

## 第五章 社會保障給付之權利與行政決定

### 第一節 概說

前章我國法之調查中，行政法院裁判關於社會救助法規定之災害救助，認為同法僅規定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，無法形成具體請求權，而須由地方主管機關之行政規則具體化其請求權基礎，且起訴請求具體金額，亦須先由行政機關「核定」其給付請求權，不得逕行提起一般給付訴訟。縱使法律已明文規定其給付要件及標準者，如社會保險、敬老福利生活津貼，仍同此見解，惟亦有論理上未一致或例外之情形。再者，給付之始期並非一律自給付決定作成時，尚有溯及過去某時點（如年金給付、勞保傷病給付、低收入生活救助、各項福利津貼）或自給付決定時生效而附有解除條件（如榮民就養安置處分未於期限內報到失其效力）之可能。關此，社會保障給付之請求權於何時成立，應否以行政機關一定行為（行政立法、行政決定）為要件，二者立於如何關係，非可一概而論。

上述課題，最終與行政訴訟之類型相連結，我國行政法學界係自行政訴訟之課予義務訴訟及一般給付訴訟之選擇或區分提出問題，尙欠缺自個別行政領域之實體法構造，尤其典型給付行政作用之分析<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 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」台灣本土法學88期（2006年）50頁以下，其中64-67頁，以老年農民福利津貼、社會救助法之低收入戶生活扶助為例作說明。另關於社會保障給付請求權之成立時期問題，尤其社會保險，於德國為長久議論之問題，乃從立法上解決。德國社會法典第1章第40條規定：「法律或基於法律根據所定要件充足時，同時成立社會給付請求權。關於裁量給付，以給付決定被告知時為基準時，但該決定另定其他時點者，不在此限。」此對於同無社會法典之日本及我國，行政法理論如何對應，不無疑問。例如對於上開立法，即有德國學者謂：「於裁量給付之情形，通常申請作為請求權成立之要件，限於法有明文，但非實體法上之要件，給付之前，有確定所申請給付之行政處分介在，但此行政處分僅係計算技術上之前提，並非實體法上之請求權成立要件」，又坂常人「社会保障受給權と行政裁量の關係についての若干考察（三・

。日本行政法學對此多所論述，本章以日本之社會保障法為分析對象，並介紹實務及學說之探討，期能更明確現代給付行政法之特徵及理論方向。

如前章所述，社會保障之法體系，依對其制度之法理念而有不同構成。本章以實定法之給付構造為分析題材，關於日本社會保障法之分類，採取制度別體系，區分：「社會保險」、「社會救助」、「福利服務」及「社會津貼（手当）」<sup>2</sup>。但日本制度較我國為複雜，尚難逐一檢視，為簡明問題及敘述方便，僅就各制度中主要之法律為限。(1)社會保險：年金保險（以「國民年金法」為例）<sup>3</sup>、醫療保險（以「健康保險法為例」<sup>4</sup>）、僱用保險（即「僱用保險法」，相當於我國之就業保險法）、勞災補償保險（即「勞工災害補償保險法」）及照護保險（即「介護保險法」）。(2)社會救助，主要為「生活保護法」。(3)

---

完)」自治研究58卷12（1982年），133-134頁。前揭德國法之說明，從前章我國法之構造整理以觀，與一般所理解者，似有差距。

<sup>2</sup> 社會津貼係因應社會保險與社會救助有朝接近、融合之方向，針對特定之需保障事由（如兒童扶養、因身心障礙而致生活負擔、支出增加等）以公的資金為財源，但對於受給者無須實施資產調查，參照加藤智章等『社会保障法』（有斐閣、2001年）100-102頁；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）261頁。此於我國多作為福利服務措施，由地方公共團體自定之，如臺北市育兒補助辦法。

<sup>3</sup> 國民年金法係以20歲以上未滿60歲在日本國內有住所者，以及各受僱者之年金個別法中之被保險人、會員或加入者及主要依其收入維持生計之配偶為對象，提供基礎年金之保險給付。而後者尚有厚生年金保險法（一定規模之事業所所僱用之勞工，未滿70歲）、國家公務員等共濟組合法、地方公務員等共濟組合法、私立學校教職員共濟法、農林漁業團體職員共濟組合法等法律規定之年金給付，於國民年金法之基礎年金之上，再依報酬比例附加支給之給付。

<sup>4</sup> 醫療保險係依受僱者之職業別而於個別法中規定，有健康保險法（一般民間受僱者之勞工）、船員保險法、國家公務員等共濟組合法、地方公務員等共濟組合法、私立學校教職員共濟法、農林漁業團體職員共濟組合法等法律規定之醫療給付，以及其他以非受僱者及自營業等地方住民為被保險人之國民健康保險法。

福利服務，依保障對象分別制定個別法，有：兒童福祉法、身體障礙者福祉法、智能障礙者福祉法、老人福祉法、母子及寡婦福祉法、精神保健及精神障礙福祉法；茲以「措施制度」及以身心障礙者為對象之「自立支援給付制度」為例<sup>5</sup>。(4)社會津貼（原文「社会手当」），則以「兒童津貼法」（兒童手当法）為例<sup>6</sup>。

## 第二節 日本法之分析

### 第一項 社會保險

#### 一、年金保險

國民年金法規定之年金給付，(1)須基於權利者之請求，由社會保險廳首長「裁定」之（第 16 條）。(2)其給付始於支給事由發生日所屬月份之翌月，終於權利消滅日所屬之月份（第 18 條第 1 項）。其中，老年基礎年金之支給，(3)有完成保險費繳費期間或免除保險費繳納義務期間者，達 65 歲時支給之，但其合併計算期間未滿 25 年者，不在此限（第 26 條）。(4)不服有關被保險人資格之處分、給付之處分，應向社會保險審查官提出審查請求，如有不服則向社會保險審查會提出再審查請求，未經再審查請求而由社會保險審查會作成裁決者，不得提起關於該處分之撤銷訴訟（第 101 條第 1 項及第 101 條之

<sup>5</sup> 自1997年兒童福祉法修正與介護保險法制定，經過2000年社會福祉事業法等修正，總稱為「社會福祉基礎構造改革」，及至2003年4月1日支援費支給制度施行，日本新社會福祉制度之實施始予底定，總括可整理成：(1)「利用及營運費之補助」、(2)「支援費支給制度」及(3)「措施制度」，倉田聰『これからの社会福祉と法』（創成社、2001年）2-7頁。但障礙者之支援費支給制度，經檢討其實施後缺失，於2005年制定障礙者自立支援法（平成17年法律第123號），除修正原本制度外，並將原本未能整合各障礙者類型之福利服務給付，統合成「自立支援給付制度」，於2006年10月施行（<http://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/jiritsushienhou01/index.html>）。

<sup>6</sup> 本章問題探討之方法論，同時呼應第二章第四節第三項四、。

2)。依此，請求老年基礎年金之給付，係以「裁定」之作成爲要件，且給付之始期溯及自 65 歲<sup>7</sup>。

日本實務及學說均認爲，年金保險給付係於法律所定要件成立時，即潛在發生，但爲期公平統一處理，防止無謂糾紛，擔保給付之法律上確實性，受領依法律所定金額之金錢給付權利，其發生要件之存否或金額須由行政機關以認定、裁定等確認之，始成立具體之給付請求權，且得溯及至符合給付要件時，此爲學理上之「確認」行爲或「確認性之行政處分」<sup>8</sup>。主要係以受領年金給付之權利，雖於資格期間、年齡等要件，或殘障、死亡等條件符合時而事實上發生，但保險人對於全部被保險人知悉其權利發生，並非可能，故採取於其事實發生時，由被保險人提出裁定請求書，請求確認事實，由國家基於所掌管之紀錄使其權利明確之方法，即爲受給權之裁定<sup>9</sup>。但給付之始期，並非申請時或行政機關之裁定時，而係第 26 條規定之達 65 歲時，如於 65 歲過後始爲裁定之請求（申請），亦溯及自 65 歲支給。又，縱使依裁定而發生受給權，僅發生受給之基本權，並非當然發生有受給各月份給付之權利，尙須因各月份屆至而發生，故未屆至月份之部

---

<sup>7</sup> 厚生年金保險法第 33、36、42、47 條及第 91 條之 3 亦採相同規定。

<sup>8</sup> 最高裁第三小法庭判決 1995 年 11 月 7 日民集 49 卷 9 號 2829 頁，其餘裁判詳參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）37-39 頁（菊池馨実 執筆）。學者同此見解，堀勝洋『社会保障法總論』（東京大学出版会、2 版、2004 年）226 頁；小西国友『社会保障法』（有斐閣、2001 年）69 頁；河野正輝「社会保険の法律關係」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、1990 年）298 頁。又，日本行政法學關於年金裁定爲確認行爲之說明，見諸早期美濃部達吉對於恩給法（大正時期規定文官或軍人等退休、傷病、死亡等事由對其本人或遺屬提供給付之法律，爲現代國民年金法之原型）之說明，恩給法與國民年金法之對照，詳參太田匡彦「權利・決定・対価（一）—社会保障給付の諸相と行政法ドグマ—テイク、基礎的考察」法学協會雜誌 116 卷 2 號（1999 年）208-12 頁。

<sup>9</sup> 社会保険庁監修『社会保険のてびき』（社会保険研究所、32 版、1993 年）217 頁；太田匡彦，前掲註 8 文，259-260 頁（註 78）。

分，不得解為財產權或既得權<sup>10</sup>。

## 二、醫療保險

健康保險法並無如上述國民年金法第 16 條規定須由行政機關作成決定（裁定），或第 18 條有關給付起迄期間之通則性規定。但第 189 條規定「關於保險給付之處分」等之審查請求與再審查請求，第 192 條亦有提起撤銷訴訟前應經再審查請求之前置規定。而關於給付之始期，則依給付類別而有不同：

### （一）療養給付

依第 63 條第 1 項規定：「有關被保險人之疾病或負傷，提供下列之療養給付...」，採取實物給付之方法，並無要求應由行政機關作成決定之個別規定。而學說見解，亦認為保險人確認被保險人之資格後，被保險人與保險醫療機構締結診療契約，始發生受給權，醫療給付之提供，並不以再經申請或行政機關之一定行為為必要，僅須被保險人提示被保險人證即得受領給付<sup>11</sup>。換言之，診療契約成立前，如發生傷病，即發生醫療給付請求權，無傷病之情形，則無此請求權。然健康保險法所規定之保險給付，其涉及金錢給付者，如移送費、傷病津貼，情形則有不同。

### （二）移送費

被保險人為接受療養給付而須移送至醫院或診療所者，其移送費依厚生勞動省令之規定核算金額支給；前項移送費，限於保險人認為必要之場合，支給之（第 97 條）。關此，須以保險人事前為必要與否之認定，再就被保險人實際已支付之費用，採取償還費用之方式。行

---

<sup>10</sup> 広島高裁松江支部判決1981（昭56）年1981年5月13日訟月27卷8號1526頁。

<sup>11</sup> 堀勝洋，前掲註8書，228-229頁。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）228頁。又，國民健康保險法第91條規定，被保險人證之交付請求或返還，屬於保險給付有關之處分。

政解釋上，認為此屬於第 80 條規定「有關保險給付之處分」，又因屬於一次性給付，故給付之始期同於給付請求權之成立時期，須經保險人之認定，且實際上須有移送行為，費用償還請求權（保險給付請求權）始成立。保險人作成決定（認定）時，並非給付請求權成立時，亦無溯及決定以前時點支給之問題<sup>12</sup>。此與後述照護保險、自立支援給付制度相似，而與其他制度之給付相異。

### （三）傷病津貼

即被保險人因接受療養而無法工作時，自其不能工作之日起算經過 3 日之日，就不能工作之期間，每 1 日支給相當於標準報酬日額之百分之 6 之津貼金（第 99 條）。行政解釋上，亦將支給津貼之決定解為第 80 條規定「保險給付有關之處分」<sup>13</sup>。但其給付之始期，並非取決於保險人（行政）所為決定之時期，與前述國民年金法之老人基礎年金採相同構造。

### 三、僱用保險

僱用保險法，係以受僱於一定事業所之勞工為對象，因失業而提供金錢之保險給付。給付類別，包括：「求職者給付」、「就職促進給付」、「教育訓練給付」、「僱用繼續給付」。由被保險人（通常由僱主代理）須有向公共職業安定所所長提出僱用保險被保險人資格取得申報書之加入行為，保險費由被保險人與僱主共同負擔。以求職者給付之基本津貼為例，給付構造為：(1)被保險人有失業之情形，即被保險人與僱主終止僱傭關係而離職，無論其有無勞動之意思及能力，均屬處於無法就業之狀態（第 4 條第 2、3 項）。(2)必須於離職後，依勞動省令之規定，向公共職業安定所報到，提出求職之請求（第 15

---

<sup>12</sup> 厚生省保險局保險課等監修『健康保險法の解釈と運用』（改訂版、1990年）672、1390頁；太田匡彦，前掲註8文，213頁。

<sup>13</sup> 厚生省保險局保險課等監修，前掲註12書，1390頁（太田匡彦，前掲註8文，262頁註99）。

條第 2 項)。(3)由公共職業安定所，作成失業之認定，原則上自離職後之最初報到日起算，每 4 週作 1 次，就前 28 日之各日認定之（第 15 條第 3 項）。(4)基本津貼之支給，係每 4 週 1 次支給受失業認定日數之部分，公共職業安定所長認定得支給基本津貼之日，應通知各受給資格者（第 30 條第 1 項）。(5)對於有關失業等給付之處分不服，應經審查請求、再審查請求；對於前揭處分不服提起撤銷訴訟，應先經再審查請求程序（第 69、71 條）。

依上規定，基本津貼須由受給資格者踐行一定程序，經公共職業安定所長作成失業之認定，始具體發生，如未於失業認定日向公共安定職業所報到（通常於受給資格證記載下次報到之失業認定日），即不得支給基本津貼<sup>14</sup>。實務及學說一般認為，基本津貼之給付請求權，係依公共職業安定所先為「失業認定」後再作成支給決定始具體發生，於此之前僅有抽象之請求保險給付權利存在<sup>15</sup>。實際上，為失業認定時即支給基本津貼，與支給決定可能同時而未必明確區分，但觀念上基本津貼給付之始期，仍可認為係以保險事故（失業）發生日，而非支給決定作成日，僅係保險事故是否開始、存續依存於失業之認定<sup>16</sup>。就此，給付構造與前述年金保險給付、醫療保險之傷病津貼給付相當。

---

<sup>14</sup> 加藤智章等『社会保障法』（有斐閣、2001年）194頁（加藤智章執筆）。神戸地裁1986年（昭61）5月28日判決勞判477號29頁，因1次不報到即否准28日部分之津貼支給，有批判其不合理，判決評釋，小宮文人「雇用保險の基本手当支給要件としての失業認定日における職安への出頭」佐藤進等編『社会保障判例百選』（有斐閣、3版、2000年）160-161頁。

