

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

前章係就社會保障給付構造中，權利與行政決定之關係，探討行政法一般理論之妥當性。原則上以供給主體與受給主體二者間，受給者之權利對應於供給主體之給付決定（行政處分）為中心之分析，但未進一步考察有實施主體中介而構成三者關係之情形。亦即，前章雖以權利為基準，從行政法理論檢視多樣之社會保障給付構造，但偏重與行政處分論之關聯性，未能自法律關係之角度多方觀照。

如前章第三節第一項所示，日本社會保障給付之三方關係，主要見諸「醫療保險」及「福利服務」，以實物給付（醫療、照護、保育）方式，滿足要保障者之需求¹。具體而言，有三類型：(1)行政（給付主體）有實物給付之義務或權限，服務之實施則由其他法主體為之，行政與服務實施主體間有委託或準委任契約關係及委託費或報酬之支付關係。(2)行政之給付義務或權限以金錢給付（實物提供之費用償還）為原則，服務之實施則由受給主體自行選擇實施主體與之締結供給契約，行政與實施主體間原則無委託或準委任契約關係，但行政對於受給主體之金錢給付，由服務實施主體代理受領，實質上「實物給付」化。(3)受給主體自行選擇服務實施主體與之締結供給契約，由受給主體自行負擔全部費用，由行政對於受給主體之金錢給付（部分費用之補助或償還），由受給主體直接受領，行政與服務實施主體

¹ 醫療、照護、保育之社會保障制度，與國民年金等所得保障制度不同，其供給主體尚以支付或負擔服務所須必要費用之主體與擔當服務供給之主體為必要。此無論採取社會保險方式或公費負擔方式，本質上並無差異。而擔當服務供給之主體，指服務供給所須具備必要之人或物方面設施之法律主體，通常有別於費用負擔主體而存在，如醫院、診所、特別養護老人之家、付費老人之家、托兒所、經營居家照護支援中心之自然人、法人或類似法人之組織體，倉田聰「医療・福祉分野におけるサービス供給主体論」社会保障法14號（1999年）55-56頁。對此，本文稱「擔當服務供給之主體」為「服務實施主體」。

間無任何法律關係。此給付關係之多面性，如依前章所示「請求給付決定之權利」與「請求交付財物或勞務之權利」，仍以給付決定（行政處分）與權利之關係而論。但福利服務給付之情形，日本自 1990 年代以後供給體制之變革，強調利用者選擇權之保障、契約要素之導入、營利或非營利民間事業者之加入等政策理念，給付過程之行政處分與契約結合，成爲特色²，僅自給付決定與權利之關係考察，尙難掌握其多方主體下給付法律關係之問題性³。

於(1)之情形，以托兒所之保育服務爲例，修正後兒童福祉法不採「措施」而以「保育之實施」用語，行政實務雖有意將托兒所利用關係一體整理爲契約關係，但學說及裁判實務則將「保育有欠缺」之判斷解爲行政處分（入所決定），同時未排斥入所後之利用關係爲契約關係；另一方面，如服務實施主體（即托兒所）爲民間社會福祉法人經營之托兒所，市町村與該托兒所間固可解爲締結保育之實施委託契約，但托兒所與兒童之保護者間是否亦解爲契約關係，並非明確。於(2)、(3)之情形，如照護保險之照護給付、身心障礙者之自立支援給付，給付決定限於「給付之必要性認定」（要照護性或要支援性、給付要否之判斷），「給付內容」之判斷及實施，則委諸利用者（受給主體）與服務實施主體間締結服務供給契約，要保障者對於行政之給付請求權，並非請求給付服務供給之權利，而轉換爲請求費用償還之權利。從要保障者之立場，「請求給付決定之權利」與「請求交付財物或勞務之權利」各自之請求給付對象或給付義務人，即非單純指向行政方面或實物（服務）給付。此種行政以外多元服務實施主體之介入，利用關係導入契約形式，供給體制之市場化、營利化等福利供給體

² 90年代日本福利服務制度之改革，係基於個人自立（自己責任）、利用者選擇權之尊重及服務品質與效率提升等理念，其供給體制變革之特徵為：(1)公的責任之變化、(2)服務供給活用契約方式、(3)營利事業之加入以致供給主體多樣化。豐島明子「福祉行政における供給体制論」神長勲等編『公共性の法構造：室井力先生古稀記念論文集』（勁草書房、2004年）585頁以下。

³ 本文將給付關係，區分爲「決定關係」與「供給關係」。又，前第二章第四節第三項三、（一）參照。

制之變革⁴，一般以從「措施」制度轉換為「契約」制度形容。此一轉型，對於權利內容、給付法律關係及行政責任等方面之影響，有進一步探究之必要。

第二節 「措施」至「契約」之轉型

第一項 措施制度之成立與法律關係

一、制度成立

措施制度，係日本福利服務體制以公的責任為基礎之表徵，有其歷史背景。戰前 1929 年之救護法，即有課予市町村首長對於勞動不能者之救濟義務，並規定以居家救濟為原則，於不能或不適當之情形，則收容於市町村所設置之救護設施等，或委託經認可由民間設置之救護設施，其所生必要費用由市町村負擔，此為接近今日措施制度之原型⁵。戰後於聯合占領軍最高司令部（GHQ）統治下，以日本軍國主義解體為目的之政策方向，與受美國 1929 年經濟大恐慌後「新政」（New Deal）改革下之救濟體制、1935 年「社會保障法」制定等影響，採取民間之社會福祉事業位居補充公的社會福祉事業之地位、國家擔負最低生活保障之責任等理念，於 1946 年因應糧食危機而訂頒救濟政策，禁止由軍人援護團體或民間社會事業者從事扶助，要求由政府直接實施（公私分離原則）⁶。再者，此一原則依憲法第 89 條規定，禁止補助非屬「公之支配」下之慈善事業，以及 1951 年社會福

⁴ 福利服務之「契約化」（措施制度轉向契約制度）、「市場化」（事業者加入供給體制之管制鬆綁）及「營利化」（利用者依其受益程度負擔費用而使服務定型規格化），詳參豐島明子「社会福祉行政とNPM—変容する社会福祉行政と行政法学の課題」法律時報78卷9號（2006年）33-35頁。

⁵ 措施制度之背景及形成，北場勉『戦後社会保障の形成—社会福祉基礎構造の成立をめぐって』（中央法規出版社、2000年），39-41、102-113頁。

⁶ 北場勉，前掲註5書，121-126頁。

社事業法第 5 條第 1 項規定，國家不得轉嫁責任予社會福祉事業者，以實定法明文化，政府基於法律實施之社會福祉事業與民間社會事業者所實施之慈善事業，被嚴加區別。但社會福祉事業法第 5 條第 2 項規定以及同法創設之社會福祉法人制度，仍為戰前救護法以來之委託制度，留有擴大至一般福利服務制度之可能性。亦即，第 5 條第 2 項尚規定，政府經營之社會福祉事業得就需要援護者之收容等措施，委託其他經營社會福祉事業者辦理。其立法意旨，認為 1946 年生活保護法之保護設施、1947 年兒童福祉法之兒童福祉設施，乃沿襲戰前之保護委託，採取委託之法律形式而由其他社會福祉事業實施，因由行政支付相當對價（即全額支付委託費）而向社會福祉事業者所購買之服務，且同法第 22 條規定以下所創設之社會福祉法人，有別於民法之公益法人，係為實施社會福祉事業而經厚大臣認可之法人，對其給予公費助成，屬於「公之支配之事業」性質，並不違反公私分離原則⁷。

1947 年之兒童福祉法首次以「措施」用語，總括不含現金給付而純粹以福利服務給付為相關規定之法律。而後，1960 年之精神薄弱者福祉法（現為「知的障害者福祉法」）或 1963 年老人福祉法之制定，採取措施委託形式之給付對象者擴大，以低所得者為中心之福祉政策，漸次轉變成與所得無關，依其生活障礙等程度施以福利服務給付，將智能障礙者或高齡者包括在內⁸。整體而言，措施制度以公的責任為基礎，屬於對人之處遇、服務為給付之特性，其基本構造係由行政依職權判斷對象資格、決定給付內容，行政直接給付或委託社會福祉法人等提供，而費用則由本人或其扶養義務者，依其所得能力徵

⁷ 起因於私立學校之經營困難而需國家補助之問題上，日本國憲法 89 條規定所謂屬於「公之支配」之事業，依當時法務府調查意見長官之解釋，係指：「於人事、財務、營運等構成上，受主管機關之指導、干涉，事業者無法依其自有之裁量實施該事業者」。但此一嚴格見解難以確保私立學校之自主性，嗣放寬該條規定之解釋；次因民間福利服務設施之助成，礙於當時兒童福利服務設施諸多未達最低基準，亦亟需經費改善，基此需要而取得折衷，北場勉，前掲註 5 書，155-157 頁。

⁸ 北場勉，前掲註 5 書，161-162 頁。

收負擔金，剩餘部分以租稅財源提供。

二、法律關係

措施制度之法律關係如何構成，實定法上並非明確，具體糾紛之解決，未必有清晰之理論構成⁹。茲分別就：(1)給付主體（即措施權者：市町村或特別區）、(2)受給主體（即措施對象者：高齡者、身心障礙者、兒童）與(3)服務實施主體（即福利服務設施或事業者：社會福祉法人）之三者間關係，概括說明之。

（一）(1)與(2)間，係由市町村之首長者依職權對於措施對象者，作成措施開始決定，並發生「請求實現該措施決定內容之權利」（現物給付受給權）。惟如前章所述，因向來係採取職權程序，即於何時、如何情形、行使如何內容之措施權，由行政機關自主決定及行政裁量，故受給主體是否有請求作成措施決定之權利，裁判及行政實務採「反射利益」之消極見解，並為學說所批判¹⁰。各適用對象之受給要件未盡相同，多以措施基準規定之，但實務運作過程，仍區分「要措施狀態之認知與發現」、「要措施狀態之判定」及「措施（方法）決定行為」¹¹。措施決定一般雖解為行政處分，但其構成要素，學說有主張應區別要保障性之判斷（如兒童之保育有欠缺）與應採取如何措施之內容二部分，以入所措施而言，措施決定之性質為行政處分，僅係利用關係之設定行為，上揭二部分仍應分別考慮。亦即就後者，例如希望入所之設施順位、措施決定後之設施選擇等，未必須以行政處

⁹ 學說較詳細之分析，倉田聰『これからの社会福祉と法』（創成社、2001年）21頁以下；田村和之「福祉施設の利用関係」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、1990年）304-305頁。

¹⁰ 參照前第五章第三節一、(二)。

¹¹ 本田典子「福祉の措置と手続」奥貫清編『福祉を創る－21世紀の福祉展望』（有斐閣、1995年）311頁以下。

分構成，並不排斥與措施對象之合意，而得依契約方式實現¹²。

(二)(1)與(3)間，如(3)屬行政直營(公立公營)之設施，因該當於地方自治法第244條所規定之「公共設施」，即其設置、管理則依地方自治團體之條例規定之。如係由民間社會福祉法人所設置管理者，行政實務認為此係市町村與社會福祉法人間締結措施委託之契約¹³。但(1)、(2)間之措施決定與(1)、(3)間之措施委託契約，其關係如何，則有疑義¹⁴。因措施委託契約如未經措施開始決定，事實上無法實施，故解釋上應係依對於個別受給主體作成措施開始決定而逐一個別成立。該契約固然以對於措施對象者所應供給之財物或服務為內容，理論上就其細節不無合意可能，但通常係依據厚生省令所訂設施或事業營運之最低基準逕為契約條款，雖地方公共團體有多以條例或規則訂定給付之事項，亦不得低於該基準，其他未規定部分則委由社會福祉法人之專業裁量¹⁵。又，(3)對此契約之締結，法律規定無正當理由不得拒絕(兒童福祉法第46條之2)¹⁶，即有對於(1)之要約而為

¹² 木佐茂男「保育所行政からみた給付行政の法律問題」公法研究46號(1984年)160-161頁。

¹³ 厚生省社会局老人福祉課監修『改訂老人福祉法の解説』(中央法規、1987年)92頁；倉田聡，前掲註9書，25頁。

¹⁴ 例如，裁判認為縱使承認入所措施決定為行政處分，亦不否定市町村與保護者(兒童雙親)間締結有為第三人(兒童)利益之幼兒保育契約(東京地裁八王子支部1999(平10)年12月7日判決判例地方自治188號73頁)。而學說則有主張以一個措施決定，其法律效果同時對於相對人發生得請求設施設置者提供保育服務，且亦對於設施設置者發生提供保育服務之義務及請求措施費之權利，此一理解較為簡明，又坂常人「『福祉の措置』の法律問題」雄川一郎獻呈論集『行政法の諸問題 下』(有斐閣、1990年)780頁。

¹⁵ 倉田聡，前掲註9書，25頁。又此之委託與依社會福祉各法所為之措施認可不同，並非於認可處分作成時即概括發生委託契約關係，故與醫療保險對於醫事服務機構之指定有異。

¹⁶ 所謂正當理由，例如無可收容之餘額、兒童罹傳染疾病而有危害其他兒童之虞、設施本身性質不得接受入所者，田村和之『保育所行政の法律問題〔新版〕』(勁

承諾之義務，故有解其性質為民法第 656 條規定之「準委任契約」，而(3)對於(1)有請求給付措施委託費之權利；另一方面，(3)依此契約負有對於(2)提供福利服務之給付義務，性質上亦有認此相當於民法第 537 條規定之「為第三人利益之契約」¹⁷。

(三)(2)與(3)間，即措施對象者與措施委託之社會福祉法人間法律關係為何，雖如前述，(3)對於(2)表示享受其利益後，依「為第三人利益之契約」法理，(2)可對於(3)直接請求給付該措施決定之內容，且不得變更該措施委託契約之內容。但二者間是否有契約關係，裁判實務見解分歧。關此，於設施或事業者未履行給付義務（如無預警關閉設施、設施設備未達最低基準），或對於措施對象者發生侵權事故時，其責任之追究係對於(1)主張國家賠償責任，或對於(3)主張民事債務不履行或侵權責任，即成問題。依措施委託方式而由民間社會福祉法人實施給付之托兒所利用關係，有下級審裁判基於法律對於托兒所之定義（亦即受保護者委託以保育為目的之設施），不採前揭（一）（二）之多數說構成，認為(1)係強制(2)與(3)締結保育契約，對於(3)而言，並不生法律效力，而(2)與(3)間單純為私法上之保育兒童契約（準委任契約），(2)基此而得請求(3)其履行債務應負善良管理人之注意義務，肯定原告聲請禁止關閉托兒所之假處分¹⁸。但於措施委託之設施中發生侵權事故，最近之最高法院判決見解，有關依兒童福祉法第 27 條第 1 項第 3 款規定對於兒童（(1)）之入所措施，兒童

