

· 理论纵横 ·

“征地悖论”成立吗？ ——八二宪法城市土地国有条款再解释

彭 醇

(北京大学 法学院, 北京 100871)

摘 要: 本文将八二宪法的城市土地国有条款置于历史与现实语境下, 对其做一再解释。通过定义城市土地, 本文揭示该条款对八二宪法生效时既存的城市土地和之后形成的城市土地的不同影响, 并在此基础上提出当下被广泛接受的“征地悖论”难以成立。因此, 我们无需通过质疑城市土地国有条款的正当性, 要求将之废除或重新解释来解决土地城市化与征地公共利益前提之间的紧张关系。中国征地法律改革的真正难点在于农村集体土地用途管制与征地公共利益前提之间的矛盾。

关键词: 八二宪法; 征地条款; 征地悖论

中图分类号: DF2

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128 (2016) 02-0164-15

近年来, 八二宪法第十条第一款“城市土地属于国家所有”的解释与适用成为学界讨论乃至辩论的焦点。究其原因, 周其仁教授在十多年前提出的“征地悖论”起到了相当大的推动作用。所谓“征地悖论”, 周教授的表述是“现行土地法律规定了用于城市的农地必须全部转为国有制, 同时也就把征地变成了农地转用的惟一合法形式”。“非公共利益性质的农地转用怎么办? 不经过征地是违宪, 因为转为城市用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; 征地也违宪, 因为不合‘为了公共利益才可征地’的宪法准则。”^①严格来说, 并非所有农地征收为城市土地都必然违背公共利益; 同样的, 并非任何农地征收为城市土地都必然符合公共利益。在此意义上, “征地悖论”所揭示的是八二宪法第十条下第一和第三款之间的冲突, 即国家必须将一切农地征收为城市土地时, 征收将不可避免地有一些情形下违反宪法规定的公共利益前提。换言之, 对征地行为是否符合公共利益的判断, 将在很大程度上受制于城市土地国有条款的规定, 因为只要是城市土地, 无论具体目的如何, 依据宪法都必须征收。

如何破解“征地悖论”? 本文认为, 通过对八二宪法城市土地国有条款进行再解释, 可以证明如下观点: 城市土地国有化条款与征地公共利益前提之间“悖论”不需要解决, 因为它不成立。中国征地公共利益前提难以保证的原因另有所在。下文将就如下四个问题展开: 第一, 该条款究竟是所有权结构条款还是国有化条款? 第二, 该条款的合法性如何? 第三, 该条款的实际影响是什么? 第四, “征地悖论”是否成立?

收稿日期: 2015-05-09

作者简介: 彭醇 (1985-), 男, 湖南常德人, 北京大学法学院博士后、公众参与中心高级研究员, 牛津大学法学博士。

^①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 197 页。

一、所有权条款还是国有化条款？

从马恩以降有关生产资料国有化的社会主义理论传统来看，中国八二宪法第十条前两款的规定是颇令人疑惑的。一方面，既然生产资料（包括土地）的国有化是长久以来所公认的社会主义要素，为什么中华人民共和国在建国之后三十多年才将该要素纳入宪法？为什么是1982年？尤其值得思索的是，这一社会主义要素并不是首先体现在意识形态色彩更为浓厚的两部文革宪法中。另一方面，无论是社会主义理论，还是苏联的实践，均不区别城市和农村两类土地，而要求全盘国有化——为何中国的宪法只规定城市土地国有化？

事实上，这样一种土地所有权结构不仅在中国，而且在世界范围内都是前无古人的。近年来，已有诸多研究就其来源做了细致扎实的源流爬梳。^② 本文这一部分讨论将借鉴这些成果。

在探讨八二宪法“城市土地属于国家所有”条款的由来之前，我们有必要简述中国在1982年之前的城市土地管理体制。当共产党于1949年全面接管城市时，据统计，共有20%的城市土地由外国资本家和官僚资本家所有，10%由民族资本家占有，剩余的70%则由小业主所占有。^③ 1949到1966年间，依据土地所有者的阶级划分和土地利用状况，中共采取了三种截然不同的城市土地管理政策。^④

