

行政给付研究

柳砚涛 著

主编 谢晖
陈金钊

gong fa yan jiu
公法研究

山东人民出版社

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可

厚非。但不无遗憾者，两者皆以误读公法为能事，终致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄

冰,但相继成长之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持

之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖
序于公元 2002 年 11 月 10 日

《公法研究》总序	谢晖(1)
引 言	(1)
第一章	
一般理论	(5)
1.1 行政给付的概念和特征	(5)
1.2 行政给付的性质	(33)
1.3 行政给付的功能	(44)
1.4 行政给付的存在形态	(53)
1.5 不同行政模式下的行政给付	(67)
第二章	
行政给付权利论	(88)
2.1 行政给付的权利基础	(88)
2.2 行政给付中行政权力权利化	(132)
2.3 行政给付中行政职权职责化	(153)
2.4 行政给付相对人的权利	(160)
2.5 行政给付相关人的权利	(181)
第三章	
行政给付义务论	(188)
3.1 行政给付义务的内涵与属性	(189)
3.2 行政给付领域不同义务主体的关系法则	(195)
3.3 行政给付义务内容	(203)

第四章 行政给付行为论 (236)

4.1 行政给付中行政主体的行为 (236)

4.2 行政给付中的相对人行为 (302)

第五章 行政给付法治论 (333)

5.1 行政给付依据 (333)

5.2 行政给付与信赖保护原则 (373)

5.3 行政给付与比例原则 (394)

5.4 行政给付程序法治化 (410)

第六章 我国行政给付实证分析 (454)

6.1 我国行政给付法律制度现状 (454)

6.2 完善我国行政给付法律制度 (458)

结 语 (468)

参考文献 (470)

后 记 (475)

引言

国家的终极目的是什么？贴近和弘扬权利、福利、幸福等一切善的理念的国家模式如何？理性的行政模式又当如何？围绕此类问题，不同时期的文人学者提出了各自不同的理念和学说。从国家放任主义到国家干涉主义，从最小国家、最弱国家到积极国家、福利国家甚至全面国家，从保护型国家到生产型国家，从国家高于个人到个人高于国家，从秩序行政、规制行政、干预行政到给付行政、服务行政、福利行政，从古典自由主义思潮影响下的“防范国家的权利”到现代积极人权理念下的“通过国家的权利”和“向国家要求的权利”，国家和行政在模式和目标取向上曾经经历了曲折而漫长的演变和优化过程。尽管目前不少学者仍然对福利国家和给付行政模式存有异议，但不容否认的是，权利、福利和人类幸福已成为一切社会存在的终极目的，是人类社会发展的永恒主题。

政府应当如何适应给付行政模式的要求？如何贴近权利、福利和人类幸福？答案不拘一格。例如，价值取向上应从传统机制中的秩序、公益、效率等，转变为权利、服务、公平等；行政方式上应从传统体制中的命令与管理，转变为执法与服务；行政权力走向上应从传统机制中的集权、专权甚至极权，转变为还权、放权、分权、减权、限权、弱权；行政范式上应从传统机制中的国家行政拓展为公共行政；等等。其中，有两个重要的转变不容忽视：一是将权利作为所有行政法律制度的终极价值取向，这又意

意味着一些具体而细致的工作。例如,在行政给付等特定行政领域提升权利的层次,将传统机制中的生存权提升为受益权;构建行政法领域的公权利制度,使相对人公权利真正成为“向国家要求的权利”;以法确认基本权利、公法权利和行政行为的“第三者效力”,使权利人同时可以防范来自国家和同为公权利主体的第三人的侵害。二是在行政职能中强化授益和服务理念,如强化行政给付、行政奖励、行政计划等积极行政和服务行政功能。

给付行政模式下的行政给付不再是国家与政府对人民的恩赐,而是人民基于社会契约理论、公权利理论和服务政府理念所享有的权利。由于人的需要层次的不断演进,行政给付的权利基础应从传统理论中的极穷的生存权和物质帮助权提升为普遍的生存权和受益权,生存权和受益权也从传统机制中的“防范国家的权利”或“针对国家的权利”转变为“通过国家的权利”或“向国家要求的权利”。这种提升和转变同时带来了两个根本性的变化:一是权利要求力的不断增强;二是政府积极义务范围的不断拓展。

给付行政模式的构建和行政给付制度与行为体系的完善,必须以极具先进性的行政给付理论为前提。在国外,尤其是大陆法系国家,给付行政理论是行政法学理论和公权利理论的重要组成部分。许多国家已形成一整套较为完善的给付行政理论和制度体系,包括行政供给、行政保障、行政资助等。各项制度体系内部都有可资借鉴的东西,如行政供给领域的民营化、行政保障领域的社会化问题等。

