

公共利益的论证逻辑研究之文献检索报告

【作者简介】李赛男，浙江大学光华法学院 2014 级法学硕士。

【指导教师】罗伟，美国华盛顿大学法学院。

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

一、引言（Introduction）

（一）主题摘要（Abstract）

以“公共利益”作为公民基本权利（财产权）的限制是各国法律之通例，“公共利益”与“法律保留”分别构成了限制基本权利的实质要件和形式要件。在理解和解释这些条款时，需要解决的一个基本问题是：“权利的限制”（公共利益）和“权利”之间是一种怎样的逻辑关系，不同的论证进路在保护基本权利的法效果上又有何差异。国外的征收实践又可以为我们的主题提供哪些可借鉴的经验。

（二）关键词（Key words）

关键词：公共利益；收用（征收和征用）；财产权的限制

Key Words: public interest/use; taking/eminent; limitation of property; basic right

（三）检索思路（Thinking of Search）

参照罗伟老师旨在提炼检索语言的 5W 分析法，对检索内容做如下基本安排：

1. WHO 谁来界定公共利益？政府（government）or 第三方（third-party organization），抑或由司法（judicial）审查，condemned real/personal property owner；
2. WHAT 什么是公共利益（public interest）？涉及公共利益的概念界定，condemn real and personal property by eminent domain；
3. WHEN 公共利益于何时界定？征收决定前 or 决定后（before/after the acquisition decision）；
4. WHERE 公共利益的范围；不同地区的共性与个性（Chinese Law Vs. American Law）；
5. WHY 为什么要这样界定公共利益？不同进路之间的比较，界定的理论依据与理论分析（Theory of external limitation Vs. Theory of internal limitation）；

（四）阅读对象（Object of Reading）

本文的读者群主要包括对这一公法领域的主题研究感兴趣的老师、同学们，从事房屋与土地征收实务的律师以及其他法律工作者。

二、中国法律资源 (Chinese Legal Sources)

(一) 一次资源 (Primary Sources)

1. 法律法规 (Statutes & Regulations)

检索路径: 北大法宝法律法规数据库——“公共利益 征收”(精确、全文、同句)

检索结果: 法律 (2 篇); 行政法规 (5 篇); 司法解释 (1 篇); 部门规章 (8 篇); 团体规定 (1 篇); 行业规定 (2 篇); 若替换类似的检索关键词, 如“公共利益 土地/房屋征收”等, 检索结果稍有不同, 在此将结果合并整理, 不再详尽列举。

检索结果汇总:

◆ 法律:

《中华人民共和国物权法》(2007) 【法宝引证码】 **CLI1.89386**

第四十二条【征收】 为了公共利益的需要, 依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。

征收集体所有的土地, 应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用, 安排被征地农民的社会保障费用, 保障被征地农民的生活, 维护被征地农民的合法权益。

征收单位、个人的房屋及其他不动产, 应当依法给予拆迁补偿, 维护被征收人的合法权益; 征收个人住宅的, 还应当保障被征收人的居住条件。

任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

◆ 注: 另有一篇《全国人民代表大会环境与资源保护委员会关于第十一届全国人民代表大会第五次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》, 并无相关性, 在此略去。

◆ 行政法规

《国有土地上房屋征收与补偿条例》(2011) 【法宝引证码】 **CLI2.144434**

第二条 为了公共利益的需要, 征收国有土地上单位、个人的房屋, 应当对被征收房屋所有权人 (以下称被征收人) 给予公平补偿。

◆ 注: 另四篇行政法规分别为《中华人民共和国反补贴条例》(2004 年修订)、《中华人民共和国反倾销条例》(2004 年修订)、《国务院关于修改〈中华人民共和国反补贴条例〉的决定》(2004)、《国务院关于修改〈中华人民共和国反倾销条例〉的决定》(2004) 与主题关联不大, 故不赘述。

◆ 另有地方性法规规章 203 篇不等, 因其效力范围仅在各自管辖的行政区域内, 便不再一一列举。

2. 司法解释 (Judicial Interpretations)

◆ **最高人民法院《关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定》(2012)** **【法宝引证码】CLI.3.171509**

第六条 征收补偿决定存在下列情形之一的，人民法院应当裁定不准予执行：

- (一) 明显缺乏事实根据；
- (二) 明显缺乏法律、法规依据；
- (三) 明显不符合公平补偿原则，严重损害被执行人合法权益，或者使被执行人基本生活、生产经营条件没有保障；
- (四) 明显违反行政目的，严重损害公共利益；
-

(二) 二次资源 (Secondary Sources)

1. 司法案例 (Cases)

◆ **检索路径：**

- (1) 北大法宝案例与裁判文书数据库——“公共利益 房屋征收”(精确、全文、同句)——检索结果：752 条记录——筛选 2012 年之后，共 38 条记录；
- (2) 法宝联想：《征收条例》第二条的法宝联想，8 条记录；
- (3) 通过司法文件——《最高人民法院公布人民法院征收拆迁十大案例》(2014) **【法宝引证码】CLI.3.237366**，于 2014 年 8 月 30 日公布，对司法实践具有实际指导意义。

