

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

國家從事給付或以福利、服務為目的之活動，於Otto Mayer之前，德國已有學者使用「照顧」(Pflege)及「國家照顧」(Staatpflege)之名詞，而19世紀後半，俾斯麥一系列之社會保險立法，早眾所週知¹。但各種社會立法，有其政治上壓制社會主義反對運動之意圖(被形容為「糖果與皮鞭」)，不脫警察國家或作為治安對策之色彩。此時，市民自由法治國家理念及國家與社會分離之前提下，學理上對於行政活動，採取「高權行政」與「國庫行政」二分法。前者以國家作為公權力主體，其介入自律之市民社會，涉及人民自由及財產權之侵害，應嚴守法律保留原則；後者則以國庫角色擬制為獨立之法人格而作為財產權主體，應受普通法院所管轄²。

至19世紀末，非侵害或非權力之高權行政活動，漸漸盛行。O.Mayer行政法理論已考慮此一現象，並形容國家為基於持續性公共任務之目的，結合人及物的手段之「大企業」。其理論構成上，基於「營造物」=「特別權力關係(營造物權力)」，嘗試對此範圍之活動予以公行政化而定性為公法關係³。有關行政處分意義之說明，則認為行政與法官等價，行政處分與判決有相同本質，將民事判決之效力轉移至行政處分，如無特別限制，行政處分本身即可發生法效力(即

¹ 陳新民「行政法之任務—彼德巴杜拉的『自由主義的法治國與社會法治國中的行政法』」(初出1992年)同『公法學劄記』(新學林、3版、2005年)55-107頁。

² 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。

³ 對此，氏認為營造物利用關係並非法律關係，且就該關係之發生，排除契約之要素，以營造物規則及命令(家長權思想為背景之營造物權力)取代法規及行政處分，賦予個人利益係為達成公共福祉之目的，並不承認私人公權，塩野宏『オットーマイヤー行政法の構造』(有斐閣、1962年)241-244頁。

預先宣示何者為法)。且舉相當於現代之補助金交付為例，以該行為屬於法律保留範圍外之行為，此種行政處分本身可自行發生作用。但Mayer理論注重法之形式而非目的，所持之公法觀係亦偏離實定法，主張國家權力為抽象、潛在、概括而先驗存在。實際上於非侵害性活動領域，其理論並非試圖以基本權或平等原則拘束行政權，而係保障行政機關之優越地位及有最大自由活動之自由，給付性行政活動之重要性並非法治國家所關心，充其量僅屬命令性行政之附屬物，其論點尚非源自行政內部之考察⁴。

一次大戰後，德國威瑪憲法宣示社會國家之正義原則及經濟活動之公共性，國家非權力性行政活動，尤其於經濟行政領域，益加增強。行政法理論已注視到公行政為達各種目的而使用私法上之形成手段，以及行政介入市民社會之現實，理論轉向著重於行政任務或目的之建構。其後學者論述，包括：(1)F.Fleiner對於現實所面臨「國家及公共團體往私法逃避」之現象，僅止於處理公營造物與公物章節命為「行政機構及其給付」，各種為達成不同任務目的設立之公共機構納入行政法體系中討論，並非將營造物置於法律形式中討論，而係當作給付主體，重視其所追求行政目的之特殊性，已有類似給付行政之給付(Leistung)概念。(2)A.Köttgen則有別於以往注重組織型態，而將官廳與營造物對比其行為態樣，前者係以意思表示為基礎之行政處分，後者則為事實上行為，並以公法之利用規則作為區別營造物與公營業活動之基準⁵。(3)W.Jellinek對此種現象，將向來之高權行政及國庫行政及二分論，前者再區分為權力與非權力，屬於非權力之活動於行政分類上稱作「單純高權行政」，惟其尚未能掌握新興行政目的之出現及生存照顧對象上之特殊性⁶。以上學說，於威瑪體制之下，行政活

⁴ 奧托·邁耶著(劉飛譯)『德國行政法』(2002年)103頁，此外，尚有舉公務員之任用(經相對人同意之行政處分)為例。日本學者村上武則教授認為，自現今觀點，上述說明之意義僅止於賦予公權力行使之行政可於法律以外自由形成之活動空間，村上武則『給付行政の理論』(有信堂、2002年)5-6頁。

⁵ 岡田雅夫「ドイツ營造物學說の展開」阪大法学86號(1973年)92-104頁。

⁶ 村上武則，前揭註4書，8-11頁。

動場合已有使用「給付」之概念，或可謂給付行政論之萌芽，但給付行政論之樹立，卻於納粹統治體制下由E.Forsthoff所展開⁷。

第二節 理論構成

第一項 生存照顧

E.Forsthoff之給付行政論，歷經二次大戰，鑑於德國當時所處環境局勢，國家與社會之關係有重大變化，其理論亦有更迭。1938年發表『作為給付主體之行政』，於1959年刪除原第2章「參與分配之問題」及第3章（組織與法律形式）；原本第1章（生存照顧為現代行政之任務）及第4章（結論）改列第2、3章，並增補第1章及第4章，分別強化說明生存照顧概念之特質，闡述行政法學與行政學之關係，生存照顧機能與技術革新之問題，標題改為『給付行政之法律問題』（Rechtsfragen der leistenden Verwaltung）重新出版。1938年與1959年增刪後內容，可對照其論點之轉換。依氏所提出「生存照顧」⁸及「生存責任」（Daseinsverantwortung）概念之前提下，一次大

⁷ 自Mayer以降至Forsthoff，行政法總論之型塑、改革方向，自行為形式取向行政目的之重構，陳愛娥「行政行為形式—行政任務—行政調控——德國行政法總論改革的軌跡」月旦法學雜誌120期（2005年）12-14頁。

⁸ 生存照顧之原文為德語Daseinsvorsorge，亦有譯為「生活手段之供給」，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）292頁。原本由「Dasein」及「Vorsorge」單字所構成，日本學者將前者譯為「現存在」，後者譯為「事前照顧」。此用詞或文脈上各自有於法哲學之涵義，例如1938年前黑格爾即將行政理解為市民社會中對於現存在照顧（Vorsorge für Dasein）之設施，作為家族、市民社會及國家論之核心位置，且不僅水電、交通等設施供給，各種救貧扶助事業早於19世紀即有之。但E.Forsthoff藉由行政現實之新理解，將Daseinsvorsorge導入行政法理論革命性之改造而有其獨自性。對照當時法哲學相關之議論，角松生史「『現存在』への『事前の配慮』—E・フォルストホフ"Daseinsvorsorge"論の一側面—」碓井光明等編『公法学の法と政策 金子宏先生古稀祝賀 下巻』（有斐閣、2000年）267頁以下。

戰後，德國經濟正亟需由國家支援並重新整序，市民社會尚未形成其自律性，故其生存責任在國家。但至二次大戰後，由於產業技術之革新發展，社會已趨安定成熟，且國家與社會間形成許多中間團體（工會、政黨等）以調和各階級利益。其中，勞資雙方對立相對化，社會對其構成員生存保障（Daseinssicherung）之重要部分已能自給，生存安定化（Daseinsstabilisierung）為社會本身之先位任務，至於生存照顧則由國家立於補充地位，此即「補充性原則」。然何謂「生存照顧」，有關概念機能、要素、範圍等核心內容，尚無重大變動⁹。

一、機能

O.Mayer 基於自由主義法治國家原理所建構之行政法學，步入 20 世紀後，仍未注意社會現實及行政任務已產生重大變化。但 E.Forsthoff 則主張現代國家所擔負給付者之活動，除立於財政觀點或私經濟領域之活動外，必須藉由生存照顧之概念，導入公法要素，以有助於對應國家與個人關係之全新情勢。亦即，其基本關係，於侵害行政領域為「自由」，而給付行政領域則為「參加分配」。生存照顧之意義，係於此之參加分配關係上，給予公法上權利保護。無論行政活動採取公法或私法形式，於給付關係之內部，生存照顧係作為公法要素之實質標誌，提供實踐公權、基本權保護機能之可能性。氏舉 1934 年「地區大眾運輸法」及 1935 年「能源經濟法」，指出其對象超越向來公私法概念及政府企業或私企業之區別，均統括納入規範，並賦予行政機關監督權力，以介入指導事業營運條件之實施，亦規定人民有權享用設施，可謂生存照顧之最佳立法模式。

⁹ 理論內容之介紹，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），前揭註 1 書，47 頁以下；塩野宏，前揭註 8 文。補充性原則與氏於 1945 年後之國家理論，認為現代產業社會與國家立於補充關係而於作用上朝向統一體之融合有關，中富公一「社会国家の理論から産業社会の国家の理論へ--E.フォルストホッフの現代国家分析の検討」名古屋大学法政論集 149 號（1993 年）285 頁以下。又，評述 E.Forsthoff 同論文之行政學方法及生存照顧概念於其行政法理論之地位，須貝脩一「フォルストホッフにおける行政学」法學論叢 90 卷 1・2・3 號（1971 年）3 頁以下。

二、要素

相對於 Mayer 行政法學之基礎係以立憲國家為前提，其基本概念為基本權與依法行政原則之法治國理念，以對應於自由之保障。但面對行政任務轉變之狀況，行政法學之核心、基本概念為何，仍有未明。E.Forsthoff 則以社會生活現實之變化為其出發點，具體引據當時人口增加及都市集中化之數據（自 1910 至 1914 年），說明人類生活由基本生活財而切斷，適足賦予行政本質上有別於向來以保護人民自由及財產為主要目的之不同性質。氏主張以「支配領域」（beherrscher Raum）、「有效領域」（effektiver Raum）、「社會依賴性」（soziale Bedürftigkeit）、「取用」（Appropriation）四要素，說明生存照顧之概念。亦即，支配領域為人類可自我主宰及所有之空間（房舍、土地），有效領域為可確實掌握並操控之空間。自 19 世紀邁入 20 世紀，產業技術之展開，使有效領域擴大而支配領域極度縮減，使人們擴大生活空間，生活方式之轉變，任何生活必需品等資源，並非僅僅運用自己所有財物即能獲得，而須取用至個人身外之物。因而，凡是所有滿足此種取用必要性之各種行為，稱作「生存照顧」，而擔負起滿足人們取用必要性之責任，稱作「生存責任」。

