

國立政治大學法學院碩士在職專班  
碩士論文

指導教授：劉宗德博士

經濟補助法律制度之研究  
—以文化創意產業為中心

A Review on the Legal System of  
Economic Subsidies—the Role of the  
Cultural and Creative Industries

研究生：陳宜靜

中華民國 102 年 7 月

## 謝辭

在奮鬥了幾個秋冬春夏後，生活、心情和體重都如釋重負。

首先要感激在我生命中無悔支持的父母親，讓我能勇敢地在法律的銅牆鐵壁中，找到自己的論述，我知道為了完成學業，回南投老家次數少了很多，每天夾在辦公室、K書中心和學校裡奔波，抱歉每次問候的電話我總是回得倉促，這本論文就是在你們的包容和鼓勵下付梓的，獻給你們。

接著感念在心的，是望之儼然、即之也溫，但偶聽其言卻十分爆笑的指導老師劉宗德教授，謝謝老師對於我常熬夜趕出的粗糙內容，不厭其煩的指導，一次又一次地提出精闢的修正建議，許多論文的發展方向、寫作架構上的盲點，也都在老師的提點下迎刃而解，即使部分內容需要砍掉重練，也幸而能在明確的脈絡下重新完成。

當然，法碩專班的同學們更是研究學習這條路上的換帖，沒有你們的支持和互勉，我就算嘔出膽汁都還沒辦法完成這本嘔心瀝血的論文。榮彥同學總在我頭腦打結時解答疑惑，幫我一起蒐集研究資料，並無私地提供手邊的資訊給我參考；還有每當我因為工作疲累想放棄學業時，振吉同學孜孜矻矻的學習精神，兼顧醫學工作和法學研究，勉學不倦的榜樣值得學習；還有貞君同學也是典範一枚，謝謝你們的陪伴，在這裡的一段文字，恐怕還不及對你們萬千的銘謝。

另外，我的好友秀琴、美珠和慧玲，我知道在我閉關寫論文的半年間，你們依舊大魚大肉，但卻假裝和我一樣宅在家裡，只為了不讓我玩心大發，謝謝你們善解人意的貼心，日後我們可以光明正

大的吃喝玩樂了。

最後，我想要謝謝工作的夥伴：貞慧、婷婷、秋娟、景豪，謝謝你們體諒我肩負論文及公務的雙重壓力。

曾經一度我否定自己，想要放棄學位，甚至幻想能直接跳到寫謝詞的這段時光，但怎知真正過了寒冬及溽暑後，提筆結論時竟有些悵然不捨，寒冬的星空澄明浩瀚，彷彿學海無涯。

2013年7月宜靜



## 摘要

過去 10 年，各國政府無不積極推動文化創意產業之發展，包含已開發的先進文化大國，都已紛紛將文化創意產業視為國家發展重點，並意識到文化創意產業可帶動之經濟成長，以及所能創造的高附加價值(high value added)。在全球化風潮下，我國政府為發掘並培育具潛力的新興產業，作為未來經濟成長之新動力，於 2009 年 10 月 23 日由行政院核定「創意台灣—文化創意產業發展方案行動計畫」(the Creative Taiwan - Cultural and Creative Industry Development Project)規劃於 2009 年至 2013 年以五年執行期程，編列總經費 262.25 億元投入電視、電影、流行音樂、數位內容(digital content)、工藝、設計等六大旗艦產業，予以重點推動。

國家為了促進特定產業的發展，除了在行政上進行管制鬆綁，讓產業有更多之自由空間外，亦常以提供經濟補助方式，協助私人事業發展，達成產業轉型目標。惟大量資金挹注涉及國家藉由課稅向人民收取財源之重新分配，在公共監督上，除了補助對象之擇定等涉及利益分配議題外，對於經濟補助影響產業內及產業間競爭者權利，應如何監督及控管其運作，以統制行政主體之恣意裁量，確立受補助者之法律地位，隨著行政任務的重點，已由消極之秩序維持轉而強調積極之給付提供，成為現今行政法學所面臨之重要課題。

針對文化創意產業，政府積極運用經濟補助等財政工具，達成產業促進目的，然在執行過程，屢屢引起補助資源分配不公、補助手段未能達成產業目標等爭議，是以本文將藉由行政法學界對經濟補助之看法，分析經濟補助措施的憲法、法律原則界限，以及行政行為形式(forms of administratatie acts)的選擇，暨權利救濟(right relief)管道的選擇問題。提供我國文創產業未來發展的決策分析。

**關鍵詞：**文化創意產業、創意產業、經濟補助、經濟輔助



## Abstract

In past 10 years, every country's government has been positively pushing the developments of the Cultural and Creative Industries, including the developed and advanced great cultural countries, they all regard the cultural and creative industries as the main developments of the country. They are also conscious that the Cultural and Creative Industries can bring the growths to economy and create high value added.

In the fad of globalization, our government would like to explore and boost the potential new-developing industries for being the new driving force. On Oct, 23, 2009, "the Creative Taiwan—Cultural and Creative Industries Development Project" by the Administrative Yuan plans a 5-year performing process and list the budget of 26.225 billion NTD from 2009 to 2013 to put into TV, Pop Music, Films, Digital content, Art, Designs, etc, six main industries and emphasize pushing them.

In the hope of improving the developments of particular industries, the government of our country often supplies economic subsidies to help the development of private industries to let them get more free space to achieve the goal of transformation. However, offering big amount of capital concerns the re-distributions of finance that is from the taxation of the people. On the monitoring, besides choosing the subsidized party, which is concerning the distributions of advantages and the

influence among the interests of industries, the government should know how to scrutinize and control the operations to limit the unrestrained rights of administrative in order to establish the forensic position of subsidized party. The key points of administrative mission have already shifted from the negative maintenance of order to positive payment assistance and become the important administrative law issue.

For Cultural and Creative Industries, the government is positively utilizing the economic subsidies as the financial tools to achieve the aims. But in the process of performing these tools, many disputes are arising in the unfair distributions of resources and also in the failure in achieving the industrial aims. So this text will analyze the methods of industrial subsidies in constitutional and lawful limitations and the choices of rights relief channels to supply our country Cultural and Creative Industries the resolutions for future developments.

## 論文目次

<b>第一章 緒論</b> .....	1
<b>第一節 研究動機與研究目的</b> .....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 研究目的.....	4
<b>第二節 研究方法、範圍與步驟</b> .....	4
第一項 研究方法.....	4
第二項 研究範圍.....	5
第三項 研究步驟.....	6
<b>第三節 論文章節架構</b> .....	8
<b>第二章 文化創意產業與政策</b> .....	11
<b>第一節 文化創意產業概述</b> .....	11
第一項 文化創意產業定義與特性.....	11
第二項 文化創意產業範疇.....	14
第三項 我國文化創意產業現況.....	15
<b>第二節 各國文化創意產業之資金協助政策</b> .....	17
第一項 他山之石.....	18
第二項 我國文創產業資金協助政策.....	22
第三項 我國文化創意產業資金協助政策之困境與檢討.....	25
<b>第三節 文化創意產業之經濟補助制度</b> .....	28
第一項 經濟補助之概念.....	28
第二項 經濟補助之理論依據、界限及在行政法體系之地位.....	31
第三項 我國文化創意產業之經濟補助措施.....	36
<b>第三章 經濟補助之之原理原則與法律界限</b> .....	51
<b>第一節 憲法基礎及效力</b> .....	51
第一項 憲法基礎.....	51
第二項 增修條文第十條之性質-基本國策或基本權利.....	52
第三項 憲法經濟補助條款之效力.....	53
<b>第二節 法律保留原則</b> .....	55
第一項 給付行政與法律保留原則.....	55
第二項 經濟補助與法律保留原則.....	59
第三項 文化創意產業經濟補助之法律保留密度.....	60
<b>第三節 平等原則</b> .....	64
第一項 平等原則的內涵.....	64
第二項 平等原則於經濟補助領域之適用.....	65
<b>第四章 文化創意產業經濟補助之行為形式與行政程序規制</b> .....	69



第一節 行政行為形式理論·····	69
第一項 行政行為形式理論任務、概念與批評·····	70
第二項 行政行為形式之選擇·····	73
第三項 小結·····	76
第二節 經濟補助之行為形式·····	76
第一項 外國學說與判決見解·····	77
第二項 我國學說及司法院大法官解釋見解·····	92
第三項 文創產業經濟補助行為類型化之嘗試·····	95
第三節 經濟補助之程序規制·····	110
第一項 申請、審查階段·····	111
第二項 決定作成階段·····	116
第三項 義務履行手段·····	118
<b>第五章 經濟補助之權利救濟·····</b>	<b>122</b>
第一節 受補助者之權利救濟·····	122
第一項 經濟補助決定或契約之廢棄、補助金之返還請··	123
第二項 關於後階段補助契約定性之爭議·····	129
第二節 第三人(競爭者)之權利救濟·····	133
第一項 競爭者訴訟權能·····	133
第二項 訴訟類型之選擇·····	137
第三節 國家賠償與損失補償·····	138
<b>第六章 結論與建議·····</b>	<b>140</b>
<b>參考文獻·····</b>	<b>147</b>

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與研究目的

### 第一項 研究動機

2011年4月25日前行政院新聞局公布100年度「旗艦型流行音樂製作與整合行銷補助案」獲補助者名單及補助理由，旋即引起輿論一片體檢該局補助政策聲浪。批評者指出，新聞局「旗艦型唱片企劃製作及宣傳」案總計送出7000萬元補助金給已具高知名度及高收入的藝人出版唱片，對於本就具備市場優勢的歌手或唱片業者而言，僅淪為灑錢討好；而且，在補助總額大餅不變下，前述的補助策略，對於扶植獨立音樂創作、培育具有潛力之樂團或歌手之相關預算，必然產生排擠效果；批評者並提出，運用稅捐公款挹注文化產業，需要有更全面的效益評估及策略規劃，才能達到提升流行音樂產值目標，並籲請新聞局檢討流行音樂補助政策<sup>1</sup>。針對上述的批評，新聞局回應表示，「旗艦型流行音樂製作與整合行銷補助案」主要考量在於唱片公司為所發行專輯所做之整體規劃是否具備市場潛質，全然係以帶動業界投入資金意願，活絡流行音樂市場為補助目的，此與該局推動補助樂團錄製有聲出版品、流行音樂人才培育補助計

---

<sup>1</sup>劉美仔，千萬補助音樂出版背後一體檢新聞局的產業思考，破週報，復刊669期，2011年5月12日。

畫、數位音樂發展補助計畫等其它流行音樂產業發展計畫，實屬分司不同功能<sup>2</sup>。

資金是產業發展過程的重要基礎，政府以提供補助金之方式，協助私人事業發展，以提升產業競爭力、輔導產業轉型，在給付行政領域衡為常見，也因其具利誘式、非權力式性質，運用上較諸命令式、干預性手段易為人民所接受，為行政機關樂於採用。我國自 1960 年制頒「獎勵投資條例」起，持續以貸款、補貼、獎助金、投資補助等多樣化的補助類型，搭配行政計畫、行政指導等非正式法律手段，帶領市場及指揮民間企業，達成政策目標，由於法律體系欠缺對經濟補助行為之規範，使國家幾享有完全之手段選擇自由及大量的裁量權。惟在公共監督上，除了補助對象的擇定等涉及利益分配議題外，對於經濟補助是否影響產業內及產業間競爭者權利、如何監督及控管其運作、其作為政策工具之「經濟誘因」是否仍然存在，或已淪為受補助者的「既得利益」，相關討論皆少有論及。在行政法學領域，國內有關給付行政之專書或期刊，探討重點多著重在給付行政理論之引介，對於經濟補助法令及實務面問題，相關文獻尚乏全面性探討。此或許是經濟補助因通常無法律依據或授權，行政機關在補助項目、評審標準、評審組成與運作、給付行為形式、與受補助者權利義務等，均具有鉅幅的裁量權與行為形式選擇自由，整體經濟補助面貌建構不易所致。然而，正因經濟補助型態具有多樣性、複雜性之特質，且賦予行政機關鉅幅的裁量權，國內對於經濟補助監控機制如何設計與執

---

<sup>2</sup> 前行政院新聞局 100 年 6 月 5 日新聞稿，前行政院新聞局全球資訊網，<http://info.gio.gov.tw/ct.asp?xItem=90489&ctNode=4595&mp=1>

行，以統制行政主體的恣意裁量，確立受補助者之法律地位，充分實現經濟補助目的，已隨著行政任務的重點，由消極之秩序維持轉而強調積極之給付提供，成為現今行政法學所面臨的重要課題。

2009年10月23日行政院核定「創意台灣—文化創意產業發展方案行動計畫」，規劃於2009年至2013年以五年執行期程，編列總經費262.25億元投入電視、電影、流行音樂、數位內容、工藝、設計等六大旗艦產業<sup>3</sup>，予以重點推動。相較於2004年至2008年各部會投入文創業務總經費67.94億元，共成長3.86倍。大量的政府資金挹注，係為解決我國文創業者多屬微型經濟規模、現有融通及智慧財產鑑價制度不足，所面臨之產業發展資金不足困難；惟大量資金挹注涉及國家藉由課稅向人民收取財源重新分配，是否能達到扶植產業升級或經濟轉型目的？未經擇定為策略產業者得否主張政府介入影響競爭自由？（例如：傳統及藝術音樂業者得否主張政府重點發展流行音樂產業，將影響傳藝音樂的銷售？獨立音樂業者得否主張與主流音樂業者獲得相同的資源？）權利如何救濟？行政機關裁量界限為何？行政機關與受給者間法律關係如何形成與消滅？補助金得否追繳？皆有待學理逐一釐清，茲以文化創意產業之六大旗艦產業分由文化部（於2011年以前為行政院文化建設委員會及前行政院新聞局）、經濟部及內政部等機關推動執行，該等部會於經濟補助選擇手段、行為形式及行政自我監控程度均多元複雜，值得作為經濟補助法律關係案例探討，俾供實務及

---

<sup>3</sup> 行政院98年10月23日院臺文字第0980051236號核定「創意台灣—文化創意產業發展方案」行動計畫及中長程計畫。

學理參考。

## 第二項 研究目的

本研究擬以文化創意產業為範圍，呈現當前文創產業各主管機關經濟補助措施，並藉由行政法學界對經濟補助之看法，分析經濟補助措施的憲法、法律原則界限，以及行為形式的選擇，暨訴訟管道的選擇問題。本研究目的分述如下：

- (一) 探討經濟補助措施之憲法基礎、行政法原則界限。
- (二) 探討各類型經濟補助行為形式選擇、類型化嘗試、輔助決定過程程序規制。
- (三) 探討經濟補助法律關係之形成、消滅，以及多種行為形式結合而發生之法律關係，各階段行為如何互相影響。
- (四) 探討經濟補助受給者對於機關撤銷補助金受領資格或要求返還補助金之決定不服、申請補助被拒、競爭第三人權利受侵害等應提起訴訟類型、訴訟爭點。
- (五) 就研究所得結果，提出各經濟補助類型較適合行為形式及我國經濟補助制度法制層面的建議。

## 第二節 研究方法、範圍與步驟

### 第一項 研究方法

本研究擬以經濟補助裁量統制分析為重點，以文獻分析、比較研究及歸納法混合運用，證以國內外學說、實務見解，冀

能釐清經濟補助裁量統制界限、行為形式定性與法律關係等爭點，以供各界參考。

### （一）文獻分析法

本研究將以國內學者專書、期刊論文、研討會報告、政府機關委託或自行研究報告、政府部門出版品及相關網站為文獻分析之主要內容外；外交文獻部分，由於日本對於經濟補助制度已發展出較為完整之理論體系，爰擬輔以日文文獻探討，惟囿於研究者日語能力，此部分將僅於國內文獻不足時為補充。

### （二）比較研究及歸納法

整理與比較分析行政機關運用經濟補助之行為形式、法律關係、訴訟救濟管道之實務，參酌國內實務判決及學說見解，以為探討及分析。

## 第二項 研究範圍

本研究將文化創意產業發展法所定義之文化創意產業，其經濟補助法律關係為討論範圍。至「經濟補助」之定義則採廖義男教授見解，指「行政主體為影響企業之經濟活動，藉以實現特定經濟政策之目的，而對企業所為之一種有財產價值之給與；對此給與，受補助之企業無須依市場上通常條件為報償性之對待給付之意」<sup>4</sup>。又經濟補助之類型則以貸款（由行政主體從國庫支出資金而成立基金，以一定金額低利貸放私人企業）、

<sup>4</sup> 廖義男，〈從法學上論經濟補助之概念〉，《企業與經濟法》，1980年4月初版，第213頁。

補貼（由行政主體從國庫編列預算支出，以一定金額無償給與私人企業）、保證（由國庫或國家設立之財團法人擔任私人企業於貸款或其他行為之保證人）、獎助金（為誘發私人企業為一定行為達一定標準後，以一定金額為無償給與）等<sup>5</sup>財產價值的積極給與為限，不包括稅捐之減免等財產價值的消極給與在內<sup>6</sup>。

### 第三項 研究步驟

本計畫之研究步驟大致區分如下

#### （一）我國經濟補助實務整理

- 本步驟將觀察文化創意產業之經濟補助政策擬訂、法規依據、行為形式選擇、權利義務關係之發生與消滅、權利救濟等現狀，並整理尚待吾人解決之議題。

#### （二）法律分析與爭點整理

本步驟將自憲法、行政法觀點，參酌國內外學說及實務判決之理論，探討經濟補助行為的界限、法律關係定性、不同行為形式併存適用法律效果及訴訟途徑等問題。

#### （三）由法律分析觀點檢視我國經濟補助措施

本步驟將由法律分析觀點檢視我國經濟補助措施，

<sup>5</sup> 廖義男，〈經濟補助之主要類型及補助行為之法基礎〉，《企業與經濟法》，1980年4月初版，第216頁至第223頁。

<sup>6</sup> 其原因在於，基於稅捐法律主義，故稅捐之減免，係法律適用之問題；而經濟補助，須就有限之補助資源為合理有效之分配及順序優先之安排，補助與否，涉及財政裁量之問題，二者所生之法律問題不同，稅捐減免自不屬經濟補助範圍。同註4，第205至第206頁。

並依序完成下列爭點之法律分析：

1. 經濟補助行為於憲法、行政法原理原則界限：此部分將探討國家介入經濟活動之原理、經濟補助請求權基礎及內涵、第三人競爭自由之保護、平等原則之適用、適用法律保留原則密度、及其他給付行政原理原則之拘束等。
2. 經濟補助法律關係定性、行政機關行為形式選擇之界限：此部分將探討經濟補助主體與法律關係、定性其行為形式、行政行為形式選擇自由之限制、雙階法律關係中前後階段行為如何互相影響、給付關係中行政處分與行政契約併存（例如違約金或違反補助規定之罰金）之法律效果，以闡明行政於經濟補助關係之裁量統制。
3. 經濟補助權利救濟制度：此部分將探討相對人及競爭者之訴訟權能、訟訴制度與訴訟類型之選擇，透過司法審查途徑規制行政裁量。

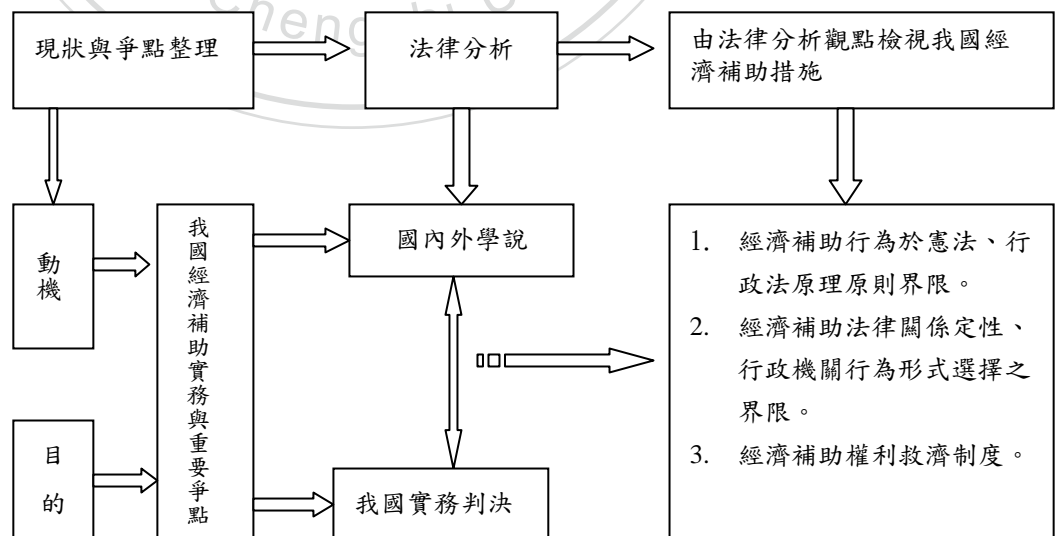


圖 1：研究步驟流程圖



### 第三節 論文章節架構

本研究以六個章節發展全文架構，茲分述如下：

第一章 緒論。

有關本文之研究動機、目的、研究方法與範圍及研究架構等。

第一節 研究動機與研究目的

第二節 研究方法、範圍與步驟

第三節 論文章節架構

第二章 文化創意產業與政策

文化創意產業為過去 10 年來，各國政府積極推動之重要產業，英國、韓國等國發展文創產業鉅有成效，我國文化創意產業被列入產業政策，始於 2002 年行政院提出的「挑戰 2008：國家發展重點計畫(2002 至 2007)」，正式將其視為國家發展級的重點產業，2009 年起將文化創意產業列為六大新興產業之一，2010 年訂頒文化創意產業發展法，作為策略性地提供文創產業的環境整備、美學素養的養成、資金補助、企業輔導之依據。本章節將簡介我國文化創意產業發展現況，並借鏡各國對於文化創意產業之界定及資金補助措施，檢視我國文化創意產業政策與困境，並對於經濟補助概念及我國文化創意產業經濟補助措施作一簡要介紹。

第一節 文化創意產業概述

第二節 各國之文化創意產業之資金協助政策

第三節 文化創意產業之經濟補助制度

### 第三章 經濟補助之之原理原則與法律界限」

經濟補助係屬給付行政範疇，而給付行政，重在積極給予人民參與分配權利，即「分配(享)權」與自由法治國家重在劃定國家權力界限（即「自由權」）有所不同<sup>7</sup>。在何種條件下，形成具體給付請求權，而國家在從事經濟補助時應如何受法治國原則之限制或拘束而形成其界限，均為本章探討內容。

#### 第一節 憲法基礎及效力

#### 第二節 法律保留原則

#### 第三節 平等原則

### 第四章 文化創意產業經濟補助之行為形式與程序規制

本章將從文獻分析行政機關行為形式選擇自由與限制，各類型之經濟補助，如補助金、融資、信用保證所運用之行為形式為何？現階段行政實務選擇的行為形式有何缺失？另外，對於經濟補助運用雙階法律關係，將指出前階段決定關係或後階段履約關係變更或調整，對於另一階段法律關係如何影響，亦即所產生的公私法交錯、權利保護爭訟途徑不明的缺失，並就經濟補助各項機制試擬較適行為形式。此外，將就經濟補助自申請、決定、至義務履行階段之程序，應如何規制，作一檢視與探討。

#### 第一節 行政行為形式理論

#### 第二節 經濟補助之行為形式

#### 第三節 經濟補助之程序規制

<sup>7</sup> 蔡進良，〈給付行政之法的規制—試大法官釋字第 428 號解釋〉，《憲政時代》，第 24 卷第 1 期，1998 年 7 月，頁 97。

## 第五章 經濟補助之權利救濟

本章將自實務與學說觀點，分就經濟補助申請人及競爭第三人探討其訴訟權能及訴訟類型選擇。

### 第一節 受補助者之權利救濟

### 第二節 第三人(競爭者)之權利救濟

### 第三節 國家賠償與損失補償

## 第六章 結論與建議。

就研究所得為綜合性結論，並就相關問題提出建議，提供各界之參考。

### 第一節 結論

### 第二節 建議



## 第二章 文化創意產業與政策

### 第一節 文化創意產業概述

過去 10 年，各國政府無不積極推動文化創意產業之發展，包含已開發的先進文化大國，如英國、美國、日本、韓國或者開發中的中國，都已紛紛將文化創意產業視為國家發展重點，並意識到文化創意產業可帶動之經濟成長，以及所能創造的高附加價值。

在全球化風潮下，臺灣產業面臨轉型與升級壓力，許多傳統產業已漸失產業競爭優勢，因此如何發掘並培育具潛力的新興產業，作為未來經濟成長的新動力，是政府推動產業政策的當務之急。臺灣擁有自由的創作環境、深厚的文化底蘊、多元的社會風氣、豐沛的創作能量，具備發展文化創意產業之優良條件，政府爰自 2009 年起將文化創意產業列為六大新興產業之一，並發布了「創意臺灣－文化創意產業發展方案」作為主要推動策略<sup>8</sup>。

#### 第一項 文化創意產業定義與特性

##### 第一款 定義

「文化創意產業」在國際間並沒有有一致性的解釋。各國因為國情及資源不同，對於文化創意產業之定義與界定範圍有所不同，亦因定義之差異，在名詞的使用上也不相同，如：英國之「創意產業(creative industries)」、韓國的之「內容產業」、芬蘭之「文化產業」與台灣之「文化創意產業(cultural and creative industries)」等。

最早針對文化與創意面進行產業發展政策者，係英國在 1997

<sup>8</sup> 2011 年台灣文化創意產業發展年報，行政院文化建設委員會，2011 年 12 月出版。

年由英國閣揆布萊爾工黨內閣所推動的「創意產業」，其定義為：「起源於個體創意、技巧及才能，透過智慧財產權的生產與利用，而有潛力創造財富和就業機會的產業<sup>9</sup>。」

聯合國教科文組織（UNESCO）則提出新概念，以「文化」加上「創意」來定義：「結合創作、生產與商業的內容，同時這內容的本質，具有文化資產與文化概念的特性，並獲得智慧財產權的保護，以產品或服務的形式呈現」，所以文化產業也可以被視為創意產業(creative industries)，或是在經濟領域被稱之為未來性產業(future oriented industries)，或在科技領域稱之為內容產業(content industries)<sup>10</sup>。」

我國對於文化創意產業的定義，依 2010 年發布之文化創意產業發展法第三條：「文化創意產業，指源自創意或文化積累，透過智慧財產之形成及運用，具有創造財富與就業機會之潛力，並促進全民美學素養，使國民生活環境提升之產業。」

有關各國對於文化創意產業之命名及定義，整理如下：

組織/國家	定義
聯合國教科文組織	結合創意生產和商品化等方式，運用本質為無形的文化內涵，這些內容基本上受著作權保障，形式可以是物質的商品或非物質的服務。這個文化產業也可以視為創意產業(Creative Industries)，或是在經濟領域稱之為朝陽或未來性產業(Sunrise or Future Oriented Industries)，或是在科技領域稱之為內容產業(Content Industries)。
英國、紐西蘭	起源於個體創意、技巧及才能的產業，通過知識產權的生成與利用，而有潛力創造財富

<sup>9</sup>2003 年文化創意產業年報，前行政院文化建設委員會，2003 年 12 月出版。

<sup>10</sup> 立法院公報，第 99 卷第 5 期，院會紀錄。

	和就業機會。
加拿大	藝術與文化活動被界定為文化產業者，應包括實質之文化產品、虛擬之文化服務、亦包括著作權。
芬蘭	使用文化產業結合文化與經濟，包括：意義內容之生產；傳統與現代之文化藝術從生產到流通；強調藝術的再生產性、結合成功之商業機制、大眾閱聽者與近代電子生產；文化之的創業精神。
香港	源自於個人創意、技巧及才華，通過知識產權之開發與運用，具創造財富與就業潛力之行業。
韓國	文化內容產業包括各類經濟活動，如創作、生產、製造、流通等，而其活動內容源自於任何知識、資訊及文化相關之基礎資源。
台灣	源自創意或文化積累，透過智慧財產的形成與運用，具有創造財富與就業機會潛力，並促進全民美學素養，使國民生活環境提升之產業。

資料來源：前文建會「2003年文化創意產業發展年報」(2004年)；台灣經濟研究院「文化創意產業產值調查與推估」(2003年，行政院文化建設委員會委託研究報告)；邱誌勇、劉柏君、廖淑雯，自滿的狂享與虛幻及其之後—論台灣文化產業，台北，當代，第200期，2004年，頁116至頁123。；劉大和，文化創意產業理論探討，文化與文化創意產業，魔豆創意出版社，2005年，頁31至頁41；<sup>11</sup>其中台灣文化創意產業定義係本文作者依2010年2月3日發布之文化創意產業發展法第三條界定所列。

## 第二款 特性

文創產業的特性，根據 Hesmondhalgh 的看法，相較於其他資本主義生產形式的特徵，文化產業呈現出(1)高風險(即文創產業高度依

<sup>11</sup>劉曉蓉，〈文化產業發展成為創意產業之策略研究—以交趾陶為例〉，中山大學公共事務管理研究所碩士論文，2006年6月，頁17至頁18。

賴創意，難以預測閱聽人如何評價文本、(2)生產成本高而再製成本低(即固定成本高而變動成本低，例如唱片製作耗費經費，但原版製作完成後，就可以極低價格再製)、(3)半公共財(使用文化商品幾乎不會造成損毀、(4)大量生產以平衡失敗作與暢銷作、(5)集中、整合與知名度管理(即文化產業公司為管理風險並極大化閱聽人的數量，所進行之企業整合)、(6)經由人為手段創造稀有性(例如控制發行時間、利用著作權管理，禁止人們自由複製文本)、(7)類型化商品(例如塑造明星體制)、(8)對創作者的控制寬鬆，對通路及行銷管理趨於嚴密等特色。<sup>12</sup>

## 第二項 文化創意產業範疇

各國政府往往依其國家自身之競爭優勢來界定其文化創意產業範疇，而文化創意產業並非如農、林、漁、牧、礦等產業一般，能明確地、立即地加以界定並穩定不再變化，故各國對於文化創意產業範疇界定上，常因時代演進及產業興衰或有增刪。

我國「文化創意產業」被列入產業政策，始於2002年行政院提出的之「挑戰2008：國家發展重點計畫(2002至2007)」正式將文化創意產業視為國家發展級之重點產業，2009年行政院再宣佈提出「創意台灣-文化創意產業發展方案」，及至2010年頒布「文化創意產業發展法」。

在挑戰2008計畫之前，前行政院文化建設委員會於1995年為社區總體營造政策舉辦「文化·產業」研討會，係「文化產業」首度出現在政府的政策中。然而在社區總體營造政策下，以地方為主

---

<sup>12</sup> David Hesmondhalgh, 文化產業分析, 廖珮君譯, 韋伯文化國際出版有限公司, 2009年3月, 頁20至頁27。

體的「文化產業」與 2003 年開始興盛納入國家重點發展計畫之「文化創意產業」，二者間有許多的差異。前文建會之報告指出，由於『社區總體營造』之理念與『文化產業』之界定有所差異，以致於對『文化產業』的理解仍侷限於傳統、鄉村型的初級產業，例如農產加工、傳統工藝、地方特產之狹窄範圍內，與挑戰 2008 計畫所提出『文化創意產業』產業範圍有極大之差異<sup>13</sup>。

在挑戰 2008 計畫，政府於界定文化創意產業定義範疇，除參照文創產業定義外，尚以就業人數、產值、成長潛力、原創性或創新性、附加價值等產業發展所考量因素，界定產業範疇包括：視覺藝術產業、音樂與表演藝術產業、文化展演設施產業、工藝產業、電影產業、廣播電視產業、出版產業、廣告產業、設計產業、設計品牌時尚產業、建築設計產業、創意生活產業、數位休閒娛樂產業等 13 產業。2010 年頒布之文化創意產業發展法，則明定「視覺藝術、音樂及表演藝術、文化資產應用及展演設施、工藝、電影、廣播電視、出版、廣告、產品設計、視覺傳達設計、設計品牌時尚、建築設計、數位內容、創意生活、流行音樂與文化內容」第 15 產業為指定產業，該法為保留彈性以因應未來新興文創產業適用，另賦予中央主管機關得指定合於本法定義之文化創意產業(亦即 15+1 產業)<sup>14</sup>。

### 第三項 我國文化創意產業現況

#### 第一款 整體概況

##### 一、營業額

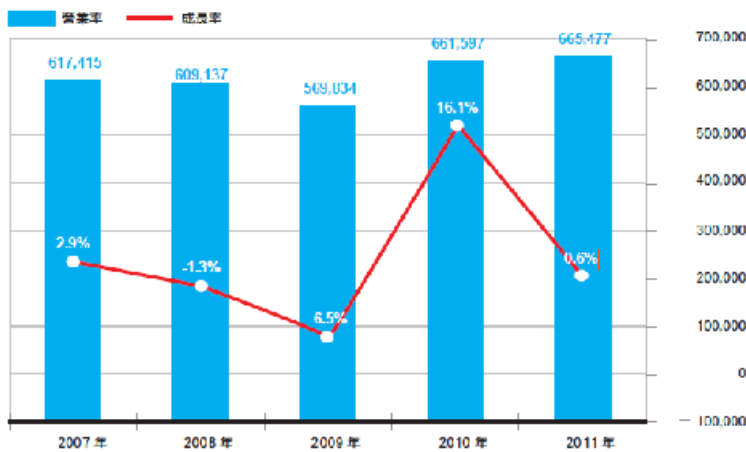
<sup>13</sup> 劉曉蓉，〈文化產業發展成為創意產業之策略研究—以交趾陶為例〉，中山大學公共事務管理研究所碩士論文，2006 年 6 月，頁 24。

<sup>14</sup> 立法院公報，第 99 卷第 5 期，院會紀錄。



依據 2012 年臺灣文化創意產業發展年報指出，政府部門有系統地輔導與協助文化創意產業，其成果在 2010 年展現，營業額為新臺幣 6,616 億。2011 年由於日本 311 大地震及歐債危機影響，文化創意產業外銷營業額較 2010 年下滑，惟我國的文創產業因以內需市場為主，電影產業、文化資產應用及展演設施產業、音樂及視覺傳達設計產業等，仍有不錯的成長率，所以 2011 年總體文創產業的營業額仍有 0.6% 的小幅成長，維持在新臺幣 6,654 億。有關文創產業 2007 年至 2011 年營業額變化如圖 1-1

表 1-2：2007 ~ 2011 年臺灣文創產業營業額 (資料來源：本報整理，2012 年 12 月)



