

# 美国可转让土地开发权的历史发展 及相关法律问题

黄陇一

**内容提要:**美国可转让土地开发权制度是在灵活的规划制度上发展起来的,其以可转让土地开发权制度为主体,并包括土地开发权征购制度以及可转让土地开发权银行。该制度中的“土地开发权”是“规划上的土地开发权”,它实际上是一种来自行政许可的权利,一种公法上的权利,与私法上的“一束权利”没有任何关系。在美国,可转让土地开发权的获得并不足以补偿土地权利人因土地被限制开发所遭受的损失,因此可转让土地开发权制度可能违反宪法中的征收条款,而且实际上要求土地开发者单独负担某些公共福利,而这些公共福利本该由所有社会成员共同负担。另外,该制度可能构成策略性规划,违反了正当程序,将导致原本合理的规划被破坏。从更广泛的视角来审视,可转让土地开发权制度在一定程度上折射出城市公共决策中行政、政治、司法、市场的互动关系,并且要靠可转让土地开发权银行和政府征购来弥补缺陷。

**关键字:**土地开发权 可转让土地开发权 征收 土地开发权银行 策略性规划

黄陇一,中国社会科学院研究生院博士研究生。

土地开发利益或者土地发展利益早已引起我国学者的广泛关注,关于土地发展权或土地开发权<sup>[1]</sup>的讨论也已经持续了十几年。对于这个问题,目前我国法学界仍然是众说纷纭,实践中也没有形成较为完善的制度。美国是较早建立可转让土地开发权制度的国家之一,其经验值得我们借鉴,本文将对美国可转让土地开发权制度的历史,可转让土地开发权的性质以及该制度所引发的法律争议进行详细地介绍分析,以期加深对可转让土地开发权的本质以及可转让土地开发权制度的理解,理清该制度与其他法律制度间的关系,明晰其实施的前提条件及可能存在的风险。

## 一 美国可转让土地开发权制度的历史

### (一)可转让土地开发权制度的产生

在美国早期的城市化进程中,普通法和制定法对私人开发利用土地空间均无任何限制,

[1] 本文所称的“土地开发权”即 Land Development Right。在我国,部分学者将其翻译为“土地发展权”,也有部分学者将其翻译为“土地开发权”。笔者认为翻译为“土地开发权”比“土地发展权”更为恰当。因为在汉语的语言习惯中,一般有“发展经济”、“发展教育事业”等说法而甚少“发展土地”的说法。“开发利用土地”则是常见用法,因此笔者将 Land Development Right 翻译为“土地开发权”。

土地所有人可以任意修建建筑物。在美国继受的英国普通法中,土地所有权被认为是上及天空、下及地心的,因此土地所有人可以凭自己的意愿修建建筑物,开发利用相应空间。在1586年的贝里诉波普(Bury v. Pope)一案<sup>[2]</sup>中,出现了土地开发利用权和邻地采光权的冲突,法官依然优先保护了土地开发利用权。在1838年的帕克和埃德加顿诉富特(Parker & Edgarton v. Foote)一案<sup>[3]</sup>中,纽约州最高法院作为美国第一个拒绝采光权的州法院,认为采光权在美国不断增长的城市和乡村中没有适用的余地。号称“美国的布莱克斯通”的肯特法官(Chancellor Kent)在1826年首次出版的《美国法律评注》(Commentaries on American Law)中接受了柯克和布莱克斯通关于土地范围的观点,也认为土地所有权及于地表上下的无限空间。<sup>[4]</sup>虽然根据该法谚,土地所有权人对空间的开发利用没有法律限制,但由于受到当时技术条件的限制,用于出租的房屋一般不会超过六层,三层以上的房间,其租金就开始下降。19世纪后半叶,随着钢铁在建筑中的应用以及电梯的发明运用,对土地空间的技术条件限制就不复存在了。同时,商业机构的聚集、土地供应的短缺,促使了土地空间的开发密度加大,它的负面效应也随之产生。这种现象在美国纽约曼哈顿首先表现出来。<sup>[5]</sup>

1916年纽约市首先做出了城市规划,限制土地权利人对土地空间的开发利用,这一方案被称为“1916年规划方案(1916 Resolution)”。该规划方案根据许可的建筑物高度将规划地区分为五个区域。如果某块土地的所有人想要不受高度限制地开发利用上空空间,那么其建筑的占地面积不能超过该块土地总面积的25%。如果土地所有者的未开发的土地空间超过了规划的要求,那么就可以增加建筑物的高度。<sup>[6]</sup>此外,在该规划中,规划地块的概念是有一定弹性的,规划地块不仅包括开发者本身所拥有的土地,还可以扩展到相邻土地。开发者可以通过租赁邻地或者购买邻地空间权的方式实现规划地块的扩展。这种扩展过的规划地块可以被称为“融合规划地块”。<sup>[7]</sup>该规划虽然限制了建筑物的高度和大小,但没有从人口密度和交通等公共设施的承载能力来设定规划标准,而且并不限制城市本身的增长和扩大,对经济因素的考虑仍然超过了对社会因素的关注。

在随后的几十年中,“1916年规划方案”的效果并不理想,城市中心的人口密度、空气质量、采光等问题仍然严重。单纯控制建筑物高度的规划并不能控制人口密度,因为开发者可以通过降低楼层间距,增加楼层的方法保证自己的利益。直接针对人口密度的调控机制是容积率制度。1961年,纽约规划委员会(Planning Commission)颁布了1961年规划,将人口密度最高的商业区的容积率设定为15。办公楼的开发商纷纷抱怨容积率设定得过低,限制了建筑物的大小,从而不能满足大公司的需要。为了争取开发商对1961年规划的支持,规

[2] Bury v. Pope, 78 E. R. 375 (1586) Croke, Elizabeth 118. 在这个案件中,原告与被告的土地相邻,原告在贴近土地分界线的地方修建了楼房并且在面对邻人土地的方向开设了窗户,因为邻地上空的开阔空间,他可以享受窗户投入的阳光。原告通过邻地上空的空间获得阳光有几十年之久。随后,邻地所有人也在贴近土地分界线的地方修建了一座楼房,原告认为这侵犯了他的权利,构成了妨害,因此向法院起诉。审理此案的法官没有认可原告的理由,仍然坚持传统的看法判决被告胜诉,他们认为原告房屋的采光状况受到影响是因为他自己愚蠢地把房屋建在靠近土地分界线的地方。

[3] Parker & Edgarton v. Foote, 19 Wend. 309 (N. Y. 1838).

[4] Kent, Commentaries on American Law, Vol. 11, 1892, p. 402. See John Cobb Cooper, “Roman law and The Maxim CUJUS EST SOLUM in The International Law”, 1 McGill L. J. 23, 60 (1952).

[5] Notes, “Development Rights Transfer in New York City”, 82 Yale L. J. 338, 339-342 (1972-1973).

[6] Notes, “Development Rights Transfer in New York City”, 338, 344.

[7] Michael Kruse, “Constructing the Special Theater Subdistrict: Culture, Politics, and Economics in the Creation of Transferable Development Rights”, 40 Urb. Law. 95, 100 (2008).

划委员会作出了让步,引入了两种变通措施。第一种是,开发商可以选择减少建筑物的占地面积,容积率最多可以再提高 20%,即最多容积率可以从 15 增加到 18。第二种则是较为灵活的解释规划地块的概念,这在“1916 年规划方案”中就已经出现了。规划地块不仅包括正在开发的地块,还可以包括开发者在同一街区拥有的其他土地。开发者也可以通过对邻地 75 年以上的长期租赁来扩展规划地块的面积。这实际上已经是可转让土地开发权制度的雏形。<sup>[8]</sup>

1968 年,纽约出现了第一起土地开发权转让项目。规划委员会颁布法规允许地标建筑物的所有人将其获得的、但未使用的容积率转让给相邻土地,以供相邻土地的开发利用。在 1965 年,纽约市曾颁布地标保护法 (*Landmarks Preservation Law*),建立了地标保护委员会 (*Landmarks Preservation Commission*),该委员会可以依法将某些建筑物指定为地标,地标建筑物的所有人未经该委员会的批准,不得拆除该建筑物或改变该建筑物的外观。由于商业开发能给地标所在地的土地所有人带来更多的收益,因此一旦建筑物被指定为地标,土地所有人可能会遭受巨大的经济损失,即便能获得一定的税收优惠也是如此。1968 年土地开发权转让项目首次出现的目的是为了帮助地标所有人挽回一定的经济损失。上面提到的“1916 年规划方案”中关于容积率的变通措施仍然有较多的限制,例如规划地块的扩张只能及于相邻土地以及共同所有权的要求,无法实现帮助地标所有人的目的。因此,在 1968 年修正规划中,“相邻”的要求和“共同所有权”的要求被取消。地标建筑物未利用的容积率不仅可以转移到相邻土地,还可以转移到街道对面的土地上去。同时,地标建筑物未利用的容积率还可以转移到其他人享有所有权的土地上去。这样一来,容积率的潜在买受人就增加了,地标建筑物未利用的容积率顺利转让的可能性也就有所提高。但限制条件仍然是存在的,第一,接受未利用容积率的土地的容积率增额上限仍然是 20%;第二,转让要经过规划委员会的同意,该笔容积率转让不能不合理地增加接受容积率的建筑物的体积、接受容积率区域的人口密度以免给该区域以及附近区域带来损害。<sup>[9]</sup> 规划委员会认为 1968 年的修正规划既让地标建筑物的所有人得到了经济收入,保护了历史文化遗产,同时也保障了政府的税收收入。<sup>[10]</sup>

1969 年,一起针对地标委员会的诉讼,促使规划委员会进一步修改了关于土地开发权转让的规定。纽约的中央车站被地标委员会指定为地标建筑。该车站的所有人——宾夕法尼亚中央运输公司 (*Penn Central Transportation Company*) 认为未利用的土地开发权没有实际的买受人,土地开发权是没有价值的,因此地标委员会的行为是没有补偿的征收。该公司在 1969 年 10 月 7 日正式提起了诉讼,为了平息这一事件,规划委员会在同一天对土地开发权转让的规定进行了修改。主要内容是:第一,宾夕法尼亚中央运输公司可以将中央车站未利用的土地开发权转移到在它控制下的任何其他规划地块上。如此,该公司甚至可以将土地开发权转移到距离中央车站五个街区以外的地块上去。跨街区的土地开发权转移被首次认可。第二,在人口密度最高的商业区,20% 的容积率最高增额被取消。这是因为中央车站有大量未利用开发权,如果坚持 20% 的最高增额,那么就需要多个买受人,这在已经高度开发的商业区是不现实的。因此允许中央车站将所有未利用的开发权转移到一个规划地块

[8] Notes, “Development Rights Transfer in New York City”, 347 - 349.

