

中国人民大学宪政与行政法治研究中心
比较行政法研究所系列丛书

比较行政法

——给付行政的法原理及
实证性研究

The Comparative Administrative Law
—The Legal Principles of Leistende
Verwaltung and Demonstrational Research

主编 杨建顺

中国人民大学宪政与行政法治研究中心

● 比较行政法研究所系列丛书 ●

比较行政法

——给付行政的法原理及
实证性研究

主编 杨建顺

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究/杨建顺主编.

北京: 中国人民大学出版社, 2009

(中国人民大学宪政与行政法治研究中心比较行政法研究所系列丛书)

ISBN 978-7-300-10162-0

I. 比…

II. 杨…

III. 行政法-比较法学-文集

IV. D912.101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 204612 号

中国人民大学宪政与行政法治研究中心比较行政法研究所系列丛书

比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究

主 编 杨建顺

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北涿州星河印刷有限公司

规 格 170 mm×240 mm 16 开本

版 次 2008 年 12 月第 1 版

印 张 23 插页 2

印 次 2008 年 12 月第 1 次印刷

字 数 434 000

定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

所长寄语（代序）

给付行政与民生拓展

中国改革开放近 30 年来，取得了举世瞩目的经济发展，形成了中国“近代以来最长的繁荣期”，被许多专家称为中国模式，也令许多发达国家惊叹不已，甚至出现了欧美许多国家排斥中国货、担忧其地位被“中国制造”所取代而焦躁不安、蠢蠢欲动，与其所一贯主张、标榜的全球化理念极不相称的不和谐现象。这些现象都从某种程度上反证了中国改革开放的成功，表明沉睡已久的东方雄狮已经开始觉醒，表明中国在世界经济发展中已经确立了举足轻重的地位。另一方面，中国改革开放 30 年来，在许多领域或者方面也的确存在或者出现了一系列问题，甚至是严重的问题。例如，在快速发展经济的同时，出现了国民收入低水平下的“流动性过剩”，社会贫富不均，两极分化严重，甚至出现了“二次分配”的逆向调节，尤其是中国的房地产领域的制度安排和适用过程，被公认为“当今中国城市最大的不和谐因素”。在民生领域，不仅有被公众称为“新三座大山”的高房价、上学难和看病贵这三大难题，而且还出现了失业者增加、就业压力加大等棘手问题。^①

新一届中央领导上任伊始，就看到了这些问题的危险性及严峻性，提出了“以人为本，执政为民”的执政理念，在强调“以人为本”、“发展是硬道理”的同时，将“逐步实现社会公平与正义，极大地激发全社会的创造活力和促进社会和谐”作为和“发展”同样重要的执政党的“两大历史任务”。伴随着改革开放的不断推进，“以人为本”的执政导向逐步从理论和思想层面全面走向具体的操作层面。而让人们期待已久、关系民众切身利益的大事，则是公共财政让公众分享的具体措施和落实。中国目前正用更多的精力关注和改善民生。“全面把握我国发展的新要求 and 人民群众的新期待，认真总结我们党治国理政的实践经验，科学制定适应时代要求和人民愿望的行动纲领和大政方针，从新的历史起点出发，带领人民继续全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化，完成时代赋予的崇高使命”^②，这应当是中共高层对十七大的基本要求，也是现代国家

^① 参见刘越山：《大政方针关切民生，努力满足人民期待，专家：十七大料为“民生盛宴”》，载《香港文汇报》，2007-09-11，A4 版。

^② 胡锦涛于 2007 年 6 月 25 日在中央党校的重要讲话。

关注民生、重视民生、保障民生和改善民生的基本出发点，是贯彻落实科学发展观的核心内容。

胡锦涛总书记在党的第十七次全国代表大会的报告中专门就“加快推进以改善民生为重点的社会建设”展开论述，系统而深刻地揭示了以改善民生为重点的社会建设的目标——“社会建设与人民幸福安康息息相关。必须在经济发展的基础上，更加注重社会建设，着力保障和改善民生，推进社会体制改革，扩大公共服务，完善社会管理，促进社会公平正义，努力使全体人民学有所教、劳有所得、病有所医、老有所养、住有所居，推动建设和谐社会。”^①

