

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·公法系列

Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain



征收 ——私人财产和征用权

[美] 理查德·A·艾珀斯坦 (Richard A. Epstein) 著

李昊 刘刚 翟小波 译

 中国人民大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·公法系列

征收 ——私人财产和征用权

图书在版编目 (CIP) 数据

征收——私人财产和征用权/[美] 艾珀斯坦著; 李昊等译.

北京: 中国人民大学出版社, 2011

(法学译丛·公法系列)

ISBN 978-7-300-14060-5

I. 征…

II. ①艾…②李…

III. 征收-司法制度-研究-美国

IV. D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 180034 号

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·公法系列

征收——私人财产和征用权

[美] 理查德·A·艾珀斯坦 (Richard A. Epstein) 著

李昊 刘刚 翟小波 译

Zhengshou——Siren Caichan he Zhengyongquan

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东君印刷有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2011 年 10 月第 1 版

印 张 25.25 插页 2

印 次 2011 年 10 月第 1 次印刷

字 数 351 000

定 价 68.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

译者分工

(按章节顺序)

翟小波、李昊：序言

翟小波：第一～三章、第八章、结论

李昊：第四～七章、第十二～十六章

刘刚：第九～十一章、第十七～十九章

孙新宽、刘航麟、马强伟等同学参与了本书索引的校对，特此表示感谢。

序 言*

1968年，我开始教书。自那时起，我的主要兴趣一直就是普通法、它的历史生长和逻辑结构。对于宪法，我是外行。然而，本书却挑战了规范财产权和经济自由的现代宪法的核心假定。这是一项冒险的事业，解释一下我为什么从事这项事业，是值得的。

在思考普通法——财产权、合同和侵权时，一个显见的问题是，它们是否体现了恒久的智识统一性？我相信，答案是肯定的。财产法规范着人对外物乃至自身的权利的获取，侵权法规范着归属于私人所有权之下的物的保护，合同法规范着被如此获得和保护的权利的转让。此三位一体穷尽了人间的法关系。正是这种普遍性（universality），赋予古典普通法的法制成就以一贯性和力量。

起初，我认为这些关系是严格的私法范畴。在我对普通法制度之组织的思考中，公法，当然包括政治理论，是没有位置的。但是，对这个领域的研究使我确信，公法和私法的分立，在理论和实践上都崩塌了。

首先，从财产权开始。获取的一般规则是先占规则。乍一看，它似乎只存于一个人和一个物之间，确实是私的交易。但是，片刻的思考告诉我，这种想法是错误的。先占规则是要给予先占者以对抗世界上其他人的权利。虽然交易看上去是私人间的，但是，对它的法后果的描述则揭示了它根基上的所有权的社会观念。 vii

侵权法也一样。因果理论（theory of causation）可能开始于一个简单的案例，如A打了B。没什么交易能比这个案例看起来更具

* 正文四节是艾珀斯坦本人选择，序言由编者补充。原书是 *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985. ——译者注



私人性质了。但是，只有在确定了为的人身损害赔偿而起诉的权利存在之后，我们才会将它看成是两方当事人间的关系。为什么是 B 而不是其他人？要求所有人都不殴打 B 或不夺走他的财产——这种义务的渊源在哪里？所以，在侵权法的背后，同样是对抗整个世界的财产权理论。侵权法也预设了所有权的社会观念。

最后，我们来看合同。C 对 D 的承诺似乎是两个人间的私的交易。然而，如果有人问道：为什么 C 和 D 有资格相互签订合同？对这个问题的回答就预设了，世界上的其他人有义务不干预他们的合意的形成，诽谤侵权和干预预期利益的侵权（torts of defamation and interference with prospective advantage）便由此而生。C 和 D 签订合同的权力，是不可以通过他们自己之间的合同而获得的。它必定是能够对抗世界上其他人的原初财产权束（original bundle of property rights）的一部分。在这里，对资格的集体承认仍是普通法的根基。

