

青年学术丛书·法律

YOUTH ACADEMIC SERIES-LAW



行政给付制度研究

喻少如 著

 人民出版社

青年学术丛书·法律

YOUTH ACADEMIC SERIES-LAW

行政给付制度研究

喻少如 著



人民文学出版社

组稿编辑:王青林

责任编辑:李椒元

装帧设计:肖 辉

责任校对:夏明朗

图书在版编目(CIP)数据

行政给付制度研究/喻少如著. -北京:人民出版社,2011.8

ISBN 978-7-01-010016-6

I. ①行… II. ①喻… III. ①行政管理-研究-中国 IV. ①D63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 131046 号

行政给付制度研究

XINGZHENG GEIFU ZHIDU YANJIU

喻少如 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京世纪雨田印刷有限公司印刷 新华书店经销

2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月北京第 1 次印刷

开本:700 毫米×1000 毫米 1/16 印张:20

字数:300 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-010016-6 定价:36.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

序

登高望远、饮流思源，乃悠久的中华文化赋予国人思考问题的大历史观。以此揆诸新中国六十多年的发展轨迹，政府的角色行为与政府所追求之价值目标有着密切的勾连。毛泽东时代，借由革命推翻旧政权所形成的摧枯拉朽的路径依赖，以及万众拥戴凝聚的巨大力量，于是一如所有其他通过“大革命”产生的新政权一样，其对政府目标有了“敢叫日月换新天”式的浪漫主义定位。政府的行为没有任何畛域限制，乃至人们的内心都会以“灵魂革命”之名去触及，但这样的全能政府由于种种主客观的局限，注定要遭遇重大挫折。邓小平时代在对十年文革深刻反思的基础上，首先在经济领域让政府行为退避三舍，先是放任后是主动谋求市场经济规律在社会主义体制下的试验，最后则干脆确立了市场经济体制的宪法地位，政府有限的观念也随之伴生。但由于对市场经济的外部性以及其它负面效应缺乏深刻认知，在教育、医疗、住房等诸多社会公共领域政府也完全退守，甚至根本缺位，政府有限演变成政府无为，由此而造成了贫富悬殊、社会弱势群体生存堪忧、政府权威流失等一系列不良后果。当下的执政党和政府提出并践行的“和谐社会”、“科学发展观”，既是对过去中国发展道路偏差的修正，也是对社会主义制度下政府价值目标、功能定位的应有回归。在上述背景下，宪法学之社会性权利和行政法之给付行政——我国行政法一般称为行政给付——的研究，便有了广阔的空间；而给付行政的法律制度，正是社会性宪法权利在行政法领域内的体现。由是观之，喻少如博士有关行政给付问题的研究，并非仅仅是理论上受欧风美雨浸染之结果，实则是时代深刻变化之客观需求。

喻少如这本《行政给付制度研究》，其实与写作计划有着很大的不同。作为一种法律视角上的制度研究，一般会特别关注行政给付的设定、各种行政给付组织的相应权限、行政给付与政府财政手段之间的关系、行政给付行为和立法行为的衔接、行政给付的内部立法和内部指令，以及不同的给付行为的法律制度之间（如经济领域的补贴和出口退税制度与社会救济领域的医疗保障制度之间）的基本异同，等等，至于行政给付的基本功能、具体的行政给付行为的实施和救济，只会是行政给付制度研究的一个小部分。但问题是对所有这些值得特别关注的问题的研究，都有赖于更基础性的知识性内容的澄清，如行政给付的概念和范围、行政给付对于整个行政权力和对于传统行政法的基本影响，以及由此而来的传统行政法原则的基本含义，这些最基础性的知识，全都是中国行政法现在还没有完全解决的问题。所以，这本书还只能从最基本的层面开始着手，而来不及详细地阐释行政给付的制度性内容。作者在试图提出任何的新观念和体系的时候，必须花大段大段的篇幅来进行澄清，澄清那些基本的法律概念的流变和正确的用法。这可能是现阶段做严肃的行政法律制度研究必然会出现的遗憾。

