

住房政策的任务分化及法律控制

凌 维 慈^{*}

摘要:我国住房政策的制定中凸显出政策裁量与法律控制的矛盾。一方面,住房政策涉及公民的住房保障权 and 市场中开发商、物权人、消费者等各方的权利义务,需要受到法律控制;另一方面,住房政策还承担社会政策和宏观调控任务,需要充分的政策裁量。传统的合法性控制理论无法充分回应住房政策的法律控制问题。因此,有必要根据住房政策承担的不同行政任务,分别探索不同的法律控制方式。当住房政策承担给付行政任务时,社会性规制应获得法律授权,并缓和适用比例原则;行政给付方式无需严格的法律保留,但应通过预算约束、行政内部监督以及基本权利的约束确保其分配的公正。当住房政策兼负宏观调控任务时,应当根据政策的法律后果采取不同的控制方式,减少补贴政策的运用。

关键词:住房政策 社会性规制 给付行政 宏观调控 法律控制

一、引言

所谓住房政策,是中央和地方政府以调整住房市场秩序、确保公民住房权利等为目标,选择各种手段干预住房市场,从而制定的各类行政规范的总称。近年来,我国住房政策的制定中凸显出政策裁量与法律控制的尖锐矛盾。

一方面,住房政策的内容涉及公民的住房保障权,以及开发商、物权人、消费者等各方的权利义务,需要受到法律控制。从 2005 年《国务院办公厅关于切实稳定住房价格的通知》(国办发[2005]8 号)开始,我国的住房政策已经发展出限购、调整税收、限制贷款利率、建设保障房等各类手段。尽管这些手段赋予了公民住房保障权,但也可能不当限制开发商、消费者等市场主体的经济自由,因而需要受到法律控制。然而,迄今为止的住房政策形式上都以国务院和各地方政府的规范性文件发布实施,其合法性存在诸多疑问。例如,2011 年上海市、重庆市为了调控房地产市场而出台的《对部分个人住房征收房产税试点的暂行办法》(以下简称《暂行办法》),其形式合法性受到众多质疑。2010 年《国务院关于坚决遏制部分城市房价过快上涨的通知》(国发[2010]10 号)规定了商品房限购政策,近几年地方政府的住房政策中甚至出现了禁止交易、限制交易价格的手段,^①这无疑严重限制了市场主体的经济自由。此外,秉持“房子是用来住的,不是用来炒的”政策理念,中央政府确立了地方政府的住房保障责任,但住房保障权的实现仍是基于政策裁量,尚未成为法律上的请求权。

另一方面,住房政策兼具社会政策和国家宏观经济调控的属性。地方政府在确保住房价格可负担性的同时,还要兼顾土地出让金收入的稳定;中央政府既要保障民生,又要调控住房市场,确保国家金融安全

^{*} 华东师范大学法学院副教授

^① 例如,《福州市进一步促进房地产市场平稳健康发展若干意见》(榕政办[2016]180 号)规定,商品房实际销售价格原则上不得高于备案价格,同一项目下一批次备案预售价格原则上不得高于上一批次同类型房屋销售价格的 10%。2017 年 5 月《嘉兴市建委关于进一步加强市本级房地产市场调控的通知》明确规定,居民家庭取得住房不动产权证未满 2 年的不得上市交易。

和经济增长。复杂的行政任务必然要求赋予行政机关更多的裁量权。然而,宽泛的政策裁量又会导致市场主体的自由受到无法预期地政府干预,使公民的住房保障请求权在法律上难以明确。可见,政策裁量和权利保护之间存在极为复杂的张力。

显然,传统的依法行政原理已经无法充分回应住房领域的行政法问题。因此,有必要在检讨传统合法性控制的基础上,重新思考住房政策的法律控制方式。本文尝试分析住房政策承担的各种行政任务,探索针对不同行政任务的法律控制方式。

二、行政任务的分化与法律控制方式的变革

(一)住房政策面临的多重任务

住房政策是中央和地方行政机关形成的有关住房开发、交易、保障等公权力介入为内容的措施,其形式上往往以政府规范性文件为载体,需要通过具体的行政行为来执行。本文将研究住房政策的时间范围限定在2005年至今。主要原因是,这一阶段国务院为了稳定住房价格而全面介入住房市场并开始提供保障性住房,这与计划经济时代的住房制度具有很大不同,其是在尊重市场基础上实施的行政干预,从而具有现代行政的特征。

行政法学通说认为,行政任务大体经历了从干预行政到给付行政的变迁。干预行政以国家社会二元为原则,旨在维持最低限度的公共秩序,整体作用趋于消极;给付行政则积极地介入经济自由和生存照顾领域,具有增进社会成员利益的作用。^①

政府规制也可纳入干预行政和给付行政的范畴。政府规制是在以市场机制为基础的经济体制条件下,以矫正、改善市场机制的内在问题(如分配不公、经济不稳定、非价值物、公共性物品、外部性、自然垄断、不完全竞争、信息不对称)为目的,从而干预经济主体活动的行为。一般将处理自然垄断和信息不对称问题进行的规制称为“经济性规制”;将处理外部不经济和非价值物问题的规制称为“社会性规制”。^②因此,以维护最低限度市场秩序的政府规制行为可纳入干预行政的范畴,而社会性规制则属于给付行政的一部分。现代政府规制已经不限于维护社会治安等狭义的规制,而是逐渐拓展至社会性规制领域,要求政府积极干预企业、市场和社会,以保护公共健康、生态环境和基本人权。^③

以此为框架审视我国的住房政策,可以发现其同时承担3种行政任务:

1. 干预行政任务。住房政策的基本目标是稳定住房市场的秩序,排除垄断和信息不对称等影响市场均衡的因素。住房市场与其他商品市场一样,会由于信息不对称或垄断等因素造成供需不平衡。由于住房短期内供应弹性过小,政府必须积极干预住房市场,重塑供需平衡,而不能坐待市场自身的周期性恢复。从国务院办公厅历年发布的《关于稳定住房价格的工作意见》来看,其均包含查处捂盘惜售、恶意哄抬价格、房地产交易信息披露等促进供需双方信息均衡的措施。

2. 给付行政任务。确保住房价格的可负担性和住房的可得性以保障中低收入人群的住房权利,是现代福利国家的基本职责,也是市场微观规制中社会性规制的重要内容。住房作为居民家庭赖以生存的生活必需品,不仅是一种商品,也是一种准公共物品,具有重要的社会属性。为此,行政机关通过规制住房市场主体的交易行为来确保住房的可得性,实现社会性规制的目标。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第14条第4款对“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”的规定以及第45条关于物质帮助权的规定,为积极的住房保障政策提供了规范基础。在积极的给付和保障方面,为满足住房商品化后中低收入者的居住需求,国务院逐步确立了针对不同收入群体的住房保障制度体系,包括廉租房、经济

① 参见翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2002年版,第29页。

② 参见[日]植草益:《微观规制经济学》,朱绍文、胡欣欣等校译,中国发展出版社1992年版,第22页。

③ See David H. Rosenbloom, Richard D. Schwartz, Handbook of Regulation and Administrative Law, M. Dekker Press, 1994, p.