<sup>15</sup> 横浜地裁判決1982（昭57）年6月16日勞判392號35頁，同判決認為縱為失業之認定，基本津貼之給付亦非溯及離職之日，離職後至提出求職之請求日前之期間，並未作成失業認定，該期間即無權利發生。宮崎良夫「社会保障行政と権利保護」（初出1984年）同『行政争訟と行政法学〔増補版〕』（弘文堂、2004年）353、354頁，氏認為介有認定等行政處分之理由，係為使法律規定之要件（受給者範圍及其權利內容）明確化。

<sup>16</sup> 太田匡彦，前掲註8文，227-228頁。

#### 四、勞災補償保險

勞工災害補償保險法（下稱勞災保險法），係對於勞工因業務上之事由或因通勤所致之負傷、疾病、身心障礙、死亡等，提供金錢給付或措施。因保險費均由僱主負擔，勞工不負繳納保險費之義務，故該法並無被保險人之概念，亦無作成特定之被保險人證，保險給付之申請行為多由僱主代理<sup>17</sup>。保險給付，分為「業務災害之給付」與「通勤災害之給付」。前者包括：療養給付、於指定醫院以外就醫之療養費用、休業補償給付、傷殘補償、遺屬補償給付、喪葬費、傷病補償年金、照護補償給付；後者內容亦相當，僅未使用補償之用語。

勞災保險法第9條第1項規定屬於年金性質之保險給付（如為第15條第1項規定之障礙補償給付，有依等級分為障礙補償年金或一次金），其給付期間自應支給事由發生當月之次月起算，此與國民年金法第18條第1項規定同其意旨。但未有如國民年金法第16條請求保險給付應由保險人作成「裁定」之規定，而第38條則規定對於有關保險給付之決定應經審查請求、再審查請求，第40條亦有就第38條所規定之處分提起撤銷訴訟，應經再審查請求之前置規定。依此，給付之始期，與國民年金法同，至少就金錢給付部分，係以業務災害等事由之發生時。雖其給付是否以保險人作成決定為必要，法律規定並非明確，但實務及學說均認為，保險事故發生，保險給付請求者僅有抽象之保險給付請求權，對於勞災補償保險給付之請求權，應依同法所定程序，由行政機關作成保險給付之決定，使給付之內容具體確定，受給者始因此對於政府取得請求保險給付之權利<sup>18</sup>。依此，給付

---

<sup>17</sup> 關此，勞災保險關係究存於勞工與保險人，或僱主與保險人間，而被保險人為何人等，非無疑義。有認為勞災保險法為勞動基準法基於災害補償規定，以僱主所負擔補償責任為保險事故之災害保險法；亦有重視勞災保險法脫離勞動基準法而獨立，具有社會保障法之性質，被保險人為勞工。但如認為被保險人為勞工，是否可解為僱主與保險人（國家）間締結公保險契約（勞災保險契約），而以保險利益所歸屬之勞工為被保險人，此從僱主申報時並未記載勞工姓名以觀，亦有問題，小西国友，前揭8書，80-81頁。

<sup>18</sup> 最判昭29年11月26日民集8卷11號2075頁（三審），名古屋高判昭27年5月24日勞



構造可認為與年金保險給付、失業保險給付相同。

但較為特殊而可與勞災補償保險法對照者，為：「基於勞災保險法第 29 條規定實施勞工福利事業所為之相關給付（以勞災就學援護費為例）」及「國家公務員災害補償法規定之災害補償給付」。

#### （一）勞災就學援護費給付

勞災保險法第 29 條規定：「政府為增進本保險所適用事業之勞工及其遺屬之福祉，得實施下列勞工福利事業：...二、受災勞工...其遺屬就學之援護...。前項各款所列事業，其實施之必要基準由厚生省勞動省令定之」，同法之施行細則第 1 條第 3 項僅規定事務管轄，及第 43 條規定費用限制額度，其餘具體之支給要件、支給額度及程序等均由具有行政規則性質之「有關勞災就學援護費之支給」通達及「勞災就學等援護費支給要綱」所規定。關於援護費支給或不支給之決定，是否為具有行政處分性質之決定，即生爭執。裁判實務，於上、下級審有肯否見解：(1)否定說之理由，認為通達、要綱等不具有法規性，勞災保險法授權範圍不包括創設具有公定力之行政處分程序，而可賦予支給決定處分性之法令，應限於以交付決定係行政處分為前提之中央法律或地方條例所委任者。且勞災保險法第 29 條第 3 項規定所委任之施行細則並未明文申請人之受給權，充其量僅能解為係基於贈與契約所為之給付，應依民法規定處理。(2)肯定說之理由，則以從該給付制度之整體意旨而言，訂定要綱僅係為實施法律上已預定之給付，並將其制度具體化，受領給付本為法律上之權利，而行政機關

---

民集3卷6號589頁（二審），名古屋地判昭26年9月7日勞民集2卷4號509頁（一審）；本件訴訟原告主張保險事故發生時，即同時取得保險金請求權而直接提起給付訴訟，一審判決以未先請求撤銷否准處分而以訴不合法程序駁回（即「却下」），二審判決則以上訴人尚未取得具體之保險給付請求權而實體上駁回（即「棄却」），三審判決同此。惟判決論理上，呈現向來關於「抽象—具體」權利與行政決定要否關係之理解模糊未明，太田匡彥，前掲註8文，214-218頁。又，宮崎良夫，前掲註15書，353、354頁。成田頼明「行政法の側面からみた社会保障法（下）」ジュリスト302號（1964年）22、23頁。

就基於要綱之申請亦有應答之義務，且援護費與勞災保險給付費同，均源自僱主所負擔之保險費而支出者，故其支給、不支給決定，應與保險給付作相同處理<sup>19</sup>。

上級審最高法院採肯定說<sup>20</sup>，認為上揭要綱等規定係補充勞災保險法第3章所為之保險給付，採取與保險給付同樣之程序支給援護費，應屬相當；而受災勞工或其遺屬符合所定支給要件時，僅係賦予受領援護費支給之「抽象地位」，仍應提出申請經確認具備所定之支給要件，作成支給決定後，始取得具體之支給請求權，該支給或不支給之決定，係以法律為根據基於優越地位所單方行使之公權力，有直接影響受災勞工或其遺屬上揭權利之法律效果，相當於抗告訴訟之行政處分。惟學說對此判決之評論，有認為勞災保險給付係設有特別之聲明不服制度，援護費之支給並無相當規定，何以承認其類似性而須適用一般行政不服審查法，判決理由並未明確說明<sup>21</sup>。且以通達為基礎認定援護費之構造，有由下位階之內部規定，解釋上位階之法律規範之嫌，忽視勞災保險給付與勞工福祉事業法律上已有明確區別<sup>22</sup>。但就向來實務所採處分性之認定，有關「法律上」此一要件，上揭最高法院判決之解釋方法傾向緩和，係自法律整體制度之構造及個別法律規定之內容，而非著眼於法律或通達之形式上差異觀察，值得注意<sup>23</sup>

<sup>19</sup> 正反兩說之裁判例，參照下井康史「勞災就學援護費支給打切り決定の処分性」佐藤進等編，前掲註14書，124-125頁。

<sup>20</sup> 最判2003年（平5）9月4日第一小法廷判決判例時報1841號89頁。

<sup>21</sup> 東北大学公法判例研究会「判例研究 公法判例研究(47)労働基準監督署長が労働者災害補償保険法(平成11年法律第160号による改正前のもの)23条に基づいて行う労災就学援護費の支給に関する決定と抗告訴訟の対象(最高裁平成15.9.4第一小法廷判決)」法学69卷3號（2005年）368-374頁（米田雅宏執筆）。

<sup>22</sup> 太田匡彦「労災就学援護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）343頁。

<sup>23</sup> 日本最高法院關於行政處分之定義，指「公權力主體之國家或公共團體所為之行為中，法律上承認因其行為而直接形成國民之權利義務或確定其範圍者」（最判19

## （二）國家公務員災害補償給付

依國家公務員災害補償法規定，以障礙補償年金為例：(1)職員因公務上之災害或通勤而受災害，實施機關對於應受補償者，應迅速通知其依法有受補償之權利（第 8 條）。(2)由國家依據同法附表所定之障礙等級，以 1 年平均俸給額乘上附表所定日數，每年支給障礙補償年金（第 13 條第 1 項）。(3)而支給期間，始於應支給事由發生當月之次月，終於受支給權利消滅之月止（第 17 條之 9 第 1 項）。(4)補償事務主任對於所屬職員有災害補償事由發生時，應以書面迅速報告實施機關（第 20 條）。(5)實施機關收受該報告後，應迅速作成其災害係因公務上或通勤所致之認定（第 22 條）。(6)經為認定後，應迅速通知受補償者，並依規定，教示其得向人事院請求審查（第 23 條）。(7)對於有關災害之認定、療養方法、補償金額之決定等不服者，得依人事院規則，向人事院請求審查（第 24 條第 1 項），惟並無聲明不服之前置規定。

據上規定，國家公務員補償法對於職員之災害補償給付（障礙補償年金），係以因公務災害所生身心障礙等給付事由發生為給付之始期，與勞災保險給付同。但上揭對於實施機關之認定不服者得請求審查以及應為教示等規定，是否如同國民年金法第 16 條規定，得解為其給付請求權之成立，以經作成具有特殊法律效果之行政決定為必要，而上述勞災保險法關於「抽象—具體」保險給付請求權之論理，是否同有適用，不無疑義。關此，裁判實務採否定見解，學說上亦大致引述此一見解，亦即認為國家公務員補償法，並未如勞災保險法第 40 條規定，明文對於保險給付或補償相關之處分應提起撤銷訴訟之規定，且該法形式上與勞動基準法同，實質上可認係勞動基準法中有關災害補償規定之特別法，故其給付請求，僅須符合補償法所定之災

---

55（昭30）年2月24日民集9卷2號217頁）。東北大学公法判例研究会，前掲註21文，374頁。

害發生及權利者存在等要件時已足。實施機關所為認定非公務上災害之通知，僅係表示其見解，以求事實上簡易迅速解決災害補償問題，法律上並未影響補償請求權之發生，故不以經實施機關之認定為必要。因而，補償請求權者既無須經行政之認定或審查等程序，即得依民事訴訟或公法上當事者訴訟，直接提起給付訴訟或確認訴訟<sup>24</sup>。惟上述見解，將國家公務員災害補償認係勞動基準法有關災害補償規定之特別法，並非妥當。亦即勞動基準法之災害補償，於勞資雙方有爭執時，行政係立於第三人立場為審查或仲裁而為決定（勞動基準法第8章），並非給付者之地位，如對於行政決定仍有不服，則回歸私人間關係爭執其權利義務之構造，並未賦予其處分性<sup>25</sup>，二者顯有區別。

## 五、照護保險

介護保險法，係以市町村之區域內有一定住所而達一定年齡者（分為65歲以上及40歲以上未滿65歲之醫療保險加入者，第9條）為被保險人，經被保險人向市町村申請認定為「要照護狀態」或「達要照護狀態之虞」（「要支援狀態」）者（第27、32條），提供其與照護或支援相關費用之金錢給付（第40條）。原則分為「照護給付」（要照護狀態）、「預防給付」（要支援狀態）及「市町村以條例規定之特別給付」（第18條）。照護給付有9項大別為：「居家相關照護費用之給付」、「設施相關照護費用之給付」及「高額照護服務費」（第40條）3大類，但預防給付有7項，均為「居家相關支援費用之給付」（第52條）。

---

<sup>24</sup> 最判昭31年10月30日民集10卷10號1324頁，東京地判昭45年10月15日行集21卷10號1218頁。堀勝洋，前掲註8書，226頁。宮崎良夫，前掲註15文，355-356頁，氏就地方公務員災害補償法，認為與勞災保險法採相同構造，惟將國家公務員補償與勞動基準法之災害補償相比，並非妥當，且批判勞動災害補償制度之構造不統一。成田頼明，前掲註18文，23、24頁。河野正輝，前掲註8文，299頁，惟認為理論上並無獨自將公務災害補償與其他社會保險區別之必然性。

<sup>25</sup> 太田匡彦，前掲註8文，227-228頁（註119）。

以照護給付之給付構造為例：(1)請求照護給付之被保險人，對其是否符合要照護者之要件以及所該當之要照護狀態之等級，應經市町村之認定（第 19 條第 1 項）。(2)請求要照護認定之被保險人，須依厚生省勞動省令之規定，添附被保險人於申請書，向市町村提出申請（第 27 條第 1 項前段）。(3)受理申請之市町村須與被保險人面談，訪查其身心狀況等省令所規定之事項，並徵詢主治醫師意見（第 27 條第 2 項）。(4)市町村應將調查結果通知照護認定審查會，請求其作成要照護狀態等級之審查及判定（第 27 條第 7 項）。(5)市町村基於照護認定審查會之審查及判定結果，作成要照護認定並通知被保險人（第 27 條第 10 項）。(6)受有要照護認定之被保險人，自行選定經都道府縣知事指定之照護服務事業者，委由其作成照護服務計畫，並與事業者締結照護服務供給契約，接受照護服務所之必要費用，由市町村支給之（第 41 條第 1、6 項），亦可由市町村直接支付予照護服務機構，並視為已為保險給付（第 41 條第 6、7 項）<sup>26</sup>。

依上規定，照護保險費用（實為費用償還）給付請求權之發生，學說認為以市町村作成要照護認定為要件，藉以確定其達要照護狀態之受給資格及支給費用之額度，但此一要照護認定與年金保險之裁定等確認行為不同。亦即，縱使經作成要照護認定，僅係取得對於保險給付之抽象請求權，尚須於要照護認定後，與事業者締結照護供給契約而有利用照護服務之行為，始發生具體之保險給付請求權。換言之，如無利用照護服務之行為，即不得受領保險給付，故給付之始期原則為利用照護服務之契約締結時<sup>27</sup>。關此，就要保障事由須以作成行

---

<sup>26</sup> 此原本係由要照護之被保險人向設施或事業者墊付費用及報酬之全部，再由被保險人檢具設施或事業者掣發之收據，向保險人請求返還。但因被保險人多無力墊付全額，實務上乃先由需照護之被保險人支付1成費用，再委任設施或事業者向保險人請領其餘9成，一般稱此為費用償還之「代理受領」。故所謂照護保險給付請求權，亦可謂「費用償還給付請求權」，倉田聰，前揭註5書，80頁。

<sup>27</sup> 倉田聰，前揭註5書，77頁；堀勝洋，前揭註8書，229頁；伊藤周平「介護保險受給権に関する一考察—受給権の制約と給付水準の問題を中心—」社会保障法21號（2006年）86-87頁。但亦有可能溯及自提出需照護認定申請之日（第27條第1項），此係因未受要照護認定之被保險人，可能先行與設施或事業者利用，由該

