

## 制度、文化与个人理性的互动

### ——论美国管理性征收规则的诞生

孙 聪

**摘 要** | 管理性征收是指，政府的公共管理行为因对所有权人的权利限制达到某种程度，继而转化成为必须给予合理赔偿的征收。它是发育自美国判例的概念与制度，因此，管理性征收规则的体系显得杂乱无章。但是若从其源头考察就会发现，管理性征收制度中存在着一以贯之的价值目标：约束行政机关权力，保护公民财产权，并尽量平衡个人与集体之间的利益。本文通过对宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案的研究表明，霍姆斯法官在此案中创设的规则实际是既有制度、新的社会背景和法律观念，以及霍姆斯法官的个人偏好相互作用的结果。其价值目标也是基于这种互动而产生的。这对理解美国现代管理性征收制度有着正本清源的作用。

**关键词** | 管理性征收；现代化；法律观念

**作者简介** | 孙聪，洛阳师范学院法学与社会学院讲师，法学博士，研究方向：美国法律史、比较法律文化。

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



管理性征收是发育自美国判例的概念，并依托判例法制度逐渐发展成为一项相对完善的法律制度。管理性征收是指，政府的公共管理行为因对所有权人的权利限制达到某种程度，继而转化成为必须给予合理赔偿的征收。<sup>[1]</sup>与传统的征收相比，

管理性征收最显著的特征是，政府并没有实际占有所有权人的财产。

1922年的宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案（*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*）标志着管理性征收的产生。联邦最高法院的霍姆斯大法官（Justice

\*项目基金：本文为河南省教育厅高等学校人文社会科学研究项目“美国管制性征收制度历史变迁研究”（2021-ZZJH-241）的阶段性成果。

[1] John G. Sprankling, *Understanding Property Law* (3rd ed.), Matthew Bender & Company, Inc., 2012, p. 840.

Holmes)在案件的判决中创设了“管得过多”的公共管理可以认定为征收的规则。<sup>[1]</sup>但是,霍姆斯并没有明确几多才是过多。此后,联邦最高法院的一系列重要判例都在着力解决此问题,并确立了各种判断管理性征收是否发生的标准。但是这些努力都没有能够从根本上解决霍姆斯法官遗留下的问题。自马洪案起直至最近的多兰案,<sup>[2]</sup>联邦最高法院虽然构建了一个相对完善的管理性征收法律体系,但是不止一位美国学者将该体系描述为“一团乱麻”。<sup>[3]</sup>

近年来,随着我国现代化建设的深入,政府的许多行政管理行为已经严重干涉了公民的私人所有权。由此,我国的学者也开始越来越多地关注域外,尤其是管理性征收发源地美国的相关法律制度。<sup>[4]</sup>这些研究虽然全面地梳理了美国管理性征收的核心判例,但是都被美国管理性征收规则表面的杂乱无章迷惑,而没有发现这些规则是成体系的。因此,这些研究都是描述性的,对美国管理性征收法律制度的理解也是碎片化的。实际上,美国管理性征收的基本价值取向在马洪案时就已奠定,即约束行政机关权力,保护公民财产权,并尽量平衡个人与集体之间的利益。<sup>[5]</sup>后续的判例几乎都是围绕这一主题展开的,并以此为核心构建了管理性征收的规则体系。因此,本文的目的就是以宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案为切入点,通过梳理当时的制度状况、文化环境和霍姆斯法官的法律观念,分析管理性征收规则最初产生的原因。

## 一、管理性征收规则与马洪案

人们普遍认为,1922年的宾夕法尼亚煤炭公司

诉马洪案(Pennsylvania Coal Co. v. Mahon)标志着管理性征收规则的产生。该案确立了仅有公共管理行为也可以构成征收的规则。联邦最高法院的大法官们通过该案,将政府对私有财产的规制行为纳入了征收法体系。

### 1. 马洪案的基本事实

宾夕法尼亚煤炭公司诉马洪案发生在该州东北部的产煤县,当地长期受到煤炭开采而引起的地面下沉的困扰。宾夕法尼亚煤炭公司将一块土地的产权转让给了马洪的前一所有人,但在契据中保留了开采此地地下煤矿的权利。马洪在知晓此约定的前提下仍然购买了该幅土地,并定居于此。

在马洪居于此地期间,宾夕法尼亚州通过了《科勒法案》(Kohler Act)。该法令禁止煤炭公司进行任何可能导致地面住宅塌陷的采煤活动。<sup>[6]</sup>因此,煤炭公司必须在地下保留足够支撑地表的煤柱。煤炭公司没有理会禁令而继续进行开采,并且提前告知马洪一家其住宅将受到采煤活动的影响。马洪遂根据科勒法案诉请法院颁发禁制令。在答辩中,宾夕法尼亚煤炭公司主张科勒法案违反宪法规定征收了其采矿权。

宾夕法尼亚州最高法院支持了马洪的诉讼请求,认为科勒法案是州政府合法地行使治安权,煤炭公司的合同权利和财产权被合法地消灭了。因此科勒法案并不构成对宾夕法尼亚煤炭公司采矿权的征收。煤炭公司不服判决并向联邦最高法院提出上诉。在终审判决中,霍姆斯法官(Justice Holmes)推翻了州最高院的判决,转而支持煤炭公司的诉讼请求,认为科勒法案构成对采矿权的征收。

