

“城市的土地属于国家所有”释论

孙煜华*

摘要:“城市的土地属于国家所有”是附条件的义务性规范,义务是城市的土地国有化。实现义务的条件是:纳入城市范围、国家为了公共利益依法有偿征收。按宪法原旨,“城市”应解释为“直辖市、设区的市中的城区及不设区的市”。“国家所有权”是宪法和物权法上的所有权。依照“城市土地应当属于国有”的解释及对公共利益的广义解释,“征地悖论”可以被化解。未依法有偿征收的土地不能国有化,所以城中村土地在被征收之前,属于农村集体所有,应当按照宪法的规定区别对待城中村。城中村中符合征收条件的土地不宜直接入市,可以入市的主要为城区外的城郊及农村的土地,撤县设区不能直接带来土地权属的改变。

关键词: 附条件的义务性规范; 城区; 征收; 国家所有

近年来,随着我国城市化进程的加快,土地问题日渐成为整个社会关注的焦点。在实践中,一些关系社会大众特别是广大农民根本利益的土地所有权争议,尤其容易成为法学界讨论的热点问题,譬如“城中村”的土地所有权如何认定?“撤县设市”、“撤县设区”以及“撤村设居”等行政区划变更后,集体土地所有权是否必须转变为国家土地所有权,又如何实现这种产权变动?中共十八届三中全会《决定》提出“允许农村集体经营性建设用地实行与国有土地同等入市、同权同价”,这是否意味着所有农村土地可以绕开征收,直接就地开发?

实践中的问题需要从理论层面进行回应,然而,目前理论界对于规范城市土地所有权最根本的宪法条款——“城市的土地属于国家所有”(《宪法》第10条第1款)——的含义都无法达成共识,譬如:对于“城市”的范围,有人认为是确定的,^①又有人认为是不确定的;^②对于“属于”的含义,有“已经属于”、^③“可以属于”^④等多种理解;对于“国家所有”,既有人支持国家所有权是公权,^⑤也有人认为是私法意义上的所有权,^⑥还有人主张是名义所有权。^⑦

上述解释论在给我们带来启发的同时,也留下诸多困惑。比如:如果城市范围是不确定的,那

* 华东政法大学法治中国研究中心助理研究员,法学博士。

本文系国家社会科学基金重大委托项目“人民代表大会制度理论创新研究”(14ZDA014)的阶段性成果。

① 参见卞耀武《中华人民共和国土地管理法释义》,法律出版社1998年版,第59页。

② 参见傅鼎生《“入城”集体土地之归属——“城中村”进程中不可回避的宪法问题》,《政治与法律》2010年第12期,第25页。

③ 参见张睿《82宪法中土地所有权条款的正当性基础》,《法制与社会发展》2013年第2期,第92页。

④ 参见程雪阳《论“城市的土地属于国家所有”的宪法解释》,《法制与社会发展》2014年第1期,第169页。

⑤ 参见巩固《自然资源国家所有权公权说》,《法学研究》2013年第4期,第19页。

⑥ 参见程雪阳《中国宪法上国家所有的规范含义》,《法学研究》2015年第4期,第115页。

⑦ 参见张千帆《城市土地国家所有的困惑与消解》,《中国法学》2012年第3期,第178页。

么国家土地所有权的对象是否也无法确定,进而这种所有关系也无法确立?如果城市的范围是确定的,那么何者才是界定的依据,城市市区、城市建成区抑或其他?现有的这些界定方式本身确定吗?又如:如果城市的土地已经属于国家所有,那么如何解释城市中还有许多土地(如城中村土地)属于集体所有?如果城市的土地可以属于国家所有,也可以不属于国家所有,那么这种解释是否过分溢出了文义,突破了解释和修宪的界限?再如:如果国家所有只是一种公法上的所有,那么如何解释物权法中的国家所有权条款依据宪法制定,并与私人所有权并列于所有权一编呢?如果国家所有是一种私法上的所有,那么如何理解其通过征收这种典型的公法方式取得所有权?如果国家所有只是名义上的所有,那么如何理解国家通过转让使用权获得收益,并在一定条件下提前收回使用权呢?

对于上述解释上的分歧,笔者以为,只有在系统梳理现有各种解释论的基本观点及利弊得失的基础上,才能提出既符合宪法文本又能呼应实践需求的解释。

一、“城市”应解释为“直辖市、设区的市中的城区及不设区的市”

首先简要回顾一下现有关于《宪法》第10条第1款中“城市”的解释。

(一) 现有解释论对《宪法》第10条第1款中“城市”的界定

迄今为止,对于《宪法》第10条第1款“城市的土地属于国家”中的“城市”的含义,学界主要有两种代表性的观点“城市确定论”和“城市不定论”。其中,“城市确定论”又分为“八二修宪时城市论”与“城市建成区论”。

“八二修宪时城市论”主张将城市土地界定为“1982年修宪时既有城市范围内的土地,而不包括之后城市扩张而新被纳入到城市范围内的土地”。^⑧“城市建成区论”主张将该款中的“城市”界定为“城市建成区”。现行《土地管理法》第8条规定“城市市区的土地属于国家所有。”按照全国人大常委会法制工作委员会的解释,“城市市区在实践中一般理解为城市的建成区”。^⑨

与“城市确定论”相对的是“城市不定论”。该理论近年来颇有市场,譬如有学者就认为:“由于目前没有法律对城市和农村,市区与郊区进行界定,宪法与法律关于城市土地归属的规定因缺乏技术支撑而不可操作,故而不能成为物权变动的依据。”^⑩还有学者认为,在空间上,城市区划和规划都不能作为划分城市的标准;在时间上,城市是82年修宪前的城市还是此后的城市也不能确定。^⑪

(二) “城市不定论”不周延并将导致体系上的混乱

对于上述几种观点,笔者以为首先应当排除的是城市不定论,理由是:一方面,“城市不定论”的不周延性是很明显的,譬如用城市建成区界定城市市区会导致其范围不定,不能说明城市市区本身必然不确定,而只能说明这个界定方式有问题。如果换一种界定方式,那么或许完全可以确定市区范围。又如,其不能确定城市是修宪前的城市还是此后的城市。实际上这根本不是问题,因为宪法第10条第1款作为一条位于宪法正文的法律规范,一般不具备溯及力,所以这个城市必然是修宪后的城市,当然修宪前的城市如果在修宪后仍为城市,那么也必然受该条款的约束。

