

代序：为什么外国法

十年前，我邀同仁“迎接比较宪法学的不速之客”；十年里，我和一帮年轻人挤进比较宪法学的窄门。在连征收基本命题都未形成共识的当下中国，琢磨远在异域的管制性征收，是否太过超前？是否太凌空蹈虚？这会沦为唯美的研究吗？研究中国法可以从外国法切入吗？

—

我不止一万次追问：究竟有没有纯粹的中国法研究？这种追问与“中国法学向何处去”的领袖式叙事没有任何瓜葛。“中国法学向何处去”是一件我无法染指的事情——那是一个“谁在说”比“说什么”更重要的命题。但有没有纯粹的中国法研究，却事关稻粮，让人无法释怀。

我们不一直在研究中国法吗？这会成为问题吗？

新中国成立以来，曾有法学界的仁人志士，只要观察到我们生活于其中的中华民族有什么不能让我们满意，尽管“手无缚鸡之力”，却“胸有凌云之志”，脱掉自己的上衣就往前冲，最终“马革裹尸”，给世道人心空留许多唏嘘。

稍晚近，“驰骋疆场”的将士回到帐中，做些“运筹帷幄”的“奇门遁甲”。大体上，只要是中国人写的文章，而且事关法律，从自考生到博导，末尾都有几条“立法建议”。所有的文章都可以分为：中国问题是什么、为什么会出现这个中国问题、怎么解决这个中国问题，简称文章写作“三字经”：是什么、为什么、怎么办。不如此，就是坏了“学以致用”的行规。可怜莘莘学子，写文章必遭追问：你的文章解决了什么实际问题吗？你的文章有什么实际意义吗？世上最好做的行当就是答辩委员会委员了：凭两昏招就“吃遍天”。这样的问题爱因斯坦也难以作答：当年皓

首穷经弄出了个 $E=mc^2$, 他老人家当初实在不知道有什么实际意义, 也不知道解决了什么实际问题。

没有经验和规范依归的“运筹帷幄”不过是闲来拍脑袋的营生, 只要是人, 哪怕全身只剩下脑袋和手两个器官, 就可混迹进来。于是, 法学院如雨后春笋, 法学从业人员如过江之鲫: 不需要读书, 只要拍脑袋就可忝列法学家行列, 从事人人艳羡的显学, 岂有“不从善如流”的道理? 拍脑袋时间长了, 次数多了, 铁头功没练成, 倒闹出脑震荡来。于是, 法学界昏话与梦呓齐飞, 屁话共空话一色。偶有两位神志清醒者欲絮叨两句, 就被满街游走的疯子群殴致癫。

脑袋里的那点东西拍完了, 再拍下去唯恐脑溢血。脑震荡还不影响生活自理, 脑溢血可就不是闹着玩了——两眼昏花的法学界开始寻觅外国法的知识。但长期脑震荡落下的全身功能紊乱, 使法学界早已没有耐性去读外国法的文献。一种新的科举文体凌空出世, 名为四股文——第一股, 提出昏花老眼观察到的中国问题; 第二股, 从时装杂志上看到的大陆法系制度; 第三股, 从花花公子领带上读到的英美法系制度; 第四股, 遐想我们应该采用的制度。这样的文章会得到两股文评语: 结构工整, 联系实际。

究竟有没有中国法研究? 如何研究中国法? 的确是个问题。

二

从发生学的角度来看, 法学是西学。中国近代以来的法律始于移植, 法学从翻译发端。这是中国法律人挥之不去的梦魇。

可不可以有中国的法学? 当然可以。比如说, 在作为西学的法学底色中加入一些中国元素, 这无疑是一条捷径, 但如此调制出的法学很难说是纯粹意义上的中国法学。另起炉灶是缔造中国法学的另一种路径, 但那似乎是痴人说梦: 一来没有必要——鲁迅先生说过, “世界上本没有路, 只是走的人多了, 也便成了路”, 但如果已经有了路呢? “我为小草绕一绕, 小草向我笑一笑”就成了一种美德; 二来没有可能——在法律规则趋同的时代, 我们如果一定要弄一套与别人迥异的生活法则, 无疑是自绝于地球人, 如不是立志于鳏寡孤独, 断不可如此行为乖张。

也许, 中国的法学, 从知识贡献的角度观察, 本身就是一个吊诡的命题。如果一定要有中国的法学, 那只能是: 用作为西学的法学为框架, 研究中国问题。

将中国法学理解为研究中国问题的法学, 仍然摆脱不了同样的追问: 有没有

纯粹的中国问题？即外国人没有碰到，只有中国人碰到的问题？外国人没有碰到，只有中国人碰到的问题，用作为西学的法学能解决吗？

于是，中国法学的研究几乎只剩下华山一条路：先归纳中国法治遭遇的问题，然后在浩如烟海的外国法文献中寻找可能的调适之道。如果西人从来就没有碰到的问题，在作为西学的法学中几无可能找到答案。对外国法文献的选择，就蕴含了念兹在兹的中国问题意识。

我很不习惯狗尾续貂式的“给我们之启示”。启示是很个人化的东西，对外国法文献的研究只是提供解决类似问题的可能进路。法律人以“致命的自负”情结，以神的先知读出属灵的启示，不过是以学术研究代替政治决断。“我们人民”答应吗？

如果将创新理解为“面向未来”的物什，将解释作为基本方法的法学就不可能有任何意义上的“创新”——解释只面向过去。至于存在无穷可能的未来，法律人只能谦卑地交托给“我们人民”的决断。

“法学之所以很难称为科学，就是因为他无法像其他科学那样武断”，一语中的。

三

通过外国法的进路研究中国法问题，可靠吗？与中国国情契合吗？是啊，这一永远正确的追问，比“有什么实际意义”更狠。“有什么实际意义”至少是一个将来可以回答的问题，存在理论上的“唯一正解”，但“与中国国情是否契合”则是一个可以智者见智，仁者见仁，永远不可能有标准答案的问题——任何答案皆可证伪。

世事波谲云诡。近读何炳棣《读史阅世六十年》，何先生在史学界的地位无人小觑，但何先生在中国史方面的成就大多在大洋彼岸取得，学术训练也在西学浸淫中完成，基本的研究进路也未游离西学框架。这又让我不禁想起刚刚离去的季羨林先生，季大师在留德十年中精研梵文，关注中印文化交流，遂成东方学巨擘。这是否可以称为研究中国问题的西学进路？距离产生美吗？朱苏力先生在美国拿了博士学位，却发现了法的本土资源这个学术富矿，其中的玄机，外人只有雾里看花了。

其实古人早已道出了其中的因由，“不识庐山真面目，只缘身在此山中”。学

者可以闭门索居,但学问却一定有潜在的对话者。潜在的对话者隐退之后,学问就只剩下断语式的自说自话了。研究中国法的外国法进路,旨趣之一在于理解潜在的对话者。

我们何时看到过就中国法论中国法的著述?即便对中国法律史的表述,不也充斥着行政法、民法这些来自异域的分类吗?《中国法理念》这样特别“中国”的著作,也不得不借助黑格尔的“理念”概念,否则就只剩下“互养是世界的本质,养有真养假养之分”的玄学了,那是中国人也很难看懂的中国法研究。我们只要对期刊上的法律类文章做一个简单的分类,就会发现,文章只有两种:以外国法的标题研究外国法,以中国法的标题研究外国法;或者,换个角度,从问题意识的角度分:明修栈道式的通过研究外国法而研究中国法,暗度陈仓式的通过研究外国法而研究中国法。

五十步和一百步好像很远,其实很近,故有“一百步不笑五十步”的古训。

四

当中国法研究的外国法进路成为法学研究的门径时,谁是中国法研究的王者?这一问题就连三岁小儿也能回答了:一定是海归。如果海归能与分配资源的权力联姻,在法学界想不通吃都难。

法学研究的早期,“连中国英语也不会”的芸芸众生,研究中国法就只能依靠海归的翻译——海归就是外国法知识的供货商。更为可怕的是,市场经济发育远未充分,供货商人数屈指可数。于是,少数海归几乎可以轻而易举地决定中国法研究的基本走向,可以决定法学界衮衮诸公的口味——短缺经济之下,消费者的选择权只能是一句空话:不管海归将外国法知识翻译得如何龇牙咧嘴、青面獠牙,我们都只能将其想象成“蒙娜丽莎的微笑”。几乎所有一流法学院和想成为一流法学院的法学院,延揽人才的标准惊人一致:中文可以幼稚得将“别墅”读成“别野”“内江”读成“内杠”,但一定要有留洋经历。

土鳖如我辈者,要么“老大离家”,弄个访问学者的头衔晃悠晃悠,回来言必称“兄弟在哈佛的时候”;要么“头悬梁,锥刺骨”,习练“聋哑外语”,写作一定以“当代美国最负盛名的宪法学家某某称”开头——我们不满意几个供货商供应的几匹“洋布”,我们要去都市的大商场看时装,我们要去外国法的生产车间亲自挑选商品。于是,一种“混搭”服饰闪亮登场:上衣是中国红的唐装,裤子或为西部牛仔,

或为比基尼三角短裤。好一幅“乱花渐欲迷人眼”的学术繁荣！文章的下身肥大症渐成时髦：印刷品的每一页面，必分成上下两部分，上面是正文，下面是注脚，注脚越长就证明文章的档次越高，洋文越多文章就越现代——于是下身空前肥大，上身日渐萎缩。

眼下的中国法研究之积累，远没有与洋人“煮酒论英雄”的资格，让雷声吓得摔碎酒杯，虽有鸵鸟之讥，倒也不失为国人圆融的智慧。我们可以立志“大丈夫当如是”，但“秋水文章不染尘”的中国法研究还有可能么？将外国法移花接木，我们无法游刃有余；将潜在对话的“他”者前景化为辩论的“你”者，我们还需面壁十年……中国法研究的外国法进路，哪里是“柳暗花明”之地？

五

无论将外国法作为潜在对话的“他者”，还是情景化为对话的“你者”，真正价值中立地理解外国法可能是最重要的。批判的武器也好，武器的批判也罢，我们都必须认识武器。

我们习惯“西方国家”都如何如何——仿佛世界上的法律只有两种：东方的法律和西方的法律；“发达国家”的规则皆怎样怎样——好像宇宙内的规则仅作两分：发达国家的规则和不发达国家的规则。每每听到这样的言说，我惭愧得真后悔来到这个世界：精通“西方国家”法律的仙有了，洞彻“发达国家”法律的神现身了，我连中国法都还闹不明白，还有何颜面在世上厮混？还有何资格对学生“蠢蠢教诲”？无奈，身体发肤受之父母，自裁无疑是最大的不孝，也就苟活下来了，进而小心翼翼地探求是否存在统一的“西方法”和“发达国家”规则，释然了：如果将法律理解为一种决断，“西方国家”没有统一的主权者，“发达国家”的“我们人民”也不尽相同，所谓“西方法”和“发达国家”规则，只能是我们“乍看一眼”的印象。这就好像我们看拉登，怎么就长着一副霍梅尼的面孔呢？他们长得不像，只是我们没仔细瞅瞅人家。

既然无法特立独行地研究中国法，我们能否“乐不思蜀”地研究一段外国法？能否暂时抛弃那些重构中国法的鸿鹄之志，“身在曹营”“心也在曹营”地委屈一回？能否认真研究一下人家的兵法，而不急于无中生有地道出所谓启示？未理解却要谈启示，就好像我们刚看了一本书的封面，却急于写一本比书还厚的读后感，要么吐出“资料翔实，论证严密”的象牙，要么喷出“无稽之谈，何足挂齿”的口臭。

当我们为了所谓“启示”而阅读时,无疑是通过虚构外国法的场景而理解外国法:本着“拿来主义”的功利,认识不了真正的外国法,拿回的只能是没有血肉的僵尸。

“摸着石头过河”,可能就过去了;将浮萍和石头统称“水中物质”,匆忙泅渡,只能葬身鱼腹。

六

说法律文本是法律人的《圣经》并不为过。尽管当下法律人多以“我们人民”的救世主自居,动辄涂鸦些“缺陷及完善”的文字,以标榜所谓“创新”。但终究不过江湖拉场子的把式而已,热闹之下,只有荒唐。

研究中国法当然应以中国法律文本为基本质素。跟外国法有关系吗?通过研磨外国法文本,能够了然中国法文本吗?中国法文本与外国法文本的隔膜地球人都知道,从外国法语境回到中国法射程,当然“路漫漫其修远兮”。我们为什么不就事论事一把,就中国法研究中国法呢?

研究文本离不开对判例的关注。我们的目光只有在文本与判例间不停往返流转,才可能理解文本的真义。尊重文本不意味着我们只能目不转睛并满含深情地凝视文本,文本的含义不可能“黄河之水天上来”,由无数代人参与的对话,构成了法律文本的“活”解释。回到宪法,存在中国的宪法判例吗?如果没有,我们如何理解日日仰望的宪法文本?君不见,今日“宪法释义”之类的读本,硬是活生生回到小学识字教材的模式:每届人大任期5年,也就是 365×5 天。要不就对着文本遐想联翩,生出些“人民是主人,我也是人民,所以我也主人”的自豪,从而通过宪法学教材完成本可以通过动画片完成的爱国主义教育。

终于“天上掉下个齐玉苓”案,宪法学界恨不得将其每一根汗毛都解释出春秋大义。于是,“红肿之处,艳若桃李;溃烂之时,美如醴酪”。直至批复废止,我们再也无法重复“昨天的故事”,于是见了落叶都要掉泪。我们开始人造美女,真真假假的宪法事例喷薄而出。

任何从规范角度对中国宪法的研究,都只能是纸上谈兵式的“沙盘推演”。“沙盘推演”的最好方式,就是研究已经发生过的战役。从中国宪法文本中的规范出发,看看外国宪法文本中的类似规范,曾经如何“驰骋疆场”,或怎样“折戟沉沙”,比徒耗体力的“仰天长啸”,意义要大得多。在无法按图索骥的当口,借一点邻壁西学的熠熠烛光,也比无头苍蝇式的盲目冲撞聪明一丁点。

梁启超先生当年留学东洋，高谈“留学的目的是不留学”，但时至今日，留学者远超过往：不是我们退步了，而是世界变小了，留学中国的东洋人也多了。研究外国法的目的绝不是“不研究外国法”，犯不着如此愤青。研究外国法的目的是理解外国法，至于对中国法有何意义，那是一个实践的命题，需要试错，需要与实践对话，那是经验，不是逻辑，我们无法在书斋里撒豆成兵。是谦卑，也是无奈。

刘连泰

2016年12月15日于厦门大学

美国法上管制性征收界定标准的演变

王丽晖*

摘要:管制性征收,是指国家运用公权力对私人财产权的限制超过了私人应当承受的限度,构成特别牺牲,因此需要依法予以公正补偿的行为。在美国,管制性征收问题向来是宪法学界关注的焦点,联邦最高法院的司法实践也出现了大量相关案例。总结美国联邦最高法院判决的典型管制性征收案件,归纳分析管制性征收界定标准的演变过程,进而从美国宪法上的财产权保护规范及其运作实践中总结出一般规律,能够为当下中国的征收实践提供借鉴。观察 1922 年至 2005 年间联邦最高法院所判决的典型管制性征收判例,我们可以发现,联邦最高法院处理管制性征收问题的态度绝非一成不变,其在一些典型判例中形成了若干不同的判断规则,而且具体案件的特定事实始终是优先考虑因素。通过这一系列案件,联邦最高法院实际上逐渐得出了管制性征收的动态判断标准。2004 年,我国现行《宪法》第二十二条修正案正式确立了国家征收征用补偿制度,为在具体法律中进一步完善相关制度提供了依据。以管制性征收为切入点,深入了解美国管制性征收判例的实际功能及存在问题,探究私有财产权的宪法保护,对处于社会转型期的中国具有重要意义。

关键词:管制性征收;警察权;私有财产权

引言

管制性征收(regulatory takings)属于征收的一种具体类型。与传统征收不同,在管制性征收中,政府既未实际占有私有财产,也没有对其造成实际物质侵害,只是限制私有财产的某些用途或者附加一定条件,但这种管制行为或立法对

* 王丽晖,厦门大学法学硕士,中国政法大学法学博士,现就职于山东师范大学法学院,讲师。

所有权人的财产价值造成不利影响,侵害了其对财产利益的预期。如果政府在行使警察权过程中做出此类行政行为超越了宪法和法律的许可范围,就产生财产征收的法律效果。在美国,根据联邦宪法第五修正案征收条款(Taking Clause)的规定,对于被认定为征收的行为,政府必须支付公正补偿。^{〔1〕}

我国法律文本中尚未出现“管制性征收”的表述,但实际上,实践中已出现大量类似的法律问题。广州市“禁摩令”^{〔2〕}的发布,保护文物古迹等相关法律的规定,事实上都产生了管制性征收的法律效果。例如,《文物保护法》第十七条规定:“文物保护单位的保护范围内不得进行其他建设工程或者爆破、钻探、挖掘等作业。”第二十一条规定:“非国有不可移动文物由所有人负责修缮、保养。非国有不可移动文物有损毁危险,所有人不具备修缮能力的,当地人民政府应当给予帮助;所有人具备修缮能力而拒不依法履行修缮义务的,县级以上人民政府可以给予抢救修缮,所需费用由所有人负担。”这些规定对私有财产增加了不公平负担,部分文物所有权人或利害关系人负有一种特别牺牲义务,实际上限制了相关权利人行使财产权的自由,显然会造成损害其合法权益的后果。《广州市市区摩托车提前报废或迁出市区补偿奖励方案》规定,对摩托车车主提前报废车辆和主动迁出市区的予以奖励或补偿。《关于限制摩托车在市区部分区域路段行驶造成失业的再就业扶持办法》^{〔3〕}规定,对因为限制摩托车行驶造成的失业人员优先提供免费职业介绍,减免职业技能培训费用,提供养老、工伤和失业保险费用资助等补偿措施。这些规范性文件的做法,实质上是在承认已发生管制性征收的前提下,变相补偿权利人所遭受的损失。

在美国,管制性征收问题向来是宪法学界关注的焦点之一,有关论述十分丰富。从1922年至今,联邦最高法院积累了大量管制性征收判例。然而,在我国,社会生活中出现的管制性征收问题并未受到足够关注;外国管制性征收经验介绍也较为笼统,没有形成系统研究。因此,本文拟通过总结美国联邦最高法院判决

〔1〕《美利坚合众国宪法》第五修正案最后一句:“未经公正补偿,不得因公用征收私有财产。”

〔2〕《广州市人民政府关于限制摩托车在市区部分区域路段行驶的公告》(穗府[2004]11号)规定,从2007年1月1日起,全天24小时禁止摩托车在广州市区和小谷围岛地区行驶。

〔3〕《广州市市区摩托车提前报废或迁出市区补偿奖励方案》与《关于限制摩托车在市区部分区域路段行驶造成失业的再就业扶持办法》为《广州市人民政府关于限制摩托车在市区部分区域路段行驶的公告》的两个附件。

的典型管制性征收案件,归纳分析其管制性征收界定标准的演变过程,进而从美国宪法上的财产权保护规范及其运作实践中总结出一般规律,以期能够为当下中国的征收实践提供借鉴。

一、管制性征收案件的肇始

长期以来,美国联邦最高法院承认,政府拥有行使征收权以及对不动产进行监督和管理权力。前者需要支付补偿,而后者属于行使警察权,^{〔4〕}不必提供补偿。如此一来,政府难免会倾向于运用后一方式获得私有财产权,显然对公民不利。1922年,严苛管制行为能否构成征收这一问题,正式出现在联邦最高法院的法庭上,以往仅作严格字面解释的征收条款内涵也随之发生变化。

(一) 价值减损程度作为判断管制性征收主要因素的提出

1922年的宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案^{〔5〕}(以下简称马洪案)是联邦最高法院审理的第一起管制性征收案件,也是涉及管制性征收问题中引证率最高的案件。此前,自征收条款得以适用于各州以来,仅对其内容作严格的字面解释,政府的管制行为从未被认定为征收。^{〔6〕}自该案判决做出后,管制行为是否构成征收,逐渐成为人们关注的焦点。

事情的起因是马洪与宾州煤炭公司于1878年签订的一项契约。双方约定,煤炭公司将地表土地转让给马洪,但明确保留开采其地下煤炭的权利。受让人接受了前述事实以及相应风险,并且放弃了要求赔偿因开采煤矿所产生之损失的所有权利。马洪在诉状中提出,不管煤炭公司基于契约能享有某些权利,它们都已被宾州于1921年5月27日通过的《柯勒法案》(Kohler Act)^{〔7〕}所剥夺。因此,马洪向宾州民事诉讼法院(The Court of Common Pleas)提出诉求,要求法院禁止宾

〔4〕 警察权(police power)理论,或称警察权力理论,是指“美国联邦及各州可以拥有警察权力来管理人民,在特定情况下也可以将人民的自由权及财产权等基本权利予以限制或剥夺。国会及州立法当局拥有这种限制人民基本权利的手段,主要是源于联邦宪法第五修正案及第十四修正案。”沈开举,《征收、征用与补偿》[M],北京:法律出版社,2006:24。

〔5〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922)。

〔6〕 州或联邦政府为了公共用途而行使征收权征收私有财产的情况构成征收;州政府物质性占有私有财产并将所有者排除在外,即使其没有正式启动征收程序,也构成征收;但是,如果政府仅仅规制所有者对其土地的使用,例如,通过制定分区制法,则不构成征收。

〔7〕 《柯勒法案》规定,开采无烟煤不得造成房屋下陷的后果,但也允许存在某些例外情形。例如,煤矿所有权人拥有煤矿之上的土地,且该土地与其他人任何已增值的土地距离150英尺以上。

州煤炭公司在其土地下采煤,因为那会导致地面失去支撑,引起地表和房屋塌陷。

宾州民事诉讼法院认为,《柯勒法案》适用于本案违宪,因此拒绝发布禁止令。在上诉中,宾州最高法院虽然承认宾州煤炭公司享有受宪法保护的法定财产权和基于契约产生的约定权利,但却认定《柯勒法案》的规定属于警察权的合法行使,故裁决马洪胜诉。宾州煤炭公司不服该判决,将案件上诉至联邦最高法院。联邦最高法院推翻了宾州最高法院的判决,判定《柯勒法案》对宾州煤炭公司采矿权的限制构成征收。本案的争议核心演变为《柯勒法案》的一般效力,其关键在于警察权的运用范围到底有多大。

霍姆斯大法官代表的法庭多数意见首先承认了政府行使警察权限制私有财产的正当性,“如果政府必须为它做出的所有减少土地附带价值的行为支付补偿,那么它将难以继续运转”。^{〔8〕}显然,在社会福利国家,立法者有权制定旨在促进公共福利,尤其是保护公众免受伤害的法律。在这种情况下,有些财产价值必然会受到默示限制,必须对警察权做出让步。但法院进一步指出,这种默示限制显然要有限度,否则保护公民私有权利的法律条款便失去意义。这个限度何在?霍姆斯大法官认为,“至少一般规则是,虽然财产可以在一定程度上受到管制,但如果管制走得太远(goes too far),将被认为构成征收。”^{〔9〕}因此,在界定构成“走得太远”这个限度时必须考虑一个事实,即价值减损程度。当管制对财产价值造成的损害达到一定程度时,就可能构成征收。在这种情况下,政府必须为此支付补偿以确保其行为的合法性。

在本案中,霍姆斯大法官代表的法庭多数意见首次提出了“价值减损程度”标准。在他看来,剥夺所有者财产价值的管制与彻底掠夺其土地对所有权人的权利与合理期望造成的伤害同样严重。“采矿权之所以有价值,是因为它能带来利润。基于宪法上的目的而使某些煤矿开采变得不具有商业可行性,几乎会产生与征收或者剥夺采矿权同样的效果”。^{〔10〕}但是,价值减损程度也并非唯一判断因素,还要考虑与其相关联的立法所欲实现之公共利益的性质。也就是说,必须将价值减损程度与公共利益相比较;如果对财产的巨大干预只为促进微小的公共利益,那么就应当认定构成征收。所以,价值减损到何种程度构成征收最终还必须取决于

〔8〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922). 413.

〔9〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922). 415.

〔10〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922). 414.

具体案件的特定事实。

一方面,既然宾州法律承认支撑权(the right of support)作为土地上的独立财产权,《柯勒法案》的规定使得宾州煤炭公司保有的支撑权被完全剥夺,而且被完全转移给了地表所有者马洪。完全丧失支撑权的煤炭公司显然遭受了巨大损失。另一方面,限制采矿权所欲促进的公共利益不存在,它只是为了保护个人安全。“这是一个关于私人房屋的案件……这座房屋受损害的原因不属于公共妨害,即使在不同地方的其他房屋也遭到类似损害,它也不构成普遍损害或者公共损害”。^{〔11〕}因此,《柯勒法案》限制在保留采矿权的街道或市区下方采煤的规定,不能被认定为警察权的合法行使。

此外,霍姆斯大法官还提出,如果一项法律能实现均等的“利益互惠”,也能够得以存续。也即是说,如果限制所有者土地用途的管制令,能使他们因其他人也受到类似限制而获益,那么它就是正当的。但本案中显然没有此类利益互惠,《柯勒法案》不会给煤炭公司带来任何利益。^{〔12〕}

法院指出,只要私人或者社区表示可以承担因只获得地表权而存在的风险,就不能再因为其风险已经演变成现实危险这一事实,使他们获得比所购买的还要多的权利。这也就意味着,既然自己是切身利益的最佳代表,对于公众自愿放弃的权利,政府就不必再打着父爱主义的旗帜行使职权加以保护。最终,联邦最高法院推翻宾州最高法院的判决,认定《柯勒法案》的规定已经超出警察权行使范围,构成对宾州煤炭公司采矿权的征收。

美国联邦宪法第五修正案对私有财产的保护以私有财产用于公共用途为前提,但也规定,如不支付补偿,政府不得征收私有财产。“当人们发现看似绝对化的权利保护受到警察权限制时,人性的自然趋势就是扩大这种限制直到私有财产权最终消失。但根据联邦宪法的规定,这不可能实现。”^{〔13〕}也就是说,“虽然公众

〔11〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922). 413.

〔12〕 针对霍姆斯大法官代表的多数意见,布兰代斯大法官提出了三方面反对意见。首先,应当着眼于财产权整体来计算价值减损,支撑权仅是整个采矿权中微不足道的一部分。其次,所有者利用其土地的权利并非绝对权。他不能以构成公共妨害的方式利用土地;曾经无害的用途也可能因为条件变化而对公共福利造成严重威胁。无论何时出现这种行为,立法机关都有权禁止此类用途且不必支付补偿。最后,如果政府行使职权的目的是给整个社区带来利益,比如安装排水装置,那么利益互惠则是一个重要条件,但如果行使警察权不是为了授益,而是保护公众免遭损害和危险,则没有考虑利益互惠的余地。

〔13〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922). 415.

强烈要求改善公共条件,但这并不足以保证政府可以通过捷径来满足公众意愿,政府必须采取支付补偿的合宪方式。”^[14]

马洪案判决正式提出了管制性征收问题。大法官霍姆斯在法庭多数意见中总结出若干颇具开创性的观点,尤其是“价值减损程度”标准,在后续司法实践中得到广泛运用,成为判断管制性征收问题的基准。但美中不足的是,对于管制性征收的判断标准,或者说警察权的行使范围,仅依靠一次判决并不能得出明确结论。

(二) 未进入征收视野的管制案件

在马洪案之后几年中,也出现一些看似案情相近的案件,但法院判决结果却大相径庭,并未将其直接归结为管制性征收问题。这类案件主要涉及土地分区使用和排除公共妨害的情况。在后来有关管制性征收的审判中,经常引述这些案件中的法庭意见或判决结果作为论证依据。

1. 欧几里得镇诉漫步者房地产公司案^[15]

1926年的欧几里得镇诉漫步者房地产公司案(以下简称欧几里得案),是判断分区法令效力方面的重要判例。1922年11月13日,欧几里得镇议会通过一部分区法令,该法确定了一项综合土地分区规划以管理并限制工商业和住宅用地区域。这种分区导致漫步者房地产公司所持空地价值减少75%,而这些空地原本打算用于发展工业。房地产公司认为,法令限制公司对土地的合理利用,破坏了土地的大部分价值,事实上构成征收,遂请求法院发布禁令,禁止该项法令继续实施。法院承认,只有当为了促进公共利益,且属于警察权的合法行使范围时,颁行分区制法令以及所有类似法律或规章才是正当的。但是,权力行使界限很难清楚划定,总会因具体情况而发生变化。在解决界限问题时,“使用自己的财产不得损害他人财产”作为普通法上妨害理论之基础,通常会提供一些有益借鉴。但是,即使法令的限制范围超过了有害使用,“尊重立法机关的决定”这一惯例,允许法律包含某些临界情况以确保其有效实施,不会由此认定一部法律“越过合理边界而变成武断的命令”。因此,如果从更宽泛的角度理解公共目的,欧几里得镇分区法令中的限制条款则合宪。最终联邦最高法院判定,权利人不能基于法令本身以

^[14] Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922). 415.

^[15] Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U. S. 365(1926).

及可能造成的侵害寻求禁令救济,该法令合法有效。

欧几里得案对分区法令的效力问题做出了开创性判决。在该案中,土地所有者质疑限制其土地商业开发的地方分区法令的合宪性。尽管承认所有者的土地价值减损,法院仍然断定,分区法令本身合宪。因为它们与公共福利存在实质性关联,其颁行没有对土地所有者造成不可挽回的伤害。从该案判决可以看出,鉴于分区规划对城市和社区合理发展所具有的重要意义,分区法令可以对私有土地之利用加以限制。立法对相冲突土地用途的这种调控可以增加公共福利,但福利的增加却是以部分财产权因严苛管制而做出牺牲为代价,而且这种调控远远超过普通法上妨害理论的作用。

相比之下,联邦最高法院在 1928 年审理的奈科通诉剑桥市案^[16](以下简称奈科通案),虽然与欧几里得案案情颇为类似,都涉及分区制法的效力问题,但却出现相反的判决结果。该案的基本案情是,剑桥市新通过的一项分区制法令,致使原告的一整块土地分成两部分。按照法令规定,其中较大的部分用于工业用途,另外小块土地仅限于居住用途。虽然这小部分土地有 100 英尺宽,但由于该市准备扩宽街道,导致这块土地将仅剩 65 英尺,致其无法再用于住宅建设。奈科通主张,法令的规定实质上对其土地构成征收,请求法院宣布该法令违宪无效。联邦最高法院重申了欧几里得案规则,即一般情况下,法院应当尊重政府颁行的分区制法令,除非这项法令没有合理基础,只是警察权的专断行使,与公共健康、安全、福利没有实质性关联。基于本案,法院认定,分区法令适用于这部分土地,属于未经许可侵犯公民受宪法保护的财产权情形,不符合欧几里得案规则。理由有二:法令对财产的侵害严重且极不公平;划分所有者土地所欲实现之公共利益不足以抵消这种程度的损害。法院指出,政府颁布分区管制令,通过限制土地用途干预土地所有者权利的职权存在严格的限度;如果某种财产用途与公共健康、安全等公共福利没有实质性关联则不能施加此类限制。本案中似乎缺少那种“实质性关联”,因此,所谓十分强烈的公共目的不能证明过分干预所有者财产权的正当性。

仅相隔两年,法院处理类似问题的态度却截然相反。在欧几里得案中,作为一种城区开发和土地利用制度,分区法令允许政府完全抛弃普通法上的妨害理

[16] Nectow v. City of Cambridge, 277 U. S. 183(1928).

论,连同该理论所主张的个人自由和个人优先权。允许政府在其辖区内更换一种地方化,但又带有集权性质的详尽政府规划制度。与普通法上妨害理论的作用相比,这种制度似乎能够通过协调各种用途实现更多的至少是不同的公共利益。但这一结果在奈科通案中却被颠覆。虽然都会衡量所有权人财产的价值减损程度 and 所欲实现之公共目的的关系,但法院究竟更偏重于维护公共利益还是保护私有财产,显然还取决于不同案件的具体事实。同样发生于 1928 年的米勒诉舒尼案^[17](以下简称米勒案),用判决结果再次验证了刚刚得出的结论。

2. 米勒诉舒尼案

米勒案的起因是,弗吉尼亚州政府昆虫学家依据州法律的授权,命令米勒砍掉他所有的大量观赏性铅笔柏,因为它们产生的锈病给种植在附近的苹果树造成致命伤害,尽管锈病对于本土植物铅笔柏无害。虽然法律规定对砍伐铅笔柏所发生的任何费用进行赔偿,并允许原告利用这些伐倒的树木,但并未规定对树木本身的价值,或者因此导致所有权人全部财产市场价值降低给予补偿。法院认为,当国家面临不可避免的损失时,如果损失的起因是另一种财产,国家做出幸免选择,以及优先保护对公共利益有重大意义的财产类型,并没有超越其宪法权力。法院强调说,这个问题不仅仅是两个私人主体之间的争论,它与患锈病的铅笔柏是否构成普通法上的妨害,或者可以被作为立法机关颁布的制定法上的妨害毫不相干。

法庭意见一致认为,未对树木本身的价值损失做出规定并不会使该法律无效,因为州政府可以“在保护一种财产和另一种财产之间做出适当选择”,既然苹果产业在本州非常重要,而铅笔柏主要是作为观赏性植物,因此,为了保护苹果产业免受锈病侵害,州立法机关决定“牺牲一种财产且不支付补偿来保护另一种财产对公众更有益”,其做法并未超越宪法职权。

米勒案的判决结果是国家运用警察权弥补普通法上妨害理论严重缺陷的表现。也就是说,当广泛的公共利益受到威胁时,国家可以在两种完全不相容的利用方式中做出唯一选择。在现代福利国家,警察权的行使目的已不仅限于排除公共危害,实质性促进公共福利成为政府行使警察权的更重要目的。

通过对上述几个案例的讨论,可以看出,在管制性征收问题发展初期,人们对

[17] Miller v. Schoene, 276 U. S. 272 (1928).

待这一新生事物的态度仍然十分谨慎。虽然马洪案做出了开创性判决,但之后几年出现的案件并没有机械地遵循这个先例,没有在面对严苛管制时刻意去优先保障私有财产权。很多管制行为的性质仍属于警察权的正当行使。由此可见,马洪案中提出的“价值减损程度”标准,并非放之四海而皆准的判断依据,仍须遵守“个案审查”原则,每个不同案件中都存在不同程度的“价值减损”,其所发挥的作用也因案情而异。值得注意的是,这时已经提出了“实质性关联”要素,该要素在 20 世纪 80 年代的一些管制性征收案件中,扮演了更加重要的角色。

二、管制性征收标准的类型化时期

这一时期涵盖了 20 世纪 70 年代末至 20 世纪末发生的一些典型管制性征收案件。彼时政府管制方兴未艾,出现了大量涉及管制性征收的案件。虽然仍未形成某种固定判断公式,但经由这些案件所确定的审查标准在其后得到广泛应用和论证,这是管制性征收司法实践和法理发展的关键时期。

(一)“两要素”审查标准的确立

在此需要指出一个不可回避的事实,在收集整理相关综述性文献及案例的基础上,作者发现,马洪案之后的五十多年间,联邦最高法院一直没再出现引人关注的管制性征收案件。但自 20 世纪 70 年代开始,管制性征收问题又逐渐活跃起来。联邦最高法院在 1978 年佩恩中央运输公司诉纽约市案^[18](以下简称佩恩案)中做出的判决意义深远,也正是该案所确立的“两要素”审查标准,成为日后判断管制性征收问题应用最为广泛的标准。

佩恩案是保护文物古迹立法方面的典型管制性征收案件。该案的起因是纽约市根据州政府授权于 1965 年通过的《地标保护法》。《地标保护法》旨在保护市内历史性地标和城区免被草率的决定破坏,或者防止改变它们的根本特征。据其规定,地标保护委员会是本法的主要执行机构。

1968 年 1 月 22 日,佩恩中央运输公司与联合统一房地产有限公司签订了一份租期 50 年的租赁合同与转租协议。按照合同约定,联合统一房地产有限公司要在中央车站上方建一座 55 层写字楼。上诉人联合统一房地产有限公司和佩恩中央运输公司随后向地标保护委员会递交了两份建设许可申请,但均被驳回。因

[18] Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U. S. 104(1978).

此,上诉人向纽约州最高法院主张,《地标保护法》的适用对其财产构成征收且未支付公正补偿,这违反第五修正案和第十四修正案。上诉人请求法院做出确认判决,并发布禁令,以禁止市政府运用地标法阻止在车站所在地建造任何建筑。法院做出禁令和宣告性判决救济。纽约市政府对判决不服,向纽约州上诉法院提出上诉。上诉法院认为,佩恩中央运输公司只能证明地标法的适用剥夺了其土地上大部分获利性用途,而这类证据并不能证实政府行为违宪,故推翻原判决。纽约州上诉法院维持了州最高法院上诉庭的判决。案件上诉至联邦最高法院。

联邦最高法院承认,虽然第五修正案是为了防止政府强迫一部分人单独承担本应由公众分担的公共负担,虽然还无法制定出任何“固定公式”来确定何种情况下“正义公平”要求公共行为造成的经济损失由政府进行补偿,但以往判例已经确认了几个具有特殊意义的因素:

第一,管制对原告造成的经济影响程度,尤其是管制对明确投资回报预期的干预程度。这两个方面密不可分。《地标保护法》限制了佩恩中央运输公司对车站上方空间的开发权,这的确对其造成一定的经济影响。但是,如果政府行为引起经济损害,却并没有妨碍与原告合理预期有十分密切关系的利益,则不构成第五修正案意义上的财产损害。就本案来说,地标法的适用并未把地产支配权转移给市政府,而只是限制佩恩中央运输公司对该地产的某些开发方式,丝毫没有削弱中央车站的既有用途。佩恩中央运输公司继续从车站运营中盈利,在目前状态下仍可获得合理回报。此外,虽然地标法禁止佩恩中央运输公司在车站上方建造高层写字楼,但这并不意味着禁止他们在上方从事任何建设,他们利用上方空间权利的资格并未剥夺,而且其权利还可以转移到车站附近的土地上。这些可转让的开发权减轻了地标法给上诉人造成的经济负担。^[19] 因此,地标法并未妨碍佩恩中央运输公司关于车站用途的主要预期。

第二,政府行为的性质。霍姆斯大法官在马洪案中曾明确指出,“如果政府必须为它做出的所有减少土地附带价值的行为支付补偿,那么它将难以继续运转”。^[20] 所以,通过禁止某些特殊的预期土地利用来促进健康、安全、道德和公共福利是合法的政府管制。在本案中,佩恩中央运输公司还提出,政府指定某一建

[19] Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U. S. 104 (1978). 137.

[20] Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393 (1922). 413.

筑为地标的决定“存在不可避免的专断性,或者至少带有主观性,因为这是个人品位问题”。^{〔21〕}但是,到目前为止,佩恩中央运输公司都没有任何证据能够证明委员会将车站指定为地标是主观臆断的结果。相反。他们也认为对其地产施加限制是确保达到纽约市地标法目标的恰当方式。

联邦最高法院总结道,“征收”的法理并非要把一块土地划分成相互独立的地块,然后再试图确定某一特定地块上的权利是否被完全剥夺。在确定某一特定政府行为是否构成征收时,法院重点审查其行为特征以及它干预作为整体的土地(in the parcel as a whole)上权利的性质和程度。^{〔22〕}显然,联邦最高法院认为,纽约市地标法的适用对上诉人财产的影响微乎其微,并未达到构成征收的程度。该法没有禁止地标所在地用于合理的营利性用途,佩恩中央运输公司仍享有进一步提高车站所在地以及其他土地价值的机会。此外,从立法意图来看,法规所施加的限制是为了促进公共福利。联邦最高法院最终维持原判,认定纽约市地标法的规定不会产生管制性征收的效果。

从法院的裁判理由可以看出,它实际上运用了马洪案提出的“价值减损程度”与“公共利益”之关系这一判断方式。这说明,马洪案的开创性标准开始在司法实践中得以贯彻,但由于具体案情以及所处的时代不同,即使遵循同种标准,得出的结果亦不尽相同。它结合案件自身特点,对马洪案所形成的“价值减损程度”标准提供了新的思考角度。虽然中央车站的所有者佩恩中央运输公司最终败诉,但该案判决对处理社会生活中的文物保护与私有财产的关系具有积极指导意义。

（二）马洪案的反复

开采地下煤矿将导致地下支撑物减少,难免会对上方的地表土地产生影响。政府为了维护公共安全,必定会制定某些法令约束地下煤炭开采行为。马洪案的争议焦点就在于限制采矿权的《柯勒法案》。时隔65年,联邦最高法院又遇到一起与限制采矿权的法案有关的管制性征收案件——启斯东烟煤协会诉德本迪克提斯案^{〔23〕}(以下简称启斯东案)。

1966年,宾州立法机关制定《烟煤矿下陷和土地保护法案》(以下简称《下陷法案》)。《下陷法案》授权宾州环境资源局(Pennsylvania Department of

〔21〕 Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U. S. 104(1978). 132.

〔22〕 Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U. S. 104(1978). 130.

〔23〕 Keystone Bituminous Association v. DeBenedictis, 480 U. S. 470(1987).

Environmental Resources) 制定和执行一项阻止或尽量减少下陷事故的综合规划,并且对执行结果进行管理。《下陷法案》第4条规定,禁止以造成下陷损害的方式在1966年4月17日前就已存在的三类建筑下方进行开采:公共建筑和通常由公众使用的非商业性建筑;人们的居所;墓地。宾州环境资源局采用了一个公式,要求受《下陷法案》第4条保护的建筑物下方煤炭储量的50%保留在原地,以此为地面提供支撑。

1982年,原告(一个煤矿经营者协会以及在宾州西部从事地下烟煤开采的四家公司)针对《下陷法案》内容本身,向宾州西区联邦地方法院提起征收诉讼,试图禁止宾州环境资源局官员执行《下陷法案》及相关实施细则。他们主张,《下陷法案》第4条(要求执行50%规则),对其私有财产构成征收但未给予补偿,违反第五修正案和第十四修正案。原告声称,对其征收诉求的处理只需径直适用本院在马洪案中的判决即可。

地方法院和上诉法院均驳回了原告的诉讼请求。案件上诉到联邦最高法院。联邦最高法院同意地方法院和上诉法院的结论,即马洪案的判决不适用于本案,《下陷法案》第4条的内容不构成违宪。联邦最高法院认为,本案应运用阿金斯诉提布伦市案(以下简称阿金斯案)^[24]中曾得出的一项结论,即如果土地用途管制“没有充分提升州的合法利益……或者否定了所有者土地上的经济获利性用途”,^[25]它便构成征收。结合本案特定事实,联邦最高法院从以下两个层面作了详细论述:

第一,公共目的。《下陷法案》与马洪案中受审查的《柯勒法案》有本质区别,它不只涉及煤炭公司的私人经济利益和地表所有者的私人利益之间的平衡。《下陷法案》第2条规定:“该《下陷法案》应当被认为是州政府警察权的行使,它规定了……目的是为了保护本州人民的健康、安全和公共福利。”在马洪案中,霍姆斯大法官解释说,《柯勒法案》是一部“私人利益”法,只是为了确保某些私人土地所有者的房屋免遭损害,因为它“一般不适用于地表和地下煤炭归同一所有者的土地”。^[26]相反,《下陷法案》则没有此类例外。宾州制定《下陷法案》是为了保护健康、环境和本区域财政安全方面的公共利益。如果宾州环境资源局同意,地表所

[24] Agins v. Tiburon, 447 U.S. 255(1980). 260.

[25] Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978). 124.

[26] Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393(1922). 414.

有者可以单独放弃《下陷法案》的保护。但是,私主体错误的冒险并不能阻止州政府行使警察权来减少类似非法妨害公益的行为。此外,法院不得不否认宾州对《柯勒法案》的正当性辩护,因为它发现州的安全利益已经通过对土地所有者履行告知义务而轻易实现。《下陷法案》以实现大量变化多端的公共利益为目的,对此原告方未能向州政府提出一些可供选择的其他方式。

在论及管制性征收时,管制所欲实现之州利益的性质是确定征收是否发生,以及是否因此而要求补偿的关键因素。“决定政府行为构成征收,实质上就是决定应当由公众共同而不是个人来承担政府为了公共利益而行使州权力所产生的负担”,并且我们也认同“要对公共利益与私人利益进行衡量”^{〔27〕}这个问题。通过阻止类似非法妨害公益行为而保护的公共利益非常重要,在很多情况下不必对此支付补偿。与《柯勒法案》不同,《下陷法案》旨在进一步促进这种利益。

第二,价值减损与投资回报预期降低。原告方不能证明其财产价值受损程度满足本院在马洪案以及其他管制性征收案件中所提出的标准。在马洪案中,法院认定《柯勒法案》使“某种煤”的开采不具有商业可行性。相反,在本案中,原告方无法证明其任何重要权利被剥夺是由管制性征收强加的沉重负担所引起。因此,法院认为,问题的关键是,仅仅制定《下陷法案》及其实施细则是否构成征收?这一问题又包含两个方面:(1)保留在原地的煤炭。宾州环境资源局的50%规则要求原告方把大约2700万吨(占煤炭总储量的2%)煤原地保留,由于原告方拥有却不能开采这些煤,因此他们主张,宾州政府为实现《下陷法案》所要求的公共目的而事实上侵占了这部分财产。这2700万吨煤是否能构成符合征收法立法目的的独立财产?案卷记录显示,无论如何,原告方也只有大约75%的煤可以实现盈利性开采,而且也没有证据表明保留小部分煤用来支撑受《下陷法案》第4条保护的建筑这一额外责任,使原告合理的“投资回报预期”受到实质性影响。必须保留在原地的煤只是原告方采煤经营和投资回报预期的合理部分,不能将原告方2%的煤资源认定为独立财产份额。这显然不能说明原告方财产的经济可行性用途被剥夺。此外,原告方从未声称他们的采矿作业,或者任一煤矿自《下陷法案》通过以来变得无利可图,也没有证据表明受50%规则影响的任一具体地区的采矿

〔27〕 Agins v. Tiburon, 447 U.S. 255(1980). 260-261.

