



征地审批还是征地决定？

——兼议《土地管理法》第45条、第46条之修改

顾大松 王 蔷*

摘要 一般认为我国征地审批与征地决定具有同一性，但行政管理上征地审批仍属于内部行为。征地审批制度的发展过程呈现了审批权限逐渐上收、流程更加细化、材料要求日益严格的特点，也存在内外程序混同、征转审批混淆的问题。基于“内外部行政法”的不同视角，征地审批与征地决定在目的、量级、补偿、形式四方面存在明显不同，两者之间应作区分。由于征地权行使的三大要素“公共利益”“正当程序”与“事先补偿”已经或正在法律化，征地过程中有必要由县级人民政府经上级政府审批后作出征地决定，并依要式行为特性明确征地决定内容及公告方式。

关键词 征地审批 征地决定 内部行政法 外部行政法 要式行为

引言

依据《中华人民共和国土地管理法》第45条规定实施的征地审批行为可诉性问题，是当下理论与实务界分歧较大的一个重要问题。有观点认为征地审批行为应属行政诉讼受案范围之内。也有观点将征地审批行为纳入《行政复议法》第30条第2款确定的行政终裁行为，排除于行政诉讼受案范围之外。2015年5月1日修订施行的《中华人民共和国行政诉讼法》第12条有关行政诉讼受案范围中，明确增列了“征收、征用及补偿决定”。但是，由于《中华人民共和国土地管理法》第45条对于征地审批行为的具体表述为“征收…土地，由国务院（省、自治区、直辖市人民政府）批准”，不论是《行政复议法》第30条第2款或修订后施行的《行政诉讼法》第12条相关规定，还是相关司法解释，均使用的是“征收（用）决定”。“征地审批”与“征地决定”在文字表述上存在不同，但在性质上是否同一，仍然有待细究。因为这不仅涉及到《行政诉讼法》第12条有关“征收、征用及补偿决定”规定对于征地审批行为的适用问题，也在很大程度上是《土地管理法》第45条、第46条规定的征地审批制度是否需要调整的问题。

因此，本文拟从当下理论与实务界对于“征地审批”与“征地决定”关系的不同认识入手，在认真梳理征地审批制度的历史、特点及问题基础上，运用行政法学相关理论探讨“征地审批”与“征

* 顾大松，东南大学法学院副教授，最高人民法院第三批研修学者；王蔷，江苏省无锡市国土资源局科员。本文系中国法治现代化研究院2018年度全院性研究项目“集体土地征收补偿法律制度研究”成果，最高人民法院研修项目“集体土地征收补偿法律制度研究”成果。

地决定”的区别，进而提出弥合“征地审批”与“征地决定”关系的制度建构主张，为修改《土地管理法》第45条、第46条相关规定建言献策。

一、“征地审批”与“征地决定”关系的不同认识

当前行政法理论与实务界大多认为“征地审批”与“征地决定”属于同一关系，即使有人注意到两者在文字表述上有所区别，也运用内部行为的成熟性理论，将征地审批与征地决定看作同一性质。但是，行政管理实务部门却一直以来将征地审批纳入内部行为属性，2015年国务院专门发文强调国土资源部“土地征收审查”的内部审批属性，强调不得“面向公民、法人和其他组织实施”。

（一）行政法理论与实务界的普遍认识

理论界将征地审批行为与征地决定等同的认识，以熊樟林发表于2017年第3期《法学研究》上的“土地征收决定不是终裁行为——以行政复议法第30条第2款为中心”一文为代表。该文在第一部分对土地征收决定进行概念界定后即指出：“土地管理法第44条、第45条将其（征地）决策权限定在省、自治区、直辖市人民政府和国务院两级行政主体上，本文所要讨论的是‘省、自治区、直辖市人民政府作出的土地征收决定’。实践中，其最为常见的表现方式就是被简称为‘批复’的批准文件。”这一表述实质就是将表现形式为“批复”的征地审批等同于“征地决定”。但是，为什么以“批复”形式表现出来的“征地审批”等同于“征地决定”，该文并未作讨论，似乎认为这是一个通说，属于不证自明的问题。

的确，实务中将《土地管理法》第45条规定的征地审批等同于征地决定，已经成为一种通说。也有观点注意到了征地审批与征地决定的区别，在“谭宗立不服湖北省人民政府征地批复复审申请一案”中，裁定认为“省级政府所作的征地批复在现实中和法律上通常等同于行政复议法第三十条所规定的‘征收土地的决定’”，其具体的理由是：“征地批复作为‘省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为’，实践中，相关内容往往已按照土地管理法所规定的征地公告程序公之于众，产生了外化效果。”^{〔1〕}这一裁定，注意到了征地审批与征地决定之间存在不一致，但又认为征地审批行为已经征地公告程序外化，按照行政诉讼法学上的成熟性理论，与征地决定仍具有同一性质。

