

第四章 社會保障給付之法律構造與課題設定

第一節 序—社會保障與給付行政法之接點

第一項 社會保障之法體系及特徵

一、法體系及特徵

(一) 法體系

「社會保障」一詞，原係譯自social security，為1946年日本國憲法第25條第2項規定之用語¹。惟以social security作為法律用語，始於1935年美國之social security act²。各國制度或學者研究，雖多使用social security用語，但指涉之範圍，廣狹有別。例如英國使用此用語，多指所得保障而言，但如表示廣義之社會保障，則使用social policy或social service，廣泛涵蓋所得保障、醫療保障、福祉服務保障、住宅保障、教育保障等。美國上揭social security act，實為包括公的扶助、年金保險、失業保險、福祉服務等內容之綜合性法典，但一般以social security用語，仍指以公的年金為中心之所得保障，如係廣義之社會保障，則使用social welfare³。

我國憲法第13章第4節「社會安全」，規定提供工作機會（第152條），工、農及婦幼勞動之保護（第153條），促進勞資協調及合作（第154條），實施社會保險制度對於老弱殘廢、無力生活及受非常災患者予以適當扶助及救濟（第155條），實施婦幼兒童福利政策（

¹ 日本國憲法第25條規定：「所有國民均有營健康而文化之最低限度生活之權利。國家應就一切生活層面，努力提升與增進社會福祉、社會保障及公共衛生」。

² 西原道雄編『社会保障法』（有斐閣、5版、2002年）56頁（桑原昌宏執筆）。

³ 堀勝洋『社会保障法総論』（東京大学出版会、2版、2004年）11頁以下。

第 156 條)，推行衛生保健事業及公醫制度（第 157 條）。1999 年 9 月 15 日公佈之增修條文，於第 10 條第 5 項（全民健康保險之推行）、第 7 項（對於身心障礙者之保險及生活扶助）、第 8 項（社會福利工作之重視及預算優先編列）等規定亦有具體明文，其範圍及內容，似涵蓋上述廣義之社會保障。2001 年 2 月 4 日版之社會福利基本法草案，第 2 條規定：「本法所稱社會福利，指社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等福利事項」，第 4 條至第 8 條並明文其定義。其中，第 5 條規定：「福利服務旨在對於需要生活照顧或服務之人民給予支持、保護或其他服務，或從事於預防人民陷入生活困境之相關福利措施，並建構以家庭為中心之綜合性服務」。依此，日本法用語之「社會保障」，相當於我國憲法用語之「社會安全」或社會福利基本法草案之「社會福利」，而「社會福祉」，相當於我國憲法或社會福利基本法草案之「福利服務」⁴。

「社會保障」所涵蓋範圍，比較法或學說論述上，有不同內容。以日本社會保障政策發展之兩大座標而言，可對照 1950 年「社會保障制度審議會勸告」與 1995 年題為「社會保障體制之再構築—以安心生活之 21 世紀社會為目標」勸告（包括 1993 年社會保障將來像第 1 次報告）⁵。前者將社會保險、國家扶助（公的扶助）、公眾衛生及

⁴ 用語上，「社會保障」一詞，較具有積極之權利保護意義，最近公佈之行政院『2015 年經濟發展願景三年衝刺計畫 社會福利套案』，已有使用「社會保障制度」一詞，本文從之。至於構成其制度一環之「福利服務」，日本法稱「社會福祉」，已有一定意義（有稱「福祉三法」或「福祉六法」之慣用語），於我國，「福祉」通常作為立法目的之用詞，語意上較難與日本法之制度意義聯想而作相同理解，而中文「服務」一語，符合給付方式著重於對象之人格、傾向實物給付而非金錢之特徵。實則，日本學者亦有使用「福祉サービス」用語，其直譯即為「福利服務」，關此，本文維持我國法用語。

⁵ 日本於 1948 年依社會保障制度審議會設置法之規定，針對社會保障制度之調查、審議及諮詢建議設置審議會，至 2001 年隨中央政府組織之再造而廢止，原一部份任務整合至內閣下之經濟財政諮詢會議，而於厚生勞動省下設「社會保障審議會」執掌審議社會保障之基本政策，加藤智章等『社会保障法』（有斐閣、2001 年）4-5 頁（菊池馨実 執筆）。

社會福祉納入社會保障之範圍，強調國家對於社會保障制度之責任，後者則於 1993 年社會保障將來像第 1 次報告中，就「社會保障之概念及範圍」，除社會保險或社會扶助，即所得保障、醫療保障、社會福祉給付均納入社會保障外，關於醫療或社會福祉之資格制度、人才確保、設施整備、各種管制措施、公眾衛生、環境衛生、公害防止等，非以提供給付為要件之相關連政策或制度，亦予納入。因此，一般以前者為狹義之社會保障，後者為廣義之社會保障。此從「對於窮困之最低限度生活保障」至「能健康而安心生活之保障」之轉變，呈現該國嗣後制度理念之轉換及變革。日本社會保障法之教科書，多採取狹義之社會保障概念，但法體系論上，學者間仍有不同構成⁶。社會保險、國家扶助（公的扶助）、公眾衛生及社會福祉，此種「制度別體系論」，為 1950 年代後之主流⁷。但至 1960 年代中，有認為此種制度別之體系，無法從法律觀點理解各制度間之關聯性，改主張「給付別體系論」⁸。「給付別體系論」係依據要保障事由其所保障之需求內容及性質，對應於保障給付之內容及性質，例如：區分「所得保障給付」之法體系與「生活障礙給付」之法體系。前者係對於所得之喪失，提供金錢給付，注重經濟層面給予生活保障，後者則針對因傷病、殘障、年幼、老年等身心機能之喪失或不健全所產生之生活上不便，

⁶ 日本社會保障法體系之論爭，判例大系刊行委員會編『社会保障・社会福祉判例大系1』（労働旬報社、1996年）8頁以下（菊池馨実 執筆）。近來有主張目的別之法體系，河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、2006年）18頁以下。另德國學者，就社會法體系之整理，採取功能性觀點，區分「將來準備型」、「補償型」，以及於前二者無法一貫之「狀況關聯型」（其下又分類似將來準備型、扶助型及助成型），Hans F.Zacher著/新井誠 監譯『ドイツ社会法の構造と展開—理論、方法、実践』（日本評論社、2005年）26頁以下。

⁷ 其中，有三分說（社會保險法、社會扶助法及與公眾衛生與醫療有關之法）及四分說（社會保險、社會扶助、社會津貼、公的社會福祉和公費負擔醫療），判例大系刊行委員會編，前揭註6書，9-10頁（菊池馨実 執筆）。

⁸ 荒木誠之『社会保障法読本』（有斐閣、3版、2002年）247頁。

提供社會服務之給付，注重非經濟層面之生活保障⁹。

社會保障制度所實施之方法或技術，亦有各種型態。依其給付之方法、財源及對象，因係採取「金錢給付或勞務服務提供等非金錢性之給付」、「保險或稅」¹⁰、「普遍主義或對象選擇主義」¹¹等方法，根據受保障者之需求及目的，發展出社會保險、社會救助、社會津貼、醫療或福利服務等制度。其中，如依上述給付別體系論¹²，對於因所得喪失（其原因為失業、傷病、年老、死亡、生產、兒童扶養等），致其生活陷於危險者，有以保險方式所為長期或短期之金錢給付（如年金保險），以租稅為財源所提供金錢給付，但不以資力調查為要件（如兒童津貼）。甚且，如係無法維持最低生活水準者，因已對於生存權發生現實侵害時，當然無法採取保險方式，故以租稅作為給付之財源，但有必要從事資力調查（如社會救助）。除經濟上之生活保障外，對於有生活上不便或發生障礙者，提供金錢給付，並非適當，有必要藉由人或物之勞務或服務提供，以除去或減輕其不便或障礙，此時，縱使為勞務或服務之提供，仍有費用支付或因使用人力、物力所需支出之財源問題。

（二）特徵

⁹ 荒木誠之，前揭註8書，252頁以下。

¹⁰ 運用保險技術及原理（給付與對待給付均等原則、收支相等原則）之社會保險，為社會保障制度之中心。其特徵為：(1)給付要件及給付內容定型，(2)無須資產及所得調查，(3)對於所得減少或陷於貧困之事前預防（至少以保險費作為財源）。反之，以租稅作為給付財源之社會扶助，則不適用給付與對待給付均等原則，但多以資力調查為必要。其間，無論運用保險或扶助，二者有接近與整合之趨勢，不以嚴格之資力或所得調查為前提之社會津貼方式，即屬之，西原道雄編，前揭註2書，56頁（西原道雄執筆）。

¹¹ 指就受給者之資格而言，給付條件是否另設定資力、所得等限制之問題，堀勝洋，前揭註3書，42頁以下。

¹² 荒木誠之，前揭註8書，254頁以下。

總括而言，社會保障之概念，有其目的性，為流動的、歷史的概念，而其分類或體系化，亦具便宜性。自制度成立之歷史發展或制度架構，通說歸納其共通特徵：(1)針對威脅國民生活或妨礙其生活安定之事態發生，因應其所帶來國民生活上之種種困難而提出之政策或制度，(2)提供給付以保障國民生活健全而安心之政策或制度，(3)以公的責任為基礎之政策或制度。於此特徵下，說明如次¹³：

一、係為因應國民處於生活困難狀態而實施之制度。因所得喪失（其可能原因為失業、傷病、年老、死亡、生產、兒童扶養等）而有致其生活陷於危險可能者，以提供金錢給付之型態。其中，採取保險方式所為長期或短期之金錢給付，如年金保險；有以租稅為財源，但限於無法維持最低生活水準而對其從事資力調查者，如生活救助；或雖以租稅為財源，但因應特定對象及原因之需求，未就其資力加以要件限制者，如社會津貼。而對於因傷病、年老等生活上不便或身心發生障礙者，提供金錢給付，未盡適當，則有必要藉由人或物之勞務或服務提供，以除去或減輕其不便或障礙，其可能以保險方式或公費，提供各種生活必需品、勞務或服務，如醫療保險、照護保險或各項福利服務措施。

二、其目的在使國民得以健全而安心生活之制度。歷史發展上，社會保障早期以救濟貧困、預防貧困，維持國民最低限度之生活為目的。惟隨制度益漸充實完整，至今已超越貧困之預防救濟，制度上朝國民生活之安定及提升生活水準而有各種設計。例如原本對於低收入戶者或貧困為對象而須實施資產調查之生活救助制度，發展至普遍提升全體國民所得保障、健康保障之年金保險及醫療保險，對於高齡者、身心障礙者或兒童保育等福利服務措施之給付，亦著眼於保障之需求程度而無分所得有無或多寡。

¹³ 堀勝洋，前揭註3書，3頁以下。同此，學者荒木誠之定義為「社會保障，係指國家對於生存權主體之國民，以保障其生活為直接目的而從事給付之法律關係」，荒木誠之，前揭註8書，247頁以下。

三、基於公的責任以國民生活保障為目的所從事之各項給付。其給付方式，除金錢、物品之外，亦包括各種諮商、指導、照護、保育等以人力資源為基礎之服務提供。其中，對於提供給付活動之基礎，如醫療或福利服務，關於醫療院所、療養機構，或醫師、社工人員等設施整備或人才素質培養，亦實施各項規制，以保障給付水準，就此部分亦可謂為廣義社會保障。由於強調其給付係基於公的責任（包括給付之實施責任及費用負擔責任），故通常由國家或地方公共團體為主體，維持制度營運，但縱於此前提下，亦多採取由私人或民間團體代行或委託其實施給付之方式。故與民間慈善事業所從事之志工服務，或勞動法中關於企業主對於勞工退休金提撥等，係受私法上民事責任之規範，有所區別。

上述日本學者通說將社會保障之法律定位，理解為以生存權保障為中心，個人（國民）與國家之二方當事人間關係，而制度不備或財政欠缺，其最終責任主體即為國家，並要求國家應採取矯正措施。惟此觀點，亦受新進社會保障法學者之批判¹⁴。亦即，認為通說之觀點，對於「社會」之存在，包括「社會」與「個人」、「社會」與「國家」之關係，並未重視。對此，著重於「社會連帶」之觀念，強調「社會」之重要性，作為擔當社會保障法重要任務之主體，除國家及個人以外，由自立或自律社會所形成之各種中間團體或組織亦占有重要地位，並與行政立於對等協力關係，共同擔負社會管理之機能。該等團體或組織，非如通說所見，僅為國家之代行機關，或國家責任之履行手段。中間團體作為供給主體，採取各種營利或非營利性之社會福利團體，或地方公共團體補助地方居民自主組成等型態，其任務及機能，亦具體展現於醫療及福利服務之供給體制¹⁵。

¹⁴ 倉田聰「社会連帯の在処とその規範的意義--社会保障法における「個人」と「国家」そして「社会」一」民商法雜誌127卷4・5號（2003年）625頁以下。

¹⁵ 倉田聰，前揭註14文，636頁。又，此一觀點，亦可能有質疑對於中間團體之自發性組織及處理過度期待而持謹慎態度之見解，且將使社會保障之國家責任無力化，二者並存亦處於某種緊張關係。

二、福利服務之特殊性

從制度別之觀點，福利服務為社會保障概念下之一環，社會保障法學者間，並無疑義，且為政策上所確立。然福利服務之目的或任務，係針對特定範圍之對象，例如無監護人之兒童或不適宜交由監護人監護之兒童、身心障礙者、需照護之老人等，因身體上或精神上之理由，於其自立自主生活有困難時，透過提供照護、商談、訓練等方式，給予生活上之支援或服務。此給付之性質，屬於對人提供服務給付，作為提供對象之兒童、老人或障礙者，個別狀況因人而異，故給付事由往往多樣且非具備一定型態，與社會保險或社會津貼，其給付性質係以發生一定型態之事故（如年老、殘障、死亡（給付對象為遺屬）或失業等）致所得喪失作為給付事由迥異。且給付內容，有由從事福利服務工作之專業人士所提供之服務，與社會保險、社會津貼及社會救助，亦有不同¹⁶。具體以言，福利服務與其他以所得保障為目的之部門相較，有以下特質，可資區別¹⁷：

（一）福利服務給付之提供，著重於生活發生障礙或困難，是否給與保障，與其對象之所得高低無必然關聯。即給付之提供，原則非依據對象之所得多寡，而係相應於發生生活障礙之態樣與程度為之。如以所得保障為生活保障之基本，福利服務給付則具有補充之性質。