作业变得无利可图。^[28] (2) 支撑权。宾州财产法规定, 支撑权是土地上的独立财产权, 它可以独立于采矿权或地上权而进行单独转让。^[29] 因此原告主张, 即使类似的法律在另一个州不构成征收, 宾州《下陷法案》也构成征收, 因为它完全破坏了独特的支撑权价值。但是, 征收的法理显然排斥对财产权利束进行这种教条式的区分。例如, 在佩恩案中, 联邦最高法院驳回了认为对征收法而言车站上方的空间权构成财产独立部分的主张。实践中, 支撑权总是由地上权所有者或采矿权所有者享有。因此, 实际上支撑权的价值仅限于保护或提高与之相关联的财产权价值, 其价值只不过是煤矿或地表所有者所拥有的整个权利束中的一部分。由于原告仍然保留开采其采矿权范围内几乎所有煤炭的权利, 《下陷法案》对支撑权施加负担不构成征收。原告方可以继续以盈利性方式采煤, 即使在此过程中他们不能任意破坏或损害地上建筑物。

启斯东案与马洪案的案情非常接近, 但判决结果却截然不同。法院在启斯东案的审判过程中也对两个案件进行了细致的对比。两个案件争议的焦点都在于一部限制私主体采矿权的制定法是否构成征收。概而言之, 在启斯东案中, 法院认为, 《下陷法案》只牺牲了权利人整个财产权中极小的部分, 而且目的是为保障广泛的公共利益, 因而该法案并不会构成征收。马洪案中的《柯勒法案》却是以牺牲整个采矿权来保护少数私人的利益。启斯东案格外强调了应当从财产受影响的整体效果来衡量权利受损程度, 而非将受损财产作为一个独立部分对待的观点。启斯东案延续了马洪案和佩恩案中一再强调的某些标准并进一步发挥, 也由于它与马洪案的一种天然联系, 使得它从案情到判决结果都有很强的象征意义, 在联邦最高法院管制性征收界定标准的演变过程中写下了重重一笔。

(三) 临时管制性征收初露端倪

根据联邦宪法第五修正案征收条款, 如果管制产生与永久性相同的效果, 一般便认定构成管制性征收且须给予公正补偿。那么, 如果仅从管制的时间维度考察, 剥夺土地所有者对其财产全部用途的“临时性”管制, 例如某些临时性管制令, 是否也构成管制性征收? 1987 年上诉至联邦最高法院的格伦代尔第一英格兰路德教会诉洛杉矶市案^[30] (以下简称路德教会案) 的争议焦点即在于此。

[28] Keystone Bituminous Association v. DeBenecitis, 480 U. S. 470 (1987). 498-499.

[29] Keystone Bituminous Association v. DeBenecitis, 480 U. S. 470 (1987). 500.

[30] First Evangelical Lutheran Church v. City of Los Angeles, 482 U. S. 304 (1987).

1957年,上诉人路德教会在洛杉矶国家森林的米尔溪支流河岸的峡谷中购买一块21英亩的土地,用于经营“路德幽谷”营地。由于该区域经常出现峡谷洪灾,洛杉矶县于1979年1月通过第11855号临时法令并立即生效,法令规定“任何人不得在位于米尔溪峡谷的临时洪灾保护区的外边界线内建造、重建、安置或扩建任何房屋或建筑”。路德幽谷就位于法令规定的临时洪灾保护区内。法令生效一个多月后,路德教会向加州高等法院提起诉讼,主张第11855号法令剥夺了路德峡谷的全部用途,对此洛杉矶县政府应支付补偿。法院驳回原告诉求,其理由是,根据阿金斯案的判决,当法令剥夺个人对土地的全部用途时,他应当通过确认性救济或执行职务令对法令提出质疑。加州上诉法院维持其判决。上诉人请求联邦最高法院认定加州最高法院对阿金斯案的判决错误。联邦最高法院撤销加州上诉法院的判决,断定本案不适用阿金斯案规则^[31]处理。

联邦最高法院将本案争议的问题界定为,根据第五修正案公正补偿条款,“临时性”管制是否构成征收而要求政府支付补偿。在分析以往一系列判例的基础上,联邦最高法院认为,剥夺土地所有者对其财产全部用途的“临时性”征收,正如本案的情况一样,与永久性征收并无二致。而且公正补偿条款没有任何词句表明“征收”必须是永久性且不能撤销的。当政府行为构成对财产全部用途的征收时,政府的任何后续行为都不能使它免除对征收有效期间支付补偿的责任。正如霍姆斯大法官在50年前马洪案中所作的恰当说明,“虽然公众强烈要求改善公共条件,但这并不足以保证政府可以通过捷径来满足公众意愿,政府必须采取支付补偿的合宪方式。”因此,从宪法的角度看,宣布法令无效却不对此期间的财产用途损失支付公正补偿的救济非常不充分。

本案中,斯蒂文斯大法官的反对意见值得注意。在他看来,对财产价值产生负面影响的管制计划并不绝对构成征收,除非它破坏了财产价值的主要部分。这种财产价值减损审查为管制性征收问题所独有。管制具有深度、广度和长度三个维度。对于深度,管制规定了所有者不能利用的受争议财产的范围。对于广度,管制确定了被限制的财产数额。最后,对本案而言,管制实质上规定了限制的持续时间。显然,不能单独分析其中一个因素来评价管制的影响以及因此确定是否

[31] 在阿金斯案中,加州最高院认为,根据第五修正案,对“暂时的”管制性征收——即最终被法院宣布无效的管制性征收,不要求支付补偿。

发生征收。他认为,本案判决表现出的极度保护私有财产权的倾向,不利于今后在健康或安全等领域制定重要法规。

与阿金斯案相比,本案判决承认了临时管制性征收的存在,现代社会政府权力不断扩张,这一结果对保障公民财产权来说具有积极意义。更提醒人们注意,在政府管制行为逐渐隐蔽的今天,管制不仅会在广度和深度上可能构成征收,时间维度更是一个不可忽视的因素。

(四) 绝对性规则的确立

面对日益增多的管制性征收案件,1992年,联邦最高法院试图在卢卡斯诉南卡罗来纳海岸委员会案^[32](以下简称卢卡斯案)中总结出一个确定性规则,但随后的司法实践表明,其并不能完全适用于每一具体个案,只能适用于财产用途被全部征收的少数极端状况,故卢卡斯案创设的判断规则又被称为绝对性规则。

1986年,卢卡斯在南卡罗来纳州查尔斯顿县棕榈岛购买了两块住宅用地,打算建造单户型住房。然而,1988年,南卡罗来纳州立法机关制定的《海滨地区管理法案》(*Beach front Management Act*,以下简称法案)禁止卢卡斯在这两块土地上建造永久性住宅。卢卡斯向南卡罗来纳州民事诉讼法院起诉称,法案的建设禁令对其财产构成征收且未给予公正补偿。虽然卢卡斯并未对法案属于南卡罗来纳州警察权合法行使的有效性提出质疑,但却认为,不论立法机关制定法案是否为了促进合法的警察权目标,法案消灭了其财产全部价值,对此他有权获得补偿。卢卡斯购买土地的唯一用途是将其用作住宅建设,但法案却对此行为发布禁令。法院因此同意他的主张,认为禁令导致卢卡斯的土地变得“毫无价值”,法案的实施对卢卡斯的土地构成“征收”,政府应当为此支付“公正补偿”。南州最高法院推翻了上述判决,该院判定,当对财产用途进行管制是用来“防止严重的公共损害”时,不论管制对财产价值产生何种影响,征收条款都不要求支付补偿。

案件最终上诉至联邦最高法院。本案争议的中心问题是,根据联邦宪法第五修正案和第十四修正案,禁止卢卡斯从事住宅建设的《海滨地区管理法案》是否构成对其私有地产的征收而需要支付“公正补偿”。

联邦最高法院首先指出了自马洪案以来能够明确被认定为管制性征收的两种情形,虽然对某项管制性法令在何种情况下会由于走得太远而构成征收并未形

[32] Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U. S. 1003(1992).

成确切的判断依据,但目前至少有两类具体的管制行为应该给予补偿,而无须对管制行为所促进的公共利益作具体审查。第一类即迫使所有者财产遭受物理性“侵占”的管制。^{〔33〕}一般来说,不管这种侵占如何微小,也不管其促进的公共目的如何重要,我们都要求支付补偿。第二类是管制剥夺了土地上所有经济获利性或生产性用途。^{〔34〕}

针对本案具体情况,联邦最高法院重点阐述了第二种情形,所谓“剥夺全部经济用途”规则。法院总结说,在土地的生产性或经济盈利性用途都被禁止的情况下,仍然想当然的认为,这只是立法机关“调整经济生活中的利益和负担”,以此确保每个利害关系人都获得“平均利益互惠”,这样假设显然不太现实。政府能够通过管制影响财产价值而无须给付补偿的理论依据是,“如果政府必须为它做出的所有减少土地附带价值的行为支付补偿,那么它将难以继续运转。”^{〔35〕}但是,这种一般性说明并不适用于政府剥夺土地所有者全部经济盈利性用途这类相对罕见的情形。^{〔36〕}

对于“剥夺全部经济用途”的说法,南卡罗来纳州最高法院在判决中曾阐述到,南卡罗来纳州实施《海滨地区管理法案》,是为了行使警察权以减轻因原告使用其土地所可能对公共利益造成的损害。卢卡斯也承认,南卡罗来纳州海滨区域是极有价值的公共资源,建造新建筑会对这种公共资源造成侵蚀和破坏,禁止在靠近海滩的区域建造新建筑,对于防止出现严重公共损害来说是必要手段。这又回到了公共妨害问题。政府可以运用管制来禁止对财产的“有害使用”而无须支付补偿是人们公认的做法。法院以往正是通过“有害使用原则”来解释为什么政府可以在符合征收条款规定的情况下,运用管制限制财产价值而不会产生支付补偿的义务。但导致土地所有者丧失对经济性用途选择权的管制,却带有假借减轻严重公共损害的名义将私有财产变成公共服务之嫌。因此,在联邦最高法院看来,当以公共利益的名义要求不动产所有者牺牲全部经济盈利性用途时,政府就

〔33〕 United States v. Causby, 328 U. S. 258 (1946). Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U. S. 419 (1982).

〔34〕 在阿金斯案中,法院指出,如果土地用途管制“没有实质性促进合法的政府利益,或者剥夺了所有者对土地的经济可行性用途”,它便违反宪法第五修正案。Agins v. Tiburon, 447 U. S. 255 (1980). 263.

〔35〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393 (1922). 413.

〔36〕 Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U. S. 1003 (1992). 1017-1018.

对其财产构成了征收。^[37] 如果政府试图确认剥夺土地上全部经济获利性用途的管制有效,它只有在下述情况下才可能避免支付补偿,即对所有者财产权性质进行的逻辑前提调查表明,被禁止的使用利益起初就不是他的权利。也就是说,被禁止的利益从不可能在其合理预期范围内,而这显然与本案不符。1988 年法案颁布前,卢卡斯土地的任何部分均不属于“临界区域”,而且,卢卡斯购买土地之时,并不负有在从事开发行为前获得委员会许可的法定义务。当时在此从事住宅开发是普遍现象。但海岸委员会宣称,所有权会因某种方式而受到“默示限制”,故政府之后可以消除其全部经济价值用途,这明显违背征收条款的内涵。

因此,联邦最高法院指出,南卡罗来纳州不能仅提供立法机关宣布卢卡斯所主张之用途与公共利益不一致的声明,或者武断地宣称这种用途违反了普通法上的格言(例如“使用自己的财产时不要损害别人的财产”)。如果南卡罗来纳州试图在普通法诉讼中以妨害公益为由限制卢卡斯的行爲,它就必须确认禁止卢卡斯计划中用途的妨害法和财产法基本原则。

非法妨害公益行为是传统警察权行使之条件。例如,政府发现某核电站位于地震断层上,故要求核电站所有者将其所有建筑和设施从该地迁离,此时他无权获得补偿。这种管制行为也会产生消除土地上唯一经济生产性用途的后果,但它没有禁止先前根据相关的财产法和妨害法原则所允许的生产性用途。当禁止所有者将其土地用于“现有规则和理解”所禁止的用途时,征收条款并不要求对此支付补偿。然而,当一项宣称要禁止土地上所有经济生产性或获利性用途的管制,已经超出相关基本原则所指定的范围时,就如同本案的情况一样,则必须支付补偿以维持该项管制。

(五)“实质性促进”规则的出现与运用

早在 1926 年的欧几里得案中,联邦最高法院就曾运用过“实质性关联”要素。而在此所要论述的阿金斯诉提布伦市案^[38](以下简称阿金斯案)的意义则在于,其判决意见将之从一个简单的要素确认为一项管制性征收判断规则——“实质性促进”规则。但需要注意的是,我们需要重视但不能过分依赖该规则,若单依靠这一项标准来判断管制性征收问题,显然不充分。

[37] Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U. S. 1003(1992). 1019.

[38] Agins v. Tiburon, 447 U. S. 255(1980).

1. 阿金斯诉提布伦市案

阿金斯案提出的争议是,地方分区制法令对私有财产产生征收的效果却不支付公正补偿,是否违反第五修正案和第十四修正案?本案虽不是质疑分区法令效力的首例案件,但却是联邦最高法院审理相关案件时反复援引且对判决结果产生深远影响的典型案例。

上诉人阿金斯在加州提布伦市拥有 5 英亩未开发土地,他打算用于住宅建设。但提布伦市新通过的分区法令限制其开发行为。阿金斯认为,不管市政府出于何种目的或用途制定该法,它已完全破坏了自己土地的价值。于是,阿金斯以提布伦市颁布该法对其财产构成征收且未支付公正补偿,因而违反第五修正案和第十四修正案为由,向州高等法院提出反向征收诉讼,请求获得 200 万美元赔偿金,并请求法院宣布分区法令本身违宪。提布伦市辩称,上诉人不具有诉讼理由。高等法院确认其抗辩有效,加州最高法院维持了高等法院的判决,认为分区法令并不属于剥夺上诉人财产而不支付补偿的管制性征收问题。联邦最高法院亦维持其判决。

联邦最高法院在归纳总结州法院审理意见的基础上指出,本案的实质问题是,仅制定限制土地产权人开发土地的分区法令本身是否构成征收?联邦最高法院引用先前判例中的表述解释说,如果综合分区法令没有实质性促进合法政府利益,或者否认土地所有者土地的经济可行性用途,那么这项法令对特定土地的适用便构成征收。^{〔39〕}对于本案,法院认为,分区制法令实质性促进了合法政府目的。因为加州政府已经确定,空地规划将阻止“使空地用于市区用途这种过早且不必要的转变”。而且,尽管法令限制开发,但它既未妨碍上诉人对土地的最佳使用,也没有消灭其所有权。法令仍然允许上诉人在自己 5 英亩土地上建设 1 所到 5 所单户型住宅。因此,系争的分区管制令是提布伦市合法行使警察权保护本市居民免受城市化负面影响的表现。而这类政府目的长期被公认为合法。

本案主要运用了“实质性促进”这种手段—目的式审查,同时兼顾权利人遭受的经济影响,通过对公共利益和私人利益的权衡,来判断管制性征收是否发生。如果土地用途管制“实质性促进了合法的政府利益”而且没有“剥夺所有者对其土地的经济可行性用途”,它就不构成征收。与以往的其他管制性征收案件相比,该

〔39〕 Agins v. Tiburon, 447 U.S. 255(1980). 260.

案的处理显得简单明了。然而,法院也指出,对于何者构成“合法的政府利益”或者管制与政府利益之间的何种联系符合前者“实质性促进”了后者,仅通过判例不能得出明确的判断标准。通过可能出现的这类具体判例,只能说明存在大量符合此要求的政府目的和管制,而以下两个案例则进一步阐发了“实质性促进”规则隐含的合理关联问题。

2. 诺兰诉加州海岸委员会案

诺兰诉加州海岸委员会案^[40](以下简称诺兰案)的意义在于,其中出现了判断合理关联的具体情形,即对土地开发附加条件与促进公共目的之间是否具有实质性关联,它也发展成为判断管制行为是否构成征收的一个考虑因素。

诺兰夫妇在加州文图拉县拥有一块临海土地,起初只是租借这块土地从事房屋出租,后来由于旧房年久失修他们决定拆除旧房建设新住宅,为此必须依法获得加州海岸委员会(以下简称委员会)的海岸开发许可。1982年2月25日,他们向委员会提交了许可申请。委员会告知诺兰夫妇,只有他们承认公众享有其指定部分土地通行权的条件下,才能获得建设许可。诺兰夫妇反对附加条件,但委员会驳回其反对意见,在他们登记承认通行权的限制契约后颁发了附条件许可。

1982年6月3日,诺兰夫妇提起行政执行职务令诉状,请求文图拉县高等法院判定附加通行条件无效。他们主张,在没有证据证明其计划中的开发会对公众到达海滩造成直接负面影响的情况下,不能附加这项条件。法院支持其诉求,将案件发回委员会举行听证会。案件发回后,委员会举行了公开听证会,结果再次肯定了其附加条件的决定,于是委员会向加州上诉法院提起上诉。上诉法院推翻县高等法院的判决,并认为诺兰的征收诉求不成立——虽然附加条件使诺兰夫妇的土地价值减少,但并未剥夺其土地的全部合理用途。诺兰夫妇向联邦最高法院提起上诉。

联邦最高法院认为,加州要求诺兰夫妇永久出让穿越其临海区域的通行权,目的为增加到达海滨的公众通道,无疑构成征收。对于所有者保留的供私人使用的财产,排他权通常被称为财产权权利束中最重要的权利之一。当政府行为导致政府或其他人对财产的永久性物理占有时,先前判例一律支持其在占有范围内构成征收,不论这种行为是否促进了重要的公共利益,或者只对所有者造成最小经

[40] Nollan v. California Coastal Commission, 483 U. S. 825 (1987).

济影响。基于该规则,法院指出,如果个体被授予永久且持续的通行权,尽管没有哪个人会永久停留在该地,我们都认为已经发生了“永久性物理占有”。^{〔41〕}

根据阿金斯案的判决,如果土地用途管制“实质性促进了合法的政府利益”,而且没有“剥夺所有者对其土地的经济可行性用途”,它就不构成征收。对于何者构成“合法的政府利益”或者管制与政府利益之间的何种联系符合前者“实质性促进”了后者的要求,判例中没有详细说明其判断标准。就本案而言,联邦最高法院宣称,如果诺兰夫妇新建的房屋会严重妨碍合法政府利益(如保护公众观赏海岸景观)的实现,委员会无疑可以直接拒绝向诺兰夫妇颁发许可但不构成征收。出于同样目的,因附加许可条件而拒绝颁发许可也不应当被认定为征收。因此,如果委员会对许可附加某些条件能保护公众在即使建有新房屋的情况下也能看到海滩,只要委员会能够行使警察权完全禁止这类房屋建设,那么对许可附加条件将是合宪的。

然而,如果代替禁止令的附加条件对促进作为实施禁令之正当理由的目的毫无帮助,其在宪法上的明显适当性则不复存在。本案便属于这种情况。在附加条件与限制建设的最初目的之间缺乏合理关联,使合法目的变成与初衷不同的其他意图。不管在征收和土地利用语境下“合法政府利益”的边界何在,该目的都不包括其中。简而言之,除非对许可附加条件满足与开发禁令相同的政府目的,否则建设限制就不是对土地用途的正当管制,而是“一项彻底的勒索计划”。^{〔42〕}

显然,委员会只是在对“通道”这个词玩文字游戏,实际上它并不具备正当理由。要求诺兰夫妇允许已经在公共海滩上的人们从其土地穿越如何能减少因新建房屋造成的观海障碍?它怎么会减弱使用公共海滩的任何“心理障碍”?或者它怎么会有助于疏导因诺兰夫妇建新房屋而额外造成的海滩拥堵?因此,委员会对许可强制附加条件不能被看作是为了实现这些目的而行使土地使用管理权。

委员会主张沿海岸提供一片连续的、公众可到达的海滩有利于促进公共利益,这无疑是个很好的设想,但这并不意味着,为实现该目标可以强迫诺兰夫妇(以及其他海滨居民)单独做出贡献。为实现此类公共目的,加州政府可以通过行使明确的征收权来推行其“综合规划”,但如果想要获得穿越诺兰夫妇土地的通行

〔41〕 Nollan v. California Coastal Commission, 483 U. S. 825 (1987). 832.

〔42〕 Nollan v. California Coastal Commission, 483 U. S. 825 (1987). 837.

权,就必须为此征收行为支付补偿。最高法院在该案判决意见中的鲜明态度,将对规范政府警察权的行使起到很好的警示作用。

在“实质性促进”规则的运用上,诺兰案比阿金斯案更进一步,但也只是提出是否具备“实质性关联”这一问题。多兰诉蒂加德市案^[43](以下简称多兰案)则在此基础上进一步细化,认为在判断管制行为是否构成征收的过程中,还需考虑市政府强加苛刻要求与计划中开发项目的预期影响之间的合理关联究竟要达到何种程度。

3. 多兰诉蒂加德市案

弗罗伦斯·多兰的店铺位于蒂加德市中心商业区的梅恩街,为扩大店铺面积,多兰向市政府申请重新开发该地块的许可。但市规划委员会(简称委员会)根据该市《地区开发法典》的规定,^[44]要求多兰捐出其位于百年漫滩区域内的那部分土地用于改进法诺溪沿岸的暴雨排水系统,并要求她再贡献一块与漫滩区域相邻的15英尺宽的土地用做人行/自行车道,方批准其许可。多兰主张,她计划中的开发不会与综合规划政策相冲突,要求对《地区开发法典》标准做出变通,但委员会拒绝了她的请求。

多兰向土地用途上诉委员会(Land Use Board of Appeals)提出上诉,理由是贡献土地的要求和计划中的开发项目没有关联,因此,根据联邦宪法第五修正案,市规划委员会的要求对其土地构成征收却未支付补偿。土地用途上诉委员会认为,多兰计划建设的较大建筑和铺设为停车场的区域将增加不透水地面以及流入法诺溪径流的数量,因此,在计划中的开发项目和贡献法诺溪沿岸土地作为绿廊的要求之间存在“合理关联”。关于人行/自行车道,土地用途上诉委员会指出,一个较大的零售商店和停车场明显会带来大量顾客、员工以及他们的交通工具。故在减轻因土地开发造成交通量增加的影响和促进作为替代性交通方式的人行/自行车道建设之间也存在“合理关联”。俄勒冈州上诉法院维持了该决定,俄勒冈州

[43] Dolan v. City of Tigard, 512 U. S. 374 (1994).

[44] 《地区开发法典》(Community Development Code)要求土地位于中心商业区的所有者要遵守15%空地和景观美化要求,即用于开发的土地总面积,包括所有的建筑和铺设的停车场,要限制在该地块总面积的85%。在确定交通拥堵是中心商业区之特殊问题后,该市通过了一项人行道/自行车道建设规划,意在鼓励人们在短途行程中选择汽车以外的交通方式。《地区开发法典》要求新的土地开发要贡献步行道/自行车道规划中所规定的土地以促进规划的实施。

最高法院同样维持了上诉法院的判决。多兰将案件上诉至联邦最高法院。

联邦最高法院分两步来分析上诉人的诉求。首先,确定在“合法的政府利益”与蒂加德市附加许可条件之间是否存在“实质性关联”。毫无疑问,防止法诺溪流域河水泛滥以及减少中心商业区的交通拥堵,符合已确认的合法公共目的。上诉人打算将其零售商店扩大一倍并重新铺设停车场,这样一来会扩大该地块的不透水地面致使流入法诺溪的雨水径流增加。因此,在防止法诺溪流域河水泛滥与限制法诺溪百年漫滩区域的开发之间显然存在关联。^{〔45〕}蒂加德市要求提供替代性交通方式来减少交通拥堵的设想同理可证:人行/自行车道为人们提供一种替代性交通方式,行人和骑自行车的人占用所贡献的空间行走和/或骑车,减少街道上的车辆,从而使整个交通系统全面改善。

既然存在关联,那么接下来就必须确定附加条件与计划开发项目的预期影响之间所要达到的联系程度,是否足以要求做出如此严格的限制却不构成征收?虽然不要求做精确的数学计算,但市政府至少应根据案件具体情况做出决定,以证明贡献土地要求与计划中开发项目的影响在性质和程度上“大致相称。”^{〔46〕}不透水地面的增加显然会导致从上诉人土地上流出的雨量和速度增大。因此,保持漫滩地区的空旷和未开发状态,可以有效控制上诉人开发项目给法诺溪造成的压力。实际上,由于上诉人的土地位于中心商务区,《地区开发法典》已经要求她保留15%的土地作为空地,而且未开发的漫滩区域基本能满足此要求。但蒂加德市却提出更加苛刻的要求——不但禁止上诉人在漫滩区域建房,还要求上诉人贡献其法诺溪沿岸的土地用于绿廊体系的建设。按照蒂加德市的要求推断,难道必须贡献出一个公共绿廊,而非私人绿廊,才能控制洪灾吗?

如果上诉人计划中的开发项目的确占据了该市现有的绿廊空间,那么要求她在自己的土地上或者其他地方为公众提供某些替代性绿廊空间是合理的。但本案的情况并非如此。因此联邦最高法院认为,蒂加德市依据的事实认定不足以表明,贡献漫滩地区通行权与上诉人计划中的新建筑之间存在符合公益要求的关联程度。

至于人行/自行车道,蒂加德市认定上诉人计划中较大的零售店设施会增加

〔45〕 Dolan v. City of Tigard, 512 U. S. 374 (1994). 386-388.

〔46〕 Dolan v. City of Tigard, 512 U. S. 374 (1994). 391.

中心商务区的交通量,对此法院并无异议。一般来讲,为避免计划中土地用途将产生的过分拥堵,为街道、人行道和其他公共通道贡献土地是合理的附加条件。但在本案中,蒂加德市并没有履行举证责任,证明因上诉人开发项目所带来的额外汽车与自行车出行,与该市要求她贡献人行/自行车道通行权的条件之间存在合理关联。它只是认定,设立人行/自行车道“可以抵消部分交通需求并减少交通拥堵。”^{〔47〕}蒂加德市仅做出结论性的声明,宣称这样做可以抵消所产生的某些交通需求,却未对这种认定进行量化性论证,显然不足以使其要求正当化。

联邦最高法院推翻俄勒冈州最高法院的判决,其理由是,虽然附加贡献土地条件与促进合法公共目的之间存在实质性关联,但蒂加德市《地区开发法典》的要求过于严苛,其管制行为构成征收。

综上所述,虽然蒂加德市附加的许可开发条件的确是为实现合法的政府利益,但由于它采取的管制措施走得太远,明显超出必要限度,所以联邦最高法院判定,其管制行为构成征收。该案的审理结果又一次印证了霍姆斯大法官在马洪案中的经典结论:“财产可以受到一定程度的管制,但如果管制走得太远就会被认定为征收。”

进入 21 世纪,面对管制性征收界定标准的混乱与复杂,联邦最高法院重新审视了“实质性促进”规则。在 2005 年林格尔诉美国雪佛龙公司案^{〔48〕}(以下简称林格尔案)判决中,“实质性促进”规则失去了以往那种举足轻重的地位,转而成为偏重于审查管制手段合理性的管制性征收新规则。但是,作为衡量管制手段正当性的公益标准,“实质性促进”规则仍然与管制性征收的判断保持着密切关联。

4. 林格尔案

1997 年 6 月,夏威夷州立法机关制定 257 号法案,试图通过对石油公司的加油站产权和出租施加一定限制以保护独立经销商。与该案争议有关的是,法案对石油公司可向承租经销商收取的租金做出限额规定。政府宣称,设立租金上限,目的是通过保护独立的承租经销商来防止汽油零售市场集中化,更重要的是避免使消费者承担高油价。美国雪佛龙公司是夏威夷州 64 所加油站的产权所有者,该法案使雪佛龙公司旗下的加油站成为租金管制对象。为此,美国雪佛龙公司向

〔47〕 Dolan v. City of Tigard, 512 U. S. 374 (1994). 395-396.

〔48〕 Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 544 U. S. 528 (2005).

地方法院起诉州政府,其诉称,法案对租金上限的规定对雪佛龙公司的财产构成征收违反第五修正案和第十四修正案,请求法院做出征收判决并发布反对租金上限在其加油站适用的禁令。此外还主张,租金上限的规定实际上并未达到缓解油价上涨的公益目的,反而使加油站经营者利润增加。

地方法院同意其诉求,判定“257 号法令未能实质性促进合法政府利益,本身构成违宪征收违反第五修正案和第十四修正案。”在上诉中,第九巡回上诉法院维持了该判决,并认可地方法院的判决理由,即 257 号法令没有实质促进保护汽油消费者利益这一公共利益的实现。夏威夷州政府不服该判决,向联邦最高法院提出上诉。联邦最高法院最终以 9:0 的票数推翻了地方法院和上诉法院的判决,认为下级法院适用的“实质性促进”标准并不是有效的管制性征收审查标准,主张将本案发回重审。本案争议的核心问题是,“实质性促进合法政府利益”能否作为判断管制性征收的独立标准?

在 1980 年的阿金斯案中,法院曾宣布,政府对私有财产的管制如果没有“实质性促进合法政府利益”便构成征收。在林格尔案中,奥康纳大法官开门见山地指出,由于该用语被多次重复或者在后来案件中多次引证,久而久之,竟使其成为判断管制性征收的一项独立标准。

联邦最高法院指出,自 1922 年做出第一例管制性征收判决以来,法院已经通过若干判例发展形成认定管制性征收的相关规则。大致包括以下几种:永久性规则,剥夺全部经济用途的绝对性规则,以及佩恩案创设的“两要素”规则。尽管不能对管制性征收的法理进行统一描述,但这三种审查有一个共同标准,都旨在认定在效果上等同于政府直接侵占私有财产,或将所有者从其土地赶走的典型征收的管制行为,构成征收。因此,每一种检验标准都密切关注政府对私有财产权强加负担的严苛度。^[49] 与上述三种管制性征收检验标准不同,“实质性促进”标准不能揭示特定管制强加给私有财产权的负担大小或性质。对于管制性负担在财产所有者之间如何分配也不能做出任何说明。

因此,联邦最高法院认为,“实质性促进”标准对于认定管制行为是否构成征收并无助益。它既没有隐含于征收条款原文中,也不存在于根据征收条款质疑管制行为的基本法理之中。就本案来说,257 号法令的租金上限规定给雪佛龙公司

[49] Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 544 U. S. 528(2005). 539-540.

财产权造成的实际负担究竟有多严重并不明确,雪佛龙公司对夏威夷州法案的质疑,揭示了“实质性促进”理论这一内在缺陷。

通过以上论述可以看出,“实质性促进”标准并不关注系争管制对私有财产的影响,而是探究管制的潜在合法性。这种做法在逻辑上显然优先于且区别于管制是否构成征收这个问题。但征收条款的预设前提是,政府行使职权为追求正当的公共目的。此外,“实质性促进”规则作为征收检验标准不仅在学理上站不住脚,其实际适用同样也困难重重。对于阿金斯规则,我们可以理解为,对政府私有财产管制行为性质的判断,实质上要进行强化的手段一目的审查。它其实是问,私有财产管制对实现某些合法公共目的是否有效。而这更符合正当程序审查标准,却非征收审查标准。^[50] 2005年3月23日,联邦最高法院推翻了下级法院的判决,主张应适用佩恩案的两要素标准做进一步审理。

虽然“实质性促进”规则不再是一项有效的征收检验标准,但这并不会妨碍先前任何判决。阿金斯案本身固然适用了“实质性促进”规则,在启斯东案中也有适用,可以看出,在根据该标准处理的任何案件中,联邦最高法院都没有认定构成可获补偿的征收。值得注意的是,该标准在诺兰案和多兰案的审理中也曾加以运用,但只是将其作为一个考虑因素,而非起决定性作用的判断标准。因此,林格尔案对“实质性促进”规则的检讨并非要将其全盘否定,使之排除在管制性征收范围外,而是要认定,该规则不能作为一项独立标准适用。

通过观察“实质性促进”规则在上述不同时期案例中的作用,可以考察出,在管制性征收判断标准的演变过程中,联邦最高法院逐渐放松了对管制目的正当性的审查,同时加强了对管制手段的合理性审查。管制性征收的判断标准应当注重恢复当事人间的公平,而非以禁止不法管制为目的。^[51]

三、管制性征收标准的晚近发展

进入21世纪,生态环境保护与经济协调发展问题更加凸显。这一部分的案件是近年来在涉及保护自然环境的管制行为方面,联邦最高法院判决的较有代表性的案件。从中可以看出,正如判断管制性征收不存在机械公式一样,法院对待

[50] Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 544 U. S. 528(2005). 544.

[51] 胡建森,吴亮. 美国管理性征收中公共利益标准的最新发展——以林格尔案的判决为中心的考察[J]. 环球法律评论,2008(2):27.

管制性征收问题的态度也并非一成不变。这些判例再次证明法院并不会囿于先前判例中已经确定的某些规则,而会根据案件具体情况做出更加灵活的处理。

(一) 判断管制性征收的时间维度问题

2001 年上诉至联邦最高法院的帕拉佐罗诉罗得岛案^[52](以下简称帕拉佐罗案)与卢卡斯案相似,涉及土地开发与自然环境保护方面的管制性征收问题。在该案中,联邦最高法院重申了佩恩案的“两要素”标准。

1959 年,上诉人帕拉佐罗决定投资开发位于大西洋大道东部的三块相连的未开发土地。为得到该地块,帕拉佐罗与他人合伙成立了海岸花园公司,当海岸花园公司购买到该地块后,帕拉佐罗购并其他合伙人的全部股份而成为公司唯一股东。这些土地中的大部分是盐沼地,需要大量填土才可用于建设建筑。海岸花园公司为此先后三次向负责机构提出改造申请,均未果。1971 年,罗得岛州创设了一个负责保护本州沿海土地的委员会。该委员会发布了罗得岛海岸资源管理方案,把像海岸花园公司土地中的那类盐沼地指定为受保护的“沿海湿地”,使其开发受到很大限制。1978 年,海岸花园公司因无法缴纳企业所得税而被撤销公司执照。海岸花园公司对该土地的所有权,转移到作为公司唯一股东的帕拉佐罗名下。

1985 年,帕拉佐罗又一次提出开发许可申请,请求委员会批准他在该地填土建设私人海滩俱乐部。根据该机构的管制令,如果土地所有者希望填补温纳伯格塘(Winnapaug Pond)的盐沼地,需要委员会批准其具有“特殊例外”情形。而委员会在答复意见中称,海滩俱乐部的建议不符合特殊例外的管制标准。要想获得特殊例外,计划中的行为必须满足“迫切的公共目的,使全体公众而非个人或私人获益。”于是,帕拉佐罗将委员会决定上诉至罗得岛州法院,他认为该结论违背罗得岛州的行政法原则。州法院维持了委员会的决定。上诉人向罗得岛州高等法院提出反向征收诉讼,声称该州通过委员会而适用于其土地的湿地管制令,使其土地丧失“所有经济获利性用途”,根据卢卡斯案确立的规则,这构成完全征收而需支付补偿。州高等法院否决了上诉人的诉求。

案件又上诉至罗得岛州最高法院。罗得岛州最高院维持了州高等法院的判决,并列举了驳回上诉人诉求的种种依据。首先,上诉人的征收请求时机不成熟;

[52] Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606(2001).

其次,上诉人在 1978 年方才继承海岸花园公司对这些土地的法定所有权,无权对 1978 年以前颁布的管制令提出质疑;最后,上诉人土地中的高地部分仍然具有 20 万美元的开发价值,因此他不能根据剥夺土地全部经济用途提出征收诉求。案件最终上诉至联邦最高法院,其对罗得岛州最高法院的三项判决依据作了详细分析。

第一,联邦最高法院认为,本案中帕拉佐罗提起管制性征收诉求的时机已经成熟。根据以往的判例,本案中解决时机成熟问题的关键是,上诉人是否已经获得委员会做出的、确定许可土地用途的终局决定。^[53]也就是说,在土地使用当局得以利用本机构的合理程序,决定和解释争议中的管制范围之前,土地所有者可能无法提起征收诉讼。在法院知悉关于系争土地的“许可开发程度”之前,这些问题无法得以最终解决。具体到本案,对于上诉人土地中的湿地,委员会的决定已经清楚表明,其管制措施禁止上诉人在这块湿地上从事任何填土或开发行为,即不能对湿地填土以用于任何土地开发的普通用途。双方提供的证据能够表明,这已经是“因执行管制而受到控告的政府机构做出的对争论中的财产实施管制的终局决定”。委员会基本确定了上诉人土地被许可开发的程度。帕拉佐罗完全可以提起管制性征收诉讼。然而,上诉人的土地并非完全属于受保护湿地,其土地东部还有一块价值 20 万美元的高地。委员会证实,他们将允许上诉人在高地部分建造住宅。相关证据业已表明高地的价值已经确定。因此联邦最高法院声称,“关于许可上诉人开发其土地的程度,无论在湿地还是高地,案卷中都有明确记录,”不必再对时机成熟问题提出争议。

第二,本案中购置土地是否具有决定性意义?州最高法院认为,上诉人“不存在受该项管制措施影响的合理投资回报预期”,因为该管制令在其获得所有权之前就已颁布。其潜台词是,管制令颁行后的购买者不能根据征收条款对管制提出异议。如果按照这种规则,就应认为是国家创设了财产权。所以,通过前瞻性立法,政府能够形成和定义财产权以及合理投资回报预期,而后继产权人不能对之前的价值损害提出任何诉求。^[54]这显然允许政府对征收条款设定截至期限。该规则将使财产性质发生重要改变,这极其荒谬。既然它不是“所有权本身

[53] Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606(2001). 618.

[54] Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606(2001). 626.

所固有的”对土地使用的限制,权利继受者就有权对土地使用和价值的不合理限制提出质疑,而与继受所有权的时间无关。

第三,州最高法院判定帕拉佐罗的土地没有丧失全部经济用途,因为其土地中高地部分的价值仍然存在。该项认定无误。帕拉佐罗接受这一事实,但仍然声称土地遭到完全征收,他认为,委员会不能“通过给土地所有者保留极少财产这种简单的权宜之计”回避卢卡斯案式的判决。对此联邦最高法院认为,假设已构成征收,政府则不能逃避补偿责任,因为土地所有者仅保留有征收后的剩余利益。但帕拉佐罗的情况并非如此,管制令仍然允许他在高地上建造永久住宅,并未导致财产“毫无经济价值。”上诉人在后来向联邦最高法院提交的答辩状中提出,高地部分不同于湿地,所以单独主张湿地部分被完全剥夺的诉求应当有效。然而,按照先前判例中的一贯主张,管制行为所造成的剥夺程度要与整幅土地的价值相比,即使帕拉佐罗将诉求分解仍然不符合卢卡斯式规则。更何况目前的情形是,上诉人以其整幅土地作为提起征收诉求的依据,因此其主张财产被全部剥夺的诉求必然被驳回。^[55] 根据本案具体情况,联邦最高法院倾向于认为,适用佩恩案创设的规则处理帕拉佐罗的诉讼请求。

最终,联邦最高法院的处理意见是,本案提起征收诉求的时机已经成熟,所有权转移的日期并不妨碍上诉人提起征收诉求,将案件发回,根据佩恩案原则对其诉求做进一步考虑。联邦最高法院虽然并未直接对该案做出判决,但这次重审的意义在于,首先,管制性征收的时间维度问题被再度提出,而且成为判断上诉人能否提起管制性征收的关键。其次,联邦最高法院建议运用佩恩案的“两要素”规则,而不是上诉人主张的卢卡斯案确立的绝对性规则,这说明在管制性征收判断标准的演变过程中,佩恩案规则相较其他规则而言,有更强的普遍适用性。

(二)“两要素”标准在判断临时管制性征收中的运用

在管制性征收的判断标准问题上,联邦最高法院似乎总表现的反复无常。早前有马洪案和启斯东案截然对立的判决结果,如今在保护自然环境方面,联邦最高法院对待管制的态度似乎更加宽容,如果前述帕拉佐罗案表现的还不够明显的话,下面要论述的塔霍-塞拉保护委员会诉塔霍湖区域规划局案^[56](以下简称塔

[55] Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606(2001). 631-632.

[56] Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U. S. 302 (2002).

霍案)则态度明确。

该案中提到的塔霍湖盆地位于美国加利福尼亚州和内华达州交界处,是内华达山脉北部断层形成的淡水湖,该区域占地 501 平方公里,由加州和内华达州以及联邦政府林务局共同管辖。

20 世纪 60 年代,因土地开发兴起而带来的问题开始得到广泛关注。1968 年,为保护塔霍湖的自然风景,两州立法机关共同通过《塔霍区域规划协定》,于 1969 年获国会批准,并创设塔霍区域规划局(Tahoe Regional Planning Agency)作为“协调和管制盆地开发以及保存其自然资源”的机构。1972 年,塔霍区域规划局依据该项协定制定了《土地使用法令》(*Land Use Ordinance*),主要依据陡峭度,将塔霍盆地的土地分为七个“土地容量区域”。^{〔57〕}然而,由于 1972 年法令允许大量例外情形存在,未能有效限制住房建设。后来,经国会和总统批准,两州针对该协定通过一项修正案,于 1980 年 12 月 19 日生效。

修正后的协定规定,塔霍区域规划局应当在 18 个月内采用环境极限承载力标准,在其后“1 年内”,应当通过一项旨在实现和维持该承载能力的地区规划。对此,加州和内华达州立法机关还决定,“为使塔霍区域规划局修改后的最终地区规划得到有效实施,有必要暂停该区域的开发进程,否则进一步的开发会耗尽该区域的全部能力或导致其与终极规划不协调。”尽管塔霍区域规划局“善意且竭尽全力的”履行着职责,但结果仍未符合协定对截止期限的要求。因此,1981 年 6 月 25 日,塔霍区域规划局颁布 81-5 法令,对开发强制实行第一个暂禁令,本案请求方正是对此提出质疑。该法令于 1981 年 8 月 24 日生效,直至协定要求的永久规划出台。

直到 1982 年 8 月 26 日,塔霍区域规划局都未能采用那些标准,而且也并未制定出任何区域规划。因此,塔霍区域规划局又通过 83-21 决议,“彻底暂停对所有计划的审查和批准,也不再接受新提议”。该决议有效期直到 1984 年 4 月 26 日新区域规划为止。这样一来,81-5 法令与 83-21 决议结合,使得在加州高风险地段以及整个盆地的河流环境地带(stream environment zones)禁止从事任何建设长达 32 个月,对内华达州高风险地段的禁令长达 8 个月之久。针对这两个暂

〔57〕 区域 1、2、3 属于“高风险”土地,而区域 4、5、6、7 属于“低风险”土地。“河流环境地带”(stream environment zones)实际上属于区域 1 的子范畴。

禁令,塔霍-塞拉保护委员会等向法院提起诉讼。

请求方包括塔霍山脉保护委员会,代表塔霍湖盆地开发和未开发地段大约 2000 名业主的非营利性会员组织,以及大约 400 名单独业主,其空地处于河流环境地带或者区域 1、2、3 的其他部分。他们在 1980 协定生效前就已经购买了这些空地,“在当时做出这种选择”主要是为了建设单户型住宅,“用作永久性养老或休假住房”。因此,请求方对 81-5 法令和 83-21 决议内容本身质疑。他们声称,仅仅制定暂时管制令,在其生效期内,就剥夺了土地所有者的全部经济可能性用途,由此产生一项绝对性宪法义务,即补偿他们这段时间内土地的使用价值。

地方法院认定,请求方暂时被剥夺了“土地上所有经济性用途”。因此,根据联邦最高法院对卢卡斯案的判决,塔霍区域规划局的行为构成“绝对性”(categorical)征收。双方均提起上诉。与地方法院相反,上诉法院认定,由于管制仅对请求方土地上的经济利益产生暂时影响,并不构成征收。

从上述内容可以看出,本案争议的实质问题是,根据联邦宪法第五修正案征收条款,在制定土地使用综合规划过程中暂时禁止地产开发行为,其本质是否构成征收而需向土地所有者支付补偿。

请求方认为,强制性暂时剥夺所有经济可行性用途的管制——无论多么短暂——足以触犯征收已经发生这一实质性规则。他们宣称,联邦最高法院在路德教会案和卢卡斯案中的意见已经认可了他们的观点,这属于对征收条款所隐含原则的合理运用,即征收条款的本意是禁止政府强迫少数人单独承担,从公平正义角度看,应当由全体公众共同承担的负担。联邦最高法院认为,对暂禁令是否构成征收这一抽象问题的回答并非“总是肯定的”或“从不构成征收”;答案取决于案件的特定情况。而本案的情况可以在佩恩案框架内得到最好分析。

首先,联邦最高法院指出,布伦南大法官在圣地亚哥煤气和电业公司诉圣地亚哥市案^[58]发表的反对意见中提出这样一种规则,即“一旦法院认定行使警察权做出的管制构成‘征收’,政府方必须对征收期间——从管制首次构成征收之日到政府决定废除或修正这项管制之日——支付公正补偿”。^[59] 布伦南大法官提议的规则随后在路德教会案中被法院认可。但在那一案件中,法院没有提出这个极

[58] San Diego Gas & Electric Co. v. City of San Diego Et Al. 450 U.S. 621(1980).

[59] San Diego Gas & Electric Co. v. City of San Diego Et Al. 450 U.S. 621(1980). 658.