（二）行政管理实务上的不同处理

对于《土地管理法》第45条规定的征地审批行为，行政管理实务上一直使用征地批复的文件形式予以呈现。针对下级行政机关内部批复，没有直接对相对人的权利义务产生实际影响，依《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》相关规定，不属于可诉行政行为。

不仅省级政府征地审批行为在行政管理实务上被纳入上级机关答复下级机关请示的内部行为，国务院对于国土资源部代行的“土地征收审查”也明确要求作为内部审批事项。2015年5月14日，国务院发布国发〔2015〕27号文，决定在前期大幅减少部门非行政许可审批事项的基础上，再取消49项非行政许可审批事项，将84项非行政许可审批事项调整为政府内部审批事项。在84项调整为政府内部审批的非行政许可审批事项中，第40项为国土资源部行使的“土地征收审查”。国务院发文同时指出：“调整为政府内部审批的事项，不得面向公民、法人和其他社会组织实施审批。”

〔1〕参见（2018）最高法行再8号裁定书。



国土资源部行使的“土地征收审查”权力，实质上就是《中华人民共和国土地管理法》第45条第1款规定的，由其代表国务院行使的对包括基本农田、基本农田以外的超过35公顷的耕地以及其他超过70公顷的土地的征收审批权。^[2]因此，不仅在省级政府行使法定征地审批权使用批复形式，国务院上述文件也进一步强调国土资源部代行征地审批权必须使用内部批复文件形式作出。

（三）两种不同认识引发的不同法律问题

在行政法理论与实务上普遍认同征地审批与征地决定具备同一性，论者就会聚焦于一个法律适用问题，即征地决定是否属于行政诉讼受案范围取决于《行政复议法》与《行政诉讼法》的关系。在国有土地上房屋征收决定已经纳入行政诉讼受案范围的情况下，实质上就是土地征收决定（即“征地决定”）是否以及何时纳入行政诉讼受案范围的问题。因此熊樟林一文从多方面论证该答复存在问题，论证《行政复议法》相关规定并不能类推出征地决定属于行政终裁行为。笔者也一直持这样的观点，因为在逻辑上《行政复议法》第30条第2款所确定的行政终裁行为仅指“省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定”，作为这一确权行为依据的“国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或征收土地的决定”显然并非这一条款指向的对象，不能包括在行政终裁行为之列。

但是，《行政复议法》第30条第2款不能类推出征地决定属于行政终裁行为，并不意味着现行《土地管理法》第45条所规定的征地审批行为就当然等同于征地决定，并因此应纳入行政诉讼受案范围。因为在行政管理实务上，国务院及省级人民政府征地审批一直是以内部行为的批复方式运转，而依《土地管理法》第46条规定，征地行为的具体实施主体为县级以上人民政府。虽然《土地管理法》明确征地审批权归于国务院与省级人民政府，但公告征地审批文件并具体组织实施的主体却是县级以上人民政府，而在事实上，征收集体土地用于建设的诉求主要来源于具体实施征地的县市级政府，后者也在实质上承担了征地安置补偿责任，依“无补偿不征收”的法理，县级以上人民政府也在行使土地征收权。因此，征地权在国务院、省级人民政府与县级以上地方人民政府之间分享的法律规定与运转事实表明，即使依现行《土地管理法》第45条与第46条规定，征地审批与征地决定之间也并不能简单等同，需要结合我国征地审批制度的发展沿革，认真辨析二者之间的关系。

二、征地审批制度的沿革、特点与问题

（一）征地审批制度沿革

1. 从《土地改革法》到《国家建设征用土地条例》的出台

新中国成立后，国家为了巩固新生的社会主义政权，在广大农村开展了轰轰烈烈的土地改革运动。

[2]《中华人民共和国土地管理法》第45条规定：“征收下列土地的，由国务院批准：（一）基本农田；（二）基本农田以外的耕地超过三十五公顷的；（三）其他土地超过七十公顷的。征收前款规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案。征收农用地的，应当依照本法第四十四条的规定先行办理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府在征地批准权限内批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批，超过征地批准权限的，应当依照本条第一款的规定另行办理征地审批。”

