

确定“管制性征收”的坐标系*

刘连泰**

摘要:“管制性征收”是典型征收之外的征收,美国联邦最高法院交替适用三个坐标系来判断管制是否构成征收:实体性正当程序是手段和目的构成的坐标系,平均利益互惠是负担与利益构成的坐标系,权利束是被剥夺的利益与财产的全部利益构成的坐标系。中国法上存在管制性征收的情形,但法院不使用管制性征收的概念,确定“管制性征收”的坐标系有利于管制性征收概念的构建。

关键词:管制性征收 坐标系 管制 财产权

管制性征收是典型征收案件之外的征收,即政府并未通过正式的征收程序剥夺私人财产,但通过对财产的管制,事实上形成了征收效果。因为标准征收的程序正式,对标准征收的界定并无异议。如果说政府对财产利用的管制不可避免,值得追问的是:这种管制的边界是什么?宪法文本中的征收规范效力是否及于政府的管制行为?政府对财产管制的终点就是征收的起点。关键是,依据何种坐标才能找到这个点?

管制性征收是从美国判例中发育出来的一个概念,数度变迁,因此,有美国学者悲哀地说,“寻找确定管制性征收的标准犹如确定云的形状,很大程度上取决于观察者而不是云彩”。但如果以一定的时间维度来观察,将云的形状理解为一个历时性而不是共时性的概念,并通过建立一定的坐标系,云的形状依然有规律可循。

尽管我们无法拿着美国人的坐标在中国法上按图索骥,中国法院甚至没有在一个判决中使

用“管制性征收”概念,但与美国法上“管制性征收”类似的事例时有发生,因此,借鉴美国法上“管制性征收”的概念,绝非纯粹象牙塔里的逻辑玩味。

一、确定坐标系的基本元素:宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案

宾西法尼亚煤炭公司诉马洪案是美国学界研究管制性征收绕不开的风景——你可以诟病,但不能忽视,它是一个历经三代法律人挖掘仍未穷竭的学术富矿。法律人不论如何纵横捭阖,仍无法离开宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案的话语体系,该案为构建判断管制性征收的坐标系提供了基本的元素。

宾西法尼亚煤炭公司诉马洪案发生于1922年。1921年,宾西法尼亚州通过《科勒法》,该法规定:如果无烟煤的开采可能导致地面下沉,就禁

* 本文系教育部人文社会科学研究一般项目“宪法文本中的征收规范研究——以中国宪法第13条第3款为中心”(10YJA820063)的阶段性成果。

** 作者简介:刘连泰,厦门大学法学院教授,博士生导师。

Lynda J. Oswald, The Role of the "Harm/Benefit" and "Average Reciprocity of Advantage" Rules in a Comprehensive Takings Analysis, *vanderbilt law review*, 50, 1997.

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

Raymond R. Coletta, Reciprocity of Advantage and Regulatory Takings: Toward a New Theory of Takings Jurisprudence, *American University Law Review*, Fall, 1990.

止开采无烟煤。马洪是一幢房屋的所有人,其前任业主从煤炭公司购得该房屋时,没有购买地下的权利,马洪对地下煤炭当然也没有所有权。但马洪不管自己有无对煤炭的所有权,其认为宾夕法尼亚煤炭公司开采地下煤炭会导致地面下沉,依据《科勒法》,马洪要求法院颁发禁令,要求煤炭公司停止开采自己房屋下的煤炭。宾西法尼亚煤炭公司申请对《科勒法》进行合宪性审查,案件最后到了联邦最高法院。该案最后以 8:1 的比例判决政府行为构成管制性征收,霍尔姆斯方案书写多数人意见,布兰代斯法官发表反对意见。

政府对宾夕法尼亚煤炭公司的管制毫无疑问影响了宾夕法尼亚煤炭公司的财产权,因此,案件的核心是:政府的这种管制要不要受到征收规范的约束。霍尔姆斯法官首先从警察权阻止公害的功能开始讨论,认为房屋安全问题通过提高注意义务就可以保证,故公共安全不能作为禁止煤炭开发的理由。接下来的问题就变成:为了马洪的利益而牺牲宾夕法尼亚煤炭公司的利益是否合宪?霍尔姆斯法官通过援引大量的先例证明:如果管制能给财产权人提供平均的利益互惠,则管制仍然合宪。但本案涉及到的管制显然没有给财产权人提供平均利益互惠:宾夕法尼亚煤炭公司没有从管制中得到利益,而马洪却收获管制带来的收益,且不用支付对价。在此基础上,霍尔姆斯法官提出了“走得太远”的理论,“依警察权的管制并走得‘太远’了,它使得地表下的采矿权价值归零”,因此剥夺了宾夕法尼亚在地表下的不动产权利,构成管制性征收。

归纳霍尔姆斯法官书写的多数意见明确援引“平均利益互惠”原则分析政府的管制行为是否构成征收,“走得太远”理论涉及到财产权人的权利束,但没有明确表述。与之相比,布兰代斯法官发表的反对意见论证的逻辑其实大体相似,只是在管制是否为了公共安全这一点上发生分歧,从而得出与多数意见完全相反的判决意见。

布兰代斯法官认为,警察权可以管制公害,《科勒法》禁止地下无烟煤开采的规定就是为了管制公害。接下来,布兰代斯法官援引先例,用目的一手

段实质性正当程序分析本案所涉管制是否违反这一标准。在论证管制不违反目的一手段实质性正当程序标准时,布兰代斯法官提出了“权利束”概念,以考量管制对财产权人造成的经济影响:考量管制对财产权人的影响时,应将财产权看作一个整体的概念,不能从中抽出一束分割来看。布兰代斯法官认为,科勒法的管制并没有“走得太远”,故不构成管制性征收。

综合宾西法尼亚煤炭公司诉马洪案,多数意见和反对意见完整展示了分析管制性征收的几个基本概念工具:实体性正当程序、权利束、平均利益互惠原则。这些概念工具和警察权的概念一起,构成了分析管制性征收的基本元素,通过元素与元素的组合,可以构造确定管制性征收的坐标系。当然,宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案不是横空出世的案件,实体性正当程序、平均利益互惠原则、经济影响都曾在先例中零星出现,宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案之所以堪称经典,是因为上述三个元素同时登场,该案进一步展示了上述元素对判断管制性征收的意义。

实体性正当程序是手段和目的构成的坐标系,平均利益互惠是负担与利益构成的坐标系,权利束是被剥夺的利益与财产的全部利益构成的坐标系。联邦最高法院不过是交替适用三个坐标系来判断管制是否构成征收。

二、手段与目的构成的坐标系:判断阻止财产有害利用的管制是否构成征收

排除妨害曾被认为是击败财产权的唯一例外,但什么是妨害,却不断出现例外。众多例外不断突破传统妨害理论的边界,妨害理论的边界日益模糊。

在 19 世纪上半叶,夜警国家是政府形象的一般图景。与之相应,警察权的范围也极度狭窄。即便偶尔与私人财产权相遇,也可擦肩而过,两不相干。警察权只在两种情况下会干预私人财产权:一是阻止公害,即私人财产利用给公众造成公害;二是在诸如火灾等极端必要的情形下,政