适用房及公共租赁房。^①

3. 宏观调控任务。政府通过对住房市场进行干预实现宏观调控的目的。20 世纪 90 年代以来,房地产业成为国民经济的基础性产业之一,对国民经济的增长具有重要带动作用。同时,房地产市场的调节会对国家金融市场带来冲击和杠杆放大效应,进而影响整个宏观经济。因此,我国住房政策的任务不仅在于实现市场均衡和确保住房价格的可负担性,还须促进宏观经济的健康发展。例如,对购房人资格的限制、对房屋按揭贷款的首付比例的调节、对保障房的投入等,都蕴含宏观调控的目的考量。这种行政任务是我国住房政策的独特内容,也是行政主导经济的一种管理方式。“管理论”的提出者都或多或少意识到这种职能的存在及其带来的法治问题。^② 实践中,宏观调控任务往往与前两种任务混合在同一手段中,使得从目的和手段角度考虑来判断住房政策的合法性变得更为复杂。

(二)传统合法性控制理论的反思

行政任务的变迁也会带来法律控制方式的变化。德国、美国的行政法制度和理论变化的历史体现了这一趋势。在干预(规制)行政到给付行政的变化过程中,传统依法律行政的内涵发生转变。传统行政法理论基本上以干预(规制)行政为核心,关注的重点是如何控制行政权,使行政权对人民权利或利益之干涉限于最小且必要之程度,这主要表现为侵害保留原则、公法与私法二元论、比例原则等理论。^③ 而对应给付行政的兴起,形式法治的这些要求开始发生变化。例如,德国行政法学家福斯特霍夫提出“生存照顾”理论以来,法律保留等传统的依法律行政的原则也开始不完全适用于给付行政。^④ 美国自 20 世纪 60 年代通过政府积极提供各种福利保障之后,行政法也从强调严格限制行政权力转变为重视行政程序来保护广大受利益影响的群体。^⑤

我国行政法学理论的发展,特别是近年来对“新行政法”的研究也体现了对“行政职能的变化引发行政法顺应变化作出调适”^⑥的追问。罗豪才的“平衡论”、王锡锌的“行政正当性需求”论^⑦以及沈岢的“监控者与管理者”论,都观察到随着行政任务的扩展,传统合法性的控权模式存在的不足。其中,有学者认为,我国行政法的合法性判断之所以占据主流,主要是由于学说移植的影响和特定历史阶段制度建设的需要;我国和德国、美国等其他国家一样,都面对给付行政的扩张和规制行政的放松,需要引入与行政任务相匹配的行政法模式。^⑧

同时,学者们也注意到,我国行政特有的任务或职能同样是行政法不局限于传统合法性评价而引入其他机制的重要理由。例如,王锡锌提出的“管理性”行为、沈岢提出的“管理者”都指出,作为管理者角色的行政需要一套不同于传统行政法的方法和体系。^⑨ 遗憾的是,这些研究并未对管理者的职能进行充分展开,未能揭示管理性行为与传统法治的矛盾之处。

我国的住房政策同时承担着干预行政、给付行政与宏观调控 3 种行政任务。三者的复杂交织,造成住房政策合法性判断的难题,也为反思我国合法性控制理论提供了实例。由于干预行政任务下的住房政策适用传统的合法性控制,理论和实务上争议不大,所以后文主要围绕给付行政和宏观调控任务,探索法律

① 《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》(国发[1994]43 号文)和《国务院关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》(国发[1998]23 号)明确提出“对不同收入家庭实行不同的住房供应政策。”原建设部分别于 1994 年、1999 年制定了《城镇经济适用住房建设管理办法》《城镇廉租住房管理办法》,并于 2012 年制定《公共租赁住房管理办法》,满足新就业无房职工和城镇稳定就业外来务工人员住房需要。

② 参见章剑生:《现代行政法专题》,2014 年版,第 20~23 页;沈岢:《监控者与管理者可否合一:行政法学体系转型的基础问题》,《中国法学》2016 年第 1 期。

③ 参见章剑生:《现代行政法专题》,清华大学出版社 2014 年版,第 18 页。

④ 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 2000 年版,第 109 页。

⑤ 参见[美]理查德·B. 斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岢译,商务印书馆 2002 年版,第 2 页。

⑥ 李洪雷:《中国行政法(学)的发展趋势——兼评“新行政法”的兴起》,《行政法学研究》2014 年第 1 期。

⑦ 参见王锡锌:《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》,《清华法学》2009 年第 2 期。

⑧ 参见沈岢:《监控者与管理者可否合一:行政法学体系转型的基础问题》,《中国法学》2016 年第 1 期。

⑨ 参见王锡锌:《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》,《清华法学》2009 年第 2 期;沈岢:《监控者与管理者可否合一:行政法学体系转型的基础问题》,《中国法学》2016 年第 1 期。

控制方式的转变。接下来,笔者将根据作用方式的不同,将承担给付行政任务的住房政策区分为社会性规制政策和给付性政策,分别探讨适切的法律控制方式。然后,对兼负宏观调控任务之住房政策的法律控制方式提出构想。

三、社会性规制住房政策的法律控制

(一)社会性规制住房政策的内容

如前所述,我国住房政策中的政府规制主要是社会性规制,承担给付行政的任务。具体而言,社会性规制的住房政策主要表现为5个方面:(1)通过控制土地供应的总量、结构和时序以增加土地供给;(2)通过规划用途限制控制非普通住房开发、增加租赁住宅供给比例;(3)通过税收调控(如增加或减少营业税、个人所得税、房地产税等)和限制交易(如禁止预售商品房转让、限购、禁止未满期限的产权交易等)平抑购房需求;(4)通过规制开发企业的银行贷款和住房按揭贷款来平抑购房需求;(5)通过限制一手房房屋售价直接达到控制住房价格的目标。

然而,这些规制措施亦可能不当限制房地产市场中各类主体(土地所有权人、房地产开发商、购房人等)的自由和权利,应通过法律进行严格控制。在此过程中,须注意两点:(1)住房政策的规制对象中很多是行政机关或国有企业,仅从财产权限制之合法性的角度,难以对此类住房政策进行法律控制。例如,地方政府国土资源部门出让土地方式的规制、国有企业参与房地产开发的限制、国有银行首付比例与贷款利率受到的行政指导等,都很难从不当限制国有土地所有权人代表、国有企业的所有权和经营自由的角度进行分析,而需要从社会主义全民所有制的角度进行思考。(2)社会性规制的合法性要求与干预行政的政府规制有所不同。对违反住房交易市场秩序的行为予以禁止和处罚属于干预行政,适用传统的合法性控制方式。但是,土地用途限制、税收调控、限购乃至控制交易价格等社会性规制住房政策,其目的包含保障住房可得性等社会政策内容,不能简单套用严格的法律保留、比例原则等法律控制方式。下文将主要围绕税收调控和限购政策分析其在法律保留和比例原则适用上发生的变化。

