

从管制到征收：管制性征收的生成逻辑

——基于美国法的考察

刘玉姿*

目次

一、管制与征收的传统区别	(三) 管制与征收的目的限度竞合
二、打破行为区别：从权力行使到权利损失	四、打通救济区别：确立财产权人补偿请求权
(一) 土地用途管制大行其道	五、管制性征收的理论生成与实践冷遇
(二) 财产权概念和地位的变迁	(一) 管制性征收理论张力四伏
(三) 征收补偿条款“剥夺”概念的扩张	(二) 管制性征收实践挫折不断
三、打破目的区别：公共目的的限制一般化	六、管制性征收的中国镜像
(一) 管制目的的扩张：从消极公共目的到积极公共目的	(一) 概念镜像
(二) 征收目的的扩张：从积极公共目的到消极公共目的	(二) 资源镜像
	结语

摘要 19 世纪的美国法严格区分管制与征收，两者在行为模式、目的限度、救济方式上泾渭分明。但自 20 世纪初期以来，伴随着土地用途管制愈演愈烈、财产权概念与地位急剧变迁，两者的传统区别被逐渐打破或连通，不再是政府行为类型之别而只是财产损害程度之异。管制性征收就此生成。然而，管制性征收的生成并未带来融贯的理论，甚至在实践中冷遇不断。探究管制性征收的生成逻辑有助于重新认识国家权力与财产权的关系，提供挖掘管制性征收中国法资源的参照。

关键词 管制 征收 管制性征收 财产权

政府行使征税权、管制权、征收权等权力，可以实现对公民私有财产的干预。在形式意义上，这些权力之间有不可跨越的类型差异，政府只能依法行使某一项权力。在实质意义上，这些权力意味着政府对私有财产的不同干预程度，它们之间似乎没有不可逾越的鸿沟。管制性征收 (regulatory taking) 概念的规范意涵正是：政府对私有财产的管制达到征收效果。管制性征收概

* 厦门大学法学院助理教授、法学博士。本文系国家自然科学基金重点项目“中国征收法的体系化研究”(项目编号：21AFX006) 的阶段性研究成果。

念是源自美国法的舶来品,国内研究首先侧重梳理美国法上的管制性征收判断标准,试图建构统一适用的判断标准,但至今尚未形成普遍共识。^{〔1〕}更多学者运用这些判断标准分析真实世界中的政府管制现象,譬如在我国广泛存在的车辆管制(网约车合法化、机动车限行、禁摩令)、土地用途管制、环境管制、文物保护管制等。^{〔2〕}除此之外,亦有部分学者试图探寻管制性征收概念的本土镜像,有的将管制性征收与我国法上“征收”“征用”概念对接,试图将之转介为本土概念;^{〔3〕}也有的试图在更符合“本土的法律环境和用语习惯”的“准征收”概念之下引介管制性征收理论,只不过仍未恰当地理解管制性征收、准征收等相关概念。^{〔4〕}现有研究总体上高度肯定管制性征收在分析我国国家权力与私有财产之间关系上的解释力,但更集中于管制性征收理论的中游和下游问题,直接“拿来”解读我国财产权领域的政府管制现象,忽视了管制性征收理论的上游问题:从管制到征收,管制性征收何以可能?管制性征收在何种背景下如何一步一步生成?中国法能否为管制性征收的生成提供相当的资源?如果不解决这一根本性问题,就难以夯实管制性征收理论本土化的根基,而判断标准的建构、现实问题的应用乃至概念的对接等研究也只能停留在理论层面。

追本溯源,回到美国法上探究管制性征收的生成背景,揭示其生成逻辑,能够提供可靠的参照。以1887年穆勒诉堪萨斯州案(以下简称“穆勒案”)^{〔5〕}为代表的19世纪判例法严格区分管制与征收。管制性征收讨论真正肇始于1922年宾夕法尼亚州煤炭公司诉马洪案(以下简称“马洪案”),^{〔6〕}此后却犹如“昙花一现”,中断长达半个多世纪;直到1978年佩恩中央运输公司诉纽约市案(以下简称“佩恩案”)“旧事重提”,^{〔7〕}管制性征收才真正发展起来;但首次使用“管制性征收”概念却是在1981年圣迭戈燃气电力公司诉圣迭戈市案中。^{〔8〕}作为司法审查的产物,管制性征收的命运一波三折,其复杂性可见一斑。但循此时间线深入挖掘,遮蔽管制性征收生成逻辑的迷雾将逐渐退散。

一、管制与征收的传统区别

管制活动依托警察权(police power),警察权也常被狭义地等同于管制权,^{〔9〕}征收活动源于征收权(eminent domain)。征收权以联邦宪法第五修正案征收补偿条款为据——“未经公正补偿,不得因公用而剥夺(taken)私有财产”,但因条款概括且概念不确定,基本上仰赖法院解释。警察权则完全是司法建构的产物。联邦最高法院首先在穆勒案中充分检视了管制与征收的关系,奠定了严格区分两者的世纪基调。

〔1〕 参见王珂:《论管制征收构成标准——以美国联邦最高法院判例为中心》,载《法学评论》2020年第1期,第160—173页;刘连泰:《确定“管制性征收”的坐标系》,载《法治研究》2014年第3期,第31—43页;王洪平、房绍坤:《论管制性征收的构成标准——以美国法之研究为中心》,载《国家检察官学院学报》2011年第1期,第140—147页。

〔2〕 参见刘连泰:《网约车合法化构成对出租车牌照的管制性征收》,载《法商研究》2017年第6期,第70—78页;王思锋:《不动产准征收研究》,中国社会科学出版社2015年版,第199—222页。

〔3〕 参见刘连泰:《政府对拟征收不动产的管制》,载《法律科学》2014年第2期,第97—105页。

〔4〕 见前注〔2〕,王思锋书,第99—110页。

〔5〕 *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887).

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

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

〔8〕 *San Diego Gas & Elec. Co. v. City of San Diego*, 450 U.S. 621 (1981).

〔9〕 See D. Benjamin Barros, *The Police Power and the Takings Clause*, 58 (2) *University of Miami Law Review* 471, 477 (January 2004).

穆勒案发生于禁酒运动鼎盛时期，正是国家积极管制各类经济活动之时。堪萨斯州制定了一部法律，禁止非为医疗、机械和科学目的而制造或出售酒精饮料，违者将面临处罚。穆勒在此之前就依法经营着一家酿酒厂，诉称该法导致其厂房和设备毫无价值，构成未经补偿的违宪征收，系未经正当程序而剥夺其财产。联邦最高法院支持堪萨斯州法律，哈兰大法官撰写的法律意见全面区分了管制与征收。警察权的权力结构是“政府+管制(regulate)+财产权+公共目的(public purpose)”，而根据征收补偿条款，征收权的权力结构是“政府+剥夺(take)+财产权+公用(public use)+公正补偿”，两者在行为模式、目的限度、救济方式上截然不同。

在行为模式上，哈兰以 1871 年庞培里诉格林湾公司案(以下简称“庞培里案”)为参照。^[10] 在庞培里案中，政府允许第三方修建大坝，造成河水外溢，原告 640 英亩土地被淹没，遭受严重损失。争议焦点是河水外溢淹没原告土地以致不合作任何用途是否在征收补偿条款“剥夺”一词含义射程内，从而构成财产征收。米勒大法官代表联邦最高法院发表法律意见：首先，在最狭窄意义上，“剥夺”一词指完全转移(absolute conversion)财产以作公用；其次，但“剥夺”一词并不仅限于此，还包括严重干涉财产的通常且必要用途以致实际上达到“剥夺”程度的情形，即财产价值尽失或者所遭受的不可修复且永久的损害实际上相当于完全灭失(total destruction)的情形；最后，尽管如此，对“剥夺”的这种扩张解释限于存在物理侵入(physical invasion)的情形，诸如“水、土壤、沙子或其他材料增加，或者建设任何人工构筑物导致事实上侵入不动产以至于破坏或损害其有用性的情形”。^[11] 在哈兰看来，庞培里案是政府行使征收权的结果——“洪水永久淹没私有财产”，“对私人所有者不动产的物理侵入，且实际上剥夺其占有”，^[12]但穆勒案有所不同——立法机关依据警察权禁止私有财产危及公共目的用途，并没有干扰所有者为了合法目的的控制或使用其财产，也没有限制他的处分权，只不过是宣告任何人为了特定禁止性目的而作此种用途都危害公共利益。^[13] 因此，于征收而言，政府通常要么完全转移财产作公用，要么对私有财产的物理侵入破坏或损害了其有用性；于管制而言，政府只是宣告并禁止私有财产的某些有害用途，没有干扰或限制财产权人对私有财产的控制、使用或处分权。

