

美国土地开发者负担政策及其司法审查议题*

——基于规制国家的视角

卢超

内容提要:开发者负担制度作为美国土地规制政策中的重要规制工具,其实现了公共建设任务由国家转移至私人开发主体的制度功能。但是,从司法审查的角度而言,开发者负担制度尽管具备诸多规制国家层面下的制度优势,其将国家义务强制转移至私人的制度特征,却可能触动联邦以及各州宪法中的“公共补偿条款”,从而构成一种“规制性征收”。据此,联邦最高法院通过诸多判例生成的标准,亦旨在拘束开发者负担制度这一规制政策的过度影响。通过考察,实践中这些过度形式化的司法标准并未产生预期的效果,况且考虑州层面民主过程对开发负担政策的立法拘束,地方竞争压力的替代性拘束效果等等,诸多因素的叠加将使得司法对于地方土地规制政策的过分拘束显得十分突兀,并且放置于现代规制国家的大背景下,司法审查在其中扮演的制度角色远没有预想中的那般重要。通过对美国开发者负担土地政策的梳理,也为当代中国公共设施配建政策的完善,提供了比较法上的借鉴意义。

关键词:开发者负担 规制性征收 规制国家 司法审查 地方竞争

卢超,上海交通大学凯原法学院与纽约大学法学院2009级联合培养博士研究生。

在现代都市社会变迁背景下,随着行政国家的渐次崛起与给付行政的客观需求,在公共建设行政领域,地方政府日益面临着提供公共基础设施服务的财政压力。在当代中国诸多地区的地方政策实践中,通过公共设施配建的模式,将公共绿地与附带交通建设的义务转移至私人开发主体,譬如,在上海便存在开发单元的建设模式,譬如《关于黄浦江两岸综合开发的若干政策意见》第二条中便规定,“按项目的性质与规划,将经营性与非经营性项目合理组成项目开发单元,作为明确开发责任主体的最小实施单位。”同样通过这种开发单元的方式,将公共建设任务转移至私人建设项目的开发者。更进一步的是,近年来随着保障性住房的供给压力,在地方层面,各地纷纷以保障房配建的政策模式,在商业土地出让时,区域内

* 感谢上海交通大学凯原法学院朱芒教授主持的“都市法读书会”上诸位师友对文章的批评建议,在此一并感谢,当然文责一概自负。该文为上海市哲学社会科学规划课题“给付行政背景下中国住房保障法律制度研究”(课题批准号:2011BFX008)的阶段性研究成果。

配建一定比例的保障性住房,以此,将保障房的建设任务附加至商品房建设开发主体。^[1]当然,这种额外附带义务的增加也引发了诸多争议。尽管在实践中上述各类制度体现出纷繁复杂的外观形态,但在内核上却分享了共同的核心特征,即是将公共设施建设的国家义务转移至私人开发主体,通过市场机制来履行承担传统的公共任务。从比较法的角度进入,这种公共建设义务的私人移转模式在域外也大量存在,并且其中最早出现,也最为典型的代表性公共政策便是美国的开发者负担制度,^[2]对于该制度的一个最大疑问便是,公共建设义务被强制性转移至私主体,如何保证这种强制附加义务的合法性与合宪性?置于规制国家、行政国家变迁的大背景下,开发者负担制度是否反映了财产权的内涵发生了相应变化?司法审查是否如同传统理解的那般,通过司法审查标准的续造保证了开发者负担规制工具的合理性?在民主过程、地方竞争压力等诸多制约因素中,司法审查在其中的地位究竟如何?带着这些问题,下文将通过比较法梳理的方式,对于这些问题进行进一步的回答。

一 开发者负担政策的形态演变与制度功能

(一) 开发者负担政策的制度渊源与传统形态

按照传统意义上的理解,在美国 20 世纪早期,随着都市开发的扩张,对于附带的城市公共服务设施的公共需求也不断增强,地方政府有责任承担道路交通、供水、排污等基础公共设施的建设义务。一般意义而言,公共基础设施的建设资金一般主要来自地方税收支出(尤其是财产税),同时地方也能够获得联邦层面的项目资助。在公共建设与私人开发领域之间,可以较为清晰的划出一条“国家——市场”的分界线,亦即市场主体仅仅负担私人开发建设,公共基础设施建设则将由地方政府通过税收方式实现。^[3]但是,20 世纪中后期,随着开发者负担制度这种现代土地规制工具的兴起,国家——市场二元分割的传统现状被打破了,按照现代规制国家的要求,私人主体亦开始承担部分公共建设义务,部分公共基础设施建设的国家义务亦被转移至私人主体身上。

尽管开发者负担制度的一般形态,譬如土地捐赠与影响费制度在 20 世纪 30 至 40 年代便已出现,但其逐步得到大量广泛运用,并成为地方政府土地政策的重要手段,却是直到 60 年代的事情。在这期间主要源于政治、社会背景的变化,而导致开发者负担制度迅速成为土地规制政策的主流工具。^[4]从制度发生学的角度来看,开发者负担制度的历史变迁经历了

[1] 近年来我国各地区纷纷以规范性文件的方式来规范保障房配建实践,譬如《孝感市城区保障性住房配建试行办法》、《乌鲁木齐市保障性住房配建管理办法》、《郑州市商品住房项目配建保障性住房实施办法》、《杭州市商品住宅出让用地中配建保障性住房的实施办法(试行)》、《衡阳市商品住房配建保障性住房暂行办法》、《沧州市区保障性住房配建实施细则(试行)》、《冀州市保障性住房配建实施细则(试行)》,这些规范性文件主要是从保障房配建比例、配建方式、产权归属与市场激励机制等方面对保障房配建政策进行了详细规范。

[2] 对于 Land use exactions 与 Development exactions 概念的翻译问题,存在诸多不同的译法,我国台湾地区将此直译为“开发强制课征”,也有将其翻译为“土地利用捐赠”,在本文中将此概念统一翻译为“开发者负担”,旨在表明该土地规制政策的核心内涵,在于其将原本属于国家层面的公共设施建设义务转移到了私的开发主体头上,商业开发者将要额外负担原本属于国家层面的公共建设义务,主要是指区域内公共设施改善、区域外公共设施改善、影响费、替代费等形式。影响费、关联性规划、包容性政策等土地规制工具均是隶属于“开发者负担”政策下的子概念。有关“开发者负担”此概念的翻译问题,可见,朱芒、陈越峰主编:《现代法中的城市规划——都市法研究初步》,法律出版社 2012 年版,第 447-459 页。

[3] John J. Delaney, Larry A. Gordon, and Kathryn J. Hess, The Needs-Nexus Analysis: A Unified Test For Validating Subdivision Exactions, User Impact Fees and Linkage, 50 *Law & Contemp. Probs.* 139-140(1987).