(二)传统法律控制方式的缓和

1. 法律相对保留

住房政策中的税收调控主要通过全国人大常委会授权行政机关来制定,体现了法律相对保留。这主要表现为3种情形:(1)20世纪80年代为了应对经济体制改革,全国人大及其常委会将税收立法权宽泛地授予国务院;^①(2)许多税的豁免、征收方式等事项又通过国务院授权制定的行政法规再授权给国务院、财政部或地方政府来具体规定;(3)一些税收方面的基本法律将税收调整和征收方式等权限授予国务院、财政部或地方政府来具体规定。

具体而言,征收个人所有房产税、营业税免征要件调整和个人所得税征收方式调整体现了上述三方面的特点。2011年上海市和重庆市分别以规范性文件的形式出台暂行办法,规定在一定条件下对个人所有房产进行征收。暂行办法依据的是全国人大常委会授权由国务院制定的《中华人民共和国房产税暂行条例》(以下简称《房产税暂行条例》)以及国务院第136次常务会议的有关精神。在承认住房政策领域的税收可以由全国人大常委会宽泛授权国务院制定的前提下,停止适用《房产税暂行条例》的第5条第4项之“个人所有非营业房产免予征收”的规定,也应通过国务院制定行政法规。然而,上海市和重庆市的《暂行办法》只是规范性文件,其正当性的理由是“改革试点”,并得到了国务院常务会议的同意。^②根据《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第13条,试验性立法可以在全国人大及其常委会授权的情况下进

^① 参见《关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案实行的决定》(1984年9月第六届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过)与《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》(1985年4月第六届全国人民代表大会第三次会议通过)。

^② 参见《财政部 国家税务总局 住房和城乡建设部有关负责人就房产税改革试点答记者问》, http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/201101/t20110127_430873.html, 2018-07-11。

行,但这一模式能否在国务院职权范围内针对税收立法行使,值得质疑。

营业税免征要件的调整也体现了第一种和第二种法律相对保留的情形。2005年5月《国务院办公厅转发关于做好稳定住房价格工作意见的通知》规定,对个人购买普通住房超过2年(含2年)转手交易的,销售时免征营业税。此后,在房价形势更加严峻的情况下,2006年国务院在《关于调整住房供应结构稳定住房价格的意见》一文中将2年期限提高至5年。《营业税暂行条例》第8条以列举的方式规定了免征营业税的情形,其中的概括条款将规定其他免税、减税情形的立法权赋予国务院,国务院继而以规范性文件的形式规定了免税的具体要件。

个人所得税征收方式调整属于第三种相对保留的情形。2013年,国务院为了打击投机、投资性购房发布的《关于继续做好房地产市场调控工作的通知》第2条将个人所得税的征收方式由原先的核定方式,即转让收入的1%~3%改为据实征收财产转让所得的20%。这一征收方式的改变,事实上提高了大部分二手房交易的个人所得税额度,构成对房产投资行为的约束。但其具有法律依据,即《中华人民共和国税收征收管理法》(以下简称《税收征收管理法》)第35条的规定:纳税人费用凭证等残缺不全的,税务机关有权核定其应纳税额,并由国务院税务主管部门规定核定的具体程序和方法。早期交易的房地产很多存在缺少原值凭证的情形,因此依据法律规定采取了核定征收的方式。而2013年国务院的规定显然是基于商品房的发展,房地产的原值凭证基本完整准确的事实,要求税务机关适用《个人所得税法》第3条第5项财产转让所得适用20%的比例税率。相较于前两种税收调整,其法律保留的程度更高。

可见,税收对市场主体的行为选择具有一定影响。基于经济和社会政策的考量,我国住房政策中的税收调整采取了立法机关授权行政机关,乃至行政机关再授权其他行政机关的模式。这种方式具有一定的合理性,因为税收不仅是财政收入,也是经济政策、社会文化政策之管制诱导工具。^①以市场或经济调控为目的的税收税率小幅度调整或者税收优惠,需要及时因应经济变化,故有必要授予行政机关一定的灵活调整权限。具体税种的立法以及《税收征收管理法》的特定规范也已经为免税、减税以及征收方式的调整提供了法律依据。但不可忽视的是,宽泛授权的相对保留模式,将会导致征收权缺乏正当性,并带来过度征收、不合理征收的风险。

住房政策中的限购和限价则无须法律保留。《国务院关于坚决遏制部分城市房价过快上涨的通知》(国发〔2010〕10号)规定:“地方人民政府可根据实际情况,采取临时性措施,在一定时期内限定购房套数”。《国务院办公厅关于进一步做好房地产市场调控工作有关问题的通知》(国办发〔2011〕1号)对住房限购条件作了进一步明晰。根据国务院的文件,各个住房价格高涨的城市先后出台了贯彻国务院文件的实施意见,规定了具体的限购条件。^②

住房市场中的限购实际上是限制投资性需求来确保必需品的供应。^③限购措施主要限制购房主体的资格和购买的标的,即以具有本地户籍或缴纳税收及社会保险为购买资格的条件,以一个家庭购买限定数量和面积的住房为标的。从而,限购这一手段涉及对经济自由的限制和对非户籍人口的区别对待。从制度实践来看,各地住房政策中的限购措施仅以国务院发布的文件为依据作出,并不具备地方立法机关的授权,也不以政府规章的形式制定。各地方人民政府为了及时应对住房市场形势,避开复杂冗长的规章制度程序,采取了简单快速制定规范性文件的形式。

这种形式是否有悖于法律保留原则,其判定存在两方面的张力。一方面,从形式法治的要求来看,对财产权的限制需要有法律根据。《立法法》第82条第6款规定地方政府规章无法律、行政法规、地方性法规依据不得设定减损公民、法人和其它组织权利或增加义务的条款,即体现了这一理念。另一方面,社会

① 参见葛克昌:《所得税与宪法》,北京大学出版社2004年版,第84页。

② 近几年地方政府的住房政策中甚至出现了禁止交易、限制交易价格的手段。2017年以来,上海、杭州、武汉等诸多城市开始实施商品房预售价格申报备案制度,行政机关通过对申报价格的审批控制一手房销售价格,实现调控房价的目标。这些对交易自由的限制,不论是针对于开发商还是购房人,都是对其经济自由的严重限制。

③ 参见李稻葵:《李稻葵论限购:就像一剂退烧针,有副作用但是必需的》,《东方早报》2011年2月23日。

性规制目标的实现又需要放宽法律保留的要求。例如,限购政策要实现限制购房需求、稳定住房价格这一目标,就必须令购房人对政策出台无任何预期;法律保留原则却要求限购政策获得立法机关或国务院的授权,甚至制定法律或地方性法规。显然,这些获得法律根据的过程会使购房人产生预期,从而使限购政策失去规制效果。因此,社会性规制的住房政策放宽法律保留的要求,以国务院文件授权的方式加以制定,具有一定的合理性。此类住房政策的法律控制更需要通过实质法治的方式进行控制。

2. 比例原则缓和适用^①

实质合法性控制的方式首推比例原则。国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》(以下简称《实施纲要》)对合理行政提出了要求,其中“应当符合法律目的;所采取的措施和手段应当必要、适当;可以采用多种方式实现行政目的,应当避免采用损害当事人权益的方式”基本符合比例原则适当性和必要性原则的内容。与行政处罚、行政强制等具体的行政行为精细化地适用比例原则有所不同,^②行政政策是否符合比例原则,法律规定和司法裁判都尚未发展出其适用的步骤和内容。因此,以下主要以《实施纲要》的合理行政要求中包含的适当性和必要性原则为依据,分析税收调整与限购政策适用比例原则的程度。