[9] Michael Kruse, “Constructing the Special Theater Subdistrict: Culture, Politics, and Economics in the Creation of Transferable Development Rights”, 101.

[10] Notes, “Development Rights Transfer in New York City”, 351 - 352.

上。如此一来,接受这笔开发权的规划地块的容积率将可以达到 34.5。<sup>[11]</sup>

直到 1970 年,纽约市的可转让土地开发权计划已经允许将近 300 座地标建筑转让其可转让土地开发权。<sup>[12]</sup> 不仅是地标建筑可能没有充分利用容积率,一些小的城镇房屋也有未利用的可转让土地开发权,于是在 1970 年,规划委员会又一次修改规划,允许这些小的城镇房屋转让其未利用的可转让土地开发权。这样一来,可供转让的可转让土地开发权大量增加,反对的声音也开始出现,特别是受让可转让土地开发权地块附近的住户。他们认为可转让土地开发权的转让会破坏规划本身,并且会对他们的居住环境造成不利的影晌。<sup>[13]</sup> 之后,纽约市又在特定区域实施了一些可转让土地开发权转移计划,例如南街海港历史地区和特别公园地区。但事实上,当时实际转让可转让土地开发权的交易并不多。<sup>[14]</sup>

## (二) 可转让土地开发权制度的发展

纽约的土地开发权转让制度实施后,引发了美国社会的广泛关注。纽约土地开发权转让制度中的一些弊端也浮现出来,例如土地开发权转让具有较多限制条件,地标建筑物只有在附近的土地需要开发时才能实现可转让土地开发权的转让,可转让土地开发权市场不充分;同时纽约的可转让土地开发权转让计划是以自愿为原则的,缺乏足够的吸引力,如果建筑物的所有人不参加这一计划,古旧建筑物也难以得到保护。针对上述的这些缺陷,一位芝加哥学者约翰·J·康斯托尼斯(John J. Costonis)发表论文分析了纽约计划中存在的问题,并提出了芝加哥计划。<sup>[15]</sup> 首先,康斯托尼斯提出了创设开发权转让区的设想,在这个区域内,土地所有人可以自由地转让可转让土地开发权,不必受相邻条件的约束。<sup>[16]</sup> 而这个开发权转让区实际上就是一个整体规划单位,可转让土地开发权在该区域内转让只是起到了重新分配的作用,而没有增加该区域的拥挤程度。<sup>[17]</sup> 第二,康斯托尼斯认为纽约计划中的自愿原则同样是个阻碍。他提出应当建立开发权银行(Development Rights Bank),该机构的启动资金来源于出售公有地标建筑的可转让土地开发权。<sup>[18]</sup> 开发权银行的建立将有助于解决开发权市场不充分的问题,在市场对开发权没有需求时,开发权银行可以购买可转让土地开发权。如果土地所有人拒绝参加这一计划,康斯托尼斯建议政府可以动用征收权征收其开发权,补偿资金由开发权银行支付,征收获得的可转让土地开发权存入开发权银行。<sup>[19]</sup> 他认为,所提出的计划既能使开发权转让制度有效运行,也可以使政府的规划目的得以实现。虽然最后芝加哥市并没有采用康斯托尼斯提出的计划,但他的构想完善了土地开发权转让制度,他的上述建议都被后来的土地开发权转让制度所接受。可以说,康斯托尼斯的建

[11] Notes, "Development Rights Transfer in New York City", 352 - 358. Michael Kruse, "Constructing the Special Theater Subdistrict: Culture, Politics, and Economics in the Creation of Transferable Development Rights", 102.

[12] Michael Kruse, "Constructing the Special Theater Subdistrict: Culture, Politics, and Economics in the Creation of Transferable Development Rights", 103.

[13] Notes, "Development Rights Transfer in New York City", 61 - 367.

[14] David Alan Richards, "Downtown Growth Control Through Development Rights Transfer", 21 *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 435, 462 (1986).

[15] John J. Costonis, "The Chicago Plan: Incentive Zoning and the Preservation of Urban Landmarks", 85 *Harv. L. Rev.* 574 (1971 - 1972). John J. Costonis, "Development Rights Transfer: An Exploratory Essay", 83 *Yale L. J.* 75 (1973 - 1974).

[16] John J. Costonis, "Development Rights Transfer: An Exploratory Essay", 86.

[17] John J. Costonis, "Development Rights Transfer: An Exploratory Essay", 88.

[18] John J. Costonis, "Development Rights Transfer: An Exploratory Essay", 87.

[19] John J. Costonis, "Development Rights Transfer: An Exploratory Essay", 87. John J. Costonis, "The Chicago Plan: Incentive Zoning and the Preservation of Urban Landmarks", 85 *Harv. L. Rev.* 574, 590.

议奠定了土地开发权转让制度的基本架构。

在 20 世纪 80 年代,西雅图市也采用了可转让土地开发权计划,并且在 1988 年设立了开发权银行。<sup>[20]</sup> 同时,可转让土地开发权制度不仅用来保护城市中的地标建筑物和开阔空间(公园、广场等),它也被用于保护农业用地和自然保护区。例如 1974 年萨福克(Suffolk)县用于保护农地的土地开发权征购计划(*New York's Purchase of Development Rights Program*),<sup>[21]</sup> 1980 年蒙哥马利县的农地保护计划(*Montgomery County's Farmland Preservation Program*) (其中包括可转让土地开发权制度和可转让土地开发权银行制度),1978 年新泽西州的松林保护法案(*The New Jersey Pinelands Preservation Act*) (在该计划中,开发权被称为 Development Credit,也包括可转让土地开发权银行制度)。<sup>[22]</sup> 截至 1999 年,美国活跃的土地开发权转让计划至少有 25 个,有 22 个州通过法规批准建立可转让土地开发权制度。<sup>[23]</sup>

## 二 可转让土地开发权的性质

要对可转让土地开发权制度进行深入的讨论,首先当然要对土地开发权的性质进行分析,探寻其内部机理。在 1974 年,有一篇论文开始同时讨论空间权和土地开发权,对土地开发权的性质提出了质疑:土地开发权是不是一种不动产利益?是否可以在土地开发权上成立产权保险?但这篇文章更多地只是提出问题,其本身并没有清晰地解答这些问题。<sup>[24]</sup>

由于土地开发权产生在英美法系国家,所以学者们关于土地开发权性质的讨论也是以英美财产法理论为基础的。英美法系的法学家并不像大陆法系的法学家那样,精确地区分权利和权利的客体。<sup>[25]</sup> 在英美法上,学者们一般认为,财产或不动产虽然经常与物联系在一起,但其实质乃是“一束权利”的集合,在这束权利中包括占有权、排他权、处分权、使用收益权以及毁损权。<sup>[26]</sup> 这些权利是可以由财产所有人分别处分。土地开发权正是这一束权利中的一个权利,它也可以从这一束权利中分离。于是,许多学者就以此来解释可转让土地开发权制度,他们认为土地开发权不仅可以与土地所有权分开,还可以与土地本身相分离,并且可以转移到其他土地上去。<sup>[27]</sup>

[20] Jennifer Frankel, "Past, Present, and Future Constitutional Challenges to Transferable Development Rights", 74 *Wash. L. Rev.* 825, 832 - 833 (1999).

[21] Mark R. Rielly, "Evaluating Farmland Preservation Through Suffolk County, New York's Purchase of Development Rights Program", 18 *Pace Envtl. L. Rev.* 197 (2000 - 2001).

[22] Sarah J. Stevenson, "Banking on TDRs: The Government's Role as Banker of Transferable Development Rights", 73 *N. Y. U. L. Rev.* 1329 (1998).

[23] Andrew J. Miller, "Transferable Development Rights in the Constitutional Landscape: Has Penn Central Failed to Weather the Storm?" Appendix A and B. 39 *Nat. Resources J.* 459, 512 - 516 (1999).

[24] James M. Pedowitz, "Transfers of Air Rights and Development Rights", 9 *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 183, 197 - 199 (1974).

[25] P. J. Badenhorst, "Transfer Development Rights in America: Just Compensation, Fair Compensation or No Compensation?" 1987 *J. S. Afr. L.* 214, 216 - 219 (1987).

[26] Pound, "The Law of Property and Recent Juristic Thought", 25 *A. B. A. J.* 993, 997 (1939). See James M. Pedowitz, "Transferable Development Rights", 19 *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 604, 604 (1984).

[27] John J. Delaney et al., "TDR Redux: A Second Generation of Practical Legal Concerns", 15 *Urb. Law.* 593, 595 (1983). Edward H. Ziegler, "The Transfer of Development Rights (Part 1)", 18 *Zoning & Plan. L. Rep.* 61 (1995). Franklin J. James & Dennis E. Gale, "Zoning for Sale: A Critical Analysis of Transferable Development Rights Programs 2 - 3" (1977). See Jennifer Frankel, "Past, Present, and Future Constitutional Challenges to Transferable Development Rights", 74 *Wash. L. Rev.* 825, 828 (1999).