与国外给付行政理论和制度的完整性和先进性相比,我国行政给付理论和制度体系明显滞后。从制度实践看,不足之处主要有:第一,价值取向扭曲。目前行政给付制度的价值取向主

要是稳定和秩序,权利还没有真正成为行政给付制度的根本价值取向。第二,功能扭曲。行政给付职能仍被局限于行政救助和行政物质帮助层面,克减了政府义务和人民的权利。第三,法律机制不完善。我国目前的行政给付经常被归入社会保障范畴,不仅借社会化的名义将政府义务推诿给社会,而且使本应属于行政法的行政给付规范大量地淹没在社会法领域,甚至直接演变成社会法规范。第四,制度配套不足。例如,目前尽管有行政救助、行政扶持等制度存在,但因缺乏必要的资金筹集与调配机制,使行政给付制度失去了物质保障。从制度理论看,不足之处主要有:第一,地位得不到提升。行政给付理论在我国行政法学理论中不占据重要地位,与已经体系化了的行政处罚、行政强制等消极行政行为理论相比,行政给付行为理论少得可怜,且极不完善,与给付行政模式下授益行政行为的重要地位极不相称。第二,理论基础欠缺。目前我国行政法学理论体系缺乏公权利理论和服务行政理论,使行政给付缺少了起码的理论基础。第三,研究视野狭窄。我国目前行政法学理论中的行政给付仅限于行政行为层面,而非制度层面;仅限于帮助和救助意义,而非全方位给付;仅限于物质权益给付,而非为满足权利需要的全面给付。第四,法治理论欠缺。目前的行政给付理论仅限于列举已有实证法规定的给付对象和给付方式,缺少行政给付法治化问题研究,不能为行政给付的法律规制提供起码的理论依据。

与世界范围内福利国家、给付行政模式和目标相适应,为确保我国政府职能的先进性和政府的服务性,必须加紧构建极具先进性的行政给付理论体系,并着重解决下述问题:第一,将行政给付从物质帮助和行政救助层面拓展至与给付行政相适应的层面;第二,合理设计行政给付的基本理论问题,如行政给付的功能、性质、存在形态等;第三,将行政给付的权利基础从极穷的

生存权和物质帮助权,拓展至普遍的生存权和受益权;第四,确认并拓展授益行政行为领域权力弱化和平等型行政法律关系生成所带来的权力权利化趋势;第五,完善行政给付相对人和相关人权利体系;第六,合理配置行政给付义务;第七,构建行政给付中行政主体行为和相对人行为体系;第八,科学合理地设计行政给付法治化进程,包括行政给付与法律保留原则的关系、行政给付设定的法律规制、行政给付程序法治化等。



第一章 一般理论

1.1 行政给付的概念和特征

一、行政给付的称谓及其法律意义

目前学术界大都在以下几种意义上研究行政给付:给付行政、行政救助、行政物质帮助、行政扶持、行政发放、行政服务等。不同称谓代表不同的给付范围和给付义务。即使使用同一称谓,不同学者对同一概念界定的范围也不尽相同。

在不同意义和层面上研究行政给付,具有不同的法律意义:第一,导致理论架构和法律机制上的差异。国外大多数学者倾向于从行政模式角度研究行政给付,因而,公法学理论中均将给付行政作为重要命题。我国大多数学者习惯于从制度和行为角度研究行政给付。研究角度不同会带来理论架构和法律机制上的重大差异。如果从行政模式角度研究行政给付,那么,行政给付的标的十分广泛,给付的方式手段多样,国家与政府的给付义务多且繁杂,政府职能受法律规制的程度较低。如果从行为角度研究行政给付,那么,行政给付的手段一般仅限于行政给付行为,给付标的大多局限于物质权益或者与物质有关的权益,克减了政府义务和受益人权利。第二,导致国家与政府给付义务范

