

第一章 序論

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，

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」法学教室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 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。原田尚彦「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。

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爲，部分採取私法之法形式，部分避免採取私法之法形式。後一行爲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。給付行政之概念嗣爲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。但亦有以此爲問題發現之概念，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爲形式論⁶，私人請求行政提供給付之權利，與行政機關所爲決定（通常定性爲行政處分）之關係⁷，究係權利先於決定，或決定先

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『公法學劄記』（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 sozi-alen 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・バッホフ（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。

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

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。

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

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、行政與國民對抗論，認為行政權應受民主性統制，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、作為法律技術之權力論，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

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」阪大法學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。

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。

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，認為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，認為行政（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，侷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制之緩和，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。20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。

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。

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，儘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。人民為行政之相對人而立於對等地位，個人自己決定權之觀念或 NPO 等組織體擴大，以市民自律性公益活動型態廣泛浸入行政體系中，改變古典行政法理論所設定人民為被動之行政客體之印象。人民基於其自律選擇而行動，並非僅止於行政決定之參加，亦主動擔負起作為一部分公共任務主體之角色。

四、行政減量化及效率化，為因應財政赤字昇高之緊急問題，及克服官僚主導之社會經濟構造過程中，行政作用所必要之人力（公務員）、物力（公物）等均屬有限資源，現實上朝行政組織之縮編、業務減量，自經營、治理觀點給予效率化，為必然方向。

綜上所述，向來以行政權統制論為導向之行政法理論，由階層型行政組織及公務員之公權力行使為中心，置重關心行政手法適法、違法之問題。但上述行政法體系之轉型，亦動搖古典意義下國家與社會二分、官民嚴格區別之前提構造。各種準公共主體之組織多樣而大量展開下，於「公」領域與「私」領域之中間領域，所謂「共」領域之形成。行政與國民同質論之行政權統制論與具有法政策論傾向之行政活用論，隨國民與行政權之緊張關係程度不無接近可能¹⁶，再促使行政法學方法論思考模式之革新及理念議題之再開發¹⁷。

¹⁶ 芝池義一，同註13文，60-61頁。

¹⁷ 對此，磯部力教授提出一實驗性思考。亦即，以大都市之治安惡化、新犯罪類型層出之狀況，限於現狀上警力人數、設備及財源等行政資源有限，未必能充足因應。其對策，一為可能採取大幅擴充警察組織之預算及人力，對於素質不良之人

第二節 問題意識

「給付行政」之興起，固然為促成行政法（學）推演及變革之重要動力。但具體而言，對應給付行政活動之範圍、法律特色，從行政法學之立場，傳統行政法理論有何侷限，進而，法理論上產生如何問題，則須進一步闡述。

第一項 行政法學之「給付」概念

行政法學之「給付」概念，形式上如置重於給予私人利益或財產上利益，從行政方面往私人方面移動，則例如許可等依申請之行政處分、採購契約之價金給付、因徵收處分之補償費給付等，均可能涵蓋在內。但依給付行政論之立場，從行政方面往私人方面之財產上利益（財物或勞務）之移動，原則須從「生存照顧」此核心概念界定，其財產上利益提供係以公的資金為基礎，行政責任為後盾。故縱使有財產上利益之移動，暫且非本文所論述範疇，而屬於消極性補助或負擔之部分解除如租稅優惠等，雖可能有生存照顧目的，但不涉及財產上利益移動，亦不與焉。其構成要素，有以下三者¹⁸：

一、基於生存權保障之非對價性給付，社會保障給付即包括在內。理論上，此類給付可能因法律所規定之要件、效果，而影響其請求給付之權利性強弱。且依立法者所選擇之給付構造，是否規定應事前

員加以控管，強化取締之體系，二為亦可能選擇承認警察取締有其限制，故充實對於被害人之行政上救濟制度。固然選擇何策略，有政治上政策判斷之性格，但法律理論上，前者所導致對於市民自由之過大限制，而面臨比例原則之問題，後者則與對於未採取必要防範策略，是否擴大國家補償理論有關。進一步言，再思考第三策略，基於社會構成員對於自身安全，擔負自己責任及自律行動之原則，尚可能考慮由行政整頓民間保全設備市場而令其充分發展，使個人能因應需要而與保全業者締約購入各種安全監控商品，並確保其一定品質。就此策略，行政法理論上如何評價，亦涉及古典公企業理論之「特許」概念、固有「公權力行使」意義之差異等理論問題，同，前揭註15文，61-63頁。

¹⁸ 關於「給付」概念之構成要素，與「規制」概念之相對化及交叉領域，參照原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007年）9-12頁。

支費用，亦影響給付請求權之成立時點。

二、滿足基本日常生活需求，以對價性為前提之給付。例如水電、瓦斯、交通運輸等公企業之給付。通常由法律授權主管機關訂定支付對價之最低標準，並以定型化約款規範給付關係之權利義務。此類給付，雖以契約形式為常見，但行政方面具有強大之交涉力或憑藉公部門資金加以掌控，私人可能為相對人（利用者）或第三人（立於競爭地位之事業），如何開發其統制法理，則為重要課題。

三、誘導相對人行動之給付，以補助金為其典型。此類給付往往與補助目的、條件相連動，故私人之行動或行為自由，亦受補助條件所拘束。雖獲取財產上利益之給付，但相對亦承擔一定行為義務，某程度上未必全然有加乘之效果。

第二項 傳統行政法學理論之界限

傳統行政法理論，一般指一次大戰前，於德國以Otto Mayer為首，於日本以美濃部達吉及承襲其基礎之田中二郎為首所構成之理論¹⁹。傳統理論基本上係以規制行政作用為核心，構想如何控制行政，使行政作用對於人民權利或利益之干涉限於最小且必要之程度。主要特色在於：「自由主義國家行政法」（如採取侵害保留原則、重視消極行政、二面關係等）、「公法與私法二元論」、「行政權優越地位論」及「行政處分核心論」²⁰。對應前述行政法體系之變遷與給付行政活動之興起，傳統行政法理論於法體系或方法論上所呈現之界限，可從以下方面說明：

