



【江必新】二级大法官

Grand Justice Jiang Bixin

西南政法学院（现西南政法大学）法学学士、法学硕士，北京大学法学博士。最高人民法院党组副书记、副院长、审判委员会委员，第三巡回法庭庭长，二级大法官。1999年被评为“全国十大杰出中青年法学家”，2009年被评为“当代中国法学名家”，2015年获中国行政法学“杰出贡献奖”，2016年获第二届“金平法学成就奖”。出版《法治与经济社会发展——〈十三五规划建议〉之法治研读》《国家治理现代化——十八届三中全会〈决定〉重大问题研究》《十八大与法治国家建设丛书》（8本）《中国法文化的渊源与流变》等专著、合著50余部。在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》《法学》《人民司法》《法律适用》等刊物上发表论文200余篇。主持国家社科基金重大项目“加快建设法治中国研究”等多项重要课题。

## 修改《土地管理法》应当处理好的几对关系

江必新

**摘要** 长期以来，现行的农村集体土地征收制度保障了国家工业化、城镇化的发展，但与社会主义市场经济体制不相适应、与进一步解放和发展生产力的要求不相匹配、无法完全适应新时代实践的问题也日益显现。为落实十八届三中全会决定提出的“缩小征地范围、规范征地程序、完善被征地农民合理、规范、多元保障机制”的改革要求，本轮《土地管理法》修订将完善农村土地征收制度作为重点内容。修改《土地管理法》、完善农村集体土地征收制度，应当坚持土地社会主义公有制，坚持最严格的耕地保护制度，坚持以人民为中心的发展思想，坚持稳中求进的工作总基调，并在具体制度安排上注意处理好公共利益征收与集体经营性建设用地入市，省级以上政府批准征收与市、县政府实施征收，市、县政府组织实施与各职能部门各司其职，批次、概括征收与个别、具体征收，生态环境保护与建设用地生态补偿，“涨价归公”与被征地农民权益保护，征收时点与补偿时点，协议补偿与决定补偿，责令交地与强制执行等九个方面关系。

**关键词** 《土地管理法》修改 农村集体土地征收制度 基本关系

现行《土地管理法》自1986年颁布以来，历经1988年第一次修正、1998年全面修订和2004年第二次修正；2018年12月召开的十三届全国人大常委会第七次会议第一次全体会议，又审议了《〈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》）。现行法确立的以土地公有制为基础、耕地保护为目标、用途管制为核心的土地管理基本制度，为保护农民



土地权益、保护耕地、保障工业化城镇化建设发挥了重要作用，应当进一步予以坚持。但是，现行的土地征收制度与社会主义市场经济体制不相适应、与进一步解放和发展生产力的要求不相匹配的问题也日益显现。<sup>[1]</sup>正是由于脱胎于计划经济时期的征地制度已经无法完全适应新时代的实践，本轮《土地管理法》修订将完善农村土地征收制度作为重点内容。为落实十八届三中全会决定提出的“缩小征地范围、规范征地程序、完善被征地农民合理、规范、多元保障机制”的改革，我们认为，修改《土地管理法》、完善农村集体土地征收制度，应当在坚持土地社会主义公有制，坚持最严格的耕地保护制度，坚持以人民为中心的发展思想，坚持稳中求进的工作总基调基础上，注意处理好以下问题。

### 一、处理好公共利益征收与集体经营性建设用地入市的关系

长期以来，现行的征地制度保证了国家工业化、城镇化的发展。当前和未来一段时期，我国仍将处于快速推进工业化、城镇化进程中，经济社会发展对建设用地的需求仍然较大。党的十八届三中全会决定提出了“建立城乡统一的建设用地市场，在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价”的改革要求，《修正案草案》也作了相应修改。但是由谁、以何方式、提供什么性质的建设用地，仍然是《土地管理法》及其实施条例需要进一步明确回答的问题。

