

法律在社會福利制度中之角色與任務 · 郭明政 ·

※本文係以作者於民國八十三年六月二十七日內政部全國社會福利會議法規與制度組之引言報告為基礎，加以補充整理而成，謹此誌之。

壹、前言

台灣自一九五〇年三月一日開辦勞工保險後，使得台灣逐步邁入現代福利國家。四十餘年來，台灣的社會福利，尤其社會保險之建設雖不能令人滿意，但其成就亦不可小覷。在東亞四條小龍中，台灣的社會福利制度甚且受到相當高度的評價。（註一）在此近半世紀的歲月裡，隨著社會福利制度之成長，社會福利之相關法律也相應擴張。其中，最為重要者，主要為一九五〇年代之社會保險立法（包括勞工保險條例，公務人員保險條例及陸海空軍軍人保險條例）以及一九八〇年代之福利服務與社會救助之立法（主要為兒童福利法、老年福利法、殘障福利法及社會救助法）。在一九九〇年代裡

，主要之立法則有殘障福利法之修正，少年福利法之立法以及甫經立法院通過之全民健保法。惟除了這些經由立法院立法程序制定之法律外，尚有為數不少之福利措施並未經由立法程序，例如公務人員之福利互助，公務人員退休金及公務人員保險養老給付之優惠存款，中低收入戶之醫療補助以及中低收入戶之老年津貼等。據此，我們不禁要問：到底在什麼情形下應有法律之規定？或問：法律應為何等程度之規定？以全民健保法為例，我們或可質問：既然低收入戶健康保險可以命令之方式為之，為何不依樣畫葫蘆，而何需勞師動眾經由繁冗之立法程序？凡此問題，皆牽涉到法律在社會福利體系中角色與任務之問題。本文即嘗試就此問題加以分析，並期望藉此指出，社會福利制度建構時，應為之法制與法治考量。

貳、法律之必要性

一、法律保留與依法行政

如同民主制度，法治與社會福利制度可謂人類在近世，尤其近兩百年來最值得珍惜的共同經驗。以開創現代福利制度之德國為例，其基本法將德國定位為「社會法治國」，即說明該國為一個「社會國家」，同時也是一個「法治國家」（註二）。從Mar-Planck-Gesellschaft院長Zacher對社會法治國之闡釋，更可得知無法治國即無社會國，反之亦然。（註三）他說：「社會法治國乃是一個在法治國程序、形式及範疇下所實現的一個社會國；同時也是一個追求社會目標的法治國。」（註四）

至於在不成文憲法的國家裡，如英國，此等法治國原則亦受到高度之尊重。就此，英國之Partington即會為以下說明：

The juridification of British social welfare policy has not been the result of the works of the courts, but that of politicians (and civil servants). The principal way in which the law has directly influenced such policy development derives from the (unwritten, and thus court-created) principle that authority for the activity of public servants must be found in legal, and in particular, statutory authority. The twin principles of the "Rule of Law" and the "Sovereignty of Parliament" have resulted in particular (and some might say peculiar) legal edifice that currently underpins the law of

social welfare in Britain. (註五)

與此相較，中華民國憲法中雖未如同德國基本法第二十條及第二十八條明定法治國為國家之基本原則，但從憲法第二章基本人權之規定以及一十條以下有關憲法施行與修改之規定，可知「法治國」為我國國家基本原則乃是無庸置疑，而屬憲法之當然內涵。所謂依法行政及法律保留原則，亦由此衍生而出（註六）在警察行政及干預行政之範疇裡，其應適用法律保留原則及依法行政原則，可謂法學界至為一致之見解。（註七）然有疑問者，乃是在給付行政範疇，是否可以免除「法律保留原則」及「依法行政原則」之適用，在國內向有爭議。（註八）就此，許宗力曾指出，由於有無給付往往與是否遭受干預具同等重要意義，而且給付行政常往往涉及敏感之利益分配問題，此基於重要性理論，實無由將給付行政排除在法律保留原則之外。（註九）

惟首先應予指出者，任何一次給付行政，亦常伴隨干預行政。以社會保險為例，其雖屬給付行政，但保險費之繳交義務則也是國家之干預行政。據此，縱使給付行政中，亦應有法律保留原則之適用。此外，依據中央法規標準法規定，舉凡與人民之權利或義務有關者，皆應以法律定之。基於此，不止是社會保險給付，甚至憲法一五五條所採行之扶助或救濟措施以至一五六條之母性或兒童保護措施，皆應以法律定之。當然，如果此措施視為國家之「恩惠」，而不將其認定為人民之權利，或可不以法定之，然而此等「恩惠」之思想早已落伍，因為惟有將此社會付請求予以權利化，始能使人民之保障有所「保障」，否則行政之恣意與擅斷將無法得到有效控制。（註十）就此，Zacher即會為以下說明：

The entitlement as of right is the classical instrument for raising the citizen from an object of governmental and administrative activities to the level of an individual able to

use and realize legal possibilities as of right. ... All this is also a necessity within the sphere of social policy. ... Here we even find a pent-up demand for "correct" juridification. (註十一)

何況，縱不將社會福利給付視為人民權利，但由於其給付來源主要來自稅收，因此至少是納稅人之「義務」。據此，舉凡國家福利給付亦皆應規定於法律之中，且任何福利行政亦皆依法有據，亦即每一塊錢的社會給付皆應有法律依據。

