

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

熊樟林*

内容提要：由于我国集体土地征收决定涉及过多的不稳定因素，因而，现行司法实践偏爱于借用行政复议法第30条第2款的法解释通道，将其认定为终裁行为，从而拒绝对其展开司法审查。这种立场非但获得了强势的判例支撑，也获得了最高人民法院司法答复的肯认。但是，将土地征收决定认定为终裁行为只是对行政复议法第30条第2款的类推解释，既与设立设定终裁行为的基本法则难以融通，也应当在修订后的行政诉讼法实施之后迅速加以撤除。从根本上来说，土地征收决定不可能是终裁行为。

关键词：土地征收决定 行政机关最终裁决 行政诉讼

引言

所谓土地征收决定，是指国家为了公共利益的需要，依据法律规定的程序和权限，经过批准并依法给予农村集体经济组织及农民补偿后，将农民集体所有土地使用权收归国有的一种行政行为。^{〔1〕}对此，土地管理法第44条、第45条将其决策权限定在省、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，如“褚春明、吕风英与江苏省人民政府行政征用案”中，由江苏省人民政府作出的《关于泰兴市城乡建设用地增减挂钩建新区2012年第2批次（11挂）建设用地的批复》。^{〔2〕}

* 熊樟林，东南大学法学院副教授，南京师范大学中国法治现代化研究院特邀研究员。

本文获2015年度国家社科基金青年项目“适合我国的行政裁量权基准制度构建研究”（项目编号：15CFX021）资助，系江苏高校区域法治发展协同创新中心成果。

〔1〕“征收”与“征用”二者之间虽有区别，但考虑到土地管理法2004年修订时，除个别条款外，已统一将“征用”改为“征收”，而且在2009年行政复议法修订时也并未对相应条款进行修改。因此，在没有特殊说明时，文中“土地征收决定”与“土地征用决定”含义是等同的。

〔2〕江苏省高级人民法院（2015）苏行终字第00533号。

行政机关最终裁决的行政行为（以下简称“终裁行为”），是指依据法律规定由行政机关做出最终决定的行为，公民对此类行为不服，不能向法院提起行政诉讼，其依据是行政诉讼法（1989）第13条第4项的规定。^{〔3〕}换句话说，“根据法律的明确授权，行政机关对此类特殊的事项拥有最终作出决定的权力，行政管理相对人不服，不能向法院提出诉讼，司法机关也无权审查其合法性”。^{〔4〕}

在我国的法律体系中，真正有可能将“土地征收决定”和“终裁行为”联系起来的，只有行政复议法第30条第2款。该款规定：“根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定，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为最终裁决。”根据这一规定，“土地征用决定”有可能会被认为是“终裁行为”的一种，司法实务中也的确有类似裁判。^{〔5〕}但是，这一文本是否应当如此理解，还有进一步讨论的空间。

一、理论研究上的两种解读

概括来说，在行政法学中，可能与本议题存有关联的是以下两处：第一，行政诉讼法第13条第4项所规定的终裁行为究竟包含哪些？是否包括土地征收决定在内？第二，行政复议法第30条第2款规定的土地征用决定，是直接可以被认定为终裁行为，还是仅就土地征用决定进行行政复议后的“复议决定”，才可以被认定为终裁行为？

（一）行政诉讼法第13条第4项的外延

首先，理论界认为，行政诉讼法第13条第4项规定终裁行为的核心要义，是指此类行为不能向人民法院提起诉讼。从保护行政相对人诉权的角度来看，这是“违背案件应当由司法机关作出最终裁决的自然公正原则的”，^{〔6〕}是一种严重限制公民权利的强制性规范，因此，“必须对其作严格地控制，其范围应当逐步缩小直至最后取消”。^{〔7〕}一般认为，在我国，规定终裁行为的只有如下几项法律规定：外国人入境出境管理法第29条、^{〔8〕}出境入境管理法第81条、^{〔9〕}

〔3〕 行政诉讼法（2015）第13条第4项依然规定：“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：……（四）法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。”

〔4〕 江必新：《WTO与我国的司法审查制度》，《法律适用》2001年第3期，第46页。

〔5〕 如最高人民法院（2015）行监字第815号行政裁定书、北京市高级人民法院（2015）高行终字第02334号行政裁定书、上海市第三中级人民法院（2015）沪三中行初字第191号行政裁定书等等。

〔6〕 王雪梅：《司法最终原则——从行政最终裁决谈起》，《行政法学研究》2001年第4期，第24页。

〔7〕 应松年主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社2007年版，第76页。类似的看法亦可参见杨海坤、黄学贤：《行政诉讼基本原理与制度完善》，中国人事出版社2005年版，第93页。

〔8〕 外国人入境出境管理法第29条：“对违反本法规定，非法入境、出境的，在中国境内非法居留或者停留的，未持有效旅行证件前往不对外国人开放的地区旅行的，伪造、涂改、冒用、转让入境、出境证件的，县级以上公安机关可以处以警告、罚款或者十日内以下拘留处罚；情节严重的，构成犯罪的，依法追究刑事责任。受公安机关罚款或者拘留处罚的外国人，对处罚不服的，在接到通知之日起十五日内，可以向上一级公安机关提出申诉，由上一级公安机关作出最后裁决，也可以直接向当地人民法院提起诉讼。”

〔9〕 出境入境管理法第81条：“外国人从事与停留居留事由不相符的活动，或者有其他违反中国法律、法规规定，不适宜在中国境内继续停留居留情形的，可以处限期出境。外国人违反本法规定，情节严重，尚不构成犯罪的，公安部可以驱逐出境。公安部的处罚决定为最终决定。”

集会游行示威法第13条、^[10] 行政复议法第14条和第30条第2款。^[11] 由于行政复议法第30条第2款是作为一个整体被划归到终裁行为之中的,而且确有“征用土地的决定”的字眼,因此,理论界将“土地征用决定”理解成终裁行为,并不为奇。但值得注意的是,多数学者只是将第30条第2款原封不动地列入到终裁行为的范围之中,^[12] 至于其中“土地征用决定”究竟是否为终裁行为,尚无明确定论。

(二) 行政复议法第30条第2款的内涵

如果将行政复议法第30条第2款中的行政主体以“省”为例,并且删除其中与“征用土地决定”不相关的词语,该款可以简化为:“根据省人民政府征用土地的决定,省人民政府确认土地所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决”。

