

美国准征收制度之演变

侯 宇

内容提要 国家权力的行使必须存在界限,否则,即便是合法的公权力亦可能对公民权造成侵害。美国准征收制度旨在对国家透过合法行为占有或者使用私人财产的行为予以规范,该制度在理论上可溯源至卢梭和洛克关于社会契约论和政府权力理论;在制度设计上乃是源于美国宪法对私人财产权的尊重和保护以及对正当程序原则的恪守。美国准征收制度之演变史表明:现代社会中国家权力行使的正当性全赖其对全民福祉的提升,对征收补偿制度的落实不能一味地拘泥于制定法所确定的规则,司法应适时、积极地充当公民基本权利的守护人角色。

关键词 准征收制度 财产权 司法审查 背景原则

侯 宇,郑州大学法学院副教授 450001

一、准征收(Regulatory Takings)之正本清源

准征收(regulatory takings)又称管制性征收。要了解美国法上的准征收(Regulatory Takings)之内涵,首先要明确什么是征收(Takings)。美国法中是以“eminent domain”专门指称征收与征用,但通常以condemnation、taking、expropriation等多种方式来表达。学术论著中常使用condemnation和takings,尤以takings使用频率最高。而英文中Takings兼具“占有”和“使用”的含义,因此,所谓的美国征收(takings)实质上包含着征收与征用两种制度。

在英美法上,政府可以通过以下三种方式占有或者使用私人财产:占有财产或主张权利;消灭财产或严重损害财产;效果上等同于占有或使用财产的其他行为^[1]。对于第一种情形,政府或第三方(经政府的允许)以占有为目的占有财产或主张财产权利往往通过对私人财产直接实施占有、扣押为之,一般被称作占有征收(possesory/acquisitive taking)。这种情形被视为“实质侵占”(physical occupation/

[1]参见Black's law Dictionary,1999.54.

invasion),构成了“本质征收”(perse takings)^[1]。对于第二种情形,政府不以占有为目的、既不实际占有私人的财产,也未对私人的财产造成实际侵害,只是政府对私人财产的使用进行管制而侵害了所有权人对自己财产的预期,导致该财产价值贬损甚至灭失,都构成准征收(regulatory takings)。第三种情形,往往是以政府对私人财产的开发申请附加一定的要求作为批准条件的形式出现,即通过乱摊派或某种勒索(exaction)行为为之,在效果上等同于占有或使用财产,也构成征收。然而,在现实中,这三种情形并没有明确的分界线,如对财产的严重损毁行为就被认为兼具占有征收和管制征收特征的案件;而对于乱摊派,大多时候也被看作是一种政府的准征收行为^[2]。

此外,有学者根据启动主体不同而将美国法上的征收划分为传统征收(conventional condemnation)与反向征收(inverse condemnation)^[3]。前者是指政府通过正常的征收程序进行的征收,而后者则是指准征收,即政府的合法行为对私人财产权构成了侵害,因此财产权人对政府提起诉讼请求法院判决构成征收并予以补偿的情形^[4]。由此可见,两者的差别在于启动程序的不同:前者是政府明确基于征收而占有、使用私人财产权来启动正常的征收程序,而后者则是政府不以征收为目的或在做出一定行为时并没有意识到自身行为已构成征收,因而不启动征收补偿程序,仅依据通常程序为之,由此产生的补偿是财产权人于事后(财产贬损事实发生后)请求法院并由法院确认后才开始。