政決定認定此點，與失業保險類似，但採取費用償還方式，又與前所述醫療保險之移送費相近。

## 第二項 社會救助

日本社會救助（公的扶助）制度之立法，主要為生活保護法。保護之種類及方法，包括生活、教育、住宅、醫療、照護、生育、生計、喪葬等，提供金錢給付或實物給付均有之（第 11 條規定以下）。共通之給付構造：(1)全體國民如有符合本法所定要件者，得依本法接受無差別對待而平等之保護（第 2 條）。(2)保護係基於要保護者、其扶養義務人或其他同居親屬之申請而開始，但要保護者處於急迫狀況時，無待保護之申請，亦得實施必要之保護（第 7 條）。(3)保護之實施機關，於有提出保護開始之申請時，應決定保護之要否、種類、程度及方法，並以書面通知申請人（第 24 條第 1 項）。但保護之實施機關於要保護者有急迫之狀況時，應迅速依職權決定保護之種類、程度及方法，開始實施保護（第 25 條第 1 項）。(4)對於保護之實施機關依本法規定所為處分之撤銷訴訟，非經對於該處分之審查請求作成裁決後，不得提起（第 69 條）。

現行法規定之生活保護，為個人之權利，並無異論<sup>28</sup>。舊法時代之行政實務認為，保護係創設個人得享受保護決定所定內容法益之法

---

設施或事業者代被保險人申請需照護認定，於認定之前先接受照護服務，則自申請至認定期間所支付費用即得以事後償還方式支付（此為特例居家（設施）照護服務費，第42條第1項第1款、第49條第1項第1款），倉田聰，前掲註5書，74頁。

<sup>28</sup> 生活保護受給權於日本獲得裁判上之確立，為1967（昭42）年5月24日之朝日訴訟判決（民集21卷5號1043頁）。行政方面基於戰前以來之救貧行政觀念，認為其給付為恩惠而非權利，僅為反射利益，同判決確認個人有請求國家基於生活保護法及其設定之基準給予保護之權利，且於行政關於保護基準之裁量權有逸脫、濫用情形，得主張有提供維持最低限度生活所為必要給付之權利。關此，涉及保護基準之司法審查及其界限等爭議，原田尚彥『行政責任と国民の権利』（弘文堂、1979年）24頁以下。

律上地位，為一形成處分，個人並無「請求作形成處分之權利」，僅有「請求實現已決定形成處分內容之權利」；但依現行法，個人非僅有「請求實現保護實施機關所決定保護內容之保護實施請求權」，亦有「請求於同法所規定範圍（含依其規定所訂保護基準）內保護（開始或變更）之權利」<sup>29</sup>。故生活保護給付係以行政之決定為要件，尚無疑義。但其給付之始期為何，係自行政之保護決定作成，或得溯及至需要保護狀態，法無明文。又，上揭規定保護基於申請而開始，僅係以申請作為發動保護開始之要件，而非保護之開始時期，故關於實施保護開始之始點或可否溯及保護，不無爭議。此可區分以下情形說明<sup>30</sup>：

#### 一、可否溯及要保護狀態發生時

於保護決定准予自申請日開始實施保護，但受保護者爭執應自申請日前之要保護狀態時開始保護之案例中，行政實務及學說大致認為，基於實際運用上常受限於能否認定生活窮困此一客觀事實、其扶助類別、緊急性或其他狀況等之限制，故原則以受理申請日之後，能確認其有生活窮困事實之日為開始之日<sup>31</sup>。至於得否主張申請日之前，實際上已符合需要保護之狀態，應自該時點開始溯及實施生活保護，則有積極與消極見解。積極說認為，申請日以前得以確認需要保護狀態存在時，亦得溯及該需要保護狀態發生時實施保護，尤其於有急迫情形而無法於需要保護狀態發生同時提出申請者，應承認得溯及保護<sup>32</sup>。消極說認為，生活保護法之立法意旨係保障需要保護者之現在生

<sup>29</sup> 舊生活保護法於1946（昭21）年制定，於1950（昭25）年廢止制定新法，成田賴明，前揭註18文，22、25頁。

<sup>30</sup> 保護開始之時期，可能有三個時點：(1)要保護狀態發生時，(2)申請時，(3)保護之實施機關作成保護開始決定時，桑原洋子『社会福祉法制要説』（有斐閣、4版、2002年）95頁。又，學說及實務分析，詳參太田匡彥，前揭註8文，189-198頁。

<sup>31</sup> 桑原洋子，前揭註30書，95頁。

<sup>32</sup> 小川政亮『社会事業法制』（ミネルヴァ書房、4版、1992年）271頁，採積極說

活，保護之需要與否取決於第一次申請之有無<sup>33</sup>；法律既規定申請為保護開始之前提要件，縱使申請前已發生需要保護狀態，需要保護者如未將其行使保護請求權之意思向保護實施機關明確表示，即無從具體化<sup>34</sup>；且要求溯及過去調查、判斷有無符合生活保護之補充性要件，實務上亦有困難<sup>35</sup>。依此，否定溯及保護之見解，係自「程序上認定困難」以及「重視申請之意義（將申請與要保護狀態存在，並列為保護開始之要件）」二方面理解。

## 二、撤銷否准溯及保護決定之訴之利益

如前所述，有裁判例重視生活保護法之立法目的，即保障需要保護者之「現在」生活，直接因應其陷於生活窮困狀態所為之給付，則請求溯及過去提供生活保護之給付，是否有訴之利益，不無疑義。裁判例肯定有訴之利益，其理由則未必拘泥於上述立法意旨之說明，而係認為生活保護並非僅以維繫需要保護者之生命程度已足，尚須得以維持其健康文化上之最低限度生活水準，如無法請求過去之生活保護，將令怠於履行給付義務之保護實施義務者受有不當利益，而應受給付之需要保護者則維持法所保障生活水準以下之生活，難認符合立法意旨<sup>36</sup>。依此見解，則係從重視「行政活動之適法性要求」，認為需要保護狀態之認定，不應委由行政權專斷而應由法院確保此點考量，但如訴訟中能判明原告何時處於要保護之狀態，無非藉由判決使行政負有應自所認定需要保護之時點重新開始實施保護之義務，似即有實

---

<sup>33</sup> 神戶地裁決定1992（平4）年7月16日判例自治103號47頁（本件原告聲請訴訟救助，以顯無勝訴之望裁定程序上駁回）、岡山地裁判決平3年8月28日判例自治93號71頁（本件駁回理由尚提及第4條第1項補充性原理之規定）。

<sup>34</sup> 桑原洋子，前掲註30書，96頁。

<sup>35</sup> 堀勝洋「社会保障法判例」季刊社会保障研究30卷4號（1995年）443頁。

<sup>36</sup> 東京地判1972（昭47）年12月25日行集23卷12號946頁（第1次藤木訴訟）。



質上承認溯及保護之可能<sup>37</sup>。

### 三、溯及追加保護費給付

另一方面，於爭執原保護開始決定所認保護費之額度短少之情形（暫不考慮保護開始決定因爭訟期間限制所生不可爭力問題），主張應追加扶助費之給付案例中，則有認為應依是否申請人（即被保護者）對其申請內容疏漏之過失所致，或保護之實施機關過失致短少計算，分別以論。如為前者，則同行政實務見解，基於行政處分安定性要求，一般行政處分聲明不服期間為 60 日，故溯及自變更申請提出日之 2 個月期間；如為保護實施機關過失所致，則應溯及自保護開始申請日<sup>38</sup>。依此，肯認應溯及保護之見解，亦有基於「生活保護受給者（申請人）之申請義務」及「行政處分早期安定化之要求」而考量。

綜上，關於生活保護之始期、是否溯及保護此點，肯定及否定之見解，同係基於程序性之考慮而論斷，並非一致，則程序性考慮與給付請求權之發生立於如何地位、關係，似有檢討餘地<sup>39</sup>。再者，生活保護法所規定個人請求給付之權利與保護開始決定之關係，學說已形成一定之見解：生活保護法所規定之保護關係，原則上係基於需要保護者等之申請而由保護實施機關之決定開始（第 7、9 條），此保護決定之處分，並非單純之確認行為，而係經由考慮需要保護者是否處於生活窮困之狀態、是否該當於保護之補充性要件（第 4 條）等因素後，於符合各項要件時成為保護開始之原因，並設定相對人受保護之權利及因此負擔法律所課予一定義務之地位（如第 59 至 62 條），為「具體化」保護請求權之「形成處分」。其保護請求權於申請前仍僅為抽象，須有保護之申請及保護實施機關之保護開始決定後始成為具體

---

<sup>37</sup> 太田匡彥，前揭註 8 文，194 頁。

<sup>38</sup> 堀勝洋，前揭註 35 文，444 頁。

<sup>39</sup> 太田匡彥，前揭註 8 文，197 頁。

權利<sup>40</sup>。然此一說明，定性生活保護開始決定為「形成處分」，卻與年金保險之「裁定」、僱用保險之「失業認定」、照護保險之「要照護認定」，均基於「抽象（潛在）權利－具體權利」之對比。其意雖均指涉於行政決定之前，自給付之始期，並非無任何權利而係以某種型態發生，但給付構造既有不同，卻同此說明，益使其權利之內涵不明確。

### 第三項 福利服務

#### 一、措施制度

措施制度，指日本關於福利服務之利用，由行政機關決定是否實施服務之供給、服務之內容、實施主體等，多以行政處分形式提供服務，而所需費用由中央政府即國家以稅收財源方式負擔之給付構造<sup>41</sup>。給付型態，廣泛包括各種財物或服務之提供，包括：對於單親（母子）家庭福祉資金之貸款，診療、諮商、轉介及指導等個案輔導，設施之收容及保護委託，對於老人或身心障礙者提供照護服務，保健或醫療服務，對於身心障礙者輔助器具之交付、修理等<sup>42</sup>。一般常論及者為設施之利用，可分為申請程序型及職權程序型。(1)申請程序型，有：兒童福祉法規定之助產設施之利用（第22條）、母子生活支援設施之利用（第23條）及托兒所之入所（第24條）。(2)職權程序型，有：兒童福祉法規定因特殊情形之需要保護兒童，兒童相關福利設

<sup>40</sup> 成田頼明，前掲註18文，22頁。堀勝洋，前掲註8書，228頁。但亦有認為採設權行為說（即形成處分）見解，仍留有保護決定係國家恩惠之思想，與憲法第25條規定意旨不合，且將訴訟上舉證責任歸由原告（申請人）負擔，與實際不符，故主張生活保護開始決定係確認性之行為，宮崎良夫，前掲註15文，351-352頁。

<sup>41</sup> 惟其法律形式並非一定或排他，且服務供給亦多藉由地方自治團體所公營之事業，或與民間之社會福祉法人締結業務委託契約，關於措施制度之特徵，倉田聡，前掲註5書，3-4及14-15頁。

<sup>42</sup> 各給付型態之法律形式探討，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）767頁以下。

施之收容或利用（第 21 條之 6、第 25 條之 2 至第 33 條之 8），利用自立支援給付方式有困難之身心障礙者（身體障礙者福祉法第 18 條、智能障礙者福祉法第 15 條之 32、兒童福祉法第 21 條之 6），以及老人福祉法第 11 條規定高齡者養護老人之家或個別養護老人之家（適用介護保險法規定有顯著困難者）之利用<sup>43</sup>。

#### （一）申請程序型（選擇利用方式）

上述設施利用之申請程序型，以兒童福祉法第 24 條規定托兒所之利用為例，原亦採職權程序，1997 年同法修正，將「措施」用語修正為「保育之實施」（第 22 條之助產設施及第 23 條之母子生活支援設施，於 2000 年修正），得由利用者提出申請（法條用語為「要約」），明文承認保護者之申請權。學說有認為其仍具有原本措施制度之特徵，視為措施制度之變型，亦有稱「選擇利用」方式<sup>44</sup>。

修正後制度之基本構造：(1)市町村因保護者之勞動或疾病或有其他經條例依政令基準所規定之事由，其監護之兒童有欠缺保育之情形，而保護者有提出申請時，必須使該兒童於托兒所接受保育（第 24 條第 1 項）。(2)希望將前項所規定兒童於托兒所接受保育之保護者，應依省令規定，將其希望利用之托兒所名稱等事項記載於要約書，

---

<sup>43</sup> 因照護保險、托兒所等設施利用及支援費制度等均採申請主義，今仍保留職權主義之用意，係針對如兒童虐待之情形，保護者與其間監護之兒童利害關係同一，無法期待保護者為受虐兒童提出申請，或高齡老人其理解力或判斷力不足，亦有無法獨立完成申請行為之可能，故保留由行政權限積極介入之職權程序，防止受給出現漏洞，倉田聰，前揭註 5 書，5-7 及 19-21 頁。

<sup>44</sup> 倉田聰，前揭註 5 書，4 頁。另關於兒童福祉法之修正所涉及托兒所保育制度改革問題，原本有二方向之意見，一者為應改善充實措施制度，一者為取代措施制度導入契約制度；最終修正則因保留由市町村依據托兒所之各種條件而決定是否准予入所，即維持由市町村負擔給付責任之架構，但強調利用者選擇之重要，故亦有認為實係接近前者之意見，尚非採納後者依契約方式直接入所制度之意見，秋元美世「保育制度改革と児童福祉法の改正－保育所措置制度の見直しをめぐって－」法律時報 69 卷 9 號（1997 年）28-30 頁。

向市町村提出申請（第 24 條第 2 項）<sup>45</sup>。(3)如有同一托兒所均同意希望利用者之要約，而由該托兒所實施保育有困難時，得以公正方法選考入所之兒童（第 24 條第 3 項）。

上述修正學說有認為係為解決以往措施制度所欠缺之選擇權或申請權，故修正後制度有意導入契約方式，係為強化福利服務受給之權利性，但亦有認為權利性強化與採取行政處分或契約形式，未必對立，勿寧係委諸制度設計之問題<sup>46</sup>。解釋論上，縱使修正前，通說認為保育給付之利用決定為行政處分，卻亦有裁判認為係以契約成立之見解<sup>47</sup>；而修正後，雖依行政實務之說明，市町村與保護者之關係為契約關係，但仍有主張托兒所入所之決定係行政處分<sup>48</sup>。關此，市町村依保護者之申請所為托兒所利用與否之決定（要保育性之認定判斷），係以行政處分或契約（相當於要約之承諾或拒絕）形式，似非明確<sup>49</sup>。惟無論如何，申請程序型之設施利用，倘仿照生活保護法之區

---

<sup>45</sup> 實務上為申請人於「要約書」記載希望利用之托兒所，而由市町村作成托兒所入所「承諾書」，對照修正前之格式則為「申請書」、「入所決定通知書」，岩村正彥等編『目で見る社会保障法教材』（有斐閣、2版、2000年）129-130頁。

<sup>46</sup> 又坂常人「行政の法的行為形式の多様化と権利救済手続の諸課題（2）」信州大学法学論集6号（2005年）151-152頁。

<sup>47</sup> 修正前通說，田村和之「福祉施設の利用關係」成田頼明編，前掲註8書，304頁。此外，裁判見解有認為入所措施決定為對於兒童之監護人要約之承諾，同時又認為市町村與監護人（兒童雙親）間締結有為第三人（兒童）利益之保育契約（東京地裁八王子支部1999（平10）年12月7日判決判例地方自治188號73頁）。

