

## 再析社會基本權釋義結構

蔡維音\*

### 摘要

本文主題為「社會權主張可能性」理論之深化建構，以及其於訴訟案例操作之分析。透過國際上社會請求權在司法上主張的比較考察，搜集到與立論可相呼應的觀點與論據，並可對原立論加以補強。也可更確信地呼籲司法工作者：不需過於迅速地格於權力分立框架而從保護人民生存基礎的防護線上退卻，本文透過建立一個安定的釋義學架構，提供訴訟上可以選擇的各種應對模式，把採取積極司法態度的正當性依據與審查密度的衡量結合起來，動態地判定法院所可能採取之裁判模式。經由貼近事實的觀察，積極於個案中斟酌其所處歷史、社會情境，法院可以選擇採取傳統防禦權審查、法律補充或是對於政府施政說理的程序正當性檢驗。透過這樣類型化與透明化的建構，希望提高司法實務操作上的穩定性，降低社會基本權被過度主張之疑慮。

關鍵詞：社會基本權、憲法解釋方法、基礎生存保障、審查密度、可司法性

---

DOI : 10.3966/168067192023120046001

投稿日期：2023年10月17日；接受刊登日期：2023年12月13日

\* 德國慕尼黑大學博士；國立成功大學法律學系教授。

## 目次

壹、前言	肆、釋義學結構之再構成
貳、社會基本權重構理論之檢討	一、最低生存基礎概念的擴充
一、理論之原型建構	二、審查密度的連動
二、實務判決之分析檢驗	(一)基礎生存所需之維護
三、理論之重新盤整與釋義學結構的加強必要	(二)權力分立
參、法理論據與裁判模式之考察與補強	(三)財政資源重新配置需要
一、經社文公約之社會性權利之「可司法性」國際比較考察	(四)倒退禁止
(一)基礎生存保障之內涵	(五)遞減的立法評估特權
(二)補強司法審查正當性之論點與配套措施	三、裁判上對應措施的多樣化
二、社會基本權在比較憲法上之考察	伍、實例試行操作
(一)德國	一、身障助理案
(二)日本	(一)審查密度之確定
(三)南非	(二)採行防禦權審查模式
(四)加拿大	(三)結果與評析
三、小結	二、低收入戶之所得核計案
	(一)審查密度之確定
	(二)採行防禦權審查模式
	(三)結果與評析
	陸、結論

## 壹、前言

人民透過司法途徑請求國家積極給付以確保其生存基礎，傳統上被稱之為「社會權」之主張，時常被標示為烏托邦的權利、綱領性宣示或不具有可司法性的定性。筆者於2021年初次提出社會基本

權在司法實務上主張模式之釋義學理論提案<sup>1</sup>，之後亦透過對實務判決之整理，評估此理論實際應用之可行性與空間<sup>2</sup>。在經過學界的回饋與討論後，筆者嘗試對此立論提出更進一步具體化之路徑，並整合實務上通行之審查密度理論，對社會基本權釋義學之架構做更緻密的補充。

## 貳、社會基本權重構理論之檢討

### 一、理論之原型建構

筆者於2021年提出「社會基本權之釋義學重構」一文，嘗試透過釋義學的架構提高社會權在訴訟中主張之可行性。考量的起點乃是針對人民面臨生存基礎威脅而嘗試向國家有所主張時，是否在司法的權能範圍內真的無法有所因應？在現代國家高度「法化」的情況下，社會基本權所涵蓋之生活領域時常都已有保護法規存在，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，故而人民並非僅基於基本權之抽象規定，遽然提出積極給付之主張，而時常是針對個案中漏未規定或現有規定保護不足狀態，訴求司法應援用基本權意旨協助其克服違反憲法意旨的給付障礙。在此情況下，並非都會對國家整體資源配置有明顯影響，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。

故而筆者主張於立法不作為、行政怠於裁量之情形，可在滿足一定要件之前提下透過司法保障人民積極給付請求權之實現。思考

---

<sup>1</sup> 蔡維音，社會基本權之釋義學重構，成大法學，41期，頁1-50（2021年）。

<sup>2</sup> 蔡維音，社會基本權主張模式之實務分析，收於：李建良編，公法之領航者：翁岳生教授九秩華誕祝壽研討會文集，頁149-175（2022年）。

路徑是由積極司法之正當性基礎上架構出其作用的要件，再透過司法作用的類型分別鋪述出可行的判決模式，從而降低司法過度造法之疑慮。於前揭文中建構出三個要素作為主張社會基本權正當性基礎，亦即在具備「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」三個要件時<sup>3</sup>，司法可積極面對人民所遭遇之權利實現障礙進行審查，也可採行不同類型之司法作為模式予以對應，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」<sup>4</sup>。

## 二、實務判決之分析檢驗

在初步理論建構完成之後，筆者再以大法官解釋與憲法法院判決為素材，進行對「社會權主張可能性」理論表現於訴訟案例之分析。於2022年發表之論文中，透過實務分析類型化釋憲機關在個案中可能採取之具體作為<sup>5</sup>，所得出的結論是：積極的司法作為在我國釋憲實務上並不罕見，然而每遇到社會給付事件，大法官的態度會呈現明顯的對比。

透過對釋憲實務的觀察，筆者發現積極的司法裁判模式其實在釋憲實務上早行之有年，筆者所提出之積極司法模式並不乏前例可循。針對立法不作為，釋憲機關諭令修法時常並不能對人民權利提出及時且有效之救濟，如何在把最後決定權限保留給立法裁量同時，透過適當的法律補充填補漏洞，這樣的解釋技術與手法對於釋憲者而言並不陌生。而在大法官的解釋歷程中可以觀察到，縱使一


---

<sup>3</sup> 蔡維音，同註1，頁33-39。

<sup>4</sup> 蔡維音，同註1，頁39-45。

<sup>5</sup> 蔡維音，同註2，頁149-175。

項基於自由權的傳統違憲宣告，可能會產生高度政治衝擊、觸及權力分立界線，或是將導致重大資源重新配置的必要，只要釋憲者認為正當性充足，仍不怯於積極介入。從具有高度政治性之國會全面改選（釋字第261號）、到對國家財政有重大影響之公用地役關係之徵收問題（釋字第400、747號解釋）乃至於同性婚姻應納入法制的決定（釋字第748號）均可作為印證。其他逕行命行政機關為積極作為者亦不乏其例，特別是對限期修法前可預見的法律空窗期，逕行法律補充更是大法官屢次使用的宣告手法。茲整理如下表<sup>6</sup>。

釋憲實務所採取之積極作為模式	解釋與判決字號
 <p>命特定機關為具體積極作為</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 釋字第752號：具體要求法院應主動以裁定曉示被告其訴訟權益</li> <li>• 釋字第755號：違憲宣告後面對法律真空，不只是命為特定具體行為，而是連準據法與特殊程序進行方式都從無到有併形成</li> <li>• 釋字第664號：無法律依據下，命司法機關主動依解釋意旨對既已收容或入感化教育處所者，重為裁定</li> <li>• 釋字第748號：諭令限期修法，若逾期未完成修法，即使欠缺法律依據，相同性別二人得依民法婚姻章規定向戶政機關辦理結婚登記</li> <li>• 釋字第763號：即時形成時效暫時停止之法律效果，並命行政機關應進行通知或公告後時效方能繼續進行</li> <li>• 111年憲判字第4號：諭令限期修法，若逾期未完成修法得逕行要求該管戶政機關為其辦理原住民身分及民族別登記</li> </ul>

<sup>6</sup> 詳細分析請參見蔡維音，同註2，頁157-163。

釋憲實務所採取之積極作為模式	解釋與判決字號
宣告「準用」、「類推適用」相關法規以填補漏洞	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 釋字第474號：公務人員保險保險金請求權之消滅時效應類推適用民法</li> <li>• 釋字第720號：受羈押被告對有關機關之申訴決定不服者，準用刑事訴訟法第四百十六條等有關準抗告之規定</li> <li>• 釋字第742號：諭令限期修法，若逾期未完成修法，救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分規定</li> </ul>
直接在解釋中創設構成要件提供國家機關作為適用依據	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 釋字第677號：宣告監獄行刑法定期失效，並同時諭令相關規定修正前，受刑人應於其刑期終了當日之午前釋放</li> <li>• 釋字第477號：於解釋中列舉出戒嚴時期人民受損權利回復條例「漏未規定」之狀況，諭令得於解釋公布之日起二年內，依該條例第六條規定請求國家賠償</li> <li>• 釋字第624號：默示冤獄賠償法應修法，惟人民請求賠償並不待修法完成，而係「均得於本解釋公布之日起二年內，依該法規定請求國家賠償」</li> </ul>

而與此相對的，若釋憲標的涉及的是給付性立法，縱使只是少量案例中微薄的給付，大法官的態度即轉向戒慎恐懼，深恐喚醒人民向國家積極主張的願望。以釋字第683號解釋為例，宣示：「被保險勞工或其受益人，因可歸責於保險人之遲延給付而受有損害時，如何獲得救濟，立法者固有自由形成之權限」云云，無視於就保險給付之遲延無論私法（保險法第34條第2項、民法第233條）與公法（公務人員保險法第41條、行政程序法第149條）上均有相類似規定可供類推適用，仍否定勞保給付請求權人得請求遲延利息<sup>7</sup>。如此之

<sup>7</sup> 蔡維音，社會給付請求權之權利性格，月旦法學教室，104期，頁6-7（2011年）；包含前審判決的詳細分析請參照蔡維音，勞保給付無遲延問題？——評

態度初見令人費解，惟若參照意見書中所透露之端倪，可見大法官並非未注意及此，陳新民大法官認定此係違反憲法委託之「規範不足」狀態，明確主張應對此進行填補，並提出數種立論支持大法官司法造法之正當性；黃茂榮大法官亦認為勞保條例設有保險費滯納金規定，對於自身給付遲延卻不設相對之遲延利息，已顯失公平；許宗力大法官則是對勞保條例之立法不作為狀態作出明確的違憲判斷，認其不僅違反憲法第153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。然而許大法官仍認為本案涉及立法不作為之難題，由司法對遲延利息之給付依據進行法律續造並不能無疑。

筆者因此以為：主張社會基本權的障礙主要仍在於司法的自制心態。被標示為生存權、社會權之相關主張似乎會挑動釋憲機關的擔憂，認定其屬於司法不應介入之政策形成領域，而持特別審慎的態度。然而如此的思考方式，如筆者在前揭二篇論文中已反覆論證，無論在人民權利保護需求上或是原理考量周延性上，都有再行檢討的餘地。也就是為了突破這樣的一種對比與落差，筆者提出之釋義學理論建構提案，一方面朝向加強正當性要件的具體化與明確化，一方面提出類型化之透明可理解的裁判模式，嘗試藉由提高司法實務操作上的穩定性，降低社會基本權被過度主張之疑慮。初期立論建構的三種判決模式下分別再歸納出司法可以採取的對應措施，以圖示可簡約表現如下，下文即以此為基礎再進行反思與補強。

---

最高行政法院九八年度判字第六五四號判決，台灣法學雜誌，141期，頁249-252（2009年）。

主張社會基本權之要件：	「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」
釋憲實例中社會權主張之樣態	裁判上可採之對應措施
以防禦權形式實現積極給付請求權	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 審查密度之提升</li> <li>• 法治國原則排除給付障礙</li> <li>• 透過平等原則主張衍生受益權</li> </ul>
以法律補充克服給付障礙	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 積極透過「準用」「類推適用」相關法規以填補漏洞</li> <li>• 必要時形成構成要件填補立法不作為之法律漏洞</li> </ul>
提升行政機關之說理與舉證義務	透過訴訟過程中的資料提供與舉證要求