（二）以提供金錢給付為內容之所得保障，運用保險技術方式，此方式於福利服務係以提供非金錢上之服務為給付內容，未必合適。通常係採取無須支付對價之方法，但因受給者其經濟上有充裕與不充裕者，故亦有對於所受之給付，課予一定費用負擔。此與前述受給資格之問題，應予區別。

（三）福利服務給付需以人、物方面給付提供之條件整合完備為前提，如未完全，可能扭曲給付之原貌，給付之水準與品質，亦因行

¹⁶ 窪田隼人等編『新現代社會保障法入門』（法律文化社、2版、2002年）277頁。

¹⁷ 荒木誠之，註8，258-259頁。

政裁量而左右。於此，立法上大多數以「得」之形式規定下，並未課予行政方面整備此一前提條件之義務。

於此將福利服務特別提出說明，係因其給付之特質，使制度之基本構造與社會保障其他部門間，呈現較特殊之法律構成。即以日本戰後時期之福利服務法制而言，前以 1951 年之舊社會福祉事業法為中心，因應戰敗後生活貧困者、身體殘障者及戰災孤兒之遽增情勢。基於緊急保護、救濟之目的，制度上由行政權主導，判斷應提供服務措施之對象及給付內容，即所謂「措施」（原文為「措置」）制度。但隨著生活水準之提昇、少子及高齡化之進展、家庭機能之變化及殘障者、高齡者等當事人要求自立生活之呼聲高漲等情況，期望以利用者為本位之社會福祉制度，漸漸成形。2000 年社會福祉法（原名為社會福祉事業法）修正，轉而以利用者與提供服務之事業者立於對等關係，採取由利用者自行選擇給付內容之構造¹⁸。此使社會福祉制度，由「措施制度」即以行政為中心之給付體系，轉換為「契約之利用制度」即以受給者及事業者為中心之給付體系。行政（公部門）之立場，亦由「措施之實施者」轉為「契約利用制度之管理者（如基礎條件之整備、利用費用之補助等）」。¹⁹以上述理念為基礎，發展多樣之福利服務給付方式，連同其他醫療保險、年金保險、社會救助等制度，比較其各給付體系及類型，提供更新行政法理論體系之研究題材。對於我國福利政策上，多由行政方面直接為現金給付或公費補助方式，且實定法以指針性或宣示性規定，並授權主管機關自行或結合民間資源提供，制度設計尙未能具體因應各種保障事由之需求，構想各種給付之法體系，日本法之考察，自行政活用之政策論立場，亦有比較法之意義。

¹⁸ 窪田隼人等編，前揭註16書，279-280頁。

¹⁹ 包括：(1)托兒所、母子支援設施、助產設施等之「選擇利用」方式，(2)殘障者福利服務給付之「支援費支給」方式，(3)高齡者福利服務之「照護保險」方式等，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）534頁以下。

第二項 給付行政法之思考

一、基本原則

社會保障法學者，對於社會保障之法體系，固然有前揭法體系論及特徵之歸納說明，但此係就制度之歷史形成面而言，未必與行政法學之理念或其關心面向相連結。社會保障給付之各類型，行政與個人之關係、利益構造，尚難自前述法體系論獲得妥當認識。關此，社會保障係為防範、減少或除去個人有財產欠缺及其所衍生需求之狀況，為保障符合人性尊嚴之生活，創造出人格得以平等自由發展之前提，並支援保護其家族，自由依其選擇活動而獲取生活費，透過支援使其自助，迴避或調整生活上之特別負擔。故其法律關係之性質，具有相當強烈人格上之關聯性。社會保障法領域相對於行政法總論，係現代行政活動中重要之參照領域。依德國行政法學者E.Schmidt-Aßmann之說明，社會保障行政法依循以下基本原則，而與基本權及社會國家目標相關聯²⁰。

（一）自己責任與連帶

社會保障行政所根本關心者，為因連帶所構成之個人保障。自己責任之思想，規範此一領域之要求。即基於所謂自助及自己組織之觀點，以自己為先位，而「連帶」之思想則立於補充性關係。社會保障給付所具有之連帶性質，並非僅將給付之提供單面定位為給付主體與市民間之社會保障法律關係，給付之提供應係在基於連帶之調整結合中被填補。因此，國家之角色，係為整頓給付及基於財產之連帶所生之循環，使其能恆常性運作，並組織私人間採取財產移轉形式之給付。

²⁰ 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總論（Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee : Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung）』（東京大学出版会、2006年）127-133頁。

（二）協力與補充性

自己責任與連帶，則接續由協力原則所承接。社會保障行政法，呈現為基於連帶所建立起相互協力之法秩序。至少有三個作用平面：(1)給付並非由社會保障行政主體所提供，作為給付仲介者之第三人提供，尤其於福利服務、實物給付，例如醫療保險及照護保險，均有協力型態之存在。(2)協力之觀點，亦貫穿於國家所擔負社會保障責任與民間福利事業主體之活動間。(3)協力形式之實現，亦規範個別之社會保障給付關係。即使表面上係以權力性決定所支配之場合，亦存有基於協力所產生個別形成之多樣可能性。尊重個人自己責任之結果，乃必須援助個人得以明確表現自身利益，發展強烈之自我意識。少年、老人及其他需援護之人，屬於活用其自助力較困難者，尚難由行政塑造固定之模式，而係必須提供其資訊，並依其狀況共同探求適當之選項，以回復其自助力。對此，交涉與合意，意見交換與協商，即屬重要。而組織及手段方面，補充性之思想，係指社會國家之介入，僅於社會自我規整無法滿足社會正義所必要時為之。由基本權所形成個人領域之保護，與社會中非國家型制度所擁有權限之保護間，藉由補充性始得以維持。社會保障行政行政所相關之法律，即在將此原則具體化。補充性並非與國家所應負社會保障責任相對立，而係分配國家所應負之責任²¹。

與上述論點相似，日本行政法學者遠藤博也主張公行政之本質在於「社會管理機能」²²，氏認為：「將社會保障理解為由國家提供給付之生存權保障，並非適當，固然社會保障之一部分有此面向，但其實係藉由個人集合體之社會，以保障個人所遭遇生活上風險之構造」

²¹ 關於補充性原則之概念及其影響德國立法上社會政策之選擇，張桐銳「補充性原則與社會政策」黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會『黃宗樂教授六秩祝賀—公法學篇（一）』（學林、2002年）223頁以下。

²² 遠藤博也『『行政法學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『公法の理論（下 I）田中二郎先生古稀記念』（有斐閣、1977年）1607頁以下。

。而此一社會並非與國家相一致，歷史上由勞工或雇主等所組成之相互救濟團體而生，其範圍即非一般國民，其中尚混合有各種組織型態。因此，國家所為給付僅係其制度之程序面向，社會保障之財源有各種考量，國家之責任在於創造可由社會自行調整負擔之構造，並擔負起社會之組織化責任²³。

二、任務領域與類型

社會保障行政向來之任務領域，如前所述，一般以扶助、社會保險及援護之概念說明。但此與制度之歷史形成面向有關，如重視任務之構造與行政法之觀念相連結，有必要改以其他類型形成之。對此，依E.Schmidt-Abmann之整理，至少可整理出「所得保障」、「直接援助」、「第三人媒介型社會保障行政」三類型之區別，而尤須注意者，為個人與社會保障行政間之接觸所顯示之不同性質²⁴。

（一）所得保障

包括金錢給付所形成之過程，通常依據法律已確定之決定構造為之。利用給付之際，必須對於申請者實施調查以明瞭其個人生活狀況。此行政活動本身可分類為官僚制型之行政，且其為以大量處理為必要之行政領域，行政處分依然為重要之行政手段。但縱使如此，並非完全排除受給者對於給付關係之協力形成。

（二）直接援助

即行政與受給者間，通常具有相當長期間之接觸關係，且由行政直接提供涉及人格性有關之給付，可能以金錢，或採取以人格上援助為目標之措施。有以集中且持續性提供建議之形式，亦有照顧、扶養、教育或治療等。但相對而言，此種給付係由國家保障個人行動之可能性，則提供新的從屬關係及平等問題之發生基礎，個人之行動領域

²³ 遠藤博也『行政法II（各論）』（青林書院、1977年）204頁。

²⁴ E.Schmidt-Abmann著/太田匡彦等譯，前揭註20書，129-132頁。

，為國家行動之合理性（尤其官僚制化、專門職化或特殊化）所覆蓋，亦顯在化社會保障法與自由之對立關係。

（三）第三者媒介型社會保障行政

此種型態之給付亦可能存在於上述類型之間，依國家所擔負責任之性質與強度，有二下位類型：(1)國家本來即負擔給付責任，但由第三者之私人介入，緩和給付關係中所具有與人格相關之要素，例如醫療保險。即受給者自由選擇給付媒介者，但尚未至國家行政自己擔負現實給付義務之狀況，仍限定於費用負擔者之機能。從而，第三者媒介型之社會保障給付行為，必須於行政與市民間創造必要之距離，雖允許給付之提供藉由協力達成，但亦可能有新危險狀況發生，行政所負擔給付義務，非僅止於財源調度之責任，亦應對於第三人媒介型之服務提供，就其範圍、品質、利用可能等負有保障責任。(2)任務本身並非存於行政主體所擔負之給付責任中，係由社會透過其自身力量，優先作為自己之任務而承接。此一國家與社會間之任務分配，並非於所有社會保障制度之領域皆然，僅係為規範上所確定。但於新需求被認識，或新任務有所迫切之場合，基於補充性原理之正確理解，可能抑制國家自身立即承擔完全之履行責任。對此，首先歸屬行政責任者，為行政應明瞭所存在各種援助之可能性，就自助設施或其他設施之接觸，擔負仲介資訊提供之責任，組織化各該自主成立之設施，給予援助以促進設施間之協力。

三、考察方向

（一）利益構造

社會保障行政之類型所呈現多樣組合之利益狀況，並非完全僅止於如金錢給付般，兩方當事人間之法律關係，或公益與私益之單純對置，此一領域所涵蓋之私益，有交錯、正反對立及擴散之現象。有社會保障給付受給者之利益，與給付提供過程中所涉入給付媒介者之私人利益，相對峙之狀況，亦有因角色地位不同所產生之對峙，例如費用負擔者與給付受給者間，年輕世代與老年世代之間，而各自主張限

縮性或擴張性之社會保障政策。從而，所謂公益，非僅依循社會保障行政與公法形式所組織之給付主體，必須於組織上委諸各中間層次所集合化之利益，採取由各該主體所共同形成之委員會等型態自律調整。而其決定之執行，相對於社會保障給付關係之高度法律化，亦可能由中間階層所集合化之利益，藉由協定方式自律調整²⁵。

（二）考察方向

與利益構造相同，控制手段與行政之行爲、組織形式，亦呈現多樣化，就採取行政法律關係論之模式規律而言，社會保障行政法爲其傳統領域之一。第三人媒介型給付所構成之多面法律關係，必須考慮對於第三人之保護效果及照顧義務，且其行政法律關係亦必須處理社會關係中之時間變化而產生之特別保障需求。作爲標準過程之處理，固可利用行政處分之規律形式，但此並非單方權力性之命令，而爲合意過程之最終點。行政機關之決定活動僅是其中一面向，實際上，與決定程序之同時，尚有實現給付之程序。爲掌握複雜狀況，採取契約形式之形成，有其支配性，而具備計畫性質之法形式，尤其見諸與民間事業者協力設置福利服務設施之情形。又，基於中間層次決定之必要，國家、自治團體及其他民間團體間，亦可採取共同協力之組織形式，以創設交涉模式。諸此，社會保障行政多樣之規律構造，其行爲形式及組織形式，亦有益於刺激行政法總論之體系形成²⁶。

（三）實定法之分析

上述學理之闡釋，大致可界定從給付行政法切入社會保障制度之基本觀念，並於分析問題時，作爲制度觀察所應留意之關鍵。以下章節，先調查我國社會保障制度之實定法狀況，採取制度別之分類，分爲「社會保險」、「社會救助」及「福利服務」，大致以法律化者爲先，原則上不及於職權命令或行政規則。而社會保障之法律關係，不同

²⁵ E.Schmidt-Abmann著/太田匡彥等譯，前揭註20書，132-133頁。

²⁶ E.Schmidt-Abmann著/太田匡彥等譯，前揭註20書，133頁。

制度有不同設計，本文集中於「給付關係」之構成，且以「主體」、「權利」及「行為形式」之相互關連性，為關注焦點。最後，整理我國社會保障給付之基本構造，並設定二大課題。次章以下，從所設定之課題，改由日本法之社會保障制度，同樣以制度別，分為「社會保險」、「社會救助」、「福利服務」及「社會津貼」，解析其給付構造。日本法之社會保障制度與我國法有大致共通點，如：給付體系原則以行政主導及行政處分為中心、社會保險制度之保險人亦以行政組織為主等。故關於社會保障給付之行政法問題，學說及裁判實務之見解取向，對於所設定課題之行政法理論探討，亦有一定之親近性，可供比較法之參考。

第二節 我國法之分析

第一項 社會保險

一、主管機關與保險人

我國現時社會保險制度已立法化者，有：(1)「全民健康保險法」、(2)「勞工保險條例」、(3)「公教人員保險法」、(4)「農民健康保險條例」、(5)「軍人保險條例」、(6)「就業保險法」及(7)「國民年金法」(2008年10月1日施行)7法。保險給付之種類，除全民健康保險為健康保障，提供醫療等服務給付外(原有勞工保險條例及農民健康保險條例此部分之給付，已劃歸全民健康保險)，其餘均為所得保障，提供金錢給付²⁷。

²⁷ 關於社會保險之基本概念及我國各類社會保險制度之介紹，詳參鍾秉正『社會保險法論』(三民、2005年)141頁以下。本文所關心者，係自行政法學觀點，其規律構造及行為形式之關聯分析。另「敬老福利生活津貼暫行條例」、「原住民敬老福利生活津貼暫行條例」、「老年農民福利津貼暫行條例」等，其中敬老福利津貼、原住民敬老福利津貼、老年農民津貼，已整併為國民年金法第31條之老年基本保證年金及第53條規定之年金。又，依國民年金法第7條規定，同法係以年滿25歲至未滿65歲國民，未參加軍公、教、勞保且未領取相關社會保險老年給付為主要

