

我国土地预征收的制度机理

刘连泰^{*}

内容提要 土地征收是法律规定的多阶段行政行为,预征收是其中的一个重要阶段。我国《土地管理法》明确规定了预征收程序。在预征收程序中,被征地的集体经济组织中的多数成员可以判断征地补偿安置方案的合法性,但不能决定征地补偿安置方案的具体内容。被征地的集体经济组织中的少数成员拒绝签订补偿安置协议对征收程序的启动具有超级约束力。协商是土地预征收的法定程序,县级以上地方人民政府应当与财产权人进行实质协商,所签订的协议在性质上属于行政协议。征地申请经过有权机关批准后,征地补偿安置方案才能生效,这体现了征地审批的合法性控制功能。法律通过将依法征收和民主协商相结合,在征收这一典型的高权行为中吸纳了财产权人的判断和选择,使得征收成为征收机关与财产权人的“合意”,同时又通过征地审批程序将“合意”控制在法律的框架内,从而既促进了公共利益的实现,又保障了财产权人的合法权益,还减少了征地的制度成本,体现了我国土地预征收的独特制度机理。

关键词 土地预征收 依法征收 民主协商 多数决 保护少数

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.02.003

目 次

- 一、多数意见作为征地补偿安置方案合法性的判断依据
- 二、少数成员拒绝签订征地补偿安置协议的超级约束力
- 三、征地审批对预征收的合法性控制功能
- 四、循理而治:我国土地预征收制度的完善
- 五、结语

^{*} 厦门大学法学院教授。本文系 2025 年度国家社科基金青年项目“备案审查效力制度研究”(项目批准号:25CFX099)的阶段性成果。

我国《宪法》第10条和第13条规定征收必须“依照法律规定”，《立法法》也规定“对非国有财产的征收、征用”适用法律保留原则。土地征收是法律规定的多阶段行政行为，^①预征收是其中的一个重要阶段。在申请征收土地前，县级以上地方人民政府要完成包括调查评估、拟订征地补偿安置方案、发布征地预公告、听取利害关系人意见、必要时举行听证、与拟征收土地的所有权人、使用权人签订补偿安置协议等在内的前期工作，这些前期工作可以统称为预征收。^②2019年修正的《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）在全面总结农村土地制度改革试点经验的基础上进行了制度创新，^③将改革试点中探索出来的土地征收民主协商机制法律化，^④规定了预征收阶段由被征地的集体经济组织中的多数成员意见判断征地补偿安置方案的合法性，保护拒绝签订征地补偿安置协议的少数成员的权利，并通过征地审批实现对预征收的合法性控制，充分保障被征收人知情权、参与权、表达权、监督权^⑤。《土地管理法》为有机结合依法征收和民主协商，充分保障被征地的集体经济组织及其成员的合法权益设计了方案，对这一方案的法理阐释是征收法研究的重要课题。

我国土地预征收制度对依法征收和民主协商的关系的妥善处理，深度契合了全过程人民民主理念。习近平总书记指出：“我国全过程人民民主实现了过程民主和成果民主、程序民主和实质民主、直接民主和间接民主、人民民主和国家意志相统一，是全链条、全方位、全覆盖的民主，是最广泛、最真实、最管用的社会主义民主。”^⑥全过程人民民主“做到了人民群众知情权、参与权、表达权、监督权全覆盖，贯通了民主选举、民主协商、民主决策、民主管理、民主监督各环节”^⑦。我国土地预征收制度中征地机关与拟征土地的集体经济组织及其成员的民主协商机制，能够有效缓解征收人和被征收人之间的紧张关系，降低因征地程序不公开、不透明引发矛盾和纠纷的风险，蕴含了我国征收制度的特有机理。鉴于此，本文拟通过阐发我国土地征收的制度机理，提炼我国土地预征收制度的叙

① 多阶段行政行为，是指行政机关作出行政行为须有其他行政机关批准、附和、参与始能完成之情形。参见“额上县恒运砂石厂等诉额上县人民政府行政强制再审案”，最高人民法院（2017）最高法行申295号行政裁定书。

② 2019年《土地管理法》修改后，学界对预征收补偿协议讨论较多，并对预征收补偿协议的概念有基本共识。参见陈洁：《解释作为行政协议效力判断的前提——从预征收补偿协议效力的判断切入》，载《华东政法大学学报》2023年第3期，第153页。上述概念虽然包含预征收字眼，但对预征收没有形成明确定义。本文所使用的“预征收”定义，是在预征收补偿协议概念的基础上，结合《土地管理法》的相关规定作出的。

③ 参见陆昊：《关于〈中华人民共和国土地管理法、中华人民共和国城市房地产管理法修正案（草案）〉的说明》，2018年12月23日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上。

④ 现行《土地管理法》的一项重要制度创新是“探索了土地征收民主协商机制”。参见《国务院关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点情况的总结报告——2018年12月23日在第十三届全国人民代表大会常务委员第七次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2019年第1号，第294页。此外，中共中央印发的《关于加强社会主义协商民主建设的意见》明确要求围绕征地拆迁组织有关方面开展协商，并将其作为稳步推进基层协商的重要组成部分。参见《中共中央印发〈关于加强社会主义协商民主建设的意见〉》，载《人民日报》2015年2月10日，第1版。

⑤ 参见王瑞贺、魏莉华主编：《〈中华人民共和国土地管理法〉释义》，中国民主法制出版社2020年版，第113页。

⑥ 习近平：《全过程人民民主是最广泛、最真实、最管用的社会主义民主》（2021年10月13日），载《习近平著作选读》（第2卷），人民出版社2023年版，第532页。

⑦ 汪洋：《把握好中国式现代化蕴含的民主观》，载《中国人大》2023年第4期，第1页。

事特色,以实现以下双重目标:一方面,彰显中国法的“制度自信”,为构建我国征收法自主知识体系提供必要的语料;另一方面,为解释我国土地预征收制度的具体规范提供必要的学理化、体系化工具,为在预征收程序中贯彻全过程人民民主理念提供正当性证成,同时为制度的细化和进一步完善提供理论基础。

一、多数意见作为征地补偿安置方案合法性的判断依据

《土地管理法》第47条第2款规定:“县级以上地方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、村民小组范围内公告至少三十日,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。”第3款规定:“多数被征地的农村集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不符合法律、法规规定的,县级以上地方人民政府应当组织召开听证会,并根据法律、法规的规定和听证会情况修改方案。”上述第2款规定了征地机关开展调查评估、发布预公告并听取意见的程序,第3款则规定了对被征地的集体经济组织及其成员发表意见权利的保障,二者呈递进关系,内容与通常立法例不同。按照通常规定听取利害关系人意见的立法例,听证需要当事人申请,利害关系人发表的意见也只是作为行政机关作出行政决定时要考量的因素,^⑧即便利害关系人认为行政机关拟作出的行政决定不合法,行政机关也可以作出独立的判断,并不一定要改变行政决定;而上述第3款规定的情形中,听证无须申请,被征地的集体经济组织中的多数成员意见对征地机关在实体法和程序法上都有更强的约束力。

(一) 多数意见的双重约束力

征收涉及限制或者剥夺财产权,应当听取利害关系人的意见。立法规定了包括被征地的集体经济组织成员在内的利害关系人在征收程序中的程序性权利,要求征收人公告并听取利害关系人的意见,是程序正当的要求,也是各国立法通例。从其他国家的立法来看,有的国家规定相对简单,只需要听取利害关系人意见。比如,美国《1970年统一搬迁援助与不动产征收政策法案》第301条将协商购买作为征地的强制先行程序,规定征收人应当听取财产权人意见,“各联邦机构负责人应作出一切合理努力,通过协商迅速取得不动产”^⑨,最大限度保障被征收人包括知情权和参与权在内的权利。有的国家规定相对复杂,需要听取利害关系人、专家、相关行政机关或者官方咨询机构的意见,比如日本、德国等。按照日本《土地收用法》的规定,国土交通大臣或者都道府县知事在准备进行公益事业认定前,须听取土地管理者及相关行政机关的意见、专家及经验丰富者的意见,举行公听会征求公众意见,还要听取日本国土交通省内部咨询机构(社会资本整

^⑧ 参见《行政处罚法》第63-65条;《行政许可法》第46-48条。

^⑨ Uniform Relocation Assistance and Real Property Acquisition Policies Act of 1970 § 301, 42 U.S.C. § 4651(2023).