第一，没收和国有化适用于外国资本家和官僚资产阶级所有的城市土地。^⑤ 第二，对民族资本家所有土地的政策则更为缓和，即不立即没收，但进行社会主义改造。^⑥ 一方面，就这两类阶级用于工业生产目的和大规模商业出租的土地，社会主义改造以公私合营的方式进行。另一方面，就其低于政府规定规模的出租土地，社会主义改造的方式则是国家经租，这与公私合营本质上类似，都是国家代替原所有者出租房屋，将租金收入一少部分在一定时间内返还给原所有者。^⑦ 原所有者被禁止退出国家经租，也自此丧失对土地的所有权。第三，对于民族资产阶级所有的、低于国家规定规模的出租土地和小业主的自住土地，国家并不直接干预。

上述对不同类别的城市土地进行区别管理的政策在文革中被逆转。1967年11月4日，《国家房管局、财政部税务总局答复关于城镇土地国有化请示提纲的记录》指出“无论什么空地（包括旗地）无论什么人的土地（包括剥削者、劳动人民）都要收归国有。”现实中，全国各地出现了大范围的私有土地和房产的没收。例如，据1983年3月11日北京市人民政府发布的《关于落实“文革”中接管的私房政策的若干规定》，文革期间，北京共有5000套、共7650000平方米的私有或出租房被没收，相当于解放初全市房屋总面积的三分之一。

尽管如此，当八二宪法于1982年12月通过时，私有的城市土地仍然存在。换言之，并非全部城市土地都已经在文革中被国有化了。这一点在1978年宪法中得到印证，该法第六条规定国家可

^②较近的研究，参见杨俊锋《我国城市土地国有制的演进与由来》，《甘肃行政学院学报》2011年第1期；周其仁《城市土地国有化是全盘土地国有化第一步》，《经济观察报》2012年10月22日，第48版；程雪阳《城市土地国有规定的由来》，《炎黄春秋》2013年第6期。更早的研究，参见范亮《谈城市的土地属于国家所有后的程序问题》，<http://www.china-week.com/info/00612.htm>，2014年6月23日访问。

^③参见李元主编《中国土地资源》，中国大地出版社2000年版，第339页。

^④郊区土地也适用类似的政策。参见1950年11月10日公布的《城市郊区土地改革条例》。

^⑤参见1951年2月4日《国务院关于没收战犯汉奸官僚资本家及反革命分子财产的指示》；1951年6月22日《国务院关于没收反革命罪犯财产的规定》。

^⑥参见1956年1月18日《关于目前城市私有房产基本情况及进行社会主义改造的意见》；1964年1月13日国务院批转国家房产管理局《关于私有出租房屋社会主义改造问题的报告》。

^⑦实践中，这种返还到文革开始就结束了。不同城市规定了不同的经租起算点。参见周其仁《“城市土地国有化”之谜》，《经济观察报》2012年10月15日，第47版。

以将城市土地收归国有。如果当时所有城市土地都已经国有，该条款就丧失了意义。此外，一个更明确的印证来自1982年3月27日发布的《关于城市（镇）房地产产权、产籍管理暂行规定》。在该文件中，国家城市建设总局要求各地审查、确认房屋土地所有权，其中就包括私有房产。那么，是什么原因导致区区几个月后，八二宪法就宣布城市土地属于国家所有呢？

答案需要在八二宪法的立法过程中寻找。这方面，现有研究已经有相当充分的阐述。在1981年3月之前的两个宪法草稿中，城市和农村土地所有权的条款还未出现。1981年3月，宪法修改委员会秘书处建议在宪法第一章总纲中加入土地全民和集体所有的内容。这是因为当时的制宪者认为土地是至关重要的一种生产资料和自然资源，其所有权自五四宪法以来均没有在宪法中得到反映，应该纳入八二宪法。^⑧到1981年末，我们今天所熟知的土地所有权结构条款就已经写进宪法草案。当年12月，宪法修改委员会副主任彭真对于这一内容写入宪法做了如下说明：“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。”^⑨类似的，根据1982年2月宪法修改委员会秘书处为委员会第二次全体会议准备的宪法修改草案（讨论稿）说明，城市土地国有是“我国实际情况的反映”。^⑩据此，该条款看似不过是对既成事实的一个宪法承认。