[1] 260 U.S. 393, 415 (1922)。

[2] 512 U.S. 374 (1994)。

[3] Daniel A. Farber, Public Choice and Just Compensation, 9 Const. Commentary 279 (1992); Saul Levmore, Just compensation and Just Politics, 22 Conn. L. Rev. 285, 287 (1990)。

[4] 李尊然:《美国判例法中的管制性征收及其认定标准的演变》,载《国际经济法学刊》2008年第2期;王丽晖:《管制性征收主导判断规则的形成》,载《行政法学研究》2013年第2期;朱学磊:《美国管制性征收界定标准之流变》,载《研究生法学》2013年第5期;彭涛:《美国管制性征收法律制度简史及启示》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》,2015年第3期。

[5] Joseph L. Sax, Takings and Police Power, 74 Yale L.J. 36, 37 (1964)。

[6] 260 U.S. 393, 412-413 (1922)。

## 2. 霍姆斯法官的法庭意见

霍姆斯法官在判决中认定,《科勒法案》征收了宾夕法尼亚公司的财产权。他虽然承认,“如果法律普遍规定,未经赔偿就不能减少财产的某些价值,政府就几乎无法正常运作”。<sup>[1]</sup>因此,某些价值必须向治安权做出让步。但是,政府运用治安权公共管理财产权是有限度的。在判断公共管理是否超过必要限度时,一个应当考虑的事实是公共管理行为减少财产的合理市场价格的程度。<sup>[1]</sup>

为了排除马格勒——海达切克案的标准,霍姆斯法官进一步指出,该案中政府并非在行使治安权。因为该案只涉及“一所私人房屋”,其中承载的公共利益非常有限。因此,该房屋因采煤活动受到的损害并不属于公共妨害。他还认为,该案的“征收程度非常大”,《科勒法案》“意图消灭宾夕法尼亚州所承认的土地中的产权——一项非常值钱的产权”<sup>[2]</sup>。根据宾夕法尼亚州的法例,煤炭公司对煤炭的财产权实际是由采矿权构成的。《科勒法案》则使开采某些特定区域的煤炭在商业上变得不可行。从宪法角度来看,这实际上与征收或者剥夺采矿权几乎具有同样的效果。<sup>[2]</sup>

最后,霍姆斯法官总结道,联邦宪法第五和第十四修正案都要求征收必须出于公共使用的目的,并以支付合理赔偿为前提。但是,当这种看似绝对的保护受到治安权的限制时,人类的的本性就是利用这种限制逐渐地消灭私有财产权。<sup>[3]</sup>因此,一般的规则是,“财产权可以受到某种程度的规制。但如果管得过多,该公共管理行为就应当被认定为征收”。<sup>[3]</sup>

## 3. 布兰代斯法官的反对意见

持反对意见的布兰代斯法官(Justice Brandeis)则采取了传统的立场,认为该案应当适用马格勒——海达切克案的规则:“保护公共健康、安全和道德免受危险威胁的限制规定不是征收。”<sup>[4]</sup>根据此规则,治安权只限制所有权人对财产的有害使用。而当被禁止的使用方式不再构成“有害用途”时,限制规定就会终止,所有权人又将获得完全的所有权。鉴于本案中煤炭公司的行为可能对社会公众产生危害,《科勒法案》的限制性规定就是合宪的。总之,合法的公共管理应当同时满足以下两个条件:(1)政府实施私有财产权公共管理必须是

出于保护公共利益的目的;(2)作为实现目的的手段,公共管理方式应当恰当。<sup>[5]</sup>

根据上述标准,布兰代斯法官区分了规制和征收两种政府行为。他指出,《科勒法案》对采矿权的限制是保护公共利益唯一恰当的手段,并且其恰当性并不因同样的目标可以通过行使征收权来实现而消失。<sup>[5]</sup>就本案而言,宾夕法尼亚煤炭公司继续开采的商业行为已经成为了一种公共妨害。因此,政府有权禁止煤炭公司的开采行为,而不必支付赔偿金。

最后,布兰代斯进一步反驳了霍姆斯提出的“价值减损”标准。他认为,霍姆斯法官在法庭意见中所指的“价值”具有相对性。“如果要考虑因规制而被禁止开采的煤炭的价值,我们就应当将其与土地其他部分的价值相比较”。<sup>[6]</sup>因此,本案对财产价值的衡量不应当局限于支撑地表的那部分煤炭,而应当包括宾夕法尼亚煤炭公司所拥有地产的全部价值。<sup>[6]</sup>“布兰代斯的这种观点在后来的判决中占据了主导地位”。<sup>[7]</sup>

综上所述,霍姆斯法官通过马洪案创设的管理性征收规则的核心即“价值减损标准”(Diminution In Value Test):政府有权对私有财产进行管理,但是这种管理若使得私有财产的价值受到重大减损,则该公共管理行为就会被认定为征收。对于何为“重大减损”,则通过“比较标准”(Balancing Test)得出,即对公共管理产生的价值和受此管理影响的私有财产减损的价值进行比较。若前者大于后者,则不够成重大减损;反之则构成。

## 二、管理性征收的制度要素

在霍姆斯大法官创设管理性征收规则之前,不论制宪者,还是法官都无意将征收条款适用于政府公共管理财产用途的行为。因为,当时的学者们普

[1] 260 U.S. 393, 413 (1922).

