

比例原則與經濟社會權利的實踐

黃丞儀

中研院法律所研究員、清大科法所合聘教授

摘要

本文分析行政法院相關判決，認為行政法院應該揚棄過去認為給付行政「只要有民意機關通過的預算為依據」，或以政府財政資源有限，而採取過度寬鬆的合法性審查。本文主張在涉及經濟社會權利案件中，行政法院應充分運用比例原則，透過規範目的合法性、手段目的適當性、替代方案的邊際效益分析，要求行政機關在關乎經濟社會權利的行政行為採取謹慎周延的論理和證據基礎，以免經濟社會權利的保障落空。經過比較行政法的分析，本文認為司法院釋字第766號解釋採取的「最低限度生存需求」在實務上可能遭遇困難。若以比例原則進行審查，輔以正當行政程序的要求，可以呈現出比學理上所稱「弱模式」的司法審查更為有力，且不至於取代理行政機關做出政策判斷與資源分配的經濟社會權利案件審查模式。

關鍵詞：經濟社會權利、比例原則、生存權、最低限度生存需求、合理性審查

壹、緒言

貳、審查密度為零：我國行政法院過去對於經濟社會權利案件的審查

參、經濟社會權利的司法審查：比較行政法的視野

- 一、最低需求 (minimum core)
- 二、合理性 (reasonableness) 審查
- 三、「條件式權利」(conditional rights) 審查

肆、我國行政法院審查模式的再檢討

- 一、權利與法院：司法審查基礎的正當性基礎
- 二、經濟社會權利的司法審查模式：比例原則

伍、結語

壹、緒言

自從我國於2009年批准〈經濟、社會與文化權利國際公約〉（下稱〈經社文公約〉），並由立法院制訂〈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〉後，經濟社會文化權利（economic, social and cultural rights 或 socioeconomic rights，以下統稱「經濟社會權利」）如何透過法院判決來確保其實踐，便成為迫切且棘手的課題。徐揮彥曾在2014年指出，〈經社文公約〉在最高法院和最高行政法院的判決中，引用次數較〈公民與政治權利國際公約〉（以下簡稱〈公政公約〉）為少；但近年來最高行政法院適用〈經社文公約〉的次數逐年攀升，因此呈現出最高法院較常引用〈公政公約〉，而〈經社文公約〉的主要適用者為最高行政法院的趨勢。¹由於經濟社會權利常涉及行政資源分配和生存權的問題，因此不難預料相關當事人會以行政訴訟的方式尋求救濟。

雖然最高行政法院尚未針對經濟社會權利發展出具體確定的審查模式，但有論者認為，我國大法官透過憲法第15條生存權及第13章「基本國策」第4節「社會安全」和增修條文第10條，已逐步建構出所謂的「社會憲法」。²大法官在司法院（下同）釋字第422號解釋（1997）指出，行政院有關〈耕地三七五減租條例〉之解釋函令「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」，與憲法保障生存權之意旨不符。但究竟生存權的具體內涵如何界定，國家救助的義務要到何種程度，第422號解釋僅一語帶過，學者之間亦不乏爭論。³孫迺翊分析，「我國實務與學說對於公法上請求權—包括社會保險給付權利—之財產權保障，基本上並無太大的疑義。」⁴但她批評，相較於德國聯邦憲法法院聚焦於「最低生存保障」(Existenzminimum)的探討，大法官在釋字第280號（1991）和第422號解釋（1997）中，未以詳細論證探究生存權的具體內涵，就「大膽、直接地提出退休公教人員生存權保障的實質標準」，以致錯過思考司法審查的「著力點」以及與其他權力機關的動態關係。⁵

經過二十年，大法官在2018年作成釋字第766號解釋，才正式確立了生存權

- 1 徐揮彥，「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究，國立臺灣大學法學論叢，43卷特刊，2014年11月，879頁。
- 2 郭明政，社會憲法：社會安全制度的憲法規範，部門憲法，2006年1月，313-352頁。並請參見孫迺翊，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，國立臺灣大學法學論叢，41卷2期，2012年6月，445-516頁。此外，關於經濟社會權利和社會權的關係，請參見陳冠璋，憲法上居住權之建構與實現—以司法審查為核心，2017年12月，30-31頁。
- 3 請參見孫迺翊，同註2，493-494頁。黃舒芃，社會權在我國憲法中的保障，中原財經法學，16期，2006年6月，1-42頁。蔡維音，社會國之法理基礎，2001年10月，50-51頁。
- 4 孫迺翊，同註2，478-493頁。
- 5 孫迺翊，同註2，499頁。孫教授甚至認為未來出現社會救助法或其他相關法令之釋憲聲請案時，大法官很可能「如同釋字第422號一般未經論證直接提出某些具體標準，或是完全退守至尊重立法形成自由的立場」。不過，這點在釋字第766號（2018）解釋作成後，應該無須顧慮。

的實質內涵。該號解釋以間接的方式認為生存權的保障內容乃「人民最低限度生存需求」。⁶許志雄大法官提出的協同意見書則進一步闡明：「生存權堪稱最具代表性之社會權，乃人民要求國家積極照顧或給付之權利，目的在於使個人之基本生活水準得以維持，而確保有尊嚴之生存。……生存權之內容須經法規範複合體（法制度）加以形成，亦即生存權與法律之間具有親和關係，謂二者結合，凝聚成具體可行之權利，應屬允當。」從而，生存權不但是受憲法保障的基本權利，其內涵可以透過法律予以具體化，且不得侵害最低限度生存需求。大法官透過第 766 號解釋正式繼受德國聯邦憲法法院在「赫茲法案 IV」（Hartz IV）判決中針對生存權所採取的見解。⁷

隨著近年來貧富差距日益惡化，生活於貧窮線以下的人口日漸增加，未來有關經濟社會權利保障的案件將與日俱增。經濟社會權利案件最初遭遇到的挑戰，係有關司法機關可否審理這類型案件，亦即所謂「可裁判性」（justiability）問題。⁸隨著釋字第 766 號解釋已明確繼受德國的「最低限度生存需求」原則，未來行政法院在審理此類案件時，恐怕會遭遇如何在具體個案中認定「最低限度生存需求」的問題。本文以下嘗試從最高行政法院和台北高等行政法院的二則判決，探討法院在審查經濟社會權利案件時，可以採取的具體審查模式及其限制，特別著重在比例原則的操作。