一、傳統理論所立基之法治國家原則，係追求人民自由權之保護

¹⁹ 劉宗德「日本行政法學之現狀分析」（初出1996年）同『行政法基本原理』（學林、1998年）41-43頁。宮崎良夫「各國行政法・行政法學の動向と特色—西ドイツ—」雄川一郎等編『現代行政法大系 I—現代行政法の課題—』（有斐閣、1983年），247頁以下。賴恆盈『行政法律關係論之研究』（元照、2003年）19頁以下。

²⁰ 劉宗德，前揭註19，41-43頁。

，防禦基本權遭受行政權之不當侵害，最先係取向於憲法上之法律原則。但給付行政活動所根據之社會國家原則，則以實現、保障人民請求國家為給付之權利為目標，與自由權不同，有關社會權之具體內容為何，尚須委諸立法機關與執行法律之行政機關充實，最先係指向立法權，而成為行政及裁判上於法律解釋及裁量行使之指針²¹。對此，向來公權論以G.Jellinek為始而以積極地位（受益權）說明之，但如戰前德國之通說，對於生活保護或救助之給付，認為係法律所規定公益實施結果之反射利益，而不承認其權利性；且縱然O.Bühler所樹立公權論之三原則，其所考慮作為撤銷訴訟之訴權根據之公權，與上述給付請求權亦未必同質²²。因此，從客觀法規如何構成私人對於行政請求給付之主觀權利，即非傳統理論所探究。

二、傳統理論以公私法二元區別為前提，即試圖創造行政法學為有別於民法學之獨立學問體系，將行政法限定為行政所固有之公法，並將私法關係排除於行政法學之在外，且賦予行政所為一定之意思表示具有特殊效力而發展行政處分論，否認以契約形成行政法律關係之可能性，承認公權之特殊性²³。但此種公私法之二元區別，原係將公法要素求諸於行政之權力性（強制、命令），對於採取私法形式而本質上不具有權力性，卻涉及公資源分配等公目的，形式上雖與私人活動同，從其目的或社會性言，未必能與私人活動做相同考慮，與純粹私經濟之國庫活動亦有別之給付行政活動，是否仍以之為私法關係而

²¹ 宮崎良夫，前揭註19，252-253頁。

²² 反映於行政訴訟類型「撤銷訴訟」與「課與義務訴訟」，各自所依據權利基礎之差異—「請求違法公權力侵害之排除權能」與「積極請求發動公權力之主動權能」，前者可從憲法上概括之自由權導出，公權論之三原則未必妥當，但後者則有賴法律之個別創造，一般認為公權論之三原則依然留有適用餘地，參照原田尚彥「行政法における公權論の再検討」（初出1968年）同『訴えの利益』（弘文堂、1973年）31及51-52頁。

²³ 宮崎良夫，前揭註19，253-254頁。

排除於行政法學對象外，或排斥私法規定之適用，即有疑問²⁴。

三、傳統理論對於行政活動之掌握，採取「法律」→「行政處分」→「強制行爲」之三階段構造²⁵。無論係課稅處分（命令）或營業許可（形成）等，均係基於法律之一般、抽象規定，再以行政處分課予人民法律上義務或賦予權利，並爲擔保該行政處分之效果而有強制執行行爲。惟於給付行政活動，此一基本構造未必能予維持。亦即，給付行政活動大多無「法律」根據，活動目的非課予義務或對於法律禁止之解除，亦欠缺「強制執行」行爲之可能，且如係以契約形式之運用，即成爲上述三階段構造之例外。其中，給付行政活動，倘亦承認行政處分形式之運用，如給付決定等之駁回處分，並未考慮以後續強制措施爲前提，此與行政處分之本質屬性是否矛盾，或從其與警察規制之行政處分不同而應以如何意義理解該行政處分形式之本質，檢討行政處分之權力性根據（撤銷訴訟制度之反射效果²⁶，或立法政策上基於合目的性考慮之特殊法律行爲²⁷），立法政策上雖選擇行政處

²⁴ 傳統理論所堅持公私法二元區別之基準或排斥私法規定於行政法律關係之適用，嗣後有提示應輔以新主體說、利益說之修正，或如「行政私法」、「非高權行政」、「公法上管理關係」等概念，以擴大公法範疇。惟公私法二元之區別原有其歷史因素之背景，且具有行政權優越性之思想，具體而言，是否有實定法上依據或解釋論及法體系論之實益（實踐機能），則應檢討。現代行政法學雖未必否定行政法與民法之特殊性或其特有法理，但並不採取公私法二元論之構成；關此，德國學說有主張共通法論（宮崎良夫，前揭註19，254-255頁），或日本學說有主張應探討個別行政領域所具有個別法原理之方法，或建構實體公法之內容（如開發行政、公害行政中行政主體之環境照顧義務，資金交付活動之恣意贈與禁止原則等），參照高橋滋「実体公法の復権論によせて—公法私法論争史研究への覚書き—」兼子仁等編『行政法学の現状分析』（勁草書房、1991年）73-79頁。

²⁵ 藤田宙靖『行政法I（総論）』（青林書院、2003年）20-23頁。

²⁶ 塩野宏「行政における権力性」（初出1980年）同前揭註3書，279及281-282頁。

²⁷ 原田尚彦「行政行為の『権力性』について」（初出1969年）同前揭註22書，114頁。

分形式，但實質上亦不否認導入契約法理²⁸等問題，促使傳統行政處分（權力性）論之再釐清²⁹。

四、傳統理論對於行政之主體，採取「行政主體」與「私人」，二元思考，涉及行政之法律關係即區分為「內部關係」與「外部關係」，以此確立對抗國家（行政）以保護國民權利、利益之法理論³⁰。但從給付行政所擔負之「社會管理機能」，行政非僅以官廳型之行政組織，而係經由民間事業團體或利害關係相同者所組成之團體（機能性之行政組織或非定型之行政組織），從事日常生活所必須之財貨供給，各種型態之法主體參與其中，亦屬可能³¹。例如因社會保險而於同業團體間所形成之共濟組合，或由民間參與之救助事業，私人協力遂行公共任務所需資金而提供融資之金融機關等。傳統理論所掌握之「行政」與「私人」二元、對立思考，未必能因應給付行政所擔負之社會管理機能。