警察权与征收权的根本差异在于目的限度。哈兰首先追溯了警察权的渊源。在许可系列案中，^[14]联邦最高法院将警察权界定为各州为了保护公共安全、公共健康、公共道德而享有的权力；在穆恩诉伊利诺伊州案中，^[15]联邦最高法院认为，警察权根植于“使用自己的财产应不损及他人”(sic utere tuo ut alienum non laedas)的普通法原则，否则由此导致危害公共健康、公共道德、公共安全的情形将构成公共妨害(nuisance)，政府有权通过立法予以排除。哈兰进而以两个与穆勒案类似的先例为参照说明警察权的目的。在帕特森诉肯塔基州案中，财产权人诉请认定一部对销售易燃矿物燃料者课以罚金的肯塔基州制定法无效。联邦最高法院认为，“根据本院既有教义，警察权至少扩张至保护共同体的生命、健康和财产免于公民对其权利的有害行使。……肯塔基州立法显然属于此类立法”。^[16] 在化肥厂诉海德公园镇案中，海德公园镇制定了一部禁止通过或在该镇内运输或经营垃圾或其他有害物质的条例，严重损害了财产权人依法经营的化肥厂效益。联邦最

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

[11] Ibid, at 181.

[12] Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623, 668 (1887).

[13] Ibid, at 668 - 669.

[14] License Cases, 5 How. 504 (1847).

[15] Munn v. Illinois, 94 U. S. 124 (1876).

[16] Patterson v. Kentucky, 97 U. S. 501 (1879).

高法院认为,该镇拥有保护公共健康免遭此种妨害的警察权,系争条例根植于“任何人都应以不危及他人的方式来使用自己的财产。管制并排除妨害是其一般功能”。^[17]警察权与征收权“一个只是排除妨害,另一个则是剥夺无辜所有者的无害财产”,^[18]前者关注财产既有用途,旨在排除公共妨害;后者关注政府将如何处置拟征收财产,旨在创造公共利益,两者截然不同。^[19]

就救济方式而言,征收权与补偿唇齿相依,有征收必有补偿,无补偿无征收;警察权则受正当程序条款制约——“如果一部旨在保护公共健康、公共道德或公共安全的制定法与这些目的之间没有真实的或实质的关联,或者明显侵犯了根本法所保护的权力”,^[20]法院有义务宣告该制定法无效(invalidation)。救济方式差异源于目的限度。按照哈兰的理解,警察权旨在禁止个人对其财产作有害于公共健康、道德和安全的使用,政府对于这种不允许的、危及共同体的妨害行为不负有补偿义务。征收权则针对无辜所有者的无害财产,他们被挑出来并被迫承受因创造公共利益而产生的公共负担,当然应予补偿。但在前述案件中,财产权人起初都是依法经营,只不过后来政府运用警察权宣告其违法。他们的期待利益遭受损害,是否需要补偿呢?哈兰持否定态度,因为政府没有保持立法不变的义务,反而负有监督公共健康、安全和道德的本质性权力,“如果公共健康或公共道德要求中断任何制造业或贸易,即使个人或公司可能因此遭受不便,也不能妨碍立法机关做出此种规定”。^[21]

警察权与征收权在行为模式、目的限度以及救济方式上的区别,为同时代许多学者所支持。恩斯特·佛罗因德认为,国家拥有警察权以约束那些虽然促进个人利益但却危害共同体的行为。^[22]库利强调,所有政府权力不必然根据同样的公共利益条件而行使,“每种权力都有自己独特且恰当的范围,于一种权力来说是公共目的,于另一种则并非必然如此”。^[23]及至现代,仍有学者坚信传统区别。爱泼斯坦将两者关系类比于私法中的自我防卫和个人急需:“自我防卫允许一个人实施侵害而无需补偿,而个人急需只创造了一项有条件的特权,该特权允许行为人实施侵害,但必须给付补偿。”^[24]当政府管制那些危害社会的财产用途时,并没有剥夺私有财产,仅仅是代表其他居民行使自我防卫的权利,不会因对私有财产的合理限制而背负补偿责任。

二、打破行为区别:从权力行使到权利损失

针对政府宣告的警察权活动,法院根据正当程序条款仅要求警察权行使与一项公共目的合理关联。只要立法机关宣称自己依据警察权管制,法院通常予以支持。但到19世纪末20世纪初,伴随着行政国家的产生,政府活动范围前所未有地扩大,法院不得不认真对待警察权活动,关注财产权人因此遭受的损失。法院视角的转换导致管制与征收逐渐由类型差异转向程度之别,打破了两

[17] *Fertilizing Co. v. Hyde Park*, 97 U. S. 659, 667 (1878).

[18] *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 669 (1887).

[19] See Christopher Supino, *The Police Power and Public Use: Balancing the Public Interest against Private Rights through Principled Constitutional Distinctions*, 110 (2) *West Virginia Law Review* 729 - 730 (Winter 2008).

[20] *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 (1887).

[21] *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 670 (1887).

[22] See Ernst Freund, *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*, The University of Chicago Press, 1904, p.7.

[23] *People ex rel. Detroit & H.R. Co. v. Salem Township Bd.*, 20 Mich. 452, 478 (1870).

[24] Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985, p.110.

者的行为区别。

（一）土地用途管制大行其道

在 19 世纪的美国,经济发展的主要手段是最大限度地开发和利用自然资源。彼时有充足且亟待开发的土地资源,财产权人通常能够随心所欲地利用土地,仅仅受到不得损害他人利益的限制。即使影响他人利益,往往也可以通过私人协商内化外部性问题,至多也不过是由法院依据普通法上的妨害教义定分止争。但随着联邦土地自由化政策的推进,土地资源滥用浪费严重,愈加稀缺。土地开发和利用的外部性问题不再止于个人之间,而是扩张到共同体。私人协商或者通过妨害法施加事后控制无法解决土地开发与利用导致的公害问题,“土地用途管制这种更精确处理外部性问题的方法出现”,^[25]经由立法实现对土地利用活动的事前管制。

土地用途管制初期集中于诸如化肥厂、砖厂等明显有害的传统行业,基本看不出对私有财产有任何实质性影响。但到 20 世纪早期,却有了翻天覆地的变化。全国范围内开始形成环境保护共识,联邦土地政策转而注重合理利用自然资源。同时,受新移民浪潮和两次经济危机影响,城市环境发生巨变。首先,城市日益庞大,人口密集,产业分布不合理;其次,城市空间结构逆转,郊区日益繁荣,内城渐趋衰败,严重危及公共健康、安全、秩序和道德。双重夹击之下,土地用途管制愈加重要,各类分区立法、保护区立法层出不穷。1926 年欧几里得镇诉漫步者地产公司案(以下简称“欧几里得镇案”)是转折点。^[26]在漫步者地产公司购买欧几里得镇 68 英亩尚未开发的土地后,欧几里得镇制定了综合分区条例,对土地用途、建筑高度、地块面积做了限制规定,导致其土地大幅贬值。漫步者地产公司以该条例违反正当程序条款和平等保护条款为由提起诉讼。俄亥俄州北区联邦地区法院做出禁止欧几里得镇强制执行该分区条例的判决。欧几里得镇不服该判决,上诉至联邦最高法院。萨瑟兰大法官执笔判决意见,“城市人口的持续增长、各种工业的爆发以及人类文明日渐复杂必然需要政府直接或通过其授权的公共机构对个人活动作前所未有的限制”,^[27]分区作为一种解决方案,是警察权的合宪行使。欧几里得镇案开启了一个“一切土地用途管制皆有可能”的时代。^[28]1930 年,制定分区条例的城市超过 1 000 个;1967 年,超过 9 000 个,几乎囊括了所有人口超过 25 万的城市。^[29]正是因为欧几里得镇案横插一脚,尽管霍姆斯大法官早在 1922 年马洪案中就已提出管制性征收理念,但联邦最高法院却在半个多世纪里一直将之束之高阁,拒绝审理财产权人质疑分区管制构成征收的案件。20 世纪 70 年代,土地用途管制井喷式发展,保护财产权运动风起云涌,联邦最高法院才不得不重新直面管制对财产权造成的影响。

（二）财产权概念和地位的变迁

传统财产权观念源于布莱克斯通。财产权是个人针对外物主张并行使的且完全排除世界上其他任何个人权利的唯一且绝对的统治权。^[30]物理性是财产权的特征之一,强调财产权是人与物之间的关系,无物则无财产权;绝对性是另一特征,将财产权人置于相对于他人和国家的谱系中——财产权如此绝对以至于法律不允许哪怕最微小的侵害,即使为了公共利益。但到了 20 世纪初期,受

[25] Carol M. Rose, *Property Rights, Regulatory Regimes and the New Takings Jurisprudence — An Evolutionary Approach*, 57 (4) *Tennessee Law Review* 577, 586 (Summer 1990).

