

博碩士論文系列

ELECTRONIC THESES

HARVESTABLE AND SERIES

社會保障給付之 行政法學分析

—給付行政法論之再開發

The Administrative Law Analyses of Social
Security Benefits: Rethinking the Theory of
Government Benefit Administrative Law

沈政雄 著

 元照

THE ADMINISTRATIVE LAW ANALYSES OF SOCIAL SECURITY BENEFITS

◆ 本書簡介

本書第一、二章回顧整理給付行政作用於現代行政法學方法論之定位，藉此獲得考察角度，選定個別社會保障制度之給付型態及規律構造為題材，分析給付主體（行政）與受給者（私人）間，不限於行政處分意義之「給付決定」與「私人權利」之關係，並嘗試類型化，同時考慮供給主體多元化所形成給付關係之狀況，指出行政法理論對應之侷限及待解決問題。分析順序，自第三章以下，先從我國法社會保障給付作用之法律構造（實定法、裁判例）設定分析課題，次以日本社會保障制度為對象，並整理日本行政法理論及實務對於所設定課題之回應。最後，從前揭社會保障給付構造與行政法基礎理論對應關係之檢討，發現、汲取構想現代「給付行政法學」方法論之線索，並展望能對應給付行政法之特色，以建立其法體系之可能方向。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏
www.lawdata.com.tw

ISBN 978-986-255-093-9



9 789862 550939



1Z007PA

定價：380元

社會保障給付之行政法學分析

——給付行政法論之再開發

沈政雄 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

社會保障給付之行政法學分析：給付行政法論之
再開發 / 沈政雄著. -- 初版. -- 臺北市：
元照， 2011.05
面； 公分
ISBN 978-986-255-093-9（平裝）

1.社會保險 2.行政法

584.9

99023523

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

社會保障給付之行政法學分析 ——給付行政法論之再開發

1Z007PA

2011 年 5 月 初版第 1 刷

作 者	沈政雄
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 380 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-093-9

自序

行政法總論之基礎概念或理論，於個別行政活動領域及所支持之法律構造是否完全妥當，能否對應其行政活動特色，理論體系上如何細緻解明，為本書原始構想。

國內現時點之行政法學發展，具體以特定行政領域檢討行政法基礎概念或理論之完整論述，尚待充實。本書於題材上，選擇具有多樣化給付型態之社會保障制度及其規律構造，分析給付主體（行政）與受給者（私人）間，不限於行政處分意義之「給付決定」與「私人權利」之關係，檢視行政法總論之基礎概念（申請權、行政處分、行政上契約等），嘗試類型化分析，並考慮供給主體多元化所生給付關係之變化狀況（市場化、民間化等），指出行政法理論對應之侷限。對此，社會保障給付於行政法理論上，早有以「給付行政」概念說明之，然給付行政理論迄今之發展進程，可概分三階段：(1)賦予此等行政活動公法化及作為行政法學研究對象之理論基礎，如：生存照顧、公法上管理關係等。(2)從行政法理論如何控制給付行政活動，重心在於發展其特殊之行為形式論，如：形式的行政處分論、二階段論、行政契約論等。(3)行政作用、組織方面，民營化、私人參與協力履行行政任務之行政法變遷，以給付行政領域為領先，對應此一情勢，理論之應有觀點如何建立。第二至第三階段之理論因應，現代行政法學方法論仍持續摸索中，本書從社會保障給付構造之檢討分析，嘗試就給付行政法體系構成之一般化，提示可能之發展方向。此藉由行政法總論與社會保障法

（制度）之對照整理，於二者中間，先行劃定給付行政法之範疇，並非表示應發展出不同於行政法總論概念之構成，或藉以強調社會保障法之特殊性，實係認為此等給付行政作用與傳統規制行政作用，究有不同，將其自行政法總論提出，同時參照其他資金補助、日常生活供需等給付行政作用，一般化該範疇之特色及類型，期待進一步發展能共通說理之分析觀點，為本書基本立場。