由此可见,准征收是指政府不以占有财产为目的通过规制性措施在财产权的行使上施加限制,在客观上造成了财产价值贬损的事实,政府向财产所有人补偿由此而对其造成的损害。

私人财产虽然神圣不可侵犯,但这并非绝对的、放之四海皆准的理念。允许国家基于公益而占有或使用私人财产,但须以补偿为前提,这是征收、准征收制度的核心所在。该制度的产生,在理论上可溯源至卢梭和洛克关于社会契约和政府权力的学说。根据卢梭“公意不可违”的理念,基于公意可以对私人的财产和自由做出适当的限制;洛克的政府理论也赋予了政府行使主权性质的“警察权”(police power)的正当性。根据洛克的理论,人们脱离自然状态的唯一目的,即在于免于邻人可能给其带来的侵害,从而获得和平与安全,而国家警察权的目的恰在于此^[5]。因而,也正是在此意义上,国家警察权具有了主权性的正当基础。而所谓警察权,是指联邦及各州为了“维护公共安全、公共福利、社会安宁以及社会道德”,对于公民的自由权及财产权等基本权予以限制乃至剥夺而无需给予补偿的权力^[6]。于是,警察权限制私人财产权也就获得了其宪法上的正当性^[7]。因此,在多数情形下,国家对私人财产权的限制或剥夺并不必然伴随着补偿,国家无需对财产权人作出任何补偿。警察权的提出最初主要是为了防范政府对人民权利造成侵害,消极地界定政府不得干预公民权利的界限。但是随着福利国家时代的到来,国家任务的日益繁重,积极行政的理念使得传统消极警察权概念不断扩张,发展至今已无孔不入,其触角蔓延至社会各个领域。面对积极行政下警察权以新的面貌展现的现实,自20世纪开始,美国各级法院认为以往消极主义的立场已不合时宜,即无条件认可警察权妨害私人财产权的做法不能有效保障人权。因此,司法必须为人权提供有效的、最终底线性的保障,必须对警察权的行使设定必要的限制:若财产权限制属警察权正当行使的范畴,则不构成准征收,无须对财产所有人补偿;反之,若财产权限制逾越警察权正当行使的限度,则构成准征收,须对财产所有人因此而造

[1][7]参见王洪平、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〔北京〕《国家检察官学院学报》2011年第1期。

[2]刘海平:《美国管制征收法律问题研究》,中国政法大学硕士论文2007年,第3页。

[3][美]约瑟夫·斯诺:《财产法案例与解析》(英文影印版),〔北京〕中信出版社2003年版,第583-586页。

[4][6]谢哲胜:《财产法专题研究(二)》,〔北京〕中国人民大学出版社2004年版,第157页,第165页。

[5]Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985, pp.108.

成的损失予以补偿。鉴于警察权在现实中形态万千,人们无法对警察权正当行使的限度做出概括性的界定,因此,判断警察权占有或使用私人财产是否在合理的限度内始终是美国法院在认定准征收过程中面临的一个艰巨任务。

二、规制准征收之缘由

对准征收的规制,源于美国宪法对私人财产权的尊重和保护以及对正当程序原则的恪守。

美国宪法第五修正案规定:“……未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产,不给予公正补偿,不得将私有财产充作公用。”美国最高法院在19世纪时就认为,第五修正案的征收补偿条款“是为了防止公众将施加于他人之上的公共负担高于均摊于每人之上的份额;如果有人为了公共目的而承担了高于他人的公共负担,那么必须对他给予完全和公正的补偿”^[1]。一个世纪后,布莱克大法官重申了上述看法,他指出宪法征收补偿条款的“目的是基于公平与正义的需要,避免由某一部分人承担本应由全社会所共同承担的负担”^[2],这种诠释已成为日后处理准征收纠纷的指导性原则。

依法理,宪法上的财产权有别于私法上的财产权,其性质是一种防御权,即防范国家权力对公民财产权的褫夺。因此,“第五修正案是用来防范政府强迫人民单独承受本应由公众共同以公正合理的方式承受的公共负担”^[3]。于是,征收补偿条款明确要求政府出于公共目的可以征收私人财产,但是必须予以补偿。“此规定并非禁止政府干预、规制财产权,而是要求政府在其以适法手段取得或限制财产权而构成征收时,应对财产所有人补偿。相反,如果政府的行为不合法(如因为率性而违背了正当程序的要求),其合法性与赔偿与否无关。”^[4]“只有在政府企图侵犯受到法律保护的财产利益,或者这种被指称的对财产侵犯行为是‘由于政府以直接、合乎常理或适当行为造成的,而并非是此种行为间接或附带产生的’的情形下,方能对因征收而受到的财产贬损予以补偿。”^[5]先例表明,如果一方当事人因征收而受到损害,他只能主张损害赔偿,不能获得其他与之效果相同的救济手段。……正因如此,违背了第五修正案征收补偿条款的救济只能是损害赔偿,因为该条款并没有规定征收的构成要件,而做出的仅仅是没有公正补偿不得实施征收的禁止性规定^[6]。

美国学者认为,为了最大限度地体现宪法对私人财产权的尊重和保护,不应将宪法第五修正案所规定的财产权做出狭隘的理解和诠释,应将财产权理解为众多权利的集合,这些权利都有其价值,它们共同构成财产权的价值。当这些权利中的某一价值被褫夺时,政府必须对该价值贬损予以补偿,而不是以作为整体的财产之剩余价值为补偿基准^[7]。

