

XINGZHENG JIUZHU FAZHI HUA
WENTI YANJIU

行政救助法治化 问题研究

席能◎著



中国检察出版社

XINGZHENG JIUZHU FAZHI HUA
WENTI YANJIU

行政救助法治化 问题研究

席能◎著



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政救助法治化问题研究/席能著. —北京: 中国检察出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0532 - 3

I. ①行… II. ①席… III. ①社会救济 - 行政管理 - 行政法 - 研究 IV. ①D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 157054 号

行政救助法治化问题研究

席 能 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: A5

印 张: 8.25 印张 插页 4

字 数: 226 千字

版 次: 2011 年 9 月第一版 2011 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0532 - 3

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

内容摘要

在发展民生、促进社会公平正义的时代背景下，行政权力通过资源分配对处于贫困和急难状态的公民进行救助的手段将被越来越多地运用。

中国行政救助主要依靠政策构建，在制度建立和实施的过程中出现很多问题。但我国行政救助的理论研究比较薄弱，无法为这些问题的解决提供强有力的理论支撑。我国的行政救助理论上是在秩序行政下构建的，与给付行政下的行政救助在救助目的、救助手段、救助性质以及理论依据等方面都不相同。而且行政救助理论在整个行政法体系中处于被忽视的地位，性质上被限定为一种具体行政行为，概念不清，理论研究不深入，视野狭窄。加强对行政救助法治化的研究成为当务之急。

本书首先对行政救助的基本范畴进行了重新界定，拓展了传统行政救助理论的研究空间，并全面分析了行政救助的理论基础。在此前提下，本书继续探索行政救助的法治化路径。

行政救助立法是行政救助法治化的首要问题。我国宪法规定的公民的“获得物质帮助权”是一种纲领性权利，必须经过立法机关的立法才能落实为一种具体的权利。

本书以广义的行政过程论为线索，将行政救助的过程分为行政救助立法、行政救助决策、行政救助实施和行政救助救济四个部分，运用规范分析、历史分析、实证分析、比较分析等方法分别对各部分中存在的问题进行研究并提出法治化的建议。

行政救助立法完善应该贯彻生存权保障理念，制定城乡一体的立法，并应遵循社会国家原则、辅助性原则和法律保留原则。

行政救助制度涉及资源配置，而社会资源处于不断变化中，立

法机关不可能对行政救助中资源配置的总量和方法作出十分具体的规定，因此行政救助中不可避免地要由行政机关行使大量的决策权。我国实行“分税制”，中央和地方财政关系的复杂性以及地方财政状况的多样性，使得行政救助中裁量决策权的运用更加广泛。应该从行政救助决策权、行政救助决策程序和行政救助决策监督等方面对行政救助决策进行法治化约束。

行政救助立法和行政救助决策中形成的行政救助规则需要行政机关的具体实施将其落实，行政救助实施的法治化应该明确行政救助实施的原则、规范行政救助实施的主体、完善行政救助实施的程序。

为了给公民获得救助的权利提供救济途径，应该对我国现有的救济制度进行完善。在发挥信访的救济作用的同时认识到信访救济的辅助性。完善行政救助的复议制度，加强行政救助复议机关的中立性和专业性，确定行政救助复议前置原则。完善行政诉讼制度，增加给付诉讼类型，建立行政救助诉讼的简易程序，将因行政救助造成的损害纳入到国家赔偿范围。

目 录

前 言	(1)
一、行政救助法治化问题缘起	(1)
二、行政救助法治化问题研究的意义	(6)
三、行政救助法治化问题研究现状	(7)
四、行政救助法治化问题研究的路径选择	(9)
五、本书结构、研究方法和创新设想	(13)
第一章 行政救助的基本理论	(17)
第一节 行政救助的基本概念	(17)
一、行政救助的概念	(17)
二、行政救助的特征	(30)
三、行政救助的分类	(34)
第二节 行政救助的性质和功能	(36)
一、行政救助的性质	(36)
二、行政救助的功能	(50)
第三节 行政救助的理论基础	(55)
一、正义理论	(55)
二、生存权理论	(58)
三、行政国家理论	(66)
四、公共财政理论	(69)
第二章 行政救助立法研究	(74)
第一节 域外及我国台湾地区行政救助立法考察	(75)
一、英国的行政救助立法	(76)
二、美国的行政救助立法	(81)