1950年6月30日，我国颁布了《土地改革法》，其中第2章规定了土地的没收与征收制度，第6条提到：“富农所有之出租的小量土地，亦予保留不动；但在某些特殊地区，经省以上人民政府的批准，得征收其出租土地的一部或全部。”在第4章“特殊土地问题的处理”中，第19条提到“使用机器耕种或有其他进步设备的农田、苗圃、农事试验场及有技术性的竹园、大果园、大茶山、大桐山、大桑田、大牧场等，由原经营者继续经营，不得分散。但土地所有权原属于地主者，经省以上人民政府批准，得收归国有。”此两处提到的“经省以上人民政府批准，得以征收”可以视为是我国土地管理立法中征地审批最早的雏形。1958年颁布的《国家建设征用土地办法》第4条规定：“征用土地，须由有权批准本项建设工程初步设计的机关负责批准用地的数量，然后由用地单位向土地所在地的省级人民委员会申请一次或者数次核拨；建设工程用地在三百亩以下和迁移居民在三十户以下的，可以向土地所在地的县级人民委员会申请核拨。用地单位申请核拨用地时，须送交征用土地申请书（详细注明土地的属性、位置和经批准的数量），并附对被征用土地者的补偿、安置计划，以及经批准的建设工程初步设计文件（附平面布置图），施工时间文件和土地所在地的县级或者乡、镇人民委员会的书面意见；但是申请核拨铁路、公路路线用地和国防工程用地，送交上述某种附件确有困难的时候，经过批准用地数量的机关的同意，可以免交或者以后补交。”第一次规定了征地审批需要提交的材料和拥有征地审批权限政府层级。这部自1953年颁布，后经1958年修订的《国家建设征用土地办法》后一直适用到1982年《国家建设征用土地条例》出台后失效。《国家建设征用土地条例》对征地的审批权限做了更为详细的规定，“征用耕地、园地一千亩以上，其他土地一万亩以上，由国务院批准；征用直辖市郊区的土地，由直辖市人民政府批准；征用五十万人口以上城市郊区的土地，由所在市人民政府审查，报省、自治区人民政府批准；征用其他地区耕地、园地三亩以上，林地、草地十亩以上，其他土地二十亩以上，由所在县、市人民政府审查，报省、自治区人民政府批准，在上述限额以下的，由县、市人民政府批准。”同时第7条还规定了用地单位申请用地的具体流程及需提交的材料，但未规定拥有审批权限的机关作出批准时需要审查的材料。

2. 从1986年《土地管理法》的出台到2004年的第三次修订

从新中国成立到1986年，我国一直没有专门的土地管理法律和管理机构。1986年2月，国家土地管理局成立，6月，全国人大颁布了我国第一部《土地管理法》，该部法律在总结我国土地管理实践的基础上，吸收采纳了《国家建设征用土地条例》中大部分条款，从法律的高度对土地征用作出了明确的规定。《土地管理法》在征地审批制度上基本上完全沿袭了《国家建设征用土地条例》的规定。1998年，《土地管理法》进行了重大修改，首次明确了“建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续”，建立了农用地转为建设用地的审批制度，即现行法第45条规定：“征用农用地的，应当依照本法第四十四条的规定先行办理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，同时办理征地审批手续。不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府在征地批准权限内批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批……”。该法在征地审批制度方面的另一个重大变革点在于，上收了征用土地的审批权限，将之前的县、市人民政府征用土地审批权限取消，规定了拥有征用土地审批权限的机关仅为国务院和省、自治区、直辖市人民政府这两级机关。



（二）征地审批制度发展的特点

纵观建国以来的征地审批制度变迁过程，可以发现征地审批制度从无到有，从简单到复杂，与我国的土地管理事业一起逐步地完善丰富起来。各个时期的审批制度反映了当时的经济发展特征，并不断随着复杂的历史条件和尖锐的人地矛盾做出调整。政府也力求通过征地审批制度在我国活跃的土地市场和严格的用地管理中寻找平衡，其演变过程主要呈现以下几方面的特点：

1. 审批权限逐渐上收，重心由“额度分级”转向“用途管制”审批模式

在1998年《土地管理法》修订以前，县级以上各级政府都拥有建设用地征地审批权限，而审批权限的变化主要是在能够批准征收的土地数量上，下级政府征地审批数额逐渐减少，上级政府审批数额逐渐增多。以县级政府为例，1953年的《国家建设征用土地办法》规定县级人民委员会可以核拨建设工程用地在300亩以下，迁移居民30户以下；1982年《国家建设征用土地条例》规定县、市人民政府可以批准征用耕地、园地3亩以下，林地、草地10亩以下，其他土地20亩以下；1986年《土地管理法》规定县级人民政府可以批准征用耕地3亩以下，其他土地10亩以下的土地。1998年《土地管理法》修订以后，将以往的征地额度分级审批制度改为以土地用途管制为核心的农用地转用和征地审批制度，彻底结束了我国市、县级人民政府拥有征地审批权的历史。2004年最新修正的《土地管理法》也延续了这一精神，征地审批权的上收有利于国家对土地资源从宏观层面上进行调控。

自1998年《土地管理法》修订以来，我国征地审批制度重心从过去的“额度分级”转向为“用途管制”，即征收农用地的，应先行办理农用地转用审批，在农用地转用审批时，须将征地方案和农用地转用方案、耕地补充方案等一并报批。此项制度的建立可以说是由我国市场化进程的快速发展应运而生的。自1987年建立土地市场以来，耕地面积大幅减少，建设用地需求量持续快速的增加，市场化的进程是以损失耕地为代价的。国家为了保护耕地，控制建设用地的过快扩张，建立起严格的农用地转用制度，实行“占一补一”的耕地占补平衡政策，防止土地的所有人或使用者随意变更土地用途，守住“十八亿亩耕地红线”，从而保证国家的粮食安全和经济安全。