上面的这种解释乍一看似乎行得通,但只要稍加思考就会发现其中的问题:既然土地开发权转让制度是从城市规划中衍生出来的,涉及政府对不动产的干涉,那么这一制度怎么仅仅凭借私法理论就能完满解释呢?土地开发权转让是以容积率为计量单位的,而容积率又是规划法上的概念,那么土地开发权又怎能仅仅是一种私权呢?考虑到这些矛盾,笔者认为可转让土地开发权制度中的“土地开发权”并非“一束权利”中的一项私权。

对于土地开发权的性质,美国的学者还有另外一种解释,即通过地役权<sup>[28]</sup>制度来解释土地开发权。“严格来说,开发权是一种消极地役权。一个积极地役权赋予地役权人使用他人土地的权利。消极地役权则限制土地所有人在土地上的活动。地役权可以是属于邻地土地所有权的,也可以是赋予地役权人对该土地主张权利的,例如开发的权利。”<sup>[29]</sup>该学者在作出上述解释时,是在谈论农地保护中的土地开发权征购制度。单从土地开发权征购的角度来看,用消极地役权来解释似乎也是合理的,因为在美国,农地保护不仅通过开发权征购制度,还可以通过保护地役权制度来进行。保护地役权制度是通过政府向农地所有者支付对价,然后由政府获得阻止农地继续开发的地役权。这与土地开发权征购的模式是相似的。但把土地开发权视为消极地役权,就无法解释土地开发权从一块土地转移到另一块土地的现象。

笔者认为,要弄清土地开发权的性质,要从私法权利与公法权利的区别入手。私法上的权利来源于私法,只需由国家确认和保护即可,而公法上的权利则是来源于公法或由行政机关根据法律赋予公民。因此,我们会发现,所说的“土地开发权”实际上兼具这两种含义,这就是导致其性质不清晰的根源所在。笔者认为,“土地开发权”实际上可以分为“规划上的土地开发权”和“私法上的土地开发权”。所谓“一束权利”中的“土地开发权”是“私法上的土地开发权”,它实际上就是使用收益权,这种权利或权能虽然能够与所有权相分离,但它一定是与特定土地联系在一起的。不与特定土地联系的“私法上的土地开发权”是不可想象的。那么“私法上的土地开发权”能否转让呢?答案是肯定的。在英美法系中,“私法上的土地开发权”转让表现为地役权,例如上面所提到的保护地役权和消极地役权。可转让土地开发权制度中的“可转让土地开发权”实际上是“规划上的土地开发权”,它实际上是一种公法上的权利,因此又可以称之为“公法上的土地开发权”。这种“规划上的土地开发权”是基于政府的规划行为(设定容积率)而产生的,与私法上的“一束权利”没有任何关系。当然,在政府管制土地开发利用的情况下,“私法上的土地开发权”的行使是以享有“规划上的土地开发权”为前提条件的。“规划上的土地开发权”实际上是行政许可,这种行政许可当然是可以脱离特定地块转让的,只要保持容积率的总额不变即可。因此,被政府限制开发的地块(如地标建筑地块)的可转让土地开发权计划实际包含了“私法上的土地开发权”限制和“规划上的土地开发权”转让两方面内容。而一般的可转让土地开发权计划则只包括“规划上的土地开发权”转让,如果土地所有人不转让其“规划上的土地开发权”,仍可以自由利用其“私法上的土地开发权”。

[28] 国内一般将 Easement 翻译为地役权。笔者认为,这种翻译并不准确。Easement 的范围要比大陆法系的地役权概念广。但为了叙述方便,本文姑且采用国内通用的翻译。

[29] Thomas L. Daniels, “The Purchase of Development Rights: Preservation Agriculture Land and Open Space”, *J. Am. Plan. Ass'n* 430 n. 1 (Autumn 1991). See Mark R. Rielly, “Evaluating Farmland Preservation Through Suffolk County, New York’s Purchase of Development Rights Program”, 18 *Pace Envtl. L. Rev.* 197, 203 (2000 - 2001).

### 三 美国可转让土地开发权制度引发的法律争议

可转让土地开发权制度虽然在美国得到了广泛应用,但也引发了许多法律争议。在可转让土地开发权制度的运行中,土地所有者、土地开发商以及一般公众都牵涉其中并有各自不同的利益诉求,因此站在不同的立场上对可转让土地开发权制度进行审视,就会提出不同的质疑。对于土地所有人来说,他们可能认为政府的管制行为构成了征收,而获得的可转让土地开发权并不构成充分的补偿,因此违反了宪法中的征收条款。对于土地开发商来说,他们可能认为可转让土地开发权制度迫使可转让土地开发权的购买者单独负担了某些社会福利,而这些社会福利本该由所有社会成员共同负担,因此这对他们而言是不公平的。对于一般公众,他们可能认为可转让土地开发权制度构成了策略性规划,违反了正当程序,将导致原本合理的规划被破坏。

#### (一) 可转让土地开发权制度是否违背了宪法中的征收条款

可转让土地开发权制度多用来保护地标建筑、城市中的开阔空间、农用地和自然保护区,一般可分为自愿参加和强制参加两种模式,在自愿参加模式下,土地所有权人可以选择自行开发土地或将可转让土地开发权转让给他人,在强制参加的模式下,他只能将可转让土地开发权转让到政府的指定区域而不能进行自行开发。强制参加模式的可转让土地开发权制度都将对私人自由利用土地造成巨大限制,可能给土地所有人带来较大的经济损失,因此对可转让土地开发权制度合法性的质疑多针对强制参加模式。土地权利人认为政府的可转让土地开发权制度违反了宪法第五修正案——征收条款,这在司法界和理论界都引发了广泛的争议。笔者认为,判断可转让土地开发权制度是否违反征收条款,关键是要理清可转让土地开发权制度与征收之间的关系,而这个问题又可以具体分为以下三个小问题:警察权、征收权以及管制性征收三者之间是何关系?政府的规划行为与上述三者是何关系?可转让土地开发权制度中的可转让土地开发权的赋予是判断是否构成征收需要考虑的因素之一还是仅仅是对征收的补偿?第一、第二个问题是讨论第三个问题的前提和基础。

#### 1. 警察权、征收权、管制性征收三者的关系

美国宪法第五修正案中规定,任何人未经正当法律程序不得被剥夺生命、自由和财产,非有正当的补偿,不得征收私有财产以供公共使用。这一条款被称为征收条款。在美国宪法上,征收的形式本来颇为宽泛。除了对土地所有权的剥夺可视为征收之外,对财产权的其他形式的规制,包括妨害财产的使用,均有可能被认定为征收。此外,即使是无形财产受到剥夺,也可能构成征收,为此需要对其加以补偿。<sup>[30]</sup>因此,美国宪法中的“征收”概念既不同于我国的“征收”,也不同于我国的“征用”。在美国,一般认为政府的财产征收权乃属于主权中所固有的一项权限,而征收条款并非赋予这一权限,只不过是规定了其行使的条件而已。其中最重要的条件就是征收必须补偿。<sup>[31]</sup>这一条件可以有效防止政治过程中的多数派将公共负担强加给少数人。

[30] 林来梵:《美国宪法判例中的财产权保护——以 Lucas v. South Carolina Coastal Council 为焦点》,《浙江社会科学》,2003 年第 5 期。

[31] 林来梵:《美国宪法判例中的财产权保护——以 Lucas v. South Carolina Coastal Council 为焦点》。

警察权同样来于自主权,政府也经常行使警察权,采取一些管制措施来限制财产权,但警察权的行使并不会导致获得补偿的权利。美国的联邦宪法和州宪法都只对征收权有补偿要求。在1972年的贾斯特诉马里内特县(Just v. Marinette County)一案<sup>[32]</sup>中,法院认为,“征收权与警察权的区别导致前者可以产生补偿的权利,而后者则不能。”<sup>[33]</sup>这种说法实际上是采取了“有害原则”来区分征收权与警察权,即征收权的行使是为了公共使用,而警察权的行使是为了消除有害的财产利用方式,前者需要提供补偿,而后者不需要补偿。