三、德国的行政救助立法	(88)
四、日本的行政救助立法	(89)
五、我国台湾地区的行政救助立法	(91)
六、域外及我国台湾地区行政救助立法的制度启示 ...	(92)
第二节 中国行政救助立法实证分析	(95)
一、中国的行政救助立法历史	(95)
二、中国行政救助制度的立法现状	(99)
三、中国行政救助立法的制度内容	(101)
四、中国行政救助立法存在的问题	(109)
第三节 中国行政救助立法完善	(119)
一、确立生存权保障理念	(121)
二、制定统一的立法	(123)
三、确定行政救助立法原则	(125)
第三章 行政救助决策法治化	(151)
第一节 行政救助决策权法治化研究	(157)
一、行政救助决策事项范围	(157)
二、行政救助决策权限划分	(170)
第二节 行政救助决策的程序制约	(174)
一、行政救助决策的法律结构	(174)
二、行政救助决策程序	(176)
第三节 行政救助决策的监督机制	(178)
第四章 行政救助实施法治化	(181)
第一节 行政救助实施的原则	(181)
一、及时救助原则	(181)
二、平等救助原则	(182)
三、公开、回避原则	(184)
第二节 行政救助实施主体法治化	(185)
一、行政救助实施主体	(185)
二、行政救助实施的权利义务关系	(189)

第三节 行政救助实施程序法治化	(193)
一、行政救助义务的确定	(193)
二、程序启动	(193)
三、家庭财产调查	(196)
四、行政救助中的听证	(197)
五、行政救助的实现	(200)
六、行政救助的审核与变更	(201)
第五章 行政救助救济法治化	(204)
第一节 行政救助的信访救济	(206)
第二节 行政救助的行政复议救济	(208)
一、行政救助复议制度的域外启示	(209)
二、我国行政救助复议制度的完善	(213)
第三节 行政救助的诉讼救济	(218)
一、行政救助不作为诉讼	(219)
二、行政救助诉讼简易程序	(236)
三、行政救助诉讼与调解结案	(237)
四、行政救助与国家赔偿	(238)
结 语	(239)
参考文献	(242)
后 记	(256)

前 言

一、行政救助法治化问题缘起

由公权力实施，公共财政承担对身处贫穷和危难状态的公民进行救援和帮助的制度自古就存在。例如，中国古代的皇帝会在国家遭受灾荒之年，开仓放粮，赈济百姓。这种救助是基于维护社会稳定的需要，因为人类的生存需要最基本的物质文化条件，贫困等状况会对当事人造成巨大的物质和精神压抑，导致他们对社会产生敌对情绪，大规模和群体性的贫困状态就会形成相应的群体意识和行为模式，对社会秩序造成危害。“贫困是最容易造成其他社会病态的”^①，内乱、疾病、死亡、犯罪、娼妓等差不多与贫穷都有极其密切的联系。为了稳定社会秩序，统治者对贫民进行一定的帮助，对其进行安抚。这种救助的主要特点是，救助是出于“仁政思想”，实施仁政者，往往以救世主身份自居，将救助视为对百姓的施舍和恩赐；而且救助完全是一种随意性行为，是否实施完全依赖于当权者的好恶。

鸦片战争以后，国门打开，西方文化的影响逐渐深入，在整个社会性质发生变化的大环境下，这一时期政府的救助也出现了一些新特色。例如，制定了一些法律规定，实现了经常化和固定化，并逐渐向权利化方向发展。如在灾区疫病防治方面，1921年设立了卫生防疫组，1924年颁布了《传染病预防条例》及其实施细则；在救灾救济方面，既有综合性规定，也有地方性规定，如1928年