一方面，征收在本质上是国家对私人所有权的强制购买。<sup>[2]</sup>行政主体代表国家实施征收，应当具备公共利益需要，支付一定的对价且符合土地的市价，符合正当程序。<sup>[3]</sup>因此，为了实现公共福祉，公民对国家实施征收负有一定的配合、容忍义务，既不把社会安排的缺陷当做一种不服从它们的现成借口，也不利用规则中的漏洞来为自己谋利；<sup>[4]</sup>而国家征收也必须遵守《宪法》《物权法》的要求，必须符合公共利益需要、公平合理补偿和正当程序要求。为了体现国家只有因公共利益需要，才能征收农村集体土地用于建设的要求，《修正案草案》第45条规定：“有下列情形之一的，确需征收农民集体所有土地的，可以依法实施征收：（一）军事和外交需要用地的；（二）由政府组织实施的能源、交通、水利、通信、邮政等基础设施建设需要用地的；（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、生态环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社区综合服务设施建设、社会福利、市政公用、优抚安置、英烈褒扬等公益事业需要用地的；（四）由政府组织实施的保障性安居工程建设需要用地的；（五）由政府土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内组织实施成片开发建设需要用地的；（六）法律规定可以征收农民集体所有土地的其他情形。前款第五项规定的成片开发应当符合国务院自然资源主管部门规定的标准。”上述有关公共利益征收的规定，无疑是巨大的进步，应予充分肯定。但为避免“实施成片开发建设需要用地”在实践中被随意扩大，市县人民政府一方面必须按照国务院自然资源主管部门即将制定的标准确定成片开发区域，另一方面，还必须在成片开发建设中引入民主参与机制，以防止公

[1] 参见“国土资源部关于《中华人民共和国土地管理法（修正案）》（征求意见稿）的说明”，载中国政府网，[http://g.mlr.gov.cn/201707/t20170712\\_1525016.html](http://g.mlr.gov.cn/201707/t20170712_1525016.html)，2019年2月1日访问。

[2] 王兴运：“土地征收补偿制度研究”，载《中国法学》2005年第3期。

[3] 乔仕彤、毛文峥：“行政征收的司法控制之道：基于各高级法院裁判文书的分析”，载《清华法学》2018年第4期。

[4] 何怀宏：“公民义务与公民不服从”，载何怀宏主编：《西方公民不服从的传统》，吉林人民出版社2011年版，引言第5页。

共利益泛化和征收权的滥用。应当参照《国有土地上房屋征收与补偿条例》的规定,明确“实施成片开发建设需要用地的,应当符合国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划。制定国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划,应当广泛征求社会公众意见,经过科学论证”。并明确将城市规划区范围外的非公益性项目退出征地范围,确需使用土地的,一律由农村集体建设用地入市。

另一方面,《修正案草案》对农村集体经营型建设用地入市进行了原则性规定,明确了入市的范围、取得的方式、权利等问题,赋予了农村集体经营性建设用地出让、租赁、作价出资、或者入股及转让、出租、抵押的权能,也为落实同等入市、同权同价和建立城乡统一的建设用地市场奠定了法律基础。<sup>[5]</sup>《修正案草案》删除了原第43条有关“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”的规定,并将第63条修改为:“县级土地利用总体规划、乡(镇)土地利用总体规划确定为工业、商业等经营性用途,并经依法登记的集体建设用地,土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用,并应当签订书面合同,明确用地供应、动工期限、使用期限、规划用途和双方其他权利义务。”这种修改也就为农村集体建设用地直接入市解决了法律上的障碍。但是,仅仅规定农村集体土地在符合规划和用途管制前提下,即可以经批准直接入市,条件较为宽泛,实践中易生分歧,且对集体土地直接入市的收益如何在国家、集体和农民三者间分配未作出规定。因此,《修正案草案》在坚持“双轨制”的同时,应当就公共利益征收与集体建设用地入市的关系、条件以及占建设用地比例等进一步作出规定,为下一步建立城乡统一的建设用地市场奠定基础,也为农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价的改革,提供具体的制度平台。