<sup>48</sup> 桑原洋子等編『実務注釈 児童福祉法』（信山社、1998年）142-143頁（田村和之執筆）。從而，托兒所入所之要約，相當於行政手續法第2條第3項規定之「申請」，其決定程序有同法第2章「對於申請所為處分」規定之適用。

<sup>49</sup> 學理上是否將此等入所措施決定定性為行政處分（賦予公定力、不可爭力等特殊效果），除應究明該決定之「權力性」特徵所在（又坂常人，前掲註46文，149-150頁，氏認為此表現於要保育性、要照護性之認定判斷，以及依此為基礎所作成提供某特定給付之決定）外，亦應考慮何以承認其決定有公定力或不可爭力，進而容許依撤銷訴訟對於權利救濟較有實效性之實質理由（倉田聡，前掲註5書，44-4

分，利用者或保護者有「請求作成措施決定之權利」及「請求實現該措施決定內容之權利」，尙無疑義。但職權程序型，如老人福祉法第 11 條規定，個人是否有請求措施決定之權利，則有爭議。

## （二）職權程序型

職權程序型爲原有之措施制度，係以對於市町村課予義務之形式，即並未如前述，明文利用者得提出申請，其對象者及服務之種類、程度，則由行政機關單方面決定之。如老人福祉法第 11 條第 1 項第 1 款規定：「市町村必要時，必須採取以下措施：...一、65 歲以上者，因身體上或精神上或環境上之理由及經濟上理由，於自宅接受養護有困難時，得令該市町村所設置養護老人之家收容之，或委託市町村以外之人所設置養護老人之家收容之」。

行政實務之解釋，向來否定個人有「請求措施決定之權利」，即認爲：「本法係規定依職權採取措施，鑑於本法制定之意旨，應較等待老人申請之態度更進一步，要求措施權實施者努力掌握自己轄區老人之實態，積極發現需要採取措施之老人。本條所規定之措施，係課予措施之實施者義務，並非賦予希望利用者請求權。從而，接受措施而利用老人之家之養護服務，並非給予老人權利，而係由行政機關之措施義務所派生之反射利益」<sup>50</sup>。裁判實務上，於有關依老人福祉法第 11 條第 1 項規定，申請增加派遣家庭幫傭之時數、次數而未獲滿足之案例中，認爲：「(老人福祉法)僅規定市町村應努力於遵循各規定之內容綜合實施其措施，但並未明文個人有派遣家庭幫傭之申請權，而有以此爲前提之程序規定，或不認定派遣措施而得聲明不服之規

---

9頁，氏認爲行政處分除有利於第三人（即設施者或同時申請之其他利用者）爭訟，且基於福利服務措施之利用多繫諸行政之第一次判斷權，適於依撤銷訴訟審理之。此外，著眼於給付過程實態及法律關係變動之解釋，詳後第六章第二項二、（一）1、。

<sup>50</sup> 厚生省社会局老人福祉課監修『改訂老人福祉法の解説』（中央法規、1987年）88頁。

定，亦無可認個人有申請權之其他規定」，並未肯認否准原告申請部分之決定為行政處分<sup>51</sup>。

但上述裁判見解，將「權利之有無」與「職權主義或申請主義」連結，賦予個人權利須以申請主義為其基礎等由，向為學說所批判。主要理由有<sup>52</sup>：(1)職權主義之原則，論理上並非必然排除申請，申請行為亦可定位為職權行使之一契機<sup>53</sup>。(2)受保護是否為權利，乃一基本、實體之問題，與保護之開始係採取依申請或依職權為原則之程序上問題，並非有必然之關聯，保護請求權存在時，亦不應拒絕以申請作為行使此權利意思之發動，義務給付之開始縱使採取職權主義，亦非必然否定保護請求權之存在<sup>54</sup>。(3)措施決定之根據規範，並非以不特定多數人之公益目的，而係保護特定之老人利益，亦即如課予行政主體一定行為義務之法規存在，且至少亦以保護個人利益為目的，則該規定即非僅止於反射利益，而係賦予個人權利<sup>55</sup>。

另一方面，於修正前採取職權程序型措施制度之兒童福祉法第 24 條規定，對於受有入所措施決定之個人，得否請求應依給付基準提供服務之權利，亦有問題。裁判見解有基於兒童福祉法規定厚生大臣負有訂定設施最低基準，以及擔保兒童得於適合正當之設施接受保育養

---

<sup>51</sup> 大阪地判1998（平10）年09月29日（平8（行ウ）73号），載於<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/2E91AF5B52B4800D49256D41000B08FB.pdf>。惟本判決基於老人福祉法第12條（措施解除之理由說明）及第12條之2（行政程序法第12、14條規定之適用），認為重新為派遣措施之後，則有請求依其派遣措施實施之法律上地位，如變更派遣措施而較原來不利益即為不利益處分，得請求撤銷。

<sup>52</sup> 學說批判之見解整理，太田匡彥，前掲註8文，200-201頁。

<sup>53</sup> 宮崎良夫，前掲註15文，360頁。

<sup>54</sup> 小川政亮「公的扶助と社会福祉の法における問題点」（初出1965年）同『社会保障権と福祉行政—生存権の民主的・普遍的實現のために』（ミネルヴァ書房、1979年）8、9頁。

<sup>55</sup> 堀勝洋，前掲註8書，209頁。

護之義務為由，採肯定說之例<sup>56</sup>。

### （三）給付之始期

福祉服務之設施收容或利用，其給付始期之問題，在於如何解釋個人權利與行政所為措施決定之關係。採取入所措施決定為行政處分之見解，學說認為因社會福祉法之措施要件相當不明確，係因應必要而採取措施，且因廣泛承認措施實施者之裁量權，故並非法律上符合法定要件時，即當然發生給付請求權<sup>57</sup>。此權利係由行政機關之形成性行為而發生，即行政機關作成入所措施之行政處分後，其相對人始取得利用該設施之具體權利。設施收容及利用之措施處分，因屬現物給付，其溯及給付即有困難，但對於違法之否准措施處分而請求撤銷，就先行自行支付之費用，得否請求國家賠償，以及可能因時間經過而至訴訟時未必符合給付要件，涉及訴之利益等問題，為與金錢給付之差異所在<sup>58</sup>。

## 二、自立支援給付制度

自立支援給付係依 2005 年制定之「障礙者自立支援法」，將原本依居家型或設施型而區分之服務給付重整，依障礙者之需求，統合分為照護給付費、訓練等給付費、自立支援醫療費、輔助器具費用之給付，新支給決定制度自 2006 年 10 月開始施行。制度之前身，為取代

<sup>56</sup> 神戶地決1973（昭48）年3月28日判時707號86頁（本山保育所事件），本案涉及托兒所擬於其戶外遊戲場中之一部分空間施工搭建老人之家，因而所剩空間未達兒童福祉設施之最低基準，經原告向法院聲請假處分禁止施工。但亦有裁判採否定說，認為利用符合兒童福祉設施最低基準僅屬反射利益，保護者並無請求改善設施之權利，東京地決2003（平5）年12月8日（判例集未登載），堀勝洋，前揭註8書，215頁。

<sup>57</sup> 堀勝洋，前揭註8書，209頁。但正確而言，職權程序型措施制度，因無申請權存在，故「請求行政決定之權利」用語法尚非精確，應係發生「請求適切行使行政權限之權利」，倉田聰，前揭註5書，57頁。

<sup>58</sup> 太田匡彥，前揭註8文，257頁註65。

措施制度而於 2003 年 4 月施行之支援費支給制度。

支援費支給制度、措施制度及照護保險制度，構成日本福利服務之主要給付體系，但三者間之給付構造並非相同。(1)支援費支給制度，係以身心障礙者（含未滿 18 歲之兒童）為對象，先由身心障礙者自行從經都道府縣知事指定之事業者或設施中選擇希望利用之對象，並確定雙方有成立契約關係之意思或可能，再向市町村提出申請，由市町村依厚生勞動省省令所定之基準，即審查申請人之障礙種類及程度、照護者之狀況、其他福利服務之利用狀況、利用意向之具體內容、所希望利用之事業者或設施其提供體制之整備狀況等事項<sup>59</sup>，就支給量及支給期間作支給決定，申請人於決定範圍內利用相關福利服務所支付之費用，由市町村扣除利用者負擔額後支給之（即償還其所支付之一部分費用，通常由事業者或設施代理受領）。此為金錢給付方式，行政與事業者或設施間並無委託契約關係；而措施制度則係現物給付方式，由行政機關作成措施開始決定（行政處分）後，其實施得委由市町村以外之事業者或設施為之，亦即行政與事業者或設施間有成立委託契約關係之可能。(2)照護保險給付與支援費給付同，同屬於金錢給付即費用償還之方式，且行政與事業者或設施並無委託契約關係，但係由被保險人先申請要照護認定及作成費用額度上限之支給決定，此時尚未確定設施或事業者之利用對象，嗣作成要照護認定後，再由照護支援專門員之協助作成照護計畫，確定事業者或設施並與其成立供給契約，此與支援費支給又有差異<sup>60</sup>。

---

<sup>59</sup> 其中，就所希望利用之事業者或設施其提供之體制狀況，係審酌有無成立供給契約之可能，此點與照護保險之要照護認定僅係著眼於老人之身心狀態不同。依行政解釋，主要係考慮所在地相關事業者或設施利用提供有無足夠員額，如因多數利用者申請而不足提供時，則由市町村介入斡旋、協調。但將與障礙者本身需求狀況無關之外在因素納入考慮，法律並無明文，且雖有調整機制，卻使申請程序處於不確定狀態，亦有疑義，竹中康之「支援費の支給決定をめぐる法的課題—改正障害者福祉法制の給付行政システムとすての側面に焦点をあてて—」同志社法学 54 卷 3 號（2002 年）437-438 頁。

<sup>60</sup> 三者之比較，倉田聰「支援費支給制度をめぐる法律問題」ジュリスト 1204 號（



然支援費支給制度施行 2 年後，因支援費支給要否之判定（障礙程度區分）欠缺全國共通之判定基準、各市町村因其財政能力不同所提供給付水準亦有落差、精神障礙者並未納入制度以致未能整合各類別障礙者等法制度之構造缺失，乃重新檢視障礙者之福利服務給付制度，連同與照護保險制度之統合問題，一併檢討<sup>61</sup>。障礙者自立支援法之成立，除一元化原有混雜之障礙者服務給付體系（實施主體均為市町村，且不區分身體、智能或精神等障礙種類），為抑制利用之擴大改採應益負擔（依所接受服務之分量比例）費用原則外，主要著重於支給決定之程序、判定標準之透明化及明確化，包括：支援之必要程度（障礙程度區分）設定客觀尺度，其判定與認定之程序及機關權限分離，支給決定作成過程課予市町村對於住民之說明責任（設置審查會及意見聽取），服務利用之提供過程活用照護計畫管理手法（care managment）及各項支援，相關處分之聲明不服等規定<sup>62</sup>。

新自立支援給付制度與舊支援費支給制度之基本給付構造，大致相當。以照護給付及訓練等費用之支給為例<sup>63</sup>：(1)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障礙者，須向市町村提出申請（第 19 條第 1 項、第 20 條第 1 項）。(2)市町村受理申請

---

2001年）19-22頁。又，於設施利用之供給不足，即可能產生即使符合受給要件，亦無法獲得給付之情形。此於支援費制度及措施制度，因無成立供給契約或提供服務之可能，即無從作成支給決定或措施開始決定，如嗣後有新設施之提供可能，則須重新申請；但於照護保險則因已作成要照護認定，僅需直接與設施締約即可，無須重新申請。此點，可謂照護保險之供需調整係委由市場機制，而支援費制度則由行政介入，倉田聰，前掲註5書，101頁。

<sup>61</sup> 制度更迭之原因及經過，伊藤周平『權利・市場・社会保障』（青木書店、2007年）263-272頁。

<sup>62</sup> 河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、2006年）59-60頁。

<sup>63</sup> 但自立支援醫療費及輔助器具費用支給，略有不同，需求程度等級之判定與決定給付種類之機關並未分離，且尚需審查身心障礙者及其家族成員之所得狀況，故權利性較弱，河野正輝，前掲62書，84-100頁及92頁。

後，應與障礙者面談，依厚生省所訂審查基準調查障礙者之身心、環境狀況（第 20 條第 2 項）。(3)由依政令成立之市町村審查會從事障礙程度之審查及判定，再由市町村根據其結果，作成障礙程度區分之認定（第 21 條第 1 項）。(4)市町村勘查認定之障礙程度區分、該障礙者之社會活動及照護者、居住等狀況、利用服務之意向，聽取審查會之意見後，依據個別服務種類，以月為單位訂定支給照護給付費等之服務給付量上限，作成支給要否之決定<sup>64</sup>（第 22 條）。(5)受有支援費之支給決定者，於支給決定之有效期間內，提示市町村所發給之受給證，與經都道府縣知事等指定之商談支援事業者成立「指定商談支援供給契約」，以作成服務利用計畫，再基於利用計畫與指定障礙福利服務事業者或支援設施，依其需求個別成立「福利服務供給契約」，接受服務（第 29 條第 1、2 項）。(6)由市町村扣除利用者自行負擔之費用後，以費用償還方式支付餘額費用，得委由事業者或設施代理受領，或依市町村判斷而直接支付本人（第 29 條第 5、6 項）。(7)對於市町村所為有關照護給付費等之處分不服者，得向都道府縣知事提出審查請求（第 97 條第 1 項），未經審查請求而作成裁決者，不得提起該處分之撤銷訴訟（第 105 條）。

新自立支援給付制度之成立，係統合舊支援費制度與照護保險制度，即朝照護保險化之方向發展<sup>65</sup>。因此，自立支援給付雖以公的資金為財源而與照護保險給付不同，但就請求自立支援給付（照護給付費等）之權利與行政決定之關係，應可作相同解釋。亦即，由利用者提出申請，以作成障礙程度認定及支給決定為要件，此支給決定為行政處分，但尚非立即發生請求給付具體照護給付等費用之權利。縱經作成支給決定，僅係取得對於自立支援給付之抽象請求權，尚須與事業者或設施締結相關福利服務供給契約而有利用照護服務之行爲，始

---

<sup>64</sup> 新制度之實施是否仍存有前揭註59所示之情形，即以申請人與希望利用之事業者或設施間先有合意或成立供給契約之可能，始能作成支給決定，尚非明確。但仍指出相同問題者，伊藤周平，前揭註61書，305頁。

<sup>65</sup> 伊藤周平，前揭註61書，314-315頁。

發生具體之給付請求權<sup>66</sup>。換言之，是否利用照護及訓練等服務，係由申請人自主決定，原則上保險人除提供相關資訊及支援外，並無直接介入之餘地。

#### 第四項 社會津貼

兒童津貼為社會津貼之代表例，有「兒童津貼法」與「兒童扶養津貼法」，前者係對於監護未滿 3 歲兒童而有一定生計關係之父母支給之，後者係對於兒童未滿 18 歲或未滿 20 歲而有政令所定身心障礙等級之狀態者，未與父親同其生計關係（如離婚、死亡、生死不明等）而由母親監護者，支給母親。二者之給付構造大約相當，以兒童津貼法為例：(1)符合法所定各款規定，而於日本國內有住所者，支給兒童津貼（第 4 條第 1 項）。(2)受給資格者受領兒童津貼之支給時，就其受給資格及兒童津貼額度，應受住所地市町村長之認定（第 6 條第 1 項）。(3)市町村長對於經前條認定之受給資格者，支給兒童津貼。其支給，自受給資格者為前條規定之認定請求之日所屬當月之次月起，至支給事由消滅之日所屬當月止（第 8 條第 1、2 項）。(4)對於兒童津貼支給有關之處分如有不服，應提出審查請求後，始得提起撤銷訴訟（第 25 條）。

