

# 土地征收审批的正当程序改革

刘国乾<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**程序正当是土地征收理应遵循的原则，实践中的改革已使报批前的准备阶段包含正当程序要素，然而公告之前的征收审批是否也应遵循该原则却有争议。征收审批内部程序运作的技术性设置不能改变其具体行政行为的属性，而其在实质上还具有对土地权利变动进行裁决的功能。征收审批的行为属性和功能属性理论上均要求引入正当程序。现行征收审批是由申请机关单方主宰信息的封闭决策过程，这导致审批机关缺乏第三方信息对报批材料进行验证。提高审批实效的要求呼唤引入正当程序作为信息传导机制。审批机关可利用拟被征收人表达异议或抗辩的信息弥补无法观测到申请机关行为的局限，增强对报批材料的核实能力。

**关键词：**土地征收审批 正当程序 具体行政行为 土地管理法

---

## 一、征收审批程序正当化改革议题的提出

修订中的土地管理法将农村集体土地征收制度改革作为“重中之重”，而如何完善征收程序又是其中的核心议题之一。现行土地管理法确定了如下土地征收流程：申请征收的地方政府报批—农用地转用审批—土地征收审批—土地征收公告—办理补偿登记—补偿公告—听取被征收人的意见（或组织听证）—补偿争议裁决—补偿—交付土地。其中，只有补偿争议裁决不是必经程序。以上征收流程遭受诟病最多的是该过程程序“不正当”。〔1〕正当程序意味着行政机关针对私人作出的不利行为必须满足最低限度的公正标准，在决定作出之前就应使相对人获得适当的通知以及有意义的听证或被听取意见的机会。〔2〕按照这种思路，在土地征收决定作出之前，应当告知土地拟被征收的农村集体经济组织和农户，并赋予其表达意见或者获得听证的权利。现有征收过程中被征收一方在土地征收公告之前没有知情权和参与权。“公告发布是在征地被批准之后。也就是说，此时被征地一方只有搬迁的义务，而没有保护自己土地不被征收的权利。剩下的，只有对补偿、安置方案进行一些讨价还价的机会而已。”〔3〕土地管理法的修改理应对以上批判有所回应。

---

\* 北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见章剑生：《行政征收程序论——以集体土地征收为例》，《东方法学》2009年第2期。

〔2〕 [美] 恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M·莱文：《行政法》影印本，法律出版社2001年版，第191页。

〔3〕 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。

然而，法律规范层面正当程序的缺失并不代表实践中不存在。《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号，以下简称《决定》）要求申请机关在征地报批前履行“预公告”、“确认土地现状调查结果”和“听证程序”：“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户；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。”国土资源部《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》（国土资发〔2004〕238号）进一步明确和细化以上内容：“……在征地依法报批前，当地国土资源部门应将拟征地的用途、位置、补偿标准、安置途径等，以书面形式告知被征地农村集体经济组织和农户。……国土资源部门应对拟征土地的权属、地类、面积以及地上附着物权属、种类、数量等现状进行调查，调查结果应与被征地农村集体经济组织、农户和地上附着物产权人共同确认。在征地依法报批前，当地国土资源部门应告知被征地农村集体经济组织和农户，对拟征土地的补偿标准、安置途径有申请听证的权力。当事人申请听证的，应按照《国土资源听证规定》规定的程序和有关要求组织听证。”

理论上，预公告可使拟被征收人知晓涉及自己利益的拟征地方案的细节，确认土地现状调查结果能让拟被征收人知晓并核实与自己有关的拟被征收土地的种类、面积等。组织听证和签订补偿（安置）协议这两项原本置于土地征收公告后的程序已被前移，使拟被征收人在报批前就得以对补偿标准和安置方案发表看法、提出意见。另外，虽然在全国范围没有统一的要求，但在很多地方的征地实践中，签订补偿（安置）协议环节也被放在报批前进行。<sup>〔4〕</sup>如果将相对人在行政决定作出之前的知情和表达意见的权利视为正当法律程序的核心要素，那么报批前的阶段已经包含了这样的要素。以上规定需要立法加以确认，但忽略这些规范、否认我国土地征收程序缺乏正当性并不符合事实。<sup>〔5〕</sup>

但是，报批前的准备阶段被植入正当程序要素尚不能得出土地征收程序已正当化的结论。土地征收涉及多个机关、包含复数阶段的构造，使之不同于由单一机关作出的普通行政行为。征收公告之前除了包括上述说明的准备阶段，尚包括审批核准阶段。核准阶段又包括两个环节：农用地转用审批和土地征收审批。这一阶段是否需要引入正当法律程序不无疑问：一方面，同意土地转用和征收的批复是上级行政机关对下级作出的，因而“两审批”被视为内部行政程序。<sup>〔6〕</sup>如果审批属于内部行政行为，则没有必要引入正当程序，因此征收审批排斥正当程序很大程度被视为一个理所当然的命题。但另一方面，是否征收的决定是在土地征收审批环节完成的，这意味着征收审批是直接面向被征收人，确认合法剥夺其土地财产权的行政决定。在此决定作出之前不适用正当程序似乎不合法理。

## 二、征收审批正当程序改革的观点

在为数不多的涉及对征收审批改革引入正当程序的讨论中，主要有两种意见。第一种意见认为：“两审批”尽管属于内部行政程序，但在拟被征收人不知情的前提下，通过“两审批”程序将非国有财产的集体土地变成国家所有不符合正当法律程序的要求。如等到造成既成事实之后再告知，即使审批机关错误审批，其纠正的成本也较高。基于预先防止优于事后纠错之常理，“两