由何人擔負起生存責任，依 E.Forsthoff 對其歷史進程之考察，於高度資本主義初期，生存責任為個人之責任，次至 19 世紀中葉，社會不安導致各階級之緊張關係發生，勞工階級為獲取適當之薪資，為維護其於非支配領域之主張而戰，其解決則求諸賴社會上各集團之連帶責任。第三階段則委諸政治權力之擔當者即國家或政黨，負起此一責任。而政治權力擔當者基於其生存責任所能發揮機能，端視以下三方面：(1)勞資關係中薪資與價格之適當關係，(2)對於需求、生產、交易之規範及指導，(3)現代大規模團體生活形式下對於人民生活所必需之給付。其中，第(3)即為生存照顧，與薪資政策或經濟政策同時為現代國家機能之一，則 E.Forsthoff 所謂「給付行政」，即指為生存照顧所實施之行政活動。但由於當時正屬納粹體制之時代，此種生存責任自個人而超越團體，轉向政治生活保障及生活責任層面之說明，無非強調與政治之關聯性，為統合社會內部各特殊利益之存在，

初步提供當時納粹體制以革命作為獲取實踐其生存責任組織之合法基礎。

三、範圍

生存照顧之範圍，由前述個人責任往國家責任之歷史進程，「私法自治=契約自由」後退，取而代之者為公權力登場。於公權力之制度下，私法自治所留存者，僅係個人判斷是否接受給付而已，對於契約內容則無置喙餘地。且由於契約內容早已確定，實質上與營造物利用規則無異，所差別者，前者由普通法院審理，後者則由行政機關決定，但均需接受統一之規範。依此前提，基於取用之概念，生存照顧之範圍界定，消極而言，排除單方之給付關係（如：具有濟貧意義之生活扶助、提供津貼）、傳統警察秩序行政活動等；積極而言，即需符合「給付關係之雙務性」以及「個人對於給付關係之依存性」二要件，例如：水、電、瓦斯等公用事業、交通運輸、醫療作用之澡堂，以及社會保險給付等。但劇院、電影院，則因未符合生活上重要依存性之要件而予以排除。二次大戰後，E.Forsthoff之教科書廣泛定義生存照顧為「行政對於全體國民或依其客觀特徵下一定範圍之人，提供授益給付之行爲」，與戰前大致相當，仍排除公的扶助¹⁰。嗣後學者則有擴張其範圍之趨勢，或以擴張生存照顧本身之概念，或承認其概念但將其他類型涵蓋在內，或不援用生存照顧概念，廣泛涵蓋各種給付型態之行政活動。總括而言，則以(1)供給、運輸、通訊等公企業

¹⁰ 對於個人生活陷於困境所施予之救濟，固然可包含於生存照顧，但E.Forsthoff提示其生存照顧並非導源於濟助，亦即生存照顧無分貧富，故與對於陷於貧困之扶助及生活保護加以區別。對此，生存照顧概念之原型，似非如其字面般，理應包括社會保障或救助，而歷史上救貧行政亦係始於英國工業革命時代所致支配空間喪失而生，E.Forsthoff嗣後雖亦提及，但理由並未詳明，參照須貝脩一，前揭註9文，8頁。E.Forsthoff未重視對於貧困之生活扶助，可能與當時德國法令（1924年2月13日關於保護義務之聯邦命令）不承認公的扶助請求權，以及氏本身仍存有救貧警察（Armenpolizei）之思考有關（高田敏，前揭註2文，201頁）。但E.Forsthoff對於公的扶助，嗣後則可於另提出「重分配」概念說明之，詳後述。

，(2)社會保險及公的扶助，(3)資金補助，為行政法學者所共通者¹¹。

四、參加分配

除生存照顧概念之外，如何於法律上確定人民向行政請求給付之權利，尚須藉由「參加分配」(Teilhabe)概念予以掌握。E.Forsthoff以此概念取代法治國家之基本權，並將生存照顧概念與社會共同體連結。亦即，符合正義之社會秩序係由共同體之目標與引導以確定之，個人法律地位則以其對於德意志民族共同體之參加分配而有意義。但法律上如何保障人民參加分配之權利，或如何確保人民能獲得一公正及合乎正義之參加分配，其內涵為何，E.Forsthoff僅於公物法領域部分提及一般利用之問題，但未進一步建構即無疾而終。此概念係為保護瀕臨生活危機之德國國民，基於納粹共同體觀之一定解決方式，客觀而言，學者評價其內容性質屬於由上而下監護型態之生存照顧，尚非具有國民社會權之性質¹²。

第二項 重分配

社會國家理念下，E.Forsthoff將「生存照顧」導入行政法學樹立給付行政論，然立於相同歷史基礎之另一概念「重分配」(Umverteilung)，與生存照顧同為社會國家之指標而相互關連¹³。其問題始於1965年德國有關「第二次勞動者財產形成助成法」中，規定雇主得對於勞方以一定形式之金錢給付，就勞方所取得與資方所給付

¹¹ 高田敏，前揭註2文，206頁。

¹² 高田敏，前揭註2文，203頁。但戰後學者基於社會國家原則或自由權，賦予參加分配請求權根據，主張有實體法之參與及廣義之程序法參加二面向，村上武則，前揭註4書，284頁以下。

¹³ 高田敏「フォルストホッフの「再配分」論—第二次財產形成法違憲論をめぐって」(初出1968年)，前揭註2書，172頁以下。

，於一定比例範圍，各自享有租稅優惠措施。對此規定，E.Forsthoff代理資方提起憲法訴訟，主張該規定直接侵害資方基本權構成違憲，於其訴狀內提出此概念。

一、首先，氏定義所謂「重分配」，指「違反市場法則及自由經濟法則，分配經濟財，尤其是貨幣」。相對於法治國家以「自由」、「所有」之狀態保持為目的，社會國家係以保護或重分配為目的。為從事重分配，一方面須由國家收奪人民之財產權，另一方面分配以此所收取之財貨。於說明財產權收奪之可能手段前，氏將財產權分為「財物」(Eigentumsgut)與「價值」(Wert)¹⁴。國家收奪人民財產權之合憲手段有二：一為財物之收奪，即以公用徵收方式；另一為價值之收奪，即以租稅(Steuer)、分擔金(Vorzugslast)或調整性賦課金(Ausgleichsabgaben)。E.Forsthoff認為第二次財產形成法所規範之重分配手段，並不該當於上述二種手段。重分配應以現金為之，而現金是否為基本法第14條規定保護之對象，聯邦憲法法院認為基本法第14條規定，賦課現金給付義務，並非該條規定所保護對象。然氏採取擴張解釋，認為應及於能表現成金錢價值或具有一定金錢價值之權利，現金亦包括在內。但現金非公用徵收之對象，因對於現金之公用徵收，其損失補償亦以現金為之，形同將原被徵收之現金返還之，並無意義。其次，國家並非不能收奪現金，亦即從事價值之收奪，惟要求須具備一定之法形式。亦即，財政上之收奪必須與被課以給付義務者(負擔者)之自己利益相結合。因而，此手段遂與公用徵收有所區別，公用徵收並非為負擔者自己利益，而係以自己利益與公益間矛盾為前提。

二、賦課現金給付義務而不牴觸基本法第14條規定，其妥當形式為何。E.Forsthoff主張，於分擔金情形，屬於公行政對其所給予利

¹⁴ 高田敏，前揭註13文，176頁。此一區分係採用Lorenz von Stein之分類，指依市民社會之法原則，一切財產權之「財物」，其個人所有實質上與個人之自由行動相矛盾時始能侵害，但不得侵害財產權之價值，故必需以財物之價值償還之，此為損失補償。

益之公法上對價（如手續費、受益者負擔金等），因財產權侵害所表徵之利益歸屬於給付義務者，故為合憲手段。而調整性賦課金，則係受益者與負擔者於一定經濟領域參與，兩者間存有經濟上親近性及連帶性，且一方因他方而受益，為求平衡必要，故課以給付義務，此負擔與受益間有不可分相互關係。但第二次財產形成法之重分配並不具此種親近性與連帶性，亦非以受益與負擔均衡為基礎，且未與提出給付之負擔者，其自己利益或利益狀態相結合，故均與上述形式不符。至於租稅，因係藉以透過國家活動創造個人能妥善經營其生活所不可欠缺之各種條件，具有正當性而基於國家財政目的之分擔金。從而，租稅賦課係對應於納稅義務人自己利益，應遵守平等原則，對象上有以一般抽象而非針對個人侵害之表徵，與同法之重分配亦屬有別。據此，E.Forsthoff認為第二次財產形成法所規定之重分配，並非合憲手段，其所課與資方之給付義務屬於價值之收奪，但並非作為國家歲入而收取之。氏將此原本應以公權力收取之財政手段委諸直接受益者（勞方），與以國家預算為媒介之「間接重分配」區別，稱之「直接重分配」。

三、「重分配」論與生存照顧概念為核心之給付行政論間，其關聯或差異，E.Forsthoff並未進一步闡釋。但依日本學者高田敏教授之分析，重分配由二要素構成，即「財貨之收奪」及依其所收奪從事「財貨之分配」，E.Forsthoff上揭重分配論主要針對財貨收奪之手段而言，至於被收奪財貨之分配，僅提出以直接重分配為手段構成違憲等之界限，其積極面則未提及。再就E.Forsthoff所持法治國家與社會國家於憲法階段無法融合之立場，此之分配，實為立法與行政之課題，透過給付行政型態之呈現，占其重要部分。然重分配論中之「分配」，一方面較給付行政為廣，另一方面又較給付行政為狹隘。亦即，前述不屬於生存照顧概念之公的扶助，即包括於此之分配中，但給付行政所典型採行獨立會計收支制度之公企業，則非此之分配。高田敏教授進而指出，E.Forsthoff重分配論之今後課題，關於財貨收奪之面向，有待於手段論，尤其租稅法理論之展開；而分配之面向，則為給付行

