

对征收与征用的一个辨析

刘向民

内容提要：本文对征收与征用的关系进行了辨析，指出国内学者对征收/征用的二分法有过于简单化之虞，不利于实现对所有财产的公平保护。本文用美国法中的 taking 这一概念考察包括对动产、不动产、无形财产在内的所有形式财产的征收与征用的不同情形，指出一切形式的征收、征用都应该以公共利益为目的，按照法律授权，并给予公正补偿。

关键词：征收 征用 规制性征用 辨析 公正补偿

刘向民，美国耶鲁大学法学博士，现任职于全国社会保障基金理事会。

国内学者对征收与征用的内容与关系的研究，最典型的一种观点^[1]如下：征收涉及所有权的转移，征用只涉及使用权的转移；征收的对象限于不动产，征用的对象则包括动产和不动产；征收适用于一般情况，征用则仅限于紧急情况；征收必须符合公共利益、法定程序、公正补偿这三项法定条件的要求，征用则不受这三项条件约束，可以在紧急情况下任意使用，且不必补偿（只有在发生毁损不能返还时才需照价赔偿）。这种观点似乎已被法学界广泛接受，并付诸立法实践。比如，修订后的《宪法》规定，国家为了公共利益的需要，可以对土地或公民私有财产进行征收、征用并给予补偿。^[2]但《宪法》并没有把征收的对象限于不动产，因为第13条第3款规定可以对“私有财产”实行征收或者征用，而私有财产显然包括动产和房屋在内的不动产。此外，同款还规定征用也是要“给予补偿”的，并没有把征用限于如返还则不必补偿的紧急状态。去年生效的《物权法》则更明显地受到了上述征收/征用二分法的影响，且在具体条文上几乎完全接受了一些学者建议的语言。即在紧急情况下，国家可以征用动产或不动产；使用后必须返还；发生损毁、灭失的，给予补偿。^[3]征收的对象只限于不动产。^[4]所幸最后通过的法律在征用之前加上了“依照法律规定的权限和程序”的限制，没有采纳有些学者关于在紧急情况下征用“不可能依照什么法律权限，履行什么法律程序，而被征用财产的公民和法人必须服从”^[5]的看法。

以上对征收征用的理解显然过于简单化了。事实上，征收的对象不仅限于不动产，也包括动产、知识产权、无形资产在内的一切形式的财产；征用的对象也同样广泛。比如，国家为使更多的患者吃得起药，将一个治疗艾滋病特效药的知识产权收归国有，这显然属于征收。按以上二分法，征收仅限于不动

[1] 例如，见梁慧星：“宪法修正案对征收和征用的规定——解读修改后的宪法第13条第3款规定”，中国民商法律网2004年7月1日（<http://www.civillaw.com.cn>）；梁慧星：“修宪建议：征收和征用”，中国人大网2004年2月24日（<http://www.npc.gov.cn>）。

[2] 《中华人民共和国宪法》第10条，第13条。

[3] 《中华人民共和国物权法》第44条。

[4] 同上，第42条。

[5] 同上注[1]（2004年7月1日）。

产;而对动产只能进行征用,且必须发生在紧急状态下。这样一来,国家岂不是没有法定权力进行上述对知识产权的征收?征收可以发生在平时,也可以发生在战时等紧急情况下;同理,征用也可以发生在包括平时和紧急时期的任何情况下。事实上,现代社会政府对财产的大量侵犯都是在未取得所有权的情况下进行的。比如,由于政府行为产生的噪音、污染等严重损害了财产的价值;或政府对财产用途进行管理,从而造成财产经济价值的重大损失。这些是征收,还是征用?恐怕难以简单地按此二分法归类。要不要补偿?在大多数情况下显然需要。显然,现实世界政府对财产权的合法侵犯情况和种类远远超过了以所有权/使用权的区别为基础的征收/征用的简单二分法。财产权不仅仅是所有权和使用权,它是包括财产的所有权、使用权、受益权、处置权在内的一揽子权利的总称。对所有权的强制取得也好,对使用权的严重限制也罢,都是对财产权利的侵犯。只有程度不同,并无本质区别。如将征用理解为将所有权之外的财产权排除在“三项条件”的法律保护之外,将征收理解为只限于不动产,并将征用理解为只限于紧急状态且可以不予补偿的话,那么可以想象在公民财产权的保护方面将留下多少空白!