另一方面,这种解释会导致宪法中土地权属规范体系的混乱。宪法第10条第1款的目的在于

^⑧ 杨俊锋《现行城市土地制度的来龙去脉》,《南方周末》2012年7月2日,第E31版。

^⑨ 同注①。

^⑩ 同注②。

^⑪ 参见注④,第170页。

确定城市土地的权属关系,如果“城市”的范围丧失确定性,权利的对象就不确定,国家与城市土地之间的权属关系就无法建立;而且该条第2款“农村”和“城市郊区”的范围也将不确定,最终导致所有关于土地权属关系的条款都将失去意义。近代法律解释学的鼻祖萨维尼曾指出“体系是解释的目标,解释是体系的基础”。在他看来,作为一门科学的法学不能仅仅停留在对法律规则进行逐条注释的层面上,应当在准确注释的基础上对法的体系进行阐述。^⑫既然“城市不定论”造成整个土地权属规范体系的混乱,这种解释方法就应当被排除。

(三) “八二修宪时城市论”违反法律规范的时间效力法理

“八二修宪时城市论”也站不住脚,因为宪法第10条第1款“城市的土地属于国家所有”位于宪法的正文,属于一般性的法律规范,而非对具体事实的确认或个别性的法律规范。按照经典的法律规范理论,一般性的法律规范,即“规则(general norm)并不指一个单独的、不重复发生的事件,而是指一整批同样的事件。规则的意义是,当某种条件具备时,某种现象就发生,或应当发生,总会或几乎总会发生”。^⑬除非明确规定有溯及力,法律规范在时间效力上都指向未来,而非局限于其被创造的时刻。就“城市的土地属于国家所有”这一款规定而言,不管是1982年修宪时,还是此后的宪法实施阶段,只要满足土地国有化的条件,国家就可以取得城市土地的所有权,其效力不可能只局限于1982年修宪的时刻。当然,土地国有化的条件可能随着宪法的修改、相关法律的完善而改变。

(四) “城市建成区论”不能区分城市市区和郊区

“城市建成区论”的缺点也很明显。《宪法》第10条第1款规定“城市的土地属于国家所有。”第2款规定“农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。”由此可知,尽管城市的土地国有,但城市郊区的土地原则上不属于国有,所以区分城郊的范围对于明确土地的所有权属性至为关键。

八二修宪后,规划和土管立法引入了“城市市区”的概念,以与“城市郊区”相区分。原《中华人民共和国城市规划法》在定义“城市规划区”时首先提出了城市市区的概念,该法第3条规定“本法所称城市规划区,是指城市市区、近郊区以及城市行政区域内因城市建设和发展需要实行规划控制的区域。”由此可知,城市市区在城市规划区内,与城市近郊区和其他规划控制区域相区分。《土地管理法》借鉴了城市规划法中的“城市市区”概念,该法第8条规定“城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。”

迄今为止,没有一部法律对“城市市区”进行界定,只有全国人大法工委在对《土地管理法》的释义中将“城市市区”解释为“城市建成区”。^⑭按照国家质量技术监督局和原建设部联合发布的“城市规划基本术语标准”,“城市建成区”是指:城市行政区域内实际已成片开发建设、市政公用设施和公共设施基本具备的地区。^⑮城市建成区在范围上一般是指建成区外轮廓线所能包括的地区,也就是这个城市实际建设用地所达到的境界范围,因此,它是一个闭合的完整区域,一城多镇分散布点的城市,其建成区范围则可能由几个相应的闭合区域组成。^⑯

由上述定义可知,城市建成区的范围受制于城市的实际建设情况;从严格意义上讲,城市建成

^⑫ 参见杨代雄《萨维尼法学方法论中的体系化方法》,《法制与社会发展》2006年第6期,第23页。

^⑬ [奥]凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第40页。

^⑭ 参见注①。

^⑮ 参见国家质量技术监督局、中华人民共和国建设部《城市规划基本术语标准》,中国建筑工业出版社1998年版,第4页。

^⑯ 参见国家发展和改革委员会城市和小城镇改革发展中心《北京与上海到底谁最大》,http://www.ccuad.org.cn/2015-08-28/114407485.html,2015年8月28日访问。

区只是对城市发展现状的描述，不是对城市长远发展的前瞻性规划。尽管城市建成区在城市规划区范围内，但是我们很难明确界定其是规划区的哪一部分，甚至城市管理者也难以准确掌握城市建成区的面积^⑰而且当前我国城市化的进程如火如荼，城市的发展日新月异，也许可以说，城市建成区的范围按天计算是确定的，但是按年计算则一定是不确定的。如果将“城市市区”解释为“城市建成区”，那么将很难对市区和郊区作区分，也很难保持对城市市区扩张的控制力。

（五）按宪法原旨 《宪法》第10条1款的“城市”应解释为“直辖市、设区的市中的城区及不设区的市”

将“城市市区”解释为“城市建成区”不能体现宪法区分城郊的意旨。实际上，在解释宪法第10条第1款中的“城市”时，我们不能简单地套用下位法的概念及其解释，否则宪法将失去对下位法概念体系和规则体系的控制功能。按宪法的原旨，无论是《宪法》第10条第1款中的“城市”，还是《城市规划法》和《土地管理法》中的“城市市区”，都应明确指向“直辖市、设区的市中的城区及不设区的市”，唯此，才能与“郊区”相区分。

实际上，早在“城市市区”的概念出现之前，规划领域就已使用一个概念与“郊区”对应，这就是“城区”，而且“城区”这一概念直到今天仍在使用。由于城区的范围十分明确，并能与郊区相区分，所以用城区界定市区或宪法第10条中的“城市”才是科学合理的。据考证，八二修宪时，参与修宪者对《宪法》第10条中的“郊区”的含义没有争议，因为当时在直辖市和设区的市中，城区和郊区有明确的区分，郊区属于市辖区，是与县同级、但与县有别的行政区域。^⑱区分城区和郊区是从建国初延续下来的传统，譬如1951年发布的《中央人民政府政务院关于十万人以上的城市召开各界人民代表会议的指示》就明确要求“各市人民政府，应对所辖城区郊区的人民代表会议加以督促与具体指导，及时上报”。这从侧面上佐证了《宪法》第10条的“城市”应当是“城区”的概念，并且应与“郊区”区分。

按照我国的行政区划，城市主要包括三类：直辖市、设区的市以及不设区的市，其中直辖市和设区的市有城区和郊区的区分。以直辖市为例，在1956年，上海城区包括黄浦区、新成区、虹口区、卢湾区等18个区，上海原来的10个郊区归并为东郊、西郊、北郊3个大郊区。^⑲在另一个直辖市北京，至1952年9月，北京市划分为东单、西单、东四、西四、前门、崇文、宣武等七个城区和东郊、丰台、南苑、海淀、石景山、京西矿区（将原河北省宛平县划入北京市而改设）等六个郊区。^⑳实际上，直到今天，城区和郊区的划分仍然有意义，譬如上海目前的城区包括黄浦、徐汇、静安、普陀、长宁、虹口6个区以及浦东新区的非农村部分，上海的郊区主要指宝山、闵行、嘉定、金山、松江、青浦、南汇、奉贤、崇明9个区以及浦东新区农村部分。^㉑在上海的城市总体规划中，郊区规划明确指向这些行政区域。北京也有6城区（东城区、西城区、朝阳区、丰台区、海淀区、石景山区）和10郊区（通州区、昌平区、顺义区、大兴区、怀柔区、门头沟区、平谷区、房山区、延庆区、密云区）的划分。

