

财税法学前沿问题研究

法治财税与国家治理现代化

中国财税法学研究会 / 主办
刘剑文 / 主编



CAISHUIFAXUE
QIANYANWENTI
YANJIU

FAZHICAISHUI
YU
GUOJIAZHILI
XIANDAIHUA

- 公共财产权的概念及其法治逻辑 刘剑文 王梓宇
○ 新《预算法》的成就与不足 朱大旗
○ 全口径预算管理之惑——论社会保险基金的异质性 张荣芳 熊伟
○ 现代国家治理下我国税制体系的重构 朱为群 曾军平
○ 税捐稽征之正当法律程序之违反及其效力 葛克昌
○ 税法上之正当法律程序 陈清秀



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

财税法学前沿问题研究

法治财税与国家治理现代化

中国财税法学研究会 / 主办

刘剑文 / 主编



CAISHUIFAXUE
QIANYANWENTI
YANJIU

FAZHICAISHUI
YU
GUOJIAZHILI
XIANDAIHUA



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

财税法学前沿问题研究. 5, 法治财税与国家治理现代化 / 刘剑文主编. —北京: 法律出版社, 2015. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8775 - 7

I. ①财… II. ①刘… III. ①财政法—法的理论—研究—中国②税法—法的理论—研究—中国 IV.
①D922. 201

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 280731 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮 吴 镡

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787 毫米×960 毫米 1/16

印张/21.25 字数/460 千

版本/2016 年 1 月第 1 版

印次/2016 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8775 - 7

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任 刘剑文

委 员	王 征	俞光远	汤贡亮	贾绍华	刘修文
	刘 佐	陈少英	杨临萍	廖益新	张 怡
	张富强	熊 伟	朱大旗	施正文	周序中

序 言

2014年10月25日至26日,中国财税法学研究会2014年年会暨第二十一届海峡两岸财税法学术研讨会在武汉大学法学院成功召开,来自北京大学、中国人民大学、中国社会科学院、中国政法大学、西南政法大学、台湾大学、东吴大学等两岸高校以及政府机关、实务部门的250余位专家学者齐聚一堂,围绕“法治财税与国家治理现代化”、“财税法总论研究”两大主题展开了深入研讨。本次会议汇聚了两岸财税法领域的顶尖学者,紧扣十八届三中、四中全会精神,主题集中鲜明,内容安排丰富,学术讨论热烈,达成了多项学术共识,取得了丰硕成果。

本次会议体现了财税法学研究会的大视野、大思路、大胸怀。中国财税法学研究会始终站在国家治理现代化的高度,站在法治中国的建设层面来进行研究。财税法是“理财治国安邦之法”,财税法的本质是公共财产法,在国家发展建设过程中,我们需要为国家提供更有价值的建议、做出更大贡献。2014年,中国财税法学研究会组织力量多次向中央高层提出建议,得到了国家领导人的多次重要批示,财税立法工作的重要性日益凸显。在国家治理现代化过程中,财税法应当扮演什么样的角色?中国需要什么样的财税法?这是我们时刻要思考的重要问题,我们的观念需要跟上时代步伐,我们的人才培养工作也需要与时俱进,需要着力于支持财税法青年学者的成长,为此,本次会议评选青年优秀论文奖,并设置青年学者专场论坛,鼓励年轻学者的成长。

本次会议共收到120多篇参会论文,论文主题既有理论上的探讨,也有实践中的争论,堪称“百花齐放,百家争鸣”。为了扩大财税法研究成果的社会影响力,经中国财税法学研究会会长会议研究,决定从中遴选出30多篇与年会主题密切相关的论文,分成“财税法原理”、“预算法治”、“税收法治”、“非税收入”、“台湾学者专论”等篇,经由法律出版社财经分社编辑出版。

编委会在遴选论文时,以质量和主题契合度为原则,但囿于篇幅,难以收录全部佳作,已编入本书的少数论文也因篇幅过长而在编辑过程中进行了必要的删减处理,纰漏在所难免,敬请各位作者和读者予以谅解。在编辑过程中,中国财税法学研究会副会长、中国人民大学法学院教授朱大旗统筹编辑出版工作,中国财税法学研究会副秘书长、中国人民大学法学院副教授徐阳光和法律出版社财经分社社长沈小英、编辑陈妮、吴镛等

人在编辑出版过程中付出了大量心血,特此说明并致谢。

我们相信,“理论改变社会,思想构筑未来”,希冀借本书之出版,展现中国财税法学研究会对基础理论创新和财税法治建设的执着追求,为法治中国的建设做出我们应有的贡献。

是为序!