[4] 有关该制度背后政治与社会背景变化的详尽分析,可详见 Alan A. Altshuler & Jone A. Gomez-Ibanez, *Regulation for Revenue: The Political Economy of Land use Exactions*, Brookings Institution Press, 1993; Gus Bauman & William H. Ethier, Development Exactions and Impact Fees: A Survey of American Practices, 50 *Law & Contemp. Probs.* 51(1987)。

从最传统的土地细分过程中物理性公共设施配建的义务性要求,逐步发展沿革为地方政府借助私人开发主体,实现公共建设与社会公益目标的政策工具。^[5] 开发者负担制度的雏形仅仅局限于土地细分区域内的公共设施改善需要,按照这种最为传统的土地细分开发负担要求,配建公共设施的类型多体现为下水道、输水管道、人行道、路缘与街沟等公共设施建设义务。随着都市公共设施需求的增加,开发区域内的配建义务也逐步扩展到土地细分区域外的公共设施建设要求,这意味着私人附带公共建设义务开始扩展至一般意义的土地细分区域之外,配建设施的种类亦开始扩展至学校、公园等配套公共设施建设。^[6] 一般而言,区域公共设施改善类型的开发者负担制度,在各州普通法上基本上得到了广泛认可,这种类型的开发者负担制度基本上能将公共建设附加义务移转到造成这种外部成本的私人开发者身上,并且被认为是地方政府土地细分控制权与规划权的一部分,属于地方政府在土地规制领域中警察权的合理行使范畴。^[7]

随着人口增长与都市急速扩张,上述区域内与区域外公共设施改善等最为传统意义上的开发者负担制度,也日趋无力满足都市增长对公共设施带来的复杂需求。与此同时,由于很多开发地块过分狭小或者区位不佳,因此很难通过私人直接负担土地的方式来实现公共设施的改善。因此,诸多地区则开始采取影响费的形式,通过征缴费用来取代传统的物理性的土地负担形式。^[8] 与传统的土地细分公共设施改善要求不同的是,影响费并不局限于土地细分过程,其适用情形更加广泛也更加灵活,对于影响费的收取,往往有固定的费用计算公式予以依循。^[9]

(二) 作为特殊制度形态的关联性规划、包容性规划政策

20 世纪 70 年代之后,随着住房保障问题的日趋严峻,开发者负担制度开始衍化出全新的制度形式,与前述区域公共设施改善和影响费等最为传统的制度形式相比,开发者负担制度后期的两种制度形态——关联性规划与包容性规划,尽管仍然分享着开发者负担最为核心的制度特征——亦即公共建设义务的私人移转,但与先前的诸多传统制度相比,尽管关联性、包容性规划制度也蕴含了私人开发需承担其公共成本的要求,但其却不再仅仅局限于消除开发行为的负外部性这种单纯经济效率的考量,其功能开始侧重于推行住房保障等社会福利公共政策。^[10] 譬如,关联性规划制度要求商业开发的主体,必须依照商业开发行为对周边住房市场的负外部性影响,向地方住房基金缴纳相应费用,由地方政府统一用于保障住

[5] R. Marlin Smith, From Subdivision Improvement Requirements to Community Benefit Assessments and Linkage Payments: a Brief History of Land Development Exactions, 50 *Law & Contemp. Probs.* 5 (1987).

[6] Ira Michael Heyman & Thomas K. Gilhool, The Constitutionality of Imposing Increased Community Costs on New Suburban Residents through Subdivision Exactions, 73 *Yale L. J.* 1134(1964); John J. Delaney, Larry A. Gordon & Kathryn J. Hess, The Needs-Nexus Analysis: A Unified Test For Validating Subdivision Exactions, User Impact Fees and Linkage, 50 *Law & Contemp. Probs.* 142 (1987).

[7] Ira Michael Heyman & Thomas K. Gilhool, The Constitutionality of Imposing Increased Community Costs on New Suburban Residents through Subdivision Exactions, pp. 1119 - 1157; John D. Johnston, Jr., Constitutionality of Subdivision Control Exactions: The Quest for a Rationale, 52 *Cornell L. Rev.* 871(1966 - 1967).

[8] Juergensmeyer & Blake, Impact Fees: An Answer to Local Governments' Capital Funding Dilemma, 9 *Fla. St. U. L. Rev.* 415 - 418(1981); Jacobsen & Redding, Making Development Pay its Own Way, 55 *N. C. L. Rev.* 407(1977).

[9] Gus Bauman & William H. Ethier, Development Exactions and Impact Fees: A Survey of American Practices, 50 *Law & Contemp. Probs.* 56(1987).

[10] Donald L. Connors & Michael E. High, The Expanding Circle of Exactions: From Dedication to Linkage, 50 *Law & Contemp. Probs.* 72(1987).

房建设。与传统意义的开发负担制度相比,关联性规划政策体现出极强的社会福利属性,带有强烈的财富再分配特征。^[11] 包容性规划制度与关联性规划存在制度相似性,按照包容性规划政策的要求,商业性住宅建设必须在该开发单元区域内,配建一定比例的可支付性住宅,该“强制预留”部分的可支付住宅单元,必须按照预定的售价或者租金售租给中低收入家庭。^[12] 不难发现,包容性规划与关联性规划制度均是指向了住房保障的社会福利功能。开发者负担制度内部谱系中的这种政策模式变迁,也体现了现代社会下国家任务的变迁与给付行政的时代需求。

(三) 开发者负担制度的政策功能与合法性难题

从政策功能的角度而言,开发者负担制度通过将公共基础设施建设的行政任务转移给私人主体的方式,减轻了开发行为对周围环境带来的负外部性,譬如带来的交通拥堵、噪声与环境质量下降问题,迫使开发者将其开发行为导致的成本内部化;同时,起到都市增长助推器的功能,尤其在那些都市扩张迅速的区域,地方政府无力提供充分的公共基础设施,开发者负担恰好满足了公共建设的需求,以此避开了都市增长控制机制的拘束;最后,开发者负担中的关联性规划、包容性规划政策则起到了福利保障的社会功能。^[13]

开发者负担作为一种特殊的土地规制工具,其制度核心在于对土地商业开发行为进行外部规制,其制度目标在于消除私人主体开发行为对公共设施与环境的负外部性,尽管从分区规划的早期制度史而言,分区规划也旨在消除私人建设的负外部性,发挥着类似妨害法的等价功能,^[14] 并且规划权被认为属于警察权的合理行使范畴,其对于私人产权的限制无须通过“公正补偿条款”予以补偿,分区规划限制的合法性并在欧几里德案中得到联邦最高法院的确认。^[15] 与分区规划制度相比,开发者负担制度更是一种都市变迁发展背景下的新型土地规制工具,^[16] 其对于财产权的开发限制功能,比欧几里德式的分区规划限制更进一步,而且其法定主义色彩稍显不足,而政策裁量的因素更重,这也反映出原有的分区规划等

[11] Jerold S. Kayden & Robert Pollard, Linkage Ordinances and Traditional Exactions Analysis: The Connection Between Office Development and Housing, 50 *Law & Contemp. Probs.* 129 (1987).

[12] Douglas R. Porter, *The Promise and Practice of Inclusionary Zoning*, in Anthony Downs ed., *Growth Management and Affordable Housing—Do they Conflict?* Brookings Institutions Press, 2004, pp. 212–248.

[13] Vicki L. Been, Exit as a Constraint on Land Use Exactions: Rethinking The Unconditional Conditions Doctrine, 91 *Colum. L. Rev.* 482–483 (1991); Rachele Alterman, Exactions American Style: The Context for Evaluation, in Rachele Alterman eds., *Private Supply of Public Services: Evaluation of Real Estate Exactions, Linkage and Alternative Land Policies*, New York University Press, 1988.