想民众之所想，急民众之所急，忧民众之所忧，“权为民所用，情为民所系，利为民所谋”。响亮的口号萦绕耳畔，建设小康社会乃至和谐社会的目标已经确定，而十七大所提出的民生蓝图，更是令人欣喜无比、激动万分！

但是，仅有“努力”的义务还不够，还需要从法规范的层面确立国家对国民的给付义务和国民接受给付的权利；另外，还必须充分认识到，过分强调扩张国家对国民的给付义务和国民接受给付的权利之主张，则难免会遇到给付主体的给付能力之界限，难免会遇到受给主体的自助自立精神和能力如何培育和拓展的难题，也难免会遇到如何调适给付行政（Leistungsverwaltung, leistende Verwaltung）的拓展和税收等财源确保给国民增加相应负担之间的矛盾的课程。在这层意义上，我认为，建构科学的给付行政理论，基于现代国家统治原理，明确国家的给付责任和义务以及国民接受给付的权利和界限，对于切实地推进和拓展民生行政，具有重要的理论意义和实践指导价值。在这方面，发达国家在其历史发展过程中形成的给付行政理论和制度建设经验具有重要的借鉴意义。

比较行政法研究所正是基于这样一种崇高的使命，确定了其第二届年会的议题，于2007年10月13日在北京召开了给付行政法学术研讨会，对中外给付行政的法原理和制度建设经验等进行比较研究。《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》，就是对此次研讨会收到的论文及会外投稿进行筛选及整合汇编而成的。

本书汇集了我有关给付行政的比较行政法研究的最新成果，对给付行政的概念界定、分类、功能，给付行政的历史源流、基本内容、基本范畴、基本原理等进行了深入的探讨，研究范围涵盖了德国、日本等大陆法系国家和地区及英国、美国等普通法系国家，并且，对我国给付行政法制度进行了系统梳理和实证研究。在对西方发达国家给付行政理论和制度进行比较法研究的基础上，

^① 胡锦涛：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗——在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告》，第八部分。

结合中国的国情，探讨实现“改善民生”这一国家和社会目标的路径和方法，为将给付行政和民生拓展相结合的行政法学研究提供了丰富的研究素材，提示了诸多可供选择的探索视角和路径，构筑起基本的给付行政法体系，不仅有助于中国行政法学研究厘清自身的疆域，充分发挥其应有的作用，而且对于中国解决民生问题，推动和谐社会的构建，都具有重要的意义。

完善给付行政，推动民生发展，这不仅需要劳动法和社会保障法的视角，而且更需要行政法的视角。给付行政的广泛性和复杂性，以及其对税收等财源的依赖性，决定了构筑相关制度、机制和理论具有很大的困难性，因而也就决定了充分活用比较行政法视角的必要性和重要性。本书不是我们对给付行政研究的终结，而是我们研究给付行政的一个阶段性成果，或者说是我们研究给付行政的一个开端。给付行政既是一个过程（a process），又是一种状态（a state of affairs），需要通过若干“阶段性目标”，逐步实现民生这一“最终目标”。就最终目标而言，阶段性目标是“过程”；就每个阶段性目标而言，所需要的艰苦的努力也表现为不平坦的“过程”；而针对国家和社会的发展而言，“最终目标”亦将不断地转换为“阶段性目标”，成为实现新的“最终目标”的里程碑式的“过程”。

