

第三章 給付行政法之基本課題與理論深化

第一節 概說

給付行政論以「生存照顧」作為行政法理論之基本理念，即使依據私法形式之行政活動，亦應內含「參與分配」之公法要素，藉此賦予個人公法上權利保護，並試圖突破O.Mayer行政法學所建立「私法=國庫=自由」之思考模式。其結果，於作用法或組織法，固然促使公私法區別相對化，但仍排斥民法體系之規律而強調公行政特殊性，且此一先驗概念規定之考察方法，尚難與實定法之現實秩序有所連結¹。依E.Forsthoff所主張，生存照顧之行政活動，倘非採取私法形式，即以「營造物」形態呈現。雖就單方給付之扶助（Fürsorge）方面，有學說承認行政處分之形式，但此不乏與國家所為扶助具有監護、威權之背景觀念有關，對於原本以雙務性給付關係為要素而異其論理基礎之生存照顧，則未加考慮。再者，私法形式之行政活動，例如契約自由等私法固有原理之適用，並非合於公行政之特殊性，且契約形式原為O.Mayer行政法理論所不容；公營造物之概念，於實物或勞務提供之給付活動或有可能，但對於金錢給付型態，亦未必發揮效用²。

關於給付行政之法形式探討，後續發展即陷於二方向之對立。一者由私法與公法分途尋求各自之規律原理，另一為修正私法原理試圖建立可適用於由給付行政法律關係之共通法。私法學方面，將公法上給付關係轉化為私法型態（例如資金補助理解為附負擔贈與、消費借貸或保證契約；公共設施利用則為租賃、使用借貸契約），以及因應運輸、水電等繼續性供給契約大量定型化之給付關係，提出「事實上契約」、「附和

¹ 村上武則『給付行政の理論』（有信堂、2002年）12-15頁。

² 村上武則，前揭註1書，25頁。營造物觀念未必於各給付關係均通用，例如社會保險之保險人，雖通常以公法上組織形式並規定其強制利用，但以此為由尚無法對其利用關係逕以公法上營造物說明之，成田頼明「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）28頁以下。

契約」等理論修正。行政法學方面，則以行政之行爲形式爲中心，重整 O.Mayer 行政處分概念導入給付關係之內涵，行政契約之承認及理論充實，並使法律、行政行爲形式（給付規則、給付決定）與私人權利（申請權、給付請求權）之關係明確化。

然給付行政論之基礎背景快速變遷，隨補充性原則、公私協力、保證人地位等理論之導入，國家自擔負給付或履行責任者，轉變爲保障責任者之角色，如何定位行政（給付主體）、實施主體、受給主體之三面關係，再度搖晃穩定成形中之行政法理論及體系。基此，本章對照以 O.Mayer 爲中心之傳統行政法理論，整理給付行政法理論構成之基本課題，期能促成理論深化及明確化其具體方向，作爲進一步探討個別給付作用、制度與行政法總論間之橋樑。

第二節 給付目的法律確定論

一、法律保留原則之緩和

國家擔負給付性活動，早於 19 世紀即有以軍事力或國家安全維護爲背景，從事各種農工業之保護育成，或社會措施立法。O.Mayer 行政法學雖以營造物或行政處分等行政所特有之行爲形式加以考察，但私法形式之給付行政，非其守備範圍。「法律保留」原則亦僅就侵害市民自由及財產之行政活動或權力行政認爲應有法律根據，而非侵害性或不具權力性者則否。至戰後，都市化現象加速，產業文明之發展及階級矛盾，歷經二次戰爭災害尤爲明顯，必須由國家介入處理人民生活照顧之課題擴大，現實上無法律根據之狀況勿寧爲常態。傳統行政法學無法正面處理，對於給付行政活動是否應有法律根據之問題，呈現其理論界限³。且因憲法基本權保障條款之完備、實質法治國家原則及國民主權原理之確立，促使法律保留原則原本作爲立憲君主制度下補充基本權保障之

³ 法律保留理論之探討，與法律、法規、依法行政原理、法律適合性原則等概念之歷史發展有關，村上武則，前揭註1書，120頁以下。

功能，失其存在根據及必要性⁴。

法律保留原則面臨給付行政活動，其問題形式，則改以是否承認行政得獨立於法律以外而有其獨自之法形成權呈現。亦即，隨憲法原理轉換，給付行政之行政現象，能否解為得脫離法律獨立而有其自由性之一行政類型⁵。關此，學說上有二方向之對立：(1)主張行政有獨自之法形成權，或非自行政立場而係由國民立場，認為原則以憲法關於社會國家原則之規定為授權依據即足，不要求法律根據。(2)基於賦予國民明確請求權根據、民主主義原理、給付與侵害為一體兩面而有相互性等觀點，主張應積極以法律規範之，或以預算授權即足。承認行政有獨自之法形成權，或採取較為寬鬆之法律保留原則適用，似為多數見解⁶。但給付行政領域內，如社會保障與對於企業之補助金，各給付作用間存有價值之對立不容忽略，泛言肯否見解，亦僅止於抽象、一般性爭論，仍應針對個別給付行政活動之性質，檢視其適用一般原理之妥當範圍。

基上所述，由於給付行政課題常涉及資源利益之取用、分配，如社會各階層利益之調和及共識、運用如何之財源（租稅、負擔金、費用）執行、如何確保給付獲得之公平性、個人請求權之承認等問題，則適用法律保留原則之妥當範圍，即應兼顧此等問題因素於各該給付行政活動

⁴ 室井力「現代行政と行政法の理論」（初出1968年）同『現代行政法の展開』（有斐閣、1978年）6頁以下。

⁵ 塩野宏「法律による行政の原理—法律の留保を中心とする—」（初出1964年）同『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）110頁；村上武則，前掲註1書，143頁。

⁶ 村上武則，前掲註1書，143-162頁。關此問題之討論，多數集中於資金補助，參照塩野宏「資金交付行政の法律問題—資金交付行政と法律の根據」（初出1964年）同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）65頁以下。依氏所見，因應國會民主正當化之要求，原則上資金補助須有根據規範之存在，但民主性原理亦有其彈性，如因應事件之緊急性，受限於國會議事效率、立法能力界限、過重負擔等因素，期待法律化於時間上有其困難或無法立即因應，亦有不待法律化之存在可能；此際，國會正當化之手段方面，可透過明確規定交付要件之預算議決，或組織規範之授權輔以程序規範之規制（氏舉融資行政之運用機關設置法為例）等方式替代。

之影響，依所重視之憲法原理不同，其程度即難一概而論。(1)如屬於技術性、社會性之基礎設施（如道路、機場、醫院、學校、博物館等），係提供廣泛社會構成員所利用，其政治上反對阻力較少。(2)同為補助金手法，危機管理目的之補助金，逕以其作為行政守備範圍，較易獲得同意；但經濟政策構造轉換目的之補助金，或具有所得重分配意義之社會保障給付，其社會對立程度較高，即適合經由立法程序以統合各方意見、調整利益衝突。再者，(3)如重視「預見可能性」此一法治主義之要求，以預算或其具體化之行政規則為依據，並加以公告或已足夠，而因確保市民平等或個人請求權之考量，以預算及為執行預算訂定之行政規則，加以行政自我拘束法理之適用，即能對應，未必須有法律根據。惟(4)基於民主主義之立場，內在具有社會對立性，難為一般國民或各利益團體間所合意之給付措施（如社會保險），或各種給付措施間應定其先後順位者（如高科技業與傳統產業間補助之落差），其涉及本質性事項（如給付目的、要件、程序及給付對象範圍等）之決定，亦可能主張應由議會參與而不得委諸行政權之見解⁷。

二、給付目的法律確定論

給付行政與法律之關係，向來集中於行政所從事何範圍之給付活動必須有法律根據，即法律保留原則之範圍是否自侵害保留原則擴大至給付行政領域。固然有基於給付行政對於自由之侵害面向而主張適用，然其形式上為授予利益，與侵害行政之直接侵害，本質上究有不同。學理雖多數承認行政有獨自之法形成權，但關於立法權應扮演如何角色，即使有法律規範之必要，應以何面貌呈現而引導行政之法適用，如何建立法官對於給付活動司法審查之基準等，涉及給付立法之形成及適用問題，則少論及。對此，德國G.Haverkate教授提出給付目的由法律確定之理

⁷ 關此，從行政學之事務論（依事務之性質而構想適於事務處理之組織，如何事務有必要由行政處理等觀點），探討事務類型化與行政守備範圍、議會立法介入之關係，參照大橋洋一「行政學と行政法學の融合試論」（初出1994年）同『行政法學の構造的変革』（有斐閣、1996年）283-284頁；德國「本質性理論」於資金補助領域之適用，氏「法律の留保學說の現代的課題—本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）を中心として」（初出1985年）同『現代行政の行為形式論』（弘文堂、1994年）57頁以下。

論，修正向來從基本權之控制著手，改自比例原則之擴大適用，尋求控制給付行政活動之新方向⁸。氏原則以資金補助為分析對象，但同問題意識亦見諸公共設施立法（如大學招生人數之基準，立法者未予明定而委由行政由專家組成之合議制委員會決定）及社會保障立法（如疾病保險中關於疾病概念，法無規定而將其規律權限委由法官）⁹。茲簡要說明理論之構想：

（一）前提

資金補助係由行政對於私人給予金錢或金錢價值之給付，而無須有相當與市場交易相當之對價，但相對地，附隨有某種公共目的之指示而要求私人之特定行動應與該公共目的所欲達成之公益相結合。此一手段，因具有公共目的之取向，且係授予私人利益，固然有正當性，然其對於社會過程（市場經濟）之干涉、形成及影響，與私人之自由間，仍有正當化之問題。即資金補助之危險性，並非提供金錢給付本身，而係依此所產生使私人之自由受制約之心理狀態，私人所喪失者並非自由本身，而係自由意識或自覺（*Freiheitsbewußtsein*）¹⁰。基本權保障主要係針

⁸ 又稱「目的保留」論，理論構成主要基於氏於1983年教授升等論文『給付國家の法律問題—給付國家活動之比例準則與自由保護—（*Rechtsfragen des Leistungsstaats, Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*）』（日文介紹，村上武則「ゲルグ・ハベルカテ「給付國家の法問題」の紹介」廣島法學8卷2・3合併号（1984年）154頁以下）及1988年題為「給付法之法律形成與法適用（*Gesetzesgestaltung und Rechtsanwendung im Leistungsrecht*）」論文，村上武則，前揭註1書，172頁以下。另參照櫻井敬子「資金交付活動の統制に関する考察（三・完）」自治研究69卷1號（1994年）106頁以下。

⁹ 村上武則，前揭註1書，174-176及197-198頁，村上教授指出，Haverkate之理論背景主要鑑於給付目的未明確，其分配即欠缺準則或原理而全然任憑政治或選票決定，難以從事政治或經濟性判斷及法律上控制，因而有違反正義之可能。又，我國司法院大法官釋字第485號解釋，針對有關社會政策之立法，謂：「給付方式及額度之規定，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」，亦可見類似觀念。