案例 1——杨瑞芬诉株洲市人民政府房屋征收决定案

本案典型意义在于：在房屋征收过程中，如果因规划不合理，致使整幢建筑的一部分未纳入规划红线范围内，则政府出于实用性、居住安全性等因素考虑，将未纳入规划的部分一并征收，该行为体现了以人为本，有利于征收工作顺利推进。人民法院认可相关征收决定的合法性，不赞成过于片面、机械地理解法律。

案例 2——孔庆丰诉泗水县人民政府房屋征收决定案

本案典型意义在于：《条例》第二条规定的对被征收人给予公平补偿原则，应贯穿于房屋征收与补偿全过程。无论有关征收决定还是补偿决定的诉讼，人民法院都要坚持程序审查与实体审查相结合，一旦发现补偿方案确定的补偿标准明显低于法定的“类似房地产的市场价格”，即便对于影响面大、涉及人数众多的征收决定，该确认违法的要坚决确认违法，该撤销的要坚决撤销，以有力地维护人民群众的根本权益。

案例 3——何刚诉淮安市淮阴区人民政府房屋征收补偿决定案

本案典型意义在于：在房屋补偿决定诉讼中，旗帜鲜明地维护了被征收人的补偿方式选择权。《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十一条明确规定，“被征收人可以选择货币补偿，也可以选择房屋产权调换”，而实践中不少“官”民矛盾的产生，源于市、县级政府在作出补偿决定时，没有给被征收人选择补偿方式的机会而径直加以确定。本案的撤销判决从根本上纠正了行政机关这一典型违法情形，为当事人提供了充分的司法救济。

案例 4——艾正云、沙德芳诉马鞍山市雨山区人民政府房屋征收补偿决定案

本案典型意义在于：通过严格的程序审查，在评估报告是否送达这一细节上，彰显了司法对被征收人获得公平补偿权的全方位保护。房屋价值评估报告是行政机关作出补偿决定最重要的依据之一，如果评估报告未及时送达，会导致被征收人申请复评和申请鉴定的法定权利无法行使，进而使得补偿决定本身失去合法性基础。本案判决敏锐地把握住了程序问题与实体权益保障的重要关联性，果断撤销了补偿决定，保障是充分到位的。

案例 5——文白安诉商城县人民政府房屋征收补偿决定案

本案典型意义在于：从程序合法性、实体合法性两个角度鲜明地指出补偿决定存在的硬伤。在程序合法性方面，依据有关规定突出强调了征收决定作出后才能正式确定评估机构的基本程序要求；在实体合法性方面，强调补偿决定认定的被征收人必须适格。本案因存在征收决定作出前已确定了评估机构，且补偿决定核定的被征收人不是合法权属登记人的问题，故判决撤销补偿决定，彰显了程序公正和实体公正价值的双重意义。

案例 6——霍佩英诉上海市黄浦区人民政府房屋征收补偿决定案

本案典型意义在于：对如何界定被征收房屋是否属于居住房屋、进而适用不同补偿标准具有积极的借鉴意义。实践中，老百姓最关注的“按什么标准补”的前提往往是“房屋属于什么性质和用途”，这方面争议很多。法院在实践中通常依据房产登记证件所载明的用途认定房屋性质，但如果载明用途与被征收人的主张不一致，需要其提供营业执照和其他相关证据佐证，才有可能酌定不同补偿标准。本案中原告未能提供充分证据证明涉案房屋系非居住房屋，故法院不支持其诉讼请求。

案例 7——毛培荣诉永昌县人民政府房屋征收补偿决定案

本案典型意义在于：人民法院通过发挥司法监督作用，对合乎法律法规的征收补偿行为给予有力支持。在本案征收补偿过程中，征收部门在听取被征收人对征收补偿方案的意见、评估机构选择、补偿范围确定等方面，比较充分到位，保障了当事人的知情权、参与权，体现了公开、公平、公正原则。通过法官释法明理，原告逐步消除了内心疑虑和不合理的心理预期，不仅未上诉，其后不久又与征收部门达成补偿协议，公益建设项目得以顺利推进，案件处理取得了较好的法律效果和社会效果。

案例 8——廖明耀诉龙南县人民政府房屋强制拆迁案

本案典型意义在于：凸显了行政诉讼中行政机关的举证责任和司法权威，对促进行政机关及其工作人员积极应诉，不断强化诉讼意识、证据意识和责任意识具有警示作用。法律和司法解释明确规定了行政机关在诉讼中的举证责任，不在法定期限内提供证据，视为被诉行政行为没有证据，这是法院处理此类案件的法律底线。本案中，被告将原告的合法房屋在拆除违法建筑过程中一并拆除，在其后诉讼过程中又未能在法定期限内向法院提供据以证明其行为合法的证据，因此只能承担败诉后果。