这些财产权、侵权和合同的普通法的规则，不只代表社会的抽象（social abstractions）。虽然它们是我们的法文化的基础，但它们并不是自动生效的。这里还存在着更深层的执行它们的成本问题。在考察财产权、合同和侵权的学说时，比较方便的做法是，先假定谈判成本（costs of bargaining）或执法成本（costs of legal enforcement）为零或接近于零。有了这个坚固的前提，我们会围绕个人自主性原则来组织法律学说，并以个案为基础，讴歌个体正义的美德。在 19 世纪的法思维中，这两种因素都是非常突出的；19 世纪的法思维是由交易成本较低的两人诉讼支配的。不论在何处，人们强调的重点都是个人的自决和同意，是对围绕着个人的权利边界的社会承认。

然而，即使在早期的普通法案件中，这种制度的裂缝就已经非常显见了。交易成本（transaction costs）并不总是低至可以无拘束地追求个人正义。自主性对社会秩序是不可缺少的，但在紧急情形下，医生必须有诊疗已无知觉之病人的余地。同样，当一人为了保存自己的生命而拿走或使用另一人的财产时，这种强制交易是被允许的，尽管它违背了财产所有者的意志：快要被淹死的人可能将他的船系在陌生人的码头上，但应该赔偿由他所造成的损失。妨害法（law of nui-

sance)中有很多强制交易,这种强制交易之所以会有,是因为大量的利害关系人很难提出一个相互都有利的谈判方案。更为普遍的是,当交易成本超过收益时,自愿的交易将很难发生,哪怕如果他们这样做的话,他们的处境都会变得更好。适用于相邻的土地所有者之间的关系的规则,似乎同样适用于更大的社会秩序中的关系。

那么,私法的研究依赖于对自主性原则之使用和限制的详尽分析。然而,一个人可以向普通法提出的问题,同样可以向侵犯个人自主性的国家行为提出。征收权的法律(the law of eminent domain)尤其说明了对所有权的私人权利的社会限制。这一点在宪法征收(takings)条款的文本中体现得非常明确,它讲道:“未经正当补偿,私人财产权不得为了公用而被征收。”不管人们是多么随意地翻看普通法的不法行为清单(catalogue of common law wrongs),他总会发现“夺取(taking)另一人的私人财产”这样的主题,这个主题现在则被征收权条款(the eminent clause)抓住了。这个条款的范围非常广,是人类智慧所能设计的征收类型的很多倍。然而,在任何一个案子中,征收条款都承认,个人自主性的要求必须受到日常生活中无所不在的摩擦冲突的节制。它在宪法层面授予了在“必要法”(laws of necessity)和妨害法中所出现的强制交易的权力。自主性必须通过提供与它所丧失的利益的相应对价来受到保护,但它不再受到绝对的保护。

征收条款的范围不存在内在的限制。当我们由简单案件转向复杂案件时,我们也就将此闭联集(continuum)由私法转向了公法。在这个闭联集中,两个人的争端和两亿人的争端之间,是没有明确突变的(no clean break)。公法和私法不再截然区分。现代的观点是,私法淹没在公法的洪流之中。我的立场恰恰相反:为了真正理解这个制度,我们就必须沿着私法之道走向公法(“go public” with private law)。只有在能转化为可依私法术语理解的命题时,公法规则才有意义。关于个人之团体的陈述,必须解释成关于个人的陈述。两方交易是国家的复杂结构据以建构的原子。