¹⁰ 此為給付國家之固有問題，即受領給付者認為國家應保障所有人之福祉，使每個人得以處於安樂之狀態，此種獨特之心理狀態。而內在於給付活動本身之危險性，如：

對國家採取侵奪之行動模式而言，並非指涉給予利益之模式。雖資金補助對象之競爭者自由可能受侵害，但並非法律意義之侵害，故自基本權尋得線索終究有所受限。依此前提，Haverkate之理論試圖建立得以確保個人自由自覺或意識之各種條件及其控制基準。

（二）基本架構

為避免伴隨資金補助所產生自由意識之喪失及抑制過剩給付，Haverkate主張之控制架構為：(1)議會採取法律形式，規定資金補助之給付目的。(2)行政機關必須依據法律所定之目的從事資金補助，且應符合比例準則（Verhältnismäßigkeitsgebot）之要求。(3)法院則為目的一手段之消極審查¹¹。氏另採取「比例準則」之用語，乃有意與侵害行政領域所適用之比例原則相區別。主要因比例原則原係比較被侵害利益與公義之利益衡量基準，但其理論係針對給付本身，並非基於侵害性質而加考慮。故出發點不將給付活動類比侵害活動或採取所謂「類似侵害」之構成，反而由給付本身所獨自之特徵，發展其控制架構。依此，法律規定之目的係適用上述比例準則之前提，其價值判斷應委諸議會，此為法治國原理中之預測可能性所要求。個人因行政背反其合理預測所生信賴而受有損害，則由法院裁判給予救濟，目的之確保為法院任務。法院僅就該給付措施是否偏離目的或違反目的，是否妥當、必要及適切而為審查；並非自可達成目的之諸多手段中，審查行政所採取之手段是否為最優者¹²。

（三）給付目的之明確化

導致個人依賴國家，漸次侵奪個人自發性及自己責任，個人之決定受制於他人決定，或認為他人亦應對其決定同負責任等狀況，亦見諸Wolff/Bochf之行政法教科書及Häberle教授之論述，櫻井敬子，前揭註8文，107-108頁。

¹¹ 櫻井敬子，前揭註8文，108頁。

¹² 但此一比例準則之審查，究竟應於何種訴訟類型主張，Haverkate並未論及而存有疑點，關此，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）131頁。

以比例準則作為控制手段之前提，在於給付目的之明確化。對此，Haverkate區分資金補助之目的為二，即：「行動目的」(Verhaltenszwecke)及「效果目的」(Erfolgszwecke)。前者，指向藉由資金補助所要求補助受領者作為或不作為之目的，係第一次或前階段之目的；後者，指向由資金補助受領者作為或不作為所產生結果之目的，為第二次目的或最終目的。關於目的適格性之判斷，即所呈現之目的是否明確，氏提出階段性審查。分為：(1)應(Soll)之問題，即具體性之目標如何說明，目標所期待達成之狀態是否存在，該目標為行動目的或效果目的。(2)是(Ist)之問題，即基於經濟考慮其出發點之狀況如何。(3)資金補助作為實現之手段，將如何作用，過程中如無此手段將有如何結果；關此，從形式上審查，資金補助是否到達相對人，次由實質上審查，如該補助是否為相對人所保持，或因價格大幅波動以致喪失補助之意義。(4)所提供之資金補助，應以如何方法始能引導相對人之行動變化，受領者所為之行動是否得到所期待之效果¹³。

(四) 給付法之適用問題

給付目的之明確化，必須以法律形式為之，不得以行政規則或預算形式，該等形式並無外部法之拘束力，此為Haverkate之理論所堅持¹⁴。一般資金補助，雖有預算根據，再以行政規則規定包括程序、構成要件、受領者範圍、補助目的等實質內容，即使以法律規定其要件，但目的的方向則由行政規則規定者亦有之。對此，氏認為依行政規則之目的明確化，並非妥當，即補助既係基於議會預算形式之意思表示，行政機關所訂定行政規則之目的設定欠缺作為控制基準之適格，且行政由原本單純手段之準備此一事實，推論具有決定性之目的，亦有問題。僅有由法

¹³ 村上武則，前揭註1書，186-187頁。

¹⁴ 但亦有持反對說者，R.Mußnug教授原則主張預算案之目的確定，其理由在於法律之機動性較差，為避免財政政策長期受不利之法律所拘束，以預算形式詳細規定目的及額度即可，至於預算所無法保障給付續行之信賴性問題，則得以行政處分法理補足。但社會給付則例外，因須以法律確定其請求權，不得以預算案為根據。兩說之比較，村上武則，前揭註1書，208-221頁。

律具體呈現行動目的及效果目的，法官始能判斷資金補助之必要性及適切性，次由多樣選擇可能性中對自由所形成負擔之程度作價值審查。但如法律上目的之呈現有欠缺時，對於上揭理論架構有何影響，法官應作如何適用，即有疑問。氏並未反對由法官透過創造性之法解釋，以補充立法者所欠缺之目的確定。法官適用既存規範，原本即以實證法規範背後之目的性思考取向，從事法之發現。氏提出二種模式：(1)法規已經存在之情形，則探求規範背後之目的，就所能考慮之目的，基於現存之法之根本思想，決定應否偏離文義或傳統解釋實務，採取廣義或狹義解釋。(2)目的已預先存在之情形，則基於此規定，形成有助於作為目的實現手段之法規，即由該既存之目的規定，推論法理上所容許之手段；此一如歷史上普魯士高等行政法院（PrOVG），藉由活用§10 II 17ALR即普魯士一般邦法典關於警察任務之目的規定（公共安全及秩序維持），而推論形成法治國家警察法之法規（如危險概念、比例原則等）¹⁵。

第三節 行為形式論之再構成

第一項 公法化及行政處分觀之變化

一、背景

法制史上，中世紀（18世紀）之歐陸法系尚無公私法對立區分之觀念，屬於普通法之契約占有重要地位理論。即使如郵政利用，原則上係與利用者基於共通法之契約關係所成立，對於都市所供給利益之參加權利，仍承認此為市民權。但進入19世紀之德國，因克服前世紀之絕對主義並未徹底，個人地位保護理念繼續完成之背景下，如普魯士於1808年12月26日之命令，廣泛承認行政之權利保護，固然領邦之課稅權不得訴諸法院裁判，但於個別場合類似使用費等屬於國家或地方公共團體給付之對價，則得訴諸普通法院。然至1828年11月18日之命令，將

¹⁵ 村上武則，前揭註1書，202-204頁。

印花稅認定屬於一般國家公課，其爭執不得訴諸法院，甚至將有關租稅之一切爭議排除，引發人民對於國家或地方公共團體所提供給付之對待給付，例如政府所經營具有強制利用性質之設施（如公的強制保險）而須徵納使用費（或保險費），此等爭議得否訴諸裁判，而引起究否公法或私法之問題，始開啓自公法觀點論述給付性行政活動之歷史¹⁶。O.Mayer行政法學之前，原則尚無利用國家設施而須繳納公法上手續費之規定，國家均以私法契約經營，如郵政利用關係一般均自私法上考察，鐵路利用關係亦未論述是否為公法性質，但如經營設施中屬強制利用者，則有公法上手續費之規定，此種公法上賦課規定，如強制保險，係於地方自治團體領域發展，即O.Mayer理論所稱之公營造物。學說雖有主張，除國家之單方處分權力外，私法原則於公行政亦屬妥當，而以私法或民法之法形式規範，較適合於給付行政，但法學發展仍朝O.Mayer之理論方向前進¹⁷。

O.Mayer行政法學之立足點在於貫徹法治國原理，國家行政之行爲必須合於法治國家之法律概念。而氏所建構之行政處分概念，係指由行政權基於其固有權力，個別、具體宣示何者為法之國家行爲，如同法院判決般，有其自己確認力以單方拘束法治國之構成員。即使不屬於侵害保留行政之領域，如補助金交付等無法律根據之行爲，亦概括使用獨立之行政處分概念。實質上原本以契約形式亦能說明之行爲，於構成上卻以行政處分替代，即係因氏將民事判決中，國家意思之單方拘束力，轉化至行政權之個別決定行爲。基於概括之國家權力前提下，無論是否有法律根據，是否於法律以外之自由領域所作成，是否經當事人同意而正當化，行政均得以行政處分於個別場合以其高權確定何者為法，以形式上受法治國家之保障。行政處分之內涵，具有威權（*obrigkeit*）、侵害

¹⁶ 故亦有認為給付性行政活動，其公法形式之問題，早係源自此，尚非O.Mayer之公營造物論，村上武則，前揭註1書，37-39頁。歐洲近代前期國家之法政制度演變，參照李建良「歷史·國家·行政·法律」馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集『法律哲理與制度—公法理論』（元照、2006年）81頁以下。

¹⁷ E.Kaufmann主張私法於德國法之發展上有共通法之適用，對於公行政亦屬妥當，村上武則，前揭註1書，38-29頁。

性質，且以其作為行政活動之單一法律形式，即使對於給付性行政活動，作用法上亦使用營造物概念及特別權力關係理論，同樣採取高權之法形式¹⁸。

至E.Forsthoff給付行政論之生存照顧概念，所重視者，並非行政之法律形式而係行政任務之目的。社會法治國家之時代，因應各式各樣之任務，行政處分反而退居為次要角色，應自行政所欲追求任務，決定其使用之法形式。依此，私法形式之行政活動，亦認為應納入行政法之範疇，行政處分非侷限於命令、強制，公的扶助方面，已有使用高權之行為形式。但隨著國家所提供之融資貸款、保證等資金補助活動盛行，拒絕締結民法上消費借貸或保證契約，對此所生公法上權利救濟問題，而創出之「二階段」論；日本同樣自訴訟救濟法觀點，亦有「形式的行政處分」論，於維持契約構成之同時，重新思考行政處分之運用及內涵，有共通之處。雖面臨多樣化行政活動及所處理之複雜社會關係，行政處分是否為適合於給付行政之行為形式，仍有爭論¹⁹，惟行政處分原本為行政法總論體系之中心地位，漸次蛻去其威權性質，應改將其定位為行政法律關係之法律效果發生原因或法律事實之一，或作為行政介入社會眾多手段之一，重新檢討。關此，以侵害行政為中心所構成之行政處分論，面臨本質上不具權力性而接近私法契約原理構成之給付行政活動，德國及日本學理對其基礎概念展開各自之認識及解釋。

二、德國

¹⁸ 村上武則「憲法原理と行政法理論体系」公法研究67號（2005年）65-66頁。」以下。行政處分之威權要素，其性格由來於O.Mayer之國家觀，關於概念本身之批判，主張將行政處分往法律關係論方向統合之可能，山本敬生「行政行為の官憲国家的構造—オットー・マイヤー理論を中心にして」法学政治学論究53號（2002年）169頁以下。

