

“公正补偿”与征收权的宪法限制

张千帆*

内容提要:对土地和财产征收的公正补偿具有重要的理论与现实意义。从公共选择理论的视角讨论了美国联邦宪法规定征收必须给予“公正补偿”的理由,解释了美国法院通过判例确定“公正补偿”的计算标准,探讨了美国宪法修正案的补偿条款之解释。宪法修正案所要求的征收“补偿”必须是体现被征收财产市场公平价值的“公正补偿”,且这项宪法要求必须在操作过程中获得立法与司法制度的适当保障。

关键词:征收 公正补偿 公共利益

一、引言

随着市场经济的发展和公正观念的普及与深入,中国逐渐认识到征收补偿的重要性。经过 2004 年修正之后,宪法第 10 条第 3 款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”类似地,修正后的宪法第 13 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。”虽然这两条修正案都是针对宪法总纲,但征收补偿普遍被认为是公民财产权的题中之意,因而也构成国家必须尊重和保护的宪法基本权利。

然而,宪法所表达的理念和现实之间仍存在很大的差距。近年来,由于全国各地的大规模经济开发,城市房屋拆迁和农村土地征收十分普遍。但由于宪法对征收补偿的要求不明确,某些地方在征收过程中存在着滥用权力的行为,对征收补偿的标准规定过低,严重损害了被征收者的宪法权利,并引发了激烈的社会冲突。为了有效解决这些实际问题,我们有必要探讨宪法修正案对征收规定的“补偿”究竟是什么、为什么要给予“公正补偿”以及如何实现“公正”补偿等基本问题。

对于这些问题,美国联邦宪法提供了丰富的启示。1791 年生效的宪法第 5 修正案就已经规定:“为了公共用途的征收必须提供公正补偿”,且几乎所有州的州宪在此前后都规定了征收私产的补偿。^[1]在美国建国之初,征收权即被认为是政府拥有的内在权力,因而无须各州宪法明确承认,但政府在征收过程中必须给予公正补偿。在 200 多年的宪政发展过程中,联邦法院在“公正补偿”领域发

* 北京大学法学院教授。笔者感谢国家社科重点项目对本文写作的支持。

[1] 新汉布舍尔(New Hampshire)和北卡罗来纳(North Carolina)两州除外,而这两个州的法院从很早开始就一直判决州政府必须给予补偿。到目前为止,州法院是解决州或地方政府征收补偿的主要途径,而和联邦法院相比,州法院一般被认为对征收补偿的要求略低,但大致相当。参见 Matthew C. Porterfield *International Expropriation Rules and Federalism*, 23 *Stanford Environmental Law Journal* 3 (2004).

展了丰富的案例法,其中不乏值得我们借鉴之处。

本文主要分为三部分。首先,从公共选择理论的角度探讨美国联邦宪法为什么规定征收必须给予“公正补偿”。其次,将解释美国法院如何通过判例确定“公正补偿”的计算标准。最后,在此基础上讨论中国宪法修正案的补偿条款。宪法修正案所要求的征收“补偿”必须是“公正补偿”,在一般情况下也就是被征收财产的“公平市场价值”,且公正补偿在操作过程中需要获得立法与司法制度的适当保障。

二、为什么要求“公正补偿”——公共选择理论的解释

首先必须指出的是,并不是所有的政府管理行为都构成“征收”(taking),也不是所有的“征收”行为都需要补偿。绝大多数日常管理行为都不构成征收,因而无须给予任何补偿,即使管理行为实际上对私有财产构成了严重损害。^[2]事实上,因为关于管理行为在什么情况下构成征收的界定标准无论在理论还是判例上都不够清楚,美国财产征收理论研究的焦点早已从一般征收补偿转移到“管制征收”(regulatory taking)问题。由于目前困扰中国社会的主要问题是一般意义上的征收及其补偿,本文将不在此探讨“管制征收”问题,而仅限于说明什么性质的征收必须给予补偿。

到18世纪末,美国法承认三种意义上的“征收”:征税(taxation)、充公(forfeiture)和剥夺(expropriation),而只有最后这种征收行为才必须给予补偿。^[3]之所以如此,是因为纳税是基于同意原则的一种“给予”,当然不需要补偿。否则,纳税显然就失去了意义。充公则是对严重违法行为的一种惩罚,例如叛国者和杀人犯的财产可被政府充公,海关走私物品可以被充公,有时甚至连周末不去教堂或妻子责骂丈夫等轻罪也可导致财产的部分丧失。尽管个人财产权在英美法传统上受自然法的保护,但根据社会契约论的逻辑,如果社会成员因违法行为而违反了社会的“基本契约”,国家可以收回法律保障个人的财产。因此,纳税不需要补偿,是因为税务负担在原则上应该成比例地落到每个人头上;充公不需要补偿,是因为它只是剥夺了从违背社会契约中获得的违法利益。事实上,对于这两种征收行为给予补偿将使征收行为不可能实现其原本要实现的目的。

然而,联邦宪法第5修正案明确规定,为了公共用途而剥夺财产的行为必须给予补偿。^[4]制宪者认为,这种征收是为了社会公共利益而对被征收者所施加的负担,因而要求其他纳税人补偿其损失是公正的。否则,被征收者和他人相比就承受了不成比例的负担。在这个意义上,第5修正案的目的正是保证所有人“公平分享”社会管理和改造的负担,防止政府强迫某些人承担公平和公正原则要求公众整体承担的公共负担。正如霍姆斯法官在1922年的经典案例中指出:“公众要改善公共条件的强烈兴趣或愿望,并不允许为了实现这种愿望而走捷径,因为合宪的渠道是必须为这种改善付出代价。”^[5]

对于征收补偿的理由,规范性研究多从公正、效率、自由、共和美德以及自然权利的角度探讨公正补偿的必要性。^[6]这类研究尽管有价值,但未必能在制度上提出有建树的论点。况且价值选择往往见仁见智,因而不同价值观之间难以形成超越分歧的共识,最后流于没有意义或没有结论的争论。公

[2] 最近的案例见 *Tahoe - Sierra Preservation Council v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U. S. 302 (2002)。

[3] 参见 Matthew P. Harrington, "Public Use" and the Original Understanding of the So - Called "Takings" Clause, 53 *Hastings Law Journal* 1245。

[4] 笔者将在别处论证,第5修正案中的“为了公共用途的征收”(公用征收条款)可能只是为了限定必须给予补偿的征收范围,而不是限制征收权本身,且什么构成“公共用途”(或“公共利益”)主要由议会而非法院决定。

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

[6] 关于这个领域的经典论文,参见 Frank I. Michelman, Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law, 80 *Harvard Law Review* 1165 (1967)。

共选择理论的论证建立在一般人都认为值得追求的某些基本目标——例如社会繁荣和政治稳定——以及经过无数次实践考验的利己主义行为假定之上,从而避免了价值主观性及其所引起的无谓争论,并在此基础上进一步对制度的合理性提出有积极意义的建议。总的来说,公正补偿要求的主要功能在于迫使政府将行使权力的成本内部化,从而不仅保证政府行为在经济学意义上的理性,而且有助于约束政府滥用权力并限制政治冲突,且由于公正补偿的宪法要求不可能完全通过政治过程实现,因而还要求有效的司法保障。

