



**编辑提示：**长期以来，现行的征地制度保障了国家工业化、城镇化的发展。当前和未来一段时期，经济社会发展对建设用地的需求仍然较大。2018年12月，十三届全国人大常委会第七次会议对《土地管理法》等法律修正案草案进行审议。本期特别策划邀请资深法官、专家围绕土地征收、规范程序以及权益保障等问题展开讨论，观点见仁见智，希望对立法及司法实践有所借鉴。

## 制度变迁：

# 预征补协议在集体土地征收程序的引入

## ——《土地管理法修正案（草案）》第47条第二款的完善建议

耿宝建 殷勤\*

**摘要** 较之国有土地上房屋征收相对成熟的协议补偿和决定补偿相衔接的制度安排，现行《土地管理法》既未规定决定补偿程序，也未规定协议补偿制度。《修正案草案》第47条第2款引入预征补协议制度，将之作为市、县政府申请征收的前提条件，使得原有土地征收补偿相关制度安排的地位发生变化，整个土地征收工作的重心发生位移。但《修正案草案》没有明确协议主体、内容、协议补偿与决定补偿的关系、协议的执行等基本问题。本文结合制度变迁的相关理论，参考最高人民法院相应裁判，对预征补协议的性质与效力、协议的缔约主体与缔约比例、协议的主要内容与履行及强制执行等方面问题加以讨论，为进一步修法完善提供参考。

**关键词** 土地征收 制度变迁 预征补协议

### 一、引言——预征补协议与制度变迁

制度是一个社会的博弈规则，或者更规范地说，它们是一些人为设计的、型塑人们互动关系的约束。它通过为人们提供日常生活的规则来减少不确定性。<sup>[1]</sup>制度需要稳定性，但稳定性丝毫不否定制度始终处于变迁之中这一客观事实：随着外界环境的变化或理性程度的提高，人们会不断提出对新的制度的需求，形成制度的变迁。制度变迁通常包括：一种特定组织的行为的变化，这一组织与其环境之间的相互关系的变化，以及在一种组织的环境中支配行为与相互关系的规则的变化。<sup>[2]</sup>

\*耿宝建，最高人民法院行政庭审判长，法学博士；殷勤，江苏省南通市中级人民法院法官。本文系中国法治研究现代化研究院2018年度全院性研究项目“集体土地征收补偿法律制度研究”的阶段性成果。

[1][美]道格拉斯·C·诺思：《制度、制度变迁与经济绩效》，杭行译，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年版，第3页。

[2][美]罗纳·科斯等：《财产权利与制度变迁》，刘守英等译，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年版，第230-231页。

行政协议是行政管理制度创新的产物，是在传统高权行政之外的另一种管理方式，它的出现被视为国家治理能力和治理方式的重要改变。一般认为，行政协议是行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。正是由于协议的对话性和共识性，在国有土地上房屋征收过程中，协议补偿方式比决定补偿方式更为常用，被征收人签署协议后自愿交出房屋的比例也远高于强制搬迁比例。遗憾的是，农村集体土地征收补偿法律制度几经变迁，却始终未建立完善的协议补偿或者决定补偿制度；而主要采用由土地管理部门、乡（镇）政府向村委会发放补偿款，再由村委会实施二次分配的方式予以补偿。实践中，有的地方借用城市房屋征收补偿经验，在征地公告后与农户签订补偿协议，<sup>[3]</sup>也有的在申请征地前签署补偿协议。<sup>[4]</sup>由于缺乏立法层面的顶层设计，地方对补偿安置协议的签约主体、协议效力、协议内容、协议的履行等很不统一；不少基层组织一方面采用各种手段让农户签订“空白协议”，另一方面则以“自愿交地交房”为由规避土地征收和足额补偿，造成协议补偿制度的异化。人民法院宥于“无法司法”，现阶段还难以进行有效、统一的司法审查和监督。<sup>[5]</sup>

《土地管理法修正案（草案）》（以下简称《修正案草案》）第47条第2款引入预征补协议制度，规定：拟征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定期限内，持不动产权属证书办理补偿登记；市、县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（由于签署此协议通常即意味着被征收人在附条件的情况下同意被征收与接受相应的补偿安置条款，故以下将该条款所指“协议”统称为“预征补协议”）。结合审议情况，这项规定上升为立法的可能性极大，无疑有巨大的进步意义。<sup>[6]</sup>引入预征补协议制度，可以认为是传统集体土地征收与补偿制度的重大“制度变迁”，并且是一种“强制性的制度变迁”。<sup>[7]</sup>