本书正是这种过程之中的一个开端。我们将继续关注并致力于给付行政的理论研究和制度建构的探索，坚持不懈，持之以恒，以期不断地收获可喜的成果，拓展无限的可能性。

杨建顺

中国人民大学宪政与行政法治研究中心

比较行政法研究所所长

2008年9月15日

目 录

给付行政法原理

论给付行政的法原理及实现手段	杨建顺	3
给付行政下行政给付范围的扩张	田思源 张洪宇	54
行政给付的“法化”与“法治化”	刘 艺	65
风险社会中的给付行政与法治	金自宁	74
行政给付受领权的权利性		
——以社会保障行政为例	王丹红	84
论给付行政的界限	许 兵	94
福尔斯托霍夫给付行政理论的反民主倾向及其批判	张步峰	103
法律保留原则在我国给付行政领域的实践及意蕴		
——以我国城市居民最低生活保障制度为分析对象	赵银翠	112
论支配给付行政的若干法原则		
——以人权保障为视角	刘亚凡	124
给付行政中的国家辅助性原则	杨晚香	136

给付行政的诸领域

给付行政中的警察权力	于立深	155
日本住宅政策管窥		
——从居住权保障角度的序论性考察	王天华	179
从国有财产到社会公共财产		
——中国未来社会福利制度改革的重要内容	肖泽晟	191
论公物的公共目的性		
——兼从公物法理思考物权法	王贵松	199

公营住宅受给权的性质

——以日本为例 凌维慈 210

论国家助学贷款制度的完善 栾志红 223

农地征收中的财产和福利 傅蔚冈 232

美国社会保障行政中的行政法官 高秦伟 251

名著精译

福利改革之后正当程序保护的重要性:

纽约市的故事 [美] Randal S. Jeffrey 著 宋华琳 卢超译 277

社会福利中的裁量:

法治的不安定地位 [美] Joel F. Handler 著 胡敏洁译 314

福利“权”、法律与

裁量 [英] 理查德·M·蒂特马斯著 刘琳译 329

社会保障改革的宪政论

进路 [美] Thomas J. Dilorenzo 著 卢超译 345

附录

《比较行政法》文丛及约稿函 359

给付行政法原理

论给付行政的法原理及实现手段

杨建顺*

目次

引言

一、给付行政与给付行政法

- (一) 给付行政论产生和发展的背景
- (二) 福尔斯托霍夫的给付行政论
- (三) 给付行政的概念、分类及地位
- (四) 给付行政的指导理念
- (五) 给付行政法的架构

二、给付行政的法原理

- (一) 社会国家的原理
- (二) 法治主义的原理
- (三) 基本权拘束的原则
- (四) 补充性的原则——给付行政向支援行政的倾斜
- (五) 禁止过剩给付的原则
- (六) 信赖保护的原则

三、实现给付行政法原理的手段保障

- (一) 行为形式
- (二) 给付关系
- (三) 供给行政
- (四) 社会保障行政
- (五) 资助行政

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师，日本国一桥大学法学博士，中国人民大学宪政与行政法治中心比较行政法所所长，中国法学会行政法学研究会副会长，北京市法学会行政法学研究会副会长。

(六) 给付行政中的规制强化与国民权利的实现

四、给付行政与民生拓展

(一) 民生常态的维持与改善

(二) 突发事件的妥善处理

(三) 公共服务设施和市政设施建设

(四) 医疗卫生保健体系的构筑

(五) 教育事业的优先发展

(六) 扩大就业和再就业战略

(七) 收入分配制度的健全与完善

(八) 良好的治安环境之确保

(九) 各级政府间的资源配置

(十) 项目研发的援护机制

五、代结语——给付行政法(学)的课题展望

引言

胡锦涛总书记在中共十七大报告中专门就“加快推进以改善民生为重点的社会建设”展开论述,系统而深刻地揭示了以改善民生为重点的社会建设的目标。建构科学的给付行政理论,基于现代国家统治原理,明确国家的给付责任和义务以及国民接受给付的权利和界限,对于切实地推进和拓展民生行政,具有重要的理论意义和实践指导价值。