《科勒法》(Kohler Act)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。

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

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

府认为此时公共利益超越私人利益,干预私人财产。在夜警国家的背景下,上述两种情形很容易界分。但随着背景的转变,夜警国家摇身一变成为积极国家,警察权顺着上述两种进路拓展疆域,终于与私人财产权下狭路相逢。1887年,联邦最高法院在穆勒案中明确表示:阻止财产有害利用的警察权行使必须符合目的—手段相关的实体性正当程序。

(一)目的—手段实质性正当程序的引入

1881年,堪萨斯州通过“禁酒令”,禁止在该州内生产和销售含酒精的饮料。根据该法律,生产、销售和保存含酒精饮料还可能构成犯罪。穆勒等一些酒厂的老板不顾禁酒令的规定,依然生产、销售、储存含酒精饮料,遭到政府清理,并面临犯罪指控。穆勒等认为,禁酒令减少了其财产的价值,且未支付补偿,违反美国宪法第五修正案中的征收规范,同时违反美国宪法第十四修正案,案件最后到了联邦最高法院。联邦最高法院拒绝了穆勒的请求,认为禁酒令并不违宪,认为“州有禁止财产做有害公共健康、公共道德和公共安全的使用……由此导致的财产减少是财产所有人应该承受的负担。行使警察权,导致财产损害,禁止的是公害,与征收或未经正当程序剥夺财产有重大差别。一方面,是为了防止公害,另一方面,不是将财产从无辜的所有人手上夺走”。

警察权可以用于阻止财产的有害利用,这在

美国宪法以前就已经确立。问题在于,含酒精饮料的生产和销售是否为财产的有害利用?按照普通法上传统的“妨害”理论,只能给予否定的回答:普通法上的传统妨害理论是侵权法规制的对象,是指财产权人——通常是土地所有人利用自己的土地妨碍别人行使权利。^①但在本案中,只有消费者购买含酒精饮料,才可能受到损害,本案与不动产无关,且很难说这种损害已大到需要政府采取紧急行动的程度。但哈兰法官不顾概念的裂隙,轻描淡写地重复经由立法限制财产有害利用和妨害性使用的正当性。当然,法院并未止步于此。哈兰法官在多数意见中继续写道:经由立法限制财产的有害利用、妨害性使用的立法要受制于“第十四修正案中的实质性正当程序和平等保护规范”。法院认为,堪萨斯州的立法满足实质性正当程序的要求,因为“与保护公共健康、公共道德和公共安全”存在真实的、实质性关联,“并非简单地侵犯宪法权利”。^②法院的判决一方面给警察权松绑——通过对妨害的重新解释,扩大了警察权干预私人财产的可能空间,但另一方面,又给警察权上了一道箍——通过行使警察权干预私人财产权必须满足实质性正当程序的要求。

穆勒案后,联邦最高法院在鲍威尔诉宾夕法尼亚案和劳顿诉斯蒂尔案中,^③继续沿着这一进路处理涉及征收的诉讼,并进一步展开目的—手段实质性正当程序标准,政府“为了证明其干预的

Jan G. Laitos, *The Strange Career of Private Property and the Police Power, Mineral Development and Land Use*, Chapter 2, May, 1995.

Mugler v. State of Kansas, 123 U.S. 623 (1887).

Act Kan. March 7, 1885, § 13, amendatory of Act Feb. 19, 1881.除堪萨斯州有禁酒令之外,美国宪法文本中也曾出现过禁酒令。1917年美国第65届国会通过《宪法》第18条修正案,“禁止在合众国及其管辖下的一切领土内酿造、出售和运送致醉酒类,并且不准此种酒类输入或输出合众国及其管辖下的一切领土”。这一宪法禁酒令于1920年1月2日生效,其将禁酒运动推到了顶点。但到1933年,第18条修正案被美国国会通过的第21条修正案所废除。第21条修正案规定:“美利坚合众国宪法修正案第18条现予废除。”

Mugler v. State of Kansas, 123 U.S. 623, 669 (1887).

^① Thomas P. Glass, *Property Law: Takings and the Nuisance Exception in the Aftermath of Lucas v. South Carolina Coastal Council*, *University of Dayton Law Review*, Winter, 1993.

^② *Mugler v. State of Kansas*, 123 U.S. 623, 661, 662 (1887).

^③ *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678 (1888). *Lawton v. Steele*, 152 U.S. 133 (1894). 在鲍威尔案中,法院支持了宾夕法尼亚为了保护公共健康,阻止日用品掺杂使假和欺诈,禁止人造奶油黄油生产和销售的法案。根据该法案,上诉人因销售人造奶油黄油,被罚款100美元,上诉人认为这构成未经第十四修正案的实质性正当程序剥夺他的财产。最高法院支持了州法院的观点,认为上诉人提出的人造奶油有益健康与法案是否违反第十四修正案无关。在鲍威尔案中,法院简单地陈述,人造奶油黄油有益健康是一个立法问题。至此,法院按照合宪性推定原则,认为该法案与保护公共健康存在确实、实质性联系。当事人不能要求补偿。而劳顿案事关一部渔业保护法。该法规定,所有的捕鱼设备,除了钓鱼钩、钓鱼线和钓鱼手之外,任何人都可以破坏,无须给所有人补偿。法院认为该法合宪,理由是立法机关有权决定什么是公害,且目的与手段之间存在实质联系。

正当性,首先,该权力必须以一般公共利益的面目出现,以别于某一特殊阶层的利益;其次,手段对完成目标而言是必要的,不会不正当地压迫个人。”^⑭虽然,必须给立法机关一定的裁量权,但“立法机关无权宣布一个明显无害的行为有害”^⑮。

(二)不动产公害管制案件中实质性正当程序标准的严格适用

联邦最高法院将目的—手段实质性正当程序标准适用与不动产征收诉讼的第一个案件是多宾斯诉洛杉矶案中。^⑯该案事关洛杉矶市适用的两项法令。第一个法令设定该区可建设煤气厂的边界。根据该法令,上诉人签署了建造煤气厂的合同,购买了土地,获得了许可,建造了基础工程。接着,该市议会发布了第二个法令,修改了可建煤气厂的边界,多宾斯购买的土地不在修改后的边界内,建造煤气厂是非法的。联邦最高法院秉持其在穆勒案以来的分析路径,认为政府有权禁止那些妨害公共安全和公共健康的财产权利用行为,但联邦最高法院作出了迥异于穆勒案的判决:煤气厂的建设并不危害公共安全和公共健康,“警察权恣意、歧视性地行使,构成对私人财产的未经正当法律程序的征收,构成对联邦宪法第十四修正案保护的财产权的侵犯”^⑰。