设区的市也同样区分城区和郊区。譬如在广州，城区包括越秀区、荔湾区、海珠区、天河区、白云区、黄埔区，郊区包括萝岗区、番禺区、花都区、南沙区、增城市、从化市。还有一些设区的

^⑰ 目前尚无一致的统计建成区面积的方法，主要的方法有两种：遥感测定法和土地利用监测法。前者只是估算（提取灯光、道路等遥感指数），后者又有很多遗漏（譬如城中村）。参见徐涵秋等《基于遥感指数的城市建城区界定与自动提取》，《福州大学学报（自然科学版）》2011年第5期，第707页。

^⑱ 参见肖明新《城市的土地属于国家所有的逻辑与实施》，《政治与法律》2016年第8期，第75页。

^⑲ 参见马祖琦《大都市政区：理论探讨·经验借鉴·实证分析》，华东师范大学2004年博士学位论文，第142页。

^⑳ 参见韩光辉、尹钧科《北京城市郊区的形成及其变迁》，《城市问题》1987年第5期，第58页。

^㉑ 参见注^⑲，第223页。

市将市区界定为城区而非城市建成区。譬如在郑州，2016年新修订的《郑州市城乡规划管理条例》第85条规定“本条例下列用语的含义是：（一）市区，是指本市行政区域内除县（市）、上街区行政辖区以外的区域。（二）建成区，是指市、县（市）、上街区行政区域内实际已成片开发建设，基础设施和公共服务设施基本具备的地区，具体范围由市、县（市）、上街区人民政府批准后公布。”在该条规定中，“上街区”被排除在市区之外，属于城市郊区；而市区指该郊区及市辖县（市）以外的城区。建成区则不能与市区划等号，其范围也比较有弹性，是根据城市的实际发展情况由地方行政部门控制的，缺乏法定约束力。

至于不设区的市，则没有区分“城区”和“郊区”的必要。这些城市对应着宪法中的“县”，除“城区”外就是农村，所以从一定意义上讲，我们可以认为其整个城市都属于广义的“城区”。因此，从原旨解释的角度看，宪法第10条第1款中的“城市的土地属于国家所有”中的“城市”应指“直辖市、设区的市中的城区以及不设区的市”。

当然，也许有人会指出，在强调城乡统一规划的今天，城郊的严格区分是否会限制城市发展？笔者以为不然，理由有三：其一，尽管《中华人民共和国城乡规划法》第2条只提到城市建成区，没有区分城市市区和郊区，但是城郊区分的宪法义务是不可放弃的；其二，城郊区分与城乡统一规划不矛盾，这是因为：虽然国家的征收义务只覆盖城区而非郊区，但是国家对郊区的土地有征收的选择权，郊区的土地在征收后也可以为城市发展所用，无论在城区还是郊区，宪法对征收设定的条件是一致的；其三，在十八届三中全会决议推进农村集体经营性建设用地入市改革的大背景下，只有严格区分城郊才能保障一个稳定的郊区，进而给集体建设用地的流转留下充分余地，否则只会让城市市区的范围和国家的征收义务无限制扩张，让改革方案沦为具文。

（六）城区范围的扩张不会直接导致土地国有化

尽管城区范围总体上是稳定的，但是随着行政区划的变化，譬如撤县设区、撤村变居，城区的范围还是会发生扩张，但这是否必然会导致土地权属由集体所有变为国有呢？这是“城市不定论”者所担心的问题。实际上，早在1982年修宪征求意见时，就有人提出“草案第十条规定‘城市的土地属于国家所有’，这个规定‘概念难解释清楚，执行时也不好办’。原因是：（1）现有城市的市区范围是不断变化的，如长沙市解放时市区仅6.7平方公里，现在是53平方公里，今后还可能扩大。而新发展的市区与原有郊区犬牙交错，很难准确地划分清楚。（2）今后还将有越来越多的县镇和工矿区升级为城市。如1957年以前湖南省有9个城市，现在有15个城市。这些新增城市的土地以前属于集体所有，批准为市后是否就变成为属于国家所有呢？”^②

对此，笔者以为，城区的扩张未必直接改变土地权属。按照《宪法》第10条第3款的规定，依法有偿征收是集体土地国有化的唯一方式，所以即便城区不断扩张，新扩张部分也不必然归于国有，除非其被国家征收。集体土地在城区中只是物权变动的依据之一，被依法有偿征收才是确定集体土地归于国有的最终依据。可以说，土地的权属不是直接划清楚的，而是征收后才最终明确的。结合《宪法》第10条第3款的规定，第1款的解释应是：城市的土地“应当”属于国家所有，而非“已经”属于国家所有。对此，笔者将在下文中进一步论述。

二、“属于”须解释为附条件的“应当属于”

“城市的土地属于国家所有”属于有条件的义务性规范，其一方面肯定国家在城区内有土地国

^② 许崇德《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第721页。

有化的义务；但另一方面又给土地国有化设定了条件，而条件为《宪法》第10条第1款要求的纳入城市范围以及第3款要求的依法有偿征收，当条件不能满足时，国有化的具体实施主体不会承担不利后果。

对于“城市的土地属于国家所有”中“属于”一词的含义，目前主要有“已经属于”、“可以属于”、“必须属于”、“应当属于”等几种理解。其中，“城市的土地已经属于国家所有”，应该被看作是一种对法律事实的确认。“城市的土地可以属于国家所有”，是一种授权性规范。“城市的土地必须属于国家所有”或“城市的土地应当属于国家所有”是义务性规范。对于“必须属于”和“应当属于”这两类义务性规范的模式词，学界目前尚未进行区分。

（一）“已经属于”和“可以属于”均不符合宪法文本含义

主张“城市的土地已经属于国家所有”是“以修宪实现无偿国有化论”。该理论认为“个人土地所有权等公民权利是可由宪法赋予更改和消灭，并不需要通过征购和征用等行政权的行使，因为修宪权远远高于国家的其他一切权力，国家的其它权力均由宪法赋予，亦无权干涉宪法规范的效力。而我国82宪法的修改程序及修改主体符合我国宪法的规定，也充分体现了民主，因而该条款的形式正当性并无可资质疑之处。”^{②③}

该理论的总体观点可以概括为：修宪权高于其他权力，所以国家可以通过修宪完成城市土地的国有化，不需要补偿或其他条件。从强调宪法的地位和效力的角度看，该理论确有其可取之处；但是其将《宪法》第10条第1款从该条中抽出，孤立地解释为授权无偿国有化，显然是一种断章取义。2004年通过的宪法修正案，将《宪法》第10条第3款“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征用”修改为“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”就是表明，国有化要通过征收，而征收不可能是无偿的。可以说，宪法第10条第1款的“城市的土地属于国家所有”与第3款的有偿征收征用是不能割裂理解的；在2004年宪法修正案通过之后，有偿已经成为城市土地国有化的必要条件。