政論之深化，同時應論及給付行政以外之分配（如公的扶助）¹⁵。

第三項 繼受及評價

上述給付行政概念及其特殊法理，除為後續德國學者所延伸而逐漸定型¹⁶外，亦影響日本及我國行政法學¹⁷。

一、日本法

日本行政法學繼受E.Forsthoff「生存照顧」概念或給付行政論之前，學者田中二郎博士已提出「管理關係」論。但相較於前者透過法律學以外手段（行政學、社會學）以獲得經驗上、事實上之概念，後者則為一實定法之概念。依管理關係論，國家於此領域並非作為公權力主體，而是立於公的事業或財產管理主體與人民發生法律關係，性質上類似私人經營事業管理財產之情形，但為達成公共福祉之目的，實定法上通常作特別規定。即使無特別明文，法律解釋上亦有可能基於公共福祉或公益之觀點而作特殊處理。對於主張應受特殊之法規律

¹⁵ 高田敏，前揭註13文，183頁。

¹⁶ 高田敏，前揭註2文，206頁。德國學者評價E.Forsthoff之理論，認其理論係重視法學方法與特定時代社會秩序背景之相關連，村上博「ヴォルフガング・マイヤー=ヘーゼマン『行政法における方法の変遷』」法学論集（鹿兒島鹿兒島大学法文学部紀要）18卷1・2號（1983年）108頁以下。

¹⁷ 除日本及我國之外，有指出給付行政之觀念與法國「公任務」概念，同以社會公共利益為中心構成之點相近，山田幸男『公企業法』（有斐閣、1957年）99頁以下。此外，英美法系國家之給付任務多由私人社會所經營，不若歐陸法系國家由國家組織或授權私法上主體活動，較無對於給付受領者之法律關係如何形成等問題（村上武則，註4書，98頁）。但亦有美國法學者（C.A Reich），總括由政府供給之各種給付（largess或Government Benefits），凡具有授益性者，涵蓋服公務之所得、社會保障給付、職業許可、特許、政府契約、補助金、公有財產之利用等，均屬之。相關討論，園部逸夫『現代行政法の展望』（日本評論社、1969年）93頁以下。著眼於正當法律程序之要求，佐柏佑二「政府給付（Government Benefits）と適正手続（一）」広島法学21卷4號（1998年）165頁以下。

適用，必須實證其實定法之明文規定，或有應與私經濟關係相區別之公共性存在，始將之以公法關係而特殊處理；否則，即應受私法上規律之適用，與一般民事事件同¹⁸。

兩相比較，田中理論於法思想、解釋技術上均接近利益說，且將公益以其原型與實定法結合，但對於公益性，田中理論並未表彰出其實體標識及基本價值，而完全委諸個別實定法之規定，以致使其面對具體問題解決之解釋論，有所缺陷。反之，E.Forsthoff理論則藉由分析社會現實而內包公益，超越個別實定法以構成法律原則，賦予解釋原理實體基礎¹⁹。

日本學者於 1960 年代開始，對於給付行政論有熱烈討論²⁰，但至 70 年代後，表面上漸稍冷卻，實則全面延伸至包括行政法之對象範圍、行政法總論與各論之關係，乃至於所謂「行政作用法」概念是否有用等，關於行政法學方法論之議論²¹。對此理論，日本學者自意識形態之觀點或行政法解釋學之立場，傾向批判或警戒態度者為多。例如：(1)認為理論背景存在納粹思想等之歷史性格，對其所依據之

¹⁸ 田中二郎『行政法 上卷 全訂第二版』（弘文堂、1974年）79-80頁。此外，田中博士於1954年初版之同教科書下卷第4編「行政作用法」，雖提及「給付行政」用語，但因認其用語僅能想像金錢或物品之給付，並非完整，故使用「公企業」用語，以涵蓋一切給付性之行政活動（田中博士之用法係著眼於其增進公共福祉為目的，不問企業性或營利性或會計收支獨立性等要素，與山田幸男教授之公企業概念不同）。且認為公企業利用關係，原則基於企業者與利用者間自由意思之合致，惟亦有如道路、河川之使用許可，補助金之交付或生活保護費之給付等，多以行政機關之處分成立或須待其作成決定，依行政處分成立利用關係之情形，同『行政法 下卷 全訂第2版』（弘文堂、1974年）138頁。

¹⁹ 塩野宏，前揭註1文，325頁。

²⁰ 分別自組織法及作用法為完整之體系論述，山田幸男，前揭註17書，2頁以下。

²¹ 塩野宏「行政作用法論」（初出1972年）同『公法と私法』（有斐閣、1989年）199頁以下；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）39頁以下。

現代福祉國家觀，有正當化並確保國家獨占資本主義國家體制之疑慮²²。(2)過大評價現代行政之單一面向，忽略其背後所隱藏之權力性契機²³。(3)質疑概念本身之有用性，認為所謂給付或生存照顧作用之具體目的多樣，理論本身對於向來未完全掌握之行政領域，雖提供解釋論之分析及構成，但所涵蓋內容之供給行政、社會保障行政及助成行政間，各自遵循價值並非同，如原本主要以大企業為中心所進行之資金補助行政，與以國民生存權保障為基礎之社會保障行政，其目的、內容與機能中，即含有相對立因素²⁴。(4)法解釋上，雖有學者試圖歸納出「社會國家原則」、「法律適合性原則」(即「法律保留原則」)、「平等原則」、「補充性原則」、「比例原則」(即「過剩給付禁止原則」)、「信賴保護原則」等²⁵，但亦有認為此等原則是否僅為給付行政領域所特有，現實上於供給行政中對於公企業之「公共性」和「營利性」以及「消費者之保護」和「獨占之保護」間、往往未取得平衡²⁶，而社會國家原理能否適用於隱藏著維護資本獨占之資金助成，且即便賦予其統一之概念，亦未必能從中尋得一致之解釋原理²⁷。(5)所謂補助金交付等助成行政，「助成」本身不過是一種中立之「行政技術

²² 原野翹「給付行政論の意義と限界」(初出1972年)同『行政の公共性と行政法』(法律文化社、1997年)81頁以下。

²³ 原野翹，前揭註22文，76頁以下。

²⁴ 室井力「侵害行政と給付行政」(初出1970年)同『現代行政法の原理』(勁草書房、1973年)18-19頁。

²⁵ 前揭四原則為德國學者H.J.Wolff所歸納，各原則之具體內容及解釋運用，原龍之助『公物・營造物法〔新版〕』(有斐閣、再版、1983年)52-54頁；村上武則「給付行政の諸問題」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)88-94頁；園部逸夫「給付行政」成田賴明編『行政法の争點』(有斐閣、1990年)12-13頁。

²⁶ 原野翹，前揭註22文，87頁。

²⁷ 園部逸夫，前揭註25文，12-13頁。

」²⁸，即可能與任何行政目的相結合；故雖同樣是供給行政，公企業與學校教育即不能做同一考察，即使是公企業本身，水電、鐵路等運輸、電信等通信事業，自其與利用者之關係言究係「公法關係或私法關係」，以「行政處分或行政契約」設定，未必能獲得一般性之結論²⁹。

。(6)以給付行政法論建構行政作用法體系，有將事實上分類之給付行政之存在，與規範上分類之給付行政法直接連結之錯誤³⁰。

但學者持積極立場者，亦屬有力見解。例如：(1)認為給付行政論之提出，雖欲課以行政公法上原理原則之拘束，然並非僅使之歸屬於公法領域，過度強調公法特殊性而看輕其國民權利保護及賦予法治主義制約之真意，恐有誤解³¹。(2)給付行政概念固非純粹之法律概念而係因應行政現實之引導概念，本身亦非意在建構統一之法體系或理論構造，但法構造與民法具有同質性，終究難以否定有別於行政警察法屬於干涉行政之權力之法，為另一系列之行政法³²。(3)自手段上言，給付行政與限制個人自由權利係以國家權力為基礎之規制行政相對照，此種精神上或物質上價值之提供，與以國家經濟力為基礎之作用，法律規範形式有其差異，如非自作用之目的或對其目的意義之評價，而係以形式上或不含價值取向之觀點（其中可能結合有各種目的及效果）分析其法律形式，法學上考察將其概念作為媒介或中間範疇以發現問題，並非毫無意義³³。

二、我國法

²⁸ 塩野宏，前揭註21文，212頁。

²⁹ 原野翹，前揭註22文，244-245頁；高田敏，前揭註13文，211-213頁。

³⁰ 塩野宏，前揭註21文，213頁。

³¹ 成田頼明「非權力行政の法律問題」公法研究28號（1966年）142頁。

³² 山田幸男「給付行政法の理論」雄川一郎等編『現代法4』（1966年）29-30頁。

³³ 今村成和「給付行政と法」法学教室2期2号76-77頁。村上武則，前揭註4書，115頁。

作為行政活動之分類上，我國學界亦大致接受生存照顧或給付行政之概念。其中，雖有認為「給付」用語尙欠周延，相較德文原意宜稱之「服務」行政³⁴，或認為其內容範疇難以界定，與秩序行政相對而言指行政目的而言，與干涉行政相對則指行政手段而言，二者未必立於對立關係³⁵，亦不無對於E.Forsthoff之國家觀、意識形態，舉氏給付行政之行政法理論為例，而有批判性評價者³⁶。然行政法學界、憲法解釋實務，多傾向積極立場。例如：(1)認為給付行政與干涉行政二者受法律羈束程度不同，此一概念於我國現況下，提供法律保留一項簡明之界限，不僅行政機關有所遵循，亦可供立法機關制定法律之依據³⁷。(2)重視其表徵國家觀、行政觀轉換之歷史發展，立法技術上代表人民基本權利保護領域之擴大，但相對而言亦允許行政更多行政裁量或判斷餘地等活動空間，藉由程序規範導入以控制行政之裁量權限有其必要；此概念對於行政法原則、授益行政處分廢棄之限制等概念適用、立法司法行政關係之改變、程序對行政之合法性控制、公私法領域交錯下所涉及權利救濟等問題，均提供極具意義之探討角度及方法³⁸。(3)亦有認為此領域之主要目的非在於限制人民自由權利，故其類型、行為形式相較於干涉行政言可更為多樣化，但共同特徵為其措施原則上對相對人而言多屬授益性，對經濟社會政策之執行與落實有重大意義³⁹。近年來，於自由化與民間化之趨勢背景下，更有學