案例 9——叶呈胜、叶呈长、叶呈发诉仁化县人民政府房屋行政强制案

本案典型意义在于：充分体现了行政审判监督政府依法行政、保障公民基本

权益的重要职能。即使对于违法建筑的强制拆除，也要严格遵循《中华人民共和国行政强制法》的程序性规定，拆除之前应当先通知相对人自行拆除，在当地张贴公告且不得在夜间拆除。本案被告未遵循这些程序要求，被人民法院判决确认违法。《中华人民共和国行政强制法》自 2012 年 1 月 1 日起至今施行不久，本案判决有助于推动该法在行政审判中的正确适用。

案例 10——叶汉祥诉湖南省株洲市规划局、株洲市石峰区人民政府不履行拆除违法建筑法定职责案

本案典型意义在于：以违法建设相邻权人提起的行政不作为诉讼为载体，有效发挥司法能动性，督促行政机关切实充分地履行拆除违建、保障民生的法定职责。针对各地违法建设数量庞大，局部地区有所蔓延的态势，虽然《中华人民共和国城乡规划法》规定了县级以上人民政府对违反城市规划、乡镇人民政府对违反乡村规划的违法建设有权强制拆除，但实际情况不甚理想。违法建设侵犯相邻权人合法权益难以救济成为一种普遍现象和薄弱环节，本案判决在这一问题上表明法院应有态度：即使行政机关对违建采取过一定的查处措施，但如果履行不到位仍构成不完全履行法定职责，法院有权要求行政机关进一步履行到位。这方面审判力度需要不断加强。

◆ 典型案例选取：

(1) 黄才金等 28 人等诉安义县人民政府征收案 [法宝推荐](#) 【法宝引证码】

CLI.C.3115544

a) 案例基本信息

【案由】	行政征收 行政管理范围行政征收		
【案件字号】	(2014)洪行终字第 2 号	【审理法官】	张广金 刘小刚 罗锦戎
【文书性质】	判决书	【审结日期】	2014.02.13

b) 案例评析

本案认为，首先，根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第一、二条规定，为保障被征收房屋所有权人的合法权益，征收单位、个人的房屋，应当对被征收房屋所有权人（被征收人）给予公平补偿。直截了当地指出案件具有诉讼主体资格的原告应是房屋所有权人。非房屋产权人但合法租用商城店面的经营者有原告资格理由并不成立。其次，案件指出，房地产管理局具有负责本辖区内危险房屋管理和鉴定工作的职能，作出房屋安全鉴定报告是履行工作职责。建筑工程质量检测中心具有建筑工程质量检测的资质。当事人若对鉴定报告有异议，但怠于行使救济权利，主张将得不到支持。案件还指出，若改造项目纳入了县级以上国民经济和社会发展年度计划，并且对商城房屋进行了检测，也进行了社会风险评估，经过政府常委会讨论决定等程序。征收决定最终进行了公示、公告。该具体行政行为就应认定为程序合法，应予维持。

◆ 检索结果汇总：

统计学意义上对行政诉讼案件结果的汇总显示：

- (1) 8 条记录中公民上诉均被驳回，均败诉。
- (2) 38 条记录中公民也大多败诉；
- (3) 征收理由大多是“旧改”（旧区改造、棚户区改造等）。

2. 实务指南（Practicing Materials）

《中华全国律师协会律师办理土地法律业务操作指引》（2009）【法宝引证码】 CLI.6.218508

性质属于行业规定，由中华全国律师协会发布；内容关于土地征收的概念界定以及主要法律依据。可作为探索国内土地征收法律业务实践处理态度与方案的参考资料。

3. 法学评论文章（Law Review Articles）

检索路径：北大法宝法学期刊数据库——检索词：“公共利益 房屋征收”（精确、全文、同句）——检索结果：43 篇；

检索结果筛选：

- (1) 邓可祝：《经济发展型征收合宪吗》，《法治研究》2014 年第 12 期，第 60 页。

【法宝引证码】 [CLIA.1199188](#)

文章指出，凯洛案后，美国联邦政府和大部分州政府通过立法与司法等活动，来限制经济发展型征收活动，以保护公民的财产权免受国家征收权的侵犯。但由于经济发展型征收具有一定的合理性，实际上，此类征收在美国仍大量存在。这种矛盾现象主要是由美国社会对经济发展型征收的担忧与经济发展型征收的客观需要之间的冲突而产生的。我国目前也存在类似的矛盾，因此，需要比较我国与美国在这一问题上的相同与差异之处，确定我国经济发展型征收的要求，保护公民的财产权免受不当征收的侵犯。

- (2) 侯海军：《国有土地征收司法强制搬迁中的若干问题》，《人民司法（应用）》2013 年第 7 期，第 107 页。

【法宝引证码】 [CLIA.1172350](#)

文章指出，国有土地上房屋的征收搬迁问题，涉及公共利益与公民私有财产保护的关系，涉及房屋拆迁各方利益冲突的平衡，影响人民群众对党和政府的信任和社会稳定，是一个事关全局的重要社会问题和法律问题。如何在司法活动中既依法保护被拆迁方的合法财产权益，又依法促进地方行政和公益拆迁事业的顺利进行，成为各地人民法院面临的一项重大课题。