依上述規定，請求兒童津貼之給付（兒童扶養津貼亦同），除符合兒童津貼法第 4 條所定各款要件外，尚需經由市町村長之「認定」，而給付之始期係自請求為認定日所屬當月之次月起。但裁判例與學說對於該「認定」之性質，見解未必一致，且亦有受給資格者主張，其因未知悉有此制度，亦未受相關機關之告知，致未能於符合法定要件資格事實發生時即提出認定之申請，以致遲延申請，因於符合法律

---

<sup>66</sup> 伊藤周平「障害者自立支援法の給付と福祉サービス請求権」賃金と社会保障14 09・10號（2006年）28-29頁。但與照護保險給付之始期，可能溯及至需照護認定之申請日同，障礙者自立支援法對於特殊情形之照護給付或各特例訓練等費支給，亦有類似規定，亦即因緊急或其他不得已之事由而先行接受相關指定福利服務之利用者，得就其申請日至支給決定生效日之期間費用支給之（第30條第1款）。

所定要件資格事實發生時即成立請求給付之權利，故應支給自該日起至請求認定日止之津貼。

案例為原告於 1979 年 11 月 4 日生育一子，但於 1981 年 3 月 4 日始提出申請，自生育時之後之兒童扶養津貼，經所在地知事認定其自 1981 年 4 月起之支給資格，原告對於自生育時起（1978 年 11 月）至開始支給日（1981 年 3 月）期間之不支給處分不服，提起訴訟。先位請求：(1)以兒童扶養津貼法第 7 條第 1 項規定自申請之次月起開始支給，此違反憲法第 25 條規定，請求撤銷自生育日所屬當月起至認定開始支給之不支給處分。備位請求：(2)「認定」為確認行為，僅係權利行使之程序性要求，原告於取得津貼之受給資格時即發生受給權，亦得基於已發生之債權請求給付。(3)被告機關怠於履行其應將兒童扶養津貼制度廣為周知之義務，就因未知悉此制度而未申請所受損害，請求相同金額之國家賠償。法院判決駁回(1)及(2)之請求，但部分准許(3)之請求。與上述問題有關者，為(2)及(3)之判決理由<sup>67</sup>。

關於(2)之請求，判決要旨認為：國民年金等社會保險制度之「裁定」，係對於已發生抽象受給權所為之確認處分，受此裁定後始具體發生請求年金等給付之權利，但屬於社會津貼即兒童扶養津貼法第 6 條所規定之認定，則有不同，係具有發生受給津貼權利之權利創設性質。惟姑不論同條認定之性質，究係權利創設之處分或如原告所主張之權利確認處分，因津貼法第 6 條第 1 項規定，就受給資格及津貼額度以經知事之認定為必要，即不得有所欠缺。至於該認定之性質為確認而屬於權利行使之要件，或為權利創設而屬於權利發生要件，僅係法律性質之不同。原告所主張該期間之給付，因無被告機關之認定，其請求支給之受給權尚未發生，至少亦欠缺權利行使之要件，並無理由。

---

<sup>67</sup> 京都地判1991(平3)年2月5日判時1287號43頁(永井訴訟)，神橋一彥「兒童扶養手当に関する国の広報・周知義務」佐藤進等編，前掲註14書，220頁。

關於(3)之請求，則認為：兒童扶養津貼法規定自受給資格者之請求提出時以後始為支給之認定而開始支給，係採取認定請求主義或非溯及主義，故如主管機關怠於廣為週知此法律所創設之社會津貼制度，而任由受給資格者處於未知之狀態而無法請求給付，將使制度本身流於形式，且行政機關並無以受給資格者之無知或疏忽，藉由認定請求主義此原則而得節省給付或程序之權利或義務。主管機關之廣為週知義務，係將津貼法第7條第1、2項規定<sup>68</sup>，作符合憲法第25條理念之解釋而導出，為確保社會保障或社會福祉制度之實效性，實質保障國民免於缺乏及享受自由與生存之基本權，其廣為週知義務即不得僅與一般法令公布之情形已足，並非得任其自由裁量而應認係法律義務。而社會保障受給者為社會上弱者，主管機關之廣為週知，須使此等受給者能盡普通努力即得以知悉制度之程度。惟衡諸一般人往往於兒童出生後，始認真調查此種社會保障制度，要求母親於兒童出生前即周詳調查可否受給社會津貼，亦屬過苛。故審酌產前產後至少各6週為無法通常活動期間以查悉該制度之內容，本件原告生育後，曾與被告所屬福祉事務所接觸，但該所公務員並未提供利用此制度之相關建議，係因被告機關所屬公務員之過失，未完全或未正確將制度廣為週知，加以原告無法獲得其配偶之協助，以致至少於前揭6週期間未能提出認定之請求，其如有提出即可請求給付，故受有無法請求自兒童生日所屬當月之次月（1979年12月）起至1981年3月止津貼給付之損害。但因原告至遲於兒童出生之6週後即得回復至一般人之活動能力，以其相當注意力而盡普通努力，即有機會由被告機關所屬公務員之廣為週知而得知制度內容，則原告應可於次月即1979年12月中提出認定之請求，而自1980年1月以後受有津貼之支給。但原告並未為認定之請求，對其未為減輕損害之行為與有過失，經斟酌

---

<sup>68</sup> 兒童扶養津貼法第7條第2項規定：「受給資格者因災害或其他不得已之理由，無法依前條規定提出請求者，於其理由消滅後之15日內提出請求，津貼之支給，不適用前項之規定，而自該受給資格者因不得已理由而無法請求認定所屬當月之次月起支給」依此，例外採溯及主義。判決認為所謂「不得已之理由」，應包括主管機關對於津貼制度之廣為週知義務有重大懈怠而致受給資格者以通常努力亦無法知悉之狀態。

此情而以過失相抵，判准 1979 年 12 月當月分之津貼額為賠償額。上揭判決論理，部分准許(3)之國家賠償請求部分，雖經被告機關上訴後而由第二審廢棄並駁回請求<sup>69</sup>，惟本案引起諸多行政法上頗具意義之問題探討<sup>70</sup>。

判決駁回(2)請求部分之理由中，所論兒童津貼法第 6 條第 1 項規定之「認定」性質，雖有意將其與年金等社會保險之裁定相別認為係權利創設性質，但並未據此推得結論，即未明確依所定性續以推論，卻不論其性質如何，均以知事之認定為必要而不可欠缺，不得逕依給付訴訟直接請求。關於「認定」之性質，學說見解亦出現分歧：(1)認為與年金社會保險給付、兒童津貼給付、兒童扶養津貼給付、各種援護法之援護給付等同，係於法律所規定給付要件成立時即發生受給法律所定金額金錢給付之權利，但應經行政機關之認定、裁定等對於受給資格之確認，始成立具體之請求權，且其給付要件或給付額係依

---

<sup>69</sup> 大阪高裁 1993（平 5）年 10 月 5 日判例地方自治 124 號 50 頁，其理由略以：日本現行法上並無如德國社會法典總則第 13 條或 15 條規定，明文給付主體之廣為週知、建議及指導義務，且憲法第 25 條規定為綱領規定，由津貼法第 1 條或第 7 條第 1、2 項規定之解釋，廣為週知義務並非法律上義務，亦無法律上強制力。故以如何方法而為如何內容之廣報，委諸行政之裁量，僅就其於刊登公報之外，完全未從事任何廣報活動，或市民至承辦窗口詢問該制度內容而給予錯誤指導等，可認為有顯著逸脫裁量範圍而構成違法，始應負損害賠償責任等由，認為本件被告所屬公務員並無怠於法律上義務而有過失，自不得請求國家賠償。惟判決並非完全排除請求國家賠償之可能，大橋洋一等『行政法判例集 總論・組織法』（有斐閣、2003 年）23 頁。

<sup>70</sup> 除本文所探討(1)兒童津貼「認定」之法律性質與撤銷訴訟排他性之關係、給付請求權之發生及始期問題外，其他問題如：(2)社會保障制度之廣為周知義務與行政手續法第 9 條規定資訊提供之關係，(3)本案係涉及金錢給付之行政處分，判決准許原告國家賠償之請求，就以怠於履行廣為周知義務為由言，雖係追究行政權限不行使之情形，但實質上與未先訴請撤銷不支給處分而逕行准其申請同其效果（即均受給一定金錢給付），是否反而逸脫聲明不服前置之規定（類似情形，日本學說多採國家賠償訴訟否定說，人見剛「金錢・徴收給付えを目的とする行政処分の公定力と國家賠償訴訟」東京都立大學法學會雜誌 38 卷 1 號（1997 年）161 頁以下）等。

法律規定可單一意義客觀決定，與生活保護、措施決定等，須作成認定判斷而由行政加以「補充」相區別<sup>71</sup>。(2)概括以社會津貼制度、社會保險等領域，均認為法律就受給資格或受給決定設有明確規定，為明確其受給者範圍及權利內容，故介有行政機關之認定、決定、裁定等行政處分，此等行政處分為學理上確認處分，關於給付之具體請求權應嗣該確認處分作成始成立<sup>72</sup>。(3)認為給付並非自行政機關之處分時起算，而係溯及受給權者請求時，如兒童扶養津貼，須受有都道府縣知事之認定，而自請求認定日所屬當月之次月起支給，此認定與確認行為不同，為形成行為，屬於此類型者，有兒童津貼法、生活保護法之保護費支給<sup>73</sup>。(4)認為兒童津貼受給權之認定，與年金受給權之裁定不同，採取認定係使受給津貼權利發生之行為為原則，但就客觀上均以要保障事故發生為給付事由而為一定規格之給付言，此點與年金給付相同，並無區別處理之必然性<sup>74</sup>。

上述採取(1)(2)之見解主張與年金保險之裁定同，而(3)(4)則主張與生活保護之保護費給付決定同。但所持理由，(1)(2)係基於「使受給資格或金額等法定要件明確」而接近社會保險，但(3)(4)則著重於「給付之始期」，而接近生活保護或與社會保險相區別。再對照判決立場，僅著重於是否以具有特殊法律效果之行政決定為必要，至於「認定」之法律性質如何，並非所問。依此，前述其他類型之社會保障給付相關裁判所一再提及「抽象—具體」權利之說明，學說定性「裁定」、「措施開始決定」、「認定」等之法律性質有如何意義，即生疑問<sup>75</sup>。

---

<sup>71</sup> 又坂常人「權利救済手続の諸問題」社会保障法10號（1995年）74頁。

<sup>72</sup> 宮崎良夫，前掲註15書，353頁。

<sup>73</sup> 堀勝洋，前掲註8書，228頁。

<sup>74</sup> 河野正輝，前掲註8文，299頁

<sup>75</sup> 太田匡彦，前掲註8文，237-238頁。

其次，針對判決理由部分准許(3)之請求部分，其見解一方面肯認行政關於兒童扶養津貼制度之廣為週知義務，同時亦課以受給應注意調查自己得受領給付之相關制度之義務，進而以民法上過失相抵原理調整兩造之義務，准許原告請求。就此，實質上形同將法律所規定之給付始期（以提出認定之申請時為準）溯及提前至兒童出生時支給，亦呈現與前揭生活保護之保護費給付中，因判斷錯誤而短少支給，依是否為申請人（即被保護者）其申請內容疏漏之過失所致，而請求應部分溯及支給之情形，有相同效果。亦即，實體上要件之「給付之始期」，亦可能依程序上因素或考慮而修正<sup>76</sup>。

### 第三節 類型化之可能

依上分析，以給付為最終目的，關於日本社會保障制度之實定法分析，可謂存有多元構造。對此法律規範形式之差異，捨去給付內容或對其目的意義之評價，而自其構造上，以中立而無價值取向之觀點（即可能與各種目的及效果結合）抽象整理其類型，可進一步檢視行政法理論設定如何之概念，能否給予充分說明<sup>77</sup>。

#### 第一項 主體與法律關係

社會保障給付之法律關係，係以受領給付之主體（下稱「受給主體」）與提供給付之主體（下稱「給付主體」）間之權利義務關係為基本。具體而言，除給付主體對於受給主體之給付本身外，尚包括社會保險受給主體之加入、保險費及利用者負擔等費用負擔、給付主體之指示、受給主體之報告等，本文以下探討，僅就給付關係（第二節所舉之具體例）整理之。

<sup>76</sup> 太田匡彥，前揭註8文，238-239頁。

<sup>77</sup> 持此觀點，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『給付行政の理論』（有信堂、2002年）115頁。又，方法論之闡明，前第二章第四節參照。



## 一、給付主體與受給主體

金錢給付，基本上為給付主體與受給主體之二者間關係。如年金保險之老年基礎年金、醫療保險之傷病津貼、僱用保險之求職者給付基本津貼、勞災補償保險之傷殘補償給付、社會救助之生活保護費、社會津貼之兒童（扶養）津貼等。實物給付，如設施利用，由給付主體提供者（如措施制度中公立托兒所之保育服務），亦為二者間關係。

給付主體，基本上為國家、地方公共團體及社會保險之保險人。受給主體，原則為陷於生活困難或有陷於此狀態之風險者，但除此之外，亦有規定須符合其他要件者（如保險費繳納、僱用保險給付之向公共職業安定所報到並提出求職請求等）。此二者間之關係，包括其受給要件、受給主體之權利、給付主體之行政決定間之關係，如後第二項所述。

## 二、給付主體、服務實施主體與受給主體

涉及實物給付之醫療保險及福利服務，則非單純給付主體與受給主體間直接提供物或勞務等服務之二者間關係，其間尚存在實際提供物或勞務等服務之實施主體（下稱「服務實施主體」）。雖有服務實施主體與給付主體同一之可能（如措施制度中，公立托兒所提供保育服務），但近來民間化、市場化之趨勢，服務實施主體與給付主體分別，朝實物給付之費用償還給付化，亦見諸前述照護保險給付、自立支援給付等。

給付主體、服務實施主體與受給主體三者間之關係，尚有以下三類情形<sup>78</sup>：

---

<sup>78</sup> 堀勝洋「社会保障の給付」日本社会保障法学会編『21世紀社会保障法』（法律文化社、2001年）115-119頁。又，自福利服務給付體制之變革，探討三者主體為中心之法律關係，於第六章詳論。

(一) 法令上直接規定給付主體有實物給付之義務或權限，但現實上，服務係由其他主體提供，給付主體與服務實施主體間有委託或準委任契約關係以及委託費或報酬之支付關係。如醫療保險之私立醫事服務機構提供療養服務、措施制度之兒童托兒所利用（實施主體由受給主體選擇）或老人之養護之家。

