

# 從法治主義談長期照顧行政法制

## The Rule of Law of Long-term Care in the Administrative Legal System

邱瑞朝

Ruei-Chau, Chiou

私立銘傳大學法律學系兼任助理教授、桃園市政府都市發展局秘書室主任  
Assistant Professor, Ming Chuan University Law Department, and Director of Secretariat, Department  
of Urban Development, Taoyuan

### 摘要

所謂的「法治 (Rule of Law)」，其意義為「依法而治」。而相對於法治，另一個則是「法治國 (Rechtsstaat)」，係指國家的所有權力，都必須受到法律的拘束。法治與法治國兩者，其實意義相近，均為憲法位階的原理原則，其目的也在於透過法律，而對於國家權力予以限制，以保障人民的基本權利。本文所稱法治主義，係源自於德國的法治國原則以及日本實質法治主義下的「實質法治主義」。其意義係指「依法行政」，包含行政權對於法律的尊重，以及法律對於行政權恣意的抑制。本文討論老年人長期照顧之行政法制，對於法治主義之呈現，從老年人長期照顧的制度研析，並結合依法行政三原則以及程序正義七原則之規範與內容，予以逐點檢視。以求行政制度能落實法治主義中，對於形式上之程序正當性，以及實質上對於人民權利之保障要求。

**關鍵詞：**行政法五大架構、長期照顧、行政法制、法治主義、法治國

電子郵件：10010390@mail.tycg.gov.tw

地 址：33851桃園市蘆竹區南山路3段63號

電 話：0972-820-196



## Abstract

"Rule of Law", it is mean "Rule by Law". The other respect to the rule of law, is refer to all the powers of the State, must be bound by law. Both law and the rule of law, in fact similar meaning, are the principles of the constitutional principle of rank. Its purpose is hoped that through the law, and for state power to be limited in order to protect the basic rights of the people. It referred to herein Rule of Law, the Department of State from the rule of law in Germany and Japan, the essence of the rule of law under the principle of "Substantive Rule of Law." Its significance means "According to Law", including respect for the law for the executive power, and the legal authority for administrative wanton suppression. This article discusses the long-term care of the elderly administrative legal system. For the rule of law doctrine presents, and the elderly long-term care system research analysis. This article combined with the seven principles of administration according to law norms and procedures of the three principles of justice. The content to be by-point review in long-term care. Administrative system in order to be able to implement the Rule of Law, with respect to the form of due process, and essentially for the protection of the rights of the people demand.

**Keywords:** Five Major Framework of Administrative Law, Long-Term Care, Administrative Legal System, Rule of Law, Rechtsstaat



## 一、前言

### (一) 長期照顧 2.0 發展趨勢

蔡英文總統，於 2015 年總統大選競選時，提出「英派革新·臺灣好政」，以「基本技職教育政策」、「食安五環改革方案」、「勞動政策六大主張」、「五大創新研發計畫」、「打造臺灣文藝復興」、「客家原民多元族群」、「司法體制國會改革」以及「長照十年計畫 2.0」，作為其未來施政擘劃之主張，其中「長照十年計畫 2.0」，就是針對臺灣社會長期照顧需求所提出的政策規劃。蔡英文總統，提出推動新「建構長期照顧體系十年計畫（簡稱長照十年計畫 2.0）」。該行政計畫之政策目的，在於延續民主進步黨於陳水扁前總統執政時期，由蘇貞昌前行政院長於 2007 年 11 月所提出之「我國長期照顧十年計畫—大溫暖社會福利套案之旗艦計畫」。<sup>1</sup>原來的旗艦計畫規範了 2008 年至 2017 年的施政規劃，蔡英文總統的新十年計畫，則係規範自 2017 年起，另一個十年的長期照顧行政計畫。

蔡英文總統在「長照十年計畫 2.0」的開頭中提到：「有過照顧經驗的人都知道，如果沒有很大的耐心，即使是最親近的家人，也會感到辛苦。長期照顧是臺灣許多家庭正在面臨的負擔。作為一個政治人物，我的責任就是提出問題的解決方案。」<sup>2</sup>這段文字淺顯易懂，沒有艱深的學術用字，沒有專業的統計數據，但是卻說明了臺灣社會真正的需要，與國家的責任，令人動容深思。身為臺灣社會的一分子，本文同樣深思自己的社會責任，與可以奉獻個人心力的地方。

所謂的「長期照顧」，係不同於「長期照護」之概念。傳統上對於長期照護的概念與定義，較著重於醫療層面，大致上係指長期提供醫療服務與生活照護等服務。<sup>3</sup>原行政院衛生署（2013 年 7 月 23 日改制為「衛生福利部」），為整合並健全長期照護服務體系，前於 2011 年 3 月 31 日，經行政院院會通過，並送請立法院審議的「長期照護服務法（草案）」，即係以長期照護為其核心立法概念。<sup>4</sup>依照原送請立法院審議之長期照護服務法草案，第三條第一項名詞定義第一款之規定，所謂的「長期照護」，係指對身心失能持續已達或預期達六個月以上，且狀況穩定者，依其需要所提供之「生活照顧、醫事照護」，即可資證。

然該法經立法院初審後，即將法律名稱更名為「長期照顧服務法」。依據立法院於 2015 年 5 月 15 日三讀通過，總統於 2015 年 6 月 3 日公布，預計於公布後二年，亦即 2017 年 6 月 3 日起正式施行的法律條文，其第三條第一項名詞定義第一款之規定，所謂的長期照顧，係指身心失能者（亦即身體或心智功能，部分或全部喪失，致其日常生活需要他人協助者），已達或預期

<sup>1</sup> 英派革新·臺灣好政，〈2016 總統大選蔡英文長期照顧政策主張〉，《點亮臺灣·蔡英文》，2015 年 09 月 01 日，〈<http://iing.tw/posts/80>〉。

<sup>2</sup> 英派革新·臺灣好政，〈2016 總統大選蔡英文長期照顧政策主張：十年長照 2.0 計畫〉，《點亮臺灣·蔡英文》，2015 年 09 月 01 日，〈[http://iing.tw/policies/long-term\\_care](http://iing.tw/policies/long-term_care)〉。

<sup>3</sup> 蘇逸玲，〈長期照護立法政策與管理定位之探討〉（臺北：國立陽明大學醫務管理研究所碩士論文，2005 年），頁 7。

<sup>4</sup> 原行政院衛生署新聞稿，〈行政院院會通過「長期照護服務法」草案，為普及式長照服務制度奠基，為長照品質把關〉，《衛生福利部》，2011 年 03 月 31 日，〈[http://www.mohw.gov.tw/cht/donahc/DM1\\_P.aspx?f\\_list\\_no=582&fod\\_list\\_no=0&doc\\_no=3409](http://www.mohw.gov.tw/cht/donahc/DM1_P.aspx?f_list_no=582&fod_list_no=0&doc_no=3409)〉。



將達六個月以上者，依其個人或其照顧者之需要，所予以提供之「生活支持、協助、社會參與、照顧以及相關之醫護服務。」<sup>5</sup>換言之，長期照顧之服務對象，係為身心失能者，以及身心失能者之照顧者。而身心失能者及其照顧者的範圍，可能包括各種年齡階層，老年人僅為其中之一。至於長期照顧之服務內容，較之原長期照護僅限於「生活照顧、醫事照護」等服務，長期照顧之服務範圍更為擴大，包括「生活支持、協助、社會參與、照顧以及相關之醫護服務。」。更能夠提供全方位的服務與照顧，可謂是體系龐大。因此，長期照顧服務行政法制之良窳，其影響之範圍深遠，包括服務人員、相關產業以及接受長期照顧服務之人與其家屬皆屬之。

我國以往執行長期照顧之服務體系，大致上可以分為三個區塊來談，分別是衛政、社政以及軍政（退輔）。<sup>6</sup>所謂的衛政，係指以原行政院衛生署為主政的衛生福利體系。所謂的社政，則係指以原行政院內政部社會司為主政的社會福利體系。而所謂的軍政，則係指以國軍退除役官兵輔導委員會為主政的榮民照顧體系。前述之三個區塊，各有其行政體系以及權責法規，例如衛政體系的法規依據為醫療法、護理人員法等，而社政體系的法規依據為老人福利法、身心障礙者權益保障法等。至於軍政體系的法規依據，則係國軍退除役官兵輔導條例、國軍退除役官兵就養安置辦法、國軍退除役官兵就醫辦法等。以往此種多頭馬車主政，與權責法規相歧異之結果，造成我國長期照顧之資源紊亂，而有面臨整合之必要。

為整合長期照顧之服務體系，我國行政院於 2007 年 11 月核定「我國長期照顧十年計畫—大溫暖社會福利套案之旗艦計畫」，明定自 2008 年起至 2017 年為止，分三個階段實施長期照顧十年計畫，其中 2008 年至 2011 年為發展基礎服務模式，2012 年至 2015 年為擴大服務對象並健全長期服務資源網絡，至於 2016 年至 2017 年則為銜接長期照護保險法。<sup>7</sup>雖該長期照顧十年計畫的發展階段定義明確，而且我國亦在 2013 年 7 月 23 日成立衛生福利部，由其所屬「護理及健康照護司」，專責推動發展長期照顧體系及品質，而將原內政部社會司的社會保險科、衛生署全民健康保險小組，以及長期照護保險籌備小組，整併成為衛生福利部「社會保險司」，由其專責國民年金制度、全民健康保險及長期照護保險等社會保險業務。<sup>8</sup>但是對於我國長期照顧業務，民間仍不乏批評及建議之聲浪。認為原有的長照法規草案，似乎忽略家庭照顧者以及身障者之需要，亦忽略了給與其社會參與活動之機會，例如給與教育、就學、就養與就業的機會以及制度。<sup>9</sup>雖衛生福利部一再澄清，但社會對於長期照顧業務之推動，仍存有距離感。<sup>10</sup>

<sup>5</sup> 長期照顧服務法（草案），立法院初審版本第三條第一項名詞定義，第一款「長期照顧」、第二款「身心失能者」意旨參照。詳參衛生福利部新聞稿，〈長照服務法於立法院社福衛環委員會完成審議，為我國長照發展之重要里程碑〉，《衛生福利部》，2014 年 01 月 18 日，〈[http://www.mohw.gov.tw/CHT/Ministry/DM2\\_P.aspx?f\\_list\\_no=7&fod\\_list\\_no=4553&doc\\_no=42875](http://www.mohw.gov.tw/CHT/Ministry/DM2_P.aspx?f_list_no=7&fod_list_no=4553&doc_no=42875)〉。

<sup>6</sup> 林毓、朱信、謝佳容、梁嘉慧、周桂如，〈臺灣長期照護的服務類型與照護範圍〉，《源遠護理》，第 3 卷第 2 期，2009 年 11 月，頁 32。

<sup>7</sup> 詳參護理及健康照護司，〈我國長期照顧十年計畫～101 至 104 年中程計畫（行政院 101 年 10 月 23 日院臺內字第 1010061581 號函原則同意）〉，《衛生福利部》，2013 年 07 月 10 日，〈[http://www.mohw.gov.tw/cht/DONAHC/DM1\\_P.aspx?f\\_list\\_no=581&fod\\_list\\_no=1402&doc\\_no=3411](http://www.mohw.gov.tw/cht/DONAHC/DM1_P.aspx?f_list_no=581&fod_list_no=1402&doc_no=3411)〉。

<sup>8</sup> 社會保險司，〈關於本司〉，《衛生福利部》，2013 年 07 月 31 日，〈[http://www.mohw.gov.tw/CHT/DOSI/DM1\\_P.aspx?f\\_list\\_no=88&fod\\_list\\_no=0&doc\\_no=249](http://www.mohw.gov.tw/CHT/DOSI/DM1_P.aspx?f_list_no=88&fod_list_no=0&doc_no=249)〉。

<sup>9</sup> 「近日報載行政院會通過並送立法院審議之長照服務法草案內容，忽略家庭照顧者、身障者之需要，似有誤解，本署澄清說明如下：……」詳參護理及健康照護司新聞稿，〈長照服務法重視家庭照顧者及身障者之需要〉，《衛生福利部》，2011 年 04 月 12 日，〈[http://www.mohw.gov.tw/CHT/DONAHC/DM1\\_P.aspx?f\\_list\\_no=582&fod\\_list\\_no=0&doc\\_no=3428](http://www.mohw.gov.tw/CHT/DONAHC/DM1_P.aspx?f_list_no=582&fod_list_no=0&doc_no=3428)〉。

<sup>10</sup> 詳參護理及健康照護司新聞稿，〈衛生署對「長期照護服務法」各界關注議題之回應〉，《衛生福利部》，2011 年 04 月 14 日，〈[http://www.mohw.gov.tw/CHT/DONAHC/DM1\\_P.aspx?f\\_list\\_no=582&fod\\_list\\_no=0&doc\\_no=3428](http://www.mohw.gov.tw/CHT/DONAHC/DM1_P.aspx?f_list_no=582&fod_list_no=0&doc_no=3428)〉。