从思想渊源上看,上述二分法来源于大陆法系对所有权/使用权的过于简化的理解。比如,《法国民法典》第545条规定:“任何人不得被强制转让其所有权,但因公用并在事前受公正补偿时,不在此限。”《德国基本法》第14条第3款规定:“剥夺所有权只有为公共福利的目的才能被允许。”《意大利民法典》第835条规定:“在发生公共事务、军事、民事的重大紧急需求的情况下,可以对动产或不动产进行征调。”如上所述,所有权只是财产权的一个方面。政府对财产权的合法侵犯可以是对所有权,也可以是对使用权、处置权、受益权等一系列财产权利的不同程度的侵犯。这种侵犯可以发生在紧急情况下,也可以发生在平时。事实上,绝大多数的非征收性“征收”和“征用”都是发生在平时。按照上述二分法,岂不是这些对公民财产的大多数侵犯都不受法律约束?事实上,所谓取得财产所有权的征收只构成现实生活中政府合法侵犯财产行为的一小部分;大部分对财产权的侵犯以“占用性”征用和“管理性”征用的形式出现。相比于大陆法系和我国对征收/征用的简单区分,以美国为代表的普通法系则将二者统一对待,在概念上、理论上和立法、司法实践上都用一个词“taking”来涵盖所有政府对私人财产的强制征收或征用。比如,美国联邦宪法第五修正案规定:“不予公正补偿,私人财产不得被征为公用。”里面用的即是taking这个统一的概念。在司法判例、理论分析中用的也是taking这个概念。美国关于taking的司法实践和理论研究十分丰富。对其进行梳理,可以发现征收/征用的简单二分很难全面反映现实世界的复杂性,用之指导立法和司法实践也难以实现对财产的平等有效保护。用一个统一的taking概念考察征收征用等问题有其合理性。随着我国市场经济的深入发展,公民权利意识的成熟,有必要进一步思考征收/征用的区别和联系以及它们适用的范围,以更好地保护公民财产权利,更好地用法治规范政府行为。

以下本文以美国司法的重要判例为素材,系统梳理现代社会征收征用的不同类型及其法律共性。为与“征收/征用”二分法相区别,本文只用征用作为英文“taking”的中文同义词,取的是政府“征”私人财产为政府或公共所“用”之意。而“征收”从字义上看似乎只能体现“征”的一面,不能体现“用”的一面。政府必须“征”私人财产,“用”于公共目的,这样的征用才具有合法性。只强调“征”和“收”归政府所有,似乎不如“征用”那样能够更好地表达这种政府强制侵犯私人财产的合法性。因此,本文用“征用”这个统一的概念来包含包括征收/征用在内的一切政府对公民财产的合法侵犯。

一 征用的不同种类

研究征用问题的一个最基本的问题是,政府到底有没有征用私人财产?这个最基本的问题正是美国关于征用的宪法案件里诉讼最多的问题。总的来说,征用可以分为三大类:“占有性”征用、“占用性”征用和“管理性”征用。

(一)“占有性”征用

“占有性”征用即我国及大陆法系意义上的“征收”——政府将财产的所有权收归己有。“占有性”征用的对象既可以是不动产,也可以是动产、金融资产或其他无形财产。在“占有性”征用下,政府必须正式地行使征用权力,以公共利益为目的,经过合法程序,支付公正补偿。^[6]政府将不动产收归己有,是最直截了当的“占有性”征用,受前述三项法律约束。政府取得动产的所有权,将动产收归己有,也是“占有性”征用。这方面的经典案例发生在美国佛罗里达州。^[7]当地的一条法律规定,在 Interpleader 账户^[8]所积累的利息归政府所有。该账户里的现金是未定归属的私有财产,其利息显然也是私有财产。政府直接将私人财产收归己有,使私有财产的所有权发生了转移。美国最高法院判决这是最直截了当的、经典的征用。如前所述,“占有性”征用的对象可以是不动产,也可以是动产、金融资产、知识产权及其他无形资产。

(二)“占用性”征用

第二类为“占用性”征用,即政府虽然没有取得名义所有权,但实质上永久性地取得了财产的使用权。这相当于征收/征用二分法中的“征用”,只是范围要广得多。这种名义上的不“占有”却是实质上的“占有”。因为财产权的本质属性之一是排他性。由于政府永久性地占用了财产,就使原所有者的财产权丧失了一种重要本质属性。因此,美国最高法院宣布:“在所有涉及对永久性占用地产行为的违宪审查的案件中,本院都认定了征用的存在。”正如米歇尔曼(Michelman)教授所言,“流行的观点一度认为,在明确的‘占有’之外,唯一可予补偿的征用行为是[对财产的]实际侵犯和占用”。^[9]如果政府对财产进行了永久性的侵犯和占用,不论这种侵犯是多么的微小,都构成征用行为,必须给予补偿。这是美国法中一个明确的法律原则。