但这种遗憾并不会使喻少如的这本著作的分量稍减。由于作者采取广义的行政给付的概念，即将行政给付理解为包括行政供给、行政保障和行政资助在内的所有的行政活动，作者对行政给付制度的反思，就涉及基本的行政活动方式的变迁的把握，涉及整个的行政法理论的最基本的知识的清洗。作者在这种反思过程中，几乎搜罗了所有相关的中文资料——包括国内大陆行政法理论、台湾地区的行政法学和国外行政法学的译著——对于相关问题的讨论，这不但使本书具有相当的资料性意义，更重要的是使得文章的结论非常的坚实，使得作者由此提出的建设性建议，具有非常高的可信度。书中这方面的例子，几乎不胜枚举。

比方对于行政给付概念的界定。作者一开始就交代国外行政法只有给付行政、而无行政给付的概念，而给付行政代表的是一种行政权力模式的转型，即行政权力从古典自由主义范式中的守夜人角色、向全面干预市

场经济和承担对所有公民的生活照顾责任的家长式角色的转变之后的新特征,但我国行政法学的主流观念,是将行政给付对应于给付行政,却又将行政给付作为一种与行政许可、行政奖励、行政征收相并列的具体的单方行政处理行为。作者进一步介绍说,日本行政法学一般将给付行政分为供给行政、社会保障行政和资助行政三类,这种分类很明显的是基于行政活动的范围而非行政活动本身的性质,这与国内行政法学将行政给付理解为一种具有特定法律性质的活动或者说一种行政活动的特定法律手段的做法,明显不同。根据本书所叙述的知识,读者可以很简明地推断,意欲在给付行政的框架中归纳出一个单一的行政活动的类型,无疑是一种缘木求鱼和天方夜谭:比方说供给行政很大程度上意指公物公产方面的行政事务,而公物公产的管理方式无疑包括抽象的行政立法和行政的具体活动,而具体的行政活动则包括行政许可、行政登记诸种单方行政法律手段,以及行政合同和行政事实行为乃至民事法律行为等方式。因此,供给行政只可能是一个学理上的概念而根本不可能成为一种独立的行政行为方式。通过对行政给付概念的梳理,作者就明白如画地向读者展示了主流行政法学对于行政处理行为的分类、特别是对于行政机构给付行为的实质性法律特征的把握上的谬误,并由此对中国行政法学所特有的概念和观念抱持一种值得赞赏的警惕性态度。

再比如作者对于法律保留原则的介绍,这可能是国内目前为止揭示了法律保留原则的实质性内容的最为全面和精当的介绍。法律保留原则是德国行政法理论中的最重要的行政法原则,是迈耶的法治三原则(法律的规范创造力原则、法律优先原则、法律保留原则)中的灵魂,随着德国行政法理论的引入也成为我国行政法理论的第一原则,但国内公法学界却大多不追求法律保留原则的政治基础,行政法学的主流观念则简单地将法律保留原则对应于《立法法》第八条的立法保留,即立法机构不得就特定事项作出立法授权,这使得国内行政法学中讲述的法律保留原则与迈耶意义上的法律保留原则——任何的行政法律行为必须有法律上的依据——形成明显的反差。作者对法律保留原则的介绍主要仰赖的是历

史分析的方法。在历史渊源上,迈耶强调法律保留原则是为着限制当时代非常强盛的、不受人民主权原则约束的君主权力,法律保留原则的最基本的证成理由在于人权原则及人民主权原则。迈耶试图以对应于一般权力关系的特别权力关系概念来限缩君主权力。但随着自为的君主权力的观念的破灭,行政权本身在摆脱民主赤字的先天性不足的同时,也失去了在特殊事项上免于司法审查的特权,特别权力关系的概念由此受到根本性的冲击。这样,与特别权力关系概念相对应的法律保留原则,就需要有新的证成理由。现代公法学给出的这个新的证成理由是权力分立与制衡的观念,即立法机构必须对行政机构的权力运行发挥牵制作用。作者对于法律保留原则的历史流变的介绍,揭示了法律保留原则在很大程度上是与特定的政治体制相连的,而这正构成有些研究者认为法律保留原则不过是特定的地方性知识、和我则曾认为严格的法律保留原则与我国这样的反对权力分立的宪政体制相冲突的原因。事实上,以国家机构之间的权力分立与制衡为证成理由的法律保留原则,因为权力的分立和制衡只具有功能的价值而不具有目的性意义,就必然会是权宜的、在范围和程度上都是有限的,并使得法律保留原则——立法机构对行政事务的全面决定权——在很大程度上演变为国会保留(立法保留),也使得法律保留原则失去了在过往行政法理论中的举足轻重的地位。作者对于法律保留原则的介绍,确实简洁而精到,并能给予读者以政治学、法学和管理学等诸多相关学科方面的启迪。