草書房、1992年）140-141頁。

¹⁷ 田村和之，前揭註16書，139頁。

¹⁸ 松江地裁益田支部1975（昭50）年9月6日決定判時805號96頁，本案為受措施委託之托兒所內部職員與所方發生勞資糾紛，所方採取關閉托兒所措施，經兒童保護者聲請禁止繼續關閉之假處分，關於托兒所與町間之法律關係，判決認為二者間並無委託契約書之交付等程序，故無契約關係。但兒童福祉法規定因保育費用係依保護者之負擔能力而向其徵收，並非作為對價繳付托兒所，上揭見解亦受學說批判，福田素生「保育契約の法的性格」佐藤進等編『社会保障判例百選』（有斐閣、3版、2000年）206-207頁。

於該接受措施委託之社會福祉法人（(3)）設施中，因設施職員怠忽而受其他入所兒童暴行傷害致重傷案中，判決認為對於原告（兒童）實施養育監護行為，為被告縣（(1)）之事務，社會福祉法人設施之負責人或其職員係受縣所委託對於入所兒童實施養育監護行為，並依同法第 47 條第 1、2 項規定授予監護、懲戒權，且其營運資金係由被告縣所支給，該養育監護行為即相當於國家賠償法第 1 條第 1 項規定之公權力之行使，該設施之職員相當於同條規定之公務員，判示國家賠償責任成立；但對於職員及所屬之社會福祉法人，則依向來見解，廢棄二審判決所持應與縣同負不真正連帶賠償責任之見解，分別認為不成立民法第 709 條及第 715 條之損害賠償責任¹⁹。此最高法院判決之論理特色，就措施利用關係之性質，並非單純著眼於(2)與(3)之法律關係，或措施本身之強制性要素，尚兼顧(1)對於(3)之任務、(1)對於(2)之資金提供及權限授予等因素為判斷²⁰。

三、問題點

措施制度以行政為中心之給付體系，就完全貫徹公的責任而言，非無正面評價。但亦有以下問題點²¹：

（一）行政實務一般否定要保障者之措施決定請求權或行政之承諾義務，其理由在於措施決定與生活保護決定不同，而具有依職權作

¹⁹ 最判2007（平19）年1月25日民集61卷1號1頁。本案一審係肯定被告縣之國賠責任，但對於被告社會福祉法人依民法第715條之損害賠償請求，則以該職員係受被告縣指揮監督，與一般公務員無異，由被告縣負賠償責任已足。但二審則以被告社會福祉法人所屬職員非組織法上公務員，該法人無法排除依民法第715條之僱用人侵權責任，故與被告縣應負不真正連帶責任。

²⁰ 前掲判例評釋，原田大樹「民間委託と国家賠償責任」法政研究74卷2號351頁以下。

²¹ 一般多從「權利」（選擇不能）、「供給內容」（欠缺競爭原理、內容劃一）及「服務供給」（預算上限制）等論點指摘，問題整理，小笠原祐次等編『社会福祉施設』（有斐閣、2001年）70頁以下。

成行政處分之性質。且認為縱使已有行政規則規定行政程序之進行，應由要保障者或其家族向行政提出「申請」等用語，此亦僅為發動職權之契機，並非課予行政有作成決定或應答之義務。至於行政方面採此見解，考其原因，或係福利服務之對象多為不具有完全意思或行為能力之兒童、高齡者或身心障礙者，如採申請主義，倘無基於要保障者之照顧利益而為其提出申請之人，對其福祉之實現即有困難，故不將其依存於申請行為。再者，縱然法律承認措施請求權，亦將因其使用一般財源而為給付，受限於財政因素，終難完全依所希望提供充分服務。對此，如前章所述，採取職權程序之意旨，僅係強調行政應不待當事人申請而有積極發現需要措施服務之對象而已，與權利性並無關聯。然原本立法上之不明確，卻易遭致誤解²²。

（二）措施制度所提供之給付內容，採取由行政單方決定之結構。此或係因行政具有專業人力及知識，得適切行使效果裁量或選擇裁量，以決定對於當事人最適當之給付，亦係採取以行政處分為中心之給付體系之理由。但相對而言，有關供給服務者之選擇或給付內容之形成，仍有無法反映要保障者本人意向之疑慮。

（三）依據公私分離之原則，原本服務應由行政直接提供。但實際上公立設施或事業者未必因應龐大需求，則以委託民間之社會福祉法人等業者為常見。除上所述供給之實施者與利用者間之權利義務關係未明確外，利用者之需求狀況各式各樣，提供符合其個性需求之同時，措施費之負擔亦相對提高。惟僅為滿足最低基準之要求，措施費國庫負擔基準卻各地方自治團體一律適用，措施費之用途又限定於委託業務之實施，而民間事業者之服務提供須大幅仰賴有限之國庫補助²³，以致供給者內部欠缺競爭之動力，均有礙於給付品質水準之提升

²² 參照第五章第二節第三項一、(二)。

²³ 例如特別養護老人之家之設置，因其建設經費相當高，惟國庫補助申請程序通常與設施設置認可程序結合，主管機關運用事行政指導，如補助申請實質審查通過，認可處分亦一併作成之實際狀況，大橋洋一『行政規則の法理と実態』（有斐閣、1989年）304-307頁。

第二項 契約形式之導入與法律關係

一、制度轉換

措施制度之歷史背景，有戰前針對生活不能或低所得者所實施保護委託制度之沿革，戰後為因應多數戰爭受災孤兒或無工作而陷於生活不能之母親等狀況存在，基於占領軍政策、憲法第 89 條制定、活用民間福祉事業之必要性等複雜歷史背景所形成。但此由行政主導統制之色彩強烈，國家公部門機關配給之制度，須因應國民所得或生活水準之提升及需求之一般化或多樣化，乃有自福祉改革思想提倡供給體制之多元化，成為導入契約形式之理論背景²⁴。實際上，措施制度實施之同時，採取契約形式之利用而由政府補助其費用者，已廣泛存在²⁵。但針對福祉供給體制之通盤檢討，早先自托兒所入所部分，以措施制度朝契約形式修正之議論開始，(1)1994 年 1 月之保育問題檢討會報告書中，檢討由措施入所改為由兒童保護者與托兒所直接契約方式，嗣於 1997 年修正兒童福祉法。接續，(2)1995 年 7 月老人保健

²⁴ 初見提出重新檢討措施制度與契約化意見之政策文書，為 1981 年 6 月 15 日社會福祉施設營運改善檢討委員會之「社会福祉施設の運営をめぐる問題についての意見」，契約化之理論背景，參照秋元美世「措置制度をめぐる諸問題—福祉行政と契約化の問題を中心に—」社会保障法学会誌 10 號（1995 年）49 頁以下。主導日後福利服務制度構造改革之理念基礎，詳參劉宗德「世紀轉變期之日本社會福祉法制」翁岳生教授祝壽論文編輯委員會『當代公法新論（下）』（元照、2002 年）549-556 頁。

²⁵ 高齡者照護方面，居家照護或設施照護以措施制度實施，設施照護主要為特別老人照護之家，但於醫院等卻有超過 6 個月以上之老人有住院長期化之趨勢，而老人保健法修正後進住之老人保健設施，以及需自費之老人之家，均以契約方式，人數超過實施措施制度之特別養護老人之家；兒童保育方面，亦有企業或醫院內自辦而由國庫補助或自兒童津貼之雇主提列金補助設置之托兒保育設施或事業，故自實際利用情形言，亦動搖措施制度續存之基礎，堀勝洋『現代社会保障・社会福祉の基本問題』（ミネルヴァ書房、1997 年）170-171 頁。

福祉審議會之中間報告，針對高齡者照護之費用保障方式，提出採取社會保險方式之意見，嗣促成 1997 年介護保險法之制定，並於 2000 年 4 月施行，至此，供給體制明確脫離措施制度之模式。最後，(3)1998 年 6 月中央社會福祉審議會社會福祉構造改革分科會之中間報告，建議身心障礙者福利服務之供給，應轉換為利用者與提供者間之契約利用及公費助成之體制（即支援費制度），遂於 2000 年修正社會福祉事業法等法律，並自 2003 年開始實施²⁶。

上述供給體制之構造改革，除托兒所利用關係仍維持實物給付方式外，其餘高齡者之照護保險、身心障礙者之支援費（現為自立支援給付）均轉型為費用償還方式之金錢給付。換言之，以行政為中心之措施制度轉換以利用者為中心之契約制度，對應前述措施制度之問題點，可指出以下特色：

（一）以往措施制度否定其請求措施之權利性，主要為職權程序之措施決定（行政處分）²⁷。上述改革將行政作成給付之決定行為，明確化為申請程序之行政處分，即課以行政有應答之義務。就高齡者之財政方式變更為社會保險方式，藉此確保安定之財源，並擴大服務給付量以強化受給權。

（二）向來以「措施決定」包括給付必要性之認定與給付內容之決定，藉由契約方式之導入而明確分離。亦即，前者為申請程序之行政處分，後者則基於利用者自己決定權之尊重、普遍主義等理念，由利用者自行決定自何提供者，接受如何內容之服務，並與給付提供者間締結契約。且於高齡者及身心障礙者，因採取現金給付方式，尚可能仿照醫療保險中之混合診療，得依需要而獨自請求提供加乘之服務

²⁶ 厚生省社会・援護局監修『社会福祉基礎構造改革の実現に向けて』（中央法規出版社、1998年）6頁以下。但2005年制定之「障礙者自立支援法」修正為「自立支援給付」制度，其經緯參照前第五章第三節二、。

²⁷ 但就適用契約方式制度有實際困難之情形，仍保留職權程序之措施制度，參照前第五章第三節一、。

(三) 因對於利用者以現金償還其費用方式，實施主體提供服務所受取自行政方面之資金，實際上為應由利用者支付之報酬對價。其結果，廢除原先措施費使用用途之限制，使實施主體方面得發揮其經營創意，提供相互競爭之條件。再者，鬆綁事業者加入市場之管制，亦有助於競爭狀況之實現及創造市場之效果，期能提升給付服務品質。同時，1998年所制定之特定非營利活動促進法（NPO法）²⁹，對於非屬於社會福祉法人但不以營利為目的之其他市民活動組織或民間團體，賦予法人格，進而亦得成為照護保險或支援費方式之指定事業者，亦增加確保實施主體多元化之制度。

二、法律關係

福利服務供給體制導入契約形式，除托兒所利用部分留有措施制度之色彩，餘均以明確化權利性、重視利用者選擇權、強化要保障性認定及照護支援階段之專業機制為重點。兒童以實物給付方式之托兒所利用，高齡者以社會保險方式之照護服務，以及身心障礙者以公費助成方式之自立支援給付，茲說明其法律關係。

²⁸ 措施制度下措施費各費用項目間禁止流用而無法依實際需求接受混合之福利供給，於介護保險法採費用償還方式後有所改善，倉田聰，前揭註1文，63頁。

²⁹ 「特定非營利活動促進法」之制定背景，起於1995年阪神大震災中各種市民志工團體發揮即時有效之救援活動而擔負重要角色，引起對此類團體法制化之討論。主因為民法雖有公益法人制度，但須經主管機關之許可、監督，為擔保其永續性，通常要求有一定規模之基本財產或支付會費之會員，但對於規模小之非營利性團體即難達此條件，以致實際上其活動力存在卻無法人格，如有對外為締約等法律行為之能力或以個人名義之財產歸屬，即發生問題，乃制定簡便此類團體運作之法律。該法為民法第34條公益法人之特別法，限制特定之非營利性活動，設立採「認證」、「登記」方式。此法制定後，強化市民對於行政活動參與及協力之機會而被廣泛運用，以福利服務領域而言，可為居家服務措施之委託對象，指定為照護保險之居家照護服務事業者，從事要照護認定時調查要保障者之委託對象，山本啟等編『NPOと法・行政』（ミネルヴァ書房、2002年）28-44頁及79頁以下。

（一）托兒所利用

1、給付主體（市町村）與受給主體（兒童）

修正後之兒童福祉法第 24 條規定，改由兒童之保護者選擇希望進入之托兒所後，向市町村提出要約，經市町村對其要約，判斷是否構成「保育有欠缺」之情形，以作成是否承諾入所之決定。修正後之利用方式，賦予利用者選擇權，課予給付主體之市町村應提供各托兒所資訊之義務以及有多數要約者時，應依公正方法選考之。故其程序包括：(1)要件事實之認定（對象兒童是否有欠缺保育之事實、其是否基於保護者之工作或疾病或其他條例所定之事由）。(2)托兒所之選定（依所希望之托兒所為優先；有多數人申請時，應依公正方法選考之）³⁰。入所決定之性質，為行政處分或要約之承諾而於二者間成立行政上契約關係，法甫修正時，行政實務主後者，學說則傾向前者³¹。隨 2004 年行政事件訴訟法之修正，最近裁判實務對於依修法後規定請求入所之要約而為不承諾之決定者，係以課予義務訴訟為前提審理之。其中，有實體上准原告請求而撤銷不承諾處分，並命應作成承諾處分之判決者；亦有依新行政事件訴訟法第 37 條之 5 規定，准予聲請暫時作成承諾處分之裁定者³²。最近行政實務則認為承諾入所後之利用關係為契約關係，但入所不承諾決定或保護實施解除為行政處

³⁰ 倉田聰，前揭註9書，66頁。

³¹ 參照第五章第二節第三項一、(二)。

³² 准許聲請暫時承諾入所之假處分，東京地裁2007（平成18）年1月25日決定平成17(行ク)277(載於<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070710210215.pdf>)，裁判解說，詳參大沢光「改正行政事件訴訟法『仮の義務付け』活用が開く可能性—保育所入所・仮の義務付け申立事件決定(2006年1月25日賃社1422号=本号50頁)の意義」賃金と社会保障1422號40頁以下。後者之本案訴訟，法院以裁量逾權或濫用為由撤銷不承諾處分，並判命被告機關應為承諾之處分（行政事件訴訟法第37條之3第5項），東京地裁2007（平成17）年10月25日判決平成17(行ウ)510（載於<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070801134658.pdf>）。

分³³。

近時學說亦認為，應審酌立法用語之修正及重視利用者選擇、選考方法等新制度之意旨，主張折衷見解。亦即，市町村是否締結契約之前，應先行判斷認定兒童是否該當於「保育有欠缺」要件，兒童之保護者提出締結契約之要約，同時為行政處分之申請，因法律課予市町村保育之實施義務，是否締結契約應迅速向兒童之保護者表明，依其應答情形，分為：(1)如符合資格認定之要件，且無法定之契約變更或拒絕事由（如員額超收），則認定與契約關係並存。(2)如不符合資格認定之要件，則契約不成立，該不符合要件之認定即以駁回處分形式而顯在化，由保護者依行政爭訟程序爭執該認定之適法與否。(3)如符合資格認定之要件，則認定為需要保育之行政處分成立，但因有法定契約變更或拒絕事由，例如其希望選擇進入之托兒所員額已滿而決定其他托兒所，或員額已滿且無其他適當托兒所而決定拒絕其要約（申請）者，則以該是否符法定契約變更或拒絕事由之認定部分為行政處分，循行政爭訟程序爭執³⁴。