本書外文文獻之引用，主要以日本法為對象，雖力求資料完整，惟受限於語文閱讀，如另涉及德國等行政法理論或制度說明，允容忠實間接轉引參照，其深入研究，留待日後再求精進。本書出版，承蒙元照出版公司、版權組及編輯部門等工作人員之協助，併此致謝。

沈政雄

2011.4.1

作者簡歷

沈政雄

現 職

沈政雄律師事務所主持律師

清華大學科技法律研究所兼任助理教授

台灣科技大學兼任助理教授

學 歷

政治大學法律研究所碩士

政治大學法律研究所博士

經 歷

執業律師

目 錄

自 序

作者簡歷

第一章 緒 論

第一節 研究背景	1
第二節 問題意識	8
第一項 行政法學之「給付」概念	8
第二項 傳統行政法學理論之界限	9
第三項 現代給付行政之特色及問題	13
第三節 研究方向	20
第一項 行為形式論之再探討	20
第二項 法律關係論之補充	23
第三項 以社會保障給付為題材	25
第四節 論文架構	28

第二章 給付行政論之基礎概念與法學方法

第一節 理論背景	31
第二節 理論構成	34
第一項 生存照顧	34
第二項 重分配	39
第三項 繼受及評價	42

第三節 憲法基本權論上之意義	49
第四節 行政法學方法論上之意義	56
第一項 方法論之創新	56
第二項 概念之現代機能	58
第三項 法體系論之意義	60
第四項 小 結	72

第三章 給付行政法之基本課題與理論深化

第一節 概 說	73
第二節 給付目的法律確定論	75
第三節 行為形式論之再構成	82
第一項 公法化及行政處分觀之變化	82
第二項 行為形式論之再構成	92
第四節 法律關係論之發展可能	101
第一項 給付關係與共通法	101
第二項 行政法上債之關係	104
第五節 供給主體論之現代動向	107
第一項 公營造物論之變遷	107
第二項 供給組織之多元化	111
第六節 小 結	115

第四章 社會保障給付之法律構造與課題設定

第一節 序——社會保障與給付行政法之接點	117
第一項 社會保障之法體系及特徵	117
第二項 給付行政法之思考	126

第二節 我國法之分析.....	132
第一項 社會保險	132
第二項 社會救助	155
第三項 福利服務	161
第三節 構造整理	172
第一項 主體與法律關係.....	172
第二項 權利與行為形式.....	174
第四節 課題設定	176

第五章 社會保障給付之權利與行政決定

第一節 概 說	179
第二節 日本法之分析	182
第一項 社會保險	182
第二項 社會救助	194
第三項 福利服務	198
第四項 社會津貼	209
第三節 類型化之可能	214
第一項 主體與法律關係.....	215
第二項 權利與行政決定.....	217
第四節 權利與行政決定之關係	220
第一項 構造差異之檢討面向	220
第二項 行政法學之回應.....	222
第三項 以權利為基準.....	235

第六章 社會保障給付之契約化與法律關係

第一節 概說——以福利服務為對象	241
第二節 「措施」至「契約」之轉型	244
第一項 措施制度之成立與法律關係	244
第二項 契約形式之導入與法律關係	251
第三項 行政法學之因應	262
第三節 給付決定與服務供給契約之結合	268
第一項 給付決定之行政過程	268
第二項 服務供給契約之控制	273
第四節 供給關係之變更與選擇權保障	278
第一項 利用者選擇權之保障	278
第二項 公立托兒所之民營化問題	280
第三項 裁判論點之評析	290

第七章 結論與展望

第一節 結 論	312
第一項 給付行政法學之方法論	312
第二項 社會保障給付之行政法學分析	318
第二節 展 望	325
第一項 給付行政法論之再開發	325
第二項 決定關係與供給關係	327
第三項 給付過程之程序法	333
第四項 給付障礙之行政責任	335

參考文獻	341
------------	-----

第一章

緒 論

第一節 研究背景

一、從規制到給付

行政基於一定之公共目的，對於人民之生活或事業活動產生某種作用，大別為：限制、剝奪等干涉人民權利或利益之「規制行政作用」與供給金錢、勞務、物之使用收益或生活資訊之「給付行政作用」。前者限制個人自由權利，以國家之權力為基礎；後者則著重於精神上或物質上價值之提供，以國家之經濟力為基礎，法律規範形式有其差異性¹。此二者為引導行政法體系構成之基本類型，行政法體系原以規制行政作用為中心，然因給付行政活動興起，促使行政法之變革，二者之差異性，亦引動行政法學