就这一简化版的表述,理论界并无太大争议,一般认为土地征收决定并非终裁行为。^[13] 譬如,应松年等认为,“对于行政机关根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定,省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权行政复议决定因其有很强的政策因素,不宜进行司法审查,行政机关的确权复议决定为最终裁决,对其不得提起行政诉讼”。^[14]

但是,也有学者持截然相反的看法,^[15] 认为从现行立法和司法实践来看,我国欠缺土地征收救济模式。如行政复议法第30条第2款规定,国务院或者省、自治区、直辖市人民政府征用土地决定为最终裁决。^[16] 在这一问题上,“政府既是‘公共利益’的‘裁判者’,也是征收的‘执行者’及征收争议的‘裁判者’”。^[17] 而且,“行政区划的勘定、调整或者征用土地行为均不可诉,这在立法时就被认为属于国务院和省级政府的专属权力,不受司法审查”。^[18] 这是因为,“首先,法院由于缺乏足够的涉及社会公共政策的知识、信息和经验,对征地决定中有关公共利益的判断、征地用途和范围的确定等专业性极强且行政自由裁量度较大的内容,难以作出适当的认定和裁判;其次,省级政府作为地方最高行政机关,其作出的征地决定往往带有政治、经济决策的性质,在当前的司法能力和司法国情条件下,

[10] 集会游行示威法第13条:“集会、游行、示威的负责人对主管机关不许可的决定不服的,可以向同级人民政府申请复议,人民政府应当自接到申请复议书之日起3日内作出决定。”有学者认为,“该法没有提及行政诉讼,通常认为它默示复议终局”。何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第163页。

[11] 行政复议法第14条:“对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的,向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市提起行政诉讼;也可以向国务院申请裁决,国务院的裁决为最终裁决。”

[12] 参见胡建森主编:《行政诉讼法学》,法律出版社2004年版,第60页;前引〔7〕,应松年主编书,第76页;前引〔7〕,杨海坤等书,第94页;马怀德主编:《行政诉讼法学》,北京大学出版社2012年版,第53页。

[13] 参见邹爱华:《被征收人土地征收救济难困境及其对策——以国务院土地征收决定权为视角》,《国家行政学院学报》2012年第1期,第102页。

[14] 应松年、王成栋、张兴祥:《行政复议法例解与适用》,中国民主法制出版社1999年版,第312页。

[15] 参见王太高:《行政补偿制度研究》,北京大学出版社2004年版,第232页;赵奕涵:《我国土地征收制度实施中的问题、影响与挑战——兼论农地流转制度的实践经验与模式》,《中国不动产法研究》2014年第2期,第64页。需要注意的是,此类认识由于更加贴近行政复议法第30条第2款的文义,因而多数研究者一般只做肯定性判断,而不会就其缘由做过多的解释。

[16] 丁文:《土地征收救济机制之比较研究》,《法学评论》2008年第1期,第74页。

[17] 前引〔15〕,赵奕涵文,第64页。

[18] 孔祥俊:《行政行为的可诉性、原告资格与司法审查》,人民法院出版社2005年版,第92页。

司法审查一旦介入的范围、时机、手段不恰当，将会对司法独立和司法威信产生重大的负面影响”。^[19]可见，对于土地征收决定究竟是不是终裁行为，理论界仍然莫衷一是。

二、司法实践中的两类裁判

（一）微弱的否定性裁判

在我国行政诉讼的司法实践中，土地征收决定并非一开始就被挡在法院大门之外，早年对其进行审查的案例，在重庆、^[20]山东、^[21]福建、^[22]浙江^[23]等地并不鲜见。如在2006年“张召良等诉浙江省人民政府土地行政复议案”中，浙江省高院非但没有将土地征收决定认定为终裁行为，而且，还对被告“浙土字[A2005]第20100号批复”进行了实质审查，并最终判决该批复“所认定的事实不清，证据不足”。^[24]在“王国超诉山东省人民政府案”中，山东省高院认为“原审法院以……最终裁决为由，对本案不予受理理由不当，应予纠正”。^[25]可见，在我国的确有对土地征收决定进行司法审查的先例，我们可以将其称为“否定性裁判”。^[26]但是，从总体上来看，此类判决还存在两方面的问题。这表现为：首先，此类判决的数量十分有限，从我们能够观察到的情况来看，它们多数发生在2010年之前。而且，它们基本上作为个案而存在的，不具有普遍性。譬如，尽管同是在2006年，江苏与浙江的态度就截然相反，在“赵罗根等诉江苏省人民政府案”中，南京市中院认为，“本案所涉土地征用等方案是经省人民政府批准后由省国土资源厅下发通知征为国有，对该行为不服，当事人既无权向人民法院提起行政诉讼，亦无权提起行政复议”。^[27]其次，即使在相同区域，法院的裁判也会两立并存。譬如，在前述“张召良等诉浙江省人民政府土地行政复议案”中，浙江省高院认为土地征收决定不是终裁行为。但几乎在同一时期，浙江省高院在其他案件中却又认为土地征收决定是终裁行为，拒绝对其展开司法审查。如在2007年“刘万瑞等诉浙江省人民政府土地行政征收案”中，浙江省高院认为，“一审法院以省政府批准征收土地行为依法不属于人民法院行政诉讼受案范围为由，驳回刘万瑞等33人的起诉并无不当”。^[28]最后，此类判决也并不能直接决定案件走向，倘若能够找到驳回原告诉讼请求的其他理由，法院一般也会“受理”。此时，法院的逻辑是先受理，然后再以其他理由加以驳回。譬如，在“吴昌辉等诉重庆市人民政府征地批复案”中，最

[19] 朱嵘：《对征地行政案件司法政策的思考》，《人民司法》2010年第9期，第103页。

[20] 参见重庆市第一中级人民法院行政庭课题组：《重庆市土地行政征收案件调查报告》，《西南政法大学学报》2008年第5期，第113页以下。

[21] 山东省高级人民法院（2010）鲁行辖终字第5号。

[22] “二审法院以征地前没有按要求履行确认程序，也未落实耕地补充方案为由，终审判决确认该征地批复违法”。参见杨玉章：《征地批复违法，造成损失谁来赔》，www.gtzyb.com/shiwucuooshi/20160704_97868.shtml，2016年7月13日最后访问。

[23] 浙江省高级人民法院（2006）浙行终字第11号；

[24] 同上。

[25] 山东省高级人民法院（2010）鲁行辖终字第5号。

[26] “否定性裁判”并不是一个严格意义上的诉讼概念。在本文中，其是指法院认为土地征收决定不是终裁行为的裁判。与之相对应，下文所说的“肯定性裁判”则是指法院认为土地征收决定就是终裁行为的裁判。