如同平等保护条款一样,第五修正案旨在保障公民的权利,而不是用于保护公民的财产期望或对不合理的政府负担提供政策上的保障。通过禁止歧视条款,每个人都拥有公正补偿的这一基本权利。……如果将财产权理解为众多权利的集合,财产权必然包括使用他人财产的权利,而此种使用并不必然以补偿为对价。但是,为了保证这种财产使用权的实现,必须通过立法对所有权人的行为做出某些限制。因此,只有在政府基于公众福祉考量而做出的合法行为使少数人承受特别负担时,才可适

[1] *Monongahela Navigation Co. v. United States*, 148 US 312,325 (1893) .

[2] *Armstrong v. United States*, 364U. S.40, 49(1960).

[3] *Pennsylvania Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104,123(1978).

[4] *Lingle v. Chevron USA, Inc.*, 544 U.S. 528, 543 (2005). 转引自 Timothy M. Mulvaney, *The New Judicial Takings Construct*, 120 Yale L.J. Online 247,252 (2011).

[5] *Ridge Line, Inc. v. United States*, 346 F.3d 1346,1355-56 (Fed. Cir. 2003).

[6] *Williamson County Regional Planning Commission v. Hamilton Bank of Johnson City*, 473 U.S. 172, 194 (1985).

[7] Gerald Torres, *Taking and Giving: Police Power, Public Value, and Private Right*, 26 Envtl. L. 1,14(1996).

用征收补偿条款对财产所有人予以补偿^[1]。

如果说征收补偿条款目的是保护财产所有人的财产不得未获得公正补偿而被征收,而正当程序条款则是确保对财产所有人的褫夺必须经过正当程序为之。奥康纳法官指出:第五修正案的征收补偿条款旨在规范“在效果上可视为政府侵害私人财产的政府规制行为,而不是那些表面上不能实现其目的的政府规制行为”,因此,根据正当程序的诉求(宪法第五修正案和第十四修正案中均有体现),政府规制行为的有效性“是政府规制行为是否构成征收的逻辑前提并有别于后者,因为政府已做出完全本着追求有效公共目的为宗旨的规制行为是第五修正案的征收补偿条款的预设前提”^[2]。

根据正当程序,政府行为不仅目的正当,手段亦须正当。即便如此,也不能防止政府的行为可能对财产所有人的侵害。事实上,正当程序仅仅要求政府尽可能地(如果可行)避免对财产所有人造成不必要的损失,政府必须对其在实施合法有效行为过程中未能避免对特定财产所有人造成的不必要的损失予以补偿。如果政府不能如此行事,那么,在它为了达成公共目的而采取率性行为对财产所有人造成了侵害的情形下,尽管政府并没有以褫夺财产的方式为之,政府必须对其行为造成的后果提供救济^[3]。财产所有人遭受的损害类似于政府侵权带来的后果。然而,必须强调的是,这并不意味着可以根据宪法主张侵权法上的恢复原状诉求。因为一旦认可此种做法,那么必然危及法的安定性,如违背政府行为不得反复无常的正当程序要求^[4]。

美国有学者指出:我们当今的准征收原则扮演着实体正当程序权利的角色。同正当程序禁止对公民造成超过必要限度的损害诉求一样,人们通常将准征收法律原则理解为个人对抗国家施加于其上的极端且不合理行为的权利,而不是将其视为对全体社会成员予以平等对待的保障。政府对某人准征收是否超过必要限度仅仅取决于政府如何规制其他人的财产^[5]。

无论在理论上还是在实践中,人们对准征收的理解大相径庭,而这些争议主要源于人们试图调和貌合神离的两种观念,一种观念源自理论,另一种则来自实践。然而,这两种观念都已浸透于法律之中。实际上,当涉及到准征收的法律争议时,人们很自然地把上述两种观念作为切入问题的前提。第一个前提是,财产权是由一系列的权利构成的,它不仅包含有形的权利,而且还包括与财产相关的抽象权利。第二个前提是,准征收是平衡两种截然不同极端做法之间的折衷产物:一方面,政府在规制私有财产时而未对因此遭受损害的财产所有人予以补偿;而在另一方面,这种规制超过了一定的限度而构成了对财产的征收。政府规制的权力和财产所有人对财产的占有、使用、支配与收益的权能都是相对的,而不是绝对的^[6]。

我们看到,美国最高法院一直透过判例贯彻它在准征收问题上的两个立场:宪法第五修正案所保护的财产权是由一系列权利构成的;一旦政府对财产使用施加了限制性规定,必须要对财产所有人因财产使用的部分(而非全部)变动遭受的损失予以补偿。

三、准征收司法审查之考量

美国准征收制度可追溯至1922年的*Pennsylvania Coal v. Mahon*^[7]案。从1922年至1987年,美国法

[1] John Fee, *The Takings Clause as a Comparative Right*, 76 Southern California Law Review 1003,1007 (2003).