[26] *Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 (1926).

[27] *Ibid.*, at 392.

[28] See Rose, *supra* note [25], at 589.

[29] See Steven J. Eagle, *Regulatory Taking*, LexisNexis Matthew Bender, 2009, p.313.

[30] See William Black Stone, *Commentaries on the Laws of England*, Lonang Institute (Dec. 3, 2018), <http://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/bla-101/>.

工业革命和科学技术飞速发展的推动,财产权概念在理论和实践中悄然变化。人们对财产所反映的价值的关注远远超过作为财产权客体的物,诸如商誉、商标、商业秘密等新财产权不断涌现。法院愈加意识到绝对保护财产权的不可能性,因为财产权本身表明权利人与国家或他人的冲突,除非完全限制后者,否则前者不可能实现。霍菲尔德将财产权去物理性和去绝对化——财产权不是由物构成,而是由人与人之间围绕物理物产生的法律关系构成;财产权人可以转移部分权利且不会影响剩余的关系集合。^[31]此后经诺雷演绎,财产权成为一个囊括占有权、使用权、管理权、收益权、处分权、安定权等独立的、可分割的权利的集合。^[32]财产“权利束”概念应运而生,为不同法学流派利用。法律现实主义借此全力推进管制国家——财产权构成要素具有不确定性,国家可以通过承认或否定某些权利或者某种利益为财产权并在确定的限度内保护被承认的利益,从而实现管制目标。以科斯为代表的法经济学家将财产权简化为一束使用权集合,关注财产的有用性或经济价值。^[33]从传统财产权概念到权利束概念,任何事物都可能因为蕴含具有一定价值的利益而被视为财产,财产权变成无所不包的概念。

与财产权概念的变迁相呼应,财产权的宪法地位也有变化。19世纪末20世纪初的洛克纳时代可以说是经济自由、绝对财产权理念的黄昏。霍姆斯在这种背景下提出管制性征收理念,也注定只能昙花一现。20世纪30年代以来,新政如火如荼,加之权利束概念的助力,财产权的宪法地位急转直下。首先,在涉及正当程序条款或征收补偿条款的案件中,何者构成财产权成为一个门槛性问题;其次,权利束概念实际上将财产权等同于财富、价值或有用性;最后,财产权利束取决于国家建构,政府将之作为安排社会生活的工具。多因交织之下,以1938年合众国诉卡罗琳食品公司案^[34](以下简称“卡罗琳案”)第四脚注为标志,财产权降格至宪法权利与自由的第二序列——法院对财产权案件实行理性基准审查,对涉第一修正案自由的案件实行严格审查。这在1942年琼斯诉欧佩莱卡市案中被总结为“优先地位”说,^[35]而后在沃伦法院时期成为通说——“宪法赋予了人身权相对于财产权的优先地位,结果是最高法院在行使审查功能时会运用双重标准”。^[36]财产权的降格处境在伦奎斯特法院时期才有所改变,彼时反思权利束概念、拯救财产权的运动方兴未艾,^[37]联邦最高法院意识到双重标准会自我反噬,侵害财产权也会危及其他权利和自由,渐趋改变司法克制态度,重新关注财产权问题。

(三) 征收补偿条款“剥夺”概念的扩张

土地用途管制的发展与财产权概念和地位的变迁并行不悖。欧几里得镇案和卡罗琳案被称为孪生案件,^[38]从政府管制与财产权对立两面共同切断了马洪案带来的管制性征收发展的可能性。但通过调整财产权利束的内容,政府管制不断延伸,反过来迫使人们不得不关注管制对财产权的影响,产

[31] 参见[美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友编译,中国法制出版社2009年版,第97、142—143页。

[32] See A. M. Honore, *Ownership*, in AG Guest ed., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Clarendon Press, 1961, p.112 - 124.

[33] See R.H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 *Journal of Law & Economics* 1 - 40 (1959).

[34] *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

[35] *Jones v. City of Opelika*, 316 U.S. 584 (1942).

[36] [美]伯纳德·施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海、柯翀、石明磊译,中国政法大学出版社2005年版,第308页。

[37] See Steven J. Eagle, *The Development of Property Rights in America and the Property Rights Movement*, 1 (1) *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 77 (Winter 2002).

[38] See Rose, *supra* note [25], at 580.

生了“管制管制者”的需求。法院原先聚焦政府所宣称的权力是否为了公共目的,但此后却转向政府权力对财产权造成的损失是否超出了宪法限度。霍姆斯沿着法律实用主义的路线,将征收补偿条款的功能概括为最小化私人损失,而政府行为是否合宪则取决于其所导致的权利损失程度。从权力行使到权利损失的视角转换,推动了征收补偿条款“剥夺”概念的扩张。

按照平义解释,“剥夺”指财产转移,在征收语境下即国家与私人之间的强制财产转移。追溯到麦迪逊提出第五修正案的时代,在传统财产权概念背景下,“剥夺”概念的核心在于政府物理上取得或侵入财产,^[39]奉行“无接触无征收”(no taking without touching)。^[40]“剥夺”具有物理性、占有性。在庞培里案中,米勒大法官的解释基本遵循了“剥夺”概念的原初含义。辅之有害用途标准,很容易区分警察权与征收权。但经过欧几里得镇案的淬炼,政府管制不再局限于事后对有害财产用途的制裁,更多关注通过事前立法划定财产权利用的边界,采取非物理性、非占有性的方式,“政府正在管制什么利益这一问题变得不再那么有形,而是更复杂”。^[41]

权利束概念导致财产权价值化,提供了衡量政府管制的新标准,并映入司法审查视野。在马洪案中,霍姆斯将财产权价值贬损程度作为判断是否构成管制性征收的标准之一,撬动了管制与征收的类型之别,使两者进入统一的政府权力连续体(continuum)中。在1945年美国诉通用汽车公司案中,联邦最高法院接纳了权利束概念——征收补偿条款的财产概念,“在粗略且不精确意义上,指公民行使法律所认可的权利的客体,即物理物(physical thing)。在更精确意义上,可以指内在于公民与物理物之关系的权利群,如占有权、使用权和处分权等。实际上,所理解的财产一直是后者”。^[42]一项政府管制虽然没有造成物理侵入或占有以致引发财产转移,但若由其导致的财产价值贬损达到“剥夺”程度,也在征收补偿条款的含义射程内。“剥夺”不再限于物理接触,也取决于政府权力造成的财产价值贬损程度。州层面的发展相对更彻底。从1870年的伊利诺伊州开始,越来越多的州宪法纳入与“剥夺”概念并列的“损害”(damaged)概念,直接将州宪法征收补偿条款扩张适用到削减财产价值或否定财产用途的情形。^[43]

在政府管制愈加宽泛且常常像征收那样具有侵入性的背景下,于财产权人而言,土地是被征收还是因管制而难以开发或利用没有区别,遭受的损失实质相同;于政府而言,征收与管制差别不大,获得的利益可能同样多。^[44]因此,重要的不是政府宣称行使了哪种权力,而是财产权因政府权力遭受了多大损失。权利束概念为法院转换视角创造了条件,但也有功能悖论——法院关注权利损失,有利于保护财产权,但权利束概念同时提供了政府管制的手段,亦会危及财产权。两种功能交错斗争,在马洪案后半半个多世纪里,后者占据上风,但20世纪70年代以来,前一种功能逐渐复苏,推动了管制性征收理论的发展。

[39] See William Michael Treanor, *The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment*, 94 (3) Yale Law Journal 694, 708 (January 1985).