依據前述長期照顧十年計畫，我國推動長期照顧之服務內容，係以滿足身心失能者及其照顧者的日常生活為主。其服務項目包括有照顧服務、居家護理、社區及居家復健、輔具購買租借及住宅無障礙環境改善服務、老人餐飲服務、喘息服務、交通接送服務以及長期照顧機構服務等八大類。<sup>11</sup>而實施長期照顧服務之體系，大致上亦可以分為機構照顧、居家照顧以及社區照顧三大類。所謂的機構照顧，係指由各類公私立機構，提供長期且全天之照顧服務，如護理之家、長期照顧機構、安養護機構、榮民之家、老人之家等。而所謂的居家照顧，則包括由長期照顧服務人員，到府提供服務，如醫護、復健、清潔、送餐等。亦有白天到各類長照機構接受照顧服務，而晚上返回自家享受家庭生活的模式。而所謂的社區照顧，則係一種結合機構照顧及居家照顧的照顧類型，源自於 1980 年代的北歐國家，其規劃整個社區為長期照顧服務環境，結合二者優點，使受照顧者在該社區中，有獨立之居家而享有個人隱私，並同時可以接受專業長期照顧服務。<sup>12</sup>

## （二）法治主義的定義與演進

所謂的「法治 (Rule of Law)」，其意義為「依法而治」，是英國憲法學者，戴雪 (Albert Venn Dicey) 在其 1885 年所出版之「英國憲法學導論 (Introduction to the study of the law of the constitution)」一書中首次揭櫫，因而成為英美法上的重要概念。<sup>13</sup>而相對於法治，另一個則是「法治國 (Rechtsstaat)」，其係源自於德國法的概念，係指國家的所有權力，都必須受到法律的拘束。<sup>14</sup>法治與法治國兩者，其實意義相近，均為憲法位階的原理原則，其目的也在於透過法律，而對於國家權力予以限制，以保障人民的基本權利。<sup>15</sup>而在具體的細節上，法治概念承襲英美法不成文法典的傳統，透過司法權審理個案來保障正義，而著重於司法部門。而法治國概念，則著重於國會部門，希望以國會立法為手段，以制定成文法典的方式，來落實正當法律程序，進而保障人權。<sup>16</sup>

目前國內學者，對於法治主義的定義，誠如前述，而有法治與法治國二種區別。有認為所謂的法治主義，就「是法治 (Rule of Law)」，亦有認為法治主義，指的是「法治國 (Rechtsstaat)」。<sup>17</sup>然二者均肯認法治主義為憲政國家之基本原則，國家必須依法治理，不能恣意行政，對於人民權利義務之拘束，必須有法律或法律授權始得為之。深究二者、同中求異，應該在於司法、行政與立法三權的互動關係。在英美法系下的法治概念，以判例法為重，法官擁有造法之權力，

<sup>11</sup> 詳參護理及健康照護司，〈我國長期照顧十年計畫摘要本〉，《衛生福利部》，2013 年 07 月 10 日，頁 3-4，<[http://www.mohw.gov.tw/cht/DONAH/DM1\\_P.aspx?f\\_list\\_no=581&fod\\_list\\_no=1403&doc\\_no=3412](http://www.mohw.gov.tw/cht/DONAH/DM1_P.aspx?f_list_no=581&fod_list_no=1403&doc_no=3412)>。

<sup>12</sup> 吳淑瓊，〈人口失智者之合租公寓老化與長期照護政策〉，《國家政策季刊》，第 4 卷第 4 期，2005 年 12 月，頁 8-11。

<sup>13</sup> 陳新民，〈法治國家論〉（臺北：新學林出版股份有限公司，2001 年 04 月），頁 45。

<sup>14</sup> 陳英淙，〈由法治國概念探討憲法法治國原則之內涵〉，《中央警察大學法學論集》，第 21 期，2011 年 10 月，頁 67-108。

<sup>15</sup> 陳新民，〈國家的法治主義—英國的法治 (The Rule of Law) 與德國法治國家 (Der Rechtsstaat) 之概念〉，《臺大法學論叢》，第 28 卷第 1 期，1998 年 10 月，頁 47-121。

<sup>16</sup> 黃舒芃，〈知識天地：法治 (Rule of Law) vs 法治國 (Rechtsstaat)〉，《中央研究院週報》，第 1164 期，2008 年 04 月 03 日，頁 3-4。

<sup>17</sup> 葉俊榮、張文貞，〈轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢〉，《人文及社會科學集刊》，第 14 卷第 4 期，2002 年 12 月，頁 515-559。



不受行政與立法權之拘束。<sup>18</sup>而在歐陸法系下的法治國概念，依法行政、依法判決。我國憲法第八十條規定，法官須依據法律獨立審判，即為規範普通法院法官於判決時，雖不受行政解釋之限制，但仍應受法律之拘束。普通法院法官於審理案件時，認該案所適用之法條，似有違憲之虞時，依照司法院大法官釋字第 371 號解釋，法官對於依法公布施行之法律，不得自行認定法律違憲，而逕行拒絕適用，僅有停止訴訟程序，先行聲請大法官解釋憲法之權力。<sup>19</sup>

而對於法治主義之定義，又可區分為「形式法治主義」與「實質法治主義」兩種。所謂的形式法治主義，係指僅將法律視之為國家作為行政管理上之技術規範，而忽略法律本質。而所謂的實質法治主義，則係指國家在進行立法時，除須注重法定程序外，更應著重實質上對於人民權利之保障。<sup>20</sup>因此，在討論一國是否為「法治國」時，所著重的並非該國是否有成文憲法、法律存在，亦非著重該國的法律制定是否有依循法定程序，例如是否有經該國國會審議通過。而係著重該國之憲法、法律，是否除有明文規範人民權利外，更著重於實質之保障。亦即形式法治主義與實質法治主義的區別，並不是制定法律的形式與程序。歐陸法系的實定法、成文法，可以存在於任何憲政體制，所以君主立憲的國家，可以是實質法治國家，而號稱共和的專制集權國家，則僅有形式上的法治主義存在。<sup>21</sup>

日本明治維新時，對於包括憲法在內的諸多法律制定，均係參考德國而來。日本將德國法中的法治國原則，包括法律優位、法律保留以及法律的法規創造力等概念，引述於日本明治憲法（大日本帝國憲法）的臣民權利義務章。惟因僅具法律制定之形式程序，以及天皇主權仍存之故，因而日本學者僅以「形式法治主義」稱之。<sup>22</sup>第二次世界大戰結束後，日本制定新憲法，於日本憲法第四十一條規定「國民主權」以取代天皇主權，加上日本「行政程序法（行政手続法）」於 1993 年（平成 5 年）制定，1995 年 10 月 1 日起施行。在形式與實質內容兼具之下，因此有學者主張，日本已經進入實質法治主義的時代。<sup>23</sup>

本文所稱法治主義，係源自於德國的法治國原則以及日本實質法治主義下的「實質法治主義」。其意義係指「依法行政（Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung）」，包含行政權對於法律的尊重，以及法律對於行政權恣意的抑制。亦即對於行政權，如僅有形式上的依法行政，而於實質上，逸脫法律限制與拘束的情形，應予以排除及限制。同時要求法律，除其制定過程須遵守法定程序外，對於內容更應落實人民權利之保障，並應同時符合國際潮流之趨勢。例如對於聯合國「國際人權憲章（International Bill of Human Rights）」之落實，包含聯合國於 1948 年公布的「世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）」及聯合國於 1966 年公布的「公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）」及「經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）」等。<sup>24</sup>

<sup>18</sup> 李岩松，〈論英國法官造法與地方自治〉，《瀋陽工業大學學報（社會科學版）》，第 5 卷第 2 期，2012 年 04 月，頁 185-189。〈<http://xb.sut.edu.cn/sk/qikan/manage/wenzhang/1674-0823%EF%BC%882012%EF%BC%8902-0185-05.pdf>〉。

<sup>19</sup> 張震，〈論我國普通法院法官之釋憲聲請權〉，《社科法政論叢》，第 1 期，2003 年 03 月，頁 1-37。〈<http://fclma.org/ShowPost/28943.aspx>〉。

<sup>20</sup> 鄧學良，《兩岸行政法研究》（高雄：中華勞資事務基金會，2006 年 9 月），頁 32。

<sup>21</sup> 秦強、王文娟，〈形式法治與實質法治—兼論法治主義與憲政主義的區別〉，《甘肅理論學刊》，總第 16 7 期，2005 年 01 月，頁 70-73。

<sup>22</sup> 千葉博，《新はじめて学ぶ行政法》（東京：三修社，2007 年 5 月），頁 22-23。

<sup>23</sup> 比山節男，〈實質的法治主義行政法との対話（4）〉，《産大法学》，第 46 卷第 4 期，2013 年 02 月，頁 50-102。〈[https://ksurep.kyoto-su.ac.jp/dspace/bitstream/10965/868/1/SLR\\_46\\_4\\_589.pdf](https://ksurep.kyoto-su.ac.jp/dspace/bitstream/10965/868/1/SLR_46_4_589.pdf)〉。

<sup>24</sup> Hurst Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and Internatio



我國學界對於法治主義之內容與規範，雖曾有討論，而在行政程序法於 2001 年 1 月 1 日施行後，則已趨於一致。一般咸認，依法行政三原則以及程序正義七原則，應可構成法治主義之內容。所謂的依法行政三原則，係指「積極依法行政（法律保留）、消極依法行政（法律優先、優位、優越）以及法律的法規創造力（涉及人民權利義務規範的法規命令與行政規則，只有在得到法律授權之下，方得訂定）」。<sup>25</sup>而所謂程序正義七原則，則係指行政程序法第四條至第十條，所明文規範之「依法行政原則、明確性原則、平等原則、比例原則、誠信原則（信賴利益保護原則）、利益衡平原則（利與不利兩面俱呈原則）及裁量拘束原則」。<sup>26</sup>

本文討論老年人長期照顧之行政法制，對於法治主義之呈現，應從老年人長期照顧的制度研析，並結合前述依法行政三原則以及程序正義七原則之規範與內容，予以逐點檢視。以求行政制度能落實法治主義中，對於形式上之程序正當性，以及實質上對於人民權利之保障要求。

## 二、依法行政三原則

誠如前述，法治主義中的依法行政原則（*Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung*），其內容包括積極依法行政、消極依法行政以及法律的法規創造力，其性質則實係立法權與行政權，兩權力之間的互動關係。對於依法行政原則的尊重與落實，係法治國家的基本原則。<sup>27</sup>法律保留與依法行政之間的關係，實有一體兩面之呈現。所謂的消極依法行政，係指雖然沒有法律明文規範，要求行政機關必須為特定的行政行為或活動，但是只要法律沒有禁止的事項，行政機關就可以主動積極的為任何行政行為或活動，其在法律保留意義上的呈現，就是消極的法律保留（或稱法律優先、法律優位、法律優越）原則。而所謂的積極依法行政，係指行政機關，如欲為行政行為或活動，除了不能牴觸法律禁止事項外，還需要有法律的明文依據，因此又稱積極法律保留（或稱法律保留）原則。換言之，依法行政與法律保留原則，實有相互關聯、不可分割之關係。<sup>28</sup>

在探討法律保留之前，必須先了解何謂法律保留定義中的「法律」。依據我國「中央法規標準法」第二條及第四條之規定，所謂的法律，係指法、律、條例或通則。另外，法律應經立法院通過，總統公布。因此，如果要從中央法規標準法的定義來看，似乎只有立法院通過，總統公布的法律，且名稱為○○法（律、條例或通則）的法律，才有法律保留原則的適用。然而，這樣的定義及區分，不僅範圍太過狹隘，而且與目前行政實務不盡相符。

因此，對於依法行政原則下的法律保留，便有將法律之定義，擴大為「法規」的看法，除形式意義的法律外，還包括法規命令（授權命令）、行政規則。<sup>29</sup>德國基本法第二十條第三項規定，立法應遵循憲法秩序，行政和司法應遵守正式法律和其他法律規範。<sup>30</sup>亦即行政機關在依法

---

nal Law,” *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, 1995, pp. 287.<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1957798](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1957798)>。

<sup>25</sup> 鄧學良，《兩岸行政法研究》（高雄：中華勞資事務基金會，2006年09月），頁32。

<sup>26</sup> 林美玲，《臺灣專利行政法制之研究》，（高雄：國立中山大學中國與亞太區域研究所碩士論文，2012年06月），頁63-70。

<sup>27</sup> 翁岳生，《法治國家之行政法與司法（第二版）》（臺北：元照出版有限公司，2009年1月），頁225-232。

<sup>28</sup> 吳庚，〈依法行政原則的實踐—回顧與展望〉，《新世紀智庫論壇》，第12期，2000年12月30日，頁24-32。<<http://www.taiwanncf.org.tw/tforum/12/12-03.pdf>>。

<sup>29</sup> 林紀東，《行政法》（臺北：三民書局股份有限公司，1993年2月），頁75。

<sup>30</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland



行政原則下，所需遵守或是所受拘束的法律，除了形式上的法律（Gesetz），還包括法（Recht）。而所謂的法，有學者認為包括行政規則，<sup>31</sup>有則不然。<sup>32</sup>反對的理由在於，行政規則為行政機關所創造，如果承認為依法行政原則中的法律範圍時，無異於使法律保留原則中，將立法權對於行政權的羈束鬆綁。易言之，在積極依法行政（積極法律保留原則）下，行政機關必須要有法律明文規範才可以為之，如果承認行政機關得以自形創設行政規則來作為執行依據，將可能使立法者原先有意限制，或是禁止行政機關為特定行政行為或活動的目的失去。