联邦最高法院对该案的判决是严格适用实质性正当程序的一个范例。联邦最高法院延续了前述对公害的宽松解释,但对实质性正当程序标准的把握却极其严格:是否要通过禁止建造煤气厂来保护公共安全,本属于政府决策的范围,法院却用大量的篇幅论证,这与法院的角色颇不匹配,当然,对警察权行使的这种高强度审查只是

法院司法审查史上的昙花一现,接下来就进入了实质性正当程序标准的宽松适用阶段。

(三)不动产公害管制案件中实质性正当程序标准的宽松适用

随着土地的密集开发,生存环境改变,法院转而宽松审查政府利用警察权支持政府对不动产利用的管制,将“什么是有害的土地利用方式”这一重要问题的判断权交给立法机关,“什么是有害的土地利用行为,立法机关有判断的裁量权”^⑱。

联邦最高法院在随后的判例中,将公害解释得更为宽松,不轻易用实质性正当程序标准判决政府管制违宪,欧几里德诉漫步者地产公司案就是一个明显的例证。^⑲1922年11月13日,欧几里德镇议会通过一部分区法,确定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。漫步者地产公司持有一块空地,如果按照分区法的规定开发,将使得该空地的价值减少75%。漫步者地产公司请求法院发布禁令,要求停止分区法实施。联邦最高法院首先宽泛地界定了“公害”的范围,“一件事情是否为妨害,不能抽象地看,也不能孤立地看,而应该与周围的环境和位置联系起来看。妨害可能仅仅是一件正确的东西放错了地方——就像一头猪呆在客厅而不是猪圈”^⑳。接着法院援引目的—手段实质性正当程序标准,认为分区法并未给漫步者地产公司带来不可挽回的损害,不违反目的—手段实质性正当程序标准,不构成管制性征收。

继欧几里德案之后,法院在米勒诉舒尼案中甚至认为:只有唯一手段可供供应选择时,无须考量手段和目的关联程度。^㉑1926年,弗吉尼亚州政

^⑭ Lawton v. Steele, 152 U.S. 133, 137 (1894).

^⑮ Lawton v. Steele, 152 U.S. 133, 138 (1894).

^⑯ Dobbins v. Los Angeles, 195 U.S. 223 (1904).

^⑰ Dobbins v. Los Angeles, 195 U.S. 223, 241 (1904).

^⑱ 其中两个典型的案例是雷门诉小石城案和哈达切克诉塞巴斯蒂安案。在雷门诉小石城案中,事关该市关于关闭已经建立的车马行。理由是这些车马行是一种对财产的有害或妨害性使用。法院支持了该项法令,理由是周围的土地用途已经改变了。虽然车马行现在并非毫无价值,但不给予任何宪法意义上的补偿。与此类似,在哈达切克诉塞巴斯蒂安案中,法院支持城市一项关闭砖厂的法令,使一宗土地的价格从80万美元降低到6万美元。不管该宗土地原来位于城市边界之外,数年作为砖厂运营这一事实,法院认定,禁止砖厂作有害或妨害性用途的法令不构成恣意或不公平的歧视,故宪法不要求给予砖厂所有人补偿。Reinman v. Little Rock, 237 U.S. 171 (1915). Hadacheck v. Sebastian, 239 U.S. 394 (1915).

^⑲ Euclid v. Ambler Realty Co. 272 U.S. 365 (1926).

^⑳ Euclid v. Ambler Realty Co. 272 U.S. 365, 388 (1926).

^㉑ Miller v. Schoene. 276 U.S. 272 (1928).

府昆虫学家依据《弗吉尼亚州雪松锈菌防治法》^②，命令原告砍伐大量观赏性红雪松，因为它们产生的锈菌给种植在附近的苹果树造成致命伤害，而锈菌对于雪松则是无害的。政府只补偿 100 美元的砍伐费用，砍伐后的红雪松仍属原所有人所有，对红雪松市场价值的贬损不予补偿。米勒认为，政府的行为构成未经公平补偿的征收。案件最后到了联邦最高法院。联邦最高法院认为，“我们无需抱着求全责备的态度来判断红雪松是否构成普通法意义上的妨害，或者成文法是否宣布这是妨害”^③、“导致个人财产价值减损甚至破坏，是任何一项警察权行使的突出特征”^④。本案中，政府要么什么都不做，让锈菌侵蚀苹果树；要么砍伐红雪松，保存苹果树。苹果树的种植是弗吉尼亚州的支柱农业，苹果大量出口，解决了大部分人口的就业问题，带动了大批相关产业的发展，而红雪松仅具观赏价值，偶尔零星地作为木材使用，砍伐红雪松是政府不得不作出的选择。“我们不能被一些有关社会政策的考量所控制，这些考量认为政府的行为不合理，违反正当程序。”^⑤最后，法院认为，砍伐红雪松，以保存苹果树不违反目的—手段实质性正当程序。

（四）宽松和严格之间的徘徊：实质促进标准的提出及其限度

自 20 世纪 20 年代，直至 20 世纪 70 年代以前，联邦最高法院在政府管制不动产公害利用案件中一直小心翼翼，不轻易适用实质性正当程序标准判决管制违宪：于政府而言，实质性正当程序始终是达摩克利斯之剑，但这柄剑一直高悬头顶，从未砸中命门。但历史的演进向来就不是单线的，其中充满着徘徊反复。20 世纪 70 年代开始，联邦最高法院引入“实质性促进”标准，实质性正当程序标准忽然以另外一副陌生的面孔出现。

20 世纪 70 年代以前，联邦最高法院适用实

质性正当程序的标准的方法是：为了防止公害，政府有无必要采用系争管制。也就是说，政府基本上采用列举“负面清单”的方式来判断对公害的管制方法是否合宪——政府不能以系争管制的方式来限制财产权，至于应该用什么方法管制，法院一概不问，只讨论管制对财产权人造成的损害与管制措施之间的关系。但 20 世纪 70 年代开始，联邦最高法院忽然在一些案件中“正向进入”，讨论管制措施能否实质性促进公共利益，讨论的问题不限于管制与财产权人遭受的损害，还包括管制对公共利益的促进程度。

联邦最高法院最早在阿金斯诉提布朗市中适用这项标准。^⑥1973 年，提布朗市发布一项管制令，要求 5 英亩土地以下的地块，根据地段的不同，只能建造最多 5 户住宅，以给城市预留足够的空地。阿金斯此前购买了一宗 5 英亩的土地，准备房地产开发。但在该地段，5 英亩以下的土地只能建造单户住宅、附属建筑，或者作空地使用。阿金斯认为，该管制令大大减少了其财产利益，构成未经公平补偿的征收。案件最后到了联邦最高法院。联邦最高法院驳回阿金斯的上诉，认为管制令并不违宪。“如果一项管制令给某一宗财产施加负担，却并没有实质性促进正当的政府利益，就可以构成征收。……尽管没有一个精确的公式衡量何时构成征收，但仍有必要权衡私人利益和公共利益的关系。”^⑦最后，法院认定，该管制令实质性促进了公共利益，是合宪的。法院在阿金斯案的判决中，将私人利益和公共利益放置在一个关系语境中，只有手段实质性促进目的的实现时，才可免于征收规范的约束。尽管法院在阿金斯案以前的判例中也讨论目的的正当性，但重心是财产权人的行为是否构成公害，在阿金斯案中，联邦最高法院将目的和手段用“实质性促进”标准关联，在私人利益和公共利益之间做频繁的目光流转。联邦最高法院在随后的蒙特利

^② Cedar Rust Act of Virginia, Acts Va. 1914, c. 36, as amended by Acts Va. 1920, c. 260, now embodied in Va. Code (1924) as sections 885 to 893.