[3] 如《杭州市征收集体所有土地房屋补偿条例》第6条规定，实施征地房屋补偿应当先补偿、后搬迁，被补偿人应当在规定的签约期限内完成签约并按照协议约定搬迁。第10条规定，在征地房屋补偿实施方案确定的签约期限内，补偿人与被补偿人应当按照本条例规定和经批准的征地房屋补偿实施方案，就补偿、安置等事项签订征地房屋补偿安置协议。

[4] 如林建国诉南昌县政府土地征收一案裁定认为，考虑到农村集体土地征收与补偿工作法律性、政策性、社会性和专业性相融合的特点，在法律没有明确规定的情形下，市、县政府为确保征收与补偿工作有序开展、维护被征收人合法权益、稳定征收与补偿法律关系以及实现公共利益，可以根据征收与补偿工作实际需要，在“一书四方案”等征地文件依法报批前以及报批过程中，将拟征地的用途、位置、补偿标准、安置途径告知被征收人，组织对拟征地现状进行调查，并签订附生效条件的补偿协议等具体征收与补偿工作。参见（2017）最高法行申9159号行政裁定书。

[5] 耿宝建、殷勤：“集体土地征收与补偿过程中可诉行政行为的判定与审查”，载《法律适用》2019年第1期。

[6] 修法说明指出，现行法规定的土地征收“两公告一登记”程序是在征地批后实施，试点地区探索征地协商和补偿安置前置，即先与农民就补偿标准等内容达成书面协议，征地补偿安置资金落实后方可启动程序，在总结各地实践和试点地区有效做法的基础上，此次修法对征地程序予以完善，补充了市、县政府申请征收土地前的程序要求，有利于保障被征地农民的知情权、参与权、监督权，缓解被征地农民的后顾之忧。参见《国务院〈关于土地管理法、城市房地产管理法修正案（草案）〉的说明》《国土资源部关于土地管理法（修正案）（征求意见稿）的说明》。

[7] 制度变迁通常有两种类型：诱致性制度变迁与强制性制度变迁。前者指现行制度安排的变更或替代，或者是新制度安排的创造，由一个人或一群人在响应获利机会时自发地倡导、组织与实行；后者由政府命令与法律引入及实行。一方面，地方政府具有通过协议实施征补的强烈动因，被征地农民一般也不反对征收，但希望得到更多的补偿。另一方面，国家法律制度供给的不足，反过来又降低了这种诱致性制度变迁的有效性。当诱致性制度供给不足时，国家必须提供强制性制度供给来矫正这种不足。参见[美]罗纳德·科斯等：《财产权利与制度变迁》，刘守英等译，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年版，第269页。



一般认为，制度变迁包括四种情况：第一，原有的制度安排保存，产生新的制度安排，这样整个社会的制度结构就增加了新的构成因素；第二，原有的制度安排失去了存在的意义而消亡；第三，原有的制度安排演变为新的制度安排，也许它保留了旧制度安排的特征，但已不同于原有的制度安排；第四，原有的制度结构中，各种制度安排的性质、种类不变，但相对地位发生变化。<sup>〔8〕</sup>根据《修正案草案》，整个农村土地征收制度仍保留省以上政府批准征收和市、县政府组织实施征收两个核心阶段，只是在批准征收之前增加了协议预征补这一新的构成因素，而行政机关还要同时组织办理权属调查、补偿登记、测算并落实费用，等等。因此，就集体土地征收与补偿制度整体而言，预征补协议制度的出现属于制度变迁第一种情况，即土地征收补偿制度总体未发生根本性变化，只是“产生新的制度安排”；而从地方实践来看，预征补协议制度也可视为第四种形式的制度变迁，即原有实践中在征地批复取得后的协议签署，提前至“申请征收土地前”且相对地位发生了变化。

当然，“任何制度都非单一，而包括多方面、多层次、多形式的制度，这些多方面、多层次、多形式制度以及相互关系构成制度结构，而某项制度安排的不均衡则可能意味着整个制度结构的失衡。”<sup>〔9〕</sup>对于预征补协议制度仍需追问：市、县政府签订协议后不申请征收土地、或者申请征收土地未得到批准、或者批准后不及时组织实施时，协议效力应如何处理；协议约定的补偿标准与协议履行时的补偿标准发生较大调整的，如何执行协议条款；现行行政诉讼只能“民告官”背景下，协议相对方不履行协议时，行政主体如何“维权”，等等。结合以上追问，本文尝试对预征补协议的性质与效力、协议的缔约主体范围与缔约比例、协议补偿的主要内容、协议的履行与强制执行等问题加以讨论，并对《修正案草案》与其后实施条例的立法提出建议。