關於前述，對於依法行政，究竟需依何種「法」的論辯思維，恰為我國目前行政權與立法權的互動關係中，最為微妙的一環。我國行政程序法於 2001 年 1 月 1 日實施後，依據該法第一七四條之一之規定，行政程序法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。亦即，所有行政機關所訂定之「職權命令」，如果沒有法律授權，而修改為「授權命令」，都將在 2003 年 1 月 1 日起失效。

司法院大法官對於職權命令的態度更是明確，早在行政程序法制定之前，在 2000 年 10 月 13 日司法院大法官釋字第 514 號解釋中，便提到「主管機關於法制未臻完備之際，基於職權所發布之命令，固有其實際需要。惟如相關之事項已制定法律加以規範者，主管機關不得沿用其未獲法律授權所發布之命令。」，亦即大法官認為，如果有上位階的法律存在，應該優先於職權命令而適用。到了行政程序法實施後，大法官開始已經限縮職權命令的適用，在 2003 年 12 月 26 日司法院大法官釋字第 570 號解釋中，表示：「主管機關基於職權所發布之命令，固有其實際需要，惟涉及人民自由權利之限制，應由法律或經法律明確授權之命令規定。」，可以看到即使沒有上位階的法律存在，只要是涉及人民權利限制，就不能以職權命令為行政行為之依據。

職權命令在 2003 年 1 月 1 日後，因為行政程序法之明文規定，所以已經逐漸消失在我國行政權的領域中，取而代之的是行政規則。<sup>33</sup>原本依照行政程序法第一五九條之規定，所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規效力之一般、抽象之規定。而行政規則主要可以分為二類，第一，係關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。而第二，則係為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量

- 
- Art 20 (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.  
(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.  
(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.  
(4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

德意志聯邦共和國基本法

第 20 條 國家基礎條款，抵抗權

- (1) 德意志聯邦共和國是民主的和社會福利的聯邦制國家。  
(2) 所有國家權力來自人民。通過公民選舉和投票並以立法、行政和司法機關行使國家權力。  
(3) **立法應遵循憲法秩序，行政和司法應遵守正式法律和其他法律規範。**  
(4) 對於企圖廢除上述秩序的任何人，如沒有其他對抗措施時，所有德國人均有抵抗權。

<sup>31</sup> 林紀東，《行政法》（臺北：三民書局股份有限公司，1993 年 2 月），頁 75。

<sup>32</sup> 城仲模，《行政法之基礎理論》（臺北：三民書局股份有限公司，1999 年 10 月），頁 15。

<sup>33</sup> 劉定基，〈行政程序法制訂通過對「職權命令」的衝擊－職權命令的存廢與規範〉，《法令月刊》，第 51 卷第 7 期，2000 年 07 月 01 日，頁 32-39。



基準。換言之，原本行政規則的設計方向，完全是屬於行政機關內部的規範，沒有對於外部人民產生法律效力或規範的可能。

然而，在目前實務上，行政機關利用行政規則來涉及人民權利義務的限制，實屢見而不鮮。有直接以行政規則來限制人民權利義務，或是准駁人民之申請，例如新北市政府的「新北市政府辦理失能身心障礙者補助使用居家照顧服務實施計畫」。其名稱雖為計畫，但其實質內容則為「行政規則」，而在該計畫第五點「資格限制」中，明文規定「接受身心障礙者日間及住宿式照顧費用補助、聘僱外籍看護（傭）、領有政府提供之特別照顧津貼、失能老人接受長期照顧服務補助或其他照顧費用補助者，不得申請本補助項目（補助項目：由專業服務人員至其家宅中提供照顧服務）。」換言之，新北市政府係利用行政規則，在沒有法律授權依據情形下，創設申請資格，來作為限制人民是否可以申請「在宅服務」的依據。

亦有表面上雖係行政機關內部之行政規則，但是該行政規則的適用結果，卻會產生反射於人民之利益或不利益。例如新北市政府的「新北市政府補助失能老人接受長期照顧服務輔具購買及居家無障礙環境改善審核作業要點」，表面上是行政機關為行使裁量權，而訂頒之審核作業裁量基準。但是實際運作結果，依據該要點第三點之規定，行政機關亦即新北市政府會「核算補助額度」。因此，雖係內部行政規則，仍會對外產生對於民眾權利義務之限制與影響。而行政規則，遭到行政機關大量有意或無意的「善加利用」，或許正反應了我國目前行政權受到立法權嚴重抑制的困境。<sup>34</sup>在法律或是法律授權依據不足的情況之下，如何使行政機關恢復主動性與積極性，不要凡事以「沒有法律依據」作為拒絕行政行為或活動的藉口，殊值探討。本文將在行政權限一章，予以研析。

綜上所析，行政法的法源（*Rechtsquelle*），除了指構成行政法的範疇外，其更深一層的意義在於，行政機關如欲依法行政，其所依之「法」，即為所謂的行政法法源。我國憲法第一七一、一七二條規定，法律與憲法牴觸者無效。而命令與憲法或法律牴觸者無效。中央法規標準法第十一條規定法律不得牴觸命令，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令。以及地方制度法第三十條所規定之自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例牴觸者，無效。委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。即為行政法法源位階效力之具體規範。

而行政法的法源，如就其內容而言，有成文法源與不成文法源兩種，而成文法源的範疇包括有憲法、法律、國際法（國際條例、條約）、命令（含緊急命令、法規命令、「行政規則（本文所主張，將在行政權限一章中研析）」）、地方自治規章（含自治條例、自治規則）以及「兩岸法」<sup>35</sup>等五種。而成文法源則包括大法官解釋、最高行政法院判例、習慣法以及行政法一般原理原則等四種。

上述眾多法源中之所謂兩岸法，係指有關中國大陸與我國（亦簡稱兩岸）之間所簽署的眾多相關協議或協定。例如中國大陸與我國在「世界貿易組織 WTO (The World Trade Organization)」架構下，所簽署的「海峽兩岸經濟合作架構協議 ECFA (Economic Cooperation Framework

<sup>34</sup> 黃舒芃，〈再論「二分」與「三分」之爭：從憲法觀點檢討職權命令的存廢問題〉，《東吳法律學報》，第 23 卷第 2 期，2011 年 10 月 01 日，頁 1-29。

<sup>35</sup> 吳庚，《行政法之理論與實用（增訂十二版）》（臺北：三民書局股份有限公司，2013 年 8 月），頁 39-59。



Agreement)」，或是中國大陸與我國，在 2010 年第六次江陳會談中，所簽署的「海峽兩岸醫藥衛生合作協議 (Cross-Strait Cooperation Agreement on Medicine and Public Health Affairs)」。其內容對於行政機關亦有執行上之法規拘束力，本亦應為行政法成文法源之一。然基於中國大陸與我國在國際地位及政治問題上的敏感性，學者遂以「兩岸法」稱之。

綜上所述，對於依法行政原則，於我國長期照顧行政法制中之落實，僅予以分析如下：

## (一) 法律優位原則

所謂法律優位原則，其在依法行政上的呈現就是消極依法行政，其在法律保留上的呈現就是消極法律保留，其又稱法律優先原則或是法律優越原則。其係指行政機關在其法定職權範圍內，所為的行政權限（行政作用、措施或行為），及制定行政命令，其內容均不得與上位階之法律規範相牴觸。亦即在前述法源的位階效力上，法律高於命令（例如法規命令）及行政權限之行使（例如行政處分）。在執行面向上，法律優位原則並非要求行政機關所有的行政權限，都要有法律或是法律授權的依據方得為之，而是僅要求行政機關，於行使行政權限時，消極的不違背或是牴觸法律規範即可。<sup>36</sup>換言之，如果前述的行政法眾多法源（包含成文與不成文法源）中，沒有禁止行政機關為特定行政行為或活動時，行政機關本於其法定職掌，基於創造不特定多數人幸福之目的，所為之主動積極行政措施，應符合消極法律保留之規範，而有行政上之效力。

又因為法律優位原則之目的，在於強調法源位階的概念，避免行政行為或活動與上位階法律規範有所牴觸，因此，對於是否違背法律優位原則，有兩項要件足以審視，第一，授權命令是否在上位階法律所授權的範圍內。亦即授權命令除須有法律明文授權外，更重要的是，該命令是否在授權範圍內，以及行政機關是否有趁機於該命令或是行政規則中夾帶非授權事項。第二，上位階的法律內容必須明確清楚、俱備可執行性以及有違反的效力規範。亦即該法律必須不是空泛而論，否則將無所謂牴觸的可能性發生。例如前述我國於 1973 年 2 月 8 日所頒布之兒童福利法、1980 年 1 月 26 日老人福利法、1980 年 6 月 2 日殘障福利法、1980 年 6 月 14 日社會救助法，及 1987 年 1 月 23 日少年福利法。該這五部法律的內容，大多屬於宣示性條款，而欠缺實質執行內容，即被批評為政治目的之立法。以當時的老人福利法為例，其第十九條規定，有關機關團體應鼓勵老人參與社會、教育、宗教、學術等活動，以充實老人精神生活。所謂「鼓勵」，實屬不確定法律概念，並未規範行政機關應如何作為。又未規範行政機關，如果不作為時之行政責任為何。對於老人福利之推動，即為空泛立法之適例。<sup>37</sup>

以老年人長期照顧的行政業務來說，雖得區分為前述的社政、衛政與軍政三大系統，而有各自的業務執掌與權責，然如果有非屬前述三大系統的行政機關，亦願意主動參與協助，例如我國許多縣市的消防局，便默默的參與關心轄內獨居老人的行為，幫忙送餐服務，<sup>38</sup>以及行政執行署士林分署分署長洪志明率領機關替代役男協助轄內獨居老人整理環境居家服務等。<sup>39</sup>只要

<sup>36</sup> 蘇嘉宏、洪榮彬，《行政法概要-行政法的基本概念、行政法作用、行政組織法》（臺北：永然文化出版公司，2004 年 10 月），頁 33-40。

<sup>37</sup> 吳庚，《行政法之理論與實用（增訂十二版）》（臺北：三民書局股份有限公司，2013 年 08 月），頁 87。

<sup>38</sup> 王秀亭，〈為獨老送餐，關山消防隊足感心〉，《自由時報》，2010 年 04 月 02 日，〈<http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/384525/print>〉。

<sup>39</sup> 吳珮如，〈暖男到府打掃，麻吉爺爺笑開懷〉，《蘋果日報》，2015 年 02 月 02 日，〈<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150202/553124/>〉。



不影響原有權責業務執行與推動，而且不涉及人民權利義務時，應無違反積極法律保留之虞。而且前揭行政機關的主動參與協助，實有助於完整建構我國整體社會安全保障之機制。

## （二）法律保留原則

所謂的法律保留原則，又稱積極依法行政。係指沒有法律授權，行政機關即不能合法有效的作成行政行為或活動。亦即就某些特定事項，須由立法機關以法律加以規定，又稱「立法保留」<sup>40</sup>。故在法律保留原則之下，行政機關的行政行為或活動，不能僅以消極的不牴觸法律為已足，還須有法律之明文依據方得為之。在法律保留原則的適用下，就法律所規定的特定事項，行政機關的行政裁量權已被限縮至零，沒有不作為，或是任意作為的權力或可能性存在。

法律保留原則源於民主憲政主義。西方國家於十八、十九世紀爭取民主憲政時，為限縮君王權力，以及代表君王的國家行政權力，避免行政權力恣意妄為，所可能對於人民權利義務造成之損害，所以主張法律保留。要求行政權，在沒有得到代表人民的立法權（國會）立法通過之前，不能為行政行為或活動。<sup>41</sup>此種對於行政權的嚴重不信任，固有其歷史背景及原因，然矯枉過正的結果，卻也嚴重抑制行政權的主動積極性，更使行政權有怠於行政作為的理由與藉口。

為了避免行政機關完全受立法權所拘束，學者對於法律保留的範圍提出包括全部保留說、干涉（侵害）保留說、權力保留說、重要事項說、社會保留說及機關功能說等眾多學說。<sup>42</sup>本文以為，凡事過猶不及，且應與時俱進，為調合行政權與立法權，實應掌握基本概念，回到法律保留原則誕生的那一刻去思索。既然法律保留原則的起心動念在於保障人民之基本權利，因此只要涉及人民的權利義務之事由，在尊重人民的前提下，自應有法律保留原則之適用，其餘部分似應給予行政權適度之彈性，使其可以主動積極創造人民福祉。

另外，對於給予人民好處的授益給付行政，原本並無法律保留原則之適用。行政機關只要基於法定職掌，經國會（立法權）通過預算案後，即可實施，例如各類社會福利補助。然晚近以來，考量避免行政機關之給付出於恣意，例如給甲不給乙，今日給明日不給，使人民對於國家行政行為難以預測，而無法請求。又考量國家資源有限，且屬全民所共享，一人之得利，恰為他人之負擔等理由，而以「重要性理論（Wesentlichkeitstheorie）」，主張如涉及重要事項，應以法律定之，有法律保留原則之適用，不得逕以行政命令作為依據。<sup>43</sup>

以本文所研究之老年人長期照顧行政法制為利，如係對於整體長期照顧制度規劃，特別是效仿其他國家開辦「長期照顧保險制度」時，因涉及保險對象的資格審認、保險費用的計算收取、以及保險給付的方式與內容等，均係涉及人民權利義務之限制，故應有法律保留原則之適用。應仿效當初全民健保制度之推動，制定全民健康保險法之過程，而制定長期照顧保險法。至於福利補助事項，例如針對特定低收入戶的老年人，給予保險費的補助行為。本文雖贊同重要性理論，認為亦應有法律保留原則之適用，惟本文以為，此種純粹授益之事，其法律保留之密度，應較之為鬆，只要有行政程序法第一五九條第二項所謂行使裁量權的裁量基準即可。甚至沒有行政規則，應該也可以用行政原理上的「行政先例」來作為行政法法源。例如高雄市政