[14] 分区规划的制度目的在于替代传统私法意义上的妨害法功能,起到消弭土地开发负外部性之作用,可见 Dunham, A Legal and Economic Basis for City Planning, 58 *Clum. L. Rev.* 650 (1958); Joseph L. Sax, Takings, Private Property and Public Rights, 81 *Yale L. J.* 155–161 (1971); 当然,反对分区规划的声音也一直存在,诸多学者认为,私主体间的限制契约、损害法规则等私法手段完全可以起到消除负外部性的功能,根本无须分区规划的政府干预,代表观点可见, Robert Ellickson, Alternatives to Zonings: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls, 40 *U. Chi. L. Rev.* 681–687 (1973); Bernard H. Siegan, No-Zoning is the Best Zoning, 31 *Cal. Wl. Rev.* 127 (1994); Bernard H. Siegan, *Property and Freedom: The Constitution, The Courts, and Land-Use Regulation*, Transaction Publishers, 1997.

[15] Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U. S. 365–388 (1926), 欧几里德案的详细分析可见,李冷焯:《城市规划合法性基础研究——以美国区划制度初期的公共利益判断为对象》,《环球法律评论》2010年第3期。

[16] “与传统的分区规划制度相比,开发者负担作为灵活的土地规制工具,也存在着法治主义不足,缺乏可预测性,容易产生寻租现象的弊端”,开发者负担制度与传统分区规划之间差异的比对,详见 Stewart E. Sterk, “Nollan”, Henry George, and Exactions, 88 *Columbia Law Rev.* 1742–1751 (1988); 与欧几里德式的静态分区规划相比,开发者负担制度涉及到特殊许可、附条件许可等碎片化变更形式,有关碎片化变更的详细介绍,可见 Carol M. Rose, Planning and Dealing: Piecemeal Land Control as a Problem of Local Legitimacy, 71 *Cal. L. Rev.* 839, 841 (1983)。

传统公法手段已然不能完全满足都市扩张背景下私人开发对公共建设设施的需求,因此需要进一步通过开发负担的政府规制手段来消除开发行为带来的负外部性。^[17]

但是,综上所述,尽管开发者负担制度拥有诸多的制度优势,但随之带来的合法性问题却是,作为一种负担性行政行为,开发者负担制度将原本属于国家层面的公共建设义务强制转移给私人,私人开发主体因此承担了相应的额外的经济负担,这是否侵犯了私人主体享有的宪法上的财产权利益?这是否会触动联邦宪法第五修正案“公正补偿条款”的拘束,从而构成了一种“规制性征收”?开发者负担制度作为现代规制国家的土地规制工具,如何借助司法审查手段保障这种规制手段的合法性与合宪性?司法审查是否起到了应有的拘束效果,是否同样遭遇了现代规制国家下司法制度能力不足的普遍困境?围绕着这些问题,下文将进行进一步的阐释。

二 开发者负担制度遭遇的司法审查困境

(一) 联邦最高法院确立的“规制性征收”审查判断标准

按照一般意义上的理解,美国联邦宪法对于财产权的保障主要是通过第五修正案“公正补偿条款”予以实现的,法院通过司法裁判中对宪法中“公共补偿”与“公共使用”概念的界定,形成了对于财产权的保障功能与法定拘束效应,然而,随着规制国家的渐次崛起,尤其在土地领域,政府对于私人土地产权的介入不再仅仅是通过物理性征收形式,而是借助诸多的土地规制手段来对私人主体的产权利用进行诸多限制。那么,现代规制国家下的诸多土地规制方式,尽管并没有直接剥夺其土地所有权状态,但其是否也会触动宪法上的“公正补偿条款”,从而要求国家对私人主体进行相应补偿?对于这个问题联邦最高法院在 1922 年的马洪案中做出了肯定性的回答。^[18]就此,随着规制国家的到来,围绕着“公正补偿条款”,原本单一的“物理性征收”形态又逐步延伸出“规制性征收”的概念。两者之间的区别按照阿克曼教授的经典阐述,便是征收概念的两种不同视角区分,一类视角是科学政策制定者的视角,另一类则是普通观察者的视角。在前一种视角下,判断征收的标准主要看政府行为对财产发生的效果,譬如是否减少了财产价值,这种政策制定者的视角将依赖于法律人的判断,即将财产视为权利束,或者从经济学的角度来衡量其使用价值;而后一类普通观察者的视角,更多基于普通常识,来看财产是否受到物理性的侵入,诉诸于普通人对于财产被物理性剥夺的常识感。^[19]

可以说,随着规制国家的到来和土地规制的日渐兴盛,对财产权的限制行为更多的不再

[17] Adelstein & Edelson, Subdivision Exactions and Congestion Externalities, 5 *J. Legal Stud.* 147 - 163 (1976); William Fischel, The Economics of Land Use Exactions: A Property Rights Analysis, 50 *Law & Contemp. Probs.* 101 - 106 (1987).

[18] *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. 393 (1922). 在该案中,按照霍姆斯法官的解释,“如果一项规制行为对财产的经济价值造成的损失过大,则该规制将构成一种征收,则必须对产权人予以补偿。”霍姆斯提出的该项规则极为模糊不清,其更大的意义是提出了规制亦可构成征收 (taking) 这一创建性的判断,这成为土地规制可以构成“规制性征收”的肇始判例。对于该案的详细分析,可见 Robert Brauneis, The Foundation of Our “Regulatory Taking” Jurisprudence: The Myth and Meaning of Justice Holmes’s Opinion in *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 106 *Yale L. J.* 613 - 660 (1996)。

[19] Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution*, Yale University Press, 1977, pp. 26 - 28.

是物理性的财产剥夺,而是基于规划政策、环保政策、^[20] 历史古迹保护^[21] 等公共目的而对私人土地财产权施加诸多规制限制,这种限制从表面而言,并没有物理上剥夺私人财产权,然而却限制减损了其使用价值,从科学政策制定者的视角而言,这便构成了一种“规制性征收”,以此区别于一般意义上的物理性征收,由于其规制政策对产权价值造成的不利影响,同样触动了联邦宪法公正补偿条款的拘束,政府因此需要对所有权人进行补偿。

同样,作为现代规制国家中的新型土地规制工具,开发者负担制度同样存在“走的过远从而构成规制性征收”的危险,在此,需要强调指出的是,对于开发者负担制度而言,尽管其往往也会指向土地所有权人个体化的建设行为,但更多是针对土地商业开发行为进行的规制,以此消除土地商业开发对周边环境以及公共设施带来的负外部性,譬如开发者负担的最初制度形态亦即土地细分开发负担中,土地细分便被司法认定为一种商业开发行为,佛罗里达上诉法院在 *Wald Corp. v. Metropolitan Dade County* 案中对土地细分开发者与普通的土地所有权人作出了区分,并认为:“对于土地细分开发者而言,土地仅仅是一种市场原材料,在土地细分开发诉讼中,开发者根本目标在于通过地块的细分出售来实现土地市场价值的最大化,这与私人土地所有权人在土地征收中为维护私人产权所进行家园保卫活动,有着本质的差异,所以土地细分开发者负担制度根本上而言是一种市场规制,土地细分开发所受到捐赠部分土地等类型的开发负担拘束,属于规制策略的一部分。”^[22] 遑论开发负担制度的后期类型譬如关联性住房政策,更加明确指向的是商业用地开发给区域内住房市场带来的负外部性,要求其按照负外部影响的比重,向地方住房基金缴纳保障住房建设费用,属于房地产市场规制的一种现代规制工具,由于不涉及土地的物理性负担,其所体现的现代规制国家下的规制工具色彩更加浓重。