其不同且逻辑先在的问题——本案所争议的临时管制实际上是否构成征收。对此,该院确定了两类原因来解释为什么管制暂时否认所有者对自己财产的全部用途可能不构成征收。第一,法院承认,“地方政府会通过证明否认全部用途是国家制定安全管制令职权的一部分,以避免得出构成需补偿征收的结论”。第二,法院将判决限定于“所呈现的事实”并承认“在获得建筑许可中因正常延误所产生的截然不同的问题”、分区法令与地区规划特别许可的变化等其他未呈现在我们面前的问题。因此,本院在路德教会案中的判决的确不认可且含蓄地否决了请求方现在所主张的绝对性意见。

其次,卢卡斯案的判决对于解决该案问题不具有决定性作用。虽然卢卡斯案认可并适用“绝对性规则”(categorical rule),但它与本案请求方提议的规则不同。本院在卢卡斯案中适用的绝对性规则规定,只要管制剥夺了所有者土地上“全部经济获益性用途”,政府就必须支付补偿。根据该规则,使卢卡斯的私有地产“完全消除价值”的法令显然构成征收。但是,判决局限于“不许可任何生产性或经济获益性用途的特殊情况”。判决意见中对“不”字的强调,在一个解释如果价值减损为95%而非100%则不适用绝对性规则脚注中得以有效重申。法院承认,任何小于“完全丧失价值”或“全部损失”的情形,都要适用佩恩案中的分析方案。^{〔60〕}

请求方对此主张,法院事实上能够将32个月这部分与每个土地所有者私有地产的其余部分相分离,从而试图将本案带入卢卡斯案创设的规则下来处理,然后对这部分是否已被暂禁令完全征收提出质疑。将财产如此划分,每一种延迟都会成为完全的禁令;暂禁令和正常许可程序同样会构成绝对性征收。请求方的“概念分离”主张无效,因为它忽视了佩恩案给出的忠告,即在管制性征收案件中,必须注重“把部分放入整体”来考虑。法院一贯拒绝以这种进路处理“分母”问题。因此,地方法院将请求方的财产分解为与受争议管制对应的时间段,然后分析是否在每一阶段都剥夺了请求方全部经济可行性用途,这种做法是错误的。法院分析的出发点本应是,询问是否造成对全部财产的彻底征收;如果不是,佩恩案才是

〔60〕 Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U. S. 302 (2002). 330.

恰当的分析框架。^{〔61〕}

因此,按照佩恩案的审查方式,有三个问题需要考虑。第一,暂禁令对请求方产生的经济影响。第二,暂禁令是否破坏了请求方的合理投资回报预期。强调管制的暂时性时,根据“在塔霍湖区域购买空地和建设住宅之间的土地平均占有时间为25年”这一证词,以及请求方未能提供证明损害的特殊证据,地方法院认定,“通过分析佩恩案中的因素可以清楚地得出结论,这不构成征收”。法院对购买者的“平均”意图进行评估,发现这些购买者“并不具有合理的投资回报预期,在本案六年的诉讼期内,他们能在自己的土地上建造单户型住宅”。第三,暂禁令是否实质性促进合法政府利益。实际上,尽管存在暂禁令,仍有理由相信财产价值会继续增加。此类增加在本案的语境下是有意义的,因为可以期望整个盆地的财产价值反映在额外保证上,即塔霍湖将保持其原初状态。既然在某些情况下一年期暂禁令可能根本未强加负担,我们就不应当采用认为暂禁令总是强迫个体承担本应由全体公众分担的特殊负担的规则。

2002年4月23日,联邦最高法院最终判定,维持上诉法院的判决,认定塔霍区域规划局发布的两项暂禁令为正当管制,并不构成征收。

从这两个案例的处理过程可以明显看出,在处理管制性征收问题时,联邦最高法院更倾向于运用佩恩案创设的“两要素”标准进行分析。虽然对“两要素”标准的具体操作并不能善尽美,也会产生令人困惑的问题,但是,在处理不符合物理性征收和卢卡斯绝对规则的大量管制性征收诉讼中,它显然已经成为首要指导原则。

四、动态的管制性征收标准

联邦宪法第五修正案征收条款的立法意图,并非要禁止政府对私有财产权的合理干预,而是为了规范政府的征收行为,要求对征收必须给予公正补偿。可以认为,第五修正案文本自身对区别物理性征收和管制性征收提供了基准。它明确要求,只要政府为满足公共目的获取私人财产都要支付补偿,不论这种获取是通过规范的征收程序抑或物理性占有。

〔61〕 Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U. S. 302 (2002). 331.

但是,宪法中并未包含与限制私主体财产用途的管制相匹配的参照。当政府为了某些公共目的而物理性占有财产利益时,它负有补偿先前所有者的绝对责任,不论它所征收的财产构成一个整体还是仅仅其中一部分。所以,当租赁物被征收或者政府为了自身目的占有私有财产,尽管只是暂时使用,都会被批准做出补偿。同样,当政府占用屋顶部分空间为公寓房客安装有线电视线路时,^[62]或者当政府的飞机使用私人空域以靠近政府机场时,^[63]也要为此埋单,无论其占用的份额有多小。但禁止房东驱逐不愿支付较高租金房客的政府管制;禁止所有者部分土地上某些私人用途的管制;或者禁止某部分空域的私用,并不构成绝对性征收。第一类案件要求法院适用明确的规则;第二类案件则有必要对政府行为的性质和经济影响进行复杂的实际评估。因此,征收条款虽然对财产所有者提供了实质性保护,但并未消除政府对财产使用设定限制的警察权。征收条款所赋予的权利与政府的警察权可以在不发生冲突的情况下并存。

本文所运用的 1922 年至 2005 年间联邦最高法院所判决的 11 个著名判例,从判决结果来看,有五例没有被认定为管制性征收,而另外六例则被认定构成管制性征收。再结合其他相关文献的论述,可以明显发现,联邦最高法院处理管制性征收问题的态度绝非一成不变,其在一些典型判例中发展出若干不同的判断规则,而且具体案件的特定事实始终是优先考虑因素。进入 21 世纪以来,联邦最高法院更加注重以“公平和正义”作为最高指导理念,强调填补“政府或者社会公众因管制获得的收益”与“个别公民权利的特别牺牲”之间的落差。^[64]管制性征收判断标准的动态发展脉络可见一斑。

1922 年的马洪案标志着管制性征收概念出现,起到了抛砖引玉的作用。在霍姆斯大法官对马洪案做出解释之前,美国司法界一般认为,征收条款只涵摄对财产的“直接占有”,或者与“实际剥夺所有者财产”具有同样效果的情形。然而,霍姆斯大法官在马洪案中曾指出,如果刻意加强对私有财产的保护使其免于物理性占有,那么政府重新界定包括财产所有权在内之利益范围的权力必然会受到宪法限度的约束。反之,如果因行使警察权而对私有财产的使用可以不受约束且不

[62] *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U. S. 419(1982).

[63] *United States v. Causby*, 328 U. S. 258(1946).

[64] 胡建森,吴亮. 美国管理性征收中公共利益标准的最新发展——以林格罗案的判决为中心的考察[J]. 环球法律评论,2008(2):27.

支付补偿,“人性的自然趋势就是扩大这种限制直到私有财产权最终消失。”^[65]所以,在当代福利国家,一方面要保证政府拥有充分的警察权实施管制,平衡私人利益与社会公益;另一方面,更不能忽视对负有社会义务的私有财产的保障。基于这些考虑,马洪案产生了后续法院一再引用的格言,即“财产可以受到一定程度的管制,但如果管制走得太远就会被认定为征收。”^[66]然而,这个“度”绝非通过简单的量化就能彻底解决的。因此,联邦最高法院在马洪案判决中未能得出判断管制性征收的统一公式,但是,该案法庭意见中出现的“走得太远”“价值减损程度”“案件特定事实”等概念,为日后处理管制性征收问题提供了一般性指引,其作用不可小觑。

自从在马洪案中正式提出管制性征收问题以来,截止到目前,联邦最高法院在1978年判决的佩恩案仍然是最具影响力的里程碑式案件。该案的“两要素”审查标准逐渐发展成为最具普遍性的判断规则,在后来诸多案件中都得到支持,并且逐渐与其他一些新发展的规则相结合运用。在无法确定固定公式的情况下,该规则成为判断管制性征收的主导规则已成为一个不争的事实。要素一即管制对产权人的经济影响程度,尤其关注其是否妨碍合理投资回报预期。根据管制对财产所有者投资回报预期的影响,法院也可能会认定其构成征收,前提是所有者有充分的依据产生那些预期,即所有者的预期因政府明确保证而产生,从而确保其应当受到法律保护。当政府向财产所有人做出特定承诺,而他后来是在信赖该承诺的基础上行事时,如果并不禁止政府做出违背承诺的行为,就应当要求政府对财产所有者造成的任何损失支付补偿。

除了合理投资回报预期之外,对于管制造成的经济影响程度,还可再细化为几种情况。首先,破坏部分财产用途的情况如何认定?对此,在佩恩案中,联邦最高法院告诫说,在管制性征收案件中,我们必须注重“把部分放入整体”来考察。“当所有者拥有一整束财产权时,对该权利束中一支权利的破坏不构成征收,因为必须从整体来考量这个权利集合”。^[67]虽然这种文字性表述不能解决在界定相关财产集合时可能出现的所有问题,但它确实为驳回权利人某些不恰当的征收诉求提供了足够指导。

[65] *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393(1922). 415.

[66] *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393(1922). 415.

[67] *Andrus v. Allard*, 444 U.S. 65(1979).

其次,管制行为产生的“临时性”征收造成权利人实际损失的,是否属于需支付补偿的征收?这主要是针对管制三维度中的时间维度。政府实施管制行为之初,也许并未认识到它有可能被认定为征收而必须支付公正补偿。一旦管制的真实成本凸显,国家就会决定废除或者放弃这种措施。对此,联邦最高法院的意见是,政府不能在法院认定其行为构成征收时通过撤销管制来避免公正补偿要求,它仍然必须对发生在管制有效期内的管制性财产征收支付公正补偿。

要素二则关注政府行为性质以及所欲实现之公共目的的性质。法院总结说,联邦宪法第五修正案征收条款的目的之一是,防御潜在的专断或不公正政府行为将会给公众造成的损失,即防止政府强迫少数人承受应当由公众全体共同承受的负担。毋庸置疑,政府固然应当通过禁止某些特殊的预期土地使用来促进健康、安全、道德和公共福利,而不必对此支付补偿。但如果私有财产所有者能证明政府管制明显不合理或是武断,与本区域内居民的公共健康、安全、道德或总体福利没有实质性关联,那么该管制令就是违宪的,其对私有财产构成了需支付公正补偿的征收。

实际上,在马洪案之前和其后的许多案件,法院都已认识到州政府行为的性质在分析征收问题中至关重要。例如,在穆勒诉堪萨斯州案中,堪萨斯州一名酿酒商建造了一座酿酒厂,这在建厂之时是合法的,但后来却违反了堪萨斯州禁止烈性酒生产和销售的宪法修正案。尽管法院承认,由于该宪法修正案,使“组成酿酒厂的厂房和机器变得几乎毫无价值”,但哈兰法官解释说,“为了达到所宣称的目的而仅仅通过有效的立法禁止对健康、道德以及公共安全有害的财产用途,在任何公正的情况下,都不能被视为征收或对财产的剥夺”。^[68]州政府禁止个体以对公共健康、道德和安全以及对有序社会的存在和安全有害的方式使用其财产的权力没有对下述情形——州政府必须补偿这类个体所有者可能遭受的金钱损失——增加负担,因为并未允许他们通过有害的财产利用方式给社区造成伤害。

与上述标准相比,1980年阿金斯案确立的“实质性促进”规则相对简化,即如果土地用途管制“实质性促进了合法的政府利益”而且没有“剥夺所有者对其土地的经济可行性用途”,它就不构成征收。长久以来,由于单纯截取“实质性促进”这一术语并加以反复运用,使得它想当然得以隐含于宪法第五修正案征收法理之

[68] Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623(1887).

中,逐渐发展为与其他规则效力相当的独立审查标准。该规则后来在 1987 年诺兰案和 1994 年多兰案中都有所体现,用以判断管制手段与欲实现之目的间的合理关联度,但并不作为单一审查标准。而 2005 年判决的林格尔案彻底颠覆了这一规则长期以来形成的独立地位,在该案中,法院重申了佩恩案“两要素”规则的主导地位。纠正了先前对“实质性促进”规则这一缺陷标准的依赖。

1992 年的卢卡斯案判决,显然对“剥夺全部经济用途”这种比较纯粹的情形量身打造了一种绝对性规则。联邦最高法院在卢卡斯案中创设的绝对性规则是指,只要管制剥夺了所有者土地上“全部经济获益性用途”,政府就必须支付补偿。根据该规则,使卢卡斯的私有地产“完全消除价值”的法令显然构成征收。但是,本院判决局限于“不许可任何生产性或经济获益性用途的特殊情况”。判决意见中对“不”字的强调,能够说明如果价值减损为 99%而非 100%则不适用绝对性规则。法院总结说,任何小于“完全丧失价值”或“全部损失”的情形,都要适用佩恩案中的分析方案。由此可见,卢卡斯案创造的绝对性规则只适用于管制永久剥夺全部财产价值的“特殊情况”,其使用范围非常狭小却相对精确。默认规则仍然是,佩恩案的“两要素”标准与特定事实审查的结合。

由以上论述可以看出,从马洪案开始,对于如何判断一项具体政府行为是否走得太远而构成管制性征收,联邦最高法院已经给出一些指引,但并不十分明确。按照马洪案的“价值减损程度”说,在某些情况下,如果一项管制行为使土地丧失全部盈利性或生产性用途,按照征收条款,则需要对此行为支付补偿。在一项管制对土地施加的限制并未剥夺其全部经济获利性用途的情况下,仍然有可能构成征收,这取决于一系列综合因素,包括管制对土地所有者的经济影响,尤其是管制对合理投资回报预期的影响程度,以及政府行为的性质。征收条款的立法意图中应包含有这些审查因素,用以阻止政府强迫一部分人单独承担本应由全体公众共同承担的社会义务。

因此,联邦最高法院阐述道,在考虑权利人的管制性征收诉求之时,有必要回顾形成第五修正案禁止令“未经公正补偿,不得因公用征收私有财产”之法理的诸因素。何种情况构成联邦宪法第五修正案所指的“征收”已被证实是一个相当复杂的问题。虽然第五修正案是为防止政府强迫一部分人单独承担就公平正义而言应由全体公众共同分担的公共负担。但是,目前显然还无法制订出任何“固定公式”来确定何种情况下“正义公平”要求公共行为造成的经济损害由政府补偿,

而非由极不相称的少数人承担。一项特殊限制,是否会由于政府未能对直接由其引起的任何损失支付补偿,而变得无效,还要取决于“案件的具体情况。”

总而言之,上述各种规则所包含的核心因素并非相互孤立,在具体案件中界定管制性征收问题时,往往存在多种因素交织,多种规则并用的情况,哪种规则发挥决定性作用,还需要结合案件的特定事实进行审查,而不是机械套用先前判例的结果。

五、结语

联邦最高法院曾说,本院关于征收程序和物理性征收的法理与共和国一样古老,而且在极大程度上径直适用本身规则(*per se rules*)。相反,管制性征收的法理是近期才出现的,其特征需要进行“实质性特定事实调查”并“仔细地检验并衡量所有相关情况”。^[69] 政府管制普遍存在,大多会以某种与物理性征收稍有关联的方式影响财产价值,而且经常是以完全意想不到的方式。如果把这些行为不加区别地一律视为实质性征收,会使政府管制变成一种奢侈,政府难以承受。因此,如何在有效的警察权行使与财产的政府征收之间划清界限,长期以来一直是司法界乃至学术界难以回答的问题。通过在一系列案件中的不懈努力,联邦最高法院逐渐发展形成判断管制性征收的动态审查标准。虽然现在乃至将来都不可能得出一个固定公式,但这似乎已变得无关紧要。只要对现有各种规则驾驭得当,在将来出现新问题时避免墨守成规,重视审查具体案件的特定事实,则不必拘泥于固定公式。

2004年3月14日,第十届全国人民代表大会第二次会议通过了宪法第四次修正案,将《宪法》第十三条修改为:公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。^[70] 国家征收征用补

[69] Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U. S. 302 (2002), 322.

[70] 2004年宪法修正案第二十二条:《宪法》第十三条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。”修改为:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

偿制度在宪法中的确立,为在具体法律中进一步完善相关制度提供了宪法依据,有利于平衡和协调私有财产保护和公共利益需要之间的关系。然而在我国,国家利益、公共利益至上的价值观仍然在很大程度上影响、支配着立法,在很多情况下,即使限制财产权的公权力行为对私人造成重大的、特别的损失,国家也并未将其视为征收,私人无法得到应有补偿。因此,以管制性征收为切入点,了解美国管制性征收判例的实际功能及存在的问题,探究私有财产权的宪法保护,这对处于社会转型期的中国具有特殊意义。

美国法上作为判断管制性征收标准之一的 政府行为之性质因素

蔡玲晓^{*}

摘要:佩恩中央运输公司诉纽约市案是美国现代管制性征收法理中的“北极星”。美国法院在管制性征收案件中,通过对佩恩案中提出的三个因素进行分析和权衡,然后得出系争管制是否构成征收的结论。政府行为之性质作为其中的一个因素,在管制性征收领域扮演着十分重要的角色。但是,政府行为之性质因素自被提出以来,似乎始终披着神秘的面纱,该因素本身的模糊性一直备受诟病。政府行为之性质因素的含义是什么?政府行为之性质因素如何在管制性征收分析中加以适用?这些似乎尚未定论,而法院在管制性征收案件中适用佩恩中央运输公司诉纽约案^{〔1〕}(以下简称佩恩案)确立的案标准时,又不得不提及该因素。本文试图通过对佩恩案后美国法院适用政府行为之性质因素的相关案例进行梳理,具体考察法院如何适用该因素,以期对中国征收理论的未来发展有所启示。第一部分介绍佩恩中央运输公司诉纽约市案的基本案情,并阐明联邦最高法院最初提出政府行为之性质因素时,政府行为之性质因素所具有的原初含义。联邦最高法院认为,政府行为对财产的干涉若具有物理性侵入的性质,将比调整经济生活的利益与负担的管制,更容易构成征收。第二部分介绍佩恩中央运输公司诉纽约市案判决后,联邦最高法院和下级法院的判决对政府行为之性质因素含义的发展。根据对这些判例的梳理,归纳出政府行为之性质因素的主要含义有:管制是否废除了基本财产权利中的特性;管制是否具有合理的溯及力;管制是否存在物理性侵入的情形;管制所限制的行为是否违反了普通法上的妨害原则;管制是否

^{*} 蔡玲晓,厦门大学法学硕士,现就职于宁波宁兴贸易集团有限公司,企业风险管理岗。

〔1〕 Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978).

存在利益互惠;政府是否在管制中发挥了政府事业的能力;管制是否实质性地促进合法的政府利益。第三部分介绍政府行为之性质因素适用的除外情形,即政府的管制行为否决了所有经济有益性或生产性用途,在此情形中,无须考虑政府行为之性质因素。第四部分介绍政府行为之性质因素的晚近争议。林格尔案判决后,引发了对政府行为之性质因素含义如何变化的争议。政府行为之性质因素的含义是否仍然包括“管制是否实质性地促进合法的政府利益”成为争议的焦点。第五部分介绍政府行为之性质因素在管制性征收中的重要地位,以及学者对政府行为之性质因素进行的限缩尝试。结语部分在总结前文的基础之上,归纳政府行为之性质因素的适用规则。

关键词:管制性征收;佩恩案;政府行为之性质

导言:为什么讨论政府行为之性质因素

管制性征收是指典型征收案件之外的征收,即政府虽然没有通过正式的征收程序剥夺私人财产,但通过对财产的管制,事实上产生征收效果。根据管制性征收的原理,政府具有管制权,但如果管制走得太远,则构成征收,即如果管制对财产权益的影响过于严苛,对私人财产造成重大影响,则理应有所救济。管制性征收原理,实际上是一个区分不同政府权力的工具,尤其是区分征收权和警察权的工具。如果将警察权和征收权罗列在一个频谱之上,那么频谱的一端是警察权,另一端是征收权。这里存在两种规则来判决政府行为行使的是其中的哪一项权利,一种是绝对性规则,如果政府行为具有某些特性,则可直接判定其行使的权力是警察权,或者是征收权。而在频谱中间的灰色地带,则需要适用佩恩中央运输公司诉纽约市案^{〔2〕}(以下简称佩恩案)确立的标准来进行个案的判断。可以说,佩恩案为管制性征收的疑难案件提供了分析的思路。

1978年,美国联邦最高法院对佩恩案做出了判决。该案在美国管制性征收

〔2〕 Merrill, Thomas W. The Character of the Government Action[J]. Vermont Law Review, 2012, 36: 651.

法理上具有重要意义。^{〔3〕} 根据佩恩案标准,需要在管制性征收中对该标准的三因素加以权衡,从而得出系争管制是否构成征收的结论,这三个因素是:(1)管制对原告(财产所有者)的经济影响;(2)管制干涉明显投资回报预期的程度;(3)政府行为之性质(the character of the government action)。随后的判决将佩恩案誉为美国管制性征收法理中的“北极星”,^{〔4〕}并认为联邦最高法院所确立的佩恩案标准是根据美国宪法第五修正案和第十四修正案,判断土地用途管制是否构成征收的主要方式。但实际上,有研究数据表明,法院在具体征收案件中将佩恩案标准作为平衡标准适用的概率低于7%。^{〔5〕} 部分原因是,尽管佩恩案的重要性毋庸置疑,但是在将佩恩案标准适用于具体案件时,对其内容的解释却存有疑问。

政府行为之性质是佩恩案中提出的三因素之一。佩恩案对政府行为之性质因素的解释是“当政府对财产的干涉具有物理性侵入性质时,与产生于为促进共同利益而调整经济生活之利益和负担的某个公共计划的干涉相比,可能更容易构成征收”。^{〔6〕} 但是,随后的判决从该解释的两个方面发展出了多个含义,从而使政府行为之性质因素成为一个内容丰富的因素。根据学者的整理,分析政府行为之性质因素,大致可以从两方面入手。一方面是分析该政府行为是涉及物理性侵入,还是仅仅是管制行为。另一方面是分析政府行为之性质因素的丰富内涵,包括以下几个方面:管制是否是综合性的;管制是否适用了中立的一般性标准;管制是否将具体所有者挑选出来,并使其享有特殊待遇;管制是否为共同体的所有成员提供了利益。目前在管制性征收中,这些都是判断政府行为之性质因素时需要考虑的要素。但也有个别学者据此认为,性质因素将可能会因为承载太多而崩溃。为解决此顾虑,并考虑到关于政府行为之性质因素的案件与文献日益增多,以及关于政府行为之性质因素含义的理论与实践日渐成熟,本文认为梳理美国政府行为之性质因素的发展脉络与适用规则确有必要。

〔3〕 管制性征收原理,始于19世纪晚期。直到20世纪早期,法院仍通常将征收条款专门适用于对私人财产的物理性占有,而不是仅仅限制个人财产用途的管制之中。联邦最高法院第一次将征收条款适用到管制性征收之中,是在1922年宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案之中。然而,在佩恩案之前,联邦最高法院很少提到管制性征收问题。

〔4〕 Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606(2001). 633.

〔5〕 Pomeroy, Adam R. Penn Central after 35 Years: A Three-Part Balancing Test or a One-Strike Rule? [J]. Fed. Circuit B. J., 2012, 22: 28.

〔6〕 Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U. S. 104(1978). 124.

反观中国,从现有的征收法律规定来看,《中华人民共和国宪法》第十三条规定,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”但是,由于条文中的“征收或者征用”无法涵盖上文提及的管制性征收情形,所以也缺乏对管制性征收的补偿救济。

然而,从现状分析,虽然中国法律没有明确规定管制性征收,但是存在一些法律条文很容易演变成为管制性征收。例如,《中华人民共和国土地管理法》第四条规定,“国家实行土地用途管制制度。”又如退耕还林、退耕还草等政策。现实中,自1984年初国家出台“允许个人承包荒沙,所造林木谁造谁有”的政策以来,陕西省定边县农民石光银数十年来先后举债1000多万治沙造林,形成了高达5000多万的林木资产,其承包的土地却因土地用途管制被划为生态林,沦落成了千万“负翁”。〔7〕此外,在实践中,也有大量的管制行为存在构成管制性征收的可能。例如,《杭州市人民政府关于调整工作日高峰时段区域“错峰限行”交通管理措施的通告》规定,在2014年5月5日上午7点起,实施调整机动车工作日高峰时段区域“错峰限行”的交通管理措施,对机动车进行限时段限范围的禁行,这使大量车主的车辆使用严重受限。〔8〕又如,近年来中国各地的禁摩令大行其道。〔9〕此类事件引发了社会各界的广泛关注与热议。诚然在这些事件中政府并未实行征收,将私人所有的财产收归国有,但在实际效果上,私人财产已然因为政府的管制而有所减损。从目前的理论研究看,学界多承认,因政府管制而产生征收效果的情形在中国法上并非鲜见,这与美国法上的情形并无二致。〔10〕

面对现实的需求以及理论研究的匮乏,研究域外经验可以为我国将来解决此类问题提供借鉴。可谓他山之石,可以攻玉。在研究管制性征收法理中,考察美国的判例及法理,历来是国内学者研究的一个重要方向。因此,本论文拟从政府行为之性质因素入手,进而分析该因素在美国联邦最高法院的提出及其在美国法

〔7〕 石光银:“千万富翁”何以成“负”翁。 <http://news.sina.com.cn/o/2003-09-20/0631785035s.shtml>, 2003-09-20.

〔8〕 《杭州市人民政府关于调整工作日高峰时段区域“错峰限行”交通管理措施的通告》。 http://hznews.hangzhou.com.cn/xinzheng/tongzhi/content/2014-03/26/content_5216468.htm, 2014-03-28.

〔9〕 《城市“禁摩令”何以大行其道》。 <http://news.sina.com.cn/c/2013-07-16/021027677123.shtml>, 2013-07-16.

〔10〕 刘连泰. 宪法文本中的征收规范解释——以中国宪法第十三条第三款为中心[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2014: 147.

院的发展,试图梳理出该因素适用的规则。

一、政府行为之性质因素的提出

(一) 佩恩案的判决

1. 佩恩案的案件事实

在美国,很多地区都存在这样的法律,它们鼓励或要求对具有历史或艺术重要价值的建筑或地区加以保留。之所以制定这些法律,是因为考虑到近年来,因为经济用途的需要,人们在没有考虑保存价值和可能性的情况下,破坏了大量的建筑、地标和地区,而且保留具有特殊的历史、文化或艺术重要价值的建筑,能够提高整体的生活质量。纽约市也于1965年颁布了《地标保护法》(*Landmarks Preservation Law*)。该法的目的是保护历史性地标及其临近地区,使其免于因轻率的决定,遭到破坏或者使得其特性发生根本性的改变。根据该法规定,地标保护委员会可以将一幢建筑指定为“地标建筑”或者将一个地区指定为“历史街区”。而指定地标的所有者,必须使该建筑保有良好的外观,如果他要对该建筑的外观作出改变,必须获得地标保护委员会的批准。

佩恩中央运输公司及其子公司(佩恩中央公司)是中央车站的所有者。该车站于1967年8月被指定为“地标建筑”。上诉人佩恩中央公司,虽然就该项指定向地标委员会提出过反对,但并未就最终的指定决定,寻求司法审查。^[11] 1968年1月22日,上诉人佩恩中央公司与上诉人UGP地产公司(UGP Properties, Inc. / UGP)达成一份协议,约定由UGP负责,在中央车站上建造一幢多层办公楼。地标保护委员会认为该项计划将会破坏中央车站的历史和艺术特性,所以否决了上诉人的建造计划。上诉人在未经司法审查的情况下,向州法院提起了诉讼,主张《地标保护法》的适用未经公正补偿“征收”其财产,违反了美国宪法第五修正案和第十四修正案,同时,也未经正当程序恣意地剥夺了他们的财产,违反了美国宪法第十四修正案。

初审法院授予了禁制令和宣告性救济,但中断了“临时性征收”损害的问题。纽约州上诉法院推翻了该禁制令,并且认为因为《地标保护法》仍然允许中央车站

[11] 根据《地标保护法》的规定,如果一幢建筑物被指定为“地标建筑”,对于这项指定,建筑物所有者可以向地标委员会提出反对,此后,所有者不仅可以直接提起诉讼,也可以先寻求司法审查,对司法审查的结果不满的再提起诉讼。

继续以之前的方式使用,该法只限制了上诉人对财产的使用,并未将财产的控制权转移给纽约市,上诉人仍然可以得到合理的投资回报,此外,上诉人在中央车站上的开发权可以通过转移到附近地块的方式得以弥补,所以不存在“征收”。案件最后上诉到美国联邦最高法院,法院判决维持。

2. 佩恩案的判决理由

1978年6月26日,美国联邦最高法院以6:3的投票结果,作出判决,认为在佩恩案中并未构成管制性征收。布伦南法官执笔多数意见,伦奎斯特法官、首席大法官伯格及斯蒂文斯法官持反对意见。反对意见从利益互惠的角度展开分析,理由主要有以下两点:其一,在纽约市的众多建筑中,佩恩中央公司的建筑被不公平地挑选出来承担此负担;其二,中央车站作为地标建筑承担了与周围建筑不同的负担,且并未获得互惠利益。本文其他部分将就此加以分析,此处不再赘述。

在联邦最高法院的多数意见中,法院首先承认,它无法发展出判断是否构成征收的“固定规则”,并且强调判断征收是否存在依赖对“个案的特定环境”的分析。接着,法院认为在进行实质特殊的事实探究(essentially ad hoc, factual inquiries)中,法院的判决已经识别出了一些具有特别重要性的因素,即“管制对原告的经济影响,尤其是管制干涉明显投资回报预期的程度,当然是相关的考虑因素。政府行为之性质也是如此。”^[12]这就是佩恩案提出的三因素标准,也是佩恩案据以判决的标准。

多数意见认为,根据这三个因素的分析,本案没有产生征收。首先,因为纽约市的地标法并未损害中央车站的现有用途。同时,地标法虽然剥夺了佩恩中央公司对中央车站“上空权”收益性的用途,但佩恩中央公司可以通过“可转移开发权”,将权利转移到邻近的上空。所以,地标法对土地所有者财产权利的干涉,并没有特别严重。其次,佩恩中央公司可以继续经营中央车站,地标保护委员会还批准了较小型办公楼的建造建议,佩恩中央公司可以从中得到合理投资回报预期。所以也并未挫败土地所有者的投资回报预期。最后,纽约市法律的适用不存在物理性侵入,且适用宽泛,使所有市民获益。所以,《地标保护法》适用宽泛,且与公共福祉相关,存在利益互惠,没有构成征收。

[12] Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978). 124.

（二）佩恩案中的政府行为之性质因素

1. 政府行为之性质因素的原初含义

在佩恩案中,法院将政府行为之性质作为相关的考量因素,并随即对其加以阐明,即“当政府对财产的干涉具有物理性侵入的性质时,与产生于为促进共同利益而调整经济生活之利益和负担的某个公共计划的干涉相比,可能更容易构成征收。”^{〔13〕}简言之,与土地用途的管制相比,物理性侵入更易构成征收。佩恩案意见分别从侵入和管制两个方面入手,对政府行为之性质因素进行了解释。^{〔14〕}

（1）物理性侵入

从政府行为之性质的上半部分阐释分析,性质指的是具体政府行为对原告财产的影响。从最字面的意义分析,政府行为之性质因素首先分析系争管制是否存在物理性侵入的情况。

虽然“财产”是一个思维中的概念,但是从对“财产”一词的认识来看,无论是从已有的法律知识,还是该词的普遍用途分析,它指的都是物理性事物(physical things)。^{〔15〕}故而在征收案件中,与非物理性侵入相比,当政府行为对土地施加物理性侵入时,更容易辨别出其中受到影响的财产权益。理解物理性侵入的内涵,可以参考美国早期的一个案件庞佩利诉绿色海湾公司案^{〔16〕}(以下简称庞佩利案)。该案认为,“当水、泥土、沙子或其他物质的附加物事实上侵入不动产之中,或者将任何人工构造物置于不动产之上时,不动产的有用性在事实上因此受损,那么这构成了宪法含义上的征收。”^{〔17〕}

佩恩案中,法院的多数意见在分析政府侵入的观点时,将佩恩案与美国诉考

〔13〕 Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978). 124.

〔14〕 Fenster, Mark. The Stubborn Incoherence of Regulatory Takings[J]. Stanford Environmental Law Journal, 2009, 28(3): 525-576. 该文认为佩恩案的性质因素分析是从前后两个部分进行解读的。Goodin, Christopher T. The Role and Content of the Character of the Governmental Action Factor in A partial Regulatory Taking Analysis [J]. University of Hawai'i Law Review, 2006—2007, 29(2): 437-458. 该文将性质因素的功能分为调整功能和促进功能,也尝试从这两个角度进行分析。

〔15〕 Stoebe, William B. Police Power, Takings, and Due Process[J]. Washington and Lee Law Review, 1980, 37(4): 1057.

〔16〕 Pumpelly v. Green Bay Co., 80 U.S. 166(1871). 在该案中,法院确立了庞佩利案物理性侵入的标准。

〔17〕 Pumpelly v. Green Bay Co., 80 U.S. 166(1871). 181.

斯比案^[18](以下简称考斯比案)进行了比较。考斯比案中,政府为了便于在临近的军事机场中升降军用飞机,使用了考斯比土地的上空区域。法院认为该政府行为具有物理性侵入的性质。佩恩案中,纽约市仅仅禁止土地所有者或者其他人“占有车站的上空部分,但允许他们以有利可图的方式使用其财产的剩余部分。”该政府行为不具有物理性侵入的性质。

(2) 为促进公益而调整社会生活之利益和负担的管制

政府行为之性质的下半部分阐释指的是这样的政府行为,某个公共计划为了促进共同利益调整了经济生活中的利益和负担,因而造成了对财产的干涉。

法院的多数意见认为,首先,虽然历史保护是一种区别对待或者“反向地区”(reverse spot)的分区,但《地标保护法》适用中的历史保护包含了综合性的计划,影响了大量地块。其次,针对上诉人提出的主张,即纽约市的法律对于特定地区的所有建筑,并未进行相同或类似的限制,所以政府行为的利益和负担之分配,无法产生公平公正的结果。法院意见认为,“分区法律虽然常常给一些财产所有者造成比他人更严重的影响,但并不因此被判无效”。纽约市的法律适用于 31 个历史性地区和 400 多个私人所有的地标,而且该保护计划使纽约市包括上诉人在内的所有市民获益。

综上所述,佩恩案判决的阐释即“当政府对财产的干涉,具有物理性侵入的性质时,与产生于为促进共同利益而调整经济生活之利益和负担的某个公共计划的干涉相比,可能更容易构成征收”^[19],可以做如下解释:它的上半部分认为,“性质”指的是具体政府行为对原告财产的影响;它的下半部分认为,性质因素是一个宽泛得多的探究,它考虑的是管制如何影响了受制于政府行为的所有财产以及管制促进的目标。^[20]此外,该句的上下两部分对于管制的审查力度也有所区别。上半部分建议对管制进行仔细审查,法院应考虑政府行为的性质是否对所有者的预期以及财产的用途有所破坏。从下半部分出发,则可得出联邦最高法院允许警察权在土地用途管制中无比宽泛地适用。法院应该给予政府适当尊重,如果政府

[18] United States v. Causby, 328 U. S. 256(1946). 该案分析的征收问题是,政府的飞机飞过原告房屋上方的私人空间是否构成征收。

[19] Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U. S. 104(1978). 124.

[20] Fenster, Mark. The Stubborn Incoherence of Regulatory Takings[J]. Stanford Environmental Law Journal, 2009, 28(3): 549.

能够证明政府行为的“性质”是一个宽泛适用的管制,而且该管制调整负担和利益是为了促进共同利益,则倾向于不构成征收。

2. 政府行为之性质因素所留存的问题

佩恩案标准要求根据具体案件的事实和环境,对政府行为是否构成征收加以判断。作为佩恩案三因素标准之一的政府行为之性质因素也将在个案判决中发挥重要作用。佩恩案判决至今虽已三十余年,但佩恩案标准的争议,却似乎仍然悬而未决。其主要争议点有两类。其一是如何对这三个因素进行权衡。^{〔21〕} 其二是这三个因素的理解问题。^{〔22〕} 其中,政府行为之性质是最难理解的因素。解决第二个问题,是进一步解决第一个问题的前提。^{〔23〕} 这也是本文意欲解决之问题。性质总是与实质性相关。我们不禁追问,在政府与私人财产所有者的关系中,什么是决定政府行为恰当与否的实质性质。

佩恩案后几十年间,人们对于“性质”因素仍然感到模糊。^{〔24〕} 政府行为之性质因素所面临的第一个问题是,该因素是侵入与管制非此即彼的单变量因素,还是一个开放式的因素。佩恩案中的“政府行为之性质”,可以解读为讨论了《地标保护法》是一项土地用途管制,并且该管制未对上诉人的财产进行任何的政府侵入行为。同时,也可以解读为需要考虑以下因素:(1)该行为是否是综合性的;(2)是否适用了中立的一般性标准;(3)是否将具体所有者挑选出来,使其享有特殊待遇;(4)是否为共同体的所有成员提供了利益。对政府行为之性质因素的解读,影响到法院在解决管制性征收问题时需要解决的问题,以及是否需要仔细审查。分析佩恩案后法院的相关判例以及多位学者的研究,均可发现法院与学

〔21〕 Thomas W. Merrill 教授认为,在佩恩案中,任何一个因素都能与另两个一样含义不清的因素之间,保持平衡,那么能够得出是否构成征收的任何结果。

〔22〕 另外两个因素,管制对原告的经济影响,管制干涉明显投资回报预期的程度,其所存在的问题是:在第一个因素中,政府行为造成了价值的减少,对于价值较少程度存在不同的理解,宽泛地或者狭窄地界定会产生不同的结果。第二个因素中,分析行为是否损害了投资回报预期,在很大程度上,是循环论证的。

〔23〕 Merrill, Thomas W. The Character of the Government Action[J]. Vermont Law Review, 2012, 36: 656.

〔24〕 Fenster, Mark. The Stubborn Incoherence of Regulatory Takings [J]. Stanford Environmental Law Journal, 2009, 28(3): 549.

者均倾向于对政府行为之性质的含义做更具包含性的解读。^{〔25〕}

诚如前文所述,若将政府行为之性质因素解释为一个开放式的因素,那么,因为管制的内涵十分丰富,该因素将涵盖多个含义,甚至有成为口袋式概念之嫌疑,以至于有学者认为性质因素被要求发挥过多的作用,^{〔26〕}可能会因承载太多而崩溃。此外,若联邦最高法院对经济和社会管制采取极度遵从态度,结果可能是所有满足极低门槛的管制,都可以解释成旨在实现极高的价值。在适用中,如果过于宽泛地适用政府行为之性质因素,会使所有者的财产得不到有力的保护,因为政府的行为可能会凭借其中任何一个含义的解释从补偿责任中逃脱。

鉴于对该因素的种种疑惑,本文的其余部分将讨论的是,政府行为之性质的含义如何界定,其各个含义之间的关系如何以及在具体案件中应该如何适用。

(三) 小结

1978年,联邦最高法院判决了佩恩案。佩恩案确立了三因素平衡标准,包括考虑管制对原告的经济影响、管制干涉明显投资回报预期的程度和政府行为之性质。佩恩案标准意在解决管制性征收中的困难案件。政府行为之性质作为三因素之一,廓清其含义不仅有助于佩恩案标准的适用,也对管制性征收研究颇有助益。作为一个开放式的因素,政府行为之性质需要考虑的因素丰富,涵盖了多个含义。如何界定政府行为之性质的内涵,并进而确定其适用的方式,将是本文的研究重点。

二、政府行为之性质因素含义的发展

(一) 联邦最高法院对政府行为之性质因素的发展

尽管佩恩案判决后几年,联邦最高法院对佩恩案标准存在某种程度的漠视,

〔25〕 代表性文章如 Merrill, Thomas W. The Character of the Government Action[J]. Vermont Law Review, 2012, 36(3): 649-674; Goodin, Christopher T. The Role and Content of the Character of the Governmental Action Factor in A partial Regulatory Taking Analysis [J]. University of Hawai'i Law Review, 2006—2007, 29(2): 437-458; Lewyn Michael. Character Counts: The "Character of the Government Action" in Regulatory Taking Actions [J]. Seton Hall Law Review, 2010, 40(2): 597-638; Echeverria, John D. The "Character" Factor in Regulatory Taking Analysis[J]. SK081 ALI-ABA 143, 2005; Eagle, Steven J. "Character of the Governmental Action" in Takings Law: Past, Present, and Future [J]. SJ052 ALI-ABA 459, 2004.

〔26〕 Echeverria, John D. The "Character" Factor in Regulatory Taking Analysis[J]. SK081 ALI-ABA 143, 2005: 156.

比如在联邦最高法院随即判决的两个涉及政府侵入财产的案件中^{〔27〕},均没有以佩恩案的平衡标准为依据对侵入的事实加以评价。但是,通过对佩恩案后至今的联邦最高法院案件的梳理,我们仍然可以发现,虽然联邦最高法院没有为“政府行为之性质”提供一个明确而详尽的解释,但是也为我们理解政府行为之性质因素提供了一些指引。联邦最高法院对政府行为之性质因素含义的发展,主要有在政府行为之性质因素中考虑管制是否废除基本财产权利中的特性,管制是否具有合理的溯及力,以及管制的物理性侵入情形。

1. 是否废除基本财产权利中的特性

探究政府行为之性质因素时,如果一项管制废除了基本财产权利中的某个特性,则倾向于认定该项管制构成征收。佩恩案后,美国联邦最高法院最早在1987年的霍德尔诉欧文案^{〔28〕}(以下简称霍德尔案)中,适用了政府行为之性质因素,并将管制是否废除了基本财产权利中某个特性作为政府行为之性质因素的含义。

在霍德尔案中,由于印第安土地的有关联邦政策,并经由各个代际的发展,在印第安部落上产生了多种共有的利益,一些印第安人持有某些土地上的极少部分利益。一部印第安土地统一法规定了土地复归条款,排除了某些个人遗赠其土地利益的能力。其中每个利益仅代表了总面积的2%或者更少,而且在该法实施以前,该财产利益的每年产出少于100美元。该法规定这些小额利益将不再通过继承转让,而是归还给部落。在沃格拉拉苏部落,三位已故被继承人的继承人和受遗赠者提起了诉讼,认为印第安土地统一法的条款授权在未经公正补偿的情况下征收财产,这是不合宪的。美国南达科他州的地区法院在初审中判决原告败诉。原告提出了上诉,上诉法院推翻了这个判决,并发回重审。在上诉中,联邦最高法院的奥康纳法官执笔法院意见,并认为系争条款在未经公正补偿的情况下,征收了原告从死者处获得的财产。

本案焦点是,土地复归条款是否未经公正补偿征收了财产。联邦最高法院在判决意见中适用了佩恩案标准,认为土地复归条款构成征收。首先从佩恩案的其他两个因素分析,认为本案所涉及的利益非常之小,所以既没有价值的减少,也不

〔27〕 Kaiser Aetna v. United States, 444 U. S. 164 (1979); Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U. S. 419 (1982). 这两个案件分别是凯泽·安泰诉美国案和洛雷托诉曼哈顿有线电视公司案。

〔28〕 Hodel v. Irving, 481 U. S. 704 (1987).

存在投资回报预期来指向征收。继而非常自然地强调了政府行为的“特别”性质。在确定政府行为之性质因素时,法院认为“转移某种财产的权利,尤其是将其转移给家庭的权利,很像排他权——自封建时代起,它便是英美法律体系的一部分。”^{〔29〕}而土地复归条款实际上“有效地废除了财产利益中继承和遗赠的权利”,故而构成了征收。

法院意见表明,当管制具有废止某项基本财产权利的特性时,例如遗赠权,对政府行为之性质因素的分析将得出构成征收的结论。在得出判决结论的过程中,法院从遗赠权的历史谱系出发,认为遗赠权是一项历史悠久的权利,它深深地镌刻在人类的发展历史中,成为人类社会的一部分,同时在漫长的时间变化中,此项权利对于维持家庭具有特殊的重要性。基于此,可以认为遗赠权是财产权利中的一项基本权利。法律的相关条款对天赋私有财产的每一部分所提供的保护,都相当于它对整体财产所提供的保护——既不多也不少。^{〔30〕}系争法律废除了一项基本财产权利的特性,所以构成征收。

因为对遗赠权利的剥夺,就像对排他权的侵犯,这给财产所有权施加了特别“至关重要”的负担。法院判定,仅仅通过对政府行为之性质因素的分析,即可认定构成征收。当然,并非对遗赠权利的每个损害,都是本身征收(*per se taking*),但如果从任何永久物理性侵占都是本身征收这一意义上分析,法院认为,如果一项限制“严重地”损害了遗赠的权利,则将自动构成征收。^{〔31〕}据此可以认为,这是政府行为之性质因素的含义之一。

2. 是否具有合理的溯及力

如果政府行为具有严重的溯及力,那么该行为的性质就不同寻常。例如,一项政府行为将某些人从人群中挑选出来,让他们为很久以前的行为承担负担,而他们在行为当时并不能预见到这个负担,并且这个负担对于他们的行为来说也是不合比例的,那么这样的政府行为之性质就是不同寻常的了。联邦最高法院在东

〔29〕 Hodel v. Irving, 481 U.S. 704(1987). 705.

〔30〕 [美]理查德·A. 艾珀斯坦. 征收,私人财产和征收权[M]. 李昊,刘刚,翟小波译. 北京:中国人民大学出版社,2011: 60.

〔31〕 Echeverria, John D. The “Character” Factor in Regulatory Taking Analysis[J]. SK081 ALI-ABA 143, 2005: 155.

