

给付行政范畴的中国生成

胡敏洁*

内容提要 回顾给付行政发展的历史流脉,可以看到,在给付行政概念传入之前,中国实践中已有类似现象。语词的不同表达与使用彰显着每一时期的时代特征。伴随着新的社会变迁与时代需求,当下中国法在采用给付行政范畴时,应当确定它所具有的核心要素。这样才能真正塑造具有中国本土意义的给付行政。

关键词 给付行政 语词 核心要素 行政给付

一、问题的提出

词源学上的给付具有多重意义,它既可指履行行为(Performance),也可指“完成、取得,即履行的结果”(Accomplishment)。法学上首先使用“给付”一词的为民法学界,意指一种基于债权关系的特定行为。行政法学上首先使用“给付”语词的则是德国行政法学家福斯多夫,他对给付行政学说给予了系统论述。^①当时,德国正处于工业革命阶段,贫富差距日渐增加,自由主义开始过度扩张,使得契约自由与经济自由的保障流于形式。^②发展到今日,福斯多夫的学说依然是讨论给付行政问题时不可回避的学理源流。在福氏学说中,给付行政以“生存照顾”为核心内容。因此,它的构成要件包括:(1)财产上的利益发生转移,此时需要公的资金;(2)以生存照顾为核心概念;(3)以行政的责任为后盾。^③其范围包括社会保障行政、公用设施行政及补贴行政三个部分。^④此后,给付行政学说日渐成为日本^⑤、韩国乃至我国台湾地区行政法学的重要论题。在与德国法体系不同的美国,政府同样也承担了相关的社会保障制度以及公用事业提供职能。

一般而言,公法始终与政治话语密切相关,不同的政治语境会对公法的发展产生深刻影响^⑥。对于秩序行政而言,给付行政范畴本身便具有一定的变动性,特别是在现代行政法学的观念中,它被逐渐认为是一种对国家所实施的此类型活动之概括而非理论概念,是一种分析性并用以发现问题的概念。^⑦

* 南京大学法学院副教授,法学博士。本文为国家社会科学基金2012年立项项目《政府购买公共服务与行政契约法制变革》(12CFX032)的阶段性研究成果,并受到了南京大学985三期项目之资助。

① 福斯多夫系统与全面的提出了给付行政的学说,并因此被誉为真正德国“新行政法学”的巨擘。1938年,福斯多夫发表了《作为给付主体的行政》,提出“今日的社会不再依赖传统的人权,而是依赖‘分享权’,这个新兴的‘分享权’惟有依赖公权力的介入,方可实现其功能。”据此,福斯多夫将“生存照顾”这一社会学上的概念强化为法律概念,从中推导出国家应当承担的给付行政中的作为义务。由此,给付行政包括公用设施行政、社会保障行政以及补贴行政三种形式。参见陈新民《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第81页。

② 参见萧于哲《生存照顾是国家任务或社会任务——从福斯多夫的生存照顾理念谈起》,台湾东吴大学法律系硕士班公法组。

③ 参见沈政雄《现代给付行政之行为形式与法律关系——以社会保障给付为中心》,台湾国立政治大学法律学系博士论文(2009年)。

④ 这是最广义的给付行政内容,指通过公共设施、公共企业等进行的经济、文化性服务的提供,通过社会保障、公共扶助等进行的生活保护、保障,以及资金的交付、助成等,即通过授益性活动,积极地提高、增进国民福利的公行政活动。[德]平特纳《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第163页。

⑤ 参见[日]盐野宏《紹介・エルンスト・フォレストホフ『给付行政の法律问题』》,载《国家学会杂志》第73卷11-12号,第864页以下。有关日文文献来源于南京大学法学院的研究生。高田敏:《ドイツの给付行政論の問題性——福祉と治安序説》,有斐阁日本法社会学会编1969年版。

⑥ 参见[英]马丁·洛克林《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第34页。

⑦ 参见[日]大桥洋一《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第167页。

这也就意味着给付行政范畴可能是一种类型化的概念其中包含多种内容,较难给出精准的学说概念。这也使得给付行政范畴的实质抑或核心要素可被确定,而外围或边框却显得模糊不明。此外,作为内容比较宽泛的给付行政,其实施与推行更加倚赖国家的财政预算,并由于它所带有的受益性质而更易成为某国或者政府改革的先发地,这些因素都使得给付行政范畴较容易受到来自经济体制、政治变革等多种因素的影响。这些缘由都使得在不同的国家背景中,由于社会发展的迥异,给付行政范畴也在发生着不断的改变。反应在语词的使用上,各种相关的语词,诸如“民生”、“物质帮助”、“给付”、“服务行政”等都渐次浮现于中国的历史舞台之上。