[2] 260 U.S. 393, 414 (1922).

[3] 260 U.S. 393, 415 (1922).

[4] 260 U.S. 393, 417 (1922).

[5] 260 U.S. 393, 418 (1922).

[6] 260 U.S. 393, 419 (1922).

[7] John G. Sprankling, Understanding Property Law (3rd ed.), Matthew Bender & Company, Inc., 2012, p. 846.

遍认为征收和公共管理是两项完全不同的主权权能。前者是以征收权(Eminent Domain)为核心的规则体系;后者则以治安权(Police Power)为核心构建规制度。

### 1. 征收条款与立法原意

作为征收条款的起草者,麦迪逊无意将该条款用于规范政府基于公共管理职能,对私有财产的规制行为。当代学者特雷纳(Treanor)的研究指出,征收条款原始的意图只是适用于政府实际取得或占有财产的情形,而非影响财产价值的公共管理行为。<sup>[1]</sup>在制宪时期,有两大因素直接催生了征收条款。它们都与政府获得私有财产所有权的实际征收有关。第一,独立战争中,军队经常征收私有财产充当军备而不加赔偿。随着战事发展,各殖民地议会甚至以褫夺公权法案(Bills of Attainder)的形式,将不加赔偿的征收行为合法化。战争末期即有人对此提出了质疑,并进行反思,并在地方层面制定了“征收条款”,以防止前述情形重演。第二,麦迪逊担心民粹主义泛起,迫使议会通过立法,将富人的财产强制再分配给穷人。<sup>[2]</sup>

### 2. “侵扰”或“有害用途”规则与正当程序条款

美国的法院在当时与麦迪逊的立法意图保持一致,认定政府依据治安权进行的财产用途的公共管理行为不属于征收。治安权是政府保护社会公众健康、道德、安全和福祉的权力。早期的法院将正当程序条款视为对治安权唯一的宪法限制。但是,政府的公共管理行为如果与“合法州利益”(Legitimate State Interests)存在合理联系,且没有侵犯公民的基本权利,财产所有权人就无法获得基于正当程序条款的请求权。因为,政府此时的行为是在排除所有权人因使用其财产而对社会公众造成的公共妨害。这显然不是政府以征收权为基础的征收行为。以下两个早期的判例很好地展示了这一时期美国法院对待上述问题的基本态度。

马格勒诉堪萨斯州案(Mugler v. Kansas)起因于该州颁布的禁酒令。根据该法,除了用于医疗、工程和科学研究,任何人不得在堪萨斯州境内制造和销售蒸馏酒,否则将被判有罪。彼得·马格勒在该法生效之前就经营着一家非常赚钱的酒厂。现在,由于堪萨斯州的禁酒令,该造酒厂的建筑和机器由

于无法用于制造蒸馏酒,而变得“几乎没有任何价值”。<sup>[3]</sup>马格勒认为,堪萨斯州的公共管理行为实际上是对其财产的征收,应当给予赔偿。联邦最高法院则认为,本案与征收问题无涉,而应当查明堪萨斯州的禁酒令是否违反了联邦宪法第十四修正案中关于正当程序的规定。<sup>[3]</sup>哈兰法官(Justice Harlan)在判决中指出,堪萨斯州的禁酒令并没有侵犯任何联邦宪法保护的权力、特权或豁免。因为联邦各州为保护其公民的健康、道德和安全而为公共管理行为,既不是对联邦政府行使权力的干涉,也不会违反联邦宪法所保护的公民权利。<sup>[4]</sup>州政府甚至可以运用治安权摧毁财产权,以消除公害(Nuisance)。在政治社会中,所有的财产都负有一项默示义务:所有权人对财产的使用不应当危害社会。<sup>[5]</sup>总之,治安权旨在保护社会公众的健康、道德和安全。当政府合法行使治安权,且未直接侵占私有财产时,即使公共管理行为损害了财产权,也不构成公用征收。

此后,在海达切克诉塞巴斯蒂安案(Hadacheck v. Sebastian)中,联邦最高法院遇到了相似的情况。原告人海达切克购置了一块富含制砖黏土的土地,并在此建造了制砖厂。彼时,此地还位于远离洛杉矶市的未开发区域。但随着城市规模的扩张,洛杉矶市颁布了一项禁止在特定区域内建造制砖厂的市政法令。该法令造成海达切克财产市场价值的巨额贬损。<sup>[6]</sup>他以政府的该项公共管理构成征收为由提起诉讼。根据案卷中的证据,海达切克制砖厂产生的各种气体和气味,以及尘土,导致“附近居民恶心呕吐和严重不适”。<sup>[7]</sup>因此,法院判定洛杉

[1] William M. Treanor, The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process, 95 Colum. L. Rev. 782 (1995).

[2] William M. Treanor, The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process, 95 Colum. L. Rev. 782, 847 (1995).

[3] 123 U.S. 623, 657 (1887).

[4] 123 U.S. 623, 659 (1887).

[5] 123 U.S. 623, 665 (1887).