## 二、处理好省级以上政府批准征收与市、县政府实施征收的关系

现行法将农村集体土地征收主要规定为两个阶段,一是省以上政府批准市、县政府征收土地,二是市、县政府组织实施征收和补偿,但没有明确规定何时、因何原因、由谁作出具体的征收决定和补偿决定,<sup>[6]</sup>这造成了实践操作和司法审查中的许多困难。这次修法虽然增设了公共利益条款,但没有类似于国有土地上房屋征收有关“征收主体、征收部门、征收实施单位”的规定,因而仍不能避免行政职权不清的问题,容易造成行政主体对违法行为不担责的现象。考虑到省以上政府征地批复不直接向被征收人作出,《国务院关于取消非行政许可审批事项的决定》也已经将省以上人民政府作出的征收土地批复从非行政许可审批事项调整为政府内部审批事项,从其内容看,省以上政府审查主要是为确保市、县政府建设用地总量不超过、耕地保有量不低于上一级土地利用总体规划确定的控制指标,因而也不完全等同于征收法意义上的征收行为。同时,现行司法政策对省政府征地批准行为的可诉性也不持肯定态度,部分审理相关案件的省份,其实际被撤销或者确认违法的比例也远低于其他行政案件。从“权、名、责”相一致的行政组织规则出发,并考虑到有利于司法监督,《修正案草案》应当进一步明确市、县人民政府征收主体地位,规定市、县政府收到省级以上政府征地批复后应当作出征收决定并依法公告。

[5] 同注[1]。

[6] 彭鐸:“中国集体土地征收决策机制:现状、由来与前景”,载《华东政法大学学报》2017年第1期。



### 三、处理好市、县人民政府组织实施与各职能部门各司其职的关系

现行立法中土地征收权的行使实际上按以下程序分解和进行:(市、县人民政府)“一书四方案”制定报告权、(省以上人民政府)对“一书四方案”批准权、(市、县人民政府)征收土地公告发布权、(市、县土地行政部门)对被征收物权属调查权、(市、县土地行政部门)征收补偿安置方案制定报告权、(市、县人民政府)征收补偿安置方案批准权、(市、县土地行政部门)征收补偿安置方案公告发布权、(市、县土地行政部门)对被征收人实施补偿权、(市、县土地行政部门)决定强制交地权等诸项权力。可见,无论是省以上人民政府,还是市、县人民政府与其土地行政部门,并没有哪一个行政主体享有完全意义上的征收权,其更多是在征收的不同阶段分割和分享国家征收权。分析上述程序可以发现,现行立法主要规定了两级四类行政主体参与征收与补偿工作:一是省以上人民政府及其土地行政部门,二是被征收土地所在地的市、县人民政府及其土地行政部门。在其相互关系上,省以上人民政府对市、县人民政府逐级呈报的征收土地文件实施审批,其具体意志的执行机关是本级土地行政部门;市、县土地行政部门除执行市、县人民政府意志外,同时也是征收范围内土地权属登记主体、征地补偿安置方案公告主体、具体实施补偿主体、决定责令交地主体,市、县人民政府则对市、县土地行政部门拟定的征收、补偿安置方案实施审批。

集体土地征收并没有类似于国有土地上房屋征收有关“征收主体、征收部门、征收实施单位”的较为清晰的职权划分。有的市、县人民政府主张其既不是决定征收土地的行政主体,也不是登记补偿和决定交出土地的行政主体,对集体土地征收不承担相应行政主体责任;有的市、县土地行政部门主张,其只是执行市、县人民政府具体意志,既不决定征收土地,也不决定对征收的补偿,也不应承担相应行政责任;还有的市、县人民政府、土地行政部门主张,集体土地征收补偿、交地等系村集体经济组织等主体实施。《修正案草案》及其后的实施条例,应当就市、县人民政府、土地行政部门、乡镇人民政府、村民委员会以及征地事务所等机构间的权利、义务与责任,作出清晰明确的规定。

