

釋字第 766 號解釋部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號解釋認依民國 100 年 6 月 29 日修正公布之國民年金法第 18 條之 1（104 年 12 月 30 日修正公布改列為同條第 1 項）規定（下稱系爭規定），就 105 年 2 月 29 日以前發生死亡事故者，限制以遺屬提出申請且符合條件之當月為領取遺屬年金之始點部分，應自本解釋公布之日起不再適用，並其遺屬得準用國民年金法第 18 條之 1 第 2 項規定，申請保險人依法追溯補給尚未罹於同法第 28 條所定 5 年時效之遺屬年金。此關於遺屬年金之追溯補給之結論，可資贊同。惟本號解釋認為系爭規定「不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障財產權及生存權之意旨有違」之見解，仍有商榷之餘地，爰提出部分協同意見如下：

一、遺屬年金給付在國民年金制度中之定位

本件原因案件涉及聲請人之配偶於 97 年 10 月 1 日加入國民年金保險而成為被保險人，99 年 6 月 23 日死亡。聲請人依國民年金法第 39 條規定，向國民年金保險之保險人勞動部勞工保險局（103 年 2 月 17 日改制前為勞工保險局）馬公勞保站（下稱勞保局）申請國民年金保險之喪葬給付。嗣於 101 年 1 月 30 日始申請發給遺屬年金，勞保局則核定其僅得自 101 年 1 月（即聲請人申請當月）起按月發給新臺幣（下同）3,500 元之遺屬年金，聲請人不服前述核定處分，認其遺屬年金應溯自 99 年 7 月起算，自符合申請條件時發給，勞保局應補發 99 年 7 月至 100 年 12 月止 18 個月每月 3,000 元之遺屬年金，共計 5 萬 4,000 元。從上述案件事實可

見，本原因案件涉及國民年金保險之喪葬給付及遺屬年金，其中爭議在於遺屬年金因系爭規定未如勞工保險條例第 65 條之 1 明定得以追溯補給，聲請人認有違憲疑義，對於國民年金法有關喪葬給付部分，則無爭執。上開爭議，就遺屬年金之性質，應先予探究，始得正解。

立法院參酌國情及先進國家年金制度實施經驗，於 96 年 7 月 20 日，三讀通過「國民年金法」，並自 97 年 10 月 1 日開始施行。國民年金制度採社會保險方式辦理，由中央主管機關委託勞工保險局辦理，並為保險人。國民年金提供「老年年金」、「身心障礙年金」、「遺屬年金」三大年金給付保障，及「生育給付」、「喪葬給付」二種一次性給付保障。被保險人如按時繳納保險費，在生育、遭遇重度以上身心障礙或死亡事故，或年滿 65 歲時，即得依規定請領相關年金給付，有係持續性之定期性給付，亦有屬於一次性給付，以保障本人或其遺屬之基本經濟生活。又我國國民年金係屬社會保險性質，有關保險費之負擔，被保險人除符合社會救助法規定之低收入戶、所得未達一定標準者或符合法定身心障礙資格領有證明者，可能免除保險費負擔之情形外，其餘被保險人自付百分之六十，中央主管機關負擔百分之四十。（國民年金法第 13 條參照）是原則上被保險人需負擔繳納一定保險費¹。另從國民年金開辦之時程觀之，於開辦

¹ 我國國民年金雖屬強制性質，但國民年金法對於未繳費者無強制收費之罰責機制。儘管 2008 年 4 月 22 日已訂定「國民年金保險保險費與利息分期及延期繳納辦法」（台內社字第 0970063300 號）（按：因應政府組織改造，於 102 年 7 月 23 日內政部原有社會福利、社會救助、社會保險等業務已移撥至衛生福利部，該辦法於 102 年 7 月 23 日亦移列衛生福利部），但未繳費者的年金權益若不足以維持老年或身心障礙後的生活，則仍是社會的共同負擔。故有

之初即有遺屬年金給付制度之設計及請領規定。²再就請領遺屬年金給付而言，其請領條件，包括於參加國民年金保險期間死亡、或領取身心障礙或老年年金給付期間死亡，或年滿 65 歲未及請領老年年金給付前死亡，僅符合上述任一種情形，遺屬即可請領。領取老年基本保證年金³者死亡，其遺屬不得請領遺屬年金給付。