- (3) 祝之舟：《论农地的公益性及农地征收中的公益衡量》，《法律科学》2013 年第 2 期，第 72 页。

【法宝引证码】 [CLIA.1173336](#)

文章指出，我国的农地是农民集体与集体成员的财产而不是公共财产，但同时却承载着法律保护的公共利益，如经济安全、环境保护与社会稳定。因此，农地征收内含着目的公益与客体公益的冲突与平衡问题。鉴于我国现行农地征收制度与实践对农地公益保护的不足，建议未来的集体土地征收立法改进农地公益保护模式，提高农地征收的公益标准，仅将重大公益作为农地征收的目的要件，严格控制重大公益的范围，并健全公益审查程序，以实现农地公益与征收公益的平衡。

(4) 倪笃志, 章文英:《“公共利益”之特征界定与适用》,《法律适用》2012年第9期,第97页。

【法宝引证码】 [CLIA.1185786](#)

文章指出,在行政司法领域,“公共利益”的概念发挥着更为关键的作用,可直接影响行政诉讼的裁判方式或结果。其一,作为判断被诉具体行政行为是否具有合法性的核心标准。如:法律法規明确规定行政机关作出某具体行政行为,必须是为了公共利益需要的,倘若被诉具体行政行为不符合公共利益之目的,则应认定该具体行政行为不具有合法性。其二,作为最终行政裁判选择的关键要素。如:被诉具体行政行为经审查被认定违法的,依法应当予以撤销,但是撤销该具体行政行为将会给公共利益造成重大损失的,则应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,而不能予以撤销。

(5) 余军:《“公共利益”的论证方法探析》,《当代法学》2012年第4期,第17页。

【法宝引证码】 [CLIA.1162244](#)

文章指出,对于“公共利益”这个不确定法律概念的论证,学界普遍存在着试图通过一般性阐释确定其涵义的误区。从法律方法的角度考察,“公共利益”概念完整的论证过程需经过价值填充与类型化、个案中的权衡模式两个阶段,其结果是产生以个案事实为前提条件的关于“公共利益”涵义明确法律规则。这种研究路径体现了法律学在法律适用过程中追求“个案中的正义”之旨趣;同时也为正当程序建构论所确立的体现民主正当性的“商谈”机制提供了补充,以法律方法来约束法律适用者的主观擅断和恣意,从而避免“商谈”程序沦为摆设。

(6) 石英,王勇:《经济法视野下公共利益保护的法律限度》,《当代法学》2012年第4期,第25页。

【法宝引证码】 [CLIA.1162259](#)

文章指出,在经济法视野下,公共利益保护存在立法保护不足、程序保障缺失以及传统救济模式局限等方面的限度。一方面是由公共利益本身的模糊性和不确定性等固有弊端所决定,另一方面是由经济法实践中本土资源的局限、经济法规范多元的影响以及经济法形式理性不足等因素所致。因此,经济法学研究要充分意识到公共利益保护的法律限度,不断改进公共利益的实现途径,真正实现从“书本上的法”到“行动中的法”的协调统一,更好地发挥公共利益的本位作用。

(7) 赵红梅:《拆迁变法的个体利益、集体利益与公共利益解读》,《法学》2011年第8期,第111页。

【法宝引证码】 [CLIA.1157816](#)

文章指出,支撑核心观点和《国有土地上房屋征收与补偿条例》的分别是侧重保护被拆迁人个体利益和侧重保护地方政府所代表公共利益的理念,而侧重保护被拆迁人集体利益的理念被忽略。就旧城区改建而言,侧重保护被拆迁人个体利益,会损害被拆迁人集体利益与公共利益,并架空国家土地所有权及导致土地“溢价归私”。更为重要的是,如果法律不承认并直接保护被拆迁人集体利益,则难以对地方政府征收权形成有力制约且被拆迁人个体利益与地方政府所代表公共利益的冲突会较为激烈。承载被拆迁人集体利益的集体共决其实是,既抑制被拆迁人个体利益过度膨胀又具有保护其合理利益的实际效果,既制约地方政府征收权又给其“减负”,进而有效化解拆迁社会矛盾的政治与法律智慧。

(8) 刘太刚:《公共利益法治论》,《法学家》2011年第6期,第1页。

【法宝引证码】 [CLLA.1159142](#)

文章指出，需求溢出理论追求简明且易操作的公共利益认定标准。从法治意义上的公共利益的概念功能出发，需求溢出理论认为公共利益就如同轻重的概念一样，只有在两相比较中才能得以认定，不存在无比较的、孤立的公共利益和静止不变的、绝对的公共利益。公共利益是发生冲突的合法需求中需要由公共权力来维护的、具有压倒性正义优势的一方需求。公共利益的认定必须符合全部三项标准：一是利益冲突标准，以确定利益冲突是否无可避免；二是法律途径标准，以确定公共利益条款是不是处理相关利益冲突的最佳途径；三是价值比较标准，以确定国家拟维护的需求是否具有压倒性的正义优势。