（作者自行整理）

### 三、理論之重新盤整與釋義學結構的加強必要

重新檢視迄今形成的理論建構，也尚有不足之處：首先在三個主張要件部分，過於概括模糊，不易掌握，特別是對於基礎生存所需的理解上，有待更深化其內涵；其次在裁判上可對應的措施上，也有充實更多模式的空間。

而理論發表後獲得的回饋意見也促使筆者進一步思考如何使理論可以更周延更具有說服力。首先在適用要件上，若只討論直接與最低生活費相關之認定，有過於局限之虞。實則社會救助所涵括的項目也包含居住、生育、育幼、教育、喪葬、醫療、急難等各種生存基礎條件，若要對應如此多樣的需求，理論的要素也應更為緻密。筆者在理論建構初期，考量若一開始就納入多樣可能性，或將導致適用上疑慮過多而削減說服力，故討論範圍的劃定較為謹慎，未將例如說經濟社會文化權利國際公約（以下簡稱經社文公約）與身心障礙者權利公約（以下簡稱障權公約）所包含的各種基本需求納入詮釋。然而參考論文發表後的意見，希望在更多案型上探討應

用社會基本權理論之可能性的期待較高<sup>8</sup>，再加以案例蒐集中確實也看到不同生活領域的重要人民基礎需求，例如身心障礙者請求足夠的照護服務、合理調整或無障礙設施之權利、要求罕見疾病用藥納入健保等等，都會引發如何判斷其與最低生存基礎相關性之疑問。故筆者嘗試蒐集更多的案型來充實對社會基本權內涵的理解，透過類型化整理並與審查密度加以連結，以加強立論的穩定性與可預見性，意圖在豐富最低生存基礎內涵的同時，與司法裁判可選擇的配套模式結合，更提升社會基本權在司法上主張之可行性。特別是在裁判違憲審查制度施行後，釋憲機構可對個案判決所採法律見解表示意見，所能採取的判決模式也可能更為多樣。

於次章中，則先將眼光轉向比較法中關於社會權之可司法性的實務案例，嘗試透過考察不同法體系的因應模式，同時在正當性論述與裁判模式上尋求更多的參照。

## 參、法理論據與裁判模式之考察與補強

經社文公約中權利在各國司法訴訟上的實現可能性已經有廣泛的討論，我國也已透過制定兩公約施行法使其獲得內國法效力。故本文擬先就經社文公約之可司法性研討汲取國際上討論的成果，其次再對若干國家在處理社會權積極主張的裁判經驗進行考察。

### 一、經社文公約之社會性權利之「可司法性」國際比較考察

筆者在廣泛搜尋國際間關於社會權主張的相關資料時，時常觀

---

<sup>8</sup> 例如孫迺翔教授於研討會與談中提出樂生療養院案件所涉及之適足居住權，是否足以抗拒政府逼迫改建之作為，就促使筆者深入思考此可能性。

察到對經社文公約的援引，蓋經社文公約本文與一般性意見對於有尊嚴之生存在不同生活面向之表現上有豐富的闡述，也相當具有啟發作用。筆者以為這些討論對於具體化基礎生存保障之概念內涵與補強社會權積極主張之正當性都很值得參考。本節以下則分就這兩方面加以介紹。

### （一）基礎生存保障之內涵

社會權主張近年來在國際上的檢討往往都與經社文公約有顯著的關聯性，對於理解何謂「基礎生存所需」有很高的參照作用。蓋確保有尊嚴的生存這個立基點與我國憲法上之生存權保障實質上是共通的，而經社文公約對何種生存環境與條件是必要的具體化鋪敘，有很大的啟發作用。不僅是維持人類生理存活的必要物資，而是對於適足住房權、障礙者與老年人保護、初等教育權、適足糧食權、受教權、健康權、文化權、水權等等人類生活基本需求都有闡述。故而在界定最低生存基礎上，已經藉由兩公約施行法取得內國法效力的公約內涵，更是值得參照的實定法基礎，其中特別是經社文公約第11條及第12條值得關注。公約第11條第1項申言「適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境」，相關的經濟社會文化權利委員會通過的一般性意見中亦多方闡述人民之生存基礎的需求樣態以及國家所應盡之積極保障義務<sup>9</sup>，凡此均可作為司法實務上詮釋最低生存基礎之參照。

再者，最低生存基礎所需的內涵並不是固定不變的，同一種需求在不同社會情境、時空脈絡下，也會受到不同的看待。幼兒、育兒者、老年人、障礙者與一般成年人在居住、行動與飲食上的基礎

---

<sup>9</sup> 參見法務部編印，公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見，修訂2版，頁154-188、199-255（2018年）。

需求有所不同，也會因為社會與經濟情境、自然環境的變動而在不同程度上需要國家的援助。甚至也有在極端環境下產生的特殊需求，例如「連結互聯網的通路」通常不在所謂最低生存基礎的想像之內，然而在特定具體的情境下，卻有可能被認真考量。設若有難民因重大自然災害或戰爭而離鄉背井來到陌生國度，語言不通且欠缺生活必要資訊，此時連網裝置與互聯網通路可能對其生存困境（克服語言障礙、獲取救援資訊）是充分有其必要性的，因而在此特定情境下，要求取得與互聯網的連結可能即為維繫生存所必要。由此可見，所謂最低生存基礎的內涵可能在具體情境下透過不同形式加以主張，例如亦有學者從行使公民權的脈絡提出在新的世代中，網路連結對於在線交流溝通、表達與獲取資訊能力至為重要，已經成為要求國家必須保護的人類最基礎需求，甚至在最低生存基礎的脈絡下加以主張的可能性<sup>10</sup>。

凡此主張，可能在驟聽之下覺得不可思議，甚至更加強了對社會權可能過度主張的疑慮。惟於此仍須再次提醒：無須對最低生存基礎內涵的豐富化提前過度恐慌，蓋這些內容的詮釋都附有國家資源之保留，國家是被要求在可能範圍內持續盡力達成目標，規範的「可司法性」與「可直接請求給付」之間尚有相當距離，是可以區分的，在訴訟上也是透過不同模式加以主張。而筆者嘗試再建構的理論即是在更具體化生存基礎保障的同時，結合既有的憲法釋義學操作提升其解釋上的穩定性。亦即並不將社會基本權之主張侷限在「直接要求具體給付」，而是將多樣化最低生存基礎保障的內涵加以類型化，結合審查密度理論擇定相關法令於個案中應受到審查之強度，再連結到目前司法已經熟悉的各種裁判模式當中。這部分的

---

<sup>10</sup> Ivar A. Hartmann, *A Right to Free Internet? On Internet Access and Social Rights*, 13(2) J. HIGH TECH L. 297, 398-404 (2013).

類型化與釋義學建構，將在後續討論社會基本權的各種主張模式時更深入地加以檢討。

惟需要區分的是獲取生計憑藉的手段與生存基礎保障本身。蓋透過職業活動行使或是財產投資運用去取得生存所需的資材，仍是屬於自由行使本身，不能跟請求生存基礎所需本身混淆。個人謀取生計之手段，固然對於獲取生計憑藉與人格成就有重大意義，但性質不同於生存基礎所需之保障。若將所有獲取經濟所得與財產建構之手段都納入生存基礎保障的概念下，將導致概念過度膨脹而失去可操作性。

## （二）補強司法審查正當性之論點與配套措施

經社文公約除了在權利內涵的闡述上值得參照外，國際上對於其所包含之權利是否具有「可司法性」也有廣泛的討論，其中有許多關於法院積極將社會權導入判決之正當性觀點，也對本文有相當的啟發性。

英國學者Nolan等曾提出與筆者發想很類似的思考路徑，從受限於資源分配、概念模糊、要求國家積極作為、權力分立等等觀點逐一去論辯積極主張社會經濟相關權利之正當性。其從公民與政治權利國際公約與經社文公約對比去說明，預設公民與政治性權利相對於經社文公約所包含之權利在耗用資源、概念明確性與權力分立等等要素上有很大差異這一點，是站不住腳的<sup>11</sup>。資源有限性這個觀點透過很多例證已被證明是一個非常相對的標準；而立法和行政部門的評估特權固然應予尊重，然而若是存在有錯誤的事實基礎、特別

---

<sup>11</sup> Aoife Nolan, Bruce Porter & Malcolm Langford, *The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal*, 15 CHRGI WORKING PAPER 1, 9-16 (Posted: 19 Jul. 2009, Last revised: 6 Jan. 2010).

嚴重的權利侵犯等瑕疵，都可能無法通過法院的合理性審查。這些論點也呼應了筆者作為立論基礎的觀察。

再者，在經社文公約的解釋適用上，也有許多相應於其權利特性所提出之論點，不僅是在說明社會權主張之正當性基礎上有所助益，也同時連結到司法所採行之對應措施。例如瑞士學者Weibel提出之對經社文公約中權利之可司法性的三重義務論，將包括經濟和文化權利在內的所有人權都分為三重組成，即「尊重」（不妨礙）、「保護」（確保他人不妨礙）和「履行」（實際提供）必要條件的義務<sup>12</sup>。這個論述與筆者的類型化的釋義學建構也若合符節，也就是要突破一般對社會權主張的習慣性退縮，將司法上可能的主張模式攤開來，鋪敘出不同樣態的路徑，以說明社會基本權之保護內涵透過訴訟實踐的可行性。

另外，在經社文公約的討論上，還有一個值得注意的觀點，即「倒退禁止」之要求。這個觀點是起源於經社文公約第2條第1項要求各國「盡其資源能力所及……逐漸使本公約所確認之各種權利完全實現」<sup>13</sup>惟此條款雖有「逐漸」（*progressively*）之用語，但不應被誤解為公約所課予的義務是非強制性的。此義務仍是立即性的，

<sup>12</sup> FLORENTIN WEIBEL, THE JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN SWITZERLAND 27-28 (2016).

<sup>13</sup> 《經濟、社會和文化權利國際公約》第2條第1項規定：「本公約締約國承允盡其資源能力所及，各自並藉國際協助與合作，特別在經濟與技術方面之協助與合作採取種種步驟，務期以所有適當方法，尤其包括通過立法措施，逐漸使本公約所確認之各種權利完全實現。」英文為“Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”

只是對於非一蹴可及的國家任務，督促各簽約國以逐步達成的方式去努力。此誠命若反面解釋，可導出不可倒退、消滅保護措施的誠命。不僅有學者支持此誠命之可司法性，瑞士聯邦最高法院也曾於入學費用增加一案將之納入考量。雖然法院始終仍認為必須在考慮所有可用資源的情況下實現利益均衡，然而也承認若是入學費用的增加只是基於公共財政的緩解而與教育政策沒有任何關聯，那人民確能將「倒退禁止」之要求作為主觀權利來加以主張<sup>14</sup>。

德國學者Trilsch對倒退禁止的分析亦指出，縱然倒退禁止的要求並未真正在訴訟上被承認為一種絕對的誠命，然而也認為締約國若是就社會性權利採取了倒退措施，那麼對此種措施的合理性之舉證要求是非常嚴格的<sup>15</sup>。而加拿大法院在Gosselin v Quebec (AG)<sup>16</sup>一案中也認為：若是個人之基本社會權利受到裁減而主觀地受到損害，此即可以被認定為國家客觀法制的倒退。此案係針對加拿大政府大幅度地削減30歲以下人民之社會救助給付額度（約三分之一），對既已請領社會救助的人而言，其面臨嚴重的生活條件緊縮，即已構成國家措施的倒退。

而同樣是基於經社文公約第2條第1項「務期以所有適當方法，尤其包括通過立法措施」，一般性意見第3號第7段也推導出：於此國家所應採取的一切適當手段的義務，「包括但不限於『行政、財政、教育和社會措施』」<sup>17</sup>。這也使各國在斟酌國家是否盡到對人民

<sup>14</sup> WEIBEL, *supra* note 12, at 28-31.