被保險人如遺有符合一定請領條件之「當序遺屬」（即最前面順位之遺屬，例如第一順位之配偶及子女），得請領遺屬年金給付。但如有前順位之遺屬存在（不論是否具備請領條件或放棄請領），後順位的遺屬就不得請領遺屬年金。

建議其宜預為規劃對策，如籌設慈善基金，供作代為繳費之用。我國之國民年金保險採柔性強制，對於不繳保險費者，除予以催繳並加計利息外，並不處以罰則。如何提高保險之繳費率，將是未來國民年金保險之重大課題。另比較鄰近之日本，國民年金本質的設計並非保險本質，因而有加入者可以不需要繳納費用，即享有基礎年金的權益。參照傅從喜（研究主持人），德國、日本、美國及韓國社會年金保險制度面臨問題及改革方向之研究，內政部委託研究報告，受委託者：台灣社會福利學會，民國 97 年 9 月，頁 28, 165, 180。

² 參照：<https://www.bli.gov.tw/sub.aspx?a=DUBMXxAoFv4%3d>（最後瀏覽日期：107 年 7 月 13 日）。

³ 97 年 10 月 1 日國民年金法施行時，已年滿 65 歲之國民，即民國 32 年 10 月 1 日（含當日）以前出生之國民，在國內設有戶籍，且最近 3 年內每年居住超過 183 日，而無不得請領之情形者，得請領老年基本保證年金，自申請當月起按月發給 3,628 元（97 年 10 月至 100 年 12 月為 3,000 元，101 年 1 月至 104 年 12 月為 3,500 元，105 年 1 月起為 3,628 元）至死亡當月為止。老年基本保證年金請領人，不適用國民年金法有關身心障礙年金給付、身心障礙基本保證年金、喪葬給付及遺屬年金給付之相關規定。參照：<https://www.bli.gov.tw/sub.aspx?a=v30KmZGrBvo%3d>（最後瀏覽日期：107 年 7 月 13 日）

前順位遺屬在請領遺屬年金後死亡、喪失請領條件或放棄請領時，後順位遺屬亦不得請領。又請領遺屬年金給付之遺屬具有請領 2 種以上之年金給付之資格時，僅得擇一請領。亦即，被保險人之遺屬若同時符合身心障礙年金給付、身心障礙基本保證年金、老年年金給付、老年基本保證年金及遺屬年金給付條件時，僅得擇一請領。⁴由上可見，2 種以上遺屬年金給付，或其與其他年金給付競合時，原則上僅得擇一請領。因此，遺屬年金與其他年金，雖歸屬於法定之社會保險給付制度，但其性質、請領要件及給付方式，尚存差異。

本號解釋認為遺屬年金係被保險人死亡事故發生時之主要保險給付，進而推導出「被保險人之遺屬作為遺屬年金之受益人依法享有之遺屬年金請求權，屬社會保險給付請求權，具有財產上價值，應受憲法財產權之保障。」惟關於遺屬年金是否為被保險人死亡事故發生時之主要保險給付，值得推敲。遺屬年金，係在被保險人或領取老年年金或身心障礙年金（基本保證年金）之人死亡後，經由發放遺屬年金而照顧原本受其扶養之無謀生能力家屬。如遺屬已年滿 25 歲以上且有自謀生活能力，或已領取其他國民年金給付，生活既已有保障，自不需要再給與遺屬年金。是遺屬年金係基於老年年金而衍生之從屬給付關係，而非主給付關係。⁵設若

⁴ 有關現行遺屬年金之請領條件及其與其他年金僅得擇一請領之實務，參照：<https://www.bli.gov.tw/sub.aspx?a=ZYkbGbY5NCw%3d>（最後瀏覽日期：107 年 7 月 13 日）