然而，基于前文所述，城市土地国有的规定不可能仅仅是在重申现状——八二宪法制定之时，城市土地私有的情况仍然存在。这是否意味着制宪者忽略或忘记了这一事实？答案是否定的。因为1982年2月至4月间的宪法修改讨论记录表明，制宪者其实非常清楚城市土地部分私有的事实，但仍做出了城市土地国有的选择。^⑪为什么？

讨论中有两种关于土地所有权条款草稿的对立意见。一种意见认为不应该将农村土地留在集体手中。宪法应当规定所有土地国有，农民集体仅保留对农村土地的使用权。^⑫这种意见的核心考虑在于农村土地集体所有将给国家建设带来重大障碍。其中尤以国家科委主任方毅的意见为代表：

“这两种所有制的矛盾日益尖锐和严重。国家企业、事业要发展，要用地，而土地有限，郊区和农村土地归集体所有，变成了他们向国家敲竹杠、发洋财的手段。一亩地索要上万元，靠卖地生产队可以安排社员一辈子、三辈子都过好日子，不需劳动了……现在国家盖房要比登天还难，而农民自己盖房，却大量占用好地……这样下去，富了农民，穷了全民，矛盾越来越尖锐。我国矿藏发现较少，发现了要开采就与农民发生矛盾，要花很大代价，限制了国家的发展。因此，建议土地一律归国家所有，集体只有使用权。”^⑬

值得注意的是，方毅和其他人的上述担心绝非毫无根据。在1980和1981年全国人大的几次会议上，许多代表提出应尽快制定土地征用方面的法律来解决农民或集体漫天要价、阻碍国家征地的问题。^⑭

进入八十年代，当全国工作重点转移到经济建设上时，国家开始大规模的非农业建设，对农村

^⑧参见程雪阳《城市土地国有规定的由来》，《炎黄春秋》2013年第6期，第38页。

^⑨同注②，程雪阳文，第38页。

^⑩许崇德《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第619页。

^⑪参见注⑩，第18章。

^⑫参见注⑩，第645、680页。

^⑬同注⑩，第644-645页。

^⑭参见《中华人民共和国第五届全国人民代表大会第三次会议提案及审查意见》，第408、469页；《中华人民共和国第五届全国人民代表大会第四次会议提案及审查意见》，第1838页。严格来说，1958年《国家建设征用土地办法》在当时并未被正式撤销，从理论上讲仍然继续有效。但现实中，该办法于文革期间不再被使用。这一点为1982年4月28日《关于〈国家建设征用土地条例（草案）〉的说明》所印证。

土地的需求迅速增加，征地和农地集体所有之间的矛盾愈发突出。为促进国家建设，部分制宪者迫切地感到有必要实行土地全盘国有化。这正是作为社会主义标志的土地国有政策直到1982年才正式写入宪法的现实动力。

与此相对，另一种观点认为农村土地应留在集体手中。如前所言，这种土地部分国有化的观点与经典的社会主义理论实践是相违背的。但持该论者提出了三点实际考虑。首先，农村土地国有化并不会解决农民抗拒征地的的问题，因为征用国有土地也需要给补偿，也会遇到抵抗。时任中央军委副主席杨尚昆指出“土地即使国有，扯皮也解决不了。城市土地国有，天津街道拆迁时有3户硬不搬。北京广安门也有这种情况。”^⑮其次，全国人大常委会法制委员会副主任杨秀峰认为在解决以下几个问题之前，国有化没有意义“土地归国有，如何管理？谁来使用？管理很复杂，还有干部的情况。”因此，他认为“国有的问题不是当务之急……国有的问题没有必要，也不急于搞。”^⑯最后，最重要的是，宪法修改委员会的两位领导人胡乔木和彭真都认为将原属农村集体所有的农地转为国有将引起不必要的震动。前者指出“如果规定农村土地一律国有，除了动荡，国家将得不到任何东西。”后者也认为“农村、镇、城市郊区的土地属于集体所有，这样，震动小一些”。^⑰