^① 柯象峰：《中国贫穷问题》，正中书局1947年版，第289页。

民政部公布了《各地方救济院规则》，1944年国民政府公布了《社会救济法》，1944年行政院核准公布了《社会救济法实施细则》，1944年行政院颁布了《救济院规程》，1949年内政部颁布了《冬令救济实施办法》等。在1927—1949年22年间，颁布的社会救济方面的主要法规达24部。这些法律规定虽然由于当时战乱频繁，实施情况不尽如人意，但是一些行政救助的理念已经取得了突破和进步。首先，用法律的形式规定行政救济的内容就是一种进步；其次，开始出现了权利的观念，如1947年1月国民政府颁布的所谓“中华民国宪法”中规定：“人民之生存权、工作权及财产权予以保障。”权利观念的提出是行政救助历史上突破性的革命。

新中国成立后，国家也开展了一系列救助措施，但是这种救助多是一种临时性的措施。改革开放后，行政救助制度建设逐步向着规范化的方向发展。1992年，随着经济体制改革的深入和市场经济体制的建立，在经济结构调整和建立现代企业制度的过程中，出现了一批失业、下岗人员和困难企业职工，他们收入水平较低，生活困难，原有的社会救济制度救济范围比较狭窄，救济对象有限，救济标准长期不变的状况也难以维持贫困居民的基本生活。上海市于1993年率先进行了制度创新，对城市救济对象逐步实行按最低生活保障标准进行救济，取得了较好的效果。1997年，国务院发布《关于在全国建立城市最低生活保障制度的通知》，决定在全国建立城市居民最低生活保障制度。1999年，国务院正式颁布实施了《城市居民最低生活保障条例》，对保障对象、保障标准、资金来源和申请程序作了明确规定，从而使行政救助制度从传统的临时救济变成了法律规定，标志着我国的社会救助史从此翻开了新的一页，进入了新的里程。在农村救助方面，1994年，国务院颁布了《农村五保供养工作条例》。这两个制度的建立标志着我国行政救助制度的初步建立。在此之后，随着经济建设成果的不断丰富，国家开始重视社会公平的实现和社会财富的再分配。但是这一阶段的行政救助在救助项目上以最低生活保障为主要内容，在救助理念上仍存在管理论和工具论的残余，在救助实施上以政府的单方行为

为主。

2003年3月17日，湖北青年孙志刚（广州达奇服装公司的一名平面设计师，毕业于武汉科技学院）因未携带身份证在广州的大街上行走时，被广州市公安局天河区分局黄村街派出所因为没有暂住证为由予以收容。3月18日，孙志刚被送往广州市收容遣送中转站，后又被送往广州市收容人员救治站，并于3月20日死亡。中山大学中山医学院法医鉴定中心的鉴定表明：“综合分析，孙志刚符合大面积软组织损伤致创伤性休克死亡。”^①这一案件导致了1982年开始实施的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的废止和《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》的出台。这不仅仅是名称的变化，更主要的是法治理念的变化，其中一个重要的标志就是，明确了政府对流浪乞讨人员进行救助是一种责任和义务，公安行政机关退出救助站的管理，以自愿和无偿为原则对于城市当中生活无着的流浪乞讨人员进行救助，充分体现了对人民权利的保护，这也正是政府社会管理与公共服务职责的体现。救助管理办法的实施也正是政府职能转变的体现，它最大的作用就是政府从管理为主逐渐转变为以服务为主，把人作为服务对象，政府真正地为人民服务，对人民负责。原来政府的出发点是如何把流动人口管住，如何进行管理，公共服务考虑不够。这个办法的实施也正说明了政府服务理念的确立，救助是政府的职责，政府职能更多的是应该在公共服务上体现出行政服务的理念和精神。

我国2007年举行的第十届全国人大第五次会议是政府主导行政职能的转折点。关注民生以推进社会的公平正义，成为会议的核心议题和政府工作报告的主题，也将成为未来我国政府行政职能的重心所在。党的十七大确立的国家政策的一个突出亮点是明确了社会主义现代化建设的四维走向，即全面推进经济建设、政治建设、文化建设和社会建设，尤其是要“加快推进改善民生为重点的社会建设”，立意于和谐社会的高度，明确提出必须在经济发展的基