¹⁹ 主張行政處分（類似英國行政法之準司法行為）之Bullinger見解，以及主張公法契約之Rüfner見解，村上武則，前揭註1書，29-33頁。又，Bullinger之理論，詳參塩野宏「紹介 マルティン・ブリンガー『契約と行政行為』」（初出1963年）同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）262頁以下）

二次大戰後，德國給付行政法理論之發展，集中於公法與私法之關係及作用法之行爲形式，亦即法形式之問題上。公法與私法之問題，主要認爲私法適用於公行政，尤其給付行政，並非適當，且行政活動（如公用事業）有逃避私法之現象，故認爲應傾向自公法原理加以考察，包括：公法一元論、混合法形式論及行政私法論²⁰。但如前述，有主張自德國給付性行政活動之歷史言，私法之法形式與給付行政較親近，尤其針對大量定型之給付關係，傳統私法因社會構造轉變亦產生質變，給付關係中包括締約強制、利用條件及責任原則等，並無差異，認爲行政提供給付之關係應朝強化私法原理之方向發展，縱使於普通法院亦得適用而給予私人權利救濟²¹。或主張放棄公私法區別，提出共通法之思考，認爲應針對事件本質尋找可共通適用之規律²²。

公法化傾向，爲日後學說發展之主流。因行政訴訟採取列舉主義及以行政處分致權利受侵害爲訴訟要件，爲滿足完全之權利保護，學說或裁判實務試圖將行政關於給付之決定乃至其拒絕，解爲行政處分，以利救濟。其完整論述始於學者H.Ipsen於1951年12月17日「聯邦政府對於電影業者給付及拒絕債務保證之程序與權利保護」法律鑑定書中之二階段論²³。針對行政提供業者「債務保證」之情形，當事人有「債權人

²⁰ 混合法形式主要爲後述之二階段論，公法一元論有分別主張行政處分說及行政契約說，行政私法論則主張維持私法形式，但應受公法上原理之拘束。各說見解，詳參村上武則，前揭註1書，17-24頁。

²¹ 同前註17。又，自民法學探討供給契約之構造，白羽祐三「所謂Daseinsvorsorgeの領域における契約構造—とくに生活必需給付（Versorgung u. Verkehr）（一）（二）（三）（四）」法學新報74卷4・5號（1967年）62頁以下，74卷6號（1967年）3頁以下，75卷6號（1969年）3頁以下，75卷7號（1969年）3頁以下。

²² 提出者爲德國學者M.Bullinger，其理論介紹，詳本章第四節第一項。

²³ 依聯邦所定之程序規則，規定是否提供債務保證是由跨部會所組成債務保證委員會審查並作成決定，債務保證以文書爲之且有聯邦債務管理廳之官員二人簽署，同時明定申請人對於行政機關所承擔之債務保證不存有請求權，因該債務保證所生法律上爭訟由波昂普通法院管轄。業者因聯邦拒絕提供債務保證，以致影片未能順利上映，提起行政訴訟。主管機關除未詳明拒絕申請之理由外，尚主張其行動與一般私人銀行業

」、「債務人（業者=申請人）」及「保證人（國家）」三者，分別存在債權人與債務人、債務人與國家、國家與債權人間之法律關係。二階段論認為，債務人向國家請求保證之提供，國家作成准否之行爲爲公法上具有高權性之決定，作成同意決定後，其內容實現須由國家與債權人間締結民事上保證契約。應注意者，二階段論之特徵所欲解決國家提供債務保證之法構造，實際上爲數個當事人間，各自相異之三面法律關係。即「債務人與國家：行政處分」，「國家與債權人間：民法保證契約」及「債權人與債務人：消費借貸契約」，並非將單一法律關係分爲二階段。嗣後，Ipsen將此理論再擴張至消費借貸之類型，即拒絕申請之決定則公法關係成立，拒絕決定爲行政處分，並無發生第二階段契約關係之餘地；反之，如作成同意決定，即成立公法上第一次關係，該資金給付原具有公益上目的亦屬行政處分，第二階段則爲履行第一階段之決定，締結民法消費借貸契約。此與債務保證不同者，消費借貸之構造上爲國家與申請人間之單面法律關係。至於消費性補助金之類型，因給付金額等在法律上均有詳細規定，行政無裁量餘地，完全以行政處分形式處理，不適用二階段論²⁴。

二階段論意圖於消費借貸類型上，將單一法律關係分爲二階段，學說上多所批判²⁵。儘管如此，仍有學者主張應擴大適用至其他給付行政之領域²⁶。或認爲此種混合公私法形式之解釋論，勿寧係直接面對一個

者同，縱爲拒絕亦僅屬於國庫行爲中具裁量性之拒絕，法院不得加以審查。其法律問題之緣起，參照米丸恆治「資金助成行政の行爲形式論（一）—西ドイツ行政法學および裁判例の理論とその問題点—」名古屋法政論集106號（1985年）395-396頁。

²⁴ 二階段論其後之學說發展，尚因公法階段與私法階段之關係而提出不同構成，米丸恆治，前揭註23文，400-424頁。

²⁵ 米丸恆治「資金助成行政の行爲形式論（二）—西ドイツ行政法學および裁判例の理論とその問題點—」名古屋法政論集106號（1985年）364-369頁。

²⁶ 如學者M.Bullinger從英國行政契約之研究，認爲德國行政之私法活動，應依二階段論解決，且依公法契約有其弊端，參照塩野宏，前揭註19文，262頁以下；村上武則，前揭註1書，64頁。亦有學者舉公共設施之利用關係、公有道路之特別利用、政府基於價格調控等收購行爲、政府採購行爲等情形，主張均有同理論之運用，程明修「

生活事實中所可能存在複數或不同法律屬性法律關係而提出之思考模式，並非無中生有，給予積極評價²⁷。

三、日本

日本法關於給付行政之法形式問題，其發展與德國有相當差異。就消費性補助金之情形，早於 1940 年美濃部達吉博士基於公私法區別論，認為補助金交付法律關係係具有經濟上內容之性質，雖未見權力之發動，但直接與公益有關，且隨著給付常常附有義務履行，違反義務時得撤銷或廢止原給付措施，故應屬公法範疇，並非私法上附負擔之贈與，主張為公法上契約²⁸。惟戰後，因 1955 年補助金等適正化法之制定，田中二郎博士認為，行政之行爲於此情形（如補助金交付決定、行政財產之使用許可），實質具有契約一方當事人行爲之性質，僅係法令上以行政處分之形式處理，就該法所規定之交付決定，稱作「形式的行政處分」²⁹。此「形式的行政處分」概念，由雄川一郎博士進一步闡釋，即對於屬非權力作用之行爲，如各種社會保障、社會保險給付等（如國家共濟組合法第 41 條、生活保護法第 24、64 條、健康保險法第 80 條、厚生年金保險法第 90 條等），其原本不具有權力支配之性質，法技術上亦無以其給付決定作為行政處分之必然理由，但法律上卻使用行政處分形式介入，使此等給付之法律關係處理，運用行政處分法理，其實質意義，係使此等大量發生之法律關係得以明確，並確保統一處理；此種給付決定為形式上、技術上作為公權力行使之行政處分，實體上並未伴隨

雙階理論之虛擬與實際」同『行政法之行為與法律關係理論』（自版、2004年）63-66 頁。

²⁷ 程明修，前揭註26文，82頁。

²⁸ 美濃部達吉『日本行政法 上』（1940年）53-54頁，轉引自確井光明「補助金」雄川一郎等編『現代行政法大系10 財政』（有斐閣、1984年）228頁。

²⁹ 田中二郎『行政法 上卷』（弘文堂、全訂第2版、1974年）108頁。

公權力之發動³⁰。

上述自實質法律關係詮釋行政處分之概念，其意義及目的，日本學說之解讀，亦見分歧。有認為解釋論上何謂「實體上並未伴隨公權力發動」之意義不明³¹，且將行政處分理解為規制性行為並無必要，立法者為達各種政策目的而使用行政處分之形式，原本即係形式上之選擇，用語上特別稱作「形式的行政處分」並無實益³²。但亦有自重視撤銷訴訟救濟之機能上予以積極評價者³³，而裁判實務於解決處分性之問題，亦

³⁰ 雄川一郎「現代における行政の法」岩波講座『現代の行政 現代法4』（岩波書店、1966年）18頁。

³¹ 如塩野宏教授認為行政處分非僅於具有命令及強制關係之權力關係，而係作為行政與私人間權利變動之一般法技術，雄川博士所謂實體上未伴隨公權力之發動，應僅指涉執行力而言（即命令、強制），除執行力外，並未排除公定力（撤銷訴訟排他管轄）或不可爭力（起訴期間之限制），故據此劃定其概念範疇，就認識論而言，並非妥當。且早於O.Mayer時代，藉由其「福祉=公權力觀」已將行政處分之適用領域從僅適用於命令與強制之場合，一般化為規範行政主體與私人間關係之概念，即行政處分於O.Mayer之概念發展下，原本即為形式性之概念，如將其行政處分概念與命令、強制相結合，論理上並無理由，塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題點」（初出1990年）同『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）175頁。但兼子仁教授則賦予此種行政處分之權力性新涵義，指此種行政處分並未伴隨實質行政處分之公定力及不可爭力，但有事實上支配力，如法無特別規定應採取撤銷訴訟程序救濟，且有正當理由，得肯認對於否准請求直接提起民事訴訟或當事者訴訟，兼子仁『行政法学』（岩波書店、1997年）148-149頁。

³² 大橋洋一『行政法 現代行政過程論』（有斐閣、2版、2004年）302頁。

³³ 肯定說者有：原田尚彥教授、高柳信一教授、渡部吉隆法官等，參照村上武則，前註1書，72-74頁。村上教授則認為，形式的行政處分與固有之行政處分概念應屬相對性，縱係公定力等權力性，於固有之行政處分中，並非源自行政處分本身而係外在實定法制度所賦予，故僅能謂係政策賦予之權力性。且非權力行政所從事者原本亦得由私人為之，則形式的行政處分中之權力性，與市民社會中通常私人所具有社會機能上之權力同一，其權力性如欲化成公權力，並非觀念上使然，而須基於實定法之創設（如撤銷訴訟）始足。