[40] See Callender v. Marsh, 18 Mass. (1 Pick.) 417 (1823); Monongahela Navigation Co. v. Coons, 6 Watts & Serg. 101 (Pa. 1843). 两案确立了“无接触无征收”原则,深刻影响了19世纪的法院判决。

[41] Charles H. Jr. Mercer, *Regulation(Police Power) v. Taking(Eminent Domain)*, 6 (2) North Carolina Central Law Journal 177, 182 (Spring 1975).

[42] U.S. v. General Motor Corp., 323 U.S. 373, 377-378 (1945).

[43] See Ross D. Netherton, *Implementation of Land Use Policy: Police Power vs Eminent Domain*, 3 (1) Land and Water Law Review 33, 39 (1968).

[44] See David B. Fawcett III, *Eminent Domain, the Police Power, and the Fifth Amendment: Defining the Domain of the Takings Analysis*, 47 (2) University of Pittsburgh Law Review 491, 504 (Winter 1986).

三、打破目的区别：公共目的限制一般化

传统区别例示了公共目的的多重面孔,不同国家权力可能受不同的公共目的限制。管制旨在实现排除公共妨害的消极目的,征收是为了实现创造公共利益的积极目的。但紧随评价管制与征收行为模式的标准趋同,权利损害程度成为共同的尺度,两者之间的目的区别开始瓦解。19世纪末20世纪初,警察权的目的不再限于消极公共利益,而是广泛用于创造公共利益;征收权的限度即公用要件渐趋宽泛,囊括了排除公共妨害的消极目的。管制与征收在目的限度上相向扩张,针对国家权力的公共目的限制逐渐一般化。

(一) 管制目的的扩张：从消极公共目的到积极公共目的

管制目的的扩张必须从警察权概念说起。在布朗诉马里兰州案中,^[45]马歇尔大法官首次描画出警察权的完整轮廓——警察权是州主权的一部分,尤其指那些涉及公共健康和公共安全的法律。但随后在1837年纽约市长诉米尔恩案中,巴伯尔大法官扩张了马歇尔的界定,将警察权直接等同于州主权,即“各州对所有在其领土内的任何人和物拥有不可否认且不受限制的警察权,就像任何外国国家一样;这种管辖权并没有让渡或受联邦宪法限制。通过相应立法来推进人民的安全、幸福和繁荣,提供一般福利,不仅是州的权利,也是州义不容辞且庄严的责任……所有这些权力仅关联于内政立法,或者说可以恰当地称为州内警察权”。^[46]后续判例沿循此观点,直到哈兰在穆勒案中回归马歇尔的立场,区别了警察权与征收权。在1905年洛克纳诉纽约州案中,佩卡姆大法官更明确地重申:“某些存在于州主权中的权力被称为警察权,法院尚未对其做出精确的描述和限制。宽泛地讲,这些权利……涉及公共健康、安全、道德和一般福利。”^[47]伴随着洛克纳时代的终结,在1934年尼比亚诉纽约市长案中,罗伯茨大法官复又为巴伯尔背书,强调警察权“只不过是每个主权在其控制范围内固有的政府权力”。^[48]

联邦最高法院从两个层面界定警察权:一是在联邦主义语境下,警察权表示州相对于联邦政府享有的权力;二是出于功能主义考虑,警察权是州为了保障特定公共目的而享有的权力。从马歇尔到罗伯茨,伴随着现代管制国家的演进,警察权最终被等同于州主权,目的范围则从保障公共安全、公共健康扩张到囊括了公共道德、公共福利等几乎全部的公共目的。在穆勒案时代,政府管制的基本模式是识别有害用途并做事后制裁,进而排除公共妨害。但到了19世纪末20世纪初,事后区分财产用途为有害与无害不足以实现这些目的,甚至有时候无法简单地将财产用途区分为有害与无害,政府管制转而诉诸事前立法。警察权的目的范围扩张。在欧几里得镇案中,联邦最高法院肯定警察权“不仅会排除危险的、触犯众怒的活动,那些没有成为众矢之的、无害的活动可能也难逃此劫”。^[49]管制目的从事后、被动的排除公共妨害转向事前、主动的妨害预防或利益创造。政府可以通过塑造财产权利束的内容,如限制建筑物高度、建筑物之间的距离、区分土地用途,积极地提供公共利益。

(二) 征收目的的扩张：从积极公共目的到消极公共目的

面对现代管制国家带来的挑战,联邦最高法院不仅支持警察权的目的扩张,也推进了征收权的目

[45] *Brown v. Maryland*, 25 U.S. 419 (1827).

[46] *Mayor of New York v. Miln*, 36 U.S. 102, 139 (1837).

[47] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 53 (1905).

[48] *Nebbia v. People of New York*, 291 U.S. 502, 525 (1934).

[49] *Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365, 389 (1926).

的扩张。公用概念深受不同时期社会经济条件的影响,从狭义走向广义。共和国早期,征收活动集中于道路建设、磨坊法案等领域,通常只要满足开放给公众使用且不是纯粹为了私人用途,就会获得法院支持。19世纪见证了美国空前绝后的经济发展需求,征收权适用范围渐趋扩张,从研磨谷物的作坊到各种制造业工厂,从道路建设到连接全国的铁路和高速公路。征收补偿条款开始仅适用于联邦政府,各州依据自己的宪法实施征收活动。因大量征收案件发生于州,州法院主导了征收补偿条款解释。基于不同的州有不同的地方情况,相同的州在不同时期情况也有所不同,州法院关于征收目的最终形成了广义和狭义两种观点——公共利益(public benefit)与由公共使用(use by the public)。^[50] 1897年伯灵顿与昆西铁路公司诉芝加哥市案明确征收补偿条款适用于各州。^[51] 联邦最高法院在征收领域的黄金时期到来,是时候在广义与狭义之间做出选择了。

在1916年弗农山庄-伍德贝瑞棉帆布公司诉阿拉巴马州际电力公司案中,霍姆斯撰写一致意见,直陈由公共使用标准的不充分性,“从未垦殖土地(waste)中集聚水流并开发能源,不用费力地劳动并因此使人类能够避免劳累,这仅次于知识,提供了我们所有成就和所有福利的根基。如果这种目的不是公共的,就不知道什么还是公共的”。^[52] 在1923年林奇公司诉洛杉矶县案中,^[53] 执笔一致意见的桑福德大法官重申公用不限于公众当前的需求,也可以考虑未来用途;不限于业务(business)必要性和日常便利,也包括公共健康、娱乐、美观等。公用即公共利益成为主流观点。20世纪30年代以来的城市更新运动进一步强化了广义解释。在1954年伯尔曼诉帕克案(以下简称“伯尔曼案”)中,^[54] 政府根据《哥伦比亚重建法》(Columbia Redevelopment Act)认定伯尔曼商店所在区域为衰败区并实施征收,由此获得的土地一部分用于公共设施建设,一部分转让给私人作商业开发。伯尔曼认为,此项征收违背了公用要求,遂提起诉讼并一直到联邦最高法院。执笔判决意见的道格拉斯大法官认为,“公共福利概念宽泛且具有包容性……它可以代表精神的、物理的、美观的、金钱的价值。社会应当美观且健康、宽敞且整洁、均衡且安全的决定权在于立法机关。……如果哥伦比亚特区治理者已经决定首都应当美观且卫生,第五修正案不能成为绊脚石”。^[55] 征收目的彻底扩张,既包括积极创造公共利益,也包括消极地排除公共妨害。

(三) 管制与征收的目的限度竞合

警察权与公用概念深受法院影响,但“法院善于固定,而不善于打桩”,^[56] 其法律判断往往是不断积累的社会经济条件的结果。在新政背景下,警察权摇身成为联邦最高法院支持福利国家建设的概念工具,甚至被借用到联邦层面。在伯尔曼案中,道格拉斯将案涉征收问题转化为警察权问题。“国会对于哥伦比亚特区的权力包括所有立法权,正如一个州对自身事务所享有的……我们所处理的正是传统上称为的警察权问题”,^[57] 那么征收只不过是政府行使警察权的一种方式,追问征收是否符合公用也就是在探索警察权的边界。警察权的边界“本质上是立法机关针对政府

[50] 广义观点代表性案例如 *Ryerson v. Brown*, 35 U.S. 333(1877);狭义观点代表性案例如 *Beekman v. Saratoga & S.R.R.*, 3 Paige 45 (N.Y. Ch. 1831)。

[51] See *B. & Q.R.R. v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1897)。

[52] *Mt. Vernon-Woodberry Cotton Duck Co. v. Alabama Interstate Power Co.*, 240 U.S. 30, 32 (1916)。

[53] *Rindge Co. v. Los Angeles County*, 262 U.S.700 (1923)。

[54] *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954)。

[55] *Ibid.*, at 33.