基於此等考慮，德國社會法法典第三十一條即明文規定：「凡本法所規定之社會給付權利及義務，非經由法律之規定或許可，不得創設、確認、變更或廢止。」（註十二）由於社會法法典所規定之社會給付，除少數例外，幾已包括了所有社會福利措施，即社會保險、社會賠償、勞動促進、教育促進、青少年扶助及社會救助等。由此可見，德國社會福利制度是何等的高度法律化。反觀我國，國內不少社會福利措施仍乏應有之法律依據，例如前述公務人員退休金優惠存款、老年津貼等。

應予說明者，法律保留，又稱國會保留，此等國會保留之目的，除為貫徹主權在民之思想外，更為重要的乃在國會立法程序中之「民主討論」或「社會討論或溝通」。由於社會福利行政具有關照全體國民之目的，更負有資源分配之任務，因此其「社會討論」與「民主討論」之必要性，更屬無庸置疑。就此，Zacher提到：

Juridification by law is an instrument of democracy. The law is an essential and proven instrument for the clarification of politically legitimate desire and for disclosure of the results of the political decision-making process. The

law gives optimum possibilities to different interests within society to work out the conflicts between them. This applies not only to interests, but, to put it simply, to the coexistence of different opinions. The less matters are self-evident in a society, the more necessary the law is in order to eliminate intolerable contradictions law also supplies information, or at least well-made law can do so. (註十三)

二、依憲立法

從以上討論得知，縱使在福利國家中，依法行政原則仍需被嚴格遵守。在此前提下，一切的福利行政措施必須依法有據。同時，除非我們否認憲法為國家的根本大法，或認為法律之制定不以合憲為必要，否則任何福利立法皆應考慮其合憲性。在有關合憲性的討論中，應特別提出者計有以下三點：

(1) 基本人權

從社會安全或社會福利乃是針對人民因遭遇生、老、病、死、殘廢、失業、貧窮等社會風險而導致生活困境所採行的社會保障措施，可知社會安全或社會福利乃是為使人民得以免於貧乏、免於恐懼而維護人性尊嚴的一種社會制度與社會工程。（註十四）就此而言，社會安全或社會福利之首要任務乃是人性尊嚴之維護，也就是憲法第十五條所規定生存權之維護與保障。基於此等人權之要求，任何社會安全制度非但應以生存保障為其目標，更不能有危害生存保障之措施。就此，國內制定相關法規之時，是否皆已為相關之檢視？與此相關者，未出生生命之保障，乃是一個最為重

要的課題。當國人放肆墮胎（依相關統計每年至少十五萬名胎兒被墮）（註十五），而優生保健法又大開墮胎方便之門，而使得該法成了「墮胎促進法」之時，台灣有關的嬰兒性別比例失調的報告，不正是殺女嬰的證據？（註十六）當我們嘲笑大陸因一胎化而殺女嬰之時，我們是否應反省，這不過是五十步笑百步。有關墮胎是否處罰之法律問題，正如同自殺是否處罰，乃是一件爭議的問題，在此不予討論。惟應予討論的乃是，基於生存保障之基本人權，對於未出生胎兒不正也是社會安全制度所應有之任務。據此，如何藉由社會福利幫助因子女而致其家庭生活受影響者，乃是現代福利國家應有之基本任務。因此，未出生生命之保護不止是刑法是否處罰之問題，其更應是社會福利之問題。以德國為例，其所實施之子女津貼、養育津貼，以及與生育有關之社會保險給付（包括醫療及生育給付），原已使得未出生之生命得到相當保障，去年基於東西德統一而制定之孕婦與家庭扶助法更期望進一步以社會保障而非以刑罰保護未出生之生命。（註十七）就此，我們是否應該反省，我們是否曾為「生存權」，以及「人性尊嚴」有過思考，並擬建立相關之社會保障措施？此外亦應思考優生保健法戕害生命的法律是否違憲？

除了胎兒之生存保障外，與一般人之生存保障最具密切關係者，厥為社會救助之請求權，亦即當一個人窮途潦倒。無以為生時，請求國家予以保障之基本權利。（註十八）以德國法制為例，該國一般而言並不承認社會基本權，亦即不承認「人人有工作」、「人人有居住」等意涵之社會基本權，但該國經由法院之解釋，以及經由社會救助法之明文規定，而承認社會救助為人民之權利，實已對實質的「社會基本權」予以承認，並藉此保障人民之生存權與人性尊嚴。（註十九）就此而言，我國之社會救助是否為人民之權利，於社會救助法中並未明文規定，惟法院是否應基於合憲

解釋而將社會救助定位為人民之權利，則是我國司法界以及全體國人應該共同思考之問題。

除了人性的尊嚴，可謂每種基本人權皆與社會福利具有密切關係。就「自由」之基本人權而言，社會安全制度之採行即與自由具有密切關係。具體言之，社會安全之施行除不應侵犯個人自由（例如侵犯個人之工作自由）外，更應藉以促進個人人格發展之自由。就此而言，除了藉由社會保險及社會救助而使個人得有免於貧乏之自由，安全。教育促進措施，更是為了促進人格發展之自由而存在。以德國為例，該國除了對於全體國民施以廣泛之勞動促進措施外，（註二十）復對未滿十六歲之兒童及青少年（例外情形則可延至二〇歲或二七歲以上）給與每月五〇至二四〇馬克之子女津貼。（註二一）此外，對於家境清寒之學生，則有每月給付額高達七〇〇馬克以上生活補助之教育促進措施。（註二二）與此相呼應，德國一九七五年社會法法典第一篇總則第一條即明文規定社會法之主要任務除了

