

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

憲法上居住權之建構與實現

——以司法審查為核心

Constituting and Implementing the Constitutional Right to Housing:

Focusing on Judicial Review

陳冠瑋

Kuan-Wei Chen

指導教授：許宗力 博士

Advisor: Tzong-Li Hsu, Dr. iur.

中華民國 105 年 8 月

August 2016

國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書

憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心

Constituting and Implementing  
the Constitutional Right to Housing:  
Focusing on Judicial Review

本論文係陳冠瑋君（學號 r02a21019）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 105 年 5 月 30 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明：

指導教授：許宗力

口試委員：

許宗力

張文貞

李連良

黃丞儀

## 謝辭

大學時光的後半段，隨著諸多與居住相關的社會爭議開始延燒，也開啟了自己與此議題的機緣。關於文林苑事件後深夜的長談、一股腦地辦了幾場訪談幾場論壇、乃至於校門口的反迫遷戰歌，或是真正踏入以後，幾次會後不已的沈思。也許要很誠實地說，有滿長一段時間，在面對所學、面對文獻、面對街頭與面對人之間，我給不了自己一個明確的理由好好說明自己為何在此、又為何堅持。歷經諸多徬徨與繞了幾轉後，碩士論文階段最後還是回過頭來選了居住權在憲法上的地位為題，試著為這塊尚嫌貧瘠的權利論述踏出生澀的一步，也許，也是替自己長期的迷惘提出簡單而初步的回應。

而謹在此對於一路上影響我、支持我走到這天的每個人、每個境遇，表達深深感謝。

首先，無疑要向指導教授許宗力老師致上最高的謝意。自大四下以來，在每個關於研究或生涯規劃的關卡，老師的親切關懷與指導都成為我做出抉擇的良方；而老師對學生在學術殿堂之內與之外各種投入的包容及鼓勵，誠如老師一直以來以著作、意見書與行動所力行的社會關懷，早已成為我們持續耕耘的重要後盾、與鞭策自己繼續付出的動力。對老師的感謝之意實已溢於言表。

亦非常感謝口試委員們的用心與建議。

從大學修習諸多李建良老師的課程以來，老師就是我請教議題的重要典範、受到老師諸多啟發，而老師不吝給予我當前與未來關於求學與研究的諸多建議，更是受用無窮。

感謝張文貞老師願意在百忙之中提出了諸多憲法與國際人權法匯流的重要意見，仔細在文本中加註意見，使我獲益良多。而老師的相關研究不僅是本論文的關鍵基底、更激勵我繼續探討博大精深的相關領域。

謝謝黃丞儀老師總是願意提供機會使我開拓視野，在諸多自己貢獻微薄心力的會議、計畫或活動中，老師的學識、風采都令我嚮往不已。也感謝老師在口試前後的珍貴建議，對本論文的影響甚深。而在那些感到躊躇的時刻，謝謝老師精準而溫暖的勉勵。

也感謝每一位參與論發、協助口試、不吝與我討論的朋友。

大學與研究所時期，除了許宗力老師與黃丞儀老師的工作，衷心感謝蔡宗珍老師、許家馨老師、劉靜怡老師也讓我有機會參與各種不同面向的教學助理、中研院助理、計畫研究工作，除了經濟上的支柱，從這些任務中所得到的經驗與機會，大幅擴展了我在學術方面的視野。也非常感謝林明昕老師時常的懇切關心，無論是活動合作或是其他請教的機會，老師的嚴謹細膩與豐富學識總令我無限讚嘆。

而研究所時期修習林子儀老師、黃昭元老師、黃舒芃老師開設之課程，也讓我對公法學的研究方法與內容有了更深的認識，在了解到自己的諸多不足之外，對於追求知識的渴望也在課程中相當真切地燃起。謝謝慧婕老師分享求學經驗，解答我的疑難雜症。謝謝榮譽導師廖健男老師長期的關心。

除了老師們在學術殿堂所給予的鍛鍊，本論文的完成，當然也要感謝持續耕耘本議題的諸多團體與夥伴，在不斷的摸索與對話之中，我才能逐步的釐清自己究竟想要在本論文處理什麼樣的核心關懷。我想，我始終都沒有脫離那發生於運動論述與法學論述衝突時的迷惘，而衝突是否真的存在，在論文完成之際，我仍然沒有明確答案、仍然需要繼續探尋。但確定的是，在團體與夥伴間，我學到最多的，是關於韌性、關於投入。若不是在這條路上遇見的每一張臉所訴說的故事，我不會有動力以此為題、完成本論文。

謝謝最重要的華光社區訪調小組三年多來的每個夥伴，謝謝宜靜、亦甫、小高、栩台、正婷、仲皓、軒安、阿芳姐、王大哥，謝謝連線，謝謝小虹提供韓國資料管道，謝謝司改會與法扶合作居住權案件的前輩，謝謝支援議題的律師團、老師們，謝謝人約盟。謝謝以上團體們、夥伴們在想法與實踐上的各種激盪。

除了居住相關團體外，這段時間也要感謝憲動盟法制小組，謝謝嵩立老師、偉群老師、彥圖老師、怡碧、恩恩、宜臻，謝謝法言社的每個夥伴，謝謝成擘首席帶領的學生法院，謝謝第四屆模擬憲法法庭包容我邊寫論文邊參與，謝謝競文，與大家的合作也是論文寫作時光的重要養分。

感謝萬國法律事務所的諸位前輩與同事，讓我得以在為論文收尾的期間，接受廣泛而密集的刺激，勉勵自己以更多元而深刻的角度思考事情。

而在學校的時光，謝謝法學組模範家庭式的我們這一家，謝謝瑞筠收我，謝謝晉源學長、岳琮學長、歐拉學長、萃華學姊、時神學長、乙仙學姊、簡婕學姊、韻琪、緒承、容寬、芷翎、鎮瑋、怡嘉、劭威、家葳等每位學長姐學弟妹。謝謝充

滿女子力的星汝、于真、如儀，以及景翔、竣凱，讓 1801 成為相當有歸屬感的空間。謝謝許門，謝謝亞蓓、慕寧、翰昇的照顧，謝謝天界、思婷、立宇、政霖的切磋。謝謝高積、若馨的各種分擔與分享。謝謝 r02 公法組。

離開校園前夕，謝謝諸多學長姐、好友、學弟妹一路上的協助與陪伴，謝謝悅慈、郁婷、心怡，謝謝子凡、嘉容，謝謝宗奇（與療癒的多肉），謝謝李敬、謝謝小排。謝謝狗咪與哪告的每個朋友，謝謝祖璇、妍瑾、幼舜、達孝、宇迪、鎮陽。雖無法一一點名，但感謝之意不減。

特別感謝瑞光學長，總是確定地說我值得太陽與月亮，當你已是不滅的星。

而一些也許已不必多言的人們，謝謝重要的你們一直都在。謝謝世安、宛好、昕陽、淙源、高毅、靖安、睿謙、年佑、威韶，謝謝賴又豪。

最後，深深感謝家人的陪伴，謝謝爸爸、媽媽願意讓女兒走上有點任性的道路，並提供無盡的愛與支持。

希冀這本論文得以拋磚引玉，對這塊土地上相關的研究帶來淺薄助益。

2016 夏



# 摘要

## 中文摘要

著眼於我國諸多與居住相關之爭議，以及隨著對國際人權法之重視，關於居住權之關注亦日漸提升，本文嘗試架起從「人權」到「憲法中基本權」之橋樑，探討憲法上居住權建構與實現之可能性與方式，並以在「權利承認」與「權利實現」皆具重大任務之司法審查為討論核心。

首先，在建構權利方面，本文整理了憲法對居住保障之淵源、正當性基礎以及當代比較憲法上之規範模式，並進一步分析憲法權利化之路徑，而認為我國在社會憲法體質、公約誠命與實際需求下，可以嘗試透過憲法解釋之路徑，使居住權「真正地」成為我國憲法上基本權。本文討論了諸多憲法上可以容納居住權之立足點，在許多可能中，認為憲法第 15 條生存權係最能容納居住權者，且居住權之保護領域與基本權功能皆有辦法與生存權接軌，但也認為，憲法上生存權、居住權都不應該只停留在對於最低核心之保障。

而嘗試建構權利之可能後，也面臨權利實現之難題，亦即飽受爭議之司法審查。本文認為不應基於可裁判性之爭議放棄司法審查，而應尋求適合之司法審查模式，從而透過比較法之觀察，最後建議兩種可能之審查模式：決策程序審查、以及比例原則搭配程序審查，此二模式之優點皆係透過對政治部門說理之要求，緩和由司法者取而代之做決定之困擾，且得以透過過程之透明性，呼應民主之要求。另外，本文亦初步提出諸多須注意之特殊案型。而公約扮演之角色，則是於司法審查過程中將其重要內涵融匯進入憲法上居住權，以強化權利之保障。

〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

## 關鍵字

居住權、司法審查、經濟社會文化權利國際公約、適足性、最低核心

遷離之正當程序、生存權、可裁判性、決策程序審查、比例原則



## Abstract

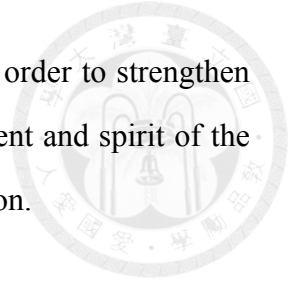
There are numerous controversies related to housing in Taiwan recently. Meanwhile, with the growing emphasizing on international human right law, the right to housing has been concerned frequently. This thesis tries to bridge the gap between “human rights” and “constitutional rights”, exploring the possibilities and the ways to constitute and to realize the right to housing in the constitution, focusing on judicial review, an essential mechanism to “recognizing rights” as well as “realizing rights”.

First of all, with respect to constituting right, this thesis introduces the origin of housing protection in constitutions, the legitimate basis of the right and the regulatory model on modern comparative constitutional law, analyzing the approaches to constitute constitutional rights. This thesis argues that under the social-state constitution in Taiwan, the demand from covenants and actual needs, it is worth trying to constitute the right to housing as a constitutional right through interpretation. This thesis as well discusses several constitutional bases to accommodate the right to housing, and claims that through the “right to life” of Article 15 is the most possible way to include the right to housing. Besides, the “Schutzbereich” and the function of the right to housing are both capable of connecting to the right to life. However, the protection of right to life and housing should not be limited to minimum core.

When it comes to the realization, i.e., the highly controversial judicial review, this thesis claims that it cannot be abandoned merely due to the controversy of justiciability. Instead, the suitable review model should be found. Therefore, through comparative law analysis, this article suggests two possible ways: “decision-making review” and “principle of proportionality combined with procedural review”. The advantage of these two models is to ease up the controversy of making decisions by the judiciary through demanding political sectors to reasoning, and through transparency to democratize the judicial process. In addition, this thesis also introduces several special



types of housing problems, which need to be noticed. Moreover, in order to strengthen the protection of rights, during the judicial review process, the content and spirit of the covenants should be included in the right to housing in the constitution.



## Keywords

The right to housing 、judicial review 、International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 、adequacy 、minimum core 、due process of eviction 、right to life 、justiciability 、decision-making review 、principle of proportionality



## 簡目

摘要	i
第一章 緒論	1
第二章 權利存在之選擇：憲法上居住權之意義	33
第三章 憲法上居住權是否存在於我國？	89
第四章 建構我國憲法上居住權	133
第五章 權利實現之難題：居住權之司法審查	179
第六章 結論	239
參考文獻	245

# 詳目



<b>摘要</b>	<b>i</b>
中文摘要	i
關鍵字	ii
Abstract	iii
Keywords	iv
<b>簡目</b>	<b>v</b>
<b>詳目</b>	<b>vi</b>
圖目錄	xix
表目錄	xix
<b>第一章 緒論</b>	<b>1</b>
<b>第一節 問題意識</b>	<b>1</b>
第一項 研究動機	1
第二項 問題提出	4
<b>第二節 論述取徑與研究範圍</b>	<b>7</b>
第一項 論述取徑	7
壹、研究觀點	7
貳、基本立場	9
第二項 研究範圍與限制	12



壹、研究範圍	12
貳、研究限制	12
<b>第三節 研究架構</b>	<b>13</b>
<b>第四節 居住權之概念與名詞說明</b>	<b>16</b>
第一項 居住權之概念	16
壹、概說	16
貳、國際人權法上相關概念之演進	18
一、居住權概念之形成與發展	18
二、聯合國與國際組織部分	20
三、區域組織部分	21
四、《經社文公約》對居住權概念之重要地位	21
參、公約之核心內涵整理	22
一、禁止歧視——人人皆有居住權	22
二、住所之適足性 (adequacy)	23
三、避免強制驅逐——國家驅逐行為之正當法律程序	25
肆、本文對於居住權概念之設定	28
一、概念設定	28
二、用詞選擇與名詞區辨	31
第二項 名詞說明	32

<b>第二章 權利存在之選擇：憲法上居住權之意義</b>	<b>33</b>
<b>第一節 「居住」受憲法保障之正當性</b>	<b>35</b>
第一項 居住保障概念之緣起	35
第二項 不同向度之正當性來源	38
壹、理性主義與共識主義	38
貳、理性主義提供之正當性來源	39
參、共識主義提供之正當性來源	42
肆、小結：現代社會居住保障之需求及多元向度的正當性來源	44
<b>第二節 居住作為權利？</b>	<b>45</b>
第一項 反對居住作為權利之論述	47
壹、反對建構權利之觀點	47
一、觀點一：粉飾資本主義、自由主義帶來的不正義？	47
二、觀點二：更深的國家介入？	48
貳、對權利性格之質疑	50
一、「權利」或是「正義」？	50
二、不確定性	51
三、權利彼此衝突	52
參、小結	52
第二項 支持居住作為權利之論述	53



壹、回應「反對建構居住權之觀點」	53
貳、回應「對權利性格之質疑」	54
參、支持「建構權利」之理由	55
一、權利帶來權力，尤其是對少數群體	55
二、權利對於定義價值之功能	55
第三項 本文評析	56
<b>第三節 居住作為憲法上權利？</b>	<b>57</b>
第一項 憲法上權利之意義	57
第二項 憲法位階居住權之利弊	59
壹、質疑與反對	59
貳、居住權納入憲法之優點	61
參、綜合評析	62
第三項 憲法規範模式與憲法權利化之路徑分析	63
壹、憲法規範模式與憲法權利化路徑概說	63
一、當代憲法與居住保障	63
二、四種模式與兩種途徑	64
貳、憲法規範模式分析	66
一、純政策、法律模式	66
二、方針條款模式與客觀規範模式	71



三、主觀權利模式	77
四、模式選擇之考量因素	79
參、主觀權利模式之憲法權利化路徑分析	80
一、解釋路徑	80
二、憲改路徑	84
三、路徑選擇之考量因素	86
肆、小結	87
第四節 小結：權利存在係「選擇」	87
<b>第三章 憲法上居住權是否存在於我國？</b>	<b>89</b>
<b>第一節 基礎體質：社會憲法</b>	<b>89</b>
第一項 憲法文本涉及居住保障之基礎探尋	89
壹、社會國原則	90
貳、基本權與基本國策	91
一、生存權	91
二、居住及遷徙自由？	93
三、基本國策	93
第二項 我國憲法文本即蘊含居住保障之意旨	94
<b>第二節 轉捩點？：兩公約之施行與憲法解釋之互動</b>	<b>95</b>
第一項 兩公約與施行法之意義	95
壹、兩公約與施行法於我國之沿革與實踐架構	95



一、沿革	95
二、實踐架構	96
貳、公約於我國居住權之意義	98
一、對居住權權利意識之影響	98
二、對居住權圖像之影響	99
第二項 對憲法解釋之觀察——蓄勢待發的居住「權」？	100
壹、概說	100
貳、公約施行前：以釋字第 542 號解釋為例	102
參、釋字第 709 號解釋評析	103
一、適足居住權之登場？	103
二、意見書之見解	105
三、失之交臂的釋字第 709 號解釋	109
肆、釋字第 727 號與第 732 號解釋評析	110
一、釋字第 727 號解釋	110
二、釋字第 732 號解釋	111
伍、小結	112
<b>第三節 三權實踐之蹤跡</b>	<b>113</b>
第一項 行政權與立法權	113
壹、行政權之整體住宅政策與國家報告	113





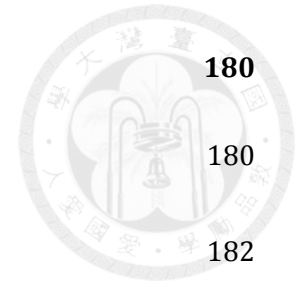
貳、住宅法之出現	118
參、簡析	119
一、規範結構之特色	119
二、遷離之正當程序？	120
三、小結	121
第二項 一般法院	122
壹、形式分析：提及方式與脈絡	122
貳、實質分析：一般法院之居住權概念與適用	125
一、公約上居住權之運用	125
二、憲法上生存權之運用	129
第三項 小結	130
第四節 小結：難調存在的憲法上居住權	131
<b>第四章 建構我國憲法上居住權</b>	<b>133</b>
<b>第一節 是否／如何建構我國憲法上居住權</b>	<b>133</b>
第一項 我國是否／為何需要憲法上居住權	133
壹、需求：當前之癥結	133
貳、因應需求：以憲法上居住權作為可能解方	134
第二項 憲法規範模式選擇	135
壹、方針條款模式	135



貳、客觀規範模式	135
參、主觀權利模式	136
第三項 憲法權利化之路徑選擇	137
壹、憲改路徑	137
貳、解釋路徑	138
<b>第二節 居住權於我國憲法之立足點</b>	<b>140</b>
第一項 憲法第 7 條平等權？	141
第二項 憲法第 10 條居住遷徙自由？	142
第三項 憲法第 15 條財產權？	144
第四項 憲法第 15 條生存權？	145
第五項 憲法第 22 條概括基本權？	147
第六項 本文評析	148
壹、解釋路徑之具體模式	148
一、模式 A1：憲法第 22 條之新基本權	149
二、模式 A2：憲法第 10 條之「新型態居住權」	150
三、模式 B：完整納入憲法第 15 條之生存權	150
四、模式 C：割裂解釋	150
貳、本文建議	151
<b>第三節 居住權作為憲法上基本權</b>	<b>152</b>



第一項 居住權之基本權性質	152
壹、權利主體	152
貳、拘束對象	153
參、保護領域	154
一、禁止居住歧視	154
二、遷離之正當程序	155
三、適足性——真正的難題	157
第二項 居住權之基本權功能	164
壹、功能體系的採擇與建立	164
貳、居住權之防禦功能	167
參、居住權之保護功能	168
一、保護義務功能	168
二、物質性給付權	169
三、組織與程序之保障功能：程序性給付權	171
<b>第四節 居住權之基本權衝突</b>	<b>173</b>
第一項 衝突情形	174
第二項 解決方向	175
<b>第五節 小結</b>	<b>176</b>
<b>第五章 權利實現之難題：居住權之司法審查</b>	<b>179</b>



<b>第一節 居住權是否具有可裁判性？</b>	<b>180</b>
第一項 可裁判性問題概說	180
第二項 回應與評析	182
<b>第二節 居住權司法審查之困境</b>	<b>184</b>
第一項 法秩序層面之困境	184
壹、居住權之立法形成空間與司法審查	184
貳、居住權之行政裁量空間與司法審查	186
第二項 法實踐層面之困境	187
<b>第三節 相關司法審查模式之比較法觀察</b>	<b>189</b>
第一項 比較法之意義	189
壹、基本釐清	189
貳、觀察重點	190
第二項 比較法上模式參考	190
壹、條件性權利審查模式	190
一、以印度 Olga Tellis 案為例（1985）	190
二、模式分析	191
貳、合理性審查模式	192
一、以南非 Grootboom 案為例（2001）	192
二、模式分析	194
參、程序公平審查模式	197



一、以南非 Joseph 案為例 (2009)	197
二、模式分析	199
肆、正當立法程序審查模式	199
一、以德國 Hartz IV 案為例 (2010)	200
二、模式分析	201
伍、行政裁量判斷過程審查模式	202
一、以日本老年津貼廢止案為例 (2012)	202
二、模式分析	203
第三項 比較法模式之綜合評估	205
壹、模式特色整體分析	205
一、基本權功能	205
二、程序／實質審查	206
貳、最低核心之意義與處理	207
參、公約之運用	208
<b>第四節 我國居住權司法審查模式之嘗試</b>	<b>209</b>
第一項 概說	209
壹、居住權司法審查於我國之意義	209
貳、公約於司法審查之機能	210
第二項 建立可操作之司法審查模式	212



壹、基本原則	212
一、以生存權為立足點之司法審查	212
二、憲法要求與類型化之嘗試	213
三、程序審查或實質審查？	215
四、如何處理最低核心或適足？	215
貳、模式建議	216
一、模式A：決策程序審查	217
二、模式B：比例原則與程序審查	222
第三項 普通法院與憲法上居住權	228
第四項 特殊案型之司法審查考量淺析	229
壹、對歷史違建型非正式聚落之拆遷	230
貳、對特別脆弱者之居住權保障	231
一、障礙者	231
二、老人及兒童	232
參、遊民之基本居住保障	233
肆、原住民族之居住保障	234
伍、天然災害相關居住問題	235
陸、監所之居住權	237
第五節 小結	237

<b>第六章 結論</b>	<b>239</b>
<b>打造不存在的天平 ——建構與實現我國憲法上居住權的選擇與方法</b>	<b>239</b>
「從憲法的觀點...」 ——法學論述者的盼望與侷限	242
<b>參考文獻</b>	<b>245</b>
中文部分	245
外文部分	258

## 圖目錄



- 頁 13      **【圖一 本文架構圖】**
- 頁 69      **【圖二 居住於當代憲法之規範模式及憲法權利化路徑分類圖】**
- 頁 123     **【圖三 政府居住協助示意圖】**

## 表目錄

- 頁 92      **【表一 憲法規範模式與權利化路徑採擇因素歸納表】**
- 頁 114     **【表二 釋字第 709 號解釋與居住權相關之意見書整理表】**







# 第一章 緒論

## 第一節 問題意識

### 第一項 研究動機

近年來，台灣有關「居住」的爭議層出不窮，若以拆遷為例，便有從十四十五號公園、三鶯部落、樂生療養院，到都市中非正式聚落寶藏巖、紹興、華光、蟾蜍山，以及都市更新的文林苑、抑或苗栗大埔、南鐵東移、桃園航空城徵收等等理由各異<sup>1</sup>的案件，難以窮盡、且持續增加，諸多論辯仍在持續中。而此外，關涉居住需求的遊民、社會住宅、炒房與高房價、以及租屋歧視等議題，也頻頻成為大眾關注之焦點。面對這些爭議，抗爭者每每奮力舉著「居住正義」、「居住是基本人權」的大旗，試圖對抗各種「侵害權利」的拆遷與開發、或捍衛人民未被滿足的「權利」<sup>2</sup>。

然而，在漫天價響的口號當中，居住是否為「權利」、又是否為「憲法位階的權利」，在我國法律上的定位似乎尚未明朗，亦仍欠缺體系性的探討。也就是說，各種「居住人權」主張是否有辦法真實地在台灣與法制度接軌，成為人民在實證法上實際享有、可主張的權利而在訴訟上受到考量，並不明確。

如此狀況呈現於現實的法律操作上，居住是否「剛好」可受保障變得相當「靠運氣」，端視其居住問題所對應到的是何種法制而定——有時也不一定有法制。人民在某些情形下或許可以取得一些「勝利」<sup>3</sup>，但這些勝利或依附於財產權保障而

---

<sup>1</sup> 居住議題所牽涉之面向相當龐雜，如本文所列舉之「拆遷」案件即包含相當多不同的居住議題可

<sup>2</sup> 如 2014 年的巢運，便喊出「居住人權入憲、終結強拆迫遷」等五大訴求。巢運之完整主張可參考巢運之網站，網址：<http://housinggov.blogspot.tw/>（最後瀏覽日：2016 年 2 月 29 日）。

<sup>3</sup> 如苗栗大埔案之臺中高等行政法院 101 年度訴更一字第 47 號判決，部分原告（張藥房等四戶受拆遷戶）部分勝訴，理由主要係內政部區段徵收之審議過程及苗栗縣政府之協議價購等程序不合於法規之要求。

來、或依附其他理由，與人民居住之保障不一定直接相關，甚至不在考量範圍內。整體而言，當前我國法所呈現的居住保障難謂具備明確圖像。李建良教授在 2006 年的一篇〈人性何在？尊嚴何價？樂生人權的憲法重量〉中曾提及：

「說來諷刺，也令人心酸，樂生院民的權利竟要靠房舍來保護，之所以不能拆遷，是因為『房子』的關係，而不是『人』，在法律中好像找不到可以支持院民留在原地的規定與論據。<sup>4</sup>」

當時，該文在找不到具體權利的情況下，最後訴諸了憲法層次人性尊嚴的保障，結束在相當動人的「期待」中，期待我們能真正地維護個人尊嚴。但期待至今仍是期待。今日，若人民對其住房不具財產權、或其財產權在衡量時輸給了「公共利益」，還有什麼得以主張的權利，能使自己安穩而有尊嚴的居住在某處？崇高的人性尊嚴在問題浮現已久後，為何依然沒有受到具體化、更具可操作性？是有

---

<sup>4</sup> 李建良（2006），〈人性何在？尊嚴何價？樂生人權的憲法重量〉，《台灣法學雜誌》，第 86 期，頁 1-5。該文更提及：

「憲法學者也許會告訴你（妳）：政府只是把院民遷移到更進步、設備更好的醫療大樓，並沒有影響他們的生存，也就沒有侵犯生存權可言……

他們對於樂生院的土地、房舍沒有產權，所以無法主張憲法上的財產權。所謂「權利」，是法律上所保護的利益，但沒有任何法律明白的說，這些院民享有什麼權利，他們最多只有請求國家照顧的權利，因為國家有照顧人民的義務，叫做「保護義務」，但是國家如何照顧人民，有形成的空間，叫「立法裁量」……

行政法老師可能會告訴你（妳）：古蹟認定的法律性質是行政處分，而且是一般處分，對於不是古蹟，要不要認定，主管機關有一定決定空間，叫做「判斷餘地」與「行政裁量」，行政法院原則上要加以尊重……

依照文資法及地方制度法之規定，文資保存屬於地方事項，須由地方啟動，除非地方毫無作為，中央始得代行處理，也就是說，中央原則上可以不管……

行政法院法官應該會直截了當的說：身心障礙者的權利、居住遷徙自由權、生存權，只是憲法原則性揭示，須賴法律具體明定，始能主張。樂生院民所主張的權利，法律上並無任何實體法上依據，所以不能作為行政訴訟的標的，也沒有訴訟權能……

的確，從狹隘的法律思維框架，真的可以說樂生院民沒有財產權或居住權，也必須承認，主管機關沒有非要指定樂生院為古蹟的義務。但是，樂生院民的權利，不應該只是單純財產權或居住權的問題，也不是法律有無規定的問題，它應該是層次更高的憲法人性尊嚴問題，這也是憲法為什麼存在的原因。」

節錄以上。筆者在大學時期剛開始接觸相關議題時，受到李建良老師這篇短文的啟發甚大，並決定進一步投入居住議題，特別在此引用此文較長的篇幅。儘管見解不盡相同，但這樣的關懷至今讀來依然覺得非常感動。

意的制度選擇抑或如何？

事實上，「居住權」的主張目前在國內並不少見，尤其自《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》<sup>5</sup>於 2009 年公布生效以降，關於《經濟社會文化權利公約》<sup>6</sup>第 11 條第 1 項<sup>7</sup>所提及的「適足居住權 (the right to adequate housing)」，以及第 4 號、第 7 號一般性意見 (General Comments) 之具體解釋，經常成為論述或訴訟上居住權<sup>8</sup>的論據。但這些主張是否能被法院接受，而使人民的權利得到承認，甚至進一步救濟，還有待觀察。

近來，司法院大法官於釋字第 709 號解釋在處理都市更新法制時，曾提及了經社文公約第 11 條第 1 項，然本號解釋並非將之用以保障遭受拆遷的人民權利，而是用以指出都市更新條例之目的所在。有學者便稱之為黯然登場<sup>9</sup>、或評價為畫龍不點睛——其點出了都市更新的程序問題，卻與適足居住權之闡述失之交臂<sup>10</sup>。而到了釋字第 732 號的美河市案，多數意見指出徵收除了涉及人民憲法第 15 條的財產權外，也涉及憲法第 10 條的「居住自由」。此居住自由之保障內涵，和人們呼喊的「居住權」是否相同？若依本號解釋羅昌發大法官提出、蔡清遊大法官加入的協同意見書之見解，「居住自由」指的是居住於何地的選擇自由，而並不能與

---

<sup>5</sup> 下稱兩公約施行法。

<sup>6</sup> 下稱經社文公約、或公約。

<sup>7</sup> 條文內容：「本公約締約國確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境。締約國將採取適當步驟確保此種權利之實現，同時確認在此方面基於自由同意之國際合作極為重要。(The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.)」本文所採用之兩公約與其一般性意見翻譯皆以法務部版本為基礎，並採納本文認為適當之翻譯調整，

<sup>8</sup> 至於究竟要採取「居住權」、「住房權」、「適足居住權」、「適足住房權」等何種用語，事實上各界也是紛亂未統一，所指涉之對象也不一定完全相同。本文擬在本章第四節第一項探討，嘗試給出本文所設想之定義，並統一用語。

<sup>9</sup> 翁燕菁 (2013)，〈《經濟、社會與文化權利國際公約》的黯然登場——大法官釋字七〇九號與經社權利保障〉，《月旦法學雜誌》，第 218 期，頁 239-246。

<sup>10</sup> 黃丞儀 (2013)，〈畫龍不點睛的大法官解釋〉，2013 年 05 月 02 日，蘋果日報論壇版。

「適足居住權」所討論的內涵劃上等號<sup>11</sup>。那麼，大法官的意見究竟是我國對於居住之保障止步於此，不具備社會權面向，又或如何？而「居住權」、「居住自由」、「適足居住權」等名詞該如何區分、在法學上的意義究竟為何？諸多問題都有待進一步的釐清。

我們恐怕可以說，當前的情形是儘管「居住人權」喊得火熱，但欲將相關「權利論述」帶進法院之際，卻往往難以受到肯認。法界對於居住權之梳理仍嫌不足，或可說是相當有限，於是居住權在法學上的概念仍如同一團迷霧，難以參透，人們不是各說各話、就是求助無門。然於此同時，各種案例仍如雨後春筍般不斷出現，而國外的案例或文獻累積亦不斷積累，這不免令人焦慮。從而，本文認為居住權在法學層次的討論其實是刻不容緩的議題。當然，有關居住權的主張，其社會權之性質——由其是給付性質的部分，往往會面對各種質疑，並認為根本沒有居住權這回事等。然而，對於居住權，無論認同、採納與否，我們所欠缺的是一套盡可能完整爬梳的論理及更為細緻化的評析，而非簡化、躁進的接受或拒絕。畢竟，縱是反對居住權利化者，亦難以否認居住之重要，那麼，憲法對於居住應該如何保障、保障至何種程度，我們也應試著做出更細膩的想像。

綜上，本文是以這樣的想法為初衷而進行研究與撰寫，希冀能對居住權之相關議題做出些許貢獻。

## 第二項 問題提出

在前開動機下，本文擬以居住權為題，惟此議題關照層面甚廣，為求聚焦，在此欲進一步梳理並提出本文期望處理的具體問題。承接研究動機所述之脈絡，當前最核心的問題其實是確認「居住」是否具備「權利性格」及其位階之釐清——尤以憲法位階的討論為主，而終極的關懷是居住權的實現。

---

<sup>11</sup> 司法院大法官釋字第 732 號羅大法官昌發提出，蔡大法官清遊加入之協同意見書參照。

首先，關於「居住」是否具備「權利性格」——本文指涉的是主觀權利，仍須探討。相關討論中，向來存在根基於「提升至權利並不代表現實上會受到保障」、「涉及資源分配」等原因而反對居住成為主觀權利之見解，而實際制度設計上，亦存在諸多不以權利看待居住、但提供一定保障或其他保障方式之法體系<sup>12</sup>。以權利或不以權利方式規範，有何優劣？制度選擇之原因為何？這些問題在國內處理「居住權」議題時，需要審慎分析。

而若為權利，位階是否有達到憲法層次？兩公約公佈施行後雖然成為內國法的一部份，但個別條文如何解釋適用仍需要更多的司法實踐，居住權的條文與相關國際人權規範在我國法體系的定位為何？而當前諸多主張係立基於各種國際人權文件，此處存在一無法忽視之困難、且是將論述帶進法院時勢必會面臨的挑戰：即國內的權利體系和這些國際人權文件之間，仍存在需要「轉譯」的鴻溝——不是語言的問題，而是這些「權利（right）」和國內法體系中「權利」的意義與效力似乎不完全相同<sup>13</sup>，這應如何看待？又有如何之方式可以達成此轉譯，使得國際人權文件上的權利以某種方式在國內成為可操作之權利、甚至與憲法接軌？司法審查可否達成此任務？再者，可否搭配我國憲法諸多與「住」相關的部分導引出權利？或，我國憲法當前是否就已經可以推衍出對於居住「權」之保障？可或不可分別是因為哪些因素？這些因素是否有可能以何種方式克服？學者雷文玫、黃舒芃便曾在文獻中指出，是否將某社會權提升至憲法位階之權利，反對之意見大都環繞在「法院如何處理」之癥結<sup>14</sup>。從司法審查之面向檢驗本議題，本文認為有其必要。而本文既希望處理憲法上居住權，司法審查的重點也會放置在憲法法院

---

<sup>12</sup> 早川和男（1997），《居住福祉》，頁 169，東京：岩波書店。

<sup>13</sup> 有權利之名卻不具備「主觀權利」性格時，會成為「人民無法主張」的權利，如此一來會造成單從「權利」一詞無從理解其規範效力。事實上這也是人權學界與法學界之間的一道鴻溝，諸多國際人權法上的權利，從人權的視角而言是權利，但從法律上來說卻不具備主觀權利之性格，無法承認其為法律上的權利進而主張。從而，本文作為法學論述，對於不具主觀權利性格的「人權」，暫時不宜賦予權利之名，以人權稱之，以免混淆。而本文寫作的目的，即是希望在居住權上，可以有機會跨越這道鴻溝，讓居住權進入法院的視野。

<sup>14</sup> 雷文玫、黃舒芃（2006），〈社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討〉，行政院研究發展考核委員會編，POD 版，頁 26，台北：國家書店。

操作之討論。

而事實上，對法院無法處理之質疑其實是權利實現層次的問題，對於權利無法透過法院實現之疑慮，常常「反饋」到對於建構權利的卻步。居住權在權利實現的首要難題，便是於權力分立上應如何在立法形成空間與司法審查之間取得平衡？但若司法無從介入，對人民而言居住權將成為看得到吃不到的宣示性存在。因此，雖然國際學界對於經濟社會權是否具備可裁判性已經累積了許多論述——認為可以、也需要，而問題毋寧是如何審查，但有鑒於國內的討論難謂豐富，也欠缺針對居住權之討論，故本文在問題處理上，仍會從居住權之可裁判性如何開始探討，並進一步討論司法審查究竟應該如何面對居住權。

綜上，本文擬以「司法審查」為主要關照之視角，欲處理的問題可簡要羅列如下：

#### 1. 「憲法上居住權之存在／建構」

- (1) 居住是否為權利？是否為憲法上權利？
- (2) 有些國家憲法有居住權、有些沒有，意義之不同？
- (3) 我國憲法如何看待居住？是否已是權利、或應否／如何成為權利？
- (4) 我們要建構的居住權之內涵、功能究竟為何？

#### 2. 「憲法上居住權之實現」

- (1) 權利實現需面對之權力分立問題，何解？
- (2) 居住權具有可裁判性嗎？
- (3) 司法審查如何面對居住權？

簡言之，本文之核心問題意識其實相當單純——「如何建構和實現我國憲法上之居住權？」，並以司法審查為核心，以期連貫地回應將居住權定位為憲法層次之權力分立、可裁判性、操作方式等疑慮，而題目則以「憲法上居住權之建構與

實現——以司法審查為核心」為題。



## 第二節 論述取徑與研究範圍

### 第一項 論述取徑

#### 壹、研究觀點

關於如何討論憲法上居住權之建構與實現，若參酌諸多嘗試「建構」憲法上經濟、社會權之文獻，有不同之切入觀點。

學者 Katherine G. Young 曾提出一個分為三部份的框架來建構 (constitute) 經濟社會權——此包括人權與憲法上權利的概念：解釋 (interpretation)、執行 (enforcement)、與爭論 (contestation)。解釋指的是提出理由 (reason)，因為經濟社會權的各種主張皆是立基在當代多元主義 (pluralism) 的背景之中，要肯認權利必須給出理由。而執行指的是透過各種機關之實踐，包括法院。最後倡議則是討論社會運動與治理功能<sup>15</sup>。Katherine G. Young 的方式係較為普遍性的、並具備比較憲法觀點的論述，且蘊含了透過權利打造反映或凝聚共識的意涵<sup>16</sup>。

如果是內國憲法的層級，方法上，如日本學者菊池馨實討論憲法層次的「社會保障權」是在憲法架構中——其以日本憲法保障「健康而文化的最低限度之生活<sup>17</sup>」的生存權等權利清單為主軸，尋覓解釋納入之可能<sup>18</sup>，並討論以「權利」、「憲法上權利」保障之利弊。這種方式是討論某一權利最終要如何與內國法秩序相容

---

<sup>15</sup> Young, K. G. (2012). *Constituting economic and social rights*. Oxford, U.K.: Oxford University Press. 6-15.

<sup>16</sup> *See id.*, at 19-22.

<sup>17</sup> 日本憲法第 25 條第 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。」。

<sup>18</sup> 菊池馨實 (2015)，《社會保障法》，頁 52-69，東京：有斐閣。



而存在所必要的，相較於前者需要更為深入經濟現實條件，這樣的方式是比較靜態的對於內國「規範」環境做一評估<sup>19</sup>。

對本文要處理的問題而言，以上之探討方式都有其重要性。要處理「如何建構和實現我國憲法上之居住權？」，必須重視兩個現實條件：

- (1) 國內以倡議為憲法上居住權討論之始、而倡議又多以國際人權法為本；
- (2) 要將居住權納入我國憲法，需要與現行憲法體系相容。

也就是說，「國內社會發展」、「國際人權法」、「憲法」之間的互動，是處理本文問題意識不可或缺的切入點，但是回到內國憲法時，也必須注意國內已有的規範與司法審查體系。本文的討論將涉及憲法關於社會共識整合之功能、以及需要將國際人權法與內國憲法匯流之跨國憲政主義(transnational constitutionalism)<sup>20</sup>，從而，比較憲法的觀點在論述上即有必要。而本文最終係以論證我國憲政體質相容的居住權為目標，這樣的本土化也需要與類似於學者菊池、或國內文獻如前揭雷文玫、黃舒芃等研究之檢驗模式。

綜上，本文之研究觀點係透過比較憲法，融合跨國憲政主義的觀察，以內國層次的問題為核心關懷，擬從理論上、法釋義學上、體系上對居住權做體系性的

---

<sup>19</sup> 其他內國層級的論述方式，參閱：Leckie, S. (ed.) (2003). *National perspectives on housing rights*. The Hague: Martinus Nijhoff.

<sup>20</sup> 葉俊榮(2002)，〈超越轉型—台灣的憲法變遷〉，收於：李鴻禧編，《憲法縱剖橫切》，頁 71-103，96-98，台北：元照。而學者葉俊榮指出，跨國憲政主義的觀點下，國際人權公約與憲法的關係表現在兩種途徑，一是人權公約被賦予具有憲法地位的效力，二是各國透過修憲、制憲方法將人權公約之內容劃入內國憲法。詳參：葉俊榮(2015)，〈經濟社會文化權利公約與司法審查：雙重制約下的對話司法〉，頁 9，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會—人權公約與我國憲法解釋》。司法院(主辦)，台北。在 2009 年我國兩公約施行法明訂了兩公約的法律效力為法律位階的前提下，本文所討論者為後者。

當然，公約之地位也有豐富之法學討論。參考張文貞(2015)，〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能及台灣實踐〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會—人權公約與我國憲法解釋》。司法院(主辦)，台北。張文貞(2008)。〈跨國憲政主義的合縱與連橫〉，收於：林鈺雄、顏厥安編，《人權之跨國性司法實踐(二)》，頁 121-142，台北：元照。以及張文貞(2010)，〈國際人權法與內國憲法的匯流：臺灣施行兩大人權公約之後〉，收於：社團法人臺灣法學會主編，《臺灣法學新課題(八)》，頁 1-26，台北：元照。



分析<sup>21</sup>，並以這樣的觀點設計本文的研究架構。

## 貳、基本立場

首先，本文認同「藉由國家對於人民基本生存保障，而使得人民可以真正的發展自由」的概念，這也會成為本文論述的前提、基調，與本文之各種主張呼應。而以下將敘述寫作具體三項遞進式的立場及採擇之簡要理由，至於詳細之論證則會由第二章後開始鋪陳，也會以論證並說明這三項立場為論述開展之重要方向：

### 一、支持居住權作為我國受憲法保障、具法律上意義之社會基本權

居住之保障是否需要以「權利」、「憲法上權利」之模式，在不同法體系中有不同之規範方式，其實踐之成效亦非取決於規範方式，和內國之經濟社會條件仍有重大相關，實可想像。惟我國既為一具備社會憲法<sup>22</sup>之國家，「居住」作為憲法保障之權利應非不可想像。本文認為，將居住認定為「憲法上權利」具有一重要意涵，即其屬於人盡有之的權利，縱然可能因為人之特定條件而有保障方式與程度之差異，惟此權利基礎依然存在、因身為受憲法保障之人而存在，而非依附於特定財產而來。此種見解是當前我國諸多居住問題中的重大癥結，是故，或許各種規範模式或皆有其優點，然此種模式於當前之我國應具相當意義，對於問題解決有所裨益，換言之，若包含此種權利視角，諸多問題之解方尋覓或許會呈現相當不同之風貌，也可以以之為司法審查，如從憲法法院之角度重新審視諸多相關之法規範。從而，本文擬嘗試以居住權作為我國受憲法保障、且具法律上意義之社會基本權之見解為第一項重要之立場，對此見解提出更為細膩之討論。

### 二、應在注重國內現實狀況與規範特性之前提下，以國際人權法之重要內容與內國憲法匯流

---

<sup>21</sup> 李建良（1997），〈基本權理論體系之構成及其思考層次〉，收於：氏著，《憲法理論與實踐（一）》，頁 41，台北：新學林。

<sup>22</sup> 關於社會憲法，詳細之討論可參閱孫迺翊（2015），〈第四章 社會法的憲法基礎〉，收於：《社會法》，第一版，台北：元照。郭明政（2006），〈社會憲法：社會安全制度的憲法規範〉，收於：蘇永欽編，《部門憲法》，第一版，頁 311-352，台北：元照。

在支持居住權作為憲法上社會權之見解下，勢必要面對此一權利究竟如何建構、內容又是如何之問題。對此，本文主張應在注重國內現實狀況與規範特性之前提下，以國際人權法之重要內容與內國憲法匯流。申言之，在討論居住權這樣的「新興人權」時，無疑受到了國際人權法之影響<sup>23</sup>，而當前關於居住權之主張，仍以國際人權法之內容為大宗，除了諸國之內國實踐以國際人權法為重要參照對象，國內外關於居住權論述之發展，同樣也不脫國際人權法之內涵。從而，欲討論內國憲法居住權之權利內涵，某程度上需要考量國際人權法。而國際人權法如何與內國憲法匯流、甚至在內國居住權憲法權利化之過程中扮演重要之角色，即需要詳細探討。

惟此過程中，必須慎重考量國內現實情形，包含經濟、社會、文化等各種脈絡，且必須考量當前整體法體系規範之模式，若採取了與當前法體系不相容之方式，過於直接地主張國際人權法之內容，縱然已有「內國法化<sup>24</sup>」之程序實踐，仍不免產生「轉譯」上之困難。但這樣的權利，解釋上不能獨立於其他所有國內的

---

<sup>23</sup> 有關國際人權法對於當前人權議題的重要性，如學者林佳和曾言：「歷史上從未有如今天一般，『國際人權』那麼樣的被盛囂塵上、廣為流傳，單以東歐政權垮台、東西方冷戰正式結束後的 1990 年代至今而言，科索沃、盧安達、國際刑事法院、人道干預、正義的戰爭等，無疑就是國際人權發達的代名詞。在人權相對起步與發展較晚的東亞國家與社會——如果再連結民主化作為重要的歷史階段，則台灣與韓國無疑更較日本為晚——，『人權』當然也不再是陌生或甚至需而沒有現實政治社會意涵的名詞，連根本不是聯合國會員國的台灣，也興沖沖的要標榜人權立國、所謂加入人權兩公約，急切地將國際人權法內國法化。這是一個國際人權的時代，一點也不為過。」林佳和（2012），〈真的有國際人權法指涉的普世人權？政治哲學世界公民主義（Kosmopolitismus）與特殊公民主義（Partikularismus）論戰下的人權圖像落差〉，《臺灣國際法季刊》，9 卷 4 期，頁 115-145，122。

<sup>24</sup> 本文使用之「內國法化」用語，並非國際法意義之「內國法化」。因我國在簽訂兩公約後，隨即退出聯合國，並一直未批准，直至 2009 年國會方踐行此一程序，但我國並無法和其他國家一樣於批准後，存放於聯合國秘書處，也未有效成為締約國，故我國 2009 年的處理實際上並非嚴格國際法意義之「內國法化」，而是基於我國兩公約施行法的規定，引致後成為我國法之一部分。惟本文論述上仍依照國內多數及官方文獻，使用「內國法化」之用語。至於內國法或國內法之用語，本文鑑於一般不多做區分，亦未嚴加區分，用語問題請參閱：李建良（2014），〈論國際條約的國內法效力與法位階定序——國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉，收於：廖福特編，《憲法解釋之理論與實務第八輯》，頁 175-275，180，註 5，台北：新學林。

權利，它仍然是整體權利的一部份<sup>25</sup>。從而，如何建構此一橋樑，即是非常重要的課題。本文關注到此現實中之困境，故採取此立場，期以此種角度探討可行之發展方向。

### 三、司法審查扮演問題解決之關鍵角色，需要一務實的操作模式

最後，關注到權利實現的層面，如同在前節問題提出時所提及，社會權實現的難題首先便是面對權力分立，尤其立法形成空間與司法審查之間的角力。本文認為，司法審查扮演的角色相當關鍵，若我們肯認居住權作為一種憲法上權利，並大致勾勒出其重要內涵而呈現一圖像，立法者之義務係將此圖像具體化，行政則必須貫徹之，司法者則扮演了確認此一圖像之角色，而司法審查更具備關鍵性之功能。但司法審查究竟能否處理居住權這樣的社會權？對此，本文認為，完全否認居住權作為社會權之可裁判性、或是直接由司法審查扮演資源分配之角色，都非妥適之解決之道，也無法真正處理問題，就此，黃念農氏之碩士論文已提出類似之觀察<sup>26</sup>。但問題需要解決，在光譜兩端之中間，仍可能存在某種「務實」的操作模式，使得司法審查可以處理居住權，使人民之權利受到某種程度之有效保障。本文期盼能朝此方向論述，尋找出一可能可行之操作模式，務實地面對當前諸多居住問題在司法領域所面臨之困境。

本文基於以上三項立場，所採取之論述方法將不限於釋義學，例如，關於權利論證之方式，釋義學上有如德國學說及實務上有關於基本權之論證程序（Argumentationsprozess）<sup>27</sup>，惟本文所處理者並非傳統之自由權，在理論上似有扞格而難解之處，故並不依循該路徑，毋寧會從比較憲法等觀點，從更為具體之憲政、社會實踐脈絡去論證居住權之存在與實現。

本文要強調的是，採取以上論述方向而支持「憲法上居住權之保障」，並不代

---

<sup>25</sup> Davis, D. M. (2012), Socio-Economic Rights, in Rosenfeld, M., & Sajó, A. (ed.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford, U.K.: Oxford University Press.

<sup>26</sup> 黃念農（2016），〈轉型社會中的社會權保障：南非與台灣的憲法解釋比較〉，頁 108，國立政治大學法律學系法律學研究所碩士論文。

<sup>27</sup> 詳參：李雅萍（1991），〈概括基本權之研究〉，頁 66 以下，輔仁大學法律學研究所碩士論文。

表居住權在任何情況都無須退讓，誠如所有受到憲法保障的人民基本權，國家在一定情形仍對其有限制之可能，僅是此限制必須合憲。縱建構、實現憲法上之居住權，與其他基本權同樣是有受合憲限制之可能，亦即，並不會因為有了憲法上居住權，各種作為住家的房舍就一定必須「原地保留」、房東就無法驅逐不繳房租的租戶、人民便得以直接向國家伸手要求「住在帝堡的權利」、或代表邁向追求齊頭式平等，這些都是過於簡化的想法。實則，本文的各種論述取徑，正是希冀能替當前談及居住權時總是兩極化的直覺反應，提供更為細緻而務實的想像。

## 第二項 研究範圍與限制

在此進一步敘明此題目下之研究範圍與研究限制。

### 壹、研究範圍

本文討論的焦點是憲法上居住權，論證上雖會討論到國際人權法意義的居住權、法律層次的居住權，但最終關懷是憲法層次。而本文的討論既然集中在憲法，不包括訴訟權能（包括保護規範理論等請求權基礎之尋覓問題）、重點也不會在行政法具體請求權之探尋問題。本文的研究範圍，即限定在「憲法上居住權建構、與實現，並以司法審查為中心」此核心命題之相關論證。

### 貳、研究限制

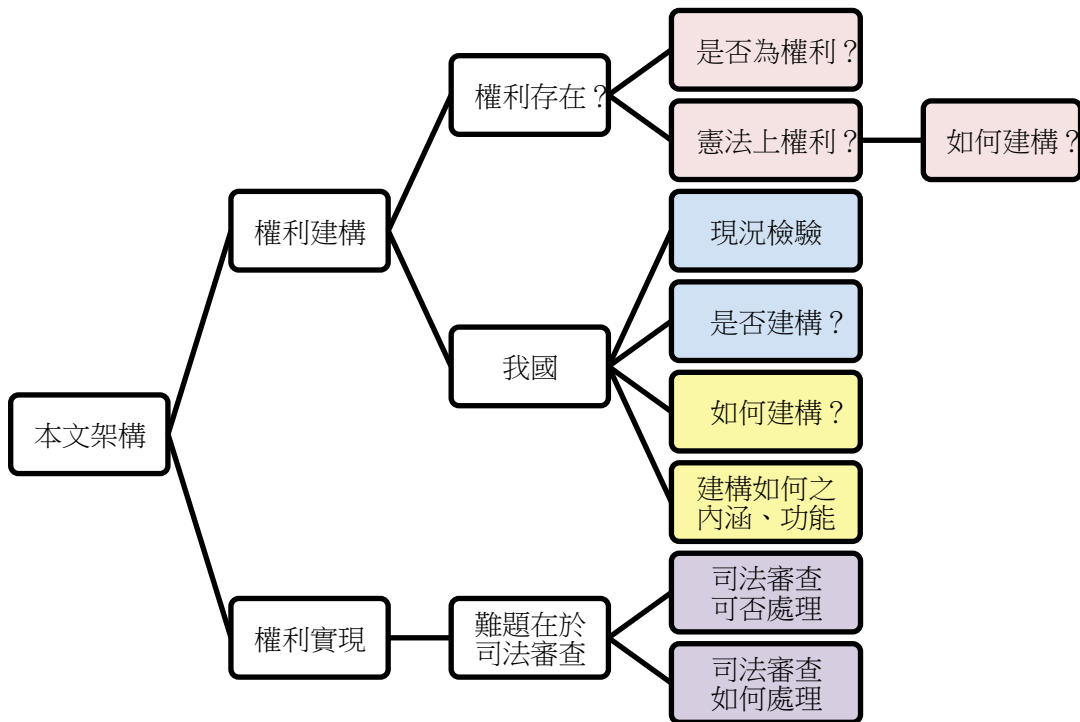
在本文之研究範圍內，仍存在相當之研究限制。首先是比較法取材上之限制，國際上與居住權相關之憲法規範模式與司法實踐為數眾多，無法窮盡，僅以本文觀察國內外文獻討論，認為可以提供重要啟發之法例作為借鏡；進而，居住權作為一經濟社會權，其屬性需要深刻地探諸各個規範體系的經濟、社會、文化脈絡，方可做出適宜之觀察與評價，而這些變因過多，本文限於研究之篇幅與研究能力，無法窮盡，僅得概略介紹；最後，雖然討論過程涉及不同法體系之論證，但以我國之制度為核心。



### 第三節 研究架構

為嘗試回應前開之問題意識，以達成分析憲法上居住權之建構與實現而對當情狀況有所裨益之研究目的，本文規劃之基本研究架構簡要圖示如下【圖一】。亦即，主要分為居住權的「權利建構」與「權利實現」兩大密切相關之部分，依序安排各個相扣的問題分析。

【圖一：本文架構圖】



依此架構，章節編排上，本文共分為六章，分別對應以上【圖一】之部分內容<sup>28</sup>。本文於第二章至第四章處理權利建構、第五章分析權利實現，第六章為結論。概略介紹如下：

<sup>28</sup> 第二章至第五章之內容分別對應【圖一】中的不同套色。

## ■「第一章 緒論」——

緒論部分為本文開展論述之基礎說明。在前三節介紹完問題意識、論述取徑、研究範圍、限制及架構後，「**第四節 居住權之概念與名詞說明**」擬先將本文所指涉的居住權於不同文獻上之定義稍加說明，簡單勾勒出本文關於居住權用語之指涉圖像，並定義、辨析其他本文所需使用之用語，如社會權、可裁判性、非正式住居等。

## ■「第二章 權利存在之選擇：憲法上居住權之意義」——

權利建構之第一步係釐清居住受到保障之基礎，故第二章擬從「**第一節 『居住』受憲法保障之正當性**」開始，分析不同向度的正當性來源，以及憲法與現代社會居住保障之需求的關係。而在確定居住受保障後，進一步要進入保障方式的討論——是否用權利的方式來保障？本文於「**第二節 居住作為權利？**」分析此一問題，提出支持及反對居住作為權利之見解及本文評析，並討論居住作為權利之特性為何。接著，於居住的權利性質後欲討論權利位階，「**第三節 居住作為憲法上權利？**」先討論定位至憲法上權利之意義與利弊，而後介紹不同國家將居住權與憲法規範模式之討論與憲法權利化之路徑，並分析其制度選擇之原因，提出評析。此章最後則提出「**第四節 小結：權利存在係『選擇』**」。

## ■「第三章 憲法上居住權是否存在於我國？」——

在第二章分析完居住權憲法權利化之利弊與方式後，此章則要回到台灣的情形，映照前開分析檢驗台灣現況。首先，「**第一節 基礎體質：社會憲法**」檢驗我國當前憲法對於居住的保障正當性來源、及憲法文本內的相關內容，包含社會國原則、社會基本權、基本國策等社會憲法之部分如何看待「居住」。次於「**第二節 轉捩點？：兩公約施行與憲法解釋之互動**」、「**第三節 三權實踐中憲法上居住權之蹤跡**」我國現況，包含兩公約與施行法之意義與影響、憲法權利清單與

憲法解釋，以及行政權、立法權和一般法院判決的形式（提及居住權的方式與脈絡）與實質（居住權概念之內涵與適用）分析，試圖勾勒出我國當前的圖相與癥結所在，並點出司法在居住權建構與實現的關鍵地位，並於「**第四節 難調存在的憲法上居住權**」做一整理。

#### ■「第四章 建構我國憲法上居住權」——

在第三章檢驗完台灣現況並提出本文對於我國建構憲法上居住權與否之評析後，第四章擬具體討論我國如何建構憲法上居住權、以及建構出如何之憲法上居住權。於「**第一節 是否／如何建構我國憲法上居住權**」，本文將參照第二章之討論，取法他國經驗，分析我國之可能性與需求。進而於「**第二節 居住權於我國憲法之立足點**」在我國憲法中尋覓居住權得以在基本權篇章中扎根之處，本文擬分析各相關條文，包括憲法第 7 條平等權、第 10 條居住遷徙自由、第 15 條財產權、第 15 條生存權、以及第 22 條概括基本權之可能性，從歷來之憲法解釋以及相關學說檢驗這些條文與居住權之相容性，並提出本文之立場。接著，在確認了居住權為基本權在憲法中的立足之處後，「**第三節 居住權之基本權功能與內涵**」則會具體討論其權利功能與內涵——分析其客觀法秩序及主觀公權利面向之作用，並確認憲法層次居住權宜包含之內涵。「**第四節 居住權之基本權衝突**」則討論常遇見之基本權衝突情形，此章最後以「**第五節 小結**」作一簡單之統整收尾。

#### ■「第五章 權利實現之難題：居住權之司法審查」——

權利之實現同樣必須討論，才能確保建構權利之實益。本文第五章開始進入權利實現之問題，而居住權此種具備社會權性格之權利，實現上首要會碰到的難題便是權力分立架構下，究竟應該如何分配權限才可確保權利之實現，而此一問題反映在居住權的可裁判性與立法形成空間、司法審查之界線劃分上。「**第一節 居住權是否具有可裁判性？**」擬自可裁判性問題介紹起，接著進一步處理司法審



查究竟要如何面對居住權。討論此一問題的層次上，本文先從其「體質」進行分析，於「**第二節 居住權司法審查之困境**」中提出司法審查面對居住權時的難題，指認出權力分立與基本權秩序中權利本身之界限、以及法實踐上的困境挑戰。其次，在「**第三節 相關司法審查模式之比較法觀察**」介紹他國之案例，取材包含南非等國家之案例，進行分析。本文在分析時會注意到各國之背景與制度因素，嘗試替國內找出合理、可適用的準則。接著在「**第四節 我國居住權司法審查模式之嘗試**」提出本文之重要部分——也就是前所提及的國內準則建議，回應居住權究竟如何在司法審查上操作之問題。本文除了嘗試提出通案之程序與實質標準外，亦認為特殊案型：如老人、障礙者、原住民、或較脆弱之族群需要有特別之注意。本章最後於「**第五節 小結**」為一整理。

## ■「第六章 結論」——

最後，第六章是本文之結論，將擷取前開論點之重要分析結果，總結本文對於建構與實現憲法上居住權之意見，並展望未來之可能。

### 第四節 居住權之概念與名詞說明

於緒論之最後一節，本文以「**第一項 居住權之概念**」說明，此部分包括國際人權法等文件所提出之居住權概念、以及居住權用語的辨析等，亦於項末提出本文之設定，以便開展論理。而於「**第二項 名詞說明**」中，將界定本文所使用之其他重要名詞的意涵。

#### 第一項 居住權之概念

##### 壹、概說

人民居住之需求自古存在，而權利的概念發展後，居住人權的概念則稍後在

人權法中出現。若從國際人權法之規範文本觀察，在 1948 年《世界人權宣言 (The Universal Declaration of Human Rights)》中即有居住權之出場<sup>29</sup>，爾後，隨著人類發展——人口倍增、城市崛起等，漸漸引發重視<sup>30</sup>，開始有諸多公約以各種方式提及居住權之概念，其地位與內涵逐步地受到補充與確立，亦有國家將居住權列入憲法<sup>31</sup>。

而對應到中文，如我國法體系對於居住雖亦有某程度之保障，但「居住權」的說法主要仍是來自國際人權法。這些國際人權法中，英語之 the right to housing，在中文有譯為居住權或住房權，而 the right to adequate housing 則有適足居住權、適足住房權、適當住宿權等用詞。名詞選用向來未固定也存在爭議，本文認為應搭配概念之設定，先整理與「housing」相關之權利論述，再行選用適切之名詞。而概念之設定，則需要一定程度掌握歷來不同規範對於居住權之定義，本文既以「以國際人權法之重要內容與內國憲法匯流」為重要取徑，概念之設定也以國際人權法之內容為主要參照對象<sup>32</sup>。本項之目的即是整理居住權概念之重大發展，梳理出本文所設想、欲討論的居住權，並以之為基礎討論這樣的權利是否應該存在、是否應該憲法權利化、又是否可能、或如何透過司法審查來實現。以下之順序擬先爬梳國際人權法之定義發展，再提出本文之設定與選擇名詞。

欲特別說明的是，誠如權利之發展係隨著社會變遷而生，居住權之內涵也同樣反映社會變遷，國際人權法上相關概念的演進亦呈現了這樣的趨勢。本文對於居住權內涵之設定並不會過於僵化而固定 (fixed)，而是會採取認定核心內涵之方式，此種認定方式在社會權、經濟社會權利之認定上尤有需求，可以在具有核心、

---

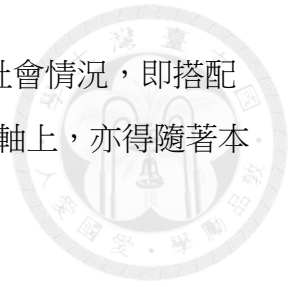
<sup>29</sup> 翁燕菁 (2015)，〈適足居住權之可裁判性——初探國際人權法及其實踐〉，全國律師月刊，2015 年 1 月號，頁 4-17，4。

<sup>30</sup> 吳昌鴻 (2013)，〈經濟社會文化權利國際公約之住房權規範與實踐研究-兼論住宅法對國內住房權之保障〉，頁 4，國立東華大學財經法律研究所碩士論文。此文可謂國內第一本具體討論公約上居住權之碩士論文，對文獻有相當之整理。

<sup>31</sup> 例如：南非憲法第 26 條。

<sup>32</sup> 至於他國之實踐，本文於第二章第三節將另行詳述。從本文「以國際人權法之重要內容與內國憲法匯流」之思考取徑，此處係國際人權法層次之概念整理，他國如何將這些概念納入憲法是匯流之實踐，並非本層次之討論問題。

大方向之前提下，在時間橫軸上，容許各國依照本國之經濟、社會情況，即搭配本土之「體質」，發展出適合各該國家的權利內涵，而在時間縱軸上，亦得隨著本國之經社發展做出調整。



## 貳、國際人權法上相關概念之演進

### 一、居住權概念之形成與發展

居住權並非隨著人權概念之出現便存在。居住權通常被分類至「第二代(second generation)」的權利，與「第一代(first generation)」傳統的自由權有所區別<sup>33</sup>。簡單而言，第一代權利受到美國和法國革命的重要影響，這些權利「以所有男人(men，爾後發展至女人)的自由之名」存在，並不受到地理性的限制<sup>34</sup>。而第二代的權利，傳統上的說法是它們因為 20 世紀發展上的各種問題因應而生。不過，其實可以追溯到更早。在 18 世紀的巴伐利亞和普魯士，國家被視為「社會幸福的代理人(agent of social happiness)」，負責照顧有需要的人(the needy)和缺乏方式和機會支持自己生活的人。而類似地，1793 年的法國憲法，也包含了國家有義務對需要者提供公共協助<sup>35</sup>。19 世紀，俾斯麥開始了社會立法，威瑪憲法將這些保障以「權利」之名訂入<sup>36</sup>。1919 年，國際勞工組織(ILO)建立國際勞動標準時，

---

<sup>33</sup> See D.M. Davis, *supra* note 25, at 1020.

<sup>34</sup> See *id.*

<sup>35</sup> See *id.*, at 1021.

<sup>36</sup> 但受限於事實上國家的能力，這些「權利」流於宣示性，同樣地，許多威瑪憲法規定的國家義務也未被滿足。而居住部分，威瑪憲法也並未以權利稱之，而是以國家義務之方式規範，並一樣未達成。參閱：Silverman, D. P. (1970). A Pledge Unredeemed: The Housing Crisis in Weimar Germany. *CCC Central European History*, 3(1-2), 112.

條文原文為：

Ark.155(1)

Die Verteilung und Nutzung des Bodens wird von Staats wegen in einer Weise überwacht, die Mißbrauch verhütet und dem Ziele zustrebt, jedem Deutschen eine gesunde Wohnung und allen deutschen Familien, besonders den kinderreichen, eine ihren Bedürfnissen entsprechende Wohn- und Wirtschaftsheimstätte zu sichern. Kriegsteilnehmer sind bei dem zu schaffenden Heimstättenrecht besonders zu berücksichtigen.

第二代人權的概念以「國家義務」的形式被引入至法律論述。而對於第二代權利的普遍重視，則是二戰以後的事<sup>37</sup>。

不過，特定至居住權，許多國內文獻習於以小羅斯福(Franklin Delano Roosevelt)的主張作為居住權雛形之出現。這是源於1941年美國小羅斯福總統在其「四大自由(The Four Freedoms)」的演說中所提倡之「免於匱乏的自由(freedom from want)<sup>38</sup>」、以及他所簽署的《第二權利法案(The Second Bill of Rights)》中，包括了「每個家庭都能有適宜的住家的權利(right of every family to a decent home)」。<sup>39</sup>這些都開啟了對於居住權等經濟社會權利的新可能<sup>39</sup>。這可放在小羅斯福在一戰後、經濟大蕭條的時代背景下所為的系列主張脈絡中解讀，反映了當時的社會、經濟需求。

而到了1948年，《世界人權宣言》納入免於匱乏的自由之理念，在第25條第1項規範了：「人人有權享受為維持其本人及家屬的健康和福利所需的適當生活水準，包括食物、衣著、住房、醫療和必要的社會服務；在遭到失業、疾病、殘廢、守寡、衰老或在其他不能控制的情況下喪失謀生能力時，有權享受保障。<sup>40</sup>」亦即在《世界人權宣言》中納入了「適當生活水準(the standard of living adequate)」概念的居住權<sup>41</sup>。

然一般而言，《世界人權宣言》仍非具法律拘束力之文件，且當時國際人權之

---

<sup>37</sup> See D.M. Davis, *supra* note 25, at 1021.

<sup>38</sup> 相關原文為：「The third is freedom from want – which, translated into world terms, means economic understandings which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants – everywhere in the world.」，完整之演講內容參照：Roosevelt, F. D. “Four freedoms speech” Annual Message to Congress on the State of the Union: 01/06/1941.

<sup>39</sup> Craven M. (2003), History, Pre-History and the Right to Housing in International Law, in Leckie, S. (ed.). *National perspectives on housing rights*. The Hague: Martinus Nijhoff. 49.

<sup>40</sup> Article 25 (1) Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

<sup>41</sup> 內藤光博(2001)，〈「居住の權利」研究序說〉，《專修大学法学研究所紀要》，24号（坂本茂雄先生追悼号），頁50-62，51。

發展尚在起步階段，故相關文件對於此「適當 (adequate)」之解釋並不深入<sup>42</sup>。不過，在數十年後，由於全球人口攀升、都市化等現象，居住問題浮現<sup>43</sup>，國際間進一步關注到居住權之重要性，各種國際文件也如雨後春筍般出現<sup>44</sup>。本文以下將區分聯合國、國際組織以及區域組織之相關規範文本而概要地介紹。

## 二、聯合國與國際組織部分

聯合國與國際組織部分，在《世界人權宣言》後，主要有《經社文公約》第 11 條第 1 項及其第四號與第七號一般性意見書、《公民與政治權利國際公約》<sup>45</sup>第 17 條、《消除一切形式種族歧視國際公約》<sup>47</sup>第 5 條第 5 項第 3 款、《消除對婦女一切形式公約》<sup>48</sup>第 14 條第 2 項第 8 款、《兒童權利公約》<sup>49</sup>第 27 條第 3 款、《保護所有移徙工人及其家庭成員權利公約》<sup>50</sup>第 43 條第 1 項、《身心障礙者權利公約》<sup>51</sup>第 28 條第 1 項、《原住民族權利宣言》<sup>52</sup>第 10、22、28、32 條、《發展權利宣言》<sup>53</sup>第 8 條第 1 項、《有關難民地位公約》<sup>54</sup>第 21 條、國際勞工組織 (ILO) 針對勞工之住房權提出第 115 號建議書<sup>55</sup>、以及《聯合國住房權進程》<sup>56</sup>等。

---

<sup>42</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，頁 17。

<sup>43</sup> 這些問題本文會於第二章第一節詳談。

<sup>44</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，頁 4-5。

<sup>45</sup> 本文為正文之版面簡約，本段落各公約之英文名稱將列於註腳。

<sup>46</sup> International Covenant on Civil and Political Rights，以下簡稱公政公約。

<sup>47</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

<sup>48</sup> The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women

<sup>49</sup> Convention on the Right of Child

<sup>50</sup> International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families

<sup>51</sup> Convention on the Rights of Persons with Disabilities

<sup>52</sup> United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

<sup>53</sup> Declaration on the Right to Development

<sup>54</sup> Convention Relating to the Status of Refugees

<sup>55</sup> ILO Recommendation No. 115 on Workers' Housing

<sup>56</sup> United Nations Housing Rights Programme



### 三、區域組織部分

至於區域組織部分，1961年《歐洲社會憲章》<sup>57</sup>第16條、第19條第4項(c)、1988年《歐洲社會憲章議定書》<sup>58</sup>第4條、1996年修正之《歐洲社會憲章》第31條，以及《美洲國家組織憲章》<sup>59</sup>第34條(k)、與《美洲人民權利義務宣言》<sup>60</sup>第11、23條等、《非洲人權與民族權憲章》<sup>61</sup>第22條，亦有類似之規定。

### 四、《經社文公約》對居住權概念之重要地位

論者指出，與居住權相關之國際人權法內容，以《經社文公約》第11條第1項及經社文委員會之第四號、第七號一般性意見最為廣泛而完整，其既為《世界人權宣言》之延伸、又具備對於160個締約國之法律拘束力，代表了在全球的重要性，並成為了主要的依據<sup>62</sup>。亦即，《經社文公約》之規範可謂具當前居住權概念設定上最為重要之地位。

確實，縱然其他公約或國際人權文件對於居住權之特定面向有較為詳細之規範，惟其規範內容之範圍皆不如《經社文公約》，而通常將保障對象限於特定群體，且《經社文公約》之影響力也較區域組織為廣，又，自1966年以降，國際已累積了相當之實踐。從而，肯定《經社文公約》為居住權保障概念之領導地位，並不為過。事實上，國內外文獻討論居住權，也多以《經社文公約》為本。因此，《經社文公約》在國際居住權規範之領航地位，應可肯定。以下的討論，也會以《經

---

<sup>57</sup> European Social Charter

<sup>58</sup> Additional Protocol to the European Social Charter

<sup>59</sup> Charter of the Organization of American States

<sup>60</sup> American Declaration on the Rights and Duties of Man

<sup>61</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights

<sup>62</sup> 吳昌鴻，前揭註30，頁5。相同見解，參閱：邱紀璇（2015），〈從經濟社會文化權利國際公約論我國之居住權保障——以都市更新條例為例〉，頁19，中國文化大學法律學系碩士論文。此文與吳昌鴻氏之碩士論文係本文完成前唯二討論居住權之法學碩士論文。Felix Morka（著），輔仁大學社會文化研究中心（譯）（2004），〈人權鏈環13：適當住宿權〉《和平叢書》，台北，輔仁大學社會文化研究中心，頁27。

社文公約》(下稱公約者，皆係指經社文公約)為主要之國際法源。



## 參、公約之核心內涵整理

公約第 11 條第 1 項要求締約國必須「確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境」，而經濟社會文化權利委員會在第 4 號(適宜居住)及第 7 號(避免強制驅逐)一般性意見具體描繪了權利之樣貌。依此，並參酌其他國際人權文件與學說，居住權之核心要素可列為以下三項——禁止歧視、住所之適足性、避免強制驅逐<sup>63</sup>：

### 一、禁止歧視——人人皆有居住權

首先，居住權為人權，適用於每個人，人人不區分其年齡、性別、經濟收入或其他屬性皆應享有居住權<sup>64</sup>。在討論居住權時，「保護範圍係他和他的家庭」之概念也在第 4 號一般性意見中被提出，並強調家庭的概念必須被廣泛地理解，而不應排除特定群體<sup>65</sup>。

---

<sup>63</sup> 而學說上所提出之標準，也多大同小異，或可整理歸納入公約的標準。「看似較為不同」之例，如日本內藤光博教授整理坂本重雄教授之見解則指出：(1) 對於繼續性居住之保障，應提供必要之社會援助、(2) 確保居住空間應符合人權標準、(3) 居住機會之平等保障，並注意特別群體，如高齡者、障礙者、(4) 確保高齡者、障礙者等也能在習慣居住之環境繼續生活。參照內藤光博，前揭註 41，頁 56。然而，這些標準可以受到公約標準之吸納，即分別歸類為禁止歧視、適居性(包括援助、空間之要求、繼續生活之可能)，繼續生活之部分亦可部分蘊含於避免強制驅逐之概念中。而日本學界其他對於居住權之主張內涵，如早川和男教授即相當接近公約之要求。參照：早川和男，前揭註 12。又，內藤光博教授自己亦提出類似於《經社文公約》之標準。參照：內藤光博(2011)，「居住の權利」に関する憲法学的考察--公園内居住者(ホームレス)強制立退き事件大阪高裁判決[2010.2.18]を素材として，專修法学論集(111)，頁 97-122。

<sup>64</sup> 經濟社會文化權利委員會(1991)，第 4 號一般性意見第 7 點。其內容為：「《公約》的權利源於「人身的固有尊嚴」，而這一「人身固有的尊嚴」要求解釋「住房」這一詞語時，應重視其他多種考慮。最重要的是，應確保所有人不論其收入或經濟來源如何都享有住房權利。」且同號第 6 點提出：「適當的住房權利適用於每個人，以及不論其年齡、經濟地位、群體或其他屬性或地位和其他此類因素如何，都有權享受適當的住房。尤其是按照《公約》第 2 條第 2 項，這一權利之享受不應受到任何歧視。」

<sup>65</sup> 經濟社會文化權利委員會(1991)，第 4 號一般性意見第 6 點。內容提及：「1966 年《公約》

簡言之，這樣的圖像禁止對居住權主體之歧視。排除特定個人或群體為居住權享有主體，即是否定其固有之人性尊嚴，這是不被容許的。亦即，不論是居住於正式住房之人民、非正式聚落之人民、或是居無定所之遊民，都受到居住權之保障，並無任何一種人被排除於居住權保護傘之下。

## 二、住所之適足性 (adequacy)

公約之一般性意見指出，「居住權不能狹隘地、或限制性地解釋為住房之權利，把它視為僅是頭上有一遮瓦的住處、或把住所完全視為一商品而已，而應該把它視為安全、和平和尊嚴地居住某處的權利。<sup>66</sup>」則住所之「適足性」係人民是否得以安全、和平、有尊嚴地居住的關鍵。

惟何謂適足性？這向來是最為困難的問題。一般性意見認為，住所是否具備適足性取決於社會、經濟、文化、氣候、生態及其他因素<sup>67</sup>。一般性意見並引用2000年之人類居住環境及全球住房策略委員會所闡明的內容：「適當的住所意味著適當的獨處居室、適當的空間、適當的安全、適當的照明和通風、適當的基本基礎設施、以及就業和基本設備的合適地點——且一切費用合情合理」。對此，並參照一般性意見，適足性應可分為以下七點觀察——使用權之法律保障、基礎設施與服務之可提供性、可支付性、適居性、易取得性、地點、文化之適足性：

### 1. 使用權之法律保障

使用權之來源包含公私租賃、所有權人住房、應急住房、與非正式聚落之住房。所謂的使用權不限於基於所有權之權利，亦包含「占有」之保護。不論何種形式之使用權，都應該享有居住權之保障，任何強制變動之程序皆須經過真誠之

---

通 過時普遍接受的關於性別作用和經濟活動模式的設想，而今天這一措辭不應理解為對一些個人或戶主為女性的家庭或其他類似群體的權利的適用性含有任何限制。因此「家庭」這一概念必須從廣泛的意義上去理解。」

<sup>66</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 7 點。

<sup>67</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點。



協商<sup>68</sup>。這也連結到禁止居住歧視的部分，即在公約禁止居住歧視的前提下，任何人都應受到居住權之保護，而依據不同人之居住狀況，自然會有規範、處理上之不同，但無論法律或政策都應設想不同權源之居住使用權，並以適當方式予以保障。

## 2. 基礎設施與服務之可提供性

適宜之住房必須包含水、烹調、取暖、照明、衛生設備、食物儲藏、垃圾處理、排水以及應急服務等基礎設施與服務之可提供性<sup>69</sup>。

## 3. 可支付性

與居住相關之費用支出不能致使其他需要之獲得受到威脅或損害。國家有義務採取措施使得住房之費用與收入水準相稱，並為無力負擔住房的人提供補助、及符合住房需求的各種形式與水準的住房資金。按照此一原則，租戶應該被保障，免於不合理的租金水準或租金增加<sup>70</sup>。

## 4. 適居性

適居性指健康條件，如不能過於潮濕、乾燥等。經社文權利委員會並鼓勵各締約國實施 WHO 之《住房保健原則》，並注意住房和生活條件不適、不足與高死亡率及高發病率相關<sup>71</sup>。

## 5. 易取得性

必須注意處境較不利之群體<sup>72</sup>充分且持久之享有適當住房資源，於政策與法律

---

<sup>68</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點（a）。

<sup>69</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點（b）。

<sup>70</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點（c）。

<sup>71</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點（d）。

<sup>72</sup> 例如老年人、兒童、身心障礙者、末期患者、愛滋病毒感染者、身患痼疾者、精神病患者、自然災害受害者、易受災地區人民及其他群體。經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點（e）。

中應優先考慮之<sup>73</sup>。此點與實踐人人皆有尊嚴地居住有密切之關聯。

## 6.地點

適當之住房應處於便利就業選擇、就學、托兒中心和其他社會設施之地點，且不應是污染地區或鄰近污染源之處<sup>74</sup>。

## 7.文化之適足性

此指促進住房之發展與現代化不應捨棄住房之文化面向。住房的建造方式、使用的建築材料和相關政策必須恰當地容許文化特徵之表達和住房之多樣化<sup>75</sup>。

### 三、避免強制驅逐——國家驅逐行為之正當法律程序<sup>76</sup>

此點涉及國家驅逐行為<sup>77</sup>之正當法律程序。一般性意見明確指出，強制驅逐的事例顯然是與公約格格不入的，僅在某些特別例外的條件下才是允許的<sup>78</sup>。強制驅逐不但明顯地侵犯了公約所體現的權利，同時也違反了不少公民和政治權利，如生命權、人身安全、私生活、家庭和住宅不受干涉權、以及財產權等<sup>79</sup>。

一般性意見並指出，國際社會早已認識到強制驅逐是一個嚴重的問題<sup>80</sup>。1976年，聯合國人類住區會議就曾指出應特別注意：「只有當保留和恢復不可行、而且

---

<sup>73</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點（e）。

<sup>74</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點（f）。

<sup>75</sup> 經濟社會文化權利委員會（1991），第 4 號一般性意見第 8 點（g）。

<sup>76</sup> 以「避免」為用語，而非使用「禁止」一詞，係由於在符合特定目的、手段要求之正當法律程序下，強制驅逐仍有可能是合於人權秩序的。

<sup>77</sup> 造成國家驅逐行為之原因相當廣泛，委員會於 1998 年的第 7 號意見即注意到，除了與戰爭、內患相關之暴力驅逐，「一些強迫遷離的事例則是在發展名義下出現。爭奪土地權的衝突，像建造水壩或其他大規模能源項目等發展和基層結構工程、為重新修建城市而徵用土地、重新修建房屋、城市美化方案、農業方面的土地清理、不受控制的土地投機買賣、像奧林匹克等大規模運動會的舉行等，都會導致居民被迫遷離。」

<sup>78</sup> 經濟社會文化權利委員會（1998），第 7 號一般性意見第 18 點。

<sup>79</sup> 經濟社會文化權利委員會（1998），第 7 號一般性意見第 4 點。

<sup>80</sup> 經濟社會文化權利委員會（1998），第 7 號一般性意見第 2 點。

已採取居民重新安置的措施之後，才應進行大規模的清理行動<sup>81</sup>」。1988年，聯合國大會在第43/181號決議中通過了《至2000年之全球住房策略》，其中承認：「各國政府有基本義務去保護和改善、而不應損害或拆毀住房和住區<sup>82</sup>」。《21世紀議程》提出：「人民應受到法律保護，不得不公平地從他們的家中或土地上被逐出<sup>83</sup>」。在《人類住區議程》中，聯合國各國政府承諾「保護所有人不受違法的強迫遷離，提供法律保護並對違法的強迫遷離採取救濟措施，同時考慮到人權情況，如果不能避免遷離，則酌情確保提供其他適當的解決辦法<sup>84</sup>」。聯合國人權委員會也確認「強制驅逐做法構成對人權、尤其是得到適足居住權的嚴重侵犯<sup>85</sup>」。但是，儘管這些聲明很重要，最關鍵之問題卻懸而未決。亦即，如何決定在什麼情況下可允許強迫遷離，並明確地說明需要哪些保護措施得確保公約的有關條款得到尊重。

本文整理一般性意見，指出強制驅離必須包含一定之正當法律程序保障<sup>86</sup>，就算目的合理之驅逐，例如不交租金之租戶，仍然必須有法律規範之程序控制，以保障居住權，避免人民流離失所。而此處正當法律程序之重點<sup>87</sup>為：真誠協商（genuine consultation）義務之履行、確認其有替代住所、強制驅逐之最後手段性、救濟管道有效存在。

## 1. 真誠協商義務之履行

包括充分通知之要求，時點上，必須注意有提早足夠之時間通知，而內容上必須告知其未來土地使用之目的；而除通知外，真誠協商之意義在於必須有雙方

---

<sup>81</sup> Report of Habitat: United Nations Conference on Human Settlements, Vancouver, 31 May - 11 June 1976 (A/CONF.70/15), chap. II, recommendation B.8, para. C (ii).