〔4〕 其中有的省份已经通过立法来确认，参见《山东省土地征收管理办法》第12、13条规定。

〔5〕 这种程序变化已为部分学者所注意到，并以该实务中的操作程序作为讨论对象。参见程洁：《土地征收征用中的程序失范与重构》，《法学研究》2006年第1期；房绍坤等：《公益征收法研究》，中国人民大学出版社2011年版，第277页以下。

〔6〕 参见前引〔1〕，章剑生文。

审批”程序向拟被征收人开放，引入拟被征收人介入程序，给予其在法律程序上的抗辩权以防止错误审批。<sup>〔7〕</sup>这种意见强调在现有审批体制下引入正当程序。本文将此种意见提出的方案称为“改良方案”。

第二种意见认为现有的“两审批”体制既未有效发挥遏制地方政府随意征占集体所有土地的行为，同时层层报批的审批体制又有妨碍效率之虞，不能满足地方经济发展的用地需求。为提供审批效率，可让县级政府在国务院下达的一定期限内农用地转用指标范围内自主决定征地事项，同时实行严格的责任追究制，以确保地方政府在一定期限内补充相同数量和质量的被批准转用的耕地。同时，在县级政府作出征收决定之前，就征收事项进行公告，并规定一个合理的期限，允许拟被征收人就征收事项提出异议。如其提出异议要求举行听证而县级政府不召开听证会的，其作出的征收决定无效。其理由为，农用地转用审批的功能是为了防止随意变更土地用途，从而危及国家的粮食安全和经济安全。为了保护整个社会的未来长远发展利益，在实施时程序可以从宽，但在数量上要从严。而土地征收审批的功能是为了防止随意将农民使用的土地转变为建设用地，从而危及被征地农民的生产和生活。为了保护被征地农民的土地财产权和生存权，在实施时程序应当从严，但在数量上可以从宽，必须针对具体个案进行控制。<sup>〔8〕</sup>这种意见要求在对现有审批体制进行改革的基础上，引入正当程序控制县级政府的征收权。该意见提出的方案下文用“变革方案”指代。

改良方案的核心观点可以概括为：拟被征收人通过参与征收审批过程行使抗辩权影响审批决定的作出从而维护自己的实体权益。这种方案引入正当程序为拟被征收人提供进入决定过程的机会，而至于拟被征收人所具有的抗辩权“武器”究竟是一种实体否决权，还是程序上提出异议的权利，这种方案并未言明，因此该抗辩权如何影响审批结果则不得而知。变革方案的核心观点可以概括为：拟被征收人在土地征收决定作出前可提出异议，并要求召开听证会来确保县级政府作出的征收决定公正或可接受。同样，该方案也没有说明举行听证如何确保征收决定的可接受性。拟被征收人可通过听证会行使实体否决权，还是征收决定必须以听证记录作出，抑或召开听证会实现程序公正就当然地满足实体公正？这两种方案留下同样的未决问题：拟被征收人如何通过正当程序来影响征收决定的作出？

这两种方案的提出都建立在一定的逻辑假定或制度设计构想之上。如果作为前置议题的逻辑假定不成立，或制度改革方案在理论上不可取，那么以上问题则无回答的必要。因此，首先需要检视提出这两种方案所依赖的前置性议题在逻辑上是否成立或在理论上是否可取。

改良方案直接基于批准征收决定直接涉及对非国有土地权利的剥夺、事先预防优于事后救济这两方面的理由，但这种方案没有否认征收审批具有内部行政行为程序的性质。内部行政程序无需将以引入第三方参与作为必要条件。即便引入第三方进入行政过程，参与也仅服务于咨询目的。例如，在不直接涉及第三人利益的行政决策中，邀请专家论证之目的并非满足程序正义的需要，而是为服务科学决策提供咨询。因此，该方案如能成立，就必须证明“土地征收审批”不属于内部行政程序，否则提出使拟被征收人介入审批环节仅仅表明对正当程序偏爱的价值立场，而置理论逻辑是否自洽于不顾。

变革方案建立在将征收决定权下放至县级政府的基础之上。按照现有的审批体制，县级政府是最低层级的有权申请征地的机关，将征收决定权赋予县级政府意味着申请机关也是审批机关。这种方案虽未言明要废除土地征收审批，但由县级政府自己决定征收的改革方案已经包含这样一

〔7〕 参见前引〔1〕，章剑生文。

〔8〕 参见邹爱华：《完善土地征收审批制度的基本思路与具体对策》，《国家行政学院学报》2011年第2期。

个命题：现有土地征收审批没有存在的必要。因此，征收审批是否具有存续的价值涉及改良方案和变革方案的根本分歧。进而言之，对征收审批是否有存续必要的回答实际上就构成对一种方案的支持和对另一种方案的否定。

土地征收审批专门针对农村集体所有土地而设，其对保护集体所有土地有何意义？这可以结合具体案例来加以讨论。

2009年3月2日徐州市贾汪区人民政府在贾汪镇宗庄村公告，经江苏省人民政府苏国土资地函[2008]0381号和[2008]0829号批复同意征收贾汪镇宗庄村土地34.6749公顷。吴学东一户家庭承包经营的2.46亩耕地在本次征地范围内。吴学东不服此次征地，于2009年4月22日向江苏省人民政府提出行政复议申请。在行政复议审理期间，吴学东申请查阅了相关征地材料，发现宗庄村被征收的34.6749公顷土地种类全部被定为未利用地，而吴学东的土地承包证上注明的地类是基本农田。相关材料中没有包含征地报批前与吴学东确认征地现状调查的有关材料。<sup>[9]</sup>