2. 审批流程更加细化，确立用地预审、征地前告知确认制度

1958年的《国家建设征用土地办法》第4条规定，用地单位应当向土地所在地的人民委员会申请用地，人民委员会进行核拨土地。仅仅用了一句话的篇幅，就概括了从用地申请到准予批准征地的全部内容。到了1982年的《国家建设征用土地条例》，其中第7条对征地程序进行了规定，第8条对征用土地的权限进行了规定，但这两条对于有批准权限的机关应当如何审批，报批需要提供哪些材料却只字未提。1998年《土地管理法》修订后，征地审批制度才真正建立起来，虽然《土地管理法》对有批准权限的审批机关应当履行的职责方面仍然停留在“办理征地审批手续”这样笼统的规定上，随后出台的《实施条例》第20条对征地审批需要的材料作出了详细的规定，要求市、县人民政府要按照土地利用年度计划拟定“农转用方案”“补充耕地方案”“征收土地方案”，分批次逐级上报有批准权的人民政府，同时规定此类方案在报有批准权的人民政府批准前，同级的土地行政主管部门应当先行审查，并提出审查意见。同时在第23条中还规定了涉及农用地的用地预审制度，即独立选址项目需要占用农用地的，应当经由土地行政主管部门进行用地预审才可

报有批准权的上级人民政府批准。随后,国土资源部先后出台了《建设用地审查报批管理办法》《建设项目用地预审管理办法》,对征地报批需要进行的流程步骤进行了更为详细的规定。有批准权的审批机关,也应当依照此办法对下级机关报送的材料进行审查和批准。2004年国务院下发了《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》(国发〔2004〕28号),该文件在“(十四)健全征地程序”部分中提到:“在征地依法报批前,要将拟征地的用途、位置、补偿标准、安置途径告知被征地农民;对拟征土地现状的调查结果须经被征地农村集体经济组织和农户确认;确有必要的,国土资源部门应当依照有关规定组织听证。要将被征地农民知情、确认的有关材料作为征地报批的必备材料……”,此条规定意味着征地前告知确认环节也纳入了征地审批的审查范围之内。

3. 审批材料不断细化,“一书三方案”为基本要求

在我国土地管理立法历史进程中,最早包含征地审批应当提供的材料的规定出现在1958年《国家建设征用土地办法》,其中第4条规定:“用地单位申请核拨用地时,须送交征用土地申请书(详细注明土地的属境、位置和经批准的数量),并附对被征用土地者的补偿、安置计划,以及经批准的建设工程初步设计文件(附平面布置图),施工时间文件和土地所在地的县级或者乡、镇人民委员会的书面意见;但是申请核拨铁路、公路路线用地和国防工程用地,送交上述某种附件确有困难的时候,经过批准用地数量的机关的同意,可以免交或者以后补交。”由此可见,在这一时期,有审批权限的各级政府在进行征地审批时,应当审查用地申请书、征地补偿安置的计划、项目设计文件、施工文件以及当地人民委员会的书面意见,上述材料可以视为征地审批时的法定要件。但也规定了例外情况,即基础设施和国防建设项目用地上述材料经审批机关的同意可以免交或补交。

但是,从《国家建设征用土地办法》到1998年《土地管理法》修订之前,国家在立法层面并没有对征地审批所需要的材料进一步细化,1982年的《国家建设征用土地条例》和1986年的《土地管理法》甚至未明确规定征地审批时需要哪些材料,以“有关文件”或“其他文件”一笔带过。1998年以后,我国建立起以土地用途管制为核心的农用地转用和征地审批的复合型制度。《土地管理法实施条例》第20条、第23条将集体土地征收审批分为两种类型:一是在土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内,为实施城市规划占用土地时的土地征收程序,被称为批次征地审批;二是能源、交通、水利、矿山、军事设施等建设项目确需使用土地利用总体规划确定的城市建设用地范围外的土地时的土地征收程序,被称为单独选址征地审批。由于批次征地审批属于主要类型,征地报批材料主要包括农用地转用方案、补充耕地方案、征收土地方案,而《建设用地审查报批管理办法》第6条将编制建设项目用地呈报说明书也纳入了征地报批材料范围之内,这就形成了业界常说的“一书三方案”,“一书三方案”是审批机关审查的主要内容。

(三) 现行征地审批制度存在的问题

1. 内外程序混同

征地审批运转的最终法律效果是被征收集体土地所有权的灭失并产生新的国有土地所有权,因此征地审批对被征收土地的集体土地所有权人及相关权利人有直接影响,应是一种产生外部法律效果的行为。但是,现行征地审批制度更多是内部程序的构建,更多强调上级行政机关对下级