备审议会)等机构的意见。此外,利害关系人还可就公告的事业认定申请书提出意见。^⑩按照德国《建设法典》的规定,征收局应该听取财产所有权人、征收申请人的意见。没有参加程序的第三人,如果其意见对于查清事实有所帮助,也应听取。此外,征收局还应听取与征收存在业务关联的有关部门的意见。在涉及征收农用地作为征收补偿用地时,还必须听取农业主管部门的意见。^⑪我国《土地管理法》亦有与上述规定类似的规定,但除此之外,我国《土地管理法》还作出了颇具特色的规定,即由被征地的集体经济组织成员行使多数否决权,对征地机关产生实体法和程序法上的双重约束力。

从具体规定看,《土地管理法》第47条第2款规定了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程序性权利,上述主体可以针对征地預告发表意见,县级以上地方人民政府应当听取意见以履行保障上述权利的程序性义务。就听取意见而言,“听”是刚性的,“取”则具有裁量性,即县级以上地方人民政府并不一定完全按照上述主体的意见办理。因此,上述规定对政府提出的征地預告的影响是柔性的。但是,第47条第3款在规定被征地的农村集体经济组织多数成员的程序性权利的同时,赋予了上述主体实体性的权利,而且这种实体权利的行使,对征地补偿安置方案的影响是刚性的:被征地的集体经济组织多数成员提出征地补偿安置方案不合法,作为征地机关的县级以上地方人民政府应当修改征地补偿安置方案。也就是说,第47条第3款赋予被征地的农村集体经济组织成员“多数否决权”,这种权利的行使会产生程序法和实体法上的双重约束力。程序法上的约束力是“县级以上地方人民政府应当组织召开听证会”,实体法上的约束力是“县级以上地方人民政府应当根据法律、法规的规定和听证会情况修改方案”。如果将县级以上地方人民政府拟定征地补偿安置方案理解为对征地补偿安置方案的“形成权”,被征地的农村集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不符合法律、法规的规定,从而导致县级以上地方人民政府应当修改征地补偿安置方案,所行使的则是对征地补偿安置方案的“否决权”。

(二)多数意见否决征地补偿安置方案合法性的正当性解释

通过多数决规则作出决定,有两个前提:一是主体相关性,非共同体成员不能参与民主协商决定共同体的事务;二是价值相关性,即民主协商只适用于共同体的价值选择,与价值选择无关的纯属事实、知识、科学和真理的问题,不是民主协商决定的对象;纯属个人的、与共同体价值选择无关的事项,也不在民主协商决定的事项范围内。^⑫由被征地的集体经济组织成员通过多数决判断征地补偿安置方案的合法性问题,符合多数决规则的“主体相关性”要件。但征收历来是法律化程度很高的领域,是法律问题而不是价值问题。如前文所述,我国《宪法》第10条和第13条都明确征收要“依照法律规定”,《立法法》第11条进一步将“依照法律规定”中的“法律”限定为全国人大及其常委会制

^⑩ 参见日本《土地收用法》第21-25条。

^⑪ Vgl. § 107 BauGB.

^⑫ 参见李德顺:《论民主与法治不可分——“法治中国”的几个基本理念之辩》,载《中共中央党校学报》2017年第1期,第45页。

定的法律,即非国有资产的征收只能由全国人大及其常委会制定的法律规定。因此,是否启动征收以及如何进行征收需要适用法律、涵摄案件事实,不能通过多数决的方式决定征收公民财产。与之相关,征地补偿安置方案也是法律问题,其应受到法律的严格约束。县级以上地方人民政府制定征地补偿安置方案,应该严格从法律中推导。因此,征地补偿安置方案是否合法,能由被征地的集体经济组织成员通过多数决判断,需要在理论上予以阐释和证成。

从法律中得出唯一正解,将作出决定的过程理解为三段论的纯粹推理过程,是理想的法治决策模式。但这一三段论的推理在实践中很难完全落地。法律的适用方式除了以三段论为基础的涵摄,还有针对原则的权衡。“原则是最优化命令,权衡是它独有的运用方式。”^⑬ 权衡的过程就包含了选择,即在各种可选方案中寻找最优解。在征收法领域,规范的原则性体现得尤为明显,纯粹依靠三段论推理,得出唯一正解的难度很大。法律对征收的规定,与其说是赋予政府征收权,不如说是限制政府的征收权。政府在不突破法律规定的限制条件的前提下,可以拟定多种征地补偿安置方案。我国《宪法》第10条和第13条规定,为了公共利益并依法补偿,国家“可以”而不是“应当”征收集体的财产或者公民的财产。也就是说,法律主要规定国家征收权行使的边界约束。在边界约束内,对于要不要行使征收权、如何行使征收权、如何补偿、如何展开征收的程序,政府有较大的裁量空间。对征收边界的约束性规定也有诸多不确定概念,比如作为征收理由的“公共利益”要件,就是需要针对具体情形进行解释的不确定法律概念;对于依法补偿或者公平补偿的标准,多数学者主张按照公平市场价值补偿,但对于什么是公平市场价值,理论界和实务界聚讼纷纭;^⑭ 征收应当遵守法定程序,但对于是否遵守法定程序就一定满足正当程序的要求,说法不一^⑮。县级以上地方人民政府必须依照法律规定确定征地补偿安置方案,但依照法律规定可以拟定的征地补偿安置方案不是唯一的,县级以上地方人民政府对此有较大裁量空间。

因此,在合法框架内作出征地补偿安置方案,不单纯是逻辑推理问题,还是选择问题。民主协商的过程就是一个选择的过程,如果征地补偿安置方案有选择空间,就有了民主协商程序介入的通道。通过民主协商程序否定征地补偿安置方案的合法性,就是行使征地补偿安置方案选择权的一种方式。

(三) 多数意见否决征地补偿安置方案合法性的限度

第一,多数被征地的集体经济组织成员行使的是征地补偿安置方案合法性的否决权,不是征地补偿安置方案的决定权。对征地补偿安置方案的否决,更多否定的是征地补偿安置方案的可接受性,即被征收人是否接受在法律边界内作出的征地补偿安置方案。换言之,即便征地补偿安置方案合法,但如果不是最佳方案,被征地的集体经济组织

^⑬ [德] 罗伯特·阿列克西:《论宪法权利的构造》,张奠译,载《法学家》2009年第5期,第28页。

^⑭ 参见余文清:《征收法中的公正补偿》,中国民主法制出版社2024年版,第127页。

^⑮ 比如通过什么方式通知被征收人、与被征收人协商充分与否,都会影响对征收是否满足正当程序问题的判断。

多数成员也可能不接受。县级以上地方人民政府作出的征地补偿安置方案,首先是根据法律的推理,其次也包含了选择,但县级以上地方人民政府对征地补偿安置方案的选择不是最终的,依照法律作出的征地补偿安置方案还必须获得多数被征地的农村集体经济组织成员的认同。