需要指出，在目前可见的宪法修改讨论记录中，没有任何人曾经对城市土地国有提出过反对。这并不是说全体制宪者都相信所有城市土地在当时都已被国有化——恰恰相反，时任最高人民法院院长江华在1982年4月指出“宅基地，大城市与中小城市有区别；房改了的与没有房改的，二者也有区别。一下子国有，这些区别全没了。”^⑱回顾前文所述的中共解放后的城市土地政策，我们不难理解江华此处所讲的房改与未经房改的城市宅基地之区别正在于前者国有、后者私有。他所担心的，恰是宣布城市土地国有将抹杀这一依旧存在的差别。由此我们可以推断八二宪法城市土地国有条款并非一个制宪者误信城市土地已经国有化的结果。据上文论述，它是制宪者出于诸种现实考虑对全盘国有化主张的一个妥协，即部分国有化。在这个意义上，八二宪法中城市土地国有的条款不应仅被视为关于土地所有权结构的安排，而应被视为一个土地国有化条款。

二、八二宪法城市土地国有条款合法性之争

近年来，学界对于城市土地国家所有这一条款的合法性出现两种不同意见。主流意见认为该条款合法性很成问题，其理由有三。第一，如前所述，全盘国有化的政策首先在文革中被提出，有论者指出八二宪法国有化条款是继承了本应摒弃的文革遗产。^⑲第二，由于此次国有化既没有向城市土地所有者征询意见，也未支付任何赔偿，且缺乏明文法律基础，有论者认为国家无权仅仅通过宣布就剥夺公民私有的城市土地。^⑳第三，有论者提出用于居民自住的城市土地应该归类为生活资料，而非生产资料。因此，社会主义国有化的对象不应覆盖此类土地。^㉑另一方面，少数意见认为八二宪法国有化条款的合法性不存在瑕疵，原因在于它本质上是一种修宪权的行使。只要权限、程序适当，国家有权通过修改宪法的方式无偿剥夺城市土地上的私有权利。^㉒

^⑮同注⑩，第681、666页。胡乔木和彭真也有类似的意见。

^⑯同注⑩，第681页。

^⑰同注⑩，第666、681、682页。

^⑱同注⑩，第681页。

^⑲参见注②，程雪阳文，第41页。

^⑳参见杨俊锋《我国城市土地国有制的演进与由来》，《甘肃行政学院学报》2011年第1期，第105页；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197页。

^㉑参见周其仁《“城市土地国有化”之谜》，《经济观察报》2012年10月15日，第47版。

^㉒参见张睿《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91页。

笔者赞同少数派的观点，但是基于不同的理由。毫无疑问，八二宪法将城市土地国有化当然是通过修改宪法来完成的。但这一点仅仅触及了问题的表面，而且仅仅在形式上——而非实质上——证成了八二年土地国有化的合法性。更深层次上，八二宪法国有化条款是在行使主权者所固有的征地权力。在这一点上，八二宪法下的国有化与历史上的土改和社会主义改造相似。诚然，这并不是说历史在简单地自我重复。第一，1982年土地国有化的具体目的不再是社会革命，即对生产资料所有制的系统性更新，而是经济建设和发展，尤其是非农业领域的建设和发展。第二，与之前的两次革命不同的是，1982年的国有化并未经历大规模的全国性动员与运动。第三，笔者在另文中曾专门论证五四宪法征地条款中的“收归国有”意涵了当时还在筹备中的社会主义改造运动。^{②③}因此，社会主义改造是合宪运动。与此不同的是，1982年的国有化则不是由之前的宪法即1978年宪法所规定。第四，土地改革运动具有明文法律基础，即1947年《中国土地法大纲》和1950年《土地改革法》。相反，1982年的国有化并没有任何法律基础。第五，1982年土地国有化包含了全部的城市土地，其范围要广于五六十年代的未涉及私人自住房地地的社会主义改造运动。