<sup>15</sup> Mirja P. Trilsch, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, 2012, S. 408-411.

<sup>16</sup> [2002] 4 SCR 429, 2002 SCC 84.

<sup>17</sup> ESCR Committee General Comment 3 para. 7: „Other measures which may also be considered “appropriate” for the purposes of article 2 (1) include, but are not limited to, administrative, financial, educational and social measures.“

生存基礎之保護義務時，可以採行更為多元的督促角度。南非學者 Ngang則建議：透過司法去實現社經權利，不必然需要格於權力分立的僵硬框架而採取牴觸的態度，而毋寧可將其作為協助政治上推動社會轉型的輔助性策略手段<sup>18</sup>。

## 二、社會基本權在比較憲法上之考察

在概略觀察經社文公約在權利內涵與在可司法性的表現形態後，本節將整理社會權主張在比較法上的表現，作為後續理論建構的參考。

### (一) 德國

依據Trilsch的觀察，她認為德國法律體系完美地反映了普遍存在的對經濟和社會權利的懷疑態度。然而在德國憲法釋義學的架構上，基本權的各種主觀權利與客觀拘束面本就是並存在其功能中的，儘管其執行所需的方法要素可能因不同類型的功能而異，在德國聯邦憲法法院的解釋中所有這些面向都是基本權利的常見特徵。故而社會權在司法上的主張在德國憲法釋義學上並不存在根本性的理論或方法論的障礙<sup>19</sup>。在證明經濟和社會權利與德國憲法的基本原則相一致之後，Trilsch提出了在德國法律體系內建構社會權作為主觀公權利的三種選項。第一個選項是將社會基本權（例如工作權、社會保障權和受教育權）明確納入基本法的基本權利和自由目錄當中；第二個選項是轉向保護經濟和社會權利的國際文書的直接可執行性；第三種路徑則是通過憲法解釋的方式去實現這些權利，特別

<sup>18</sup> Carol C. Ngang, *Judicial Enforcement of Socio-economic Rights in South Africa and the Separation of Powers Objection: The Obligation to Take 'Other Measures'*, 14 AHRLJ 655, 656 (2014).

<sup>19</sup> Trilsch, a.a.O., S. 89-94, 509.

是透過社會國原則連結人性尊嚴保障來實現這些權利<sup>20</sup>。於此的第二、三個選項都是在訴訟上有一定可行性的。

德國聯邦憲法法院曾就人民之最低生存基礎多次闡釋了國家的保護義務，在較近期的緊急關閉學校案中宣示了兒童和青少年有要求學校基礎教育之權利<sup>21</sup>。其根據基本法第2條第1款與第7條第1款之關聯解釋，導出兒童和青少年有要求接受對其發展成為自我負責的個人不可或缺的教育服務最低標準的權利。然而此保障並非是承認人民有要求公立學校特定設施之原始給付請求權，而是透過一種對抗限制平等使用教育資源之權利以防禦權的形式表現出來。國家從而有義務在可能範圍內，向兒童與青少年提供對其人格發展不可或缺的最低基準的基礎學校教育。

相對於在喚醒積極社會權主張上之謹慎態度，德國聯邦憲法法院在另一種路徑上則成效卓著，亦即發展出一種指向程序審查的論述模式<sup>22</sup>。其透過一系列有關最低生存基礎保障的判決，將違憲審查的關注點由對立法結果之實質審查，轉向對立法程序的調查、實證評估與透明可理解性的要求。透過其發展出多樣的程序審查手段，與實質審查相互補充，可以使得主觀權利的保護更有實效。於此，實體審查和程序審查不一定是互斥的，提升程序性審查的重要性並不意味著實質性審查的全面撤退。於此，透過補償理論的論述，可以提供一個提升審查密度或模式的補強基礎，在比例原則的操作上

---

<sup>20</sup> Trilsch, a.a.O., S. 84-143.

<sup>21</sup> Zum Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 Bundesnotbremse II (Schulschließungen) - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21.

<sup>22</sup> Klaus Meßerschmidt, *The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies?*, in RATIONAL LAWMAKING UNDER REVIEW 373, 382-283 (Meßerschmidt K. & Oliver-Lalana D. eds., 2016).

或是在行政機關說理要求上，提升體系一貫性、可理解性與事實基礎支持的審查強度<sup>23</sup>。正是在立法者擁有廣泛自由裁量的領域，基於對立法者預測空間（Prognosespielraum）與評估特權（Einschätzungsprärogative）的尊重，司法審查會放寬對立法裁量結果的審查，而轉向對決策事實基礎是否有錯誤或是決策程序是否正當的檢驗<sup>24</sup>。蓋立法者常常不得不在缺乏完整足夠知識的情況下做出決定，於此之立法預測也應受到尊重，在司法審查與立法裁量之間產生的緊張關係中，完全依靠文義解釋也有其極限，因而就產生了對程序正當性的要求。在憲法條款的開放性下立法之裁量空間往往需要通過程序審查加以平衡。而這種對立法過程提高說理義務的要求，也可以產生使立法機關更為審慎而提升立法品質的效果<sup>25</sup>。

在尊重立法權限的前提下，德國聯邦憲法法院針對基礎生存需求保障發展出多項基準，以程序控制來補強對實質結果的檢驗。從著名的第二類失業金案（BVerfGE 125, 175 - Hartz IV）、政治難民申請者救助案（BVerfGE 132, 134 - Asylbewerberleistungsgesetz）、社會救助制裁案（BVerfGE 152, 68 - Sanktionen im Sozialrecht）到最近的特殊需求等級案（BVerfG Beschluss vom 19.10.2022 - 1 BvL 3/21 - Sonderbedarfsstufe im Asylbewerberleistungsrecht），德國聯邦憲法法院發展出多項在程序審查上更細密的論述。

德國聯邦憲法法院在第二類失業金案中所提出之「最低生存基

---

<sup>23</sup> 許宗力，最低生存保障與立法程序審查：簡評德國聯邦憲法法院Hartz IV判決，月旦法學雜誌，238期，頁115以下（2015年）；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，國立臺灣大學法學論叢，41卷2期，頁492（2012年）。

<sup>24</sup> Meßerschmidt, *supra* note 22, at 385.

<sup>25</sup> *Id.* at 389-92.

礎必須由立法者對所有生存必要費用透過透明、符合事物正當性之程序、合於現實且可理解地在可信的數字與合乎邏輯的計算過程來加以界定」<sup>26</sup>，成為之後判決跟隨的基準性宣示。在生存必要費用的界定上，比例原則的審查僅為概括的推估是不足的，而需要以實證依據去支持，並有義務揭露立法過程中採用的計算方法和程序。在政治難民申請者救助案與特殊需求等級案中，為了處理政治難民申請者之社會救助低於一般國民所能獲得之保障水準的問題，申言國家並不是不能採取差異對待，但是有義務說明為何不同群體所獲得之最低生活基礎在額度與給付方式上有所差異。不得只是基於人民群體的居留地位或居住型態就概括地予以差別待遇，而是必須用前後一貫、內容上透明的程序證明特殊群體的事實上需求為何有所差異（BVerfGE 132, 134 [73]）。

也是在第二類失業金案中，德國聯邦憲法法院基於基本法第3條第1項平等權規定與第20條第3項法治國原則之關聯解釋，也提出體系一貫性、規範明確性、邏輯一致性以及恣意禁止的要求（BVerfGE 125, 175 [91]），同樣可產生程序上的控制效果。立法者評估特權的遞減（*abnehmenden Einschätzungsprärogative*）則是於社會救助制裁案中被提出：縱然立法者對於預測其規範成效有一定的容錯空間，但系爭規範生效的時間越長，立法機關就越能夠獲得有充分依據的評估，那麼僅僅仰賴對規範效果的合理預測就越不充分，而需要更有力的證據以證明這些制裁的適合性、必要性和衡平性（BVerfGE 152, 68 [134]）。

---

<sup>26</sup> „Zur Ermittlung des Anspruchumfangs 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.“ (Hartz IV, BVerfGE 125, 175)

由以上德國學說與實務的考察，筆者認為可以整理出以下幾項的程序審查基準，以供後續的理論建構，並檢討其在我國法上之適用可能性。

- 實證證據支持
- 透明可理解性
- 體系一貫性
- 立法評估特權隨時間經過而縮減

## (二) 日本

日本憲法有對生存權保障的明文規定<sup>27</sup>，然而對於第25條的條文詮釋，自來即有不同看法，有將第1、2項區分詮釋（第1項是不容折扣的緊急生存保障，第2項則是國家積極促進人民生活條件向上的努力義務），亦有將之視為一體的不同見解，亦有在權利定性上權利說與綱領規定說的分別，以及對生存的保障水準是單純的存活抑或是作為文化國的一個成員的生存基準等見解的差異<sup>28</sup>。目前學說與判決的開展上是有肯認第1項具有權利性格的趨勢，然而在抽象權利說、具體權利說的區分上，雖然學說上亦有建立具體積極給付請求權之論述之嘗試，通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，而是定性為國家應透過立法與預算編列去實現之義務。然而在此思考上延伸，透過與法律規定的關聯

<sup>27</sup> 日本國憲法第25條規定如下：（第1項）「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」；（第2項）「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」。

<sup>28</sup> 相關學說整理請參見遠藤美奈，憲法に25条がおかれたことの意味——生存権に関する今日的考察，季刊社会保障研究，41卷4号，頁335（2006）；葛西まゆこ，生存権の性格——朝日訴訟，憲法判例百選Ⅱ，6版，頁989-991（2013）。

解釋，特別是生活保護法（相當於我國之社會救助法）去論述憲法上生存權的具體權利性，也應非法所不許<sup>29</sup>。

基於對憲法第25條第1項理解的逐漸擴充，學說也嘗試種種詮釋「文化上」最低生活基準的問題與難點，由於在醫療與照護領域之社會給付並不是只透過金錢給付即能滿足，而需要更具體地判定需求者個案中所處之社會環境與需求，裁判中也出現人民爭執社會救助或障礙者介護照顧給付不足的案例。然而基本上日本司法界對於社會基本權採取的態度仍然偏向消極，縱然亦有若干地方法院在個案中有課予行政機關核給一定時數之給付義務的案例，多停留在法律解釋範圍內。一般仍認為依憲法意旨去形成社會給付的方針仍屬於立法者考量範疇<sup>30</sup>。

惟仍值得注意的是日本學界對於「制度後退禁止原則」的討論。內野正幸提出：一個既已形成的給付地位，縱使起初並非憲法所積極誡命，但其設立合乎憲法之期待，之後加以廢止或倒退，則為憲法所不許<sup>31</sup>。此論點引起相當的關注，支持與否也有不同觀點。有從生存權的自由權側面去發展出抗拒國家剝奪既已形成的受領給付的地位的論述，也有從基於對民主制度運作的觀察，援引羅爾斯正義理論中「差別原理」（差別措施只有在促進處於最不利地位的人的利益時才被允許）來支持不得對最弱勢者進行刪減的主張。學界從與日本憲法之生存權保障的連結下，發展出「制度後退禁止」的思考，主張若無合理理由則不得為制度之倒退、對給付之刪減應