[6] 239 U.S. 394, 405 (1915).

[7] 239 U.S. 394, 407 (1915).



矶市的禁令是政府在合法地行使治安权。<sup>[1]</sup>麦肯纳法官（Justice McKenna）认为，治安权是政府最重要的权力之一。因此，“当政府合法地行使治安权时，其存在的必要性使得它可以不受任何限制”。<sup>[2]</sup>这意味着，海达切克无法以其主张的既得权利对抗洛杉矶政府的治安权。因此，海达切克所遭受的经济损失在本质上与公共管理行为无关。

“社会必然进步，阻挡社会进步私人利益必须为社会利益让步”。<sup>[2]</sup>

### 3. 构成管理性征收的制度要素

由上述两案可见，在管理性征收规则产生之前的时代，政府对私有财产的规制或征收就具备了高度的相似性。这不仅为管理性征收规则的产生奠定了基础，还为该标准的构建提供了必要的制度要素。

首先，彼时的财产规制和征收具有行为目的的一致性。根据联邦宪法的规定，政府的征收行为必须以“公共使用”（Public Use）为目的。<sup>[3]</sup>而公共使用通常被等同于“公共利益”（Public Good & Public Interest & Public Benefits），即整体福利的增长。在 Clark v. Nash 案中，联邦最高法院就认为，即使是私主体之间的土地征收，只要能促进当地社区的整体福利，那么征收行为就符合公共使用的标准。<sup>[4]</sup>根据定义，政府主要借助治安权来维护社会公众健康、道德、安全和福祉。这些显然都可以被归入公共利益的范畴。例如上述海达切克案，政府运用治安权禁止了原告的生产活动，从而保障了附近大多数居民的身体健康。因此，政府不论是行使征收权，还是治安权，都是以实现公共利益为目的。

其次，彼时的财产规制和征收的功能和影响具有相似性。征收发生后，被征收者将丧失对其财产的所有权。这里的所有权实际上是指对有体物的财产权利，包括对物的占有、使用和处分的权利。<sup>[5]</sup>当政府运用治安权管理私有财产时，实际上是限制了所有权人上述三种权利中的一种或多种。由此可见，这两种政府行为实质上都严重地阻碍了所有权人对其财产的自由支配。其差异主要体现为阻碍程度的不同：征收完全剥夺了财产权，使所有权人完全无法自由支配其财产。其结果具有唯一性；公共管理行为则依据被规制的权利内容和数量的不同，阻碍程度由轻到重，最重时则与征收一致。其结果具有多样性。

最后，彼时的财产规制和征收都受到共同的宪法限制。根据联邦宪法中征收条款的规定，征收必须遵循“正当的法律程序”（Due Process）。根据当时的判例，法院普遍认为州政府行使治安权的唯一限制是联邦宪法第十四修正案中关于“正当法律程序”的规定。此外，由于联邦宪法第十四修正案中平等保护条款的存在，联邦政府和州政府在征收与财产规制方面的身份差异几乎被消除。法院均会运用正当程序标准，审查两级政府的相关行为。

总之，当时政府对私有财产的规制和征收这两种不同的行为，虽然核心权力不同，但是在目的、功能、影响和宪法限制等方面却具有高度的相似性。政府的财产规制行为是出于维护公共利益的目的，运用公权力对私有财产权施加重大限制，既可能影响公民对财产的自由支配，也可能实质上剥夺公民的财产权。同时，它受到正当程序条款的限制。这几乎与征收条款对征收权的描述一致，为法官在审查财产规制案件时，将政府的公共管理行为纳入征收法体系进行审查提供了最基本的制度连接点。

## 三、管理性征收的文化背景

### 1. 孕育管理性征收的经济状况

霍姆斯法官提出的管理性征收不规则虽然极具创造性，但如果将其置于更为宏观的背景中就会发现，这其实是经济结构转变，以及随之发生的法律观念变迁的必然结果。

当霍姆斯法官提出管理性征收的规则时，美国已经进入了以经济腾飞为核心的现代化成熟时期。<sup>[6]</sup>这无疑造就了美国政治、经济、社会和文化各个方面的深刻变化。在南北战结束，直至 1922 年马洪案最终尘埃落定这段时期内，美国不仅经历了第一

[1] 239 U.S. 394, 409 (1915) .

[2] 239 U.S. 394, 410 (1915) .

[3] U.S.C.A. Const. Amend. V.

[4] Clark v. Nash, 198 U.S. 361, 369-370 (1905) .

[5] United States v. General Motors Corp., 323 U.S. 373, 378 (1945) .