也有学者提出“城市的土地可以属于国家所有，也可以不属于国家所有；城市可以建设在国有土地上，也可以建设在非国有土地上；国家可以基于公共利益的需要将城市的土地征收为国家所有，但这项权力的行使必须遵守宪法第10条第3款的规定，而不能直接将非国有土地无偿概括国有化。”^④该解释排除了无偿概括国有化，要求征收集体土地必须要坚持有偿原则，具有相当的可取性；但是其最主要的问题是添加了不可省略的规范模式词，使得条文的含义发生质变，过分溢出生文义。

（二）有必要区分“应当属于”和“必须属于”

实际上，从尊重宪法文本的原则出发，能够被采纳的规范模式词只能是“应当”和“必须”。与“可以”不同，“应当”和“必须”只包含肯定性的语义效果，即使被省略也不会得出否定性的判断，两者均处于相对安全的解释空间内；但是具体采用“应当”还是“必须”倒是值得深入考究一番。其实早在多年前，法理学界就有学者提出，在法律规范日益精确细密的时代，应该对“应当”和“必须”加以区分，前者是有条件的义务性规范，后者是无条件的义务性规范。两者的区别具体表现为三方面：

第一，二者性质不一致。同样作为对行为的指向，必须型规范是一种命令性规范，体现出立法者对规范背后所包含的客观必然性的认同；而应当型规范是一种指导性规范，表明该规范符合立法

^{②③} 同注③。

^④ 同注④。

者所主张的价值理念。第二，二者程度有别。从规范的前件和后件的关系上看，由于必须型规范以客观必然性为支撑，所以只要其适用对象符合前件，就一定要实现后件，前后件的对应关系是无条件的，所以对适用对象的强度比较高；而应当型规范强调立法者主观性认识，所以哪怕其适用对象符合前件，也未必实现后件，前后件的对应关系是有条件的，因此对使用对象的强度相对较低。第三，二者导致的法律后果相异。由于必须型规范是一种无条件义务性规范，所以只要义务未能履行，就必然给未履行者带来制裁性法律后果；而应当型规范是一种有条件义务性规范，由于补充条件没有在规范中列出，导致在适用上需要结合其他规范，因而即使义务未能履行，通常也不产生直接的法律后果。^⑤

(三) 附条件的“应当属于”符合宪法的价值及文本含义

上述对“应当”和“必须”的区分可以运用到对宪法第10条第1款的解释中，譬如，“城市的土地必须属于国家所有”就是一种无条件的义务性规范，该种解释也支持无条件概括国有化；只是与“已经属于国家所有”不同，其不是“现在完成时态”，而是“将来完成时态”。

“城市的土地应当属于国家所有”则属于有条件的义务性规范：从性质来看，城市土地国有化符合领导宪法制定和修改的执政党的价值标准；从程度上看，城市土地国有化是有条件的；从后果上，当条件不具备时，城市土地国有化的具体实施者不会承担不利后果。具体来看：

第一，在性质上，城市土地国有化义务符合领导宪法制定和修改的执政党的价值标准，具有充分的正当性基础。

在经典的社会主义法观念中，土地不是一种简单的不动产，而是一种最重要的生产资料，只有为国家所有才能消灭私人地主的剥削；同时，消灭土地私有不等于消灭地租，而是让地租归于国家并最终回归社会。马克思和恩格斯在《共产党宣言》中指出，无产阶级推翻资产阶级统治以后，“可以采取下面的措施：（1）剥夺地产，把地租用于国家支出……”。马克思还说过“社会运动将作出决定；土地只能是国家的财产。”^⑥恩格斯支持土地国有化的态度也很鲜明，他在《论住宅问题》中指出“消灭土地私有制并不要求消灭地租，而是要求把地租——虽然是用改变过的形式——转交给社会。”^⑦

在建国前中国共产党领导的土地革命中，最终的革命目标是比“平均地权”更进一步的土地国有化。1931年11月7日由中华苏维埃共和国第一次全国代表大会通过的“中华苏维埃共和国宪法大纲”中，在关于土地问题上，有如下规定“中国苏维埃政权以消灭封建制度及彻底的改善农民生活为目的，颁布土地法，主张没收一切地主阶级的土地，分配给贫农中农，并以实现土地国有为目的。”^⑧

在此后的新民主主义革命中，出于动员一切力量参与革命的需要，中共对土地革命时期的纲领进行了修正，保护平分地权后的个人土地所有权，暂时搁置了土地国有的目标。1939年1月陕甘宁边区第一届参议会通过的《陕甘宁边区抗战时期的纲领》中有关“民生主义”的部分中写道：“确定私人财产所有权，保护边区人民由土地改革所得之利益。”^⑨

保护私有财产的规定一直延续到1949年的《中国人民政治协商会议共同纲领》，其中第3条规定“中华人民共和国必须取消帝国主义国家在中国的一切特权，没收官僚资本归人民的国家所

^⑤ 参见王敏《法律规范中的“必须”与“应当”辨析》，《法学》1996年第8期，第33页。

^⑥ 《马克思恩格斯全集》（第18卷），人民出版社1984年版，第67页。

^⑦ 同注^⑥，第256页。

^⑧ 陈荷夫《中国宪法类编》，中国社会科学出版社1980年版，第91页。

^⑨ 姜士林《世界宪法全书》，青岛出版社1997年版，第67页。

有，有步骤地将封建半封建的土地所有制改变为农民的土地所有制，保护国家的公共财产和合作社的财产，保护工人、农民、小资产阶级和民族资产阶级的经济利益及其私有财产，发展新民主主义的人民经济，稳步地变农业国为工业国。”^⑩ 从中我们注意到，通过没收城市中的官僚资本，社会主义国家开始拥有大量国有财产，其中自然包括国有土地。

到 1954 年制定第一部宪法时，情况发生了变化，尽管仍然要保护农民的土地所有权，但是同时也规定，为了公共利益将城乡土地依法征购、征用或者收归国有。五四宪法第 13 条规定“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定的条件，对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有。”^⑪

文革时期制定的七五宪法第 6 条规定“国家可以依照法律规定的条件，对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有。”^⑫ 尽管这部宪法最终被否定，但是其在土地国有化方面其实延续了五四宪法的规定。此后的七八宪法第 6 条对七五宪法第 6 条一字未改。^⑬