以税收调整为例。住房政策中税收调控的手段有助于达成社会政策,符合适当性原则。^③但是,税收调控的手段不宜受到必要性原则的严格控制。具体而言,征收房产税、调整免征营业税的条件(时间)以及上调个人所得税率等手段,对于实现住房政策的社会政策目标是适当的。征收房产税,目的在于合理调节收入分配,促进社会公平,引导购房者理性地选择适当居住面积的住房,从而促进土地的集约使用。^④增加免征营业税的时间条件,可以遏制普通住房的交易频率,从而减少住房市场的过度投资行为。从增加交易成本的角度,上调交易个税的比例也有助于遏制过度投资行为,有利于稳定住房价格。然而,在必要性判断上,这3项税收调控手段是否必要、侵害是否最小,则难以准确衡量。因为,仅就控制投资需求的手段而言,限制贷款、增加税收、限制购房资格3者侵害程度的比较,需考量范围、程度等诸多专业的经济学内容。此外,这3项手段所要控制的投资需求各有不同,所要实现的具体目的也有所差别,从而难以区分何种手段侵害性更小。再者,如果将目的扩张到控制住房价格,那么税收调控就不仅需要与限购、限制贷款手段相比较,还应当与集体建设用地开发等手段相比较。这时,比较衡量的利害关系就会变得非极为复杂和抽象,难以得到“避免损害当事人权益”或对当事人权益损害最小的这一结果。

再以限购政策为例。住房政策中的限购是否应受必要性、适当性原则的控制?限购的目的在于控制住房价格,确保可负担住房的可得性,进而防范金融乃至宏观经济风险。从2017年人口流入城市限购措施的实践经验来看,限购与贷款限制等手段共同发挥作用,的实现了一线城市住房价格14个月同比涨幅回落。^⑤然而,限购本身是不是实现价格同比涨幅回落的必要手段呢?对这一问题的回答,涉及经济学、行为心理学方面的专业判断,与其要求该政策符合必要最小限度要求,不如加强政策出台程序的专业性和独立性。而法律控制的重心则应回到限购的条件是否构成歧视以及限购的临时性期限是否超出限购目的这两个问题上。

因此,尽管税收调控和限购会对市场主体的财产权造成限制,但在以经济、社会政策为目标的手段选择中,不宜严格适用比例原则的衡量方式,特别是必要最小限度的手段选择。住房政策的实质合法性的判

① 日本宪法判例在适用比例原则时,存在区分严格适用和缓和适用的情形,有学者比较美国和德国不同的审查基准,也提出过这种区分。須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社,2010年版)224頁参照。

② 《中华人民共和国行政处罚法》第4条、《中华人民共和国行政强制法》第5条的规定也体现了手段与目的相当的比例原则内容。司法裁判中也出现了相当丰富的运用比例原则思路进行审判的案件。参见王静:《比例原则在中国行政判决中的适用》,《交大法学》2017年第4期。

③ 参见葛克昌:《所得税与宪法》,北京大学出版社2004年版,第92页。

④ 参见《财政部 国家税务总局 住房和城乡建设部有关负责人就房产税改革试点答记者问》,http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/201101/t20110127_430873.html,2018-07-11。

⑤ 参见《国家统计局城市司高级统计师刘建伟解读11月份房价数据》,http://www.stats.gov.cn/tjsj/sjjd/201712/t20171218_1564145.html,2017-12-26。

断更适合应用美国法上的合理性判断基准,^①即只要目的和手段具有合理的关联即可,将复杂的政策判断委以行政机关,由其通过合理的行政程序来作出决定。此外,从政策与法治的关系来看,政策手段选择的法益权衡可能会超出单个规制领域范围。例如,住房政策关乎住房市场的稳定,而住房市场的稳定又与城市的承载力、区域经济发展不均衡等因素密切相关。因此,以严格的必要最小限度侵害标准要求住房政策的手段选择显然不利于政府进行通盘的政策考虑。从现实来看,如果严格适用比例原则,将使政策制定失去灵活性。实际上,限购除了承担社会性规制任务以外,还承担着防范经济风险的宏观调控任务。运用限购的手段实现宏观调控目的是否违反比例原则,有待进一步分析。

四、给付性住房政策的法律控制

(一) 给付性住房政策的主要内容

相对于社会性规制政策而言,给付性政策的法律效果表现为公民获得国家给予的利益。住房政策领域的给付主要是各类针对不同收入群体的廉租房、经济适用房、公共租赁房以及其他中低价位、中小套型普通住房的供应保障(双限房、自住房)。具体而言,国家或地方政府主要通过财政投入保障房建设、减免保障房建设的土地出让金及各项税费、向中低收入人群出售或出租保障房、直接向低收入住房困难户支付廉租补贴、赋予集体建设土地新的规划用途^②以及财政直接对购房人进行补贴等方式予以给付。^③如前所述,伴随着给付行政的兴起,形式法治的要求开始发生变化,严格控制行政权的模式有所松动,依法行政原则不再完全适用,概括的授权立法甚至行政职权立法广泛存在。同时,福利的财政分配属性使得消极的司法权难以审查给付政策,行政机关也拥有了更宽泛的裁量权。^④

我国保障房的制度规范体现了无法律保留的政策裁量模式。保障房基本制度主要由《城镇经济适用住房建设管理办法》《城镇最低收入家庭廉租住房管理办法》《公共租赁住房管理办法》等3部规章构成。在没有法律根据的前提下,这3部规章的制定依据主要是国务院的文件,如原建设部根据《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》(国发〔2007〕24号)修订了《经济适用住房管理办法》。在地方层面,也多是由地方政府或建设部门制定相关文件进行具体规定,如上海市政府发布的《上海市经济适用住房管理试行办法》(沪府发〔2009〕29号)。唯有深圳市人大常委会制定的《深圳市保障性住房条例》以地方性法规形式对住房保障制度进行了总体性规定,并明确授权给行政机关具体的执行权限。

然而,当国家使用来自全体纳税人的税收收入来保障部分人群的福利时,政策制定若不受法律控制,就会带来分配不公与财政资金利用效率低下的问题。保障房建设的国家资金来自国家无偿提供的土地使用权、税收优惠和直接的财政资金资助。这部分投入如何分配给不同的人群,其决策程序欠缺外部监督。当这种给付带有经济再分配功能时,如产权式的经济适用房在很大程度上有助于提高购房人的家庭资产,就很难保障分配的公正性。各地住房政策中对最低收入住房困难群体的廉租住房投入不足,却对产权式的经济适用房以及各类人才公寓投入颇丰,就是其表现之一。这种分配不公也反映出国家财政资金利用效率的低下,即部分人因此低价获得财产,而真正需要国家保障的对象却并未得到给付,从而与“精准”保障的目标背道而驰。因此,给付行政无须法律保留并不意味着行政机关在形成给付政策时无需接受外部法律机制的约束,只是其可以不采取传统干预行政的法律保留模式,而是通过预算约束、行政内部监督以