貳、審查密度為零：我國行政法院過去對於經濟社會權利案件的審查

案例一：一位重度多重障礙的身心障礙者 A 原設籍於台北市，後來因為工作關係將戶籍遷至桃園縣。但旋即因遭解雇，在一個月內再將戶籍遷回台北。台北市政府在其戶口遷移至桃園縣後，即依據〈台北市身心障礙者津貼申請須知〉，停發其身心障礙者津貼。A 不服，主張依據〈身心障礙者保護法〉第 38 條（現為身心障礙者權益保障法第 71 條）規定：「直轄

6 此處認為大法官在第 766 號解釋針對生存權的論述是「間接」認定其保障內容，是因為大法官在論述上先以社會保險給付請求權具有財產上價值來認定遺屬年金涉及財產權保障，再論及此等給付如涉及「人民最低限度生存需求」，則兼受憲法第 15 條生存權之保障。

7 有關「赫茲法案」判決的說明，參考孫遜翊，同註 2，488-493 頁。

8 Katherine G. Young (2012), CONSTITUTING ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS, Oxford University Press. 翁燕菁曾經評論最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，認為：「以最高行政法院前揭 2014 年公約適用原則決議為例，該院決議逕自認定公約第 23 條第 1 項之家庭生活權及經社文公約第 10 條第 1 款之家庭保護，規範欠缺明確而不具備『自動履行』效力，因此無法產生公法上請求權。……最高行政法院僅認定經社文公約系爭規範及意見尚屬『演繹性宣示』，以內國法規範（真正的法律）否定公約之適用。即使逕行縮限以『防禦權』為請求權基礎，（104 年度判字第 447、543 號判決）認定上訴人請求盡屬給付請求，亦屬誤讀強迫驅離住居所之權利侵害屬性。……尤有甚者，最高行政法院上開決議有逕自解釋公約而未充分『參照』公約監督機構見解之虞。」她認為內國法院應該進行「普世化的相對」，針對國際人權規範進行脈絡化解釋。翁燕菁，對話與爭議：從歐洲人權法圖像論臺灣施行人權公約之實質意涵，國立臺灣大學法學論叢，46 卷特刊，2017 年 11 月，1167-1170 頁。關於經社文公約的可裁判性，廖福特從經社文委員會個人申訴制度的實踐來討論「可裁判性」的困難，請參見廖福特，經濟社會文化權利之可司法性：經濟社會文化權利委員會個人申訴案件之檢視，台灣國際法學刊，18 卷 2 期，2022 年 4 月，103-171 頁。

市及縣（市）主管機關對設籍於轄區內之身心障礙者，應依其障礙類別、等級及家庭經濟狀況提供生活、托育、養護及其他生活必要之福利等經費補助，並不得有設籍時間之限制。」既然立法者明白表示不能有設籍時間限制，台北市政府所依據的行政規則即屬違反法律規定，應為無效。縱使認為有效，原處分也有違比例原則。⁹

案例二：就讀私立高級職業學校的學生 B，於就讀該校日間部一學期後轉入進修部就讀。B 曾於第一學期申請學雜費補助，俟轉入進修部後，再次提出申請。經該校依〈台北市私立高級中等學校學生學雜費補助要點〉（下稱「要點」）規定，告知 B 無法申請該項補助。B 不服，向台北市教育局提起訴願，亦遭駁回。按前揭〈要點〉第二點規定：「本要點所稱私立高級中等學校係指私立高級中學（不含進修學校）及私立高級職業學校（不含進修學校、建教班及實用技能班一年級）。」¹⁰

案例一中的 A 認為立法者為了避免身心障礙者不因戶籍遷移而陷入生活津貼中斷的困境，特別在法律中明訂發放津貼「不可有設籍時間的限制」，保障身心障礙者的生存權。案例二中的 B 則認為台北市政府以行政規則將進修部學生排除在申請學雜費補助的範圍外，並不合理。進修部學生往往是因為無法負擔學費，所以必須白日工作，晚上讀書。如果再因此取消進修部學生申請學雜費補助的資格，豈非讓原本已經家境貧困的學生，雪上加霜。而且

許多日間部的學生家境尚稱寬裕，卻可申請學雜費補助，未能達到「教育機會均等」的目的。這兩個案件分別是關於生存權和受教育權的給付請求，行政機關均以「財政預算編列」為由，主張在資源有限的前提下，無法讓所有人的需求都獲得滿足，從而證立其差別對待或特殊限制。¹¹

論者經常批評法院在審查生存權或社會給付請求權時，動輒「尊重立法者形成自由」，失之寬鬆。然而在前揭兩則案例中，行政法院逕認給付行政領域有預算為依據，尊重行政機關的資源分配，其所採取的審查密度，幾近於零。在案例一中，即便台北市政府的行政規則明白違反〈身心障礙者保護法〉，最高行政法院仍引用釋字第 443 號解釋認為「給付行政措施，其受法律規範之密度，除涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要外，自較限制人民權益者寬鬆」，從而認定該行政規則旨在提供明確的發放程序和享領原則，審查標

9 最高行政法院 97 年度判字第 833 號判決。

10 台北高等行政法院 92 年度簡字第 718 號判決。

11 「（前揭要點）並非用以限制人民之權利義務，乃作為給付行政之依據，其中法律保留原則之適用不若干涉行政之嚴格，通常情形給付行政只需有民意機關通過之預算為依據，其措施之合法性即無疑義。故被告基於教育經費有限，不可能使每位私立高級中等學校學生均獲得補助，自得斟酌事物性質之差異而為合理之區別對待。」參見台北高等行政法院 92 年度簡字第 718 號判決（2003/12/08）。另，「台北市身心障礙者津貼發給標準上，並未設有資產限制之門檻，惟考量台北市之福利資源有限，為使資源有效配置，在分配上優先考量長期設籍並實際居住台北市市民為補助對象，進而設有『設籍並實際居住滿三年』之申請規定，自非法所不許。」參見最高行政法院 97 年度判字第 833 號判決。

準較為寬鬆。該行政規則中之設籍規定限制，是為了讓社福資源發揮最大效用，尚未違法。而在案例二中，台北高等行政法院表示：「給付行政只需有民意機關通過之預算為依據，其措施之合法性即無疑義。」如此寬鬆到幾近沒有審查的司法審查，實已掏空經濟社會權利的保障，更忽略了釋字第 614 號解釋所稱：「（給付行政措施）如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據」，將「人民基本權利之保障」列為給付行政領域適用法律保留原則的判準之一。¹²