第二,多数被征地的集体经济组织成员否定征地补偿安置方案的合法性,也不是整体上否定土地预征收。首先,一旦政府启动了土地预征收程序,多数被征地的集体经济组织成员并不能否定该预征收的启动,而只能否决作为征地机关的县级以上地方人民政府提出的征地补偿安置方案。其次,被征地的多数集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不合法,不意味着这种征地补偿安置方案就一定被全盘废弃。启动征地的县级以上地方人民政府经听证程序后修改征地补偿安置方案,可能只改动意见最集中的地方。也就是说,针对多数被征地的集体经济组织成员行使的否决权,县级以上地方人民政府所承担的法定义务是修改征地补偿安置方案,而不是全盘推翻征地补偿安置方案,更不是停止征地程序。最后,被征地的集体经济组织成员只能对征地补偿安置方案行使否决权,不能经由多数决程序直接提出征地补偿安置方案。这种否决权的核心是判断,对征地补偿安置方案只能评价而不能作出决定。

第三,由多数被征地的农村集体经济组织成员对征地补偿安置方案的合法性作出判断的机制,属于在法律规定的范围内所纳入的民主协商机制。多数被征地的集体经济组织成员在预征收阶段仅能行使否决权,即认为征地补偿安置方案不合法,但究竟应当制定什么样的征地补偿安置方案,仍然由作为征地机关的县级以上地方人民政府予以修改和确定。征地机关必须在法律规定和被征地的集体经济组织多数成员的偏好之间寻求最大公约数,而不是仅仅按照多数成员的偏好作出征地补偿安置方案。由此可见,我国土地预征收制度中的多数决机制仍然恪守了民主协商的功能边界。

二、少数成员拒绝签订征地补偿安置协议的超级约束力

在预征收程序中,若被征地的集体经济组织多数成员认为征地补偿安置方案合法,而少数成员认为不合法,则遵循少数服从多数的原则,征地机关无须修改征地补偿安置方案。但在签订征地补偿安置协议的过程中,若少数成员不签订协议,则不能继续按照少数服从多数的原则,要求少数成员服从多数意见,这些少数成员的合法权益仍应受到保护。《土地管理法》第47条第4款便规定了在补偿协商阶段对少数不同意签订征地补偿安置协议的集体经济组织成员的保护。按照该款规定,作为征地机关的县级以上地方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;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”。其中,“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”至少蕴含以下三重机理:

(一) 被征地的集体经济组织中的多数成员应当已经签约

绝大多数拟征收土地的所有权人、使用权人与征地机关签订补偿安置协议后,才能

启动申请征地的程序,土地征收的签约率直接影响申请征收土地的程序能否启动和有权批准的机关是否批准征收。而且,《土地管理法》第47条对签约率设置了较高要求,未签约者原则上仅限于在经过实质性说服后仍持异议的“个别成员”。有学者据此认为,传统的土地征收程序呈现出明显的管理主义特征,导入预征收补偿安置协议机制后,土地征收程序逐步转向以协商为取向的制度形态。^{①⑥}这相当于赋予了被征收土地的财产权人中的少数人拒绝签约以超级约束力:一是征地机关就无法与他们达成补偿安置协议,这是拒绝签约行为本身的法律效果;二是可能导致征收土地的申请程序无法启动或者无法获得批准,这是拒绝签约行为的溢出效力。

关于“个别”指多少比例,《土地管理法》第47条第4款只有原则性规定,很多地方立法则将该原则性规定予以量化,要求土地征收的签约率达到90%以上,将“个别”规定为10%以下。^{①⑦}这就意味着,10%以上被征地的集体经济组织成员拒绝签约,能左右整个征地申请能否启动;10%以下被征地的集体经济组织成员拒绝签约,能加重作为征地机关的县级以上地方人民政府申请征地的论证成本,还可能延宕整个征地程序。

(二) 协商作为征地机关的加重义务^{①⑧}

个别拟征收土地的所有权人、使用权人不同意签订补偿安置协议的,作为征地机关的县级以上地方人民政府应当实质性做好说服工作。所谓个别确实难以达成协议的,只能是征地机关努力协商后仍然无法达成协议的“个别”,这相当于课予了征地机关加重的与个别集体经济组织成员协商的义务。

第一,应当协商而不是可以协商。作为征地机关的县级以上地方人民政府作出征地补偿安置方案后,如果多数被征地的集体经济组织成员认为合法,作为征地机关的县级以上地方人民政府就应当与被征地的集体经济组织及其成员启动签约程序。如果少数被征地的集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不合法,并拒绝签订补偿安置协议,县级以上地方人民政府就应当与他们积极协商,协商是强制程序。从其他国家的立法例来看,有的国家将征收决定前的协商购买作为任意程序,典型代表是日本;^{①⑨}有的国家将征收决定前的协商购买作为强制程序,典型代表是德国和美国^{②⑩}。单从协商作为法定强制程序这一点看,我国立法与德国法模式相近。但在应将协商程序置于征收程序之内还是

^{①⑥} 参见陈怡竹:《中国土地征收程序模式之转型:从管理主义到协商合作》,载《中国土地科学》2020年第4期,第37-38页。

^{①⑦} 2023年《安徽省土地征收及补偿安置办法》第15条第2款规定,与拟征收土地的所有权人签约率应当达到100%,与拟征收土地的使用权人签约率不得低于90%。2022年《河北省征收土地程序规定》第13条规定,拟征收土地的使用权人拒绝签约的比例不超过10%,未签约土地面积不得超过10%。2022年《浙江省土地征收程序规定》第9条第2款规定,与被征收土地的所有权人签约率应当为100%,与被征收土地的使用权人签约率不得低于90%。

^{①⑧} 加重义务指行为人因特定的身份、先行行为、业务职责或持有危险源等法定事由,承担比一般主体更重的义务。参见程威:《数字平台加重义务的理论阐释与规范形塑》,载《学习与探索》2024年第2期,第62页;李亚超:《商事加重责任在公司法上的多维设计及其实现》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2025年第10期,第103页。

^{①⑨} 参见日本《土地收用法》第15条。

^{②⑩} Vgl. § 87 II BauGB; See Uniform Relocation Assistance and Real Property Acquisition Policies Act of 1970 § 301, 42 U.S.C. § 4651(2023).

征收程序之外这个问题上,我国立法体现出鲜明的特色。德国、美国和日本征收立法都将协商程序作为征收程序之外的程序进行规定:通过协商达成协议,则征收程序不启动;通过协商达不成协议,则权衡决定是否启动征收程序。我国立法上的协商程序是内在于征收程序的具体程序,即将协商作为征收启动的要件:只有与多数被征地的集体经济组织成员签订征地补偿安置协议,才可能申请征地审批。政府在征收过程中未遵循协商在先原则的,其行为被视为违法。例如,在“沙明保等诉马鞍山市花山区人民政府房屋强制拆除行政赔偿案”中,法院认为征收机关未与被征收人进行协商即作出《征收补偿安置告知书》的行为违反了正当程序,存在程序违法。^{②①}在“薛斌斌诉韩城市人民政府土地征收案”中,法院认为政府未经听证或协商而直接实施征收,违反了程序正当原则。^{②②}我国法律将协商作为内在于征收程序的法定程序,有其独特的成因。域外征收法处理的往往是“一对一”关系,即政府为了公共利益需要征收某一个财产权人的不动产。德国法上的特别牺牲^③和美国法上的不合比例负担^④,都以单个财产权人的负担与整体负担的比较为语境。我国征收法处理的往往是“一对多”关系,比如政府为了修建公共工程,需要征收多个财产权人的财产。这两种不同的语境决定了不同的制度逻辑:如果是“一对一”的关系,显然无法通过财产权人的多数决来处理,只有“一对多”的关系,才有可能通过民主协商程序来处理;将协商内置于征收程序,要求征收审批程序的启动以非常高的签约率为前提,并以此保护少数人利益,通过民主协商程序降低财产权人不合作的风险,从而最大限度降低征收的制度成本。