<sup>82</sup> Report of the Commission on Human Settlements on the work of its eleventh session, Addendum (A/43/8/Add.1), para. 13.

<sup>83</sup> Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, Vol. I (A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I), annex II, Agenda 21, chap. 7.9 (b).

<sup>84</sup> Report of the United Nations Conference on Settlements (Habitat II) (A/CONF.165/14), annex II, The Habitat Agenda, para. 40 (n).

<sup>85</sup> Commission on Human Rights resolution 1993/77, para. 1.

<sup>86</sup> 經濟社會文化權利委員會（1998），第7號一般性意見第15點。

<sup>87</sup> 經濟社會文化權利委員會（1998），第7號一般性意見第13點。

意見之交流，居民之意見必須得以表達並納入考量，且針對居民之意見採納與否政府皆應有實質之回應。重點在於真誠，故僅具形式意義而無實質意義之協商是不允許的。

## 2. 確認其有替代住所

安置是否為政府之義務依各國規定針對不同條件之居民有不同規定，然而，政府必須於確保居民在確定有替代住所之後才可以進行驅逐，以避免因政府行為造成人民流離失所，且應注意替代住所之適足性。除了前開對於適宜住所之討論外，更需注意長期居住之可能性，而非短視的確認當前有其他住所即曰確認其有替代住所。與其說安置是國家之義務，更精確者係確認居民有適宜之替代住所乃是政府採取驅離手段前須踐行之必要程序。

## 3. 強制驅逐之最後手段性

基於強制驅逐有如前所述之違反公約意旨之嚴重缺陷，在手段選擇上強制驅逐必須具有最後手段性，如有其他可達成類似效果之替代方案，則不得採取強制驅逐之手段。

## 4. 救濟管道有效存在

按第 7 號一般性意見第 13、15 點所強調之救濟可能性，於人民居住權受侵害時，應得依正當法律程序請求救濟。

綜上，國家進行驅逐時，若未注意以上四點之任一點，即有違正當程序而違反居住權之保障意旨。

整體而言，居住權之圖像在整理完三大內涵中已呈現一基本之架構，亦即在禁止居住歧視之誡命下，人人得以進入此一圖像而受到居住權之保護。而居住權之內涵主要包括「適宜住房」和「國家驅逐行為之正當法律程序」。而從各種國際公約來看，在特別涉及某些群體之案型中，另有特別需要加強考量之部分，亦即居住權重視個別群體之特殊性。而除了核心要求之外，權利之具體內涵保持了相當之彈性，各國能依據其國家之經濟社會狀況，發展出適合之內容，如替代住所

之水準、或有關適宜之認定在不同發展水準或經濟實力之國家會有所不同，然居住權之主要圖像仍然存在。

而本文已強調，誠如所有受到憲法保障的人民基本權，國家在一定情形仍對其居住權有限制之可能，僅是此限制必須合憲。聯合國人居署（United Nations Human Settlements Programme，簡稱 UN-HABITAT）在其關於適足居住權之報告<sup>88</sup>中，也整理了常見之「迷思」，或說是對居住權之誤解，透過這些迷思的澄清，我們可以更清楚的掌握居住權之圖像。該文件破除了一些迷思，並重申：居住權不要求國家替所有人口蓋住宅、亦不禁止可能遷移人民之發展計畫、且居住權不同於財產權或土地使用權等<sup>89</sup>。亦即，權利保障不是絕對，既然權利座落在法體系中，就可能與其他權利或利益產生碰撞，我們期盼的是可以找出合理的方式調配權利間之衝突，此際，何種內涵是居住權之核心也有助我們判斷權利之間的互動應如何處理、對居住權何種限制合憲／違憲之可能性較高。

## 肆、本文對於居住權概念之設定

### 一、概念設定

以上整理之居住權核心內涵，基本上仍帶有一定之模糊性，惟要通案、跨國的替經濟社會權利訂下精密之標準，無異緣木求魚，且忽略了各國狀況的定義設定，反而會導致在一些國家中顯得不切實際，如同沒有設定。但如果我們肯認這樣的權利在內國有其追求之價值，在此步驟的概念設定上，前開整理能予以我們的啟發毋寧是可以借重國際人權法之重要內涵，找出重要而共通之基點。而一個富有彈性但具備特定目標的圖像，正是討論內國憲法居住權之建構與實踐所需要的基底。

對此，本文對於居住權之概念設定即僅鎖定從國際人權法中整理出的三大核

---

<sup>88</sup> UN Habitat (2014), The Right to Adequate Housing Fact Sheet No. 21/Rev.1.

<sup>89</sup> See *id.*, at 6-9.

心內涵：「禁止居住歧視、住所之適足性、避免強制驅逐」，基本上，即是由「人人皆享有適當生活水準之權利」所衍生出的不同面向。而國際人權法對各該內涵提出之具體標準，則作為本文解釋內涵之參照。而重要的是，從這樣的概念設定，可歸結出本文所欲設定的一些權利性質：

首先，權利主體上，居住權是人權，人人享有之，而不依附其他認定標準，其他認定標準至多是保障程度之差異，不妨害其享有居住權之主體地位。

其次，居住權具備經濟社會權利、社會權之性質，但亦有防禦權之面向——如可用以對抗國家不合理之強制驅逐。又，關於適宜之解釋，則需要回歸各國社會、經濟發展脈絡探討。

特別欲討論的是，本文將居住權定位為經濟社會權利、社會權，此種類型化之做法，各分類本身與分類之意義為何。居住權之脈絡既來自於國際人權法上《經社文公約》等相關文件，又綜觀其權利性質，自然落入經濟社會權利之分類<sup>90</sup>，而這樣的分類在學說上、實踐之方法上也累積了一定之討論，多有經濟社會權利為類型討論其權利性質與實現之文獻與案例，則類型化有其利處，即可從相仿之規範脈絡進行分析<sup>91</sup>。若要進一步區分經濟、社會權，學者 Eide 在其學說<sup>92</sup>便指出，社會權的核心是「適當生活水準」，也就是《世界人權宣言》第 25 條第 1 項、《經社文公約》第 11 條第 1 項發展出之概念<sup>93</sup>；而經濟權是實現這些社會權的工具，並舉例如工作權、社會安全等，做為獨立的基礎以確保自由<sup>94</sup>。因此，在此種定義

---

<sup>90</sup> 文化權部分，有學說指出，居住權也屬於文化權。惟如研究範圍所提及，文化權並非本文欲討論之範疇，故不多做討論。

<sup>91</sup> 亦即，經濟社會權利之討論，近年來在學界已累積有相當之份量。本文在開展對於居住權之論證時，也會大量利用經濟社會權利所通用之討論做為材料。

<sup>92</sup> A Eide. (2006). Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, in RP Claude and BH Weston, (eds), *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, 3rd edn, Philadelphia, PA, University of Pennsylvania Press.

<sup>93</sup> *See id.*, at 173.

<sup>94</sup> *See id.*

下，居住權屬於社會權<sup>95</sup>。

然而，所謂「社會權」之意義亦有多種說法<sup>96</sup>。社會權之概念在我國學術界時常是在不同脈絡、意義下使用<sup>97</sup>，本文所討論的社會權是指「保障個人在社會中享有健全生活之基本條件的權利」，其特色是「在近代資本主義發展後，在貧富不均的社會問題下因應而生<sup>98</sup>，其形成背景與人類社會之發展息息相關之權利<sup>99</sup>，包含了較諸傳統自由權而言國家更為積極介入以形成正當社會秩序之概念。而其既涉及正當社會秩序之認定，權利之內涵應會隨著社會不斷改變以及人類的需求而演進<sup>100</sup>，也往往不如自由權具有可以放諸四海而皆準的概念內涵<sup>101</sup>」，亦即所謂的「社會基本權」。本文所設定之居住權概念都可適用其

---

<sup>95</sup> Hohmann, J. (2013). *The right to housing: Law, concepts, possibilities*. Oxford, United Kingdom: Hart Publishing. 8.

<sup>96</sup> 詳參：林佳和（2015），〈社會權與社會發展—從理論與實踐觀察大法官的社會理念〉，收於：政治大學法學院公法學中心、政治大學法學院勞動法與社會法中心編著，《社會正義之建構與權利救濟—海峽兩岸公法學論壇論文集（二）》，頁 3-70，台北：新學林。

<sup>97</sup> 蔡維音（2011），〈「社會權」此概念有何作用〉，《月旦法學教室》，第 110 期，頁 12-14。氏指出：「大略而言可分為二，一種是指涉一組範疇性基本權分類概念；另一種則是指涉抽象之基本權功能面向其中之一種。前者取向在早期憲法學說中即已出現，如林紀東即已將我國憲法第十五條定性為「社會的基本權」；此以日本憲法學說為端緒之社會權概念，係指稱生存權、工作權等與古典自由權相對的基本權，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，甚或更加入若干所謂新興基本權如健康權、環境權、文化權等。其概略特徵乃在於相對於自由權，此類基本權多需要國家之積極作為輔助方能充分實現。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成為主、客觀兩面，主觀面包含防禦權、分享（或稱受益）權、參與權、程序權等，客觀面則推出客觀價值秩序功能、制度保障功能、國家保護義務功能等。其中之分享權面向即所謂「社會基本權」。在此理解下之社會基本權，並非指涉任何特定之個別基本權，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之，此項作用則被稱之為「積極給付請求權」，例如直接基於生存權而訴請國家給予生存所需物資。」本文所指涉的是第一種意義，而後者的面向，會在第四章討論基本權功能時詳述。

<sup>98</sup> 陳新民（1999），《憲法基本權利之基本理論》，台北：元照，頁 97-98。

<sup>99</sup> 許慶雄（1992），《社會權論》，台北：眾文圖書，一版二刷，頁 13。

<sup>100</sup> 陳新民（1999），《憲法基本權利之基本理論》，台北：元照，頁 102-105。

<sup>101</sup> 陳愛娥（1996），〈自由—平等—博愛：社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《臺大法學論叢》，26 卷 2 期，頁 121-141。黃念農，前揭註 26，頁 109。

中，初步<sup>102</sup>將本文討論之居住權定位為社會權，應無疑問。

綜上，本文所設定之居住權概念指「保障個人在社會中享有適當居住之基本條件的權利，其內涵包括禁止居住歧視、住所之適足性、及避免強制驅逐，分類上屬於社會權」。而這是概念之「內涵」，本文要論證的，是這樣的概念內涵要如何成為「法律上主觀權利」、「憲法上主觀權利」之實證法意義的權利。

## 二、用詞選擇與名詞區辨

本文使用「居住權」之用語，而非「適足居住權」、「住房權」、「居住人權」等其他名詞之理由如下：

首先，本文認為居住權可以較為廣泛地包容其他用語，且具有普遍性，並不致難以理解，一般人皆可掌握其基本意義。而本文認為只要能表達意義，用語之文字精簡扼要即可。

而不採用其他名詞之原因，第一，住房權（the right to housing）可謂另一普遍之翻譯，且是聯合國簡體中文版之正式用語，蓋 housing 於中文亦經常被譯為住房。不過，鑑於居住權保障的是「各種形式之居住」，使人能「安全、和平而有尊嚴地居住在某處」，中文用語中「房」之指涉恐略顯狹隘。

其次，適足居住權（the right to adequate housing）其實是個相當不錯之用語，但形容詞事實上不常出現在我國憲法上權利之名稱當中，本文既追求與我國憲法體系相容，則於細節上捨此名詞不用，而本文在居住權內容設定上已經包括了居住之適足性，從而名稱上從簡並不影響內涵。另外，對適足居住權之國內翻譯尚有「適當住宿權<sup>103</sup>」之用語，但其普遍性過低，本文不採之。

最後，不採用「居住人權」以表明居住是人人皆有之權利是因為本文欲做出

---

<sup>102</sup> 不過，社會權本身之爭議仍然存在不休，詳見本文第二章之討論。

<sup>103</sup> Felix Moroka（著），輔仁大學社會文化研究中心（譯）（2004），〈人權鏈環 13：適當住宿權〉《和平叢書》，台北，輔仁大學社會文化研究中心。



「人權」到「憲法上權利」之差異，係從人權學界連接至法律學界之努力，故若以人權稱之，將有混淆之嫌。而本文會以「居住人權」稱諸人權學界討論之居住權。

另外，本文既將居住權定位為社會權，則亦與「居住自由」之純粹「自由權」性質有所區隔，併予敘明。

## 第二項 名詞說明

「司法審查」(judicial review)：

本文指涉的司法審查，包括憲法層次與法律層次之司法審查，意即不限於違憲審查、也包含一般法院之審查。不過，本文之討論既以憲法上居住權為主題，內容上會偏重大法官之違憲審查與行政法院之審查，然也會談及與普通法院相關之內容。

「非正式聚落」(informal settlement)：

係聯合國之正式用語。國內另有譯為非正式住區，在我國通常被稱為違建（或違建聚落、違建社區）、占用戶，而在其他國家亦有被稱為貧民窟（slum）。指居住者不具備合法使用權之住所，以聚落（社區）方式而非單獨存在。



## 第二章 權利存在之選擇：

### 憲法上居住權之意義

也許可以用南非憲法法院前大法官奧比·薩克斯（Albie Sachs）在其著作《斷臂上的花朵》中提及的一段話開啟本章：

「若是我們在古特邦太太的案子採取極端自由放任主義的論調，將確保她『有權』被丟棄不管，當暴雨降到她簡陋的破屋時，她會有無限制的言論自由可以抨擊政府。然而她需要的不是這種『不被干擾』的自由，她需要的是國家能確保她和她的孩子有個屋頂可以遮風避雨。在另一方面，若是我們採用激進的社群主義路線，她和其他成千上萬入侵私有土地的都將有正當權利對抗地主的財產權。然而，撇開地主的權利不說，其他人對這塊土地也可以行使『住房權』，在這塊土地上興建住屋，他們的權利也會因此受損。

在我看來，我們的憲法採取的既不是純然自由放任主義的主張，也不是單純的社群主義。我們需要的是尊嚴至上主義（dignitarian）。對人性尊嚴的推崇可以同時結合我們追求自主的權利，並承認我們都同屬一個社群的事實。最起碼的人性尊嚴獲得尊重，是所有人類的基本權利，而這也連結了自由權和生存權。<sup>104</sup>」

關於南非憲法法院著名的居住權案件古特邦（Grootboom）案<sup>105</sup>，本文會在稍後之章節分析，而在此，我們先聚焦於奧比大法官的話語中所透露出的這種「選擇」感，他選擇了從人性尊嚴出發去做出憲法上的抉擇。事實上，從居住權之概

---

<sup>104</sup> 奧比·薩克思著，陳毓奇、陳禮工譯（2013），《斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範》，初版一刷，台北：麥田，頁 183。

<sup>105</sup> Government of the Republic of South Africa & Ors v Grootboom & Ors 2000 (11) BCLR 1169. (CC)，下稱 Grootboom 案。

念出現以降，世界各國或區域的因應與實踐方式皆相當不同，受到各國專家大力尊崇的南非憲法中，第 26 條明文寫入居住權<sup>106</sup>，然而這僅是居住保障在多元樣貌中的一種，且納入憲法後，也仍需要具體之實踐以建構權利之內涵。總之，建構與實現憲法上權利是一相當複雜而困難的課題，需要一步步審慎釐清，或說，每一步都是價值選擇，而第一步便是決定權利是否存在，也就是本章的內容。

本文這種「選擇」的說法會受到一挑戰——某一特定基本權之存在究竟是「發明」還是「發現」<sup>107</sup>？但本文認為，無論採取何種觀點，並不影響我們最終會需要一個「選擇」來達成憲法權利化與否的決定，例如，縱然有認為「已然可以從我國憲法中發現居住權」，若司法者不願面對、選擇繼續拖延時程等，在司法政治如此運作的狀況下，也難以宣稱我國憲法保障居住權。也就是說，我們最終仍然需要一個承認憲法權利的「憲政行動」來達成憲法權利化的落實，此行動可能是入憲、法院之承認、或其他可能，行動者也可能是人民、司法者等，但不論哪種，要做出這樣的憲政行動仍然是一種選擇。

從而，本章便要從憲法上居住權存在之選擇談起，分為四節，從保障居住之正當性、權利、憲法上權利逐步論證，最後提出小結。學者顏厥安曾指出，權利之正當性亦在於內容、制度與社會條件的相互支持所產生之合理可接受性<sup>108</sup>。本文亦認為從正當性開始的爬梳，在居住權這樣的社會權討論中尤其重要<sup>109</sup>。而鑑於社會權作為法律上主觀權利之性質仍爭論不休，在進入權利的討論之前，本文先討論「居住」本身受當代憲法保障之正當性，次節起再進入是否要以「權利」

---

<sup>106</sup> 原條文為：26. Housing

Everyone has the right to have access to adequate housing.

The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.

No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.

<sup>107</sup> 關於基本權之討論與釐清，可參閱 Alexy, R. (2002). *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press.

<sup>108</sup> 顏厥安 (2004)，《規範、論證與行動——法認識論文集》，台北：元照，頁 248。

<sup>109</sup> 類似的討論路徑，如：Leckie, S. (1992). *From housing needs to housing rights: An analysis of the right to adequate housing under international human rights law*. London: The Programme.

等保障形式之探討。



## 第一節 「居住」受憲法保障之正當性

本節要談的是憲法為何保障居住。本文以下透過歷史介紹、討論不同向度之正當性來源，進而論證現代憲法與居住保障之關係。

欲先述明的是，多數文獻在論證上會直接從「社會權」或「居住權」之正當性開始論證，但其對應到本文的層次，可能仍是「居住」本身。這是由於本文所要論證的權利，是「法律意義的權利」且是「主觀權利」<sup>110</sup>——這是本文所一再強調的。從而，廣義的「社會權」或「居住權」概念，許多時候縱然有權利之名，對應到實證法上，卻並非可主張之法律上權利而不具權利的性格，具體而言就是並非「主觀權利」。這種是權利又不是權利的落差情形，也經常展現在許多倡議中的新興人權法律訴訟上，例如以公約之居住權作為請求權基礎，但法院顯然難以接受，這也顯示了從國際人權到「轉譯」的重要。本文在遇到類似情形時會盡量加以說明，並以「人權」、「居住人權」及「社會人權」之用語表示「不具權利性格<sup>111</sup>」的「非主觀權利」。

### 第一項 居住保障概念之緣起

學者 Matthew Craig 在討論居住權的文章中指出，國際人權法談論人權起源的方式有兩種，第一種是以機構式的歷史描述，如聯合國起草了如何之人權條約，另一種則是思想發展之歷史。而這兩種模式通常有種承接：1945 年聯合國出現以前的思想發展，由 1945 年後的機構式發展接續<sup>112</sup>。

---

<sup>110</sup> 參照本文第一章。

<sup>111</sup> 本文所指的權利性格係具備「主觀權利」的面向。當然，這些主觀權利，仍然可能有客觀面向。

<sup>112</sup> See Craven M., *supra* note 39, at 43.

本文曾提及，居住需求自古存在，但並非立即出現在國家欲保障之範疇內，而是隨後發展出的概念。無可否認地，居住是人類維持生活的最基本要件之一，是維護人性尊嚴之重要要素，人類之生存需要有可供休息之遮蔽處，否則無法開展安定生活、亦可能對自身生命造成嚴重危害<sup>113</sup>。而如我們所知的，權利、第一代人權之發展是從自由權開始、從「對抗國家」的概念開始，由國家提供居住保障這樣的概念並不在這樣的思潮中。其在晚近才被提出，並不是因為它不重要，而是像各種社會人權一樣，社會、經濟之條件尚未發展至刺激人民向國家要求保障之境，當人民發現社會的進展已經使得居住問題因為各種社會因素或受到介入而生，也開始反映在立法、甚至憲法當中。

學者陳宜中曾整理有關社會人權保障思想開始之淵源：基督教教義中，上帝創造了人，也將世間財富賜給祂的所有子民，這常被解讀為不管是採行何種財產所有制度，每個人的生存需要都必須獲得滿足<sup>114</sup>。私產和生存保障並非衝突的概念，17世紀時替財產私有制辯護的霍布斯（Hobbes）和洛克（Locke），也支持英國公共濟貧體制——但是，從生存保障到社會人權，還是有一段距離，例如洛克也主張以強迫勞役或割耳朵之方式懲罰「苟且偷生的懶人」，這與當代社會人權概念中應保障「合宜的最起碼生活標準」難謂相同<sup>115</sup>，社會人權包含了「質」的概念，而非「有」就足夠、「活著」就足夠。而直至亞當斯密（A. Smith）在國富論中提出界定最起碼生活需要標準的概念，才開啟了一個「合宜性」的想像基礎——當然，亞當斯密本人並未主張要由國家來提供這樣的標準保障，而是樂觀地認為自由市場機制終將帶領生活水平最差者跨越該標準<sup>116</sup>。法國大革命爆發後，經濟社會條件的不穩定刺激了新的發展——福利國家的藍圖出現，而再加上「需要」、「合宜性」的概念，形成了社會人權保障最基本的輪廓<sup>117</sup>。

---

<sup>113</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，頁 17。

<sup>114</sup> 陳宜中（2013），〈第二章 社會權的正當性論辯〉，收於：氏著，《當代正義論辯》，頁 35，台北：聯經。

<sup>115</sup> 陳宜中，同前註。

<sup>116</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 36。

<sup>117</sup> 陳宜中，同前註。

可以看到的是，貧窮問題、經濟社會條件不穩定的情況，是相關保障獲得重視與推進的背景，亦即，問題帶動概念的出現。當問題越嚴峻，呼聲也會越高。這或許也可以解釋，何以 Matthew Craig 從國際人權法之觀點指出居住人權在 1945 年以前最大的特徵就是「幾乎完全沒有受到認真的注意」<sup>118</sup>，而只以不動產之所有權或國際法上居住地舉證兩種方式受到重視<sup>119</sup>，而這兩種方式都和本文要談的居住保障並不相同。

不過，其實不待 1945 年國際層級的發展，「居住保障」便已隨著社會問題的出現，成為一些國家之考量，1890 年，英國通過了世界第一部住宅法<sup>120</sup>，而 19 世紀末，許多西北歐國家就已經注意到勞工家庭與低所得家庭的嚴重居住問題，並開始逐步推動類似之社會住宅<sup>121</sup>。當時歐洲開始發展居住保障之背景，可參考學者林萬億之描述：

「在工業發展國家，私有住宅市場房屋價格會因住宅之商品化而被炒作拉抬，住宅價格偏高，尤其在都市地帶，導致所得偏低的家戶無力購買，或承租民宅，只能住在擁擠、髒亂的簡陋住宅，或是搭件違章建築窩居，甚至露宿街頭。其引發的問題包括傳染疾病、健康條件差、交通不便、資訊隔絕、就業困難、子女就學不利、低自尊、社會關係網絡斷絕等，歐洲人稱之為居住的社會排除（social exclusion）。<sup>122</sup>」

而這些國家之進展也帶動了之後國際發展。二戰後居住保障出現在《世界人

---

<sup>118</sup> See Craven M., *supra* note 39, at 46.

<sup>119</sup> See *id.*

<sup>120</sup> 有關住宅法之訂定時間，英國於 1890 年、荷蘭於 1901 年、美國於 1949 年、日本於 1951 年，我國則是 2011 年。雖然住宅法與居住保障之方式與程度無必然相關，例如相關行政部門同樣也會以各種行政行為進行居住保障，但住宅法仍然具備一定程度標示性的意義。

<sup>121</sup> 英國倫敦率先推出公共住宅。法國最早的社會住宅則具有烏托邦社會主義的特性為「公社住宅」，是典型的經濟社會文化社區。荷蘭的住宅法於 1901 通過，不過早在立法之前也有類似之慈善團體實踐。林萬億（2010），《社會福利》，頁 495-496，台北：五南。

<sup>122</sup> 林萬億，前揭註 121，頁 491。而「社會排除」的避免與消除，是當代歐洲國家相當重視的一環，例如可參閱 Cantillon, B., Verschueren, H., & Ploscar, P. (2012). *Social inclusion and social protection in the EU: Interactions between law and policy*. Cambridge: Intersentia.

權宣言》等文件，即是伴隨著工業革命後的發展、兩次世界大戰的重創與不穩定、資本主義自由市場帶來的貧富不均而生。其在 20 世紀下半葉又受到更為高度的注意，與高速的人口成長、都市化、更劇烈的貧富差距、和持續不斷的開發相關。總之，居住保障概念是因應著問題浮現而生，當社會發展已經介入並威脅到人民生活中的「住」面向，「保障」的概念也就出現作為因應。

## 第二項 不同向度之正當性來源

然而，要求保障需要理由，本項則探討如何證成支持現代國家對於居住保障之正當性。我們可以很技術性地給出一些答案，例如因為居住對生活很重要，但是這樣的理由也會造成各種人權的重疊而難以劃設下其邊界<sup>123</sup>。因此，我們需要更精緻的論理，這也有助於在各法體系決定保障範圍與程度時，透過正當性來源勾勒出保障內涵<sup>124</sup>。

### 壹、理性主義與共識主義

學者 Katherine G. Young 整理了兩種解釋為何要保障經濟、社會人權的立足點 (standpoint)，分別是理性主義 (rationalism) 和共識主義 (consensualism)。這兩種主張很意外地並不互斥、也非不可調和<sup>125</sup>。首先，理性主義透過「論證 (justification)」的過程，給予了經濟、社會人權的意義，而這種「論證」取徑對於法律適用者——司法者而言並不陌生，但事實上對於其他法律決策者、甚至倡議者也一樣重要<sup>126</sup>。其次，另一種解釋的立足點是共識主義，在共識主義下，經濟、社會人權是因為共同體中達到了一定的共識要進行保障，這裡包括了是否保障、保障什麼、保障的範圍、形式與程度<sup>127</sup>。此種取徑結合了憲法和國際法中都

---

<sup>123</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 33.

<sup>124</sup> See *id.*

<sup>125</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 33-34.

<sup>126</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 34.

<sup>127</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 50.

很常見的正當化（*legitimacy*）和民主的自我決定（*democratic self-determination*）概念，要求的不是和理性主義者一般「什麼理性價值要在該人權中優先被考慮」，而是「該社群中對該人權的共識達到了何種程度」。對於共識主義而言，經濟、社會人權的內容是協議所達成的<sup>128</sup>。

不過，Young 也指出，這兩種立足點之間的區分是模糊、而可並存的<sup>129</sup>。儘管我們可能可以區分出某種主張是基於理性主義或是基於共識主義，但在實際上，理性主義者的倫理主張必須正視共識的重要性，例如想要讓該主張產生實效，成為法規範，就不可能忽視共識；反之亦然，共識主義者還是需要把共識建立在某種理性上，也因此仍然必須重視理性的重要性<sup>130</sup>。

本文認為這樣的分析架構殊為可採，且兩種保障的正當性來源都是不可或缺的。如果依照本文建構內國憲法上居住權的構想，確實需要釐清某些價值，而這些價值累積一定共識。以下本文便區分這兩種立足點討論可能要求國家保障居住之正當性來源。

## 貳、理性主義提供之正當性來源

Katherine G. Young 舉了兩個相對的理性主義之取徑為例<sup>131</sup>——物質的「基本需求（*basic need*）」、和精神的「人性尊嚴（*human dignity*）」。基本需求是基於權利主體的基本需求而來的生存標準（*standard*）；人性尊嚴則是人類發展的基礎價值<sup>132</sup>。

前開的「基本需求」和「人性尊嚴」也可以對應到國內學者林佳和指出，討論社會人權的形成理由、內容與範圍究竟應該是什麼之時，歐陸學界分析眾所公

---

<sup>128</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 51.

<sup>129</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 64.

<sup>130</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 64-65.

<sup>131</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 35.

<sup>132</sup> See *id.*



認的三項核心客體是：自由自主、基本需求、分配正義<sup>133</sup>，而這也是從「精神」、「物質」、「社群」三大面向為觀察點。本文以下擬以從精神、物質、社群三大面向中選擇以自由自主<sup>134</sup>、基本需求、分配正義這三個理性主義可以提出之取徑為核心，作為理性主義中可支撐正當性之例，討論「居住」何以需要受到保障。

### 取徑一：欲保障自由自主

自由自主是古典自由主義傳統的產物，而社會人權保障在自由中的脈絡就是滿足人民的社會需求，使主體得以平等行使自由權並保有自主<sup>135</sup>。依此，保障「居住」可以帶來的效果是，居住作為一種社會生活中的事實上需求，若得到了滿足，人民就可以開展其自由、依其自主之意思為社會生活。從而，這個取徑的正當性論證會是：如果我們肯認自由、自主的重要，那麼居住作為現實上可以開展、實現自由與自主的事實要件，選擇保障有其理性上的正當性。

### 取徑二：欲保障基本需求

所謂的基本需求指的是維持物理生存所產生之需要，如果肯認國家應該支持人民維持生活的基本要件——這種「作為人之主體所應享有之最低基本生活需求」最為傳統而古典的指涉所在<sup>136</sup>，沒有人會否定居住對於基本生存（survival）的不可或缺，而 John Rawls 在後期也將「基本需求」納入憲政基本要件當中<sup>137</sup>。則若從「欲保障基本需求」的取徑，也可以提供國家保障居住的正當性<sup>138</sup>。

### 取徑三：欲追求分配正義

---

<sup>133</sup> 林佳和，前揭註 23，頁 124。

<sup>134</sup> 人性尊嚴之討論，參閱 Young, K. G.，前揭註 15，45 以下。

<sup>135</sup> 林佳和，前揭註 23，頁 125。

<sup>136</sup> 林佳和，前揭註 23，頁 125。

<sup>137</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 53。

<sup>138</sup> 在此可以對取徑一與取徑二之關係稍作說明，本文分別從精神和物質的層面處理這二者，不過學者陳宜中提及，「『基本需要』是當代社會權論說之核心概念，廣被詮釋成維護尊嚴、自我尊重、個人自主、道德行動、自我實現或社會參與的最起碼要件。」陳宜中，前揭註 114，頁 36。自由自主和基本需要看似有密切之關係，確實如此，但仍可能在解釋上有些不同，亦即基本需求的「基本」是一標準之設定，其是否和要行使自由自主的基底指涉同一標準，可能有解釋上的不同。

這裡討論的「符合公平正義的平等分配」是一個更為「社會」的面向，就算在個人需求滿足、且享有自由自主的情況下，仍然可能會出現這樣的問題<sup>139</sup>。以當代舉足輕重的 John Rawls 正義二原則而言，即：

「a.每一個人都有平等的權利，去享有完全適當的平等自由體系，且其與所有人之類似的自由體系相容；b.社會和經濟的不平等必須滿足兩個條件。第一，它們必須是屬於那些在所有機會公正平等的條件下，開放給所有人的官職和地位；第二，他們必須是對社會中處於最不利地位之成員的最大利益。<sup>140</sup>」

其中第二原則（包含機會原則與差異原則）便關係到在不平等的現況下資源應如何分配。以居住而言，社會成員間無法自我克服的差距越來越大，例如台灣在住宅商品化下發展之情形，有稱「老齡化的戰後嬰兒潮玩的是地產大富翁，年輕人卻大量住進較為廉價的危樓<sup>141</sup>」，對於「居住正義」之呼喊也是不絕於耳。依國內學者謝博明之見解，居住正義應係「針對經濟與社會弱勢族群在居住環境上，保障其應能獲得公平合理的對待<sup>142</sup>」。氏於文獻中也整理了如楊重信認為：

「居住正義應至少合乎兩個原則，第一原則為每一個人不論其所得、身心機能、性別、年齡家戶特性、文化族群如何，都應獲得平等的對待，而住得有尊嚴；第二原則是社會上容許「富人住豪宅」的必要條件是社會底層的人因而在居住上獲得改善。<sup>143</sup>」

以及溫揚彥、曾明遜轉化 Rawls 的理念指出：

「第一正義原則即均等自有原則，乃保障居住權的建構，保障人人有權享有適當

---

<sup>139</sup> 林佳和，前揭註 23，頁 125。

<sup>140</sup> 此翻譯修改自 Ian McLeod 著，楊智傑譯（2005），《法理論的基礎》，頁 190 台北：韋伯文化。

<sup>141</sup> 林宗弘（2016），〈被壓垮在倒塌房子裡的年輕世代〉，新新聞報導文章，2016 年 2 月 17 日，載於：<http://www.new7.com.tw/NewsView.aspx?i=TEXT20160217152652KCG>（最後瀏覽日：2016 年 4 月 12 日）。

<sup>142</sup> 謝博明（2012），〈居住正義之實現？我國住宅政策與住宅法之探討〉，《臺灣環境與土地法學雜誌》，1（1），頁 74-83。

<sup>143</sup> 楊重信（2011），〈居住正義的真諦〉，《玉山週報》，108 期，引自謝博明，同前註。

的居住水準；第二正義原則中，機會平等原則乃是保障每個人均能夠自由進出市場，而差異原則乃是保障社會弱勢者享有適當的居住水準。<sup>144</sup>」

以上的各種觀點雖描述上有些不同<sup>145</sup>，惟如果將正義原則當成是國家應追求之目標，在居住面向，可以以此為基礎作為國家介入、調控愈發嚴重之貧富差距之正當性來源，應無疑義<sup>146</sup>。

但需要注意的是，理性主義下，任何理性主張有可能成為用以證成正當性之取徑、或合理反對之意見<sup>147</sup>，這些取徑仍須搭配共識主義，在社群之共同體當中找到證成保障之理由。

### 參、共識主義提供之正當性來源

共識作為正當性之來源，尚有可以從共識的內容探知範圍的功能，具體而言，在理性主義的主張中，我們可以基於憲法對於自由自主、基本需求、以及分配正義，認為憲法也要保障居住，但是憲法真的要保障居住嗎？仍然需要共識來提供正當性。但共識主義當然不是完美，它需要理性主義作為支撐，否則欠缺來自理性的正當性——如違反正義原則的共識，也非樂見之情形。

而共識主義的路徑會遇到的最大質疑便是「共識」應該如何認定<sup>148</sup>？要達到何

---

<sup>144</sup> 溫揚彥、曾明遜（2012），〈從居住正義論臺灣社會住宅政策實施〉，收於：2011年住宅學會年會暨論文研討會光碟片，花蓮：東華大學。引自謝博明，前揭註 142。

<sup>145</sup> 而本文不盡然認同廣泛使用「正義」語言於各種場合，用語的模糊化、內容的空洞化，都非本文所樂見之情形。然如本文於第一章第四節之名詞解釋、以及本章之層次可知，本文對於正義與權利的關係認定是，正義提供權利的正當性來源、正義可具體化為權利。

<sup>146</sup> 關於 Rawls 正義原則如何適用於社會權的論理，較為詳細的介紹，參照：黃鼎馨（2008），〈「給付」抑或「不給付」？——從憲法受益權/社會權保障功能論社會救助給付行政之目的及正當程序〉，頁 15-19，東吳大學法律學院法律學系法律專業碩士班碩士論文。

<sup>147</sup> 進一步的討論參閱 Young, K. G.，前揭註 15，頁 47-50。

<sup>148</sup> 至於共識是否可能？以多元主義下的民主社會而言，Mouffe 便曾提醒，「對於「完美共識」和「和諧的集體意志」的想法，乃必須被拋棄，轉而接受衝突和對抗的永恆性。」不過，共識之所以成立，並不是因為它們先天就具有某種普遍有效的特性，而是不同人群經過理性判斷逐步得出的結論。申言之，對於多元主義下共識是否有辦法存在之質疑，顯然可以解套，蓋多元主義的民

種程度才算是「共識」？

關於「如何確認共識」的問題如果在內國的範圍討論<sup>149</sup>，在憲政主義的脈絡下，其實可以有個相當明確的回答，因為憲法制度本身就提供了我們確認共識的方式——我們可以直接從憲法對某理性命題的內容與程度確認在該內容與程度之範圍內存在「共識」。具體言之，憲法本身就是一種共識展現，從而「憲法化」的程序設計，就是「共識確認」的程序，並且也有了關於程度的具體要求，例如國會或某比例之國民同意等。如果今天我們討論的是「居住」受憲法保障的正當性基礎，那「形成憲法」的程序設計，本身便足以提供一種「共識產生」或「確認共識存在」的途徑。舉例而言，如果某國憲法認可了自由自主、基本需求以及分配正義的價值，便是透過理性主義加上共識主義之提供，說明了居住受到憲法保障的正當性。

共識主義的優點是，可以透過共識決定居住保障的程度、範圍以及形式——共識到哪，就保障到哪。當我們確認了憲法文本保障自由自主、基本需求以及分配正義後，可以肯定共識已經提供了憲法保障居住的正當性來源，但居住「權」呢？也許可以有一百種理性理由證成憲法對居住權之保障，但是如果共識沒有到達主觀權利的程度，就欠缺了來自共識主義的正當性，依據前開對於理性主義與共識主義的關係描述，這些理性主張要怎麼成為法規範，即需要討論。而如果共

---

主社會之中個人擁有「自我選擇」的權利，但這並不代表社會無法透過全體成全在自由選擇下形成某種程度的共識，系爭共識之形成仍然是每個個人自我選擇之結果，並沒有背離自我選擇的權利。只是，這個共識在當代國家中，可能會達成某種「拘束力」——而這些拘束力如何展現、是否合理，是需要檢驗、可以評斷的，但原則上，多元主義社會與共識可以是不相悖的。珊妲·慕孚著，孫善豪譯（2005），《回歸政治》，頁 142-143，台北：远流。詳細討論可參考：江宜樞（2003），〈擺盪在啟蒙與後現代之間——評 John Gray 著，蔡英文譯《自由主義的兩種面貌》〉，《政治與社會哲學評論》，6，頁 239-247。

<sup>149</sup> 國際法層次的討論，參閱 Young, K. G.，前揭註 15，頁 51-56，這些國際共識展現在許多國際人權文件上，如世界人權宣言、經社文公約以及經社文委員會作成之一般性意見、世界人居會議的報告（如 Final Report of the Special Rapporteur on the Right to Adequate Housing UN Conference on Human Settlements (Habitat II), Istanbul）等等。本文為求貼合行文主旨與目的——建構「我國」之憲法上居住權，而考量國際關係之現實情形，省略了國際法層次之討論。但是，國際法、比較憲法上對於居住之重視，這些國際趨勢、思潮之影響，在全球化的時代，仍相當程度地影響內國共識之形成。

識的內涵已經到了以「主觀權利」在憲法上保障居住的程度，那麼，這個共識也會在憲法中展現出來，或許是制憲之初即存在、也可能透過修憲、或者憲法解釋的管道，將新的共識反映入憲法層級的文本中——關於共識的變遷，各國憲法基本上皆設計了反映變遷的制度，使憲法與時俱進，讓過去制定的憲法具備在新時代之彈性。

這裡有個明顯的問題是，那麼憲法解釋呢？職司憲法解釋之司法者，其所表述之憲法具體內涵，也是「共識」展現嗎？以我國制度為例，十五位大法官——縱然先不管意見書——做出的「憲法解釋」，是否也是「共識」？本文認為這是可以肯定的。誠如 Christian Starck 教授指出，職司憲法解釋之司法者，以對憲法之解釋及憲法續造與政治實務互動，整合社會與國家基本共識<sup>150</sup>，其功能在憲法制度的設計下就是前述「反映共識」之管道，或也可解釋我國之情形。

#### 肆、小結：現代社會居住保障之需求及多元向度的正當性來源

以上本文梳理了有關居住保障之起源，並從理性主義與共識主義討論了不同向度的正當性，對當代憲法「得」保障居住表示肯定。無可否認地，世界上存在完全不以憲法保障居住的法例<sup>151</sup>，然本文在此討論的，是憲法有什麼理由保障居住，如果共識採納了這些理由，使之呈現於憲法，是可以肯定的做法。

而同樣無可否認的，還有當代社會的居住問題——至少有十億人口不具居住適足性、如奧運或世足場館興建等大型開發案的迫遷悲歌在全球不斷上演等，當代社會關於居住保障之需求實則相當迫切，這當然不代表各國憲法就一定要選擇採納居住保障之態度，但問題需要解決，這些正當性論述提供我們理由去尋覓一個機會，或試著評估這樣的可能。

---

<sup>150</sup> 楊子慧導讀（2010），Christian Starck 著，〈憲法規範與政治實務中的聯邦憲法法院〉，【中譯導讀】，收於：Peter Badura/Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，《德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集》上冊，台北：聯經。

<sup>151</sup> 參閱本章第三節。

綜上，若我們肯認當代憲法得保障居住之基本需求，接下來的問題便是：那要以「權利」方式規定嗎？以「憲法位階的權利」規定？



## 第二節 居住作為權利？

為何追求以具法律意義之權利形式保障居住？權利有何令人著迷之處？以權利方式保障真的可以改變人們的處境嗎<sup>152</sup>？

「……它們是傳播媒介，可用來講述社會的意義是什麼及它支持什麼故事。它們界定何種困難會被視為活該倒楣，何種又會得到社會援助。它們道德化何種行為是善，何種是惡，並透過真實人在公共舞台上的競爭，生動地表達社會價值。它們能帶動社會變革，但非注定如此。<sup>153</sup>」

——Deborah Stone（1988），《政策弔詭》（Policy Paradox）〈權利〉

諸多社會運動近年來選擇以訴訟手段達成目的<sup>154</sup>，訴訟過程中，論述以「權利語言」方式重塑，這在社會學上被稱為「法律動員」（legal mobilization）或是「權利動員」（rights mobilization）<sup>155</sup>。但 David Kennedy 曾說，人權運動在當前比起是

---

<sup>152</sup> 官曉薇（2015），〈人權真的會改變我們的處境嗎？淺談人權社會學〉，PNN 公視新聞議題中心，載於：

<http://pnn.pts.org.tw/main/2015/07/27/%E4%BA%BA%E6%AC%8A%E7%9C%9F%E7%9A%84%E6%9C%83%E6%94%B9%E8%AE%8A%E6%88%91%E5%80%91%E7%9A%84%E8%99%95%E5%A2%83%E5%97%8E%EF%BC%9F%E6%B7%BA%E8%AB%87%E4%BA%BA%E6%AC%8A%E7%A4%BE%E6%9C%83%E5%AD%B8/>（最後瀏覽日：2016年5月1日）。以及官曉薇（2010），〈溝通行動與立法言談：台灣人工流產法制之立法及修法歷程分析〉，《中研院法學期刊》，第6期，頁61-128。

<sup>153</sup> Deborah Stone 著（1988），朱道凱譯（2007），《政策弔詭：政治決策的藝術》（Policy Paradox），頁446，台北：群學。

<sup>154</sup> 例如，可參考楊宜靜（2015）《國家與社會關係的司法中介與權利折衝：公有地上非正式住區拆遷的治理與抵抗》，國立臺灣大學建築與城鄉研究所碩士論文。

<sup>155</sup> 官曉薇，前揭註152。

解決、更像是製造問題<sup>156</sup>。這些批評中極具毀滅性的指摘是，所謂的「打擊無住屋和提供住房」很容易會被演繹成「開發」的結果<sup>157</sup>，而帶來更多對於居住基本條件的迫害<sup>158</sup>，這絕非「保障居住權」的初衷。

但如果真的從所謂「自由」的角度來看，「權利」的應允代表國家或第三人負擔了更多的義務、國家介入了社會生活更多，而「權利」如果在現實條件上就是無法實現呢？資源從何而來？何以介入市場分配資源？

這樣看來，建構居住權是否是個左右不討好的選擇？本文無意將論述帶向更為基本的意識形態、哲學基礎<sup>159</sup>之爭——但當然，這些會影響我們選擇以什麼角度解決問題，而本文也有一定之立場。例如，有對於不同目標的價值排序，也會影響對於權利是否有需要被建構的意見，如有學者指出，Bruce Ackerman 教授認為促進民主參與是相當重要的目標，即認為建構權利有助於前開目標之達成<sup>160</sup>。事實上，就連認為來自人民主動的同情（compassion）而創造的機制才是最好，即權利只是次佳的保障手段的學者 Robert Solomon 也承認，權利有其獨特的角色：權利是不倚靠「善意（good will）」保護有需要的人（the needy）的方式<sup>161</sup>——儘管他本人不喜歡權利模式。因此，從何種基礎出發會影響關於是否採納權利形式的考量。於居住作為權利的爭論中，許多癥結仍需要進一步的澄清，本節亟欲處理此問題。本節和次節「居住作為憲法上權利？」屬於遞進式的關係，本節討論

---

<sup>156</sup> Kennedy, D. W. (2001). *The international human rights movement: Part of the problem?* Canberra, A.C.T.: Federation Press in association with the Centre for International and Public Law, Faculty of Law, Australian National University.

<sup>157</sup> See Hohmann, J., *supra* note 95, at 241. 其引用了 Upendra Baxi 的相關見解，參照 Baxi, U. (2002). *The future of human rights*. New Delhi: Oxford University Press. 141. 這種說法在我國的實踐也可以找到一些映照，例如司法院大法官釋字第 709 號解釋，類似概念的出場就是用來替都市更新條例之目的背書，詳參本文第三章。

<sup>158</sup> 但有疑問是，這種說法預設了「開發」和居住保障必然處於衝突關係。

<sup>159</sup> 有關人權之哲學基礎，可參閱：Janusz Symonides 著，楊雅婷譯（2009），《人權的概念與標準》，頁 31，台北：韋伯。

<sup>160</sup> Adams, K. D. (2009). Do We Need a Right to Housing?. *Nevada Law Journal*: Vol. 9: Iss. 2, Article 3. 278.

<sup>161</sup> See *id.*, at 277.

的是，著重在以法律意義之「權利」概念定義居住之正反見解、次節則是著重在將這些權利訂入「憲法」位階的利弊<sup>162</sup>。



## 第一項 反對居住作為權利之論述

反對居住作為權利之論述主要可分為兩個層次，一是「反對建構權利」，即基於某些觀點、理由反對「建構」這件事，而二是「對權利性格之質疑」，此係主張像居住這樣的經濟社會權基於某些特性無法成為主觀權利<sup>163</sup>。

### 壹、反對建構權利之觀點

反對居住成為權利的意見，粗略可以歸納為兩個來自意識形態光譜兩端、相當不同的觀點，本文羅列如下。

#### 一、觀點一：粉飾資本主義、自由主義帶來的不正義？

學者 Jessie Hohmann 曾整理相關之批評，這些批評指出，透過居住權的給予（casting），一個應該要被整體理解的社會問題卻變得像是一個個人經驗而來的單獨問題、其救濟存在於個人的法律案件<sup>164</sup>。這種獨立的關注會讓我們無法用其他角度——不公平貿易的經濟結果、殖民影響、社會網絡或知識等——來思考問題<sup>165</sup>。利用居住權的建構來解決住房、尊嚴或安全問題，可能也掩飾了來自國內、或國

---

<sup>162</sup> 不過，諸多文獻採取的論述方式是將這二層次合而為一。本文認為此二層次的理由尚有不同，且有鑒於我國兩公約施行法定位在法律位階，其中有提及的居住權，從權利到憲法上權利這個遞進仍有討論上的必要。

<sup>163</sup> 這種分類方式也可以對應到 Amartya Sen 在《正義的理念》中對反駁經濟社會權利意見之分類——「體制化的批評」（對應到「反對建構權利」）與「可行性之批評」（對應到「對權利性格之質疑」），而他指出這兩種類型的批評是不無關聯的。阿馬蒂亞·庫馬爾·沈恩著，林宏濤譯（2013），《正義的理念》，頁 406-407，台北：商周出版。

<sup>164</sup> 這個批評，違憲審查制度係抽象審查的制度觀點而言就不適用。

<sup>165</sup> See Hohmann, J., *supra* note 95, at 240.



際經濟所造成的貧窮問題<sup>166</sup>，且人權論述會把一切都更緊密地推向自由的意識形態（liberal ideology）<sup>167</sup>。申言之，建構權利是在替資本主義、自由主義所造成的不正義「擦脂抹粉」。

但針對前開見解——暫稱之為「擦脂抹粉說」，即有認為這種批評忽略了人權的可能性——從認識、主張、重塑，權利靜態地、動態地對塑造一個更公平的世界做出影響<sup>168</sup>。而本文在基調上，是支持對於自由自主（freedom and liberty）的追求——事實上當代民主國家的憲法都蘊含此一基調，對於社會人權、居住人權的保障也是基於這些概念而來。本文認為，當然不能忽略不公平貿易、殖民或其他社會因素，全球化下的經濟困境也應該要被重視，但所謂的「擦脂抹粉」，正是要解決這些問題，建構權利不會成為單一的解方，然而它可能會是解方的一部分。時至今日，雖然這些說法認為問題的根源是資本主義與自由主義，但以這樣的理由反對權利，如果不搭配建構一套在現代社會有辦法運作的「反資本主義與自由主義」的制度與時程設定、且可以解決居住問題的制度，本文認為還是先務實地回到是否要建構權利的討論為宜。

## 二、觀點二：更深的國家介入？

觀點二則是和觀點一相當不同的角度。此類觀點憂心權利建構會造成國家更為積極、全面的介入，造成國家與他人的負擔、並干擾市場的自由運作。

### （一）涉及稅收等積極義務

積極權利會對國家和第三人造成某些積極義務，像是納稅。在 Robert Nozick 的理論下，這侵害私產權，現代國家的「社會正義稅」，是一種接近奴役的強制勞動。不過如果我們接受這樣的觀點，則所有社會正義或積極權利的主張都會落入

---

<sup>166</sup> See *id.*

<sup>167</sup> See Hohmann, J., *supra* note 95, at 241

<sup>168</sup> See *id.*

不正當<sup>169</sup>，也就是不只是「權利」形式的問題。但社會權、居住權的建構確實會涉及稅收和更多的國家義務，這無疑會增加國家的負擔，而居住成為人民可以主張之權利時，國家的義務會受到法院進一步的控制，強化了這些積極義務的形成。

## (二) 危害市場

相對於觀點一提及建構權利是替資本主義的過錯擦脂抹粉，亦有認為，權利的塑造會產生對於自由市場秩序的危害。這是自由放任派論者的觀點，並由海耶克發揚光大。海耶克的「市場正義」觀點下，正義的目的是在於維護市場自發秩序，規範對象只能是「個人」而不能是「事態」，所以這樣用社會權來矯正的方式是不正當的<sup>170</sup>。

不過，就算我們不以這樣的市場正義觀點來看待社會權，來自 Cass Sunstein 教授對於設定社會權更為務實的批評是，在轉型（transitional）國家中，國家正從計劃經濟轉至市場經濟，這類的權利會和國家重要的轉型目標之一「創造相對自由、減少管制的市場」產生根本的衝突。在市場機制中，市場在分配上所扮演的角色比國家管制或法院裁判更為關鍵<sup>171</sup>。這提醒了我們，雖然前面提及社會權的建構會增加國家或第三人的負擔，但從另一個角度來看，這是國家介入的擴大，毋寧也是司法權限的擴張。「自由市場」在這個脈絡下就會受到擠壓，而這和轉型國家追求「自由化」的目標有所牴觸，而在已然是民主體制的國家中，人民是否願意將讓國家的治理觸碰到更多的層面，也同樣是挑戰，雖然不只是「權利」形式的問題，但權利化等於肯定了人民有一定的權利地位，這會強化對市場干預的可能強度。

更何況，用市場來處理居住，可以導向的是「顧客服務」式的文化，這可以

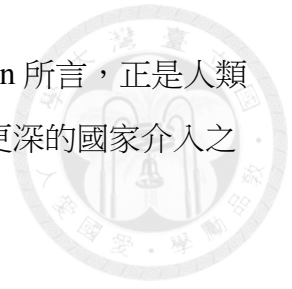
---

<sup>169</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 42-43。

<sup>170</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 42-43。

<sup>171</sup> See Davis, D. M., *supra* note 25, at 1024. See further, Sunstein, C. R. (1997). *Free markets and social justice*. New York: Oxford University Press.

提升住宅的品質，也讓整體住宅體系更有效率<sup>172</sup>。若如 Hölderlin 所言，正是人類要把國家建成天堂的努力，使國家成了人間地獄，那麼在引入更深的國家介入之際，必須審慎思考其後果。



## 貳、對權利性格之質疑

若歸納反對居住作為「權利」之主要意見，其中許多是基於對「社會權」整體概念的反對，不過居住權作為社會權，這些理由同樣可以適用在對居住權之反對上，本文嘗試加以統整，可分為以下：

### 一、「權利」或是「正義」？

所謂的權利，若不具備人民可主張之主觀面向，亦即無從救濟時，是否能稱為權利即有需要斟酌，此即法諺「有權利必有救濟，有救濟斯為權利」之意，本文也是以這樣的方向在討論權利。部分論者認為，將居住等其他基本需要作為一種「法定權利」是需要再考量的，當前許多以權利為名的法規範，實際上的目的在規範國家的方針，並不意味著無住屋者可逕自請求公法救濟。從而，「正義」的語言也許比「權利」更為適切<sup>173</sup>：用權利來保障對分配正義的落實不一定有用，權利可能會落空而變得滑稽<sup>174</sup>。

附帶一提，將居住權理解為「居住正義」也是國內常見的情形<sup>175</sup>，但由於國內並沒有針對二者做區分或討論之正式文獻，一般也經常將二者混用，應不是基於前開理由而使用「正義」之語言。

---

<sup>172</sup> Kenna, P. (2005). Housing Rights- The New Benchmarks for Housing Policy in Europe?, 37 *Urb Law*. 87, 92, as cited in Adams, K. D., *supra* note 160, at 285.

<sup>173</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 39。其指出，Walzer 即認為正義語言比權利更為適當。詳參 Walzer, Michael(1983), *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, N.Y.:Basic Books Inc Press.

<sup>174</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 278.

<sup>175</sup> 辛年豐 (2016)，〈誰的社會？誰的住宅？適足居住權的落實與制度建構的省思（下）〉，《人權會訊》，119 期，頁 50-56，50。



## 二、不確定性

反對居住權這類經濟社會權的最主要原因之中，也包括這些保證的不確定性（indeterminacy）<sup>176</sup>。最大的疑慮來自這些權利涉及資源分配，也就是涉及財政、預算、稅，這並非法院有辦法過問的，或者說，由法院處理會對這些資源分配之模式造成衝擊、且法院有否能力處理也是一大疑問<sup>177</sup>。

如學者 Frank B. Cross 即在《The Error of Positive Rights》中指出，這類權利的執行涉及政治性。其舉了 Sunstein 和 Holmes 的意見，「福利權的保障程度是政治性地決定，不是司法」，且 Cross 認為，這樣的體系需要由官僚（bureaucracy）來完成，法院當然有對於官僚執行的監督，但紀錄上是不怎麼好<sup>178</sup>。既然司法沒有能力處理，這些保障是否要稱為權利也有待商榷。例如，如果我們承認居住權，其內涵要如何認定？如何算是沒有做好？這時法院扮演了相當關鍵的角色，但資源分配既然是立法者的任務，司法權如何決定誰的居住權沒有被滿足？這其中存在太多不確定性，就算司法者認定了居住權未受滿足或遭到侵害，當現實中沒有資源可以用以填補的時候，權利的保障也形同虛設。

具體而言，這樣的焦慮在於，居住保障繫於資源現實的特性會導致其具有「不確定性」，如果國家採取了「權利」的模式來保障居住，這個不確定性某程度會需要司法權來確認圖像，但司法有否能力處理、或可能的實踐上落空風險，都令人懷疑這樣是否需要拉成「權利」。不以權利的模式保障，如單純法律或政策，依據實際資源進行分配，在持此種批評意見的論者眼中，或許是比較穩當的做法。換言之，此種論調並不否認居住保障之重要，但是否採取權利的形式需要討論。

---

<sup>176</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 1023.

<sup>177</sup> See *id.*

<sup>178</sup> Jackson, V. C., & Tushnet, M. V. (2014). *Comparative constitutional law*. New York: Foundation Press. 1755-1756.



### 三、權利彼此衝突

相對於自由權可以不衝突的互相併存，權利若涉及給付，則無可避免地涉及對稀少財貨之請求，而稀少性暗示了這種請求有其限制<sup>179</sup>。申言之，這些權利不像傳統自由權具備同時可能性（compossibility）<sup>180</sup>。持此種觀點的論者，所舉的例子如：我們可以同時不宗教迫害、不污衊他人名聲、不侵犯他人財產，但社會權卻是同時在競逐有限的資源<sup>181</sup>。若以居住權而言，在這樣的脈絡下即可能會受到的質疑，例如有非常多的人需要租屋補助，但國家財源有限，不同人的居住權即產生衝突，當國家沒辦法滿足所有人的權利，國家對於居住權的保障就打折或落空了。這個論點同樣是針對以「權利」形式保障而生的問題，若不拉成權利位階，國家可依據實際的有限資源以政策等方式進行分配。

### 參、小結

綜上，許多學者認為用權利的方式處理居住是一個錯誤的方向<sup>182</sup>，他們不見得不支持保障居住，但認為有更多更有效的策略、手段<sup>183</sup>，用權利反而是過於爭議<sup>184</sup>。若不論顯然不合本文基調之「擦脂抹粉說」，探諸根本，以上所列的意見主要皆是出於三大對於居住權的疑慮：

#### （1）資源何處來？——

權利代表的是比其他形式更強的保障，對於資源的迫切性也就更強，最容易受到的質疑就是「資源何處來」？如果無法確定，會遭致權利的不確定性的批評，又如果無法執行，還能稱作權利嗎？資源有限的狀況下，權利之間產生衝突，無法

---

<sup>179</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 42。

<sup>180</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 42-43。但陳宜中即指出，就算認為消極權利具備同時可能性，這也與社會權本身的正當與否沒有必然的關係。

<sup>181</sup> 同前註。

<sup>182</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 276.

<sup>183</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 276-279.

<sup>184</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 279-282.

並存時要怎麼辦？而更強的保障會需要政府更多的投入，也就會引發增加國家積極義務或要透過加稅等方式課予第三人更多的積極義務的批評。

### （2）法院適合、或有辦法處理嗎？——

是否可以稱為權利、以及不確定性的批評，都與對法院能力的質疑有直接的關係。如果法院無法處理，權利可能會流於宣示。而積極義務和危害市場等疑慮，若居住權存在，法院在其中也扮演了最後把關者的角色，居住權是否能給法院處理，則成為問題。

### （3）擴大了國家的干預？

權利提供了國家介入市場的基礎，進一步有危害市場的疑慮出現，增加國家的積極義務、第三人的積極義務同樣也是反映了對於「進階」干預的質疑。

## 第二項 支持居住作為權利之論述

### 壹、回應「反對建構居住權之觀點」

對於反對見解中觀點一的回應已如前述，至於觀點二，首先，「涉及積極義務」的部分，為了保障自由權，國家也需要設立各種資源配置，例如為了保障人身自由，設立警政、獄政、國防等系統，同樣也會面臨資源使用<sup>185</sup>。雖然一般說來，社會權需要花費較高的成本<sup>186</sup>，但也只是「較高」的程度上差異而已。對此 Cass Sunstein 教授也曾指出，任何的權利都需要成本，福利權和私有財產權都有公共成本。言論自由的公共成本不一定比居住權少，所有權利都需要錢<sup>187</sup>。而涉及第三人給付如稅收等的部分，除了自由權也需要成本的反駁外，如果古典自由主義者不反對以納稅維持最起碼的國家機器，維護市場基本的存在，那這些稅收是否也

---

<sup>185</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 47。

<sup>186</sup> Chang, W., Thio, L., Tan, K., & Yeh, J. (n.d.). *Constitutionalism in Asia: Cases and materials*. 943.

<sup>187</sup> 此處指的是權利的「執行成本」(enforcement cost)。Holmes, S., & Sunstein, C. R. (1999). *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton. 14.

是某種「強制勞動」？又若是現代社會自由主義者，對於私產權的正當行使範圍、稅該如何收等問題，也會透過「社會正義」進行界說<sup>188</sup>。

而「危害市場」的疑慮，有認為，對於低收入者而言，市場機制並不是對其賦權（empowerment），而是剝奪其更為需要的協助<sup>189</sup>；況且，是否會「危害」市場，還是要看權利具體保障的範圍與程度，且市場會失靈，如果是在市場失靈的情況下，提供在市場遭受不利而無法享有基礎居住保障者居住之協助，難謂是對市場之「危害」，可能只是協助其重新回到市場。有論者進一步指出，權利的存在可能修正市場的錯誤（market failure），當市場無法好好分配資源，「權利（entitlement）」則該直接被分配<sup>190</sup>。儘管市場取向有一定的好處，但不可否認市場無法單獨而有效地扮演好住宅的提供者，對於最急迫需要住宅者而言，市場並不是一個好而可靠的方式<sup>191</sup>。不過，這樣的見解可能不容易被主張自由放任者接受，政府管制或司法介入就一定是好的嗎？就一定比市場本身運作結果來得好？如何評估好或不好？又是否值得因此限制自由市場？這都是可以追問的，而也勢必要放在特定經濟社會脈絡下談才能為內國的制度做出選擇。

## 貳、回應「對權利性格之質疑」

前開關於權利性格之疑慮當中包括「權利或是正義」、「不確定性」、「權利彼此衝突」，但這些問題是否足以構成否定權利的理由、或這些問題只出現在社會權嗎？的確是有待商榷的。

首先，「權利或是正義」的疑惑來自於就算稱為「權利」，法制度或現實經濟條件也無法配合使其成為具備主觀權利性格的權利，既然會落空那不如不要稱為權利。但這種觀點的質疑其實是對於「權利實現」層次的困惑——事實上，居住

---

<sup>188</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 51。

<sup>189</sup> See Kenna, P., *supra* note 172, at 90.

<sup>190</sup> Coleman, J. L. (1988). *Markets, morals, and the law*. Cambridge: Cambridge University Press. As cited in, Adams, K. D., *supra* note 160, at 287.

<sup>191</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 287.

權的可裁判性的確是需要討論的問題，那麼如果實現層面的問題可以克服，建構層面的質疑就可以一併消除。

而關於「不確定性」，諸多自由性質的權利同樣也具備內涵不固定的問題，例如隱私權<sup>192</sup>。至於「權利彼此衝突」也不是社會權特有的問題，亦即，自由權之間也顯然可能有衝突之發生，例如隱私權和言論自由等等<sup>193</sup>。

## 參、支持「建構權利」之理由

那麼，除了回應批評，我們還是需要問，在重要和有用以外，究竟為什麼許多學者與政策制定者都倡導以權利形式來保障居住權呢<sup>194</sup>？

### 一、權利帶來權力，尤其是對少數群體

權利比目標、政策、協定都更加有力，也提供了各種政策或計畫實行的正當性<sup>195</sup>。而如德沃金所言，權利在分裂國家（divided country）中對於保護少數群體是最重要的，而以這種觀點而言，正因為居住權的爭議性，在爭議下選擇保護權利尤其重要<sup>196</sup>。而這裡的少數，解釋上並不一定是數量上的少數，而毋寧是在各種政治程序中無法被看見的人。

### 二、權利對於定義價值之功能

設定權利對於共同體定義價值有非凡之重要性<sup>197</sup>。設定為權利之事物反映了這個社群的價值和基本道德特色。例如某國要承認居住權，則代表國家要用非常

---

<sup>192</sup> 陳宜中，前揭註 114，頁 47。

<sup>193</sup> 陳宜中，同前註。

<sup>194</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 275

<sup>195</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 299-300. 氏引用德沃金的理念，指出權利基礎的決定比政策基礎的有更多的正當性。

<sup>196</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 301.

<sup>197</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 301.



公共的方式宣稱居住作為人格與公民身分一部分的重要性<sup>198</sup>。學者 Chester Hartman 便曾指出，美國毫無疑問的是有資源可以保障所有人民的居住權，問題根本不是在這個國家能不能支付，而是這個國家怎麼看待居住的價值、是否要重要到承認其成為一個權利<sup>199</sup>。不過，這是美國的情況，但在其他資源相對不夠充分的國家，定義價值的功能仍然相當重要，只是可能需要更多關於現實可能性的考量。

### 第三項 本文評析

綜上，可謂質疑或回應皆屬有理，究竟何者為堅實，支持者提出之理由又是否有吸引力，都是需要選擇的，而在選擇之後也勢必需要面對另一方的問題，在制度設計中適度地做出調適。如上文提及，對於社會權／居住權之批評，主要都源自「(1) 資源何處來？(2) 法院適合、或有辦法處理嗎？(3) 擴大了國家的干預？」三大問題，雖然支持意見對於大多數的批評都能有所回應，但卻必須承認其確實需要面對這些挑戰。

#### (1) 資源何處來？——

此涉及資源足夠與否與資源分配兩個層面的問題，資源的足夠與否有現實界線，但分配則是涉及國家要為了居住權保障之價值對第三人要求多少義務——不過回應關於資源來源質疑與批評的意見認為，傳統自由權也需要成本<sup>200</sup>。而對於這個問題的因應方式，如可以建構以防禦權為主要導向的權利（仍需要成本）、或者就更坦誠而積極地介入資源的重分配，表彰關於正義的價值——這是支持權利者所讚揚的功能之一。

#### (2) 法院適合、或有辦法處理嗎？——

---

<sup>198</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 302.

<sup>199</sup> Hartman, C. W. (1983). *America's housing crisis: What is to be done?* Boston: Routledge & Kegan Paul, as cited in Adams, K. D., *supra* note 160, at 302.

<sup>200</sup> 不過仍有認為社會權之成本要另外考量。詳見 Posner, R. (1996). The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe --And for the United States, 32 *TULSA L.J.* 1, 3-5.

關於法院的角色已經是權利實現層次的問題，也就是說，如果有辦法克服司法審查的問題，這部分的疑慮就會失所附麗。因此，若要建構權利，致力於解決司法審查之問題是有必要的。

### （3）擴大了國家的干預？——

從「權利帶來權力，尤其是對少數群體」這樣的觀點來看，權利的建構毋寧是一種「盾牌」式的存在，並非擴大國家干預，而是提供已然受到國家或第三人介入的生活領域。當代法治社會中，若沒有居住權利，通常仍有與居住相關的法令，此際權利的建構並非擴大干預，而是調控干預。

以上，這些問題其實都涉及價值選擇，支持建構居住權之見解，與反對見解可能出於不同之哲學基礎。支持建構權利之論者，仍然需要承認並設法克服這些疑問。

## 第三節 居住作為憲法上權利？

本節的重點是「憲法上」權利，擬先從憲法上權利之意義開始、進而進入利弊的評析衡量，最後以比較憲法上的例子進行分析討論。

### 第一項 憲法上權利之意義

Cass Sunstein 教授曾提及，關於憲法要不要保障經濟社會權利，在不同時期的回答會有很大的不同。相較於過去憲法不提及或用目標條款方式處理，現今的國際意見——且幾乎是共識，則指出經濟社會權利要受到憲法的保障<sup>201</sup>。而學者 Mark Tushnet 也曾指出：

---

<sup>201</sup> Cass Sunstein 教授指出美國則是這個「共識」的例外，在美國大部分的人都認為這樣的權利不屬於憲法。Sunstein, C. R. (2001). *Designing democracy: What constitutions do*. New York: Oxford University Press. 221.

「社會福利權的憲法保障，有很複雜的背景。1945 年後制定的憲法，因為有很強的社會主義政治活動，所以不可能不在憲法裡放入社會福利權。天主教會對很多保守政黨都有重要影響力，其為了回應十九世紀晚期社會主義政黨出現，以及同時出現的資本主義盲目的擴張，所以在社會教育中都會主張要把社會福利權納入新憲法中。<sup>202</sup>」

以上可觀察到，憲法上權利的意義包含了反映時代價值這種價值宣示的功能，而如同權利的設定對於價值的統整與凝聚有相當之作用，憲法上權利則是以憲法更高的規範位階發揮此一功能。對此，學者蔡維音認為，社會權的概念設定在社會立法已經高度發展並分殊化的規範環境中，如果過於抽象而概括，欲統整社會立法的基礎理念時，實則在司法審查上並無作用空間，但是，社會權論述應該轉入部門化的具體個別基本權論述，當基本權的聚焦範圍縮小，能主張的效力就會增強<sup>203</sup>。居住權作為整體社會權概念下較細緻、部門化的概念，若能作為憲法上權利，應有發揮此功能之空間。

而關於提升至憲法權利之效力，造成保護強度的提升這點，的確需要承認這顯然是牽涉到實際資源充足與否的問題<sup>204</sup>，但是，資源分配的問題對於當代許多國家而言——例如台灣，毋寧是更大的問題，我們的資源不一定不夠、但卻顯然是分配不均，幾乎是到了單憑努力完全無法改變的境地，而憲法上權利的意義是，對於國家的拘束力較法律為強，亦即對於各種行政、立法行為的誠命強度較高。

綜上，我們可以說，憲法上居住權的意義至少包括了價值宣示與提升保護強度，但對此，仍然有許多質疑指出憲法位階社會權或居住權之弊，以下進一步對這些有關利弊的說法進行介紹與評析。

---

<sup>202</sup> Mark Tushnet 著，楊智傑譯（1999），《將憲法踹出法院》，頁 276，台北：正典。

<sup>203</sup> 蔡維音，前揭註 97，頁 12-14。

<sup>204</sup> 有學者指出，資源才是最重要的問題，與社會權入不入憲沒有影響。例如：Cross, F. R. (2001). The Error of Positive Rights, 48 *UCLA L. REV.* 857. 林子儀（1993），Is the welfare right a constitutional right?，收於：氏著《權力分立與憲政發展》，頁 145-172，台北：月旦。



## 第二項 憲法位階居住權之利弊

### 壹、質疑與反對

對於憲法位階之社會權，向來存在諸多疑慮。Cass Sunstein 教授對此有諸多討論。在其著作《Designing Democracy: What Constitutions Do?》中提及，有懷疑的觀點認為經濟社會權利放置在憲法當中是否是合理的設計？有些看法是，憲法應該保證消極權利，而非積極權利，因為憲法權利應該是人民對抗國家侵略性的保障，而不是要求國家做些什麼來保障個人，在憲法裡設計這樣的權利會弱化憲法核心功能——避免國家濫用權力。但 Sunstein 教授也指出這樣的觀點有相當多問題。首先，就算是傳統的自由權也會要求國家「做些什麼」，就算是言論自由或宗教自由也需要納稅人的錢來支持政府某些行為才能保護。而如果是從公民（citizenship）與民主的角度來看，人們要作為公民來行動（act as citizens），也需要最低生存的確保，否則無從開展。而憲法保障的基本理由是，回應當代政治生活的問題。雖然不是所有國家都有共通問題，但是顯然有些地方會有些欠缺政治權力的人民會需要這樣的權利保障<sup>205</sup>。

Sunstein 教授提及，另一些批評是基於法院的能力。這種見解認為法院沒有工具執行這些權利，法院怎麼能處理預算的優先性？例如，如果國家欠缺居住保障，那可能是因為國家把重點放在保護教育或健康，法院要怎麼認為這是錯的？Sunstein 教授指出，這樣的質疑有許多種制度的回應方式——例如完全放棄放入憲法、或只拘束立法者<sup>206</sup>，或者像南非憲法法院一樣實行「經濟社會權利的行政法模式」<sup>207</sup>。

而矛盾的是，呼喊經濟社會權利的國家，通常是資源不足或分配不均的轉型（transitional）國家，這些國家很可能同時面臨了需要保障基本需求、以及邁向市

---

<sup>205</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 222-223.

<sup>206</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 223-224

<sup>207</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 234

場經濟的目標。對於用憲法設定經濟社會權更為務實的批評是，在轉型國家中，國家正從計劃經濟轉至市場經濟，這類的權利會和國家重要的轉型目標之一「創造相對自由、減少管制的市場」產生根本的衝突。在市場機制中，市場在分配上所扮演的角色比國家管制或法院裁判更為關鍵<sup>208</sup>。也就是說，憲法作為共識凝聚之載體，設定這樣的權利，會干擾到轉型國家發展國民所期待的自由經濟。但是，基本需求確實關涉了人民是否能行使在民主社會當中的公民的資格（status），這樣的權利是可以被正當化的，因為民主的實現需要人民要有一定程度的獨立與安全<sup>209</sup>。總之，問題真的非常複雜，當代憲法選擇提供這些保障後，我們也可以理解為何會創造更多問題<sup>210</sup>。

學者林子儀也指出，如果社會權是一種憲法上的基本權，一國的全體人民都應該有權要求政府實現這些內容，但政府必須要有充分的財政能力，才有實現權利的可能性。而諷刺的是，最需要政府實現這些權利的，通常是經濟比較窮困的人民。即使政府想要實現，也可能受限於財政能力，因此，必須要先克服現實上的實現可能性的問題<sup>211</sup>。也就是說，如果不具備實現可能性，就不宜建構權利，否則會使得人民懷疑憲法何用，是否只是美麗的文書<sup>212</sup>。另外，基於權力分立制衡原則、責任政治、以及司法權的本質，這樣的資源分配問題應該交由民主程序，由立法、行政部門加以決定，法院並不適合、也不應該對政策選擇加以判斷<sup>213</sup>。

學者 Mark Tushnet 進一步指出，憲法條文並沒有權力影響到政策產出，而理由是很直觀的。政治人物在選舉或競選連任時，必須回應其所面對的誘因，所以真正反映出政策強度的，不是憲法條文寫了哪些，而是人民的偏好——當某些選民「更會」表現其需求的時候——包括募集政治獻金的能力，政策的強度也會越高。從這個角度來看，憲法裡放入經濟社會權利，在選民結構的反映下，顯然不

---

<sup>208</sup> See Davis, D. M., *supra* note 25, at 1024.