行政机关的管控，如现行征地审批制度对用地单位或建设单位的排斥就是典型。在早年征地审批过程中，还需要用地单位或建设单位向行政主管部门或政府提交用地申请后才启动征地审批程序，如1958年《国家建设征用土地办法》第4条规定：“用地单位应当向土地所在地的人民委员会申请用地，人民委员会进行核拨土地。”1986年颁布、1988年修订的《土地管理法》第23条规定：“国家建设征用土地，建设单位必须持国务院主管部门或者县级以上地方人民政府按照国家基本建设程序批准的设计任务书或者其他批准文件，向县级以上地方人民政府土地管理部门提出申请，经县级以上人民政府审查批准后，由土地管理部门划拨土地。”1998年《土地管理法》基于政府统一征地、统一供地的需要，在征地审批程序就排除了用地主体的参与，强化内部控制。

不过，由于征地审批的外部效果是对被征收土地所有权人或相关权利人的剥夺，封闭式内部呈报与上级审批难以真正反映被征地人的利益诉求，特别是征地矛盾突出、纠纷难解产生的压力，国家层面日渐重视被征地农民的诉求，在1998年《土地管理法》规定的内部审批程序之外引入征地前告知、听取意见程序就是现实选择，如《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）就规定：“在征地依法报批前，要将拟征地的用途、位置、补偿标准、安置途径告知被征地农民；对拟征土地现状的调查结果须经被征地农村集体经济组织和农户确认；确有必要的，国土资源部门应当依照有关规定组织听证。要将被征地农民知情、确认的有关材料作为征地报批的必备材料。”通过国务院决定方式将征地调查、告知甚至听证程序引入征地审批环节，实质上又是对内部征地审批程序的改造。

如上所述，现行征地审批制度将用地单位或建设单位排除在外是其运转内部性的需要，但鉴于对被征地人等主体权利的重要影响，相关制度又不得不保障被征收人及相关权利人的陈述、申辩正当程序权利，在原有的内部程序引入外部程序，内外部程序交错、混同。

2. 征转审批混淆

1998年《土地管理法》的重大修改之一，就是基于用途管制目标严格控制农用地转为建设用地，该法第44条、第45条分别规定了农用地转建设用地审批要求以及农用地转用审批与征地审批合一的规定，特别是第45条第2款中规定：“征收农用地的，应当依照本法第四十四条的规定先行办理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，同时办理征地审批手续。不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府在征地批准权限内批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批。”在事实上将征地审批与农用地转用审批合二为一。2006年，国务院从减少征地审批环节、提高审批效率目的出发，下发了《国务院关于加强土地调控有关问题的通知》（国发〔2006〕31号），调整城市建设用地的审批方式，在土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内，将依法由国务院分批次审批的农用地转用和土地征收，调整为每年由省级人民政府汇总后一次申报，经国土资源部审核，报国务院批准后由省级人民政府具体组织实施，实施方案报国土资源部备案。征地分年度按批次进行审批、备案，不可避免地将不同村组、甚至不同项目的集体土地合起来报送审批，因为农用地转建设用地存在年度计划控制，事实上基于用途管制的转用审批已经主导了征地审批，形成了征转用审批的混淆，在很大程度上影响了征地审批的效率与法律目标实现。

三、行政法学视野的“征地审批”与“征地决定”的区别

行政法理论与实务界关注征地决定的可诉性问题时，将征地审批与征地决定的同一性视作理所当然，这实质上是受“面向司法的行政法”影响所致，而一直主要在内部运转的征地审批程序引入被征地主体参与，实质上又是受“面向行政的行政法”影响。不过，“无论是面向司法的行政法还是面向行政的行政法，它们都是立足于从行政机关外部来控制行政权，即着眼于‘行政机关—行政相对人’的关系上，为行政权划定了一个不得逾越的‘法律圈’——行政行为的合法性。”^{〔3〕}而行政管理实务或现行土地管理立法主要以内部审批定位征地制度，更多关注行政的内部运转及国家宏观调控目标的实现，这不是传统“外部行政法”所重点关注的方向，如有学者就指出：“外部行政法对行政权力的控制具有至关重要的意义，但是这种‘意义’是被动性质的，经常无法到达行政机关的内部、行政职权的细节、行政行为的末端、行政执法者的内心，如果外部行政法对行政权力施加的外部压力不能通过内部行政法转化为行政主体主动的自我克制和约束行为，控制行政权力的效果仍然不可能良好。”^{〔4〕}因此，有学者认为传统行政法基于“行政机关—行政相对人”关系框架所构成的法调整范围，在当下法治政府形成过程中显得过于狭窄，现代行政法需要引入“内部行政法”，应当将“行政机关—行政机关”“行政机关—行政机构”和“行政机关—行政机关工作人员”这三类内部关系也纳入行政法体系加以调整。^{〔5〕}

外部视角的行政法主要从行政相对人与行政机关的关系角度，关注产生外部效力的征地决定，即使因为被征地人权利保护的需要在征地审批程序中引入事前调查、确认与听证程序，也是一种“面向行政”的“外部行政法”，而现行土地管理法律制度则更关注内部控制的征地审批，是一种“内部行政法”的视角。两种不同视角的行政法理念与制度建构路径导致征地审批与征地决定的交织与错位，进而产生了现行征地制度的诸多问题，因此有必要在“内外部行政法”的不同视角下，自觉区分征地审批与征地决定的关系，以实现内外部行政法在征地制度上的协调。