註 1：因應產業結構變更，2007 ~ 2009 年之各產業營業額亦採用新產業結構分類重新調整，本報各統計表格亦同，不再重複說明。

註 2：為避免重複計算，創意生活產業不列入整體營業額計算，各年度營業額詳見第 12 章。

註 3：為避免重複計算，數位內容產業營業額在此採用財稅資料中心數據，計入數位內容相關行業代碼產生之營業額，詳細數據請見附錄。

在進出口方面，整體產業仍以內需市場為主，外銷僅占 8.3%，次產業外銷比率高於平均數的有工藝產業 (12.1%)、產品設計產業 (54.9%)、流行音樂及文化內容產業 (15.9%)、設計品牌時尚產業 (11.5%) 等 4 項，其餘次產業外銷的比例都不到營業額的 1 成。

## 二、家數

臺灣文創廠商家數約 4.7 萬家，2007 至 2011 年廠商家數並無劇烈變化，增加了 2,000 家左右，家數成長約 4%。

## 三、從業人數

2011 年臺灣文創相關產業之從業人數為 17 萬人左右，其中又以「運動、娛樂及休閒服務」、「出版」、「廣告業及市場研究」等產業從業人數較多。

### 第二款 各別產業概況

#### 一、營業額

2011 年臺灣文創各產業中，營業額最高的前 5 名依序為：廣告(1,461 億元)、廣播電視產業(1,269 億元)、出版產業(892 億元)、建築設計產業(728 億元)、工藝產業(702 億元)。

#### 二、家數

臺灣文創各次產業之廠商家數，以廣告產業最多，超過 13,295 家，其他依序為工藝產業(10,190 家)、建築設計產業(6,676 家)及出版產業(5,094 家)等。

## 第二節 各國文化創意產業之資金協助政策

由於文化創意產業自身具有很強之意識形態屬性，當今世界任一國家之文化創意產業或多或少都有政府參與，鑒於文創產業發展過程中，資金取得為相當重要的關鍵，目前各國政府大多採投、融資或補助等方式提供業者資金協助，每一國家在金融支持文化創意產業上都有各自之特色和創新策略，值得我國借鏡。

## 第一項 他山之石

### 第一款 英國

過去十年來，創意產業之成長速度為英國整體經濟發展速度的兩倍，顯示英國在創意產業之利基已然堅固。然而隨著世界各國逐漸了解創意產業對於經濟之重要，未來十年將會是競爭嚴峻的年代。為因應可預見之挑戰，英國文化、媒體與體育部（Department for Culture, Media and Sport, DCMS）於 2008 年發表創意英國（Creative Britain - New Talents for the New Economy），提出 2008 至 2013 年 5 年政策目標，主要透過人才培育、資金協助、基礎建設等方式，全面性地協助產業自由發展，期望不只將創意產業推進國家發展藍圖，更要成為世界的創意中心。

英國之創意產業所以能夠發展到今天的規模，關鍵因素之一是在創意產業發展初期，政府即投入了大量資金。英國創意產業的資金主要來自各級政府之文化撥款，以及私人投資。有關該國政府對於創意產業的資金協助如下<sup>15</sup>：

#### （一）透過彩票基金盈餘補助

彩票發行是英國文化發展之重要資金來源，負責彩票基金分配計畫的不是政府，而是一系列獨立的分配實體，如國家藝術委員會

---

<sup>15</sup>姜瑞貞，〈政府資金協助產業發展之探討-以文化創意產業為例〉，行政院經濟建設委員會自行研究報告，2011 年 10 月 28 日。

(1994 年拆分成英格蘭、蘇格蘭、威爾斯及北愛爾蘭 4 個藝術委員會)、國家體育委員會、文化遺產基金會等，再由各基金會撥款予長期資助機構推動各項文創計畫，雖然這些機構獨立於政府，但必須在政府之政策指導框架內決定基金的流向。目前彩票公益盈餘依規定 50% 會分配至藝術、體育及文化遺產，每項各占 16.67%。據統計，自 2005 至 2010 年，彩票盈餘分配 77 億元英鎊，其中藝術基金及文化遺產基金各獲分配將近 11 億元英鎊。

## (二) 政府文創預算經費

為了推動文化創意產業之發展，英國政府對於文化創意產業發展不斷持續增加預算，從英國文化、媒體與體育部近年來之預算可發現，該部 2005 年預算約 51.85 億元英鎊的規模，至 2011 年已上升至 75.33 億英鎊，且呈成長趨勢，占該國總預算皆維持在 1% 左右。

## (三) 設立基金進行投資

採取公部門基金帶動私部門基金之策略，共同投資文化創意產業。例如：

1. 優勢創意基金(Advantage Creative Fund, ACF)：成立於 2003 年，該基金主要為進行股權投資，每一案投資金額為 1 萬至 25 萬元英鎊，投資範圍包含電影、動畫、軟體、電視、新媒體等，目前已投資 55 家創意公司，投資金額共計 540 萬元英鎊。2010 年該基金淨值已達 1 億元英鎊。
2. 創意資金基金(Creative Capital Fund, CCF)：成立於 2005 年，該基金主要進行股權投資，規模為 650 億元英鎊，提供種子基金及協助倫敦具有潛力的創意企業發展，基金出資與私人投資採 1:1 方式搭配投資，對企業最初之投資金額為 7 萬 5 千元英鎊，隨著被投資企業發展，最高投資金額可達 65 萬元英鎊。

#### (四)提供企業融資擔保(Enterprise Finance Guarantee)

企業融資擔保(EFG) 是英國政府的擔保貸款計畫，旨在提供中小型企業從銀行或其他財務機構獲取的貸款之保證服務，為這些雖然已制訂可行的投資計畫，但礙於沒有抵押品，無法申請到貸款之企業提供擔保。

## 第二款 韓國

1990 年代末期亞洲金融風暴重創韓國經濟，為促進產業轉型、發展，韓國大力推展文化創意產業，已在全球形成一股「韓流」風潮，2010 年文創產業產值高達 725,376 億韓圓，另由於韓國政府認知內需市場狹小，文創產業政策制定即以出口為目標，至 2010 年文創產業出口值已達 31 億美元。

不同於英國，韓國文化創意產業政策主要採取政府指導模式，由政府於資金扶持上大力介入和指導。該國除在 1999 年制定「文化產業促進基本法」，作為文化創意產業專法及基本法源，韓國文化體育觀光部(以下簡稱文觀部)則為主管機關，並成立文化內容、放送影像、文化觀光、遊戲等業別之推動專責機構，進行相關支援與輔導，為實際推動文化產業的執行單位。2010 年制定「文創業振興法」，並設置「文創業振興委員會」，使文創業之育成與發展更趨制度化<sup>16</sup>。

韓國政府對於創意產業之資金協助，主要係於各項文創產業分別設立專屬基金發展，以基金運作模式，透過政府補助基金，再由基金結合民間資金，一同推動文創產業之發展。另外，韓國內容振興委員會 Hyun-Taek Chun 指出：「政府不直接用錢支援企業，而是用民間基金來輔助。所以要不要投資，不是政府或 KOCCA 決策，而

<sup>16</sup>〈韓國文化創意產業發展策略〉，行政院經濟建設委員會新聞稿，2010 年 11 月 8 日，<http://www.cepd.gov.tw/m1.aspx?sNo=0014511>

是由民間自行決定」。這意味著政府輔導文化產業，並不是單純的贈送，而是一項投資，期望未來在市場回收，甚至創造利潤。有關韓國政府資金協助模式如下<sup>17</sup>：

#### (一)文創預算經費

為了推動文化創意產業之發展，韓國政府對於文化創意產業發展不斷持續增加預算結構，從韓國文化創意主管機關文觀部近年來的預算可發現，2000年文觀部預算經費為1.17兆韓圓，至2008年成長至1.51兆韓圓，2010年文觀部總預算增加到1.82兆韓圓，若包含文化藝術振興基金、電影發展基金、新聞振興基金等各項基金，則將高達3兆423億韓圓。

#### (二)設立基金提供投、融資

韓國為推動文化創業產業，成立了各種專項基金，提供企業貸款或補助，基金主要來源為政府之補助金，少部分為自營收入，如技術費收入、租賃收入、活動收入等，其相關基金例舉如下：

1. 文化產業基金：1997年設立，提供新創文化企業貸款。基金規模從1999年之549億韓元，到2002年之2,329億韓圓成長4倍。
2. 廣播發展基金：用以資助韓國廣播電視事業以及藝文活動，資金分別來自於無線廣電業者、衛星廣電業者、有線電視業者以及節目供應商，每1年度無線與衛星廣電業者必須繳交廣告收入6%以內之特別稅給韓國傳播通訊委員會（Korean Communication Commission，簡稱KCC），有線電視業者則需繳交營業收入6%以內之額度給KCC，另外播出廣告之頻道業者需繳交盈餘15%以內之特別稅。據估計，KCC徵收的廣電發展基金1年可超過新台幣40億韓圓。
3. 電影發展基金：韓國電影振興協會（The Korean Film

<sup>17</sup>姜瑞貞，〈政府資金協助產業發展之探討-以文化創意產業為例〉，行政院經濟建設委員會自行研究報告，2011年10月28日。

Council，簡稱 KOFIC）自 2007 年起成立了電影發展基金，投入約 4 億 3,000 萬美元（約台幣 126 億元）支持韓國電影產業，其中部分來自於政府提供約 1 億 7,200 萬美元（約台幣 51 億元）經費，另一部分從電影票房收入徵收 3%，約有 1 億 7,200 萬美元，其餘則是既有的電影基金約 8,600 萬美元（約台幣 25 億）。電影發展基金不僅做為補助韓國電影產業之經費來源，KOFIC 更利用基金投資創造出更多經費，投入電影產業鏈之各個環節。

### （三）提供完工保證及貸款保證制度

韓國技術保證基金（KOTEC）類似我國中小企業信用保證基金，提供各項產業發展貸款保證，針對文創產業亦提供相同的保證服務，但其另外也提供技術評價、無形資產產權交易和知識產權管理服務等。

2009 年韓國技術保證基金加入完工保證制度，並籌措 3,500 億韓圓投入完工保證及貸款保證制度。而完工保證制度是指完成保證公司向負責融資之韓國進出口銀行保證，文化產業製作企業一定在按照原計畫完成製作並移交給流通公司之制度。完工保證制度之對象企業限於漫畫、動漫、角色產業、數位內容、音樂、電影、電視、遊戲等領域，因為該類產業時常出現製作企業無法完成籌措計畫資金之現象，所以該制度要求對預售成績和資金籌措能力須進行非常精密的評估。

## 第二項 我國文創產業資金協助政策

為提升我國軟實力，政府於 2002 年提出「挑戰 2008：國家發展重點計畫(2002 至 2007)」五年計畫，正式將文化創意產業視為國家發展級之重點產業，約投入 64 億台幣。2009 年行政院再宣佈

提出「創意台灣-文化創意產業發展方案」，為第二期文創發展計畫，其架構分為「環境整備」與「旗艦計畫」兩大面向，及至 2010 年頒布「文化創意產業發展法」，期望能立足台灣，開拓大陸市場，進軍國際，促使台灣成為亞太文創產業匯流中心。有關我國文創產業資金協助政策如下：

#### 一、政府文化支出預算經費

我國文化支出每年皆呈現上升趨勢，至 2012 年預算數達 276 億元，占總預算 1.54%。另依據「文化創意產業發展方案行動計畫」，我國文創產業主管部會（前文建會、經濟部、內政部及前新聞局）自 2002 至 2009 年共計投入經費 98.49 億元。

#### 二、投資

由國發基金出資 100 億元搭配創投公司進行投資，申請投資金額逾 1 億元者，由文化部轉介至國發基金辦理，文化部及中央目的事業主管機關得參與申請案審議作業。申請投資金額 1 億元以下者，則由文化部受理審議，通過後由信託專戶撥款投資。目前創投公司計有 12 家，基金總額逾 80 億元，主要投資項目包括電影、電視、設計、育成中心等。

另外，國發基金投資之文創一號基金，以及該基金匡列 100 億元由經濟部中小企業處執行之「加強中小企業投資方案」，也都可提供資金管道。

#### 三、融資

我國對文創產業之融資提供，主要由中央主管機關訂定相關之政策性專案貸款要點，由中長期資金及國發基金提供相關的資金，並透過金融機構進行放貸。包括前文建會於 2010 年向經建會中長期資金匡列 250 億元開辦之「文化創意產業優惠貸款」、國發基金提供 300 億元支應之「促進產業創新或研究發展貸款要點」等。

#### 四、信用保證



主要由中小企業信用保證基金對具有發展潛力但擔保品欠缺之中小企業提供信用保證，協助其獲得金融機構之資金融通，同時分擔金融機構融資風險，提高其承貸意願。目前申貸文化創產業優惠貸款企業，平均申貸金額約 1,300 萬元，銀行即可以授權保證辦理，平均保證成數為 8 成。

#### 五、推動無形資產鑑價制度

無形資產係指無實際形體、可明辨內容、具經濟價值及可直接支配排除他人干涉之資產。具體範圍包括：專利權、商標權、著作權等得設定權利質權之智慧財產權等；商譽、特許權利等非法定權利之無形資產。<sup>18</sup>

文化創意產業係以智慧財產為基礎，因此，若能建立評價機制，將對業者之財務、稅務、資產流通、股價、融投資等事項有所助益。我文化創意與創意者本身的知識產權或技術，如何當作質押或擔保品，從我國實際貸款經驗來看，國內銀行過往幾乎不接受「無形資產」作為融資擔保品，主要原因在於缺乏具公信力之鑑價機制，無法評估擔保價值、缺乏活絡交易市場，無法處分擔保品求償、缺乏完善之公示登記制度，無法留置處分。<sup>19</sup>

為協助文創產業進入資本市場，產業創新條例第 13 條規定，行政院除責成金管會訂定評價準則公報作為各業別訂定評價服務基準之參考，為協助企業呈現無形資產價值，各中央目的事業主管機關應邀集產、官、學代表辦理 1、訂定評價服務基準；2、建立評價資料庫；3、培訓評價人員；4、建立評價示範案例；5、辦理評價推廣應用活動。金管會並於 2012 年 9 月 28 日發布評價準則公報第七號公報「無形資產之評價準則」，針對銀行及評價人員做書面實施規定，未來預期將可讓文創產業取得資金管道更加多元。

<sup>18</sup> 產業創新條例第 2 條。

<sup>19</sup> 銀行公會 100 年 11 月 15 日全授字第 1000001986A 號函。

### 第三項 我國文化創意產業資金協助政策之困境與檢討

#### 第一款 過度依賴政府撥款

目前我國文創產業之資金挹注方式有國發基金搭配創投公司投資、政策性專案貸款、補助、信用保證等，但文創產業過分依賴政府直接撥款，致其產業發展受政府預算限制。其解決方式除政府部門應規劃長期文創經費來源，例如英國彩票盈餘基金制度等，亦應導入民間資金投資，擴大政府支援文創產業之資金規模。

#### 第二款 公私合作不足，未善用民間資源

相較於農、林、漁、牧、礦等產業，文化創意產業屬高度變化且依賴創意產業，光靠政府的力量已不足制訂良好產業政策與執行，應結合私部門之知識、活力、資源與力量，以公私協力方式促進產業發展。

如同前節所述，英國為最早發展文創產業之國家，政府除了自我提供資金外，也運用策略採取公部門基金帶動私部門基金，共同投資文化創意產業，以維持該國強勢之競爭力；韓國則依不同文創產業分別設立專屬基金，由政府資金補助基金，再搭配民間資金，一同對文創產業進行資金協助，擴大政府支援文創產業之資金規模。另外，韓國政府還修訂相關基金法規，對於創立公眾參與投資之文化創意產業發展基金等，以分紅、減稅等手段，鼓勵民間資本長期投資文創產業。

我國政府目前在扶植文創產業發展，尚無以協助文創發展為成立宗旨之第三部門，扮演政府與產業對話的中介角色，也未設立專屬基金，引進民間力量，更欠缺策略，引進民間資金共同投資文創

產業，前述英國及韓國作法，甚值我國參考。

### 第三款 文化政策與文化創意產業政策混淆不清

我國「文化創意產業」被列入產業政策內容，始於 2002 年的「挑戰 2008：國家發展重點計畫」，在挑戰 2008 計畫之前，我國產業政策適用範圍僅及於製造業或以技術發展為主的產業，對於文化、藝術常由政府直接予以資金補助；挑戰 2008 計畫後，政府轉向用「產業政策」的數字概念、經濟價值來看待文化創意，不僅引起文化、藝術界人士對於文化、藝術「產業化」爭議，文化創意產業發展計畫的目標、範圍界定或執行策略亦一直飽受批評<sup>20</sup>，其中又以文化藝術團體未經列入文創產業六大旗艦產業，引起文化藝術界人士抱怨政府投資不足聲浪最大<sup>21</sup>。

本文認為前述批評肇因文藝界人士與政府對於「文化政策」與「文化創意產業政策」認知差異所致。政府部門對於文化藝術的補助可以回溯到古希臘時期，工業革命後，原屬德奧宮廷及諸侯之表演藝術資產轉移到中產階級，然政府仍承襲過去的習慣，大量補助藝術，揆其原因可歸納出兩點，第一，藝術關乎公民美感與品味的養成，具有教育的功能；第二，藝文補助有凝聚社會民族及維繫國家尊嚴的功能<sup>22</sup>。國家應否干涉或補助文化事務雖有正反意見，但多數見解仍認為國家對於文化有保護與獎助義務，只是必須保持「一臂之距 (Arm's Length Principle)」之原則，在分配與必要

<sup>20</sup>中央社新聞，「賴聲川：政府忽略文化到不可思議地步」，2008 年 2 月 16 日。

<sup>21</sup>中國時報，「林懷民：政府文化投資少到可笑」，2008 年 2 月 13 日 A4 版；劉美仔，千萬補助音樂出版背後一體檢新聞局的產業思考，破週報，復刊 669 期，2011 年 5 月 12 日。

<sup>22</sup>劉新圓，〈什麼是文化創意產業〉，國政研究報告，2009 年 5 月 12 日教文(研)098-005 號。

的行政措施之間必須保持一定距離，避免政治干預藝術<sup>23</sup>。

然而，如本研究上節所述，文化產業與文化最大的不同，即在於「產業運作」，故文化創意產業政策應著重以經濟及量化之觀點來思考藝文政策，政府與文創產業的關係，係以能否創造財富及增加就業機會等產業政策角度來思考，此與藝文補助未要求資金回收有很大的差別。因此，部分精緻藝術表演，因未具大量複製及快速傳播條件，係無法予以「產業化」，前述藝文界人士對於文化、藝術「產業化」及文創產業範圍的爭議，顯然未釐清「文化」與「文化產業」；然而觀乎我國文化創意產業發展法將「表演藝術」列入文創產業，以及將「藝文展演」補助列入該法範疇，顯然政府部門也混淆產業政策與藝文補助概念。

#### **第四款 缺乏智慧財產權籌資政策，有效引進商業資金**

對於文創產業者進行智財權融資，一般銀行往往視為風險較高，不愛承作，因此，透過信用保證機制之介入，降低銀行融資之風險與損失，有助於提高銀行承作智財權融資之意願。國際上結合相關機制來進行智財權籌資方式，在先進國家已陸續推動。例如前述韓國政府為發展文創產業，近年致力信用保證機制之發展，建構完工保證、無形資產鑑價等協助，均值我國參考。

我國協助無形資產鑑價融資，目前僅由中小企業信用保證基金結合政策性專案貸款採用，尚無專責評鑑機構，成效有限，致金融界裹足不前；此外，建立無形資產鑑價制度，推動文創產業無形資

<sup>23</sup>漢寶德，「『一臂之隔』的藝術評議會(上)」，國政研究報告，2002年7月5日教文(研)091-018號。

產多元化籌資方式，例如文創產品證卷化、完工保證保險等，均有助提高民間對文創產品投融資意願，健全產業發展。

### 第三節 文化創意產業之經濟補助制度

#### 第一項 經濟補助之概念

現代國家之經濟任務，不僅在消極地對人民之經濟活動加以監督管理而已，更積極地對於全體社會之經濟發展，有計畫地加以規整與引導。除了以傳統之干預行政，即以禁止及命令之方式，進行「經濟管制」外，亦常以給付行政之方式，給予「經濟補助」，用以激發、引導、扶助、獎勵企業活動，使其配合國家經濟之建設與發展。

#### 第一款 經濟補助定義

「經濟補助」一詞在國內研究者並無統一稱呼，有論者認為 Subvention 另稱為「行政補助」，或「經濟補助」。依廖義男教授見解，經濟補助為「行政主體為影響企業之經濟活動，藉以實現特定經濟政策之目的，而對企業所為之一種有財產價值之給與；對此給與，受補助之企業無需依市場上通常條件為報償性之對待給付。一般係以金錢方式提供，但亦有其他方式，如獎勵、貸款、保證或債務免除等方式。國家利用補助金等方式，可達到特定經濟行政或促

進產業發展目的<sup>24</sup>」，其學說並為法學界多數學說肯認。其後學者陳櫻琴以「補助金」一詞稱之，其定義為「行政主體為達成特殊行政或經濟、產業目的，提供人民、事業發展所需之補助或具有經濟價值之補助給與，一般係以金錢給付方式提供，但亦有其他方式如獎勵、貸款、保證或債務免除方式。至於其所欲達成之公益目的，或提供金錢給付之額度，是否要求受領一方提供相對給付等，因各該補助金之特別立法或行政目的而有不同<sup>25</sup>。」學者陳敏教授則稱此行政行為為「補助」，其概念為「指國家或其他公行主體，為達成特定之公共目的，對私人所為財產價值之給與<sup>26</sup>。」另學者林明鏘教授稱經濟補助為「行政補助」，其認為凡符合下列三要素者，皆得稱為經濟補助：1. 國家或其他行政主體所為之行政援助；2. 受領人原則上為私人；3. 補助之給予乃是為達成某特定行政目的。<sup>27</sup>

目前司法院大法官解釋中，尚未見到經濟補助一詞明確的出現，除釋字 661 號解釋，大法官於不同或協同意見書中有所論述外，並未於解釋文或理由書中有所發現<sup>28</sup>。

## 第二款 經濟補助之要件

前述經濟補助之定義，由於各學者對其著重之角度不同，以致

<sup>24</sup>廖義男，〈從法學上論經濟補助之概念-經濟補助之法律問題研究(一)〉，《台大法學叢刊》，第6卷第2期，1977年6月，頁260至頁265。

<sup>25</sup>陳櫻琴，〈補助金之法律問題〉，收錄於《行政法爭議問題研究(下)》，五南出版社，2000年9月，頁1372。

<sup>26</sup>陳敏，〈行政法總論〉，5版，2007年10月，頁670。

<sup>27</sup>林明鏘，〈德國行政補助政策及其制度—兼論我國行政補助政策與制度〉，收錄於中央研究院歐美研究所編《中西社會福利政策與制度》，1995年10月，頁176。

<sup>28</sup>司法院大法官第661號解釋，陳新民大法官協同及部分不同意見書。

定義亦不盡相同，惟經綜整學者見解，經濟補助具有下列要件<sup>29</sup>：

#### 一、需有金錢或財產價值之給與

非僅限於「金錢給與」，尚可包括物或勞務之給與。再者，經濟補助僅限於財產之積極給與，而不含財產之消極給與，財產之消極給與如租稅之減免優惠等「隱藏的」或「間接的」補助，並不宜劃入經濟補助之範疇，因租稅之優惠減免基於租稅法律主義，需有法律明文；而經濟補助其實施常基於行政命令，甚至依據存於行政機關內部而不公開之行政規則。又租稅之減免預合於法定要件，故其是否減免，係法律適用之問題；而經濟補助，須對有限資源做合理分配，並有優先順序之安排，故補助與否，牽涉行政裁量之問題。

#### 二、其作用乃使受補助人為一定行為以實現特定公共目的

欠缺特定公共目的之財產價值給與，如單純之以改善受助人財產所得為目的之社會救助，即非經濟補助。另經濟補助之作用，在藉財產上之給與、引導、鼓勵或支持受補助人配合補助之目的而為一定行為，雖有必然之期待或要求，但其期待或要求，非以取得受補助人直接之對待給付為代價，故補助人與受補助者兩者間之特徵，乃在無償之利益給與，與一般之雙務有償行為應有所區別。換言之，兩者給付之間，主要乃在做相扶互用之協同，而非做兩相對酬之交換。至於，公機關買賣、承攬等交易行為訂約機會之優先授與，而使受補助人實際上得有財產上之利益者，必須以契約成立為

<sup>29</sup> 廖義男〈從法學上論經濟補助之概念-經濟補助之法律問題研究(一)〉，《台大法學叢刊》，第6卷第2期，1977年6月，頁260；林明鏘，〈德國行政補助政策及其制度—兼論我國行政補助政策與制度〉，收錄於中央研究院歐美研究所編《中西社會福利政策與制度》，1995年10月，頁177以下。

前提，故受補助人取得有財產價值之給與，乃為有償，而非無償，故與經濟補助之無償性不合，不應將之視為經濟補助之一種。

### 三、補助人須為行政主體

補助人尚不包括「補助媒介人」。所謂「補助媒介人」，係補助人為經濟補助時，未必自己直接將財產利益給與受補助人，有時透過第三者而實施補助者，該第三人即為補助媒介人。因此，補助人與補助媒介人之區分，不能單以形式上何人對受補助人直接授與財產上利益做為判斷，而應以誰事實上承受財務上之負擔，或其實施補助是否因公權力強制(例如廠商受價格限制)或委託(例如銀行受託辦理貸款)之結果做為區分標準。

### 四、受補助人應為企業：

經濟補助之目的主要係行政主體要藉輔助行為，鼓舞、引導、協助或影響受補助人為一定之經濟活動。但此經濟活動主體，是提供生產或服務之經濟主體，即一般所稱的「企業」，而不是指最後消費之個人或家庭。

## 第二項 經濟補助之理論依據、界限及在行政法體系之地位

經濟補助由行政主體對企業提供具有財產價值之給付，其行為雖非傳統行政法之干預行政，但亦可當成經濟管制之手段之一，因此亦屬於「行政介入」之領域。而政府應否介入經濟活動，一直是爭論不休的議題，經濟學之議論者主要分為古典自由經濟學派、凱



因斯學派與新古典學派。「古典自由經濟學派」倡議經濟自由和強調利己動機，反對國家干涉，認為一切經濟活動如果不被國家干涉，則所有經濟活動即能按照自然法則做最適當的調整。理論代表為亞當史密斯（Adam Smith）於1776年發表之「國富論」。

古典自由經濟學派思潮自17世紀以來一直係經濟思潮主流，惟因工業革命所帶來生產技術的進步及機械化大量產能，於1920年代末期開始發生供過於求、市場失衡現象，終於1929年發生經濟大恐慌。凱因斯（John Maynard Keynes）嗣於1936年發表「就業、利息與貨幣的一般理論」（The General Theory of Employment），認為消費不足是造成經濟恐慌的主因，總體經濟體系缺乏自動調整功能，主張政府應積極介入經濟活動，擴大公共投資支出，以解決需求不足的問題，達到經濟成長的目的<sup>30</sup>。

惟自1960年代末期，西方各國通貨膨脹嚴重，緊接著於1970年代發生第一次石油危機，各國經濟進入停滯與衰退時期，面對「停滯性通貨膨脹」，凱因斯理論也束手無策，Milton Friedman的貨幣主義、Robert E. Lucas的理性預期主義與Auther B. Laffer的供給經濟學相繼而起，他們批判凱因斯主義，主張讓市場機能自由運作，政府僅在最小限度內干預經濟，因其重拾古典自由經濟學派重視市場之立場，又被稱為「新古典學派」係以促進產業發展為其行政目的。<sup>31</sup>

由於各國資源稟賦不同、經濟發展、技術、資訊運用具有程度差異，加以專利保護、消費者非完全理性等特性，完全自由競爭市

<sup>30</sup>王穆衡、陳其華、張世龍、陳一平，《產業創新條例相關議題之研析》，（台北：交通部運輸研究所），2011年5月，頁7至8。

<sup>31</sup>張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏，《經濟學理論與實際》（下冊），（台北：翰蘆），1995年三版，頁9。

場在現實社會中難以形成等因素，各國爰對政府介入經濟活動程度及手段，各有不同期待。惟無論是經濟發展落後國家，希望藉由政府協助與干預，突破經濟上的弱勢，或是先進國家，政府也往往被賦予促進經濟成長責任，對於經濟與產業發展進行不同程度之干預。

### 第一款 行政介入經濟之理論基礎

政府介入產業發展之基礎理論有：「比較利益理論」（理論分為「靜態比較利益」與「動態比較利益」）、「市場失靈理論」、「保護幼稚工業論」、「不平衡成長理論」、「策略性貿易理論」。其中以「比較利益理論」之「動態比較利益理論」、「市場失靈理論」、「保護幼稚工業論」為最主要，簡述如下<sup>32</sup>：

#### 一、「市場失靈理論」：

在自由經濟制度下，為獲取社會公共利益目標與生產效率，基本上所依據者為市場競爭力量之無障礙運作。但若市場存在獨占、生產具有外部性，或產品屬於公共財時，任由競爭制度運作，將造成市場機能無法反映使用資源之真實成本，產生無法有效運用資源之市場失靈現象，此時，政府就有介入必要；例如研究發展、人才培訓等皆對產業發展具有外部性，若透過自由市場運作，價格機能將無法有效反映，以致業者不願於此投入資金，產業發展無法發揮

<sup>32</sup>中華經濟研究院，〈健全中小企業發展之租稅環境〉，經濟部中小企業處 96 年度委託研究計畫，2007 年 12 月，頁 7 至頁 9。

最大潛力，政府如提供資金挹注或租稅獎勵，將提高業者投入資源的意願。

## 二、動態比較利益理論 (Theory of Dynamic Comparative Advantage)

傳統國貿理論之「靜態比較利益理論」指出，一國應專業生產其具有資源稟賦優勢的產品，並與他國進行貿易，如此不僅可以使資源運用更有效率，亦能使各國產出皆有成長。有別於此，學者 Scott 於 1982 年提出「動態比較利益理論」，認為第二次世界大戰後許多國家（如日本）的經濟得以快速發展，是因其超脫靜態比較利益觀念，藉由政府與民間共同合作制訂各項政策與策略，「動態」地、迅速有效地反映國際經濟的變遷，帶動國內特定產業之發展，形成動態之比較利益。因此，政府在產業政策上應扮演較積極的角色。

## 三、保護幼稚工業理論

此理論認為，某些產業在發展初期，因根基薄弱，或未達經濟規模無法承受外來的競爭壓力，因此需要政府予以扶植與保護（例如透過關稅課徵、進口管制、資金補助措施），待企業發展成熟及競爭力強化後，再撤除各項保護措施，此為一種短期性之產業政策。

## 第二款 行政介入經濟之界限—「產業政策」與「競爭政策」

### 調合

如前所述，一國社會之生產與分配，基本原則應藉由個人福利之追求，造成市場之競爭，以獲取配置的生產效率之達成。然而在「市場失靈」、「動態比較利益」、「保護幼稚工業」等原因下，自由競爭市場機制無法獲得令人滿意之結果時，政府始得以經濟補助之「產業政策」取代「競爭政策」，以干預或給付手段介入經濟活動，導正市場向正確方向進行。正因「產業政策」目的是為影響市場運作，其施行對於國內或國際間之競爭秩序均有所影響，因此，各國政府若透過各種獎補助政策過度扶植特定產業，或過度保護衰退及幼稚產業，不僅在國內將產生限制競爭或不公平競爭之虞<sup>33</sup>，在國際間亦違反自由貿易原則及 GATT(關稅暨貿總協定)精神<sup>34</sup>，故各國產業政策之運用必須節制與自律。

### 第三款 經濟補助在行政法體系之地位

自行政作用之角度來看，經濟補助通常為計畫行政。所謂行政計畫，依行政程序法第 163 條之規定，指事前設定目標，並對其實現之步驟、方式或措施預先規劃與設計之過程。計畫之功能，在於對未來所可能發生之變化與挑戰，例如前述挑戰 2008 計畫。行政計畫之法律手段相當多樣，從行政命令、行政處分、行政契約、行政指導等，皆有可能。

<sup>33</sup>陳櫻琴，〈補助金之法律問題〉，收錄於台灣行政法學會主編《行政法爭議問題研究》，(台北：五南圖書)，2000 年 12 月初版 2 刷，頁 1375。

<sup>34</sup>例如，GATT 烏拉圭回合的補貼協定，其分辨政府補助適法性係以(1)該補貼是否會對貿易直接產生效果；(2)該補貼所產生的貿易效果是否相當。於無明顯而直接的貿易效果是否相當下，補貼協定對於政府補貼作為產業政策工具始不加以干涉，參閱蔡英文，〈我國加入 GATT 與產業政策法律的修改〉，刊載於《月旦法學雜誌》試刊號，1995 年 3 月，頁 22 至頁 23。

另外，經濟補助具有授益性質，並以促進產業發展為其行政目的，原則上不以誡命方式干預人民權利領域，對於人民權利影響較之干預行政輕微，屬於給付行政；又經濟補助之目的，在於促進產業發展，提升國家競爭力等公共目的，在手段選擇上，如法律無限制，行政得自由選擇以公法或私法型態達成行政目的，稱為行政行為形式選擇自由，在實務上，行政常以行政處分，公法或私法契約，或雙階段行為等行為形式達成行政目的，態樣多元。

此外，經濟補助之最終目的並不在於資助受益人，而係在於促進經濟發展，其對於受補助者而言，是給付行政，對於未受補助者而言，必然會削弱其市場競爭能力，是干預行政；另給予補助金係對受補助者之授益性處分，而同時要求受補助者配合一定之經濟政策或管制措施，係對受補助者之負擔性處分，在本質上具有多重「雙面性」(Ambivalenz)<sup>35</sup>。

### 第三項 我國文化創意產業之經濟補助措施

我國促進文化創意產業發展之經濟補助法律，主要有「文化創意產業發展法」、「廣播電視法」、「電影法」、「中小企業發展條例」、「產業創新條例」等，且分別以經濟部（廣告、產品設計、視覺傳達設計、設計品牌時尚、數位內容、創意生活等產業）、內政部（建築設計產業）、文化部（前行政院新聞局之電影、廣播電視、數位出版、流行音樂及文化內容等產業，暨前文建會之視覺藝術、音樂及表演藝術、文化資產應用及展演設施、工藝等產業）為中央目的

<sup>35</sup> 許宗力，〈基本權利對國庫行為之限制〉，收錄於氏著《法與國家權力》，三民書局出版，1992年，頁22。

事業主管機關。

前述法律所訂經濟補助措施計有環境整備、補貼、獎助金、貸款、保證、稅務減免、投資等方式，惟「環境整備」、「投資」因非屬政府無償性的財產利益給與，「稅務減免」則基於稅捐法律主義，與經濟補助涉及行政裁量不同，均非本研究探討範圍，爰謹就文創產業之補貼、獎助金、貸款、保證等經濟補助措施說明如下：