<sup>209</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 235.

<sup>210</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 235-236.

<sup>211</sup> 林子儀，前揭註 204，頁 146。

<sup>212</sup> 林子儀，前揭註 204，頁 147。

<sup>213</sup> 林子儀，前揭註 204，頁 146。

能確保關心社會福利的選民會比關心國防的選民有表達意見結構上的優勢<sup>214</sup>。

誠然，如李建良教授所言，社會基本權的給付面向會影響國家預算的運用，乃至於支出的優先順序，但國家財政本質上有侷限性，也並非憲法解釋有辦法處理，甚至可能導致國家財政政策僵化，這些資源衝突與緊張關係也會反過來使得基本權利理論體系陷入無可解決的困境<sup>215</sup>。

在學者黃舒芃與雷文玫的研究中整理了學界對於憲法位階社會權的五大質疑：第一是因為權利內涵之模糊，即使是由法官來做出決定，也會顯得恣意專斷。第二是法院沒有能力處理，因為這類型的決定需要足夠的專業和資訊去調查現況，了解資源的多寡，這些都不是法院的專長、也不是法院的程序設計有辦法承載的。第三，若在憲法上將社會權規定的過於具體，以拘束大法官的解釋，但這樣會侵蝕立法與行政的彈性、無法因應社會需求。第四，也是最實際的問題，是法院的抗多數困境，這裡涉及到權力分立下司法的民主正當性不足，涉及資源分配的事項若法院加以介入會有些問題，且就算法院基於弱勢保護的立場，但考量到多數意見並不那麼認同，也不一定敢貿然予以保護、且貿然做出決定可能危及法院的地位。最後，有些學者也暗示社會權入憲的意義不大，因為最後還是要看行政立法的意願與能力，這些與人不入憲沒有必然關係<sup>216</sup>。

以上這些疑慮，都可以套用到居住權入憲之疑慮，居住仰賴現實資源之分配，面對前開質疑，是否可以克服，仍須進一步的衡量與選擇。

## 貳、居住權納入憲法之優點

學者雷文玫與黃舒芃的研究中亦整理了支持社會權納入憲法的主要見解，包括以下三點：首先，顯而易見的是，入憲可以拘束政府施政<sup>217</sup>。其次，雖然社會

---

<sup>214</sup> Mark Tushnet 著，楊智傑譯，前揭註 202，頁 277-278。

<sup>215</sup> 李建良，前揭註 21，頁 46。

<sup>216</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 23-25。

<sup>217</sup> 此處文獻指出，這股力量不只拘束立法與行政，也約束人民不得以多數決侵害少數的權利，更

權之實現涉及資源分配，未必能在短期內實現，但社會權入憲提供了人民對於未來方向的願景，具有啟發性。第三，社會權入憲對現實生活不如意的人民，具備鼓舞人心、凝聚團結意識的作用<sup>218</sup>。

或許這樣的優點看起來相對於質疑薄弱，但是以居住權作為基本權而拘束施政、立法而言，即提供人民較為明確而穩固之保障，雖然現實上是否能以獲得實現有賴各種制度與機關配合，但至少其可以成為政府施政、立法之重要考量，無法輕易以其他理由忽略之。而提供未來願景與共識凝結，亦不可小覷其功能。尤其是在民主轉型、或現實經濟狀況條件不佳或惡化的國家，人人至少對於憲法的認識是「權利的保障書」，則這樣的人憲會使得人民相信憲法、認同憲法，若其權利無法受到滿足，至少是在法律上站得住腳、可以訴諸憲法據理力爭，避免直接陷入全然的絕望。

另外，從 *Sachs* 大法官對於經濟社會權利入憲的「執著」理由而言，則根深蒂固地來自對於憲法保障「尊嚴」的堅持<sup>219</sup>，居住權在憲法中的意義是「人，就應該被當人對待」。

## 參、綜合評析

文獻指出，憲法是否應該處理某種議題，不應侷限於學理上憲法法院是否有能力處理該問題為判準，相對地，入憲的標準應該在於下列幾點：（1）該議題是否為能整合認同的重要問題；（2）能否以具體憲法形式呈現；（3）憲法能否提供適

---

有可能對外力形成拘束。例如有學者以國家透過大法官對社會保障之闡述對抗如世界銀行等國際組織之制衡，說明憲法上權利可以作為本國政府對抗國際組織壓力的後盾，且由於世界銀行等組織向來倡導法治，也不會違逆這樣的意見。參照 *Scheppele, K. L. (2003), A Realpolitik Defence of social rights, 84 Tex. L. Rev. 1921, 1924*。引自雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 21。但本文認為，有關此一面向，還是與國際政治實力與現實有重大相關，且我國當前主要的問題在無法加入國際組織，對本文討論主軸之幫助有限，故暫擱置此論點。

<sup>218</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 21-23。

<sup>219</sup> *Sachs, A. (2000). Social and Economic Rights: Can They be Made Justiciable?, 53 SMU L. R. 1381. 1383.*

當的實現該原則的機制<sup>220</sup>。

或許會認為，支持入憲之見解相較於反對入憲之質疑看似薄弱，但本文認為，誠然也不能小看「入憲」象徵意義可以提供之作用，而如果對於保障基本尊嚴有一定之堅持、或在價值選擇上非常重視憲法凝聚共識之功能等原因，反對入憲之理由毋寧都可以設法從司法審查模式的調整獲得緩解或改善。當然，必須提醒的是，就算是蘊含個人主觀權利之規範效力的社會權，還是需要國家積極行動之配合才有可能達成「社會權保障之落實」<sup>221</sup>。

### 第三項 憲法規範模式與憲法權利化之路徑分析

#### 壹、憲法規範模式與憲法權利化路徑概說

##### 一、當代憲法與居住保障

憲法位階的居住權有利有弊，且這些利弊的參數在不同政治、經濟、社會背景與不同法制度之國家，其可能發揮之影響也會不同。有研究指出，在比較憲法上，當代以內國憲法層級訂入居住或居住權（housing or housing rights）保障之比例大約是百分之四十<sup>222223</sup>。不過，這是指在成文憲法條文<sup>224</sup>中有明言居住保障之比例，

---

<sup>220</sup> McCrudden, C. (1993), *Written Constitutions and negative Rights: Some Comments on Professor Currie*, in Hart, V., & Stimson, S. C. *Writing a national identity: Political, economic, and cultural perspectives on the written constitution*. Manchester, UK: Manchester University Press in association with the Fulbright Commission, London. 引自雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 23。

<sup>221</sup> 黃舒芃（2006），〈社會權在我國憲法中的保障〉，《中原財經法學》，第十六期，頁 1-43，17。

<sup>222</sup> O'Mahony, L. F., & Sweeney, J. A. (2011). *The idea of home in law: Displacement and dispossession*. Farnham, Surrey: Ashgate Pub. 146.

<sup>223</sup> 對此，本文以 The Comparative Constitutions Project 下的 Constitute 網站進行搜尋，該網站收錄 194 國之憲法，在 194 份憲法之中，若以 housing 為關鍵字，可得到 85 筆搜尋結果，比例上約為 44%。Constitute 網址為：<https://www.constituteproject.org/?lang=en>（最後瀏覽日：2016 年 4 月 12 日）。本文以下所提及之諸國憲法條文，即從本網站取用。The Comparative Constitutions Project 是由 Zachary Elkins（University of Texas, Department of Government）、Tom Ginsburg（University of Chicago, Law School）以及 James Melton 所領銜設立的計畫，其網站之網址為



本文認為作為參考即可，實際上，許多國家會以其他模式保障居住<sup>225</sup>，可能是判例法（case law）、憲法法院判決、或從既有的憲法規範中衍生，且功能不一、成效亦不一<sup>226</sup>。在此本文討論的是以「憲法」的居住保障規範模式為分類標準，嘗試觀察不同規範模式之發展脈絡與特點。

## 二、四種模式與兩種途徑

若歸納不同之憲法對居住保障規範之模式，概略分類<sup>227</sup>如下【圖二】：

---

<http://comparativeconstitutionsproject.org/>（最後瀏覽日：2016年4月12日）。

<sup>224</sup> 舉例而言——

孟加拉憲法：

PART III 5

15. It shall be a fundamental responsibility of the State to attain, through planned economic growth, a constant increase of productive forces and a steady improvement in the material and cultural standard of living of the people, with a view to securing to its citizens—  
a. the provision of the basic necessities of life, including food, clothing, shelter, education and medical care;

哥倫比亞憲法：

TITLE II CHAPTER II ARTICLE 51

All Colombian citizens are entitled to live in dignity. The State shall determine the conditions necessary to give effect to this right and shall promote plans for public housing, appropriate systems of long-term financing, and community plans for the execution of these housing programs.

墨西哥憲法（1917, as amended in 1983）：

Article 4

[...] Every family has the right to enjoy decent and proper housing. The law shall establish the instruments and necessary supports to reach the said goal. [...]

比利時憲法：

Article 23(3): everyone has the right to enjoy a life in conformity with human dignity. Towards this end, the law, the decree or rules established under article 134 guarantee, taking into account the corresponding obligations, economic, social and cultural rights of which they determine the conditions for their implementation. These rights include, in particular, the right to adequate housing.

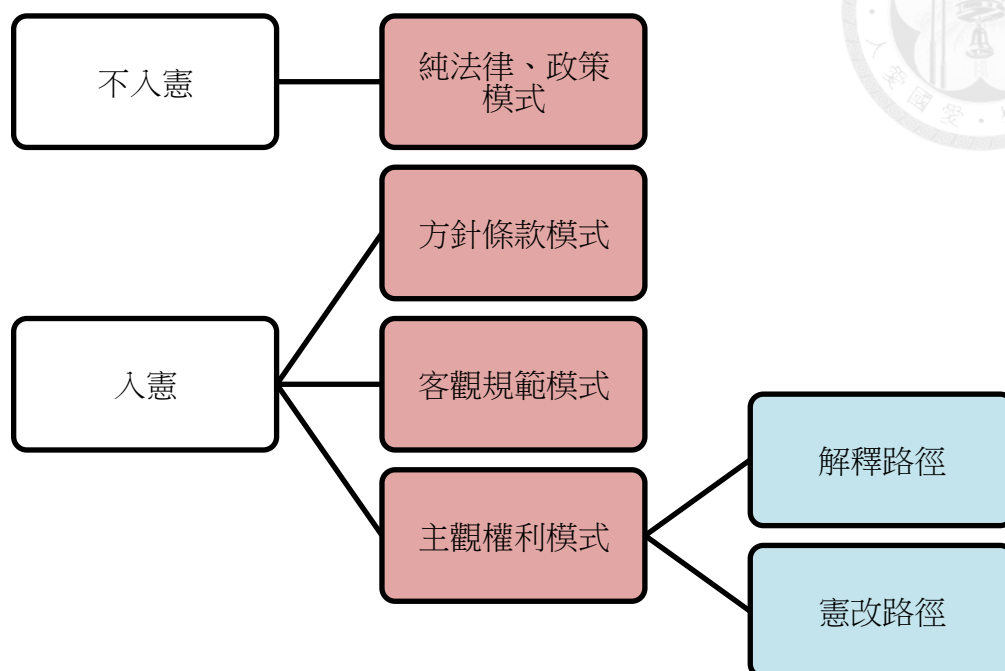
<sup>225</sup> See O'Mahony, L. F., & Sweeney, J. A., *supra* note 222, at 146.

<sup>226</sup> 早期的整理如：Leckie, S. (1992). *Housing, land, and pro- perty restitution rights of refugees and displaced persons: laws, cases, and materials*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>227</sup> 憲法規範之模式實則變化多端，因應不同國家需求而生，故本文之分類模式僅是一個大致的類型化嘗試，在本文之論述脈絡下用以輔助我國選擇適宜之模式的參考。



【圖二 居住於當代憲法之規範模式及憲法權利化路徑分類圖】



（來源：本文自製）

【圖二】係本文對於當代「憲法保障居住之規範模式」、以及「主觀權利模式中憲法權利化路徑」所進行之簡易分類，也就是本文所謂的「四種模式」與「兩種途徑」，這些分類是理論上可能存在的類型。

基本上，憲法與居住之關係可分為四種模式：不以憲法規範居住保障的「純法律、政策模式」、入憲但司法無法審查之「方針條款模式」、入憲而司法可用之為違憲審查惟人民不能直接主張的「客觀規範模式」、以及以憲法上主觀權利規定之「主觀權利模式」。而憲法主觀權利化的兩種路徑則分為「解釋路徑」與「憲改路徑」。必須注意的是，這四種模式之分類實難單純以憲法法典本身之文字判斷：

### 第一、「居住」的實質認定——

分類中對於有否「居住」保障認定標準是「保障個人在社會中享有適當居住之基本條件」的「概念」，而不拘泥於特定關鍵字。當憲法中沒有包含相關概念，則會歸入不入憲的分類；而這個概念的呈現方式，可能是國家義務（包括方針條款及客觀規範）或權利的方式。另外，主觀權利模式中，「憲改路徑」者可以在條

文中明確看見相關概念，但「解釋路徑」在憲法當中之立足點可能是一個更概括的生存權、或是概括基本權<sup>228</sup>，則需要倚賴憲法法典文本以外、已實踐之素材——如憲法解釋——判斷之。

## 第二、「主觀權利」的實質認定——

憲法當中有些名為「權利」者，實際上並非一般認知具備主觀層面、人民可據以主張、請求救濟的「主觀權利」，只是單純的「方針條款」、或是「客觀規範」<sup>229</sup>。並不能因為條文用字就歸納入主觀權利模式的範疇。

綜上，以下擬以比較憲法之例說明這些模式與路徑。誠然，憲法對居住保障之比較法例，不能逸脫於各國之經濟、社會狀況（包含所謂主流價值）理解，則在「變因」太多的前提下，此部分的比較憲法之觀察目標係：

- (1) 系爭國家選擇以憲法保障與否之考量因素；
- (2) 若以憲法保障，系爭國家決定是否採取主觀權利模式之因素；
- (3) 若是主觀權利模式，系爭國家將居住權在憲法上主觀權利化之路徑選擇因素。

## 貳、憲法規範模式分析

### 一、純政策、法律模式

#### (一) 毫無社會色彩的憲法：以美國為例

所謂的純政策、法律模式即是不在憲法中處理居住保障，例如美國。美國的

---

<sup>228</sup> 但目前尚未有以概括基本權推導出居住權之例，僅理論上有可能出現。

<sup>229</sup> 方針條款和客觀規範的文字可能是以權利方式表述，亦可能是以單純國家義務式的文句，如「國家應……」。

憲法和歐洲發展出社會權的憲法是不同的時代和不同意識型態的產物<sup>230</sup>。雖然有些律師和學者會透過正當法律程序（due process）和平等保障條款（equal protection clauses）嘗試推導，但美國憲法條文的確是沒有關於社會福利的保障<sup>231</sup>。

在小羅斯福總統 1941 年的四大自由、1944 年的第二權利法案以後，雖然有「這些社會權利是隱含在美國憲法中，作為基礎的本質」的說法，但依然沒有改變美國憲法沒有明文提到任何相關社會福利的現實狀況<sup>232</sup>。這也反映在聯邦最高法院之態度：除非涉及嫌疑分類之平等問題，否則對於社會立法，僅以合理審查標準處理<sup>233</sup>——就算是涉及最低生存標準（standard of need）<sup>234</sup>相關之給付亦然。簡言之，從美國憲法對待社會保障的態度而言，基本上就是無法找到居住保障之依據。

不過，現代國家很難完全沒有居住方面之政策或法律規範，美國當然也有。1949 年的住宅法（Housing Act）就指出了「每個美國家庭都能享有適宜（decent）的住家和適合（suitable）的生活環境」是國家住宅目標（National Housing Goal）。但美國在 21 世紀，仍有一億左右的人民之居住狀況是物理上不適足<sup>235236</sup>。而顯著

---

<sup>230</sup> Casper, G. (1989), *Changing Concepts of Constitutionalism: 18<sup>th</sup> to 20<sup>th</sup> Century*, 1989 *Sup. Ct. Rev.* 311, 318-321. 氏指出，歐洲的憲法概念包含了更多的國家積極義務的概念。

<sup>231</sup> Alexander, L. T. (2015). *Occupying the Constitutional Right to Housing*, 94 *Neb. L. Rev.* 245, 257. 該文也指出，由於美國憲法沒有居住權的保障意旨，定義居住權者也就不是立法者和法院，而是社會運動。Jackson, V. C., & Tushnet, M. V., 前揭註 178，頁 1661。

<sup>232</sup> 同前註。

<sup>233</sup> 雷文政 (2003) 〈低收入社會救助給付與設籍限制之違憲審查——Saenz v. Roe 一案判決之分析〉，《歐美研究》，33 卷 3 期，頁 413-459，437。其提及 *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970)。對該判決之討論，參閱前註，頁 1668-1671。

<sup>234</sup> *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970)。

<sup>235</sup> Bratt, R. G., Stone, M. E., & Hartman, C. W. (2006). *Editors' Introduction*, in *A right to housing: Foundation for a new social agenda*. Philadelphia, PA: Temple University Press.

<sup>236</sup> 另以居住協助之面向為例，相對於歐洲在十九世紀末陸續開始興建社會住宅，標榜個人主義、自由競爭的美國在最初階段幾乎缺席，但為了回應城市的社會危機，紐約市 1900 年出現了由進步主義者倡導的「廉價租屋委員會（the Tenement House Commission）」，目的在改善貧民住宅的居住環境，此影響了後續美國於 20 世紀的住宅政策發展。

直到經濟大恐慌後，美國不得不基於社會安全的考量思考住宅市場干預的手段，但其仍避免稱為社會（social）住宅、而選擇公共（public）住宅的名稱，1936 年國會通過《喬治希禮法（George-Healey Act）》，規定入住公共住宅之所得上限，從此，美國的公共住宅成為低所得者的集

的問題也刺激了諸多運動的興起，以建構權利的提倡而言，如同琅琅上口的口號：「Fight, fight, fight, fight — housing is a human right!<sup>237</sup>」這樣的倡議與論述向來是不絕於耳，但亦有文獻指出，對美國而言，創造憲法上的居住權是違背「主流精神」的，很可能因為被視為是介入市場、邁向福利國家而點燃嚴重的反對意見，

---

居地，1949年住宅法通過以後，除了1960年代詹森的「大社會（Great Society）」時代主打擴大福利圈（welfare rolls），短暫的有開放老人入住以外，越戰升起後，尼克森號召中產與勞工階級白人這些「沈默的大多數」批判大社會是圖利非裔美人、造成大政府、徹底侵蝕美國價值，政府介入再次減低，數量減少、限制回歸低收入戶，從而，公共住宅貧民化、有色化的情形非常嚴重，接著，新自由主義興起，雷根停止興建新的公共住宅。而至老布希時代，政府提倡「自有住家是美國人的夢想」，以政府貸款方式出售公共住宅給低所得者。柯林頓政府時期，以房屋津貼方案住宅券（voucher）及住宅證（certificate）補助來解決低收入家庭之居住問題，低收入戶可以自行選擇適合自己經濟條件的住宅承租，此措施並沒有要確保受益對象所需的最低居住條件，僅是提供市場上之協助。不過到目前為止，美國公共住宅仍約佔5%之比例，主要提供給低收入戶，而公共住宅的高犯罪率、污名化現象則始終沒有解決。

從以上的簡述可知，美國始終不願意過度干預住宅市場，基於社會安全考量不得不開始相關的公共住宅興建與補助，而事實上，公共住宅之思維仍是希望人民可以培養「回到市場」之能力。從而，美國相關制度保障目標相當明確，就是低收入戶，在「美國精神」下不太可能擴及更寬的條件。至於對公共住宅之歧視，1964年民權法（Civil Rights Act of 1964）中確保了公共住宅不得有歧視，爾後於1968年更有公平住宅法（Fair Housing Act）的誕生，但是，這些法律保障的是交易行為（包含租與售）時禁止歧視行為，對於「公共住宅」及其住戶之污名與歧視是法律無法介入的。參照林萬億，前揭註121，頁103，496-500。另參考：社會住宅推動聯盟（2015），統計資訊—各國住宅基本資訊\_2015.3.18更新，取用網址：

[http://socialhousingtw.blogspot.tw/2014/08/blog-post\\_93.html](http://socialhousingtw.blogspot.tw/2014/08/blog-post_93.html)（最後瀏覽日：2016年4月12日）。

而關於遊民（homeless），在美國夢漸漸破碎以後，1980年代早期遊民人口明顯增加。在問題日趨嚴重且抗議聲浪不斷的情形下，美國並不是沒有嘗試解決問題，第一部遊民救濟法1987年《麥基遊民救助法》（McKinney - Vento Homeless Assistance Act）是、之後紐約出現了Housing First之政策方案——直接提供住房之協助，不再像以前一樣要求「戒除壞習慣」等前提，而2008年根據Housing First的精神，國會訂立了《遊民緊急協助與快速安置住房法案》（Homeless Emergency Assistance and Rapid Transition to Housing, HEARTH），爾後歐巴馬（Obama）總統推出美國第一個聯邦層級的遊民問題防治政策Opening Doors，這個2010年啟動的整合型政策，涉及多個部門的資源，針對不同情況之遊民提供各種基本所需，成效顯著。國內資料之相關介紹，參閱：楊芬瑩（2016），〈2020年美國真的不再有遊民了嗎？〉，報導者，取用網址：

<https://www.twreporter.org/a/2020-zero-homeless-usa>（最後瀏覽日：2016年4月12日）。美國Opening Doors計畫網站亦有相關之說明，參考<https://www.usich.gov/opening-doors>（最後瀏覽日：2016年4月12日）。

<sup>237</sup> See Alexander, L. T., *supra* note 231, at 246.



引發仇恨 (resentment)<sup>238</sup>。有學者非常明白地指出：

「為什麼早在超過一世紀以前我們的政治體系就保證了勞力的自主權、教育權，卻沒有承認『居住權』……？重要的答案是既簡單又明顯的：這些權利會阻礙人們工作，但現存的這些權利鼓勵人們工作。<sup>239</sup>」

這段話可以很淺白地說明了美國的「共識價值」。學者認為，「現在的憲法條文拒絕無條件的福利 (unconditional-welfare) 取徑<sup>240</sup>」，且既然權利保障不會真的改善居住條件，美國也沒有誘因這麼做。事實上，就連重要的《經社文公約》，美國雖有簽署了卻有意識地並未批准。從而，在這些條件下，儘管有學者與倡議者主張，透過解釋，美國仍有潛力發展憲法上居住權出以供人民向國家請求基本生存所需，但就也只是潛力而已<sup>241</sup>。事實上，美國大部分的憲法學者都像最高法院一樣，對這類權利充滿恐懼<sup>242</sup>，而理由主要都是對於「法院執行」的疑慮——如 Mark Tushnet 所言，因為重要的憲法權利必須由法院執行，但法院做不到<sup>243</sup>：

「例如，若法院要確保每個人都有…適當的居住條件，那麼其將會採取哪種命令？一個國家可能會有公共的補助居住計畫。如果法院認為這個計畫並不滿足適當居住的需求，其該如何下令規劃出一個更好的計畫？而且，就算我們可以想像法院會說什麼，要去執行法院的命令所需付出的成本也會太過昂貴。甚至到最後，我們可能會讓法院去決定所有的事情：加稅以及決定如何花錢。<sup>244</sup>」

總之，儘管有部分的倡議，但美國大致上是抗拒憲法上居住權的，選擇不以憲法保障之考量因素，在制憲之初，係相關概念根本尚未發展，其憲法制定之時

---

<sup>238</sup> See Adams, K. D., *supra* note 160, at 277.

<sup>239</sup> Ellickson, Robert C. (1992). The Untenable Case for an Unconditional Right to Shelter. *Faculty Scholarship Series*. Paper 459. 32. Available on [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/459](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/459) (last visited: 2016/5/1)

<sup>240</sup> See *id.*, at 33.

<sup>241</sup> See Alexander, L. T., *supra* note 231, at 257.

<sup>242</sup> Mark Tushnet 著，楊智傑譯，前揭註 202，頁 276。

<sup>243</sup> 同前註。

<sup>244</sup> 同前註。



與受到工業革命拉大貧富差距刺激後的歐陸相當不同。而縱然二十世紀上半葉經過了一些震盪，開始以法律、政策處理居住問題<sup>245</sup>——國家勢必要面對經濟安全的挑戰，但隨著第二權利法案的「錯過」，「美國精神」依然抗拒以憲法處理這樣的社會權，這其中也包含了對於自由、市場的信仰、以及對於法院的質疑。

## （二）其他可能？

美國憲法有其淵遠流長的歷史，若挑選其他例子，常受到我國讚譽其居住政策的新加坡，立憲時代較為晚近<sup>246</sup>，而同樣是憲法不包含居住保障的國家<sup>247</sup>。但新加坡採取了公共組屋等由政策、法律層次的方式，儘管其相當主打「資本主義」，然設計上，在建國之初就採取了相當密度的住宅政策<sup>248</sup>，和美國「解決問題式」的狀況即有所不同<sup>249</sup>。不過，新加坡的憲法人權章節以「基本自由」為名，相較於其他諸多帶有社會保障意旨的二十世紀憲法，毋寧是在憲法層次更保留了一番「資本主義」或「自由」色彩，而新加坡也沒有簽署或批准經社文公約<sup>250</sup>。這是純政策、法律模式的另一種可能。

## （三）模式簡析

純政策、法律模式最大的特性就是除司法審查外，「宣示」了完全否定「憲法層次」的社會主義色彩，某程度是抗拒了二十世紀後的世界多國憲法與國際人權

---

<sup>245</sup> 1970 年代，甚至發展出居住法庭。詳閱 Randall, W. S. (1979). *Housing Courts and Housing Justice: An Overview*, 17 *Urb. L. Ann.* 3.

<sup>246</sup> 1965 年 8 月 9 日生效。相較於 1960 年代制定的歐陸諸多憲法容納了較多社會色彩，新加坡則是選擇了相當不同的方式。

<sup>247</sup> 新加坡的憲政發展史，國內文獻可參照石忠山（2012），〈從權力分立觀點論新加坡憲政體制的發展與挑戰〉，《台灣國際研究季刊》，8，4，頁 3-11。

<sup>248</sup> 關於新加坡的福利政策，可參考：古允文（1996），〈新加坡的福利資本主義體制—商品化觀點的探討〉，《東南亞季刊》，第 1 卷第 2 期。當然，這樣的做法也受有批評，例如關於「福利至上」的指摘。

<sup>249</sup> 也涉及立憲時間、國家大小、聯邦制度等各種不同因素。

<sup>250</sup> 參照聯合國條約網站。網址為 <http://treaties.un.org>（最後瀏覽日：2016 年 5 月 5 日）。

法的風潮。但在政策與法律層次就不一定，可能仍是殘補式「救濟那些掉出市場機制的人」或計畫性的全面住宅規劃。純政策、法律模式的優點是沒有落空的可能，並堅守其價值。缺點則如，既然問題還是在，在沒有立法或任何施政的前提下，一般人民只能透過陳抗等倡議手段向政治部門施壓，也容易讓立法或政策顯得像是「政府的恩賜」一般。

## 二、方針條款模式與客觀規範模式

### （一）從方針條款到客觀規範：以葡萄牙為例

葡萄牙當前的憲法是以 1976 年的新憲<sup>251</sup>為主要內容的憲法<sup>252</sup>，來自於 1974 年推翻了法西斯獨裁政權後，企求基本權、自由等保障的葡萄牙人民，他們召開制憲大會，制定了這部憲法。而葡萄牙憲法第 65 條第 1 項規定，「人人皆應擁有自己及家庭有適當大小且提供衛生及舒適條件定保有個人及家庭隱私之住處<sup>253</sup>」，

---

<sup>251</sup> 葡萄牙憲法前言（官方英文版）：

On the 25th of April 1974 the Armed Forces Movement crowned the long years of resistance and reflected the deepest feelings of the Portuguese people by overthrowing the fascist regime. Freeing Portugal from dictatorship, oppression and colonialism was a revolutionary change and the beginning of an historic turning point for Portuguese society.

The Revolution restored their fundamental rights and freedoms to the people of Portugal. In the exercise of those rights and freedoms, the people's legitimate representatives have come together to draw up a Constitution that matches the country's aspirations.

The Constituent Assembly affirms the Portuguese people's decision to defend national independence, guarantee fundamental citizens' rights, establish the basic principles of democracy, ensure the primacy of a democratic state based on the rule of law and open up a path towards a socialist society, with respect for the will of the Portuguese people and with a view to the construction of a country that is freer, more just and more fraternal.

Meeting in plenary session on 2 April 1976, the Constituent Assembly does hereby pass and decree the following Constitution of the Portuguese Republic:

<sup>252</sup> 2005 年修正。

<sup>253</sup> 官方英文版為：Everyone shall possess the right for themselves and their family to have an adequately sized dwelling that provides them with hygienic and comfortable conditions and preserves personal and family privacy.



但包括本條項居住權在內的社會權是以專章（第三章）的方式與傳統的自由權（第二章）分離規定，且憲法明文排除社會權對法院的拘束力<sup>254</sup>。也就是說，其沒有真正的權利性格，僅是課與國家形成相關保障法制的義務。不過，因為條文中有「權利」的字眼，一些人權文獻會將葡萄牙分類至「有憲法上居住權」的國家<sup>255</sup>。法院不得依據憲法承認社會權，這些規定毋寧是「指導」立法機關應該把憲法規定的社會權用法律實現之<sup>256</sup>。初步看來，這屬於司法不得審查之「方針條款模式」應無疑問，亦即，是不具可裁判性、對政治部門的指導方針<sup>257</sup>。

但法院真的不能審查嗎？2004年，葡萄牙憲法法院<sup>258</sup>做出了 RULING N° 590/04（6 of October of 2004），似乎已讓葡萄牙憲法上居住保障的「方針模式」脫胎成為「客觀規範模式」。憲法法院在系爭判決中強調，憲法關於「居住權提升」的條文（即第 65 條第 1 項）主要是在針對國家，要求立法者採取措施<sup>259</sup>。判決中

---

<sup>254</sup> 參照葡萄牙憲法之第 17 條及第 18 條（官方英文版）：

Article 17: Rules governing rights, freedoms and guarantees

The set of rules governing rights, freedoms and guarantees shall apply to those set out in Title II and to fundamental rights of a similar nature.

（按：第二章以傳統自由權為主，而經濟社會權利在第三章）

Article 18: Legal force

1. This Constitution's provisions with regard to rights, freedoms and guarantees shall be directly applicable to and binding on public and private persons and bodies.
2. The law may only restrict rights, freedoms and guarantees in cases expressly provided for in this Constitution, and such restrictions shall be limited to those needed to safeguard other rights and interests protected by this Constitution.
3. Laws that restrict rights, freedoms and guarantees shall possess an abstract and general nature and shall not possess a retroactive effect or reduce the extent or scope of the essential content of the provisions of this Constitution.

<sup>255</sup> 如 Focus on Ireland, What EU Countries have a Right to Housing? Available on <https://www.focusireland.ie/files/publications/Info%20leaflet%20-%20What%20EU%20Countries%20have%20a%20Right%20to%20Housing.pdf> (last visited: 2016/04/12).

<sup>256</sup> Christian Starck 著，李建良等譯，《法的起源》，頁 150，台北：元照。

<sup>257</sup> See Chang, W., Thio, L., Tan, K., & Yeh, J. (n.d.), *supra* note 186, at 944. 即該書所指稱之 DPSP，書中提及亞洲許多國家對經濟社會權採取了國家政策方針(Directive Principles of State Policy, DPSP)的形式呈現於憲法中，這些方針理論上並不受司法審查，而是作為政治部門的指導原則。

<sup>258</sup> 葡萄牙憲法法院（葡文：Tribunal Constitucional）係依據 1976 年之新憲，成立於 1983 年。

<sup>259</sup> Tribunal Constitucional, RULING N° 590/04（6 of October of 2004），English version, Headnotes,

可以發現，憲法法院指出法理論和其他國家的判例法也將居住權視為一個只能透過國會介入來實現的權利，給予國會相當之空間<sup>260</sup>。那法院可否說「立法措施」——在系爭案件是低利貸款措施的刪除——違反憲法第 65 條的居住權保障呢？法院認為，憲法並沒有要求政治部門要採取何種特定的憲法義務，如果立法措施並沒有損害這些權利的核心（*impair the essence of those rights*），那並沒有違憲的問題<sup>261</sup>，但國家應該依憲法第 9 條 d 項的意旨<sup>262</sup>，綜合考量憲法各種經濟社會文化權利，調和各種重要社會權利和公共利益<sup>263</sup>。

總之，憲法法院的態度是採取非常寬鬆的審查，但肯定了審查的可能性。也就是說，大法官在這份憲法法院判決中肯定了居住權在葡萄牙憲法不只是無法審查的方針條款，而具備某程度（儘管相當寬鬆、且需要有立法後才某程度能予以審查）的可裁判性，可以肯定其「客觀規範」的地位——雖然人民無法直接主張該措施侵害其個人權利，但措施具備被法院宣告違憲的可能性。

而葡萄牙對於居住權之保障不僅止於此，葡萄牙身為歐盟國，有歐洲社會憲章之簽署，且批准時並未做任何保留，自然也包括了歐洲社會憲章第 31 條之居住權保障，從而在歐洲社會權委員會的監督機制下運作<sup>264</sup>。另外，也有經社文公約締約國的相關義務。

## （二）「原則」式的客觀規範？：以德國為例

---

para1.

<sup>260</sup> *See id.*, at para 3.

<sup>261</sup> *See id.*, at Summary, para 8.

<sup>262</sup> 本條項官方英文版為：

Article 9: Fundamental tasks of the state

The fundamental tasks of the state shall be:

d. To promote the people's well-being and quality of life and real equality between the Portuguese, as well as the effective implementation of economic, social, cultural and environmental rights by means of the transformation and modernisation of economic and social structures;

<sup>263</sup> *See* Tribunal Constitucional, *supra* note 261.

<sup>264</sup> 委員會相關案例如：Resolution CM/ResChS(2013)7: Collective Complaint No. 61/2010, by the European Roma Rights Centre (ERRC) against Portugal.

葡萄牙的「客觀規範」表述方式是有權利之名，但實際上並非主觀權利。另一種客觀規範可能的形式是憲法的基本原則，並非單純方針條款，而真正的拘束立法、行政、司法，例如戰後德國基本法的社會國原則。在威瑪憲法納入了許多因為事實上無法達成而欠缺拘束力的社會權的經驗之下，德國基本法有意識地放棄了建立獨立的社會基本權<sup>265</sup>，這也未因為歐洲基本權憲章制定了社會基本權有所改變<sup>266</sup>。從而，人民原則上並沒有辦法單獨以「社會國原則」本身直接向國家要求一定的給付<sup>267</sup>。但是，基本法設定了許多「國家目標條款(Staatszielbestimmung)」，第 20 條第 1 項的「社會國」原則，便是一種「國家目標」，該條文指出：「德意志聯邦共和國為民主國及社會國<sup>268</sup>」。德國在聯邦的憲法層級並沒有居住權的規定<sup>269</sup>，但其社會法體系相當程度的保障了人民的居住，並有法律層級的居住權保障，而在其憲法、也就是基本法當中的「社會國原則」<sup>270</sup>，扮演了相當重要的角色<sup>271</sup>。

---

<sup>265</sup> Rainer Pitschas 著，李玉君譯(2010)，〈歐洲化社會國的社會安全體系〉，收於：Peter Badura/Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》下冊，台北：聯經，頁 865-910，879。

<sup>266</sup> 同前註，頁 879。另，歐洲基本權憲章此部分的規定雖稱之為權利(right)，但不一定具備本文所討論的主觀權利之性質。

<sup>267</sup> 詳參本文第五章之討論。

<sup>268</sup> Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

<sup>269</sup> 但巴伐利亞、布來梅、柏林、布蘭登堡(Bavaria, Bremen, Berlin and Brandenburg)的憲法則有居住權之規定。

<sup>270</sup> 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〉，《台大法學論叢》，第 41 卷第 2 期，頁 445-516。

<sup>271</sup> 德國對於居住保障之實踐相當豐富多元，例如社會住宅制度即是一例。如以聯邦層級論之，其社會住宅制度是整體社會國原則下的一個政策工具、也是整體住宅政策之一部分，並無法單線式的觀察。法制面上，有指出其「於二戰後開始大量推動，主要採政府補貼(土地、貸款)民間投資興建模式，完成後在入住對象與租金訂定上均需受規範，出租人只可收取成本租金，租賃期間不會提高租金，並設定最低居住水準」。但這指的是過去的情形，二戰後的推動是 1956 年制定之第二住宅法(Zweites Wohnungsbaugesetz)及 1957 年之第二住宅法計算標準(Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz, Zweite Berechnungsverordnung)，提供三種的補貼方式給予提供給弱勢之社會住宅興建。但 2001 年聯邦社會住宅補助法(Gesetz über die soziale Wohnraumförderung)出現後情況已經不同，取代了部分的第二住宅法，協商建設社會住宅是可以排除成本租金限制的，增加了制度彈性，可以因地制宜、依據各地生活水準決定。

申言之，二戰後、福利國家擴張時期，德國社會住宅之目的除了戰後重建之意義外，不僅要

社會國原則之基本思考是，為了達到社會安全與社會公平兩大任務，社會國原則責令國家應設法調和社會中相互衝突之利益，提供適當之生活條件<sup>272</sup>。居住作為人民基本需求，若全然交由市場機制，在難免失靈之情形下，人民會面臨基本生存之危險，例如，低收入戶者在一般租屋市場上難以覓得可以承租之住宅。在此，國家應思考以何種手段嘗試保障之，確保其基本生存。在社會連帶的想像下，既然所得高的人並不單純是因為能力好，他的財富也來自大眾，透過稅收而進行資源重分配之手段，雖然表面上傷害了資源較多者的利益，但實質上避免社會貧富差距加大、減少社會衝突與對立，是符合公共利益的<sup>273</sup>。

依照 Christian Starck 教授的說法，德國的社會安全制度透過一個龐大的重分配體制，賦予人們法律位階的請求權，並由行政和社會法院依聲請監督請求權的落實<sup>274</sup>。因此，憲法位階的主觀權利相對而言在德國就不是那麼迫切的問題<sup>275</sup>。

申言之，德國模式基本上即是透過聯邦基本法之社會國原則以及社會法體系，達成對人民居住之保障<sup>276</sup>。德國的狀況相對於比較憲法上的其他國家是較佳的一一這當然也與經濟水準等條件有關，但也絕非滴水不漏<sup>277</sup>，學者孫迺翊即指

---

解決住宅市場之分配問題，也要解決根本無法進入市場交易者（即住宅市場上易受歧視者）之居住需求的問題，反映在可入住對象上，呈現了較廣的所得、條件設定。德國在福利國家最興盛的時期曾有四百萬戶社會住宅，1970 年代末約有三分之一的城市住宅是社會住宅，但這種市場干預在經濟狀況變動後，財政負擔嚴重，歷經去管制與再管制之變革以及私有化風潮後，租金補貼成為主流，社會住宅的入住對象回歸無法回到一般住宅市場者，其他可回到一般市場者則透過租金補貼之方式獲得居住保障。參閱林萬億，前揭註 121，頁 499。

德國的社會住宅政策之核心其實仍是社會國原則對於人民居住需求之保障，其政策目的不脫「國家為了人民行使自由基本權而致力消除社會不平等，維護社會安全，以克服憲法賦予之自由權與行使事實要件之落差」，也就是社會國原則。此段對社會國原則之描述參考林佳和（2014），〈全球化與國際勞動人權保障——國際法事實之觀察〉，《勞動與法論文集 II》，頁 362，台北：元照。

<sup>272</sup> 周怡君（2012），《社會政策與社會立法新論》，頁 22，台北：洪葉。

<sup>273</sup> 同前註，頁 3。

<sup>274</sup> Christian Starck 著，許宗力譯（2006），〈基本權利的解釋與影響作用〉，收於：Christian Starck 著，許宗力等譯，《法學、憲法院審判權與基本權利》，頁 311-336，334，台北：元照。

<sup>275</sup> 同前註。

<sup>276</sup> 基本法與社會法之關係，可參閱 Eberhard Eichenhofer(2012), *Sozialrecht* (8.Aufl.), Mohr Siebeck. §5. 另外，聯邦體制下，各邦的情形也有所不同。

<sup>277</sup> 例如有 NGO 指出，儘管柏林之憲法有將「適當住房的權利」入憲，但不具可執行性（Einklagbar

出：

「(德國)社會安全制度建構迄今已百餘年,社會、經濟、人口之結構歷經巨大變化,對社會安全制度之維繫帶來艱困的挑戰,相關社會政策必須持續調整,不斷透過立法與修法才足以因應。在這個動態發展過程中,許多人民基於社會譯法所享有的權利受到不利影響,也因此累積許多不少社會給付請求權之憲法保障爭議<sup>278</sup>」。

對此,必須注意的是,在2010年聯邦憲法法院的Hartz IV案<sup>279</sup>判決作成後,德國似乎也不能算是徹底典型的「客觀規範模式」,而某程度進入了主觀權利模式。系爭判決承認了「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,並指出「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」<sup>280</sup>,聯邦憲法法院的大法官在此扮演了一個模式轉換的角色。那麼德國是有憲法上居住權的國家嗎<sup>281</sup>?從失業救濟的Hartz IV案來看,聯邦憲法法院肯定的是基於人性尊嚴與社會國而來的最低生理需求保障請求權,並肯認居住為其內涵,其社會性和權利性格無庸置疑,雖然毋寧是較為隱晦的方式,但本文認為從Hartz IV判決可以同意「基本法保障居住權」,並以最低生理需求為保障之標準——儘管「基本法保障居住權」這樣的說法並非普遍可被接受。不過,誠如前開Starck教授所言,在德國密度甚高的社會立法下,已存在諸多法律上請求權,從而,憲法上居住權的肯認實際上能發揮之空間與效果如

---

ist Recht auf Wohnen aber nicht.),柏林至少有一萬名無家可歸者。Rainer Bratfisch (2008),憲法中的居住(Die Wohnung in der Verfassung),柏林租屋人組織(Berliner Mieterverein),租屋雜誌(MieterMagazin),1+2/08,線上版取用網址:

<http://www.berliner-mieterverein.de/magazin/online/mm0108/010823.htm> (最後瀏覽日:2016年5月4日)。

<sup>278</sup> 孫迺翊,前揭註270,頁450。

<sup>279</sup> BverfGE 125, 175. 案件事實可參考孫迺翊,前揭註270,頁488,註97。

<sup>280</sup> 同前註。至於本案的詳細介紹,包括事實、最低核心的認定以及本案正當立法程序之審查,參閱本文第六章之說明。

<sup>281</sup> 基本法本身用字與居住直接相關的也就僅有住宅不受侵犯權利此一自由權。

Art. 13 (1) Die Wohnung ist unverletzlich.

何，還有待觀察。



### (三) 模式簡析

方針條款模式和客觀規範模式都是明文在憲法中保障，以上關於葡萄牙和德國的例子，其立憲的時代雖有差異，但都反映了二十世紀的憲法會納入某種形式之社會保障的風潮，也反映了制憲時基於社會權性質考量而未將其直接規定為主觀權利的保留態度。從葡萄牙的動態可以觀察到，縱然是在客觀規範的模式下，政治部門仍有相當大的裁量空間，若採完全無法進入法院的方針條款——也就是過去的情形，會使得政治部門之作為僅受不具拘束力的政治監督、或經社文委員會的「建議」。至於德國的發展，若先不論主觀權利化的部分，社會國原則搭配完整的社會法體系的確可以創造出一套相對完善的保障制度，社會法本身在司法審查的可能性下也會受到社會國原則的控制——不過，就連這種情況下的德國都承認了來自基本法的請求權了，主觀權利模式的「魅力」實不容小覷。

總之，方針條款與客觀規範在憲法法院的運用下，是有相當機會隨著社會實際面對的問題產生模式轉換的。而我們也可以看到這兩個模式的特性：方針條款模式容易淪為宣示，而客觀規範的模式優點在於可以用相對寬鬆的態度表示對政治部門的尊重，但保留一定的審查空間。事實上，這種客觀規範的模式，也是為了避免落入社會基本權對立法機關形成自由的極大限縮、對國家財政的過度負擔，並對人民其他基本權利造成排擠作用等困境，而以具有客觀規範功能的「社會國原則」等規定來承擔社會基本權的功能，避免基本權的「功能超載」<sup>282</sup>。

### 三、主觀權利模式

關於主觀權利模式「如何」成為主觀權利模式之「路徑」，本文會在本項的「參、主觀權利模式之憲法權利化路徑分析」進行討論，在此先討論模式本身的特色與

---

<sup>282</sup> 李建良（2001），〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起〉，收於：氏著，《憲法理論與實踐（三）》，頁 1-72，47-48。

選擇脈絡。

誠如諸多對於憲法上居住權的質疑都指向因資源有限而生的「現實可能性」問題，資源不足與資源分配不均卻也是致使居住權在憲法中出現的最大原因，但單憑將居住權憲法主觀權利化顯然不足以解決問題，也不會有憲法願意無視於資源不足的現況佯稱賦予每個人擁有住宅的權利，如果沒有相應的實踐機制，不只期待會落空、還會傷及對憲法本身的信任<sup>283</sup>。因此，主觀權利模式可說是「高期待」、「高風險」的一種模式。

這樣的特性也使得居住權的入憲較常出現在民主轉型或開發中國家，這類型的國家最迫切地需要凝聚期待或人民渴望由政府提供協助或保障<sup>284</sup>，此一趨勢就像是整個居住權被提出而倡導的背景：從需求而生。相較於德國等西歐國家已有相當密度之社會立法來保障人民的居住需求，在法制層面和經濟層面條件都較不完備的國家，人民有更強烈與迫切的期盼。也許可以說，不倚靠憲法主觀權利的規範模式也可以靠著立法和政策的完備來做出保障，但這是可靠的嗎？又或者放到憲法裡拘束政府就真的比較可靠嗎？這些是制度選擇所必須評估的。當代依然有許多國家採取了主觀權利的規範方式，它們並非天真地不畏風險，而是想辦法設計制度讓風險轉化、分散、降到最低。採用主觀權利模式的國家，在這些權衡之中，的確出現了一些「折衷辦法」，包含從權利內涵認定、交由政治部門發揮的空間、與司法審查強度方面的退讓，但原則上，居住權仍是以「憲法上主觀權利」的方式存在，這些調整是相當值得注意的。不過，這已屬於權利實現層次的問題，本文在稍後的章節再行討論。

所以，主觀權利模式的「魅力」究竟何在？學者嘗以中東歐的情形為例，指出在共產黨瓦解以後，中東歐的轉型憲法仍然沒有貿然刪除人民習以依賴的社會

---

<sup>283</sup> 如李建良教授所言，這種狀況可能會導致司法機關陷入兩難，不是強求立法者不可能做到的是，就是不把社會基本權嚴肅看待，這樣一來只會減損基本權利的拘束效力，降低人民對於憲法的尊重。同前註，頁 47。

<sup>284</sup> 林子儀，同前註 204。

保障，這些基本權是共產黨瓦解後唯一能凝聚全民團結意識的憑藉<sup>285</sup>。人民能主張、人民能在憲法中看見自己的權利，毋寧是人民對憲法產生認同感、使憲法發揮凝聚共識之機能、讓人民還能懷抱「希望」最簡單也最直接的理由。

#### 四、模式選擇之考量因素

有關是否入憲，一個可能的影響因素是制憲時代的國際潮流，雖然縱然是早於二十世紀的憲法，也還是有修憲機會，但從美國的例子我們可以看到的是，制憲時代所根深蒂固的「憲法精神」，要做出修正也並不容易。另一個可能的因素是內國可奉為共識的價值，包括意識形態、願意讓國家多介入、掌握多少資源等等。

另一些考量，也關涉到「入憲後要採取何種憲法上模式」，則是對於「權力分立是否可以落實居住權或會造成憲法落空」之態度，包括對政治部門形成自由的尊重程度、對法院能力的信任程度。如果信任法院有辦法找出可能性，則入憲的機率較高，也隨這樣的信任強度，增強保障模式的強度。而當然，人民對於居住權的呼喊與需求有多麼強烈、是否有嚴重的迫遷或居住問題、是否已存在相關社會立法／成效如何，也是重要的考量。例如已有完善立法則需求相對小、常有大型開發案之迫遷情形則需求大。綜合考量下，當需求越強烈，也會採取強度越高的保障模式，嘗試以其他出路來解決關於權力分立方面的疑慮。

一個值得討論的因素是，「國家現實上資源多寡」是否強烈影響憲法規範模式的選擇？本文認為相對不是那麼直接的考量因素。居住權需求本來就是在資源不足或不均的國家較為劇烈，但憲法並不會要求國家變出資源解決不足，就連公約也肯認國家是在現實經濟條件下進行社會權保障，且在這之前毋寧還有不均的問題可以由國家處理。

---

<sup>285</sup> 雷文玟、黃舒芃，前揭註 14，頁 21-23。





## 參、主觀權利模式之憲法權利化路徑分析

### 一、解釋路徑

#### (一) 來自生命權：以印度為例

如果翻閱印度憲法，並沒有辦法在其中找到「居住權」，但是有「生命權」的保障。生命權在印度最高法院的操作下，成為了居住權在憲法中落腳之處，這是透過憲法解釋將居住權憲法權利化的路徑。

印度最高法院在涉及居住在人行道上的無權佔用者遭到驅逐和拆遷的 *Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council* 案<sup>286</sup>中，沒有採用原告所主張的印度憲法第 19 條第 1e 款的「人民有選擇在國內任何處所居住的自由」，而是從第 21 條「生存權」(right to life) 中，論證其也包括「生活權」(right to livelihood)。法院指出這些上訴人們仰賴憲法第 21 條，憲法保障他們在沒有法定程序的情況下被剝奪生命。如果生存權不被當作一個憲法權利對待，那麼剝奪一個人最簡單的方式，就是剝奪他生存的方式。憲法第 39a 條作為一個國家義務條款 (DPSP)，要求國家必須制定政策保障市民平等地擁有適足生存方式的權利；至於第 41 條作為國家義務條款之一，也要求國家必須在經濟能力以及經濟發展的限度下，制定有效的法律保障失業者有工作以及缺乏醫療照顧者獲得所需。而按第 37 條，雖然國家義務條款並非由法院實施，卻是施政的根本，因此第 39a 條與第 41 條必須在理解和解釋基本權的意義與內容時候，被同樣基本地認識。國家並不會被要求一定要提供人民適足的生存方式和工作權，但若是任何人被剝奪生存方式時，需要遵守公平的程序 (fair procedure)，否則就是侵害了第 21 條的生命權<sup>287</sup>。最高法院認為，第 21 條生命權的解釋包括生存權，而如果上訴人被剝奪了住屋，就是剝奪了生存的方式，從而就違反第 21 條對於生命權的保障。

---

<sup>286</sup> *Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council* [1985] 2 Supp SCR 51. (下稱 *Olga Tellis* 案)

<sup>287</sup> See Chang, W., Thio, L., Tan, K., & Yeh, J. (n.d.), *supra* note 186, at 986.

也就是說，居住是生存的方式，生存是生命維繫的方式，法院雖然不是使用「居住權」的用語，但透過生命權推導出的生存權，實質內涵納入了居住之保障。而這裡法院使用了第 39a 條等國家義務條款，基於事物之關聯性，對基本權（第 21 條生命權）的內容做了綜合解釋與補充。透過這種方式，解釋出了「新」權利內涵，擴大了原有基本權的保障範圍。

有關這樣的解釋路徑，學說觀察亞洲法院指出，在法無明文規定經濟社會權利時，法院主要有三種尋求權利依循的路徑。首先是透過憲法中國家方針條款的解讀，連結至已明文規定的經濟社會權利；其次是依據明確規定之國家政策方針條款，再根據內國社會的根本問題，以權利導向的詮釋，構築新型的經濟社會權利；最後是法院以他國法院案件為借鏡，從自己既有的規範中構築權利<sup>288</sup>。

印度最高法院在 *Olga Tellis* 案中的做法，便是其中的第一種。印度人口之多，在經濟快速發展、貧富差距拉大的情形下，貧民窟非常常見，生活在貧民窟的人民，雖然在同一部憲法保障下，但要談論各種憲法保障的自由權其實是很「奢侈」的，顯而易見的是，在基礎生活條件就未滿足的狀況下，自由是難以開展的。最高法院在 *Olga Tellis* 案透過「解釋」的途徑，綜合憲法當中原有的一些生命權與「社會保障」色彩，實質地把居住保障納入憲法當中，成為人民得以主張其受侵害的權利<sup>289</sup>。

## （二）經驗與啟發

印度的解釋路徑經驗可以給予的啟發中，包括對於憲法中「生命權」、「生活權」或「生存權」的運用。當代諸多憲法有這樣的明文規範，也經常成為社會保障躍升為「權利」的著力點。比較憲法上，也有類似的「嘗試」——容本文在此稍對日本的情形做一借鏡。稱之為嘗試，是因為尚未「成功」，但對同具有類似規

---

<sup>288</sup> See Chang, W., Thio, L., Tan, K., & Yeh, J. (n.d.), *supra* note 186, at 986. 葉俊榮，前揭註 20。

<sup>289</sup> 不過，印度最高法院的論理方式被學說歸類為「條件性權利」，與自由權之保障強度容有差異，詳見本文第五章之分析。

範的我國，應有參考價值。日本憲法第 25 條第 1 項雖稱全民享有健康而文化的最低限度之生活的「權利」<sup>290</sup>，雖然這條文受到國民的注目與歡迎，但生存權的法性格向來受到討論<sup>291</sup>，在實務上並不被認定為具體權利，而是國家政策，屬於學說上指稱的「抽象權利」<sup>292</sup>，而當立法者已經有立法、或具體行政行為時，該條文可以成為司法對「審查客體」為違憲審查的依據，但人民不得提起立法不作為訴訟<sup>293</sup>，這個狀況類似於本文所稱的客觀規範模式。不過，日本憲法第 25 條的生存權是否有包含居住之保障？

從憲法的角度來看<sup>294</sup>，向來有律師及學者進行居住權作為主觀權利「呼籲」，如 2001 年社會保障法專長的學者坂本重雄呼籲將居住權視為社會權的見解<sup>295</sup>，而學者內藤光博也認為，像日本這樣的「住宅貧乏大國」<sup>296</sup>，在法律學上主張「居住

---

<sup>290</sup> 參照本文註 17。

<sup>291</sup> 許慶雄，前揭註 99，頁 69。

<sup>292</sup> 朝日判決，1967 年（昭和 42 年）5 月 24 日作成，民集 21 卷 5 号，頁 1043。相關討論參照周宗憲（2003），〈憲法上人民最低生存權的性質與司法保障-我國與日本學說及司法判決（大法官釋憲）見解的檢討〉，頁 95-102，輔仁大學法律研究所博士論文。類似整理，司法院大法官釋字第 694 號解釋葉百修大法官協同意見書。

<sup>293</sup> 周宗憲，同前註，頁 252。詳細討論，參閱：中村睦男、永井憲一（1989），《生存權・教育權》，京都：法律文化社。

<sup>294</sup> 日本與居住權相關的法律文獻除本文以下所引用者外，另如：阿部浩己（2006），〈人間の権利としての『居住権』—国際法の視座—〉，收於：早川和男・吉田邦彦・岡本祥浩編，《居住福祉研究叢書第 1 卷 居住福祉学の構築》，東京：信山社。熊野勝之（2007），〈居住福祉における強制立退きの位置〉，收於：早川和男・吉田邦彦・岡本祥浩編，《居住福祉研究叢書第 2 卷 ホームレス・強制立退きと居住福祉》，東京：信山社。其中熊野勝之律師是日本著名的居住權案件專家。

<sup>295</sup> 坂本重雄（2001），〈居住の権利と住宅保障法〉，收於：日本社会保障法学会編，《講座・社会保障 法第 5 卷・住居保障法・公的扶助法》，東京：法律文化社。

<sup>296</sup> 日本關於「住」的問題在 1980 年代開始，漸漸在社會福利學、都市學、法律學等領域受到議論。「居住是福利的基礎」構成了居住福利討論的理論基礎。二戰後，經濟發展快速的日本，卻對於「貧困問題」中「住」的部分認識不深。文獻指出，日本的國民意識中，多數人目前認為住宅是個人的問題。居住相關研究之重要學者早川和男更指出，雖然戰後就有工資規定和社會福利制度、也有相當多的居住權利運動，例如戰前開始的租屋者與租地者運動、新宿等抵抗驅逐遊民之運動、損害日照及環境之惡質開發地守護運動、震災後神戶相關都市計畫反對運動等多樣化的抗爭，但日本的政府和國民對於居住的權利意識稀薄，民主勢力和研究者對於居住權利之問題也是相當「鈍感」的。在這樣的態度下，居住是施政的一環，也有一定之法規範密度，例如住宅法等規定都有涉及居住，但日本看待「居住」之態度，主要是政策、福利，而不是「權利」。具體而言，認為住

權」是基本人權也是當然之理<sup>297</sup>，並指出憲法生存權的概念應該包含居住權，且應結合經社文公約之重要內涵做解釋，但實務目前為止並未有明確肯認之案件出現。從而，若要以生存權為立足點，「解釋」成為憲法主觀權利之路徑，在日本尚必須突破「抽象權利」的地位、以及將生存之內涵解釋納入居住保障的兩個關卡<sup>298</sup>。這樣的情況在許多有類似規定的國家皆然，這些憲法中包含了許多以國家目標條款形式規定之「社會元素」、以及「生命權」、「生活權」或「生存權」之規範<sup>299</sup>，端視司法者是否會在有朝一日解釋出新的權利內涵<sup>300</sup>。

---

宅是政府責任的日本人大約是四成，相較於醫療和福利是政府責任的概念有八到九成的人認可而言，算是相當低的比例。武川政吾等，《居住福祉學》，頁 i，東京：有斐閣。該書也提及，相較於歐洲福利國家，日本的住宅福利政策發展的較晚，但這不是歐洲與東亞的差別，香港和新加坡可以作為例證。至於香港與新加坡的住房政策，香港部分，政策上採取市場住房與保障性住房（公屋、居屋）的雙軌制，且公屋制度之發展源於英國殖民時代，這樣的雙軌制一方面維持了市場機制，一方面也試著照顧無力購屋者的居住需求。新加坡部分，在建國之初、1959 年人民行動黨執政以來，即將建屋設定為重大政策，亦有公共組屋之規劃。在早川和男的批評中，欠缺權利意識是日本普遍的現象，不單是「居住權」權利意識的欠缺。氏也引用德國著名的文獻《法律的鬥爭》來批判此現象、鼓勵日本人形成權利意識。早川和男，前揭註 12，頁 169。

詳參內藤光博（2011），「居住の権利」に関する憲法学的考察--公園内居住者（ホームレス）強制立退き事件大阪高裁判決[2010.2.18]を素材として，專修法学論集（111），頁 97-122，97。武川政吾等，本註，頁 268。

<sup>297</sup> 內藤光博，前揭註 296，頁 98。

<sup>298</sup> 另一種可能是透過憲法第 13 條之幸福追求權（條文內容為：すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。），這條在日本的適用方式也類似我國憲法第 22 條概括基本權的「百寶箱」作用，衍生出了隱私權、日照權等權利。

<sup>299</sup> 又如德國的「社會國原則」加上「人性尊嚴」。

<sup>300</sup> 例如韓國，關於居住的議題也有相當多的倡議，憲法中相關條文如大韓民國憲法第 34 條的生活權等：

第 34 條

- ①全體國民均享有人所應有的生活權。
- ②國家有義務努力擴大社會保障和社會福利。

（第 34 條

- ①모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.
- ②國家는 社會保障·社會福祉의 增進에 노력할 義務를 진다.)

第 35 條

- ①全體國民均享有在健康、舒適環境中生活的權利。國家和國民應努力保護環境。
- ③國家應通過住宅開發等政策，努力使全體國民享有舒適的居住條件。

除了「生命權」、「生活權」或「生存權」規範可以做為憲法上居住權之立足點，解釋路徑所凸顯出的另一個啟發是，司法者位居相當重要的「模式轉換」角色，在剛性憲法但人民有所呼求的情形下尤然。甚至不只解釋路徑，連葡萄牙從方針條款轉化至較強保障的客觀規範模式也是透過司法者之憲法判決。在模式轉換與權利化的過程中，不得不注意司法者的重要性。

## 二、憲改路徑

### (一) 彩虹之國的憲法：以南非為例

Ruth Ginsburg 大法官和 Cass Sunstein 教授不約而同地認為南非憲法實為當代最進步、最令人尊敬的憲法<sup>301</sup>，這部 1996 年制定、1997 年生效的憲法，是種族隔離時代結束後，透過制憲會議等盡可能讓人民有表達意見的機會與參與感、認同感的方式所制定，標誌出了南非共和國的新時代<sup>302</sup>。憲法前言即稱南非要建立的是「一個立基在民主價值、社會正義與基本人權的社會 (a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights)」，且誠如眾所週知的，南非憲法以經濟社會權利保障聞名世界，在基本人權的章節中，憲法第 26 條直接放入了居住權，且並無如葡萄牙憲法般排除法院適用之條款：

---

(第 35 條

① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

③ 국가는住宅開發政策등을 통하여 모든 국민이 쾌적한住居생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.)

另外，韓國也有類似日本幸福追求權之規範。參見大韓民國憲法第 10 條前段：

第 10 條

全體國民具有人的尊嚴和價值，擁有追求幸福的權利。

(第 10 條

모든 국민은人間으로서의尊嚴과價値를 가지며,幸福을追求할 권리를 가진다.)

<sup>301</sup> 王建壯，前揭註 104，推薦序，頁 11。

<sup>302</sup> 關於南非制憲過程，相當強調讓人民知悉以及有歸屬感，可參閱李怡俐（2005），〈憲法修改的公民審議機制〉，頁 48-53，國立台灣國家發展研究所碩士論文。

「第 26 條 居住

人人有近用適足住房之權利。

國家必須採取合理之立法與其他措施，在可及之資源內，以完成本權利漸進之實現。

除依據考量所有相關條件而作成之法院命令外，任何人不得從其住家中被驅逐或遭拆除其住家。立法不得允許強制驅逐。」

Albie Sachs 大法官曾指出，幾乎所有人都會同意居住、教育、營養、乾淨的水與基本健康服務應該是普世可及的，這並不具爭議性。政府責任之一就是要確保所有人民至少有最低度的生活合宜性。有爭議的是這些要不要寫在憲法裡成為憲法上權利，這在南非也引起了相當的討論<sup>303</sup>。Sachs 大法官認為，三代人權都應該放入憲法，而南非憲法最後的確密集且具體的放入了經濟社會權利。但進一步的問題就是這些權利究竟是否可由司法審查？這是問題的主戰場<sup>304</sup>。Sachs 說明，南非的做法是超越愛爾蘭無拘束力的方針條款、也超越印度透過解釋進一步賦予主觀權利性格的。南非在憲法的權利清單中明確地寫下了居住權，但也必須承認，這樣的權利無法像其他權利一樣自動執行，因此條文也說明了國家有責任要在財政可能性下，透過合理的立法與其他手段逐步提升這些權利<sup>305</sup>。可以肯認的是，南非憲法的意圖就是創造主觀權利，並拘束政府。

當然，縱是透過憲法改革明文寫下了居住權，不能忽略的是：「基本權利一章文字的穩定性並不會掩蓋基本權利是透過解釋與是用方得以成形的事實<sup>306</sup>」。2001 年憲法法院標竿性的 Grootboom 案判決，進一步證明了南非憲法法院是可以操作

---

<sup>303</sup> See Sachs, A., *supra* note 219, at 1381-1382. Sachs 提及，1980 年代中期曾有一群黑人學生組成了反對權利清單的委員會，他們認為權利清單會讓終於「平等」後的南非，讓白人繼續保有「status quo」而阻礙改革，無法進行重分配。但 Sachs 反對這樣的組織，一方面是因為權利清單非常重要、另一方面是認為，如果改革要發生，需要這樣的憲法框架。

<sup>304</sup> See Sachs, A., *supra* note 219, at 1384.

<sup>305</sup> See Sachs, A., *supra* note 219, at 1384-1385.

<sup>306</sup> Christian Starck 著，許宗力譯，前揭註 274，頁 312。

憲法上居住權的。



## (二) 經驗與啟發

南非的憲改路徑無疑是令人尊崇的。從憲改路徑可以看見的是，新興民主國家憲法權利化的功能，顯然，相較於印度是由最高法院運用諸多憲法中素材解釋出憲法居住權之保障，南非憲法採取了更為基本而強烈的態度，並且，這是經過制憲大會考量後的結果，透過憲法改革的過程，讓經歷種族隔離而要建立新國家、新憲法的南非人民相信憲法未來會保障他們的各種權利——不管是曾經壓迫的一方或受壓迫的一方。包括居住權在內的這些權利，誠然是凝聚共識的載體，是和解共生的一環、也使得和解共生成為可能。在憲法中納入居住權，也是透過諸多意見匯集、公民討論、會議審議而來的結果，這個過程更演示了轉型憲法可能發揮的機能。

## 三、路徑選擇之考量因素

憲法制定時，制憲者當然都有注意到居住權作為一種經濟社會權，與傳統自由權有些不同之處，至於如何因應這種不同，不同的憲法有了不同的選擇。在這兩種主觀權利化的模式中，採取解釋路徑的印度是較為「緩和」的當問題來到眼前時，綜合解釋各種憲法中的社會素材，衍生出主觀權利形式的居住保障；南非則是透過憲改路徑明確的讓憲法上居住權「到位」。解釋路徑的優點是當法院作出解釋時，創造權利之際也解決了可裁判性的問題，避免遇到憲法有、但法院還不知道如何面對的情形，但相對的就欠缺了憲改路徑強烈的共識凝聚過程。

選擇憲改路徑，考量因素包括對於整合共識與表彰價值功能的強烈需求是否存在、是否已凌駕對於法院能力之懷疑，南非證明了他們的選擇也在爾後的判決克服了實現層次的問題。而選擇解釋途徑，除了憲改機會並不多得以外，考量上是比較小心謹慎的做法，避免憲法的承諾落空、也可以呼應實際的問題出現——當然，並不是只有找上法院的問題才是問題，制憲之時居住問題恐怕也已存在。



## 肆、小結

本文梳理了憲法上居住權的意義與利弊後，在本項透過不同規範模式與權利化路徑的分析，輔以比較憲法上的例子說明居住作為憲法上權利的相關問題。可以看見的是，憲法上居住權的利弊也對應在規範模式與路徑的選擇上，若簡要歸納，回應本文提出的比較憲法觀察重點，可呈現如下【表一】：

【表一 憲法規範模式與權利化路徑採擇因素歸納表】

項目	本文歸納意見
選擇以憲法保障與否之考量因素	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 制憲時代風潮，含國際人權法之影響 (如 1789 年的美國憲法沒有；1976 年的葡萄牙憲法有)</li> <li>• 共識價值 (如美國抗拒政府介入沒有；南非基於尊嚴主義有)</li> </ul>
若以憲法保障，決定是否採取主觀權利模式之因素	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 權力分立疑慮 (如葡萄牙排除法院適用)</li> <li>• 人民需求強度／現況問題嚴重程度</li> <li>• 社會立法完善程度</li> </ul>
若是主觀權利模式，將居住權在憲法上主觀權利化之路徑選擇因素	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 解釋路徑較為和緩、確定司法有某種辦法處理、明確的問題導向(確定國家有問題發生)</li> <li>• 憲改路徑較為強烈，凝聚共識功能強、轉型國家重要共識依歸，且機會較難得</li> </ul>

(資料來源：本文自製)

### 第四節 小結：權利存在係「選擇」

本章從歷史淵源出發，以理性主義與共識主義論證了當代憲法保障居住之正



當性，次而指出了居住作為權利的優點與問題所在，說明居住權之爭議性以及選擇是否肯認其權利性格的考量。再進一步，本章處理了憲法位階居住權的意義、利弊與規範模式、權利化路徑，提出選擇建構憲法上居住權所需要考量的問題與可能帶來的益處，並分析不同路徑之優勢與挑戰。

本討論的是權利建構的一般性理論，行文至此，應可明確感受到憲法上居住權之存在係「選擇」，而這樣的選擇實則帶有流動性與開放性，另值得注意的是，憲法上居住權的建構與否，相當程度與司法權有極大的關係，甚至有學者指出，到底要不要將某社會權提升至憲法位階的癥結就在於法院如何處理<sup>307</sup>。本文整理諸多比較憲法上之例而認為，憲法法院在此的角色甚至不只面對問題時如何處理，更可能包含了積極的「模式轉換者」地位。權利存在的選擇，除了制憲者在憲法文本的選擇外，也存在職司憲法解釋的司法者的選擇。

---

<sup>307</sup> 雷文玟、黃舒芃，前揭註 14，頁 26。



## 第三章 憲法上居住權是否存在於我國？

前章關於建構憲法居住權之一般性理論，係為了進一步對我國之情形有所關照，評估我國是否需要、又如何建構憲法上之居住權。而在進入建構權利的考量與路徑選擇之前，有必要對我國當前居住保障之「體質」為一總體檢，方可能做出適宜之權利建構評估——若脫離一國的規範架構與經濟社會現實而魯莽提倡建構居住權，難謂合理而妥適之主張。

本章之目的在於檢驗「現狀」，探討我國當前關於「居住」、甚或「居住權」之保障，是否於憲法有所本、又已經有何種實踐。檢驗之層次將先從憲法文本開始，並獨立討論公約施行此一與居住保障似有重大關聯之法制突破，進而進入行政、立法、司法三權，最後歸納出我國當前關於居住保障之圖像，以便在此基礎上繼續次章關於權利建構之評估。

### 第一節 基礎體質：社會憲法

#### 第一項 憲法文本涉及居住保障之基礎探尋

以憲法層次而言，無可否認地，中華民國憲法具有相當濃厚的「社會」色彩，從民生福利國原則、基本權利篇章的第 15 條明文保障人民之生存權、基本國策篇章的「國民經濟」、「社會安全」章節、以及憲法增修條文第 10 條之若干規定，皆構成了我國憲法中「社會憲法」的元素。實則，學者孫迺翊便指出，我國憲法確實設定了保障每位國民均能在基本的物質基礎之上，享有人格自由發展的公平機會，並非純粹自由主義的國家型態，而是將社會國原則與民主、法治國原則並列

為基本原則的「社會法治國」<sup>308309</sup>。在這樣的認識下，我們可以進一步探討憲法文本當中有何與「居住」相關保障之蹤跡，效力又為何。



## 壹、社會國原則

首先是民生福利國原則，或稱社會國原則，大法官於釋字第 485 號中明確指出促進民生福祉乃憲法基本原則之一，而雖然憲法文本並未明文指出此原則，但憲法第 1 條也可以作為本原則之所本。學者孫迺翊描述社會國原則之內涵指出，在人各行使其自由權的結果，經常形成資源配置極度不公平之結果，以致於無法人人有同等機會行使自由權、發展其人格，因此有必要賦予國家公權力採取必要措施、調整資本主義與個人主義產生的資源配置扭曲結果，確保每位國民均有「合於人性尊嚴之最低生存保障」<sup>310</sup>。這個概念中，居住之保障作為生存保障中無可否認的一環，應可承認採納社會國原則之我國，憲法蘊含了保障居住之要素。

但進一步而言，社會國原則終究只是大方向之原則，是價值設定，可以提供我國什麼樣的規範指引需要進一步的探討。學者雷文玫及黃舒芃即表示，若將我國此一原則對應至德國基本法之「社會國原則」，可發現兩者之功能取向「並無二致」，如同德國為防止個人自由過度擴張、並致力於人民生活照顧暨社會安全、社會正義之實現，我國的原則也以相同的精神在憲法基本國策中的相關規範體現<sup>311</sup>。若參照德國社會國原則作為憲法基本原則之首要意義，在於使國家肩負促進社會安全與社會正義的「法律上義務」，則我國在解釋上，參照這樣的意義，為使憲法不致淪於空談，社會國原則作為憲法基本原則也不應該自我放棄其拘束力，必須嚴肅看待，對所有國家機關（包括立法者）形成拘束力，而並非僅止於「方針條

---

<sup>308</sup> 孫迺翊，前揭註 22，頁 69。

<sup>309</sup> 相關憲法解釋的發展，在第六屆大法官即可看出端倪。詳參郭明政（2003），〈社會法治國的司法建構—第六屆大法官解釋中與社會安全法制相關解釋之分析〉，第三屆行政法之理論與實務研討會，台灣大學法學院（主辦），台北。

<sup>310</sup> 孫迺翊，前揭註 22，頁 69。

<sup>311</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 31。

款」，至少具有「憲法委託」的規範效力<sup>312</sup>。則國家對於居住之保障，若依前開「符合人性尊嚴之最低生存保障」之意涵，作為生存基本面向之一的居住應包含在其中——或者說解釋上無法想像排除之可能，從而，透過社會國原則之涵蓋，居住保障應該至少具備憲法委託之效。

## 貳、基本權與基本國策

除了社會國原則之外，社會憲法中有許多更為具體的元素，可能涉及居住保障者，還有「基本權」與「基本國策」之素材存在，以下進一步探尋之。

### 一、生存權

首先，「基本權」中，最具社會色彩、又可能包括居住保障的條款便是憲法第 15 條，如制憲之時，負責前言、總綱、人民之權利義務及選舉的第一審查委員會在審查時對憲法第 15 條指出：「本條草案係關於人民財產權之規定，經討論時咸以為人民之財產權，固應保障；然對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障，否則僅保障有財產者之財產，實屬有違民生主義之精神，及成為偏重保護資產階級之流弊，因而將本條修訂」<sup>313</sup>。但是，生存權是否具備「權利性格」？相較於日本學界與實務對於生存權「法的性格」在「方針規範」、「抽象權利」、「具體權利」說之間似乎以「抽象權利」為定調，認為日本憲法第 25 條的生存權不是具體請求權、而應該透過立法、預算等方式進一步具體化<sup>314</sup>；而德國向來持保持態度、直至於 2010 年始透過聯邦憲法法院之判決，肯認人民享有符合人性尊嚴之最低請求權<sup>315</sup>——關於我國的生存權，通說則較早就已經肯認了生存權的「主觀權利」

---

<sup>312</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 32。

<sup>313</sup> 周宗憲，前揭註 292，頁 30。氏引用之制憲審查意見來自國民大會秘書處編印（1946），《國民大會實錄》，頁 432。委員會資料來自荊知仁（2001），《中國立憲史》，台北：聯經出版公司，頁 457。

<sup>314</sup> 芦部信喜，高橋和之補訂（2015），《憲法》，第六版，頁 269-270，東京：岩波書店。

<sup>315</sup> BVerfGE 125,175. 引自孫迺翊，前揭註 22，頁 75。

性質，且除防禦外，包含至給付面向<sup>316</sup>。從而，對於學理討論而言，問題主要是在「程度」問題的澄清——這必須要回答：生存權保障的具體內涵為何？範圍與界線又在何處？如何判斷法令有否符合憲法生存權保障？這其實已經涉及了「權利實現」層次的問題<sup>317</sup>。

不過，這毋寧是學理的討論。若回到現實，儘管通說並不質疑憲法生存權的給付性格，但實務上，大法官卻從未明確地表示意見，雖然我們可以從釋字第 422 號解釋中探知，我國釋憲實務目前至少已經肯認了「國家義務」，不過人民是否具備主觀的給付請求權，其實難謂明朗<sup>318</sup>。

而本文在此最關心的是，就算我們確定了生存權具備權利性格，那麼它涵蓋居住保障嗎？從概念的內涵而言，應該是可以肯認，居住作為生存的重要方式而屬於受到保障的子類型，但問題是尚未有任何有權解釋做出這樣的宣稱，也就使得我國的生存權究竟有沒有包含居住權的保障，始終存在模糊空間，而雖然可能與居住權相關的大法官解釋案件<sup>319</sup>，也未見有生存權之討論，但究竟是否認或是

---

<sup>316</sup> 雷文玟、黃舒玃，前揭註 14，頁 36。孫迺翊，前揭註 22，頁 75。

<sup>317</sup> 對此，一般常說「只在最低限度或最基本程度之內承認生存權的給付請求權地位」，即只有當人民無法自力滿足「最低生存條件」時，得直接援引憲法生存權之保障請求國家給付。參閱孫迺翊，前揭註 22，頁 75。孫迺翊，前揭註 270，頁 493-500。詳細討論，參見本文第四章。