<sup>40</sup> 孫展望，〈法律保留與立法保留關係辨析--兼論立法法第 8 條可納入法律保留範疇〉，《政法論壇》，第 29 卷第 2 期，2011 年 03 月，頁 105-112。

<sup>41</sup> 黃學賢，〈行政法中的法律保留原則研究〉，《中國法學》，第 121 期，2007 年 10 月，頁 47-53。

<sup>42</sup> 林錫堯，〈法律保留原則之理論與實踐〉，《法學叢刊》，第 50 卷第 4 期，2005 年 10 月，頁 1-22。

<sup>43</sup> 吳庚，〈行政法之理論與實用（增訂十二版）〉（臺北：三民書局股份有限公司，2013 年 8 月），頁 91。



府之「高雄市辦理老人營養餐食服務作業規定」，僅以行政規則作業規定來執行為老年人送餐服務，即為適例。換言之，為使行政機關能主動創造人民福祉，避免立法怠惰導致行政不前，應該可以肯認行政機關以行政規則、行政原理，來作為其行政行為或活動之法律保留依據。

### （三）法律的法規創造力

德國學者 Otto Mayer，對於「依法行政原則」，僅區分為法律優位（Vorrang des Gesetzes）與法律保留（Gesetzesvorbehalt）兩個原則。<sup>44</sup>所謂的法律的法規創造力，與前述法律優位、法律保留，實則精神相似，日本行政法學者塩野宏將法律的法規創造力，與法律優位、法律保留，三者統稱為「法律の支配」，其內容包括承認委任立法（授權立法），而由立法權獨占法規之制定權；對於行政機關之行政行為或活動，要求必須要有法律為依據；以及法律所規範的事項必須當然、明確。<sup>45</sup>換言之，所謂的法律的法規創造力，其係主張行政權應受法律之支配，並進而引導出「行政立法」的概念。<sup>46</sup>

所謂法律的法規創造力，係指立法權對於行政權，在行政法規層面之拘束。行政機關所訂定的行政法規，只有在得到立法權的授權或容許之下，方能有效訂定。亦即，只有「法律」才有創造「行政法規」的能力。<sup>47</sup>在日本憲法第四十一條規定：「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」，其意義係指「國會是國家的最高權力機關，是國家唯一的立法機關。」，因此日本行政法學者芝池義一，在其行政法總論一書中表示，所謂「法律の法規創造力」，係指「国会で制定する法律だけが、国民の権利義務に関する規律である法規を創造出来る。」，<sup>48</sup>亦即只有經由國會按照法定程序所制定之法律，才能規範國民權利義務，也才能創造規範國民相關權利義務之法規。

在探討法律的法規創造力時，首應分辨法律的法規創造力與法律優位、法律保留兩者的差異性。本文以為，法律優位與法律保留兩個原則，其所強調的層面，在於法律的地位及效力，以及行政機關必須依法行政之限制。而法律的法規創造力，則著重於行政機關造法的限制。行政機關在無法律可為行政行為或活動之依據時，為免行政出於恣意，維持行政行為一致性，並使人民對於行政行為或活動有所預測，自當得以行政立法之手法，彌補立法空白之不足。惟行政立法所得之相關規範，仍應受法律授權範圍之拘束。

依照我國中央法規標準法第七條之規定，各機關依其法定職權或基於法定授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。換言之，依照前揭中央法規標準法第七條之規定，行政機關本有依照其法定職權，或是依據法律的授權，來訂定行政命令之權力。而行政機關所訂定之行政命令，則按照其係來自於法定職權，亦或法律授權而區分為職權命令與授權命令。誠如前述，自我國行政程序法於 2001 年 1 月 1 日實施後，依據該法第一七四條之一之規定，所有行政機關所訂定之「職權命令」，如果沒有法律授權，而修改為「授權命令」，都將在

<sup>44</sup> 吳庚，〈依法行政原則的實踐—回顧與展望〉，《新世紀智庫論壇》，第 12 期，2000 年 12 月 30 日，頁 24-32。〈<http://www.taiwanncf.org.tw/tforum/12/12-03.pdf>〉。

<sup>45</sup> 塩野宏，《法治主義の諸相》（東京：有斐閣，2001 年），頁 141。

<sup>46</sup> 松戶浩，〈行政立法と法律の根拠—法律の法規創造力の原則の意義〉，《広島法学》，第 32 卷第 2 期，2008 年，頁 73-100。

<sup>47</sup> 鄧學良，《兩岸行政法研究》（高雄：中華勞資事務基金會，2006 年 09 月），頁 32。

<sup>48</sup> 芝池義一，《行政法總論講義（第四版）》（東京：有斐閣，2001 年），頁 38。



2003年1月1日起失效。關於職權命令後來在我國行政機關的發展，以及相關優劣得失評論，本文將在後面的「行政立法」一節中深入探討，先不於此贅述。

我國在執行老年人長期照顧的行政行為或活動中，最先出現的法律依據是1970年1月26日制定的老人福利法，雖然該法之誕生，誠如前述，充滿政治目的。但是該法終究為老人福利政策之執行，開啟一條法律依據。以該法原第十五條為例，其規定老人得依意願接受地方主管機關定期舉辦之老人健康檢查及提供之保健服務。而健康檢查之項目及方式，由中央主管機關會同中央衛生主管機關定之。因此，主管機關原衛生署遂訂定「老人健康檢查及保健服務項目及方式」，並於1982年2月21日，經行政院以「71年台內字第2188號函」准予備查。換言之，是基於老人福利法的法律授權，才能創造出「老人健康檢查及保健服務項目及方式」這個影響老年人權利的行政法規。

綜上，回顧近代法治發展歷史，在行政權與立法權的互動關係中，為避免以往行政權獨大，甚至戕害人權及自由的歷史重演，主張法治主義，甚至是實質法治主義的學者，是刻意用立法權來拘束行政權的行為。所謂法律的法規創造力，除了強化法律優位以及法律保留兩個原則外，也刻意限制行政權在行使行政立法範疇的權力。日本行政法學者，在德國的依法行政二原則外，新增主張「法律的法規創造力の原則とは、国会で制定する法律だけが、国民の権利義務に関する規律である法規を創造出来る。」<sup>49</sup>，其目的乃在於對行政權獨大的反思，並立求落實保障人權之實質法治主義之精神，使法治主義保障之範圍，能擴及國家、社會以及不特定的多數人。

### 三、程序正義七原則

所謂的程序，係指一定的規則及秩序。而所謂的程序正義，又稱為「正當程序(due process)」或「合理法律程序(due process of law)」，其意義係指國家在使用憲法賦予之統治權(powers)時，必須相對尊重憲法所保障之人民基本權(rights)。美國當代哲學大師羅爾斯，在其正義論(A Theory of Justice)一書中，將程序正義分為純粹的程序正義(pure procedural justice)、完善的程序正義(perfect procedural justice)與不完善的程序正義(imperfect procedural justice)三種。所謂純粹的程序正義，只著重形式上的程序規則是否被遵守，而不討論結果，因此即使是賭博行為，只要是遵照程序規則來進行，也會被視為正義。而所謂完善的程序正義，則同時著重規則與結果，程序必須當然導致公正的結果，才能符合正義之標準。至於所謂不完善的程序正義，則承認人類社會無法百分之百實踐公平的結果，但是藉由程序規則之遵守，可以使得到公平正義的機率達到最大，例如司法審判之結果，雖然無法避免誤判或冤獄之產生，但是藉由司法審判程序的落實及遵守，可以使誤判或冤獄的機率降到最低，如此方能達到程序正義之目的。<sup>50</sup>而程序正義落實在行政領域，就是行政程序的理念。

在法治主義中，所欲追求的正義，其實就是程序正義。在法律體系中，程序正義為核心理念，國家之行政行為或活動，受法律之拘束及控制。國家行使權力必須遵守法律，不得出於恣意妄斷。而國家行使權力時，對於程序規則之遵守，其意義即在於透過規範與規則，將法治精

<sup>49</sup> 南博方、原田尚彥、田村悅一，《行政法(一)》(東京：有斐閣，1976年)，頁10。

<sup>50</sup> 羅傳賢，《行政程序法論(增訂第四版)》(臺北：五南圖書出版股份有限公司，2004年)，頁9-10。



神落實。誠如前述，人類社會無法百分之百實踐公平結果，但是藉由遵守程序規則，可使公平機率達到最大。換言之，法律的正義，只有透過公平的程序才能實踐。<sup>51</sup>

行政程序法第一條，明白揭櫫行政程序法之立法目的，為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴等。亦即行政程序法之立法目的，係在具體規範行政機關於進行一般行政行為或活動時，所應遵守之程序。在行政程序法制定之前，行政法上原理原則學說眾多，而行政程序法制定之後，則已趨於一統。目前一般咸認以為，行政程序法第四條至第十條所列之七項原則，包含行政行為受法律拘束、內容明確性、不得為差別待遇、比例原則、誠實信用、利與不利兩面俱呈，以及合目的裁量等，應為行政機關落實程序正義時所需遵守的七項原則。<sup>52</sup>

### （一）行政行為受法律拘束（依法行政原則）

行政程序法第四條規定，行政行為應受法律及一般法律原則之拘束，亦稱為依法行政原則。行政機關依法行政，允為法治國最基本的核心理念。其具體內容誠如前述之依法行政三原則，包括法律優位原則、法律保留原則以及法律的法規創造力等。司法院大法官釋字第 443 號解釋表示，憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均應受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障。大法官將人民的基本權與法律保留之關係，予以層級區分，包括有憲法保留（憲法第八條之人身自由）、絕對法律保留（憲法所定之其他人民自由及權利）、相對法律保留（其他人民權利義務）以及非屬法律保留（執行法律之細節性、技術性次要事項）等。

另外，大法官於同號解釋中，亦表示關於給付行政措施，其受法律規範之密度，雖得較限制人民權益者寬鬆，然倘涉及公共利益之重大事項者，仍應有法律或法律授權之命令為依據之必要，即為所謂「重要性理論」。綜上可知，以本文所研究之我國老年人長期照顧行政法制來探討，行政機關於執行相關行政行為或活動時，遵守依法行政原則乃屬當然。但是其受依法行政原則之拘束及密度，仍應有所層級區分。我國憲法本文第一五五條規定，國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。又憲法第一五七條規定，國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。而憲法增修條文第十條第八項亦規定，國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。

凡此種種憲法本文及增修條文之規範，實已將國家對於老年人的長期照顧義務，以及國民享有請求國家對於其長期照顧服務之權利，具體提升至憲法保障的基本權利位階。依照前述層級區分，應屬絕對法律保留之範圍。換言之，社會保險及公醫制度，是憲法上關於國民的基本權利，國家必須落實，如果國家未能執行，或是於執行社會保險及公醫制度時，有所差別待遇時，國民應可逕自援引憲法作為其請求權之基礎，請求國家給予照顧。

又雖老年人的長期照顧性質係屬給付行政之一種，但整體老年人長期照顧制度涉及公共利益重大，依據前述「重要性理論」，亦應有法律或法律授權之命令為依據，國家不能逕以行政計

<sup>51</sup> 應松年，《行政程序法立法研究》（北京：中國法制出版社，2001年3月），頁15。

<sup>52</sup> 林美玲，《臺灣專利行政法制之研究》，（高雄：國立中山大學中國與亞太區域研究所碩士論文，2012年06月），頁63-70。



畫或是行政規則作為執行依據。因此我國目前在執行老年人長期照顧服務的依據，僅係以行政院於 2007 年 4 月 3 日臺內字第 0960009511 號函所核定「我國長期照顧十年計畫--大溫暖社會福利套案之旗艦計畫」為執行依據，在依法行政層面，即顯有不足。<sup>53</sup>爰此，除已於 104 年 6 月 3 日公布之長期照顧服務法應盡速施行外，立法院目前所審議的長期照顧保險法（草案），亦有盡速通過之必要，方能有效開展我國老年人之長期照顧服務。

## （二）明確性原則

所謂的「明確性原則」（Der Grundsatz der Bestimmtheit），係指國家所有的高權行為之依據、內容、目的、範圍及效果，均明白、清楚可得確定。其適用範圍包括國家的立法權、行政權及司法權。其係源自於法治國原則之精神，而對於明確性原則之要求密度，會伴隨該國家高權行為對於人民權利義務影響程度而有區別，影響人民權利義務程度越高，對於該高權行為的明確性原則要求越高。<sup>54</sup>明確性原則在立法權的實踐為法律明確性原則，在行政權的實踐為行政行為內容明確性原則，而在司法權的實踐則係判決應依據法律及事實，並應有判決理由。

法律明確性原則，係針對立法者所為之拘束，使其於制定一般性抽象規定時，對於受規範之對象、行為及法律效果等構成要件，能清楚、明確並得預見。而法律明確性所適用之範圍包括，立法權本身之立法，以及立法權委任行政權之立法（授權命令）。依照司法院大法官釋字第 423 號解釋表示：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。然立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。」，換言之，法律是否符合明確性，不在於文字表面，而在於該法律規範，是否可以為受規範者所得理解、所得預見，而且可以接受司法審查加以確認。