但在现实中,警察权与征收权的界限并非泾渭分明,因为政府可能对私人的财产采取非常严厉的管制措施,从而造成财产价值的大幅贬损,这种管制措施也可能会构成征收——管制性征收,这在司法实践中早已得到了确认。在1922年的宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪(Pennsylvania Coal Co. v. Mahon)一案<sup>[34]</sup>中,原来的一方当事人从一家煤矿公司买进一块土地的地面权,当时双方之间成立的让渡条件之一是该煤矿公司可继续保留在其地下开采煤矿的权利,但此后州法规定禁止有可能对地面居住建筑物导致危险的地下采矿,该当事人遂据此向法院申请禁制令,要求禁止煤矿公司继续在那块土地下采煤,而煤矿公司自然作出对抗。案件最终上诉到联邦最高法院,霍姆斯大法官认为,在区分警察权和征收权以决定是否给予补偿时,财产由于规制而遭受的价值贬损的程度需要考虑。但凡财产被规制到某一程度,如果该规制走得太远,它就构成了征收。<sup>[35]</sup>质言之,像此案这样对财产权的规制已达到一定限度的情形下,应认定该种规制属于征收,即必须作出补偿。这个案件并没有用所谓“有害原则”来区分警察权与征收权,而是把财产因规制而造成的价值贬损程度作为考虑的因素。自此之后,征收并不仅仅限于财产被直接充作公用、在实质上等于剥夺财产占有的情形,还包括规制性征收。但本案的局限就在于霍姆斯大法官并没有具体说明何种情况属于“规制走得太远”的情形,管制性征收和一般警察权的行使的界限不甚明确。70年之后的卢卡斯诉南卡罗来纳海岸委员会(Lucas v. South Carolina Coastal Council)一案<sup>[36]</sup>同样涉及到这样的问题。南卡罗来纳州通过了一部法案,旨在防止沿岸地区受海岸线侵蚀的影响,该法案把临近海岸线的一定范围的区域划为保护区,禁止在保护区内建造住宅性质的建筑物。卢卡斯所拥有的土地恰好位于保护区内,因此他认为政府的规制行为是没有补偿的征收,因此向法院提起了诉讼。最高法院作出了有利于卢卡斯的判决。斯卡利亚(Scalia)大法官认为:虽然霍姆斯大法官没有给出明确的判断标准,但有两种情形一定要补偿。一种是对财产的物理性侵害,另一种则是剥夺了全部的经济上的有益利用。本案的情形则属于后一种情况,该土地完全不具备经济上的有益利用,因此实际上相当于征收,应当给予补偿。州政府的理由(该法案的目的在于排除“有害利用”,因此属于警察权)不能成立,因为规制到底是为了防止损害还是为了增进福利,处在不同的视角会有不同的答案。晚近的各个判例表明,当今警察权的行使目的并不限于排除公共的危害,实现公共福利的增进均被视为州行使警察权的正当目的。因此不能以此为理由认为本案属于警察权的行使而不需要补偿。在防止严重公害的名义下,以规制的形式所进行的这种限制,可能会将本来应由全社

[32] Just v. Marinette County, 56 Wis. 2d 7 (1972).

[33] Just v. Marinette County, 56 Wis. 2d 7, 16 (1972).

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

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

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



会来承受的负担强加给一部分私人。本案也把规制所造成的经济损害程度作为判断是否构成征收的考虑因素,强调如果规制导致所有经济上有效利用的丧失,那么该规制就构成了征收;并且本案明确抛弃了用“有害原则”区分征收权与警察权。但问题仍然没有完全解决。虽然本案重申了霍姆斯大法官的观点,但由于不同规制行为对财产经济利益的损害程度是不同的,须要补偿的管制性征收和不需要补偿的警察权之间的界限仍然是模糊不清的。例如,史蒂文森(Stevenson)大法官在本案中发表了反对意见,他认为土地失去 100% 的价值就予以全面补偿,但如果仅失去 95% 的价值则完全不予补偿,这种规则具有过大的任意性。

## 2. 规划与征收权、警察权的关系

可转让土地开发权制度的制定和实施实际上是属于政府的规划行为,政府规划权的行使是属于征收权还是警察权? 在 1926 年的欧几里得诉琥珀房地产公司(Euclid v. Amber Realty Co.)一案<sup>[37]</sup>中,最高法院回答了这个问题,并承认政府规划行为的合法性。最高法院认为,在本案中,政府限制土地开发的规划行为的目的在于排除城市拥挤、火灾等有害因素,与排除妨害类似,<sup>[38]</sup>因此规划行为是属于警察权的行使,因此不需要对财产权利人进行补偿。在 1962 年的戈德布莱特诉亨普斯特德(Goldblatt v. Hempstead)案<sup>[39]</sup>中,美国最高法院同样认为政府对于土地的规制行为属于警察权的行使。在本案中,最高法院认为决定某一规制是否构成征收并不存在固定的公式,为此采用了对规制的目的、手段以及损害状况加以具体检讨的方法,判定案中导致当事人所拥有的财产完全失去价值的规制乃属于警察权的合理行使。该种个案分析的方法此后长期得到广泛的维持,并应用于诸多土地规制以外的个案之中。<sup>[40]</sup>

在现代社会中,规划的目的并不仅仅都是为了消除“有害因素”,政府也利用规划工具追求某些公共福利,例如保护地标建筑、城市中的开阔空地、农用地都是为了积极增进公共福利而非像排除侵扰那样是为了消除有害因素。因此根据“有害原则”将规划归为警察权范畴并不完全准确。同时,由于管制性征收的存在,因此,政府的规划行为也可能因为对土地权利人的经济利益造成巨大损害而构成管制性征收。

## 3. 可转让土地开发权制度与管制性征收的关系

作为一种规划行为,可转让土地开发权制度限制了土地权利人对土地的开发利用,因此也可能构成管制性征收。但可转让土地开发权制度与一般的规划行为相比,其又有特殊性,土地所有人在被限制开发土地的同时获得了可转让的开发权,因此要判断该制度是否构成管制性征收就更加复杂了。关键在于可转让土地开发权的赋予是判断是否构成征收需要考虑的因素之一还是仅仅是对征收的补偿? 我们先来回顾涉及到可转让土地开发权制度与征收的关系的重要判例。

在 1976 年的弗莱德法国投资公司诉纽约市(Fred F French Investing Company, Inc v. City

[37] Euclid v. Amber Realty Co., 272 U. S. 365 (1926).

[38] Euclid v. Amber Realty Co., 272 U. S. 365, 388 (1926).

[39] Goldblatt v. Hempstead, 369 U. S. 590 (1962).

[40] 如著名的 Ruckelshaus v. Monsanto Co. 一案。转引自林来梵:《美国宪法判例中的财产权保护——以 Lucas v. South Carolina Coastal Council 为焦点》。

of New York)一案<sup>[41]</sup>中,纽约规划委员会将两块原本规划为公寓建筑用地的地块重新规划为特别公园区域,同时允许土地所有人转让这两块土地的开发权到该市的其他地块上。这两块土地原本是私人公园,其所有人准备在这两块土地上修建建筑物,他认为规划委员会的重新规划行为构成征收并以此为由提起诉讼。纽约上诉法院作出支持原告的判决,但法官对此案的意见充满了矛盾。第一,法官强调州政府对私人财产的干涉有多种形态,既包括行使警察权对财产进行规制,也包括行使征收权征收地役权和土地所有权,征收需要补偿,而行使警察权对财产进行规制则不需要补偿。第二,本案法官也赞成霍姆斯法官的意见,认为如果“规制走得太远”,它也可能构成征收。但矛盾的是,本案法官又认为,如果政府没有直接占有、控制或管理财产,那么就不构成征收。第三,在规制不构成征收的前提下,法官认为如果对财产的规制是不合理的,那么就违反了正当程序条款。本案中的规制行为剥夺了所有人对财产的合理收获和私人利用,几乎破坏了所有的经济价值,属于不合理的情形,因此该警察权的行使违反了联邦和州宪法中的正当程序条款。第四,法院承认可转让土地开发权是有潜在价值的,但只有在与土地结合才能发挥这种价值。法院认为本案的可转让土地开发权是没有价值的,因为在纽约缺乏可转让土地开发权的市场。

综上所述,本案法官是以违反正当程序条款为由宣布重新规划无效的。如果说法官认为重新规划侵害了当事人的信赖利益,运用正当程序条款尚且说的过去。但反观本案的说理,法官的意见就显得有些牵强附会了。法官认为,本案的财产规制几乎剥夺了所有权人对财产的所有经济利益,如果依照霍姆斯法官的观点,该规制应当认定为构成规制性征收,但本案法官却强行把这种规制行为解释为对正当程序的违反。他似乎在避免对可转让土地开发权计划与征收的关系上作出正面回应。

在宾夕法尼亚中央运输公司诉纽约市一案中,<sup>[42]</sup>纽约中央车站的所有人宾夕法尼亚中央运输公司准备利用中央车站上方空间修建办公楼。由于中央车站已经被指定为地标建筑,因此这个建设计划必须得到地标委员会的批准。但是地标委员会否决了这个建设计划。虽然宾夕法尼亚中央运输公司可以转让中央车站未利用的开发权,但它仍然提起诉讼,认为它的土地被无补偿地征收了,同时政府的行为违反宪法修正案第十四条的正当程序要求。美国最高法院确定此案中存在两个问题:第一,该规制行为是否构成征收?第二,如果该规制行为构成征收,开发权是否构成了合理的补偿?由于法院认为该规制行为不构成征收,因此它没有回答在开发权有特定受让土地时开发权是否构成合理补偿。布伦南(Brennan)大法官认为,纽约的地标保护法虽然在一定程度上限制了土地的经济效用,但该规制没有干扰对车站现有状态的利用和所有人对该财产的原本预期,所有人仍然可以从该财产的现有状态中获得合理的回报,因此不构成征收。如果被指定为地标的建筑物和土地不能给所有人带来合理的回报,地标委员会和其他市政机关必须制定一个方案,通过该方案所有人能够从财产中获得合理的回报。当然,土地所有人可以自由选择是否接受这一方案。如果他不接受这个方案,地标委员会应当建议市政府行使征收权,征收需要保护的地标利益,在一定期限内,如果政府不行使征收权,地标委员会就必须同意土地所有人的建设申请。<sup>[43]</sup>

[41] Fred F French Investing Company, Inc v. City of New York, 350 N. E. 2d 381 (N. Y. 1976)

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

[43] Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U. S. 104, 112 (1978).