[56] [美] 杰克·M. 巴尔金:《活的原旨主义》,刘连泰、刘玉姿译,厦门大学出版社2015年版,第238页。

[57] *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 32 (1954)。

目的做出判断的产物,……一旦目的在立法机关的权限范围内,其显然有权运用征收权来实现该目标”。^[58] 国家同时掌握了目的设定和手段选择的权力。在警察权的庇荫下,管制与征收的目的限度竞合。在1984年夏威夷住房局诉米德基夫案(以下简称“米德基夫案”)中,奥康纳大法官延续道格拉斯的观点,直截了当地指出:“‘公用’要求与主权性警察权的范围相同。”^[59]

警察权与公用概念的司法解释并行扩张,管制不仅服务于排除公共妨害,也可用于创造公共利益;征收也“不是黑魔法,而仅仅是一种政府权力,只要服务于一般政府目的,就可以和其他权力一样运用”。^[60] 针对政府权力的公共目的限制一般化,管制与征收的目的限度竞合,最终得到联邦最高法院明确肯定。马洪案发生于两者目的限度扩张期间,而经过伯尔曼案和米德基夫案的洗礼,联邦最高法院对管制性征收的态度才从消极以待转向积极发展。管制与征收之间的目的区别被打破,“不能再用政府目的来区分两种权力,两者在功能意义上可以交替使用”,^[61] 这既契合行为模式上的变化,也为管制性征收理论发展创造了条件。

四、打通救济区别:确立财产权人补偿请求权

在马洪案中,联邦最高法院主张“走得太远”(go too far)的管制构成征收,但霍姆斯执笔的法律意见并未明确“走得太远”的管制是违背了正当程序条款且因此应被宣告无效,还是违背了征收补偿条款且应给予公正补偿。尽管打破了行为模式和目的限度差异,公正补偿要件并未即刻适用于管制性征收。一些州法院拒绝对管制性征收提供公正补偿,一些州法院则只有在制定法明确规定时才判决给付补偿。^[62] 公共目的限制一般化,加剧了连通救济区别的需求。首先,目的限度不再能够有效制约政府权力,“公用问题仅受最低限度的司法审查,公正补偿要件成为针对政府征收的唯一可行司法制约”。^[63] 其次,管制和征收只不过是可供政府选择的目的实现手段,政府可能采取策略行为来逃避责任。违法管制仅会被宣告无效且不用补偿已经造成的财产损失,管制成本相较更低。为了实现特定公共目的,政府会更愿意实行管制而非征收,甚至打着管制的幌子行征收之实。征收补偿条款本质上并非禁止政府剥夺私有财产(无论是通过管制,还是征收),而是为了确保当政府如此行为时,财产权人能够获得公正补偿。^[64] 肯定管制性征收的可能性仅仅迈出了解决问题的第一步。如果政府没有承担相匹配的法律责任——针对财产损失提供公正补偿,确立管制性征收概念的初衷——通过“管制管制者”来保护财产权——将会功亏一篑。

在管制性征收情形下,宣告政府行为无效无法为财产权人提供充分的救济,有违公平和正义原则。联邦最高法院必须明确针对管制性征收的救济,否则管制性征收理论只能是跛足的鸭子。关键

[58] Berman v. Parker, 348 U.S. 26, 32 (1954).

[59] Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229, 240 (1984).

[60] William B. Stoebuck, *A General Theory of Eminent Domain*, 47 (4) Washington Law Review 553, 597 (August 1972).

[61] John J. Costonis, *Fair Compensation and the Accommodation Power: Antidotes for the Taking Impasse in Land Use Controversies*, 75 (6) Columbia Law Review 1021, 1036 (October 1975).

[62] See Roy P. Cookston & Burt Bruton, *Zoning Law*, 35(3) University of Miami Law Review 581 - 638 (May 1981); Robert Keith Johnston, *Federal Regulatory Takings Jurisprudence and Missouri Inverse Condemnation Proceedings*, 58(3) UMKC Law Review 421, 430 (Spring 1990).

[63] James Geoffrey Durham, *Efficient Just Compensation as a Limit on Eminent Domain*, 69 (6) Minnesota Law Review 1277, 1278 (July 1985).

[64] First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304, 314 (1987).

在于征收与补偿的唇齿关系是否适用于管制性征收。20世纪80年代以前,联邦最高法院从未认定特定政府管制活动构成管制性征收,也就没有机会处理是否应当给付公正补偿的问题。在1980年美国诉克拉克案(以下简称“克拉克案”)中,^[65]联邦最高法院才直面该问题。伦奎斯特执笔判决意见,明确做出肯定回应。诉争制定法授权州政府可以为了公共目的征收(condemn)已经分配给印第安人的土地并给付损失补偿。争议焦点在于财产权人是否可以根据此项规定要求政府补偿因管制而遭受的财产损失。伦奎斯特认为,尽管诉争制定法中“condemn”一词仅指由政府向法院启动征收程序的正式征收情形,不包含财产权人主动在法院要求公正补偿的权利,但财产权人却可以根据征收补偿条款就政府事实上剥夺财产的行为寻求公正补偿。因为在艾文霍灌溉区诉麦克拉克案中,联邦最高法院早就肯定了征收补偿条款的直接适用性(self-executing),“无论是通过征收(condemnation),还是在已经剥夺(taken)的情况下由所有者在法院提起诉讼,都必须支付公正补偿才可以取得财产权”。^[66]伦奎斯特沿用下级法院的术语,将此种情形称为反向征收(inverse condemnation),由此为那些因政府管制而遭受“剥夺性”损害的财产权人确立了在法院寻求补偿救济的诉因。

“按通常理解,反向征收一词只是描述了征收程序反向提起的诉讼。”^[67]相较于正式征收,反向征收倒置了政府与财产权人的程序角色,实质上赋予财产权人公正补偿请求权。但这并不意味着只有当财产权人请求时,政府才给付公正补偿。征收补偿条款课予政府支付公正补偿的一般义务。赋予财产权人公正补偿请求权是为了防止政府不主动或拒绝支付的情形,削弱政府策略行为的念头。管制与征收之间的救济区别打通,无论是通过正式征收,还是在反向征收诉讼中,私有财产都将或已经被剥夺,“土地所有者都已经遭受违宪问题,且因此触发宪法补偿条款的直接适用”。^[68]

五、管制性征收的理论生成与实践冷遇

联邦最高法院各个击破,管制与征收的传统区别式微,两者的真正区别不在于权力类型而在于财产损害程度。霍姆斯关注冲突解决而非概念或形式的实用主义进路,推动管制性征收在马洪案中水到渠成。但管制性征收并未踏上坦途,理论生成并未带来理论融贯,甚至变成鸡肋而在实践中遭遇重重冷待。

(一) 管制性征收理论张力四伏

管制性征收的理论生成并非一蹴而就。马洪案是管制性征收理论的起点,但却难副其实。马洪案的争议焦点是警察权的边界。霍姆斯执笔判决意见,核心观点是:“财产价值之享有存在固有限制且必须服从警察权。但显然这种固有限制必然有其边界,否则合同条款和正当程序条款将毫无意义。在判断此种边界时,可以考虑的一项事实是价值贬损程度。……一般规则至少是尽管可以在某种程度上管制财产,但如果管制走得太远,将会被认定为征收。”^[69]首先,霍姆斯大法官似乎并未打算提出一种融贯的理论,虽提及可以根据价值贬损程度确定警察权是否逾越边界,但并未就如何计算价值贬损、何种程度之贬损等关键问题展开。其次,有穆勒案在前,霍姆斯本应先破后立,但却不闻不问,以致传统区别仍然深得一些法院之心,两种立场并立,难以培植理论融贯的土壤。霍姆斯本人后来也承认这一点。^[70]

[65] U. S. v. Clarke, 445 U.S. 253 (1980).