在 1982 年全面修改宪法时，在起草宪法修改草案的过程中，有人向宪法修改委员会提出“宪法对土地问题，包括土地所有权、使用权、租赁、合理利用和征用等问题都应当做出明确规定。土地是重要的生产资料和自然资源，而我国前几部宪法对它都没有作出全面的明确的规定。一九五四年宪法只规定‘矿藏、水流，由法律规定为国有的森林、荒地和其他资源，都属于全民所有。’以及‘国家依照法律保护农民的土地所有权’，但对城市和城市近郊的土地所有权没有规定，山岭、草原、滩涂等也未作规定。”^⑭ 宪法修改委员会采纳了这一建议。

实际领导修宪工作的宪法修改委员会副主任彭真同志认为“关于土地所有权，过去宪法和法律没有明确规定，但历来对城市土地是按国有对待，农村土地是集体所有。这次宪法明确规定，城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，包括个人使用的宅基地和自留地，除法律规定为国家所有的以外，属于集体所有。任何单位和个人不得买卖和租赁土地。这对坚持社会主义是必需的。”^⑮

通过梳理土地国有化的理论和历史脉络，我们不难发现，八二宪法规定“城市的土地属于国家所有”并不是偶然的，而是在实现生产资料公有、地租收归国有、消灭土地剥削的社会主义指导思想下的必然产物。

第二，在程度上，城市土地的国有化义务是有条件的。

城市的土地国有化是有条件的，在条件满足时方可国有化，在条件欠缺时绝不能国有化。土地国有化的条件主要有两方面：一是在城市范围内，二是通过征收实现，而征收须依照法律出于公共利益并支付补偿。

第一个条件，在直辖市、设区市的城区或不设区的市范围内，上文对此已有充分阐释，此处不再赘述。关键是第二个条件，即国有化要通过征收实现，而征收须出于公共利益并支付补偿，这可以从《宪法》第 10 条第 3 款“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”得出。需要特别指出的是，第 3 款尽管是一个授权性条款，但仍可以而且应当与第 1 款这个义务性条款结合在一起解释，理由是：第 3 款没有明确作为征收对象的土地位于城市还是郊区或农村，因而这里的土地既可以是城市土地，也可以是郊区或农村的土地。从逻辑上讲，

^⑩ 同注^⑨，第 70 页。

^⑪ 同注^⑨，第 78 页。

^⑫ 同注^⑨，第 85 页。

^⑬ 参见注^⑨，第 89 页。

^⑭ 肖蔚云《我国现行宪法的诞生》，北京大学出版社 1986 年版，第 42 页。

^⑮ 《彭真传》编写组《彭真年谱》（第五卷），中央文献出版社 2012 年版，第 123 页。

在征收中，尽管城市的土地应当征收，但是城市郊区及农村的土地也是可以征收的。因为有城市郊区和农村土地可以不征收的例外，所以从整体上看，土地可以征收，也可以不征收。对于国有化的实现而言，第1款的农村土地国有化包含在第3款的城乡土地国有化中，而非互不相容；第1款、第3款应当同时适用，第1款中农村土地国有化义务的落实应当直接依据第3款，没有必要类推适用第3款。

当然，曾有人认为，1998年颁行的《中华人民共和国土地管理法实施条例》（以下简称《土地管理法实施条例》）第2条第5项规定，“农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的，原属于其成员集体所有的土地”属于国家所有，这打破了土地国有化的有偿征用征收前提^⑥。但是笔者注意到，自2004年宪法修正案在《宪法》第10条第3款增加了有偿征收征用条款后，国务院法制办公室、国土资源部于2005年出台的《〈中华人民共和国土地管理法实施条例〉第二条第（五）项的解释意见》已明确表示，该项规定“是指农村集体经济组织土地被依法征收后，其成员随土地征收已经全部转为城镇居民，该农村集体经济组织剩余的少量集体土地可以依法征收为国家所有”，这再次强调了土地国有化须遵循有偿征收的前提。

土地国有化必须要以征收为前提，而征收又必须以“为了公共利益”为前提。对此，有学者提出，“为了公共利益”征收和城市土地国有化是冲突的。城市的非公共利益性质的农地转用怎么办？不经过征地违反宪法，因为转为城市用地的农地如果还是集体所有，就违背了“全部城市土地为国有土地”的宪法准则（第1款）；征地也违反宪法，因为不合乎为了公共利益才可征地的宪法准则（第3款）。^⑦这就是所谓的“征地悖论”，实质是将宪法第10条第1款和第3款的内容对立起来。

笔者以为，按照“应当属于”论，“征地悖论”是可以被化解的。具体来看：城市的土地应当属于国家所有，但是由于征收的前提即“为了公共利益”未能满足，城市的部分土地事实上未能征为国有而为集体所有。可以说，这些城市土地因为征收条件不满足，暂时甚至较长一段时间不属于国有是合宪的；相反，为了即刻实现城市土地全部国有，放弃为了公共利益征收这一前提是不合宪的。当然，对“公共利益”的解释不能过于狭义化，不能认为只有用于教育、医疗、政府办公或军事办公等方面的需要才是“为了公共利益”，搞商业性的开发就必然不是“为了公共利益”。对于国家依据城市规划组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行改造，即使涉及商业开发，也可以被认为是“为了公共利益”。实际上，这种广义的公共利益观在现有房屋征收立法中已有体现，《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条第5项将“旧城改建”归入“公共利益”范畴就是典型一例，这也值得土地征收借鉴。当然，“公共利益”对于征收的限定功能不仅应体现在实体目的上，还应反映在程序上是否体现“公共意志”，并且应赋予被征收者充分的司法救济手段。

事实上，随着现代市场经济的发展，一些传统上奉行“私权神圣”的国家在土地征收中对公共利益或类似概念也采取了广义解释，譬如在凯洛诉新伦敦市（*Susette Kelo, et al. v. City of New London, et al.*）一案中，美国联邦最高法院在解释宪法第5修正案中的征收条款时认为，对于新伦敦市这样一个凋敝的城市，以“经济发展”为名征收土地也符合“公共使用”（Public Use）要件。^⑧尽管该案存在争议，但是美国最高法院广义解释“公共使用”的趋势是确定无疑的。在路德维希堡（Ludwigsburg）征收案中，德国联邦宪法法院在解释基本法第14条第3款的“公共利益”时也认为，如果私人企业所承担的职责也服务于公共利益的时候，一项征收就有可能被认为服务于

^⑥ 参见陈甦《城市化过程中集体土地的概括国有化》，《法学研究》2000年第3期，第108页。

^⑦ 参见周其仁《农地产权与征地制度：中国城市化面临的重大选择》，《经济学季刊》2004年第4期，第198页。

^⑧ See *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005)

公共利益，哪怕该私人企业具有赢利目标。³⁹ 应当注意，在上述这些国家的土地国有化中，征收只不过是最后选项，而在我国则是唯一选项。而且如城市的土地不能征为国有，其使用权就无从自由流转，也难以得到充分的开发，这就更凸显了对公共利益作广义解释的必要性。当然，也有一些学者提出，土地国有化不应局限于征收，⁴⁰ 其目的也不必局限于公共利益；笔者以为，这需要通过修宪来实现。