¹ 塩野宏，「規制緩和と行政法」（初出1999年），同「法治主義の諸相」，有斐閣，2001年，95頁。雖係從規制緩和（亦有稱管制解除或鬆綁）而言，但對於給付行政與規制行政之相互消長，氏有此說明：「給付行政之登場，迫使行政法之變革，為向來之行政法、行政法學增添新要素，亦引起行政法學之關心。實際上是否帶來行政法教義學之變革，其程度如何，學界本身處於尚未整理之階段，規制緩和隨即高速啟動。行政法學一般將公行政分類為規制與給付二者（有時再加上籌措行政），由此觀之，儘管規制緩和尚未至規制之全面廢止（果真如此，僅留有給付行政，行政法即成為給付行政法學），但對於行政法學勢必造成一定之影響」。又，重視給付行政與規制行政之差異性者，今村成和，「給付行政と法」，法學教室，2号，76-77頁。小早川光郎，「規制行政と給付行政」，芝池義一等編『行政法の争点』，有斐閣，3版，2005年，8-9頁。

2 社會保障給付之行政法學分析

之關心²。

關注給付行政活動對於行政法理論之衝擊，並建立其獨自之方法論者，以德國公法學者 E.Forsthoff 之給付行政（Leistungsverwaltung）論為先驅。氏提出「生存照顧（或譯為生活手段之供給）」（Daseinsvorsorge）、「參與分配（或譯為分享）」（Teilhabe）等概念，賦予個人公法上權利保護之理論基礎³。且認為履行對人民生存照顧任務之給付行政，無法僅遵循傳統之法形式以達其目的，給付行政所發生新形式之行政上行為，部分採取私法之法形式，部分避免採取私法之法形式。後一行為之法律意義及效果究竟如何，仍陷於模糊未明之狀況。主要從「法律」概念或「依法行政」發展出來之傳統行政法理論構造及其基礎，可能漸漸流失⁴。給付行政之概念嗣為日本及我國行政法學所繼受，縱然學說之批判及評價，並非一致，且有認為並無法理上意義，或應根本放棄其分類⁵。但亦有以此為問題發現之概

² 山田幸男，「給付行政法の理論」，雄川一郎等編『現代法4現代の行政』，岩波書店，1966年，28頁以下。原田尚彥，「行政行為の権力性について」（初出1969年），同『訴えの利益』，弘文堂，1973年，90頁以下。

³ 於1938年題為Die Verwaltung als Leistungsträger之論文中所提出。中文介紹，陳新民，「服務行政及生存照顧的原始概念——談福斯多夫的『當作服務主體的行政』」（初出1992年），同『公法學割記』，新學林，3版，2005年，45-90頁。日文介紹，塩野宏，「紹介エルスト・フォルストホフ『給付行政の法律問題』」（初出1960年），同『公法と私法』，有斐閣，1989年，291頁以下。

⁴ 1953年10月間，Forsthoff於德國國法學會報告，原文題為Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat，中文介紹，翁岳生譯，「社會法治國之概念與本質」，憲政思潮，2期，1967年，90-92頁。日文介紹，中富公一譯，「エルスト・フォルストホッフ社会的法治国家の概念と本質」，法政論集，103號，1985年，336頁以下。

⁵ 吳庚，「行政法之理論與實用」，自刊，增訂9版，2005年，20頁。氏

念，提出問題。例如：給付行政作用是否可能有服膺不同法規律之特殊行為形式論⁶，私人請求行政提供給付之權利，與行政機關所為決定（通常定性為行政處分）之關係⁷，究係權利先於決定，或決定先於權利，攸關保障受給付權利至如何程度⁸等。

