschenrechte - die vergessenen Rechte?: Zur Unteilbarkeit der Menschenrechte - ein interdisziplinärer Überblick, 2001, S. 78-83.

¹⁴ 於此之區別與表列解析詳參孫迺翊，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，同前註，頁610-615。

¹⁵ 如瑞典憲法（§ 2 Abs. 2）、葡萄牙憲法（§ 63-70）、西班牙憲法（§ 39, 41, 43, 47, 50）、阿根廷憲法（§ 14, 36-43）等等。

¹⁶ Eichenhofer, aaO. (Fn. 2), S. 84.



(*originäre Teilhaberechte*)¹⁷，一般討論集中在下列幾個生活領域：要求工作之權利、要求社會保障之權利、要求教育之權利、要求符合人性尊嚴之生存基礎的權利以及要求自然的生存基礎（環境）之權利¹⁸，而基本法第六條第四項甚至有「每位母親都有要求共同體保護與照顧之請求權」之極具積極給付請求權意涵之文字。然而，在社會基本權之法律效果上，德國學說仍普遍多所保留，討論上多強調國家確負有保障人民能實際實現其自由權利之義務，惟如何具體化權利行使之事實條件仍屬於政治領域之任務，一般還是認為基本權並無法直接生成透過司法訴訟可主張的給付請求權¹⁹。這是基於國家資源有限性與權力分立之考量，迄今亦未出現真正在實務上成功行使之適例。唯一為德國學界與實務界所共同承認之特例「最低生存需求保障」，之所以能得到德國聯邦行政法院緩和地肯認，

¹⁷ 原生之受益權意指以主張基本權的方式直接要求創設當下尚欠缺之設施與給付體系；而衍生之受益權（*derivative Teilhaberechte*）的概念則是意指透過平等原則來主張要求參與分配既存之設施、程序與給付體系，一般是經由主張禁止差別待遇來要求廢止給付障礙。關於此用語之分辨與討論，詳參 *Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, 2003, S. 360-364.

¹⁸ Vgl. *H.-P. Schneider*, § 18 Grundrechte und Verfassungsdirektiven, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I: *Entwicklung und Grundlagen*, Zweiter Teil, C. F. Müller, 2004, S. 727-728; *Dietrich Murswiek*, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, in: *Isensee/Kirchhof* (Herg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 2000, § 12, S. 243-289.

¹⁹ *Schneider*, aaO., S. 729-730; *Paul Kirchhof*, *Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, 2004, S. 818. 在此談論者乃是一般性原則，唯一可能構成例外者為對於最低生存基礎保障之請求權，德國學說上亦有肯認其為憲法所保障之主觀權利者。 *Volker Neumann*, *Das medizinische Existenzminimum*, *NZS* 2006 Heft 8, S. 393.



也多是偏重其宣示意義而已²⁰。

法國現行憲法未設基本權清單規定，而是在前言中宣示保障一七八九年法國人權宣言與一九四六年憲法之人權規定。而在法國立憲史上，在第二、第四共和憲法中確有國家義務條款，例如「每個人都有獲得工作之義務及權利」此看來具有積極給付請求權性格之條款。此規定在內涵上之雙面性在憲法學說與實務亦多有討論，惟此處之國家義務被認為係指向於「作為」而非「結果」，亦即是國家有義務採取促進就業機會的措施以及對解僱條款之規範控制，但並非個別勞動者可要求強制雇用，蓋雇主一方亦擁有憲法所保障之營業自由²¹。故而作為積極給付請求權之社會基本權在法國亦未獲承認。

日本憲法學說一般將生存權、受教育權、工作權、勞動基本權歸類為社會權，然而對於社會權則有綱領說、抽象權利說、具體權利說等不同主張。雖然學說上亦有嘗試建立具體積極給付請求權之論述，認為應可基於憲法規定課予立法者應有所作為之義務，惟面臨立法不作為之違憲確認之訴能否提出的困境，還是難為通說所採，多數實務與學說見解仍傾向抽象權利說，並不將社會權界定為個別國民得直接主張之權利，而是定性為國家應負之政治上、道義上之義務²²。

相對於歐陸法系對社會基本權謹慎持重之態度，近年新興憲法

²⁰ 蓋其適用有所侷限，且除非普通法所設之救助基準明顯無法滿足憲法所要求之生存保障，是不會有需要直接援用憲法基本權的狀況出現，參見 *Neumann*, aaO., S. 394. 而此「最低生存需求」保障於德國實務上逐漸被承認的發展軌跡，參見張桐銳，同註2，頁145-146。

²¹ *Eichenhofer*, aaO. (Fn. 2), S. 95-97.

²² 芦部信喜著，高橋和之補訂，同註4，頁237-239；葛西まゆこ，生存權の性格——朝日訴訟，憲法判例百選Ⅱ，六版，2013年，頁989-991。

國家則有令人耳目一新的憲法案例出現。一九九六年南非新憲之權利清單中Section 26、27保障人民獲得住居、健康照顧、飲食水源以及社會安全之權利，成為向國家主張積極給付的關鍵條文²³。以往在社會基本權的討論上，國家資源的有限性以及權力分立往往被認為是實現積極給付請求權最大的障礙。南非憲法則是一方面將國家作為義務之具體化交由政治過程來決定，把政策形成保留給立法與行政領域，另一方面將對於國家措施之合理性是否充足的審查空間交予司法²⁴。

而南非憲法法院的解釋態度也透過幾個案例引發了廣泛關注。相對於在Soobramoney案²⁵中法院審慎斟酌腎病病患要求得到腎解析治療之請求，認定在公共衛生資源有限下國家所設之拒絕條件是合理的；在Grootboom案²⁶中則認定國家並沒有採取足夠之合理措施來保護那些處於居住危急狀態的人民。這個判決基於前述條款所宣示之「在可能取得的資源範圍內採取合理之立法與其他措施」之國家義務，明示確認了國家在政策上之作為不足，並命相關機關與部門應提供兒童與其陪伴之父母必要的棲身處所，並限期政府部門於三個月內提出對法院命令之執行報告供法院審酌，而受安置之人民亦有機會在一個月內對此報告提出評論意見。在TAC案²⁷中對於防治

²³ Fons Coomans, *Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the "Reasonableness" Test as Developed by the South African Constitutional Court*, 65 HEIDELB. J. INT. LAW 167, 173-74 (2005).

²⁴ *Id.* at 167-68; 胡敏潔，論社會權的可裁判性，2006年，北大法律信息網，<http://www.aisixiang.com/data/30144.html>（瀏覽日期：2020年9月20日）。

²⁵ Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal 1997 (12) BCLR 1696.

²⁶ Government of the Republic of South Africa & Others v Grootboom & Others 2001(1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

²⁷ Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others 2002 (5) SA 721 (CC).



HIV帶原孕婦垂直感染之預防藥物nevirapine之判決，憲法法院則認定國家限定此藥物在特定範圍外不得使用之禁令，使得孕婦與胎兒無法接觸到這種便宜、有效並為聯合國所推薦之防治藥物，亦同樣未滿足合理性的要求²⁸。故命政府應廢止限制使用的禁令，並盡力推廣此藥物之使用，同時要求政府於期限內呈交備有完整防治HIV措施之計畫給法院審視。TAC案中南非法院也同時併用了每個人接受醫療照顧之權利與平等原則²⁹。在Khosa案³⁰中，法院則是認定在排除非公民之社會救助上，政府所提出之理由並不能達到Section 27所要求之合理性，並判定其已嚴重地影響人性尊嚴。

以上簡述之南非憲法法院案例中，法院雖未直接判令給與個人特定給付項目（住居所、藥物等），而是命令政府機關提出更周延的措施使法院能信服其合理性，惟其積極踏入評判政策合理性的態度，已令人印象深刻。其在個案上對於政府施政說理的要求、資源有限性之判定上所採取之動態的、依照歷史、社會情境深入認定的風格，也令人對於社會基本權在訴訟實務之可操作性上開啟了新的想像空間。

參、社會基本權於我國憲法解釋之作用

一、社會基本權於我國憲法之投射與憲法解釋實務之態度

我國憲法並未有社會基本權之明文規定，然而本文所採取之社

²⁸ Richard J. Goldstone, *A South African Perspective on Social and Economic Rights*, 13(2) HUMAN RIGHTS BRIEF 4, 5 (2006).

²⁹ *Id.*

³⁰ *Khosa and Others v the Minister of Social Development and Others* (case CCT 12/03).