中国财税法学研究会

2015年11月3日

目 录

第一篇 财税法原理

公共财产权的概念及其法治逻辑	刘剑文	王桦宇(3)
试论财税法之公共财产法的几个基本范畴	华国庆	(20)
公共财政视角下的财产权体系		
——基于公共财产的请求权	郭维真	(27)
“财税一体化”的法律逻辑与制度决定		
——一种公共财产法的视角	李大庆	王利军(35)
国家治理法治化背景下的财政制度完善研究	陈 治	(44)

第二篇 预 算 法 治

新《预算法》的成就与不足	朱大旗	(57)
预算法现代化的三个向度		
——对 2014 年《预算法》修正案的评议	杜 坤	(65)
预算修正界限论	豆星星	(72)
“政绩观”下预算超收现象的异化		
——兼论《预算法》对预算超收的规制	李 帅	(83)
全口径预算管理之惑		
——论社会保险基金的异质性	张荣芳	熊 伟(93)
政府治理现代化视野中的基层预算民主参与问题	马存利	(100)
以公共财产法为视角的公共预算法治进阶		
——政府渐进式还权于民	虞青松	(106)

第三篇 税 收 法 治

现代国家治理下我国税制体系的重构	朱为群	曾军平(117)
------------------------	-----	------------

纵向税收配置的改革建议及评估

——基于现状的思考 马海涛 李 升(124)

税与代议制的迷思

——“无代表无税”? 朱孔武(135)

“税收法定”的研究进路与法律回应 席晓娟(144)

税收立法中的“试点”

——上海、重庆房产税立法分析 顾德瑞(152)

论税法解释函令

——基于我国台湾地区税法理论与实践的探讨 高 军 李文波(161)

我国税收优惠政策的实效评估及清理思路

——以区域性税收优惠政策为例 王 霞(174)

税收优惠政策之法律编纂 邢会强(183)

我国纳税人诉讼制度的建立

——目的、困境与选择 段晓红 李文荔(188)

论跨国直接电子商务对我国税收管辖权制度的冲击与对策 戴 芳 任 宇(194)

论流经原则在信托所得税制中的适用 刘继虎(202)

税收协定中无差别待遇条款的新认识 蔡庆辉 许 攀(208)

第四篇 非 税 收 入

我国地方政府隐性债务的法律界定 刘汉霞(217)

论有限财政自治下的我国地方政府举债权问题 魏 俊(230)

非税收入的法律属性及其规制的基本原则 贾小雷(237)

第五篇 台湾学者专论

税捐稽征之正当法律程序之违反及其效力 葛克昌(249)

税法上之正当法律程序 陈清秀(267)

推计课税方法有无法律保留问题

——由中国台湾地区土地捐赠扣除额之核认观察 高罗亘(301)

税捐稽征程序之证据排除法则

——以台湾地区“税捐稽征法”第11条之6为讨论中心 林石猛 苏伟哲(311)

台湾地区纳税义务人权利保护专章之“立法”及实践概况 吴德丰 郭宗铭(324)

第一篇 财税法原理

公共财产权的概念及其法治逻辑

刘剑文* 王桦宇**

一、财产权保护的传统观点及其逻辑局限

在法学研究中,财产权可以从不同角度进行定义和解读。^①目前学界的分析多集中于私人财产权的概念和范畴本身,对财产权理论进行现代视野下的解构或重构,^②或者对私人财产权的保护或适当限制的正当性进行分析。^③在传统意义上,财产权是一种防御权,属于消极性的权利,其主要目的在于防范来自他人或政府的侵犯。但是,随着社会经济发展和人权范围拓展,财产权从古典意义上保持消极性权利向现代的积极性权利扩展,并完成从公民政治权利到经济社会权利的转化。^④就消极性的宪法财产权而言,各国宪法规定一般蕴含三层结构:不可侵犯条款、制约条款和征收补偿条款。其中,不可侵犯