依據德國基本法第八十條第一項之規定，「聯邦政府、聯邦閣員或邦政府，得根據法律發布命令（Rechtsverordnungen）。此項授權之內容、目的及範圍，應以法律規定之。所發命令，應引證法律根據。如法律規定授權得再移轉，授權之移轉需要以命令為之。」<sup>55</sup>，是德國對於授權命令之明確性的規範，要求授權之內容、目的及範圍應以法律定之。而我國對於授權命令之明確性，除了依據行政程序法第一五零條第二項之規定，要求行政機關對於制定法規命令時，於內容中明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神外，對於是否需於母法中明定授權之內容、目的及範圍，尚未見諸明文。

<sup>53</sup> 江清謙，〈我國長期照顧十年計畫之評述〉，《財團法人國家政策研究基金會》，2007 年 05 月 24 日，〈<http://www.npf.org.tw/post/3/2335>〉。

<sup>54</sup> 蕭文生，〈行政處分明確性之要求—評最高行政法院九十四年度判字第二〇一五號判決及最高行政法院九十八年度判字第一一三二號判決〉，《月旦法學》，第 184 期，2010 年 09 月，頁 207-219。

<sup>55</sup> 原文為「Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, daß eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung.」中文翻譯請詳參德意志聯邦共和國基本法，〈中外國法規〉，《司法院全球資訊網》，〈<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/德意志聯邦共和國基本法.doc>〉。



為此，司法院大法官曾先後分別於釋字第 522 號解釋中表示：「若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，其授權之目的、內容及範圍應具體明確，而自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。」以及釋字第 680 解釋中表示：「立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，其授權始為明確，方符刑罰明確性原則。」換言之，對於裁罰性的授權命令，須於母法明定授權之目的、內容及範圍，並使人民得以預見，方能符合授權命令之明確性原則。<sup>56</sup>

而所謂行政行為明確性原則，係依據行政程序法第五條之規定，要求行政行為之內容應明確。亦即國家行使行政權為行政行為或活動時，必須明白、清楚，使當事人得以知悉了解行政機關意欲何為，以行政機關作成行政處分為例，依據行政程序法第九十六條之規定，行政處分如係以書面為之者，應記載處分相對人之姓名、出生年月日、性別、身分證統一號碼、住居所或其他足資辨別之特徵。主旨、事實、理由及其法令依據。...表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關等等。其目的即在於使受行政處分的相對人，可以明白清楚國家的行政行為，並進而尋求行政救濟以保障自身權益。

又例如行政程序法第一六七條規定，行政機關對相對人為行政指導時，應「明示」行政指導之目的、內容、及負責指導者等事項，亦為行政行為內容明確性的適例之一。其目的亦在於使受行政指導之相對人，可以明確知悉特定行政指導行政行為之內容。因為即使是看似毫無強制拘束力的行政指導行為，如果人民對於該行政指導，認有侵害自身權益或對之有所不服時，亦必須知道相關行政行為之內容，方能尋求行政救濟。

以本文所研究之老年人長期照顧行政法制為例，依據我國於 2015 年 6 月 3 日公布（預計於公布後二年施行）之「長期照顧服務法」第八條為例，其第一項規定，「中央主管機關得公告長照服務之特定範圍」。即係以立法授權之模式，由立法權將決定實施長期照顧服務之範圍，例如在哪個縣市，或是那個地區，同時或是先後實施長期照顧以及實施的範圍，空白授權給予行政機關決定，並授權行政機關以「公告」方式為之即可。長期照顧服務實施的範圍，可以說是長期照顧服務法的核心之所在，因為在國家資源有限的情形下，一人之受益，恰為排擠他人之利益。如果國家屆時以受限於經費不足緣故為由，選擇以公告方式，決定於某特定地點優先開辦長期照顧服務，而其他地區則於第二，甚至第三階段再開辦時，對於該所謂第二或是第三階段的地區，影響實在太為重大。

如此對於關係人民權利義務重大事項之授權，既沒有明白揭示授權之目的、內容及範圍，亦沒有要求行政機關必須以授權立法模式（例如可以規定「長照服務之特定範圍由中央主管機關另以命令定之」，而立法權尚有事後備查權限。而公告則完全是行政機關自行決定之範疇，立法權不能予以置喙。）為之，完全放棄立法權對於行政權之事前、事後監督權力，如此信任行政權的立法模式，究竟是立法權刻意授權，或是另有其他考量，確實費人疑猜。然不論如何，此種立法模式，已使人民對於國家未來行使長期照顧服務的行政行為，完全無法臆測，更無法掌握，進而尋求權利救濟，實有違行政行為明確性原則。

<sup>56</sup> 李震山，《行政法導論（修訂 9 版）》（臺北：三民書局股份有限公司，2011 年 10 月），頁 287。



### (三) 不得為差別待遇（平等原則）

所謂的平等原則（Principle of Impartiality），一言以蔽之，就是相同事物為相同的處理，不同的事物為不同的處理。亦即國家於行使行政行為或活動時，非有正當理由，對於行政行為之相對人，不得為差別之待遇。<sup>57</sup>此係現代法治國家最重要的精神之所在。例如德國基本法第三條第一、二項規定：「一、法律之前人人平等。二、男女平等。國家應促進男女平等之實際貫徹，並致力消除現存之歧視。」<sup>58</sup>美國憲法 1868 年 7 月 9 日所增修之條文第十四條第一項規定：「凡出生或歸化於美國並受其管轄之人，皆為美國及其所居之州之公民。無論何州，不得制定或執行損害美國公民特權或豁免權之法律；亦不得未經正當法律手續使任何人喪失其生命、自由或財產；並不得否定管轄區內任何人法律上平等保護之權利。」<sup>59</sup>日本憲法第十四條第一項規定：「全體國民在法律面前一律平等。在政治、經濟以及社會的關係中，都不得以人種、信仰、性別、社會身份以及門第的不同而有所差別。」<sup>60</sup>以及我國憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」均係將平等原則直接鑲定於憲法根本大法之中，使平等權與自由權、生命權等並列，同為法治國家中，個人所得享有的基本權利。

平等權既然為人民基本權之一。因此，平等原則之適用，斷然不應只限於國家對人民的行政行為，而應該包含立法權、行政權以及司法權在內的所有國家行為。職是之故，我國行政程序法第六條所規定之行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。雖係規範行政行為，但並不排除平等原則對其他國家權力的適用。平等原則的具體落實，在於「行政禁止恣意原則」與「行政自我拘束原則」，除要求行政機關不得在沒有正當理由情形下，任意為差別待遇之外，行政機關更應受自己行政慣例、行政先例之拘束。<sup>61</sup>

關於所謂得以差別待遇的正當理由，司法院大法官釋字第 211 號解釋表示：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」，已經開啟實質平等、差別待遇的概念。嗣後於司法院大法官釋字第 481 號解釋中表示：「行政院斟酌特殊情況所為之規定，為事實上所必需，符合母法授權之意旨，與憲法第七條人民在法律上平等之原則亦無違背。」，以及於司法院大法官釋字第 485 號解釋中表示：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形

<sup>57</sup> 吳庚，《行政法之理論與實用（增訂十二版）》（臺北：三民書局股份有限公司，2013 年 08 月），頁 75。

<sup>58</sup> 原文為「(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.」中文翻譯請詳參德意志聯邦共和國基本法，〈中外國法規〉，《司法院全球資訊網》，〈<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/德意志聯邦共和國基本法.doc>〉。

<sup>59</sup> 原文為「Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.」中文翻譯請詳參美利堅合眾國憲法，〈中外國法規〉，《司法院全球資訊網》，〈<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-03.asp>〉。

<sup>60</sup> 原文為「すべて國民は、法の下に平等であつて、人種、信條、性別、社會的身分又は門地により、政治的、經濟的又は社會的關係において、差別されない。」中文翻譯請詳參日本國駐華大使館，〈日本國憲法〉，《日本國駐華大使館》，〈<http://www.cn.emb-japan.go.jp/fpolicy/kenpo.htm>〉。

<sup>61</sup> 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，《行政程序法實用（第四版）》（臺北：新學林出版股份有限公司，2011 年 11 月），頁 24。



式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」。均在強調行政機關為行政行為時，得斟酌規範事物性質之差異，而為合理之差別待遇，亦即大法官已經肯認國家得以實質平等來取代形式上的平等。

我國在推動老年人長期照顧行政法制時，在面臨國家資源有限的難題下，可以參酌司法院大法官釋字第 485 號解釋意旨，「對於社會政策之立法，可以考量國家之經濟及財政狀況，依照資源有效利用之原則，並注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度，而給予明顯過度之照顧。」

以日本所推動之介護保險制度為例，日本對於年滿 65 歲以上的老年人，如果發生介護服務需求時，其會經由縝密、客觀而專業的評估程序，為每一個老年人量身訂做介護服務，務必使資源有效利用。所以，在日本介護服務是提供現物給付，而不是現金給付，以避免現金遭挪用。而且如果沒有需要機構服務的老年人，也不會提供機構服務，而係以在宅服務的方式為之。<sup>62</sup>凡此種種，均係為在國家資源與人民需求的天平兩端，求得平衡點。

依據我國於 2015 年 6 月 3 日公布（預計於公布後二年施行）之「長期照顧服務法」第一條第二項規定：「長期照顧服務之提供，不得因服務對象之性別、性傾向、性別認同、婚姻、年齡、身心障礙、疾病、階級、種族、宗教信仰、國籍與居住地域有差別待遇之歧視行為。」，可以看出行政機關在研議本法時，以促進平等原則實踐之用心。然本文以為，立法技術之優劣，恰也呈現於此。按說，平等原則既然為憲法第七條、行政程序法第六條所明定，則自然拘束行政機關為長期照顧服務的行政行為或活動。然而本條文於法條中，拼命列舉不得差別待遇的類型，共計十二種，不僅取代行政程序法第六條所謂的「非有正當理由」，更一舉超過憲法第七條的五種。其立法意旨是否是，只要不在該條文所定的十二種情形中，就可以差別待遇。況且，時空環境不斷變遷，各種可能產生差別待遇的類型不斷繁衍更替，如此立法，容易掛一漏萬。而且逐一明示列舉，實已剝奪行政機關視個案實質差異而給予調整之權限。建議應該參酌行政程序法第六條的立法模式予以修正，保留彈性，方能真正實踐平等原則之精神。

#### （四）比例原則

對於比例原則（*Verhältnismäßigkeitsprinzip*），最早見諸於人類社會法律文件之中，是英國約翰國王於 1215 年所簽署的大憲章。在大憲章的第二十條規定：「犯小罪的自由人不受罰，除非合於罪之程度。若犯了大罪應按照罪之嚴重性受罰，不過不應奪取他基本生存所需要的。」<sup>63</sup>，即規範了人們不應犯輕罪而遭受重罰，罪與罰應該相當。而近代法典中，出現比例原則概念，係德國於 1921 年制定的「警察行政法」，在該法第十四條規定：「若有多種方法足以維持公共

<sup>62</sup> 詹火生，〈日本介護（長期照護）保險制度現況與展望〉，《財團法人國家政策研究基金會》，社會（析）094-022 號，2005 年 08 月 25 日，〈<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/SS/094/SS-B-094-022.htm>〉。

<sup>63</sup> 原文為「For a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offence, and for a serious offence correspondingly, but not so heavily as to deprive him of his livelihood.」中文翻譯請參雷敦蘇譯，〈英國大憲章今譯〉，《輔仁大學若望保祿二世和平研究中心》，〈<http://peace.ls.fju.edu.tw/paper/026.pdf>〉。



安全或秩序，或有效防止對公共安全或秩序危害之危險，則警察機關應儘可能選擇對關係人與一般大眾造成損害最小方法為之。」，稱之為「必要性原則」。<sup>64</sup>

後來德國透過行政法院實務審查，逐漸確立比例原則的定義與內容。目前一般通說咸認比例原則之範疇，包括有適當性原則（即國家所採取之行政行為應能達成所欲追求之行政目的）、必要性原則（即在多種可採取的行政行為中，國家已經採取對於相對人損害最輕微的一種。），以及狹義比例原則（又稱衡量性原則，即國家所採取之行政行為所造成相對人之損害，與國家所欲達成的行政目的之間，應非不成比例。）<sup>65</sup>換言之，廣義比例原則的具體內容，應包括適當性原則、必要性原則以及衡量性原則（狹義比例原則）<sup>66</sup>。

比例原則在我國法制上之呈現，首推憲法第二十三條。依據該條規定，憲法各條所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。亦即法律對於基本權之限制，必須符合比例原則。而行政程序法第七條規定，行政行為，採取之方法應有助於目的之達成。有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。又採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。即係將德國通說中，有關比例原則的適當性原則、必要性原則以及衡量性原則具體條文化。

憲法與行政程序法，係為規範國家行使一般行政行為或活動的上位法規，因此，行政行為理應同受比例原則之拘束。雖部分行政法規，諸如社會秩序維護法第十九條、以及警械使用條例第五條等另有比例原則之規範。但是，整體而言，只要是國家對人民行使國家權力，都有比例原則之適用。<sup>67</sup>以我國老年人長期照顧行政法制完善制度的層面來探討，未來包括國家對於提供長期照顧服務機構或人員之查核與管理，以及遇到業務疏失時之處罰，在相關管理規範制定之初，即應依比例原則的角度予以考量設計。