^① 详情参见2003年4月25日《南方都市报》。

基础上,更加注重社会建设,着力保障和改善民生。把改善民生作为当前社会建设的重大任务,表明了执政党及其政府力图解决民众最关心、最直接、最现实的利益问题的勇气和决心,彰显了对现代国家社会功能的崭新认识。在转型时期的当下中国,民生问题已非简单的衣食住行,举凡教育、医疗、就业、环境、社会保障、公共福利、收入分配等旨在帮助人们过上更为体面生活的事务都与民生改善息息相关。身处行政国家时代,几乎每一项民生事务的改善都需要冀望于政府的积极作为。在“行政并非仅系国家实践法律与权力目的之手段,而是应作为国家福利目的之工具,来满足社会之需求”^①的全新背景下,为民众生存、发展不断提供各类给付将成为现代行政的根本任务。如今,关注民生以推进社会的公平正义已成为未来我国政府行政职能的重心所在。在此之后,我国的行政救助制度加快了建设的步伐,各类政策措施不断出台,如2007年,国务院发布《关于建立城市医疗救助制度试点工作的意见》,2007年12月1日《廉租住房保障办法》开始实施,社会救助法列入立法规划,2008年社会救助法草案制定并向社会征求意见。至此,我国已建立起了包括城市低保、农村五保、医疗救助、教育救助、住房救助、法律援助以及灾害救助在内的一系列的行政救助制度。

与此同时,在日益增多的行政救助实践中,行政救助制度的一些负面报道也层出不穷。如2006年,在“非典”中做出突出贡献的钟南山院士,因在上班途中手提电脑被抢而发表言论,声称应重新恢复收容遣送制度以维护社会稳定,在网上引起热烈争论。这种观点虽然在宪法学者们看来是极为荒谬,不值得一驳,但是在社会上却迎来了很多附和之声。^②收容遣送制度的废止和新的救助办法

① 陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第105页。

② 《钟南山院士呼吁收容游民重罚罪犯》, <http://www.rednet.cn>, 访问时间2006年6月22日。

的实施并没有因为这些反对的声音而停止前进的步伐，但这场争论说明传统收容遣送制度所依托的秩序观和工具观还有很大的市场，对于流浪乞讨人员的救助，国家责任理念和公民获得救助的权利观念远未深入人心。实行时间最长、制度最为成熟的城市低保制度在实施中也出现了很多问题，如关于低保申领程序的争议，由村委会对低保申请进行初审的做法，导致真正的贫困户不能得到低保，家境富裕的村干部反而可以领取低保；^① 关于领取低保对象的争议，如研究生能不能享受低保，^② 具有赌博、吸毒、嫖娼等行为的公民能不能享受低保^③；对于低保标准的争议，如深圳提高低保新标准引发争议^④；对于低保能不能附带条件的争议，如广州逼低保人员做义工惹争议，^⑤ 南京出台新规定，养宠物不准领低保惹争议^⑥。在其他一些没有法律依据、完全依赖政策实施的救助中，问题和争议更加突出，如沈阳市铁西区政府在大连夜请贫困户吃海鲜引起的争议，逢年过节各地盛行的“送温暖”等是否具有正当性，应该怎样对其进行约束等。在医疗救助、教育救助、住房救助以及灾害

① 《村干部骗低保咋变成了好事》，载《扬子晚报》2006年11月18日。

② 据报道，近日，山东诸城出现了一个“研究生低保户”，这给民政部门出了一个难题，在读研究生到底该不该享受低保？相关规定中，只对大中专学生做了明确规定，对在读研究生甚至更高学历却没有提及。不少市民表示，读那么多年书早该独立，不能还靠国家养着。《在读研究生享低保惹争议》，载《齐鲁晚报》2008年6月24日。

③ 济南市有关部门出台了《济南市城市居民最低生活保障工作操作规程》，明确规定具有赌博、吸毒、嫖娼等12种行为的市民不能享受城市低保待遇。载《齐鲁晚报》2006年10月9日。