进而,本文将以给付行政概念的传入为界分点,对这样的历史过程^⑧加以探析。从中我们可以看出,中国本土在未曾继受外国法的给付行政概念之前,并不缺乏相应的实践与语词。如果试图想发展并塑造中国意义的给付行政,则需要在继受的过程中实现本土化,而历史的发展正是其基石之一,因为这本身便代表了给付行政的中国路径。面对不断增进的给付行政诉求,仅停留于外国法的简单介绍与继受,并不能有效的解释中国问题。

二、早期给付行政发展中的民生观念

如果将给付行政的历史追溯到较早的时期,可以发现,早期中国社会更乐意采用“民生”等语词来描述类似于给付行政的现象。

“民生”一词最早出现于《左传·宣公十二年》,即“民生在勤,勤则不匮”,意指百姓的基本生活。《辞海》中的解释则是“人民的生计”。1949年之前,受到孙中山先生所倡导的“民生主义”之影响,民国时期的很多中国学者均在民生主义框架之下讨论国家应担当的行政任务。例如,行政法学学者白鹏飞先生于1927年指出,“现代国家,不仅依法及警察以维持社会之安宁为已足,必更进一步。而以开发社会之文化,增进国民之福利为一种重要任务。”^⑨此间的国民福利多与生活、生计相关。在当时的学术期刊上,发表了大量有关民生主义与宪法的论文。例如,“五权宪法与民生主义”、“宪法草案民生编国民生计之我见”、“宪法与民生”等论文。^⑩一些译著和译文的引入也丰富了这时期的学术讨论。当然,也开始有学者采用恩给等语词。如日本学者清水澄的《〈行政法泛论〉与〈行政法个论〉》中都有专章讨论恩给权以及内务行政。恩给权意味着“国家对于官吏,非仅使其得目前相当之生计,即衰老不任事时,亦必须预为之所。”^⑪

关于民生的典型解释如下:

“经济为民生之依据,经济不解决,则民生无法安定”^⑫。

“统治阶级眼中的民生在于救灾剿匪等政治工作,资本家的民生在于提供发家致富的方法,特别是实业;第三等人站在慈善家的立场来讲话。”^⑬

“近世立宪精神之转变,乃在实际经济生活之保育”^⑭。

⑧ 本文数据来源主要源于中国期刊网、大成老旧数据库、中国社会科学评价中心、北大法宝数据库、人民日报数据库以及党代会历届报告数据库。

⑨ 白鹏飞《行政法总论》,商务印书馆1927年版,第2-3页,转引自罗豪才、甘雯、沈岍《中国行政法学》,载罗豪才、孙琬钟主编《与时俱进的中国法学》,中国法制出版社2001年版,第94页。

⑩ 参见萨孟武《五权宪法与民生主义》,载《新生命》1929年第2卷;张静愚《宪法草案民生编国民生计之我见》,载《河南政治月刊》1933年第3卷第8期;程绍德《宪法初草中之国民生计章》,载《时代公论》1933年第65-66期;袁晴晖《宪法与民生》,载《社会建设》1933年第1卷等。资料来源于何勤华、李秀清主编《民国法学论文精粹》(宪政法律篇)附录部分,法律出版社2002年版。

⑪ [日]清水澄《〈行政法泛论〉与〈行政法各论〉》,金泯澜等译,上海商务印书馆1908年初版,再版于2007年,何勤华主编,中国政法大学出版社出版。

⑫ 社英《妇女经济合作与民生问题》,载《妇女共鸣》1931年第30期。

⑬ 沈体蓝《中国民生问题的对象》,载《民生》1932年第2期。

⑭ 章渊若《制宪与民主》,载《时代公论》1933年第52期。

可以看出,此时“民生”的目标着眼于解决中国现代化所关注的“节制资本”与“平均地权”问题,基于立场的不同所关乎的民生也不同,但此时更为关注的是在民生主义框架下的公民基本生活问题之解决。此时,接近于德国法给付行政的相关行为在中国只是一种维护政权稳定的工具,并进而以满足公民基本生活为核心内容。