即便如此，上述差异并不使得八二宪法下的城市土地国有化之合法性逊于之前的两次革命运动。理由如下。首先，土地国有化具体目的的改变并不影响主权者行使其固有的征地权力。其次，即使没有经历全国性的长期运动，1982年的国有化也绝非在民众毫不知情的情况下，一夜之间将私有城市土地宣布殆尽。事实上，1982年4至8月间，包含国有化条款的宪法修改草稿被公布以征求社会意见。据统计，两个月内，宪法修改委员会秘书处共收到1538封意见和建议来信，^{②④}其中就有不少关于国有化条款的评论。如北京王永泉等提出“宅基地是属于个人的，不应归国家或集体所有。”^{②⑤}再次，土地改革运动和社会主义改造运动总体依据党的政策来开展。这两点都属于执政党二十世纪革命史中的基本特点。然后，八二宪法国有化条款绝非文革遗产，理由有二。一方面，制宪过程记录显示，在讨论城市土地收归国有这一问题时，甚至没有任何人谈到过文革的国有化政策。另一方面，更重要的是，自马恩以降，土地国有就一直是社会主义理论的基本主张，在土改和社会主义改造运动中也为中共所实践，其绝非文革之发明创造。如前所言，八二宪法所做的无非是将这一传统宪法化。更重要的是，如上所述，此次国有化并不主要由意识形态所驱动，而是基于现实考量的妥协，与文革完全无关。最后，在社会主义理论中，土地一直被视作生产资料的典型内容。如《共产党宣言》不区分作为生产资料的土地和生活资料的土地，而一般性地主张废除土地私有制。在中国，1954年宪法（第十三条）、1975年宪法（第六条）和1978年宪法（第六条）都把土地划分为生产而非生活资料。这当然不是说土地不能用于生产之外的目的，如居民住房，后者在社会主义理论中无疑是一种生活资料。但这恰巧印证而非否证了土地作为一类劳动对象，即一种生产资料，通过与人类劳动的混合能创造出生活资料，即住房。1979年的《全国农村房屋建设工作会议的报告》指出“社员的住房，属于生活资料，产权应归社员所有”，但并未表示土地也属生活资料。事实上，社会主义改造运动之所以不触动私有自住房地产的原因并不在于该类房地产被视为生活资料。1949年8月11日《人民日报》刊登的《关于城市房产、房租的性质和政策》指出：

“城市房屋问题却与此（农村土地制度）不同。房屋不是自然物，而是劳动的产品。在商品生产的社会里，房屋就是一种商品，建筑房屋需要一定的投资，而且要经常出资加以修缮，当利用房屋的投资收取租息时，它就成为一种资本。因此城市里私人房主对房屋的占有，一般地不是封建性

^{②③}参见彭錚《五四宪法征地条款：迷思、真相与内在张力》（未刊稿）。

^{②④}参见注⑩，第719页。

^{②⑤}同注⑩，第721页。

质，而是资本主义性质的。在新民主主义革命时期，这种资本主义性质的房屋所有权，应当和其他官僚资本以外的私人资本的所有权一样地受到保护。至于和城市房屋相联系的地产的占有，因为城市土地有填平整理关系，有若干投资在内，并且经过几次手的买卖，其情形比较复杂，且已构成房产资本的不可分离的一部分，和农村土地不同，因此目前亦应暂不处理。”

据此，中共和人民政府对私人自住房地产采取的政策是“承认一般私人所有的房产的所有权，并保护这种产权所有人的正当合法经营”。之所以采用这种政策，原因是：

“只有这样，才能使城市居民有足够的房屋可住。如果不采取这样的方针，而采取相反的方针，如象土地改革运动中某些个别城市曾错误地实行的没收房屋，或不确定、不保护房屋所有权，不问具体情况，无条件、无限制地强制压低房屋租额等办法，结果就会造成城市房屋的破坏。当修盖房屋无利可图而房屋所有权又无可靠保障时，不仅没有人愿意花钱去盖新房屋，而且连旧有的房屋也会没有人管、没有人修，甚至任意拆卖；结果使得人民没有足够的房子住，对于人民反而极为不利。”

可见，社会主义改造运动范围的限缩不过是一种出于实际考虑的权宜之计，而不可能符合土地国有的社会主义目标。实际上，上述说明文章就表示“应当把所有城市房屋看作社会的财产，加以适当的监护。这样才能使城市房屋日渐增多，人民的居住不发生困难，给将来社会主义的房屋公共所有权制度，造下有利的条件。”可见，城市土地全盘公有一直是中共的政策愿景，范围受限的社会主义改造运动只是第一步。