相隔一世紀後，社會狀況及行政現實，已有更迭。人口老化、生育率下降，原物料短缺價漲以致經濟通膨影響企業獲利而裁員，大量失業者及貧富差距擴大，生存照顧仰賴國家促成所得重分配功能之需求程度，將更加緊密。國家財政赤字高築、行政效能未彰，組織及人事編制精簡、管制鬆綁、業務民營化或民間開放等行政改革措施，行政任務守備範圍漸次退縮或轉型。但稅率及學費、健保費、水電油價等費率，卻反向研議調高，更增人民財務負擔。給付國家之任務遂行，無非倚賴廣大人民納稅之充裕財源作為基礎，面臨高齡化社會帶來之勞動力減緩，以及經濟

指出德國學者Otto Bachof持消極立場，但亦有學者（H.Faber）堅持以干涉行政與給付行政作為行政作用之基本架構而展開其理論（註42）。

⁶ 今村成和，「現代の行政と行政法の理論」，公法研究，30號，1968年，121頁。塩野宏，「紹介 マルティン・ブリンガー『契約と行政行為』」（初出1963年），同『行政過程の統制』，有斐閣，1989年，298頁。オットー・バッフーフ（Otto Bachof，木村弘之亮／山本敬生譯），「行政の現代的課題における行政法のドグマティック」，法学研究，75卷6號，2002年，84-85頁，尤其指出行政法之各種道具概念，初始即非以給付行政為重點，而係針對侵害行政所構想。

⁷ 遠藤博也，「『行政法学の方法と対象について』——制度內在的論理の限界」，雄川一郎編集代表『田中二郎先生古稀記念 公法の理論（下I）』，有斐閣，1977年，1636頁。

⁸ 下山瑛二，「サービス行政における権利と決定——生活保護行政を素材として」，雄川一郎編『公法の理論（中）』，有斐閣，1976年，633-634頁。氏以社會保障體系中生活保護行政（即社會救助）為例，指出其問題在於，國民生存權利大部分依存於行政主體之決定，該權利係依行政決定而生，或行政決定僅作為國民生存權利保障之一手段。

4 社會保障給付之行政法學分析

不景氣、全球化趨勢，外來勞動力衝擊本國就業市場，國民所得收入銳減，相對動搖國家財源⁹。為確保預算充裕以增強給付能力而任由國會無限制課稅立法，同時可能威脅人民最低限度生活及人格自主發展。

面對上述給付國家之生存照顧與租稅國家之課稅界限間，益趨明顯之緊張關係，作為給付國家表現形式之給付行政，學者喻為法律、政治、經濟三大潮流所匯集之行政領域¹⁰。行政法學方法論對於應否強調給付行政法之獨自性，法釋義學上能否歸納統一之法原理原則，或有爭論。但傳統以規制行政作用為前提之行政法一般理論，亦有其無法一體適用之場合，則為共通認識¹¹。給付行政法論之研究，除反省、克服傳統行政法體系之構造及界限外，前述行政任務質變所顯示之課題中，若著眼於給付行政作用之特殊性，能否提供關於制度或行為形式理論之適當準備，對

⁹ 近來，例如：「聯合國：亞太地區十年來失業人數增加一倍多」、「人口老化速度過快」、「多胎政策錯誤應『節育』」、「反高學費抗議大學學費調漲」、「二代健保保費結構調整」、「油價逐次調漲，把人民當提款機」、「據經建會估計，今年（2005）政府財政赤字將增加3800億元，政府債台高築，到今年底，累積負債3.9兆元，相當於每一個國人負債17萬元」、「五年來13縣市家庭越來越窮」、「設定窮人門檻過高，在台灣只有16萬窮人？」、「不要『大有為』政府，要『小而美』政府」等新聞標語及議題，以及行政院「2015年經濟發展願景三年衝刺計畫社會福利套案」（<http://www.ey.gov.tw/ct.asp?xItem=26251&ctNode=446&mp=1>），均適切描述我國近時所處狀況。

¹⁰ 村上武則，『給付行政の理論』，有信堂，2002年，469頁。村上教授歸納幾項基本議題：(1)憲法基礎上「給付國家」與租稅國家、社會國家之關係。(2)給付行政中國民對於行政之權利（參與分配請求權、社會法之實現請求權）。(3)給付行政之行為形式、法律關係之特色及依法行政原則之適用。(4)財政法理之統制、會計檢查及行政監察制度之應用。同「給付行政に関する覚え書き」，阪大法学，48卷4號，1998年，941頁以下。