在本案中,判断是否构成征收的标准是规制是否干扰了现有利用和原本预期,被规制的财产是否能给所有人提供合理的回报。而布伦南大法官所说的“方案”,应该理解为一种“好处”,在财产因规制而不能提供合理回报时,这种“好处”能够被弥补,从而使所有人获得合理的回报。如果当事人选择接受这种好处,那么就可以避免征收的发生。可转让土地开发权计划正是这种“方案”或“好处”。但他并没有进一步分析本案的可转让土地开发权计划是否足以发挥弥补作用,使当事人获得合理的回报。笔者认为,本案的意义有两点:其一是以当事人能否获得合理的回报作为判断规制是否构成规制性征收的标准,虽然这仍然是一个模糊不清并充满弹性的标准;其二是比较暧昧地表明了对可转让土地开发权制度的态度,即如果可转让土地开发权制度能帮助当事人获得合理回报,并且当事人接受了该制度,征收就可以避免。如果当事人不接受该制度,即便这一制度能帮助当事人获得合理回报,征收也不能避免。<sup>[44]</sup>

1997 年的休特姆 (Suitum) 诉塔霍湖区域规划局 (Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency) 一案<sup>[45]</sup>也涉及可转让土地开发权制度与征收的关系。1972 年,休特姆夫妇在内华达州 (Nevada) 购买了一块土地,用于建造退休居住的房屋。1989 年休特姆夫人准备在该土地上修建房屋时却发现该土地由于塔霍湖区域规划局的管制措施已经被限制开发。该土地被划定为河流环境区域,因此不能进行任何开发。虽然塔霍湖区域规划局赋予土地所有人有限的可转让土地开发权,这些可转让土地开发权可以被转让到河流环境区域以外的其他土地上,但休特姆夫人无法在该土地上修建房屋。于是,她以违反正当程序和征收为由,向法院提起了诉讼。塔霍湖区域规划局则认为休特姆的诉讼是不成熟的,因为她没有尝试出售这些可转让土地开发权。下级法院赞同塔霍湖区域规划局机构的意见,认为休特姆要求补偿的诉讼是不成熟的。1997 年,最高法院作出了判决,大多数法官的意见都仅仅及于诉讼是否成熟这个狭窄的方面,并没有就该可转让土地开发权计划与征收的关系作出判决。<sup>[46]</sup>多数意见认为,由于塔霍湖区域规划局已经就休特姆的土地状况做了最终决定,因此休特姆提起的诉讼是成熟的。但斯卡利亚大法官 (Justice Scalia) 对可转让土地开发权计划、征收和合理补偿的关系发表了意见。他认为可转让土地开发权与被限制开发利用的土地本身没有任何关系,它仅仅是用来决定是否构成合理补偿,而与判断规制行为是否构成征收无关。只不过在可转让土地开发权制度之下财产被征收的补偿是从第三人处获得而非从政府获得,可转让土地开发权的赋予使土地所有人获得了从第三人处获得补偿的权利。<sup>[47]</sup>如果把可转让土地开发权作为判断是否构成征收考虑的因素,政府的支出会少得多,这将会对所有权人不利。这就偏离了宾夕法尼亚中央运输公司一案的判决意见,在那个案件中,可转让土地开发权制度被认为在一定条件下可以避免征收的发生。在休特姆案中,另外两名大法官也赞成斯卡利亚大法官的意见,因此这可能会成为未来最高法院审理可转让土地开发权案件的判决思路。

[44] 有学者认为,在这个案件中,法院把可转让土地开发权作为判断是否构成征收需要考虑的因素之一。See Franklin G. Lee, “Transferable Development Rights and The Deprivation of all Economically Beneficial Use: Can TDRs Salvage Regulations That Would Otherwise Constitute A Taking?” 34 *Idaho L. Rev.* 679 (1997 - 1998).

[45] *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*, 520 U. S. 725 (1997).

[46] *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*.

[47] *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*.

笔者认为,对于斯卡利亚大法官的意见与宾夕法尼亚中央运输公司案中的意见的差异,要注意到两点:首先,这两个案件在事实上有较大差异。中央车站所在地块已经得到了开发,并且仍在运营中,政府的规制只是限制其继续开发上空空间,而且中央车站的可转让土地开发权可以比较顺利的转移;但休特姆夫人的土地没有进行任何建设,政府规制却禁止一切的开发,几乎剥夺了所有经济利益。第二,在宾夕法尼亚中央运输公司案中,虽然法官认为可转让土地开发权计划可以用来避免征收的发生,但这也是有条件的,该计划必须能帮助提供合理的回报而且当事人自愿接受这一计划。因此,从实际效果来看,虽然两种意见对于可转让土地开发权的角色和作用有不同的理解,但都强调对土地所有人的保护,以免其为公共福利独自承担过重的负担,遭受不合理的损害。不同点在于,如果根据宾州中央运输公司案的意见,如果当事人自愿接受符合条件的可转让土地开发权计划,他就不能向政府主张补偿;如果根据斯卡利亚大法官的意见,就算当事人接受可转让土地开发权计划,只要可转让土地开发权不构成合理的补偿,他仍然可以以征收为理由要求政府给予合理的补偿。

从学理上来讲,斯卡利亚大法官从可转让土地开发权的性质入手进行讨论得出的结论更加清晰明确。正如上文所说可转让土地开发权计划实际包含了“私法上的土地开发权”限制和“规划上的土地开发权”转让两方面内容。是否拥有“私法上的土地开发权”与是否拥有“规划上的土地开发权”在逻辑上是没有任何关系的。宾夕法尼亚中央运输公司案和休特姆案的政府规制限制开发行为其实都是对“私法上土地开发权”的限制,至于这种限制是否构成征收,则要视侵害程度而定。可转让的“规划上的开发权”的获得丝毫不能改变“私法上土地开发权”被限制的事实。如果政府的规制行为不构成征收,那么“规划上的开发权”赋予就仅仅是一种对当事人的经济上的安慰,减少其对政府规制行为的抵触情绪。如果政府的规制行为构成征收,那么“规划上的开发权”的赋予就应当视为对征收的补偿,只是这种补偿是从第三人处获得而非直接从政府处获得,对征收的补偿必须要满足宪法第五修正案中的合理补偿要求。因此,对于涉及可转让土地开发权的案件,法院应当首先撇开可转让土地开发权,判断规制行为是否构成管制性征收,如果构成管制性征收,再考虑可转让土地开发权是否满足合理补偿的要求。

## (二)可转让土地开发权制度是否对土地开发者不公平

在可转让土地开发权制度之下,如果可转让土地开发权接受区的土地权利人想要超过基本开发标准进行土地开发,那么他就必须从出让区或政府手中购买可转让土地开发权。但为何要购买可转让土地开发权?接受可转让土地开发权的地块与转让可转让土地开发权的地块之间究竟有什么关系?保护地标建筑、农用地、城市开阔空间这样公共福利与某一块私人土地的超标开发有什么样的关系呢?这是不是使个别土地开发者单独负担了某些公共福利呢?这些没有解决的问题也引发了法律争议。

### 1. 理论上的质疑

1975年《耶鲁法律评论》的一篇文章《可转让土地开发权的不合宪性》将可转让土地开发权制度与市政规费作一类比,认为两者相似,因此开发者可以利用关于市政规费的法律来挑战可转让土地开发权制度。<sup>[48]</sup>市政规费是指政府从土地开发者手中收取一定的规费,这种规费早期是用于权利登记以及控制城市开发布局的,后来则用于市政设施和服务的开销。

[48] Notes, "The Unconstitutionality of Transferable Development Rights", 84 *Yale L. J.* 1101, 1114 (1974 - 1975).

因此在此处,笔者姑且将其译作市政规费。对市政规费是否合法的判断标准主要有两种,其一是警察权理论,其二是特别评估理论。这篇文章认为,从这两个理论进行分析,可转让土地开发权制度都不具有合法性。

警察权理论主要有两个核心要件:特权和唯一可归因性。特权是指缴纳规费的特定主体享有了其他主体没有的利益;唯一可归因性是指由于特定主体的特权的存在,有提供新的市政设施的需要,并且这一需要仅仅是因为该享有特权的特定主体而非其他不特定主体。简单说来,就是如果你享受到了别人所没有的好处,那么你就必须为这种好处所产生的代价买单。在《可转让土地开发权的不合宪性》一文中,警察权理论被运用到可转让土地开发权制度上。该文认为,购买可转让土地开发权制度的土地开发者的确享有特权,他可以突破基本开发标准进行土地开发,而其他人则不享有此特权,因此可转让土地开发权制度符合第一个要件的要求;城市的高密度开发造成了地标建筑拆毁的压力,但这种压力是城市的所有开发者造成的,而非某一个开发者造成的,因此要求特定开发者为某个地标建筑的保护支付费用不符合唯一可归因性要件的要求。<sup>[49]</sup> 特别评估理论也由两个要件构成,特别利益以及合比例性。特别利益是指缴纳规费的主体享受到了其他主体所没有享受到的好处,这种特别利益与警察权理论中的特权不同。比如说,规费用于购买路灯,如果缴费主体从该路灯中享受到了比其他主体更多的好处,那么他就享有特别利益。合比例性则是指享受到的特别利益应当与缴纳的费用成比例。如果把特别评估理论适用于可转让土地开发权制度,则两个要件都不符。首先,购买可转让土地开发权的土地开发者并没有对地标建筑的保护享有特别利益,他们和所有的社会公众一样都对地标建筑的保护享有同样的利益(当然,临近地标建筑或开阔空间的土地开发者可以说是享有特别利益),第二在所有人都想有利益时,就算某一土地开发者享有了特别利益,要他为一处地标建筑的保护支付所有对价也违反了合比例性原则。因此该文的作者认为,可转让土地开发权制度不具有合宪性。<sup>[50]</sup>

笔者认为,一般来说,市政府为居民提供市政服务,设立公共设施是公共物品的提供,所有人都有可能利用,因此不需要居民额外支付费用,公共物品的开销应当由税收负担。但有些公共服务或公共设施仅有少部分人享用,如果仍由税收来负担,则有违公平,因此需要这些享用的少部分人缴纳费用。上述关于美国的市政规费的理论体现的就是这种原理。同理,虽然可转让土地开发权制度与市政规费有所不同,但要求土地开发者为某一地标建筑的保护支付对价是站不住脚的,因为防止土地过分开开发与保护具有历史文化价值的地标建筑缺失并无必然联系。

## 2. 诺兰案与多兰案给可转让土地开发权制度带来的挑战

以上的质疑还只是从理论上进行的,但在 1987 年的诺兰案和 1994 年的多兰案之后,可转让土地开发权制度违法的可能性就大大增加了。因为要求可转让土地开发权制度难以满足最高法院在上述两个案件中所提出的标准。

在这两个案件中,最高法院加强了对政府土地管制的审查强度。在 1987 年的诺兰诉加利福尼亚海岸委员会(Nollan v. California Coastal Commission)一案<sup>[51]</sup>中,诺兰想要获得政府

[49] Notes, "The Unconstitutionality of Transferable Development Rights", 1115 - 1117.