- 人性尊嚴之維護，
- 保護及促進家庭，
- 包含經由自助之方式防止或減輕生活上之特別負擔，尚包括
- 創設個人，尤其年青人，人格自由發展之平等條件，以及
- 促進經由自由選擇之工作以獲取生活資源。

除了個人自由外，甚至工作權（工作自由）與財產權等基本權利之維護亦為社會福利制度所應考慮之基本問題。以勞基法所規定之退休給付制度為例，其一方面強制雇主為退休給付，另一方面又不採行「期待保障」及「破產保障」，其結果不止勞工之工作自由甚至勞工之財產權亦受到嚴重侵害（註二三）。

除了以上生存權、工作權、財產權以及自由之保障外，在基本權範疇

應特別提出者尚有「平等保障」。就此而言，我國現行各種社會保險中，保險費之不平衡負擔，諸如一般勞工與職業工人之不同保費負擔是否違憲即應加以檢討。按勞工保險，一般工人雖謂百分之八十保費為雇主所支付，但若進一步分析，此百分之八十之保費其實為工資之一部份（註二四），因此亦屬勞工之負擔。經此分析，勞工可謂自負百分之一百之保費，但職業工人卻可得到政府補助百分之四十。由此可知，此等不平等的保費負擔，可謂與憲法之平等保障有違，但有關之文獻中卻少有相關討論（註二五）。就比較法觀之，各國之保險並未有為如此不平等待遇者。以德國法制為例，該國自願投保年金保險者，應自付全部保費。（註二六）在瑞典依現制勞工之保費全數由雇主負擔，但自雇者則全部由自己負擔。（註二七）在瑞士，自雇主所負擔之保費不完全等於勞雇雙方之總和，但亦僅略低於其總和（註二八）。至於不同制度間之不平衡，例如公務人員退休給付與勞工退休給付之不平衡問題，亦屬一重要問題。以德國為例，此等不平衡雖不以違憲審查之方式宣告其違憲，但卻是立法時之政策考量之重要項目（註二九）。

(2) 基本國策

除了上述基本人權外，憲法第十三章「基本國策」第四節「社會安全」之有關規定，可謂憲法中與社會福利制度關係最為密切之憲法規定。在此節的六個條文中（一五二—一五七），與社會風險保障最息息相關者首推第一五五條有關社會保險及社會扶助與救濟之規定，其次則為一五六條母性、兒童福利政策、一五七條之公醫規定及一五二條有關勞動促進之規定。至於一五三條之勞工與農民保護之規定及一五四條有關勞資關係之規定則與社會風險之保障僅具間接之關係，因此在工業國家中多將其歸類為勞工政策或農民政策。由前述規定，可知在我國對於社會風險所應採行之

措施應包括：

- 社會保險，
- 社會扶助與救濟，
- 母性與兒童保護，
- 公醫制度，及

— 勞動促進制度。

此外，一五九條至一六二條有關教育促進之規定，亦可歸為社會安全措施。所應加以探索者，乃是此等國家政策之憲法規定究具有何等規範效力？按此等規定最早見於德國威瑪憲法中有關人民權利與義務之章節中，惟依據當時之學說，卻認為國家政策之規定僅為方針而不具有一定之拘束力。（註三十）二次大戰以後德國之基本法將威瑪憲法中與社會政策有關之規定悉數刪除，而僅於其第二十條及第二八條分別規定：「德意志聯邦共和國為一民主、社會之聯邦國」（第二十條）及「各邦之憲法秩序必須符合基本法上所規定之共和、民主與社會法治國之基本原則。」（第二八條）基於此等規定，德國遂被認定為一「社會法治國」，而社會國原則亦導源於此。深值玩味的是，二次大戰後此等社會國原則卻被認為具有規範效力。（註三一）

至於我國憲法中基本國策之規定究具有何等規範效力，向來少有討論。在有限的文獻中，鄭彥棻認為其應具有規範效力。（註三二）林紀東則以為，此等規定雖具強制力，但若國家一時無法施行，則仍不違憲。（註三三）個人以為此等政策規定既為憲法之一部份，且憲法第一百七十條又明文規定「法律與憲法抵觸者無效」，因此若有法律悖於此等憲法規定，則應為違憲之宣告。此外，大法官會議既可援引其規定，以為合憲解釋之依據（例如釋字一八九號），其自亦可為違憲解釋之依據。