^③ Miller v. Schoene. 276 U.S. 272, 279 (1928).

^④ Miller v. Schoene. 276 U.S. 272, 280 (1928).

^⑤ Miller v. Schoene. 276 U.S. 272, 280 (1928).

^⑥ Donald W. Agins et ux. v. City of Tiburon, 447 U.S. 255 (1980).

^⑦ Donald W. Agins et ux. v. City of Tiburon, 447 U.S. 255, 261, 262 (1980).

诉戴尔蒙特沙丘有限公司案也采用了类似的推理思路,²⁸这种思路在很长时间内左右着联邦最高法院的判决。²⁹

学者不无贬义地将实质性促进标准描述为“自由放任主义者的社会达尔文主义版”,³⁰言下之意是:政府轻易不能管制,一旦管制,就要求政府能使公众的幸福“进化”到一个新的层次。对政府管制提出这样的要求显然过于苛刻,而且破坏宪法的分权结构——法院只应关注政府管制的合宪性,至于政府管制的效益如何,司法不应过多评论。再者,对政府管制作效益分析,作为法律专家的法院也力不从心。在随后的案件中,联邦最高法院尽管没有抛弃实质性促进标准,但也严格地压缩其适用范围。

2005年,联邦最高法院在林格尔诉美国雪佛龙公司案的判决中认为:³¹实质性促进标准不能单独适用,必须与其它条件叠加在一起,才能认定政府管制是否构成管制性征收。为缓解零售汽油价格的上扬,保护消费者利益,1997年,夏威夷州的立法机构制定257号法案,规定石油公司向经销商出租其服务站的最高限价。³²美国雪佛龙公司认为257号法案违宪,因为最高租金管制并不能降低零售汽油的价格,只能提高零售商的利润,这一管制措施没有“实质性促进”保护消费者利益这一公共目的,因此构成未经公平补偿的征收。联邦最高法院认为,管制性征收要考虑管制的经济影响,还要考虑对投资回报预期的影响程度。这些都集中于给财产权施加负担的程度。实质性促进标准既不能揭示某一项管制给私人财产权施加的负担,也不能揭示公共负担如何在所有人之间分配。也就无法区分一项管制在功能上如何与一项征收相等同。……实质性促进标准“将法院置于尴尬的地位:将它理解为高强度的手段一目的审查,审查联邦和州对私人财产的管制

效率,是一件并不适合法院完成的任务。这意味着法院要用自己的预测代替民选立法机关和专家的预测”³³。因此,联邦最高法院认为,实质性促进标准不能作为判断管制性征收的一项单独标准。在该案中,联邦最高法院回溯到征收的一般原理,结合法院的功能边界,考量征收概念与实质性促进标准的兼容程度,敏感地注意到放大手段一目的实质性正当程序适用空间,将会导致法院逾越其宪法地位。

归纳起来,手段一目的实质性正当程序标准如果在“负”的层面展开,可单独适用,以判断政府管制是否构成管制性征收:政府管制给财产权人施加的负担不能超过必要的限度,如果超过,就可能构成管制性征收。如果在“正”的层面展开,不能单独适用,以判断政府管制是否构成管制性征收:即便政府管制给财产权人施加负担,且没有实质性促进政府目标的实现,也不能仅仅据此认定政府管制构成管制性征收,还应结合其它因素考量。

三、负担与利益构成的坐标系:判断提升公共福利的管制是否构成征收

财产的利用常常彼此相关,私人之间的合作常常面临“集体行动的困境”,³⁴在某些情形下,政府就利用警察权强制私人承受一些负担,参与到某种合作的体系中,财产权人彼此承受负担,也彼此分享利益,而且承受的负担与分享的利益大体相当,因而被称为“平均利益互惠”。这种合作有利于公益,也对参与到合作中的财产权人有利。管制给财产权人带来的收益磨平了警察权的棱角,切断了警察权落入征收范畴的可能链条。当然,如果财产权人根本无法得到利益回报,或者得到的利益回报明显不足以抵消其收益,仍然可能构成

²⁸ Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd., (1999).

²⁹ 奥康纳法官在林格尔诉美国雪佛龙公司案发表的一致意见中,开头部分说明了实质性促进标准的影响。Lingle v. Chevron U.S.A., Inc., 544 U.S. 528(2005).

³⁰ Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, Oxford University Press Inc., New York, 1995, p.273.

³¹ Lingle v. Chevron U.S.A., Inc., 544 U.S. 528(2005).

³² 1997 Haw. Sess. Laws no. 257, § 1.

³³ Lingle v. Chevron U.S.A., Inc., 544 U.S. 528, 544(2005).

³⁴ Mancur Olson. The Logic of Collective Action[M]. Cambridge: Harvard University Press, 1971, 2.

征收。

(一) 平均利益互惠原则的萌芽

最早涉及平均利益互惠的判例是沃茨诉霍格兰案。^⑤1871年3月8日,新泽西州通过了一部有关修建排水系统的法律。该法律规定:地质调查委员会,在该州范围内,如果一些地块易于被洪水淹没,或者处于低洼地带、沼泽地带或湿地地带,经获得授权的地质调查委员会检查,如果地质调查委员会认为需要修建排水系统,可决定至少5家要修建一套排水系统,并将此报告给州最高法院;接着由法院在相关县内发行的报纸上发布通知,又派3名委员监督并完成报告中的排水系统;随后由委员会向最高法院报告费用花销和分摊方案。如果财产权人拒绝缴纳分摊的费用,就由法院拍卖他们的部分土地用于支付上述费用。沃茨在佩奎斯特河沿岸的大草原上有一宗地,被地质调查委员会认为需要与其他4家一起修建排水系统。1879年,委员会完成排水系统的建设后,要沃茨等人承担相应的费用。沃茨等人认为,政府行为增加了自己的负担,构成未经公平补偿的征收。案件最后到了联邦最高法院。联邦最高法院通过援引大量的先例,认为该警察权的行使不构成征收,“为了更好、更经济地管理毗连财产,政府有权规定公共管制……能更好地运作和提升共用的设施。该原则……就是,所有相关人的利益都得到提升,所有人承担相关的费用”^⑥。