⁵ 依德國社會保險法規定之遺屬年金請求權 (Anspruch auf Hinterbliebenrente)，係由被衍生請求權 (abgeleitete Ansprüche)（遺屬年金或遺屬補償）而確保請求權歸屬於遺屬。此亦可被歸屬於公務人員法或類似公務人員法之預護體系。（參照 Peters, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 99. EL Mai 2018-beck-online, SGB

將國民年金作為對價性之社會保險，即以受益人繳納保險費為原則。惟實際上由配偶或子女請領之遺屬年金給付，雖其係屬受益人，但實際上並非繳納保險費之被保險人。又符合請領條件雖取得一定之金錢給付請求權，但不宜因其有金錢給付，即認其構成憲法上保障之財產權或財產利益，而應就個別情形審酌其是否符合財產權保障要件，故有關請領金錢之年金給付之法律地位，是否屬憲法上所稱財產權，則有進一步推敲之必要。

二、系爭規定所涉及憲法基本權之問題及探討

本案所涉之憲法上基本權，予以類型化觀察，可發展出至少下列五種可能之見解：

1. 財產權說。
2. 財產權兼生存權說，本號解釋所採。
3. 社會權中生存權說，例如日本憲法第 25 條規定⁶之健康而文化之最低生活保障之生存權。
4. 生存權兼財產權說，因我國憲法第 15 條將生存權、工作權與財產權並列一條中，可能會有基本權競合之說法，特予列出，以供比較。
5. 平等原則及法治國信賴保護原則說。

關於社會保險⁷給付是否屬憲法財產權保障範圍之問

V §6 Rn.55.)

⁶ 日本憲法第 25 條規定：「全體國民均享有維持健康而文化的最低限度生活的權利。（第 1 項）國家必須在一切生活方面，為提高與增進社會福利、社會保障以及公共衛生而努力。（第 2 項）」

⁷ 在德國社會法傳統三分說，即區分 Versorgung, Fürsorge 與

題，從比較法觀之，以德國為例，該國基本法第 14 條第 1 條所保障之財產權（或譯所有權），係指具有財產價值之法律地位。除私法上有體或無體之財產權或財產利益以外，對於公法上具有財產價值之法律地位，德國聯邦憲法法院認為，公法上具有財產價值之法定社會保險之年金請求權及期待 (Rentenansprüche und Rentenanswartschaften)，即包括條件或期限已經成就之權利及尚未成就之期待，並非均屬憲法財產權保障對象，在符合私用益性 (Privatnützigkeit；有譯為私使用性)、被保險人之自己給付(Eigenleistung)及生存保障(Existenzsicherung)等三項要件下⁸，屬於前述基本法保障之財產權。⁹針對遺屬年金給付，係以社會衡平(sozialer Ausgleich)原則¹⁰，修正社會保險所採有對價性之保險原則(Versicherungsprinzip)，給予被保

Sozialversicherung。之後受到 Hans F. Zacher 教授影響，改採新三分說，之後有學者提出四分說（參照 Schulin/Igl 2002, Rz 73ff.）等見解，即區分 soziale Vorsorge(社會預護)(例如 Sozialversicherung, 社會保險), soziale Entschädigung(社會補償), soziale Förderung(社會促進)（例如兒童津貼、教育津貼、住宅津貼等）及 soziale Hilfe（社會救助或扶助）。（參照：<https://www.kindergartenpaedagogik.de/381.html>（最後瀏覽日期：107 年 7 月 13 日））

⁸ 參照 Papier, in: Mauz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 82. EL Januar 2018-beck-online, Art. 14 GG Rn. 129, 137.

⁹ 參照 BVerfGE 53, 257- Versorgungsausgleich I ; 69, 272-Krankenversicherung der Rentner 等德國聯邦憲法法院判決。

¹⁰ 社會平衡原則：在風險分攤之外，社會保險尚承擔其他社會政策目的。社會保險的保費與個人風險程度無關，而是依其經濟能力計算，保費與保險給付之間不具個別對價性，而是具有社會重分配的效果，使經濟弱勢者亦能透過風險分攤方式確保其經濟安全。扶助原理與福利原理之財源，均採公費負擔方式。參照孫迺翊，憲法解釋與社會保險制度之建構—以社會保險「相互性」關係為中心，臺大法學論叢，第 35 卷第 6 期，2006 年 11 月，頁 259。