會基本權界定，乃是指涉所有基本權均所可能發揮、請求國家積極給付以促成權利實際實現之功能，故而既不需要有一範疇式的基本權分類作為前提，憲法明文中是否存在社會權、社會基本權之文字亦無關宏旨。然從憲法本文整體觀察，第二章基本權清單所臚列之基本權利中，有如第十五條具有立憲史緣由以致體例特殊之條文，亦有第二十一條人民有受國民教育之權利與義務的雙向性規定；基本國策章亦強調國家在各種生活領域促進人民保障的國家義務；二〇〇五年憲法增修條文第十條又再次強調地具體化國家於各類重要社會事項上之作為義務，由此可見，國家應積極作為以促成人民權利實現之思考，在我國憲法不但並不陌生，甚且可說是高亮標示的特色。而在歷史進程上，著重基本權在現實中能具體實現的思考，也屢見於立法與政治領域之努力上。臺灣於二〇〇九年通過兩公約施行法之制定，使得公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約取得內國法之效力，與我國憲法相關規定互相參照。縱然其透過訴訟直接作為主觀權利主張之可能性尚待拓展³¹，惟仍可在憲法解釋上發揮更深化基本權內涵之效力³²。

而作為主觀權利之社會基本權思考，特別是在一般論述中時常援引之社會基本權作用領域如生存保障、工作保障、受教育權等³³，在我國立憲史上確實曾有特殊考量之軌跡。在探究憲法第十五條工作權之保護內涵時，吳庚大法官曾於釋字第四〇四號解釋之不同意

³¹ 實務判決援引兩公約作為判決參考依據學者分析亦呈現逐年成長之趨勢。參見蘇慧婕，初探兩公約之司法實踐——以我國法院判決為核心，司法院委託研究報告，網址：<https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-51069-d2631a2a19bc497492ebc8f0b8331fdd.html>（瀏覽日期：2020年9月20日）。

³² 關於兩公約中社會保障權之可適用性，參照孫迺翊，經濟社會文化權利國際公約與我國社會憲法之比較及其實踐——以社會保障權為例，同註13，頁184-188。

³³ 參見前註15所引用比較法上常表現社會基本權功能之生活領域。



見書中重述並評論了立憲之際的考量：

「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』云云。受此背景影響，將憲法第十五條工作權視為純粹之受益權並解釋為：人民於失業之際，請求國家予以適當就業機會，以維持其生存之權利，甚至將同條之財產權——立憲主義竭力保障之一項個人自由權——亦與工作權等量齊觀視為達到生存權之手段，上述見解且浸假成為優勢之學說。」

於此引據之立憲資料³⁴呈現出制憲者對憲法第十五條中工作權、生存權與財產權並列之體例安排具有其時代背景因素考量，也確實蘊含了認為國家應積極確保人民生存基礎之實現的意旨。然而第十五條中之基本權是否在釋憲實務上也發展出積極給付請求之受益權之性格？綜觀司法院大法官解釋迄今七百多號解釋中，對於人民之基本權可否發展出積極給付請求權，幾無著墨。即便是力持憲法第十五條工作權係「社會受益權保障性質」之黃越欽大法官，也僅是主爭工作權與營業權之內涵應予區分，並未意圖推衍證成工作權之具體主觀權利內涵主張³⁵。

大法官對積極給付請求權的保留態度並不僅表現在「請求工作

³⁴ 國大秘書處編印，立憲史料詳參國民大會實錄，1946年，頁432；郭明政，社會憲法——社會安全制度的憲法規範，收錄於：蘇永欽主編，部門憲法，2006年，頁338。

³⁵ 參見大法官解釋：釋字第514號解釋之黃越欽大法官不同意見書、釋字第547號解釋之協同及一部不同意見書。



之權利」上，對於基礎生存所需之保障也同樣遲疑。縱使對生存基礎之積極給付請求迄今尚未曾出現在釋憲議題中，但在稅法免稅額的審查上，最低生存保障確曾消極地作為抗拒國家課稅的主張而浮現，而對於「社會權」、「受益權」的定性以及國家財政保留之考量也反覆出現於理由書與意見書所透露的論理過程當中。陳新民大法官亦於釋字第694號解釋協同意見書中指出，釋憲實務一再限縮生存權之保護內涵，正是基於顧慮到不能使得最低生存保障擴張成為「符合人性尊嚴的最低生活費的給付」請求權基礎，結果甚至導致連作為生存之物資基礎的財產權都受到「弱化」³⁶。歷來大法官們對積極給付請求權之戒慎警惕，由此可見一斑。

而蘇永欽大法官於釋字第702號解釋部分協同部分不同意見書中對憲法第十五條之論述，似乎更进一步地將「作為受益權之工作權」之理解逼向牆角。其先將我國憲法保障的工作權區分為「防衛性的工作自由」與「給付性的工作機會保障」兩部分內涵，並認為其「分別可以支持自由市場和計畫管制這兩種截然對立的社會經濟體制」；其次判定從憲法第十五條之條文體例已「可明確論斷以自由市場經濟為主體的混合體制，才是我國憲法的基本決定」。這樣的論述方向將「作為受益權之工作權」推向作為「給付性的工作機會保障」之極端理解，亦即等同於「要求工作職位的權利」，從而推出這樣具有濃厚計畫經濟色彩之工作權理解，在以自由市場經濟為主軸的我國憲政論述上自然已少有發揮空間，蘇大法官對釋憲實務之基礎思考的解讀至此幾乎已可等同於對「作為受益權之工作權」之揚棄。

³⁶ 相關論述參見大法官解釋：釋字第694號解釋之陳新民大法官協同意見書。



二、由功能面向檢視憲法論述之釋義學結構

然而若是由本文所採取之社會基本權作為基本權功能的脈絡來看，防禦性與給付性的基本權功能是本可兼容並存的，並毋庸取捨。亦即，著重於勞動者保護意旨之工作權面貌未必是受益權性質，而職業自由的詮釋方向也並非僅有防禦面向，每一個基本權都具有往不同的功能面向發展之潛能。由於基本權功能理論的每一種功能都可明確標示其特徵，也有對應的主張型態，並毋庸顧慮其釋義學結構有混淆之虞。毋寧說，相對於防禦權較為穩定之請求權結構，其他類別之功能面向在我國憲法釋義學上都有更進一步細密化的空間，以助成我國學理上基本權之主客觀功能論述能更穩定一貫、更具有說服力。更值得提醒的是：我國憲法實務上對社會基本權的想像還落在很刻板固化的形象上，縱使「保障基本權利在現實面之實現」這樣的思維在釋憲論述上並不陌生，惟社會基本權在釋義學上之表現則鮮見其有所推展。由工作權保障在釋憲實務中的觀察就可察知，正是由於作為社會基本權之工作權被窄化界定為「要求工作職位之基本權」，遂被判定為不具有可實現性，這種思維長期以來更成為發展社會基本權論述之障礙，至於由工作權保障內涵所可能衍伸出的各種國家積極作為可能性，是否對應著社會立法的多元性有更多表現型態，則被置之不論。例如在釋字第四五六號解釋關於勞保投保資格之解釋中，係依憲法第二十三條規定進行審查，則顯然係以肯定勞保之投保資格限定涉及人民基本權之侵害為前提，惟通篇卻未指明所涉基本權為何，僅敘明國家為維護勞工免於勞動生活中各種風險所設立之勞工保險，其投保資格限定以專任員工為限，與保護勞工之意旨有違，以施行細則逾越法律授權為由宣告其違憲應不適用。

於此，透過違憲審查訴求而得到應「給予加入勞保資格」之結果，何以不能視為是社會基本權之展現型態？蓋依其論述路徑，可

以是直接基於勞動者之工作權與生存權，發展出要求加入國家設立之社會保險之請求權（原生受益權）；亦可能是基於兼任勞工與全職勞工之比較，基於並不存在差別待遇之合理性而衍生地導出勞工加入社會保險之權利（衍生受益權）。凡此推論路徑之細節在大法官實務上並未受到充分的討論（抑或是有意地迴避）。本文之意圖則是將此作用模式列入社會基本權行使之態樣而明確化其在憲法釋義學之定性。惟要推動我國憲法釋義學上對社會基本權之論述發展，仍然必須面對諸多質疑。關於在學理上實現條件之思考，將於次節繼續探討之。

三、學說見解與反思

由前述釋憲實務見解的介紹中，可以觀察到大法官對社會基本權係採取審慎迴避的態度，也導致憲法論述在釋義學結構上未盡細密的結果。整理我國學說對於積極給付請求權之理解，多數亦傾向保留。吳庚肯定生存權、工作權、受國民教育權之社會基本權之性格，惟認為其積極實現之途徑，原則上若無實體法的依據，尚不能遽引憲法規定向國家為金錢、生活必需品或其他給付之請求。且由於多數保障在我國都已有制定法律或多或少地付諸實施，故也並非全然是綱領或方針規定，而是可依法請求國家具體作為之個人權利³⁷。李惠宗則是將社會權定性為「憲法委託」或「方針條款」，必透過立法、司法、行政之積極作用，來加以履行，其作用表現在於「立法機關沒有不取向於保護社會權的裁量餘地」³⁸。法治斌、董保城將社會基本權所涵蓋之範疇以社會福利原則來指稱，並以侵害權力

³⁷ 吳庚，同註5，頁273、279。

³⁸ 李惠宗，憲法要義，2015年，頁239-240、247；李惠宗，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，第29卷第1期，2003年7月，頁141、143-144。