[27] 南京市中级人民法院（2006）宁行初字第41号。

[28] 浙江省高级人民法院（2007）浙行终字第32号。

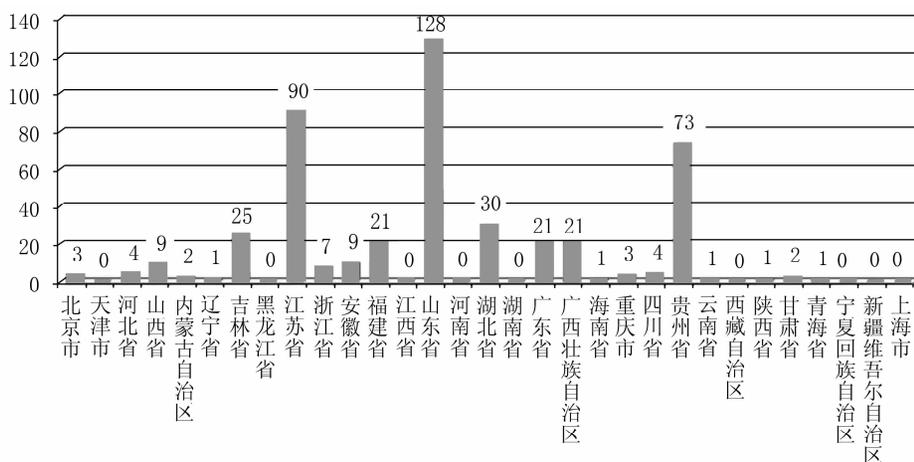
高人民法院驳回原告的理由便是已经超过起诉期限，而非土地征收决定是终裁行为。^[29]

（二）强势的肯定性裁判

与否定性裁判完全不同，在我国行政诉讼的司法实践中，将土地征收决定认定为终裁行为的裁决为现阶段主流，这表现为：

第一，肯定性裁判的时间跨度很长。从我们能够查阅到的判决文书来看，此类做法早在2006年就已经出现，如前述“赵罗根等诉江苏省人民政府案”。而且，截至2016年7月4日，包括最高人民法院在内的国内大部分法院仍然还在秉承这一立场。^[30]现阶段，在中国裁判文书网“高级检索”中，以“《中华人民共和国行政复议法》第30条第2款”为法律依据，我们能够获得的大部分裁判文书仍然会做如下判断——“征收土地的决定，属于《中华人民共和国行政复议法》第30条第2款规定的由行政机关最终裁决的行政行为，不属于人民法院行政诉讼案件受理范围”。^[31]

第二，肯定性裁判不是局部性创举，基本上覆盖了全国各地人民法院。截至2016年7月4日，以上述同样的检索方法，我们能够获得的裁判文书共计1119件。其中，基层法院259件，全部不相关；^[32]中级人民法院483件，去除不相关284件，余199件；高级人民法院353件，去除不相关95件，余258件。因此，地方法院共计作出457件肯定性裁判，数量非常庞大。而且，在地理位置上，它们分布在我国各个省份，甚至于连土地征收活动并不频繁的西北部地区，也有少量肯定性裁判的出现，如青海省、^[33]甘肃省等^[34]（见下图）。



第三，肯定性裁判不是地方性经验，也不仅仅是约定俗成的裁判习惯。现阶段，无论是各省高级人民法院，还是最高人民法院，基本都会以肯定性裁判为自己的审判参照。截

[29] 最高人民法院（2001）行终字第18号。

[30] 如江苏省高院2016年3月31日作出的（2015）苏环行终字第00043号“陈鸿才、徐进诉江苏省人民政府行政征收、行政批准二审行政裁定书”。此外，最高人民法院在“李水清等申诉行政裁定书”中仍然认为，征收土地批复“属于《中华人民共和国行政复议法》第30条第2款规定的情形，不属于人民法院受案范围”，见最高人民法院（2015）行监字第815号。

[31] 如贵州省高级人民法院（2016）黔行终195号。

[32] 由于土地征收决定的最低审批权限是省、自治区、直辖市人民政府，按照行政诉讼法的规定，其一审案件应由中级人民法院管辖。因此，基层法院的判决肯定是不相关的。

[33] 青海省高级人民法院（2014）青行终字第4号。

[34] 甘肃省高级人民法院（2015）甘行终字第53号。

至2016年7月4日,以上述同样的检索方法可以获知,最高人民法院已经作出约22件肯定性裁判,而且绝大多数是申诉案件,是对相对人就“土地征收决定并非终裁行为”诉请的再次否认。^[35]并且,值得注意的是,此类做法在司法审判系统内部也开始被明文规定。譬如,2015年2月颁布实施的《重庆市高级人民法院关于审理土地征收行政案件的解答》就规定:“重庆市人民政府作出的征地批复不属于行政诉讼受案范围,当事人对征地批复提起行政诉讼的,人民法院不予受理。”

当然,需要说明的是,尽管肯定性裁判是法院系统的主流立场,但并不代表其内部已经达成共识。实际上,同是肯定性裁判,不同法院对行政复议法第30条第2款的理解也不尽相同。譬如,在前述的“刘万瑞等诉浙江省人民政府案”中,浙江省高院主张土地征收决定只能复议,不能诉讼。但同时期的江苏省高院却并不这么认为,在“赵罗根等诉江苏省人民政府案”中,其主张土地征收决定既不可以被复议,也不能被诉讼。^[36]

三、肯定性裁判的两项理由

如上,在理论界,主流理论认为土地征收决定不是终裁行为,可以提起诉讼。但在司法实践中,主流裁判却认为土地征收决定是终裁行为,不可以提起诉讼。可见,理论与实践之间出现了矛盾。从我们的考察来看,其可能是由如下因素所致。

(一) 最高人民法院(2005)行他字第23号答复

最高人民法院在2005年9月20日作出的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政复议法〉第三十条第二款有关问题的答复》(以下简称“23号答复”),涉及的是“赵罗根等诉江苏省人民政府案”,争议焦点为江苏省人民政府批准镇江市2003年度第18批次土地征收决定的合法性。本案中,江苏省人民政府较早地提出了一种观点,认为最终裁决包括两种情形:“一是国务院或者省级人民政府对行政区划的勘定、调整或者征收土地的决定;二是省级人民政府据此确认自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定。”^[37]这一观点的产生背景,可以追溯到2005年8月10日江苏省高院向最高人民法院提请过的一份请示,名为《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国行政复议法〉第三十条第二款有关问题的请示》。