(9) 叶林：《私法权利的转型》，《法学家》2010年第4期，第138页。

【法宝引证码】 [CLLA.1149417](#)

文章指出，近代私法主要是个人法，随着结社自由原则的社会实践，团体和团体法的现象已注入私法体系，成为改造近代私法、私法人和私法权利的重要力量。私人团体由同质性成员自由结社所组成，以保护成员利益作为它的固有职能。团体主义是对极端个人自由主义的修正。团体在保护成员个人权利和集体权利的同时，也限制了团体成员的权利和自由。在当代社会，团体逐渐承担了多种社会职能，却并未改变团体的私法人属性，团体法也未变为社会法。社会法旨在规定异质性成员相互磋商机制，它对特殊社会成员施以有限度的特别保护，而与团体法分属不同层面上的法律概念。

检索结果分析：这一主题是理论界和实务界都十分关心和关注的问题，研究成果诸多，研究角度多样。

4.新闻时评（Law News）

(1) 安义商城危房改造

链接：<http://zl.jxnews.com.cn/system/2013/03/04/012310986.shtml>

这则新闻介绍了安义商城改造的前后细节信息，指出安义商城“危房改造”暴露公益性征收软肋。新闻指出，90年代两层框架结构的安义商城在未经验收的情况下投入使用。近年，因质量问题，安义县政府重新启动重建改造商城的民生工程，但随即遭商城业主举报称，政府是以危房改造为名，打着公共利益征收旗号搞商业开发。

(2) 凤凰评论

2-1 朱伟一：《征收：美国法院的难题》，《南方周末》2007年3月28日，链接：<http://www.infzm.com/content/8000>；

这篇评论介绍了美国最高法院终审裁决一起关于政府征地的诉讼，认为“为了‘经济开发’，政府授权开发商征用土地，也是出于公共目的，因此也是合法的”。并谈到说围绕这一起判例的争论及随后的余波——美国已有34个州制定法律或修改宪法，限制政府征用土地的权力。最后提出了值得我国深思与警戒的一些态度、观点。

2-2 李平：《公共利益如何界定》，《南方周末》2013年7月12日，链

接: <http://www.infzm.com/content/92348>;

这篇评论认为现在中国面临着第四次土地改革。背景是中国共产党十八大提出的开展四化: 工业化、信息化、城镇化、农业现代化。前面“两化”先不讲, 后面“两化”跟土地制度密切联系。土地征收制度是这次改革的重要组成部分。首先涉及的是征收补偿标准, 给被征收者多少钱合适? 现在很多人觉得给得太少, 于是一些极端事件就闹起来了。其次是征收条件。什么样的条件才能够征收? 再次是程序问题。征收你的土地要怎么一个程序。

2-3 杨俊锋:《土地改革(八): 如何确定征地的公共目的》,《南方周末》2012年10月19日, 链接: <http://www.infzm.com/content/82013>。

这篇评论指出现代诸国放宽征收的公共目的约束的背后, 隐含着特定的历史与制度背景。无论如何, 征收都必须基于立法机关明确、具体的授权, 并需在启动征收时通过正当程序先行认定是否合乎法定目的。法院则享有最终的审查权。征收土地必须出于公共利益已是常识, 甚至有陈词滥调之嫌。但貌似不言而喻的观念中, 还有许多似是而非的成分。如何确定征收的公共目的, 迄今仍是困扰我国立法的重要问题。我国现代法制都直接或间接地借鉴自国外, 包括征收制度。然而, 对国外制度的解读不能停留于表面, 只有系统地梳理清其潜在的制度背景和运作机理, 才能为真正解决我国征地公共目的的困境提供有益的借鉴而不是误导。

三、美国法律资源 (American Legal Sources)

(一) 一次资源 (Primary Sources)

1. 制定法 (Statutes)

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; **nor shall private property be taken for public use, without just compensation.**

<For Notes of Decisions, see separate documents for clauses of this amendment:>

<USCA Const. Amend. V--Grand Jury clause>

<USCA Const. Amend. V--Double Jeopardy clause>

<USCA Const. Amend. V--Self-Incrimination clause>

<USCA Const. Amend. V-- Due Process clause>

<USCA Const. Amend. V--Takings clause>

<USCA Const. Amend. V--Takings clause> “...nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

（宪法第五修正案之公用征收条款：“非依正当程序不得剥夺任何人的生命自由或财产；非有合理补偿不得征用私有财产供公共使用。”）

2.判例（Cases）

联邦最高法院也在历来的有关征收的判决中对宪法上的“公共使用”情形予以了类型化，主要分为如下三种：（1）为了公有的目的而征收，比如建立医院、道路、军事基地等；（2）为了公共使用而进行征收，比如建造铁路、公共事业机构和体育馆等；（3）在特定条件下为公共目的而进行征收。随着工业化背景下政府所履行的社会职能日益增加，“公共使用”这一用语在美国司法实践中更多地被解释为公共目的，其与我国“公共利益”的立法原意与内涵愈加接近。