沃茨案没有直接提出“平均利益互惠原则”,但证成了这样一个原理:在某些情形下,警察权

可以用来强迫那些不自愿的财产所有人交出某些财产利益,加入到一个相互发展的体系中,因为财产所有人自己将平等地享受这种发展的利益。如果没有这种强制,财产权人就会“搭便车”,从而间接损害其他人的利益,并最终损害公益。沃茨案的判决,事实上宣称:警察权可以用作为提升公共福利的管制。随后的福布鲁克灌溉区诉布拉德利案、^⑦普利茅斯煤炭公司诉宾夕法尼亚州案在此基础上进一步补强联邦最高法院的这种观点,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,是对受益者施加普遍的负担。^⑧在诺贝尔州银行诉哈斯科尔案中,^⑨联邦最高法院甚至将这一原理运用于政府对不动产以外的其它财产的管制。

(二) 平均利益互惠原则的提出

尽管平均利益互惠原则在沃茨案中就已运用,但联邦最高法院并未提出平均利益互惠原则这个概念。1922年,联邦最高法院审理了杰克曼诉罗森鲍姆案。^⑩在该案中,联邦最高法院将沃茨案中的原理提炼为平均利益互惠原则,并进一步展开。

杰克曼在宾夕法尼亚匹茨堡有一座剧院,沿边界有一堵墙。在该剧院的旁边,罗森鲍姆有一宗土地。1921年,罗森鲍姆依据宾夕法尼亚界墙法,在两宗土地的相邻部分修建新的围墙,将杰克曼剧院的老界墙合并进来。罗森鲍姆新建的界墙厚度为13英寸,杰克曼和罗森鲍姆的土地各占6.5英寸宽。城市当局认为杰克曼原来建造的界

^⑤ Wurts and another v. Hoagland and others, Com'rs, etc. 114 U.S. 606(1885).

^⑥ Wurts and another v. Hoagland and others, Com'rs, etc. 114 U.S. 606,614(1885).

^⑦ Fallbrook Irrigation Dist. et al.v. Bradley et al. 164 U.S. 112(1896).该案的基本情形是,1887年,加利福尼亚颁布了一项法律:某灌溉渠内的所有土地所有人,必须共同支付灌溉系统的费用,以维持灌溉系统的正常运转。布拉德利认为,该项法律构成未经补偿的征收,违反美国宪法第五修正案。法院认为:“这是一个为了提升普遍福利的管制,尽管财产权人承受了负担,但也从土地品质的提升中得到了利益。”法院由此认定,该法律不构成对土地所有人财产的未经公平补偿的征收。

^⑧ Plymouth Coal Company v. Commonwealth of Pennsylvania, David T. Davis, Inspector of Mines, etc. 232 U.S. 531 (1914).该案的基本情形是,1891年,宾夕法尼亚州通过了一部法律:要求煤矿主在与人相邻的不开采部分增加弯梁,以确保相邻矿主的利益。法院认为这不构成征收,“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”。

^⑨ 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).该案的基本情形是,1907年,俄克拉荷马州通过了一项法律,该法律规定建立州存款担保基金,每家银行要根据各自的日均存款额缴纳费用。诺贝尔州银行认为:自己有清偿债务的能力,也不想得到担保基金的帮助,国家银行收取该项费用是征收私人的财产用作私人用途,构成未经公平补偿的征收。法院的一致判决认为:“每一家银行都在这种相互保护的体制中享受到了利益份额,足以补偿彼此被迫承受的负担。”因此不构成未经公平补偿的征收。

^⑩ Jackman v. Rosenbaum Co. 260 U.S. 22(1922).

墙不安全,遂要求罗森鲍姆在新界墙建好后,拆除杰克曼原来的界墙,罗森鲍姆按照市政当局的要求完工。杰克曼认为罗森鲍姆修建界墙和拆除旧的界墙工期太长,影响了剧院演出季的租金收入,诉至法院。罗森鲍姆依据界墙法抗辩,《界墙法》规定:请求损害赔偿的一方必须证明修建界墙的一方存在疏忽,否则对方不承担损害赔偿责任。杰克曼认为该法违反宪法第十四修正案,构成未经公平补偿的征收。案件最后到了联邦最高法院。

最高法院认为法律没有规定获得许可建造界墙带来必要损害要承担责任,与第十四修正案无关,不构成未经公平补偿的征收。“州可以通过各种方法给财产施加负担,削减其价值,且不予补偿,这种权力被称之为警察权。这种权力在以往的案件中,被我们以平均利益互惠标准支持,尽管在个案中,利益不相等。……为了增加安全,阻止火灾,并追溯火源,1666年,伦敦也有类似的法律。没有必要判断此类理由是否充分,只需要参考已经提出的事实,仰赖下面的意见就已足够:界墙的习俗被费城的第一批定居者介绍进来,从此在该州盛行起来。”^①界墙法虽然给财产权施加了负担,但也赋予财产权人同样的权利,通过减少城市化进程中的火灾危险,使特定的人受益,也使公众受益。

联邦最高法院在杰克曼诉罗森鲍姆案中,进一步发展了平均利益互惠原则:政府行使警察权对财产权施加限制的理由,法院无须作过于细致的判断,如果习俗如此,就不再追问其正当性;平均利益互惠中的“平均”是一个大致的概念,并不要求精确地算计。

(三)平均利益互惠原则的扩张

联邦最高法院在前述案件中,将“平均利益互惠”中的“利益”仅仅理解为“直接的经济利益”,但自佩恩中央运输公司案伊始,联邦最高法院极力拓展平均利益互惠的边界,将“平均利益互惠”中“利益”渐次扩张至间接的社会利益。

1.佩恩中央运输公司案。^②纽约市于1965年通过《地标保护法》,以保护市内历史性地标,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。按照合同约定,地产公司将在中央车站上建造一座55层写字楼。地产公司和佩恩公司随后向地标保护委员会递交了两份建设许可申请,但地标保护委员会认为,在中央车站上建造写字楼会破坏历史地标的风貌,遂驳回地产公司和佩恩公司的申请。佩恩中央运输公司认为,地标保护委员会适用《地标保护法》,不允许在中央车站上建造写字楼,对其财产构成未经公平补偿的征收。案件最后到了联邦最高法院。布伦南法官发表的多数意见空前放宽了平均利益互惠原则对利益的直接性要求:地标法惠及纽约所有市民和建筑,通过提升经济的发展,也通过提升城市生活的品味,中央运输公司也得到了利益。因此,政府管制不构成管制性征收。

2.安德鲁斯案。^③1962年,美国将《鹰保护法》的适用范围扩张到对金雕的保护,1978年,《候鸟交易法》进一步规定了对候鸟的严格保护,这两部法律禁止候鸟的买卖,也禁止买卖候鸟身体的任何一部分(比如羽毛),哪怕是法律实施之前已被屠宰的候鸟,也禁止买卖。违法者,要受到包括刑罚在内的制裁。阿拉德一直从事印第安手工制品的买卖,手工制品上有很多候鸟羽毛作为装饰。在《候鸟交易法》实施以前,阿拉德已经收购了大量的此类手工制品。阿拉德不顾《候鸟交易法》的规定,出售该法实施以前已经购进的手工制品,遭到刑事指控。阿拉德认为《鹰保护法》和《候鸟交易法》部分条款违宪,构成未经公平补偿的征收。联邦最高法院认为:虽然安德鲁斯因两部法律遭受了损失,但获得了“在一个文明社会中居住和经营的利益”。据此,该政府管制不构成管制性征收。

“平均利益互惠”原则要求计算财产权人承受的负担和收获的收益之间的比例关系。这种比例关系如何计算?法院有这样的计算能力吗?联邦最高法院在随后的启斯东烟煤协会案中,^④解释了

^① Jackman v. Rosenbaum Co. 260 U.S. 22, 30 (1922).

^② Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104 (1978).

^③ Andrus v. Allard, 444 U.S. 51 (1979).

^④ Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470 (1987).

平均利益互惠原则的一般适用规则：“我们每个人都因管制承受了某种负担，但相应地，从对其他人的管制中得到了利益。……征收规范不要求政府和法院精确计算某一个具体的个人承受的负担是否超过了其得到的利益。正如纳税人不可能精确地计算其享受到的政府服务一样。”^⑤

如果对宪法第五修正案作平义解释，因为财产权人并未损失财产利益，政府依警察权的管制有利于财产权人，也间接地有利于公众，所以不构成未经公平补偿的征收，这就使得政府依警察权的管制游离了征收规范的藩篱。但如果回到宪法第五修正案的原初意图，宪法第五修正案暗含了禁止政府对财产权再分配的这一原始意图。政府强迫财产权人加入到一个合作体系中，是不是对财产的再分配？这种分配如何逃避合宪性困境？在“直接的经济利益互惠”情形中，平均利益互惠是在一个相对狭窄的、特定的群体中展开，尽管不要求精确计算承受的负担和享受到的收益之间有精确的比例关系，但享受到的利益仍然应该有“可识别”的特征。也就是说，在一个相对狭窄的、特定的群体中，财产权人承受的负担是具体的，但得到的收益也是特殊的，即不是作为共同体的普通一员分享管制带来的间接利益，^⑥这就与简单地再分配财产区别开来，从而走出合宪性困局。问题是如果恣意地解释“间接利益互惠”，政府的任何管制几乎都可以逃脱征收规范的约束。因此，与前文所述的实质性促进标准一样，“间接利益互惠”不能单独作为一个原则判断某项管制合宪或者违宪。而且，其中的“利益互惠”必须满足最低限度的要求，而不是作为一个社会的成员获得的利益——即财产权人得到了高于一般社会成员的利益，以作为负担的补偿。

四、被剥夺的利益与财产的全部利益构成的坐标系：广谱适用的坐标系

该坐标系可以从两个层面描述，涉及到对财

产权的两个层面的切割：权利束的层面和经济价值的层面。权利束着眼于权利的构成要素，如果政府的管制剥夺权利的一些构成要素，可能构成征收；经济价值的层面着眼于财产可以给财产权人带来的回报，如果政府管制剥夺财产的经济价值到某种程度，也可能构成征收。从上述两条路径出发，可以发现该坐标系由两个子坐标系构成：被剥夺权利束与全部权利束构成的坐标系、被剥夺经济价值与全部经济价值构成的坐标系。

（一）被剥夺权利束与全部权利束构成的坐标系

作为判断管制性征收标准要考量的权利束并不是大陆法意义上的占有、使用、收益和处分。联邦最高法院的管制性征收标准着眼于排他权、使用、合理投资期待等概念。排他权着眼于财产权对人格的意义，无需作量上的考量；剥夺其它权利束才需要作量上的考量。当政府的管制剥夺了权利束中的排他权时，一定构成征收；如果没有剥夺排他权，就要将整个权利束作为分母，将政府剥夺的财产权部分作为分子，考量两者的比例关系。当然，最高法院不可能给出一个精确的数字，以判断政府行为是否构成征收，宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案确立的“走得太远”，一直是法院判断政府行为是否构成管制性征收的标准，但什么情形是“走得太远”，只能在个案中判断。

1. 物理性侵入。尽管管制性征收的标准五花八门，但正如劳伦斯·却伯所言，“物理性侵入”标准却是联邦最高法院一直以来最痴迷的标准，不管这种侵入多么微不足道。^⑦

联邦最高法院在凯撒安泰诉美国案中，^⑧将政府允许公众进入私人不动产的行为视为征收。凯撒安泰在海边有一块土地，上有池塘。经过疏浚，变成与太平洋航行区域毗邻的一片海湾。凯撒安泰在自己的海域与太平洋航海区之间设立了关隘，设立了码头，对经过自己海域进入太平洋航行区域的船只收费。但根据河流和港口拨款法案，^⑨此类收费只能由政府用于保持海域。同时，

^⑤ Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470, 491 (1987).

^⑥ Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393, 413 (1922).

^⑦ Laurence H. Tribe, Constitutional Choices, Harvard University Press, 1985, 177.

^⑧ Kaiser Aetna v. United States, 444 U.S. 164, (1979).

^⑨ Rivers and Harbors Appropriation Act of 1899.

凯撒安泰又不能禁止人们经由自己的海域进入太平洋航行区域。这就相当于国会授予人们自由进入凯撒安泰码头的权利。联邦最高法院认为:进入的权利构成对财产的物理性侵入,走得太远了,远远超过普通管制或提升航行品质的范畴,构成管制性征收——“排他权”是“财产权”的基本要素,是财产利益中的一种,不能未经补偿征收。^{⑤①}

在洛雷托诉曼哈顿有线电视公司案中,^{⑤②}联邦最高法院将“物理性侵入”作为分析管制性征收的唯一标准。该案事关纽约市的一项依据警察权的管制,要求所有土地所有人都必须在其建筑内,以1美元的合理价格安装有限电视电缆。业主可以设置合理的条件,以保证其财产的美观和安全,如果安装、营运或迁移有线电视设备给业主造成损失,有线电视公司将予赔偿。在洛雷托案中,法院认为,该法律已构成需要补偿的征收,因为存在永久性物理占有,而永久性物理占有是所有权的基本要素,该法律构成征收与该法律促进的公共利益无关。

联邦最高法院在加诺兰案和多兰案的判决中认为,^{⑤③}无论政府管制是否实质性促进了公共利益的实现,只要存在物理性侵入,一律构成征收。这就意味着,联邦最高法院对“物理性侵入”标准的痴迷几乎到了走火入魔的地步,成为压倒一切标准的标准。诺兰夫妇在加州文图拉县拥有一块临海土地,准备建设新住宅。1982年2月25日,他们向加州海岸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。诺兰夫妇认为这构成征收,但加州海岸委员会认为:给许可附加条件实质性促进了合法的公共利益,不构成征收。联邦最高法院认为,尽管附加的条件