在该请示中,江苏省高院陈述了如下两种意见:“第一种意见认为,从立法本意理解,行政复议法第30条第2款规定的最终裁决应当包括两种情形:一是国务院或者省级人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定;二是省级人民政府据此确认自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定。即对省级人民政府征用土地决定行为不能申请行政复议或提起行政诉讼。……第二种意见认为,从法律条文文义理解,行政复议法第30条第2款规定的最终裁决仅指涉及确权的行政复议决定,且该确权决定必须是根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定作出的,确认的内

[35] 参见“稽道双等诉江苏省人民政府案”(最高人民法院(2014)行监字第522号);“童华等诉重庆市人民政府案”(最高人民法院(2014)行监字第527号)。

[36] 江苏省高级人民法院(2007)苏行终字第0002号。

[37] 前引[27],“赵罗根等诉江苏省人民政府案”。

容是指确认土地等自然资源的所有权或使用权。也就是说,只有根据国务院或者省级人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定,省级人民政府确认自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定才可以成为最终裁决。该款不涉及对国务院或省级人民政府征用土地决定的复议或诉讼的问题,即该款并没有规定国务院或者省级人民政府征用土地对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定不能申请行政复议或提起行政诉讼。故从该款规定的语义看,尚不能得出对省级人民政府的征用决定不能申请复议或者不能提起行政诉讼的结论。而且,从当前行政审判实践看,省级政府的征用土地决定,确实存在一些越权审批,违法审批的情况,如作为终局裁决不利于纠正此类违法行政行为。”^[38]

最高人民法院在收到这一请示后,直接选择了第一种意见进行答复,认为土地征收决定就是终裁行为,但没有附加任何可供参考的理由和说明。“23号答复”全文如下:“江苏省高级人民法院:你院关于《关于适用〈中华人民共和国行政复议法〉第三十条第二款有关问题的请示》收悉。经研究,同意你院审委会第一种意见,即作为最终裁决的事项,即《中华人民共和国行政复议法》第30条第2款规定的最终裁决应当包括两种情形:一是国务院或者省级人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定;二是省级人民政府据此确认自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定。”

如今,从对司法实践的观察来看,这一答复已经成为肯定性裁判的圭臬,所有肯定性裁判都会一字不漏地重申答复要旨,地方法院也频频引用答复充实裁判文书。而且,由于我国司法解释具有“干预社会直接”的特点,^[39]它也能够直接将土地征收决定中的实体问题都拒之门外。现阶段,所有肯定性裁判对行政复议法第30条第2款所做的解读,也都因其而获得了形式正当性。

(二) 土地征收决定的政治行为本质

需要进一步追问的是,最高人民法院为什么会做出23号答复?从根本上来说,这涉及到法律与政治的关系问题。长期以来,“中国政治一直在塑造中国司法”,^[40]而我国司法实践又习惯于将土地征收决定定位于一种政治性行为,认为“土地征收制度正是国家凭借政治权力作出的制度安排”。^[41]土地征收是经济行为政治化的一种外形,征收人与被征收人之间并不是严格的法律关系,“双方之间是一种政治性的互动,从服从国家大局的角度出发,群众不能抗拒,只能选择合作”。^[42]而且,从征收双方的关系来看,土地征收过程也不是一个平等交易的过程。土地征收的政治行为属性完全遮蔽了其经济属性,“土地征收虽然可能考虑‘经济情况’或利用经济运作手段,但其目的却是为了增进社会公共利益需要,而不是满足个人自身需求或控制稀缺资源以获取利润”。^[43]因而,在土地征收谈判中,征收价格往往被认为只是“政治价格”而非“法律价格”,^[44]政治行为视角下的“公正补偿

[38] 江苏省高级人民法院(2005)苏行终字第010号。

[39] 陈春龙:《中国司法解释的地位与功能》,《中国法学》2003年第1期,第25页。

[40] 苏力:《中国司法中的政党》,《法律和社会科学》2006年第1辑,第258页。

[41] 司艳丽:《论集体建设用地使用权流转的法律规制》,中国政法大学2006年博士学位论文,第18页。

[42] 李学林、苏蔓:《基于社会互动理论的构建油地和谐关系研究》,《西南石油大学学报(社会科学版)》2010年第3期,第8页。

[43] 李保平:《论征地补偿的政治价值》,《学术研究》2010年第3期,第81页。

[44] 参见程雪阳:《土地发展权与土地增值收益的分配》,《法学研究》2014年第5期,第91页。

意味着不完全补偿”〔45〕

这种宏观政策层面的判断，首先在社会学研究中可以获得证实。社会学研究表明，地方政府在土地征收过程中存在着以“低成本”方式推进“经济发展”和“城市化”的直接目标，〔46〕而这决定了土地征收过程中的利益博弈具有天然的不对等性，司法活动所追求的公平与公正期待，也因而难以奏效，否则便会“削弱地方政府动员土地租金收入和发展经济的创造性或自主激励机制”。〔47〕并且，即使在微观技术层面，司法介入也会显得十分突兀。实际上在司法之外，土地征收的所有参与方都不会在规则主义的框架之内严格行动，征收人奉行的是“强制性”与“协商性”的双元立场，〔48〕“萝卜”与“大棒”兼具，“规则”与“超规则”并行，而被征收人迷信的则是“大闹大解决、小闹小解决、不闹不解决”的利益表达法则。〔49〕因此，对于此类本来就毫无章法的征收纠纷，就难以套用司法过程中的严格规则主义逻辑进行审读。

因而，不管我们是否愿意承认，土地征收活动“实质上就是政治行为”。〔50〕作为政治行为的土地征收纠纷，的确并不排除行政诉讼的监督手段，但是，它只有嵌入到政治行为所内含的社会效果的政治价值之中，才能真正发挥功效。而且，集体土地征收是一项复合型行为，包含土地征收决定（批复）、补偿方案、两公告（征收公告和补偿公告）、实施方案等一系列环节。在这些环节中，土地征收决定是原始起点，是后期所有其他行为的合法性基础和发生前提。实践中，由于大部分案件都发生在作出土地征收决定的若干年之后，是后期征收双方在补偿问题上协商不成，才追溯至土地征收决定这个原始起点上的。因此，对土地征收决定的司法审查，就不得不兼顾已经基于土地征收决定公定力而合法生效的其他行为。一旦土地征收决定被裁决违法，也就意味着后续行为都丧失了合法性前提。很显然，在这种一损俱损的社会效果面前，任何一项裁判都必须慎重，因为这关系到诸如地方财政、安置房、公共设施、官员考核等重大内容的变更。

可见，审查土地征收决定的合法性，就必须在效率和公平之间保持动态平衡，准确拿捏必要的政治因素，这是所有行政诉讼都无法避免的，也是极具挑战性的。因此，在具体的技术安排上，借助本来就模棱两可的行政复议法第30条第2款，将土地征收决定认定为终裁行为，直接将问题置于行政诉讼的大门之外，无疑是最为便宜的选择。

四、土地征收决定并非终裁行为

与现行实践不同，本文坚持主张土地征收决定并非终裁行为。对政府行为是否合法的

〔45〕 Thomas W. Merrill, *Incomplete Compensation for Takings*, 11 *New York University Environmental Law Journal* 111 (2002).