另外，對於接受長期照顧服務的老年人，如果在捍衛其個人隱私權益與保障其個人生命安全的兩者間，產生利益衝突時，國家或代表國家提供長期照顧服務的機構、人員，應該在符合比例原則的考量下，選擇對於該老年人最小侵害的方式為之。例如衛生福利部於 2014 年 11 月 5 日以衛部照字第 1031561844 號函核定之「遠距照護個人資料安全維護指引」，其性質係屬行政程序法第一五九條第二項第一款所謂之業務處理方式的行政規則。在該行政規則第二、三點規定：「遠距照護業者為提供生活照顧或健康照顧有關之指導、諮詢服務。在服務過程之中，得以資訊通信方式取得服務對象之生活或健康基本資料。惟所蒐集之個人資料之內容，不得逾越服務目的必要之範圍。」該規範即准許遠距照護業者，於符合比例原則及提供服務之必要目的下，蒐集個人資料。

又依據我國於 2015 年 6 月 3 日公布（預計於公布後二年施行）之「長期照顧服務法」第四十三條第一項規定：「未經長照服務使用者之書面同意，不得對其進行錄影、錄音或攝影，並不得報導或記載其姓名、出生年月日、住（居）所及其他足資辨別身分之資訊；其無法為意思表示者，應經其法定代理人或主要照顧之最近親屬之書面同意。」，而同條第二項規定：「長照機構於維護長照服務使用者安全之必要範圍內，得設置監看設備，不受前項（即同條第一項，

<sup>64</sup> 陳新民，《行政法學總論（第八版）》（臺北：陳新民自版，2005 年），頁 239-246。

<sup>65</sup> 湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉，廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務（第六輯）》，（臺北：中央研究院法律研究所籌備處，2009 年 06 月），頁 1-38。

<sup>66</sup> 詳參德國聯邦憲法法院，〈1958 年 06 月 11 日「藥房案（Apothekenurteil）」〉，《西德聯邦憲法法院裁判選輯（一）》（臺北：司法週刊雜誌社，1990 年），頁 128-182。

<sup>67</sup> 姜世明，〈強制執行法之基本原則與理念〉，《月旦法學》，第 225 期，2014 年 02 月，頁 214-230。



需經長照服務使用者之書面同意)之限制,並應告知長照服務使用者、其法定代理人或主要照顧之最近親屬。」。換言之,未來我國實施老年人長期照顧服務制度時,在兼顧受長期照顧者的隱私權及其生命安全考量下,在符合比例原則的精神下,於必要範圍內,准許長照機構設置監看設備,以維護其安全。

綜上可知,比例原則的精神以及損益衡量,在國家行使行政行為的範疇中,至為最要。按國家如果為達到其行政目的而無法避免必須侵害人民權益時,必須選擇最小的侵害手段。<sup>68</sup>另外,比例原則的適用範圍,不只是傳統的干涉行政、高權行為。即使是對於人民給予利益的給付行政,例如社會福利。也應該有比例原則之適用。<sup>69</sup>推敲其立論主因,乃在於避免國家恣意行政,並藉由比例原則之個案審酌機制,提供司法權適時介入審查國家行政行為的舞台。

### (五) 誠實信用(信賴保護原則)

誠實信用原則(Grundsatz von Treu und Glauben)係源自於私法領域,歷經羅馬法、近代民法與現代民法三個演進階段。在古羅馬時代,私法商業交易行為頻繁,為免法律有疏漏而無法鉅細靡遺規範之處,因此在羅馬法規定了誠信契約與誠信訴訟,確立誠實信用原則為當事人法律上之義務。<sup>70</sup>延續至近代民法,誠實信用原則成為法律公平正義的象徵,並廣泛出現在各國的民法典之上。例如法國民法第一一三四條、第一一三五條規定,契約應以善意履行之,及契約應按照契約性質,發生公平原則。德國民法第一五七條、第二四二條規定,對契約的解釋、應遵守誠實信用原則,債務人有義務依誠實和信用,履行給付。日本民法更將誠信原則列為第一條基本原則之第二項:「權利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。(行使權利、履行義務時,應恪遵信義及誠實。)」。<sup>71</sup>到了現代民法階段,隨者經濟發展,法律行為及規範常橫跨各項公私法領域,因此我國除於民法第一四八條第二項規定:「行使權利,履行義務,應依誠實及信用方法。」,又於我國行政程序法第八條規定:「行政行為,應以誠實信用之方法為之,並應保護人民正當合理之信賴。」。使誠實信用原則更一舉成為所有法律領域,都必須遵守的帝王條款。<sup>72</sup>

誠實信用原則在國家之行政行為領域的適用,係從國家對於人民行使行政行為的角度予以拘束之。按國家與人民,兩者地位實力懸殊,若國家對於人民再無誠實信用,則人民顯無與國家對抗之機會與可能。又誠實信用原則所衍生出之「信賴保護原則(Der Grundsatz des Vertrauensschutzes)」,亦從人民對國家主張的角度為之。所謂的信賴保護原則,係源於第二次世界大戰後的德國行政法學界,起初適用於國家對於受益行政處分之廢止或撤銷時,給予相對人補償,其因信賴國家原有受益行政處分之效力,卻因廢止或撤銷而受有不利利益或是失去原利益。嗣後不斷發展,成為所有法律的上位概念,同時拘束國家的立法、司法及行政權,衍生出法律及執行不溯及既往之原則。<sup>73</sup>

<sup>68</sup> 蔡茂寅,〈比例原則的界線與問題性〉,《月旦法學》,第59期,2000年03月,頁30-31。

<sup>69</sup> 蔡茂寅,〈比例原則在受益行政領域之適用〉,《月旦法學》,第35期,1998年03月,頁26-27。

<sup>70</sup> 劉光軍,〈誠實信用原則的歷史沿革及經濟基礎〉,《山東社會科學》,2006年第10期,總第134期,2006年10月05日,頁111-113。

<sup>71</sup> 鄭強,〈合同法誠實信用原則比較研究〉,《比較法研究》,第14卷第1期,2000年01月,頁38-53。

<sup>72</sup> 謝孟瑤,〈行政法學上誠實信用原則之研究〉,《月旦法學》,第28期,1997年08月,頁92-101。

<sup>73</sup> 吳庚,《行政法之理論與實用(增訂十二版)》(臺北:三民書局股份有限公司,2013年08月),頁66-67。



司法院大法官釋字第 525 號解釋表示：「信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止，即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，其因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨。至經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護；又純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍。」可以說是為信賴保護原則，作了最完整的解釋與體系化說明。

依據前述司法院大法官解釋文之意旨，信賴保護原則的適用範圍包括如下：（一）只限行政法規、授益行政處分，不含民事法規。（二）只限實體法，不含程序法。（三）包含實質不利益，與法律地位的不利益。（四）行政機關如係基於公共利益考量而有廢止或變更行政法規、授益行政處分之必要時，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款。（五）主張信賴利益的人，其信賴必須值得保護，符合信賴基礎、信賴表現及信賴利益三個要件。<sup>74</sup>

對於信賴保護原則適用範圍之研究，在目前諸多學者及司法實務案例累積之下，已有相當之體系與研究所得，然本文以為在前述司法院大法官解釋的基礎上，有兩個問題尚待研析。第一，除授益行政處分外，其他負擔或是干涉行政處分之廢止或撤銷，有無信賴保護原則之適用。第二，除行政法規外，其他行政規則或是行政函釋之廢止或撤銷，有無信賴保護原則之適用。

第一，有關負擔或是干涉行政處分，原係對於人民之不利益，按說其廢止或撤銷，只會對處分當事人帶來利益。而信賴保護原則，其根本精神在於保障當事人的利益，如果沒有不利益產生，何來保障問題。然而，本文以為，似不應一概而論，所謂利益或是不利益，實則個人主觀看法。他人看似不利益之事，也許正是個人主觀利益。雖目前我國行政程序法第一百二十條第一項已明文規定：「授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償。」，已將適用信賴保護原則之行政處分類型，明文限定於授益行政處分，然未來不無朝向更細緻化演進之可能。

另一個可能的議題為「第三人效力處分之撤銷或廢止」，此種負擔或是干涉處分之撤銷或廢止，往往造成第三人實質利益受損。以我國推動老年人長期照顧服務制度來說，如果行政機關於核給長期照顧服務機構執照時，增加負擔而成為附負擔之行政處分，例如要求該服務機構必須提供有機蔬菜給予老年人食用，以作為同意設立的許可條件之一。而該服務機構也以此作為宣傳，吸引許多老年人來接受服務。熟知後來該項要求提供有機蔬菜之負擔，因為無法律上之依據，而被認定係違法行政處分而遭撤銷。該服務機構因此減少費用支出得到利益，但是老年人卻因而受到損害。在目前的實務上，雖然渠等老年人有符合信賴保護原則中的信賴保護三要件。但是一方面並非行政處分處分相對人，另一方面其係違法負擔行政處分之撤銷，而無法得到信賴保護原則的適用。<sup>75</sup>

<sup>74</sup> 吳庚，《行政法之理論與實用（增訂十二版）》（臺北：三民書局股份有限公司，2013年08月），頁67-69。

<sup>75</sup> 蔡宗珍，〈撤銷違法行政處分之限制—信賴保護之主張及其效力〉，《月旦法學》，第63期，2008年01月，頁85-89。



第二，行政規則或是行政函釋，其性質並非法規。以行政規則為例，依據行政程序法第一五九條第一項之規定，所謂行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。換言之，理論上行政規則只有對內沒有對外，既然沒有對外，則人民不會知悉，更無從作為信賴基礎之主張。所以，行政規則不得援引作為信賴保護原則之主張。<sup>76</sup>然亦有學者以為，目前實務上行政規則多對外發生效力，且雖為內部行政規則，但是經由行政機關重複執行，實已構成行政慣例或行政先例，足以作為人民信賴之基礎，應有信賴保護原則之適用。<sup>77</sup>

另外，有關行政函釋之效力，以及是否有信賴保護原則之適用，僅分析如下。所謂行政函釋，依據行政程序法第一五九條第二項第二款之規定，係主管機關基於其機關法定執掌權責，為避免下級機關或屬官適用法律發生解釋上的疑義，並協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、以及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準，又稱為「解釋性行政規則」。<sup>78</sup>換言之，行政函釋性質等同行政規則，只有對內效力，而不對外發生效力。理應與行政規則一樣，不被作為信賴主張之基礎。但是同樣基於法治國原理下，對於法安定性的要求，以及人民權益應予積極保護的理論，所以國家應該保護人民對於公權力合理之信賴，而應有信賴保護原則之適用，司法院大法官在釋字第 525 號、第 529 號、第 574 號（許宗力大法官協同意見書）及第 589 號解釋中，已多有肯認。<sup>79</sup>

綜上，信賴保護原則於德國行政法學界，自第二次世界大戰後開始倡導，而繼受於我國學說，甚至於法律條文明文化，實為落實我國對於法治國精神的具體呈現，亦為保障人民對於國家公權力行使的所可能受到之損害。我國推動老年人長期照顧，在行政法制的建制上，實應該與時俱進，以人民的角度出發，積極保障人民的權益。諸如前述，本文以為，對於人民信賴利益之保護，只要人民確實有信賴表現以及因此受有信賴利益的損失即可，至於信賴基礎，似乎可以視個案而給彈性，例如主觀利益、第三人利益以及行政規則、行政函釋上，均應可以作為請求信賴保護原則適用之依據，方能真正有效達到保障人民信賴利益之目的。

## （六）利與不利兩面俱呈（利益衡平原則）

所謂利與不利兩面俱呈原則，又稱利益衡平原則。依據行政程序法第九條之規定，行政機關就該管行政程序，應對於當事人有利及不利之情形，一律注意。亦即要求行政機關於行政行為或活動時，應當主動客觀、全面調查、注意並認定，有關相對人利益或不利益之事實，以作為行政行為決定之基礎。<sup>80</sup>而此種課予行政機關義務，須主動注意相對人利益予不利益的法規，包括行政程序法第三十六條規定：「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意。」。以及刑事訴訟法第二條第一項規定：「實施刑事訴訟程序之

<sup>76</sup> 林明鏞，〈行政規則變動與信賴保護原則—兼評最高行政法院八十九年判字第一八四二號判決與司法院大法官解釋第五二五號解釋〉，葛克昌、林明鏞編，《行政法實務與理論（一）》，（臺北：元照出版公司，2003年03月），頁577-600。

<sup>77</sup> 張寶羊、時進剛，〈行政規則及其效力外部化初探〉，《江南社會學院學報》，第6卷第4期，2004年12月，頁52-54。

<sup>78</sup> 黃俊杰，〈解釋函令之法源與性質〉，《稅務旬刊》，第1897期，2004年06月，頁23-26。

<sup>79</sup> 張珮琦，〈論信賴保護原則與行政函釋的溯及適用〉，（臺北：私立東吳大學法律學研究所碩士論文，2005年07月），頁68-80。

<sup>80</sup> 王萬華，《中國行政程序法立法研究》（北京：中國法制出版社，2005年），頁161。



公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」。其立法之意旨與目的，亦均如是。

按國家與人民地位實力本不相當，如要求國家與人民如同一般法律程序的相對人一樣，處於相等地位，實則課予人民不利益。因此，行政機關本應主動調查所有有利與不利於人民的客觀事實，方能有效作出最適當之行政行為。建立行政秩序、安定行政程序及控制行政權力，才能展現行政程序法的立法價值。<sup>81</sup>而國家落實利益衡平原則的手段，為前述行政程序法第三十六條之「職權調查原則」，所謂職權調查原則，係指行政機關行政行為合法性之前提，為正確客觀事實之充分掌握。除行政機關主動調查外，相對人亦得自行提出有利之證據，或是申請行政機關調查對己有利之證據，而行政機關對於相對人利與不利事項，均應本於職權主動盡其所能充份調查，方能綜合論斷予以決定。<sup>82</sup>