社會保險原則上有強制保險性質，其強制性顯現於應參加保險之對象資格及條件由法律明定，保險對象未依規定參加保險及繳納保險費義務，依法得課處罰鍰，如全民健康保險法第 69 條以下、勞工保險條例第 71 條以下、農民健康保險條例第 47 條、就業保險法第 37 條以下規定，但國民年金法第 16、50 條規定，僅就應負連帶繳納義務之被保險人配偶，有罰則規定²⁸。而公教人員保險法及軍人保險條例，或許因實際運作上藉由行政組織之指揮監督關係即得以貫徹，並未設有罰則規定，且無投保單位之設計。此等原則上屬於廣義公務員法制之一環（但公教人員保險包括私立學校教職員），保險對象之服務機關為要保機關，承保機關（構）於公教人員保險由銓敘部會同行政院指定（公教人員保險法第 5 條），於軍人保險則由國防部委託（軍人保險條例第 4 條及其施行細則第 4 條），現均以 92 年 7 月 1 日依據公司法改制後之中央信託局股份有限公司為承保機構（中央信託局條例第 4 條第 3 款規定）。此與另 5 法維持由行政機關之全民健康保險局、勞工保險局（農民健康保險依同條例第 4 條規定，本保險由中央主管機關設立之中央社會保險局為保險人，在內政部設立之中央社會保險局為保險人，未設立前委託勞工保險局辦理並為保險人；就業保險則依同法第 4 條由行政院勞工委員會委任勞工保險局辦理，並為保險人；國民年金法第 3、4 條規定由中央社政主管機關委託勞工保險局，並為保險人）等不同，但即使業務由勞工保險局辦理，各法律關係亦有差異。

依上，我國社會保險制度，就給付主體而言，主管機關與保險人之關係，並非明確。可整理如下：

被保險人範圍。

²⁸ 立法者係考量被保險人多屬經濟上弱者，採柔性強制加保，如未繳納保險費者，係以停止給付或不加徵滯納金而僅加計利息、不計入年資、不得加領基本保證年金等（國民年金法第 14、17 條及第 30 條第 2 項第 1、2 款），參照立法院公報 96 卷 58 期（<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@965800;0131;0239>），但就未繳納之保險費是否不適用行政執行法規定實施強制執行，非無疑義。

(一) 主管機關與保險人分離，立法者規定由主管機關另設保險人。全民健康保險法第 3、6 條，保險之主管機關為中央衛生主管機關（行政院衛生署），保險人為中央健康保險局；勞工保險條例第 4、5 條，勞工保險之主管機關，在中央為行政院勞工委員會，保險人為勞工保險局；國民年金法第 3 條規定之主管機關在中央為中央社政主管機關（似指內政部），保險人為勞工保險局。其中，對於投保單位未依規定投保等處罰權限之歸屬，法雖未指明，實務上卻有不同。亦即，於全民健康保險為保險人中央健康保險局²⁹，而勞工保險則為主管機關行政院勞工委員會³⁰。

(二) 主管機關與保險人分離，立法者規定由主管機關另設保險人，但於該保險人未設立前，業務暫且委託不相隸屬機關辦理。農民健康保險條例第 4 條規定，保險之中央主管機關為內政部，於內政部完成設立中央健康保險局前，業務暫且委託勞工保險局辦理。對此，裁判實務上就有關農民健康保險事項所為之行政處分，有應以何者為原處分機關之爭議。最高行政法院認為應區別主管機關與保險人地位，內政部本為農民健康保險之主管機關，並非立法者所設計之保險人，上揭規定業務暫且委託勞工保險局辦理，係立法者所委託，並無行政程序法第 15 條第 2 項規定之適用，故應以勞工保險局為原處分機關，並以農民健康保險之中央主管機關內政部為訴願機關³¹。但此一區別主管機關與保險人之觀點，如下二情形，是否為立法者所貫徹，亦未明確。

²⁹ 台北高等行政法院91年度訴字第4641號判決（全民健康保險法第71條）、台北高等行政法院91年度訴字第4641號（全民健康保險法第73條）。

³⁰ 台北高等行政法院94年度簡字第968號判決（勞工保險條例第72條）。

³¹ 最高行政法院93年5月份庭長法官聯席會議決議文：「立法委託勞工保險局辦理農民健康保險業務，並授與農民健康保險之保險人之法律地位。勞工保險局以保險人地位承辦農民健康保險，則就有關農民健康保險事項所為之行政處分，自以勞工保險局為原處分機關，並以農民健康保險之中央主管機關內政部為訴願機關」。

(三) 主管機關與保險人是否分離並未明確，立法規定由主管機關將保險之業務委任相隸屬之下級機關。就業保險法第 2、4 條，就業保險之主管機關在中央為行政院勞工委員會，由其委任勞工保險局辦理，並為保險人。因勞工保險局為中央主管機關勞工委員會有隸屬關係之下級機關，屬於行政程序法第 15 條第 1 項之「委任」，而以勞工保險局為原處分機關。

(四) 主管機關與保險人是否分離並未明確，立法規定由主管機關將保險之業務指定或委託其他機關(構)辦理。公教人員保險法第 5 條、軍人保險條例第 4 條及其施行細則第 4 條，現況上係委託中央信託局股份有限公司辦理，即以該公司為保險人。此等保險人往私法組織形式變動後，一般係適用行政程序法第 16 條第 1 項權限「委託」民間團體或個人辦理之規定，以中央信託局股份有限公司為上揭公教人員保險及軍人保險主管機關之受託行使公權力人³²，故以該公司為原處分機關。

二、保險人與保險對象

為使分析簡單明瞭，關於作用法構造之分析，僅以全民健康保險法(下稱健保法)、勞工保險條例(下稱勞保條例)、農民健康保險條例(下稱農保條例)、就業保險法(下稱業保法)及國民年金法(下稱年金法)為例說明。各相關主體，主要有(1)「主管機關」、(2)「保險人」、(3)「保險對象(被保險人及其眷屬)」、(4)「投保單位」，但保險給付之實施，於全民健康保險尚有(5)「醫事服務機構」，就業保險則有(6)「公立就業服務機構」。其中，(1)－(2)之關係，已如上述；以下，分就(2)－(3)、(2)－(3)－(4)、(2)－(3)－(5)(6)分析之。

(一) 保險關係

保險人與保險對象間成立保險關係，關於保險對象資格、保險期間、保險費率及金額，原則上均依據法律規定。此與私保險係依契約

³² 台北高等行政法院95年度訴字第01074號判決參照。

方式，即依雙方自由意思達成合意後締結，亦得依據各當事人之選擇而解除保險契約使保險關係終了，有所不同。倘保險關係成立之效果，於保險當事人間發生一定之權利義務關係。主要為保險對象對於保險人有於保險事故發生時，取得請求保險給付之權利，負擔繳納保險費之義務及資料提供、容忍調查或檢查等協力義務。

法律明文符合法定情形之資格者，應一律參加保險（健保法第 11 條之 1、勞保條例第 6 條、農保條例第 6 條、業保法第 5 條、年金法第 7 條），並規定保險效力之開始係自合於法定條件或原因發生或取得資格之日起算（健保法第 15 條、勞保條例第 11 條、農保條例第 9 條、業保法第 6 條、年金法第 8 條），學理上有爭議者，為保險關係之成立，於被保險人符合法定資格之事實即因法律規定而當然發生，或需將該事實陳報於保險人，或需保險人另以單方意思表示作成，抑或雙方意思表示合致。以全民健康保險關係為例，學者有依該法第 15 條規定，認為健保法律關係之發生係依據法定事實發生，主張「公法上法定債之關係」說³³。但亦有持反對見解，認為保險關係仍須基於一定法律行為存在而發生之債，其法律行為不外乎行政處分或締結行政契約，第 15 條僅係法律關係效力發生起始及終了之特別規定，並無採公法上法定債之關係說之必要³⁴。亦有認為應顧及健保法第 10、11 條及第 11 條之 1 規定，均有「參加」之明文，應從被保險人「參加」保險後，始能溯及於符合保險條件時生效，並考慮保險關係對等當事人地位之強化觀點，於立法論上，主張其形成手段應選擇行政契約形式，較為合理³⁵。

³³ 蔡維音『社會國之法理基礎』（正典、2001年）146-147頁；同此，郭明政「社會保險法律關係爭議問題之探討」葛克昌、林明鏘主編『行政法實務與理論（一）』（台大法律學院、2003年）478頁。

³⁴ 蔡茂寅「全民健康保險之法律關係」，前揭註33書，495-496頁。主張行政處分說者，雷文政「全民健保保險人與保險對象間法律關係之研究」（http://www.lawbank.com.tw/fnews/news.php?nid=8308.00&type_id=10）。

³⁵ 林明鏘「行政契約與私法契約—以全民健保契約關係為例」（初出2002年）同『

但上揭各見解，係以某一概括法律關係之定性，即試圖推導出一定結論，對於保險關係中各主體之行爲間關聯性，未必有詳細分析。實則，解釋論上，因立法者就保險效力之開始及終止已有明文，故保險關係之成立及消滅時點，原則即爲法律所規定保險效力開始或終止之日。有問題者，立法技術上所選擇規律保險關係之法律形式爲何。上揭各法相類似模式之規律構造設計，有規定符合法定投保條件時，被保險人應全部參加保險，並檢齊資料經由投保單位向保險人辦理「投保」（健保法第 16 條），有規定由投保單位「通知」（勞保條例第 11 條），有規定由投保單位「申報」保險人（業保法第 6 條第 3 項），亦有規定由投保單位「審查資格通過」後「通知」保險人（農保條例第 9 條），並由保險人「核發保險憑證」（健保法第 30 條第 4 項）或「填製保險證及保險卡」（勞保條例第 15 條、農保條例施行細則第 10 條）。對此，「符合法定條件之事實發生」－「投保」－「填製保險證」，各階段及行爲之法律意義及其關係，應予解明：

1、依現行法規定，有符合法定條件之事實發生，若保險對象及投保單位未向保險人辦理投保手續，僅有健保法第 69、69 之 1 條規定，保險人得逕行追繳保險費，並追溯自合於投保條件之日命補辦投保。其餘，除年金法爲任意保險外，勞工保險等法律雖規定未依期限繳納保險費，得依法訴追及加徵滯納金並於未繳清前暫行拒絕給付，但應係指已辦理投保手續而未依限繳納者，對於未辦理投保手續之情形，並無規定得追繳保險費，僅規定得處以罰責。依此，於全民健康保險法律關係，就立法者規定投保單位未爲保險對象辦理投保手續之情形，得逕行追繳保險費，以及追溯自合於投保條件之日起補辦投保，於罰鍰及保險費未繳清前暫不予保險給付（限制保險對象之保險給付請求權）等規定，似肯認於投保行爲，甚至核發保險憑證之前，已有一定之法律關係存在（否則，無從解釋何以保險人得逕行追繳保險費）³⁶。對照其餘勞工保險等之規定，並無作此明文，可否採相同解

行政契約法研究』（翰蘆、2006年）144-147頁。

³⁶ 倘因健保法第 69 條及第 69 條之 1 有未依規定投保得逕行追繳保險費之明文，而採取公法上債之關係說，或許有依據。但仍須進一步解釋，如依公法上債之關係說

釋，不無疑問。就勞工保險，於投保行為之前，應認為僅發生符合法定條件事實之保險對象及投保單位，有檢附資料向保險人辦理投保之行為義務，此行為義務並非基於保險關係而來。此時，充其量僅因符合法定條件事實發生而具有被保險人資格，其成為被保險人之地位，尚須經一定之投保程序，始能溯及自法定條件事實發生之日取得被保險人地位³⁷。

2、「投保行為」－「核發或填製保險證」為投保程序之行為，被保險人資格者成為被保險人地位，應置重於被保險人之投保行為，或保險人對應其投保行為之意思表示，可能有不同見解。解釋上亦有可能以「要約」及「承諾」之契約法理構成，但於我國實務未必能符合行政契約之成立要件³⁸。日本學說實務之一般見解，則以被保險人資格有加入行為（即通知或申報），即可認為原先抽象之保險人資格被具體化成為保險關係之被保險人地位，但其效力則因保險人之一定意思表示而溯及至法定條件事實發生之日³⁹。亦即，將投保程序解為「被保險人資格或保險關係之確認」程序，該保險人之一定意思表示，以行政法學上「確認性行政處分」概念說明之。申言之，對於特定事實或法律關係有疑義或爭執場合，或該疑義或爭執所生法律關係，以具有權威性之公的意思表示，確定其存否、判斷其正確與否之行為。此一確認行為，對於該事實或法律關係之存否、發生僅具有宣示作用，並非使其法律效果繫諸此一行為，法律效果之發生仍回溯至法定條件事實發生之日，故無形成效果。採此立法技術之理由在於，倘直接肯認保險資格之得喪變更或保險關係係因符合法定條件之事實發生而成立，若有爭執，往往係至為保險給付時，因保險人認為保險對象

，「投保行為」及相對應之行為（如「保險證之核發」），其法律意義為何之問題。

³⁷ 日本學者區分「被保險人資格」與「被保險人地位」，但為學理之原則區別，法令用語未必明確，小西国友『社会保障法』（有斐閣、2001年）33-34頁。

³⁸ 林明鏘，前揭註35文，147頁。

³⁹ 小西国友，前註37書，34-35及38頁。

並未符合保險資格之規定而拒絕給付，於爭執該拒絕給付之決定中一併處理，即導致法定條件之事實發生時點與拒絕給付之行政爭訟時點，發生時間上之落差，不利於被保險人之權益。此確認制度之導入，經由行政處分法理之運用，對於保險關係有安定化之功能⁴⁰。但因有爭訟期間之限制，是否反而不利於被保險人，亦利弊互見，且通常保險對象或投保單位因保險資格得喪或保險關係存否，均至保險給付或遭追繳保險費時始意識有利害關係，對於保險資格之認定，未必認為有立時爭執之必要。行政處分法理之運用，尚伴隨包括：保險資格之確認處分與保險給付相關決定間之關係、違法性繼承與否等問題⁴¹。此點，我國立法上並無保險人應就投保單位檢齊保險對象資料審核