五、傳統理論之方法上，係以行政處分概念作為決定過程之終結點，並未考察達成其決定之過程，即重視適法性控制而輕忽形成過程之合理性，且係採取定點、局部之靜態考察，未能觀照前後權利義務關係之變化及關聯性，亦即，該過程中行政之各行為與私人行為間、行政之行為與私人權利之關聯性，欠缺空間、時間次元之掌握³²。然

²⁸ 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）51頁。

²⁹ 村上順「行政法一般理論と行政行為の權力性—兼子教授の手続法的公法学の観点から—」兼子仁等編『手続法的行政法の理論』（勁草書房、1995年）50頁以下。

³⁰ 藤田宙靖，前掲註25書，15-16頁。

³¹ 「社會管理機能」為遠藤博也教授所提出，氏認為行政並非國家作用之一，而係擔負社會管理機能者之一，且非由其獨占，同『行政法II（各論）』（青林書院、1977年）8頁以及79-84頁。

³² 相關整理，李震山『行政法導論』（三民、6版、2005年）237-238頁。賴恆盈，前掲註19書，58頁以下。

相對於給付行政活動所具有雙務性、繼續性、重視目的性、給付對象之個別特性，傳統理論之方法上，以行政處分概念為核心，集中於其法律效果之分析，即易流於片斷、局部，而難以充分解析現代給付行政之法現象³³。

第三項 現代給付行政之特色及問題題

規範前揭「給付」概念之行政法，為現代行政法體系之典型³⁴。由此，可整理現代給付行政所共通之法律特色及法理論上之問題。

一、有限資源分配

無論財物、勞務或設施利用，包括各種補助金或損失補貼、融資貸款或保證、健保給付或社會救助、國民住宅出售或福利服務等公共設施之利用等，均涉及國家資源之分配。其所需財源，或全部來自國民納稅，或由受益者繳付費用，國家部分負擔，但給付數量有其限度，給付對象及條件均可能因不同行政目的而有限制。此與私法上贈與、借貸或買賣可由權利人自由處分之性質不同，因來自國民之稅金，自行政作為供給者之立場，資源分配應重在實現公共性並符合公平性、效率性及經濟性之要求，因此有如何監督及評鑑之問題³⁵。對於眾多之利用者或受給者，往往基於預算、經費有限為由，給予給付對象、條件多所限制，爭取受給資格互為競爭，符合受給資格卻供給不足等情形亦有之，進而滋生「分配正義」及「參與分配請求權」之問題

³³ 劉宗德，前揭註19文，43頁。

³⁴ 大橋洋一『行政法 第2版』（有斐閣、2004年）9-11頁，氏指出規律給付活動之行政法，相對於近代行政法之防禦權體系，為「給付請求權體系」之現代型行政法，相對於以交換關係、給付均衡為前提之民事法，則為「所得重分配體系」之法。

³⁵ 阿部泰隆「基本科目としての行政法・行政救済法の意義（二）」自治研究77卷4號（2001年）14頁以下。

二、規範狀況多樣

由於侵害保留說之影響，或考慮現實上因應社會需求之多樣性，為賦予行政能應變之機動性等原因，立法實務上，對於給付行政作用之法規範（如給付範圍、權限機關、程序及給付方法），較不要求以經國會立法程序通過之法律為根據，法律保留原則之拘束較為寬鬆。即使法律有所根據，亦多止於目標或任務之指示，仍待行政自行訂定規範補充之³⁷，或全無法律根據而直接由主管機關自訂規範³⁸，通常採取例如：輔導計畫、紓困方案、利用規則、補助獎勵辦法或作業要

³⁶ 例如德國學者Martin Bullinger即基於分配正義之要求，主張行政處分為適合於給付行政作用之行為形式，塩野宏，前揭註7文，289頁。另「參與分配請求權」源於德國1960年代，因邦之大學法有入學人數一定限制之規定，以研究場所不足及順位為理由，對於申請志願進入大學進修作成拒絕許可處分，於不服該拒絕處分之行政訴訟中，行政法院停止訴訟程序請求憲法法院違憲審查，憲法法院以平等原則或社會國家原理結合基本法第12條第1項職業教育設施選擇之自由權而導出，寺田友子「職業教育施設選択の自由權と配分請求權—Numerus clausus判決—」法學雜誌23卷1號（1976年）147頁以下。

³⁷ 例如，我國促進產業升級條例第22條之1：「為提升技術，加強研究發展，促進產業升級，各中央目的事業主管機關得以補助方式，推動產業技術研究發展計畫。前項補助之適用範圍、核定機關、申請程序、審核標準及其他相關事項，由各中央目的事業主管機關定之」。老人福利法第4條：「各級政府及老人福利機構應各本職掌或宗旨，對老人提供服務及福利。各級政府得以委託興建、撥款補助、興建設施委託經營、委託服務或其他方式，獎助民間對老人提供服務及福利。前項獎助辦法，由各級政府定之」。身心障礙者保護法第29條：「勞工主管機關應視身心障礙者需要提供職業重建、創業貸款及就業所需輔助器具等相關經費補助。前項職業重建係指職業訓練、職業輔導評量、就業服務、追蹤及輔導再就業等。第一項之職業重建、創業貸款及就業所需輔助器具等相關補助辦法，由中央勞工主管機關定之」。但並非全無以法律就其給付對象、要件及程序等為詳細規定者，此常見於社會保險有關之法領域。