2、給付主體（市町村）與服務實施主體（社會福祉法人：托兒所）

此二者之關係與措施制度之情形同，成立行政上之準委任契約或為第三人利益之契約。惟亦有區別，給付主體（都道府縣、市町村）與受給主體（兒童）之利用關係如認為係以契約方式成立者，該契約係給付作用本身之法律形式，此三者之契約關係，則定位為給付主體

³³ 2005（平成17）年6月3日雇児保発第0603003号「行政事件訴訟法の一部改正等に伴う保育所入所不承諾通知書及び保育実施解除通知書の様式の変更について」（載於<http://www.hourei.mhlw.go.jp/hourei/html/tsuchi/contents.html>）。

³⁴ 原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究69卷4號（2003年）120頁註(28)。惟依此解釋，同一申請程序中因不同爭點可能存有數個行政處分（如(3)之情形，符合資格認定者為行政處分，因希望入所之對象員額超過而拒絕，或另承諾非原希望之其他托兒所，則為另一行政處分），以使其得進入行政爭訟程序爭執，是否妥當，仍有整理必要。

關於其給付義務之履行形式³⁵。

3、服務實施主體（社會福祉法人：托兒所）與受給主體（兒童）

此二者之關係與措施制度之情形同。

（二）照護保險

1、給付主體（保險人：市町村）與受給主體（利用者）

利用者（要照護者）於要保障事由發生前，因其被保險人身分而對於保險人即市町村負有繳納保險費義務。於要照護事實發生時，有請求市町村作成要照護認定之權利，其方式為向市町村提出認定申請，經由市町村作成要照護認定（如為要支援者，則係要支援認定）。此要照護認定為依申請所為之行政處分，主要為判定其要照護性存否、要照護等級，並據依據要照護等級而設定保險給付額之上限³⁶。其程序包括「健診」及「諮詢」（市町村徵詢主治醫師意見）、「面談」及「調查」（市町村得命其職員或指定事業者之照護支援專門員為之）、「判定」（照護認定審查會）及「認定」階段。嗣經與事業者締結服務供給契約後，始對於市町村成立請求保險給付（費用償還給付）之權利。

2、服務實施主體（指定事業者）與受給主體（利用者）

實施主體，嚴格言之，包括事業者（指定居家照護事業者、指定居家照護支援事業者）與設施（指定照護老人福祉設施、照護老人保建設施、指定照護療養型醫療設施），均須由都道府縣指定，藉以排

³⁵ 又坂常人「行政の法的行為形式の多樣化と權利救済手續の諸課題（2）」信州大學法學論集6号（2005年）151-152頁。

³⁶ 但亦有基於審查會意見指定照護給付種類之可能（第37條），但此因係超越要照護認定之性質，應與要照護認定相別而為另一行政處分。故僅限於自醫療觀點而有必要時，始為例外運用。

除不符合厚生勞動省令等所規定設施基準或人員配置基準之事業者。但例外對於由未符合指定要件之事業者所提供之服務，亦得由市町村特別承認而支給保險給付。利用者基於私法自治自由選擇，與事業者締結服務供給契約以決定照護服務之給付內容。惟如係居家照護之情形，亦得先委任指定居家照護支援事業者作成居家照護計畫，並向市町村申報，其費用亦由保險給付負擔之。無論服務供給或居家照護計畫作成之契約，其性質均為民法上之準委任契約³⁷。關於服務供給之利用，利用者對於事業者有給付報酬（服務費用）之義務。此原得於事後請求市町村作為保險給付償還，惟因契約締結時即一次支付，利用者未必足堪負擔，亦有影響服務利用之虞，例外得個別委任事業者直接向市町村請求保險給付（應償還之費用）而代理受領。

3、給付主體（保險人：市町村）與服務實施主體（指定事業者）

原則上保險人市町村與指定事業者間，除事業者代理受領利用者之保險給付外，並無法律關係。但較為特殊者，可供選擇利用之事業者對象，須經都道府縣指定，該指定行為係確定事業者符合一定營運基準，機能上有藉此行政行為監督、規範服務供給契約給付內容之機能，並作為保險人市町村得代被保險人直接支付報酬予事業者之便宜設計。由此，保險人市町村並未因該指定而發生委託事業者提供照護服務予被保險人之法律關係，保險人市町村與事業者間不生準委任契約關係³⁸。

³⁷ 倉田聡，前掲註9書，80頁。

³⁸ 因此，介護保險法都道縣對於事業者之指定行為，與醫療保險由厚生勞動大臣對於保險醫療機關之指定一般解為「準委任契約」（即代保險人市町村與保險醫療機關締結提供療養服務予被保險人之委任契約，但指定之撤銷則解為行政處分），亦非相同。關此之區別及比較，大沢光「介護保險法における指定制度の法的意味」神長勲等編『公共性の法構造:室井力先生古稀記念論文集』（勁草書房、2004年）608頁以下。

（三）自立支援給付

1、給付主體（市町村）與受給主體（利用者）

身心障礙之利用者對於市町村有請求自立支援給付支給決定之權利，於其需要利用障害福利服務時，其方式為向市町村提出申請，由市町村作成支給決定。與照護保險同，此支給決定為行政處分，在於判定及認定障礙程度之區分，並據此設定各個身心障礙者支給量之上限。其程序與照護保險同，須經「徵詢」、「調查」及「面談」（由市町村職員或委託指定商談支援事業者）、障礙程度區分之「判定」（市町村審查會）及「認定」（市町村）。但與照護保險不同者，即於障礙者區分之認定後，尚須調查聽取身心障礙者本人之意向，於非定型之個案，尚可能須對其委託指定商談支援事業者所作成之服務利用計畫案內容，聽取市町村審查會等相關機關之意見後，由市町村作成支給要否決定³⁹。

2、服務實施主體（指定事業者）與受給主體（利用者）

受支援費支給決定之身心障礙者與指定事業之實施主體間，基於服務利用計畫而締結服務利用供給契約。與照護保險同，其性質為民法上之準委任契約，利用者對於事業者有給付報酬（服務費用）之義務。此原得於事後請求市町村作為保險給付償還，惟因契約締結時即由利用者一次支付對於低所得者未必足堪負擔，亦有影響服務利用之虞，故例外得個別委任事業者直接向市町村請求償還費用而代理受領。又，社會福祉法尚規定，事業者於利用者提出要約時，應盡力說明契約內容及履約事項，包括營運規模、職員組織體制、事故發生處理、陳情解決管道等，並提供簡易明瞭之說明書等（第 76 條）。

3、給付主體（市町村）與服務實施主體（指定事業者）

與照護保險同，原則上保險人市町村與指定事業者間，除事業者

³⁹ 河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、2006年）59-60頁。

代理受領利用者之保險給付外，並無法律關係。但自立支援制度之特色，尚重視商談支援事業之活用，市町村對於締結福利服務供給契約與受委託作成服務利用計畫事業者間之聯絡調整。

三、比較

綜上分析，爰將上述三者福利服務之利用方式（托兒所利用、自立支援給付及照護保險）與醫療保險給付之法律關係，列表比較如下。

茲須說明者，雖同運用保險技術，但健康保險等醫療保險之療養給付與照護保險之照護服務仍有不同。醫療保險於被保險人資格取得後，不以由保險人給予個別之確認或認定為必要，即可受領任何保險醫療機關之給付（診療）。保險醫療機關與被保險人之間締結診療契約，係以診療本身為保險給付，由醫療機關對於保險人請求診療所支付之費用。保險人對於保險醫療機關所支付之診療報酬，只要係保險診療之範圍，原則無上限額之限制。

| 利用方式 | (1)受給主體與給付主體 | (2)給付主體與服務實施主體 | (3)受給主體與服務實施主體 |
|----------------------------|------------------------------|---|-------------------------|
| 福利服務 a. 實物給付（托兒所利用） | ◎給付主體作成入所（承諾利用）決定與保育費徵收—行政處分 | ◎給付主體委託實施主體提供服務與實施委託費之支付—契約 | ◎實施主體提供服務—基於(2)契約之義務履行 |
| b. 實質上之實物給付(自立支援給付、代理受領制度) | ◎給付主體作成自立支援給付支給決定—行政處分 | △知事對於實施主體之指定-行政處分 ⁴⁰ ◎實施主體關於自立支援給付之代理受領 | ◎實施主體提供服務與受給主體支付自負費用—契約 |

⁴⁰ 因非屬給付主體與服務實施主體間之直接關係，故以「△」區別。

| | | | |
|--|--|--|-----------------------------------|
| <p>照護保險</p> <p>a. 實質上之實物給付制度（照護費支給、代理受領制度）</p> | <p>◎給付主體作成要照護認定、保險費徵收－行政處分</p> | <p>△知事所為實施主體之指定－行政處分）</p> <p>◎實施主體關於照護費支給之代理受領</p> | <p>◎實施主體提供服務與受給主體支付自負費用－契約</p> |
| <p>b. 金錢給付（費用償還制度）</p> | <p>◎給付主體作成要照護認定、保險費徵收－行政處分</p> | <p>△實施主體非以厚生勞動大臣之指定為必要</p> | <p>◎實施主體提供服務與受給主體支付照護費－契約</p> |
| <p>醫療保險</p> <p>a. 實物給付（療養給付制度）</p> | <p>◎給付主體作成被保險人資格之確認、保險費徵收－行政處分</p> | <p>△厚生勞動大臣為實施主體之指定－契約・行政處分</p> <p>◎給付主體對於實施主體給付(3)之診療報酬－契約</p> | <p>◎實施主體提供服務與受給主體支付自負費用－契約</p> |
| <p>b. 金錢給付(費用償還)</p> | <p>◎給付主體作成被保險人資格之確認、保險費徵收、移送費或療養費支給決定－行政處分</p> | <p>△實施主體非以厚生勞動大臣之指定為必要</p> | <p>◎實施主體提供服務與受給主體支付移送費或醫療費－契約</p> |

第三項 行政法學之因應

一、公共性之分析

福利服務利用之契約化，脫離原本措施制度行政所擔負之實物給付責任，於此服務供給之法律關係中，行政任務僅擔當費用之一部分助成而縮減為所得保障，亦有批判性議論。亦即，供給主體之多元化，事業者加入之管制鬆綁或撤除後，取而代之者，為事業者指定制度之控管機制。但多樣而異其特性之事業者轉進福利服務供給市場，追求獲取顧客競爭之同時，課以利用者依其所受給利益程度而相當於服務供給對價之費用負擔，亦造成服務供給之定型規格商品化，不無動

搖福利服務供給原本以非營利為特色之純粹性⁴¹。

以照護保險之供給體制為例，從該制度所保障之個人自立、利用者權等價值，檢視其公共性⁴²。即有指出：(1)就市町村而言，其固為保險人，但除非亦受指定為照護服務事業者，否則，並非如醫療保險般，負有直接照護服務供給之義務，僅擔負支付百分之 90 之費用償還債務責任，亦非供給法律關係之當事人，僅止於擔負供給體制基礎之整備責任，其自主性或財源卻非由介護保險法所保障。(2)就供給服務之事業者而言，法律上並未課加締結契約之義務，要照護性僅意味人之身心狀態，並非反映其實際照護需求，認定區分與實際照護需求乖離，保障範圍外之服務需求與照護保險之照護併用勿寧一般化。(3)就受給者之地位而言，受給權之發生尚須經市町村照護認定審查會之要照護認定，並非如醫療保險提示保險證即得受領服務供給。受給要件之認定及其效果選擇委諸專業判斷之裁量，與措施制度之法律關係相近等，照護保險制度法律關係所生之間隙。而欲填補此等照護保險關係所生之間隙，則收斂為市町村、住民或被保險人自己決定或自己責任之問題⁴³。對此，制度之整合、填實，包括：措施制度仍應容許於無法利用契約制度時而存在⁴⁴、修正民法創設成年監護制度、

⁴¹ 豐島明子，前揭註4文，33-35頁。福祉服務供給體制之市場化，所帶來法構造變化之問題面向，包括：法律關係之變化（從權利保障或法治主義之制約脫離而回歸私法契約關係之緊張關係）、自治與參加（從集權制度化脫離所生公與私如何適切分擔）、自己決定權（利用主體依其能力自主選擇服務，其權利保障如何定位）等，紙野健二「福祉国家と公的規制」公法研究60號（1998年）187-188頁。

⁴² 就照護服務本身性質上，雖亦容易為他人所排除而發生與他人競和之情形，並非純粹之公共財，但應重視者為其所發揮之外部性（社會性之價值判斷），在於支援需要照護者及其家庭成員其現在或將來之自立。此為該制度所要求之公共性依據，本多滝夫「福祉の権利—福祉サービスの公共性と法制度」法の科学29號（2000年）68-69頁。

⁴³ 本多滝夫，前揭註42文，68-72頁。

⁴⁴ 前田雅子「介護保障請求権についての考察」賃金と社会保障1245号（1999年）24-28頁。氏主張社會救助制度應擔負照護保險之補充性角色，即柔軟解釋老人福

修正社會福祉事業法創設福利服務利用援助事業⁴⁵、擴大基準法定化或設定過程之市民參加、準備適合體制特性之爭訟制度等，配套週邊制度之轉換或補足，即有必要⁴⁶。

二、基礎理論之整理

總括而言，行政任務於此體制變更下，呈現全新定位：(1)對於多樣化供給主體之各種監督權限，(2)各供給主體間協調聯絡及相關資訊提供之支援義務，(3)福利服務供給品質提升之努力義務，(4)地區福利服務計畫之擬定責任⁴⁷。面臨此狀況，國民之生存權實現仍然不可或缺，而鞏固福利供給體制本身公共性之內涵，並無更迭⁴⁸，其

社法第10條之4或第11條所規定「因不得已之事由而利用照護保險制度有顯著困難」，廣泛包括無被保險人資格、供給契約締結遭事業者拒絕、無法負擔費用等情形，得以適用照護服務之措施制度。

⁴⁵ 學理上將針對判斷能力不完全之人，基於其立場，防止受虐待、援助其利用福利服務或管理財產，擁護其權利行使，以「權利擁護」概念說明。具體內容，有狹義指民法之成年監護制度及社會福祉法之福利服務利用援助事業，廣義則包括行政監察、苦情解決制度、利用者及事業者對於福利服務之自我評價，豐島明子「社会保障における權利擁護」芝池義一等編『行政法の争点』（有斐閣、3版、2004年）236-237頁。

⁴⁶ 本多滝夫，前掲註42文，72-73頁。

⁴⁷ 豐島明子，前掲註4文，35-36頁。又，國家或地方公共團體對於相對人提供服務或金錢給負，依其給付過程，區分給付事業之公的責任為「企劃責任」（對於如何需求應企劃如何內容之事業、給付之一般要件及內容、費用負擔方法、營運組織人員如何等）與「事業實施責任」（是否實施所企劃之事業、是否對於特定個人為個別給付、應實施如何內容之給付），探討市町村作為保險人之理由及其給付實施責任，新田秀樹「介護保險制度における市町村の責任」法政論集179號（1999年）25頁以下。