④ 《361元还是388元？深圳提高低保新标准引发争议》，<http://www.gutx.com/news/gncj/414811.htm>，访问时间2007年10月1日。

⑤ 《广州逼低保人员做义工惹争议》，<http://news.sohu.com/20060103/n241253364.shtml>，访问时间2007年10月1日。

⑥ 《养宠物不准领低保惹争议》，<http://www.wccdaily.com.cn/2003/08/07/200308074445836344171.htm>，访问时间2007年10月1日。

救助等领域也存在问题。这些问题说明我国的行政救助的发展遇到了“制度瓶颈”，需要对其进行更加深入的理论探讨。

行政救助制度的完善是各个学科共同关心的问题，不同学科的学者研究的视角也有所不同。如社会学者的研究多集中在应该扩大行政救助的覆盖面、提高行政救助的标准、增加行政救助的财政投入等方面。而这对行政救助制度的完善是不够的，单纯加大财政投入，不仅不能解决这些问题，反而会为权力的滥用和腐败营造新的土壤。以行政法学习者的观点来看，行政救助的问题主要是法治化的问题，应该在对行政救助的基本理论、理论基础等问题深入研究的基础上，探索行政救助的法治化途径，以实现给付行政救助下行政救助制度的完善。

二、行政救助法治化问题研究的意义

（一）理论意义

1. 有利于行政救助理论的完善。行政救助制度是行政法理论体系的重要组成部分，传统行政法教科书上将行政救助视为具体行政行为的一种，对其研究十分简略。在关注民生转变政府职能的社会背景下，行政救助行为将越来越重要。本书对行政救助的概念、性质、特征等进行了系统的研究，对行政救助制度的理论基础和价值追求进行了分析，为建立起行政救助制度的理论体系奠定了基础。

2. 为给付行政法的研究提供了具体的制度模式。在给付行政迅速崛起的当下中国，行政法学无疑应当聚焦于给付行政法研究，并以此为契机推动传统行政法学知识体系的适时更新。^① 在给付行政内涵不断扩大的背景下，可以遵循供给行政、社会保障行政及资助行政三分法，深入研究不同类型的给付行政。行政救助是社会保障行政的一个组成部分，通过对微观的具体制度的研究探索给付行

^① 于安：《论我国社会行政法的构建》，载《法学杂志》2007年第3期。

政法的研究路径。在给付行政法方兴未艾之时，本书可以为构建给付行政法提供一个具体的制度模式。

（二）现实意义

研究行政救助法治化的现实意义主要在于规范我国的行政救助制度，为行政救助立法和实施提供理论依据。在重视民生、政府职能转变的社会背景下，扩大对公民进行行政救助的范围和提高救助水平是社会发展的必然趋势。但是，行政救助的扩大不能是盲目和恣意的，必须在法治化的轨道上进行。我国现在行政救助立法处于缺位状态，这使得我们可能为追求行政救助的制度化而加速立法，容易造成行政救助的“法化”而非“法治化”，^①因此，本书可以为行政救助的立法和实践提供一定的借鉴。

三、行政救助法治化问题研究现状

（一）我国行政救助法治化制度设计现状

1. 法治化程度较低，主要表现在立法层次低、政策性救助为主，具有临时性、便宜性等特点。我国尚未制定统一的行政救助法典，有关行政救助法律规范大多散见于社会保障法律体系和其他法律部门，相对于行政处罚、行政许可等领域立法的系统化，行政救助领域立法明显滞后。行政救助立法的滞后导致行政机关在救助领域职权不清、自由裁量权较大。行政救助立法沿袭了“成熟一个，制定一个”的立法理念，在行政救助立法暂不成熟的现实情况下，行政机关暂时充当着制定规则和实施规则的双重角色，除了可以纳入我国《立法法》规定的广义“法律”之中的行政法规、地方性法规和规章外，行政机关大量地通过行政规则来确定行政救助的内容并以此为依据实施救助，产生所谓“内部规定的外部效力”；甚至不制定行政规定，仅仅依靠行政决策就决定和实施救助。

^① 刘艺：《行政给付的“法化”与“法治化”》，载杨建顺主编：《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》，中国人民大学出版社2008年版，第67页。