以我國老年人長期照顧制度為例，行政機關審核老年人是否有接受長期照顧服務需求時，應主動探求對於相對人有利之事項，給予最大利益之照顧。例如依據我國於 2015 年 6 月 3 日公布（預計於公布後二年施行）之「長期照顧服務法」第四十六條規定：「地方主管機關對於接受機構住宿式或長照服務使用者，其無扶養義務人或法定代理人，應自行或結合民間團體監督其長照服務品質，長照機構不得拒絕。」。即係課予地方主管機關對於單身之受長期照顧服務者，主動關切照顧之義務。又如行政機關常見主動退回溢收費用，或是主動撤銷錯誤違法行政處分，將所收罰鍰退回相對人等，均係行政機關落實利益衡平原則之呈現。<sup>83</sup>

## （七）合目的性裁量（裁量拘束原則）

所謂的行政裁量，原係行政權與司法權互動下的產物。為免行政權受到司法權過度干涉，遂提出行政裁量的概念，一方面限制行政權的裁量空間，一方面卻也保留行政權不受司法權干涉與審查的核心範圍。<sup>84</sup>行政機關依據法律，執行行政權限時，在符合行政目的之原則下，得於法律所規定的眾多種類或範圍內，選擇適合或是適當者為之。行政程序法第十條規定：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。」，其意義即在於此。

而行政裁量依照其受到法律拘束之程度，可以分為羈束裁量與自由裁量。所謂的羈束裁量又稱限制裁量或是裁量萎縮，例如法條中明定行政機關應為特定行政行為時，則行政機關當無選擇之自由，而理所當然的必須依法行政。而所謂的自由裁量，才是真正的行政裁量，通常法條用語是「得」，或是有所謂的「裁量範圍」，給予行政權自由決定、判斷餘地之空間。正因為裁量是行政權的核心領域，所以司法權介入的程度相對受到抑制，只有在違背憲法、行政法上位原理原則（例如平等原則、比例原則等）或是構成裁量瑕疵時（例如裁量逾越、裁量怠惰、裁量濫用等），方有司法權介入審查之空間。<sup>85</sup>

<sup>81</sup> 周安平，〈行政程序法價值、原則與目標模式〉，《比較法研究》，2004 年第 2 期，2004 年 11 月，頁 140-148。

<sup>82</sup> 洪家殷，〈論行政調查中職權調查之概念及範圍—以行政程序法相關規定為中心〉，《東吳法律學報》，第 21 卷第 3 期，2010 年 01 月，頁 1-42。

<sup>83</sup> 郭美瑜，〈烏龍罰機車左轉，北市警：主動通知退費〉，《蘋果日報》，2004 年 05 月 10 日，〈<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20140510/395344/>〉。

<sup>84</sup> 楊建順，〈論行政裁量與司法審查—兼及行政自我拘束原則的理論根據〉，《法商研究》，2003 年第 1 期，總第 93 期，2003 年 01 月，頁 63-72。

<sup>85</sup> 吳庚，《行政法之理論與實用（增訂十二版）》（臺北：三民書局股份有限公司，2013 年 08 月），頁 117-138。



社會福利政策之執行，一向為傳統行政裁量空間最大之範圍。除法律多以空白授權立法的模式為之，例如老人福利法第十二條第三項規定：「中低收入老人津貼請領資格、條件、程序、金額及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之；申請應檢附之文件、審核作業等事項之規定，由直轄市、縣（市）主管機關定之。」，將請領老人津貼的相關事項及作業程序，完全空白授權主管機關另定辦法。而且對於執行的方式，也充分給予行政機關裁量權限，例如老人福利法第十一條第一項規定：「老人經濟安全保障，採生活津貼、特別照顧津貼、年金保險制度方式，逐步規劃實施。」，又同法第十二條第一項規定：「中低收入老人未接受收容安置者，得申請發給生活津貼。」。對於行政機關並未強制要求其對於老年人，應採取何種照顧措施，而是給予充分的裁量範圍、政策形成空間。

推敲其立法政策之緣由，應該是立法權考量社會福利政策之執行，涉及高度行政專業性，所以不敢過分干涉，給予充分尊重。然裁量之所在，往往成為行政權濫用與行政恣意之所在。甚至過多的裁量空間，有可能成為行政體系中，違法行為養成之地。<sup>86</sup>以我國於 2015 年 6 月 3 日公布之「長期照顧服務法」為例，可能是基於立法權對行政權裁量空間的反撲，在該法案中，除第八條第一項規定：「中央主管機關得公告長照服務之範圍」，有給予行政機關裁量空間外。其餘包括在第十四條規定：「應定期辦理調查...應獎助創新服務研究」，第十五條規定：「...應設置長照服務發展基金」，第十六條規定：「...應建置服務使用者照顧管理...等資訊系統」，第三十二條規定：「中央主管機關應訂定長照體系、醫療體系及社會福利體系間之連結機制...」，第三十五條規定：「中央主管機關...應提供長照機構收費資訊」，第三十九條規定：「主管機關對長照機構應輔導、監督、考核、檢查及評鑑...」，第四十條規定：「主管機關應依下列原則訂定長照服務品質基準...」，第四十五條：「主管機關應建置陳情、申訴及調處機制。」等，都是使用「應」而非「得」，而且對於行政機關所應為之行政作為，規範具體明確，可說是將行政機關的裁量權限限縮至零。

依據前述法案，但是可以深刻感受到，立法權對於行政權行政行為的殷切期盼，如行政機關未切實執行，有可能構成行政怠惰，並因此產生國家賠償等行政救濟問題。因此，如何在行政裁量、立法政策以及司法審查中，尋求一個完美的切割時點，成為我國未來推動老年人長期照顧服務行政法制的重要課題。

## 四、結論

### （一）國家對於國民的照顧責任

落實法治主義在我國推動長期照顧 2.0 行政法制上最主要的理論基礎，在於國家對於國民的責任。更具體的說，就是國家存在的意義。德國公法學者史坦恩(Lorenz von Stein, 1815-1890)，在其國家學體系社會理論一書中提到，人類文明從遠古社會演進而來，為了對抗大自然，對於個人生命所帶來的威脅，人類歷經了定居群聚、習俗以及法秩序等，三個社會秩序建構的階段。

<sup>86</sup> 胡敏浩，〈社會福利領域中的裁量與規則—基於《城市最低生活保障條例》的分析〉，《浙江學刊》，2011 年第 2 期，總第 93 期，2011 年 03 月 15 日，頁 60-64。



<sup>87</sup>也就是說，人類一開始是離群索居的，但是因為個人的力量，無法對抗大自然的威脅，例如颱風、地震等天災。所以人類自然會聚居在一起，藉由形成社會共同生活之模式，用社會的力量，來保護自己。

但是受到社會保護，相對的，自然也會受到社會的拘束。既然是共同的社會生活，當然需要一些共同生活的共識，這些共識一開始是以習俗的方式呈現，並拘束每個人，等到這些社會共識隨時間演進，而其效力已經達到具有法律保護的價值時，自然會明文演進成為我們的法律。而社會秩序演進的結果，自然會產生國家。所以國家存在的最重要目的，就是在於保護國民，而國家的法律，必須是所有國民的生活共識，而且不應驟然而生，應有其自然之演進程序。

德國法學家耶林內克（Georg Jellinek）在其「主觀公權利之體系（System der subjektiven öffentlichen Recht）」一書中，採用「身分理論（Statuslehre，或稱地位理論）」，將國民與國家之關係，區分為消極的身分地位、積極的身分地位、主動的身分地位以及被動的身分地位四種。<sup>88</sup>所謂的消極身分地位，又稱國民自由，係指國民可要求國家權力機關（立法或行政機關）處於消極不作為的地位。也就是可以要求國家不得侵害，或介入干涉個人的自由領域（精神自由、人身自由或經濟自由等）；而所謂的積極身分地位，又稱為國民權利，係指當國民的自由權利受到侵害時，國民可要求國家權力機關（司法機關）積極排除不當侵害（請求司法救濟、國家賠償補償的權利）；而所謂的主動身分地位，又稱為國民主權，係指國民有主動參與國家意思形成的權利（如參政權、選舉權或罷免權等）；最後，所謂的被動身分地位，又稱為國民義務，係指國民有服從國家統治的義務。

又對於國家與國民的關係，在傳統社會學理論領域之中，統稱為「社會契約論」。其較為著名的學者有盧梭、霍布斯及洛克等三人。法國哲學家盧梭在其「社會契約論」中，主張認為國家起源於一種社會契約，國家的權力來自於被統治者的認可，並由國家與國民共同訂立契約。盧梭認為國家的存在，代表公共意志的呈現，而這個公共意志，其運作必須有益於全體社會，國家應該把更多的權利還給國民。具體來說，盧梭的政治理念就是「主權在民」。<sup>89</sup>

而英國哲學家霍布斯在其著作「巨靈論」中，則是將國家比擬為「怪獸」，其認為所謂的社會，是一群人在一個「威權」之下，而每個人將其所有的權力交付給這威權，使其得以維持內部和平，與進行外部防禦，國民交出權利的目的，其實只求保護自己免於一死。<sup>90</sup>換言之，在霍布斯的巨靈論下，國家的存在目的，只在於保全國民的生命。具體來說，其政治理念就是「集權統治」。本文認為，霍布斯這種主張，可能與該書作成的時間，是在英國內戰進行時有關。面對戰爭的威脅，「寧為太平犬，不作亂離人」<sup>91</sup>，在動蕩紛亂的年代，當作為一個人，連基本的生命安全保障都是奢求時，其他所謂的基本權利，根本沒有受到重視的機會。因此，霍布斯的

<sup>87</sup> 史坦恩（Lorenz von Stein）著，張道義譯注，《國家學體系：社會理論》（System der Staatswissenschaft II：Die Gesellschaftslehre）（臺北：聯經出版事業股份有限公司，2008年），頁xiii-lxxxii。

<sup>88</sup> 李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克「身分理論」談起（上）〉，《憲政時代》，第29卷第1期，2003年07月，頁15-22。

<sup>89</sup> 盧梭（Jean-Jacques Rousseau）著，何兆武譯，《社會契約論》（Du contrat social ou Principes du droit politique），〈[http://library.hnjhj.com/book/social\\_contract.pdf](http://library.hnjhj.com/book/social_contract.pdf)〉。

<sup>90</sup> 霍布斯（Thomas Hobbes）著，《巨靈論》（Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil），〈<http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/hobbes/leviathan-contents.html>〉。

<sup>91</sup> 「寧為太平犬，不作亂離人」，係指情願做太平歲月的狗，也不要亂世裡做個四處流浪的人。感傷亂世裡人命的輕賤與無奈。其原文係出自於北宋太平御覽一書中的「亂離人，不及太平犬」，詳參李昉編撰，《太平御覽》（開封：宋太宗太平興國二年，977年），卷916。



巨靈論，雖有其歷史背景，但已不適用於現代。

相對於霍布斯的巨靈論，英國哲學家洛克，則有截然不同的主張。洛克在其著作「政府論」中，主張國家的權力，只能建立在被統治者，也就是國民同意的基礎上。<sup>92</sup>每個國民都擁有相同的「自然權利」，而國家的責任，則是保護國民的自然權利。國家只是國民所委託的代理人，當代理人背叛了國民，或是代理人濫用權力時，國民有權利革命，推翻舊國家，再建立一個新的國家。換言之，國家係為保護國民的基本權利而存在。具體來說，其政治理念就是「天賦人權」。

盧梭、洛克、霍布斯、耶林內克以及史坦恩，都是十七、十八世紀，相當重要的社會思想哲學家，他們所建構的國家與國民的關係，影響實在深遠。從美國獨立宣言、法國人權宣言到近代風起雲湧的民主思想浪潮，可說都是依循者這種基本權利的法學理論，或是社會契約理論而衍生。整體而言，我們可以得到這樣的結論：「國家是為國民而存在的機器，國民對於國家固然負有義務，但是相對的，國民對於國家也有權利存在。這些權利自然產生，無庸請求，而且一律平等。國家應該盡全力去保障國民的權利。」。

## （二）落實法治主義於長期照顧 2.0 法制之銜接

法治主義源於西方而暢行於當代，除為保障個人基本權利外，更應以增進個人及國家、社會之福祉為依歸。新加坡前總理李光耀，曾倡導所謂「亞洲價值」以對抗西方的「普世價值（係指自由、民主及人權）」。李光耀所主張之亞洲價值，其源於中國傳統儒家思想，主張「社會第一，個人第二」，其具體內容則為主張社會、國家及家庭的重要性，希望以和諧來取代衝突，包括個人、族群、宗教、政黨間，都應和諧共處以維持社會之秩序。<sup>93</sup>