* 北京大学法学院教授、博士研究生导师。

** 上海交通大学法学院博士后。

本文为2013年国家社会科学基金重大项目“促进收入公平分配的财税法制创新研究”(13&ZD028)和2012年国家社会科学基金重点项目“公共财政监督法律制度研究”(12AFX013)的阶段性成果。特别感谢匿名审稿人的宝贵意见,使本文在论证部分有重要改进。本文得到北京大学法学院教授葛云松、王磊,副教授甘超英诸多意见和建议,清华大学法学院博士后吴玄,北京大学法学院陈炜强、侯卓、陈彦廷、耿颖、陈立诚等同学也有相应贡献,特致谢意。

本文发表于《中国社会科学》2014年第8期。

① 基于不同的研究视野,财产权可分别从法理学、宪法与行政法学、民法学等角度展开。传统概念上的财产权,一般是指私人财产权,目前法学界研究的基本落脚点都基于此。

② 有的学者从民法上宽泛意义的角度研究财产权制度,建议引入更高层次的财产权概念,并建构新的财产权体系,参见马俊驹、梅夏英:“财产权制度的历史评析和现实思考”,载《中国社会科学》1999年第1期;有的学者从现代财产法的角度进行财产权的理论建构,参见王卫国:“现代财产法的理论建构”,载《中国社会科学》2012年第1期。

③ 有的学者从宪法上的私权保障或征收补偿的角度研究财产权问题,参见林来梵:“论私人财产权的宪法保障”,载《法学》1999年第3期;张千帆:“‘公正补偿’与征收权的宪法限制”,载《法学研究》2005年第2期;还有学者从宪法上财产权的社会义务研究非补偿性的财产权限制,参见张翔:“财产权的社会义务”,载《中国社会科学》2012年第9期。

④ 邓剑光:“论财产权的基本人权属性”,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2008年第5期。

条款确定了私有财产保障制度的前提,制约条款是对私有财产权的适当限制,征收补偿条款则是对这种限制的制衡。^①就积极性的宪法财产权而言,各国家通常都规定公民在年老、疾病或者丧失劳动能力时从国家和社会获得物质帮助的权利。^②

无论是民法上的财产权保护,还是宪法上的财产权保护,多为一种面向结果的状态,即财产权如何排他支配或者应享有何种财产性权利的保护。申言之,民法上的财产权是私法秩序下对面向财产的应有权利和现实权利的确认,其适用语境在于厘定与其他私主体的权利界限;宪法上的财产权则从人权的高度,将财产权理解为公民依照宪法本身享有的财产安定和受益给付的基本权利,其适用语境体现在对公权力的防御和限制层面。但即便是宪法和行政法上的财产权模型,仍只能涉及财产权的静态归属及其限制本身层面,^③在对私人财产通过征收、征税等形式转化为公共财产的正当性进行法理分析和论证后,并未进一步涉及私人财产转化为国有土地房屋、政府税收等公权力所持有的财产后的控制及其法理。此处试举两例:

就政府税收而言,国家向公民课以赋税,在宪法意义上需要研判与释明公权力获取私人财产的正当性,在行政法上需要辨识和考察私人财产权属转化为公权力持有过程中的量能原则,在民法意义上需要衡量履行公法之债的妥适性。^④此外,须进一步解决的法理问题至少包括两个方面:其一,如果国家征税权是对私人财产权的适当限制并进而具有正当性,那么其公权力通过征税而获得的财政收入的支配也应纳入正当性评估的范围。这种以税收形式获得的财政收入,其法律性质如何?能否在此基础上提炼具有共性的财产概念要素?其二,政府通过税收将私人财产转化为公权力所持有的财产后,仍有必要进一步对这些财产的支配进行约束和规范,此种基于预算的财产支配的权源基础何在?又如何体现分配正义?

就土地房屋征收而言,目前行政法学研究重点在于政府在征收公民私人财产时应给予公平公正的补偿,但对此等私人财产经由征收成为公权力持有的财产后的使用及其过程缺乏关注。^⑤这种理论准备的不足以及征收后政府行为的控制缺失,导致在实践中出现房屋土地被征收后便脱离监督或难以监督的现象,此种状态中的法律漏洞应予填补。

① 张翔:“中外宪法私有财产权保护比较研究”,载《科学社会主义》2011年第2期。

② 此种获得物质帮助权,一般被认为是社会权或者生存照顾权,但在某些国家,也被理解为公法上的给付请求权,作为积极性的宪法权利被纳入财产权保护范围讨论。

③ 在宪法学领域,从征收角度研究财产权问题的成果较多,近年来也有从课税角度研究财产权问题的论文。参见石佑启:“征收、征用与私有财产权保护”,载《法商研究》2004年第3期;张翔:“个人所得税作为财产权限制——基于基本权利教义学的初步考察”,载《浙江社会科学》2013年第9期。