[6] 中国现代化战略研究课题组、中国科学院中国现代化研究中心：《中国现代化报告2004》，北京大学出版社，2004年版，第2-6页。

次世界大战,还经历了两次战后的经济增长。这些都深刻地影响了美国人的观念和美国的制度结构。

南北战争结束后,北方迅速的工业化和新一轮的西进运动保证了美国经济整体的高增长率。首先,南北战争促进了北方工业组织的扩张。由于战争的原因,政治权利从南方的土地主手中转移给了北方的工业资本家。北方的立法者运用新获取的权力,在国会中通过了一系列旨在统一市场并推进工业化的法律。北方政府也依据这些法律建立了相对完善的执行制度,如建立国家银行系统,提高关税以保护本土工业,以及允许征收土地以建设贯通全国的铁路网。<sup>[1]</sup>其次,新一轮的西进运动则是政府敢于私有经济活动的开端。西进运动开启了农业现代化,并在一定程度上是促进了全国经济的增长。为了确保农业更好地发展,在19世纪末期和20世纪初期,政府开始制定法律对自发形成农业生产组织进行管理。这些法律很快地便超出了农业的范围,向其他私有经济领域渗透。<sup>[2]</sup>与农业现代化并行的是全国性铁路网的扩张,但伴随铁路运输现代化的是各种各样的价格歧视。政府遂通过立法规制铁路公司的价格和地区歧视行为。联邦最高法院也通过判例支持了政府的规制立法。<sup>[3]</sup>

现代化从农业、铁路逐渐扩展到其他经济领域,美国经济开始呈现出许多现代特征。<sup>[4]</sup>这其中最为显著的特征是经济结构的转变,即从农业经济变为工业经济。在19世纪80年代,农业仍然是美国社会财富的首要创造部门。但是1890年的统计则显示,制造业创造的财富已经高于农业产出。到1900年,制造业的财富产出已经是农业的两倍。工业化带来了批量化生产(Mass Production)的方式,并促使产业聚集,垄断也随之而生。大型企业的市场垄断行为产生了许多负效应,迫使政府采取行动规制垄断行为。以《谢尔曼法》为代表的一系列反

垄断法案应运而生。

进入20世纪后,美国首先经历了第一次世界大战的洗礼。战争作为一种外部压力,对制度的构建和变迁都具有重大的影响。虽然只经历了19个月的战事,但是美国国内的劳动力和资本却被迅速地大规模动员了起来。<sup>[5]</sup>在参战期间,美国政府通过制定明确的目标,运用官僚体系引导经济运行,其中最为显著地背离美国自由市场传统的当属全国铁路的国有化运动。“至战争结束时,华盛顿已经充斥着处理各种经济问题的政府机构。”<sup>[6]</sup>战争结束后,美国在1920至1921年间经历了短暂的经济衰退后,迅速地进入了一个长时段的经济扩张。强有力经济扩张使得许多人开始相信“恒久繁荣的新时代已然到来”。

总之,自1866年至1918年,美国的经济规模持续扩张,并且推动了整个国家的现代化。经济基础结构的变化,深刻地影响着观念与制度。在工业化过程中,美国政府逐渐地加强了对经济的干预程度,直至一战时期国家统制的出现。这表明,反对自由市场的观念暂时战胜了支持自由市场的观念。随着战事的结束,美国又回到了传统的自由市场道路上。但是,一战期间政府对市场成功地规制却在无形中扩大了反自由主义观念的受众。

## 2. 管理性征收诞生时的法律观念

经济现代化的显著影响之一就是思想观念的现代化。就美国的法律思想而言,其现代化的过程基本与经济现代化同步。曼菲尔德在其研究中就指出,南北战争是最为“重大的社会巨变”,最终“引发了范式层面上的智识变化”。<sup>[7]</sup>在这一时期,人们开始从世俗主义和历史主义的角度审视法律,“祛魅”的深化使得人们更加相信人的主体性。最终实证主义法学在自然法的衰落中兴起。

[1] Gary M. Walton and Hugh Rockoff, History of American Economy, 2005, p. 246.

[2] Gary M. Walton and Hugh Rockoff, History of American Economy, 2005, p. 275.

[3] Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1876).

[4] Gary M. Walton and Hugh Rockoff, History of American Economy, 2005, p. 298.

[5] Gary M. Walton and Hugh Rockoff, History of American Economy, 2005, pp. 381-384.

[6] Gary M. Walton and Hugh Rockoff, History of American Economy, 2005, p. 385.

[7] [美]斯蒂芬·M. 曼菲尔德:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社,2005年版,第147页。

南北战争结束后,科学的博兴和新技术的推广,不仅有力地促进了经济的大发展,还促进了现代主义中心信念——世俗主义和历史主义——的传播。首先,新的经济结构促进了世俗主义的传播。在19世纪下半叶,最能够冲击神学思想的作品无疑是查尔斯·达尔文的《物种起源》(*Origin of Species*)。达尔文的成功及其著作的巨大影响显然受益于全新的经济结构。大规模市场资本主义的发展以及改善了的交通造就了大众文化(Mass Culture)。这使得以达尔文进化论而代表的世俗化理论,可以轻易突破知识分子的狭小圈子,以过往无法比拟的速度从高压文化扩展到大众文化。其次,新经济结构带来的社会大发展,经过达尔文进化论的升华,促进了进步史观的发展。在1866年至1918年这段时期内,许多人都感受到了“过去与现在之间的一种根本的割裂”,甚至还有人认为一个“恒久繁荣的新时代已然到来”。这些观念在进化论的影响下,被知识分子发展为了社会达尔文主义,即人类社会将永远地向着进步的方向发展。当这种现代主义的进步观与美国完善的工具主义和功利主义态度结合在一起时,历史主义的意识就产生了:社会的无限进步可以源自人类的聪明才智。<sup>[1]</sup>