本文以為亞洲價值與普世價值之間，兩者其實並無衝突。兩者的理念恰可以互補對方之不足。西方人重視個人權益，而東方人關心國家社會，如果可以結合二者，使個人權益與國家社會能相互提攜，永續發展，才是人類社會文明之福。更嚴格來說，社會科學本來就沒有絕對的對錯，又何來以某理論否定某理論的道理。法治主義的演進亦如是，在本文的探討中，只是針對行政法上常見的原理原則予以檢視，然並非除此之外的其他法律原理原則，即非法治主義之範圍，行政機關仍應保持主動積極的行政運作彈性。

老年人長期照顧服務制度，正是普世價值與亞洲價值，二者可以激盪合作的舞台。為老年人提供長期照顧的機構服務與在宅服務，日間照顧與老人住宅，無不是擺盪在個人權益與家庭生活之間的調節。如何以行政法制來兼顧國家、社會與家庭之間的平衡與和諧，恰是法治主義最初發展的精神與目的。2015年5月15日立法院第8屆第7會期第12次會議，三讀通過「長期照顧服務法」。在朝野黨團協商法條內容的過程中，對於長期照顧服務法的有條件通過，共計作成十一點的附帶決議。其中第八點提到：「中央主管機關應於本法施行日起一年內，訂定本法與老人福利法、身心障礙者權益保障法、護理人員法、精神衛生法、國軍退除役官兵輔導條例等相關法規之銜接機制。」。本文以為「法治主義（依法行政三原則、程序正義七原則）」，恰可提供衛生福利部，完成訂定長期照顧服務法與老人福利法、身心障礙者權益保障法、護理

<sup>92</sup> 洛克（John Locke）著，《政府論》（Two Treatises of Government），〈<http://socserv.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/locke/government.pdf>〉。

<sup>93</sup> 李明輝，〈儒家傳統與東亞的現代化—從李光耀與彭定康關於「亞洲價值」的爭論談起〉，劉述先編，《儒家思想在現代東亞：韓國與東南亞篇》，（臺北：中央研究院中國文哲研究所，2001年），頁25-66。



人員法、精神衛生法、國軍退除役官兵輔導條例等相關法規之架構及銜接規範之參考。

對於長期照顧服務行政法制上法治主義的探討，本文從法治國精神出發，按照依法行政三原則以及程序正義七原則等法治原則，針對我國老年人長期照顧行政法制，逐點予以檢視我國現有的法律規範，是否足以落實「實質法治主義」，而非僅流於形式上的法治主義。經檢視之後，相較於德國、日本等法制作業先進完善國家，臺灣在推動老年人長期照顧服務之相關法律及配套法令，確實還有努力及發展空間，需要全民共同一起來努力。

本文以為，未來我國老年人長期照顧服務行政法制之建制，應以著重實質上對於人民權利保障之實質法治主義為依歸。雖我國目前制度尚在草創階段而方興未艾。然本文相信只要能堅持創造不特定多數人幸福之理念，兼容而並蓄，廣納並吸收各種思維、學說、理論以及制度，並區分其優劣得失。除了按照依法行政三原則，以及程序正義七原則之外，只要是有助於社會福利推動，老年人長期照顧服務制度實施之相關原理原則，都應該納入行政執行及參考的範疇。幸福，不只是一種主觀與客觀上的滿足，更是對於未來的願景與期待。用更具體的話來說，國家給予人民期待的是滿意，而給予人民超越期待的是感動。國家對於人民的照顧，不應只達到讓人民滿意的程度，更應該主動積極創造價值，超越人民期待，讓人民有感動的力量。<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> 何全德，〈改變與感動的力量－電子化政府服務創新策略〉，《研考雙月刊》，第 36 卷第 5 期，2012 年 10 月 01 日，頁 55-70。



## 參考文獻

### 一、中文部份

#### (一) 專書

- 王萬華，2005。《中國行政程序法立法研究》。北京：中國法制出版社。
- 李震山，2011。《行政法導論（修訂9版）》。臺北：三民書局股份有限公司。
- 李明輝，2001。〈儒家傳統與東亞的現代化—從李光耀與彭定康關於「亞洲價值」的爭論談起〉，劉述先編，《儒家思想在現代東亞：韓國與東南亞篇》。臺北：中央研究院中國文哲研究所。
- 林紀東，1993。《行政法》。臺北：三民書局股份有限公司。
- 林明鏘，2003。〈行政規則變動與信賴保護原則—兼評最高行政法院八十九年判字第一八四二號判決與司法院大法官解釋第五二五號解釋〉，葛克昌、林明鏘編，《行政法實務與理論（一）》。臺北：元照出版公司。
- 吳庚，2013。《行政法之理論與實用（增訂十二版）》。臺北：三民書局股份有限公司。
- 陳新民，2001。《法治國家論》。臺北：新學林出版股份有限公司。
- 陳新民，2005。《行政法學總論（第八版）》。臺北：陳新民自版。
- 鄧學良，2006。《兩岸行政法研究》。高雄：中華勞資事務基金會。
- 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，2011。《行政程序法實用（第四版）》。臺北：新學林出版股份有限公司。
- 城仲模，1999。《行政法之基礎理論》。臺北：三民書局股份有限公司。
- 翁岳生，2009。《法治國家之行政法與司法（第二版）》。臺北：元照出版有限公司。
- 羅傳賢，2004。《行政程序法論（增訂第四版）》。臺北：五南圖書出版股份有限公司。
- 蘇嘉宏、洪榮彬，2004。《行政法概要-行政法的基本概念、行政法作用、行政組織法》。臺北：永然文化出版公司。
- 應松年，2001。《行政程序法立法研究》。北京：中國法制出版社。
- 湯德宗，2009。〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務（第六輯）》。臺北：中央研究院法律研究所籌備處。

#### (二) 專書譯著

- 史坦恩（Lorenz von Stein）著，張道義譯注，2008。《國家學體系：社會理論》（System der Staatswissenschaft II：Die Gesellschaftslehre）。臺北：聯經出版事業股份有限公司。
- 蘆部信喜著，高橋和之增訂，林來梵、凌維慈、龍絢麗譯，2006。《憲法（第三版）》。北京：北京大學出版社。

#### (三) 期刊

- 李岩松，〈論英國法官造法與地方自治〉，《瀋陽工業大學學報（社會科學版）》，第5卷第2期，



- 2012年04月，頁185-189。
- 林文程演講、趙文瑾整理，〈方法論—社會科學研究方法〉，《中國大陸研究中心通訊》，第5期，2005年11月，頁23-27。
- 林錫堯，〈法律保留原則之理論與實踐〉，《法學叢刊》，第50卷第4期，2005年10月，頁1-22。
- 陳英淙，〈由法治國概念探討憲法法治國原則之內涵〉，《中央警察大學法學論集》，第21期，2011年10月，頁67-108。
- 陳新民，〈國家的法治主義—英國的法治（The Rule of Law）與德國法治國家（Der Rechtsstaat）之概念〉，《臺大法學論叢》，第28卷第1期，1998年10月，頁47-121。
- 吳庚，〈依法行政原則的實踐—回顧與展望〉，《新世紀智庫論壇》，第12期，2000年12月30日，頁24-32。
- 洪家殷，〈論行政調查中職權調查之概念及範圍—以行政程序法相關規定為中心〉，《東吳法律學報》，第21卷第3期，2010年01月，頁1-42。
- 黃舒芃，〈知識天地：法治（Rule of Law）vs 法治國（Rechtsstaat）〉，《中央研究院週報》，第1164期，2008年04月03日，頁3-4。
- 黃俊杰，〈解釋函令之法源與性質〉，《稅務旬刊》，第1897期，2004年06月，頁23-26。
- 黃舒芃，〈再論「二分」與「三分」之爭：從憲法觀點檢討職權命令的存廢問題〉，《東吳法律學報》，第23卷第2期，2011年10月01日，頁1-29。
- 黃學賢，〈行政法中的法律保留原則研究〉，《中國法學》，第121期，2007年10月，頁47-53。
- 胡敏浩，〈社會福利領域中的裁量與規則—基於《城市最低生活保障條例》的分析〉，《浙江學刊》，2011年第2期，總第93期，2011年03月15日，頁60-64。
- 葉俊榮、張文貞，〈轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢〉，《人文及社會科學集刊》，第14卷第4期，2002年12月，頁515-559。
- 周安平，〈行政程序法價值、原則與目標模式〉，《比較法研究》，2004年第2期，2004年11月，頁140-148。
- 張震，〈論我國普通法院法官之釋憲聲請權〉，《社科法政論叢》，第1期，2003年03月，頁1-37。〈<http://fclma.org/ShowPost/28943.aspx>〉。
- 張寶羊、時進剛，〈行政規則及其效力外部化初探〉，《江南社會學院學報》，第6卷第4期，2004年12月，頁52-54。
- 秦強、王文娟，〈形式法治與實質法治—兼論法治主義與憲政主義的區別〉，《甘肅理論學刊》，總第167期，2005年01月，頁70-73。
- 楊建順，〈論行政裁量與司法審查—兼及行政自我拘束原則的理論根據〉，《法商研究》，2003年第1期，總第93期，2003年01月，頁63-72。
- 姜世明，〈強制執行法之基本原則與理念〉，《月旦法學》，第225期，2014年02月，頁214-230。
- 蔡茂寅，〈比例原則的界線與問題性〉，《月旦法學》，第59期，2000年03月，頁30-31。
- 蔡茂寅，〈比例原則在受益行政領域之適用〉，《月旦法學》，第35期，1998年03月，頁26-27。
- 蔡宗珍，〈撤銷違法行政處分之限制—信賴保護之主張及其效力〉，《月旦法學》，第63期，2008年01月，頁85-89。
- 劉光軍，〈誠實信用原則的歷史沿革及經濟基礎〉，《山東社會科學》，2006年第10期，總第13



4 期，2006 年 10 月 05 日，頁 111-113。

劉定基，〈行政程序法制訂通過對「職權命令」的衝擊－職權命令的存廢與規範〉，《法令月刊》，第 51 卷第 7 期，2000 年 07 月 01 日，頁 32-39。

鄭強，〈合同法誠實信用原則比較研究〉，《比較法研究》，第 14 卷第 1 期，2000 年 01 月，頁 38-53。

謝孟瑤，〈行政法學上誠實信用原則之研究〉，《月旦法學》，第 28 期，1997 年 08 月，頁 92-101。

孫展望，〈法律保留與立法保留關係辨析--兼論立法法第 8 條可納入法律保留範疇〉，《政法論壇》，第 29 卷第 2 期，2011 年 03 月，頁 105-112。

蕭文生，〈行政處分明確性之要求－評最高法院九十四年度判字第 2015 號判決及最高法院九十八年度判字第一一三二號判決〉，《月旦法學》，第 184 期，2010 年 09 月，頁 207-219。

#### (四) 論文

林美玲，2012。《臺灣專利行政法制之研究》。高雄：國立中山大學中國與亞太區域研究所碩士論文。

張珮琦，2005。《論信賴保護原則與行政函釋的溯及適用》。臺北：私立東吳大學法律學研究所碩士論文。

#### (五) 研討會論文

鄧學良，2013/08/15。〈公私社三分論與社會安全〉，「第二屆兩岸和平發展法學論壇」。北京：海峽兩岸關係法學研究會。頁 327-343。

郭明政，2011/01/29。〈社會福利與社會保險〉，「傳承與轉型—中華民國發展史論文研討會政治與法制組」研討會。臺北：國立政治大學人文中心主辦。頁 569-590。

#### (六) 網際網路

王秀亭，2010/04/02。〈為獨老送餐，關山消防隊足感心〉，《自由時報》，〈<http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/384525/print>〉。

江清謙，2007/05/24。〈我國長期照顧十年計畫之評述〉，《財團法人國家政策研究基金會》，〈<http://www.npf.org.tw/post/3/2335>〉。

吳珮如，2015/02/02。〈暖男到府打掃，麻吉爺爺笑開懷〉，《蘋果日報》，〈<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150202/553124/>〉。

郭美瑜，2004/05/10。〈烏龍罰機車左轉，北市警：主動通知退費〉，《蘋果日報》，〈<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20140510/395344/>〉。

詹火生，2005/08/25。〈日本介護（長期照護）保險制度現況與展望〉，《財團法人國家政策研究基金會》，社會（析）094-022 號〈<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/SS/094/SS-B-094-022.htm>〉。

#### (六) 參考網站

日本國立國會圖書館 <http://www.ndl.go.jp/constitution/>



司法院大法官解釋 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03.asp>

司法院全球資訊網 <http://www.judicial.gov.tw>

## 二、英文部份

Hurst Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law," *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, 1995, p. 287.<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1957798](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1957798)>。

## 三、日文部份

### (一) 專書

千葉博，2007。《新はじめて学ぶ行政法》。東京：三修社。

竹中勳，1989。《憲法教室》。東京：有斐閣出版社。

芝池義一，2001。《行政法総論講義（第四版）》。東京：有斐閣，2001年。

南博方、原田尚彦、田村悦一，1976。《行政法（一）》。東京：有斐閣。

塩野宏，2001。《法治主義の諸相》。東京：有斐閣。

蘆部信喜、高橋和之、長谷部恭男，2001。《憲法判例百選 I》。東京：有斐閣出版社。

### (二) 期刊

松戸浩，〈行政立法と法律の根拠—法律の法規創造力の原則の意義〉，《広島法学》，第 32 卷第 2 期，2008 年，頁 73-100。

比山節男，〈実質的法治主義行政法との対話（4）〉，《産大法学》，第 46 卷第 4 期，2013 年 02 月，頁 50-102。