本文通过对德国、日本等发达国家给付行政制度和理论的考察,阐述给付行政的法原理,并探讨其实现手段的科学构建,试图厘清给付主体对政策价值进行比较衡量和取舍选择的责任和义务,凸现国家优先推进实现国民生存权的给付行政之责任和义务,确认参与型行政理念对于实现“权为民所用,情为民所系,利为民所谋”之民生民主主义原理的重要意义,探索实现“使全体人民学有所教、劳有所得、病有所医、老有所养、住有所居”之民生蓝图的制度保障。

一、给付行政与给付行政法

(一) 给付行政论产生和发展的背景

建构给付行政论,可以有多重视角,既可以从福祉国家观的视角展开,亦可以从行政法体系论的视角切入,还可以从行政法学解释论的视角展开。行政法学上对给付行政的研究,一般比较强调多重视角和多重维度,不过,从行政

法学自身疆域明确化的角度考虑,基于各国宪法的相关规定展开具体制度和理论的探讨,则是人们较为普遍采行的研究方法。

国家所承担的公共行政的表现方式,往往随着时代的变迁以及各国的宪法构造的变迁而变化。例如,在19世纪后期的德国及日本的立宪君主制宪法之下,在国家行政活动中,占据中心地位的是权力性行政,主要包括维持公共秩序的治安行政以及维持公共秩序所必要的财政税务行政。众所周知,被称为近代行政法学鼻祖的奥特·玛雅(Otto Mayer),就是以权力性的侵害行政为中心来架构其行政法学体系的。当然,在奥特·玛雅的行政法学体系中也存在像公共企业之类的本来属于受益性的非权力行政,但是,此部分的内容也带有强烈的权力性色彩。^①日本也是一样,在第二次世界大战前美浓部达吉的日本行政法体系中,公共企业、公物中的“营造物”管理权,被架构为行政所固有的权力,视为特别权力关系的发生,也带有极强的权力性色彩。^②

第一次世界大战以降,由于资本主义经济的矛盾不断深化和普遍化,伴随着城市化现象的普及,出现了诸多不能由个人承担责任的理由,产生了依据市民自治原理、通过所谓自助自立精神,难以维持个人生存的局面。于是,个人的生存强烈地依存于作为国家公共行政的积极的生存考虑(Daseinsvorsorge)行政。这是给付行政论得以产生和发展的重要背景因素。

在德国,由国家对国民进行的生存考虑,在18世纪的所谓警察国家或者福祉国家时代已经在一定程度上出现了。不过,第一次世界大战之后,尤其是在资本主义经济社会的危机之际所进行的由国家对国民的生存考虑,与前世纪国家对国民的生存考虑相比,无论在质上还是在量上,其所具有的意义都是根本不同的。^③进而,从法的角度来看,现代各国由国家对国民进行的生存考虑,是以国民的社会权性质的基本权作为支撑的,在这一点上也与警察国家或者福祉国家时代不同。

伴随着具有如此新颖的公共性的行政的增大,从前以秩序维持的侵害性行政为中心而构筑的传统的行政法体系遇到了界限,其结果是,如何把握作为新型的公共行政的生存考虑之行政,逐步成为各国行政法学研究的重要课题。

(二) 福尔斯托霍夫的给付行政论

最初对生存考虑这个课题进行系统探讨的,是德国学者福尔斯托霍夫。^④

① 关于奥特·玛雅的行政法学,参见[日]盐野宏:《奥特·玛雅行政法学的构造》(行政法研究第1卷),日本,有斐阁,1962。

② 关于美浓部达吉的行政法学,参见[日]美浓部达吉:《日本行政法》(上卷),1936;《日本行政法》(下卷),1950;以及[日]奥平康弘:《行政权与经济》,373~374页,载《现代法》第7卷,1956。

③ Vgl. Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., 1967, S. 122.