分立來否定直接主張主觀請求權之可能性³⁹。陳新民則認社會權乃是一種「烏托邦權利」，其內涵應當還是要透過國會立法加以實現，否則將侵害分權原則⁴⁰。蔡茂寅則是採將生存權定性為社會權之「抽象權利說（指針規定積極說）」，認為雖不能作為請求權積極主張，但可作為法解釋基準⁴¹。許育典肯定生存權之保護內涵包含給付請求權之保護法益，惟所述範圍亦僅及於以法律為根據之請求⁴²。

參照以上對學理與實務之觀察，對社會基本權持保留態度的原因主要仍在於權力分立之考量，國家雖負有保障人民在事實上實現其基本權利之義務，惟如何具體化權利行使之周邊條件仍屬於政治領域之任務；且基於國家資源的有限性，如何分配使用資源應由立法過程決定，並保留行政執行之手段選擇空間。此論理依據確實強固，權力分立是現代法治國家的共同建構原理，且縱使法院認可國家有積極保障之義務，要如何依據憲法的抽象規定肯認人民之直接積極給付請求、並具體化其內容也有實際上的困難。由釋字第六四九號解釋中關於視障者獨占按摩業之違憲宣告中，即可以窺見大法官面對之難題，蓋司法並無從支配資源去形成其想像中之可積極促進視障者就業的措施。

然而，制度侷限固然確實存在，惟若就此止步，徒以形式的制度原理概括地否決所有積極給付權利主張之可能性，司法是否真的能奢言已遵守憲法的基本承諾？筆者認為仍有以下問題不應迴避：

(一)司法是否太快地忽略：人民之事實上自由所面臨的實現障礙

³⁹ 法治斌、董保城，憲法新論，2014年，頁86-88。

⁴⁰ 陳新民，同註5，頁299-306。

⁴¹ 蔡茂寅，社會權(二)，收錄於：周志宏、許志雄、陳銘祥、蔡宗珍、蔡茂寅合著，同註5，頁200-203。

⁴² 許育典，憲法，2013年，頁291。

是非常多樣的。克服這些障礙所需要之資源分配、裁量空間乃至於權利保護之急迫性在個案中差距頗大，由司法介入決定之程度也不一，權力分立與資源有限性必須被考慮的程度時常也未必與防禦性格之自由權有明顯差距⁴³。是否由於對未來不確定性的戒懼，司法就用抽象形式的理由，概括地阻擋人民所有的作為請求於門外，而拒絕就個案去斟酌：在司法的權能範圍內、是否實際上有什麼作為在當下的資源配置下是可行的？是否真的無法以合乎憲法意旨的方式去協助人民免於事實上的生存急難？

(二)固然資源配置與手段選擇應保留給政治過程，在立法之前難以憑空主張；然而立法形成之後又如何？是否仍然必須無條件地認可國家已經履行了憲法誡命保障基本權之義務、而不容司法就給付手段、基準等為合憲性審查？在立法者已經確定了給付的保護目的、選擇了政策手段，也設置了相關法規制度與資源之後，人民是否沒有空間援引基本權利去檢驗其設置之給付障礙是否合憲？蓋如前舉諸多學說所指稱：社會基本權之保護內涵或多或少地都已經有相關法令建構的制度去加以維護，因此並沒有需要直接援引憲法的問題，此時只要發揮基本權之法律解釋基準或是規範控制之功能即為已足。但是這樣的推斷可能忽視了人民面對的司法訴訟現實：只要涉及的是人民請求積極獲益的事項，當人民主張法律保護不足或是設有不當之給付障礙而提出異議時，法院通常即以此係立法裁量事項或涉及資源有限性，駁回人民之請求，根本不做實質考量。蓋若在憲法學理與實務上，釋憲者對社會基本權之主張輒採迴避態度，國家積極保障人民權利實現之義務從來就未曾被認真看待，那

⁴³ 例如大法官釋字第766號解釋認定限制遺屬年金請領條件自申請當月起始發給之規定違憲，遺屬可溯及地請領其年金，較諸大法官釋字第683號解釋以欠缺法律規定而否決遺屬得請求遲延利息，前者以防禦權方式宣告違憲，但其涉及的資源配置明顯較後者為多。



在普通法院的審理上，又怎能期待社會基本權能發揮引導解釋方向與規範控制的功能⁴⁴？

以現代國家法化密度之高，在社會基本權所涵蓋之生活領域時常都已有保護法規存在，甚至在人民訴求頻繁的議題上，法規疊床架屋令人難以透視的情形也非少見。在此種情形下，立法已做了政策形成與手段選擇，法規的目的與方針亦已明確界定，資源亦隨給付系統之建置已經配置完成，人民於此之積極主張，時常是針對個案中漏未規定或現有規定保護不足之給付障礙而提起，對整體資源配置的影響實屬有限，而由於是在既存的給付系統下的個案爭議，侵犯權力分立之疑慮亦屬輕微。故若換個角度，不總是基於形式理由全面地否定，而是嘗試從具體個案去考察人民之基本權保障究竟是在何處撞牆，可以如何撤除違反憲法意旨之障礙，則所見可能就有所不同。

四、小 結

基於以上的反思，作者認為社會基本權作為積極給付請求權在學理和實務上是有發展空間的。要求國家積極有所作為之主張，並非當然抵觸民主原則與資源配置之有限性，而是可以在兼顧這些要素之下，個案地進行司法審查。特別是在當權利實現有急迫重要性之時，其正當性也會相對提升。

⁴⁴ 參照邵惠玲對德國學說之介紹中所引述在否定社會基本權之主觀權利性格之下，釋憲者仍可進行之規範控制。邵惠玲，憲法對視障者社會基本權之保障——論釋字第六四九號解釋產生之憲法疑義與因應途徑，月旦法學雜誌，第187期，2010年12月，頁247。

肆、積極給付請求權論述之建構

當前臺灣社會中底層人民的基本權被侵蝕到核心的現實狀況已屢屢發生，特別是在對貧困的救助、住所的取得與保有、空氣與飲水之污染等等方面，縱使通說認為由社會基本權中無法導出在訴訟上可貫徹的積極給付請求權，學理上對社會基本權主張之基礎與條件的探討仍未終結，甚至亦不乏新論據的提出。本章中將重新檢視社會基本權之在當下現實之必要性與實現條件，整理本國與比較法上學說之觀點，並嘗試在本國法基礎上進行立論。

一、社會基本權論理之重新省思

(一) 回應傳統的質疑

在迄今之憲法基本權理論的架構下，社會基本權之概念固有其特定意涵，但在規範審查與法律解釋上，此概念卻少有作用空間，甚至可能產生降低保護法益強度的反面效果。從歷年來的法院實務觀察可以看出，行政法院往往將社會給付概括地視為裁量性給付，即使在有明確法律依據的情形亦否定其權利性格；其傾向於認為此類權利之實現必須依存於社會政策與財務狀況，憲法層次之保障誠命不僅無法強化普通法層次之法律解釋，助成生存保障之實現，甚且產生反效果，一旦被標示為社會立法之給付請求權，即使是具有財產價值之債權性權利，也被認定在行政機關核可前沒有權利存在⁴⁵。

此誤解來自於一個模糊概括的社會權印象，「慈善工作要量力而為」、「做功德是佛心來的」所以必須保留裁量空間給立法與行政實務。但這樣的理解可能存在嚴重的謬誤，一則，生存權保障乃

⁴⁵ 參見大法官釋字第683號解釋。此號解釋之評論參見蔡維音，社會給付請求權之權利性格——評釋字第683號，月旦法學教室，第104期，2011年6月，頁6-7。



是國家最嚴格的保障誠命，甚且在憲法增修條文中更將社會救助之財政順序列為最優先的，因之至少在生存基礎之最低保障上，國家應嚴密受到拘束；再則，許多社會立法已選擇了以社會保險等公法上債之關係去建構，在法律層次上都應已定位為明確之債權，然而行政與司法實務仍常以裁量性給付看待之，認為「做好事要量力而為」，不應限縮給付機關之彈性。這也是亟待釐清的錯誤觀念。

而重新建構社會基本權實現可能性之意圖，首要的第一個課題就是回應傳統的質疑。觀察釋憲實務，即使是指涉到生存權、工作權等憲法明示規定，只要涉及國家應提出給付之要求，總是在宣示國家對於社會弱勢確有保護義務後，急轉直下到「國家資源有限性」與「立法裁量空間」等原則性考量，接著只需要「應保留社會政策選擇空間」、「財務有限性」此類極為一般而抽象的公益論述，即可使要求國家積極作為之主張節節敗退。