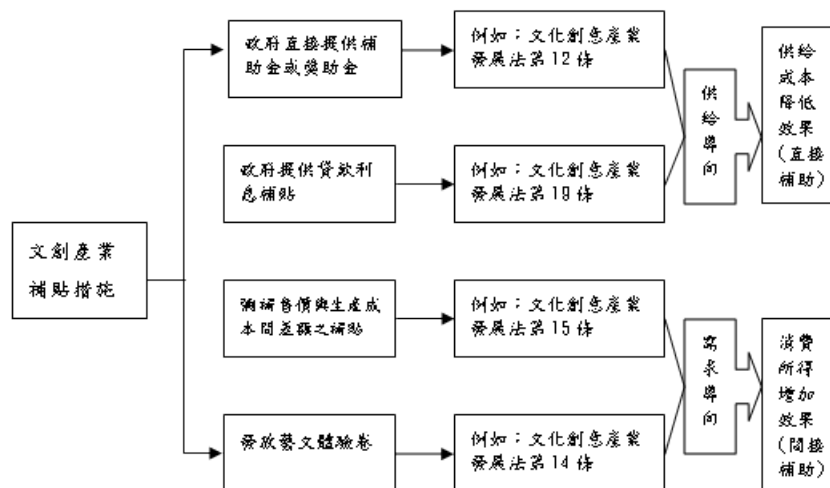
## 第一目 補貼

補貼指以一定之金額，無償給與受補助之企業，而不要求其返還者而言。又可分為補助生產或研究「補助金」、彌補售價與生產成本間差額之「補貼」、貸款利息之「利息補貼」、及保證以一定價格收購受補助企業產品之「支援性購買」等<sup>36</sup>。補貼多由行政部門擬訂計畫、編列預算、設置審查委員會決定之。

文創產業之補貼措施可分為補助企業用於生產、研究、行銷之「補助金」、「利息補貼」、彌補售價與生產成本間差額之「補貼」及發放「藝文體驗卷」等。其中直接提供生產、研究、行銷之補助金或予以利息補貼，其效果在創造文創產業市場「供給面」，期透過補貼政策，創造文創產業供給者有利環境，創造高品質之文創產品，稱為「直接補助」；彌補售價與生產成本間差額之「補貼」及發放「藝文體驗卷」則在藉由增加參與文創產業活動的消費，或提高整體產業消費支出，即效果在創造文創產業市場「需求面」，增進市場活絡，稱為「間接補助」，如圖二-1所示<sup>37</sup>。

<sup>36</sup>廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎—經濟補助之法律問題研究〉(二)，《台大法學叢刊》，第7卷第1期，1977年12月，頁84至頁85。

<sup>37</sup>財團法人台灣經濟研究院，〈藝文政策間接補助機制規劃之研究〉，行政院研究發展考核委員會委託研究報告，100年4月。



圖二-1：文創產業補貼措施的效果與導向分類

前述由政府提供民眾文化活動折扣卷或體驗卷，降低觀眾票價的觀賞門檻，以刺激潛在觀眾及提高參與意願，達到政府、文創業者及民眾三贏局面，且由於觀眾會選擇其最喜愛的藝文活動來參與，故透過此機制可將政府補助資金挹注在符合消費者品味的藝文團體或文創活動，優劣交由市場評選，而非透過政府組設之評選委員會來評定藝文活動品質，已成為英國、法國、美國等國家為改善直接補貼藝文活動的政策缺失(例如過度依賴政府補助)，所採用的重要輔導措施。<sup>38</sup>

## 第二目 獎助金

獎助金指對於從事特定活動之企業，在其所提供之服務或商品之數量或品質達一定標準後，給與一定金額以為獎賞及鼓勵者。其與補貼不同處，乃獎助金之發放係以企業自主自動先有品質改善或產量增加之良好表現為前提，補貼則藉維持或保障企業一定之利

<sup>38</sup>陳雅琴、夏學理、吳靜吉，藝文政策間接補助機制規劃之研究，行政院研究發展考核委員會委託研究報告：受委託單位台灣經濟研究院，2011年4月，頁60至頁74。

益，以誘發及引導企業有興趣增產或改善品質<sup>39</sup>。

我國文創產業獎助金發給措施，例如文化部影視及流行音樂產業局「金曲獎獎勵要點」、「廣播金鐘獎獎勵辦法」、「電視金鐘獎獎勵辦法」、「票房獎勵製作國產電影片補助金辦理要點」等，其效果與政府直接提供補助金相同，皆在鼓勵企業研究、生產，創造產業市場之「供給」。

### 第三目 貸款

貸款係產業政策工具的主要類型，指將一定之金額，以較一般市場為優惠之條件，貸放與受補助之企業。<sup>40</sup>

貸款之實施，有政府自國庫撥列專款或設置基金，委由金融機構負責核定撥貸者，此貸款之風險，倘辦理貸款之銀行有依一定比例相對出資者，該風險多由國庫及該承貸金融機構按出資比率分擔。另一貸款實施方式係由政府提撥專款，惟不自己擔任貸與人，而透過金融機構，以該金融機構自己之名義及擔當風險<sup>41</sup>。後者為當前政府實施企業貸款之主要方式。

文化创意產業之貸款措施有「文化创意產業優惠貸款計畫」(依據文化部訂頒「文化创意產業優惠貸款要點」辦理)、「促進產業創新或研究發展貸款計畫」(依據經濟部、文化部共同訂頒「促進產

<sup>39</sup>廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎—經濟補助之法律問題研究〉(二)，《台大法學叢刊》，第7卷第1期，1977年12月，頁86至頁87。

<sup>40</sup>廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎—經濟補助之法律問題研究〉(二)，《台大法學叢刊》，第7卷第1期，1977年12月，頁82。

<sup>41</sup>廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎—經濟補助之法律問題研究〉(二)，《台大法學叢刊》，第7卷第1期，1977年12月，頁83。以金融機構自己之名義貸款及擔當風險之實施方式者，例如文化部「文化创意產業優惠貸款要點」(中華民國101年11月9日文創字第10120396732號令訂定)行政院國家發展基金會「輔導中小企業升級貸款(第10期)貸款要點」(民國97年4月23日核定版)。



業創新或研究發展貸款要點」辦理)、「微型創業鳳凰貸款計畫」(依據行政院勞工委員會訂頒「微型創業鳳凰貸款要點」辦理)、「青年創業貸款」(前依據行政院青年輔導委員會訂頒「輔導青年創業要點」辦理，自 2013 年 1 月 1 日起由經濟部中小企業處承接本項業務)、「自有品牌推廣海外市場貸款計畫」(依據經濟部國貿局訂頒「自有品牌推廣海外市場貸款要點」辦理)及「電影事業廣播電視節目供應事業及有聲出版事業優惠貸款要點」(文化部影視及流行音樂產業局訂頒)等。

前述貸款計畫依資金來源及風險負擔，可區分為以下貸款方式：

(一) 由政府基金全數出資並負擔貸放款風險：

銀行僅受託辦理放款，並收取代辦手續費，惟不負擔貸款風險。

(二) 由政府基金全數出資，惟由銀行負擔風險：

以銀行支付政府資金利息，未來貸給業者時加碼計息方式辦理，惟政府基金不負擔任何風險，全數由承貸銀行自行承擔，如數位內容產業及文化创意產業優惠貸款要點<sup>42</sup>、自有品牌推廣海外市場貸款要點有關由中華郵政提撥專款支應部分。

(三) 政府基金與銀行共同出資辦理，且由銀行負擔風險：

由政府基金與承貸銀依出資比例方式搭配貸放，承貸銀行負擔風險，如促進產業創新或研究發展貸款要點、中美基金青年創業輔導貸款要點。

(四) 全數由銀行出資並負擔風險，政府提供利息、手續費補

<sup>42</sup> 該要點由經濟部於民國 93 年 1 月 5 日訂定，100 年 1 月 20 日廢止。

貼銀行：

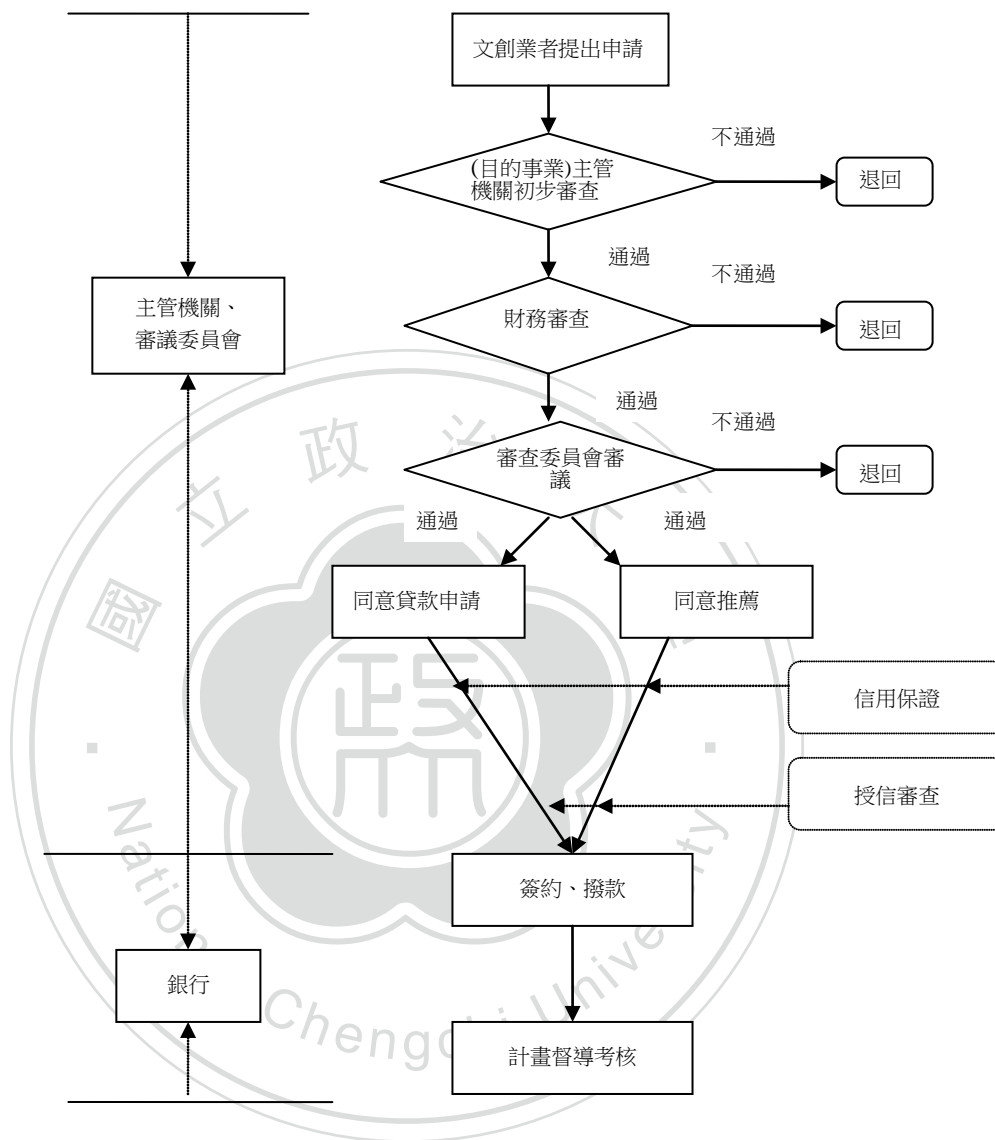
為提高銀行承貸意願，由主管機關編列預算補貼承貸銀行，如微型創業鳳凰貸款要點、電影業及廣播電視節目供應事業優惠貸款要點、文化創意產業優惠貸款要點。

另前述文化創意產業貸款措施通常搭配中小企業信用保證基金提供信用保證，以協助順利取得資金，申貸流程（如圖二-2）依貸款案准駁決定權為承貸銀行與否，分為以下二種：

- （一）申貸案之准駁決定權在於承貸銀行，主管機關召開之審議委員會（由學者專家、承辦銀行、信保基金組成）僅提供推薦建議：

此類貸款計畫如「文化創意產業優惠貸款計畫」、「自有品牌推廣海外市場貸款計畫」、「微型創業鳳凰貸款計畫」、「青年創業貸款」、「電影事業廣播電視節目供應事業及有聲出版事業優惠貸款要點」等。

- （二）申貸案之准駁決定權在於主管機關召開之審議委員會：此類貸款計畫如「促進產業創新或研究發展貸款計畫」。



圖二-2：申貸流程

本研究經將上述各項貸款計畫依其資金來源、承貸風險承擔、政府是否提供信用保證及利息補貼、貸款准駁決定及計畫考核者整理如表二-1<sup>43</sup>。依該表顯示，申貸案准駁與貸款計畫後續監督考核

<sup>43</sup> 參照《2011年文化創意產業輔導資源手冊》，前行政院文化建設委員會編印，2010年9月，頁37至頁40。

所衍生之貸款契約解除或終止，原應同由承貸銀行或主管機關一方決定，惟查多數貸款計畫，無論具申貸案准駁權者是否為承貸銀行，凡有違反計畫規定或貸款用途者，概由承貸銀行決定是否終止或解除契約即可，無須再經原貸款案核准方決定(此類貸款計畫例如：「促進產業創新或研究發展貸款計畫」、「自有品牌推廣海外市場貸款計畫」等)。茲以承貸銀行對於承貸計畫所關切者通常為申貸企業是否按時還款，貸款用途是否脫離原計畫用途並非彼等考量重點，此類貸款計畫之執行能否達原訂扶植產業目標，頗值商榷。爰此，本研究將於後續章節探討經濟補助之貸款案件，主管機關、承貸銀行及企業三者間法律關係如何形成、消滅，行為形式如何選擇，始能確保雙方義務履行，貼近實現經濟補助目的。

貸款計畫	資金來源	承貸風險	政府資金信用保證	利息補貼	貸款准駁	計畫考核
文化創意產業優惠貸款計畫	1. 行政院經濟建設委員會中長期資金運用策劃及推動小組協調中華郵政提撥專款支應 2. 或承辦銀行自有資金支應	承貸銀行	中小企業信用保證基金	第二類對象(小額貸款)由行政院文化建設委員會利息補貼	承貸銀行	計畫變更應經承貸銀行同意，違反者解除貸款契約。

貸款計畫	資金來源	承貸風險	政府資金信用保證	利息補貼	貸款准駁	計畫考核
促進產業創新或研究發展貸款計畫	50%行政院國家發展基金出資；50%承辦銀行出資	承貸銀行	中小企業信用保證基金	無	主管機關	主管機關應考核計畫之執行；計畫變更應經主管機關同意，違反約定者，承貸銀行終止契約並收回貸款本息。
微型創業鳳凰貸款計畫	承辦銀行自有資金	承貸銀行	行政院就業安定基金捐助信保基金及信保基金提供相對基金提供信用保證	行政院勞工委員會利息補貼	承貸銀行	違反計畫者由勞委會停止利息補貼，並由承貸銀行收回補貼利息。
青年創業貸款	由承貸金融機構以自有資金或與行政院國家發展基金（以下簡稱國發基金）共同出資搭配辦理	承貸銀行	中小企業信用保證基金	無	承貸銀行	承貸銀行

貸款計畫	資金來源	承貸風險	政府資金信用保證	利息補貼	貸款准駁	計畫考核
自有品牌推廣海外市場貸款計畫	1. 行政院經濟建設委員會中長期資金運用策劃及推動小組協調中華郵政提撥專款支應 2. 或由承辦銀行自有資金支應	承貸銀行	中小企業信用保證基金	無	承貸銀行	承貸銀行（申貸廠商非經承貸銀行同意，不得變更貸款用途）
電影事業及廣播電視節目供應事業及有聲出版事業優惠貸款要點	承辦銀行	承貸銀行	中小企業信用保證基金	文化部影視及流行音樂產業局	承貸銀行。	違反貸款用途，由影視局撤銷利息補貼資格。

表二-1：文化創意產業貸款計畫（本研究自行整理）

#### 第四目 信用保證

保證指企業向金融機構借款或從事交易行為而負有債務時，政府為加強其信用而充當其保證人。保證人係以其財產全部為保證之債權提供擔保，故政府以保證方式輔助企業時，即係以國庫為其保證人<sup>44</sup>，此種保證方式不僅增加國庫負擔，且程序繁複，故政府提

<sup>44</sup> 廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎〉，《企業與經濟法》，1980年4月初版，頁221，例如行政院64年10月6日(64)財字第七五七六號函核定之「政府

供保證多以設立從事保證為目的之財團法人方式為之，以財團法人之財產為限，且該財團法人之董事會可自行決議是否充當保證人<sup>45</sup>。

我國文化創意多屬個人工作室或微型企業，具有資本額小、財會制度欠嚴謹、資訊揭露不夠透明等缺點；且文創產業不同於一般產業，有廠房、機器設備、存貨等實體物資，可以做為銀行融資之抵押擔保，其有價值之資產幾乎全為無形資產，因此，信用保證經常是促成文創產業貸款之重要關鍵。有鑑於此，我國文創產業融資輔導體系通常伴隨提供中小企業信用保證機制，以促進文創產業與銀行間借貸關係之進行。

我國文創產業融資信用保證多係透過「中小企業信用保證基金」提供（如前揭表二-1），該基金性質為政府及銀行共同捐助成立之公益財團法人，政府出資 50% 以上，成立之旨在配合政府政策，針對擔保品不足之中小企業提供信用保證，使其順利自金融機構取得所需資金<sup>46</sup>。其中保方式分為間接保證及直接保證二種，分述如下：

#### （一）間接保證：

由符合信用保證資格之企業，向與信保基金簽約之金融機構申請授信，經由授信單位評估後，再由授信單位向信保基金提出信用保證之申請，其流程為企業→金融機構授信單位→信保基金。間接保證方式又分以下三類保證案件：

##### 1. 授權保證：

指信保基金為簡化作業程序，特就各保證項目分訂授權額度

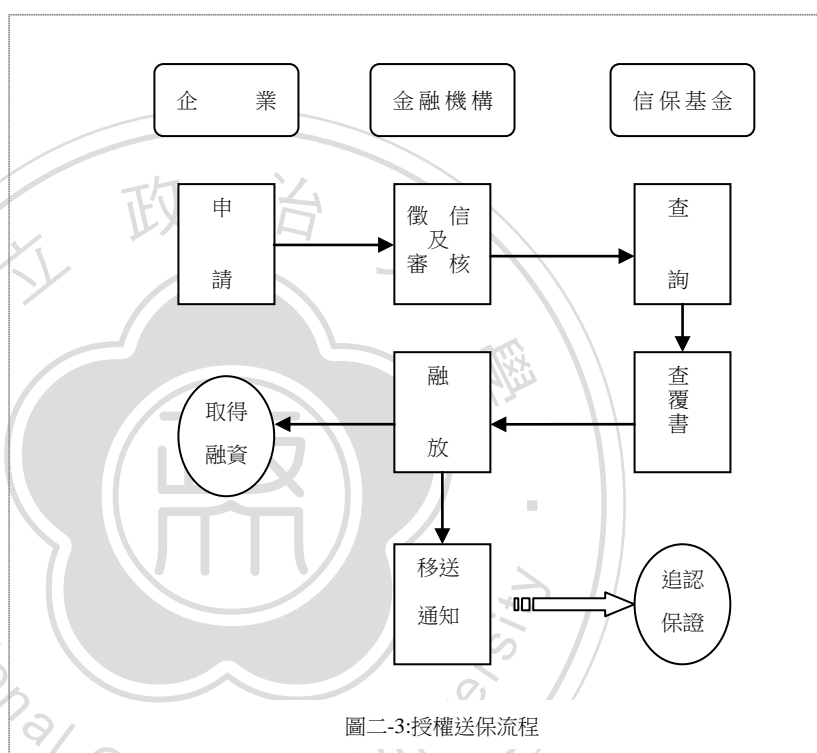
---

對民營重大經濟基本建設事業借款保證監督辦法」，參照廖義男，頁 221。

<sup>45</sup>廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎〉，《企業與經濟法》，1980 年 4 月初版，頁 222，例如行政院國家發展基金會、中小企業信用保證基金等。

<sup>46</sup> 中小企業信用保證基金網站，<http://www.smeg.org.tw/general/about/intro.htm>，2012 年 1 月 18 日。

及送保規定，在各該範圍內之授信案件，授權金融機構先行承作，再移送信保基金追認保證。依此類方式送保之文創產業貸款有：「自有品牌推廣海外市場貸款之信用保證」、「青年創業貸款之信用保證」、「微型創業鳳凰貸款之信用保證」、「促進產業創新或研究發展貸款計畫」等，其流程如圖二-3<sup>47</sup>。



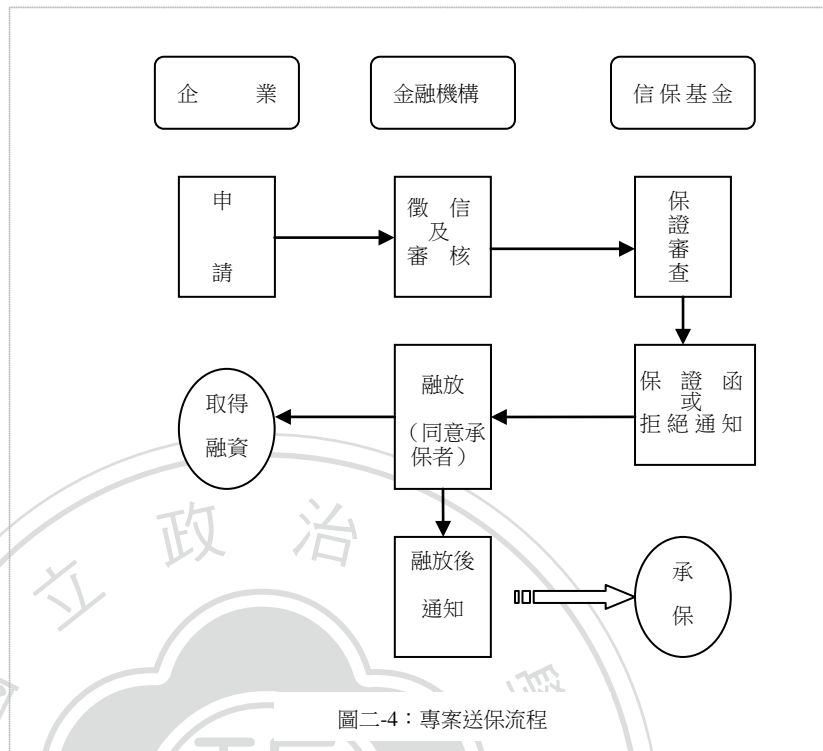
## 2. 專案保證：

指送保案件因融資金額超過授權或申請企業之票、債信有瑕疵者，金融機構應於授信前，先向信保基金提出申請，經信保基金審核同意並簽發信用保證函後，再憑以辦理授信送保，其流程如圖二-4<sup>48</sup>。

<sup>47</sup>中小企業信用保證基金，「中小企業融資信用保證作業手冊」，100年6月，頁13至頁61。

<sup>48</sup>中小企業信用保證基金，「中小企業融資信用保證作業手冊」，100年6月，頁13至頁61。

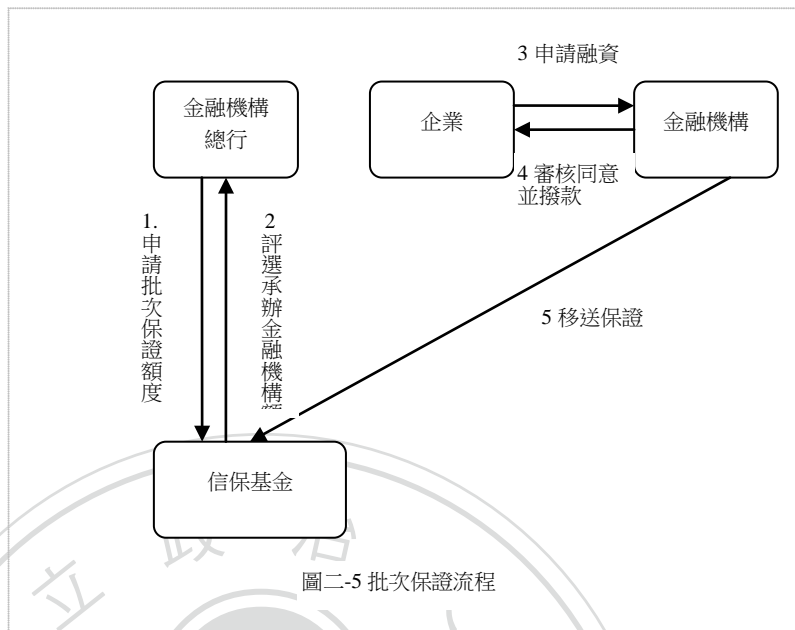




### 3. 批次保證：

其原理係採風險總量管制概念，由金融機構自行評估在一段時間內預期承作貸款金額，並評估可能產生之信用風險，訂定代位清償上限，研提計畫書向信保基金提出申請，信保基金以申請代位清償率優先取得承辦資格；即企業向取得批次保證額度的金融機構申請貸款，銀行可以依規定先行貸款給企業，再移送信保基金追認保證，其流程如圖二-5<sup>49</sup>。

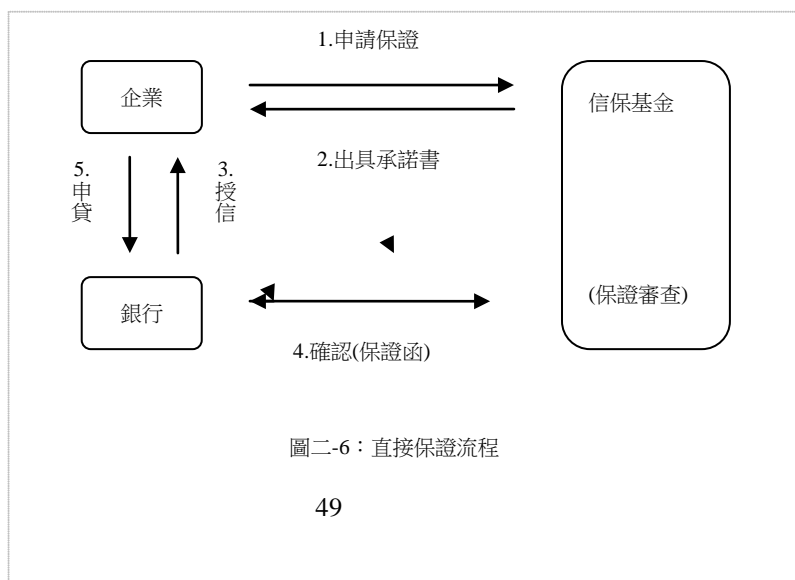
<sup>49</sup> 林德宗，〈銀行輔導中小企業融資之研究—以華南銀行為例〉，靜宜大學管理碩士在職專班碩士論文，2010年7月，頁32。



圖二-5 批次保證流程

(二) 直接保證：

指由企業直接向信保基金申請信用保證，信保基金核發承諾書予企業後，企業再依該承諾書向金融機構申請貸款之保證方式。其流程為企業→信保基金→金融機構，如圖二-6。依此類方式送保之文創產業貸款有：「文化創意產業優惠貸款之信用保證」、「電影事業及廣播電視節目供應事業優惠貸款之信用保證」、「促進產業創新或研究發展貸款計畫」等。



圖二-6：直接保證流程

## 第五目 智慧財產融資保證

由於文創產業產品甚多創意元素，其市場反應與銷售情形反差甚大，不若製造業之流程與產品已標準化，其報酬不穩而難以事先評估，加以文化創意及相關知識產權價值具不確定性，隨時間波動而變化，都使得投融資風險提高，讓銀行及投資者望之卻步。

在全球文化創意產業的浪潮下，推動無形資產鑑價制度，協助文創業者之智財資產證券化、或以智財資產設定質權，俾暢通其資金取得管道，已成為各國發展文創產業的重要關鍵。

為協助我國文創產業取得金融機構融資，信保基金「直接保證」措施，針對已通過政府相關輔導計畫、或經相關輔導機構推薦具研發、經營管理、市場拓展能力之企業，其最近二年內所開發之技術或產品已取得專利權、著作權、商標權，並經政府認可之資產鑑價專案輔導廠商提出評價報告者，得向該基金申請用保證。<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup>中小企業信用保證基金直接信用保證要點 100.10.12 第 12 屆第 14 次董事、監察人聯席會議通過，100.11.4 經濟部經授企字第 10020391730 號函准予核備。

### 第三章 經濟補助之之原理原則與法律界限

#### 第一節 憲法基礎及效力

##### 第一項 憲法基礎

如前章所述，經濟補助為產業政策工具之一，其目的在透過行政介入，促進產業發展。然而行政之介入，雖使受補助人得以提升競爭地位，但對其他同業者，為一種不利益，故除前述從經濟學之角度來獲取經濟補助之正當性外，法學界也從憲法角度尋求經濟補助之正當性。

我國憲法與經濟補助政策有關者有基本國策章，即：「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足」(第 142 條)、「國家對於私人財富及私營事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之」(第 145 條第 1 項)、「合作事業、國民生產事業及對外貿易，應受國家之獎勵、扶助、指導及保護」(第 145 條第 2 項、第 3 項)、「國家對於僑民經營之事業應予扶助及保護」(第 151 條)、「國家對於邊疆地區各民族之教育，文化，交通，水利，衛生，及其他經濟，社會事業，應積極舉辦，並扶助其發展，……。」(第 169 條)；暨增修條文第 10 條相關規定，即：「國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，……加強國際經濟合作」(增修條文第 10 條第 1 項)、「經濟及科學技術發展，

應與環境及生態保護兼籌並顧」(增修條文第 10 條第 2 項)、「國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展」(增修條文第 10 條第 3 項)、「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其……經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」(增修條文第 10 條第 11 項)

## 第二項 增修條文第 10 條之性質-基本國策或基本權利

### 一、基本國策與基本權利之概念區辨

依我國憲法體例，增修條文第 10 條經濟補助條款其性質有二種可能性。其一，性質為憲法本文第二章第 7 條以上之基本權利；其二，性質為憲法本文第十三章之基本國策。而基本權利與基本國策在概念特徵上的差異，可歸納為以下二點：

#### (一)本質上差異

基本權利在本質上以保障人民主觀權利為主，兼具維持客觀法秩序功能；而基本國策的效力，學說多認為基本國策不具有主觀權利性質，僅具客觀性質，人民不能僅憑基本國策之規定，要求國家實現其主體權利，常須依賴其他憲政原則(如平等原則)始可達成目的。

#### (二)條文規定內容詳盡與否

基本權利之內容規定，原則上業已詳盡完全，故得依憑該基本權利條款，即得自我實現，只是在執行階段，須輔以下位之組織法

及程序法而已；基本國策通常僅係一抽象、概括性條款，須經由轉化程序或具體化過程，始具有執行能力。

憲法增修條文第 10 條第 1 項、第 3 項及第 11 項之「經濟補助」條文，其性質究屬基本權利或基本國策，依多數學者之見解，其為基本國策，理由如下：

- (一) 以立法體例言，增修條文第 10 條第 1 項、第 3 項及第 11 項係以「國家」為主詞，規範國家之義務如何，與憲法本文第十三章「基本國策」中大部分規定（如憲法第 168 條、第 169 條）之立法體例接近。
- (二) 增修條文第 10 條第 1 項、第 3 項及第 11 項條文，其內容係期待性的國家政策描述，與憲法本文第二章第 7 條以下之「基本權利」規定，其內容之明確、具體大不相同，而係與第十三章「基本國策」相近<sup>51</sup>。

### 第三項 憲法經濟補助條款之效力

憲法經濟補助條款性質既經多數學者認為屬基本國策，爰應繼續探討基本國策之效力。關於基本國策的效力，學者有認為是屬「方針條款」<sup>52</sup>；也有認為依分別情形定其為「方針條款」、「憲法委託」、

<sup>51</sup>劉建宏，〈基本人權保障與行政救濟途徑〉，《基本人權保障與行政救濟途徑》，台北元照，2007 年 9 月 1 版，頁 43。

<sup>52</sup>學者蘇永欽指出，早期學者謝瀛洲認為，我國憲法的國民經濟規範只是宣示政策性質的方針條款，「既定名為基本國策，則僅指示立法行政之目標，無強行之性質，如基於環境，一時未能達到目標者，亦不能指為違憲」。晚近學者法治彬、董保誠贊同謝瀛洲的見解，參照蘇永欽，〈經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範－從昔日德國的爭議來看今日台灣的回應之道〉，蘇永欽主編《新世紀經濟法制之建構與挑戰－廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，（台北：元照），2002 年 9 月，頁 155 至頁 156；林紀東，《中華民國憲法釋論》，1993 年 3 月改訂版，頁 359。

「制度性保障」、「公法權利者」之性質者<sup>53</sup>；亦有學者認為其性質屬「國家目標條款」，係憲法對國家之政策性指示，而國家依其能力負有義務去實踐此一具有拘束性之指示<sup>54</sup>。

通說認為我國憲法前言「增進人民福利」、第1條「基於三民主義」、第十三章基本國策第142條以下，分別就國民經濟、社會安全、教育文化，以及增修條文第10條等有關之規範，係為「民生福利國原則」<sup>55</sup>或「社會基本權」<sup>56</sup>或「社會權」<sup>57</sup>之表現。此外，我國司法院大法官第485號解釋理由書亦揭示：「憲法係以促進民生福祉為一項基本原則，此觀憲法前言、第1條、基本國策及憲法增修條文第10條之規定自明。」

前述民生福利國原則或社會(基本)權規定，依我國憲法學界及實務界見解，普遍肯認其為憲法之基本原則<sup>58</sup>，具有法拘束力之客

<sup>53</sup> 陳新民，《中華民國憲法釋論》，(台北：自版)，2001年修正4版，頁801。另學者吳庚認為，基本國策之性質可分為(一)僅為理想性或遙遠的國家目的；(二)具憲法委託性質；(三)屬實施時最程度的規定；(四)示行政或立法方針性質，同時亦為解釋憲法問題之重要基準，參照吳庚，《憲法的解釋與適用》，第三版，2004年7月，頁66至頁69。

<sup>54</sup> 例如：林明鏘教授認為基本國策係客觀的政策指示，僅具間接效力，其拘束力介於「法律條款」與「方針條款」之間，參照林明鏘〈論基本國策〉，《現代國家與憲法，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，(台北：元照)，1997年3月，頁1470；另，林明昕教授以憲法第10條第11項及第12項之「原住民族條款」為例，認為基本國策條款「依其規範性質，仍課予國家各機關，尤其立法者，努力實現促進原住民族能在政治、經濟、社會及文化等方面，與其他各族群享有實質平等地位之目標的義務。換言之，『原住民族條款』是一種『國家目標規定』，是一種『立法委託』。」參照林明昕，〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，《公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構》，(台北：元照)，2006年9月，頁14以下。