### 四、处理好批次、概括征收与个别、具体征收的关系

根据现行法,除单独选址的建设项目用地外,征地批准机关通常会一次批准多个征地项目、对应多个地块的农用地转用方案、补充耕地方案和征收土地方案等,涉及面积较大。这也意味着,所谓的同一个省级以上政府的批准征地行为(征地批复),实际上可能涉及多个建设项目,每个项目的征收原因、地块位置、用地面积均不相同。不论是在行政复议还是行政诉讼中,复议机关和人民法院在对征地行为合法性审查过程中,都自觉不自觉地仅仅审查与起诉人有关系的集体土地部分,而不是整个批准的征地行为。然而实践中即使是与起诉人有关联的“同一宗地”的征地批复,由于通常的起诉人仅为其中小部分的土地的承包经营权人、宅基地使用权人等,因此,在承认个别农户对征地行为的原告主体资格的前提下,将征地行为具体化为针对一个个农户的独立的具体征收行为,就存在特殊意义。虽然说市、县人民政府整体单一作出一个征收决定,有利于征收工作整体推进;但由于每一个被征收人、每一块地、每一户房屋的情况不尽相同,其是否都同样符合征收条件情况各异,可能大部分土地房屋征收均符合规定,但也不排除对个别土地房屋的征收(如历史文物),可能不符合规定。统一、抽象地作出征收行为,不仅不利于征收程序中被征收人程序性权利的保障,也不利于后续救济程序的有序进行,并且会给司法审查带来一系

列难题。<sup>[7]</sup>因此,《修正案草案》及其后续的实施条例,应当进一步完善征收决定的内容和形式,至少对在公告期限内无法通过协议程序解决征收问题的农户,应结合被征收人土地、房屋所有权的实际情况,对被征收人宅基地上的房屋另行作出具体的征收决定、补偿决定并送达。增加上述规定,表面上看可能延缓征收效率,但有利于因户施策,减少矛盾。且既能针对个案情况依法实施征收,也便于复议机关和人民法院有针对性审查征收决定合法性,还能避免因个别人不愿意被征收而影响区域整体建设。

### 五、处理好生态环境保护与征地生态补偿的关系

生态环境是人类生存和发展的根基,国土是生态文明建设的空间载体。我国环境容量有限,生态系统脆弱,污染重、损失大、风险高的生态环境状况还没有根本扭转,生态文明建设正处于压力叠加、负重前行的关键期。<sup>[8]</sup>农村土地是属于农民的核心资源,是农民生产生活的空间载体和增收致富的核心资产。2004年以来,党中央在严格土地管理、加强土地调控、推进土地节约集约利用、划定永久基本农田等方面出台了一系列重要文件。党的十八届三中全会就实行最严格的耕地保护和占补平衡制度以及节约集约用地制度,审慎稳妥推进农村土地管理制度改革等方面提出了相应要求。依法实施农村土地征收,应当坚持最严格土地管理制度,坚持生态保护红线,守住永久基本农田的控制线,坚持绿水青山就是金山银山,处理好生态、生产、生活的空间格局,统筹山水林田湖草自然生态的完整性、系统性,结合山脉、河流、森林、耕地、湖泊、草原等生态群落边界以及生态廊道的连通性,做到应保尽保。在夯实永久基本农田特殊保护格局的基础上,维持与培育健康土壤,致力于提升农业的可持续发展能力。将环境容量作为确定城镇规模的基本依据,促进城镇紧凑布局,盘活存量建设用地,确保在城镇周边留下充足的生态空间,防止城镇无序蔓延,把经济活动和人的行为限制在自然资源和生态环境能够承受的限度内,使绿水青山持续发挥生态效益和经济社会效益。