[2] *Lingle v. Cheron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 528, 542-543 (2005).

[3][4] Penalver, Eduardo M. and Strahilevitz, Lior, *Judicial Takings or Due Process?* p18, <http://ssrn.com/abstract=1791849>.

[5] John Fee, *The Takings Clause as a Comparative Right*, 76 Southern California Law Review 1003,1004 (2003).

[6] John Fee, *The Takings Clause as a Comparative Right*, 76 Southern California Law Review 1003,1011 (2003).

[7] 260 U.S. 393 (1922).

院对治安权规制社会、防止公民权免受滋扰的功能深信不疑,并因此认为治安权的合法有效行使不构成对公民财产的征收,美国宪法第五修正案的征收补偿条款不适用此情形。但是,此后法院逐步认识到合法有效的治安行为对公民财产造成的损害不予赔偿的做法颇为不妥。在1992年的*Lucas*案中,美国法院认为:除非源自财产权自身的限制,无论议会还是议会政府不得颁布任何对财产权予以严厉限制的立法和做出相应的限制措施,而那些源自财产权自身的限制是财产和侵权之类制定法业已施加于所有权人的背景性原则^[1]。当涉及到各州有关财产的制定法时,美国最高法院认为,最高法院必须认真考量这些制定法的背景原则,以慎重确定政府的征收行为是否违背了宪法第五修正案的精神^[2]。如果制定法中的背景原则未做出全新诠释以支持征收行为,那么对财产权的粗暴变动是不予以认可的^[3]。

根据分权制衡(*checks and balances*)原则,政府行为的有效性和合法性必须要受到司法审查。然而,面对政府每每以合法方式进行但却明显对公民造成了侵害的准征收,加之司法消极(*judicial passivism*)或司法谦抑(*judicial deference*)的本性,法院对政府准征收行为的司法审查必然审慎并有所顾忌。美国法院在漫长的准征收司法审查实践中逐渐摸索出一些成熟的做法,即背景原则(*background principles*,或称支持性原则、司法审查考量前提):在进入对准征收的实质性审查前必须考量一些背景性的因素。根据美国学者的研究,这些因素包括:(普通法和制定法上的)非法妨害(*nuisance*)、公共信托(*public trust doctrine*)、风俗习惯(*the law of custom*)^[4]。

(普通法和制定法上的)非法妨害(*nuisance*)是作为常态的背景性考量因素,被称为“*static background principle*”^[5]。在1972年的*Just v. Marinette County*一案中,威斯康星最高法院认为:“任何一个土地所有人没有绝对的、不受制约的权利去改变其所拥有的土地的自然特性,而他此举违背了其所在州的法律并且也侵犯了他人的权利。”^[6]在1992年的*Bernardsville Quarry Inc. v. Borough of Bernardsville*一案中,法院明确指出:“开山采石行为虽然不为法律所禁止……,但是它实际上也构成了侵权中的非法妨害(*nuisance*),是关乎公众福祉、对公众有害的行为。”^[7]1994年科罗拉多最高法院也曾在判决中指出:“根据科罗拉多州普通法所确立的原则,禁止土地所有人从事散播放射性污染的行为。”^[8]尽管非法妨害(*nuisance*)在准征收的判定中得到了广泛的应用,但是总体来说涉案不多。而且在*Lucas*案之后,法院采取消极主义立场,只有在法院发现非法妨害而政府也承认非法妨害事实的前提下,法院才考量非法妨害因素。

1842年在*Martin v. Waddell*^[9]案中,美国最高法院明确了新泽西州最高法院在*Arnold v. Mundy*^[10]案中确立的公共信托理论。最高法院认为,美国各州人民已无可辩驳地取代英国国王成为主权者,为了

[1] *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003,1029(1992).

[2] 参见 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98,115(1992).

[3] *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003,1028(1992).

[4] James Burling, *The Latest Take on Background Principles and the States' Law of Property After Lucas and Palazzolo*, 24 University of Hawaii Law Review 497(2002).