這裡涉及兩個問題：第一、什麼是「最低生存條件」？第二、真的只限於最低生存條件方有給付請求權地位嗎？

關於第一個問題，學者蔡維音指出，這是非常困難的問題，基礎生存所需的具體內容屬於立法者有權依據社會通念與經濟文化條件而決定者。參閱蔡維音(2001)，*社會國的法理基礎*，頁 50-51。相同見解，許宗力(1999)，〈基本權的功能與司法審查〉，收於：氏著，《*憲法與法治國行政*》，頁 162-164，台北：元照。而從大法官在釋字第 422 號中的態度可知，大法官也認為人民生存權的保障要依照個人的具體經濟狀況與實際需求，設定最低標準、並考量地域等因素動態調整。也許可以說，此「最低生存條件」是需要由立法者具體認定的，並不限於「單純生理需求」之滿足，且仍受司法審查，並非只要有社會立法就可滿足憲法要求。至於為何可審查、如何審查則是問題，參見本文於第五章及第六章之討論。但事實上，這是相當艱難的問題，學者孫迺翊即指出，「保留給立法者一社會經濟文化條件來決定的最低生存標準，又如何作為檢視立法的標準？國內文獻尚未就此進一步分析」，孫迺翊，前揭註 270，頁 494。

但給付請求權只限於最低生存條件嗎？針對第二個問題，參閱本文第四章之討論。

<sup>318</sup> 相關大法官解釋的詳細分析，參閱孫迺翊，前揭註 270，頁 494-498。

<sup>319</sup> 如釋字第 542 號涉及遷村的問題。但是，也許是因為案件本身、或大法官認為沒有「最低生存

避而不談，仍不清楚<sup>320</sup>。這留下了相當多難題，例如，我們可以用住宅法第 34 條所稱的「基本居住條件」<sup>321</sup>作為司法審查生存權「居住」面向的「最低生存條件」嗎？仍需要更多的探討與論證。

簡言之，如果從實務角度而言，我們「至少」可以肯認生存權具備客觀面向，賦予立法者形成具體保障之義務，例如，立法者關於居住救助方面之立法實踐，應可追溯自生存權於立法層次之具體化。從而，生存權某程度上也是我國憲法保障居住之重要「線索」之一。

## 二、居住及遷徙自由？

憲法第 10 條的居住及遷徙自由<sup>322</sup>和居住之保障看似有直接的相關，其權利性格也非常明確、並具備主觀效力。但問題毋寧是，當前我國憲法上的居住自由係典型之自由權，絲毫未見社會權的面向，也不屬於社會憲法的一部份，雖然似乎有部分的重疊，但沒有辦法完整的涵蓋本文要討論的居住保障內涵，其中有何差異，也需要進一步討論。

## 三、基本國策

我國憲法的社會色彩還表現在諸多的基本國策條款，但依通說見解，基本國策並不具備主觀權利的發動效力<sup>323</sup>，這樣的考量包括貫徹的困難與民主正當性不

---

條件」之威脅，所以未有機會處理。

<sup>320</sup> 如果以釋字第 709 號解釋的意見書分析，應是「避而不談」的情形，大法官顯然開始意識到相關問題，但沒有成為解釋文或理由書之內容。參見本章第二節關於憲法解釋之討論。

<sup>321</sup> 條文內容：「為提升居住品質，中央主管機關應衡酌社會經濟發展狀況、公共安全及衛生、居住需求等，訂定基本居住水準，作為住宅政策規劃及住宅補貼之依據。前項基本居住水準，中央主管機關應每四年進行檢視修正。」

<sup>322</sup> 我國大法官習於將兩者並列，實則應區分不同內涵。參見本文第四章。

<sup>323</sup> 但這不代表基本國策不具拘束力。依照學者孫迺翊之整理，除早期有學者林紀東認為基本國策屬於不具拘束力之綱領規定外，已有越來越多學者肯定基本國策依其內容具有不同的法規範效力，且晚近實務已肯定基本國策作為客觀價值體系、法院判斷國家行為正當合理之準據。參閱孫迺翊，前揭註 270，頁 447。

足的內在限制<sup>324</sup>。學者雷文玫及黃舒芃即指出，主觀權利必須以個人利益為前提，但基本國策所規範者係大眾共享的資源，則於無法個人化的前提下，不能具體化成主觀權利<sup>325</sup>。而基本國策與基本權利的差異，便是在基本權利得以由司法機關（特別指司法違憲審查機關）進一步介入實現個人權利<sup>326</sup>。不過，基本國策仍然具備客觀法秩序之效力，於憲法解釋時仍有違憲審查之規範效力<sup>327</sup>，既然具有規範效力，則在其中尋找作為居住保障基礎之憲法素材，自有意義。

如果從住的面向，基本國策中雖然沒有直接提及「住房」之用語，但憲法第 142 條「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足」，以及其中的民生主義價值，似可推導出關於居住之關照<sup>328</sup>，再者，如憲法第 155 條第 2 項關於無力「生活」之社會扶助與救濟的規定，也可能涉及居住面向，僅是並不直接。

## 第二項 我國憲法文本即蘊含居住保障之意旨

整體而言，我國在社會國原則、基本權與基本國策的諸多憲法規範中，對於人民生存的保障相當重視，也因此或多或少存在對於居住之保障——除非我們對於生存的想像要狹隘至排除居住此一如此基本的面向。從而，憲法保障居住應可做出某程度的「推導」，但欠缺具體明確由大法官「講出來」之例證、也難謂在學說上已建立共識，即這些憲法基礎處在一個「可用」但「待用」的狀態。在這樣的狀況下，文獻便指出，「保障國民都有住處」的權利是我國憲法目前「沒有規定」的社會權類型，不過也並非每個保障社會權的憲法都會保障國民住處<sup>329</sup>。是故，

---

<sup>324</sup> 孫迺翊，同前註。

<sup>325</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 38。

<sup>326</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 39。

<sup>327</sup> 林明昕（2013），〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，頁 4-5，全球架構下的台灣發展：典範與挑戰—社會正義之理論與制度實踐研究計畫第一年度研討會，行政院科技部（主辦），台北。孫迺翊，前揭註 270，頁 448。

<sup>328</sup> 文獻上有以民生主義討論居住正義者，例如：黎淑慧（2016），《從民生主義看居住正義的實踐》，台北：弘揚圖書。

<sup>329</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 18。

是否用、怎麼用這些憲法基礎論證居住「權」之保障，仍需要更多的梳理。

不過，可以確定的是，如果以憲法文本作為基礎，實可尋得一些居住保障之基礎，尤其是憲法社會國原則與生存權之存在，解釋上無從否認「居住保障」是憲法肯認之價值。本文要強調的是，儘管當前諸多憲法素材處於「待用」的狀態，但我國憲法既具備厚實的社會體質，縱否認居住權作為憲法上權利，在社會國原則與至少具備國家義務規範性質的生存權的誠命下，居住作為人民基本生存之重要面向，係開展其他各類型自由之基礎性前提，我國憲法蘊含保障居住之意旨係無庸置疑，而基於此所開展之法規範層級的立法，也「至少」基於憲法的社會國原則以及生存權之國家義務面向取得基礎，亦即，我國憲法「至少」提供立法者進一步具體化居住保障的基礎。實則，問題毋寧是憲法要保障到怎麼樣的程度。

## 第二節 轉捩點？：兩公約之施行與憲法解釋之互動

### 第一項 兩公約與施行法之意義

#### 壹、兩公約與施行法於我國之沿革與實踐架構

##### 一、沿革

學者廖福特曾整理兩公約在我國的發展沿革：1966年，兩公約在聯合國通過，當時中華民國仍是聯合國會員，對外積極參與兩公約的草擬過程<sup>330</sup>，惟在國內尚未批准，1971年便退出聯合國。直至2000年，前總統陳水扁在就職演說中，才提及這些「國際人權法典」，並敦請立法院能通過批准<sup>331</sup>。但直到2009年，兩公約

---

<sup>330</sup> 對內則因為戒嚴時期，未向人民妥善說明。廖福特（2012），〈台灣與聯合國兩人權公約接軌之檢討〉，《新世紀智庫論壇》，第60期，頁20-24，20。

<sup>331</sup> 廖福特，同前註。



才在立法院批准，並與兩公約施行法在同年 12 月 10 日國際人權日公布施行，成為內國法的一部份。但雖然經過批准程序，由於不具備聯合國會員國身份，無法完成存放 (deposit) 之程序，從而也無法有效加入<sup>332</sup>。然而，透過施行法第 2 條「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力」之規定，已經搭起橋樑，使兩公約成為我國內國法的一部份，立法者在此展現了人權保障之價值，賦予了國際人權文件與法理之內國法效力<sup>333</sup>。

不過，這不代表這些文件馬上就具有「可適用性」<sup>334</sup>，接下來要面對的問題，是兩公約之內容如何「內國法化」、與我國憲法匯流，在國內成為實際有操作意義之規範。

## 二、實踐架構

以居住權主要所在的經社文公約而言，1985 年聯合國經社理事會通過決議設立「經濟社會文化權利委員會」，執掌對經社文公約締約國之監督。經社文委員會區分三種國家義務，亦即所謂「締約國義務的三重構造」：尊重 (respect) 義務、保障 (protect) 義務、以及實現 (fulfill) 義務<sup>335</sup>。另外，公約也規定國家須提出

---

<sup>332</sup> 參照經社文公約第 26 條。

<sup>333</sup> 孫迺翊 (2015)，〈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〉，收於：政治大學法學院公法學中心、政治大學法學院勞動法與社會法中心編著，《社會正義之建構與權利救濟——海峽兩岸公法學論壇論文集 (二)》，頁 71-120，109，台北：新學林。

<sup>334</sup> 關於可適用性 (Anwendbarkeit)，學者孫迺翊指出，是指規範內容與結構是否明確、適合法律適用，倘若條文內容仍須國內立法者進一步具體化，而無法由法院直接適用作成裁判，即欠缺可適用性。參閱孫迺翊，同前註，頁 109-110。本文後文有較為詳細之討論。

<sup>335</sup> 內藤光博，前揭註 296，頁 120。氏指出，「尊重義務」指國家必須避免人權侵害；「保障義務」指國家必須保護人民免於第三者的侵害，做出一定規制；「實現義務」則是指個人無法靠著自助努力達成之部分，國家有義務協助其完成。如果從居住權的角度來看，「尊重義務」是國家對於個人財產的利用介入時必須注意到不能侵害居住權。「保護義務」則是當第三人要對居住權為侵害時，國家負有保護義務。實現義務則較涉及資源分配，當人民無法透過個人努力實現居住的「適足」狀態時，國家應透過預算等手段協助居住權利之實現。對此，本文要對內藤教授之見解進一步補充的是，氏對於「尊重義務」的解釋中，公約意義之居住權包含了對「使用權」的保障，從而所謂個人財產之解釋，也包括使用權，對此，內藤教授是以民法上的占有解釋，並認為生存所必需之財產應可受保障，參閱內藤光博，前揭註 296，頁 121；另外，實現義務相較於其他屬於立即義

國家人權報告，人權報告包括初次報告及定期報告，同時首次報告應該分別在一年及兩年之內提出<sup>336</sup>。

我國必須正視的現實是，我國並非有效加入、並非締約國，必須透過發展一套相應的機制來應對包含兩公約在內的諸多國際公約。可以肯認的是，施行法第 6 條有注意到國家報告制度之存在，指出「政府應依兩公約規定，建立人權報告制度。」不過事實上，政府直到 2012 年 4 月才提出《兩公約》之首次報告，2013 年方邀請國際人權專家審查<sup>337</sup>。目前我國已有兩次國家報告，第二次為 2016 年，2017 年將有第二次的國際人權專家審查<sup>338</sup>。而國家報告之時程也不是施行法僅有的未遵守之例，如施行法第 8 條指出「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法

---

務的兩者，是漸進式的義務，但國家仍有不能推託的最低核心義務需要立刻實現。經社文公約第 3 號一般性意見第 3 點、第 10 點提及，儘管公約的許多權利不具備「自動執行」之效力（參見第 3 號一般性意見第 5 點，包含公約第 11 條之居住權），但國家具備必須立即採取行動以達成「最低核心義務」部分的公約內涵。

另有論者整理區分尊重、保護、充足以及促進四層次，其中充足指的是國家必須採取措施使人民享有居住權，促進則是更為積極的滿足住房需求。參閱邱紀璇，前揭註 62，頁 23-24。本文認為，充足與促進實難以區分，皆是要採取措施、涉及制度檢討與創設，也皆可歸納於實現義務當中，故仍採取三重構造之解釋。

<sup>336</sup> 廖福特，前揭註 330，頁 23。

<sup>337</sup> 同前註。

<sup>338</sup> 在審查中，國際專家也會參酌另一份與國家報告平行之「影子報告」，由民間 NGO 團體撰寫，其意義可參考廖福特，《2011 台灣人權報告：兩公約民間社團影子報告》導讀，取用網址：

<http://www.tahr.org.tw/node/1067#sthash.ZDoVoPMp.dpuf>（最後瀏覽日：2016 年 4 月 12 日）。其中提及：「當一個國家批准〈公民與政治權利國際公約〉及〈經濟社會文化權利國際公約〉之後，此國家負有實踐兩公約權利保障之義務，因此締約國必須將其實踐兩公約權利保障之情形提出報告，供人權事務委員會及經濟社會文化權委員會審查。然而政府本身最可能侵犯人權，因此政府所提之人權報告，因為要表彰符合兩公約之目的，或是掩飾自己的人權疏失，通常都會美化其成果，或是隱匿部分事實，因此國家之人權報告其實是以自我描述之方式呈現，內容是自我主觀之評價，不一定呈現完全之事實。

政府的人權報告最大之盲點是沒有涵蓋人民之聲音，人權報告不應該陷於政府自我感覺良好之泥沼中，每一個國家的人權實踐都必須落實在人民身上，人民無法感受權利之保障，就沒有真正的人權保障。當政府提出人權報告之後，人民更應提出自己對權利之看法，才能呈現真正之權利保障實情。因此當台灣政府提出兩公約之國家人權報告之後，「兩公約施行監督聯盟」也邀集其他民間團體，共同提出《兩公約民間版影子報告》，表達人民之心聲，呈現人民對於權利之感受。」下文關於我國行政權、立法權等檢討部分，也會參酌國家報告與影子報告之內容。

令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」亦即，期限為 2011 年 12 月 10 日，惟事實上顯然未達成此一規範要求<sup>339</sup>。而這些報告與檢討之面向，應包含前開尊重義務、保障義務、以及實現義務。

## 貳、公約於我國居住權之意義

### 一、對居住權權利意識之影響

於施行法生效前後，我國皆有零星以「居住權」為主張之訴訟，但意義相當不固定<sup>340</sup>，而近年來之居住爭議，諸多報導、主張、甚至訴訟皆會提及公約之居住權，尤其是許多案件受到重大矚目，如文林苑案、大埔案，「居住權」也成為國內相當「新興」的權利主張而為人所知<sup>341</sup>。不過，這樣的權利意識發展是否可歸

---

<sup>339</sup> 至於兩公約施行法之其他問題，參閱廖福特，前揭註 330。其中另一與本文相關且應說明的問題是關於一般性意見之解釋適用，於廖福特，前揭註 330，頁 22，氏提及「兩公約施行法第 3 條只規定應參照兩公約人權事務委員會之解釋，卻忽略了經濟社會文化權利委員會之解釋。為何有這種法律規定？法務部在草擬時，遺漏了「經濟社會文化權利委員會」，因為「經濟社會文化權利委員會」並不是在《經濟社會文化權利國際公約》提出時就寫進去，直到 1985 年經社理事會才通過決議設立「經濟社會文化權利委員會」，作為監督《經濟社會文化權利國際公約》之機制，可是法務部並不知道才沒有納入，導致現在大家都不知道該怎麼適用。我認為不僅要適用這些解釋，也要有比較完整的法律確認，因為一旦欠缺「經濟社會文化權利委員會」的解釋，運作會出問題。」本文認為此一立法上的疏漏，應透過目的性解釋擴張方符立法之本旨，從而前開見解殊為可採。本文以下也會沿用這樣的見解，將經社文公約之一般性意見視為我國施行法要求應參酌之有權解釋。類似討論，張文貞（2008），〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，1 卷 2 期，頁 25-43，40。

<sup>340</sup> 詳參本章第三節之檢驗。

<sup>341</sup> 參照台權會網頁，反迫遷連線 2013.10.07 記者會新聞稿，世界人居日：台灣居住權已死，<http://www.tahr.org.tw/node/1296>（最後瀏覽日：2016 年 4 月 20 日）。其中便提及：「適足住房權指的是任何人都有和平、安全而有尊嚴地居住在某處的權利，其保障範圍不僅止於有產權的住民，更包含對所謂「違建」（即非正規聚落）住民的居住權之保障。在兩公約已國內法化的台灣，政府有義務加以落實和保障人民的適足居住權。此過程中，第一步，最基本的程序保障要求，便是聽證會的召開，以確保利害關係人的意見能有效納入行政處分決策考量裡。」、「反迫遷連線進一步推出「居住權戰鬥教室」，目的在於提供大眾一個共同拼湊、對話台灣土地問題的平台，在台灣，歷史地思考當前種種土地抗爭的歷史脈絡，具體分享問題分析、抗爭與行動經驗。另一方面，更嘗試連結當前世界各地的反圍地、迫遷運動經驗，觀察造成迫遷惡行的背後結構因素，持續監督政府，找出落實居住權的治本之道。」即是類似的倡權組織或活動在諸多議題中開始以「公約」

於公約之施行，並不一定，但我們可以說，公約確實提供了諸多居住相關運動或抗爭者在論述上的依歸，透過居住權的主張翻轉原有法律操作下的劣勢結果，正當化其主張<sup>342</sup>，而這的確是施行法生效後較常出現之情形，可說是與相關權利意識的發展相輔相成。只是，國內對於兩公約之認識仍屬相當淺薄，居住權的「權利意識」是否真的普遍提升、或因公約而提升，仍有待觀察<sup>343</sup>。

## 二、對居住權圖像之影響

公約包含禁止居住歧視之誡命，任何人都得以進入此一居住權圖像而受到保護，並非具備合法產權者方可享有居住權，而居住權之內涵主要包括適宜住房與驅逐之正當法律程序。這樣的公約居住權圖像，相當程度挑戰了國內常見的「違建戶或違法佔用戶不具有居住權」說法，以公約意義的居住權而言，是人就該享有居住的權利，縱然其得實現權利之住所不一定是在該「違建」或「違法佔用地」，但仍不代表系爭違建戶或違法佔用戶不在居住權的保障範圍之內，其仍享有在某地有尊嚴地居住的權利——這是公約的圖像。簡言之，對於居住權圖像之影響最重要的調整便是居住權是人權，且概念上與財產權脫離<sup>344</sup>。

至於公約對於居住權之「實踐」有何影響，本文擬透過以下對於憲法解釋、行政、立法、司法之檢驗，進行評估。

---

的「適足居住權」為主張之例。

<sup>342</sup> 相關案例，可參閱楊宜靜，前揭註 154。

<sup>343</sup> 如果參照司法院釋字第 709 號解釋蘇永欽大法官於其意見書中之見解，氏認為民間與公部門已有一定之權利意識提升。

<sup>344</sup> 相關論述之出現，例如「都更並不全然是財產權和財產權的碰撞，更涉及整體居民生活規劃及人性尊嚴圖像的保障。這也是為何都更爭議必須上升到居住權的層次，因有關居住權這一類的社會經濟權利其實課予政府一定的政策義務，並非以解決私權糾紛為限。」摘自黃丞儀，前揭註 10。

## 第二項 對憲法解釋之觀察——蓄勢待發的居住「權」？



### 壹、概說

我國富含社會憲法之元素已如前述，我國憲法蘊含保障居住之意旨應可肯定，至少當政治部門進行相關措施時，可以從憲法上找到理據，但對於憲法解釋之觀察仍有其必要，若忽略憲法解釋，難以形構當前我國憲法的居住保障已得確認之圖像，畢竟「憲法法院不只單純回答憲法是什麼，也在參與憲法形成<sup>345</sup>」，若單獨從憲法簡潔而抽象的條文閱讀，顯然無法確定具體保障之樣貌。本文認為除了觀察文本外，需要透過分析相關憲法解釋的闡述，進一步從我國當前具憲法位階之論述對於居住「權」的態度，有如何之「進展」或「困難」。

實則，有關居住「權」保障——包含居住之適足性、強制遷離之正當法律程序等——之憲法解釋，最稱得上相關者應為釋字第 542 號的「翡翠水庫集水區遷村計畫案」(2002 年)<sup>346</sup>、釋字第 709 號的「都市更新事業概要與計畫審核案」(2013

<sup>345</sup> 林佳和，前揭註 96，頁 6。

<sup>346</sup> 本號解釋之事實概要：

「事實摘要(大法官書記處整理提供)

聲請人張○之居住地，因翡翠水庫興建、蓄水而被劃入水源區。該地區在居住安全、對外交通等方面都因水庫之興建而受到影響，且於水源區內居住對水源安全亦有威脅，因而地方人士請求遷村。台北水源特定區管理委員會乃於八十五年公告經行政院核定之「翡翠水庫集水區石碇鄉碧山、永安、格頭三村作業實施計畫」，並依上開計畫以「必須在民國六十九年一月一日前已設籍當地，並有實際居住者」為要件，發給拆遷戶「安遷救濟金」。本案聲請人以伊雖於民國六十九年八月始設籍該地，然於六十九年一月一日水庫開始蓄水日期之前，即已實際居住於遷村計畫區內，行政機關以伊於前開日期尚未設籍為由拒絕發給搬遷救濟金，乃侵害其權益，而認上開實施計畫有違憲疑義，爰聲請解釋。」

解釋文中與居住較為相關之段落為：

「人民有居住及遷徙之自由，憲法第十條設有明文。對此自由之限制，不得逾憲法第二十三條所定必要之程度，且須有法律之明文依據，業經本院作成釋字第四四三號、第四五四號等解釋在案。自來水法第十一條授權行政機關得為「劃定公布水質水量保護區域，禁止在該區域內一切貽害水質與水量之行為」，主管機關依此授權訂定公告「翡翠水庫集水區石碇鄉碧山、永安、格頭三村遷村作業實施計畫」，雖對人民居住遷徙自由有所限制，惟計畫遷村之手段與水資源之保護目的間尚符合比例原則，要難謂其有違憲法第十條之規定。」

年)<sup>347</sup>、釋字第 727 號解釋的「註銷不同意眷村改建原眷戶權益案」(2015 年)<sup>348</sup>、以及釋字第 732 號的「捷運設施毗鄰地區土地徵收案」(2015 年)<sup>349</sup>，其中釋字第

行政機關訂定之行政命令，其屬給付性之行政措施具授與人民利益之效果者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。系爭作業實施計畫中關於安遷救濟金之發放，係屬授與人民利益之給付行政，並以補助集水區內居民遷村所需費用為目的，既在排除村民之繼續居住，自應以有居住事實為前提，其認定之依據，設籍僅係其一而已，上開計畫竟以設籍與否作為認定是否居住於該水源區之唯一標準，雖不能謂有違平等原則，但未顧及其他居住事實之證明方法，有欠周延。相關領取安遷救濟金之規定應依本解釋意旨儘速檢討改進。」

<sup>347</sup> 即常稱的「士林文林苑案」、「士林王家案」，不過本號解釋之聲請人不只王家。事實概要如下：「事實摘要（大法官書記處整理提供）」

（一）新北市土城區大慶信義福邨 5 層樓集合住宅共 90 戶座落同一基地，前排 40 戶因 921 地震受損依都市更新條例相關規定辦理重建。嗣新北市政府公告該 40 戶辦理權利變換，其中部分住戶不滿權利變換內容，又該 40 戶以外之其他住戶亦有主張有權參與重建者，乃有 52 人對市府核准之都市更新事業計畫暨權利變換計畫之行政處分，共同提起行政爭訟，遭駁回確定，爰主張都市更新條例相關規定違憲，聲請解釋。

（二）1.王○樹等 3 人土地及建物座落北市陽明段、2.陳○蘭土地及建物座落萬隆段，均為台北市政府分別納入實施都更，並核准相關都市更新事業計畫及權利變換計畫；3.彭○三土地及建物座落永吉段，因實施都更，台北市政府核准變更原擬定之都市更新事業計畫及權利變換計畫。三案當事人均不服台北市政府相關行政處分，分別提起行政爭訟，遭駁回確定，乃併同聲請解釋。

大法官就二聲請案分別受理後，因聲請解釋之標的相同，乃併案審理。」

<sup>348</sup> 解釋文：「中華民國八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（九十六年一月三日修正公布將四分之三修正為三分之二，並改列為第一項）對於不同意改建之原眷戶得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益部分，與憲法第七條之平等原則尚無牴觸。惟同意改建之原眷戶除依眷改條例第五條第一項前段規定得承購住宅及補助購宅款之權益外，尚得領取同條例施行細則第十三條第二項所定之搬遷補助費及同細則第十四條所定之拆遷補償費，而不同意改建之原眷戶不僅喪失前開承購住宅及補助購宅款權益，並喪失前開搬遷補助費及拆遷補償費；況按期搬遷之違占建戶依眷改條例第二十三條規定，尚得領取拆遷補償費，不同意改建之原眷戶竟付之闕如；又對於因無力負擔自備款而拒絕改建之極少數原眷戶，應為如何之特別處理，亦未有規定。足徵眷改條例尚未充分考慮不同意改建所涉各種情事，有關法益之權衡並未臻於妥適，相關機關應儘速通盤檢討改進。」

另可參閱葉俊榮，前揭註 20，頁 13，有相關之背景闡述。

<sup>349</sup> 即常稱的「美河市案」，但聲請事實也不只美河市案。事實概要如下：

「事實摘要（大法官書記處基於聲請書整理提供）」

（一）台北市政府為辦理台北都會區大眾捷運系統新店線萬隆站工程，需用坐落於台北市文山區興隆路 4 小段第 351-4、352、356-1 地號之 3 筆土地（交通用地），以及坐落於同段第 199-6、351-3、356 地號之 3 筆土地（毗鄰地，住宅區）等 6 筆土地，面積 0.0328 公頃，乃檢附徵收土地計畫書及圖等有關資料，報請內政部以民國 92 年 5 月 2 日台內地字第 0920060925 號函核准徵收，交由台北市政府以 92 年 6 月 3 日府第四字第 09202091000 號公告，並發函通知聲請人。聲請人不服，

542 號的年代尚無公約之影響，後三者雖在公約已內國法化之年代，但影響也難謂直接，釋字第 709 號解釋僅是在理由書中引用了公約相關條文、釋字第 727 號及第 732 號解釋則隻字未提，但以上三號解釋之意見書對居住保障之闡述仍有相當之參考性，質言之，公約之施行至少對於意見書之影響相當劇烈，在釋字第 709 號解釋尤其明顯<sup>350</sup>。

## 貳、公約施行前：以釋字第 542 號解釋為例

關於翡翠水庫「遷村計畫」，釋字第 542 號解釋中大法官認為此係行政命令，涉及憲法第 10 條之「居住及遷徙自由」，但並未違憲。解釋理由書指出，因系爭命令「以保護水源區內之水質、水量為目的，其所使用之手段非僅有助於上述目的之達成且屬客觀上所必要，雖對人民居住遷徙自由有所限制，惟遷村計畫之手段與水資源之保護目的間尚符比例原則」，故無違憲問題，本號解釋也沒有意見書的作成。

實則，本文認為這樣的比例原則檢驗其實難以用細膩稱之，幾乎是沒有理由。當時的時代背景是 2002 年公約尚未內國法化之際，相關的權利意識較低，聲請書中亦無提及具公約意義之「居住權」主張，不過，可以藉由本案思考的是：本文討論的居住權其遷離的正當程序部分，與我國憲法第 10 條居住遷徙自由之關係究

---

循序提請行政爭訟。用盡審級救濟途徑後，認最高行政法院 99 年度判字第 1259 號確定終局判決所適用之 90 年捷運法第 7 條第 4 項等規定，有違憲之疑義，聲請解釋。

（二）台北市政府為興辦台北都會區大眾捷運系統新店線工程，報經內政部以民國 80 年 1 月 24 日函准予徵收坐落台北縣新店市（改制後為新北市新店區）大坪林段七張小段 47-81 地號等 239 筆土地，並交由台北縣政府（改制後為新北市政府）公告。聲請人等先於 97 年間，分別請求台北縣政府向內政部申請撤銷部分土地之徵收，經台北縣政府審查，認未符合撤銷徵收之規定，並函復否准撤銷徵收之處理結果，聲請人等不服，循序提起行政爭訟。用盡審級救濟途徑後，認最高行政法院 101 年度判字第 722 號確定終局判決所適用之 77 年捷運法第 7 條第 3 項及開發辦法第 9 條第 1 項等規定，有違憲之疑義，聲請解釋。」

<sup>350</sup> 另須說明者係，提及憲法第 10 條之大法官解釋（包含居住及遷徙自由），即司法院大法官釋字第 265、345、398、443、454、497、517、558、585、709、710 號解釋，其中除釋字第 542、732 號解釋以外，多與本文討論的居住權保障意涵欠缺關聯——比以下討論的四號「擦邊球」解釋更加無關，故本文不在此贅述。



竟為何？本號解釋可以與接下來本文所討論的兩號施行後解釋做一比較，蓋本案之事實與居住權之關聯度並不比釋字第 709 號或第 732 號解釋低，但審查之結果——至少就意見書而言，呈現了相當不同的風貌。

## 參、釋字第 709 號解釋評析

### 一、適足居住權之登場？

釋字第 709 號解釋理由書<sup>351</sup>是居住權之公約條文第一次受到明確提及：

「都市更新條例即為此目的而制定，除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約第十一條第一項規定參照）外，

---

<sup>351</sup> 解釋文則並無提及，內容為：「中華民國八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項（於九十七年一月十六日僅為標點符號之修正）有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。同條第二項（於九十七年一月十六日修正，同意比率部分相同）有關申請核准都市更新事業概要時應具備之同意比率之規定，不符憲法要求之正當行政程序。九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第十九條第三項前段（該條於九十九年五月十二日修正公布將原第三項分列為第三項、第四項）規定，並未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，亦不符憲法要求之正當行政程序。上開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

九十二年一月二十九日及九十七年一月十六日修正公布之都市更新條例第二十二條第一項有關申請核定都市更新事業計畫時應具備之同意比率之規定，與憲法上比例原則尚無抵觸，亦無違於憲法要求之正當行政程序。惟有關機關仍應考量實際實施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素，隨時檢討修正之。

九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第二十二條之一（該條於九十四年六月二十二日為文字修正）之適用，以在直轄市、縣（市）主管機關業依同條例第七條第一項第一款規定因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞而迅行劃定之更新地區內，申請辦理都市更新者為限；且係以不變更其他幢（或棟）建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分為條件，在此範圍內，該條規定與憲法上比例原則尚無違背。」



並作為限制財產權與居住自由之法律依據。<sup>352</sup>」

其意義在於說明都更條例之「立法目的」包含實踐公約意義之居住保障，也僅此為止，並未進一步說明此居住保障是否為一我國法上權利或位階如何等，定位是一個「正當目的」。值得注意的是，前開段落也可觀察到，多數意見對於涉及居住的都市更新制度所會影響到的基本權認定係「財產權」與「居住自由」。在此二基本權的保障下，所形成的居住保障圖像其實是以有無財產權為依歸的，直言之，我國保障誰的居住——保障對其住所已有財產權權源者。本號解釋最後只點出了都市更新的程序問題，且多數意見確實未有「居住權作為人權」之意識，仍陷於以財產權為保障居住之依歸的想像。相較於本文所討論的居住權圖像，亦即一開始的門檻應是不以擁有財產而設限的，這樣的登場毋寧是有些令人遺憾的<sup>353</sup>。

不過觀諸聲請書，聲請人藉由經社文公約第 11 條第 1 項規定之「適足居住權」，宣示都市更新制度之設計，應維護住民之實質利益與程序利益，並引用該條「適足居住權」以及經社文委員會第 7 號一般性意見，指出人民擁有「反迫遷」的保障，未經正當法律程序不得為之，並以此宣示都市更新條例第 22 條強制都市更新單元範圍內不同意之住戶參與，違反前述正當法律程序保障<sup>354</sup>。

從聲請書到解釋，雖然都以公約之居住保障為都市更新制度應關照之意涵，但論理結果上，似乎聲請書是指向「不同意戶」的實質利益與程序利益保障、解釋理由書卻是替都市更新中「同意戶」在城市中居住品質的不斷提升背書，這樣的結果看似衝突，是否真係衝突或如何，從解釋本身已無法探知更多。不過，本號解釋共有 10 位大法官提出意見書，其中 7 位提及公約居住權之討論，似可提供我們進一步探究憲法對於居住保障的素材。

---

<sup>352</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋理由書參照。

<sup>353</sup> 類似見解，許宗力（2014），〈2013 憲法回顧〉，《台大法學論叢》，第 43 卷，特刊，頁 1031-1074，1048；黃丞儀，前揭註 10。

<sup>354</sup> 葉俊榮，前揭註 20，頁 14。司法院大法官釋字第 709 號解釋抄本參照。另可參閱王家釋憲之委任律師詹順貴之評論：詹順貴（2013），大法官會議釋字第 709 號解釋文的說明與回應，<http://thomas0126.blogspot.tw/2013/04/709.html>（最後瀏覽日：2016 年 4 月 20 日）。



## 二、意見書之見解

學者葉俊榮整理提及居住權之 6 份意見書<sup>355</sup>指出大法官相關論述之重點在於：「(1) 適足居住權在憲法上的依據與內涵；(2) 應將適足居住權作為本案人民受侵害的權利(透過納入憲法的 15 條財產權內涵來保障)；(3) 適足居住權的保障，尤其在強制驅離情況發生時，正當法律程序的適用在個案中的重要性(第 7 號一般性意見)<sup>356</sup>」。惟本文認為(2) 似有誤解，實則並無大法官使用財產權處理適足居住權，相對地，有大法官提出應使用第 22 條之概括基本權或第 15 條生存權做為適足居住權保障之立足點。本文從大法官看待適足居住權之方式區分為以下，分別簡述之：

### (一) 肯定為權利——主要為同意戶之主張

李震山大法官雖然舉出了不同意戶社會與人格面向之侵害，但其認為本家中係涉及的是同意戶的「適當住屋權」<sup>357</sup>。而對於聲請書直接以公約居住權作為請求權基礎，其認為若未能證立公約居住權的憲法位階，難以直接肯認本案援引公約居住權作為人民的主觀公權利請求。但不排除未來兩種可能性：其一，用憲法第 22 條概括基本權，將「適當住屋權」結合其他相關基本權利，經詳細論證後提升至憲法位階，從而使其與傳統住居自由並列於人權保障清單中。其次，直接將之納入住居自由的保護範圍，使其至少具有基本權客觀功能。但本件解釋未表示看法，認為有待公評<sup>358</sup>。

而陳新民大法官則認為，不同意戶的「住居自由」可能受到都更程序的侵犯，而住居自由有公益價值——「新型住居自由權」，其概念相異於傳統憲法第 10 條

---

<sup>355</sup> 惟此應係誤算，事實上共有 7 位。葉俊榮，前揭註 20，頁 16。包含李震山、葉百修、陳春生、羅昌發、湯德宗、及蘇永欽 6 位大法官之意見書，漏列陳新民大法官。

<sup>356</sup> 葉俊榮，前揭註 20，頁 17。

<sup>357</sup> 關於意見書中之居住權用語，為尊重原文，即以原文呈現之。

<sup>358</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋李震山大法官協同意見書參照。

的居住自由，而要求更多、更高品質，也可稱為「適足住居權」，這是都市更新條例所欲賦予給同意戶的保障。而隨著公約施行法的實行，可以創設類似社會權性質的新興人權，將傳統住居自由正式擴張出另一種新型性質的住居權<sup>359</sup>。意見書中進一步指出：「都更法制上，顯現了兩種住居自由的角力，吾人要固守傳統住居自由、還是捨舊求新？判斷時也不可忘掉固守傳統住居自由的一方，還需加碼憲法保障財產權，憲法天平應向何方傾斜，答案已呼之欲出<sup>360</sup>」。

湯德宗大法官的主張是，本案是不同意戶的「財產權加上居住自由」對抗同意戶的「生存權（適當生活水準請求權）」，認為多數意見應該將憲法第 15 條生存權闡釋包含請求適當生活水準之權利，當可展現本案所涉憲法權利之全貌<sup>361</sup>。

蘇永欽大法官則認為，都更影響到的基本權當然不以財產為限，多數意見以居住自由作為另一個被限制的基本權，再輔以公約論述，卻未進一步定性此國家義務為人民基本權，是否妥當需要斟酌。其指出，解釋實務上向來把遷徙自由的內涵作為「居住及遷徙自由」，實無必要另外用「居住自由」之名處理遷村之議題（如釋字第 542 號），應回歸釋字第 443 號時對於居住、遷徙採分開解釋之方式——「係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利」。而本案真正值得深思的是，另一個與居住有關的基本權，即「適足居住權」。這和遷徙自由有所不同，除了防止干預面向外，也包括請求國家改善居住品質的受益權面向，和遷徙自由屬於不同的基本權範疇。此一權利意識已相當程度的普及，表現在民間主張與住宅法第 45 條之宣示。而我們要肯定財產增加與居住的適足並不相等時，必須在財產權找到真正有份量的基本權，此際，適足居住權比遷徙自由合適。而從合理窮盡列舉基本權的角度來看，把適足居住權放在憲法第 15 條的生存權最為妥適，其可作為一種生存權的次類型，也完全符合其兼具防衛權和受益權內涵的本質。而以財產權和適足居住權的保障作為審查都更制度的憲法基礎，剛好凸顯了這兩種基本權的雙面性，以及國家推動

<sup>359</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋陳新民大法官部分不同意見書參照。

<sup>360</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋陳新民大法官部分不同意見書參照。

<sup>361</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋湯德宗大法官協同暨部分不同意見書參照。

都更的兩個視角<sup>362</sup>。

## (二) 肯定為權利——主要為不同意戶之主張

羅昌發大法官認為，本案涉及財產權與「適足居住權」。適足居住權在國際人權公約中涉及了遷離家園的情形，引用了以諸多國際法為例，主張本案應該涉及對不同意戶適足居住權之限制，而在我國憲法下應該是第 15 條生存權的範圍。但多數意見認為是憲法第 10 條的居住自由，羅昌發大法官即認為有斟酌之餘地。蓋居住自由是與遷徙自由對應，重點在人民選擇居住之地點：「本件重點並不是遭強迫遷徙至另一個地點，而是無法居住於原有之家園，憲法第 10 條無法充分回應本案過程之問題，用本條作為基礎恐會造成權利保障之缺憾」<sup>363</sup>。而其亦指出，本號解釋並未釐清國際人權公約在我國憲法解釋之地位，且未能參照國際人權公約之內涵，確認驅離家園規範所涉及生存權中之適足居住權的保障，殊為可惜<sup>364</sup>。

葉百修大法官則指出，多數意見延伸人民有「安全、和平與尊嚴之適足居住環境」的居住自由，但對於居住自由到底在憲法上的性質為何，並未處理，導致憲法權利內涵空洞、也未討論從消極防禦權之居住自由延伸為積極給付之居住權之可能<sup>365</sup>。葉百修大法官認為，本案涉及不同意戶的居住保障，而公約關於適足居住的規定，可以透過我國憲法第 10、15、22 條加以保障<sup>366</sup>。

## (三) 對權利持保留態度

陳春生大法官認為本號解釋可能涉及「適足居住權」，但因為公約在我國憲法解釋過程中，是否可以成為審查客體不無疑問，且觀諸公約內容有關改善之意旨，

---

<sup>362</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋蘇永欽大法官一部不同意見書參照。

<sup>363</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋羅昌發大法官部分協同部分不同意見書參照。

<sup>364</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋羅昌發大法官部分協同部分不同意見書參照。

<sup>365</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋葉百修大法官協同意見書參照。

<sup>366</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋葉百修大法官協同意見書參照。

〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

不適宜成為不同意戶之權利依據<sup>367</sup>。而當前多數意見在學界與實務界對於適足居住權論述尚未成熟的情況下未加以納入，是「穩健的憲法解釋方法」<sup>368</sup>。

綜上，7份與公約相關之意見書略可整理如下【表二】：

【表二 釋字第 709 號解釋與居住權相關之意見書整理表】

大法官	居住權為憲法上權利？	本案涉及誰的居住權	居住權於憲法上立足點（條號）	憲法第 10 條居住自由與其之關係
李震山	不排除未來可能	同意戶	22 加其他；或擴張 10	目前不含，可擴張包含之
陳新民	可	同意戶	（似為 10 擴張）	居住權是新型（擴張而來）
湯德宗	可	同意戶	15	相異
羅昌發	可	不同意戶	15	相異
葉百修	可	不同意戶	10、15、22	N/A
蘇永欽	可	不同意戶	15	本案居住權比遷徙自由更適合
陳春生	保留	不宜為不同意戶	N/A	N/A

（資料來源：釋字第 709 號解釋意見書，本文自製）

<sup>367</sup> 但本文認為，這種解釋方法忽略了公約的有權解釋機關——經社文委員會所闡述之內涵。對於不同意戶而言，居住「適足性」的評價也有可能得出「保留原家園」是最適宜的結論，並無法直接認定公約不適宜成為不同意戶之主張。

<sup>368</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋陳春生大法官協同意見書參照。

### 三、失之交臂的釋字第 709 號解釋

如果針對釋字第 709 號解釋與居住權之關係言之，形式上而言，理由書引了經社文公約卻未發生如聲請人所主張之結果，依學者葉俊榮之見解此係「引用公約卻未影響解釋結果」之展現<sup>369</sup>，從而其主張之「若引用經社文公約的權利，將強化大法官對受權利保障者一方有利的觀點，而有更多的解釋說理，將不僅是以立法形成自由的理由帶過<sup>370</sup>」，也必須要在大法官願意進一步說理、或運用權利的情形下開展。對於這種窘境，葉教授也指出，「若能使經濟社會文化權利取得憲法基本權的地位，方有使大法官審查標準與態度趨向嚴格的可能<sup>371</sup>」。但當然，這必須要先克服建構權利本身的困難<sup>372</sup>。本文認為，無論是要建構權利或是否定權利性質，需要的都是大法官更細緻的說理，諸多大法官在意見書中展現了精采的論理，即為適例，但這些分歧的見解也顯示出對於居住權的認識與共識尚嫌不足。關於共識不足，基於在憲法上建構居住權的諸多疑慮、以及對系爭條文的解讀見解不同，是可以理解的；但關於認識不足，本號解釋作為一個可以提升認識的機會，實應善加把握，姑不論意見書制度的疑慮，對於權利內涵闡述而言，大法官積極於意見書中對新權利加以闡釋，對權利論述的累積是相當有幫助的。

至於實質上，本文相當認同許宗力教授所言：「釋字第 709 號可說是「為德不卒」，居住權在本號解釋中可以有更多的發揮空間，縱然以程序取向的檢驗方式亦然，系爭法律建構之行政程序是否可以提供人民符合人性尊嚴之居住環境、避免直接以多數決認定公益等，皆是居住權可以超越財產權論述而能處理者<sup>373</sup>」，而在強調發展的過程中，基本權、正當程序的考量「不應該如此微弱」<sup>374</sup>。對此，可以在諸多意見書中看見一些希望，但也僅能企盼其在後續的相關案件中不會再度失

<sup>369</sup> 葉俊榮，前揭註 20，頁 19-20。

<sup>370</sup> 葉俊榮，前揭註 20，頁 20。

<sup>371</sup> 同前註。

<sup>372</sup> 事實上，葉教授該文即是在處理經社文公約權利在司法審查上的困境，具相當之啟發性。同前註。

<sup>373</sup> 許宗力，前揭註 353。

<sup>374</sup> 許宗力，前揭註 353，頁 1073。

之交臂、而有機會成為多數意見。可惜的是，接下來可能可以運用居住權審查之案件，似乎沒有呈現這樣的趨勢。



## 肆、釋字第 727 號與第 732 號解釋評析

### 一、釋字第 727 號解釋

釋字第 727 號解釋係有關對不同意眷村改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益之規定，即「中華民國八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（九十六年一月三日修正公布將四分之三修正為三分之二，並改列為第一項）<sup>375</sup>」是否合憲之討論。大法官在本號解釋首先用了平等原則審查，認為加速清理的目的是基於土地使用之最佳經濟效益，維護公益，屬於正當目的，且與手段有合理關聯，沒有違反平等原則。其次又補充，不同意改建之原眷戶之待遇竟不如按期搬遷之違建戶（有搬遷補償費），且未注意到其中經濟狀況不佳的住戶，應儘速檢討改進。另外，本號解釋並沒有提及經社文公約。

首先要問的是，本案是否與居住權有關？羅昌發大法官認為，雖然案件與居住之給付有關，但其實關注其內容是眷村改建優惠的問題，已經逸脫「居住」本身的問題，則此案並不涉及適足居住權：「本件爭點毋寧在於不同意改建之原眷戶是否可以享有與同意改建之原眷戶相同之各項優惠給付之問題。<sup>376</sup>」然而，本文認為這實則仍與居住權中驅逐之「正當程序」有關，如住戶搬遷後是否有替代住宅之注意、甚至整個拆遷程序是否有相應的程序保障等，應予討論。甚至，補償費設計上雖是搭配財產權，但在未規定補償費然拆遷顯然影響涉及基本居住需求時，

<sup>375</sup> 司法院大法官釋字第 727 號解釋文參照。

<sup>376</sup> 司法院大法官釋字第 727 號解釋羅昌發大法官協同意見書參照。

仍可能與居住權相關，有探討之可能。

本案另一個需要觀察之處係：平等原則之審查是否有辦法容納居住權之保障內涵？即若從本案觀察，居住權所需要之保障是否已經在平等原則審查流程中完整地受到考慮？解釋理由書中關於法益權衡需要檢討改進的地方，其實已經不在大法官平等原則審查的基本框架中了，平等原則的審查毋寧是在肯認目的後就相當迅速地得到合憲結論，這之中可說是「毫無」居住權之考量。本文認為，不需要因本號解釋之論理方式就完全否定由平等原則審查納入居住權實質內涵保障的可能性，例如加入「拆遷可能影響基本居住條件」的考量而提高審查密度之際，平等原則的審查也有機會呈現不同之光景，只是釋字第 727 號解釋並沒有這麼做。不過，在解釋理由書法益權衡的段落中，「又對於因無力負擔自備款而拒絕改建之極少數原眷戶，應為如何之特別處理，亦未有規定」的考量，大法官「似有」慮及關於基本居住條件不保之情形，應值肯定。

## 二、釋字第 732 號解釋

釋字第 732 號解釋與徵收相關，也同樣未提及經社文公約。大法官認為系爭規定允許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收非交通事業所必須之毗鄰地區土地，違反比例原則而侵害人民憲法第 10 條之居住及遷徙自由與第 15 條財產權，違憲。本號解釋固然透過居住及遷徙自由與財產權之違反就已經宣告審查客體大眾捷運法之條文違憲，但關諸此種論理模式與內容，仍有可討論之處。

首先同樣要問的是，本號解釋與居住權關係何在？誠如羅昌發大法官於意見書中所言：「本席在釋字第七〇九號解釋所提之意見書中曾說明，如因國家措施使人民被迫遷離家園，係涉及國際人權公約所保障之「適足居住權」(the right to adequate standard of housing)。以土地開發為名進行徵收，並因而迫使人民遷離家園，自應受極嚴格之規範。本解釋尚未直接肯定「適足居住權」因土地徵收而遭剝奪之情形。本院將來之解釋如能進一步肯定土地徵收涉及強制將人民驅離家園，



因而侵害人民適足居住權（著重於適當生活條件之家園之建立與維護），而非僅涉及居住自由（著重於居住於何地之選擇），將有更重要意義。<sup>377</sup>」居住權和居住遷徙自由之內含容有差異，此處「徵收」與家園被剝奪之關係，即係居住權所關照之重要面向。

而本號解釋另一件需要注意的論理是理由書中「國家以徵收方式剝奪人民土地所有權，甚而影響土地上合法居住者之居住自由，如非為公用，則須符合其他公益之正當目的」這段用語。其看似立基於人民權利保障的觀點，惟從「居住權」的思考而言，這段文字似乎是認為，從所有權出發的思考進一步擴張到了居住自由上，基於所有權以衍生的權源（如合法租賃等）擁有者，方得受到居住自由之保障——所以，憲法第 10 條的居住僅限於合法居住？本文認為，不需要在權利主體就做出限縮，非法居住者——如違建戶或其他非正式聚落，也應該納入保障，毋寧是保障程度上再行做出更細緻的判斷，試想，若完全否定非法居住者的居住及遷徙自由，將連正當程序都不受保障，當有權者進行驅逐時，可以不經任何通知直接強制拆遷，這真的是憲法居住及遷徙自由之意旨嗎？本文建議不應如此狹隘地看待憲法第 10 條。再者，「公用」是否可以如此直截了當的對抗人民權利也需斟酌。

## 伍、小結

綜上，可以看到的是至少在意見書的部分，公約施行後居住權開始受到重視，許多大法官是具備公約居住權之意識的，可惜解釋文與解釋理由書本身並未有具體之肯認。機會的錯失也許值得惋惜，但論述的累積也未嘗不是某種成果，然而，必須正視的問題是，如果多數意見繼續緊嵌居住相關問題於財產權思維中，而無法出現另一個與財產權平行、或有時在沒有財產權時、財產權衡量上不如公益時可以發揮審查機能的居住權思維，持續認為財產權可以解決所有問題，居住在憲法解釋中被看見的機會就永遠只是在意見書中作為願望般的出場。財產權的保障

---

<sup>377</sup> 釋字第 732 號解釋羅昌發大法官提出、蔡清遊大法官加入協同意見書參照。

固然重要，但居住權與財產權的不同，也需要被發覺。

直言之，公約與憲法解釋的互動確實存在，也有初步的成果展現，但結果是差強人意：形式上，我國尚未透過正式的大法官解釋「說出居住權」；實質上，諸多與居住相關之要素沒有在審查過程中受到重視。在這樣的憲法解釋狀況之下，雖然我國憲法提供了居住保障一定的素材，但實際上居住保障究竟呈現如何之圖像，本文於次節擬進一步檢驗三權之實踐，並嘗試以檢驗之結果作為本文進一步評估我國是否需要憲法上居住權之評斷基礎之一。

### 第三節 三權實踐之蹤跡

以下將依照行政權與立法權、一般法院的次序依序檢討，並提出本文之觀察。本文在第二章已經指出，居住保障之形式與內國之經濟社會情形等因素具有相當之關聯，現況檢驗的實益在於釐清我國情形之肌理與需求，透過對各重要規範與國家權力實踐之情形，有助於本文在次節對我國是否需要憲法上居住權做出妥適之評估。在這些檢驗中，本文之觀察重點為：

- (1) 我國當前居住保障的圖像為何？是否存在「權利」的形式？
- (2) 經社文公約、憲法與國家權力之間的互動關係，如何實踐或勾勒出「居住保障／權」？
- (3) 當前的保障機制是否能充分、或達何種程度的保障居住需求？

#### 第一項 行政權與立法權

##### 壹、行政權之整體住宅政策與國家報告

曾有文獻指出，我國根本沒有住宅政策可言<sup>378</sup>，這麼說可能過於激烈，不過

---

<sup>378</sup> Doling, J. F., & Ronald, R. (n.d.). *Housing in East Asia: Socioeconomic and demographic challenges*.

關於整體住宅政策與法制的規劃，實為近十年才有的事<sup>379</sup>，且實踐仍屬有限。過去，雖然零星有國宅、平民住宅、出租國宅等供給，但欠缺長遠規劃且多數以失敗或有重大困難告終。住房問題沒有體系性、永續性的處理留下了相當大的遺害，住宅商品化的趨勢不僅使得房價高至不合理的程度、還有空屋率逾一成（營建署 2014 年之數字為 85.69 萬戶）之問題，住宅成為富人投資保值的商品，人民居住問題卻層出不窮，甚至將持續複製並擴大貧富差距，造成社會安全隱憂<sup>380</sup>。

84.

<sup>379</sup> 行政院於 2005 年核定內政部之「整體住宅政策」、2011 年核定內政部之「101-104 年整體住宅政策實施方案」，以及 2015 年核定新版「整體住宅政策」。

<sup>380</sup> 陳怡伶（2013），〈台灣的住宅體系：自由市場和住宅商品化下的居住危機〉，收於：國立政治大學國家發展研究所出版，《第五屆發展研究年會論文集—發展：危機與安全》，頁 220-239。

有關台灣的住宅政策與法制之體質，以下綜合整理自陳怡伶，同本註，以及林萬億（2011），〈再論社會住宅〉，《愛心世界季刊》，2011 冬季號 015 期。

簡言之，儘管中華民國憲法第 142 條指出「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國民民生之均足」，但台灣的住宅體系究是走向了自由市場。

1949 年大量軍民湧入台灣，政府缺乏整體處理居住問題之整體政策，允許民眾以自行搭建等方式自行解決，二戰受損的公共設施雖然最終獲得改善，住房問題卻未獲解決，台北市呈現大片的違建，而工業發展後，城鄉移民的湧入更是使得住房供不應求，根據市政府統計，1964 年有接近三分之一的人口住在違建當中。雖然 1953 年起，北市府興建了第一批提供給違建拆除戶居住的國民住宅，另外有少數的公教人員住宅等，但數量有限。1963 年國民黨黨中央決議要辦理平價住宅計畫，嘗試整頓貧民環境，但此計畫因無法覓得適當土地而失敗。至此，政府大多只有零星之規劃。

自 1970 年代起，可謂進入新的階段，這和時代背景有相當之關係：退出聯合國、石油危機、中美斷交等，政府政策受到影響，也趨向了凱因斯模式，時值國民黨出現國民信心的危機，政府開始嘗試建立大有為的形象來挽回民心，針對房價開始上漲，中下階層開始買不起房子，政府主要有二大措施：

首先是參考新加坡模式興辦國民住宅政策，但新加坡土地所有狀況和財務來源（新加坡有公積金）和台灣並不相同，經驗複製上便有所侷限。1975 年制定國民住宅條例，在六年國宅計畫中，政府直接興建廉價國宅販售，預計提供給低收入戶，但最後因為房價仍過高，滯銷後政府不得不放寬收入底限，於是，購買國宅者其實並非國家設定要照顧的低收入戶。

另外，1972 年台灣省的推動小康計畫中明訂了「貧民住宅」的興建，只租不賣，只限低收入戶租用。而同年台北市政府便進行了安康計畫，成為唯一有興建施行平宅計畫的地區。但由於入住狀況不如預期，最後在 1980 年停止興建。

至此，政府開始介入住宅的租售市場，但主要是作為經濟發展計畫的一部份，且貧民住宅部分就算號稱是整體規劃，但最終實施規模都相當有限。1980 年後，新自由主義浪潮來襲，國民黨政府選擇對住宅市場之去管制化、並加入刺激鼓勵市場之自由化，以致於到了 1980 中後期，住宅市場成為政府「覆水難收」的境地，房價飆漲至三倍以上，也刺激了當時無殼蝸牛運動的興起。

最新的整體規劃，即 2015 年行政院核定之整體住宅政策，其基本原則包括六大項：(一)健全市場機能、(二)維護社會公義、(三)鼓勵民間參與、(四)保障居住權利、(五)居住安全、以及(六)住宅無障礙。甚值注意的是，內政部訂定的政策目標係「基於憲法保障國民基本人權之精神，結合政府與民間資源，在健全之租售住宅市場、合宜居住環境品質、多元居住協助與社會住宅之規劃下，達到不同所得水準、身心機能、性別、年齡、家戶組成、族群文化之國民，均擁有適宜且有尊嚴之居住環境之目標」，其中有關適宜且有尊嚴的用語，應是參酌了經社文公約之意旨，但所謂基本人權之定錨點，究竟是憲法第 15 條生存權、新興基本權抑或如何，則並不明確。

那麼，當前行政部門所做的「居住保障」之體系究竟如何？基本上，呈現「社會福利政策」和「住宅政策」兩大主軸之交疊保障。至其具體之關係，2014 年內政部社會住宅中長期方案中解釋了「社會福利政策」和「住宅政策」範疇與其關係。首先，「社會福利政策的居住協助」範圍是各地方政府主管機關依據內政部訂定之「低收入戶住宅補貼辦法」及「身心障礙者房屋租金及購屋貸款利息補貼辦法」辦理相關補貼。至於「住宅政策的居住協助」範圍是協助一定所得一下之無自有住宅家庭，依其需求及財務條件，選擇以購屋或租屋方式取得適宜之住宅，詳言之，中低收入無自有住宅之家庭，政府以提供合宜宅及購屋利息補貼來協助；

---

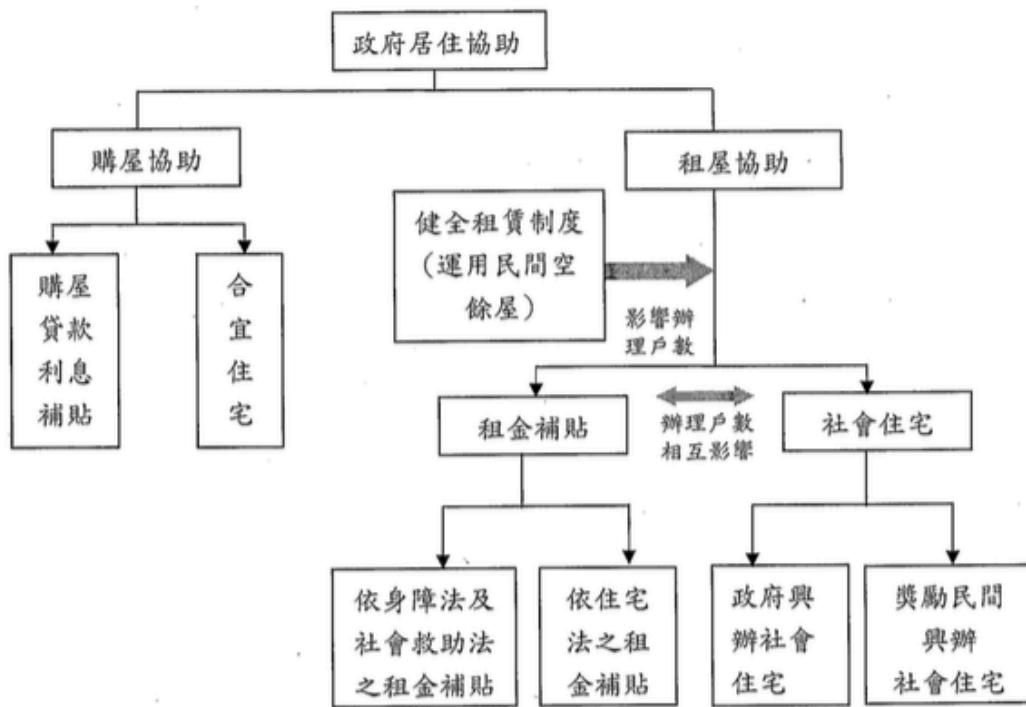
居住問題從未消失，在 1994 年，陳水扁任台北市長時推動了只租不賣的出租國宅，將部分國宅改為出租使用，但進度緩慢，至郝龍斌任市長時也僅有 3884 戶。1999 年，民進黨黨綱之行動綱領納入「興建國民住宅租予所得較低的國民，並藉此平抑房價，保障國民居住的權利」，2000 年民進黨執政後開始修正社會福利政策綱領納入社會住宅，2004 年核定，2005 年進一步核定施行「整體住宅政策」，此際，社會住宅終於納入了正式的政府規劃，並且，出現了整體針對人民「住」的需求的專門規劃。「整體住宅政策」之中對於社會住宅之目標設定為「使不同所得水準、身心機能、性別、年齡、家戶組成、族群文化之國民，擁有適居且有尊嚴的居住」。然而，要提供給社會住宅興建作為法源基礎的「住宅法」，仍然到了 2011 年才通過。

2008 年後，民間推動社會住宅之力量興起，2010 年社會住宅也成為五都選舉候選人的重要政見，社會關注漸起，2010 年 10 月，馬英九總統指示內政部儘速推動興辦社會住宅，並提出租金補貼為主，興建社會住宅為輔的原則，內政部隨即提出「社會住宅短期實施方案」，明訂「無法透過租金補貼在市場上租到合適住宅之弱勢者，政府有義務提供公有出租住宅」，2011 年 6 月行政院核定，遴選雙北市五處基地試辦，由內政部補助土地價款，雙北市政府負責興辦。2011 年 12 月 30 日，住宅法終於三讀通過。

收入較低而無自有住宅家庭，則以租金補貼及社會住宅給予協助，租金補貼和社會住宅在社會公平及租屋之相對條件下互為選項<sup>381</sup>。

而兩政策領域的居住協助之關係，內政部於系爭方案中指出，「鑒於目前各縣市社政主管機關所辦之住宅補貼並非全國均有財源辦理，民眾之補貼僅得擇一接受補貼，故社會福利缺額部分可透過住宅政策協助，以發揮互補效果」，並提出了政府居住協助示意圖如【圖三】。

【圖三：政府居住協助示意圖】



（資料來源：內政部（2014），社會住宅中長期推動方案暨第一期實施計畫，103年1月6日院臺建字第1020079079號函核定，2014年8月，頁6）

綜上，台灣行政權顯然「已有」居住權有關「適足性」方面的意識，甚至是基於憲法與公約而來的意識。但「遷離之正當程序」同樣是居住權相當重要的面

<sup>381</sup> 內政部（2014），〈社會住宅中長期推動方案暨第一期實施計畫〉，103年1月6日院臺建字第1020079079號函核定，2014年8月，頁5-6。

向，卻是政府居住協助所無法看出的面向。事實上，從都市更新條例、以及徵收相關法規的授權下，行政部門容有諸多需要民眾「遷離」之可能作為，對此，政治部門的檢討較為薄弱，其意向僅能從國家報告中窺知一二。

以 2013 年台灣政府所提出之國家初次報告<sup>382</sup>為例，已然提出了相當多關於「居住權」的實施措施<sup>383</sup>，2015 年的第二次國家報告，同樣也是具備相關內容<sup>384</sup>。以 2016 年的國家報告為例，與居住權相關的內容包括「適足住房權」(213.~219.)，其中包括最低居住需求<sup>385</sup>、社會住宅<sup>386</sup>、無障礙設施<sup>387</sup>、安心成家購屋貸款方案等，

<sup>382</sup> 指《經濟社會文化權利國際公約初次報告》。

<sup>383</sup> 總統府人權諮詢委員會與法務部(2013)《經濟社會文化權利國際公約初次報告》，其中關於「住屋權利」項目下內容為第 215~220 點。而國際專家審查的結果，有關居住權之部分：

「住房權(第 11 條)

1. 專家對於住在台北非正規聚落的數百個家庭的情況感到關切，其等現正面臨被強制驅離的威脅，而且未給予符合國際人權標準的合適的替代住宅，例如紹興與華光社區。專家也相當關切當初 A7 捷運站以及機場捷運開發時有民眾遭到強制驅離，影響到約 700 戶住家與 5000 位民眾。根據所收到的資料，這些住戶在土地被賣給建商之前未被有效的徵詢意見。
2. 專家建議中華民國(臺灣)中央行政機關應該重新審查都市更新條例。公民社會認為此條例構想欠佳，也是產生許多住戶遭強制驅離的原因，未適當慮及公平補償或國際人權標準。
3. 專家也建議，在未提供符合聯合國經濟社會文化權利委員會第四與第七號一般性意見的替代住宅之前，應該停止強制驅離住民，確保居民不會無家可歸。」

<sup>384</sup> 第 13、213~237 點。

<sup>385</sup> 「213.為界定在健康與安全條件下可容忍的最低居住需求，作為民眾居住所應具備或保障之最低標準，內政部利用地政資料及房屋稅籍資料勾稽，採一人平均居住面積 13.07 平方公尺為基本居住水準，內政部依據住宅法第 34 條規定於 2012 年 12 月 28 日訂頒基本居住水準，其指標為：(1) 平均每人最小居住樓地板面積；(2) 住宅重要設施設備項目及數量。2012 年全國低標準之家戶數約 17 萬戶。」

<sup>386</sup> 「218.社會住宅：

- (1) 為協助無法於市場上租得住宅之弱勢者、中低收入家庭、外地至台北都會區就學就業青年、新婚家庭等解決居住需求，2011 年 6 月 16 日行政院核定社會住宅短期實施方案，推動台北市及新北市之五處試辦基地(含台北市萬華青年段、松山寶清段，及新北市三重大同南段、三重大安段、中和秀峰段)，預計興建 1,919 戶，預計 2016 年陸續完工。依行政院 2014 年 1 月 6 日核定之社會住宅中長期推動方案，2014 年至 2023 年編列 67 億餘元補助地方政府興辦社會住宅，2015 年核定補助約 15 億元，預計 2017 年陸續完工。
- (2) 台北市政府公共住宅及新北市社會住宅未來預計提供 30%比率戶數出租予獨居老人及身心障礙者等，並考量其負擔能力及地方特殊需要採分級方式收取租金。」

<sup>387</sup> 「219.建築物無障礙設施：依 2011 年至 2015 年整體住宅政策實施方案，針對高齡者的住宅，提出推廣通用化設計及高齡者生活環境規劃 2 項具體措施；另依行政院 2015 年 2 月 26 日核定之

另有「保障少數族群居住權<sup>388</sup>」、以及多個重大矚目的開發案<sup>389</sup>——在後二者注意到了遷離正當程序的面向。就國家報告的內容而言，行政權對於經社文公約之居住權實踐雖屬片段，觀諸內容也有諸多值得檢討之處<sup>390</sup>，但可說是「有意識」的，實則，問題是這些行政行為受到如何之監督。

## 貳、住宅法之出現

2011 年住宅法的制定可說是標誌了一個新時代，在 2005 年第一次的整體住宅政策核定後，又歷經了 2009 年的兩公約施行法生效施行，住宅法第 1 條便明確指出立法目的為「為健全住宅市場，提升居住品質，使全體國民居住於適宜之住宅且享有尊嚴之居住環境，特制定本法」，而整部法律分成總則、住宅補貼、社會住宅、居住品質、住宅市場、居住權利平等及附則共七章。

值得注意的基本居住水準設計，住宅法於第 34 條要求內政部訂定，堪稱是居住領域的貧窮線<sup>391</sup>，並據以提供進一步之租屋補貼等居住協助之設計<sup>392</sup>。

---

都市更新發展計畫（2015 年至 2018 年），未來 4 年中央都市更新基金將編列 1.6 億元補助私有老舊建築物辦理立面修繕工程、增設或改善無障礙設施、增設昇降機設備等整建維護工程施作所需費用。」

<sup>388</sup> 「220.現有原住民保留地約 26.1 萬公頃，原住民保留地之移轉，以具原住民身分者為限。早年辦理原住民保留地總登記時全部登記為國有土地，而後陸續辦理土地權利回復工作，現已有約 12.5 萬公頃為原住民使用，占原住民保留地面積約 48%；已訂定原住民族土地規劃與管理細部實施計畫-原住民保留地權利賦予計畫；會同行政院農業委員會修正山坡地保育利用條例第 37 條；研修原住民保留地開發管理辦法；編印原住民保留地管理行政相關規定暨解釋彙編；召開法令或政策意見交流會議、研商會議及參加各種協調會議等，希冀能讓原住民儘速取得土地權利，確保其生活及生計。」

<sup>389</sup> 包含桃園航空城、淡海新市鎮、南鐵東移等案。

<sup>390</sup> 例如，第 220 點僅以保留地的地權移轉作業績效做為回應，完全未針對散居在各都會區中的原住民，提出居住權改善的措施和說明，也未就都會區中之原住民族聚落（三鶯部落、溪洲部落等）做出任何檢討與回應。針對 2016 年之國家報告之檢討與民間意見，可參考 2017 年將提出之民間影子報告。

<sup>391</sup> 而內政部於 2012 年訂定基本居住水準：

「內政部 101.12.28 台內營字第 1010811800 號令訂定，自 101 年 12 月 30 日生效

一、本水準依住宅法第三十四條規定訂定之。

二、住宅之基本居住水準，應符合下列規定：

然而，住宅法的可裁判性過低——幾乎是不具可裁判性，除了有關使用住宅空間之自由遭他人侵犯之申訴管道規定<sup>393</sup>外，其餘並無可以作為請求權基礎之條文<sup>394</sup>。亦即，縱然住宅法係立法者帶有居住權想像之法律，然不具可裁判性之部分，居住權形同「看的到吃不到」。在此種規範方式下，救濟管道之欠缺使得這些條文對人民權利之保障有限，縱然要主張相關行政行為違反住宅法之居住權保障意旨而有違法律保留原則，由於住宅法條文之概括性，這種主張實際上也有相當之難度。

## 參、簡析

### 一、規範結構之特色

雖然我國關於居住之「規範密度」已達一定程度，但必須注意的是，相較於德國立法者會將社會政策「冗長而細膩地」訂入法律條文，我國社會立法則是大量授權行政機關或根本未授權<sup>395</sup>，居住面向亦是如此。從而，各種具體的標準與做法幾乎都是由行政部門決定，此種以行政行為為重之規範結構，可能影響討論司

---

(一) 居住面積達家戶人口平均每人最小居住樓地板面積之和。

(二) 具備住宅重要設施設備項目及數量。

三、第二點第一款所定家戶人口平均每人最小居住樓地板面積，依下表規定計算之：

家戶人口	平均每人最小居住樓地板面積
------	---------------

一人	十三點零七平方公尺
----	-----------

二人	八點七一平方公尺
----	----------

三人	七點二六平方公尺
----	----------

四人	七點五三平方公尺
----	----------

五人	七點三八平方公尺
----	----------

六人以上	六點八八平方公尺
------	----------

四、第二點第二款所定住宅重要設施設備項目及數量，指依建築技術規則建築設備編第三十七條之住宅、集合住宅應裝設之大便器、洗面盆及浴缸或淋浴等衛生設備及其數量。」

<sup>392</sup> 有關基本居住水準之基礎研究，可參閱：中華民國住宅學會（2008），《內政部營建署 97 年度「最低居住水準訂定與實施作業」委託專業服務案總結報告書》。

<sup>393</sup> 同法第 46 條：「任何人不得拒絕或妨礙住宅使用人為下列之行為：一、自費從事必要之居住或公共空間無障礙修繕。二、因協助視覺功能障礙者之需要飼養導盲犬。三、合法使用住宅之專有部分及非屬約定專用之共用部分空間、設施、設備及相關服務。」

<sup>394</sup> 吳昌鴻，同前註 30，頁 140-152。

<sup>395</sup> 孫迺翊，同前註 270，頁 454。



法審查之考量，宜予注意。



## 二、遷離之正當程序？

住宅法或住宅政策所形塑的居住權，前已提及救濟管道之欠缺是一重大問題，而另從關照面向而言，若以三大內涵檢驗，已包含了禁止居住歧視與適足性的關照，「遷離之正當程序」卻未有規定，例如重大計畫或開發行為等本身之公益性、必要性、事前評估程序等內容，係當前規範中付之闕如者。但國內關於居住權重大案件也通常是與「遷離之正當程序」最為相關。

觀諸各類社會立法，我國在居住協助方面已有逐步之開展，但遷離之正當程序在行政權或立法權的實踐中則是較欠缺整體規劃的。以安置為例，雖然與安置相關之法規確實存在，例如都市計畫法第 64 條、平均地權條例第 55 條之 2 第 4 款、獎勵民間參與交通建設區段徵收取得土地處理辦法第 7 條、都市更新條例第 21 條、新市鎮開發條例施行細則第 3 條、促進民間參與公共建設法施行細則第 25 條、土地徵收條例施行細則第 36 條、交通部辦理促進民間參與公共建設區段徵收取得土地處理辦法第 7 條、以及內政部重大災害災民安置及住宅重建原則等規定，其中若干法規並未要求擬定安置計畫，僅提出「得」做如何之舉措、又，其他法規雖要求擬定安置計畫，但對於安置計畫之內容卻未明確規定<sup>396</sup>。

總之，這些法條零星散落在不同的規範當中，效力不強、且仍有這些原因以外的拆遷事實可能，例如國有地清理<sup>397</sup>，這樣的前提下，人民對於安置計畫之參與

---

<sup>396</sup> 曾智敏、紀俊輝（2015），〈以市地重劃方式開發舊都市更新地區兼顧原住戶安置之探討——以「體二用地」為例〉，台中市政府地政局重劃科，104 年度自行研究發展案件計畫報告，頁 10-11。包括條文完整之整理，以及政府之安置處理原則方式說明。條文整理部分，該文引自：洪崇啟（2011），〈都市更新安置計畫之研究——以高雄市林投里為例〉，國立高雄大學都市發展與建築研究所碩士論文。

<sup>397</sup> 適用各機關經管國有公用被占用不動產處理原則。另有關地方層級，以台北市為例，基於資源優勢，這方面的考量是較為完善的，且注意到了違建戶的安置，訂有台北市舉辦公共工程對合法建築及農作改良物拆遷補償暨違章建築處理辦法（已更名為台北市舉辦公共工程拆遷補償自治條例）。

恐不足、或當人民對於安置計畫不滿意時，行政行為卻會因為有這些法源而相當容易合法。當然，我國有行政程序法的相關規定，如聽證程序，舉例而言，土地徵收條例第 10 條第 3 項規定：「特定農業區經行政院核定為重大建設須辦理徵收者，若有爭議，應依行政程序法舉行聽證」，此定位可能是財產權之正當程序，但同時也可能是居住權所需要關注的正當程序，其中「真誠協商」是否有可能在相關行政程序中達成，是需要從整體程序設計與法律效果進一步檢驗的。釋字第 709 號解釋大法官所著重者，也是「正當行政程序」的部分——儘管其係自財產權之正當程序功能論證。

綜上，關於遷離正當程序之部分，我國有零星散見的規範，但要件、效果都欠缺整體的關照，住宅法中也未見相關部分，以至於協商、安置等遷離之正當程序目前在體系上被排除在有關居住權之圖像之外，本文認為是相當需要檢討的。

### 三、小結

整體而言，我國行政權與立法權對於居住權之意識可說是存在的，且與時俱進地試著與公約接軌，但仍有諸多需要檢討之處。以本文設定之觀察重點而言：

首先，從政治部門著眼，我國當前居住保障在近年已經呈現漸趨完整的圖像規劃，其中對於適足性有較多著墨，而遷離之正當程序部分可說是問題已經浮現，諸多學者與律師針對徵收等制度有所著墨與嘗試，惟政治部門方面較為明確的整體檢討尚未出現，國家報告的內容顯現政府有所注意，惟爭議持續中。當前有立法委員提案補強住宅法此一面向<sup>398</sup>，值得後續觀察。至於是否以權利形式存在，雖然住宅法第 45 條以「權利」稱之<sup>399</sup>，而整體住宅政策亦以「權利」稱之，但這些規範宣示意義較強，其主觀權利之性格並不明確，仍需以司法實務觀察之。

---

<sup>398</sup> 立法院第 9 屆第 1 會期第 9 次會議議案關係文書(2016)，院總第 447 號政府委員提案第 15541、18346、18376、18643 號之 1 中委員尤美女等 23 人提案。

<sup>399</sup> 「居住為基本人權，任何人皆應享有公平之居住權利，不得有歧視待遇。」本條尚未出現司法裁判。

我國行政與立法之居住整體規劃在近十年有相當之進展，也與公約施行法生效之歷程嵌合。內容上，無論是住宅法或行政權之作為，如前所述都受到公約內容之影響<sup>400</sup>，具體反映在規劃與用語上，國家報告制度亦使政府須履行針對公約內涵檢討之義務。另如2015年整體住宅政策可窺知憲法仍係政府住宅保障的出發點，具體方向則參酌公約，可謂三者互動之展現。實則，在法與政策層次上雖有所進展，但其成效如何，關係著居住權圖像的完整化與落實，仍需要觀察法院之態度與作為。法律的出現，若完全無法搭配司法審查，不免令人擔心落入形式之「依法行政」之弊中。

## 第二項 一般法院

本項擬檢驗「居住權」是否、又如何存在於我國一般法院，以下區分形式與實質之分析：形式部分將探討法院提及居住權之方式與脈絡，包括何時使用居住權之概念、用以指涉何種內涵；實質部分則探討法院對於居住權的認定，法院究竟有否承認居住權？承認了什麼樣的居住權？

### 壹、形式分析：提及方式與脈絡

我國並非沒有提及居住權相關意旨之法院裁判，然而重點係其內涵為何。在提及居住權相關意旨的裁判中，可以發現大部份案件都與拆屋還地有關，又，眷舍之爭議佔其中大宗。本文認為，從「法院」的論述角度而言，主要可歸類為四種提及方式<sup>401</sup>：

---

<sup>400</sup> 以公約角度對住宅法之檢討，參閱吳昌鴻；以公約角度對都市更新條例之檢討，參閱邱紀璇。此二部分可分別對應到居住權之適足性與遷離之正當程序。