部企业诉阿普菲尔案^{〔32〕}(以下简称东部企业案)中再次阐释了政府行为之性质因素,将溯及力作为政府行为之性质因素的含义加以考虑。

在东部企业案中,为了有稳定的资金为退休人员提供福利,国会通过了《1992年煤炭产业退休人员健康福利法案》(*the Coal Industry Retiree Health Benefit Act of 1992*,以下简称煤炭法案),将之前便已存在的1950年福利计划和1974年福利计划转变成一个新的联合基金。该案的原告东部企业是一家之前从事过煤炭产业的公司,它于1965年离开了煤炭行业,并将其权益出售给了其他公司。但根据煤炭法案,东部企业的情况包括在了“处于运营中”的含义之内,它被要求为1966年前在该企业工作的1000多位退休煤炭工人承担联合基金保险费。东部企业提起诉讼,宣称煤炭法案违反了实体性正当程序,违反第五修正案,构成征收。地区法院作出了简易判决,第一巡回法院维持了判决。联邦最高法院撤销了判决,并发回重审。

美国联邦最高法院的多数意见认为,该联邦法规要求所涉企业为退休人员提供医保福利,这使其承担了具有溯及力的责任,构成佩恩案标准下的征收。奥康纳法官认为,因为政府行为“将一些雇主挑选出来,让他们为遥远过去的行为承担大量负担”,所以它的性质是“不同寻常的”。^{〔33〕}具体而言,可以从两个方面加以分析:其一,本案中系争法规将一些雇主挑选出来,使其承担大量负担,是基于雇主在很久以前的行为,而且这和雇主作出的承诺以及造成的伤害没有任何关系,这违反了征收条款下潜在的公平原则;其二,管制性的负担被不合比例地分配给了东部企业,而东部企业也没有得到相应的利益,所以也不存在利益互惠。

法院的反对表达了这样的观点,恣意的溯及力产生了对正当程序而非征收的考虑。布雷耶法官撰写了最主要的异议,他认为无须曲解征收条款来适合本案的情形。“所涉问题——溯及义务可能存在的不公平性——在正当程序条款,第五修正案的邻居那里找到天然家园(natural home)”。^{〔34〕}正当程序条款保护公民免于恣意或不合理的立法。根据正当程序条款,未经正当程序,不可剥夺生命、自由或财产。如果一部法律因为其溯及力问题而导致其在根本上是不公平的,则该部

〔32〕 E. Enters. v. Apfel, 524 U.S. 498(1998).

〔33〕 E. Enters. v. Apfel, 524 U.S. 498(1998). 501-502.

〔34〕 E. Enters. v. Apfel, 524 U.S. 498(1998). 556.

法律是一部恣意的法律。^{〔35〕}

若根据反对意见的观点,恣意的溯及力产生的是对正当程序而非对征收问题的考虑,那么恣意的溯及力就不是性质因素下有效的考虑因素,问题转而变成合理的溯及力是否是有效的考虑因素。合理的追溯责任考虑的是,在土地所有者承担负担的情况下,其所得利益的性质。根据多数意见,只有具有严重溯及力的立法,使个人承担了与其承诺和造成的伤害无关的责任,才与“征收条款潜在的公平这个根本性原则”相冲突;反之,在具有合理溯及力的立法中,个人承担的责任与个人作出的承诺或者之前造成的伤害有关,并不违背公平这个根本性原则,个人承担了调整经济生活的负担和利益所产生的责任是公平的。根据这个思路,政府行为之性质的此项含义,考虑的将是合理的溯及力问题。^{〔36〕}

3. 是否存在物理性侵入

政府行为之性质因素要求法院判定,政府行为是否“构成了物理性侵入”。若是存在物理性侵入,则该政府行为更有可能构成征收;若不是,则征收主张更有可能被挫败。从佩恩案的法院判决分析,这是政府行为之性质因素含义的第一部分,是我们在分析该因素时需要考虑的第一个方面。

(1) 临时物理性侵入

物理性侵入存在临时物理性侵入和永久物理性侵入的区别。根据法院相关判决,管制存在临时物理性侵入的情形,并不直接构成征收。对于物理性侵入因素的分析,政府行为之性质因素最正确的解释,似乎是评价政府行为与构成征收的事项之间的相似程度。由此观之,将政府行为按照物理性侵入的时长要素,排列在一个频谱之上,频谱的一端是永久物理性侵入,它与征收权行使的效果相似,构成征收,而另一端是临时物理性侵入,几乎不构成征收。学者 Lewyn 据此提出了判断物理性侵入是否构成征收的分析思路,他将物理性侵入的时长和经济损失的严重程度结合起来判断政府行为是否构成征收:如果管制长期占有财产并造成重大经济损失,则构成征收;如果管制虽然短期占有财产但造成重大经济损失,或

〔35〕 Lewyn Michael. Character Counts: The “Character of the Government Action” in Regulatory Taking Actions [J]. Seton Hall Law Review, 2010, 40(2): 627.

〔36〕 根据不同意见的观点,恣意的溯及力问题是先于征收问题加以考虑的,根据美国宪法正当程序条款进行分析。合理溯及力才是政府行为之性质因素的含义之一。赞同这个观点的还有 Christopher T. Goodin.

者虽然造成的经济损失较低但长期占有财产,则属于接近征收的情形;如果管制短期占有财产且造成的经济损失较低,则不构成征收。^[37]

综上,在临时物理性侵入的情况下,考察政府行为与构成征收的事项之间的相似程度,通过将物理性侵入和经济损失的情况结合起来判断管制是否构成征收。

(2) 永久物理性侵入

佩恩案四年后,美国联邦最高法院判决了洛雷托诉曼哈顿有线电视公司案^[38](以下简称洛雷托案)。法院认为,如果政府对财产的侵入超过了临时物理性侵入的程度,永久性地占有了财产,无论占有的财产大小如何,均产生了本身征收。联邦最高法院在洛雷托案中确立了一个绝对性规则,即当物理性侵入达到了永久物理性占有这一极端形式之时,产生了征收。在本案判决政府行为是否构成征收时,“政府行为之性质”不仅是一个重要因素,也是决定性因素。

在佩恩案和洛雷托案之间,联邦最高法院审理了三件关于征收问题的案件。^[39]其中西梅花园购物中心诉罗宾逊案^[40](以下简称西梅花园购物中心案)颇具代表性。在该案中,加利福尼亚州法律规定,购物中心应允许他人在其间进行自由演讲等。西梅花园购物中心起诉,认为这构成了第五修正案下对其财产的不合法征收。联邦最高法院适用了三因素标准对案件进行分析,认为允许被上诉人罗宾逊行使其权利并没有严重影响购物中心的使用,也没有干涉上诉人的合理投资回报预期。此外,在本案中政府行为物理性侵入了上诉人的财产这个情形,并不具有绝对性。判决继而区分了永久物理性侵入和临时物理性侵入。这个区分在洛雷托案后更为明显。

1982年联邦最高法院判决了洛雷托案,此后,永久物理性侵入成为了政府行为之性质因素适用的特殊情形。1971年,本案的原告洛雷托在纽约市购买了一幢五层的公寓。本案被告为曼哈顿有线电视公司,是电子提词器公司的分公司。

[37] Lewyn Michael. Character Counts: The “Character of the Government Action” in Regulatory Taking Actions [J]. Seton Hall Law Review, 2010, 40(2): 627.

[38] Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U. S. 419(1982).

[39] 这三个案件分别是: Andrus v. Allard, 444 U. S. 65(1979); Kaiser Aetna v. United States, 444 U. S. 164(1979), and Prune Yard Shopping Center v. Robins, 447 U. S. 74(1980).

[40] Prune Yard Shopping Center v. Robins, 447 U. S. 74(1980).

该公寓之前的所有者已经允许曼哈顿有线电视公司在其建筑上安装有线电视电缆。1970年6月1日,电子提词器公司在屋顶上方安装了一个直径小于0.5英寸、长约30英尺的有线电视设备。这个设备最初并不为该栋公寓服务。在洛雷托购买房屋两年后,公司在其上安装了设备为这幢建筑的承租人提供有线电视服务。1973年以前,曼哈顿有线电视公司只有在获得财产所有人授权并支付一定金额后,才能安装有线电视设施。1973年1月1日,一部纽约市法规生效,规定禁止公寓所有者干涉有线电视公司在其公寓上安装有线电视设备的行为。有线电视公司的此项行为无须支付超过州委员会决定的金钱数额,而根据该法规,委员会规定一次只需给予1美元的补偿。原告洛雷托购买房屋后,才发现了有线电视电缆的存在。1976年洛雷托代表该州所有不动产上被安装有线电视电缆的所有者提起集团诉讼,主张电子提词器公司的安装行为是一个侵入行为,它所依赖的纽约市法规构成了未经公正补偿之征收。

案件上诉至美国联邦最高法院,并最终以6:3作出判决,认为此种情况的物理性侵入行为构成征收。马歇尔法官撰写的多数意见认为,根据征收条款,永久物理性侵占行为是本身违法行为。“佩恩案仅仅认为,在缺乏永久性征收情形的物理性侵入案件中,政府自己进行了其直接获益的侵入行为,这一事实,在决定是否产生征收中是一个相关因素。”^{〔41〕}“当物理性侵入达到了永久物理性占有这个极端形式时,产生征收。在此类案件中,分析政府行为是否构成征收,‘政府行为之性质’不仅是一个重要因素,也是决定因素。”^{〔42〕}那么以此推理,可以得出,因为当物理性侵入达到永久物理性占有的极端形式时,政府行为之性质是决定性因素,那么就无须根据佩恩案多因素平衡标准,考虑永久物理性侵入是否构成征收。政府行为之性质在这些案件中是如此的异乎寻常,以至于佩恩案的其他因素在进行权衡中并无分量,即使是如洛雷托案那样对财产所有者的经济影响非常小,也是如此。^{〔43〕}

在洛雷托案判决之前,美国法院已对物理性侵入的问题有所判决。在庞佩利

〔41〕 Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U. S. 419(1982). 432.

〔42〕 Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U. S. 419(1982). 426.

〔43〕 Fenster, Mark. The Stubborn Incoherence of Regulatory Takings [J]. Stanford Environmental Law Journal, 2009, 28(3): 550.

案^[44]中,法院开始区分在物理性侵入情况下,政府对私人财产的哪些侵入行为是应予补偿的,哪些是不予补偿的。在该案中,绿色海湾公司在州立法机关的授权之下,于威斯康星州的福克斯河上建造了一个大坝,土地所有者的土地因此被淹,继而提起诉讼。法院首先肯定了宪法不要求补偿因公共发展而产生的私人损害,但也认为有些州对这个规则的适用过于宽泛。最后法院提出,“当水、泥土、沙子或其他物质的附加物事实上侵入不动产之中,或者将任何人工构造物置于不动产之上时,不动产的有用性在事实上因此受损,那么这构成了宪法含义上的征收”。由此,基于永久物理性侵入,法院判定应给予上诉人相应的补偿。早期法院从庞佩利诉绿色海湾公司案中得出,如果存在永久物理性侵入,则构成征收。^[45]而梳理洛雷托案之前涉及物理性侵入的相关案件,我们发现,法院实际上多年以来一直遵循了洛雷托案中所提出的规则,但很少提到这个规则。^[46]

洛雷托案实质上在传统的多因素平衡规则之外,建立了一个例外情形。在此情形中,政府行为之性质不是作为佩恩案三因素之一加以权衡分析,而是判决案件的决定因素。政府行为的性质有以下三种形式,即临时物理性侵入、永久物理性侵入和对用途的限制。只有在永久物理性侵入的情形中才使用洛雷托案标准,其余两种情况下仍可适用佩恩案标准。洛雷托案判决的适用具有有限性,它仅仅是重申了根据第五修正案,如果政府行为对个人财产进行了永久物理性侵入,将构成应予补偿之征收。洛雷托案重申了政府行为之性质因素与侵入或管制的相关性,而永久性侵入是侵入的一个极端类型,以至于即可在此停止分析,无需考虑其他因素。^[47]值得进一步思考的是,判定永久物理性侵入时,人们如何区分“永久性”的侵入和未达到永久性程度的侵入。在财产法律中很少存在永存意义上的“永久性”。根据洛雷托案,永久性侵占是指政府行为施加的地役权达到了无限期的程度。“如果‘临时性’一词在征收法理中有任何现实世界的参考,在逻辑上,它

[44] Pumpelly v. Green Bay Co., 80 U.S. 166(1871). 181.

[45] Pick, Randall J. Loretto v. Teleprompter: A Restatement of the Per Se Physical Invasion Test For Takings[J]. Baylor Law Review, 1983, 35: 374.

[46] Pick, Randall J. Loretto v. Teleprompter: A Restatement of the Per Se Physical Invasion Test For Takings[J]. Baylor Law Review, 1983, 35: 374.

[47] Merrill, Thomas W. The Character of the Government Action[J]. Vermont Law Review, 2012, 36: 659.

指的是那些涉及短暂的且相对不重要之占有的政府活动。”^[48]

（二）下级法院对政府行为之性质因素的发展

虽然,佩恩案后联邦最高法院极少地通过政府行为之性质因素本身,或者三因素中的其他因素澄清政府行为之性质因素的含义,但是,下级法院在适用政府行为之性质因素方面积累了大量判决,使政府行为之性质因素的含义大为丰富。本文将下级法院适用的政府行为之性质因素的含义大致归纳为侵入、妨害、利益互惠、政府事业、溯及力和实质促进六个方面。其中侵入问题和溯及力问题在联邦最高法院层面已有所论述,此处不再介绍。下文将重点梳理下级法院在适用政府行为之性质因素中发展出来的其余四个方面的含义。

1. 是否违反妨害原则

在佩恩案的法院意见中已有对妨害含义的阐释,执笔反对意见的伦奎斯特法官援引了涉及妨害的案件。他认为,早在1887年,法院已经认为在未经补偿的情况下,政府可以禁止所有者以被禁止的用途使用财产。^[49]例如在居民区内经营砖厂的行为,在地下水层以下开采砂石的行为,都是妨害的例子。虽然多数意见并未对此作出回应,但这并不妨碍其成为政府行为之性质因素的含义之一。佩恩案后,联邦最高法院在启斯东烟煤协会诉德贝内蒂斯案^[50](以下简称启斯东案)和卢卡斯诉南卡罗来纳海岸委员会案^[51](以下简称卢卡斯案)中考虑了妨害的相关性。在这两个案件中,法院均认为管制是否延循了普通法上的妨害原则,与管制是否构成征收是相关的。下级法院在罗斯·埃克诉美国案^[52]等案件中对对此有所讨论。法院认为“如果管制禁止了妨害或者法律上是妨害的事项,那么没有产生征收”。

“一个国家的所有财产都是在一个默示义务下持有的,即所有者对财产的使用不得对共同体有害”。^[53]如果财产所有者使用财产的方式对公共健康、安全有害,则国家有权禁止财产所有者的行为,财产所有者应该承担由此导致的财产的

[48] Eagle, Steven J. “Character of the Governmental Action” in *Takings Law: Past, Present, and Future*[J]. SJ052 ALI-ABA 459, 2004: 463.

[49] *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City*, 438 U. S. 104 (1978). 144.

[50] *Keystone Bituminous Coal Ass’n v. DeBenedictis*, 480 U. S. 470 (1987).

[51] *Lucas v. S. C. Coastal Council*, 505 U. S. 1003 (1992).

[52] *Rose Acre Farms, Inc. v. United States*, 559 F.3d 1260 (2009).

[53] *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623 (1887). 665.

减少。如果法院的管制延循了普通法上的妨害原则,政府行为之性质因素倾向于不构成征收。将是否违反妨害原则作为政府行为之性质的含义之一,考虑政府行为所管制的行为是否违反了妨害法。如果被管制的行为违反了妨害法,意味着该行为本身不受法律保护,政府行为并没有剥夺无辜所有者的财产,则政府行为之性质因素倾向于不构成征收。

2. 是否存在利益互惠

利益互惠^[54]理论认为,征收条款“旨在禁止政府迫使某些个人承担根据公平公正,应该由公众作为整体承担的负担。”^[55]征收条款的补偿要求既关注人们的收益和损失的总量,也同样关注在他们之间进行收益和损失的分配。^[56]利益互惠要求管制对所有的财产所有者都施加负担并且给予利益,它通常具有中立的分配效果。每个人都有所失,但也有所得。反之,如果管制使某些所有者承担了排他性负担,同时又给予对他人利益,那么就产生了不对称的分配影响。其中最极端的形式是从A处获得利益并将此利益分配给B的法律。

利益互惠最早在宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案^[57](以下简称马洪案)中作为管制性征收的重要因素,佩恩案多数意见并未对此有过多关注,但佩恩案的反对意见对此有所提及。佩恩案后,联邦最高法院与下级法院在案件中对政府行为之性质因素的这一含义均有所运用。

在卢卡斯案^[58]中,斯蒂文斯大法官的反对意见对利益互惠问题加以分析,他提出,“法院在分析征收主张时,早已意识到了针对一两个地块的管制和在国家范围内实施的政策的管理有所不同”。他认为卢卡斯案中的《滨海地区管理法案》“没有指向个别的土地所有者,它管制的是整个州的海岸线用途”。明尼苏达州最高法院在魏兹曼不动产公司诉伊根市案^[59]中考虑了利益互惠问题。在该案中,一个老化的高尔夫球场财产所有者认为,经营该高尔夫球场已经无利可图,想要

[54] 也有学者把政府行为之性质因素的这个含义概括为“平均利益互惠”或“相互性”。

[55] 即阿姆斯特朗原则。

[56] [美]理查德·A. 艾珀斯坦. 征收: 私人财产和征收权[M]. 李昊, 刘刚, 翟小波译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 123-124.

[57] *Pennsylvania Coal v. Mahon*, 260 U. S. 393(1922).

[58] *Lucas v. S. C. Coastal Council*, 505 U. S. 1003(1992). 在本案中, 系争法律《滨海地区管理法案》禁止原告卢卡斯在其土地上, 建造任何永久性的可居住建筑物, 卢卡斯因此提起诉讼。

[59] *Wensmann Realty, Inc. v. City of Eagan*, 734 N. W. 2d 623(2007).

将其转变成低密度住宅开发区。但伊根市坚持将该块土地分区用于公园、休憩用地以及娱乐。该财产所有者因此提起诉讼。明尼苏达州最高法院虽然承认“我们难以识别制定财产的综合性计划之中存在的所有利益互惠”,但是,性质因素的分析取决于对案件背景的分析,管制是否被一般性地加以适用,或者管制的负担是否被不适当地分配给了相对少数的财产所有者,这是重要的考虑因素。据此,法院认为该市没有支付休憩用地的费用,却使公众作为整体从中受益,因而对这位财产所有者施加了严厉的负担。

法院和学者们早已意识到了每个管制实际上都将在某种程度促进健康、安全和公众福利,而警察权的行使要得到支持必须给予更多且纯粹的公平对等利益。^[60] 利益互惠不要求被管制的财产所有者在承担的负担和所得的利益上存在一对一的对等性,而且某些管制也没有可识别的利益互惠,不可避免地造成被管制者的金钱损失。联邦最高法院认为,为了保证政府发挥其功能,公众必须忍受某种程度上的经济损失。现在利益互惠存在的问题是,忽视了相互性以及在同一土地所有者在系争管制中的负担与利益进行权衡的需要。

对于法院判决中存在争议的互惠范围问题,学界已有讨论,但未有定论。Goodin 认为,如果一个法规得到了宽泛地适用,那么土地所有者也从对其邻居的限制中得到利益。^[61] 但其对于在何种范围内来对“限制”一词予以规定或限定提出了困惑。“限制”的时间维度如何限定,它包括过去、现在、将来所有的限制,还是只是其中一个时间段中的限制?“限制”的空间维度如何限定,它指的是多大范围内的被管制者,是否指的是同一类限制或者同样多的限制?对此问题,Echeverria 提出了似乎并不完整的两部分标准来判断利益互惠,即考虑管制的相互性,以及管制是赋予利益还是禁止损害。首先,从逻辑上分析,利益互惠不能局限于对系争管制所产生的抵消性利益的检审,原告也可能从其他的管制中获益。一个土地所有者受到了历史性保护法律的规制,但他可能会从湿地管制中获益。但是,考虑不同管制性计划中存在的所有抵消性利益,那么就完全无法判断在社

[60] Oswald, Lynda J. The Role of the “Harm/Benefit” and “Average Reciprocity of Advantage” Rules in A Comprehensive Takings Analysis[J]. Vanderbilt Law Review, 1997, 50(6): 1493.

[61] Goodin, Christopher T. The Role and Content of the Character of the Governmental Action Factor in A partial Regulatory Taking Analysis [J]. University of Hawai'i Law Review, 2006—2007, 29(2): 449.

会的所有管制性计划之中,被管制者是否只遭受了纯粹的损失。他提出的解决方法是,法院应将公益作为判断管制是否提供利益互惠的方法。其次,“禁止损害”的管制比“赋予利益”的管制,更能得到公益支持。但是,遗憾的是尚未有法院对 Echeverria 提出的第二步有所适用。

综上,管制是否存在利益互惠作为含义之一,它关注的是系争政府行为所造成的分配影响,即管制的负担是如何在全体人民之间进行公平分配的。利益互惠含义的适用考虑的是政府行为是否将一些财产所有者不公正地挑选出来,并使其承担根据公平公正应该由公众作为整体承担的负担,而没有相应的利益。从补偿的角度来看,利益互惠与合理的溯及力有一定的相似之处。利益互惠观点将流向财产所有者的当下利益视为是隐含的补偿。与之相类似的是,具有合理溯及力的立法应该将财产所有者过去得到的利益视为隐含的补偿。在这两种情形中,隐含的补偿减轻了政府支付明确补偿的义务。尽管尚有原理性的问题有待厘清,然而正如 Epstein 教授所说的,无论何时我们创造了一个法律规则,“都必须忍受该法律规则的边缘地带存在着一些不确定性;社会制度的健全与否从不取决于检验每个法律原理的这些边际分类问题。”^[62]

3. 是否为了政府事业的作用

政府行为之性质因素的这个含义考虑的是,政府管制发挥了事业能力的作用,还是仲裁能力的作用。这一区分的理论来自 Joseph L. Sax 教授。^[63] Sax 教授认为,补偿的功能历来在于禁止政府恣意地使用权力,而不在于禁止“价值减少”,并将政府的作用划分为发挥政府事业能力的作用与发挥政府仲裁能力的作用。其中政府发挥事业能力的作用,是“为了利益和获得资源”;政府发挥仲裁能力的作用,是为了“管理”或“调解不同公民和团体的争议”。当政府发挥事业能力的作用,政府提高资源定位的行为造成了公众的经济损失,公众可以合宪地要求补偿;而后者则不然。根据此理论,补偿问题取决于政府发挥了哪种作用,管制服务于哪种目的。法院在佩恩案中采纳了 Sax 教授的此种区分,法院的判决中援引了考斯比案,认为美国军队在考斯比的农场附近建造了飞机场,并将考斯比农场的上空作为轰炸机升降时的滑行路线,美国军队的此种行为发挥了“事业能力”的

[62] Oswald, Lynda J. The Role of the “Harm/Benefit” and “Average Reciprocity of Advantage” Rules in A Comprehensive Takings Analysis[J]. Vanderbilt Law Review, 1997, 50(6): 1524.

[63] Sax, Joseph L. Takings and the Police Power[J]. Yale Law Journal, 1964, 74(1): 36-77.

作用。

佩恩案后不久,在麦克沙恩诉法里博市案^[64](以下简称麦克沙恩案)中,明尼苏达州最高法院对政府行为之性质因素的这一含义进行了分析。在该案中,原告拥有 64.86 英亩的土地,这些土地全部位于赖斯县内,其中部分位于法里博市内,与法里博市市属机场毗邻,并被 35 号州际公路和 390 号干线截为三段。尽管原告的土地目前用于农业用途,但因为土地被公路所截断,使得该财产在商业和工业用途中具有更高价值。有证据证明,将该土地用于当前的农业用途已经不切实际,部分土地因为公路的位置而无法用于该用途。现在这些土地的一小部分已经分区用于商业用途,部分用于工业用途,大部分用于城市扩张。但一个机场分区条例为了降低法里博市市属机场的风险,对原告的土地价值造成了影响,使其市场价值大为降低。麦克沙恩提起诉讼,将法里博市、赖斯县和机场分区委员会列为被告,质疑委员会采纳的机场分区条例,构成未经公正补偿的征收。

案件上诉至明尼苏达州最高法院。明尼苏达州最高法院认为该条例限制了机场跑道安全区域中的开发。法院认为,市属机场是一个政府企业,为机场运行所需而限制其周围财产的开发,应该支付公正补偿。为了支持该结论,麦克沙恩案援引了佩恩案以及该案对政府行为之性质因素的讨论。法院在判决中写道:“我们区分了两种分区管制,如实施综合性土地用途计划的分区管制和如法里博机场那样为了政府企业的唯一利益制定的分区管制,在前者中,所有的土地所有者均从有序的土地用途开发之中,得到相互性的利益和负担,我们将之称为‘仲裁’管制,并将实施综合性土地用途计划作为此类管制的例子,我们将后者称为‘事业’管制,‘当一个土地用途管制如此处的机场分区条例那样,旨在使特定的公众或政府企业受益,那么因管制而使土地所有者财产的市场价值遭到实质性且可衡量的减少,必须给予补偿。’”

政府行为之性质因素的这一含义考虑的是政府行为在管制中发挥的作用,政府行为发挥的是政府事业的作用还是仲裁能力的作用,如果政府行为发挥的是政府事业的作用,则倾向于构成征收。

4. 是否实质促进合法政府利益

联邦最高法院在佩恩案中附带提及,如果不动产的用途限制,对于实质公共

[64] McShane v. City of Faribault, 292 N. W. 2d 253(1980).

目的的实现来说不是合理必要的,那么可能构成“征收”。在阿金斯诉提布伦案^[65](以下简称阿金斯案)中,这被解释为考虑管制是否“实质性地促进了合法的政府利益。”一些下级法院将之解释为“实质促进”问题作为性质因素的含义之一,从而在佩恩案标准中予以考虑。

第九巡回上诉法院在理查森诉火奴鲁鲁市案^[66](以下简称理查森案)中,对“实质促进合法政府利益”予以考虑。20世纪80年代晚期,夏威夷州的18个最大的土地所有者拥有40%的可用土地,他们习惯将土地出租给开发商,开发商在土地上建造独立产权公寓然后出售。该市为了控制房价的上涨,制定了租金控制条例,限制土地所有者可以向开发商要求的租金数额。多位土地所有者均因此分别提起了独立的诉讼。理查森向联邦法院提起诉讼,请求给予救济。第九巡回法院认为,该市的措施是限制土地所有者向开发商提出的租金要求,并未限制开发商在市场出售公寓时的价格,购买者不一定能够享受到租金控制带来的利益,在实际上无法促进保障住房的目的。根据阿金斯案标准,该条例无法实质性地促进其目的,因此是不合宪的。

根据对法院的判决整理,实质促进合法政府利益这一含义考虑的是:(1)管制的目的是为了合法政府利益,且存在一个合法的政府利益;(2)管制是否能够实质性地促进合法政府利益。然而,2005年林格尔诉美国雪佛龙公司案^[67](以下简称林格尔案)的判决如同一颗投入平静湖水中的石头,引起了层层涟漪,此后,政府行为之性质因素是否考虑实质促进合法政府利益成为了一个扑朔迷离的问题。

(三) 小结

佩恩案后,法院在管制性征收案件中,发展出了一系列政府行为之性质因素的含义。归纳起来主要是考虑以下几方面的因素:(1)管制是否废除了基本财产权利中的特性;(2)管制是否具有合理的溯及力;(3)是否存在物理性侵入的情形;(4)管制所限制的行为是否违反了普通法上的妨害原则;(5)管制是否存在利益互惠;(6)政府在管制中是否发挥了政府事业的能力;(7)管制是否实质性地促进合法的政府利益。

[65] Agins v. City of Tiburon, 447 U.S. 255(1980).

[66] Richardson v. City and County of Honolulu, 124 F. 3d 1150(1997).

[67] Lingle v. Chevron U.S.A., Inc., 544 U.S. 528(2005).

三、政府行为之性质因素适用的除外情形

政府行为之性质因素并非适用于所有的管制性征收分析。佩恩案后,联邦最高法院在卢卡斯案中建立了一项绝对性规则,即当所有者被剥夺“土地的所有经济有益性或生产性用途”时,产生了本身征收(per se taking)。在此情形中,无需考虑政府行为之性质因素的适用。

(一) 卢卡斯案判决

南卡罗来纳州自 1997 年起便关注到了频繁开发海岸带带来的问题。在国会于 1972 年通过《联邦海岸带管理法案》后,该州立法机关制定了本州的海岸带管理法案。最初南卡罗来纳州的法律要求,沙滩和沙丘临近地带的海岸带土地所有者在进行建造前,需从新成立的南卡罗来纳州滨海委员会处得到许可。20 世纪 70 年代晚期,卢卡斯与其他一些人开始对艾勒夫帕姆斯地区进行大规模的住房开发。1986 年,上诉人卢卡斯在南卡罗来纳州查尔斯顿县的艾勒夫帕姆斯地区购买了两块土地,并为此支付了 975000 美元。这两块土地离海岸线约 700 英尺远,不属于当时法案规定需要获得许可方能开发的范围。因而在卢卡斯获得土地时,他进行开发无须获得委员会的许可。卢卡斯购买土地的目的是像临近地区的所有者已经做的那样,在土地上建造独栋住宅。但是,1988 年,南卡罗来纳州立法机关为防止海岸侵蚀,制定了《滨海地区管理法案》(*the Beachfront Management Act*)。南卡罗来纳州滨海委员会据此设定了“基线”,卢卡斯的土地被划入基线以内。根据该法规定,卢卡斯被禁止在这两块土地上建造任何永久性的可居住建筑物。卢卡斯提起诉讼,主张即使该法案可能是州警察权的合法行使,但因为其对建造行为的禁止剥夺了财产的“经济可行性”,根据第五修正案和第十四修正案构成了“征收”。

州初审法院认为该项禁止使得卢卡斯的地块“毫无价值”,应给予超过 120 万美元的补偿。南卡罗来纳州最高法院推翻了该判决。法院的多数意见认为,《滨海地区管理法案》可以恰当且有效地保留南卡罗来纳州的海岸,因而卢卡斯无法质疑该法案的有效性。根据穆勒诉堪萨斯案^[68](以下简称穆勒案),当管制旨在禁止财产的“有害用途”,且该有害用途与公害类似时,那么根据第五修正案无需

[68] *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623(1887).

补偿,且无须考虑管制对财产价值的影响。反对意见承认穆勒案的判定,即政府行为如果旨在禁止财产的有害用途,无须支付补偿。但《滨海地区管理法案》的最初目的不是为了防止公害。反对意见认为该立法的主要目的是促进旅游,以及为当地动植物创造栖息地,与防止公害有所不同。

美国联邦最高法院通过调卷令对案件进行审理,并于1992年作出判决。斯卡利亚大法官撰写了法院的多数意见。联邦最高法院认为,“从土地所有者的角度看,对经济性用途的完全剥夺,等同于物理性征收。”^[69]法院认为,南卡罗来纳州最高法院错误地适用了妨害原则来判决本案。回顾妨害原则的相关案例,法院发现其早期用妨害原则来支持造成价值减损的管制。而在客观的基础上,对禁止有害用途的管制和给予利益的管制作出区分,如果并非不可能,那也是非常困难的。因此不能以有害用途的逻辑为基础,来背离法院的绝对规则,即“完全管制性征收应该给予补偿”。《滨海地区管理法案》以公益的名义要求原告牺牲所有的经济有益用途,构成了征收。

(二) 绝对规则及例外

1. 卢卡斯案确立的绝对规则

在卢卡斯案中,美国联邦最高法院确立了一个绝对规则,即当所有者被剥夺“土地的所有经济有益性或生产性用途”时,产生了本身征收。随后,在塔霍-塞拉保护委员会诉塔霍湖区域规划机构案^[70](以下简称塔霍湖案)中,法院对卢卡斯案规则的适用有了新发展。

在该案中,塔霍湖区域规划机构在规划塔霍湖综合性的土地用途计划时,对塔霍湖的开发进行了长达32个月的延期偿付。因此受到影响的不动产所有者和一个代表这些所有者的协会提起了平行诉讼,主张塔霍湖区域规划机构的行为构成未经公正补偿的征收。地区法院认为,虽然根据佩恩案确立的分析方法,其行为未构成征收,但根据卢卡斯案的绝对规则,因为区域规划机构临时性地剥夺了原告土地的所有经济有益用途,其行为构成了征收。在上诉中,法院面临的一个关键问题是本案是否适用卢卡斯案的规则。第九巡回法院强调了佩恩案的平衡标准是分析是否产生管制的恰当框架,并认为卢卡斯案标准只在极少的情况下加

[69] Lucas v. S. C. Coastal Council, 505 U. S. 1003(1992). 1017.

[70] Tahoe-Sierra Pres. Council, Inc. v. Tahoe Reg'l Planning Agency, 535 U. S. 302(2002).

以适用,即管制永久性地剥夺了地块的所有生产性用途,而在本案中,管制只是临时性地影响了原告的权益,并不产生绝对性征收。

在塔霍湖案中,法院确认了佩恩案仍然是管制性征收中的“北极星”。斯蒂文斯大法官还广泛地援引了奥康纳大法官在佩恩案中的协同意见,并认为在部分管制性征收案件中,法官们“仍坚持抵制采用本身违法规则的倾向。”所以卢卡斯案确立的绝对规则的适用得到了严格限制。在塔霍湖案中,法院赋予了卢卡斯案规则最狭窄的可能定义,指出该案只适用于使得私人财产真的“毫无价值”的管制。

2. 绝对规则的例外

在确立了“剥夺所有经济有益用途”的绝对性规则后,法院又意识到了该规则适用的例外情形,如果管制产生于财产法的背景性原则,比如妨害的管制,那么,即使是征收性质的管制也能够避免被划分为征收。^{〔71〕} 如果政府管制所限制的行为违反了普通法上的妨害原则,那么将免于构成征收。换言之,如果政府行为的目的是禁止一项征收原告并无权利参与并开始的活动,那么并没有征收任何东西。^{〔72〕} 比如,管制所指向的行为是在居民区经营砖厂的行为,那么即使管制使得其财产毫无经济价值,也不构成征收。

早在1987年的启斯东案^{〔73〕}中,法院就对妨害例外已有讨论。在该案中,宾夕法尼亚州的一部沉降法案要求,禁止开采住宅、公共建筑和公墓下方50%的煤炭,以此方式为建筑物提供地表支撑。该法授权州政府在采矿行为危害到此类建筑时,有权取消采矿许可。一群煤矿运营者对该法提出征收质疑。该案的判决从本质上而言,采纳了马洪案中布兰代斯大法官的不同意见。布兰代斯大法官认为受宾夕法尼亚州法规管制的行为违反了妨害法,所以管制禁止了使地表沉降的开采活动,不构成征收。启斯东案法院判定沉降法案不构成征收,主要是因为该法案中的政府行为之性质,即它禁止的是对共同福利造成重大威胁的事项。

〔71〕 Lewyn Michael. Character Counts: The “Character of the Government Action” in Regulatory Taking Actions [J]. Seton Hall Law Review, 2010, 40(2): 607.

〔72〕 Goodin, Christopher T. The Role and Content of the Character of the Governmental Action Factor in A partial Regulatory Taking Analysis [J]. University of Hawai'i Law Review, 2006—2007, 29(2): 455.

〔73〕 Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U. S. 470 (1987).

四、政府行为之性质因素的晚近争议

佩恩案判决三十余年后,法院在适用政府行为之性质因素中需要考虑的含义似乎日渐清晰,但 2005 年联邦最高法院判决的林格尔案却引起了对政府行为之性质因素含义的争议。该案使大量法院不仅抛弃了阿金斯案标准,即“实质性促进”标准,也重新思考实体性正当程序和管制性征收的关系。^[74] 林格尔案判决后,对于政府行为之性质因素的含义是否仍然包含“实质性促进”标准,众说纷纭。

(一) 林格尔案判决

1. 林格尔案基本案情及争议焦点

因担心市场集中对汽油零售价格造成的影响,夏威夷州立法机关通过了 257 号法案。该法案的立法目的是抵制集中的石油零售市场,降低向消费者要求的价格,其措施是限制石油公司可以向租赁其加油站的运营商要求的租金。彼时,雪佛龙公司是夏威夷州最大的石油公司之一,它提起诉讼,宣称该租金限制构成了对其财产不合宪的征收,要求禁制令以免将该限制适用到其所有的加油站之中。美国地方法院夏威夷地区法院认为,该法规构成不合宪的征收。政府提起上诉。美国第九巡回上诉法院撤销该判决,并发回重审。在重审中,地区法院再次认定法规不合宪。政府上诉。上诉法院维持了原判,美国联邦最高法院授予了调卷令,并于 2005 年 5 月 23 日作出了判决。

本案的焦点是夏威夷州的此项租金限制是否构成违宪的征收。奥康纳大法官撰写了多数意见,认为这构成违宪征收。夏威夷州的该项规定管制的仅仅是一个阶层的运营商的租金,并不要求这些运营商将节约的部分转移给消费者,且并不管制石油的批发价格。由此,提炼者将可能通过提高给所有运营商的石油批发价格,从而抵消其对这个阶层运营商的租金收入的减少,并且这将转换成给消费者的更高价格,所以无法完成此项限制的目的。

法院的判决意见对“实质促进”公式进行了讨论。法院认为,将阿金斯案的下述分离式的措辞作为一个独立的征收标准予以适用是不正确的,即“如果立法‘并未实质性地促进合法的政府利益,或者它否决了所有者对其土地的经济可行性用

[74] Fenster, Mark. The Stubborn Incoherence of Regulatory Takings[J]. Stanford Environmental Law Journal, 2009, 28(3): 537.

途’，将构成征收。”阿金斯案的措辞使得下述司法审查成为可能，即对政府行为的目的以及行为的功能与目的间的关系进行司法审查，这属于实体性正当程序标准，而非征收标准。征收条款要求法院只调查“具体管制施加给财产所有者的负担之大小或者性质”，以及该负担是如何在财产所有者之间进行分配的。^{〔75〕}认为征收条款要求管制“实质性地促进合法的政府利益”，而不提及该行为是否对土地的使用有任何经济影响，既不恰当也不正确。最后，法院得出结论，“‘实质性促进’公式并不是一个有效的征收标准，它在我们的征收法理中并无恰当位置。”^{〔76〕}

2. 林格尔案中的“实质性促进”标准

本案引发热议的是关于“实质性促进”标准的问题。可以说在林格尔案判决以前，法院已经存在不少先例，将正当程序原理运用到征收案件中。与之形成对比的是，在20世纪的多数时间里，法院一直致力于厘清第五修正案的保护与未经正当程序剥夺财产这两者之间的关系。^{〔77〕}林格尔案判决，使这个长久以来困惑法院的疑难问题的争议达到了高潮。

法院在阿金斯案中确立了“实质性促进”标准。鲍威尔法官撰写的多数意见认为，“如果一项一般性的分区法律并未实质性地促进合法的政府利益，或者否决了所有者对其土地的经济可行性用途，那么该法律对具体财产的适用构成了征收。”^{〔78〕}“实质性地促进合法的政府利益”要求法院检审管制的手段一目的合理性。阿金斯案法院并未对手段一目的探究和征收原理之间的关系作出解释，随后的相关判决也没有给出答案。

林格尔案法院明确解释了征收原理与实质性促进标准之间的关系，即实质性促进标准在征收原理中并无位置。法院的理由主要有以下三点：第一，手段一目的探究在逻辑上先于且有别于管制是否构成征收这一问题。在讨论是否构成征收时，根据第五修正案考虑征收问题，管制应当不足以恣意到违反正当程序。林格尔案明确认为，征收主张和实质性促进主张在原理及分析中有所不同。前者关

〔75〕 Fenster, Mark. The Stubborn Incoherence of Regulatory Takings [J]. Stanford Environmental Law Journal, 2009, 28(3): 536.

〔76〕 Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 544 U. S. 528(2005).

〔77〕 Dreher, Robert G. Lingle's Legacy: Untangling Substantive Due Process from Takings Doctrine [J]. Harv. Envtl. L. Rev., 2006, 30: 374.

〔78〕 Agins v. City of Tiburon, 447 U. S. 255(1980). 260.

注管制的影响,救济方式是进行补偿,而后者关注管制的有效性,救济方式是管制的无效。第二,如果在分析管制性征收中可用阿金斯案标准,那么法院就有可能成为超级立法者。第三,阿金斯案标准可能会导致不公正的结果,即“有效促进合法政府利益的管制和无效的管制可能产生一样的效果,都将财产的所有者挑选出来并使其承受负担。”^[79]

(二) 林格尔案后政府行为之性质因素的争议

林格尔案划清了实体性正当程序和征收原理的界限,并因此可能成为颇具影响力的判决。^[80]事实也正如此。林格尔案后,实体性正当程序和征收原理之关系引发热议。与政府行为之性质因素有关的争议,主要集中在林格尔案是否排除了政府行为之性质因素,以及“实质促进”标准是否是政府行为之性质因素的含义之一。

1. 林格尔案是否排除了政府行为之性质因素

佩恩案后,政府行为之性质因素发展出了一系列的含义,其中“实质促进合法政府利益”是其含义之一。政府行为之性质因素作为判断美国管制性征收的标准,若以此逻辑推理,作为政府行为之性质因素含义之一的“实质促进合法政府利益”当是征收标准之一。林格尔案判决拒绝将“实质性促进”标准作为征收标准,这无疑与美国法院在佩恩案后发展出来的政府行为之性质因素的含义有所冲突。

(1) 林格尔案后法院的态度

联邦最高法院判决林格尔案后,法院适用佩恩案标准和政府行为之性质因素时有所改变。这表明法院已经意识到了林格尔案对管制性征收原理的改变,并且认为林格尔案并未将政府行为之性质因素从管制性征收中排除出去,但林格尔案对于政府行为之性质因素的含义已经有所改变。其中罗斯·埃克诉美国案^[81](以下简称罗斯·埃克案)的审理与判决在时间维度上跨越了林格尔案的判决前后,法院在该案的判决变化体现了林格尔案对政府行为之性质因素的改变。

下级法院在罗斯·埃克案中讨论了林格尔案对政府行为之性质的适用问题。

[79] Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 544 U. S. 528(2005). 543.

[80] Barros, D. Benjamin. At Last, Some Clarity: The Potential Long-term Impact of Lingle v. Chevron and the Separation of Takings and Substantive Due Process[J]. Alb. L. Rev., 2005—2006, 69: 356.

[81] Rose Acre Farms, Inc. v. United States, 559 F. 3d 1260(2009).

对于原告罗斯·埃克来说,这是一个漫长的诉讼,案件在联邦索赔法院和联邦巡回上诉法院之间来回数次,历时十余年。罗斯·埃克是一个主要的蛋类生产者。美国农业部为了禁止以蛋类为媒介的沙门氏菌传播,对家畜进行检查以确定其是否是沙门氏菌爆发的起源。如果得出肯定性的检查结果,所在农场的蛋类必须用巴氏法消毒,同时若无特别许可不能在州际间销售。罗斯·埃克的部分蛋类工厂的测试结果显示,沙门氏菌呈阳性。政府将三个中西部地区的沙门氏菌的爆发起源追溯至罗斯·埃克农场销售的产品。美国农业部因此对其农场的家畜检查,征收母鸡用于检查,并限制了罗斯·埃克三个农场的经营,同时这些工厂的所有蛋类将转移到“破蛋”市场而非“食用蛋”市场销售,价格大大降低。

1992年10月,罗斯·埃克向索赔法院提起了管制性征收诉求,要求2100余万美元的补偿。联邦索赔法院认为政府的行为使原告遭受了严重且不利的财政困境,挫败了原告的合理投资回报预期。此外,政府的管制性计划被“误导”且“无效”,佩恩案的三个因素均支持原告的主张,所以法院判决给予罗斯·埃克超过600万美元的补偿。2004年,联邦巡回上诉法院撤销了该判决,并发回初审法院重审,并认为初审法院无法正确地适用佩恩案的政府行为之性质因素,并错误地适用了佩恩案平衡标准。索赔法院在发回重审中,再次认定构成征收。其后,联邦巡回法院再次撤销了索赔法院的判决,肯定性地认为政府的管制性努力并未构成征收。

在罗斯·埃克案中,联邦巡回上诉法院与联邦索赔法院在判决中的一个争议是政府行为之性质因素的适用问题。2004年,联邦巡回上诉法院就以联邦索赔法院无法正确适用政府行为之性质因素为由,撤销联邦索赔法院就该案的判决,并发回重审。此时,联邦巡回上诉法院合议庭认为法院考虑的核心问题应当是“管制和管制中潜藏的公共目的之间是否有联系”。索赔法院则认为,林格尔案法院通过废除征收分析中的“实质性促进”标准,要求法院只关注管制负担的分配,联邦巡回上诉法院自身不正确地关注了管制的结果和其达到结果的方式。

2009年,联邦巡回上诉法院再次撤销了联邦索赔法院的判决。法院首先赞同林格尔案改变了管制性征收中的“风景”(landscape),但法院认为联邦最高法院在林格尔案中并没有完全排除佩恩案的性质因素。在法院的分析中,一方面认为罗斯·埃克虽然承担了沉重的负担,但他无法证明政府将其不公正地挑选出来,原告主张管制不足以宽泛到使其有效,提出了对管制有效性的质疑,实际上质疑

的是被林格尔案所禁止的征收分析。另一方面为了保护公共健康和安全、使公众免于已知且已证明的危险的管制,与“意图调整财富的再分配”的管制相比,它们值得在征收分析中得到更大的遵从。法院认为在此种情况下,政府行为对于抑制现有危险来说是必须的,所以佩恩案分析支持政府的管制,认定不构成征收。

(2) 林格尔案后学者的分析

对于政府行为之性质因素与林格尔案判决的关系,也已有学者有所论述。分析路径大致有两种:第一种路径以林格尔案法院对佩恩案标准的表述为基础,分析该案对政府行为之性质因素的影响;第二种路径分析佩恩案标准和阿金斯案标准是否存在同一性,进而判断该案是否排除政府行为之性质因素。

Whitman 教授的分析采取的第一种路径,他认为“如果认真对待林格尔案,它似乎对佩恩案征收标准的‘政府行为之性质’方面有所破坏。”^[82] Whitman 教授分析的主要依据是林格尔案的法院意见。他注意到了林格尔案法院对佩恩案分析的看法,也就是,佩恩案“直接关注的是,政府施加于私人财产权利上的负担的严重性”;佩恩案的判决尽管不是完全地,但“大部分取决于管制的经济影响程度,以及管制干涉正当财产利益的程度。”^[83] Whitman 教授由此注意到,林格尔案准确地用“不完全地”一词来描述佩恩案判决依据,“并没有提及佩恩案第三方面‘性质’标准,之所以这样,可能是因为奥康纳法官认识到了,这个未提及的‘性质’方面与林格尔案的意见存在不一致的地方,并且无法留存下来。”^[84] 但是,Whitman 教授所持的怀疑也存在破绽。法院认为,征收案件“不完全”依靠这两个“对原告的损害”因素,因此这必然暗示着另一个因素是相关的。

Eric Pearson 等人遵循的是第二种分析路径。Pearson 教授认为,林格尔案明确重申了佩恩案的“性质”因素,且“有效地去除了佩恩案‘政府行为之性质’的主要部分。”^[85] 他的推理过程是:政府行为之性质因素和阿金斯案“实质性促进”标准“调查的不是政府行为对财产造成的可能损失,而是政府行为本身。”这两个

[82] Whitman, Dale A. Deconstructing Lingle, Implications for Takings Doctrine[J]. J. Marshall L. Rev. 2007, 40: 575.