<sup>29</sup> 芦部信喜、高橋和之，憲法，6版，頁281-284（2015年）。

<sup>30</sup> 菊池馨実，社會保障法，3版，頁71（2022年）。

<sup>31</sup> 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，14卷2期，頁139-140（2019年）。

提高審查密度<sup>32</sup>。縱然此見解並未在日本司法實務上作為一項法律原則獲得支持，但也可觀察到司法對行政機關長期實施的給付地位之裁減措施，引進了「判斷過程審查」，確有提高審查密度的效果<sup>33</sup>。這樣的思路與前述在經社文公約第2條第1項發展出來之「倒退禁止」論述理路雖不同，對我國而言亦有相當啟發作用。

此外則是日本法院就行政機關之「資訊提供與說明義務」有一系列判決發展，其論理係基於為充分保障人民向國家提出申請時應能充分知悉相關資訊，國家應對於人民負有不同程度的資訊提供義務（向不特定人之徹底周知義務與對特定人之說明與諮商義務乃至於促使補正義務）<sup>34</sup>。雖然日本實務闡述之觀點多集中於國家義務面，且義務違反效果多指向於人民得請求國家賠償而非積極作為。惟筆者注意到的是：日本法院在判定國家是否構成義務違反時，亦會援引日本憲法第25條生存權保障<sup>35</sup>，於此似乎可推論縱使日本通說採抽象權利說，當人民申請涉及生存基礎保障時，亦有提升司法審查密度的效應。

### （三）南非

南非憲法法院在社會基本權的司法訴訟的實踐中有關鍵性的表現，自著名的「三部曲」以來，提供了豐富的觀點而受到國際的關注。Soobramoney<sup>36</sup>、Grootboom<sup>37</sup>與TAC<sup>38</sup>三個案件中，Grootboom

<sup>32</sup> 林美鳳，同前註，頁139-143。

<sup>33</sup> 林美鳳，同前註，頁145-147。

<sup>34</sup> 參見林偉如，論社會給付決定程序上行政機關資訊提供義務，收於：政治大學法學院勞動法與社會法中心編，理論、制度與行動：社會安全制度與社會法之先行者與推手——郭明政教授榮退祝賀論文集，頁113-115（2022年）。

<sup>35</sup> 參見前註中關於永井訴訟之論述，頁112-114。

<sup>36</sup> Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal 1997 (12) BCLR 1696.

案涉及住房權，而另外兩個案件則涉及健康權。南非憲法第25(5)、26(2)和27(1)條明確規定，國家實現社會經濟權利的義務是「應當在其所擁有的資源範圍內」採取「合理的立法和其他措施」<sup>39</sup>。在一系列的案件中，南非憲法法院普遍承認憲法中所載的經濟和社會權利是可以作為法院審理依據的，關鍵工具則是所謂的合理性測試（*test of reasonableness*），它已成為法院在其隨後的經濟和社會權利判決中採用的典型法律手段<sup>40</sup>。南非學者Ngang以為，司法實踐構成了保護被剝奪群體並賦權的一項關鍵戰略，特別是當實現這一目標的政治管道不可用、無效、無法利用或不足之時<sup>41</sup>。然而這當然也引發了

---

<sup>37</sup> *Government of the Republic of South Africa & Others v Grootboom & Others* 2001(1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

<sup>38</sup> *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 (5) SA 721 (CC).

<sup>39</sup> 1996年南非憲法第25條係關於財產（Property），第5項規定「國家應當在其所擁有的資源範圍內採取立法或其他措施，以使每一個公民都能在公平的基礎上使用土地」（The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis.）；第26條關於住宅（Housing），其第2項規定「國家應當在其所擁有的資源範圍內採取立法及其他措施以逐漸實現此權利」（The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.）；第27條關於醫療、食物、水和社會保險（Health care, food, water and social security），其第1項規定「每一個人皆有權獲得：(a)醫療服務，包括生育健康服務；(b)足夠的食物和水；以及(c)社會保險，包括在其不能照顧其及親屬的情況下的適當的社會救助」（Everyone has the right to have access to—(a) health care services, including reproductive health care; (b) sufficient food and water; and (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance），第2項規定「國家應當在其所擁有的資源範圍內，採取合理的立法和其他措施，以逐步實現上述每一項權利」（The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights）。

<sup>40</sup> Trilsch, a.a.O., S. 508-512.

<sup>41</sup> Ngang, *supra* note 18, at 658.

權力分立的相關爭論，社會權的實現畢竟是屬於政治領域的管轄範圍，此局限性在Mazibuko案（The Phiri Water Meters Case）<sup>42</sup>中亦明顯地凸顯出來，憲法法院令人訝異地推翻前二審的判決，而採行更審慎的方式來論述司法對人民在水權上的主張應如何因應。

此案所涉係2004年於Phiri區（由約翰尼斯堡市管理）推出的供水計畫。過往每戶每月固定費用之20公升用水量被取消，取而代之的是由三階不同供應水量組成的費用系統。居民可以從其中選擇所要的方案預付其費用，當積點用完時則停止供水。方案中每個家庭的免費用水額度是每月6公升。法院審查的重點其一為每月每戶免費供應6公升水是否足以確保人民獲得憲法第27條含義內的充足用水，其二則是預付制的水錶設置是否合法。高等初審法院在這兩個問題上都做出了對原告有利的裁決。在此過程中，法院根據國際法的要求解釋了人民獲取水的權利，並得出結論<sup>43</sup>：約翰尼斯堡市必須免費為每個公民提供每天至少50升的水，以及以預付制為基礎的水錶是違憲的，因為一旦信用耗盡，部分人口將不再獲得憲法所保證的足夠的水，供水會立即、毫無警告地被切斷。法院還認為，平等原則於此也受到侵害，因為預付系統只在Phiri郊區使用，該郊區的居民大多是窮人和黑人，而其他郊區的富裕居民和白人居民則按一個月內的用水量追溯計費。最高法院二審時基本上維持了原判，但下令每個公民應獲得50公升水每天免費的水量減少到42公升<sup>44</sup>。約翰尼斯堡市再次上訴，令此案進入憲法法院終審裁決。

憲法法院首先澄清，南非憲法第27條並未規定最低限度的免費

---

<sup>42</sup> Lindiwe Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others vom 08. Oktober 2009, Case CCT 39/09, 2009 ZACC 28.

<sup>43</sup> *Id.* para. 26.

<sup>44</sup> *Id.* paras. 28-29.

水權，所有因獲得足夠水的權利而產生的保障都應以合理性為前提。因此，正如Grootboom和TAC中已經表明的，它再次明確拒絕由司法去確認生存基礎最低核心的內涵，此考量特別是基於機構功能和民主正當性，蓋由法院去精確地認定實現任何特定社會和經濟權利需要什麼以及政府應採取哪些步驟來確保逐步實現該權利，在制度上是不合適的。首先，這是立法機關和行政機關的權責，這些政府機構最適合運用可用預算調查社會狀況，並確定與社會和經濟權利有關的可實現目標。事實上，從民主問責的角度來看也是如此，因為立法與行政機關的計畫和承諾是民主選擇的結果<sup>45</sup>。然而法院仍然可以通過三種方式合法地執行憲法所規定的社會經濟權利所產生的積極義務：1.如果政府根本不採取任何措施來執行這些義務，那麼法院可以強制政府這樣做；2.如果政府採取的行動未能通過合理性檢驗，法院可以命令其行動符合憲法要求；3.如果政府採取的行動存在憲法上不可接受的限制，那麼法院可以解除這些限制<sup>46</sup>。

然後，法院對免費基本水政策進行了合理性測試，並得出結論：基於實用性和成本效率的原因，該計畫被評為合理。法院同意貧富居民均獲得相同的免費水量，以及按戶而非按人支付費用會使得人口較多家庭處於不利地位的批評，但法官也認為要確定每個住宅的確切人數或決定哪個家庭應獲得多少水量的免費水實在太困難且成本太高。在合理性審查中，約翰尼斯堡市根據人口統計數據，從城市平均水平（每戶3.2人）去推估，評估每戶6公升的數量就足夠了。然而有大量證據顯示約翰尼斯堡的家庭規模差異很大，特別是在住房短缺嚴重的地區。城市中只有2.5%的家庭人口超過9人，Phiri區的平均家庭規模卻為8.8人，這使得該計畫在評估合理性上由於欠

---

<sup>45</sup> *Id.* paras. 53-55.

<sup>46</sup> *Id.* para. 67.

缺彈性而出現問題。不過，自高等法院訴訟開始以來，約翰尼斯堡市已修改了該計畫，並通過所謂的貧困人口政策（*Indigent Persons Policy*），增設若居民提出相應申請每月可免費額外提供4公升水的措施，故法院最終並未採納人民的主張<sup>47</sup>。

*Mazibuko*案明確拒絕了由法院去確定最低限度核心的可能性，雖然憲法法院在*Grootboom*案和*TAC*案已經表明過這一點，然而憲法法院在*Mazibuko*案中更深入其論證基礎，認為從制度管轄的觀點，確認生存最低標準不屬於法院的權限。在此限度內這與*Grootboom*案有所偏離，蓋*Grootboom*案中認為法院在確認最低生存標準上至少可運用合理性測試來加以檢驗。於此，南非最高法院與高等法院、最高法院上訴法院之見解有若干分歧。相對於*Grootboom*案和*Khosa*案中法官要求一項措施必須滿足社會最貧困成員的需求，並且必須考慮該措施對受影響者的實際影響；*Mazibuko*案卻認為以統計上平均公民的需求來考量即為合理，接受約翰尼斯堡市所主張之若根據實際的家庭規模去訂定需求的供水量將過於費力且昂貴。在此案中南非憲法法院毋寧是採取了更為趨向司法自限的態度<sup>48</sup>。

從南非憲法法院前後變化與不同審級法院見解的差異中可觀察到：實質觀點不同固然存在討論空間，但如果有一個確認審查密度的論理過程，或許可以增加法院判斷的穩定性與說服力。

#### (四)加拿大

關於社會基本權在司法訴訟中的主張，加拿大之*Adams*案<sup>49</sup>也有

---

<sup>47</sup> *Id.* paras. 83-89.

<sup>48</sup> Trilsch, a.a.O., S. 494-497.

<sup>49</sup> *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BC- CA 563 (British Columbia Court of Appeal) [im Folgenden: *Adams* (BCCA)].