检索结果汇总：（Westlaw，经筛选）

1. *Cherokee Nation v. Southern Kansas Railway Co.*, 135 U.S. 641, 656 — 58 (1890)

在这个早期案件中，涉及到征收权的“私有化”问题：为了简化和加快征收过程，政府有时授权私人代行其征收权。其合宪性在这一时期就为最高法院所肯定。事实上，许多所谓的“公共设施”（public utilities）企业都是私营的，因而征收权的“下放”在某些情况下是合理甚至必须的。然而，授权私人征收的做法显然容易因其目的和动机而受到宪法挑战，因而法院在某些情况下将认定征收权下放超越了公用限制。这在后期的案例中逐渐得到规范。

2. *Beman v. Parker*, 348 U.S. 26(1954)

在1954年的这一重要判例（*Beman v. Parker*）中，联邦最高法院判决都市重建过程中的征收权并不违反联邦宪法的第五修正案。道格拉斯法官（J. Douglas）的意见明确表示，国会在此行使的是范围广泛的“管理权”（police power），法院必须尊重国会对有关征收是否符合公共目的之判断。尽管开发商属于私人营利性，但国会有自由认为私人机构而非政府能更好地为公共利益服务，因而法院也不强求都市重建过程中征收的土地属于公共所有。这是最高法院明确涉及“公共用途”的第一个判例。虽然最高法院维持了征收权的合宪性，但这个判决本身意味着“公共用途”可能对征收权构成某种限制。

3. *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229 (1984)

在1984年的“米德基夫案”，联邦最高法院自从1954年以来首次明确阐述了“公用”的含义。最高法院注意到夏威夷土地所有权的高度集中，因而一致维

持了法案的合宪性。尽管“纯粹的私人征收”将构成违宪，最高法院发展并适用了极为宽松的“米德基夫标准”(Midkiff test)。“只要征收权的行使和可见的公共目的理性相关(rationally related)，法院就必须判决征收符合公用目的。”因此，议会可以行使十分广泛的征收权，以促成私人工厂的建造或推进土地改革，而法院对于公共用途的立法判断给予高度尊重，将审查标准保持在最低水平。

4. Milligan v. City of Red Oak, Iowa, 230 F.3d 355 (8th Cir. 2000)

政府的规划委员会为了授权私人建造购物中心而撤消了一项限制性租约。联邦巡回上诉法院认为规划委员会的理由——促进经济发展——缺乏适当依据，因而判决这项决定无效。上诉法院之所以拒绝尊重县政府关于取消合同的行政决定，似乎是因为地方议会没有决定究竟什么构成“公共用途”，而是简单地将决定权委托给规划委员会。上诉法院认为，只有在立法明确规定“公共用途”的情况下，征收权的下放才有资格适用宽松的“米德基夫标准”。

5. Portland Co. v. City of Portland, 2009 ME 98, 979 A.2d 1279 (Me. 2009)

本案认为，由于存在着难以衡量的主观损失等因素，征用补偿在许多情况下是不完全的。而即使是充分补偿也未必能完全防止政府的过度征收。虽然“被征收者有权获得其财产除征收者提出的用途之外的价值最高之用途的公平市场价值”，被征收者将不能分享征收给财产所带来的增值，而事实上征收一般都会提高财产的价值。因此，即使“公平市场价值”也只是一种不完全的补偿，因为征收的利润百分之百地落到征收主体(政府)或私人得益者(开发商)，而政府通过强制征收的赢利行为尤其造成不公的感觉。为了限制征收权力，似乎有必要迫使政府为城市开发而“竞争”，从而鼓励开发商考察并比较不同地方。因此，效率和公正原则都要求对强制征收行为的合宪性进行更为严格的审查。

6. Bowers v. Whitman, 671 F.3d 905 (9th Cir. 2012), cert. denied, 133 S. Ct. 163, 184 L. Ed. 2d 234 (2012)

案件指出，法院可以模仿其在管制征收领域内发展的理论，要求所采取的手段对于实现公共利益的目标是“合理必要的”。传统的审查对象是征收的“公共性”(publicness)，即政府征收是否为了某个受到承认的公共目的。但法院已经明确拒绝对这个问题进行实质性探讨，而将财产征收后的使用是否符合公共目的留给立法机构决定。

因此，此后学者们建议将探讨的重点转移到获得产权的手段上来；换言之，司法审查的对象不再是政府征收后的使用目的是什么，而是审查财产权是如何获得的。有关管制征收的判例继续沿着这个路径发展。

案例分析：通过上述案例，总的来说，我们可以发现 1930 和 1940 年代，“公共用途”概念在许多州进一步扩充，并被地方政府作为依据制定“拆迁”(slum clearance)计划，通过征收贫民窟的地产来建造“公共住房”。到 1950 与 1960 年代，在约翰逊总统发起的“伟大社会”(Great Society)运动带动下，联邦和各州对穷人的福利寄予空前的关注。许多地方都制定了“都市重建”计划，通过地方政府机构征收贫民区的土地，并转卖给私人开发商，由后者代表地方政府为穷人建造公共住房。也正是在这个时期，宪法第五修正案的“公共用途”才开始在法院发挥一定的限制作用。但无论是这个时期还是以后，法院都极少依据征收条款