這些歷來排拒社會基本權之傳統論點，在現行「法化」密度越來越高的社會中已不盡然具有說服力。由基本權出發要求國家積極作為的請求，在許多情況都已非無中生有地要求國家憑空給付，而係要求排除牴觸憲法意旨（特別是生存權）之給付條件障礙。在許多這類型的案例中，給付的條件與機制早已由立法形成，亦有預算項目編列，人民所要求者只是制度之執行應該符合規範本旨，然而即使只是對既有給付要件做合憲性解釋而緩和若干給付障礙，無論行政實務或是司法救濟程序仍然習慣性地認定只要是給付行政類型，就以「國家資源有限」、「須待立法形成」等屏障式的概括理由，拒斥對立法保護不足之審查，本應依據制度本旨行使之裁量權限也被放置不加行使，漠視人民陷於事實上困境而不作為，於是憲法中對國家平衡弱勢困境的委付與囑託亦流於空泛的期待。更直接地說，縱使是與基礎生存相關之給付立法，只要上述幾個關鍵詞出現，系爭法益的保護強度就會趨向薄弱。要在憲法的戰場上維持住



社會立法法益保護的戰線，往往還是必須把審查主軸推回到防禦人民主觀公權利侵害的傳統論證模式，仰仗自由權面向之財產權、職業自由等作用，甚至形式的法治國原則檢驗也遠比生存權保障具有實效。

然而對於資源匱乏的危懼，時常是在事實面與規範面都不能被正當化的。當一項積極給付已經要件化到可以進入訴訟具體請求，通常都已是具體制度建置下的個別主張，也就是既成給付體系下的個別項目，這些主張並不必然會對國家之資源配置產生明顯重大的影響。特別是與防禦權之規範審查對比之下，傳統之違憲宣告模式對財政分配造成之負擔很可能更為顯著。舉例而言，一個租稅課徵細則違反法律保留的違憲宣告，抑或是一個要求警察執行勤務符合正當程序的限期修法誠命，需要牽動的國家行政資源配置往往是更全面的，而違憲宣告者所援引的時常僅為形式之法治國原則或寬鬆的經濟活動自由保障，但對於此類基於防禦權保障之違憲宣告幾乎未見有提出國家資源有限性之質疑。相對的，從針對人民生存基礎剝奪至核心領域的綜合所得稅個人免稅額之扣減項目，到對於勞工保險給付之遲延利息，縱使僅有少量案例，財務影響微薄，釋憲機關亦步步遲疑，處處設限，深恐觸及權力分立與財務有限性的界限。兩相對比，實難免除失衡之疑慮。

幸而，在近期大法官解釋中似乎看到了一些轉變之端緒。釋字第766號解釋處理國民年金法之遺屬年金請領案，其理由書中有一段值得關注的論述：

「憲法第155條前段規定：『國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。』基於前開憲法委託，立法者對於社會保險制度有較大之自由形成空間（本院釋字第568號解釋參照），是社會保險給付之請領要件及金額，應由立法者盱衡國家財政資源之有限性、人口增減及結構變遷可能對社會保險帶來之衝擊等因素而為規範。惟人民依



社會保險相關法律享有之社會保險給付請求權，具有財產上價值，應受憲法第15條財產權之保障；如其內容涉及人民最低限度生存需求，則應兼受憲法第15條生存權之保障。對此等兼受生存權保障之社會保險給付請求權之限制，即應受較為嚴格之審查。」

雖然還未見社會基本權在法解釋學上受到正面的處理，但至少由以往「引用生存權等社會基本權等於導致審查基準之弱化」，轉變為明文宣示「若傳統基本權兼有生存權保障之性格，其保障強度應當更予強化」，這已經是很值得注意的轉變。故而筆者認為在現代國家日趨嚴密之「法化」建置之下，傳統對於社會基本權可實現性之觀念大有調節空間，應當加以重新檢視。

(二) 學說之批判與比較法之啟發

對於我國司法實務針對社會立法所採取偏於消極的態度，國內學說也多有指摘。黃舒芃指出，釋憲實務在社會福利領域並未充分地闡釋憲法透過基本權與基本國策之規範意旨，對於立法者受到之憲法拘束應更為強調突顯，立法者之形成自由並不能被理解為政治的恣意，其利益衡量必須受到憲法平衡弱勢保護意旨之拘束⁴⁶。所指涉之社會福利領域雖不同於本文界定之社會基本權，惟對於司法過去就社會立法之審查態度過於消極退縮這一點與本文看法是一致的。

孫迺翊在對於歐盟與德國法院判決的介紹中，也提出了法院判決國家積極作為義務之案例。並指出國家在作為義務上有所怠惰，已經不是用「政治決定」「立法形成自由」一語即可迴避合憲性審查。並以德國聯邦憲法法院之赫茲法案IV判決為例，其以為最低生

⁴⁶ 黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——以釋字649號解釋為例，第七屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，2010年，頁161-166。

存保障之具體內涵固然須由立法決定，但並非全然放任，而是導向程序上邏輯一貫性與決策透明性的要求。於此，德國聯邦憲法法院要求立法與行政部門必須說明其決策之設算公式與統計數據，使得其設定之貧窮線可以被檢視其合理性⁴⁷。本文以為德國釋憲者在此案中所採取之積極態度，要求立法與行政對於最低生存基礎基準之制訂提供更透明可理解的程序，也可視為是要求國家積極作為的一種表現。於此，國家之給付義務已延伸到正當法律程序的要求。縱然人民仍是必須依據法律才能具體主張其給付請求，然而透過對立法與行政的程序性要求以及對是否滿足國家保護義務之司法審查，相當程度地在要求國家積極作為同時也兼顧了權力分立的分際。這個發展趨勢與南非憲法法院之路徑若合符節，將於稍後更進一步加以檢視。

孫迺翊亦在社會救助法之檢討上提出疑問：若法令本身所定給付條件過於嚴苛，其救濟途徑是否涉及積極給付請求權之主張？並初步地主張透過平等權主張衍生受益權方式來救濟⁴⁸。就此提案本文基本上並不反對，惟導向積極給付之請求也有許多不能主張衍生受益的情況，故筆者認為原生受益權之釋義學建構仍然是必須的。若給付請求權之要件過於嚴苛，在個案中無法達成，而此給付障礙之設定與原始給付目的又非有合理連結，即應檢討透過合憲性解釋做目的性限縮之可能性⁴⁹。

⁴⁷ 於此相關之德國裁判例的介紹與闡述，參見孫迺翊，社會給付權利之憲法保障與社會政策之形成空間：以德國聯邦憲法法院關於年金財產權保障及最低生存權保障之判決為中心，臺灣大學法學論叢，第41卷第2期，2012年6月，頁490-493。

⁴⁸ 孫迺翊，社會救助制度中受救助者的人性尊嚴保障——一個憲政國家興起前後的比較觀察，月旦法學雜誌，第136期，2006年9月，頁87。

⁴⁹ 社會救助之資產調查存在諸多有待檢討之要件，由家戶人口、收入擬制到資產計算十分龐雜，詳參蔡維音，低收入戶審查之家庭人口認定的實務觀



同樣對權力分立之傳統論述提出質疑的尚有邵惠玲對釋字第六四九號解釋之批評，認為以組織法上的權力結構否定基本權利之可訴訟性，並無法解決基本權利的實質保障內涵在立法怠惰下無法落實的問題⁵⁰。其並援引德國學說提出當自由權事實上實現之最低條件有必要由國家提供支持予以維護時，得由防禦性質的自由權衍生積極請求給付的效力，於緊急情況時請求國家維護基本權之前提條件⁵¹。

張桐銳則提出在生存權權利性格的探討上，我國對於生存權保障有明文規定與制憲史料淵源可據以考察，所以其權利性格可說比德國憲法學理更為有據⁵²。而社會基本權所必然要面對的司法介入財政資源分配的問題，張桐銳以為這本就是當代憲法權限分配架構層次的問題，當憲法規定具有拘束所有國家機關的規範效力時，必然使得釋憲機關權限擴張，其作成之決定會影響財務資源配置幾乎是不可避免的，而且這對所有基本權功能面向皆然，並不限於社會基本權⁵³。

至於此資源分配之權限在具體情況可在何種程度移轉到司法機關，張桐銳則認為其取決於給付請求權所具有之規範功能。氏以憲法第一六〇條免費之基本教育為例，認為制憲者本身對此財政資源之分配已做了決定，故司法若就此作成個案有權請求給付決定，亦無侵犯立法之預算決定權問題。然而對於其他抽象之社會基本權，

察與修法建議，月旦法學雜誌，第277期，2018年6月，頁200-210；蔡維音，社會救助，收錄於：台灣社會法與社會政策學會主編，社會法，二版，2016年，頁393-414。

⁵⁰ 邵惠玲，同註44，頁244。

⁵¹ 邵惠玲，同註44，頁245。

⁵² 張桐銳，同註2，頁133-135。

⁵³ 張桐銳，同註2，頁143-146。



氏以為在違憲審查層次終究無法解決立法懈怠問題；惟在一般法院的個案決定上可以援用憲法上給付請求權進行法律漏洞之填補，以類推適用、目的性擴張等法律補充方式來解決；在極端涉及「最低限度保障」之案例則應承認人民能直接主張憲法上之給付請求權⁵⁴。