據此，凡有應採行社會保險而未採行社會保險者，皆應為違憲之宣告。從工業國之經驗以及我國歷年之政策宣示，可知勞工之老年保障應採行年金保險，其失業保障則應採行失業保險，但民國七十三年之勞動基準法竟將勞工退休保障及失業保障規定為雇主之責任。如此規定，不正違反了憲法一五五條之規定，而應為違憲之宣告。然而行政院於制定草案及立法院於立法之時，是否曾為此考量？甚至司法院大法官會議於解釋相關案件時，又何嘗顧及此等規定。以大法官會議針對台灣省工廠工人退休規則之解釋為例（第一八九號），該解釋引用憲法中與該案少有關連之一五三條及一五四條，而置一五五條於不顧，實有待商榷。此外，在此次全民健保規劃之初，憲法增修條文第十八條仍未規定，但何以朝全民健保，而未就公醫制度加以規劃？此乃視憲法為具文的另一項例證。如今，增修條文第十八條已另行規定「國家應採行全民健康保險」，然而此一規定與憲法一五七條之關係為何，則是另一個應予重視的憲法問題。然而修憲之時，此等問題又曾否被考慮到？

(3) 國體

與社會福利立法有所關連之憲法規定，除前述之基本人權及基本國策外，憲法第一條國體之規定亦屬不可忽視之重要條文。如前所述，德國於二次大戰以後，基於其基本法第二十條及第二八條之規定而宣稱「社會國原則」為該國之國家基本原則。比較觀之，我國憲法第一條之規定可謂與德國基本法第二十條及第二八條之規定相當。我國是否可依據第一條之規定而引申出民生主義國家原則或民享國原則，以及其是否具有規範效力則屬憲法學上值得探究之問題。（註三四）當然，以「三民主義」為一國之基本原則是否適當，尚值商榷。惟現行憲法既已明定，則除非修憲，否則釋憲者不也應受其拘束。據此，孫中山先生對於社會福利之主張，諸如其

「凡未滿二十歲及年滿五十者皆應由國家扶養」及「本國應取法德國採行國家社會政策」之主張，不但是釋憲者之釋憲依據，同時也是立法者所應隨時注意之指導原則（註三五）。

三、依法審判

如前所述，社會給付應屬人民之權利，則基於人民之司法受益權，此等權利自當受司法之保障。

由於社會福利，尤其社會安全給付係為社會風險所產生匱乏狀況之填補或防止而存在，因此此等涉及生存維護的社會安全給付必然具有其急迫性。在社會司法上，遂有迅速處理並免除訴訟費用之基本要求。此外，為針對社會福利之專業要求，遂有專業法院設立之必要。惟防止法官之「不諳世事」，更有由一般人民參與審判之必要。以德國為例，即基於前述考慮而設有由勞資雙方參與審判之社會法院。（註三六）在東西德未統一前，在原西德任職於社會法院之專職法官已逾一千名（一九八九年一月約為一〇一三人）。（註三七）反觀我國，在社會福利之建構上雖已有相當成就，但在社會司法上則有少有建樹。甚至社會保險的案件究應歸行政法院或普通法院管轄，竟仍爭執不休（註三八）。社會法院對我國可謂屬於「明日世界」的想像空間，尤其當絕大部分法官在其受教育期間從來不曾與聞社會福利法或社會法的情形下，臺灣的社會司法之建制仍將有一段漫漫長路。

參、法律之有限性

從以上說明，或可得知：在社會福利的範疇中，法律乃是為達成特定

社會福利目標的社會工具。如果我們說法律是行為的規範，則有關社會福利之法律是有關社會福利之行為規範，即立法者依憲立法，行政人員依法行政，審判人員依法審判，甚至包括人民之「執行法律」皆應依法行事。（註三九）此外，如果說法律乃是社會制度，則社會福利之法律即是社會福利制度之所在。據此，亦正如同「無法律無社會」之法諺，亦可說「無法律無社會福利」。惟應予注意者，由此雖可推出「無法律無社會福利」，但絕非「有法律即有社會福利」。畢竟，如前所述，法律不過是社會福利政策之必要工具。甚至，過多的法律將可能導致「生活的法規化」，而使得社會出現僵化之現象。

此外，由於法律化的結果，亦將伴隨官僚化與國家化或中央化之現象。在此情形下，令人擔心的乃是隨著社會福利制度之建立或擴張，社會福利的法律亦無限膨脹，其結果將使得人類近世所追求的自由社會因此被傷害或埋葬。在此情形下，一個新的封建社會將隨著社會福利制度及其法律之擴大而再度來臨，一個新的「父權社會」亦將翩然而至。

Midgley稱第三世界之社會工作為職業的帝國主義。（註四十）惟若加以分析，第三世界國家之社會給付未能權利化，且社會工作未有客觀之法律為依據，則社會工作者之恣意與擅斷自成難以避免之命運。與此相反，工業國家之社會福利制度則擔心過度法律化。因此，近年來有關「法律化」(Verrechtlichung, juridification)之討論中，社會福利之法律化即成了相關討論之重要主題。（註四一）按Verrechtlichung或juridification所意指之法律化，事實上兼具了「量」與「質」之法律化。一般而言，法學者所關心者，多為量的問題，亦即關心福利國家中由於法律之大量產生，而造成規範氾濫(Normenflut)之問題。（註四二）由於社會福利之立法乃是基於社會政策之立法，因此其必須隨時針對社會發展而立法或修法，因此法律的大