⁴⁸ 公務之主體與其提供型態之變更，如非於根據上作為消滅公共性之理由，進而否定其事務事業之公務性，則對此組織與活動之縮減仍須予以補足，有必要創設其他型態由國家介入之體系，紙野健二「NPMと行政法学の課題」法律時報78卷9號（2006年）30頁。

發展行政法學理論如何回應，尚待整理。

（一）權利保障過程之細分化，體現公私之任務分擔狀況，惟關於福利服務之權利保障，仍要求行政負有最終責任。於國家擔負生存權實現之任務前提下，有收集於權利保障之全體過程各種資訊之責任，解釋論上，應思考如何於權利保障有所欠缺時，肯認應由行政自己擔當服務供給之任務，以補充民間任務履行之不足。對此，非僅於利用者、行政及事業者之三者法律關係，亦應整體掌握其過程中，行政與擔當各種權限之私人間之法律關係⁴⁹。如前所述，最近日本最高法院判決見解，於托兒所利用之措施委託制度，肯定措施權者（縣）對於兒童於措施委託設施遭受傷害之國家賠償責任，但係就措施委託設施之職員個人視為公務員，抽離實際擔當公權力行使之自然人，與該設施本身基於僱用人地位之民事侵權或債務不履行責任相區隔，即其適例。然此一論理構成，對於體制變革後之福利服務供給關係有何影響，應再考察⁵⁰。

（二）利用者與事業者等所締結之服務供給契約，係基於給付決定（要保育之認定、要照護認定或自立支援支給決定）之前提下所構成，與通常之民事消費契約有別。近來學說使用「福祉契約」之用語說明此一新概念，廣泛涵蓋利用者與社會福祉事業之經營者間，有關利用福利服務之契約。包括：兒童之保護者與市町村之托兒所利用契約、照護保險度下之指定事業者與利用者之供給契約、自立支援制度下事業者與利用者之服務供給契約等⁵¹。雖一般仍定性為私人間之民

⁴⁹ 豐島明子，前揭註4文，37頁。

⁵⁰ 最高法院判決之射程似難及於現金給付化後之供給體制，而改由對於事業者監督權限不行使追究行政責任，但如將直接契約之導入視為僅係保障利用者選擇權或藉由市場原理以提升給付品質之手段，自同判決所掌握之判斷構造（任務、資金及權限），追究國家賠償責任亦不無可能。原田大樹，前揭註20文，359-360頁。

⁵¹ 因制度變革所產生之新型契約構造，從各學問領域之學理仍形成中。例如民法學（內田貴「民營化（privatization）と契約(4)－制度的契約論の試み」ジュリスト1308號（2006年）95-97頁）、行政法學（原田大樹，前揭註34文，777頁以下）、

事契約，惟其置於特殊之行政法構造下，並呈現「行政處分與契約之結合」特徵，除應受一定之行政規制外，且以契約形式所形成之給付內容，其契約條款，亦與諸多行政規則性質之營運基準相連結，未必全然基於私法自治之合意，僅係為導出選擇、權利性及對等性之要求而借用「契約」之技術，本質上仍應歸屬公的責任之給付體系⁵²。關此，行政法學所發展之行政契約論，依據向來所謂公法契約與私法契約判斷基準之議論，或以行政為一方當事人而劃定行政契約論之範圍，可能割捨服務利用部分之契約形式於行政法學之學問體系外，僅獨自就行政處分形式討論，未必完全。對此，行政法學問體系上是否有擴展必要，進而包括福祉契約在內，改從立法上所使用行為形式之選擇及各種組合，與該所欲達成福祉權利保障目的間之手段論觀點，仍應作為行政法學課題而持續關注⁵³。

（三）關於福利服務之資訊提供，其具體資訊類型或提供手法，以往未義務化。隨事業者等供給主體資訊提供義務之法制化，如兒童福祉法第24條第5項規定明文市町村應提供托兒所設置者、設備及營運狀況等資訊，介護保險法第115條之29以下規定，亦重新整備照護服務資訊公開之機制，涉及資訊公開機制之運用狀況⁵⁴，以及事

社會保障法學（本沢巳代子「社会福祉と契約『総論』」、秋元美世「福祉契約の法的関係と公的責任—介護保険制度の問題を中心に—」分別收於社会保障法19號（2004年）95-98頁及136-150頁）等，「福祉契約」論之定義、射程及內容，各學說之綜合整理，參照丸山繪美子「ホーム契約規制と福祉契約論」岩村正彦等『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）53-65頁。用語上，本文稱此為「服務供給契約」（但亦有稱「服務利用契約」）。

⁵² 額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52卷7號（2001）15頁以下。

⁵³ 豊島明子，前掲註4文，38頁；大橋洋一『行政法 現代行政過程論』（有斐閣、2版、2004年）302頁；原田大樹，前掲註34文，805頁。

⁵⁴ 指定事業者應定期向都道府縣知事報告照護服務之資訊（基本資訊及調查資訊），知事應對所報告事項實施確認其事實之調查，並將結果公佈，以助利用者依此為參考選擇提供服務之事業者。

業者指定制度本身法律意義之檢討。與此相關者，雖 2005 年修正介護保險法導入對於指定事業者之勸告、命令或指定更新等新制，但仍難避免權利保障構成威脅之狀況發生⁵⁵。例如最近伴隨公立托兒所民營化所衍生一連串訴訟，因事業者之經營狀況而發生營業單位之撤除或整併，應可預見，以及事業者對於顧客對象別之選擇，照護支援專門員與事業者勾串侵害利用者選擇權，因從業人員未完全履行給付義務等情形，全然委諸民事糾紛處理，是否妥當。由此，司法救濟體制之立法論或解釋論，應如何確保行政負有補充民間事業者之責任，必須檢討⁵⁶。

以下，對應上述行政法學所面臨之課題，體制變革所構成「行政處分與契約之結合」此一新形式，探討給付決定與服務供給契約之各自定位及交互作用，此亦顯示民事法與行政法新關係（協力、相互支援）之建構⁵⁷（第三節）。其次，探討托兒所利用方式契約化後，隨之而來公立托兒所廢止與民間化政策，因兒童必須轉換托兒所，故由保護者相繼提起撤銷訴訟事件，涉及給付關係變更與利用者選擇權保障之問題（第四節）。

第三節 給付決定與服務供給契約之結合

第一項 給付決定之行政過程

⁵⁵ 豐島明子，前掲註4文，38頁。指定制度所設置之監督規制，如有違反，除撤銷指定外，別無其他罰責等法律效果，且市町村對於事業者無報告徵收及質問權限，不利於要照護被保險人之權利保障，大沢光，前掲註38文，609-618頁。

⁵⁶ 除前述民間委託之國家賠償問題外，2004年行政事件訴訟法修正後所創設課予義務訴訟及其假處分制度之活用，石崎誠也「社会福祉行政上の処分と義務付け訴訟の機能」法律時報79卷9號22-26頁。

⁵⁷ 大橋洋一「新世紀の行政法理論」小早川光郎等編『行政法の發展と変革 上卷』（有斐閣、2001年）117-118頁。

一、決定過程之分節化

給付必要性之認定與給付內容之決定，藉由契約方式之導入而明確分離，為有別於措施制度之特色。此一設計，乃著眼於社會保障行政法律關係之特殊性，亦即資源之有限性、要保障需求之必要性、要保障者個別狀況之多樣性等，向來學理上已有指出，關涉「權利之存在（資格認定）」問題與「權利之內容（給付額度、程度等）」問題，制度上、程序上應區別處理⁵⁸。

具體而言，於福利服務之給付過程，係先就要照護狀態從事需求之評價，再以此為基礎，作成適合於其狀態需求之照護服務計畫，對此套裝化之服務供給內容，循序進行調整、供給主體或關係機關間之聯繫協調、服務之委託或購入等實施流程，最後，則調查服務提供之適切否與本人意向，以因應需求之變化重新評價，再依其需要變更供給內容。依此，理論上可將給付決定之判斷過程，分解為：(1)要保護性之判定、(2)給付要否之判斷及(3)給付內容之判斷，整序其各階段之考慮事項。亦即，(1)之階段主要調查判定對象者之身心狀況，因須由專家意見之參與，重視組織面之統制；(2)之階段則考慮對象者之家族或其他支援者之照護力、住居狀況、經濟狀況等各因素；(3)則為所確定之給付內容當否之問題。於前(1)(2)階段不考慮給付量之

⁵⁸ 木佐茂男，前掲註12文，160-161頁。權利與裁量之區別（資格存否無裁量問題），秋元美世「福祉權利と行政裁量—法的対応の意義と課題をめぐって—」小林三衛先生退官紀念論文集刊行委員会編『現代財産権論の課題』（敬文堂、1988年）293頁以下。行政程序之區別，前田雅子「生存権の実現にかかわる行政裁量の統制」社会問題研究46卷2號（1997年）23-28頁。争訟程序之區別（受給權與給付額之争訟，採取類似土地徵收區分權利取得争訟與損失補償争訟，分別構成之可能），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）661頁。又，原本以行政處分為中心之給付體系，例如措施制度之托兒所利用，固然因給付決定而發生請求實施保育之權利，但對於提供未達最低基準之托兒所利用時，即使承認有應依最低基準實施保育之權利，採取撤銷訴訟之救濟手段仍有困難，但如就權利之內容部分導入契約法理，依民事訴訟或當事者訴訟之請求，即可自然導出（參照前第五章註56）。

界限問題，至(3)階段始予考慮，但給付量通常以行政基準設定之，亦有發動行政規則法理而義務化之可能。因應福利服務供給具有須依據對象者個別需求而可整合、可機動、可替代、可即時應變處理等特性，關於給付決定之作成並不要求特定給付內容，具體之給付內容須由照護服務計畫作成後明確之，其所定各種服務之實施，則以一次總括申請或利用登記方式，以避免逐次申請變更決定程序之繁瑣，且就依照護計畫而套裝化之服務供給內容，可考慮個別導入契約法理之處理⁵⁹。

上述給付決定過程之分節化構成，如對照前章關於權利發生之始點問題，C型為因要保障事故發生而成立「請求給付決定之權利」，因給付決定而成立「請求交付財物或勞務之權利」；就後者，則除給付決定外，尚須藉由照護計畫之作成，使其內容具體化、固定化，始發生請求交付財物或勞務之權利。此一構成，亦大致反映於照護保險、自立支援給付制度。

以介護保險法為例，依申請而作成「要照護認定」（「要支援認定」亦同）後，再依照護計畫而與事業者締結服務供給契約，始發生請求服務供給或利用之權利。如簡化說明要照護認定之過程，亦即，市町村受理被保險人之申請後，由其職員（照護認定調查員）與被保險人面談，調查其身心狀況、所處生活環境、疾病及所受醫療狀況，為第1次判定。此階段係依據調查結果，分為身心狀況73項與特別醫療項目12項，再將所得資料輸入電腦處理，就5大領域之照護行為，分別估算其個別領域之照護必要度及要照護度⁶⁰。第2次判定為第2次判定之原案，第1次判定結果應併同徵詢主治醫師等之意見書，送由照護認定審查會為第2次判定。第2次判定之基本方法亦同前，合算5大領域之照護行為所需之基準時間，以判定被保險人之要照護

⁵⁹ 前田雅子，前掲註58文，23-26頁；同「生存權實現の理論－現行法制からのアプローチ－」公法研究59號（1997年）340-341頁。

⁶⁰ 此係以照護所需時間表示之，對應各5領域所需之時間合計，判定要照護度（有5等級）。此之時間並非實際所需時間，僅係以客觀基準抽象化。

度。市町村基於照護認定審查會之審查及判定，決定是否作成要照護之認定，如是，作成如何之認定。決定之結果，可分為「駁回」、「要支援」、「要照護」三者；所作成之要照護之認定時，則顯示 1 至 5 之狀態區分。

上述分節化之決定過程，被保險人請求要照護認定之權利如何保障，因明確採取「申請主義」，且設有 30 日之標準處理期間及聲明不服之規定，其權利性已可確認⁶¹。但是否為要照護狀態，如有，該當於如何狀態，涉及專業判斷，認定權者之裁量幅度大，亦左右被保險人受給保險給付及服務利用之權利內容。關此，依據分節化之決定過程觀察，有助於司法審查要照護認定之裁量判斷。

二、要照護性認定與裁量

照護保險之要照護認定，涉及被保險人之具體資格存否及設定保險給付額之上限，影響被保險人之權利保障。司法審查之方法、範圍及密度，亦可就各階段之情形，考慮如下⁶²：

（一）審查所依據之要照護者之基本資料，係依基本調查程序作成。該程序採取認定調查員訪談調查對象者之方式，就所列總計 85 項之調查項目，調查對象須對於所提問之項目，自每個大項中 2 到 5 個選項中勾選回答。因此，如調查對象為高齡者，或痴呆等智能精神未完全之情形，認定調查員應注意對象者之身體精神狀況是否能適切正確回答。如有怠於注意或未盡完全注意，其解答自無法適切反映對象者之身體精神狀況，則該調查即有違法之瑕疵。

（二）第一次判定係以調查結果為基礎，再經由電腦程式運算而得之初步判定。該運算程式所設計之計算公式是否合理，亦應為司法

⁶¹ 又，認定之有效期限為 6 個月，其後須申請更新認定（第 28 條），如被保險人認為有變更要照護狀態認定之必要，亦得申請變更認定（第 29 條第 1 項）。

⁶² 又坂常人「契約による福祉と行政の責任—介護保険法を中心として—」小早川光郎等編，前掲註 57 書，855-857 頁。

審查所及。要照護度係以實施照護所必要之時間為度而決定，故電腦程式應具備將調查結果所得各項選項之解答內容轉換成以時間計算之功能。如其程式設計基本之論理構造欠缺合理性，依其運算結果所得要照護認定之基準時間亦欠缺合理性，以此為基礎所為要照護度之認定，應有裁量瑕疵。反之，如其程式並無不合理，且調查委員亦盡相當注意義務，其第一次判定結果，法院應予尊重。

（三）第二次判定係以前述第一次判定為原案，而第一次判定因係以電腦程式運算結果，未必與實際要照護度一致，故需參照主治醫師之意見、認定調查員所為特別記載事項或中間評價項目等調查結果綜合判斷，以縮小與現實之落差。由於判定通常以多數者之申請者為對象而迅速作成，又因採取審查請求前置主義，故要求法院必須進行一定程度之審查密度，且較一般裁量審查中之逸脫審查之密度為高。關此，如電腦運算之結果與現實狀態之落差是否過大、不合理等情形，其過程之合理性，應成為評價之對象。

三、給付決定之機能

以利用者為中心之給付體系，基於福利服務之必要性，依給付決定規定服務費用之上限，具體由何人提供如何之服務，則委諸後續之服務供給契約。締結服務供給契約而接受服務之提供後，即對於保險人發生費用之給付請求權。此種方式，縮短給付決定與給付開始之時間差，故服務量必須完全確保，且應課予提供者強制締結契約之義務，以期契約之早日成立。而給付決定與供給契約之結合關係，使受有給付決定成為契約締結之前提，於締結契約時，必須利用者受有給付決定，或至少有申請給付之意思而將來有受給付決定之可能。再者，給付決定規定現金給付額之上限，影響契約締結之服務種類或給付內容之形成，亦具有框架供給契約內容之機能⁶³。