世俗主义和历史主义的观念进一步影响到了人们对待法律的态度,并最终造成自然法的衰落和法律实证主义的兴起。自然法在美国的衰落首先源自该理论内部的分裂。自然法理论内部的分裂,实际上是南北战争时期双方意识形态冲突的集中表现。在此之前,美国的学者们通常认为自然法和自然权利是有机统一的,后者是前者的重要组成部分。但是,战争时期,在由奴隶制存废引发的争论和冲突中,自然法和自然权利产生了分裂。北方人开始支持自然权利,而南方人则投向了自然法的怀抱。前者认为《独立宣言》中宣称的个人自由的自然权利是对奴隶制的拒斥;后者主张自然法给社会强加了一种自然秩序,每个人都有自己在社会中的位置,而政府则有权通过立法维护该秩序。这种分裂使得战后政权不得不抛弃自然法理论,转而求助于人民主权理论以论证其合法性。林肯政府所强调的“民有、民治、民享之政府”,实际上“与实证主义的法律观是相互呼应的”。<sup>[2]</sup>

人民主权理论所代表的实证主义,借助战后的世俗主义思潮,迅速地在法律观念领域蔓延开来。

由于缺乏科学性,美国的知识分子开始拒斥将法律的合法性归于神启和自然法。而历史主义的出现则让他们更加怀疑是否存在超验性的自然法原则。这就迫使美国的法律人不得不以现实的眼光寻求法律合法性的基础。

美国法律人寻求法律客观的合法性基础的首次尝试是兰德尔主义的法律科学革命。南北战争结束后,美国的大学得以重建。在世俗化的浪潮中,许多学科都开始强调自己具有科学所具有的权威性,以摆脱神学极端的主观性、相对性和专断性。在这种科学主义的熏陶下,现代化的大学开始在美国出现,哈佛大学即是其中的佼佼者。1870年,克里斯托弗·哥伦布·兰德尔(Christopher Columbus Langdell)就任哈佛法学院院长,并展开了一系列教学改革。最终,兰德尔不仅开创了现代法律教育模式,更使得法律学术被专业化了。兰德尔主义的法律科学便产生于此。兰德尔主义者以科学权威为信念,搜寻有关现实的科学知识,并运用逻辑系统化自己的发现。因此,兰德尔主义者是理性主义者,他们主要依赖于抽象的理性和逻辑研究现实中法律。这塑造了兰德尔主义法律科学的两个中心特征:“对已决案例的实证主义的关注,以及使用归纳推理来发现法律原则”。<sup>[3]</sup>实际上,这两个特征是在以理性为核心的演绎推理的指导下发挥作用的。兰德尔主义的法律科学把法律体系想象成为一个由少数公理性原则统帅的有序规则体系。法律人只需从这些原则出发,运用理性进行逻辑推理,就可以根据规则精确的分析性定义得到唯一的结果,以解决法律问题。与自然法理论的进路不同,兰德尔主义者认为公理性的法律原则是随着时间发展和进化的,而非自然法原则那样具有超验性。这意味着,在兰德尔主义的法律科学理论中,人获得了主体性,

[1] [美]斯蒂芬·M.曼菲尔德:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社,2005年版,第152页。

[2] [美]斯蒂芬·M.曼菲尔德:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社,2005年版,第164页。

[3] [美]斯蒂芬·M.曼菲尔德:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社,2005年版,第172页。



并具备了理性建构的能力。法官不再被动地依据理性发现法律,而能够主动地依据理性创造法律。<sup>[1]</sup>正是在这个意义上,兰德尔主义的法律科学思潮,既是理性主义的,又是实证主义的。

#### 四、霍姆斯法官的个人理性

现在重新将视野转回到霍姆斯大法官身上。管理性征收规则产生于霍姆斯法官之手,绝非完全的偶然性事件。该规则实际上是霍姆斯法官理性选择的产物。此处,他的个人理性,或者说偏好,主要表现为以实用主义哲学为世界观,以英国经验主义和历史主义为方法论的法律思想。它基于霍姆斯法官的生活经历、学术思考,以及实务工作而产生。最终,霍姆斯又基于前述偏好进行司法行动,将既有制度要素重新组合,最终产出新的制度,即管理性征收规则。

小奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr.)与兰德尔是同一个时代的人。他不仅毕业于哈佛法学院,还在兰德尔执掌学院期间就职于此。因此,霍姆斯不可避免地会受到法律实证主义,尤其是兰德尔主义的法律科学理论的影响。虽然美国理论界通常认为霍姆斯是兰德尔的第一个重要批评者,但是在职业生涯的早期,他确实同兰德尔主义有着紧密的联系。霍姆斯同兰德尔主义者一样拒斥自然法,并批评信奉自然法的法学家是天真的。<sup>[2]</sup>他支持奥斯丁的法律命令论(The Command Theory of Law),“主权是一种形式的权力,而主权者的意志就是法律,这是因为他有权强迫人们服从或处罚不服从的人,而不是因为其他原因”。<sup>[3]</sup>霍姆斯的早期代表作《普通法》也是受到兰德尔主义影响的产物。该书试图从一个基本原则出发,运用演绎推理获得具体规则,从而重新对普通法的体系进行概念化。霍姆斯在书中写道:“接下来两讲