³⁸ 例如我國教育部補助留學生就學貸款辦法、內政部推展社會福利補助作業要點中低收入家庭幼童托教補助實施計畫、失能老人及身心障礙者補助使用居家服務計畫、加強老人安養服務方案。

點等形式。此等現實上作為給付作用根據各種形式之法規範，其性質及效力如何，攸關法律保留原則之適用範圍，行為形式之選擇及解釋，給付請求權之成立等問題。另一方面，法律保留原則之緩和或容許以預算已足之規範狀態，關於分配之規律，無須經由議會程序之各方利益折衝，得委由行政方面依其職權決定，亦不無使包括社會福利等涉及資源分配之行政活動，淪為政治選舉時作為贏取選票方式之疑慮，未必符合分配正義；對此，分配欠缺準則或原理而任憑政治或選票決定之狀況，其控制方法，學理上有提出給付目的由法律確定之理論。

三、廣泛行政裁量

給付行政作用縱使有法律根據，但立法者對於給付要件使用不確定法律概念，或給付項目、方式及標準等事項授權行政機關訂定之，亦為常見。關於行政機關之基準設定行為，以及依其設定所為構成要件解釋、法律效果選擇之給付決定，均有司法審查之界限、範圍及密度問題。例如社會保障給付中，我國社會救助法對於低收入戶給予生活扶助，原則上以現金方式為之。但所謂「低收入戶」指家庭平均總收入每人每月在最低生活費以下，且家庭財產未超過一金額者，關於最低生活費及家庭財產之額度，授權主管機關訂定審查基準（第4條）。而低收入戶之醫療補助，其給付項目、方式及標準，亦授權主管機關訂之（第19條）。對此有關低收入戶之要件規定，是否符合社會救助法之立法目的，甚至憲法生存權保障之意旨，涉及行政立法（基準設定行為）之裁量問題³⁹。具體個案以受給付者為對象所為之給

³⁹ 日本1967年5月24日朝日訴訟（民集21卷5號1043頁），即為爭執厚生大臣所訂定生活保護基準是否符合憲法第25條規定（倘為違憲，該案被告機關所為廢止生活扶助費之行政處分，亦構成違法），基準設定係羈束行為或裁量行為之問題。就此，最高法院採取抽象權利說，並提示合憲之設定基準行為所應考慮之要素，包括國民所得、財政狀態、國民一般生活水準、城鄉生活差距、低所得者之生活程度及其占全國人口比例、一般國民感情對於受保護者之生活較未受保護者之生活為優遇或認有不當以及預算分配狀況等，但所揭示之要素是否合理，有無優先順位，仍須檢討，河野正輝「生存權と生活保護基準」佐藤進等編『社会保障判例百選〔3版〕』（有斐閣、1990年）4-5頁。

付決定，依法律規定之形式，對該給付決定之性質，係發生受給付者之給付請求權同時伴隨受監督義務之「形成」行為，或對於受給資格因法律已有明確規定，僅為防止給付主體與給付對象間之紛爭以擔保給付確實性之「確定」行為，法解釋上，二者是否均有行政裁量，就行政處分概念之釐清，則有再探討之必要⁴⁰。

無法律根據而由行政機關依職權訂定，關於給付補助金等金錢或物品之給付規則，廣義而言，亦屬裁量基準之性質⁴¹。傳統理論認為行政規則不具有「法規」性，通常援用行政自我拘束原則而承認外部效力，使其作為給付請求權之基礎。但如所訂定給付要件過嚴或額度過低，針對個別受保障事由以及情形不同之對象（主要為社會救助），僅依給付規則所定，不足以維持受保障者之一般生活水準，應否仍基於行政自我拘束原則及平等原則而一律貫徹⁴²；而補助金之場合，給付要件排除特定對象或額度超過，基於「國家贈與禁止」原則（Der Staat darf nichts verschenken），有無侵害第三人之競爭自由⁴³。

⁴⁰ 如行政機關以公權力就特定事實或法律關係之存否作判斷表示而為具有確定機能之行政處分，即在確定法律關係或地位其存續或權利行使之基礎，因著眼於法律要件之認定，具有嚴格羈束行為之性質，並無裁量問題；反之，形成行為則多具有裁量餘地，參照原田尚彥『行政法要論（全訂3版）』（學陽書房、1995年）148頁；成田賴明「行政法の側面からみた社会保障法（上）」ジュリスト298號（1964年）22頁以下。

⁴¹ 塩野宏『行政法II（第4版）』（有斐閣、2006年）96頁。

⁴² 德國社會法之「個別化原則」，對於社會保障給付之內容，固然承認給付主體於一定範圍內，就給付種類及程度有選擇裁量之餘地，但仍須考量保障對象之個別情況及需求，並非要求應嚴格遵守其裁量規則。從而，行政規則僅具有片面拘束力，保障對象得以其依據規則所計算之扶助費不足以滿足生活基本需求，請求給付主體不得有較依該基準計算為低之給付。於此情形，無非修正原本由行政自我拘束原則導出給付請求權之法理，行政法學如何說明，亦成問題，又坂常人「社会保障受給権と行政裁量の關係についての若干考察（二）」自治研究58卷11號（1982年）141頁。