量產生也就成了必然的結果。（註四三）然而在此情形下，人民與法律之隔閡將更形嚴重，亦即將造成更多「法盲」的人民。其結果非但使得人民權益未能受到保障，同時亦有礙整體社會之發展。因此，如何藉由法律之體系化、透明化，而達成「更多的權利，更少的法律」的目標。遂成了法律技術層面應予克服之問題。德國於一九九二年所推動之年金改革中，將原有分散於各種法律之年金制度加以整合，而納入社會法法典之中，即屬此等努力之表現。（註四四）按此一法典化之改革乃是德國一九七五年社會法法典，此一重大社會工程的後續工作。甚至，德國於一九一一年制定帝國保險法，而整合當時健康、年金及傷害三大保險之法律即以說明：社會福利法律之體系化、透明化以致法典化早已為法律政策所追求之目標。

由此可見，因規範氾濫而導致過度法律化之現象應透過法律技術與法律政策予以導正。在此情形下，台灣亦已應嚴肅面對其社會福利法規之整合問題，甚至及早規劃社會福利法規之相關法典。相對於「量」的問題，社會學者或法律社會學學者則較為關心「質」的問題。所謂「質」的問題，主要係指在社會福利國家之中，國家所採行之大量福利措施雖謂為給付行政，但其實卻是對於人民生活之干預，亦即因國家行政之廣泛介入人民生活而產生對於個人自由予以限制之現象。在此認識下，左派認為社會福利之法律使得個人之自由受到傷害，右派亦以經濟之自由受到壓抑，並將此種責任歸諸於「法律化」。（註四五）針對此等法律化之批判中，最為憾人者或為所謂「殖民化」之批判，即Habermas所主張之「生活世界之殖民化」。（註四六）針對此等殖民化的「他治」，遂有De-regulation，甚至Self-regulation之呼聲與訴求。（註四七）然而此等批判，與其說是對於法律之批判，不如說是對於社會福利制度之批判。針對Habermas之說法，Partington教授除了認為所謂殖民化的問題並未如Habermas所說的情形嚴重，同時他對

於將問題嫁禍「法律」的說法亦不以爲然，他說：

In short, although the analysis of Habermas(1985) has focused attention on a general problem of social welfare policy that has to be considered, it is submitted here that the consequences for the impact of social welfare policy on the lives of ordinary people are not as great, and certainly not as deleterious, as Habermas appears to be suggesting. And, at least in the British context, if there is a problem, not a problem for the law. (註四八)

社會福利制度之實施縱有擴大「他治」之可能，然而應予檢討者，如果「官僚化」意味著行政人員權力之擴張，甚至行政之恣意與擅斷之時，則法律規範不正是減少殖民化及官僚化之重要手段。前述 Zacher 對於權利化之說明，可謂對此作了一針見血的說明。但無論如何，西方工業國家能提出此等反省，實值得我們參酌。惟需加以說明者，德國之社會安全制度主要係以「社會自治」爲其體制。(註四九)按德國之社會保險制度並非由國家直接經辦，而係由勞資雙方經由自我行政而推行。至於失業保險雖有國家之參與，但原則上其仍屬自我行政之一環。(註五十)縱然如此，德國學者 Habermas 及 Tenbruer 仍提出嚴重之批判。(註五一)最後，Habermas 之警語雖有發人深省之處，但不可或忘者，社會福利制度不只保障個人免於匱乏之自由，其甚至是爲促進個人人格發展之自由而存在。因此，如果 Habermas 之警語有其意義，應指一個逾越的社會福利所產生的「福利氾濫」，進而導致「法律氾濫」所產生的問題。反觀我國，我們曾否對此等問題予以檢討？在全民健保之規劃過程中，我們是否曾仔細思考，如此「國家化」「統一化」之作法是否爲唯一選擇？(註五二)亦即，是否曾經思考過，

全民健保之實行是否非要單一機構不可，以及其經由勞資雙方共同管理之可能性？

除了前述殖民化之批判外，針對社會福利制度所造成「生活異化」以致「法律異化」之現象而加以批判，亦深具意義。按人人皆平等，而同受民法之規範乃是民法國家之理想，但在福利國家中，卻常針對不同需求或族群而設計不同福利制度，以及不同的法律制度，以致造成所謂「生活異化」及「法律異化」之現象。就此而言，遂有人懷疑是否隨著福利國家之發展而出現梅因定律（亦即從身份到契約）的逆轉現象，亦即出現「從契約到身份」的現象。就此看法，法社會學家並不以爲然，而提出「從身份到契約，再到角色」之詮釋。(註五三)就此，個人以爲梅因的定律應仍有其適用，但應做補充。若吾人將契約再分爲三階段，即從個別契約到團體契約（團體協約）再到社會契約（經由民主程序立法之法律），則當可說明，在福利國家之中，契約之理念仍不可廢棄，只不過由個別契約爲社會契約罷了。然而此種法律異化，甚至法律身份化之反省對我國卻有莫大啓示。台灣經由社會安全制度而導致各個族群各有獨立法律之現象，（以退休制度爲例，至少可分爲十個以上之族群），正是生活異化的最佳寫照，也是法律的異化與身份化的典型實例。(註五四)據此，一個新的階級社會竟藉由社會安全制度而再度被建立。就此，我們能不加以反省？(註五五)

如前所述，社會福利之法律可謂社會政策之工具。據此，法律每爲政策所利用。當政策爲善之時，法律亦隨之爲善。但當政策爲惡之時，法律亦隨之爲惡。此所以當社會政策成了不公平之緣由之時，社會法竟成了不正義之幫凶。經由此一陳述，法律的有限性亦表達無遺。從台灣社會預算的百分之八十竟然係流向僅佔總人口不到百分之十的軍公教人員，且其退休給付竟可達百分之八五至百分之九十之原有所得，甚至於改制後，將可超過百分之百