(一) 避免政府的“财政错觉”

首先,征收补偿至少部分是为了强迫政府将征收的成本内部化,从而使社会资源配置达到经济学意义上的最佳点。显然,征收行为不仅具有管理成本,而且具有昂贵的机会成本:一旦财产被政府征收,它就不可能再被任何私人使用。如果政府不需要给予补偿,即不需要花钱就可征收财产,那么政府可能会受到“财政错觉”(fiscal illusion)之影响,也就是政府官员将误以为所征收的资源没有机会成本或机会成本很低,从而作出非理性决策。其结果必然导致政府过度征收,进而导致资源的错误配置和浪费。^[7] 为了避免发生财政错觉,宪法要求政府给予完全补偿或赔偿,迫使政府比较征收的机会成本和征收后的财产价值。如果政府必须为征收的财产提供补偿,那么政府官员就必须比较社会资源在政府手中的价值和在私人手中的价值。只有在期望有关资源因公共工程而将产生比补偿更高价值的情况下,政府才会决定征收。在这个意义上,公正补偿条款将政府从一个权力机构转变为一个理性人:就和普通理性的个人一样,政府在决定过程中也必须平衡成本和收益,从而有助于保证征收行为符合社会利益。

某些学者认为,“财政错觉”理论是一把双刃剑,因为它可能也为征收行为的不完全补偿提供了部分理由。^[8] 在某种意义上,不完全补偿可以认为是为政府征收行为所提供的补贴。和限制言论自由等宪法禁止的措施不同,征收一般是为了给公众带来重要福利,例如建造公路或其它基础设施、修建公园或休闲区以及保护环境。如果公共利益超过了其成本,那么给予一定的补贴似乎是合理的。因此一方面,政府应该将其对被征收财产的拥有者的负外部效应内部化;另一方面,政府也应该被鼓励对社会产生尽可能多的正外部效应,而传统做法正是补贴产生正外部效应或“公共物品”的行为。通过为征收行为提供补贴,不完全补偿有助于增加政府促进与保护公共利益的动机。^[9]

上述论点的问题在于不完全补偿所产生的“财政错觉”虽然有助于提高政府促进公共利益的动机,却同样容易鼓励政府作出违背公共利益的征收决定。假定征收所带来的利益是 B ,给被征收者以及利益受到影响的其他人所带来的成本是 C ,而政府补偿数额是 J 。如果 $J < C$ (不完全补偿),那么只要征收的利益高于补偿($B > J$),政府都将有动机征收财产,即使征收的结果是社会得不偿失($B < C$,净收益为负值),从而破坏社会资源的最佳配置。可以预言,对于收益处于不完全补偿和完全补偿之间的所有征收行为,都将构成不应该发生的过度征收。^[10] 反过来,如果“公正补偿”只是被解释为要求 $J = C$,那么这种补偿并没有完全消除政府促进公共利益的动机,因为只要征收所带来的利益大于成本($B > J$,因而 $B > C$),征收对于政府来说仍然是有利可图的行为。

(二) 限制政治冲突、维持社会稳定

[7] Michael A. Heller and James E. Krier, Deterrence and Distribution in the Law of Takings, 112 *Harvard Law Review* 997 (1999), at 999.

[8] Louis Kaplow, An Economic Analysis of Legal Transitions, 99 *Harvard Law Review* 509, 528 - 532 (1986).

[9] Thomas W. Merrill, Incomplete Compensation for Takings, 11 *N. Y. U. Environmental Law Journal* 110 (2002), at 133 - 134.

[10] 如果所得利益甚至低于不完全补偿,当然更是属于过度征收,但由于征收所带来的利益不足以抵偿政府付出的成本(补偿),因而我们可以期望政府在一般情况下不会作出这种征用行为。当然,如果征收过程中发生了违法行为,譬如决策官员收受贿赂,那又另当别论,在这种情况下,完全可能发生入不敷出的征收行为。

从另一个角度看,公正补偿的主要功用在于保证人们都知道政府行为的限度,从而维持民主社会的稳定。公共选择理论认为,如果一个国家随意剥夺无辜者的财产,就和按照个人意志而不是法律剥夺人的生命和自由一样,必将导致人们为了维护自己的根本利益而诉诸欺骗、贿赂或暴力手段,从而加剧社会的政治冲突。^[11]虽然宪法并不能在每个特定案例中都保证绝对的公正或效率,而只是提供实现这个目标的制度框架,但是通过规定政府结构和权利保障,宪法将政治斗争控制在一定的限度内。一个人必须知道其生命、自由和财产并不会在政治冲突中受到潜在威胁,才不至于铤而走险。事实上,从宗教自由到征收补偿,宪法的权利保障几乎都有这个功能。通过断绝政府对这些基本权利的觊觎,宪法使基本权利超越政治纷争之外,从而有效保障了社会和平。^[12]在某种意义上,公正补偿条款为政治行为者提供了一种“保险”,使对立方不可能通过剥夺财产来实行政治迫害,从而显著降低了政治失败的风险。同时,公正补偿也促进了政治过程的理性对话,因为既然个人安全得到保障,各方都能心平气和地陈述自己的观点,在争取说服对方的过程中也为对方说服自己保留机会,从而有助于将斗争的焦点集中于问题本身。

当然,权利保障过多有时也会加剧政治纷争。例如联邦最高法院在1973年的“德州禁止堕胎案”判决,^[13]宪法第14修正案的正当程序条款意味着妇女在怀孕3个月内有决定是否堕胎的自由,州政府不得通过法律加以干涉。这项判决在美国激起了轩然大波,堕胎的支持者和反对者都试图通过修宪明确体现自己的政治主张,但最后都归于失败。“堕胎案”的判决导致了美国社会的“内耗”,并打破了社会在这个问题上的相对安定。^[14]在这个意义上,征收补偿既不应低于宪法的“公正补偿”要求,但或许也不应过高,而是应该被严格限制于宪法所要求的范围内。

(三) 司法制度保障

最后,由于征收和补偿方案在西方国家往往是由议会决定的,一个关键问题是为什么不能完全信任立法机构制定的补偿方案,^[15]而必须通过司法机构才能确保补偿的公正。公共选择理论的前提假设是,宪法之所以要保障财产权,是因为政府民选分支的决策行为并不是无懈可击,而司法分支可以弥补其中的一些缺陷。公共选择理论将个人利益最大化的经济学假设延展到政治领域,因而在民主政治的市场上,不同利益集团为了获得对其有利的政策而竞争,政府官员则为了提供这些政策而相互竞争。但就和经济市场一样,政治市场也会失灵。一旦政治市场失灵,财产征收的公正补偿就得不到保障,从而需要宪法机制加以补救。因此,“如果我们可以用调控法律来纠正经济市场的失灵,我们也可以用宪法来纠正政治市场的失灵。”^[16]由此美国宪法第5修正案明确规定了“公正补偿”,而且司法机构在实施这个条款的过程中发挥了主要作用。

需要澄清的是,公共选择理论有两个模型:多数主义(majoritarian)模型和利益集团(interest group)模型,且在司法保障必要性的问题上持不同意见。^[17]利益集团模型出于组织成本和选举间断

[11] 参见 Henry A. Span, Public Choice Theory and Political Utility of the Takings Clause, 40 *Idaho Law Review* 11 (2003), at 77 - 78.