第二,应当实质协商而不是形式协商。县级以上地方人民政府应当与被征地的集体经济组织及其成员协商,涉及预征收中的民主协商是实质协商还是形式协商的问题。如果征收人与被征收人进行实质性协商,征收决定之前的协议就是双方行为;如果征收人与被征收人只进行形式上的协商,征收人实质上是利用权力迫使被征收人同意征收人单方提出的条件,征收决定之前的协议就是单方行为。

持单方行为说的学者认为,征收人与被征收人的协商是形式协商而不是实质协商。他们认为征收程序中的协议并非征收人与被征收人之间的合意,而是征收人的一项单方行为,预征收程序中的协议可能成为征地机关规避土地征收程序的避风港。“‘征收’所内涵的行政强制性与‘协议’所内涵的自由平等交易要求并不相容”,“‘协议征收’或‘协议拆迁’这种表达根本不成立,可以基于公法上‘法无授权不可为’这一原理,认定所有的‘协议征收’属于违法行为”,“这种新型程序控制机制同时会进一步增加地方政府征地的时间、资金和其他成本,进而会反向刺激市县府脱离《土地管理法》所设立的征收权行使轨道,更加频繁地运用‘协议征收’等方式来获得集体建设用地”。^⑤当

②① 参见最高人民法院指导案例91号(2017年)。

②② 参见陕西省渭南市中级人民法院(2015)渭中行初92号行政判决书。

③ 参见张翔:《财产权的社会义务》,载《中国社会科学》2012年第9期,第115页。

④ 参见刘玉姿:《美国征收法中的公用教义》,厦门大学出版社2020年版,序言第5页。

⑤ 参见王红建:《论集体土地协议征收的法律规制》,载《中外法学》2021年第5期,第1304-1306页。

然,持这一观点的学者并不是反对预征收阶段的协商程序,更不是反对征地机关与被征地的集体经济组织及其成员签订补偿安置协议,而只是认为应该对协议征收加以规制。在持单方行为说的学者看来,征地机关与被征地的所有权人、使用权人地位不平等,二者形成真正合意的可能性很小,被征地的所有权人、使用权人的同意可能并非完全出于本意。换言之,在这种情形下,征地机关是根据协议取得权利还是通过征收决定取得权利,只是事实上的差异,在法律意义上区别不大。

持双方行为说的学者认为,征收人与被征收人的协商是实质协商,将征收决定之前的协议理解为单方行为是一种无视事实的恣意解释。他们认为,虽然在有些情况下,被征收人表示同意的动机是预见到征收不可避免,但同意的动机本身不可考。而且,无论动机如何,同意仍然是同意,不能因为被征收人可能预见到征收而同意买卖,就将同意理解为服从。持双方行为说的学者认为,只要存在征收人和被征收人的合意,被征收人的意思表示真实,不管其动机如何,征收决定前的协议就是双方行为。^{②6} 协议本质上是平等主体之间的意思表示一致,只要各方已经在平等条件下达成合意,即便土地将来肯定被征收,土地所有权人和使用权人因意识到这一点而签订补偿安置协议,也不意味着土地所有权人和使用权人没有任何意思自治的空间。如果土地所有权人和使用权人一开始就缺乏意思自治的空间,就不可能与征地机关达成协议。

笔者认为,征地补偿安置协议属于双方行为,征地机关与被征地的集体经济组织及其成员的协商应当是实质协商。县级以上地方人民政府作为征收人与被征收人进行协商时,征收申请尚未批准,土地是否一定会被征收尚不确定。而且,签约率直接影响征地申请被批准的可能性,这相当于赋予被征收人的拒绝签约行为以超级约束力,被征收人无须因担心财产被征收而违背自己的意愿与征收人达成协议。

第三,征地补偿安置协议是公法契约而不是私法契约。征地补偿安置协议是公法契约还是私法契约,涉及协商程序中协商对征收人的约束程度,也涉及该程序对被征收人的保护强度。在《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17号)公布施行后,对征地补偿安置协议的性质问题,学者观点较为一致,即认为征地补偿安置协议是公法契约,即行政协议。^{②7} “当行政机关以公权力行使者的身份与相对人订立合同时,其本质上并不是一种市场交易行为,而仍然是一种行政权的行使方式。就土地、房屋等征收征用补偿协议而言,其属于政府行使征收权、征用权的必要环节,是政府征收权、征用权的组成部分。此类协议虽然也披上了协议的外衣,在当事人之间形成了一种看似平等的法律关系,但其并不是按照等价交易的方式进行的市场交易行为,而是行政权的行使方式,是一种替代行政行为,无法完全适用民法的等价交换、公

^{②6} 司法实践对预征补协议的性质主要持双方行为说。参见耿宝建、殷勤:《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》,载《法律适用》2019年第7期,第15页。

^{②7} 此前,虽有学者主张征收补偿协议属于民事合同,但该观点仅针对国有土地上房屋的征收补偿协议,而对于集体土地征收中签订的征地补偿安置协议,尚无学者明确将其定性为民事合同。参见房绍坤:《国有土地上房屋征收的法律问题与对策》,载《中国法学》2012年第1期,第62页。

平等原则。”^{②⑧}笔者认为,虽然我国法律上有行政机关通过私法上的合同履行公法职能的制度资源,^{②⑨}但将预征收阶段的协议解释为行政协议更为融贯。原因在于:(1)预征收阶段的协商的目的是启动而不是替代征收程序,其本身就是征收程序的一部分;(2)农村集体经济组织的土地,除部分经营性建设用地可以入市外,^{③⑩}其余土地不能入市,更不能通过当事人协商改变所有权;(3)征收人最终取得财产权并给予公正补偿,所依据的不是协议,而是经过批准的征收决定,协议最重要的功能是作为上级机关决定是否批准征收申请的考量因素;(4)被征收人与征收人达成协议,可能享受到的各种优待都来自行政法,比如被征地的集体经济组织及其成员得到的行政奖励,被征地的集体经济组织成员的就业安置或者社会保障都来自《土地管理法》或者《社会保障法》;(5)征收人与被征收人之间就补偿额签订的协议,如果低于法定标准,可能会被法院判决无效;^{③⑪}(6)协议的执行不同于民法上协议的执行方式,征地机关和被征地的集体经济组织及其成员不能因为对方违约向法院提起民事诉讼。

(三) 征地机关申请征地的说明负担

对于已经签订了征地补偿安置协议的集体经济组织成员,征地机关提出征地申请时,只需要说明已经与多少被征地的集体经济组织成员签订征地补偿安置协议的事实,征地机关与他们签订的征地补偿安置协议不是征地审批的内容,征地审批具有“非个案化”的特点。但对于个别确实难以达成协议的被征地的集体经济组织成员,征地审批机关审查的方式就变成了“个案”审查,征地机关的如实说明负担更重。

《土地管理法》和《土地管理法实施条例》没有明确列举征地机关在如实说明难以与个别被征地的集体经济组织成员达成协议的情形时,具体要说明哪些内容。但基于征地审批的功能,从便于提高征地审批的效率角度出发,需要说明的内容至少应当包括:未签订补偿安置协议的集体经济组织成员及其家庭成员的身份信息;拟征收的未签订征地补偿安置协议的集体经济组织成员的财产信息,包括他们拥有使用权的土地、他们的房屋所处的位置、面积,房屋装修情况等;征地机关与拒绝签订补偿安置协议的集体经济组织成员协商的信息,包括协商次数、时间、地点和参与人员,以及难以达成协议的个别集体经济组织成员提出的主要诉求、与征地机关的主要分歧等;难以与个别集体经济组织成员达成协议的主要原因,对个别集体经济组织成员诉求的合法性评估等。

^{②⑧} 王利明:《论行政协议的范围——兼评〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉第1条、第2条》,载《环球法律评论》2020年第1期,第12页。

^{②⑨} 《民法典》第97条规定:“有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起,具有机关法人资格,可以从事为履行职能所需要的民事活动。”