有援引上述概念作說明之例³⁴。

近來，日本學者更進一步主張：(1)「給付行政之領域，形成法律關係之行爲形式，推定爲契約方式，但自規範該給付行爲之法律構造（如規定聲明不服採取撤銷訴訟之途徑），亦可能承認其處分性」³⁵。(2)「理論上，行政主體對於特定人所爲資金、物品或勞務之供給，其原本均以契約關係爲前提，但此係人爲地形成或變動此等法律關係，該形成或變動行爲即便以行政處分爲之，亦非當然排除原有之契約關係。以行政處分設定之關係，其細節內容能以契約訂定；反之，以契約設定關係，亦可以行政處分消滅或變更其內容，即行政處分與契約關係之交錯」³⁶。(3)「關於補助金交付，立法者雖選擇行政處分之形式，若無明確禁止採取契約形式之規定或只容許採取單方性之法律行爲（行政處分）之規定，應允許行政選擇契約形式爲之」³⁷。此等見解，使行政處分更具有目的性、技術性之功能取向，但亦令行政處分與契約作爲行爲形式之概念，其區別及運用漸趨相對化³⁸。

³⁴ 釧路市雪印乳業事件（札幌高判昭和44年4月17日行裁判集20卷4號459頁），此案利為地方公共團體設置獎勵金制度誘導企業設廠，但遭新任首長廢止其政策，駁回企業獎勵金之申請。關於獎勵金交付之駁回決定，判決說理上，引用此一概念，肯定其處分性，但價值判斷根據，係基於為使大量發生之補助金交付法律關係明確，以求統一平等處理云云，似與獎勵金或補助金本身常係個案、偶然者不合，與雄川博士提此概念時所舉社會保障給付之例有別，村上武則，前註1書，80-81頁。

³⁵ 塩野宏『行政法 I』（有斐閣、4版、2006年）176-177頁。

³⁶ 小早川光郎「契約と行政行為」岩波講座『基本法學4—契約』（岩波書店、1983年）126頁。

³⁷ 石井昇『行政契約の理論と手續—補助金契約を題材にして—』（弘文堂、1987年）129-130頁。

³⁸ 即有指此為契約與行政處分功能之接近，二種行爲形式間原則具有互換及彈性運用之可能，參照賴恆盈『行政法律關係論之研究—行政法學方法論評析』（元照、2003年）72-75頁。

四、比較

總括德國O.Mayer之行政處分論、Ipsen之二階段論與日本之形式的行政處分論，可比較其行政處分觀之異同³⁹：

(一) Maye 之行政處分論，將行政處分貫徹至所有行政活動，形式上運用行政處分建立其行政法學之基本構造，與日本形式的行政處分論，形式上藉由行政處分針對行政採取私法形式之活動給予市民權利保護此點，具有同質性。但日本之形式的行政處分論，其出發點係考慮法律關係之實質(如使大量發生之法律關係明確化、統一處理等)，O.Mayer之行政處分論，則以潛在之國家權力為前提，並未考慮個別公權力決定之實質內涵。

(二) 德國之二階段論，於債務保證，有多數當事人及多面法律關係之類型，並無異論，但運用至單面法律關係如消費借貸，則多受批判。日本之形式的行政處分論，則著重於所有非權力行政活動之層面，概括就有無權力性之點試圖與固有之行政處分相區別。

(三) 行政處分與行政訴訟之關聯性，德國聯邦行政程序法第 35 條規定就行政處分之實體要件加以定義，行政訴訟即以行政處分為中心設定撤銷訴訟類型，但二者間亦有未盡整合情形。即並非全然就實質上是否該當於行政程序法所規定行政處分之要件以決定其行為是否行政處分，而係以行政活動之外觀形式為識別基準。縱使屬於民事事件而不合於上揭規定之要件，亦因其外觀上行政誤為採取行政處分之形式，仍承認其為行政法院法第 42 條或行政程序法第 35 條規定之行政處分給予救濟，似有基於權利保護之功能而採取類似日本之形式的行政處分論⁴⁰

³⁹ 村上武則，前揭註1書，77-78及82-84頁。

⁴⁰ 但與日本學說同，有認為此將不當利用行政處分之形式，使市民被迫受制於撤銷訴訟之救濟類型，原屬私法上規律卻被賦予行政處分之特殊效力，持批判見解，村上武則，前揭註1書，83頁。又，行政處分之權利保護機能，山本敬生，前揭18文，194頁。國內學者亦有以德國法從形式外觀判斷行政處分之情形，稱為「形式之行政處分」，程明修「形式之行政處分」月旦法學教室45期(2006年)10-11頁。

。

(四) 日本法並無行政處分之立法定義，行政程序法第 1 條規定及行政事件訴訟法第 3 條第 1 項規定，均僅概括指「公權力之行使」，其意義及範圍係委諸學說及法院判決發展。行政之給付決定是否為公權力行使，而得利用撤銷訴訟（抗告訴訟），即其處分性之問題，端視立法者是否設定賦予該行為公權力性，為法律制度構造之解釋問題（具體表徵，如是否採取申請、決定程序，有無給付決定之通知、行政上聲明不服之前置、罰則擔保等規定），原則與行政之主觀意思、行為外觀無涉⁴¹。故如給付要件等並無法律規定，其具體內容係依行政規則（通達或要綱）規定者，除非解釋上採前述形式的行政處分論之操作，否則原則上有不承認處分性而解為契約之可能⁴²。

第二項 行為形式論之再構成

給付關係之成立，以行政主體與受給者（利用者）間之單面關係言，行政審查受給資格、要件存否而為同意或拒絕給付之決定，是否採取行政處分形式，尚因各給付作用之類型、法制度構造及行政處分觀，而有差異性。此係就決定關係而言，至於具體提供財物、勞務等供給關係

⁴¹ 我國學說多傾向德國法見解，強調行政處分應以行政之主觀意思（規制之法效意思）為要件，程明修「行政上之意思表示、法律行為與行政處分」，前揭註26書，128-131頁。

⁴² 早先為補助金交付之情形，實務見解已有分歧，塩野宏，前揭註31文，174-201頁。近來，具體判斷上，尚因給付制度之目的而有解釋上差異，如：勞災就學援助費不支給決定是否具有處分性之問題。依勞工災害補償保險法規定，政府應對於勞工遺屬提供就學上援助等措施，其實施之必要基準由主管機關（勞動省）定之。主管機關據此實施勞工福利事業，有關給付對象、金額、期間及程序等均則以行政規則（通達）定之。最高法院判決（最高裁2003年9月4日第一小法廷判決1999年（行七）第99號）廢棄一、二審判決所採贈與契約說而持肯定說，論理上即就此種給付與原本勞災保險給付制度之關聯性為考慮（如給付程序之類似性、保險給付之補充性質），太田匡彥「勞災就學援助費の支給に関する決定」小早川光郎等編『行政判例百選II』（有斐閣、5版、2006年）342-343頁。

，未必由行政主體實施，因應重視利用者選擇權或市場化之取向等要求，形成行政主體、給付提供者及給付利用者間之多面給付關係。而為確保給付公平、品質等要求，行政主體對於給付提供者亦有兼採監督、規制手法。技術上呈現運用行政處分、契約及基準設定等各種行為形式組合之法構造⁴³。

一、行政處分與契約之組合

（一）資格要件認定與補助契約

前述以資金補助為基礎所展開之二階段論，即為行政處分與民事契約（含消費性補助金、消費借貸或保證契約等，統稱補助契約）組合之典型。關此，除以金融機構為行政機關之支付單位外，通常為行政機關與補助對象私人間之雙務關係。惟我國實務運作上，多藉由捐助成立財團法人方式，或由主管機關委託，或直接明文其執行補助業務，相當複雜多樣，且解釋論常生爭議。可舉數例如下：

1、促進研究機構或企業研究發展補助：依「經濟部推動研究機構開發產業技術辦法」，規定對於申請者所提出之研究開發計畫書，經邀集專家組成委員會審查後，並參酌研究機構之評審報告，由主管機關核定（並無有關核定函應通知申請人、限期訂約之規定）後，即與申請者「議定經費」及簽訂契約（第 16 條）。自補助經費係與申請者協議而非預先決定以言，主管機關與申請者間不無僅採取單一法律關係（即契約形式）之可能。但「經濟部促進企業研究發展補助辦法」，則規定本部得就本辦法所訂相關事項，委託法人或團體辦理（第 10 條）。依現行實務所見，核定補助申請後之補助契約，係由經濟部與財團法人工業技術研究院就相關事項之管理執行簽訂「科技研究發展專案計畫委辦契約書」，再以該財團法人名義與申請人簽訂補助契約，故構成「經濟部－申請企業（准駁決定）」、「經濟部－工研院（委辦契約）」及「工研院－申

⁴³ 塩野宏，前掲註35書，176頁。宇賀克也等編『對話で学ぶ行政法』（有斐閣、2003年）62-64頁。

請企業（補助契約）」，相當特殊之三面關係⁴⁴。

2、優惠購屋專案貸款：由內政部、財政部、中央銀行（統稱主管機關）統籌辦理青年優惠房屋貸款暨信用保證專案、2000 億元優惠購屋專案貸款，訂有「金融機構辦理優惠購屋專案貸款作業簡則」以及「金融機構申撥青年優惠房屋貸款暨信用保證專案、二千億元優惠購屋專案貸款國庫補貼利息作業程序」，但無法律授權。依上揭作業簡則第 5 點規定，承辦金融機構貸款利率，按中華郵政股份有限公司 2 年期定期儲蓄存款利率，加 1% 計算機動調整，並規定由內政部編列預算補貼利息。而為統籌辦理各承辦金融機構利息補貼金額之核算，並辦理電腦勾稽、作業規章訂定及表格設計等事宜，得選定經理行庫辦理之；經理行庫為辦理上述事宜應與各承辦金融機構訂定相關請撥核轉契約（第 7 點）。依上揭作業程序規定，上述事宜係委託土地銀行辦理，並由土地銀行依「辦理青年優惠房屋貸款暨信用保證專案、二千億元優惠購屋專案貸款協議書」約定，按時向內政部營建署申請預撥國庫補貼利息預算，各承辦金融機構則向土地銀行申請核撥國庫補貼利息。作業簡則第 10 點規定，申貸人與承辦金融機構之借款契約，應納入如有重複申貸本專案貸款等情事，則依約取消其貸款資格之條款（第 10 點）。而第 8 點規定，本專案貸款風險由各承辦金融機構自行負擔，似有由承辦金融機構自行審查承貸資格之意旨。但欠缺關於審核申貸資格之權限及程序，且主管機關有無將此權限委託土地銀行或承貸金融機構，或彼等僅為行政助手地位，是否採取二階段之構成，均非明確。實務上，有經理行庫（土地銀行）查得申貸人之重複申貸情事，通知承辦貸款銀行取消原貸款之優惠利率，改按一般利購屋貸款利率計息，遂爭執該取消優惠承貸資格之通知，究為行政處分（又應以何機關為原處分機關）或民法解約之

⁴⁴ 於申請者係由數企業以研發聯盟形式提出，尚要求於其研發聯盟合作協議書中訂定特約條款，明定「同意就本條所列事項，各簽約當事人所為之承諾及履行義務係共同連帶對財團法人工業技術研究院及經濟部為之；工研院及經濟部對於任一或全體簽約當事人享有直接請求給付或履行本特約條款之權利，絕無異議」，<http://www.sbir.org.tw/introduction/download.asp#download2>（附件F專案契約書、附件G研發聯盟契約標準條款說明）。依此，消費性補助金於我國之規律構造，更形複雜。