[12] 对于这个观点,参见 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge: Harvard University Press (1980), at 152 - 153.

[13] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.

[14] 另一方面,这种平静本身未必是可取的,因为它可能只是掩盖了实际存在的社会问题,且纯粹通过政治方式来解决堕胎问题也未必节省任何社会成本。本文在此只是指出,一项有争议的司法判决有可能产生额外的社会成本。权利保障不足将给被剥夺者带来痛苦,过多的权利保障则可能会给社会其他人带来负担。两个极端都无助于息讼止争。

[15] 与公正补偿问题相对照,笔者将在别处论证,议会的征收决定基本上可以保证征收符合“公共利益”,不需要甚至不可能通过司法保障。

[16] Henry A. Span, Public Choice Theory and Political Utility of the Takings Clause, 40 *Idaho Law Review* 11 (2003), at 13 - 14.

[17] William A. Fischel & Perry Shapiro, A Constitutional Choice Model of Compensation for Takings, 9 *International Review of Law & Economics* 115 (1989).

性之考虑,认为控制政府决策的主要力量是社会上某个强势利益集团,而不是政府本身的控制力量。在西方,财产所有者被认为是构成了一个势力强大的集团,足以通过影响政府决策而自我保护,因而利益集团模型的结论是征收补偿并不需要司法干预。多数主义模型则假定构成多数的利益集团在特定问题上组织成本并不足够高,因而可以在议会中一致行动,并对少数人或团体的权利构成威胁,即使少数人的损失超过多数人的利益也在所不惜。这样,议会民主政治不但可能加剧社会冲突并削弱稳定,而且还可能造成社会资源的浪费。和利益集团模型相比,多数主义模型更适用于规模较小的决策团体。如果扩大决策团体的规模,有可能将更多的利益团体带入议会,从而使之不能形成一种压制性的主流意见。^[18]

不论如何,司法审查制度至少将有助于公正补偿的实现。不难看到,如果在人事任免、内部结构、待遇、地位和经费等方面有效保障司法独立,^[19]那么司法机构应能够相对超越于政治纷争之外,因而尤其适合承担保障公正的任务。不论是采取多数主义模型还是利益集团模型,没有什么能保证政治过程会自动产生公正的结果,因为无论是民主政治还是独裁政治,政治总是权力的较量,而在政治上相对弱势的一方(例如议会中的少数派)不可能通过政治过程本身保证自己的权利不受侵犯。从公共选择理论的角度看,公正补偿的司法保障未必能根治民主政治过程的问题,但无疑能促进政治过程的和平。通过确立要求补偿的征收范围,宪法征收条款的司法解释可以降低政治冲突的风险,从而有助于将这类冲突维持在共和政体所容许的限度内。

总之,为了防止不公正补偿及其所带来的社会效果——无论是政治冲突的加剧和社会秩序的恶化,还是因“财政错觉”而引起的过度征收和资源浪费,一个独立和有效的司法系统是不可或缺的。^[20]

三、什么是“公正补偿”——“公平市场价值”标准及其局限性

一旦确定征收行为必须给予公正补偿,下一个关键问题就是补偿多少才算是“公正”的。毋庸讳言,“公正”是一个很宽泛的概念,容易产生见仁见智的理解。“公正补偿”可以是指被征收者所承担的损失(也就是上面的C),也可以被理解为征收所产生的收益(B),尽管如上所述,这种解释可能会使政府失去促进社会公共利益的动机。幸好,在市场经济国家,“公正补偿”是相对确定的。如果政府征收了你的住房,而你的房子通过公平市场交易有一个价格,那么公正补偿一般就是指这个价格所反映的“公平市场价值”(fair market value)。^[21]

应该指出,由于补偿问题直接涉及到公民受宪法第5修正案保障的财产权,美国法院对“公平市场价值”标准的实施一直相当严格。联邦最高法院判决,个人有权获得相对于被征收财产而言“完全和严格等同”(full and exact equivalent)的补偿,使之“在金钱上处于和财产没有被征收时同样的地位”。^[22]当然,“市场价值”本身在某些情况下不甚确定,且即使确定也未必在所有情况下都产生公正

[18] 事实上,这也正是麦迪逊在《联邦党人文集》第10篇中提出的联邦主义构想:国家范围的扩大将带入更多元化的利益集团,从而有效防止议会形成托克维尔后来所说的“多数人暴政”——譬如不经公正补偿而征收财产。见 Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), NAL Penguin (1961), pp. 77 - 84.

[19] 笔者这里指的主要是建立在法官个人独立基础上的“司法独立”,因为以院长负责制为基础的“法院独立”容易导致党政机关或社会团体通过控制法院领导而控制整个司法过程,从而丧失实质意义上的司法独立性。对这个问题的讨论,见 Qianfan Zhang, *The People's Court in Transition: The Prospects of the Chinese Judicial Reform*, 12 *Journal of Contemporary China* 69 (Spring 2003).

[20] 当然,司法保障未必是保证公正补偿的充分条件。譬如米丘曼教授并不完全信任司法机构能圆满解决“公正”问题,因而提出了建构“公平机器”(fairness machine)的设想,使公平和公正尽可能在政府决策过程中获得充分考虑。参见 Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 *Harvard Law Review* 1165 (1967), at 1248.

[21] 参见 Olin L. Browder et al. (eds.), *Basic Property Law (5th Ed.)*, St. Paul, Minn.: West Group (1989), pp. 994 - 999.

[22] *Seaboard Air Line Ry. v. United States*, 261 U.S. 299 (1923), at 304.