⁴⁰ 此為現今日本理論及實務之一致見解，日本社會保險立法對於被保險人資格之得喪，導入確認制度，源於1955年5月厚生年金保險法之全面修正。於該法修正前，原本認為被保險人資格之得喪或保險關係之存否，於有受一定事業所之雇用或解雇事實時，當然取得被保險人資格以及發生保險關係，但往往至對於被保險人作成關於保險給付之處分或對於雇主作成保險費繳納處分時，始因被保險人保險資格之得喪與事實不同而有所爭執。此一制度導入，使保險關係於經確認前僅為抽象之保險關係，同時爭訟規定亦隨同修正，得單獨對於有關保險資格之認定提起行政爭訟。此為當時社會保險法之重大變革，但國民健康保險法、國家（地方）公務員共濟組合法、勞災補償保險法等，並未採取此制度，小川正亮「社会保障における法律關係」田中二郎等編「行政法講座 第6卷」（有斐閣、1966年）223-229頁。但德國法上，依德國疾病保險法第186條第1項規定，負有保險義務之勞工，自其進入勞動關係之日起，即成為保險團體之成員，不問其是否繳交保險費，或是否向保險基金登記，其加入健保僅透過單方之意思表示即可，既無需保險人之承諾或確認，亦不論是否已繳交保費，故當事人並非締結公法契約，而係行使「公法上的形成權」，鍾秉正「社會保險爭訟之研究」曾華松大法官古稀祝壽論文編輯委員會編輯『義薄雲天·誠貫金石—論權利保護之理論與實踐—曾華松大法官古稀祝壽論文集』（元照、2006年）708頁。

⁴¹ 伴隨確認制度規定之導入，日本社會保險立法，同時設有「有關被保險人資格認定之行政處分，一經確定，不得以該處分之不服理由，作為不服有關保險給付之行政處分之理由」之規定（如厚生年金保險法第90條第4項）。亦即，前一保險資格認定之處分，其違法性不為後一保險給付之處分所繼承，以免喪失設置確認制度之意義，但此亦可能增加被保險人之不利益，河野正輝「社會保險の法律關係」成田賴明編『行政法の争点』（有斐閣、1999年）298頁。

以確認保險資格之規定，僅於施行細則規定保險人依投保申請書填製「核發或填製保險證」(健保法第 29 條第 4 項、勞保條例施行細則第 15 條、農保條例施行細則第 10 條)。雖有將其核發或填製保險證解為確認處分之可能，且關於各保險爭議事項審議辦法，均將關於保險對象或被保險人資格之「核定」作為審議事項，實際上似已認為有行政處分之存在，但與實務運作上僅形式上資料填寫齊全即受理投保，而未實質審查之實態⁴²，未必符合。故「核定」是否指「核發或填製保險證」，從而可定性為確認性質之行政處分，亦非明確⁴³。因此，有不少行政爭訟案例，因保險人依據形式上資料即予受理投保，並受領被保險人持續一段期間按時繳納之保險費，及至被保險人請求為保險給付時，保險人始調查保險資格之存否，進而以其投保資格不符，撤銷被保險人資格同時拒絕給付，復因法明文保險費一經繳納不予退還(非可歸責於投保單位或被保險人之事由所致者，不在此限，勞保條例第 16 條第 2 項)，被保險人或其繼承人常抗辯有違反信賴原則之情形⁴⁴。由於立法上，未明確定位保險人對於投保行為其對應行為之

⁴² 於農民健康保險實務，參照司法院行政訴訟及懲戒廳『各級行政法院法官93年度在職研修資料彙編—保險爭訟理論與實務』(司法院、2006年)145-146頁(黃麗珍講座)。

⁴³ 但此點，於全民健保實務上，較為明確，依據學者訪談實務上健保局承辦人員，中央健保局審核投保資格符合後，即核發保險憑證(健保卡)，並開始按月核計各投保單位當月應繳納之保險費及應為保險對象扣繳之保險費，寄發繳費單給投保單位，參照雷文攻，前揭註34文。

⁴⁴ 台北高等行政法院91年度訴字第2962號判決，該案被保險人死亡後，其家屬申請喪葬津貼。案經勞保局審查後，以其當初雇農資格加保與規定不符，依農民健康保險條例第19條規定，溯及自原加保日起取消農保被保險人資格，並否准喪葬津貼之申請；判決認為，被保險人於投保當時，確與事實不符，事後經勞保局查明其投保資格不符合規定者，依農民健康保險條例第19條規定取消其被保險人資格，並無違法。類此爭議，尚發生於投保薪資調整之情形，臺北高等行政法院93年年度訴字第3633號判決，判決認為勞工保險係社會保險，保險人僅依據投保單位所送申報表作書面審核，於保險事故發生後，保險人仍得依勞工保險條例相關規定加以事後調查，被保險人於參加勞工保險時，依約本應繳納保險費，不因其已繳納保險費而得主張保險人無庸依法審查而均負給付之義務。此外，因涉及農保

法律意義，以致上述實務作法，保險人未於投保時實質審查，加以是否係以確認處分作成並非明確之下，即受領投保申請人繳交保險費，至請求保險給付時始實質審查後撤銷其投保資格（按：前是否有以行政處分承認其保險人資格既有疑義，嗣後卻能撤銷之，亦非一貫），再以其有可歸責事由不予退還，此不無使投保申請人誤信保險人已認定其具有投保資格而誘使其持續繳交保險費之意味，並非可取。因而，除應檢討上揭不予退還規定之合理性外⁴⁵，有必要於立法上確立保險人相對於投保行為，其對應行為之定性及相關程序。

（二）保險給付請求權

保險關係成立後，發生保險事故，被保險人得請求保險給付（健保法第 31 條、勞保條例第 19 條、農保條例第 16 條、業保法第 10 條以下、年金法第 29 條）。健保之保險給付有診療服務、藥事服務、居家照護及預防保健服務，包括勞保及農保之醫療給付在內，均為實物給付。其餘如國民年金（含老年年金、身心障礙年金、喪葬給付及遺屬年金給付）、勞保及農保給付（含生育、傷病、殘廢、死亡）、就業保險給付（含失業給付、提早就業獎助津貼、職業訓練生活津貼）、全民健保保險費補助等，均為金錢給付。被保險人請求保險給付，我國現行制度均規定，保險給付事項屬於保險人「核定」案件，對保

資格要件事實變動被保險人未申報而撤銷其保險資格，一併影響已受領之老農津貼給付並予以追償（以台中高等行政法院90年度訴字第746號判決為例），從德國社會法典之規定，探討被保險人主動申報義務（協力義務）之履行與保險人之說明義務，以及授益行政處分廢棄之信賴保護問題，孫迺翊「行政法上社會給付請求權之成立與存續保障－以德國社會法典第一編及第十編為借鏡」許志雄等編『現代憲法的理論與現實：李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集』（元照、2007年）656頁以下。

⁴⁵ 但縱使可歸責於投保單位或被保險人之事由，倘自始依法即無投保資格，保險關係原本不成立，理論上雙方免負給付義務，除非有因此致保險人發生損害而滋生賠償問題，否則，保險人既無提供保險給付之義務，卻不予退還保險費，似有懲罰意味，未盡合理。關此，年金法第27條已規定應撤銷被保險人之資格，並退還所繳之保險費。

險人核定之案件發生爭議事項，應申請審議，如有不服，得依法提起訴願及行政訴訟（健保法第 5 條、爭議事項審議辦法第 2 條；農保條例第 4 條第 3 項、爭議事項審議辦法第 2 條；勞工保險條例第 5 條第 3 項、爭議事項審議辦法第 2 條就業保險法第 3 條及其施行細則第 5 條；年金法第 5 條第 2 項），即保險給付之准否，以由保險人作成一定行為為必要，由於上揭爭訟制度之設計，實務上即就該行為定性為「行政處分」。但檢索立法條文，關於個別保險給付之相關規定，並未使用任何「核定」用語，即有如健保之醫療服務等，一般係由被保險人向醫事服務機構提示保險人所核發之保險證，經核對身分無誤即提供醫療給付，亦無另由保險人作成核定處分之狀況。何項保險給付須經保險人之「核定」，立法用語上既有欠明確，即可能實務運作上，任何保險給付（以金錢給付為主）之拒絕、減額，均認為行政處分。

進而，保險給付請求權究係基於保險事故發生而當然成立，或因被保險人之申請即成立，或須待保險人之一定行為（行政處分）作成始成立，以致於「保險效力之開始」－「保險事故之發生」－「被保險人之申請」－「保險給付之核定」－「保險給付之實施」，各階段之法律事實、行為與給付請求權間之關係，解釋論上，有待釐清⁴⁶。關此問題，顯現於勞保及農保之請求「殘廢給付」案例。

亦即，被保險人於生前因故成殘廢，其繼承人於死後申請殘廢給付，法院裁判一貫見解認為，殘廢給付之給付目的，係照顧被保險人在成殘後尚能如一般人繼續生活為前提，既非提供其作為繼續治療原來所患傷病之用，亦非補助其不能工作之損失，或保障被保險人遺囑之生活。且被保險人既已死亡，即無成殘後之生活需保障，農民健康

⁴⁶ 關此問題，亦見諸其他如社會救助、福利服務等社會保障給付之情形（詳後述）。國內學界就全民健保提及此一問題者，蔡維音，前揭註33書，174-175頁。此同時與行政訴訟法第5條及第8條第1項規定之訴訟類型相關，程明修「課予義務訴訟與一般給付訴訟間選擇之爭議問題分析」、彭鳳至等「課予義務訴訟與一般給付訴訟 議題討論」台灣本土法學88期（2006年）50及71頁以下。

保險之被保險人關於殘廢給付之請求權專屬於被保險人即被繼承人本身，僅被保險人合法提起殘廢給付之申請後死亡，始有殘廢給付轉換成遺產性質，於被保險人未向主管機關提出申請前，尚未變為金錢債權，不得為繼承之標的⁴⁷。換言之，被保險人倘於死亡前請領殘廢給付者（即依法提出申請），其請領殘廢給付之權利既經死亡前行使，即已成為財產上之權利，而屬於被保險人之遺產，得由全體繼承人承受⁴⁸。惟何以殘廢給付之請求權，於申請前屬非金錢債權具有一身專屬性，申請後卻成為金錢債權無一身專屬性而得繼承，又何以非以保險事故之發生即得成為金錢債權，而須待被保險人提出申請，此所謂「金錢債權」與經核定後之具體金錢債權請求權，又有何差異，且倘謂被保險人已死亡，無成殘後之生活保障之必要，何以生前提出申請而後死亡，卻承認有此必要等疑點，理由並未詳明。

三、保險人、投保單位與保險對象

投保單位為保險關係中之重要主體，法律賦予其相當多之義務性規定，雖非保險關係之主要當事人，惟處於保險人與保險對象間之中間地位，權利義務關係具有多重性，除自身有其利害關係外，亦牽動保險對象之權益。除年金法並無投保單位之規定，而健保部分有以鄉鎮市區公所、訓練機構等外，原則上以其雇主或所屬團體、服勤務單位、農會為對象。大致上，法律課予投保單位之義務性規定，有：辦理保險對象之投保（同前）、投保金額調整之通知（健保法第 24 條、勞保條例第 14 條）、保險費之部分比例負擔（健保法第 27 條），投保薪資之申報（勞保條例第 14 條）、保險費之扣繳及收繳（健保法第 29 條、勞保條例第 16 條、農保條例第 13 條）及代為加收滯納金（勞保條例第 17 條）、配合行政調查（健保法第 17 條、勞保條例第 28 條、農保條例第 8 條、業保法第 7 條）、被保險人緊急傷病墊付醫療

⁴⁷ 台北高等行政法院92年度訴字第5437號判決、同院92年度訴字第5201號判決、93年度訴字第2583號判決。

⁴⁸ 台北高等行政法院90年度訴字第6506號判決、同院93年度訴字第1405號判決。

費用之申請核退（健保法第 43 條、農保條例第 33 條）、被保險人住院診療給付之申請（勞保條例第 42 條）、加保及退保資格之審核（農保條例第 9 條），對其違反義務規定者，則得課處裁罰（健保法第 69、73 條、勞保條例第 72 條、農保條例第 46、47 條、業保法第 37 條）。

據上，投保單位地位之多重性在於，一方面因保險費之部分負擔而成爲公法上債務人，又因立法規定而擔負保險行政上之義務，亦有於投保程序及請求保險給付程序上，作爲被保險人之申請代理人⁴⁹。較爲特殊者，爲農民健康保險中投保單位爲農會，同時有審核投保、加保及退保資格，代爲加收滯納金、填發診療書單及保險給付申請之受理等，實質上從事相當於保險人職掌之權限，其處於保險人與被保險人中間，地位即相當混淆。所涉問題如下：

（一）對於非農會會員而從事農業工作之農民，參與農民健康保險之條件及資格，由農會審核認定（農保條例第 5 條第 3 項、從事農業工作農民申請參加農民健康保險認定標準及資格審查辦法）。於一般農會會員投保之情形，因凡加入農會成爲會員即具有保險人資格，固無疑義，但非農會會員則涉及其「從事農業工作」之事實認定，須符合一定條件下（主要爲自有或承租農地，須達一定面積）經審查認定後，始得具有被保險人資格⁵⁰。然此一攸關被保險人資格之認定，

⁴⁹ 健保實務上，健保局審核被保險人或其眷屬投保資格不符，係以投保單位爲受文者，退回投保單位所申報之轉入表，通知投保單位更正後再行申報。故有主張投保資格發生疑義時，因被保險人係透過投保單位辦理投保，而保險人亦以投保單位作爲前開通知之受文者，該通知解釋爲具有第三人效力之行政處分，被保險人應可逕依據該通知提出行政救濟，提起審議（雷文攻，前揭註34文）。但被保險人本爲保險關係之當事人，何以於行政程序上卻成爲第三人，實務或解釋論，不無問題。此點，亦突顯法制上未給予投保單位之法律地位應有重視（有主張應提昇投保單位之法定地位，蔡維音，前揭註33文，178頁；林明鏘，前揭註35文，151頁）。

⁵⁰ 此種非農會會員加入農民健康保險，因須由從事農業工作之農民提出申請，且依同條例第47條規定，係以經投保單位審查投保資格通過後，不參加始課處罰鍰，故並非強制從事農業工作之農民必須提出申請，就此，似有任意保險之性質。