事實上，行政法院並非沒有審查工具可以運用。大法官在審理有關社會給付立法行為時，曾多次運用平等原則進行審查¹³。在檢驗差別待遇措施是否得以正當化時，亦不乏結合比例原則和體系正義來進行審查的例子。¹⁴不過，在審查平等權時，是否能夠直接套用審查自由權受限制的比例原則，不無爭論。陳愛娥曾經介紹德國聯邦憲法法院的新審查公式，強調運用於平等權的比例原則並不直接涉及「目的手段關係」，而僅有間接的連結：「被差別處理之事物的差異，對於法律擬追求之目標的達成具有意義，其足以正當化法律的差別處理；在事物的差異性足以正當化法律的差別處理時，即無『侵害』（Eingriff）可言。」¹⁵許宗力更明白表示，在比例原則的三個次原則當中，只有不涉及對立法益的適當性原則（亦即手段與目的關係的檢驗）才能適用到平等權案件，至於必要性原則和狹義比例原則都涉及法

益權衡，因此不適合用於平等權案件。¹⁶

不過，經濟社會權利案件未必等同於適用平等權的案件，不需排除比例原則的操作。只是我國司法實務上，過去一貫認為比例原則審查僅限於具有消極權利（negative rights）性質的自由權的限制，不能擴及具有積極權利（positive rights）性質的經濟社會權利方面。如最高行政法院 95 年度裁字第 71 號裁定即謂：「社會救助等級之核定，係依社會救助法第 11 條規定授權訂定之標準，無違憲法第 15 條、第 152 條人民生存、工作權之保障，及公平原則；且此授益處分，並非限制人民自由權利，亦無憲法第 23 條比例原則之適用。」（重點為筆者所加）

關於此點，蔡茂寅曾指出，這種觀點忽略了授益行為其實可能造成其他人可獲得的資源受到排擠，因而亦將造成侵害（蔡教授稱為「雙重效果」），而有比例原則適用的空間。蔡茂寅教授認為「比例原則的各項子原則在授益行政領域的適用不但毫無扞格之處，並且不可或缺」。尤其在「必要性」（亦即「最小侵害手

12 關於給付行政領域的法律保留原則，詳見李建良，*行政法基本十講*，12 版，2022 年 9 月，308-310 頁。

13 如釋字第 485 號、第 560 號、第 571 號、第 578 號、第 596 號解釋等。參見陳愛娥，*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，2007 年 1 月，284-291 頁。

14 參見釋字第 485 號解釋理由書、第 571 號解釋林子儀大法官協同意見書。

15 參見陳愛娥，同註 13，271 頁。

16 許宗力，*從大法官解釋看平等原則與違憲審查，憲法解釋之理論與實務（第二輯）*，2000 年 8 月，108-109 頁。

段」），可以轉換為「採取對公益或國家資源損害最小的方式」。¹⁷

然而，何種行政處分對公益或國家資源損害最小？是否適合由法院來判斷？而且進一步言，在狹義比例原則的法益衡量上，個人的經濟社會權利因為實現而獲得的「利益」，如何與國家資源遭受的「損害」進行權衡？固然，在限制自由權時，狹義比例原則所欲衡量者是個人因自由權受限所蒙受之損害，以及預期可保障之公共利益，二者同樣抽象而難確定。但是國家資源是否因為單一個人或數人的經濟社會權利而蒙受損害，恐怕更難計算。如果法院在無法判斷時，認定國家遭受的「損害」甚大（如預算赤字），那麼經濟社會權利的實踐就會受到嚴格的限制。如果認為國家遭受的「損害」不大，經濟社會權利勝出，行政機關未來為避免敗訴，可能會製造更多預算假象。法院在經濟社會權利案件上操作狹義比例原則，不但難以進行公共利益的權衡，也可能造成政策扭曲的後果，其困難可見一斑。

參、經濟社會權利的司法審查：比較行政法的視野

關於經濟社會權利是否可以適用比例原則審查，傳統見解認為經濟社會權利多半不屬於主觀公權利，因此不具有可裁判性，此一見解已經在不少國家受到挑戰。如前所述，目前有關可裁判性的論辯應該已經較有定論，多數傾向於可以受到司法審查。但根本問題仍在於經濟社會權利的內容和性質為何，應該如何進行審查。透

過比較行政法的研究，學者歸納各國法院對於經濟社會權的定位和審查模式，大略可以分為三種：最低需求（minimum core）、合理性（reasonableness）和條件式審查（conditional review）。一般來說，最低需求的討論較偏向前揭德國聯邦最高法院的 Hartz IV 判決，合理性審查則為南非憲法法院所發展出來的模式，晚近有學者基於印度最高法院的判決，進一步提出條件式審查的模式。¹⁸以下分別說明。¹⁹

一、最低需求（minimum core）

此一模式的起源為聯合國經社文委員會（United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights）對於經社文公約的解釋基準。²⁰最常遭遇的問題就是不同國家的最低需求是否一樣？最低需求是「脈絡依從」（context-sensitive），抑或「脈絡中立」（context neutral）的概念？此外，誰來決定「最低需求」？²¹

17 蔡茂寅，*比例原則在授益行政領域之適用*，*月旦法學雜誌*，35 期，1998 年 3 月，26-27 頁。

18 Mahav Khosla (2010), *Making Social Rights Conditional: Lessons from India*, *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW*, Vol. 8, No. 4, pp. 739-765.

19 關於比較法上的不同審查模式，請參考陳冠璋，同註 2，197-218 頁。陳冠璋另外針對日本最高裁判所針對老年津貼廢止的判決，提出「行政裁量判斷過程」審查模式，且將「最低需求」歸類為「正當立法程序」審查模式，而進一步將兩者統括為「決策程序審查模式」。

20 See U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], *Comm. On Econ., Soc. & Cultural Rights, Report on the Fifth Session, Supp. No. 3, Annex III*, ¶ 10, U.N. Doc. E/1991/23 (1991) [*General Comment No. 3*].