<sup>401</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，吳文中亦分為四種類型：第一種係文字敘述，無任何權利內涵論述；第二種為憲法第 10 條；第三種是憲法第 10 條加上其他法律；第四種是以公約主張。由於吳文係以公約為主要討論對象，故區分第三種與第四種，本文分類對應至吳文，本文之第三種即為其第三與第四種，而吳文未有本文之第四種。另外，本文討論的判決係法院本身論述有提及者，若居住權僅出現在當事人主張、而法院之認定未提及（不論否定或肯定）時，並不在本文討論之列，此與吳文有差異。

第一種是單純描述居住事實，說明具備居住在某屋舍（以眷舍為大宗<sup>402</sup>）之權利<sup>403</sup>，這種類型與本文定義的居住權意涵有所差距，本文討論的居住權並非基於民法或眷舍配住之權源而可單純居住在某特定屋舍的事實，而是基於身為人本身應受國家尊重、保障的生存條件關照。

第二種是人民單純以憲法第 10 條主張居住遷徙自由，但法院對權利無多加描述而逕行否定者<sup>404</sup>，這類型的裁判法院對權利內涵論述較少，基本上認為若對造具備民法上合法權源時不得再行主張、與系爭案件無涉等等。

第三種類型則最接近於本文所討論者，當事人之請求權基礎可能是憲法第 10 條、憲法第 15 條、經社文公約第 11 條第 1 項等，亦可能結合不同法條同時主張，而法院對這些請求權基礎有所回應<sup>405</sup>，如著名的關愛之家案<sup>406</sup>、莫拉克風災之屏

---

<sup>402</sup> 此與國防部於 86 年 1 月 22 日以 (86) 鐸錮字第 0620 號令修正發布名稱為國軍軍眷業務處理辦法有關，其中第 31 條規定：「有下列情形之一者，撤銷其眷舍居住權收回眷舍：……三、出租、私自頂讓或經營工商業者」（現已廢止）。

<sup>403</sup> 如最高法院民事裁定 104 年度台抗字第 527 號，請求返還房屋等強制執行聲請停止執行案提及：「再抗告人以其已提起債務人異議之訴，為免繼續執行侵害其眷舍居住權為由，聲請停止系爭執行事件之執行。」、最高法院民事判決 103 年度台上字第 1896 號，請求排除侵害案提及：「華僑中學應允受配住人有居住至系爭宿舍改建，且優先分配一戶為止之合法居住權利」等。

<sup>404</sup> 也有部分眷舍爭議論及人民之居住其遷徙自由，但法院通常不予肯認，如最高行政法院判決，98 年度判字第 1360 號中，法院認為：

「蓋國軍眷舍之配住，並非憲法所保障之人民基本權利，甚至在早期不是法律所賦予或保障之權利，其配住或收回之事由，均係由軍方依職權命令或令函所形成，是國防部以國軍在臺軍眷業務處理辦法規定以收回眷舍之要件，並不致違反法律保留原則，至再審原告所舉之司法院釋字第 443 號解釋及第 514 號解釋，分別討論的是對於憲法第 10 條所保障之人民居住及遷徙自由暨憲法第 15 條所保障之人民營業自由之限制，本件自不得與之相提並論。」

<sup>405</sup> 如臺灣台北地方法院民事判決，103 年度重訴字第 166 號提及：

「被告另援引社文公約第 11 條第 1 項之適足居住權，憲法第 10 條居住及遷徙自由規定，主張伊應受前述居住權之保障云云。惟查，本件涉及權益為兩造間私權，需就原告之所有權與被告之適足居住權為衡平考量，審酌對原告或系爭土地原所有權人……而言，被告均係無權占有系爭土地，已如前認定，況……，堪認被告尚有餘力向他人承租房屋供自己與陳罔市安身立命，並非毫無資力之人，尚不得僅因社文公約第 11 條第 1 項保障人民適足居住權、憲法第 10 條保障國民居住及遷徙自由，即推論原告就系爭土地所有權不受保障、被告得任意占用」等。

<sup>406</sup> 臺灣台北地方法院 95 年度重訴字第 542 號判決中提及：

「按憲法第 10 條雖規定人民有居住及遷徙之自由。然憲法係規定政府與人民間之法律關係，並非用以規範私人間之法律關係，被告稱原告違反憲法等等，顯有誤會。況本件關愛之家協會所

東阿禮部落案<sup>407</sup>、以及部分樂生案之裁判<sup>408</sup>等等。本文以下即就本類型之裁判進一步進行實質分析。

值得注意的是，在以上三種類型之外的第四種類型，此種類型以生存權作為居住保障之立足點，並以生存權之內涵適用至居住的脈絡，而案件事實上，皆係解釋土地法第 97 條限制房屋租金之立法中，「房屋」在解釋上不及於營業用房屋，蓋系爭條文屬於生存權保障之具體化，營業與基本生存無涉，既然不在生存權保障範圍之內，按憲法意旨解釋法律時，法條所涵蓋的範圍就不及於營業用房屋<sup>409</sup>。

收容之愛滋病患，並非自始即居住於再興社區中，係因負責收容機構即關愛之家協會設立於該處，故前開愛滋病患方被動依據該機構所在地而為生活中心地，既前開遭收容人並非主觀上有居住於系爭房屋或遷徙至系爭房屋之意思，自難認系爭規約有何違反被收容人之基本人權之處。」  
上訴審則廢棄原判決，即臺灣高等法院 95 年度上易字第 1012 號民事判決，相關理由係：

「 揆諸前開說明，○○社區於 94 年 7 月 20 日及同年 8 月 31 日召開區分所有權人會議將規約第 17 條第 2 項第 4 款修正為：「住戶不得將社區建物提供收容或安置法定傳染病患及精神病患，或經營類此行業及經營色情等妨害公序良俗並影響鄰居生活安寧、公共安全、公共衛生之行業，違者經勸導限期仍未改善，除得訴請法院強制執行遷離...」，逕行排除法定傳染病愛滋病患之收容，即與上開人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇」之規定相左。」

<sup>407</sup> 莫拉克風災屏東阿禮部落之最高行政法院判決 101 年度判字第 1073 號，法院認為：

「 劃定特定區域應符合之要件包括「災區安全堪虞或違法濫建之土地」及「與原住居者諮商取得共識」，且應提供「符合重建條例第 20 條第 1 項之適當安置」，從而在符合上開三要件後，政府機關始得限制原居住者居住或限期強制遷居、遷村，此乃考慮居住者之安全因素，自難謂有違憲法第 10 條保護人民居住及遷徙之自由，或原住民族基本法第 32 條前段所規定「政府除因立即明顯危險外，不得強行將原住民遷出其土地區域。」之意旨，上訴意旨主張重建條例第 20 條第 2 項有架空憲法第 10 條及原住民族基本法第 23 條之規定，顯有誤會。」

<sup>408</sup> 最高行政法院裁定，94 年度裁字第 02122 號，為樂生案裁判之一，法院指出：

「 經核抗告人主張之保障身心障礙之權利、居住遷徙自由權、生存權，均屬憲法原則性之揭示，其實現端賴法律明定具體得以主張之請求權，惟其並未具體表明有何實體法依據之請求權，所稱人權基本法草案及國際人權法公民與政治權利亦然，自難謂其有何公法上之權利存在，而得聲請假處分。.....所稱其繼續居住於系爭土地上房舍多年，係屬事實狀態，其未具體表明有何居住權源之法律關係，亦無繼續性之公法上法律關係可言。況依前所述，樂生療養院新建醫療院舍大樓即將完工，抗告人可安置於新院舍，系爭地上物之拆除，並未使其發生重大損害或急迫危險，是抗告人依行政訴訟法第 298 條第 2 項規定聲請定暫時狀態之處分，請求准許抗告人於本案訴訟確定前得繼續居住於系爭土地上之房屋及地上物，亦有未合，因而駁回抗告人於原訴訟程序所為聲請，核無違誤。」

<sup>409</sup> 最高法院第 92 年台簡上字第 20 號判決即認為：



## 貳、實質分析：一般法院之居住權概念與適用

一般法院究竟如何使用居住權之概念？對此，有兩者之角色值得注意，第一是公約上居住權、第二是憲法上生存權。

### 一、公約上居住權之運用

關於公約上居住權，實務中當事人主張不乏有以公約第 11 條直接作為請求權基礎者，亦有以公約之內涵實際解釋進入其他憲法上基本權或將公約搭配憲法使用者，兩者所涉之法律問題有所不同。

首先，直接以公約作為請求權基礎之部分，涉及公約的可適用性問題。論者於 2013 年指出，兩公約批准後雖然當事人對於居住權之主張更為豐富，然法院之回應並未更積極，論者認為這可能肇因於法院對公約之運用尚不成熟、或誤解公約之意義、並高度依賴國內法而不願意面對與適用公約<sup>410</sup>。不過，法院確實有漸

---

「土地法第九十七條之立法意旨為『城市房屋供不應求，為防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成居住問題，特設本條限制房屋租金之最高額，超出部分得由政府強制減定之，以保護承租人。』，是土地法第九十七條限制房屋租金之立法政策係基於居住乃人民生存之基本條件，為生存權之內涵，現代福利國家應滿足人民居住之需求，而立法當時之我國經濟環境，城市房屋供不應求，為保護經濟上弱者之承租人，使其能取得適當之居住空間，以避免造成居住問題，則該條之規定，應僅限於城市地方供住宅使用之房屋，始有其適用。至營業用房屋，承租人用以營業獲取利潤，並非供居住安身，即與人民安居之基本需求及生存權之保障無涉，自無立法介入加以限制之必要。」最高法院民事判決 94 年度台上字第 2373 號判決：

「經查，按土地法第九十七條規定，依其立法意旨，該條之規定，應僅限於城市地方供住宅使用之房屋，始有其適用。至營業用房屋，承租人用以營業獲取利潤，與人民安居之基本需求及生存權之保障無涉，自無立法介入加以限制之必要。」

最高法院民事判決 104 年度台上字第 1799 號判決：

「土地法上開規定之立法目的係基於承租人為經濟上弱者，有特別保護之必要，乃因傳統封建社會，承租人多為貧窮平民百姓，將承租之土地或房屋多用於維生所需。惟現代社會，營業承租人並非必然屬於經濟弱勢，尤以承租人將之營業獲利，並非供居住安身之用，即與人民安居之基本需求及生存權之保障無涉，且其因營業獲取相當利潤，更無立法限制租金額之必要。故土地法第九十七條所指房屋，應解為不包括供營業使用之房屋，以兼顧租賃雙方之利益。」

<sup>410</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，頁 135。不過，本文認為若內國法已有明確具體之規定時，使用國內法達到相同保障效果、或參酌公約之相關內容解釋其他法律，亦無不可。

漸肯定公約之防禦權面向作為法律上權利，然尚無在個案中肯認權利得以主張或受到侵害之判決出現。如臺北地院 101 年度重訴字第 15 號判決<sup>411</sup>，法院肯定了公約之「適足居住權」為法律上權利，在遭受強制拆遷時具有防禦權之功能，判決中完整梳理、論述了公約關於適足居住權之相關規範，包含一般性意見相關部分之摘要，可謂是相當值得肯定的一份判決，最後以系爭拆屋還地並不會使得當事

<sup>411</sup> 相關部分：

「原告請求被告遷離系爭房地有無違反國際人權公約部分：末按，我國立法院於 98 年 3 月 31 日經立法院第 7 屆第 3 會期第 6 次會議審議通過〈公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights, 簡稱 ICCPR) 及〈經濟社會文化權利國際公約 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 簡稱 ICESCR)〉，並於 98 年 4 月 22 日制定公布〈公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約 (下稱兩公約) 施行法〉，於同年 12 月 10 日施行。該施行法第 2 條、第 3 條分別規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力；適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。本件原告請求被告遷離系爭房地有無違反國際人權公約，即應依兩公約之規定及經濟社會文化委員會 (Committee on Economic, Social and Cultural Rights) 作成之一般性意見 (General Comment) 而定。經查：

1. ICESCR 第 11 條第 1 項明定，「本公約締約國承認任何人均有為自己及其家人獲得相當生活水準之權利 (right of everyone to an adequate standard of living)，包括充足食物、衣服、居住及持續改善生活品質。…」，經濟社會文化委員會第 4 號一般性意見 (General Comment No.4) 第 1、6、7 段更分別揭示：「自獲得相當生活水準權利衍生之適足居住權 (right to an adequate standard of living)，對於享有所有經濟、社會及文化權利最具重要性」、「適足居住權適用於所有人…。ICESCR 第 11 條第 1 項之家庭概念必須廣義地理解，不論年齡、經濟地位、團體或其他身分、相關因素，個人與家庭同受適足居住權之保障…。」、「適足居住權不應狹隘地解釋為在個人頭上提供屋簷作為庇護、或把住所完全視為一商品，而應將其視為有安全、和平及尊嚴地居住在某處之權利…。」，足見任何人無分身均享有適足居住權，得在某處安全、和平且尊嚴地居住。

2. 又參諸經濟社會文化委員會第 7 號一般性意見 (General Comment No. 7) 第 16 段明白表示：「驅逐 (Evictions) 不應使個人變成無家可歸或易於造成其他人權侵害，當被影響者無法自給，締約國必須在其最大可利用資源範圍內，採取一切適當措施確保有其他適足替代住房、重新安置或使用有生產力土地之可能。」，國際人權專家於 102 年 3 月 1 日針對我國國際人權公約初次國家報告作成之結論性意見 (Concluding Observations and Recommendations) 第 49 段亦指出，「專家建議在未提供符合經濟社會文化委員會第 4 號、第 7 號一般性意見之替代住宅前，強制拆遷 (forced evictions) 必須停止，以確保居民不會無家可歸。」，足認政府在強制拆遷人民住宅前，必須確保人民已有其他居住處所，不致無家可歸，否則不得強制拆遷。

3. 本件系爭建物係新疆省政府於 40 年間提供予新疆來臺義民張軫、張友義及渠等共同生活之家屬居住，已如前述，而張軫於 70 年間即已逝世，除張友義外，其他共同生活之家屬亦於同時間搬離系爭建物，張友義之後並於 88 年間出境，長期旅居在國外，未居住在系爭建物；至劉阿好餅店，僅向張友義承租系爭建物放置物品營業，未居住在系爭建物，均已詳述如前，故原告請求被告遷讓返還系爭房地，未使張友義、劉阿好餅店無家可歸，自未侵害被告依 ICESCR 第 11 條第 1 項所保障之適足居住權，至臻明灼。」

人陷入無家可歸而否定個案中有適足居住權之侵害。

另外，最高行政法院 104 年度判字第 447 號判決、以及第 543 號判決<sup>412</sup>當中，最高行政法院似乎也肯認了法律上之防禦權。本判決引用了 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，系爭決議係屬目前最高行政法院對於兩公約可適用性最重要之見解，決議指出：「公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）及經濟社會文化權利國際公約（下稱經社文公約）所揭示保障人權之規定，固具有國內法律之效力，然其得否直接發生人民對國家機關請求作成一定行為之請求權，仍應視此兩公約之各別規定，對如何之請求權內容及要件有無明確之規定而定。」而判決中認定公約上居住權之「給付面向」尚不具備明確規定，應具體待立法者表示後方可成為請求權基礎，但「防禦面向」是可以肯定的。

---

<sup>412</sup> 此二判決皆為華光社區之行政訴訟終審判決，關於公約居住權之見解兩判決同認係生存權之演繹性宣示。判決摘錄：「經社文公約所揭示保障人權之規定，固具有國內法律之效力，然其得否直接發生人民對國家機關請求作成一定行為之請求權，仍應視此公約之各別規定，對如何之請求權內容及要件有無明確之規定而定。有明確規定者，即得作為人民之請求權依據。反之，就如何之請求權內容及要件，並未明確規定者，即無從作為公法上請求權基礎，原告予以援引，即使遭機關否准，也不可能有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴（本院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議意旨參照）。經社文公約第 11 條第 1 項規定：「本公約締約國確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境。締約國將採取適當步驟確保此種權利之實現，同時確認在此方面基於自由同意之國際合作極為重要。」固然宣示人民有「適當住房權」，而該公約權利委員會對之也作有第 4 號及第 7 號一般性意見，前者指出所謂適當的住房，意味「適當的獨處居室、適當的空間、適當的安全、適當的照明和通風、適當的基礎設施、就業的合適地點、一切費用合理」等等；後者則表示各國政府應保護所有人不受違法之強迫驅離，並對違法之強迫驅離採取補救措施。惟上開規定及一般性意見，其實相當於憲法第 15 條所揭示生存權保障之演繹性宣示。關於所謂國家強迫驅離後之安置，不論是安置機關之指定、得申請安置人身分之確認、安置程度及方式之選定，無不涉及資源分配政策及所謂人民適足生存標準之衡平，也涉及多元利益價值之衝突，各國政經文化條件不一，尚無舉世皆然之統一標準。是以，經社文公約此部分規定，也未率然將之具體化，而僅闡述其意涵，俾使人民可援引作為「防禦權」，避免其適足生活受國家不法侵害；至於積極之請求權部分，則有賴各國立法機關，依其國民意志就各國所謂適足生活請求權內容及要件，予以明確規定，俾令行政機關實現此國民意旨，不及之處，人民始得據為基礎，請求法院判決為權利救濟。我國就國家土地管理機關依民事判決判准而拆屋還地者是否應予安置，如何安置，尚乏相關法律規定，無從以經社文公約上開規定及一般性意見，而認其有請求安置之公法上請求權。因此，上訴人等無權占有台北看守所管理之國有土地，經民事法院判准拆屋還地並執行之事實，業經原審確定在案，上訴人等逕以經社文公約第 11 條第 1 項、第 4 號及第 7 號一般性意見為據，向被上訴人請求作成安置處分，屬顯無法律上依據，經被上訴人否准，無權利或法律上利益受損之可能。」



從而，目前法院之見解已有朝向公約上居住權係具備防禦面向之法律上權利之發展。實則，公約居住權之給付請求權面向毋寧也不在委員會所指涉的自動履行部分，法院未擅自肯定給付請求權尚有所本。

而從最高行政法院 104 年度判字第 447 號及 543 號判決也可以進入公約居住權第二部分的討論，亦即公約與憲法之關係。系爭判決中法院認為公約與一般性意見係「憲法第 15 條所揭示生存權保障之演繹性宣示」，雖然係在否定當事人關於迫遷後安置之請求，但論述中連結了公約上居住權與憲法，將法律層次的權利與憲法做出連結，並以生存權為定錨點，這部分見解本文認為相當值得後續發展。

相對於 104 年最高行政法院以生存權為定錨點之判決，阿禮部落之第一審判決即台北高等行政法院判決 99 年度訴字第 1677 號當中，曾經順著原告主張，使用「憲法第 22 條所保障不受迫遷之基本自由權利」之語<sup>413</sup>，更進一步指摘政府之行政行為對照公約之適足居住權有未盡周延之處，但認為是行政行為妥當性問題，非司法得以置喙<sup>414</sup>。

綜上，公約上之居住權與憲法之連結何在，內容或立足之法條為何，一般法

---

<sup>413</sup> 台北高等行政法院判決 99 年度訴字第 1677 號相關部分摘錄：「而劃定特定區域所產生之「限制居住或限期強制遷居、遷村」之法律效果，重建會已經透過說明書，承諾當事人沒有意願離開原鄉，除了緊急狀況依災害防救法予以強制撤離外，在劃定特定區域後，不承受任何限制居住或限期強制遷居、遷村之法律效果，這是重建會對行政裁量的自我限縮，當然不影響原告等居住及遷徙之自由之基本權利。原處分透過說明書之敘述，並未剝奪原告等人返回原居地之基本權利，自無侵害憲法第 22 條所保障不受迫遷之基本自由權利之虞。」

<sup>414</sup> 台北高等行政法院判決 99 年度訴字第 1677 號相關部分摘錄：「關於原告質疑原處分違反我國簽署之公民及政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約者。本院認為災後重建工作首重安全效率，而人本思想是人性尊嚴的一環，對基本人性尊嚴的維護，法律上的期待是不容稍有踐踏；但若安全之維護或效率之提升，不至於影響到基本人性尊嚴（重建會之共識原則為政府將充分尊重每一戶原住居者之意見）時，當安全效率與人本思想無法兼顧時，規範價值的選擇則是在安全與效率，人本思想的貫徹就要讓步，而以事後彌補的方式來包容（安置措施未盡週延者當盡力彌補）。這樣的判斷基準，充分說明原處分並未違反遷移最後手段性原則，也未忽略災難人權的保障。至於，國際公約上適足住居權之實踐，參酌住戶包明堂及學者黃智慧之證述，確實有未盡週延之處，以及國際公約上一般意見書，涉及原住民特殊權利的問題上應尊重原住民自由、事先和知情同意的相關深度溝通，政府機關確實仍有相當努力之空間，但這是行政行為未臻妥當的範疇，原告主張此等國際公約上欠缺，而認為原處分違法者，自無足採。」

院皆尚未發展出穩定見解。不過，可以肯定的是，以公約之內涵連結憲法為請求權基礎之主張，是相對於直接用公約當請求權基礎另一條可行的道路。並且，這個論述脈絡下的居住權，是「憲法上居住權」，而不若前開第一部分所討論者係以公約所承認的「法律上居住權」。

另外，關於居住權之內涵，法院要引用公約或一般性意見皆並非不可期待。而從權利之功能觀察，「公約」可以直接作為具備防禦面向之「法律上權利」請求權基礎，雖然沒有勝訴之個案，但基本上在論述中已漸受到法院肯定。而給付面向在法律層次則否，咸認為尚需要由立法者有進一步之具體立法，否則公約不能作為給付權之請求權基礎。至於憲法層次，若從憲法第 15 條生存權為立論基礎，包括防禦與給付面向，而從阿禮部落案一審從憲法第 22 條衍生出的是自由權，未有給付面向。

那麼，可以從以上這些與公約相關之裁判中肯定憲法上居住權嗎？本文認為，雖然可以發現部分連結至憲法的蹤跡，且其內涵是以公約之內容演繹，但未有穩定見解、亦無真正明確實體勝訴的案件，宜持續觀察從公約演繹之憲法上居住權在普通法院是否可以獲得較為穩定之支持。

## 二、憲法上生存權之運用

除了從公約上溯至憲法上生存權外，憲法上生存權之運用並不止於此，形式分析的第四種類型即屬確例，說明了居住是生存權關懷的子類型，應無疑問。這種運用模式已然可以稱之為「憲法上權利」，如果樂觀地說，甚至可以肯定這是憲法上居住權之確證。

但是，仍有些限制必須指出，首先，這種運用方式僅出現在土地法特定條文之解讀上，是否能更為廣泛地運用仍須注意。繼而，這種運用方式所涉內涵是對於弱勢之保障，可謂是我國憲法解釋下生存權的典型關懷，則要進一步詢問的是，憲法上居住權之內涵也限在此一範圍嗎？例如都市更新同意戶的權利，也可以使用這個脈絡連結嗎？遷離之正當法律程序，也能使用生存權脈絡解釋嗎？若不適合，憲法上居住權範圍究竟為何？本文討論的居住權是單一基本權有辦法涵蓋的

嗎？這恐怕是一般法院仰賴具體個案表達見解尚難觸及之論述範圍，似乎在欠缺憲法層級之「宣告」前，仍有些保留。但對於一般法院此種做法，本文認為相當值得肯定，而對系爭土地法條文之使用也已形成普通法院之穩定見解。

綜上，在一般法院，雖然憲法上居住權不能說是個普遍的解釋方式，但確有許多零星之發展，值得期待與觀察其後續。另外，也可以見得以公約連結的解釋方式，可以開拓憲法關於生存權、或概括基本權之解釋內涵，從而這種路徑實值繼續發展。蓋公約相較與土地法條文，其定位本身就是一個具有完整內涵之權利，若能形成穩定連結至憲法的見解，對於憲法上居住權之理解將有相當大之助益。

### 第三項 小結

綜觀三權之實踐，我國憲法上居住權之發展似乎在一個起步階段，不管是居住保障之圖像或是權利性格都有些「跡象」，但尚未穩定。而公約之運用確實存在，國家機關適用公約時，也會連結至憲法，本文認為這點是相當值得贊同的，但公約居住權在憲法上的定位點，卻是三權都未明確定調的，若再參照大法官解釋意見書的適用方式，也同樣未有定論。

另外，可以發現居住權的「適足性」面向在政治部門較受關注，「反迫遷」之著墨則較少<sup>415</sup>。這種不對等的圖像固然反映了政治部門從事資源分配之機能，但顯然政治部門可以對迫遷部分有更多的注意。

---

<sup>415</sup> 至於司法，實務確有關於遷離程序保障或適足性面向的居住保障討論，適足性部分，除了本文提及的土地法保障，與住宅補貼等行政行為相關之裁判亦為數不少，但審查範圍因涉及裁量，也自然僅限於合法性審查，如最高行政法院 102 年度裁第 1084 號等。但當這些補貼、救助無法達到居住權保障，惟確屬「合法」時，法院能否有進一步之作為？能否連結至居住權的論述？目前尚未有明確的發展軌跡。

至於合法性審查之意義，實務有多數判決指出，「行政法院對行政機關具體案件之行政行為，原則上雖有完全之審查權，然對於行政機關依裁量權所為行政處分之審查範圍，則限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性。」引自傅玲靜（2015），〈行政裁量、判斷餘地與計畫形成自由——以最高行政法院 102 年度判字第 757 號判決為例〉，頁 1，104 年度雙北訴願實務研討會，新北市政府、臺北市府（主辦），新北。

而可以發現的是，無論行政與立法如何規劃、設計，最終都需要司法者對於居住權之圖像做一「確認」之動作，包括人民可否主張的主觀性格確認、內涵保護到哪裡の確認、法律或憲法上位階の確認，都必須在司法者「肯認」以後，才能確定這些規範化為人民主張之可能性，否則整體住宅政策或住宅法上的居住權利，也只是對於政府之誡命而徒具權利之名。

#### 第四節 小結：難謂存在的憲法上居住權

本章從我國憲法的基礎體質具備「社會憲法」之要素開始，確認了居住保障在我國憲法上應有所本，認為雖然沒有辦法直接找到具社會性的「居住」權利保障，但有諸多相關元素，綜合解釋應有機會推導出憲法上居住權。進一步以兩公約之通過施行為一時間分界，探討公約於我國之意義以及其對於憲法解釋之影響，觀察公約施行前與當前之憲法解釋是否受到公約影響或已推導出憲法上居住權。對此，雖然解釋文未提及、解釋理由書輕描淡寫，但從豐富的大法官意見書討論中，可看出部分大法官認為憲法上居住權是可以推導出的，惟仍需等待下一次的機會案件、並期待下一次的多數意見願意採納這樣的見解。是故，從憲法層級的文本而言，目前並沒有辦法說憲法上居住權存在於我國。當然，我們可以透過學說的解釋或演繹推導出、也可以從大法官的意見書找到，但究竟只是學說與意見書。

而本文進一步討論三權實踐中之軌跡，探討雖然憲法層級之文本中沒有、但三權憲政實踐上是否已經有憲法上居住權。如果從形式而言，不管是行政權、立法權或是一般法院，都有關於居住保障之實踐無庸置疑，也都有稱「居住權」之名的相關作為，但以政治部門而言，形式毋寧需要受到進一步的檢驗，一方面需確定稱權利者有辦法受到救濟、一方面要避免政治部門創造出更多「合法」名目但未實質保障人民居住權，反而使得諸多有問題的措施取得法源。暫先不論理由，以實際情況而言，這些政治部門稱之為居住權的「權利」，其主觀性格難謂存在，可說是「一個權利，各自表述」，而司法之肯認雖有從生存權之居住面向解釋土地

法條文，但在其他領域則尚未形成穩定意見，當前的發展是有零星之法律上權利的防禦權面向肯認、也有衍生自憲法上第 15 條生存權或第 22 條之見解，但除了未有肯定實體主張之勝訴裁判外，也沒有一套沿用的理解方式，除了土地法條文與生存權之連結，其他唯一可謂具備潛力可成為「穩定」見解者，似乎只有依照最高行政法院 103 年 8 月決議意旨適用在居住權之意見，推導出居住權部分「公約之給付請求權面向並不能直接以公約條文作為請求權基礎」的認定，也就是說要有更為具體之立法作為居住權給付面向之請求權基礎，公約並不足夠——但這是法律層次的權利，其是否為憲法上居住權之具體化、抑或是憲法由哪一條的具體化，也欠缺統一而完整的認定。但透過公約連結至憲法之方式，較諸目前穩定的土地法條文連結，能提供憲法更多、也較為完整之居住權內涵反饋，值得期待。

綜上，本文認為，要說當前我國存在憲法上居住權實在相當勉強，相關規範也尚無以「居住權」之概念進行違憲審查之例，各權力對於「憲法上居住權」或有認知，有以公約為本，然不一貫、或各自著重不同之片段，這使得我國在開始進行居住整體規劃之政策與法律之後，欠缺完整的居住權圖像，相對地人民也無法掌握權利內涵。這樣的後果是，政治部門創造了諸多政策與法源提供政府施展空間，而由於主觀權利之欠缺，在司法審查也欠缺足夠的舞台——司法審查固然受到「涉及資源分配」等給付面向之承認困難，但防禦面向之具體肯認卻也尚未明朗，於是，有國家規範卻無對應救濟、有國家控制卻無對應權利作為盾牌，人民只得在司法的門外呼喊、自行解釋居住權。

## 第四章 建構我國憲法上居住權

本章承接第三章對我國「憲法上居住權」所為之現狀評估，在釐清了規範的概況後，擬透過第二章所得之內容討論之，先從第一節「是否／如何建構我國憲法上居住權」開始，探討合宜之規範模式及建構路徑。

### 第一節 是否／如何建構我國憲法上居住權

#### 第一項 我國是否／為何需要憲法上居住權

##### 壹、需求：當前之癥結

我國當前的癥結大致可歸納為從兩層面觀察：

第一、從現實狀況而言，在經濟惡化、貧富差距加劇、低薪高房價、以及全球化的挑戰下，居住保障實屬重要問題，居住為人民開展日常生活之基本需求無須多言，若居住也出現問題，奢談各種自由、自我實現之可能，與我國憲法的精神顯然有別。

其次、規範面的狀況是人民之居住生活已然受到某程度的國家管制，散件於諸多法規當中，除了住宅法與整體政策以外，相關規範並非都有注意到居住保障，亦即，有管制卻未以居住保障為目的、抑或對於居住保障之解釋，紛亂而各說各話，欠缺檢驗，司法審查相當容易躲避到立法形成自由或行政裁量自由，或對於居住權視而不見。換言之，國家已經介入、但不一定有實質的居住保障，這種管制現況相較於無管制的狀況，實則更為棘手。

## 貳、因應需求：以憲法上居住權作為可能解方

對此，本文認為，重視我國憲法當中保障居住之意旨，會是一值得努力之方向，若能提升至憲法上權利則可能是更為強效的解方。固然，憲法上居住權存在建構上的疑慮，但在我國憲法的情形下，實為呼之欲出。

以第二章所歸納之考量因素而言，既然我國的憲法體質已經無法允許「純法律政策模式」，從憲法制定年代當時我國就以在基本權清單中納入生存權之保障、與社會國原則之規範現實，不可能認為我國憲法拒絕關心任何居住保障，況且，若要如美國單從平等權與財產權保障，誠如我國現況，顯然是有些問題的；再者，我國憲法對於社會面向的保障已行之有年，人民對於憲法照顧人民生存也有一定之認識，如果要說「憲法不應保障人民居住權」是主流價值——像美國那樣的爭辯，在我國可說是行不通的。從而，選項存在於何種憲法上規範模式之間、而不及於「純法律政策模式」，這是可以先予確定的。

這樣的解方可能會面臨資源不足或國家介入過深的疑慮，但是，在現有資源條件下，憲法上居住權即有可以著力之點，問題毋寧是要如何面對資源有限的現況，提供務實的保障，而非無窮無盡依據憲法基本權無限上綱，這和所有基本權都可能有合憲之限制一樣。我國現況下，顯然國家不會無視居住問題，否則會有嚴重的經濟安全威脅，也不利政府運作，那麼，國家的介入有增無減是可以確定的趨勢，既然現況無法去管制，則憲法上居住權的創造，實則是提供人民一個對抗侵害的盾牌，也可以透過基本權違憲審查作為具有力道的收束、回歸憲法框架所允許之權利保障秩序。學者陳愛娥曾經引用德國學者 Dieter Grimm 之見解所指出，「向來針對國家侵害面向所開展的法治國形式和技術，並不足以面對國家影響人民行使自由的周邊條件以及實現可能性之挑戰<sup>416</sup>」，我國現在的情形誠屬「國家影響人民行使自由的周邊條件」，則面對挑戰，或許可以是一個可資贊同的解方。

---

<sup>416</sup> 陳愛娥（2001），〈法治國原則的開放性及其意義核心：法治國內涵的矛盾與其解決的嘗試〉，收於：論文編輯委員會（編），《當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集》，頁 169-204，194，台北：學林。

以下本文則將具體分析為何本文建議以權利模式作為當前情形之解方。



## 第二項 憲法規範模式選擇

### 壹、方針條款模式

首先，我國在社會國原則的拘束下，任何社會權之存在都無法成為一種單純期待，而外於社會國原則之要求<sup>417</sup>。從而，要建構我國憲法上居住權，方針條款模式也不是我國可以採納的模式。我國沒有必要、也不能採納這種「憲法自我放棄」的規範，不僅破壞原本憲法體系，人民的需求也不應該只轉化為漂亮的空話。

### 貳、客觀規範模式

根據前開社會國原則之拘束，我國憲法上居住權至少必須要有憲法委託之效力<sup>418</sup>，吳庚大法官於釋字第 472 號解釋之意見書中提及：「按憲法課予國家機關某種事項之作為義務時，一般稱為憲法委託（Verfassungsauftrag）」，而在這種解釋下，會比單純憲法第 23 條之公益有更高之規範強度<sup>419</sup>。

不過，客觀規範模式在現實中，既然是國家機關之義務，我國審查上容易用「立法形成空間」等理由帶過，而實際保護強度不足，司法審查、救濟之範圍與強度都有限。當前，實證法上有一些社會立法已經可認為是具體化憲法上居住權，但當這些規範本身可能有問題時，如果司法審查的範圍和程度不足，則客觀規範模式之幫助有限。另外，如果人民發現建構的這個新權利事實上無法由人民自己主張，關於建構權利的「凝聚共識」等優點就會大幅削弱。

---

<sup>417</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 32。

<sup>418</sup> 同前註。

<sup>419</sup> 司法院大法官釋字第 472 號解釋吳庚大法官協同意見書參照。





## 參、主觀權利模式

從而，本文認為，主觀權利模式雖然不是權利實現之保證，毋寧是程度較強、也較足夠之規範模式，可以在憲法層次透過權利之建構回應人民之期待，且並非不能限制。當然，本文理解並非所有社會權都適合被賦予其憲法上主觀權利之地位，然而居住係生活之最基本方式之一，此從 *Olga Tellis* 案印度最高法院之見解可知、學說亦有將居住比喻為一切社會生活之基石者<sup>420</sup>，已涉及最基本之生活延續，實難想像餐風露宿者若非自願，能如何實現憲法上其他自由權、開展其生活。

而其正當性，從我國憲法的社會憲法體質觀之，本文於第二章理性主義所討論的三大主張無疑是我國憲法所預設欲追求之價值，而共識部分，若從憲法認定，本文認為現行憲法可以推出居住保障並無問題，至於其強度是否可以達到主觀權利，若係從生存權推導，加諸當前對於權利意識之觀察，應可肯定。

而針對本文第二章整理之考量是否已主觀權利模式保障之要素，首先，權力分立方面的疑慮，我國在司法審查上已有部分社會面向之司法實踐，或許可透過審查模式之檢討，進一步緩解相關疑慮；次而，人民需求強度與現況問題嚴重程度已如前述；至於社會立法之完善程度，誠可肯定我國有一定之社會立法，但也如本文前開討論的，我國雖有一定之規範，但多賦予行政機關為實際之一般裁量，而縱不論這些給付面向之檢討，更為嚴峻的面向是，如都市更新條例、土地徵收條例等法規中欠缺關於居住權保障之完整考量，這些可能侵害人民居住權之規範散件於各種開發管制中，司法審查時卻沒有居住權意識。從而，本文認為我國有相當強烈的理由可以嘗試採納憲法上居住權。

關於是否要拉至憲法層次的權利，學者張桐銳曾經以「最低生存保障請求權」之相關論證指出，若法律或政策層次的請求權肯認並不困難，為何又要自找麻煩的訴諸憲法？氏認為「在政策與立法決定的背後事實上有個基本決定拘束著國家

---

<sup>420</sup> 早川和男，同前註 12。

機關。這個基本決定的內容與作用應該被呈現出來」<sup>421</sup>。這個基本權的拘束若能在司法審查過程中「呈現出來」，會相當程度的影響法律之解釋，縱然結果不一定不同，但至少過程可以關注到基本權之價值並加以衡量，國家方面相關的說理義務也會提高。

### 第三項 憲法權利化之路徑選擇

#### 壹、憲改路徑

針對憲改路徑，其優點是憲改路徑較為強烈，凝聚共識功能強、轉型國家重要共識依歸，本文已經整理如前文。在此，若我國要採取此路徑，主要需要討論兩個面向的問題：第一個是較為務實的憲改可能性問題；第二個則是如真的透過憲改將權利清單改寫／擴寫，由於我國人權清單在過去修憲史上並成為修憲客體，受到倡議要納入的權利也相對多，可想而知的是諸多權利之間的角力，何種權利具有優先性、需要被寫入憲法，又何種基於何種實體或程序原因遭到「劣後」，甚或所有受到討論之新興權利（如勞動權、環境權、集體權、資訊權、動物權等等）都寫入憲法後，是否會有基本權稀釋而造成保護程度反而出現問題、權利之間模糊不清（畢竟仍然需要由司法者在實際案例闡述權利內涵）、或國家現實上無法做到之風險，都可能成為問題<sup>422</sup>。

面對 2005 年第七次修憲所設立之修憲高門檻，第一個問題顯然非本文目前論述得解決者。而第二個問題，縱然在我國倡議與運動中關於憲法人權清單的擴張經常成為「共識」，認為當前憲法之權利清單歷經 1990 年代以降的七次修憲皆未變動，已不合時宜，但國內公法學者時常抱持較為保留之態度，畢竟憲法權利清

---

<sup>421</sup> 張桐銳（2011），〈論憲法上之最低生存保障請求權〉，《政大法學評論》，第 123 期，頁 121-191，183 以下。氏指出，台北高等行政法院 97 年度簡字第 540 號判決正提供了相當好的觀察點，該判決關於租金補助要件之解釋，如果可以透過背後拘束國家機關的基本決定詮釋出來，會得到不同的結果。

<sup>422</sup> 關於新興人權入憲之爭議，可參考蕭淑芬對日本比較法所做之討論。蕭淑芬（2009），〈「新興人權」之保障與發展初探--我國與日本之比較〉，《中研院法學期刊》，第 4 期，頁 207-231，228-229。

單寫越多、看起來越進步，不一定代表保障越完善，也不一定是較佳的規範模式，並存在流於宣示之憂慮，如何妥適的架構出基本權之內涵、功能與適當之審查模式，毋寧才是真正的重點。

綜上，若有辦法修憲，本文自然是樂見其成，惟對於修憲程序或規範方式，也需要加以注意。在憲法增修條文第 12 條之認知下，本文認為當前暫時較務實的討論方式仍是透過解釋路徑，思考居住權應如何與當前憲法規範接軌。

## 貳、解釋路徑

「若原先規範還有空間並可能承載能量，則最好透過解釋通往憲法變遷之路<sup>423</sup>」，此話說明了解釋路徑的意涵——使得憲法在變動衝擊不大的狀況下與時俱進。如同本文前述，解釋模式的好處是不若憲改困難，且在由職司憲法解釋者解釋納入基本權的同時，代表有一定程度之現實中需求，是問題導向的處理，亦使憲法權利達到前述與時俱進之目標，同時基本權之內涵或性質基本上也會受到一定的闡述，而不用再煩惱是否具備可裁判性、司法者是否無法操作的問題。誠如印度透過現有憲法素材解釋納入保障之做法，是因應了國內需要處理之問題而生、且創造出可操作之司法審查模式。

那麼我國是否適合採納解釋路徑？從方法而言，我國大法官過去已經透過許多號解釋，使我國憲法權利清單更加豐富，例如隱私權<sup>424</sup>等，都不是直接從憲法本文之權利清單文字可以看見的，但由大法官透過憲法解釋納入我國保障的基本權，這樣的做法在我國並不陌生。不過，考量居住權之社會權性格，較諸過往憲法之釋憲實務確實較為陌生，但並非無法克服之問題。

另外，由於我國特殊之國際地位，雖然有兩公約施行法卻並非締約國，公約上權利與憲法之間互動的問題有需要解決之需求、而比較法上雖然也有公約與內國憲法匯流之問題，但基於我國對於這個問題的陌生性與特殊性，相關討論正在

---

<sup>423</sup> 林佳和，前揭註 96，頁 8。

<sup>424</sup> 參照釋字第 585、603、689 號解釋。

發展中<sup>425</sup>，解釋路徑之採納也可以從這個角度加以理解。對此，理想上，解釋路徑可以相當細緻地針對個別基本權處理公約與憲法之關係，對於我國之特殊情形有些助益。申言之，基於我國對於居住權之討論大量附著於與公約相關之討論上，公約居住權與憲法居住權的關係或匯流方式，也是「解釋路徑」可以加以處理的<sup>426</sup>。

對此，本文的考量是，憲法上居住權之來源不一定是直接來自公約，內國憲法之基本權體系毋寧也有機會發展出憲法上居住權。但是，隨著兩公約的內國法化，在憲法解釋上，如果我國有意認真對待公約而不退縮於我國在國際地位上之困境，採取解釋路徑之同時大法官的確有機會積極地闡述公約居住權與憲法上基本權之關係<sup>427</sup>——事實上，這種內國法化的問題，可以與台灣特殊的國際地位無關，而是國內基本人權論述要如何適用這些法源的問題<sup>428</sup>。總之，本文的想法是解釋路徑可以在意識到公約權利與憲法基本權並不直接相等的前提下，進一步從事兩者關係之闡述，將相關之公約內涵匯流入內國憲法。

整體而言，利用解釋路徑，對於憲法權利化是相對穩健的方法，除了權利化的同時就創造了某種審查方法，且從問題的出現到問題解決，代表了有需求、且規範上應可期待大法官的謹慎與自製程度應可以作為權利創造某程度的把關，不至於使基本權的種類過度擴張，並且，有機會融合公約之內容做出權利之解釋。此路徑制度變動成本低，又可一舉到位地完成並釐清「權利存在、與公約之關係、

---

<sup>425</sup> 例如 104 年大法官學術研討會之主題。

<sup>426</sup> 張文貞教授嘗整理國際人權公約與憲法解釋之「匯流」方式，並稱其中一個模式為「解釋模式」，這指的是以解釋的方式讓憲法與公約匯流，但本文的「解釋路徑」是指透過憲法解釋之方式使得居住權憲法權利化，兩者脈絡並不相同。張文貞教授所歸納之解釋模式，即法院援引國際人權法「解釋」國內憲法。關於此模式之四種功能，張文貞教授指出，包括「人權清單及內涵的增補」、「人權保護的論證補充」、「人權保護的界限劃定」、以及「作為指示立法或政策修改的標準」。張文貞，前揭註 20，頁 18-20。如果本文選擇採納解釋路徑將居住權憲法權利化，同時又採納公約相關重要之居住權意涵，公約即可以對我國憲法發揮前開張文貞教授所指的四項功能。

<sup>427</sup> 關於公約在憲法解釋上之看待方式，可參閱：黃舒芃（2015），〈國際及區域人權公約在憲法解釋中扮演的角色：兼評司法院釋憲實務對國際及區域人權公約之看待與引用方式〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會——人權公約與我國憲法解釋》。司法院（主辦），台北。

<sup>428</sup> 相同見解，李建良，前揭註 24，頁 239。

司法可審查、司法審查之方法」之眾多權利化與權利實現步驟。是故，本文認為解釋路徑的討論是務實而值得採納的，在我國社會憲法之體質下尤然，且縱認我國有機會透過修憲一途納入憲法上居住權（本文絕未反對此路徑），但憲法解釋仍然會需要進一步討論權利內涵，不會止步於憲法簡潔的文字，這也是職司釋憲者應發揮其專業完成而責無旁貸的任務。只能說，如林佳和教授曾引用「憲法法院的大法官們，總是刻意或不經意地，藉由實際問題爭議，透過憲法抽象條文或根本找不到條文，訴說著他們的社會理念、他們眼中對於社會現實之評斷。<sup>429</sup>」大法官如何看待我們的社會現實，也會反映在其如何處理居住權上。

## 第二節 居住權於我國憲法之立足點

其次，在確定了建構基本權的大方向後，則要討論居住權在我國憲法有何種可能之立足點。也就是說，如果要透過解釋路徑使居住權納入，則必須在憲法上找出居住權可能立足之條文。

不過，我國學說上有提倡另一種可能，這與透過憲改或透過解釋的路徑皆有不同，本文在此稍作介紹：直接承認兩公約之憲法位階，並認為公約上權利皆屬憲法第 22 條之權利。

本文曾強調，本文立場是支持公約居住權與憲法上居住權匯流，但必須意識到公約與憲法之不同，在此前提下方能做適當的匯流。對此，黃昭元教授曾指出，雖有認為直接承認兩公約之憲法位階、或使公約上權利具備憲法效力為一值得贊同之途徑，且可一律納入憲法第 22 條保障<sup>430</sup>。惟黃昭元教授認為，這樣的主張會與釋字第 329 號解釋之意旨<sup>431</sup>有所出入，並混淆了憲法權利與法律上權利，且忽

---

<sup>429</sup> 林佳和，前揭註 96，頁 17。

<sup>430</sup> 黃昭元（2015），〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會——人權公約與我國憲法解釋》，頁 113，司法院（主辦），台北。

<sup>431</sup> 解釋文：「法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條

略了公約權利與我國憲法權利與體系間可能存在之衝突，更使得立法程序竄升為具備修憲程序或釋憲機制之功能，大幅擴張權利清單而為不妥<sup>432</sup>。

而張文貞教授雖指出，已為強行國際法之權利應直接具有憲法位階<sup>433</sup>，但居住權之地位是否到達強行國際法，顯有疑問。但就算認定為習慣國際法，在台灣未明文規定習慣國際法之位階的情況下、再考量台灣已將兩公約內國法化，有施行法關於法律位階之規定，判斷居住權是否為習慣國際法而具有內國法至少法律位階之效力也已無實益<sup>434</sup>。

總之，本文認為，公約居住權要直接定位為憲法位階難謂妥當，仍須注意如何與我國既有憲法基本權體系契合之問題，匯流不是直接認定為憲法上權利，而應是更細緻的去操作權利化之路徑，而根據本文前開討論，提出了憲改路徑和解釋路徑，並認為解釋路徑較為務實。綜上，針對這個「另一種可能」，本文認為要處理公約上人權應具憲法位階此一論證路徑不僅相當艱難，也可能帶來許多適用上問題，未必適合，故本文將以居住權內涵解釋進入現有相關基本權條文（包括憲法第 22 條）之途徑為主要可行方向而為討論。

以下，擬以憲法當前清單中可能與居住權相關之條文順序為檢驗。

## 第一項 憲法第 7 條平等權？

憲法第 7 條之平等權與社會憲法之關係相當密切，例如諸多憲法解釋案例面臨社會立法會以平等權審查為主，係出於社會立法涉及資源分配，當給付之分配

---

約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。」

<sup>432</sup> 黃昭元，前揭註 430。

<sup>433</sup> 張文貞（2009），〈國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後〉，頁 3，台灣法學會 2009 年學術研討會，台灣法學會（主辦），台北。

<sup>434</sup> 張文貞教授指出，有認為習慣國際法效力應具法律位階，但在台灣並不明確。參考張文貞，同前註。

對象有限時，便容易出現平等權爭議。舉例而言，若老舊眷村拆遷補償費發給對象之設定是否不及於反對改建之眷戶（如釋字第 732 號之爭議）、又或者早期在台北市的非正式聚落，若屬市有地上之公共工程興建而拆遷，適用現已更名為臺北市舉辦公共工程拆遷補償自治條例之臺北市舉辦公共工程對合法建築及農作改良物拆遷補償暨違章建築處理辦法，而有補償費之領取，惟若屬於國有地，依照各機關經管國有公用被占用不動產處理原則，除了並無補償費之領取，佔用國有地之非正式聚落居民亦可能需要支付政府不當得利，同為非正式聚落居民，會因為土地歸屬係國有或市有地而在遷離時面臨重大不同之法律效果。再者，關於居住歧視之問題，也顯然與平等權有密切關係。

然而，顯而易見的是居住權之重要內涵與平等權並不相同，平等權也無法看見居住權作為一實體權利之所有面向。儘管平等權之司法審查可能可以處理部分與居住相關之問題，但無法包括居住權。因此，居住權之概念係獨立於平等權之存在。

## 第二項 憲法第 10 條居住遷徙自由？

若分析學說，論者一般有兩種關於憲法第 10 條居住自由之理解，一是選擇住居的自由<sup>435</sup>，二是定點式的居住安寧的自由<sup>436</sup>，包含「My home is my castle」的隱私權概念在內，如學者李惠宗指出居住自由係指人民住所不受非法入侵之自由，此係國家之消極義務<sup>437</sup>。學者吳庚則指出居住自由包括動態與靜態面向，分別指涉前開這兩種理解<sup>438</sup>。不過，無論何種解釋，我國憲法第 10 條之居住自由當前並沒辦法解釋出向國家請求住所之權利。

而遷徙自由部分，學者陳新民則區分廣義與狹義，分別指涉概括的遷徙自由

---

<sup>435</sup> 採此說者，如蔡震榮（2004），〈金錢給付義務與限制出境之探討〉，《律師雜誌》，第 303 期，頁 24-42，25。

<sup>436</sup> 採此說者，如詹鎮榮（2004），〈居住自由〉，《法學講座》，第 30 期，頁 14-17。

<sup>437</sup> 李惠宗（2015），《憲法要義》，七版，頁 160，台北：元照。

<sup>438</sup> 吳庚（2004），《憲法的解釋與適用》，三版，頁 203，台北：三民。

以及選擇居住地的行動自由，即遷居自由<sup>439</sup>。吳庚則指出包括人民可以積極移動和消極免於被遷徙之自由<sup>440</sup>。

釋憲實務上，經常將兩個自由權聯合使用，亦即稱作「居住及遷徙自由」<sup>441</sup>。憲法第 10 條居住遷徙自由依釋字第 443 號解釋理由書之見解，指人民有選擇其住所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利；而依照釋字第 454 號解釋之見解，係保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利。而定位上，向來屬於一般自由權而不具備社會性質，純然的是以防禦權的面貌出現。另外，如前開關於釋字第 732 號之討論，其認定之居住自由是以合法居住為前提。

但從前面這兩段說明，可見得雖然居住及遷徙自由兩者之間關係有些模糊或混淆之情形，但不管何者或並列認定，都已經和本文所討論的居住權產生重大出入。首先，在禁止居住歧視的面向上，居住權作為一種人人皆可享有之基本權，並不以合法擁有某塊土地或不動產為受到權利保障之先決要件。其次，雖然迫遷問題與居住遷徙自由有關，但誠如前述羅昌發大法官之見解，「強迫遷徙至另一個地點」與「無法居住於原有之家園」<sup>442</sup>，在評價上不能等同，前者是憲法第 10 條所保障之內容，而後者則是居住權超越憲法第 10 條而能觀照的部分，居住權處理的不單只是「有或無」這種量的面向，更關照到「質」，雖然當前居住權之權利解釋沒有強到可以要求國家給予指定之居住地點，但「原有家園」在質的評價上並不能與一般各種地點等同視之，這也連結到最後，也是最大的問題，即居住權的適足性面向——保障人民居住條件的面向，並沒有辦法被憲法第 10 條這樣的防禦性自由權所囊括。誠如我們參考公政公約第 12 條之居住遷徙自由，也可以發現其與經社文公約第 11 條之居住權分別列於不同之權利<sup>443</sup>。

---

<sup>439</sup> 陳新民（2015），《憲法學釋論》，八版，頁 216-217，台北：三民。

<sup>440</sup> 吳庚，前揭註 438，頁 204。

<sup>441</sup> 例外如釋字第 452 號、第 709 號、以及第 732 號解釋。

<sup>442</sup> 同前註。

<sup>443</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，頁 110。另外，參考不同國家的立憲例，日本憲法第 35 條的「居住之不可





### 第三項 憲法第 15 條財產權？

財產權之具體內涵，如釋字第 400 號解釋及第 596 號解釋宣示「憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源」。從此描述可以看出財產權之社會性格，但是，本文在此要再次強調，財產權和居住權是分離之概念。從前開描述也可知，財產權保護領域之核心係「依財產」而生的，這與居住權是基於「人」之居住需求而生的出發點已不相同，雖然都是在保障個人生存與自由發展人格之資源，但財產權的保障是有門檻的——以有財產為前提，而不是以人為前提。學者蔡維音即指出，我國釋憲實務中之財產權保護領域係緊扣著傳統釋義學之財產權結構，雖擴張至財產性權利，但仍以所有權之存續保障為中心<sup>444</sup>。

事實上，當前處理居住爭議之方式都是以財產權為依歸，甚至是唯一依歸。本文並不是認為財產權之審查不重要，財產權之審查當然必須存在，問題毋寧是財產權以外，居住本身之價值無法被注意到。這樣的區別可在以下論者之討論中窺見：

「這種「居住人權」與「所有權」分離的概念，自 1948 年《世界人權宣言》，即由其第 17 條與第 25 條條文分別表述。既然是分離的概念，擁有「所有權」並不表示其「居住人權」將永遠不受侵害。航空城預定地迫遷、大埔張藥房、美河市遭徵收地主、以及……都是擁有「所有權」卻受人權侵害的例子。<sup>445</sup>」

本文認為，個案中權利是否有受侵害或許難謂直觀，需要更細緻的透過基本權審查之討論程序判斷，但可以肯定的是這些案例中制度上無法予以「居住」本

---

侵性」與學說討論以包括「人民經營生活之必要條件」概念的憲法第 25 條第 1 項作為憲法上居住權之立足點同樣也是分開的。內藤光博，前揭註 296，頁 109-110。此處亦感謝張文貞老師補充說明有關公約釋義學體系，修正本文原本果斷認為兩者完全分屬兩權利之見解。

<sup>444</sup> 蔡維音（2006），〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，第 11 期，頁 31-74。

<sup>445</sup> 溫麗園（2016），〈居住為何是基本人權？〉，獨立評論@天下，取用網址：

<http://opinion.cw.com.tw/blog/profile/52/article/2642>（最後瀏覽日：2016 年 5 月 1 日）。

身回應，僅以財產權處理，然而浮現之問題中顯有財產權無法觸及之部分。回到我國憲法，居住權所重視的禁止居住歧視、居住之適足性，都不是憲法上財產權可以處理之問題。從而，不僅不能認為居住權得以財產權為憲法中的立足點，致力於將此二概念區分，應是學說與實務刻不容緩之任務。

#### 第四項 憲法第 15 條生存權？

本文在第三章關於社會憲法的討論中，已經說明了我國憲法第 15 條生存權之內涵及其與居住權非常密切的關係<sup>446</sup>，基本上本文肯認本條內容可以推導出居住權的各個面向。實則，誠如公約第 11 條第 1 項之完整內容係「適當生活水準權」，其中包括「適足居住權」，論者即指出，憲法上的生存權與國際法中適當生活水準權概念相近，則居住權在憲法上以生存權為立足點，應是可以肯定的<sup>447</sup>。

以上，「生存」包括「居住」之概念應該沒有太大問題，真正的問題是，如果選擇生存權為居住權之立足點，其保障程度應該與我國當前對於生存權之討論在合理範圍內為同一解釋。也就是說，當居住權之立足點是憲法第 15 條之生存權，一方面相當便利地承繼了當前對於生存權之討論，從一方面來看卻也是受到了「限制」。在此，本文要進一步釐清若置於生存權成為子類型，會需要、或適合承繼哪些生存權之內涵，其中是否有不適合承繼的，也應提出觀察。

首先，從基本權功能上觀察，如本文第三章所言，本條在基本權功能上係帶有消極防禦面向，是學理與實務皆同意者，且此一防禦面向，不只是「生命權」可能有消極對抗國家侵害之面向（如釋字第 476 號解釋關於死刑之討論），也包括國家透過某些行為影響生活延續的部分（如釋字第 694 號解釋<sup>448</sup>）。而學說上關於生存權中自由權性質的討論，如學者許慶雄指出，生存權的第一層涵義就是保

---

<sup>446</sup> 亦即，從概念的內涵而言，應該是可以肯認居住權作為生存權之子類型，但問題是尚未有任何有權解釋做出這樣的宣稱。參閱本文第三章。

<sup>447</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，頁 113。

<sup>448</sup> 雖然本號解釋是以平等權審查，但大法官在審查中表現出對「影響此等弱勢者生存或生活上之維持」之關照。

障國民得以自由自在地生存，唯有這個面向已經確立的情況下，社會權、請求權面向的保障才有意義。否則要是連自己基本生存條件都不能掌握，更無法奢望進一步的給付面向，因此，可將生存權中自由權之面向定義為「國民擁有排除國家或他人積極侵犯其健康、文化生活之行為的自由」<sup>449</sup>。

但積極給付面向雖然在學界可謂通說，實務卻不明確，釋字第 422 號或第 472 號解釋對第 15 條生存權之態度似乎仍停留在客觀法規範之地位、釋字第 694 號解釋似乎也是定位在國家之目標<sup>450</sup>，總之，雖然因憲法第 15 條而生之「最低生存保障」可以在這些解釋中窺見，但定位上是國家義務。從而，若居住權要成為生存權之子類型，同樣需要面對大法官對於「給付面向」始終踟躕之現實。

其次，從保障範圍觀察，討論上有例如「最低生存水準」、「基本生存保障」、「符合人性尊嚴的生活」等各種不同說法，生存、生活、最低、基本、人性尊嚴等用語未必一致<sup>451</sup>。需要釐清的是，當前實務有關給付請求權還困在「有否」的問題，要先回到上一層次進行確認。而保障範圍的部分，如前文所述，不管是釋憲實務或是學說都未有定見，究竟是最底、基本或是人性尊嚴，或這些用語有何差異，都還需要討論。但至少可以肯定的是，這個標準並不是一個僵化、不會變動的內容。這也是要將居住權放在生存權底下不得不考量之條件，例如「居住之適足性」在解釋上就勢必會受到生存權保障範圍之牽制。

那麼生存權的條件中有沒有不適合居住權承繼之內容？若從本文提出的居住權三大重點面向討論，禁止居住歧視部分，生存權保障的是每一個人的生存<sup>452</sup>，並無權利主體上之差異，應無問題。遷離正當程序的保障，學說上對於生存權之正當程序亦有討論<sup>453</sup>。至於居住的適足性，則對應到生存權最受討論之關注焦點，

---

<sup>449</sup> 許慶雄，前揭註 99，頁 49。

<sup>450</sup> 詳細觀察，參閱孫迺翊，前揭註 270，頁 494-498。

<sup>451</sup> 張桐銳，前揭註 421，頁 160。

<sup>452</sup> 並以自然人為限，許育典（2013），《憲法》，六版，頁 284，台北：元照。

<sup>453</sup> 蕭淑芬（1999），〈從日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（下）——兼論生存權之程序保障的可能性〉，《東海大學法學研究》，第 14 卷，頁 109-122。

也可以刺激我國關於「最低、基本生存保障」與「適足」之關係的發展，這些討論也會連結到國際人權法與學理上對於居住權「最低核心」之討論，這其中有相當之對話空間。

總之，居住作為生存之重要面向，大致上可以置入當前生存權的討論脈絡下<sup>454</sup>。問題毋寧是，生存權在我國實務之發展同樣也還有諸多模糊空間——但也提供了居住權立足之發展可能。對於這個可能性，從釋字第 709 號解釋許多份意見書也可以看出，湯德宗、葉百修、蘇永欽及羅昌發大法官對於居住權之討論，咸認為可以放在生存權的脈絡下建構<sup>455</sup>。

## 第五項 憲法第 22 條概括基本權？

最後是憲法第 22 條概括基本權之討論，將居住權放在憲法第 22 條之意義是一個新的基本權，從釋字第 709 號解釋李震山與葉百修大法官之意見書也可以看到這種建構取徑。既然憲法並不可能列舉跨時代的完整權利清單，憲法上概括基本權的功能便是協助憲法替過去與未來建立聯繫，而此功能必須由憲法法院在必要之情形下執行發揮<sup>456</sup>。

但是，憲法第 22 條縱然有百寶箱之名，實際上也不可能毫無限制的把新興基本權納入，仍然是有一定的「門檻」，使得憲法上基本權與一般法律上權利做出區隔，避免憲法上權利之效力因而受到影響。憲法第 22 條的解釋，影響到新興人權的成立與內容<sup>457</sup>。關於這些要件，學者許志雄指出，憲法第 22 條有補充與創新兩種功能，而應該要考慮以下幾項因素：歷史正當性、普遍性、公共性、不可或缺性<sup>458</sup>。學者李震山則提出三要件：具備基本權利之品質、基本權之實現合於憲政

---

<sup>454</sup> 相同見解，吳昌鴻，前揭註 30，頁 114。

<sup>455</sup> 參閱本文第三章。

<sup>456</sup> 李雅萍，前揭註 27，頁 26。

<sup>457</sup> 蕭淑芬，前揭註 453，頁 224。

<sup>458</sup> 許志雄（2008），《現代憲法論》，四版，頁 236。

秩序、以及權利實現有憲法上依據<sup>459</sup>。亦有文獻參考德國學說，整理出立憲性（Konstitutionalität）、規範性（Normativität）、現實性（Aktualität）、主觀性（Subjektivität）、根基性（Fundamentalität）以及貫徹性（Durchsetzbarkeit）之要求<sup>460</sup>。本文認為若要具體論證這些性格，在居住權的學理討論上大多不會是問題（其中貫徹性包括對可裁判性之疑慮，但這在本文第五章後可證立），但就現實而言，概括基本權中尚未出現過社會基本權。雖然，論者指出我國憲法第 22 條之保護客體並不限於自由權，而及於各種權利，此從制憲史料中可以見得，而不需要同於德國基本法第 2 條第 1 項限於自由權之保障<sup>461</sup>，但至今的釋憲實務上，尚未發展出具備社會權面向之新興基本權<sup>462</sup>。

## 第六項 本文評析

### 壹、解釋路徑之具體模式

綜上，本文討論了從公約直接位階化到納入各個基本權之可能性後，認為可以歸納出以下 A1、A2、B、C 四種方式，使得居住權納入我國憲法上基本權之列。而 A~C 的順序排列上，是以本文所評估之容易程度，其中 A 的兩者最為困難、而 C 最為便捷<sup>463</sup>。

而本部分並不多列入透過憲法解釋直接概括地將「公約權利之憲法位階化」此一模式。既然本文已經是部門化的具體權利討論，本文認為縱然我國突破了修

---

<sup>459</sup> 李震山(2000)〈論人民要求政府公開資訊之權利與落實〉，《月旦法學雜誌》，第 62 期，頁 36-38。雖然李震山教授此文也在討論「請求權」，但資訊公開請求權與居住權請求權之給付內容實有程度（例如預算影響程度）之差異。

<sup>460</sup> 溫苑婷(2010)〈論憲法第二十二條之解釋與適用——兼論其對新興基本權之適用〉，頁 94-104，中正大學法律學研究所碩士論文。

<sup>461</sup> 李雅萍，前揭註 27，頁 127。制憲史料指的是民國 22 年吳經熊所擬之中華民國憲法草案初稿試擬稿，從此份稿件之後，就已及於各種權利。

<sup>462</sup> 在此脈絡下與居住權位於類似處境的權利，如健康權。

<sup>463</sup> 但並非本文偏好之程度，本文之偏好參閱下文貳之討論。

憲門檻而如某些國家一般在憲法明訂了公約的憲法位階<sup>464</sup>，問題並不會一筆勾銷，個別權利的內涵與操作仍然需要考量如何與既有之法秩序整合。國內倡議中或有主張直接承認兩公約之憲法位階，但誠如李建良教授曾指出，「從嚴格的法思維來說，憲政主義與人權保障的國際化及普世性不等於國際人權法的普世效力，國際規範亦非當然可以直接視為有法拘束力且具高位階之內國法規範<sup>465</sup>」，這也是本文一再強調立場，即要認識到法秩序中公約與內國憲法之不同進而具體討論接軌之方式。

### 一、模式 A1：憲法第 22 條之新基本權

透過憲法第 22 條以一個新興基本權之姿出現在我國憲法體系中固然有「標誌性」之意義，樂觀地來看，建構新的基本權，可以使得「居住權」可以脫離生存權關於最低、基本等等程度之限制，也可以在避免過度擴張憲法第 10 條之「腹地」的情況，對既有基本權之衝擊較小。但是，癥結是居住權的社會權性質，很可能使實務卻步，方法論上的未穩固，也會使得要採行這種方式實有一定的困難度。並且，就必要性而言，雖然居住權可能為了要避免受到生存權牽制或影響而獨立，但是如果可以解釋方法上有辦法成為生存權之子類型，也不一定具備強烈之必要性<sup>466</sup>。

學者許育典曾謂，吾人應盡量利用列舉基本權而避免因概括基本權欠缺歷史經驗之背書與鍛鍊而生之弊害<sup>467</sup>。從這樣的觀點來看，如果憲法中有其他可能的列舉基本權可乘載居住權之內涵及功能時，宜優先考慮之。癥結是居住權的社會權性質，會使得我國實務卻步。當前釋憲實務對於社會基本權之態度，連生存權之「最低生存保障」給付面向都存在疑慮，要突然承認一個如此「超越」而「進步」的權利，如不是非常樂觀實在很難期待大法官之神來一筆。

---

<sup>464</sup> 具體立憲例參考張文貞，前揭註 20，頁 8-9。

<sup>465</sup> 李建良，前揭註 24，頁 180。

<sup>466</sup> 關於必要性之類似見解，吳昌鴻，前揭註 30，頁 115。

<sup>467</sup> 許育典，前揭註 452，頁 345-347。

## 二、模式 A2：憲法第 10 條之「新型態居住權」

憲法第 10 條與居住權之差異已如前述，不過，擴張居住遷徙自由之腹地，也是討論上出現之模式。例如，李震山與陳新民兩位大法官在釋字第 709 號意見書中認為或許可以試著將憲法第 10 條之內容「擴張」，產生「新型態的居住權」，亦即將社會面向納入憲法第 10 條的保障當中<sup>468</sup>。陳新民大法官便在釋字第 709 號解釋之意見書直言這種「新型住居自由權」之可能，或許可隨著公約施行法的實行，創設類似社會權性質的新興人權而將傳統住居自由擴張。

這樣的見解雖然值得嘗試，但也會需要突破當前憲法第 10 條以自由權為基礎開展之釋義學結構，要讓憲法第 10 條有辦法乘載給付面向，即從消極防禦權之居住自由延伸出積極給付之居住權實不容易，也可能被認為是「過載」之情形。

## 三、模式 B：完整納入憲法第 15 條之生存權

相對於前述 A1、A2 兩模式之難度都略高，本文已討論了居住權與生存權之相容性，模式 B 這種完整納入憲法生存權之方式相對而言是可行許多，贊同將居住權納入生存權之範圍者在文獻上也不是少數。當然，這種模式會面臨居住權受到生存權解釋之牽制，包括功能、範圍，但另一個角度而言，也可能透過居住權的論述進一步推進生存權之解釋，例如透過解釋「適足」而提升生存權之關照範圍——這樣的變動不一定牽涉由法院指導或介入資源分配，毋寧要看司法審查如何操作。

## 四、模式 C：割裂解釋

如果要比模式 B 更為緩衝，那麼本文認為模式 C 是一個當問題當前進入憲法法院時就無可推託之方式：割裂解釋。本文所謂的割裂解釋，是指將居住權不同部分之內涵，分別納入不同現有之列舉基本權中保障，延續現行實務之解釋方式。

---

<sup>468</sup> 同前註。

生存權可以乘載最低核心的部分——這是居住適足性的關照，只是將適宜的解釋在憲法上定位為最低核心；居住遷徙自由可以乘載遷離之正當程序問題，儘管居住之適足性在遷離過程也有一定之考量，這是居住遷徙自由作為自由權難以關注的，但透過程序的完善，亦有機會受到某程度之保障，雖非實體，但有受到注意之機會。另外需要注意的是，居住遷徙自由之主體不應該限於具有合法產權者，當然有合法產權者基於法律上權源在解釋上可能會有較為周到之保障，但單純的占用者不必然需要預先排除於權利主體，毋寧是可以受到合憲之法律限制；另外，居住歧視可以用平等權之框架處理。

割裂解釋的好處是解釋上對現有之體系幾乎沒有衝擊，除了居住自由之主體問題，但釋字第 732 號解釋也並未斷然、明言限縮所有居住自由都只限於合法居住者，或許可認為是該案脈絡下之解釋方式。總之，當解釋之機會出現，當前就可以非常務實地達到部分的保障。

而割裂解釋的壞處是，容易造成部分居住權內涵在憲法上之保障落入真空狀態，例如對於居住適足性中「質」的關照，如果在生存權解釋下被定位為「有」即為已足，和「和平、有尊嚴的居住在某處」雖然可能看似相符，但「家園」之於人的價值要怎麼在「最低生存保障」當中被看見、在「選擇住所之自由」中被看見，如果不經過更為推進的論述，單純沿襲現在的實務論理，恐怕無法確保居住權受到憲法基本權體系完整之保障。

另一個壞處是，割裂解釋以後，「居住權」憲法權利化的「形式意義」不若其他模式明顯，甚至居住權之用語也根本不會出現，一個完整「和平、有尊嚴的居住在某處」的權利面貌也難以出現，雖然實質權利保障之程度不一定較弱，但關於居住權憲法權利化關於凝聚共識等功能將會減弱。

## 貳、本文建議

綜上，本文歸納了四種可能之模式，並認為 B 與 C 模式在我國釋憲實務中較便於達成。直言之，本文認為模式 A1 的概括基本權在生存權有解釋空間時直接新增一基本權容有斟酌餘地，且難以解釋生存權與此一新興基本權之關係；A2 對於



居住自由之擴張已經完全脫離憲法第 10 條「自由」之文義解釋可及範圍。

相對而言，B 模式以生存權完整保障居住權之方式，則是本文之偏好。一方面是生存權在實務與學說已累積了相當之基礎，且居住放在生存的脈絡下討論並無特別問題，居住權可以承繼這些既有的成果；另一方面，除了承繼以外，居住權的納入亦可以對生存權之發展做出回饋，在居住權解釋時，釋憲者之任務包括了思考公約居住權之內涵能如何與我國生存權接軌，當前這種「接軌」的任務，顯然已在諸多大法官之意見書中已受到注意，而透過「權利的承認與翻轉<sup>469</sup>」，居住權在國際人權法與國際學界關於「適足」或「最低核心」之討論，也可以替國內的生存權釋憲實務帶來啟發。本文以下的開展，也會主要以憲法第 15 條之生存權為我國憲法上居住權之立足點而進行討論。

但退步言之，C 模式的割裂解釋幾乎是當前就可以做到、變動成本極低的做法，釋憲機關在遇到有關案件是應責無旁貸，若繼續語焉不詳或未置一詞<sup>470</sup>，實非憲政之福。

### 第三節 居住權作為憲法上基本權

#### 第一項 居住權之基本權性質

##### 壹、權利主體

基本權主體係指基本權之擁有者<sup>471</sup>，依據居住權禁止居住歧視之誡命，人人皆有享有居住權之可能性，不宜在權利主體的層次設限——當然，這不代表完全不能做差別待遇，在不違反平等之前提下由立法者劃設合憲之差別待遇條件，仍

<sup>469</sup> 用語參照葉俊榮，前揭註 20。

<sup>470</sup> 釋字第 709 號解釋葉百修大法官協同意見書也有類似之批評。

<sup>471</sup> 許宗力（2003），〈基本權利第三講：基本權主體〉，《月旦法學教室》，第 4 期，頁 80-88，80。

是可能的，但這已經不是權利主體層次的問題，必須先說明。而許宗力教授指出，憲法基本上就是合乎人性尊嚴的最低生活標準或社會地位之確保，在最基本的人道要求範圍內已經不宜再劃分本國人或外國人<sup>472</sup>。依此，居住權在權利主體上，實不宜先做排除。

有關權利主體的討論看似基本，但如本文第三章之檢驗，我國的居住權圖像欠缺的正是這種居住權作為人權而人人有之的概念，而強烈受到財產權權利主體概念之牽制，背離了居住權應該是由人性尊嚴而來而是基於人便享有的權利，否則，「人人都可和平而有尊嚴的居住在某處」若解為「具財產權權源者，人人都可和平而有尊嚴的居住在某處」，和整體居住權之概念淵源、目的實已南轅北轍，更與財產權之概念混淆、重疊。

## 貳、拘束對象

原則上，國家機關之行為只要涉及國家與人民之關係，就不能免於基本權之拘束<sup>473</sup>。從我國憲法第 171 條第 1 項說明法律與憲法牴觸者無效之規定而言，基本權拘束立法者應無疑義，且大法官對法律之違憲審查權也說明了基本權拘束立法者<sup>474</sup>；而行政受基本權拘束亦無疑問，且並非另外透過法律、而是憲法直接對行政權做出拘<sup>475</sup>束。司法同樣也脫不了憲法基本權之直接拘束，表現在違憲審查與法律的憲法取向解釋上<sup>476</sup>，而值得注意的是，一般法院法官雖然有援引基本權填補法律漏洞之義務，但法官不能恣意跳過法律上溯憲法，否則將逾越權力分立之界線<sup>477</sup>。

居住權作為一基本權，其拘束上述三權等所有國家權力之行使，殆無疑問，

---

<sup>472</sup> 許宗力，同前註，頁 81。

<sup>473</sup> 許宗力（2003），〈基本權利第四講：基本權利對國家權力的拘束〉，《月旦法學教室》，第 7 期，頁 87-94，頁 93。

<sup>474</sup> 許宗力，同前註，頁 88。

<sup>475</sup> 許宗力，前揭註 473，頁 90。

<sup>476</sup> 許宗力，前揭註 473，頁 91。

<sup>477</sup> 許宗力，前揭註 473，頁 93。

也就是說，立法只有義務依照憲法居住權保障之意旨形成法律、行政權之行政行為必須符合憲法上居住權之保障，而司法者得以居住權為違憲審查之標準、並依憲法保障居住權之意旨審判。

## 參、保護領域

基本權之保護領域（Schutzbereich des Grundrechts），討論的是基本權保障之範圍，也就是討論基本權所保障之內涵與外延<sup>478479</sup>。首先關於權利內涵，係指居住權作為一基本權，究竟保障什麼。而事實上，國內外大多數的居住權文獻都花極高比例的篇幅討論居住權之內涵，其中多會引用經社文委員會之闡述：「不應該以狹隘或侷限的意義來詮釋居住權，舉例來說，不應該將其等同於只是提供簡陋的住屋、或是只把居住視為商品，相對地，我們應該將這種權利視為能夠居住在安全、和平且具有尊嚴的地方。<sup>480</sup>」而本文於第一章即指出三大重要之內涵：禁止居住歧視、遷離之正當程序、以及居住之適足性，而三者就構成了「人人皆能安全、和平而有尊嚴的居住在某處」的具體要素<sup>481</sup>，說明了居住權作為一基本權之「事的保障要素<sup>482</sup>」。以下本文為以三大內涵為順序討論，並於必要時討論其外延。

### 一、禁止居住歧視

首應說明的是，雖然依照國際人權法對於歧視之規範，包含了直接與間接、正式與實質歧視，皆在保障範圍之內，且是即時(immediate)而全面性(cross-cutting)

---

<sup>478</sup> 李建良，前揭註 21，頁 24-25。

<sup>479</sup> 關於相關基本權之理論，本文在此無法深談，故直接就權利內涵、外延之內容加以討論。

<sup>480</sup> Janusz Symonides 著，楊雅婷譯（2009），前揭註 159，頁 133。

<sup>481</sup> 以下本文討論是嘗試將國際人權法中重要概念轉化進入我國基本權可能乘載之內涵，至於國際人權法上較完整之整理與討論，可參閱本文第一章、或吳昌鴻碩士論文之相關整理。吳昌鴻，前揭註 30，頁 41-50。

<sup>482</sup> 李建良，前揭註 21，頁 26。

的國家義務<sup>483</sup>，但是，從憲法的角度而言，禁止歧視的實際規範效力仍應回到當前實務與學說不斷累積的「平等權」、「平等原則」架構處理。現實中，這樣的問題非常多，例如，既然經濟社會權的內涵會隨著不同地點的生活條件而調整，如果國家替不同城市或不同收入者訂定了不同的基本居住水準，是否會構成歧視？本文認為，這並不會有直接的答案，需要討論是否是憲法下的合理差別待遇，而實際的評價還是要回到我國關於平等權之認定。

但是，此處居住權關於禁止居住歧視的權利內涵，雖然本文主張應該放入平等權之框架下理解，還是有諸多就算納入平等權審查也應該要被注意到的要點值得提出。第一、權利主體資格之根本排除，是違反居住權保障的：雖然權利可以做出合憲的限制，但不會有自始排除的情形，例如否認占用戶之個人得為居住權之主體；第二、不論居住於何處，城市／鄉村、非正式聚落、或居無定所，都受到居住權之其他兩項內涵之保障：也就是說，不管住在哪裡、有無住所，國家都須確保必要的基礎設施或服務，例如水、醫療之可及性等<sup>484</sup>；最後，性別、種族、性傾向、婚姻狀態、身心障礙、財產等分類標準，除了出現在國家行為中需檢驗其差別待遇之合憲性，私人間也經常出現類似情形，如房東設定租屋條件、公寓大廈管理委員會決議禁止導盲犬等，國家應關注到此問題，嘗試在契約自由與居住權之間做出適當而平衡之調控，當前住宅法第六章居住權利平等可謂是此部分的具體化。

## 二、遷離之正當程序

公約將強迫遷離，即違反意願之遷離，推定為違法之行為，只有在一些正當合理的條件下才符合公約之意旨。關於正當程序，在我國學說或實務上皆已經不是陌生之概念，針對不同審查客體，釋憲實務也已經發展出諸多具體的判斷準則<sup>485</sup>，

---

<sup>483</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，頁 43。

<sup>484</sup> 吳昌鴻，前揭註 30，頁 43-44。

<sup>485</sup> 關於這些準則的內容，可參閱：湯德宗（2003），〈論憲法上正當程序保障〉，收於：氏著，《行政程序法論》，增訂二版，台北：元照。

在這樣的前理解下，本文認為居住權內涵中遷離之正當程序，具體可以由第一章曾整理公約關於正當程序之四大要求作為判斷標準：真誠協商、確認其有替代住所（不致流離失所）、最後手段性、以及救濟管道之存在，而這四大要求基本上作為憲法基本權內涵應已具備明確性而可實際操作<sup>486</sup>。如果從這四大要求來看，毋寧也可觀察出居住權之權利內涵與憲法第 10 條居住及遷徙自由當前釋義學上相關部分，是存在關照重點之差異的：居住權注重的是「遷離」，有離去原本居住環境之意涵在內，但憲法第 10 條注重的是自由選擇住居所或移動的自由。遷離之正當程序與該自由權無可否認地有一定之重疊部分，但如要完全涵蓋，憲法第 10 條縱然是遷離正當程序這部分，仍需要一定之擴張。

此部分另可討論的是多數決在程序中的地位，如以多數決為決定遷離與否之決定，是否符合「正當」之要求？比例高達多少才正當？對此，一樣無法一概而論，也不是基本權在權利內涵就應該直接說明者。但權利內涵可以提供的提醒是，民主程序中多數決雖無法無限上綱地適用於所有情形，但仍有其意義與必要，然而，適用之基礎仍應是真誠協商、關係人之充分審議等程序要求，使少數——不一定是數量上的少數，可能是政治機會較弱勢者——之意見得以充分在程序中得以表達並受到合理之對待<sup>487</sup>。

最後，本文要強調的是，遷離之意義，不只是從不動產中搬離，基本權最為

---

<sup>486</sup> 更具體之內容，可參考委員會於第 7 號一般性意見第 15 點之解釋。對強制驅逐所適用的法律程序保護包括：

- (a)讓那些受影響的人有一個真正磋商的機會；
- (b)在預定的遷移日期之前給予所有受影響的人充分、合理的通知；
- (c)讓所有受影響的人有合理的時間預先得到關於擬議的遷移行動以及適當時關於所騰出的房、地以後的新用途的資訊；
- (d)特別是如果牽涉到一大批人，在遷移的時候必需有政府官員或其代表在場；
- (e)是誰負責執行遷移行動必需明確地認明；
- (f)除非得到受影響的人的同意，否則遷移不得在惡劣氣候或在夜間進行；
- (g)提供法律的救濟行動；
- (h)儘可能地向那些有必要上法庭爭取救濟的人士提供法律扶助。

<sup>487</sup> 至於「改建」，可否包括在遷離的範圍內？本文認為改建本身會受到財產權之保護，應無疑問，而若屬住家，改建過程會涉及到居住環境之改變，仍屬居住權之關注範圍。

核心的關懷是人，人與居住地點的連結也必須要在這樣的社會基本權當中看見。

### 三、適足性——真正的難題

最後一個居住權之權利內涵，是社會權色彩最濃厚的部分，也是真正的難題所在：居住的適足性。相對於其他概念內涵，如何設定「適足性」此一概念之內涵與外延，毋寧是一嚴峻的挑戰。

#### (一) 最低核心 (minimum core)<sup>488</sup> ?

##### 1. 最低核心之意義

學理與實務上討論經濟社會權利之內涵，經常會進入、甚或膠著於有關「最低核心」內涵的討論<sup>489</sup>——因為最低核心難以認定，所以對保障本身或保障方式卻步。最低核心是透過承認經濟社會權利的最低基本水準 (minimum essential levels) 呈現此類權利的一種「策略」，試著要建立一個最小範圍的法律概念<sup>490</sup>，而學者 Katherine Young 嘗整理三種關於最低核心之解釋方式，包括本質型 (essence)<sup>491</sup>、共識型 (consensus)<sup>492</sup>、義務型 (obligation)<sup>493</sup>。不過，首應釐清的是，最低核心這個「法律概念」提出的意義是什麼？這個問題並不是在問什麼才是居住適足性的最低核心，而是為什麼要有最低核心的概念。

對此，宜先關照此一概念出現之始末。如果從社會權在國際上的源起觀察，如本文第二章之討論，可以發現的是在一開始社會權的登場就是因為需要提供人

---

<sup>488</sup> 最低核心的問題，參見本文第章。詳細討論：Young, K. G. (2008). The Minimum Core of Economic and Social Rights, 33 *YALE J. INTL. LAW* 113.