从本案中至少可以发现以下几点事实：第一，申请机关篡改了征收土地的地类，将基本农田谎报为未利用地；第二，申请机关在报批前未履行土地现状调查确认程序；第三，作为征收审批机关的省政府放弃了审查职责、批准了征收。申请机关为何会篡改地类？如果申请机关履行土地现状调查确认程序，可能会有何种结果？如果省政府认真审查，本案的结果又当如何？

首先，申请机关篡改地类的目的显然是为了规避国务院的审批。根据土地管理法第45条的规定，土地征收审批的权限以拟征收土地的种类和数量为依据在国务院和省级政府之间划分：征收基本农田、基本农田以外的耕地超过35公顷、其他土地超过70公顷的由国务院批准；征收该列举之外的其他土地由省、自治区、直辖市人民政府批准。所以，如要规避国务院的审批，可以通过对拟征地的地类或总量进行造假实现。

其次，如果申请机关履行了报批前的“确认土地现状调查程序”，拟被征收人就能够对地类和数量等进行核实，那么篡改地类的情况就可能不会发生。虽然“确认土地现状调查程序”在理论上具有制约申请机关篡改事实的功能，但该案例表明，此类程序规则作为哈特所称的设定义务的“第一性规则”，自身并不总是具有获得自动履行之能力，须依赖外在的、有效预防和处理违反义务的“第二性规则”来保障实施。<sup>[10]</sup>《决定》在确定申请机关上述报批前的程序义务的同时，也规定“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”。“农民知情、确认的有关材料”即指申请机关履行预公告、确认土地调查现状程序义务的证明材料。这意味着申请机关在报批前应履行预公告和土地现状调查结果确认程序，且提交相关证明材料，其报送的土地征收方案才可能被审批机关批准。<sup>[11]</sup>《决定》的设置将申请征地机关履行报批前的程序义务作为审批机关批准征地的必要（非充分）条件，使履行程序义务与批准征地的实体结果相关联，从而使审批机关能够以是否批准征地来制约申请机关履行报批前的程序义务。本案中，作为审批机关的省政府显然放弃了审查申请机关是否履行土地现状调查确认程序的责任。当然，现实中并不能排除申请机关没有履行报批前的程序义务却伪造已经履行的证明材料，或将土地现状调查结果交由拟被征收人核实确认后再篡改地类和土地总量数据，以规避国务院的审批或使不符合条件的

[9] 参见《荒地报批基本农田骗取批复案》，来源：国土资源部网站2010年6月9日，[http://www.mlr.gov.cn/tdzt/zdxc/tdr/20thlandday/zfyf/201006/t20100609\\_721541.htm](http://www.mlr.gov.cn/tdzt/zdxc/tdr/20thlandday/zfyf/201006/t20100609_721541.htm)，最后访问日期：2012年6月25日。

[10] 参见[英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1995年版，第97页以下。

[11] 对于有关听证程序的材料是否作为报批的必备材料目前尚无统一的规定，但在各地方的征地实践中，一般都要求报批机关提供相关证明材料和补偿（安置）协议文本。例如北京市国土资源局要求申请征地应提交听证情况说明（原件）、征地听证记录或村组放弃听证的回执（原件）以及补偿协议（原件）。参见北京市国土资源局网站，<http://www.bjgtj.gov.cn/tabid/3342/Default.aspx>，最后访问日期：2012年6月27日。

征收申请获得批准。因此,尚需要审批机关对报批材料是否真实进行审查。

再次,本案中审批机关显然未对拟征收土地的界址、地类、面积是否清楚进行有效审查,导致不符合条件的征收申请获批。审批机关这样做同样属于放弃职责的情形。按照《建设用地审查报批管理办法》第14条的规定,审批机关除了审查申请机关是否履行报批前的义务或报批材料是否真实,还需要审查申请是否符合批准征收的条件。具体审查内容包括:第一,拟被征收土地界址、地类、面积是否清楚,权属有无争议;第二,被征收土地的补偿标准是否符合法律、法规的规定;第三,被征收土地上需要安置人员的安置途径是否切实可行。

本案中,如果审批机关履行法定职责,切实进行有效审查、公正审批,那么该不符合条件的申请就不会被批准。征地审批设置的立法意图和政策目标在于使审批机关对每次申请是否符合条件进行审查,阻止不符合条件征地行为的发生,从而发挥事前预防之作用。据此可以认为,土地征收审批的宗旨很大程度上在于确保公正征收,防止地方政府随意占用集体所有土地。该结论可从1998年土地管理法的修改得到印证。根据修改前土地管理法第25条的规定,县级以上各级人民政府均可以批准征地。这导致土地审批权过于分散,在实践中引发征收权滥用。该次修改在总结以往经验教训的基础上,上收了征地审批权。

以上讨论从正面说明土地征收审批的积极意义。“变革方案”事实上要求废除现有的征收审批体制,以克服其造成的效率延误。该方案提出的防止随意征占集体土地的替代性对策有二:一是依赖土地转用审批事前确定用地指标并进行事后检查监督;二是通过听证程序制约县级政府作出的征收决定。这两个替代性对策是否可行?如果替代性策略可行性较低,或虽然具有可行性但仍不能代替征收审批,则从反面说明征收审批具有存续的必要。