同时,十八大报告指出“大力推进生态文明建设,完善最严格的耕地保护制度,必须建立体现生态价值和代际补偿的资源有偿使用制度和生态补偿制度”。2015年中央1号文件再次声明“健全粮食主产区利益补偿、耕地保护补偿、生态补偿制度,加强农村改革决策与立法的衔接”。“十三五”规划进一步提出生态环境质量总体改善的目标,要形成主体功能区和生态安全屏障。2016年国务院办公厅《关于健全生态保护补偿机制的意见》明确提出完善耕地保护补偿制度。因此在生态文明建设与绿色发展大背景下,探索耕地生态补偿显得很有意义。农业用地转化为建设用地过程中,对农业用地的补偿除了传统的土地补偿费、安置补助费、房屋、青苗等附着物补偿费用之外,还必须考虑现有用地的生态价值,增加生态补偿内容。《修正案草案》第37条规定,“非农业建设必须节约使用土地,可以利用荒地的,不得占用耕地;可以利用劣地的,不得占用好地”;为了体现鼓励少使用耕地、基本农田作为建设用地,应当倡导对使用耕地、基本农田在现有补偿标准和补偿内容外,以适当方式考虑增加相应的生态补偿内容。

[7] 耿宝建:“国有土地上房屋征收与补偿的十个具体问题——从三起公报案例谈起”,载《法律适用》2017年第9期。

[8] 习近平:“推动我国生态文明建设迈上新台阶”,载《求是》2019年第3期。



## 六、处理好“涨价归公”与被征地农民权益保护的关系

土地征收过程涉及地方政府（县级、乡镇政府）、农村集体和农民等不同利益主体；农业用地转化为建设用地后的土地增值在不同利益主体间的分配是否公平合理，直接影响集体土地征收的顺利进行。土地增值利益的分配问题，也是集体土地征收补偿矛盾较多的核心因素；从众多案例所反映的情况可以看出，即使有其他各种纠纷和诉讼，利益诉求是根本原因。

农村土地属于农民集体所有，农民属于集体内成员，通过承包等方式取得土地使用权并获得收益。农用地转为建设用地意味着农地资源价值的损失。其中，政府损失的是农用地为全社会提供的生态环境价值和粮食安全价值，农民损失的是农用地产生的经济价值、基本生活保障价值和就业保障价值。<sup>[9]</sup>而土地价值并非一成不变，传统政治经济学有关土地价值定价机制，已经难以反映土地的增值情况。改革开放以来土地的价值变化的实践，也说明土地的不断增值，是多重因素互相作用的结果。一般认为，土地增值收益来源于以下几个方面：（一）城市扩张引起土地增值；（二）土地承载公共基础设施增加引致土地价值增加；（三）人口扩张导致人均面积下降从而土地价格上升；（四）土地使用条件的改善提升土地价值；（五）土地所有者或使用者对土地投资。对于土地增值收益的分配问题，历来存在不同意见。一种观点主张国家（以实施征收的地方政府作为代表）应当独享此部分增值收益，主要理由为此部分增值本身于土地所有权人和使用权人关系不大，而完全是由于国家对公共基础设施的投入和规划的调整。另一种观点强调“涨价归公”。即每一个为社会经济发展以及土地增值做出贡献的居民都有权利公平地分享土地增值收益。还有一种观点主张，应当由集体经济组织和其成员分享大多数的增值收益。

我们认为，农用地征收过程中增值收益的分配，不仅要考虑各利益主体对增值收益的贡献，还要考虑农用地被征收后各利益主体需要承担的风险，既承认和充分尊重土地所有者的土地发展权，也适度体现收益分享，风险分担。即综合考虑土地产值、区位、供求关系以及经济社会发展水平等因素，综合评估确定区片综合地价，度量农民集体的贡献及风险大小，客观、全面地评估补偿额度，给予公平合理补偿。除向农民集体支付必要补偿外，还根据经济社会发展水平及财政能力，向农民及集体经济组织提供入股分红、异地移民、货币赔付、重新就业等其他补偿方式。要坚决贯彻落实《修正案草案》第48条有关“保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障”的总体要求，在具体补偿方式上，要根据补偿项目、补偿内容分别确立相应的“公平合理”的补偿标准。具体而言：（一）农民住宅的补偿，必须尊重农村村民意愿，对宅基地上合法房屋或者符合“一户一宅”建设标准的房屋，根据当地宅基地实际情况，可以采取重置价格补偿加异地安排宅基地重建、提供安置房或者货币补偿等方式，确保“居住条件有改善”原则的落实。合法房屋系在“城中村”且无法通过协议解决补偿安置问题的，可以参照相近地段国有土地上房屋市场评估价格基准并扣除房屋合法占地面积对应的国有土地出让金额，确定补偿金额。（二）地上附着物和青苗等的补偿费用，要统筹采用成本法、重置法、可得利益法等多种评估办法，综合确定实际价值和实际损失并予以相应补偿。（三）土地补偿费与安置补助费标准，不再