与一般性的土地规制工具相比,开发者负担制度所针对的规制对象,更多的是土地商业开发者,而非个体化的财产权所有人,但是,如果开发者负担这种规制政策实施过度,给商业开发者带来了过多的公共负担与商业利益的负面影响,这仍将可能构成宪法上的“规制性征收”。但在司法实践中,“规制性征收”的司法判断标准却一直混乱不堪,1922 年联邦最高法院在 *马洪案* 中,仅仅是提出了“规制”走得过远可以构成一项“征收”的创设性意见,但却并没有提供任何可供参考的司法裁断标准。直到 1978 年的 *宾州中央公司诉纽约市案*,开始初步提出一种形式化的三因素审查基准,^[23] 随后联邦最高法院在 *阿金斯案* 中则将该三因素基准进一步精炼衍化为两个审查基准,即该项土地规制是否具备合法的州利益、是否在实质上增进了该利益,以及是否拒绝了所有者对该土地的经济利用。^[24] 该审查基准被称之为“阿金斯规则”,在随后诸多司法裁判中得到大量运用。1987 年 *诺兰案* 与 1994 年的 *多兰案*,作为仅有的两个由联邦最高法院裁判的开发者负担政策引发的“规制性征收”判例,则进一步提出了两项较为严格的“根本关联”与“大致合比例性”审查基准。^[25] 就此,对于开发者负担

[20] Blaine I. Green, *The Endangered Species Act and Fifth Amendment Takings: Constitutional Limits of Species Protection*, 15 *Yale J. on Reg.* 331-38 (1998).

[21] Carol M. Rose, *Preservation and Community: New Directions in the Law of Historical Preservation*, 33 *Stan. L. Rev.* 473 (1981).

[22] *Wald Corp. v. Metropolitan Dade County*, 338 So. 2d 863 (Fla. Dist. Ct. App. 1976).

[23] 联邦最高法院在该案中认为对规制型征收的判断可以依据个案事实来认定,具体而言应当着重考虑如下三个重要因素:(1)该法律对于权利人所产生的经济上的影响;(2)对投资预期回报的干扰程度;(3)政府行为的性质。详见 *Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 438 U. S. 104 (1978)。

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

[25] *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U. S. 285 (1987); *Dolan v. City of Tigard*, 512 U. S. 687 (1994).

政策的司法审查标准基本形成了以诺兰——多兰规则为核心,并辅以吸收阿金斯规则等其他标准的混合审查标准形式。

通过对联邦最高法院在一系列规制性征收判例中裁判标准极为简要的回溯,可以看出联邦最高法院借助诸多形式化的“规制性征收”司法审查标准,意图防止私人产权陷入被政府过度规制的危险,这种形式化的审查基准体系,“按照传统的财产权自由主义理念,旨在以司法防御手段防止渐次崛起的规制国家的扩张侵蚀,尽量减少地方政府土地规制行为的不确定性。”^[26]但是,规制性征收从某些方面确也反映了现代规制国家下司法实践的困境,尽管联邦最高法院力图借助一种形式化的规制性征收审查基准,来拘束地方层面的开发负担规制政策,在“规制”与“征收”之间划清一条明确界线,防止土地产权陷入被地方政府“过度规制”的危险,^[27]但在实践中,过度形式化的拘束标准也可能将产生诸多的负面效应,^[28]考虑到州层面对开发负担的立法拘束,不动产开发市场的自我规制功能,地方竞争的替代性拘束效果,等等诸多因素的叠加使得司法对于地方土地规制政策的过分拘束可能会显得十分突兀。更为重要的是,各州私法体制的差异性存在,以及现代规制国家下土地规制政策的高度技术化特征,对于各类开发者负担政策,司法往往缺乏充分的制度能力进行审查。

(二) 联邦体系下私法文化差异带来的“规制性征收”司法判断难题

从联邦体制下各州私法差异的角度来看,尽管公正补偿条款对于规制型征收中的财产权保障作了规定,并且联邦最高法院通过一系列判例确立了保障标准,然而由于联邦主义体制框架下,各州普通法中对于财产权的界定并不一致,^[29]这就为划定统一的规制性征收标准提出了难题,联邦最高法院通过判例所设定的标准是否如同表面上那般在各州具有普适性的适用价值? 斯图尔特·E. 斯特克(Stewart E. Sterk)教授便认为在规制型征收案例中,最高法院的司法判决并没有其表面上那般重要,其对马洪案进行了详尽的分析,并认为规制型征收自初始便十分重视遵从州法中财产权的规定,各州由于多样化的私法文化使得财产权是否被规制的甄别无法统一,因此各州的州法以及州法院在规制型征收的判定中将扮演更为重要角色,同时州政府应当拥有更大范围的土地规制的权力。^[30]

在斯特克教授看来,州立法机构与州法院的动态博弈方才型塑了美国联邦宪法“公正补偿条款”的制度内涵。而所谓的联邦之内统一的规制性征收实践、联邦最高法院对各州实践的统一指导,在其看来更多的像是不切实际的理想主义愿景,其进一步通过加利福尼亚州和纽约州的规制性征收的运作差异说明了这一点。^[31] 古耶尔亦持类似观点,其从州法律文化的角度对各州土地规制实践进行对比,并截取了宾夕法尼亚州、加利福尼亚州与新泽西

[26] Mark Fenster, Takings Formalism and Regulatory Formulas: Exactions and The Consequences of Clarity, 92 *California Law Review* 620(2004).

[27] Nicole Stelle Garnett, The Public-Use Question as a Taking Problem, 71 *Geo. Wash. L. Rev.* 934 - 982(2003).

[28] 马克·芬斯特(Mark Fenster)分析认为这种过度形式化、较高强度的司法审查标准将可能会导致三种后果,“一是,考虑到较高的诉讼成本以及补偿要求,地方政府严格依循联邦最高法院设定的审查基准,这使得开发负担制度的使用频度大幅减少,陷入“规制不足”的窘境;二是,由于无法设定充分的开发负担要求,地方政府干脆直接拒绝开发许可申请,造成抑制开发的“过度规制”后果;三是,地方政府不遵从该过于严格的司法标准,从而不产生任何实际效果”。详见 Mark Fenster, Takings Formalism and Regulatory Formulas: Exactions and The Consequences of Clarity, 652 - 667。

[29] Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, Of Property and Federalism, 115 *Yale L. J* 72(2005 - 2006).

[30] Stewart E. Sterk, The Federalist Dimension of Regulatory Takings Jurisprudence, 114 *Yale L. J.* ,(2004 - 2005).

[31] Stewart E. Sterk, The Federalist Dimension of Regulatory Takings Jurisprudence.