第一种替代性对策是依赖土地转用审批事前确定用地指标并进行事后监控。首先需要确定的是事前确定用地指标是否可行。在实践中需要征地的建设项目分为“城市分批次建设用地”和“单独选址建设用地”。城市分批次建设用地是指在土地利用总体规划确定的城市建设用地规模范围内,为实施规划而需要占用的土地。常规的具体建设项目必须依法申请使用土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内的土地。单独选址建设用地是指能源、交通、水利、矿山、军事设施等需要在土地利用总体规划之外选址进行建设的项目用地。只有前者是按照土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关进行土地转用审批,因而可以事前确定用地计划指标。而后者涉及规划之外的土地,难以在事先确定用地指标。其次,事后监控是否可能奏效?针对“城市分批次建设用地”,土地转用审批机关一揽子授予县级政府一定周期内特定数量的用地指标后,在一定周期结束后能否保证县级政府没有超出指标用地?这种方案给出对策是通过事后检查和问责作为制约机制。这种机制能够奏效的前提是事后检查能够发现县级政府是否超越指标征地。一个显而易见的事实是,受制于人力、财力成本和信息不对称的限制,寄希望于一种极端不平衡的“一对多”的自上而下的主动检查模式是不切实际的。即便可能,建立庞大的督查队伍对全国所有县级政府的用地进行检查,其成本必然无比高昂。这种对策连能否做到有效的检查都存有质疑,更遑论问责制裁。

第二种替代性的监督策略是以听证程序对县级政府作出的征收决定进行制约,并且通过事后救济来确保县级政府履行听证程序。听证程序能否制约县级政府恣意作出征收决定?如果举行听证只是作出征收决定的一个程序要件,那么听证至多表明程序公正而无法影响实体结果。如果通过举行听证赋予拟被征收人否决征收的实体权利,这又不符合公益征收的“强制性”要义。<sup>[12]</sup>

[12] 理论上,土地征收基于公共利益方可为之,而基于公共利益的征收具有强制性。在满足公共利益条件下,征收主体给予被征收一方公平补偿即可为之。例如我国宪法第10条第3款、土地管理法第2条第4款,物权法第42条第1款均作了这样的规定。

显然，听证程序至多为拟被征收人提供就征收的细节，如地类、数量是否准确、补偿或安置是否合理等问题发表意见的机会，并要求县级政府必要考虑拟被征收人提出的合理意见。如果县级政府未对拟被征收人提出的意见予以考虑，按照这种方案给出的思路，拟被征收人可以申请事后救济。可见，这种对策最终依托有效的事后救济来制约县级政府。这种思路事实上又回到对行政行为进行控制的传统策略，即斯图尔特所称的行政法的“传统模式”。<sup>〔13〕</sup>传统模式中，程序服务于立法指令被行政机关遵守，且为法院审查提供便利。能够保障这种模式得以有效运作的要素除了立法机关提供实体和程序规则外，最重要的是必须存在有效的事后救济机制，尤其是公正的司法审查。对此，至少我们目前尚不具备如此能力的司法机关。<sup>〔14〕</sup>即便有效的事后救济是可能的，其作为一种事后监督也必然不优于事前的预防性控制。尤其是在土地征收领域，对土地征收决定的否决不同于否定常规的具体行政行为。现实中即使征地行为违法，征地程序完成后往往已经成就大规模建设事实，对所利用土地进行恢复可能会造成巨大经济损失或损害公共利益。这些特性决定土地征收行为可回逆性较弱，对“木已成舟”的既定征收事实的回逆常常“为时晚矣”。

如果要阻止县级政府恣意征收、防止不符合法定条件的征收事实成就，唯一可行的策略就是拟被征收人通过听证发表异议或意见，且由独立于县级政府的公正的第三方根据听证记录对是否征收进行裁决，但这样的事前预防策略实际上又回到与征收审批类似的设计上。

### 三、征收审批的法律属性：引入正当程序的理论基础

以上“正反”两面的分析均表明土地征收审批并非可有可无。接下来需要讨论的是土地征收审批引入正当程序面临的理论问题——“土地征收审批”具有何种法律属性。“两审批”在改良方案中被“捆绑”讨论，但它实际上包括“土地征收审批”与“土地转用审批”两个不同类型。

征收审准备阶段的行为由申请机关作出，其中包括预公告、进行土地调查并交由农户确认，告知听证权利和举行听证，拟定各种报批所需材料等。这些都是纯粹的程序性行为，没有直接产生使土地权利发生转移的效果，不具有处分性，它们的目的在于为征收申请获得批准作准备。土地现状调查的目的在于发现和确认事实，同样是为申请征收作准备，没有产生对外效果。因此，报批前的行为具有预备性，它们的设置旨在“推动行政程序的进行”，<sup>〔15〕</sup>从本质上而言均不属于具体行政行为。

土地转用审批涉及是否同意将农用地转为建设用地。农用地包括国有农用地和集体农用地，转用审批的对象可能是二者之一。土地转用包括国有农用地转为国有建设用地、集体农用地转为集体建设用地、集体农用地转为国有建设用地三种情形。前两种情形中批准转用的决定可直接导致土地的性质发生变化、使用权发生转移。而在第三种情形中，批准转用的决定对土地性质和使用权的变化仅产生一种预期效果，这种效果的实现以批准征收决定的作出为条件。尽管批准转用的决定涉及的客体指向拟被征收人所有或使用的土地，但在批准征收决定作出之前其不会直接导致拟被征收人丧失土地权利。因而，批准土地转用只是土地权属性质由集体所有变为更国家所有一个必要条件，而非充分条件。转用审批机关具体决定的问题包括：具体建设项目所需的用地是否符合转用条件；用地计划是否符合现有既定规划；确属必需占用农用地的，用地计划是否符合土地利用年度计划确定的控制指标；占用耕地的情况下，补充耕地计划方案是否符合土地整理开发专项规划且面积、质量符合要求；单独办理农用地转用的，用地项目是否符合单独选址条件。