此一框架機能，就給付決定為行政處分之性質而言，同時亦有使

⁶³ 原田大樹，前揭註34文，779-780頁。

給付請求權安定化之優點，但如何自行政處分之法理說明，不無疑義。例如：要照護認定先行於被保險人與事業者之契約，有限定可能受給之保險給付上限之機能，其內容所宣示之要照護等級或保險給付上限，基於行政處分之規律力，被保險人與保險人應受所宣示內容之拘束（亦即無正當理由不得撤銷，或採取與其宣示內容相矛盾之行動⁶⁴），固無問題。而要照護認定同時成爲照護保險給付體系內，被保險人與事業者依契約所形成法律關係（照護服務及其費用負擔）之一部分，似亦應拘束與其締結契約之事業者。但如考慮對於第三人之程序保障之現狀，法理上是否輕易承認第三人事業者爲要照護認定之規律力所及拘束對象，依據爲何，有再探討之可能⁶⁵。

第二項 服務供給契約之控制

一、民事法對應之界限

供給體制導入契約形式之目的，在於保障利用者對於提供者之選擇自由及給付內容之形成權。有別於措施制度下，行政與提供者爲一體，利用者與提供者未必爲對等關係。契約制度之供給，利用者與提供服務之事業者間，彼此有相互之選擇自由。同時透過合意形成以決定給付內容，於供給不履行時，利用者得依民事訴訟請求其履行，亦有預先明確規範事故發生時之責任分擔，以促進提供者一方妥善從事風險管理之效果。就此意義，給付體系上運用民事法之契約構造，有其優點。但利用者或爲行爲能力較低或喪失之高齡者，或爲無行政爲能力之智能障礙者，未必具備完全締約之判斷能力。而利用者與事業者間，締約資訊之不對稱或不充分、契約內容之不正當限制、事業者拒絕與利用者締約、對於利用者之逆選擇等情事發生，亦可能導致利用者權之空洞化。因此，與體制變革之同時期，於1999年於民法成

⁶⁴ 前者爲「破棄禁止」，後者爲「逸脫禁止」，太田匡彥「行政行爲—古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって—」公法研究67號（2005年）241頁。

⁶⁵ 太田匡彥，前掲註64文，240、243頁及249頁註(29)。

立之成年監護制度，以為補充利用者締結契約能力之不足，並於 2000 年成立消費者契約法，將服務供給契約定位為消費契約，作為對於契約締結過程及內容之規制規範。

締約能力之補充方面，向來禁治產宣告制度僅劃一以被宣告者為無行為能力情形處理，有欠彈性，成年監護制度基於尊重自己決定之精神，就被保護人能判斷之事項，尊重當事人之意思而由其本人決定，保護者僅於確實有保護必要之情形介入。監護之類型，依據被保護人之精神判斷能力之狀態，分為欠缺者（心神喪失）經法院審理決定保護者之法定監護情形外，尚有顯著不完全時（精神耗弱）之保佐人以及不完全時之輔助人，並承認由被保護人預先選任監護人（原文「後見人」）而締結契約之任意監護⁶⁶。但此一制度，礙於費用、時間及法院審理等因素，實際上基於服務供給契約之締結而運用者，尚非踴躍⁶⁷。且新制度雖明定成年從事成年被監護人之生活、療養看護及財產管理，應尊重其本人意思，並注意其身心狀態及生活狀況，但整體而言，成年監護制度對於高齡者等對象言，仍以財產管理色彩強烈，未必適合於服務供給契約之本質。

契約形成之控制方面，除各相關事業之管理法中有部分規範外，主要以消費者契約法為一般法。消費者契約法針對契約締結過程，規定事業者有努力說明令消費者理解之義務，消費者基於不當勸誘、不實資訊提供等所為要約或承諾之意思表示有撤銷權，事業者預先排除損害賠償責任條款或約定消費者應支付賠償金等則屬無效之不當條款排除規定⁶⁸。但消費者契約法為消費者契約所共通之最低限度規制

⁶⁶ 大曾根寬『成年後見と社会福祉法制』（法律文化社、2000年）151頁以下。

⁶⁷ 2004年4月至2005年3月，聲請法院裁判成年監護者，主要以財產管理處分為動機，占5成8，照護保險契約者僅占3成6，岩村正彦「社会福祉サービス利用契約をめぐる法制度と課題」，前掲註51書，10頁。

⁶⁸ 岩村正彦「社会福祉サービス供給契約の締結過程をめぐる法的論点—社会保障法と消費法との交錯—」，前掲註51書，33-38頁。

立法，尚非服務供給契約之特別法，如事業者完全之資訊提供義務、契約期間、事業者契約解除限制等，並無明文。且其以民事裁判為事後對應，如服務供給契約不履行，所直接影響者為利用者之生命或身體安全，尤以設施服務之提供，其提供服務之事業者變更，影響更屬重大，同法亦欠缺必要之事前預防措施。對此，消費者契約法有關服務供給契約之控制，亦未必完全⁶⁹。

綜上所述，福利服務給付利用者之權利保障，就費用給付部分，除於給付決定過程以裁量等行政法理之控制外，給付內容之形成部分，雖導入契約形式，但民事法之對應亦存在界限，仍有廣泛由行政介入之必要性。

二、營運基準中心主義

行政介入服務供給契約之控制，就供給體制之設計上，係以營運基準或報酬基準之形式為中心。營運基準為厚生勞動省令規定之事業者指定要件，如有違反，有指定權限之都道府縣得撤銷指定（介護保險法第 77 條第 1 項）。市町村依報酬基準支付報酬額度，亦須審查事業者是否基於營運基準而為給付（第 41 條第 9 項）。依此，營運基準具有規律行政與事業者之法律關係，規制、監督事業者活動之機能。但對於服務供給契約亦有規制之效果，包括：(1)契約締結前事業者之資訊提供，如禁止虛偽或誇大廣告；指定居家照護支援事業者與居家服務事業間之關係，應保持中立性，禁止照護支援專員指示特定事業者之利用，禁止事業者與其從業員收受特定事業者之財產上利益。(2)契約締結過程，重要事項之說明及同意義務、事業者之允諾義務、決定締約相對人之考慮因素（例如入所必要性高者之優先入所努力義務）。(3)契約內容部分，如禁止拘禁身體、一周至少 2 次以上入浴、相關要照護認定等事項申請之援助、離所時之援助等⁷⁰。

⁶⁹ 原田大樹，前掲註34文，773-774頁。

⁷⁰ 原田大樹，前掲註34文，788-789頁。

採取營運基準中心主義，將未符合營運基準之不適格事業排除市場，對於事前規制必要性高之福利服務供給領域，為適切之制度設計。而以報酬基準設定統一報酬，亦可預防交涉能力較弱之利用者支付不相當之對價，且報酬基準或營運基準之訂定，僅須經由社會保障審議會之諮詢程序即可（介護保險法第 41 條第 5 項等、第 74 條第 3 項），能迅速因應市場需求，有其優點。但對於違反營運基準之事業者，制度上僅係以行政指導為背景之實地調查、命其提示文書帳冊書類、勸告改善或撤銷指定等權限行使，如行政未貫徹規制或監督權限之行使，於利用者之利益保護，則難完全⁷¹。因此，確保事業者之協力或糾紛之最終解決，實繫諸規制權限之行使可能性，且為促成行使監督權限之契機，亦應配合陳情處理、行政監察制度之運作。

另一方面，營運基準之法律性質並非明確，則有缺點。例如違反營運基準之不當條款訂定，於解決服務供給契約所生糾紛時，得否援引營運基準而主張一定之法律效力。又如拒絕締約之情形，如何理解此類基準之法律性質，可否由法律規範體系導出事業者私法上之契約締結義務，或作為衡量違反民法所規定「公序」條款之依據，對於無正當理由拒絕締約之事業者，以其構成權利濫用而主張民事損害賠償等問題⁷²，進而，有無立法明確列舉不當條款之法律效果，明定無正當理由不得拒絕締約，就糾紛解決機制引進裁判外糾紛解決機關（ADR 程序）之必要⁷³，解釋論及立法論上，均應檢討。再者，營運基準內容均為劃一規定，如未能適切反映利用者方或提供者方之意向，則給付內容形成之自由度將大為減損，故亦應考慮強化於基準設定過程，

⁷¹ 原田大樹，前掲註34文，789頁。

⁷² 又坂常人，前掲註57書，860頁。相關問題之私法解決，詳參品田充儀「福祉サービスの利用方式」日本社会保障法学会編『21世紀社会保障法 第3卷 福祉サービス法』（法律文化社、2001年）61-62頁。

⁷³ 岩村正彦，前掲註67文，14-15頁。

事業者或利用者之意見參與⁷⁴。

第四節 供給關係之變更與選擇權保障

第一項 利用者選擇權之保障

以 1997 年兒童福祉法修正為首之福利服務供給體制改革，措施制度轉換為契約利用方式，利用者之自由選擇權為所標榜理念之一。立法上之表現，例如：(1)兒童福祉法第 24 條規定，希望兒童於托兒所接受保育之保護者，應依省令規定，將其希望利用之托兒所名稱等事項記載於要約書，向市町村提出申請（第 2 項）。如就同一托兒所均同意希望利用者之要約，於該托兒所實施保育有困難時，得以公正方法選考入所之兒童（第 3 項）。(2)介護保險法第 2 條第 3 項規定，保險給付必須注意被保險人確係依其身心狀況、因應所處環境等因素，基於其選擇，從多樣之事業者或設施，接受整合且效率而適切之保健醫療服務及福利服務（第 2 條第 3 項）。

選擇權之內容，包括：(1)依自己意願選擇利用之事業者，(2)所

⁷⁴ 可與日本制度對照者，為德國照護保險制度。德國對於利用者與提供者之契約所應確定之給付內容，係採代表利用者利益之組織與代表提供者利益之組織間，階段性之形成合意。亦即，(1)先由事業者團體與照護金庫州聯合會締結給付提供之大綱契約。(2)次由照護金庫州聯合會與照護事業者就給付品質、內容、種類及範圍締結供給契約，照護事業者與照護金庫締結報酬協定。(3)再由照護事業者依據前揭大綱契約、供給契約等，與被保險人締結服務供給契約。(4)被保險人向照護金庫申請要照護性、要照護度認定及給付上限，照護金庫決定後通知被保險人並交付有關指定照護事業所之一覽表。(5)被保險人由其中選定後通知金庫，並與事業所締結服務供給契約。(6)事業所再將已接受被保險人締約訊息通知金庫，由金庫支付費用予事業所，故被保險人係以實物給付方式受領保險給付。又，德國相關照護保險之公法規定具有強行法規性質，有直接限制各契約包括容許性或範圍等在內之私法自治。德國制度及與日本制度之比較，詳參原田大樹，前揭註34文，790-798頁；倉田總「ドイツの介護保険法における介護契約規制」，前揭註51書，68頁以下。

選擇利用之事業者不受單方恣意變更，(3)接受自己所選擇事業者提供之服務。其保障方法，依托兒所利用方式與照護保險方式，給付關係構成之不同而異：

一、於照護保險方式，因係由被保險人自市場支付相當對價購得服務，基於私法自治而自各業種中自行選擇與何服務實施主體即事業者締結供給契約。此乃委諸市場競爭機制，如供給量充足，則上述內容之(1)，大致無虞。但有不正當理由拒絕締約之情形，如前所述，係營運基準之法律性質、機能或效力，亦即基準對於締約自由之制約問題。而(2)、(3)之情形，例如事業者解除契約、讓與契約予第三人、未依契約所定供給服務等，則為所締結服務供給契約之民事債務不履行問題。原則為民事事件之糾紛，循民事訴訟程序解決之。惟照護保險等供給體制下之服務供給契約，如前所述，其性質及應有之實體法理規制尚在摸索中。

二、托兒所利用方式，雖 1997 年修正之兒童福祉法第 24 條規定，將原本「措施」用語修正為「保育之實施」，但仍維持由行政方面擔負實物給付之責任（第 24 條第 1 項）。其利用關係之構成，係依行政處分或契約，則有爭議。行政實務解釋以不承諾入所決定及保護實施之解除為行政處分，承諾入所後之利用關係為契約關係，法院裁判及學說見解未統一，但訴訟程序上有肯定不承諾入所決定或保育實施解除之處分性，實體審理不排斥契約法理之運用者⁷⁵。對此，上述內容之(1)，如無第 24 條第 1 項但書（如附近無托兒所等）或第 3 項（員額不足而有多數人希望入所）規定之情形，市町村必須依保護者所表明希望之托兒所作成入所決定，原則無裁量權限，此為兒童福祉法第 24 條第 2 項規定之解釋。故不同於照護保險之服務利用，資源分配委由市場機制，托兒所之利用係委由行政方面（但受有限制）⁷⁶

⁷⁵ 法修正前參照前第五章前揭註14；法修正後參照前揭註32及其內文。又，此一分歧，仍見諸後述公立托兒所廢止事件之裁判。

⁷⁶ 又坂常人，前揭註57文，862頁。

。市町村未依保護者所希望選擇而作成不承諾入所之決定（例如認為有第 24 條第 1 項但書情形而以其他方式保護），則為行政事件之糾紛，適用行政事件訴訟法之程序（課予義務訴訟）解決。但於(2)、(3)，例如入所後之保育實施期間（最長至小學就學前），公立托兒所遭廢止而委託民間經營，原有師資人員、設備環境等均有變更，並非保護者於要約書所希望之托兒所。於此情形，究係依契約法理解為債務不履行，或以廢止公立托兒所之決定、委託民間之決定為行政處分請求撤銷，依如何訴訟程序解決，保護者選擇利用之托兒所不受行政之單方變更是否為兒童福祉法第 24 條第 2 項規定所保護之利益，其應有之實體法理規制如何，即有疑義。

第二項 公立托兒所之民營化問題

一、民營化之背景

市町村依兒童福祉法第 35 條第 3 項規定，得設置托兒所。公立托兒所同時為地方自治法第 244 條第 1 項規定之「公共設施」（即以增進住民福祉為目的，供住民利用之設施）。依同法第 244 條之 2 第 1 項規定，其設置須依條例為之。從而，公立托兒所之設置及廢止，即須以制定托兒所設置條例或修正條例之方式。

地方公共團體雖負有設置、營運公立托兒所之責任，但其經費高且無效率，又因應民間化之政策，多採取將公立托兒所之設施設備委由民間管理，或租售公有土地由民間新設私立托兒所等方式。再者，自 2001 年中央內閣作成：必須將符合入所要件，卻因可容納員額不足而無法入所之兒童（即所謂「待機兒童」）人數削減至零，且以最少成本達最大效果實施之決議。為符合此政策，必須新增設托兒所以增加可容納員額，但地方自治團體財政困窘，以最少成本新增托兒所，僅能採取廢止既存之公立托兒所，再委由民間經營管理之方式，以減少經費支出，致使公立托兒所廢止、民營化之狀況，更加普遍⁷⁷