值得關注之處。本案所涉及乃是居住權，訴訟的起因是維多利亞市（不列顛哥倫比亞省）命令拆除由無家可歸者在公園內搭建的由20個帳篷和70名居民組成的帳篷聚落。初審法院認為，在缺乏替代避難空間的情況下，禁止在公園內設置臨時帳篷是違憲的。政府禁止無家可歸者在公園內設置臨時帳篷構成對《加拿大權利與自由憲章》第7條規定的生命權、自由權和人身安全權之侵害，法院也運用國際公約來詮釋國內憲法上權利<sup>50</sup>。維多利亞市則提出一系列的基本反對意見<sup>51</sup>，首先，程序標的不具有可審理性，蓋初審法院的裁決介入了民選代表的政治決策權限，這是不可接受的；其次，無家者提出的請求屬於福利給付（即要求城市為無家可歸者提供足夠數量的睡眠場所），但這並不在第7條作為防禦權的保障範圍之內。第三，禁止設置帳篷的國家措施並不是造成人民損害的原因。這些反對意見在兩個審級中均被駁回。受禁令影響者的論點表明，他們既沒有要求以提供庇護所的形式提供國家服務，也沒有要求城市對他們無家可歸負責，而只是質疑該市禁令的合憲性。Adams案的判決意味著，如果社會經濟基本權利能融入通常的防禦權釋義學之主張，則其當然可以在加拿大憲章的框架內對循司法途徑加以主張<sup>52</sup>。Adams案中加拿大法院承認了人民適足居住權同時，迴避了對積極給付請求權的處理，而只以涉及權利侵害的防禦權主張模式加以審理。審理該案的Ross法官也論述到無家可歸的婦女是因逃離家庭暴力或不安全的住房而流落街頭的可能性極高，而青少年與育兒中的家庭也沒有權利取得很有限的住房資源<sup>53</sup>。

---

<sup>50</sup> *Id.* paras. 1-5.

<sup>51</sup> *Id.* para. 166.

<sup>52</sup> Trilsch, a.a.O., S. 500.

<sup>53</sup> Adams (BCCA), 60-61.

根據Adams案的裁決，維多利亞市增加了約80個新的避難所床位，並實施了一項與法院裁決一致的臨時避難所新政策，允許在晚上7點至早上7點期間搭建帳篷。本案是加拿大第一個承認適足住房權屬於《加拿大權利與自由憲章》中生命權、自由權和人身安全權組成部分的案件。結合國際人權法以及向經濟、社會和文化權利委員會提出的訴狀是整合國際公約與國內倡議和判例的典範。此外，上訴法院的補救措施是在更傳統的「消極權利」框架內促進積極措施的創新手段。然而，倡議者擔心，此案僅涉及最低限度的庇護權，而不是符合加拿大根據國際人權法承擔的義務的補救措施，根據加拿大憲法之自由權即可導出同樣的作用。此案僅是以傳統的防禦權論述出發，認定一般性地禁止是違反過度禁止原則、政府作為是恣意並牴觸了「基本正義」原則（Prinzip der fundamental justice）<sup>54</sup>。故而認為這種論述模式對於傳統消極防禦的權利保護模式是加強而非挑戰，無法推動弱勢人群透過司法主張最基礎的生存保障<sup>55</sup>。

### 三、小 結

從以上國際間對經社文公約中社會權保障與各國國內實務上司法實踐的整理中，可以獲得相當多啟發。有些是關於各國如何運用社會權主張以提升違憲審查之密度，有些是關於生存基礎保障內涵的多元理解，也有表現在個別訴訟模式上不同的主張路徑。也觸發筆者反思立論上可以補充與加強之處。特別是從不同思考路徑提出

---

<sup>54</sup> Trilsch, a.a.O., S. 497-499.

<sup>55</sup> 學者痛切地指出：「兒童與婦女鮮少能由獲得夜晚在防水布或紙板箱下睡覺的特許中獲得什麼好處」，Martha Jackman, *Charter Remedies for Socio-economic Rights Violations: Sleeping Under a Box?*, in *TAKING REMEDIES SERIOUSLY* 279, 292 (Robert J. Sharpe & Kent Roach eds., 2010), [http://www.escri-net.org/usr\\_doc/Jackman\\_Charter\\_Remedies\\_for\\_Socio-Economic\\_Rights\\_Violations.pdf](http://www.escri-net.org/usr_doc/Jackman_Charter_Remedies_for_Socio-Economic_Rights_Violations.pdf).

之對國家說理義務的要求；又如加拿大的Adams案中法院運用防禦權模式促使政府提出保護人民適足住房權的措施，這並非是給付請求權主張的論述路徑，也不算積極主張社會權的進展；但從反面來說，其達成了若干實效，也同時證明了防禦權模式確實是司法機關最容易接受的主張模式，這也使得筆者確認在立論中設置一項以防禦權模式主張社會權確實是值得考慮的選項。次章中即嘗試整合這些觀察進行社會權釋義學結構的重新補強。

#### 肆、釋義學結構之再構成

在筆者的認知中，建構釋義學模式之意義在於增加法律論述之透明性、可理解性與安定性。釋義學模式往往並沒有規範力之文本作為依據，比如比例原則（我國行政程序法嗣後地將若干法治國原則吸納進入實定法條文毋寧是罕例）與審查密度理論，時常是法律解釋者（很多是來自於學術研究對現代憲法文化圈的吸收與整理）所提出，經過適用於釋憲實務，透過其提高憲法解釋之可理解性與安定性的功能，逐漸取得共識。也因此憲法解釋者（包含各級法官與學者）進行憲法論述與判決之檢視時，可以基於此透過共識所建構出的釋義學架構，更加明確性地針對爭點（例如「手段是否為最小侵害」「手段與目的之適合性」甚或「審查密度之選擇」）更細密地進行討論，而不只是空泛而抽象地推出合憲或違憲的結論而已。而筆者認為有需要特別針對社會權主張特別再建立一個釋義學操作模型，是基於觀察到實務界與學界廣泛對積極主張的退縮態度，若有一個更明確可理解的架構可援用，或可祛除正當性與操作可行性上之疑慮。

於此必須先說明，對於立法論理義務國內學界也已有所討論<sup>56</sup>，然而筆者在理論建構中對立法論理之要求並不限於立法機關、而是涵括到行政機關的規則制訂上的。一方面是考量筆者立論是針對社會基本權在訴訟上的主張可能性，而法院能取得的說明多數來自行政機關；另則是由於有相當數量的爭議案件是依據行政機關訂定的法規命令乃至於行政規則的執行結果，故行政機關的說明義務實有關鍵的重要性。而從國際觀察上也可發現諸多案例中論理要求時常都是表現在對行政措施的說明之上。於此之要求並非僅指檢視行政程序法意義下之行政行為合法性，而是要求行政機關說明其法規制訂已滿足「應當在其所擁有的資源範圍內」採取「合理的立法和其他措施」的要求。此要求除了可援引經社文公約為依據外，亦可與傳統比例原則之操作融合，例如要求行政機關說明立法過程中如何確保法規目的之實現、如何避免最弱勢群體遭受嚴重損害或是如何確認手段與目的之適合性等等，都有此要求發揮作用的空間。

基於以上考量，筆者將之前社會基本權釋義學建構朝三個主要方向進行重構與補強。其一是所謂社會基本權的主張內涵的擴充；其二是將立論與審查密度理論進行接合；其三是對裁判模式類型的更細緻化。為使理論的補強能有更直觀的理解，以下以兩個圖表對照表現前後的差異，並於後文加以說明。

原立論結構圖示：

---

<sup>56</sup> 許宗力，同註23，頁102-130，其他同前；黃舒芃，數字會說話？：從大法官釋字第584號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，中研院法學期刊，1期，頁1-44（2007年）。

主張社會基本權之要件：	「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」
釋憲實例中社會權主張之樣態	裁判上可採之對應措施
以防禦權形式實現積極給付請求權	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 審查密度之提升</li> <li>• 必須經過法治國原則與比例原則之審查</li> <li>• 透過平等原則主張衍生受益權</li> </ul>
以法律補充克服給付障礙	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 積極透過「準用」「類推適用」相關法規以填補漏洞</li> <li>• 必要時形成構成要件填補立法不作為之法律漏洞</li> </ul>
提升行政機關之說理與舉證義務	透過訴訟過程中的資料提供與舉證要求

（作者自行整理）

補強後之新立論結構圖示：

社會基本權主張之釋義學結構		
保護領域之確認	基礎生存所需內涵	
審查密度之確定	基礎生存所需之維護：隨相關性越高而提升 權力分立：法規建制越完整而越高 財政資源重新配置需要：隨重大程度而降低 倒退禁止：越是削減既存福利地位越提升 遞減的立法評估特權：隨實施時間越長而提升	
釋憲實例中社會權主張之樣態	裁判上對應之措施	依審查密度寬嚴要求
以防禦權形式排除給付障礙以實現積極給付請求權	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 必須經過法治國原則與比例原則之審查</li> <li>• 透過平等原則主張衍生受益權</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 實證支持要求</li> <li>• 體系一貫性要求</li> <li>• 透明可理解性要求</li> </ul>
以法律補充克服給付障礙	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 積極透過「準用」「類推適用」相關法規以填補漏洞</li> <li>• 必要時形成構成要件填補立法不作為之法律漏洞</li> </ul>	
提升行政機關之說理與舉證義務	可參照南非憲法法院採行之「合理性測試」：「應當在其所擁有的資源範圍內」採取「合理的立法和其他措施」	

（作者自行整理）

## 一、最低生存基礎概念的擴充

我國近期司法實務上可觀察到多樣化的生存基礎相關的請求，如身障助理時數核定<sup>57</sup>、低收入戶資格核定<sup>58</sup>等，透過對這些案例的考察，筆者也在思考運用本文立論的可能性，並嘗試在次章進行若干案例的分析。如前所論及，經社文公約與障權公約都已經透過施行法的制定取得內國法效力，那麼對於我國憲法之生存權保障自然也應吸納公約的意旨，對基礎生存所需的概念內涵也應做出符合人性尊嚴的生存保障的詮釋。

故筆者倡議首先在界定概念內涵階段，依循經社文公約之意旨擴充其保護領域，不僅是為維持人類生理存活的必要物資，而是對於適足住房權、障礙者與老年人保護、受教權、水權等等的需求，都予以納入。爾後再於決定「基礎生存所需之維護」此參數時，將基礎生存所需之保障連結到系爭具體規範後，認定其相關程度。借用南非水權案為例說明，首先在保護領域確認之階段，認定人民使用公共供水系統是否屬於基礎生存所需所保障之範圍；若肯定，在次階段之決定審查密度時，則參照具體之社經環境、歷史文化脈絡去理解，其居住地區家庭人口組成、貧富生活水準差距、採取預付或是溯及收費制度等，考察公共用水與人民生存基礎受影響之迫切程度，再酌定其所適用之審查密度。

---

<sup>57</sup> 臺北高等行政法院110年度訴字第60號判決。

<sup>58</sup> 包含臺灣臺北地方法院102年度簡字第358號、高雄高等行政法院高等庭108年度訴字第76號判決、最高行政法院109年度上字第803號判決（憲法法庭111年憲裁字第444號不受理）；高雄高等行政法院109年度訴字第91號判決、最高行政法院110年度上字第81號判決（憲法法庭112年審裁字第710號不受理）；最高行政法院103年度判字第489號判決；最高行政法院105年度判字第360號判決。

## 二、審查密度的連動

承前論述，社會權主張在司法上可行性關鍵往往在於釋憲者司法自制的心態，故而本文提出一組控制參數以供酌定檢驗社會權主張之審查密度。釋憲者若能透過這一組參數的操作對司法積極介入之正當性得到穩定的確信，就可以在後續裁判手段的選擇上不需要過度戒慎自限。其中的前三個參數是由原立論中「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」這三個要件轉化而來，由必須具備的要件修改為動態的參數。於此操作上並無太大差異，蓋實則第二與第三個要件所包含之「是否重大」、「是否明顯」，本來就是相對性概念，故而原立論中本來就蘊含了正當性強弱隨著關聯程度變化的涵義，故而這個調整可以說是更符合原立論的設計的。新增的兩個參數則是筆者從第三章中國際比較中汲取而來，應可對增進審查密度酌定的周延性上有所幫助。