⁴³ 此係從給付同時亦含有侵害之雙重性格言，對於第三人防禦權方面之裁量統制，傳統之平等原則、比例原則有其界限，故學者有主張以公共性原理、經濟性和節

前者為受益權面向，後者為防禦權面向，關於行政裁量之統制問題，各有其特殊性。

四、運用民法技術

國家與市民社會二元論下，生活必需財之提供，全憑市民社會之自律，各盡所能，各取所需，權利義務關係則由民法法典所定型（主要為契約）。其法律關係通常具有繼續性、相互性，可能隨時間發展狀況變動而有調整必要。關於生活必需財之提充，原本即可由私人為之，但人口增加及都市化結果，使個人與其生活財相分離，轉而依賴國家（公行政）介入分配。公行政介入所建立之給付體系，本質上雖未脫離民法技術之原理，卻因需求及目的不同，行政活動之法形式呈現多樣性。例如：公物或公共設施之利用（使用借貸契約）、資金補助（贈與契約、消費借貸契約、保證契約）、年金或醫療等社會保險（保險契約），仍具有原本民事法律關係之特色。但給付主體由私人轉為公行政，從國家分配供給之意義言，運用民法技術之結果，行政所為之意思表示應否賦予特殊之法律效果，其所及法律關係之成立、變更及消滅，是否不同於民事法原理而為特殊處理，有必要個別檢討⁴⁴。

五、給付對價關係

上述民法技術之運用中，財貨、勞務或設施等之提供，利用者應否支付費用，所支付費用與行政給付間是否有對價性，亦即有償或無償，在各種給付作用中，未盡相同⁴⁵。例如：水電瓦斯、鐵公路運輸

約性原則補充之，高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、1990年）170頁以下。

⁴⁴ 例如給付行政作用構造之基本態樣中，有須先由行政做成給付決定，始有請求給付之權利，亦有不以先做成給付決定之情形，該給付決定為行政處分或契約締結行為，解釋上常成為問題，小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）235-237頁。

⁴⁵ 宇賀克也『行政法概說I—行政法總論』（有斐閣、2004年）95-96頁。

、劇院或博物館等為有償，公園、圖書館等之利用，原則為無償；補助私人企業從事新技術研發，雖似無償贈與，但通常附加特別負擔（如完成符合一定條件之技術研發，且其智慧財產權歸屬國家）；又如對於生活陷於困難之人提供社會救助，並無對價，但以一般國民為對象之經濟或健康等生活保障，則強制繳納依一定公式所計算之費用。以對價性有無之觀點考察給付行政作用，則有行政內部之成本盈虧計算，可否因利用者未支付對價而拒絕給付或解除契約，對於行為形式（給付決定之行政處分性）及請求權成立時點有何影響等問題⁴⁶。

六、公私任務分擔

政府組織業務日益龐大，預算赤字難以削減，加以行政效率不彰等背景下，公私任務分擔、運用民間活力、中央與地方權限調整等方向，為近來行政改革之重要議題。給付行政活動中，就財貨、勞務或設施等之提供，性質上原本適合於私領域，運用民間創意及競爭力，給付作用以公私協力或由私人中介之方式提供給付，乃常見手法⁴⁷。例如：公共設施之興建、管理及營運，行政與民間締結契約，行政提供稅制優惠、協助取得土地，民間提供資金、技術及經營能力；政府鼓勵發展新興產業，協調民間銀行提供低利貸款，利息由政府補助；委託民間福利服務機構提供老人安養、托兒服務。再者，由於福利服務等活動與一般國民生活切身相關，其行政事務未必適合由中央集權，包括給付基準等規範制定權，即下放地方政府或作為其自治事務

⁴⁶ 例如以市場交換為基礎之對價性觀念，即使利用者須支付一定費用，但是否承認此與給付之間存有對價或有償關係，於社會保障法未必一貫。此點主要於社會保險法就若干特殊情形，有免除保險費負擔，仍提供保險給付者，法理上如何解釋保險費支出與保險給付之關係，參照我國大法官釋字第472（無力繳納保費者）、568（投保單位積欠保費及滯納金）號解釋理由及不同意見書，關此問題之憲法探討，謝子凡『社會保險對價規範合憲性之研究』（台北大學法學系碩士論文、2004年）57頁以下。行政法問題，則為立法論及解釋論上，是否構成選擇契約形式或行政處分形式，給付請求權成立以客觀保障事由之事實發生，或須行政決定作成後始發生之基準。

⁴⁷ 宇賀克也，前揭註45書，97-98頁。

。此種行政業務之民間化、契約化及分權化，使給付活動成爲行政（中央與地方）、民間業者以及利用者相互間之法律關係，亦趨多元，更增生如何於民間事業之事務執行上亦應貫徹行政責任，以及面對多方給付主體利用者之權利保障問題⁴⁸。

第三節 研究方向

第一項 行為形式論之再探討

從前述問題意識觀之，傳統行政法學以侵害行政、公私法二元區別論、行政處分爲中心之三階段模型、行政與私人二元思考等前提，因應給付行政活動之特色及問題而有其界限，法體系如何解構重整，方法論如何對應問題，成爲現代行政法學之重要課題⁴⁹。其中，以行政爲中心之行為形式論，仍爲現代行政法學體系之核心概念。亦即，係從行政之行為出發，將極爲多樣之行政活動現象，就其要件、效果、程序及組織收斂於特定型態中，作爲行政活動之基本單位及典型結合型態，具有提高行政法體系安定性等功能⁵⁰。但對於行政行為形式之定位，則從行政過程之觀點，除法律行為形式外，亦將非正式之行政上行為納入法概念，且以行政之活動視爲各自行為形式之連鎖加以掌握，從中考察其行為所波及多數當事人而產生利害關係之法律問題。一般整理成：具有直接法效果之行為形式（法規命令、行政規則、行政處分及行政契約）與不具有直接法效果之行為形式（行政指導）

⁴⁸ 亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究65號（2003年）192頁以下。

⁴⁹ 對於傳統理論之批判，大別為三方向之見解：(1)對於強調公法與私法區別為前提所產生公法原理與私法原理異質性之批判。(2)具體檢討行政法之公益、公共性之具體意義，以求確保行政法解釋之妥當性。(3)從行政過程論之立場，或法律關係說之立場之批判。日本及德國之議論，參照宮崎良夫「行政法關係における参加・協働・防御—日本とドイツの行政法學說—」前掲註29，71頁以下。