涉及保險關係之成立與否，原本應屬於保險人之權限，卻規定由農會辦理，農會並非行政機關或公法人，關於上述之審核認定，法律性質究竟為何，保險人對其審定是否受有拘束，已有疑問⁵¹。因而，滋生如前述關於保險關係之成立問題中，保險人通常對於農會審查通過投保資格後，如申報資料齊全，保險人即勞保局即受理其加保，卻往往至申請保險給付時始予查明，而依第 19 條規定撤銷被保險人資格⁵²。然倘若對於農會之審核認定應受拘束，保險人何以又得事後自行審查而撤銷其投保資格；反之，若認為不受拘束，則該由農會審定投保資格之意義及目的為何，復有未明。

（二）上揭問題涉及投保單位與保險人間之關係，投保單位與被保險人間，亦有權利義務不明之點。關於保險給付之申請，依農保條例第 8 條及其施行細則第 30 條（勞保條例第 10 條第 1 項及其施行細則第 50 條，亦同），行政實務上認為農保各項保險給付之請求，應依法檢具相關書件經由投保單位（農會）提出申請，該書件上必須由投保農會加蓋農會圖記、負責人、經辦人等印章始符合要式行為，併送達勞保局始發生申請之效力。對此作法，裁判實務則認為：

「農民健康保險之保險人與被保險人間之關係為直接依據法律所產生之公法上債之關係。基此法理，農民健康保險條例第 8 條投保手續應由投保單位辦理，及該條例施行細則第 30 條請領保險給付手

⁵¹ 有將農會審查投保資格，解為依據法規受託行使公權力之私人（行政程序法第 16 條），孫迺翊，前揭註 44 文，658 頁。若此，解為保險人（勞保局）以原委託機關地位依職權撤銷農會所為資格認定之違法處分（訴願法第 10 條參照），亦有可能。但如從農保條例第 5 條第 3 項規定：「前項從事農業工作農民之認定標準及資格審查辦法，由中央農業主管機關會同中央主管機關定之。前項從事農業工作農民之認定標準及資格審查辦法，由中央農業主管機關會同中央主管機關定之」，該資格審查辦法之制定程序，作為保險人之勞保局均未參與，如何得謂農會就該等事項為受保險人（即勞保局）所委託，亦有疑問。進一步言，農會審查投保資格，如解為立法者所委託之固有權限，勞保局縱為保險人，又基於如何權限撤銷農會所為認定，似更生爭議。

⁵² 台北高等行政法院 91 年訴字第 2962 號判決。

續應由投保單位辦理之規定（勞工保險條例第 10 條第 1 項及該條例施行細則第 50 條亦有相同規定），顯係立法者本於社會保險具有社會保障及強制投保之特質所為異於一般商業保險之規定，因此一般商業保險由被保險人直接申請加保或保險給付之規定，在具有社會保險性質之農民健康保險即無適用之餘地，否則如任由被保險人直接向保險人申請加保或保險給付，不但使投保單位喪失事前審查及確認身份之功能，亦使全國唯一之保險人—勞保局無法負荷沈重之業務負擔，故審酌農民健康保險條例之立法意旨及為達成社會保險之立法目的，上開農民健康保險條例第 8 條及該條例施行細則第 30 條之規定應為強制規定，換言之，農保保險給付之申請係屬要式行為，不但應具備該條例施行細則第 61 條之文件，而且必須由投保單位向勞保局申請，不得由被保險人直接向勞保局申請，否則勞保局即可不予受理。農會既係屬農民健康保險投保單位而非保險人，亦非勞保局（保險人）之派出單位，現行農民健康保險條例第 4 條亦明文規定，本保險業務由勞保局辦理，是以各項保險給付仍應以送達勞保局為受理根據，故有關殘廢給付之請求依法應檢具相關書件經由投保單位向勞保局提出申請始發生效力」⁵³。

但上述見解，指請領保險給付應經由投保單位向保險人申請，且以申請書送達保險人始生申請效力之解釋，如輔以前述關於殘廢給付以申請時為得繼承與否基準之見解，將導致被保險人向投保單位申請時尚未死亡，待投保單位將相關書件送達保險人時已死亡，即無從認為得繼承其給付請求權⁵⁴。對此，僅自農民健康保險條例第 8 條規定，投保單位應辦理投保手續及其他有關保險事務，該條例施行細則第 30 條規定投保單位應為所屬被保險人或其受益人辦理請領保險給付手續，不得收取任何費用，未必能解為有強制被保險人應透過投保單位提出申請而不得逕向保險人請求之意旨。且縱使於上述見解下，究竟投保單位為被保險人關於保險給付申請之代理人，或保險人辦理保

⁵³ 台北高等行政法院91年度訴字第4951號判決。

⁵⁴ 台北高等行政法院93年度訴字第2583號判決。

險給付業務之受託行使公權力人或行政助手，並未辯明。如係考量被保險人多為勞工、農民而不諳法令或程序，故以投保農會作為其保險給付申請之代理人以協助之，則是否委由投保農會代理，理當被保險人得自行判斷有無必要，卻於解釋上認為應一律強制，否則，即為非有效之請求，似與前所考量者不符而有疑問。況上揭判決意旨謂，倘任由被保險人直接向保險人申請加保或保險給付，不但使投保單位喪失事前審查及確認身分之功能，亦使全國唯一之保險人勞保局無法負荷沈重之業務負擔等由，故應強制其經由投保農會提出申請，卻係立於保險業務減量而非被保險人立場之考量，豈非矛盾。反之，若同判決立於農會專業或業務減輕等保險人立場之意旨，無非係以投保單位為保險人之受託行使公權力人或行政助手，則以申請書送達保險人始生申請效力之見解，即非正確。

四、保險人、保險對象與醫事服務機構

保險關係於保險人與保險對象間介入第三人，上揭「投保單位」為保險關係成立、給付決定關係之第三人，至給付實施關係之第三人，則有醫療給付之「醫事服務機構」與就業保險給付之「公立就業服務機構」，此先就醫事服務機構說明之。

保險人為提供保險對象適當之醫療保健服務，依健保法第 55 條規定與保險醫事服務機構（含醫院及診所，藥局、醫事檢驗所及醫事放射所，物理治療所及職能治療所，居家護理機構及助產機構，及其他經主管機關指定之醫事服務機構⁵⁵，不包括健保局自設之門診中心

⁵⁵ 主要係為平衡偏遠地區醫療資源較為缺乏，恐無醫事服務機構願意與保險人特約，而保留此一保險人之主動權限，惟實務上，傾向以通知、勸告等行政指導之柔性手段，促使當地醫療院所與保險人特約（參照劉宗德教授主持『全民健康保險爭議審議制度之檢討及其相關法規之研修』（行政院衛生署委託研究、2000年）94頁。有見解認為上揭「行政院衛生署之指定行為，原則上可將之解釋為行政處分，而受指定之醫事服務機構因此被課予強制與中央健保局成立特約關係之義務」（蔡維音，前揭註33文，179-180頁）。但由於健保法對於經指定為醫事服務機構者，倘有不從而仍不願締約，並未設有如何義務履行擔保之手段，則該「指定」用語應僅在於表示保險人之主動權限，以與一般情形之特約須待醫事服務機構申請

),以特約方式,締結行政契約(大法官釋字第533號解釋)。此一健保特約之形式,雖非強制各醫事服務機構應與健保局締約,但因強制納保之關係,制度上已破壞醫療市場既有之自由競爭,若不與健保局特約或遭拒絕締約,均可能有病患應診減少之窘況產生,基於營業利益考量,加入健保特約有其事實上之強制效果。再就特約之權利義務言,大部分已由全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法規範,其內容包括醫療設備、醫事人員、醫療服務等均須符合一定準則,如有違反,即視情況而分別以「限期改善」、「違約記點」、「扣減醫療費用」、「停止特約」、「終止特約」、「不予特約」等相對應之大量違約責任條款。該契約內容之性質,學者有認為此係公法上「委任契約」,且健保局對於醫事服務機構向保險對象所提供之醫療給付亦有費用承擔之義務,故特約性質上亦有「不真正利益第三人契約」之性格⁵⁶。

倘貫徹委任契約之見解,論理上因若干權利義務已有健保法規之規定,雖未必能完全參照民法規定解釋之,但就委任關係之法律意義而言,將導出以下解釋。亦即,該委任契約係健保局將原本屬於其保險給付義務之業務,以契約方式委任醫事服務機構辦理,此為健保局與醫事服務機構間之內部關係,對外則由醫事服務機構作為健保局之代理人或履行輔助人對於保險對象提供醫療給付。至於醫事服務機構基於委任契約所得向保險人請求被保險人應支付之醫療費用,則屬於該醫事服務機構基於委任契約所生執行委任事務之費用(民法第546條第1項規定之法理)。從而,醫事服務機構之所以對於保險對象提供醫療給付,仍然基於保險人與保險對象之保險關係而來,並非保險人與醫事服務機構之內部委任關係,亦非基於另一醫事服務機構與被保險人之醫療契約,故另附以「利益第三人契約」之定性,卻使作為保險關係當事人之保險對象成為第三人,是否妥當,似有疑問。基於

有別而已,遽以解為行政處分或謂受指定人因此而有強制締約義務,似無法律上依據。

⁵⁶ 蔡維音,前揭註33文,182頁。

上述論理，次一問題為被保險人與醫事服務機構間是否另存在民事上醫療契約，對此，學理上並無定論⁵⁷。但若貫徹醫事服務機構對於保險對象提供醫療給付，係基於保險人與保險對象間之保險關係（醫事服務機構僅係受委任人）此一論理，醫事服務機構之醫療行為即純屬保險關係中保險給付義務之履行問題，似無必要另行架構一被保險人與醫事服務機構間存在醫療契約。再依此論理發展，醫事服務機構拒絕提供醫療給付，被保險人係直接向保險人請求保險給付義務之履行；若所提供醫療給付有瑕疵，以通說認為給付行政亦屬國家賠償法上公權力行使而言，被保險人即得基於該保險關係向保險人（健保局）請求負國家賠償責任，醫事服務機構則為民法上侵權責任。但如僅以侵權行為責任處理並非完全妥當，是否基於債之法理追究保險人之給付不履行或瑕疵責任，因現行健保法傾向規範被保險人、投保單位或醫事服務機構之義務為多，保險人關此之責任設計，似未充分而待發展。如採上述結論，對於實務上財務日益緊迫之健保局而言，可能雪上加霜，故亦有提出緩和此一結論之解釋可能⁵⁸。惟導致此結論之關鍵，是否與我國健保法第 31 條規定保險給付之種類為醫療服務而非金錢給付有關，不無檢討必要⁵⁹。

保險人與醫事服務機構間之特約關係，實務上均締結書面形式之契約，具有「公法上委任契約」之性質，學理上並有導入行政契約法理之討論⁶⁰。基此契約關係之定性，保險人對於醫事服務機關因其違

⁵⁷ 蔡維音，前揭註33文，187-190頁，氏提出可能見解有「履行輔助關係」、「私法契約」、「公私並行法律關係」等。惟本文認為以醫事服務機構為保險人之履行輔助人，與先前就保險人與醫事服務機構間為委任契約關係之定位，較能一貫。

⁵⁸ 蔡維音，前揭註33文，192頁以下。

⁵⁹ 關此，亦有主張全民健保法之保險人義務並非「提供醫療給付」，而係「確保保險對象能獲得屬實物給付性質之醫療給付」，故僅有保險對象無法及時由健保醫療體系獲得醫療給付（系統失靈）時才可認為保險人應負「債務不履行」責任，張桐銳「行政法與合作國家」月旦法學雜誌121號（2005年）47-48頁。

⁶⁰ 林明鏘「全民健保特約醫事合約問題之研究」（初出2003年），前揭註35書，185頁以下。

反履約規定，而給予「違約記點」、「扣減醫療費用」，裁判實務上認為保險人依合約所為契約權利之行使，並非行政處分⁶¹，固無疑問。但對於「停止特約」、「終止特約」、「不予特約」之性質，並非認為契約之中止、終止或締約拒絕，卻解為行政處分⁶²。因而，學理上向來基於行政處分=單方性、權力性，行政契約=雙方性（合意）、非權力性之理解，認為二者係立於相互排他之關係⁶³，於上述情形，論理上出現未能整合之現象⁶⁴。近來日本學說，非自行為本質此一實體法之意義，而係以行政處分原係法律規定所特別賦予效果，改自訴訟程序之意義理解，提出契約與行政處分未必立於相互排他關係而有交錯規律之可能⁶⁵。由此，法理上如何整理契約與行政處分之交錯關係，並

⁶¹ 台北高等行政法院92年度簡字第643號裁定、最高行政法院93年度裁字第1249號裁定、最高行政法院94年度裁字第39號裁定。

⁶² 最高行政法院94年度裁字第2038號裁定、94年度裁字第1722號裁定以及95年7月份庭長法官聯席會議決議。又，該會議決議採行政處分說之理由，考量全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第70條規定，認為該規定使受停止特約之醫事服務機構之醫事人員於其期間至其他醫事服務機構服務，所提供對於被保險人之醫療服務仍不予給付，停止特約對於第三人亦發生剝奪權益之不利益效果，故將其解為行政處分。

⁶³ 此為日本學者之一般說明，芝池義一『行政法總論講義』（有斐閣、3版、1998年），242頁。我國學者吳庚亦有認為「行政機關既選擇行政契約作為行為方式，則後繼之效果亦應隨之，故其履行問題自應如同民事契約經由訴訟程序解決，亦即當事人應向法院提起該當類型之訴訟，不能再由行政機關單方面以行政處分之方式作為促使或強制他造履行行政契約之手段」，同『行政法之理論與實用』（增訂9版、2005年）421頁；又，自我國行政程序法第136條及第137條規定行政契約「代替行政處分」之本旨，主張此見解者，林明鏘，前揭註35文，142頁。

⁶⁴ 此論理上未能整合之情形，同顯現於日本健康保險法，地方首長（知事）對於保險醫療機關之申請及指定制度。下級審法院見解認為保險醫療機關之申請與指定，係地方首長為被保險人之利益，代保險人將療養給付委託醫療機關之公法上準委任契約，關於社會保險診療報酬支付基金所為之減點措施，並非行政處分，但對於保險醫療機關指定之拒絕，最高法院則解為駁回處分。判例整理，參照濱西隆男『行政契約』私論」（上）自治研究77卷第1號（2001年）68頁以下。