另外需補充說明，審查密度理論在我國雖然是由釋憲過程中被提出並發展到在釋憲步驟中具體踐行，惟其法理係可共通運用於行政訴訟程序中的。故筆者之立論不僅適用於釋憲程序，在一般行政訴訟中亦可援用。雖然實務上行政法院未如現行釋憲實務將揭露審查密度視為常態，但在實際操作上，對於行政機關制定之行政命令乃至於行政規則，依其所涉及之事物領域，很明顯有寬嚴不同的態度，特別是在社會給付領域，縱使涉及核心的生存保障，行政訴訟實務仍然採取極寬鬆的審查基準的案例屢見不鮮。故筆者認為將此立論引進行政法院之視野仍是很有必要的。

### （一）基礎生存所需之維護

符合人性尊嚴的生存基礎所需不僅包含衣食住行等物質需求，

也必須考慮人在社會生存中所必須之教育、社會聯繫等。而這些需求的迫切性必須在個案中具體就社經條件、歷史與文化情境去理解個人的需求，從國際考察社會權案例中時常可觀察到法院會因群體性質（孩童、懷孕或育兒中婦女、病患等）或所處具體狀況（寒冬時期露宿、疫情封鎖期間）之不同，去衡量生存處境受威脅之迫切性。在這樣多元脈絡理解下的基礎生存所需當然難以用單一基準去劃定，而是依其與個人生存核心需求的密切程度去衡量，越是緊密不可或缺的生存需求，審查密度就應當越是嚴格。

### （二）權力分立

在目前法規範密度極高的社會中，人民生活被層層授權又交互援引的法規所密集覆蓋。多數人民提出積極主張的狀況都是請求權遭遇法規障礙，並非在法規空白狀況下憑空提出要求。故而司法所面臨的課題並非是憑空造法、形成給付規範，而是審查這些給付障礙是否有在個案適用下有法規保護不足或規範漏洞導致牴觸憲法保障意旨之狀況，必要時則透過體系性或目的性解釋或法律補充加以克服。因此，當相關法規建制越完整，立法保護意旨設定的越明確與實施的法律框架越具體，司法所作個別調整對權力分立可能造成的干預也越屬輕微，甚至只是依據法律本旨矯正制度末端的偏離。故在法律建制越完整、立法規範意旨越明確的狀況，司法解釋對權力分立的侵害疑慮就越低，審查密度也可隨之提高。

### （三）財政資源重新配置需要

在原立論中已經多方論述，社會權之積極主張對財政資源配置的需求其實是相對性的。一則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也所在多有；二則在涉及憲法已先行宣告

預算優先順位的社會性支出，國家本有優先編列的義務<sup>59</sup>；三則經過立法決定採擇之社會法制，其給付要件與額度均已形成，人事與財務的資源配置也經由預算編列在持續執行中，故個案判決對預算未必有明顯影響。於此可推導出：司法判決結果對財政資源直接影響越低，審查密度也可隨之越高。

#### (四) 倒退禁止

經社文公約第2條第1項要求各國「盡其資源能力所及……逐漸使本公約所確認之各種權利完全實現」，國際法學說上從此導出國家應漸進努力的義務。憲法與公約中所包含的對社會基本權實現的委託，縱然是必須在資源保留下由立法、政治過程去形成，然而對既已透過立法程序建構完成的相關社會福利制度，如果加以限制或裁減，縱然不能說是嚴格禁止的，但國家於此仍負有升高的舉證與說理義務。故越是國家既已建置完成的福利地位，刪減時應受到越高密度之審查。

此外，經立法者選擇決定給付模式後（例如是採取社會保險或是社會津貼模式），也同時形成了該項社會給付請求權在法律層次之權利性格，其核給是羈束性還是可裁量的，其請求權保障強度截然不同。特別是已經形成公法上債權之保險給付，其另外取得憲法上財產權之保障，所涉及者就不僅是社會權的積極生存保障主張而已，兼具生存權性格之財產權保障，其審查密度會更加提升。

#### (五) 遞減的立法評估特權

將司法機關違憲審查與時間因素連結，可以透過Bickenbach的觀

---

<sup>59</sup> 參照憲法第160條免費之基本教育、憲法增修條文第10條第8項社會救助和國民就業等救濟性支出。

察來加以解釋：透過立法者與司法在時間上與功能上的互補，可以填補憲法具體化在功能上的欠缺。蓋制定規範的立法者是憲法的第一個解釋者，擁有具體化憲法的權限，基於權力分立具有對立法事實進行評估的特權。即使從制定法律到憲法法院做出裁決之間經過時間變化，時勢已有所不同，司法仍應認知立法程序當時是在未必有充分資料下做出決定而予以尊重。然而立法者亦有義務監測事態發展，並在法律規定因法律或事實框架的變化而變得違憲之前採取必要行動，故立法之評估特權只是在法院放寬審查密度下的一項暫時性的紅利而已<sup>60</sup>。

在此理解下，法規實施後經過的時間越長，立法者所擁有之對立法事實的評估特權則會越形縮減，司法也越有正當性透過提升審查密度去檢視社會經濟形勢變遷後的事實評估是否合理。

### 三、裁判上對應措施的多樣化

以防禦權模式排除對實現基本權之障礙，是釋憲機關所最嫻熟的違憲審查模式，自不待言。只要在決定審查密度的階段，導入本文所建議之各個適用於社會基本權的相關參數，對具備與生存基礎保障相關性高、給付法制已經形成、預算也配置完成、實施時間經過較久這幾項要素者提升其審查密度，應當就能水到渠成。

即使是需要法律補充的部分，筆者透過對一系列憲法解釋與判決做出之整理<sup>61</sup>，釋憲機關在具備必要性與正當性的漏洞填補上已經卓然有成，發展出多種宣告樣態以避免法律真空下人民權利有受損

<sup>60</sup> Christian Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers - Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2014, S. 533-535.

<sup>61</sup> 詳細分析請參見蔡維音，同註2，頁157-163。

情形發生。關鍵仍在司法積極介入之正當性評價上。而這一點藉由前揭酌定審查密度的階段，釋憲者應當可以對系爭案件中國家介入的急迫性與必要性獲取定見。

較為微妙的是在第三種模式「提升行政機關之說理與舉證義務」上。通常越是事物之性質可能適合政治過程去決定，審查密度越低，在比例原則等法治國要求的違憲審查也越寬鬆。然而透過補償理論的論述<sup>62</sup>，正是在立法者擁有廣泛自由裁量的領域，基於對立法者預測空間的尊重，司法審查會放寬對立法裁量結果的審查，而轉向對決策事實基礎是否有錯誤或是決策程序是否正當的檢驗，而提升行政機關之說理與舉證義務。於此可參照南非憲法法院採行之「合理性測試」，要求說明「應當在其所擁有的資源範圍內」採取「合理的立法和其他措施」。

而在各種裁判樣態中，法院均應依所酌定的審查密度，要求規則制定者與執行者，要提出具有事實基礎支持之論理、符合體系一貫性與透明可理解性的說明。

## 伍、實例試行操作

本章試行透過幾個具有指標性意義的案例，以前章建立之釋義學架構進行審查操作<sup>63</sup>。

<sup>62</sup> 許宗力，同註23，頁115以下；孫迺翹，同註23，頁492。

<sup>63</sup> 至於當初作為發想思考之一的樂生療養院案，發展歷時久遠，其衍生的訴訟爭議從疾病感染者之安置、居民之適足居住乃至於公共記憶保存，一路延伸，其間國家承諾之規劃亦幾度變遷，近期已經轉移到入口意象規劃之環評爭議。很難收攏到單一爭點之論述，且本節書寫目的在於簡單說明筆者立論之操作方式，故於此先割捨需要大量歷史敘事做背景說明的樂生案。

## 一、身障助理案

向國家提出積極給付請求的案例近期在身心障礙者保障領域出現了值得關注的判決，亦即臺北高等行政法院110年度訴字第60號關於障礙者請求核給服務時數的判決，相當具有指標性。原告甲（障礙者）依身心障礙者權益保障法（下稱身權法）第50條、身心障礙者個人照顧服務辦法（下稱服務辦法）第69條至第71條及身心障礙者福利與服務需求評估及證明核發辦法第7條等規定請求被告乙（新北市政府社會局）核予每日24小時之個人助理服務時數。乙則主張甲一直以來持續使用長照居家照顧服務，運用現有資源能力良好，可自行聯結社區及福利資源。且乙認為甲住院期間應依看護費用補助要點之規定申請看護費用補助；於康復出院後則可繼續使用原個人助理時數及長照居家服務；倘因長新冠後遺症需要增加看護及基本生活照顧時數，亦可另尋求專案醫療、長照支援或其他社會福利補助。個人助理係為協助障礙者自立生活計畫而設，甲不應將個人助理與居家照顧看護人力協助混為一談。故乙依據109年至110年身心障礙者自立生活支持服務計畫所設定之補助上限核定給甲每月60小時之服務。

### （一）審查密度之確定

#### 1. 基礎生存所需之維護

本案例中障礙者甲援引生存權、健康權、人格權、自立生活等權利，主張受到重大損害之急迫危險。判決中先標示憲法增修條文第10條第7項中對身心障礙者的保障誠命，再詳細引據了與經社文公約相同已具有內國法效力的障權公約，甚至及於國際審查委員會（IRC）於111年8月6日通過之中華民國（臺灣）障權公約第二次國家報告結論性意見，可見國際公約中社會性權利之內涵已充分為判

決所吸納，也可認知到本案中障礙者所需照顧確實屬於基礎生存所需。而甲罹患嚴重肌肉萎縮症，生存需要持續密集照顧，故於此審查密度應提升為「高」。

## 2. 權力分立

本案關於照護法規建置顯然已到十分細節的階段，從母法到行政命令、到主管機關自行訂定之行政計畫，層疊覆蓋，且給付系統分立，不同系統（自立支持與居家照護）與期間（住院或居家）都需個別分別申請，法規建制程度高而密集。其給付意旨與設計也已明確化，法院依立法意旨檢視具體措施之合理性並不致侵犯權力分立界限，故審查密度應為「高」。

## 3. 財政資源重新配置需要

本案之服務系統屬於建置經年的穩定給付系統，被告機關雖稱個人恣意要求將造成預算排擠，惟法院認為若構成財務過度負擔，亦須由被告舉證，且被告機關已修訂補助計畫將111年至112年個人助理服務時數及補助上限調高為每月80小時，專案申請每月最高為100小時，於此可推知此個案並未造成重大資源負擔，故審查密度應為「高」。

## 4. 倒退禁止

本案並未涉及原告福利地位之削減，此要素於本案不相關。

## 5. 遞減的立法評估特權

本案所爭執之服務計畫係逐年訂定，可推知被告機關自我認知此服務是需要隨時因應現實狀態調整的。既已逐年調整，則此時間要素並無明顯相關。

綜上，本案審查密度應為嚴格。

## (二)採行防禦權審查模式

決定審查密度之後，法院即應就法規範是否足夠實證支持、體系是否一貫與規範是否透明可理解以性進行審查。在嚴格審查之下，系爭規範應為保護特別重要公益，而手段與目的之關聯必須達到實質確信程度。而本案中被告機關乙基於自身所訂定之給付上限規定對於處於急迫生存危險之甲核給每月60小時之服務，法院即針對此給付障礙進行審查，故所採係防禦權審查模式。法院指出以下幾點違法之處：