<sup>489</sup> 問題經常會出在「什麼是最低生存保障」？由誰來認定？詳細討論參考：孫迺翊，前揭註 270。周宗憲，前揭註 292。

<sup>490</sup> See Young, K. G., *supra* note 488, at 113-114.

<sup>491</sup> See Young, K. G., *supra* note 488, at 126-139.

<sup>492</sup> See Young, K. G., *supra* note 488, at 140-151.

<sup>493</sup> See Young, K. G., *supra* note 488, at 151-163.

民行使自由權的事實上條件而生，發展出相應的國家義務或給付請求權，既然概念上是要滿足這個「最基本的事實上要件」，從而範圍限縮在「最低核心」是相當可理解的，並且，仍然是在基本的自由主義、資本主義框架下而生的權利<sup>494</sup>，實也面對著各種反對社會權之疑慮，限縮在「最低核心」亦屬合理策略。那若是從國際人權法觀察，經社文公約對締約國義務的設計具備「三重構造」，其中「實現義務」雖是漸進式的義務，但締約國仍有不能推託的「最低核心部分」需要「立刻實現」，從這個角度而言，最低核心是一種實現義務中「立即」而絕對的義務。居住權的權利內涵中，禁止居住歧視與遷離之正當程序在理解上都並非「實現義務」這種需仰賴國家實際資源狀況方能漸進努力的義務，而是屬於「尊重義務」或「保障義務」之範疇，也因此，最低核心的討論僅出現「居住的適足性」這個權利內涵。另外，比較憲法上，如日本憲法第 25 條第 1 項便直接明文使用「最低」之用語。

回到我國，我國學說或實務對於生存權之解釋多數也都綁著「最低」的概念<sup>495</sup>，對此，學者雷文玫及黃舒芃則持反對見解，認為這種解釋方式是繼受自德國通說對於德國基本法第 2 條第 2 項關於生命權（*Recht auf Leben*）的解釋，既然是生命權，其主觀的給付請求範圍就是限於生命所需的「最低限度生存保障」，至於超過最低限度的部分，應該由社會國原則而來的整個社會安全體系進行給付。但是，我國憲法生存權的規範結構與德國生命權並不相同，我國的生存權一開始就具備了社會權的性格，沒有必要繼受德國這方面的討論，從而也沒有其他理由將給付請求權的規範效力僅限於「最低限度的生存保障」，不過，這不表示以生存權為基礎的給付請求權可以無限擴張<sup>496</sup>。申言之，此見解建議我國關於主觀給付權利的部分不需要受到「最低」的限制。

所以，最低核心這個法律概念提出的意義究竟為何？以上本文從概念源起、公約用語、比較憲法以及我國討論之始末分析，認為這個概念的提出——無論同

---

<sup>494</sup> 許慶雄，前揭註 99。

<sup>495</sup> 詳細整理，參閱孫迺翊，前揭註 270，頁 493。

<sup>496</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 36。

意採納與否——其功能在於框限出「國家絕對義務」的「範圍」。總之，最低核心之概念存在是用來在權利內涵當中區分基本權保護範圍之「內」受不同程度保障之內涵。



## 2. 最低核心與適足性之關係

那麼，下一個問題就是「居住權」內涵的「居住之適足性」除了保障「最低核心」以外，還有其他範圍嗎？

從公約規範結構來看，顯然答案是肯定的，既然是「最低核心」部分有立即實現的義務，代表還有其他部分。但是從人權法到憲法的規範在此似乎出現了落差，例如前開日本生存權的規範方式，就僅限於最低之保障，超出此範圍的就回歸憲法其他對於社會福祉之要求（如日本憲法第 25 條第 2 項），又或者德國貼合生命權之解釋方式，也是透過「維生」的概念所生而限於最低之保障，其他部分回歸社會國原則<sup>497</sup>。

至於我國憲法之生存權到底應該如何理解？憲法本文只寫了生存權三個字，而釋憲實務上，大法官從未把生存權的保障限於「最低核心」，唯一一號直接使用憲法第 15 條生存權作為違憲審查依據的釋字 422 號解釋也僅是結合其他社會憲法之條文指出最低生活費支出標準金額之規定，以固定不變之金額標準推計承租人之生活費用，而未斟酌承租人家庭生活之具體情形及實際所生之困窘狀況，難謂切近實際，有失合理。因此，本文主張，最低核心的範圍一定是憲法生存權所保障的範圍，這並無疑問，綜觀當前學說亦為多數見解，但我國生存權之圖像，並不需要止步於此，毋寧應結合其他社會憲法素材，勾勒更為完整的憲法上基本權圖像<sup>498</sup>。

進一步而言，本文認為，所謂的「最低核心」概念的功能是在區辨國家義務之優先性，指出此部分應是「適足性」中國家優先處理、甚至絕對義務之範疇，

---

<sup>497</sup> 但當然，所謂的「最低」內容究竟為何，在各國也有非常不同的認定。

<sup>498</sup> 類似見解，司法院大法官釋字第 694 號解釋葉百修大法官協同意見書。



代表賦予所有人最低之生存門檻<sup>499</sup>，而在司法審查時，若遇到立法或行政有關「最低核心」之審查時，則應該採較嚴格之審查態度，使政治部門負擔較高之「說理義務」<sup>500</sup>。

綜上，本文認為「最低核心」是最低標準的「適足性」，最低核心的滿足可謂「適足」，但適足的概念不止步於此，且公約也強調國家「不斷提升」之義務。

## (二) 重新思考適足性

確認適足性與其中的最低核心概念之關係後，進一步則要討論「適足性」和其「最低核心」究竟有什麼內涵。首先可以確定的是，所謂的適足，不只是「量」的關懷，也涉及到「質」。本文於第一章即提出整理自公約之七個實體面向：「使用權之法律保障、基礎設施與服務之可提供性、可支付性、適居性、易取得性、地點、文化之適足性」，共同構築出「居住之適足性」，其中最為基本、維持生活所需的部分即是居住之適足性的最低核心。

然而，這些實體內涵仍會面臨「程度」的問題，也就是說，要達到何種程度方可稱為「適足」？這裡有兩個外延可能需要劃設，一個是「最低核心」的外延，另一個是適足性的外延，後者關涉到社會權究竟需不需要界定其保障之界限。對此，本文認為劃設適足性的外延係多此一舉，居住權適足性在實現上本有諸多現實資源限制，且資源分配之任務理論上仍繫於政治部門之民主決策程序，再者，若國家行為「過度保障」勢必會侵害他人其他基本權，此際也有違憲審查制度之把關，從而劃設適足性外延之實益不大，並徒增困擾，就像是討論「最高生存保障」一樣荒謬。然外延是否也有判斷國家行為是否已達保障居住權至「適足」之功能？

---

<sup>499</sup> 類似見解，Liebenberg, S. (2010). *Socio-economic rights: Adjudication under a transformative constitution*. Claremont: Juta. 165-166。黃念儂，前揭註 26，頁 102。至於給付請求權之肯定，本文在基本權功能部分續行討論。

<sup>500</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 102。

本文認為，對於整個適足性的概念應該要有不同之思考：在憲法層次討論的適足性並不是一條線，而是一個方向，亦即，適足性整體的憲法規範意義不必、也不應是劃設一具體的實體標準以決定如何可被認為適足，而是國家應該朝向之目標<sup>501</sup>。基本權在此扮演的角色是要求事實上及法律上可能性範圍內的最大實現<sup>502</sup>，那麼接下來具體化標準之形成是政治部門之任務，在憲法層次，毋寧還是透過抽象、開放之方式提供指引、提供框架<sup>503</sup>。居住適足性的這種理解可以呼應公約關於「不斷提升」人民居住環境之義務，並且，在憲法上，可透過生存權、社會國原則與基本國策之規定共同解釋出國家應朝此目標努力。

反面言之，如果我們堅持要在設定權利內涵時畫設下具體的標準以實體地定義「適足性」，例如說明多少坪是適居、一坪多少錢是可支付、離車站／醫院／上班場所多少公尺的地點可接受，要在特定時空完成這種具體內容的劃設，無異是緣木求魚，又或者這標準縱然存在，也無法以不變應萬變的經濟社會環境。也就是說，「往適足性之方向」保障是國家的義務、人民也有權利要求國家往適足性的方向採取措施<sup>504</sup>。

因此，本文認為，若從國家有義務「不斷提升」人民居住之適足性的角度切入，而從國家義務行使之「行為」之面向進行要求，居住權當中「居住之適足性」此一權利內涵，可以具體解為「國家有義務／人民可要求國家不斷提升居住之適足性」，如此一來一切就更為清晰、明確、方便而可操作、也可以避免直接劃設僵化的實體內涵<sup>505</sup>。

---

<sup>501</sup> 換言之，居住權／生存權之滿足和最低生存保障的滿足並不當然相等，甚至應予區分。

<sup>502</sup> Borowski, M.(1998). Grundrechte als Prinzipien, S. 61. ff.

<sup>503</sup> Alexy, R.(2000). Verfassungsrecht und einfaches Recht, VVDStRL 61. S.15.

<sup>504</sup> 公約本身也指出，若國家法律或其他制度提供超越公約要求之保障，不能因公約而退縮，可謂類似之想法，即不應因外延設定而退縮。參照公約第5條第2項：「對於任何國家中依據法律、慣例、條例或習慣而被承認或存在的任何基本人權，不得藉口本公約未予承認或只在較小範圍上予以承認而予以限制或克減。」

<sup>505</sup> 採此態度者，如南非憲法院針對經濟社會權所發展出之合理性審查，即顯現出這種想法的特色。參閱本文第六章。

但在這個不斷提升的方向中，前開「最低核心」之外延又該如何設定？是否就非劃設實體標準不可？本文認為還是可以從相同的取徑理解，既然是「方向」，於資源有限之前提下在不斷提升的義務中必定會出現先後次序之排序，越接近基礎生存條件的部分會越先受到照顧。而針對這一切安排，憲法基本權規範提供的是簡潔的指引，立法者需要在憲法給予的框架中去盡可能的實現權利，立法者當然可以提出一個關於最低核心的標準，至於這是否符合憲法的規範框架則需要由釋憲者加以處理，但這已經是司法審查層次的問題。

申言之，居住權中「居住之適足性」此一內涵，在憲法上可具體表現在「國家有義務／人民可要求國家不斷提升居住之適足性」，其中，實體面向可以從以下七點觀察：「使用權之法律保障、基礎設施與服務之可提供性、可支付性、適居性、易取得性、地點、文化之適足性」，而程序面向——亦即要判斷怎樣算是達成了實體面向的這些項目——以國家義務行使程序之要求而言，國際人權法也可以提供相當明確的指引。經社文委員會在第3號一般性意見即指出，這些義務包括「採取一切適當方法」、「運用可及資源之最大程度(maximum of its available resources)」<sup>506</sup>。所謂採取一切適當方法，應囊括立法、行政與司法救濟之設計，且所謂適當包括了透明性等各種關於程序之要求，強化說理義務，這部分也可以參酌我國已

---

<sup>506</sup> 節錄經社文公約第3號一般性意見：締約國義務的性質——

3. 為履行採取步驟的義務而使用的手段載於第二條第一項，即「以所有適當方法，尤其包括通過立法措施」。委員會認為，在許多情況之下立法是特別需要的，在有些情況下可能甚至是必不可少的。……
4. ……但委員會希望強調，正如《公約》特別說明的那樣，通過立法措施絕不是締約國義務的終點。相反，「以所有適當方法」的措詞必須完整和準確地理解。每一締約國必須決定在每項權利的具體方面什麼是自己最適當的方法，但是所選擇的方法究竟是否適當並不一定是十分顯然的。因此，締約國的報告最好不僅應說明自己已經採取了的措施，而且應說明它們在具體情況下被認為最「適當」的依據。……
5. 除了立法之外，可被認為是適當的措施中還包括，為根據國家法律制度看屬於司法範圍的權利提供司法救濟辦法。……
7. 其他一些措施也可被認為是「適當」的，因為第二條第一項的目的包括，但不僅限於，行政、財務、教育和社會措施。
8. 委員會指出，「採取種種步驟，……以所有適當方法，尤其包括通過立法措施」的義務既不要求也不排除利用任何特別的政府或經濟制度作為採取步驟的工具，只要這種制度是民主的，並尊重一切人權。……

逐步發展之正當程序討論交互適用。而運用可及資源之最大程度此原則，本文認為對於「可及」之解釋不宜過度擴張，否則可能會導出預算優先性、大幅增加國家財政負擔等結論，國家之任務是在既有條件下妥善分配並利用資源。不過，既然是「判準」，其意義實已涉及司法審查之方式，毋寧是司法者要如何審查政府措施所需要參考之標準，本文擬於司法審查之討論時再進一步研討之。

### (三) 人性尊嚴、最低核心、適足性？

這裡可能會延伸的另一個問題是，在生存權討論中「合乎人性尊嚴的標準」與最低核心、適足性的關係是什麼？

首先，學說指出我國憲法與實務發展中並無類似日本或德國憲法設有「基本權核心」之概念<sup>507</sup>，不過如羅昌發大法官在其意見書中曾表示，人性尊嚴可以作為其他基本權利之核心內涵<sup>508</sup>；且蔡宗珍教授指出，我國憲法雖未明文規定人性尊嚴，但可視為憲法基本精神所在，是當然內涵<sup>509</sup>；學者李震山亦認為人性尊嚴可稱為憲法秩序之基礎、基本權利之核心範圍<sup>510</sup>。依此，至少可以確定，憲法上居住權保障中的「最低核心」絕不可能是低於「合乎人性尊嚴的標準」，否則即已違背了憲法的基本精神。

但最低核心若已合於人性尊嚴，那居住權關於繼續提升適足性之要求是否合理？此誠屬多慮，若國家保障居住權之措施皆在合於人性尊嚴之範疇，自然不會因此有問題，而若有其他瑕疵，既有之司法審查體系亦可有所回應。就如同保障適足性並不是一個靜態的標準而係國家權力應不斷朝最佳化努力之目標、人性尊嚴之保障更不會出現「過多」之問題。不過，有鑒於人性尊嚴概念之抽象性，社會權中的居住權作為人性尊嚴保障之具體化，可上溯至人性尊嚴自有所本，然本

---

<sup>507</sup> 蕭淑芬(2003)，〈論基本權核心概念之規範——一個比較法學的觀察〉，《東海大學法學研究》，第19期，頁1-26，15。

<sup>508</sup> 司法院大法官釋字第694號解釋羅昌發大法官部分協同、部分不同意見書。

<sup>509</sup> 蔡宗珍(1999)，〈人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第45期，頁99-102。

<sup>510</sup> 李震山(2011)，《人性尊嚴之憲法意義》，四版，頁31-32，台北：元照。

文以下仍擬以較具體之居住權討論為主，避免頻繁使用人性尊嚴解決具體問題，有悖本文嘗試細緻化居住權討論之功。



#### (四) 實體與程序解釋下的適足性

綜上，本文並未直接捨棄「最低核心」概念，惟認憲法上居住權中居住之「適足性」概念內部雖然可能存在「最低核心」而作為可提升司法審查密度之可能，但也不止步於最低核心。而適足性概念，雖不適合透過實體定義的方式直接得出，然可以從「實體方向」的七個項目（使用權之法律保障、基礎設施與服務之可提供性、可支付性、適居性、易取得性、地點、文化之適足性）、結合對國家義務履行程序之要求，劃設出適足性中最低核心的外延、並評估國家在適足性之努力是否符合憲法居住權規範所框架出的意旨。這可能是對適足性概念相當程度的重新思考，但也使適足性的判斷也有機會從權力分立的互動中獲得較為清晰之可能。在這種思考脈絡下，也連帶可以替基本權功能、司法審查中的難題提供一絲曙光，甚至可以利用居住權此部分內涵之解釋方法提供生存權之解釋一些回饋。

### 第二項 居住權之基本權功能

#### 壹、功能體系的採擇與建立

關於基本權之功能體系，於國內所熟悉的「版本」，大致上是區分主觀與客觀功能，主觀中有防禦、給付兩功能，客觀包括保護義務、組織與程序功能、制度性保障等<sup>511</sup>。不過，對此，除了特定功能之討論必要性常受到檢討以外，整個體系從主客觀區分等合理性，也存在討論。

實則，國內關於基本權功能的理解，大幅受到德國基本權功能理論之發展所影響。但是，主客觀功能與各種子功能之開展，縱在德國仍陷於一定程度之學理論辯，我國應做何種理解、應多大程度之繼受，誠然是需要仔細反思的。蘇永欽

---

<sup>511</sup> 邱紀璇，前揭註 62，頁 31。

大法官曾針對客觀面向言之：

「德國二戰後從聯邦憲法法院實務開啟的基本權客觀面向討論，包括基本權的制度性保障、第三人效力、國家保護義務及憲法的價值秩序等，使其審查抽象規範時，不必把審查基礎侷限於狹隘的主觀基本權（指所有個別權利的總和），而大幅強化了憲法對公權力的控制，特設憲法法院的價值因而更得彰顯。但此一超越文義、在個別人民對抗國家的主觀權利之外為基本權規定添加其他足以拘束國家的規範內涵，有無穩妥的憲政正當性，會不會不當限縮了民主多數決的空間，仍有審慎探究的必要。<sup>512</sup>」

而李建良教授在「除非必要，否則寧簡勿繁」的思考起點下<sup>513</sup>，認為基本權利的功能體系可從「任何人皆享有請求『尊重』與『保護』其人性尊嚴的主觀上權利」方向理解<sup>514</sup>：「尊重」對應到防禦權功能，即所有國家權力要尊重人民的自由與平等；「保護」則除請求國家採取必要措施防止第三人侵害外，也包括向國家請求一定給付，使其有效行使權利，即必須保護人民的自由與平等<sup>515</sup>。從而，在此方向下討論，可以直接以主觀功能建構基本權之保護體系，透過對於保護作用之廣義理解，可囊括客觀功能理論的面向<sup>516</sup>。

依此，為了避免陷入基本權功能應為主觀或客觀面向歸納之困難，如許宗力教授所言，保護義務功能，固然課予國家採取保護措施之義務，但在基本「權」的理解下，人民也有相對應的請求權<sup>517</sup>，從而本文即跳脫主客觀之分，從主觀面向出發建構基本權功能之體系。

「防禦（尊重）功能」為傳統之防禦權討論，依李建良教授之整理，防禦功

---

<sup>512</sup> 司法院大法官第 689 號解釋蘇永欽大法官協同意見書參照。

<sup>513</sup> 李建良，前揭註 282，頁 61-62。

<sup>514</sup> 李建良，前揭註 282，頁 65-66。

<sup>515</sup> 李建良，前揭註 282，頁 66。

<sup>516</sup> 李建良，前揭註 282，頁 66-67。

<sup>517</sup> 許宗力（2002），〈基本權利第二講：基本權利的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，頁 72-80，76。

能 (Abwehrfunktion)，或稱自由功能 (Freiheitsfunktion) 係基本權利最原始而主要之功能，一般稱自由權或防禦權，我國憲法權利如憲法第 10 條屬之<sup>518</sup>。「保護功能」則是對傳統給付功能理解之擴張，除了傳統對於給付權之理解——亦即，隨著政治經濟社會條件之發展、變化，因應人民在社會生活中具體遇到之經濟、物質條件問題的出現時，基本權的防禦功能在力有不及時，擴及至國家之積極作用，成為給付權利<sup>519</sup>，尚包括保護義務功能、組織與程序之功能<sup>520</sup>。保護義務功能係指國家有義務採取特定措施保護人民免於第三人侵害<sup>521</sup>，在以主觀權利建構的基本權保護體系下也有對應的請求權。而組織與程序功能方面，並非所有基本權都擁有這種功能，只限於有賴國家先行組織與程序設計方能加以落實之基本權，對應於此功能，人民也有組織與程序的請求權<sup>522</sup>。

值得注意的是，國內有文獻指出，基本權功能可以無縫接軌地對應到公約締約國之義務層次 (本文採三重構造說已如前述)。其採納之締約國四層次義務中，「權利之尊重」義務指國家不實施、並排除侵害居住權之措施，對應到典型、消極作用之防禦權功能，「權利之保護」對應客觀面向的國家保護義務，「權利之充足」係國家應積極採取必要措施，為主觀之給付請求權，至「權利之促進」是國家進一步積極進行重分配措施完成「未能滿足」之住房需求，也是主觀之給付請求權，從而推導出居住權作為基本權有防禦、給付請求權與保護義務之功能<sup>523</sup>。本文認為這樣的大方向值得肯定，但有兩個主要需要斟酌之部分，首先，居住權

---

<sup>518</sup> 李建良，前揭註 21，頁 43-44。

<sup>519</sup> 李建良，前揭註 21，頁 44-45。

<sup>520</sup> 本文捨制度性保障功能不論，認為我國不需要一個獨立的制度性保障功能，有保護義務與組織與程序功能即可涵蓋當前釋憲實務想要討論的制度性保障功能。詳細對制度性保障之批評，參閱許宗力，前揭註 517，頁 79-80。李建良，前揭註 282，頁 63-64。

<sup>521</sup> 許宗力，前揭註 517，頁 75。

<sup>522</sup> 許宗力，前揭註 517，頁 77-78。

<sup>523</sup> 邱紀璇，前揭註 62，頁 33-34。對此，本文認為，首先，如果「未能滿足」時也訴諸權利促進、而非充足，則後二者誠難區分，且論者認定上後兩者皆屬給付請求權，則在三重構造之見解下亦可處理，而探諸充足與促進之真意，似乎是劃設了「權利已達成至某程度之實現」之前端與後端之努力，可推測係「最低核心」，進而，採取三重構造說下的「權利實現」囊括此二者，也可以反映居住權之適足作為「方向性」的概念。不過，或許可依充足和促進分對應到國內的社會救助法制與社會促進法制。

是否僅有這三項功能似可斟酌，例如組織與程序的功能，解釋上不一定不能納入權利充足與促進（或三重構造下的權利實現）層次之中；再者，雖曰可對應，但公約義務中如權利保護，是否限於客觀功能？或只是為了對應體系反而受到限縮？論者的出發點是公約，也以公約為主軸思考，以下本文則嘗試以憲法上基本權體系為主軸思考、公約僅為輔助，試從前開主觀面向的基本權功能體系開展居住權作為基本權之功能討論。

## 貳、居住權之防禦功能

首先，居住權之防禦功能，可以延續本文關於生存權防禦面向之討論，將「人民擁有排除國家或他人積極侵犯其健康、文化生活之行為的自由」特定至「人民擁有排除國家或他人積極侵犯與其居住相關的健康、文化生活行為的自由」。具體而言，此一面向是居住權各項內涵開展之基礎，排除積極歧視行為、排除侵害居住適足性之行為<sup>524</sup>、修正未受履行或違反之遷離正當程序，是居住權最為基本且重要的面向，這可以對應到學者翁燕菁針對居住權的防禦面向所指出的：「一旦涉及改變居住現狀，國家享有之裁量空間及大幅縮限，必須嚴格遵守程序與實質保障，並且不得恣意以經濟發展或公共利益證成強制驅離住居所之迫切必要性<sup>525</sup>」，至於學者蔡維音更指出，「個人之存在是國家存續是否得以維持的基本條件，因此，國家侵犯個人生存基礎是立憲國家正當性的前提，不只是個人抗拒國家侵犯其自由的一種形態而已，而可說是先於自由權保障的先在要求<sup>526</sup>」，也就是說社會權的此種防禦面向，是憲法國家根本的存在基礎、正當性之重要來源。而此面向可呼應公約三重構造義務的「尊重義務」，亦即國家必須避免並排除侵害居住權之措施<sup>527</sup>。

---

<sup>524</sup> 學者蔡維音針對最低生存保障即指出，「應認知其在防禦權面向的功能，對於在事實上明顯過低之最低生存基準設定亦應進行審視」。蔡維音，最低生存基礎，頁 1。

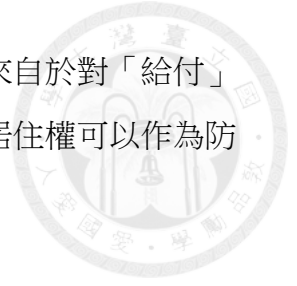
<sup>525</sup> 翁燕菁，前揭註 29，頁 17。

<sup>526</sup> 蔡維音（2013），〈最低生存基礎之界定〉，月旦法學雜誌，第 212 期，頁 103-125，115。

<sup>527</sup> 就此部分，本文與前開邱紀璇之碩士論文意見相同。邱紀璇，前揭註 62，頁 33。



綜上，此功能面向應值肯認，且關於社會權之各種疑慮多來自於對「給付」的擔憂，故可想而知在居住權的此一面向都相對緩和。是故，居住權可以作為防禦權，應無問題。



## 參、居住權之保護功能

保護功能下，除了請求國家採取必要措施排除並防止來自第三人之侵害外<sup>528</sup>，也賦予人民諸多向國家請求給付之可能，相較於防禦權旨在排除國家公權力的干預，給付權則是用以請求國家確保行使基本權的事實上基礎<sup>529</sup>，而給付之內容可能包括金錢、實物、甚至規範制度，以下針對居住權可能存在之物質性給付、程序性給付以及對第三人侵害之保護義務功能進行討論。

### 一、保護義務功能

保護義務涉及的是國家、人民與第三人之間之三角關係。保護義務功能並非使人民基本權絕對不受侵害，而須視侵害之種類與程度為不同之保護，具體的做法立法者仍具有廣泛之形成自由<sup>530</sup>。惟手段選擇上一般認為兼負有保護之「不足禁止（Untermaßverbot）」與對第三人侵害之「過度禁止（Übermaßverbot）」之要求<sup>531</sup>。國家有義務在人民之居住權受到來自國家之外第三人之歧視、未經正當程序之強制遷離或居住適足性之減損時，提供保護。三角關係出現在諸多情形，例如應該建構措施保障人民在都市更新過程中不會在未經實質參與之程序下即因為其他私人之多數決使無更新必要之住宅強制納入更新單元、承租人受到房屋出租人之強制驅逐時，國家應提供保護控制其驅逐之合理性<sup>532</sup>、或在居住環境直接受到

---

<sup>528</sup> 李建良，前揭註 282，頁 63-64。

<sup>529</sup> 李建良，前揭註 282，頁 50。

<sup>530</sup> 李建良，前揭註 21，頁 67-68。

<sup>531</sup> 許宗力，前揭註 517，頁 75-76。

<sup>532</sup> 參考第 7 號一般性意見第 11 點：「有些驅逐是合理的，例如，承租人經常不交租金，或沒有任何適當原因而破壞租用的房屋。但是，有關機關也應保證驅逐的方式確實按照法律規定，而法律是與《公約》不相抵觸，而且被驅逐的人有可能援用法律的救濟方法。」

第三人破壞時可進入法院尋求救濟等等，但保護也不能對他人之自由增加過多負擔，例如立法禁止任何形式之驅逐。

此亦可對應到公約之「保護」義務，要求締約國確保人民免於開發商或第三人濫用權利所為之居住權侵害<sup>533</sup>，公約對於來自第三人、尤其房屋出租人的侵害也相當注意，且非常強調救濟之可能<sup>534</sup>，從而，解釋上，從公約來看居住權的保護義務不宜直接限於客觀面向。本文所採納的基本權功能體系下，保護義務已不限於客觀面向，毋寧應該肯認人民在欠缺相關保護制度時，可以請求國家形成制度保護，當然形成之方式仍屬立法者之權限。而在這個前提下對應公約與基本權體系，可以避免減損公約保障意旨可能蘊含之主觀面向。

總之，居住權具備保護義務功能，應可肯定。此功能交由立法者依此意旨形塑對權利主體之保障，法制上，有關租戶的諸多保護即是居住權保護義務的具體化。

## 二、物質性給付權

物質性給付權應是所有功能中最具爭議的。所謂物質性的給付權，也是傳統指涉的給付請求權。由於事涉國家財政支出，學理上另區分了「分享權」和「給付請求權」，分享權指人民請求使用國家現有設備或資源，學說多持肯定態度、後者則指涉積極創設給付，學者多認為應在最低限度內肯認，其餘則屬立法形成自

---

<sup>533</sup> 邱紀璇，前揭註 62，頁 33。

<sup>534</sup> 第 4 號一般性意見第 17 點：「委員會認為，適當住房權利的許多組成因素至少是和國內法律的救濟措施條款相一致的。依據法律體系，這樣的領域可能包括，但並非僅限於此：

- (a) 法律上訴，以求通過禁止令防止有計畫的驅逐或拆房；
- (b) 遭非法驅逐後要求賠償的法律程序；
- (c) 對房東(公共或私人)就租金水準、住所維修、種族或其他形式的歧視方面所實施或所支持的非法行為提出上訴；
- (d) 在分配和提供住房方面存在的任何形式的歧視提出指控；
- (e) 就不健康或不合適住房條件對房東提出申訴。在一些法律體系內，在無家可歸者大量增加的形勢下也應開拓促進團體訴訟的可能性。」

由<sup>535</sup>。



## (一) 分享權

分享權在居住權之應用，係在國家已有社會住宅等居住協助型住宅資源時，人民得請求合理分配、合理分享使用機會之權利，應值肯定。且本文認為分享權的概念在未來我國狀似要積極發展社會住宅的情況下，將日漸重要，誠值深化發展。蓋此一給付面向所請求的雖是物質性之給付，惟係在現有資源狀況下請求合理分配、合理分享，故不會創造新支出，且有助於檢討立法形成與政治決定，而當然，既然是立法形成與政治決定，此種關涉資源分配之事項，司法審查時為求尊重也勢必會注意到而採取相應的調整，不應因為對法院之質疑而完全放棄此功能。

## (二) 創設性的給付請求權

至於創設性的給付請求權，如論者肯定了公約居住權義務中權利充足與權利促進皆有給付請求權，等於不限於「最低核心」部分才有給付請求權，本文認為此種看法可採，且採取三重構造說下，也認為「權利實現」義務可以呼應給付請求權。本文認為給付請求權在憲法層次「不」需要設定僅存在「最低核心」——即合乎人性尊嚴之最低居住保障「才」有給付面向，否則是混淆了基本權功能和保障程度的問題<sup>536</sup>。對於居住權，毋寧可以直接肯定其給付請求權，這才是憲法基本權功能討論所要關心的事情，而此處的國家義務是立法形成自由，要提供何種給付、提供給符合如何條件之人，都是立法者可以依據現實經濟、社會條件與資源現況去具體形塑的，而相對地，這不影響居住權是有此給付功能的權利。如果立法者有充足的理由說明資源不足或其他決策考量，居住權雖然具有給付功能，但並非不可在法律層次做範圍之限制。如果靠近基本生存越近，要限制請求權的

---

<sup>535</sup> 李建良，前揭註 21，頁 46。

<sup>536</sup> 實現層次的問題與主觀效力問題無關，這種見解參考自學者雷文玫及黃舒芃關於社會權規範效力與拘束力的討論，雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 36。

立法者就需要越強的理由。

當前關於生存權學界的多數理解是：「只有合乎人性尊嚴最低生存標準國家具有責無旁貸的義務與人民相對之請求權，進一步高標之給付則是立法形成自由<sup>537</sup>」，本文的解釋脈絡下，如有必要，還是可以保留人性尊嚴的最低生存標準此一概念，而認為此標準以下的給付請求權功能是絕對的，但這是保障範圍與強度問題，並不影響超出此一範圍的居住權就不能具備給付功能，毋寧是因為立法形成自由中立法者合理之考量可以合理限制人民的給付請求權。例如，假設立法者沒有賦予人民法律上可以請求政府興建社會住宅之權利，人民可以主張認為這樣是限制了憲法上居住權的給付請求權，但若立法者可以說明資源就是不足、有其他居住協助措施、不賦予此法律上請求權人民也不會陷入立即之危險等，人民的憲法上居住權給付請求權即是受到合理限制，但居住權還是一個有給付功能的基本權。

總之，綜上，物質性給付權中，分享權的概念殊值注意，其並不會另外增加財政負擔，憲法上居住權應可乘載此種功能；而創設性的給付請求權，本文認為憲法上居住權也有此功能，且不僅是最低核心有此面向，應該說，憲法預設的框架並沒有限制只有最低核心才有給付請求權，憲法對居住權之框架應該只決定到有或沒有給付請求權功能，至於可以肯定到哪個程度，那是權利實現層次的問題。

### 三、組織與程序之保障功能：程序性給付權

對於組織與程序保障功能的重視，或許可以逐步讓我國擺脫不重視程序正義的「單門<sup>538</sup>」。如許宗力教授曾提醒，「實體基本權也有程序保障功能<sup>539</sup>」，基本權的組織與程序功能發展至今也有一定之程度，可以確定的是，此一功能存在於某

---

<sup>537</sup> 許宗力，前揭註 517，頁 71。

<sup>538</sup> 許宗力（2007），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，收於：氏著，《法與國家權力（二）》，頁 247-265，259，台北：元照。

<sup>539</sup> 許宗力，同前註，頁 249。

些仰賴組織與程序實現之基本權<sup>540</sup>。而人民相對應請求權，可謂程序性給付權<sup>541</sup>。

而顯然，居住權之保護領域既然包含遷離之正當程序，其基本權功能應有程序權之配備，方屬合理。國家有義務、人民得請求國家設計具體程序，保障居住權的實現，當前我國最急迫需要重視的領域之一即屬相關程序的強化與建構，如都市更新之相關程序，即多有討論<sup>542</sup>，這些程序的建置與改善可謂是憲法上居住權之程序保障功能所要發揮、著力之處，其中之重點，其組織與程序之設計必須包括適當之組織、資訊公開、與相應的意見反映管道，後二者屬於程序之要求，可以從行政程序法見得<sup>543</sup>。

以都市更新之正當程序為例，其「正當行政程序」有必要部門化地建構<sup>544</sup>，釋字第 709 號解釋認為應該視所涉基本權之種類、限制強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能適合性、有無替代程序或各項程序可能之成本等因素，由立法者制定相應之法定程序<sup>545</sup>。而都市更新之組織建構，釋字第 709 號解釋指出，「事業概要」之審議核准需要以多元審議委員會為之<sup>546</sup>，但除了「事業概要」外，李建良教授即指出，尚有委託實施或自組更新團體實施、擬定事業計畫、權利變換計畫、報請核定等程序，面對這些後續程序之複雜性，僅在事業概要核准

---

<sup>540</sup> 許宗力，前揭註 517，頁 77。

<sup>541</sup> 關於程序性給付權的完整介紹與討論，參閱李建良，前揭註 21，頁 60-62。

<sup>542</sup> 關於都市更新制度中的正當程序問題，參閱：李建良（2013），〈都市更新的正當行政程序（上）——釋字第 709 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，第 224 期，頁 44-72。李建良（2013），〈都市更新的正當行政程序（中）——釋字第 709 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，第 228 期，頁 29-46。李建良（2013），〈都市更新的正當行政程序（下）——釋字第 709 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，第 229 期，頁 57-77。林明鏞（2013），〈都市更新之公共利益——兼評司法院大法官釋字第 709 號解釋〉，《臺灣法學雜誌》，第二二七期。蔡志揚（2013），〈都市更新事業計畫正當程序之制度建構——以釋字第 709 號解釋為中心〉，《臺灣環境與土地法學雜誌》，第六期。李仁森（2013），〈都市更新與正當法律程序——大法官釋字第 709 號解釋評析〉，《臺灣法學雜誌》，第二三五期。

<sup>543</sup> 李建良（2013），〈都市更新的正當行政程序（下）——釋字第 709 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，第 229 期，頁 57-77，62。

<sup>544</sup> 李建良，同前註，頁 60。在此議題，行政程序法應有一定之角色，但釋字第 709 號解釋卻看不見行政程序法的規定，詳閱李建良，同前註，頁 76-77。

<sup>545</sup> 李建良，前揭註 543，頁 57。

<sup>546</sup> 李建良，前揭註 543，頁 63。

階段予以要求，是否有辦法支撐憲法誠命，即有疑問<sup>547</sup>。雖然以上之討論基本上是建立在釋字第 709 號以財產權及居住自由處理的前提，但本文認為對於居住權之組織與程序功能亦有相當之參酌性。

#### 第四節 居住權之基本權衝突

建構憲法上居住權的最後一步，是考慮到居住權作為一基本權存在，是否會帶給其他基本權如何之衝擊，或者是否有辦法在基本權保護體系中合宜地存在？這涉及到居住權之「基本權衝突」問題，也是當前欲建構居住權應先考慮之情形。欲先說明的是，基本權衝突何以在「建構」之層次討論？基本權衝突具體的問題出現與解方，雖然是實現層次問題，也就是要實現居住權時需要討論憲法的價值權衡，然而，作為一個新的基本權概念，居住權與其他基本權或是居住權本身不同面向的衝突，經常受到質疑，本節在此要討論的是憲法先予以了什麼樣的方向，又有什麼方式可以讓居住權在當前的基本權體系中不致與其他基本權格格不入。因而，本文在討論「建構什麼樣的居住權」時，除了居住權的內在需要被解釋、外在如何與其他基本權共處，也需要釐清。

所謂的基本權衝突，係指基本權之間在具體事件中發生衝突，例如基本權主體 A 之權利行使影響到基本權主體 B 的權利。蘇俊雄大法官曾指出：「基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求（對不同基本權的實現要求）同時存在<sup>548</sup>」，而此際，為了維持憲法價值之內部和諧，需要有所退讓，而既然沒有基本權優先性的存在，只能透過進一步的價值衡量來完成整體基本權秩序之維護<sup>549</sup>。

現實中，居住權由於涉及資源使用，基本權衝突之情形亦所在多有，包括居

---

<sup>547</sup> 李建良，前揭註 543，頁 63。

<sup>548</sup> 司法院大法官釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書參照。

<sup>549</sup> 同前註。

住權與居住權的衝突、以及居住權與其他憲法上權利之衝突，以下本文擬對這些情形加以說明，並提出可能之解決方向。



## 第一項 衝突情形

首先，居住權之間的衝突經常可見，以釋字第 709 號解釋所涉之都市更新案例而言，不同意戶與同意戶之間的權利衝突，即有部分學者指出係「個人居住權」與「集體居住權」彼此產生利益衝突<sup>550</sup>。觀諸系爭解釋大法官之意見書，有些大法官認為居住權是同意戶之主張，有些則認為是不同意戶之主張，究竟何者為是？

本文認為，都市更新實則涉及同意戶與不同意戶之居住權。從前開本文對於居住權保護領域之討論可知，居住權包括對遷離之關照、也有品質之提升，都市更新關係到同意戶的居住品質提升、與不同意戶之拒絕遷離，可以以居住權與居住權基本權衝突之視角關注之，可惜多數意見完全繞過了此情況下究竟應該如何調和權利衝突之問題。或有謂居住權的防禦與給付功能是衝突的，但這毋寧是特定情形下方會發生，且誠如本文對於居住權基本權功能之討論，給付面向包括了不同內容，如有關遷離，即可能同時涉及防禦或正當程序的給付問題。至於個人與集體居住權的衝突，可否以多數決決定，個人必定需要服從於集體之決定？誠如本文在前文對於多數決之討論，多數決可能會是民主決策程序中的一個最終方法，但正當程序的要求絕對不只如此，過程中意見如何表達等，都需要受到注意，而這些程序設計毋寧也是立法者在前端先行對可能發生之權利衝突進行調和所做之設計。

另外，居住權與其他權利之間亦可能發生衝突，最容易想像之情形即為居住權與財產權的衝突，例如在他人土地上或建物內違法居住之情形，有些狀況是很容易衡量的，例如承租人並無特殊須保障情形但長期積欠房屋租金，出租人已善

---

<sup>550</sup> 翁燕菁，前揭註 29，頁 10。徐揮彥（2014），〈經濟、社會及文化權利公約於我國之實施：以大法官釋字第 709 號為中心〉，發表於：聯合國兩人權公約之論證與實踐研討會，東吳大學法律系（主辦），台北。

盡各種通知義務而欲將其驅離，以恢復其個人財產順暢之使用收益，雖然驅離影響承租人之居住權，但此際權利衝突之衡量並不困難；然有些情形之衡量則非易事，例如佔據國有地之違建住戶係屬中低收入戶、高齡、無工作能力，且居住已達數十年，為收回國有地強制驅離顯會影響其生存之維持時，雖然財產權歸屬相當明確，但此際，遷離之正當程序需要慎重考量與設計。

## 第二項 解決方向

基本權衝突在建構居住權的層次，會因為居住權的保護領域與其他主體的基本權發生重疊而發生，這些問題有待個別機關在實現居住權時進行處理，在此，本文要僅是要確定這樣的衝突是可以依循某些方向而解決的，憲法本身也提供了一定的指引，不需要因為基本權衝突而對居住權之建構卻步。

為解決基本權衝突，關於個別機關之任務，蘇俊雄大法官已明確指出，立法者有優先權限來衡量社會生活中行為態樣的權利比重，決定情形中基本權實現的先後順序；釋憲者則是扮演檢查這些規範是否有依照憲法之意旨做出適當衡量，不至於「過分限制或忽略」特定基本權。負責個案適用的行政與司法機關則需要具體衡量案件中的有關基本權之解釋適用，追求個案中的「最適調和」<sup>551</sup>。就居住權之基本權衝突而言，立法者應先行在相關法制中設想可能之衝突情形，加以規範，並避免過度干預或保護居住權、而釋憲者則需要審視現行規範有否依照憲法所設定之框架安排，雖然釋字第 709 號解釋應該是要進行這樣的任務，但大法官並沒有透過居住權之論述處理。行政權與一般法院則需要具體關注個案中與居住權相關之各種條件，尋求衝突之調和。

事實上，當前最大的問題是，憲法上居住權的缺席，在大法官視野中的缺席、在立法形成、行政機關為行政行為時的缺席，以至於基本權衝突根本沒有被發現，遑論要進行價值排序與衡量。從另外一個角度來說，建構憲法上居住權的重要性其實是讓居住權有辦法進入衡量，不至於在應該存在的基本權衝突中被完全忽

---

<sup>551</sup> 司法院大法官釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書參照。



略。

而實體之價值權衡上，憲法當然也可以導出一定的指引<sup>552</sup>，「越接近生存維持之基本條件」者，序列上應該優先保障，這是基於憲法保障人性尊嚴與自由而來之排序，過猶不及皆非憲政國家之福。例如權利若未獲優位保障就會造成流離失所、嚴重增加生活負擔而無法維持原本就不佳的生活品質等情形，應獲優先考量。其他則是立法形成或者行政裁量自由，只要受到一定的合憲、合法性控制，在符合民主之決策判斷過程中作出價值排序，應皆是可行之方向。畢竟，誠如學者所言，憲法提供的應該是多元價值論辯、權衡的場域，而不是特定價值動輒做為王牌的工具<sup>553</sup>。

另外欲提醒的是，許多徵收中並「無」基本權衝突問題，關於公益以及人民基本權保障應如何衡量，則是另一個問題，基本上，必須避免公益可以成為恣意限縮人民基本權之神主牌<sup>554</sup>，但同樣的，居住權要先被「看見」。建構基本權實則是刻不容緩的議題。

## 第五節 小結

本章是討論建構我國憲法上居住權之選擇與具體可能之方式。首先，本文認為我國在現實中對於憲法上居住權保障之需求、以及規範面上有諸多關涉居住卻未有居住權意識之規範設計的條件下，誠可考慮將居住權入憲。而我國之憲法體質已不容許採納純法律、政策模式，在入憲的幾個模式當中，又屬主觀權利模式最符合當前之需求：回應人民之需要、整體檢討法規範。路徑選擇上，本文評估了憲改模式與解釋模式，著眼於憲改模式現實可能性問題，本文對解釋模式有較

---

<sup>552</sup> 詳細討論可參閱：雷文玫、黃舒玓，前揭註 14，頁 48。

<sup>553</sup> 雷文玫、黃舒玓，前揭註 14，頁 49。

<sup>554</sup> 關於徵收法制中「公益」之討論，可參閱：陳志民（2007），〈當強制徵收成為政府補貼？美國聯邦最高法院 *Kelo v. City of New London* 案之評析〉，《中原財經法學》，第 19 期，頁 1-57。雖然該文係以財產權為討論觀點，然 *Kelo* 案美國關於「公益」之討論殊值探討。

多之著墨，認為當前憲法實有辦法承載居住權，且制度變動之成本較低，也能進行問題導向的憲政實踐回應，並在承認權利的同時，某程度地解決了可裁判性與審查模式的問題。

進而，本文認為直接完整承認公約權利都具備憲法第 22 條概括基本權之解釋方式難調穩妥，需要更細緻之評估。而本文討論了諸多憲法上居住權於基本權清單或概括基本權中可能之立足點，認為憲法第 7 條平等權無法涵蓋居住權之實質權利內涵、第 10 條之居住遷徙自由停留在自由權面向、第 15 條財產權是居住權應該致力與之分離的、而第 15 條生存權應可以導出居住權作為其子類型，居住權之解釋也可承繼並回饋我國關於生存權之保障。又，以概括基本權規範一新興基本權之方式，本文認為在當前釋憲實務現況下要推展其給付請求權有較高之門檻需要跨越。最後，本文提出 A1（概括基本權）、A2（擴張居住自由）、B（生存權完整涵蓋）、C（割裂解釋）四種解釋路徑可以具體採取之方式，並認為 B 與 C 模式較具可能性，建議以 B 模式解釋，惟 C 模式目前即可非常務實地達成，雖然可能無法換得完整之居住權保障圖像。

次節，本文討論了居住權作為憲法上基本權之各種特性，認為保障主體係所有自然人、拘束所有國家權力，以禁止居住歧視、遷離之正當程序、以及居住之適足性為保護領域，並針對最受質疑之居住之適足性指出，此概念雖不適合透過實體定義的方式直接得出，然可以從「實體方向」的七個項目（使用權之法律保障、基礎設施與服務之可提供性、可支付性、適居性、易取得性、地點、文化之適足性）、結合對國家義務履程序之要求，於有必要時劃設出適足性中最低核心的外延、並評估國家在適足性之努力是否符合憲法居住權規範所框架出的意旨。

基本權功能方面，本文從主觀權利的保障體系觀察，認為居住權在防禦功能與保護功能中各項給付面向（保護義務、物質性與程序性給付權），皆有承認之可能，並強調功能之具備與保障之範圍應該分屬不同層次的問題。

最後，本文討論了居住權之基本權衝突情形，認為不管在居住權與居住權、或居住權與其他權利衝突之情形，憲法皆提供了「越接近生存維持之基本條件」者，序列上應該優先之指引，不過，這些排序需要由立法者扮演具體化之角色。

綜上，本章具體的論證了居住權作為一基本權需要、可能以及建構方式，並且處理了權利的特質，說明這個概念上可能萃取自國際人權法之權利，其與當前憲法體系是有辦法相容且在憲法上具備合理之立足點的，在基本權保護體系上，也都有理路支撐憲法上居住權之存在。是故，本章欲肯定我國憲法上居住權之建構，是一個深值考量、具備可行性之選項——端視我國如何選擇。



## 第五章 權利實現之難題：

### 居住權之司法審查

「法律社群因此不能被視為一個僵化、不知變通的群體，它不是由一群食古不化的人組成的。它的規範和標準須時時接受檢驗，並與時俱進。不論你喜不喜歡，司法人員總是在這個過程中佔據關鍵地位，有時跟著前進、有時為之催油門、有時為之踩煞車。」

——Albie Sachs，《斷臂上的花朵》，頁 157

建構了憲法上居住權後，本章進一步討論「權利實現」之問題。無可否認地是，司法權與居住權之關係，不只扮演了前開解釋路徑所提及的「權利承認」，也涉及了「權利實現」的任務<sup>555</sup>。當然，權利之實現絕非單獨倚賴司法權可得——尚仰賴非司法部門的作用，與之相輔相成，國際上可見之機構或制度如國家人權委員會、國家報告——但可以肯定的是，無司法權卻不可得。

本文在第三章檢驗了我國「難謂存在的憲法上居住權」，發現當前立法與行政之作為並非完全忽略居住權，而是有相關作為，癥結卻在於帶到法院時，無法獲得實現。這種狀況顯現了不管在制度上或是現實中——誠如章頭所引用 Albie Sachs 大法官的一段話——司法權在居住權實現上的關鍵地位。也因此，在權利實現的討論上，勢必需要好好關注司法審查。本文所討論的司法審查包括憲法法院與一般法院之審查，憲法法院作為體制內有最終拘束力的「說話者」<sup>556</sup>，肩負權利承認與權利實現之任務，一般法院除了某程度之權利承認、也當然在個案中扮

---

<sup>555</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 45。

<sup>556</sup> 林佳和，前揭註 96，頁 6。

演權利實現的重要角色。而這也是本文以司法審查為最終討論之核心的意義所在。

然而，對於司法審查可否面對社會權，又該如何面對，卻向來受到相當之質疑，其中也有部分討論針對居住權。法院到底可否處理、如何處理，關涉權利實現重大，以下本文會先從憲法上居住權是否具有可裁判性<sup>557</sup>開始討論，進而討論居住權司法審查到底面臨如何之困境，再以比較法之審查模式觀察，最後嘗試建構我國可行之審查模式，以嘗試解決居住權之司法審查此一權利實現之關鍵、與難題。

## 第一節 居住權是否具有可裁判性？

### 第一項 可裁判性問題概說

曾有指出，「經社文權利在內國法層次的可裁判性問題，支配了關於經社文權利的論辯<sup>558</sup>」，顯現出其重要性。對於經濟社會權之可裁判性、居住權之可裁判性的疑慮，經常成為司法審查的煞車<sup>559</sup>，

不過，是否要因此否定居住權之可裁判性？在權利應否存在的討論時，可以發現有相當多對於社會權、居住權之質疑皆是來自可裁判性之癥結<sup>560</sup>。觀其理由，首先，自由權的侵害通常對應到的是消極義務，但居住權這樣的社會權對應到的是國家更為積極的責任，且發展中國家和富裕國家中國家所負義務的內容與程度也會不同，具體內容最終可能會需要由司法做某程度的判定，但對這個判定，學

---

<sup>557</sup> 國際人權法上的可裁判性，參閱 Young, K. G., 前揭註 15, 頁 77-79。

<sup>558</sup> Steiner, H. J., & Alston, P. (1996). *International human rights in context: Law, politics, morals: Text and materials*. Oxford: Clarendon Press. 298.

<sup>559</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 296.

<sup>560</sup> 整理對經濟社會權可裁判性質疑之文獻相當多，如 Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 222-226。關於居住權可裁判性之討論，國內可參閱翁燕菁，前揭註 29。吳昌鴻，前揭註 30，頁 59-60。

者指出主要的疑慮有二：

(1) 司法機關的能力：法院沒有技術上的專業、也沒有能力可以監控後續的情形以及審查權利時體系性的不適足<sup>561</sup>。例如，若行政部門透過其專業決定要以特定金額為特定條件之人提供租金補貼，法院要如何超越其專業指出補貼之數額、補助條件是有問題的，即有疑問；

(2) 司法機關的適當性：由民主途徑選舉出的政府負有分配經濟社會方面稀少資源的最終責任<sup>562</sup>。民主途徑原則上可以反映多元利益，並非民選、也沒有民主傳遞下的法院如何超越其論辯等程序而生的結論，指出民主的決定是有問題的，亦生質疑。

相關的論辯非常豐富。問題從承認權利以後就開始，學者雷文玫及黃舒芃之著作中即指出，承認權利以後，會因為司法機關有更多介入機會，引發「誰才有權力決定社會權實現的程度與方式」的爭議，具體而言，司法權透過釋憲權力的發動，不僅確立個人社會權訴求中權利的存在，甚至可能指導例法落實此等權利訴求的方式<sup>563</sup>。而該文中亦以居住為例，例如要為了保障個人合於人性尊嚴的居住，要求立法者不但必須提供當事人住所，還涉及質的判斷，如區位、坪數大小、其他條件等，但這樣的司法裁判，似乎有過份干預立法者的政策形成空間，進而逾越司法違憲審查權力之虞<sup>564</sup>。這或許可以看出，司法權——釋憲機關若落實其職責，程度到達指導政治部門之際，可能會引發問題。那麼，釋憲機關的職責到哪裡？Sachs 大法官指出，憲法賦予憲法法院說明國會和行政權是否沒有達成其憲法職責，接著就決定於政治部門的作為了<sup>565</sup>。

這樣一來，「落空的期待」可能也是一個顧慮。從落實結果的面向來談，如果居住權最終需要法院指示資源分配，仍然需要後續其他權力的配合，例如有時判

---

<sup>561</sup> See Chang, W., Thio, L., Tan, K., & Yeh, J. (n.d.), *supra* note 186, at 943.

<sup>562</sup> See *id.*

<sup>563</sup> 雷文玫、黃舒芃，前揭註 14，頁 42。

<sup>564</sup> 同前註。

<sup>565</sup> Comparative p. 1696, Sachs, SMU, 1388-89.

決之實現需要強制力，有時需要更為龐大的立法或政策評估工程。但法院沒有辦法確保這些後續實行，其結果就是人民對於法院的期待終究會落空<sup>566</sup>，這反而有害司法的權威性。

綜上，可以看出相關的疑慮基本上來自權力分立原則以及民主原則。但是，除非認為不需要保障、或可以發展出其他完善的體系保護人民之基本需求，完全否定可裁判性這種把小孩連洗澡水一起倒掉的做法毋寧是不切實際的，但是法院的能力和適當性的問題也確有道理而不能忽略。實則，根本性的否定可裁判性、與創造一個可以完全由司法實現甚至有強制資源分配能力的路徑都無法解決問題<sup>567</sup>。

## 第二項 回應與評析

為了解決問題，國際上，包含聯合國組織、區域組織與國家，已出現各種嘗試<sup>568</sup>。而學說上，當前可裁判性的討論也已經延伸到了「如何」裁判、各種模式是否值得採納的問題，而並未停留在有否可裁判性<sup>569</sup>。誠如 Yacoob 法官在 Grootboom 案中指出的，經濟社會權利的保障不能停留在紙面<sup>570</sup>，司法審查需要檢驗憲法紙面上的居住權是否受到了合理的重視與實施。

我國之狀況，從司法實務而言，我國不管是釋憲機關或一般法院都有與社會權有關之實踐，大法官解釋數量上並沒有特別不友善<sup>571</sup>，但尚欠缺穩定的審查方法。學理上討論，如學者翁燕菁曾整理國際人權法上居住權之裁判說明其可裁判

---

<sup>566</sup> 著名的落空的期待，參閱：Rosenberg, G. N. (2008). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press.

<sup>567</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 108。

<sup>568</sup> 相關判決整理如：Jackson, V. C., & Tushnet, M. V., *supra* note at 178 ,at 1664-1694. COHRE (2009), *Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries*, Working Paper No.7 (Geneva: COHRE). 吳昌鴻，前揭註 30，頁 64-104。

<sup>569</sup> *See* Young, K. G., *supra* note 15.

<sup>570</sup> *supra* note 105, para 20.

<sup>571</sup> 許宗力 (2013)，〈憲法院與社會正義之實踐〉，全球架構下的臺灣發展：典範與挑戰－社會正義之理論與制度實踐研究計畫第一年度研討會，頁 1-20，行政院國科會（主辦），台北。

性<sup>572</sup>。雖然國際人權法之操作模式與內國憲法無法直接套用，然而，可得到的啟發是在經濟社會事項上，若連非常需要尊重內國資源實際狀況之國際人權法都有辦法做出司法裁判或準司法裁判，內國應該也有可行之道。況且，並非只有社會權涉及資源配置<sup>573</sup>。退步言之，從基本權功能來看，給付面向縱有疑問，但仍然有防禦權面向。例如拆遷的正當程序，可裁判性之疑慮也相對較低，既然人民有權利受損之情形，司法連防禦面向都無法提供救濟就未免過於退縮。況且審查不是全有全無，還可以做密度控制、立法事實、說明義務等審查工具上的安排與設計，這些都有辦法嘗試補足專業判斷、資源分配的問題。

而關於判決實現之問題，本來權利實現就需要各個權力、甚至非國家部門之協調運作，尤其是憲法解釋，要透過憲法解釋達成一蹴可幾的社會改革本就不切實際。而在我國，雖然憲法解釋在制度之初未預設的權利救濟功能有逐漸提升<sup>574</sup>、且草案直接將權利救濟功能納入，但若是想要得到具體、對個人之救濟，也本就是回到一般法院，一般法院透過合法性審查，確實可以具體提供個人之權利救濟；而法規範的改革，需要立法與行政之配合，這種關於落空的期待的焦慮並不是社會權或居住權獨有之問題。

綜上，本文認為重點在於探究法院到底哪裡欠缺能力，又應該如何應對這種狀況、以及尋覓與立法、行政的平衡方式。畢竟，司法審查並不會完全取代立法機關<sup>575</sup>、或行政機關。南非憲法法院就曾說明，問題的關鍵不是可裁判性的有否，而是如何審查<sup>576</sup>。以下本文擬更具體的分析「居住權司法審查之困境」，再討論應對的審查模式。

---

<sup>572</sup> 翁燕菁，前揭註 29，頁 4-17。

<sup>573</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 123。

<sup>574</sup> 廖義男（2015），〈司法院大法官解釋之權利救濟功能〉，《法令月刊》，66:6，頁 1-15。

<sup>575</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 123。

<sup>576</sup> *supra* note 105, para 20.



## 第二節 居住權司法審查之困境

居住權司法審查受到來自憲法體系本身的限制、以及具體實踐上在現實脈絡下的限制，本文區分「法秩序層面之困境」與「法實踐層面之困境」討論之。

### 第一項 法秩序層面之困境

司法審查在憲法上居住權之審查要面對的不僅是立法形成空間，也包括行政裁量空間，前者是違憲審查注意的、後者則是行政法院與違憲審查都需要面對的。學者孫迺翊即指出，相較於德國之社會立法以高密度的法律規範處理，我國大多是授權（或根本未授權）行政機關進行一般裁量，因此違憲審查要面對行政裁量的機會也相當高，這些行政裁量包括法規命令、職權命令以及行政函釋<sup>577</sup>。

### 壹、居住權之立法形成空間與司法審查

論者嘗整理我國釋憲實務中具社會權性質之案件<sup>578</sup>，指出大法官對立法形成自由之運用並非一律尊重之而從寬審查，而在不同的案型有不同之處理，並未有放諸四海而皆準的判斷標準，但這種曖昧不清的態度也引發了質疑<sup>579</sup>。

學者黃舒芃曾指出，一般從「民主原則」與「權力分立」的理解，固然有理，但也會使得立法形成自由的發動單純是民主的表現，而與憲法基本權保障脫鉤、或產生是基本權保障對立的印象<sup>580</sup>，但立法形成自由並不是不受憲法規範的政治場域，毋寧還是受到基本權利之拘束<sup>581</sup>，這從本文前開對於基本權拘束對象的討論也可得知。

---

<sup>577</sup> 孫迺翊，前揭註 270，頁 453。例如釋字第 246、285、422 號解釋之審酌標的就是行政行為。

<sup>578</sup> 例如：釋字第 422、485、576、649、717 等解釋。黃念儂，前揭註 26，頁 130。

<sup>579</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 130。

<sup>580</sup> 黃舒芃（2013），〈立法者對社會福利政策的形成自由及其界限〉，《框架秩序下的國家權力—公法學術論文集》，頁 333，台北：新學林。

<sup>581</sup> 同前註。

在這樣的認知下，立法形成自由之憲法定位，應是憲法本於開放性、提供各種利益得以受到兼顧的場域下，立法者在具體化憲法框架之內的任務時，必然擁有之權限<sup>582</sup>。而對此，當立法者在系爭任務行使出現瑕疵時，違憲審查之功能就是進場挽救民主之缺失，使民主追求的多數、少數利益妥協再次成為可能<sup>583</sup>。進而，既然對立法形成自由之理解應該是以多元利益調和下的「基本權最大實現」為目標<sup>584</sup>，釋憲者基於憲法賦予之角色，對於此任務不僅有審查可能，也不宜以空洞的語言帶過<sup>585</sup>，也就是說，對於憲法、民主的理解，不應該是「民選等於民主」、「權力分立等於退讓」，否則誠然是誤解了憲法框架的意義<sup>586</sup>。論者即指出，既然社會權涉及複雜之利益衡量，則更需要一個公正公開之平台，以檢視立法者之利益衡量是否已經兼顧各方利益<sup>587</sup>。對此，一個可能的方式是以立法者之「判斷過程」為審查，或有謂是「立法正當程序」之審查，而相關模式考量，本文於後章節再行詳論。

在此，特定至居住權之司法審查，抱持著前開對於憲法框架下民主、權力分立的理解，立法者在具體化憲法保護居住權之框架的內涵時，享有一定之立法形成自由，可以具體的去決定保障的方式、程度、優先保障之對象等資源分配的方式，但釋憲者仍然可以檢驗立法者在「行使」其立法形成自由時，是否有完成憲法之誠命、在其形成過程提供多元利益之衡量。例如立法者可以規定何種徵收需要通知哪些受影響對象、以及表達意見之程序，若決定如此規定時完全忽略了某類型受影響對象、或是表達意見之程序未考量其對應之法律效果，則釋憲者顯然有介入之機會，而此種介入並不是代替立法者做決定，而是指出立法者在履行其憲法義務時違背立法者扮演的角色是憲法保障居住權的框架下利益調和之意旨，才不會使得部分人的利益在衡量場域完全失靈，卻無從補正這樣的情形，而這正

---

<sup>582</sup> 黃念儂，前揭註 26。

<sup>583</sup> 黃舒玓（2010），〈違憲審查中之立法形成空間〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，頁 39-51，48。

<sup>584</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 132。

<sup>585</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 132。

<sup>586</sup> 黃楚婷（2015），〈立法形成空間的反思與再界定——從審查密度理論之檢討談起〉，頁 69-77，東吳大學法律學系碩士論文。

<sup>587</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 132。

是法官需要達成之任務，就像 Sachs 大法官所說的，「法官們可以倚賴憲法所授與他們的獨立性，來確保正義無畏、無私、無偏地關照到每一個人。<sup>588</sup>」

本文欲指出的是，雖然立法形成自由看似是限制審查的「界限」，但實則不然，立法形成空間不是居住權司法審查退守的理由，反而應該循立法形成空間所立基之憲法秩序，由司法審查探究其合憲性，方符真正的權力分立意旨。當然，不是要司法者取代立法者做決定，司法審查之密度誠可調整，學者黃舒芃也指出，此類政策通常較諸其他政策需要更多「空間」來衡量多元利益，從而也可以推導出較大的立法形成自由空間<sup>589</sup>，但相關考量不能完全缺席、恣意放行。至於界線怎麼畫，就是司法審查模式需要探討之問題。

## 貳、居住權之行政裁量空間與司法審查

相對於立法形成自由，行政裁量空間在一般裁量與具體裁量之情形都是司法審查有機會面對的，有關行政裁量之司法審查問題，國內也累積相當之實務<sup>590</sup>與研究<sup>591</sup>。權力分立下，居住權保障相關的較為細節性、技術性之專業決定，得由

---

<sup>588</sup> 奧比·薩克思著，陳毓奇、陳禮工譯（2013），前揭註 104，頁 205。

<sup>589</sup> 黃舒芃，前揭註 580，頁 106。

<sup>590</sup> 例如釋字第 553 好解釋理由書對行政裁量之審查方式指出以下六點審查重點：

（一）事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。

（二）原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。

（三）有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？

（四）法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？

（五）對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。

（六）是否尚有其他重要事項漏未斟酌。

<sup>591</sup> 例如：葉俊榮（1985），〈行政裁量與司法審查〉，臺灣大學法律學研究所碩士論文。許宗力（2007），〈訂定命令的裁量與司法審查〉，收於：氏著，《憲法與法治國行政》，頁 207-248，台北：元照。李建良（2002），〈論行政裁量之縮減〉，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，《當代公法新論（中）》，頁 109-153，台北：元照。張桐銳（1995），〈從「判斷餘地」理論談司法審查的界限〉，《憲政時代》，第 20 卷第 3 期，頁 69-79……等等，不及備載。

立法授權具備相關專業之行政權達成。一般而言，縱然不是經濟社會事項，如教師升等之行政裁量等，在司法審查上也會受到一定的禮讓（*deference*），但依然有關於裁量濫用、裁量逾越之合法性審查，以及大法官的合憲性審查。在我國，與居住權相關之行政行為甚多，一般裁量如基本居住水準、各項補助之具體標準，具體裁量如徵收處分等，司法權得以介入到何種程度，即成問題。雖然，這會構成司法審查密度上一定之調整<sup>592</sup>，但也同於前開對立法形成自由之審查，司法者如果真要達成權力分立之任務，就不應該是採取全面退守的態度，例如屏東阿禮部落的第一審判決雖然採用了公約、承認了權利，卻認為這是行政裁量範圍司法無從置喙，只能從旁「呼籲」，這種方式既已指出了行政之不當，卻又未有作為，毋寧更直接造成期待落空，誠然，在具體個案審查或違憲審查中探諸合乎憲法意旨之做法，應是司法要追求的目標。

總之，本文要指出的是，法院的確沒有辦法代替立法或行政做出資源分配的決定，從能力上考量，的確有所不足，但從權力分立與民主出發考量，審查是必要的，本文無意對司法應採用積極或消極態度妄下斷論，但可以確定的是，與其將立法形成自由與行政裁量自由視為居住權司法審查的「界限」，不如「認真對待居住權」，與兩權共同構築其自由與司法審查之間的「界線」。這樣的討論又再一次將重點拋向了司法審查模式。

## 第二項 法實踐層面之困境

法實踐困境上，首先可以發現的是對於社會權的不信任與不重視，這是來自司法文化、以及人民權利意識面向的「困境」。儘管我國有諸多社會福利、救助等釋憲或一般司法實務，但主要的論證方式都非權利，以釋憲實務為例，也僅有釋字第 422 號解釋使用了生存權進行審查。實則，將社會權以「權利」方式看待的審查相對於自由權是相當陌生的<sup>593</sup>。但是，當前的司法審查也並非無視我國憲法

---

<sup>592</sup> 針對不同行政行為中行政裁量之審查密度，可參閱：楊宇捷（2009），〈由權力分立觀點論行政裁量類型化之司法審查〉，頁 155，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>593</sup> 自由權之審查，國內實已發展出較為穩固之方法論，如參閱：許宗力（2007），〈比例原則與法

的社會憲法體質，僅是對「權利」感到陌生與卻步，認為社會權會落入裝飾性條文的後果而毀壞憲法效力。但事實上，基本權並非不能限制，基本權的存在不是絕對<sup>594</sup>，承認了居住權並不會造成國家財政崩潰或大幅舉債、權利的實現毋寧是要在「既有資源」的可能範圍之內採取合理措施，在一定程度內，重視憲法上居住權毋寧是司法社群可以呼應我國實際需求而調整的，肯認權利、縱然認為限制合理，經過一定的有力論理說明，仍然有助於提升並督促立法與行政之品質，逃避不談的態度，無助於問題解決。

對於社會權的不重視與不信任，也容易使得人民認為相關保障屬於政府的「恩賜」，此氛圍對於督促良善立法亦有傷害，從國家恩惠到個人權利的意識抽換，是民主轉型後的重要挑戰<sup>595</sup>。

而誠如陳春生大法官於釋字第 709 號解釋所提出之意見書，認為穩健的憲法解釋方法不應該在學說累積不足的狀況下貿然承認權利，張文貞教授對之表示可以理解，因為法律社群在公約施行法通過生效後，才有較多對國際人權法之關注<sup>596</sup>。若依此趨勢，未來對於經社文公約上權利，包括居住權，乃至於憲法上居住權之關注，或許可以期待逐步累積、提升，增加我國對社會權、居住權之重視。

綜上，法實踐層面，縱然發展還在起步中，然我國也不是沒有類似領域之司法實踐，當前的困境是克服對於權利承認之恐懼，對此，也有賴相關方法論之深化、與類型化的嘗試在實務與學說上之積累與穩固。以下，本文即嘗試參酌他山之石討論可能之審查模式——也是真正的問題與理論競技場所在。

---

規違憲審查》，收於：氏著，《法與國家權力(二)》，頁 75-94，台北：元照。黃昭元（2004），〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《台大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 45-148。

<sup>594</sup> 林佳和，前揭註 96，頁 26-27。李雅萍，前揭註 27，頁 68、193。

<sup>595</sup> 有關民主轉型與經濟社會權利審查上的司法禮讓，參考 Huang, Cheng-yi (2016). “Judicial Deference in New Democracies”, paper presented at Second Conference on Comparative Administrative Law, Yale Law School: Yale Law School, 2016-04-29 ~ 2016-05-01.

<sup>596</sup> 張文貞，同前註 20，頁 25。



### 第三節 相關司法審查模式之比較法觀察

#### 第一項 比較法之意義

以下，本節將透過比較法上或有參考價值之相關審查模式進行探討，目的在於。但比較法研究之前提係可比較性，故在進入具體的比較法審查模式討論以前，擬先透過審查客體與比較重點之澄清，確認此部分比較法觀察之目的與方法。

#### 壹、基本釐清

我國司法違憲審查機關係屬抽象、集中制，司法院大法官職司具抽象、一般性規範之違憲審查；而具體行政行為，亦即行政機關之具體裁量，其司法審查係由一般法院為合法性之審酌。申言之，司法院大法官有審查客體之限制、一般法院則是有法適用順序之限制，我國當前之司法審查制度中，直接「使用憲法審查具體行政行為」之情形在我國誠難想像，則對於「憲法上居住權」之司法審查，在我國可能的模式包括司法院大法官的抽象之「基本權違憲審查」、以及行政法院適用具體化居住權法規範而對具體行政行為進行之「合法性審查」，先予述明。

在國內外學說上，經常受到討論的居住權或經社權利司法審查案例，可謂來自諸多不同類型之司法審查模式。而本節共彙整了五種對於經濟社會權利、主要針對居住權之司法審查模式（包括條件性權利審查模式、合理性審查模式、程序公平審查模式、正當立法程序審查模式、以及行政裁量判斷過程審查模式），並各以一學說討論之重要案例說明，分別來自印度、南非、德國與日本四個國家之司法審查機關——印度最高法院、南非憲法法院、德國聯邦憲法法院與日本最高法院，其中僅有德國聯邦憲法法院與我國同屬抽象集中之違憲審查制度（或說我國作為德奧違憲審查制度之繼受國），但可審查之客體也不盡相同。誠然，要找到司法審查制度完全相同之比較法國家幾乎是不可能，而既然本文也沒有預期要採用直接移植適用這種不切實際的審查模式建構方式，故比較法之意義毋寧在於審查模式可以給予我國如何之啟發，有如何轉化、參酌並應用於我國之機會，從而，

本文認為在這樣的前理解下，審查客體究竟是立法或行政措施、抽象或具體審查，反而是次要之問題，重點是法院之審查究竟採用了如何之策略來應對居住權／經濟社會權司法審查所受到的各種質疑。



## 貳、觀察重點

如前所述，本節之比較重點在於審查模式之操作，故以下係挑選了五種學說有所討論、而本文認為對我國之情形有借鏡可能之審查模式為分類，觀察其主要審查模式之特色，並參考其是如何看待、處理居住權（或其他經社權利）之「最低核心」。另外，若有，也注意其如何將國際公約適用在內國的司法審查上。

### 第二項 比較法上模式參考

#### 壹、條件性權利審查模式

##### 一、以印度 Olga Tellis 案為例（1985）

1985 年的 Olga Tellis 案<sup>597</sup>係一有關人行道上遊民之公益訴訟判決，已於本文第二章介紹，印度最高法院從憲法生命權中推演出生存權的保障，而認為居住是生存的重要方式，居住之剝奪需要受到憲法之檢驗，而判決中並未提及公約，而是利用不同的憲法條文交互解釋，強化生命權的解釋範圍。而本文在此要討論其審查模式，本案中，法院認為賦予政府權力可以清除人行道上貧民窟的法條——孟買市政法 (Bombay Municipal Corporation Act) 第 314 條，不能被認為是不合理、不公平或是不正義，但是，雖然系爭條文合憲，最高法院認為若正義且公平 (just and fair) 的程序未被採取，可能造成生存權的剝奪<sup>598</sup>。政府的行為必須要合理且受

---

<sup>597</sup> *supra* note 286.