³⁴ 陳新民，前揭註1文，氏比較德文「Leistung」一詞於民法上雖可譯為給付，但宜以一般社會上習慣用語，即譯為「服務及貢獻」較妥，且因E.Forsthoff提及警察治安行為亦使用Leistung一詞，如同譯為給付，即尚須以警察治安行為譯為治安給付行為，仍有不妥。

³⁵ 陳敏『行政法總論』（自刊、4版、2004年）15頁。

³⁶ 林佳和「國家、行政法與意識型態—Ernst Forsthoff的《極權國家論》與國家社會主義」輔仁法學26期（2003年）71頁以下。

³⁷ 吳庚『行政法之理論與實用』（增訂9版、2005年）20頁。

³⁸ 陳春生「給付行政」月旦法學教室4期（2003年）40頁。

³⁹ 陳慈陽『行政法總論』（翰蘆、2版、2005年）50頁。

者提出：(4)應注視生存照顧概念之變遷，即國家財政困窘及官僚行政體系所致國家喪失最佳給付者之優勢地位，生存照顧與國家給付有脫鉤現象，擔負生存責任之主體由公部門回歸私部門，國家基於補充性原則轉變成為「保障者」角色而負其責任；往昔生存照顧概念僅限於國家自己所從事之公經濟活動，如今應自廣義概念理解為：「與國家行政機關之個別公益義務相連結有關公共福祉取向之服務，以及為公眾利益所從事一切具市場關聯性與不具市場關聯性之活動」⁴⁰。

我國司法院大法官解釋實務亦見有引用生存照顧、給付行政概念，而演繹一定之法理結論⁴¹。例如：(1)釋字第 428 號解釋，對於郵政法第 25 條規定各類掛號郵件之補償僅限於遺失或被竊，不及於毀損，則以「國家基於對人民生存照顧之義務，達成給付行政之功能，經營各類公用事業，如水、電、瓦斯、郵遞、交通運輸等，為期以合理費率普遍而穩定提供人民所需，得對其經營所生損失補償或損害賠償責任予以相當限制，惟因涉及人民權利，須符合憲法第 23 條規定」，認為與憲法並無牴觸⁴²。而(2)釋字第 443、614 號解釋，對於法律保留原則之範圍，則認為「關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆」、「如未限制人民之自由權利，固尚難謂與憲法第 23 條規定之限制人民基本權利之法律保留原則有違，惟如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定法規命令」。(3)釋字第 542 號解釋則以行政機關訂定之行政命令，其屬給付性

⁴⁰ 詹鎮榮「生存照顧」(初出2005年)同『民營化法與管制革新』(元照、2005年) 279頁。此一觀點，可認為賦予給付行政論因應新時代變動之開放性，值得重視。

⁴¹ 此外，最高法院關於國家賠償案例，援引給付行政概念，認為垃圾車司機定時駕駛垃圾車至各指定地點收集垃圾，因臨時路邊停車、起駛不當肇致他人車禍受害，屬公務員行使公權力行為(92年臺上字第740號、93年度臺上字第255號民事判決)。

⁴² 關於本號解釋之評釋，蔡進良「給付行政之法的規制—試評大法官釋字第428號解釋」憲政時代24卷1期(1998年)，95頁以下。

之行政措施具授與人民利益之效果者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束；而對於依自來水法第 11 條規定所公告劃定水質水量保護區內居民之遷村計畫中關於安遷救濟金之發放，係屬授與人民利益之給付行政，其以設籍與否作為認定是否居住於該水源區之唯一標準，雖不能謂有違平等原則，但未顧及其他居住事實之證明方法，有欠周延。(4)釋字第 485 號解釋對於國軍老舊眷村改建條例有關眷村改建之認定基準，原眷戶遺眷受照顧之必要性等規定，則以「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧」，認為相關規定應予改進。

綜上所述，給付行政概念於我國之發展，雖其內容範疇擴大至任何國家對於人民所為給付措施，且廣及公務員退休金或薪給等給付、強制遷村之補償金給付、國軍眷屬之特殊優惠措施等，與概念原型之內涵已有差異。自上揭憲法解釋，均強調法律保留原則、平等原則、比例原則、補充性原則、禁止過剩給付原則等一般原理原則於此領域之適用，似有意識於此領域重視其有別於干涉或秩序行政之特殊法理。惟對照此實務發展，我國行政法學界於給付行政論之問題研究，多止於概念介紹或援引，包括上揭法理在內，是否可能深化內在理論而形成足供持續發展之體系建構，仍有探究必要。

第三節 憲法基本權論上之意義

一、給付國家之基本權

E.Forsthoff之給付行政概念，係基於國家與社會二元論之前提，氏主張德國基本法所揭示作為供給任務之社會國家與保障任務之法治國家，其原理各異，二者無法相容。相對於此一維持法治國家原理

、基本權之自由權性質，以保障個人私領域自律之舊傾向，60 年代中期以後之德國公法理論發展，另有從重視社會國家原理與民主政原理，強調國家與社會係包含於政治上公共體中不同機能之部分，並非敵對，且係相互協力而具體形成公共利益⁴³。此理論之新傾向，以 P.Häberle 之基本權論為代表。氏將德國基本法所構想之國家理解為給付國家，亦即透過組織及程序，以與基本權有積極關聯性為取向，直接或間接對於市民或團體提供給付之國家⁴⁴。

P.Häberle 所構成之給付國家觀，理念上與市民秩序國家或侵害（介入）國家相對立；給付國家對應於給付行政，秩序國家對應於秩序行政。給付國家與社會國家大致相當，但社會國家為理念上概念，給付國家為實現社會國家之型態，著眼於作用面層次。給付國家之特徵，在於與市民或團體之外部關係變化，認為社會並非自律，亦非如市民法治國家般，以社會秩序作為其前提根據，社會秩序係由國家與社會所共同形成之對象，而公共利益之課題有賴國家社會共同協力達成。現代社會為一產業社會，為求其高度安定，完全雇用及社會生產物資之擴大為重要因素，此非可由產業社會單獨處理，有由國家採行引導、計畫、管制、重分配及資金補助等手段之必要。基此認識，氏採取「制度理論之基本權」觀，認為基本權並非單純個人之基本權，而係保障所有個體現實上得享有基本權之狀態，法律於基本權領域之規制，並非對於自由之限制或侵害，而係使自由成為可能且現實化，係由立法者所積極構成之自由；給付行政則引導、促成個人或團體之基本權實現⁴⁵。進而，所有之基本權均可理解為對於國家所提供給付之

⁴³ 以德國1960年代中為分水嶺，區分其公法理論發展之新舊傾向，參照栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究（1976年）77頁以下。

⁴⁴ ペーター・ヘーベルレ著/井上典之編訳『基本権論』（信山社、1993年）22-23頁。村上武則，前掲註4書，229-231頁。

⁴⁵ 關此，給付立法呈現市民與國家、立法與行政間之全新關係；氏區別給付法律之六大類型：措施法律、計畫法律、引導法律、大綱法律、管制法律及組織、程序法律，認為給付法律之增加意味基本權中自由之增加，ペーター・ヘーベルレ著/井上典之編訳，前掲註4書，12-14頁。

參加分配請求權，人民於給付國家中應享有「程序之主動地位」(status activus processualis)。P.Häberle認為既能由基本法之平等原則或社會國家規定導出，基本權有參加分配請求權之性質，則E.Forsthoff之生存照顧概念，憲法上即無存在必要⁴⁶。

二、參加分配請求權與社會權

有鑑於威瑪憲法空有社會權明文卻難以落實之經驗，德國基本法係以防禦權為核心之市民法治國家憲法性質，原則僅承認自由權之基本權地位，至於留待立法者型塑之社會權，即得請求國家為一定作為或給付之主觀權利，除少數規定⁴⁷外，並未採用，但各邦憲法不無散見社會權條款。社會權之入憲化為時代潮流，日本國憲法、國際人權規約及歐盟憲章均有明文，德國基本法嗣後雖迭有修正，惟未獲得共識，仍留待透過社會國原則規定之解釋加以擴展⁴⁸。我國憲法如第15條之工作權及生存權，或基本國策章節之規定，是否可逕認為有主觀公權之性質，則有爭議⁴⁹。然此並非認為請求給付之基本權應予忽視，學理上仍有如何藉由憲法條文規定解釋，以導出請求國家給付

⁴⁶ 村上武則，前揭註4書，234頁。惟就行政法學而言，村上教授認為給付行政法之研究，有明確Mayer行政法體系構造或界限，並克服或修正其理論之意義。

⁴⁷ 如第6條第1項規定婚姻與家庭應受國家之特別保護，同條第5項規定非婚生子女之身體與精神發展及社會地位，應由立法給予與婚生子女同等之條件等。

⁴⁸ 德國基本法修正過程中，是否納入社會權條款之爭論，村上武則，前揭註4書，234頁。356-357頁。淺川千尋「最近ドイツにおける社会的基本權と社会的国家目標規定をめぐる議論について」阿部照哉等『現代国家の制度と人権 榎原猛先生古稀記念論集』(法律文化社、1997年)448頁以下。

⁴⁹ 我國憲法第15條生存權與工作權規定、基本國策之性質，陳慈陽『憲法學』(元照、2004年)349頁；蘇永欽編『部門憲法』(元照、2006年)336-349頁(郭明政執筆)，惟執筆者就我國基本國策規定是否為社會權條款，主張將其定位為立法、行政及司法之行為指南並據以作為違憲審查之基準已有充足之存在理由，以免過度期待。