州的三地实践,通过对比来说明不同州的私法文化造成了各地不同的土地规制实践。^[32]

从实践来看,联邦体制的政治框架下规制性征收的图景十分复杂混乱,各州不同的法律文化与政治倾向,使得州政府与州法院在规制政府事项中扮演更为关键的角色,因此联邦最高法院在实践中的指导作用并没有想象中那般巨大,更多情况下,规制性征收的司法审查大多发生在州一级法院,很少上诉到联邦最高法院,州法院与地方法院在判别政府的土地规制何时构成征收时,对地方政府的规制权限进行逐一个案裁断,由于各州私法体系与文化的不同,这也就造成了规制性征收司法审查标准的不确定性与个案化。同样,对于开发负担政策而言,尽管联邦最高法院通过个案确立了诺兰——多兰审查基准,但这种形式化的标准未必能够回应不同地区间都市发展与土地规制的复杂需求,因此,各州法院基于私法文化与政治理念的不同,往往会通过先例区分技术回避该审查基准的适用,^[33]譬如广泛采用包容性规划、关联性住房政策以及财产权社会义务理念更重的加州与新泽西州等地区,便不会适用较为严格的诺兰——多兰基准来审查此类带有福利保障色彩的开发负担政策。同样,与之相对的是,对于私人土地产权保护更为严格的州,却往往会在联邦标准之上设定更加严格的标准,譬如伊利诺伊州在州判例中所确立的“特定且唯一原因”标准,后被该州开发者负担政策立法所吸收,^[34]其对开发者负担政策的审查强度远远超出联邦标准。

(三) 司法制度能力的不足:现代规制国家变迁的冲击

除了联邦体制因素的影响之外,另外一个重要的因素则在于规制国家转型背景下,司法制度能力自身的限缩与拘束。对于土地领域而言,土地利用规制涉及到行政机关大量非常定量化、专业化的工作,土地规制中涉及极为复杂的城市规划、环境保护以及经济开发议题。土地规制领域的高度技术化特征反映了规制国家变迁的一般规律,开发者负担规制政策作为土地利用规制的重要组成部分,也体现出同样的技术特征。如何测定土地开发行为对周围区域的负外部影响,依循怎样的标准来设定开发影响费数额,以及关联性住房政策中以怎样的标准来推算商业开发对保障性住房的需求影响,包容性规划中设定怎样的配建比例才不会产生负面的消极后果,设定怎样的政策激励机制才能吸引私人开发者的加入,^[35]等等诸类问题需要行政机构予以较高程度的专业判断。同样,开发负担制度的装置外观也体现了规制国家的一般特征,譬如,1990年之后各州影响费立法中纷纷规定了咨询委员会的程序装置,通过咨询委员会自身的技术专业能力来保证影响费征收的科学性与合理性。^[36]

从司法审查的角度来看,现代规制国家的兴起使得规制领域内的事项变得极为复杂和专业,情境化、个案化的司法审查手段往往无助于整体规制目标的调控。土地规制事项中亦面临类似问题,尤其在土地规制中涉及到经济开发与都市发展政策的诸多考量,面对这类牵一发而动全身的“多中心议题”,法院由于缺乏相应的制度能力;从另一个角度而言,随着规制国家的日渐侵袭,在土地领域内财产权受到的限制与附加义务也越发增强,财产权本身的

[32] Coyle & Dennis J, *Property Rights and The Constitution: Shaping Society through Land Use Regulation*, State University of New York Press, 1993, pp. 53 - 111.

[33] Ronald H. Rosenberg, *The Non-Impact of The Unites States Supreme Court Regulatory Takings Cases on The State Courts: Does The Supreme Court Really Matter?*, 6 *Fordham. Envtl. L. J.* 523 - 556 (1995); Mark Fenster, *Takings Formalism and Regulatory Formulas: Exactions and The Consequences of Clarity*, 92 *California Law Review.* 652 - 653 (2004).

[34] 605 ILL. COMP. STAT. ANN. § 5 - 904 (Smith-Hurd 1993).

[35] Robert C. Ellickson, *The Irony of Inclusionary Zoning*, 54 *S. Cal. L. Rev.* 1167 (1980 - 1981).

[36] Martin L. Leitner & Susan P. Schoettle, *A Survey of State Impact Fee Enabling Legislation*, 25 *Urban. Law.* 491 (1993).

外延被规制而不断限缩,财产权与合理规制之间的边界不断发生位移与波动,^[37]如何清晰厘定两者之间的边界成为判断规制性征收的难题,面对规制国家下日益纷繁技术化的土地规制手段,司法被迫需要更多地遵从地方政府基于政策裁量而做出的土地规制实践,而不轻易做出构成规制性征收的裁断。

司法这种对于开发负担规制政策专业判断的尊重,非常明显地体现在 1987 年加利福尼亚州涉及关联性住房政策的 *Commercial Builders v. City of Sacramento* 案中,该案的一个重要背景便是,1987 年萨克拉门托市设立了一个名为 *Keyser-Marston* 咨询公司,专门考察非住房性的商业开发行为对可负担住房需求的不利影响,以及对商业开发行为征收费用以提供可负担住房建设的政策适宜性。*Keyser-Marston* 公司提供的专业调研报告,对低收入人群住房需求与各类商业开发建设项目之间,进行了一项关联度评估。据此,萨克拉门托市在 1989 年颁布了一项《住房信托基金条例》(*Housing Trust Fund Ordinance*),在该条例中援用了 *Keyser-Marston* 调查报告的诸多结论,以法定的方式认定了 *Keyser-Marston* 公司的调研判断,亦即“非住宅性的商业开发活动是导致区域外的工作人群涌入的一个最为重要的因素”,并且“这些新外来人群的涌入将会带来额外的住房需求”。^[38]有基于此,该条例在建设许可的基础上设定了一项费用义务,来专门对那些将会对可负担住房带来负外部性影响的商业开发行为征收一项关联费用,专门用于可负担住房的建设。尽管原告认为“萨克拉门托市为了推行保障性住房建设,其使用的手段与目的并不存在充分的合理关系,缺乏充分的证据来证明商业开发行为将会导致可负担住房的需求。”^[39]但在该案中法院判定:“萨克拉门托市住房关联条例的制定经过了大量的科学调研,已经有充分的科学调研证明了商业开发行为对外来人群的吸引,从而引发对可负担住房的需求,两者之间的合理关系已经通过科学的手段予以了证明,因此,法院无须就此科学专业问题作过多探讨。”^[40]

三 开发者负担司法审查的发展趋势与替代性理论模型

(一) 开发者负担司法审查的发展趋向——尊重民主过程的判断

在对开发权捐赠是否构成规制性征收的司法审查中,司法机构需要对宪法第五修正案中的公正补偿条款做出相应的阐释,从司法的视角来诠释“公共使用”与“公正补偿”的宪法内涵。但是司法机构对于宪法条文解释的正当性何在?司法阐释与一般性法律阐释的最大不同在于,宪法阐释导致了某项政策的制定,而这与民主主义的要求背道而驰,司法审查被指责对立法权的侵犯,这个经典命题便是比克尔所提出的宪法的“反多数决策难题”。^[41]

在土地规制司法审查中,司法审查的“反多数议题”却很难按照比克尔的解释予以证

[37] 张翔:《财产权的社会义务》,《中国社会科学》2012 年第 9 期;Nadav Shoked, *The Reinvention of Ownership: The Embrace of Residential Zoning and The Modern Populist Reading of Property*, 28 *Yale J. on Reg.* 91 (2011)。