<sup>55</sup> 蔡進良，〈給付行政之法的規制—試評大法官釋字第428號解釋〉，《憲政時代》，第24卷第1期，1998年7月。

<sup>56</sup> 謝榮堂，《社會法治國基本問題與權利救濟》，(台北：元照)，2008年11月初版，頁9。

<sup>57</sup> 陳新民，惟其認為我國憲法社會權條款的範圍，尚包括憲法第15條生存權規定，詳《中華民國憲法釋論》，(台北：自版)，2001年修正4版，頁342至頁343。

<sup>58</sup> 法治斌、董保城，《憲法新論》，(台北：元照)，2004年二版，頁81至91；另我國大法官釋字第485號解釋闡明：「促進民生福祉乃憲法基本原則之一，此觀憲法前言、第一條、基本國策及憲法增修條文第十條之規定自明。」此外另可參見蘇俊雄大法官於釋字第472號解釋之協同意見書。

觀憲法規範，所有國家權力機關均應受其制約<sup>59</sup>，惟其與憲法第二章「人民之權利義務」保障不同，後者於人民遭受權利侵害時，得透過司法途徑具體主張排除或請求必要保護，然民生福利國或社會基本權原則受限於國家財力，只賦予國家實踐的義務，人民無法直接以之作為具體向國家請求之權利基礎。<sup>60</sup>因此，國家經濟財力的不可能性，成為社會基本權保障的限制，但若國家給予的資源已存在，且其經濟援助的實現為可能，則人民對此資源都具有共享權，亦即人民對於國家已創之公共資源或設施，且此資源或設施對人民某基本權之實現有助益，則此公共資源或設施為人民所共享。此共享權性格之基本權保護法益，是在國家經濟財政最大可能援助下，使每一個人自我實現的機會均等，而稱之為「衍生的給付請求權」（相對於直接由基本權導出，對國家財物給付或生活照顧之「原始給付請求權」）。<sup>61</sup>

## 第二節 法律保留原則

### 第一項 給付行政與法律保留原則

<sup>59</sup>法治斌、董保城，《憲法新論》，（台北：元照），2004年二版，頁82。

<sup>60</sup>謝榮堂，《社會法治國基本問題與權利救濟》，（台北：元照），2008年11月初版，頁255至頁256；陳新民，惟其認為我國憲法社會權條款的範圍，尚包括憲法第15條生存權規定，詳《中華民國憲法釋論》，（台北：自版），2001年修正4版，頁345至頁348。

<sup>61</sup>許育典，基本權功能建構作為大法官解釋的類型—以教育相關基本權為例，《憲法解釋之理論與實務》第七輯，（台北：中央研究院法律研究所籌備處專書(13)），2010年12月，頁394至頁395。



法律保留原則，原係用以節制國家對人民自由權利之干涉。惟隨著「社會福利原則」理念興起，國家被要求加入社會正義維護者角色，提供各項給付。隨著人民依賴國家服務給付日深，因依賴而生之不自由，則須經由法律之保障，而重獲自由。因此，自由的之意義，不在於不受國家之干涉，而在於分享國家之給付。法律保留原則遂由干涉保留而擴張至給付行政<sup>62</sup>。

### 第一目 法律保留原則之爭論

給付行政適用法律保留原則之範圍，在學說上有：（一）主張行政權之民主正當性有待議會賦予，故行政權侷限於憲法所明文列舉者，憲法保持沈默之事務領域，應朝有利於議會之方向解釋之「全面保留說」；（二）主張法律保留範圍僅侷限於干預人民自由財產之行政領域，且僅需透過法定預算的議決通過，即可充當給付行為之適法依據之「干預保留說」；以及（三）主張對人民基本權利之行使與實現、政治之爭議性重要的事務，均應保留由立法者決定之「重要性理論」<sup>63</sup>。

前述「全面保留說」因要求廣泛之法律保留，部分學者認為在實務上根本作不到，如必嚴格執法，有陷國家行政於癱瘓之可能，因而主張干預保留已足，至於給付行政則無須法律依據，只須要求履踐嚴格之命令訂定程序即足以適切保障人民權益，「不必那麼斤斤計較於法律授權之有無」<sup>64</sup>。亦有學者認為除授益與侵害具

<sup>62</sup> 陳敏，《行政法總論》，2007年10月5版，頁169至頁170。

<sup>63</sup> 許宗力，〈論法律保留原則〉，《法與國家權力(一)》，(台北：元照)，2006年08月一版，頁147至頁161。

<sup>64</sup> 許宗力，〈論法律保留原則〉，《法與國家權力(一)》，(台北：元照)，2006年08月

有不可分離關係之輔助行為外，單純授予人民利益而不帶侵益作用者並無法律保留之適用，於此毋寧「法定預算」即足為其適用之基礎，「亦即如該輔助行為所追求之目的，為憲法所賦與該行政主體之任務，並為其職權所掌管之事項，且其所用以輔助之經費，已編於該主體之預算，且科目明定為輔助之用途而經議會審議通過公布者，即應認其為適法<sup>65</sup>。」

惟隨著議會民主制度之發展與國家行政任務擴張，給付行政比重增加，其因涉及資源利益之分配、運用如何之財源、如何確保給付獲得公平性、個人請求權之承認等問題，干預保留說已不合時宜。學者認為法定預算只能概括地指示經費之支出用途，至於該概括編列經費應於何種場合、何種額度並附帶何種條件向誰支出等問題，尚待進一步規範，如任由行政權決定，則議會民主與法治國原則則站不住腳，故法律保留原則應適用於給付行政領域，透過法律明確規定，行政權對經費的分配與使用才有法拘束力與可預測性，人民才擁有相對應之請求權。至於適用範圍則學說見解分歧，嗣德國聯邦憲法法院自 70 年代以來的一連串之「重要性判決」，重要性理論則成為多數見解<sup>66</sup>。

## 第二目 法律保留原則在我國適用之情形

---

一版，頁 146，引述湯德宗，〈行政立法程序之研究〉，收錄於《行政程序法之研究》，行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組委託計畫，國立台灣大學法律學研究所執行，翁岳生教授計畫主持，1990 年，頁 344 以下。又該研究計畫所草擬行政程序法草案第 98 條即明揭干預保留原則，將給付行政排除於法律保留範圍外。

<sup>65</sup>廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎—經濟補助之法律問題研究(二)〉，《台大法學叢刊》，第 7 卷第 1 期，1977 年 12 月，頁 87 至頁 95。

<sup>66</sup>許宗力，〈論法律保留原則〉，《法與國家權力(一)》，(台北：元照)，2006 年 08 月一版，頁 157 至頁 159。

## 一、中央法規標準法

早期主要係依據中央法規標準法第 5 條所規定之應以法律定之的事項為論述依據，即 1. 憲法或法律有明文規定、2. 關於人民權利、義務、3. 關於國家各機關之組織者、4. 其他重要事項。與給付行政可能有關者為第 2 及第 4 項，惟第 4 項已屬重複憲法第 23 條規定，至第 4 項「重要事項」之解釋，常會產生爭議。

## 二、司法院大法官解釋之見解

司法院大法官釋字第 428 號解釋對於公用事業之經營，課予特別義務、加強政府監督並在經濟上給予相當之優惠措施，認為涉及相關人民權利，須依憲法第 23 條規定，於增進公共利益之必要範圍內以法律定之。此項見解，似乎擴張憲法第 23 條原只適用於「干預保留」範圍，惟並未明確指出其適用標準<sup>67</sup>。

司法院大法官在第 443 號解釋理由書建立之層級化法律保留體系，成為討論法律保留議題時之最高指導原則。大法官於該號解釋認為，國家給付行為，其受法律規範之密度，自較限制人民權益寬鬆，倘涉及公共利益重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要。至於何謂涉及公共利益之重大事項，大法官並未進一步詳細說明。

司法院大法官另在釋字第 614 號解釋指出，憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，不僅規範國家與人民之關

<sup>67</sup> 蔡進良，〈給付行政之法的規制—試評大法官釋字第 428 號解釋〉，《憲政時代》，第 24 卷第 1 期，1998 年 7 月，頁 98 至頁 102。

係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配。給付行政措施如未限制人民之自由權利，雖未以法律或法律具體明確授權之命令加以規範，固尚難謂與憲法第 23 條規定之限制基本權利之法律保留原則有違，惟如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定法規命令。此號解釋提出「實現人民基本權利之保障」之具體標準。

## 第二項 經濟補助與法律保留原則

經濟補助應否適用法律保留原則，部分學者持否定看法，認為「法定預算」已足為適法之基礎，亦即「如該補助行為所追求之目的，為憲法所賦與該行政主體之任務，並為其職權所掌管之事項，且其所用以補助之經費，已編列於該主體之預算，且科目明定為補助之用途而經議會審議通過公布者，即應認其為適法<sup>68</sup>。」

另司法院大法官陳新民在釋字第 661 號解釋協同及部分不同意見書指出，「由於補助不論是對於受補助人的經濟利益、營業能力，甚至企業生存的重要性，以及一旦涉訟不論是給予補助與否，補助機關的撤銷、廢止和相關的法律救濟管道，都需要明確的規範來遵循不可。因此，即有絕對的法律依據之必要性，來避免許多行政補助所產生的不良弊病，例如：盲目補助、易短期補助為長期補助、分配不公、引發財政赤字，以及無競爭力企業的尾大不掉…等」，對於經濟補助認為應有絕對法律依據。

<sup>68</sup> 廖義男，〈經濟補助之主要類型及補助行為之法基礎——經濟補助之法律問題研究(二)〉，《台大法學叢刊》，第 7 卷第 1 期，1977 年 12 月，頁 87 至頁 95。。

按前揭司法院大法官解釋揭櫫的「重要性理論」，凡與人民基本權利的實現具有重大意義者以及涉及公共利益之重大事項者，均應有法律依據，而經濟補助可能造成特定同業競爭者競爭上的不利益，或行政主體對於相對人所作之附款、停權處分，而帶有干預人民基本權的效應；以及，經濟補助係在不同產業間，由國家定其保護或補助之先後順序(例如高科技業與傳統產業補助之落差決定)，多數學者主張應由議會參與而不得委諸行政權之見解<sup>69</sup>。

### 第三項 文化創意產業經濟補助之法律保留密度

#### 第一目 現況

我國文化創意產業經濟補助適用法律保留之密度，主要依「文化創意產業發展法」、「廣播電視法」、「電影法」、「中小企業發展條例」、「產業創新條例」等，訂定受補助產業及補助機制，至各產業受補助對象、條件、申請程序、審查基準、義務負擔、撤銷、廢止補助資格等多由各目的事業主管機關以行政規則規範，整理如下：

一、法律：文化創意產業發展法、產業創新條例、電影法、廣播電視法、中小企業發展條例等。

二、法規命令：

<sup>69</sup> 例如：林明鏘，〈德國行政補助政策及其制度—兼論我國行政補助政策與制度〉，收錄於鄭麗嬌主編《中西社會福利政策與制度》，(台北：中央研究院歐美研究所)，1995年，頁 204 至頁 205；李建良，〈從憲法觀點論軍公教優惠存款的存廢問題〉，收錄於氏著，《憲法理論與實踐(三)》，(台北：學林)，2004年 07 月，頁 448；詹鎮榮，同註 19；蕭文生，〈國科會獎勵、補助專題研究計畫決定與法律保留原則—評最高法院 98 判字第 103 號判決〉，《法令月刊》，第 61 卷第 3 期，頁 32。

- (一)以「文化創意產業發展法」為母法：文化創意產業發展法施行細則、文化部協助獎勵或補助文化創意事業辦法、文化創意事業原創產品或服務價差優惠補助辦法等。
- (二)以「產業創新條例」為母法：經濟部協助產業創新活動補助及輔導辦法、促進中小企業創新增僱員工補助辦法、經濟部鼓勵產業發展國際品牌獎勵補助及輔導辦法等。
- (三)以「中小企業發展條例」為母法：中小企業輔導體系建立及輔導辦法、中小企業認定標準等。
- (四)以「電影法為母法」為母法：電影法施行細則、電影事業暨電影從業人員獎勵及輔導辦法。
- (五)以「廣播電視法」為母法：廣播電視法施行細則、廣播電視金鐘獎勵辦法。

### 三、行政規則：

- (一)數位內容產業：前行政院新聞局「補助發行數位出版品作業要點」、「一百年數位出版創新應用典範體系計畫補助要點」、經濟部工業局「數位內容產業發展補助計畫」、經濟部工業局「促進產業創新或研究發展貸款要點」、經濟部「自有品牌推廣海外市場貸款計畫」、「中小企業信用保證基金直接信用保證要點」等。
- (二)電影產業：文化部影視及流行音樂產業局「國產電影片劇本開發補助要點」、「國產電影片國內行銷及映演補助辦理要點」、「補助國產電影片國外行銷作業要點」、前行政院新聞局「一百零一年度旗艦組及策略組國產電影片補助要點」、「一百零一年度票房獎勵製作國產電影片補助金辦理要點」、「輔導電影產業數位升級辦理要點」、文化部影視及

流行音樂產業局「電影事業廣播電視節目供應事業及有聲出版事業優惠貸款要點」(利息補貼)、文化部影視及流行音樂產業局「電影事業廣播電視節目供應事業及有聲出版事業優惠貸款要點」、文化部「文化創意產業優惠貸款要點」等。

(三) 電視產業：前行政院新聞局「一百零一年度資深演藝人員參與演出電視節目補助要點」、「100年度有線廣播電視系統經營者製播地方節目補助要點」、文化部影視及流行音樂產業局「一百零二年度鼓勵辦理電視專業人才培訓補助要點」、「補助離島有線電視業者製播地區性文化節目徵選要點」、前行政院新聞局「一百零一年度補助製作高畫質電視節目徵選要點」等。

(四) 流行音樂產業：文化部影視及流行音樂產業局「101年度參與國際流行音樂活動及赴海外研習補助要點」、「101年度流行音樂人才培訓補助要點」、「101年流行音樂有聲出版品創意行銷補助要點」、「101年度旗艦型流行音樂製作與整合行銷產業促進計畫作業要點」、「101年度流行音樂跨界產品及商務模式服務製作與開發等產業創新作業要點」、「101年度數位網站商務模式服務推廣流行音樂補助要點」、「101年補助樂團錄製有聲出版品要點」、「金曲獎獎勵要點」、「金音創作獎獎勵要點」等。

(五) 工藝產業：國立臺灣工藝研究發展中心「102年工藝旅館體驗示範空間設置補助計畫」、「2013年地方特色工藝輔導社區及區域特色工藝扶植計畫」等。

## 第二目 檢討分析

隨著行政任務擴張，給付行政比重大幅增加，如要求經濟補助須有廣泛之法律保留，於實務上為不可行；然給付行政因涉及敏感之利益分配問題，其爭議性亦往往遠非干預行政所能比擬，且經濟補助行為在本質上具有「具雙重效力之行政處分」與「第三者效力之行政處分」之「雙面性」，一方面是給付行政；他方面卻是干預行政。因此，經濟補助應否適用法律保留原則，依本文所見，未可一概而論，在司法院大法官之相關解釋，依循重要性理論之架構，提出二條較為清楚的思考脈絡，須適用法律保留，可作為經濟補助適用法律保留之依據，即：1. 給付行政措施是否與人民基本權利之實現具有重大意義者；2. 給付行政措施是否涉及公共利益之重大事項者。就前者而言，給付行政措施是否基本權之實現是否重大，並不以措施相對人為限，因給付措施而對第三人基本權之實現具有重大意義者，亦屬者；在後者，「重大公共利益」仍涉及高度不確定性。除此，給付行政僅單純發生利益之效果者，如學生之獎助金，則以通過「法定預算」，由行政機關依其法定職掌及所訂頒行政規則，本於行政自我拘束原則執行已足。

我國文創產業之經濟補助現已有文化創意產業發展法為法律依據，惟於該法發布之前，各目的事業主管機關之經濟補助措施有依「促進產業升級條例」、「文化藝術獎助條例」、「中小企業發展條例」、「電影法」、「廣播電視法」等法律及其子法者，也有中央目的事業主管機關直接依職權命令，決定經濟補助措施者，例如對於出版產業（含傳統出版產業、數位出版產業及流行音樂產業）之經濟補助，前行政院新聞局自 1999 年出版法廢止後，均依法定職權及法定預算，訂頒作業要點方式制定補助準據，惟對大眾傳播媒體的



經濟補助，影響人民出版自由之基本權利，逕依法定職權及預算作為補助準據，確有不妥。

### 第三節 平等原則

#### 第一項 平等原則的內涵

平等原則是基本權利，憲法明文揭示人民固享有之。在平等原則之下，國家所有機關之行為禁止恣意，並應符合正義原則。平等原則運作之基本規則是「相同事件，相同處理，不同事件依其特性之不同，而作不同處理。」德國聯邦憲法法院闡釋平等權之意義為「平等原則禁止對於本質相同之事件，在不具實質理由下任意地不同處理，以及禁止對於本質不相同之事件，任意地作相同處理。<sup>70</sup>」

憲法揭櫫之平等原則，拘束立法、行政及司法機關，茲分述如下<sup>71</sup>：

一、平等原則與立法機關：由於立法者享有廣泛形成權，可就目的性、必要性作決定，創設法律，惟立法者不得在不具實質理由下，對實質上相同或類似事件作不同規定。故立法者創設差別待遇之法律，須具備合理性。依司法院大法官針對平等權之審查基準如下：

<sup>70</sup>法治斌、董保城，《憲法新論》，（台北：元照），2004年二版，頁246。

<sup>71</sup>法治斌、董保城，《憲法新論》，（台北：元照），2004年二版，頁245至頁249。

- (一) 禁止恣意原則：亦即立法者苟欲對於相同事務予以差別規範時，必須至少要基於一個普遍被接受的理由，否則即為恣意妄為。
- (二) 事務本質與合目的性：「事物本質」即「事理之當然」或「情事應然」；「合目的性」則是指作為手段差別待遇與所追求目的需有「合理關聯」或「正當關連」。
- (三) 體系正義：指立法者於制定法律時，固有廣大形成自由，然當其設有一具規範意義之法律原則時，除基於重大公益考量外，即應受其原則之拘束，以維護法律之一貫性。
- 二、平等原則與行政機關：行政機關適用法律需符合法律之前人人平等原則，不得恣意決定或執行；縱使行政機關之決定依法享有裁量權，裁量之行使亦非放任行政自由決定，必須具有實質上令人可得接受之觀點作為裁量依據。
- 三、平等原則與司法機關：司法機關須受平等原則之拘束，公平地依法審判。法院對於當事人所為攻擊、防禦，本於武器平等原則，應給予真正機會均等之真實保障；平等原則同時保障在法院訴訟當事人雙方享有同樣之訴訟地位，享有同等訴訟權之保障<sup>72</sup>。

## 第二項 平等原則於經濟補助領域之適用

本章第一節所述，由於國家經濟財力的不可能性，成為社會基本權保障的限制，但若國家給予的資源已存在，且其經濟援助的實

<sup>72</sup>法治斌、董保城，《憲法新論》，（台北：元照），2004年二版，頁243至頁249。

現為可能，則人民對此資源都具有共享權，亦即當立法者明確界定出必須考量的社會性利益時，則在未使國家過分負擔的範圍內，適用平等原則，使社會基本權有限度地貫徹。

## 第一目 法規範是否違反平等原則之檢驗

在經濟補助領域，當立法者決定提供 A 產業或符合特定條件企業經濟補助，則未獲補助之 B 產業或企業得否依平等原則要求獲得相同的經濟補助或保障基本權利？前述由於國家財政資源有限，立法者就目標之選擇是自由的，惟立法者在許多相互競爭的法政策中選擇時，必須公平地對待所有企業之利益。至法規範是否違反平等原則，依司法院大法官釋字第 593 號解釋，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否具有一定關聯性。只有在無法找到一項合乎理性、自事務本質得出或客觀明確理由來支持法律所規定之差別待遇或平等對待時，才可能違反平等原則。

另外，立法者採取的差別待遇措施，如果對競爭者相互者間之競爭情勢有重大影響，也可能產生憲法上的爭議，違反平等原則。故立法者制定差別待遇之形成空間並非毫無限制，除必須基於特定公共利益外，所採取手段也必須符合比例原則<sup>73</sup>。

## 第二目 個人權利之保障

---

<sup>73</sup> 蕭文生，〈平等原則與國家經濟補助措施〉，《月旦法學雜誌》第 172 期，2009 年 9 月，頁 24 至頁 39。

由於人民對於國家「現已存在運作」之公共資源或設施，得依憲法第七條之平等權要求平等使用，作為請求國家「公平分配」之依據，亦即，國家對此給付是否合憲，涉及者為平等與否的問題。

在經濟補助領域，當國家事實上並無正當理由給予特定群體優惠性待遇時，未獲分配者倘因該分配阻礙其行使自由權或造成法律上不利益，則該未獲分配之第三人得自平等原則中得出防禦及排除侵害請求權，要求國家廢棄或停止該項違法之經濟補助措施，以及要求享受相同之經濟補助。<sup>74</sup>

而在經濟補助領域，企業最可能受到權利之損害為「競爭自由」，即國家所提供之經濟補助措施，足以影響或干預私人企業間經濟上自然競爭狀態，構成競爭扭曲，則受不利影響之私人得透過既有之權利救濟途徑，予以抵抗排除之。<sup>75</sup>

### 第三目 小結

由於經濟補助法令規範密度十分低，因此基本權利保障在此領域扮演重要角色。等者等之，不等者不等之「等」或「不等」常須溯至法律整體規定之目標，才能找到合法化或禁止差別待遇之理由。若憲法並未明確規定目標時，立法者就目標之選擇，基本上是自由的。然差別待遇僅能基於特定之公共利益始得為之，且當國家行為違反平等原則，尚不足以創建個人主觀之法律地位，必須該行為同時侵害個人受基本權利保護之法益時，才能主張自平等原則發

<sup>74</sup>蕭文生，〈平等原則與國家經濟補助措施〉，《月旦法學雜誌》第 172 期，2009 年 9 月，頁 24 至頁 39。

<sup>75</sup>詹鎮榮，〈競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障-評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決〉，刊載於《月旦法學雜誌》第 138 期，2006 年 11 月。

展出來之防禦侵害、排除侵害請求權或更進一步參與分享國家給付之權。而就經濟補助措施而言，企業最可能受到影響之基本權利為職業自由、營業自由或財產權<sup>76</sup>。



---

<sup>76</sup>蕭文生，〈平等原則與國家經濟補助措施〉，《月旦法學雜誌》第 172 期，2009 年 9 月，頁 24 至頁 39。

## 第四章 文化創意產業經濟補助之行為形式與 程序規制

我國行政程序法第2條第1項：「本法所稱行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之程序。」同法並自第92條以下，對個別行政行為之要件加以規範及定義，且訂有個別之法律效果或應遵守之要件，此種立法例即屬行政行為形式理論之體現<sup>77</sup>。行政行為形式理論存有贊成與反對之討論，而同時在立於行政行為形式論之見解，也因應行政任務多樣性而不斷提出修正。本文於立場上肯認行政行為形式論，其有利於對行政機關經濟補助行為作適法性控制，及保障人民權利。

### 第一節 行政行為形式理論

經濟補助對於受補助者而言，是給付行政，對於未受補助者而言，必然會削弱其市場競爭能力，是干預行政；此外，給予補助為對受補助者之授益性處分，而同時要求受補助者配合一定之經濟政策或管制措施，為對受補助者之負擔性處分，在本質上具有多重「雙

<sup>77</sup>「上開行政行為形式理論高度發展之主要成果，即表現於今日行政法（總論）教科書及相關法典（如行政程序法、訴願法、行政訴訟法、行政執行法等）中，以行政計畫、法規命令與行政規則、自治法規、行政處分、行政契約、行政指導等行為形式相關理論及規律，構成行政法學或法典體系之核心內容。」，參考賴恆盈，行政法律關係論之研究，2003年1月，初版，頁54。

面性」。然而，經濟補助領域存在鉅幅的裁量空間，除了從事後救濟保障當事人權利外，如何從程序統制確保行政決定之適正行使亦屬重要。

行為形式理論藉由釐清各種行政活動單元之概念內涵與外延範圍、容許性與適法性要件，以及法律效果等問題，達到落實對行政機關之適法控制及保障人民權利之目的<sup>78</sup>。當前行政行為之分類，乃行政法之基礎工程，此一形式分類，貫穿行政程序、行政救濟及行政執行各個階段。因此，不同的行政行為，有其程序上之區隔。經濟補助活動之多樣化，如何適當歸類行為形式，並適用行政程序，乃是對經濟補助裁量行為之重要控制手段。

## **第一項 行政行為形式理論任務、概念與批評**

### **第一款 行政行為形式論之任務**

按O.Mayer的法治國，指國家行動(包括行政)莫不以法的方式加以規定；行政之法律化致力於使國家行為可得確定，對個人而言可得預見，並且可得透過法院加以審查。而建構此等可確定性之手段是使人與人之間的法律關係納入固定形式之法律制度、法律概念；因此，法學之任務在於將所有事務導入固定形式，藉由法的形式來對抗國家行政。行政行為形式理論之任務，主要在於藉由釐清各種

---

<sup>78</sup>賴恆盈，〈行政法律關係論之研究—行政法學方法論〉，(台北：元照)，2003年1月初版1刷，頁59至頁60。

行政活動基本單元之概念內涵與範圍、容許性與適法性要件、以及法律效果等，以確保依法行政要求，同時保障人民權利。

## 第二款 行政行為形式論之概念

行政之行為形式理論，係指有關「行政行為法律形式之學說(Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns)」，此一理論所以構成傳統行政法教義之核心概念，與自由主義法治國家要求有關。即，基於法治主義依法行政原則要求，要求一切行政活動必須符合法律規定。因此，行政行為形式理論乃係基於法概念操作技術之方便性，將各種行政活動，依其性質予以分類整理，並檢討其「共通之構成要件暨最後法律效果」，以達成對行政機關進行適法性控制之目的。依此理論所建構之行為規範，主要係就該行政活動之「共通規律」，亦即以「權限」（何種機關有作成何種行為之權限）、「程序」（該行為應依何種程序作成）、「法律效果」（依該行為可發生何種實體法上權利義務）、「爭訟類型」（對該行為所生爭議應依何種爭訟途徑救濟）為理論內容<sup>79</sup>。

## 第三款 行政行為形式論之批評與「法律關係理論」之提出

行政行為形式論為當前行政法之基礎，其藉由行為形式之分類，貫穿行政程序、行政救濟及行政執行各階段。然而批評者認為，

---

<sup>79</sup> 賴恆盈，《行政法律關係論之研究—行政法學方法論》，(台北：元照)，2003年1月初版1刷，頁59至頁60。



此理論於典型侵害行政領域確可發揮合法性控制與權利保護目的，惟現代國家給付行政大量出現後，面對行政活動之多樣複雜化，已發生行為形式無法予以適當歸類整理之情形，以及行政為了達成行政目的，有時同時或前後行使多個，甚至公私法不同行為形式之行政行為，一個以多種行為形式結合而發生之行政法律關係，該如何適用程序、形式、實體法的要求及法律效果規定，均成為問題<sup>80</sup>。

此外，也有學者指出，行政行為形式理論致學界與實務思考的方向側重於經由對「行政行為定性」，推導其應具有之「法律效果」，進而區分人民之「救濟」與「行政執行」管道，而忽略行政行為之「程序」上設計與要求<sup>81</sup>。

針對行為形式所面臨結合複數法律行為之法律關係所生定性上難題，學說上發展出「法律關係理論」。該理論者提出所謂「法律關係」是指「由法規範所形式的兩個或者多個主體之間的關係」。就法律關係而言，一個法律關係之發生、義務之履行、變更或終結，不應該被割裂成複數之法律關係，而應該將之視為單一的法律關係觀察。而行政法之法律關係，則是以法律關係的端點為行政而確認，不論其採取手段的公法或私法屬性。而在一個行政法之法律關係中，即使交雜使用複數行為，也不應被視為存在著複數的法律關係，而頂多承認在統一的法律關係中有複數主體之法律地位的形成或改變而已<sup>82</sup>。

<sup>80</sup> 張錕盛，〈行政法學另一種典範之期待：法律關係理論〉，《月旦法學雜誌》，第 121 卷，2005 年 6 月，頁 61 至頁 63。

<sup>81</sup> 葉俊榮，〈從救濟管道到管制脈絡—論行政處分與行政契約的交錯與併存爭議〉，王必芳主編《2008 年行政管制與行政爭訟》，（台北：中央研究院法律學研究所專書（10）），2009 年 11 月，頁 25 至頁 26。

<sup>82</sup> 程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，

「法律關係論」試圖修正行政行為論之缺失，雖可強調複雜多邊法律關係下權利影響的重要性，卻仍無法直接回答權利影響之具體關係，特別是公私法二元體系交互影響，且其觀察方法最後仍規避不了將整個法律關係視為公法法律關係或私法關係之宿命，對於解決行政行為論有關結合複數行為形式之法律關係爭議仍屬有限<sup>83</sup>。

## 第二項 行政行為形式之選擇

### 第一款 行政行為形式之容許性

「行為形式的容許性」指行政個案發動具體行政行為時，行政機關是否有權以特定行為形式從事行政活動。以行政處分為例，一般認為倘行政被公法法規授權為一定行為，則被認為基於高權隱含著行政機關有權為行政處分；行政契約，依我國行政程序法第135條規定，除依其性質或法規規定不得締約者外，行政契約原則是被容許的行為形式<sup>84</sup>。

### 第二款 行政行為形式選擇自由理論

---

台北新學林，2006年9月二版，頁71至頁72。

<sup>83</sup>程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，台北新學林，2006年9月二版，頁73。

<sup>84</sup>賴恆盈，《行政法律關係論之研究—行政法學方法論》，(台北：元照)，2003年1月初版1刷，頁64至頁65。

## 第一目 行政之行為形式選擇自由

「行政之行為形式選擇自由」指行政基於特殊需求，為達公共行政之目的，得在法律形式之行政行為與單純之行政行為間選取行為作為適當的手段。亦即除非法律明確地規定行政機關應採取特定形式之行為，否則行政機關為了適當地履行公行政之任務，達成公共行政目的，一般承認得在容許之行為形式間，選取適當之「行政」行為，甚至也可以在法所容許之範圍內選擇不同法律屬性之行為<sup>85</sup>。我國司法實務上亦肯認行政機關具有行政行為形式選擇自由，如司法院大法官第 324 號解釋：「按行政機關對於行政作用之方式，固有選擇之自由，如法律並無強制規定時，行政機關為達成公共行政上之目的，自可從公法行為、私法行為、單方行為或雙方行為等不同方式中，選擇運用。」及第 540 號解釋之「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。」

## 第二目 行政行為形式選擇之限制

### 一、行政以私法形式從事行為活動之限制

前述行政「行為形式選擇自由」承認行政主體為達成給付行政目的，如法無明文應以公法上手段為之時，則可以選擇私法上手段。然而此際行政並非立於一般私人地位，故未能完全適用私法自

<sup>85</sup> 程明修，〈行政行為形式選擇自由〉，氏著《行政法之行為與法律關係理論》，（台北：自版）2 版再刷，2006 年 9 月，頁 290。

治原則，而係以行政權之擔當者行動，須受公法上原理原則之拘束，例如：憲法基本權保障規定之限制，如平等原則、財產權保障規定等；依法行政原理之限制，雖不必要求嚴格適用法律保留原則，亦應有「重要事項」法律保留原則之適用；行政法一般原理原則之限制，如「比例原則」、「禁止過剩原則」、「不當聯結之禁止原則」等；以及為避免「行政遁入私法」，於私法契約前附加具有公法要素之行政處分，透過裁量權之界限、附款之界限、撤銷或廢止之界限等公法法理，抑制行政之恣意與權限濫用，進而於權利救濟上，開啟訴願、行政訴訟等救濟途徑之「二階段論」等<sup>86</sup>。

## 二、「非型式化行政行為」之限制

因行政任務龐雜，行政主體以多樣化之行為形式活動，除行政法學者所類型化之行為形式外，行政主體常用「非型式化行政行為」來達成行政任務。例如採用協議、公布、推薦、警告、指示等具有不確定拘束力之行政行為等<sup>87</sup>，上述行為形式常被歸為「事實行為」之領域<sup>88</sup>。行政以非型式化行政行為來達成任務之容許性，一般認為，僅須有法律上任務分配之授權以足<sup>89</sup>。惟非型式化行政行為雖有其存在必要，然其規避法規範，使行政行為之程序要求、訴訟管

<sup>86</sup> 劉宗德，〈行政私法〉，氏著《制度設計型行政法學》，(台北：元照)初版，2009年4月，頁89至頁91。

<sup>87</sup> 林明鏘，〈論型式化之行政行為與非型式化之行政行為〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員彙編《當代公法新論-翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集》，(台北：元照)，1993年5月，頁341。

<sup>88</sup> 林明鏘，〈論型式化之行政行為與非型式化之行政行為〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員彙編《當代公法新論-翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集》，(台北：元照)，1993年5月，頁345。

<sup>89</sup> 賴恆盈，《行政法律關係論之研究—行政法學方法論》，(台北：元照)，2003年1月初版1刷，頁65至頁66。

道、執行方式、國家賠償等途徑不具可預測性，及進行適法控制，對人民之權利保障不盡周延。有鑑於此，行政法學者乃持續地尋求改善與解決之道，就未型式化行政行為加以型式化<sup>90</sup>。

### 第三項 小結—本文肯認行政行為形式論

雖則，行政行為形式理論於面對給付行政領域之多樣複雜化的行政活動，發生行為形式無法適當歸類，以及結合多種行為形式發生行政法律關係，無法適當適用程序及法律效果之情形，而致反對者批評，惟本文仍肯認行政行為形式理論，理由在於該理論藉由將行政行為型式化，以確定行政行為於整體行政活動中之定位，嗣而確立該行為之一般合法性要件，並進行適法性控制，有利司法機關在審查上有明確標準，以行政處分為例，行政處分合法性逕以行政程序法相關規定檢驗，無論是行政處分是無效或得撤銷、合法受益處分廢止、違法受益處分撤銷，都有法可憑。此外，當行政行為型式化後，人民有預測國家行為之可能，可依現有規範作為向法院請求權利保障之基礎，而行政機關亦得依循該行為之程序規定從事行政活動。