之原有所得觀之，台灣的社會福利制度擴大了社會的不平等，而社會福利法則擴大了社會的不正義。（註五六）據此，社會福利制度與社會福利法的存在價值實在值得商榷。然而，當我們若就社會政策加以分析，我們當可發現現有制度難以稱為民主的產物，亦即現有的法律並非真正民主議會的產物之時，一個公平、正義的社會法實難加以期待。（註五七）由此可見，現有的社會福利法雖有社會福利法之名，但卻非「民主討論」或「社會討論」下而為人民「社會契約」的法律。由此亦可見，社會福利及其法律之良莠與民主有密切關係。此外，如果憲法能發揮其功能而對立法具有指引之作用，且大法官會議亦能發揮其護憲功能，則法律或將不再如此有限。

肆、結語

經由以上分析，法律乃是社會福利體系中不可或缺的必要工具，惟其亦可造成沒有必要的「福利氾濫」以及「法律氾濫」。此外，就法律之工具性而言，法律有其限制。然而，就其不只是社會政策之工具，同時也是民主及人權之工具加以觀察，則法律在社會福利體系中，可謂扮演了一個縱然有限但卻是無可替代的必要角色，同時為人權之保障與實現擔負了一個無限的莊嚴任務。據此，「社會福利人」在其社會福利的規劃與執行中，不能沒有法律的認知與思考。反之，「法律人」更無理由將其視野留在傳統領域，並假裝社會福利制度之不存在。

最後謹以Zacher在“Juridification in the Field of Social Law”一文中對於此等問題之見解作為本文之總結，他說：

Juridification by law is an instrument of democracy.
Juridification by judicial protection of the law is an

instrument of the division of powers. Without law freedom cannot be guaranteed and equality cannot be achieved. Law is certainly no sufficient instrument on its own, but it is undoubtedly a necessary one for opening up expectations and making their fulfillment as certain as possible. Social security without the security of the law is inconceivable in a developed society.（註五八）
（本文作者為國立政治大學法律系教授）

註釋

註一：J. Midgeley, *Industrialization and Welfare: The Case of Four Tigers, Social Policy and Administration*, Volume 20, Number 3 (Autumn 1986), 第111-115頁以下。N.W.S. Chow, *Social Security Provision in Singapore*, Hong Kong, Taiwan and South Korea: A Comparative Analysis, JI&CSW, Volume 2 (1986), 第一頁以下。

註二：德國基本法第二十條第一項規定：德意志聯邦共和國為一民主與社會之聯邦國家。第二八條第一項前段規定：各邦之憲法秩序應符合基本法中共和民主與社會法治國之基本原則。

註三：Max-Planck-Gesellschaft為帝國時期皇家科學院之繼承者，並為當今德國最為重要之學術研究機構。Zacher原為慕尼黑黑大學法學教授並兼任Max-Planck外國及國際社會法研究所所長，惟自一九九〇年起擔任Max-Planck-Gesellschaft之President。

- 註四：此段話係引自H.F. Zacher, *Das soziale Staatsziel*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, 1987, 第一〇四五頁以下(第一一〇二頁)有關德國社會法治國之中文文獻，除可參考陳敏／蔡志方所譯由Mannuz/Zippelius所著之教科書「德國憲法學」第六一頁以下外，尚可參見翁岳生所譯Forsthoﬀ之論文「社會法治國之概念與本質」，載：憲政思潮第二期(一九六八)，第八九頁以下，以及陳新民，行政法總論，修訂三版，一九九二，第二〇頁以下。
- 註五：Partington, Martin, *The Juridification of Social Welfare in Britain*, in: Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres - A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, 1987, 第四一九頁以下(四三四頁)。
- 註六：有關法治國原則之討論，請參見陳新民，憲法基本權利之基礎理論，第一四頁以下；許宗力，法與國家權力，第二版，民國八二年，第一二二頁以下。
- 註七：有關法律保留及依法行政原則請參見：陳新民，同前註，第五四頁以下；吳庚，行政法之理論與實用，民國八十年版，第七六頁以下；許宗力，同前註，第一四三頁以下。
- 註八：陳新民，同註六，第五五頁以下；吳庚，同前註，第七八頁以下；許宗力，同註六，第一七二頁以下。
- 註九：許宗力，同註六。
- 註十：就社會給付權利化之說明請參見郭明政，兒童福利法中有關干預及給付規定之分析與檢討，發表於台灣省社會處／中正大學社會福利研究所台灣省八十年度兒童保護學術研討會，民國八十年六月七日，活動手冊第二十頁以下；陳新民，憲法基本權利之基本理論，民國七九年，第三三九頁。
- 註十一：H.F. Zacher, *Juridification in the Field of Social Law*, in: Teubner(ed.), 同註五，第二七三頁以下(第四〇九頁)。
- 註十二：德國之社會法法典*Sozialgesetzbuch (SGB)*為德國自一九七〇年代以來所為社會福利法典化之努力之重要成果。自從一九七五年完成該法之總則以後，該法業已完成之部份為第四篇之社會保險法總則(一九七七)，第五篇之健康保險法(一九八九)，第六篇之年金保險法(一九九〇)，第八篇之兒童與青少年扶助法(一九九〇)以及第十篇之行政程序、社會資訊保護與行政協助(一九八〇及一九八二)。至於其它部分，包括傷害保險法、復健法、勞動促進法、教育促進法、社會賠償法、兒童及養育津貼法、房屋津貼法及社會救助法等雖皆已有相關法律，惟尚未完成納編。
- 註十三：Zacher, 同註十一。有關社會安全與民主之關係亦請參見 Kuo Ming-Cheng, *Social Change and Social Security in Taiwan: Lessons for the PRC*, in: Krieg/Schneider (eds.), 一九九四第三四〇頁以下(第三五三頁以下)。
- 註十四：有關社會安全或社會福利之內容與範疇之文獻請參見行政院研考會於民國七十八年所出版之「我國社會福利之定義與範圍之研究」。至於國外文獻中可以反映一般通說見解者，則首推ILO所出版之 *Introduction to Social Security* 一書。應特別說明者，乃是社會安全與社會福利兩者關係之澄清。按國內向來有所謂，社會保險或