〔13〕 参见 [美] 理查德·B·斯图尔特：《美国行政法重构》，沈岷译，商务印书馆 2011 年版，第 5 页以下。

〔14〕 参见前引〔5〕，程洁文。

〔15〕 [德] 汉斯·J·沃尔夫等：《行政法》第 2 卷，高家伟译，商务印书馆 2002 年版，第 28 页。

可见,批准土地转用审查的内容涉及用地项目、用地计划是否符合总体规划和农用地转用指标,以及补充耕地计划是否可行和合理。这些要求针对申请机关作出,而不直接涉及拟被征收人。总之,批准转用的决定在形式上既非针对拟被征收人作出,在实质上也不必然导致其土地权益受影响,所以将集体所有转为国有建设用地的批准行为尚不构成具体行政行为。

尽管土地转用审批和征收审批的主体经常可能发生重叠竞合,但二者主体权限的配置原理却不相同。土地转用审批的主体权限是根据用地项目类型进行划分的。“城市分批次建设用地”的土地转用审批机关为原批准土地利用总体规划的机关,“单独选址建设用地”的土地转用权限根据用地项目的批准机关的层级来划分。土地征收审批机关的权限则是以拟征收土地的种类和数量为依据在国务院和省级政府之间划分。

批准征收决定一俟作出就意味着土地权属的变化具有必然性:使农村集体所有变为国家所有。土地征收审批程序是针对集体所有土地而设的,其直接体现国家强制征收权的实现,是导致集体土地所有人和使用人丧失土地权利的直接原因。拟被征收人土地上的权利属于财产权,批准征收这种典型的“剥夺甲方权利而授予乙方权利”的行为已涉及对财产进行强制再分配的实体问题。<sup>[16]</sup>批准征收的决定实质上已直接面向相对人,直接产生影响相对人权益的法律效果,因此具有具体行政行为的属性。

具体实施征收的机关(原申请机关)获得土地征收机关的批准后对土地征收方案进行公告实施。公告内容包括:批准征地机关、批准文号、批准时间、批准用途、被征收土地的所有权人、位置、地类和面积、征地补偿标准和农业人员安置途径、办理征地补偿登记的期限、地点。显然,公告并没有给被征收人创设新的负担,因此公告并不是一个新的行政行为,而仅属于对批准征收决定进行送达的方式。

综上所述,报批前的行为属于准备性措施,它们为最终的批准征收决定作出提供必要的程序准备和认定事实的依据。同意集体农用地转为城市建设用地的批准决定指向申请机关且不会直接导致土地权属发生变化。同意转用的决定是批准征收决定的前提,在此情况下转用审批机关和征收审批机关之间形成“事项决定的接力关系”,<sup>[17]</sup>因此土地转用审批具有内部行政程序的属性。最终针对拟被征收人作出、决定征收土地的是批准征收的决定。尽管根据现有的法律安排,批准征收的决定以批复的形式针对申请机关作出,但这种做法仅体现技术操作层面的内部性。公告本身是一种对批准征收决定向被征收人送达的方式,而非具体行政行为。征地公告后,作为具体行政行为的土地征收行为业已完成。此时,虽然土地征收过程还没有就此结束,但补偿仅仅是强制征收土地的所支付的对价。补偿并不是作为具体行政行为的土地征收行为的组成部分。

完整的土地征收过程尽管存在多个机关,经历复数阶段形成的多个行为,但只有征收审批机关作出的批准征收决定具有直接的对外效力,符合具体行政行为的特征。土地征收行为属于典型的多机关参与的一个对外程序,表现为单数具体行政行为的多阶段行政行为。<sup>[18]</sup>在涉及对集体所有土地征收的情况下,土地转用审批和土地征收审批经常被“捆绑”讨论,但以上说明已澄清只有“土地转用审批”具有内部行政程序的特征。无论批准征收的决定过程有多么隐蔽或被多少

[16] 关于“剥夺甲方财产授予乙方”范式的讨论,参见[美]约翰·V·奥尔特:《正当法律程序简史》,杨明成等译,商务印书馆2006年版,第34页以下。

[17] “一机关在一程序中为事实认定及事项决定后,再接由另一机关以此为基础,就另一法定事项作成决定”即形成“事项决定之接力关系”。李建良:《论多阶段行政处分与多阶段行政程序之区别》,台湾《中研院法律期刊》2011年第9期。

[18] “多阶段行政处分的作成,在概念上,须有二(复数)以上机关的参与,且原则上以一(单数)行政处分表现于外,形成‘多机关、一(外部)程序、一处分’的程序构造,复数机关之间的关系是内部程序。反之,行政处分之作成,不问程序构造如何繁复,从头至尾若均为同一机关者,则无疑构成多阶段行政成分。”同上文。

后续环节所包裹，征收审批都不应视为内部行政程序。因而，征收审批阶段引入正当程序的内部行政程序障碍仅仅是对操作层面的误读，实质上这种障碍并不存在。

以上讨论实际上仅涉及征收审批机关作出批准征收决定这一方面，而未关注审批机关对报批材料进行审查后也可对不符合条件的征收申请予以拒绝。征收审批绝不当地指代审批机关批准征收。那么征收审批具有何种法律属性？

首先，从实质效果来看，审批机关在审查征收方案是否符合征收条件的基础上能够作出批准或不予批准的决定具有裁决性质。虽然理论上征收审批构成对国家能否征收集体土地的决定机制，但事实上未来真正获得土地的使用权、并能对征收后土地的使用权进行处分的主体是申请机关。因而，审批实质上是对申请机关能否在对拟被征收人进行补偿后获得原集体所有土地使用权的确认，或者是对拟被征收人的土地权益现状能否得以维持的决定。这与富勒所认为的“裁决是对权利主张争议和控告违法的权威决定”中的第一项任务类似。<sup>[19]</sup>