⁵⁰ 大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」公法研究65號（2003年）85頁。

，以及均可能歸屬於前二者之行爲形式（行政計畫），立法上亦廣泛納入行政程序法規範而法典化。惟維持以行政行爲形式論爲核心之觀點，雖朝型式化、精緻化各個型式化及未型式化之行政行爲概念著手，但從現代給付行政活動之特色觀之，仍存在持續再探討之契機。

（一）給付行政與民事法之親近

給付行政活動之興起，因具有無法律根據、運用民法上法律技術等特徵，使其法律關係呈現繼續、協力、雙務等特性而不同於權力關係，傳統理論觀點未必能予掌握。對此，戰前行政訴訟制度採列舉主義或以行政處分爲中心，行政機關同意或拒絕人民請求給付或締約之決定，往往抗辯其爲民事事件或締約自由範疇，排斥行政法院審理或公法原理適用之主張，有「行政遁入私法」之疑慮。德、日等大陸型行政法系，基於公私法二元之前提，理先建構將此等行政活動公行政化或公法化之基礎，如生存照顧、公法上管理關係論、行政私法論等；對其法形式之歸屬，則有二階段論、形式的行政處分論、行政契約論等學理構成⁵¹。再者，隨著給付關係中，給付之確定、提供及使用等階段，伴隨諸多附隨義務，故進一步有提出應基於給付行政法律關係所具有之給付繼續性、重視當事人間之協力及信賴之特殊性，亦有提倡參照民法債權、債務法理，發展公法上債權債務法體系，並因應不同給付法律關係之類型而給予適當補充⁵²。

（二）公私協力秩序之形成

如前揭所述，行政與國民同質性、公私機能分擔等理念，促使國家與社會二分、官民嚴格區別之前提構造動搖，「公」領域與「私」領域之中間領域，所謂「共」領域之形成。亦即，90年代之後，隨規制緩和（解除管制）及公行政任務之民營化，所謂「公私協力」現象興起而漸次普遍。對其概念界定，因各學問領域之研究重點不同而

⁵¹ 村上武則，前揭註10書，3頁以下。

⁵² 村上武則，前揭註10書，86頁以下。

異，並非明確，法律學方面，分別自民法學與行政法學，各自探討公法與私法領域之交錯及協力關係⁵³。依日本行政法學者之分析，區分：「利益次元之私法與公法協力」及「主體次元之私法與公法協力」⁵⁴。前者，探討公法規範所保護法益與私法規範所保護法益之關係，以私人就關涉自身特定利益有主張之權利為前提，公法規範與私法規範有重疊適用、調節衝突、協同適用（衡量過程）之關係。後者，關於主體面之協力來自二方向要求：(1)對於行政縮小或後退其介入之任務領域，行政請求私法上主體或NPO等組織承受、受託或替代之。(2)對於行政任務領域，私法上主體或NPO等組織自發性之積極介入、參加或發言。後者設定問題及分析角度，尚分別由「事業之協力」（公主體為安定供給財物或勞務，其制度如何形成，私主體如何程度及態樣作為供給主體而活動）與「決定之協力」（為擔保關於各利益衡量或財物分配之決定能適法、正當，應設定如何之法構造）切入⁵⁵。對此，行政任務之私化或私人對於行政任務之參加，公法與私法之關係由相互排斥、相互參照至相互補充，無法明確歸類為公法或私法，社會法、消費者保護法、經濟法等新興法秩序及體系形成，民事法與行政法之交錯、組合等趨勢，均擴大行政行為形式論之考察角度，亦展現全新課題⁵⁶。

⁵³ 2006年日本法社會學年會即以此為主題研討，相關問題，原田純孝「法企画の趣旨と問題の提示（全体シンポジウム 現代における私法・公法の〈協働〉）」，而日本法上，日文「協働」一詞，出現於1990年代後半地方公共團體之自治基本條例，參照名和田是彦「『協働』・『新しい公共』・『市民社会』--『協働』をめぐる言説分析」，分別收於法社会学66號（2007年）1及54頁以下。

⁵⁴ 山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」法社会学66號（2007年）21頁以下。

⁵⁵ 山本隆司，前揭註54文，30-32頁。

⁵⁶ 指出公私協力概念之明確化，於行政法總論之定位及具體內容，為今後行政法理論之重要方向，芝池義一，註13文，60頁。行政法學因「協力國家」（或稱「合作國家」）所顯示之現象型態而受特別挑戰，E.Schmidt-Abmann著/太田匡彦等譯『行政法理論の基礎と課題—秩序づけ理念としての行政法總論（Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrecht

第二項 法律關係論之補充

法律關係論係強調二個以上法律主體間，基於具體事實所產生，以行政法規之關係為出發點，法學方法上重視動態過程、時間繼續性及多方利益之狀態，為 80 年代以後行政學方法論之有力思潮。相較於民法係以法律關係作為前導概念，傳統上公法係以控制公權力之行使為核心課題，集中於行為形式與補償問題之構成，而民法則以權利為中心建立其法體系，但公法上，通常公權力主體之義務未必能與請求權相對應，「法律關係」概念於行政法學方法論上，即處於難以解明之狀況。以行政法律關係作為行政法學核心之基礎概念，其理論體系尚有不同構成⁵⁷。但是否全盤排斥行政處分概念，或揚棄既有行政之行為形式論，並非明確，且其方法、體系如何建構等論述，尚屬抽象。惟理論之出發點，反省向來對於具體實體法律關係之問題解決，偏重以行政處分抽象概念解決之片面思考，勿寧應重視社會生活現象之整體構造，權利義務之關聯性及多面利益關係之個別分析及動態考察，於法解釋學、作為問題發現之認識方法或法政策之建議上，具有積極意義⁵⁸。依目前學理發展，大致認為法律關係論並非在替換行為形式論，亦非二者擇一，而係立於相互補充之關係⁵⁹。

lichen Systeme-bildung)』(東京大学出版会、2006年)176頁。以「協力」作為新興之行為形式，村上武則「憲法原理と行政法理論体系」公法研究67號(2005年)86頁。