④ 关于税法上的公法之债理论,参见黄茂荣:“税捐债务”,载黄茂荣著:《税法总论》(第3册),台湾植根法学丛书编辑室2008年版,第1~338页;葛克昌:“论公法上金钱给付义务之法律性质”,载葛克昌著:《行政程序与纳税人基本权》(第3版),台湾翰芦图书出版有限公司2012年版,第119~176页。

⑤ 关于对征收程序的探讨和反思,参见程洁:“土地征收征用中的程序失范与重构”,载《法学研究》2006年第1期。

相应产生的问题还包括:如何在学理上概括和提炼使用征收财产的行政权力?征收与征税均为私人财产权移转给政府持有,两者具有何种同质性?在法律适用上是否有共通的规则?

当前,保护私人权利和控制政府公权力的观点不仅是理论界的共识,也是公众权利意识经由启蒙后的自发觉醒。在此背景下,对私人财产权及政府经由公权力取得的财产在流转过程的全程、纵向和全面的法律保护具有必要性和紧迫性。对已经通过征收、征税等有对价和无对价的方式转化为公权力持有的财产而言,也应纳入正当性考察和法律控制的范畴。财产权传统观点的逻辑局限在于:一是仅关注权属问题而忽略分配事项,即只关注财产权的初始确认,而忽略财产经转化而归于政府后政府对其的正当行使;二是未重视私主体在财产领域对政府的有效监督,即私主体只能知晓和评估政府取得自身财产的正当性边界,未能进一步追踪和监督政府使用这些取之于私主体财产的过程。因此,需要从制度设计的角度,建构一种更具有包容性的财产规则安排或理论模型,使财产权保护既面向初始状态,又面向转化过程,还能面向私人财产已经转化成政府持有财产的结果状态,从而在确认私人财产权与政府公权力边界的基础上,进一步调整和规范私人财产转化为公共财产及其使用的动态过程和最终结果。

二、经济社会发展对财产权法律体系的挑战

通常而言,“财产法”一词在私法意义上使用,它所调整的是私人财产关系。不过,随着现代经济社会的发展,政府财政权力开始侵犯到私人财产权,在此种情形下,私有财产仅由私法保护远远不够,还需要公法的有效保护。^①一方面,私法通过财产权行使规则的确立,为财产权提供积极的保障;另一方面,通过对国家征税权的约束和规范,税法防止征税权对财产权造成过度侵害,为私人财产权提供消极的保障。随着政府公权力的扩张,财产权保护面临的挑战愈加明显:一是私法上财产权绝对保护理念受到财产权社会义务的约束;二是宪法、行政法对财产权的保护仅涉及征收等领域,征税、收费等相关领域尚未广泛涉及,类似财政行为的共性要素尚未被有效提炼;三是目前的财产权保护只能起到静态的私人财产“定分止争”的功用,并不能从分配正义的角度实现动态的财政资金的“物尽其用”。在此背景下,财产权法律体系需要与时俱进,扩展财产权保护的法律法规。

(一) 财产权负有社会义务

宪法关于财产权社会义务的规定,对包括民法在内的整个法律体系产生了深刻影响,在宪法作为“高级法”的观念以及违宪审查制度被确立的背景下,现代宪法取代民法在法律体系中居于中心地位。^②这种转变与自由资本主义向垄断资本主义、国家资本主

^① 刘剑文著:《重塑半壁财产法——财税法的新思维》,法律出版社2009年版,第1~8页、第37~48页。

^② 薛军:“‘民法——宪法’关系的演变与民法的转型——以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心”,载《中国法学》2010年第1期。

义演进的时代背景相契合。近代法体系的民法三大原则,尤其是所谓所有权神圣原则,在公共利益原则的浸润下,添附了越来越多的限制。1789年法国《权利宣言》第17条规定,“财产是神圣不可侵犯的权利,除非合法认定的公共需要所显然必需时,且在公平而预先赔偿的条件下,任何人的财产不得受到剥夺。”德国现行宪法则有独立的财产权条款,规定了财产权受到保障,以及财产权伴随社会义务、基于公共福利才可将私有财产充公和公有化的补偿原则。