德國學說上對於社會基本權之論述中較受到注目之提案，為Alexy於其基本權理論中所提出社會基本權之衡量模式，認為在三個條件下，可以肯定人民在憲法上之給付請求地位：其一、基於事實自由之原則，賦予人民憲法上給付請求權具有迫切性；其二、權力分立原則與民主原則僅受到輕微影響；其三、現有之實質性原則（特別是其他人民之自由權利）不會因為給付請求地位之基本權保障與相關憲法法院決定受到顯著的侵害⁵⁵。惟張桐銳對Alexy所提出衡量模式中「事實自由」之要件提出其檢討。張桐銳認為「自由」本身之核心內涵在於個人不受他人阻礙而依其意志從事各種活動之狀態，而「事實自由」往往是強調個人自由之實現需要具備周邊條件方為可能，而要求國家提供給付。惟這與「自由」之行使本身是不相同的，必須區辨的。若單純透過對自由權之社會國取向解釋而推導出憲法上之給付請求權，是違背民主國原則的，故其主張若要肯定人民對社會給付具有憲法上之請求權，應該侷限於社會基本權規定。也因此，氏以對制憲者意志之尊重作為社會基本權之給付請求權性格之基礎，並連結到補充原則，主張人民行使社會基本權請求社會給付，應限於其無能自我負責之情形⁵⁶。

然而本文所採取之論述路徑與此有所不同，首先張桐銳界定之範疇式的社會基本權清單，與本文採基本權功能理論式的設定有

⁵⁴ 張桐銳，同註2，頁147-153。

⁵⁵ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag KG, 1994, S. 466於此亦可參照。

⁵⁶ 張桐銳，同註2，頁153-158。



別；其次對於「憲法上給付請求權」之想像，張文設定在社會給付範圍，本文則將社會基本權（亦即原生受益權）之論述導向於「請求國家積極有所作為」，司法審查所可能表現之種類與型態會相當程度地擴張。透過釋憲機制可以想像之積極作為，亦非必然以給予社會給付的形式表現。如前文舉例中，若翻轉釋字第六八三號解釋立場而肯認勞保給付具有權利性格，則可類推適用相關規定給付保險權利人遲延利息；或是類比德國聯邦憲法法院所採之要求立法與行政部門說明立法制定過程與事實基礎等轉向程序性要求的作為。在社會生活型態複雜多元化，法律層級密集分化的社會現況下，本文認為對國家積極作為的想像尚有作用與發展的空間。

於此，南非憲法法院近年受到國際矚目的判決取向（如前文貳之三所介紹）正提供了這種思考路徑在實務上的印證。在致命性疾病之檢測資源、急迫居住需求與社會救助等事項上，南非憲法法院採用了多元積極手段去影響行政與立法之決定，促使國家施政在最敏感之人民權利保障上能減少漏洞。惟同時南非法院並非無視民主原則與資源保留，而是相當審慎地考量其作為方式。其一方面認為國家在履行其保障人民之義務之政策形成與施行上，必須具有合理性（Reasonableness）⁵⁷；另一方面課予國家之義務並不要求國家之作為要超過其可利用資源範圍（within available resources）⁵⁸。在與國家作為義務具體化與可利用資源之關係的討論上，「法庭之友（*amici curiae*）」曾提出聯合國委員會對於應確保社經人權之最低核心（minimum core）的論述，主張為了確保人性尊嚴，當人權的最低核心受侵害時，政府提供之最基礎所需之保障應不受資源有限

⁵⁷ Grootboom, *supra* note 26, para. 41.

⁵⁸ Grootboom, *supra* note 26, para. 46.

性之保留⁵⁹。然而南非法院拒絕了此論述，理由在於法院欠缺必要的資訊去確定居住、健康照顧等人權之最低核心在何處。惟雖然該事務非屬司法功能所適合決定之性質，這仍屬國家義務，故法院建議南非政府之人權委員會應監督政府去確實執行之⁶⁰。

而南非憲法法院另一個值得注目的觀點則是其對政府行為之合理性審查。南非法院認為法院所關心的不是有哪些措施可以被採取或是公共資源應該如何使用，法院只認定政府所採取的措施是否具有合理性，而政府可以在許多可能的措施中選擇，或許其中不止一種可以滿足合理性的要求。而在做合理性判斷時，必須要在社會的、經濟的與歷史的脈絡下去考量制度的承受力，此環境亦非靜態的，必須繼續性地進行檢驗。然而僅僅有合理的立法並不足夠，行政措施也必須周延，必須要執行適當的政策、規劃來落實憲法意旨。亦即，僅有合理的立法規劃並不夠，此規劃也必須要合理地被執行，否則國家就沒有完成其義務。於此，南非憲法法院提示：對政府履行義務是否具有足夠合理性之判斷並非僅止於法規面的考察，即使法規完整，若在執行面無法達成法規之保護目的，而確實傷害了人民權利，國家仍會被判定為義務違反⁶¹。南非法院用一種直指現實的角度來評價政府措施的合理性，認為政府措施如要符合合理性的要求，就不能一方面聲稱其所追求的目的，卻同時漠視那些正處於急迫危難的群體，拒絕其權利主張。縱然在統計上這些措施可能已達成若干成果，看似是成功的，在個案中也不能通過法院的檢驗⁶²。

以上對南非憲法法院判決之介紹，目的只在豐富我們的想像。

⁵⁹ Coomans, *supra* note 23, at 182-83; Goldstone, *supra* note 28, at 3.

⁶⁰ TAC, *supra* note 27, para. 34.

⁶¹ Grootboom, *supra* note 26, paras. 42-43.

⁶² Grootboom, *supra* note 26, para. 44.



蓋無論在南非或我國的憲法實務上，都有學理與現實操作上的疑難必須去面對，必須在個案中去尋求最適之解決。惟在基礎思考上，從前揭論述中其實可歸納出一共通點，亦即，傳統以來概括地以權力分立等形式論述絕對地屏棄積極給付請求權之可訴訟性，此見解已非不可動搖。導入一個動態的衡平考量機制是有可能的，將1. 人民權利之最低核心受到急迫侵害，與2. 採取相應保護措施所可能涉及之對民主機制的干預程度、3. 對財政資源之分配權限影響這幾個要素彙整，並在個案中進行考量救濟之可能手段。

每當法律解釋者遇上立法懈怠、行政消極之困境，縱使眼見人民基本權利已被侵蝕到核心，時常也無計可施，徒呼負負。如此之現況應有翻轉之可能性。新近文獻中特別值得注意的是許宗力於「憲法法院作為積極立法者」一文⁶³中提出之倡議，縱然文中所處理之司法積極立法作為仍然集中在傳統違憲審查模式之整理，而並未對本文關切之積極給付請求權正面表達立場，然而其對於釋憲者對於立法作為不足時司法之介入可能性之立論以及對於正當性之檢討，其意涵與要求國家積極作為之樣態是有相通之處的。特別是氏所提出之以「備位性」來劃定司法積極立法之正當性界線，亦即以限時立法與立法優先兩個要素作為合憲性檢驗基準。這對於司法形成積極給付之正當性界限也有參考價值。

二、社會基本權主張之基礎要件

本文透過整理學說上之反思，並對照比較法與我國司法實務之分析，試圖針對國家懈怠之困境，如立法不作為、行政機關違反保護義務，開拓一個縱然狹窄但仍然可行的司法救濟管道。筆者之提案係以前文論述中歸納出的三個要素為基礎，考量其為發動社會基

⁶³ 許宗力，同註1，頁1-39。



本權之正當性所繫，故將積極給付請求之啟動要件設定為：必須滿足「基礎生存所需之維護」、「對權力分立無重大影響」與「無明顯財政資源重新配置需要」。本節中首先對此三個要素嘗試做出界定，次節中則在憲法釋義學上對社會基本權之主張提出類型建制。

(一)基礎生存所需之維護

筆者在早年建構基本權保護結構時，曾提出將所有國家追求之基礎價值與其憲法上之保護結構建立連結之發想。這個基礎之思考結構，對照臺灣解嚴以來三十多年釋憲實務的運作觀察，雖非在所有項目中都完整對應，但也大約可相合致。這個提案結構若運用在當下社會基本權之釐清上，應可提供更穩定明確之定位。