的课题是探明:就一切侵权责任的最深层次而言,有没有一个共同的基础,假如有的话,这个基础是什么。如果这一努力获得成功,就能够揭示普通法上的民事责任的一般性原则。”<sup>[4]</sup>因此,早期的霍姆斯是位忠诚的兰德尔式的实证主义者。

但是,霍姆斯在后来逐渐走上了批判兰德尔主义的道路。这主要是因为霍姆斯收到了来自美国实用主义哲学和历史法学派的深刻影响。自1864年退役返乡起,霍姆斯便开始经常性地与威廉·詹姆斯(William James)、查尔斯·皮尔斯(Charles Peirce)、约翰·格雷(John Gray)等人组织学术性的聚会,讨论广博且深刻地哲学问题。到19世纪60年代末,他们共同将这种聚会发展为了“形而上学俱乐部”(The Metaphysical Club)。霍姆斯的实用主义哲学观直接源自皮尔斯和詹姆斯的影响。<sup>[5]</sup>查尔斯·皮尔斯是美国实用主义哲学的开创者,首先在美国提出了实用主义的基本原则,即一个思想上的概念或观念的意义是这个概念可以设想的实际后果。而对于这些结果的衡量,只能依据外在的、公共的标准。<sup>[6]</sup>因此,知识的实质是公共性,并通过集体共享的实践经验获得。威廉·詹姆斯发展了皮尔斯的实用主义信条。他在《实用主义》中宣称,“真理是发生在意识中的。它之所以为真,是事件使之成真。它的真实性实际上是事件或过程,就是它证实它本身的过程,就是它的证实过程,它的有效性就是使之生效的过程”<sup>[7]</sup>。因此,真理的检验标准就是它的实际结果:因为它是真实的,所以它有用;因为它有用,所以是真实的。总之,皮尔斯和詹姆斯的实用主义哲学认为,检验命题真伪的唯一标准是该命题是否达到我们的目的、满足我们的需要。其中,目的与需要是外在的、公共性的,主要来自人类共同体的实践经验。

受此影响,霍姆斯认为,权利和义务仅仅是对

[1] [美]斯蒂芬·M.曼非尔德:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社,2005年版,第183-184页。

[2] Oliver Wendell Holmes, Natural Law, 32 Harv. L. Rev. 40, 41 (1918).

[3] Oliver Wendell Holmes, Law and Command, 6 Am. L. Rev. 723 (1872).

[4] [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社,2006年版,第67页。

[5] Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, Oxford University Press, 1995, p.35.

[6] Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, Oxford University Press, 1995, pp.39-40.

[7] [美]威廉·詹姆斯:《实用主义》,燕晓冬编译,重庆出版社,2006年版,第143页。



人类行为的预测,也即违法行为所引发的特定后果。他在《法律的道路》中指出,法律权利和义务只是对某人为或不为某行为,而可能引起的法律责任的预测。<sup>[1]</sup>在现代社会中,法律责任通常由法院依据法律确定。而法律就是“一个时代为人们所感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开宣布的还是下意识的,甚至是法官与其同胞们共有的偏见”<sup>[2]</sup>。换言之,法律就是外在的、公共性的客观标准。因此,“法律的标准是普遍适用的标准。……换句话说,法律考虑的是,对于一个普通人,也即一个具有正常的智力和审慎的人来说,什么是可归责的,并据此确定责任。”<sup>[3]</sup>由此可见,霍姆斯的法学思想较兰德尔主义者更加世俗化。他不仅认为法律是主权者的命令,更认为法律,作为一种知识,还源自人类的实践经验,并且是人类实现达成目标和价值的工具。诚如霍姆斯所言,法律研究应该以预测“公共力量通过法院这一工具的出现”为自己的目标。<sup>[4]</sup>

上述世俗主义和实在主义的哲学观,决定了霍姆斯会主动选择接受历史法学派的相关理论。因为,在他看来,历史就是现实世界中人之经验的主要来源。19世纪下半叶,美国开始出现历史法学派。它主要接受了来自弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)和亨利·梅因(Henry Maine)的观点,认为法律是一个民族缓慢发展的文化的一部分。在美国,詹姆斯·柯立芝·卡特(James Coolidge Carter)是历史法学派的最早拥护者。历史法学派将法律与民族性结合起来看待是基于其历史观的指引。在历史学派看来,“历史是显露了由人类聪明才智激发的无穷进步的潜在可能”,因此人类可以为了总体的福利而对社会进行控制和再组织。<sup>[4]</sup>对霍姆斯而言,虽然逻辑是重要的,但是法律的实用性永远是居于首位的。因此,他毫不

犹豫地接受了历史学派的观点。在《普通法》中,霍姆斯宣称:“法律的生长是立法性的。……那些法官很少提及、而总是为其辩护的那些考虑,恰恰就是法律抽取生命之液的秘密根茎。我指的当然就是对于相关共同体来说什么才是最便利的这样的考虑。”<sup>[5]</sup>基于实证主义和历史主义的认识进路,霍姆斯认为法官拥有制定法律的权力,特别是有意地为了公共善益而制定法律的权力。例如,在讨论邮箱规则时,“人们的疑问是,合同已经完备的时间,究竟是回复的允诺(The Return Promise)放进信箱之时,还是在它被收到之时”,霍姆斯主张:“假如便利(Convenience)压倒其他的考虑,那么,便利本身就是采纳便利原则的充分理由。”<sup>[6]</sup>而兰德尔对待此问题时,则是严格依据三段论进行推理,并得出到达邮箱即完备的结论。