之基本權⁵⁰。

德國法係朝特殊型態之參加論方向發展，即參加分配請求權之概念。關此，有依基本法第 20 條第 1 項或第 28 條第 1 項第 1 款規定之社會國家原則解釋之。但關於社會國家原則之法律性質，有「綱領規定」說、「對於立法權之憲法委任」說、「對於立法權或行政權等之授權及課以義務說」及「承認人民對於國家給付之參加分配權」說等見解分歧，且倘無明確之法律規定，給付請求權之要件、相對人或內容均無法確定，雖有承認立法不作為之違憲可能，但終非賦予個人請求權。聯邦行政法院於學生補助金、社會救助等案例，雖援引該規定以為解釋，惟並非單獨以社會國家原則為保障給付請求權之基礎，亦多結合第 3 條之平等原則規定，或第 1 條人性尊嚴或第 2 條有關自由權之總則規定。進而，有轉從基本權本身之解釋論操作著手，如學者 Rübner、Böckenförde 主張將自由權之基本權轉換為積極之給付請求權（實體法構成），以及前述學者 Häberle 認為實體法上請求權之思考，無視給付國家之經濟或財政界限，將淪為空談，故主張保障個人對於基本權實現過程之參加權（程序法構成）⁵¹。此一借助參加分配理論，以擴充社會權之法理構成，大致為多數說。參加分配請求權理論，藉由聯邦憲法法院於 1972 年大學人數比例分配規定案之判決（BVerfGE 33,303），基本上承認基本權具有此一性質。然詳言之，理論上仍區別「原生之分配請求權」與「派生之分配請求權」，前者為請求國家創設或擴充新之給付制度，後者為對於既存國家給付制度下請求參加分配之權利；是否承認前者，一般持消極見解，至於後者，涉及如入學選拔基準之設定等，屬於本質性事項，有法律保留之適用⁵²。

⁵⁰ 德國學說之整理，西原博史「基本權的給付請求權と基本權理論—西ドイツ基本權論ノト—」早稻田法学会誌38卷（1988年）144頁以下。

⁵¹ 村上武則，前掲註4書，291-301頁。

⁵² 判決評釋，ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、2版）283頁以下（戸波江二執筆）。

近來，亦有自社會權本身之固有或其獨自性質，嘗試社會權之主觀化。學者R.Alexy先自聯邦憲法法院之三件判決（1951年扶助判決、1972年學生人數比例分配制（*numerus clausus*）判決、1973年niedersachsen綜合大學臨時法判決），說明人民有請求國家給付或積極行為之主觀權利，此非僅止於國家之客觀義務。進而，氏構想其獨自之給付請求權體系，分為廣義及狹義。廣義之給付請求權，包括請求保護之權利（如刑法、程序法、行政行為等保護）、請求創設組織與程序規定之權利，以及狹義之請求給付之權利（社會權，分為明文規定之給付請求權與經由解釋之給付請求權）⁵³。主導氏所提出理論之理念，認為以基本權係一種地位且為最重要者，其受保障或不予保障，不得單純任由議會主義之多數決。氏發展其社會權之構造，再依「賦予主觀權利之規範、單純課以國家客觀義務之規範」（「主觀、客觀」），「有拘束力之規範、非拘束性之規範」（「拘束、非拘束」）及「具有確定性規律之規範、僅係賦予原理性之權利義務規範」（「確定、原理」）三項基準，將社會權之規範，排列組合成八種分類。而如何之社會權，個人得據以主張為確定之權利，則委由各個原理間之衡量，包括事實上之自由原理、權力分立原理、民主主義所正當化之立法者決定權之形式原理、以及實質原理（如與他人依法所保障之自由相關之原理，其他社會權有關之原理或集團財貨有關之原理等）⁵⁴。

三、基本權保障與給付行政

無論由基本權導出參加分配權或社會權之獨自理解，仍僅於抽象層面而為理念型之論爭。如與現實之具體行政活動脫離，或忽略與行政法學之對應考察，終究止於觀念論而流於空洞⁵⁵。對此，具體之立

⁵³ Alexy之理論介紹及對其理論之正反論點，村上武則，前揭註4書，311頁以下；理論之問題點及後續發展，西原博史，前揭註50文，168-174頁。

⁵⁴ 村上武則，前揭註4書，322-324及329頁。國內文獻之介紹，Robert Alexy著/程明修譯「作為主觀權利與客觀規範之基本權」憲政時代第24卷第4期（1999年）84頁以下。

⁵⁵ 甲斐素直「憲法の保障する人權と給付行政」（未發表，載於<http://www5a.biglob>

法或行政行為存在時，基本權具有提供具體司法審查基準之機能，但其性質、範圍及程度，亦因給付行政活動之類型而異⁵⁶：

一、涉及公共設施等社會基礎建設整備之供給行政領域，通常並不承認國民享有請求行政設置設施或創設制度之主觀權利，即使法律有明文，亦多屬指導理念型之目標規定。如前揭德國關於大學入學人數比例限制案所示，原生之分配請求權，原則委諸政治性或政策性決定。惟如國家違反其應努力實現關於社會權規定之義務時，亦可能承認具體之權利性，其問題，係以依國家賠償法追究行政或立法不作爲責任型態呈現⁵⁷。

二、資金補助行政領域，亦多屬國家之政策裁量，構成一定之作爲義務，尙難想像。充其量僅止於其裁量範圍內應爲適切立法或行政之義務，如基於受教權之保障，因經濟上理由以致其權利實現受妨礙時，請求獎學金或其他適切資金助成之權利，然其性質上，仍僅具有抽象之權利性⁵⁸。惟無法律根據而以行政規則形式之資金補助，其給付請求權之基礎，則可能求諸平等原則導出行政自我拘束原則，以使規則發生外部效力⁵⁹。另一方面，自基本權之自由權面向，基於經濟目的之資金補助，亦有使受領者、競爭者或第三人之自由陷於被侵害危險，法理上則有從基本權之觀點或擴大比例原則之適用，發展控制此等行政活動之手段⁶⁰。

e.ne.jp/~kaisunao/ronbun/kyuhugyosei.htm)。

⁵⁶ 甲斐素直，前揭註55文。

⁵⁷ 甲斐素直，前揭註55文。

⁵⁸ 甲斐素直，前揭註55文。

⁵⁹ 大橋洋一『行政規則の法理と實態』（有斐閣、1989年）124頁以下。

⁶⁰ 佐藤英世「西ドイツにおける資金補助行政の法的統制の新たな手懸かりについて」阪大法學138號（1986年）95-98及129頁以下。

三、社會保障行政之領域，通常以社會弱勢者為對象，得以單義具體決定國家應作為義務之內容，而承認其具體權利性之可能性較高。惟如日本憲法第 25 條雖有生存權保障之規定，法院裁判上亦未必能給予完全救濟，往往考慮國家財政狀況或以其涉及專門技術政策判斷等理由，司法審查採取自制之態度⁶¹。學理上，此種請求社會保障給付之權利，其基本權保障有二類型：(1)直接求諸憲法之生存權規定，解釋其要件、效果而獨立構成請求權基礎，對於無法律根據而由行政所設定之最低生活水準，如較憲法規定為低者，得請求回復或實現滿足至憲法所規定之水準。(2)法律雖明文受給權之要件、效果，但因法律修正而致給付停止或減少者，主張其給付應回復至原先立法所規定之水準⁶²。關此，因應不同社會保障給付類型、規範態樣，其基本權保障仍有不同論理構成。如第一類型通常涉及生存權保障規定之內涵及性質，第二類型則係對照平等原則、財產權保障規定檢視法律關於給付停止或減少規定，其要件之合憲性。又如社會救助方面，承認最低生活水準之生存權保障，通常於法律所定之基準下，由行政訂定救助基準，則直接爭執該行政基準之違法性；而社會保險基於保險費支出與保險給付之關聯性，則於一定條件下承認其為財產權保障對象⁶³。

第四節 行政法學方法論上之意義

第一項 方法論之創新

E.Forsthoff以其行政學考察所構想之生存照顧論，反映於行政法釋義學方法上，可由「國家與個人之關係」、「給付行政之法律形式」

⁶¹ 甲斐素直，前揭註55文。

⁶² 太田匡彦「社会保障受給權の基本權保障が意味するもの—憲法と社会保障の一断面」月刊法学教室242號（2000年）116頁。

⁶³ 太田匡彦，前揭註62文，117-121頁。

、「行政定義之困難」⁶⁴及「與O.Mayer行政法體系之對照」四方面說明之。

一、個人與國家之關係，為「區劃」與「結合」並存。一方面殘留 19 世紀之思考，即從國家權力區劃出個人領域，放任個人各自之社會形成，無所限制之個人領域與附加限制之國家領域之對立關係。另一方面，亦表彰 20 世紀之思考，認為國家應援助個人各自之社會形成，使個人領域與國家結合，具有他律性格之個人領域與具有介入性格之國家領域處於融合關係。其理論成果，彰顯個人與國家之對抗關係，以及個人與國家之融合關係兩立。其次，個人對於國家之地位，為「自由」與「參加」共存。即一方面仍殘留 19 世紀停止國家介入區劃領域，保障社會之法律地位現狀，賦予個人各自防禦國家權力之法律權限，另一方面則確立 20 世紀之思考，即保障社會形成之計畫及綱領，確保個人能接近行政給付活動，賦予其參與分配國家給付之法律權限。對此，同時存有權利之自由權性質與參與分配權性質之理解。

二、現代行政之法形式，顯示「侵害行政」與「給付行政」競合。亦即，一方面事前想定社會自律之狀況，以法律保留為前提而有侵害個人領域之「法治國家」思考存在，同時亦顧及社會對立，以超越侵害保留而應對於個人領域提供給付之「社會國家」思考成立。前者選擇傳統之公法手段（行政處分），後者則公法、私法均有之。且給付行政之形式，除公法手段與私法手段並存外，有以高權手段排除經濟權力之濫用，即形成性介入手段之選擇，例如形成性之行政處分、契約強制、卡特爾之排除等，亦有為實施供給事業而投入營利性企業。自此而言，給付行政本身不存在固有體系之法領域。

三、行政圖像既具有多樣性，但亦呈現統一性之面向。如上所述，無論個人之地位或行政之法律形式，常處於對抗關係，使行政概念

⁶⁴ 三宅雄彦「公法学・行政学・精神科学—フォルストホフ理論における行政法学と行政学の関係」早稻田法學77卷1號（2001年）292-294頁。

難以掌握。且此背景下行政任務之轉變並未完成，區劃與結合、自由與參加、侵害行政與給付行政、法治國家與社會國家等，統一掌握此等相對立概念之觀點並不存在，使行政概念難以定義，僅能描述。但整體而言，統一之行政活動仍然運行無礙，此乃有賴代表行政之內閣，擔負起將行政往國家目標定向及其政治理念引導之任務，緩和行政之複雜性，進而加以統合。E.Forsthoff之理論，賦予於統治作用之下，多樣之行政機關及複雜行政活動具有統一性之根據。