对财产的占用性侵犯可以多种形式出现,它至少包括以下四种形式:

第一,有形的侵占。这不仅包括赤裸裸的占据和使用私人财产,还包括将泥土、水或其他物体强加到受侵害一方的财产上。比如,如果政府建造的水坝淹没了他人的土地,这种行为即构成征用。美国最高法院认为:“当土地被人为地强加予水、土、沙,或其他材料或人造结构,以至于被摧毁或损害了使用价值时,^[10]即构成宪法意义上的征用。”^[11]虽然政府没有直接取得财产的所有权,也没有直接占有财产,但美国法院认为,这类行为仍是对私人土地的实际侵占和对私人财产权的一种剥夺。^[12]

第二,无形的侵占。比如,美国空军在某一养鸡场上空进行飞行训练产生了大量噪音,使得该土地不能再被当作养鸡场使用。与上面有形的侵占不同,噪音、气味以及现代的许多其他污染物都是无形的。由政府行为导致的各种污染对财产造成的损害算不算征用?美国最高法院认为,这类对财产无形侵犯的后果“与联邦政府直接侵占土地一样严重”。^[13]对土地所有者的损害来自于“对其所有权领域的直接侵犯”。^[14]

第三,第三方侵害。政府不直接以有形或无形的方式侵犯财产,而是授权第三方永久性地侵犯他人财产,这算不算征用?比如,纽约市通过了一个地方法规,授权有线电视公司在未经所有者许可的情况

[6] 具体关于美国征用制度的系统性论述及与中国征用制度的比较,参见刘向民:“美国的征地行为”,《洪范评论》(吴敬琏、江平主编)第7辑;刘向民:“中美征收制度重要问题之比较”,《中国法学》2007年第6期。

[7] *Webb Fabulous Pharmacies, Inc. v. Beckwith*, 449 U.S. 155 (1980).

[8] Interpleader 账户是暂时存于法院,在诉讼中尚未决定归属的现金。

[9] Frank Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law*, 80 *Harvard Law Review* 1165, 1884 (1967).

[10] 着重号为作者所加。

[11] *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. (13 Wall.) 166 (1872), 181.

[12] *Northern Transp. Co. v. Chicago*, 99 U.S. 635, 642 (1878).

[13] *United States v. Causby*, 328 U.S. 256 (1946), 261.

[14] 同上,第265-266页。

下,在不属于自己的公寓楼上安装电视缆线。虽然这只占用了一立方英尺左右的空间,美国最高法院仍裁定这种行为构成了对他人财产的直接侵犯;并由于是政府授权,从而构成了宪法意义上的征用。^[15]在此案中,法院梳理了许多更早的案例,认为那些案例“明确确立了通过电报、电话线、路轨和地下管道与线路对土地的侵占构成征用,即使它们只侵占了微不足道的空间并且不干涉所有者对其余土地的使用”。^[16]

第四,政府强迫私人财产开放给公众使用。虽然财产的所有权没有发生转移,使用权也没有灭失,但财产权的排他性被政府消灭了,因而也构成征用。比如,一个接近大海的私人湖泊被所有者改造成了一个连接大海的港湾。联邦政府强迫此人将港湾开放为公众使用的行为被美国最高法院判为征用,须付赔偿。^[17]这是因为联邦政府强迫开放私人财产为公众使用,等于将私人财产征用成了公共财产。

但是,以上有关强迫私人财产为公共所用即构成征用的判断并不总是成立,还要看具体情况和具体行为对财产的侵犯程度。上述判例发生后的第二年,美国最高法院对一个同样是强迫私人财产为公众使用的宪法诉讼做出了完全不同的判决。在此案中,美国加州最高法院认为州宪法要求购物中心向公众的言论活动开放。原告购物中心的所有者引述了凯泽—埃特纳案(Kaiser - Aetna),认为这同样是强迫私人财产开放给公众使用,因此要求联邦最高法院认定该行为构成了对购物中心财产的征用,但该案却被联邦最高法院驳回。^[18]与凯泽—埃特纳案相比,两者都涉及私人财产被政府强迫开放给公众使用,为什么判决结果迥异?联邦最高法院认为,关键在于公众使用对财产的价值造成了多大影响。前案中公众对私有港湾的使用会严重地干涉“合理的投资支撑的预期”,即严重干涉了投资该财产所希望获得的主要用途。相比之下,在购物中心进行言论活动并没有对购物中心的主要用途——购物——造成显著影响。雷恩奎斯特(Rehnquist)大法官区分了两案,认为原告没能证明在购物中心禁止言论活动“对购物中心的使用或经济价值是具有根本意义”。^[19]