[5] James Burling, *The Latest Take on Background Principles and the States' Law of Property After Lucas and Palazzolo*, 24 University of Hawaii Law Review 497,503(2002).

[6] *Just v. Marinette County*, 201 N.W. 2d 761,768(Wis,1972).

[7] *Bernardsville Quarry Inc. v. Borough of Bernardsville*, 608 A. 2d 1377,1384-1385(N.J. 1992).

[8] *State Dep 's of Health v. The Mill*, 887 P.2d 993,1002(Colo.1994).

[9] *Martin v. Waddell*, 41 U.S. 367 (1842).

[10] *Arnold v. Mundy*, 6 N.J.L. 1 (1821).

公众自由和不受限制的形式权利,美国及其各州政府拥有不可推卸的责任以人民信托的方式对公共财产进行托管;而某一行为是否符合公共利益取决于公众的需要而不是财产的特殊使用模式^[1]。在关于公共信托里程碑式的判例——*Illinois Central Railroad v. Illinois*^[2]案中,美国最高法院认为,公共信托财产的管理应当符合“以直接供一般民众使用的目的”、“以供广大一般民众的使用为目的”以及“不得转让”三个原则^[3]。如果政府的对私人财产规制行为违背了公共信托的要求,即对该财产的规制不能满足提供广大一般民众使用为目的,则构成准征收。近年来,公共信托理论在美国的适用出现了新的发展,这主要体现在以下两方面^[4]:首先,针对可能对公共资源造成危害的州(或国家)行为(包括行政行为和立法行为在内),各法院不再仅仅依赖公共信托理论,而是综合公共信托理论、州宪法相关条款或州环保法律来宣布其无效;其次,针对政府通过征收方式对私人财产的开发行为,各法院在考虑综合公共信托理论、州宪法相关条款或州环保法律的基础上予以积极支持。

将风俗习惯(the law of custom)作为准征收司法审查考量因素的典型案例是 *Stvens v. City of Cannon Beach* 案。根据该案,俄勒冈最高法院认为风俗习惯适用于土地征收的情形须满足以下要求:不违背当下的社会观念;不存在时效中断的情形;和平地占有;公共使用已合理地分摊到该幅土地和其他社会福祉中;产权是清晰的;此情形下所对风俗习惯的遵循是一种义务(而不是仅仅让土地所有人认识到公众通行权);该风俗与其他风俗和法律规定不矛盾^[5]。如在 *Public Access Shoreline Hawai'i v. Hawai'i Conty Planning Commission* 一案中,夏威夷最高法院充分尊重了夏威夷土著人的传统与风俗,摒弃了根植于英美文化中的财产权观念,适用夏威夷土著人的“Aloha Spirit”处理土地征收问题^[6]。

实践中,是否任何情况下都适用背景原则,需要从两方面考虑:一方面,根据固有的财产法上的共识:“买方须继受卖方的衣钵”^[7],如果买方在交易时知晓买受财产上存在着合法限制,他无权在交易成立后就提出异议;因此,在另一方面,“买方须继受卖方的衣钵”的适用范围是有限的。从1984年开始,美国各级法院都在探寻此界限,逐步发展出了“告知原则”,即若买受人在取得所有权时知晓买受财产上存在着合法限制,则构成征收。*Claridge v. New Hampshire Wetlands Board*^[8]案首次适用“告知原则”,后经 *Nollan v. California Coastal Commission*^[9]案至2000年的 *Palazzolo v. Rhode Island*^[10]案发展成熟。2001年,最高法院在 *Palazzolo v. Rhode Island* 案判决中指出:“如果我们认可州的规定,那么后手财产所有人的权利是优于州的义务,即他有权拒绝任何州所施加其财产使用上极端的或不合理的措施。实际上,允许州所做的只是对宪法上的征收补偿条款做出时效规定。然而,这也不是放之四海皆准的原则。财产所有人的继承人也有权对施加在土地使用和价值上的不合理限制主张权利。”^[11]然而,如果原土地所有人受到了州对土地做出的规制,那么买受人可能根据上述理由而主张补偿,这无疑是一笔横

[1] *Martin v. Waddell*, 41 U.S. 367, 411 (1842).

[2] *Illinois Central Railroad v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892).

[3] See Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention*, 68 MICH. L. REV. 471 (1970).

[4] Alexandra B. Klass, *Modern Public Trust Principles: Recognizing Rights and Integrating Standards*, Notre Dame Law Review, vol. 82, 699, 728-730 (2006).