## 二、预征补协议的性质与效力

根据《合同法》，依法成立的合同自成立时生效；同时，当事人对合同的效力可以约定附条件或者附期限。<sup>〔10〕</sup>根据《宪法》确立的集体土地征收制度，现行集体土地征收补偿制度不是合同主体间对土地所有权、使用权的买卖或者国家直接对土地的“赎买”，而是国家基于公共利益需要在给予公平合理补偿后的征收制度。因而，对《修正案草案》第47条第2款创设的在申请征地前“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”，不能简单认为成立即生效。因为在征收土地申请未经批准前，补偿问题无从谈起；即使签订了补偿安置协议，并不能保证“征收土地申请”就一定能够得到有权部门批准。因此，对预征补协议的性质和效力应当准确认定。

### （一）协议的法律性质

从《修正案草案》第47条立法的总体思路而言，第2款规定的预征补协议与第3款、第4款规定的申请征收互为条件和前提。根据第3款，只有在补偿协议等“相关前期工作完成”并对“个

〔8〕黄少安主编：《制度经济学》，高等教育出版社2008年版，第105页。

〔9〕伍开群：“制度变迁：从家庭承包到家庭农场”，载《当代经济研究》2014年第1期。

〔10〕根据《合同法》第44条规定，依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。第45条规定，当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。第46条规定，当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

别确实难以达成协议的，应当在申请征收土地时如实说明”后，“市、县政府方可申请征收土地”，即将签订预征补协议作为申请征收土地的前置程序。另一方面，签订预征补协议也仅仅是批准征收、实施征收的必要条件而非充分条件，预征补协议的生效和执行，取决于有权部门是否批准征收以及市、县政府是否最终实施征收。

结合《合同法》第45条、第46条，对预征补协议的性质可能有以下几种观点：一是认为属于附生效条件的合同，即只有在征地申请已经得到批复并且市、县政府实际实施征收时才生效；未取得征地批复或者虽取得征地批复但不再继续组织实施征地的，预征补协议不生效；违约方则依照《合同法》第42条规定承担缔约过失责任。<sup>〔11〕</sup>二是认为属于附解除条件的合同，即协议自双方签订后即生效，双方当事人即应遵照执行，征收方即应按照协议约定“落实有关费用，保证足额到位”，<sup>〔12〕</sup>但协议可能在最后一条明确约定“征地申请如未依法取得有权部门批准，则本协议自动解除。双方互相返还相应财产，并由责任方承担对方的实际经济损失”。三是认为属于附期限的合同，即协议可能在最后一条明确约定“本协议在征地批复得到有权部门批准后生效”，也可能明确约定“本协议在签订后一年（或者其他合理期限）未取得有权部门征地批复的，自动失效”。

上述观点均有一定道理，也说明预征补协议性质较为复杂——既取决于立法如何规定，也取决于协议条款如何约定。但总体而言，“有征收必有补偿，无征收则无需补偿”。虽然补偿安置协议的成立无需依附于合法的征收行为，但补偿安置协议的生效与有效，必然依附于合法的征收行为。“皮之不存，毛将焉附”；无征收土地之“皮”，则无补偿安置之“毛”。因此，《修正案草案》第47条第2款规定的协议应当认为属于成立但尚未生效的附生效条件的合同，具有预征补协议的性质；且判断其生效条件是否成就，虽然有赖于协议双方的约定，但主要应依据法律法规规定。实践中，征地主体为了缓和矛盾甚至为了取得被征收人对征地申请的支持，可能采取提前按协议支付补偿安置对价；但理论上而言在未取得征地批复前，市、县政府及其职能部门并无实际占有、使用、处分、收益仍属于集体土地性质土地的权利。实践中，还可能会存在市、县政府在取得征地批复后，因为项目变更或者公共利益需要的消失等，而不再需要继续征收所涉土地的情形。此时，市、县政府不能要求使用土地，被征收人也无权主张（或者继续占有）补偿安置利益；双方各自承担相应的缔约过失赔偿责任。

## （二）协议的法律效力

将《修正案草案》第47条第2款设立的补偿安置协议认定为附生效条件的合同，并不意味着在条件未成就前，协议就完全没有约束力。因为，依法成立的合同即使暂未生效，合同双方仍有相应的合同权利与合同义务，仍应基于诚实守信原则，积极促成合同条件的成就，并履行合同生效前的“前权利”“前义务”。《合同法》第45条还规定，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。虽然在生效条件成就之前，