[66] Ivanhoe Irrigation District v. McCracken, 357 U.S. 275, 291 (1958).

[67] U. S. v. Clarke, 445 U.S. 253, 257 (1980).

[68] San Diego Gas & Elec. Co. v. City of San Diego, 450 U.S. at 654.

[69] Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. at 413-416.

[70] See Mark Dewolfe Howe, *Holmes-Laski Letters*, Harvard University Press, 1953, p.473, “letter of January 13, 1923”.

最后,霍姆斯虽然明确承认管制与征收只是程度之别,但并未将两者置于征收补偿条款下作统一分析,仍然在正当程序条款中流连忘返,造成管制性征收理论发展方向性不足,甚至招致“将违法的警察权限制转化为合法且应补偿的征收”的诘问。^{〔71〕}例如,联邦最高法院曾在1980年阿金斯诉蒂伯龙市案中提出“实质促进”标准——如果政府管制没有实质促进一项公共利益,就构成管制性征收,^{〔72〕}但政府权力合法的前提不正是要满足实质促进一项公共利益的条件吗?这实际上用征收补偿条款的瓶子装了正当程序条款的酒,造成管制性征收理论虚有其表。萨克斯一针见血地指出,联邦最高法院“操作很随意,使用任何或所有可以获得的、常常冲突的理论,没有形成针对这个宪法问题的任何明确路径”。^{〔73〕}

在沉寂半个多世纪后,管制性征收在佩恩案中枯木逢春。布伦南大法官执笔的判决意见承认联邦最高法院无法发展出判断管制性征收的固定公式——是否构成管制性征收“本质上是个案的、事实的探究”,^{〔74〕}进而总结出多因素平衡判断标准——“管制对财产权人的经济影响,以及尤其是管制在多大程度上干涉了明确的投资回报预期当然是相关因素……还有政府行为的性质”。^{〔75〕}尽管如此,各项因素在管制性征收判断中的分量并不明确,联邦最高法院以及下级法院后来也都试图发展出基于个案的管制性征收判断标准。例如,就如何评价管制的经济影响而言,有些判例关注是否剥夺了财产有利可图的(profitable)用途,有些则关注财产的合理或有益(reasonable or beneficial)用途,还有的提出财产的经济可行用途(economically viable use)。^{〔76〕}在2005年卢卡斯诉南加利福尼亚州海岸委员会案中,联邦最高法院则认定只要管制剥夺了所有经济上有益的或生产性(all economically beneficial or productive)的土地用途,就构成管制性征收。^{〔77〕}在判断财产损失上,法院会考虑相较于整个财产权利束,被剥夺的财产权利分支的具体性质和分量,但未形成统一观点。以排他权为例,在1979年凯泽·安泰诉美国案中,联邦最高法院认为,“‘排他权’是财产权的根本要素,也在政府未经补偿不得剥夺的利益范围内”。^{〔78〕}在一年后的普瑞内亚德购物中心诉罗宾斯案中,联邦最高法院则认为,州宪法赋予公民在购物中心行使言论自由和请愿的权利,虽然侵犯了作为财产权利束根本分支的排他权,但并不构成征收。^{〔79〕}在三年后的洛雷托诉曼哈顿有线电视公司案(以下简称“洛雷托案”)中,联邦最高法院又认为,政府要求财产权人在住宅上加装有线电视盒子剥夺了排他权,已经构成永久的物理占用,即使受到损害的空间很小,也构成管制性征收。^{〔80〕}如此发展的管制性征收理论,变成只有法院才能理解的话语。

回到管制性征收的生成逻辑,有助于理顺管制性征收的判断标准。管制性征收是法院关注焦点从权力行使转向权利损失的结果,是逐渐打破管制与征收在行为、目的、救济方式上的区别的结果。一项合法的征收须满足公共利益、正当程序和补偿三要件,而管制性征收是应当给付补偿但尚未给付的征收。管制本身应当先满足公共利益和正当程序要件,而应否给付补偿取决于管制造成的财产权

〔71〕 See *Agins v. City of Tiburon*, 24 Cal.3d 266, 274 (1979).

〔72〕 *Agins v. City of Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980). 在2005年的林格尔诉雪佛龙公司案中,联邦最高法院推翻了此项标准。Lingle v. Chevron U.S.A., Inc., 544 U.S. 528 (2005).

〔73〕 Joseph J. Sax, *Takings and the Police Power*, 74(1) Yale Law Journal 36, 46 (November 1964).

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

〔75〕 *Ibid.*, at 124.

〔76〕 See Barbara J. Savery, *Eminent Domain by Regulation: Developing a Unified Field Theory for the Regulatory Taking*, 17 (2) Golden Gate University Law Review 197, 210 (Summer 1987).

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

〔78〕 *Kaiser Aetna v. U. S.*, 444 U.S. 164, 79 (1979).

〔79〕 See *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74, 78-83 (1980).

〔80〕 See *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982).

损失程度。管制性征收的判断主要是合理性问题，而非合法性问题。当判断一项管制是否应被认定为管制性征收时，首先应确定管制是否符合一项公共利益，是否遵循正当程序，任一项不满足，应直接认定违法；如果两项均满足，则进入管制性征收的实质性判断，即管制造成的财产权损失是否达到征收效果。如何认定权利损失是管制性征收判断中的终极问题。布兰代斯大法官在马洪案中的反对意见提供了更有效的判断路径，其指出：“确定警察权是否超过界限时，需要考虑的重要事实是价值贬损程度……价值是相对的。如果要考虑管制限制的煤炭的价值，应将其与全部财产未受管制时的价值相比较，即应当将受管制限制的部分煤炭的价值与全部煤炭的价值进行比较。”^{〔81〕}也就是说，所谓权利损失反映的是管制前后私有财产价值的相对变化。弗兰克·米歇尔曼更进一步将之简化为征收分数(taking fraction)，即 $F(\text{权利损失或价值贬损程度}) = N(\text{管制实际造成的财产权损失}) / D(\text{财产权未受管制时的总经济价值})$ 。^{〔82〕} F 愈趋近于 1，则愈可能被认定为管制性征收。

(二) 管制性征收实践挫折不断

相比于理论不融贯，管制性征收的实践更是挫折不断，两者就像一枚硬币的两面。联邦最高法院提出了管制性征收理论，但却为管制性征收审查设置了重重障碍。在 1985 年威廉姆森镇区域规划委员会诉汉密尔顿银行案中，^{〔83〕} 联邦最高法院设定了审查门槛——穷尽救济规则。首先，行政机关必须已经对受管制财产做出最终处理决定。如果分区立法同时提供了诸如申请分区变更等其他避免损失的途径，那么财产权人必须一一尝试后才可能由联邦最高法院审查。“一个法院无法判断管制是否走得太远，除非它知道管制走得多远。”^{〔84〕} 只有遵循穷尽行政救济原则，法院才能完整评价政府管制对私有财产造成的真实损害，进而判断是否构成管制性征收。其次，管制性征收大多发生于州，州宪法通常也提供了补偿救济，出于尊重州主权并避免讼累考虑，除非财产权人已经在州寻求公正补偿救济而未果，否则联邦最高法院也不会受理。然而，即使当满足两项规则且应当受理时，如果联邦最高法院认为州法院更适合解决相关问题，也可能借助回避教义(abstention doctrine)主动放弃管辖权。^{〔85〕}

即使联邦最高法院决定审理相关案件，也很少认定政府管制构成管制性征收；即使认定为管制性征收，也鲜见继而要求支付公正补偿。^{〔86〕} 实际上迟至 1999 年蒙特利市诉德尔蒙特沙公司案，^{〔87〕} 才第一次支持对管制性征收给付损失补偿。原因主要有三。首先，管制活动具有多变性和复杂性，政府往往能够随机应变。管制与征收具有功能替代性，但为了规避补偿问题，政府可能会优先选择管制，并根据财产权人乃至法院的反应作进一步调整。如果财产权人提起反向征收诉讼，而且法院很可能做出管制性征收认定，政府可以选择立即撤销管制甚至直接实施征收。反之，政府继续实施管制而不用承担补偿成本。政府的策略行为防不胜防，法院很可能事倍功半。其

〔81〕 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. at 419.