① 美国法上对涉及个人权利与平等保护立法的司法审查,其审查强度分为3个层次,合理性基准只要求法律所采取的手段与一个正当的政府目的之间具有合理的联系,是最为宽松的审查标准,适用于所有未被归入其他审查基准的案件,如社会与经济立法等。参见杨登杰:《执中行政的宪法比例原则——兼与美国多元审查基准比较》,《中外法学》2015年第2期。

② 国土资源部住房城乡建设部制定《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》(国土资发〔2017〕100号),提出试点城市可允许集体建设用地建设租赁住房。

③ 各地方政府推出的人才购房补贴以及去库存的城市对普通购房者提供的购房补贴都是此种类型。尽管这些购房补贴是否满足实现保障中低收入人群住房权利的目的存在争议,但从后果上都表现授予购房人的一项利益。

④ 村上武则『给付行政の理論』(有信堂2002年)138頁参照。

及基本权利约束的方式实现。^①

(二)传统法律控制方式的转变

1. 预算约束

在无法律保留的情况下,立法机关的预算审议与决定是约束行政机关执行的重要机制。国家通过预算的执行达成政策目标,人民及其代表则通过预算的审议对政府的执行进行监督和控制。^② 具体而言,保障房的供应范围、供应对象、准入标准由地方政府住房保障部门根据每年度供应总量等情形制定专门的准入标准文件来决定,但决定供应总量的资金和土地投入则要受到立法机关预算程序的约束。我国预算约束保障房资金投入的情况可从以下3个方面进行考察。

第一,中央住房保障支出的预算具体性不足,审议过程不够充分。《中华人民共和国预算法》(以下简称《预算法》)第20条规定,全国人大及其常委会对预算、预算执行、决算、预算调整进行审查批准。但在预算编制中,一般预算收支科目中并未具体到项(类、款、项、目)。2007—2014年间,有关住房保障的预算中本级支出和转移支出都只区分保障性安居工程支出和住房改革支出两大款。2014年后开始增加一些具体项目,开始区分保障性安居工程、廉租住房、棚户区改造、少数民族地区游牧民定居工程、农村危房改造、公共租赁住房等,但仍过于宽泛,不利于严格的审查。此外,预算的审议也不够充分,一年两次政府报告预算执行情况只提前一个月提交预算和决算草案,除全国人大财政经济委员会外,难以期待人大代表或其它委员会委员具备充分监督所需的专业知识和时间准备。

第二,地方层面保障房支出类型多样,但其中只有少数受到预算约束。地方层面的保障房资金除了财政支出(包括中央的专项财政转移支付)以外,还大量以政府性基金(如土地出让收入)^③投入住房保障。公积金增值受益、地方政府债、投融资平台、地方银行贷款也是投入保障性住房的重要资金来源。^④ 地方政府投入保障房的政府性基金受到本级预算的约束。然而,保障房建设用地免除出让金的保障房用地范围由国土与城乡规划管理部门决定,不受立法机关审议。关于地方政府债,根据《预算法》第35条第2款的规定,只有“经国务院批准的省、自治区、直辖市的预算中必需的建设投资的部分资金,可以在国务院确定的限额内,通过发行地方政府债券举借债务的方式筹措”。举借债务的规模,需先经全国人大或常委会批准,并列入地方本级预算调整方案,再由本级人大常委会批准。然而,地方投融资平台、地方银行贷款则不受地方立法机关的控制,而是由审计机关进行事后监督。

第三,尽管不同类型的保障房均在不同程度上受到预算约束,但总体作用有限。在廉租房方面,虽然国务院2007年发布的《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》要求地方财政将廉租住房保障资金纳入年度预算安排、住房公积金增值收益在提取贷款风险准备金和管理费用之后全部用于廉租住房建设、土地出让净收益用于廉租住房保障资金的比例不得低于10%,但以上海市为例,公共财政支出中并未明列廉租房支出,土地出让金收益支出中用于廉租房的部分也不在预算报告中明列,而是与公租房等共同作为保障性安居工程资金。^⑤ 因此,难以在预算审议中明确所有廉租房对象是否应保尽保。上海市的廉租房准入标准随着财政投入的增加逐步降低,但在资金投入决定准入标准的逻辑上,预算控制作用不足,市、县廉租住房资金投入完全取决于地方政府对投入数额的决定。在公共租赁房方面,尽管中央预算和地方公共财政预算都有专项资金列明,但这些资金主要不是用于建设投入,而是作为行政管理经费。

① 有的国家在判例中还形成了禁止过剩给付的原则,来控制行政机关不公正的给付分配。須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社,2010年版)222頁参照。

② 参见蔡茂寅:《预算法之原理》,台湾元照出版有限公司2008年版,第2页。

③ 国有土地使用权出让收入是指政府以出让等方式配置国有土地使用权取得的全部土地价款(包括受让人支付的征地和拆迁补偿费用、土地前期开发费用和土地出让收益等)。

④ 例如,《上海市人民政府办公厅关于进一步加强本市保障性安居工程建设和管理的意见》(沪府办发[2012]38号)规定了资金来源和使用,除财政支付、土地出让金外,公积金增值受益、地方政府债、投融资平台、地方银行贷款也是投入保障性住房的重要资金来源。

⑤ 参见2013年上海市人民代表大会通过的《关于上海市2012年预算执行情况和2013年预算草案的报告》、上海市财政局公布的《上海市2013年市本级政府性基金支出预算表》。

公租房的建设和供给数量更多由房地产开发企业取得贷款(如公积金的贷款)和土地出让金的免除来决定,故准入标准受预算专项资金影响不大;而且从各地方公租房准入标准来看,基本没有收入和家庭资产的限制。在经济适用房、自住房、限价房方面,预算资金投入不多,也未在预算中列明。地方政府债、地方投融资平台提供的前期资金也仅仅是为了项目的开发建设融资,建成后则通过出售产权得以偿付。因此,经济适用房等产权式保障房更多是通过政府免除土地出让金来获得资助,而免除多少则要由地方政府国土与城乡规划部门通过城乡规划来决定。

实际上,即使由立法机关对预算类、款、项进行审查批准,往往也只是形式上的。因为预算草案一般由行政机关作出,^①立法机关的实质审查十分有限。由此可见,保障房给付基本属于地方政府政策裁量的范围。赋予给付性政策充分的裁量,其合理之处在于,一方面,能够使福利受给人及时获得国家的帮助,而不至于因为漫长的立法程序而导致救助迟滞;另一方面,财政资金的分配往往具有高度政策性,行政机关相较立法机关更具专业性。但是,这种充分的政策裁量也存在行政不作为以及分配不公等弊端。

2. 行政内部监督

政治问责等行政责任制度也是控制给付行政政策裁量的重要方式。^②在预算约束不足的情况下,中央政府还会通过行政内部监督来约束地方政府对保障房的资金投入。这种监督主要表现为两种形式:

第一,中央政府通过行政命令或目标责任书来监督地方的保障房资金投入和建设。2007年《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》规定,地方政府土地出让金净收益用于廉租住房保障资金的比例不得低于10%。国务院在规范性文件中直接规定地方政府土地出让金支出的最低标准,以使最低生活保障水平的住房困难群体能够应保尽保,实现政府最低限度的保障义务。中央政府还与各地方人民政府签订目标责任书来监督地方的保障房供给。目标责任书通常配以行政内部上下级之间的年底考核和问责制度,以此来监督地方政府履职。^③

第二,中央政府通过城乡规划指标来监督地方保障房的土地使用权的投入。保障房供给中的公共投入,除中央和地方财政资金外,还包括各地方政府国土资源部门无偿供给的土地使用权。而保障房用地投入的数量主要由城乡规划的强制性指标和土地供应年度计划目标决定。2006年《国务院办公厅转发建设部等部门关于调整住房供应结构稳定住房价格意见的通知》要求套型建筑面积90平方米以下住房(含经济适用房)面积所占比重必须达到开发建设面积的70%以上,原建设部据此在《关于落实新建住房结构比例要求的若干意见》中规定了住宅建筑套密度和住宅面积净密度两项强制性指标来落实国务院要求的土地供给比例。此外,每年中央政府与地方政府签订的关于保障房建设的目标责任书还会分配具体的年度建设数量目标,这一目标也会反映在地方政府土地供应计划的供给数量中,并配套专门的监督机制。例如,地方政府需坚决执行当年保障房供地计划,向国土资源部上报每年度土地供应计划。地方国土资源局发现地方政府保障房供地未达到开发建设面积的70%,可责令其改正,整改仍达不到效果的,经过国土总督察批准可以发出《限期整改的通知书》,并采取暂停受理农用地转用审批,建设用地审批等措施。^④

上述中央政府对地方政府的行政内部监督机制显然与我国的分税制度密切相关。地方政府基于财政收入和支出的考量,没有充足的动力供给保障房,尤其是保障房土地使用权的无偿出让将会使地方政府损失大量政府性基金收入。因此,中央政府唯有通过行政内部监督机制加以控制。但是,保障房供给本质上

① 例如,从《关于切实落实保障性安居工程资金 加快预算执行进度的通知》(财综〔2011〕41号)中可以清楚地看到,有关住房保障支出的分类、数额都是由国务院提出的。

② 参见杨建顺:《论给付行政裁量的规制完善》,《哈尔滨工业大学学报》(社会科学版)2014年第5期。

③ 参见《地方政府2010年住房保障工作目标责任书正式签订》,http://www.gov.cn/jrzq/2010-05/19/content_1609543.htm,2018-11-29。

④ 参见《国务院办公厅关于建立国家土地督察制度有关问题的通知》(国办发〔2006〕50号)中规定的国家土地督察局在监督检查中发现问题的处理方式。

属于地方事务,其保障范围和程度根据地方财政能力差异而有所不同。^①因此,除行政内部监督外,地方政府对当地居民承担的行政责任和人大对地方保障房支出的财政监督也不容忽视。土地出让收入作为地方公共事务的主要支出来源,也应同税收一样接受人大审议,而不应仅由地方政府及其国土资源部门来决定。

3. 基本权利约束

除预算约束和行政内部监督以外,社会权也能发挥对住房政策的控制作用,促使政策制定者对财政能力(纳税人的利益)以及保障目的(保障的紧迫性)综合加以考虑,提高财政资金的效率与精准度。具体而言,社会权对住房政策的约束主要体现在以下两个方面。

第一,通过确立最低保障的羁束性义务来约束行政机关对财政资金的分配。最低限度的给付义务不存在裁量的空间,在财政投入(包括土地使用权供给)上形成羁束性的法律义务。具体而言,廉租住房制度是以最低收入人群为保障对象,应与最低生活保障一样作为一项羁束性的法律义务乃至宪法义务由国家承担。因为,“立法已经确认低于最低生活保障标准(基本生活标准)的城市居民均有权获得国家的保障,那么低于基本生活中住房标准的城市居民也应均有权获得国家廉租住房的补助。并且,无论是《经济、社会和文化权利国际公约》还是各国的宪法都承认国家应对公民的最低限度基本生活进行保障,对这种国家的作用和功能达成了共识,其中当然地包含了基本生活中的居住保障。”^②

第二,赋予公民分享权来促使有关保障对象和范围的决策结果更公正。在给付政策的形成过程中,受益人一般不具有给付政策的请求权,“在社会发展方面,除了基本性保障措施以外,政府提供的普遍性社会保障和普遍性公共服务对于受益人来说,大部分都是反射利益而很少构成受益人的主观权利,所以政府行使发展权引起的社会关系,大体上都属于客观法的调整范围。”^③这就意味着,受益人的主张在政策制定过程中并不享有制度上的保障,其受益往往只是作为政策目的实现过程中的一个考虑因素,保障与否是政策通盘考虑的结果。对此,有德国学者基于宪法上的自由权特别是平等权,强调赋予受益人分享权,^④主张实体法上的给付请求权若无视国家的经济和财政界限,将沦为空谈,但却可以在制度上保障个人在社会权实现过程中的参与权,即通过参与式行政的制度设计实现受益。这种理论也在日本宪法法院的判决中得到肯认。^⑤尽管从我国《宪法》文本中很难解释出分享权来保障公平的分配,但其内涵可以成为给付政策制定程序中潜在受益人程序参与权的理论基础。例如,在保障房准入标准的制定中,分享权理论要求制定程序更多听取代表性弱的群体的意见,以确保最终分配的公平性。

五、宏观调控住房政策法律控制方式的再调整

(一)住房政策中的宏观调控任务

住房政策在承担给付行政任务的同时,还承担着宏观调控任务。此时,住房政策属于国家财政政策和产业政策的组成部分。这体现为:

首先,保障房政策既具有社会保障的性质,又具有国家财政政策的属性。例如,2008年4万亿经济刺

① 例如,上海市通过规范性文件的制定多次扩大经济适用房申请资格,其中人均可支配收入和财产的标准要件不断被降低。经济适用房准入标准2009年为人均可支配收入27600元,人均财产70000元,2010年提高到人均可支配收入34800元,人均财产9万元,2011年又提高到人均可支配收入39800元,人均财产12万元。参见《上海市试点区域城镇居民家庭申请购买经济适用住房准入标准和供应标准(暂行)》(沪房管保〔2009〕434号)、《上海市2010年经济适用住房准入标准和供应标准》(沪府发〔2010〕29号)、《上海市2011年经济适用住房准入标准和供应标准》(沪府发〔2011〕9号)。

② 凌维慈:《论国家住房保障义务的构成》,《华东师范大学学报》(哲学社会科学版)2013年第5期。

③ 于安:《论协调发展导向型行政法》,《国家行政学院学报》2010年第1期。

④ “分享权”译自德文“Teilhaberecht”一词,参见李忠夏:《大学招生案》,载张翔主编:《德国宪法案例选释第1辑 基本权利总论》,法律出版社2012年版,第95页。

⑤ 村上武则『给付行政の理論』(有信堂2002年)294—295頁参照。另参见沈政雄:《社会保障给付之行政法学分析——给付行政法论之再开发》,台湾元照出版有限公司2011年版,第52页。