〔11〕根据《合同法》第42条规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：假借订立合同，恶意进行磋商；故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；有其他违背诚实信用原则的行为。

〔12〕实践中也的确如此。有的市、县政府及其职能部门为了快速实施征地，许多在协议签订后立即支付部分甚至全部补偿安置。



合同不产生当事人所直接追求的法律效果，但合同不生效并不意味着不具有约束力。双方当事人已置身于合同法律关系之中，任何一方均不得随意摆脱“法锁”的束缚，而应当积极促成合同生效。“在未决期间，附条件的合同已经产生直接规定的‘先效力’。具体而言，附生效条件的权利取得者或者附解除条件的权利让与者取得法律保护的‘期待权’，且当事人的法律地位随着时间的推移发生改变，直到要么产生最终的效力，要么回归至合同缔结前的状态。”<sup>〔13〕</sup>

因此，虽然预征补协议依法成立后，对双方均有法定拘束效力，有权部门批准征收土地之前，市、县政府及相关部门应当积极履行权属调查、登记、拟征收事项公告、拟定“一书三（四）方案”和上报审批等职责，并结合被征收人缔约情况，保证补偿费用足额到位。在有权部门批准征收土地后，市、县政府应当及时公告并组织实施征收与补偿工作。市、县政府两年内不具体实施征收导致有权部门作出的批准征收行为失效的，<sup>〔14〕</sup>如果合同双方以明示或默示的方式将该作出批准征收行为作为协议生效条件的，此时协议虽然生效，但由于之后批准征收行为的“自动”失效而导致协议目的不能实现，协议相对方有权要求解除协议并要求征收主体承担违约责任；如果双方以明示或者默示的方式将市、县政府作出征收土地公告作为协议生效条件的，协议的生效条件即因市、县政府不作出征收土地公告等实施征收行为而不能成就，协议相对方可以要求征收主体承担缔约过失责任。

### 三、预征补协议的缔约主体

《修正案草案》对预征补协议的缔约主体范围没有作出明确、具体规定。根据《民法总则》《合同法》规定，在合同主体不具备缔约能力时，有合同有效、可撤销、效力待定、无效等处理。因此，进一步明确协议的适格签约主体以及不适格主体签约的效力和追认等问题，十分必要。

#### （一）征收补偿协议中的行政主体

现行《土地管理法》仅规定省以上政府作出征地批准文件后，由市、县政府具体组织实施，没有规定其他的征地实施主体；<sup>〔15〕</sup>《土地管理法实施条例》则规定征地补偿、安置方案报市、县政府批准后，由市、县政府土地主管部门组织实施，扩大了征地实施主体的范围。<sup>〔16〕</sup>《修正案草案》规定，市、县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。从文意解释角度看，签订补偿安置协议的行政主体既可能是市、县政府，也可能是市、县政府组织的有关部门。为了避免实践中的分歧，《修正案草案》及其后的实施条例应当明确规定签约主体。一方面，《修正案草案》可基于“谁征收谁补偿”的理念，明确规定市、县政府作为法定的征收与补偿主体，是签订预征补协议的唯一主体；有关部门只能是基于市、县政府的委托签订协议，并由市、

〔13〕 翟远见：“《合同法》第45条（附条件合同）评注”，载《法学家》2018年第5期。

〔14〕 《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）规定，农用地转用批准后，满两年未实施具体征地或用地行为的，批准文件自动失效；已实施征地，满两年未供地的，在下达下一年度的农用地转用计划时扣减相应指标，对具备耕作条件的土地，应当交原土地使用者继续耕种，也可以由当地人民政府组织耕种。

〔15〕 根据《土地管理法》第46条第1款规定，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。

〔16〕 根据《土地管理法实施条例》第25条第3款规定，市、县人民政府土地行政主管部门根据经批准的征收土地方案，会同有关部门拟订征地补偿、安置方案，在被征收土地所在地的乡（镇）、村予以公告，听取被征收土地的农村集体经济组织和农民的意见。征地补偿、安置方案报市、县人民政府批准后，由市、县人民政府土地行政主管部门组织实施。

县政府承担相应的后果。另一方面,《修正案草案》也可直接明确规定市、县政府土地主管部门是适格的签约主体,但不宜将签约主体模糊化。

对于征收主体、征收部门与征收实施单位的关系,《国有土地上征收与补偿条例》规定较为明确,<sup>[17]</sup>《修正案草案》及其后的实施条例可参照此立法例规定:市、县政府负责本行政区域的土地征收与补偿工作,市、县政府确定的土地征收部门组织实施本行政区域的土地征收与补偿工作,土地征收部门可以委托土地征收实施单位,承担土地征收与补偿的具体工作,土地征收部门对土地征收实施单位在委托范围内实施的土地征收与补偿行为负责监督,并对其行为后果承担法律责任。