21 Katharine Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights*, 33 *YALE J. INTL. LAW* 113, at 114-115 (2008).

德國聯邦憲法法院在 2010 年作成的「赫茲法案 IV」(Hartz IV)²² 表示,「最低生存保障」為人民的基本權利,其憲法基礎來自人性尊嚴條款和社會國原則,而「此項憲法上給付請求權之內容涵蓋滿足無法自立生活者之最低生理需求,包括食物、衣服、居住、衛生、健康等,也保障其社會、文化與政治參與所需之最低物質基礎」。²³ 至於如何具體化,法院尊重立法者的形成自由。但是「立法者必須以透明、合理之程序,採用可信之數據及計算方式,符合實際狀況地去調查所有維持最低生存必需的支出」。因此,在採取「最低生存保障」時,聯邦憲法法院增加的是「課予立法者說理義務」,釋憲者掌握的是程序面的公開和調查要求,沒有直接涉入最低生存保障權利的具體內涵。

德國聯邦憲法法院針對「最低生存保障」提出的程序導向審查模式,已經超越了學者歸納的三種「最低需求」(minimum core) 的解釋:本質型(essence)、共識型(consensus)、義務型(obligation)。²⁴ 程序型「最低需求」審查的優點是讓行政機關保有可以彈性調整的空間,但也透過法院課予行政機關詳細說理的義務,不至於讓法院陷於無法決定究竟「最低」是多低。事實上,這正是始終困擾「最低需求」路徑的主要問題:從權利主張人的角度來看,基本核心永遠都被侵犯;但是從政府施政的角度來看,問題在於基本核心的範圍究竟有多大。²⁵

二、合理性 (reasonableness) 審查²⁶

合理性審查模式的代表是南非憲法法院。在 *Grootboom*²⁷ 和 *Treatment Action Campaign*²⁸ 案中,原告和法庭之友 (amici curiae) 均主張憲法法院應該以採取最低需求為審查基準。²⁹ 在 *Grootboom*, 原告主張南非憲法第 28 條第 (1) (c) 款明訂每個兒童都有權利獲得基本的營養、住居、基本的健康照護和社會服務,因而創造了特定的權利核心,政府有義務予以實踐。在 *Treatment Action Campaign* 一案中,原告亦主張根據憲法第 27 條第 (1) 款所有國民均有權接受健康照護服務,每個國民

22 BverfGE 125, 175; Vgl. Spellbrink, Zur Zukunft der pauschalierten Leistungsgewährung im SGB II nach der Entscheidung des BVerfGE vom 9. Februar 2010, Sozialrecht aktuell 2010, S. 88 (88ff.) 此處有關「赫茲法案」判決的說明,參考孫迺翔,同註 2, 488-493 頁。

23 參見孫迺翔,同註 2, 489 頁。

24 Katharine G. Young, supra note 15, pp. 126-174.

25 Xenophon Contiades & Alkmene Fotiadou (2012), *Social Rights in the Age of Proportionality: Global economic crisis and constitutional limitation*, INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW, 668.

26 南非憲法法院在 2010 年作成的 *Joseph v. City of Johannesburg* 判決中,採取另外一種路徑,強調程序正義(或正當程序)的重要性,也藉此擴大當事人適格的範圍。請參見 Cheng-Yi Huang (2017), *Judicial Deference to Agency's Discretion in New Democracies: Observations on Constitutional Decisions in Poland, Taiwan, and South Africa*, in Susan Rose-Ackerman et al., (eds.) *Comparative Administrative Law* (Second Edition), p.490. 中文說明可參見陳冠璋,同註 2, 206-8 頁。

27 *Grootboom v Oostenberg Municipality 2000 (3) BCLR 277 (C)*. 此一判決的部分中譯請參見奧比·薩克思,斷臂上的花朵,2013 年 11 月,197-199 頁。

28 *Treatment Action Campaign v Minister of Health 2002 (4) BCLR 356 (T)*.

29 Sandra Liebenberg (2010), *Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution*, Juta, 148.

均得享有 (entitled) 足以成為有尊嚴之人所必須的基本健康照護,在此最低限度之上,國家有義務在有限資源下採取合理措施以完整實現憲法的誠命。

然而南非憲法法院拒絕此種主張,認為經濟社會權利是脈絡性權利 (rights in varying contexts), 不同的社群和不同的地區將會有不同的標準,很難有全國一致的核心給付範圍。³⁰ 同時法院也欠缺足夠的資訊可以用來判斷究竟最低限度的內涵是多少。³¹ 而且法院在制度功能上,也無法盡其可能地調查各種事實資訊以及代替政治人物去決定其政治責任多寡。從務實的角度來看,所謂最低限度的需求加總後可能對國家是一大負擔,尤其在財務狀況並非特別好的國家(或是金融風暴後、物價逐漸攀升,國民平均所得被稀釋、財政收入欠佳),國家不可能在各個領域「立即」滿足所有的基本服務。³²

南非憲法法院採用的是「合理性」(reasonableness) 審查模式,亦即法院審查的重點在於政府所採取的措施是否合理可達成憲法所要求的目標。換言之,在合理性審查時,重點不在於是否滿足了最低需求,而是此一行政措施是否可以合理期待有助於經濟社會權利的實踐 (capable of facilitating the realization of the right)。³³ 而是否合理,也牽涉到南非憲法第 33 條的行政正義 (administrative justice) 條款。

南非之「行政正義」(administrative justice) 除了已經明載於憲法條文中,更具體化為〈行政正義促進法〉(Promo-

tion for Administrative Justice Act, PAJA)。因此,學者對於行政正義的研究,多半同時包含此二部分。³⁴ 南非憲法第 33 條第 (1) 款規定「所有國民均有權利請求合法、合理及程序公平的行政行為。」³⁵ 而〈行政正義促進法〉第 6 條第 (2) (h) 項更是將英國判例法上著名的判決 *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation*³⁶ (下稱「溫斯伯理不合理性」) 納為具體條文。該條規定:「行政機關行使權力或依法律授權行使特定職權時,其判斷不合理,以致於沒有任何具有合理判斷能力的人會以同樣方式行使權力或職權」,此種不合理之行政行為法院應予撤銷。³⁷

英國法上「溫斯伯理不合理性」(*Wednesbury Unreasonableness*)³⁸ 的

30 *Grootboom* para 33.

31 “[This court] did not have sufficient information to enable it to determine what would comprise the minimum core obligation in the context of our Constitution.” *Ibid.*, para 31.

32 *Treatment Action Campaign*, para 32.

33 *Grootboom* para 41.

34 Hugh Corder, 1996. *Administrative Justice*, in Dawid van Wyk et al. eds., *RIGHTS AND CONSTITUTIONALISM: THE NEW SOUTH AFRICAN LEGAL ORDER*, New York: Oxford University Press. Dennis M. Davis, 2008. *To Defer and then When? Administrative Law and Constitutional Democracy*, COMPARING ADMINISTRATIVE JUSTICE ACROSS THE COMMONWEALTH, Cape Town: Juta.