^{③⑩} 2021年修订的《土地管理法实施条例》第38条规定:“国土空间规划确定为工业、商业等经营性用途,且已依法办理土地所有权登记的集体经营性建设用地,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在一定年限内有偿使用。”2022年,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于深化农村集体经营性建设用地入市试点工作的指导意见》,开启深化农村集体经营性建设用地入市改革。随后,自然资源部办公厅印发《深化农村集体经营性建设用地入市试点工作方案》(自然资办函〔2023〕364号),为全面开展集体经营性建设用地入市工作提供更为完善的制度和措施保障。

^{③⑪} 参见“赵英军等诉平定县人民政府土地补偿纠纷再审案”,最高人民法院(2017)最高法行申2998号行政裁定书。

综上所述,《土地管理法》第47条第4款通过赋予被征地的集体经济组织中的少数成员拒绝签订补偿安置协议的行为以超级约束力,对征地机关课予加重的协商义务。这有利于保护个别拒绝签订补偿安置协议的集体经济组织成员的权利。

三、征地审批对预征收的合法性控制功能

根据《土地管理法》第44、46、47条的规定,只有在征地申请经过有权机关批准后,县级以上地方人民政府才能发布正式的土地征收公告,征地补偿安置方案也才能发生法律效力。与启动预征收的主体为县级以上地方人民政府不同,《土地管理法》将征地审批的权限集中到国务院和省、自治区、直辖市人民政府。虽然国务院2020年对征地审批制度进行了部分改革,有权批准征地的机关通过授权或委托的方式将部分审批权下放,^{③②}但与县级以上地方人民政府都有权启动预征收程序相比,征地审批的权限仍相对集中。形成征地补偿安置方案和征地审批的制度安排分别体现了两种不同的逻辑:方案形成阶段更强调相关主体的合意,而征收审批更强调集中决断。

征地审批权限之所以相对集中,除了具有组织法意义上的下级服从上级、地方服从中央的意涵外,还具有集中于法律的意蕴。^{③③}集中于法律,即协商的合意必须接受合法性检验,合意必须依照法律。协商的合意集中于法律,强调民主协商的合法性。从征地审批的内容可以看出征地审批维护法秩序的功能导向。《土地管理法实施条例》第30条第2款规定:“有批准权的人民政府应当对征收土地的必要性、合理性、是否符合《土地管理法》第四十五条规定的为了公共利益确需征收土地的情形以及是否符合法定程序进行审查。”征地审批没有预设保护公民、法人或者其他组织的合法权益的立场,也没有预设提高行政效率的目标,但通过对预征收合法性的控制,客观上有利于保护被征地的集体经济组织及其成员的合法权益,也有利于提高征地的效率。具体来说,征地审批对预征收的合法性控制功能体现在以下几个方面:

(一) 通过对征地必要性、合理性的审查,发挥补缺功能

在预征收阶段的民主协商程序中,被征地的集体经济组织成员作为征收法律关系的当事人,在判断征地补偿安置方案的合法性时,对征地补偿安置方案可接受性的关注一般多于对合法性的关注。而在征地审批阶段,审批机关除了关注征地补偿安置方案的可接受性之外,还应更多关注征地的必要性和合理性。

^{③②} 按照《国务院关于授权和委托用地审批权的决定》(国发〔2020〕4号),国务院将农用地转用审批权部分下放,将永久基本农田以外的农用地转用审批权授予各省级人民政府,将征地审批权和永久基本农田的转用审批权委托给北京、天津等8个改革试点省市。同时,按照中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案(2020—2025年)》,国务院将可以授权的永久基本农田以外的农用地转用审批事项委托给深圳市人民政府。

^{③③} 参见李龙主编:《法理学》,武汉大学出版社2011年版,第517页。

合理利用土地和切实保护耕地是我国的基本国策。^④《土地管理法》第21条第1款规定:“城市建设用地规模应当符合国家规定的标准,充分利用现有建设用地,不占或者尽量少占农用地。”我国历史上曾存在土地征收权滥用的现象,^⑤预征收阶段的民主协商机制可能也无法完全抑制政府的征地冲动。原因在于,土地合理利用、保障耕地总量不减少是非常宏观的国策,与被征地的集体经济组织及其成员眼前的利益相关度不高,而且征收土地是否必要、是否合理需要宏观的考量和专业的判断,很难成为征地机关与被征地的集体经济组织及其成员协商的内容。将土地征收审批权集中到国务院和省级人民政府,国务院和省级人民政府在判断征地的必要性和合法性时,可以超越一地、一时的视角,综合作出判断,补齐预征收阶段协商的短板。

(二) 通过对征地的公益性审查,发挥纠偏功能

除集体经营性建设用地可以部分入市外,改变集体所有土地的权属仅限于征收。征收的目的本来是促进公共利益,当征收人和被征收人通过协议实现征收目的时,却有可能“合谋”损害公共利益。征收人和被征收人还可能因为短视,无意间通过协议损害公共利益,因此征收人与被征收人之间的“契约自由”必须受到限制,以防损害我国土地的基本秩序。即便被征地的集体经济组织及其成员都认为征地补偿安置方案合法,并全部自愿与征收机关签订征地补偿安置协议,也可能暗藏反公共利益的可能。实践中,就存在签订征地补偿安置协议虽属自愿,但征地补偿安置协议并不合法的情况。^⑥因此,需要警惕行政活动“向私法逃避”,即行政主体仅仅以规避使用公法上的活动形式而伴随产生的公法上的各种制约为目的,并为了完全相同的行政目的而使用私法上的活动形式时,不能仅以私法行为作为理由而免于伴随公法上的活动形式所产生的各种制约。^⑦

通过征地审批监督征地是否符合公共利益要件,包括审查征地是否影响国土空间规划和土地利用总体规划、是否触及耕地红线、征地是否影响粮食安全等多个方面。

第一,通过征地审批落实国土空间规划和土地利用总体规划。征收集体土地既涉及土地利用总体规划,还涉及国土空间规划。现行体制下的征地决定呈现非本地化、非个案化之特征,本质上成为自上而下形成的空间规划通过政府内部层级审批在微观层面的落实。^⑧征地机关一般关心本地经济发展和公共工程建设,而被征地的集体经济组织及其成员更在意自己因政府征地所遭受的损失,对于整体土地空间规划相对淡漠,而且理解土地征收对国土空间规划和土地利用总体规划的影响,也具有很高的专业门槛,很难通过征地机关与被征地的集体经济组织及其成员的民主协商来讨论,这就需要征地审批机关予以关注。

^④ 参见《土地管理法》第3条。

^⑤ 参见彭箴:《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,第46页。

^⑥ 参见“黄玲诉四川省仪陇县人民政府不履行房屋拆迁安置补偿协议案”,最高人民法院(2019)最高法行申368号行政裁定书。

^⑦ 藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社,1988年)228-229頁参照。

^⑧ 参见前注^⑤,彭箴文,第46页。

第二,通过征地审批确保征收土地不触及耕地红线,不影响粮食安全。土地征收的审批包括两类:土地征收审批和土地转用审批。土地征收审批涉及土地及其附着物的所有权转移,土地转用审批不涉及土地所有权转移。为简化审批程序,在部分情形中,征地审批机关将土地征收审批和土地转用审批作为一个审批程序中的两件事情处理,^{③⑨}但土地转用审批是土地征收审批的前置条件。根据《土地管理法》第44条第1款的规定,“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。”拟征收的集体土地用于非农建设,有可能触及耕地红线,进而影响粮食安全。预征收阶段的民主协商主要针对征地补偿安置方案,尽管征地补偿安置方案也包括征收目的,但对征收目的的讨论一般限于拟建设的工程项目的公益性用途,而不会讨论土地征收是否触及耕地红线和影响粮食安全,这就要求征地审批机关予以审查。