意思通知⁴⁵。

3、低收入戶國民住宅之租售：依司法院釋字第 540 號解釋，認為依國民住宅條例規定，由主管機關直接興建及分配之住宅，有承購、承租或貸款需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約。至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，得依法提起行政爭訟。所指申請人得依法提起「行政爭訟」，似肯認其決定為行政處分，則有採取行政處分、民法買賣或借貸契約之構成可能。

（二）供給契約與利用規程、費率等認可

供給人民日常生活基本需求之水、電、瓦斯、電信、大眾運輸等給付行政活動，雖行政可能採取各種公法或私法組織型態作為供給主體，惟其利用關係為契約關係，並無疑義。但其特徵，通常為不重視契約關係之個別化或差異化，具有獨占或排他給付，且無選擇或拒絕締約與否之自由，即所謂附合契約⁴⁶。所涉及供給關係具體內容之供給規則或運送條款、費率、利用條件等涉及權利義務重要之點部分，則課以應報請

⁴⁵ 台北高等行政法院92年度訴字第777號判決，原訴願決定以該通知係基於私法關係所為之意思通知而非行政處分，作成不受理之決定。行政法院則援引釋字第540號解釋理由書第二段所揭示之雙階段理論，指該利息補貼資格被取消，為單方高權之行為，屬行政處分。土地銀行則受主管機關之委託行使公權力（即公權力受託人），承貸銀行辦理專案貸款案件則係經理銀行土地銀行之行政助手，承貸銀行與申貸人之關係則為私法關係，判決將訴願決定撤銷（嗣經最高行政法院94年度判字第1303號判決維持）。上揭判決見解，認為經理銀行為主管機關之公權力受託人，承貸金融機構則為經理銀行之行政助手，形成公權力受託人亦可委託第三人成為行政助手之特殊情形。但依學理上行政助手之概念（即無公權力，無自行決定之活動空間，不直接與第三人發生法律關係，陳敏『行政法總論』（自刊、2004年）973頁），借貸契約至少亦應以經理銀行為名義人與申貸人簽訂，惟作此解釋，似又與實務運作不合。依此，經理銀行、承貸金融機構與主管機關間，各該法律關係應如何解釋，有待斟酌。

⁴⁶ 白羽祐三，前揭註21（一）文，67頁以下。

主管機關核定或公告之義務。如：自來水法第 59 條（自來水事業擬定水價詳細項目或調整水費，應申請主管機關核定之）；電業法第 59 條（電業擬訂或修正營業規則、電價及各種收費率，應送經地方主管機關或其事業所屬機關加具意見，轉送中央主管機關核定後）；公路法第 42 條（汽車運輸業之客、貨運運價，由汽車運輸業同業公會暨相關之工會共同擬訂，報請該管公路主管機關核定，非經核准，不得調整）；大眾捷運法第 29 條（大眾捷運系統之運價，由其營運機構擬訂，報請地方主管機關核定後公告實施）等。即使純粹私人所經營之公用事業，其訂立或修正有關公眾用戶之收費及各項規章，亦規定應呈由地方監督機關簽具意見，轉呈中央主管機關核准（民營公用事業監督條例第 7 條）。依此，日常生活所必需之水電等供給關係，其事業與私人之給水、運送契約等，亦有就利用規程、費率等部分，與認可或核准等行政處分組合之可能。

（三）費用支給決定與服務供給契約

社會保障行政領域之給付樣態，依不同受保障事由，有提供金錢、實物給付或照護服務。其中，對於高齡者、身心障礙者等自主生活有困難之人提供專業照護人員援助服務，尊重利用者對於提供者對象或給付內容形成之選擇權，原本由行政機關直接決定給付內容自行或委託民間機構實施，轉由利用者與提供者依其意願與提供者締結契約，所生一定比率費用由行政機關負擔。如日本於 2000 年以高齡者為對象實施之「照護保險」制度，以及修正原有以身心障礙者為對象之支援費支給制度，於 2007 年實施之「自立支援費給付」制度，為行政處分與民事契約組合之另一型態⁴⁷。照護保險方式，由被保險人申請保險人（市町村）作成「需要照護認定」並由照護支援專門員作成照護計畫後，被保險人與指定事業機構締結照護契約，所需費用作為保險給付由保險人部分負擔。自立支援給付制度，亦仿照照護保險之構造，係由希望受領障礙者福祉服務利用之照護給付費或訓練等給付費等支給之身心障礙者，須向

⁴⁷ 照護保險制度及舊支援費支給制度，劉宗德「世紀轉變期之日本社會福祉法制」翁岳生祝壽論文編輯委員會編『當代公法新論（下）』（元照、2002年）556-559頁。

市町村提出申請，由市町村作成障礙程度區分之認定，再依據個別服務種類作成支給要否之決定，由受有支援費之支給決定者與相關事業者成立「指定商談支援供給契約」及「福利服務供給契約」接受服務，所需費用扣除利用者自行負擔部分後，由市町村支給之。此於我國，雖制度尙未實定法化，中央主管機關於每年度亦修訂「失能老人及身心障礙者補助使用居家服務計畫」，針對中低收入戶失能老人及身心障礙者，因身心功能受損致日常生活功能需他人協助而接受政府委託民間機構提供居家服務者，得申請地方政府居家服務費之補助。經審查評估認定符合需照護標準者，依據補助標準，補助一定時數之居家服務費⁴⁸。亦存有類似利用者與受委託民間機構締結居家服務供給契約同時，就所需部分費用負擔，得依申請作成支給決定之情形。

二、再構成之主要議題

前述給付關係中，行政處分與契約形式之多樣組合，影響及於行為形式論之基礎概念，有以下議題：

(一) 傳統行政處分概念中所內含之權力性要素，現今觀點認為，應從其並非基於當事人間之合意，而係由行政單方面發生法律效果此點，改以實定法上所發生之規律效果(「規律力」)加以說明。向來行政處分之效力以「公定力」為一體構成，亦朝「分解化」構成之傾向。亦即：(1)O.Mayer理論定義行政處分為「對於人民個別、具體宣示何者為法之國家行為」，重視法明確化之機能，此為上揭規律力或拘束力之觀念。(2)私人於一定期間未依法所定程序否定該規律力或拘束力者，法律上即不承認私人之主張，則為不可爭力或形式之存續力。(3)行政機關亦無法依職權撤銷等方式否定其拘束力，則為不可變更力或實質存續力。(4)行政處分之規律或拘束及於其他私人間民事法律關係或刑事訴訟，其他利害關係之私人、主管機關或法院須予尊重，則為構成要件之效力。(5)行政處分所為涉及要件之認定，包括作成該行政處分所根據之

⁴⁸ 如「臺北市政府社會局95年度居家服務實施計畫」(http://www.dosw.tcg.gov.tw/attachment_file/i/200605/95年實施計畫.doc)。

事實或法律判斷，拘束私人或法院者，則為行政處分之確認效果⁴⁹。關此，行政處分所生受其規律之範圍（含「主體」、「對象」及「時點」），與其他行為形式、民事法所規律之法律關係等組合而成之複合構造，應要求更細緻之解釋及制度化⁵⁰。同時，不應僅侷限於某行政上行為之要件解釋或法律關係之定性，即導出一定結論，而係自解釋論或立法論上，釐清給付作用採取之行政法體系（如申請—准駁處分—訴願—撤銷或課與義務訴訟）構造與民事法體系構造（請求—拒絕—給付訴訟）之各自判準及依據。

（二）行政上為達成行政目的所廣泛使用之契約形式，不應拘泥於其為公法契約或私法契約之屬性爭議。對此，有關事實上具體給付措施之提供，藉由民間共同參與公共任務之履行，所謂「公私協力」秩序之形成，探尋適合於規範此新型態之行為形式，自擴充行政契約論之範疇漸次展開⁵¹。再者，基於「制度」觀點，考察行政提供財貨勞務等給付

⁴⁹ 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法關係」民商法雜誌（2004年）648-655頁。

⁵⁰ 行政處分之規律力，亦有稱「拘束力」，塩野宏，前掲註35書，127-130頁。山本隆司「開かれた法治国」公法研究65號（2005年）164-165頁。行政處分之權力性雖表現於其「規律力」，但理解上係指「法律關係之變動」或「具有拘束力之宣示」則未必明確，亦有不採分解構成，而立於一元概念下，自受其拘束力所及之主體、對象（目的）、發生時期，對照各社會保障給付法律構造而類型化之可能，太田匡彥「行政行為—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）237頁以下。國內學者檢討行政處分之意義，與此問題有關者，參照程明修，前掲註41文，128-131頁。

⁵¹ 近來德國行政程序法關於行政契約章節之修正，有將實務上已存在公部門與民間部門締結契約協力分擔公共任務之履行，試圖建構「公私協力」之概念並將其契約類型納入行政程序法規範之趨勢，概念整理及具體提案之介紹，岸本太樹「公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約（一）（二）（三）（四）—ドイツ連邦行政手続法第4部「公法契約」規定の改正論議における協働契約論」自治研究81卷3號（2005年）91頁以下，81卷6號（2005年）132頁以下，81卷12號（2005年）111頁以下，82卷4號（2006年）126頁以下。國內文獻，程明修「公私協力行為對建構『行政合作』之影響—以台北高等行政法院ETC案為契機」及吳志光「ETC裁判與行政契約—兼論德國行政契約法制之變革方向」分別收於月旦法學雜誌135號（2006年）5頁及14頁以下。

而運用之契約手法，即使為市民間所締結之契約，其內容、方式係為實現政策目的，由立法者選擇組合行政處分與契約之形式，認為其中既有部分基於公的財源作為調度，亦有必要明確其於行政法體系中之定位及特色⁵²。即如前所述，社會保障制度中所實施之照護服務措施，為確保利用者之選擇權，採取行政與受給者間以行政處分決定資格或給付履定期，而由受給者依據照護服務員擬定之照護計畫，選擇民間事業者，並與之締結照護服務供給契約（但費用由行政方面支付）。又如基於二階段論之資金補助關係構成，核准貸付決定與受領者、民間銀行間所締結民法上融資貸款契約之關係，均難割捨民事契約與行政法體系之連動⁵³，即其適例。