險人所屬成員之類似地位，而透過保險之他人給付(“versicherungsfremde” Leistung) 及必要國家補助(Zuschüsse)。此所取得之法律地位，係法律形成及轉換，而成為易於接近使用之分享權(Teilhaberechte)，此權利保護強調確保平等原則、法治國信賴保護原則，並可能包含財產權保障。¹¹德國實務上，例如聯邦憲法法院認遺屬補償(Hinterbliebenenversorgung¹²)，既不可以私人用益性歸屬於遺屬，非屬對保險給付之期待(Anwartschaft auf die

¹¹ 參照 Peter Badura, Staatsrecht, 6.Aufl., München: Beck, 2015, C84; BverfGE 97, 271(283ff.).

¹² 茲將遺屬年金，譯為遺屬補償，係因德語之 Versorgung (照護或給養；如從其含義而言，係指社會補償)，與 Vorsorge (預護) 不同，後者係為未來之需，繳納保險費，以預防風險 (Risiken, 例如疾病、年老或意外傷害等) 為目的，屬於社會保險範疇。在社會安全規範用語上，Versorgung 係非如社會保險具有對價性，屬於傳統用語，於現代用語，係稱因特別犧牲而給與之社會補償(Entschädigung)。前兩者與 Fürsorge (扶助或救助) 三者，成為德國社會安全之三項支柱，有稱社會給付之三種重要支柱。因此，茲將“Hinterbliebenenversorgung”，譯為遺屬補償，與社會保險中年金保險(Rentenversicherung)之用語有所區別，以補償稱之，係使用現代用語，特此說明。

此外，有稱為社會保障者，可供比較參考。其較傾向於日本制度之用語 (參照日本社會保障法學會編，講座社會保障法第 1 卷，21 世紀の社會保障法，2002 年 7 月 30 日初版 2 刷；菊池馨實，社會保障の法理念，東京：有斐閣，2004 年 10 月 20 日初版 3 刷等)。

我國學說上有從社會保障法之構成原理，認其體系可大別之為社會救助法、社會保險法、社會福利法與社會津貼法等四大領域，並分別從扶助原理、保險原理及福利原理作為其構成原理。與本案有關之保險原理，係屬事前之預防措施，其財源主要依賴保險費收入，亦即以保險費之分擔為前提。扶助原理與福利原理之財源，均採公費負擔方式。參照蔡茂寅，社會健康保險法制之研究，台北：元照，2017 年 3 月初版 1 刷，頁 218-220。以上可見，如屬社會保險，原則上需分擔一定之保險費。

Versicherungsleistung) ， 而 僅 是 對 保 險 給 付 之 期 望 (Aussicht)¹³ ， 且 非 基 於 可 歸 屬 於 受 益 人 之 自 己 給 付 (auf einer dem Versicherten zurechenbaren Eigenleistung) 。 換 言 之 ， 以 遺 屬 之 保 險 給 付 權 益 並 非 基 於 自 己 保 險 費 所 形 成 ， 僅 因 被 保 險 人 保 費 與 立 法 者 給 付 制 度 之 型 塑 而 受 益 ， 否 定 遺 屬 年 金 給 付 之 財 產 權 性 質 。¹⁴ 而 認 法 定 年 金 保 險 中 被 保 險 人 之 遺 屬 補 償 請 求 權 ， 非 屬 於 憲 法 財 產 權 保 障 之 對 象 。¹⁵ 觀 察 德 國 過 去 的 憲 法 訴 訟 實 務 ， 宣 告 社 會 給 付 改 革 措 施 構 成 違 憲 的 案 例 ， 微 乎 其 微 。¹⁶ 此 乃 因 在 實 務 與 學 說 上 仍 有 疑 慮 存 在 ， 若 一 旦 以 憲 法 財 產 權 來 保 障 人 民 依 法 取 得 之 公 法 上 權 利 ， 立 法 者 將 不 只 受 憲 法 所 拘 束 ， 且 將 受 其 自 己

¹³ 參照 BVerfGE 97, 271(284) -Hinterbliebenenrente II; Sodan, Grundgesetz, 3.Aufl., München:Beck, 2015, Art. 14 Rn. 15.