社會安全並非社會福利之說。然而從福利國家之演進觀之，社會保險及社會安全乃是現代社會福利國家之重要內涵。因此，社會保險或社會安全乃是社會福利之一環，亦為其內容或手段。在我國，由憲法一五五條「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度」之規定，亦可得知：社會保險乃屬社會福利之下位概念。因此，縱使學術上對於社會福利與社會安全之關係仍未有定論，但至少國家的法定用語上應無爭議。

註十五：臺灣省家庭計劃研究所，臺灣地區有偶婦女施行人口流產狀況調查報告，一九八五，一九八七，一九九二。此外，並請參見民生報八一年十二月十七日頭條新聞。

註十六：平路於民國八三年八月十七日中國時報第十一版發表短文「天倫否定？母女悲歌？」實為國內少數對於墮女嬰「行為提出反省之文字」。其中，其亦提到：與大陸「一胎化政策」造成墮女嬰的怪事相較，其悲慘的程度，其實只是五十步與一百步的距離。

註十七：除了美國於大選中之熱烈討論外，德國因東西德合併亦使得墮胎問題更形尖銳。一九九二年德國為了解決東西德之差異問題，而制定了孕婦與家庭扶助法。該法原規定，胎兒未滿三個月之墮胎不加以處罰。亦即擬將之除罪化（非合法化），惟代以社會保護以積極達到胎兒之保護。惟此等規定被聯邦憲法法院宣告違憲，而需另行立法。有關之文獻請參見 A. Eser, Das neue Schwangerschaftsabbruchsstrafrecht auf dem Prüfstand, NJW1992, Heft 46, 第191-193頁。B. Losch, Lebensschutz am Lebensbeginn: Verfassungsrechtliche Probleme des Embryonenschutzes, NJW 1992, Heft46,第192-196頁以下。G.

Hermes/S. Walter, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, NJW1993, Heft 37, 第133-137頁以下。

註十八：同註十。

註十九：按德國於二次大戰以前並未將社會救助給付予以權利化。惟於二次大戰後，基於基本法上人性尊嚴應予保護之憲法規定，而將社會救助給付解釋為人民得以主張之權利；其後，此等判決於立法時受到尊重並成為聯邦社會救助法之基本條款。相關說明請參見 Schulte /Trenk-Hinterberger, Sozialhilfe - Eine Einfuehrung, 2. Aufl, 1985, 第三五五頁。有關社會基本權之討論，請參見陳新民，同註六，第九五頁以下。

註二十：該國之勞動促進措施主要規定於該國之勞動促進法 Arbeitsfoederungsgesetz。

註二一：該國之子女津貼主要規定於Kindergeldgesetz。

註二二：該國之教育促進措施主要規定於Ausbildungsfoederungsgesetz。

註二三：按所謂期待保障乃是指勞工對於年金之請領請求權，於一定年限之後應得到法律之保障之制度設計。至於破產保障，係指年金之請求權於企業破產時亦應受到保障之制度設計。在此等制度設計下勞工縱於退休前離職，其年金請求權並不因此受到影響。據此，勞工之勞動自由及財政權皆可受保障。至於破產保障，則著重於財產保障，即避免因雇主之破產，而造成年金因此落空之現象。以德國之企業年金促進法BetriebsVG為例，該法即明文規定企業年金之期待保障及破產保障。此外，此等規定亦見於英美等國。有關之比較研究請參見G. Schatke, Grenzen der Verfallbarkeit betrieblicher

Versorgungsrechte, ZIAS 1988, 第一八五頁以下。勞基法之相關說明請參見郭明政，從勞動基準法制定探討我國當前勞工福利政策，收錄於勞委會／中國社會學會，勞工政策與社會發展研討會論文集，民國八十年七月二十九日，第八七頁以下；郭明政，我國勞工退休制度之基本問題，發表於勞委會主辦之中日勞動會議，民國八三年五月三十日；Kuo Ming-Cheng, Alterssicherung in Taiwan - Grundprobleme sozialer Sicherung in einem jungen Industriestaat, 1990, 第一八一頁以下。

註二四：請參見謝徵孚，社會問題與社會政策，民國七十年，台三版，第五七〇頁以下；于宗先，勞基法中的核心問題——退休金給付與工資水準之決定，經濟前瞻第一卷第一期第一頁以下，民國七十五年一月十日。