<sup>598</sup> *supra* note 286, at [80 G-H, 81 A].

影響之人需要獲得表達意見（being heard）的機會<sup>599</sup>。亦即，孟買市政府必須在拆遷前必須踐行某些特定程序，包括事先公告、以及提供足夠的時間搬遷。

這種強調國家程序義務是合法搬遷的「條件」之審查方式，也出現在印度後續的案子<sup>600</sup>和孟加拉最高法院出現<sup>601</sup>。這種審查模式之特色，學說指出是「條件性權利（conditional rights）」<sup>602</sup>，法院雖然不能保證當事人獲得任何實際的東西，但是透過「條件設定」——在此條件是程序要求（政府應踐行如何之程序才能遷離人民）提供當事人協助，並且，法院並沒有對權利的內涵為何進行解釋<sup>603</sup>。這種模式繞過了「最低核心」，亦即，印度最高法院沒有說政府行為因為侵害了權利的最低核心而違憲，而是指出如果未經某些正當程序的「條件」，政府不得為遷離行為，否則會違反權利保障。

## 二、模式分析

學說認為，條件性權利審查模式的特色是，不適足的居住（inadequate housing）不會被認為是居住權的違反，權利違反是依據國家行為而「條件性」的存在——權利違反可能發生在國家採取了義務但並沒有滿足之，因此違反只會出現在當一個機制已經啟動了、但沒有適當地執行<sup>604</sup>。申言之，事實狀態沒有義務違反的問題，但國家做了某些行為卻有問題時，才有可能稱之為違反權利。

---

<sup>599</sup> *supra* note 286, at [89 E-G].

<sup>600</sup> *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan*. (1997) 11 S.C.C. 121. 本案中最高法院審查的母寧也是政府要進行驅逐時有沒有踐行特定之「程序」，居住者應該要可以參與替代方案之設計。

<sup>601</sup> *Bangladesh Legal Aid and Services Trust and others v Government of Bangladesh Writ Petition No 5915 of 2005* (Supreme Court, Bangladesh)，此案是 127 個貧民窟家庭遭驅離、NGO 代表訴訟，政府因住屋計畫取得土地，但 NGO 主張以支付租金和繳納帳單，應受合法權利保障，且和平佔有土地。對於和平佔有的貧民窟進行威脅驅離，法院認為政府沒有替代的暫時安置方案則不能進行遷離，違反憲法第 32 條生命權。

<sup>602</sup> Khosla, M. (2010). Making social rights conditional: Lessons from India, *Int J Constitutional Law* (2010) 8 (4): 739-765.

<sup>603</sup> *See id.*

<sup>604</sup> *See id.*, at 753.



這種模式的優勢是，司法有審查、但避免需要由司法提供任何補償。學說亦指出，印度經驗告訴我們要對於「體系性（systemic）權利」與「條件性權利」有所區辨。雖然普遍認為印度最高法院審查社會權，但其並沒有執行任何「體系性的社會權」，當國家做出行為，權利條件性的存在<sup>605</sup>。這種模式相較於體系性權利，是一個較弱的司法審查形式，但在某些情況下審查密度卻是更深的<sup>606</sup>。而這種模式的另一個好處是扮演了一個法院重要的「表意（expressive）」角色，可以幫助改變一些保障的社會意義、促進國家提供社會服務。儘管我們都習慣於體系性的權利，但這種審查模式也是值得更深入的研究<sup>607</sup>。

## 貳、合理性審查模式

### 一、以南非 Grootboom 案為例（2001）

南非憲法法院對於社會權的審查，其重點是全世界知名的「合理性審查模式（reasonableness review）」，法院不能代替政府做資源分配之決定，但可以審查政府措施有沒有往憲法規定的社會權保障方向邁進，這是一種實體審查，但不需要由法院解釋最低核心、並承認法院也沒有足夠的資訊搜集能力知道最低核心為何，而審查是可以完全不需要碰觸最低核心的。在此，本文以最為著名的 Grootboom 案為簡介，說明合理性審查之實作與特色<sup>608</sup>。

2001 年的 Grootboom 案，係由 Irene Grootboom 女士為代表的九百位受到強迫遷離而暫時居住於體育場之棚屋中者，率先向好望角高等法院提起，最終來到憲

---

<sup>605</sup> See *id.*, at 765.

<sup>606</sup> See *id.*

<sup>607</sup> See *id.*

<sup>608</sup> 南非著名的類似居住權案件中使用合理性審查之判決尚有：

2004 Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers

2008 Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others

2009 Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes and Others

法法院的案件。對南非的居住權案件認識，並不能脫離南非種族隔離背景的理解<sup>609</sup>。在諸多觀察者的眼中，種族隔離必須要為南非諸多區域的住宅短缺負責。在種族隔離時期，許多區域排除非裔住民，但非裔住民仍然會大量湧入，形成非正式住居（informal settlement），直到 1990 中期政府才開始透過中央與地方層級的立法嘗試解決這樣的問題，但南非政府的資源並不豐富<sup>610</sup>。

Irene Grootboom 女士與眾人一起住在 Wallacedene 的非正式住居中，許多人申請了低價住宅，被排在可能要等上好幾年的候補名單上。1998 年尾，許多人受不了這種居住環境，開始移居到附近預定要蓋低價住宅的私人空地，在其上構築棚屋，幾個月後，地主獲得一個驅逐令，但他們不願意搬走，抗辯他們原本的住居地也被已經佔據了，已經無處可去。但最後他們受到強制遷離，棚屋也受到清除，接著他們到了一個體育場，暫時居住。也就是在這個體育場，他們提起了訴訟認為自己的憲法上權利受到侵害<sup>611</sup>。這個案子最後來到了憲法法院。

Grootboom 案中，憲法法院在解釋憲法條文的居住權時，用公約的內容作為憲法內容之補充。南非憲法法院在審理本案時，引用了經社文委員會第 3 號一般性意見的第 9 段與第 10 段，說明了憲法第 26 條第 2 項的意義：「逐步實現」與「核心義務」，但一般性意見並沒有說明何為最低核心，而法院也沒有採用原告對於南非憲法對於兒童、健康照顧權的「權利核心」認定，認為這些經濟社會權利並沒有辦法認定出一致的標準——這不是法院可以有能力認定的，不同經濟社會條件的地區、社群會有不同之標準，這需要很多事實來判斷，憲法法院依其功能也無法了解<sup>612</sup>，因此，憲法法院必須從憲法第 26 條檢視國家義務之相關措施是否合理（reasonable）<sup>613</sup>。憲法法院指出，適當的住房不是有磚瓦搭建的房屋即可，還必須包含其他適當的條件，如飲用水，國家對於上述的基礎服務也有義務，因此國家必須在處理居住事項時要有全面的考量，且考量對象要包含「各種經濟層面之

---

<sup>609</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 226.

<sup>610</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 226-227.

<sup>611</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 227.

<sup>612</sup> *supra* note 105, para 30-33.

<sup>613</sup> *supra* note 105, para 34-35.

人」<sup>614</sup>，在本案中方可以稱作合理。具體而言，合理性標準的內涵係審查法律與正當政府目標是否合理相關（*connected*），包括目的合理之要求、與措施是否以合理方式達成目的之要求。這樣的審查模式，被稱為「合理性審查」。

## 二、模式分析

從 *Grootboom* 案判決可以看出法院認定合理性之方式<sup>615</sup>至少包括：政府要盡最大程度利用可及資源促進居住權實現<sup>616</sup>；措施必需是全面考量、一貫且協調的<sup>617</sup>，和其他措施要達成平衡和有彈性<sup>618</sup>；要包括短、中、長期計畫<sup>619</sup>；要提供措施的實施足夠的資源，包括人力與財政之配合<sup>620</sup>。

事實上，當前不管是國際人權法或是內國憲法，權利的強度都沒有到達保障人人「有」房甚至能隨意選擇住所的權利<sup>621</sup>——這是受限於資源有限等對於社會權特性的考量。但相對而言，就排除或避免改變居住現狀的國家或第三人行為，例如強制驅逐或其他影響住房近用的行為，則是國家可以由司法保證的權利內涵<sup>622</sup>，例如以南非憲法第 26 調的居住權規範而言，其內容是「人人皆有近用適足住房的權利（*Everyone has the right to have access to adequate housing.*）」，透過強制驅逐的避免或排除，司法雖無法給予適足住房的近用，但可以排除對於近用可能的干擾，在這個意義下毋寧也有防禦意味，不過，*Grootboom* 法院並未止步於此，而實質審查、要求了進行國家相關措施時之合理性，方可促進權利實現，在這個意義下，具備了給付性質。南非的司法實踐可以看出在國家的確有辦法在並未另外

---

<sup>614</sup> *supra* note 105, para 34-35.

<sup>615</sup> 學者 Sandra Liebenberg 曾整理合理性審查相關之標準，Liebenberg, S., *supra* note 499, at 152-153. 國內已翻譯之文獻參見黃念儂，前揭註 26，頁 106，氏整理出 Liebenberg 所提出之七大標準。

<sup>616</sup> *supra* note 105, para 41.

<sup>617</sup> *supra* note 105, para 40.

<sup>618</sup> *supra* note 105, para 95.

<sup>619</sup> *supra* note 105, para 43.

<sup>620</sup> *supra* note 105, para 39.

<sup>621</sup> 翁燕菁，前揭註 29，頁 17。

<sup>622</sup> 翁燕菁，前揭註 29，頁 17。

需用資源的前提下保障憲法上居住權<sup>623</sup>。這裡的合理性審查並沒有規避實體審查、完全躲入程序審查中避難，也不像條件性權利審查那般僅在特定情形下發生，南非的審查模式毋寧還是「體系性的」，透過認定措施是否可以認定為合理地助於居住權實現，但不直接由法院決定資源應該如何分配，而是創造一種脈絡化<sup>624</sup>的個案認定標準。即有指出，這種個案權衡的模式某程度是可行的「中間路線」<sup>625</sup>。合理性審查之模式在國際比較憲法學界受到廣泛的擁護<sup>626</sup>。

不過，這種中間路線固然是溫和的審查，但許多批評也指出，南非的合理性審查欠缺對於權利的規範性內涵描述<sup>627</sup>、流於個案認定，另一種批評是合理性審查導致一種奇怪（uncanny）的現象，為了要討論法院之外人民的居住權，法院否定了當事人的居住權<sup>628</sup>。另外，這些模糊的標準所建構出的個案衡量方式相對於

---

<sup>623</sup> See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 236.

<sup>624</sup> 但關於脈絡化，學說上有認為 Joe Slovo 案才真正深化了「脈絡」，探諸歷史、文化等因素。這裡指的脈絡化是法院重視個案表面事實的脈絡。See Hohmann, J., *supra* note 95, at 103-107. 關於 Joe Slovo 案，參閱下註 628。

<sup>625</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 108。

<sup>626</sup> 同前註。

<sup>627</sup> See Hohmann, J., *supra* note 95, at 108.

<sup>628</sup> 例子是，在 Joe Slovo 案（也是一個非正式聚落、貧民窟）中，Yacoob 大法官指出「為了要提升並實現居住權，所以當事人被驅離」。See Hohmann, J., *supra* note 95, at 100-101.

這可以對應到我國釋字第 709 號解釋的情況，也證明了本文討論基本權衝突的重要性，在這種情形，是居住權與居住權之基本權衝突，如果依照靠近更靠近基本需求、人性尊嚴要先被滿足的方向，被驅離的當事人在保障上應該具備優先地位。

Joe Slovo 案是開普敦市的高速公路開發計畫所需要遷離的非正式聚落，雖然承諾有臨時安置，因而居民接受開發案，但最後安置計畫沒有落實，引發居民嚴重抗議，開發計畫也受到延宕。雖然法院否定居民對土地形成的「事實占有」，但臨時、非法的占有仍然需要政府進行協商義務。Joe Slovo 案最後因為驅離的過程不符合合理性要求，最後憲法法院判決政府應該要進行與當事人個別與團體之「協商（engagement）」，最後達到了原地保留的結果。判決論理中還有討論到歷史脈絡，論者指出這顯示了法院從單純邏輯的居住權判決取向開始走向了具體、脈絡化的論理，也是一種從私法邁向公法的論理典範轉移。See Hohmann, J., *supra* note 95, at 103-107.

會說邁向私法，是因為在較早的案件中，例如 Modderklip 案，法院指出政府需要賠償 Modderklip 公司的損失，可謂是私法之概念在憲法審判的展現，不過，本判決事實上沒有真正正面回答政府是否有侵害居住權。而相較於這種具有賠償功能之判決，Grootboom 案雖然指出了國家措施的瑕疵、確認了權利，但終究沒有強制執行之配備，這也與法院避免超越權力分立界線有關，惟這樣的判決實益亦受到批評。

認定最低核心毋寧是不夠明確的，不過，法院要如何、又是否適合處理最低核心的問題<sup>629</sup>，在得到解答之前，合理性審查毋寧是一個折衷的路徑。

另外，學者指出，南非的合理性審查模式雖然要求政府有固定的優先順序，但最終是保留了進行與組織方式給政治部門，這相較於印度的條件性權利是一種相反的模式，條件性權利不要求固定的優先順序，但設定了執行和組織的方式<sup>630</sup>，也是此二模式值得對照觀察的特色。南非憲法法院在合理性審查的優先設定，協助確保了社會邊緣、脆弱之人不會受到忽略或無視<sup>631</sup>。

而必須注意的是，法院得以介入審查的基礎在於南非憲法第 33 條之行政正義（administrative justice）規範。Grootboom 案創立之審查模式也被稱為「行政法模式」<sup>632</sup>——這是關於 Grootboom 案一個最有趣也相當有影響力的觀察，來自 Cass Sunstein 教授<sup>633</sup>，氏認為 Grootboom 案判決應該被理解為一個行政法判決：機關有可課責之任務，且必須解說為何其採取了特定資源分配之方式而非其他。法院的角色是監控其濫用，以確保資源分配的理性<sup>634</sup>。Sunstein 教授——某程度拋棄了其反對經濟社會權應該入憲的見解而認為 Grootboom 案判決是值得讚揚的，但他的分析也引起一些討論：如果這純粹只是行政法審查，那經濟社會權扮演的角色為

---

而針對「協商」模式，南非憲法法院從 Olivia 案中開始正式發展協商模式，並在 Joe Slovo 案深化。協商模式的好處是透過要求政府必須與人民協商這種程序性的要求，強化權利的保護但是避免由法院作出實質資源分配之決定。協商的特色是，法院會先設定雙方需要在哪些要點討論，例如搬遷時間、條件、替代住宅等等，但法院不直接涉入這些要點的實質決定，從而也沒有實質介入資源分配的疑慮。

<sup>629</sup> 不過，南非憲法法院原則上拒絕採納最低核心之請求權的立場，在其他案件似有鬆動之情形，不過可以肯定的是，法院始終沒有說明憲法第 26 條之最低核心內容為何。黃念儂，前揭註 26，頁 101。

<sup>630</sup> See Liebenberg, S., *supra* note 499, at 765.

<sup>631</sup> Wessen, M. (2004). Grootboom and Beyond: Assessing the Socio-Economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court, 20 *SAJHR* 284. 307.

<sup>632</sup> See *id.*, at 284

<sup>633</sup> See *id.*, at 289. See Sunstein, C. R., *supra* note 201, at 224-37. See also Bilchitz, D. (2003). Placing Basic Needs at the Centre of Socio-Economic Rights Jurisprudence, 4 *ESR Rev* 1.

<sup>634</sup> See Wessen, M., *supra* note 631, at 289.

何<sup>635</sup>？這裡需要討論到南非的行政正義促進法（Promotion for Administrative Justice Act, PAJA）、以及其所調整之發展自英國的「Wednesbury 不合理性審查」：「決策不應過於不合理以至於沒有合理的人會採用同樣的方式執行權力或行使職權（the decision should not be so unreasonable that no reasonable person could so have exercised the power or performed the function）」<sup>636</sup>，這樣的審查其實是相當受到爭議的<sup>637</sup>。而回到 Grootboom 案，憲法法院其實沒有真的採用 Wednesbury 不合理性審查，並且，Grootboom 也不能視為是國際法上漸漸取代 Wednesbury 不合理性審查方式的比例原則審查<sup>638</sup>，學者 Paul Craig 指出「比例原則的前提是機關有權追求其想要的目標」，而法院在比例原則下的任務是衡量目的和手段，但 Yacoob 大法官在判決中展現的是其認為國家目標的優先性設定誤解憲法居住權而出了問題<sup>639</sup>。實則，南非所操作的合理性審查模式與比例原則有所不同，但可以被理解為較為嚴格的 Wednesbury 審查<sup>640</sup>。

## 參、程序公平審查模式

### 一、以南非 Joseph 案為例（2009）

學者黃丞儀指出，在南非，「程序正義（procedural justice）」重要性也有興起之勢，並以南非憲法法院 2009 年的 Joseph 案（Leon Joseph and Others v. City of Johannesburg and Others, CCT 43/09<sup>641</sup>）為例<sup>642</sup>。Joseph 案與電力供給相關，聲請方指出，2000 年的行政正義法第 3 條第 1 項要求政府在採取會「實質且不利（materially and adversely）」地影響人民之決策前，必須提供所有人民公平的程序

---

<sup>635</sup> See *id.*

<sup>636</sup> PAJA Section 6(2)(h)

<sup>637</sup> See Wessen, M., *supra* note 631, at 291.

<sup>638</sup> See Wessen, M., *supra* note 631, at 292.

<sup>639</sup> See *id.*

<sup>640</sup> 有學者因而反對這是單純的行政法審查。See Wessen, M., *supra* note 631, at 307.

<sup>641</sup> [2009] ZACC 30; 2010 (3) BCLR 212 (CC); 2010 (4) SA 55 (CC)

<sup>642</sup> See Huang, Cheng-Yi, *supra* note 595, at 17.

<sup>643</sup>。這些聲請人都是住在同一個街區（block）中的公寓之使用人，他們繳納電費給 Nel 先生，Nel 先生則和電力公司有契約關係。但後來 Nel 先生欠繳，電力公司便斷電，使用人事先沒有獲得任何關於斷電的通知，他們在沒有電的情況下又住了大約一年，因為他們沒辦法負擔搬遷<sup>644</sup>。

法院認為，電力提供是地方政府透過提供基礎服務給所有居住在城市中的人民以滿足憲法與法規之義務，若剝奪這種服務，影響到人民的權利，電力公司有義務在做出對權利實質且不利的決定前提供人民公平的程序<sup>645</sup>——雖然電力公司和這些聲請人之間並沒有私法上的契約關係，但是人民仍有公法上權利<sup>646</sup>。而程序公平（procedural fairness）之重要性除了在於保護人民權利，也在於促進人民對公共行政與參與民主的信任<sup>647</sup>。法院的審查，相較於合理性審查模式，轉向了對程序公平的要求，強調決策過程應該要更加透明並有參與性<sup>648</sup>。

從憲法法院的判決中，可以看出主要的審查流程是先確定聲請人有權利享有行政正義法第 3 條的程序公平<sup>649</sup>，接著認定被告之行為有行政正義法第 1 條所規定之中「直接、外部法律效果」<sup>650</sup>，進一步確定聲請人的權利受到了「實質且不利」的影響<sup>651</sup>。而個案中需要如何之程序公平，可以連結約翰尼斯堡市的電力法<sup>652</sup>判斷，並將電力法中的事前通知要求（第 14 條第 1 項），連結到程序公平的判斷上。最後認定斷電是不合法的。

---

<sup>643</sup> Section 3 of PAJA :

“(1) Administrative action which materially and adversely affects the rights or legitimate expectations of any person must be procedurally fair.

<sup>644</sup> *supra* note 641, at para 1-9.

<sup>645</sup> *supra* note 641, at para 31-40.

<sup>646</sup> *See* Huang, Cheng-Yi, *supra* note 595, at 17.

<sup>647</sup> *supra* note 641, at para 46.

<sup>648</sup> *See* Huang, Cheng-Yi, *supra* note 595, at 18.

<sup>649</sup> *supra* note 641, at para 26.

<sup>650</sup> *supra* note 641, at para 27-30.

<sup>651</sup> *supra* note 641, at para 31-33.

<sup>652</sup> City's Electricity By-Laws (1999).



## 二、模式分析

程序公平審查的優點是較諸南非慣用的合理性審查更具備可預測性，合理性審查以法官建立的標準決定合理性，而程序要求則就是要角色程序「透明」、「可參與」<sup>653</sup>。但誠如所有程序審查，固然確保了人民有辦法在決策過程中了解、或某程度之參與，惟實體權利是否因此就可以受到完整的保障？本文毋寧是存疑的，此種模式雖然可以預測，但法院繞過了實體權利內涵、政府措施之結果也仍有可能無法符合憲法之要求。學者黃丞儀也指出，這樣的結果可能是在決策過程中，政府只追求符合程序要求，而沒有任何實質論理，而更多的參與不一定會帶來更好的決策——但是，對法院而言程序審查可能會是方便而實用的工具<sup>654</sup>。

## 肆、正當立法程序審查模式

接下來兩個模式所挑選之比較法案例——德國的 *Hartz IV* 案與日本的老年津貼廢止案，雖然不是直接針對「居住權」之審查——但兩者都是「生活扶助」，居住作為基本需求，有一定之關聯，退步言之，兩案皆是在生存權脈絡下，處理相關給付之立法形成／行政裁量標準調整與設定的問題，與本文支持放入生存權之立場貼合。由於當前多數學說討論上關於居住權之比較法案例回顧皆集中於「強制遷離」的部分，並以南非為大宗，但在經濟條件較佳的國家，國家給付之手段也會成為需要關注的重點，進入給付請求面向之司法審查，但在多數討論居住權之文獻中，「給付請求權」面向的「著名」案件相對不足，如果考慮到我國在居住協助面向已有諸多國家「給付」之手段，德國與日本兩案之審查模式參照在本文的討論框架下有相當的幫助、與我國的情形也有比較需求，從而納入參考之範圍。

另外，欲先說明的是，「正當立法程序審查模式」審查客體為法規範、而「行政裁量判斷過程審查模式」審查客體為行政裁量，但是係一般裁量，而非個案裁

---

<sup>653</sup> See Huang, Cheng-Yi, *supra* note 595, at 18.

<sup>654</sup> See Huang, Cheng-Yi, *supra* note 595, at 21.



量，也有一定的「通案」性格。



## 一、以德國 Hartz IV 案為例 (2010)

2010 年德國聯邦憲法法院做成著名之 Hartz IV 案，本文前已提及，系爭案件是以基本法第 1 條第 1 項的人性尊嚴條款與第 20 條第 1 項之社會國原則，結合認定出最低生存保障之基本權，並認定社會法中有關失業金之社會給付標準因為違反此權利而違憲<sup>655</sup>。本案所涉之爭點複雜，惟本文所著重者係有關「正當立法程序」審查之部分。

聯邦憲法法院的論理，首先是承認了主觀給付請求權，內容包括「維持生理生存以及維持人際關係與最低限度參與社會、文化與政治生活所不可或缺的各项物質條件」<sup>656</sup>，但也強調必須透過法律落實，而預算之決定是立法者之職責<sup>657</sup>。但由於此給付請求權是憲法位階的基本權，立法者有義務實現之，不僅有立法義務，且必須滿足每個基本權主體維持基本生存之需求，否則即屬違憲<sup>658</sup>。而權利的範圍，「無法從憲法獲得解答」，「必須由立法者根據社會通念、需求者的具體生活情況、經濟與技術現狀等條件，與時俱進（zeitgerecht）並切近實際（realitaetsgerecht）的加以確定」<sup>659</sup>。立法者對此享有一定自由形成空間，且在社會、文化最低生存保障方面空間較大、生理生存方面空間較小<sup>660</sup>。

對此，立法者確定權利內容之「程序」必須符合兩大要件：「一貫（folgerichtig）」與「透明（transparent）」。而憲法法院之審查必須克制，應止於判斷立法者所確定之給付是否「明顯不足」，但這並不能成為一個量化標準，也就是說不能透過「結

---

<sup>655</sup> 本案詳細之事實背景，中文文獻詳見許宗力（2015），〈最低生存保障與立法程序審查——檢評德國聯邦憲法法院 Hartz IV 判決〉，收於：黃昭元主編，《法治的傳承與永續（二）德國聯邦憲法法院 2010-2013 年重要判決之研究》，頁 4-6，台北，新學林。

<sup>656</sup> Rn. 135.（以下至註 663，皆指 Hartz IV 判決）引自許宗力，同前註，頁 7。

<sup>657</sup> Rn. 136. 引自許宗力，同前註。

<sup>658</sup> Rn. 136-137. 引自許宗力，同前註。

<sup>659</sup> Rn. 138. 引自許宗力，同前註。

<sup>660</sup> Rn. 138. 引自許宗力，前揭註 655，頁 7-8。

果」審查，於是轉向程序審查，審查立法者調查最低生存時的程序是否正當<sup>661</sup>。

以上是審查模式之原則，至於究竟如何審查，法院發展之審查順序是：先釐清目標，接著看立法者有無選擇一個原則上適合的評估程序，其次審查有無完整、正確地調查相關事實，最後審查有無根據這些估算、理解進行合理的評估<sup>662</sup>。而為了使這些審查順利進行，立法者有義務以可理解之方式公開這些程序，否則即屬違憲<sup>663</sup>。而本案之審查，目的部分（確保合乎人性尊嚴之最低生存）與方法採擇（統計模型方法）都是沒有問題的，但在調查程序上出了問題，最後得出違憲之結論。

## 二、模式分析

德國聯邦憲法法院 *Hartz IV* 案可以給我們的啟發是，對於立法正當程序的審查<sup>664</sup>，要求立法者必須以一貫、透明之合理程序，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所需要的支出，但也透過法院課與政治部門詳細說理的義務，這種審查方式仍然有「最低核心」之概念存在，但是不由法院解釋最低核心，不失為一種選項。許宗力教授即指出，這種審查方式可以督促良善立法，值得重視與借鏡<sup>665</sup>。

---

<sup>661</sup> Rn. 139, 141, 151, 142 f. 引自許宗力，前揭註 655，頁 8。

<sup>662</sup> Rn. 143. 引自許宗力，前揭註 655，頁 8-9。

<sup>663</sup> Rn. 144. 引自許宗力，前揭註 655，頁 9。

<sup>664</sup> 但也有不一樣之見解，如 Rothkegel 對 *Hartz IV* 案判決的批評指出「整篇判決雖宣稱尊重立法者的政策形成自由，降低內容審查的審查密度至寬鬆的明顯性審查，改以程序審查，但對立法者來說並不是甚麼好事，反而是憲法法院送給立法者的特洛伊木馬。」Rothkegel, *Ein Danaergeschenk für den Gesetzgeber*, ZFSH SGB 2010, S. 135 f. 轉引自許宗力（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》，第 238 期，頁 117，註 60。黃楚婷，前揭註 586，頁 161，同樣有此討論，但黃楚婷在其碩士論文中即指出，這種做法「似乎仍是將 *Hartz IV* 判決中所採取的行為審查放入以結果審查為基礎的審查密度理論中思考，就此，本文認為，行為審查作為一種獨立的審查模式，應與傳統的審查密度理論脫鉤思考，才不會使得行為審查的運用在違憲審查中顯得特別格格不入。」黃楚婷，前揭註 586，頁 160。不過，這也不代表此種審查模式就沒有審查密度寬延調整可言，本文在第五章有所討論。

<sup>665</sup> 許宗力，前揭註 655，頁 2。

注意立法正當程序審查和條件性權利不一樣，條件性權利審查方式法院設定的條件有具體到「不能沒有替代住宅」這種程度，且只有在國家有所作為時才有可能違反，毋寧是比較「不涉及資源分配」的做法，但這裡的正當立法程序審查是對於「正當」之通盤性解釋，仍然是一種「體系性權利」，是更為積極的。從這點來說，不能否認的是國家經濟、社會條件與審查模式的採擇還是有相當之關連。

從另一個方向來看，立法正當程序的審查中，法院還是「表示」了權利的內涵，也就是 Hartz IV 案當中的「維持生理生存以及維持人際關係與最低限度參與社會、文化與政治生活所不可或缺的各项物質條件」，但是這些具體內容是什麼，則不是由法院決定，而是立法者需要將這個憲法上權利透過立法具體化。

## 伍、行政裁量判斷過程審查模式<sup>666</sup>

### 一、以日本老年津貼廢止案為例（2012）

2012 年（平成 24 年）2 月，日本最高法院作成一份相當值得注意的判決，此一「老年津貼廢止（老齡加算廢止）案<sup>667</sup>」，其審查模式常被拿來與朝日訴訟等較早期的判決比較，引起學界的重視<sup>668</sup>。

本案涉及生活扶助法中保護基準的設定，厚生省對於昭和 28 年厚生省公告第 158 號的保護基準做出調整，廢止了部分條件的老年津貼，最高法院認為本案沒有行政裁量之範圍逸脫或濫用，從而沒有違反生活扶助法。學說關注焦點是「保護

---

<sup>666</sup> 其實可以簡化成「正當行政裁量程序審查模式」，不過在此尊重日本文獻之用語。

<sup>667</sup> 平成 22(行ツ)392 平成 24 民集第 66 卷 3 号 1240 頁。

<sup>668</sup> 相關文獻如：芦部信喜，高橋和之補訂，前掲註 314，頁 269-270。山下慎一，（2015）〈生活保護基準の設定に対する法的コントロール〉，《季刊社会保障研究》，50.4，頁 389。常岡孝好（2014），〈生活保護基準改定の合理性と必要即応の原則に基づく特別基準設定新政権——須藤裁判官の意見を踏まえて（一）（二・完）〉，《自治研究》，90 卷 2 号。豊島明子（2013），〈行政立法の裁量統制手法の展開——老齡加算廢止訴訟・福岡事件最高裁判決を念頭に〉，《法律時報》，85 卷 2 号。豊島明子（2013），〈生活保護基準の改定と行政裁量の統制手法〉，《法と民主主義》，475 号。

基準之設定」所涉之行政裁量審查問題<sup>669</sup>，集中在本案判決所呈現的兩大重點：第一，保護基準之設定仍然如向來所認為的，屬於專門技術性的政策裁量，並由厚生勞動大臣享有裁量權；第二，裁量有無違法的審查，是透過「判斷過程之審查」，也就是透過「最低限度的生活的具體化之判斷的過程與手續中之過失、錯誤、是否欠缺何種考量，有無裁量權的範圍的逸脫或濫用」<sup>670</sup>。

本案審查中，法院實際考察了厚生勞動大臣做出系爭決策的判斷過程，包括老年津貼調整所依據了哪些社會經濟條件之變化——生活扶助相當消費支出額、消費者物價指數等等「多年數據」之變化，且手段上採取了三階段的減少，而這些判斷都是由專家所組成的委員會，根據統計等客觀的數據與專業見解所作成的。因此，法院認為行政部門的判斷過程並無問題，駁回了當事人之上訴。

## 二、模式分析

對此種審查模式，學說一般的看法都是認為這是「司法權控制的提升」<sup>671</sup>。過去，這類保護基準的設定因為涉及專業判斷，雖然同樣被認為是厚生勞動大臣的裁量，但朝日判決建立的審查模式並沒有此種檢視決策過程之要求<sup>672</sup>，朝日判決認為此類基準是厚生省的「自由裁量」範圍，司法審查上，裁量的合目的性被預設為前提，只有在「無視現實生活條件而設定基準」等的情形才會被認定為違法<sup>673</sup>，學說咸認這是非常低的審查密度<sup>674</sup>，從而本案的審查模式相對提升了審查密度。

而必須注意的是，不管是朝日或本案，是對於行政裁量的「合法性」檢驗，學說也指出這是「司法與立法的混合控制」。本案中，司法毋寧是更為精細的從行

---

<sup>669</sup> 本案也涉及關於「不利益變更禁止」的問題，但這裡並非本文討論重點。文獻可參照山下慎一，同前註，頁 392 以下。

<sup>670</sup> 山下慎一，前揭註 668，頁 391。

<sup>671</sup> 同前註。

<sup>672</sup> 同前註。

<sup>673</sup> 同前註。

<sup>674</sup> 同前註。且相較於下級審認定是「羈束裁量」，最高法院朝日判決的「自由裁量」毋寧更為寬鬆。

政裁量的判斷過程中，檢驗其是否符合（憲法與）法律的要求。合法性檢驗的模式中，立法者將基準設定的權限交由行政權，在司法審查上，某程度減緩了「司法與立法」在資源分配領域的緊張關係，學說指出若是立法者自己訂定基準，司法者在審查時會有比對行政裁量更低之審查密度。本文認為這種說法是基於對於行政裁量的審查，司法抗多數的困境不若立法者來得深，而行政裁量雖在民主傳遞鍊上仍具備民主正當性，但這裡的民意與司法之衝突程度不若審查立法之深。學說指出，這種由法律訂定大方向、司法審查行政裁量的方式，可說是對於生活保護基準「法的控制（法的コントロール）」，以合法性審查取代司法與立法的直接衝突<sup>675</sup>。

綜上，日本在老年津貼廢止案所呈現的審查模式值得參照的優勢是其審查重點放在行政裁量之「判斷過程」，「判斷過程」這點和德國聯邦憲法法院在 Hartz IV 案所建立之審查模式類似，基本上可以說是同一種審查模式，都是對「決策過程」做立法或行政之「行為」審查，但是基於客體之差異，本文還是將其列為兩種審查模式。日本最高法院審查之客體是行政裁量，也就是合法性的控制，其在判決中明確指出「生活扶助法是憲法第 25 條生存權的具體化」，從而這種模式既貫徹了憲法生存權之保障、也避免了直接由司法權做出資源分配的危險。基於日本對生存權審查之「抽象權利說」傾向，透過行政裁量的合法性審查處理憲法的要求，此模式保留了權力分立模式下的典型分工，立法者將憲法具體化、但更具體的判斷則交由行政的專業，而司法者仍扮演把關的角色，但不涉入具體決定，只從決策過程判斷行政裁量之合法性，既然是合「法」性，這樣的審查也不會明顯與民主決策衝突。總之，行政法的「合法性檢驗」、「判斷過程檢驗」是日本老年津貼廢止案所呈現之特色。

當然，必須注意的是，如果我國要採納這種德國與日本的審查模式，行政法院可以參考日本的行政裁量判斷過程審查模式，而大法官在審查法律時，可能之參考對象是德國的正當立法程序審查模式，審查命令等行政之一般裁量時，則另

---

<sup>675</sup> 同前註。

有法律保留原則之考量，再使用憲法審查，從而會比較接近正當立法程序審查模式，而不是行政裁量判斷過程審查模式之合法性審查。實則，本文認為，正當法律審查模式和行政裁量判斷過程審查模式可以統稱為「**決策程序審查模式**」，再依據具體法體系的憲法解釋與訴訟制度進行調整內容。

### 第三項 比較法模式之綜合評估

#### 壹、模式特色整體分析

##### 一、基本權功能

在印度 *Olga Tellis* 案，法院利用條件性權利的方式繞過了實體權利是否受到侵害之論證，法院認為政府要進行特定行為時應該要有特定之程序作為，可以說是展現了保護功能中的程序性給付功能，要求政府提供一定之「程序」。

而南非 *Grootboom* 案中，法院之合理性審查模式可以看出法院認為系爭措施因為國家未合理盡其義務而有保障上的瑕疵，這種方式實則也是要求國家採取措施積極保障，而不只是防禦權功能之施展。至於是何種給付，法院已經提及憲法居住權可以導出關於「國家基礎服務提供」的義務，並要求積極窮盡資源運用、包括人力物力的配置，可以說是要求國家以合理的措施進行保障，應肯認為「組織與程序的給付請求權」，也就是「程序性給付權」。而在 *Joseph* 案中，國家的義務同樣也不只是消極的不侵害，而是要求國家確保程序公平，屬於「程序性給付權」。

德國 *Hartz IV* 案和日本老年津貼廢止案的審查模式則呈現出另一種特色，雖然是要求「程序」，但和 *Joseph* 案的程序公平審查並不相同，這裡的程序指的是決策過程，而呈現的基本權功能是給付請求權，具體而言，可謂是「經決策過程之措施請求權」。這種請求權要求的不是像 *Joseph* 案或是 *Olga Tellis* 案認定政府的斷電或遷離過程欠缺事前通知等程序履行，和典型的「程序性給付權」要求國家建立特定程序來保障基本權並不相同，而是政治部門在決定做出某一個決策的時候，

需要經過正當的立法程序或行政判斷程序，以確保實體決定的品質，從而已經將較為強烈的給付請求權轉化為「經決策過程之措施請求權」，本文簡化稱之為「**決策程序請求權**」，包括了「正當立法程序請求權」、以及「正當行政裁量程序請求權」。

綜上，以上各國的審查模式下，除了防禦權面向，也都已經展現了基本權「給付請求權」之面向，僅給付之客體不同，包括程序、決策程序<sup>676</sup>，而可以看見的是，就算是給付請求權，也並未發生直接由法院負責強制執行之情形，法院都避免直接表示政府應該給予什麼實物，而是認為措施應符合某些要求，可以說是相當和緩地處理了權力分立下資源分配優先屬於政治部門之原則，誠值肯定。

## 二、程序／實質審查

而關於程序或實質審查之分類，需要先釐清的是關於程序與實質之語義，所調的程序審查，是只看措施之外部程序，例如遷離處分是否有經過合理期間之通知、聽證或公聽會等意見表達程序、先確保有替代住宅等程序，基本上是侵益措施。而前開模式屬於程序審查的，有條件性權利（須達成特定程序）、程序公平審查。程序審查相對而言更沒有觸及權利內涵之論述，可以說是透過「退守」，表示對於政治部門之尊重。不過，如果從本文前開對於立法形成自由之討論可知，這樣的「退守」或「尊重」未必是真的符合權力分立原則的，如果國家措施是實質部分違反了憲法賦予的框架，則司法審查就形成了無法處理的窘境。

至於對決策程序之審查則是否在「程序審查」之列，或可討論<sup>677</sup>，實則，決策程序之審查模式，進行的是實質審查，其已經具體審視了立法者或行政機關為

---

<sup>676</sup> 但功能雖強，毋寧也是法院對於權利論證所表示之意見，實體請求是否容易受到肯定而可以得出「創設性物質給付請求權」是最強的保障方式，則不一定。

<sup>677</sup> 雖然許宗力教授認為 Hartz IV 案是「捨實質審查，改程序審查」，但「對立法程序的審查」在本文定義下與「程序審查」並不相同，由於這樣的審查還是有涉及立法者決定本身，探討其怎麼得出這樣的決定，已經涉及「實質」部分，而並未停留在是否有事前通知、履行聽證之類的「程序」部分審查。參閱許宗力，前揭註 665。

何要做出這些決定、判斷有沒有瑕疵、推理有沒有重大謬誤、有沒有漏考量重要事項等等<sup>678</sup>。而當然，合理性審查同樣是實質審查。實質審查可以具體的探諸權利內涵，而利用其他方式（如僅觀察決策過程之瑕疵、或僅要求合理）表示對於政治部門優先決定權限之尊重，緩和司法直接代為決策之風險，本文認為相當值得肯定。

## 貳、最低核心之意義與處理

關於最低核心，其實條件性權利與程序公平審查都完全避開、而合理性審查避開了直接承認（但未否認或忽略，僅認為法院沒有能力處理）。至於決策程序模式，則是「正面迎戰」了最低核心，基本原則是「最低核心」的認定是政治部門的權限，但是司法者可以透過政治部門決定這個最低核心的過程進行審查，避免了由司法者說出最低核心是什麼、但又可以進行實質的審查，誠屬可採之做法。

申言之，在司法審查上，最低核心的概念是作為「解決可裁判性」的策略，即認為最低核心之內的範圍方有可裁判性，並且可以確保有「強制」使用資源保障的效果<sup>679</sup>。但亦有認為這樣的方式下「非核心」會因而掉出審查視野之外<sup>680</sup>，且更廣受討論的是，這樣的取徑最後還是需要面對「最低核心」究竟內容為何。

最低核心之策略受到一些擁護<sup>681</sup>，Grootboom 案的法庭之友<sup>682</sup>即認為，南非憲

---

<sup>678</sup> 此可參酌羅昌發大法官於釋字第 709 號解釋意見書中表達的：

「按「正當法律程序」(due process of law)之理論上內涵，包括「實體上正當程序」(substantive due process)及「程序上正當程序」(procedural due process)。「實體上正當程序」係指立法權與行政權在制定規範及採行措施時，應有一定的實體界線；其目的在禁止國家透過立法行為或行政措施，侵害人民基本權利。司法機關則透過其司法功能，以確保立法權與行政權不至於逾越此一界線。其原則與本院解釋常引用作為違憲審查準則之比例原則 (proportionality principle) 相關。在我國憲法體系下，此等行政權與立法權是否不當侵害人民基本權之界線，屬於第二十三條規範之範圍。」其中所謂「實體上正當程序」就是本文討論的正當之決策程序，而這種審查既然已經進入了關於權利內涵之討論，本文歸之為實質審查。

關於實體／實質之用語，本文使用實質審查表示「司法」已經看到權利的實體面向。

<sup>679</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 82.

<sup>680</sup> See Wessen, M., *supra* note 631, at 308

<sup>681</sup> See *id.*



法指出「新憲法的經濟社會權利如果不具有可裁判性的最低核心，也許會成為空洞的權利與錯誤的承諾」<sup>683</sup>，不過南非憲法法院從 *Grootboom* 案開始轉變了這個情勢，雖然其認為如果沒有關於權利享有之「需求和機會」第一次的決定，最低核心不是法院有能力探知的<sup>684</sup>，但使用合理性審查繞過了最低核心的問題。這受到一些批評，例如學說認為最低核心可以從國際法探知等<sup>685</sup>。不過，就算是支持最低核心概念的學者也有認為，法院要處理證據的能力確實面臨問題<sup>686</sup>。誠然，縱使是「擁抱」最低核心的「正當程序決策模式」，也避免由法院進行判斷。

究竟最低核心與其他模式相較，提供的是較低或較高的保障？這恐怕無法一概而論。最低核心的設定理應關涉實際資源狀況，本身就是政治部門「承諾」要達成也可以達成的保障，若未達成是政治部門違反其承諾，但如果是設定出了問題，例如被指摘為過低，其調整也代表需要更多資源，從而這樣的調整會面臨資源分配問題。對這種困境，「正當程序決策模式」以決策過程審查避免了直接調整資源分配至實際上無法達成之窘境；未使用最低核心的合理性審查則要求在可及資源內進行優先排序的設定，其結果上，實則，就最急迫需要保障之人應受資源分配的結果差異不大，但可以審查的範圍更廣闊。

## 參、公約之運用

直接處理居住權之案例中，其實只有南非在解釋的時候納入了公約的內涵，用來補充解釋內國憲法第 26 條之意義。其不是以公約作為審查標準，而是用公約的意義輔助憲法的解釋<sup>687</sup>。

---

<sup>682</sup> Human Rights Commission of South Africa and Community Law Centre, represented by Geoff Budlender.

<sup>683</sup> See Young, K. G., *supra* note 15, at 82. Head of Argument on Behalf of the Amici Curiae in *Grootboom*.

<sup>684</sup> *supra* note 105, para 32.

<sup>685</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 101。

<sup>686</sup> Scott, C. & Alston, P. (2000). Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and *Grootboom's* Promise. 16 *SAJHR* 206, 250.

<sup>687</sup> 關於兒童居住保障之問題，南非憲法法院亦使用了國際人權法中 1995 年南非批准的聯合國兒童

值得注意的是，當南非憲法法院正視了法庭之友關於公約第 11 條之主張<sup>688</sup>時，也指出「公約與憲法居住權相關條文之不同」是重要的<sup>689</sup>，並表現在公約可以提供憲法第 26 條解釋上的引領（guide）。這些不同，可以說是：

（1）公約提供「適足居住權（a right to adequate housing）」，而憲法提供「可以用適足住房之權利（the right of access to adequate housing）」；

（2）公約要求締約國採取適當步驟（take appropriate steps），且必須包括立法，但憲法要求南非政府採取「合理之立法與其他措施（take reasonable legislative and other measures）」<sup>690</sup>。而南非憲法也規定了有關「步驟」之要求：法院指出，憲法第 7 條第 2 項即要求國家「尊重、保護、提升並滿足權利清單中的權利（to respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights）」<sup>691</sup>。

可以說，憲法上的居住權是相當類似但比較緩和的型態，這樣的處理方式深值參考，透過公約、憲法多數條文之間的交互解釋，共同構築出較為完整的權利圖像。

## 第四節 我國居住權司法審查模式之嘗試

### 第一項 概說

#### 壹、居住權司法審查於我國之意義

回到我國，究竟有如何之司法審查模式是值得採納的？比較法可以給我國如

---

權利公約（The United Nations Convention on the Rights of the Child）加以討論。supra note 105, para 75.

<sup>688</sup> supra note 105, para 27.

<sup>689</sup> supra note 105, para 28.

<sup>690</sup> supra note 105, para 20.

<sup>691</sup> supra note 105, para 21.

何之啟發？這是本章要討論之重點。如前所述，在居住權司法審查上，大法官之任務是權利承認與抽象規範審查；而行政法院之任務則是具體行政行為之審查，將憲法上居住權注入法條解釋當中、以依法行政原則進行調控。

我國的情況和這些經典案例國家相較，實並不像南非、印度等有普遍、廣泛的貧民窟問題，開發程度已經達一定程度，也有已經運作、發展成體系的社會立法，法規的規範密度與擴及範圍也達一定程度，規範結構上，則比較接近日本，而不像德國會以法律層級詳盡規範社會立法，而多由行政規範決定。但是，在責怪個案中經常「動不動就訴諸憲法」之同時（事實上憲法規範在何處也尚未被釐清），「訴諸憲法」也反映了可能是因為個案之裁量皆屬「依法行政」，我國卻沒有對應於法規的居住權整體檢討機制——儘管本文認為生存權應該要有些功能，但目前只要未達威脅「最低生存」的程度，就無法進入當前的生存權審查，然是否需要以排除於審查視野之外、而非放寬審查密度之方式面對「超越最低生存」之生存權或居住權保障，誠應思考，而這也反映了司法者如何「想像」生存之範圍。

而從憲法法院之角度而言，若這些法規在憲法居住權下可以受到合憲性控制，會是相當有意義的事，以居住權視角進行法規的檢討毋寧是本文認為我國最迫切之需求。法規的檢討不必然代表侵犯到政治部門的決策空間這點，本文也已經從立法形成自由在憲法框架下之意義等理論著手論證，且從比較法之例亦可得知，重點仍是找出適合的審查模式。

## 貳、公約於司法審查之機能

關於公約於司法審查可以發揮之機能，比較法予以的啟示是可透過比較之方式用以輔助解釋內國憲法，可以更清楚地顯現憲法框架的要求為何。在我國已有兩公約施行法的前提下，處理方式可分為憲法法院與一般法院討論。

首先，在憲法法院，張文貞教授指出，公約用於解釋可以發揮包括「人權清單及內涵的增補」、「人權保護的論證補充」、「人權保護的界限劃定」、以及「作為

指示立法或政策修改的標準」四項功能<sup>692</sup>。學者黃舒芃則指出，公約可以援引用於解釋，成為具體化依據，補充憲法相關基本權之內涵，發揮「引導並形塑」憲法基本權規範之作用，這是相較於絕大多數我國並未「簽署或批准」之人權公約僅具備單純比較法之功能，經社文公約可以更進一步發揮作用之處，而不需要止步於當前籠統將各種國際公約都當作「普世價值」的操作方式<sup>693</sup>。而羅昌發大法官之意見則是基於我國法對於公約已經採納了肯認的態度，故應可作為解釋憲法基本權利內涵之重要考量依據<sup>694</sup>。透過公約進入憲法解釋強化基本權論述的方式，學者葉俊榮即稱之權利承認以外的「司法對話」<sup>695</sup>。

從而，本文認為公約於憲法法院可以發揮之機能是與其與基本權保障體系相關之內涵，雖不同於憲法基本權規範可用為審查依據，但可透過解釋將其內涵補充入憲法基本權之框架中，強化當前對於基本權之論證。

而在一般法院之機能，由於施行法之規定，公約上權利具備法律位階，行政法院的合法性審查、普通法院的侵權行為可以作為公約上權利之著力點。並且，透過將公約重要內涵連結至憲法基本權，如指出公約上居住權是憲法生存權之具體化，則能進一步替其效力提供更堅實的來源。

最後，關於公約有拘束力之範圍究竟為何，最高法院 102 年度台上字第 4289 號判決則相當值得注意，系爭判決將漏未審酌兩公約專家審查之《結論性意見》之建議，列為判決不適用法令之當然違法情形，足可見得不只有權解釋機關之一

---

<sup>692</sup> 張文貞，前揭註 20，頁 18-20。而看待國際公約之方式，張文貞教授也歸納出五種不同定位的論述，包括：其一、「直接將國際人權公約定位為憲法法源」；其二、「將與憲法具有相同內涵的國際人權規範，賦予等同於憲法的效力」；其三、「因國際人權公約的普世性，得作為解釋憲法基本權利的重要考量」；其四、「解釋憲法得參照國際人權公約」；其五、「避而不談或根本質疑國際人權公約的憲法法源地位」。張文貞，前揭註 20，頁 41。不過，這是針對所有國際公約討論，本文所指之公約則是已有兩公約施行法之經社文公約。本文認為，經社文公約仍與憲法效力有間，不宜直接賦予憲法效力，然基於其「公約」地位與我國「內國法化」之意義，其中與基本權規範相關之內涵，可以作為解釋憲法之重要依據。

<sup>693</sup> 黃舒芃，前揭註 427，頁 65。

<sup>694</sup> 羅昌發大法官於釋字第 694、696、697、701、702 號解釋之意見書見解。

<sup>695</sup> 葉俊榮，前揭註 20，頁 1。

般性意見是應該考量之公約文件範圍，在我國特殊機制下，邀請專家所做之結論性意見也應該認係具備有權解釋機關（代替我國無法參與之經社文委員會國家報告審查機制），而納入法院判決應審酌之法令範圍。



## 第二項 建立可操作之司法審查模式

### 壹、基本原則

#### 一、以生存權為立足點之司法審查

本文在第四章認為以生存權為憲法中居住權之立足點最為適合。具體而言，除了司法審查已有相關判決（土地法條文解釋與公約之向上連結，參閱本文第三章）外，生存權所累積之司法審查模式也已經成為處理相關法規之習慣，比較需要加以拓展的是有關「遷離」的法規範，也應該放入生存權之視野。歷來釋憲實務對於生存權之關注實也不多，除了生命權以外，出現在社會救助、社會保險與退休俸、以及罕見的釋字第 203 號解釋關於教師不續聘的討論中<sup>696</sup>，其皆立基於「維持生活」的生存權面向，而「不斷提升」之促進措施則是由基本國策相關條文承載。但本文認為生存權有更大的乘載空間，如果要延續「維持生活」的解釋方式，事實上也不是行不通，遷離與維持生活有重大相關顯無疑問，居住歧視和居住之適足性影響生活甚巨，也應該是維持生活關照的面向，這種可以用生存權出於人性尊嚴、而居住之地點、品質等與人性尊嚴習習相關之看法已經在釋字第 709 號解釋諸多大法官之意見書中闡明，本文前已論及，茲不贅述。並且，仍有審查密度調控問題，難調會造成生存權之過載，從而居住方面之促進措施也應該可以放在這個脈絡下檢討——而為了避免司法過分介入之疑慮，本文認為在選擇建議審查模式時自然也會做出相應的調整。當然，除了生存權以外，平等原則、平等權的審查也會承載部分的審查機能，如果單以平等原則審查，不過當前釋憲實

---

<sup>696</sup> 釋字第 148 號解釋理由書雖然提及「生存權利」，但只是在摘要聲請書之見解，並未具體闡述，且該號解釋討論之爭點根本與生存權無關。

務之做法。

以下之討論會預設以生存權而為司法審查，不過，要強調的是，本文所建議的司法審查模式就算不以生存權審查，若能尋覓適當之請求權基礎，仍有一定之可參考性。

## 二、憲法要求與類型化之嘗試

如前文所述，本文認為居住權之保障不限於最低核心，故並不以最低核心作為保障與否的標準，但本文不是放棄最低核心概念，毋寧也是肯認保護領域存在「核心<sup>697</sup>」，而是認為與居住相關皆可以放入審查視野。憲法要求的應是將可及資源以「保障人民居住需求」做合理之分配，且資源不只是物質性資源，防禦權、或組織與程序之給付由於也需要人力、財政等投注而亦關涉資源，從而情況最迫切緊急者會受到優先之保障，司法審查之態度也會較為嚴格，必須避免其遭到居住權保障之排除或忽視。

至於是否要將案件類型化，本文認為若有實益則可嘗試，而區分實益在此就是審查密度之寬嚴態度。關於類型化的分類標準，參考學者翁燕菁之討論，「涉及居住現狀改變」之類型，國家裁量空間限縮，即應該受到較嚴格之審視，與之相對的是給付義務，雖然裁量空間較大，但給付義務中基本生存條件需要受到保護<sup>698</sup>。此種方式是以防禦／給付為區分之基本思考，本文參考之並主張宜進一步調整，首先，本文認為「涉及居住現狀改變」之用語認定會有些困難，例如北市府提供公共住宅可能也是一種改變，且相關之措施不僅是防禦權問題，可能包括程序性給付、或補償費之給付等。如此一來，稍做調整後可列為：「與遷離相關」之措施、與「其他給付」措施。不過，與遷離相關一定比其他給付要受到較嚴格的審視嗎？遷離相關措施審查態度應該趨嚴的理由是，遷離本身會涉及居住條件之重大變動，

---

<sup>697</sup> 許宗力（2007），〈比例原則之操作試論〉，收於：氏著，《法與國家權力(二)》，頁 135，台北：元照。

<sup>698</sup> 翁燕菁，前揭註 29，頁 17。

此一變動必然會與居住權之遷離正當程序、以及適足性相關。而其他給付措施面對的是「社會既有之狀態」，例如貧窮、青年買不起房的現狀，並不是像遷離一般是由國家或第三人的明確而具體行為直接造成變動，而如何面對既有狀態，政治部門有較大之決策空間。關於遷離相關措施，包括了各種開發、徵收、更新、都市計畫等相關法律中會需要居民搬遷者，而其他給付則例如租購屋補助、平宅、合宜宅或社宅之供給等。

但問題是，「與遷離相關」與「其他給付」措施這樣的分類仍然無法包含所有居住權可以關心之案型，例如住家週遭噪音或污染就放不進這樣的分類當中，但這誠然也與居住之適足性相關。從而，本文認為應該只保留「與遷離相關」此一類型需要特別注意，其他則依循越接近基本生存越嚴格之原則設定審查態度即可。保留「遷離」之標準之原因，是因為其已經涉及到最重要之居住要素有直接遭受「剝奪」之風險，並且，這是對國家或第三人侵害行為之調控，而不是國家進一步介入市場機制之問題，因為已然介入，因為社會權而生的各種顧慮較小。或有疑問，「與遷離相關」之措施如果加上排富條款，是否可以通過檢驗？本文認為縱然是較為嚴格之審查，仍然需要注意到資源現實，從而資源分配之優先順序若屬合理，仍有機會通過審查。不過，正當程序之設計實不宜如此，程序設計之意義是要使得弱勢也有發聲機會，使其與優勢者之意見能得到平等之對待，而非排除優勢地位者。

另外，給付與防禦也不應該是判斷審查寬嚴的絕對標準，試想，對於無家可歸者請求給付的審查標準、比豪宅附近要蓋社宅而當事人主張會造成居住品質「惡化」的防禦權審查標準還要來得寬鬆，顯非合理，是故，仍應回歸到接近基本生存之審查要較嚴格的原則。若無法判斷何者較接近基本生存——例如在都市更新中，同意戶與不同意戶如果都沒有涉及基本生存問題，還是應該納入居住權之視角，在此，同樣也不能單以防禦權（不搬遷）優先於給付權（不斷提升的居住品質）的態度視之而認為不同意戶一定要優先受保護，居住權可以提供的視角毋寧是更廣的，這裡既然涉及遷離，也不能隨意放行；不同意戶在程序中，意見是否可以表達並得到回應、各方有無充足之溝通機會、有無可能不被劃入等考量，都

是居住權審查可以關注者。

綜上，審查態度上，有兩點需要注意：

其一、越接近基本生存要越嚴格，在居住面向表現在越接近流離失所、或住所物質與文化條件越低落時，審查態度要越嚴格；

其二、涉及遷離相關措施之審查也應該趨嚴。

但也要注意不論上述何者，司法審查在居住權領域都不宜直接取代政治部門做出具體決定。

### 三、程序審查或實質審查？

對於要採用程序審查或實質審查之問題，本文認為實質審查不能退守。程序審查雖然有尊重政治部門、操作方便而容易的優點，但也是忽略了憲法賦予司法者的任務，並錯失了闡述權利內涵之機會，對我國而言會是相當可惜，因為我國正是需要由司法權闡述居住權權利內涵而形成穩固之權利認識。

不過，本文也不認為程序審查完全要被放棄，程序正當之考察誠屬必要，例如有無事前程序之設計，包括充分的通知、雙向之意見溝通等<sup>699</sup>。但是，從比較法之案例操作來看，實質審查同樣可以碰觸這些部分。實質審查毋寧具備了更多的彈性與包容性，且具備必要性。

### 四、如何處理最低核心或適足？

特別需要釐清的還有要如何處理最低核心與適足，首先，適足性的追求是相關措施之目標，這是基於憲法基本權規範對於各國家權力之拘束而生；至於如何算是適足、以及其中的最低核心為何，還是由政治部門認定，避免由司法直接判

---

<sup>699</sup> 這種程序設計不只在與遷離相關的措施才有需要，其他給付毋寧也有相關考量。例如有論者討論社會救助法之事前訪視、聽證程序。黃鼎馨，前揭註 146，頁 86-89。



斷，但可以從本文前開所討論的「實體方向」的七個項目（使用權之法律保障、基礎設施與服務之可提供性、可支付性、適居性、易取得性、地點、文化之適足性）、結合對國家義務履程序之要求，評估國家在適足性之努力、或最低核心之設定是否符合憲法居住權規範所框架出的意旨。

至於最低核心概念運用是否必要，本文認為，我國當前關於生存權之學說與實務都有類似的路徑依循，如果要將居住權作為生存權之子類型，在保留最低核心概念之前提下，也是可以透過前開實體與履程序之要求做關於「最低居住保障」之檢驗。不過，本文認為，居住權之審查不能只限於最低居住保障，只是最低居住保障要以較嚴格的態度審視，而整體對於適足性之努力都應該具備可裁判性，毋寧是在保護領域的核心或外延，異其尊重政治部門之程度的問題。

## 貳、模式建議

對應到 Mark Tushnet 主張的「強權利、弱審查（strong rights-weak review）」，經濟社會權利帶來的是強烈的效果，如果單由法院做成決定，抗多數的問題就會相當明顯，從而，Tushnet 主張應該搭配弱審查，使得政治部門仍然保有決策的權力，而司法審查可以進行「憲法對話」<sup>700</sup>。這種做法可以避免由無法掌握資源之司法做成決定、但保障卻落空之情形。

在這樣的精神下，本文以下提出兩種本文認為較為可行的審查模式建議，模式 A 是決策程序之審查模式，模式 B 則是程序審查搭配比例原則審查，下文討論建議之理由與可能之操作方式。

---

<sup>700</sup> Tushnet, M. V. (2008). *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton, NJ: Princeton University Press. 227-264.



## 一、模式 A：決策程序審查

### (一) 建議理由

決策程序之審查在比較法的司法審查模式中逐漸受到重視，例如本文介紹的德國 Hartz IV 案與日本老年津貼廢止案都是採用了此類型之審查模式，也在各該國家成為熱議的重要憲法案例。此種審查方式的優點，論者指出係突破了傳統上用立法形成空間與司法審查劃界的盲點，透過對「形成」的檢視，也使司法審查不限於「結果審查」這種司法者自己的價值判斷取代立法者的價值判斷，避免了司法恣意<sup>701</sup>。學者黃舒芃也指出，違憲審查的重點比起結果正確性，更應該是過程的利益衡量，是否有達到憲法之要求<sup>702</sup>。用於對行政裁量之審查亦同，也解決了到底要如何判斷裁量濫用的問題<sup>703</sup>，也不會侵犯到專業，機關需要用「專業」來說服法院，而不是直接凌駕法院。而另一個優點是，這樣的審查模式可以兼及處理程序與實質的問題，並且，目的之考量是包含在決策程序中所必然的，因為決策程序之說明必然包括目的之說明、與根據目的採用系爭手段之關係說明。

另外，應說明的是，如果政治部門經過了程序的補正（如行政行為之第二次裁決），而達到相同的結果，若決策程序已經符合要求，則並無違憲問題。這也充分地展現了決策程序審查模式並不會代替政治部門做出決定，也不是由司法者探討或評斷「當前社會經濟條件」，並且，透過對於透明化的決策程序檢驗，可以強化民主社會論理、思辨之特色，也可以減緩關於司法審查民主正當性疑慮。

---

<sup>701</sup> 黃楚婷，前揭註 586，頁 191。

<sup>702</sup> 黃舒芃（2013），〈違憲審查中之立法形成空間〉，收於：黃舒芃著，《框架秩序下的國家權力——公法學術論文集》，頁 395-408，台北：新學林。

<sup>703</sup> 值得注意的是，學說上關於「計畫裁量（Planungsermessen）」有所著墨。文獻並指出，目前德國通說將計畫裁量由一般行政裁量的概念中劃出，而依德國聯邦行政法院之見解，須遵循利益衡量原則。而利益衡量瑕疵理論下有四種瑕疵情形：未為衡量或衡量怠惰、衡量不足、衡量錯估、衡量不合比例。傅玲靜，前揭註 415，頁 10-13。這種審查方式要求也涉及行政機關的「裁量過程」，觀察其在裁量過程中是如何作出利益衡量。不過，本文限於篇幅與架構，在此無法深入討論。

而居住權之審查，不論何種保護領域，此種審查模式都有可以發揮之空間。例如，以禁止居住歧視為例，當前有許多促進居住平等之措施，惟也受到爭議，如住宅法將社會住宅保留給特殊條件之弱勢（包括低收入戶、身心障礙者等）<sup>704</sup>的比例僅為一成是否過低<sup>705</sup>、或為何要排除租金上限之規定<sup>706</sup>，與居住歧視之問題有關，儘管社會住宅本身就是一種落實居住權之設計，但是否有保障不足或過度保障之情形，司法審查顯然沒辦法直接從結果判斷，畢竟這與資源分配密切相關，

---

<sup>704</sup> 住宅法第 4 條第 1 項為：

「本法所定具特殊情形或身分，指下列規定之一者：

- 一、低收入戶。
- 二、特殊境遇家庭。
- 三、育有未成年子女三人以上。
- 四、於安置教養機構或寄養家庭結束安置無法返家，未滿二十五歲。
- 五、六十五歲以上之老人。
- 六、受家庭暴力或性侵害之受害者及其子女。
- 七、身心障礙者。
- 八、感染人類免疫缺乏病毒者或罹患後天免疫缺乏症候群者。
- 九、原住民。
- 十、災民。
- 十一、遊民。
- 十二、其他經中央主管機關認定者。」

<sup>705</sup> 住宅法第 3 條在定義社會住宅時，對特殊身份及條件僅保障一成之比例，其實可以呈現出這部法律對於社會住宅之想像。該條立法理由在說明為何要興辦社會住宅時表示：「考量部分具特殊情形或身分者，難於民間承租適居或負擔得起之住宅，爰由政府興辦或獎勵民間興辦社會住宅，以解決其居住之問題；另為避免前述居民被標籤化問題，以適當比例融居或混居方式保障其居住之尊嚴及維護居住環境品質，惟該適當比例須由直轄市、縣（市）主管機關本於權責，因地制宜考量另定之」，可見對特定身份及條件之保障其實是該法興辦社會住宅之主要目的，雖然在此，法條是期望提供一最低標準予地方政府因地制宜，但既然作為立法目的之「主要」保障對象，卻允許高達九成的住宅戶數不以此為入住對象，那麼其他九成的戶數要提供給誰？也就是，由誰來「混居」？立法在此於第 28 條第 1 項規範了以財產為指標之基準：承租者以無自有住宅或一定所得、財產基準以下之家庭或個人為限。從而，住宅法想像的「社會住宅」，應該是一個「以保障特殊身份及條件者為優先，並兼及協助財產條件相對弱勢之社會大眾」的制度，但就算要因地制宜，僅要求至少一成之比例是否過低經常受到爭議。

<sup>706</sup> 關於租金，住宅法第 28 條第 3 項特別排除了土地法第 97 條之適用，立法理由：「鑑於土地法第九十七條有關「城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。」之規定，恐致使社會住宅之租金與市場租金行情差異過大，為避免社會住宅難以經營，第三項爰明文排除適用土地法第九十七條之租金上限規定」，此一規定顯現立法之態度係並不希望社會住宅之租金與市場一般價格差異過大，且未設上限。

然可以要求立法者說明為何如此規定，並從其判斷之過程檢驗有無明顯瑕疵。以遷離相關措施為例，可以審查政府在個案中決定要徵收某地號之土地，此一決策過程為何由誰決定、有否足夠資訊透明與多方之溝通、溝通之所得之意見有否受到合理對待、透過了透過哪些資料決定、資料有否偏頗、有否注意到替代住宅等問題；又以居住之適足性判斷而言，可以要求檢驗「基本居住水準」是採用了哪些資料、資料搜集是否完整、由什麼樣的組織進行判斷、透過資料是否可以判讀出系爭結果等，並據此判斷以基本居住水準來決定特定給付是否合理。

綜上，決策程序審查之優勢包括：

- (1) 避免由司法這進行結果判斷；
- (2) 可同時乘載程序與實質審查，也包括目的之探討；
- (3) 透過政治部門說理義務之強化檢驗，有助民主思辨；
- (4) 可以處理居住權保護領域之各種面向。

從而，本文認為決策程序審查係相當可以考慮發展之審查模式。

## (二) 審查密度問題

決策程序審查模式是否仍有審查密度之調整問題？許宗力教授曾嘗試建立初步之調整方向：

「若從國會議事錄證實有相關文件資料存在，法院就照單全收，此屬寬鬆審查；若進一步從議事錄判斷國會有無花適當時間與資源蒐集事實資料、有無讓支持者與反對者表示意見機會、該文件資料是否實質涵蓋所涉及經驗事實問題，則是較嚴格審查、或嚴格審查。<sup>707</sup>」

此見解不僅肯定了審查密度於決策程序審查模式之適用，亦提出具體之操作方式。

---

<sup>707</sup> 許宗力，前揭註 664，頁 120。

另外，雖然黃楚婷氏之碩士論文指出審查密度理論應與行為審查脫鉤，但也不否認審查可以有寬嚴之分，而尚無定論<sup>708</sup>。

本文認為，延續一貫對於居住權審查密度之態度，縱然採取決策程序審查，仍宜採納密度寬嚴不同之態度，以便區分接近保護領域核心與否之司法調控程度<sup>709</sup>。再者，在適足性部分，參酌國內外實務與學說對於最低核心之討論、以及我國學說對於最低生存保障之路徑依循、和實務並未明言但隱約可見的態度，很難要我國生存權之審查模式放棄「最低核心」概念，況且此概念仍有作用，可以說，在此就能發揮作用。實則，這也是本審查模式的另一優勢，可在方才之清單加上：

(5) 可保留最低居住保障概念，大致可與現行生存權審查之通說相容。

說「大致」，是因為本文認為應擴展生存權之視角，但仍要強調，這不是在擴展國家介入，而是對已然介入之立法行政予以調控，但因為只有決策程序之審查，立法行政仍有相當之自由，從而也緩和了邁向「司法國」之疑慮。

若依此，本文認為涉及最低核心判斷或低於最低核心之相關問題，應以較嚴格之審查態度，而非屬最低核心之部分，即本文認為也應該放入審查視角之部分，以寬鬆審查即可<sup>710</sup>。至於應該如何表現出審查態度？此已涉及具體判準之問題。

在此要先另外討論的是一個相當棘手的問題：在適用最低核心與否為標準的審查密度寬嚴時，豈不是要先知道最低核心為何？但司法者無能力做此判斷已如前

---

<sup>708</sup> 黃楚婷，前揭註 586，頁 161。

<sup>709</sup> 學者黃舒芃指出當前諸多關於「司法違憲審查應尊重立法形成空間而將降低審查密度」之討論，恐怕是出於對立法形成空間的誤解，即誤解為「法外空間」。黃舒芃（2013），〈違憲審查中之立法形成空間〉，收於：黃舒芃著，《框架秩序下的國家權力—公法學術論文集》，頁 395 以下。氏主張（於比例原則之脈絡下討論），決定審查標準之因素應該從簡，依照基本權之重要性與干預程度即可。比例原則，頁 20-23。

而本文調控審查密度之原因，係出於事涉基本權中越基本需求則越嚴格審查，並非保留法外空間式的思考。

<sup>710</sup> 本文討論審查密度的另一個考量是，國內討論與實務在進行審查之前先決定審查密度幾乎成為「定律」，若不多加說明，居住權作為社會權恐會直接落入經濟社會事項而又交由政治部門之判斷，這樣的方式會違背本文前開對可裁判性之討論脈絡。

述，這樣會陷入一種套套邏輯，此時用「當事人主觀主張之認定方式」判斷顯非妥當，這種方式會導致幾乎所有案件都會落入最低核心審查範圍，也就是人人都會認為系爭狀況涉及自己居住權之最低核心。

這誠然也是本文認為不一定要以最低核心概念處理司法審查之原因之一，不過，在實況如此之狀況下，本文認為可能之處理方式係：延續本文論證而建議應該只保留「與遷離相關」要較嚴格審查、其他則越接近基本生存越嚴格之審查態度，與遷離相關因為涉及直接對居住既有狀態「根本性」之干預行為，可以納入最低核心，而其他部分本文認為事實上並不會太困難，在社會立法部分，我國社會救助與社會促進措施之立法、行政規範皆有所區分，社會救助部分可落入最低核心。至於居住歧視，在具體案件其實仍涉及遷移、救助或促進措施，可對應適合分類審查<sup>711</sup>。

### （三）具體判準

如何針對不同之審查密度設計決策程序審查之具體判準？本文認為前開許宗力老師之見解誠值發展。不過，若寬鬆審查單以「文件存在」即可通過，實在太容易通過且易流於形式，或許仍可進一步觀察文件實質內容，是否有明顯之誤寫誤算、資料顯有缺漏、有資料但未附理由、或邏輯顯不一貫（例如公共住宅有保留給身心障礙者之分配名額之卻設計了與無障礙不相容之空間規劃<sup>712</sup>、以專業完全無關之組織所為之研究報告為數據決定基準等）。而嚴格或較嚴格之審查則應該進一步判斷其搜集與分析資料之時間是否充足、資料之取材方式與範圍是否顯有問題、判斷者是否適合（是否有其他更適合之決策者）、立法或行政一般裁量是否有意見表達機會之程序設計、具體裁量之程序上是否有事前通知及真誠協商之進行等。

---

<sup>711</sup> 至於平等權部分則不在本文討論範圍內。而關於平等權之審查基準決定，國內學說實務也有一定之累積，本文茲不贅述。

<sup>712</sup> 此種情形本文認為顯有問題，若無法提供也不能達到不相容之境地，無法提供時則至少應該提及並指出為何無法提供以及補救考量，例如指出保留一樓予以輪椅使用者等。

換言之，不管是寬鬆審查或是較嚴格之審查，都保有「一貫（*folgerichtig*）」與「透明（*transparent*）」之兩大要求<sup>713</sup>，決策者必須充分說明，否則司法者可認定其有牴觸憲法／法律之虞，但司法者並不會做出應該得出如何結果之判斷。亦即，決策程序審查模式係同時避免了司法與政治部門之恣意。

## 二、模式 B：比例原則與程序審查

第二個建議是比例原則與程序審查，包含兩者之原因本文以下會說明。

南非憲法法院使用合理性審查，但在南非之外，比例原則更普遍的在憲政體系間有所實踐，除了典型的德國、歐洲人權法院體系，加拿大、以色列等也有類似的操作<sup>714</sup>。而著眼於比例原則的「潮流性」與「全球化」，自然也是司法審查當前討論之寵兒<sup>715</sup>，國內對於比例原則之學理討論與實務適用，也有相當深厚之累積。文獻上已有針對比例原則是否適用於經濟社會權審查之豐富討論，但也有相當之疑慮<sup>716</sup>，本文以下嘗試簡要探討之。

### （一）比例原則審查可以適用於居住權嗎？

誠如合理性審查，比例原則須將決策過程中所有考量因素展現在大眾前，可以帶來決策本身和司法衡量過程的透明性，並且，比例原則可以透過減少敗訴方的「被擊敗感（*the sense of defeat*）」而「建立共識」<sup>717</sup>。在比例原則之下，權利並不是排除民主對話的機制，而是增進對話、更可以透過說理的要求強化政治部

---

<sup>713</sup> 即 *Hartz IV* 案判決指出的兩大要求。參閱本文頁。

<sup>714</sup> *See Young, K. G., supra note 15, at 126.*

<sup>715</sup> 黃舒芃(2014)〈比例原則之解釋方法〉，頁 2，發表於：司法院大法官一〇三年度學術研討會。司法院（主辦），台北。氏整理了介紹此一趨勢之國際文獻，也包含批評與檢討之聲音。*See Young, K. G., supra note 15, at 126.*

<sup>716</sup> *See Young, K. G., supra note 15, at 126-9.*

<sup>717</sup> *See Young, K. G., supra note 15, at 129.*

門決策正當性<sup>718</sup>。

國內文獻上亦有指出，社會權既然是資源分配問題，其雙面性——亦即得到資源與排擠作用——在授予利益與權利侵害之間就存在了比例原則可以適用的空間，並進一步指出比例原則三大子原則的轉化<sup>719</sup>。但是，將比例原則用於社會權審查仍然受到諸多質疑。要先強調的是，在居住權的脈絡下，仍然存在「干預措施」，例如更新單元劃定、拆屋之條件設定等，這些措施的實體決定（無論一般或個別），這些干預措施在討論上並不會面臨以下這些關於「給付」的質疑。

首先是「損害並不存在」之質疑。不管是國家給付而不滿意、或國家並未給付之情形，都無法界定損害之範圍何在，從而也無從比較。這裡有兩種會受到爭議之情形，一是「過度保護」、二是「保護不足」。對此，在「過度保護」的情形，依前開學者見解，既然得到資源勢必也產生排擠，可以用「對公益或國家資源之損害」來進行評斷<sup>720</sup>，這種情形其實是典型的比例原則操作，也就是「過剩禁止」的概念；而在「保護不足」之情形，例如：假設國家進行了租金給付標準之設定，只有低收入戶可以領取、中低收入戶則不行，但中低收入戶認為其也應該領得租金給付。此際，損害可以如何認定？首先，系爭措施之目的是保障居住權應無疑義，但國家對其無作為、不在保障之列，其損害就是「未獲租金補助」。這時這個「未獲租金補助之損害」要與「對公益或國家資源之保存利益」來加以衡量。實則，這裡也可以看出是基本權的保護義務功能在進行調控，處理限制過當與保護不足之情形，而政策決定實則是一種走在法益權衡鋼索之情形<sup>721</sup>。

進而，比例原則的強度過大，如南非憲法法院也曾多次表示這是相對侵犯的審查方式，認為憲法法院「不宜直接審查是否有其他更為可行或侵犯更小的方式可以達到相同目的替代手段之存在」<sup>722</sup>，在這種思考脈絡下，比例原則的「必要

---

<sup>718</sup> *See id.*

<sup>719</sup> 蔡茂寅（1998），〈比例原則在授益行政領域之適用〉，《月旦法學雜誌》，第 35 期，頁 26-27。

<sup>720</sup> 同前註。

<sup>721</sup> 司法院大法官釋字第 689 號解釋許宗力大法官協同意見書參照。

<sup>722</sup> 黃念儂，前揭註 26，頁 135。



性」是最大的問題。的確，必要性原則是社會權審查使用比例原則時最受質疑的部分，論者指出這種替代手段的尋覓是司法者取代了政治部門，且不會因為採用了較寬鬆的態度而緩解，因為必要性原則之存在，還是會激化司法與政治部門之對立<sup>723</sup>。誠然，要由法院決定最小侵害手段為何，顯然是司法者取代了政治部門在做決策，從而，實際操作上，比例原則還是要以「立法／裁量事實」之判斷為重，課予政治部門說理義務，透過對立法事實之檢驗進行比例原則審查，這樣毋寧也是呼應了前開對於比例原則審查所述之優點：透明、共識、憲法對話。從這個角度來看，其實並沒有和模式A的「正當決策程序審查模式」相去太多，或者說其基本精神是類似的，都是透過要求政治部門之說理，。

最後一個問題是干預和給付措施都要面對的。比例原則的適用意味著「得限制」，如果存在不得侵害之領域，就會與比例原則的基本邏輯產生內在衝突<sup>724</sup>，轉化至給付層面而言，在給付不足之面向是「得不給付」這些必須被滿足的領域。這時會和典型的「最低生存保障必被滿足」概念產生扞格，如果認定存在國家的絕對義務，此際就根本沒有比例原則進場的空間。對此，文獻上有指出，如果是有「絕對」受保障的核心，在方法仍然可以使用比例原則，且會得到絕對保障的結論<sup>725</sup>。本文認為，如果我們要保留最低生存（居住）保障的概念，仍然需要透過某種衡量才能知道什麼是最低生存（居住）保障，從而在審查模式上，仍然可以適用比例原則之操作，若涉及這類審查之限制或不給付，本會採取較嚴格之審查態度，得到絕對保障之機會仍高。

總之，本文認為比例原則在居住權之審查上仍是有可能的，並且透過「衡量」，強化了原本司法審查不足之處，並停留在弱審查。本文認為，法院最後的判定，只能是系爭決策「符合／不符合比例原則」，而不能說應該怎麼做才是系爭脈絡下正確的決定。

---

<sup>723</sup> 同前註。

<sup>724</sup> 黃昭元（2014），〈大法官解釋適用比例原則的再檢討〉，頁8，發表於：司法院大法官一〇三年度學術研討會。司法院（主辦），台北。

<sup>725</sup> Klatt, M., & Meister, M. (2012). *The constitutional structure of proportionality*. Oxford, U.K.: Oxford University Press. 66-8.