2. 二元分治的救助模式。实行城乡分治的二元制行政救助模式，对农民和城镇居民采取不同的救助方式和救助标准。这种立法模式违反了宪法上的平等保护原则，加剧了城乡分化，不利于实现农民的生存权保障。

3. 行政救助决策缺乏约束。在我国目前的体制下，行政救助决策无法纳入司法审查的范围，因此行政救助决策的监督主要依靠行政机关上下级之间的约束，既无民众参与，也无司法审查，处于混乱状态。

4. 行政救助实施过程法治化程度低。行政救助实施制度设计上实施主体混乱，实施行政救助的行政机关和工作人员专业性差、行政调查随意性强；整个行政救助实施过程程序简化，公民的程序性权利义务缺乏保障。

5. 行政救助救济手段缺乏。行政救助争议主要依靠“信访”等方式解决。行政复议和行政诉讼解决行政救助争议有限。行政诉讼能够解决的行政救助争议案件仅仅是“不依法发放抚恤金”等有限案件，大量的行政救助争议不能被纳入诉讼，缺乏反映现代给付行政特点的诉讼类型等。

（二）我国行政救助理论 research 现状

我国行政救助的研究还处于起步阶段，不能为行政救助的法治化提供基本的理论支撑。在理论上我国目前行政法学上虽然已经存在了行政救助这一行为的分类，然而学术界对此并没有足够的重视，这方面的研究基本上处于迷茫和缺失的状态。主要表现为：

1. 概念不清。行政救助、行政给付、给付行政、行政物质帮助、社会救助等概念在内涵和外延上存在混乱现象，而且行政救助往往与社会救助概念混为一谈。行政救助的内涵局限于“行政物质帮助”。

2. 行政救助立法理念落后。我国目前的行政模式依然是以稳定和秩序为主要价值取向的秩序行政。这种理论的表现之一就是行政救助界定为国家在公民年老、疾病和丧失劳动能力的时候，依照法律法规的规定赋予其物质权益或与物质相关权益的行为。这直

接导致我国公民权利理论和给付行政理论的匮乏，使我国行政救助研究缺少了应有的理论基础，传统的“恩赐观”、“特权观”仍然在发挥作用。行政救助的公民权利和国家义务观念还没有确立。

3. 行政救助研究视野狭窄，现有的理论仍然把行政救助视为依据法律法规实施的具体行政行为，通过把行政救助的过程割裂、划分为一个个单独的行政行为来进行研究。这种视野忽视了在行政救助领域需要行政权积极作为而不仅仅是执行立法机关的指令，在行政国家和给付行政的背景下，行政机关在很多时候需要发挥自由裁量权参与到政策制定中。

4. 行政救助内容狭隘。在行政救助的内容上，传统的行政法理念仅仅包括公民在年老、疾病和丧失劳动能力的时候从国家和社会获得物质帮助和物质相关权益，而没有涵盖住房救助、灾害救助、医疗救助、教育救助和法律援助等广泛的救助内容。

5. 行政救助实施方式单一。传统的行政救助理论仍然限定在行政机关进行发放、安置等行为方式上，而没有注意到现代社会行政机关进行行政救助出现的许多新方式，如通过“求职者协议”的行政合同的方式，通过政府补贴而由民营机关实施行政救助的方式等。

6. 行政救助的性质认识错误。仍然强调行政救助的单方性、强制性等特征，而忽略了行政救助申请人在行政救助中享有的权利，忽略了进行行政救助要尊重公民的自愿，除了紧急情况下，不能强制救助。

四、行政救助法治化问题研究的路径选择

行政法经历了从自由法治国向社会法治国的演变。自由法治国奉行的是严格的规则主义，即要求行政必须受到严格的法律限制。法治被机械地理解为“无法律即无行政”，因而完全排除任何形式的自由裁量权，英国的戴雪是其典型代表。这与政府在当时的职能是紧密相关的，当时的政府职能比较单一，主要在于维护国防和社会秩序。直到20世纪初，“除了警察和邮局以外，一名具有守法