35 “Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair.”

36 [1948] 1 KB 223.

37 “[T]he exercise of the power or the performance of the function authorised by the empowering provision, in pursuance of which the administrative action was purportedly taken, is so unreasonable that no reasonable person could have so exercised the power or performed the function.”

38 中文介紹請參見何海波,來自溫斯伯理原則的告誡,實質法治:尋求行政判決的合法性,2009 年 10 月,

具體操作模式向來頗滋爭議。為了避免法官僅憑自己的主觀見解，認定行政行為已經違反一般正常理性人的合理判斷，通常受英國判例法傳統影響的法院在進行此等審查時會再三強調司法自制 (judicial restraint) 的重要性。³⁹

然而，在經濟社會權利的審查上，如果法院太過消極，恐怕又將讓經濟社會權利的實現完全委諸行政機關的判斷。因此南非憲法法院在 *Grootboom* 案中即明白表示，人性尊嚴的考量絕對必須和合理性審查結合在一起：「在評價政府行為是否符合合理性要求時，身而為人的固有尊嚴是非常重要的基本考量。如果不考慮人性尊嚴的憲法價值，則憲法恐怕比一張紙還更沒有意義。因此，一般而言，被告有權要求合理的行政行為，但特別要注意人性尊嚴的實現。」⁴⁰

具體來說，南非憲法法院強調在審查合理性時，必須考量：如果拒絕當事人的請求，其影響範圍和程度有多大？是否會影響到最迫切需要社經資源的社群？是否已經提供最迫切需要的人暫時性的協助？此一措施是否有助於未來相關經濟社會權利的實踐？⁴¹ 但相較於德國聯邦憲法法院的「最低生存保障」審查，南非憲法法院的「合理性審查」標準較為浮動。其優點是法官可以在個案中針對不同脈絡調整出適合的審查標準，但是缺點也是在於這種逐案審定 (*ad hoc*) 的審查標準可能造成當事人無所預期。倘若沒有適當搭配司法自制原則，合理性審查恐怕將造成法院無形的擴權。⁴²

三、「條件式權利」(conditional rights) 審查

印度憲法學者 Madhav Khosla 指出，無論是「最低需求」模式或「合理審查」模式，都是屬於體系性的權利保障審查 (systemic rights protection)。⁴³ 但是，經濟社會權利的性質，不見得必然是「體系性權利」。印度最高法院在 *Olga Tellis* 判決中⁴⁴，業已將經濟社會權利解釋為條件式權利。*Olga Tellis* 一案涉及到居住在人行道上的遊民是否能夠主張生存權，以避免遭受驅趕和拆遷？原告依據印度憲法第 19 條第 (1) (e) 款「人民有選擇在國內

334-338 頁。英國法上的討論參見 Timothy Endicott (2009), *ADMINISTRATIVE LAW*, Oxford University Press, pp. 228-234. 關於南非民主化之前行政法上有關 *Wednesbury* 不合理性審查的問題，請參見 Lawrence Baxter (1984), *Administrative Law*, Cape Town: Jua & Co., pp. 306-308.

39 如南非憲法法院在 *Grootboom* 判決中所論，「A court considering reasonableness will not enquire whether other more desirable or favourable measures could have been adopted, or whether public money could have been better spent. The question would be whether the measures that have been adopted are reasonable. It is necessary to recognize that a wide range of possible measures could be adopted by the state to meet its obligations. Many of these would meet the requirement of reasonableness. Once it is shown that the measures do so, this requirement is met.” *Grootboom* at para 41.

40 *Grootboom*, para 83. 陳冠璋即認為南非憲法法院在 *Grootboom* 判決中並沒有採取 *Wednesbury* 不合理性審查，也沒有採取比例原則審查。參見陳冠璋，同註 2，206 頁。

41 Sandra Liebenberg, *supra* note 15, pp. 152-153.

42 Mendes, Conrado Hübner, *Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers* 3 (June 1, 2011). *LEGISPRUDENCE*, Vol. 5, No. 1, pp. 1-40, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1911852> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911852>

43 Madhav Khosla, *supra* note 13, p. 741.

44 *Olga Tellis v Bombay Municipal Corporation*, (1985) 3 S.C.C. 545.

任何處所居住的自由」，主張孟買市政府不能任意驅趕遊民。孟買市政府則認為憲法並未保障人民可以任意「居住」在非其所有的公共空間如街道，市政府也有責任必須維持公共空間的秩序。市政府同意原告主張政府應該提供基本的工作機會和居住，但是限於嚴重的財政拘限，尚無法滿足所有市民的需求。

不過，印度最高法院並沒有從原告所主張的「居住自由」來進行論證。該院從印度憲法第 21 條生存權 (right to life) 的範圍討論該項權利應該也包括「生活住居」的權利 (right to livelihood)。但生活住居權利並非絕對，印度最高法院認為「沒有人有權將公有地挪作私用」。該院更認為，人行道上的遊民以為自己已在其上已搭建房舍即可獲得生存權的保障，更是大謬不然。⁴⁵ 但是，印度最高法院認為孟買市政府在拆遷前應該事先公告，並且提供遊民足夠的時間進行搬遷。換言之，印度最高法院在 *Olga Tellis* 判決中，並未考量市府拆遷的行為是否侵害遊民的「最低需求」，也並未審酌市府拆遷行為的合理性，而是要求拆遷過程必須符合程序正義，否則市政府就有安置義務 (access to shelter)。

在案情類似的 *Ahmedabad Municipal Corporation* 判決中⁴⁶，印度最高法院同樣面對一群在街道上自行搭建貧民社區的居民，而且隨著時間遞嬗，住戶越來越多。延續 *Olga Tellis*，法院審酌的重點在於：在強制拆遷前，市政府是否提供替代方案給當地居民？印度最高法院指出，法官無

權指揮市政府應該如何進行拆遷，或如何設計補償方案，但是在該地居住相當時間以上之居民 (僅限於原始取得人，排除轉售的後手) 應該有機會參與市政府所提供的替代方案。法院無法確保是否每一位居民都可以獲得替代的住宅，但是至少他們應該都要有機會參與到替代方案的分配過程。至於獲配條件應由市政府來決定。⁴⁷ 此即印度最高法院針對經濟社會權利發展出來的條件式權利 (conditional rights) 審查。

印度裔學者 Madhav Khosla 認為條件式的經濟社會權利可以超越「權利／補償」的思考模式，因為在很多情況下，法院無法給予當事人任何補償，但是即便如此法院仍可以透過條件設定，要求行政機關儘可能協助當事人順利搬遷或減少損害。條件的設定也具有特定的表意功能 (expressive function)，表現出法院重視憲法所保障的經濟社會權利，並盡力使此等基本權利獲得實現。⁴⁸

肆、我國行政法院審查模式的再檢討

一、權利與法院：司法審查基礎的正當性基礎

如各國學者所指出，「最低需求」的

45 *Olga Tellis*, at 579.