三、“物质帮助”下的给付行政

新中国成立之后,从 1954 年宪法开始,物质帮助权得以确定,宪法第 93 条规定“劳动者在年老、疾病或者丧失劳动能力的时候,有获得物资帮助的权利。国家举办社会保险、社会救济和群众卫生事业并且逐步扩大这些设施,以保证劳动者享受这种权利。”此后,1975 年宪法将其中的“物资”改为“物质”,宪法意义上的物质帮助权得以确立。对这种权利的关照受到了八十年代社会经济背景的影响,承认该权利也是出于经济均衡发展需要之考量,其确立也为后期行政法学界中的给付行政概念理解提供了理论支撑与法规范渊源。

(一) 物质帮助权的确立

相对于给付行政范畴的宽泛性而言,对于“物质帮助”并无太多差异性的理解。物质帮助权是公民因特定原因不能通过其他正当途径获得必要的物质生活手段时从国家和社会获得生活保障、享受社会福利的一种权利。物质帮助权是我国公民的一项基本权利,指公民在年老、疾病、残疾等丧失劳动能力或部分丧失劳动能力的情况下,有权利从国家和社会获得物质帮助,从而维持基本生活。与早期民生观念相比较,最大的差异在于,此时物质帮助已经成为了一项基本的宪法权利而被确定。此时,学者们并未意识到由此可能产生的后续影响。在他们的研究中,只是隐约提及了类似内容,论述多从政府职能的转变角度入手。例如,有学者认为西方资本主义国家强调福利国家,这意味着一种对行政法积极作用的强调。^⑮再如,应松年教授在其主编的《行政法学总论》中,在介绍英美法系的行政法概念部分提到二战后,英美法系行政法的发展包括有关社会服务的法、公共事业的法。^⑯即便是在其他法学学科的讨论中,也鲜有“给付”一词的出现。^⑰

这一时期,在宪法条文的宣传中,以物质帮助权为核心的国家给付体系关注的是这一权利的确立与资本主义国家的差别。在具体的制度保障上则强调社会保险、社会救济以及医疗卫生制度。引用当时《人民日报》的一段话语:

保障人民的这种经济、文化权利和不断提高人民的物质和文化生活,却是一切政治活动的终极目标和一切国家机关的根本任务。即使由于目前经济发展水平的限制,人民还不能十分完全地享受这些权利;但是过去几年来的事实已经证明,我们的国家是在用最大的力量发展国民经济,逐步扩大劳动就业,改善劳动条件和工资待遇,逐步扩充劳动者休息和休养的物质条件,逐步扩大社会保险、社会救济和群众卫生事业的设施,逐步增加和扩大各种学校和其他文化教育机关,以保证人民享受这些权利。^⑱

此时,物质帮助的目的在于巩固政治活动以及政治改革之结果。虽与旧中国时期的“民生”完全不同,但是,以经济发展为中心的给付依然关乎的内容在于公民基本生活的改善与福利的提高。这表现在在给付实践中,为了保障以单位制为核心的社会结构,国家的给付任务也以单位制为依托。个人依附于单位,单位依附于国家,形式意义上的社会组织成为了国家这架机器上的部件,个人则成为了这架机器上的螺丝钉。在这种社会结构之下,国家承诺了各种政府职责,特别是对于无法自立人群的保障。例如,孤儿、无人照料的病人和孤寡老人。宏观上国家更为注重经济发展,也使得大量的给付任务未被充

^⑮ 参见罗豪才主编《行政法论》,光明日报出版社 1987 年版,第 18 页。

^⑯ 参见应松年、朱维究《行政法学总论》,工人出版社 1985 年版,第 14 页。

^⑰ 参见关中翔《经济审判的先行给付》,载《法学》1987 年第 5 期。

^⑱ 参见人民日报社论《我国公民的权利与义务》,载《人民日报》1954 年 7 月 6 日第 1 版。

分揭示。

(二) 从宪法上的物质帮助到行政法上的“行政给付”