### 1. 踰越母法

乙逕行以內部計畫限定個人助理補助每月之時數上限，而非依身心障礙者之具體需求評估結果，已牴觸身權法第50條第9款及服務辦法第71條自立生活支持服務之意旨

### 2. 合目的性

上開核定時數顯然無法滿足原告自立生活所需之每月各項人力協助服務時數，而使原告無法與其他人在平等基礎上，同樣享有或行使於社區中生活之平等權利。此係運用法律蘊含之促進平等意旨進行合目的性審查的結果

## (三)結果與評析

本案法院透過法治國原則下之正當法律程序要求與比例原則之合目的性檢驗，認定被告機關原核定處分違法予以撤銷，並命被告「應依本判決之法律見解作成行政處分」。而法院並未逕行認定被告機關應給付之時數，蓋甲所需之支持服務涵括各個面向，需要經

過專業評估，且由本人及同儕支持員共同擬訂之自立生活計畫來構成，始符合法律所要求之個別化標準，並以能滿足原告自立生活需求之方式提供。於此，法院要求「盤整、協調各機關提供之福利服務資源（例如已有之長照服務資源有無替代性等），評估擴大提供個人助理之可行性，並於合理之健康與安全要求下，與原告進行對話，彼此協商予以調整之可能性」，也指出了現況下資源分立於不同服務系統，被告機關實有義務統整障礙者所能獲取的支持資源，透過協商形成個人服務規劃，此點實值贊同。蓋人民之需求已在不同主管單位間被依大量複雜法規被分割成不同場域與項目（參照前引述乙之答辯），障礙者極有可能必須奔波於不同單位而被互踢皮球。於此貼近現實、透明可理解的要求可實際發揮其監督作用。

臺北高等行政法院於此案中積極判定行政機關自行訂定之給付規則違法，引起很大反響，實則在筆者所提出的釋義學框架下去檢視，以較高之審查密度進行防禦權式的審查，可說判決基礎是十分穩固的，法院除了指出原處分機關未依母法進行個案評估因而程序違法外，也額外提出行政機關應協助障礙者整合分立的照護資源，這都有助於提升相關照護給付決定的品質。

## 二、低收入戶之所得核計案

與生存基礎相關之訴訟案件以低收入戶資格審查案件為最典型。以往與社會救助相關而會進入行政訴訟的案件多為申請訴訟救助，法院鮮少針對認定低收入戶資格之要件進行實質審查，惟近年來實體審查的案件漸漸增加，縱然法院基本上仍持較保守態度，仍然是值得期待的趨勢。低收入戶資格審查過程中爭議點頗多<sup>64</sup>，本節

---

<sup>64</sup> 相關討論請參見蔡維音，低收入戶審查之家庭人口認定的實務觀察與修法建

中則只選定其中針對單一爭點有複數法院提出實質論述的案例來加以評析，亦即所得核定中擬制薪資的部分。所涉法規為臺南市政府辦理低收入戶及中低收入戶調查審核補充規定（下稱「審核補充規定」）第4點第5款規定「已就業者實際薪資未達基本工資，以基本工資核算」<sup>65</sup>。就人民實際就業，卻無法取得高於基本工資之所得的狀況，逕行以基本工資核算。高雄高等行政法院對同一申請人連續兩年就同一爭點所提起之訴訟均採用行政機關之觀點，認為準據之審核補充規定合乎母法立法本旨，並無疑義，「有工作能力而未依勞工每週正常工作時數40小時工作，致未能領取基本工資以上之工作收入者，亦難謂已善盡自己能力」<sup>66</sup>、「否則對真正完全失業卻要以基本工資核算工作收入的民眾，即有失公平」<sup>67</sup>、「蓋有工作能力而未就業者，尚且需依基本工資核算其工作收入，則有工作能力已就業者，如其薪資證明未達基本工資者，亦至少應以基本工資計算，此始符社會救助法之立法本旨」<sup>68</sup>，駁回原告之訴，兩度上訴最高行政法院，同遭駁回，兩度申請憲法裁判均因逾期裁定不受理。

以下則就此低收入戶資格之所得核計的案件試行操作。

---

議，月旦法學雜誌，277期，頁200-210（2018年）。

<sup>65</sup> 案件一：初審高雄高等行政法院高等庭108年度訴字第76號判決、終審最高行政法院109年度上字第803號判決，釋憲申請經憲法法庭111年憲裁字第444號不受理；案件二：初審高雄高等行政法院109年度訴字第91號判決、終審最高行政法院110年度上字第81號判決，釋憲申請經憲法法庭112年審裁字第710號不受理。

<sup>66</sup> 最高行政法院110年度上字第81號判決。

<sup>67</sup> 衛生福利部107年4月27日衛部救字第1070112018號函。

<sup>68</sup> 高雄高等行政法院高等庭108年度訴字第76號判決。

## （一）審查密度之確定

### 1. 基礎生存所需之維護

本案所涉及低收入戶資格之取得，係典型之國家對最低生存基礎的直接救助，唯有在申請人通過資產調查確認事實上處於生存困境後，方能取得國家救助。與生存基礎之保障相關性高。故審查密度應為「高」。

### 2. 權力分立

社會救助相關法規歷年來經過多次修正，建制越來越周延，本案涉及之薪資核定也屬於複雜的資產調查程序之一環。對於家庭總收入之核計於社會救助法第5條之1有繁複規定，另佐以主管機關的細節函釋以及地方主管機關之行政規則（即係爭審核補充規定），立法者已充分對此領域揭示規範主旨，可供法律解釋者參酌。故審查密度也應為「高」。

### 3. 財政資源重新配置需要

社會救助系統之建置歷經長久施行，屬於傳統的國家任務領域，中央與地方亦穩定編製預算與實施經年。然而財源畢竟有限，如有需要遵照憲法意旨優先編列，也屬於中央預算權限。所得核計涉及低收入戶資格取得，也伴隨救助義務，多少會涉及預算配置，故審查密度為「中」。

### 4. 倒退禁止

本案並未涉及原告福利地位之削減，此要素於本案不相關。

### 5. 遞減的立法評估特權

系爭條文係於2013年訂定發布，2014年修正發布至今。之後人

民面臨疫情衝擊與通貨膨脹，確實存在重新檢討之必要，於此之審查密度為「中」。

綜上，本案審查密度應為中間偏向嚴格。

## (二)採行防禦權審查模式

本案所涉為臺南市自訂審核補充規定中對於工作收入之核算是否牴觸母法規定問題，原告並未主張直接給付其生存所需，而是爭執相關行政規則與函釋違法，收入核算應回歸母法規定，故於此仍是循防禦權主張模式來審查。而於此之爭點仍在於系爭條文是否涉及牴觸母法意旨，而增設母法所無之限制。

社會救助法對於家庭總收入中工作收入之核算，依第5條之1第1項第1款第1目意旨，「已就業者」應循條文結構「依序核算」。認定準據之第一順位為「依全家人口當年度實際工作收入並提供薪資證明核算」，亦即核實認定；第二順位「無法提出薪資證明者，依最近一年度之財稅資料所列工作收入核算」，申請人無法提出證明時，以財稅資料擬制；第三順位「最近一年度之財稅資料查無工作收入，且未能提出薪資證明者，依臺灣地區職類別薪資調查報告各職類每人月平均經常性薪資核算」，是在前兩目資料均不具備時，才容許以推計核定。依此「依序核算」之立法意旨，核實認定應是核算收入時之核心原則，蓋只在無法據實認定時才容許擬制或推計規定之適用。於此姑不論後項擬制與推定規定是否合理，主管機關核定的最優位依據就是依事實認定。這一點在條文文義、條文結構與立法本旨上都毫無疑義，亦即對實際從事工作的人民，依據事實去查核其收入狀況，並據以認定其是否陷於所得不足以維生的困境，乃行政機關之義務。

然而系爭審核補充規定「已就業者實際薪資未達基本工資，以基本工資核算」，並非是對推估或擬制的調整，也不是對申請人提供資料之真實性存疑，而是直接否定事實資料，推翻據實核定原則，明言即使是「實際薪資」，只要低於最低工資就逕行不予採認。原告於歷次訴訟中反覆質疑此規定牴觸母法，相對的，被告機關與中央主管機關之函釋仍反覆確認其見解合法，「否則對真正完全失業卻要以基本工資核算工作收入的民眾，即有失公平」，並宣稱「此始符社會救助法之立法本旨」。

最高行政法院除完全支持行政機關與前審見解，尚提出論述補充：「凡勞工依每週正常工作時數40小時工作者，所領取之工資即不致低於每月基本工資」、「有工作能力而未依勞工每週正常工作時數40小時工作，致未能領取基本工資以上之工作收入者，亦難謂已善盡自己能力」，此論述顯然呼應由來已久的觀念，認為請求救助者可能是因為是因為懶惰不努力才陷於困境，想要依賴國家給付，故應設門檻加以防杜。於是以下二個爭點的處理也不令人意外：

### 1. 踰越母法

針對明顯之文義牴觸，高雄高等行政法院高等庭108年度訴字第76號判決中尚特別闡述其法律解釋方法，「以文義、體系、歷史、目的、合憲解釋等方法澄清法條文字之意涵。其中文義解釋及目的解釋之操作過程，係先透過理解法律條文之文法結構，形成對法律條文語句之初步邏輯認知，繼而在條文語句上下文之脈絡中，確認該法律條文語句之可能文義範圍，再藉由規範目的所指引之方向去理解條文之正確意義」，苦心鋪敘牴觸母法文義之解釋是目的性解釋的結果，並無違法疑義。

## 2. 合目的性

判決中反覆論述，系爭規定可防杜未善盡自己能力謀取生計所需的申請人，可防止制度濫用，符合社會救助法之本旨。

結果是本案直接相關的二個高等行政法院、二個最高行政法院的判決中均一致肯認系爭審核補充規定並無違法，且正符合母法本旨。

### (三) 結果與評析

於此筆者先不進行價值觀上的討論，只回到違憲審查之框架來觀察。本案所採之審查密度標準係中間偏嚴，亦即至少要滿足可支持性基準。立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持。所追求者為重要公益，手段與目的應具有實質關聯。社會救助之收入核計係為追求確實保障人民生存基礎所需，此屬特別重大公益無疑。立法者對於所得核定的意旨表現於社會救助法第5條之1第1項，明確表露核實認定為最優先適用的原理，於此母法立法者意欲以事實為判斷基礎，當事實不明時才使用推計或擬制規定加以補充，意旨甚明。然而行政機關卻於其行政規則中推翻此原理，明言即使是實際薪資也不予採計，只要低於基本工資即擬制為基本工資；令人訝異的不止於此，被告機關的說明中更堂堂指稱「除非其有相當事證確有領取高於基本工資之收入者，否則均應依中央主管機關核定之最低基本工資計算其工作收入」，明白承認核實認定此原則並非不使用，而是只用在對申請人不利的狀況，可調高卻不可調低。這又違反了體系一貫性的要求，自我抵觸。

系爭審核補充規定已明顯與母法文義抵觸，從形式審查上理應拒斥其效力，然而行政實務與歷審法院均坦然執行。相對於我國法

院對於突破法條文義的法律解釋一向持極度審慎態度，惟獨對於社會救助案件卻如此勇於突破，亦頗耐人尋味。問題在於行政機關自行訂定之行政規則，是否真的比母法條文更切合立法目的，而必須不惜推翻文義加以支持呢？行政機關欲主張其「解釋性行政規則」才更能實現母法意旨，恐怕不能憑空主張，而必須有實據說明其正當性。而行政規則之訂定者是否舉出事實證據證明其判斷而可以支持？社會救助之原理應以個人自立為原則，國家僅為輔助，此點並無疑義。惟法院提出「凡勞工依每週正常工作時數40小時工作者，所領取之工資即不致低於每月基本工資」作為正當化理由，這個推論是否合乎事理、說得過去？手段（擬制高於實際所得之薪資核定）與目的（防杜濫用）之間是否具有實質關聯？