对公共利益采取广义解释也符合《宪法》第10条的价值导向。前文曾提到，我国土地国有化的价值基础是社会主义理论和历史实践。马克思和恩格斯都曾指出，土地应当国有，因为共产党人不是要消灭地租，而是要将地租收入归国家，并最终回归社会。⁴¹ 这也就表明，社会主义国家应当通过土地的国有化掌握土地的增值收益；对于征收土地后用于经营性建设，土地大幅增值的，其增值部分主要应当归属国家而非土地原所有人或新的使用人；国家应当将这部分增值收益用于社会发展，促进社会公平。实际上，土地增值收益归公不只是社会主义国家独有的，只是在实现方式上，社会主义国家主要通过土地国有化实现；而资本主义国家如英美主要通过高额的土地增值税完成，⁴² 当然，受民主社会主义及福利资本主义思想的影响，当代的资本主义国家特别是欧陆国家也有大规模土地国有化的实践。⁴³

第三，在后果上，由于条件不具备而导致国有化无法完成时，国有化的实施主体不会承担不利的后果。

既然城市的土地国有化是有条件的，当条件不能满足时，国有化的实施主体就不会承担不利后果。在实践中，条件不具备的情况主要分为两种：第一，未纳入城市范围。未纳入城市范围即意味着土地位于城市郊区和农村地区，对于这部分土地，根据《宪法》第10条第1款，国家是没有征收义务的。当然，《宪法》第10条第2款规定“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有。”这里面的“除由法律规定属于国家所有的以外”的规定表明，土地国有化的范围可以突破城市，但是这应当获得法律的授权，所以相关的国有化义务直接表现为法律义务，而非宪法义务。第二，没有被依法征收。即使被纳入城市范围，如果不能依法征收，那么也不能实现土地的国有化。

三、‘国家所有权’是宪法和物权法上的所有权

对于国家所有权的性质，近年来有两种新的解释论，其一为“名义所有权论”，认为“对于城市‘国有土地’，‘全民’所有权只能是一种名义所有权，八二宪法关于城市土地‘国家所有’的规定并未剥夺任何个人或单位的土地使用权。”⁴⁴ 其二为“国家公权论”，认为“自然资源国家所有权（包括国有土地所有权）在主体、客体、内容、行使、救济与责任等方面都与物权存在本质差异，其并非处理平等主体间财产关系、以确立特定主体对特定物的‘直接支配’为内容的民法物权，而是划分国家与个人界限，为‘全民’意义上的抽象国家以立法和行政手段‘间接干预’资源利用提供合法依据的宪法公权。”⁴⁵

³⁹ 参见袁治杰《德国土地征收中的公共利益》，《行政法学研究》2010年第2期，第124页。

⁴⁰ 参见程雪阳《公法视角下的中国国有土地产权制度》，《中国土地科学》2011年第3期，第19页。

⁴¹ 参见注²⁶。

⁴² 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90页。

⁴³ 参见蒋光辉《瑞典、荷兰土地银行简介》，《中国建设信息》2001年第5期，第32页。

⁴⁴ 同注⁷。

⁴⁵ 同注⁵。

不过,在笔者看来,宪法上的国家所有权不是名义所有权,也不是公权,而是受物权法保障的物权。物权法上城市、农村土地所有权以及国有建设用地使用权的依据都来自宪法。当然,国家土地所有权在取得方式、主体、权能上有一定特殊性。具体来看:

首先,国有土地所有权的物权法依据来自于宪法,是通过公法方式取得的私权。物权法依据宪法制定,故而物权法上的国有土地所有权来自于宪法上的国有土地所有权。《物权法》第47条规定“城市的土地,属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地,属于国家所有。”该条直接依据《宪法》第10条第1、2款的规定。《物权法》第42条规定“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”该条根据《宪法》第10条第3款制定。《物权法》第135条规定“建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利,有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。”该条依照《宪法》第10条第4款制定。

宪法关于国有土地所有权的规定中既有公法的依据,比如《宪法》第10条第3款的征收条款;也有私法的依据,比如该条第4款的使用权转让条款。这充分说明,宪法是根本法,是公法和私法的共同依据。将集体土地征收为国有是一种公法行为,这说明国有土地所有权的原始取得具有公法性,但在其产生之后就属于私法上的权利,其具有占有、使用、收益这三项主要的私法上所有权的权能;其取得方式的公法性不能否认其取得之后作为一种私权利存在。因此,国有土地所有权既是根本法意义上的所有权,也是私法上的所有权。

其次,国有土地所有权的主体是国家,物权法上的代表目前是国务院,但未来应当是全国人大及其常委会,国务院及地方人大及其常委会可以在全国人大及其常委会授权的前提下代表行使所有权,并受其监督。

国有土地所有权的主体是国家,国家本身是抽象的,可以和“全民”这个概念相替换;抽象的“国家”或“全民”不具备意思表示能力,自然不能直接行使所有权;为了行使所有权,“国家”或“全民”必须授权其代表代为做出意思表示;按照《物权法》,这个代表就是“国务院”。《物权法》第45条明确规定“国有财产由国务院代表国家行使所有权;法律另有规定的,依照其规定。”

显然这个授权是一个立法授权,但其合乎宪法的精神吗?《宪法》第3条第1款规定“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督。”这表明:只有全国人大及其常委会才能直接代表“全体人民”,《宪法》第3条第2款规定“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”根据该条规定,作为国家行政机关,国务院只能直接代表全国人大及其常委会,不能直接代表“全体人民”;如果越过了全国人大及其常委会,国务院的“代表资格”就存在问题。

当然,有人也许会提出,全国人大已经通过制定《物权法》将有关国有土地所有权的代表资格一次性授予国务院。这站得住脚吗?显然不行。已有学者指出,这会导致人民无法对国务院行使土地所有权的工作问责^④从而将“全民所有权”虚化。而在笔者看来:之所以国有土地所有权的授权不能“两步并一步”,是因为这种所有权属于《宪法》第62条中“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”,是一种重大事项决定权。国有土地可以说是国家最重要的自然资源。就一国而言,其最基本的组成要素除了人口和有效统治的政府,就是土地,失去土地,就必然会“国将不国”;在所有土地中,国有土地是不可缺少的公共产品,而其所有权又是附在上面的最重要的财产

^④ 参见注⑥,第124页。

权。因此，物权法绝不能绕开全国人大直接将国有土地所有权的代表资格授予国务院。

将国家所有权的代表确立为全国人大及其常委会也符合物权主体的自主性原则。正如前文所言，已有民法学者质疑国务院作为物权主体的自主性，因为国务院在宪法上必须受到全国人大及其常委会的制约，不可能具有充分的自主性。所以，笔者建议将《物权法》第45条修改为“国有财产由全国人民代表大会及其常委会代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。”