我相信,任何认认真真阅读这本书的人,都会有不菲的收获。

与同类行政法著作相比,少如的这本书,显示出难得的厚实和丰富。文如其人,丰富和厚实也正是少如最大的性格特点。其为人谦和敦厚,稳重如秋日大山,做文章注重细节和扎实度,虽然看上去未必光彩夺目,却最是回味悠长。少如的这种性格和文风,大致与他个人的成长经历有关。少如出身寒微,未成年即开始背负沉重的家庭负担,求学与工作又是一路辗转坎坷,这使得少如能够看透人生起伏,也使少如有着比同代人更纯正

的学术上的追求。现在少如已经摆脱了物质匮乏的状态,在学术圈中开始崭露头角。在他的第一本专著面世之际,特向他表示祝贺,并希望他能够宠辱不惊,为中国的公法建设继续做切实的贡献。

是为序。

秦前红^①

2011年5月4日

^① 武汉大学法学院教授,法学博士,博士生导师,兼任中国法学会宪法研究会常务理事、湖北省法学会常务理事、武汉市人大常委会委员、湖北省地方立法研究会常务副会长、湖北省政府首席行政复议专家等职务。2006年香港大学访问学者。中国人民大学、深圳大学、新疆大学等高校兼职教授。

中 文 摘 要

行政给付是一种重要的行政行为制度,是现代服务行政的重要体现。建构科学的行政给付理论,明确国家的给付责任和义务,夯实公民宪法上的社会权以及行政法上的受益权基础,确立适当的行政给付程序和完善的监督救济机制,对于切实推进民生行政,具有重要的理论和实践意义。本书从厘定行政给付概念入手,以权利义务关系视角为中心,因袭传统的“主体——行为——程序——监督与救济”的逻辑思路,运用公法学理论工具,着重对我国行政给付制度的本体功能、价值基础、实践运行等问题进行了初步的探讨,并提出若干完善建议。全文除引言外,共分五大部分。

引言主要交代了选题缘起,对行政给付有关国内外研究文献进行了简要综述,并对本书拟采用的研究方法及研究思路作出说明。

第一部分主要是行政给付的概念界定、功能分析和历史发展走向探讨。目前行政给付概念有狭义的行政救助和广义的给付行政之分,本书采用了广义行政给付概念,并对行政给付与相关概念进行了辨析。行政给付在给付主体、给付对象、给付形式以及启动程序表现出若干形式上特点,其实质上特点可概括为以生存照顾为主要目的、以财产给付为主要内容以及以非强制手段为主要方式的授益行政行为。行政给付主要具有克服贫困、消除社会排斥的社会性功能,分配利益促进发展的经济性功能,维护稳定重建合法性的政治性功能,维护社会公平正义的法制性功能等四大功能。这些功能在行政给付的历史发展中各有侧重。通过对英国济贫法传统和德国社会保险法传统等历史分析,指出从秩序行政向给付行

政,并从直接给付行政转向间接给付行政的历史规律,我国也面临行政给付制度的转型。

第二部分着重分析行政给付的宪法基础。作为行政给付制度而言,其要点无非就是公民受益权和政府行政给付权力的合法化。本书认为,社会权是行政给付的权利基础,而行政法上的受益权则是具体的受领权利。为防止宪法上的社会权“空洞化”,政府负有尊重义务、保护义务和给付义务。国家义务体系的建立有助于公民社会权的保障和行政给付制度的完善。

第三部分探讨行政给付的基本原则。行政给付分为供给行政、社会保障行政和资助行政等广泛领域,原则可以对行政给付立法、执法和司法起到指引、统帅以及补充的作用。本书认为支配行政给付的原则包括社会国家原则、法治主义原则、国家辅助性原则、平等原则、信赖保护、公开公平原则,其中法治原则又包括法律优先和法律保留原则,而法律保留原则和辅助性原则对于我国行政给付制度具有特别重要的意义,故成为本章研究的重点。