其次，从形式上看，征收审批的架构具备类似裁决模式的诸多特征。第一，审批虽在实践中由审批机关向申请机关作出，但这一过程实际上至少涉及三方主体——申请机关、拟被征收人和审批机关。其中所涉及的利益格局中，作为利害关系人的申请机关和拟被征收人形成横向的、利益对立的两造“当事人”；就纵向关系而言，审批机关在层级上高于申请机关，在利益和价值取向方面理论上能够独立于申请机关。因此，审批机关可作为一定程度上独立于申请机关和拟被征收人的第三方。第二，审批机关在此过程中具有被动性，至少在形式上如此：其作出是否批准征地的决定有赖于申请机关的申请，审批机关不能主动发起征地程序；就申请机关之申请是否符合批准条件，主要由申请机关来提供证明材料，此类似“谁主张谁举证”；审批机关作出的决定体现了对“当事人”提供证据和请求的回应，审批机关不能根据自己的意思变更拟征收的地块、数量等内容。第三，征收审批所包含事实认定和作出权威决定两个环节，具有依法决定的特征。审批机关认定事实需要对申请机关报批的材料进行形式和实质审查。形式方面主要就报批材料是否齐备，以及是否符合形式要求进行审查。实质方面主要就是是否符合征收的要件进行审查，如前述是否履行报批前的程序义务，拟征收土地的界址、地类、面积是否清楚，权属有无争议，补偿标准是否符合法、安置途径是否切实可行等等。经过审查后，审批机关只能在批准征收或不予批准中作出选择。

征收审批是一个裁判过程，那么通知权利或利益可能受裁决不利影响的一方当事人参与该过程并提出对自己有利的证据和观点，是正当程序的最基本要求。富勒对裁决的分析基于这样一个命题：裁决的基础是利益受影响的各方得以提出有利于自己的证据和合理观点。<sup>[20]</sup> 在其眼中，没有参与则无裁决，利益受影响的各方之参与形成一个对抗格局。在此格局中，各方展示证据得以使裁决者获得全面的信息并对双方均保持必要的关注，可能形成的相互抵牾之证据和论点使裁决者与双方均保持充分的距离，从而有助于裁决者作出公正合理的决定。<sup>[21]</sup> 虽然这种观点深深烙有在普通法司法审判程序基础上发展起来的抗辩式裁决模式的印记，<sup>[22]</sup> 但不能否认，裁决所涉及的双方当事人均得参与裁决过程，裁决者应听取双方的意见才能满足最低限度的程序公正。

综上所述，直接涉及对农村集体土地所有权和使用权进行处分的批准征收决定具有具体行政

[19] See Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harvard Law Review 353 (1978).

[20] 同上文。

[21] See Robert G. Bone, *Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy between Dispute Resolution and Public Law Models of Litigation*, 75 Boston University Law Review 1273 (1995).

[22] D. J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 243.

行为之性质,因而引入参与程序并不存在理论上的逻辑障碍。土地征收审批以裁决方式防止不符合条件的征地申请获批,审批机关应为土地权利可能受裁决不利影响的拟被征收人提供参与机会,方符合最低限度的程序公正。

#### 四、征收审批引入正当程序的现实呼唤

以上从征收审批面向相对人和当事人两个维度,分析了批准征收决定的行政行为属性以及征收审批对财产权利归属进行裁决的功能属性。无论从哪一个维度,均可从理论上推导出征收审批环节引入正当程序具有确保最低限度的程序公正的意义。但以上讨论更多关注的是正当程序之于拟被征收人的程序价值理性,而对作为手段的正当程序如何作用于征收审批结果之工具意义并未深入讨论。在裁决模式中,正当程序的工具理性首先体现为当事人的参与有利于裁决机关根据权威的标准作出正确或准确的裁判。<sup>[23]</sup>类似地,如果引入正当程序,也应有利于征收审批机关作出公正或准确的决定。审批机关作出公正决定与拟被征收人最低限度的结果预期是一致的,即阻止不符合条件的征收申请获批。因此,对这个问题的讨论同时也是解答改良方案留下的未决问题——拟被征收人介入审批程序如何通过行使抗辩权进而维护其实体权利。

让我们从一个真实案例入手。江苏如皋市如城镇宏坝村近200户村民集体所有127,470平方米土地(其中村庄住宅占地99,336平方米,农田等其他毛地占28,134平方米)在村民不知情的情况下被征收为国有建设用地,并被当地国土资源行政管理部门挂牌出让给一家房地产公司进行商品房开发。村民们在向当地国土资源部门了解情况的过程中发现:有关部门在“征地调查表”上弄虚作假,伪造130多户被征地农民的签名,骗取了省国土资源厅的征地批复。更为荒诞的是,当地国土资源主管部门出具的“征地调查表”的签名全都是一人的笔迹。“被调查人签名”中,有4名村民其实早已死亡,有的死亡时间已达7年之久。<sup>[24]</sup>

本案中,申请机关未履行报批前的程序义务,而是通过伪造“征地调查表”表明已经履行土地调查现状确认程序。代表省级政府具体负责办理审批事项的国土资源厅也未能发现其造假、并批准了征收。

审批机关理论上能够以是否批准征地来制约申请机关履行报批前的程序义务。如果申请机关切实履行义务,其报送的征收方案同样能获得批准。从这个角度,批准征地可理解为对申请机关履行报批前程序义务的“激励”。如果审批机关能够发现其造假而不予批准,造假对于申请机关来说就得不偿失。那为何申请机关还要进行造假?通过造假排除拟被征收人的知情和参与,从而也排除了他们讨价还价给申请机关带来的利益损失。但不履行报批前的程序所能节约的成本,相比征收申请不被批准造成的预期损失,仍是“蝇头小利”。所以,申请机关敢于造假的根本原因在于,即便其造假也不会导致这种“激励”的丧失。据此可以推知,排除审批机关主观上故意放弃职责的情形,申请机关通过造假获得批准相比履行报批前的程序义务使申请获批是更优选择的唯一解释是:申请征地机关认为审批机关无法发现其造假。事实也是如此。