## 第二節 經濟補助之行為形式

---

<sup>90</sup> 林明鏘，〈論型式化之行政行為與非型式化之行政行為〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員彙《當代公法新論-翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集》，(台北：元照)，1993年5月，頁359至頁361。

傳統行為形式論概分為公法關係、私法關係而分別適用公法或私法規定之理解，於給付行政興起所生的多樣化行政活動後，已無法適切說明。不同於傳統規制行政係立於優越主體地位，以命令強制為主之高權活動，給付活動在性質上，常見有利用私法形式或從事相當於私人地位之非高權活動；不同於傳統行政，多以行政處分為中心，往往具一次性的終結，給付行政常係於一定期間繼續性的給付關係。面對給付行政興起所帶來的轉變，學說上爰有倡議應放棄傳統公私法絕對區別的立場，而提出新觀點加以規範。例如德國學者Bullinger提出「共通法」論，以防止行政「避難至私法」；Ipsen的「二階段」論及Wolff的「行政私法」論；日本學者則有承襲自田中二郎博士的「管理關係」論並加以修正者<sup>91</sup>。

至於形成經濟補助法律關係所利用之行為形式，依德國學說發展，於1950年代以前以「私法契約」說為主，1950年代中葉出現「二階段說」，迄1970年代「二階段說」因受不少批判，而有主「單一說」（行政處分說或公法契約說）。日本則於1960年代方就經濟補助行為形式進行探討，主要集中於原應依契約說明之行政活動，卻於形式上或法技術上利用行政處分之之情形，而有學說提出「形式的行政處分」論。<sup>92</sup>以下謹就德、日及我國學界與司法實務見解提出說明。

## 第一項 外國學說與判決見解

<sup>91</sup>沈政雄，〈資金交付過程之行為形式論—德、日學說及實務之比較〉，《植根雜誌》，第14卷第12期，頁29。

<sup>92</sup>沈政雄，〈資金交付過程之行為形式論—德、日學說及實務之比較〉，《植根雜誌》，第14卷第12期，頁26。

## 第一款 德國

### 第一目 學說

#### 一、混合法關係之構成：雙階理論

##### (一)理論之提出

「雙階理論」之提出，多數學者認為是德國學者易普森(Hans Peter Ipsen)於1951年就有關聯邦政府拒絕對某電影影片提供債務保證，致該影片無法順利上映所生之權利救濟爭議所提之鑑定書。該鑑定書指出，聯邦與申請者之債權人間之債務保務契約係屬民法之法律關係無疑，但聯邦政府與申請者間之法律關係則有探討必要。依本案申請規則，債務保證契約的意思表示，應由聯邦債務管理局官員之書面簽署，故聯邦政府就申請所為決定，尚非債務保證之意思表示，至其性質，易普森認為，該決定係為實行國家公法上任務之行為，雖非採取權力性的之強制手段，但也非私法上國庫行為，應視為一個可以開啟憲法訴願或行政訴訟而給予權利救濟之公權力性質之高權行為，因此，該決定可被視為許可締結民法上債務保證契約之行為<sup>93</sup>。

易普森嗣於1956年有關「對於私人之公的補助金」論文，就前述雙階理論提出補充，其主要立論如下<sup>94</sup>：

##### 1、雙階理論僅適用於經濟補助之「融資」及「債務保證」類型

<sup>93</sup>程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，台北新學林，2006年9月二版，頁54至頁58。

<sup>94</sup>沈政雄，〈資金交付過程之行為形式論—德、日學說及實務之比較〉，《植根雜誌》，第14卷第12期，頁36至頁37。

於融資及債務保證之類型，易普森認為行政機關對申請者所為之拒絕決定，係屬無後續法律關係之公法上高權行為，無發生第二階段契約關係之餘地；若為許可申請之決定，則法律關係分為公法與私法兩個法律關係，第一階段許可行為為本質上屬於裁量處分之行政處分，為公法關係；第二階段則係為履行第一階段決定而締結之履行行為，該行為可能為民法上之消費借貸契約或債務保證契約，於此發生私法關係。

於補貼類型，易普森認為此類型因其根據與金額均由法律詳細規定，行政機關無裁量餘地，因而無區分二階段之必要。但若法律未規定時，其認為，行政機關對於申請之拒絕屬行政處分，若為同意交付，其行為形式因「國家無贈與之權限」，無法成立民法贈與契約之私法關係，而可視為公法上契約關係。

## 2、經濟補助程序中具高權性的決定

易普森認為第一階段之決定既屬行政處分之性質，則應適用關於行政處分之法理，如通知、撤廢、瑕疵等，平等原則、裁量界限、手段之比例原則等；而對第二階段「履行行為」之請求權，則是由第一階段之決定所產生，亦應受基本權之拘束，行政機關不得有令申請者牴觸其基本權的讓步或交換。

## 3、二階段之法關係如何相互影響

就二階段間之相互關係，易普森立於並存型二階段說。其認為，如同意交付之決定無效，則第二階段之契約亦不生效力，且應視為自始無效，無須另為解除契約之意思表示；若同意交付之決定有效，行政機關有廢止權限時，由該廢止權限即產生第二階段之契約解除權，但契約並非因之溯及失效。因而，對於已經履行之經濟補助決定，行政機關在第一階段公法關係具有廢止權限時，於第二



階段之隨而也有必要以私法上解除契約意思表示以終結第二階段的契約關係。惟易普森於此論述並未有一般性之解明，僅於若干論點個別提示。

#### 4、雙階關係下之權利救濟

易普森認為於二階段法關係中，各階段行為互為影響，易普森分以下列情形說明：

- (1)若申請被拒絕，無論是於消費性補助金、融資及債務保證，得向行政法院提起課予義務訴訟，要求行政機關作成交付決定之行政處分。
- (2)若同意交付之決定被撤銷或廢止，得視行政機關以何種形式來終結經濟補助關係而有不同救濟管道。如以私法上之解約告知，則向普通法院提起訴訟；若於解約告知同時，另為撤銷或廢止之行政處分，則得向行政法院提起。
- (3)行政機關為同意交付之決定後，並未締結契約或拒絕締結契約，或內容及條件較原所同意者嚴苛時，如該同意交付之決定已足以具體化成資金交付之請求權時，即具備民事上給付訴訟之要件。
- (4)關於補助金之返還，因屬私法上契約應向普通法院爭訟<sup>95</sup>。

#### (二)批判

雙階理論雖然解決了救濟的問題，學者認為其本身具有許多缺

<sup>95</sup>易普森認為，於消費性補助金之返還，因其為一階段法律關係，故行政機關得以行政強制徵收程序方法而請求返還消費性補助金，受給者並得向行政法院爭訟，行政機關如係以行政契約之形式給付者，其請求返還如無特別規定不得使用行政徵收程序，行政機關應向行政法院以當事者訴訟主張。

失<sup>96</sup>，例如：

### 1、許多雙階段關係之區分僅是一種法學上的虛擬：

在一個以要約與承諾作為前提的契約前，設想有一個行政處分存在，經常與現實法律關係相違。當事人可能僅為一法律行為，卻虛擬出兩個不同階段之法律關係（例如，行政機關同意決定之行為同時為公法上之許可處分及私法上之要約或承諾意思表示）。說法失之勉強，不符生活現實。

### 2、割裂單一生活事實

將單一生活事實，割列為公法及私法性質之二法律關係，分別適用不同的救濟途徑，不僅產生不便，如又分屬不同管轄法院時，法院對行政處分及契約之存否或效力產生不一致之認定時，更將產生無法解決之矛盾現象。

### 3、前後階段區分及關係不明

行政處分在契約締結後是否存在，或是歸於消滅，頗有疑問：如認為同意決定於契約締結後即歸於消滅，則利息調整與返還請求權為私法性質；如認為同意決定仍繼續存在，並對第二階段發生作用，則利息調整及返還請求權為公法性質。同意決定為無效或被廢棄時，對已締結之契約影響不明，其可能解決方法為：

- (1)同意決定因締結契約而歸於消滅，對契約不再發生影響。
- (2)以同意決定為契約之效力要件，契約隨同意決定之廢棄而無效。
- (3)以同意決定為契約之原因，因此可要求收回已支付之金額。
- (4)以同意決定為契約之法律行為基礎，因此可終止契約。

<sup>96</sup> 以下參考陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁675-676；程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，台北新學林，2006年9月二版，頁67-71。

## 二、替代理論--一階段法律關係之構成

雙階理論因有上述缺點，德國學說乃轉向「一階段法律關係」理論替代，其理論可分為：

### (一)行政處分說

此說學者認為，於補貼類型，公行政以行政處分同意人民之申請，並為補助款之給付，至於用以確保補助目的之要求事項，則得設定為同意處分之附款(負擔或條件)；於融資貸款類型，行政機關以行政處分同意為金錢給付，並以受補助人應依規定分期償還本息為該處分之附款，成立公法上借貸法律關係；而於債務保證類型，則因存在兩個不同法關係，仍適用二階段理論<sup>97</sup>。

### (二)行政契約說

採此說者認為補助金之交付負有公益色彩，如認為其屬於公法性質則有利人民基本權之保護與公法原理原則之適用，申請人與行政機關立於平等地位簽訂契約，有利於交涉中清楚權利義務關係，就補助金交付之清算(返還補助金)言，應向行政法院提起給付訴訟，有助於受給者法地位之安定。

此說認為於融資貸款類型，行政機關與受補助人締結行政契約，約定行政機關應貸給款項，受補助人應分期償還本息，成立公法上借貸關係；於消費性補助契約，約定行政機關應核撥補助金，受補助人應履行公法上義務。

<sup>97</sup> 陳敏，〈《行政法總論》〉，(台北：自版)，2007年10月五版，頁676至頁679。

批評此說者認為，補助金之給予通常係由行政規則或命令統一處分，私人設定法關係之自由受到極大限制，欠缺契約要素，且不得適用不服行政處分之權利保護，毋寧以添加附款之行政處分為當<sup>98</sup>。

### (三)私法契約說

此說認為行政機關與私人間，依民法規定成立消費借貸或保證契約，惟公行政以補助行為達成行政任務，屬於行政私法，應受公法拘束。

批評私法契約者認為，行政私法論就公法拘束程度、態樣及種類尚乏具體論述，有礙法安定性；於訴訟法上，民事訴訟並無類似行政訴訟有裁量統制之審查，以及得課予重為決定義務之形式，反減低有效權利保護之可能性。<sup>99</sup>

## 第二目 判決見解<sup>100</sup>

### 一、肯認二階段理論者

二階段說自易普森理論發端後，於1950年代漸獲多數學者支持，並給予法院判決積極影響，於債務保證、融資等經濟補助行為多肯定有二階段說之適用，相關重要判決列舉如下：

#### (一) 關於駁回申請的決定：

Munster 高等行政法院1953年5月27日判決  
(Verwaltung-Rechtsprechung, Bd.5,S.847f.)及Stuttgart高等行政法院1955

<sup>98</sup>陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁676至頁679。

<sup>99</sup>陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁676至頁679。

<sup>100</sup>沈政雄，〈資金交付過程之行為形式論—德、日學說及實務之比較〉，《植根雜誌》，第14卷第12期，1998年12月，頁50至頁56。

年3月1日判決(NJW 1956,S.75f.)等均肯認原告對於『申請主管機關債務保證遭拒絕之決定』為行政處分，得向行政法院起訴。

聯邦行政法院 1958 年 7 月 23 日判決 (BVerwGE 7,S.180.)，就邦信用委員會駁回申請者請求與機關銀行『締結金錢消費借貸契約之決定』，肯認其得向行政法院起訴，且認為應區別被告機關之准許或拒絕決定，以及申請者與機關銀行的私法上消費借貸契約二部分。

## (二) 關於駁回申請以外的決定

聯邦行政法院 1959 年 6 月 9 日判決 (DVB1, 1959,S.665)，認為有關依負擔調整法所交付『融資貸款利息額』之爭執，除支持二階段說外，並認為當事人間之法關係是由消費借貸契約所生，屬於私法上問題，否定行政法院有管轄權。

聯邦行政法院 1961 年 8 月 31 日判決 (BVerwGE 13,S.47.)，認為判斷『降低利息之決定』是否為公法上行為，應檢討該法律之規範目的、決定之程序、決定之要件及其效果等以為根據。尤其就決定之效果而言，因本案降低利息之決定變更原准予交付之決定的內容，故只能依行政處分為之，且該行政處分變更消費借貸契約中所定利率之規定，是「形成私法的行政處分」。

Munster 高等行政法院 1958 年 12 月 19 日判決 (DVB1. 1959,S.665)，在原告請求撤銷對第二階段『消費借貸契約之解除告知』問題中，判決認為應屬民法之問題，不認為該解約告知係行政處分而得提起撤銷訴訟。不過，又認為若基於廢止或職權撤銷原交付決定所為之解約意思告知，也承認得向行政法院提起該廢止處分或撤銷處分之撤銷訴訟。此一見解顯示爭訟途徑判斷上的分歧。

聯邦普通法院 1969 年 5 月 29 日判決 (BGHZ

52,S.155. )，有關因受給者破產而「請求其返還貸款額」一案中，原告機關主張就該債權有優先權，法院基於二階段說，認為該貸款返還請求屬第二階段所締結消費借貸契約之爭執，原則上依私法處理。

聯邦行政法院 1970 年 4 月 22 日 (BVerwGE35,S.170) 判決，在原告請求撤銷被告機關『對復興貸款之返還命令』案中，認為此返還請求係與原消費貸款之交付決定相關，原所形成之公法關係持續直至資金交付關係解消後之清算，且與私法關係具相互浸透性，並為其所補充。結論上，判示本件被告機關之返還請求有負擔調整法規定為依據，該返還命令並無瑕疵。

綜觀前述1950至70年代判決，在於債務保證、融資等經濟補助行為，多肯認有二階段之適用，且對於申請之拒絕決定，也多肯認須以行政處分為對象之訴訟形式為之，故在開啟行政訴訟之救濟途徑上，二階段說或有其積極意義；但就申請拒絕以外之決定，例如，對經濟補助決定所附加之負擔、爭執所交付融資貸款之利息額、請求撤銷對消費借貸契約之解約告知、機關請求返還補助金等，則顯現出爭訟途徑之分歧，且因各法院之判斷而有不同，因而顯現二階段說所造成訴訟途徑分歧之結果。

## 二、採一階段關係者

法院對經濟補助之「補貼」行為形式多採行政處分說及公法契約說等一階段關係之見解，於採「行政處分」說見解者，主要在解決請求返還交付額以及競爭者訴訟的問題。例如：

聯邦行政法院 1968 年 6 月 28 日判決 (JZ 1969,S.69f. Vgl. Rudwlg Renck,Verwaltungsaktund verwaltungsrechtlicher

Vertrag-BVerwG, NJW 1969, 809, JuS 1971, S. 77ff. )，關於行政機關對違反商業肥料補助金用途目的而私售肥料的仲介經銷商，做出命令返還補助金之處分，判決認為就該返還義務之賦課，因該消費性補助金之交付關係係以「基於服從之行政處分」所形成，返還請求權與因該行政處分所生之資金交付請求權係一體之兩面（稱之為「表裏說（Kehrseitentheorie）」）。

聯邦行政法院 1968 年 8 月 30 日判決（BVerwGE 30, S. 191ff.），關於未受交付補助金之地下釀製葡萄酒廠公司主張，應同樣受補助金之助成，向被告機關提起另一交付決定之課予義務訴訟，以及請求撤銷對於其他公司之資金交付決定。本案判決在撤銷訴訟部分，就該資金助成行為認為將造成營業部門競爭者之不利利益，屬具第三人效力的授益性行政處分，而該第三人得於其法律上值得保護之利益恣意地被忽視時，主張撤銷該行政處分之可能性，而容許提起撤銷訴訟。

而以公法契約為前提之爭訟案例，有聯邦行政法院 1958 年 12 月 19 日判決（DVB1. 1959, S. 573ff.），關於韓戰期間人造油脂之價格補助，原告請求依契約所約定之金額及已交付額間差額之給付，提起公法上的給付訴訟。本案判決因雙方已有意思表示之合意，判示該公法契約成立。

## 第二款 日本

日本對伴隨公法上義務之經濟補助，早期認屬契約說，目前則以行政處分說為通說，並為實定法--補助金適用化法(補助金等に係

る予算の執行の適正化に関する法律)所採用<sup>101</sup>。

## 第一目 學說--「形式之行政處分」

### 一、補助金適正化法<sup>102</sup>

日本於 1955 年制定「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律」，為有關補助金交付程序之一般法。該法制定目的，在於防止補助金交付之不正當申請及使用，並避免對於受補助者之不當處理，以求補助金預算執行之適當公正(第 1 條)。該法適用範圍，為國家對於國家以外之其他公共團體或私人補助金之交付(第 2 條)。至地方自治團體所為之補助金交付，則委諸各該團體訂定其自治條例或自治規則。

以下僅就該法之範圍、補助金等交付申請與決定、補助對象事業之遂行，其間補助金交付機關之權限介入，以及確保其適正進行與義務履行，對違反者採取補助金之返還命令及科予行政刑罰等節分別說明。

#### 1、補助金之範圍

依補助金適正化法第 2 條規定，該法所稱「補助金等」，指國家對於國家以外之人交付下列事項「一、補助金。二、負擔金（基於國際條約之分擔金除外）。三、利息補貼金。四、其他以政令規定，未受相當對待給付之給付金。」

#### 2、交付申請與決定

<sup>101</sup> 司法院大法官第 661 號解釋，葉百修大法官不同意見書。

<sup>102</sup> 劉宗德，〈直轄市負擔全民健康保險暨勞工保險補助款之計算基準及其相關法律問題〉，氏著《制度設計型行政法學》，(台北：元照)初版，2009 年 4 月，頁 225 至頁 229。



欲受領補助金者，須依政令規定提出申請(第 5 條)。機關於審查符合要件須迅速作為交付決定(第 6 條第 1 項)，為達成交付目的，機關於必要時，得就申請事項予以修正(第 6 條第 2 項)或附加條件(第 7 條)，並應將該決定通知申請人(第 8 條)。申請人就該決定內容及所附條件不服者，於所定期間前得撤回申請(第 9 條)。機關得因情事變更，撤銷或變更原決定之內容(第 10 條)。

### 3、補助對象事業之執行

受補助之事業義務有：從事事業活動，應盡善良管理人之注意義務，就補助金等之用途應遵循其交付目的(第 11 條)；向補助金交付機關有提出執行狀況之報告義務(第 12 條)；若事業者認為無法完成時，交付機關應命其完成(第 13 條第 1 項)，有違反者，得命其暫時停止執行(第 13 條第 2 項)；補助事業終了或於國家會計年度終了時，應提出實績報告書(第 14 條)。

於事業完了或廢止並接受實績成果報告後，交付機關應依需要調查其成果是否合於交付內容及所附之條件，認為符合時，則交付補助金(第 15 條)；認為不符合時，則交付機關應命該事業者採取適當措施(第 16 條)。於執行事業中，交付機關得對該受補助事業者及間接受補助事業者徵收報告、進入檢查、質問檢查等(第 23 條)；該法亦令機關不得逾越必要限度而不當干預事業(第 24 條)。

### 4、義務履行之確保

受補助事業者或間接受補助事業者將補助金另移他用而違反原決定內容或所附條件或其他處分時，交付機關得全部或一部撤銷原交付決定(第 17 條)；交付決定撤銷後，並應定期限令其返還交付之金額(第 18 條)；於應返還金額之強制執行上，則依國稅滯納處分之例予以強制徵收(第 21 條)。

於罰則規定上，分別就交付申請與決定階段，對以偽造或不正手段而受領補助金者設有刑罰之規定(第 29 條)；以合乎第 3 條「應特別注意補助金等乃徵收自國民之稅金及由其他責重財源所供應」規定之旨趣；補助事業執行階段，違反第 11 條將補助金移作他用、第 13 條第 2 項之暫時停止命令者、違反法令未提出補助事業之成果報告者、未依第 23 條規定報告或接受檢查、質問者，均科予處罰(第 30、31 條)。

## 二、學說

依日本傳統行政法學說之定義，行政處分係「行政機關於法之下所為優越之意思表示或公權力行使，而對國民實施法之規制之行政行為」<sup>103</sup>。上述補助金適正化法之制定，田中二郎博士認為，該法規定之補助金交付行為實質具有契約一方當事人行為之性質，僅係法令上以行政處分之形式處理，爰將該交付決定稱作「形式之行政處分」。雄川一郎博士更進一步闡釋「形式之行政處分」，即對於屬非權力作用之行為，如社會保障、社會保險給付等，其原本不具權利支配之性質，法技術上亦無以其給付決定作為行政處分之必然理由，但法律上卻使用行政處分形式介入，以劃一公平處理大量發生之給付事件，擔保給付之確實性，並得利用簡易迅速之行政爭訟制度，以確保給付對象之權利救濟救濟實效性<sup>104</sup>。

惟塩野宏教授認為，補助金適正化法有關對於補助對象事業得施以執行命令(第 13 條、第 16 條)、對於違反該法第 13 條之停止命令

<sup>103</sup> 劉宗德，〈世紀轉變期之日本社會福祉法制〉，氏著《制度設計型行政法學》，(台北：元照)，2009 年 4 月初版，頁 155。

<sup>104</sup> 沈政雄，《社會保障給付之行政法學分析：給付行政法論之再開發》，(台北：元照)，2011 年 04 月初版，頁 77 至頁 79。

訂有罰則之擔保等實效性手段、發生補助金返還義務時得採取國稅滯納處分等規定，而推測該法所定之補助金交付關係存在有「權力性」；另，該法規定就補助金之交付得依行政不服審查法聲明不服，而得以認定其具有處分性，爰氏認為該法交付關係應解為行政處分<sup>105</sup>。此外，氏認為，於用語上另創「形式之行政處分」並無實益，因「未伴隨公權力發動之實體」的行政處分，僅指此種行政處分不具有原本權力關係中之命令強制性質，而早於Otto Mayer時代，藉由「福祉=公權力」觀，已將行政處分的適用領域自僅適用命令與強制之場合，一般化為規範行政主體與私人間關係的概念，故應直接視行政處分為行政主體與私人間權利變動的一種法技術即可，而於補助金交付關係中正好使用行政處分此一技術。再者，行政處分的「權力性」內容包括行政處分的公定力(撤銷訴訟的排他管轄)、不可爭力(起訴期間)及執行力(行政上強制執行)，「未伴隨公權力發動之實體」的行政處分僅將執行力除外，其他如公定力及不可爭力仍然存在<sup>106</sup>。

## 第二目 判決見解<sup>107</sup>

日本關於補助金交付決定肯認其處分性的重要案例為「攝津訴訟」案，該案係攝津市(原告)因托兒所設置費用請求國庫支付負擔金事件，於處分性之判斷上，第一審判決(東京東京地判昭和51年12

<sup>105</sup>沈政雄，〈資金交付過程之行為形式論—德、日學說及實務之比較〉，《植根雜誌》，第14卷第12期，1998年12月，頁60至頁62。

<sup>106</sup>沈政雄，〈資金交付過程之行為形式論—德、日學說及實務之比較〉，《植根雜誌》，第14卷第12期，1998年12月，頁63至頁64。

<sup>107</sup>沈政雄，〈資金交付過程之行為形式論—德、日學說及實務之比較〉，《植根雜誌》，第14卷第12期，1998年12月，頁65

月13日行裁集27卷11-12號1790頁)認為,「交付決定應解為,在發生補助金等具體請求權同時,亦對補助事業者課以負有依其交付目的使用該補助金等一定義務的行政處分」;第二審判決(東京地判昭和55年07月28日行裁集31卷7號 1558頁)亦認為「伴隨該決定就補助金等事業者產生一定的義務,該交付決定即具形成性的、處分性的性質,姑不論此種行政機關之行為如何定名,但不可謂其無處分性」。

至於地方公共團體所為之補助金交付,係由各該團體訂定其自治條例或自治規則,惟在補助金交付決定之定性,法院判決亦見採形式之行政處分構造,著名的判決如釧路市雪印乳業事件,原告公司請求釧路市撤銷獎勵金交付申請之駁回處分,第二審判決(札幌高判昭和44年04月17日行裁判集20卷4號459頁)認為,行政主體對行政客體之補助金交付關係,原本有可能私法契約形式形成法律關係,但為有必要一般地擔保行政合於國民或住民之意思,就大量發生之補助金交付關係予以明確化並平等地處理,故在整體地統一處理該法律關係之合目的性法技術上,立法政策即得採用行政處分來構成該法律關係,判示該駁回處分該當行政事件訴訟法第3條之「處分」。

## 第二項 我國學說及大法官解釋見解

### 第一款 學說

陳敏教授認為「補貼」(氏稱「消失性津貼」)係由公行政以

行政處分同意人民申請，並為補助款之給付。至於用以確保補助目的之要求事項，則得設定為同意處分之附款。惟同意決定亦得以行政契約代替；「貸款」行為形式，法律如未為規定，應審查是否有支持二階段程序、締結契約或單方規定之根據，以判定其性質，在存有疑義時，對執行法律或行政準則，且適用於廣大範圍之貸款，應採用「行政處分說」見解；「保證」之行為形式，則由行政機關對受補助人，以行政處分同意為其貸款債務之保證，並從而與核予受補助人貸款之金融機構，依民法第739條締結保證契約，爰適用三角關係之二階段理論，惟國家亦可能以行政處分或行政契約作成公法之承諾，介入第三人債務而為保證<sup>108</sup>。

吳庚教授認為國家為達成行政任務，透過金融事業機構或財團法人給與之經濟補助，如貸款等，其性質原則屬私經濟行政；但由行政機關自行辦理補助時，則有成立公法關係之可能。另吳庚教授認為德國易普森針對經濟補助所提「兩階段說」或「雙層理論」與德國特殊的行政訴訟制度有關，並不適用於他國<sup>109</sup>。

程明修教授於「補貼」（氏稱「消費性津貼」）採前述陳敏教授見解，認為得透過行政處分加以許可或行政契約形成法律關係；「貸款」行為形式，氏認為不論是由行政機關或金融機構與申請人締結民法消費借貸契約，均成立二階段法律關係；「保證」則同形成雙階段法律關係，惟與貸款補助關係不同處在於，「保證」法律

---

<sup>108</sup>陳敏，《行政法總論》，（台北：自版），2007年10月五版，頁677至頁679；另陳敏教授認為補助貸款關係中，如金融機構僅從事付工作，則不外為國家之行政助手，惟如於行政機關作成同意後，再由金機構與受補助人締結貸款契約，金融機構並在貸款條件上具有某些決定餘地，則無法避免在前後二階段中，分別存在公法與私法之法律關係，成立行政機關、金融機構與受補助人間之三角關係，與僅由行政機關與受補助人參與形成之二階段有所不同。

<sup>109</sup>吳庚，《行政法之理論與實用》，（台北：自版），2005年10月增訂九版，頁12至頁20。

關係為三邊關係，而其雙階段的結合未必是公法與私法的結合，亦即，行政機關之保證除私法形式外，也可以行政處分或行政契約等公法上的承諾為之<sup>110</sup>。

## 第二款 大法官解釋見解

我國司法實務對於經濟補助行為性質之看法，隨著司法院大法官解釋第540號解釋採認雙階理論，見解上似有傾向採用雙階理論，謹分述如下：

司法院大法官解釋第540號解釋就「提供國民住宅」行為，認為分屬二階段，第一階段由主管機關依相關法規或行使裁量權結果，決定是否同意申請承購、承租或貸款，是屬公法行為，申請人如有不服，須依法提起行政爭訟；第二階段則由主管機關與申請人訂定私法上買賣、租賃或借貸契約，此等契約非屬公權力行使，性質上為私法關係。本解釋似已承認雙階理論於我國之適用。

司法院大法官第695號解釋，關於行政院農業委員會林務管理處對於人民依據「國有林地濫墾地補辦清理作業要點」申請訂立租地契約，多數意見<sup>111</sup>以釋字第540號解釋為立論基礎，認為林務局於審

<sup>110</sup> 程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，（台北：新學林），2006年9月二版，頁58至頁62。

<sup>111</sup> 林錫堯大法官則提出不同意見，其指出本件性質屬私經濟行政，主要論述理由為：（1）本號解釋多數意見僅因清理國有林事業區內濫墾地涉及林地永續經營或國土保安等重大公益，即認其屬公權力行政，顯然誤解行政法將行政區分為「公權力行政」與「私經濟行政」之意義與標準。殊不知，凡百行政均在追求公益，而行政機關實現公益之手段則有公法行為與私法行為之別，因而有公權力行政與私經濟行政之區分，使其適用不同之法則與救濟途徑。因此，公權力行政與私經濟行政之區分，必須就個案視依相關法規與行政法理判斷之，且就個案如不能證明應歸屬於公法範疇時，宜推定屬私法範疇。但無論如何，不能僅因清理國有林事業區內濫墾地涉及重大公益，即認其屬公權力行政，否則將幾無私經濟行政存在之可能。況且，將涉及重大公益者均納入公法事件，未考量行政法有關公私法行為區別標準與公權利等法理，不當擴大公法爭議範圍，縱人民提起行政爭訟，卻又因欠缺公法上請求權而被駁回，徒增無意義之行政爭訟事件，對

查時，縱已確認占用事實及占用人身分與系爭要點相符，如其訂約有違國土保育重大公益，仍得不予出租。是以林管處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，屬公法性質。

### 第三項 文創產業經濟補助行為類型化之嘗試

給付行政常係於一定期間繼續性的給付關係，因此不同於傳統行政，僅以行政處分為一次性的終結處理。經濟補助的過程中，行政機關於許可補助後，補助金的法律關係並未隨即消滅，為了確保補助目的之達成，行政機關與申請補助者間，尚產生如何確保補助實效性之行政檢查手段、解約或撤銷公法行為、違反補助目的之裁

---

人民權利保障並無實際功能。

(2) 本件行政機關對人民之申請予以拒絕，是否為行政處分之判斷關鍵，端在行政機關之拒絕是否構成一種「規律」(Regelung)。所謂規律，指行政機關經由單方之意思發生有拘束力之法律效果。其內含包括法效性與單方性。行政處分必須具有規律內容，故與單純的意思表示有別。規律之內涵例如：直接變更現有之權利、規定特定人之公法地位、形成私法關係、創設某特定法律效果之構成要件、證明某種特定資格、提供權利行使之法定證據方法、爭端之決定、具有行政處分性質之行政程序行為等。至於行政機關拒絕人民之申請，是否為「規律」，應另循下列標準：如係申請作成行政處分，則行政機關之拒絕亦屬行政處分，例如：拒絕核發建築執照；如係申請實施事實行為，則行政機關之拒絕固多屬事實行為，例如：拒絕開闢道路。但亦當考慮其拒絕是否包含可構成「規律」之其他因素在內，例如：拒絕當事人申請閱覽卷宗，因申請閱覽卷宗係當事人在行政程序上得享有之權利，故拒絕其申請係一種行政處分。本件係申請訂立租賃契約(私法契約)，主管機關所為拒絕訂定租賃契約之決定，除非因而侵害申請人之公法上權利，否則難認該決定係屬行政處分。

(3) 兩階段理論雖有其實務上價值，可使人民對第一階段之公法行為獲得救濟，但亦因將單一之生活事實割裂而分別適用不同之法則及救濟制度，有違反程序經濟、造成法律上不安定及權利保護上的困難等缺失，而普遍遭受批判，故兩階段理論之適用，宜限於例外情形：即於法規明文規定分兩階段處理，或依法規規定意旨必須分兩階段處理之情形，始有其適用。釋字第 540 號解釋採用兩階段理論之所以為法理所容許，乃因國民住宅條例業已詳細規定，其相關程序顯可區分為兩階段，且依該條例有關規定觀察，足認第一階段具有行使公權力之性質，屬公法行為。本件系爭要點僅係內部作業之行政規則，與國民住宅條例之法律性質顯不相同，且系爭要點規定內容並無如國民住宅條例明確規定不同階段程序，亦無將清理程序區分兩階段處理之意旨，又無從依系爭要點推論出其中有行使公權力之性質(已如上述)，故本件情形，既不能援引釋字第 540 號解釋，亦欠缺適用兩階段理論之前提要件。

罰等。因此，對於經濟補助之裁量統制，有必要藉由經濟補助法律關係過程中所採取之行為，以傳統行為形式建立兩者之關係，以期獲得經濟補助法律關係裁量統制的雛型。

文化創意產業發展法或產業創新條例等有關經濟補助法規，均未規定依該法所為經濟補助之行為形式，於行為形式之選擇上行政機關有「行為形式選擇自由」，而文創產業因分屬經濟部工業局、文化部（民國100年5月20日前又分屬行政院文化建設委員會及行政院新聞局）等不同機關管轄，因此，同為核給補貼的行為，呈現不同的行政機關有不同之行為形式選擇情形，甚至同一行政機關，也有以不同行為形式達成任務目的者，惟從對行政行為為適法性控制，以及有利司法機關在審查上有明確標準，暨賦予人民有預測國家行為之可能等觀點而言，立法者或補助機關有必要將各類型之給付行為形式確定，本研究希藉由現行文化創意產業各主管機關對於經濟補助行為形式運用與法律關係之整理，對照學說與判決實務，從程序保障與權利救濟之觀點，提出類型化之建議。

## **第一款 補貼**

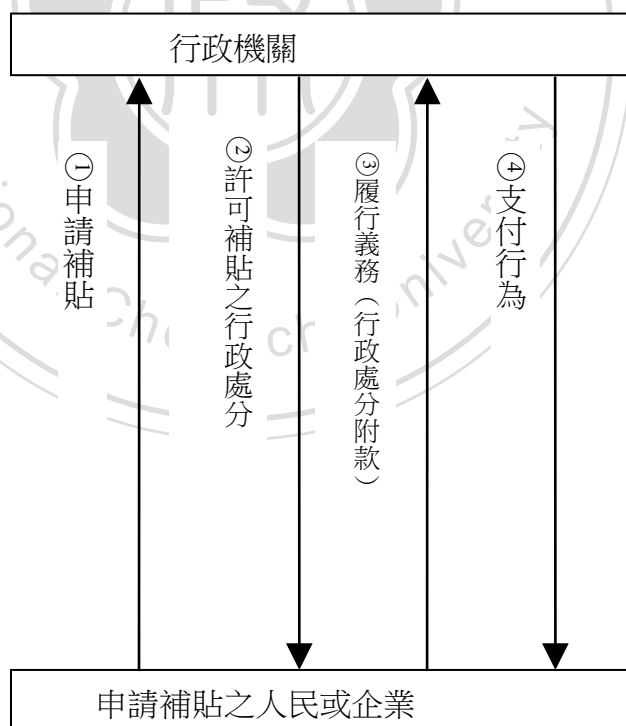
### **第一目 行政實務**

在暫時不討論競爭第三人情形下，補貼之法律關係通常僅存在行政機關與申請補助者間，由申請補助之文創事業向行政機關提出申請，再由行政機關審核是否具備形式上應備齊之資料、實體上有無不准補助之事由、召開評審會議就競爭案件評選，最後由行政機關以行政處分為補助金給予之承諾，而成為補助關係之啟端。為了