的结果。尽管土地和财产在市场上可以有一个价格,但这个市场价格是否反映了一种内在的“公平价值”则未必很清楚,尤其是客观的非人格化的市场价格并不能适当反映被征收者个人对财产的主观偏爱。且被征收的土地或财产实际上并没有进入销售市场,有时这种市场可能根本就不存在。因此,征收补偿中的“市场价值”很可能和财产的实际价值有一定的出入,在某些情况下甚至可以说是一个没有实际对应物的“虚拟”概念。但我们并不能因为“市场价值”的局限性而一概否定其重要价值。尽管在操作上存在着种种问题,市场价值标准仍然是衡量“公正补偿”的起点。

(一) 如何衡量“公平市场价值”

美国法院将“公平市场价值”定义为买主在公平和公开的市场交易中愿意付给卖主的价格,一般需要考虑影响一个合理的购买者愿意出价的任何因素。因此,市场价值应不仅反映财产的现在使用情况,而且还应反映财产所适合的其它使用情况,包括特定财产所适合并在近期内可以付诸使用的各种情况下的最高价值。^[23]当然,卖主只是提出价值更高的用途之可能性是不够的,这种可能性还必须足够高,以至于能说服一个合理的买主愿意付出更高的价格。如果某片土地确实有价格更高的用途,那么补偿就应该考虑这种用途对财产的市场价值之影响。另外,尽管最高法院认为被征收者对财产的主观价值并不能决定公正补偿的衡量,如果它确实会影响一个合理的买主在公开市场上的出价,那么仍然需要考虑主观价值。^[24]因此,除非是完全个人化的考虑,主观价值可能也会部分反映到补偿数额之中。

最高法院允许当事人采用三种估价方法来决定买主愿意付出的价格:可比销售法参考可比的(comparable)同类财产销售价格,总收入法根据财产的现有价值而计算的净收入来决定财产价值,复制成本法则计算在当前市场上更换或重新购置被征收财产但减去折旧的成本。^[25]一般采用的方法是寻找自愿交易下的成交价格,通常包括以下手段:查看被征收财产最近的销售价格,查看在该地区的类似财产的最近销售价格,根据被征收财产的实际或潜在租金计算其价值,以及计算重新购置财产的成本(排除折旧)。

尽管当事人可以选择上述三种方法中任何一种来估算市场价值,最高法院一般更倾向于可比销售方法,认为一个买主在公开市场上对类似财产愿意付出的价格相对来说是市场价值的最好衡量。如果被征收的财产属于通常在市场上交易的类型,那么法院就将其市场价格作为公正补偿的惟一衡量标准。^[26]如果交易市场确实不存在或被征收财产在市场上找不到同等的交易对象,那么当事人可以利用其它两种计算方法,但最后都必须提供充分证据,作为假想中的合理买主在征收时愿意付出的价值之基础。^[27]这里涉及到两种不同情况。首先,如果类似的财产在市场上销售如此之少,以致不能肯定被征收财产将再次以这种价格销售,那么法院就不应该适用市场标准,因为“有关财产的市场不存在”。^[28]其次,如果财产的市场价值明显不符合公正补偿条款为征收提供完全救济的目的,那么法院也不应该采用市场价值标准,以免带来明显不公。然而,当事人实际上很难举出充分证据,让法院相信市场价值标准将带来产生如此不当的补偿,以致要求运用其它计算方法。在1984年的案例中,^[29]联邦政府征收了50英亩由市政府拥有的土地。市政府辩称这块土地以前用于垃圾清理,而它有法律义务提供清理场所,因而主张采用复制成本的计算方法。可是最高法院却拒绝接受这个论点。尽管复制成本法也可能在其它情况下成为适当的计算标准,但市政府并没有证明市场价值标准在本

[23] Olson v. United States, 292 U. S. 246 (1934).

[24] 见 Mitchell v. United States, 267 U. S. 341 (1925).

[25] Glynn S. Lunney, Compensation for Takings: How Much Is Just? 42 *Catholic University Law Review* 721 (1993).

[26] Lutheran Synod, 441 U. S. 506 (1979), at 513 - 514.

[27] United States v. New River Collieries Co., 262 U. S. 341 (1923), at 344 - 345.

[28] United States v. Toronto, Hamilton & Buffalo Navigation Co., 338 U. S. 396, at 402.

[29] United States v. 50 Acres of Land, 469 U. S. 24 (1984).

案中会产生明显不公。

在计算过程中,法院必须排除征收过程本身对市场价格的人为影响。如果“公共工程的紧迫性”对市场价值产生了有利或不利影响,那么机械地运用市场价值标准可能会产生显然不公的结果。^[30]例如政府因预计有关财产将被征收而对其采取初步规制,从而导致其市场价值下降;或投机者因预先知道财产将被征收且政府必须补偿而哄抬价格,从而导致被征收财产的市场价值上扬。这种人为导致市场价值偏离其自然价值的结果都被认为是不公正的,因而不应该反映在补偿计算中。

当然,如上所述,“公平市场价值”在很大程度上是一个并不实际存在的“神话”。在有許多买主和卖主的市场中,也许更容易确定什么是公平市场价值。但实际上,政府征收几乎总是发生在一个买主(政府)和一个卖主(特定的被征收者)之间,因而严格意义上的“市场”并不存在。值得注意的是,征收是特定产权的强制性交易,通常发生在自愿交易已经失败且不存在适当替换的情况下。除了在一些经典事例中可以获得准确计算外,公平市场价值在许多情况下都涉及到难以确定的因素,例如财产在最佳使用方式下的价值、商业开发的可行性、开发成本、政府规制的影响和政府征收时的市场状况等。且由于征收行为本身将改变财产价值,从而不断产生究竟是应该计算政府规制前还是规制后的财产价值的争论。总之,美国宪法中的公平市场价值是一种非人格化的补偿标准,但未必是完全客观的标准。它基本上排除了财产所有者的主观价值,但这并不意味着它就是可以从价格记录中找到的客观价值。公平市场价值只能根据个案情形推断出来,因而必然带有相当大的自由度。尽管如此,法院仍有义务根据个案情况尽可能客观地确定公平市场价值。

(二) 市场价值标准的局限性及其补救

美国学者曾在评论财产补偿法的特征时指出:“公正补偿意味着不完全补偿。”^[31]这不仅是因为公平市场价值标准排除了完全个人的主观价值因素,而且还因为补偿计算仅限于合同法意义上的“一般损失”或直接损失,而在通常情况下忽略所有间接损失,包括预期获得的商业利润。限制补偿的理由主要是为公共物品提供补贴。如果政府征收必须补偿各种难以确定和预见的间接损失,那势必将对公共财政增添沉重负担,并使政府丧失通过征收促进公共利益的动机。另外,限制补偿也有助于促使财产所有者保持使用效率。因此,根据一般规则,宪法仅要求政府补偿征收所导致的直接财产损失,而无须补偿由此导致的间接损失。

但在特殊情况下,法院也可能会要求政府补偿由征收引起的其它产权的减损或丧失,例如征收对经营活动的不利影响和正当预期利益之丧失。在这个领域,联邦最高法院的审查标准不太确定,从而导致看起来类似的案件可能获得不同结果的判决。在1925年的案例中,^[32]政府征收了一片尤其适合特定品种和质量的玉米生长的土地。在这片土地被征收后,原告找不到类似土质的地,因而不得不停止原先的经营业务。最高法院判决,原告虽然可以因土地的特殊价值而获得专门补偿,但无权对其业务的丧失获得补偿。在1949年的案例中,^[33]政府因二战期间军需而征收了原告的洗衣店。原告通过长年苦心经营而积累了一个稳定的顾客群,但因征收后找不到适当地点开业而不得不忍痛放弃。法院没有遵循传统的直接补偿理论,允许原告为其经营损失获得补偿。

在1973年的案例中,^[34]原告的粮仓就在铁路旁边,并从1919年开始就从铁路公司那里租用一些土地。1967年,联邦政府征收了原告的土地,而当时原告的20年租期还有7年半时间,且因为预期土地承租将和往常一样延长,原告在土地上修建了许多建筑物并对多处进行维修,其用途将超过目前的租期。在决定征收补偿的过程中,原告主张一个合理的买主将假定铁路公司会延长租约,因而将

[30] United States v. Reynolds, 397 U.S. 14 (1970), at 16.