[5] *Stvens v. City of Cannon Beach*, 114 S. Ct. 1332, 1333 (1994) (Scalia, J., dissenting).

[6] *Public Access Shoreline Hawai'i v. Hawai'i Conty Planning Commission*, 79 Hawai'i 451, 903 P.2d at 1272 n.44.

[7] *Graff v. Smith's Admors*, 1 U.S. (1 Dall.) 481, 485 (1789).

[8] 485 A.2d 287 (N.H. 1984).

[9] 483 U.S. 825 (1987).

[10] 746 A.2d 707 (R.I. 2000).

[11] *Palazzolo v. Rhode Island*, 533 U.S. 606, 627 (2001).

财,对原土地所有人有失公允。对此,最高法院认为买受人应受“告知原则”的制约,“告知原则”的初衷是告诫“州不能粗暴地用霍布斯式的手段对付洛克式的权利诉求”,“防止州政府因征收而获得不义之财”^[1]。因此,事先施加于财产上的规制并不能使所有权人随意援引背景原则来对抗这些规制。

四、结 语

国家权力的行使必须存在界限,否则孱弱的公民权必然受到恣意侵犯。征收制度的历史发展轨迹对此作出了最好的印证。各国早期的征收征用制度都局限于对私人财产权的剥夺。随着社会经济的发展和财产概念的丰富,各国的征收征用制度经历了一个不断扩展的趋势,这体现在:从对象而言,经历了一个从不动产到动产再到无形财产的过程;从行为方式而言,经历了一个取得财产权到限制财产权再到合法行使公权力附带性的侵害财产权的过程^[2]。进入20世纪50年代后,德国的公用征收制度逐渐开始将国家合法行使公权力附带性的给公民造成的特别损害纳入应予补偿的范畴;英国透过“妨害与干扰”制度予以规范;中国台湾地区则以“公权力附随效果引发的损害”予以规制^[3]。总之,国家权力行使的正当性全赖其对全民福祉的提升,合法公权力的运行亦不得侵犯公民的基本权利,其对公民财产造成的损害理应纳入征收补偿制度中予以规范。

美国准征收制度也给我们一些启示:应全方位、多角度考量我国所面临的矛盾凸显的拆迁问题,以化解日益突出的社会矛盾,最大限度地保障公民权利,体现2004年宪法修正案所明确的“国家尊重和保障人权”之愿景。为此,在拆迁实践中,应着重从以下各方面综合考虑、妥善处理问题:首先,应全面了解拆迁土地及其附着物的权属和使用状况;其次,正确处理公法和私法关于财产权保障条款的冲突。由于准征收事关私人财产权,所以应首先探寻民法等私法上对财产权保障或限制性规定与原则,然后再去审视土地法、规划法等公法上的相关规定,审慎处理公法与私法在此方面存在的冲突,极力防止“公法遁入私法”或“私法遁入公法”现象发生而损害公民的基本权利;再者,应尊重各地不同的土地使用风俗习惯。尽管我国土地属于国有或集体,但是应充分尊重历史久远的乡俗、民约,妥善对待历史遗留问题;最后,法院也应本着人权保障的理念,适当采取积极主义立场,妥善处理拆迁纠纷。

美国准征收制度中的背景性考量原则还提醒我们,不能一味地拘泥于制定法所确定的规则,应审时度势:“就像大海中的锚一样,背景原则并不阻止渐进式的财产变动,而是致力于防范通过立法对财产权产生天翻地覆般的变化而使公民权利受到侵害”^[4];“我们的处境日益糟糕:我们竟然忘了:公众强烈提高公共服务品质的期望是不存在捷径的,只有制度改革方能适应变革,这是必须付出的代价。”^[5]在这个过程中,司法应当积极充当基本权利的守护人角色。

[责任编辑:钱继秋]

[1]Palazzolo v. Rhode Island, 533 U.S. 606,627(2001).

[2]郑嵘:《美国管制性夺取制度研究》,厦门大学博士论文2008年,第2页。

[3]翁岳生主编:《行政法》,〔北京〕中国法制出版社2000年版,第1781页。

[4]Stvens J. Eagle, *The 1997 Regulatory Takings Quartet: Retreating from the “Rule of Law”*, 42N.Y.L. Sch. L. Rev.345, 399 n.337(1998).

[5]Pennsylvania Coal v. Mahon, 260 U.S. 393,416(1922).