以宪法上的物质帮助权作为依托,行政法学者们开始提出了“行政给付”的用语。例如,杨海坤教授将行政给付的涵义划分为广义与狭义两个部分,广义行政给付包括供给行政和社会保障行政两部分^①,这已经接近于“给付行政”。当然,更多的学者在 2003 年之前,依然更乐意采用“行政给付”的语词表达。例如,罗豪才教授认为,“行政给付又称行政物质帮助,它是指行政机关对公民在年老、疾病或丧失劳动能力或其他特殊情况下,依照有关法律、法规规定,赋予其一定的物质权益或与物质有关的权益之具体行政行为。”^②这种体例和安排是早期中国行政法学教科书中所采用的主流方式。^③部分论文也开始讨论这一主题^④。有些学者也会采用“行政救助”来替代这一用语。^⑤

在行政诉讼案件的具体案由中,也可看出行政给付可能的含义。1994 年,第一例有关抚恤金的行政案件即“吴锡坤请求太仓市民政局颁发革命烈士证明书及抚恤金案”。案件认为,享受《革命烈士证明书》的荣誉权是享受抚恤金财产权的前提。再如,在“赵贵金诉任丘市民政局不依法发放抚恤金案”中,依据 1999 年行政诉讼法的司法解释,法院将生活补助费的给付也纳入了行政诉讼的受案范围,即行政给付包括社会保险金、最低生活保护费等情形。1999 年的张恒寿诉浑源县国家税务局等不履行给付奖金案则将给付的范围扩大至“奖金”。此后,亦有涉及到给付退休金、抚恤金、社会救助金、五保户供养金的案件发生。由此可见,在当时,对于行政给付的理解基本上等同于行政物质帮助。

之所以采用行政给付概念,原因大可归为如下两点:一是因为宪法中已经确立了物质帮助权,因此行政法学说上可以以此为规范基础对行政给付的范围加以框定,由此行政给付也往往被称作为行政物质帮助。二则是因为在以“行政行为”为中心的体系建构中,中国行政法学更乐于追求行政行为体系的完美与精确,诸如行政许可、行政处罚等概念更容易被吸纳入该体系,“行政给付”亦然。

(三) 给付行政语词的传入

20 世纪 80 年代以后,随着我国各种社会福利制度的建立和逐步完善,政府促进经济发展的职能逐步转变为致力于宏观调控以促进公平经济秩序的建立,致力于解决农村贫困问题以及提供公共服务和社会保障以改善社会生活、生存环境。在这期间,中国的给付行政也开始得到初步关注。例如,1994 年之后,社会保障的独立地位开始被加以强调,社会保障开始朝市场化方向发展。该年,国务院在江苏省镇江市、江西省九江市开展了职工医疗保障制度的改革试点。此后,国务院于 1998 年发布了《关于建立城镇职工基本医疗保险制度的决定》,开始对公费、劳保医疗制度进行全面改革,其他社会保障制度变革亦然。

在这样的制度背景之下,作为一个学说上的重要范畴,“给付行政”开始被正式引入,其标志在于大量的外国法译著得以问世。如陈新民教授的《公法学札记》于 1999 年在大陆出版,其中对福斯多夫的服务行政理论进行了介绍。杨建顺教授翻译的《日本行政法》以及高家伟教授翻译的《行政法学总论》中都提及了给付行政范畴。如下图表所示:

^① 参见杨海坤《中国行政法基础理论》,中国人事出版社 2000 年版,第 247 页。

^② 罗豪才、湛中乐《行政法学》,北京大学出版社 1996 年版,第 242 页。

^③ 例如,朱新力教授主编的《行政法学》中同样如此。在第一章“行政法概述”部分涉及到行政的分类时指明规制行政与给付行政的分类,而在后续章节中将行政给付视为独立的部分。参见朱新力主编《行政法学》,高等教育出版社 2002 年版,第 7 页、第 236 页。

^④ 参见郭润生、张小平《论给付行政法》,载《行政法学研究》1994 年第 3 期。林莉红、孔繁华《行政给付研究》,载《珞珈法学论坛》第 2 卷,武汉大学出版社 2002 年版。

^⑤ 参见王连昌《行政法学》,中国政法大学出版社 1997 年版。行政救助是指行政主体通过行政救助行为赋予或者保护被救助人的权益,即人身权利、物质权益,与物质有关的权益。