⁶⁵ 小早川光郎「契約と行政行為」收於『岩波講座基本法學4—契約』（岩波書店、

解明其間行政契約之權力性及行政處分之非權力性面向，適用各自之法理，成爲檢討方向⁶⁶。

五、保險人、保險對象與公立就業服務機構

就業保險之保險給付，包括失業給付、提早就業獎助津貼、職業訓練生活津貼及全民健保保險費補助（第 10 條）。請領失業給付，係因被保險人非自願離職，尙具有工作能力及繼續工作意願，經由被保險人檢附證件向公立就業服務機構辦理求職登記，並填寫失業認定、失業給付申請書，自求職登記之日起 14 日內仍無法推介就業或安排職業訓練，於該 14 日屆滿之翌日完成失業認定，並轉請保險人核發失業給付（第 11、25 條）。公立就業服務機構之設置，係依據就業服務法第 12 條第 1 項規定，由主管機關得視業務需要在各地設置之（目前於中央，有行政院勞工委員會職業訓練局於各地區設置之就業服務中心，直轄市政府勞工局設置之就業服務中心等）。依此，公立就業服務機構之中間地位，爲就業保險給付程序中作成失業認定之權限，以及保險人受理失業給付申請之行政助手。

於我國就業保險之保險事故爲「非自願離職」，但並非自離職之日即認爲保險事故發生而得請領失業給付，除此客觀事實外，尙涉及被保險人有無工作能力及繼續工作意願之主觀意思，故須先經由上揭就業服務中心作成失業認定，再經由被保險人作成失業給付決定。失業認定之制度，具有使失業給付要件事實明確化之功能，因而，學理上解爲「確認處分」之性質⁶⁷。但實務上，因前揭就業保險法第 25

1983年) 126頁。

⁶⁶ 日本學說關此問題之探討，濱西隆男「『行政契約』私論」(下)自治研究77卷第9號(2001年)38頁以下。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(1)」信州大学法学論集4号(2004年)37-38頁。

⁶⁷ 如依日本法之學理說明，認爲與前揭被保險人資格之認定、傷病或殘廢等級之認定等同，法律上對於受給資格或受給決定設有明確規定，爲使該受給權者之範圍與其權利內容明確，而介有行政機關之認定、決定、裁定等行政處分，稱作「確認處分」，關於給付之具體請求權(即金錢給付)，係因該確認處分作成後始成立

條規定，必須於 15 日內完成失業認定，再轉由勞保局辦理核發失業給付，而雇主經常無法及時提供失業勞工是否自願離職之相關佐證資料，故通常於受理申請後，先准予失業認定，嗣經查核相關事證，如足認勞工係自願離職而不合於請領失業給付之規定，即撤銷原失業認定，被保險人如與雇主就離職原因有爭執，則應循勞資爭議途徑解決，倘爭議結果確定不合於失業認定之要件，即應將失業給付返還⁶⁸。此一作法，似又將關於非自願離職此一要件之判斷，責由勞資爭議處理程序解決，則關於失業認定（確認處分）與勞資爭議處理結果（調解或仲裁），二者效力各自如何，不無疑義。

失業給付係每月按申請人離職辦理本保險退保之當月起前 6 個月平均月投保薪資百分之 60 發給，最長發給 6 個月（第 16 條第 1 項第 1 款）。給付之始期係自向公立就業服務機構辦理求職登記之第 15 日起算（第 20 條），即作成失業認定之日，並非實際離職之日，其因在於同時藉由求職登記、推介就業及就業諮詢等程序，以彰顯被保險人有無工作能力及繼續工作意願之主觀意思要件。故失業給付除將保險事故之認定繫於第三人之意思表示（行政處分）外，且該意思表示之作成時，亦成爲給付之始期。

第二項 社會救助

一、給付型態

爲照顧低收入及救助遭受急難或災受害者，並協助自立，制定「社會救助法」。同法依不同事由，分類社會救助爲「生活扶助」（低收入戶之現金給付，特殊項目之救助及服務）、「醫療補助」（低收入戶醫療費用及健保保險費之補助）、「急難救助」（針對戶內人口遭遇一時

，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〔增補版〕』（弘文堂、2004 年）353 頁。但是否所有社會保障之給付決定均以「確認處分」概念說明，仍須再爲檢討，詳參第五章。

⁶⁸ 台北高等行政法院 95 年度訴字第 1054 號判決。

特殊危急原因致生活陷於困境，提供金錢給付）及「災害救助」（針對人民遭遇天災至損害重大而影響生活者，提供實物及金錢給付）。同法之總則，僅對於低收入戶之要件為具體規定，有關低收入戶（最低生活費標準）之認定及生活扶助申請程序等事項，特殊項目之救助及服務內容、申請條件及程序，健保醫療給付以外之醫療補助給付項目、方式及標準，急難救助之給付方式及標準，災害救助之方式等，則授權直轄市、縣（市）主管機關訂定（第 4 條第 4 項、第 10 條第 3 項、第 16、20、23、27 條）。

較為重要者為生活扶助，因以現金給付為原則，且自核定後按月支給，故有持續性。生活扶助之給付構造，大致為：(1)低收入戶（家庭總收入平均每人每月在主管機關所定最低收活費以下，且家庭財產未超主管機關公告之一定金額者），得向戶籍所在地戶籍所在地直轄市、縣市主管機關申請生活扶助。(2)主管機關應自受理申請之日起 5 日內，派員調查申請人家庭環境、經濟狀況等項目後核定之。(3)申請生活救助經核准者，溯自備齊文件之當月生效（第 10 條）。(4)其方式以現金給付為原則，亦得因實際需要委託社會救助機構、社會福利機構或其他家庭與以收容（第 11 條）。(5)如其收入或資產增減者，則調整其扶助等級或停止扶助（第 14 條）；對於有工作能力者，應協助其接受職業訓練、就業服務、創業輔導或以工代賑等方式輔助其自力；不願接受訓練或輔導，或接受訓練、輔導不願工作者，不予扶助（第 15 條、同法施行細則第 8 條）。

而行政實務上，低收入戶生活救助金之給付，係由申請人向戶籍所在地區公所提出申請，初核後轉由社會局複核，以申請人檢齊完整資料之日為受理申請日，經核符合規定者，生活扶助費追溯至受理月份發給。且其後按月持續發給，主管機關並定期或不定期依職權調查轄區所屬之低收入戶是否符合資格，如有未符合，則自事實發生日起註銷關於低收入戶之核定，並自次月起停止生活扶助費發給⁶⁹。

⁶⁹ 例如台北市低收入戶調查及生活扶助作業規定第 7、9、13 點。

二、行為形式

上揭社會救助法之規律構造，關於行為形式論之探討上，有以下裁判實務見解之論理，值得探究：

（一）給付基準與請求權基礎

社會救助法僅揭示原則性之救助種類及規定縣市主管機關辦理該救助之權限，具體給付項目、標準及程序則授權縣市主管機關訂定之。以災害救助為例，即有因受象神颱風侵襲，導致住屋（透天式之住宅）地下室遭受淹水達 2 公尺以上，造成財物損失 100 萬元以上，影響生計，申請領取救災補助金之案例⁷⁰。

判決認為：「社會救助法第 26 條第 1 項第 6 款之規定本身（即「地方主管機關應視災情需要，為其他必要之災害救助」）過於抽象，無法形成一個具體之請求權。被告基隆市政府所訂定天然災害救助金核發標準之法規命令，僅對補助金額作出具體之規範（同標準二、（六）住戶遭水災、水淹、火災等災害，財物受損致影響其生計者，以戶內人口為計算基準，每口發給新台幣 5000 元，每戶以 5 口為限），建立補助標準之構成要件部分，亦未加具體規範，同樣無法有效形成請求權之規範基礎。其後，為使所屬區公所核發救助金有具體作業準則，再訂定基隆市辦理象神颱風受災戶救助戶核發事宜應行注意事項（第三點規定水淹漬標準，以各住戶受水淹沒達 50 公分以上者為救助對象），而將請求權成立要件予以明確化。故原告之請求權規範基礎，建立在具有高低位階關係之一組法規範上，即社會救助法第 26 條之法律與核發標準二、（六）之法規命令及注意事項三、之行政規則」。

關於給付標準之審查，同判決則認為：「社會救助法條第 26 條第 2 項規定，救助方式授權地方主管機關依實際需要訂定法規命令來執行，係考慮各地方政府財政情況不同，補助標準又須因地制宜，不宜

⁷⁰ 臺北高等行政法院 90 年度訴字第 4047 號判決。

由中央統一訂定之補助標準及補助金額。故地方主管機關行使此等權限時，對補助標準及補助金額之建立享有行政裁量權。且地方主管機關對法規命令文字之解釋，亦應受一定程度之尊重。災害補助屬對特定範圍人民之額外給予，必須有其給予之正當性及急迫性，且其範圍應有客觀而嚴格之標準，始不致浮濫而其正當性，應基於災民受有財產以外之重大損失（例如人身或生命之付出等代價），或對日常生活形成重大不便之情形（例如夜間無處安眠，無法進行正常之生活），始有進行社會急難救助之急迫性可言。本件原告遭受水淹之地下室僅供儲藏及停車使用，淹水結果固然會帶來財物之重大損失，被告基此等事實特徵，認定原告之住戶未受水淹沒，為法規範之合理解釋，符合立法本旨」。

（二）給付決定與給付請求權之成立

社會救助給付請求權之導出，除上例判決就規範基礎，認為必須建立於法律、法規命令、行政規則，並以「抽象」、「具體」說明外，給付請求權之成立與否，尚須以作成行政處分為要件。關於「921大地震災區受災戶慰問金」案，法院有以下見解⁷¹：

「行政訴訟法第 8 條規定之一般給付之訴，乃在於實現公法上給付請求權而設，相對於其他以行政處分為標的之撤銷訴訟及課予義務訴訟，具有備位性質（行政訴訟法第 8 條第 2 項參照），若其他訴訟類型得以提供人民權利救濟時，即無許其提起一般給付訴訟之餘地。又依訴願法第 2 條第 1 項及行政訴訟法第 5 條之規定，行政機關對人民依法申請之案件，有作成行政處分之義務，如其應作為而不作為，致人民之權利或法律上利益受損害者，人民須先循序訴願程序後，始得提起課予義務訴訟，不得直接提起一般給付訴訟，否則因起訴不備其他要件，自為法所不許。內政部 88 年 9 月 28 日函頒行有關 921 集集大震災民各項救助及慰問金之核發標準，88 年 9 月 30 日函頒訂有關 921 大地震受災區住屋全倒、半倒之認定標準及受災戶慰助金、

⁷¹ 最高行政法院 94 年度判字第 88 號判決。

租金之核發標準，核其內容僅就救助之給付對象、條件及範圍而為抽象之規定，至於受非常災害之人民申請緊急救助之金額若干，尚須先由行政機關核定其給付請求權，至為明顯。上訴人主張上開函令就判定半倒後應發給位住金及租金補助之各要件事實及計算金額有明確之規定，作成判定半倒之行政處分後，應無須再另作核准發給慰助金或租金補助之行政處分云云，殊無足採，揆諸前揭說明，其逕行提起一般給付訴訟，因起訴不備其他要件，自非法之所許」。

上揭判決，對於災害救助金之給付請求權，較前一判決更進一步，以認定標準及受災戶慰助金、租金之核發標準，僅係就救助之給付對象、條件及範圍而為『抽象』之規定，至於申請緊急救助之金額若干，尚須先由行政機關核定（行政處分）其給付請求權。此一見解，亦適用於低收入戶之生活扶助。

（三）資力調查與給付之始期

社會救助法第 10 條規定，申請生活救助經核准者，溯自備齊文件之當月生效。固然上述裁判見解，以社會救助給付請求權以經作成行政處分為要件，但給付之始期，並非自行政處分生效日，或客觀上符合低收入戶要件事實發生時，而係溯及自申請人備齊文件之日。此一構造，與前述社會保險給付之始期，或以接近保險事故發生日，或以保險給付決定作成日，均有差異。換言之，「申請」行為對於生活扶助給付之始期，不無特殊意義。但備齊文件之日作為生活扶助費給付之始期，亦可能因申請人未諳行政程序或處理期間之經過，延後其受生活扶助之權利，故亦有裁判實務上，爭執因主管機關審核通知補件之延宕，而請求應溯及自提出申請之日核定低收入戶，並按月給付⁷²。且低收入資格之核定後，生活扶助費之給付係按月持續發給，而實施資力調查之結果，發現於過去某一定期間，被核定人之資力已無符合法定要件時，亦有溯及該時點註銷低收入戶資格及中止扶助之情形，涉及職權調查證據範圍、踐行陳述意見程序、溯及返還扶助費之

⁷² 台北高等行政法院91年度訴字第610號判決。

始期，以及嗣後有符合低收入戶資格之事實，係重行申請或逕依職權認定而持續給付之問題。對此，法院裁判於案例中，有以下論理⁷³：

「社會扶助是國家對無資力者之積極保護，而不是對有資力憑己力賺得財產之消極保障或干涉，因此『既得權』觀念在這個實證法中，在利益衡量的過程中，其比重顯然是較輕。加上扶助給付要按月決定，人數又極為龐大，具有『大量行政』之特質，所以『行政效率』之價值會受到比較多的肯認。不僅整個實證法之設計會把行政效率放在較優先之地位，在法律解釋論上亦然。...被告機關於 92 年度低收入戶總清查時，依當時情況所掌握到之證據資料，原告僅有 91 年度之課稅資料，故決定給予原告第 3 級低收入戶，且有銀行存款超過 15 萬元，而自 93 年 1 月 1 日起不予發給生活扶助金。原告嗣雖於 93 年 8 月間提出證據資料證明上開存款之去處，但依被告所訂定低收入戶調查及生活扶助作業規定第 8 點(二)之規定（即「本市低收入戶申請以申請人檢齊完整資料之日為受理申請日，經核合規定者，生活扶助費追溯至受理申請月份發給」），被告以原告最終備齊資料之月份（93 年 8 月）向後按月核發如原告申請之低收入戶生活扶助金，尚無錯誤」。

