



# 给付行政的中国生成

胡敏洁

## 一、问题的提出

行政法学上首先使用“给付”语词的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。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。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。此后，给付行政学说日渐成为日本、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。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。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。反映在语词的使用上，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、“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。此时，物质帮助是一项基本的宪法权利，但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。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。

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。以经济发展为中心的给付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，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。”

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。例如，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。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。比较而言,“行政给付”与“给付行政”并不相同。1.前者是一种具体行政行为,后者是一种类型化范畴;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。

### 三、“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。

对照历次政府工作报告,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”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。

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。“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。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。

#### 四、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。

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,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。

##### (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。

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。

（作者系南京大学法学院副教授，本文摘编自《中国法学》）