征地公益性的论证责任在征地机关,征地审批机关的职能是审查。基于行政机关的上下级监督关系,征地审批机关对征地的公益性监督,可以不限于征地申请机关提及的几个方面。换言之,征地审批机关对征地的公益性审查应该是全面的。

(三) 通过对征地的合法性审查,发挥补强功能

是否在预征收阶段确实进行了民主协商,需要制度约束。在审批程序中,审批机关可以根据征地机关制定征地补偿安置方案时协商的程度决定是否批准,这就相当于赋予了民主协商程序更强的约束力。审批机关不是征地机关,也不是用地机关,更不是被征收人,与征收没有利害关系;同时,审批机关处于被动地位,不能主动发起征收。征地机关作为申请批准的机关,要提供各种证明材料以证明征地的实体合法性和程序合法性,预征收阶段进行民主协商就是程序合法的要素之一。征地审批机关对征地程序的合法性监督,可以倒逼征地机关在预征收阶段加强民主协商。这具体包括两个方面:一是审查民主协商的真实性。审批机关通过审查,可以确认征地申请材料的真实性。例如,某地方政府土地征收申请材料中的“征地调查表”中,130多户农民的签名被造假。^{④⑩}二是审查民主协商的程度。有多少被征地的农村集体经济组织成员认为征地补偿安置方案合法、有多少成员签订征地补偿安置协议以及个别成员拒绝签订征地补偿安置协议的原因等,都可以在批准程序中得以查明。

(四) 通过内部程序控制外部程序,发挥风险控制功能

征地审批属于行政机关内部运行的程序性安排,其针对的是征地申请机关,而不是被征地的集体经济组织及其成员。就被征地的集体经济组织及其成员而言,真正对其发生法律效力、并直接影响其权利义务状态的,是征地机关最终作出的征地决定。征地审批的本质是一种行政体系内部的上下级监督机制,体现为行政权运行中行政系统的自我约束形态,类似于行政自制,即行政系统“通过自身的组织架构、内部行政规则和行政伦

^{③⑨} 参见《土地管理法》第46条第3款。

^{④⑩} 参见《江苏如皋被疑作假骗征地批复 死亡7年村民签字》,载搜狐新闻网, <https://news.sohu.com/20070522/n250146975.shtml>, 2026年2月6日访问。

理,可以自发地推进行政法治、提升行政效率或约束其所实施的行政行为,使其行政权在合法合理的范围内运行;行政主体对自身违法或不当行为可以自我发现、自我遏止、自我纠错,对行政政策可以自我推进、对行政正义予以自主实现”^⑪。

通过内部程序对征地机关的行为加以规范,构成了征地制度中一项具有重要意义的风险控制机制。诚然,就征地决定是否合法的问题,被征地的集体经济组织及其成员最终仍可申请行政复议或者提起行政诉讼,由复议机关或者人民法院对征地决定的合法性作出判断。但相较于事后救济,在行政系统内部通过审批机制事先完成合法性审查,无疑是成本更低、反应更为及时的方法。习近平总书记指出:“法治建设既要抓末端、治已病,更要抓前端、治未病。我国国情决定了我们不能成为‘诉讼大国’。”^⑫这要求行政系统在程序前端承担起自我约束功能。通过内部程序控制外部程序这种“内外结合”的法律操控模式,强化行政的自制约束功能,以确保并不断提升征地的合法化和理性化程度。^⑬审批机关通过审批程序对是否征地以及怎样征地作出行政判断,使征地决策由单一的县级以上地方人民政府的判断上升为行政组织整体的判断,能从制度层面分散并消解错误决策的风险。由此,内部审批程序不仅有助于减少矛盾冲突,还能在客观上减少进入诉讼的纠纷数量。

征地审批程序的意义,并不在于取代行政复议或者司法审查,而在于在行政体系内部预先完成对征地行为合法性与可接受性的审查与矫正。其通过层级监督,将可能引发争议的风险前移并加以消解,使征地决定在对外作出之前即具备较高的规范性。相较于事后依赖行政复议或者行政诉讼途径纠错,这种以内控机制为核心的程序安排,有助于强化行政的风险预防和自主纠错能力,更符合行政系统运行中成本控制与秩序维护的现实需要。

四、循理而治:我国土地预征收制度的完善

我国土地预征收制度具有鲜明特色,体现特有的制度机理。但不可否认的是,我国土地预征收制度还面临着如何进一步完善的问题,这包括但不限于:当多数被征地的集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不合法,征地机关如何修改并形成新的征地补偿安置方案;如何更进一步保护拒绝签订征地补偿安置协议的少数被征地的集体经济组织成员的权利;如何强化征地审批对预征收的合法性控制功能。如前文所述,将依法征收与民主协商有机结合是我国土地预征收制度的特色机理,我国土地预征收的制度完善也应遵循这样的理念。

^⑪ 崔卓兰:《行政自制理论的再探讨》,载《当代法学》2014年第1期,第6页。

^⑫ 习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路,为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》(2020年11月16日),载《习近平法治文选》(第1卷),中央文献出版社2025年版,第294页。

^⑬ 参见鲁鹏宇:《法治主义与行政自制——以立法、行政、司法的功能分担为视角》,载《当代法学》2014年第1期,第21页。

（一）多数成员认为征地补偿安置方案不合法的处理方案

如前所述,《土地管理法》已经明确规定,多数被征地的集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不符合法律、法规规定的,作为征收机关的县级以上地方人民政府应当根据法律、法规的规定和听证会情况修改征地补偿安置方案,再度形成新的征地补偿安置方案,否则无法启动征地申请。如果多数被征地的集体经济组织成员认为修改后的征地补偿安置方案仍然不合法,作为征地机关的县级以上地方人民政府还应当继续修改,但如此反复,将会大幅提高征收的制度成本,甚至让土地征收搁浅。如何减少和预防被征地的集体经济组织中的多数成员认为征地补偿安置方案不合法的情形,以及征地补偿安置方案被集体经济组织中的多数成员认为不合法后应当如何修改,都需要法律的进一步完善和细化。

第一,扩大被征地的集体经济组织及其成员参与征地程序的范围,预防和减少被征地的集体经济组织多数成员不接受征地补偿安置方案的情形。《土地管理法》第47条第2款规定了公告并听取意见的程序。征地机关就征收范围、土地现状、征收目的、补偿标准、安置方式和社会保障等内容形成征地补偿安置方案后,才开始公告并听取被征地的集体经济组织成员的意见,这是一种事后的听取意见程序。被征地的集体经济组织成员没有事先参与征地补偿安置方案的形成,对征地补偿安置方案的接受度可能受到影响。因此,可以将被征地的集体经济组织成员参与征地程序的时间节点提前,规定在征地补偿安置方案形成过程中积极吸纳被征地的集体经济组织成员参与,让被征地的集体经济组织成员的意见在程序的前端就被充分吸纳,从而减少被征地的集体经济组织成员可能的抵触情绪,总体上预防和减少被征地的集体经济组织成员在征地补偿安置方案公布后认为其不符合法律、法规规定的情形。

第二,多数成员认为征地补偿安置方案不合法的,征地机关要对征地补偿安置方案进行法制审核。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“严格执行重大执法决定法制审核制度”。《国务院办公厅关于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》(国办发〔2018〕118号)规定:“行政执法机关作出重大执法决定前,要严格进行法制审核,未经法制审核或者审核未通过的,不得作出决定。”土地征收属于重大执法决定,应当进行法制审核。2021年通过的《土地管理法实施条例》细化了依法征收的一系列制度安排,规定了征地审批中的合法性审核、合理性审核等制度,这要求征地机关自身做好合法性审核和合理性审核。但上述政策文件和法规都没有明确规定法制审核的程序,将来可以进一步明确和细化土地预征收中的法制审核制度,将行政执法制度改革成果法律化。法制审核的重点是补偿标准、补偿范围、安置方式和预征收程序的合法性。县级以上地方人民政府通过法制审核,找出征地补偿安置方案需要进一步完善的地方,然后进行修改,从而形成新的方案。