⁵⁷ 村上武則，前揭註10書，88頁以下。賴恆盈，前揭註19書，101頁以下。張錕盛「行政法學另一種典範之期待：法律關係論」月旦法學雜誌121號(2005年)54頁以下。

⁵⁸ 張錕盛「法律關係理論作為行政法體系革新的動力」翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文編輯委員會『當代公法新論(中)』(2002年、元照)66頁以下。

⁵⁹ 「法律關係論」之提出，對於行為形式論是否揚棄或應占其如何位置，並未明確，但大多主張行政行為形式論與法律關係論具有相互補充之機能，E.Schimdt-Abmann著/太田匡彦等譯，前揭註56書，301頁。村上武則，前揭註56文，83頁。賴恆盈，前揭註19書，93頁。

傳統行政法學所認以行政處分設定法律關係，重於瞬間時點之考察，依據法律關係論，尚非將其概念自行政法領域捨棄，而係從原本所占之核心地位，自行政與私人對等之權利義務關係角度，給予適當定位。例如，行政立法、行政處分及行政契約，屬於具有規律性、法效性之行為，向來定位為行政之法律行為。其核心問題，為各法形式違反上位階法規範之瑕疵效果。傳統探討行政之法律行為，過於強調與民事法律行為或法院判決之既判力作類比，尤其重視行政處分之特殊性。但從法律關係論之觀點，行政處分具有於時間之制約中，具有將各種利益與資訊複雜交錯之社會狀況，給予合理排序，藉由階段化、分節化而發揮法明確性及安定性之功能。故有關行政處分之規律力、拘束力，其內容、範圍等之解釋及制度化應更加細膩，且與其他行政上法律行為，同時受有民事法上規律時，採取組合或複合式考察，亦有必要。從而，應自體系性或法秩序之觀點，重視以法律行為規律之「複合構造」。包括：(1)法律行為之時間連續性，如計畫與個別行政決定、部分許可、暫時性行政處分與最終行政處分、分散之行政處分（如建築許可與違反改善命令）。(2)內容面之重疊性，如補助金交付、政府採購等之二階段說。(3)主體面之協力或合作，如行政之法形式與民事法、民事訴訟法規之交錯（如委託行使公權力、特許制度）等⁶⁰。

第三項 以社會保障給付為題材

從發展各個行政領域所獨自之行為形式論而言⁶¹，給付行政領域之行為形式，處於公法秩序與私法秩序交錯下，呈現其多樣性。公私協力之現象，以私人或私法組織作為實施主體時，給付對象之決定與給付內容之實施，於「給付主體」、「服務實施主體」與「受給者或利用者」三者間，因應給付對象之各種需求、服務實施主體之給付能力，使其各自間法律關係呈現繼續、互動及個性化之特徵。給付行政法

⁶⁰ 山本隆司「開かれた法治国—行政法總論の基本概念の再検討」公法研究65號（2003年）164頁以下。

⁶¹ 大橋洋一，前掲註50文，85-86頁，即提倡各行政領域間行為形式論之參照學習。

之構造，無論法律形式或行爲形式，亦以複數型態之結合、連鎖，或與民事法之多樣組合型態呈現⁶²。依此，行爲形式論之再探討，從給付行政領域出發，提供發現問題之適當題材。

學理發展上，E.Forsthoff於 1938 年「作為給付主體之行政」一文中，舉德國當時「能源經濟法」及「陸路人員運輸法」爲例，初次對於個別給付行政活動有所定位，著重公用事業之組織及其法形式探討。又因應戰後經濟補助活動盛行，「行政遁入私法」之現象，依公法法理之規律尙未完備等狀況，德國學者H.Ipsen於 1951 年提出「二階段論」，爲基於多重法律關係複雜化之現實考察。而E.Forsthoff所主張之「生存照顧」概念，雖然涵蓋社會保險，但卻排除社會救助在外，被評價爲傾向由上而下監護式之生存照顧，並未於權利性構成上與國民之社會權相連結⁶³。故儘管德國社會保障立法早於 19 世紀即已萌芽，但給付行政中佔據核心位置之社會保障行政，受限於O.Mayer行政法理論以侵害行政爲中心、特別權力關係論之影響、生存權之權利性未確立等背景，行政法理論對於社會保障制度之浸透及發展，則尙待開發⁶⁴。

論文之目的，在整理既有學理發展成果，提出給付行政法理論之基本輪廓，以社會保障給付爲分析題材，明確化給付行政之行爲形式與法律關係特徵，並從行政法理論之說明，評估給付行政法學未來發展可能之法體系論⁶⁵。從前節第二項所述，現代給付行政之特色及問

⁶² 大橋洋一，註34書，70及255頁以下。

⁶³ 高田敏「ドイツ的給付行政論の問題性—福祉と治安」（初出1969年）同『社會法治國の構成—人權変容と行政の現代化—』（信山社、1993年）211頁以下。

⁶⁴ 二次大戰前，行政法學主要將社會保障作為營造物論述其利用關係，日本則多以公企業概念取代之，田中二郎『行政法 上卷 全訂第二版』（弘文堂、1974年）115頁；山內一夫「營造物とその利用關係」田中二郎等編『行政法講座 第6卷』（有斐閣、1966年）149頁以下。戰後理論變化及社會保障行政之特徵，宮崎良夫「社會保障行政と行政法課題」社會保障学会誌10号（1995年）14頁以下。

⁶⁵ 我國學者有以社會行政爲題材探討，合作國家下行政法總論之改革問題，但著重

題，先指出研究方向：

（一）社會保障給付受給權之成立與否，立法設計上繫諸行政機關之意思決定或要件事實之認定，倘將其理解為學理上之「行政處分」，則行政所為是否給付、如何給付之決定，對於利用者給付請求權（成立、消滅）之影響，向來關於行政處分之瑕疵論、附款論、裁量論是否全盤適用。進一步言，社會保障制度所運用，包括：協談、調查、指導、指示、資格認定、給付之決定、福利服務、保護委託等各種活動形式之多樣性，亦要求「行政處分」概念之再構成⁶⁶。