围上的差异。行政给付主要涉及国家与政府义务,行政给付的称谓与范围的确定直接影响着国家与政府的义务范围。易言之,关于国家与政府义务范围的认识也影响着行政给付的涵义、范围的界定和称谓的使用。具体说来,如果将行政给付定位于行政救助层面,则国家与政府的义务范围极其狭窄,仅限于特殊情况下对特殊人群的救助;如果将行政给付定位于与给付行政相对应的层面,则可以最大限度地拓展国家与政府的给付义务范围,使行政给付成为针对平常人的日常行政事务。第三,导致行政给付领域公民权利性质和种类上的差异。行政给付对于公民而言意味着权利,受益人因行政给付而取得什么性质的哪些种类的权利,与行政给付的称谓与范围界定之间存在必然联系。就国家与政府控制生育和废除死刑而言,生命权也属于行政给付的权利范畴。从实证角度看,目前已有学者将“人身保护”列入了行政救助的范围;^①就第二代人权而言,因行政给付所得的权利主要属于社会、经济和文化权利范畴,行政给付的权利基础已由生存权演变为受益权。第四,导致给付对象或受益人差异。从给付行政角度言,所有公民或者组织,在某些领域还包括外国人,均能成为行政给付对象;而“救助”或“帮助”意义上行政给付的对象相对狭窄些,仅指发生生存障碍的特定公民或者组织。同时,仅从语义上理解,“救助”和“帮助”的对象也有细微差异:“救助”对象主要是紧急情况下需要“救援”的人或组织,而“帮助”的对象相对平常些。第五,导致行政给付标的差异。给付行政意义上的行政给付标的极其广泛,几乎涵盖积极国家、福利国家和服务行政所应为公众提供的所有东西,包括财产、安全、福利、精神慰藉等;“行政物质帮助”意义上行政给付的标的仅

① 参见周佑勇:《行政法原论》,中国方正出版社2000年6月版,第248页。

限于物质权益或者与物质相关的权益;“行政救助”意义上的行政给付标的处于“给付行政”与“行政物质帮助”之间,超出“物质帮助”进而包括安全、抚慰等,但又不像给付行政那样广泛。

笔者倾向于采用“行政给付”的称谓。理由是:第一,给付行政是一种行政模式,如果将行政给付定位于该层面,必将导致下述情形出现:与我国现行理论和实证法规定在行为和制度双重意义上研究和规制行政给付极不相称;混淆了行为、制度、模式之间的关系;模式法治与行为法治不同,行政法治的目的主要在于行为法治,如果采用“给付行政”的称谓,将会破坏行政法学体系与行政法治进程已有的协调一致。第二,“行政救助”的称谓本身就存在矛盾。按学界阐释,救助包括“救援”和“帮助”或者“拯救”和“援助”。^①从语法上说,要么“救”与“助”并列,从而导致语法和逻辑上匪夷所思;要么“救”修饰“助”,从而缩小“助”的范围和功能。从法律意义上说,“救助”必将减少国家与政府义务,抹煞现代积极国家理念下服务行政的精神,有悖于现代行政法以加大政府义务来达到控权、平权的价值取向。第三,“行政物质帮助”的称谓显然是将国家与政府义务局限于物质方面,抹煞了公权力在安全、精神等方面的义务。即使其包含“与物质有关的权益”,一则从联系与发展的角度说,这一权益范围本身就难以界定,因而不能用来界定法律行为的涵义以及与该行为相关联的权利义务范围;^②二则持该观点的学者所列的不少权益,如对于被救助对象在就业、上学、交通、医疗等社会

^① 参见中国社会科学院研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1978年12月版,第678页。

^② 例如,有学者从公安法与经济的些许联系出发,认为公安法属于经济行政法,因公安法的扶危济困原则起着收容法的作用。参见[德]罗尔夫·斯特博:《德国经济行政法》,苏颖霞、陈少康译,中国政法大学出版社1999年7月版,第19页。

生活方面给予优先安排或照顾,很难说是与物质有关的权益。第四,行政服务一般被理解为行政机关为了促进社会公共福利、推动经济发展、维护社会治安秩序和保护社会弱者而依法向公民、法人或者其他组织提供的各种服务,它所突出的是一种现代行政理念,强调现代政府的服务精神,具有观念性强、内涵难以把握、方式复杂多变等基本特点。按学者所言:“行政行为在本质上是一种为相对人或者公众提供服务的执法行为。”其内容和目的都是服务,就连行政处罚行为也是为了给公众提供一个良好的社会秩序的服务行为。巴拉克在福斯多夫“生存照顾”理论的基础上进一步指出,行政行为的唯一内涵就是服务。“行政法使行政与个人或团体产生了一种‘指导与服务性’的法律关系,来保障个人的福祉。依社会法治国的理念,行政必须提供满足个人生活所必需的‘引导’及‘服务’行为。”^①据此,以行政服务来界定政府的行政给付行为,在内涵和外延上均难以把握。第五,行政发放可以解释为行政机关作出的所有具有发放外形的行为,由它作为行政给付行为的代名词,有下述不妥之处:固定了行为方式,忽略了行政给付方式的多样性;发放标的具有局限性,疏漏了应有的给付标的;具有太强的描述性,而行政给付作为一个法律概念是可以和应当被定义的;克减了政府义务;等等。第六,行政扶持是“行政机关为了平衡经济的整体均衡发展,依据有关对一定地区和产业倾斜的政策,向符合条件的企业经济组织在税收、进出口特许、资金投入等方面提供一定的便利或优惠,以促进他们发展的一种具体行政行为。”^②行政扶持与行政给付在对象的特定性与具体性、行为的授益性等方