以上两案说明,由于现实世界的复杂性,政府对私人财产的侵犯是否构成征用这个问题,有时是明确的(比如前述“占有性”征用和某些“占用性”征用),有时又不太明确。很难找到一个放之四海而皆准、可以由法条具体确定下来的标准。在杏园案(Prune Yard)中,最高法院说在作判断时应考虑以下因素:政府行为的特征、经济影响,以及对“合理的投资支撑的预期”的干涉。^[20]但是这些标准在应用到个案当中时是很不确定的。对立法者而言,除了原则性地规定政府除非为公共利益、并做出公正补偿,不得征用私人财产外,很难对每一种具体的征用情况做出规定。在具体的案件中,必须由法院结合事实,合理运用有关原则判断征用的存在。这自然给法院留下了自由裁量权,但同时也给法院的分析能力提出了很高的要求。

(三) 紧急情况下的征用

征用问题的另一个难点是所谓紧急情况下的例外。即在紧急情况下,政府即使没收或占用了财产,也可能不构成需要补偿的征用。但是,什么样的紧急情况下的政府行为不受第五修正案约束?这方面的案例也是不一致的。在二战初期,美军摧毁了一家美国公司在菲律宾的炼油设施,以避免其落入日本人手中。美国最高法院认为这种行为不构成征用,无需补偿:“本院早已确立,战争时期的损失必须由战争本身,而不是由政府承担。如何区分可补偿的损失与不可补偿的损失,并没有一成不变的规则可以适用。不同案子的判决必须以不同案子的事实为依据。”^[21]

[15] Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U. S. 419 (1982).

[16] 同上,第430页。

[17] Kaiser - Aetna v. Unites States, 444 U. S. 164 (1979).

[18] PruneYard Shopping Center v. Robins, 447 U. S. 74 (1980).

[19] 同上,第84页。

[20] 同上,第83页。

[21] United States v. Caltex, Inc., 344 U. S. 149 (1952).

战时的例外确实不是一成不变的,而要视事实的不同而异。朝鲜战争时期,美国经历了一次全国性的大罢工。美国联邦政府为了保证战争期间的能源供应而接管了一个煤矿,却被最高法院判定为征用。^[22]与前案中对财产的摧毁不同,这次政府“取得了实际的占有和控制”。^[23]可见,紧急情况下的例外也不能一概而论。战争中为避免炼油设施落入敌手而主动加以摧毁,可以不算征用而不必赔偿。但为了战争需要接管一个煤矿却又算作征用,需要赔偿。

比较这两个案例,政府是否实际地占有和控制财产似乎是决定是否构成征用,进而是否需要补偿的标准。在前一个案例中,美军摧毁了财产,而没有使用财产,因而不属于“占有性”或“占用性”征用,无需补偿。在后一个案例中,政府实际控制和使用了煤矿,属于需要补偿的“占用性”征用。也就是说,即使是在紧急情况下的“占用性”征用,最高法院也要求给予补偿。对比我国学者对紧急情况下征用私人财产的补偿标准——如原物可以归还,则不必补偿;如原物发生缺损或灭失,则需照价赔偿。而美国的司法实践却说明,在紧急情况下,即使最后归还了原物,但只要对财产取得了实际的占有和控制,就需要补偿。相反,如原物发生灭失,但只要没有取得实际的占有和控制,就不需赔偿。这虽然不是一个放之四海而皆准的不变原则,但至少说明,即使是在战争这种极端情况下,对财产的征用是否进行补偿也不能简单地用缺损或灭失与否来衡量。

(四)“管理性”征用

相比传统的“占有性”征用和“占用性”征用,“管理性”征用在管理无所不在的现代社会显得尤其重要。政府可以不直接占有或占用、或不授权他人占有或占用财产,而只是对财产进行管理。在什么情况下管理会构成征用?