〔82〕 Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law*, 80 (6) *Harvard Law Review* 1165, 1174 (April 1967).

〔83〕 *Williamson County Regional Planning Comm'n v. Hamilton Bank*, 473 U.S. 172 (1985).

〔84〕 William Scheiderich, *Cynthia M. Fraser & David Callies, Eminent Domain: A Handbook of Condemnation Law*, American Bar Association, 2011, p.137.

〔85〕 See Alan T. Arckerman, Darius W. Dynkowski, *Current Condemnation Law: Takings, Compensation and Benefits*, American Bar Association, 2006, p.72.

〔86〕 See Steven J. Eagle, *The Development of Property Rights in America and the Property Rights Movement*, 1(1) *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 77, 94 - 119 (Winter 2002).

〔87〕 See *City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd.*, 526 U.S. 687 (1999).

次,法院认定政府管制构成征收并要求给付公正补偿,相当于篡夺了政府有关征收和补偿决定的首次判断权,公众将被迫承担不可预见的金钱责任。管制性征收问题加剧了司法权与立法权、行政权的冲突,法院不得不慎重行事。联邦最高法院认为,“一旦法院认定征收已经发生,政府仍有相当范围的选择权——修正管制、撤销管制或者行使征收权”。^[88]以纽约州为代表的州法院则通常发布附条件禁令,要求政府或者在规定期限内支付公正补偿,进而维持管制活动,或者因逾期不支付公正补偿而面临管制被宣告无效的法律后果。^[89]最后,管制性征收审查不仅会加重政府负担,阻遏政府土地利用管制或城市规划创新,而且会加重财产权人的负担。财产权人将承担在正式征收活动中通常由政府承担的大部分举证责任,必须证明政府管制是否侵害一项财产利益、财产利益受损害的程度、政府管制与财产损害之间的因果关系、政府是否滥用权力等。但囿于信息不对称、专业和技术能力不足,财产权人往往难以完成举证责任而败诉。

六、管制性征收的中国镜像

在根据财产损害程度构造的政府权力连续体中,管制与征收分执两端,代表最低和最高的财产损害程度。管制性征收的权力结构与征收同质——“政府+剥夺(take)+财产权+公共目的+公正补偿”,其并非管制与征收的中间状态,而是披着管制外衣的征收,是事实上的征收。管制与征收仍有区别,但管制性征收表明了这种区别的相对性。国内学者引入管制性征收作为分析工具,甚至着力构造相应制度,关于生成逻辑的讨论至少为我们提供了概念和资源两个层面的观察视角。

(一) 概念镜像

与管制性征收相关的概念镜像是“准征收”。我国台湾地区学者首先提出准征收概念作为反向征收的对译,进而区分为管制准征收与占有准征收。^[90]大陆学者普遍予以认可。^[91]但结合前文论述,反向征收不等于准征收,管制型和占有型之分也存在问题。

首先,既有文献普遍认为准征收是指下述情形:政府为了公共利益而限制私有财产,达至征收效果或构成实质剥夺。^[92]管制性征收或管制准征收在准征收概念射程内。反向征收概念则根植于美国独特的征收程序——由政府向法院提起诉讼以启动征收,指的是财产权人在法院诉请判决政府为其行为支付公正补偿。反向征收与管制性征收、准征收截然不同。第一,反向征收是围绕财产权人行为构造的程序性救济工具,提供了质疑国家权力并寻求财产损失补偿的诉因;准征收则围绕政府行为展开。两者一个指向权利,一个指向权力。第二,准征收是一个实体概念,侧重行为定性,而反向征收是一个程序概念,侧重救济方式。第三,识别准征收是反向征收诉讼的首要问题,准征收通过反向征收诉讼得到确认,是法院认定的征收行为;一般征收(condemnation)通过正式征收程序实现,是政府主动实施的征收行为。其次,管制准征收与占有准征收之区分实际上混淆了政府行为与政府行为效果。就管制性征收的判断标准而言,通说先看是否构成绝对征收(categorical taking),即是否满足永久物理占有或剥夺全部经济可行用途两者之一,否则将适用多因素平衡标准,综合分析管制对财产价值、明确投资回报预期的影响以及政府行为性质。管制也可能产生物理占有效果,并因此构成准征

[88] First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304, 321 (1987).

[89] See Pappenheim v. Metropolitan Elevated Ry. Co., 128 N.Y. 436 (1891); Ferguson v. Village of Hamburg, 272 N.Y. 234 (1936).

[90] 参见谢哲胜:《财产法专题研究(二)》,中国人民大学出版社2004年版,第159、166—176页。

[91] 见前注[2],王思锋书,第61、99—109页。

[92] 参见金俭、张先贵:《财产权准征收的判断基准》,载《比较法研究》2014年第2期,第26页。

收。洛雷托案常被作为占有准征收典例，^[93]但本质乃是管制准征收——一部纽约市法令要求财产权人允许第三方在其房屋中安装有线电视设备。

根据《土地管理法》《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《征收补偿条例》)的相关规定,政府主导征收程序,要么通过土地征收审批程序,要么经过论证、征求意见、评估后,自行做出征收决定,难以为严格意义上的反向征收概念提供土壤。准征收在美国法上的对应概念应当是事实征收(de facto taking)。事实征收指政府虽然没有行使征收权但其行为(直接的物理侵入或者法律上限制其使用)造成的财产损失已经达至征收效果。^[94] 准征收或者事实征收都是对一般征收的拟制,提供了财产权人向政府寻求公正补偿的理由。按照政府行为方式,准征收可以分为因法律行为导致的准征收与因事实行为导致的准征收。管制性征收属于前者,后者如军用机场频繁起降飞机严重影响附近农场经营和正常生活的情形。^[95] 按照政府行为对财产权的影响方式,准征收可以分为侵入型准征收(trespassory taking)与非侵入型准征收(non-trespassory taking),^[96]前者如洛雷托案,后者如政府仅仅限制某类财产特定用途的情形。

此外,根据准征收产生的原因,学理上还有立法准征收与行政准征收之分,行政准征收为一般情形,立法准征收为例外。^[97] 在美国法上,因法院可以就立法是否合宪作附带性审查,立法准征收有其立足空间。作为对法院准征收理论及应用的回应,总统更是在1988年发布了关于“削减合法政府行为对公共财政造成不当或意外负担的风险”的行政令,^[98]要求联邦行政机构向管理和预算办公室(Office of Management and Budget)提交的规制影响分析应当包括“征收影响分析”(Taking Impact Analysis)。以此为参照,诸如公民在行政诉讼法中要求法院就诉争行政行为所依据的规范性文件进行附带性审查;以“有件必备、有备必审、有错必纠”为指导要求的备案审查工作如火如荼;宪法与法律委员会开启合法性审查与合宪性审查新局面,为立法准征收理论的应用与发展提供了广阔空间。

(二) 资源镜像

充满本土风味且颇具包容性的“准征收”概念已经登场,但参考管制性征收的波折命运,还需考察是否已经具备生成“准征收”的东风。首先,政府权力与财产权的关系近年来呈现出权力扩张与权利保护并行发展的态势。一方面,生态文明、美丽中国建设要求协调并强化土地用途管制;现行《土地管理法》强调土地资源的节约集约利用,绿色发展理念深植其中;行政公益诉讼等督促政府积极履行土地管理职责的制度迅速发展,政府土地管理权力呈扩张趋势。另一方面,宅基地和集体建设用地使用权确权登记发证,土地承包经营从“两权分离”走向“三权分置”,集体经营性建设用地入市大幕已开,政府正“一支又一支地”(stick by stick)构造集体土地财产权利束;^[99]加之住宅用地无偿续期,这些均表明产权保护力度不断提升。两相结合,问题集中表现为如何在赋予政府必要的土地管制权的同时防止权力滥用。准征收概念可以发挥这种功能,其本身并非要限制政府行使土地管制权,而是当土地管制走得太远时,要求政府承担补偿的法律责任,督促政府依法行为。

[93] 见前注[2],王思锋书,第108页。

[94] See *City of Buffalo v. J.W. Clement Co.*, 28 N.Y.2d 241, 253 (1971).