[83] Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 544 U. S. 528 (2005). 540.

[84] Whitman, Dale A. Deconstructing Lingle, Implications for Takings Doctrine[J]. J. Marshall L. Rev. 2007, 40: 583.

[85] Pearson, Eric. Some Thoughts on the Role of Substantive Due Process in the Federal Constitutional Law of Property Rights Protection[J]. Pace Envtl. L. Rev., 2008, 25: 35.

标准都属于实体性正当程序的范围,“鉴于目的和效果的同一性,林格尔案对阿金斯案标准的非难,势必也对佩恩案性质因素责难。”但 Pearson 的这个推理并非无懈可击, Lewyn 提出反驳意见。^{〔86〕} 他认为佩恩案标准和阿金斯案标准有所不同。林格尔案法院认为根据阿金斯案“实质性促进”标准,以管制的合理性为依据判断政府管制的合宪性,而不考虑它对私人财产所有者的影响。但在佩恩案标准中,政府行为之性质是几个因素中的一个,属于佩恩案平衡标准的一部分。如果能够证明佩恩案平衡标准和阿金斯案是不同的,那么也意味着林格尔案法院排除阿金斯案“实质性促进”标准时,并没有排除佩恩案平衡标准。Lewyn 接着通过假设的方式进一步区分这两个标准。假设政府在具备绝佳理由的情况下,实施了管制行为,使土地所有者的财产价值减少了 90%。根据“实质性促进”标准,因为政府的管制决定具有实质性基础,所以土地所有者的征收主张不足,政府占优势。与之相较,根据“私人损害/公益”的平衡标准,政府的绝佳理由将与管制所施加给原告的负担进行平衡,这样政府很可能会输掉这场官司。因为林格尔案没有排除佩恩案平衡标准,也就没有排除政府行为之性质因素。

Fenster 的分析与第二种分析进路相似,角度略有不同,他从征收主张和实体性正当程序主张的不同出发分析,并认为,如果林格尔案并未完全地摒弃“性质”因素,那么它当然限制了其范围。^{〔87〕} 林格尔案法院意见明确认为,征收主张和实体性正当程序主张在原理和分析中都不同。前者关注管制的影响,它的救济方式是进行补偿;而后者关注的是管制的有效性,它的救济方式是管制无效。但是林格尔案并未明确地解决政府行为之性质因素考虑了什么这一问题。林格尔案认为管制性征收探究应该关注施加给财产所有者的负担的大小或性质,与该观点一致的是,政府行为之性质因素关注管制对具体个人的影响的性质。林格尔案以此方式对“性质”加以限制,允许佩恩案标准仅仅关注管制对财产所有者影响的严重性。所以,如果林格尔案并未完全地摒弃“性质”因素,那么它当然限制了其范围。

从林格尔案后多位学者对两者之间关系的分析来看,林格尔案并未排除政府行为之性质因素,而且林格尔案后美国法院在管制性征收中并未摒弃佩恩案的三

〔86〕 Lewyn Michael. Character Counts: The “Character of the Government Action” in Regulatory Taking Actions [J]. Seton Hall Law Review, 2010, 40(2): 617.

〔87〕 Fenster, Mark. The Stubborn Incoherence of Regulatory Takings [J]. Stanford Environmental Law Journal, 2009, 28(3): 556.

因素标准,政府行为之性质因素也在其中得以适用。但是,Pearson、Whitman、Fenster 均不约而同地认为林格尔案对政府行为之性质因素产生了影响。林格尔案对政府行为之性质因素的含义有所改变,而这其中最主要的争议点便是实质性促进标准在林格尔案后是否仍是政府行为之性质因素的含义。

2. “实质性促进”标准是否为政府行为之性质因素的含义

“我们认为,‘实质性促进’公式并不是一个有效的征收标准,它在我们的征收法理中并无恰当位置。”^[88]如果林格尔案的这个判断是正确的,“实质性促进”标准不是有效的征收标准,而政府行为之性质因素是一个征收标准,那么实质促进标准将不再是政府行为之性质因素的含义。不少学者在对这个判断加以分析的基础之上展开论述。

Goodin 认为,实质性促进标准并非是有有效的征收标准。^[89] 他的理由与林格尔案法院的思路基本吻合。林格尔案法院认为“因为征收条款已经预先假定,政府的行为是在追求有效的公共目的,所以正当程序探究逻辑上先于且不同于管制是否构成征收的问题。”^[90]而征收条款调查的只是具体管制施加给财产所有者的负担的大小或性质,以及该负担是如何在财产所有者之间分配。所以,实质促进标准是实体性正当程序标准,并非征收标准,“在我们的征收法理中并无恰当位置。”^[91]

Merrill 教授以林格尔案判决中的意见为其研究对象,即“我们认为,‘实质性促进’公式并不是一个有效的征收标准,它在我们的征收法理中并无恰当位置”,提出林格尔案作出的这个判断只对了一半。“‘实质性促进’公式并不是一个有效的征收标准”这句话是正确的,但“它在我们的征收法理中并无恰当位置”这句话并不正确,或者至少可以认为法院无法使这个案件正确化。^[92] Merrill 教授的这

[88] Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 544 U. S. 528(2005). 547.

[89] Goodin, Christopher T. The Role and Content of the Character of the Governmental Action Factor in A partial Regulatory Taking Analysis [J]. University of Hawai'i Law Review, 2006—2007, 29(2):445.

[90] Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 544 U. S. 528(2005). 543.

[91] Fenster, Mark. The Stubborn Incoherence of Regulatory Takings [J]. Stanford Environmental Law Journal, 2009, 28(3):535.

[92] Merrill, Thomas W. Why Lingle is Half Right [J]. Vermont Journal of Environmental Law, 2010, 11(3):423.

个结论建立在对管制性征收原理目的的两个假设之上。第一个假设是,建立管制性征收原理,是基于对不公平再分配的担忧;第二个假设是,对于划分应予公正补偿和不要求补偿的政府权力的界限而言,建立管制性征收原理是必要的。^{〔93〕} 根据第一个假设,“实质性促进”标准应该从征收法律中排除出去,那么林格尔案法院的判断是正确的。根据第二个假设,征收原理的目的之一是区分应予补偿的征收权行使和不要求补偿的警察权行使,而“实质性促进”标准可能在其中发挥作用,所以法院无法证明,“实质促进”标准在征收中并无作用。

综上所述,Goodin 和 Merrill 均认为,林格尔案后“实质性促进”标准将不再是一个有效的征收标准,那么以此推之,“实质促进”标准也将不再是政府行为之性质因素的含义之一。但两人对于“实质性促进”标准是否在征收法理中并无恰当位置存有分歧。而就美国法院在林格尔案后对“实质性促进”标准的实际适用而言,下级法院在决定行为性质是否指向补偿时,实际上倾向于回避考虑政府管制的合理性。^{〔94〕}

(三) 小结

美国联邦最高法院判决了林格尔案后,改变了政府行为之性质因素的发展图景。该案提出了,“实质性促进”公式并不是一个有效的征收标准,在我们的征收法理中并无恰当位置。由此,引发了对政府行为之性质因素含义是否包含“实质性促进”标准的热议。Pearson、Whitman、Fenster 均认为,林格尔案虽然没有排除了政府行为之性质因素,但对该因素之含义产生了影响。Goodin 和 Merrill 的观点虽然对于“实质性促进”标准是否在征收法理中并无恰当位置存有分歧,但两人都认为,林格尔案后,政府行为之性质因素的含义不包括实质性促进标准,也就是在适用政府行为之性质因素时不考虑管制是否实质性地促进合法的政府利益,以及管制的合理性。

〔93〕 Merrill, Thomas W. Why Lingle is Half Right[J]. Vermont Journal of Environmental Law, 2010, 11(3): 425.

〔94〕 Merrill, Thomas W. The Character of the Government Action[J]. Vermont Law Review, 2012, 36: 671.

五、政府行为之性质因素去向何方

（一）政府行为之性质因素在管制性征收中的地位

无论何时我们创造了一个法律规则,“都必须忍受该法律规则的边缘地带存在着一些不确定性;社会制度的健全与否从不取决于检验每个法律原理的这些边际分类问题。”^[95]政府行为之性质因素在管制性征收中的地位问题也应以此观点为基础进行分析。

普通法系本来对不动产所有权并无任何限制,所有人尽可任意行使权利,但随着工业化和城市化的发展,公众逐渐感到有必要对土地所有权的行使进行规范和限制。^[96]美国宪法也并未明确规定管制性征收,管制性征收理论随着判例演变逐渐发展出来。因为政府行为之性质是佩恩案的三因素标准之一,那么分析政府行为之性质因素在管制性征收的地位也必然要回到佩恩案标准中去。从管制性征收原理的历史发展来看,佩恩案标准在管制性征收中的重要性毋庸置疑。管制性征收原理始于19世纪晚期。^[97]直到20世纪早期,法院仍然常常将征收条款专门适用于对私人财产的物理性占有,而不是仅仅限制个人财产用途的管制中。在马洪案中,联邦最高法院第一次将征收条款适用到管制性征收中。但在佩恩案之前,联邦最高法院却很少提到管制性征收问题。佩恩案判决为管制性征收的疑难案件提供了重要的分析思路。目前对于其重要地位的描述多如牛毛,比如称佩恩案是美国联邦最高法院“最具普遍权威性的管制性征收判决”^[98]“现代第一个管制性征收判决”等。直到该案判决35年后,佩恩案标准仍是联邦最高法院根据第五修正案和第十四修正案判断土地用途管制是否构成征收的主要方式。作为佩恩案三因素之一的政府行为之性质,在管制性征收中的地位由此可知。

与之相较,尽管在佩恩案判决多年以后,法院仍将佩恩案中确立的标准视为

[95] Oswald, Lynda J. The Role of the “Harm/Benefit” and “Average Reciprocity of Advantage” Rules in A Comprehensive Takings Analysis[J]. Vanderbilt Law Review, 1997, 50(6): 1524.

[96] 冯桂. 美国财产法——经典判例与理论探究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2010: 257.

[97] Merrill, Thomas W. Why Lingle is Half Right[J]. Vermont Journal of Environmental Law, 2010, 11(3): 429.

[98] Eagle, Steven J. “Character of the Governmental Action” in Takings Law: Past, Present, and Future[J]. SJ052 ALI-ABA 459, 2004: 462.

管制性征收中的“北极星”，^{〔99〕}但当法院解决管制性征收问题时，对于佩恩案标准的适用却并不如期望的那么高。通过分析联邦第一巡回上诉法院、联邦第九巡回上诉法院的案件，我们发现法院实际上将佩恩案作为平衡标准来加以适用的也相当少：在适用佩恩案所有因素的案件中，法院将其作为平衡标准适用的概率少于14%；在构成征收的案件中，法院将佩恩案标准作为平衡标准适用的概率少于7%。^{〔100〕}这与佩恩案标准自身的模糊性密不可分。如果无法澄清佩恩案标准中存在的问题，佩恩案标准作为一个用以解决疑难案件的特别事实探究也就无法发挥其应有作用。澄清佩恩案标准各因素之含义是其中的第一步，也是本文的目的所在。

根据判例的解读，政府行为之性质因素在管制性征收分析中得到适用。除了不适用于“剥夺所有经济有益用途”这个极端情形外，政府行为之性质因素得到较为宽泛的适用。政府行为的性质包括临时物理性侵入、永久物理性侵入和对用途的限制这三种形式。在永久物理性侵入情形中，政府行为之性质因素具有决定性因素而无须考虑其他因素。在其他情形中，需在分析政府行为之性质因素的含义时，结合分析管制性征收分析中的其他因素，从而得出系争管制是否构成征收的结论。

（二）学术上对政府行为之性质因素的限缩尝试

通过对政府行为之性质因素含义的梳理，我们发现其含义丰富，但也有学者担心政府行为之性质因素可能会因为承载太多作用而面临崩溃危险。所以，有学者从政府行为之性质因素本身以及其未来的发展角度，尝试对政府行为之性质因素的含义作出限缩。

1. Goodin 功能角度的归纳进路

Goodin 的归纳进路与佩恩案判决中政府行为之性质因素的解释密不可分，即“当政府对财产的干涉具有物理性侵入的性质时，与产生于为促进共同利益而调整经济生活之利益和负担的某个公共计划的干涉相比，可能更容易构成征收。”^{〔101〕}他以此为依据，从政府行为之性质因素在管制性征收中的作用角度分析，

〔99〕 Tahoe-Sierra Pres. Council, Inc. v. Tahoe Reg'l Planning Agency, 535 U.S. 302(2002). 633.

〔100〕 Pomeroy, Adam R. Penn Central after 35 Years: A Three-Part Balancing Test or a One-Strike Rule? [J]. Federal Circuit Bar Journal, 2012—2013, 22(4): 677-706.

〔101〕 Penn Cent. Transp. Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978). 124.

认为管制所施加的负担和两个政府功能相关。这两个政府功能分别是调整经济生活的负担和利益的功能(称为“调整的功能”)和促进共同利益的功能(称为“促进的功能”)。^{〔102〕}

根据促进的功能,评价的是管制所服务的公共利益的重要性和管制在何种程度上服务于此利益。据此法院极少在管制有效地服务于某个重要的公共利益时,得出其构成征收的结论。但这个分析的进路是不恰当的。原因主要有:首先,当原告被挑选出来或者不公平地承受负担时,它无法体现管制的效力;其次,它可能会使法院不公正地歧视管制性征收的原告;最后,政府因为管制性行为支付补偿的责任,应该随着管制目的的重要性或在何种程度上服务于该目的而有所改变,这观点不合理。因此促进功能的分析进路是不恰当的。调整功能考虑的是,管制是否公平地调整了经济生活的负担和利益。根据阿姆斯特朗原则,政府不应该迫使某些人承担根据公平公正应该由公众作为整体承担的公共负担。是否存在分配公平取决于大量标准,包括平均利益互惠、强制力、遗赠权的剥夺、妨害以及合理的溯及力。

因此,Goodin 认为政府行为之性质因素的作用在于,确认政府是否公正地调整了经济生活中的负担和利益。在这个作用当中,他认为政府行为之性质因素至少要考虑以下五个方面:第一,管制是否保证了财产所有者的平均利益互惠;第二,合理施加的溯及责任并不产生征收;第三,缺乏强制力的管制也不构成征收。如果人们出于自愿承担了管制中的负担,可以认为他是因为在管制的利益中获得更好的处境才会如此行为;第四,当适用妨害例外时,不产生征收;第五,如果管制剥夺了遗赠权等重要的财产权利,构成征收。

2. Echeverria 的限缩进路

Echeverria 的限缩进路与林格尔案判决后所形成的格局密不可分。林格尔案认为实质性促进标准不是一个有效的征收标准,那么也就排除了依赖实质性促进标准定义政府行为之性质因素的可能性,政府行为之性质因素不再定义为被管制的财产用途和管制的社会目的的因果关系,以及政府行为的善意或恶意。Echeverria 从林格尔案对政府行为之性质因素的影响出发,对政府行为之性质因

〔102〕 Goodin, Christopher T. The Role and Content of the Character of the Governmental Action Factor in A partial Regulatory Taking Analysis [J]. University of Hawai'i Law Review, 2006—2007, 29 (2): 439.

素的含义加以限缩。

他认为政府行为之性质因素的含义在这个限缩的过程中,只留下了两个有区别的狭窄定义、一个一般性定义和两个突出的问题。^{〔103〕} 第一,从佩恩案的分析目的出发,认为政府行为之性质因素考虑是否涉及对财产用途的限制,或者实际上的物理性占有。该定义局限于临时物理性占有,并且对于征收问题并不具有决定性作用。第二,考虑管制是否损害了将私人财产遗赠给继承人的权利。第三,政府行为之性质因素更一般性的定义是,管制的适用是否指向一个或少数所有者。第四,最难以抉择的定义是,管制中公益的重要性是否不利于征收诉求的成立。因为这个定义在实际中将产生“公益问题”,即“政府在管制的改变中获得更多,为此改变支付的可能性更小”。

(三) 小结

佩恩案标准是美国管制性征收法理中的“北极星”,作为佩恩案标准之一的政府行为之性质因素是研究美国管制性征收的一个绕不开的节点。尽管佩恩案标准和政府行为之性质因素并不完美,但我们并不能因此否认其在管制性征收中的地位。因为政府行为之性质因素具有丰富的含义,也有学者开始尝试对政府行为之性质含义做限缩的尝试,这也可以视为对政府行为之性质因素的未来发展所作的预期。

结语

自佩恩案判决以来,政府行为之性质因素经由法院的多个判决,逐渐演变成为一个内容丰富的因素,并在管制性征收分析中具有重要地位。分析政府行为之性质因素的提出、发展和现状,对于认识和适用政府行为之性质因素有所助益。从中国的法律规定和实践现状分析,中国法律虽无明确规定管制性征收,但实践中一些法律和政府行为有构成管制性征收的可能。因而研究政府行为之性质因素,对中国未来管制性征收理论的发展也有所裨益。

根据对政府行为之性质因素相关判决的分析,本文认为可以按照以下路径,分析政府行为之性质因素的适用。首先,分析是否适用政府行为之性质因素。根

〔103〕 Echeverria, John D. The “Character” Factor in Regulatory Taking Analysis[J]. SK081 ALI-ABA 143, 2005: 159.

据联邦最高法院在卢卡斯案中确立的规则,如果政府行为剥夺了所有经济有益用途,那么无须考虑政府行为之性质因素,即可判定构成征收。其次,分析政府行为之性质因素在分析中是否具有决定性。政府行为的性质包括临时物理性侵入、永久物理性侵入和对用途的限制这三种形式。根据联邦最高法院在洛雷托案中确立的规则,如果政府行为永久物理性侵入了财产,那么无须考虑政府行为之性质因素以外的因素,即可判定构成征收。最后,在政府行为之性质因素作为平衡标准加以分析权衡的情形中,考虑政府行为之性质因素在判例中逐渐形成的多个含义,这些含义包括:(1)如果管制废除了基本财产权利中的特性,则倾向于构成征收;(2)如果管制不具有合理的溯及力,则倾向于构成征收;(3)如果管制存在物理性侵入的情形,则更有可能构成征收;(4)如果管制所限制的行为违反了妨害原则,则倾向于不构成征收;(5)如果管制不存在利益互惠,则倾向于构成征收;(6)如果政府在管制中发挥了政府事业的能力,则倾向于构成征收。

美国法上作为判断管制性征收标准之一的 投资回报预期因素

梁 漪^{*}

摘要:在 20 世纪 20 年代的美国,基于分区保护、历史街区和湿地保护的需
要,大量土地利用管制产生,私人采用有效方式利用土地的权利受到限制,管制性
征收的概念随之产生。管制性征收是指政府不直接剥夺财产所有权,通过管限制
制财产权,造成财产价值减损或剥夺财产收益性用途,实际上产生征收的效果。
佩恩中央运输公司诉纽约市案是继宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案后最具有里程
碑意义的管制性征收案件。在该案中,美国联邦最高法院确立了在裁判管制性征
收案件时最广泛适用的多因素平衡标准,投资回报预期是其中一个重要因素。起
初,投资回报预期因素曾一度因注意规则的适用在管制性征收案件中起到决定性
作用。其后,美国联邦最高法院先后对注意规则以及投资回报预期因素的决定效
力进行限制,并明确排除适用投资回报预期因素的情形。尽管投资回报预期因素
因其定义、作用及其合理性判断标准等方面的不确定性而饱受争议和质疑,从美
国联邦最高法院的历次判决中仍可得出当前投资回报预期因素适用的基本规则。
我国现有法律制度中的征收以取得所有权为要件,并主要以集体土地、房屋等不
动产为对象。现有法律文本中虽无管制性征收的概念,实践中却早已存在管制性
征收的现象。从投资回报预期因素的发展演变管窥美国法中判断管制性征收时
最广泛适用的多因素平衡标准,有助于我们深入理解美国法中的管制性征收,构
建中国法上的“管制性征收”。

关键词:管制性征收;投资回报预期因素;适用规则

^{*} 梁漪,厦门大学法学硕士,现就职于上海市建纬(深圳)律师事务所,专职律师。

导言

管制性征收(regulatory taking)^{〔1〕}源自美国,是一个在判例中发育出来的概念。相较于典型征收,管制性征收并不直接剥夺财产所有权,而是通过管制限制财产权,造成财产价值减损或剥夺财产收益性用途,实质上产生征收的效果。

美国联邦宪法第五修正案规定:未经公平补偿,私有财产不因公用被征收。1922年之前,该条款仅适用于实际占有私人财产的征收。随着时间推移,人口大量增长和集中,产生了对私人财产(主要是土地)的利用和占有进行限制的问题。基于分区保护、历史街区和湿地保护等方面的需要,产生大量的综合规划和土地利用法来解决这些问题。直到20世纪20年代分区制出现之前,美国的土地利用管制仅针对可能对周围土地或公共利益产生负面影响的土地利用方式。对整个市镇的所有土地的利用方式进行全面规定的分区制在20世纪早期的美国出现。从那时起,土地利用的规定日益增多。有关土地利用的大部分规定是由地方政府,尤其是市镇政府颁布的。一些州政府对地方政府难以独自解决的土地利用问题进行管制,并审查地方政府的土地利用规定及决定。随着这些土地利用管制的到来,财产征收既可以通过直接占有实现,也可以通过严苛的管制实现;这是因为若无权以有效的方式利用土地,私有财产制便失去它的意义。在这样的背景下,管制性征收的概念应运而生。

1922年上诉至美国联邦最高法院的宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案^{〔2〕}(以下简称马洪案)是美国管制性征收法的起点。在该案的多数意见中,霍姆斯法官指出,如果政府必须为其作出的所有减少财产价值的行为支付补偿,那么政府将难以为继。虽然政府可以在一定程度上管制财产,但管制如果“走得太远”(goes too far)将被认定构成征收。自此,有关征收的观点,同样适用于国家对私人财产的占有、使用和处分的管制。^{〔3〕}马洪案后的50多年间美国联邦最高法院都未能产生有重要意义的管制性征收案件,而马洪案也罕见被任何法院引用,管制性征收法处于休眠状态。直到1978年,美国联邦最高法院对佩恩中央运输公司诉纽约

〔1〕 有的学者将“regulatory taking”一词译为“管制征收”“规制性征收”“规制征收”。

〔2〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393(1922).

〔3〕 这种管制在美国相当普遍,例如要求所有权人允许他人进入并使用其财产的管制,土地用途管制,资费、价格和工资管制等。

市案^{〔4〕}(以下简称佩恩案)作出判决,重新开启现代管制性征收法。在佩恩案中,美国联邦最高法院确立了管制性征收分析中的多因素平衡标准(the multi-factor balancing test,以下简称为佩恩案标准),该标准成为管制性征收案件中最广泛适用的标准,因而该案又被称为管制性征收法的“北极星”(polestar)。该标准包含三个因素:(1)管制对原告的经济影响程度;(2)管制对明显的投资回报预期的影响程度;(3)政府行为的性质。佩恩案虽然提出了投资回报预期的概念,但并未明确其含义,也没有说明这个因素对于其他两个因素而言在佩恩案标准中有怎样的重要性。投资回报预期概念在其后的应用中产生了分歧,无论是法院还是学者都难以在这个概念的含义和适用性上达成一致意见。美国联邦最高法院在佩恩案后将近30年的时间里,通过几个重要案件的裁判,一定程度上解决了投资回报预期因素带来的难题,更进一步确立了佩恩案标准作为管制性征收法基本标准的重要地位。

因此,本文将以美国联邦法院的相关判例为线索,梳理投资回报预期因素在管制性征收法中的起源和演变,以期深入理解佩恩案标准,从而加深对美国管制性征收法的认识。

一、投资回报预期因素的起源

(一) 投资回报预期的理论基础

管制性征收中的投资回报预期概念在理论上起源于弗兰克·米歇尔曼教授1967年的一篇非常有影响力的文章——《财产、功利与公平:对“公平补偿”法的伦理基础的评论》。

在一定的时期内,个人有一定的自由按照自己的意愿处置其所有的资源,并获得一定的收益。同时,对个人资源的利用并非与世隔绝地孤立进行,与之相关的社会经济资源或多或少地对之产生影响。譬如,一个人在利用其所有的土地获取收益时,周边的各类不同用途土地以及所形成的街区都会对之产生影响。当社会改变这些社会资源的用途,那么个人的整个收益、福利状况也会发生改变。因而,一个人所处的社会环境中存在的经济资源使用条件在很大程度上决定了这种个人按照自己意愿处置其资源的自由,以及这种个人自由与个人目前能够获得的

〔4〕 Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U. S. 104(1978).

收益总和之间的关系。

我们认可社会改变原有经济资源使用条件的前提是,假设社会在转变资源利用条件后,资源利用的新状态能够在社会中产生较之先前更大的福利。然而,实际上这种转变可能导致某些社会成员的现状不如之前。也就是说,一项再分配资源的决定会产生在社会成员之间重新分配福利的影响。对于社会成员个体而言,所获得的福利可能增多,也可能减少。当再分配影响涉及的价值能够以金钱计量,通过国库支付金钱补偿能够部分抵消再分配影响,即在全部社会成员中分散再分配直接引起的损失。因此,社会成员的集体利益能够使社会对经济资源利用做出的改变正当化。米歇尔曼认为,判断是否构成征收,计算公平补偿的问题最终回到一个根本问题:当社会决定改变经济资源配置,产生了明显的机会成本,这些成本应当如何最终在社会成员之间分配。

政府征收行为的正当性可以从社会追求之目的中求得。米歇尔曼认为,我们追求的社会目的,最突出者莫过于效率。因为存在信息不对称、交易成本和集体行动等问题,抑制了自由市场的效率,政府为提高效率之需必须市场中进行管制。当政府插足自由市场进行管制时,其扮演两个角色:福利最大化者和财富再分配者。

根据功利主义理论,当前存在用于调节资源的开发和享有的诸多规则,财产最恰当的理解是作为这些规则的集合。那么,财产成为了建立在现有规则之上的预期的基础;也就是说财产是从制度上确立的对现有规则的理解,这些规则调节人与人之间与资源将如何存续有关的关系。人们致力于生产的动机在于他们的劳作确保能够享有将来的产品。这就意味着,除非人们知道他们能够依赖一些规则,这些规则确保他们将确实被允许享有产品的大部分份额作为其劳动价格或其积蓄的保证,否则人们将不会勤奋地劳动或者自由地投资。

对财产的政府管制触及社会财富的基础,因为此财富产生于保护所有人从其财产中获利之预期的社会规则。然而,保护并不是绝对的,如前所述,为达到福利最大化,政府有必要对市场进行管制,但政府管制的前提是此管制不是恣意的。当政府以限缩财产价值的方式管制财产,但不对被管制的所有人进行补偿,此时保护预期的规则发生改变,并且导致财富的重新分配。但并非任何令正当预期挫败的政府行为都要求支付补偿。个体预期的最大限度满足不仅有赖于劳动、土地和资金投入的大小,还有赖于操纵这些投入的指导,即合理的分配。由于人类相

互依赖以及经济活动不可避免的外部影响,若没有集体控制便无法达到最合理的分配。实际不可能达致一套完全正确的补偿安排的情况下,对市场活动的必要集体调整必然引起合理预期的失望。“预期的安全是珍贵的,不是为其自身利益,而仅是民心的保护……一项征收如果不补偿将会令人极度挫败,则其为可补偿的;否则不应补偿。”^{〔5〕}

米歇尔曼提出管制性征收的标准不应仅仅着眼于管制减损财产价值的程度,而应关注受到政府管制影响的财产利益的性质,因此管制性征收的标准不追问价值减损的多少,而追问“是否”:“系争措施是否能够很容易被视为实际地剥夺原告某些明显被感知的、非常明确的投资回报预期。”^{〔6〕}

(二) 投资回报预期的司法起源

1. 佩恩中央运输公司诉纽约市案:投资回报预期的提出

(1) 案件事实及诉讼经过

纽约市于1965年制定《地标保护法》(*Landmarks Preservation Law*)(以下简称地标法),以防止历史性地标建筑及其邻近区域被突如其来的决定损害或根本改变其特性。根据该法,地标的任何外部建筑设计风格或者原址上的任何外部改善物的改变,都必须事先取得该市地标委员会的批准。若所有人希望改变地标建筑地块,需要经过三个步骤以获取行政批准。首先,所有人可以向委员会申请“对被保护建筑特征无影响的证明”:也即,对不改变或不影响地标建筑任何建筑特征且与之相协调的改进或变更进行批准的程序。若证明申请被拒绝,申请人可以请求司法审查。其次,所有人可以向委员会申请“适当性”证明。若委员会认为提议的地标建筑地块上的建筑行为不会过度阻碍对地标建筑的保护、扩大、存续和使用,就授予此种证明。同样地,若该证明被拒绝,申请人可以请求司法审查。另外,同时被拒绝给予无外观影响证明和适当性证明的所有人为获批准可以提交一个替代的或变更的规划。最后,以“不足回报”为由寻求适当性证明,此种证明

〔5〕 Michelman, Frank I. Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law[J]. Harvard Law Review, 1967, 80: 1213.

〔6〕 “Whether or not the measure in question can easily be seen to have practically deprived the claimant of some distinctly perceived, sharply crystallized, investment-backed expectation.” Michelman, Frank I. Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law [J]. Harvard Law Review, 1967, 80: 1233.

提供了特殊机制,以确保将建筑指定为地标不会引起经济困难。

1967年8月2日地标委员会根据地标法,将佩恩中央运输公司及其子公司(以下简称佩恩公司)所有的中央车站指定为“地标”,且其占据的街区被指定为“地标场所”。1968年1月22日,佩恩公司为了增加收入把火车站之上的空间出租给UGP地产公司(以下简称UGP),租期50年,该租约每年可以产生百万美元的收入。依据该协议,UGP打算在车站上建立一栋多层办公楼。UGP向地标委员会提交的55层办公楼建造计划和53层办公楼的替代方案均符合纽约市分区法律的要求。但委员会拒绝给予无外观影响证明和适当性证明,它认为“在华丽、古典装饰风格的画面上耸立着55层的办公大楼,完全是审美笑话,”^{〔7〕}这会使中央车站黯然失色,附加的建筑比原来建筑高四倍,这会降低中央车站本身的珍贵地位。

UGP没有提交更小规模的办公楼建筑计划,也没有申请将开发权转移到其他地块上。佩恩公司与UGP一起提起诉讼,主张地标法适用于中央火车站构成征收。其依据有二:一是正如马洪案中的制定法征收了属于煤炭公司的支撑权^{〔8〕}那样,地标法征收了中央车站上空的全部财产权利;二是地标法为赋予社会公众保护地标的利益极大地减少了其土地的价值。而且地标法并不旨在防止危害社会的行为。

佩恩公司和UGP向纽约初审法院起诉称,除其他因素外,地标法的适用违反第五修正案,在没有给予公正补偿的前提下征收了他们的财产,并违反第十四修正案的正当程序条款,任意剥夺了他们的财产。他们请求颁布禁止令以禁止城市用地标法阻止任何本来合法的在车站上进行建设的行为,并请求就从1967年8月2日指定日到地标法增加限制程度日这一期间的“临时征用”行为支付补偿。初审法院颁布禁止令并确认赔偿请求,但搁置了“临时征用”损害的问题。

佩恩公司和UGP上诉,纽约最高法院上诉庭推翻初审判决。上诉庭认为,限制对车站所在地进行开发对于促进保护地标建筑这一合法的公共目的是必要的,因此上诉人只能通过证明该管制剥夺了他们财产的全部合理收益用途而维持其宪法诉求。虽然所有上诉人证明了他们被剥夺了财产的最具收益性用途,但这并

〔7〕 Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978). 117-118.

〔8〕 宾夕法尼亚州财产法将土地财产权分为矿藏财产权、地标财产权和地表支撑权。拥有地表支撑权则有权决定提供地表支撑或移除地表支撑。

不能证明上诉人被违宪地剥夺了财产。

纽约州上诉法院判决维持。该院简要地否决了关于地标法征收了财产且未给予公平补偿的主张,认为既然地标法没有将财产控制权转移给城市而只是限制上诉人的开发,这不构成“征收”。只有在地标法违反第十四修正案的正当程序条款剥夺上诉人的财产时,上诉人对该法提起的诉讼才会胜诉。地标法不违反正当程序的理由有四:(1)地标法并不影响已经沿用了半个多世纪的车站用途;(2)上诉人未能证明他们不能就对车站本身的投资获取合理回报;(3)即使车站完全不能再以合理利润经营,佩恩公司在该地区持有的大量不动产的某些收入,包括旅馆和办公楼,必然实际地归于车站;(4)车站上的开发权能够被转移到车站附近多个地块,其中有一两个适宜于办公楼的建造,这对于上诉人是有价值的,且能够为车站本身之上的权利损失提供公平的补偿。^{〔9〕}

最后该案被上诉至美国联邦最高法院,联邦最高法院维持了下级法院作出的不构成征收的判决。

(2) 佩恩案的多因素平衡标准

美国联邦最高法院以 6 : 3 的投票结果判决在佩恩案中并未产生管制性征收。在布伦南法官撰写的多数意见中,佩恩公司主张地标法完全征收了中央车站上的全部空间权的依据被否定。法院认为,征收裁判规则并不把单幅土地分为没有联系的各部分地块,进而判断某一地块的权利是否已经完全被消除。在本案中应当考虑的是地标法对作为整体的土地权利的影响,而非仅是对空间权的影响。征收条款的目的是防止政府强迫一些人承担本应由公众作为一个整体承担的公共负担,法院认可这一点。但法院并未发展出任何固定公式来确定什么情况下公平和正义要求公共行为造成的经济损害由政府补偿,而不是由不相称的少数人来承担。实际上,一项限制是否由于政府没有对因其行为直接造成的损失支付补偿而无效主要取决于案件的具体情况。布伦南法官认为在进行专门的个案事实探究时,法院的判例已经指出了几个有特别重要性的因素,也即多因素平衡标准:(1)管制对权利人的经济影响;(2)管制干扰明显的投资回报预期的程度;(3)政府行为的性质。

根据上述标准分析上诉人提出的依据,从三个因素得出的结论都是没有产生

〔9〕 Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U. S. 104(1978). 121-122.

征收。首先,上诉人即使不建造办公楼,通过经营中央车站也可以获得投资的合理回报。且上诉人可以申请建造较小规模的办公楼或将有价值的开发权转移到其他地块上。因此,地标法对上诉人的经济影响不大。其次,经营火车站的用途已经存在了 65 年,地标法并没有干涉佩恩公司使用该土地的这一主要投资回报预期。最后,在政府行为性质方面,地标法与促进社会的整体福利存在合理的联系,不属于政府物理性侵入行为。

(3) “管制干扰明显的投资回报预期”

佩恩案将投资回报预期作为多因素平衡标准的因素之一。“明显的投资回报预期”从语义上理解,包含了两个构成要素:一是“明显的”,即定义明确的或者清楚的;二是与投资回报相关,该预期涉及对财产的特定未来用途的财务风险。因此,这个因素需要探究所有人对不动产用途的投资回报预期。法院认为地标法并未干扰所有人的主要预期,即继续已有的火车站用途。也就是说,在该案中考虑的投资回报预期并不区分土地的既有用途和潜在的未来用途。对于已经做出合法允许用途的不动产购买者而言,存在该用途将继续下去的投资回报预期。例如,购买者购买了 40 英亩购物中心大楼——此用途是当地法规明确允许的用途,该大楼由零售店、停车场以及其他相关设施组成。若市议会 will 将部分停车场重新分区为“市区娱乐用途”区域,从而减少停车位,购物中心可能难以盈利。这便产生对明显投资回报预期的严重干扰。^{〔10〕}

在佩恩案中,投资回报预期因素实际上解决的是对既得权利的保护问题。土地所有人并无绝对权利假定分区法规和其他土地法规不会发生改变。要获得既得权利还需要更多的事实支持。且法院判定所有人基于既得权利有权享有与分区保护不相容的用途可以获利时,并不一定构成征收。有关既得权利的案件中的问题在于某一具体计划能否继续进行;在这些案件中,土地价值的减损并非问题之所在。因此,有人认为将预期因素引入有关征收的分析导致了“纠缠不清的预期之网”,并对之强烈批判。^{〔11〕}

〔10〕 [美]约翰·G. 斯普兰克林. 美国财产法精解[M]. 钟书峰译. 北京:北京大学出版社,2009: 663.

〔11〕 [美]约翰·E. 克里贝特,科温·W. 约翰逊、罗杰·W. 芬德利、欧内斯特·E. 史密斯. 财产法: 案例与材料[M]. 齐东祥,陈刚译. 北京:中国政法大学出版社,2003: 712.

2. 合理的投资回报预期

在佩恩案后,1979年美国联邦最高法院对凯泽·安泰诉美国案作出判决。这是一个侵入案件而非管制性征收案件,因此,法院适用物理性征收的本身违法原则,而不适用管制性征收案件的灵活的专门事实探究。但在撰写多数意见时,伦奎斯特法官最先在意见中对征收法律的一般性讨论时用“合理的投资回报预期”代替了“明显的投资回报预期”。通过以“合理的”代替“明显的”,法院改变了佩恩案第二个考量因素,对此学者们存在不同的评价。

有学者指出产生这一转变的理由是,“合理的”这个术语仅仅是于首席大法官伦奎斯特的用语偏好。反对这一观点的人认为,虽然首席大法官伦奎斯特在其对管制性征收案件的意见中一贯地使用“合理的”,他仍旧是宪法第五修正案稳固的私有财产保护的一个强有力的支持者。因此,这位首席大法官有意使土地所有人战胜过度政府管制这一毋庸置疑的合理要求变得更加困难,这是不太可能的。最后,伦奎斯特使用“合理的”是否是因为他喜欢这个术语或是因为他意图修改佩恩中央运输公司案的标准,都没有关联。^{〔12〕}有的学者认为,通过以“合理的”替代“明显的”一词,预期分析被巧妙地改变。从那时起,征收探究转向限制性的土地用途管制是否挫败所有人“合理的投资回报预期”。^{〔13〕}正如许多学者所主张的,无论这一用词上的改变是否反映了对一个客观标准的转变,或者代表了对权衡公共利益和私人成本的平衡标准的采纳,这产生的效果是要求法院依靠其对原告预期有效性的评估,而不是确认预期的存在,也非检省政府限制的影响——这一政府限制阻止了明显可识别的既定财产用途。

财产所有人的预期根据某些已知条件形成,最重要的便是财产和妨害法、所有人购买或对财产进行其他投资时存在的财产利用规则。在土地利用中,土地所有人的预期是根据财产和妨害法以及彼时存在的规则和管制规定的可行和可能用途形成的;政府不能以追溯的方式干扰这些预期,而不违背征收条款。土地所

〔12〕 Chipchase, Calvert G. From Grand Central to The Sierras: What Do We Do with Investment-Backed Expectations in Partial Regulatory Takings? [J]. Virginia Environmental Law Journal, 2004, 23: 59.

〔13〕 Radford, R. S., Breemer, J. David. Great Expectations: Will Palazzolo V. Rhode Island Clarify the Murky Doctrine of Investment-Backed Expectations in Regulatory Takings Law? [J]. New York University Environmental Law Journal, 2001, 9: 460.

有人也不能以其购买土地时存在的土地用途或环境管制干扰投资回报预期为由,主张这项管制构成征收。迈克尔·伯杰总结了法院在裁判财产所有人的预期是否合理时采用的因素:(1)财产购买时管制的严重程度和广泛性;(2)具体财产的去管制历史;(3)财产用途受损的程度;(4)系争管制制定前可行的用途;(5)政府行为的新颖性或不可预期性;(6)是否所有人的财产权利束中明确(且传统上)承认的“一根”被移除;(7)是否有任何权利(如佩恩案中的可转移开发权)能够取代那些受损的权利;(8)现有用途是否被允许继续使用;(9)政府陈述是否正式或非正式;(10)以公平价格将财产出卖给其他人的能力;(11)政府管制的一般权力;(12)当地管制和法律环境的严酷性。^[14]在具体案件中,法院在分析中给予这些因素不同的权重,根据其中某个或某几个因素的探究,得出财产所有人的投资回报预期是否合理的结论。

二、投资回报预期因素的适用(一):注意规则

(一) 注意规则的确立:鲁克尔斯豪斯诉孟山都公司案^[15]

1. 投资回报预期因素的决定性作用

鲁克尔斯豪斯诉孟山都公司案中(以下简称孟山都公司案),孟山都公司起诉要求禁止实施《联邦杀虫剂、杀菌剂和杀鼠剂法》(*the Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act*,以下简称 FIFRA)中的数据披露条款,主张这些条款构成征收。根据 1947 年颁布的 FIFRA,所有的农药在出售前都必须在农业部注册。1947 年 FIFRA 禁止披露任何与农药配方有关的信息,但有关健康和安全的的数据除外。1972 年国会通过《联邦环保农药控制法》(*the Federal Environmental Pesticide Control Act*,以下简称 1972 年修正案)对 FIFRA 作出修正。1972 年修正案后,FIFRA 仅保护数据提交者标明为“商业秘密或者商业或财务信息”(trade secrets or commercial or financial information)的数据。此外,1972 年修正案允许环境保护局(EPA)为了评估其他申请人申请注册的相似药物的目的,使用某一个申请人提交的全部注册数据。1972 年修正案还规定了公开

[14] Berger, Michael M. Happy Birthday, Constitution: The Supreme Court Establishes New Ground Rules for Land-Use Planning[J]. *Urban Lawyer*, 1988, 20: 765.

[15] *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U. S. 986 (1984).

披露已提交数据的程序。为了明确“商业秘密或者商业或财务信息”的定义,以及为在新产品评估的注册数据使用提供更多的指导,国会在 1978 年再次对 FIFRA 作出修正。孟山都公司诉称,EPA 根据 FIFRA 的条款披露其秘密数据构成财产征收且未给予公平补偿,违反了第五修正案。

联邦最高法院首先肯定了孟山都公司以商业秘密的形式对其数据享有可保护的财产利益。对于 1972 年修正案前提交的数据,法院认为这些数据的披露可以预见到。因此,对于这部分数据,孟山都公司的投资回报预期是不合理的。并且,根据 1972 年前的数据披露条款,孟山都公司通过注册其农药产品,能够在美国销售该产品,该公司是为了特定经济优势交换数据。对于 1972 年到 1978 年期间提交的数据,法院认为孟山都公司对此部分数据的投资回报预期是合理的,因为 FIFRA 采取广泛措施明确保证对这部分数据的机密性和专有使用。财产所有人显然能够依赖于其间存在的法规保护。在这种情况下,若 EPA 对商业秘密数据使用不当,就有可能挫败孟山都公司对控制所提交的数据的用途和传播的合理投资回报预期。

在孟山都公司案中,联邦最高法院需要判断的问题是孟山都公司是否因为 FIFRA 授权 EPA 公开披露其商业秘密而被征收财产。法院对 1972 年前提提交的数据和 1972 年到 1978 年期间提交的数据进行区分,这是对投资回报预期原则的进一步发展。数据的披露是否干扰了孟山都公司的合理投资回报预期在本案中是决定性的。法院指出佩恩案标准中的合理投资回报预期要求的不仅仅是“一个片面的预期或一个抽象的需要”(an unilateral expectation or an abstract need)。向 EPA 提交数据时的法规影响了孟山都公司的预期的合理性。1972 年修正案赋予的保护给予孟山都公司某些合理的预期,然而 1978 年的修正案改变了在此之后提交的数据上的预期。由于法规明确规定了对 1972 年到 1978 年期间的商业秘密的保护,孟山都公司有权信赖彼时生效的法规。法规对机密性的明确保障为孟山都公司的预期提供合理基础。根据 1978 年的修正案,EPA 被授权披露此后提交的商业秘密数据,但并未授权其溯及地披露 1978 年的修正案之前提交的数据。由于 1972 年到 1978 年期间的数据受到不同法规的保护,孟山都公司因此形成了机密性预期,EPA 披露数据的行为引起了支付公平补偿的义务。

从孟山都公司案中可以看出,法院进行投资回报预期的合理性分析时考量的

是,财产所有人是否依赖政府不会以特定方式行为的预期产生经济价值上的财产权利。政府行为的可预见性能够否定征收诉求,但若政府对财产所有人作出了一项承诺,而其所为与之不符,则可能构成征收。也就是说,“合理的”意味着投资回报预期必须是适当的,至少须与形成此预期时生效的法律相一致。在现有的管制环境下,直接与管制限制冲突的预期将不被认为是合理的。

2. 注意规则

根据布莱克曼法官撰写的多数意见,1972年修正案使孟山都公司注意到EPA被授权使用和披露数据的方式。法院则进一步认为孟山都公司没有合理的预期认为EPA将不会披露在披露规定制定前提提交的数据。因为“在一个长期以来备受公众关注并受到政府重点管制的行业^{〔16〕},联邦政府迄今为止虽然并未在与农药有关的健康、安全和环境数据的披露上采取任何立场,但基于对这些问题的关注,联邦政府将会发现披露行为是符合公共利益的,这是非常有可能的。”^{〔17〕}法院指出,在1972年修正案之前便已存在的《商业秘密法》规定了对此种披露的刑事制裁,该法并非对机密性保证,它不足以推翻这一结论,即孟山都公司应当已经预见到其商业秘密的损失。因此法院判决孟山都公司就1972年修正案前及其后提交给政府的数据提出的征收诉求败诉。

孟山都公司案确立了一项注意规则:若原告已经实际或者推定注意到可能授权妨碍其财产用途的管制,那么财产所有人明显的抑或是合理的关于其财产用途的预期不能支持一项征收诉求。更值得注意的是,法院认为,推定的注意能够简单地因可能由于授权后续管制性限制的一般管制计划的存在而确立。那么合理预期意味着至少在某些情况下,财产所有人应当预见到法律的变化。根据孟山都公司案,这种潜在可预期的变化,将不构成对合理投资回报预期的影响,即便它们有效地消灭了一个宪法保护的财产利益。最后,注意规则在孟山都公司案中的使用表明,在根据“合理性”标准判决时,投资回报预期因素本身能够使一项管制性

〔16〕 即农药行业。

〔17〕 Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986(1984), 1008.