⁷⁷ 公立托兒所之廢止理由，田村和之『保育所の廢止』（信山社、2007年）13-15頁。

公立托兒所之民營化，依法有三方式⁷⁸：(1)公設民營：市町村爲托兒所之設置者，依據厚生勞動省之通達，將管理經營委託民間，其範圍除事務性業務外，亦包括對於利用者保育服務之提供，但不涉及入所決定及保育費徵收；委託對象得爲營利或非營利事業，無須經議會議決。(2)指定管理者制度：依 2003 年 6 月地方自治法第 244 條之 2 規定，指定民間爲管理者，對象得爲營利或非營利事業，但其指定程序、期間、對象等事項必須以條例規定，且應經議會議決。(3)廢止公立托兒所，將其土地及建物讓售或租借予民間重新設置私立托兒所。

二、訴訟事件概況

基於上述背景，地方政府即以修正托兒所設置條例方式，實質上達廢止托兒所而接續民營化之目的。自 2002 年開始，相繼有由保護者或與兒童共同起訴，爭執該托兒所廢止決定（即設置條例修正或廢止條例之制定）或民營化決定（如指定管理者處分）適法性之行政訴訟。廢止托兒所之方式，通常於修正條例案送經議會議決通過後，再依條例所定施行日期發生廢止之效力，故實際上廢止之生效日爲起訴之後。

茲整理至 2007 年 3 月止，總計 7 件訴訟事件之裁判狀況（以 A-G 代表事件別，各事件別之不同訴訟類型及審查程序之裁判，以 A1、A2...區別），如附表⁷⁹。表列中之裁判事件，原告多爲托兒所入所中兒童之雙親或保護者，但於 D、E、F、G 事件，則有以兒童爲共同原

⁷⁸ 田村和之『保育所の民営化』（信山社、2004年）13-24頁。

⁷⁹ 附表製作，參照田村和之，前揭註77書，8-9頁；未列明裁判出處者，依同書所載。各事件之事實概要、裁判要旨，除附表後列期刊外，尚可參照同書第80頁以下（B4、D3、E1裁判要旨）；衣笠葉子「公立保育所の民営化」近畿大学法学55卷1號（2007年）166-171頁（A2、A3、B3、B4、C3、C4、E1、E2）。

告。A、B、C、D、G事件，均係該公立托兒所設置條例修正（或制定廢止條例）之時點起訴，訴訟形式，均為對於該條例制定行為（公立托兒所廢止處分）提起撤銷訴訟及損害賠償訴訟，並聲請廢止處分之停止執行。但E事件，請求時點為廢止條例尚未制定之前，係依 2005 年修正之行政事件訴訟法第 37 條之 5 第 2 項規定，聲請暫時不得作成廢止處分之預防不作為（為法修正後之首件請求）。F事件為依地方自治法第 244 條之 2 第 3 項以下規定，以指定管理者方式委託，對於該指定管理者處分提起撤銷訴訟。綜合所列 7 件訴訟事件，訴訟方式大別為：(1)撤銷訴訟（含聲請停止執行）、(2)暫時不作為之預防請求以及(3)損害賠償訴訟。其中，B4、D3、E1 作成准原告部分請求之裁判。其中，以B4 判決准許損害賠償請求，及D3 判決從實體上審理認定廢止處分違法，值得注意。

各事件事實概要大略相當，托兒所廢止、民營化之流程約為：(1)擬定民營化計畫，(2)召開保護者說明會，(3)廢止條例議決通過、公佈，(4)決定移管之事業者，(5)向保護者發送變更要約申請書，(6)過渡期間，(7)入所兒童辦理轉園及職員異動交接，(8)向都道府縣知事陳報⁸⁰。茲就可參照之訴訟資料中，以A、B、C、D、E事件之裁判爭點，依上揭三訴訟方式，先整理各裁判論理後，並改項評析其論點。

三、裁判論理

（一）撤銷訴訟

撤銷訴訟之爭點，大別為：(1)規定廢止托兒所之條例制定行為有無「處分性」（涉及原告有何權利或法律上利益受影響）。(2)條例制定行為之適法性（涉及被告有無裁量餘地、裁量有無逸脫濫用）。

1、處分性判斷

A-E之各審裁判，除D3 上訴二審判決及E事件針對第 2 次提案之

⁸⁰ 此流程主要參考A2判決之事實概要，個案可能先後順序有異。

本案訴訟一審判決外，餘均肯定條例制定行為之處分性。原本法律、條例等係規定一般、抽象之權利義務，並非直接對於行政主體與私人間發生個別具體之權利變動，應否定其處分性。但是否具有一般性，則非從行為之形式，而應從行為之實質判斷。即使係以條例制定，但因適用該條例之結果，直接影響受該條例所適用特定個人之權利義務或法律上地位時，始例外承認該條例制定行為構成行政處分⁸¹。即使無另為廢止之個別具體行為，亦得不待該具體處分之作成，承認條例制定行為本身之處分性。關此，各裁判均無異論。而市町村廢止某公立托兒所，係以修正設置該托兒所之條例方式，只要該修正條例公佈後施行日屆至，公立托兒所即自動廢止，是否符合上述之例外情形（即直接影響特定個人之權利義務或法律上地位），為判斷處分性所應審究者⁸²。

A2 認為：(1)從 1997 年兒童福祉法第 24 條第 2 項規定之修正，托兒所利用關係為由保護者基於市町村所提供托兒所之資訊中選擇托兒所，於市町村與保護者間，締結以由保護者所選擇之托兒所實施保育為內容之利用契約（按：此為判決用語）。保護者與被告間基於此利用契約，於系爭托兒所存續中，該利用契約期間，兒童有於系爭托兒所受保育之權利。其次，(2)因公立托兒所屬於地方自治法第 244 條第 1 項規定之「公共設施」，關於公共設施之設置、管理及廢止，委由地方公共團體之首長綜合審酌政策內容、財政狀況及其他該地方公共團體本身因素等各情事之廣泛裁量。僅於其裁量行使有逸脫或濫

⁸¹ 此大致為日本實務及學說之通說，塩野宏『行政法 II』（有斐閣、4版、2006年），100-101頁。田村和之，前揭註77書，53-58頁

⁸² 其訴之聲明記載，以A2之原告請求而言，為：「被告以OOO條例所作成OOO托兒所之廢止處分撤銷」。本案中，關於何行為（文書）為行政處分，被告主張應為市長向府知事陳報有關廢止托兒所之公文，以及市長向保護者所發送之廢止通知（實際係以「有關變更要約申請書提出之說明」為名，記載請其於O月O日前提出是否希望入所新托兒所或轉往他所，如未於期限前提出，則於O月O日以後註記為「待機」（候補之意）。但判決以前者僅係通知府知事已廢止托兒所之事實及相關資料及後者記載之內容，均未直接影響保護者之權利義務，均無可採。

用時，系爭托兒所之廢止始構成違法。(3)即使於保護者與市町村所締結以利用保護者所選擇托兒所實施保育為內容之契約，市町村首長仍得依其廣泛裁量，廢止該托兒所；此係基於公共設施之性質所應受之限制，亦為該利用契約之前提，此由兒童福祉法第 35 條第 6 項及其施行規則第 38 條第 1 項第款規定，即使托兒所仍有入所兒童時亦可廢止，並明文其廢止程序可知。(4)修正後之規定，所謂「保育之實施」，係指「於托兒所從事保育」，並非「於保護者所選擇之特定托兒所實施保育」，故轉所或原托兒所民營化，均非兒童福祉法第 33 條之 4 所規定「保育之實施解除」。綜上，因兩造以系爭托兒所存續為前提，締結保護者之兒童於利用期間在系爭托兒所受保育之契約，由市所為系爭托兒所之廢止，如有裁量權之逸脫或濫用，即構成違法，因而侵害兒童於系爭托兒所受保育之權利，以及保護者基於利用契約而得使兒童於系爭托兒所受保育之權利。故本件托兒所之廢止，為具體侵害保護者上揭權利之行政處分。

上述 A2 以「利用契約」為前提之論理，大致為 B3、B4、C3 所沿用。但 A2 及 C3 之上訴審 A3、C4，予以修正，認為托兒所利用係依行政處分⁸³，未附加利用契約存續期間之修飾，因係依行政處分之利用關係，故條例制定行為，侵害保護者之兒童於其所選擇托兒所受保育之權利或法律上利益，亦為行政處分。

D3 則從兒童福祉法第 24 條第 2 項等規定之構造，認為(1)同規定係保障保護者選擇托兒所之法律上利益(與托兒所選擇有關之一定主體地位)，且依其選擇而設定以具體之保育實施期間為前提之利用關係，如於期間廢止其所選擇之托兒所，即有侵害保護者選擇托兒所之利益。(2)原告兒童方面，雖未因廢止行為而有無法受保育之情形，但亦有於其保護者所選擇之托兒所受保育之法律上利益，並非反射利益，因條例制定而廢止托兒所，使其無法於保護者所選擇特定之托

⁸³ 認為行政處分之依據，係以同規定之修正前後，並無實質上變更。且基於入所決定非完全當事人之自由意思、保育費係依徵收方式、國會審議修正案時未明言係以締結公法上契約方式等由。衣笠葉子，前揭註 79 文，152-153 頁註(7)。

兒所接受保育，亦有侵害兒童此一法律上利益。(3)又因系爭條例規定托兒所廢止之日期，故亦相當於兒童福祉法第 33 條之 4 所規定「保育之實施解除」，從同規定明文必須說明解除理由及聽取保護者之意見，以及有行政程序法第 12 至 14 條規定之適用（第 33 條之 5）以言，亦可定位為不利益處分，屬於行政事件訴訟法第 3 條第 2 項規定之「處分」。

至於 E1 之暫時不作為請求，判斷行政事件訴訟法第 37 條之 5 第 2 項所規定「為避免無法受償之損害而有緊急之必要」此一要件，則認為「不問係基於公法上之契約關係所發生極為強固之權利，或以行政處分所發生一定範圍內程度之權利」，保護者及兒童選擇托兒所之法律上利益(包括入所後於一定期間內繼續接受其所選擇托兒所接受保育實施之地位)，均為兒童福祉法第 24 條規定所保障。

2、廢止處分之違法性

(1) 裁量審查基準

依兒童福祉法第 35 條第 6 項規定，兒童福祉設施之廢止或中止，應於其 1 個月前向都道府縣知事陳報，以及地方自治法第 244 條之 2 第 1 項規定，公共設施之廢止應經議會出席議員 3 分之 2 以上之同意議決，並無其他廢止事由之限制規定。而所舉各事件歷審裁判，均肯認委諸市首長之裁量，但裁量範圍及基準，論理上則未盡相同。

A2 認為公立托兒所屬於地方自治法上之公共設施，委諸市首長之「廣泛裁量」，A3 則修飾為「相當之廣泛裁量」，B3、C3 則謂「裁量」，均自托兒所為公共設施之性質而論。但即使係公共設施之廢止，亦非無任何制約。A2 並未明示其審查基準，A3 認為應從「本件廢止處分之目的，達成其目的之方法之合理性，本件廢止處分對於原告方面權利利益之影響」。B3 則從「本件廢止處分之目的、以廢止處分為達成其目的之方法之合理性、所給予原告上揭權利利益之影響等」。C3 為從「廢止處分之理由，有無顧慮保護者而採取維持保育內容之繼續性或水準之程序等措施」。C4 則從「民營化之目的，為維持保

育內容之繼續性或保育水準之措施，對於保護者之說明或協調態樣」。

D3、E1 均認為，托兒所之廢止委諸「政策性裁量判斷」。D3 認為，「從托兒所設施之性質，基於入所中兒童或其保護者前揭利益之尊重，並綜合利用者所受不利益之內容、性質、程度等情形為合理之綜合考量」。尤應具體考慮者，為「從托兒所之性質以及其利用關係為與利用者之日常生活所密接而長期間之繼續性利用關係，設想廢止對於利用者，無論係兒童及保護者可能構成深刻影響之情形，法律對於市町村規定有設置必要之托兒所義務...應尊重兒童及保護者於特定之托兒所受保育之利益」。

(2) 實體上審查

關於是否構成裁量逸脫、濫用，僅有D3 審查後，認為該案構成裁量逸脫濫用。亦即，雖該案之民營化，係以銷減候補等待托兒所利用之兒童人數及因應多樣之保育需求為目的，不得謂為違法。但仍有必要尊重於系爭托兒所受保育實施之兒童及保護者，有於特定托兒所受保育實施之利益。縱使未能得保護者之同意，具備「正當化侵害托兒所選擇利益（權利）之合理理由」以及採取為填補此一侵害之「替代性措施」⁸⁴，即有必要。基此，該判決檢討本件民營化之目的及內容（保育之品質確保、時期、所給予入所兒童之影響等），認為其民營化之目的、民營化對象等並無問題。但該案於民營化實施時，市、事業者及保護者所設置之三方協議會未於系爭托兒所設置，則市所主張有3個月之過渡及共同保育期間，並無充分根據。且並無必須於所預定之日，實施民營化之特別情況，故有裁量逸脫濫用而違法。

⁸⁴ 此替代性措施有論者更積極主張，應符合：(1)對於個個兒童（包括家庭環境）之掌握以準備保育之實施，(2)確保托兒所從事之保育活動之連續性、繼續性，(3)保護者與托兒所間之聯繫協力以整備保育環境等要求，始能完全，參照古畑淳「社會保障・社會福祉判例 公立保育所の廢止・民營化と特定の保育所において保育の實施を受ける權利—横浜市市立保育所廢止事件・横浜地裁平成18.5.22判決(賃社1420号39頁)の検討」賃金と社會保障1429號（2006年）65-66頁。

(3) 程序上審查

廢止托兒所而移由民間經營，是否構成兒童福祉法第 33 條之 5 所規定「保育之實施解除」，僅 D3 持肯定見解。亦即，認為上揭規定所謂「保育」，係指保護者所選擇「特定之托兒所」，故原所選定之托兒所廢止，因民營化後之托兒所，已非當初所選擇之托兒所，即該當於「保育之實施解除」⁸⁵。然其餘裁判，如 A2、A3、B3、C3 均認為，所謂「保育之實施解除」，係指不符合保育要件、保護者聲請解除、保育之實施終了，其後不再實施保育而言；民營化後之托兒所，僅係經營主體變更或一部分保育人員之更替而已，非「保育之實施解除」。且 B4 則提及廢止處分係由議會之議決所為之處分，亦無行政程序法之適用。

3、情況判決

D3 認為，該案條例制定行為之裁量權行使違法，原則上應撤銷。但因托兒所廢止後已經過 2 年餘，建物、建地等均已租售完成，保育人員均各自就其職位，無法因撤銷而回復原設置托兒所之原狀。且撤銷反而造成保育環境秩序之新破壞，徒增無端混亂，故僅宣告違法而駁回原告之訴（情況判決），並准國家賠償請求。