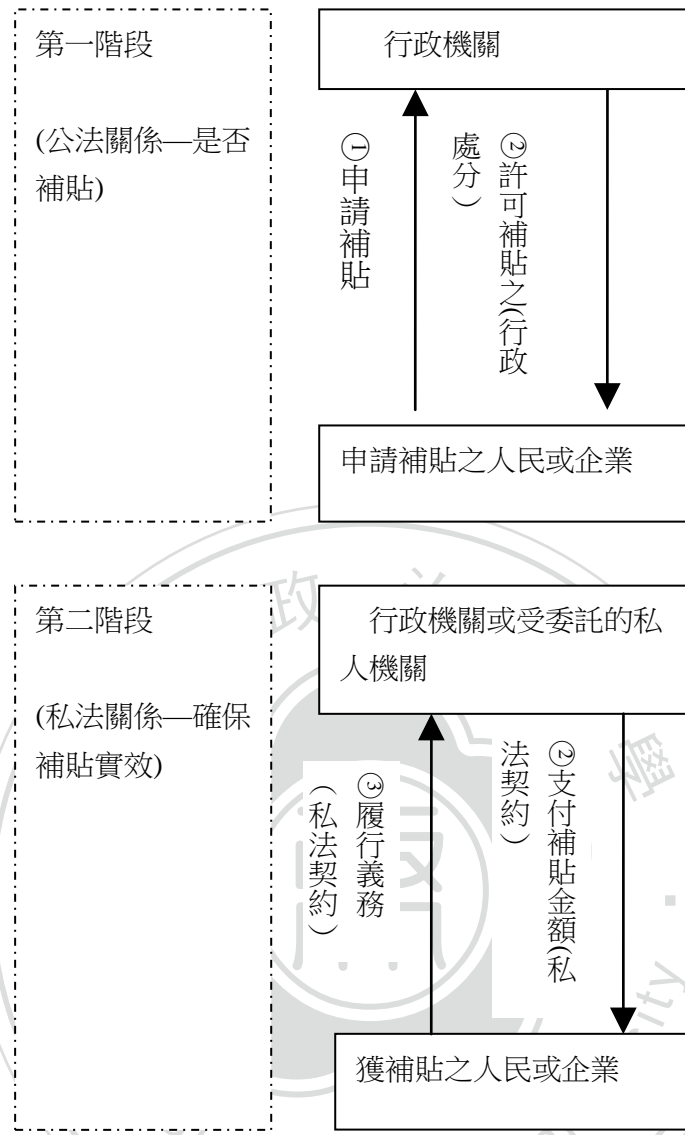


確保補助實效，行政機關可能於原許可行政處分上附加負擔或條件之附款來達成目的（法律關係如圖四-1）。但也有為數不少之行政機關，將補助法律關係區分為兩階段，前階段以行政處分為補助金給予之承諾後，另與獲補助者簽訂私法契約，作為支付補助金與確保補助實效的手段（法律關係如圖四-2）。

另外，部分的補貼於行政主體、獲補助(申請)者間，另有透過第三人為支付行為者，而此情形，可依該第三人於補助金扣減之決定、契約之終止或解除行為中是否具決定餘地，而區分為該第三人因只負責支付行為、或履行關係管考，僅具國家「行政助手」之地位；或者得逕以其名義為補助金扣減之決定、終止或解除契約，而居「受委託行使公權力」之地位。



【圖四-1 補貼法律關係圖一】



【圖四-2 補貼法律關係圖二】

我國文創產業「補貼」法律關係之形成，有依行政處分者，有依行政處分結合私法契約(尚無結合行政契約案件)者，整理如下：

一、以「行政處分」形成補貼關係

(一)補貼方案：例如文化部影視及流行音樂產業局「國產電影片劇本

開發補助案」、「國產電影片國內行銷及映演補助案」、「補助國產電影片國外行銷案」、前行政院新聞局「一百零一年度資深演藝人員參與演出電視節目補助案」、「一百零二年度鼓勵辦理電視專業人才培訓補助案」、「100年度有線廣播電視系統經營者製播地方節目補助案」、「100年度有線廣播電視系統經營者舉辦地方活動補助案」、文化部影視及流行音樂產業局「補助離島有線電視業者製播地區性文化節目案」、文化部影視及流行音樂產業局「101年度參與國際流行音樂活動及赴海外研習補助案」、「一百零一年度流行音樂人才培訓補助案」、「101年流行音樂有聲出版品創意行銷補助案」、文化部影視及流行音樂產業局「電影事業廣播電視節目供應事業及有聲出版事業優惠貸款」之利息補貼等。

(二)行政機關與受給者法律關係：

- 1.給付關係之開始：核發補助核准函。
- 2.給付關係之終結：撤銷或廢止補助核准函。
- 3.受給者未履行補助義務(負擔)，以行政處分要求繳還或扣減補助金、支付賠償。

二、以「雙階理論(行政處分+私法契約)」形成補貼關係：

- (一)補貼方案：例如前行政院新聞局「補助發行數位出版品案」、「一百年數位出版創新應用典範體系計畫補助案」、「一百零一年度旗艦組及策略組國產電影片補助案」、「一百零一年度票房獎勵製作國產電影片補助金案」、「輔導電影產業數位升級案」、「一百零一年度補助製作高畫質電視節目案」、文化部影視及流行音樂產業局「一百零一年度旗艦型流行音樂製作與整合行銷產業促進計畫」、「101年度流行音樂跨界產品及商

務模式服務製作與開發等產業創新補助案」、「一百零一年度數位網站商務模式服務推廣流行音樂補助案」、「101年補助樂團錄製有聲出版品案」、經濟部工業局「數位內容產業發展補助計畫」等。

(二)行政機關與受給者間法律關係：

- 1.給付關係之開始：核發補助核准函及締結補助契約書。
- 2.給付關係之終結：撤銷或廢止補助核准函、解除或終止補助契約。
- 3.二階段關係屬併存型：依補助契約規定，簽訂補助契約後，獲補助者因故無法依契約及企畫書內容執行者，該局應廢止其受領補助金資格並解除契約，應可推斷補助契約簽訂後，同意決定之公法關係並未歸於消滅。
- 4.受給者未履行補助義務(負擔)，將致補助金扣減，依補助契約書約定，係以民事訴訟請求返還，採二階段法律關係行為形式。
- 5.補貼關係中透過中介者傳達者，例如經濟部工業局「數位內容產業發展補助計畫」，以行政處分決定資金給付法律關係，包含補助計畫審查、補助名單核准與撤銷、廢止，再由委託之財團法人資訊工業策進會與申請者進行補助契約之簽訂、履約管考、各期補助金之交付、契約終止或解除，惟因受給者未履行義務，係先由經濟部工業局以行政處分撤銷受給資格，再由資策會與之解除補貼契約，資策會並未具高權決定地位，僅為工業局之行政助手。

**第二目 行為形式建議**

從前述資料整理可知，在補貼之情形，通常是由企業或人民主動申請，作為補助關係之開端，行政機關審核一切要件後，再為準否之決定；行政機關許可補助後，為確保補貼目的之達成，再根據此許可處分履行補貼之給付，其方式有於許可處分上附加負擔或者條件之附款，或是與獲補助者締結私法補助契約為之。惟據前節論述，雙階理論因將單一生活事實，割列為公法及私法性質之二法律關係，分別適用不同法律途徑，造成行政或民事法院對於行政處分或私法契約存否及效力為不一致之處斷或認定之矛盾等缺點。因此，本文主張，關於補貼之決定及義務履行、款項支付等，應視為行政機關一整體行為，不宜強行割裂，縱然補貼關係之義務履行管考及款項之支付係透過私人中介者執行，亦僅為同意決定之履行，並非另一階段，無須藉助雙階理論。

此外，學說多認為，補貼關係之行為形式，除得以行政處分設定附款形式外，亦可透過「行政契約」替代<sup>112</sup>。惟本文認為，在授予補助金關係中，為保護競爭關係下第三人，以行政處分形成補貼關係較行政契約更為適當。

## 第二款 獎助金

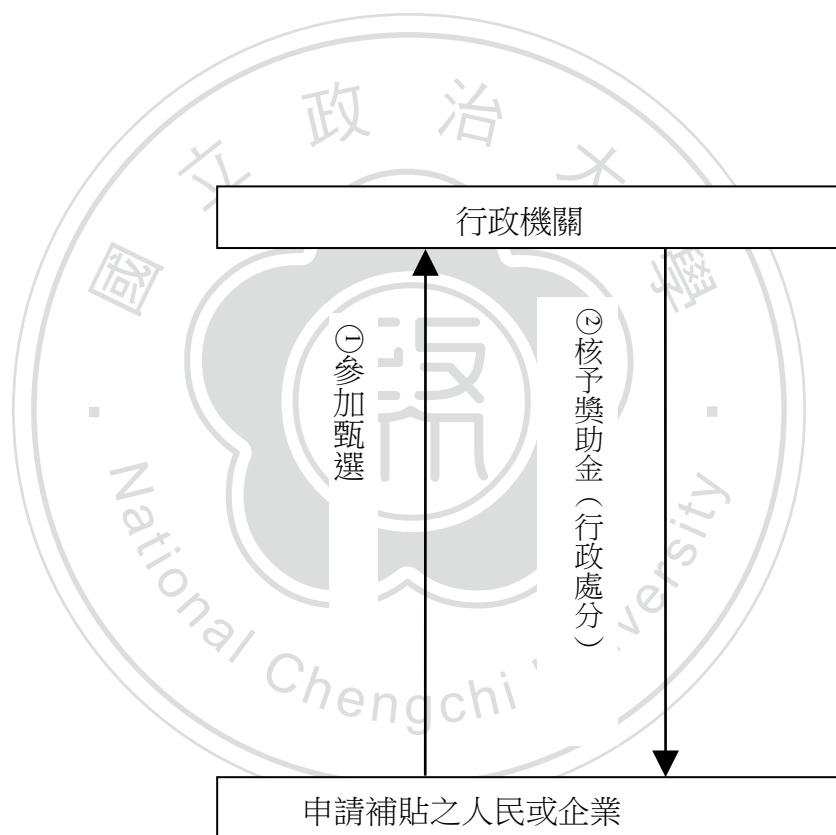
### 第一目 行政實務

獎助金指對於從事特定活動之企業，在其所提供之服務或商品

---

<sup>112</sup>陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁678；程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，(台北：新學林)，2006年9月二版，頁58至頁59。

之數量或品質達一定標準後，給與一定金額作為獎賞及鼓勵者。其與補貼不同處，乃獎助金之發放係以企業自主自動先有品質改善或產量增加之良好表現為前提；補貼則藉維持或保障企業一定之利益，以誘發及引導企業有興趣增產或改善品質<sup>113</sup>。而獎助金常以一次性之給付核給，為行政機關之高權性決定，其性質應屬行政處分(法律關係如圖四-3)，相關獎助方案如「電影事業暨電影從業人員參加國際影展獎勵輔導案」、「金曲獎」、「金鐘獎」、「金馬獎」等。



【圖四-3 獎助金法律關係圖】

## 第二目 行為形式建議

<sup>113</sup>廖義男，〈經濟補助之主要類型及補助行為之法基礎〉，《企業與經濟法》，1980年4月初版，頁233以下。

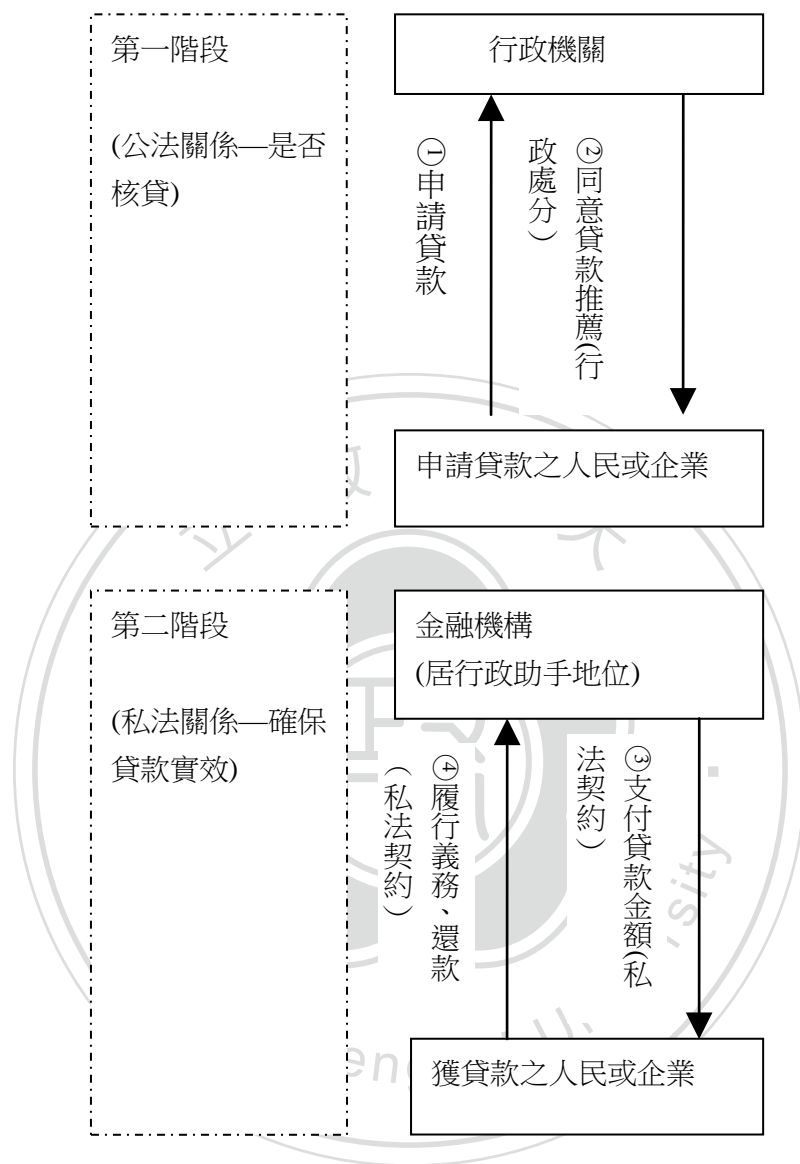
獎助金之給予，乃行政機關獎勵文創工作者之行為，涉及公資源之分配，且多為一次性的給付，實務以行政處分決定獎助金之發給，本文認為應屬適當。

### 第三款 貸款

#### 第一目 行政實務

經濟補助關係之貸款，指政府將一定之金額，以較一般市場為優惠之條件，貸放與受補助之企業。貸款資金來源，有來自承貸銀行自有資金，並承擔貸款之風險者，或政府與銀行共同出資，並按出資比例承擔風險者，也有政府提撥專款，惟不自己擔任貸與人，而透過金融機構，以金融機構自己之名義及擔當風險者<sup>114</sup>。實務上，行政機關貸款補助多採用「雙階理論」，於與受補助者締結私法消費借貸契約之前，加入行政處分性質之同意或拒絕決定（如圖四-4）。另外，陳敏教授認為，行政機關作成貸款同意後，再由金融機構與受補助者締結貸款契約，金融機構如對於貸款案准駁或貸款條件具有決定餘地者，則該二階段關係中，必然分別存在公法及私法的法律關係，金融機構、受補助者與行政機關間，成立一「三角關係」，與僅由行政機關與受補助者參與形成之二階段有所不同（如

<sup>114</sup>廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎〉，《企業與經濟法》，1980年4月初版，頁218。以金融機構自己之名義貸款及擔當風險之實施方式者，例如行政院文化建設委員會「文化創意產業優惠貸款要點」（民國99年12月23日文壹字第09910262342號令發布）行政院國家發展基金會「輔導中小企業升級貸款(第10期)貸款要點」（民國97年4月23日核定版）。

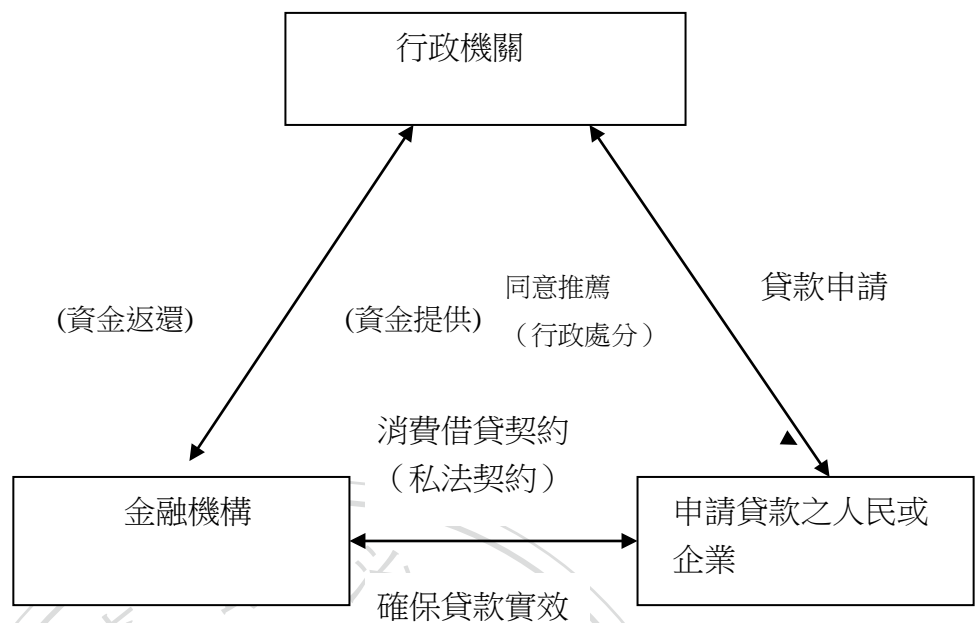


【圖四-4 貸款法律關係圖一】

圖四-5)。<sup>115</sup>

<sup>115</sup>陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁677。





【圖四-5 貸款法律關係圖二】

### 一、行政機關與申請人二者間成立雙階段法律關係

(一)貸款方案：經濟部工業局「促進產業創新或研究發展貸款要點」、經濟部「自有品牌推廣海外市場貸款計畫」

#### 1、貸款案資金來源及流程

資金來源由政府資金支應、或政府與承貸銀行共同出資、或由承貸銀行自有資金支應，並由承貸銀行承擔貸款風險。

申請企業向主管機關研提研貸計畫，經主管機關通過後，函送推薦函予承貸銀行，或由行政機關逕予決定貸款額度，移請承貸銀行核貸；承貸銀行應即辦理簽約撥款。

研貸計畫之履行管考有須經主管機關同意始得變更計畫，違反者由承貸銀行核計利息並收回貸款、終止契約者。

#### 2、行政機關、承貸銀行、申貸者法律關係與行為形式

(1)行政機關與申貸者：

依貸款要點規定，研貸計畫經行政機關同意推薦或移請核貸後，承貸銀行即需與申貸人簽約撥款，行政機關對於貸款案具單方高權性決定，為行政處分。

(2)行政機關與承貸銀行：

承貸銀行對於行政機關推薦貸款或移請核貸案無決定餘地，且研貸計畫變更應經行政機關同意，違反者由承貸銀行核計利息並收回貸款、終止契約，故承貸銀行僅為支付行為，應屬行政機關之「行政助手」。

(3)承貸銀行與申貸者：

承貸銀行授信審查意見於研貸計畫決定前納入參考，對於行政機關推薦或決定貸款案並無決定餘地，其與申請貸款企業間簽訂之私法消費借貸契約僅為支付款項，惟其對契約簽訂與解除無決定餘地，居履行國家任務之助手地位。

二、行政機關、承貸銀行與申請人三者間成立雙階段法律關係

(一)貸款方案：文化部影視及流行音樂產業局「電影事業廣播電視節目供應事業及有聲出版事業優惠貸款要點」、文化部「文化創意產業優惠貸款要點」

1、貸款案資金來源及流程

資金來源為由政府資金支應或承貸銀行自有資金支應。

申請者向行政機關提出研貸計畫，經行政機關審查通過後，核給利息補貼，並函送直接信用保證推薦函並建議貸款額度予信保基金；信保基金同意提供信用保證後，由申請者據以向承貸銀行申辦貸款；承貸銀行得依其授信規範及審查程序決定核准貸款，並承擔貸款風險；

研貸計畫變更資金用途應經承貸銀行同意，違反者由承貸銀行核計利息並收回貸款、終止契約。惟受有利息補貼者，申請者有違反貸款用途或要點規範義務時，由行政機關撤銷利息補貼資格，並追回利息補貼款項；但其貸款利息及違約金等依承辦銀行與貸款人契約約定辦理。

## 2、行政機關、金融機構、申貸者法律關係

(1)行政機關與申貸者：行政機關以行政處分決定是否予以利息補貼，惟對於貸款案僅於推薦地位，信保基金及承貸銀行對於是否同意信保或簽約撥款具有決定餘地，機關推薦函於此並不直接影響雙方權利義務變動。

(2)承貸銀行與申貸者：承貸銀行對於貸款案具有決定餘地，二者間簽訂消費借貸契約

- 承貸銀行對於獲得利息補貼暨信用保證案件仍得依其授信規範及審查程序決定是否核貸，且申貸者有違反貸款用途或要點規範義務時，僅由行政機關撤銷利息補貼資格，並追回利息補貼款項；但其貸款利息及違約金等依承辦銀行與貸款人契約約定辦理。

(3)行政機關與承貸銀行：貸款資金來源如係由政府資金支應者，行政機關與銀行間具資金提供與返還關係。

## 第二目 行為形式建議

融資貸款關係為雙階理論之原型，惟本文認為於承貸銀行對於貸款案未具有決定餘地之貸款類型，由於貸款計畫之准駁、額度之決定、計畫變更之同意均須經行政機關同意，承貸銀行與獲補助者

間簽訂之借貸契約僅為支付款項，此種支付行為與由國家直接支付並無太大差別，毋寧採用一階段法律關係為宜，且由於貸款之給與，通常已由法律或行政規則預為規定，個人對於如何履行並無議定空間，實質上與附加附款之行政處分無異，加以為使申請者得適用不服行政處分之權利保護，建議以「行政處分」為之。

至承貸銀行對貸款條件有決定餘地之貸款類型，則無法避免分別存在公法與私法二階段之法律關係，而有雙階理論之適用<sup>116</sup>。

#### 第四款 信用保證

##### 第一目 行政實務

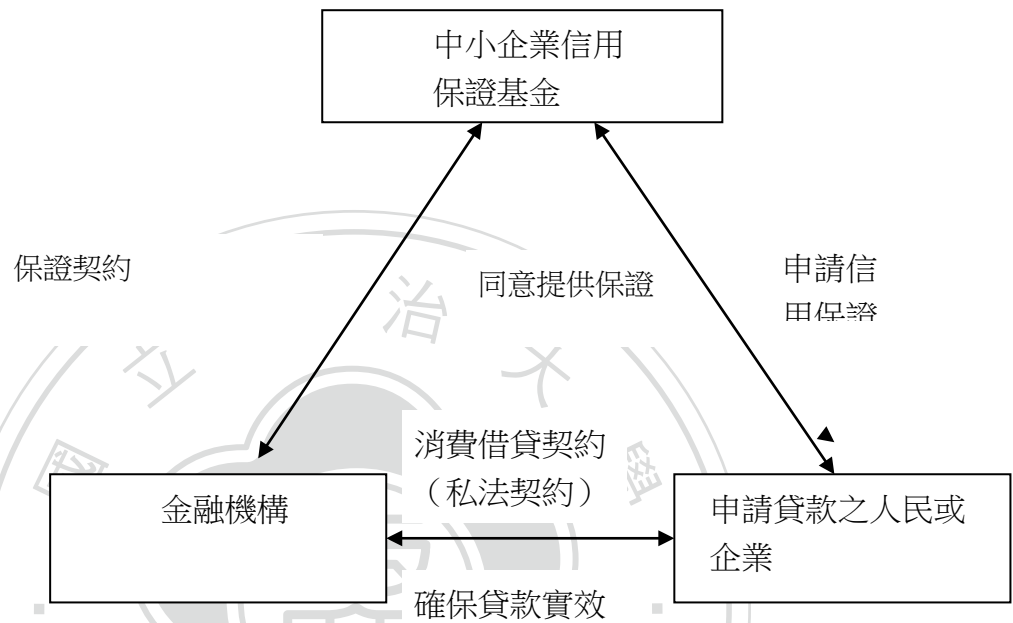
經濟補助之保證關係，於受補助人向第三人(私人金融機構)辦理貸款時，由國家(通常為中小企業信用保證基金)為其提保證或擔保。在此形成的二階段關係，是一個三角的法律關係。第一階段中，由中小企業信用保證基金對於信用保證申請人，同意為其貸款債務保證，並決定保證成數；第二階段中，申請信保人向金融機構申請融資並簽訂借貸契約後，由中小企業信用保證基金與金融機構締結保證契約<sup>117</sup>。

另，前述中小企業信用保證基金對於是否提供信用保證之審核依據為申請者之信用狀況及並決定保證成數，並未實質審理申請信用保證者所研提之文創貸款計畫，作成信用保證承諾後，對於獲保

<sup>116</sup>參考陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁677。

<sup>117</sup>程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，台北新學林，2006年9月二版，頁60至頁61；陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁678至頁679。

證人資金用途是否符合貸款計畫，亦未予以管理考核，僅於獲保證者有信用不良或營運狀況異常，足以影響其償付貸款之情事時，始停止貸放<sup>118</sup>。



【圖四-6 貸款法律關係圖二】

## 第二目 行為形式建議

受補助人向私人金融機構辦理貸款，而由國家提供保證，其形成三角關係之雙階段法律關係，於第一階段關係中，由行政機關對於以行政處分同意為申請者貸款債務之保證，第二階段由行政機關與貸款之金融機構締結保證契約，惟部分學者認為，保證之行為形

118 如中小企業信用保證基金政策性貸款信用保證要點(101.11.21 第 13 屆第 2 次董事、監察人聯席會議通過，經濟部 102.1.2 經授企字第 10220390100 號函准予備查)、中小企業信用保證基金直接信用保證要點(100.10.12 第 12 屆第 14 次董事、監察人聯席會議通過，100.11.4 經濟部經授企字第 10020391730 號函准予核備)、中小企業信用保證基金青年創業貸款信用保證要點(101.12.26 本基金第 13 屆董事會第 3 次常務董事會議通過，經濟部 102.01.14 經授企字第 10220390430 號函備查)。

式，其雙階段的結合未必為公法與私法的結合，行政機關之保證亦得以行政處分或行政契約為公法上之承諾<sup>119</sup>。

### 第三節 經濟補助之程序規制

經濟補助因涉多數申請給付之關係人，彼此間具競爭關係，為求國家財政資源的有效分配，藉由程序設計以建立一公平的「遊戲規則」，進而確立給付受領之資格與給付受領之內容(權利與義務)，可認為是合理解決經濟補助資源分配困境之方法。此外，經濟補助活動中，為因應複雜多變情事，承認行政具有廣泛的裁量權，然而，裁量權並非等同委由行政機關恣意而為，為使裁量權適正行使，在形成行政決定之前，程序之公正、透明即成重要事項。

我國針對經濟補助，甚至給付行政，並無專門之行政程序法制，而是適用「行政程序法」，或各別的給付法規。相對於干預行政領域，重視防範機能，經濟補助領域為確保各受給權人之公平，重視「具體地形成權利本身之過程」。因此，除管轄權、作成方式之要求等干預或給付領域均必要之程序要求。以下將依經濟補助過程之特徵，提出經濟補助重要之行政程序<sup>120</sup>。

#### 第一項 申請、審查階段

<sup>119</sup>程明修，〈雙階理論之虛擬與實際〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，台北新學林，2006年9月二版，頁61至頁62；陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁678。

<sup>120</sup>參考蔡秀卿，〈論個別行政領域行政程序法制之意義與課題—以社會福利行政程序法制為檢討對象〉，《法政學報》，第8期，1997年8月，頁63至頁83；林俊廷，〈社會福利行政之裁量統制-以受給權保護為中心〉，政治大學法律研究所碩士論文，頁119至頁151。

## 第一款 審查基準之設定與公布

經濟補助領域，由於行政機關對於給付決定具有廣泛裁量權，宜藉由法律制定，監督控制補助流程，避免分配不公或盲目補助。惟因經濟補助性質上常須考量預算是否充裕、且須因應景氣變化，而有不同的調整措施，因此，要求須有廣泛的法律保留，實務上為不可行，爰學說及實務係以「重要性理論」作為適用法律保留原則之標準。我國文化創意產業經濟補助法源除「文化創意產業發展法」、「廣播電視法」、「電影法」、「中小企業發展條例」、「產業創新條例」外，行政機關從事給付活動時，大量地使用行政規則具體化設定補助目標、規範補助要件、申請程序、審查基準與程序、權利義務內容、受領資格之撤銷、廢止條件等，以確保制度運作在客觀上的預見可能性，同時也作為行政自我拘束之遵循，及提供法院的判斷標準。

## 第二款 資訊提供與行政指導應用

### 第一目 資訊提供之強化

有別於秩序行政，給付行政之任務重點，強調國家積極地提供給付，爰此，國家並非僅係立於高權主體分配社會資源，而係必須積極提供人民需求。由於國家與人民存在鉅大資訊落差，為利人民在具體行使給付請求權時充分掌握法規所提供之保障，國家應透過

資訊公開、說明諮詢、行政指導、以及廣告宣傳等各式手段，平衡此一資訊落差。

我國關於政府資訊提供，規範於政府資訊公開法，依該法規  
定，與人民權益攸關之施政、措施及其他有關之政府資訊，以主動  
公開為原則，被動公開為例外。於經濟補助之領域，行政機關常以  
行政規則公告補助目標、規範補助要件、申請程序、審查基準與程  
序、權利義務內容、受領資格之撤銷、廢止條件等。惟除政府資訊  
公開外，給付行政應強調行政機關對於人民申請案件，具有義務提  
供事實及法律上之說明與諮詢，並且協助其補正欠缺之文件，且對  
其提供的資訊，必須確保精確<sup>121</sup>。

## 第二目 行政指導之應用

於經濟給付請領過程中，行政機關除了強化資訊之提供外，常  
應用不具強制力之「行政指導」手段，以適度平衡國家與人民間之  
資訊落差，其應用方式有：一、於申請階段，對於當事人提出之企  
畫案，與之事前輔導、商談，例如經濟部工業局「數位內容產業發  
展補助計畫」，對於經撤件之案件或不推薦案件經輔導補強後，可  
重新提案之規定；二、於執行階段，行政機關為督導補助案件是否  
按原計畫執行，暨達成執行成效，要求獲補助者參與期中審查，並  
提出指導建議，部分經濟補助案件，對於不服從行政指導者，利用  
經濟補助裁量行使(中斷補助金或要求返還補助金)，以發揮督導效  
果。例如，文化部影視及流行音樂產業局「旗艦型流行音樂製與與

<sup>121</sup>江必新(中國最高人民法院院長)、邵長茂(中國最高人民法院幹部)，共享權、給付行政程序與行政法的變革，行政法學研究，2009年第4期  
(<http://www.xzssf.org/web/UploadFiles/2011115125335707.pdf>)



整合行銷產業促進計畫」，要求獲補助者應配合於期中審查會議報告企畫書執行進度，並執行期中審查會議之決議，違反者解除補助契約及返還補助金。

## 一、行政指導之定義與性質

行政指導，依行政程序法第165條規定，係指行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。而其性質，為行政機關為補充法律規定行政手段之不足，且為靈活處理行政事務，所採取之非正式手段，乃任意性之事實行為，故對不服從行政指導者，不得為行政強制執行或課加行政罰，但行政指導因對人民仍有心理上壓力，對人民仍有相當影響作用<sup>122</sup>。

## 二、行政指導之界限<sup>123</sup>

### (一)不得逾越行政機關組織法權限範圍

行政行為無論是否為高權活動，仍受依法行政原則之拘束，應遵守實體法及程序法之規範，我國行政程序法第165條即明示，行政指導係「行政機關在其職權或所掌事務範圍內」之行為。

### (二)須受比例原則之拘束

在經濟補助領域，為使受給者履行一定義務或為相對給付，其

<sup>122</sup> 劉宗德，〈試論日本之行政指導〉，《政大法學評論》，第40期，1989年，頁75至頁85。

<sup>123</sup> 劉宗德，〈試論日本之行政指導〉，《政大法學評論》，第40期，1989年，頁75至頁85；陳敏，《行政法總論》，5版，2007年10月，頁633。

間常結合行政處分之附款、契約、或行政指導權限融合手段，達成目的，受給者為恐失去原有利益，事實上常無選擇餘地。我國行政程序法第166條規定，「行政機關為行政指導時，應注意有關法規規定之目的，不得濫用。且相對人明確拒絕指導時，行政機關應即停止，並不得據此對相對人為不利之處置。」因此，行政指導之內容僅得依相對人之任意協力而實現，不得以該相對人不遵從其行政指導為由，而為不利益處置；於補助金交付之場合，所為行政指導，須能達成補助金交付目的，不得逾越必要限度而對受補助者為不當之干涉。

### (三)行政指導應以明確及公正公開方式為之

依法律規定或依法律精神，應作成正式行政行為時，不得以行政指導替代，以確保法律關係之明確及行政之公正公開；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有關事項，如經相對人要求，應以書面為此明示(行政程序法第167條)。

### 第三款 陳述意見

我國行政程序法為保障當事人或利害關係人在行政機關作成行政決定前，有答辯或說明的機會，賦予其「聽證權」，即正式程序的「聽證」或非正式程序的「陳述意見機會」。惟於行政處分之作成，該法僅規範行政機關作為「負擔處分」(或稱「不利處分」)應予陳述意見之機會，不含授益處分<sup>124</sup>。另，該法第138條規定，行政契約當事人之一方為人民，依法應以甄選或其他競爭方式決定該當事人時，行政機關應事先公告應具之資格及決定之程序。決定

<sup>124</sup> 湯德宗，《行政程序法論》，(台北：元照)，2003年10月2版，頁26至頁35。

前，並應予參與競爭者表示意見之機會。

經濟補助之給付決定，雖為授益處分，惟因其為國家有限資源分配，對於未獲補助者，可能削弱其市場競爭能力，行政機關應透過公平、透明之程序，決定受給者。爰本文認為經濟補助之授益處分，應比照前述行政程序法第138條規定，保障參與競爭者表示意見之機會。