[9] 陈莹、杨芳玲：“用地征收过程中的增值收益分配研究——以湖北省17个地市（州）为例”，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2018年第6期。

以平均年产值倍数作为计算基准,而是以区片综合地价为基准。市、县人民政府应当在省、自治区、直辖市制定公布的区片综合地价的基础上,综合考虑土地原用途、土地资源条件、土地产值、安置人口、区位、供求关系以及经济社会发展水平等因素,并根据社会、经济发展水平定期调整,并平衡好土地增值收益的分配问题。(四)完善被失地农民的养老等社会保障体系。集体土地被征收后,对于平均承包田面积低于法定标准或者年龄较大的农民,地方政府与相应职能部门必须交纳相应的社会保障费用,将失地农民纳入统一的社会保障体系。

### 七、处理好征收时点与补偿时点的关系

“有征收必有补偿、无补偿则无征收”,此为法治的基本要求。为了有效保障人民的财产权利,法治发达国家一般都规定了“征收”与“补偿”的“唇齿条款”(连结条款),以突出两者密切而不可分离的关系。<sup>[10]</sup>现行法律也坚持“征收”与“补偿”的同时性,坚持“有征收必有补偿”原则,禁止只征收不补偿或者低补偿或者拖延补偿。《宪法》第13条第3款规定,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。原则上,征收决定均须以书面形式作出,而不能以口头形式作出,以便解决所有权的转移时点和补偿标准的确定时点等问题。征收决定除应当有征收的具体四址范围等内容外,还必须包括具体的补偿方案和内容。不以书面形式作出的征收决定无效,征收决定不包括补偿内容的不生效。因此,不能认为政府发布了征收决定,被征收人的物权就立即发生变动;只有在安置补偿已经解决的情况下,被征收人的物权才变更或者消灭。现行法将批准征收与实施征收(补偿)区分为两个阶段,不完全符合“征收”与“补偿”同时性的原则,而此次修正案(草案)也没有规定对没有签订协议的被征收人,如何贯彻“征收”与“补偿”同时性原则。因此,《修正案草案》及其后续的实施条例应当明确规定,土地行政部门与被征收人在期限内达不成补偿协议的,作出征收决定的市、县人民政府应当作出补偿决定并送达;被征收人对补偿决定不服的,可以申请行政复议,也可以提起行政诉讼。同时,对市、县政府公告实施征收时点与决定补偿时点相隔较长、地价上涨较快的,应当明确以决定补偿时点为评估综合地价等补偿内容标准时点。最高人民法院相关行政再审裁判即认为,“现行法律制度下的征收与房屋强制赎买有一定的相似性,而市场经济条件下的房屋买卖在交付房屋与交付购买金时间间隔过长情况下的定价机制,以房屋实际交付时点确定的价格更为公平合理,即以一方交付房屋另一方交付购买金更为适宜;而房屋征收中的产权调换类似于以房换房,以双方同时交付房屋时点更为适宜。而对于以补偿决定而非补偿协议方式进行的产权调换而言,在补偿决定明显存在不合理迟延的情况下,以补偿决定作出时点作为确定房屋价值的评估时点,也更有利于实现公平补偿;此时的补偿决定书类似于以房换房的交割书,征收人与被征收人权利义务自补偿决定书作出之日起,始得固定;被征收人有异议的,只能通过复议或者诉讼渠道解决。”<sup>[11]</sup>同时,市、县政府等未依法实施征收而实施强制交地的,应当以人民法院裁判时点作为评估时点。对市、县人民政府未批先用、少批多用而被征收人起诉要求赔偿相应损失的,应当将市、县人民政府补办手续前的赔偿与补办手续后的补偿相结合,适当增加赔偿数额,以体