内部行政法视角的征地审批制度与外部行政法视角的征地决定制度在土地管理法制度上各有其正当性，两者之间有明显的区别，主要体现在如下几个方面。

第一，目的不同：征地审批在于实现宏观调控，征地决定则在于满足公共利益的需要。土地是一种自然资源，但与其它的自然资源相比，它直接关系国家四大安全——粮食安全、经济安全、社会安全与生态安全，因此需要进行宏观调控。2006年，针对建设用地总量增长过快，低成本工业用地过度扩张，违法违规用地、滥占耕地等现象，国务院发布了《关于加强土地调控有关问题的通知》（国发〔2006〕31号），明确在土地管理领域推进宏观调控的具体内容与方式：一是要求地方各级人民政府主要负责人对本行政区域内耕地保有量和基本农田保护面积、土地利用总体规划和年度计划执行情况负总责。二是按照权责一致的原则，调整城市建设用地审批方式。在土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内，依法由国务院分批次审批的农用地转用和土地征收，

〔3〕章剑生：“作为担保行政行为合法性的内部行政法”，载《法学家》2018年第6期。

〔4〕于立深：“现代行政法的行政自制理论——以内部行政法为视角”，载《当代法学》2009年第6期。

〔5〕同注〔3〕。



调整为每年由省级人民政府汇总后一次申报。三是严格实行问责制，对本行政区域内发生土地违法违规案件造成严重后果的，对土地违法违规行为不制止、不组织查处的，对土地违法违规问题隐瞒不报、压案不查的，追究有关地方人民政府负责人的领导责任。前述国发〔2006〕31号有关征地审批的严格要求，就体现了明显的内部行政行为特性，其主要目的在于通过行政审批实现宏观调控。

征地目的在于满足公共利益的需要，这在我国《宪法》第10条、《物权法》第42条及《土地管理法》第2条中均有明确规定，不过由于我国现行《土地管理法》规定集体所有土地只能通过征地活动转为国有土地，导致征地的公共利益目的被虚化，如《土地管理法》第43条就规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征收的原属于农民集体所有的土地。”非集体经济组织成员对集体土地的需要，并非全部属于公共利益性质，但按照上述条款规定，只要使用集体土地，必须通过征地程序完成，导致事实上通过征地程序形成的国有建设用地并非完全对应公共利益的需要，加之《土地管理法》也没有明确公共利益的具体要求，导致现行征地活动并无公共利益标准的法定依据。不过，随着改革的不断深入，这一问题已逐渐得到解决：一是国家推动的集体建设用地入市改革，已经突破了《土地管理法》第43条的要求。二是参照《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条规定，在《土地管理法》征地制度部分的修改中明确土地征收的公共利益具体标准已是趋势。

征地审批通过用途管制、总量控制等方式方法，以保障国家粮食安全、经济安全、社会安全与生态安全等宏观调控目标，而征地决定的公共利益则具体表现在其是否用于国防、外交方面的建设项目，或者是能源、交通、水利等基础设施建设的需要，也有可能是科技、教育、市政公用等公共事业建设项目的需要，即使是《土地管理法》修订过程中争议较大的“由政府组织实施的保障性安居工程、搬迁安置工程建设的需要”与“在土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内，由政府为实施城市规划而进行开发建设的需要”是否征地公共利益问题，也涉及到具体的用地，与征地审批通过用途管制、额度控制方式实现的宏观调控仍然具有明显的区别。

第二，量级不同：征地审批从总量控制入手，征地决定则是一种个别处理。征地审批作为一种内部行政行为，需要从国务院到省级政府再到市县人民政府，甚至到县级人民政府相关部门的层级管控，个别性的审批不利于宏观调控目标的实现，也影响高层级管控主体如中央政府与省级政府的审批效率，因此《关于加强土地调控有关问题的通知》（国发〔2006〕31号）就在1998年颁布实施的《土地管理法》规定的审批程序之外，在土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内将依法由国务院分批次审批的农用地转用和土地征收，调整为每年由省级人民政府汇总后一次申报，经国土资源部审核，报国务院批准后由省级人民政府具体组织实施，实施方案报国土资源部备案。事实上，每年省级人民政府汇总向国务院上报的征地批次材料，涉及到该省范围多个地区的征地需求，不同地区的征地需求的公共利益性也存在不同，只有通过总量性的审批才能更好地实现宏观调控目标，提高行政审批效率。

征地决定作为一种直接影响被征地人土地权利的外部行为，其直接法律效果就是旧的集体土地所有权灭失与新的国有土地所有权产生，这一重要的法律行为必须确定被征收人的范围以及被征土地的位置、面积、地类等方面，在行政法意义上，这就是一个就特定的事针对特定的人的具体行政行为，或者更为准确地说，是个案中的法律适用，区别于征地审批推进宏观调查的总量控制。在法律上，作出征收决定的行政机关系在有法律依据的情况下，以自己的“意思表示”消灭旧的物权（集体土地所有权）、产生新的物权（国有土地所有权），能够直接产生外部法律效力，而征地审批并不直接对外产生法律效力，其宏观调控目标更多是通过总量控制等方式方法实现。