¹¹ 塩野宏，「行政作用法論」（初出1972年），前掲註3書，212-219頁。

於行政法理論有如何持續發展之意義，仍有深入研究必要¹²。

二、行政法之變遷

回顧戰後行政法理論變遷，學說上理解行政或行政權之方向，日本學者整理四階段之類型¹³：

(一)基於行政與國民對抗論，要求行政權應受民主性統治，行政法係以保護國民權利利益為目的而防止受行政權之侵害，故學理之姿態上，與行政權間維持緊張關係。

(二)作為法技術之權力論，認為行政法（解釋學）為憲法規範架構內，由立法者所選擇實現具體法規範目的之技術，將「權力」當作一技術或手段，探求其合理性，例如以公定力而言，理解為實定法之創造物，係實定法自諸多選擇可能性中採用之法技術。

(三)行政與國民同質性論，行政與國民對抗之觀點或其緊張關係漸弱化，另自國民主權原理（國民為主權之歸屬主體，有最終決定國家政治應有型態之權力及權限）立場，認為行政之應有型態取決於國民，定位國民與行政之關係為「自律之夥伴」，行政活動係為提供國民公共服務，具有社會管理機能之角色。

(四)行政活用論，行政（公務員所組成）為國民之服務者，國民為其自身利益而利用行政。行政法理論並非僅為裁判規範，偏

¹² 1971年德國國法學者大會以「行政之現代課題與行政法釋義學」為主題，報告人W.Brohm教授主張傳統行政法上之道具，有其十足彈性，得以因應且適合處於變遷中法治國家及社會國家要求下之給付行政；但O.Bachof教授則認為傳統行政法上之道具其重點並非社會國家，而係取向於法治國家，因此欠缺關於給付行政之釋義學概念，塩野宏，「紹介O・バッホフ、W・ブロム『行政の現代的課題における行政法のドグマティック』」（初出1960年），前掲註3書，328頁以下。

¹³ 芝池義一，「行政法理論の回顧と展望」，公法研究，65號，2003年，56-59頁。

限於關心行政手法適法、違法及相連結之訴訟法等問題，針對政策決定或法制度設計亦應提供規範之判斷基準。

近來，行政與國民同質性論漸次獲得勢力，主要原因與以下理念制度及行政實務改革取向有關，包括：給付行政論、國民主權原理、福祉國家論，新行政類型（公害環境、社會保障行政等）之展開，行政組織革新或自治行政比重增加，行政權限不行使責任之承認，資訊公開制度之發展，國民監督行政能力及政策建言能力之提升等¹⁴。而行政與國民同質性論所引導，各項行政改革課題及伴隨行政法體系構造變化之法理論或法意識基礎，主要圍繞四項主題¹⁵：

（一）行政任務之重新檢視，延續向來「行政守備範圍論」或「官民（公私）任務分擔論」之議題，對於傳統規制行政行政管理之緩和外，亦應包括行政採取補助金交付等誘導及助成手法介入民間活動之全面檢討。二十世紀國家型態之特色，國家與社會之關係，從行政所管控下之社會，朝向信賴市場原理與市民自己責任原理為基礎之自己決定及自律行動型社會，其糾紛由法院裁判解決。

（二）國家與地方任務分擔之變化，有關自治權意義之理解，認為自治體或住民地位應從依存於中央之關係脫離，盡可能賦予其反映地方個性之最大空間。以往中央集權、單向之行政風格，轉變為強調自治體或地域自律及住民參加之行政風格。

（三）行政與個人關係之變化，傳統以「行政主體與行政客體」用語說明行政與國民關係，僅象徵行政方面之單方作用，國民立於被動立場而由事後爭訟獲得救濟之公式，有本質上變化。人民

¹⁴ 芝池義一，前揭註13文，58頁。

¹⁵ 磯部力，「行政システムの構造変化と行政法学の方法」，小早川光郎等編『行政法の発展と変革（下巻）』，有斐閣，2001年，52-55頁。