第三,在形成新的征地补偿安置方案过程中发挥听证的协商功能。根据《土地管理法》第47条第3款的规定,修改并形成新的征地补偿安置方案受制于两个因素:法律、法规的规定和听证会的情况。其中,听证会收集的情况是被征地的集体经济组织成员表

达的意见,法律、法规划定了征地补偿安置方案可选择的空间,征地机关要尽可能弥合这两者的差异,而发挥听证程序的协商功能则是一个重要方法。听证的过程既是沟通的过程,也是协商的过程。^④ 征地机关应当以平等的姿态,与被征地的集体经济组织及其成员进行实质性协商,尽量找到双方都能接受的方案。

第四,吸纳集体经济组织成员大会的决定作为修改征地补偿安置方案的基础。通过前述路径,如果被征地的集体经济组织成员仍然意见分歧较大,征地机关仍应与不接受征地补偿安置方案的集体经济组织成员进行沟通,以尽可能达成法律、法规划定的可选方案与被征地的集体经济组织成员愿望的最大公约数。如果沟通不畅,征地机关可以将修改后的征地补偿安置方案提交至被征地的集体经济组织成员大会,充分尊重被征地的集体经济组织成员民主管理的权利,^⑤再以集体经济组织成员大会作出的决定为基础,修改原来的征地补偿安置方案,以形成新的征地补偿安置方案。

(二) 对拒绝签订补偿安置协议的个别成员的权利加大保护力度

《土地管理法》第47条第4款和《土地管理法实施条例》第29条第2款均明确规定,确实无法与个别被征地的集体经济组织成员达成补偿安置协议的,征地机关应当在征地申请中如实说明。征地批准机关在决定是否批准征地申请时,会将征地机关说明的理由作为重要考量因素之一,这相当于间接保护了个别集体经济组织成员的权利。对此,法律还可以进一步强化个别集体经济组织成员的权利保障,具体包括以下三个方面:

第一,防止个别确实难以达成协议的被征地的集体经济组织成员非自愿达成协议,从而保证民主协商的同意机制有效实现。多数被征地的集体经济组织成员与征地机关达成协议后,个别拒绝签订协议的成员可能受到来自征地机关和其他已签订征地补偿安置协议的集体经济组织成员两方面的压力:征地机关为了减轻自己征地申请的说明负担,加快征地审批流程,可能动用各种潜在的资源,给个别成员施加压力;已签订征地补偿安置协议的大多数成员可能希望征地机关的申请尽快被批准,使征地补偿安置协议发生法律效力,以尽快得到补偿,从而给拒绝签订征地补偿安置协议的个别成员施加压力。为避免被征地的集体经济组织成员非自愿达成协议,法律上有两种可能的应对方法:一是进一步明确强迫被征地的集体经济组织成员非自愿达成协议的法律后果,包括征地申请机关的责任和相关责任人员的责任;二是要求征地机关全过程记录与个别确实难以达成协议的被征地的集体经济组织成员协商的情况,做到《国务院办公厅关于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》(国办发〔2018〕118号)所要求的“过程留痕和可回溯管理”。由于个别成员人数少,要求征地机关全过程记录协商情况不会过度增加其行政成本,因而具有现实可行性。

第二,在征地申请被批准后,在预征收阶段拒绝签订补偿安置协议的个别成员仍可以与征地机关签订补偿安置协议,征地机关应当将协商理念贯彻到征地全过程。在征地

^④ 参见石肖雪:《作为沟通过程的行政听证》,载《法学家》2018年第5期,第44页。

^⑤ 参见《农村集体经济组织法》第4条第1款第3项和第26条。

申请前,个别成员可能认为征地补偿安置方案不能弥补自己的损失,也有可能是想通过拒绝签订征地补偿安置协议谋求更高的补偿;在征地申请被批准后,个别成员的想法可能改变,法律虽然没有规定征地申请被批准后征地机关与个别成员协商的程序,但也没有明确禁止协商。如没有特别理由,征地机关仍然可以与个别成员达成征地补偿安置协议。对此,法律可以作出规定,不能因为个别集体经济组织成员在预征收阶段拒绝与征地机关签订征地补偿安置协议,就降低或者抬高这些成员的补偿安置权益。因为降低补偿安置权益,会彻底堵死预征收阶段拒绝签订补偿安置协议的少数集体经济组织成员在最后一阶段与征地机关达成合意的可能;相反,抬高征地补偿安置权益,则会激励个别成员的投机行为。

第三,经由执法的规范化,保障个别拒绝签订征地补偿安置协议的集体经济组织成员的合法权益,自然资源主管部门可以制定相关的执法指引以规范执法。^{④6} 县级以上地方人民政府在申请征收土地前,确实无法与个别成员达成协议的,批准机关除了要求其在征地申请中如实说明情况外,还可以要求其说明保障个别集体经济组织成员合法权益的措施。^{④7} 在征地申请被批准后,县级以上地方人民政府公告征地决定。按照《土地管理法实施条例》第31条的规定,县级以上地方人民政府在发布征地公告的同时,“对个别未达成征地补偿安置协议的应当作出征地补偿安置决定,并依法组织实施”。如果个别成员不履行征地补偿安置决定,既不申请行政复议,也不提起行政诉讼,在征地补偿安置决定发生法律效力后,拒不交出土地,则征地机关可以申请法院强制执行。《土地管理法实施条例》第62条规定“违反土地管理法律、法规规定,阻挠国家建设征收土地的,由县级以上地方人民政府责令交出土地;拒不交出土地的,依法申请人民法院强制执行”。征地机关可以援引这一条责令拒绝交出土地的被征地集体经济组织成员交出土地。当然,根据《土地管理法》第48条第4款的规定,对“农村村民住宅,应当按照先补偿后搬迁、居住条件有改善的原则”予以补偿安置。也就是说,只有补偿安置到位后,才能强制拒绝交出土地的被征地的集体经济组织成员交出土地。执法的步骤事实上有四步:第一步,落实补偿安置方案;第二步,作出补偿安置决定并送达当事人;第三步,如果当事人拒绝交出土地,作出责令交出土地的决定;第四步,申请法院强制执行。征地机关不能为了提高行政效率,在无法达成补偿协议的情形下,直接作出责令交出土地决定;也不能以含补偿事项的通知、公告的形式,在实质上替代补偿安置决定;亦不能将补偿安置决定的事项写入责令交地决定,将其合二为一。^{④8} 自然资源主管部门可以在制定的执法指引中将流程标准化,以便执法统一。

^{④6} 2024年7月湖北省自然资源厅印发了《湖北省土地征收工作程序规定》,2025年10月广东省自然资源厅印发了《土地征收工作指引》,分别将土地征收的流程进一步标准化。

^{④7} 已有地方政府文件对此作出规定。参见《山东省人民政府办公厅关于规范征收土地管理工作的意见》(鲁政办字〔2022〕13号),载《山东省人民政府公报》2022年第10期,第50页。