(二) 法令上直接規定給付主體之給付義務或權限以金錢給付為原則，而現實上，服務實施係由受給主體自行選擇實施主體，給付主體與服務實施主體間並無委託或準委任契約關係，而應支給受給主體之金錢給付（服務費用之償還），則由服務實施主體代理受領，實質上「實物給付」化。如老人之照護保險、身心障礙者之自立支援給付。

(三) 由受給主體自行選擇服務實施主體，由實施主體提供服務，受給主體自行負擔全部費用，再就所負擔費用由給付主體以金錢給付直接支付與受給主體（服務費用之償還）。但給付主體與服務實施主體間，無任何法律關係。如醫療保險之移送費、緊急向非指定醫事服務機構就醫之醫療費用、利用非指定機構照護之特例居家照護費用。

## 第二項 權利與行政決定

前節分析之各給付構造及所舉例之個別給付中，特別著重於各社會保障給付之請求是否以「具有特殊法律效果之行政決定（即行政處分）」為要件、「給付之始期」問題，此與各「社會保障受給權」（請求實際給付金錢、物或服務之權利）發生相關。依此，可分別如下<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> 以下類型化，參考太田匡彥，前揭註8文，239-240頁，惟氏尚未處理照護保險、自立支援給付、勞災就學援護費等情形。此外，重視社會保障給付構造之多元性而給予類型化檢討者，堀勝洋，前揭註78文，121-123頁，氏區分：(1)「當然發生型」（國家公務員災害補償），(2)「確認型」（老人基礎年金），(3)「形成行為型」（措施決定），(4)「資格確認・契約」型（醫療保險之療養給付），(5)「契約型」（基於通知、要綱等之金錢給付）；又坂常人「行政の法的行為形式の多樣化と權

:

## 一、基本類型

(一) A型—不以「具有特殊法律效果之行政決定」為要件，其給付之始期為要保障事故發生時<sup>80</sup>，如醫療保險之療養給付（疾病發生時）、國家公務員災害補償法之傷殘補償年金（公務災害發生時）。

(二) 以「具有特殊法律效果之行政決定」為要件者，但要保障事故發生與行政決定之間，有時間間隔<sup>81</sup>。此可分為：

1、B型—以要保障事故發生時為給付之始期，此構造中行政決定作成後，就上述時間間隔溯及而至行政決定時一併給付者。如年金

---

利救濟手續の諸課題(3)」信州大学法学論集7号(2007年)1-3頁，氏略區分：(1)A型—直接決定・直接給付（如社會津貼、年金），(2)B型—行政決定之主體與給付主體分離，以行政處分作成決定（如措施制度），(3)C型—行政決定之主體與給付主體分離，以行政處分作成決定（要照護認定）而發生請求給付照護費用之權利，但受照護服務之具體權利，則基於與實施主體締結供給契約而生（如照護保險、自立支援給付），(4)D型—以行政處分確認被保險人資格，具體受給醫療給付之權利基於與保險醫療機關之契約而生者（如醫療保險），(5)E型—基於行政內部法（通知、要綱）所提供之給付，雖依行政主體之決定而成立受給資格，但於如何程度受法律保護仍有疑問者（如對於外國人之生活保護）。惟堀、又坂二者之類型化，均未重視「給付之始期」問題，且行政決定為形成或確認，亦有爭議。又，簡要說明者，磯部哲「社会保障の受給權と行政決定」小早川光郎等編，前掲註22書，234-235頁

<sup>80</sup> 社會保障給付之受給要件分為：貧困、死亡、傷殘、疾病、年老等「威脅國民經濟、社會之生活等事態發生」，與「私人之申請及行政（給付主體）之決定」。前者要件之滿足，稱「要保障事故之發生」。

<sup>81</sup> 申請提出與行政決定間亦有時間間隔，行政解釋或法律有規定自申請日支給者，如生活保護費給付、兒童扶養津貼、特例照護保險費給付。但規範上有申請即應作成行政決定，為方便論述，將其一體化，給付之始期單純化為行政決定作成時。

保險之老人基礎年金、恩給、勞災補償保險之傷殘補償年金、醫療保險之傷病津貼給付、僱用保險中就職者給付之基本津貼。

2、C 型－以行政決定時為給付之始期，但就上述時間間隔不溯及給付者。如社會救助之生活保護費、福利服務之兒童托兒所利用及老人養護之家之收容措施、社會津貼之兒童（扶養）津貼等。

## 二、類型化之變數

上述類型為原則，惟並非絕對固定，亦有受其他因素影響而變動者，或難以歸屬上述分類：

（一）判斷是否以「具有特殊法律效果之行政決定」為要件，解釋上，尚可能因：(1)立法用語之改變（如托兒所利用方式之行政實務見解），(2)給付之根據規範，其要件、對象、程序等係由法律明確規定，或僅概括授權以行政內部法（通達或要綱）規定之（如勞災就學援護費之下級審見解<sup>82</sup>），(3)給付型態是否直接採取民法其他技術（如措施制度之單親（母子）家庭福祉資金之貸款）而受影響。依此，於上揭（一）、（二）間之中間類型，尚可能存有不以具有特殊法律效果之行政決定為要件，此行政決定係對於要約為承諾之意思表示而不具有特殊法律效果，即以契約締結之型態，但其給付始期係自行政決定（要約之承諾）時，可歸納為D型，而與C型連續。然D型與A型之區分，尚須就該行政決定即對於個人之申請所為應答行為是否為意思表示而判斷<sup>83</sup>。

（二）縱使為C型，依行政或裁判實務見解，解釋上，其「給付

---

<sup>82</sup> 參照第一項四、（一）。

<sup>83</sup> A型之國家公務員災害補償之傷殘補償年金，係基於法律所規定一定要件事實之發生而為給付，裁判見解認為實施機關認定為災害之通知，僅係法律見解之表明；反之，D型之勞災就學援護費，下級審裁判認為，基於要綱規定而同意給付係贈與契約之承諾，略有差異。如依傳統之說明，前者為事實行為，後者為契約承諾之意思表示，但均非行政處分。

之始期」，亦可能因程序性要求或考慮而左右。如受給者之申請行爲（社會救助之生活保護費<sup>84</sup>）、行政之廣爲周知義務（兒童扶養津貼<sup>85</sup>）。

（三）照護保險之照護給付費，障礙者自立支援給付之照護給付費，係以行政決定認定其要保障事故發生及給付額上限，於申請人與服務實施主體締結供給契約而有費用支出時，就其利用所生費用於要照護認定所定之上限範圍請求保險給付（費用償還給付受給權）。雖以具有特殊法律效果之行政決定爲必要，惟要照護認定因有得溯及申請時之規定（介護保險法第 27 條第 1 項），其給付之始期，如於行政決定時已與服務實施主體締結供給契約者，亦可歸爲C型。但如係行政決定後始締結契約，因締結前尚無費用支出，給付之始期，爲行政決定後之締結契約時，則與C型有異<sup>86</sup>。

## 第四節 權利與行政決定之關係

### 第一項 構造差異之檢討面向

由上節所呈現社會保障給付構造之多元類型，個人之權利與行政之決定，二者關係如何，行政法理論給予如何說明，有待探討。關此，對照第二節各給付構造中所具體分析之問題點，先指出以下檢討面向<sup>87</sup>：

---

<sup>84</sup> 參照前第二項一、二。

<sup>85</sup> 參照第四項以及前揭註67判決關於國家賠償請求部分之理由。

<sup>86</sup> 另一方面，因通常由事業者代理受領費用償還之保險給付，福利服務之供給實質上已實物給付化，似可不考慮與事業者締結契約此點之差異而歸爲C型。又，醫療保險之移送費，屬於一次性給付，須經保險人之承認而有移送行爲時，成立給付請求權，亦屬此情形。

<sup>87</sup> 太田匡彥，前揭註8文，229-230頁，

一、社會保險之給付構造中，固然以具有特殊法律效果之行政決定為必要，但給付之始期通常基於保險事故發生，而非依存於行政之決定（即 B 型），惟亦有不以特殊法律效果之行政決定為要件者存在（即 A 型）。然何以必要，何以不必要，其分別基準為何，論理上有未必明確之情形。如國家公務員災害補償之傷殘補償年金，以無行政上不服審查之前置規定、未如國民年金法明文應作成裁定之規定等由，故認為不必要；但於勞災補償之傷殘補償給付、醫療保險之傷病津貼給付，亦同無國民年金法應作成裁定之規定，卻認為有必要。

二、於 B 型及 C 型之情形，均以具有特殊法律效果之行政決定為要件，同時亦有「因行政之決定而發生具體權利」、「行政之決定以前個人僅有抽象（潛在）之權利」等之共通說明。惟所謂「抽象（潛在）—具體」之區分，內涵並非精確。亦即，社會保險之給付，給付之始期於具有特殊法律效果之行政決定前，故行政決定前存在（發生）某種型態之權利，上述區分固可理解；但社會扶助、福利服務，給付之始期為行政之決定時，何以有相同表現之必要，非無疑義。

三、論理上說明個人權利與行政決定之關係，其整理重點不同。亦即，有基於「權利發生（給付之始期）」之整理，亦有基於「給付要件之明確性」之整理，但二分類標準之定位、關係，未必明確。如社會津貼之兒童扶養津貼，有重視前者而接近生活保護（行政決定為形成處分），有重視後者而接近社會保險（行政決定為確認處分）。

綜上，此三面向與行政法理論相關者，集中於「私人之地位」及「行政之行爲形式（主要為行政處分）」之說明，但行政法各論或學說中有將社會保障法為獨立之法領域，或與其他給付作用總括為特定概念者，亦可一併整理。於檢討行政法理論之說明時，具有意義之分析對象，係以具有特殊法律效果之行政決定為要件，採取行政作用特有之法律構造即 B 型及 C 型為中心<sup>88</sup>。

---

<sup>88</sup> 本節第二項日本學說之整理，詳參太田匡彥「權利・決定・対価（二）—社会保障給付の諸相と行政法ドグマーテイク、基礎的考察」法学協會雜誌116卷3號（1

## 第二項 行政法學之回應

### 一、行政法各論

#### (一) 遠藤博也

日本行政法各論之教科書中，列舉社會保障法為獨立章節，針對上述問題作相關說明者，以遠藤博也為例<sup>89</sup>。氏將各種社會保障給付構造之個人權利概括為「社會保障受給權」，但進一步區別為「抽象之受給權」與「具體之受給權」。以社會保險為例，氏謂：「加入特定之社會保險制度被保險人即有抽象之社會保險受給權，而具體之受給權，因個別具體之保險事故之事實發生，並經由行政機關之認定、裁定或其他處分等一定程序而實現」，主張實定制度之全體構造亦可解為此種受給權之具體化過程<sup>90</sup>。依此，氏認為對於行政決定以前，因加入社會保險而發生「抽象之受給權」，有意識以某種型態說明個人權利之存在，而行政決定作成後之個人權利為「具體之受給權」。但由氏所舉社會保險為例，上揭概括說明，對於行政決定作成後之狀態，與保險事故發生後行政決定前之狀態，並未區別，則有關行政決定前為「抽象之受給權」之說明，似難以發揮效用。換言之，氏未意識給付始期之差異，而將社會保障給付一元化說明之結果，如對比社會救助或福利服務給付，即可能因成為國家之成員，均可發生抽象之受給權之結論，似非妥適。

再者，氏並非未意識到社會保險中保險事故之重要意義，此見諸其論述駁回處分之訴訟途徑可知。亦即，氏認為因保險事故此一客觀事實發生而取得具體之受給權，行政機關並無裁量餘地，其有關受給權存否、範圍之爭執，係涉及權利之糾紛，並非行政處分之糾紛。事

---

999年) 343頁以下。

<sup>89</sup> 日本行政作用法之整編，另請參照前第二章第四節第三項一、。

<sup>90</sup> 遠藤博也『行政法II(各論)』(青林書院、1977年) 209頁。

前程序因大量之事務處理等要求而須經行政處分程序，固屬當然，但該行政處分僅係形式上之技術處理，駁回處分等處分後之訴訟，其應有型態並無採取以撤銷訴訟為中心之抗告訴訟之必然性。換言之，氏主張對於社會保險給付申請之駁回處分，應如同不服損失補償之裁決，以當事者訴訟之給付訴訟為之<sup>91</sup>。惟氏關此之說明，改由因保險事故發生而取得具體之受給權，輕忽行政之決定，導出駁回處分得採行當事者訴訟，與前揭說明指因行政之決定作成後而發生「具體之受給權」，欠缺整合。且向來認為因保險事故發生僅取得抽象（潛在）之權利，須經由行政處分（特殊法律效果之行政決定）而具體化，續以撤銷訴訟之排他管轄調整之，然氏何以未採此方式調整，亦即非採取攻擊保險事故發生後之行政處分之訴訟型態，尚乏詳細論據。

## （二）田中二郎

除於行政法各論獨立以社會保障法之說明外，行政法學亦將與社會保障類似之各種活動整併、概括成獨自之概念者，如「公企業」（田中二郎）、「營造物」（山內一夫）、「福祉型公任務」（山田幸男）。茲先舉傳統通說之代表，田中二郎對於公企業利用關係之說明。

氏之公企業概念，指「國家、地方公共團體或其他類似行政主體，為直接維持增進社會公共之福祉，基於自己之責任所經營之非權力事業」，其範圍亦包含社會保障。亦即請求生活保護、社會保險給付之關係定位為公企業利用關係<sup>92</sup>。氏說明此一利用關係之特徵為：(1)因公企業屬於非權力性管理作用，實定法上如無特別規定，有私法規定及私法原理之適用。(2)公企業之利用關係原則由企業者與利用者間之自由意思合致而成立，但如生活保護費之給付，應待行政機關之決定者，即依行政權之行使而以行政處分成立利用關係，不在少數。(3)公企業因維持增進社會公共福祉之觀點，以提供一般使用為其使

<sup>91</sup> 遠藤博也，前揭註90書，217-218頁。

<sup>92</sup> 田中二郎『行政法 下卷 全訂第2版』（弘文堂、1974年）135頁。又，前第二章第三項一、註18參照。



命，他方面，利用者即有利用公企業之權利，利用關係之成立係依行政機關之處分時，如有具備利用條件者之申請，該行政機關及應依照其企業之目的、內容，於設施、設備所許範圍內，提供利用<sup>93</sup>。

由上述氏之說明與上述問題有關者，就(2)(3)部分，並未重視前述所指出「具體之權利－抽象之權利」之區別意義。且所有權利總括為「利用公企業之權利」，經由行政權之行使而意思合致以成立利用關係，對於保險事故之發生此一客觀事實之法律意義並未考慮，亦未論及給付之始期對於公企業利用關係之影響，尙難窺見其理論涵括社會保障給付構造多樣性之要素。