[10] 陈新民:“台湾地区征收法制的困境与前瞻”,载《行政法论丛》第14卷。

[11] 参见最高人民法院(2018)最高法行再202号。



现对此类违法现象的惩戒性，避免合法征地与违法征地补（赔）偿项目、金额相同，也防止违法征地零成本。

#### 八、处理好协议补偿与决定补偿的关系

现行法没有明确规定协议征收（补偿）方式，但在农村集体土地征收过程中，协议征收（补偿）方式被广泛运用。《修正案草案》第 47 条增设了征地协商和补偿安置前置程序规定，即“市、县人民政府拟申请征收土地的，应当开展拟征收土地现状调查和社会稳定风险评估，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在拟征收土地所在的乡（镇）和村、村民小组范围内进行公告，听取被征地的农村集体经济组织及其成员、村民委员会和其他利害关系人的意见。拟征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定的期限内，持不动产权属证书办理补偿登记。市、县人民政府应当组织有关部门与拟征收土地的所有权人、使用权人就补偿安置等签订协议，测算并落实有关费用，保证足额到位；个别确实难以达成协议的，应当在申请征收土地时如实说明。相关前期工作完成后，市、县人民政府方可申请征收土地”。上述规定充分保障了被征地农民的知情权、参与权、表达权和监督权。但上述规定需要明确的是：农村集体经济组织及其成员不接受补偿标准、安置方式和社会保障的如何处理？预征收协议签订后征地申请未得到批准情况下如何处理？预征收协议签订后到实际征收土地、实际使用土地期间间隔过长如何处理？被征收人拒绝签订征收协议的如何处理？《修正案草案》及其实施条例，对上述问题应当明确予以规定。尤其是应当明确规定双方就补偿安置无法达成协议的，市、县人民政府必须及时作出补偿决定，以平衡好协议补偿与决定补偿之间的关系。参考国有土地上房屋征收的相关成熟规定，建议明确预征收（补偿）属于附生效条件的协议，明确达到相应签约比例的协议生效；并鼓励在具体实施征收过程中，通过协议搬迁模式实施征收补偿，即市、县土地行政部门应当在征地补偿安置方案确定的期限内，与未签订预征收补偿协议的被征收人，就补偿方式、补偿金额和支付期限，用于产权调换房屋或者重新批地建房的地点和面积，土地补偿费、安置补助费、地上附着物与青苗补偿费、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、支付期限、过渡方式和过渡期限等事项，订立土地房屋征收补偿协议。被征收人认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除协议的，可以提起行政诉讼。同时，考虑到征收补偿协议中公共利益与私人利益并存的特点，应当允许被征收人为实现自己的利益有适度收益，对协议约定补偿金额高于被征收土地、房屋价值的，不宜仅以损害公共利益为由确认无效；经法定程序缔结的协议一般均应得到遵守，行政机关行使行政优益权变更、解除协议的，应当符合公共利益需要，由此导致协议相对方损失的，应当承担补偿或者赔偿责任。<sup>〔12〕</sup>司法实践中，对于以乡（镇）政府、项目指挥部甚至平台公司等名义签订的补偿协议，结合最高人民法院相关判例，<sup>〔13〕</sup>宜推定系市、县政府或者土地行政部门授权，而不宜仅以签约主体不适格为由确认协议无效。