综上，笔者认为，1982年的土地国有化之合法性与历史上的土地改革和社会主义改造运动并无二致。笔者以为，批评1982年国有化合合法性很大程度上是“醉翁之意不在酒”——其核心关切并非八二宪法第十条第一款宣布城市土地属于国家所有作为一个历史事件的合法性，而是该条款与第十条第三款所规定的征地公共利益前提之间的矛盾。这正是周其仁教授在十多年前提出的“征地悖论”。^{②⑥}这一观点眼下已然为学界普遍接受：“城市土地属于国家所有”和国家依据公共利益征收集体土地两者之间存在天然的紧张关系——并非任何将农村集体土地转变为城市土地的决定都必然出于公共利益。为了解决这一“征地悖论”，众多论者试图通过批评八二宪法国有化条款之合法性来主张废除或重新解释该条款。^{②⑦}

笔者完全理解上述担忧与努力，但不赞同其解决方案。这是因为破解“征地悖论”无须否认八二宪法国有化条款的合法性。下文将论证的是，八二宪法征地条款不要求农村土地转变为城市土地时必然经由国家征地。已成常识的“征地悖论”难以成立。

三、八二宪法国有化条款的遗产

（一）定义“城市土地”

早在1982年，当宪法修改草案公开征求意见时，来自湖南省建委办公室的吴民瑞就指出：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”。原因在于：第一，现有城市的市区范围是不断变化的，今后可能扩大；第二，新发展的市区与原有郊

^{②⑥}参见注①。

^{②⑦}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20页；郑振源《城市土地应不仅属国家所有》，<http://finance.jrj.com.cn/opinion/2012/10/15185714515992.shtml>，2014年7月1日访问；蔡继明《我国土地制度改革的顶层和系统设计》，http://www.sdney.gov.cn/art/2014/4/25/art_1794_365774.html，2014年7月1日访问；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。

区很难准确地划分清楚；第三，今后还将有越来越多的县镇和工矿区升级为城市。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属于国家所有呢？²⁸ 他在这里提出了两个非常重要的问题：如何界定和划分“城市土地”？八二宪法国有化条款对城市土地的实际影响到底是什么？这些重大问题并没有得到制宪者的直接回答。下文依次予以解答。

八二宪法以来，“城市土地”的含义从未获得任何公开权威解释。一个有价值的官方解释可见于全国人大常委会法制工作委员会于1998年出版的《中华人民共和国土地管理法释义》。该释义针对的是1998年修订的《土地管理法》。其中指出1998年《土地管理法》第八条规定基本上维持了1986年《土地管理法》第六条的规定，未作实质性的修改。而1986年《土地管理法》第六条关于国家和农民集体所有土地范围的规定则和1982年宪法第十条所规定的精神完全一致。²⁹ 据此，我们有充分理由将全国人大法工委对1998年《土地管理法》第八条的解释作为定义八二宪法国有化条款中“城市土地”之间接但可靠的依据。

与1986年《土地管理法》第六条一样，1998年《土地管理法》第八条规定“城市市区的土地”属于国家所有。八二宪法中的“城市”由此被替换为“城市市区”。那么，什么是“城市”？什么又是“市区”？上述全国人大法工委的解释指出：根据1989年《中华人民共和国城市规划法》第三条第一款的规定，“城市”是指“国家按行政建制设立的直辖市、市、镇”。“市区”，我国现行的法律还没有给予一个确切的定义，但在实践中，一般理解为城市的建成区。

以上定义有三点值得注意。首先，在中国设立城市本质上是一个行政决定。根据1985年《国务院关于行政区划管理的规定》第四、五条，国务院负责审批省、自治区、直辖市和市的设立，省级政府则负责审批市以下行政建制的设立。因此，八二宪法中的“城市”更多是一个行政管理上的概念，而非对特定区域社会经济发展状况的描述。其次，正因为第一点，一个通过行政决定设立的中国城市在其辖区内往往既包含了城区也包括从社会经济发展水平来看仍属于郊区或农村的区域。这也是为什么八二宪法中的“城市”需要在1986和1998年《土地管理法》中进一步细化为“城市市区”的原因——两者并非同义词，后者范畴小于前者。然后，正如全国人大法工委权威解释所指出的，“城市市区”实践中通常被理解为“城市的建成区”——什么是“城市建成区”？根据现行1998年版《城市规划术语标准》，“城市建成区”是指“城市行政区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。”这是在排除了行政区划的干扰之后，对一个城市辖区内经济社会发展水平已经城市化了的区域的最佳描述。³⁰