四、對照O.Mayer為基礎之行政法理論，及統合E.Forsthoff給付行政概念之行政法理論，其基本圖式如下：⁶⁵

「自由主義法治國家之行政法—行政與服膺行政之人民間之法律關係—自由主義法治國家與財產權為中心所構造而成之社會—個人自由之實現—警察命令與租稅決定處分為主之侵害行政—無目的之權力支配之法律形式」

「社會法治國家之行政法—行政與個人或集團間關於引導及給付之法律關係—以社會法治國家及勞動為中心所構造而成之社會—個人福祉之實現—依給付及引導為手段之社會形成行政—與行政目的相關聯所支配之法律形式」。

第二項 概念之現代機能

國家介入市民社會，作為財貨或服務之供給主體，E.Forsthoff自行政現實中之行政活動所整理之給付行政概念，有明確化現代行政特質之貢獻。近時學者一般認為，給付行政並非理論上概念，而係分類、分析或問題發現之媒介概念⁶⁶。對此，理論核心之生存照顧概念，

⁶⁵，村上博「ヴォルフガング・マイヤー=ヘーゼマン『行政法学における方法の変遷』」法学論集（鹿兒島鹿兒島大学法文学部紀要）18卷1・2號（1983年）117頁。

⁶⁶ 大橋洋一「社会福祉行政手続の法的特質」（初出1996年）同『行政法学の構造的変革』（有斐閣、1996年）175-178頁；山本隆司『行政上の主観法と法関係

如E.Forsthoff所言，其法律意義在於對行政主體私法自治活動下，亦應遵守平等原則或禁止不當連結等公法上原則之拘束。就學說史之意義，O.Mayer行政法學於否定自由權之權利性時代，以「警察」概念，對應於人民違反自然義務，國家有維護共同體良善秩序之責任，創設「警察權」概念；E.Forsthoff則面對否定基本權之思想下，創設生存照顧責任或參加分配之對位概念，以替代基本權，二者於尋找構成法體系之前提規範，可謂有異曲同工之巧⁶⁷。然是否可能基於生存照顧概念發展出新行政法體系，E.Forsthoff本身即自白其教科書不得不違背此一期待，原因在於氏認為干涉及給付二者之行政任務，無法收納於同一體系中。但狹隘限定生存照顧理論之適用範圍，且拒絕警察等傳統行政納入其中，此或許與氏固有之德國國家觀有關，而給付行政涉及決定是否分配之權力行使，國家作為支配機構之手，所觸及無不帶有權力性質之危險，則給付行政之法理論亦有防止行政權力濫用之意涵。故與其謂以生存照顧概念解構並新創行政法體系，未若應將其融入既已形成之行政法體系中⁶⁸。

現今面對現實上涵蓋多樣內容之給付行政活動，有何共通性，能期待給付行政概念發揮如何機能。德國學者E.Schmidt-Aßmann指出以下三點，呈現此概念之有用性⁶⁹：(1)重視市民對於行政之從屬性，具體而言，行政往往獨占重要之供給手段，而以財貨提供侵入市民所保有隱私權領域之機會漸增，此概念鮮明描述此現象。(2)行政與國民間之給付關係常具有繼續性，此意味給付行政領域，應同時追求雙向

』（有斐閣、2000年）458-459頁。

⁶⁷ 須貝脩一，前揭註9文，24-30頁，氏主張生存照顧並非單純之分類概念，實與德國之警察概念同其機能。

⁶⁸ 須貝脩一，前揭註9文，24-30頁。

⁶⁹ E.Schmidt-Aßmann,Verfahrensstrukturen in der Leistungsverwaltung,in:Sobczak/Karpen(Hrsg.),Probleme der Leistungsverwaltung,besonders im Bereich von Wissenschaft und Technologie,Bd.3,1994,S.15，引自大橋洋一，前揭註66文，175-178頁。

課題。亦即，於確保給付之安定性外，為避免造成給付活動之固定化，其中亦應留有某種柔軟性。且行政程序有保障市民權利利益之機能，同時亦有提高行政活動效能性及靈活性之機能，給付行政與行政程序具有親和性，藉由程序交涉、支援、完全之資訊提供以具體化實體權利，並確保個人之獨立性。(3)於此領域，倘公法與私法區別等傳統之法律區分相當不明確，且廣泛運用民事法領域已有相當程度進展之手法，行政法學即有必要對其所蘊藏之現代機能，投以相當注目。

再者，包括國家及地方公共團體之生存照顧、社會保障行政及補助金交付等行政領域，關涉參加分配之利益狀況，為各該領域中所共通。此一構成員所享有之參加分配，可能基於不同理由而曝露於危險。行政法必須提供能因應各給付機能之法律形式，以資預防。以往認為對於行政依據私法形式亦應賦予公法上拘束，固然重要，但今日面臨有限資源之狀況，能否平等分享，如何確保給付提供之安定性及品質，則為規律上所關心。對此，如給付請求權之創設、行政自我拘束之法理、授益行政處分及其存續力、行政契約、特別之援助義務等問題，均有賴行政法回應此規律上需求。且其法律關係之發展，並非僅止於侷限於某時點之兩面行政法律關係，法律關係之繼續性及多面性，亦隱然浮現。給付活動之於第三人，例如競願者或負擔財源籌措義務者，所引發可能認識之負擔效果，於輕率處理給付需求之情形，亦要求相對應法理之對抗及制御⁷⁰。

給付行政論之提出，固然開啓革新 O.Mayer 自由主義法治國家行政法模式之動力。但另一問題，即向來行政法總論與各論之體系（如總論與各論之關係，是否應捨棄各論之構成等），面臨給付行政論內涵之提出，尤以能期待上述概念所發揮之現代機能下，如何解構及融合，為現代行政法學方法論論爭之起點。

⁷⁰ E.Schmidt-Assmann 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総論（Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung）』（東京大学出版会、2006年）168-169頁。

第三項 法體系論之意義

一、行政作用法之整編

行政法體系之編成，傳統上以「一般行政法、特別行政法」或「總論、各論」方法呈現。但面對複雜多樣且時代變遷中之行政活動，一般行政法或行政法總論所探求之基本原理原則過於抽象，未必能適切對應個別行政領域所特有之目的及理念，應以如何角度整編其體系，即成問題。

德國學者Thomas Groß自行政法總論構成之歷史發展中，認為行政法總論所產生之概念與民法、刑法有其共通點，即非自特殊領域之題材或經驗所得，而係源自哲學構想。現今一般行政法與特別行政法之相互作用下，一般行政法之主要機能（法實務及法技術上之機能，體系構築之理論上機能）及其與特別行政法之動態關係（以「程序迅速化」及「民營化」為例），一般行政法不得流於僵化而與法政策脫離。一般行政法之內在體系構成，與國家行政之基本構想相關，不僅應探求特別行政法中個別領域之新發展及現象，且其理論之一般化，應自可總括個別法律現象，具有優位性之基本理念著手。O.Mayer行政法體系，限定於高權、侵害之行為形式及市民法治國之理念，但行政法所規範行政活動之給付機能，則由E.Forsthoff之生存照顧概念所形塑，並創出得以掌握統一現象之全新基本理念。給付行政法理論之形成，與傳統與侵害相關聯之理論相較，仍嫌不足，且面臨法律關係多面性特色之「整序行政」，侵害與給付之二分論仍難以掌握總體行政之現實，氏乃進一步提出「協力行政」之關鍵詞。亦即，有別於國家與市民間之單方垂直關係，協力概念為國家高權所無法涵蓋，但仍潛在有支配關係之特徵，為必須賦予法律規範之現象，有其重要性。氏並主張體系（system）性之思考，即將一般行政法理解為內在體系，探究其體系內部秩序，各基本理念之相互位置，而個別領域行政活動之規範基礎，應依該特定之基本理念加以整序。如侵害行政與警察租稅法領域結合，給付行政與社會法結合，協力行政則與學術法（以學術振興或規律為對象之法）結合。此一差異化之考察，有助於獲取

階層化之一般性，並克服總論、各論二分論。氏所謂「階層化之一般性」指：(1)第一平面，一般行政法之核心部分，即依然保持其一般妥當性，包括構成其理論基礎之法制度，對於所有公行政現象均屬妥當而為憲法所保障之原理，但可能因體系之改變而喪失意義。(2)第二平面，即同樣屬於一般性，其對象類型並無限定，非憲法上定位，單純為個別法之制度、基本原理，其修正呈現開放性，此部分於特別行政法（參照領域）多樣而豐富。(3)第三平面，具有超越各領域之性質，但僅以部分作一般理論之定位，即將特別行政法群聚化至中間、抽象之水準；而其重要者，為此部分得否超越特定行政任務或行為模式，賦予所構成部分之理論基礎，或形成共通基礎原理⁷¹。

上述觀點，日本學者亦有相仿問題意識之論述⁷²。日本傳統上行政法各論或行政作用法各論之構成，有：(1)可歸納具有共通之主要原理或原則上之法論理而自成一行政類型，如：「秩序行政（規制行政）、給付行政」（成田賴明等編『現代行政法』、和田英夫著『行政法』），「警察法、規制法、公企業法（＝給付行政法）、公用負擔法、

⁷¹ Thomas Groß教授題為「一般行政法與特別行政法之關係」（Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, in Die Verwaltung, Sonderheft, 1999, S. 57ff）一文，其內容摘要及與日本行政法體系論之比較，並以氏所提示「規範素材」與「基調理念」之觀點，檢討金融行政法各論之定位，齋藤誠『金融行政システムの法的考察：日独の比較を中心に、行政法各論の位置から』（日本銀行金融研究所、2002年）7-29頁。