[31] Thomas W. Merrill, Incomplete Compensation for Takings, 11 N. Y. U. Environmental Law Journal 110 (2002), at 111.

[32] Mitchell v. United States, 267 U.S. 341, at 343.

[33] Kimball Laundry Co. v. United States, 338 U.S. 1 (1949), at 3.

[34] Almeta Farmers Elevator & Warehouse Co. v. United States, 409 U.S. 470 (1973).

对这些建筑和维修在其有用期间赋予一定的价值。政府方面则主张关于延长租约的预期并不是受到法律承认的权利,因而其价值仅应按照剩下的7年半租期来衡量。最高法院维持了原告的主张,驳回了政府关于不考虑合理预期的主张。由于原告对延长租约的合理预期将反映于一个买主愿意付出的价格之中,陪审团在确定征收补偿时必须考虑这种预期。然而,在同年的另一个案例中,^[35]原告除了拥有自己的农场之外,还获得联邦政府授权在邻近的联邦土地上牧牛。联邦政府后来征收了原告拥有的大部分土地,原告主张补偿的计算应考虑联邦政府在没有征收的情况下继续授权其放牧的合理预期。但法院没有接受原告的主张,因为对原告土地增值的预期是政府行为而非原告自己造成的。

(三)其他衡量标准

市场价值标准并不是落实公正补偿要求的唯一方法。美国法院也注意到市场价值并非惟一的衡量标准,有时甚至未必是最好的衡量标准。联邦最高法院强调,如果市场价值难以确定,或这项标准的适用将给被征收者或公众带来“明显不公”,那就不应该适用市场价值标准。^[36]因此,法院在某些情况下采用了其它标准取代市场价值标准。一个替换方案是将征收者从中得到的利益(B)作为补偿,也就是恢复原状(*restitution*)或返还不当得利的方法。这种标准所产生的补偿数额一般比市场价值标准更高,因为征收土地通常会增加单位土地的价值。征收通常是开发工程的一部分,而周围开发后会增加被征收财产的价值。但在决定“公正补偿”或“公平市场价值”的过程中,补偿数额是基于财产的可能最好使用,而不一定是征收者所设想的使用方式,因而征收所导致的价值上扬为征收者或社会而非被征收者所获得。当然,如前所述,如果要求征收者(或开发商)补偿征收的全部所得利益,那将使征收者失去为了促进公共利益而进行必要征收的动机。

另一种计算方法是将被征收者所遭受的损失(C)作为补偿标准。这种赔偿性质的标准所产生的补偿通常也高于市场价值标准,因为它可以包含某些间接损失,例如搬迁费用、未来赢利机会的丧失以及和地区联系在一起的客户联系与感情等。最重要的是,公平市场价值忽略了被征收者对财产的主观价值。由于种种特定原因,被征收者对其财产往往具有比市场价值更高的主观价值——对财产的特殊感情、财产中带有特别适合被征收者偏好的特征、和财产所在地相联系的不能转移的利益以及想回避动迁和麻烦的意愿等。^[37]因此,主观价值一般比市场价值更高,否则财产可能早就在市场上出售了;如果财产没有出售,那可能正是因为主观价值高于市场价值的缘故。如果站在被征收者的角度来衡量征收成本,征收补偿将包含相当部分的主观价值。

在最近发生的一个案例中,最高法院似乎采用了原告损失规则,尽管最后的结果是原告未能获得任何补偿。^[38]在诉讼过程中,律师经常因管理需要而暂时掌握客户资金,但因其时间短、数量少而不能用于产生收益的投资。为了充分利用这个机会,华盛顿州规定的律师信托帐户利息(IOLTA)项目要求律师将这类资金存入指定的信托帐户,并将其所产生的利息用于贫困者的法律援助。通过这种方式,华盛顿州可为法律服务每年提供2亿美元的援助。^[39]原告认为这个项目在没有提供公正补偿的前提下征收了他们的财产,因而诉诸法院要求补偿。在1998年的“华盛顿法律基金第一案”中,^[40]最高法院判决信托帐户的利息在征收条款意义上构成客户的私人财产。在2003年的“第二案”

[35] *United States v. Fuller*, 409 U. S. 488 (1973).

[36] *United States v. Commodities Trading Corp.*, 339 U. S. 121 (1950), at 123.

[37] 见 Thomas W. Merrill, *Incomplete Compensation for Takings*, 11 *N. Y. U. Environmental Law Journal* 110 (2002), at 119.

[38] 但也有学者认为,本案中的所谓“净损失规则”其实可解读为公平市场价值的一个变种,因而并没有创立任何新的标准,而只是验证了原有的市场价值标准的广度。参见 Christopher Serkin, *Valuing Interest: Net Harm and Fair Market Value in Brown v. Legal Foundation of Washington*, 37 *Indiana Law Review* 417.

[39] 参见 *The Supreme Court, 2002 Term: Leading Cases*, 117 *Harvard Law Review* 369 (2003).

[40] *Phillips v. Washington Legal Foundation*, 524 U. S. 156.

中，^[41] 联邦第 9 巡回区上诉法院判决虽然利息属于私人财产，但利息项目并不构成“征收”，或即使构成征收，其公正补偿也为零，因为公正补偿的衡量是以被征收者的损失而非政府收益为标准。最高法院的多数意见肯定了这一判决，认为不违反征收条款的补偿规定。因此，法院判决公正补偿是零，因为公正补偿标准所衡量的并不是政府的收益，而是财产所有者的“净损失”(net harm)。原告没有因现在没收存款在银行的利息而遭到任何损失。^[42]

然而，市场价值标准仍有几点不可忽视的优势，因而一般仍为美国法院所采用。第一，和决定征收者或被征收者的主观价值来说，市场价值在衡量上困难相对较小。决定财产对征收者的价值比较困难，因为征收权经常是为了高速公路、公园或环境卫生等公共工程而行使的，因而在价值上没有商业化的衡量，例如不存在类似财产为了这种用途而被销售的情况，可能也不存在可以计算的租金价值。决定财产对被征收者的价值也是困难的，因为通常难以确认被征收者对其财产赋予价值的理由，因而难以鉴别真实的主观价值和为了讨价还价而采用的拖延刁难策略。市场价值标准所采用的非人格化方法无疑有助于解决这些问题，^[43] 因而只要不造成严重不公的情况就不应该被轻易放弃。