¹⁴ 德國社會保險給付之財產權保障範圍，因自己給付與生存保障目的之要件，受到限制。例如聯邦社會法庭就刪除被保險人與遺屬死亡之喪葬津貼，認非基於自己給付所形成，且目的僅屬減輕經濟負擔，並非以被保險人生存保障為目的；2011年間德國聯邦憲法法院就中央與地方機關福利營造物準則刪除遺屬因被保險人死亡請領之喪葬津貼規定，均認未侵害財產權。參照邵惠玲，社會變遷下年金財產權保障—台德社會保險法制之司法審查比較分析，收錄於：社會基本權之法制實踐與司法審查，台北：元照出版，2016年1月，頁139-140。

¹⁵ 採取遺屬年金非屬基本法保障財產權見解者，例如 Badura, a.a.O., C 84; Sodan, a.a.O, Art.14 Rn.15; Epping, Grundrechte, 5.Aufl., Berlin, Heidelberg:Springer, 2012, Rn.452; BVerfGE 97, 271-Hinterbliebenenrente II.

¹⁶ 德國聯邦憲法法院以社會保險給付受財產權保障之範圍與層級，限制違憲審查範圍與審查密度。……被保險人自己給付比例越高，越能突顯該給付本質上屬人的關聯性，以及財產權就此關聯應予保障的理由。……德國憲法實務以層級式財產權審查密度，降低社會保險給付牽制立法改革的範圍。參照邵惠玲，同註14文，頁137、145、147。

制定之法律所拘束，無異實質限縮立法者調整社會政策的形成空間，進而可能造成下一代無可承載之財政負擔。¹⁷

本院釋字第 549 號解釋曾謂「保險基金係由被保險人繳納之保險費、政府之補助及雇主之分擔額所形成，並非被保險人之私產。被保險人死亡，其遺屬所得領取之津貼，性質上係所得替代，用以避免遺屬生活無依，故應以遺屬需受扶養為基礎，自有別於依法所得繼承之遺產。」本號解釋則認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，未再細分社會保險給付請求權之內容與類型，是否妥適？本號解釋以憲法第 15 條保障人民財產權出發，如純從財產權或憲法第 155 條社會保險之基本國策，難以較高密度審查本案是否合憲，故以憲法財產權兼受生存權保障，而提升其審查密度為較為嚴格之程度。換言之，本號解釋認其內容如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。此種解釋之方法是否妥適，頗值得再推敲。

三、試以平等原則作為審查基準

國民年金法中有關遺屬年金部分，嗣後參考勞工保險條例第 65 條之 1 規定，已修正為得追溯補給，故現行法已無本號解釋原因案件之爭議。本件聲請人主張，國民年金與勞工保險同為社會保險，但相較勞工保險條例第 65 條之 1 第 3 項

¹⁷ 參照孫迺翊，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，臺大法學論叢，41 卷 2 期，2012 年 6 月，頁 457。

規定，勞工保險遺屬年金可追溯補發提出請領日起前 5 年符合條件得領取之給付，系爭規定則無，並無特殊理由竟為不同處理，有違憲法第 7 條平等原則。勞工保險條例第 65 條之 1 第 3 項規定¹⁸係系爭規定嗣於 104 年 12 月 30 日修正之立法參考，亦即勞工保險遺屬年金可追溯補給提出請領日起前 5 年得領取之給付，而與勞工保險同具社會保險性質之國民年金，如以憲法第 7 條平等原則作為違憲審查時憲法上權利之依據，亦屬一種值得思考之方向。然本號解釋未採平等原則或平等權作為審查原則，亦即未以上開規定作為比較對象 (Vergleichungspaar)，固有其特殊考量。惟從比較法觀察，遺屬年金之受益人為遺屬，實際上未自己給付保險費，若採上述三要件說，遺屬年金並非屬於憲法保障之財產權。而系爭規定所涉及請領遺屬年金追溯補給之事實，與勞工保險之被保險人死亡後請領遺屬年金追溯補給之事實 (Sachverhalt)，兩者指涉對象係屬相同事物，自可相互比較，亦即作為討論差別待遇的對象係具有可相提並論性的人或社會生活事實。既有勞工保險條例類似遺屬年金給付追溯補給之事實，可供比較，參考前述憲法基本權保護類型及其競合中第五說之德國見解，如從平等原則及保障被保險人遺屬之信賴保護出發，雖其非屬自己給付，但透過系爭規定之修正理由所稱，基於社會弱勢之保障及資訊落差等考量¹⁹，比較同屬社會地位上