撤销政府的征收行为。

典型案例选取：在新伦敦市征收案中，法院则面临了一个明确而又尖锐的焦点问题，即：“以复兴经济为目的而进行的征收是否满足联邦宪法有关公共使用的要求”。这也即著名的凯洛案：

Kelo v. City of New London, 545 U.S 469 (2005)

对凯洛案进行 Keycite 后，我们发现：凯洛案的个案意义被夸大，在凯洛案中被承认的经济征收即使在美国范围内也没有得到普遍认可。国内过分夸大其意义说明了国内学术研究一定程度的滞后性。比如，**Norwood v. Horney(853 N.E.2d 1115, 1122+, Ohio)** 就并没有支持凯洛案的裁判，该案认定城市不能以城市发展与改造的目的征收私人财产。

“根据公共用途”的宪法概念在美国判例史上的演变及其最近的发展趋势可得出以下意见：由于“公共用途”或“公共利益”是极难界定的概念，法院难以发展出可操作的判断标准。在美国，对征收的公共利益之保障主要在于立法控制而非司法限制。根据民主原则，法院高度看重立法判断，凡是议会决定符合公共用途的征收一律被认为合宪。

在这个意义上，议会是一个“公益机器”，通过民主代议自动产生代表公共利益的法律和决定。

（二）二次资源（Secondary Sources）

1.法律百科（Am Jur 2nd）

检索路径：Westlaw——Am Jur 2nd——关键词：“Public use” /5 “taking” ——锁定 eminent domain——table of contents——26 Am. Jur. 2d Eminent Domain § 44;

检索结果筛选：

（1）26 Am. Jur. 2d Eminent Domain § 44;

（2）Application of Kelo v. City of New London, Conn., 125 S. Ct. 2655, 162 L. Ed. 2d 439, 60 Env't. Rep. Cas. (BNA) 1769, 35 Env'tl. L. Rep. 20134, 10 A.L.R. Fed. 2d 733 (U.S. 2005), to "Public Use" Restrictions in Federal and State Constitutions Takings Clauses and Eminent Domain Statutes;

（3）Construction and Application of "Public Use" Restriction in Fifth Amendment's Takings Clause—United States Supreme Court Cases 10 A.L.R. Fed. 2d 407;

Am Jur 2nd 与 A.L.R 对宪法第五修正案的征收条款有百科全书式的全面解读，是研究美国关于征收中的公共利益概念内涵、条款解释、历史嬗变、实践应用、学理争论以及实务态度的重要参考资料。

2. 法学专著（Monographs）

- (1) Richard Epstein, *Taking: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press (1985), pp.169-181.
- (2) H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, second edition, 1994, pp.129-143.
- (3) Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, translated. by Julian River, Oxford, 2002, pp.50-54.

鉴于以上著作其学术性质，对于探究征收权的起源及其原意有着重要价值。根据以上论著，我们可以发现：在联邦宪法通过的一个世纪之间，美国政府其实很少动用征收权力，因而征收条款也一直处于“休眠期”，并不是法院和学者广泛关注的对象。只是到了19世纪后期，随着第二次工业革命和城市化建设的迅速发展，美国才开始兴起政府征收的趋势。联邦和各州政府都利用征收权来鼓励经济上有利可图的行为，包括经济设施的大规模构建。反对者认为广泛的征收将导致寻租行为和立法权的滥用，因而主张法院对财产权的强制性转移进行严格审查。但对于法院是否有权行使这项权力，则一直存在着争论。

美国法学家不时到17世纪的大陆自然法学家——格老修斯(Hugo Grotius)和普芬道夫(Samuel Pufendorf)——那里寻找依据和灵感，但对于“公共用途”究竟是什么仍然莫衷一是。为了抗衡征收权的滥用，法院和学者最后对征收权附加了“公共目的”限制，但很快就陷入如何界定这个概念的困境。不论如何，新的公共目的说只是相当晚近才创造的理论，并不是出于制宪者的原意。

3.法学期刊 (Journals & Law Reviews)

- (1) Matthew P. Harriagton, “Public Use” and the Original Understanding of the So-called “Takings” Clause, 53 *Hastings Law Journal* 1245;

文章通过一系列证据表明，第五修正案的原意并不在于限制征收的目的。在征收条款的制定过程中，主要起草者麦迪逊(James Madison)和第一届国会其他成员的主要目的是防止征收权被行政权而不是立法权所滥用。当时普遍认为，国会代表公民对征收权的行使表达同意(consent)，因而不应受到任何其它限制。因此，第五修正案既不是为了授权国会征收土地——因为国会作为国民代表在此前已经获得了这项不争的权力，也不是为了限制国会的权力，而只是要求公用征收必须给予公正补偿。在这个意义上，将“公共用途”理解为针对立法权的限制，似乎是对宪法文本中一种误读。