〔46〕 参见赵德余：《土地征用过程中农民、地方政府与国家的关系互动》，《社会学研究》2009年第2期，第97页。

〔47〕 同上文，第127页。

〔48〕 徐文：《合意与强制：论集体土地征收三大难题的破解——以英国土地强制购买制度为视角》，《学术界》2013年第7期，第122页。

〔49〕 参见杨俊锋：《行政诉讼还是民事诉讼：征收补偿数额争议之解决》，《环球法律评论》2014年第1期，第92页。

〔50〕 前引〔43〕，李保平文，第80页。

争议,“应当由完全独立于行政之外的法官裁决”,^[51]在这一问题上,土地征收决定没有资格成为一个特例。

(一) 行政诉讼法(2015)第12条第1款第5项增设的“接纳条款”

尽管截至2016年7月,行政诉讼法(2015)已经实施一年有余,以行政复议法第30条第2款为由,将土地征收决定认定为终裁行为仍然是主流立场。^[52]但不得不说,我们已然不能再将“23号答复”作为将土地征收决定认定为终裁行为的依据了。这是因为,“23号答复”已经无法容于行政诉讼法(2015)第12条第1款第5项增设的、我们将其称之为“接纳条款”的开放文本。^[53]本文认为,尽管从表述上来看,“接纳条款”采用的只是泛泛的“征收”二字,但实际上,其是一次采用例举式立法技术反驳“23号答复”的理性结果,是在为将土地征收决定纳入行政诉讼提供通道。这是因为:

第一,行政诉讼法(1989)并没有此类专项规定,“接纳条款”是行政诉讼法修订后新增的内容。在修法过程中,2013年12月31日公布的一审稿中并未涉及“接纳条款”,^[54]其是二审稿补充列明的。^[55]可见,这是一个有意的立法行为,意在突出土地征收决定的可诉性,解决历史疑难问题。而且,全国人大常委会法制工作委员会也对此予以了肯定,认为“本条第1款第5项所称征收,学理上称为行政征收,是行政机关为了公共利益的需要,依法将公民、法人或者其他组织的财物收归国有的行政行为。如为了公共设施、基础设施的需要,人民政府征收农村集体土地和城乡居民房屋”。^[56]

第二,尽管在2015年5月1日修订的行政诉讼法正式实施以后,法院系统仍在大量案件中沿袭陈规,将土地征收决定定性为终裁行为。但与此同时,法院也开始尝试在“接纳条款”的规范之下,逐渐向更加开放的受案范围模式转型,甚至于部分地区已经开始以内部发文的方式,表达对“接纳条款”的尊重和执行。譬如2015年6月26日,浙江省高院在《关于土地征收相关问题请示的答复》中便明确指明:“根据行政诉讼法第12条第1款第5项规定,对征收、征用决定不服的可以依法提起行政诉讼。公民、法人或者其他组织对省、自治区、直辖市人民政府批准征收土地的行为不服的,不属于行政复议法第30条复议前置的情形,故对省级人民政府批准征地行为不服提起的诉讼,属于人民法院行政诉讼受案范围,且依法应由不动产所在地人民法院管辖。”^[57]

可见,在新环境之下,支撑肯定性裁判的形式依据——“23号答复”——已经受到了

[51] [英] 威廉·韦德:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第27页。

[52] 以最高人民法院为例,2015年5月1日之后,其仍然作出了8件肯定性裁判。

[53] 行政诉讼法第12条第1款第5项:“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼:……(五)对征收、征用决定及其补偿决定不服的……”

[54] 参见《行政诉讼法修正案(草案)条文》, http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/2014/2013-12/31/content_1822188.htm, 2013年12月31日公布,2016年7月9日最后访问。

[55] 参见《中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)(二次审议稿)》, http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/2014/2014-08/31/content_1876865.htm, 2014年8月31日公布,2016年7月9日最后访问。

[56] 信春鹰主编:《中华人民共和国行政诉讼法释义》,法律出版社2014年版,第39页。当然,这并不是说在1989年行政诉讼法下土地征收决定就不具有可诉性,而只是说2015年的行政诉讼法是一种更为直接的立法表达。诚如应松年所言,实际上,“这些决定原本就可以受理,只是近来土地征用、拆迁补偿称为社会关注热点,矛盾较多,有的地方政府干预法院受理,所以,有必要单独列出一项”。应松年主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉修改条文释义与点评》,人民法院出版社2015年版,第29页。

[57] 浙江省高级人民法院行政审判第一庭浙高法信复(2015)4号。

严峻挑战。现阶段, 是否能够将土地征收决定认定为终裁行为, 根据行政诉讼法(2015)第12条第1款第5项或“23号答复”, 会得出截然相反的结论。

(二) “23号答复”是类推解释

“司法解释只能在忠实于立法本意前提下”活动,^[58] 超出解释对象的原意, 便有可能涉嫌违法。^[59] 本文认为, “23号答复”是一种类推解释, 理应禁止:

第一, 就文义而言, 行政复议法第30条第2款并不包含将土地征收决定认定为终裁行为的原意。所谓原意, 可从“文字本身的含义”和“立法者对文字所做的说明”两个方面理解。首先, 在文义上, 行政复议法第30条第2款可被简化为, “根据省人民政府征用土地的决定, 省人民政府确认土地所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。”很明显, 这些文字想要表达的真实含义是复议决定为最终裁决, 而非土地征收决定本身。其次, 1999年行政复议法制定时, 全国人大法工委曾就第30条第2款做过以下说明: “本款规定的终局复议活动仅限于根据国务院或者省级政府对行政区划的勘定、调整或征用土地的决定基础上, 省级人民政府确认有关自然资源的所有权或使用权行为进行的复议活动, 也就是说, 对此类行为的复议决定为终局决定, 不再对复议决定或原具体行政行为提出行政诉讼。”^[60] 可见, 立法者自己也只是认为复议决定为最终裁决, 而非土地征收决定, 并不像其他研究者所说的那样, “在立法时被认为属于国务院和省级政府的专属权力, 不受司法审查”。^[61]