¹⁸ 勞工保險條例第 65 條之 1 第 3 項規定，遺屬年金之受益人未於符合請領條件之當月提出申請者，其提出請領之日起前五年得領取之給付，由保險人依法追溯補給之。但已經其他受益人請領之部分，不適用之。遺屬年金之受益人未於符合請領條件之當月提出申請者，其提出請領之日起前五年得領取之給付，由保險人依法追溯補給之。但已經其他受益人請領之部分，不適用之。

¹⁹ 現行法規定第 2 項之增訂，係由立法委員江惠貞、楊玉欣、陳淑

較弱勢之勞工，給予一定期間之追溯補給遺屬年金，實甚符合社會安全或社會保障之目的及意旨，亦可實現國民年金保險原則之社會衡平原則，給予被保險人死亡後遺屬符合人性尊嚴之一定程度生活保障，既可符合社會正義之要求，亦可實現社會法治國之理念。

另有關審查密度方面，如從平等原則審查出發，因本案非純屬與物關聯（例如與財產相關）者，則可不採恣意禁止 (Willkürverbot) 原則，而因保障居於社會弱勢之年金受益人之遺屬，隱含屬人性質，與人關聯者，得以比例原則審查 (Verhältnismäßigkeitsprüfung)，參酌德國聯邦憲法法院之實務，則可提升其審查密度²⁰，如此亦不用從財產權出發。

慧、楊瓊瓔等 19 人所提出修正案，其中理由在於遺屬年金具有長期保障遺屬經濟生活之性質，惟依當時「國民年金法」第 18 條之 1 規定，老年年金給付係「自符合條件之當月起」按月發給，而遺屬年金給付係「自提出申請且符合條件之當月起」按月發給。然符合請領遺屬年金給付者，多為年邁長者、未成年子女或無謀生能力者，常因經濟或資源上的相對弱勢造成資訊落差，未能於符合條件時即時提出申請，俟提出申請時已無法追溯補發年金，造成給付權益損失。……為社會保險制度保障權益之公平及一致性，比照勞工保險條例第 65 條之 1 第 3 項之條文意旨，提案修正國民年金法第 18 條之 1，增列第 2 項規定。（參照立法院第 8 屆第 8 會期第 5 次會議議案關係文書院總第 1578 號委員提案第 18015 號（104 年 10 月 14 日印發））

²⁰ 參照 Michael Sachs/Christian Jasper, Das Eingriffsmodell zu Art. 3 I GG als Abwehrrecht, JuS 2016, 769/772f. 德國聯邦憲法法院第一庭於 1980 年首次超越恣意禁止原則，但非完全排斥恣意禁止原則，而僅部分改採平等原則審查之新公式 (Neue Formel)，恣意禁止原則係僅涉及與物關聯及與行為關聯之差異 (sachbezogene sowie verhaltensbezogene Differenzierung)，新發展是屬人因素關聯為更強度標準，以比例原則審查。

四、基本國策、生存權之定性及關於生存權保障之審查密度

基本國策作為憲法規範之一種，具有客觀法效力，但不具有主觀法效力，故難以同時賦予因該規範而受益者「權利」，以致不能直接啟動司法救濟機制，應為目前對於基本國策性質所採之通說。²¹本號解釋將社會保險之基本國策，似有意提升為憲法之委託，而以憲法實施社會保險之基本國策之憲法委託，本號解釋既認為屬立法者自由形成或自由裁量餘地，如何提升審查密度，更何況所謂生存權之定性尚未明確，在我國憲法第 15 條有明確指稱外，另如日本憲法第 25 條有關最低限度生活之權利規定，在憲法學理上，將之歸屬於社會權之一種，與經濟自由之財產權，並非屬同一基本權範疇；且有關生存權規定性質，往昔實務上傾向方針性規定說，而向來學說上有採抽象的權利說或具體的權利說之不同見解。²²整體言之，其約略有方針性（或稱綱領性）規定（或稱方針性條款）(Progammsatz)說、抽象權利說與具體權利說²³等見解。目前日本通說為抽象權利說，認為生存權規