④ Vgl. Ernst Forsthoef, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

在福尔斯托霍夫系统架构给付行政概念以前,已有人提出了给付行政的概念,如福莱纳的公共营造物论^①,耶黎奈克的单纯公权行政论(schlichte Hoheitsverwaltung)^②等。在日本,从前将国家对教育、文化、经济等的非权力性的积极干预解释为公企业、保育或者福祉行政,伴随着新的行政需要的急速增加,这些观念被认为并未确切地把握新的历史现象。^③1938年,福尔斯托霍夫在《作为给付主体的行政》一文中,将人口增加和城市化的结果所产生的人类与生活财货的分离以及基于由此而发生的个人的社会必要性的生活必需品的供给,定义为“互为补充”,将为了满足这种“互为补充”的要求而进行的考虑,称为“生活考虑”或者“生存考虑”(Daseinsvorsorge)^④,进而,作为这种生存考虑的现象,列举了如下几种形式:第一,工资和价格的正常关系的保障;第二,需求、生产以及交易的规制;第三,对被现代的大量生活方式所束缚的人提供生活上所必要的给付。不过,在该论文中,福尔斯托霍夫只是将第三种即生存考虑领域视为“作为给付主体的行政”。并且,此时所提出的生存考虑概念,在当时还未成为行政法上的概念,而只是行政学和社会学上的概念。但是,第二次世界大战以后,福尔斯托霍夫发展了给付行政的理论^⑤,与前述“互为补充”的社会学意义上的生存考虑概念相并列,提出了作为给付行政目的的生存考虑概念,将对国民进行的行政的全部给付活动纳入其中^⑥,为现代行政法学的展开提供了重要的素材。^⑦

伴随着现代国家中行政作用的拓展和社会权性质的基本权观念的普及,最初产生于德国,后来逐渐得以一般化的给付行政概念,已经成为现代德国、日本、中国台湾地区及其他国家和地区行政法学普遍认同并广泛使用的概念。

(三) 给付行政的概念、分类及地位

1. 给付行政的概念

① Vgl. Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 321 ff.

② Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, SS. 21-22.

③ 参见[日]今村成和:《行政法入门》(新版),55页,日本,有斐阁,1975。

④ Vgl. Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 4 ff.

⑤ Vgl. Ernst Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959. 关于福尔斯托霍夫的理论,参见[日]盐野宏:《奥特·玛雅行政法学的构造》,1962;[日]村上武则:《给付行政及其法形式》,载《法丛》第89卷第5号,53页以下,1961;[日]盐野宏:《介绍:埃尔斯特·福尔斯托霍夫〈给付行政的法律问题〉》,载盐野:《公法与私法》,291页以下;高田敏:《德国给付行政论的问题性》,载高田:《社会法治国的构成》,193页以下,1993。

⑥ 参见[日]村上武则:《给付行政及其法形式》,载《法丛》第89卷第5号,53~54页,1961。

⑦ 不过,福尔斯托霍夫认为,现代的给付行政概念属于行政学上的概念。Vgl. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 77.

在现代国家,行政大致可以分为规制行政和给付行政两种类型。^①虽然人们对将行政划分为规制行政和给付行政基本上没有异议,但是,对于规制行政和给付行政的范围界定,则依然存在分歧,往往是因国家的不同而不同,因发展阶段的不同而各异,也因论者的问题意识不同而呈现出极大的伸缩性。即使在给付行政比较发达的德国和日本等国家,关于给付行政的概念、范围和分类等,也存在不同的观点。日本行政法学中的给付行政论是从德国引进的,因而其概念的射程范围基本上与德国保持了一致。但是,在理解德国学界围绕给付行政的射程范围所展开的不同学说方面,则呈现出一定的差异性。^②

有人认为,所谓给付行政是指为了国民生活的可能性及改善,通过供给来直接促进其利益的追求之行政。^③但是,这种将其射程范围限定于“直接”性上的概念界定方式,在对现代国家的行政活动进行解释上往往难免会遇到困难。鉴于此,将给付行政置于和规制行政的对应关系上,以更为广泛的视角来架构其概念,在方法论上是比较有说服力的。

规制行政,是指行政机关等行政主体为了实现维持社会秩序、实现公共福祉等目的,而对私人的权利、自由进行限制的活动。与此相对,给付行政,是指行政机关等行政主体为了确保私人在生活和事业发展上的可能性,而对私人提供精神的或者物质的便利和利益的活动。^④