46 *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan*. (1997) 11 S.C.C. 121.

47 *Ibid.*, at 143.

48 Madhav Khosla, *supra* note 13, pp. 758-763.

審查模式有許多困難。而「條件式權利」或「正當程序」的審查模式並未實質觸及經濟社會權利的內涵，僅以程序的手段提供暫時性的解決方案。而南非憲法法院發展出來的「合理性」審查模式，雖然審查標準逐案決定，但有不少學者譽為創新的司法審查途徑。美國學者 Cass R. Sunstein 即指此一途徑為「經濟社會權利的行政法模式」(administrative law model of socioeconomic rights)。⁴⁹ 而 Mark Tushnet 認為 *Grootboom* 和 *Treatment Action Campaign* 所展現出來的司法審查模式正好符合他所稱在「弱司法審查」(weak review) 模式下的經濟社會權利保障。⁵⁰

在 Mark Tushnet 眼中看來，「司法審查的弱模式」(weak-form of judicial review) 相較於強模式的司法審查更能夠滿足民主社會中保障社會福利的目的。所謂弱模式的司法審查即指立法機關可以透過立法的方式推翻司法判決的內容。相較於此，強模式則指司法機關的判決有最終性 (finality)。Tushnet 認為強模式司法有二個問題：一者，在執行上司法機關很難徹底監督判決是否確實執行，欠缺人力也沒有相關專業知識；二者，強司法向來就有反民主多數決的特性 (counter-majoritarian)。這二點反映在經濟社會權利的實現上，特別明顯。因此 Tushnet 主張，經濟社會權利是實質的權利 (substantive rights)，具有相當強烈的法律效果，在執行上必須配合弱模式的司法審查，可以讓更多的民主討論進

到經濟社會權利的範疇。一方面這可以確保當代民主社會允許「合理的不同意見」(reasonable disagreement)，二方面也可以讓司法的反多數決性格獲得稀釋。Tushnet 從比較憲法的角度，分別討論了英國、加拿大、紐西蘭、南非等普通法系國家在人權憲章 (the Bill of Rights) 的實踐上，都是採取弱模式的司法審查，而且也並未造成經濟社會權保障的落空。

類似的看法亦可見於波蘭裔澳洲學者 Wojciech Sadurski 分析東歐民主化後，法院對於經濟社會權利案件的審查。⁵¹ Sadurski 指出此一區域的新興民主國家都對司法權有莫大的期待，造成司法權本身也容易自我膨脹，涉入原非司法權可以專擅的領域，而侵奪政治部門的決策空間。在經濟社會權利的部分，Sadurski 認為東歐許多憲法法院已經實質地取代政治部門在作社會福利或經濟改革的政策，成為最終的政策決策者。⁵² 他從民主與權力分立的角度來看，認為司法權過於積極，將造成兩大問題：第一、人民對於政治的參與感會降低；第二、政治部門對於政策或立

49 Cass Sunstein (2001), *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*, in *DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO*, p. 231, Oxford University Press.

50 Mark Tushnet (2008), *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, Princeton University Press, 227-264.

51 Wojciech Sadurski (2005), *RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE*, Dordrecht, Netherland: Springer.

52 *Id.*, pp. 191-193.

法的態度會變得更消極，因為最後仍不確定法院是否同意其政策。

二、經濟社會權利的司法審查模式：比例原則

如果著眼於法院的制度功能限制，合理性審查所代表的行政法模式，似乎彈性較佳，且可以切入實質審查的部分，較為可採。但是英國行政法傳統下的溫斯伯理不合理性審查有極高的不確定性，近年來受到歐洲人權法院倡導比例原則的影響，比例原則在英國或其他國家如南非、加拿大、以色列，逐漸取代溫斯伯理不合理性，成為行政行為合理性審查的主要模式。⁵³ 有論者認為，比例原則雖然向來適用在自由權的部分，用以限制立法行為對於自由權的限制或侵害，但是亦可適用於具有積極給付功能的經濟社會權利。⁵⁴ 這一派學者認為，在經濟社會權利領域，比例原則可以作為衡平不同利益的工具，促進不同權力部門間的對話。而且由於比例原則必須進行實際的利益權衡，更可以促進經濟社會權利實質內容的具體化 (substance-generating, concretizing their content)，⁵⁵ 相較於溫斯伯理不合理性審查，比例原則的審查結構更為縝密，可以提供逐層的次原則讓法官證成其判決的合理性。

向來關於比例原則不適用於經濟社會權利的看法，大略可以分為下列三類：

(一) 比例原則的審查原係針對自由權的限制，經濟社會權利屬於積極給付請求的權利，行政行為若拒絕給付之請求，並

未對其權利造成任何限制。

(二) 對自由權的限制，其損害若非已經發生就是可以確定；但是經濟社會權利的給付拒絕，究竟將造成何種損害，仍屬難以確定，除非採取「最低需求」的審查模式，或許可以透過比較的方式確定損害範圍，否則無法進行利益衡量。

(三) 比例原則的審查強度太大，將使行政機關的裁量空間嚴重萎縮。

關於第一點，事實上，已經有不少學說指出比例原則並非僅限於消極的政治權利，亦可適用於積極的經濟社會權利。美國學者 Stephen Holmes 和 Cass R. Sunstein 即在 *THE COST OF RIGHTS* (1999) 一書中，從成本效益分析的角度分析基本權利在執行時會付出的預算成本 (包括增加人力或興建法院) 和社會成本。他們認為所有的權利 (不論是積極性權利或消極性權利) 都是需要執行成本的，而這些成本將由社會成員集體負擔。⁵⁶ 由此而觀，比例原則所欲進行的利益衡量，並沒有積極權利或消極權利的區別，因為從社會整體成本來看，行政機關是否採取一定作為，都可以用成本的概念來理解，從而得以進行利益衡量。此說接近前述蔡

53 Paul Craig, *Proportionality, Rationality and Review*, (2010) *NEW ZEALAND LAW REVIEW* 265.

54 Xenophon Contiades & Alkmene Fotiadou (2012), *Social Rights in the Age of Proportionality: Global economic crisis and constitutional limitation*, *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW*.