[38] *Commercial Builders v. City of Sacramento* 941 F. 2d 872 (9th Cir. 1991)。

[39] *Commercial Builders v. City of Sacramento* 941 F. 2d 872 (9th Cir. 1991)。

[40] *Commercial Builders v. City of Sacramento* 941 F. 2d 872 (9th Cir. 1991)。

[41] 亚历山大·比克尔著:《最小危险部门:政治法庭上的最高法院》,姚中秋译,北京大学出版社 2007 年版;与之相对,则存在另一种绝对意义上反司法审查理论,多是从宪法的政治属性特征出发,反对司法对于立法权的篡夺,见 Mark V. Tushnet, *Taking the Constitution away from Courts*, Princeton University Press, 1999; Mark Tushnet, *Why Constitution Matters*, Yale University Press, 2010; Jeremy Waldron, *The Core of The Case against Judicial Review*, 115 *Yale L. J.*, 1135 - 1406 (2005 - 2006); Jeremy Waldron, *Law And Disagreement*, Oxford University Press, 1999。

明,由于土地规制本身具有极强的政策性特征,法院对于公正补偿条款的宪法解释更多具有某种政治性、经济性因素考量,而非旨在筛选社会持久价值,更何况现代社会呈现价值多元化特征,所谓持久价值更加具有不确定性。尤其对于土地开发者负担规制政策而言,即便其可能对开发者的财产权利益构成一种规制性征收,但开发者负担政策作为一种土地规制工具,其与普通意义上的土地征收对基本权利的侵害程度是明显不同的,因此司法审查更多体现出一种对开发者商业预期利益与地方政府规制政策之间的平衡术,而较少涉及价值判断。

而按照伊利的“强化民主”司法审查学说,“司法审查应基于更为实用主义的目的,其在于弥补正式的立法程序的缺憾,将被立法程序所屏蔽的少数人的利益,通过法院来重新纳入政治过程中,司法审查的更为根本目的在于弥补民主过程的疏漏。”^[42]司法机构并非理想主义视角下社会持久价值的守护神,而应是立法机构的查漏补缺装置,依循这种思路也就意味着民主过程在土地规制政策中的核心地位,只有当民主过程(尤其地方层面)失灵时,司法审查才有介入的必要,而对于那些经由立法过程而形成的,具有充分民主合法性的开发负担规制政策,司法则需要表现出最大的遵从态度。

这种司法谦抑主义的态度在开发者负担司法判例中也时有体现,譬如在 *Billings Properties, Inc., v. Yellowstone County* 案中,蒙大拿州黄石郡立法机构规定,对于超过一定开发面积的土地细分开发建设,必须要求开发者配以公园等公共用地开发。尽管原告认为,捐赠公园与运动场用地作为土地细分许可的前置条件,这种做法是地方政府在行使警察权的伪装下违反公正补偿条款的行为,因此应认定为违宪。但是,蒙大拿最高法院便认为,不必就黄石郡设定的开发负担义务进行审查:“蒙大拿州黄石郡立法机构已经就公园与运动场建设义务问题进行了回答,该立法规定对于超过一定开发面积的土地细分开发建设,必须要求开发者配以公园等公共用地开发,任何由立法机构做出的决策必须假定其合法性与合宪性,除非其无效性已经超出了合理怀疑的程度,因此,除非存在明显滥用权力的现象,法院一般不会以司法判断来取代立法判断。”^[43]

同样,这种司法态度还反映在对“立法性决策”与“司法性决策”的区分以及审查强度的区别对待上,对于个案协商式的开发负担,由于其属于“司法性决策”的范畴,司法往往进行更为高强度的审查,而对于已经经过立法审议程序通过的影响费等形式的开发负担政策,司法往往对于这类“立法性决策”表现出极高的遵从态度,不轻易进行司法判断,这也解释了90年代各州大规模影响费立法的出现,其目的在于摆脱联邦最高法院确立的诺兰——多兰审查标准的适用,因为法院一般不会将该严格审查标准适用于拥有民主合法性的开发负担规制政策中。尤其对于关联性规划、包容性规划这类充分体现审议民主过程与福利政策目标的开发负担政策,司法态度更是慎之又慎,^[44]尽管相当多的声音质疑包容性规划、关联性住房规划政策构成了一项“规制性征收”,^[45]但司法基本上秉持了一种消极谦抑的态度,加

[42] 伊利:《民主与不信任:司法审查的一个理论》,张卓明译,法律出版社2011年版,第99-101页。

[43] *Billings Properties, Inc., v. Yellowstone County*, 144 Mont 25, 394 P. 2d 182 (1964).

[44] 对于关联性、包容性规划政策,这类旨在实现福利分配目标,并带有社会公正色彩的土地规制形式,司法越发更多倾向于立法判断,极少做出构成“规制性征收”的裁判。对此,一个宪法理念、政治背景变迁的分析可见, Molly S. McUsic, *Looking Inside Out: Institutional Analysis and The Problem of Taking*, *Nw. U. L. Rev.* 642-662 (1997-1998).

[45] Michelle Darosa, *When are Affordable Housing Exactions an Unconstitutional Taking?* 43 *Willamette L. Rev.* 453, 2007; Michael Floryan, *Cracking the Foundation: Highlighting and Criticizing the Shortcomings of Mandatory Inclusionary Zoning Practices*, 37 *Pepp. L. Rev.* 1039 (2009-2010); Laura M. Padilla, *Reflections on Inclusionary Housing and a Renewed Look at its Viability*, 23 *Hofstra L. Rev.* 539 (1994-1995).

州纳帕案^[46]作为包容性规划为数不多的判例,在该案中法院的说理论证鲜明的体现了这一点:“多兰-诺兰标准仅仅适用于个体开发者与规制机构个案协商以获取建设许可的情形中,因为在这种个案协商的开发项目中存在行政机关滥用裁量权的危险,因而适用多兰-诺兰这种较高的司法审查标准,而对于影响费、包容性规划条例这类立法性事项,地方民主程序已经提供了财产权保障的平台,因而司法更多应该体现出一种消极谦抑的审查态度。”^[47]

司法审查应当是遵从于民主过程的,只有当民主过程阻塞时,司法审查才应当介入,以恢复政治过程的正常运作,而从联邦体制的角度而言,地方民主过程更容易形成少数群体的失语与利益表达不畅。因此,正如 Fischel 的理路,应当区分地方、州和联邦的土地规制政策,由于在地方的土地规制政策中,更容易形成多数人决策压制弱势群体话语权的状况,^[48]主张司法审查应当更多投向地方层面的土地规制立法,以弥补地方民主过程的缺失,威廉·A. 菲谢尔(William A. Fischel)区分了联邦、州政府层面与地方层面的土地规制立法实践,在其看来联邦与州层面的政治过程已经提供了充足的保障来防止政府滥用规制权力,其运用大量实证材料来证明,国会与州立法层面上大量的非司法性拘束已经防止了侵犯私人财产权的土地规制立法的颁布。^[49]而在地方层面上则不然,正如前文所表述的情形,“诸多郊区地方层面推行的开发者负担制度其目的却常常不在于实现公共建设成本的私人移转,而在于通过设定较高的开发成本来排斥特定人群尤其是低收入人口的住宅开发,实现排他性的效果。”^[50]因此司法审查应该更多地将精力投向地方层面这类土地规制政策的判断考量上,菲谢尔的理路与伊利的司法审查的理论如出一辙,均是从司法审查对政治过程的补充功用的角度来论证司法审查的正当性。其理论认为,在联邦体系下,地方土地规制政策中,更容易形成多数人的决策压制弱势群体话语权的状况,^[51]司法审查的功用便如同伊利所设想的模式,“司法审查的作用在于弥补正式的立法程序的缺憾,将被立法程序所屏蔽的少数人的利益,通过法院来重新纳入政治过程中。”^[52]因此,司法应当慎用“规制性征收”的宪法裁断来拘束土地规制行为,更多应当尊重民主过程,只有当政治过程不畅时,司法才有介入的充足理由。^[53]