是否履行报批前的程序义务是一个需要验证的事实。为了使土地征收方案获批,申请机关自然不会把未履行报批前程序义务的事实展现出来。造假的客观存在要求审查机关对报批材料进行实质审查,仅对报批材料的形式审查并不能满足核实材料真伪之要求。认定事实发生在审查环节,从审批制约的失败可以推断出审批机关不具备发现申请机关造假的审查能力。以上推断是否

[23] 前引[22], Galligan书,第246页。

[24] 参见《如皋死亡7年的村民居然能在征地调查表上签名》,《现代快报》2007年5月22日。

合理需要进一步验证。由于审批机关主观上是否存在过错难以进行考察，以下讨论假定不存在审批机关故意放弃审查职责的情形。排除人为因素，焦点就应聚于现有审查机制上。

法定的审批机关为国务院和省级政府，但实践中具体的审查工作是由国土资源主管部门完成的。法定的审批机关事实上至多根据同级国土资源主管部门的审查意见作出是否批准的决定，或者决定是否同意国土资源主管部门经审查后作出的予以批准的初步结论。在国土资源主管部门系统内部，审查还存在上下级的垂直分工。以《国土资源部关于改进报国务院批准单独选址建设项目用地审查报批工作的通知》（国土资发〔2009〕8号）的规定为例，该《通知》要求省级国土资源主管部门进行初审，说明审查依据并提出审查意见。然后，国土资源部对省级国土资源管理部门的审查内容和意见进行复核性审查，必要时进行实地核实。无论是初审还是复核性审查，根据《建设用地审查报批管理办法》第12条第2款规定，负责审查的机关内部均实行“内部会审制度”。

通常，申请征收的地方政府国土资源行政主管部门具体负责履行报批前的程序义务，制作报批所需要的材料，经本级政府审核同意后报送上一级国土资源主管部门审查，尔后再依此流程上报至审批机关。这表明，审批机关仅对申请征地机关单方面提供的报批材料以及下级审查机关的审查意见进行复审。换言之，审批机关审查申请机关是否履行报批前的程序义务以及是否满足其他征地条件的信息均来自申请机关。而审批机关对申请机关的行为不可能总是采用一种集中、主动、直接的“警察巡逻”式的过程监督，<sup>〔25〕</sup>因而二者所掌握的信息必然是不对称的。如果申请机关没有履行报批前的程序义务，为了使报送征收方案获批，其必然会采取隐藏信息的策略。在不可能事先监督申请机关行为的前提下，未履行报批前程序义务对于审批机关而言不具有可观测性。然而，除了申请征地机关报送的材料，审批机关没有有效的第三方信息来核实申请征地机关上报的、表明已履行义务材料的真伪。这意味着，无论报批材料表明的事实是否为真，对于审批机关而言都不具有可验证性。除非伪造的报批材料存在明显的瑕疵或表明的事实明显不合理，才有可能引起审批机关的注意。只有审批机关启动实地核实，这个时候实质审查才有可能得到运用。换言之，只要不存在这两种情形，审批机关除了对始于申请征地机关的单方上报的材料进行形式审查外，便再无可为的余地。尽管审查机关采取内部会审制度，但这仅是一种审批机关内部采用会议形式或传文形式进行集体审理的组织形式，其核心机理是集体审理，目的在于避免个人智识、专业等局限以及防止个人审理的疏忽、独断、腐败等。这种制度对增强审批机关获得外部信息的能力并无帮助。

对于申请机关可能造假骗取批准，国土资源部已经注意到并提出应对措施。例如，《国土资源部关于改进报国务院批准单独选址建设项目用地审查报批工作的通知》要求市、县级国土资源主管部门：“……编报建设项目用地‘一书四方案’，履行征地报批前告知、确认和听证程序等；向上级国土资源管理部门报告上述内容的审查情况；对申报材料内容的真实性负责。省级国土资源管理部门负责审查……用地是否确权登记、地类和面积是否准确……审查是否落实征地补偿安置和被征地农民社会保障措施……。省级国土资源管理部门就上述内容形成报部的审查报告，说明审查依据，提出审查意见，对审查内容和意见的真实性、合法合规性负责。”申请机关对报批材料造假、初审机关没有尽到实质审查的义务，均违反该《通知》的要求。按照《通知》逻辑，如果审批机关事后发现申请机关造假或初审机关没有尽到实质审查的义务，造假机关的有关责任人员或未尽审查职责的责任人可能被追究责任。这种措施显然不是针对审批机关自身的能力建

〔25〕 See Mathew D. McCubbins and Thomas Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, 28 *American Journal of Political Science* 165 (1984).