註二五：有關平等權之一般說明請參見陳新民，同註六，第四九五頁以下。全民健保法對於保費改採雇主百分之六十、勞工百分之三十及政府百分之十之規定，可謂一重大突破，惟不平等之問題卻仍然存在。有關說明請參見郭明政，全民健保法評析——以德國法制為例之比較觀察，發表於比較法學會於一九九四年八月十三日舉辦之「全民健保法之檢討與修法建議」研討會。

註二六：SGB VI *vers* 269、271。

註二七：Swedish Employers' Confederation, Business Payroll Overheads 1994, 第二八頁。

註二八：請參見郭明政，瑞士年金制度，本文發表於民國八三年六月二十五日內政部舉辦之年金制度系列研討會。

註二九：依德國憲法法院之判決，平等之違憲審查僅以同一體系內不平等為

限。惟學術上則有所批判。請參見H.F. Zacher, Soziale Gleichheit, AoER 1968, 第三四一頁以下（尤其三五四頁）以及Ruland, Möglichkeit und Grenzen einer Annäherung der Beamtenversorgung an die gesetzliche Rentenversicherung, Anlageband B zum Gutachten der Sachverständigenkommission vom 19. November 1983, 尤其第一三〇頁以下。

註三十：請參見郭明政，一九九二年德國年金改革法之研究，政大法學評論第四七期，第六三頁以下，尤其第七七頁。

註三一：此一見解尤以Anschuetz之學說最具代表性。就此請參見陳新民，同註六，第三九頁以下；以及翁岳生譯，Forsthoft之論文，同註四。

註三二：鄭彥棻，憲法第十三章之研究，憲政時代第八卷第三期、第四期，（民國七二年）

註三三：林紀東，中華民國憲法逐條釋義（四），第二四五頁以下，民國六九年。

註三四：一九九四年輔大法研所李錕激之碩士論文「我國憲法上民生福利國原則之研究——以德國基本法第二十條社會國原則為借鏡」係國內少數對於憲法上國家原則之討論。惟該論文所指稱「民生福利國家原則」之內容，除憲法第一條外，尚包括第十三章基本國策之規定。此一看法與本人將兩者予以區分之見解並不一致。惟作為一本碩士論文，其已有相當傑出之表現，僅此推薦。

註三五：范珍輝，我國社會政策的發展與特性，載：朱岑樓，我國社會的變遷與發展，民國七十年，第二九頁以下。

註三六：德國社會法院之主要組織與審判程序主要規定於該國之社會法院法 Sozialgerichtsgesetz。

註三七：引自 Der Bundesminister fuer Arbeit und Sozialordnung, Uebersicht ueber die soziale Sicherheit, 一九九〇，第五二二頁。

註三八：請參見郭明政，勞工保險及其法律規範，本文發表於勞委會主辦之勞工法規研習會，民國八三年五月二十日。

註三九：有關人民執行法律之說明，請參見蘇永欽於民國七四年所主持之國科會研究計畫「我國人民認知及處理法律事務障礙因素之研究」之研究報告。

註四十：J. Midgley, Professional Imperialism - Social Work in the Third World, 1981.

註四一：除了法律化之一般討論，例如由 Voigt 所著或發行之書籍外，就社會福利法律化之討論請特別參考 Teubner 所發行之 Juridification of Social Spheres 以及其於一九八六年所發行之 Dilemmas of Law in the Welfare State。

註四二：請參見 Teubner, Juridification - Concepts, Aspects, Limits, Solutions, in: Teubner (ed.) 同註五，第三頁以下。

註四三：Teubner, 同前註，以及 Zacher, 同註十一，第三七三頁以下。

註四四：請參見郭明政，同註三十。

註四五：請參見 Partington, 同註五，尤其第四二〇頁以下。

註四六：請參見 J. Habermas, Law as Medium and Law as Institution, in: Teubner (ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State, 1986, 第二〇三頁以下。

註四七：請參見 Teubner, 同註四一。

註四八：Partington, 同註五，第四三六頁。

註四九：在廣泛的文獻中，最為簡要說明請參見 Hender, Organisation und Selbstverwaltung der Sozialversicherung, in: v. Maydell/Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 1988, 第二二四頁以下。

註五十：請參見郭明政，德國失業保險之研究，經建會委託研究，民國八二年（未發行）

註五一：同註五及註四六。

註五二：請參見郭明政，同註二五。

註五三：M. Rehbinder, Rechtssoziologie, 第九一頁以下以及 M. Rehbinder, Status-Kontrakt-Rolle, in: Berliner FS fuer E. Hirsch, 1968, 第一四一頁以下。

註五四：關於此一問題，向為本人所關心，本人除了在 Alterssicherung in Taiwan, (同註二三)一書中對此問題詳為說明外，在本人最近為經建會所完成「我國老年安全制度之整合及其與國民年金之關係」之報告中，則再度申述此一問題之嚴重性。

註五五：同前註。

註五六：有關社會福利預算之分配問題，除註五四中所提本人論述外，尚請參見詹火生，讓社會福利還原社會福利的真正意義，國家政策季刊第二期，民國七八年，第一〇一頁以下。

註五七：請參見 Kuo Ming-Cheng, 同註十三。

註五八：Zacher, 同註四十二，第三七三頁以下。