在明确全国人大及其常委会与全国人民的代表关系的前提后，我们还需要进一步探讨全国人大及其常委会如何体现自己的“总代表”地位。笔者以为，全国人大及其常委会必须再次授权，让国务院及地方各级代表大会及其常委会代其行使国有土地所有权，并受其监督。目前已有学者对“国家所有权在代表权和行使权问题上的统一、唯一和不可分割”提出了质疑。^{④⑦}还有学者认为，国家所有权的代表和行使应当依据《宪法》第9条第2款和第10条第5款所确定的“国家保障自然资源合理利用”和“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”的目标，让最能合理利用土地等资源的主体如地方政府代表国家行使所有权。^{④⑧}

上述观点颇有启发性。在笔者看来，虽然地方政府实际主导国有土地收益与城市土地的国家所有权存在冲突，但是地方政府是城市土地的主要开发者，如果不赋予其一定的受益权，将不利于激发其建城的积极性。当然，中央政府也应当对土地的受益保持总体上的控制力，以避免地方政府过度开发。所以，应当建立土地受益的中央和地方分享机制。同时，无论是中央政府还是地方政府，都应当在土地所有权的行使方面接受人大及其常委会的监督。国务院必须在政府工作报告中列出国有土地所有权的取得及行使状况，并接受全国人大代表的质询。对于行政区划调整、各主要城市总体规划的调整、征收集体土地的面积及预算支出、国有土地上重要公共设施的建设和使用等与国有土地相关的重大事项，国务院都应当纳入政府工作报告。同理，各地方人大及其常委会也应当就类似重大事项对同级地方政府行使监督权。

最后，国有土地所有权的具体行使主体和国家土地行政主管部门是一体的，为了避免角色混同，应当在国有资产管理部下设国有土地资产管理委员会。国有土地资产管理委员会作为权利主体应当按照“政企分开”的原则运行。^{④⑨}

国家是以土地所有者和行政管理者的双重身份出现的，^{⑤⑩}而这个双重身份的具体承担者就是政府的国土资源管理部门。按照目前的《土地管理法》，国土资源管理部门既是国有土地所有权的具体行使者，也是国家土地行政主管部门，可以说具有民事主体和行政主体的双重属性。作为国有土地的行政主管部门，按照《土地管理法》第5条规定，国土资源管理部门的主要职能在于国家土地的管理和监督工作，其管理的范围不仅包括国有土地，还包括集体土地，在管理方式上实行分级管理。同时，作为国有土地所有权具体行使者，国土资源管理部门负责土地的征收、土地使用权的出让、土地出让金的收取。

国土资源管理部门的双重属性带来了不少问题：其一，作为土地行政主管部门，其应当主要维护土地使用权市场的交易秩序，而非直接充当交易主体，否则就会出现既当裁判员、又当运动员的角色，妨碍交易的公平性；其二，作为国有土地所有权的具体行使者，国土资源管理部门有着内在的资产增值需求，但是作为国家土地行政主管部门，又必须依法保护土地资源以及被征收土地上的农民利益。这两种角色的冲突集中表现在集体土地征收上，地方国土资源管理部门既难控制过度征

^{④⑦} 参见孙宪忠《“统一唯一国家所有权”理论的悖谬及改革切入点分析》，《法律科学》2013年第3期，第56页。

^{④⑧} 参见注⑥，第125页。

^{④⑨} 参见注⑥，第109页。

^{⑤⑩} 参见沈国明《土地使用权研究》，远东出版社1994年版，第16页。

收农地，也没有内在动力保护失地农民利益。

有学者曾提出，国有土地属于国有资产的一部分，应当由国有资产管理部門代表国家具体行使所有权，而国家土地行政主管部门行使行政管理权。^{⑤①} 笔者以为，该提议有助于解决国土资源管理部门的角色混同问题。具体来看，可以在国有资产管理部門下设国有土地资产管理委员会，承担国有土地所有权具体行使者职能，负责土地的征收、土地使用权的出让、土地出让金的管理。国家土地行政主管部门负责土地一级和二级市场的监管以及土地资源及被征收土地上农民利益的保护。

四、城市内未征收土地的处理方式

由上文可知，在现行宪法体制之下，征收是集体土地国有化的唯一途径。当前在我国城市，由于城市扩张或行政区划调整（如撤县设区），有一部分土地虽在城市内，但由于未被征收，仍属于集体土地，对于这些“城中村”或新设区的土地如何处理已经成为实践中的焦点问题。对此，笔者将结合上文的解释论进行具体分析：

（一）对城中村土地的“概括国有化”^{⑤②}

城中村改造历来都是政府推进城市化工作中的难点和焦点问题。在历史上，不少城市的政府往往简单地搞一个“撤村设居”，就在没有依法征收的情况下，将城中村的集体土地收归国有，实行所谓的“概括国有化”。在这个过程中，农村集体及村民不能直接从国家得到补偿，集体土地的所有权转为国有土地使用权，农民获得城市居民的社会保障。随着城市化中土地价值的飙升，以及农民权利意识的觉醒，这种概括国有化的模式难以为继。

（二）针对“概括国有化”的两类建议

不少学者在对城中村土地“概括国有化”提出尖锐批评的同时，也提出了相应的改革建议。譬如有学者就指出“在市场经济体制条件下，要继续坚持实行集体土地的概括国有化，就必须消除其中的不公平因素，比如给集体及其成员以合理的补偿，否则违反市场经济规则。”^{⑤③} 也有学者提出“解决冲突的途径...，只能修改宪法和法律，删除‘城市的土地，属于国家所有’的规定，允许农民进城建设城市。”^{⑤④}

显然，这两种方案都旨在保护城中村的农民利益，但是循着不同的路径。按照前一种方案，城中村的土地应当被国有化，但是国家需要给予农民合理补偿；按照后一种方案，《宪法》第10条第1款必须被修改，城中村的土地可以不被国有化，直接让农民获得自主建设城市的权利，实现“就地城市化”。

（三）应当按照宪法的规定区别对待城中村

对于这两种方案，笔者以为，两者都没有完全遵照宪法的精神。第一种方案虽然提出城中村的土地应当被国有化，而且农民应得到补偿，但是没有说明这个补偿的依据是什么。第二种方案则是将《宪法》第10条第1款理解为无偿国有化的依据，割裂了其与该条第3款有偿征收条款之间的