四、走向公正补偿的宪法保障——对中国的启示

笔者认为，美国宪法“公正补偿”条款的实施对中国具有直接的借鉴意义，因为不论在哪个国家，不公正补偿都将产生同样严重的社会后果。虽然中国的政治与经济制度和美国不同，中国目前也不存在西方意义上的议会政治斗争，但不公正补偿已经引发了激烈的社会冲突。^[44] 这是毫不奇怪的，因为无论是城市住房拆迁还是农村土地征收，都影响着普通百姓的根本利益。如果城市居民不能从住房拆迁中获得公正补偿，那将意味着他们可能没有经济能力重新购置对个人和家庭的生存来说显然必需的住房，或者至少将为此而终生负债；如果农民失去土地而得不到公正补偿，那将意味着他们毕生失去了维持生计的基本手段。因此，不公正补偿必然引起社会的强烈不满和反抗，而这显然是任何一个国家的制度设计所要避免的。更重要的是，在埋下巨大社会隐患的同时，不公正补偿也将导致政府征收行为偏离市场规律，造成社会资源的巨大浪费和流失。铁本事件以及许许多多屡禁不止的违法征地现象表明，如果不能保证土地征收的公正补偿，就不可能遏制危害社会的过度征收，也不可能有效保护包括耕地在内对于民族生存来说至关重要的资源。^[45]

应该指出，制度上的差异可能为中国接受公正补偿标准带来了独特的困难。尤其在计划经济体制下，行政垄断造成了相当任意的财富分配格局——有些人被安排住在十分繁华的地段，有些人则住

[41] Brown v. Legal Foundation of Washington, 538 U. S. 216.

[42] 该案中 4 位法官的反对意见认为，个人有权对 IOLTA 帐户资金所产生的利息获得公平市场价值，因为一旦这类资金产生了利息，利息就是个人财产，且即使个人在没有 IOLTA 集资安排的情况下不能产生任何利益，公正补偿也不能按照 IOLTA 项目不存在的情况下得利多少来衡量。即便将净价值而非市场价值作为公正补偿的适当衡量，也没有理由在没有事实决定的情况下宣布个人利息的净价值为零。肯尼迪法官的反对意见尤其指出，华盛顿州通过命令 IOLTA 帐户利息为州最高法院所认可的目的是服务，从而构成对特定观点的强制性支持，因而这个项目不仅违反了第 5 修正案，而且还可能侵犯了宪法第 1 修正案所保护的言论自由。

[43] 当然，如果可以在补偿估算上节省成本，那么补偿的范围可以更宽，且补偿幅度可以更大。因此，人们完全可以同意放弃更准确但成本更高的计算方法，就像他们选择工伤事故保险一样。这类机制都是不提供完全的补偿，但也不要严格的证明。事实上，有些学者近年来提出应该取消公正补偿，代之以“征收保险”(Takings insurance)制度。参见 Steve P. Calandrillo, Eminent Domain Economics: Should "Just Compensation" Be Abolished, and Would "Takings Insurance" Work Instead? 64 Ohio State Law Journal 451 (2003).

[44] 有关拆迁的争议已经导致了频繁的大规模上访甚至自杀式恶性事件，见《新民周刊》2003 年 9 月 2 日。

[45] 据报道，地方政府在铁本事件中违规审批征用土地 6541 亩，违规组织实施征地拆迁。其中耕地 4585 亩，包括基本农田 1200 亩，现已无法复耕。违法占地直接造成常州魏村镇、扬中西来桥镇 2000 多户 6000 多名农民流离失所，遭强行拆迁的农民大部分无奈租借邻村房屋或暂住亲友家中。见何禹欣、陈芳：《铁本之乱》，《财经》2004 年第 10 期。

在穷乡僻壤,从而导致征收补偿的巨大差异。这样就产生了一个问题:既然公正补偿只是保护可能是相当任意的既得利益,这项标准本身是否具有正当性?^[46]部分由于残缺不全的私有产权本身确实难以以为公正补偿提供全部的制度依据,本文无意在此卷入这个涉及到传统经济体制遗留下来的复杂历史问题,而只是从普遍的人性假定出发主张公正补偿的必要性。除了导致过度征收等制度后果之外,不公正补偿确实对被征收者个人造成巨大痛苦。毕竟,无论财产的所有权或使用权的初始分配在法律上是否具有必然性和正当性,人在享用财产多年之后必然产生一种生存上的依赖性甚至个人感情,以至于在这种情况下剥夺其享受的权利将产生比一开始就拒绝赋予这种权利还要大得多的痛苦。^[47]在这个意义上,受到国家承认的对财产的长期占有和使用及其所产生的依赖创造了正当(尽管是不完全意义上)的产权,因而为公正补偿提供了合理基础。

本文以下说明,不公正补偿已经在中国产生了耕地流失等严重后果,而公正补偿是消除种种社会恶果的惟一办法。这是宪法修正案的征收补偿条款必须被理解为“公正补偿”的原因,且公正补偿在制度上要求适当的立法和司法保障。

(一)不公正补偿的社会后果——中国耕地的流失

如本文开始所述,公正补偿是规范征收行为的有效手段。通过迫使政府为征收付出应有的代价,公正补偿的宪法要求使强制性的征收行为市场化,从而有助于实现社会资源的最佳配置:在考虑是否征收的过程中,政府必须像私人交易那样精打细算,只有至少在收支平衡的情况下才为了公共利益而决定征收。反之,不公正补偿将允许征收行为通过政府权力的强制行使而偏离市场经济要求,导致严重的过度征收及因此而产生的种种难以通过制度加以规范的违法浪费行为。事实上,不公正补偿已经导致滥用土地、乱占耕地和盲目设立开发区等困扰中国社会的种种问题。

近年来,中国耕地流失现象相当严重。^[48]2004年3月5日,国土资源部下发通知规定:“中国将实行最严格的耕地保护制度”,“不允许擅自将耕地改为非农业用地”,尤其要保护基本农田。国务院也在10天内就保护耕地两次发出紧急通知。事实上,中国自1997年起就实行世界上最严格的耕地保护制度,并尽量做到耕地的占补平衡,但这并未遏制耕地资源的急剧减少。其中一个重要原因是有些地方盲目设立开发区,圈地之后招不来项目,因而不建设也不种植。^[49]尽管根据国务院的《基本农田保护条例》,动用基本农田必须经过国务院批准,但不少地方政府无视法律规定,任意开辟开发区,占用大量基本农田。全国人大常委会执法检查组在检查土地管理法实施情况的报告中指出,目前我国大量占用耕地——尤其是基本农田——的现象时有发生。违规设立的开发区遍布全国各地,导致开发区设立过多过滥,占用了大量耕地。据国土资源部不完全统计,全国开发区目前多达6015多个,规划面积3.54万平方公里,已超过现有城镇建成区面积的总和,其中相当数量是耕地,有的还是高产农田。^[50]

耕地流失之所以屡禁不止,其根本原因在于低价征用农民土地的制度现实。中国目前的补偿标

[46] 例如政治哲学家诺齐克认为,公正的财富分配应该是自始至终通过一系列自由交易过程完成的。见 Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books (1974), pp. 149 - 155。但实际上,这种理想化的财富分配方式只是对于公正社会的一种假想而已,即使在市场经济相对发达的国家也不可能严格存在。即便在美国,对财产征收的公正补偿仍主要是从社会后果而非严格意义上的个人公正寻找正当性依据。