然而,判例法告诉我们的却是非常不同的故事。宪法之法(the



ix law of the constitution) 是最高法院之法。即使只对它的判决作粗略的考察, 我们也会发现, 法的私和公的两个方面是严重脱节的。在一个又一个的案例中, 法院都认为, 国家控制和私人财产权是相容的。国家现在可以耸立在它所代表的人们的权利之上; 国家可以主张新的权利, 而这些权利又不能从它所助益的人们那里推导出来。私人财产权或许曾经被认为是政府权力的栅栏, 但是, 今天, 这个栅栏可被很轻易地越过, 几乎只需要“要求 (asking)”就可以了。法院的判决经常恰当地谈到部分征收 (partial taking)、因果关系、警察权 (police power)、自担风险 (assumption of risk) 和不成比例的影响 (disproportionate impact)。这些宏大主题中的每一个都在普通法中有对应物, 每一个都是全面的征用权理论所不可缺少的要素。然而, 虽然音符是相同的, 音调则不然, 因为法院经常以私法研习者所不承认的方式, 将这些法概念结合起来。在当前的法制下, 私人财产权制度, 对作为现代福利国家的政府活动的规模和方向, 很少设置什么限制。

x 这本书关心的是原初宪法设计和国家权力扩张之间的冲突, 本书在普遍层面上主张, 有限政府和私有财产权制度的弹性并不很大, 以至于可以容得下大规模的改革, 如新政及其前后的改革。我主张, 依据征用权条款和宪法的相应条款, 20 世纪开创的很多改革和制度, 在宪法上都是不稳固的或可疑的: 如土地使用分区 (zoning)、租赁控制 (rent control)、劳工赔偿法 (worker's compensation laws)、转移支付 (transfer payments) 和累进税制 (progressive taxation)。这些政府革新在原则上确实继续存在, 但往往受到了缩减和限制。

我原本的意图, 是写篇短文, 以表明私法和公法、原初宪法结构和它的当前设计之间的明显张力。我本来认为, 可将注意力只集中在确定的案例上。但是, 理论的要求是如此苛刻, 以至于我的研究不得不扩展。一个难题的解决往往带来了另一个难题: 如果所有的税收 (taxes)、管制 (regulations), 和普通法财产权、侵权及合同之规则的变更, 都是征收, 那么, 政府还怎么运作呢? 在无数的反例和批评的刺激下, 原来的文章逐渐成长为一本书。我不敢冒昧说, 我已详尽

全面地论述了这个主题，但我确实希望，我已经勾勒出了我自己的分析体系的核心特征。 x

本书的着手已接近八年，我在或大或小的问题上已经不止一次偏离了我原来的设计。我于 1978 年冬天开始写作本书时尚为行为科学高等研究中心的研究员。在接下来的几年中，我分别在杨百翰大学 (Brigham Young University)、克莱蒙特学院联盟 (the Claremont Colleges)、西北大学法学院 (Northwestern Law School)、圣迭戈大学法学院 (the University of San Diego Law School)、瓦贝希学院 (Wabash College) 和耶鲁法学院 (Yale Law School) 以讲座或研讨课的形式展示了本书的部分章节。我的工作得到了芝加哥大学法和经济学项目的支持，并且在 1983 年秋季获得了教育事务研究所 (the Institute of Educational Affairs) 的慷慨资助。

我从众多朋友和同事的评论中获益良多。Larry Alexander、Douglas Baird、David Currie、Frank Easterbrook、Lance Liebman、Frank Michelman、Geoffrey Stone 以及 Cass Sunstein 都对早期的草稿给予了广泛的和积极的批评，对此我尽力做了回应。我也从和 Bruce Ackerman、Randy Barnett、Gary Becker、Maru Becker、Walter Blum、James Capua、Gerhard Casper、Robert Cooter、Robert Ellickson、Donald Elliott、Dennis Hutchinson、John Langbein、Richard Posner、Joseph Sax 以及 Alan Schwartz 的谈话中获得启示。芝加哥大学的数代学生提供了研究上的辛劳协助，他们是：Alan van Dyke，他的工作得到了伊利诺伊州律师协会的资助，为本书的早期草稿焚膏继晷，Russell Cox 也在最后几轮的重写中做了同样的工作。我还要感谢 Sharon Epstein、Ross Green、Matthew Hamel、Janet Hedrick、Mark Homes、Melissa Nachman、Judy Rose 的鼎力相助。Susan Carol Weiss 重新录入了早期草案的无尽的修订内容，哈佛大学出版社的 Peg Anderson 用敏锐的眼光和清新的润色将最后的手稿整塑成型。最后，特别要感谢哈佛大学出版社的 Michael Aronson，他关照本书直至出版。