无论是规制行政,还是给付行政,都是以介入国民生活,并施以影响为目的的,在这一点上,两者是相通的。但是,前者以权力为基础,后者却是以经济力量为后盾的作用,在这一点上,两者存在着极大的差异。基于这种差异,在行政法学上形成了不同的法律保留论。^⑤

2. 给付行政的分类

关于给付行政的分类,往往由于人们对给付行政概念的理解不同而呈现出

① 当然,也存在不同的观点。例如,有人主张规制行政、给付行政和私经济行政的“三分说”。“所谓私经济行政,是指并非直接试图实现公共目的,而是为实现公共目的的准备性活动”。也有人使用与规制不同的“秩序行政”这个术语。参见〔日〕盐野宏著,杨建顺译:《行政法》,9页,北京,法律出版社,1999。还有人将行政作用三分为秩序行政作用、保护的行政作用和给付行政作用。参见〔日〕南博方著,杨建顺、周作彩译:《日本行政法》,23页以下,北京,中国人民大学出版社,1988;杨建顺:《日本行政法通论》,291页以下,北京,中国法制出版社,1998。

② 参见〔日〕高田敏:《德国式给付行政论的问题性——福祉与治安序说》,载《法社会学年报》第21号,74~75页,1969。

③ Vgl. H. -U. Erichsen und W. Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1981, S. 21; Wolf/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 3 I b 2.

④ 参见〔日〕今村成和:《行政法入门》(新版),50页,日本,有斐阁,1975;杨建顺:《规制行政与行政责任》,载《中国法学》,1996(2);〔日〕盐野宏著,杨建顺译:《行政法》,9页,北京,法律出版社,1999。

⑤ 参见杨建顺:《行政规制与权利保障》,103~113页,北京,中国人民大学出版社,2007。

差异性。有人主张给付行政包括供给行政、社会保障行政和资金助成行政。^①也有人认为,除了前述内容外,还应当将公物、公共营造物(公共设施)、公共企业、社会保险、公扶助、资金交付行政都纳入给付行政之中。^②

综观各种学说所主张的给付行政的形态,大致可以归纳为如下种类:社会保障等社会行政^③、公共设施及公企业等进行服务及财货提供的供给行政、资金补助行政等助成行政。^④

3. 给付行政的性质和地位

福尔斯托霍夫没有注意到生存考虑和社会权的关联性,德国学界也未曾认识到社会权的具体的权利性,除了一部分少数说之外,很少有人将给付行政和社会权联结起来进行讨论。与此相对,在现代日本,宪法学和行政法学界一般都承认了社会权在法的意义上的权利性。

给付行政,与从前的侵害行政相比较,有着根本不同的法性质。警察、公用负担、经济统制以及租税行政之类的侵害行政(Eingriffsverwaltung),本来就是只有国家才能实施的所谓本来的权力行政。与此相对,给付行政所包含的内容本来是可以由国民或者社会来运营的,只是有时也可以通过权力性手段来实施,但是,其在本质上仍属于非权力性的行政。并且,给付行政的特定目的性决定了其不同于单纯的一般授益行政,当然也不宜将所有行政都作为给付行政来把握。^⑤ 给付行政的公共行政性,使其与物资筹措等私经济行政区别开来。总之,给付行政基本上可以作为非权力性的行政或者非高权性的行政来把握。^⑥

在自由主义的法治国家观之下,侵害行政曾经成为行政法学的核心概念,尤其是在对依法律行政的原理进行法解释层面,侵害行政成为重要的解释基准性的概念。侵害行政,即侵害国民的自由、财产的行政,与根据宪法的个别条款进行的基本权的法律保留(Vorbehalt des Gesetzes, Gesetzesvorbehalt)的保障无关,即使在宪法上不存在法律保留的情况下,也必须服从作为依法律行