基本價值	自由	安全	基礎生存所需	平等	福祉的最大化
定義	自主的人格發展。基於自主意志不受干預地從事活動本身，包含作為或不作為。但只包含自由活動本身，不同於自由行使之周邊條件（前提、手段、誘因等）	對於存續狀態的保護。為國家對於現存持有狀態、法律地位的一種承認。保護內容指向於對既存權益的固定化，抵禦對既有權益的重新分配。至於此狀態的維護與「人格自由發展」是否相關，已非所問	為維持合乎人性尊嚴的生存之最低所需的保障，包含兩個種類： 1. 消極保障：對於個人既已持有生存最低基礎的保護 2. 積極保障：要求國家提供最低的請求權	從廣泛的「平等」概念中可發展出以下各種保護內涵： 1. 差別待遇之禁止：禁止國家為恣意的差別待遇 2. 連續性誠命：要求國家不得為首尾不一、自相矛盾的行為 3. 社會性補償：是對於為公益所生的特別犧牲	促進自由行使之周邊條件的最大化發展，使盡可能最大多數人能分享最多的福祉



基本價值	自由	安全	基礎生存所需	平等	福祉的最大化
				牲，基於負擔平等原理要求國家予以填補 4. <u>要求基於差別待遇的禁止，請求比照既存的給付基準給與給付</u> 5. 平衡誠命：要求國家改善弱勢團體的立足點，以達成機會的平等	
保護模式	類似所謂「防禦權」式的保護模式，特徵在於要求國家的不作為	防禦權式的保護結構，主要有： 1. 存續保障 2. 信賴保護 3. 制度保障	基礎生存所需的消極性保障具有的乃是防禦權的性格；相對的，積極性保障則是所謂「 <u>原生受益權</u> 」的性格	1. 要求國家在恣意的差別待遇上的不作為，為防禦權式的保護 2. 禁止國家為不連續性行為，也是屬於防禦權式的保護 3. 憲法委託，但國家擁有手段選擇與形成自由 4. 即所謂「 <u>衍</u>	原則上國家對於如何實現福祉的最大化有廣泛的手段選擇與裁量自由

基本價值	自由	安全	基礎生存所需	平等	福祉的最大化
				生的受益權」，為與平等原則結合之給付請求權 5. 優惠性差別待遇，國家擁有手段選擇與形成自由	
例子	發表言論的自由、支配處分所有物的自由（不含獲得所有物之請求權）、職業自由	1. 私有財產制 2. 信賴保障 3. 婚姻制度的保障	1. 稅法上對個人寬減額的規定 2. 扣押限制規定 3. 社會救助	1. 差別待遇之禁止 2. 國家行為連續性誠命 3. 犯罪被害補償金 4. 私立學校教職員各種比照公立學校之福利措施 5. 社會弱勢平衡措施	獎勵投資措施、鼓勵就業市場、經濟激勵方案、大眾福祉設施

上表列出之憲法所追求的基本價值與其保護結構，可以看出的是原生受益權與衍生受益權在此框架中之定位（畫底線部分）。首先要辨明的是：「基本權利之實現陷於急迫」這個想像並不足以成為發動社會基本權之要件，蓋社會基本權基本上並不對應「自由」此價值。筆者於此之看法基本上略同於此前學說介紹中論及張桐銳



對Alexy之「事實自由」作為要件之評論⁶⁴，以事實自由受到危害作為主張社會基本權之前提，將有概念過度不明確與外延可能過廣的問題。自由本身存在於權利主體不受干預的自主行動，這是不可能透過請求國家作為來完成的；自由本身不能外求，故而對國家積極給付請求的對象必然非個人自由；可以主張的只能是提供個人行使自由不可或缺之前提條件（亦即維持基礎所需之原生受益權），以及當國家已經設有生存保障之給付時，要求排除恣意之障礙而獲得救援（也就是衍生受益權）。

其次，基礎生存所需的保障也必須與福祉之最大化有所區隔。亦即筆者除了區隔「自由」本身與「行使自由之前提」，也將「促成自由之周邊條件」再區分開來，使之分別對應「自主人格發展」、「基礎生存所需」與「福祉之最大化」三種不同之基本價值。因而，若非對個人之存續與自由發展不可或缺之基礎所需，雖然對個人自由亦有促進與最大化的功能，也不會是主張社會基本權的場合。

惟須補充者，最低生存所需並非絕對的生理上的存活要件，而是個人在當下社會環境中為了維持不損及其人性尊嚴的生存基礎所需。其考量必須隨著社會觀念價值的變化而演進，並非僅限於衣食住行等物質所需，也會擴展及於人在社會生存中所必須之教育、社會聯繫與溝通等等事項。這個觀念的續行發展必須在法律實務上繼續對個別社會給付法律關係做更細緻的部門化解析工作，以明晰化各種不同給付形式與憲法保護之連結，才能更切適地掌握。

⁶⁴ 張桐銳，同註2，頁153-158。然而，氏以為社會基本權之主張「應限於其無能自我負責之情形」，本文並不同意。一則是這個條件涉及應然狀態與實然狀態之交錯，幾乎難以認定；二則是本文對於社會基本權的主張型態的可能性與多樣性，較諸張文範圍擴大許多，故而在要件上也不須嚴格限縮至那種程度。

(二)對權力分立無重大影響

如前文鋪陳社會基本權主張的正當性時已經提及，當下之積極給付請求權構思已不同於傳統之想像：是要求司法憑空形成社會給付之內容與要件，在訴訟作成給付命令。當前社會對於各種類型之生活領域的需求，往往已經被層層授權又交互援引的法規所密集覆蓋，故而當人民面臨迫切的生存基礎危機，極少是面對法規真空的狀態，給付障礙通常是存在於層層疊疊的程序與實質要件之中。立法者並非未曾做出決定，一般性法律系統已經建置，但此系統可能在個別情形有未能達成憲法保障意旨之情形，亦即有保護不足或規範漏洞存在，而此缺漏若不當下填補即將對人民之基礎生存產生立即危害，無法等待修法加以補正，此時透過司法審查加以填補，對於權力分立並不致於產生重大影響。且立法仍然可以事後修訂新法來補完其缺漏，使得個案之司法造法可限縮在人權重大侵害時之緊急救援的特殊情況，並不致成為常態。

(三)無明顯財政資源重新配置需要

對於社會基本權另一個主要的質疑在於司法在權力分立的本質上不適於、也沒有能力決定給付資源之配置，故而即使司法在判決中肯認人民具有積極給付請求權，事實上也無法執行。這個質疑並非在所有個案都有說服力，前文論述中已經多方說明：

——即使是防禦權模式的違憲宣告，必須對資源配置作重大調整者所在多有。

——在憲法已先行宣告預算優先順位時，國家本有配置充足資源之義務，如憲法第一六〇條免費之基本教育、憲法增修條文第十條第八項對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列之誠命。

——在既有給付系統已建置完成情形，主管機關、給付構成要



件、給付額度乃至於預算編列等依法都已為既成體制時，個案判決給付對預算未必有重大影響。

在以上幾種情形，在司法個案審查上若認定人民之生存基礎已陷入急迫的困境，即應設法促使國家提出相應的作為，以避免基本權利之受損。

三、社會基本權理論於訴訟中主張之態樣

在滿足前節三個要素的前提下，司法相對的就具有較高的正當性來進行法律續造，在適當的範圍內命國家以積極作為方式來保障基本權之實現。特別是二〇二二年憲法訴訟法新制實施之後，憲法法庭可對司法裁判為具體審查，此憲法訴願模式或許也可提供在個案救濟上更多的可能空間。

而在訴訟上對社會基本權的主張，除了在釋憲程序中透過法規範審查以及未來將施行之裁判審查，亦可能在普通法院透過合憲性解釋與法律補充進行之。至於具體的主張態樣，本文透過對案型之整理，認為有三種型態是可以開展的，以下分述之。

(一) 以防禦權形式實現積極給付請求權

從形式上來觀察，這個類型應稱為「不真正積極給付請求權」，蓋裁判是主要是透過無效宣告或是撤銷的作用方式來使人民取得其主張之給付。惟本文仍然認為應高亮標示出此種類型，主要是基於對我國司法實務的長期觀察，只要是被標示為「施惠予人民」的措施，法院檢視的態度就會驟轉為「國家做好事不能要求太多」，自動地將審查密度調降，給予立法與行政裁量上最大的空間。甚至是血統純正之防禦性格之自由基本權，一旦沾染上「人民獲益」的氣息，都可能瞬間降等為「政策性優惠」，付諸立法或行

政機關裁奪⁶⁵。

這個案型中之法規範是國家已經透過立法作用建置了促進並保障基本權之法律制度，而透過這些法律規範使得人民「受益」，也就是原本並不待人民主張基本權之直接積極給付功能，而可援用法律層次規範獲得給付。然而問題發生於如果這些已經經由立法作用具體化之法律上之給付請求權，存在不符原基本權保障意旨之給付障礙或是嗣後的不利益變更，那麼對於這些人民取得其基本權保障所必須之給付，法院應用何種審查密度加以審視？若是司法僅著眼於人民於此係「受益」，就否認或降低人民請求權之憲法保障，這是反於社會基本權之論理的。因為傳統論述之所以否定社會基本權之可訴訟性的理由，在這種類型幾乎是不存在的，蓋給付系統早已成型，立法者也已選擇其給付目的與手段，並無侵犯權力分立與資源配置之虞。故當法規中之給付障礙侵犯及基本權之核心（特別是在社會救助對生存基礎的保障），即使是給付立法也應能主張高強度的憲法保障，對於牴觸基本權保障意旨之限制性規定予以排除⁶⁶。