市、县政府及土地征收部门以外的行政主体或者民事主体签订协议的,宜结合设立主体、主要财源、领导与决策成员、活动情形与业务内容等因素,综合判断实际缔约主体和协议性质。如果名义主体相对于市、县政府或土地征收部门具有极高的透明度,只在前者的指示范围内活动,其相应法律效果完全归属于指示机关的,名义主体只能是“透明的傀儡”,<sup>[18]</sup>应当认定市、县政府等指示机关是缔约主体;被征收人就相关协议纠纷起诉市、县政府的,不宜简单以被告不适格为由予以驳回。<sup>[19]</sup>

## (二) 征收补偿协议中的被征收人范围

确立被征收人的范围,实质是确立因征收而需要补偿的权利主体范围。“土地征收中的被征收人,系指因土地征收而丧失权利或致其权利受到影响的人,具体包括征收标的的所有权人及其他权利人两类。”<sup>[20]</sup>《修正案草案》将协议的相对方界定为土地的所有权人、使用权人。“土地的所有权人”即指拟征收土地范围内相应的农民集体,考虑到农民集体所有的财产,一般由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权,故法律上村集体经济组织、村委会应主要居于被征收人的代表人地位而不宜再成为征收实施主体的辅助人,<sup>[21]</sup>对征地补偿费的使用、分配等涉及村民利益的事项,则应当通过召开村民会议或者村民代表会议形成决议并由村委会具体执行。<sup>[22]</sup>

[17] 根据《国有土地上征收与补偿条例》第4条、第5条规定,市、县政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作,市、县政府确定的房屋征收部门组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作,房屋征收部门可以委托房屋征收实施单位,承担房屋征收与补偿的具体工作。房屋征收部门对房屋征收实施单位在委托范围内实施的房屋征收与补偿行为负责监督,并对其行为后果承担法律责任。

[18] 于立深:“行政协议司法判断的核心标准:公权力的作用”,载《行政法学研究》2017年第2期。

[19] 刘以贵诉阜宁县政府等城建行政强制一案裁定认为,农村土地征收过程中对合法建筑的拆除,宜首先推定系征收实施主体实施或委托实施,在市、县政府未对补偿安置主体有特殊规定的情况下,拆除征收范围内合法建筑的行政职权归属于土地行政部门,后者无权将法律已经明确规定的行政强制职权再行赋予其他主体行使。因此,在经依法批准的征地过程中,因合法房屋被强制拆除引发的行政案件,土地行政主管部门应当首先被推定为适格被告;除非有相反证据或者生效裁判足以推翻上述认定。参见(2017)最高法行申1337号行政裁定书。

[20] 王克稳:“我国集体土地征收制度的构建”,载《法学研究》2016年第1期。

[21] 根据《物权法》第60条规定,对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等,依照下列规定行使所有权:属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权;分别属于村内两个以上农民集体所有的,由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权。

[22] 根据《村民委员会组织法》第24条规定,宅基地的使用方案,征地补偿费的使用、分配方案等涉及村民利益事项经村民会议讨论决定方可办理。村民会议可以授权村民代表会议讨论决定前款规定的事项。



除“土地的所有权人”以外，拟征收土地上还存在其他多项权能。其中，土地承包经营权、宅基地使用权等，属于法定的用益物权，《物权法》第121条也明确用益物权人的被征收人地位，<sup>[23]</sup>故土地承包经营权、宅基地使用权、地役权人归入“土地使用权人”应无争议，其亦即具有签订预征补协议的主体资格。同时，还可能通过土地经营权流转获得的次级土地承包经营权以及集体经营性建设用地及地上物业的承租权等其他项权利。由于《物权法》明确规定对青苗和地上附着物应予补偿，<sup>[24]</sup>而次级土地承包经营权人等同时还是青苗等地上附着物的所有权人，也要认定为上述“土地的使用权人”，并有权签订协议取得补偿。毋庸置疑，宅基地等集体建设用地上房屋的所有权人也是当然的被征收人而有权要求协议补偿。实践中，补偿主体仅与村委会、村集体经济组织就土地所有权等概括签订补偿安置协议，而忽略与房屋的所有权人、“土地的使用权人”签订补偿协议，此举不符合法律法规规定，也不利于矛盾的实质化解。司法裁判中，宜突破合同相对性的调整，承认后者对预征补协议等协议行为具有法律上的利害关系，<sup>[25]</sup>承认其直接主张协议利益的原告资格。