[46] 在加州纳帕案中,按照该市新颁布包容性规划条例的规定,所有的新建设住房开发项目必须按照 10 的比例提供可负担性住房,同时开发者有资格获得种种利益,这其中包括许可加速、费用减缓以及容积率奖励等诸多利益回馈机制。北加州住房建设协会作为原告据此认为该包容性规划条例违反了联邦以及加州宪法中的“公正补偿条款”。详见,Home Builders Association v. City of Napa, 108 California Reporter 2d 60 (2001)。

[47] Home Builders Association v. City of Napa, 108 California Reporter 2d 60 (2001)。

[48] 从这个角度而言,“土地利用规制政策的地方主义特征其实是一把双刃剑,土地规划过度的地方自治倾向,也会形成“地方狭隘主义”的危害,而不顾更大区域的协调发展,并且以维持产权与税基为核心的地方规划政策,也可能产生损害、排斥在地方民主过程中声音得不到充分表达的弱势群体的利益。”分析详见 Richard Briffault, Our Localism: Part I-The Structure of Local Government Law, 90 Colum. L. Rev. 1-75 (1990); Gordon L. Clark, Judges and the Cities: Interpreting Local Autonomy, University of Chicago Press, 1985, pp. 111-133。

[49] William A. Fischel, Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics, Harvard University Press, 1995; Christopher Serkin, Big Differences For Small Governments: Local Governments and The Takings Clause, 81 N. Y. U. L. Rev. 1624 (2006)。

[50] 低级别地方层面的土地规制更多反映土地所有者的经济利益,旨在实现不动产升值,增加地方税基,弊端便是往往会产生对区域内少数弱势群体的排斥效应,分析详见 William A. Fischel, Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics, Harvard University Press, 1995, pp. 253-288; William A. Fischel, The Homeoter Hypothesis: How Home Values Influence Local Government Taxation, School Finance, and Land-Use Polices, Harvard University Press, 2005, pp. 1-19。

[51] Melvyn R. Durchslag, Forgotten Federalism: The Takings Clause and Local Land Use Decisions, 59 Md. L. Rev. 479-490 (2000)。

[52] 伊利著:《民主与不信任:司法审查的一个理论》。

[53] 相同的观点可见 William Michael Treanor, The Original Understanding of The Taking Clause and The Political Process, 95 Colum. L. Rev. 782-887 (1995)。

(二) 替代司法审查的约束机制：“地方竞争拘束力”的理论模型

正如上文所描述的那般,对于实践中运作的开发者负担制度,尽管司法审查在其中扮演了一个相对重要的角色,来保障该规制政策的合法性与合理性。但在诸多制约因素中,相比于司法审查,民主过程却开始发挥愈发重要的功能,尤其是在关联性规划、包容性规划等涉及社会福利政策的开发者负担制度中,民主过程已然赋予了公共政策充足的合法性支撑,而无须司法审查的过多干涉。在理论层面,则存在另外一种更为激进的思路,即从区域地方竞争的角度来反对司法机构审查和制约地方政府推行开发者负担制度的规制权力,最具有代表性的观点便是“地方竞争拘束理论”,按照该理论的核心观点,由于地方间竞争压力的存在,完全足以迫使地方政府保证其开发者负担政策的合法性与合理性,使得司法介入显得并无必要。该理论最为典型的倡导者维基·本(Vicki Been)教授就认为“由于地方竞争的存在,如果商业开发者认为开发者负担政策对自己的施加的负担过重,完全可以用脚投票前往其他区域进行开发建设,基于防止区域内开发者纷纷外流的危险,地方政府便不会采用过度规制的政策。因此由于地方竞争与市场拘束的存在使得司法对土地开发负担的过度控制显得不必要。”^[54]地方竞争拘束理论的两个重要思想来源是阿伯特·赫希曼(Albert O. Hirschman)的“退出、呼吁理论”^[55]以及查尔斯·蒂布特(Charles Tiebout)提出的地方公共服务纯粹理论。^[56]尤其是“地方公共服务纯粹理论”,更是支撑地方竞争拘束理论的直接思想来源,按照查尔斯·蒂布特的经典阐述,“分权体制下的诸多地方政府,彼此间将会按照市场逻辑运作竞争,通过地方公共服务的供给吸引作为消费者的居民进入,就像在市场上购买商品一样,居民将在提供不同公共服务的地方政府间作为选择,通过‘用脚投票’的方式迫使地方政府提供最有效率的公共服务。”^[57]尽管维基·本教授承认,“地方公共服务纯粹理论”建立在一系列理想类型假设基础上,^[58]这些假设前提在现实中很难实现,这种纯粹化的理论模型也遭受了一些学理批评,尽管如此,但其依然认为,“地方公共服务纯粹理论”的核心观点亦即“地方政府之间存在相互竞争以争取潜在居民与资本的进入,促使其自身有效地提供公共产品,这一结论已然得到了广泛认同。”^[59]并且据此,维基·本教授从中引申出,在土地开发负担领域同样存在类似的地方竞争压力,“如果土地商业开发者不满意某个区域内的开发负担规制政策,其完全可以威胁将资本转移到另外一个政策更优惠的地区进行地产开发活动,以吸引居民与商业投资进入为竞争导向的地方政府显然不愿冒这个风险。”^[60]

[54] Vicki L. Been, *Exit as a Constraint on Land Use Exactions: Rethinking The Unconditional Conditions Doctrine*, 91 *Colum. L. Rev.* 473 (1991).

[55] 阿尔伯特·赫希曼:《退出、呼吁与忠诚:对企业、组织和国家衰退的回应》,经济科学出版社2001年版本,(A. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and State*, Harvard University Press, 1970).

[56] Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, 64 *Journal of Political Economy*, 416, 424 (1956).

[57] Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, pp. 416, 424; 关于“蒂布特模型”的一个中文评述,可参见程金华:《分权、政府间竞争与经济发展——概念、逻辑及其批评》,《法学论坛》2012年第4期。

[58] 譬如,其理论模型下假定,“拥有大量的不同公共服务类型的区域可供选择;公民清晰知道每一个潜在居住地区的公共服务水平,不存在信息障碍;地区间居住迁徙没有成本;地区间的选择仅仅基于税赋与公共服务因素,而不考虑就业机会以及家庭、种族、个人偏好等非经济因素。”详见 Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, pp. 416, 424.

[59] Richard C. Schragger, *Mobile Capital, Local Economic Regulation, and The Democratic City*, 123 *Harv. L. Rev.* 482 (2009 - 2010).

[60] Vicki L. Been, *Exit as a Constraint on Land Use Exactions: Rethinking The Unconditional Conditions Doctrine*, 91 *Colum. L. Rev.* 509 - 511 (1991).