### (三) 山內一夫

學說亦有將社會保障包含於「營造物」之概念說明者<sup>94</sup>，茲以山內一夫之論述為例。關於營造物利用關係，氏說明如下：(1)「營造物利用權...除由一般公眾自由使用之營造物外，並非基於欲利用者之一方意思而可實現之權利，須待行政主體對於利用之申請為承諾之意思表示而具體化。基此，一般公眾所具有之營造物利用權，為潛在、抽象之權利。但他方面，一般公眾之營造物利用權，於有利用之申請時，行政如無正當理由，卻予拒絕，即屬違法」。(2)「如欠缺行政主體之承諾，一般公眾即不得利用營造物，其旨趣鑑於營造物任務之有限性，為謀將來之合理利用而予以公平調整，應尊重行政主體之隨時判斷，故對於違法拒絕之司法救濟，原則採取抗告訴訟」。(3)「營造物利用權，...因行政主體對於利用之申請所為意思表示而具體化，其具體化之權利稱為『具體之營造物利用權』。具體之營造物利用權，其內容，依營造物利用規則而劃定界限，法律性質應解為請求行政主體提供所定任務之債權。從而，行政主體不履行時，得依當事者訴訟

<sup>93</sup> 田中二郎，前揭註92書，138-139頁。

<sup>94</sup> 關於營造物之概念，與前述田中二郎之公企業、後述山田幸男之公企業，其差異點，前第二章第三項一、(註18)、第三章第五節第一項及同章註65。

請求強制履行」<sup>95</sup>。

由上述說明，如同遠藤博也之社會保障受給權般，氏亦將營造物利用權分為抽象（潛在）之權利與具體之權利。但對於抽象之營造物利用權，其發生時期並未明示，惟自所舉社會保險之例，認為保險給付之利用即為營造物利用之一例，並與加入社會保險所產生之保險費負擔有所區別，亦可認為僅係加入尚非等同營造物利用，其抽象之營造物利用權，尚須伴隨保險事故或要保障事故之發生<sup>96</sup>。倘若如此，氏之議論仍未注意上揭各社會保障給付構造中所見給付始期之差異，亦即將使社會救助因要保護狀態發生所成立「抽象之營造物利用權」，與社會保險因保險事故發生所成立之「抽象之營造物利用權」，均作同一理解，惟以前揭B、C型所呈現之始期差異，作同一理解，是否妥當，不無疑問。其次，氏關於權利之具體化，原則要求行政主體為承諾之意思表示，明確定位行政之決定，然氏認為抽象營造物利用權，須由行政基於利用之合理、公平調整後而作成決定，始能具體化。其結果，使此權利取向於行政對於利用所為之公平調整，如行政為公平調整後，縱係駁回利用之申請亦未侵害營造物利用權而可認為適法，倘若如此，該抽象之營造物利用權似即歸結為「請求適法之行政決定之權利」，與具體之營造物利用權為「請求行政主體提供所定任務之債權」，二者性質顯然相異，卻含括為一項權利中而分為抽象、具體二者，是否妥適，亦有疑義。

與前揭遠藤之見解對照，山內之論述亦提出權利侵害之救濟方法。氏認為抽象之營造物利用權，其具體化須以行政主體所為承諾之意思表示，此點提示行政決定之實質根據，在於「任務有限性」、「利用之合理、公平調整」，故有尊重行政判斷之必要，並主張以抗告訴訟救濟之。但是否於此原因之外，即無以行政決定具體化之必要，尊重

---

<sup>95</sup> 山內一夫「營造物とその利用關係」田中二郎等編『行政法講座 第6卷』（有斐閣、1966年）156頁

<sup>96</sup> 山內一夫，前揭註95文，157-158頁。

行政主體之隨時判斷，是否即排除請求作成契約締結之意思表示之一般給付訴訟，而如「任務有限性」不成問題時，請求任務之現實給付，是否即可不經行政決定而提起一般給付訴訟；反之，就具體化之營造物利用權，其救濟採取當事者訴訟，如對照上述說明，是否行政為承諾之意思表示後，即認為行政無再考慮任務有限性之必要性或權限，均有疑問。

#### （四）山田幸男

山田教授將社會目的之非權力性行政作用，以「公任務」概念總稱。其下分為「一時性事業」與「繼續性事業」，繼續性事業又分「福祉型之任務」與「收益型之任務」，而將社會保險、社會救助等社會保障，歸類為「福祉型之任務」<sup>97</sup>。但細分上，如國公立設施之醫院、保險所、兒童福祉設施等福利服務，因有區隔於一般市民社會之閉鎖性，而以一定之人為範圍，故與其他公任務相區別，其利用關係理解為營造物權力所單方規制之對象。至於社會扶助如生活保護，因其保護係依實施機關之決定開始、變更、停止、廢止等，則認為亦屬於營造物利用關係之特別權力關係，或以行政處分為手段具有行政權力性之法律構成<sup>98</sup>。但社會保險則以失業保險為例，認為其利用關係相當於私保險之普通保險契約約款，僅係其失業保險金之受給要件、受給額等由法律直接規定，故為公法上之當事者關係，而訴訟類型原本應考慮公法上當事者訴訟，但立法上對於失業保險金之支給等決定規定以抗告訴訟為之，此係基於為謀求相對人之救濟所設，並非否定公法上當事者關係之性質。且認為給付行政使用契約或處分係立法政策之問題，論述社會保險之利用關係之性質幾無實益<sup>99</sup>。

---

<sup>97</sup> 山田幸男『公企業法』（有斐閣、1957年）111-112頁。

<sup>98</sup> 山田幸男「給付行政法の理論」收於雄川一郎等編『現代法4』（1966年）29-30頁。但社會救助之生活保護等給付，其權力性與傳統行政權力之行使並非相同。

<sup>99</sup> 山田幸男，前揭註97書，208頁。

依上說明，氏對於社會保障給付關係，自給付關係之基本性質予以類型化檢討，為其特色，但仍未重視給付之始期、權利之發生等特定問題。而有關社會救助、福利服務為權力關係，失業保險等社會保險為當事者關係之說明，僅以後者採取撤銷訴訟之要求為立法政策問題，亦滋生前者是否為同屬立法政策要求，或係其本質上要求，同為立法政策之問題，其政策判斷是否妥當，二者間政策判斷性質有何差異等問題。再者，氏認為社會保險給付關係，將私保險之保險契約約款與社會保險之法律規定同其性質，但社會保險欠缺私保險所具備氏於其公企業概念中提出之企業性（收益性）要素<sup>100</sup>，則上述同質性之處理，仍有疑義。依此，再對照氏將前者之社會救助等給付關係所定性之特別權力關係，然特別權力關係之觀念於現今已無存在必要，將連帶動搖對於後者賦予當事者關係之定性，而留有是否仍有區別必要，如有必要，依何基準區別之問題。

## 二、行政法總論

### （一）私人之地位

日本行政法教科書中，單獨闡釋個人之權利義務或法律關係本身意義者，多以「行政過程之私人地位」論述。例如將「個人對於給付行政之權利」稱為「受益權」，由「具體之請求權」與「抽象之受利益地位」構成之<sup>101</sup>；或指出具體給付請求權於私人方面成立有各種方法，有以契約手法而為給付請求權根據，有以行政處分為根據者，並

---

<sup>100</sup> 氏認為因社會保險雖採取財務報表、企業會計原則，但因其事業目的不同，且定有特別會計法，盈餘或準備金均提撥至資金運用部門，非獨立採算制（即獨立之經濟單位，以收支平衡、資本之自己調度、利益金之自己處分），故不包含於其公企業概念中，山田幸男『行政法の展開と市民法』（有斐閣、1961年）168-172頁。

<sup>101</sup> 今村成和『行政法入門』（有斐閣、6版、1996年）162頁。氏舉地方自治法第10條第2項、憲法第25及26條規定，指其僅係抽象、受有利益之地位，尚非具體之請求權。

定位生活保護等社會保障給付屬於後者<sup>102</sup>。然此等概括說明，尚難反映社會保障給付構造之差異性，且對於個人受給付之權利內容、上揭二項權利或地位之關係，亦非明確。換言之，於前述學者山內一夫所主張營造物利用權之觀念中，至少尚以行政主體所為承諾之意思表示前，存在抽象之營造物利用權而作為駁回處分撤銷訴訟之權利基礎，但上述行政法總論關於私人地位之說明，是否同此理解，非無疑義。關此，顯現於「申請權」內涵及其權利本身性質之議論。

1、通常對於駁回處分之相對人，均承認相對人有該處分撤銷訴訟之原告適格，而學說、判例於此情形一般援用「申請權」作為駁回處分撤銷訴訟之權利基礎<sup>103</sup>。但亦有分別，於營業許可處分等之情形，係以自由（權）為原告適格基礎，於補助金交付之駁回處分等具有裁量性之駁回處分或公共用公物使用許可駁回處分等，此等情形之申請權，則認為以「受適切裁量而為准駁與否之判斷之利益」或「請求適法應答之權利」為基礎<sup>104</sup>。二者情形，何以給付行政之駁回申請處分，非相同對應於營業許可處分等之自由（權），而另以社會權為基礎。此或許認為直接援用憲法上之社會權應予慎重，但亦使申請權與「抽象之受利益地位（權利）」之關係，處於未明狀況。

2、其次，駁回處分撤銷訴訟之原告適格如以申請權為基礎，認為申請權係「請求適法應答之權利」，倘若依此，於保護申請權之不作為違法確認訴訟，即有問題。因不作為違法確認訴訟並未對於申請之實體理由當否作判斷，縱有判斷，亦僅止於理由敘明而為事實上效

---

<sup>102</sup> 塩野宏『行政法I』（有斐閣、4版、2006年）331頁。

<sup>103</sup> 越山安久「抗告訴訟の對象」鈴木忠一等監修『新・実務民事訴訟講座9 行政訴訟I』（日本評論社、1983年）47頁。此點，於福利服務之老人收容措施或修正前之兒童托兒所利用措施，並無申請程序之規定，對於不作成收容措施之行為，否定得提起抗告訴訟，有學者主張，於其給付義務單義明確之情形，得提起請求確認有採取收容或入所措施義務之訴訟，又坂常人，前掲註71文，75-78頁。

<sup>104</sup> 塩野宏『行政法 II』（有斐閣、4版、2006年）116-117頁。

果，並無拘束力，故該訴訟如獲勝訴判決，於作成處分時仍可能為違法處分，則以「請求適法應答之權利」為原告適格之基礎，即有疑問。因而，不作為違法確認訴訟所為基礎之申請權，與違法駁回訴訟之撤銷訴訟所為基礎之權利（如依上述學說即為「申請權」），二者間似有差異。雖有學說主張於立法所預定之一定法律構造下，將申請區分為：「關係人提出申請而符合一定要件時，行政機關有對於該關係人作成法所規定之行爲（如承諾要約或依申請之許可處分等）之義務」與「行政機關就申請內容審查而為某種應答之義務」，以重疊定位申請行爲<sup>105</sup>。但個人權利（申請權）於此二構造中之相互關係，如對照上述訴訟類型，即有其差異性，仍須再檢討。

3、申請權向來被定位為「程序法上權利」，而其內涵亦認為「請求適法應答之權利」，但應答之適法性仍須自實體法上判斷，故申請權本身亦有實體法上之性質。關此，學者有參考德國學說指出，一般而言，「申請」係請求行政機關作成由實體法所發生法律效果之決定，於此意義上，與實體法結合；另亦有程序法之機能，亦即開始行政程序之機能，藉以規定形成實體法法律關係之最早時點，或有決定行政程序對象之機能，規定實體法上所形成法律關係之內容，就賦予實體法影響之意義言，亦有實體法上之性質<sup>106</sup>。但「申請」於社會救助與社會保險之定位，應有不同。亦即，於社會救助通常以申請為給付之始期，故以此為實體法關係形成之最早時點，惟於社會保險，原則以申請前之保險事故發生時為給付之始期。就行政與個人之現實接觸，或可謂自申請開始，但實體法法律關係形成之最早時點，如重視給付之始期差異，於社會保險給付之構造，則未必可作相同說明。因而，「申請」於社會救助與社會保險之意義，即應作不同理解。

## （二）行政處分

---

<sup>105</sup> 小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）318-319頁。

<sup>106</sup> 人見剛「行政処分申請権について」兼子仁等編『手続法的行政法学の理論』（勁草書房、1995年）156-157頁。

前節所類型化之社會保障給付構造中，具有特殊法律效果之行政決定，屬於行政法學中「行政處分」概念之一部分。而就第二節所舉具體例中，行政決定之行政法意義如何對應多樣之給付構造，係反映於行政處分之分類論。

### 1、傳統分類論

回溯傳統行政法學，美濃部達吉將恩給權之裁定分類為「準法律行為之行政處分」中之「確認行為」。依氏之說明，「準法律行為之行政處分，為不以效果意思為其構成要素者，與法律行為之行政處分相區別。法律行為之行政處分係意圖發生一定法律效果，即依其意思內容而發生法律效果，然準法律行為之行政處分為表示某事實之行為，亦需要表示意思，但其所表示者僅為單純之判斷、認識、觀念，非取向於法律效果之意思。故縱使發生形成效果，其形成並非於行為者之意思，而全然基於法律之力」<sup>107</sup>。而確認行為係「國家以公之權威，就特定法律事實或法律關係存在有爭執或疑義之情形，判斷、認定其爭執或疑義而將其宣示之行為，並非效果意思之表示，僅為判斷之表示。確認行為僅以確定特定之事實或權利存在與否，並非形成行為，僅為宣示性之行為，故未創設任何事實或權利，止於確定現時存在之事實或權利，藉以定奪其所生爭執或疑義，性質上必然為羈束行為，非自由裁量行為。其原本效果雖僅發生公之確定力，但亦有因法律上將其行為結合形成性效果，使該確認行為有如形成行為之外觀，法令用語上，附以許可、認可或特許名稱者均有之。縱係如此，亦非以該行為本身意欲發生效果之意思為要素，其效果係法律繫諸其行為而發生，非形成行為而為確認行為」<sup>108</sup>。依此說明，應重視者，係美濃部所認為，受恩給之權利因退休或死亡而當然發生，於受行政之確認前，僅有潛在之效力，尚不得行使，須藉由裁定而由行政機關表示恩給權為「現時存在之事實或權利」之觀念。

---

<sup>107</sup> 美濃部達吉『日本行政法上卷』（1936年）223-224頁。

<sup>108</sup> 美濃部達吉，前揭註107書，225-226頁。

依美濃部之說明，再對應社會保障給付之構造，即有學者明確整理成：「社會保障受給權之發生，一般採取以行政機關之決定為中介之構造。社會保險行政，依法律規定而預先於給付主體（保險人）與受給者（被保險人）間成立保險關係，基於一定事實，使保險給付之受給權，成為被保險人給付之反對給付而發生，但因大量發生之受給權，行政機關難以完全知悉，故使受給權之具體發生繫於行政機關之決定。另一方面，社會救助行政，則係原先給付主體與受給者間並不存在法律關係，因行政機關之決定始成立受給關係，同時發生受給權。故以此種法律構造之差異為前提，乃將前者之決定認為準法律行為之行政處分中之確認處分，後者為法律行為之行政處分中之形成處分」<sup>109</sup>。