征收诉求败诉——不考虑“多因素”的佩恩案分析中其他因素。^{〔18〕}

（二）下级法院所适用的注意规则

孟山都公司案后,联邦最高法院在康诺利诉养老金收益保证公司案^{〔19〕}中适用孟山都公司案的注意规则,接着又适用在鲍温诉吉拉德案^{〔20〕}中。法院在前一个案件中认为一项增加了养老金责任条款的联邦法规不构成征收,因为该基金的托管人应当预见到这项新的财务义务。在后一个案件中,法院主张减少子女抚养津贴的立法是可预见的,因而不构成征收。这些案件像孟山都公司案那样都涉及动产,下级法院也迅速开始将推定注意规则适用到指控征收动产的诉求中。

有的下级法院甚至开始采用注意规则来解决与土地用途有关的管制性征收争议。纽约北区联邦地区法院在1984年的提洛勒兰德公司诉普莱西德湖1980年奥运公司案中认定,旅馆所有人从奥运期间的高房价中获利的预期并没有因为租金控制的实施而减少,原因是所有人尽管知道有关租金控制的管制即将来临,仍然选择改善旅馆并开门营业。^{〔21〕}同年,新罕布什尔州最高法院在克拉里奇诉新罕布什尔州湿地委员会案中认定该案的土地所有人没有开发财产的合理预期,因为系争财产在购买时一并受到州和当地政府的湿地管制,所有人因此被推定注意到开发财产本身存在的风险。^{〔22〕}1986年加利福尼亚北区联邦地区法院对西南多元经营公司诉布里斯本市案作出判决,主张投资回报预期是否合理取决于该预期形成时州法促进和保护该预期的程度。^{〔23〕}同年,加利福尼亚东区联邦地区法

〔18〕 Breemer, J. David, Radford, R. S. The (Less?) Murky Doctrine of Investment-Backed Expectations after Palazzolo, and the Lower Courts Disturbing Insistence on Wallowing in the Pre-Palazzolo Muck[J]. Southwestern University Law Review, 2005, 34: 358-359; Radford, R. S, Breemer, J. David. Great Expectations: Will Palazzolo V. Rhode Island Clarify the Murky Doctrine of Investment-Backed Expectations in Regulatory Takings Law? [J]. New York University Environmental Law Journal, 2001, 9: 463-464; Mandelker, Daniel R. Investment-Backed Expectations in Taking Law[J], Urban Lawyer, 1995, 27: 219.

〔19〕 Connolly v. Pension Benefit Guaranty Corp., 475 U. S. 211(1986).

〔20〕 Bowen v. Gilliard, 483 U. S. 587(1987).

〔21〕 Tirolerland, Inc. v. Lake Placid 1980 Olympic Games, Inc., 592 F. Supp. 304 (N. D. N. Y. 1984).

〔22〕 Claridge v. New Hampshire Wetlands Board, 485 A. 2d 287 (N. H. 1984).

〔23〕 “Whether or not an investment-backed expectation is reasonable depends, on the extent to which state law fostered and protected the expectation at the time the expectation was formed.” Southwest Diversified, Inc. v. City of Brisbane, 652 F. Supp. 788 (N. D. Cal. 1986). 796.

院对富里诉萨克拉门托市案作出判决,认为根据县的总体规划,土地所有人的开发预期是不合理的且不受征收条款保护。^{〔24〕} 1987年,第三巡回法院在佩斯资源公司诉什鲁斯伯里镇案中指出,只有考虑了政府管制公共利益的权力,投资回报预期才是合理的。^{〔25〕}

下级法院采用孟山都公司案的推定注意规则来解决土地使用争议,大多以之否决财产所有人的宪法诉求。有学者对此表示反对,如琳达·奥斯瓦德认为,根据注意规则,仅是通过制定一项管制——即使明显属于警察权的合法行使的非侵入性管制——政府开启了最终增加到征收整个财产利益且不支付补偿的路径。^{〔26〕} 理查德·艾珀斯坦认为,如果注意足以有效免除补偿义务,那么征收条款就不具有任何效力。^{〔27〕} 而后,联邦最高法院通过诺兰诉加利福尼亚海岸委员会案^{〔28〕}(以下简称诺兰案)对注意规则的适用作出限制。

(三) 注意规则的限制:诺兰诉加利福尼亚海岸委员会案

诺兰夫妇在加利福尼亚文图拉县拥有一块滨海土地,该土地上有一个小平房,其余部分的土地位于防水堤和平均高潮线之间。诺兰夫妇开始是租借该土地并有选择购买的权利,他们一度将小平房租借给来度假的人们。经过若干年的租借后,房屋已经破败且无法继续出租。诺兰夫妇选择购买的条件是他们答应将破败房屋拆掉并建造新房屋。根据《加利福尼亚海岸法》的规定,他们需要取得加利福尼亚海岸委员会的海岸开发许可。诺兰夫妇向委员会提交了许可申请,计划拆掉现有房屋,建造与社区一致的住宅。委员会批准了诺兰夫妇的申请,但提出条件,诺兰一家必须捐献或设立地役权,允许公众在其土地上通行以到达海边。诺兰夫妇随后提出行政履行职责令的申请状,请求文图拉县高等法院宣布通行条件无效。他们主张,若无证据证明拟议开发会对公众到达海滩有负面影响,则不能

〔24〕 Furey v. City of Sacramento, 592 F. Supp. 463 (E. D. Cal. 1984). 470.

〔25〕 “investment-backed expectations are reasonable only if they take into account the power of the state to regulate in the public interest.” Pace Resources Inc. v. Shrewsbury Township, 808 F. 2d 1023, 1031 (3d Cir. 1987).

〔26〕 Oswald, Lynda J. Cornering the Quark: Investment-Backed Expectations and Economically Viable Uses in Takings Analysis[J]. Washington Law Review, 1995, 70: 107.

〔27〕 [美]理查德·A. 艾珀斯坦. 征收,私人财产和征用权[M]. 李昊,刘刚,翟小波译. 北京:中国人民大学出版社,2011: 167.

〔28〕 Nollan v. Cal. Coastal Commission, 483 U. S. 825 (1987).

附加该条件。法院对此表示赞同,并将该案发回委员会对之进行全面的证据听证会。委员会召开公开听证会,认定新住宅会进一步阻挡大海的风景,从而促进住宅建筑墙的形成,这堵墙会从心理上妨碍公众意识到附近有一段他们有权游览的海岸线。新的住宅也会增加对海滩的私人使用,建造住宅的这些影响和其他的区域开发一起,对公众到达海滩和沿着海滩行走的能力增加了负担。故委员会可以要求诺兰夫妇以通行权的形式向公众提供额外到达海滩的便利以抵消这种负担。

上诉法院判定这种要求没有违反宪法,根据编纂在加利福尼亚州的《公共资源法典》中的《加利福尼亚州海岸法》,委员会获得授权要求诺兰夫妇捐献地役权。诺兰夫妇的财产位于这样一个区域,在该区域几乎所有的滨海地块都为公共通行做出了大量贡献。此外,本案中限制委员会施加这种横向穿行与立法机关制定海岸法来供最大限度公众穿行并进入沿海的既定目的相违背。

该案上诉至美国联邦最高法院,联邦最高法院以 5 : 4 的投票作出推翻原判的主张,支持诺兰夫妇的征收诉求。

斯卡利亚大法官在撰写多数意见时,首先分析了一种假设的情形:如果加利福尼亚州要求诺兰夫妇向公众提供穿过其海滨土地的永久通行权以增加公众到达海滩的便利,而不是在其重建房屋的许可上附加他们同意这样做的条件,这是否构成征收?根据洛雷托诉曼哈顿有线电视公司案确立的永久性物理占有标准,这种情形等同于政府授权的长期实际占有行为,因此构成征收。那么该案的问题就在于,以提供地役权作为批准土地利用许可的条件,这是否改变了上述结果。如果土地利用法规实质性地促进合法的政府利益,且不剥夺所有人对其土地经济上可行的用途,就不构成征收。

布伦南大法官在反对意见中强调,委员会对诺兰的 43 个邻居都提出了类似的条件,因此使诺兰“注意到在请求一个新的开发许可时,批准的条件是一个确保公众横向穿行到海岸的条款。”布伦南认为根据孟山都公司案必定得出这样的结论,诺兰不存在这样的合理预期,即他们能够建造一个房屋而无须将其很大一部分财产的权利让与给政府。斯卡利亚大法官直接否决布伦南的立场。斯卡利亚专门地驳斥了孟山都公司案的适用性,指出后一个案件涉及重要政府利益的权利上施加的政府条件,然而诺兰案涉及对在个人的财产上建造建筑施加的条件,这项权利远远无法被描述为一项“政府利益”。此外,诺兰的预期并未被挫败,仅仅是因为他们在委员会已经开始进行建筑许可很久之后才购买滨海土地。“既然委

员会不可能剥夺地役权的先前所有人而不予补偿,先前所有人必须被理解为已经在转移地块时转让了他们的全部财产权。”^{〔29〕}

斯卡利亚大法官的多数意见清楚地确定,管制限制并不必然产生推定注意;即便在所有人推定注意到政府能够且可能施加管制限制的情况下,土地所有人的开发预期也可能是合理的并因此受到征收条款的保护。从多数意见来看,诺兰案似乎欲将孟山都公司案中注意规则的适用限制在与动产相关的案件中。此后,一些下级法院在有关不动产的案件中并未根据注意规则断然否定财产所有人预期的合理性。在乐芙莱蒂斯港有限公司诉美国案^{〔30〕}中,土地所有人在州和联邦湿地管制制定后从事开发,但美国联邦索赔法院并不认为土地所有人的预期不合理。法院认定原告存在合理的预期开发或转售其土地。由于填补许可申请被拒绝,所有人开发土地的可能性不复存在,只能以原始价值的很小部分价格转售土地,所有人的预期被严重挫败。“当政府的管制使财产价值减少到仅剩一小部分且财产没有其他可行用途,不能通过要求公民出售其财产而免于第五修正案的征收诉求。否则若法院遵循此规则,第五修正案将被有效地颠覆,且这一高尚的公民保护将变得毫无意义。”^{〔31〕}同样的情形出现在吉尔诉内陆湿地及河流局案^{〔32〕}中。系争土地在购买时被归类为住宅建设用地且被认定为湿地,受格林尼治镇内陆湿地及河流局管理。土地所有人多次提交建造住宅的许可申请皆遭到拒绝。康涅狄格州最高法院认为系争土地被分区为住宅建设用地且所有人为此用途购买了该土地,内陆湿地及河流局拒绝许可申请,剥夺了合理的投资回报预期,“一个怀着住宅或商业开发预期而购买土地的所有人,如果管制性约束允许他仅在自然状态中利用土地且无其他任何经济可行用途,该所有人便遭受征收。”^{〔33〕}

虽然如此,诺兰案后仍有法院顽固地认为,只要所有人的预期与政府的管制权相冲突,那么该预期事实上是不合理的。在午夜会有限公司诉费城市案^{〔34〕}中,第三巡回法院坚持其在佩斯资源公司诉什鲁斯伯里镇案中的立场——仅当财产

〔29〕 Nollan v. Cal. Coastal Commission, 483 U. S. 825 (1987). 856.

〔30〕 Loveladies Harbor, Inc. v. United States, 15 Cl. Ct. 381 (Cl. Ct. 1988).

〔31〕 Loveladies Harbor, Inc. v. United States, 15 Cl. Ct. 381 (Cl. Ct. 1988). 396.

〔32〕 Gil v. Inland Wetlands & Watercourses Agency, 593 A. 2d 1368 (Conn. 1991).

〔33〕 Gil v. Inland Wetlands & Watercourses Agency, 593 A. 2d 1368 (Conn. 1991). 1373.

〔34〕 Midnight Sessions, Ltd. v. City of Philadelphia, 945 F. 2d 667 (3d Cir. 1991).

所有人考虑到政府在公益中管制的权力,其投资回报预期才是合理的。该法院在讨论财产所有人预期的合理性时指出:“被上诉人在一个已知的政府管制领域运营。尽管法规明确规定除非场所符合相关法律、管制和条例并为此目的确定是安全且适当的,否则不能获得舞蹈厅许可,他们仍然投入资金建造舞蹈厅。尽管被上诉人的舞蹈厅许可及利润预期是关于投资回报的,但根据该市管制舞蹈厅的明确权力这些预期不可能是合理的。”^{〔35〕}

三、投资回报预期因素的适用(二):排除适用情形

(一) 卢卡斯诉南卡罗来纳州海岸委员会案^{〔36〕}

1. 完全征收与部分征收

1986年,大卫·卢卡斯在南卡罗来纳州查尔斯顿县棕榈岛购买了两块土地,这两块土地距离海滩约300英尺。卢卡斯计划和直接相邻的土地所有人已经做的那样在这两块土地上建造单户住宅。1977年,南卡罗来纳州制定了《海滨地区管理法》,该法案要求符合“关键区域”——包括海滩和直接相邻的沙丘——条件的海滨土地所有人将该土地投入原来用途之外的用途前,需要从南卡罗来纳州海岸委员会获得许可。根据1977年的法律,卢卡斯的两个地块都不属于“关键区域”,因此在卢卡斯购买土地时他没有法定义务在进行开发之前获得委员会的许可。1988年,南卡罗来纳州制定更全面的《海滨地区管理法》,该法指令委员会在棕榈岛地区确定一条连接过去四十年中最靠近陆地的侵蚀点的基线。委员会将基线划在比卢卡斯土地更靠近陆地的地方,卢卡斯没有对此提出异议。在与基线平行并靠近陆地一方20英尺处划定一条线,在该线之外建造任何可居住建筑都被绝对禁止,且无例外情况。

卢卡斯提起诉讼,主张《海滨地区管理法》禁止建造建筑的规定未予补偿地征收了他的财产。初审法院认定《海滨地区管理法》对卢卡斯的土地而言等于颁布了一项永久性建筑禁令,这个禁令剥夺了卢卡斯对其土地的任何合理经济用途,消灭了其不受限制的使用权,使其一无所值。因此,初审法院判定存在管制性征收。南卡罗来纳州最高法院推翻了该判决,认为《海滨地区管理法》是为了保护南

〔35〕 Midnight Sessions, Ltd. v. City of Philadelphia, 945 F. 2d 667 (3d Cir. 1991). 678.

〔36〕 Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U. S. 1003 (1992).

卡罗来纳州的海滩而采取的适当而有效的措施,属于警察权的有效行使,这对案件结果是起决定性作用的。若关于财产用途的法规是为了防止严重的公共损害而制定,不论法规对财产价值的影响如何,征收条款都不要求补偿,“公民个人没有权利以政府禁止的方式利用其财产,也不能因此权利被剥夺而获得补偿。”^{〔37〕}美国联邦最高法院推翻南卡罗来纳州最高法院的判决,支持卢卡斯的主张,即对其土地的全部收益性用途的否决足以确定构成管制性征收。政府虽然有权为了公共利益,禁止财产的有害用途,且无须支付补偿。然而,以禁止有害用途为名,剥夺财产的全部经济有效用途,无异于以公共利益为名将私有财产用于公共服务。除此之外,所谓的“有害用途”必须经过宪法的严格检验,其标准在于有害用途应该来源于财产权性质本身,且该有害用途相当于普通法上的“非法妨害”。本案中,州政府提出的财产管制是为了给动物提供一个良好的栖息场所,这显然不能被视为排除非法妨害。

卢卡斯诉南卡罗来纳州海岸委员会案(以下简称卢卡斯案)确定了管制性征收的一种极端情形——一项管制剥夺了财产的任何经济收益性或有效用途,即完全征收(total taking)。完全征收中的“完全”是在被管制的财产没有经济有效用途的意义上而言,此财产可能仍有一定的货币价值,土地所有人仍然保留财产所有权。与之相对,并未完全剥夺财产的经济有效用途,而仅仅减少财产价值的管制性征收类型则为“部分征收”(partial taking)。

2. 绝对规则及其例外

肯尼迪大法官在协同意见中主张,当原告宣称剥夺了财产全部价值的法规构成征收时,审查的标准必须是此种剥夺是否与合理的投资回报预期相矛盾。他认为应当在全部的法律传统的前提下理解合理预期。而南卡罗来纳州最高法院复述了制定《海滨地区管理法》的总体目的,而没有决定这些目的是否与所有人的合理预期相一致,从而足以支持对特定土地施加严格限制,这是一个错误。然而,多数意见并未采纳这一观点,斯卡利亚大法官在撰写多数意见时回顾了法院之前的征收司法理论,并认为有两种管制行为的类型已被确定构成征收而无须具体审查该限制所促进之公益。第一种类型为政府利用其管制权物理性侵入或占有私人财产或授权第三方这么做。第二种类型为否决土地的全部经济收益性或生产性

〔37〕 Lucas v. South Carolina Coastal Council, 404 S. E. 2d 895 (S. C. 1991). 900.

用途的管制。斯卡利亚表示从所有人的角度来看,生产性用途的管制性剥夺相当于物理性侵入,并认为当不动产所有人被以公益为名要求牺牲全部经济收益性用途,这使其财产经济上无价值,他已经遭到征收。而卢卡斯案的情况则属于第二种类型。因此,卢卡斯案确立了管制性征收判断标准的绝对规则(the categorical rule):若管制剥夺财产所有人的全部经济收益性用途便构成征收,而无须根据佩恩案平衡标准进行具体案件事实的探究。

早在1980年的阿金斯诉提布伦市案^[38]中,美国联邦最高法院便认定,当一项管制措施既没有实质促进正当的政府利益,又否决了财产所有人对其土地的经济性用途,则该项管制构成对财产的违宪征收。一旦满足这个规则,便无须考虑所有人的预期是否合理。此后美国联邦最高法院在启斯东烟煤协会诉德本迪克提斯案^[39]中又再次肯定了这一规则。可见,卢卡斯案与先例一脉相承,美国联邦最高法院一贯认为对全部经济可行用途的剥夺应当给予补偿。

征收条款保障财产所有人不会被强迫为了公益牺牲财产且得不到补偿。诚然,政府能够管制财产达到某种程度,这间接影响着财产的价值,但完全征收情况下财产所有人需要付出极其沉重的代价——财产所有人被迫为公共利益付出巨大的牺牲,被剥夺将其财产投入任何经济可行性或者生产性用途的权利。“如果仅是因为所有人缺乏投资回报预期,或者仅是因为一个管制计划的存在便足以使征收诉求败诉,征收条款的适用将变得有限,且人性的自然倾向是越来越多地扩大限制直到最后私有财产消失。”^[40]为了保护财产所有人不会被迫承担不相称的公共负担,当政府管制使得财产在经济上毫无产出时,绝对规则要求政府必须支付补偿。

美国联邦最高法院对绝对规则规定了一个例外,若政府试图否决财产所有人对其土地的所有经济可行用途,仅当对不动产的审查表明被禁止的使用利益不属于其所有权一开始即享有的一部分,方能免于补偿。换言之,一项财产限制无论是在取得财产前就已存在,还是取得财产后才制定,只要该限制仅仅表述了一直以来都被禁止的东西,它便不构成征收。因此,美国联邦最高法院将绝对规则的例外限制在以下情形中,政府从未许可被限制的用途,或者在所有人取得所有权

[38] Agins v. City of Tiburon, 447 U.S. 255 (1980).

[39] Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470 (1987).

[40] Chipchase, Calvert G. Lucas Takings: Why Investment-Backed Expectations Are Irrelevant When Applying the Categorical Rules[J]. University of Hawaii Law Review, 2001, 24: 167.

时根据已有的普通法妨害原则,政府可以禁止或限制其用途。

(二) 绝对规则例外与注意规则的混合

卢卡斯案直接影响了随后下级法院对征收条款的解释和适用,但这些法院几乎都不以多数意见主张的方式进行解释和适用。尽管斯卡利亚法官为多数派撰写的意见旨在限制投资回报预期因素在完全征收中的适用,而之后下级法院的判决却引用卢卡斯案来积极扩大投资回报预期探究的范围。肯尼迪大法官在其协同意见中对投资回报预期的处理在法律审查和案件判决中被作为法院观点援引,并且事实上卢卡斯案在学者的文献中已被定性为一个预期案件。^[41] 甚至有的法院根据注意规则,在财产全部经济价值被剥夺的案件中,认定财产所有人存在对管制的推定注意而无合理的投资回报预期,仅凭此便认定管制行为不构成征收。

根据绝对规则,对财产的限制必须固有于财产所有权本身,必须属于财产和妨害法的背景原则(background principles)已经对财产所有权施加的限制。也就是说,不能通过新的法令、立法剥夺财产所有人将财产投入特定用途的权利;此种严苛的权利限制必须有妨害法或者普通法原则作为基础。然而,有的下级法院在适用绝对规则时误入歧途,认为一项限制性土地用途管制,无论该管制的起源为何,或者是否为新近制定的管制,都有资格成为绝对规则例外的背景原则,使基于征收条款的补偿诉求败诉。基于这种错误的理解,孟山都公司案的注意规则一并被误用,法院越来越多地在土地用途管制案件中否决征收诉求,所主张的理由是土地所有人注意到了未来可能的土地用途限制,至于所有人是在取得土地时抑或是提出开发申请时注意到此种限制在所不论。土地所有人被认为存在可归咎的注意,并非由于先前已然存在的具体用途限制,而是因为一个一般管制计划或者管制环境的存在。例如,在阿维纳尔诉美国案^[42]中,一项联邦淡水调水工程的完成改变了路易斯安那州海岸部分布雷顿湾盆地的盐度,致使该区域的商业牡蛎养殖场变得不可用。联邦巡回法院否决了养殖场承租人的征收诉求,原因是在租约签订之时进行淡水调水的联邦计划已经在进行,承租人知道或应当知道由于存在

[41] Weinberg, Philip. Del Monte Dunes v. City of Monterey: Will the Supreme Court Stretch the Takings Clause Beyond the Breaking Point? [J]. Boston College Environmental Affairs Law Review, 1999, 26: 331.

[42] Avenal v. United States, 100 F.3d 933 (Fed. Cir. 1996).

这项联邦计划,养殖场的生产力可能被毁坏。因此,承租人不可能存在合理的投资回报预期,即牡蛎养殖场租约能够赋予他们免遭既定的州和联邦政府的淡水调水计划影响的权利。

更有甚者,认为由于财产所有人在受到高度管制的领域中经营,所有人就应当注意到基于征收条款的保护被排除。在区域中心财产有限合伙企业诉哥伦比亚特区案^[43]中,财产所有人申请开发国家动物园附近的一块土地,由于国家动物园被指定为地标,为了防止对国家动物园的公共价值产生损害,该申请被拒绝。哥伦比亚特区巡回上诉法院在否决财产所有人的管制性征收诉求时认为,财产所有人从事的不动产商业开发具有因保护历史性场所限制开发的历史。因此,财产所有人被推定注意到在其提出开发许可申请后,哥伦比亚特区可能通过宣布其未利用的地块为历史性地标,从而挫败其投资回报预期。

纽约州最高法院则在多个案件中根据卢卡斯案的背景原则例外,认为财产所有人取得所有权之前任意时间被采纳的限制性管制计划能够否决随后由于该管制的适用产生的征收诉求。^[44]弗吉尼亚州最高法院在对弗吉尼亚滩市诉贝尔案^[45]作出的判决中援引卢卡斯案,认为卢卡斯案中联邦最高法院认为南卡罗来纳州的开发限制必须基于财产和妨害法的基本原则,是因为卢卡斯在政府颁布滨海管理法之前就已经取得了所有权。在本案中,由于系争法令先于财产所有人取得所有权,因此政府无须证明财产和妨害法的存在,以排除财产所有人基于征收条款获得的保护。

可见,某些情况下,下级法院已经承认新近政府立法足以剥夺征收诉讼原告应获补偿的财产利益。卢卡斯案的绝对规则例外异化为这样一个规则:“土地所有人无论何时推定注意到潜在的限制性管制,都将排除构成征收。”^[46]如此,绝

[43] District Intown Properties Ltd. Partnership v. District of Columbia, 198 F. 3d 874 (D. C. Cir. 1999).

[44] 主要有 *Gazza v. New York Dep't of Env'tl. Conservation*, 679 N. E. 2d 1035 (N. Y. 1997); *Kim v. City of New York*, 681 N. E. 2d 312 (N. Y. 1997); *Anello v. Zoning Bd. of Appeals*, 678 N. E. 2d 870 (N. Y. 1997); *Basile v. Southampton*, 678 N. E. 2d 489 (N. Y. 1997).

[45] *City of Virginia Beach v. Bell*, 498 S. E. 2d 414 (Va. 1998).

[46] Radford, R. S., Breemer, J. David. Great Expectations: Will Palazzolo V. Rhode Island Clarify the Murky Doctrine of Investment-Backed Expectations in Regulatory Takings Law? [J]. New York University Environmental Law Journal, 2001, 9: 494-495.

对规则例外在概念上与注意规则混合在一起,适用于不动产案件中的投资回报预期探究中。

(三) 小结

合理的投资回报预期在任何征收分析中都是一个高度相关的因素,仅当个人在形成关于财产的用途或者开发的预期时这些预期遵从现存法律,它们才能够被认为是合理的。尽管卢卡斯案中的法院没有直接解决卢卡斯的投资回报预期,法院在论及政府对财产的永久物理性占有时表示,我们确实将允许政府主张这样一种永久的地役权,它是事先存在的对土地所有人所有权的限制。此外,法院宣称,类似的处理应适用于管制性征收分析。换句话说,剥夺了土地所有人所有经济可行用途的管制不能经新立法规定而无补偿,而必须固有于所有权本身。因此,卢卡斯案的意见似乎承认时间和注意在管制性征收分析中的作用。根据这种方法,通过现有管制的运作而被剥夺了对财产的全部经济可行用途的所有人不能诉求一项应予补偿的征收,因为此用途在土地所有人获得财产所有权时已被禁止。^[47]

卢卡斯案多数意见表明,投资回报预期可能在完全征收语境中是相关的,此相关性仅在于帮助确定征收分析中财产权之相关地块,以及此情况下是否存在完全征收的问题。一旦其判定相关地块的一切经济有效用途已经被排除,在分析中无须进一步考虑预期因素。也就是说,一旦满足绝对规则的情形,则无须根据佩恩案平衡标准进行具体事实探究,即排除合理预期的考量。

四、投资回报预期因素的适用(三):限制预期因素的决定效力

(一) 帕拉佐罗诉罗得岛案^[48]

1. 下级法院的裁判

安东尼·帕拉佐罗自1959年起便通过一个少数人持股的公司持有系争土地的所有权。1978年该公司的执照被撤销,并将合法所有权转移给帕拉佐罗,事实上他成为该地块的实际所有人已将近20年。在帕拉佐罗通过其公司享有该土地所有权期间,罗得岛州采取了许多要求对开发湿地进行批准的管制性措施。他的第一个开发计划在1962年被拒绝。随后的第二年提出第二个申请,并于1966年

[47] Gulliford, William I. The Effect of Notice of Land Use Regulations upon Investment-Backed Expectations and Takings Challenges[J]. Stetson Law Review, 1993, 23: 215.

[48] Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606 (2001).

提出第三次申请。五年后,一个州管制机构批准了后一个申请,但在帕拉佐罗收到批准之后的仅七个月该批准就被撤销了。1978年帕拉佐罗因其公司解散而成为财产所有人,这并没有影响他继续开发财产的努力。1983年,帕拉佐罗提交了另一个开发申请,此申请被滨海资源管理委员会拒绝。1985年,帕拉佐罗最后一次尝试从该委员会获得许可可以开发其财产。1986年该州拒绝了帕拉佐罗的最后一个开发申请,实际上要求他将土地保留在其自然状态中。要求对1986年的拒绝许可进行司法审查的起诉失败后,帕拉佐罗在罗得岛州法院提起诉讼,主张他已经遭受了应予补偿的管制性征收。1997年,原审法院驳回该诉求。罗得岛州最高法院维持初审法院的判决,认为即使帕拉佐罗被否决其财产的全部收益性用途,也不存在任何征收责任,因为在他通过公司执照的撤销而取得个人所有权之前该管制计划已经生效。法院的理由是新近适用的管制在它们被颁布的那一刻便成为“州法的背景原则”,原公司的开发权利在尚未移转给帕拉佐罗时便已被剥夺。1978年帕拉佐罗继受的土地所有权中并无土地开发权,因而对于系争土地而言帕拉佐罗并不存在任何固有的开发权利,遑论固有开发权利被剥夺。罗得岛州最高法院还认为,即便没有注意规则的限制,帕拉佐罗提出征收诉求的时机也尚未成熟,他必须“为不那么雄心勃勃的土地用途”(for less ambitious uses)提交另外的许可申请才能确定政府允许的土地用途是什么,以使其诉求适于司法审查。此外,系争土地中有部分是高地可以直接开发,故系争土地的剩余价值大于零,因此帕拉佐罗并未被剥夺系争财产的一切收益用途,不能满足完全征收的条件。该案上诉至美国联邦最高法院。

罗得岛州最高法院的裁判实质上与前述下级法院将绝对规则例外与注意规则混合的情况类似。这种混合的结果是赋予政府单方面的权力通过制定或考虑制定管制来界定实际上存在哪些财产利益,以及何种财产利益是可补偿的。这使得私人财产权的基本概念处于不确定中:“‘预期’是由所涉及的背景法律决定的,该背景法律赋予一项‘权利’从而使得该预期‘合法’。但如果一项权利的创设是政府决议的功能,该政府决议通过制定法赋予一项特定利益这样的地位,那么政府能够自由地决定不创设任何权利。此外,政府通过保留该权利来终止权利,有效地界定全部财产、契约以及积极权利,能够支配每一个明显的权利。因此,一个预期模型最终崩溃成为一个没有底线的世界,除非存在某些外部干预,能够限制

政府创造背景法律从而界定权利的能力。”^[49]美国联邦最高法院需要在该案中解决这一问题。

2. 联邦最高法院的判决

美国联邦最高法院推翻罗得岛州最高法院的判决。美国联邦最高法院首先认为帕拉佐罗无须提交另外的申请,因为根据州的管制制度,能够合理确定被允许的土地用途。“关于请愿人财产上的湿地,委员会的决定清楚表明,该机构……限制请愿人在湿地上从事任何填补或者开发活动……委员会解释系争管制的细则、案件摘要、辩争以及双方律师所做的陈述,在这一点上毫无疑问:在湿地上不得为任何普通土地用途而进行填补。不得因为湿地本身的缘故而填补;不得为了无论粗野还是高档的一个海滩俱乐部而填补;不得为了再细分而填补;不得为了任何可能或可预见的用途而填补。并且,若不填补,则在湿地上不会有建筑也无法开发。进一步的许可申请对于确定这一点并非必要。”^[50]

罗得岛州最高法院引用卢卡斯案绝对规则例外和佩恩案的投资回报预期因素来形成一个单一、彻底的规则:像帕拉佐罗那样的购买人或者所有权的持续持有人被视为已经注意到一个较早制定的管制且被限制主张此项管制产生征收的影响。联邦最高法院强烈反对这个注意规则的解释,因为这将赋予政府无限制的权利以单方面地解释何种财产利益将受到宪法保护,从而除去私有财产制度的主要部分。也就是说,政府认为财产是什么,财产就是什么。在这样一个单一、彻底的注意规则下,在后发生的所有权转移将免除政府任何使土地用途限制正当化的义务,无论该限制有多么极端或者多么不合理。“实际上,政府将被允许在征收条款上设定一个截止日期。这不应成为一个规则。后代也有权利质疑土地用途和土地价值上的不合理限制。”^[51]因此,联邦最高法院认为帕拉佐罗的征收诉求不因这一事实,即所有权之取得是在州施予限制的生效日期之后,而被限制。最后,在征收责任问题上,多数意见认为帕拉佐罗案中,土地所有人的财产利益被征收的前提下,州不能免于补偿责任;由于帕拉佐罗仍可以在其财产的高地上建造住宅,这排除了卢卡斯案绝对规则的适用,应根据佩恩案标准做进一步分析。联

[49] Levy, Richard E. Escaping Lochner's Shadow: Toward A Coherent Jurisprudence of Economic Rights[J]. North Carolina Law Review, 1995, 73: 411.

[50] Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606(2001). 621.

[51] Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606(2001). 627.

邦最高法院将帕拉佐罗案发回重审,然而在多数意见中并未提及如何将佩恩案标准适用于该案中。

佩恩案标准中的投资回报预期因素应当与卢卡斯案中的背景原则区别开来。法院首先探究财产所有人是否存在财产利益,财产利益是否存在并不取决于对财产所有人是否存在合理的投资回报预期的检省。对投资回报预期的探究仅在评价政府是否通过对现有财产利益的管制构成征收时才相关;法院必须解决的在先问题(即财产所有人是否拥有财产利益,若有则该利益的适当范围是什么)则与所有权的背景原则和限制相关。

3. 协同意见中的分歧

多数意见并没有为佩恩案标准应当如何适用提供有益指导,然而在这一点上奥康纳法官的协同意见尤为值得注意。奥康纳法官认为多数意见未能阐明一个重要的问题,即管制制定与所有权获取在时间上的关系究竟在一个恰当的佩恩案三因素分析中有何作用。在奥康纳法官看来,多数意见并不意味着,对管制的注意不能或者不应被考虑作为佩恩案探究的一个部分。相反,她主张对现有管制制度的注意仍是作为佩恩案投资回报预期规则一部分的一个合法考虑因素。法院在裁判是否已经发生一个可补偿的征收时根据投资回报预期规则恰当考虑现有管制的影响。奥康纳法官认为保留注意规则作为预期探究中的一个因素是重要的,因为这有助于确保投机取巧的土地投机者将不能就财产取得前制定的管制提起征收诉求获得暴利。然而,她谨慎地表明,管制注意仅是与投资回报预期的合理性相关的几个考虑因素之一。奥康纳法官也同时强调,一般而言投资回报预期探究须仅被视为法院在一个更广泛的征收分析中必须考虑的大量因素中的一个。她认为,如果投资回报预期在佩恩案分析中被赋予单独的重要意义且现有管制在每个实例中都指明那些预期的合理程度,那么政府握有太多的权利来重新定义在所有权移转上的财产权利;但若现有管制对佩恩案分析没有任何作用,那么一些财产所有人就可能获得暴利。也就是说,奥康纳法官在协同意见中明确限制了预期因素能够单独决定管制性征收分析的效力。

在管制注意的问题上,斯卡利亚大法官在协同意见中表达了与奥康纳法官相反的观点,他认为在财产取得时就已存在的管制通常与征收问题无关。财产所有人在其取得财产时对财产的管制就已存在,这一事实不同于某一管制属于财产和妨害法的组成部分。管制制定的时间先于财产的取得应当不影响该管制是否构

成征收的确定,其原因在于,倘若一项管制对财产价值的剥夺已经“走得太远”以至于违宪,那么征收分析中探究的投资回报预期不应当包括此种管制的推定有效性(the assumed validity)。奥康纳大法官保留了注意规则,是为了防止内行投机者在一项管制制定后通过购买财产获得暴利。投机者在购买财产时,由于财产受到限制,财产价值降低。在管制被宣布违宪之后,投机者则将该财产开发至充分价值或者以充分价值转卖,从中获得暴利。在斯卡利亚大法官看来,将暴利归还给原始财产所有人以实现公平,这值得商榷;而将此种暴利交给政府无疑是违宪的,因为政府本身没有失去任何东西,且政府的管制导致了不公,其本身又是涉及不公平结果中的三方之一。他将注意规则描述为“消除从一个披着所有权外衣的小偷那里以廉价费用购买财产的所有人获得的暴利,消除暴利的方式是他将‘不公平’利润归还小偷”。^[52] 因此,他认为财产所有人购买财产时已经存在的限制与作为财产和妨害法组成部分的限制不同,前者不应能够左右该限制是否构成征收的判决。

奥康纳大法官分析管制干扰的存在和广泛性的进路包括的情况更多的依赖于政策环境而更少的依赖于财务和不动产环境。第一种情况是取得时的管制事务状态。第二种情况是根据管制体制许可的开发的性质和程度。她承认土地所有人根据某些管制计划的行为可能在开发财产中产生既得权利,因此可能排除政府干扰。第三种情况是征收条款并不要求在制定后取得财产的所有人,如受赠人、继承人或受遗赠人对开发财产的财务投资。这些情况要求法院必须注意哪些能够证明在给定案件中正义的要求是什么的情况。

在预期的存在以及管制干扰预期的广泛性的判断上,斯卡利亚大法官和奥康纳大法官对于管制背景的权衡存在差异,这个差异是法院并没有以任何分析确定性解决的一个两方面的问题。显然,斯卡利亚大法官以经济为基础的进路意味着预期更直接的存在,并留待市场和投资者来识别投资预期,这些投资预期属于风险和回报分析的问题。着眼于当下确定预期就是着眼于未来,且可能不会解决长期土地投资者的风险,该投资者的预期被过去的政治不确定性、法律限制以及高度管制社会中的财务市场风险限制。当一项管制被宣布为对良好管制的领域的违宪征收,例如湿地或原始农田,根据征收之时的情况认定预期的存在提高了将

[52] Palazzolo v. Rhode Island, 533 U. S. 606(2001). 637.

投资风险转移给政府的可能性。根据奥康纳大法官的佩恩案分析,为了这样一个政策而忽视投资风险,该政策允许考虑与任何风险回报分析无关的过去情况,这作为一种进路可能是有缺陷的,该进路仅考虑最直接的预期或价值,而不考虑任何风险。法院既无法定义合理的投资回报预期也无法确定构成征收的“广泛干扰”需要达至的程度;这就导致征收条款对土地投资的风险和回报的影响只能留待变动的政策对之摆布。

(二) 塔霍-塞拉自然保护区委员会诉塔霍区域规划局案^[53]

1. 基本案情

1969年加利福尼亚州和内华达州的议会共同签定了塔霍湖区域规划协定,成立了塔霍湖区域规划局,负责管制塔霍湖区域的开发和保护当地自然资源。1972年塔霍区域规划局颁布了土地使用法令,将区域内的土地划分为7个等级:1到3级为高危险区,4到7级为低危险区。还有一种溪流环境地带,是流经溪流河畔或沼泽地带最为脆弱的土地,严禁开发,必须加以隔离保护。但由于1972年的法令存在太多的例外,效果不佳,加州政府深为不满,便撤销了对区域规划局的财政支持,单独制定并实施了更为严格的管制措施。这导致湖岸两边出现不平衡的开发现象。1980年,两州达成了新的协定,重新改组了区域规划局,设定了新的环保标准,在环保标准出台前,禁止在塔霍湖的盆地地区进行建造活动。由于涉及太多的复杂因素,新的标准直到1984年方才出台,总共禁止建造的时间长达三十二个月。塔霍-塞拉保护委员会^[54](以下简称委员会)向联邦地方法院提起诉讼,主张区域规划局的长时间禁建构成征收,必须给予公正补偿。联邦地方法院依据佩恩案的权衡分析标准,判决不构成部分征收。但是,其禁止建设的法令在一段时间内完全剥夺了申请人所拥有的土地的经济利用价值,依据卢卡斯案的规则构成了实质征收(per se taking)^[55],因此,区域规划局必须补偿申请人在这段期间的价值损失。

区域规划局向联邦巡回上诉法院提出上诉,该法院认为,区域规划局的法令

[53] Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U. S. 302 (2002).