釋字第七六六號解釋是大法官首次宣告受到財產權保障之社會保險給付請求權，若兼受生存權保障則應受較為嚴格之審查，並進而宣告系爭國民年金法限制遺屬年金請領條件自申請當月起始發給之規定違憲。由此號解釋亦可看出，一旦擺脫了「授益性法規應尊

⁶⁵ 著例為所得稅之免稅額相關案例，詳參蔡維音，最低生存基礎之界定——從社會救助與個人綜合所得稅進行之交互考察，月旦法學雜誌，第212期，2013年1月，頁103-125；蔡維音，國家課稅之憲法界限——釋字第692號評釋，月旦法學教室，第113期，2012年3月，頁9-11。

⁶⁶ 類似案型在日本也引起社會基本權層次之討論，如引起高度關注之日本福岡高裁撤銷厚生福利省廢止老齡加算之處分，相關討論可參見林美鳳，日本行政立法之司法審查——以高齡加成給付訴訟為例，高大法學論叢，第14卷第2期，2019年3月，頁109-162。



重立法裁量」之思考上的套索，對於給付請求權違憲審查也順勢有所開展。縱使於此生存權只是微妙地扮演提升審查密度的角色，而非自身擔任審查基準⁶⁷，以防禦權形式發揮提升審查密度作用之社會基本權也總算有了開展的契機。

對照稍早之釋字第五六〇號解釋更可看出前後之差異：針對就業服務法「受聘僱外國人其眷屬在勞工保險條例實施區域外死亡者，不得請領保險給付」之規定（此條文現已廢止），大法官給予合憲宣告。其以勞工保險條例之保險基金除了保險費以外，尚有政府補助在內；且眷屬死亡並非本人之保險事故，據以否定喪葬津貼之保險給付性格，而將之定性為裁量性之社會扶助。此論述之謬誤其一在於對社會保險財務結構之誤解，雇主分擔額亦屬於勞工繳納之保險費的構成部分，且各類法定強制保險有政府補助者所在多有，何獨勞工保險？其二則是認為喪葬津貼非屬本人保險事故，這更是令人無法理解。蓋養生送死本係人民典型之經濟負擔風險，何況喪葬事故乃經由立法形成設定之勞工保險事故，且係由被保險人透過保險費繳納作為對價所取得，為兼具財產權與生存權保障性質之社會給付請求權。必須為至近親屬送葬所產生之費用需求若不是勞工本人之需求，難道是死者之需求？更勿論此案還涉及對外國人民之差別待遇。而當時之釋憲者卻率爾否決其保障，歸根結底恐怕還是難以迴避普遍存在對受益權之成見。

(二)以法律補充克服給付障礙

此類型中存在於現行法規中之給付障礙乃是立法者之消極不作為或是行政怠惰未依憲法意旨執行權限所致。在行政機關依法執行職務卻無法達成其保護目的時，司法審查必須積極介入要求行政機

⁶⁷ 本號解釋中湯德宗大法官所提出之部分協同意見書也點出此關竅。未來帶有最濃厚給付請求權性格之生存權是否能繼續有所開展，還有待觀察。

關重為判斷。然而在許多這類案中，行政機關時常以法規並無規定而抗辯，認為無法在欠缺法律依據的狀況下核給給付。於此情形，要達成人民獲得其必要給付的目的，僅透過撤廢給付障礙並無法使人民獲得給付之結果，而需要司法更積極地形成給付基礎以促成行政機關依法執行其職務。

以福岡地方裁判所平成二十一年五月二十九日判決為例，日本福岡地方法院在審理一件有關社會救助被取消資格的案件時，曾撤銷主管機關之決定。其針對的乃是昭和三十六年四月一日厚生省發社第一二三號「生活保護法による保護の実施要領について」中所稱「資産の活用」義務應如何解釋，經昭和三十八年四月一日厚生省社会局保護課長通告針對「私人車輛擁有」之認定。下級機關多年來對於此陳舊之行政規則奉行不怠，然而其考量基礎可能因為經濟社會變遷而與當今現況已不盡相符。而人民欲在個案中突破此類給付障礙，非透過法院勇於介入也別無出口。故而日本福岡地院援用了目的性限縮的法律補充方法，對於何種情況，受救助人可以主張免於「資産活用」義務之拘束繼續受領救助並保有其私人汽車，做出反於行政規則乃至於行政前例的認定，認為行政機關對於法律構成要件進行認定之際，並未善盡對受救助人之具體病況、就醫情境、醫病信賴關係與生活環境之斟酌注意，而予以撤銷。另一例子為日本最高法院對於一戶人家為預備子女高中就學所需而投保之學費保險、卻在資産調查時被視為「收入」而調降其生活扶助，同樣予以撤銷，蓋抹煞為子女追求基本程度教育的努力是牴觸社會救助之本目的（最高裁判所平成十六年三月十六日第三小法廷判決，民集五十八卷三號六四七頁）⁶⁸。然而在此類案中，司法縱然判定

⁶⁸ 解析參見初宿正典、高橋正俊、米沢広一、棟居快行，いちばんやさしい憲法入門，六版，2020年，頁120-122。



現有之行政決定有瑕疵，未在規則制定或是個案事實認定上善盡其裁量或注意義務，惟在請求權構成要件上可能尚有欠缺，時常必須透過法律補充、類推適用或是援用差別待遇禁止之誡命等等法律解釋與補充的方法，才能使人民在法律上之請求權要件得以完備，行政得以據以執行。

於此，司法應積極就行政裁量上是否有怠惰或違反比例原則情形進行審查，在事關人民生存基礎且財務影響輕微之情形，在個案中填補法律漏洞，以免人民陷入急迫之生存困境，這也是為了避免國家違反保護義務所不得不然。嗣後立法機關當然仍須依憲法意旨彌補規範漏洞、行政機關也須積極地行使行政裁量、制定或修改行政規則以完備其給付之法律基礎，而當修正之給付規範到位，司法之補充作用自然就被取代而退場。

以釋字第六八三號解釋所處理之有關勞保遲延利息給付為例，人民在經歷長年權利救濟而成功後，請求其原於5年前即應請領卻違法拒絕之給付應加計之遲延利息，經原機關以法無明文規定應給付遲延利息而拒絕。此間涉及準據法規欠缺遲延利息之規定究係憲法容許之立法裁量空間、法律漏洞抑或違憲之立法不作為？由意見書中可觀察到大法官之間顯亦曾有一番爭論。黃茂榮大法官認為勞保條例設有保險費滯納金規定，卻不設相對之給付遲延利息，為顯失公平，形成法律漏洞；陳新民大法官更強烈主張應對此違反憲法委託之「規範不足」進行填補，並提出數種立論支持大法官司法造法之正當性；許宗力大法官則是對勞保條例之立法不作為狀態做出明確的違憲判斷，認其既違反憲法第一五三條之憲法委託，也同時牴觸憲法對財產權與平等原則之保障⁶⁹。

惟此號解釋終以認定此立法消極不作為尚屬合憲狀態而告終，

⁶⁹ 參見大法官釋字第683號解釋之意見書，並參照蔡維音，同註45，頁6-7。



多數意見以「立法者固有自由形成之權限」而否定人民之給付請求。實則本案涉及之給付金額微薄，實無衝擊勞工保險之財務之虞；遲延利息之給付標準又有垂手可及之保險法、勞工保險條例、公務人員保險法等眾多性質相近之規定可茲類推適用；即使主張此已進入司法造法之領域，亦有充分之正當性可為支持；更何況以公法上債之關係為基礎之保險給付請求權，係受到財產權之保障，其遲延利息亦為其所涵蓋。然而當年釋憲之多數意見仍怯於為之，恐難否認仍是由於系爭給付係需克服立法不作為之「受益」性質所致。

(三)提升行政機關之說理與舉證義務

此種類型係以南非憲法法院裁判例為借鏡，在保障人民社會基本權之型態上，將重點轉向於對國家之程序正當性之檢驗。司法裁判雖非直接指向命國家提出特定給付，但透過對國家規範形成、行政執行之合理性說明之要求，也相當程度能督促國家善盡其保護義務，在後續結果上助成人民獲得維護其生存所必要之給付。

惟本文之提案也並非建議我國釋憲實務驟然採取如南非般鮮明大膽的作為（例如命行政機關提出改善計畫、舉辦公聽會使法院得以審視其措施是否滿足「合理性」之要求），而是主張可以透過要求更詳盡的立法意旨說明、事實資料之舉證，督促立法提案機關與執行機關透過說理與舉證，加強其程序之正當性。相通的做法即使在基本態度審慎保守的德國實務上也曾有先例。德國聯邦憲法法院於Hartz IV判決⁷⁰中，對於社會救助測定所採之統計模組、對所得與消費之抽樣調查方法、經驗分析、參考團體之分類選取都予以肯定，也認為應保留立法具體形成之空間，然而對於二〇〇五年生效之失業救助新制中有工作能力之失業救助標準給付額度之設定，則

⁷⁰ BVerfGE 125, 175 ff.