（三）行為形式之法律效果與私人給付請求權之對應關係，應予重視。尤其，針對非正式性或法律上未明確其效果之行政活動，行政程序法上雖有彙整成行政指導之概念，但未必能自實體法之觀點，因應實際操作上所生問題。例如基於行政機關所提供之錯誤資訊或建議，而提出較法律所規定應得為不利益之申請，對准其申請內容之決定，雖實際上較依法律規定者為不利益，縱有不服，因行政處分內容已滿足其申請，則集中於最終作成之行政處分，以思考權利救濟之法理或制度（撤銷訴訟或課予義務訴訟），即難適應。對此，無法自行政指導概念之解析而導出結論，勿寧為如何理解行政過程中，包括行政資訊或建議等行政指導、依法申請之行政處分，與私人依法律所應有權利、私人申請行為間對應關係之問題。如德國 1960 年代於社會法之判決實務所發展之「回復請求權」（或稱「實現請求權」）概念，對於該有瑕疵之建議或資訊提供行為，主張行政機關違反建議或指導義務，而承認申請人得請求回復或實現行政機關作成適法行為時所應享有狀態之權利，進而於申請期間

⁵² 大橋洋一，前揭註32書，361頁，氏舉日本社會福祉基礎構造改革中「措施制度」轉向「契約制度」為例，採此立場。

⁵³ 提倡民事法與行政法之支援關係，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 下卷』（有斐閣、2001年）117頁。

已逾期之情形有重啓程序進行、請求損害賠償之可能⁵⁴。又如日本地方公共團體依法申請中央國庫應交付其托兒所建設費，而法律所規定比例中央所應補助之費用（法令用語為「國庫負擔金」），有因中央事前行政指導以致地方未取得規定之金額，以攝津市訴訟事件為首之一連串案例中，其衍伸費用補助金交付請求權之發生係直接基於法律，或須經交付決定（行政處分）程序後始發生之問題⁵⁵。

第四節 法律關係論之發展可能

第一項 給付關係與共通法

E.Forsthoff 之給付行政論，基於社會國家之思考，主張行政為達成其生存照顧任務，均可能採取公法或私法形式之手段，行政之私法活動亦應納入行政法學考察範圍，但如何克服公私法二元之前提，以架構法解釋論之基礎，仍待充實。延續其理論背景，實體法之教義學構成上，德國學者 M.Bullinger 提出「共通法」之思考方法。亦即，產業社會之私人生活與國家共同體之秩序交錯強度更甚於 19 世紀，公私法二區分之時代意義及機能，已然動搖。公私法對立非本質而係技術上區分，國家共同體除秩序維持機能外，作為社會保障、經濟給付之主體登場。國家與社會間諸多中間團體之出現，基於國家地位之行政活動，與非基於國家地位之中間團體之活動並存，故公私法二區分，將國家共同體之法律關係整編入一閉鎖、自律之公法概念或法體系中，即有困難。

M.Bullinger 主張所有法律或法律關係，並非應基於如何標準而歸屬於公法或私法之問題，而係因應個別實態，儘可能探求其各種意義之內

⁵⁴ 村上武則，註揭註1書，361頁以下；「回復請求權」之理論史及其背景，薄井一成「ドイツにおける社会法上の回復請求権(上)(中)(下)」自治研究73卷12號（1997年）80頁以下，74卷2號（1998年）90頁以下，74卷4號（1998年）79頁以下。

⁵⁵ 劉宗德「直轄市負擔全民健康保險暨勞工保險補助款之計算基準及其相關法律問題」台灣本土法學77期（2005年）101-103頁。

容及機能，藉以發現所存在具有共通性之法原則⁵⁶。依氏所構思給付關係之共通法，應區分：

一、基於定型化條件所為有償給付，此種以個別意思表示為原則之民法一般契約法理未必能適用，公行政領域（如營造物利用關係）亦有同樣情形。行政處分或公法上契約，與民法之意思表示及契約同，均以個別性判斷及意思形成為其要素，並非指向已被定型規範而一定、大量之給付。如電力等能源、交通、銀行、博物館、劇場等供需行政，其權利義務內容多以所謂營造物規則之形式呈現，私法上所謂定型化契約條款之法律性質、效果及限制等理論，於其問題應有參考之可能⁵⁷。

二、依個別化基準所為之有償或無償給付，此非藉由辨別其是否係為公行政之目的，即可直接得出應以公法上行為形式（行政處分、公法上契約）或私法上形式之結論。如國民住宅之買賣，不因其開發主體為何者，即區分公法上行政行為、通常買賣或行政私法之買賣，即使於行

⁵⁶ 學說介紹及評論，塩野宏「紹介 マルティン・ブリンガー『公法と私法』」（初出1969年）同『公法と私法』（有斐閣、1989年）146頁以下；村上武則，前掲註1書，45-46頁。採取支持立場者，室井力，前掲註4文，11頁以下。

⁵⁷ 關於此類與公主體所締結之供給契約，行政法學多以其為民法上契約，故於行政法內部之法理尚未發展；另一方面，此供給契約並無當事人意思自主之可能，雖有由民法學者自契約法學之立場，導入定型化契約論或締約強制論之議論，然民法亦不無以其多伴隨公法上規制而當作特殊契約，例外處理，以致有學問管轄上之消極衝突情形。有關民法上契約原理與行政法學營造物概念之連動，參照白羽祐三「現代契約論序說（1）—締約強制論（「私法の社会化」論）からDaseinsvorsorge=給付行政論へ—」法學新報83卷7・8・9号（1977年）155頁以下。總括國家提供財貨勞務，或因民營化之結果而透過民間事業者提供，對於此種供給契約，與重視當事人個別意思自主交涉之典型商法上「交易型契約」相別，以其多須考慮非契約關係之潛在其他當事人利益，基於制度設計所形成之契約，稱之「制度型契約」（如水電等基本生活所需之供給契約、照護契約、學校教育契約、企業年金契約、團體加入契約等），內田貴「民營化（privatization）と契約（1）-（6）—制度的契約論の試み」ジュリスト1305號（2006年，下同）118頁以下，1306號70頁以下、1307號132頁以下、1308號90頁以下、1309號46頁以下，1311號142頁以下。民法約款論對於行政法律關係（尤其如營造物利用規則等）之參考價值，宇賀克也等編，註43，64-67頁。

政主體擔任開發主體之情形，亦應探求是否有特殊規律之存在（如平等原則之處理，或依要約人之經濟力而採取特別措施等）。又如補助金交付之情形，國家所提供之融資借貸或補助金擔保，其交付條件原則上未必與一般銀行之信用貸款或債務保證有何不同，即使係消費性補助金，亦非無法與民法上贈與作一致之處理。對此，所應關心者，為如何使給付者之權力地位不致過度膨脹，或不致損及價格平等競爭，公的手段與目的有無矛盾之問題。

M.Bullinger之共通法思考就具體問題之解決，放棄公私法二元區別之價值對立，於教義學上嘗試提出與實定法制度相連結之解釋方法，但所形成具體之共通法內容，尚待立法及裁判例之形成。對此，氏雖非完全以民法作為共通法之地位，亦未排除由民法已發展完成之債權債務法理，基於公行政領域特殊性而修正適用之可能⁵⁸。同時，給付行政領域基於其法律關係往往呈現繼續性，給付之確定、提供及使用，常伴隨次要之附隨義務而需相對人之協力，並於此之上往共同目標發展雙方行為，與民事上之債權債務關係特徵相類似，進而以民事法之法律關係為模範，構築公法上之債權債務法，亦屬可能⁵⁹。依此所構成給付主體與受給權者間之債權債務關係，受給權者對於給付主體有給付請求權，相對應給付主體則負有給付提供之義務為核心，為實現此主要之權利義務，雙方各負有必要之附隨義務，可嘗試建構其債權債務關係，爰改項以資金補助、社會保障之給付關係為例說明之。

第二項 行政法上債之關係

⁵⁸ 自民法規定，具體檢討其適用於行政上法律關係之修正可能，石井昇『行政法と私法』（ぎょうせい、1998年）59頁以下。

⁵⁹ 基於法律關係論之立場，公法向來以控制公權力行使為目的，集中於行為形式與補償之問題，且民法原本即以主觀之權利加以構成，然公法領域則多以公權力主體之義務規範，未必能與請求權相對應。對照侵害行政，給付行政之法律關係特徵，必須動態考慮其時間之繼續性，不宜過分注重最終瞬間節點之行政處分，因此，如何就行政與私人之法律關係，以對等權利義務關係之角度處理，為理論之出發點，村上武則，前揭註1書，88頁以下。

一、資金補助關係

行政主體基於特定事業之促進或助成爲目的，對於私人給付補助金（廣義而言，包括不負返還義務之金錢給付、借貸及債務保證）。補助金之給付固爲行政主體之主要義務，但同時亦相應課以受領者一定負擔或特定行爲義務之完成，且要求受領者之行爲，必須遵循資金提供者所設定之目標準則，以及與計畫有關之費用支出效益最佳化準則（行爲拘束）。提供者給予資金援助，約定受領者應從事提供者所期待之行爲，立於雙方互爲約束之債務關係之構造。以經濟政策補助金而言，對於受領者之各種行爲拘束而成爲其主要義務，包括：企業者必須對於所提出補助計畫之自我參與（出資或風險分擔），限定其資金支出目的，限定以該資金所取得財產之使用目的，禁止助成金項目流用之限制，執行計畫時應考慮公益之目的，計畫成果應提供作公共目的之使用。資金提供者則直接享有執行成果所得利益之分配權利，免費使用之權利，受領者對此有忍受監督、規制之義務及資訊提供報告義務⁶⁰。

此種雙方所負主要債務立於相互依存之牽連關係，以特殊型態之債務性與等價性所形成之資金補助關係，如前節所述，有採取二階段論之說明，惟依德國法見解，如法無明文，並未排斥行政選擇以行政處分或行政契約構成之⁶¹。其成爲問題者，於行政與補助金受領者兩方面，均可能有債務不履行（包括給付不能、給付或受領遲延、不完全給付），法理上如何解決。資金補助關係如以行政處分形成，依據行政處分之廢

⁶⁰ 德國學者Paul Henseler之見解，櫻井敬子「資金交付活動の統制に関する考察（二）」自治研究68卷12號（1994年）118-120頁，Henseler主張資金補助關係，重點在於雙方之約束關係及受領者如何程度之協力問題，單純將其整體以歸類為行政處分之片面規制關係或契約而適用行政程序法之相關規定，未必符合其特殊利害構造。

⁶¹ 日本因有補助金適正化法之規定，一般認為自該法之整體構造言，立法者係選擇以「行政處分」形式構成之；惟學者有認為該法並未禁止以行政契約形式，且自第6條關於交付決定之解釋，立法者亦容許以契約形式之可能，主張契約原理導入資金補助關係，探討德國行政程序法行政契約規定於資金補助關係之適用，石井昇，前揭註37書，40、83及129-130頁。

止法理，其後進而滋生行政對於資金受領者補助金返還請求權之問題⁶²，但此僅處理受領者方面之債務不履行，對於行政方面之債務不履行，受領者固然可能追究侵權行為責任（國家賠償），卻未及於契約債務不履行責任，由於二者之責任構造上並非相當，於受領者之權利保護未必公正。次以行政契約形成者，行政程序法除規定行政契約締約後因情事變更所生之契約調整、解除外，其他債務不履行類型之處理，並無明文。對此，原則上基於行政程序法之準用規定，有賴民法上關於意思表示及解除契約、損害賠償等給付障礙法理之修正適用或類推適用⁶³。