[54] 一个由塔霍湖的建地地主所组成的非营利组织。

[55] 卢卡斯案中的绝对规则也被称为实质规则(per se rule),因此卢卡斯案确立的完全征收类型也被称为实质征收(per se taking)。

只是暂时地影响了申请人的土地所有权,并不构成当然实质征收。联邦巡回上诉法院认为,卢卡斯案绝对规则适用的前提是一种极少数的情况,即法令的管制永久地剥夺了土地整体的全部所有的经济利益。而在本案中,并非全部利益被剥夺,只是涉及土地所有权利的时间利益的一部分,因此不适用绝对规则,而适用佩恩案标准;由于委员会并没有对联邦地方法院关于佩恩案标准的适用这部分提出异议,因此单就卢卡斯案绝对规则的适用争议这部分判决委员败诉,区域规划局无须向委员会支付补偿。委员会再上诉到联邦最高法院,联邦最高法院维持了联邦巡回上诉法院的判决。

2. 部分征收与完全征收的划分

塔霍-塞拉自然保护区委员会诉塔霍区域规划局案(以下简称塔霍-塞拉案)首要的争议在于区域规划局在一段时间内完全剥夺了申请人所拥有的土地的全部经济价值,应当适用佩恩案标准还是适用卢卡斯案确立的绝对规则。联邦最高法院认为,为了适用卢卡斯案确立的绝对规则,原告必须证明他们土地的所有有益用途的永久丧失。从财产的整个使用寿命的角度来看,系争的三十二个月禁止建造并没有导致充分地破坏性经济影响,从而引起一个完全征收。

此种争议早在作为管制性征收之肇始的马洪案中便已出现。马洪从前手业主处购买了系争房屋。宾夕法尼亚煤炭公司在将系争房屋下的土地出售给前手业主时明确保留了开采地下煤炭的权利。因此,马洪明知宾夕法尼亚煤炭公司保留地下煤炭开采权的情况下,仍然购买了该财产。1921年宾夕法尼亚州通过了《柯勒法案》(Kohler Act),该法案明确禁止造成房屋下陷的无烟煤开采,但规定了某些例外情形^[56]。马洪在得知宾夕法尼亚煤炭公司将来对其土地之下的煤炭开采可能导致其土地和房屋下沉后,便依据《柯勒法案》,向法院起诉要求颁布禁令,禁止宾夕法尼亚煤炭公司开采其土地之下的煤矿。宾夕法尼亚煤炭公司则对《柯勒法案》的合宪性提出质疑。该案最终上诉至美国联邦最高法院。霍姆斯大法官在其为多数派撰写的意见中提出,将系争管制造成的财产价值减损与 its 所欲促进的公共利益进行比较,若造成极大的价值减损却仅促进了微小的公共利益,应当认定此项管制构成征收。《柯勒法案》对开采煤炭的禁止,实际上剥夺了宾夕

[56] 例如,煤矿所有权人拥有煤矿之上的土地,且该土地与其他人任何已增值的土地距离 150 英尺以上。

法尼亚煤炭公司的地表支撑权,宾夕法尼亚煤炭公司因此遭受巨大损失。然而该法案对开采煤炭的限制并未促进公共利益,因为它只是为了保护个人安全。故而,多数意见最终认定《柯勒法案》构成征收。布兰代斯大法官则在其反对意见中提出,判断系争是否剥夺或侵害了财产权,不应当仅依据作为采矿权一部分的支撑权来作出判断,而应当从权利整体来确定财产价值的减损。

帕拉佐罗案也有类似的问题。罗得岛州最高法院认为帕拉佐罗的土地中有一部分是高地,这部分高地不需要填土即可开发,无须获得湿地委员会的许可。虽然帕拉佐罗的湿地开发许可申请被拒绝,此部分高地仍然保有 20 万美元的开发价值,因此并未剥夺财产的全部经济收益性价值,罗得岛州最高法院据此认定不构成征收。帕拉佐罗则主张应当将高地部分和湿地部分分割开来,湿地部分的经济收益性价值被完全剥夺,根据卢卡斯案的绝对规则,这构成对湿地部分的征收。美国联邦最高法院最终肯定了州法院的判断,将系争土地视为一个整体,由于高地部分还保留了一定的开发价值,不构成全部剥夺经济收益性价值,因此不适用绝对规则。

回到塔霍-塞拉案,该案同样涉及能否“分割”的问题。在区域规划局重新改组之后,1984 年新环保标准出台前,塔霍盆地区域被禁止任何建造活动长达三十二个月。联邦地方法院认为在这三十二个月的时间里,土地的开发利用价值被完全剥夺,应当适用卢卡斯案的绝对规则。即从时间维度上将这三十二个月分割出来,由于在这段时间内财产经济利用价值归于零,因而构成完全征收。联邦巡回上诉法院并不赞同联邦地方法院在时间维度上的这种分割。其认为,三十二个月的禁止建造属于时间利益上的损失,而时间利益只是财产权益的一部分,对财产一部分时间利益的剥夺当然无法达到剥夺全部财产经济利益的程度,因而不满足卢卡斯案绝对规则的适用条件。联邦最高法院支持了联邦巡回上诉法院的观点。实际上,卢卡斯案所涉及的建造禁令根据记载少于三十二个月。由此,可以看出,从卢卡斯案到塔霍-塞拉案,联邦最高法院对绝对规则的适用条件已经做了限制,只有在永久消除土地经济收益性用途的情况下才能适用卢卡斯案绝对规则。

还需注意的是,联邦最高法院直截了当地指出,根据佩恩案标准,塔霍-塞拉案中的系争管制能够引起征收责任。多数意见反复提及或者回应奥康纳法官在帕拉佐罗案中协同意见的措辞。例如,正如奥康纳在帕拉佐罗案中所言,塔霍-塞拉案法院抵制采纳在任一方面相当于实质规则(per se rules)的诱惑,主张一种允

许谨慎地检省和权衡所有相关情况以及“公平和正义”因素的更好方式。法院认为投资回报预期的影响是法院必须检省的大量因素中的一个,从而对征收责任作出判决。其认为暂时的土地用途限制程度不应以这样或那样的方式赋予单独重要意义,管制制定与所有权取得在时间上的关系影响预期的合理性。

(三) 小结

帕拉佐罗案中,奥康纳大法官希望法院在根据佩恩案的投资回报预期分析中提供公平和正义。管制性征收经济原则包括两个经济影响因素:管制的经济影响,以及干扰投资回报预期的程度。法院似乎不愿意超出价值减损和完全剥夺经济性收益的范畴定义经济影响。奥康纳大法官试图扩大佩恩案分析,在该分析中增加政治和政策环境,但几乎不权衡证明经济影响的市场或经济环境。如此一来,这样的分析可能实际上鼓励土地所有人在考虑未来投资预期时更少地权衡政治和社会环境,并基于这样的考虑投资到有风险的不动产交易中。如果不动产分析在裁判对财务预期的违宪经济影响和干扰时几乎没有意义,那么土地开发者在进行不动产投资时可能不会在评估法律风险和政治不确定性时权衡不动产分析的重要性。相反,奥康纳法官的预期分析包括了取得财产时管制事务的状态,允许的开发的性质,以及在缺乏任何一种开发权的授予的情况下原告寻求的开发为何。她承认征收条款并不要求对土地的实际投资。她对过去管制事务以及开发状态的依赖可能在裁判公平补偿时违背不动产和其他商业理论。

政府应当权衡产生公平补偿的市场和经济环境,法院不应对之进行扩大的事实评估以确保公平和正义。当政府实施了违宪的用途、增长管理或其他管制,不能完全使政府从挫败财产所有人的成熟预期中免责。当政府管制不合理地干扰投资回报预期,斯卡利亚大法官基于经济的进路仅要求考虑经济价值。斯卡利亚大法官的进路可能诱导土地所有人和开发者避免理解宪法、科学和政治思想,并因此在社会、环境及其他条件预示着管制和公共政策中可能产生尽管是缓慢的改变时,承担不必要的政治、社会及政策风险。他对普通法和经济的依赖包含了可能并不符合我们的公共公平和正义观念的情况。斯卡利亚大法官依赖于背景原则维持对开发权的完全剥夺,奥康纳大法官依赖于过去的管制条件确定干扰投资回报预期的广泛性,前者并不比后者更佳。两位法官都依赖于过去的事实而非财务、科学或经济原则来阐明管制对易受破坏土地的经济影响的情况和条件。斯卡利亚大法官的经济进路指向关于责任和补偿的征收司法理论分析上的不足。

在确定现有管制下的违宪干扰时,根据斯卡利亚大法官的分析进路,过去的管制体制和开发状态将否定合理投资回报预期的存在。正义和公平不能忽视这样一个事实,财务预期的成熟包括对于政府和土地所有人的财务风险和政治不确定性,政府必须分担施加给土地开发的违宪管制风险。

尽管在投资回报预期因素的适用上仍然存在分歧,但可以确定已经达成共识的是:对投资回报预期因素的探究在判断系争管制是否构成对财产的征收上并非唯一的决定性因素;投资回报预期因素是多因素平衡标准中的一个因素,法院在进行管制性征收分析时对多个因素进行探究权衡。

五、投资回报预期因素的现状

佩恩案首次提出投资回报预期作为判断管制性征收的标准的一个因素,但并未对之进行解释。此后,美国联邦最高法院通过多个案件对投资回报预期因素进行解释并确定适用规则。在孟山都公司案确定的注意规则下,投资回报预期因素在与动产相关的管制性征收案件裁判中起到决定性作用,更有下级法院将这种决定性效力及于不动产案件中。美国联邦最高法院通过诺兰案判决将注意规则的适用限制在动产案件中,即便如此仍有下级法院在不动产案件中根据注意规则否定财产所有人预期的合理性,进而否決征收诉求。直至后来的帕拉佐罗案,美国联邦最高法院再次限制投资回报预期因素的单独效力,强调投资回报预期因素是多因素平衡标准中的一个因素,应将投资回报预期因素与其他因素一并权衡。塔霍-塞拉案在帕拉佐罗案的基础上,进一步明确注意规则是判断投资回报预期是否合理的重要标准;在对投资回报预期的合理性作出判断后,还需根据对其他因素的探究从而判断系争管制是否构成征收。而在卢卡斯案中,美国联邦最高法院确立了剥夺财产全部经济收益用途情形中的绝对规则,此种情况下无须探究财产所有人的投资回报预期。因此,在完全征收案件中,投资回报预期因素被排除适用。

在投资回报预期因素的发展过程中,许多评论家诟病其缺乏明确性:投资回报预期因素的定义尚未确定^[57],该因素在征收分析中所起的作用并不明确^[58],

[57] Epstein, Richard A. Lucas v. South Carolina Coastal Council: A Tangled Web of Expectations [J]. Stanford Law Review, 1993, 45: 1370.

[58] Peterson, Andrea L. The Takings Clause: In Search of Underlying Principles Part I—A Critique of Current Takings Clause Doctrine [J]. California Law Review, 1989, 77: 1324.

投资回报预期的合理性判断亦无固定标准^[59]……这些质疑产生的原因在于,投资回报预期包含很多不同要素,如财产现有用途、相邻财产的用途、拟定用途的恰当性、购买价格、购买时间、相似或相关管制的存在等。

2005年,美国联邦最高法院在对林格尔诉美国雪佛龙公司案(以下简称林格尔案)作出的判决中,否定了实质性促进标准作为一个单独有效的管制性征收分析标准,并重申了美国联邦最高法院在佩恩案和卢卡斯案中确定的分析标准。该案表明作为佩恩案标准因素之一的投资回报预期因素仍将在管制性征收案件分析中被继续运用。

为了抑制零售汽油价格的上涨,夏威夷州于1997年制定257号法案对石油公司能够向其加油站承租人收取的租金设定最高限额。美国雪佛龙公司在夏威夷州的六十四个加油站因此受到租金管制。故雪佛龙公司向地方法院提起诉讼,主张此项租金管制未经公平补偿征收其财产,违反第五和第十四修正案。其主要理由是,257号法案实际上只能提高加油站承租人的利润,而无法达到抑制零售汽油价格上涨,保护消费者利益的目的,因此该法案并不能实质性促进合法的政府利益。地方法院支持了雪佛龙公司的诉求,认定257号法案违宪。夏威夷州政府向联邦第九巡回上诉法院提起上诉,巡回上诉法院维持了地方法院的判决,同意257号法案未能实质性促进保护消费者利益的目的这一判决理由。该案最后上诉至美国联邦最高法院。美国联邦最高法院推翻地方法院和巡回上诉法院的判决,认为实质性促进标准是对管制的影响的一种“手段—目的”分析,而不是衡量财产所有人施加的负担,因而并非有效的管制性征收分析标准。

美国联邦最高法院在林格尔案判决中指出,法院在进行管制性征收分析时采用三个主要路径:佩恩案征收分析标准、永久性物理侵入标准以及卢卡斯案绝对规则。这三种分析路径反映出法院在进行管制性征收分析时关注的是管制施予财产所有人负担的大小以及管制负担在财产所有人之间的分配情况。征收条款的目的在于减少对财产负担的不公平分配,因此法院进行具体案件事实的探究,旨在根据公平原则判断何时政府应当承担被不公平地分配给个人的负担。这种对负担大小和分配的探究,正是米歇尔曼在对投资回报预期进行阐述时所讨论的

[59] Washburn, Robert M. “Reasonable Investment-Backed Expectations” as A Factor in Defining Property Interest[J]. Washington University Journal of Urban and Contemporary Law, 1996, 49: 63.

资源再分配和机会成本的分配。资源再分配能够带来积极地效益收入,同样也会产生一定的消极成本。征收实质上是对资源的再分配,政府不对征收行为进行补偿则会产生负面效应,其中就包括被征收者及其同情者以及知晓此种情况的人的生产或投资积极性受挫导致的未来经济损失。当这种负面效应产生的消极成本超过了政府补偿的成本,就应当进行补偿。

尽管投资回报预期因素仍有一些问题未能解决,从佩恩案到林格尔案美国联邦最高法院已经确定了该因素适用的基本规则:(1)当政府管制完全剥夺财产全部经济效益用途时,该项管制即构成管制性征收,此时无须考虑投资回报预期因素;(2)当政府管制并未完全剥夺财产全部经济效益用途时,应将投资回报预期因素与多因素平衡标准的其他两个因素——管制对财产所有人经济影响的程度和政府行为性质——一并权衡,从而认定是否构成管制性征收;(3)注意规则是认定财产所有人的预期是否合理的重要标准。

结语

我国现行法律中有关征收的内容主要规定在《中华人民共和国宪法》《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国物权法》中。《宪法》第十三条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯……国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”《土地管理法》第二条规定:“……国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿……”《物权法》第四十二条规定:“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益。征收单位、个人的房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件……”从上述法规来看,我国现有的征收制度以取得所有权为要件,并主要以集体土地、房屋等不动产为对象。同时,宪法和土地管理法中也对“征用”做出规定,然而征

用与征收并无本质的区别,仅存在时间长短上差异。^{〔60〕}

我国现有法律文本中并无管制性征收的概念,但实际中存在着政府管制产生征收效果的情形。例如2009年山西煤矿企业兼并重组中,政府通过规定产能标准,对不符合产能标准的小煤炭企业强制推行兼并,使得大量民企投资者被迫签订煤矿整合协议,遭受巨大损失。^{〔61〕}又如为迎接2014年亚太经合组织(APEC)第二十二次领导人非正式会议,保障会议期间的空气质量达标,自11月初华北六省市一些工厂停产限产、工地停工、部分城市汽车单双号限行,以使首都天空达到“APEC蓝”。^{〔62〕}当政府的管制行为造成私人财产权的重大损失,若不将之视为征收,私人的损失就难以得到公平的补偿。从投资回报预期因素的发展演变管窥美国法中判断管制性征收时最广泛适用的多因素平衡标准,有助于我们深入理解美国法中的管制性征收,构建中国法上的“管制性征收”。

〔60〕 从目的、对象、法律效果、救济方式四方面来看,征用与征收大致相似,实为“部分征收”。详见房绍坤,王洪平. 公益征收法研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2011: 108-113.

〔61〕 凤凰网财经. 山西省关于进一步加快推进煤企兼并重组有关问题通知. <http://finance.ifeng.com/news/20090831/1174292.shtml>, 2009-08-31; 曹海东,李宸章. 山西煤改之忧. <http://www.infzm.com/content/39459>, 2009-12-31.

〔62〕 裴闯,倪元锦,朱峰,高博,张泽伟. “APEC蓝”能否变成持久的“北京蓝”? http://news.xinhuanet.com/politics/2014-11/18/c_1113299885.htm, 2014-11-18.

美国法上作为判断管制性征收标准之一的互惠原理

刘连泰*

摘要:不可能匀质分布,很容易遭到管制性征收规则的阻遏;互惠原理可以适当磨平征收规则的刚性棱角,法理扮演救赎的角色,互惠原理在美国经历了经济互惠和社会互惠两个阶段,分别形成各自的规则;北京的汽车单双号限行常态化措施符合社会互惠原理,不构成管制性征收。

关键词:法理;互惠原理;平均利益互惠;管制性征收;救赎

2014年亚太经济合作组织(Asia-Pacific Economic Cooperation,简称APEC)北京峰会召开前,北京施行了包括汽车按单双号限行在内的多项管制,北京的环境质量一度跃上了新台阶,被戏称为APEC蓝。^{〔1〕}APEC会议结束,人们想APEC蓝永驻北京,有关单双号限行常态化的话题再度被提及。2014年12月26日下午,全国人大常委会分组审议了《大气污染防治法》(修订草案)。草案第45条系向地方授权限制机动车通行的条款,如获通过,该授权条款可能成为“机动车单双号限行常态化”的法律依据。一些委员疾呼:“不能随便给单双号限行常态化开口子。”^{〔2〕}

其实,单双号限行常态化并不是什么新话题,2008年奥运会后,该话题就曾

* 刘连泰,厦门大学法学院教授,博士生导师。

〔1〕 中华网。“APEC蓝”从哪儿来? [EB/OL]. [2014-12-26]. <http://news.china.com/jiedu/1104-1/>.

〔2〕 王伟。不能随便给单双号限行常态化开口子[EB/OL]. [2014-12-31]. <http://money.163.com/14/1227/19/AEGB3F2Q00254TI5.html>。《大气污染防治法》(修订草案)涉及机动车限行的内容有2条,即第45条和第72条。第45条规定,“省、自治区、直辖市人民政府根据本行政区域大气污染防治的需要和机动车排放污染状况,可以规定限制、禁止机动车通行的类型、排放控制区域和时间,并向社会公告。”第72条规定,“县级以上地方人民政府应当依据重污染天气的预警等级,及时启动应急预案,根据应急需要可以采取包括限制或者禁止部分机动车行驶等应急措施。”第72条是作为临时措施的限行,第45条是作为常态措施的限行。

被热炒。^{〔3〕}这次有关单双号限行常态化的争论与以往不同,除“一辆车变半辆车”^{〔4〕}的抱怨,“3000亿民财被剥夺”^{〔5〕}的愤慨,“拥堵之苦,一限了之”^{〔6〕}的调侃之外,多了些法律层面的解剖。学者或从宏观的法治原则、比例原则入手,或从微观的征收规范出发,对单双号限行常态化的合法性做多维度分析。^{〔7〕}法治原则过于宏观,争论双方很容易蹈入“公说公有理,婆说婆有理”的知识论陷阱。相对于法治原则,引入比例原则倒有可能得出问题的唯一正解,但引入该原则的前提是解决一些预设性的问题,政府行为是否涉及公民基本权利的保护领域?如果涉及,政府行为是否构成对基本权利的限制?如果构成,这种限制是否正当?^{〔8〕}只有解决上述三个问题之后,才有引入比例原则的空间。毫无疑问,单双号限行常态化必然涉及公民的财产权,处理此类问题的常规路数是用征收规范评判政府行为的合法性,也只有回答了政府行为是否构成征收后,才能讨论比例原则的适用,进而讨论法治原则是否被违反。如果构成未经依法补偿的征收,则可直接推出政府行为不合法,没有比例原则适用的空间;如果不构成未经依法补偿的征收,则可导入比例原则,最终判断政府行为是否符合法治原则。

2008年奥运会期间,北京车辆单双号限行后,政府变相给予了车主一定范围的补偿,^{〔9〕}APEC会议结束后,政府没有给予补偿。将单双号限行常态化之后,补偿根本无法操作。因此,如果单双号限行措施常态化构成征收,一定是没有补偿的征收。单双号限行常态化是否构成征收?单双号限行常态化并没有剥夺车

〔3〕 莫纪宏. 机动车限行必须要有正当的公共利益[J]. 法学家, 2008(5); 余凌云. 机动车单双号限行: 是临时还是长效? ——行政法学的视角[J]. 法学家, 2008(5).

〔4〕 张维. 北京单双号限行常态化合法性存疑——专家称重大决策须保证程序正义[EB/OL]. [2014-12-26]. http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2014-11/28/content_5864328.htm?node=66689.

〔5〕 刘太刚. 单双号限行与短线思维[EB/OL]. [2014-12-26]. http://www.cssn.cn/index/sy_sqrd/201412/t20141212_1441622.shtml.

〔6〕 中财网. 单双号限行成常态? 北京不能“一限了之”[EB/OL]. [2014-12-27]. <http://www.cfi.net.cn/p20141201000961.html>.

〔7〕 谢玮. 争议“单双号限行常态化”[J/OL]. 中国经济周刊, 2014(47). [2014-12-31]. <http://www.cweekly.cn/2014/1208/98298.shtml>; 张维. 北京单双号限行常态化合法性存疑——专家称重大决策须保证程序正义[EB/OL]. [2014-12-31]. <http://politics.people.com.cn/n/2014/1128/c70731-26109600.html>.

〔8〕 张翔. 基本权利限制问题的思考框架[J]. 法学家, 2008(1): 134-139.

〔9〕 参见2008年6月30日,北京市地税局《关于2008年北京奥运会残奥会期间停驶机动车减征车船税的通告》。

主对汽车的所有权,不构成典型征收。是否构成管制性征收呢?即虽没有剥夺公民财产权,但管制事实上达到征收的效果?这需要复杂的法律解释作业。

即便在美国,管制性征收案件的裁判也一直是法官智识的博弈之地,围绕管制性征收案件的裁判,口水不断,标准频繁更迭。美国宪法第五修正案规定:未经公平补偿,私有财产不得因公用目的而被征收。^{〔10〕}最早的征收概念事关物理性侵占——即政府在物理意义上侵入私人财产,随后发展出管制性征收的概念——即政府对私有财产的管制走得太远,产生了与物理性侵入相同的效果,也构成征收。^{〔11〕}政府管制究竟走到哪里就算“太远”?政府管制的依据是政府拥有的警察权,^{〔12〕}警察权的行使和征收处于一条线段的两端——一端是警察权,另一端是征收权,警察权行使结束之处即征收出发之地,但美国联邦最高法院却认为:没有一个固定的公式来确定二者的界桩。^{〔13〕}当然,征收的基本原理仍然适用:一部分人承受了按照公平和正义原则本应由公众承受的负担,简称“超过公平份额的负担”。^{〔14〕}但这个公式也只能在粗略的意义上适用于管制性征收——所有管制带来的收益不会均匀地流向所有纳税人,每个人因为管制承受的负担也不会全部一样,经济学甚至发明了“管制俘虏”的概念——管制总是服务于压力集团。^{〔15〕}如果政府要为所有的管制支付补偿,政府将难以为继。于是,法院进退维谷:如果将征收规范的适用疆域无限扩大,源自警察权的政府管制无法进行;如果放任政府依据警察权的管制,“超过公平份额的负担”作为征收的构成要件又难以在逻辑上圆融自洽。美国联邦最高法院寻觅到了“互惠”原理,以“平均利益互惠”概念助力政府管制逃脱过于宽泛的征收规范的羁绊,法理救赎了司法。

为清洁环境,道路畅通,将单双号限行常态化,收益为所有人共享,但负担却不均匀——对没有车的行人,没有带来任何负担;对用车少的人,负担较轻;对用车多的人,负担较重。有车一族能否因为承受了“超过公平份额的负担”,借用管

〔10〕 “Nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” U. S. CONST. AMEND. V.

〔11〕 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393 (1922), 415.

〔12〕 刘连泰. 政府对拟征收不动产的管制[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014(2): 101-105.

〔13〕 美国联邦最高法院在 1986 年讲了这样一段话:没有一套固定的公式,用以判断管制合适结束,征收何时开始。

〔14〕 Armstrong v. United States, 364 U. S. 40 (1960), 49.

〔15〕 王俊豪, 鲁桐, 王永利. 西方国家的政府管制俘虏理论及其评价[J]. 世界经济, 1998(4): 26-28.

制性征收概念,主张单双号限行构成管制性征收?互惠原理能否证成单双号限行常态化的正当性,从而救赎管制?梳理美国法上互惠原理在管制性征收案件中的适用,也许能为我们提供有价值的启迪。

一、利益、损害标准的式微与平均利益互惠原理的早期功能

19世纪晚期以前的美国司法界,一直将利益、损害标准作为认定管制性征收的主臬。如果政府的管制不是为了防止财产的损害,而是增进公共利益,则构成管制性征收;如果政府管制的目的在于防止财产的损害,公共利益不因此增进,则属警察权的行使。^{〔16〕}其中的理由是:阻止妨害被认为是财产权本身的界限,没有从财产权人的利益中析出一部分给公众,无须补偿;征收被认为是从财产权中析出一部分利益给公众,因此需要补偿。

19世纪晚期以前,因土地广袤,土地的利用率偏低,相邻土地用途不兼容的情形尚未大面积出现,政府的土地利用管制并非常态。但随着土地的密集开发,相邻土地用途之间的冲突开始呈现:砖厂周围出现大量的居住区,砖厂排放大量浓烟,影响居民生活;河流的上游地带建造了工厂,污染物流向下游,影响养殖……政府的土地利用管制日益频繁。财产的概念也在悄然变化:财产不是一个物理上的概念,而是一个相互竞争的用途彼此依存的网。^{〔17〕}土地不相容的用途极可能体现为用途客观上彼此冲突,又体现为达致财产的最好最佳用途需要彼此合作,即互惠。但自愿的互惠无法形成,于是政府作为第三者,强制执行互惠。此时,政府成了一个强制互惠的职业机构。执行这种互惠经常遭遇征收挑战——是不是为了一个私人的利益,强制另外一些人承担成本?如此一来,是否构成管制性征收?用以区分警察权行使和管制性征收的利益、损害标准此时显得捉襟见肘。一方面,不兼容的用途之间,很难说谁妨害了谁;另一方面,什么是阻止妨害,

〔16〕 Supino, Christopher. The Police Power and Public Use: Balancing the Public Interest against Private Rights through Principled Constitutional Distinctions[J]. West Virginia Law Review, 2008, 110(2): 711-780.

〔17〕 Sax, Joseph L. Takings, Private Property and Public Rights[J]. Yale Law Journal, 1971, 81: 150.

也极难界定。A 打了 B 的脸一拳,也可以说成 B 的脸挡了 A 的拳头的道;^[18]还有学者更为夸张,“即便是政府直接从我口袋里拿钱,也可能不是剥夺利益而是阻止妨害。这种妨害可能是:我倾向于消费而不是节约,我可能用于坏的消费而不是好的消费,也可能是:我有钱而别人没有。”^[19]

警察权有轻盗窃罪倾向,利益、损害标准却无法给这些灰色地带贴上标签,需要一种新的理论证成政府管制的正当性。

平均利益互惠的概念在库利的时代就出现了,但其原初的功能不是证成政府对财产的管制,而是限制政府对财产的管制。政府对财产的管制必须基于公共利益的考量,但仅仅用公共利益来限制政府管制的恣意显然不够,因为任何为了私人利益的财产管制也会带来公共利益,库利曾经指出:所有的旧房都翻修,所有的洼地都排水,所有难看之地都变得漂亮……这也满足了公众的审美要求。但普通法显然不能仅仅基于此种考量而允许征收不动产,必须进一步考量其他因素。如果管制产生的公共利益是附带的,就需要进一步证成管制的正当性:被管制的财产权人如果也从管制中得到了互惠的利益,则管制正当;否则,不正当。^[20] 一个本用以限制政府管制财产的概念,在利益、损害标准遭遇困境时,却被用来证成政府对财产的管制。其机理何在? 从平均利益互惠的早期功能来看,平均利益互惠是作为公共利益的补强要件呈现的——如果管制只能产生附带的公共利益,则公共利益不能单独证成管制的正当性,需要平均利益互惠的概念补强。而政府土地利用管制也正是在这个节点遭遇尴尬:政府会不会借强制互惠之名,行管制性征收之实? 平均利益互惠概念在此救场,也就顺理成章了。

二、平均利益互惠概念在管制性征收案件中的引入:杰克曼诉罗森鲍姆案

首先提及平均利益互惠概念的案件是杰克曼诉罗森鲍姆案,该案发生在著名的宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案前一个月。案件起因是一部界墙法。

[18] Block, Walter, Yeatts, Guillermo. The Economics and Ethics of Land Reform: A Critique of the Pontifical Council For Justice and Peace's "Toward a Better Distribution of Land: The Challenge of Agrarian Reform"[J]. Journal of Natural Resources & Environmental Law, 1999-2000, 15(1):60.

[19] Ruvenfeld, Jed. Usings[J], Yale Law Journal, 1993, 102(5):1099-1100.

[20] 库利是美国 19 世纪著名法学家。该段引文 Cooley, Thomas M. A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest on the Legislative Power of the States of the American Union (2nd ed.) [M]. Boston: Little, Brown & Co., 1871. 660.

原告杰克曼有一座剧院,与被告罗森鲍姆的土地相邻。根据宾夕法尼亚界墙法,为保证消防安全,相邻房产之间应有界墙。罗森鲍姆开始修筑界墙,准备与杰克曼剧院原有的界墙连接起来。但杰克曼原有的界墙已经斑驳,安全性能大受影响。依照市政当局的命令,罗森鲍姆拆除杰克曼原有的界墙,重新修建。杰克曼剧院原有的进出口正好在界墙的中间,罗森鲍姆修筑界墙耽误了剧院的演出季。为此,杰克曼认为,宾夕法尼亚州的界墙法给其施加了负担,构成未经补偿的征收,且只是为了邻居的利益,不符合公用要件,遂诉诸法院,案件最后到了联邦最高法院。霍姆斯法官书写法院一致意见:警察权的行使“在一些案件中得到支持,理由是我们所称的‘平均利益互惠’,尽管在具体案件,利益不相等。”^[21]霍姆斯法官主要追溯三个判例,来说明“平均利益互惠”作为不予补偿理由的正当性:沃茨诉霍格兰案^[22]、弗布鲁克灌溉区诉布拉德利案^[23]、诺贝尔州银行诉哈斯科尔案^[24]。前两个案件的情形大体相似,沃茨诉霍格兰案事关共担排水系统修建费用立法的合宪性,弗布鲁克灌溉区诉布拉德利案事关共担灌溉系统修建费用立法的合宪性,原告均认为法律强迫他们加入一个合作的体系,并要求他们承担相应的费用,构成未经公平补偿的征收;诺贝尔州银行诉哈斯科尔案事关俄克拉荷马州存款人担保法的合宪性,该法要求各州银行按照其存款的一定比例缴纳一笔资金给政府,将来如有银行破产,就用这些资金赔偿存款人的损失。诺贝尔州银行不愿意加入这个合作体系,不愿支付这笔款项,认为该法强迫银行加入合作体系,并支付费用,构成未经公平补偿的征收。上述三个案件中,法院均认为,当事人虽然承担了费用,但从合作中获得了利益,没有遭受损失,因此,强制合作的立法属警察权行使的范畴,不构成未经公平补偿的征收。上述三个判例道出了“平均利益互惠”的内涵,却并未提出“平均利益互惠”的概念。让人蹊跷的是,霍姆斯法官在杰克曼案中将上述三个判例的判决理由归纳为“平均利益互惠”,但究竟什么是“平均利益互惠”,其适用边界如何,霍姆斯法官语焉不详。更为诡异的是,霍姆斯法官经过长途的判例考证,第一次抛出一个模糊、没有定义的“平均利益互惠”概

[21] *Jackman v. Rosenbaum Co.* 260 U.S. 22(1922). 30.

[22] *Wurts and another v. Hoagland and others, Com'rs, etc.* 114 U.S. 606(1885).

[23] *Fallbrook Irrigation Dist. v. Bradley*, 164 U.S. 112(1896).

[24] *Nobel State Bank v. C. N. Hasekell, G. W. Bellamy, J. P. Connors, J. A. Menefee, M. E. Trapp and H. H. Smock*. 219 U.S. 104(1911).

念,最后却并不以“平均利益互惠”概念来支持宾夕法尼亚州界墙法,认为支持界墙法无须考量“平均利益互惠”问题,因为界墙的习俗在宾夕法尼亚州已持续两百年以上,足以应对依据第十四修正案的挑战。^{〔25〕}

霍姆斯法官判决杰克曼案时,只是将“平均利益互惠”概念作为补强理由,认为界墙习惯存续两百年足以支持受到挑战的法律,但“平均利益互惠”的概念却在后续案件中反复出现,成为消解财产权与征收权紧张关系的利器。为此,霍姆斯法官也颇为自得,在给友人的信件中,霍姆斯以自豪的口吻说,“在判决意见中,我创造了‘平均利益互惠’概念,我想,这个概念干净利落地表达了一些案件判决的理性”^{〔26〕}。也许,霍姆斯法官清醒地看到,“平均利益互惠”概念刚刚提出,尚未获得广泛认可,但该概念又具有超强的解释力,故只让其在杰克曼案的判决中“灵光一闪”。学者在霍姆斯法官的灵光一闪中,捕捉到了“平均利益互惠”概念的内核:财产权人从政府管制中得到的利益是“特殊”的、可“甄别”的,大于政府管制给财产权人施加的负担,“平均利益互惠”原则“就其原始形式看,该规则意在说明,一项土地利用管制给被管制财产权人带来的利益大致等同于施加给他们的负担,这并不违反美国宪法”^{〔27〕}。杰克曼案通过计算用以补偿管制负担的直接利益,在判例法上建立了平均利益互惠。在两个案例中,给请求人的具体、特殊利益可以甄别——界墙提高了安全性,给另一方提供了特殊的服务。两个案例中,成本小于利益,判决驳回了原告的诉求。这种“互惠”可以称为“经济互惠”或“直接互惠”。

三、“经济互惠”原理的展开:宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案

1922年,联邦最高法院判决了宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案,^{〔28〕}该案一般被认为是管制性征收的肇始。也正是在这个案件中,平均利益互惠概念第一次在管

〔25〕 *Jackman v. Rosenbaum Co.* 260 U.S. 22(1922). 31.

〔26〕 Mark D. Howe, 1 *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Justice Holmes and Harold J. Laski* 1916-1935, at 466 (Harvard U., 1953).

〔27〕 Oswald, Lynda J. The Role of the “Harm/Benefit” and “Average Reciprocity of Advantage” Rules in A Comprehensive Takings Analysis[J]. *Vanderbilt Law Review*, 1997, 50(6):1489.

〔28〕 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393(1922).

制性征收认定中绽放光芒。

该案并不复杂。1878年,马洪与宾夕法尼亚煤炭公司签订一项契约,煤炭公司将地表土地转让给马洪,明确保留开采其地下煤炭的权利。马洪接受相应风险,并且放弃要求赔偿因开采煤矿而产生的损失的所有权利。宾夕法尼亚州于1921年5月27日通过《柯勒法》(Kohler Act),该法对地下煤炭的开采施加诸多限制。^[29]马洪遂以该法为依据,要求法院禁止宾夕法尼亚州煤炭公司在其土地下采煤,认为那会导致地面失去支撑,引起地表和房屋下陷。马洪称,不管煤炭公司基于契约能享有哪些权利,它们都已被《柯勒法》所剥夺。^[30]宾夕法尼亚煤炭公司认为《柯勒法》构成对自己财产的未经公平补偿的征收,违反美国宪法中的征收规范。案件最后到了联邦最高法院。

宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案最相关的先例是普利茅斯案。^[31]普利茅斯案涉及一项煤柱法案的合宪性,法院最终判决,该法案“要求每一个相邻的矿主对不予开采的煤层增加弯梁,是两个相邻矿主的利益互惠……这种管制不是为了另一个人利益而给一个人增加负担,而是无偏私、公平和理性的,是对受益的每一个矿主施加普遍的负担”^[32],因而不构成征收。还是煤矿,还是安全,时过境迁,法院要做出与普利茅斯案相同的判决,认定不构成征收吗?霍姆斯法官几乎以先知的口吻言说了——一个先验的命题:“平均利益互惠原理在很多案件中都被认识到了,该原则为多种法律提供正当性辩护。”^[33]法院进一步认为,法院之所以判决普利茅斯案中不存在征收,是因为普利茅斯案中的系争法律提供了平均利益互惠:煤柱保证了雇员的安全,从而避免了给矿主带来经济上的损失。宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案不同,《柯勒法》没有给煤炭公司提供平均利益互惠,因此,构成管制性征收。

其实,在普利茅斯案中,法院根本就没有提及“平均利益互惠”这个概念,将法院的判决理由理解为“平均利益互惠”,是霍姆斯对先例再解释的结果。在霍姆斯

[29] 《柯勒法》规定,开采无烟煤不得造成房屋下陷的后果,但也允许存在某些例外情形。例如,煤矿所有权人拥有煤矿之上的土地,且该幅土地与其他人任何已增值的土地距离150英尺以上。

[30] *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. 393(1922). 412.

[31] *Plymouth Coal Co. v. Com. of Pennsylvania*, 232 U. S. 531(1914).

[32] *Commonwealth v. Plymouth Coal Co.*, 232 Pa. 141(1911). 149.

[33] *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. 393(1922). 415.

看来,只有将普利茅斯案的裁判要旨理解为“平均利益互惠”,才能找到该案与马洪案的连接点,也才能根据先例做出裁判。正是在是否提供“平均利益互惠”这个维度上,马洪案与普利茅斯案分野,法院才得出迥然有别的判决。从法院对马洪案的判决我们可以看出,“平均利益互惠”中的利益,指的是经济利益。也就是说,如果财产权人因政府管制遭受了财产上的损失,如果没有得到经济利益上的补偿,管制就可能被法院视为“走得太远”,从而构成管制性征收。

布兰代斯法官同样认为本案中的柯勒法没有提供“平均利益互惠”,但坚持认为煤炭公司开采地下煤矿构成“公害”,《柯勒法》禁止开采地下煤矿的目的是“防止公害”,属警察权的行使,因而不构成征收。布兰代斯法官在反对意见中谈道:煤炭公司没有得到“平均利益互惠”,除非将这种互惠理解为“在一个文明社会中生活和经营”的利益。^[34]布兰代斯阐述平均利益互惠原理时,其实略带调侃,将“在一个文明社会中生活和经营的利益”理解为“互惠利益”,更是戏语——“社会互惠”的概念几乎以“小丑”的形象登场。但布兰代斯法官这略带狡黠的机智,却歪打正着,成为法院将“经济互惠”概念拓展到“社会互惠”概念的序幕。有学者戏称:平均利益互惠概念其实是布兰代斯法官的私生子。^[35]

四、“社会互惠”概念的嬗变:从佩恩案到安德鲁斯案

(一)“社会互惠”概念的含蓄登场:佩恩中央运输公司诉纽约市案^[36]

1965年,为保护市内历史性地标,纽约市通过《地标保护法》,佩恩公司所有的中央车站随后被确定为历史性地标。1968年1月22日,佩恩公司与一家地产公司签订了一份租期为50年的租赁合同与转租协议,地产公司据此将在中央车站上建造一座高达55层写字楼。接着,地产公司和佩恩公司向地标保护委员会提交了两份建设许可申请,但均被驳回,理由是,在中央车站上建造写字楼会破坏历史地标的风貌。佩恩公司主张,地标保护委员会根据《地标保护法》,驳回其在中央车站上建造写字楼的申请,构成未经公平补偿的征收。案件最终诉至联邦最高法院。

[34] Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393(1922). 422.

[35] Oswald, Lynda J. The Role of the “Harm/Benefit” and “Average Reciprocity of Advantage” Rules in A Comprehensive Takings Analysis[J]. Vanderbilt Law Review, 1997, 50(6):1512.

[36] Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978).

联邦最高法院最后判决:适用《地标保护法》不构成未经公平补偿的征收。佩恩中央运输公司案确立了一系列认定管制性征收的规则,包括三步追问法——即经济影响、投资回报预期及管制的性质,此外还提出手段一目的标准。在衡量佩恩中央运输公司是否因为《地标保护法》的适用而遭受损失时,布伦南法官撰写的多数意见里有这样一段话:《地标保护法》除了适用于中央车站外,“还大量适用于车站以外的建筑……保护地标有益于所有纽约市民和建筑,无论是经济还是生活品质”^[37],这种城市品位的提高也能泽被佩恩中央运输公司。法院多数意见虽没有直接使用“平均利益互惠”的概念,但平均利益互惠的内涵在法院多数意见中游刃——伦奎斯特法官在反对意见中,一语中的地道出了法院判决依据之一是“平均利益互惠”。伦奎斯特法官也依据“平均利益互惠”原则,认为中央运输公司“遭受数百万美元的损失,无法根据地标保护的利益得到补偿”^[38],从而认定《地标保护法》的适用构成对佩恩中央运输公司财产的管制性征收。

相对于宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案的判决,联邦最高法院在佩恩案中隐晦适用的“互惠”概念已经宽泛了很多。“互惠”已不限于经济上的“互惠”,还包括因“城市品位提高”而带来的利益“互惠”,这种“互惠”是间接的“互惠”,是因为管制有利于社会,然后有利于财产权人,被称为“社会互惠”。

(二)“社会互惠”概念的登堂入室:安德鲁斯诉阿拉德案^[39]

亦如前述,佩恩中央运输公司案虽然援引了平均利益互惠的基本原理,但没有直接适用平均利益互惠的概念,更没有直接援引“在一个文明社会中生活和经营的利益”。而且,佩恩中央运输公司案判决的标准很多,平均利益互惠的概念只是一笔带过。在安德鲁斯案和阿金斯案中,联邦最高法院直接适用“社会互惠”的原理,认定财产权人从政府的管制中收获“在一个文明社会中生活和经营的利益”,判决系争管制不构成管制性征收。

安德鲁斯案事关一项禁止出售羽毛的法律的合宪性。1962年的《鹰保护法》和1978年的《候鸟条约法案》(*Migratory Bird Treaty Act*)对候鸟实施严格保

[37] Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978). 134.

[38] Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104(1978). 147.

[39] Andrus v. Allard, 444 U.S. 51(1979).

护^[40]，禁止买卖候鸟及候鸟身体的任何一部分（比如羽毛），禁止买卖在法律实施之前已被屠宰的候鸟，违法者将遭受包括刑罚在内的制裁。阿拉德长期从事印第安手工制品买卖，这些手工制品上装饰了很多候鸟羽毛。在《候鸟条约法案》实施以前，阿拉德已经购进了大量此类手工制品。在《候鸟条约法案》实施之后，阿拉德因仍然出售这些手工制品，遭到刑事指控。阿拉德认为《鹰保护法》和《候鸟条约法案》部分条款违宪，构成未经公平补偿的征收。案件最后到了联邦最高法院。

联邦最高法院用大量的篇幅论证，虽然系争管制影响了阿拉德的财产价值，但并不因此构成未经公平补偿的征收。阿拉德虽然“承受了这些管制的成本”，但这是“在一个文明社会中生活和经营”所必须承受的负担。^[41]换句话说，阿拉德因管制遭受的损失已被“在一个文明社会中生活和经营”的利益所冲抵，因此，两部法律的部分条款并不构成管制性征收。

五、“经济互惠”和“社会互惠”的纠结

“经济互惠”概念要求的“互惠”是直接的、财产利益上的“互惠”。“社会互惠”概念完全突破“经济互惠”的边界，是间接的、超越财产利益上的“互惠”：管制通过提升“社会利益”，间接惠及受到管制影响的财产权人；财产权人得到的互惠利益是“在一个文明社会中生活和经营的利益”。一项管制如果满足了“经济互惠”的要求，就无须继续考量是否满足“社会互惠”的要求；如果一项管制不满足“经济互惠”的要求，还需考量是否满足“社会互惠”的要求。不满足“经济互惠”要求，但满足“社会互惠”要求的管制是否一定合宪？如果满足“社会互惠”要求的管制一定合宪，就意味着“社会互惠”概念彻底取代“经济互惠”概念——满足“经济互惠”要求的管制一定满足“社会互惠”要求，但满足“社会互惠”要求的管制却不一定满足“经济互惠”要求。“经济互惠”要不要为“社会互惠”规定边界？

（一）没有任何“经济互惠”的“社会互惠”不能证成管制合宪

“经济互惠”概念考量财产权人的负担和收益之间的比例关系，如果负担远超收益，则不满足“经济互惠”要求；如果负担大致等于收益，则满足“经济互惠”要

[40] Bald Eagles Protection Act, § 1 et seq., 16 U. S. C. A. § 668 et seq.; Migratory Bird Treaty Act, § 2 et seq. as amended 16 U. S. C. A. § 703 et seq.

[41] Andrus v. Allard, 444 U. S. 51 (1979). 67.

求。如果一项管制完全剥夺财产权,却满足“社会互惠”的要求,该管制仍然违宪。

霍德尔诉欧文案。^[42] 1983年,美国国会《印第安土地合并法》规定,太小的不可分土地(一宗土地中的份额小于2%,且收成上一年度少于100美元)的所有人不能将土地继承给后人,也不能遗赠给他人,应该交给部落,以整合起来产生更大的收益,并不予补偿。^[43] 欧文是南达科他州奥格拉拉苏部落成员,其父辈拥有一块土地,正好符合上述情形。欧文认为《印第安土地合并法》构成未经公平补偿的征收。案件最后到了联邦最高法院。

联邦最高法院在考量《印第安土地合并法》对当事人财产的影响时,也认为欧文等人尽管被剥夺了对土地的继承权,但作为部落成员,可以享受到“平均利益互惠”,其他人的小宗土地也被充公,而且,财产权人被剥夺的权利很少,土地整合后的收益远大于土地分散经营带来的收益。如果按照“社会互惠”的概念,《印第安土地合并法》中的相关条款就应被判合宪。但联邦最高法院忽然笔锋一转,从政府行为性质的角度展开论证,认为政府完全剥夺财产权人的权利,不属于警察权的行使,仍然构成未经公平补偿的征收。

随后,联邦最高法院在卢卡斯诉南卡罗来纳州海岸管理委员会案的判决中再次表达了与此相似的观点。^[44] 卢卡斯于1986年在南卡罗来纳州查尔斯顿县棕榈岛购买了两块住宅用地,准备建造单户住宅。然而,这却被南卡罗来纳州海岸管理委员会禁止,依据是该州1988年通过的《海滨地区管理法案》。卢卡斯认为,海岸管理委员会的禁令,导致其土地价值全无,构成未经公平补偿的征收。联邦最高法院支持了卢卡斯的观点:“在土地的全部生产性或营利性用途都被禁止的情况下,仍然想当然的认为,这只是立法机关‘调整经济生活中的利益和负担’,以此确保每个利害关系人都获得‘平均利益互惠’,这种假设显然不太现实。”^[45]

从联邦最高法院的上述判例可以看出,“平均利益互惠”的概念只适用于部分征收的案件,即只适用于裁判那些部分剥夺财产权人利益的案件:当一项管制彻底剥夺财产权人利益时,没有适用平均利益互惠的空间。如果将财产权人的损失

[42] Hodel v. Irving, 481 U.S. 704 (1987).

[43] Indian Land Consolidated Act, § 207, as amended, 25 U.S.C.A. § 2206.

[44] Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992).

[45] Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992). 1017.

理解为负担,从管制中流淌出来的利益理解为收益——这种收益可能是“经济互惠”,也可能是“社会互惠”,都应有特定的媒介——剩余的不动产。如果不存在剩余的不动产,或者虽然存在剩余的不动产,却被剥夺全部的财产利益——财产完全变为给公众提供服务的工具,财产权人事实上也难以居住和生活在一个文明社会中“受惠”。收益没有特定的指向,故平均利益互惠没有适用的空间。

（二）没有实质性促进政府目标实现的管制不能用“社会互惠”证成

诺兰诉加利福尼亚海岸委员会案。^{〔46〕} 诺兰夫妇在其拥有的一块临海土地上建造了住宅,但由于年久失修,他们决定拆除并建设新住宅。1982年2月25日,他们向加州海岸委员会提交了海岸开发许可申请,但却被告知要想获得开发许可,他们必须让出一块土地供公众通向海边。诺兰夫妇反对附加的条件,认为这构成未经公平补偿的征收。案件最后到了联邦最高法院。

四名发表反对意见的法官则以平均利益互惠原则为由支持附加的条件。布伦南法官认为,诺兰得到许可的利益大大超过让出一点土地供公共通行带来的损害。同时,海岸委员会也要求其他土地所有人让出一点土地,这也便利了诺兰去海岸的其他区域。从“社会互惠”的角度看,诺兰得到了“在一个文明社会中生活和经营的利益”。但多数意见却认为,“如果土地用途管制‘实质性促进合法的政府利益’,而且没有完全‘剥夺所有者对其土地的经济可行性用途’,它就不构成征收”^{〔47〕}。多数意见认为,海岸委员会要求诺兰夫妇让出一块土地供公众通行,并不能实质性促进政府目标的实现,构成未经公平补偿的征收。

从该案的多数意见可以看出,社会互惠其实也是收益成本的考量。如果社会得到的利益少于财产权人支付的成本,财产权人从社会互惠中得到的利益必然小于其承受的负担,本案事实上以成本收益分析法描绘出社会互惠的边界。

（三）过于严苛的管制不能用“社会互惠”证成

多兰诉蒂加德市案。^{〔48〕} 多兰的一宗土地位于蒂加德市中心商业区的梅恩街,沿溪流建造了一个店铺,还剩一些空地。为扩大店铺面积,多兰向市政府提出重新开发该地块的许可申请。市规划委员会要求多兰捐出部分土地用于改进溪流沿岸的暴雨排水系统,还要求她再捐献土地另一侧的部分面积用作人行道和自

〔46〕 Nollan v. California Coastal Commission, 483 U. S. 825(1987).

〔47〕 Nollan v. California Coastal Commission, 483 U. S. 825(1987). 834.

〔48〕 Dolan v. City of Tigard, 512 U. S. 374(1994).