第二, 江苏省高院在《关于适用〈中华人民共和国行政复议法〉第三十条第二款有关问题的请示》中, 也提到了肯定性裁判对行政复议法第30条第2款原意的理解, 主要包括两个方面: “一是认为行政复议法第30条第2款设定了‘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为最终裁决’, 即意味着对省、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不得提起行政诉讼。既然对这类行政复议决定不能提起行政诉讼, 那么对作出该复议决定的依据也不得进行司法审查, 否则就有可能对行政复议决定产生影响, 从而形成间接地对行政复议决定进行司法审查的情况。因而对作为该类行政复议行为根据的‘省、自治区、直辖市人民政府征用土地的决定’, 不能纳入行政诉讼的范围, 不然将会违背该条法律规定的立法原意。二是认为行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定, 是宪法和土地管理法规定的国务院或者省级人民政府的专属权力, 应当由他们作出最终裁决, 不受司法审查。因此, 国务院或者省级人民政府作出的勘定、调整或者征用土地的决定是最终裁决, 不具有可复议性和可诉性; 基于国务院或者省级人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定, 省级人民政府确认自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定也是

[58] 前引[39], 陈春龙文, 第25页。

[59] 非原旨主义的法律解释有“扩张解释”和“类推解释”两种。扩张解释尽管扩大了原意, 但仍然在原意之下, 因而为法所允许。但“类推解释”则有所不同, 类推解释是一种不合理的扩张解释, 已经远远脱离了立法本意, 因而为法所禁止。参见吴丙新: 《扩张解释与类推解释之界分——近代法治的一个美丽谎言》, 《当代法学》2008年第6期, 第49页。

[60] 张春生主编: 《中华人民共和国行政复议法释义》, http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/susong/2000-10/18/content_8268.htm, 2016年7月9日最后访问。

[61] 前引[18], 孔祥俊书, 第92页。

最终裁决,不具有可诉性。”^[62] 本文认为,这两种理解并不成立,原因有二:

其一,前者提出的“既然对这类行政复议决定不能提起行政诉讼,那么对作出该复议决定的依据也不得进行司法审查”,是一种典型的类推逻辑。行政复议法第30条第2款规定复议决定是终裁决定,是说要行政复议机关裁决权绝对尊重,要求对“复议决定”这一最终结果不能存有任何质疑,但这并不必然包括其“依据”在内。从时间上来看,“依据”在行政复议过程中有两种身份:第一种是在“复议决定”作出之后,此时其效力是被定格的,附随“复议决定”的终局性也相应具有终局性。这是因为作出任何“复议决定”都必须有“事实”和“依据”支撑,否定“依据”,等同于否定“复议决定”本身,这正是江苏省高院的理解。但问题在于,并不是所有“依据”都会进入到行政复议程序之中,土地征收决定也并不总是会扮演“依据”角色。在未被牵涉到复议程序之前,其仅仅只是一个单纯的行政行为,而非“依据”。根据《最高人民法院行政审判庭关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的答复》(〔2005〕行他字第4号)可知,土地征收决定不是行政复议法第30条第1款规定的确认行为,不属于复议前置的情形。^[63] 因此,相对人对其是既可以选择复议,也可以选择诉讼的,而如果相对人没有选择复议,当然就不会演变成上述第一种身份。如此,何来依据也不得进行司法审查的类推结论呢?

其二,第二种认识则显得更为理想化,其逻辑是:如果一项国家权力是专属权力,就可以不接受司法监督。这一认识也获得了部分学者的认同。如有学者认为,“行政区划的勘定、调整或者征用土地行为均不可诉,这在立法时被认为属于国务院和省级政府的专属权力,不受司法审查”。^[64] 对此,本文认为并不妥当:首先,专属权力是否应当接受司法审查,应由行政诉讼法明确,但我国行政诉讼法并没有任何一项条款予以提及。行政诉讼法第13条列出了四类不予受理的行为类型,并没有“专属权力”。其次,专属权力究竟如何界定,也没有法律进一步明确。存有疑问的是,所谓“专属”,究竟是指只能由高级别的行政机关行使?还是说只能由专门的行政机关行使?即使二者都能够成立,也并不代表专属权力无需接受司法审查。一方面,以高级别行政机关来定性专属权力,会导致由省一级人民政府做出的所有行为皆为行使专属权力行为,进而都可以不接受司法审查的结论。很明显,这与依法行政原理难以契合。另一方面,以土地征收决定技术较为复杂为理由来拒绝司法审查,也并不科学。实践中,海关、税务、证券这些技术性极强的行政事务,在行政诉讼中

[62] 前引〔38〕。

[63] 《最高人民法院关于适用〈行政复议法〉第三十条第一款有关问题的批复》(法释〔2003〕5号):“根据行政复议法第30条第1款的规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关确认土地、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具体行政行为,侵犯其已经依法取得的自然资源所有权或者使用权的,经行政复议后,才可以向人民法院提起行政诉讼,但法律另有规定的除外;对涉及自然资源所有权或者使用权的行政处罚、行政强制措施等其他具体行政行为提起行政诉讼的,不适用行政复议法第30条第1款的规定。”《最高人民法院行政审判庭关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的答复》(〔2005〕行他字第4号):“最高人民法院法释〔2003〕5号批复中的‘确认’,是指当事人对自然资源的权属发生争议后,行政机关对争议的自然资源的所有权或者使用权所作的确权决定。有关土地等自然资源所有权或者使用权的初始登记,属于行政许可性质,不应包括在行政确认范畴之内。据此,行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证书的行为不属于复议前置的情形”。根据上述规定,可知土地征收决定并不是行政复议法第30条第1款规定的复议前置情形。