目 录

第一编 哲学前提	1
第一章 两块馅饼的故事	3
第二章 霍布斯的人，洛克的世界	7
第三章 宪法文本的完整性	20
一、宪法解释的重任	20
二、正确看待模糊性	21
三、与时俱进的宪法？	25
四、宪法价值	27
五、历史渊源	28
六、司法自制和司法能动	31
七、议程	33
第二编 表面征用	35
第四章 征用和侵权	37
一、收益和损失	38
二、对私有财产的毁损	39
三、责任的基础	41
四、近因	50



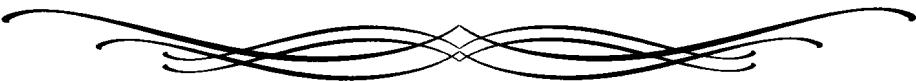
五、后继损害	55
第五章 部分征用：所有权的统一性	60
一、权利的守恒	60
二、所有权的统一性	62
第六章 占有和使用	67
一、占有	67
二、使用	70
三、占有和使用：水权	71
第七章 处分权和合同	79
一、妨害预期收益	79
二、对出售权利的禁止	81
三、租赁的续展	82
四、商誉	85
五、通过不实陈述征收	92
六、妨害合同权利	94
第八章 对多数人的征收：责任规则，管制和税收	99
一、从 1 到 n 的征收	99
二、普通法责任规则	103
三、征税	105
四、管制	108
第三编 征收 (Takings) 的正当化理由	113
第九章 治安权 (police power)：目的	115
一、主权的内在权力	115
二、反征收 (antitaking) 原理	116
三、侵扰控制原理	120
第十章 治安权：手段	136
一、手段审查：不确定性与两种类型的错误	136
二、应用	140

第十一章 同意与自担风险·····	158
一、同意·····	158
二、自担风险·····	163
 第四编 公共用途和正当补偿·····	 171
第十二章 公共用途·····	173
一、看不见的公共用途条款·····	173
二、公共用途和社会盈余的分配·····	174
三、公共用途和公共物品·····	178
四、为了公共用途的私人征收·····	182
第十三章 明示的补偿·····	196
一、市场价格，而非成本·····	196
二、租金控制·····	200
三、可转让的发展权·····	202
四、对发展权的临时征收·····	205
五、针对非规范用途的分期偿付法（amortization statutes for nonconforming uses）·····	208
第十四章 隐形的非货币补偿·····	211
一、无须明示的补偿·····	211
二、完备的知识（perfect knowledge）和帕累托原则 （the Pareto Principle）·····	215
三、分段的交易（step transactions）·····	226
四、一般化、平等保护和代表·····	228
第十五章 财产和共享资源·····	233
一、共享资源：先占·····	233
第十六章 侵权·····	247
一、侵扰·····	247
二、一般责任规则·····	257
三、对诉讼的限制·····	262
四、劳工补偿法·····	265



五、回溯性立法·····	275
第十七章 管制 ·····	283
一、土地使用管制·····	283
二、资费 (rate)、价格和工资管制 ·····	295
第十八章 税收 ·····	304
一、特别捐税·····	307
二、州内开采税及其他·····	314
三、所得税：累进制·····	316
四、遗产和赠与税·····	324
第十九章 转移支付和福利权 ·····	328
一、在空白的黑板上写·····	329
二、但是黑板并不是空白的·····	347
结论 哲学意义 ·····	353
一、总结·····	353
二、两种对立的理论·····	356
 判例索引·····	 374
一般索引·····	380