^{④8} 参见王良平:《集体土地上房屋征收中协议补偿与决定补偿制度研究——以新〈土地管理法〉为背景》,载《时代法学》2020年第4期,第107页。

（三）征地审批作为预防型法治的功能补强

我国土地征收关系到集体经济组织及其成员的财产权等合法权益,也关系到国家财政资金的保护,还关系到国家土地秩序的维护,征地机关必须在法治框架内平衡好这三者的关系。如果征地机关对集体经济组织及其成员的财产权保护不够,有可能引发行政复议和行政诉讼,从而延宕整个征地程序;如果征地机关一味迁就被征收人过高的补偿安置诉求,可能浪费财政资金;如果征地审批机关不对征地机关和被征地的集体经济组织及其成员的协商进行合法性控制,还有可能导致土地秩序失范。如前文所述,征地审批有预防的功能,其目的是通过监督征地机关处理好前述三者的关系,在征地决定作出之前,将程序延宕、财政资金浪费和土地秩序失范的风险控制到最低。“预防型法治侧重在法益损害发生前,通过提供一整套事前预防的制度和程序,引导法律主体积极采取措施防范法益受到侵害,或者阻止法律主体实施侵害法益的行为,最终让法益免受非法侵害。”^⑨从征地审批制度运行的现状看,作为合法性控制机制的征地审批在预防风险方面的实效还有待提高,征地审批作为预防型法治的功能还需要通过程序的优化进一步补强。

第一,长期以来,征地审批被视为上级政府对下级政府的内部管理行为,作为内部程序的批准程序具有高度封闭性。为突破这一局限,应引入多维外部制约,尤其是在判断征收是否符合“公共利益”这一问题上,推动判断主体的多元化。“符合公共利益既是征收合法化的基础,也是被征收人作出‘特殊牺牲’的前提。”^⑩然而,根据《土地管理法实施条例》第27条第2款规定,县级以上地方人民政府将征收目的作为征地补偿安置方案的一部分予以公告后,被征地的集体经济组织成员才能发表自己的意见。征收目的是否符合公共利益,本来是征地的前置要件,不应该和征收范围、土地现状、补偿方式和标准、安置对象、安置方式、社会保障等内容一起“打包”到征地补偿安置方案内处理。征地审批机关依照《土地管理法实施条例》审查征地目的是否符合公共利益时,需要将公共利益作为征收的前置要件审查。既然公共利益事关不特定多数人利益,对公共利益的审查就应该采用更加开放的程序,进一步落实集体经济组织成员和社会公众参与原则。具体而言,如果征收集体土地不属于立法明确列举的公共利益类型,需要根据公共利益的概括性规定予以判断时,应当针对“是否符合公共利益概括性规定的判断”建立集体经济组织成员和社会公众的听证机制。

第二,在判断征收的必要性和合理性时,征地审批机关裁量权较大,有必要细化裁量标准。2023年自然资源部颁布的《土地征收成片开发标准》在这一方面迈出了很好的一步,对土地成片开发范围内用作公益设施的土地比例、村民会议通过成片开发方案所需的成员或代表比例、省级人民政府组织论证成片开发方案必要性和合理性时应当邀请的专家所属的行业、专家委员会论证结论对批准土地征收成片开发方案的约束力,都

^⑨ 黄文艺:《论预防型法治》,载《法学研究》2024年第2期,第21页。

^⑩ 陈小君:《农村集体土地征收的法理反思与制度重构》,载《中国法学》2012年第1期,第34页。

进行了详细规定。判断必要性和合理性,还涉及比例原则的适用问题。征地审批机关在批准材料中可以详细说明理由,呈现适用比例原则的过程,比如审查是否存在可替代的土地取得方式(如租赁、入股、置换),征收范围是否超出项目实际需要等,作为将来论证批准合法性的依据。

第三,法律还应规定批准明显不当的征地申请的法律后果。《土地管理法实施条例》规定了审批机关对征地申请进行合理性、必要性的审查义务,就应设置针对不履行或者不适当履行这一义务的法律后果。《土地管理法》第79条分别规定了无权、超越权限、不按照土地利用总体规划确定的用途或者违反法定程序批准征收土地的法律后果,包括:批准文件无效;对主管人员和其他直接责任人员追究行政责任乃至刑事责任;收回非法批准的土地;非法批准导致当事人损失的,应当承担赔偿责任。从上述规定看,审批机关及其主管人员和其他直接责任人员承担法律责任以违法为前提,对于明显不当的情形则没有规定法律责任,法律对此可以作进一步完善。

第四,就人民法院在审理征地决定的合法性时如何处理征地批复的违法问题,最高人民法院可以作出司法解释或者发布指导案例。国务院和省、自治区、直辖市人民政府针对县级以上地方人民政府的征地申请作出的批复,性质上属于内部的审批,已没有疑问。尽管少数学者认为征地审批可诉,^{⑤①}但多数学者认为除非常个别的情形外,征地批复不可诉^{⑤②}。但是,这不意味着征地批复就完全在人民法院的合法性审查范围之外。因为土地征收属于典型的多阶段行政行为,征地批复是征地决定的组成部分,人民法院在审查征地决定的合法性时,可能将征地批复作为征地决定的先行行为纳入审查范围。^{⑤③}当然,人民法院不能直接撤销征地批复或者确认征地批复违法。人民法院在审查征地决定合法性的过程中,如果发现征地批复违法,可以此为由撤销征地决定或者确认征地决定违法,并在判决后向征地审批机关发出司法建议。

五、结 语

通过将依法征收和民主协商相结合,我国土地预征收制度建构了对征收的全方位监督体系。在预征收程序中有机结合依法征收和民主协商,意味着在征收这一典型的高权行为中吸纳财产权人的判断和选择,使得征收成为征地机关与财产权人的“合意”,并通过征地的审批程序将“合意”控制在法律的框架内,这样既促进了公共利益的实现,又保障了财产权人的权利,还减少了征收的制度成本。习近平总书记指出,“制度优势是

⑤① 参见阎巍:《论〈土地管理法〉修改对集体土地征收行政诉讼案件的影响》,载《中国土地科学》2020年第11期,第26页。

⑤② 参见耿宝建、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——兼谈〈土地管理法〉修改建议》,载《法律适用》2019年第1期,第91页。

⑤③ 参见程雪阳:《论集体土地征收决定的识别与司法审查》,载《法学家》2022年第3期,第97页。

一个国家的最大优势,制度竞争是国家间最根本的竞争”^{⑤4},”中国式现代化中蕴含的独特世界观、价值观、历史观、文明观、民主观、生态观等及其伟大实践,是对世界现代化理论和实践的重大创新”^{⑤5}。我国土地预征收制度具有鲜明的特色,蕴含了独特的民主观,拓展了民主的制度功能,是中国式现代化进程中的重要制度创新和实践创新。对这一特有的制度机理进行体系化、学理化研究阐释,是构建中国自主法学知识体系的必然要求。

Abstract: Land expropriation is a multi-stage administrative act prescribed by law, and pre-expropriation constitutes an important stage thereof. The *Land Administration Law of China* stipulates a pre-expropriation procedure, whereby a majority of the members of the expropriated collective economic organization may judge the legality of the land expropriation compensation and resettlement plan but shall not determine its specific content. The refusal of minority members of the expropriated collective economic organization to sign the compensation and resettlement agreements exerts a super-constraining effect on the initiation of the expropriation process. Negotiation is a statutory procedure of land pre-expropriation, and local people's governments at or above the county level must engage in substantive consultations with property right holders. The resulting agreements constitute administrative agreements. The expropriation compensation and resettlement agreements shall take effect only after the application of land expropriation is approved by the competent authority, which reflects the legality control function of the land expropriation approval process. By integrating statutory expropriation with democratic consultation, the law incorporates the judgment and choices of property right holders into this typical high-power act of expropriation, thereby transforming expropriation into mutual assent between the expropriating authority and property right holders, while confining such 'mutual assent' within the legal framework through the approval process. This approach facilitates the realization of public interests, safeguards the legitimate rights and interests of property right holders, reduces the institutional costs of expropriation, and embodies the unique institutional mechanism of China's land pre-expropriation.

(责任编辑:刘海林)

^{⑤4} 习近平:《坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化》(2019年10月31日),载习近平:《论坚持和完善人民代表大会制度》,中央文献出版社2024年版,第139页。

^{⑤5} 习近平:《以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业》(2023年2月7日),载《习近平谈治国理政》(第5卷),外文出版社2025年版,第81页。