《修正案草案》及其后的实施条例还应考虑，签订预补偿安置协议的被征收人主体范围，究竟是确定以宽为宜，还是以窄为宜；是仅包括集体土地所有权人还是可以包括使用权人（土地承包经营权人、宅基地使用权人、流转土地经营者、房屋的所有权人或者实际使用人、林木青苗等附着物的所有权、承包权、经营权人）。签约主体问题，既是补偿安置理论问题，又是实践操作问题，更是《修正案草案》新增预征补协议立法目的如何具体化的问题。被征收人签订主体资格问题，又与预征补协议的补偿安置内容、项目等密切相关，《修正案草案》及其后的实施条例应予充分考虑。如果将预征补协议的范围仅仅限定在现行《土地管理法实施条例》第25条第4款所指“征收土地的各项费用应当自征地补偿、安置方案批准之日起3个月内全额支付”，将被征收人仅仅限定为村委会或者集体经济组织，那么《修正案草案》新增的预征补协议将可能会异化为“自己人与自己人”间的协议，其立法目的将难以完全实现；而一旦不加限制地扩大到被征收土地上的所有权利人，则又将面临签署多种性质各异的预征补协议，可能较难实现大部分主体在征收土地之前签约的立法目标。

#### 四、预征补协议签约比例的确定

如上所述，签订预征补协议是申请征收土地的前置程序，有权部门批准征收土地是预征补协议的生效条件。需要追问的是，为什么被征收人签订拟征收补偿协议会成为有权部门批准征收土地的条件？此意味着国家征收权的自我克制或者说被征收人普遍不同意的就不能行使强制征收

[23] 根据《物权法》第121条规定，因不动产或者动产被征收、征用致使使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依照本法第42条、第44条的规定获得相应补偿。

[24] 根据《物权法》第42条第2款、第3款规定，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。

[25] 根据德国法上的“附保护第三人作用的契约”制度，债务人不仅对于债权人负有给付义务，且对于与债权人有利关系的第三人依据诚实信用原则负有照顾和保护义务，债务人违反这种义务造成第三人的损害，遭受损害的第三人尽管不是合同当事人，仍可以请求债务人承担合同责任。白云锋：“论行政协议第三人原告资格”，载《行政法学研究》2019年第1期。

权？进而，被征收人缔约需要达到何种比例？征地申请经批准后，对未达成协议的被征收人能否实施征收，能否“高价”进行补偿？

传统上征收指国家对私人财产权的强制购买，国家具有绝对的强制权威，而私人负有服从义务。“当政府点名要征收一个人的财产时，从他那里征收财产就是容易的。”<sup>[26]</sup>随着现代人权观念的发展，国家与人民的关系发生变化，行政权变成法律之下的权力，公民地位和权利得到宪法保护。在国家实施征收之前，需要提前将征收所服务的公共利益、征收的范围、补偿范围、内容、标准和程序等予以公布。一些地方通过签订预征补协议的方式，确认拟征收范围内同意征收的被征收人比例，保证征收的合法性和正当性，减少强制性和对抗性。<sup>[27]</sup>

不妨认为，被征收人同意征收并签订预征补协议，不仅是批准征收土地的条件，更是征收本身是否合法的判断标准之一。有的省（市）在国有土地上房屋征收领域已有相关立法实践。如根据《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》规定，因旧城区改建房屋征收范围确定后，有90%以上的被征收人同意的，方可进行旧城区改建；征收决定作出后，房屋征收部门应当组织被征收人根据征收补偿方案签订附生效条件的补偿协议，在签约期限内达到规定签约比例的补偿协议生效；未达到规定签约比例的征收决定终止执行；签约比例不得低于80%。结合《修正案草案》第47条第2款有关“测算并落实有关费用，保证足额到位”以及“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”的规定，立法者似更倾向设置绝对值较高的签约比例。具体可以参考以下两种模式：

第一种模式是明确规定预征补协议成立的签约比例。比如在满足其他法定条件的情形下，签约比例达到法定要求的（如85%），“市、县政府方可申请征收土地”。其优点在于，征收启动阶段即签订补偿协议，有利于被征收人事前参与，能最大程度减少征补纠纷，值得提倡。缺点在于未达到比例则不能“申请征收土地”，将可能导致有的公益建设项目无法推进。