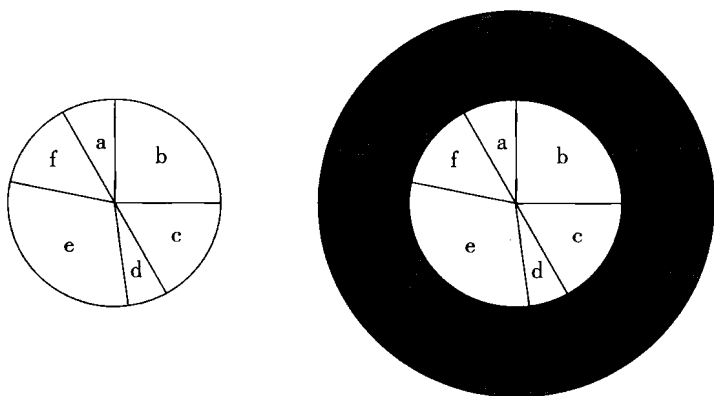
第一编



哲学前提

第一章 两块馅饼的故事

这本书是一篇扩充了的论文，它研究的是个人和国家间的正当关系。考察这个问题的具体工具就是宪法的最高领土权（或征收）条款，它规定：“未经正当补偿，私人财产权不得为了公用而被征收。”在研究的过程中，我还会考察其他宪法条款。征收条款针对的，主要是政治义务和组织的问题。国家形成的原因是什么？国家可以从其统治和代表的公民那里要求什么？展示这个问题的最简单的方法，就是画两个馅饼，见下图：





第一个馅饼代表的是不存在有效政府控制的世界的情境。每个人都（根据自然权利的传统）被赋予了某些个人权利。然而这些权利在自然状态下的价值很低，因为一些个人总试图夺取那些本来属于其他人的权利。不确定性和不安全性使人很难制订行动计划，而这都妨碍个人有效地使用他们的才能和外物。统治的问题就是，如何使那些对劳动和财产的自然权利能在形式上得以保存，并通过政治权力的运用而在价值上得到提高。依照洛克的定义，政治权力“为了管制和保护财产权而制定有关死刑及其他较轻刑罚的立法的权利，和使用共同体的力量来执行这些法及保卫共和国（common-wealth）不受外来侵犯³ 的权利，所有这些都仅仅是为了公共福祉（public good）”^①。

较大的馅饼表明了可能来自政治组织的收益。它的外环代表了全部社会收益，虚线部分表明了每个个体成员的收益部分。政治权力的运用受到的隐含的规范限制是，它应该在团体的成员之中保存相对的资格（relative entitlements），无论是在社会秩序的形成中，还是在它的持续运作中。所有政府行为之为正当的基础都必须是，它把社会从小馅饼发展成大馅饼。

这两个馅饼可以让我们将围绕国家起源与围绕征收条款之运作的
所有要素分离开来。在第一个馅饼中，这些切片的边界就是私人权利
应受国家保护的界线：它们确定了没有正当补偿就不能被征收的私人
财产权。为了获致这个目的，警察权就必须归属主权者，以防止私人
侵犯被如此确定的边界。现在，我们就有了所有政府的固有权力，但
是，这种权力必须受到它所服务的目的和被用来服务此目的之手段的
限制。再者，国家的形成和运作，都要求将资源从私人之手转移到公
共之手。私人财产必须被转化为公用。然而，因为国家不可能依靠自
愿捐献或交易以获得自身运作所需要的资源，所以，国家为公用而征
收的权力就出现了。如果这些收入和权力的来源是充分的，那么国家
4 将不会提出任何普通市场制度所不能解决的问题。但是这些交易不会
自动发生，因而也就必须依靠强制。于是，规定这些交易发生的条件

① John Locke, Of Civil Government, ch. 1, § 13 (1690).