[95] See *U.S. v. Causby*, 328 U.S. 256 (1946).

[96] See William B. Stoebuck, *Police Power, Takings, and Due Process*, 37(4) *Washington and Lee Law Review* 1057, 1089 (Fall 1980).

[97] 见前注[2],王思锋书,第116页。

[98] Exec. Order No. 12,630, 3 C.F.R. 554 (1988).

[99] See Qiao Shitong, *The Evolution of Chinese Property Law: Stick by Stick?* SSRN(Jun.4 2019), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2747239.

其次,就我国而言,管制与征收之间没有公共利益隔阂。在征收权与财产权的关系维度,《征收补偿条例》第8条规定了房屋征收中的公共利益,《土地管理法》第45条明确了土地征收中的公共利益,两者在体例和内容上相似。《征收补偿条例》关于“保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要”“法律、行政法规规定的其他公共利益的需要”的规定,《土地管理法》关于“成片开发建设”“法律规定为公共利益可以征收农民集体所有的土地的其他情形”的规定,均表明公共利益的开放性和宽泛性。《城乡规划法》第1条提出了“协调城乡空间布局,改善人居环境,促进城乡经济社会全面协调可持续发展”的宏观立法目的,第4条罗列了“改善生态环境,促进资源、能源节约和综合利用,……并符合区域人口发展、国防建设、防灾减灾和公共卫生、公共安全的需要”等具体要求,实则囊括了任何公共利益事项。而且基于《征收补偿条例》第9条、《土地管理法》第45条第2款要求征收活动应受规划控制,一些地方性征地立法将公共利益与规划需要等同——可以为了规划需要而征地,^{〔100〕}可知规划中的公共利益与征收中的公共利益实质上可以通约。

最后,准征收之生成也有规范基础。本土的“征收”“征用”术语为管制性征收或准征收提供了转介空间。^{〔101〕}征收是所有权转移,征用是使用权转移,但两者都必须符合公共利益、法定程序和补偿要求。法经济学认为,私有财产全部价值在于财产权人对物的利用。财产权人在征用期间仅享有名义所有权,政府实质上临时性地剥夺了全部财产价值,对财产造成的损害与征收相当。在本源意义上,“征用”与管制性征收相似,也是对“征收”的拟制。除美国以外,诸如日本、韩国、德国等域外国家亦多将宪法征收条款作为管制性征收的请求权基础,而在我国宪法条款无法直接适用的背景下,可以通过解释《民法典》第243条和第245条来容纳管制性征收概念。^{〔102〕}在美国法上,有临时管制性征收(temporary taking)概念,指的是政府管制行为在一段时间内对私有财产的限制达到征收程度;^{〔103〕}还有完全征收(total taking)的概念,指的是政府管制行为完全剥夺了财产的所有经济可行用途。^{〔104〕}相较而言,“临时的”“完全的”管制性征收就是我国法上的“征用”,从而可以《民法典》第245条作为直接依据,其他的管制性征收情形则可以通过扩张解释《民法典》第243条来获得规范依据。一些单行法明确为财产权人就准征收行为寻求补偿救济提供了请求权基础。例如,《防洪法》第7条第3款、《城乡规划法》第50条、《石油天然气管道保护法》第21条和第59条等明确规定了政府对特定情形下的财产权限制负有行政补偿义务。相关规范关注权利损失,基本上采用“……造成损失,应当依法予以补偿”的规定模式,学理上借鉴日本法提供了“特别牺牲”作为补偿的判断标准。^{〔105〕}“特别牺牲”情形转译到美国法上,正是管制性征收。布兰代斯大法官曾指出,警察权可以用于促进公共福利、公共健康和公共安全,但如果要求单个人承受促进公共利益的成本则不具有正当性。^{〔106〕}征收补偿条款正是为了“防止政府强迫某些人单独承受从公平和正义出发应当由全体公众承受的公共负担”。^{〔107〕}需要注意的是,超过一定限度的财产权损失有时可能不是政府管制的直接结果,而是由被许可人(政府

〔100〕 参见《济南市土地征收管理办法》第2条、《三亚市集体土地征收补偿安置管理规定》第3条。

〔101〕 参见刘连泰:《宪法文本中的征收规范解释:以中国宪法第十三条第三款为中心》,中国政法大学出版社2014年版,第148页。

〔102〕 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57页。

〔103〕 Alan L. Geraci, Sandra Nabozny-Younger, *Damages for a Temporary Regulatory Taking: First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles*, 24 (1) California Western Law Review 33-64 (1987-1988).

〔104〕 Lynn E. Blais, *The Total Takings Myth*, 86 (1) Fordham Law Review 47-89 (2017).

〔105〕 参见杜仪方:《财产权限制的行政补偿判断标准》,载《法学家》2016年第2期,第96—108页。

〔106〕 See *Nashville, C. and St. Louis Ry. v. Walters*, 294 U.S. 405, 430 (1935).

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

管制的直接受益者)直接导致的。在美国法上,如庞培里案中,财产权人直接向政府寻求补偿救济;在中国法上,当法有明文规定时,例如依据《水法》第31条,由被许可人(采矿单位或者建设单位)承担私法上的损失补偿义务,但如果法无明文规定,则成为问题。此种情形下,如果政府管制存在违法情形,如怠于履行监管职责、违法授予许可等,则可以依据国家赔偿法加以救济;^[108]但如果政府管制本身合法,则可以考虑管制性征收理论的适用。除此之外,管制性征收意味着政府管制“过度”限制了公民财产权,实质上是由法院对政府行为是否合理做出判断。依据《行政诉讼法》的规定,对于明显不当的行政行为,法院可以“判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新做出行政行为”。加之行政管理实践中普遍存在准征收情形,这些都会推动法院越来越自觉或不自觉地运用准征收理论。^[109]

结 语

管制性征收概念反映了看待国家权力的两种方式——形式主义与实质主义。形式主义即在事前区分不同类型的权力并设置相应的限制结构,固化了对基本权利的救济,难以适应不断变化的社会经济环境;实质主义即在事后根据权力对权利的损害程度选择对应的限制结构,对基本权利的救济富有弹性,更与保障基本权利、规范国家权力的宪法精神合若符契。当前引介管制性征收理论并建构准征收制度有助于转变对待国家权力的单一形式主义方式,将社会转型期国家权力与财产权之间的复杂关系形态统一到以权利损失为评价标准的权力连续体中。一则弥补了我国征收法研究的不足,二则有利于行政补偿法的教义化,促进征收法与行政补偿法的连通。但仍需注意的是,美国法的经验表明管制性征收内含多重张力——管制性征收与一般征收的结构对接、法院与行政机关的权力分工、违法管制对管制性征收的适用冲击等,其理论发展与应用暗藏风险。无论是法院实践,还是理论构筑,在和泥砌砖之时还应秉持审慎之心。

Abstract There were strict distinctions between regulation and condemnation in action patterns, purpose limitations and remedy approaches in American law of the nineteenth century. However, since the beginning of the twentieth century, their traditional distinctions have been broken or connected gradually, whose difference is not of kinds, but of degrees, and thus the idea of regulatory takings comes into being. But the creation of regulatory takings does not bring a coherent theory, not to mention is widely accepted in practice. The exploration of the creation logic of regulatory takings will help to re-understand the relationship between the state power and property rights, and serve as a mirror for digging the local resources of regulatory takings.

Keywords Regulation, Condemnation, Regulatory Takings, Property Rights

(责任编辑:肖俊)

^[108] 参见黎军:《国家赔偿行政许可第三人问题研究》,载《法学》2004年第10期,第50—56页。

^[109] 参见耿宝建、黄瑶:《管制性征收理论在行政审判中的引入与运用——以“中国天眼”建设中的管制性征收为例》,载《人民司法》2019年第1期,第54—59页。