但上揭判決理由，以被告機關僅依據其取得之課稅資料，即得依職權認定，對於被告機關就所取得課稅資料未進一步令受扶助人有陳述意見之機會，是否適法，並未論明，卻直接從社會扶助給付有「大量行政」、重視「行政效率」價值等觀點而合理化，見解是否妥當，有待斟酌。

第三項 福利服務

⁷³ 台北高等行政法院90年度訴字第4727號判決。又，本案所適用之台北市低收入戶調查及生活扶助作業規定，隨社會救助法及其施行細則於94年修正，已無一方面就家庭總收入未超出最低收活費標準而認定為低收入戶，但因其家庭總收入以外之財產（存款、動產及不動產）超出一定金額而不予扶助之規定。

我國有關福利服務之立法，較爲一般者，有：「老人福利法」（簡稱老福法）、「兒童及少年福利法」（簡稱兒福法）、「身心障礙者權益保障法」（簡稱障保法）。亦有專就特殊對象及事由，另設專法者，如：「特殊境遇婦女家庭扶助條例」（簡稱婦福條例）、「國軍退除役官兵輔導條例」（簡稱官輔條例）、提供收入較低家庭居住住宅之「國民住宅條例」（簡稱國宅條例）等。各該法之福利服務之給付型態、內容及手法相當多樣，且規範密度不一。對於受保障者而言，有僅屬揭示行政努力目標之訓示規定，有概括賦予行政機關實施之權限，但關於給付要件、對象資格及程序等，仍多授權地方政府主管機關訂定之，少數有具體規定並賦予受保障者法律上之權利。關於給付之實施，以委託、輔導、獎勵、補助、締約機會優先、資訊提供等助成手法，廣泛包含設置照顧療養服務設施、研發生活輔具、專業照顧資訊提供等方面，以活絡及整合民間資源，另一方面，亦藉由許可、行政罰等規制手法，控管民間福利機構之設置及運作。

一、給付型態

（一）金錢給付（補助、津貼）

1、對於有接受長期照顧服務必要之老人，得提供經費補助，非健保範圍涵蓋之醫療費用補助，中低收入之租屋補助（老福法第 15、22、32 條）。身心障礙者醫療費及醫療輔助器具之費用補助，教育經費之補助或減免，創業貸款之利息補助，生活、托育、養護及其他生活必要之福利等經費補助，房屋租金及貸款利息之補助（障保法第 19、22、29、38、49 條）。三歲以下兒童醫療照顧費用之補助（兒福法第 20 條），特殊境遇婦女家庭之子女教育經費補助、傷病醫療補助、法律訴訟補助、創業貸款補助（婦扶條例第 8、9、11、12 條）。由政府計劃，依「貸款人民自建」、「補助人民自購」等方式，貸款自建或提供貸款利息補貼，供收入較低家庭購置住宅（國民住宅條例第 2 條第 24 條及第 37 條之 1）。

2、針對年滿 65 歲，在國內設有戶籍且居住達一定期間而符合資格要件之國民，參與農保之農民及漁會會員、原住民老人，核發予生

活津貼（敬老津貼暫行條例第 3 條、老農民津貼暫行條例第 3、4 條、原住民津貼暫行條例第 3 條）。針對中低收入老人未接受收容安置得申請發給生活津貼，如其失能程度經評估為重度以上，實際由家人照顧者，照顧者得申請發給特別照顧津貼（老福法第 12 條）。特殊境遇婦女家庭之子女生活津貼或兒童托育津貼（婦福條例第 7、10 條）。

（二）輔導、諮詢、轉介、資訊提供

協助老人維持獨立生活之能力，提供專業人員平出及諮詢、有關生活輔具之資訊，協助失能老人之家庭照顧者提供照顧者訓練及研習、個人諮商（老福法第 23、31 條）。發現有疑似發展遲緩兒童或身心障礙兒童及少年，直轄市、縣(市)主管機關應視其需要提供、轉介適當之服務，年滿 15 歲少年之進修、職業訓練之輔導，兒童及少年偏差行為之輔導（兒福法第 22、25、33 條），身心障礙者就學之協助（障保法第 21 條）。

（三）委託保護、安置措施

老人因扶養義務人之疏忽、虐待、遺棄等情事，或無人扶養，致有生命、健康或自由之危難，得依老人申請或職權予以適當短期保護及安置（老福法第 41、42 條）。不適宜在家庭內教養或逃家、無依之兒童及少年之安置，兒童及少年因扶養義務人對其偏差行為之矯正無效果而給予安置措施，或緊急危急狀況（未受適當照顧、遭遺棄或身心迫害等）之保護安置，或家庭發生變故致無法正常生活於其家庭之安置或輔助（兒福法第 19 條第 1 項第 8、9 款、第 33、36、41 條）。其方式為寄養於合適之親屬家庭、寄養於已登記合格之寄養家庭、收容於經核准立案之兒童及少年安置及教養機構或其他安置機構（同法施行細則第 8 條）。

（四）照護、醫療保育、就養等服務

應針對老人需求自行或結合民間資源提供居家式、社區式或機構

式服務，應定期舉辦老人健康檢查及保健追蹤服務，協助失能老人之家庭照顧者提供臨時或短期喘息照顧服務（老福法第 16、21、31 條）。為協助身心障礙者所需之持續性照顧，應提供或結合民間資源提供居家服務、社區服務（障保法第 40 條）。兒童課後照顧服務、發展遲緩兒童之早期療育、醫療（兒福法第 19 條第 1 項第 12 款、第 23 條）。退除役官兵身心障礙或年老，無工作能力者之安置就養（官輔條例第 16 條）。

（五）締約機會優先、公共資源使用優遇

身心障礙者購買國宅、停車位之名額保留及優先核准（障福法第 47、48 條），老人、身心障礙者搭乘大眾運輸工具、文教設施、康樂場所之優待（老福法第 25 條、障福法第 50、51 條）。由政府計劃，政府直接興建後，出售、出租供收入較低家庭居住之住宅（國民住宅條例第 2、15 條以下）。

（六）公私協力

對於老人提供之服務及照顧，得結合民間資源，以補助⁷⁴、委託或其他方式為之，邀集民間相關機構團體代表，參與整合、諮詢、協調與推動老人權益及福利相關事宜，建構服務照顧及其設施、老人保護體系（老福法第 8、9、18、26、27、31、34、44 條）。鼓勵、輔導、委託民間或自行辦理兒童及少年福利措施及機構設置，一定比例之民間團體代表參與兒童及少年諮詢委員會（兒福法第 10、19、50 條）。身心障礙者保護委員會之民間團體代表參與，委託、輔導、獎勵

⁷⁴ 內政部依此規定訂有「推展社會福利補助作業要點」，補助民間單位新建養護機構之建築、購置設備等費用，因受補助對象（某社會福利慈善基金會）遭撤銷設立許可，致未能如期開始營運養護中心，內政部為請求返還全部補助款而提起民事訴訟。本案於臺北地方法院94年度重訴字第1013判決、同院94年度重訴字第1031號判決，採取「准駁處分+行政契約」二階段論，認為後續之補助契約可視為前一核准處分之執行行為，兩階段之行為應整體觀察而視為一個公法法律關係之行為，裁定駁回內政部之訴。

民間辦理個別化專業服務制度，身心障礙復建研究法展中心及福利機構、學前療育機構等設施設置，居家及社區服務、精神文化活動等各項福利服務（障保法第 7、15、16、24、39、40、41、53、54、58 條）。

二、行為形式

福利服務有以「補助」用語者，其實質上應與「津貼」相當。亦即純以資格要件認定，未就該金錢給予課予行為義務或用途限制，原則不具有嚴格之行為拘束性，與資金補助有所區別。此外，照護、安養、保護安置、公共資源使用優遇等，勞務服務或設施之提供，上揭立法多未明示其行為形式，將之解為事實行為，不無可能。但結合民間資源辦理者，給付過程中介有行政處分或契約之中間行為，亦為裁判解釋上所常見，應依其所授權之法規命令及行政規則，個別檢討。

（一）行政處分要否與給付請求權之成立

敬老福利生活津貼由申請人向鄉鎮市區公所受理申請後，送勞保局審核符合發給資格者，自申請當月生效，其津貼並於每月 25 日以前撥入申請人帳戶，其不符合發給資格者，應附具理由以書面通知（敬老福利津貼條例第 6、8 條）。由此規定，審核通過係逕行每月撥入帳戶，否則以書面通知，並無決定之用語，則生活津貼給付請求權是否以行政處分作成始發生，或基於同條例第 3 條規定即賦予請求權，不無疑問。裁判實務認為：

「敬老福利生活津貼發給與否，須經主管機關依法核定，初不因暫行條例之規定而使當事人取得公法上給付財產之請求權。原告於本件起訴請求續發敬老福利生活津貼，尙未經被告依法核定，是以原告並未取得該津貼之給付請求權，其逕行起訴請求被告續發該津貼，不應准許。又請求續發敬老福利生活津貼部分，既未依法向主管機關申請，其提起課予義務訴訟之要件尙未具備，自無闡明令其變更為課予

義務訴訟之必要」⁷⁵。

依上見解，生活津貼給付請求權係以行政處分之作成始能成立，且溯及自申請日生效。另一方面，老人福利法第 22 條規定老人搭乘國內公民營水陸空公共交通工具應予以半價優待，因地方政府設限於 70 歲以上，原告起訴應降至 65 歲之案例，則有見解認為：

「在給付行政之事項，如果給付之對象是以年齡來劃分，由於此項標準明確，可直接藉由戶籍資料來認定，並交由基層行政組織（例如里長）來發放，根本不須先以行政處分來審查受領人資格，再行發給，則此時也無先作成行政處分之必要，而給付本身也可視為一個單純之事實行為。在此情況下，如果認為應受給付而未受給付之人，可以直接提起一般給付之訴，而不需先要求行政機關作成給付之決定，在遭拒絕後才提起課予義務訴訟來救濟。若請求給付之人擔心長期性之持續給付必須每期請求期間屆至後再行請求，程序過於繁瑣，亦可提起將來給付之訴，以求補救。基於以上之說明，應認本件被告機關依據台北市政府之地方方法規，而對設籍於台北市之滿 70 歲老人發給免費優惠之公車票，並於每年重陽節發放敬老禮金，乃屬事實行為，而非行政處分。原告如認為其享有此等請領免費優惠公車票及敬老禮金之權利，依上所述，本得提起一般給付之訴，不須提起課予義務訴訟」⁷⁶。

上揭判決見解又提出另一判準，如免費優惠之公車票等，屬於「給付對象以年齡劃分，其標準明確，可直接藉由戶籍資料來認定」者，則無須作成行政處分而得直接依據法規規定請求。

然官輔條例第 16 條規定有關榮民安置就養，訂有國軍退除役官兵就養安置辦法，發給退除役官兵就養給付，並得依意願公費進住榮譽國民之家，或部分自費負擔進住（第 2 條）。退除役官兵申請安置

⁷⁵ 台北高等行政法院 93 年度訴字第 4055 號判決。

⁷⁶ 台北高等行政法院 90 年度訴字第 4645 號判決。

就養，由輔導會視榮家安置能量及運用狀況，依優先順序核定安置之（第 3 條）。經核定全部供給制安置就養之退除役官兵，應於書面通知達到之日起一個月內，親自向指定服務照顧之榮服處或榮家報到；屆期未報到者，其核定失其效力（第 4 條）。對於就養安置之法律性質，裁判實務認為：

「被告機關決定給予就養之授益處分是採『許可原則』，而非『準則原則』，且授益處分本身不具有溯及效力。換言之，即使符合安置就養之法定構成要件，被告機關仍得基於行政裁量，決定『是否』以及『何時』給予安置就養。『安置就養』授益處分之實現，必須有住進榮民之家之事實行為存在，故亦無溯及效力」⁷⁷。

依上見解，安置就養給付請求權須作成行政處分始能成立，且因屬實物給付，並無溯及符合法定資格事實發生日或申請日之效力。

（二）個案協助輔導、安置與行政指導、事實行為

兒福法第 33 條之兒童及少年有偏差行為之協助、輔導，屬於社會個案工作（case work）之一環，其意義可能類似「行政指導」。行政指導，學理上指行政主體為達成一定公的行政目的，期待行政客體之一定作為或不作為，其本身無法律上拘束力，以直接對於行政客體發動之行政上行為形式，且因行政之對象而分別有規制性、助成性、調解性、扶助性等機能。但上述協助、輔導等措施固為行為形式之一，同時亦構成給付之內容，社會工作之理論上，係經由對於有妨害兒童健全發展之問題個案，就對象兒童及少年或其監護權人訪視、商談、調查（例如兒福法第 47 條），經認定適當給予指導者，作成應接受具有專業技術之社工人員個案工作輔導之決定，似與一般之行政指導有所區別⁷⁸。此等協助、輔導之性質，法律上效力如何，我國上揭立

⁷⁷ 台北高等行政法院 92 年度訴字第 3311 號判決。

⁷⁸ 日本老人福祉法、身心障害者福祉法、兒童福祉法所規定各種指導、諮詢、斡旋及介紹等福利服務給付，法律性質之檢討，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）771 頁。

法並未對於不服從協助、輔導者，設有不利益處分或制裁規定，且兒福法第 33 條係依監護權人或實際照顧者之申請，或依職權而經其同意，並無忍受義務，應否經上述判定程序，其法律性質究為行政指導或授益處分，不無疑問。

兒福法第 19 條第 1 項第 9 款、第 33、36、41 條及老福法第 41、42 條關於提供安置措施之規定，其要件、方式及程序，並非相同。對於無依兒童及少年之安置，係依職權，各相關人員於知悉有無依兒童及少年時即應通報主管機關，主管機關進行訪查後依其情形先予安置，並協尋父母，評估家庭適任之程度（有無照顧能力）；如不適任者，繼續安置併列為保護個案依第 43 條規定提出處遇計畫，如未尋獲父母者，則辦理出養或寄養、安置於福利機構（無依兒童及少年安置處理辦法）。兒福法第 33 條規定之安置，為依申請，或依職權而經監護權人同意，第 36 條規定之保護安置，則依職權，但不得超過 72 小時，非 72 小時以上之安置不足以保護兒童及少年者，得聲請法院裁定繼續安置。老福法第 41、42 條規定之保護及安置，則依老人之申請或依職權，但得嗣後申請免除之。此等安置措施均屬事實行為，其所生費用均由扶養義務人負擔或得由主管機關向其收取。就此，似有由行政機關暫行替代監護權人或扶養義務人行使權利或負擔義務之意，故是否須判斷有無安置之必要，而如同前述之榮民安置就養，應否先行作成行政處分，並非明確⁷⁹。