[50] Notes, "The Unconstitutionality of Transferable Development Rights", 1118 - 1121.

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

的建设许可,政府同意给予建设许可,但附加了一个条件,即要求给予公众穿越海滩的通行役权。诺兰认为政府附加的条件无效,因此上诉至最高法院。最高法院认为,政府所附加的条件是无效的,因为政府行使警察权进行土地管制的目的是为了消除危害,因此其附加的条件与管制的目的和企图消除危害之间必须要有“必要的联系”。而本案中政府要求的通行役权与管制的目的没有任何联系,因此该条件无效,要获得该通行役权必须通过征收的方式。1994年多兰诉泰格德市(Dolan v. City of Tigard)一案<sup>[52]</sup>同样涉及政府的建设许可与附加条件,多兰认为政府附加的条件构成了无补偿的征收。在这个案件中,最高法院同样认为政府附加的条件是无效的,并提出了比诺兰案更加苛刻的要求,法官不仅要求管制的目的与条件之间要有联系,还要求管制目的与条件之间的联系要具有“粗糙的合比例性”。反观可转让土地开发权制度,突破基本开发标准的许可的赋予以购买可转让土地开发权为条件,政府进行城市规划管制是为了防止城市土地过度无序开发,而保护地标建筑是出于保护城市历史文化遗产,因此许可的赋予和附加条件之间并没有诺兰案所要求的“必要联系”,也更加不符合所要求的“粗糙的合比例性”。

笔者认为,从上面的分析来看,可转让土地开发权制度要求某个土地开发者为单独负担某些公共福利,既不符合学理,也不符合司法判例的要求,因此有违法之虞。但这也仅仅是一种设想,在现实中,对可转让土地开发权制度提起诉讼或异议的都是被限制开发土地的所有人和接受可转让土地开发权地区的居民,而没有土地开发者。原因在于,土地开发者虽然承担了保护地标建筑的负担,但他能够从增加的容积率中获得更多的收益,这部分增加的收益完全可以弥补购买可转让土地开发权的花费,例如他可以建更高的办公楼用于出租以获取更多的租金。与其寄希望于充满风险的司法制度,挑战可转让土地开发权制度及规划的合法性,倒不如接受可转让土地开发权制度,获取实实在在的利益。当然,这是以基本规划标准仍在合理范围内为前提的,如果土地开发者进行一般的开发都要购买可转让土地开发权,基本规划标准就明显在合理范围之外,此时土地开发者就会挑战该制度及规划的合法性。

### (三)可转让土地开发权制度是否构成策略性规划并违反正当程序?

可转让土地开发权制度本身就存在着一个风险——策略性规划。<sup>[53]</sup>当政府采用可转让土地开发权计划时,为了给可转让土地开发权创造足够的市场,他们可能会故意降低接受可转让土地开发权地区的开发标准。因为如果没有足够的市场,可转让土地开发权就会毫无价值,那么其就不会作为补偿而被接受,因此政府有很强的动力去降低接受可转让土地开发权地区的开发标准。这种策略性规划被认为是对实质性正当程序的违反,违背了美国宪法第五修正案和第十四修正案。实质正当程序原则的核心是保障公民免遭武断的、不合理的政府行为的伤害,而策略性规划正是一种武断的、不合理的政府行为。<sup>[54]</sup>所以,如果可转让土地开发权制度被认为是策略性规划,那么不仅该制度会被认为无效,接受可转让土地开发权地区的开发标准规划也会被认为是无效的。

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

[53] Jerold S. Kayden, “Market-Based Regulatory Approaches: A Comparative Discussion of Environmental and Land Use Techniques in United States”, 19 *B. C. Envtl. Aff. L. Rev.* 565, 571 – 572 (1991 – 1992).

[54] Black’s Law Dictionary 1429 (6th ed. 1990). See Sarah J. Stevenson, “Banking on TDRs: The Government’s Role as Banker of Transferable Development Rights”, Note 216, 73 *N. Y. U. L. Rev.* 1329, 1359 (1998).

在政府进行城市规划时,为某一地区设定开发标准时,它不仅需要综合考虑该地区的公共设施、交通、环境状况等因素,还顾及该地区的经济发展,因此政府要平衡财产的利用效率和过度开发的风险,以设定合理的开发标准。由于可转让土地开发权制度能够使得可转让土地开发权购买方突破基本的开发标准,在合理的开发标准已经设定的前提下,这个合理的开发标准与该制度能否并存?反对该制度的人认为二者不能并存。因为,既然政府允许通过购买可转让土地开发权来突破基本的开发标准,那么就说明这个开发标准并非合理的开发标准,而是故意降低,造成了土地价值的贬损,因此违反了实质性正当程序。<sup>[55]</sup>另一方面,如果认为基本开发标准是合理的,那么通过可转让土地开发权制度突破这一标准就会造成过度开发,影响该区域居住者的利益。<sup>[56]</sup>这样就可以理解为何在许多可转让土地开发权接受地区的居住者会表示反对。<sup>[57]</sup>

学者康斯托尼斯对上述观点进行了反驳,笔者赞同他的意见。他认为上述反对意见误解了规划的过程和功能。在他看来,规划中决定的作出至少由两个层面构成,一个是事实决定,另一个是政策判断。决定合理的规划需要考虑人口调控、充足空气、阳光、开阔空间的保障、避免公共设施负担过重等一系列因素,但这些东西都是不确定的,因此规划的决定的事实基础也是不确定的。同时,政策判断也是规划决定中的难题。由于无法准确计算出哪一种开发标准是最正确的规划,因此最好的结果是在一定合理范围内的开发。<sup>[58]</sup>简而言之,合理的规划标准是坐标轴上的一个区间而非一个精确的点,事实决定层面能告诉我们这个区间在何处,而政策判断则使我们在这个区间中选择一个点。只要可转让土地开发权制度对基本规划标准的突破仍然在这个区间内,规划就仍然是合理的。因此,并不能把可转让土地开发权制度直接认为是武断的策略性规划。

康斯托尼斯的意见虽然很好地解决了合理的规划标准与可转让土地开发权制度并存的问题,但他没有直接回应政府在征购可转让土地开发权的过程中可能存在滥用权力,利用规划权力牟利的情况。诺尔曼·马库斯(Norman Marcus)把这种状况称为“以出售为目的的规划”。<sup>[59]</sup>为解决可转让土地开发权市场需求不足的问题,政府可能会采取征购或设立可转让土地开发权银行购买的方法先获取可转让土地开发权,然后将其转让给需要可转让土地开发权的主体。在此过程中,政府具有市场活动的参与者和规划制定者双重角色,它有可能在获得一定数量的可转让土地开发权之后,降低可转让土地开发权接受地区的规划标准。此时,市场对可转让土地开发权的需求就会上升,政府就能以高于购买价的价格将可转让土地开发权售出,从中牟利,虽然这样获得的利润可以用于公共支出,但也有政府为自身谋取利益,与民争利的危险。笔者认为,虽然在理论上存在这种极端的策略性规划的可能性,但不能以此为理由否定可转让土地开发权制度。原因有二:其一,在现代社会中,政府扮演市场活动的参与者和社会管理者的双种角色的现象是常见的,这种现象并不仅仅限于可转让土地开发权制度中。其二,一种制度在实现一定的价值目标的同时,当然需要运行成本,也可能带来一些弊端。从美国的现实状况来看,上面所谈及的这种极端的策略性规划至少

[55] Sarah J. Stevenson, "Banking on TDRs: The Government's Role as Banker of Transferable Development Rights", 1359.

[56] Sarah J. Stevenson, "Banking on TDRs: The Government's Role as Banker of Transferable Development Rights", 1360.

[57] Notes, "Development Rights Transfer in New York City", 361 - 367.

[58] John J. Costonis, "The Chicago Plan: Incentive Zoning and the Preservation of Urban Landmarks", 628 - 631.

[59] Norman Marcus, "Transferable Development Rights: A Current Appraisal", 1 *Prob. & Prop.* 40, 42 (1987).