确实促进了合法的政府利益,但由于发生了对诺兰夫妇土地的“永久性物理占有”,加州海岸委员会给许可附加的条件构成管制性征收。多兰案的情形大致与此相似。多兰有一块土地位于蒂加德市中心商业区的梅恩街,其在该地块上修建了一家店铺,尚余部分空地。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。市规划委员会根据该市《地区开发法典》的规定^{⑤④},要求多兰捐出部分土地用于改进排水系统,并要求她再贡献一块土地用作人行/自行车道,才能批准其许可。多兰认为政府行为构成征收,政府认为附条件许可实质性促进了合法的公共目的。联邦最高法院认为,“虽然附加贡献土地的条件与促进合法公共目的之间存在实质性关联,但《地区开发法典》的要求过于严苛,存在对财产权人不动产的‘永久性物理侵入’,已经构成管制性征收”^{⑤⑤}。

2. 剥夺权利束中全部合法使用的权利或处置财产的权利。即便不存在对财产的物理性侵入,如果政府管制剥夺了权利束中的其它重要内容,同样可以构成管制性征收,联邦最高法院在科廷诉本森案中将这权利束描述为所有权的核心。^{⑤⑥}加利福尼亚州境内有一座国家公园,名为优胜美地公园,该公园内有多宗私人土地,主要用于放牛。内政部认为在公园放牛大煞风景,就发布一道管制令:禁止在位于优胜美地公园内的私人土地上放牛。科廷认为该项管制剥夺了自己的财产,构成未经公平补偿的征收。联邦最高法院认为:“该命令不是……对土地用途的管制,而可能是一个为了保护土地,从而绝对禁止使用的命令。该命令不是阻止滥用或非法使用,而是阻止合法、必要使用——这是所有权的属性,构成其本质和价值。……除非经由适当程序达致上述目的,否则超越主权范围。”应该经过何种程序达致

^{⑤①} Kaiser Aetna v. United States, 444 U.S. 164, 176(1979).

^{⑤②} Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419 (1982).

^{⑤③} Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825(1987). Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 687 (1994).

^{⑤④} 地区开发法典(Community Development Code,简称CDC)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。CDC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。

^{⑤⑤} 512 U.S. 687, 706 (1994).

^{⑤⑥} Curtin v. Benson, 222 U.S. 78 (1911).

上述目标呢?法院认为,“只能通过行使征收权的方式”⁵⁶。

在随后的洛杉矶诉洛杉矶燃气公司案中,⁵⁷法院判决一项城市管制令违法。该管制令要求,为了新建市政系统,燃气公司必须迁移其电杆和电线。法院认为:“城市有权建造其系统,但不能侵犯公司特许经营的权利,也不能强迫公司做没有补偿的捐献。”⁵⁸

在上述判例中,政府管制剥夺了权利束中的重要内容。在科廷诉本森案中,警察权的行使已剥夺了财产权人权利束中最重要的一束:合法使用的权利;在洛杉矶案中,要求公用企业迁移电杆和电线,事实上侵犯了企业合理处置自己财产的权利。与物理性侵入标准不同,当政府管制剥夺财产权中的使用权或合法处置权时,并不一定构成征收,法院仍需考量管制对财产权影响的程度:在科廷诉本森案的判决中,联邦最高法院用“绝对禁止使用”来描述管制对财产权的影响;在洛杉矶诉洛杉矶燃气公司案中,联邦最高法院用“强迫公司做没有补偿的捐献”来定义管制的性质。

3.破坏合理投资期待。财产权人对财产的投资总有回报的预期,只要这种投资回报预期是合理的,就应该得到保护。如果管制破坏这种预期,就可能构成征收。最经典的判例是帕拉佐罗诉罗德岛案。⁵⁹

1959年,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。为此,帕拉佐罗与他人合伙成立了海岸花园公司,购得地块后,帕拉佐罗并购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常被海浪淹没的盐沼地,需要大量填土才可在此建房。海岸花园公司先后3次向罗德岛相关机构提出改造申请,均未果。

1971年,罗德岛州创设了一个负责保护本州沿海土地的委员会。该委员会发布了罗德岛海岸资源管理方案,把帕拉佐罗购买的那类盐沼地指定为受保护的“沿海湿地”,除非为了实现“迫切

的公共目的,使全体公众而非个人或私人获益”,并经委员会批准,否则不能开发。

1978年,海岸花园公司破产清算,3宗土地归入帕拉佐罗名下。

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,再次被拒绝。帕拉佐罗认为,管制剥夺了其全部财产价值,构成未经公平补偿的征收。案件的争点之一是:帕拉佐罗能否合理期待其购买的土地能被开发。联邦最高法院认为,政府管制不是财产“所有权本身所固有的”对土地使用的限制,财产权不是国家创设的权利,“不能形成和定义财产权以及合理投资回报期待”,政府管制“走得太远”,构成对帕拉佐罗财产的征收。

财产权与政府管制有着不可分割的联系,但合理投资期待是财产权权利束中的重要内容,如果管制破坏合理投资期待到一定程度,就构成征收。与其它权利束被剥夺的情形一样,考量破坏合理投资期待的管制是否构成征收时,要考量对合理投资期待破坏的程度。

(二)被剥夺经济价值与全部经济价值构成的坐标系

财产价值从总量上来看,可以计算为一定的货币量,即市场价值。当管制大幅度剥夺财产经济价值时,构成征收。

1.剥夺财产的全部经济用途。财产的经济价值是财产最重要的价值之一。如果管制剥夺财产的全部经济用途,无疑构成征收,卢卡斯诉南卡罗来纳海岸委员会案是最典型的判例,该规则被描述为“全部征收”规则。⁶⁰

1986年,卢卡斯在南卡罗来纳州查尔斯顿县棕榈岛购买两块住宅用地,打算建造单户住宅。然而,1988年,南卡罗来纳州立法机关制定了《海滨地区管理法》,根据该法,海岸委员会禁止卢卡斯在这两块土地上建造永久性住宅。卢卡斯认为,该禁令构成未经公平补偿的征收。联邦最高法院认为,“当以公共利益的名义要求不动产所有者牺牲所有经济性用途时,政府就对其财产构

⁵⁶ Curtin v. Benson, 222 U.S. 78, 82 (1911).

⁵⁷ Los Angeles v. Los Angeles Gas Corp., 251 U.S. 32 (1919).

⁵⁸ Los Angeles v. Los Angeles Gas Corp., 251 U.S. 32, 40 (1919).

⁵⁹ Palazzolo v. Rhode, 533 U.S. 606 (2001).

⁶⁰ David H. Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992).