第二种模式是不规定预征补协议签约比例，同时对不能签订协议的情形予以详细说明，赋予省以上政府较大的批准裁量权。其优点在于，即使不能达到特定比例要求，国家基于公共利益需要，在经过正当程序和公平合理补偿以后，仍可行使强制征收权以确保公益项目建设。缺点在于难以实现《修正案草案》第47条第2款的立法目的，该款可能沦为“无牙的老虎”。选择何种模式，无疑考验着立法智慧。

### 五、协议补偿的主要内容

预征补协议的主要内容既取决于法律法规规定，也取决于补偿主体的意思表示，即不同的权利主体分别签署不同补偿内容的预征补协议，以保护共同但有区别的补偿安置利益。

《修正案草案》第48条延续了《物权法》《土地管理法》对征地补偿项目的规定，即主要包括

[26] [美] 艾珀斯坦：《征收——私人财产和征用权》，李昊等译，中国人民大学出版社2011年版，第100页。

[27] 郭鸿昌诉郑州市政府房屋征收一案裁定认为，由于公共利益属于典型的不确定法律概念，建设项目是否符合公共利益的需要，一方面应主要由立法判断，即只有立法明确列举的建设项目才属于公共利益的需要；另一方面，对于立法规定不明确或者可能认识有分歧的，则宜尊重通过正当程序而形成的判断，对以征收形式进行的旧城区改建等项目，既交织公共利益与商业开发，也涉及旧城保护与都市更新，应当尊重拟征收范围内被征收人的改建意愿，大多数或者绝大多数被征收人同意改建方案的，可以认为建设项目符合公共利益的需要。参见（2017）最高行申4693号行政裁定书。





土地补偿费、安置补偿费、农村村民住宅、地上附着物、青苗、被征地农民养老保险等社会保险缴费补贴、其他集体建设用地上的房屋、附着物、装饰装修、停产停业损失等补偿。<sup>[28]</sup>从实践操作来看，还主要包含用于产权调换房屋或者重新批地建房的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、支付期限、过渡方式和过渡期限等内容。理论上来说，上述权利和权利主体，均应当在预征补协议中体现。<sup>[29]</sup>

一个特别重要的问题是，补偿安置协议是否以及如何明确谁是土地补偿费和安置补助费的权利主体？换言之，谁有权通过签订协议的方式取得土地补偿费和安置补助费这一最重要的补偿？令人遗憾的是，如此重要的问题上，现行法和《修正案草案》均未规定，实践做法各异。有的与每个被征地村民、农户签约，有的与村委会（集体经济组织）签约，有的由村委会（集体经济组织）签约领取后再内部二次分配，还有的按照《土地管理法实施条例》第26条“土地补偿费归农村集体经济组织所有，地上附着物及青苗补偿费归地上附着物及青苗的所有者所有”“需要安置的人员由农村集体经济组织安置的，安置补助费支付给农村集体经济组织，由农村集体经济组织管理和使用；由其他单位安置的，安置补助费支付给安置单位；不需要统一安置的，安置补助费发放给被安置人员个人或者征得被安置人员同意后用于支付被安置人员的保险费用”。基于制度的延续性和对被征收人合法权益的保护，《修正案草案》及其后的实施条例可考虑选择以下模式：即土地补偿费由村委会（村集体经济组织）签约、领取并二次分配；安置补助费由市、县政府结合当地实际确定村委会（村集体经济组织）或者农户的分配比例签约；宅基地与房屋由房屋所有权人签约并取得补偿、青苗等附着物由所有权人签约并取得补偿、被征地农民养老保险等由适龄农民签约并取得补偿。在实际执行中，可以考虑以农户为单位，每户签订一份预征补协议（补偿安置协议），按照法定标准一次性确定每户应得的补偿安置内容。

## 六、预征补协议的履行与强制执行

市、县政府在取得征地批复并公告组织实施后，在其他方面均符合法律规定的情形下，预征补协议即依法生效，协议双方应当依协议互相履行义务。被征收人认为行政机关不依法履行、或者不按照约定履行协议的，可以依照《行政诉讼法》的规定提起诉讼。但是，由于《行政诉讼法》没有规定行政机关可以通过“官告民”方式诉请相对方履约，因而，行政机关以何种方式要求相对方履约，值得讨论。

[28] 根据《修正案草案》第48条规定，征收土地应当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障。征收土地应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用。征收农用地的土地补偿费、安置补助费标准由省、自治区、直辖市制定公布区片综合地价确定。制定区片综合地价应当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、经济发展水平适时调整。征收农村村民住宅的，应当按照先补偿后搬迁、居住条件有改善的原则，尊重农村村民意愿，采取重新安排宅基地建房、提供安置房或者货币补偿等方式给予公平合理补偿，保障其居住权和农村村民合法的住房财产权益。市、县政府应当将被征地农民纳入相应的养老等社会保障体系。被征地农民的社会保障费用主要用于符合条件的被征地农民的养老保险等社会保险缴费补贴。