^{⑤①} 参见注⑥，第118页。

^{⑤②} 提出“概括国有化”概念的是学者陈甦。他认为“城市化过程中农村集体土地的概括国有化，是指在我国当前社会经济生活中所存在的这样一种现象：因城市建设的发展，原属农村的乡（镇）村全社区整体性地并入城市建成区，并随着乡（镇）村的建制撤销，农村基层行政组织或居民自治组织转变为城市基层行政组织或居民自治组织，农村集体经济组织成员全部由农村居民转为城镇居民，原属农村集体所有但尚未经征用的土地或者土地大部被征用之后的残余土地，便随之全部概括性地转归国有。”陈甦《城市化过程中集体土地的概括国有化》，《法学研究》2000年第3期，第108-109页。

^{⑤③} 同注⑤②，第114页。

^{⑤④} 同注⑤②，第17页。

关系，同时，在没有充分考虑土地国有化义务正当性基础的情况下就将之简单否定。

有鉴于此，我们应当回到宪法第10条的本义中去寻求解决城中村问题的办法。从上文对“城市的土地属于国家所有”的解释来看，城中村的存在并不违反宪法的本义，因为该款规定是一个附条件的义务性条款，其条件就是为了公共利益依法征收；当集体土地没有被依法征收时，土地的国有化是不能实现的。如果严格按照宪法规定的土地国有化必须征收的原则，那么城中村改造中的矛盾就不会那么显著。

由于征收城中村的土地是有条件的，所以我们应该根据其发展状况区别对待：一些城中村发展程度高，符合城市规划，较长一段时间不具备被征收条件的，可以不征收；但是对于土地作经营性用途的情况，或者逐年缴纳土地增值税，或者一次性缴纳商业用途和非商业用途土地出让的差价，如此操作，尽管没有转变土地的所有权归属，但也可以间接实现马克思主义“地租归公”的思想；另有一些城中村，发展程度低，不符合城市规划，但达到征收条件的，应当严格限制土地用途的改变，并尽早纳入土地储备。

（四）城中村中符合征收条件的土地不宜与国有土地一并入市

自从中共十八届三中全会决定提出“允许农村集体经营性建设用地入市”的主张之后，一种观点认为，农村集体土地都应当实行与国有土地同等入市、同权同价。对于这种观点，笔者以为，尽管农地入市的试点正在展开，但是对于城市范围内符合征收条件的土地，即待征收的土地，不宜与国有土地一同进入土地使用权市场。这主要因为，按照《宪法》第10条的规定，国家对城市的土地有国有化的义务，尽管这种义务是有条件的，但是在条件满足时，不能简单放弃。

应当鼓励入市的不应当是城市的集体土地，而是城市郊区和农村地区的集体土地。因为按照《宪法》第10条第1款的规定，国家对这一部分非城市土地没有征收义务，同时按照该条第4款的规定，不管国有还是集体土地使用权都可以转让，这就意味着城市郊区和农村地区的土地也能流转，进入土地的二级市场。

（五）撤县设区引起的征收义务应限于新设城区而非郊区

撤县设区曾是一些城市低成本快速扩张的方式。历史上，伴随着撤县设区，一些县的乡镇和村委会也被撤销，取而代之的是街道和居委会；同时，原属于集体的农村土地也依据《土地管理法实施条例》第2条第5项直接转归国有，绕开了征收程序。自2004年《宪法》第10条第3款增加了有偿征收征用条款后，继续这种国有化的方式已属于违宪，一旦发生就应立即纠正。按照上文对于《宪法》第10条第1款的解释，撤县设区不是将原属于县的农村土地立即纳入国有，而是给国家设定了对新划入城区的土地国有化的义务，且该义务的实现必须通过依法有偿征收。特别需要注意的是，新设立的区若不是城区而是郊区，则根据《宪法》第10条第2款，国家亦无征收义务。农村集体经营性建设用地入市的改革完全可以在新设立的郊区开展，这些郊区也可以在城市化的过程中摆脱征地依赖。

余 论

德国著名法学家拉伦茨曾说过“法学首须履行一项实际的任务，此点应无疑义。这项任务在成文法的国家是这样产生的：法律不仅必须被一再解释，也必须被‘填补漏洞’，并且要配合情势的演变；此外，因为复杂性提高，对概观性及规范间的相互协调之需求亦相对增加；最后，因

‘同等标准’的原则（即正义的思想）会产生避免评价矛盾的要求。”⁵⁵ 拉伦茨的这段话告诉我们，在解释成文法时，既要回应现实需要，又要坚持正义原则，还要实现逻辑自洽。

当我们解释“城市的土地属于国家所有”这一宪法条文时，既要面对“城中村”改造、撤县设区土地权属变动、集体经营性建设用地入市这类层出不穷的现实难题，又要寻求国家、城乡居民等在利益和价值诉求上的最大公约数，还要坚守宪法内在逻辑体系的自洽。笔者在文中提出的“城区土地附条件地应当属于国家所有”的解释论也试图实现这三者的统一。譬如，在确定入市集体土地的范围时，一方面排除城区，就是考虑到宪法对于城区集体土地的征收义务；另一方面不排除郊区，并且明确郊区与城区的行政区划界限，从而为改革提供稳定的空间并实现城乡居民的利益平衡。又如，在处理撤县设区问题时，既强调土地权属改变必须通过征收而非村改居，以此遵守《宪法》第10条第3款；又区分新设区的性质，认为设立城区而非郊区才产生征收义务，以此遵守《宪法》第10条第1、2款；这两点均有利于农民利益的保障。再如：在面对城中村问题时，虽然原则上强调国家对城中村有征收义务，但是也认为符合规划的城中村的土地可以不征收而收取土地增值税，以此间接实现宪法中城市土地国有条款背后的“地租归公”的思想。

然而，正如拉伦茨先生也意识到的，现实是变动不居的，正义又有着一张普罗透斯似的脸，法律概念在内涵和外延上还存在固有的不确定性。这一切注定了宪法解释只会不断遇到新难题，而不会有一个最终答案。

Abstract “Land in the cities is owned by the state” is a conditional obligatory article. According to this article, the obligation is the nationalization of land in Urban Area, and the condition to fulfill this obligation is taking the land into city planning and acquiring the land with compensation for public interests. According to the original meaning of the Constitution, “the cities” should be interpreted as “cities not divided into districts and the urban area of municipalities directly under the central government and cities divided into districts”. “The state ownership” is the ownership in the Constitution and property law. According to the interpretation of “Urban Land Ought to be Owned by the State” and the broad-interpretation of the “Public Interest”, the “Land Expropriation Paradox” can be resolved. The government can not acquire a land without compensation, so the lands of urban villages should belong to the rural collectives if they are not acquired by the government. The government should make a distinction between different lands in the urban village. The lands in the urban villages can not enter to the land markets if they can be acquired by the government for the public interests. The lands in suburbs or countrysides out of the urban planning can enter to the land markets. The adjustment of administrative division can not directly cause the transference of the land ownership.

Key Words: Conditional Obligatory Article; Urban Area; Eminent Domain; State Ownership

[责任编辑: 孟 融]

⁵⁵ [德] 卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第112页。