- (2) Richard Epstein, *Taking: Private and the Power of Eminent Domain* (1986);

在这篇文章中，爱泼斯坦教授认为，法官可以根据起草和通过第五修正案当时普遍接受的概念，客观地决定征收条款的含义，并将洛克的政治哲学作为这种普遍接受的概念，但又认为洛克假设的前提和结论之间存在矛盾，因而需要受到修正。根据这种修正后的洛克哲学，爱泼斯坦认为大多数二十世纪的立法——包括累进制税收、福利措施、最低工资和最高工时的立法——都是违宪的。

- (3) Merrill, *The Economics of Public Use*, 72 *Cornell Law Review* 61 (1996), at 83-85;

文章旨在说明“公共用途”作为司法限制的理由。文章指出，“公共用途”

在传统上之所以没有对征收行为构成任何实质性限制，主要是出于两点重要理由。首先，传统的征收权大都是由议会直接行使，而议会控制被认为是防止政府滥用权力的有效保障。然而，随着都市重建的兴起，征收权在许多情况下被下放给行政机构，甚至在某些情况下被直接下放给私人。因此，现代议会未必能在所有情况下有效控制征收权的行使，且即使议会控制也未必能完全杜绝滥用权力的发生，因为议会代表以及普通纳税人并不能感受到财产权的丧失对少数被征收者的影响。其次，宪法第五修正案规定的“公正补偿”要求政府为征收付出适度的代价，从而也减少了滥用权力的可能性。

(4) Nicole Stelle Garnett, *The Public-Use Question as a Taking Problem*, 71 *George Washington Law Review* 934.

文章认为，法院可以模仿其在管制征收领域内发展的理论，要求所采取的手段对于实现公共利益的目标是“合理必要的”。文章详细论述了不同标准在征收法律领域内产生的张力。尽管普通征收和管制征收在性质上类似——在两种情况下，政府都是为了特定的公共政策而获得产权，并都是为了获得财产而向财产所有者提供一定价值的交换，但法院的审查标准极为不同。对于管制征收案件，政府必须将获得财产的手段和其目标联系起来；对于普通征收案件，目前的宪法标准却不要求政府保证征收是必要的或甚至只是和目标相关：只要征收目的正当，政府所采取的手段就不受审查。因此，在审查征收是否符合公共用途要求时，法院必须采取相当宽松的标准；在审查管制征收的合理性过程中，它则采取相对严格的标准。

(5) David M. Rasmussen, *Jurisprudence and Validity*, 17 *Cardozo L. Rev.* 1059, 1077 (1996)

这篇文章指出，法院有义务保证多数人及其代表不剥夺被征收者的公正补偿，但征收本身是否符合公共利益是议会决定的问题。在这个意义上，议会相当于一个“公益机器”（public interest machine）：在通常情况下，其所产生的法律或决定被认为自动符合“公共利益”。虽然议会因为可能侵犯少数人的利益而未必是理想的“公平机器”，它至少可以作为相当理想的“公益机器”，因为由民主选举产生的议会是社会多数人利益的最可靠代表。

具体到审查环节，有些学者提出，管制征收领域内要求的严格标准也应该被适用于征收领域。事实上，政府过度征收的危险比过度管制的危险更大。由于宪法所要求的“公平市场价值”存在适当性等潜在问题，失去财产的普通被征收者的处境可能还不如因管制征收而实际上丧失财产权的人。如果管制过度，企业完全可能“用脚投票”离开当地，因而过度管制受到市场限制，而过度征收则因为政府振兴当地经济、吸引外来企业的愿望而可能进一步加剧。关于目标—手段关系的司法审查将有助于法院排除动机不当的征收计划。

四、初步结论（preliminary conclusions）

一般认为，最初的高度抽象、内容“空洞”的“公共利益”概念，经过价值填充和类型化能产生初步确定性（产生“公共利益”的具体类型或法律原则）；

再结合个案事实通过原则权衡与利益衡量，可以获得最终确定性（产生“公共利益”具体涵义的法律规则）。

需要指出的是，由于利益概念的不可精确度量 and 无法量化的特征，权衡模式所得出的结论并不具有传统的逻辑演绎方法那样高度的确定性，它所追求的毋宁是一种结合个案的具体事实、有条件成立的论辩结果。即经过衡量模式所确定的“公共利益”概念的涵义也只具有以个案事实为前提条件相对的确定性。这是现代法学方法论中诸多法律续造方法的共同特征之一。

因此，这种方法的适用只能作为对传统的法律规则论证模式的矫正和补救，即在法律规则缺失前提下“不得已”使用的方法。

对这一主题的研究仍需要通过进一步扩大或变换检索关键词，并对结果进行进一步的筛选来不断修正与深化上述初步结论。这就是穷尽检索与细致筛选放弃部分检索结果之间的不可避免的张力，也是对检索者检索技巧和耐心的双重考验。