[47] 这也是为什么美国各州法律一般都规定,当事人在开耕或以其它方式有效利用荒置土地若干年后,就可以获得产权。在此之前,他是一个不受法律承认和保护的侵权者(trespasser);在此之后,由于他通过常年的占有与劳动获得了和土地的联系,因而成为一个合法的所有者。见霍姆斯:《法律的道路》,《南京大学法律评论》2000年秋季号,第6页以下。

[48] 在1998-2003年间,中国耕地由19.5亿亩减少到18.5亿亩,平均每年减少1600多万亩,2003年更是减少了3800多万亩,比上年度减少2%。照这个速度发展下去,中国很快将达到粮食供不应求的临界点。见常红晓:《中国耕地流失忧患》,《财经》2004年第8期。

[49] 据统计,目前全国开发区土地有43%闲置。建设用地导致耕地减少2000万亩,而其中1300万亩是有灌溉设施的优质良田。同上。

[50] 《我国乱占滥用土地情况严重》,《中国青年报》2004年6月25日。

准不是按土地的实际价格,而是按照征用土地的原用途,以征地前耕地若干年的产值为标准,征地补偿费明显偏低。^[51]既然政府可以用很低廉的价格从农民手中拿到土地,然后以很高的价格卖给开发商,那么征地对政府来说无论如何都“划算”。政府在征地过程中获取了过多的收益,进一步刺激了他们的征地积极性,从而导致过度征收。同时,商业开发和招商引资也是带动地方经济增长的主要手段,因而成为考察官员政绩的主要指标,而土地又是地方政府最能吸引开发商的王牌。在巨大的利益驱动下,也就难怪地方政府冒着法律法规制裁的风险违法征地。^[52]要从源头上遏制政府的违法征收行为,必须消除这种不正当的利益驱动,而最有效的方式就是要求政府为征收提供公正补偿。宪法的公正补偿要求迫使政府为其征收行为付出由市场机制决定的成本,从而必须慎重考虑、精打细算。

(二)“公正补偿”的宪法学意义

2004年3月,现行宪法在新的修正案中明确规定对土地和私有财产的征收必须“给予补偿”。首先必须指出,宪法的补偿要求显然是某种“公正补偿”。否则,由于几乎所有的征收行为都会给予一定的“补偿”——尽管可能远远低于市场价值,修宪就完全失去了意义。如上所述,如果补偿不公正,不仅将严重危害社会和谐与安定,而且还将导致过度征收和资源浪费,造成不可遏止的耕地流失。问题的关键显然不是有没有补偿,而是补偿是否“公正”。因此,宪法修正案的补偿条款应该理解为要求某种意义上的“公正补偿”。

对公正补偿的宪法解读尤其重要,因为只有做到公正补偿,才能有效防止政府部门以“公共利益”的名义过度征收。值得指出的是,虽然宪法规定征收必须“为了公共利益”,但笔者在其它地方论证过“公共利益”是一个很难甚至不可能界定的术语,因而控制过度征收的重任几乎完全落在补偿条款之上。事实上,根据16个省的国土资源部门对2000-2001年各类建设用地调查,目前的征地项目早已远远超出公共利益的需要,不仅包括交通、能源、水利等基础设施项目(52%)、经济适用房及市政公用设施等(12%),还包括工商业和房地产等经营项目(22%)。有些重大工程以“公共利益”为名,其实却属于普通赢利行为。譬如高速公路一修好就收费,完全是企业经营行为,却以每亩几千元的低价征地。^[53]极不合理的补偿方案势必造成过度征收,而要改变这种结果,只有取消“公共利益”的特殊地位,要求所有的征收行为——不论是为了什么目的——都一视同仁按照市场原则给予公正补偿。^[54]

什么应该是中国宪法所要求的公正补偿?在中国不断走向市场经济的时代,政府行为理应受市场规律的约束,因而公正补偿在一般情况下就是指被征收财产的“公平市场价值”。令人欣慰的是,随着市场经济制度的不断完善,不同领域的财产交易越来越多地通过市场机制完成。在最近的第10届东盟峰会上,各国签署了《中国—东盟全面经济合作框架协议货物贸易协议》,宣布所有成员国承认中国为“完全市场经济”国家,标志着中国建立和完善市场经济制度的成效已受到广泛承认。^[55]对于大多数可交易财产,都可以通过在真实市场上的交易价格来确定补偿数额。当然,如美国经验所示,“公平市场价值”的计算本身可能是一个复杂的过程,需要考虑多种难以确定的因素,譬如公正补偿究竟是指财产被征收前的市场价值还是征收后甚至开发后的市场价值。但是确立公平市场价值作为公正

[51] 韩俊:《质疑行政强制性土地国有化》,《财经》2004年第18期。

[52] 例如见刘建平、戴敦峰:《别夺走我的麦田——山东齐河“圈地运动”的终结》,《南方周末》2004年1月8日。当然,在征地过程中还可能发生种种违法行为,官员私人通过招商引资中饱私囊,从而也变相加剧了过度征收现象。

[53] 现在工商业用地对农民的补偿一般是每亩2-3万元,但高速公路和铁路征地给农民的补偿只有每亩5000-8000元。一些重大基础设施建设项目的征地款占总造价的比重很低,一般只有3-5%。例如合肥至徐州高速公路段总长167公里,占地近15000亩,其中耕地13128亩。该工程总投资为38亿元,每公里造价2281万元,但对农民的土地补偿费和安置补助费总共只有7474万元(每亩约5000元),仅相当于3.3公里的造价。参见前引[51],韩俊文。

[54] 值得注意的是,如果涉及到紧急的公共工程,美国的紧急状态法允许政府通过简便程序快速征收,但从来不允许在征收补偿上做文章。参见Lawrence Blume and Daniel L. Rubinfeld, *Compensation for Takings: An Economic Analysis*, 72 *California Law Review* 569 (1984)。

[55] 《第10届东盟首脑会议达成多项共识,承认中国的完全市场经济地位》,《光明日报》2004年11月30日。

补偿的普遍标准,对于中国仍然具有重要意义。事实上,对于绝大多数房屋拆迁补偿,可比销售法——在财产获得最高价值使用的情况下,一个合理的购买者愿意出的价格——所得出的结果应该是基本可靠与合理的。如果我们可以通过宪法保证被征收者获得“完全和严格等同”的补偿,至少使之“在金钱上处于和财产没有被征收时同样的地位”,那么我们就解决了绝大部分过度征收问题以及城市改造和农村开发所引起的社会矛盾。

对于农村土地征收,由于目前土地一级市场由国家垄断,集体所有制土地不能直接进入市场交易,因而难以确定农村土地的市场交易价格。^[56]在这种情况下,可以采用总体收入法计算土地的市场价值。事实上,这也正是土地管理法对农地补偿所规定的办法。应该说,如果能保证法律规定的补偿标准不因“公共利益”等其它因素而受到人为减损,农民一般能获得适当补偿。^[57]2004年11月,国土资源部进一步发布了《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》。按照新规定,土地补偿费和安置补助费的标准应按照被征地农民原有生活水平不降低的原则。如果土地补偿费和安置补助费不足以使被征地农民保持原有生活水平,应由当地政府统筹安排,从国有土地有偿使用收益中划出一定比例给予补贴。^[58]如果获得有效实施,新规定将为保障广大农民的生活水平提供法律基础。