但後續學說對於上述傳統理解，未有明確意識，僅自形式上分類強調確認行為與形成行為之區別，或著眼於法律要件之認定方面，說明確認類型係表現嚴格之羈束行為性。就前揭美濃部所言，確認行為係對於因某客觀事實所「當然發生」之權利，而由行政機關以該行為表示出「現時存在之事實或權利」之觀念，後續學說未予正視，忽略各行政處分背後所存在具體法律構造，亦有問題。甚且，有朝放棄準法律行為之行政處分此概念之傾向，認為效果意思有無之要素，於法律所賦予之裁量餘地問題中討論即可，區別法律行為之行政處分與準法律行為之行政處分，無須與行政機關之意思要素結合<sup>110</sup>。

## 2、現代分類論

準法律行為之行政處分與法律行為之行政處分，其區分觀點係自行政機關之主觀意思如何程度反映於其行為，而法律行為之行政處分

---

<sup>109</sup> 室井力編『現代行政法入門（2）—行政組織・主要な行政領域—』（法律文化社、2版、1995年）252頁（本多竜夫執筆）。

<sup>110</sup> 原本此一分類有解釋論之意義，即法律行為之行政處分有裁量餘地且得附附款，準法律行為之行政處分則否。但現時學說已認為此一分類並無必要，兼子仁「行政法總論」（筑摩書房、1990年）162-163頁。



有命令處分與形成處分之區別，則係自行政之行為如何影響國民行動之層面即行為之法律效果而論。因此，縱向之「準法律行為之行政處分—法律行為之行政處分」與其下位細分類即橫向之「確認—命令及形成」，本係基於不同觀點之分類，卻置於同一座標軸，亦受現時學說所批判<sup>111</sup>。從而，現時學說改自行為之法律效果分類，即由「行政之行為於行政機關與國民間之法律關係以如何型態存在」理解行政處分。依新分類之觀點（行政之行為於法律構造中之法律效果、機能），社會保障給付構造之行政決定，多數見解有以一元化構成之傾向。亦即有以設權或形成行為說明之，認為生活保護決定、社會保險或年金受給權之裁定，係設定社會保障給付之受給權，使國民得以有效享有其所申請之具體權利或法律關係<sup>112</sup>。但亦有未必採取一元化構成，例如基於機能觀點將行政處分，分為：命令（對於私人直接下命作為或不作為）、形成（對於私人設定法律地位）、確定（確定法律關係），認為恩給等社會保險給付係確定行為<sup>113</sup>。

無論採取形成行為或確定行為之一元化理解，均難對應社會保障給付構造之差異狀況。例如社會保險，因保險事故所發生之法律關係，如何因行政處分，自何法律關係變動為何法律關係如何說明，亦成問題。關此，學者遠藤博也依其行政過程論之觀點（即基本法律地位之權利自由，經由行政程序具體化所產生之權利義務，歸結成訴訟上請求權之過程），仍保留形成（如生活保護受給權）與確認（如社會

---

<sup>111</sup> 藤田宙靖「行政行為の分類」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、1990年）61頁。

<sup>112</sup> 兼子仁『行政法学』（岩波書店、1987年），148頁，氏稱之「受給權之特許制」；今村成和，前掲註101書，85頁；芝池義一『行政法総論講義』（有斐閣、3版、1998年）133頁。此外，宮崎良夫亦採一元見解，氏自憲法關於生存權保障規定，認為縱使如生活保護給付，亦否定其形成行為之性質，均屬確認行為，前掲註15文，351-352頁。

<sup>113</sup> 塩野宏，前掲註102書，110頁，但氏對於生活保護開始決定為何性質之行政處分，並未明示。

保險給付)之區別，並有意識將行政決定之性質與「給付要件之明確性」、「時間之契機」結合，認為：「給付行政之領域，以金錢給付等內容之決定，除權利自由之性質外，尚必須依處分要件事實係過去（社會保險給付）、現在（生活保護給付）、將來（補助金交付），明確其形成要素或裁量要素程度上之強弱差異，而解為形成行為或確認行為」<sup>114</sup>。但如前所舉案例，社會救助之生活保護費給付有溯及過去事實之可能，而社會保險給付非僅以過去完結之事實（如繳納保險費），亦有以現在繼續存在之事實（如傷殘、疾病等）為處分要件事實者，故上述說明，仍難謂充分。

從而，行政處分之分類是否仍有解釋論上之實益，前述批判之學說亦轉向保留，認為僅留有於類型上說明行政機關介入私人活動之說明機能。因而，行政處分之分類對應於社會保障給付構造，亦有學者根本上主張：「於法律規定給付要件與給付內容之情形，該當於要件之事實即成立受給法律所規定給付之權利。權利存否有爭執時，係由法院作最終裁斷，行政機關對於構成要件該當性之判斷，亦即受給權成否之認定判斷而為之行政處分，無論為確認、形成，或該判斷係羈束、裁量，均當作不服行政處分之途徑處理，裁判上係以抗告訴訟對應。故行政機關之認定判斷以行政處分形式呈現，其意義在於決定其效果之糾紛解決途徑，至於裁量、羈束，或形成、確認之問題，僅涉及法院之審查範圍，並非決定爭執途徑之基準」<sup>115</sup>，分類論似無重要意義。

### 第三項 以權利為基準

#### 一、複數權利之組合

前項行政法學對於社會保障給付構造之回應，就「客觀事實」、「

---

<sup>114</sup> 遠藤博也『実定行政法』（有斐閣、1989年）99頁。

<sup>115</sup> 又坂常人，前掲註71文，73頁。

給付始期」、「個人權利」及「行政決定」之關係，其基本意義或概念，難認有清晰之界定。針對四者之關係，於社會保障給付之多樣構造，向來學說概括以「受益地位」、「抽象－具體」權利及「確認－形成」等，不同基準觀點之一元化說明，未必適切。故新進學者有主張，應重視各給付構造類型之差異性，且應基於同一基準觀點，賦予一貫化之定位，並以此為出發點探討相關行政法概念之妥當性及教義學因應上述給付構造差異之開放性<sup>116</sup>。

以前述第三節第二項之基本類型（即 A 型至 C 型）為基礎，如何選擇基準觀點，亦即，係著重於「個人權利」或「行政之決定」，須有取捨。如著重於行政之決定，其差異性或可以具有特殊法律效果之行政決定著手，而自行政處分之分類論著手。但如前所述，現時行政處分之分類論，有分類基準不明確、分類意義之重要性不高等狀況，且未能直接表現給付始期之差異，有使不以具有特殊法律效果之行政決定為必要之給付構造（即 A 型），無法納入說明而與 B 型或 C 型切斷之危險。因此，採取個人之權利發生，亦即以要保障事故之發生時為給付之始期作基準觀點，則為 A 型與 B 型類型所共通，較為適切。

但選擇個人之權利為基準觀點，亦應明確該權利之對象（目的）及與行政決定之相互關係，從而有設定複數權利給予說明之可能。對此，由前述生活保護法之保護給付，或福利服務之措施制度說明中，有所謂「請求保護（措施）實施之權利」與「請求作成保護（措施）決定之權利」之說明<sup>117</sup>；另一方面，行政從事給付之際，其行為亦可獨立為「對於人民實施財物或勞務給付之行為」與「是否應為給付之決定行為」。基此，二項權利對應於上揭二行為，如予一般化，將社會

---

<sup>116</sup> 太田匡彥「權利・決定・対価（三）－社会保障給付の諸相と行政法ドグマテーイク、基礎的考察」法学協會雜誌116卷5號（1999年）785-786頁以下。

<sup>117</sup> 參照前第二節第二項、第三項一、。又，亦有區分「申請權」、「請求權」及「受給權」，「申請權」為請求對於申請為應答之程序上權利，「請求權」為請求給付之實體權利，「受給權」為實際受領給付之權利，堀勝洋，前揭註78書，121頁。

保障給付構造所要求具有特殊法律效果之行政決定稱為「給付決定」（即行政處分），其對應之個人權利為「請求給付決定之權利」；提供社會保障給付實際財物或勞務給付之行爲，其對應之個人權利則為「請求交付財物或勞務之權利」。可利用此二權利說明上述各社會保障給付構造，最終係以受領財物或勞務之交付爲目的，故「請求交付財物或勞務之權利」爲重要表徵。基此，採取以個人之權利爲基準之觀點，藉由上述二者獨立之權利，對應社會保障給付構造而加以組合，可說明如下<sup>118</sup>：

（一）A 型並不要求給付決定之作成，給付之始期爲要保障事故發生時。此類型係伴隨要保障事故之發生，成立「請求交付財物或勞務之權利」。

（二）B 型則要求行政之給付決定，但給付之始期爲要保障事故。請求給付決定之權利因要保障事故之發生而成立，且同時亦應認爲「請求交付財物或勞務之權利」隨要保障事故之發生而成立。原先如以給付決定爲區隔，尚須區分伴隨給付決定而同時發生「請求交付自要保障事故發生時至給付決定作成時之財物之權利」與「請求交付給付決定作成時以後之財物之權利」，以年金給付而言，實際上給付決定之前爲一次性給付之債權，給付決定之後爲定期性給付之債權，二者權利內涵並非一致，以給付決定爲說明，並非單純明快。如以要保障事故發生即同時成立此二權利，則可將年金給付均解爲伴隨要保障事故而發生之定期性給付債權，而可與 A 型有所聯繫。但於 B 型之場合，雖二項權利同時發生，於給付決定作成前，個人尙不能直接主張「請求交付財物或勞務之權利」。

（三）C 型則要求行政之給付決定，給付之始期並非要保障事故發生時而爲給付決定時。此類型僅因要保障事故發生而成立「請求給付決定之權利」，因給付決定而成立「請求交付財物或勞務之權利」。

---

<sup>118</sup> 太田匡彥，前揭註88文，404-405頁。

## 二、構造選擇之考慮因素

依上檢討，對應於社會保障給付之多樣構造，以個人權利為基準而分類，區別「請求給付決定之權利」與「請求交付財物或勞務之權利」作說明，有單獨（A型）、重疊（B型）或連續（C型）之利用可能。但同時有以下問題：(1)為使此三者有利用可能，行政法釋義學上應建立如何之前提概念。(2)就給付決定而言，於B型及C型之意義即應有不同，為說明其意義之差異，應以如何之行政法概念為前提。(3)配置此多樣給付構造之理由為何，應否容許此多樣性構造之存在，其正當化之要求為何，各自構造之選擇所考慮因素為何，此考慮因素於行政法釋義學給予如何定位<sup>119</sup>。關此，可能自以下方向探討<sup>120</sup>：

（一）A型與（B、C）型間係以有無給付決定為必要為區別，而A型不以給付決定為必要，行政與個人間之爭執，並非採取行政法所特有之撤銷訴訟，而係以與民事訴訟相當之制度。因此，A型與（B、C）型間之選擇，其考慮因素在於給付請求權之爭執解決，係採取行政法所特有之撤銷訴訟，或與民事訴訟相當之制度何者為妥當。

（二）（A、B）型與C型間係以給付之始期是否係要保障事故發生時為區別。而其理由根據，在於（A、B）型之社會保險等，係因受給者預先繳納之保險費或相當於此之費用，而提供某種給付；但C型之社會救助、福利服務或社會津貼等，其給付之提供，並非以受給者預先繳納一定費用為前提。依此，給付之提供是否基於受給者預先繳納之費用，二者間有無「對價性」，即成為選擇（A、B）型與C型間之考慮因素。

上述二考察方向，以何者為妥當。就（一）而言，給付構造之選

---

<sup>119</sup> 太田匡彥，前揭註88文，406頁。

<sup>120</sup> 太田匡彥，前揭註116文，785-786頁以下。

擇，以行政作用之特有構造處理而求諸給付決定要否之考慮，從給付之最終目的係希望獲取財物或勞務之交付，並非當然須使用行政作用之特有構造，勿寧財物或勞務自何時交付，即考慮請求交付財物或勞務權利之發生時期，其重要性較高。因而，採取（二）之方向，似較妥適。但（二）所設定之「對價性」因素，即給付之提供是否完全以受給者所預先繳納費用為基礎，係源自民法之保險原理而轉用至社會保險制度，由此方向考察，亦有問題。亦即：(1)制度上亦不乏脫離上述保險原理之設計，切斷給付與費用繳納之關聯性，而有緩和保險要素之規定存在，法理上如何解釋<sup>121</sup>。(2)社會保障法學說有以扶助原理優先為社會保險之發展趨勢，預先繳納費用與給付間之關聯性意義已漸漸縮減，故傾向不將源自市場交易之對價性觀念與社會保障給付之權利性相連結，而採取消極態度<sup>122</sup>。(3)行政法學說亦有認為「保險技術採用與否，僅係財政負擔上之立法政策問題，縱與行政之決定行為分類有關，但並非可解為係對於該當給付之開始時期問題、當事者訴訟等容許性問題之決定性因素」<sup>123</sup>。關此，如何理解「對價性」之內容、社會保險之「保險」性質，社會保險制度於社會保障給付構造之差異性，固然可能為構造選擇之考慮因素，但是否能進而發展為行政法釋義學對此多樣給付構造給予一貫說明之前提概念，連同社會保障制度何以須以行政法構造之特殊法理加以規範之問題，仍有探討必要<sup>124</sup>。

---

<sup>121</sup> 例如保險費繳納方面，厚生年金保險法育嬰假中之保險費免除；滿20歲前成為身心障礙者，其受給障礙基礎年金亦免繳保費。風險與保險費額度方面，醫療保險之保險費計算並非基於疾病之風險，而係以所得收入為基準；同一年金保險，就老年年金並非以壽命長短之風險，亦無分男女，均相同保費等。

<sup>122</sup> 西原道雄「社会保険における処出」契約法大系刊行委員會編『契約法大系V（特殊の契約）』（有斐閣、1963年）348頁；荒木誠之『社会保障の法的構造』（有斐閣、1983年）18頁。

<sup>123</sup> 室井力編，前掲註109文，253頁（本多滝夫執筆）。

<sup>124</sup> 分別自社會保障法學與保險學之探討，太田匡彥，前掲註120文，790-807頁，氏以「對價性」作為解答構造差異之基準，提出假設可能，尚無定論，且此一假設



對於日本型照護保險制度（可能歸類為C型，卻又含有對價性特徵），如何說明，留有疑問。惟線索上，氏認為此係重視個人所支出保險費與所獲得保險給付相等關係（「給付反對給付均等原則」），或社會保險團體之總收入（保險費總額）與總支出（保險給付總額）相等（收支相等原則）之問題。前者之成立並非承認保險性之要件，但後者之成立則屬必要，為原始型社會保險即「共濟」組合之特徵，而與近代型保險相區別，就其以「相互扶助」之思想，實質上具有「較為緩和之交換要素」，仍可從原始型保險即「共濟」制度之內涵，探求對價性之觀念。例如德國法上採取保險人團體自治之方式，就類此給付與付費之法學分析言，亦成為後續探索之題材，倉田聰『医療保險の基本構造—ドイツ疾病保險制度史研究—』（北海道大学図書刊行会、1997年）315頁以下。