²¹ 參照林明昕，憲法規範下的社會正義：以基本國策的規範效力為中心，收載於許宗力主編，追尋社會國-社會正義之理論與制度實踐，臺大出版中心科際整合法學叢書 3，2017 年 12 月，頁 15。

²² 有關此三種見解之論述，參照長谷部恭男，憲法，東京：新世社，2013 年 3 月 25 日 5 版 3 刷，頁 266-268。此外，有關生存權之法性格，將之分為方針性規定說、客觀的法規範說、主觀的法規範說等見解，惟因生存權具有主觀的法規範性而再區分抽象的權利說與具體的權利說，新近另有倡議給付請求權說。參照涉谷秀樹，憲法，東京：有斐閣，2017 年 4 月 30 日 3 版 1 刷，頁 274-278。

²³ 日本主張具體權利說者，例如大須賀明，參照阿部照哉，大須賀明著「生存權論」，法律時報 56 卷 7 號，頁 84-86；中譯本，參照林浩譯，大須賀明著，生存權論，臺北：元照，2001 年 6 月初版第 1 刷。

定，尚需具體化規定，始得構成具體請求權；具體權利說與此不同，主張使權利人享有具體向國家請求之權利。至於方針性規定說，類似我國憲法基本國策，日本憲法第 25 條課予國家確保國民生存之政治的及道德的義務，但非保障個別國民之具體權利²⁴，故其性質上較多屬於政治或道德之宣言。

本院釋字第 485 號解釋理由書就基本國策，曾認本此原則國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。前述措施既涉及國家資源之分配，立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等項之有關規定，自享有充分之形成自由，斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政等社會政策考量，制定法律，將福利資源為限定性之分配。比較前述日本憲法第 25 條有關生存權之說法，上開解釋見解既認須制定法律，則傾向於抽象權利說。職是，如要強化生存權在憲法基本權地位，則可採前述之具體權利說，憲法有關生存權規定對於立法權及司法權之拘束程度，更加明確，對於最低限度生活保障部分，可能採比明顯性（或稱明白性或明確性）審查 (Evidenzprüfung) 基準，而更較高密度之嚴格合理性審查基準。²⁵

另在日本訴訟實務上，依該國憲法第 25 條進行違憲審查，是否得基於國家之立法不作為，向法院提起訴訟，因國

²⁴ 參照芦部信喜，高橋和之補訂，憲法，東京：岩波書局，2017 年 3 月 6 日 6 版 6 刷，頁 169。

²⁵ 參照芦部信喜，高橋和之補訂，前揭書，頁 132。認為前述說法係有力見解者，參照長谷部恭男，前揭書，頁 271。

會怠於履行對於生存權具體化立法之義務不作為，而確認其不作為之違憲，該訴訟是否受到法院肯認，仍有待觀察。又如認需要給予立法者更大自由形成空間，則可能要審酌立法當時經濟及社會條件等情事判斷，而予以具體立法化，此往往給予行政機關基於個別政策需求，給予有較大之裁量或判斷餘地，故採抽象權利說，其審查密度，如何從明顯性審查(或稱合理性基準審查)而提升較嚴格之基準，亦值得再商榷。

綜上，本號解釋以財產權加上生存權作為系爭規定所涉基本權利之作法，不盡然能達到原先想要提升其審查強度之期待。反而如能在前述五種見解中選擇第五說法，亦即從平等原則出發，並以比例原則，提升其審查密度，或許是另一較佳選擇，如此較合乎憲法保障基本權之法理，並易於解決基本權競合或衝突之問題。