⁷² 塩野宏，同註21文，201頁以下。氏整理向來日本行政法學關於行政作用之法理論有三方向：(1)「傳統行政作用法體系之再構成」：維持傳統行政法（或行政作用法）中「總論·各論」之架構，但隨現代行政展開，嘗試將複雜多樣之個別行政法所涵蓋行政作用分別予以適當定位，且尋繹出個別作用類型所能共通適用之一般法原則體系。(2)「分析性之觀點」，與行政法解釋學之體系定位不具關連性，而直接選定於量及質方面漸次變化中之特定行政活動，自目前行政法一般理論之觀點，予以批判性分析或導正。(3)「獨立法構成之觀點」，就以往行政作用法所涵蓋之問題領域，學問上有專業分化、獨立化之取向，或某種生活事實或生活關係之法現象本身，以其為主體而吸收行政法理論為其部分自成學科。又，兼子仁「特殊法の概念と行政法」（初出1974年）同『行政法と特殊法の理論』（有斐閣、1989年）266頁以下。

財政法」(田中二郎著『新版行政法下Ⅱ〔全訂二版〕』),或「生活行政法(包括:警察法、公企業法、經濟行政法、社會保障行政法)、生活環境法(包括:公共設施法、都市計畫法、開發行政法、環境保全法)」(遠藤博也著『行政法Ⅱ〔各論〕』),或「生活秩序行政法、開發行政法、環境保全行政法、公用負擔法、公共設施法」(小高剛著『行政法各論』),屬於「類型化行政各部法」之構成。(2)具體分類個別化行政領域,如:「警察及防衛行政、醫事衛生行政、公共設施及生活環境整備、教育行政、社會保障及勞工保護行政、經濟行政、財政」(室井力編『現代行政法入門(2)』),則屬於「個別化行政各部法」之構成。但以行政類型或個別行政領域,以定位有關該個別行政獨特之法,不無使國家作用或公益、公共性等觀念被不當一般化而導致行政本位主義之疑慮,且倘僅遵從行政法各論書列舉式之論述,將影響其行政活動特殊法理之解釋及發展,亦過於具體而致現實行政難以應用⁷³。因而,「行政法總論」、「類型化行政各部法」、「個別化行政各部法」間如何整合,成為日本行政法學方法論之爭議⁷⁴。

學者對於個別化行政各部法作為行政作用法之構成,有採取消極立場,認為應以類型化行政各部法作為階段性任務,最終則基於特殊社會關係中具體之「事物性質」(如實際上已存在之在學契約、保險診療契約、福祉設施利用契約等,未必能以私法契約或行政契約概念予以掌握),依其特殊條理以朝「特殊法」構成為目標⁷⁵。但亦有自

⁷³ 「類型化行政各部法」、「個別化行政各部法」為兼子仁教授用語;又,教授基於其特殊法論之立場,反對個別化行政法各論之架構,兼子仁,前揭註72文,298頁。

⁷⁴ 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)21頁以下。

⁷⁵ 兼子仁,前揭註72文,300-301頁。兼子教授主張之類型化行政各部法,有其任務之階段性,具體類型為「政治秩序維持行政法」、「生活條件整備行政法」、「經濟政策實施行政法」。主要理由:(1)警察權界限之法理,為政治秩序維持行政法之重要原理,同樣於公害防止行政為根據之環境法亦有其應用。(2)經濟行政之公正原

始即認為無採取類型化行政各部法或行政作用法再構成方法之必要，而應就各學科專業分化之趨勢下，原本屬於行政作用法之領域亦有獨立立法化之傾向，行政法或行政解釋學則收斂為行政過程、司法過程論及行政手段論，並藉此分析各該獨立法構成下行政主體與私人間行政上特殊權利義務形成消滅之過程，且有以個別具體行政過程之法為題材而再為分類之可能（例如教育行政過程、經濟行政過程、社會保障行政過程），個別法解釋學與行政法解釋學間，並非立於一般與特殊之關係，而應使其有機結合⁷⁶。

學理上總括給付行政範疇，為社會保障行政、設施或供給行政、資金補助行政，但行政法總論與社會保障行政等個別化行政各部法間，同樣有應否、如何明確化「給付行政法」構成及定位之問題。關此，立於前述法體系論之延長線上，進一步更為具體之構成，可自以下三面向說明：(1)日本學者基於行政法總論之應用觀點，構想給付行政法作為「中間行政法」之定位。(2)依據德國學者之「參照領域(Referenzgebiete)」觀念，並以給付行政範疇之各「法律關係」為對象，提供反省行政法總論之契機及適當題材。(3)著眼於給付行政作用係以「財貨之交付」本身為目的此一特徵，整理法律所預先設定給付者與受給者間權利義務之一定構造，即「法律構造」論。

二、中間行政法之定位

日本學者村上武則教授，主張於總論與各論之間，設定「中間行

則及政治濫用禁止原則，公企業法所共通之單位設施自治權、利用者對於費用決定之程序參加權等，則與經濟政策實施有關，可歸納為經濟政策實施行政法。(3)因應積極權力行政之需要，以國民私生活面之條件整備為目的之新興行政類型，可綜合公用負擔、非權力之給付行政而構成生活條件整備行政法。

⁷⁶ 此為塩野教授「行政過程論」之立場，從而氏對於建構給付行政法論之獨自治理，似採取消極態度，前揭註21文，211及232-233頁（註59）。又，依塩野教授之方法論，於同「行政過程總說」雄川一郎等編『現代行政法大系2 行政過程』（1984、有斐閣）9、12頁，就給付行政而言，舉地方公共團體為建設托兒所向中央申請負擔金之資金交付過程為例說明之。

政法」或「中庸行政法」之範疇。氏認為總論過於一般，而各論又偏於具體，現實行政均有難以應用之情況。為描述現代行政之特徵，構築應有之行政法規，於總論與各論間劃定某種「陣地」，由此出發提供現實行政上法律問題之解決理論，稱為「中間行政法」概念⁷⁷。現今日本行政法學之發展，行政法各論發展逐漸特殊法化或獨立自成行政領域，行政過程論復為學界高度重視之主要動向。其結果，是否導致行政機關忘卻所職司行政任務之應有規律。基此顧慮，氏認為應維持行政法各論之基礎為前提，同時針對各論中理論建構較為困難之行政法領域，解析其法律關係。此中間行政法之範疇，並非論理上所導出之概念，而有其目的意識，即法理論應比總論具體，而較各論抽象。其特徵為：(1)國民之人權與行政之關係並非如各論般單一且明白，存在各式各樣之關連。(2)並非如總論般一般而抽象，大致上仍以相當具體之行政活動為考察對象（如給付行政、監察行政、海域管理及災害行政等）。(3)具有目的性，依論者之目的意識構成。(4)過渡而流動，其輪廓未必明確，具有可塑性；於此範疇內，有編入總論之可能，亦有分散至各論，甚至朝特殊法化而分離獨立之可能。

依上構想，村上教授定位給付行政法為中間行政法，有以下理由及意義：(1)給付行政概念所包括之具體行政活動內容多樣，並非如警察或公用負擔等傳統之行政活動內容具體，已形成依法行政原則之統一法原理，且法律上有詳細規律存在，而與國民基本權之關係亦屬明確（例如警察行政之於自由權，公用負擔之於財產自由）。給付行政中所包括社會保障、公共設施、公企業及資金補助行政等，尚難有確立穩定之共通法理，如資金補助行政即有不以法律根據為必要之主張。其彼此間與國民基本權之關係，亦非明確一致，如社會保障或公共設施等利用之於社會權，資金補助行政無論企業者或體育文化活動之資金補助，其各自與財產權或精神自由等自由權有關。諸此，以傳統行政法各論之形式論述給付行政，即有困難。(2)給付行政法於行

⁷⁷ 村上武則編『応用行政法』（有信堂高文社、1995年）2頁以下。此一構想，與Thomas Groß教授所提出階層化之一般性中「第三平面」，亦有共通點（參照同「憲法原理と行政法理論体系」公法研究67號（2005年）88-89頁）。

政法總論中論述，亦非妥當；亦即，傳統將公行政二分爲侵害行政與給付行政，學者對此分類已多所批判，而此所展開給付行政之法原理亦相當抽象，難以規律複雜多樣之行政活動。(3)給付行政於現代給付國家或社會國家占有重要地位，爲使其法律關係明確，有必要儘可能提示妥當之解釋原理；如行政訴訟制度係以侵害行政爲中心所構築，撤銷訴訟及停止執行制度爲其核心，但此制度於給付行政領域未必發揮功效，課予義務訴訟及定暫時狀態之假處分等新訴訟制度即相應而生。(4)給付行政之程序及內容，與侵害行政或規制行政有異，要求分配正義之指導原理，普遍面臨行政之裁量權行使，通常考慮財政狀況而有抑制國民對於給付行政之權利性等情形，故有必要探求比總論抽象而較各論具體，其獨自之法原理原則⁷⁸。

三、給付法律關係之考察

由行政法各論中各自領域所獲取一定之實務觀念，對於行政法一般理論之建構，有重要意義。一般理論常依判例所展開，於判例之抽象命題中，亦存有成爲判決基礎之事實關係。因此，行政法總論之一般命題，並非如數學般以抽象演繹而成，而係包括特定事實領域所顯示之具體題材。此種由行政法各論所獲取之事實領域，稱作「參照領域」⁷⁹。具有代表性之參照領域，向來之行政法係以警察法、租稅法、建設法或地方自治法及公務員法。但現代型行政之課題及構造，未必僅止於此。例如環境行政法即遠超越傳統危險除去之法構造，往往須與關係人協調，有時針對對立而複雜之分配決定，賦予法律形式。現代行政法其次之主要參照領域，爲社會行政法，即除單純金錢給付（年金、社會保障）之承認外，亦有與其他社會組織、受給者、自助團體等間協調而現實上爲給付之行政活動。參照領域之範圍並非明確固定，其對於一般理論之建立，有各種意義。行政法各論所代表之各

⁷⁸ 村上武則編，前揭註77書，9-11頁。

⁷⁹ E. Schmidt-Aßmann著/海老原明夫譯「ドイツ行政法の最近の發展(下)」自治研究72卷10號（1996年）23-26頁。前述中間行政法之提議，與參照領域之觀點相當。