① 参见[日]成田赖明、南博方、园部逸夫编:《行政法讲义》(下卷),日本,青林书院新社,1975;[日]成田赖明、荒秀、南博方、近藤昭三、外间宽:《现代行政法》,日本,有斐阁,1968;[日]南博方著,杨建顺、周作彩译:《日本行政法》,北京,中国人民大学出版社,1988。

② 参见[日]山田幸男:《给付行政法的理论》,载《现代法》第4卷,28页,1966。

③ 值得注意的是,这里所说的“社会行政”是给付行政的一个重要组成部分,而不是给付行政的替代性概念。

④ 参见杨建顺:《日本行政法通论》,324~333页,北京,中国法制出版社,1998;[日]南博方著,杨建顺、周作彩译:《日本行政法》,29~30页,北京,中国人民大学出版社,1988。

⑤ Vgl. Erich Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht, in: Autorität und Freiheit, S. 717 (zuerst erschien im Wörterbuch des Deutschen Staats = und Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 3. Band, 1914); Erich Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL Heft 14, 1956, S. 108 ff.

⑥ 参见[日]成田赖明:《非权力行政的法律问题》,载《公法研究》第28号,137页以下,1946。

政原则的核心内容的“法律保留的原则”^①。

在社会国家的国民福祉理念之下，给付行政已经成为或者正在成为行政法学上的重要概念。但是，它与侵害行政注重自由保护的视角不同。福尔斯托霍夫指出，在作为法概念来确立给付行政理论之际，鉴于其本来的目的，给付行政中应当充分考虑分配参与（Teilhabe）的问题。^② 鉴于给付行政所具有的社会权性质的基本权的属性，强调“充分考虑分配参与”，道出了现代国家行政活动的民主性、参与性和可接受性的价值取向，更道出了民生拓展的基本方式和理念。

（四）给付行政的指导理念

长期以来，在德国和日本的公法学上，行政部门实施行政活动，推进国民福祉，一直被视为是理所当然的事情。然而，伴随着社会、经济和政治的发展，人们开始对行政法学理念进行反思和完善，从原理上对给付行政的理论基础展开探讨，便成了重要的课题。

“宪法消亡，行政法依然存在”（Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht）^③，这是众所周知的奥特·玛雅的名言。它意味着宪法对行政部门所推行的行政活动带来影响的情况是不存在的。然而，从根本上说，行政是国家意思的具体化，所谓国家意思，是指主权者的意思。因此，只要主权者的意思发生了变化，作为其执行的行政当然也要随之发生变化，绝不当也不可能停留在不加修正意义上的“依然存在”的状态。^④ 国民的意思只有以宪法所保障的人权为载体，由具有广泛的组织、管理能力和人力、物力、财力的行政部门来实现。

有人将国家能够进行立法和行政的根据求证于国家的权威，认为该权威的根据在于“优越的知识，或者能够更好地解决调整问题和犯人的抉择状况的能力”^⑤。进而，将人权理解为与国家的权威要求抗争的“王牌”。但是，不同时期的权力（利）构成是不同的，往往是随着时代的变迁而发展变化。人们遵从国家的立法和行政的第一根据，的确来自于国家所具有的权威；然而，在国民主权体制之下，国家要求国民服从的内容必须与确保人权的理念相一致。

福尔斯托霍夫对现实展开的行政进行研究，发现了与以往的侵害行政完全不同的理念所支配的行政类型，将其命名为给付行政，进而，作为支配该给付

① [日] 村上武则：《法律保留与给付行政》，载《广大政经论丛》第2卷第5—6号，429页，1972。

② Vgl. Forstthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 15 ff., 45 ff.

③ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1. Band, 1924, Vorwort.

④ 参见杨建顺：《日本行政法通论》，70页，北京，中国法制出版社，1998。

⑤ [日] 长谷部恭男：《国家权力的界限和人权》，载[日] 樋口阳一编：《讲座宪法学第三卷 权利的保障（一）》，54页，日本，评论社，1994。