提出質疑。認為其欠缺事實與統計上的基礎，不符合前述憲法要求，因而判定其違憲。縱然這樣的違憲宣告並無法積極形成給付請求的基礎，惟德國聯邦憲法法院明確要求立法者在形成給付額度上，必須在可靠數據與邏輯性的計算基礎上對於所有為了生存所必需之花費進行透明、近於現實且可理解的程序去進行裁量⁷¹，其明確指定立法形成在程序上必須完備之基準與項目，事實上對於促成立法形成更妥善之給付請求權基礎，其影響是不容忽視的。

此類型之司法審查作為，在定義上或許已脫離了狹義的「積極給付請求權」之界定，然而在實現社會基本權之意旨上，對於克服立法懈怠、行政怠於裁量有一定的作用，也等於透過司法行為要求較廣義的國家作為（在訴訟上之說明與舉證），間接地促成人民基本權之實現。例如在適合性原則的審查上，要求以實證資料說明現行手段是否能在現實上達成法規之保護目的；或是在最小侵害手段的選擇上，如何避免最弱勢族群承受最嚴重侵害，其預防保護措施是否到位，行政機關應提出證據資料以供法院斟酌。特別是在大法官宣告兼具生存權保障性格之基本權審查、應提升審查密度的現在，對於行政機關之舉證與說明義務也當有更嚴格的要求。如此即使並非表現為直接命機關提出給付，在促使國家善盡其保護義務上也能有所提升。

據上所論，本文主張於立法不作為、行政怠於裁量之情形，在滿足三要件之前提下，司法應進行法律續造，保障人民積極給付請求權之實現。

⁷¹ Hartz IV判決主文第三段：“Zur Ermittlung des Anspruchsumfanges hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu bemessen.”

伍、結 論

論及國家之保護義務，行政、立法、司法皆同，都不應置人民於水火中而束手徒呼無奈，如果司法不願總是在空泛的「屬立法權限範圍」、「立法裁量空間」障壁前止步，對人民的生存困境束手旁觀，或許可以審慎考量本文所提案之要件與基準，檢視其在具體個案中之可行性。

本文提出在具備「基礎生存所需之維護」、「對權力分立無重大影響」、「無明顯財政資源重新配置需要」三個要件之下，司法應積極對人民之基本權主張有所回應，而面對人民所遭遇之權利實現障礙之型態，也可採行不同類型之司法作為以對應，其分別為「以防禦權形式實現積極給付請求權」、「以法律補充克服給付障礙」以及「提升行政機關之說理與舉證義務」。

違憲審查之理論與實務長年以來對「立法怠惰」束手無策，歷來對權力分立、資源配置應尊重的看法，在人民生存基礎面臨急迫困境、法規嚴密細緻化的當下，其說服力也已漸動搖。特別是在論理上可取得正當性與實務上亦非無可行性的情況，司法能積極扮演之角色界限是應重新省思的。筆者以為本文之提案其實少有創新之發想，而只是在克服慣性的思考屏障後，對現況進行重新檢視與整理。將所謂社會基本權可能的實現模式納入常態之法律解釋體系，並作類型化之呈現，以供識者裁斷。



參考文獻

一、中 文

- 吳庚，憲法的解釋與適用，2004年。
- 李建良，基本權利的理念變遷與功能體系，收錄於：憲法理論與實踐(三)，2004年。
- 李惠宗，憲法工作權保障之系譜，收錄於：劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務，1998年
- 李惠宗，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，第29卷第1期，2003年7月，頁121-157。
- 李惠宗，憲法要義，2015年。
- 周志宏、許志雄、陳銘祥、蔡宗珍、蔡茂寅合著，現代憲法論，四版，2008年。
- 林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，臺灣大學法學論叢，第45卷特刊，2016年11月，頁1305-1358。
- 林紀東，中華民國憲法逐條釋義(一)，1982年。
- 林美鳳，日本行政立法之司法審查——以高齡加成給付訴訟為例，高大法學論叢，第14卷第2期，2019年3月，頁109-162。
- 法治斌、董保城，憲法新論，2014年。
- 邵惠玲，憲法對視障者社會基本權之保障——論釋字第六四九號解釋產生之憲法疑義與因應途徑，月旦法學雜誌，第187期，2010年12月，頁238-250。
- 孫迺翊，社會救助制度中受救助者的人性尊嚴保障——一個憲政國家興起前後的比較觀察，月旦法學雜誌，第136期，2006年9月，頁65-87。



- 孫迺翊，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，第38卷第4期，2008年12月，頁579-636。
- 孫迺翊，社會給付權利之憲法保障與社會政策之形成空間：以德國聯邦憲法法院關於年金財產權保障及最低生存權保障之判決為中心，臺灣大學法學論叢，第41卷第2期，2012年6月，頁445-516。
- 孫迺翊，經濟社會文化權利國際公約與我國社會憲法之比較及其實踐——以社會保障權為例，收錄於：財團法人臺灣民主基金會編，中華民國施行聯合國兩權利公約的意義：接軌國際，深化民主，2013年，頁153-196。
- 郭明政，社會憲法——社會安全制度的憲法規範，收錄於：蘇永欽主編，部門憲法，2006年。
- 國大秘書處編印，立憲史料詳參國民大會實錄，1946年。
- 張桐銳，論憲法上之最低生存保障請求權，政大法學評論，第123期，2011年10月，頁121-191。
- 張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，收錄於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會主編，當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（上），2002年。
- 許育典，憲法，2013年。
- 許宗力，憲法法院作為積極立法者，中研院法學期刊，第25期，2019年9月，頁1-39。
- 陳新民，憲法學釋論，新九版，2018年。
- 黃舒芃，社會權在我國憲法中的保障，中原財經法學，第16期，2006年6月，頁1-43。
- 蔡茂寅，社會權(二)，收錄於：周志宏、許志雄、陳銘祥、蔡宗珍、蔡茂寅合著，現代憲法論，四版，2008年。



- 蔡維音，社會給付請求權之權利性格——評釋字第683號，月旦法學教室，第104期，2011年6月，頁6-7。
- 蔡維音，國家課稅之憲法界限——釋字第692號評釋，月旦法學教室，第113期，2012年3月，頁9-11。
- 蔡維音，最低生存基礎之界定——從社會救助與個人綜合所得稅進行之交互考察，月旦法學雜誌，第212期，2013年1月，頁103-125。
- 蔡維音，社會救助，收錄於：台灣社會法與社會政策學會主編，社會法，二版，2016年。
- 蔡維音，低收入戶審查之家庭人口認定的實務觀察與修法建議，月旦法學雜誌，第277期，2018年6月，頁200-210。
- 蔡維音，基本權之合體技？——兼具生存權與財產權性格之社會給付請求權，月旦法學教室，第196期，2019年2月，頁6-8。

二、日 文

- 初宿正典、高橋正俊、米沢広一、棟居快行，いちばんやさしい憲法入門，六版，2020年。
- 芦部信喜著，高橋和之補訂，憲法，六版，2015年。
- 野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法 I ，五版，1997年。
- 葛西まゆこ，生存權の性格——朝日訴訟，憲法判例百選 II ，六版，2013年。

三、英文

Coomans, Fons, *Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the “Reasonableness” Test as Developed by the South African Constitutional Court*, 65 HEIDELB. J. INT. LAW 167 (2005).

Goldstone, Richard J., *A South African Perspective on Social and Economic Rights*, 13(2) HUMAN RIGHTS BRIEF 4 (2006).

四、德文

Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag KG, 1994.

Cremer, Wolfram, *Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, 2003.

Eichenhofer, Eberhard, *Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht*, 2012.

Engels, Markus, *Soziale Grundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta*, in: Frank/Jenichen/Rosemann (Herg.), *Soziale Menschenrechte - die vergessenen Rechte?: Zur Unteilbarkeit der Menschenrechte - ein interdisziplinärer Überblick*, 2001, S. 77 f.

Kirchhof, Paul, *Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, 2004, S. 807-852.

Murswiek, Dietrich, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, in: Isensee/Kirchhof (Herg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 2000, § 12, S. 243-289.

Neumann, Volker, *Das medizinische Existenzminimum*, NZS 2006 Heft 8, S. 393-397.



Richter, Ingo/Schuppert, Gunnar Folke, Casebook Verfassungsrecht, 3. Aufl., 2000.

Schneider, H.-P., § 18 Grundrechte und Verfassungsdirektiven, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, Zweiter Teil, C. F. Müller, 2004, S. 707-744.

Stern, Klaus, Staatsrecht III/1, 1988.

von Münch, Ingo, Art. 1, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Rn. 1-98.