表 1

早期外国法译著中的给付行政

著作	主要语词	基本含义与构成要件
《公法学札记》	服务行政 生存照顾 社会法治国	生存照顾与国家单方面提供的给付有区别; 范围包括水、电、煤气等公用事业在内, “国家提供给社会大众的服务, 个人可以社会的一分子来分享”。 ^{②④}
《行政法》	给付行政	指设置, 管理道路, 公园, 设置与运营社会福利设施, 进行生活保护, 给予个人及公众便利和利益的行政。 ^{②⑤}
《行政法学总论》	给付行政	行政机关为公民提供给付或者利益的, 构成给付行政。给付行政一方面通过为个人提供特定目的的支持(社会救助、助学金), 另一方面通过建设公共设施(交通企业, 养老院, 学校等), 保障和改善公民的生活条件。 ^{②⑥}

比较而言, “给付行政”与“行政给付”并不相同。(1) 前者是一种类型化范畴; 后者是一种具体行政行为; (2) 前者的对象主要是可以成为救助或者物质帮助对象的公民, 后者则包括一般公民; (3) 前者的内容主要是行政物质帮助和社会保障, 后者则包含更多内容。

对比学说上的语词使用与实践的制度发展, 可以说这一阶段呈现出这样的特点, 即学说概念各不相同, 而实践中的给付行政语词则并未发现与前一时期具有迥异差别。但事实上, 这一时期的制度实践并未关注学说意义上的给付, 也就是说, 学者们提出或者对于给付行政概念的接受并非出于现实需求, 而只是基于学科架构之需。

四、“社会建设”推动下的给付行政

在上一个历史时期, 作为学说范畴的给付行政已然被接受。然而, 此时它更多的是一种学科体系建设过程中的普通用语而已。由于行政法学的发展较长一段时间里以立法实践^{②⑦}为导向, 而给付行政恰恰缺乏充足的立法, 这就使得学说研究上也并未因为给付行政语词的传入而深入。即使是从实践层面而言, 给付行政虽已进行着制度上的变革, 但并未有任何主流话语与之对接。真正推动给付行政的中国发展, 则在 2004 年之后。特别是党的十七大报告中的这段话语对此后给付行政的发展产生了重大的推动作用 “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, ……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”。这意味着政府的职能开始由经济发展逐渐转为对于社会公正的维护, 国家开始更为关注公民的社会权实现问题。此时, 历年的政府工作报告与主流报纸媒介恰巧回应了这样的制度变革。以政府工作报告为例, 几乎每一年的政府工作报告都提及并表述了这一主题。

表 2

2004 - 2012 年《政府工作报告》中的给付行政

2004 年政府工作报告	加快社会事业发展; 做好就业与社会保障工作
2005 年政府工作报告	加大政策支持和财政投入, 促进各项社会事业发展
2006 年政府工作报告	加快发展各项社会事业, 努力做好就业和社会保障工作

②④ 陈新民《“服务行政”及“生存照顾”的原始概念: 评福斯多夫“当作服务主体的行政”》, 载前引①陈新民书, 第 63 页。

②⑤ [日] 盐野宏《行政法》, 杨建顺译, 法律出版社 1999 年版, 第 9 页。

②⑥ 参见 [德] 哈特穆特·毛雷尔《行政法学总论》, 高家伟译, 法律出版社 1999 年版, 第 8 页。

②⑦ 参见何海波《中国行政法学研究范式的变迁》, 载《行政法论丛》第 11 卷, 法律出版社 2008 年版。作者认为, 立法法学的特点是“无法立法, 有法修法”。一般过程为: 呼吁制定某个法律, 讨论、研究立法中的政策性问题, 法律出台后发表注释, 提出修改、完善的方案, 冀望再次立法, 开始一个新的过程。

(续表)

2007 年政府工作报告	大力发展社会事业,努力做好就业和社会保障工作
2008 年政府工作报告	全面加强社会建设,切实保障和改善民生
2009 年政府工作报告	统筹经济社会发展,全面加强以改善民生为重点的社会建设
2010 年政府工作报告	着力改善民生,加快发展社会事业。
2011 年政府工作报告	加快发展社会事业,切实保障和改善民生。始终坚持经济发展与社会发展相协调,围绕改善民生谋发展。
2012 年政府工作报告	切实保障和改善民生,解决关系群众切身利益的问题。我们坚持民生优先,努力使发展成果惠及全体人民,促进社会公平正义。