領域，本身直接面臨之問題及因其解決而蓄積之經驗法則，均有助於行政法體系之形成。行政法各論之各領域，亦可能透過一般理論而與其他參照領域相互回饋、學習⁸⁰。

基上觀點，近來提倡「行政法律關係」論之日本學者山本隆司，主張以給付行政概念為基礎，參照社會保障行政等各領域，考察其法律關係，同時反省行政法總論之一般理論，提出以下方向性問題：⁸¹

(一) 公的主體提供人民財物、服務之實體法律關係，為一單純之兩面關係（但可能重疊），應各自構思其適合而相對應之行為形式、程序及組織。關此，可分為二：(1)「決定關係」：公的主體決定依何方法、如何程度，將財貨或服務安定地供給不特定多數或特定之受給者，以符合公共利益之關係；其實體法關係通常以行政決定之形式及程序調整之，而實際上諸多情形以行政處分或行政契約之形式及程序制度化，但行政立法或行政計畫之程序整理，仍嫌遲緩。(2)「供給關係」：給付主體依受給者之需求，現實上提供財貨、服務之關係，其實體法關係通常具繼續性、相互性及個體性，有依其狀況而作細緻調整之必要；因而，預先以某特定時點給定型化或依行政處分等通常行政決定程序調整之，未必適當，此際有適用或類推適用民事法之餘地。

⁸⁰ 大橋洋一『行政法—現代行政過程論』（有斐閣、2004年）14頁。如：都市法所累積之計畫法理提示予行政法總論，應用至社會福祉法中有關福祉計畫之摸索，社會福祉法所試行之行政監察制度提示予行政法總論，應用至環境法之環境行政監察。

⁸¹ 以下觀點，參照山本隆司，前揭註66書，458-460頁。1986年德國國法學大會以「給付行政之法律關係」為題之各篇報告，對於社會保障關係、補助金交付關係、公共設施利用關係等繼續性法律關係，與民法上債權債務關係相類似，正面提出可類型化並修正其法理而導入給付行政法律關係之見解。但此一立場下，如何定位以行政處分為中心之行為形式論，尤其行政處分概念應否放棄，不無對立見解，人見剛「ドイツ行政法における法關係論の展開とその現状」東京都立大学法学会雜誌32卷1號（1991年）109及125頁以下。給付行政法律關係論與日本行政法學方法論之比較，村上武則，前揭註4書，95頁及107頁以下。

(二) 於社會保障行政領域，私人如欠缺行政機關之協助、教示或資訊提供等，即無法適切表明自身利益；行政機關無私人之協力，亦難於行政措施對策上獲取必要資訊。其結果，所課予行政機關資訊提供等義務及私人協力義務，較諸其他領域應更為細緻。相對而言，資料庫保護等涉及私人隱私之事項，亦強烈要求私人與行政機關間之「距離保障」。且於此領域，國家最終並非為滿足私人要求，亦非為實現行政目的或形成特定之實體法律關係，而係設定一與社會構成員及其彼此間從事對話之架構，並促進其彼此間之對話。進而，向來包括決定程序、處遇過程等所形成之程序法，社會保障給付過程所具有重視事前商談、計畫擬定、相對人協力、個人資料保護等特徵，可發展成「現實給付過程之程序法」⁸²。

(三) 給付行政領域「民間化」之現象，行政活動與民間活動競合之狀況，尤為明顯。對此所生之法律問題，包括：國家對於財貨、服務之供給，應以何形式、如何程度而為分配，採取如何手法實現之，係設定保留予私人活動領域之架構，或自身擔負建議、監督責任、形成組織之責任，或僅於社會無法適切履行任務時由國家代行之責任，或國家應負完全履行責任等，對應社會狀況之變化可能有不同解答。惟倘其分配或實現手法有欠完備，違反社會國家原理或侵害社會權，或因過度介入而侵害事業活動之自由或財產權等，即成問題⁸³。

四、給付作用之法律構造

行政活動對於人民所發生之作用，無論係以行為形式論為媒介而動態觀察行政主體與私人間行政上特殊權利義務形成消滅之行政過

⁸² 大橋洋一，前揭註66文，175-178頁

⁸³ 規制緩和及民營化、國家機關與私立利益主體間之責任分擔，對於行政法之影響，原本公法、行政私法、私法之古典三重組合，應再考慮與行政協力關係下私人之特別法律地位，以所謂「私行政法」補充之，參照H=H Trute著/山本隆司譯「ドイツにおける行政法および行政法学の発展(上)」自治研究(1999年)75卷2號7頁以下。

程（行政過程論），或就行政上各主體間其各種行為間依據法規範所決定之法律性質及彼此權利義務關係（法律關係論），均係以法律所預先設定之一定構造下展開。各關係機關、關係人之行為，其各自行為之效果，目前法規範作如何規定、應如何解釋（解釋論），以及將來可作如何規定（立法論），較諸行為形式論，所謂「法律構造」之觀點，亦屬重要⁸⁴。行政作用上行政主體對於人民給付財貨、勞務或各種利益之活動，有以給付本身為行政目的，有就各種行政手段之籌措，例如採購之對價或徵收之補償金支付等，而為其他目的之行政活動之一部分⁸⁵。倘總括自行政方面往人民方面之財產移動，此一共通點，則包括補助金等交付、社會保障給付、國家賠償、損失補償等，就「財貨之交付」觀點，可考察其法構造之差異⁸⁶。

給付作用之法律構造，其基本問題在於給付者與受領給付者之間，後者對於受領給付有如何權利，前者相對應而有如何義務，此一關係如何成立，自何時成立。給付行政活動所生之個別權利義務關係，有基於習慣或法理，或以立法加以規律。但更多其給付行政活動之態

⁸⁴ 小早川光郎「行政の過程と仕組み」收於兼子仁等編『行政法の現狀分析』（勁草書房、1991年）154頁。

⁸⁵ 小早川光郎『行政法上』（弘文堂、1999年）223頁。

⁸⁶ 例如：(1)補助金交付可能為單一法律關係，「申請—交付決定（行政處分）」，或直接締結行政契約，亦可能採取混合法律關係，如有爭執，各依其性質及階段，提起課與義務訴訟、一般給付訴訟（行政訴訟）或民事訴訟。(2)社會保障給付（我國），無分社會救助或社會保險，均一律以「申請—核給決定（行政處分）」之構造，如有爭執，均提起課與義務訴訟。(3)國家賠償（我國國家賠償法第11條）須經協議程序，協議不成，得直接請求賠償而提起民事訴訟或行政訴訟合併請求損害賠償。(4)土地徵收補償費，則由主管機關依職權隨同徵收公告作成補償費之評定，如有不服，則經異議、復議程序（土地徵收條例第22條），再提起撤銷訴訟。(5)其他財產權補償（如礦業權），礦業權者得向申請劃定禁採區者（可能為私人或政府機關）請求相當之補償，有爭議時由主管機關調處（礦業法第57條第2、3項）之例，但就調處結果有所爭執或不服，係以調處結果為行政處分而提起課予義務訴訟，或直接請求補償金額而提起民事訴訟或行政訴訟之一般給付訴訟，不無疑問。

樣或方法並無立法之規律，片面以行政內部規定（給付規則）為之。於此情形，因並非根據立法所規律，故如何理解其行政與人民之權利義務關係，亦成問題。且民事法上所運用，包括因契約之權利義務發生或其強制履行等一般構造，適用於給付行政活動之情形亦不少。再者，自其活動之財政方式上，常需編列經費支應，故是否採取收費，有無需由受給者事先支付負擔，及是否承認從事給付之事業主體具有獨占地位，公的事業體與私人營利事業均能提供給付而並存時，以如何條件從事市場原理之競爭等，有關官民任務分擔之問題⁸⁷。給付作用構造之基本態樣，關於給付之提供，有設定需預先提出申請而作成給付決定之程序者，或無需申請而得依職權作成給付決定者，亦有無須作成給付決定即可直接依法律規定請求者。其中，需作成給付決定者，其性質為行政處分或契約締結行為，以及各給付構造之差異，於給付請求權之性質、成立要件、權利實現基準時點等有何影響，均須探究⁸⁸。

第四項 小結

綜上所述，各行政法學方法論或法體系論，並非相互排斥。「行政過程論」，係動態考察行政活動所運用個個行為形式或行政手段之連鎖關係及權利義務之具體化過程。「特殊法論」，係基於社會關係之事務本質探求其特殊法理。「行政領域論」，則強調各行政領域中行政活動對應於人民基本權利之關聯性。而「中間行政法論」以基本原理之應用觀點，力求於總論與各論之間，整合出可歸納具有中間抽象水

⁸⁷ 小早川光郎，前揭註85書，224頁以下；宇賀克也『行政法概說1—行政法總論』（有斐閣、2004年）95-96頁。此類問題，於我國郵政民營化後，郵政法第6條規定，除中華郵政公司及受其委託者外，無論何人，不得以遞送信函、明信片或其他具有通信性質之文件為營業。因而，有民間郵遞業者自行開設從事郵件遞送行為之業務，遭處以罰鍰，主張應尊重市場機制不得由中華郵政公司獨攬，擬聲請釋憲，<http://www.libertytimes.com.tw/2005/new/sep/12/today-fo4.htm>。

⁸⁸ 小早川光郎，前揭註85書，225-226頁。

準之法原理之範疇。「法律關係論」重視行政法上各當事人間行為可能性及其權利義務之配置關係。「法構造論」主張行政作用下之行為形式或法律關係，應置於法律所預先設定之規範構造下考察始有意義，並解析各行政作用之法構造特徵。各理論均以給付行政之興起、發展為契機，試圖解除傳統行政法學以公私法二元之前提、行政處分為中心之思考，彼此間應為相互補足而非衝突或排斥。然回歸 E.Forsthoff 給付行政論之原點，氏雖未續以此為基礎樹立其獨自之行政法體系，惟就所提出人民與行政關係之現實轉變及自此現實所獲得之基本理念，即「生存照顧」概念，對照 O.Mayer 以來若干行政法教義學之基礎理論，立於前揭法體系論之各觀點下，仍可期待給付行政之法理論再深化。