不過，從我國當前實務來看，雖然比例原則的內涵對我國而言相當熟悉，但應用於社會權則是「最熟悉的陌生人」<sup>726</sup>，而幾乎都是用於對自由權干預之審查。而社會權案件經常會有平等原則／平等權之審查，在社會權案件使用平等權而進一步結合比例原則審查之意見雖有<sup>727</sup>，但大法官不在平等權案件使用比例原則也是「穩定見解」<sup>728</sup>，不過，在一般法院的層次則可以見到一些跡象<sup>729</sup>。實務上發展是否可能，或許還需要觀察，本文在此僅提出可能性之嘗試與建議。

## (二) 程序審查之並列適用

不過，雖然比例原則是實質審查，而未退縮至程序審查，但其是否能囊括程序審查之機能？亦即，關於正當程序之部分，是否有辦法由比例原則審查？

對此，許宗力教授即指出，堅持從比例原則導出程序要求，恐發生「比例原則之功能超載」，蓋比例原則通常針對最終「實體決定」判斷，「正當程序」若以比例原則審查，與此脈絡即有未合<sup>730</sup>。而基本權若蘊含程序功能，則相關程序要求可以直接由基本權中導出<sup>731</sup>。本文認為要以比例原則審查「是否履行事前通知」等問題，誠可斟酌，實則，許多要求在當前各該領域之法規範中即有所規定，這些規定是否足以保障居住權之程序權面向，即是否已為「正當」程序，誠可回歸一般、已累積眾多文獻與實務之對於正當法律程序之討論。故為避免超載之發生，即將程序審查與比例原則並列適用。

在比例原則進行實質審查、而程序審查之部分仍有保留需求之原則下，依據

---

<sup>726</sup> 也正是基於比例原則的熟悉度，本文認為要在社會權領域直接移植南非「合理性審查」可能也是一種過於躁進的引進方式。相同見解，黃念儂，前揭註 26，頁 135。

<sup>727</sup> 司法院大法官釋字第 571 號解釋林子儀大法官協同意見書。

<sup>728</sup> 黃昭元，前揭註 724，頁 6。

<sup>729</sup> 如台北高等行政法院 97 年度簡字第 772 號判決，引自黃丞儀（2014），〈比例原則與社會經濟權利的實踐〉，頁 13-14，發表於第十四屆行政法理論與實務學術研討會，國立臺灣大學法律學院公法學研究中心（主辦），台北。

<sup>730</sup> 許宗力（2007），〈大法官釋字第四六二號解釋評析〉，收於：氏著，《法與國家權力（二）》，頁 233，台北：元照。

<sup>731</sup> 同前註，頁 234。

前開許宗力教授之見解，從基本權本身即可推導出關於正當程序之要求。而應該如何要求？釋字第 709 號解釋理由書指出，正當程序之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能適合性、有無替代程序及各項可能程序可能之成本因素綜合考量，且正當程序要求是與比例原則並列，也顯見其間之區分。從而，縱然特定之居住權，在不同事物領域的居住權正當程序要求也會有所不同。舉都市更新為例，釋字第 709 號解釋要求的是「利害關係人有被聽取意見之機會」、以及「在充分訊息下做成決定之權」，而羅昌發大法官認為此與第 7 號一般性意見之真誠協商與充分、合理之通知要求相呼應，並進一步提出依照「聯合國驅離家園準則」規定之「衝擊評估」與「替代方案」兩項重要內涵<sup>732</sup>。

實則，在都市更新等各種人民需要受到「遷離」之情形，皆可以用朝以上這四大內涵——真誠協商、充分合理之通知、衝擊評估以及替代方案——之方向發展、具體設計。

另外要強調的是，程序正當仍不能保證實體決定的合憲／合法，憲法並沒有放棄實體決定本身的要求，這也是為何本文認為實質審查有其必要<sup>733</sup>。縱然是在遷離措施，最後是「如何」決定要遷離的，也需要回到實質審查的部分，觀察系爭實體決定是否有合乎比例原則，否則僅要求程序容易流於「形式」。

---

<sup>732</sup> 司法院大法官釋字第 709 號解釋羅昌發大法官部分協同部分不同意見書參照。氏亦指出：「我國環境影響評估法第五條第一項第八款雖規定：「下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：……八、新市區建設及高樓建築或舊市區更新。」然該規定所要求評估之內容，並不包括對人民基本權利（包括對適足居住權）所產生之衝擊評估。故環境影響評估法無法替代「聯合國驅離家園準則」第 32 段所要求對人權之「衝擊評估」。本院自應將國際人權文件所要求之此項重要之正當法律程序內涵，納為憲法要求，並據以要求立法者及相關機關將都市更新對人權之衝擊評估納入本條例之規範與實際實施中。」

<sup>733</sup> 至於模式 A 的決策程序審查可否包含對於程序審查之關照之問題，本文認為決策程序審查所要關照的部分，相較於比例原則是實體決定本身決策有沒有合乎比例原則之判斷，其關照的毋寧是整個程序，可以容納入這些程序要求，例如如果沒有充分通知並聽取利害關係人之意見，就是資料搜集不完全。



### (三) 比例原則之審查密度問題

在操作比例原則前先決定審查密度幾乎已成為我國實務與學說之「定番」，而本文認為，審查密度之寬嚴問題在模式 A 與模式 B 並無認定上需要不同之處，從而，依照本文於模式 A 之認定模式操作即可。

### (四) 比例原則之操作可能

黃昭元教授觀察我國憲法實務指出，我國目前已大致發展出「一個原則，三個標準」的基本架構<sup>734</sup>，從而如果依照這種「套餐」式的審查<sup>735</sup>，亦即適合性、必要性及衡平性（狹義比例性）之審查，可以分別討論。而要注意的是，不管何種審查，司法者縱然是採取較嚴格的態度，仍然不能代替政治部門做出新的決定，僅能指證其論理上的瑕疵是如何不符適合性、必要性或衡平性。

而本文在此需要區分「干預」以及「給付」。實則，關於干預措施，重點是「要注意到有對居住權之限制」，至於限制有無問題的審查反而是末端的問題，畢竟我國已經累積了相當豐富的操作方法，需要突破的是前端的「視野」問題。

而給付部分的審查則較受爭議。但前開論及比例原則適用之問題時已經討論過其可能，在此再依照三個子原則的順序稍為介紹。本文以「保護不足」之情形為例，例如申請低收入戶及中低收入戶住宅租金費用補貼，因已使用公有住宅（但認為租金過高）而依低收入戶及中低收入戶住宅補貼辦法第 4 條不得申請而遭到拒絕，而爭執此一限制之合法性。由於此係社會救助範圍，申請人須為低收入戶、中低收入戶，似可採取較為嚴格之審查。而法院在審查上要注意的是課予機關說明義務，再判斷其是否有理。至於機關可能之理由，首先，進入適合性討論的前提是目的審查，目的合法／合憲，實則，目的是在資源有限的狀況下，避免重複使用補助資源，造成雙重補助，這並不會超出社會救助法保障人民生存權之目的，

---

<sup>734</sup> 黃昭元，前揭註 724，頁 18。

<sup>735</sup> 許宗力，前揭註 697，頁 140。

若機關已有說明，法院應可肯認。而適合性審查，擇一式的領取方式也確可以避免重複補助造成資源投注之重複。必要性檢驗，機關必須提出文件說明為什麼是排除重複領取的人是達成預算有限下保障人民居住權之最小侵害手段，最後是狹義比例性原則，此種限制是為了避免雙重領取資源者排擠到一次都沒有領取者之資源，此欲保護之利益和雙重領取者未能獲得保障之損害，機關必須說明並無失衡，而實則在資源分配之優先性上，這樣的設計應可通過檢驗。至於如果是其他寬鬆審查之案例，法院對於說理之要求可以稍緩，若決策機關有其理由，沒有重大謬誤，應允許之。

綜上，雖然本文只是一個初步的嘗試，但觀諸比例原則在我國已長期發展之背景、以及國際學說及實務的討論熱度，這樣的審查模式實是可以嘗試繼續細緻化的方法。

### 第三項 普通法院與憲法上居住權

本文認為憲法法院和行政法院在審理上，皆可以前開兩種模式進行檢驗，僅需在「合憲性控制」或「合法性控制」之調整上進行符合司法院大法官審理案件法以及行政訴訟法體系之區分。惟若是普通法院，則有另外討論之需要。關於普通法院之適用可能性，則是居住權保護義務功能之展現，表現在以下幾種方式：

首先，可以透過民法第 72 條之公序良俗、或是民法第 184 條第 1 項後段之公序良俗，將憲法基本權之保障「間接」適用於民事關係中，例如契約嚴重違反居住權者，即可能因為違反公序良俗而遭認定為無效之約定。

其次，在公約已經有法律上居住權的前提下，得援引公約之居住權，作為侵權行為中法律上權利之認定，實則，實務已經開始如此發展，例如臺北地院 101 年度重訴字第 15 號判決就已經採納了這種做法，而進一步地，如果可以透過憲法上居住權與法律上居住權之連結，可使權利之保障強度提升。

第三，普通法院法官也可以像行政法院一樣，透過合乎憲法意旨的法律解釋進行法律適用，此不僅有助於維護整體法秩序，也可以更透徹地看見個案中需要

保護的人民權利。例如，當前關於國有地清理之規定包含了訴訟排除之手段<sup>736</sup>，民事法院在審理此類拆屋還地與不當得利之訴訟時，若遇上的是「特別脆弱者」，例如獨居老人，儘管產權關係明確，但仍應注意是否有事前通知（包括各機關經管國有公用被占用不動產處理原則第3點第2項之義務<sup>737</sup>）、已經有替代住所、若直接判決拆屋還地是否會直接造成流離失所之情形而影響人民基本生存等。

#### 第四項 特殊案型之司法審查考量淺析

誠如諸多國際公約可以散見居住權之規範，確實有許多群體、領域之居住權保障容易在一般處理中遭受忽略，其需求雖然是居住權保護三大保護領域、以及其中適足性的七個實體面向有辦法囊括的，但其案型之特色需予以正視，否則容易在司法審查上遭到漠視，造成實際權利保障依一般處理方式仍無法被看見之情形。在台灣的居住權爭議中，也有些較為特殊之案型，本文以下擬對這些案型做簡略的介紹與司法審查之相關淺析，限於篇幅與架構，本文之定位仍為一般、基礎性的討論，故本項之討論僅具「提醒」之功能，簡介這些案型中有何特色應該在居住權司法審查中嘗試予以「關注」，個別化而深入之探討，仍有待後續研究之發展。另外，這些特殊案型在審查上也會面臨平等原則之審查，併予提醒。

---

<sup>736</sup> 各機關經管國有公用被占用不動產處理原則第3點：

國有公用不動產被機關以外之占用者（以下簡稱私人）占用，管理機關有公用需要或為其主管目的事業需用者，應依下列方式收回後，依預定計畫、規定用途或事業目的使用：

（一）協調占用者騰空返還。

（二）違反相關法律或使用管制者，通知或協調目的事業主管機關依法處理。

（三）以民事訴訟排除。

（四）依中華民國刑法第三百二十條、第三百四十九條規定移請地方警察機關偵辦或逕向檢察機關告訴。占用情形影響國土保安或公共安全者，優先移送。

（五）其他得排除占用之適當處理方式。

前項占用者為社會救助法規範之低收入戶，或領有身心障礙者生活補助費或中低收入老人生活津貼者，管理機關於排除占用前，辦理下列事項，並將過程作成紀錄，以利日後查考：

（一）協助占用居住者依法向目的事業主管機關申請公共租賃住宅或社會住宅進行安置。

（二）協助占用者依法向目的事業主管機關申請相關補助、補貼或津貼。

<sup>737</sup> 同前註。此係2014年修正加入之條款。



## 壹、對歷史違建型非正式聚落之拆遷

歷史違建型之非正式聚落在台灣二十世紀迭經政權變遷之脈絡下並不少見，所謂的歷史違建並非單以年代作為區分，而是觀諸其於台灣發展下之脈絡，雖然要予以一個明確的定義並不容易，但法官在面對具備類似背景之案件時，應注意到其歷史脈絡，予以重視，在合於憲法居住權保障的法律解釋下進行法規適用。

這類型的非正式聚落，其居住事實有些甚至早於法規範之發展。1945年隨國民政府遷台而來龐大人口之軍民，短期暴增之人口居住問題顯而易見，當時政府除了接收日治時期房舍、包括官舍等作為容置居民之住房，也默許了人民自力搭建房屋，這誠然是建設不足之初期解決問題之方式，且也是到了1957年，行政院才頒布《違章建築處理辦法》。而在都市化後，大量人民遷移至都市，以台北市為例，在1960至1970年代間，約有三分之一的人口居住於違建之中。此際，居住於非正式聚落之居民可能是經由轉手買賣違建之「事實上處分權」（但當時並無此概念）而來，且在有門牌、繳納水電費之狀況下，持續存在。這些違建在台灣二十世紀之發展史上扮演著「解決住宅問題」的要角，並且，是吸納社會弱勢的重要部門，有文獻及稱之為發展型國家弱勢居民之自力救濟、「第一代的社會住宅」<sup>738</sup>。

而土地所有權方面，這些違建座落之土地諸多是公有地，但為國有或地方政府所有則不一定。國有部分，2009年制訂之〈強化國有財產管理及運用效益方案〉以及〈各機關經營國有公用被占用不動產處理原則〉，開始加速國有地清理、並允許了以訴訟排除之手段處理這些歷史違建，卻並未規定對應之居住權保障之相關配套措施<sup>739</sup>，儘管其上之弱勢人民可以分別適用關於低收入戶等社會救助，但處理原則進一步要求對占用戶課以不當得利之規定，卻造成這些弱勢居民龐大負債。相較於地方政府針對內政部《違章建築處理辦法》第11條擁有認定新、舊違建與

<sup>738</sup> 黃麗玲（2015），〈「違章建築社區」的再思考〉，《全國律師》，2015年1月號，頁27。

<sup>739</sup> 各機關經營國有公用被占用不動產處理原則第3點第2項關於弱勢之相關規定是2014年修法方納入者。

處理方法的權限，但國有地上的違建卻未有相對應之處理，華光社區、紹興社區等爭議案例便是在此種脈絡下而生。這樣的爭議若單純以私法角度予以處理，顯然是對憲法上居住權之漠視。若相關規範能以司法審查之方式置入憲法上居住權之視角進行檢驗，注意到前開歷史脈絡，或許會有相當之著力空間。

## 貳、對特別脆弱者之居住權保障

### 一、障礙者

在司法審查中，必須要特別注意到障礙者居住需求之意義。而關於特別需要注意之處，國際人權法已提供相當多的素材：

首先，經社文公約第 2 條第 2 款指出了禁止歧視的原則，並進一步在第 5 號一般性意見第 16 點中指出締約國消除居住方面歧視之義務，使障礙者可以享受整合、自決與獨立的生活。這需要的現實條件是，無障礙的居住環境以及支持服務（support services）。而在聯合國身心障礙者權利公約（下稱 CRPD）第 19 條則特別強調了「居住在社區」的意義，使障礙者可以融入、獨立，其居住必須要注意到相關必要資源之提供。

本文認為，以上這些要求都沒有超過居住之適足性的內涵，在適足性之解釋上，本來就應該針對不同群體考慮「適足」的真義。而在適足性當中之易取得性，經社文公約第 4 號一般性意見第 8 點（e）也指出，身心障礙者屬於「處境不利的群體」，應充分與持久地得到適當居住之資源、第 11 點指出必須對處境不利的社會團體給予優先考慮與特別照顧。這種解釋方式才是真正的「適足性」。關於遷離之措施，也同樣需要針對障礙者之需求予以關照。

2014 年，我國業已將「身心障礙者權利公約施行法」通過生效，同樣在系爭施行法第 2 條揭示了法律地位。從而，CRPD 在我國憲法、法律解釋上的地位，應該與本文前開對於公約於司法審查機能之討論有同一之效力，亦即，可透過解釋將其內涵補充入憲法基本權之框架中，強化當前對於基本權之論證。從而，關於



居住權之解釋，在司法審查面對障礙者時，應對於經社文公約與 CRPD 之內容加以考量。需要特別說明的是，CRPD 從醫療模式進入社會模式的典範轉移，在居住方面也應該有一貫之理解，亦即，障礙者之「障礙」係來自社會之建構，從而若對於障礙者之居住僅予以機構式的設計，恐加深社會排除之機會，這絕非妥當，毋寧應以無障礙之環境設計與支持服務，並搭配「自決」概念，重視其自主，理解障礙者之「適足」。這回到司法審查之模式 A 與 B 之建議中，決策者之考量實應納入以上之關照。

## 二、老人及兒童

同樣從國際人權法觀察，老人及兒童在經社文公約之第 4 號一般性意見中，與障礙者同受列為處境不利之群體，為保障其居住的適足性，在資源分配之優先性、易取得性之考量上，都應該予以注意。而第 7 號一般性意見第 10 點亦特別指出，「婦女、兒童、青年、老人、原住民、種族和其他少數人、以及其他易受衝擊的個人和團體都不成比例地經常成為強制驅逐的對象」，從而在遷離之面向，也需要特別考量之。

另外，關於兒童權利公約，在我國也於 2014 年制定了兒童權利公約施行法、包括其第 2 條之法律效力，從而在兒童居住權利之解釋上，亦可進一步運用公約之內涵。綜觀兒童權利公約，兒童關於居住之適足性另外需要注意到與父母分住應有權保持聯繫（第 10 條第 2 項）、締約國有義務在國家能力範圍內協助其居住之需求（第 27 條第 3 項）。同樣地，這些兒童權利公約之條文意旨需要在司法審查進行憲法、法律解釋時受到注意。

而應特別提醒者係遷離和適足性有重大關聯，這對老人而言尤其明顯，司法審查尚須予以特別考量，這誠然是憲法上居住權可以超越財產權保護領域所能關照的部分。



## 參、遊民之基本居住保障

關於遊民的居住保障向來是討論居住權、憲法上居住權之重要關注面向。所謂遊民，以台北市遊民安置輔導自治條例之定義為例，係「經常性宿於公共場所或公眾得出入之場所者」<sup>740</sup>，而與憲法上居住權保護領域習習相關，蓋若非自願，遊民之基本居住需求顯然並未獲得滿足。

學者陳正根對此問題有相當之著墨。氏指出，政府對待遊民之方式，過去多以秩序管控為主軸，晚近才納入社會福利之思考<sup>741</sup>。我國中央無直接針對遊民之規範，當前各縣市地方政府多有關於遊民安置輔導之相關規定，但規範層級不一，如台北市係以自治條例規範、但基隆市則是層級較低之輔導辦法等<sup>742</sup>。以遊民而言，在中央層級之規範適用必須依照不同之情形，分別適用低收入戶<sup>743</sup>、天災衝擊<sup>744</sup>、急難救助<sup>745</sup>、醫療補助<sup>746</sup>等社會救助法當中之規範，而這些規範皆非針對遊民<sup>747748</sup>。

遊民之居住權保障可區分不同行政行為<sup>749</sup>，即強制驅離、安置輔導與特定給付請求<sup>750</sup>面向探討。關於強制驅離與安置輔導，司法審查與相關規範設計應注意的是，居住權的根本思想是保障「人」得以開展自由，驅離仍應有一定程序保障，包括

---

<sup>740</sup> 本文認為這樣的定義方式較諸新北市政府遊民收容輔導處理要點之定義為宜（「(一)流落街頭且查無身分而必須收容輔導者。(二)疑似罹患精神疾病、身心障礙而遊蕩需人照顧者。(三)於街頭或公共場所棲宿、行乞者」)，新北市版本在定義中加入了過多的需進一步判定之概念，而中央則未有定義。詳細的討論可參閱：鄭麗珍、張宏哲（2004），《遊民問題調查、分析與對策研究》，頁 3-9，行政院內政部社會司委託研究報告。

<sup>741</sup> 陳正根（2008），〈從警察與秩序法之觀點探討遊民之問題〉，《東吳法律學報》，第 19 卷第 4 期，頁 165。

<sup>742</sup> 具體討論，參閱陳正根，同前註，頁 167-168。

<sup>743</sup> 社會救助法第 10 條。

<sup>744</sup> 社會救助法第 25 條以下。

<sup>745</sup> 社會救助法第 21 條。

<sup>746</sup> 社會救助法第 18 條。

<sup>747</sup> 社會救助法於第 17 條第 2 項將遊民之安置輔導規定授權地方政府主管機關訂定。

<sup>748</sup> 陳正根（2010），〈遊民與基本人權之保障〉，《台大法學論叢》，第 39 卷第 4 期，頁 120-121。

<sup>749</sup> 詳細討論參閱陳正根，同前註，頁 145-153。

<sup>750</sup> 社會救助部分，參閱陳正根，前揭註 748，頁 154-156。

事後救濟機會，從而請求安置者應予以協助、但違背意願者也應該設計一定之程序保障而非一味安置<sup>751</sup>。另外，收容場所之居住適足性也應該加以重視，但這目前僅能透過公約居住權作為法律上請求權此種在當前實務見解下並不樂觀的方式進行司法審查之推動，毋寧更仰賴有關政治部門之重視與改善。而對於特定給付，請求者目前得依據社會救助法前揭法制與各該縣市之規範加以請求，請求未果時則有司法救濟之可能，蓋社會救助法各該法條已成會具體之法律上請求權基礎。惟是否有規範之間的漏洞存在，是否有必要從中央層級訂定專法予以「協助與保障」，尚需由政治部門依據實際狀況評估。

而秩序管控仍是當前法制看待遊民之重要方式，其中社會秩序維護法第 72 條、廢棄物清理法甚至鐵路法第 71 條禁止無故躺臥車廂或月台之罰鍰規範等<sup>752</sup>，當中諸多對遊民之「秩序管控」與居住權保障之間的平衡與協調，容有受憲法上居住權調控之餘地。

## 肆、原住民族之居住保障

原住民族之居住保障，在居住適足性的七項實體面向現況皆面臨相當之疑慮，尤其需要重視文化適足性之問題。而理解上，宜區分原鄉地區與都市原住民之狀況，分別討論<sup>753</sup>。首先，原鄉地區由於長期以來國家發展不均問題下處於資源匱乏之困境，基礎設施或醫療資源皆有所不足，這也導致了原民大量移居都市，而都市原住民中，部落或散居的家戶也經常面臨經濟弱勢、且文化適足性在都市生活中遭到忽視之情形。而有關都市原住民部落中，三鶯部落、溪洲部落等向來爭議（包括仍在等待遷居之社會住宅進展，與此中繼時間中之居住狀況等）<sup>754</sup>，也顯現了政府直接將部落以違建處理與居住權文化適足性保障之落差。而以上之居住權

---

<sup>751</sup> 內藤博之，前揭註 296。

<sup>752</sup> 詳細在警察與秩序法規範整理，參閱陳正根，前揭註 748，頁 140-142。

<sup>753</sup> 第二次國家報告第 220 點之少數民族居住權問題，僅討論原鄉之保留地，並未注意到都市原住民之問題。

<sup>754</sup> 方歆婷（2012），〈打造現代都市獵場——三鶯部落爭取居住權的漫漫長路〉，國立台灣大學新聞研究所碩士論文。

爭議，若單由財產權保障之觀點切入，恐無法注意到居住中文化適足性之問題，關於部落主權之重視要如何與現行正當法律程序之發展結合，亦有待更深入之研究，但這確實是居住權可以超越財產權所能提供之憲法上視點。

有關原住民居住保障之問題，以司法審查而言，例如前文所討論之屏東阿禮部落判決等諸多嘗試，尚倚賴公益律師之努力與法院勇於「看見」個案中公約或連結至憲法上居住權之問題。相關案件之審理上，對於原住民族之特殊地位也須注意，誠然，如南非憲法法院逐步發展出更為歷史脈絡性的判決論理方式，我國法院透過對憲法居住權之內涵掌握、以及合乎憲法意旨之法律解釋也有機會在憲法與法律允許之範圍內更為積極地面對，並對居住權保護領域中「文化適足性」進一步著墨——當然，這也是政治部門責無旁貸的任務。

## 伍、天然災害相關居住問題

天然災害之後，居住權問題經常「浮上檯面」，以日本為例，早期與居住權相關之文獻基本上都是圍繞著震災<sup>755</sup>，從阪神淡路、到 311 都有諸多討論，而國際人權法也有諸多關於天然災害之居住問題討論<sup>756</sup>。天然災害之居住問題，在我國也並不陌生，如九二一重建條例、到後來之莫拉克風災重建特別條例(已廢止)<sup>757</sup>、

---

<sup>755</sup> 熊野勝之編著(1997)，《奪われた居住の権利——阪神大震災と国際人權規約》，東京：エピック。

<sup>756</sup> 也連結到氣候難民等問題，例如 Barber, R. J. (2008). Protecting the Right to Housing in the Aftermath of Natural Disaster: Standards in International Human Rights Law, 20(3) *Int J Refugee Law* 432-468.

<sup>757</sup> 系爭特別條例第 20 條指出，災區重建應尊重該地區人民、社區(部落)組織、文化及生活方式，但又規定中央政府、直轄市政府、縣(市)政府得就災區安全堪虞或違法濫建之土地，經與原住居者諮商取得共識，得劃定特定區域，限制居住或限期強制遷居、遷村，且應予符合前項之適當安置。也就是說經評估為危險之區域，會被劃為特定區域，強制進入諮商程序，但劃定區域本身居民是無法參與且不透明的、諮商未果或不同意的法律效果並不明確，這些都在當時引起相當多的爭議。誠然，劃定區域是否只需要考量安全問題，本文的答案是否定的，尤其在莫拉克災區屬於原住民部落，強制遷村引發的問題，恐不是只以安全為劃定範圍之考量可以處理的。效率固然重要，但仍不能完全忽視其他依然重要的憲法保障。進一步之說明，可參考蔡家祺(2010)，〈政府強制原住民遷村造成的人權問題——以《莫拉克颱風災後重建特別條例》為分析〉，環境倫理與民主治理——《人權與民主》教學成果年度發表會會議論文。災民參與部分，可參閱：陳俞安(2012)，

以及後來常態法制化的「災害防救法」，都有與居住相關之措施規範。災後處理的原則著重在「效率」，但追求效率的同時，仍然不能外脫於憲法基本權保障之框架，否則，司法審查應予調控，但進入司法審查程序顯然會與追求效率產生若干衝突。對此本文認為，理想之道係於常態時期先將相關法制具體化，若個案裁量空間已是符合憲法意旨之設計，則遇天然災害時政治部門則可在保有彈性之同時免於權利侵害之憂，從而本文認為災害防救法體系的出現值得肯定。

憲法或行政法院方面，相關給付與遷村等應變措施可分別討論。相關給付部分，如釋字第 571 號解釋之意旨指出，並非財產權之損害填補，蓋天然災害並不是國家侵害基本權之行為<sup>758</sup>，而可以認為係政府保障居住權之措施，目的上有基本權層級之重要性，不過當然也必須考慮其急迫性，只是誠如所有社會給付一樣，仍不能流於恣意。而遷村措施由於事涉重大，關乎人民居住權等基本權，以莫拉克重建條例所涉之相關處分依流程包括特定區域之劃定、特定區域之土地取得與處分、安置用地勘選、安置用地之變更及利用、安置用地之取得及處分、重建住宅之分配，多項處分之粗糙程序設計，使系爭條例受到莫大之批評，也顯現相關法制需要依照憲法居住權保障意旨形塑之重要。而其中若干處分也會另涉及即時強制之行政執行行為，雖然行政執行法第 39 條<sup>759</sup>允許「天災」時之特殊情形，但裁量仍不得濫用。

而一般法院方面<sup>760</sup>，有研究以 921 後之賠償訴訟為例指出：「無論是對抗建商或縣政府，臺灣災民的抗爭與司法行動多數獲得正面回應，其中又以現金賠償為主要的抗爭結果。<sup>761</sup>」在此類訴訟主要是侵權行為或國賠訴訟，憲法上居住權或許也可以援引作為具體法律上請求權之上位規範，強化其權利主張。

---

〈從規劃者觀點看災後重建規劃過程中的災民參與：以莫拉克颱風災後永久屋規劃為例〉，頁 41-44，國立成功大學都市計劃學系碩士論文。

<sup>758</sup> 更詳細之討論，參閱同號解釋之林子儀大法官協同意見書。

<sup>759</sup> 遇有天災、事變或交通上、衛生上或公共安全上有危害情形，非使用或處置其土地、住宅、建築物、物品或限制其使用，不能達防護之目的時，得使用、處置或限制其使用。

<sup>760</sup> 另外也有刑事訴訟，起訴倒塌之建築工程建商與工程師。林宗弘（2008），〈災後重建的政治：中國 512 地震與臺灣 921 地震的比較〉，《台灣社會期刊》，50，頁 94。

<sup>761</sup> 同前註，頁 95。

總之，與天然災害相關之居住權司法審查，儘管需要注意到其目的包括快速、有效的救災與重建，但這些「保障居住權」之措施，仍非司法審查的化外之地，審查時，要尊重其追求效率之目的，但也應從憲法上居住權保障的各種內涵判斷系爭措施是否逸脫憲法、法律秩序，而除了憲法上居住權，也可以結合憲法第 155 條基本國策中「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟」之要求為解釋。

## 陸、監所之居住權

「監所」是相當容易受到忽略的居住問題類型。但居住權的內涵包括禁止居住歧視，而依公約第 4 號一般性意見之闡釋，既然「任何住房形式」皆是公約保障範圍，監所自然在居住權的關懷之內。有關監所居住環境品質低劣之問題，文獻上有指出應該進入違憲審查之視野，並以生存權等進行審查<sup>762</sup>，誠值肯定，不過，違憲審查之客體為何則並尚不明確。從而，要實現監所居住權，除了寄望於公益律師以立法不作為等可能方式思考相關策略外，目前單以司法審查仍有困難，這也可以說明權利實現仍需要各國家機關之共同努力。

## 第五節 小結

本章專注於處理從「司法審查」實現居住權之可能性。首先從居住權是否具有可裁判性開始討論，主張雖有各種疑慮，但重點毋寧在於探究法院到底哪裡欠缺能力，又應該如何應對這種狀況、以及尋覓與立法、行政的平衡方式，才是問題解決之道。從而，本文接著分析這些「疑慮」為何、居住權之司法審查處在如何之「困境」當中，這些困境囊括法秩序與法實踐層面，但是，並非無法突破。

本文進一步從比較法整理出五種可能具備參考價值之審查模式：條件性權利、

---

<sup>762</sup> 蕭聖霖（2014），〈受刑人權利之探討－以居住環境權為中心〉，頁 132-134，臺灣大學法律學研究所學位論文。

合理性、程序公平、正當立法程序以及行政裁量判斷過程審查模式，而經過綜合評估，本文認為實質審查之合理性、以及正當立法程序與行政裁量判斷過程審查兩者合稱之決策程序審查模式有更進一步可應用、借鏡之空間。另外，本文分析了有關最低核心以及公約運用的問題，主張最低核心在概念上有其功能，但也會招致司法無能力認定之困境，而公約運用方面，則是可以結合國內憲法替憲法上權利提供更豐富之內涵。

接著，本文試著提出對我國居住權司法審查模式之建議，首先討論了居住權在不同法院審查之意義何在，並指出公約在我國應作為解釋憲法上基本權之重要依據。進而確定了一些司法審查之原則：包括以生存權為立足點、實質審查、若認為有需求可以保留最低核心概念，而審查態度上，與遷離相關之措施要較嚴格，其他則是越接近基本居住越嚴格。本文提出了兩種模式建議，包括模式 A 的決策程序審查，以及模式 B 的比例原則與程序審查。事實上有其共通之處，亦即都是要求負責決策的政治部門說理，由司法判斷其「論理」，這樣的審查方式避免了直接由司法者作出真正的決策，而僅是可以指摘決策過程、考量出了問題，審查之強度並不大，但可以進入調控決策機關對於權利侵害或保障程度不足的問題。另外，為了避免比例原則之過載，將程序審查獨立。而本文也實際討論了這兩種模式之可行性，其中，比例原則在概念上可能會受到較多挑戰，但仍有嘗試發展之潛力。而綜觀特殊案型，司法審查在這些特別需要關照、特別容易受到忽略之群體審查時，必須依據其真正的需求解釋居住權。但也可以看到的是，司法審查無法解決所有問題，誠然，權利之實現需要各機關、甚至民間的配合。



## 第六章 結論

### 打造不存在的天平

#### ——建構與實現我國憲法上居住權的選擇與方法

本文著眼於當前台灣面臨諸多居住爭議，惟憲法上居住權之存在、內涵都尚未獲得確認之現實環境下，思考憲法上居住權之建構與實現是否可能、與可能之方法，並以司法審查為核心，嘗試透過憲法解釋之權利承認與法規範控制、以及一般法院合乎憲法意旨之法律解釋，建構並進一步實現憲法上居住權，也試著處理國際人權法與憲法上權利之具體「對話」。

本文於第一章指認出寫作目的、以及對居住權之概念稍作設定，即包含禁止居住歧視、遷離之正當程序、以及居註之適足性後，即從第二章開始「建構」之旅。第二章先從居住保障之歷史淵源出發，進而討論當代憲法保障居住之正當性，其次指出居住作為權利之爭議。而再跨一步，本文先爬梳了憲法位階居住權之意義、利弊後，透過對比較憲法規範居住保障模式、以及憲法權利化路徑之分析，指認了做出制度選擇之考量因素，討論不同路徑之優勢與挑戰。本文認為，憲法上居住權之存在與否，是制度選擇，且與司法權具有密切關聯，司法權擔任了權利承認的「模式轉換者」、以及確認權利圖像之功能，而對居住權是否要憲法權利化最大的疑慮也是出自於對法院能力、與適當性的焦慮。

在對於要否建構憲法上居住權有基本之想像以後，本文透過第三章對於我國現況之梳理，發現：雖然我國具備社會憲法之體質，要推導出憲法對居住之保障、甚至居住權保障，都有可用之素材，且也有諸多大法官之意見書做出這樣的嘗試。但就算在經社文公約內國法化以後，其中的居住權大幅受到倡議、訴訟之使用，仍沒有關於「憲法上居住權」憲法層級之明確肯認。我國的立法與行政部門，某程度上是具有居住權、甚至憲法保障居住權之意識的，但該圖像是否完整，顯有疑問。而司法近來已有些值得肯認之見解，除了將土地法特定條文連結至憲法生



存權對居住之保障以外，也有透過公約肯認者，但停留在防禦面向，本文認為，過公約連結至憲法之方式，較諸目前穩定的土地法條文連結，能提供憲法更多、也較為完整之居住權內涵反饋，值得期待。不過，我國當前之情形可說是有國家規範卻無對應救濟、有國家控制卻無對應權利作為盾牌，政府與人民各自表述，未有明確共識，此時，憲法上居住權若能透過憲法解釋之方式出場，的確可以發揮某程度共識整合之功能。這也連結到了本文第四章的討論。

第四章具體討論建構我國憲法上居住權之方式。首先，針對我國現況，亦即有需求、規範面也已然有諸多相關管制，但是，許多條文卻是在未有居住權意識下之設計，從而誠可考慮透過憲法調控之方式，回應人民需求、檢討法規範。本文認為，我國之憲法體質已經不能採取純法律、政策模式，在社會國原則之誡命下，至少也應該是入憲的客觀規範模式，而本文又進一步認為，主觀權利最能回應我國現況，並且，本文具體對解釋模式之路徑分析，認為當前憲法的確可以透過特定條文之解釋，以幾個不同的可能性納入憲法解釋，並評估其優劣。接著，本文討論了居住權作為憲法上基本權之各種特性，認為保障主體係所有自然人、拘束所有國家權力，以禁止居住歧視、遷離之正當程序、以及居住之適足性為保護領域，並指出雖然是適足性不適合透過實體定義的方式直接得出，然可以從「實體方向」的七個項目（使用權之法律保障、基礎設施與服務之可提供性、可支付性、適居性、易取得性、地點、文化之適足性）、結合對國家義務履程序之要求，於有必要時劃設出適足性中最低核心的外延、並評估國家在適足性之努力是否符合憲法居住權規範所框架出的意旨，而本文從主觀權利的保障體系觀察居住權之基本權功能，認為居住權在防禦功能與保護功能中各項給付面向（保護義務、物質性與程序性給付權）皆有可發揮之處。最後，本文討論了居住權之基本權衝突情形，認為憲法提供了「越接近生存維持之基本條件」者，序列上應該優先之指引，但立法者有優先具體化之權限。

以上，應可肯定建構我國憲法上居住權是有需求、也有可能的。不過，最大的難題毋寧在於實現，「司法審查」是權利實現之要角，也是最大的難題所在。本文認為完全否定居住權之可裁判性是不切實際的，畢竟國家已然有所介入，且無

法確保這些措施是否是合乎人民權利的。而較為實際的做法是具體分析對於可裁判性之疑慮，本文討論了居住權司法審查在法秩序與法實踐層面之困境，以及其中突破之可能。進一步，本文從比較法之審查模式觀察，提出了五種可能可以面對這些可裁判性疑慮的應變做法，最後提出關於審查模式之建議，而本文亦主張，最低核心在概念上有其功能，但也會招致司法無能力認定之困境，模式設計上應有所考慮，而公約運用方面，應結合國內憲法替憲法上權利提供更豐富之內涵。本文認為可能之審查模式，是建立在一些原則之上：以生存權為立足點、實質審查、若認為有需求可以保留最低核心概念，而審查態度上，與遷離相關之措施要較嚴格，其他越接近基本居住越嚴格。最後試作了兩種審查模式：決策程序審查、比例原則搭配程序審查，本文認為這兩種模式透過對於決策機關說理之要求，緩和了代替政治部門做出決定的癥結，透過說理，也更促進決策之透明而使得司法審查減緩了抗多數困境，也更貼近民主之想像。本文另外肯認了憲法上居住權對於普通法院應有之影響與對人民權利保障之利處。最後指出許多特殊群體在審查時需要注意其特殊之需求，並指出公約所提供的各種素材，而唯有注意到這些需求，才有辦法掌握「適足」之真意。

誠然，司法審查有其極限，也沒辦法確保憲法上居住權之實現，但是，本文認為當前的狀況已迫切的需要憲法上居住權之出現，將「居住」之價值在憲法上被呈現出來、將其從財產權當中解救出來，並且，建構居住權不會造成天平偏向哪邊，我們還是要在個案裡面進行衡量，建構憲法上居住權事實上是在創造出現在根本不存在的天平。本文想強調的是，就算擔心給付請求權所衍生的各種問題，居住權仍然有防禦的面向，我國關於「迫遷」之抗爭已然甚囂塵上，不論實體主張如何、也不是反對開發，問題毋寧是當前法制已經管制的增加提供了越來越多介入的方式，如果這無法回頭，誠然需要盡快找出盾牌防禦最為基本的一些東西避免悲劇繼續上演。而本文認為，居住權這個天平已經隱然存在憲法當中已久，在公約在國內日漸受到重視以後，風起雲湧的討論引起了更多的關注，但是，居住從「人權」到「憲法上權利」的這一關，卻始終還沒有跨出穩健的步伐。

當然，這步伐是有疑慮的，本文所嘗試的，也只是拋磚引玉提出一些可能性，

期待相關論述的繼續積累，如何讓步伐踏得更穩，還需要非常多的努力。本文作為一個初步的嘗試，仍存在諸多限制。值得一提的是，在研究過程中，本文也發現我國關於居住權之情形與東亞諸多國家，包括日本、韓國是相當接近的，包括繼受國之規範結構、制度設計、經濟發展大致程度與人民權利意識，若未來有機會，或許可以朝著此方向之法學研究為進一步之探討。

## 「從憲法的觀點…」

### ——法學論述者的盼望與侷限

在 2001 年南非憲法法院判決做成後，Grootboom 成為了全世界經濟社會權利研究者無人不曉的名字，這個判決在論理上的創新途徑、憲法法院的高度與態度，受到了諸多來自全球的讚揚。但原告 Irene Grootboom，那個帶著孩子、代表了貧民窟近千人打贏了憲法訴訟、被譽為勇敢的居住權運動者的 Grootboom 太太，卻在 2008 年，她仍未滿 40 歲時，孤獨、身無分文地在破爛的棚屋（shack）中過世。

末此一敘，這代表什麼？居住權司法審查對於權利保障並無助益？本文並不這麼想。事實上，本文向來認為，就算是主觀的憲法上居住權，也不能等於居住權保障之實現，這也是為什麼本文僅能以司法審查「為核心」，因為勢必需要各個國家權力積極之配合、甚至民間的權利意識與各種努力。實則，要期待居住權的司法審查與居住權之保障一步到位是過於樂觀，但誠如學者戶松秀典描述日本之情形，該國的生存權縱然在抽象權利說下，也經常因為「立法裁量」在訴訟中敗退，但訴訟的過程受到媒體報導，也帶動了福利法制的修正、並進一步透過議題的串連，累積下一波訴訟的動能<sup>763</sup>。這可以給予我們的啟發是，居住權的建構與實現，或許難以一蹴可幾，但確實是有機會嘗試的，而建構與實現與否的關鍵，除了在制度上的各種操作，毋寧也存在人民的想法中。這不是單靠法學論述或司

---

<sup>763</sup> 戶松秀典（2000），《憲法訴訟》，頁 400。

法審查就得竟全功的。

而儘管這一切可能會遭致不求發展、妨害競爭力的批評，又可能是 David Harvey 所稱的「在資本主義剝削和積累的過程底下安放地板<sup>764</sup>」，本文還是認為，在貧富不均日漸嚴重、居住成本越來越高、新的都更風潮即將開始的現在，從憲法的觀點而言，憲法上居住權的建構，可以務實地成為更具體的一種國家誠命與人民的盾牌，不僅可以凝聚生活在逐日惡化的經社條件中的台灣人民，也提供法制更改之方向。目前，諸多的個案都指向了法制的問題，當個案發生，人民只能看著國家的「合法」作為呼喊憲法，但憲法上的依據是什麼？卻始終不明確。而這些法制在沒有居住權觀點的憲法下，當財產權在衡量下輸了、或根本沒有財產權的狀況下，繼續安然存在我們的國家，我們當然有機會檢討、檢討也並非不可能，問題只是願意與否。

本文自然也對於國家與統治者的擴權抱持著小心翼翼的態度。我國當前的情形是立法與行政已經形成了一套遊戲規則，而本文想強調的不是創造更多國家介入，而是透過司法對政治部門進行調控與節制，為人民創造天平，避免國家機器繼續以合法之姿行侵權之實——如果我們可以如是期待。

法學論述者有其侷限，但在侷限以前，也還有許多能做的事。本文很清楚地理解到，這份論文的寫作也可能是居住權在台灣「權利動員」的一環，但這並不是一篇站在光明的至高點討論正義應該如何的論文、也不是一篇基於憐憫或惻隱之心而力主任何社會人權都應上綱至憲法的論文。相反地，本文對於正義的談論戒慎恐懼、也認為社會人權的憲法主觀權利化必須經過再三之斟酌，相對於諸多運動現場義無反顧的倡議，本文在意的毋寧是如何在我國的憲法秩序下做出合理的調整、找出可能的理路，而這並不能說是輕鬆愉快的「任務」，隨時都要認識到，這樣的視角是獨特的、有功能的，也是有侷限的。畢竟，憲法框架並不是要為特定價值服膺，而是提供多元利益受到衡量的場域，本文重視的，也就是能否受到

---

<sup>764</sup> David Harvey，國立編譯館主譯，王志弘、王珮民合譯（2010），《資本的空間：批判地理學芻論》，頁 400，台北：群學。

合理的衡量、被合理地看見、個人能否得到合理的實現各種自由之機會。

就如 Albie Sachs 大法官所提醒的，「不要以為每個求助者，都有能力跟機會走到助人者的面前」。當制度亮起紅燈，透過制度的調整，或許可以減少一些這樣的遺憾，本文相信居住權之基本權違憲審查有潛力可以提供這樣的功能，一般法院中運用合乎憲法意旨的法律解釋，也有機會提供身處絕境的人民合理救濟。而誠然，當前可以討論的各種案件，絕大多數都不是走投無路的人民獨力走向法院，而是透過公益律師或是 NGO 的協助，才有機會在憲法或法制上取得承認與突破。或許，作為法學論述者，或任何法律人，在其不同的崗位上，針對這個社會、這個國家各式各樣的困境，都還有諸多能努力之處。謹以許宗力教授提醒法律人的一席話作為本文的結尾：

「法律人天職何在？簡單說，就在協助、保護有受保護需要的人，尤其是這部社會主義色彩濃厚的憲法要求你保護的社、經弱勢。如何保護？就是具有最起碼的同理心，能夠設身處地，體會他（她）的痛處，窮盡法釋義學各種可能，去維護他（她）的權益，或甚而發掘出法律的缺陷，設法改變它。」



## 參考文獻

### 中文部分

#### 一般書籍

- 李惠宗（2015），《憲法要義》，七版，台北：元照。
- 李震山（2011），《人性尊嚴之憲法意義》，四版，台北：元照。
- 吳庚（2004），《憲法的解釋與適用》，三版，台北：三民。
- 林佳和（2014），《勞動與法論文集 II》，台北：元照。
- 林萬億（2010），《社會福利》，台北：五南。
- 周怡君（2012），《社會政策與社會立法新論》，台北：洪葉。
- 許志雄（2008），《現代憲法論》，四版。
- 許宗力（1999），《憲法與法治國行政》，台北：元照。
- 許育典（2013），《憲法》，六版，台北：元照。
- 許慶雄（1992），《社會權論》，台北：眾文圖書，一版二刷。
- 郭明政等，《社會法》，第一版，台北：元照。
- 荊知仁（2001），《中國立憲史》，台北：聯經。
- 陳宜中（2013），《當代正義論辯》，台北：聯經。
- 陳新民（1999），《憲法基本權利之基本理論》，台北：元照。
- 陳新民（2015），《憲法學釋論》，八版，台北：三民。
- 雷文玫、黃舒芃（2006），〈社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策

〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

的檢討〉，行政院研究發展考核委員會編，POD 版，台北：國家書店。

黎淑慧（2016），《從民生主義看居住正義的實踐》，台北：弘揚圖書。

顏厥安（2004），《規範、論證與行動——法認識論文集》，台北：元照。



## 翻譯書籍

Christian Starck 著，李建良等譯，《法的起源》，台北：元照。

David Harvey，國立編譯館主譯，王志弘、王玥民合譯（2010），《資本的空間：批判地理學芻論》，台北：群學。

Deborah Stone 著（1988），朱道凱譯（2007），《政策弔詭：政治決策的藝術》（Policy Paradox），台北：群學。

Ian McLeod 著，楊智傑譯（2005），法理論的基礎，台北：韋伯文化。

Janusz Symonides 著，楊雅婷譯（2009），《人權的概念與標準》，台北：韋伯。

Mark Tushnet 著，楊智傑譯（1999），《將憲法踹出法院》，台北：正典。

阿馬蒂亞·庫馬爾·沈恩著，林宏濤譯（2013），《正義的理念》，台北：商周出版。

珊妲·慕孚著，孫善豪譯（2005），《回歸政治》，台北：巨流。

奧比·薩克思著，陳毓奇、陳禮工譯（2013），《斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範》，初版一刷，台北：麥田。

## 書之篇章

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

林佳和（2015），〈社會權與社會發展—從理論與實踐觀察大法官的社會理念〉，收於：政治大學法學院公法學中心、政治大學法學院勞動法與社會法中心編著，《社會正義之建構與權利救濟—海峽兩岸公法學論壇論文集（二）》，台北：新學林。

法律扶助基金會（2010）。〈聯合國還返難民及流離失所者的住居與財產原則重點整理〉，收於：《回家路：天災與人權國際準則實用手冊》。台北：國際特赦組織台灣總會、財團法人法律扶助基金會。

李建良（1997），〈基本權理論體系之構成及其思考層次〉，收於：氏著，《憲法理論與實踐(一)》，台北：學林。

李建良（2001），〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起〉，收於：氏著，《憲法理論與實踐（三）》，台北：學林。

李建良（2002），〈論行政裁量之縮減〉，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，《當代公法新論(中)》，台北：元照。

李建良（2014），〈論國際條約的國內法效力與法位階定序—國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉，收於：廖福特編，《憲法解釋之理論與實務第八輯》，台北：新學林。

許宗力（2007），〈基本權程序保障功能的最新發展〉，收於：氏著，《法與國家權力（二）》，台北：元照。

許宗力（2007），〈比例原則與法規違憲審查〉，收於：氏著，《法與國家權力(二)》，台北：元照。

許宗力（2007），〈訂定命令的裁量與司法審查〉，收於：氏著，《憲法與法治國行政》，台北：元照。

許宗力（2015），〈最低生存保障與立法程序審查——檢評德國聯邦憲法法院 Hartz IV 判決〉，收於：黃昭元主編，《法治的傳承與永續(二)德國聯邦憲法法院 2010-2013 年重要判決之研究》，台北，新學林。



〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

張文貞（2008）。〈跨國憲政主義的合縱與連橫〉，收於：林鈺雄、顏厥安編，《人權之跨國性司法實踐（二）》，台北：元照。

張文貞（2010），〈國際人權法與內國憲法的匯流：臺灣施行兩大人權公約之後〉，收於：社團法人臺灣法學會主編，《臺灣法學新課題（八）》，台北：元照。

郭明政（2006），〈社會憲法：社會安全制度的憲法規範〉，收於：蘇永欽編，《部門憲法》，第一版，頁 311-352，台北：元照。

陳愛娥（2001），〈法治國原則的開放性及其意義核心：法治國內涵的矛盾與其解決的嘗試〉，收於：論文編輯委員會（編），《當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集》，頁 169-204，台北：學林。

黃舒芃（2013），〈立法者對社會福利政策的形成自由及其界限〉，《框架秩序下的國家權力——公法學術論文集》，台北：新學林。

黃舒芃（2013），〈違憲審查中之立法形成空間〉，收於：黃舒芃著，《框架秩序下的國家權力——公法學術論文集》，台北：新學林。

湯德宗（2003），〈論憲法上正當程序保障〉，收於：氏著，《行政程序法論》，增訂二版，台北：元照。

孫迺翊（2015），〈第四章 社會法的憲法基礎〉，收於：《社會法》，第一版，台北：元照。

孫迺翊（2015），〈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〉，收於：政治大學法學院公法學中心、政治大學法學院勞動法與社會法中心編著，《社會正義之建構與權利救濟——海峽兩岸公法學論壇論文集（二）》，台北：新學林。

葉俊榮（2002），〈超越轉型——台灣的憲法變遷〉，收於：李鴻禧編，《憲法縱剖橫切》，頁 71-103，台北：元照。

Felix Morka（著），輔仁大學社會文化研究中心（譯）（2004），〈人權鏈環 13：適當住宿權〉《和平叢書》，台北，輔仁大學社會文化研究中心，頁 27。

Rainer Pitschas 著，李玉君譯（2010），〈歐洲化社會國的社會安全體系〉，收於：Peter Badura/Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》下冊，台北：聯經

Christian Starck 著，許宗力譯（2006），〈基本權利的解釋與影響作用〉，收於：Christian Starck 著，許宗力等譯，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，頁 311-336，台北：元照。

楊子慧導讀（2010），Christian Starck 著，〈憲法規範與政治實務中的聯邦憲法法院〉，【中譯導讀】，收於：Peter Badura/Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，《德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集》上冊，台北：聯經。

## 期刊論文

石忠山（2012），〈從權力分立觀點論新加坡憲政體制的發展與挑戰〉，《台灣國際研究季刊》，8，4，頁 3-11。

古允文（1996），〈新加坡的福利資本主義體制—商品化觀點的探討〉，《東南亞季刊》，第 1 卷第 2 期。

林萬億（2011），〈再論社會住宅〉，《愛心世界季刊》，2011 冬季號 015 期。

江宜樺（2003），〈擺盪在啟蒙與後現代之間--評 John Gray 著，蔡英文譯《自由主義的兩種面貌》〉，《政治與社會哲學評論》，6，頁 239-247。

辛年豐（2016），〈誰的社會？誰的住宅？適足居住權的落實與制度建構的省思（下）〉，《人權會訊》，119 期，頁 50-56。

李震山（2000），〈論人民要求政府公開資訊之權利與落實〉，《月旦法學雜誌》，第 62 期，頁 36-38。

〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

李仁淼(2013),〈都市更新與正當法律程序—大法官釋字第 709 號解釋評析〉,《臺灣法學雜誌》,第二三五期。

李建良(2006),〈人性何在? 尊嚴何價? 樂生人權的憲法重量〉,《臺灣法學雜誌》,第 86 期,頁 1-5。

李建良(2013),〈都市更新的正當行政程序(上)—釋字第 709 號解釋〉,《臺灣法學雜誌》,第 224 期,頁 44-72。

李建良(2013),〈都市更新的正當行政程序(中)—釋字第 709 號解釋〉,《臺灣法學雜誌》,第 228 期,頁 29-46。

李建良(2013),〈都市更新的正當行政程序(下)—釋字第 709 號解釋〉,《臺灣法學雜誌》,第 229 期,頁 57-77。

官曉薇(2010),〈溝通行動與立法言談:台灣人工流產法制之立法及修法歷程分析〉,《中研院法學期刊》,第 6 期,頁 61-128。

林宗弘(2008),〈災後重建的政治:中國 512 地震與臺灣 921 地震的比較〉,《台灣社會期刊》,50。

林佳和(2012),〈真的有國際人權法指涉的普世人權? 政治哲學世界公民主義(Kosmopolitismus)與特殊公民主義(Partikularismus)論戰下的人權圖像落差〉,《臺灣國際法季刊》,9 卷 4 期,頁 115-145。

林明鏘(2013),〈都市更新之公共利益—兼評司法院大法官釋字第 709 號解釋〉,《臺灣法學雜誌》,第二二七期。

許宗力(2002),〈基本權利第二講:基本權利的功能〉,《月旦法學教室》,第 2 期,頁 72-80。

許宗力(2003),〈基本權利第三講:基本權主體〉,《月旦法學教室》,第 4 期,頁 80-88。

許宗力(2003),〈基本權利第四講:基本權利對國家權力的拘束〉,《月旦法學教

室》，第 7 期，頁 87-94。

許宗力(2014)，〈2013 憲法回顧〉，《台大法學論叢》，第 43 卷，特刊，頁 1031-1074。

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》，第 238 期。

陳正根(2008)，〈從警察與秩序法之觀點探討遊民之問題〉，《東吳法律學報》，第 19 卷第 4 期。

陳志民(2007)，〈當強制徵收成為政府補貼？美國聯邦最高法院 Kelo v. City of New London 案之評析〉，《中原財經法學》，第 19 期，頁 1-57。

陳怡伶(2013)，〈台灣的住宅體系：自由市場和住宅商品化下的居住危機〉，收於：國立政治大學國家發展研究所出版，《第五屆發展研究年會論文集—發展：危機與安全》，頁 220-239。

陳愛娥(1996)，〈自由—平等—博愛：社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《臺大法學論叢》，26 卷 2 期，頁 121-141。

黃昭元(2004)，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《台大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 45-148。

黃舒芃(2006)，〈社會權在我國憲法中的保障〉，《中原財經法學》，第十六期，頁 1-43。

黃舒芃(2010)，〈違憲審查中之立法形成空間〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，頁 39-51。

黃麗玲(2015)，〈「違章建築社區」的再思考〉，《全國律師》，2015 年 1 月號。

張文貞(2008)，〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，1 卷 2 期，頁 25-43。

張桐銳(1995)，〈從「判斷餘地」理論談司法審查的界限〉，《憲政時代》，第 20

〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

卷第 3 期，頁 69-79。

張桐銳 (2011)，〈論憲法上之最低生存保障請求權〉，《政大法學評論》，第 123 期，頁 121-191。

雷文玫 (2003)，〈低收入社會救助給付與設籍限制之違憲審查——Saenz v. Roe 一案判決之分析〉，《歐美研究》，33 卷 3 期，頁 413-459。

翁燕菁 (2013)，〈《經濟、社會與文化權利國際公約》的黯然登場——大法官釋字七〇九號與經社權利保障〉，《月旦法學雜誌》，第 218 期，頁 239-246。

翁燕菁 (2015)，〈適足居住權之可裁判性——初探國際人權法及其實踐〉，全國律師月刊，2015 年 1 月號，頁 4-17。

楊重信 (2011)，〈居住正義的真諦〉，《玉山週報》，10 8 期。

詹鎮榮 (2004)，〈居住自由〉，《法學講座》，第 30 期，頁 14-17。

廖福特 (2012)，〈台灣與聯合國兩人權公約接軌之檢討〉，《新世紀智庫論壇》，第 60 期，頁 20-24

廖義男 (2015)，〈司法院大法官解釋之權利救濟功能〉，《法令月刊》，66:6，頁 1-15。

蔡宗珍 (1999)，〈人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第 45 期，頁 99-102。

蔡志揚 (2013)，〈都市更新事業計畫正當程序之制度建構——以釋字第七〇九號解釋為中心〉，《臺灣環境與土地法學雜誌》，第六期。

蔡維音 (2006)，〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，第 11 期，頁 31-74。

蔡震榮 (2004)，〈金錢給付義務與限制出境之探討〉，《律師雜誌》，第 303 期，頁 24-42。

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〉，《台大法學論叢》，第 41 卷第 2 期，頁 445-516。

謝博明（2012），〈居住正義之實現？我國住宅政策與住宅法之探討〉，《臺灣環境與土地法學雜誌》，1（1），頁 74-83。

蕭淑芬（1999），〈從日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（下）——兼論生存權之程序保障的可能性〉，《東海大學法學研究》，第 14 卷，頁 109-122。

蕭淑芬（2003），〈論基本權核心概念之規範——一個比較法學的觀察〉，《東海大學法學研究》，第 19 期，頁 1-26。

蕭淑芬（2009），〈「新興人權」之保障與發展初探--我國與日本之比較〉，《中研院法學期刊》，第 4 期，頁 207-231。

## 研討會論文

林明昕（2013），〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，全球架構下的台灣發展：典範與挑戰—社會正義之理論與制度實踐研究計畫第一年度研討會，行政院科技部（主辦），台北。

許宗力（2013），〈憲法法院與社會正義之實踐〉，全球架構下的台灣發展：典範與挑戰—社會正義之理論與制度實踐研究計畫第一年度研討會，行政院國科會（主辦），台北。

黃昭元（2014），〈大法官解釋適用比例原則的再檢討〉，發表於：司法院大法官一〇三年度學術研討會。司法院（主辦），台北。

黃昭元（2015），〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會—人權公約與我國憲法解釋》，司法院（主辦），台北。

黃丞儀（2014），〈比例原則與社會經濟權利的實踐〉，發表於第十四屆行政法理論與實務學術研討會，國立臺灣大學法律學院公法學研究中心（主辦），台北。

〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

黃舒芃（2014），〈比例原則之解釋方法〉，發表於：司法院大法官一〇三年度學術研討會。司法院（主辦），台北。

黃舒芃（2015），〈國際及區域人權公約在憲法解釋中扮演的角色：兼評司法院釋憲實務對國際及區域人權公約之看待與引用方式〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會——人權公約與我國憲法解釋》。司法院（主辦），台北。

張文貞（2009），〈國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後〉，台灣法學會 2009 年學術研討會，台灣法學會（主辦），台北。

張文貞（2015），〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能及台灣實踐〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會——人權公約與我國憲法解釋》。司法院（主辦），台北。

徐揮彥（2014），〈經濟、社會及文化權利公約於我國之實施：以大法官釋字第 709 號為中心〉，發表於：聯合國兩人權公約之論證與實踐研討會，東吳大學法律系（主辦），台北。

郭明政（2003），〈社會法治國的司法建構——第六屆大法官解釋中與社會安全法制相關解釋之分析〉，第三屆行政法之理論與實務研討會，台灣大學法學院（主辦），台北。

溫揚彥、曾明遜（2012），〈從居住正義論臺灣社會住宅政策實施〉，收於：2011 年住宅學會年會暨論文研討會光碟片，花蓮：東華大學。

蔡家祺（2010），〈政府強制原住民遷村造成的人權問題——以《莫拉克颱風災後重建特別條例》為分析〉，環境倫理與民主治理——《人權與民主》教學成果年度發表會會議論文。

傅玲靜（2015），〈行政裁量、判斷餘地與計畫形成自由——以最高行政法院 102 年度判字第 757 號判決為例〉，104 年度雙北訴願實務研討會，新北市政府、台北市政府（主辦），新北。

葉俊榮（2015），〈經濟社會文化權利公約與司法審查：雙重制約下的對話司法〉，

頁9，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會——人權公約與我國憲法解釋》。司法院（主辦），台北。



## 學位論文

方歆婷（2012），〈打造現代都市獵場——三鶯部落爭取居住權的漫漫長路〉，國立台灣大學新聞研究所碩士論文。

李怡俐（2005），〈憲法修改的公民審議機制〉，國立台灣國家發展研究所碩士論文。

李雅萍（1991），〈概括基本權之研究〉，輔仁大學法律學研究所碩士論文。

周宗憲（2003），《憲法上人民最低生存權的性質與司法保障-我國與日本學說及司法判決（大法官釋憲）見解的檢討》，頁95-102，輔仁大學法律研究所博士論文。

邱紀璇（2015），〈從經濟社會文化權利國際公約論我國之居住權保障——以都市更新條例為例〉，中國文化大學法律學系碩士論文。

洪崇啟（2011），〈都市更新安置計畫之研究——以高雄市林投里為例〉，國立高雄大學都市發展與建築研究所碩士論文。

黃念農（2016），〈轉型社會中的社會權保障：南非與台灣的憲法解釋比較〉，國立政治大學法律學系法律學研究所碩士論文。

黃楚婷（2015），〈立法形成空間的反思與再界定——從審查密度理論之檢討談起〉，東吳大學法律學系碩士論文。

黃鼎馨（2008），〈「給付」抑或「不給付」？——從憲法受益權/社會權保障功能論社會救助給付行政之目的及正當程序〉，東吳大學法律學院法律學系法律專業碩士班碩士論文。

陳俞安（2012），〈從規劃者觀點看災後重建規劃過程中的災民參與：以莫拉克颱風災後永久屋規劃為例〉，國立成功大學都市計劃學系碩士論文。



〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

楊宜靜（2015），〈國家與社會關係的司法中介與權利折衝：公有地上非正式住區拆遷的治理與抵抗〉，國立臺灣大學建築與城鄉研究所碩士論文。

溫菀婷（2010），〈論憲法第二十二條之解釋與適用——兼論其對新興基本權之適用〉，中正大學法律學研究所碩士論文。

葉俊榮（1985），〈行政裁量與司法審查〉，臺灣大學法律學研究所碩士論文。

蕭聖霖（2014），〈受刑人權利之探討——以居住環境權為中心〉，臺灣大學法律學研究所學位論文。

## 報紙

黃丞儀（2013），〈畫龍不點睛的大法官解釋〉，2013年05月02日，蘋果日報論壇版。

## 政府相關文書、報告

立法院第9屆第1會期第9次會議議案關係文書（2016），院總第447號政府委員提案第15541、18346、18376、18643號之1中委員尤美女等23人提案。

內政部（2014），〈社會住宅中長期推動方案暨第一期實施計畫〉，103年1月6日院臺建字第1020079079號函核定。

中華民國住宅學會（2008），《內政部營建署97年度「最低居住水準訂定與實施作業」委託專業服務案總結報告書》。

國民大會秘書處編印（1946），《國民大會實錄》。

曾智敏、紀俊輝（2015），《以市地重劃方式開發舊都市更新地區兼顧原住戶安置之探討——以「體二用地」為例》，台中市政府地政局重劃科，104年度自行研究發展案件計畫報告。

鄭麗珍、張宏哲（2004），《遊民問題調查、分析與對策研究》，行政院內政部社會司委託研究報告。

總統府人權諮詢委員會與法務部（2013），《經濟社會文化權利國際公約初次報告》。

## 網路資源

巢運網站。網址：<http://housingov.blogspot.tw/>

林宗弘（2016），〈被壓垮在倒塌房子裡的年輕世代〉，新新聞報導文章，2016年2月17日，載於：

<http://www.new7.com.tw/NewsView.aspx?i=TXT20160217152652KCG>

官曉薇（2015），〈人權真的會改變我們的處境嗎？淺談人權社會學〉，PNN 公視新聞議題中心，載於：

<http://pnn.pts.org.tw/main/2015/07/27/%E4%BA%BA%E6%AC%8A%E7%9C%9F%E7%9A%84%E6%9C%83%E6%94%B9%E8%AE%8A%E6%88%91%E5%80%91%E7%9A%84%E8%99%95%E5%A2%83%E5%97%8E%EF%BC%9F%E6%B7%BA%E8%AB%87%E4%BA%BA%E6%AC%8A%E7%A4%BE%E6%9C%83%E5%AD%B8/>

社會住宅推動聯盟（2015），統計資訊—各國住宅基本資訊\_2015.3.18 更新，取用

網址：[http://socialhousingtw.blogspot.tw/2014/08/blog-post\\_93.html](http://socialhousingtw.blogspot.tw/2014/08/blog-post_93.html)

楊芬瑩（2016），〈2020年美國真的不再有遊民了嗎？〉，報導者，取用網址：

<https://www.twreporter.org/a/2020-zero-homeless-usa>

廖福特，《2011 台灣人權報告：兩公約民間社團影子報告》導讀，取用網址：

<http://www.tahr.org.tw/node/1067#sthash.ZDoVoPMp.dpuf>

台權會網頁，反迫遷連線 2013.10.07 記者會新聞稿，世界人居日：台灣居住權已

〈憲法上居住權之建構與實現——以司法審查為核心〉

死， <http://www.tahr.org.tw/node/1296>

詹順貴（2013），大法官會議釋字第 709 號解釋文的說明與回應，  
<http://thomas0126.blogspot.tw/2013/04/709.html>

溫麗園（2016），〈居住為何是基本人權？〉，獨立評論@天下，取用網址：  
<http://opinion.cw.com.tw/blog/profile/52/article/2642>



## 外文部分

### 壹、日文部分

#### 專書

中村睦男、永井憲一（1989），《生存權・教育權》，京都：法律文化社。

早川和男（1997），《居住福祉》，岩波書店：東京。

芦部信喜，高橋和之補訂（2015），《憲法》，第六版，東京：岩波書店。

武川政吾等，《居住福祉學》，東京：有斐閣。

菊池馨實（2015），《社會保障法》，有斐閣：東京。

熊野勝之編著（1997），《奪われた居住の権利——阪神大震災と国際人權規約》，東京：エピック。

#### 書之篇章

坂本重雄（2001），〈居住の権利と住宅保障法〉，收於：日本社会保障法学会編，  
《講座・社会保障 法第 5 卷・住居保障法・公的扶助法》，京都：法律文化社。

阿部浩己（2006），〈人間の権利としての『居住権』—国際法の視座—〉，收於：早川和男・吉田邦彦・岡本祥浩編，《居住福祉研究叢書第1巻 居住福祉学の構築》，東京：信山社。

熊野勝之（2007），〈居住福祉における強制立退きの位置〉，收於：早川和男・吉田邦彦・岡本祥浩編，《居住福祉研究叢書第2巻 ホームレス・強制立退きと居住福祉》，東京：信山社。

## 期刊論文

山下慎一，（2015），〈生活保護基準の設定に対する法的コントロール〉，《季刊社会保障研究》，50.4。

内藤光博（2001），〈「居住の権利」研究序説〉，《専修大学法学研究所紀要》，24号（坂本茂雄先生追悼号），頁50-62。

内藤光博（2011），「居住の権利」に関する憲法学的考察--公園内居住者(ホームレス)強制立退き事件大阪高裁判決[2010.2.18]を素材として，専修法学論集(111)，頁97-122。


常岡孝好（2014），〈生活保護基準改定の合理性と必要即応の原則に基づく特別基準設定新政権——須藤裁判官の意見を踏まえて(一)(二・完)〉，《自治研究》，90巻2号。

豊島明子（2013），〈行政立法の裁量統制手法の展開—老齡加算廃止訴訟・福岡事件最高裁判決を念頭に〉，《法律時報》，85巻2号。

豊島明子（2013），〈生活保護基準の改定と行政裁量の統制手法〉，《法と民主主義》，475号。

## 貳、英文部分

## 專書

- 
- Alexy, R. (2002). *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Bratt, R. G., Stone, M. E., & Hartman, C. W. (2006). *A right to housing: Foundation for a new social agenda*. Philadelphia, PA: Temple University Press.
- Cantillon, B., Verschueren, H., & Ploscar, P. (2012). *Social inclusion and social protection in the EU: Interactions between law and policy*. Cambridge: Intersentia.
- Coleman, J. L. (1988). *Markets, morals, and the law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Doling, J. F., & Ronald, R. (n.d.). *Housing in East Asia: Socioeconomic and demographic challenges*.
- Hartman, C. W. (1983). *America's housing crisis: What is to be done?* Boston: Routledge & Kegan Paul.
- Holmes, S., & Sunstein, C. R. (1999). *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton.
- Jackson, V. C., & Tushnet, M. V. (2014). *Comparative constitutional law*. New York: Foundation Press.
- Klatt, M., & Meister, M. (2012). *The constitutional structure of proportionality*. Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- Leckie, S. (1992). *From housing needs to housing rights: An analysis of the right to adequate housing under international human rights law*. London: The Programme.
- Leckie, S. (ed.) (2003). *National perspectives on housing rights*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Leckie, S. (1992). *Housing, land, and property restitution rights of refugees and*

*displaced persons: laws, cases, and materials*. Cambridge: Cambridge University Press.

Liebenberg, S. (2010). *Socio-economic rights: Adjudication under a transformative constitution*. Claremont: Juta.

O'Mahony, L. F., & Sweeney, J. A. (2011). *The idea of home in law: Displacement and dispossession*. Farnham, Surrey: Ashgate Pub.

Rosenberg, G. N. (2008). *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press.

Steiner, H. J., & Alston, P. (1996). *International human rights in context: Law, politics, morals: Text and materials*. Oxford: Clarendon Press.

Sunstein, C. R. (1997). *Free markets and social justice*. New York: Oxford University Press.

Sunstein, C. R. (2001). *Designing democracy: What constitutions do*. New York: Oxford University Press.

Tushnet, M. V. (2008). *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Walzer, Michael(1983). *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, N.Y.:Basic Books Inc Press.

Young, K. G. (2012). *Constituting economic and social rights*. Oxford, U.K.: Oxford University Press.

Chang, W., Thio, L., Tan, K., & Yeh, J. (n.d.). *Constitutionalism in Asia: Cases and materials*.

書之篇章

A Eide. (2006). Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, in RP Claude and BH Weston, (eds), *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, 3rd edn, Philadelphia, PA, University of Pennsylvania Press.

McCrudden, C. (1993), Written Constitutions and negative Rights: Some Comments on Professor Currie, in Hart, V., & Stimson, S. C. *Writing a national identity: Political, economic, and cultural perspectives on the written constitution*. Manchester, UK: Manchester University Press in association with the Fulbright Commission, London.

### 期刊論文

Adams, K. D. (2009). Do We Need a Right to Housing?. *Nevada Law Journal*: Vol. 9: Iss. 2, Article 3.

Alexander, L. T. (2015). Occupying the Constitutional Right to Housing, 94 *Neb. L. Rev.* 245.

Barber, R. J. (2008). Protecting the Right to Housing in the Aftermath of Natural Disaster: Standards in International Human Rights Law, 20(3) *Int J Refugee Law* 432.

Bilchitz, D. (2003). Placing Basic Needs at the Centre of Socio-Economic Rights Jurisprudence, 4 *ESR Rev* 1.

Casper, G. (1989), Changing Concepts of Constitutionalism: 18<sup>th</sup> to 20<sup>th</sup> Century, 1989 *Sup. Ct. Rev.* 311

Cross, F. R. (2001). The Error of Positive Rights, 48 *UCLA L. REV.* 857.

Kenna P. (2005). Housing Rights- The New Benchmarks for Housing Policy in Europe?, 37 *Urb Law.* 87

Posner, R. (1996). The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe  
--And for the United States, 32 *TULSA L.J.* 1.

Sachs, A. (2000). Social and Economic Rights: Can They be Made Justiciable?, 53 *SMU  
L. R.* 1381.

Scheppele, K. L. (2003), A Realpolitik Defence of social rights, 84 *Tex. L. Rev.* 1921.

Scott, C. & Alston, P. (2000). Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational  
Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise. 16 *SAJHR*  
206.

Silverman, D. P. (1970). A Pledge Unredeemed: The Housing Crisis in Weimar  
Germany. *CCC Central European History*, 3(1-2).

Randall, W. S. (1979). Housing Courts and Housing Justice: An Overview, 17 *Urb. L.  
Ann.* 3.

Young, K. G. (2008). The Minimum Core of Economic and Social Rights, 33 *YALE J.  
INTL. LAW* 113.

Wessen, M. (2004). Grootboom and Beyond: Assessing the Socio-Economic  
Jurisprudence of the South African Constitutional Court, 20 *SAJHR* 284.

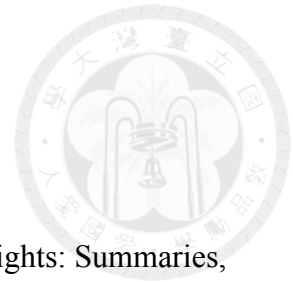
#### 研討會或其他論文

Ellickson, R. C. (1992). The Untenable Case for an Unconditional Right to Shelter.  
*Faculty Scholarship Series*. Paper 459. 32. Available on

[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/459](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/459) (last visited: 2016/5/1)

Huang, Cheng-yi (2016). Judicial Deference in New Democracies, paper presented at  
Second Conference on Comparative Administrative Law, Yale Law School: Yale Law  
School, 2016-04-29 ~ 2016-05-01.





## 國際組織文件

COHRE (2009), Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries, Working Paper No.7 (Geneva: COHRE).

Commission on Human Rights resolution 1993/77.

Report of Habitat: United Nations Conference on Human Settlements, Vancouver, 31 May - 11 June 1976 (A/CONF.70/15).

Report of the Commission on Human Settlements on the work of its eleventh session, Addendum (A/43/8/Add.1).

Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, Vol. I (A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I)).

Report of the United Nations Conference on Settlements (Habitat II) (A/CONF.165/14).

UN Habitat (2014), The Right to Adequate Housing Fact Sheet No. 21/Rev.1.

## 網路資源

Opening Doors 計畫網站：<https://www.usich.gov/opening-doors>

聯合國條約網站：<http://treaties.un.org>

## 參、德文部分

Alexy, R.(2000). Verfassungsrecht und einfaches Recht, VVDStRL 61.

Borowski, Martin.(1998). Grundrechte als Prinzipien.

Eichenhofer, Eberhard (2012), Sozialrecht (8.Aufl.), Mohr Siebeck.

柏林租屋人組織 (Berliner Mieterverein), 租屋雜誌 (MieterMagazin), 1+2/08, 線上版取用網址:

<http://www.berliner-mieterverein.de/magazin/online/mm0108/010823.htm>