[29] 论者指出，对于土地补偿费用的计算和补偿原则上应采用统一补偿规则，即以未设他项权利的被征收土地的市场价值为基准计算土地补偿费，再由土地所有权人和他项权利人按照各项权利在土地市场价值中所占的比例予以分割。但为了避免对他项权利人造成不公平的后果，在计算统一补偿费时，应当考虑他项权利的价值及其对被征收土地公平市场价值的影响。参见田韶华：“论集体土地上他项权利在征收补偿中的地位及其实现”，载《法学》2017年第1期。

有观点认为，基于公定力原理，对行政协议依法生效后被征收人不履行协议的，行政主体可以申请人民法院强制执行。通说认为，公定力是指“具体行政行为一经成立，即具有被推定为合法而要求所有机关、组织或个人予以尊重的一种法律效力”；<sup>[30]</sup>但基于合同的相对性，行政协议一般只在特定的合同当事人之间产生法律拘束力，而不具有对世的效力。<sup>[31]</sup>因而，如果行政协议本身不包含强制执行条款，将行政协议直接作为执行名义可能并不妥当。

结合《行政强制法》规定，预征补协议中应当明确约定强制执行条款，即明确规定“有权机关批准征地后且市、县政府已经公告征收决定，并已经履行补偿安置协议约定的义务，被征收人拒绝交出土地或者房屋的，市、县政府可以依法作出责令交出土地或者房屋的决定；被征收人拒不履行且无正当理由的，市、县政府可以依法申请人民法院强制执行”。<sup>[32]</sup>也即，被征收人不履行协议约定的搬迁义务且无正当理由的，市、县政府可以依照协议约定的强制执行条款申请人民法院强制执行。未约定强制执行条款的，市、县政府经催告后可以作出责令限期履行协议约定义务的书面决定，被征收人在法定期限内不申请复议或者提起行政诉讼的，市、县政府可以申请人民法院强制执行。

## 七、结语

“制度安排‘嵌在’制度结构之中，它的效率还取决于其他制度安排实现它们功能的完善程度”。<sup>[33]</sup>在不改变制度结构中的其他制度安排，而仅凭一两项新制度自身，可能难以与旧制度“无缝衔接”，也难以完全实现制度变迁的目的。制度的变迁即意味着制度结构的耦合，需要改造和衔接一系列的相关制度安排，并避免新旧制度相互之间的排斥与排异。《修正案草案》第47条第2款规定预征收补偿制度之后，仍需要考虑如何与土地征收整体制度安排及周边其他相关制度的衔接、耦合问题。如何实现制度变迁的目的，无疑考验立法智慧和对立法的执行。同时，作为与立法制度相配套的司法尤其是行政诉讼制度，也要对预补偿协议争议的审理与裁判未雨绸缪。一方面，对经过预征补协议诉讼形成的判例、观点、学说乃至社会认同感，都将构成我国土地征收法律制度这一“多方面、多层次、多形式的制度结构”的一部分，共同起着实现制度目的、促进土地征收法治化的重要作用。另一方面，《行政诉讼法》明确规定行政诉讼制度以来，与之相关的各种争议问题也现实困扰着行政审判，行政法官如何跳脱出既有的诉讼标的和审查对象范式，凭据行政行为这张“旧船票”顺利“坐上”国家治理现代化这艘“新船”，如何既坚持合法性审查，坚持最严格的耕地保护制度，对征收权实施依法规制，又坚持合约性审查，尊重当事人意思自治，平衡私人权益保障和公共利益实现，既考验司法技艺，亦考验司法智慧。

（责任编辑：李国慧）

[30] 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2007年版，第240-241页。

[31] 王利明：“论合同的相对性”，载《中国法学》1996年第4期。

[32] 我国台湾地区“行政程序法”第148条规定，行政契约约定自愿接受执行时，债务人不为给付时，债权人得以该契约为强制执行之执行名义。前项约定，缔约之一方为中央行政机关时，应经主管院、部或同等级机关之认可；缔约之一方为地方自治团体之行政机关时，应经该地方自治团体行政首长之认可；契约内容涉及委办事项者，并应经委办机关之认可，始生效力。第一项强制执行，准用行政诉讼法有关强制执行之规定。

[33] 同注[2]，第269页。