#### 九、处理好责令交地与强制执行的关系

根据《土地管理法实施条例》第 45 条规定，违反土地管理法律、法规规定，阻挠国家建设

〔12〕江必新：“中国行政合同法律制度：体系、内容及其构建”，载《中外法学》2012年第6期。

〔13〕参见最高人民法院（2018）最高法行再124号行政裁定书。

征收土地的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令交出土地;拒不交出土地的,申请人民法院强制执行。《修正案草案》对责令交出土地行为未作出明确规定。此问题虽仍可保留由《土地管理法实施条例》来具体规定;但基于法律保留原则,对于强制执行问题,仍宜由《土地管理法》明确作出规定为宜。即《修正案草案》应单独增加一条明确:“被征收人在补偿安置协议约定或者补偿决定确定的时间内不主动交出土地、不搬离房屋的,市、县人民政府应当申请人民法院强制执行。人民法院裁定准予执行的,由市、县人民政府按照‘裁执分离’原则组织实施”。

原则上,人民法院已经裁定准予强制执行并交由市、县人民政府土地行政主管部门强制执行,而被征收人起诉土地行政主管部门及其委托的主体强制搬迁行为违法的,人民法院不予受理;被征收人能够提供初步证据证明实施强制搬迁扩大执行范围或者违法采取措施的,应当依法立案受理,而人民法院经审查发现既未签定补偿安置协议,也未依法提存补偿款,又未作出补偿决定且补偿明显不合理的,对责令交地行为不予支持。结合人民法院相关判例,<sup>[14]</sup>行政主体既无补偿协议也无补偿决定且违法实施强制拆除的,被征收人既可以提起行政强制附带赔偿之诉,也可以诉请履行补偿安置职责,人民法院在确定具体赔偿金额时,宜综合协调适用《国家赔偿法》规定的赔偿方式、赔偿项目、赔偿标准与土地管理法律法规规定的补偿方式、补偿项目、补偿标准,确保被征收人得到的赔偿不低于其依法可以获得的征收补偿。

实践中,对于未作出责令交出土地决定,也无补偿决定又未签订补偿安置协议的,且无行政主体出面承认实施具体搬迁工作(强制拆除)的,可以推定为市、县人民政府或其指定市、县土地行政主管部门组织实施,并承担相应的法律责任,市县人民政府或其指定的市县行政部门能够证明系他人实施的除外。既无补偿安置决定,也未签订补偿安置协议的,被强制搬迁(强制拆除)的被征收人,既可以提起行政强制附带赔偿诉讼,也可以起诉请求判令履行补偿安置职责。

在办理“未批先用”“少批多用”土地行政案件时,要结合在一审判决前是否已经取得征地批复等实际情况,在确定赔偿(补偿)标准、赔偿(补偿)金额时,将补办手续前的赔偿和补办手续后的补偿相结合,以保障被征地农民合法权益不受侵犯,惩戒未批先用、少批多用等违法使用土地的行为,打破合法征地与违法征地相同后果的局面,倒逼极少数市、县人民政府纠正“先上车后补票”,甚至“上了车不补票”等非法占地现象。人民法院一审判决前,市、县人民政府等已经补办并取得国务院或者省级人民政府征地批复等手续的,应当确认征地行为违法,同时可以考虑按征地批复作出时点的相关标准确定补偿安置标准;对补办手续前的违法占地行为,依法承担赔偿责任,赔偿因先行违法占地给权利人造成的平均年收入损失、青苗损失、房屋租赁损失等直接损失。也可以结合行政管理和审判工作实际,统一按照行政赔偿程序,在行政赔偿案件中一并解决补偿安置与赔偿问题。人民法院一审判决前,市、县人民政府等仍未依法取得上级机关征地批复手续的,应当判决确认征地行为违法,并责令返还土地并恢复原状。对确因公共利益需要无法恢复原状的,依法判决承担赔偿责任。确定赔偿标准与赔偿金额时,既要赔偿按一审判决时的补偿安置标准依法能够得到的补偿安置,又要赔偿按平均年产值与房屋年租赁费用为标准的直接损失;赔偿金额可以考虑明确一直计算到依法取得征地批复手续为止。

(责任编辑:李国慧)

[14] 参见最高人民法院(2017)最高法行再101号行政判决书。