第四部分讨论行政给付程序建构问题。基于正当行政程序,行政给付在程序设计上,应以申请人为本位,既能兼顾尊严和公平,又能实现行政效率,重视建立行政主体与给付相对人合作型行政。根据美国福利行政等领域的“灵活的正当程序”和德国社会给付行政程序等域外经验,我国应以《行政程序法》的制定为契机,完善行政给付的调查、听证等程序,建构“具有人性的行政”。

第五部分研究行政给付的监督和救济机制。文章首先对英国社会保障上诉裁判所制度和日本的市町村监督专员制度进行了梳理,发现两大法系有许多类似或相近的监督与救济制度,对我国颇有参考借鉴意义。针对我国行政给付制度的监督和纠纷解决制度现状,笔者认为,在监督理念上重视预防为先,在监督程序上贯彻公开原则,在监督手段上强化民众参与,目前的监督体系还大有作为。现阶段应改造信访制度和行政复议制度,重视行政机关在解决纠纷机制中的作用,为相对人提供简单快捷且

成本低廉的救济程序。在行政给付诉讼制度方面,实现行政诉讼类型化,完善我国的行政给付之诉。

关键词:行政给付 社会权 国家义务 给付原则 行政给付程序 行政给付救济

Abstract

Administrative supply is an important administrative act system and a crucial manifestation of modern services administration. Its theoretical and practical significances on the promotion of the livelihood of the executive lie in constructing a scientific theory of administrative supply, identifying responsibilities and obligations of the State's payments, laying the sound foundation for constitutional social rights and the administrative benefit right in administrative law, establishing appropriate administrative procedures and effective supervised relief mechanism. Starting with the definitions of administrative supply, focusing on the rights and obligations between the government and its citizens, inheriting the traditional logic of thinking: subject – behavior – procedures – monitoring and relief, and using theory of public law, this paper explores the essential functions of China's administrative supply, its value bases and applications. Then, a couple of suggestions are given on how to improve China's administrative supply. In addition to the introduction, the paper falls into five parts.

In introduction section, the reasons why the topic is chosen are illustrated. Meanwhile, a brief overview of the research literature at home and abroad is given and the research methods adopted in this article as well as the research ideas are elaborated.

The first part mainly discusses the definitions of administrative supply, its functions and the trend of its historical development. The concept of ad-

ministrative supply can be understood either in its narrow sense or its broad sense, with the former refers to the administrative assistance and the latter is the general administration of the supply. This paper adopts the broad meaning and analyzes the administrative supply and its related concepts. As far as the administrative supply is concerned, it can be characterized by its payment subject, payment object, payment forms and procedures. Its essence, a beneficial administrative act, is manifested with survival and care as its primary purpose, property payment as its main content and non-mandatory measures as its main mode. Moreover, the functions of administrative supply are illustrated as follows: elimination of poverty and social exclusion as its social function, benefit distribution to facilitate development as its economic function, maintaining stability and reconstruction of legitimacy as its political function and maintenance of social fairness and justice as its legal function. The historical development of administrative supply sees the various focuses on the four functions. Based on the above discussion and analysis on the British Poor Law tradition and the German social insurance Law tradition, this paper points out the historical patterns concerning the transformation from discipline administration to supply or benefit administration, from direct to indirect administrative supply. Likewise, China also faces such a system transformation.

The second part focuses on the analysis of the constitutional basis for administrative supply. As an administrative payment system, it aims at the legalization of citizens' beneficial interest and government administration payment. This paper argues that social rights are the bases of administrative supply while the beneficial interest of administrative law is a specific right. To avoid the hollowness of a constitutional social right, the government is supposed to respect, protect and execute obligations. Therefore, the establishment of the state obligation system will contribute a lot to the security

of citizens' social rights and improvement of administrative supply.