二、社會保障關係

社會保障給付關係之特徵，係以社會給付請求權為核心，但給付請求權之發生是否須以行政決定作成後始能具體化，向有爭議。德國社會法典第 40 條規定予以明確化，社會給付請求權於法律中或基於其所規定之要件存在時，立即發生。理論上，受給權者方面，只要該當法律所規定之要件，於該時點，無待行政決定之作成，即得對於給付主體請求其為社會給付之提供，給付主體此時則負有確定受給者給付請求權並提供給付之義務。為保障社會給付請求權之實現，德國社會法典關於給付主體方面之附隨義務規定，包括：援助義務（第 13、15 條）、秘密保持義務（第 35 條），受給者則有要求無瑕疵之建議或資訊提供請求權、資料保護請求權，給付主體違反其義務時，裁判上承認受給者得行使回復

⁶² 以行政處分形成之補助金交付法律關係，受領者因可歸責而未履行其相對義務，雖認得請求其返還已受領之補助金，但同時作為補助金交付目的之間接擔保手段，法理上如何處理，即成問題。此係取廢止行政處分方式並修正行政處分廢止僅有將來效法理而例外允許溯及效，或與原交付決定無涉而就返還請求採取特別規定（如作成返還命令），或初始即於交付決定附以解除條件，或創設「暫時性行政處分」手法，有不同選項。相關問題之檢討，米丸恒治「給付行政行為の撤回の溯及効—補助金交付決定の撤回と返還請求についての日独比較—」福島大学行政社会論集4卷2號（1991年）34及63頁以下。

⁶³ 石井昇，前掲註37書，199頁以下。此外，行政契約法對於民事契約法之接近及比較，岸本太樹「行政契約の法理論（五・完）」北大法学論集53卷2號（2002年）319頁以下。

請求權⁶⁴。

相對而言，受給者方面之附隨義務，則有協力義務，例如自己所知悉事實及證據之提出或聲明、依給付主體之要求由本人出面說明，接受醫師之診療或心理學調查、參加就業輔導措施等。但與前述給付主體之義務不同，對於受給者協力義務之不履行，並非相對應給予給付主體履行請求權，或以行政強制手段令其履行，而係依情形，給付主體得對於未履行其協力義務之受給者，有拒絕給付之權限（第 66 條），顯示此觀點尚非完全與對等私人地位所形成民事法債權債務關係作相同思考⁶⁵。

第五節 供給主體論之現代動向

第一項 公營造物論之變遷

公行政擔負起生存照顧之任務，提供給付、服務之組織形式及其對於利用者或受給者之關係，O.Mayer 行政法理論以「公營造物」（öffentliche Anstalt）概念及營造物利用關係說明之；公營造物之定義，指「公行政主體所控制，持續性達成特定公目的之物以及人之手段整體」⁶⁶。此概念回溯自德國教會法之歷史上，早已有之，但隨時代變遷，

⁶⁴ 薄井一成，前揭註54文。又，「回復請求權」主要於德國社會保險關係所發展之概念，同時反映其制度特色，但是否適用於由行政院所管轄之其他社會救助等給付，見解未必一致，前田雅子「ドイツ社会保障行政における「援助」に関する一考察（一）（二・完）」法学論叢129卷4號（1991年）78頁以下，130卷2號（1991年）81頁以下。

⁶⁵ 德國社會法上對於受給者協力義務之規定及界限，大沢光「ドイツ社会法における受給権者の協力義務の法構造（一）（二）（三・完）」名古屋大學法政論集172號（1998年）115頁以下，173號（1998年）177頁以下，175號（1998年）253頁以下。

⁶⁶ O.Mayer依國家行為之權力色彩濃淡及與利用者間之人格緊密程度，將公營造物分為五類：(1)軍隊、監獄、感化教育設施。(2)救貧院、保護設施、公立醫院、公立學校。(3)道路、公立市場、公立屠宰場、公立美術館、博物館、圖書館。(4)郵政、電信

其目的範圍亦有變化，形成多層意義之概念。19世紀後之發展，主要作為特別權力關係之一領域（作用法之意義），與作為公法上獨立行政體之一類型（組織法之意義）⁶⁷。對此，O.Mayer理論重視前者，以營造物利用關係為公法關係，與私人提供設施利用者迥異，且於公營造物之管控範圍，形成特定之自律領域，不受法治主義之適用。利用者進入營造物，必須服從其所謂「家宅權」（Hausrecht）之營造物權力，依據此權力得制定利用規則而排除司法審查。惟其理論，於今法律保留原則之擴大，基本權規定直接適用於立法、行政及司法之憲法原理，特別權力關係亦應同一般法律關係般受基本權規定之拘束，已非完全妥當，僅能謂於營造物之設置目的下，基於給付多樣性及與利用者間之複雜性，難期完全以立法規範，而容許對於利用者為法律所無根據之特別拘束。Forsthoff則提出，除公營造物之公法形式外，採取民商法公司型態作為組織形式之趨勢亦大量出現，關於利用者請求權之保障，包括：拒絕締約或提供給付、服務內容（費率之妥當性）、依民法違背善良風俗之侵權行為規定解決之界限等問題，並非公營造物理論所深究。且主張公營造物擔負「間接國家行政」之觀念，即國家行政權之作用，並非必定直接由行政機關為之，亦能自國家組織獨立，而藉由有權利能力之主體遂行其任務，強調公營造物具有自國家組織分離、獨立性（有權利能力）

。(5)國有鐵路、公營客運、公營瓦斯、自來水事業。但(6)於當時法制度下，氏否定其公法上營造物利用關係之存在，塩野宏『オットーマイヤー行政法の構造』（有斐閣、1962年）161頁。又，除營造物外，尚有公企業之用語，但二者之範圍，學者間論述不一。依O.Mayer之說明，公企業為較狹義之概念，指因目的達成即終了而具有一時性之作用，例如道路鐵路興建工程，荒地開墾造林等。嗣後學者亦有從公企業注重營利收益性，交換經濟性、對價性等要件上加以區別，山田幸男『公企業法』（有斐閣、1957年）19頁以下。學說史之意義上，營造物利用關係傾向為公法關係，公企業利用關係因強調其企業性，民商法之適用亦屬妥當，則為私法關係，磯部力「公企業」岩波講座『基本法學7—企業』（岩波書店、1983年）304頁。

⁶⁷ 關於公營造物提供給付之行政現象，有Otto von Gierke自組織法觀點之掌握，與O.Mayer自作用法觀點之理解對立，大久保規子「營造物理論の展開と課題」一橋論叢102卷1號（1989年）103頁以下。

之特色⁶⁸。

威瑪憲法以後，隨間接國家行政及給付行政之擴大，營造物概念從作用法之觀點，移向組織法之觀點。即重視營造物作為給付行政之核心組織類型，以與規制行政為主階層型之官廳組織相對立。且基於給付行政任務之技術性及專業性、多元利益之整合、專業知識技能輔助、有效活用既存私法組織之能力等理由，組織型態相較於階層制之行政機關構造，有各種強弱程度之獨立化，形成多元之「獨立型組織」⁶⁹。各種新興公法人之設立，作為國家介入社會之手段之一，公法上社團雖以其構成員及自治之存在為要件，但因利害關係人對於營造物之經營運作參加亦有擴大趨勢，使營造物與公法上社團之區別相對化。公營造物之範圍，一般理解為於公法上獨立型組織中，扣除社團（以人為基礎）及財團（以財產或物為基礎）以外之組織型態，惟亦有不限於此一區分，將具有履行行政或公共任務性質之私法上組織納入範圍，統稱為「獨立行政體」⁷⁰。

戰後為履行給付行政任務，現實上依特別法律或民商法所設立之各種組織氾濫，亦有欠缺議會、國民監督而效率不彰，或資源不當濫用等問題。80年代以後，基於新自由主義或新公共管理論（NPM）之理念所進行之行政改革，促使固有行政組織再分離獨立化（如：日本獨立行政法人制度，我國行政法人制度）、民間化（如：行政事務委託、事業民營化、PFI或PPP手法）及既存行政機關以外各類供給組織之整併（如：日本特殊法人之改革，我國公設財團法人之檢討），均集中於給付行

⁶⁸ E.Forsthoff之營造物概念，岡田雅夫「ドイツ營造物學說の展開」阪大法学86號（1973年）109頁以下。

⁶⁹ 行政組織之獨立化傾向，大久保規子「行政組織概念のゆらぎと再構築—ドイツにおける行政組織の獨立化—」一橋論叢110卷1號（1993年）193頁以下。又，各種給付行政之組織型態，德國法之分類，塩野宏「給付行政の展開と公務員の地位」（初出1970年）同『行政組織法の諸問題』（有斐閣、1991年）243-248頁。

⁷⁰ 大久保規子，前掲註69文，193頁。

政領域⁷¹。相對於傳統上國家以權力及階層制為其特徵，行政改革之趨勢乃往市場交換及追求利潤、連帶或相互援助為特色之非營利組織，或政府與民間共同出資成立之事業體發展。供給體制亦朝向市場化、契約化，使供給主體不限於古典公營造物之組織形式，組織上及任務上，採取與私人協力之模式而呈現多樣化⁷²。對此，行政責任觀自傳統國民與行政之對抗關係，轉而重視國民與行政同質之自律夥伴關係，定位行政為具有社會管理機能，原本「履行責任」者亦轉變為「保證責任」者之角色，擔負監督、規制及資訊提供等任務⁷³。

⁷¹ 我國「行政法人法」草案第2條規定，設立行政法人之條件，於機關組織業務檢討過程中，即以「干預行政」及「給付行政」為大致分野，而主張給付行政性質業務屬於「公權力行使程度較低」，適合設立行政法人，參照2002年8月24日行政院組織改造推動委員會第2次委員會議通過之「機關業務檢討原則」。日本特殊法人方面之改革，適為給付行政之組織改革問題，提倡分配請求權亦應擴及此類組織，以及源自英國之PPP、PFI方式、德國高速公路之民營化狀況，村上武則「わが国の特殊法人の改革について思うこと」多胡圭一編『二十一世紀の法と政治』（2002年）89頁以下。NPM（New Public Management）理論，重點在於將民間企業之經營手法導入公部門，並活用市場機能，透過公部門業務減量、實施業績評鑑等手法，提升給付、服務之品質，於行政法學、福利服務供給市場化之行政法問題，詳參紙野健二「NPMと行政法學の課題」及豐島明子「社会福祉行政とNPM」分別收於法律時報78卷9號（2006年）26及33頁以下。

⁷² 國內學者有稱之「合作國家」，有關社會行政上之組織型態及行政手段，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。國家機關與私的利益主體之責任分擔，私人任務變化及其國家組織之分化，H=H トゥルーテ（Trute）/山本隆司（譯）「ドイツにおける行政法および行政法學の發展(上)」自治研究（1999年）75卷2號7頁以下。