行车道,之后才能批准其许可。多兰认为构成未经公平补偿的征收,案件最后到了联邦最高法院。

斯蒂文斯法官认为,市规划委员会要求多兰捐献土地,可以“拓宽水路,可以大幅便利运输”,政府的管制合宪。斯蒂文斯法官采用的路径显然是“社会互惠”,虽然只有多兰被要求捐献土地,但多兰捐献土地后,便利了公众,也便利了自己,市规划委员会的行为并不构成管制性征收。联邦最高法院的多数意见同样认为市规划委员会的管制是为了公共目标,而且要求多兰捐献土地与促进合法公共目的之间存在实质性关联,但认定管制过于严苛,“虽然不要求负担和利益之间有精确的数学上的关系……但该市应该做出一些努力证明其认定的结论”^{〔49〕}。联邦最高法院最后判决:市规划委员会的行为构成管制性征收。

马洪案中,联邦最高法院曾以管制“走得太远”为由认定政府行为构成管制性征收,多兰案中,联邦最高法院几乎以相同的句式,以管制“过于严苛”为由认定“满足社会互惠”要求的政府行为构成管制性征收。

“社会互惠”与“经济互惠”有相通之处:被管制财产的所有人都得到了利益,而且得到的利益大致等同于自己承受的负担。只不过财产权人从“经济互惠”中得到的利益是直接的、财产性的利益,而从“社会互惠”中得到的利益是间接的、不限于财产性利益。“没有实质促进政府目标实现”的管制因财产权人得到的利益太少,不能用“社会互惠”证成;“过于严苛”的管制则因财产权人付出得太多,同样不能用“社会互惠”证成。

六、“平均利益互惠概念”正当性的补强

“平均利益互惠”概念之所以能证成管制的正当性,使其免于征收规范的拘束,原因在于:管制必须对财产权人产生经济影响,即克减其财产利益到一定程度,才可能构成征收。但法院经由“平均利益互惠”原理认定,管制虽然给财产权人增加了负担,但由于财产权人也从管制中得到了利益,故政府管制不构成征收。但这种论证路径本身也面临正当性追问,尤其是“社会互惠”概念——模糊当事人负担和收益之间的比例关系,如何证成?是否存在脱离管制性征收三要素的论证方法?

〔49〕 Dolan v. City of Tigard, 512 U. S. 374(1994). 395-396.

在多兰案前以及随后的一些判例中,联邦最高法院用大量的篇幅论证“平均利益互惠”概念的正当性。

(一) 类比征税证成“社会互惠”概念的正当性: 启斯东烟煤协会诉德本迪克提斯案^[50]

宾州立法机关于1966年制定的《烟煤矿下陷和土地保护法案》第4条规定:禁止在下述三类建筑下方开采,以防造成下陷损害:公共建筑和通常由公众使用的非商业性建筑;居所;墓地。法案还授权宾州环境资源局制定和执行一项综合规划以阻止或尽量减少下陷事故。环境资源局根据该法案授权,要求受法案第4条保护的建筑物下方50%的煤炭储量不能开采。

1982年,启斯东烟煤协会认为,环境资源局的管制构成未经公平补偿的征收,并认为本案可直接适用马洪案的规则。案件最后到了联邦最高法院。联邦最高法院认定政府管制不构成管制性征收,理由之一就是“平均利益互惠”:《烟煤矿下陷和土地保护法案》要求煤炭公司将50%的煤遗留在地下,以支持地表建筑物,“每个人都因这种限制承受了负担,但都对对别人的限制中收获了利益”^[51]。至于财产权人承受的负担与得到的利益之间的比例关系,法院在这段话的脚注中给出了解释,基本的思路是将征收与征税类比,“征收规范从来就不要求美国各州或各法院讨论一个具体的个人,在某一规则下承受的负担是否超过了其享受的利益。并不是每一个人都从其纳税中享受到了足够的利益,但是,没有一个人可以因为他纳税的数额超出他从中享受到的利益而请求补偿”^[52]。

美国法上,征税行为一般不受征收规范的约束,因为征税行为很难放置在负担“不合比例”原则的语境下解释。也就是说,公民从纳税中获得的收益基本上无法在定量的意义上考证。^[53] 启斯东烟煤协会案中,法院将征收与征税相比,这意味着法院将财产权人的负担与收益之间的联系充分模糊化,拒绝考量财产权人损失与收益之间的联系。法院以征税的正当性类比“平均利益互惠”概念的正当性,巧妙转移了“平均利益互惠”正当性的证成负担。

[50] *Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987).

[51] *Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987). 491.

[52] *Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987). 491, n. 21.

[53] 刘连泰. 宪法上征收规范的效力是否及于征税: 一个比较法的观察[J]. 现代法学, 2009(3): 119-126.

（二）以财产权的社会义务证成“平均利益互惠”概念的正当性：圣莫雷酒店诉旧金山案^[54]

圣莫雷酒店将部分客房改为酒店式公寓，减少了客房数，这意味着减少了旧金山接待游客的能力。为此，旧金山市和旧金山县依据《酒店转化条例》(*Hotel Conversion Ordinance*)，要求该酒店支付一笔开发影响费。圣莫雷酒店认为该规定构成未经公平补偿的征收。加利福尼亚最高法院支持政府管制，联邦最高法院维持加利福尼亚最高法院的判决。

法院首先认定，财产权人从管制中得到的利益不一定是直接的、经济性的利益，也可以是间接的、抽象的，即“在一个文明社会中生活和经营的利益。”法院认为，旧金山的管制令可以“让每个财产权人从中受益”，通过使旧金山社会和文化多元，吸引游客，间接有利于度假酒店。法院接着论证，财产权人应该为公共利益牺牲一些自己的利益，“平均利益互惠不要求精确平衡因一部法律承受的负担和收获的利益，也不要求所有财产权人的负担精确的平等，但在一个利益——经济利益或非经济利益——连锁的体系中，一个民主社会的参与者可能都希望得到，这也就要求每个人为了公共利益，一直要牺牲一些利益——经济利益或非经济利益”^[55]。

财产权的社会义务是德国基本法中的规范，美国宪法并无相应的法条。美国宪法第五修正案将“公用”作为正当化征收的理由，法院进一步将其拓展为认定某些管制不构成管制性征收的依据。法院将财产权人的利益和公共利益放在一个交互的语境中考量，认为财产权人从公共利益中享受到了好处，就应该为此做出财产上的牺牲，这几乎与德国法上财产权的社会义务概念相通。^[56]

（三）从民主原则证成“平均利益互惠”概念的正当性：塔霍-塞拉保护委员会诉塔霍区域规划局案^[57]

塔霍湖盆地位于美国加利福尼亚州和内华达州交界处，是内华达山脉北部断层形成的淡水湖。为保护塔霍湖的自然风景，两州立法机关于1968年共同通过

[54] *San Remo Hotel v. City and County of San Francisco*, 545 U. S. 323(2005).

[55] *San Remo Hotel L. P. v. City And County of San Francisco*, 27 Cal. 4th 643(2002). 675.

[56] 参见张翔. 财产权的社会义务[J]. 中国社会科学, 2012(9):100-119.

[57] *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U. S. 302 (2002).

《塔霍区域规划协定》(1980年修正),成立塔霍区域规划局。1981年6月25日,塔霍区域规划局为保护塔霍湖区风景,根据《塔霍区域规划协定》及其修正案,决定暂停许可对该地区的开发,持续时间为32个月。塔霍湖保护委员会是代表塔霍湖盆地业主的非营利组织,近2000名业主在1980年《塔霍湖区域规划协定》修正案生效前就已购买塔霍湖的自然风景内的土地,拟建造养老或度假住宅。业主认为,塔霍区域规划局暂停许可开发风景区内的土地,相当于在一定期限内全部剥夺了财产的经济用途,构成未经公平补偿的征收。塔霍区域规划局颁发暂停开发许可的禁令有明确的规范依据,即《塔霍区域规划协定》修正案的相关条款,争议的焦点是《塔霍湖区域规划协定》修正案相关条款的合宪性。案件最后到了联邦最高法院,联邦最高法院于2002年4月作出终审判决,认为塔霍区域规划局依据《塔霍区域规划协定》修正案的相关条款颁发禁令不构成管制性征收。

法院认为:推迟许可或者临时限制许可是正当的警察权行使,根据分权原则,法院不能对此置喙,因为改变禁令就意味着变更立法,“要对法律做如此重大的变化,应是立法的产物,而不是司法的产物。……32个月暂停开发正是为了让大家充分讨论,避免做出草率低效的决定”^[58];而且,规划局的禁令会使塔霍湖的湖水更加清澈,业主财产的价值会随之增长,业主从政府的管制中可以得到清晰的“利益互惠”^[59];最后,法院拒绝判断禁令期限是否适当,至于业主从管制中得到的利益能否补偿其损失,“将这一任务交给立法机关更合适”^[60]。

在塔霍湖案中,法院没有简单地“以案论案”,而是“以案说法”,将平均利益互惠作为法院判断管制性征收的一般立场。也就是说,法院做了一个近似于“合宪性推定”的判断——多数情形下,管制都可以形成互惠利益,不构成征收。法院不要求政府提供量化的、经验的数据,以证明互惠利益的存在,认为将其交给立法机关判断就可以了。这也就意味着,法院可能更宽泛地适用“平均利益互惠”原则。

[58] Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U. S. 302 (2002). 335.

[59] Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U. S. 302 (2002). 341.

[60] Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U. S. 302 (2002). 342.

七、结语：互惠理论对单双号限行常态化管制措施的救赎

如果北京将汽车单双号限行措施常态化，互惠原理能否将该项管制从征收的泥沼中救赎出来？

如前文所述，不合比例负担是判断管制是否构成管制性征收的一般标准，即“一部分人承受了按公平和正义原则应由全体公众承受的负担”，就构成管制性征收。政府管制面临的悖论是：任何管制流淌出来的利益都不是匀质分布的，同样，每个社会成员承担的成本必然不完全相同。一方面，承受不平等的负担无规范上的依据；另一方面，如果只要比别人多承受了一点负担，就可以要求补偿，则政府无以为继。但政府无以为继不能作为让财产权人多承受负担的正当性理由：财产权是先在的，不能以政府的存续为由证成对财产权的侵蚀。于是，“平均利益互惠”的概念登场。这事实上是一个模糊财产权人负担和收益比例的概念工具，旨在磨平财产权规范过于刚性的棱角，给政府管制留下必要的空间。但另一方面，互惠概念又不能走得太远，否则将根本颠覆财产权规范。于是，我们需要利用互惠原理在两极之间寻找平衡点。寻找平衡点的过程是一个计算的过程，大体上包括两个公式：

经济互惠公式。“一项管制给财产权人带来的利益大体上等同于施加给他们的负担，该管制措施不违反宪法”^{〔61〕}，且无须补偿。按照经济学更刚性的语言，如果管制的变化不仅给财产施加了负担，而且带来了直接的利益，不构成需补偿的征收。

社会互惠公式：“如果一项管制给社会带来的利益粗略地等同于给财产权人施加的负担，不构成需补偿的征收。”^{〔62〕}因为受到管制的土地所有人作为社会的一员，与其他成员一样平等受益。不构成需补偿的征收。

从上述两个公式可以看出，“平均利益互惠”概念采用的是效益标准：“经济互惠”概念适用帕累托改进原理——“假定固有的一群人和可分配的资源，从一种分配状态到另一种状态的变化中，在没有使任何人境况变坏的前提下，使得至少一

〔61〕 Oswald, Lynda J. The Role of the “Harm/Benefit” and “Average Reciprocity of Advantage” Rules in A Comprehensive Takings Analysis[J]. Vanderbilt Law Review, 1997, 50(6): 1489.

〔62〕 Oswald, Lynda J. The Role of the “Harm/Benefit” and “Average Reciprocity of Advantage” Rules in A Comprehensive Takings Analysis[J]. Vanderbilt Law Review, 1997, 50(6): 1489.

个人境况变得更好”^{〔63〕}，“社会互惠”概念适用卡尔—希克斯改进原理——“只要某种变革提高生产效率，经过足够长的时间后，受损者就会自然地得到补偿。在长时间的一系列政策改变中，这次变革使这部分人受益而另一部分人受损，下次变革则可能使这部分人受损而另一部分人受益，相互抵消后益大于损，就意味着社会福利的增大。”^{〔64〕}

我们可以用上述两个公式分析汽车单双号限行措施常态化。

经济互惠公式。如果在车主中考量利益和负担分配的比例关系，则符合经济互惠公式：单号车不出行，双号车出行更通畅；双号车不出行，单号车出行更通畅。但我们显然不能仅在车主中考量利益和负担分配的比例关系——汽车单双号限行措施常态化的目的除了解决交通拥堵问题之外，还有减轻环境污染，受益人不限于车主。在车主和没有购买汽车的市民之间，利益和负担的分配不成比例——车主付出了更多的负担（一辆车变半辆车），但享受的利益却是一样的——空气比以前更清洁，出行比以前更通畅。车主的损失无法从没有购买汽车的市民那里得到补偿——汽车单双号限行常态化并未损害没有购买汽车的市民任何利益。

社会互惠公式。汽车单双号限行措施常态化能使空气更清洁，环境更美丽，社会总体福利增加，车主也能从中得到收益，即从管制中间接受益，即收获“在文明社会中生活和经营的利益”。接下来需要讨论的问题是：汽车单双号限行常态化是否为不能带来任何“经济互惠”的管制？如果是，则不能认定该管制符合社会互惠公式；能否实质性促进政府目标实现？如果不能，也不符合社会互惠公式；该管制是否过于严苛？如果是，还是不符合社会互惠公式。如上文所述，汽车单双号限行常态化并不是没有带来任何经济互惠，道路通畅也会减少车主出行的成本；根据生活经验，汽车单双号限行常态化可以部分减少车辆使用率，从而有利于道路通畅，同时减少汽车尾气污染，即能实质性促进政府目标实现；该管制没有将车主的财产价值减少到几乎为零的程度，不能认定为过于严苛。因此，汽车单双号限行常态化符合社会互惠公式。

互惠原理是一个“魔法字眼”^{〔65〕}，我们无论怎样将其公式化，都无法达致数学

〔63〕 参见厉以宁，吴易风，李懿．西方福利经济学述评[M]．北京：商务印书馆，1984：85．

〔64〕 曾艳玲．英汉西方经济学词典[M]．北京：机械工业出版社，2003：428-429．

〔65〕 Wade, William W., Bunning & Robert L. Average Reciprocity of Advantage: “Magic Words” or Economic Reality—Lessons from Palazzolo[J]. Urban Lawyer, 2007, 39(2): 364.

所要求的精确度。但“无论何时,我们创立一个法律规则时,都要容忍在边缘处,存在着某种不确定性。一个良好的社会制度,不会因检验所有法律规则的某种边缘分类问题而站立或坍塌”^{〔66〕}。互惠原理在讨论政府管制是否构成征收时出场,扮演救赎者的角色,并不是要置换征收法的一般原理,也不旨在颠覆财产权,而是削平财产法和财产权过于刚性的棱角,避免社会和个人、权力和权利陷入“双输”的窘境。

当然,对于汽车单双号限行措施常态化的分析还有很多其他进路,互惠原理仅仅能够论证:该项管制措施不构成需补偿的征收。不构成管制性征收并不意味着一定符合比例原则,也不意味着一定就符合法治原则。要论证汽车单双号限行措施常态化的合宪性和合法性,还需要其他的法律解释作业。

〔66〕 Epstein, Richard A. Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain [M]. Massachusetts: Harvard University Press, 1985. 114.

后凯洛时代作为征收理由的“公用”判断标准

——以州法院的判决为线索

刘玉姿*

摘要:联邦最高法院于2005年做出的凯洛诉新伦敦市案判决,无论在政治层面,还是在司法层面,都导致了广泛的反制运动,成为美国征收理论发展中具有里程碑意义的判例。本文主要以凯洛案后州法院判决的典型征收案件为线索,考察了州法院对待凯洛式征收的态度,并试图对这种司法回应做出解释,以期对中国的征收理论及实践有所启示。导言部分阐述了讨论后凯洛时代公用判断标准的必要性。凯洛案判决在美国引起了前所未有的冲击,也为中国学术界普遍关注。凯洛案及由之延伸的征收案件对商业开发目的的讨论,对于解决中国征收发展中普遍存在的公共利益与商业开发之间的冲突有重要意义。第一部分介绍了凯洛案的基本案情、判决的主要内容及其导致的立法回应。联邦最高法院通过凯洛案确立了公用判断上极端遵从的司法审查路径,肯认纯粹以商业开发为目的的征收符合公用标准,并强调法院对幌子征收的审查。立法层面就此掀起了广泛反制,但事实上并未为公民财产权提供更好的保护,对凯洛式征收的反制仍然仰赖司法之手。第二部分描绘了后凯洛时代公用判断上的州法院图景。通过将州法院的征收判决类型化为直接否定凯洛式征收、限制凯洛式征收、普遍反制凯洛式征收的例外,本部分总结了后凯洛时代州法院在对待公用问题上的特点。第三部分结合前文所描述的州法院征收案件,对后凯洛时代的幌子征收问题做了详细阐述,并初步讨论了凯洛案判决以及理论上现有的幌子征收识别标准。第四部分分析了凯洛案之州司法回应的特点——衰败区征收与以商业开发为目的的征收之间的纠葛,以州法院典型案件中的“衰败”与“商业开发”之间的关系为线索,回顾了两者关系在司法及政治层面上的变迁。第五部分试图从分权原则和新司法联邦

* 刘玉姿,厦门大学法学院助理教授。

主义两个角度对后凯洛时代州法院的公用判断图景做一解释。分权原则影响了法院对司法遵从路径的选择,而新司法联邦主义则强调州法院可以通过解释州宪法为私有财产者提供更有力的保护。结语部分考察了后凯洛时代公用判断标准对中国的启示。公共利益作为对征收权的限制无法从理论上彻底厘清,法院应当承担起判断公共利益的责任,而商业开发是否可以作为征收的目的之一,应当参酌社会发展的需要,结合具体案件做出判断。

关键词: 凯洛案;商业开发;司法遵从

导言:为什么讨论后凯洛时代的公用判断标准

2005年,联邦最高法院作出的凯洛诉新伦敦市案^{〔1〕}(*Kelov. City of New London*)判决采纳了司法权极端遵从立法判断的路径,在尊重议会的公用认定前提下,肯定了纯粹以商业开发为目的的征收符合联邦宪法第五修正案的征收条款。^{〔2〕}理论界及实务界普遍认为凯洛案的极端遵从路径实质上放弃了司法作为公民财产权保护之最后屏障的地位,直接触及了美国宪政的核心价值。正因此,凯洛案在美国法律史上引起了前所未有的冲击^{〔3〕},导致民众以及不同政治阵营的强烈反制。民意测验表明,超过80%的民众极力反对凯洛案。^{〔4〕}而凯洛案后的短短几年内,已有44个州以宪法修正案或立法改革的形式展开对凯洛案的广泛反制,诸多州法院也纷纷在征收案件中立场鲜明地反对凯洛案判决,举国上下怨声载道,凯洛案反制运动高潮迭起。

凯洛案判决在美国征收发展中具有里程碑式的意义,许多学者直接以“后凯

〔1〕 *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469(2005).

〔2〕 凯洛案法律意见所用为“economic development”,考虑到中国多称为“商业开发”,在探究相关案例的过程,我国意义上的商业开发与凯洛案所谓的“economic development”在内涵上似乎差别不大,本文统一翻译为商业开发。

〔3〕 最近的可比判例,如联邦最高法院1972年判决的 *Furman v. Georgia* 案(408 U.S. 238),宣告当时存在的所有死刑法律无效,这导致1972—1976年,约35个州及联邦政府制定了新的死刑法规?又如马萨诸塞州最高法院2003年判决的 *Goodridge v. Department of Public Health* 案,根据州宪法批准了同性婚姻,导致2003—2008年,约30个州制定了禁止同性婚姻的宪法修正案。而如下文所述,凯洛案引起了44个州以宪法修正案或立法改革方式的反制。可见,这两个案件都没有产生像凯洛案这样如此广泛的冲击。

〔4〕 *Somin, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo*[J]. *Minnesota Law Review*, 2008-2009, 93(6): 2100-2178. 该文指出,根据 Zogby 与 Saint Index 所作的民意调查,无论是按地域还是按其他分类,对凯洛案的不支持度基本保持在80%左右。

洛时代”(A Post-kelo Era)冠名此后的征收发展。^{〔5〕} 凯洛案判决的里程碑意义不仅体现在征收权与财产权长期纠结之后,财产权地位的显著降低;^{〔6〕}也体现在公用概念经历了由狭义的“公众使用”(used by the public)和“公共所有”(public ownership)到广义的“公共目的”(public purpose)或“公共利益”(public benefit),进一步被虚置,正如奥康纳法官(Justice O'Connor)在凯洛案反对意见中所警示的,多数意见认可纯粹的商业开发为一项合宪公用,这意味着任何财产都可能因征收机构认为没有做到最优利用或利用不足而被认定为商业开发所必需。后凯洛时代以各州立法与司法层面上对凯洛式征收的反制为特点,使得凯洛案判决本身的意义在各州立法与司法实践中不断延伸,理论上对凯洛案判决的讨论也逐渐走向细致化,凯洛案判决所涉及的各种要素,如综合规划、联邦主义、幌子征收等,也成为理论界的研究焦点,学术著作纷纭迭出。^{〔7〕}

根据美国联邦宪法第五修正案和第十四修正案的规定,一项合宪的征收必须符合以下三个条件:(1)该项征收是为了公用(public use);(2)该项征收已经支付给财产所有者公平补偿(just compensation);(3)征收符合正当程序原则。本文着重讨论的即是征收之公用要件,这一术语与中国法上作为征收权行使的限制条件的“公共利益”在内涵和外延上可以通约。公用作为一个不确定法律概念,联邦最高法院承认其因应社会需要的变化而变化,并通过几个世纪以来的判例确立了一系列较为成熟的判断标准。在不动产征收理论上,考察美国法的判例及规定历来就是中国学界的研究路径之一,尤其在“公用”问题上,更是时刻关注美国法之

〔5〕 凯洛案后的相关讨论文章中,类似的用语还有“Post-Kelo World”或“After Kelo”,如 Lefcoe, George. Redevelopment Takings after Kelo: What's Blight Got To Do With It? [J]. Southern California Review of Law and Social Justice, 2008, 17(3): 803-854; Epstein, Richard A. Public Use in a Post-Kelo World[J]. Supreme Court Economic Review, 2009, 17: 151-172. 实质认为凯洛案判决对公用判断标准的发展有着深刻的影响,甚至发生了前所未有的变化,详见下文分析。

〔6〕 Jackson, Janet Thompson. What Is Property? Property is Theft: the Lack of Social Justice in U. S. Eminent Domain Law[J]. St. John's Law Review, 2010, 84(1): 63-116; 林彦,姚佐莲. 美国土地征收中公共用途的司法判定——财产权地位降格背景下的思考兼对我国的启示[J]. 交大法学, 2010(1): 211-221.

〔7〕 代表性文章如 Garnett, Nicole Stelle. Planning as Public Use? [J]. Ecology Law Quarterly, 2007, 34(2): 443-470; Kelly, Daniel B. Pretextual Takings: Of Private Developers, Local Governments, and Impermissible Favoritism [J]. Supreme Court Economic Review, 2009, 17: 173-236; Schultz, David. Economic Development and Eminent Domain after Kelo: Property Rights and Public Use under State Constitutions[J]. Albany Law Environmental Outlook Journal, 2006, 11(1): 41-88.

演变,著述颇多。^{〔8〕} 凯洛案不仅在美国引起了举国轰动,也在中国掀起了一阵讨论狂潮。

反观中国征收领域,国内由于不动产征收导致的各种纠纷俨然已经上升为一种不容忽视的社会现象。在“暴力拆迁”“拆迁自焚”“官商勾结”等词汇为中国的城市化进程打下深刻烙印的同时,土地征收作为一种经常使用的城市发展和“旧城改造”手段,已经成为扰公民安宁、乱社会秩序的罪魁祸首。^{〔9〕} 据统计,当今土地征收实例中,70%~80%属于商业开发,^{〔10〕}由开发商主导的城市建设日益普遍,商业开发越来越成为城市房屋与土地征收的主要形式。然而,须得注意的是,此一征收形式下商业利益与公共利益盘根错节,事实上难以完全区分,部分政府或开发商难免打着公共利益的幌子,以商业开发的形式,追逐商业利益。此外,实务中,寻求司法救济的征收案件多集中在征收补偿和征收程序问题上,法院本身也基本上对公共利益问题缄默不言。^{〔11〕} 一方面不动产征收导致的冲突要求厘清公共利益问题;另一方面司法审查对公共利益问题几无涉足,这形成了鲜明对比。

公共利益判断的关键在于:(1)由谁来确定公共利益;(2)如何确定公共利益。长期以来,学界关于“公共利益”的讨论卷帙浩繁,但分歧也层出不穷,理论上仍未

〔8〕 代表性著作及译著:刘连泰,《宪法文本中的征收规范解释——以中国宪法第十三条第三款为中心》[M],北京:中国政法大学出版社,2014;冯桂,《美国财产法——经典判例与理论研究》[M],北京:人民法院出版社,2010;章彦英,《土地征收救济机制研究:以美国为参照系》[M],北京:法律出版社,2011;〔美〕理查德·A.艾珀斯坦,《征收:私人财产和征用权》[M],李昊,刘刚,翟小波译,北京:中国人民大学出版社,2011;邢益精,《宪法征收条款中公共利益要件之界定》[M],杭州:浙江大学出版社,2008。薛源,编著,《美国财产法》[M],北京:对外经济贸易大学出版社,2006。代表性论文如:张千帆,《“公共利益”困境与出路:美国公用征收条款的宪法解释及其对征收权的启示》[J],《中国法学》,2005(5):36-45;姚佐莲,《公用征收中的公共利益标准——美国判例的发展演变》[J],《环球法律评论》,2006(1):107-115;刘连泰,《将征收的不动产用于商业开发是否违宪——对美国相关判例的考察》[J],《法商研究》,2009(3):145-151;林来梵,陈丹,《城市房屋拆迁中的公共利益界定——中美“钉子户”案件的比较》[J],《法学》,2007(8):25-30。

〔9〕 这主要体现为近年来征收导致的暴力事件频频发生,如搜狐新闻,《湖南嘉禾县政府:谁影响发展我影响他一辈子》[EB/OL],<http://news.sohu.com/2004/05/08/17/news220041782.shtml>,2012-06-01;天涯论坛:《全国首例城市商业开发政府充当拆迁人的强制拆迁闹剧疯狂上演》[EB/OL],<http://www.tianya.cn/publicforum/content/house/1/90828.shtml>,2012-06-01;凤凰网,《政府暴力拆迁唐福珍自焚身亡》[EB/OL],<http://finance.ifeng.com/opinion/fengping/18.shtml>,2012-06-01;百度百科,《“9·10”江西宜黄拆迁自焚事件》[EB/OL],<http://baike.baidu.com/view/4352567.htm>,2012-06-01;南方周末,《新“贪吃蛇”游戏——一条地铁引发的拆迁博弈》[EB/OL],<http://infzm.com/content/53573>,2012-06-01。

〔10〕 冯雪梅,《城市商业拆迁法律问题研究》(硕士学位论文)[D],吉林:吉林大学,2011。

〔11〕 在北大法宝上,以“土地征收”为标题,共查找到相关行政案件7篇;以“房屋拆迁”为关键词,共查找到相关行政案件466篇,法院在讨论这些案件多是针对补偿与程序方面,鲜见关于公共利益问题的。

达成普遍共识。诉诸规范,中国征收之公共利益要件的规范依据演变以2011年1月19日颁布实施的《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《征收补偿条例》)为转折点。《征收补偿条例》颁布实施之前,关于征收之“公共利益”限制的相关规范均未对“公共利益”做明确且具体的规定,或流于狭隘,或失之概括;^[12]尤其备受诟病之处在于没有区分公共利益与商业利益,房屋征收中公私不分。^[13]然而,“千呼万唤始出来”的《征收补偿条例》似乎并未如愿解决公共利益与商业利益的纠葛。《征收补偿条例》第八条首次以列举结合兜底条款的方式相对具体地规定了作为征收限制理由的“公共利益”。该条开门见山地指出,所谓公共利益的需要限于“保障国家安全、促进国民经济和社会发展”,尽管有学者认为“‘国民经济’不可简单地等同于具体的商业开发项目,而主要是指对经济发展起基础性作用、支持性作用的公共经济发展,如基础设施建设、公共事业建设等”^[14];但就备受争议的“旧城改造”而言,就有学者指出“旧城区改建征收房屋的相关土地可以用于工业、商业、旅游、娱乐、办公等,不能因此而否认符合法定条件的旧城区改建征收房屋是为了公共利益的需要……一方面应严格限定相应的征收条件、程序和补偿安置……另一方面不应过分限制征收房屋相关土地的使用,从而实现土地的高效利用,促进经济社会效益的最大化。相关用地只要符合有关法律法规、规划等规定即可,不对用途做特别限制”^[15]。此外,兜底条款的存在也为“公共利益”界定提供了很大的回旋空间。由此可见,《征收补偿条例》中公共利益条款的适用仍然需要复杂的法律解释作业;商业开发与公共利益的关系事实上并未愈辩愈明,反而因为社会经济需要的不断发展而纠葛益深。

凯洛案判决对商业开发作为一项公共目的的肯定,实际上触及了国内现阶段

[12] 主要体现在《宪法》第十条第二款、第十三条第三款,《土地管理法》第四条第二款、第五十八条第一款,《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十二条以及《物权法》第四十二条及已经废止的《城市房屋拆迁管理条例》第三条中。

[13] 石佑启.论城市房屋拆迁与私有财产权保护[J].中南财经政法大学研究生学报,2006(6).

[14] 王锡锌编著.《国有土地上房屋征收与补偿条例》专家解读与法律适用[M].北京:中国法制出版社,2011:42.此外,《征收补偿条例》通过之前,北大学者曾就新拆迁条例再次上书,指出“保障国家安全,促进国民经济和社会发展”作为公共利益的限定笼统宽泛,应当增设排他性条款;以商业开发为内容的征收不得认定为公共利益的需要。参见MSN中国.北大学者就新拆迁条例再上书,强调公共利益[EB/OL].
http://msn.ent.ynet.com/view.jsp?oid=75722523&-pageno=1.2012-06-06.

[15] 于宏伟主编.《国有土地上房屋征收与补偿条例》焦点问题解析[M].北京:法律出版社,2011:77.

征收矛盾的核心——商业开发能否作为征收所追求的目标。目前,学者的讨论多侧重于讨论凯洛案本身,间或结合其他典型征收判例,描画美国法上是如何通过具体个案生成不断成熟的公用判断标准,^[16]少有对凯洛案判决所造成的冲击,尤其是司法冲击的审视。^[17]众所周知,探讨美国征收中的公用判断标准,绝不是通过一个判例就可以窥得全貌,对某一判决的由来及发展的研究尤其重要。于此,探讨后凯洛时代公用判断标准的意义呼之欲出。

一、凯洛案判决

(一) 凯洛案的基本情况

新伦敦市坐落于康涅狄格州东南部,泰晤士河与长岛海湾的交汇处。由于数十年的经济衰退,该市于1990年被州政府认定为“贫困市”。1996年,联邦政府关闭了位于新伦敦市宝特朗布尔区的海军水下作战中心。该中心曾经带来1500多个就业岗位,这对于新伦敦市来说,更是雪上加霜。1998年,这种经济低迷的现象达至顶峰,失业率几乎两倍于康涅狄格州,人口也锐减至24000人,是1920年以来的最低谷。

经济上严重受挫的新伦敦市决定通过开发宝特朗布尔区来实现城市复兴,授权新伦敦市开发公司(New London Development Co./NLDC)制定相应的开发规划。1998年2月,辉瑞(Pfizer)制药公司宣布将在宝特朗布尔区附近建造3亿美元的研究设施,揭开了新伦敦市经济复兴的序幕。NLDC打算抓住辉瑞公司进驻所带来的商机,除了促进就业与税收外,也想打造滨水及公园休闲娱乐胜地,进一步提升城市魅力。2000年1月,市议会批准了开发规划,并授权NLDC负责规划的实施——有权购买所需财产或以新伦敦市的名义征收财产。NLDC以协商方式成功购买了宝特朗布尔区的大部分不动产,但与凯洛等9名上诉人商谈未果,

[16] 代表性文章有:王静. 美国财产征收中的公共利益——从柯罗诉新伦敦市政府案说起[J]. 国家行政学院学报,2010(3):129-132;汪庆华. 土地征收、公共使用与公平补偿——评 Kelo v. City of New London 一案的判决[J]. 北大法律评论,2007(8):479-503;钱天国. “公共使用”与“公共利益”的法律解读——从美国新伦敦市征收案谈起[J]. 浙江社会科学,2006(6):79-83;耿利航. 如何界定公共利益——美国联邦最高法院“凯洛诉新伦敦市案”的剖析和启示[J]. 法学杂志,2007(2):135-137.

[17] 关注凯洛案所造成冲击的文章可查的仅有两篇,也仅是对立法冲击的介绍:韩锐. 凯洛案后美国土地征收立法新动向[J]. 广西政法管理干部学院学报,2012(1);冯桂. 美国财产法——经典判例与理论研究[M]. 北京:人民法院出版社,2010:294-298.

遂于 2000 年 11 月启动了征收程序。

凯洛等上诉人在宝特朗布尔区共拥有 15 处房产,全部位于开发规划范围内。他们长期居住于此,有着无法衡量的深厚感情;而经年累月的财产维护,也使他们付出了巨大的成本。上诉人主张他们的财产并未被宣告衰败,也没有处于不良状态,仅仅是因为碰巧处于开发区域而被征收,这违背了联邦宪法第五修正案的公用限制。2000 年 12 月,凯洛等人诉至新伦敦市高等法院。新伦敦市高等法院做出永久禁制令(A Permanent Restraining Order),仅禁止征收部分财产,并否决了其他财产的救济。诉讼双方均上诉至康涅狄格州最高法院。2004 年 3 月,康涅狄格州最高法院完全支持了新伦敦市的拟议征收,肯定商业开发可以作为一项有效公用。此后,联邦最高法院批准了调卷令,维持康涅狄格州最高法院的判决。

然而,事实上,新伦敦市并未因为开发规划得到支持,走上经济腾飞之路。联邦最高法院凯洛案判决做出后的三年内,曾经房屋林立而被夷为平地的土地仍然处于闲置状态,没有任何人指明或引导土地的开发;^[18]在 NLDC 开发规划中扮演关键角色的辉瑞制药公司也于 2009 年 11 月宣告关闭其在新伦敦市的全球研发中心。^[19]喧嚣一时的新伦敦市经济复兴似乎最终以悲剧落幕。

(二) 凯洛案的裁判逻辑

2005 年 6 月,联邦最高法院以 5 : 4 的微弱优势做出了凯洛案判决,斯蒂文斯大法官执笔多数意见,肯尼迪大法官持协同意见,奥康纳大法官、伦奎斯特大法官、斯卡利亚大法官和托马斯大法官持反对意见,其中奥康纳大法官与托马斯大法官提交了反对意见书。奥康纳大法官反对意见的核心在于指责多数意见采用极端遵从的司法审查路径无限扩大了公用内涵,严重危及财产权保护;托马斯大法官反对意见强调应当采纳狭义的公用含义——公众使用或公共所有,关注弱势群体的利益保护。反对意见的主张实质上正是凯洛案后反制狂潮的理论根据所在,而各州法院所做出的征收判决多有体现,本文将不再单独详述反对意见的内容。

[18] Epstein, Richard A. Public Use in a Post-Kelo World[J]. Supreme Court Economic Review, 2009, 17: 151-172.

[19] Minor, Amanda. From New London to New Directions in Eminent Domain Law: Kelo and the Future Exercise of Eminent Domain by the Federal Government[J]. George Mason University Civil Rights Law Journal, 2012, 22(2): 177-218.

1. 纯粹商业开发构成一项公用

多数意见认为随着社会需要的不断发展及日益多元,“公用”内涵也不断演变,19世纪中期以来为司法公认的“公共使用”标准因其褊狭及不切实际已日渐式微,自19世纪末期,当法院着手将第五修正案适用于各州时,公用开始更宽泛且更自然的被解释为“公共目的”。在以伯尔曼诉帕克案和夏威夷住房管理局诉米德基夫案为代表的以往先例中^[20],联邦最高法院广泛地考察了纯粹的经济因素对征收的影响,支持了便利农业及采矿业发展的征收,支持了衰败区^[21](blight areas)的重建以及以打破土地垄断为目的的征收,因为这些都有利于国家福利或者公共目的。“促进商业开发是一项传统且长久公认的政府功能,区别商业开发与我们所认可的其他公共目的并无原则性的方法……显然毫无理由将商业开发排除在我们对公共目的的传统宽泛理解之外。”^[22]

多数意见进一步指出,在以商业开发为目的的征收中,一方面,政府所追求公共目的的实现与个别私主体的收益通常相辅相成;另一方面,通过私人开发商,而非公共机构,可能会更好地实现公用,征收的合宪性是否会因以商业开发为目的而被削弱成为一个重要问题。多数意见立场鲜明,公用判断的关键在于目的,而非手段;如果政府主观上是为了公共利益,客观上带来私人受益,则征收行为合宪,反之,征收行为违宪。然而,征收者很可能会打着商业开发的幌子,行为私人牟利之实,公民的财产也极可能因为政府认为他人能够更有效地加以利用而被征收。于此,审慎的综合开发规划成为必需的前提,“……一对一的财产转让并不在一个综合的开发规划之内。综合的开发规划是从总体上考虑问题:如果不在一个综合的开发规划内,显然不能将一个公民的财产转让给另一个人……将一个公民的财产强迫转让给另一个公民并不能从总体上带来经济复苏”^[23]。新伦敦市并未以清除衰败为正当化征收的理由,然而,在案记录表明其制定了“深思熟虑的”综合开发规划,目的在于通过创造临时或永久的就业,显著增加税收,鼓励新经济

[20] Berman v. Parker, 348 U. S. 26(1954). Hawai'i Housing Authority V. Midkiff, 467 U. S. 229 (1984).

[21] 衰败区重建是美国一种重要的征收方式,有着悠久历史,与中国的“旧城改造”基本类似。本文将在第三章对此作重点论述。

[22] Kelo v. City of New London, 545 U. S. 469(2005). 484-485.

[23] Kelo v. City of New London, 545 U. S. 469(2005). 487.

活动及最大化滨水区的公共使用而复兴地方经济,显然系争征收符合第五修正案的公用条款。

2. 极端遵从的司法审查路径

多数意见强调公用内涵因地域需要的不同而有差别,历来的判例也具有浓厚的联邦主义色彩,因此应当高度尊重立法机关及州法院关于地方公共需要的判断,明智地避免僵化且干涉性的司法审查,在判断征收权应为何种公用而行使上给予立法机关宽泛的裁量空间。多数意见认为,法院仅须审查征收的目的是否合法,预期的公共利益是否事实上将会实现并非法院的审查范围,因为当立法机关的目的是合法的,手段是非理性的时,关于征收理论的经验主义讨论在联邦法院是无法实现的,而且这样很可能会阻碍征收或开发规划的实现。据此,联邦最高法院支持在公用问题上遵从立法判断,除考察征收机构是否存在审慎制定的综合规划外,拒绝揣测开发规划的效用,也拒绝对需要何种土地来执行项目进行审查,“监督界限选择以及审查特定项目区的规模,这并非法院的事务。一旦决定了公共目的问题,被征收土地的数量及特征,实现整体规划所需的特定地块,都依赖于立法机关的裁量”^{〔24〕}。

3. 不允许的偏袒——幌子征收

肯尼迪大法官认同以商业开发为目的的征收可以作为一项公用,不同之处在于,多数意见在审查公用上适用了合理基础标准^{〔25〕}(Rational Basis Standard),而其主张以商业开发为目的的征收作为一种狭隘的征收策略,应当适用更为严格的司法审查标准。由此,肯尼迪法官着重考虑了征收以商业开发为目的可能是幌子的情形,指出当征收以商业开发为目的,由私主体实施,或有私主体受益,即可能存在“不允许的偏袒”(impermissible favoritism)时,法院必须查明所谓的公共目的——城市的经济利益——是否仅仅附带于开发规划中的私人利益,也即是否存在幌子征收(pretextual taking)。

〔24〕 Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469(2005). 489.

〔25〕 合理基础标准最初是法律平等原则问题适用的最低层次的司法审查标准,即只要立法者的分类与法律目的之间有某种可能的联系存在,能够达到法律的目的,就已经具备合理的分类基础,满足了法律平等保护原则的要求。详见王名扬:《美国行政法(2)》[M]. 北京:中国法制出版社,2005: 107. 具体到征收之公用判断上,可以表述为,只要征收合理地关联于可能的公共目的,就符合第五修正案的公用条款而应被支持。详见 Hawaii Housing Authority V. Midkiff, 467 U.S. 229(1984).

随后,肯尼迪大法官从以下几个方面着手对凯洛案征收是否存在幌子问题展开了分析:(1)经济利益是否显著;(2)受益人的身份在开发规划制定前是否已经确知,是否存在事先确定受益人的情况;(3)征收者是否遵循了复杂的程序,这可以便利法院审查征收的目的;(4)是否存在综合开发规划。如果一项征收中,财产转让极为可疑,规划或征收程序容易被滥用,或者所谓的利益微不足道或不合情理,法院应当推定系争征收存在“不允许的偏袒”,属于幌子征收。^[26]

幌子征收也是多数意见所认可的合宪征收的例外——如果系争征收为了公用仅仅是幌子(mere pretext),实质上是为了私人利益,则征收违宪。执笔多数意见的斯蒂文斯大法官也提出了三项识别幌子的标准,虽与肯尼迪大法官有所重合且不那么全面,这里仍一道指出:(1)是否存在审慎制定的综合规划;(2)征收受益人的身份是否在规划采纳前已经知道^[27]; (3)一对一的财产转让是否超出了整体开发规划的界限^[28]。

(三) 凯洛案的立法回应^[29]

凯洛案支持了以商业开发为目的的征收,尽管并不与先例相左,但仍然引起了广泛的、史无前例的公众愤怒,这种愤怒跨越不同的派系、意识形态、种族、性别。^[30] 如此一边倒的态度很大程度上源于公民对于财产权保护的担忧,正如奥康纳法官所言,根据凯洛案,任何政府认为未作充分利用的财产都可能难逃征收的命运。^[31] 因应公众对凯洛案的敌意,立法机关迅速展开立法反制凯洛式征收。

1. 联邦层面的立法回应

2005年,美国国会众议院以376票对38票的压倒多数通过了《私有财产权

[26] Kelo v. City of New London, 545 U. S. 469 (2005). 492. Wilt, Michael Paul. Intermediate Scrutiny For Economic Development Takings: Proposing a New Test Based on Justice Kennedy's Kelo Concurrence[J]. Thomas Jefferson Law Review, 2008, 31(2): 451-456. 该文中,作者也对肯尼迪法官的协同意见做了如是分析。

[27] Kelo v. City of New London, 545 U. S. 469 (2005). 478.

[28] Kelo v. City of New London, 545 U. S. 469 (2005). 487.

[29] 本部分仅仅简述了凯洛案所导致的立法回应,以此作为讨论凯洛案之州法院回应的背景,也突出了讨论凯洛案之司法回应的重要意义。详情可参考 Somin, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo[J]. Minnesota Law Review, 2008-2009, 93(6): 2100-2178; 冯桂. 美国财产法——经典判例与理论研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2010: 294-298.

[30] Somin, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo[J]. Minnesota Law Review, 2008-2009, 93(6): 2100-2178.

[31] Kelo v. City of New London, 545 U. S. 469 (2005). 494.

保护法案(2005)》^[32](*Private Property Rights Protection Act of 2005*)。该法案禁止州或州的下级行政机关在接受联邦商业开发基金期间的任何财政年度内,为商业开发或间接为商业开发而强制征收或者委托他人强制征收财产。随后,2005年11月30日制定的债券修正案也禁止使用法案所分配的资金来支持主要使私主体获益的商业开发征收。^[33]更夸张的是,2006年7月23日,布什总统发布了一项意在禁止凯洛式征收的行政命令^[34],该行政命令指出,保护美国人的财产权是美国的政策,联邦政府对私有财产的征收应限于仅为公用,且支付公平补偿,以及以公众受益为目的,而非仅仅为了促进私主体获得所有权或使用被征收的财产获益。然而,总的来说,《私有财产权保护法案》以限制联邦商业开发资助的方式来限制凯洛式征收,除了高度依赖联邦资助的地方,作用相当有限,更何况尚未经国会通过;债券修正案所禁止的联邦资助很少会涉及征收项目;而从行政法令的表达方式来看,并未排除以商业开发为目的的征收。

2. 州层面的立法回应

凯洛案后,已有44个州制定了新的法律,以限制像凯洛案那样的“商业开发”项目,^[35]这些后凯洛立法改革可以分为三类:(1)以宽泛界定的“衰败”作为以商业开发为目的的私人征收的限制;(2)以狭隘界定的“衰败”作为以商业开发为目的的私人征收的限制;(3)完全禁止以商业开发为目的的私人征收。^[36]但总的趋势是大多数州选择以“衰败”界定来限制凯洛式征收。尽管面临着跨越各种差异且史无前例的公众愤怒,大多数州采取第一种立法方式,部分州还混淆了衰败区

[32] H. R. 4128, 109th Cong. (2005) (enacted).

[33] Act of Nov. 30, 2005, Pub. L. No. 109-115, § 726, 119 Stat. 2396 (2005). 2494-2495.

[34] Exec. Order No. 13,406, 71 Fed. Reg. 36,973 (June 23, 2006). The key part of the order reads: "It is the policy of the United States to protect the rights of Americans to their private property, including by limiting the taking of private property by the Federal Government to situations in which the taking is for public use, with just compensation, and for the purpose of benefiting the general public and not merely for the purpose of advancing the economic interest of private parties to be given ownership or use of the property taken."

[35] Castle coalition. <http://www.castlecoalition.org/legislative-center> [EB/OL]. 2013-02-16. 该网站系统跟踪了凯洛案后各州的立法回应,并在其他部分讨论了拟议或已经通过的联邦立法。

[36] Goodin, Amanda W. Rejecting The Return To Blight in Post-Kelo State Legislation [J]. New York University Law Review, 2007, 82(1): 177-208. 第(1)类如弗吉尼亚州、南卡罗莱纳州、加利福尼亚州、纽约州等;第(2)类如宾夕法尼亚州、艾奥瓦州、明尼苏达州等;第(3)类如佛罗里达州、佐治亚州、印第安纳州等。中文资料参见韩锐. 凯洛案后美国土地征收立法新动向 [J]. 广西政法管理干部学院学报, 2012(1).