其并提出种种实证根据来证明,地方政府的确存在设计特定开发负担规制政策来竞争吸引地产开发资本的现象,“首先,在实践中,影响费的征缴数额一般都比实际上公共基础设施的成本要低,表明地方政府迫于某种压力不敢过分收取该费用,同样,一项有关娱乐设施影响费的全国性调查中也发现了同样的现象,诸多政府报告中表明这种费用的低额征取现象是地方政府有意推行的;其次,诸多地方政府在设计该地区开发负担政策标准时,通常会将地方竞争因素考虑进去,譬如佛罗里达州 Manatee 郡的道路影响费标准中就有一项‘竞争因素调整指标’,意图根据毗邻地区的标准进行自我调整,以此保持费用的地区竞争优势,对于地方政府而言,其最为担心的便是开发负担成本过高,以致将投资资本驱逐至其他毗邻地区”。^[61]因此,按照维基·本的理论观点,地方竞争因素足以作为一个最为重要的节拍器,抑制削减地方政府不合理的开发负担规制政策,因此,对于开发负担政策的司法控制显得十分多余。

但斯图尔特·E.斯特克随即提出商榷与修正意见,他认为,“由于不动产无法移动的特性,使得即便存在地方都市竞争,也无法阻碍地方政府通过开发者负担政策获取利益,并将这种成本转嫁给普通公众。”^[62]另外,“地方政府并不必然通过竞争来吸引居民进入辖区,在许多都市边缘地域的郊区,土地规划政策的目的并非吸引,而在于排斥外来人口的进入。”^[63]对此,斯特克教授通过大量的实证表明,诸多地方政府推行的开发者负担制度作为增长控制的重要技术手段,其根本目的常常不在于公共建设成本的私人移转,而在于排斥特定人群尤其是低收入人口的进入,维持该区域的不动产税基,实现排他性规划的效果,最典型的例子便是劳累尔山案中,劳累尔山郡规划条例中设定的诸多开发负担政策。^[64]斯特克教授承认,在实践中,对于商业与工业用地等类型的土地开发建设,地方政府彼此之间确实存在一定程度的竞争现象,地区竞争也的确能够产生一种替代性的拘束力,来防止地方政府推行过度的开发者负担规制政策。但在住宅用地开发建设领域,却并不存在地方竞争来吸引辖区外来人口的进入,对此地方竞争根本无法保证针对住宅建设用地的开发者负担政策的合法性与合理性。^[65]因此,斯特克认为,在一定程度上,地方竞争的却能发挥了一定的拘束功能,防止地方政府滥用自身的土地规制权力,但这种有限的拘束力并不足以完全替代司法审查的功能,地方法院仍然需要选择性的介入,通过司法审查的方式判断地方层面开发者负担制度的合法性,来诊治此类由地方政府造成的土地开发市场的无效率现象。”^[66]

总之,尽管地方竞争拘束理论具有一定程度上的说服力,但在对于不同类型的土地开发行为,地方政府往往表现出不同的政策逻辑,就此笼统判定地方竞争的拘束力就可完全取代

[61] Vicki L. Been, *Exit as a Constraint on Land Use Exactions: Rethinking The Unconditional Conditions Doctrine*, pp. 511 - 513.

[62] Stewart E. Sterk, *Competition Among Municipalities as a Constraint on Land Use Exactions*, 45 *Vand. L. Rev.* 831 (1992). 相同观点,可见 George Wyeth, *Regulatory Competition and The Taking Clause*, 91 *Nw. U. L. Rev.* 91 - 98 (1996 - 1997); D. S. Pensley, *Real Cities, Ideal Cities: Proposing A Test of Intrinsic Fairness for Contested Exactions*, 91 *Cornell L. Rev.* 718 - 721 (2005 - 2006); William A. Fischel, *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*, Harvard University Press, 1995, pp. 345 - 347.

[63] Stewart E. Sterk, *Competition Among Municipalities as a Constraint on Land Use Exactions*, pp. 839 - 841. 类似观点可见 Richard Briffault, *Our localism: part II-Localism and Legal Theory*, 90 *Colum. L. Rev.* 424 - 426 (1990).

[64] 有关劳累尔山的个案解读,详见李冷焯:《城乡规划中公共福祉的判定研究——一则著名美国案例的分析及其对中国的启示》,《行政法学研究》2012年第2期。

[65] Stewart E. Sterk, *Competition Among Municipalities as a Constraint on Land Use Exactions*, pp. 840 - 841.

[66] Stewart E. Sterk, *Competition Among Municipalities as a Constraint on Land Use Exactions*, p. 831.

司法审查的功能是存在疑问的,但地方竞争拘束理论却在某种程度上说明了对于某些特定类型的开发者负担制度,地方竞争压力已然能够很好地迫使地方政府推出适宜的土地规制决策,而不必需要司法审查的过分介入。

四 结 语

作为现代规制国家背景下的新型土地规制工具,开发者负担制度实现了公共建设义务的私人移转,这种现代土地规制工具的出现,反映了现代规制国家背景下,私人主体亦开始需要承担部分传统意义上的国家义务。通过对美国法上开发者负担制度及其司法审查的梳理,揭示了现代规制国家中司法审查功能的诸多困境,尽管司法审查在开发者负担规制政策的合法性判断中扮演了一个相对重要角色,尤其是借助“规制性征收”的合宪性判断,来拘束防止地方层面的开发者负担制度走得过远,以免造成对私人建设开发者财产权的侵害。但在实践中,地方民主过程、地方竞争压力等其他拘束因素的存在,司法审查功能的重要性远没有想象中的那般重要。对于美国土地开发者负担制度的梳理,比较法上的意义不仅仅在于从公共政策的角度来设计符合市场效率、理性的公共设施配建政策,另一方面,在司法审查功能阙如的背景下,如何最大化地发挥地方民主等其他替代性因素的拘束功能,^[67]以此实现和保障开发者负担等土地规制政策的合法性和合理性,这些亦是值得进一步探究的课题。

[Abstract] As one of the most important instruments of American land use regulation policy in mid-late 20th century, Land use exactions did serve its institutional function of unloading public infrastructure responsibility from state to private developer, while this institutional function, in spite of its various institutional edges under regulatory state, might violate the Just Compensation Clause of federal Constitution thus could be viewed as a kind of regulatory taking. So the judicial standards set by Supreme Court are meant to curb the land use exaction policy from wandering too far away. Later observation, however, reveals that these judicial standards failed to meet the expectations in practice, and the over-restriction on local land regulatory policy seems to be uncalled for, considering judicial restrict on land use exaction from democratic process at state level and alternative restrict from local competition pressure. Besides, the institutional part of judicial review is far less significant than perceived when we place it on a broader background of modern regulatory state.

(责任编辑:姚 佳)

[67] 当代中国经济分权的大背景下,基于经济发展而进行的地方间竞争,同样产生类似的拘束效力,防止地方政府采取过分的市场规制政策。一个相关的经典理论阐释,可见 Gabriella Montinola, Qian Yingyi & Barry Weingast, “Federalism, Chinese Style: The Political Basis for Economic Success”, *World Politics*, Vol. 48 No. 1, 1995, pp. 50 - 81; Dali Yang, *Beyond Beijing: Liberalization and the Regions in China*, New York: Routledge, 1997.