① 参见叶必丰:《行政法的人文精神》,北京大学出版社2005年1月版,第144~145页。

② 方世荣:《论具体行政行为》,武汉大学出版社1996年4月版,第216页。值得注意的是,行政扶持是作为“市场经济下的几种重要具体行政行为”来论述的,而且,作者明确表述:

面有相同点。在德国,给付行政是指保证公民个人基本生存需要,促进个人发展和社会经济发展的行政职能。例如,给予失业者生活救济,给濒临倒闭的企业以补贴和扶持,其中就包括行政扶持的意蕴。但是,行政扶持与行政给付在依据的法定性抑或政策性、给付方式上属于赋予权益抑或免除义务等方面存在差异。可见,行政扶持不能作为行政给付的代名词,只能是行政给付的一种方式。

综上,采用行政给付的称谓主要基于下述考虑:与给付行政理念与模式紧密相连;便于融入行政法学理论体系和构建行政行为理论体系;有利于促进政府行为法治化进程;避免因“行政物质帮助”的定位导致行政给付标的上的遗漏;规避由“行政救助”的定位所带来的政府义务的克减;防止在理论研究上将政府的给付义务局限在狭小的范围之内,进而成为学界的失职和遗憾。

二、行政给付的内涵

1. 相关观点概括与简评

(1)将行政给付等同于给付行政。给付行政源于德国公法学者福斯多夫提出的“生存照顾”(Daseinsverantwortung)理论,他将给付行政界定为“服务于生活考虑的活动”。^①在日本,不少学者对行政作了分类:南博方先生从目的和内容角度将行政分

(接上页注文)“行政扶持的目的是为了全局经济发展的需要,此目的使行政扶持与行政救助行为区别开来。”也有学者认为行政扶持与行政救助在性质和构成要件方面存在交叉与相同之处。参见周佑勇:《行政法原论》,中国方正出版社2000年6月版,第248页。

① 参见林莉红、孔繁华:《行政给付研究》,载《路珈法论坛》(第2卷),武汉大学出版社2002年6月版,第47页。

为秩序行政、整备(保护)行政和给付行政三种类型;^①和田英夫先生将现代行政作用分为规制—侵害行政和给付助长行政;室井力先生将行政分为积极行政与消极行政,给付行政属于积极行政的组成部分。^②无论作何分类,日本学者大都认为,给付行政以保障生活、增进公共福利为目的,是典型的福利国家或积极国家的行政模式。在法国,学者将行政活动分为三种:作为国家镇压职能具体表现形式的警察活动;属于国家发展文化和福利职能的公共服务行政;以鼓励和调动私人从事公益事业为目的的援助私人公益事业活动。^③给付行政在后两类行政活动中占有相当大的比例。域外关于给付行政的发展和现状表明:给付行政的范围正在急剧拓展,包括通过授益性活动而直接促进社会成员利益的所有公行政活动,因而其含义、方式与范围均具有不确定性,也难以在理论上驾驭;给付行政是以行政权能为内核的,现代行政法尽管也规范行政权及其职能,但主要规范行政权的分配和行政权能的存在形态,对于行政权能的目的及其实现途径和过程,法律极少也难以作出详细具体的规定;给付行政与法律的结合主要集中在给付行为法治化问题上,至于给付行政作为一种模式或一类活动在以往极少具有法律上的意义,难怪日本学者高田敏将“生存考虑”和给付行政两个概念均视为“无法律意义的概念”;^④给付行政始终作为一种行政理念、行政模式或者一类行政活动而存在,一般不被当做一种法律行为,正是这一点导致部分学者得出结论:“给付行政是行政主体为实现

① [日]南博方:《日本行政法》,杨建顺、周作彩译,中国人民大学出版社1988年8月版,第23页。

② [日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年1月版,第11~13页。

③ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年5月版,第459页。

④ 参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年11月版,第329、328页。