[64] 前引〔18〕,孔祥俊书,第92页。

接受合法性审查的案例比比皆是，其中有些事项的复杂程度也要远远高于土地征收行为。

可见，“23号答复”与行政复议法第30条第2款的原意完全不合，大大“超出了法律文本可能具有的含义”，^[65]是一种典型的类推解释，理应禁止。

（三）土地征收决定不符合终裁行为的本质属性和设定法则

第一，土地征收决定不符合终裁行为的基本特征。在理论界，有人根据国际立法通例提出确定终裁行为范围的标准，认为“行政机关终局裁决原则上只限于‘涉及国家安全的行为’和‘机构内部行为’”。^[66]而且，现行立法也基本是以此来进行制度布置的。譬如，外国人入境出境管理法第29条、出境入境管理法第81条以及集会游行示威法第13条，处理的就是“涉及国家安全的行为”。因此，如果以“涉及国家安全的行为”和“机构内部行为”为特征进行判断，土地征收决定显然与此不符。不过，问题在于，除此之外，亦有学者提到终裁行为还有如下两项特征：其一是“专业性极强且非常复杂”；^[67]其二是“不可能或极少可能侵犯相对人的利益”，^[68]二者看起来似乎与土地征收决定较为匹配。但对此，本文认为并不妥当：一方面，专业性或技术性不能作为设定终裁行为的考虑因素，更加“不能成为剥夺诉权的理由”。^[69]譬如，在历史上，我国曾经在1984年的专利法第43条3款以及第49条第3款中规定了对“实用新型”和“外观设计”的复审决定为终裁行为，但却并不包括“发明”在内，这可以充分说明设定终裁行为并不是以专业性或复杂性为准则。因为，“发明”的技术性和复杂性显然要高于“实用新型”和“外观设计”。^[70]另一方面，只要是公权力行为，就有可能限制相对人利益，这是由公权力行为超个人法益的本质决定的。而且，如果说土地征收决定是终裁行为，“不可能或极少可能侵犯相对人的利益”。那么，司法实践中为什么又有如此之多的诉讼案件呢？显然，这是自相矛盾的。

第二，土地征收决定不符合终裁行为的设定原理。首先，不符合设定终裁行为的谦抑性趋势。终裁行为由于违背了司法最终裁决原则，是法治的例外，因而必须保持一定的谦抑性。“从各国的规定发展趋势来看，行政终局裁决权的范围越来越窄，有的国家几乎完全取消了行政终局裁决权”。^[71]而且一般来说，终裁行为“只要涉及公民个人权利和义务，原则上就不能设定”，^[72]这已是基本共识。因此，最高人民法院通过司法解释方式，将土地征收决定也纳入终裁行为范畴之中，显然是不妥当的。其次，不符合设定终裁行为的合法性方式。终裁行为往往“只能由法律十分慎重地加以规定”，^[73]而且这里的“法律”，“应做狭义理解，即全国人大及其常委会按照立法程序制定的规范性文件”。^[74]在这一问题

[65] 杨文革：《刑事诉讼法上的类推解释》，《法学研究》2014年第2期，第184页。

[66] 前引〔7〕，杨海坤等书，第93页。

[67] 同上书，第93页。

[68] 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社1999年版，第320页。

[69] 应松年、刘莘主编：《中华人民共和国行政复议法讲话》，中国方正出版社1999年版，第13页。

[70] “至于实用新型和外观设计，它们的创造性比较低，对国家的技术进步和经济发展影响比较小，而且技术一般不太复杂，专利复审委员会的审查就可以解决问题，无需向人民法院起诉”。徐玉麟主编：《中华人民共和国专利法释义》，中国法制出版社2000年版，第198页以下。

[71] 参见前引〔12〕，胡建森主编书，第60页。

[72] 前引〔7〕，杨海坤等书，第93页。

[73] 杨海坤、黄学贤：《行政诉讼基本原理与制度完善》，中国人事出版社2005年版，第94页。

[74] 何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2016年版，第163页。

上,最高人民法院曾在《关于贯彻执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题的意见》(已废止)中试图做扩大解释,意图将法规和规章也一并纳入。^[75]但是,在其后颁布的《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》中又对此进行了限缩,规定“行政诉讼第12条第4项规定的‘法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为’中的‘法律’,是指全国人民代表大会及其常委会制定的、通过的规范性文件”。23号答复最多只能算是司法解释,而且是在上述解释之后颁布的,其理应遵循上述规定。最后,不符合设定终裁行为的基础性保障。顾名思义,所谓终裁行为,至少也要保证一次裁决,哪怕是行政系统内部诸如行政复议之类的裁决程序,也必须要向相对人提供。因此,严格而言,终裁行为原则上只有两种类型:一类为复议终局型,又被称之为绝对的行政终局裁决;^[76]另一类是选择兼终局型,又被称之为相对的行政终局裁决。^[77]这两类裁决尽管都是终局的,但从程序正义的角度来看,都至少提供了一次救济机会。但是,如果将土地征收决定直接定位为终裁行为,就无法保证这一程序底线。因为按照“23号答复”以及肯定性裁判的理解,土地征收决定本身就是终裁行为,尽管这其中并没有任何裁决过程,但它也是终裁性的。很明显,这种解释令人无法接受。而且有所矛盾的是,既然土地征收决定本身就是终裁行为,就理应既拒绝诉讼,又拒绝复议,但是,为什么实践中还有大量案件会进入行政复议之中呢?行政复议机关又凭什么会受理已经被定性为终裁行为的土地征收决定呢?^[78]这些问题,我们在“23号答复”中都无法找到答案。

(四) 土地征收决定的政治行为本质并不足以成为不予受理的理由

第一,毋庸置疑,土地征收纠纷当然会涉及到政治问题,但这并不是土地征收纠纷的主要问题。土地征收是对被征地人的财产权限制,它与政治存有关联是因为补偿不公可能引发的社会不稳定。但值得深思的是,究竟土地征收决定本身是政治问题,还是说相对人对土地征收行为不满,在行政诉讼、行政复议屡屡受挫之后而引发的社会稳定问题才是政治问题?本文认为,长期以来,我们颠倒了这一问题的因果关系。实际上,土地征收决定并不是引起政治问题的直接原因,甚至于恰恰相反,社会学的调查报告显示,“期盼通过土地征收过上好日子的农民不在少数”,^[79]“多数农民对土地征收持积极态度。在被访者中,对土地征收持积极态度的为80%左右;持消极态度的有20%左右”。^[80]可见,相对人并不会为了反对征收而反社会,难以救济才是主要问题。上述有关土地征收决定政治性本质的

[75] 《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》第3条规定,行政诉讼法第12条第4项规定“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”中的“法律”,是指全国人民代表大会及其常务委员会依照立法程序制定、通过和颁布的规范性文件。法规或者规章规定行政机关对某些事项可以作“最终裁决”,而公民、法人或者其他组织不服行政机关依据这些法规或者规章作出的“最终裁决”,依法向人民法院提起诉讼的,人民法院应予受理。