55 *Id.*, pp. 669-670.

56 Stephen Holmes and Cass R. Sunstein (1999), *THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES*. New York: W. W. Norton & Company.

茂寅教授關於「最小侵害手段」運用到經濟社會權利的建議，以社會總體利益為侵害的衡量對象。這種整體社會成本的說法，亦將公共特質（public character）帶入經濟社會權利，透過對於這些權利的安排及執行，社會大多數成員肯認弱勢社群（disadvantaged group）的需求，願意以公共支出（public expenditure）來實踐經濟社會權利，以保障這些特定社群的利益。Holmes 和 Sunstein 將這種功能稱為「包容政治」（politics of inclusion）的展現。這也是一種相當重要的公共利益。⁵⁷

第二點，究竟經濟社會權利的給付請求遭行政機關拒絕時，會產生如何具體的損害？事實上，如前面所舉二則行政法院判決，身心障礙者 A 將損失每月津貼，學生 B 則損失學雜費補助。但是，拒絕給付時，所欲保存的利益就不容易看得出來。前揭判決所謂「政府資源有限，無法滿足所有民眾」，並非一種可以確定的法益。如果在身心障礙者津貼判決中，運用比例原則進行審查，法院可能必須考慮：（一）適當性：設籍限制的行政規則是否可以達成〈身心障礙者保護法〉的立法目的？（二）必要性：設籍限制是否為達成前揭立法目的的最小侵害手段？是否有其他可資選擇的行政措施？（三）狹義比例性：設籍限制所欲保障之法益與其所侵害的法益，是否合乎比例？

其實在進行適當性審查時，就會連帶審查設籍限制的規範目的是否合法，亦即在三階層結構之上，在邏輯推演上必然蘊含了規範目的審查作為第一階的前提。設

籍限制最主要的考量在於市政府預算有限，如果其他各縣市居民也可以來申請台北市政府的殘障津貼，台北市政府將無法確保其市民的優先受給。或許這可以滿足適當性的要求，但是在直接拒絕給付之外，是否還有其他選擇手段？比如說，主動將外縣市居民的津貼需求轉至各該相關縣市？或是以預告的方式，催請當事人自行移轉到戶籍登記地縣市政府？畢竟身心障礙者保護法第 38 條（現為身心障礙者權益保障法第 71 條）的立法目的就在於避免因為行政作業銜接不及，造成當事人的社會保障出現落差。

而在狹義比例性的部分，設籍限制欲保障台北市身心障礙者獲得給付的利益，但也造成因為戶籍轉換而無法順利銜接的人民其利益受損。事實上，這種比較可以導入以色列最高法院前院長 Aharon Barak 所倡導的「社會邊際重要性」（marginal social importance）理論。亦即設籍限制所能代表的「社會邊際重要性」（即比較此規範「存在前」和「存在後」所得之公共利益；並非單純檢視此規範的公共利益）倘若越高，則其被證立的可能性也越高。⁵⁸在殘障津貼的案例中，設籍限制存在前和

57 Id., p. 220.

58 Barak 仍以對權利的限制說明其邊際比較的概念：“the higher the social importance of preventing the marginal harm to the constitutional right at issue and the higher the probability of such an additional marginal harm occurring, then the marginal benefit created by the limiting law – either to the public importance and more urgent and the probability of its realization should be higher.” Aharon Barak (2012), *PROPORTIONALITY: CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS*, trans. by Doron Kalir, Cambridge University Press, p. 363.

存在後的公共利益必須要由被告市政府明確提出資料，否則法院無法進行實際的衡量。一旦行政機關提出資料後，法院可以更精確地知道行政機關所謂的「預算有限性」是否僅為藉口。而且此一比較亦可和「必要性」審查的其他替代方案進行比較。換言之，在行政機關沒有提出任何政策判斷的資料，僅憑空泛的「預算有限」就要法院尊重行政機關的差別待遇，恐怕於社會安全制度的立法目的有所虧欠。

結合了「社會邊際重要性」和比例原則，相當程度亦將經濟社會權利案件的審查模式往德國聯邦憲法法院的最低生存保障模式推進，透過利益衡量迫使行政機關提出更多的資料與評估，來證成「必要性」的替代方案是否存在。由此可知，比例原則在經濟社會權利案件的運用，可以間接強化行政機關的正當行政程序。透過比例原則的審查，法院可以要求行政機關提出適足的資料佐證其決定的確可以創造更大的社會邊際利益。否則，無法通過比例原則和正當行政程序之審查。這將比弱模式的司法審查較為有力，但亦不至於取代理行政機關做出政策判斷與資源分配。

台北高等行政法院 97 年度簡字第 772 號判決即充分展現了比例原則可以運用到經濟社會權利案件的審查操作方式。該判決之事實為台北縣民 C 因為申請老人生活津貼前一年在台灣居住時間未滿 183 日（〈中低收入老人生活津貼發給辦法〉第二條第一項第一款規定），所以被要求繳回溢領的生活津貼。然而 C 主張，其於 2007 年 9 月 12 日入境，2008 年 1 月 1 日

起請領老人津貼，此間已達 111 日，而至 2008 年 3 月即滿 183 日。但縣政府卻認為該辦法所稱「近一年」係指前一年度，並非從請領日開始往前回溯之一年內，因此認定其不具有請領資格，應繳回一到六月的老人津貼（註銷資格時間為七月一日）。如按 C 之主張，他應於 2008 年 3 月 1 日起即可請領老人津貼，因此只需返還一月和二月的津貼即可。而縣政府五、六月均未發給，應該和其一、二月份津貼互相抵銷，因此三、四月份老人津貼不需返還。

法院於該判決中首先從體系性解釋認為依據〈台北縣中低收入老人生活津貼審核作業規定〉，對於為提出申請之老人，行政機關尚有主動協助申請之義務，對於發現計算錯誤即撤銷全部核定，並命返還全部核發之金額，顯有裁量違法。台北高等行政法院的劉穎怡法官從老人福利法的立法目的來論證「居住需滿 183 日」的限制應已符合適當性的要求。但是，「雖有部分……未符規定，然與其嗣後符合申領規定部分並非不可區分，被告（縣政府）如採取將部分違法核定撤銷之方式，就老人福利法立法目的之達成並無妨礙，且就原告之權益損害亦較少」。法官認為此一處分無法通過必要性（最小侵害手段）的檢驗，因此有違行政程序法第七條揭示之比例原則。