如果考察细微的差别,可以发现,从最初的“社会事业”转向了“社会建设”;从加强民生保障转向了“民生优先”。而此时的“民生”早已不同于民国时期的民生,并不仅仅以公民的基本生计为要旨,而更为关注以实现分配正义为目标的民生保障。这就意味着不仅仅在社会资源的分配上,强调按照需求、功绩以及权利等实现资源的平等分配,而且要求通过各种方式保障最小受惠者的利益。作为主流报纸的《人民日报》在这期间也开始采用“服务型政府”、“民生”、“社会建设”等多种语词表达来描述类似问题。

表 3 《人民日报》2004 年 1 月 1 日—2012 年 1 月 8 日中的语词表达

语词表达	涵义	典型描述	出现频次
民生	社会建设的核心内容,国民的生活与生计	坚持保障和改善民生,既是发展经济的根本目的,也是促进经济平稳较快发展的必要条件。 ^{②8}	938 次
服务型政府	民主政府、法治政府、责任政府,关注行政许可审批改革以及政府职能的转变	建设服务型政府,是我们党着眼于进一步提高政府为经济社会发展服务、为人民服务的能力和水平而作出的重大战略部署,是深化行政管理体制改革的重要目标。 ^{②9}	41 次
社会建设	按照社会环境的需要和人民的愿望进行的各种建设。包括教育事业、科技事业、文化事业、医疗卫生等内容。	全面推进社会建设,加强和创新社会管理,是贯彻落实科学发展观的必然要求,也是顺应人民过上更好生活新期待的客观需要。 ^{③0}	178 次

从三者之间的关系来看,如果再与给付行政范畴相对接,我们可以初步这样认为,社会建设作为一个更为宏观的理念,与学说上宽泛的给付行政范畴极为相似,也就是说包括政府为了维护社会公平正义所实行的所有行政职能的总和。对此,最早的阐述来自于法国,法国公共服务行政法的倡导者狄骥就使用了广义定义方法。他不对政府公共服务职能进行列举,进而认为,公共服务就是指那些政府有义务实施的行为。^{③1}“民生”与“服务型政府”则分别从公民、政府的角度阐释了给付行政范畴所关注的两个对象。前者关注公民的基本生存权益,后者则关注政府所具有的给付职能。

在中国的制度背景下,这三个语词所共同追求的目标则在于“发展”,这与西方国家给付行政所具

^{②8} 参见《加大民生投入,创新社会管理——三论做好下半年经济工作》,载《人民日报》2011 年 8 月 29 日第 7 版。

^{②9} 参见薄贵利《服务型政府有哪些特征》,载《人民日报》2011 年 11 月 19 日第 7 版。

^{③0} 参见张欢《推进社会建设的必由之路》,载《人民日报》2012 年 11 月 22 日第 7 版。

^{③1} 参见于安《论我国社会行政法的构建》,载《法学杂志》2007 年第 3 期。

有的背景并不相同,即中国法的给付行政更关乎在经济发展的基础上实现社会的公平与分配正义。而西方国家,德国则以福利国家为特征,美国则以规制性政府为标志。这都意味着给付行政承担着不同的功能。

受到这样的社会发展影响,法院受理的给付案件也开始增多。民事案件中的“给付”包括给付抚育费、给付保险金、生活补贴费、医疗保险、广告报酬、欠款、悬赏金、销售提成、拆迁补偿费的给付等情形。行政案件中的“给付”多用于社会福利金、抚恤金、行政奖励、农业补贴给付等情形。个别案件也采用了“民生”用语,将其作为一种制度理念来对法院的裁判观点进行解释,如在“李永铮、李绵绪诉盱眙县盱城镇人民政府行政赔偿案”中,法院认为,“本案判决恢复原状,既是充分体现对公民基本权利的保护、保护民生,又是对违法行政行为的纠正,教育行政机关必须依法行政。”一般而言,可以看出,给付所使用的场合、对象、方式等都较为广泛,多侧重于一种具体物质利益的给予。“民生”则更可能是一种较为抽象的理念和原则。可以说,从对给付行政范畴塑造产生影响的角度来看,这一阶段的出现才使得中国意义上的给付行政真正得以推动。