4、聲請停止執行

所舉各裁判事件中，並無准聲請停止執行之決定。其因在於民營化後之新托兒所均已符合兒童福祉設施之最低基準，難認有發生「重大損害」之情形。但學說亦有力倡活用此制度，主張民營化後，全新經營者及保育方針，生活環境之變動等，對於兒童亦可能造成衝擊而有異常行動出現，保育環境對於兒童所生混亂、困擾，非不得謂為重

⁸⁵ 但同判決因已以裁量逸脫、濫用為由判示廢止處分違法，即未再就有無踐行兒童福祉法第 33 條之 5 規定之程序而論。

大損害⁸⁶。

（二）暫時不作為之預防請求

E1 准予應暫時不作成廢止處分之聲請，其理由係以民營化之過渡期間僅 5 日，掌握個別兒童之個性等情況，不致危及其生命、身體安全之體制，幾近無法確立，則強行移管民營化有引起相當大混亂之蓋然性。而該決定尤其重視保護者及兒童選擇托兒所之利益，認為此利益受侵害，為依社會通念無法以金錢賠償者⁸⁷。

（三）損害賠償訴訟

B4、D3 均部分准許損害賠償請求，B4 係基於公法上契約之損害賠償，與 D3 係宣告原處分違法，基於國家賠償法判准請求不同。B4 就本案部分托兒所廢止部分認為係行政處分，但托兒所利用關係為公法上契約，並維持一審判決見解，肯定保護者選擇托兒所而使其兒童受保育之權利為該契約之內容。包括：(1)基於與保護者所締結之各利用契約，(2)只要系爭托兒所存續中，(3)至就讀小學以前之期間，不得違反其意願強迫轉往其他托兒所。依此契約就該案事實而言，民營化之實施過渡期間至少應設定 1 年程度，本件歷經僅 3 個月，而民營化以後，應於數個月間，派遣實際擔當保育職務之保育士數名，始盡誠信原則上之義務（公法上契約之附隨義務）。但本件僅每週派遣原托兒所所長至新保育園指導協助而已，並未派遣保育士，對於民營化後兒童之保育，難謂盡相當完全之注意義務。又，前揭保育內容之變化，係因此一公法上契約之債務不履行所致，並非廢止處分所生，故不得以保育內容之變化作為廢止處分之違法根據。

⁸⁶ 田村和之，前揭註77書，36-37頁。

⁸⁷ E1案神戶市對於准予聲請之決定提起抗告，並同時撤回條例制定案，以致二審法院以「難認為行政機關抗告人有擬制定本件第1次修正案條例之事實」，撤銷原決定（大阪高決2007（平19）年3月27日決定）。支援原告方面之反對團體，發表抗議神戶市訴訟妨礙之聲明<http://kobe.biwagumi3.org/news/kougiseimei.pdf>。

第三項 裁判論點之評析

前項日本法之案例，雖涉及該國個別法制度之解釋問題，惟從發生背景（福祉需求v.s.財政困難、行政撤退、民間協力），至訴訟爭點（行政處分或契約v.s.受給者利用（選擇）權），可適切反映本論文於第一章序論所指摘現代給付行政之特色。因托兒所廢止及民營化之政策，向來有極大爭議，不僅民間組織團體反對⁸⁸，系列訴訟事件中，行政法學者亦以鑑定人地位發表意見書⁸⁹等，引人注目，其後續發展及法院見解，值得觀察⁹⁰。茲從本文觀點（「主體」與「法律關係」，「權利」與「行政決定」），評析各裁判之論理。

一、如前所述，從資源之有限性、要保障需求之社會必要性、要保障者個別狀況之多樣性等要求，考慮福利服務之給付法律關係，區分為「權利之存在（資格認定）」與「權利之內容（給付額度、程度等）」⁹¹。前者為「決定關係」，基於有限資源公平分配、要保障需求之社會必要性，關於給付資格、要保障性之認定等，適合由行政單方

⁸⁸ 「神戶市公立保育所廢止及民營化反對裁判支援之會」（網址：<http://kobe.biwagumi3.org/>）、「神戶市立千歲保育所保護者會」（<http://kobeचितose.eek.jp/kobeचितose/>）、「枝吉市保護所保育者會」（<http://www.hi-net.zaq.ne.jp/edahoi/index.htm>）等。

⁸⁹ 田村和之，前掲註79書，52頁以下。巨理格「平成16年（行コ）第70号高石市東羽衣保育所廢止取消等請求控訴事件 意見書」賃金と社会保障1385、1386合併號（2005年）96-101頁。

⁹⁰ 據前掲註88網址（神戶市裁判支援之會）首頁載，B4大東市托兒所廢止案之大阪高等法院上訴人國賠請求部分勝訴之判決，市方面提起上訴，經最高法院駁回確定。其他事件之後續狀況（至2009年1月止），A3、C4均上訴最高法院審理中（田村和之，前掲註79書，8頁）；D3被告市方面提起上訴，D3a經高等法院否定條例廢止之處分性廢棄原判決而程序駁回，D3b則以托兒所廢止委諸設置者之政策裁量為由而實體駁回；E事件中，因被告市方面因重新提案廢止條例，保護者及兒童等原告方面對此重新提案，起訴請求撤銷廢止處分及國家賠償（精神上損害賠償），惟前者經程序駁回，後者經實體駁回。

⁹¹ 前掲第三節第一項一、。

之意思表示而發生特殊法律效果（即行政處分）；後者為「供給關係」，基於要保障者個別狀況之多樣性，關於給付內容、方法、範圍等，應符合受保障者之個別需求，有必要尊重其意思表示，適合以合意方式（即契約）。1997年兒童福祉法第24條規定導入保護者選擇托兒所、市町村提供托兒資訊義務等，即可從上述觀點理解。雖可能以依申請之入所決定，或要約之承諾或不承諾決定概括說明之，但解釋上，關於「保護者有無省令規定之事由而致兒童保育有欠缺」等資格要件之認定，係以行政處分形式之決定關係；關於「保育服務實施之內容」，即實施保育服務之物力及人力，係由保護者基於行政方面所提供資訊而選擇特定，向行政方面為意思表示（即填入要約書後提出），行政方面於前揭決定關係以行政處分認定為符合資格要件之保護者，原則上即有依保護人所要約之保育實施內容為承諾義務，此係依合意（契約）方式之供給關係。保護者因決定關係而成立對於行政請求應承諾其所要約保育服務實施內容之權利（行政有締約義務）；因供給關係而成立對於行政請求依其所承諾內容供給保育服務之權利（行政有供給義務）。

二、案例事實，形式上雖爭執「托兒所廢止處分」，但實質上係涉及市與保護者（含兒童）間⁹²，托兒所保育服務給付關係中，前揭「供給關係」之「變更」問題（因民營化與資格要件無關，故決定關係並未變更）。申言之，雖泛稱「公立托兒所廢止、民營化」，但對於供給關係之法律意義言，即為行政單方面變更原合意之保育服務實施內容（即可能包括設施地點、設備及保育專業人員）。問題在於：「行政未經保護者之合意而單方以意思表示變更供給契約內容，法律上如何評價」。此所謂「單方意思表示」，顯在化為「托兒所廢止處分」，二者重疊之結果，且原告係以撤銷訴訟直接爭執托兒所廢止處分之違法性，從上述觀點，有關供給契約內容之單方變更問題，即可能被意識，亦可能被忽略。關此，可分述如下：

⁹² 保護者與兒童之權利內容可能不同，亦即，因行政承諾而與保護者合意之供給契約，似可構成保護者與市間成立為第三人（兒童）利益之保育契約。兒童有請求市提供保育服務之權利，保護者有請求市對於兒童提供保育服務之權利。

(一) A3、C4，定性托兒所利用關係係依行政處分，A2、B3、B4（損賠部分）、C3，定性托兒所利用關係係依公法上契約。其用意，均在於解釋條例制定行為之處分性要件（直接受影響之權利或法律上利益為何），肯定處分性要件後，即從有關公物或公共設施廢止之裁量法理，審查廢止托兒所處分之適法性。

(二) 較為特殊者，B4 一方面認為廢止處分合法，另一方面又認為「保育內容之變化」並非因托兒所廢止處分而生，且藉由定性托兒所利用關係為公法上保育利用契約，縱使廢止處分具有變更保育內容之效果，但伴隨此保育內容之變更，市基於該公法上保育利用契約，即負有誠信原則上之義務（公法上契約之附隨義務），對於因民營化以後，未妥善安排因應保育內容變更或交替之實施方法，因未周全實施之結果，所造成兒童心理上之不安、人身安全之危險，及兒童各自零散採取行動之混亂狀態，應負損害賠償責任。B4 應係意識到前揭「供給契約內容之變更」觀點，而得此結論。實際上，托兒所廢止處分之作成係依地方自治法第 244 條之規定及程序而來，與兒童福祉法第 24 條規定因市對於保護者要約而為承諾決定所成立之托兒所利用契約關係，應為不同根據。該廢止處分是否同時解為托兒所利用契約內容變更之意思表示，從判決理由強調「保育內容之變化並非因托兒所廢止處分而生」、「廢止處分非相當於解除保育之實施」觀之，二者關係如何，並非明確。如予明確而依保育利用契約關係之一貫論理，即可導出：該保育利用契約之內容變更，雖因財政上必須削減托兒所營運經費、保育人員退出等理由，可認為適法；惟市於契約變更（即廢止處分）前後，未善盡該保育利用契約所生之公法上附隨義務，即應負債務不履行之損害賠償責任。果爾，則本判決之處理，亦提供行政處分與契約交錯之另一例⁹³。此見解採取市與保護者間為公法上之契約關係，並將托兒所廢止前、廢止後理解為繼續性之關係。且基於契約所生之義務狀態，未因判斷托兒所廢止處分為適法，即予從略或

⁹³ 因而，除前揭第三章第三節第二項一、所舉外，尚有第四章第二節第一項四、，我國法健保局與保險醫事服務機構之特約關係，日本法之都道府縣與保險醫療機關之指定關係。

輕視。對於觀察給付行政之行為形式與法律關係之特性、關係及意義上，值得注意。惟如何調和行政法上之契約關係中，行政以單方之意思表示（可能基於法令規定，可能基於依他法所為之行政處分，亦可能基於契約本身）影響契約之內容及效力，何者情形以行政處分形式處理，何者情形與私人之意思表示同等看待，進而其應有之實體法理規範為何，有待從行政法學角度再加充實。

（三）D3 定性托兒所利用關係係依行政處分，但並非用以解釋條例制定行為之處分性要件（直接受影響之權利或法律上利益為何，從兒童福祉法第 24 條規定導出），其用意在於將托兒所廢止處分解為相當於第 33 條之 4 所規定「解除保育之實施」，有說明理由及聽取意見程序之適用。既認為托兒所廢止處分相當於「解除保育之實施」（另一面即為原托兒所利用關係所依據之行政處分之廢止），則判決審查該廢止處分是否裁量逸脫濫用，除托兒所公共設施性質之限制外，尤其從兒童福祉法第 24 條之規定，重視保護者及兒童選擇托兒所之利益應予尊重，亦可理解。但如何基於「供給契約」之觀點，第 33 條之 4 規定「解除保育之實施」，即相當於行政行使「供給契約」之單方終止權，無須得保護者之同意，但必須於行使前向保護者說明理由及聽取其意見。

（四）次比較 B4 及 D3，雖均以損害賠償之勝訴判決收場，但前者將廢止處分與利用契約切離，後者則將二者結合，分別呈現民事法模式之解決（契約－債務不履行－民事訴訟或行政訴訟之一般給付訴訟），與行政法模式之解決（行政處分－行政處分違法－撤銷訴訟及國家賠償訴訟）。二者模式之解決，從判決對於相關當事人（如原告之保護者及兒童、被告之市，未顯在於訴訟程序之第三人，包括：民營化後之民間事業者及其職員、在所或已離所之保護者及兒童等）之效力等觀點，再從訴訟制度上，分析該二模式之差異性，亦屬可能。

三、從前揭本文所提「行政方面未經保護者之合意而以單方意思表示變更供給契約內容，法律上如何評價」問題，B4 接近本文之觀點。此一學說至裁判實務所肯認，行政處分與契約之併存、交錯，呈

現給付行政作用之不同法律形式⁹⁴。其中，有關規範供給關係之契約法理，可以B4裁判論理為基礎，再說明如下：

(一) B4 於該案中，肯認伴隨市町村之契約上義務，判決所構成因公法上契約而附隨之誠信義務，判斷基礎及根據有⁹⁵：(1)基於托兒所利用契約，於托兒所存續中，兒童在就讀小學前，有於系爭托兒所就學之權利（兒童福祉法第 24 條之解釋）。(2)民營化之結果，致使保護者及兒童不得不選擇轉入新托兒所或其他托兒所（實質上違反其意願而迫其轉園之面向）。(3)市對於民營化方針或其實施方法，未令有重大利害關係之上訴人陳述意見之機會，僅針對新保育園交接之實施方法說明方針，未積極採納上訴之意見（實質上意見聽取機會之有無）。(4)人為環境對於兒童發展有極大影響，有關兒童之保育，保育士與兒童及保護者間之信賴關係更形重要，該案於僅有之 3 個月過渡期間中，僅數名保育士參加，難以建立信賴關係（需要長期信賴關係之保育之特性）。(5)新保育園之保育士，多數實際經驗及資歷淺（經驗資歷低對於信賴關係之障礙）。(6)上訴人於保護者說明會中，已表達因民營化所將導致保育內容水準下滑之憂心與不安，且僅 3 個月之過渡期間過短等意見（廢止時保護者之意見表明）。依此，判決認為本件托兒所之廢止、民營化，為對於上訴人之權利內容影響重大之決定，其實行之際，即負有因公法上利用契約關係而附隨之誠信義務。

⁹⁴ 有關行政處分與契約之併存、交錯或結合，參前第三章第三節第一、二項。又，亘理格「保育所利用關係における合意の拘束力—保育期間中における保育所廃止・民營化に対する法的制約の存否問題を素材に」小林武等編『「民」による行政』（法律文化社、2005年）227頁以下。氏有此說明：「從受行政關注、介入之國民方面以言，托兒所利用關係之具體法律關係中，某部分由行政以單方行政決定權力性決定，另一方面與行政之合意，較適合於該法律關係之實態。由此意義言，暫時從行為形式論之觀點稍離，著眼於行政與國民間之法律關係，可期待形成有別於向來契約關係與行政處分制嚴格區分而異其樣態之行政作用法形象」。

⁹⁵ 村田浩治「保育所の廃止民營化で高裁が保護者に慰謝料を容認—大東市立上三箇保育所事件・大阪高裁判決（平18.4.20、賃社1423号=本号62頁）と3つの高裁判決」賃金と社会保障1423號（2006年）50-51頁。