总之,在决策过程中,政府必须保证土地或财产征收的收益大于成本(B - C),并保证补偿数额至少不低于被征收者所付出的代价(C - J - B)。对于城市拆迁,这意味着被拆迁者所获得的补偿款应基本上允许他在城市的其它地方购置另一套住房,否则任何收益都不足以补偿居民流离失所带来的巨大痛苦。^[59]对于城市改造和发展来说,公正补偿的代价可能是昂贵的,但在保证收益总体上大于成本的情况下,没有理由要求被征收者单方面承担开发的代价。这不仅不符合新修正案对征收补偿的要求,而且也违背了宪法第33条所规定的“公民在法律面前一律平等”的基本原则。对于农地征收,政府也应该遵循同样的基本原则,至少保证被征地农民能维持原来期望的生活水平。

(三) 公正补偿的制度保障——让立法和司法发挥更大的作用

确定了“公正补偿”在理论上大致是什么,并不能保证它就能获得顺利实施。事实上,可以肯定的是,没有宪法制度的有效保障,“公正补偿”在实践中往往只是一个不能实现的空想而已。中国以往在城市拆迁和农村征地过程中所出现的种种问题并不只是理论或条文上的欠缺引起的,而更是制度欠缺的直接后果。目前,土地和财产征收基本上是由行政部门决定的。如果行政权力得不到有效控制,就不能防止这种权力在操作过程中受到滥用,从而也不能制止侵犯公民权利、浪费社会资源以及官员贪污腐败等现象。

如何制约征收领域的行政权力?在这个问题上,美国经验再次为我们提供了有益的启示。由于征收决定一般会影响到许多方面的利益,而由民选产生的代表最适合反映当地民情,因而地方议会是保护被征收者利益的第一道关口。在这个意义上,议会不仅最适合代表并决定什么是“公共利益”,而且相对于其它政府部门而言最可能制定“公正”的补偿方案。在美国,是否征收和如何补偿的决定经常是由地方议会作出的,这样就极大减少了侵犯公民权利的可能性。当然,由于以上所解释的原因,议会作为多数人利益的代表未必在所有情况下都能保证公正补偿;在某些情况下,多数人利益的代表可能会侵犯相对少数的被征收者的利益,且如果没有独立司法机构的监督,对财产的剥夺可能被用作打击政治反对派的手段,从而引发剧烈的政治冲突。因此,如本文所示,法院在美国征收补偿过程中

[56] 对于这种制度安排本身所可能产生的问题,见任波、胡一帆:《征地制度改革:天平向何方倾斜》,《财经》2004年3月20日。

[57] 根据现行土地管理法,对土地的补偿和对农民的安置总计为该耕地在征地前三年平均产值的10-16倍,最多不超过30倍。按照这个标准,以现金形式的补偿通常都在每亩1.5-3.5万元之间。

[58] 参见乔新生:《征地补偿需要处理好四个关系》,《光明日报》2004年11月23日。

[59] 这里当然需要考虑许多复杂因素,包括原住房条件以及新住房的改善程度、不同居住地点在繁华和方便程度等因素上的差别。在此需要指出的是,如美国公平市场价值的公式可见,公正补偿基本上仅要求维持现状,而并不要求财富分配的合理化与平等化。

发挥着关键作用。它们是保证“公正补偿”的最后一道关口。

在目前阶段,中国的司法和立法机构——全国与地方人大——都还没有对征收权的控制与监督发挥充分作用。当然,人大未必是保证公正补偿的充分条件,况且在目前人大作用缺位的情况下,司法机构对于公正补偿之保障更是责无旁贷。事实上,早在1996年,最高法院就下发过《关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复》,规定公民可以对不服的有关政府裁决向法院起诉,法院则应当作为行政案件受理。但在实施过程中,拆迁官司仍然普遍存在着“立案难、审理难、胜诉难”的问题。^[60]所幸的是,最高法院已开始制定关于拆迁案件的全面司法解释,以求弥补司法实践中的法律空白。据报道,司法解释将明确规定法院应受理拆迁当事人因不服行政机关的具体拆迁行为而提起的诉讼,且补偿标准将严格体现等价有偿原则。^[61]如果这项司法解释可以及时出台并得到各级法院的有效实施,那么我们可以期望房屋拆迁的公正补偿将受到可靠的司法保障。

同时应该看到的是,法院依法独立行使审判权目前还没有得到充分的制度保障,法院的人事权和财权仍然在很大程度上掌握在地方政府手中,从而产生了严重的地方保护主义。^[62]因此,地方法院能否如实执行最高法院的解释,从而在全国实施统一的公正补偿标准,目前尚难以预料。但可以预料的是,如果司法改革不能顺利进行,法院职能不能发生必要的转变,法官的司法素质不能得到及时提高,那么宪法修正案所要求的公正补偿就只能停留在纸面上。

Abstract : There is theoretical and practical significance in the just compensation for the expropriation of land and properties. From the viewpoint of public choice theory, the reason, why American constitution prescribes private property should not be expropriated without just compensation, is given. American court established the calculational standard of just compensation. The amendment of China constitution about compensation is explained. The compensation must be just that embodied the equitable market value of the property expropriated. Legislation and judicature must safeguard the application of the amendment. Otherwise, unjust compensation would give rise to serious consequences, which aggravate social conflicts and waste resources, etc.

Key words : expropriation, just compensation, public interest

[60] 2002年2月,北京曾发生过一起著名的拆迁官司,一万多名被拆迁户联名向第二中级法院提起行政诉讼,被称为“万人诉讼”,但法院最终还是没有审理。见段宏庆:《等待最高法院拆迁司法解释》,《财经》2004年第11期。

[61] 同上。另外值得注意的是,该司法解释虽然主要是针对城市房屋拆迁,但也将要求法院依据土地管理法的有关规定审理集体所有的土地被征为国有之后的房屋拆迁行政案件。现在,农村的拆迁问题基本上无法可依。尤其在城乡结合部,很多地方政府往往打着拆迁的名义进行征地。新规定将意味着农村拆迁也必须遵循先征地、后拆迁的原则。如果不办理征地手续就进行拆迁,也将构成违法。

[62] 根据宪法第101条的规定,地方人大及其常委会决定同级法院领导的人事权。通过院长负责制和审判委员会等制度,地方政府对整个司法过程发挥重要影响。因此,目前所实行的“法院独立”(而非“法官独立”)也是造成地方保护主义的一个重要原因。对于这个问题,参见 Qianfan Zhang, *The People's Court in Transition: The Prospects of the Chinese Judicial Reform*, 12 *Journal of Contemporary China* 69 (Spring 2003).