五、给付行政发展史的再解读

历史回溯并非简单怀旧,在给付行政发展的中国路径中,各种语词跳跃于各个历史时期。这些或许仅仅是给付行政的观念而非精准的学说范畴。同时,由于这一范畴的继受过程较晚再加之理论发展的不足,使得其学说史脉络并不清晰。可以说,在外国法的传入与中国本土因素的碰撞之中,给付行政的发展尚处较为粗浅的学说阶段。然而,概念的塑造却往往是一种观念的语境化。在某一种观念开始逐渐深入并成为主流话语时,会影响到学说上的概念发展与理解。给付行政的发展史为我们揭示的一些规律与特征,可以有助于当下给付行政的深入理解与本土塑型。

(一) 多层面的给付行政

沿袭着给付行政的发展脉络,给付行政的概念逐渐被接受。历史的考证为我们展现出这样两个脉络:

一是各种语词的同时使用。在这一过程之中,某些语词渊源于外国法,某些则源于中国本土。例如,“民生”一直是一种中国用语,尽管含义有变,但却具有本土化特征;而以行政物质帮助为基础的行政给付也一直更多地为学者所使用。给付行政一词则可能被作为一种区别于秩序行政的行政类型,出现于对行政职能转变的描述中;也可能被视为一种被赋予了较多期望的服务型政府建构之理念而存在于实践之中;抑或作为一种并不醒目的行政活动类型,蛰伏于部门行政法研究之中,如包含医疗保障行政、养老保障行政等在内的社会保障行政;再如包括农业贴息贷款、政策性补贴等在内的补贴行政;再如公用设施建构中的公共利益等。这与当下的“社会建设”的范围多少有些类似。

二是实践与学说的背离。在给付行政发展的制度实践中,可以鲜明地看到这样一种现象,学说上并不一定使用给付行政,即便采用了这一术语,又与实践并不相符。例如,在法院裁判时并不会去考虑学说上的给付行政范畴,而是更关注作为行政案件案由的“行政给付”。这也反过来进一步确认了学说研究上行政给付的概念确立。特别是2004年之后,“民生”、“服务行政”等,也不能等同于“给付行政”。它们泛指与公民基本生活密切相关的各项事业,范围比给付行政更大。这就导致学说上看似逐渐增强的“给付行政”讨论^②,表面上是对实践需求的回应,但却并不能完全对实践问题加以解答。例如,给付行政的范围究竟应当是多大?是关注基本的民生?福祉?抑或其他更高的要求?给付的目的究竟是什么?给付的形式是何种形式?等等,这些命题都并未给予解答。

^② 根据中国学术期刊网的相关检索,2003-2011年以来,有关给付行政的论文数量逐年上升,2006、2010年甚至形成了一个小高潮。这与先前学者们更乐于在分论中讨论给付行政抑或只是在讨论政府职能转变时对给付行政捎带而论的情形相比大有不同,该时期相关论文的讨论主题涵盖了给付行政的基本原则、程序、功能、组织法变革、性质等内容。

(二) 确定给付行政范畴的难度

通过历史的回溯,可以看出,给付行政内容以及核心要素的变化,即究竟是公民基本生活利益保护为宗旨抑或其他,会随着不同时期的经济发展水平而改变。进而,它也会随着该时期政府职能的转变而被推进。例如,早期民国时期的给付便只是关注基本的公民生活,而当下给付行政的关注重心应有所改变。若干新现象,需要经过研究后甄别其是否可能被纳入给付行政的范围。例如,见义勇为的奖金给付属于给付行政么?再如,对于农村失学儿童的援助属于给付行政么?基于政府职能在各国定位和发展阶段的不同,每个国家所具有的给付行政内容以及范围也应有所差别。

总体而言,在给付行政的概念移植中,中国法对于给付行政的形成基础、范围、立法现状以及相关的行政法问题,尚处在一种介绍和直接引入的初级阶段。尽管实务界和司法界也面临着涉及到给付行政的诸多难题,但由于法学学说的失语,适宜的解决策略未能提出。