所謂「有工作能力者」並非在實際上都能在客觀環境下找到全職的工作機會，其主觀上的體力與精神也未必都能勝任。在疫情與景氣的衝擊下，雇主逸入無薪假以謀減少成本對臺灣勞動者而言並不陌生；而只要人民家中尚有需要分心照顧的老幼病弱者，全天工作時常有事實上的困難，蓋除非「獨自」撫養6歲以下子女，只有戶內還有其他人口，法律一律視為具有完整工作能力，並據之核算全職收入<sup>69</sup>。而65歲以下中高齡勞工均被認定為有完整工作能力，但謀職往往不如人意，又常需同時照顧高齡父母與子女；即使有全職工作，若不配合雇主設定種種條件（配合加班、業績達標、不可請假）也可能有無法獲得最低工資的情況。眼見為了些許零工工資於假日街頭高舉廣告牌、任憑風吹雨打烈日曝曬也未必能獲得基本工資的人民（蓋這類工作也不是每天都有，且體力稍弱便無法支撐），國家能忍對之為「不夠努力」的評價？法院應不至於天真到

---

<sup>69</sup> 參見社會救助法第5條之3規定。

認為社會中不存在雇主違法狀況，可能只是認為這是勞動檢查執行面的問題，故率爾假設所有在法律上具有工作能力者都一定能獲取基本工資，「未能領取基本工資以上之工作收入者，亦難謂已善盡自己能力」。惟透過這樣擬制薪資的核定，真有事實基礎證明能杜絕絕對制度的濫用嗎？又在同時阻擋了多少真正有需求的人民？若有真正努力的困苦人民因此無法獲取最後一層社會安全網的支持，主管機關有挽救的措施嗎？防弊而導致的不利結果若都由最弱勢並有生存基礎危機的群體承擔，這個手段與目的之間具有足夠的實質關聯嗎？

母法中「核實認定」的精神若有被曲解濫用之虞而必須廢棄，也有待行政機關提出事實基礎證明。而衛福部函釋中所稱「否則對真正完全失業卻要以基本工資核算工作收入的民眾，即有失公平」，對於事實上完全失業者不由分說核計一份完整工資的擬制所得<sup>70</sup>，係以「更嚴重之不義」去正當化「較低程度之不義」，既欠缺事實基礎以證明有濫用狀況，也未說明如何避免立法所欲保護的最弱勢者因此受損<sup>71</sup>。

人民努力就業卻被核計高於實際取得薪資之所得，這不能以行政資源有限而推託。蓋在涉及人民生存基礎危殆的情況，行政機關

---

<sup>70</sup> 社會救助法第5條之1第1項第1款第2目雖有可以透過公立就業服務機構認定失業或媒合就業期間可豁免被核計擬制收入的規定，惟前提必須為需為就業保險被保險人，且取得非自願性失業證明，此門檻是許多實際失業或條件受限只能兼職者所無法企及的。

<sup>71</sup> 關於我國社會救助「擬制收入」的問題，學界多年以來已為文多篇詳加指述。請參見蔡維音，社會救助，收於：台灣社會法與社會政策學會主編，社會法，3版，頁471-492（2020年）；蔡維音，最低生存基礎之界定，月旦法學雜誌，212期，頁103-125（2013年）；蔡維音，低收入戶認定之需求審查，興大法學，5期，頁1-33（2009年）。

本應依職權查明真實狀況。比較法上對於社會救助程序上資訊取得之程序，時常會討論種種社會給付行政上當事人協力提供資料的義務依據以及在舉證責任分配上的歸屬原則，檢討舉證責任之減輕與倒置之可能性<sup>72</sup>，或是行政機關提供資訊與說明的義務<sup>73</sup>。而對照我國行政與司法實務，卻是即使當事人努力證明真實的收入情況，仍會被行政機關以自行訂定的擬制規則加以推翻。其中差距實令人啞然。而基於此案中，司法與行政一致採取牴觸法律文義之行政規則卻視為理所當然的態度，不能不令筆者又歸結到原因還是在於這是向國家有所請求之社會給付類型，縱使關係到人民的基礎生存，縱使有法律依據還是不被作為一種權利而認真看待。

## 陸、結 論

透過國際上社會請求權在司法上主張的比較考察，觀察到許多與筆者立論的可相呼應的觀點與論據，也可更確信地呼籲司法工作者：不需過於迅速地格於權力分立框架而從保護人民生存基礎的防護線上退卻，前方還有路徑可循。筆者立論之目的即是透過建立一個安定的釋義學架構，提供訴訟上可以選擇的各種應對模式，把採取積極司法態度的正當性依據與審查密度的衡量結合起來，動態地判定法院所可能採取之裁判模式。經由貼近事實的觀察，積極於個案中斟酌其所處歷史、社會情境，法院可以選擇採取傳統防禦權審查、法律補充或是對於政府施政說理的程序正當性檢驗。透過這樣類型化與透明化的建構，希望提高司法實務操作上的穩定性，降低

<sup>72</sup> 單鴻昇，社會救助程序中當事人之協力義務——以資料提出及家庭訪視為中心，臺北大學法學論叢，104期，頁251-258（2017年）。

<sup>73</sup> 林偉如，同註34，頁93-121。

社會基本權被過度主張之疑慮。筆者致力於建構社會權主張的釋義學結構，也就是為了要衝擊「做功德要量力而為，盡力就好」的成見心態，希望法律解釋者可以看到另一種使人能生存得更有尊嚴的路徑。



## 參考文獻

### 一、中文

- 林美鳳（2019），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*，14卷2期，頁109-162。
- 林倖如（2022），論社會給付決定程序上行政機關資訊提供義務，收於：政治大學法學院勞動法與社會法中心編，*理論、制度與行動：社會安全制度與社會法之先行者與推手——郭明政教授榮退祝賀論文集*，頁93-121，臺北：元照。
- 法務部編印（2018），*公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見*，修訂2版。
- 許宗力（2015），最低生存保障與立法程序審查：簡評德國聯邦憲法法院Hartz IV判決，*月旦法學雜誌*，238期，頁102-130。
- 單鴻昇（2017），社會救助程序中當事人之協力義務——以資料提出及家庭訪視為中心，*臺北大學法學論叢*，104期，頁217-266。
- 孫迺翊（2012），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，*國立臺灣大學法學論叢*，41卷2期，頁445-516。
- 黃舒芃（2007），數字會說話？：從大法官釋字第584號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，*中研院法學期刊*，1期，頁1-44。
- 蔡維音（2009），低收入戶認定之需求審查，*興大法學*，5期，頁1-33。

- 蔡維音（2009），勞保給付無遲延問題？——評最高行政法院九八年度判字第654號判決，台灣法學雜誌，141期，頁249-252。
- 蔡維音（2011），社會給付請求權之權利性格，月旦法學教室，104期，頁6-7。
- 蔡維音（2013），最低生存基礎之界定，月旦法學雜誌，212期，頁103-125。
- 蔡維音（2018），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，277期，頁200-210。
- 蔡維音（2020），社會救助，收於：台灣社會法與社會政策學會主編，社會法，頁471-492，臺北：元照。
- 蔡維音（2021），社會基本權之釋義學重構，成大法學，41期，頁1-51。
- 蔡維音（2022），社會基本權主張模式之實務分析，收於：李建良編，公法之領航者：翁岳生教授九秩華誕祝壽研討會文集，頁149-175，臺北：元照。

## 二、日 文

- 芦部信喜、高橋和之（2015），憲法，6版，東京：岩波書店。
- 菊池馨実（2022），社會保障法，3版，東京：有斐閣。
- 葛西まゆこ（2013），生存權の性格——朝日訴訟，憲法判例百選Ⅱ，6版，東京：有斐閣。
- 遠藤美奈（2006），憲法に25条がおかれたことの意味——生存權に関する今日的考察，季刊社會保障研究，41卷4号，頁334-347。

### 三、外 文

- Bickenbach, Christian (2014), Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers - Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hartmann, I. A. (2013). A Right to Free Internet? On Internet Access and Social Rights. *The Journal of High Technology Law*, 13(2), 297-429.
- Jackman, M. (2010), Charter Remedies for Socio-economic Rights Violations: Sleeping Under a Box?, Sharpe, R. J. & Roach, K. (Eds.), in *Taking Remedies Seriously* (pp. 279-301). [http://www.escr-net.org/usr\\_doc/Jackman\\_Charter\\_Remedies\\_for\\_Socio-economic\\_Rights\\_Violations.pdf](http://www.escr-net.org/usr_doc/Jackman_Charter_Remedies_for_Socio-economic_Rights_Violations.pdf).
- Meßerschmidt, K. (2016). The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies?. K., M. & D., O.-L. (Eds.), in *Rational Lawmaking under Review* (pp. 373-404). Springer Publishing.
- Ngang, C. C. (2014). Judicial Enforcement of Socio-economic Rights in South Africa and the Separation of Powers Objection: The Obligation to Take 'Other Measures'. *African Human Rights Law Journal*, 14, 655-680.
- Nolan, A., Porter, B. & Langford, M. (2010). The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal. *CHRGJ Working Paper*, 15, 1-36.
- Trilsch, Mirja P. (2012), Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, Berlin: Springer.

Weibel, F. (2016). *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in Switzerland*. Zürich: FIAN Schweiz für das Recht auf Nahrung.



## Further Construction of Social Rights in Judicial Process

*Wei-In Tsai*\*

### Abstract

The main theme of this article is the deepening construction of the “Theory of Justiciability of Social Rights” and its analysis in the context of litigation cases. Through a comparative examination of the judicial assertion of international social claims, viewpoints and arguments have been gathered that resonate with the theory, which can strengthen the original arguments. It can also serve as a more confident appeal to judicial professionals: there is no need to hastily confine themselves within the framework of the separation of powers, but instead maintain the defense line of safeguarding the basic living conditions of the people. The author’s purpose is to establish a stable hermeneutical framework that provides various response models available in litigation. This framework combines the legitimacy of adopting a proactive judicial attitude with the assessment of intensity for constitutional review, dynamically determining the possible judicial judgement patterns. Through a close examination of the facts and considering the historical and social context in which a case resides, the court can choose between traditional right-defensing mode, legal supplementation, or a legitimacy

---

\* Doktor iuris, Munich University, Germany; Professor of Law at National Cheng Kung University.

assessment of government policy implementation procedures. Through such typification and transparency, the goal is to enhance the stability of judicial practice and reduce concerns about excessive claims of fundamental rights in society. The Taipei High Administrative Court took a proactive stance by determining that the administrative agency's self-established benefit rules were in violation. This decision has generated significant repercussions. However, when examined within the hermeneutical framework proposed by the author, it becomes clear that the judgment is based on a solid foundation. The court, by employing a higher level of scrutiny in the context of a rights-based review, pointed out not only the procedural illegality of the original administrative decision for failing to conduct a case assessment in accordance with the parent law but also emphasized that the administrative agency should assist individuals with disabilities in integrating and accessing fragmented care resources. All of these aspects contribute to enhancing the quality of relevant care benefit determinations.

**KEYWORDS:** Social Rights, Methods of Constitutional Interpretation, Minimum of Subsistence, Intensity for Constitutional Review, Justiciability