（三）照護服務計畫與民間委託

對於老人及身心障礙者之照護服務，均規定直轄市、縣市主管機關提供或結合民間資源提供，可能受限於預算及需求之可變性，以名

⁷⁹ 關於多樣化之福利服務給付，日本學者採取「措施」概念說明之，對其概念內容則以(1)措施制度（充足各項福利服務需求為目的之制度），(2)措施決定（給付之決定行為），(3)措施作用（實際之給付及其作用），藉以明確化其問題所在，又坂常人，前揭註78文，762-763頁。又，「措施」一語，亦為我國立法用語所慣用（兒福法第3、4、9、19條，障保法第1、53條），但如何自法體系或實務運作，導出各該福利措施之給付過程介有措施決定之行為，有待解釋論發展。

為「OO實施計畫」用語，通常訂明實施期限、預算經費範圍等，並未形成實定法規範之制度。其方式，或採取照護費用之補助，或以補助及勞務提供併用，且關於照護服務之實施，多採取民間委託方式，但其行為形式及行政程序，並非明確。茲以內政部「失能老人及身心障礙者補助使用居家服務計畫」、「台北市政府社會局 96 年度居家服務實施計畫」⁸⁰、「台北市政府社會局 96 年度辦理老人收容安置補助實施計畫」⁸¹及台北市政府社會局委託辦理「身心障礙者臨時及短期照顧服務實施計畫」⁸²為例，說明之。

1、內政部「失能老人及身心障礙者補助使用居家服務計畫」及「台北市政府社會局 96 年度居家服務實施計畫」

針對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，提供家務及日常生活（衣物洗濯修補、居家清潔、餐飲文書服務、陪同就醫等）、身體照顧（協助沐浴、身體清潔、協助使用輔具、陪同運動等）。依台北市社會局之實施計畫，係由申請人提出申請後，由該局專業人員到宅，依據認定標準（主要為巴氏量表）評估其要照護性，經認為符合資格後，再檢附文件辦理書面審查。評估結果符合規定者，由該局委託之居家服務單位聘僱訓練合格照顧服務員，依核定服務時數及項目提供到宅服務，並給予補助。本計畫之給付型態，包括勞務服務之提供及金錢給付。上述給付過程中，包括資格評估、服務時數及項目之核定、金錢給付及勞務給付之實施，且有社會局之專業人員、委託聘僱之照顧服務員中介其間。各自階段之行為形式，究以行政處分、契約，或另有二階段論之構成（例如服務實施另成立勞務供給契約），而所謂專業人員之評估及照顧服務員之地

⁸⁰ http://www.bosa.tcg.gov.tw/attachment_file/i/200701/96年實施計畫.doc

⁸¹ http://www.bosa.tcg.gov.tw/main/addFileTimes_new.asp?sType=att&uid=6619&file=/attachment_file/i/200701/96年度收容安置補助計畫.doc&name=96年度收容安置補助計畫.doc

⁸² http://www.bosa.tcg.gov.tw/attachment_file/i/200608/95臨托服務實施計畫.doc

位（行政助手或受託行使公權力人），勞務提供有瑕疵致受照護者受有損害，是否構成國家賠償責任問題，均待檢討。

2、「台北市政府社會局 96 年度辦理老人收容安置補助實施計畫」

對於中低收入戶具有中、重（極重）度之失能老人，經評估為中度以上失能老人，須進住安養機構照護者，由申請人自行擇定經評鑑為優良之老人養護機構、護理之家或長期照護機構等安養機構，依其失能等級及經濟狀況，每月補助其因受照護費用。此實施計畫之規律構造，申請人擇定之養護機構，除與申請人訂定入住合約外，尚應與台北市政府社會局簽訂「補助機構辦理照顧低收入戶老人照顧合作契約書」，且由該養護機構填寫申請表辦理申請，經審核通過後個別發文通知申請人及機構審核結果，溯自備齊文件之當日生效（若嗣後始進住機構者，則視實際進住機構之日為補助生效日），並由受託機構依所實際收住情況向社會局請款，故收容安置費用之補助款並非交付申請人或由其受領。如依民法之契約法理，失能老人對於照護機構應給付之照護費用，有由社會局債務承擔之性質，並經由締結上揭合作契約而取得債權人照護機構同意（民法第 300 條規定參照、照顧合作契約第 3 條），由照護機構逕向社會局請求以清償受照護費用。但如有依該合作契約第 11 條構成終止或解除事由而經終止或解除契約者，債務承擔亦隨同失其效力。

類似構造，亦出現於「身心障礙者生活托育養護費用補助辦法」。身心障礙者由直轄市、縣（市）主管機關安置於社會福利機構、精神復健機構或護理之家、行政院國軍退除役官兵輔導委員會榮譽國民之家等日間照顧訓練之補助費。但由地方政府與機構簽訂「OO 直轄市、縣（市）政府轉介安置身心障礙者托育養護契約書」，約定補助費由地方政府直接給付該安置機構。

3、「台北市政府社會局委託辦理身心障礙者臨時及短期照顧服務實施計畫」

本計畫提供身心障礙者臨時性（每日服務時數於 12 小時以內）及短期性（每日服務時數於 12 小時以上，連續受托日數不超過 14 日）之照顧服務。由符合資格對象者提出申請，經安排社工訪視、專業評估認為屬需照顧者，提供服務。給付方式為金錢給付之補助及勞務服務併行，除補助臨時及短期照顧服務所需之服務費及交通費外，關於照顧勞務之提供，係由社會局依政府採購法規定，以公開評選方式進行甄選配置有社工員、照顧服務員或保育員之民間機構，社會局與民間機構簽定「專業服務採購合約」，民間機構與受照顧者簽訂「照護服務契約」。

第三節 構造整理

第一項 主體與法律關係

綜觀我國社會保障給付之規律構造，給付關係之構成係以行政（階層制之公權力組織）為中心，部分給付之實施有由行政機關以外之公私組織型態媒介之可能，無論於給付者或受給者方面，均有之。就該中間團體於給付程序或法律關係之角色，社會保險制度雖因法律化而較為明確，但如投保單位之地位，非無疑問。而其他以福利服務給付為常見者，法律化程度並非周全，法律有者僅揭示指針性規定，其具體內容及措施，多授權主管機關或地方公共團體依行政命令、計畫形式訂定之，故基於公私協力理念或行政發揮組織民間機構機能之制度構成者，尚非明確。除給付關係主體多元化之外，行政之行為形式運用亦多樣化，但行為形式之特定問題，亦常滋生爭議。各相關主體間給付法律關係之形成，有依行政處分者，有依契約形式（行政契約或民事契約）者，有行政處分與契約之結合者，亦有定性未明者（如兒童及少年之輔導、照護服務）。依上揭調查結果，就各該主體間其法律關係與行為形式之交錯狀況，整理如下：

（一）直接給付型：供給者（主管機關或保險人）－受給者（私人）

- 1、敬老免費優惠公車票及三節禮金：事實行爲（直接請求）。
- 2、被保險人之資格及各項金錢給付（低收入戶生活扶助給付，福利服務補助及津貼給付，榮民就養給付）：行政處分。
- 3、民間興建養護機構補助金：准駁處分+補助契約（行政契約）。
- 4、國民住宅優惠租購：准駁處分+民事租賃或買賣契約。
- 5、兒童及少年偏差行爲之協助、輔導及安置：行政指導或事實行爲（?⁸³）。

（二）第三者媒介給付型：主管機關或保險人－第三人媒介者（投保單位、醫事服務機構、照顧服務員、公立就業服務機構、安養照護機構等）－受給者

1、農民保險給付

勞保局－農會（審核被保險人資格之受託行使公權力人或行政助手?），農會－被保險人（保險給付申請之代理人?），勞保局－被保險人（保險給付之申請－准駁處分）

2、醫療保險給付

健保局－被保險人（申報－核發健保卡=行政處分?），健保局－醫事服務機關（公法上委任契約=行政契約，停止特約=行政處分），醫事服務機關（健保局之履行輔助人?）－被保險人（保險給付義務之履行）。

3、就業保險失業給付

⁸³ 對於行爲形式之定性或主體於給付關係之地位可能有疑義者，暫以「？」標示之。

勞保局－公立就業服務機構（受理保險給付申請之行政助手），公立就業服務機構－被保險人（失業認定=行政處分），勞保局－被保險人（失業給付申請－准駁處分）。

4、居家照護服務給付（含費用補助）

社會局－失能老人或身心障礙者申請人（申請－要照護性判斷－准駁處分+民法委任（服務供給）契約？），社會局－照顧服務員（民法僱傭契約，行政助手？），照顧服務員－申請人（民法委任（服務供給）契約之履行？）。

5、收容安置服務給付（含費用補助）

中重度失能老人－安養機構（自由選擇，民事照護契約，費用補助申請及受領之代理關係），中重度失能老人－社會局（費用補助申請－准駁處分），安養機構－社會局（照護合作契約=民法債務承擔之類推？）。

6、臨時短期照護服務給付（含費用補助）

社會局－身心障礙者申請人（申請－需要照護性－准駁處分），社會局－民間機構（專業服務採購契約=民法委任契約），民間機構與申請人（民法委任（照護服務）契約）。

第二項 權利與行為形式

相對於上述主體及行為形式之配置，再應考慮者，為行為形式與私人權利之對應關係。行政法規構造與民事法不同，行政法尚有「行政程序」之制度，但實體權利之發生，雖與行政程序進行相關，惟應與程序上權利（如申請權）相區別。關此，依給付過程之時間關係，可將其階段化及分別問題如下：

法規範（含憲法、法律、法規命令、行政規則及行政計畫）－該當給付要件事實發生（如要保障事故）－申請（或要約）－行政處分

（或契約締結）－金錢或實物給付之實施

（一）給付請求權基礎及給付要件

社會救助及福利服務之法律條文，多規定對於某事項，直轄市或縣市主管機關「應」辦理或提供某救助、服務等給付（如社會救助法第 26 條第 1 項第 6 款、兒童及少年福利法第 19 條）。其具體對象、標準及程序，則授權訂定之。裁判實務認為，僅以如上揭規定尚屬抽象，無法作為請求權基礎，尚須結合具體規定法規命令及行政規則（亦有使用「計畫」用語）之規定。其中，就給付對象資格或標準等要件，雖不排斥審查該法規命令及行政規則所規定，與法律目的有無牴觸，然針對例如以戶籍要件限制或調降給付額度等修正，審查密度則多以政府得基於預算配置考慮為由而認屬行政裁量範圍，應予尊重。

（二）權利之發生

縱使以上述法規範作基礎，尚不足以直接於訴訟上請求行政為具體之金錢給付，通常認為應以行政處分或契約締結為要件，始能將法規範之抽象權利具體化，如社會保險之金錢給付（但立法用語並未明確）、災害救助金、敬老福利生活津貼。然以下情形，亦有不採此論理之可能：

1、福利服務給付，其給付對象以年齡劃分而標準明確，可直接藉依戶籍資料來認定，無須以行政處分為要件（如老人福利法第 22 條規定）。

2、健保之醫療給付，有符合給付要件事實時，提示保險證直接請求，無須以作成行政處分為要件。

3、殘廢給付，被保險人生前提出申請後死亡，因其生前已有權利行使（申請行為），給付請求權成為財產上之權利而歸屬被保險人之遺產，得由繼承人承受，並未以作成核定給付之行政處分為權利發生之要件。

（三）給付之始期

進一步言，具體之金錢或實物給付請求權雖，雖通常認為以行政處分或契約締結為要件者，但給付之始期，依給付性質及規律構造，並非相同。

1、以契約締結為要件，如福利服務給付中，提供福利設施補助金、利息補貼或貸款者，自契約締結或所約定之時點為始期較為通常。而採取溯及自契約締結以前為始期之構造，較難想像。

2、實物給付，如健保之醫療給付、榮民安置就養給付，因非金錢給付性質，無溯及問題，但醫療給付有因受給者先行代墊費用，轉換為金錢給付之可能。

3、縱認為給付請求權應以行政處分為要件者，其給付之始期，固然自行政處分生效日為常理，如榮民安置就養給付。但亦有溯及自行政處分成立之前，以保障事故發生日之可能，如年金給付溯及自符合條件（年滿 65 歲日）之當月起按月發給，勞保之傷病給付溯及自不能工作之日第 4 日起，均係要保障事故發生時；而低收入生活救助，則溯及自文件備齊（申請）日。

第四節 課題設定

本章從行政法學（給付行政法）之觀點，重視個人、行政與社會之關係，向來社會保障行政之任務領域，整理為「社會所得保障」、「社會直接援助」及「第三人媒介型社會保障給付」。據此，調查分析我國社會保障給付之規律構造，就本論文所揭示行政行為形式之再探討主題，再從「主體與法律關係」及「權利與行為形式」二面向整理。惟面對此一社會保障給付構造之多樣性，由前章關於給付行政（法）論所提示之方法論，設定後續探討之問題如下：

一、社會保障行政就其以給付本身為目的而言，法規範上常繫諸行政機關之意思決定或要件事實之認定，即所謂「給付決定」，行政

法學理以「行政處分」概念處理。但如前所見，解釋論上，關於給付請求權基礎、給付請求權之發生、始期，是否賦予給付決定特殊之法律效果，因應不同社會保障給付構造，亦顯現差異性。關此差異性，行政法學方法論、行政法基礎概念（尤其行政處分論）如何對應。

二、第三者媒介型之社會保障給付，以醫療保險及福利服務給付為其特徵。而如前所見，我國全民健保法關於醫事服務機構與保險人、被保險人間之法律關係，學者已多議論。但福利服務給付，以照護服務為例，多見諸地方公共團體以行政規則為定期性、費用負擔補貼等方式辦理，法律化程度仍有差距，制度、學理分析均待充實。其中，以行政法規與民事法規之組合為其特色，行政處分與契約形式之組合、交錯，包括行政、民間事業者及利用者之權利義務，對於事業者之規制監督、利用者法律地位之保障、行政責任之追究等問題，行政法理論有何因應。