(三) 确定给付行政范畴的核心要素

当给付行政的范畴传入中国之后,并没有太多学者对给付行政范畴加以审慎考证,而是自然地接受了德国法上的给付行政概念、范围等理论架构。至于德国法上的给付行政概念发生了何种变化以及这一概念的产生背景究竟如何,中国法的相关研究并未给予充分关注,这很可能会从原初含义与现有变化两个方面造成概念引入、接受上与德国法学说之间的隔阂。在概念介绍的过程之中,我们也忽略了对于给付行政的各项批评^③。尽管实务界和司法界也面临着涉及到给付行政的诸多难题,但由于法学学说的失语,适宜的解决策略未能提出。

鉴于中国给付行政的发展历史,可以看出,在当下语境中,给付行政的核心要素已经发生了变化。当然,多数情况下,它侧重于一种物质利益的给予,其核心要素包括如下五点:

1. 给付行政的目的应从生存照顾转向福祉提高: 由于计划经济时期试图囊括各项事务,也使得在给付行政的初期发展阶段,只能建立某种较低水平的保障。伴随着市场经济的确立以及中国经济发展水平的提高,中国的给付行政已不再只是为实现“生存照顾”的工具而是朝向更普遍的公民福祉实现。

2. 给付行政的当下任务从促进经济发展转向了保障社会公平正义: 与西方发达国家相比,中国给付行政的早期实践正是以保障经济发展为主旨的。这事实上也为我们确立了讨论给付行政的中国基础。“在保护社会权需求强劲和全球经济竞争加剧的矛盾中,保持经济可持续发展是协调经济社会发展关系的主要条件。”^④在这样的背景下,给付行政应随着经济发展的程度来调整相应的内容并为经济发展提供支持。同时,基于经济发展所带来的不平衡性,给付行政对于社会公平正义的增进功能日渐得以强调。

3. 给付行政应以资源再分配为保障: 尽管秩序行政也依赖于财政资源,然而,给付行政更依赖于资源的再分配。因此,在给付行政的语境之下,应当强调资源分配对给付行政所起到的基础性支配作用。例如,只有必要的资源分配,给付行政才可能得以启动;同时,不同地域的给付行政,基于不同的资源与财政分配程度,也确定了各自富有差异的支付水平。

4. 给付行政以共享权为核心: 从公民的角度来看,给付行政的过程是实现共享的过程,给付行政义务请求权本质上是共享权。特别是对于发展中国家而言,如何在已有发展基础之上实现资源共享与公平分配,是当下给付行政的要务之一。

5. 给付行政的方式可以是公法或者私法: 就行为方式和工具选择而言,给付行政不拘泥于给付形式的公法或私法形态,法理上赋予了其形式选择自由的空间。这要求从目的导向来解释给付行政,而并不能简单地采取形式判断标准。进而,通过私法同样可能实现给付行政的公法目的。例如,通过私法契

^③ 参见沈政雄《给付行政之理论发展与行政法学课题》,载台湾《宪政时代》第32卷第2期。例如,认为这一概念的理论背景具有纳粹思想的历史个性,具有正当化并确保国家独占资本主义之国家体制之疑虑。

^④ 于安《论协调发展导向型行政法》,载《国家行政学院学报》2010年第1期。

约来实现公共设施的提供,这便模糊了原有的公法与私法边界,出现了越来越多的混合行为。

这五个要素可以成为理解当下中国给付行政发展的主要考虑因素。至于给付行政的范围等问题,则需要另行讨论。

结 语

在中国行政法学的发展中,诸多基本概念均源于外国法,继受而来的概念在当下中国的学理、社会以及实践中究竟如何被对待,又如何使用,这是检测该概念学术价值的判断标准之一。给付行政在中国的发展历史显示了其与经济发展、政治变革之关联。在经济发展与转型中国的双重背景之下,中国的给付行政范畴,作为一种制度实践工具,更类似于一种政府“治理工具”,它可以变身为某种政治术语;作为一种法律范畴,它可以在不同平台上加以使用,并在不同的历史阶段承载各异的法律功能。因此,在当下的中国社会背景之下,给付行政的关注与解读也不同于过往,这也应当成为未来给付行政研究的重要基础。

Abstract: After reviewing the development of welfare administration from historical context, it can be seen that China already has the similar phenomenon before the adoption of the concept of welfare administration. The different expressions and uses of welfare administration demonstrate the characteristics of each era. With the social change and new requirements of the times, China should confirm the key elements of welfare administration at the time of adopting its scope. After doing this, the welfare administration can be established in China with Chinese characteristic.

(责任编辑:吴 雷)