在普通法中,传统的政府管理是不需补偿的。在美国的宪法领域,管理属于政府合法的“警察权力”。这种“警察权力”不是宪法明文授予的,而是来源于普通法。合法的警察权力包括为了公共卫生、公共安全,或公共福利而对财产进行管理。一个典型的例子是政府有权对工厂的污染进行管理,要求工厂进行整改乃至停产。这种管理来源于警察权力,无需补偿。但是,在某些情况下,管理会对财产所有者造成沉重的负担,以致等同于征用。管理和征用之间的边界是如何确定的?什么时候管理会走得太远,以致变成了征用?近百年的美国司法史告诉我们,回答这个问题并没有明确的规则和现成的答案。但是美国高院在不同的时期运用了以下几个主要的检验方法判断什么时候需要对管理造成的损害进行补偿。

第一种方法是根据公害和公益的区别:如果政府管理是为了防止公害,则属于前述“警察权力”的正当运用,无须补偿。但是,如果政府管理是为了获取公益,则属于征用财产,必须补偿。为什么?因为公众不可以无偿获得利益,但却可以防止公害而不向公害的制造者支付补偿。这种分析正是哈达奇克诉塞巴斯蒂安案(*Hadachek v. Sebastian*)判决的理论基础。该案中,一个地处居住区的造砖厂由于污染严重而成了公害。当地通过了一个规划条例,禁止在居民区建造砖瓦厂。法院判决该规划条例属于合法的管理,因为公害可以由管理消除。^[24]这种公害/公益的二分法看似简单有效,实际运用起来却要复杂得多。首先,要区分两者就不容易。防止甲损害乙,其实就给乙创造了一个公益。在前案中,消除了砖厂这个公害,实际给了当地居民一个公益:一个没有砖厂污染的环境。其次,公害的产生,是由于有两个互不相容的用途:如果砖厂坐落在一个工业区,也许就没有这个公害问题了。所以,问题的核心其实是在两种互不相容的用途中,社会更偏好哪一种?

第二种方法是根据经济损失的大小。如果管理的结果造成财产的损失过大,则可视为征用。运用这一分析方法的经典案例是 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 案。^[25] 该案的争议中心涉及宾夕法尼

[22] *United States v. Pewee Coal Co.*, 341 U.S. 114 (1951).

[23] 同上,第 116 页。

[24] 239 U.S. 394 (1915).

[25] 260 U.S. 393 (1922).

亚州的一部法律,该法禁止一切会造成土地沉陷的煤矿开采。在该法通过之前,煤矿公司已经将土地的表层卖给了马洪,但保留了对表层下的煤矿的开采权。该法律的效果实际是禁止了煤矿公司对这一特定地段的煤矿进行开采。与传统的征用不同,在此政府并没有占有、占用、摧毁或侵犯财产。政府只不过管理了土地的用途。此案提出的问题是,政府的这种管理是否构成了征用?由于此管理使得对这一煤矿的商业性开采变得不可能,其效果相当于彻底剥夺了煤矿的开采权。法院据此判定此管理无偿征用了私人财产,因而违宪。正如霍尔姆斯(Holmes)大法官所言:“一般的规则是,虽然财产可以被管理,如果管理走得太远就变成了征用。”^[26]也就是说,如果管理对财产的经济价值造成的损害太大,就构成了征用,必须予以补偿。如果造成的损害较小,则不算征用。但是,究竟多大的损害才算太大?

如大部分的宪案例一样,要采取一个一成不变的标准是困难的。假设我们可以清楚地定义一个边界,比方说,80%的经济价值被破坏即算征用。那么,在经济损失达到79%时算不算征用?1%的差别就应该造成后果本质上的不同吗?虽然没有、也不可能形成一个清晰的边界,此后的案例至少廓清了这类案件的上限:如果政府管理完全摧毁了财产合理的经济价值,则一定是征用;如果政府管理仅降低了财产价值,但只要还留下了合理的经济价值,就不算征用。这一原则在 Penn Central Transportation Co. v. City of New York 案^[27]一案中得到了清楚的阐释。纽约市将佩恩中央火车站指定为历史建筑,并禁止该建筑的拥有者在原建筑顶上加盖高层。这实际上等于剥夺了财产所有者的一部分使用权(建筑高层的权利)。美国最高法院判定这一行为不构成征用,因为这种管理并没有禁止经济上的所有有效使用,而只是禁止了其中一项使用,甚至没有禁止大楼的其他空中权利。只要合理的经济使用价值还存在,就不构成需要补偿的征用。^[28]

这一原则在 Lucas v. South Carolina Coastal Council 案^[29]中得到了进一步的发展。该案原告卢卡斯花了一百万美金在海边购买了一块地准备修建私宅。在他买地之后,南卡罗来纳州通过了一个保护海岸的法案,禁止在这条海岸线上修建任何住宅。这一管理使得这块土地变得毫无价值。最高法院的判决认为,如果一项管理消除了土地的所有经济用途,即构成征用,必须给予公正补偿。^[30]