由上可见,霍姆斯虽然深受兰德尔主义的法律科学思潮影响,但是并没有丝毫放弃对实践经验的思考。因此,他的法律观是一种结合了实证主义和历史主义的更为现代化的思想。首先,霍姆斯关注现实中的法律。受到现代化进程中世俗主义的影响,霍姆斯与同时代的兰德尔等人一样,拒斥了自然法,并将眼光转向现实中的法律。他强调原则和逻辑,认为人可以通过原则和逻辑掌握法律、制定法律。其次,霍姆斯还关注法律的历史性。在现代化的大背景中,他接受了历史主义的观点,并持有进步史观,认为社会可以无限进步,人类则可以运用理性控制和疏导社会变化。因此,法官不是在发现法律,而是以维护和提高公共善益为目标,创造法律。总之,霍姆斯在法律观上的偏好是完全现代主义的。

综上所述,早在管理性征收规则产生之前,以现代化为核心的社会现代化浪潮就已经席卷了美国。它强有力地改变了美国经济的基础结构,并深刻地促进了美国人挂念的变迁:神学消隐,世俗主

[1] Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 458 (1897).

[2] [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社,2006年版,第1页。

[3] [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社,2006年版,第94页。

[4] [美]斯蒂芬·M.曼菲尔德:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社,2005年版,第195页。

[5] [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社,2006年版,第32页。

[6] [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社,2006年版,第269-270页。

义和历史主义开始大行其道。这种观念的变迁在法律领域表现为自然法的衰落和法律实证主义的兴起。霍姆斯作为这场历史运动的经历者,在个人理性的支配下,选择将兰德尔主义的法律科学和历史主义相结合。这使其成为了一个完全的现代主义者。

## 五、结语

管理性征收的规则产生于霍姆斯法官之手绝非偶然。它实际上是既有制度、新的社会背景和法律观念,以及霍姆斯法官的个人偏好相互作用的结果。在马洪案之前,法律中的关于征收与公共管理的令人迷惑的规定,以及法院的司法实践就已经为管理性征收的出现提供了制度要素。此时,法院通过普通法中的“侵扰”或“有害用途”规则,以及联邦宪法第十四修正案中的正当程序条款,证成了政府管制私有财产的合法性,并成功地将内部成本外部化,从而有力地支持了政府对经济活动的干预。

法院的这种态度实际是南北战争后,美国全面开始现代化的结果。在1866至1918年间,美国以经济现代化为核心的现代化进程全面地改变了人们的观念,并在法律领域促成了实证主义观念的崛起。在现代化浪潮的冲击下,政府权力的范围开始扩张,并突出地表现为对经济活动的干预逐渐加强。最终,在“一战”期间,曾以自由主义经济著称的美国甚至一度出现了国家统制。当这种以理性主义为核心的现代化思潮进入法律领域后,美国出现了法律实证主义,并且逐渐地表现出法律工具主义倾向。

当缺少新的政治行动者参与时,不论是既存的制度要素,还是法律观念的变迁,都无法生成新的

制度。在管理性征收规则诞生的过程中,霍姆斯法官就扮演了新的政治行动者的角色。他的理性主要表现为实用主义哲学观统帅下的实证主义的和历史主义的法律观。霍姆斯法官的智识来源几乎都是现代化过程的产物。因此,他的个人理性或偏好是对既有的制度框架和当时文化背景中,智识要素的重新组合。正是在该理性的指引下,霍姆斯法官通过审判活动将既有的制度要素和新的法律观念加以连接和整合,并最终创造了管理性征收规则。

正如曼菲尔德所说:“它(法律)总是从位于一端的生活之中采纳新的原则,并且它又总是从位于另一端的历史之中保留旧有的原则。”<sup>[1]</sup>管理性征收规则的诞生,正是在以理性人为中心的现代世界中,既有制度、文化与全新的个人理性互动的结果。霍姆斯法官创造性地将征收条款应用于政府对私有财产的管制,显然意在拯救淹没在现代化浪潮中的个人权利。因此,管理性征收规则诞生之初就具有明确的价值取向,即在尊重公民权利的前提下,平衡个人利益和社会利益。这一价值取向在后续的管理性征收判例中的到了贯彻。

1978年的佩恩中央运输公司诉纽约市案(Penn Central Transportation Company v. City of New York),联邦最高法院创设了多因素平衡标准(Multi-factor Balancing Test),以使马洪案的标准更具可操作性。此后,联邦最高法院有陆续制定了一些确定管理性征收的特别规则。这些判例都很好地贯彻了霍姆斯法官制定管理性征收标准时的价值追求。因此,从管理性征收诞生的历史来看,美国的管理性征收法律制度,是由一项价值追求为目标,以一个基本原则、一个一般规范和若干个特殊规则构成的法律体系。

[1] [美] 斯蒂芬·M.曼菲尔德:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社,2005年版,第199页。