从财产权绝对到财产权承担社会义务的转变,意味着财产权的功能从保障私人自由任意地使用和支配财产,转变为开始承担社会利益再分配的功能。^①财产权不仅具有权利性,同时还具有义务性。如此,在立法上,国家可制定合理限制财产权的法律对财产权的社会义务作出明确规定,在司法过程中也会参照财产权的相对性理论作出裁判。在此理论观点指引下,有补偿的征税和有对价的征收作为对财产权的适当限制,具有了正当性基础。^②

(二)私人财产转化为公共财产的正当性

关于财产权限制的理论基础问题,德国的“社会义务”理论和美国的“警察权力”理论具有代表性。《德国基本法》第14条第2款规定的“财产权应伴随有社会责任。它的使用应服务于公共福利”,即是最重要的体现。美国法创立的“警察权力”理论,成为肯定财产限制立法的合宪性依据。财产权因法令规定而受其限制的,原则上应属于财产权的社会义务,财产权人应予容忍;但在个别情形,或因限制存续时间过长,或因限制强度过大,而使财产权受到损害形成一种“特别牺牲”的,基于“特别牺牲补偿”相同的法理,理应给予一定补偿。^③对于有对价的征收而言,私人财产基于公益转而被政府支配,相应的补偿即相当于商品交换中的对价。无论是有补偿的征收,还是无补偿的财产权社会义务,都涉及公权力对私人财产权的侵犯,其中又以政府将私人财产转化为公共财产最为明显。^④目前,宪法和行政法学界对财产权保护的探讨一般局限于征收等传统领域,对于同样涉及公权力侵犯财产权的征税、收费等相关行为尚未广泛涉及,这也给这些财政行为的正当性评价带来困惑。

① 张翔:“财产权的社会义务”,载《中国社会科学》2012年第9期。

② 有学者将应予补偿的征收和无须补偿的社会义务作了比较,认为其区分标准为是否违反平等原则,在无须补偿的社会义务被认为过度限制财产权的情况下,立法者可以考虑给予适当的补偿转以征收的法理予以重新建构。(参见张翔:“财产权的社会义务”,载《中国社会科学》2012年第9期)这种观点实际上认可了应予补偿的征收与财产权社会义务之间的共通性。

③ 翁岳生编:《行政法》(下),中国法制出版社2009年版,第1806~1809页。

④ 从契约论的角度理解,政府取得的此种财产并非成为政府的财产,只是政府基于公共性借由公权力而代替纳税人持有的信托财产集合,是集合化的“私人财产”,是公共财产(或称公众之财、公共之财),其支配仍应受到宪法、法律的严格约束。本文立意并非强调公共财产的优位性,而是强调其自私人财产处取得应具有正当性,公共财产的用益和处分应体现分配正义。

在此背景下,类似财政行为的共性要素能否被有效提炼成为重要的议题?公权力合法地侵犯财产权在形式上表现为税收、征收和收费等财政行为,在实质上则是政府藉由公权力将私人财产转化为政府持有,且其持有的范围及程度已然扩张和深化。^①即便是税收,看似属于无补偿的财产权应负有社会义务的典型情形,但实际上,政府提供公共产品和服务也是抽象的对价安排。在现实中,由于财政资金的数量及支出范围往往直接影响行政机关的职权与地位,一些地方政府往往因应经济周期或推动经济发展而有扩张预算支出的趋势。政府对财产权的限制应予适当控制,并注重对私人财产权使用的正当保护与其合理限制之间的适当平衡。私人财产权的限制以及对于此种限制的再限制,彰显的是公法与私法在财产权话语体系中的博弈与平衡,而这种平衡是细致且动态呈现的。

(三)财产权规则的扩展:从“定分止争”到“物尽其用”

随着经济社会的发展,财产权规则有进一步拓展的必要。一方面,“定分止争”很重要,私人财产应得到充分保护,无论是根据社会义务理论对私人财产权做必要限制,还是有补偿的征收制度及有特定受益范围的收费制度,其功能依然是通过对此种限制作出规范而最终保护私有财产;^②另一方面,“物尽其用”更重要,这些财产在转为政府支配后,其用益和处分也应受到法律的限制,且限制方式根据这些财产的具体支配方式有所区分,体现财产分配的社会福利性。