并不严重,因为现实中找不到任何切实的证据证明有政府在进行这种策略性规划,关于这种策略性规划的诉讼也没有被提起。<sup>[60]</sup>从外部环境来看,美国政府的行政决策透明度较高,公众参与机制健全,媒体和公众对政府监督较强,司法独立公正,这些因素也有利于抑制极端策略性规划的出现。

## 四 更宽泛视野下的可转让土地开发权制度

如果我们尝试跳出可转让土地开发权制度本身所涉及的具体法律争议和诉讼案件,在更广泛的视野下审视可转让土地开发权制度,我们不仅能对可转让土地开发权制度获得更深刻的认识,还能借此管中窥豹,洞察城市公共决策中行政、司法、政治过程和市场之间的互动关系。

### (一)可转让土地开发权制度背后的利益集团

我们在前面的分析中,多次提到可转让土地开发权接受区的居民经常会强烈反对政府的决定,因为在他们居住的地区进行超过基本规划标准的开发可能会影响他们的生活质量。其实在城市规划决策过程中,经常会出现一种现象:少数人的偏见,即在行政过程和政治过程中,少数利益群体结成同盟,为追逐他们的利益,影响政府的决策。这样的政府决策偏离了公共利益,少数利益集团的利益得到了满足,而社会大众的利益则受到了损害。可转让土地开发权制度背后同样可能存在这种风险。美国学者迈克尔·克鲁斯(Michael Kruse)在其论文中,以纽约特别剧院地区为例,阐明了可转让土地开发权制度形成背后的利益集团对政府政策的影响,非常具有启发性。<sup>[61]</sup>特别剧院地区是纽约市剧院和演艺行业集中的区域,著名的百老汇就在这一区,上个世纪下半叶,特别剧院地区的剧院行业开始衰退,许多有很长历史的剧院被拆除或改作他用。政府采取了种种措施试图挽救这一行业,政府曾企图把部分剧院划为地标建筑,但遭到了所有权人的强烈抵制。最后可转让土地开发权制度似乎能满足剧院所有权人的需求,适用可转让土地开发权制度的特别剧院地区面积逐渐扩大,可转让土地开发权交易的条件也越来越松。其实在这一可转让土地开发权计划形成并发展的过程中,一个利益团体同盟已经形成。这个利益同盟由政府、土地开发商以及剧院所有权人和相关文化团体组成。政府在这个利益同盟中扮演了重要角色。上世纪70年代,由于纽约市经济不景气,政府的财政收入紧张,没有足够的财政支出用以刺激建设和保护剧院产业。因此政府选择与私人进行合作来达成上述目标。政府采取了减税、重新规划市中心区以及可转让土地开发权制度来吸引私人投资者。于是许多土地开发商参与到政府的计划中来。与此同时,这些土地开发商也积极采取措施影响政府的决策,他们通过帮助政客参选的方式影响政府官员以及规划委员会的官员。剧院的所有权人通过将政府赋予的大量可转让土地开发权出卖给土地开发商的方式获得了大量经济收入,同时相关文化团体也因为剧院得到保护而感到满意。<sup>[62]</sup>上述三方都从可转让土地开发权计划获得了好处,他们于是结成

[60] Sarah J. Stevenson, "Banking on TDRs: The Government's Role as Banker of Transferable Development Rights", 1361 - 1362.

[61] Michael Kruse, "Constructing the Special Theater Subdistrict: Culture, Politics, and Economics in the Creation of Transferable Development Rights", 100.

[62] Michael Kruse, "Constructing the Special Theater Subdistrict: Culture, Politics, and Economics in the Creation of Transferable Development Rights", 119 - 130.



了利益同盟进一步推动了计划的发展。在他们狂欢的同时,城市规划的变动超出了合理的范围,公众利益受到了伤害,首当其冲的就是可转让土地开发权接受区的居民,他们必须承受过分开发所造成的交通堵塞、市政设施超负荷等弊端。公众虽然具有人口优势,但缺乏组织和集体行动能力,因此很难改变利益团体对政府决策的影响。这种行政决策和政治过程中的少数人的偏见是行政失灵和政治失灵的表现,它是很难通过自身来纠正的。正如市场失灵需要政府的干预,而行政失灵或政治失灵也需要外部机制来纠正。

但迈克尔·克鲁斯的结论似乎就与前面的分析存在矛盾,他一方面认为法院一般会尊重城市规划,通过诉讼是无法撼动可转让土地开发权扩张的,<sup>[63]</sup>但另一方面又认为可转让土地开发权计划的过分扩张并非不可避免,加强法律上的限制就能制约可转让土地开发权的扩张。<sup>[64]</sup>法律上的限制需要议会通过法案或法院以判例的方式加以发展。在政治失灵的情况下,议会自然不会通过这样的法案。如果法院一般尊重政府的城市规划,那么它又怎么会发展出法律上的限制去制约可转让土地开发权的扩张呢?在政治失灵或市场失灵时,人们往往寄希望于法院,但这些重要的问题往往超出了法院的能力范围。可转让土地开发权出现之前的弹性规划和规划地块融合在很大程度上是政府为了减轻土地所有人对规划的抵触。政府推行该制度的初衷也是想要保护、促进某些公共福利,但又苦于财政收入不足,无法启动征收权,就只好让第三人来支付资金,同时缓和被限制开发的土地权利人的抵触情绪。让私人来承担公共负担,当然要给他们提供一定的好处,即允许他们突破基本规划标准。前面谈过的关于可转让土地开发权制度的案件诉至法院后,法官当然能够洞察政府的意图,虽然可转让土地开发权制度存在着各种问题,但由于规划行为牵涉到的社会利益实在太复杂,超出了法院的能力范围,所以一般情况下法院只好尊重政府的规划决策,保持司法克制。在上述几个可转让土地开发权案件中,法官始终不愿意对可转让土地开发权制度正面表态,也就是因为这个原因。只要政府的可转让土地开发权计划不造成严重的不公平,法院是不会干预的。

## (二)可转让土地开发权制度与激励性规划

从更宽泛的意义来讲,可转让土地开发权制度属于激励性规划的一种,两者都把市场因素和私人参与引入到政府管制中来,只是与其他的激励性规划相比,可转让土地开发权制度的私人参与程度更高,夹杂的市场因素更多。在美国,传统的土地管制政策以政府的命令和控制为手段,因此传统的城市规划也通过直接设定某块土地的用途、建筑物的高度以及容积率的方式来调控土地所有人对土地的利用。而另一种土地管制手段则把市场激励和交易机制引入了政府管制中,其中较有代表性的就是激励性规划以及可转让土地开发权制度。实际上,将市场机制引入政府管制中不仅仅发生在土地管制中,大家更为熟悉的是征收排污税费和排污许可交易制度。<sup>[65]</sup>传统的土地管制政策和手段虽然颇有成效,但它无法满足现代社会的需求,因此许多人认为它停滞、僵化而且不具有灵活性。对此,政府采取了一些改进

[63] Michael Kruse, "Constructing the Special Theater Subdistrict: Culture, Politics, and Economics in the Creation of Transferable Development Rights", 140.

[64] Michael Kruse, "Constructing the Special Theater Subdistrict: Culture, Politics, and Economics in the Creation of Transferable Development Rights", 144 - 145.

[65] See Jerold S. Kayden, "Market-Based Regulatory Approaches: A Comparative Discussion of Environmental and Land Use Techniques in United States", 19 *B. C. Envtl. Aff. L. Rev.* 565 (1991 - 1992).

措施,例如增加规划部门的裁量权、允许特别许可或者整体性规划等。更大程度的改进则是将市场机制引入到城市规划中。<sup>[66]</sup>

激励性规划是指政府允许土地开发者可以突破规划限制进行土地开发,但作为回报,土地开发者必须要提供政府要求的某些公共服务或设施,例如公共公园、广场、廉价的房屋、护理中心以及工作培训等等。在这种规划模式下,政府的直接命令管制已经被地方政府与土地开发者之间的讨价还价所取代。土地开发者可以进行选择是否接受政府的要求以获取更高的容积率,如果突破规划限制进行开发所获得的额外收益高于提供那些公共设施或服务的成本,土地开发者就会接受政府的激励性规划。我们在前面已经谈到过,正是因为合理的规划标准具有一定的弹性,因此政府可以把某些与规划原本目的不相干的价值目标纳入到规划中来,通过规划制度来实现某些社会福利。像护理中心、提供工作培训这些公共服务本身就与规划没有太大关系,是应当由政府提供的公共服务,现在却企图通过激励性规划而交由私人来完成,节省政府的公共支出。而在可转让土地开发权制度中,则由购买可转让土地开发权一方承担保护地标建筑物或农地的负担。这实际上是同一个道理,因为可转让土地开发权制度本身就是激励性规划的一种特殊情形。激励性规划不仅使政府的管制手段和方法更为灵活,也使得政府能够通过规划促使其他社会福利的实现。

但是激励性规划同样带来许多棘手的问题。第一,激励性规划是否必要。因为靠近公园、公共广场的房屋价格本身就会升高,如果土地开发商在房屋周围兴建公园等公共设施,他将会因房价上涨而获益。因此,并非所有开发商兴建公共设施,都需要政府提供规划上的好处。某些政府为此提出了一种检测方法,即如果没有激励或补贴,该公共设施就不会被提供,换句话说,如果房价上涨使开发商获取的额外利润不足以弥补兴建公共设施的成本,政府就需要提供激励或补贴。第二,定价问题。即政府应当提供多少激励才能吸引开发商参加政府的计划,激励过少不足以吸引开发商,激励过多则使私人获得额外之财,而且会提高社会成本。因为恰当的激励很难准确估计,因此在实践中,政府为吸引私人参加计划,提供的激励往往是偏高的。第三,政府可能会操纵基本规划标准,故意把基本规划标准降至合理标准以下,迫使开发商不得不参加政府的计划。这就是前面所讲过的策略性规划,这种风险的确是存在的。第四,激励性规划可能会造成不公平的现象。因为激励性规划虽然带来了公共福利,但提高开发标准也造成了社会成本的升高,而这部分升高的社会成本可能要由周边的居民来承担。这些居民可能要忍受高标准开发所带来的交通拥挤、人口密度加大、通风采光效果受影响等不利因素,如果新建的公共设施就在该社区,那么这种负担还可以理解,但如果新建的公共设施在距离较远的地方且由所有市民共享,那么要这些居民承担所有社会成本就是明显不公平的。第五,激励性规划可能会造成腐败现象,因为土地开发商可能提供一些根本不需要的公共设施以换取规划上的好处。<sup>[67]</sup>

虽然可转让土地开发权制度比激励性规划吸引了更多学者的兴趣,但在现实中,前者的运用比后者少得多。可转让土地开发权制度同样存在上述激励性规划可能存在的弊端,同

[66] Jerold S. Kayden, "Market-Based Regulatory Approaches: A Comparative Discussion of Environmental and Land Use Techniques in United States", 567 - 568.