此一判決充分證明比例原則並非無法適用於經濟社會權利案件的審查上，而且藉助於必要性審查的替代方案，可以督促行政機關於作成社會給付請求之決定前，進行更周詳的替代方案比較，藉以保障經

濟社會權利的落實。此一判決與大法官在釋字第 766 號解釋中，採取比例原則的狹義比例性的審查（所受損害和所追求利益顯失均衡），同樣證明了經濟社會權利案件並非不能進行比例原則的審查。⁵⁹ 本文認為，在實務運作上，狹義比例性的操作有一定困難，若採取前述 Aharon Barak 所建議的「社會邊際重要性」理論，結合必要性審查的替代方案，或可避免以行政法院或大法官的心證決定一切。（另外一個選擇就是要求行政機關進行詳細的成本效益分析，但這個要求對台灣當前的公共行政部門有一定困難，留待日後詳論。）行政法院在審查經濟社會權利案件時，若能將重點置於規範目的是否合法、手段是否有助於目的之實現、要求行政機關提出替代方案的邊際效益分析，輔以正當行政程序的確保，就不一定拘泥於狹義比例性的衡平檢驗，可強化經濟社會權利在個案中得以實現。

伍、結語

經濟社會權利是否可以透過司法爭訟途徑而加以實現，亦即憲法學理上所稱「經濟社會權利之可裁判性」（*justiciability of socio-economic rights*），過去二十年來在各國憲法學界引起廣泛的討論。德國憲法理論過去認為只有消極權利（主要為財產權和各種自由權）才能主張司法救濟保障，屬於第二代人權的經濟社會權利基本上被當作是一種「憲法委託」的誠命，不屬於具有訴訟救濟效果的「主觀公權利」（*subjektiv-*

oeffentliche Rechte）。然而，隨著國家任務的日益複雜，社會經濟生活的範圍也遠遠超過過去所想像，經濟社會權利如果不能透過司法救濟管道加以落實，終將使這些規定淪為具文，有虧於制憲者保障人民社會經濟生活的意旨。在此同時，1990 年代開始，許多新興民主國家也在新憲法中採納了經濟社會權利的規定，這些規定是否能夠有效運作，進而改善新興民主國家窘迫的社會環境與經濟發展條件，各國司法部門也扮演了決定性的角色。在某些東歐後共國家如匈牙利，憲法法院對於經濟社會權利的堅持，受到過去社會主義的歷史因素影響，甚至超越了對於經濟轉型的迫切需求。最著名的案例即匈牙利憲法法院於 1995 年將國會通過的財政減縮法案（*Bokros Package*）宣告違憲，因為該法案造成各種社會福利包括家庭照護、教育補貼或病（產）假等預算大幅縮水。匈牙利憲法法院不顧國際貨幣基金（IMF）的警告，在國家財政已經瀕臨破產的邊緣，要求政府繼續推動先前的福利政策，導致財政部長憤而辭職下台。

經濟社會權利不僅在新興民主國家廣受矚目，近年來，受到全球金融海嘯、新冠肺炎等的全面性影響，已發展國家亦需面對嚴峻的經濟問題，諸如物價高漲、失業率攀高、貧富差距拉大以及社會安全機

59 湯德宗大法官在其部分協同意見書中認為釋字第 766 號解釋的審查只需停留在「目的合憲性」的審查即為已足，不需進入手段與目的關聯性的檢驗，亦即「於採取『較為嚴格之審查』（俗稱『中標』）」時，本院尚無須進行『狹義比例原則』之檢驗。

制瀕臨破產等，社會上階級不平等的情形亦日漸加劇。如何一方面改革金融制度、重新整頓經濟市場，同時另一方面又能確保人民的生活品質和社會福利不致大幅縮水，皆有賴於政府的積極行政管制措施。換言之，無論是總體經濟的政策轉型，或是經濟社會權利的貫徹，都必須仰賴行政機關的行政行為來完成。因此，行政行為的合法性常常也變成經濟社會權利與國家預算排序交鋒的戰場。比如為了推動新的能源政策，提高國家在國際能源市場上的經濟競爭力，因此透過行政措施扶植再生能源產業，但卻因此不利於傳統發電廠，甚而導致關廠裁員，使許多勞工失業。受影響的工廠或人民如果提起訴訟，可能不會針對經濟社會權利，反而比較容易針對行政行為（亦即「行政機關對再生能源的經濟補貼措施是否具有合法性」）而提起。這一方面可以迴避個別經濟社會權利是否可裁判化的問題，在訴訟實務上較易操作。二方面，在行政行為合法性的審查過程中，法院又不可迴避地必須納入憲法上的利益衡量（如市場經濟下的工作權保障或營業自由等），以確定行政行為是否符合法律授權之目的或是否逾越法律授權之範圍，乃至於是否已經違反憲法保障生存權的意旨，進行違憲審查。因此，從這些新興民主國家的經驗來看，經濟社會權利的保障常與行政行為合法性的審查結合在一起，提供法院介入政策制定場域的槓桿支點，在憲法訴訟或憲法解釋的過程當中，重新引導政府的經濟政策或社會福利政策往不同方向發展。這種現象近來不只

出現在新興民主國家，甚至於歐洲老牌民主國家如法國或英國亦可見，學理上稱為「公共治理的司法化」（*judicialization of governance*）。

本文透過幾則行政法院判決的案例檢討，結合比較行政法的分析，認為行政法院應該儘速揚棄過去「只要有民意機關通過的預算為依據，就沒有合法性的疑慮」的見解，譬如最高行政法院曾於 97 年度判字第 833 號判決中認為「以自有財源編列預算和給身心障礙者津貼之給付行政措施」，考量到台北市的福利資源有限，「為使資源有效配置，在分配上優先考量長期設籍並實際居住台北市市民為補助對象」並非法所不許，即忽略在給付行政領域亦有依法行政原則的適用。⁶⁰ 進一步，本文主張行政法院應充分運用比例原則於經濟社會權利案件的審查上，透過比例原則的檢驗，要求行政機關在涉及經濟社會權利的行政行為上進行更謹慎周延的論理和建立證據，滿足正當行政程序的要求，避免以「預算有限性」讓經濟社會權利的保障落空。



60 最高行政法院 97 年度判字第 833 號判決（2008/09/11）。