海勒(Michael A. Heller)在论证“反公地悲剧”时提出,如果出现稀缺性资源未设定财产权的情形,会发生公地过度使用的悲剧;若设定多个财产权,则会出现未能足够使用的反公地悲剧。^③这里只罗列了两种情形,在现实经济社会中,还有另外一种可能性,即当这些设定的私人财产权按照法律规则转化为公权力持有的财产后,其公地使用的效率又如何呢?此时的公地已不再是无主的公地,而是政府基于公权力持有的有明确权限的公共财产,依据现行法律,传统的公法原理难以有效规范该财产的使用。政府在何种程度使用土地房产,其作为公共财产受到哪些规范和监督,应属于正当性研究的范畴。

按照时序演变逻辑,关于财产取得和分配规则的理论链条如下。第一阶段,私人财

① 尽管在传统的与财产权相关的部门法规范和学理中,国家通过征收等方式取得财产和国家对税收、收费等财政收入进行使用及支配,一直被作为不同的规范领域,分别受征收的法理、征税的法理、收费的法理、预算的法理约束,但基于现代财税法学的视野,所有涉及纳税人的私财产权受到政府侵犯的部分,政府公权力均应受到法律的严格控制。虽然征收不属于财政收入的范畴,但其以征收对象非自愿性为前提侵犯私人财产权,与税收等存在同质性;另外,征收支付补偿性对价,与收费等受益负担的法理相通。总体上看,如上类型均属于公权力侵犯私财产权的情形,具有统一抽象的基础,对其进行控制的基础法理也均为在纳税人或特定受益人权利保护基础上的法定、民主、健全和平等原则。参见刘剑文著:《财税法——原理、案例与材料》,北京大学出版社2013年版,第27~33页。

② 对于私人财产转化为政府持有财产的具体过程而言,在形式上可区分为有对价与无对价两种,这两种转化的法律限制应有不同,并体现为不同的调整原则。

③ Michael A. Heller, “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets,” *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 3 (January 1998), pp. 621–688.

产权是“神圣不可侵犯的”,此种理念以维护私法秩序和保护平等主体之间的私权利为出发点。第二阶段,私人财产权负有社会义务,出于公共利益考虑,私人财产权应当作出牺牲,此种理念以政府可以合理侵犯私人财产权为前提,并划定公权力的边界范围,其目的仍在于保护私人财产权。以上这两个阶段是“定分止争”的阶段。第三阶段,负有社会义务的私人财产转化为由政府持有的公共财产后,在用益和处分这些财产时,在实体和程序层面受到法律的严格限制,以实现公共财产的分配正义。第三阶段是“物尽其用”的阶段。在此理论项下,仍有以下问题需要解决:此种已经脱离私人权属范围的财产是何属性?是否有法律调整的必要时?通过征税、收费、处罚等所得的资金以及通过征收所得的土地房屋等财产,如何确保其收到合理正当的支配?为回答这些问题,有必要建构抽象的财产权力或财产权利概念,以克服传统财产权理论无法解决但确实亟须解决的问题。

三、公共财产权概念的提出

宪法上财产权与民法上财产权的区别,不在于财产权的客体,也不在于财产权的主体,而在于反映在同一客体上不同主体之间的关系。^①实际上,两者都指向同一种财产权利。只是前者更多表现为相对于公权力而言的私权利;后者则更多地体现为不同平等主体之间的私权利。从本质上讲,在权利属性和权力来源层面,可将财产权理解为私人财产权与公共财产权两个范畴,即私权利与公权力的一体两面。^②前者指归属于人民的具体财产及其权利;后者指政府通过征税、征收或其他途径获得的财产及其权力。公法论者认为,法治最本质的特征是制约权力,其内在机理为权力与权利的和谐态势,通过依法治权而推进建设法治社会。^③在财政领域,宪法秩序就是规范政府财政权力与保护公民财产权利之间的一种相对均衡的状态,即划定公共财产权与私人财产权的合理正当边界。当前,一些地方政府“土地财政”、财政资金使用不规范、预算无法有效实现硬约束的现象,都直接或间接与财政权力侵犯私财产权利或者不当使用公共财产有关。在此意义上,从财政权中提炼出基于公共财产的正当取得和有效支配的公共财产权概念,不仅必要,而且可能。