此外，依現行行政實務，受補助者未履行負擔或契約條件致行政處分受廢止或解除契約者，通常係由行政機關逕依法規或契約規定辦理，未予受補助者陳述意見機會。惟給付之停止，應屬限制或剝奪人民權利，應予受給者對重要事實有陳述意見權利。本文認為，基於保障相對人權利，於停止給付前，應予相對人陳述意見之機會。

#### **第四款 公正作為義務**

我國行政程序法為確保行政機關「公正作為」，要求之程序包括：

##### **(一)迴避制度**

行政程序法第32條規定了4款迴避的事由。當有法定事由時，公務員應該自行迴避，或由當事人申請迴避，或是由公務員所屬機關命迴避。

##### **(二)禁止片面接觸**

行政程序法第47條禁止公務員與當事人為行政程序外之接觸。如果有程序外之接觸，公務員應該將往來的文書附卷，並對其他當事人公開。

我國文創產業經濟補助決定過程，為兼顧文創領域之多元觀點及均衡，以及各產業技術之專業性，多係以籌組評審委員會，並由委員會作成補助建議提供行政機關最後裁定為原則，因此，前述行政程序法公正作為規範，亦及於評審委員<sup>125</sup>。其實務運作方式，除評審委員之成員應定期更換外，評審委員亦不得接受外界請託，暨對外公開評審之過程與結果，且評審委員亦不得審核與其本人直接相關之申請案，以確評審之客觀與公正。

## 第二項 決定作成階段

經濟補助係行政主體為影響企業之經濟活動，藉以實現特定經濟政策之目的，而對企業所為之一種有財產價值之給與。而為使政府財產價值給與能達成特定經濟政策目的，行政機關於給付決定之作成時，通常課予受補助者行為義務，一般性之行為義務包括：確實執行企畫書，執行期間定期提供執行狀況報告，執行終了提供成果報告、禁止補助金移作其他用途使用，執行終了時應提供經費報告等；未遵守行為義務者，則停止補助金給付或追回補助金。

經濟補助決定作成以行政處分形式為之者，為確保受給者履行行政義務，係透過「附款」方式對行政處分之效力進行調整與修正。按行政處分之附款種類有「條件」、「負擔」、「期限」、「廢止權之保留」及「負擔之保留」等，經濟補助之授益處分為因應經費預算未獲立法院通過等情事變更，通常以「廢止權之保留」預留彈性處理空間，排除信賴保護之情事；至前述確保受給者履行行政義

<sup>125</sup> 湯德宗，〈行政程序法〉，收錄於翁岳生編《行政法(下)》，台北元照，2006年10月3版1刷，頁104。

務則以「負擔」形式為之。

行政機關為補助金授益處分之附款，應注意附款之容許性與界限。於附款容許性部分，行政程序法第93條第1項規定「行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款；無裁量權者，以法律有明文規定或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者為限，始得為之。」由於經濟補助之給付通常為裁量處分，爰得設定附款。而附款之界限，則不得違背行政處分之目的、禁止不當聯結(行政程序法第94條)以及符合比例原則。此外，亦須符合一般裁量原則，如平等原則、行政自我拘束原則等<sup>126</sup>。

經濟補助決定以行政契約形式作成者，係藉由與受給者締約，由一方給予補助金，他方負有一定義務以達成行政目的，即行政程序法之雙務契約為之。該契約中對於受給者給付用途及其他行政義務之約定，應有助於行政機關執行任務，雙方給付應相當並具有正當合理之關聯，暨比例原則、平等原則、行政自我拘束原則等行政法一般原理原則之適用。

至經濟補助以私法契約形式為之者，為避免「規避公法限制而遁入私法」，學說認為仍應受憲法基本權保障規定之限制及信賴保護原則、禁止不當聯結、比例原則、行政自我拘束原則等行政法原理原則之限制<sup>127</sup>。

### 第三項 義務履行手段

<sup>126</sup> 劉宗德，〈行政處分之附款〉，2009年12月29日於國家通訊傳播委員會講座之講義。

<sup>127</sup> 劉宗德，《制度設計型行政法學》，(台北：元照)，2009年5月初版，頁85至頁89。

經濟補助行政之活動，最終不外乎透過利益之給予，藉由課予受給者行為義務與執行，以達成行政目的。為使補助金得以適正且符合行政目的使用，行政機關對於受給者行為義務之履行亦採取各式方式確保其履行，相關措施如行政處分之廢止、契約之解除、停止或追回補助金、損害賠償及禁止一定期限內申請補助等不利益措施。

### 第一款 補助金返還請求

補助金給予決定如係以行政處分形式作成，對受給者而言，應屬授益處分，行政機關廢棄該處分，須考量信賴保護原則。行政程序法亦分別就違法授益處分之撤銷及合法授益處分之廢止分別規定。行政機關以附負擔之行政處分作成補助金決定，受給者因未履行行政義務，違反附款內容時，行政機關得依行政程序法第123條第3款規定，廢止該授益處分。惟因補助金之給予倘係以分期方式交付，具繼續性質，宜視受給者違反補助目的之程度，決定該廢止處分向將來發生廢止效力，或溯及失效(行政程序法第125條)<sup>128</sup>。

授益處分經廢止並溯及失效時，行政機關得依行政程序法第127條第2項規定，請求受給者返還所受領之給付，返還範圍準用民法不當得利之規定。至行政機關應循何種途徑向受給者請求返還已受領之補助金，我國實務見解有：(一)直接作成下命處分命其返還者(例如：台北高等行政法院90年度訴字第1724號判決、最高行政法院95年度判字第01210號判決)及(二)提起一般給付之訴者(例如：最

<sup>128</sup> 何崇民，〈中小企業補助金法制化之研究〉，國立中正大學財經法律研究所碩士論文，2005年2月，頁218。

高行政法院92年度判字第777號判決)等二種途徑，其中直接以行政處分作為「給付決定」命相對人返還，涉及該行政處分是否須有法律授權，於無法律授權情形下，行政主體得否逕以「給付決定」向人民請求返還公法上不當得利，我國學說見解有：<sup>129</sup>

(一)於行政主體與相對人間係處於權力服從關係之從屬關係，或給付原因係依據行政處分而提供，其後法律上原因消滅，行政主體請求返還此公法上不當得利時，均得以行政處分命相對人返還(即德國習慣法之「反面理論」)。採此見解者如學者林錫堯、劉建宏。

(二)公法上不當得利返還請求權如係行政主體向人民請求者，例如退休公務員溢領退休金，屬公法上之金錢給付，行政機關應基於公法上不當得利之法理，提起一般給付之訴。採此見解者如吳庚教授。

本文認為，行政機關以行政處分對人民提供經濟補助，嗣後行政機關依法撤銷該授益處分，以給付決定命相對人返還受領之補助金，該給付決定雖無法律授權，惟因給付決定之性質並未創設、變更或消滅相對人之權利義務，僅係回復公法上不當得利之前狀態而已，而與一般侵益處分不同，爰未違背法律保留原則之要求；且，行政機關向人民請求返還補助金，如人民所受領給付原係由行政機關作成之行政處分所提供，是否構成公法上不當得利之判斷標準，已為公法上「信賴保護制度」所取代即判斷受領人是否受有公法上不當得利，即視行政機關得否依行政程序法第117條依職權撤銷原處分或依123條廢止原處分而定。故行政機關即使無法律授權，而

<sup>129</sup>劉建宏，〈行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑〉，《台灣本土法學》第64期，2004年11月。

直接以行政處分命人民返還已受領補助金，尚無違反法律保留原則。此外，相對人對於行政機關向其請求返還補助金之主張不服時，並非對於該返還補助金之「給付決定」主張，而應對於行政機關前依行政程序法第123條規定廢止原授益處分時，對於該廢止之處分為之<sup>130</sup>。

另補助金給予決定係以行政契約形式作成者，受給人未履行給付義務，行政機關除得依約定行使解除權外，亦得準用民法遲延給付(民法第254條、第255條)、給付不能(民法第226條第1項、第256條)及不完全給付(第227條)規定解除契約<sup>131</sup>。惟行政機關雖為契約當事人，仍應受行政法原則之拘束，視受給者違反補助目的之程度，決定該解除權係向將來發生效力，或溯及失效，並依公法上不當得利類推適用民法規定，請求返還已受領之補助金<sup>132</sup>。至請求返還公法上不當得利之途徑，除行政契約約定自願接受執行外，應向法院提起給付訴訟，待取得勝訴判決，始得以為執行名義<sup>133</sup>。

## 第二款 損害賠償

於以行政處分形式做成之經濟補助決定之情形，如受給者未履行行政機關所課予負擔，在理論上，如法令無特別規定時，行政機關得援引民法上侵權行為之相關規定，於補助金交付決定之廢止

<sup>130</sup> 劉建宏，〈行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑〉，《台灣本土法學》第64期，2004年11月。

<sup>131</sup> 陳敏，《行政法總論》，(台北：自版)，2007年10月五版，頁602至頁604。

<sup>132</sup> 何崇民，〈中小企業補助金法制化之研究〉，國立中正大學財經法律研究所碩士論文，2005年2月，頁220。

<sup>133</sup> 江嘉琪，論行政契約自願接受執行之約定，中原財經法學第12期，2004年6月，頁4至頁10。



外，對受給者請求因不履行義務所生之損害賠償，惟因行政機關向受給者請求損害賠償時，行政一方因受給者未履行處分之負擔所受之損害，通常是公益或公共福祉，因此所受損害而得請求賠償金額甚難計算，故一般原則上係以廢止處分或解除契約為常態。

行政機關以契約形式為給付決定時，倘受給者未履行行政義務而發生債務不履行情形，其效果除上述解除契約外，尚得適用或準用民法規定請求損害賠償，惟賠償金額同前述公益或公共福祉所受損害難以計算之原因，而以解除契約為常態<sup>134</sup>。



---

<sup>134</sup>何崇民，〈中小企業補助金法制化之研究〉，國立中正大學財經法律研究所碩士論文，2005年2月，頁218

## 第五章 經濟補助之權利救濟

本文前述章節嘗試建構各項經濟補助行為之行為形式，藉由強調行政機關在選擇行為形式時，應遵守之行政程序，亦即事前救濟程序，並指出行政機關之經濟補助行為在實質合法性上，如何不逾憲法界限、平等原則、法律保留等。然即使行政程序遵守妥當，事後救濟尚難以完全避免，受給者於行政機關撤銷受給資格、解除補助契約、要求返還補助金，以及競爭者對於行政機關之補助決定不服，渠等該如何找尋請求依據，並選擇正確之訴訟途徑，向法院要求對其所受之權利侵害之完整、實效救濟，係本章所欲探討之範圍。

從第四章對於經濟補助行為形式之討論，經濟補助行為形式最初係以私法形式，其後學說藉由「二階段說」，擴大行政處分之概念，嘗試將其導入行政訴訟範疇，由此，卻造成訴訟途徑分歧。嗣後，再因行政訴訟類型增加、行政契約概念之確立，立法者未對經濟補助行為形式為任何指示，一般肯定行政機關有行為形式選擇自由之前提下，得採行政處分、二階段法律關係、行政契約或私法契約形式，而分別以行政訴訟或民事訴訟處理。然而，法院實務就行政機關之各種交付形式，似乎意見分歧，並且影響訴訟類型選擇，如再考慮第三人(即競爭者)之地位，則選擇何種訴訟類型較為適切，不無爭議。

### 第一節 受補助者之權利救濟

從前章論述得知，在經濟補助法律關係形成之紛爭中，於受補

助者或申請者部分，主要在於訴訟類型之選擇，主要爭點分述如下：

## **第一項 經濟補助決定或契約之廢棄、補助金之返還 請求**

為使政府財產價值給與能達成特定經濟政策目的，行政機關於給付決定之作成時，通常課予受補助者行為義務，包括：確實執行企畫書，執行期間定期提供執行狀況報告，執行終了提供成果報告、禁止補助金移作其他用途使用，執行終了時應提供經費報告等，未遵守行為義務者，則廢止其補助金受領資格並要求還補助金；另為因應預算經費未獲立法院通過等情事變更，行政機關常以「廢止權之保留」預留彈性處理空間，排除信賴保護。

惟受給者以虛偽不實之文件、資料申請補助金獲准，或行政機關甄審決定有程序瑕疵，或受給者未履行補助義務，或因預算未獲通過等情事變更，而遇行政處分經撤銷、廢止，或補助契約經解除、終止，並要求返還補助金，受給者應提起何種訴訟類型尋求救濟，法院見解為何，為本項探討重點。

### **第一款 法院裁判**

(一)補助電影工業設備器材事件(臺北高等行政法院91年度訴字第1451號判決)

原告依前行政院新聞局（下稱新聞局）「委託中華民國電影事業發展基金會輔導電影工業辦理要點」規定，申請電影工業購置先

進之轉光學、杜比混音及其他後製作設備器材補助。嗣因原告未能檢附經濟部工廠登記證明，經該局函告因未具電影工業資格，對原告提出之申請案不予受理。原告不服，主張原訴願決定之組成機關違法，暨本案所依據之行政規則違法，提起行政訴訟，撤銷訴願決定及原處分，並請求前行政新聞局另為准予原告申請之處分。

本案行政法院審酌訴願決定之組成，因未遵守迴避原則，存有瑕疵，構成撤銷原因，為有理由，爰撤銷訴願決定，至原告實體上之主張，則由原決定機關另為適法之決定，爰予駁回。

(二) 補助風力發電示範系統設置事件(臺北高等行政法院95年度訴字第00147號判決)

經濟部能源委員會依其訂頒之「風力發電示範系統設置補助辦法」，核准原告建置風力發電示範系統，並委託財團法人工業技術研究院與被告簽訂補助合約書，並已支付第一、二期補助金。嗣原告因未依系爭合約約定之履約時程期限內完成履約標的，即未完成兩部風力發電機組併聯運轉發電，經被告課處逾期違約金5,600,000元，並逕自第三期補助款助款中扣減，原告無法認同，遂提起本件給付之訴。

本件被告機關主張系爭合約非行政契約，即使認為本件適用雙階理論，本件爭議非屬「對特定相對人是否給予補助之決定」階段，故行政法院無審判權。惟行政法院認為系爭契約標的在「執行90年度風力『示範推廣計畫』之風力發電系統」，可知系爭合約其訂立係為達成其公法上之目的效果為斷。而為行政契約。至實體方面，原告未能於被告同意延展之期限內完成系爭合約之履約標的，所被歸課逾期違約金並無違誤，判決駁回。

(三) 補助老人養護中心購置或建造土地及建物以推展社會福利服

務事件(臺北高等行政法院99年度訴字第1438號裁定)

內政部與原告簽訂契約書，約明給付補助款，用以協助原告購置或建造土地及建物以推展社會福利服務。之後內政部以原告利用補助款購置或建造之土地及建物遭民事強制執行拍賣，違反契約約定，遂於98年11月4日以前授中社字第0980716089號函(下稱系爭函)致原告暨其他契約保證人，表示即日起解除契約，並請求返還補助款並支付違約金。原告不服系爭函，提起訴願，遭訴願決定不受理，遂提起本件撤銷訴訟，請求撤銷原處分及訴願決定。

本件行政法院認為上述契約內容，為政府補助款項，由私人推展社會福利服務之約定，性質上為行政契約。被告發出系爭函表示解除契約並請求返還補助款及支付違約金，係行使行政契約約定之權利而發生契約約定效果者，並非依單方之公權力行為而發生法律上效果者，自非行政處分。原告提起撤銷訴訟，為不合法，爰予裁定駁回。

(四) 促進產業研究發展貸款事件(臺北高等行政法院98年度訴字第560號裁定)

經濟部工業局依經濟部頒行之促進產業研究發展貸款辦法，審核通過原告具申請低利貸款資格後，由經濟部工業局與臺灣中小企銀及原告三方簽訂低利貸款之消費借貸契約，由經濟部工業局撥付款項予臺灣中小企銀，再由臺灣中小企銀依約定條件貸款予原告，但因原告無法於約定期限內取得銀行保證書，致有契約第12條規定之解除契約事由，經原告向被告經濟部工業局申請展延期限，暫緩解除契約，未獲同意，而予以解除契約，原告爰訴請撤銷經濟部工業局97年8月15日工電字第00668350號解除契約函及經濟部98年1月21日經訴字第09806125300號訴願決定。

本件行政法院認為系爭契約性質乃屬消費借貸契約之法律關係，雖因借貸資金來源由政府提供予銀行貸放，且為避免貸與人不當行使權利，而約由經濟部工業局享有審酌原告是否有違約情形及是否具有解約事由權限，並由其行使解約權，但其性質仍不脫私法契約。經濟部工業局以上開函文行使契約解除權，乃立於契約當事人之地位，行使契約約定之權利，以發生終止借貸契約關係之私法效果，尚非基於高權地位行使公權力而對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，爰裁定駁回。

(五)電影輔導金案件(臺北高等行政法院99年度訴字第855號判決)

本件原告以電影片企畫案「天黑」經前行政院新聞局於民國98年7月27日以新影四字第0980520973號函公告獲選98年度國產電影長片輔導金單，原告獲選輔導金。旋經該局於98年8月13日以新影四字第0980521064A號函原告，以其前獲選94年度國產電影長片輔導金之電影片「渺渺」，因未以台灣名義參加98年7月24日開幕之墨爾本影展，違反原告與前行政院新聞局於94年12月30日簽訂之「行政院新聞局94年度國產電影長片輔導金影片製作合約書」有關以該片參加國際影展活動時，應以我國名義及原告名義參加之規定，爰取消原告94年度國產電影長片輔導金受領資格，並解除輔導金合約，且原告在98年至100年間不得向被告申請各年度輔導金。同日並以新影四字第0980521064B號函（下稱原處分）原告，以原告已喪失98年度輔導金申請資格，其於98年以電影片企畫案「天黑」申請輔導金，獲選被告當年度輔導金5百萬元之受領資格，應自即日起撤銷。原告不服，請求法院撤銷該局關於取消原告94年度輔導金受領資格、要求返還輔導金，及98年度輔導金受領資格之處分。

本件行政法院認為前新聞局撤銷原告98年電影片企劃案「天

黑」受領輔導金資格之處分，自屬行政處分，惟關於新聞局撤銷原告94年度電影片輔導金資格及解除合約，因合約案件已提起民事訴訟，爰不予受理。

#### (六) 電影輔導金案件(台北地方法院99年度訴字第1815號判決)

本件前行政院新聞局依94年度國產電影長片輔導金辦理要點，核准被告電影片「渺渺」輔導金，兩造並於同年12月30日簽立行政院新聞局94年度國產電影長片輔導金影片製作合約書，嗣因該部電影未以台灣名義參加98年墨爾本影展，違反規定，致該局撤銷輔導金受領資格，並解除合約，並要求返還輔導金400萬元，惟被告未繳回，爰提起給付訴訟，該局主張經法院判決有理由，判命被告返還已受領輔導金。

### 第二款 關於受補助者訴請撤銷不予補助決定

就行政機關因申請者未具補助金受領資格而不予補助或撤銷補助金受領資格之決定(如案例(一)、(五))，法院判決均肯定其為行政處分，准予提起撤銷訴訟。但對於已簽訂補助或貸款合約後所生之爭執，倘行政機關於解除契約時，同時廢止受補助者之補助金受領資格(如案例(五)、(六))，或作成扣減補助金之決定(如案例(二))，則認為係契約所生糾紛，而否認其處分性。

### 第三款 對於行政機關訴請返還補助金不服之權利救濟

經濟補助爭訟案件多數為行政機關起訴請求受補助者返還已受

領補助金內容者。行政機關請求受補助者返還補助金之原因有該補助有法律上瑕疵，或受補助者違反補助義務，而經行政機關撤銷或廢止補助決定，致補助契約之法律上原因消失，所受領之補助金為成為公法或私法上不當得利，故請求返還所受領之給付<sup>135</sup>。

前述補助決定經以撤銷或廢止處分廢棄者，行政機關向受給者請求返還已受領補助金之方式，多數學者認為可依「反面理論」，採直接以行政處分命其返還之見解，受給者對該請求返還補助金之主張不服時，並非對於該返還補助金之「給付決定」主張，而應對於行政機關撤銷或廢止原處分之處分為之。至補助金給予決定係以契約形式作成者，受給人未履行給付義務，行政機關除得依約定行使解除權外，亦得適用或準用民法規定解除契約，並依公法上不當得利類推適用民法規定，請求返還已受領之補助金。至請求返還公法上不當得利之途徑，除行政契約約定自願接受執行外，應向法院提起給付訴訟，待取得勝訴判決，始得以為執行名義。

前揭案例(二)，原告對於經濟部能源局扣減補助金行為，認為係基於契約約定所生糾紛，提起給付訴訟，為行政院所採認。惟案例(五)、(六)，前行政院新聞局以雙階理論作成電影輔導金之給與，對於被告不履行行政義務，同時作成廢止補助金受領資格及解除合約，並提起給付訴訟，訴請被告返還輔導金，顯係將同一行政義務同時納入前階段補助決定之附款，暨後階段之補助合約，致生受給者究應提起撤銷訴訟，對於該局之廢止受給資格表示不服，或對於該給付請求不服之疑慮。

---

<sup>135</sup> 林明鏘，〈德國行政補助政策及其制度--兼論我國行政補助政策與制度〉，收錄於鄭麗嬌主編《中西社會福利政策與制度》，(台北：中央研究院歐美研究所)，1995年，頁231至頁233。



## 第二項 關於後階段補助契約定性之爭議

### 第一款 法院裁判

雙階段法律關係下，經濟補助之第二階段契約究屬私法契約、行政契約或兩者性質兼具的混合契約，其爭議在法院裁判實務見解不一致，學說間亦有爭論。例如台北高等法院101年2月21日100年度上字第308號判決，認為前行政院新聞局與電影公司簽訂94年度國產電影長片輔導金影片製作合約書為私法契約；臺北高等行政法院95年度訴字第00147號判決，認為經濟部能源局、財團法人工業技術研究院與天隆股份有限公司簽訂春風風力發電示範系統設置補助合約為行政契約；最高行政法院101年5月24日101判字第477號判決，認為私立培靈醫院與行政院衛生署簽訂建院貸款利息補助合約為行政契約；最高行政法院96年度裁字第01531號裁定，認為財團法人嘉義縣私立長齡老人養護中心與內政部簽訂興建院舍補助為行政契約；臺灣臺北地方法院96年6月15日96年度訴字第3086號民事判決，認為經濟部工業局與禾申堡公司簽訂「主導性新產品開發」補助契約為私法契約；臺北高等行政法院95年7月25日95年度訴字第1259號裁定，認為申請人依行政院國軍退除役官兵輔導委員「榮民榮眷理財紓困專案優惠貸款」計畫，向中國農民銀行高雄分行申請貸款；臺灣高等法院101年8月31日100年度重上字第732號民事判決，認為行政院原住民族委員會依原住民族綜合發展基金信用保證業務處理要點，與鹿港信用合作社訂立信用保證契約為私法契約。

## 第二款 本文見解

前述對於經濟補助契約定性見解歧異，影響契約支配原則、契約調整機制及法院審判權歸屬，宜儘速釐清解決，本文認為，由於經濟補助契約涉及公資源之分配暨達成產業政策目標之公益目的，除於融資貸款關係中，金融機構對於貸款案准駁或貸款條件具有決定餘地，於二階段關係中，必然分別存在公法及私法的法律關係，而應將補助契約劃歸為私法契約外，其餘補助類型之契約宜定性為公法契約，避免同一補助行為，前後階段適用不同救濟途徑之困擾。

## 第三項 關於前階段處分撤銷，對後階段契約影響之爭議

行政機關於經濟補助實務，無論是補貼、融資貸款、或信用保證均大量使用二階段之行為形式，然而，前階段之行政處分與後階段私法契約之關係為何，一直是雙階理論被批判的重點。同意決定為無效或被廢棄時，對已締結之契約影響，法院的見解將影響人民得否獲有效權利保護，謹從法院實務及學說見解作一探討。

## 第一款 法院裁判

台北高等行政法院94年訴字第752號判決，關於 ETC 案之爭訟，前階段之甄審決定有無效或違法遭撤銷之情事時，對後階段已簽訂之投資契約效力有何影響，採取「契約無效說」之立場。該判

決認為促參法第45條第1項規定唯有最優申請人始具投資契約締約相對人資格，乃屬強制規定。甄審決定遭撤銷後，因遠通電收不再具有最優申請人資格，但卻與主辦機關簽訂投資契約，顯違反促參法第45條第1項之強制規定。在投資契約為行政契約之基礎上，本於行政程序法第141條第1項連結民法第71條之規定，ETC 投資契約自屬無效。

最高行政法院101年5月24日101判字第477號判決，關於行政院衛生署與私立培靈醫院簽訂建院貸款利息補助契約，嗣因私立培靈醫院違反作業規定廢止同意補助函，使系爭合約書失所依據，而有情事重大變更，非當時所得預料，且依原約定繼續補助顯失公平，復不能調整契約內容，依據行政程序法第147條第1項、第3項規定，行政院衛生署得終止補助合約。

## 第二款 學說見解

關於前階段之甄審決定無效或遭撤銷，對後階段已簽訂之契約效力影響及其解決方法，學說見解如下：

林明鏘教授採「法律原因說」，認為雙階程序及行為緊密相連，且互有因果關係，第二階段之投資契約乃第一階段甄審決定之「法律上原因」，該原因若不存在(可能因撤銷、廢止或無效所致)，則第二階段之契約因無所附麗，理論上會產生「失其效力」結果。

學者詹鎮榮則認為，民間參與公共建設案件之性質往往涉及龐大之資金勞務投入以及高度之公益性，倘依前揭台北高等行政法院操作促參法及行政程序法中對於行政契約一般性規範之結果，採取

最極端之契約無效說，使所有法律關係與狀態回復原狀，對已投資之民間機構、行政機關，以及社會公眾三方可預期地將造成相當程度之損害。為妥適調和公益與私益，建議於促參法中增訂甄審決定無效或於締約後而違法遭撤銷，以及投資契約有法定無效事由時，行政機關為維繫公益，得以「調整契約」之方式取代契約無效之結果。

學者陳英鈺則基於有效權利保護觀點，肯定前述台北高等行政法院有關甄審決定乃契約簽訂之基礎，甄審決定不因契約之簽訂而效力消滅，而甄審決定被撤銷，則以之為基礎所簽訂之行政契約，因違反行政程序法第141條第1項而無效之見解，以利落敗廠商得提起撤銷訴訟，透過撤銷違法的甄審決定，使第二階段契約無效，而獲得第一次權利救濟機會。

### 第三款 本文見解

由於經濟補助法律關係多係透過競爭甄審程序決定受補助者，因此重視競爭者平等參與權利，保障其營業自由。本文爰贊同前階段之甄審決定不因後階段契約簽訂而消滅，以利競爭者得就該甄審決定提起撤銷訴訟，消滅契約效力，以獲得有效權利救濟。

然，與民間參與公共建設案件須兼顧使用人權益不同，經濟補助活動不外乎透過利益給予，藉由課予受給者行為義務與執行，以達成產業政策目標，所應兼及者，為第三人之競爭自由，因而，本文認為前階段甄審決定經撤銷、廢止或無效，則第二階段之契約因無所附麗即失其效力，無須再賦予行政機關得視公益情形以「調

整契約」方式取代契約無效之結果。

## 第二節 第三人(競爭者)之權利救濟

國家對於部分同業者給予經濟補助，使受補助者取得額外資金或是擲節支出，進而升級軟硬體設備、增僱員工、投注研發、增強行銷力道等，以強化自己在市場上競爭能力與地位，相形之下，未獲補助之競爭同業之競爭地位能因此遭到弱化。此時，未受給付之競爭者得否提起訴訟，除去國家對其他業者的補助，亦即，競爭者是否即具有主觀公權利，進而請求法院介入，平衡防礙競爭之情勢，在法規範中應如何判斷除了保護公益外亦具有同業競爭能力之維持；又或是法規範目的雖僅在保護公共利益，但經濟補助對競爭者基本權有重大影響時，競爭者得否藉由憲法基本權主張其主觀公權利，將於本節探討。

### 第一項 競爭者訴訟權能

#### 第一款 訴訟權能之判斷

根據學說及實務之一般見解，訴訟權能係指得以自己名義在具體訴訟事件中，實施訴訟之權能<sup>136</sup>。而訴訟權能之具備，則以權利或法律上利益受到損害為必要。我國行政訴訟法第4條及第5條皆規定，人民「因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或

<sup>136</sup> 吳庚，《行政爭訟法論》，五版，2011年1月，頁61。

法律上之利益」，以及「因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，或予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者」，得提起撤銷訴訟及課予義務訴訟，即是訴訟權能要件之明文。至於第6條之確認訴訟及第8條一般給付訴訟，雖於法條中未有相關字句之揭示，然根據一般見解，其作為主觀訴訟之類型，人民權益受有損害亦應屬於實體裁判要件之一<sup>137</sup>。然公法上權利，本即屬法律保護之利益，而具有爭訟可能性之法律上利益，亦屬權利，爰前述權利或法律上利益，均可理解為「公權利」<sup>138</sup>。故在判斷原告是否有訴訟權能之前提，需先視其有無公權利。

公權利之擁有需具備以下三個要素：(一)公法法規課予行政主體一定行為義務，包括作為、不做為、容忍以及無瑕疵行使裁量權等義務。(二)該公法法之規範目的不只是為了維護公益，也寓有保障特定受益人之規範意旨。(三)公法法規賦予特定受益人得維護自己利益的法律之力<sup>139</sup>。而公權利之判準，於「侵益處分之相對人」，基於基本權具有對抗國家侵害之防禦之功能，相對人具有主觀公權利應無庸置疑，在此種情形下，處分之相對人即具有主觀公權利，即學理上所稱「相對人理論」；而「第三人之公權利」則以「保護規範理論」探求<sup>140</sup>。至法律規範目的如何探求，依大法官第469號解釋理由書揭示「應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無

<sup>137</sup> 詹鎮榮，論〈經濟行政法上之競爭者訴訟〉，收錄於《經濟行政法制實務研討會論文集》，經濟部貿易調查委員會主辦，2011年9月，頁41。

<sup>138</sup> 盛子龍，〈第4條-撤銷訴訟〉，翁岳生主編《行政訴訟法逐條釋義》，(台北：五南)，2002年11月初版1版，頁70至頁71。

<sup>139</sup> 陳英鈴，〈撤銷訴訟之訴權〉，《行政法爭議問題研究(下)》，2000年，頁987以下。

<sup>140</sup> 盛子龍，〈第4條-撤銷訴訟〉，翁岳生主編《行政訴訟法逐條釋義》，(台北：五南)，2002年11月初版1版，頁74至頁77。

疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」

## 第二款 競爭者在權利救濟體系之地位

對相對人而言係屬於授益處分，但往往對處分相對人利益相反之第三人權利或法律上利益造成影響，稱「第三人效力之行政處分」。而行政處分相對人以外之第三人主張自己主觀公權利受侵害，則得提起「第三人訴訟」，同樣的這種情形也會出現在非行政處分的行政行為中，在我國經常見於建築法上之鄰人訴訟與競爭者訴訟。<sup>141</sup>

第三人公權利之判斷標準，如前所述，則以「保護規範理論」探求，然而，於經濟補助領域，通常法律未明文規定第三人保護，甚至僅依據預算為經濟補助，於此情形，得否推導出人民主觀公權利之保護「規範」，除法律、法規命令及地方自治法規外，是否包含憲法所保障之基本權？按基本權得否作為主觀公權利之直接法源依據，一直有相當之爭議。就我國及德國實務而言，均採取相當謹慎之見解。德國部分學說及實務認為憲法基本權並未賦予人民得以直接實踐之公法上權利，尚須待立法者透過法律始得形塑。縱然如此，亦有學說支持基本權可作為人民主觀公權利之直接法源依據者，其提出主觀公權利「雙重依賴性」之見解，認為主觀公權利一方面乃是根植於「法律」之上，並且其具有形塑主觀公權利之「適

<sup>141</sup>吳庚，行政法之理論與適用，2010年9月，增訂11版，頁323-326。

用優先性」，但另一方面，主觀公權利亦可能以類似之法則而對憲法位階之「基本權」產生依賴性。在此層次上，基本權甚至可能作為主觀公權利之直接法源依據。蓋本於基本權之「規範外部效力」，自得由此而直接產生一主觀公法上之防禦權，透過現行既有之權利救濟途徑，請求排除國家之侵害措施。立法者固然享有立法形成自由，決定是否以及如何法律中賦予人民主觀公權利。然此等形成自由並非毫無界限，尤其是不得藉由消極之立法不作為，架空基本權之直接規範效力，剝奪人民由此所直接享有之主觀公權利。因此，自基本權具有主觀防禦功能之體系下，以基本權可直接作為人民主觀公權利(至少是防禦權)之法律依據，應是予以肯定的<sup>142</sup>。

在經濟補助領域，國家介入經濟以實現特定經濟政策時，對競爭者權利之損害，通常為競爭基本權，其權利內涵包括「與其他競爭者受公平對待」及「保障人民本於自我意志參與競爭」等面向，前者為本於憲法第七條平等則之要求，國家不得於私經濟主體參與競爭之際，對競爭為恣意的差別對待，以致使競爭者彼此間處於競爭機會之不平等。後者則是保障人民有不受國家干擾，得依自己意志選擇進入相關市場從事營業活動，並積極參與競爭之自由，於國家所為造成其與其他私經濟主體間競爭障礙或競爭扭曲之公權力行為，即得透過權利救濟途徑，予以抵排除。<sup>143</sup>然而，並非所有涉及人民競爭地位變動之公權力措施，皆可被視為是對競爭基本權之侵害，唯有國家投入足以影響或干預人民彼此間自然競爭狀態之外部因素，導致競爭扭曲時，始構成侵害競爭自由之行為<sup>144</sup>。

<sup>142</sup>詹鎮榮，〈論經濟行政法上之競爭者訴訟〉，《經濟行政法制實務研討會論文集》，經濟部貿易調查委員會主辦，2011年9月，頁53至頁57。

<sup>143</sup>

<sup>144</sup>詹鎮榮，〈論經濟行政法上之競爭者訴訟〉，《經濟行政法制實務研討會論文集》，經濟部貿易調查委員會主辦，2011年9月，頁53至頁57；詹鎮榮，〈競爭者「無歧視程