激计划^①中的保障房建设投资就是国家为了阻止金融危机造成的经济减速而运用的积极财政政策。这项积极财政政策在几年后带来了房地产市场库存过剩、银行坏账和企业债务风险等不良后果。因此,2016年之后,三、四线城市的住房政策又反其道而行之,通过扩大住房需求(如采取取消限购、降低贷款首付、给予贷款优惠、给予购房人财政补贴或城市户籍等措施)来消化过剩的住房供给,防范债务风险,减少2008年积极财政政策对宏观经济造成的不利影响。

其次,税收调控和限购政策,除了保持住房市场稳定以外,也为国家的整体宏观经济服务。营业税、个人所得税调整都体现了这一目的。住房市场与金融市场密切相关,不仅金融机构对房地产开发与交易提供的低利融资会导致住房市场波动,不动产证券化以及其他相关金融衍生品也会放大金融因素对房地产价格的影响。^②当住房市场漫长的自我调节对金融系统带来冲击时,市场的非均衡性就会导致整体经济不稳定,进而造成大量失业并引发通货膨胀。这时,中国人民银行会通过限制房地产金融产品来防范金融风险,国务院也会通过税收调整和限购等手段对住房市场进行调控,以期避免宏观经济风险。与之相反,减税和放松限购则作为促进房地产市场发展的政策,用来应对2008年全球金融危机带来的经济衰退。可见,税收调整和限购是调整产业供需平衡、促进国家宏观经济稳定发展的宏观调控政策。

由此可见,住房政策的主要目的“实际上是政府将房地产业作为其计划管制性经济所采取的对供给、需求的调控,根本目的是为了国家整体的投资、就业以及与房地产业相关联的金融业等整个国民经济的发展。”^③这种宏观经济调控的目的和手段体现了我国国家与市场之间一种非常特殊的关系。改革开放以来,中国市场经济发展40来没有发生过西方经济学意义上典型的“经济危机”或“金融危机”,这也说明宏观调控这个中国特有的行政干预机制所具有的危机防范能力。反观其他市场经济国家,无论是20世纪90年代出现地产泡沫的日本、2008年发生住房次贷危机的美国、还是2010年开始陷入地产债务危机的西班牙,均是由于政府作为不力,致使经济和社会承受巨大的损失。事实证明,缺乏房地产市场的宏观调控将带来难以估量的经济和社会后果。但是,若控制不当,房地产领域的宏观调控政策也会带来一系列的负面效应,其中积极财政政策带来的债务危机表现最为典型,2008年我国4万亿刺激计划的保障房投资与棚户区改造货币化安置措施带来的产能过剩(三、四线城市住房库存)和债务问题即为适例。这种负面效应需要通过事前的法律控制和事后的政治问责来加以预防。^④

(二)法律控制方式的再调整

《宪法》第15条第2款“国家加强经济立法,完善宏观调控”的规定,确立了国家对经济进行宏观调控的职能。然而,《宪法》和有关法律对调控的权限、对象和方式等都未作出明确规定。根据《宪法》关于全国人大及其人大常委会职权的规定以及其第89条第6项关于国务院“领导和管理经济工作和城乡建设”职权的规定,可以推定,国务院享有宏观调控的职权。但这一职权的内容和行使方式事实上都没有立法机关的具体授权,这也成为国务院政策裁量权限的一项重要特征。经济学研究认为,宏观调控是典型的中国术语,西方经济学理论中并没有与之完全对应的概念。西方国家与之类似的概念是“稳定化政策”(Stabilization Policy),它旨在降低短期经济波动的危害,包括货币和财政政策。^⑤从40年来的实践经验以及中央文件的规定可知,我国的宏观调控不仅通过采用货币和财政手段调整经济周期,还“以国家发展战略和规划为导向”,注重“财政政策、货币政策与产业、价格等手段协调配合”。宏观调控的主要任务是在“保持经济总量平衡,减缓经济周期波动影响”的基础上,进一步实现“促进重大经济结构协调和生产力布局优化,防范区域性、系统性风险,稳定市场预期,实现经济持续健康发展”等目标。^⑥这些内容并非宏观经济学上

① 4万亿刺激计划的十大措施中第一项就是:“加快建设保障性安居工程。加大对廉租住房建设支持力度,加快棚户区改造,实施游牧民定居工程,扩大农村危房改造试点。”

② 参见黄茂荣:《不动产价格之狂飙及其管制(上)》,《交大法学》2012年第1期。

③ 凌维慈:《规制抑或调控——我国房地产市场的国家干预》,《华东政法大学学报》2017年第1期。

④ 参见卢峰:《宏调的逻辑——从十年宏调史读懂中国经济》,中信出版社2016年版,第34~35页。

⑤ 参见庞明川:《中国特色宏观调控的实践模式与理论创新》,《财经问题研究》2009年第12期。

⑥ 参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

的经济周期均衡目标,而是国家主导具体经济产业,实现经济发展的目标。我国在20世纪90年代开始对房地产业实施的激励政策即可视为此种类型的产业政策,在环保、科技、医药等产业领域都广泛存在。

对宏观调控政策而言,行政裁量具有必要性。以住房政策为例,行政裁量可以使国务院的决策更专业、更快速地应对危机,避免市场提前形成预期。宏观经济环境瞬息万变,政策的出台需要及时把握经济条件。国务院及其职能部门比其他市场主体拥有更多的经济与金融数据,并有能力对这些数据进行综合分析,从而作出判断和预警。同时,政策内容不宜被市场主体提前知晓,否则其将形成预期而采取相应的规避活动,致使政策目标难以实现。因此,宏观调控应在一定程度上独立于立法机关的事前干预。此外,宏观调控面对复杂的经济形势,经济学理论无法为其提供所有决策细节,多元的宏观调控目标认识难度又较高,这些都导致宏观调控的法律控制困难重重。已有经济法学者注意到这一点,他们提出,对宏观调控主体适当赋权,由其根据形势和调控目标“相机抉择”或自由裁量,但同时必须将其纳入问责体系。^①那么,住房政策如何既能“相机抉择”又能避免干预经济造成不利后果呢?这需从以下两个方面对法律控制方式上进行调整:

第一,当宏观调控住房政策具有规制性(侵害性)后果时,不能因为其宏观调控的目的,而豁免法律保留、比例原则的约束。认为宏观调控权限属于国务院的宪法职权,因而具有不受法律控制的自由裁量空间的观点,在此情况下是不能成立的。有学者认为宏观调控手段应赋予更多的相机性(裁量性),微观规制手段应受更强的法律约束。^②这种从目的角度出发得出法律控制程度的方法,最大的难题是如何区分同一手段究竟是出于规制目的还是宏观调控目的。^③但若从政策的法律后果出发,则可统一要求任何带有规制性(侵害性)后果的住房政策都应具备法律授权根据。不同的是,在目的和手段的合理性上可进一步区分规制性目的或宏观调控目的,从而适用不同的标准。