（二）因應給付型態之多樣化發展，一律以「定點」、「片斷」之行政處分形式規範給付關係，是否妥當。給付任務之民間化，契約於多面法律關係，與行政處分以不同組合方式出現。對此，採取上述擴充行政行為形式論之立場，於給付行政之決定及執行階段，透過私人主體參與、協力而與主要由公的主體做成給付決定之程序分節化，尤其見諸社會保障（福祉）之給付活動⁶⁷。再者，行政處分與契約之區別相對化，於給付關係二者之關係如何配置，契約法理與行政處分法理交錯，關於契約形式於行政法學所特有之法理如何再深化。

第四節 論文架構

於給付實施主體之地位（創設「公私夥伴身分」概念）所引申抽象之整體法律地位，張桐銳「行政法與合作國家」月旦法學雜誌121號（2005年）31頁以下。

⁶⁶ 宮崎良夫「社會保障行政と權利保護」（初出1984年）同『行政争訟と行政法学〔増補版〕』（弘文堂、2004年）324頁。成田頼明「行政法の側面からみた社会保障法（上）（下）」ジュリスト298號（1964年）25頁，302號（1964年）22頁以下。又如，日本生活保護法第27及63條所規定，保護之實施機關對於未遵從指導或指示者，得做成變更或解除（廢止）保護處分，從社工個案工作之援助過程觀點，解釋該指導或指示之法律性質，太田匡彦「生活保護法27条に関する一考察—『行政の行為の行為形式特定』に関する一例として」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の發展と変革 下卷』（有斐閣、2001年）597頁以下。

⁶⁷ 以日本福祉給付於決定及執行階段之公私協力為例，山本隆司「日本における公私協働」稻葉馨等編『行政法の思考様式』（青林書院、2008年）187-189頁。

論文於第一章序論之後，分爲六章。問題意識上，從給付行政法之立場，再探討行政之行爲形式理論，以法律行爲性質之「行政處分」與「契約」形式之運用爲核心。而公私機能分擔、責任共有之理念，民間爲行政任務之分擔主體，行政法體系亦朝此方向變革，對於行爲形式論有如何影響。論文之構想爲，從現代行政法學方法論所獲得之考察角度，以各社會保障制度之給付型態及規律構造爲基礎，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，並考慮供給主體多元化之給付關係之狀況。分析順序，先從我國法社會保障給付作用之法律構造（實定法、裁判例）設定課題，次以日本法爲比較法，整理日本行政法或行政法學對於所設定課題之回應。最後，從前揭行政領域之議論，發現、汲取構想現代給付行政法學方法論（以行爲形式與法律關係爲主軸）之線索，並展望對應給付行政法之特色，建立其法體系之可能。

第二、三章爲給付行政法基本理論之整理，主要探求給付行政法之特色、方法論之定位，並提出該領域於行政法總論應再深入之課題。第三至五章，以社會保障給付爲對象，具體檢視我國法及日本法實定法之給付構造及問題。申言之：

（一）第二章以給付行政之概念爲出發點，回顧給付行政之理論發展、概念要素及學說評價（界限），並探討給付國家觀於憲法基本權論之影響，給付行政概念之現代機能及於行政法學方法論之定位。

（二）第三章對照傳統 O.Mayer 行政法學，說明給付行政論刺激行政法基礎理論之變革。分別就行政法學之重要課題，探討理論再深化發展之可能性。

（三）第四章調查我國各社會保障給付之法律構造，從行政法院裁判實務，擷取具有行政法理論意義之爭議及裁判見解。從「主體」與「法律關係」，「權利」與「行爲形式」整理出給付關係之多元性，並設定課題。

（四）第五章從「憲法—法律—法規命令及行政規則—要保障事

故（法定要件事實）－給付決定－給付實施」之角度，法規範、行政之行為形式，對應社會保障給付請求權之成立，其關係未必明確。究竟係權利先於行政決定，或行政決定先於權利，該給付構造之差異如何整理類型化，行政法設定如何概念給予解答，有探討必要。本章從日本法，採取與前章我國法檢討之同等比重，分析該國各社會保障之給付構造，對於所呈現之構造差異，進而從「主體」與「法律關係」，「權利」與「行政決定」之角度，探求類型化之可能，並分析行政法基礎理論對此差異構造之因應及其問題。

（五）第六章以福利服務為對象，主要在於其給付之特殊性，第三人中介與契約形式之運用所帶來法律關係之多面性，可與第五章從不同角度之分析。而以日本法為對象，係因該國 90 年代以後之福利服務供給體制，所謂「契約化」、「市場化」及「營利化」之轉型，提供分析「給付主體－服務實施主體－受給者」三者給付關係之適當題材。其特徵之一，為給付實施之民間介入，相對使權利義務關係民事化。受給者與實施者間之服務供給契約，向來認為民事契約，但給付過程亦介有要照護性之認定等行政處分存在，二者之關係如何定位。我國福利服務之給付構造，多基於法律概括授權地方政府依其事務權限訂定相關規範，以行政計畫或替代法律之給付規則訂定，類似構造之運用，並非少例。惟此一未實定法化之普遍狀況，社會保障之權利性自然薄弱，則淪為恩惠性給付之對待處理，非無可能。因此，福利服務給付體系之應有方向，體系轉型所面臨之問題，行政法學對應之課題，以日本法為比較法檢討，亦有政策實施手法之參考價值。

第七章結論，從我國法及日本法分析社會保障給付之規律構造，就中所獲取之線索，對於給付行政法作為中間行政法，或行政法總論一般化之「第三平面」，以行為形式與法律關係為中心，提供可能之發展方向。