[67] Jerold S. Kayden, "Market-Based Regulatory Approaches: A Comparative Discussion of Environmental and Land Use Techniques in United States", 570 - 574.

时它也存在着自己独特的问题——是否可能成功营造可转让土地开发权市场。如果说在其他的激励性规划中政府尚且作为交易的一方,而在可转让土地开发权制度中,政府并不以交易主体的面目出现,它人为地营造了一个市场,让不同的土地所有人进行可转让土地开发权交易。在这个人工市场中,政府不仅要在不同的土地上分配可转让土地开发权的数量,还要设定游戏规则。我们知道,可转让土地开发权制度最大阻碍是可转让土地开发权的可销售性和估价。<sup>[68]</sup> 与其他的激励性规划相比,可转让土地开发权制度可能需要更高的社会成本,可转让土地开发权交易则需要耗费谈判时间、签订买卖合同等文件,估价也较为困难。<sup>[69]</sup> 同时,政府需要耗费监管成本去追踪每一笔可转让土地开发权交易,防止已转让可转让土地开发权的土地所有人继续开发土地。<sup>[70]</sup> 此外,提高公众对复杂的可转让土地开发权制度的认知程度也是该制度成功的重要因素。<sup>[71]</sup>

面对可转让土地开发权市场中存在的种种问题以及司法审查,政府不得不改变原来的初衷,又积极介入到可转让土地开发权市场中来,重新成为了可转让土地开发权市场中的交易主体。政府所采取的方法是建立可转让土地开发权银行或采取土地开发权征购的模式。可转让土地开发权银行由政府直接控制或是一个非营利性机构,它可以先购买可转让土地开发权,然后再出售给需要的人,起到了一个桥梁的作用,在一定程度上解决了市场不足的问题,而这些银行的启动资金仍然来自公共财政。政府也可以直接征购土地开发权,当然征购资金仍然来自公共财政。这时政府或可转让土地开发权银行实际上是处于中间人的位置,销售方将可转让土地开发权卖给政府,购买方从政府处购买可转让土地开发权。从销售方与政府的关系来看,虽然交易对象是规划上的土地开发权(公法上的土地开发权),而非私法上的土地开发权,因此在学理上仍然与保护地役权和消极地役权不同,但在实际效果上却是一样的。而从购买方与政府的关系来看,则是土地开发者花钱购买行政许可(规划上的土地开发权),其正当性值得质疑,无钱购买者必须遵守基本开发标准而有钱购买者则可突破基本开发标准。从总体上来讲,政府征购土地开发权、可转让土地开发权银行与保护地役权、消极地役权的差异在于政府能够通过出售行政许可的方式弥补公共开支。政府重新成为交易主体,实际上是宣告依靠可转让土地开发权市场来促进地标建筑保护、农地保护等社会福利愿望的落空。

我们都知道,市场不能帮助我们解决所有的问题,在市场不能提供某些公共产品时,我们需要政府提供,以促进社会福利的提高。地标建筑物的保护、农地保护、自然保护区的保护正是我们需要而市场又不能提供的公共福利,它们需要政府的积极提供。当然政府提供的手段可以有很多种,它可以直接成为市场交易的主体,也可以在一定程度上吸引私人参与公共物品的提供(例如激励性规划),但幻想可以通过市场解决是不现实的。因为要求政府提供某些公共物品本身就是因为市场不足,现在却又寄希望于市场,未免有点滑稽。而且人类的理性是有限的,要设计出一个良好运行的市场是否已经超出了人类的理性范围? 因此,

[68] Sarah J. Stevenson, "Banking on TDRs: The Government's Role as Banker of Transferable Development Rights", 1337.

[69] Ari D. Bruening, "The TDR Siren Song: The Problems With Transferable Development Rights Programs And How To Fix Them", 423, 428.

[70] Jerold S. Kayden, "Market-Based Regulatory Approaches: A Comparative Discussion of Environmental and Land Use Techniques in United States", 565, 578 - 579.

[71] Ari D. Bruening, "The TDR Siren Song: The Problems With Transferable Development Rights Programs And How To Fix Them", 423, 429 - 450.

采用较为保守的激励性规划来保护地标建筑、农用地等公共福利,采用政府管控与私人参与相结合的模式可能更加现实。

## 五 结 论

美国的可转让土地开发权制度是在灵活的规划制度上发展起来的,其以可转让土地开发权制度为主体,并包括土地开发权征购制度以及可转让土地开发权银行。城市规划本身的目的是为了防止城市土地过度、无序开发,消除这些因素给市政设施、市政服务和公众生活带来的负面影响。由于城市规划有一定的弹性,在一定范围内设定的开发标准都是合理的,这就为不同利益主体的博弈和政治活动提供了空间。同时,政府土地管制制度的价值目标也日益多元化,政府也可以利用规划中的弹性空间,将对其他价值目标的追求纳入到规划中来,此时的规划不再仅仅被用于消除某些负面因素,而且成为了积极追求某些社会福利的工具。同时,由于政府缺乏财政资金,难以通过行使征收权的方法来实现某些社会福利(例如对地标建筑、农业用地和城市开阔空间的保护),而可转让土地开发权制度则将私人资金和市场机制引入规划制度,在一定程度上缓和了政府的财政压力,同时减少了土地权利人对政府规制行为的抵触情绪。

针对可转让土地开发权制度可能违反征收条款的质疑,笔者认为,政府限制开发行为其实都是对“私法上土地开发权”的限制,至于这种限制是否构成征收,则要视侵害程度而定。如果政府的规制行为不构成征收,那么“规划上的开发权”的赋予就仅仅是一种对当事人的经济上的安慰。如果政府的规制行为构成征收,那么“规划上的开发权”的赋予就应当视为对征收的补偿,对征收的补偿必须要满足宪法第五修正案中的合理补偿要求。针对可转让土地开发权制度可能有违公平的质疑,笔者认为,可转让土地开发权制度要求个别土地开发者为单独负担某项公共福利,既不符合学理,也不符合诺兰案和多兰案的要求,因此有违法之虞。当然,在现实中,土地开发者虽然承担了保护地标建筑的负担,但他们能够从增加的容积率中获得更多的收益,这部分增加的收益完全可以弥补购买可转让土地开发权的花费,因此他们没有动力提起诉讼。针对可转让土地开发权制度可能构成策略性规划并违反正当程序的担忧,笔者认为,城市规划本身有一定的弹性,在一定范围内设定的开发标准都是合理的,只要可转让土地开发权计划控制在合理的范围内,它并不是违背正当程序原则。

从更广泛的视角来审视,可转让土地开发权制度同其他城市规划决策一样,同样可能出现政治失灵(包括行政失灵),利益团体的同盟可能使少数人的偏见凌驾于公共利益之上。当人们希望法院来纠正政治失灵时,却发现像规划这样的复杂问题可能超出了法院的审查能力范围。可转让土地开发权制度在一定程度上折射出城市公共决策中行政、政治、司法、市场的互动关系。可转让土地开发权制度实际上是属于激励性规划的一种特殊模式。将私人参与和市场机制引入政府管制,可转让土地开发权制度比其他激励性规划走得更远。现实中的问题十分复杂,理论中所要求的完美无瑕疵的决策可能并不存在,我们有时只能在众多充满弊端的决策中,选择弊端较小的一个。由于人类的理性有限,要设计出良好运行的可转让土地开发权市场十分困难,最后还是要靠可转让土地开发权银行和政府征购来弥补缺陷。在需要政府干预的情况下,幻想通过市场来解决问题是不现实的。因此,用较为保守的激励性规划来保护某些公共福利,采用政府管控与私人参与相结合的模式可能更加现实。

我们在研究国外法律制度时,不仅要知道该制度可能带来的好处,也要了解可能带来的弊端。任何制度都是与一国的市场、政治、司法、行政土壤紧密相连的,正如人体的某一器官是与其他器官组织密切联系的。我们在决定移植国外的某项制度之前,必须要全面的了解该制度的利弊及与该制度与其他制度的深层关系。从上面的分析中,我们可以知道可转让土地开发权制度虽然有其优点,但必须在一定的社会条件下和规范框架内运行,这是美国可转让土地开发权制度的前提条件。我国有学者主张借鉴美国可转让土地开发权制度,<sup>[72]</sup>国内也有一些城市,如北京、上海、南京开始采取容积率奖励及开发权转让这一政策,并制定了相应的奖励前提与标准。<sup>[73]</sup> 但我国是否具备可转让土地开发权制度运行的成熟前提条件呢? 如果前提条件尚不成熟,要引入可转让土地开发权制度就需要三思而后行。

---

[Abstract] American Land Development Right System develops from the flexible planning system, which consists of Transferable Development Right System (TDR), and Purchase of Development Right System (PDR) and TDR Bank System. The “development rights” which are transferred in TDR System are “planning development rights”, which are actually rights from administrative license and public law, and do not have any relation with “a bundle of rights” from private law. In America, transferable development rights may be not enough to compensate the loss of value of land, when the development of land is limited. For this reason the TDR system may violate the taking clause of Constitution. And, TDR system requires the land developers who purchase transferable development rights to bear all the burden of public welfare, which is unfair for them. TDR system may become strategic zoning, which will violate due process and undermine the original city planning. From a broader perspective, TDR system, to some extent, reflects the interaction of administration, politics, judiciary and market in urban public decision - making. In the end, governments have to use TDR Bank System and PDR System to make up the deficiencies of TDR System.

---

(责任编辑:姚 佳)

---

[72] 刘国臻:《论美国土地发展权制度及其对我国的启示》,《法学评论》2007 年第 3 期。

[73] 运迎霞、吴静雯:《容积率奖励及开发权转让的国际比较》,《天津大学学报(社会科学版)》2007 年第 2 期。