The third part explores the basic principles of administrative supply which is composed of supply administration, social security administration, subsidy administration and so on. The principles, serving as guidelines and complements to legislation, execution and jurisdiction of administrative supply, include social state principle, the legalism principle, state subsidiary principle, equality principle, trust protection principle and openness and fairness principles. The legalism principle consists of law superiority and law reservation. In particular, the principle of law reservation and subsidiary principle have profound influence on China's administrative supply system. Hence, they become the focus of this chapter.

The fourth part studies the procedure construction for administrative supply. Based on the proper administrative procedures, administrative supply is supposed to be applicant-oriented, which can keep a balance between dignity and fairness and be efficient executively, and can help reestablish the cooperative administration between the administrative subject and the administrative counterpart. The Flexible Due Process in American welfare administration and German social supply procedure provide rich experience, and China is supposed to take advantage of the legislation of Administrative Procedure Act, to improve the procedures of investigation and hearing pertaining to administrative supply system, and construct a humanized administration.

The fifth part investigates the supervision and assistance mechanisms of administrative supply. To start with, this article compares the British social security appeal tribunal system and Japan's Municipalities Ombudsman system and finds that there are many similarities in terms of supervision and relief systems, which may be learnt by China. In view of China's current supervision and dispute resolution systems concerning administrative supply,

some suggestions are provided. First and foremost, precaution should be put first in terms of supervision concept. The principle of openness should be carried out in terms of monitoring procedure, and public participation awareness should be reinforced in terms of supervision means. Only in this way can the current supervision system work efficiently. Secondly, it is the time that the letters-and-calls system and the administrative reconsideration system be bettered, and more attention should be paid to the executive's role in dispute settlement mechanisms in order to provide a relatively simple, quick and cost-effective relief procedure. In addition to this, the realization of categorization of administrative litigation is helpful to improve China's litigation system.

Key words: Administrative benefit; Social rights; National duties; Principles of administrative supply; Administrative procedure; Legal remedy for administrative benefit action

目 录

中文摘要	(1)
Abstract	(4)
 导 论	 (1)
一、选题背景	(1)
二、研究现状	(6)
三、研究视角与方法	(12)
四、研究意义与创新设想	(18)
第一章 制度变迁中的行政给付	(21)
第一节 行政给付的界定	(21)
一、行政给付的涵义	(21)
二、行政给付的性质和特征	(30)
三、行政给付与相关范畴的比较	(38)
第二节 行政给付的基本功能	(40)
一、行政给付的社会性功能:反贫困和消除社会排斥 ...	(40)
二、行政给付的经济性功能:利益分配和促进经济 发展	(44)
三、行政给付的政治性功能:维护社会稳定和重建 合法性	(46)
四、行政给付的法治性功能:维系社会公平与正义	(48)
第三节 行政给付的制度类型及其发展变迁	(52)

2 行政给付制度研究

一、行政给付的制度类型及其分类	(52)
二、行政给付制度的历史与发展	(58)
三、我国行政给付的历史、现状与发展趋势	(68)
第二章 行政给付的宪法基础	(76)
第一节 行政给付的权利基础	(76)
一、问题的提出	(76)
二、行政给付相对人的宪法权利——社会权	(77)
三、行政给付相对人的法律权利——行政受益权	(91)
第二节 行政给付中的国家义务	(97)
一、行政给付领域国家义务的内涵与特点	(97)
二、国家义务的正当性之论证	(101)
三、行政给付领域国家义务的层次体系	(104)
四、我国行政给付领域国家义务的状况略论	(113)
第三章 行政给付的基本原则	(117)
第一节 支配行政给付的若干法律原则	(117)
一、行政给付基本原则的确立	(117)
二、行政给付基本原则的初步展开	(119)
第二节 行政给付中的国家辅助性原则	(125)
一、辅助性原则的缘起与嬗变	(126)
二、辅助性原则的宪政价值	(128)
三、辅助性原则在行政给付中的运用	(131)
四、辅助性原则与我国行政给付制度的完善	(136)
第三节 行政给付中法律保留原则的适用	(139)
一、法律保留原则的基本内涵及其历史变迁	(139)
二、法律保留原则在行政给付领域的适用	(144)
三、法律保留原则与我国行政给付的法治化	(151)
第四章 行政给付的正当程序	(159)
第一节 行政给付正当程序解析	(159)