第三，补偿不同：征地审批控制补偿标准，征地决定确定具体补偿。由于征地审批目的主要是通过总量控制等方法实现宏观调控，对于被征收人的补偿也是一种相对抽象的标准，因此县级土地行政主管部门分层级向上呈报的“征地土地方案”中，涉及到的征地标准一般都是各省级政府根据《土地管理法》授权确定的补偿标准，如江苏省执行的是2011年3月25日发布的《江苏省关于调整征地补偿标准的通知》——“全省统一按照农用地、建设用地和未利用地确定土地补偿费标准。征收农用地的土地补偿费最低标准，一、二、三、四类地区分别为每亩24000元、21000元、18000元、16000元。征收建设用地的土地补偿费，按照征收农用地土地补偿费计算；征收未利用地的土地补偿费，按照征收农用地土地补偿费的0.5倍计算。”征地审批过程中拟定的是事前统一制定的针对不同用途土地的补偿标准。

征地决定作为一个产生旧物权灭失新物权产生的法律行为，物权变动与补偿确定应当具有“唇齿关系”，如《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）就规定：“征地补偿安置不落实的，不得强行使用被征土地。”而《国有土地上房屋征收与补偿条例》第27条也规定：“实施房屋征收应当先补偿、后搬迁。”依我国现行《土地管理法实施条例》第25条规定：“征收土地方案经依法批准后，由被征收土地所在地的市、县人民政府组织实施，并将批准征地机关、批准文号、征收土地的用途、范围、面积以及征地补偿标准、农业人员安置办法和办理征地补偿的期限等，在被征收土地所在地的乡（镇）、村予以公告。”公告之后，再通过“两公告一登记”程序具体组织实施征地，其中一个环节就是安置补偿方案经征求意见后，最终形成被征收范围土地及失地农民的补偿与安置方案，这一最终形成的征地安置补偿方案，实质就是征收决定形成的物权变动效力与补偿确定之间的“唇齿关系”的体现，因此，征收决定与征地审批在补偿问题上也具有重要区别。

第四，形式不同：征地审批为内部批复，征地决定为要式行为。国发〔2015〕27号文明确要求国土资源部行使的“土地征收审查”应调整为政府内部审批事项，并“不得面向公民、法人和其他社会组织实施审批。”这一文件界定了征地审批的内部属性，其具体表现形式也应依《党政机关公文处理条例》第8条规定为行政机关对下级机关请示的“批复”。《中华人民共和国物权法》第28条第2款规定：“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”包括土地征收决定、房屋征收决定在内的征收决定，其生效时直接产生旧物权的灭失与新物权产生的物权变动效力，因此应为具有严格要求的要式法律行为，如《中华人民共和国国有土地上房屋征



收与补偿条例》第13条第2款就明确规定：“市、县级人民政府作出房屋征收决定后应当及时公告。公告应当载明征收补偿方案和行政复议、行政诉讼权利等事项。”在征地活动中，有权机关也应作出具有明确内容的征地决定，载明征地范围、地类、安置补偿方案等内容及行政相对人的复议与诉讼权利，并通过公告或直接向被征收人送达方式以产生外部效力，以体现其要式行为的特性。

四、构建《土地管理法》上独立的征地决定制度

在我国，《土地管理法》上的征地审批制度有着重要的宏观调控目的，历史上征地审批权限通过《土地管理法》的几次修订从县级人民政府上收至省级政府与国务院也有其必要性。与此同时，基于征地审批运行实践，现行《土地管理法》修订时也应将《关于加强土地调控有关问题的通知》（国发〔2006〕31号）要求的“地方政府领导负总责、省级计划一次申报以及严格问责制”明确为立法要求，以发挥内部行政法的“主体—行为—监督”结构，“协调征地审批系统内部的关系，确定系统内部的程序，以保证有效地对外部实施管理和服务，为外部社会提供秩序和福祉。”〔6〕

但是，征地审批与征地决定又有明显的区别，现行《土地管理法》有必要建立独立的征地决定制度，才能更好地解决现行《土地管理法》上征地审批与征地决定混淆的问题，也有利于法院依据《行政诉讼法》第12条规定，将征地决定纳入行政诉讼受案范围。事实上，随着《土地管理法》修改进程加快，征地决定作为区别于征地审批的独立法律行为条件已经成熟。

第一，具体公共利益标准的法定化。《土地管理法》参照《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条规定明确征地公共利益标准，已经是立法修订的普遍共识。有了具体的公共利益标准，作出征地决定的行政机关根据法律要求确定征地的必要性就有了可操作性，而国务院及省级人民政府基于用途管制、总量控制进行的征地审批与征地公共利益的确定之间有着明显的区别，两者之间并行不悖。