(二) 兒童福祉法第 33 條之 4 規定，解除保育之實施，應踐行說明理由及聽取意見之程序。如從前述供給契約或保育利用契約之觀點，解除保育之實施，亦可認為相當於契約關係之終止，即立法者容許由行政單方終止契約，但須於終止前說明理由或聽取保護者之意見。惟是否容許行政之單方契約變更權，如容許，實體上有限制，並無明文。此除涉及如何程度重視兒童福祉法第 24 條規定，保護者之選擇權利或利益外，立法者既容許行政單方終止供給契約以使其效力喪失，僅變更契約內容，似亦應為法之所許。但終止權行使如未踐行說明理由及聽取意見之程序，有解為未依法定方式或違反強制規定而無效，其致保護者或兒童受有損害者，亦有損害賠償責任之可能。此於契約變更之情形，亦應考慮有同規定之類推適用。

(三) 日本學說亦有認為，因 1997 年兒童福祉法修正後，應尊重保護者之選擇意思以決定保育之實施內容，案例所示爭點，亦可從契約原理解釋之⁹⁶。例如，法國行政契約法所形成之判例理論，即認為得基於公益目的之「情事變更」為由，變更契約條款。惟正當化情事變更之要件，應從契約之締結目的即公益實現之要求，與保護契約當事人之既得利益或信賴利益保護兩方面，公平而妥當之考慮。且應限於例外情形，其界限至少有：(1)行政契約締結目的之限制，即變更之內容係變更契約條款之重要部份，以致與當初契約目的不符而異其性質，則此單方變更並無正當性。(2)財務事項之限制，即縱認非屬契約內容本質性變更，有關契約當事人之經濟利益、利潤或事業會計收支核算等合意條款，原則不容許不利益變更。

(四) 此外，契約條款變更之容許性，除上述基準外，變更後條款及履行是否違反契約之債之本旨及誠信義務等附隨義務。除前揭 B4 及學說見解外，各裁判論理關於審查托兒所廢止處分時，其揭示之裁量原理，如：尊重保護者選擇之利益、變更之目的、達成其目的之方法之合理性、所給予保護者及兒童權利利益之影響，以及變更後之保育內容是否符合兒童福祉設施最低基準、有無維持保育條件之繼

⁹⁶ 亘理格，前揭註94文，227頁以下。

續性⁹⁷等，亦應可一體適用。



⁹⁷ 笠木映里「市立保育所を廃止し『民営化』する条例制定行為の行政処分とその適法性－横浜市市立保育所廃止事件」ジュリスト1341號（2007年）191頁。氏認為D3該案之托兒所民營化後之設施與原來相同，且課以受委託民間法人超過法定基準之基準，大致仍維持原來相當程度之保育水準，是否仍可認為違法。而雖仍有保育人員變動問題，但此於民營化以外之一般情形，平常亦可能發生，應與保護者之托兒所選擇無關，故須再詳細檢討該法律上所保護利益之內容。

公立托兒所廢止訴訟裁判一覽表（2009年1月止）

| 編號 | 事件 | 裁判 | 請求 | 主文 | 理由 |
|----|--|--------------------|--------|--------|---|
| A1 | 高石市托兒所 | 大阪地決 2002.3.29. | 聲請停止執行 | 駁回（程序） | |
| A2 | 廢止：2002.4.1 起訴：2001.9 原告：保護者 被告：高石市 | 大阪地判 2004.5.12. | 撤銷廢止處分 | 駁回（實體） | <ol style="list-style-type: none"> 1、肯定廢止條例制定之處分性。 2、托兒所之利用，依「公法上之契約」。以「托兒所存續」為前提，保護者於「利用契約之存續期間」中，有「使兒童於原托兒所接受保育，不得違反其意願而被強迫轉所」之權利。 3、托兒所屬於「公共設施」，其廢止委諸被告「廣泛裁量」。 4、僅於裁量有逸脫濫用，始構成違法。 5、本件有目的合理，無裁量逸脫濫用。 6、廢止托兒所不該當「保育實施之解除」，不適用理由說明及意見陳述程序。 |
| A3 | | 大阪高判 2006.1.20. | A2之上訴 | 駁回（實體） | <ol style="list-style-type: none"> 1、肯定廢止條例制定之處分性。 2、托兒所之利用，依「行政處分」。保護者之兒童有「於入小學前之期間，在其所選擇之托兒所受保育」之權利或法律上利益。 3、托兒所屬於「公共設施」，其廢止委諸被告「相當之廣泛裁量」。 4、從兒童福祉法規定及意旨，於「課予特定兒童或保護者顯著過重負擔，於托兒所受保育，事實上不可能等情形」，始為裁量逸脫。 5、本件有目的合理性，無課以過苛負擔情形，故不構成裁量逸脫濫用。 6、廢止托兒所不該當「保育實施之解除」，不適用理由說明及意見陳述程序。 |
| | | | 追加國賠請 | 駁回（程序） | 被上訴人（被告）不同意 |

| | | | | | |
|----|------------------------------------|-------------------|----------------------------------|------------------|---|
| A4 | | 最高決定 2006.10.6 | 求 A3 之上訴 | 不受理 | 。 |
| B1 | 大東市托兒所 | 大阪地決 2003.3.26 | 聲請停止執行 | 駁回（程序） | |
| B2 | 廢止： 2003.4.1 | 大阪高決 2003.3.28 | B1 之即時抗告 | 駁回（實體） | |
| B3 | 起訴： 2002.11 原告：保護者 被告：大東市 | 大阪地判 2005.1.18 | a 撤銷廢止處分 B 債務不履行損害請求（精神上損害賠償） | 駁回（實體） 駁回（實體） | 1、肯定廢止條例制定之處分。 2、托兒所之利用，依「公法上契約」。以該「托兒所之存續」為前提，保護者於「利用契約之存續期間」中，有「使兒童於原托兒所接受保育，不得違反其意願而被強迫轉所」之權利。 3、托兒所屬於「公共設施」，其廢止委諸被告之「裁量」。 4、從「本件廢止處分之目的、以廢止處分為達成其目的之方法之合理性、所給予原告上揭權利利益之影響等」判斷有無裁量逸脫濫用。 5、本件有目的之合理性，一定程度之保育內容變更為可忍受範圍，裁量無逸脫濫用。 6、廢止處分不該當於「保護實施之解除」，不適用理由說明及意見陳述程序。 7、被告曾召開保護者說明會，已盡大致之說明義務，故否定違反公法上契約義務或國賠法之違法性。 |
| B4 | | 大阪高判 2006.4.20 | B3a 之上訴 | 駁回（實體） | 1、肯定廢止條例制定之處分。 2、托兒所之利用，依「公法上契約」。基於「利用契約」，於「托兒所存續」中，保護者有「使其兒童於入小學前之期間，在所選擇之托兒所受保育」之權利。 3、保育內容之變化，係公法上契約之債務不履行，不得為廢止處分違法之根據。 4、廢止處分不該當於「保護實施之解除」，且為議會之議決，不適用理由說明及意見陳 |

| | | | | | |
|----|-------------------------------------|--------------------|-----------------------------|-----------------------|--|
| | | | | | 述程序或行政程序法。 審酌「過渡期間過短(僅3個月),未派遣保育士至新保育園」等情事,認為被告未盡完全之公法上契約之附隨義務(誠信義務)。 |
| | | | B3b 之上訴 | 一部勝訴(每世帶 33 萬圓) | |
| C1 | 枚方市托兒所 | 大阪地決 2004.3.22 | 聲請停止執行 | 駁回(程序) | |
| C2 | 廢止: 2004.4.1 | 大阪高決 2004.3.31 | C1 之即時抗告 | 駁回(實體) | |
| C3 | 起訴: 2003.12 原告:保護者 被告:枚方市 | 大阪地判 2005.10.27 | a 撤銷廢止處分 B 國賠請求(精神上損害賠償) | 駁回(實體) 駁回(實體) | 1、肯定廢止條例制定之處分性。 2、托兒所之利用,依「公法上契約」。以該「托兒所之存續」為前提,保護者基於「利用契約」,有「使兒童於入小學前期間,於該托兒所受保育」之權利。 3、屬於「公共設施」之托兒所,其廢止委諸被告之「裁量」。 4、本件有合理之理由,且預設對於維持保育內容之繼續性或水準之程序等措施,無裁量逸脫、濫用。 5、廢止托兒所不該當「保育實施之解除」,不適用理由說明及意見陳述程序。 6、已踐行上述之通常必要程序,否定違反公法上契約義務或國賠法之違法性。 |
| C4 | | 大阪高判 2006.4.27 | C3a 之上訴 C3b 之上訴 | 駁回(實體) 駁回(實體) | 1、肯定廢止條例制定之處分性。 2、托兒所之利用,依「行政處分」。因托兒所之廢止,有「使入所兒童於托兒所受保育,幾乎不可能之事態發生」,始屬裁量逸脫濫用。 3、本件廢止有合理理由,並無不能於托兒所受保育之事態,故無裁量逸脫濫用。 |
| D1 | 橫濱市 4 保育園 | 橫濱地決 2004.3.22 | 聲請停止執行 | 駁回(程序) | |
| D2 | 廢止: 2004.4.1 | 橫濱高決 2004.3.30 | D1 之即時抗告 | 駁回(實體) | |
| D3 | 起訴:2004.2 原告:保護者 兒童 被告:橫濱市 | 橫濱地判 2006.5.22 | a 撤銷廢止處分 | 駁回(實體) 但宣告違法(情況判決) | 1 肯定廢止條例制定之處分性。托兒所之利用,依「行政處分」。 2、依兒福法第 24 條第 2 |

| | | | | | |
|--|--|--|---------------------|---------------|--|
| | | | | | <p>項，「保護者」有選擇托兒所之法律上利益（與托兒所選擇有關之一定主體地位）；「兒童」有於保護者所選擇特定之托兒所接受保育之法律上利益。</p> <p>3、廢止條例之制定相當於「保育實施之解除」，保護者有「意見陳述等程序上權利」。</p> <p>4、托兒所之廢止委諸「政策性裁量判斷」，不因未得原告同意而違法。</p> <p>5、但裁量非無限制，應「從托兒所設施之性質，基於入所中兒童或保護者上揭利益之尊重，對於廢止之目的、必要性、利用者因此所受不利益之內容、性質、程度」等情形，為合理之綜合考慮。</p> <p>6、基於尊重兒童及保護者之上揭利益，如「未得其同意」，須有「能正當化侵害其利益之合理理由」與「相應補救之替代性措施」。</p> <p>7、本件民營化之目的並無違法，被告已採取相應之替代性措施。但被告與保護者之應對上，被告所設置之三方協議會，未於本件兒童所在之托兒所設置，故其所主張之過渡期間及共同保育期間，並無依據。又無必須於所預定之日實施民營化之特別情況，有裁量逸脫濫用。</p> <p>8、廢止後至判決時已經2年餘，撤銷顯有礙公益。</p> |
| | | | b 國賠請求 (精神上損害賠償) | 一部勝訴(每世帶10萬圓) | <p>1、被告有採取對於兒童權益受最小限度不良影響之措施及基於此訂定民營化實施時期之注意義務。因有上述裁量逸脫濫用，故為違法行為，判示保護者方面勝訴。</p> <p>2、兒童所受精神上影響</p> |

| | | | | | |
|----|---|----------------------------|-------------------------|---------------------------------|--|
| D4 | | 橫濱高裁 2009.1.29 | D3上訴 | 廢棄原判決 D3a駁回（程序） D3b駁回（實體） | 不明，難以定型掌握，駁回其請求。 2、否定廢止條例制定之處分性。 3、廢止委諸設置者之政策裁量，縱未得保護者之同意，亦未構成違法。 |
| E1 | 神戶市托兒所 起訴： 2006.12 廢止預定： 2007.4.1 原告：保護者 兒童 被告：神戶市 | 神戶地決 2007.2.27 （第1次） | 聲請暫時不作為 | 命暫時不得作成廢止處分 | 1、肯定廢止條例制定之處分性。 2、不論托兒所之利用，係依公法上契約或行政處分，「保護者」及「兒童」選擇托兒所之權利（含入所後，於一定期間繼續接受保育實施之地位），均為法律所保障。 3、托兒所之廢止，委諸「政策性裁量判斷」，但應從「廢止之目的、必要性，利用者因此所受不利益之內容、性質、程度」等情事，為合理考慮。 4、本件民間移管之過度期間僅5日（共同保育計畫有問題）。 5、侵害選擇托兒所之法律上利益，依社會通念，僅以金錢賠償為顯不相當。 |
| | 抗告人：神戶市 | 大阪高決 2007.3.27 | E1之抗告（請求廢棄原決定） | 原決定廢棄 | 原廢止條例案已撤回，難認為抗告人有擬制定本件第1次修正案條例之事實。 |
| E2 | 撤回第1次案，重新提案 廢止預定： 2007.7.1 原告：保護者 兒童 被告：神戶市 | 神戶地決 2007.3.23 （第2次） | 聲請暫時不作為 | 駁回（程序） | 審理中廢止條例已制定，無聲請必要。 |
| E3 | 廢止預定： 2007.7.1 原告：保護者 兒童 被告：神戶市 | 神戶地裁 2008.12.16 | 撤銷廢止處分 國賠請求（精神上損害賠償） | 駁回（程序） 其餘請求駁回（實體） | |
| F1 | 川崎市保育園指定管理者 | 橫濱地判 2007.3.9 | 聲請停止執行 | 駁回（程序） | |
| F2 | 移管： 2007.4.1 起訴： 2006.10 原告：保護者 兒童 被告：川崎市 | 東京高決 2007.3.29 | F1之即時抗告 撤銷指定處分 | 駁回（實體） | |
| G1 | 八千代市托 | 千葉地決 | a 聲請停止 | 駁回（程序） | |

| | | | | |
|--|-----------|-----------------------------|--|--|
| 兒所 廢止： 2007.4.1 起訴： 2006.12 原告：保護者 兒童 被告：八千代 市 | 2007.3.29 | 執行 | | |
| | | b 聲請暫時 不作爲 撤銷廢止處 分 | | |

註：

1、地決=地方法院裁定；地判=地方法院判決；高決=高等法院裁定；高判=高等法院判決。駁回（程序）=日文「却下」；駁回（實體）=日文「棄却」。

2、裁判出處：

- A1 賃金と社会保障 1325 號 62 頁。
- A2 賃金と社会保障 1385、1386 合併號 103 頁。
- A3 賃金と社会保障 1438 號 53 頁；判例地方自治 2283 號 35 頁。
- B3 判例地方自治 282 號 74 頁；<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/BE0929FE0E21AB73492570EE00229DD0.pdf>。
- B4 判例地方自治 282 號 55 頁；賃金と社会保障 1423 號 62 頁。
- C3 判例地方自治 280 號 75 頁。
- D2 判例時報 1862 號 151 頁；判例タイムズ 1162 號 150 頁。
- D3 賃金と社会保障 1420 號 39 頁；判例地方自治 284 號 42 頁；<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20060525130611.pdf>。
- D4 <http://www.yomiuri.co.jp/national/news/20090129-OYT1T01039.htm>（讀賣新聞社會版，登入日期：2009 年 2 月 11 日）
- E3 http://kobe.biwagumi3.org/news/hanketsu_seimei08121602.pdf（登入日期：2009 年 2 月 11 日）。