设,而是试图通过事后制裁威慑申请机关、抑制其造假的冲动和通过行政命令将实质审查的职责转移给初审机关。

事后制裁之发动端赖于诸多条件得以成就,例如审查机关事后能够发现造假的事实。然而在现实中,除了与上述案例类似的伪造确认文件以外,申请征地机关没有告知听证权利但伪造村民放弃听证的文件,或者没有组织听证却制作某些村民代表听证的材料或伪造村民听证的记录,且均获得审批机关批准征地的情形也常有发生。<sup>[26]</sup>现实中大量造假的存在表明这种事后威慑机制并未发挥想象效果。即使事后能够启动问责,也非针对土地已被征收之事实。正如刑罚之存在并不能有效预防犯罪一样,这种事后制裁的存在并不能代替事前预防。另外,即便将实质审查的责任强行转移给初审机关也可能于事无补,因为初审机关也同样不具有实质审查能力。因此,仍有必要讨论如何强化审查能力建设。

在申请机关造假的情况下,假定审批机关是公正的,其批准征收事实上违背其真实意愿,此时批准征地对于审批机关而言是一种“逆向选择”。<sup>[27]</sup>解决逆向选择问题,首先要考虑的是能否建立一种有效的传递信息机制,使在信息上处于劣势的一方能够获得另一方不愿披露的关键信息。

对于申请机关没有履行报批前程序义务以及其他与征收有关信息,除了申请征地机关自己外,拟被征收人是唯一能以较低成本获得相关信息的人群。前文所说明的报批前的准备程序为拟被征收人获得相关信息提供制度保障。报批前的程序具有向拟被征收人披露信息和使其参与申请机关的准备过程的功能。此时,他们可作为监督机关(审批机关)和被监督机关(申请机关)之外的“第三方”来替代前者对后者进行过程“监视”,通过这种安排使主要的过程监视任务和成本向拟被征收人转移。对拟被征收人而言,这些又是他们维护自己权益必要的付出。

没有利益受影响的拟被征收人的参与,以裁判模式运行之征收审批缺乏确保其公正和有效运作的根基。相反,赋予拟被征收人知情和表达意见的权利,审批之裁决功能方名符其实。在申请机关造假的情形下,审批机关收到报批材料后,如果拟被征收人被告知有权就征收事宜发表意见,对于申请机关操纵事实的做法,拟被征收人就能够提出异议或抗辩。如此一来,申请机关前期准备行为的不可观测性缺陷就可能得到弥补。审批机关可结合拟被征收人提供的信息来核实报批材料的真伪,从而使审批机关受限于申请机关单方面提供信息的被动局面得以改变。在对双方提交的材料和证据进行书面审查仍无法认定事实的情况下,可启动实地核实。如果查实申请机关对报批材料进行造假,则不予批准征收,并对相关责任人进行处罚。申请机关如需继续申请用地,则应重新履行相关程序、重新组织报批材料。

将裁决中的言辞听证程序模式直接引入现有审批体制或许难以实现,但为拟被征收人提供表达意见或提供线索的机会并非不可能。审查机关可利用适当且有效的方式通知拟被征收人,并可利用各种技术平台为拟被征收人提供现场、非现场但实时的或非现场、非实时的表达意见和提供证据机会。

理论上,在不改变书面审查的前提下,引入正当程序并不能完全解决审批机关甄别信息和利用信息的能力。如果要进一步解决可验证性问题仍需采取听证式审查,使申请机关和拟被征收人双方对提交的证据材料进行质证和辩论。然而可能并不需要彻底解决审批机关的验证能力问题。

[26] 笔者在国土资源部门实习期间了解到:在不少被征收人主张征地机关程序违法的案件中,被征收人主张征地机关报批材料中所包含表明他们放弃听证的证明是伪造的,部分案件中存在征地机关伪造村民代表听证的材料以及伪造村民签字的听证材料。

[27] 关于“逆向选择”在经济学中的描述,参见[美]弗里德曼:《经济学语境下法律规则》,杨欣欣译,法律出版社2004年版,第78页。

只要保障拟被征收人的知情和表达异议的权利，就能使申请机关意识到其作弊行为很容易被戳穿。在这种情况下，其最优的选择应当是切实履行报批前的程序义务，而不是造假。这时，审批制约机制就可发挥作用。

以上讨论并不意味正当程序在现有审批体制中能够发挥最佳作用。前文已说明征地审批环节存在初审机关、复审机关和最终批准机关的分离，这种层层分工事实上加剧传递信息“信号”的衰减。从参与的便利性和减少引入正当程序对审批效率的延误来看，似乎在初审环节引入正当程序更有利于拟被征收人的参与。但是，作为地方政府职能部门的初审机关的利益与复审机关所追寻的目的可能并不一致，作为代理人的下级初审机关同样可能对作为委托人的复审机关采取隐瞒策略。如果不改变审查机关垂直分工的现状，为防止下级审查机关放弃审查职责或故意隐瞒有效信息，就应当在复审阶段设置正当程序。这种情况下，引入正当程序势必或多或少有延误审批效率之虞。但妨害效率不应成为阻止引入正当程序的充分理由，因为没有达到制度目标的效率对于制度本身而言是无效的。

---

**Abstract:** The due process principle should be followed in land expropriation. In practice, some efforts have been made to embed the elements of due process into the preparation phase before submitting for approval. However, it is not certain whether the principle should be abided by or not in the phase of examination and approval on land expropriation before announcement.

Advocating the introduction of due process must overcome the theory obstacle that examination and approval on expropriation is the internal administrative procedure. In fact, the technical setting of its operation in the internal procedure cannot mask its attribute as a specific administrative act. In terms of its function, it involves the adjudication of whether the property rights on the land should be shifted or not. Theoretically, the behavioral and functional attributes require that its process should be due.

The existing examination and approval on expropriation is a close system in which the source of information is dominated by the local authority who applies for approval. Thus the approving authority lacks the information from the third-party and does not have the substantive capacity to examine the materials submitted for approval. The need to improve the actual effect of examination and approval on expropriation also calls for the introduction of due process as a signaling mechanism. The approving authority can make use of the information included in the objection or defenses expressed by those whose land would be expropriated, to overcome its limitation in observing the behavior of the applying authority and enhance its ability to examine the documents for approving.

**Key Words:** examination and approval on land expropriation, due process, specific administrative act, land management law

---