## 第二項 訴訟類型之選擇

### 第一款 補助決定以行政處分作成

於確認競爭者有提起訴訟之權利後，接下來其應提起訴訟類型，則應視行政機關賦予競爭同業利益所採取之行為形式，以及原告之救濟目的而定。於行政機關以行政處分授予競爭同業經濟補助者，倘原告提起訴訟之目的僅是在於單純排除該行政處分所造成同業競爭中之不利狀態，即為「消極競爭者訴訟」或「防衛性競爭者訴訟」，則原告應提起撤銷訴訟。若競爭者之目的並非在於質疑受給者所獲取之利益，而是要求獲得與受給者相同補助之地位時，則為「積極的競爭者訴訟」或「攻擊性競爭者訴訟」，則應提起課予義務之訴。倘原告提起訴訟志在排除競爭者已獲取之利益，並欲轉換為己所有，則屬「排他性競爭者訴訟」，因此訴訟類型涉及國家資源有限性，給予競爭者其中一人，另一人即無機會享有，故學者認為除提起課予義務之訴外，亦應一併請求撤銷該給予第三人利益之授益處分<sup>145</sup>。

### 第二款 補助決定以行政契約作成

---

序形成請求權之保障」-評最高行政法院 95 年度判字第 1239 號判決>，《月旦法學雜誌》，第 138 期，2006 年 11 月。

<sup>145</sup>詹鎮榮，〈論經濟行政法上之競爭者訴訟〉，《經濟行政法制實務研討會論文集》，經濟部貿易調查委員會主辦，2011 年 9 月，頁 34 至頁 37。

在行政機關以行政契約授予競爭同業利益情形下，倘原告目的僅為排除行政機關對於某一競爭者之給付，即「消極競爭者訴訟」情形，其應提起訴訟類型，學說有不同見解。有認為應提起一般給付之訴，請求不支付補助金、或給予融資、保證，亦有認為應提起確認之訴，確認行政契約無效。惟因前者對契約之存在及效力不生影響，非有效實現權利之道，應以提起確認之訴為宜；於「積極的競爭者訴訟」情形，原告目的在獲取競爭者所獲相同利益，且不質疑該競爭者所獲取之利益，則應提起一般給付訴訟，請求行政機關為締約之意思表示；倘原告提起訴訟除志在排除競爭者已獲取之利益，並欲轉換為己有，即「排他性競爭者訴訟」情形，則原告除應提起一般給付之訴，請求行政機關與其締結契約外，亦須提起確認行政機關與其他競爭者間契約無效之訴<sup>146</sup>。

### 第三節 國家賠償與損失補償

本章主要以行政爭訟制度與經濟補助關係為探討，於申請者與第三人競爭者間，均有不同爭點，且不可避免和補助決定作成之行為形式相關。但除行政爭訟外，倘有國家賠償暨損失補償之可能。例如，行政機關於補助申請過程中，提供錯誤資訊之行政指導，致使申請者落選而未獲補助；或是行政機關錯誤之輔導行為，致使受輔導廠商遭受財產上損害，於此，廠商均得依國家賠償法規定，請求行政機關負損害賠償責任。另，按公法上損失補償之意義，乃指國家基於公益需要，依法行使公權力，致特定人之財產上利益特別

<sup>146</sup> 江嘉琪，〈行政契約關係中之競爭者權利保護〉，《輔仁法學》，第37期，2009年6月。

犧牲，國家應給予相當之補償。電影業者接受行政機關輔導參加國際影展，因主辦單位或其他參展單位發生矮化我國國格行為，應行政機關要求退出參展，其所受損失，應可請求損失補償。

此外，在立法者建制的前述多元救濟管道，雖然行政爭訟和國家賠償、補償責任都是著眼權利救濟之核心概念，但審酌權利救濟管道，仍可發現有其階層關係，國家賠償制度僅是一種第二層次之救濟方法，並不能用來取代第一層次之救濟方法即行政爭訟制度。人民應循此第一層次之救濟方法除去其損害，如此種救濟方法尚有未足，再繼以第二層次之救濟方法請求國家賠償，以填補不足。<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> 臺灣臺北地方法院民事判決 87 年度國更字第 1 號。

## 第六章 結論與建議

2013年6月，本研究進行至本章之際，文化部影視局公布民國102年度的旗艦型流行音樂產業促進計畫獲補助名單，由於田馥甄、陳妍希等主流歌手同獲補助，該計畫再度引起一連數日的輿論批評，歸納質疑重點有：(一)為何拿稅金補助主流藝人？(二)影視局只憑企劃書認為有創意就給予補助，而未予以試聽？(三)主流唱片已賺錢何需補助<sup>148</sup>？此次輿論批評更引起藝文界抗議文化部補助資源分配不公，流行音樂界與藝文界補助不成比例等<sup>149</sup>。雖該局澄清本補助計畫係因近十年流行音樂產業不景氣，主流唱片公司面臨人才出走及人力縮編等困境，加以我國現有智慧財產鑑價制度不足，流行音樂業者取得資金困難，以致投資金額保守，政府爰以資金協助唱片公司，目的在於帶動業者相對投資，分攤投資風險等語<sup>150</sup>。惟似乎仍未能完全平息這場流行音樂產業與藝文界的補助資源之爭。本文爰以此事件之發生所引起各界討論，對照前述章節的論述，歸納本研究結論及建議如下：

### 壹、公共利益得作為立法者對於不同產業採取差別待遇的正當理

<sup>148</sup> NOWnews／李金霓，2013年6月7日，「Hebe新專輯獲600萬補助 華研：回饋專輯參與者」(<http://n.yam.com/nownews/entertain/20130607/20130607540643.html>)；東森新聞2013年6月7日，「陳妍希專輯獲百萬補助 網友：憑什麼」(<http://tw.news.yahoo.com/%E9%99%B3%E5%A6%8D%E5%B8%8C%E5%B0%88%E8%BC%AF%E7%8D%B2%E7%99%BE%E8%90%AC%E8%A3%9C%E5%8A%A9-%E7%B6%B2%E5%8F%8B-%E6%86%91%E4%BB%80%E9%BA%BC-013523652.html>)；

<sup>149</sup> 自由時報月，2013年6月8日，D03版，「文化部補助大小眼 藝文圈狂譙 陳妍希專輯就獲350萬補助 藝文工作者卻是難上難」；NOWnews，2013年6月8日，「文化部大小眼！陳妍希出輯領350萬 藝文界最高僅100萬」(<http://www.nownews.com/2013/06/08/37-2948850.htm>)

<sup>150</sup> 文化部影視及流行音樂產業局2013年6月10日新聞稿(<http://www.bamid.gov.tw/bamid/code/NewListContent.aspx?id=0eb93068-d79d-45c1-86eb-a6742de2963f>)

## 由，惟行政機關對於預算資源的分配決定，負有平等對待各競爭申請者之義務

前述藝文界與音樂界補助資源之爭，涉及國家財政行為公平性，然而，國家在有限財政資源下，必須承認其享有一定的決定或形成空間，否則將無法有效利用資源，因此，倘立法者認為流行音樂產業環境經改善後，不僅改善該產業的體質，也能帶動週邊產業，並提供更多就業機會，符合其所設定的之產業升級公益目的，則其對不同產業採取差別待遇應為合理正當。

本於憲法保障之競爭自由及平等原則要求，行政機關於經濟補助領域內關於受給者之選定及分配決定，負有平等對待各競爭申請者之義務，申請者即有「無瑕疵裁量請求權」，於其無正當理由而被行政機關差別對待時，得透過法院主張廢棄或停止該項違法的經濟補助措施。

## 貳、文化部應釐清文化政策與文化創意產業政策之分別

政府制定產業政策的目標，是以改善整體產業發展環境為宗旨。產業發展得好，就可為國家帶來財富，改善人民的生活。藝術補助與文創產業資金協助之的最大差別，是前者並未要求資金的回收，而後者卻要在意業者相對投入多少，賺了多少錢，因為前者之重點在藝術本身之教育與美感功能，以提升民眾文化素養為目標，後者之目的則是利用文化藝術來營利。我國文化創意產業發展法將「表演藝術」列入文創產業，以及將「藝文展演」補助列入該法範疇，顯然政府部門也混淆產業政策與藝文補助概念，以致迄今為

止，文化部尚欠缺充足之理由，對外說明藝文補助與產業補助經費不等之爭議。

### **參、我國憲法經濟補助條款，一般認為屬基本國策，而為民生福利國原則之表現，人民無法直接以之作為具體向國家請求之權利基礎**

我國憲法之經濟補助政策條文列於基本國策章暨增修條文第10條，多數學者認為該等條款性質屬基本國策，而為民生福利國原則之表現，其效力與憲法第二章「人民之權利義務」保障不同，受限於國家財力，只賦予國家實踐的義務，人民無法直接以之作為具體向國家請求之權利基礎。但若國家給予的資源已存在，且其經濟援助的實現為可能，則人民對此資源都具有共享權。

### **肆、我國經濟補助之法律保留密度低，但仍須依循重要性保留理論，處理敏感的利益分配**

隨著行政任務擴張，給付行政比重大幅增加，如要求經濟補助須有廣泛之法律保留，於實務上為不可行；然給付行政因涉及敏感之利益分配問題，且經濟補助行為在本質上具有「具雙重效力之行政處分」之「雙面性」，因此，經濟補助適用法律保留原則，應依循大法官提出的重要性理論架構，即1. 給付行政措施是否與人民基本權利的實現具有重大意義者；2. 給付行政措施是否涉及公共利益之重大事項者。

此外，由於經濟補助不論是對於受補助人的經濟利益、營業能力，甚至企業生存的重要性，均有重要影響，因此，申請與決定程

序、行政機關對經濟補助之撤銷、廢止之法律救濟管道，都需要明確的規範來遵循，爰建議參照日本訂頒之「補助金適正化法」，訂定一部經濟補助資金交付程序之一般法，以避免補助金交付之不正當申請及使用，並避免對於受補助者之不當處理，以及補助金預算執行之適當公正等。

### 伍、經濟補助行為應走向行政行為型式化之路徑

本文肯定行政行為形式理論，其藉由將行政行為型式化，確定該行為於整體行政活動中之定位，嗣而確立該行為之一般合法性要件，並進行適法性控制，有利司法機關在審查上有明確標準。面對給付行政領域多樣複雜化的行政活動，行政機關除非法律明確地規定行政機關應採取特定形式之行為，否則應被承認得在容許的行為形式間，有行為形式選擇自由。然而，行政機關所選擇的行為形式，仍應以型式化行政行為為原則，以利人民有預測國家行為的可能，並得依現有規範作為向法院請求權利保障之基礎。

文化創意產業之主管機關分屬文化部、經濟部及內政部等，本研究經整理行政實務結果，發現同為核給補貼的行為，不同的行政機關有不同的行為形式選擇，甚至同一行政機關，也有以不同行為形式達成任務目的者；且行政機關於經濟補助之補貼、融資或信用保證，其行為形式均偏好用雙階理論，而雙階理論有其割裂單一生活事實、前後階段區分及關係不明等缺點。爰從程序保障與權利救濟，提出各經濟補助行為形式類型化之建議如下：

(一)補貼之行為形式：建議以一階段法律關係，如行政處分設定附款，或行政契約等形式，形成補貼之權利義務關係，惟為保護

競爭關係下第三人，以行政處分形成補貼關係較行政契約更為適當。

(二) 融資貸款之行為形式：本文認為於承貸銀行對於貸款案未具有決定餘地之貸款類型，由於貸款計畫之准駁、額度之決定、計畫變更之同意均須經行政機關同意，毋寧採用一階段法律關係為宜，且由於貸款之給與，通常已由法律或行政規則預為規定，個人對於如何履行並無議定空間，加以為使申請者得適用不服行政處分之權利保護，建議以「行政處分」為之。至承貸銀行對貸款條件有決定餘地之貸款類型，則無法避免分別存在公法與私法二階段之法律關係，而有雙階理論之適用。

(三) 信用保證之行為形式：不可避免為三角關係之雙階段法律關係，於第一階段關係中，由行政機關對於以行政處分同意為申請人民貸款債務之保證，第二階段則由行政機關與貸款之金融機構締結保證契約，惟機關之保證亦得以行政處分或行政契約為公法上之承諾。

#### 陸、程序、實質合法性及義務履行手段之控制

對於行政行為合法性之討論，必需兼顧程序合法性，程序合法性強調事前正當法律程序之踐行，倘能確實踐行事前程序，當能降低人民事後救濟興訟之機率。本文認為經濟補助至少應踐行之事前程式包括：審查基準之設定與公布、強化資訊提供與行政指導應用、給與參加競爭者表示意見之機會、以及公正作為義務等。

此外，補助金給予決定之廢棄，須考量信賴保護原則。受給者未履行行政義務，行政機關請求返還所受領之給付，倘原補助金給



予係以行政處分作成者，多數學者認為應直接以行政處分命其返還；補助金給予決定係以行政契約形式作成者，行政機關請求返還公法上不當得利之途徑，除行政契約約定自願接受執行外，應向法院提起給付訴訟，待取得勝訴判決，始得以為執行名義。

### 柒、事後救濟方式以達到人民權利救濟為首要

學說藉由「二階段說」，擴大大行政處分之概念，嘗試將其導入行政訴訟範疇，由此，卻造成同一行為訴訟途徑分歧，以及前後階段區分及關係不明等缺點。本文認為，由於經濟補助契約均涉及公資源之分配暨達成產業政策目標之公益目的，除於融資貸款關係中，金融機構對於貸款案准駁或貸款條件具有決定餘地，於二階段關係中，必然分別存在公法及私法的法律關係，而應將補助契約劃歸為私法契約外，其餘補助類型之契約宜定性為公法契約，避免同一補助行為，前後階段適用不同救濟途徑之困擾。

本文另主張在經濟補助兩階段關係下，前階段之甄審決定不因後階段契約簽訂而消滅，以利競爭者得就該甄審決定提起撤銷訴訟，消滅契約效力，獲得有效權利救濟。

此外，國家介入經濟以實現特定經濟政策時，可能損害到競爭者之競爭自由權利。然而，競爭自由所保障者，為人民享有在市場上「參與公平競爭之自由」，而非「免於競爭之自由」。當國家投入足以影響或干預人民彼此間自然競爭狀態之外部因素，導致競爭扭曲時，將可能構成侵害競爭自由，而請求排除國家之侵害措施。

## 參考文獻：

### 一、中文資料：

#### (一) 專書 (按著、譯者姓氏順序)：

- 1、H. Maurer 著，高家偉譯，《行政法學總論》，(台北：元照)，2002年9月。
- 2、大橋洋一著，呂豔濱譯，《行政法學的結構性變革》，(北京：中國人民大學出版社)，2009年2月。
- 3、王穆衡、陳其華、張世龍、陳一平，〈產業創新條例相關議題之研析〉，(台北：交通部運輸研究所)，2011年5月。
- 4、台灣行政法學會主編，《行政契約與新行政法》，(台北：台灣行政法學會)，2002年10月。
- 5、米九恆治著，洪英、王丹紅、凌維慈譯，田思源、王貴松校，《私人行政-法的統制的比較研究》，(北京：中國人民大學出版社)，2010年4月。
- 6、吳庚，《行政法之理論與實用》，(台北：自版)，2008年2月，增訂10版2刷。
- 7、吳庚，《行政爭訟法論》，(台北：自版)，2008年9月，4版2刷。
- 8、吳庚，《憲法的解釋與適用》，(台北：自版)，2004年6月，3版。
- 9、林紀東，《中華民國憲法釋論》，1993年3月。
- 10、法治斌、董保城，《憲法新論》，(台北：元照)，2008年9月，3版3刷。
- 11、翁岳生教授祝壽論文編輯委員會主編，《當代公法新論(中)－翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，(台北：元照)，2002年7月。
- 12、翁岳生編，《行政法(下)》，(台北：元照)，2006年10月3版1刷。

- 13、翁岳生編，《行政法（上）》，（台北：元照），2006年10月3版1刷。
- 14、翁岳生編，《行政訴訟法逐條釋義》，（台北：五南圖書），2003年5月。
- 15、許宗力，《法與國家權力（一）》，（台北：元照），2006年8月。
- 16、塩野宏著，楊建順譯，《行政法總論》，（北京：北京大學），2008年11月。
- 17、沈政雄，《社會保障給付之行政法學分析：給付行政法論之再開發》，（台北：元照），2011年04月初版。
- 18、陳敏，《行政法總論》，（台北：自版），2007年10月，5版。
- 19、陳新民，《中華民國憲法釋論》，（台北：自版），2001年修正4版。
- 20、陳維曾，《法律與經濟奇蹟的締造—戰後台灣經濟發展與經貿法律體系互動之考察》，（台北：元照），2000年7月。
- 21、陳櫻琴，《經濟法理論與新趨勢》，（台北：翰蘆圖書），2000年9月增訂版。
- 22、湯德宗，《行政程序法論》，（台北：元照），2003年10月2版1刷。
- 23、程明修，《行政法之行為與法律關係理論》，（台北：新學林），2006年9月，2版。
- 24、楊建順主編，《比較行政法—給付行政的法原理及實證性研究》，（中國人民大學），2008年12月。
- 25、謝榮堂，《社會法治國基本問題與權利救濟》，（台北：元照），2008年11月
- 26、許育典，基本權功能建構作為大法官解釋的類型—以教育相關基本權為例，《憲法解釋之理論與實務》第七輯，（台北：中央研

究院法律研究所籌備處 專書(13))，2010年12月，頁394至頁395。

- 27、董保城，《法治與權利救濟》，(台北：自版)，2006年4月。
- 28、廖義男，《企業與經濟法》，(台北：自版)，1980年4月。
- 29、廖義男教授祝壽論文集編輯委員會編輯，《新世紀經濟法制之建構與挑戰-廖義男教授六秩誕祝壽論文集》，(台北：元照)，2002年9月，初版。
- 30、劉宗德，《行政法基本原理》，(台北：學林文化)，2000年12月初版2刷。
- 31、劉宗德，《制度設計型行政法學》，(台北：元照)，2009年5月。
- 32、劉建宏，《基本人權保障與行政救濟途徑》，(台北：元照)，2007年9月，初版1刷。
- 33、劉鑫楨，《論裁量處分與不確定法律概念》，(台北：五南圖書)，2005年11月，2版1刷。
- 34、劉大和，文化創意產業理論探討，文化與文化创意產業，魔豆創意出版社，2005年
- 35、蔡志方，《行政法三十六講》，(台南：成大法學)，1997年10月增訂版
- 36、蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，《行政程序法實用》，(台北：學林文化)，2001年10月，2版。
- 37、賴恆盈，《行政法關係論之研究-行政法學方法論評析》，(台北：元照)，2003年1月，初版1刷。
- 38、張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏，《經濟學理論與實際》(下冊)，(台北：翰蘆)，1995年3版。

(二) 專書論文：

- 1、李建良，〈從憲法觀點論軍公教優惠存款的存廢問題〉，收錄於氏者《憲法理論與實踐》，(台北：新學林)，2004年1月。
- 2、林明昕，〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，收錄於氏著《公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構》，(台北：元照)，2006年9月。
- 3、林明鏘，〈全民健保特約醫事問題之研究〉，收錄於氏者《行政契約法研究》，(台北：翰蘆圖書)，2006年4月。
- 4、林明鏘，〈德國行政補助政策及其制度—兼論我國行政補助政策與制度—〉，收錄於鄭麗嬌主編《中西社會福利政策與制度》，(台北：中央研究院歐美研究所)，1995年。
- 5、林明鏘〈論基本國策〉，收錄於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編輯《現代國家與憲法，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，(台北：元照)，1997年3月。
- 6、林明鏘，〈論型式化之行政行為與非型式化之行政行為〉，收錄於翁岳生教授祝壽論文編輯委員彙編《當代公法新論—翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集》，(台北：元照)，1993年5月。
- 7、徐筱菁，〈國家干預經濟活動之憲法基礎與界限〉，收錄於劉孔中，施俊吉主編，《管制革新》，(台北：中央研究院中山人文社會科學研究所)，2001年4月。
- 8、張錕盛，〈行政行為體系〉，收錄於Eberhard Schmidt-Aßmann 著，林明鏘、陳英鈺、孫迺翊、陳耀祥、許春鎮、張錕盛、張桐銳譯《行政法總論作為秩序理念—行政法體系建構的基礎與任務》，(台北：元照)，2009年10月。
- 9、許育典，〈基本權功能建構作為大法官解釋的類型化—以教育相關基本權為例〉，收錄於黃舒芄主編，《憲法解釋之理論與實務》第

- 七輯，(台北：中央研究院法律學研究所籌備處)，2010年12月。
- 10、許宗力，〈論規制私法的行政處分—以公行政對私法行為的核准為中心〉，收錄於氏著，《憲法與法治國行政》，(台北：元照)，2007年1月，2版。
- 11、許宗力，〈論法律保留原則〉，收錄於氏著《法與國家權力(一)》，(台北：元照)，2006年08月一版。
- 12、陳淑芳，〈文化憲法〉，收錄於蘇永欽主編《部門憲法》，(台北：元照)，2006年1月。
- 13、陳櫻琴，〈補助金之法律問題〉，收錄於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究》，(台北：五南圖書)，2000年12月。
- 14、湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，收錄於湯德宗、廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第五輯，(台北：中央研究院法律學研究所籌備處)，2007年3月。
- 15、程明修，〈行政法上之意思表示法律行為與行政處分〉，收錄於台灣行政法學會主編，《損失補償、行政程序法》，(台北：台灣行政法學會)，2005年7月。
- 16、葉俊榮，〈從救濟管道到管制脈絡—論行政處分與行政契約的交錯與併存爭議〉，收錄於王必芳主編，《2008行政管制與行政爭訟》，(台北：中央研究院法律學研究所籌備處)，2009年11月。
- 17、葛克昌，〈一般法律原則與行政法實務〉，收錄於台灣行政法學會主編，《損失補償、行政程序法》，(台北：台灣行政法學會)，2005年7月。
- 18、董保城，〈應考試權與實質正當程序之保障—釋字第三一九號解釋再省思〉，收錄於氏著，《法治與權利救濟》，(台北：自版)，2006年4月。

- 19、詹鎮榮，〈行政合作法之建制與開展——以民間參與公共建設為中心〉，收錄於台灣行政法學會主編《行政契約之法理·各國行政法學發展方向，台灣行政法學會研討會論文集(2009)》，2009年7月。
- 20、詹鎮榮，〈論經濟行政法上之競爭者訴訟〉，收錄於《經濟行政法制實務研討會論文集》，經濟部貿易調查委員會主辦，2011年9月。
- 21、盛子龍，〈第4條—撤銷訴訟〉，收錄於翁岳生主編《行政訴訟法逐條釋義》，台北：五南，2002年11月初版1版。
- 22、劉宗德，〈日本行政調查制度之研究〉，收錄於氏者，《行政法基本原理》，(台北：學林文化)，1998年8月。
- 23、劉宗德，〈台灣地區行政法律關係之適用法〉，收錄於氏者，《行政法基本原理》，(台北：學林文化)，1998年8月。
- 24、劉宗德，〈行政裁量之司法審查〉，收錄於氏者，《行政法基本原理》，(台北：學林文化)，1998年8月。
- 25、劉宗德，〈建立完整的行政救濟法制〉，收錄於氏者，《行政法基本原理》，(台北：學林文化)，1998年8月。
- 26、蘇永欽，〈經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範——從昔日德國的爭議來看今日台灣的回應之道〉，蘇永欽主編《新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，(台北：元照)，2002年9月。

(三) 期刊論文：

- 1、上野裕也著，吳國禎譯，〈產業政策的任務與界限〉，刊載於《臺灣經濟研究月刊》第8卷第5期，1985年5月。
- 2、江嘉琪，〈行政契約關係中之競爭者權利保護〉，刊載於《輔仁法

- 學》第 37 期，2009 年 6 月。
- 3、江嘉琪，〈論行政契約自願接受執行之約定〉，刊載於《中原財經法學》第 12 期，2004 年 6 月。
  - 4、李建良，〈行政契約與私法契約區分的新思維-從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起〉，刊載於《月旦法學雜誌》第 157 期，2008 年 6 月。
  - 5、李建良，〈論基本權利之程序功能與程序基本權-德國理論的借鑑與反思--〉，刊載於《憲政時代》第 29 卷第 4 期，2004 年 4 月。
  - 6、李建良，〈公法上權利的概念、理論與運用〉，刊載於《月旦法學教室》，第 99 期，2011 年 1 月。
  - 7、李惠宗，〈行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查-兼評台北高等行政法院九四年訴字第七五二號(ETC)判決〉，刊載於《台灣本土法學》第 82 期，2006 年 5 月。
  - 8、沈政雄，〈給付行政之理論發展與行政法學課題〉，刊載於《憲政時代》第 32 卷第 2 期，2006 年 10 月。
  - 9、沈政雄，〈資金交付過程之行為形式-德、日學說及實務之比較--〉，刊載於《植根雜誌》第 14 卷第 12 期，1998 年 12 月。
  - 10、林文斌、吳慶烜，〈2009，文化政策與文化支出：文化產業化經濟？述的反思〉，刊載於《嘉南藥?科技大學文化事業學術研討會?文集》，2009 年。
  - 11、林明鏘，〈促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》，第 82 期，2006 年 5 月。
  - 12、張敏玲，〈國家補助在歐體競爭法上之規範〉，刊載於《公平交易季刊》第 8 卷第 3 期，2000 年 7 月。
  - 13、張錕盛，〈行政行為之法律形式在補貼法上的地位〉，刊載於《月



旦法學雜誌》第 75 期，2001 年 8 月。

- 14、張錕盛，〈行政法學另一種典範之期待：行政法律關係理論〉，刊載於《月旦法學雜誌》第 121 期，2005 年 6 月。
- 15、盛子龍，〈撤銷訴訟之訴訟權能〉，刊載於《中原財經法學》第 7 期，2001 年 12 月。
- 16、郭介恆，〈行政訴訟之當事人適格—兼論 訴訟(願)無實益〉，刊載於《臺北大學法學論叢》第 50 期，2002 年 6 月。
- 17、陳英鈞，〈行政法院作為行政程序的守護神—評台北高等行政法院對 ETC 案裁判〉，收錄於《月旦法學雜誌》，第 132 期，2006 年 5 月。
- 18、陳春生，〈給付行政〉，刊載於《月旦法學教室》第 4 期，2003 年 2 月。
- 19、陳櫻琴、程明修合著，〈經濟法研究之新趨勢—簡介史托伯教授一九九八年版「經濟行政法」〉，刊載於《月旦法學雜誌》第 67 期，2000 年 12 月。
- 20、程明修，〈公私協力契約相對人之選任爭議—以最高行政法院九十五年判字第一二三九號判決(ETC 案)之若干爭點為中心〉，刊載於《月旦法學雜誌》第 138 期，2006 年 11 月。
- 21、程明修，〈羅夫·史托伯 (Rolf Stober) 著：經濟行政法總論與經濟行政法各論—德國經濟行政法總論之發展〉，刊載於《視野—德國敏斯特大學台灣學人季刊》第 2 期，1999 年。
- 22、黃銘傑，〈中小企業保護與競爭政策—憲法增修「中小企業保障條款」的問題提起—〉，刊載於《國立臺灣大學法學論叢》第 27 卷第 3 期，1998 年 4 月。
- 23、詹鎮榮，〈公經濟法：第一講，公經濟法之概念、體系與新趨勢〉，

- 刊載於《月旦法學教室》第75期，2009年1月。
- 24、詹鎮榮，〈公經濟法：第二講，經濟憲法〉，刊載於《月旦法學教室》第80期，2009年5月。
- 25、詹鎮榮，〈給付行政之法律保留密度再思考-以軍公教退休人員優惠存款為例〉，刊載於《月旦法學雜誌》第157期，2008年6月。
- 26、詹鎮榮，〈憲法基本原則：第五講，社會國原則-起源、內涵及規範效力〉，刊載於《月旦法學教室》第41期，2006年3月。
- 27、詹鎮榮，〈憲法基本原則：第六講，社會國原則-責任主體、類型及界限〉，刊載於《月旦法學教室》第42期，2006年4月。
- 28、詹鎮榮，〈競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障-評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決〉，刊載於《月旦法學雜誌》第138期，2006年11月。
- 29、廖義男，〈經濟法之發展與展望〉，刊載於《月旦法學雜誌》第100期，2003年9月。
- 30、廖義男，〈從法學上論經濟補助之概念-經濟補助之法律問題研究(一)〉，刊載於《台大法學叢刊》，第6卷第2期，1977年6月。
- 31、廖義男，〈經濟補助之主要類型及輔助行為之法基礎—經濟補助之法律問題研究〉(二)，《台大法學叢刊》，第7卷第1期，1977年12月。
- 32、劉宗德，〈試論日本之行政指導〉，刊載於《政大法學評論》，第40期，1989年。
- 33、劉宗德，〈行政處分之附款〉，2009年12月29日於國家通訊傳播委員會講座之講義。
- 34、劉建宏，〈行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑〉，刊載於《台灣本土法學》第64期，2004年11月。

- 35、劉新圓，〈什麼是文化創意產業？〉，刊載於《財團法人國家政策研究基金會國政研究報告》，2009年5月13日教文(研)098-005號(<http://www.npf.org.tw/post/2/5867>)。
- 36、蔡英文，〈我國加入GATT與產業政策法律的修改〉，刊載於《月旦法學雜誌》試刊號，1995年3月。
- 37、蔡秀卿，〈論個別行政領域行政程序法制之意義與課題—以社會福利行政程序法制為檢討對象〉，刊載於《法政學報》，第8期，1997年8月。
- 38、蔡進良，〈給付行政之法的規制—試評大法官釋字第四二八號解釋〉，刊載於《憲政時代》第24卷第1期，1998年7月。
- 39、蕭文生，〈平等原則與國家經濟補助措施〉，刊載於《月旦法學雜誌》第172期，2009年9月。
- 40、蕭文生，〈國科會獎勵、補助專題研究計畫決定與法律保留原則—評最高行政法98判字第103號判決〉，刊載於《法令月刊》第61卷3期，2010年3月。
- 41、陳錦誠，〈文化資源與藝文補助政策〉，國立臺北藝術大學文化資源研究講座講義，2009年12月14日。
- (四) 研討會論文、委託研究計畫報告：
- 1、中華經濟研究院，〈健全中小企業發展之租稅環境〉，經濟部中小企業處96年度委託研究計畫，2007年12月。
  - 2、行政院國家科學委員會委託研究報告，林明昕主持，〈論行政訴訟上之訴訟參加〉，2008年7月。
  - 3、程明修，〈論形式之行政處分—兼評台北高等行政法院94年訴字第3073號裁定〉，刊載於《第七屆行政法實務與理論學術研究會會議論文集》，2007年11月10日。

- 4、姜瑞貞，〈政府資金協助產業發展之探討-以文化創意產業為例〉，行政院經濟建設委員會自行研究報告，2011年10月28日。
- 5、財團法人台灣經濟研究院，〈藝文政策間接補助機制規劃之研究〉，行政院研究發展考核委員會委託研究報告，100年4月。
- 6、雷文政、黃舒芃，〈社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討〉，行政院研究發展及考核委員會委託研究計畫，2005年11月。
- 7、湯德宗，〈行政立法程序之研究〉，收錄於《行政程序法之研究》，行政院經濟建設委員會健全經社法規工作小組委託計畫，國立台灣大學法律學研究所執行，翁岳生教授計畫主持，1990年。

(五) 學位論文：

- 1、何崇民，〈中小企業補助金法制化之研究〉，國立中正大學財經法律研究所碩士論文，2005年2月。
- 2、沈政雄，〈現代給付行政之行為形式與法律關係—以社會保障給付為中心—〉，國立政治大學法律學系博士論文，2008年7月。
- 3、沈政雄，〈資金交付行政之法統制〉，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1998年6月。
- 4、林俊廷，〈社會福利行政之裁量統制-以受給權保護為中心〉，政治大學法律研究所碩士論文，1998年6月。
- 5、林德宗，〈銀行輔導中小企業融資之研究—以華南銀行為例〉，靜宜大學管理碩士在職專班碩士論文，2010年7月。
- 6、周泰維，〈文化國家與文化政策之租稅優惠〉，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2007年7月。
- 7、林瑀蓁，〈論藝術補助之組織與程序—以財團法人國家文化藝術基金會為例—〉，國立台北教育大學文教法律研究所碩士論文，2009

年2月。

- 8、洪淳琦，〈從多元文化觀點論文化藝術之補助—以台北市文化局之組織檢證為例〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2005年7月。
- 9、張淑華，〈給付行政與行政職能〉，國立台北大學法學研究所碩士論文，2000年。
- 10、劉玉珠，〈政府補助團體與私人之規範面研究〉，國立臺灣大學政治學研究所碩士論文，2010年。
- 11、劉曉蓉，〈文化產業發展成為文化創意產業之特性研究〉，未出版之碩士論文，中山大學公共事務管理研究所，2005年。
- 12、戴天鵬，〈我國經濟補助制度之研究〉，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2006年7月。

## 二、外文資料：

UNESCO，《Cultural Industries》，  
([http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi25\\_culturalindustries\\_en.pdf](http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi25_culturalindustries_en.pdf))

## 三、新聞資料：

- (一) 劉美仔，〈千萬補助音樂出版背後—體檢新聞局的產業思考〉，破週報，復刊669期，2011年5月12日。
- (二) 行政院新聞局新聞稿，〈有關「旗艦型流行音樂製作與整合行銷補助案」〉，行政院新聞局全球資訊網，100年6月5日  
(<http://info.gio.gov.tw/ct.asp?xItem=90489&ctNode=4595&mp=1>)。
- (三) 行政院經濟建設委員會新聞稿，〈韓國文化創意產業發展策略〉，2010年11月8日

(<http://www.cepd.gov.tw/ml.aspx?sNo=0014511>)。

(四) 中央社新聞，〈賴聲川：政府忽略文化到不可思議地步〉，2008年2月16日。

(五) 中國時報，〈林懷民：政府文化投資少到可笑〉，2008年2月13日 A4 版。

(六)

#### 四、網路資料：

(一) 中小企業信用保證基金(<http://www.smeg.org.tw/>)

(二) 立法院—法律系統 (<http://lis.ly.gov.tw/lgci/lglaw>)。

(三) 司法院大法官

(<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>)。

(四) 司法院法學資料檢索系統

(<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>)。

(五) 行政院訴願案件查詢

(<http://www.ey.gov.tw/np.asp?ctNode=1094&mp=1>)。

(六) 行政院新聞局全球資訊網

(<http://info.gio.gov.tw/mp.asp?mp=1>)。

(七) 行政院文化建設委員會

(<http://www.cca.gov.tw/main.do?method=find&checkIn=1>)

(八) 經濟部訴願審議委員會(<http://2k3dmz2.moea.gov.tw/aaweb/>)

(九) 經濟部工業局(<http://www.moeaidb.gov.tw/>)

(十) 文化部文化統計資料庫站 (<http://cscp.tier.org.tw/CSDB5020.aspx>)。

(十一) 文化部文化創意產業推動服務網

(<http://cci.culture.tw/cci/cci/index.php>)