成了征收。如果政府试图确认剥夺土地上全部经济用途的管制有效——只有在这种情况下才可能避免支付补偿,就必须证明这样的逻辑前提存在:被禁止的使用利益起初就不是财产权人的权利。”^①

联邦最高法院在该案判决中,将全部剥夺财产经济性用途的管制称为“全部征收”,即该项管制的效果与政府启动征收程序征收毫无差别,财产的价值已丧失殆尽,应受征收规范的约束。

2.管制没有给财产权人留下合理的经济价值。典型的是启斯东烟煤协会诉德本迪克提斯案。^②1966年,宾夕法尼亚州发布了《烟煤矿下陷和土地保护法》。该法案授权该州环境资源局(Pennsylvania Department of Environmental Resources)制定和执行一项综合规划,以阻止或尽量减少下陷事故。该法案第4条规定,禁止以可能导致土地下陷的方式,在公共建筑、公众使用的非商业建筑、居所和墓地下方开采烟煤。环境资源局为此制定了50%标准——即在上述建筑物之下的煤炭最多只能开采50%。按照该法案,启斯东烟煤协会所属的4家煤炭公司将会损失2700万吨烟煤。1982年,启斯东烟煤协会主张该法案构成未经补偿的征收,起诉到法院。该案的争点之一是:管制有没有给财产人留下合理的经济价值。

联邦最高法院认为,分析管制施加的负担之程度时,关键问题是“如何定义财产单位”,即“如何确定财产价值这个分数的分母”,“征收的法理不将一宗财产划分为若干个具体的部分,然后决定某一部分财产上的权利是否全部被剥夺了。而是在判断某一政府行为是否构成征收时,法院关注行为的性质和干预的性质,对权利的干预是将财产作为一个整体来考量的——我们认为,一个财产所有人占有一宗财产的所有权利束时,从其中拿走一枝不构成征收,因为权利束应作为一个整体来考量”。虽然沉陷法要求在某些建筑之下的烟煤要保留50%在原地,但对烟煤协会所属的4家公司而言,只占了其拥有的煤炭总量的2%。“2700

万吨煤不构成征收法意义上的一个分离的财产部分……没有理由将上诉人2%的煤炭作为一个分离的财产考量”。联邦最高法院进一步认为,“从一个合理的煤炭开采单位即投资回报期待来看”,^③煤炭公司没有被剥夺财产的合理经济利用价值,或投资回报期待受到实质性影响。联邦最高法院最后认定法案不构成对启斯东烟煤协会财产的征收。

从联邦最高法院对该案的判决中,我们可以反向推理出这样的结论:如果管制剥夺了财产合理经济利用价值,则构成征收。至于如何界定管制是否剥夺财产合理经济利用价值,主要是看被剥夺的财产价值占整宗财产价值的比值。当然,联邦最高法院一直没有、也不可能给出一个数值,即被剥夺的财产价值占整宗财产价值的比例大于多少时,管制构成征收。

与前两个坐标系不同,由被剥夺的利益与财产的全部利益构成的坐标系是判断管制是否构成征收的光谱体系,适用于所有管制性征收案件的分析。当然,说其光谱,不意味着该坐标系可以取代其它分析路径,适用被剥夺的利益与财产的全部利益构成的坐标系时,依然要结合其它坐标系,才能对管制是否构成征收作出判断。

五、中国宪法上概念的对接:管制性征收与“征收”、“征用”

经验世界纷繁复杂,管制性征收的判断曾苦恼着芸芸众生,用数学编码方法看到的永远只可能是其中的一个维度。一个坐标系只可能在一个平面中运用,但管制性征收案件却常常是立体的,通常法院要交叉运用多种坐标系,然后作出综合的判断。也许是厌倦了这种西西弗斯式的百转千回,学界常常坠入中庸式的“平衡标准”。^④而所谓的平衡,不外是建议法官在特定的语境中,综合考量各种因素,根据个案确定彼此的权重,分析的方法终究敌不过这种综合式进路的夹击——

^① David H. Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1015(1992).

^② Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470 (1987).

^③ Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470, 485 (1987).

^④ Reexamining 100 Years of Supreme Court Regulatory Taking Doctrine: The Principles of "Noxious Use," "Average Reciprocity of Advantage," and "Bundle of Rights" From Mugler to Keystone Bituminous Coal, Boston College Environmental Affairs Law Review, Summer, 1987.

说平衡就意味着没有特定的立场。但如果综合不建立在对各要素的分析基础上,所谓的综合不过是和稀泥的体面说法。因此,综合的前提是分析,判断管制性征收的坐标系就是这种分析的工具。

回到中国法上的问题。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。如在各地广泛存在的“禁摩托令”,甚至因此引发诉讼;⁶⁵还比如为了举办各类庆典,要求商贩歇业。⁶⁶还比如广泛存在的土地用途管制,《土地管理法》根据土地用途的不同,将土地分为农用地、建设用地和未利用地三类。根据土地用途不同,土地的市场价值相差悬殊。即便这些土地用途管制存在正当性,也可能会出现“让部分人承受按公平正义原则本应由公众承受的负担”,政府要不要补偿?其中最典型的情形是退耕还林、退耕还草、变建设用地为农用地等。如果承认私有财产受法律保护,强调私有财产首先服务于私人利益,就应给予补偿。但问题在于:中国法上没有管制性征收的概念。但这并不意味着中国法上的管制性征收概念无法构建。从上文的梳理可以看出,美国法上的“管制性征收”是在司法中确立的概念,美国宪法文本里也没有“管制性征收”的概念。也就是说,管制性征收的概念是从“征收”的概念中发育出来的——如果管制“走得太远”,产生与征收同样的效果,就构成“管制性征收”。在中国法上,管制性征收的概念发育是走美国法的路径,还是另辟蹊径?

美国宪法上只有“征收”的概念,而无“征用”的说法。中国宪法上除了有“征收”概念外,还有一个姊妹概念:“征用”。之所以说“征收”和“征用”系姊妹概念,不仅因为它们前后出现,而且因为其目的、标的大体相似,国家的补偿义务也相仿。⁶⁷如前一章所述,“征收”和“征用”的概念区分主要应从时间维度上着手。如果对财产的管制“走得太远”,且这种管制是永久性的,则受征收规范的约束;如果对财产的管制“走得太远”,但这种管制是临时性的,则受征用规范的约束。因此,美国法上的“管制性征收”概念可以从中国法上的两个概念中发育出来。

当然,美国法上“管制性征收”标准经历了漫长的演变过程,坐标系也在此过程中渐次建立。中国法上如何确立标准?如何构建坐标?面对“家族相似”的问题,美国联邦最高法院确立的坐标系,是我们“可以攻玉”的“他山之石”。当然,与美国问题相比,他们已经完成了“管制性征收”概念的构建,接下来的工作仅仅是解释。但于我们而言,概念构建还停留在学者的书斋里,中国法院还没有使用这个极具解释力的概念,我们似乎慢了半拍。但构建和解释有时是一而二,二而一的关系:如果没有确定“管制性征收”的坐标系,崇尚实用理性的法院怎会接受这个概念?怎会用这个概念判决案件?从这个角度看,讨论“管制性征收”的坐标系,也是为了在中国法上催生“管制性征收”的概念。

⁶⁵ 谢未艾:《反“禁摩”第一案在南宁开庭》,载《摩托车趋势》2005年第8期。

⁶⁶ 北京市公安局曾发出通告,为配合国庆庆典、保证国庆安全,要求天安门广场周边商业网点于9月30日至10月1日停业。参见《长安街沿线商业区今提前谢客 二日重新开张》,载网易网新闻 2009年9月30日, <http://news.163.com/09/0930/16/5KFM792F000120GU.html>, 2013年12月26日访问。

⁶⁷ 参见房绍坤、王洪平:《公益征收法研究》,中国人民大学出版社2011年版,第108页以下。