[76] 如行政复议法第30条第2款中应当包含的“行政复议决定”。

[77] 如外国人入境出境管理法第29条。

[78] 如张国其等12人与浙江省人民政府案,浙江省人民政府浙政复决字[2006]53号;赵亚斌等3人与山东省人民政府案,山东省人民政府鲁政复决字[2013]54-1号;吴某某与山东省人民政府案,山东省人民政府鲁政复决字[2005]299-1号。

[79] 2011年南京市江宁郊区就出现过农民盼征收的消息。参见郭亮:《土地征收中的利益主体及其权利配置——对当前征地冲突的法社会学探析》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2012年第5期,第51页。

[80] 大东区委党校课题组:《关于推进农村城市化进程中失地农民现状的调查报告——大东区前进街道榆林村农民土地征收情况问卷分析》,《沈阳干部学刊》2012年第2期,第63页。

各种论调，也都是从可能引发社会不稳定这一后果上进行观察的，并没有注意到这一过程的先后顺序。在我国，大部分土地征收类案件，复议机关和法院都会以“不属于受案范围”、“不具有利害关系”、^[81]“超过时效”^[82]三大理由，从程序上予以驳回，实体问题基本都不会过问，即使存有明显的违法，也都置之不理。因此，如果说土地征收纠纷会引起政治问题，也是因为相应机关不受理此类案件才滋生的。

第二，征收问题从来都不是中国特有问题，在世界各国都极具争议。^[83]但从比较法上来看，将行政征收交由行政法院进行管辖的做法很多，譬如德国、^[84]法国等等。^[85]而且，即使土地征收决定涉及政治问题，在国家权力体系中，真正能够中立裁判的也只有司法部门。虽然我国司法体制有其中国特色，但同样具备中立裁判的特质与功能。因此，我国行政诉讼试图回避土地征收这一现实问题，是极其不合适的。

第三，一个完全经不起推敲的问题是，法院真的没有能力审查土地征收决定吗？从司法技术层面上来说，答案是十分明显的，可以说任何一个法院及其法官们都能够胜任此类事务。现行行政诉讼法也提供了大量的裁判依据，法官如果虑及土地征收的复合性行政行为问题，也可以在撤销判决、确认违法判决上来回游走。那么，为什么还会说法院力不从心呢？实际上，这里所说的“能力”，指的并不是“司法裁判能力”，而是“政治协调能力”，是指法院没有足够的政治资本去独立处理土地征收决定中的政治利益。可见，暗存在行政诉讼中的基本逻辑，还是认为审查土地征收决定是一个政治事件。这其中，最大的问题是法院没有摆正自己在国家权力体系中的位置，同时也过高地预估了土地征收决定的政治背景。一个简单的例证是，我们通过观察发现，实际上有大量的行政复议案件，复议机关恰恰敢于直接撤销土地征收决定，和行政诉讼形成了截然相反的对立面。对此，可能有人会说这恰好说明了“政治协调能力”的重要性，因为复议机关是政府内设机构。但是，本文并不这么认为，尽管“相比法院而言，行政裁判所的确能够提供更为严格的审查”。^[86]但实际上，无论是复议还是诉讼，对行政行为合法效力的否定，在省级人民政府的依法考核体系中是处于同等地位的，二者所带来的政治效果并没有本质上的区别，对犯错的行政机关及其工作人员而言，都是负面的政治评价。因此，问题根本在于，法院在土地类案件的司法裁判上信心不足。

结 语

“司法审查的范围不是一个固定不变的范围，也不是一个绝对精确的范围，灵活运用

[81] 南京市中级人民法院（2015）宁环行初字第79号。

[82] 南京市中级人民法院（2015）宁行初字第99号。

[83] 参见高建伟：《美国土地征收中的“公共利益”》，《美国研究》2011年第3期，第126页。

[84] 参见Erich Eyerman & Ludwig Fröhler：《德国行政法院法逐条释义》，陈敏等译，台湾地区“司法院”2002年版，第268页。

[85] 参见张莉：《法国土地征收公益性审查机制及其对中国的启示》，《行政法学研究》2009年第1期，第135页以下。

[86] D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Oxford University Press, 1990, p. 265.

是司法审查的最大特点”。^{〔87〕} 长期以来，我们一直都在批评行政诉讼在土地征收案件中的不作为问题，但可惜的是，所有的评判都过于宏观，我们并没有从案例入手深入接触法院回避问题的逻辑和依据，更加没有揭露其在法教义学层面的根本缺陷。

经过上述分析可以发现，最高人民法院的一个司法答复实际上是大量土地征收案件得不到有效处理的重要原因，其以土地征收决定是终裁行为为理由，将所有案件都拒之门外。而且，直至行政诉讼法（2015）第12条第1款第5项明确土地征收案件应当受理以后，它仍然在各地法院包括最高人民法院的司法裁判中扮演形式正当性依据的角色。实际上，土地征收决定不可能是终裁行为，我们既无法从行政复议法第30条第2款的原意中获知这一判断，同时这一类推解释性质的判断也并不符合终裁行为的本质属性和设定法则。需要纠正的是，尽管土地征收决定的确牵连诸多利益群体，具有一定的裁判风险，但在依法治国理念下，我们显然也不能因一个司法答复而直接对此置之不理，否则，因土地征收决定而引发的政治问题会愈演愈烈，行政诉讼也无法令人满意。

Abstract: In China, although disputes over land acquisition is common in administrative litigation, courts are reluctant to carry out judicial review of such disputes because they think land acquisition decisions involve too many political factors and may cause social unrest. However, the Administrative Litigation Law requires courts to review most administrative disputes because they are closely related to citizens' property rights. So the judges need to find a formal legitimacy basis for their refusal to carry out judicial review of disputes over land acquisition decision. Our study shows that, in order to achieve this purpose, judges often treat land acquisition decisions as "final administrative ruling" on the basis of Article 30 (2) of the Administrative Reconsideration Law. Such a practice has not only been strongly supported by precedents, but also confirmed by the Official Reply of the Supreme People's Court on Issues concerning the Application of Article 30 Paragraph 2 of the Administrative Reconsideration Law. However, this author believes that this practice is based on an analogical interpretation of Article 30 paragraph 2 of the Administrative Reconsideration Law that seriously distorts the original purpose of the law and is not in conformity with the nature of "final administrative ruling". Therefore, it should be abandoned after the revision of Administrative Litigation Law. Actually, land acquisition decision is not and cannot be final administrative ruling. The opinion of the Supreme People's Court on this issue is incorrect.

Key Words: land acquisition decision, final administrative ruling, administrative litigation

〔87〕 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第674页。