第二,当宏观调控住房政策具有给付性(受益性)后果时,不能简单适用预算约束和行政内部监督的方式进行控制,而要探索促进财政政策合理性的法律控制方式。对此,可将这种具有给付性(受益性)后果的宏观调控住房政策分为消极与积极两种类型,进而采取不同的法律控制方式。消极政策并不需要行政机关直接赋予相对人某种利益,而是通过减免税赋来使其获益,从而诱导其采取行政机关期望的行为。积极政策主要表现为行政机关直接补贴相对人现金或给予其土地使用权。消极的减税政策更重视对市场主体的自身行为的诱导,而且减免的税收类型一般具有法律法规依据,减税过程中不太可能通过创造新的名目来套利。并且,根据税收的相关法律规定,减税已经形成一整套约束行政机关权限、程序和内容的法律制度,可以对宏观调控的手段选择进行有效控制。然而,积极的补贴政策的性质类似于行政给付行为,补贴的设定通常无需法律依据。与减税相比,行政机关可以自由地制定补贴的条件和内容,具有被市场主体俘获的风险,从而引发不精准或过度的补贴。因此,积极的补贴政策需要受到更为严格的法律控制。

诸如补贴等以扩大财政支出为核心的财政政策之所以在很多国家被限制性地使用,另一项重要原因是,这种财政政策一旦被要求事先通过立法机关的审查,就会丧失其调控的功能。从20世纪80年代开始,以美国和欧洲等为代表的发达经济体已经很少采用财政政策,取而代之的是越发精确的货币政策。^④因为,这些国家的宪法不允许具有再分配功能的财政政策未经投票和立法程序而随时调整国民分配结构,而立法一旦对财政政策进行审查,又会延误政策时机,破坏其调控功能。

① 参见史际春、肖竹:《论分权、法治的宏观调控》,《中国法学》2006年第4期。

② 参见包振宇:《相机性规制的合法性研究——以房屋限购令为例》,《东方法学》2011年第4期。

③ 经济法学界有众多对国家干预经济手段的分类,最为典型的观点大体上可以归纳为“两分法”“三三制”和“多元论”。所谓“两分法”认为可以把国家干预市场的措施分为宏观调控和市场规制。参见张守文:《略论经济法上的调制行为》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2000年第5期。所谓“三三制”是指按照国家调节经济的基本方式,区分市场规制、宏观调控和国家投资经营。参见漆多俊:《经济法基础理论》,武汉大学出版社2000年版,第109页。还有学者进一步区分了对外管制、市场监管等更多的干预类型。参见顾功耘主编:《经济法教程》,上海人民出版社2002年版,第19页。无论如何,在上述分类中宏观调控和微观规制构成了最为基本的两大类型。也有学者从有关术语的英文和日文翻译出发,否认“宏观调控”表述的合理性,认为可以用“规制”一词涵括国家干预市场的各类措施。参见陈承堂:《宏观调控权的经济法表达》,《政治与法律》2009年第9期。

④ 参见付敏杰:《财政政策为什么退出了美国的宏观调控舞台?——事实、文献与观点》,《金融评论》2013年第3期。

正如美国经济学家斯蒂格利茨所言,“在美国货币政策工具胜过财政政策工具的主要优点之一,是前者有更大灵活性”,“财政政策工具必须纳入美国的政治程序,这种程序往往因其似乎是无休止的讨价还价,涉及广泛的利益阶层,以及作出决策所需要的大量的人员,从而使它不能迅速作出判断。”^①这种严格的程序限制了政府和财政部门根据宏观经济形势变化而及时采取行动的权利。^②我国2008年覆盖保障房建设投资的4万亿刺激计划就是由国务院常务会议决定实施的。倘若依靠人大审议来决定财政的投入,势必难以及时应对变化的经济状况,也无法防止政策内容被市场主体预先知晓。

那么,如何为我国的这种财政政策提供合理的法律控制方式呢?是与美国一样,要求其必须经过预算审议那样的立法程序而导致财政政策自然消失,还是结合我国的实际,建立有效的控制机制?在国务院宏观调控职能和调控手段(如国有建设用地的供给)不变的条件下,我国应当进行两个层面的制度建设。一是尽可能适用减税等消极的政策,引导市场主体改变其市场行为,减少采用产业补贴等积极的投入措施;二是建立一个富有专业性并且组织较为独立的机构辅助(或代替)国务院及相关部门作出财政政策的决策,从而弥补财政政策决策中存在的短视和缺乏代表性的缺陷。^③

六、结语

无论承担给付行政任务还是宏观调控任务,我国的住房政策大多都是通过不受法律控制的行政裁量作出的。规制的专业性、给付行政对法律保留的宽松要求以及宏观调控政策需要及时捕捉调控时机的特殊性都为这种政策裁量提供了正当化理由。政策的决策者在决策过程中充分运用了对市场主体的“调控”的手段,其对国家与市场的关系、私人财产权与公权力的关系产生了深远影响,值得深刻反思与总结。

住房政策涉及国家的产业政策与微观市场规制等多重行政任务,体现了社会主义市场经济中国家对特定市场领域的全面干预。历史经验证明,这种干预有其成功之处,但失败的例子也比比皆是。注重程序和人权保护价值的法律控制往往是此类政策实施的“绊脚石”。因此,理论研究需要思考在中国的经济体制下,如何形成适合国情的法律控制机制,使其既能确保市场主体的财产权和公民的福利权,又能促进国家的经济和产业发展。本文的结论是,应当以发展的眼光正视我国行政机关的经济职能,在加强其规制性(侵害性)行政的形式法治(明确的授权依据)的同时,把法律控制的重点放在政策形成过程中如何加强外部监督和民主参与的制度设计之上。为此,有必要在行政机关负责人的政治责任以外,建立规制政府经济职能的法律制度,合力形成更佳的政策效果和可预期的规则体系。

法律对行政的控制方式与行政任务本身密切相关。以成熟法治国家行政法理论为蓝本建设起来的我国行政法理论,主要针对夜警国家到福利国家发展历程中的行政任务,忽视了我国独特的宏观调控任务,特别是计划经济时代遗留的行政任务以及社会和市场对行政的高度依赖性。与西方国家相比,我国政府职能的转变经历了截然不同的历程。很多西方国家在发展中渐次出现的问题在我国叠加出现,“中国从高度集中的计划经济向市场经济转变的过程带有强烈的政府主导色彩,这种主导型的职能模式要求政府具备较高的能力以弥补转型经济的内在体制缺陷。”^④为此,行政法的理论必须因应行政任务的现实需要,在确保行政行为合法性的基础上,提供平衡权利保护和行政任务实现的法律控制方式。

责任编辑 谭冰霖

① [美]斯蒂格利茨:《经济学》(下册),姚开健等译,中国人民大学出版社1997年版,第358页。

② 参见付敏杰:《财政政策为什么退出了美国的宏观调控舞台?——事实、文献与观点》,《金融评论》2013年第3期。

③ 吴越教授曾经提出,对国民经济形势的判断或者说宏观经济形势过热或者过冷的判断必须有一个专门机构来负责,而这个机构除了要具有专业性以外,也应具有一定的代表性。参见吴越:《宏观调控:宜政策化抑或制度化》,《中国法学》2008年第1期。

④ 薛澜、李宇环:《走向国家治理现代化的政府职能转变:系统思维与改革取向》,《政治学研究》2014年第5期。