第二，被征收人参与征地程序法定化。征地审批作为内部行为，由行政相对人在这一过程中参与于理不合，因此国发〔2015〕27号文明确要求征地审批“不得面向公民、法人和其他社会组织实施”。但是，鉴于征地对被征收人及相关权利人的重要影响，依法保障其正当程序权利又是大势所趋，2004年《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）就明确要求将征地告知、确认以及听证程序引入征地审批环节，这实质上是对内部审批引入外部程序的改造，但毕竟两者之间仍然存在本质的冲突。因此《土地管理法》修订过程中，有必要将这一嵌入内部审批程序的外部程序剥离出来，纳入独立的征地决定制度中，以体现内外部行政法不同逻辑。

第三，未确定补偿不得强制搬迁的实际。“无补偿则无征收”，这是征地“唇齿条款”的基本内涵，在我国现行行政法制上已有比较明显的体现，如《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）“征地补偿安置不落实的，不得强行使用被征土地”的规定以及《国有土地上房屋征收与补偿条例》第27条关于“实施房屋征收应当先补偿、后搬迁”的要求。已经进入全国人大审议的《土地管理法（修正案）》（征求意见稿）中，就吸收了征地改革试点经验，将预征协议程序纳入征地审批之前，要求“相关前期工作完成后，市、县人民政府应当组织有关部门与被征

〔6〕同注〔3〕。

地农民、农村集体经济组织就补偿安置等签订协议，测算征地补偿安置费用并保证足额到位。”^[7]将安置协议签订提前至征地审批之前，实际上是进一步落实“无补偿则无征收”的体现，也在很大程度上消减了征收决定成立与征收决定生效之间的争议，^[8]有效衔接了《物权法》第28条规定征收决定生效与物权变动的法律关系。

如上所述，土地征收权行使的三大要素“公共利益”“正当程序”与“事先补偿”^[9]通过《土地管理法》修改不断法律化已是大势所趋。但是，由于我国理论与实务界对征地审批与征地决定关系的同一性认识，独立的征收决定制度仍付阙如。事实上，在现行征地制度下作为征地组织实施主体的市县人民政府，已经依法承担了征地安置补偿责任及通过告知、确认以及听证程序保障被征收人及相关权利人的正当程序权利义务，将来通过立法修改细化的公共利益标准落实也当由其承担，区别于以宏观调控为目的的国务院与省级人民政府征地审批权行使，市县人民政府实质上应是征地决定的主体。因此，现行《土地管理法》修改时，有必要在保留现有国务院及省级人民政府行使征地审批权同时，设定由市县人民政府作出征收决定的制度环节，并明确决定的具体内容与及时公告义务，以在立法上区别征地审批与征地决定，完善现有的征地法律制度。

基于上述认识，有必要在修改《土地管理法》时，将该法第45条的征地“批准”明确表述为“审批”，在该法第46条中增加县级以上人民政府经上级审批后作出“征地决定”条款。因此，结合全国人大于2019年1月4日公布的《中华人民共和国土地管理法修正案（草案）》（以下简称《修正案草案》）对原《土地管理法》第45条、第46条的改造（序号调整为第46条、第47条），《修正案草案》第46条可修改为“征收下列土地的，由国务院审批：（一）永久基本农田以外的耕地超过三十五公顷的；（二）其他土地超过七十公顷的。征收前款规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府审批，并报国务院备案。征收农用地的，应当依照本法第四十四条的规定先行办理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，同时办理征地审批手续。不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府在征地批准权限内批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批，超过征地批准权限的，应当依照本条第一款的规定另行办理征地审批。”《修正案草案》第47条最后1款“国家征收土地的，依照法定程序批准后，由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施”修改为“国家征收土地的，依照法定程序审批后，由县级以上地方人民政府作出征收决定并组织实施。县级以上地方人民政府作出征收决定时应当及时公告。公告应当载明安置补偿方案和行政复议、行政诉讼权利等事项。”

（责任编辑：李国慧）

[7] 2017年5月23日，国土资源部在其门户网站上发布了《中华人民共和国土地管理法（修正案）》（征求意见稿），将《土地管理法》第46条修改为：“市、县人民政府申请征收土地的，应当开展拟征收土地现状调查，并将征收范围、土地现状、征收目的、补偿标准、安置方式和社会保障等主要内容在拟征收土地所在的集体经济组织范围内进行公告，听取被征地的农村集体经济组织和农民意见。市、县人民政府根据征求意见情况，必要时应当组织开展社会稳定风险评估。相关前期工作完成后，市、县人民政府应当组织有关部门与被征地农民、农村集体经济组织就补偿安置等签订协议，测算征地补偿安置费用并保证足额到位。国家征收土地的，依照法定程序批准后，由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。”

[8] 顾大松：《房屋征收法律制度研究》，东南大学出版社2017年版，第67页。

[9] 乔仕彤等：“行政征收的司法控制之道”，载《清华法学》2018年第4期。