第三种方法是附加条件。通常的做法是,在所有者申请土地的开发许可时政府可以强加一个附加条件。这种附加条件通常使公众受益,但对所有者并没有什么好处。这种做法从20世纪70年代伴随着对土地使用管理的大幅度增加而流行起来,因为它实际上为地方政府的公共服务提供了一个廉价的替代品:传统上,公共产品需要由征税来提供,由全体公民来负担;现在,通过使用附加条件,某些公共设施可以由需要进行地产开发的少部分人来提供,且不会对政府和其他纳税人造成负担。对地方政府而言,这种办法既便宜又有效。于是,对土地用途的管理和政府通过土地管理施加附加条件的做法变得非常普遍,以致导致了最高法院的干预,通过司法对这种可疑的权力进行规范。比如,在 Nollan v. California Coastal Commission 案^[31]中,政府对在海边开发地产设置了一个条件,要求地产的所有者必须允许公众通过他的土地去附近的沙滩,即要求授予公众穿行他土地的权利。最高法院判定,给予公众穿行权会构成征用。法院认为,在普通法的“警察权力”下,政府可以为地产开发附加条件,但这种条件必须与防止这种开发造成的损害有合理的关联。在此案中,公众的穿行权和开发项目对沙滩造成的损害并没有合理关联。因而,这个附加条件不是合理的管理,而是强行的掠夺,必须给予补偿。^[32]后来的一个判例进一步

[26] 同上,第415页。

[27] 438 U. S. 104 (1978)。

[28] 同上,第137页。

[29] 505 U. S. 1003 (1992)。

[30] 同上,第1016页。

[31] 483 U. S. 825 (1987)。

[32] 同上,第837页。

认为,光有合理的关联是不够的,附加的条件和该条件所要消除的损害之间还要基本成比例,不能太脱节。^[33]

通过以上的分析可以看出,“管理性”征用是很难用一个统一的标准来衡量的。只有一种情况有明确的答案:当管理的后果造成财产的所有合理经济用途被破坏时,这种管理即构成征用,须予补偿。除此之外的其他情况,都需要运用上述方法结合具体事实进行具体分析,并没有现成的答案。

二 小结

以上分析表明,现实当中政府对私人财产的合法侵犯可以采取多种形式,其范围和多样性均远远超出了一些学者对征收/征用的简单二分以及《物权法》所规定的征收与征用的情形。事实上,征收不局限于不动产,征用也不局限于紧急情况。征收的对象可以是一切形式的财产,紧急情况下也可以征收;征用可以发生在平时,也可以发生在战时。即使是紧急情况下的征用也需要受到法律规范,按实际情况决定是否需补偿。如果说征收与征用是财产制度的一种例外,那么不需补偿也应该是征收/征用制度中的一种例外。从法律实质来看,人为区分征收与征用没有太大意义。本质上,两者都是政府对私有财产的合法侵犯。区别仅限于对财产权利侵犯的范围和程度。因此,本文的分析沿用了美国法的 taking 或“征用”这一统一的概念。具体将这种分析运用于中国实践,也许我们仍然可以保留征收/征用这一纯概念上的区别,但在法律实质上应该将两者统一对待。即,现代社会政府对财产权利的合法侵犯可以划分为两大类:征收(即对财产所有权的取得)和征用(其他一切形式对财产权的合法侵犯);征用又可以划分为两大类:一般性征用和管理性征用。它们适用于一切形式的财产,也适用于平时和战时在内的所有情况。除了紧急情况下的极少数例外,一切形式的征收、征用都应该以公共利益为目的,按照法律授权,并给予公正补偿。

[Abstract] This article presents a critical analysis of the relationship between zhengshou (equivalent of taking title of a property) and zhengyong (equivalent of possessory taking during time of emergency) in the Chinese law. It points out that the above dichotomy oversimplifies the reality and could lead to under-protection of citizens' property rights. Utilizing the American takings jurisprudence, the article points out that legitimate violations of property rights by the government take many forms, including taking title, possessory taking, taking during a national emergency, and more importantly in modern society, regulatory taking. This article advocates a unified approach, to analyzing all forms of taking. With the exception of a few emergency situations, all takings should be for a clear public interest, authorized by law, and fairly compensated.

(责任编辑:毕小青)

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