(一)基础性概念及其厘定

公共财产权是指政府基于其公共性特质取得、用益和处分财产的权力,包括对私人财产征税、处罚、国有化等非对价性给付,征收土地房屋、收费、发行公债等对价性给付,以及支配这些财产的权力。前者系指政府无须支付完整对价情形,也即履行具体义务作为取得和支配私人财产,适用财产权限制、比例均衡、人权保障等原则;^④后者则指政府需

① 林来梵:“针对国家享有的财产权——从比较法角度的一个考察”,载《法商研究》2003年第1期。

② 权利和权力是一体两面的范畴,不存在无权力保障的法定权利,权力不以权利保障为目标则无正当性。

③ 汪习根:“公法法治论——公、私法定位的反思”,载《中国法学》2002年第5期。

④ 比如,征税,政府向私主体课税后并未直接提供特定的对价性服务给该私主体,但因财产权限制和社会国家理论而具有正当性;又如,处罚,政府以私主体违反法律规定按照比例原则课以处罚而取得收入,无须支付任何对价,反而因其惩戒功能而具有合理性。

要支付具体对价情形,也即履行特定义务作为取得和支配私人财产情形,适用受益负担、公平补偿和代际公平等原则。^① 公共财产权概念与传统财产权概念都以财产作为概念界定的基础,但两者存在明显的差异性和匹配性。首先,传统财产权是指私人财产权,甚至认为财产权概念本身就具有私的“权利”属性,而公共财产权则是从公权力角度界定财产权,将公共财产权定性为“权力”。其次,公共财产权是将私人财产转化为公共财产的权力,以及该转化后对公共财产进行支配(用益和处分)的权力。最后,公共财产权与私人财产权具有对应性,私人财产权之间的关系由私法调整,公共财产权与私人财产权的关系由公法调整。

要准确厘定公共财产权的内涵,有必要区分以下四组概念。

第一组是公物、公共财产与公共财产权。公共财产权概念对应的“公共财产”并非公物。公共财产权是相对于私人财产权存在的,只存在于与私人财产权转化及其后续支配相关的特定范畴中,这种理解可以将公共财产权中“公共财产”的概念与公物区分开来。^② 公共财产权中的公共财产,在形式上来源于私人财产并依法为政府所持有,但在本质上是政府基于“公共性”而代替公众持有的“集合化的私有财产”,仍为“公众之财”,其支配应受宪法、法律的严格约束。我国《宪法》第12条第1款规定的“公共财产神圣不可侵犯”,与公共财产权概念并无冲突,两者的区别仅在于对公共财产内涵理解的宽窄而已,即仅限于“公物”本身,还是从私人财产继受、转化而来的公共财产。

第二组是公共财产请求权与公共财产权。公共财产请求权,是指公众对具有公共属性的特定公共财产享有请求并使用的权利,其内容包括使用基础设施和享受公共服务的权利。公共财产请求权是公众基于宪法规定而向政府请求为一定公共财产给付或提供公共服务的法定权利,此种意义上的公共财产请求权,在界定静态意义的公共财产时具有积极意义,但未深入动态的公共财产的取得、用益和处分层面,也无法完全展示和涵摄公共财产的运行机制。在本质上,公共财产请求权是公法,特别是宪法所保护的请求权和私权利,而公共财产权是一种公法所控制的公权力,其运行涵盖公共财产取得、用益和处分的全过程。

第三组是公法上的财产权与公共财产权。公法上的财产权包括消极的公法上的财产权与积极的公法上的财产权:前者指私人财产不受政府非法限制、干预和剥夺,该项权利在宪法上直接规定但由民法予以具体化;后者指私人根据公法规范,得积极请求公权力主体为一定金钱财物给付的权利,是宪法规定的公民基本权利,与公共财产请求权内

^① 比如,征收土地房屋,除基于公共目的外,政府以支付公平的货币或实物补偿作为对价给付的主要方式;又如,收费,政府往往以提供特定服务作为收费的前提性基础,贯彻受益者付费原则;再如,发行公债,政府在偿还债务时应还本付息,还需照顾到代际的财政负担问题。

^② 与公物相近似的一个概念是政府私产,即具有私人财产性质的政府财产,是有排他性的法人财产权,基本上应适用民法规范。参见肖泽晟:“社会公共财产与国家私产的分野——对我国‘自然资源国有’的一种解释”,载《浙江学刊》2007年第6期。