⁷³ 芝池義一「行政法理論の回顧と展望」公法研究65號（2003年）59-60頁。又，「保證責任」指行政任務之雖委由民間運用其創造力經營，但並非承認國家自該領域撤退或放棄其責任，而應藉由監督、統制、補助及調整等手段，以達其適切之任務履行為目標，並對其任務履行發揮影響力；當民間事業者之活動違反其目標以致效果無法達成時，於事後統制上，要求行政應事前準備替代履行之方案，甚至保留任務再取得權限或任務履行所必要設施之再取得權限，則稱「捕捉責任」，岸本太樹，前揭註51文（一），98-102頁。

第二項 供給組織之多元化

公營造物為給付行政之典型組織型態，但上述發展背景下，強調其獨立性與機能之多元性下，傳統營造物概念之意義及範圍，已有更迭。惟就 O.Mayer 原始概念，本有使其組織與原本母體機關組織間有一定區隔之點，則更為強化。然自階層制之行政組織母體區隔，或強調組織本身之獨立性、多元化，法理上有民主主義原理之正統化，或與各利益間保持一定距離之問題。其中，「自治」、「參加」（或參與分配），以及現今行政改革之面向上，引進市場競爭原理之組織改造，或公共服務之供給與民間合作理念之「協力」等概念，成為組織型態上之重要要素。

一、「自治」初始係以地方自治為中心所發展之法律概念，傳統學理上區分二面向，一者為「法律意義之自治」，另一為「政治意義之自治」。前者，係就其組織型態自國家獨立之意義上，組織本身是否享有規約自律權、財政高權、組織人事高權、構成員資格之限定、給付內容之形成、與利用者間法律關係之決定等權限，以及其與國家（包括議會、內閣及行政機關等）介入、監督權限行使之關係；後者，則以源自地方自治行政之榮譽職制度，由各利用者之相關利益團體選任代表參與事務經營及決策，即有當事者參加之意義⁷⁴。但自貫徹民主主義原理言，亦有區分由全體國民普遍平等選舉產生之議會，連鎖至受議會監督之行政權，由議會控制之可能性，即「民主主義之正統性」，與組織本身係以具有特定利益為特徵之一定成員所構成者為要素，即「自律之正統性」⁷⁵。二者對於各利益主體所構成之組織（自治行政），其要求程度並

⁷⁴ 齋藤誠「自治法理の史的展開（一）」國家學會雜誌106卷11・12號（1994年）915頁。關於德國醫療保險制度中，保險人（疾病金庫）之自治問題，倉田聰『医療保険の基本構造—ドイツ疾病保険制度史研究—』（北海道大学図書刊行会、1997年）20頁。

⁷⁵ 概念源起及問題說明，毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」法学論叢15卷3號（2003年）7頁以下；同「行政法学における「距離」についての覚書（上）（下）」ジュリスト1212號（2001年）80頁以下，1213號（2001年）122頁以下。國內學者稱之「民主正當性」，其類型分為：功能性與制度性之民主正當性、組織與人員之

非一致。如同屬於德國基本法上所保障之自治領域，大學自治以尊重其構成員基本權個性及個別利益多樣創造性之要素而形成其組織，民主主義中平等主義之協力要素必須後退。但社會保險之自治，則係以制度上所編成集聚而成之利益為根據，由國家控制以保護其領域之必要性，須有不同考量。至於其他以供給特定財貨、服務為主之公企業，則不能同時承認其民主主義之正統性要素與自律之正統性要素。公企業之組織，既有民主主義之正統性，即不得享有基本權自由保障，為使事業體能安定供給特定之財貨及服務及準確因應社會存在之需求，二者得以兼顧，強烈限制其事業活動本身之利益，有其必要⁷⁶。

二、行政外部之人民對其自身利益，或將其所代表利益反映於行政活動上，有各種參加之型態。傳統上多自行政程序之觀點，包括聽證程序、行政立法之意見徵詢（public common）程序，乃至於住民投票等。但因應國家與社會中間領域，多元而新興之組織形式出現，除前述屬於公法上社團中，以構成員之參加為要素之自治外，亦有屬於利益團體或利害關係人對於營造物組織之參加型態。即由利益集團選定得代表自己團體之個人作為營造物之組織成員，其個人不受原團體委任或指示之拘束而非單純為其集團利益之代言，且非僅止於諮詢功能，於採取合議制組織，可能有共同決定權。以德國制度為例，各種營造物組織之利害關係人參加制度，廣泛運用於學校教育、通訊傳播、鐵路郵政、資金補助等領域⁷⁷。但此種利害關係人之組織參加，由於其代表係由利益團體

民主正當性及事務與內容之民主正當性等，程明修『憲法基礎理論與國家組織』（新學林、2006年）131-136頁。

⁷⁶ 山本隆司『行政上の主観法と法關係』（有斐閣、2000年）364-365頁。此外，德國醫療保險制度中，由聯邦金庫醫師聯盟、德國醫院協會及疾病金庫等各聯合會所構成之「共同聯邦委員會」，對其所作成關於診療方法、醫療資源配置等決定之民主正統性問題，Volker Neumann/太田匡彦（譯）「公的医療保険システム—ドイツにおける諸原則と実践公的医療保険システム—」ジュリスト1312號（2006年）65-67頁。

⁷⁷ 大久保規子「營造物と利益集團の多元的参加—ドイツにおける理論の展開—」一橋論叢108卷1號（1992年）109頁以下。

所直接選定且賦予決定權，是否脫離憲法上所謂民主正當性之連鎖，如何定其界限，亦有問題⁷⁸。

三、「參加」之觀念，主要仍以行政作為公共課題之解決主體，國民僅係於程序上或組織上給予影響力或從事監督。但如上所述，源自國民主權原理之行政與國民地位同質性論，有提議所謂從「參加」移往「協力」之觀點。即公共課題之解決並非以上述行政作為擔當者為前提，而係由行政與其以外各種社會力量，藉由適當之任務分擔下所達成。對此，一般市民或團體，並非僅作為於行政活動反映其利害，同時擔負起解決一定公共任務及課題之角色。以往由行政以外之私人參與公任務之「參加」型態，如行政將其一部分事務委託民間實施，實際上係依行政所指示下如同手足般之活動，或形式上將行政組織之一部分民營化等，與「協力」重視民間團體本身獨立擔負一部分行政任務，則稍有差異。但此係理解市民參與型態之方法不同，並非有量或質上之明確區別⁷⁹。常見之公私協力，如環境行政領域中，藉由企業與住民或行政間之環境保護協定，關於排放基準之限度及污染監督、廢棄物減量化及回收系統之建立，建立自主管制體系。而對於身心障礙者或高齡者等生活上一定障礙之人非僅提供其經濟支援，亦有確保其生活場域完善健全之福利服務行政。相關課題解決，與其由官僚制之行政組織，未若尋求由親近生活之社區市民或民間營利事業之積極任務分擔。包括對於社區福利服務之營造直接參與策劃，或如照護、保育等對人之服務或設施供給，交由地區事業者直接實施，而由行政提供事業者經濟誘因或適當規制等方式⁸⁰。惟公私協力之現象，固然改變行政與人民之關係定位，但亦蘊藏風險性。如：協力之相對人於此名義下淪為行政協力支配道具，或與相對人私利益之不當結合及私利益之擴大，如何界定行政任務或責任之最

⁷⁸ 組織參加之憲法上界限，大久保規子，前掲註77文，115頁以下。參加與民主主義之緊張關係，毛利透，前掲註75文（「行政法学における「距離」についての覚書（下）」122頁以下。

⁷⁹ 山田洋「參加と協働」自治研究80卷8號（2003年）27-30頁。

⁸⁰ 山田洋，前掲註79文，30-34頁。

低界限等問題。從而，如「距離保障」、「透明性」及「說明責任」等新行政法原理之開發⁸¹，及將來如何於行政組織法論、行為形式論、行政程序論及行政救濟論，定位此一現代行政活動之發展，均為重要課題⁸²。

第六節 小結

給付行政論所提示，包括給付關係之「雙務性」、「對價」、「共同體之自治」、「參與分配之個人地位」等要素，以及當事人相互性、繼續性、對等協力之法律關係特色，於向來以行政處分為中心或偏於行政單方之行為形式論之思考，提供理論反省、整合之切入點。且上述行政任務角色之轉換下，採取行政法與民事法之複合構造或組合，亦見立法政策之選擇。如二階段論，於契約關係導入行政決定之機制，以使其法律關係之解決服膺特殊法理，或包括行政法上債權債務關係、契約原理之引介、共通法等解釋論之構成等，均促使行政法已難再堅守其作為公法而以封閉法體系、排斥私法之立場，並重新檢視行政處分、行政契約等固有法釋義概念之意義。因而，倡議以具象之行政活動特徵為基礎，劃定「給付行政法」作為介於一般抽象之總論與個別具體行政活動之各論領域間，即於行政法總論與社會保障、資金補助、供需行政等個別給付行政範疇間，形成一比總論具體而較各論抽象，具有中庸抽象水平之中間法領域或參照領域，且於行政法與民事法之相互補充關係上，包括上揭各基礎要素、概念及複合構造之整理在內，構成理論對話之平面，可謂提供新視野之體系建構方向。

自學說史之意義言，給付行政論以生存照顧概念作為引導概念，無論意識形態或行政現實，固然有當時德國戰後面臨經濟恐慌、國民生活瀕臨危機、納粹共同體觀，而強烈要求國家積極介入國民日常生活需求供給之特殊歷史背景。但其同時藉由行政學或社會學之方法，賦予其理

⁸¹ 大橋洋一，前揭註32書，26、47-48頁。

⁸² 芝池義一，前揭註73文，60頁。

論內在之基礎，即使所採取者為私法形式，以生存照顧概念為媒介，提示保障國民對於國家提供給付參與分配之公法要素，具有一定程度進步性。至戰後之德國基本法，學說發展上多自基本權或社會國家原則導出，而二階段論、行政私法論等，相繼克服理論上給付行政活動不受公法拘束之狀況，則生存照顧概念、給付行政論之有用性，或有質疑其已喪失行政法之意義⁸³。然行政現象推陳出新，亦要求行政法相關課題及理論不斷進化及革新，給付行政之法理論，亦復如此。除針對E.Forsthoff「給付行政」概念所定位之個別行政領域，本質上或機能上之認識外，理論本身或有德國法之特殊歷史背景，是否能完全繼受，尚有賴切合本國實定法或制度，對於個別範疇檢證其法律形式及固有行政法概念之妥當性⁸⁴。



⁸³ 村上武則，前揭註1書，234頁。

⁸⁴ 村上武則，註揭註1書，47-48頁。由此，續行本論文第四章至第六章之考察分析。