显然，上述对城市土地范围的界定是动态的，它会随着现有城市的扩张和新城市的建立不断变化。在中国的城市规划体制下，城市规划是城市发展的先导性指南。在一个区域被实际开发变成城市建成区之前，该区域首先会在城市规划图中被划定为“规划控制区”。简言之，今天的城市建成区是昨天的规划控制区，而今天的规划控制区则将是明天的城市建成区。因此，从动态视角来看，城市土地具有两种形态：城市建成区是实际的城市土地，规划控制区则是潜在的城市土地。两者共同被称为“城市规划区”。³¹ 在此意义上，八二宪法国有化条款中的“城市土地”理论上指的正是城市规划区内的土地，包括那些已经开发了建成区的土地以及根据城市规划预计将要开发的规划控制区内的土地。接下来的问题是：八二宪法“城市土地属于国家所有”的规定对此类土地有何实际影响？

²⁸ 参见注⑩，第721页。

²⁹ 参见卞耀武、李元主编《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。

³⁰ See George C. S. Lin, *Developing China: Land, Politics and Social Conditions*, Routledge, 2009, p. 15.

³¹ 参见1984年《城市规划条例》第29条；1989年《城市规划法》第三条；2007年《城乡规划法》第二条。

这一问题的答案分为两个层面。其一是该条款对八二宪法生效时（1982年12月4日）已经存在的城市土地的影响。另一方面是该条款对于八二宪法生效以后形成的城市土地的影响。

（二）八二宪法国有化条款对既存城市土地的影响

根据上文定义，在八二宪法生效时就存在的城市土地可做广义或狭义理解。广义包括两类，第一类是当时的城市建成区的土地，第二类是当时的规划控制区内的土地。狭义上则仅指前者。基于以下两点原因，我认为制宪者所指的在八二宪法生效之时既存的城市土地应该是狭义上的。一方面，中国的城市规划在文革时期基本停止。^②直到1980年底，国务院在《全国城市规划工作会议纪要》中才重新要求全国各城市编制城市总体规划和详细规划，并力争在1982年底以前完成。然而事实上，绝大部分城市的规划制定工作直到1986年才完成。^③因此，在1982年12月宪法通过之时，大部分中国城市是没有城市规划的。例如，北京城市总体规划于1983年7月才得到国务院批准。上海的城市总体规划则迟至1986年才获批。这就意味着这些还没有编制城市规划的城市根本不存在什么规划控制区。另一方面，在1982年底宪法通过之前，中国确实有部分城市完成了城市规划编制，例如沈阳、合肥和长沙等。但现实情况是这些城市纳入规划控制区的土地并没有因为八二宪法的通过而自动被收归国有。比如沈阳当时的城市规划期为1979-2000年——我们无法想象，而且现实也并没有发生这样的情况：当地划入规划控制区的全部土地都被八二宪法所国有化了。在这种情况下，我们有理由认为八二宪法通过时既存的城市土地指的就是当时已经被开发的城市建成区。

紧接着的问题是：八二宪法国有化条款对这类城市土地产生了何种影响？目前的学界共识认为，尽管八二宪法生效之前仍为私有的土地就此被国有化，但这并不立即剥夺原私有者对土地的占有和使用权。换言之，八二宪法国有化条款不影响当时既存城市土地由原主持续使用。很大程度上，这也解释了为什么这一条款在当时没有引起大的震动和反对。事实上，这一城市土地所有权国有化、使用权照旧的宪法安排，近七年之后才正式获得下位法的认可。国家土地管理局1989年7月15日印发的《关于确定土地权属问题的若干意见》第十五条规定“凡依法经国家征用、划拨、解放初期接收或通过继承、接受地上建筑物等方式合法使用国有土地的，可以依照规定确定其国有土地使用权。”但这仍没有正面说明八二宪法国有化之后原所有者对其土地享有何种权利。1990年4月23日，国家土地管理局对最高人民法院关于城市宅基地所有权、使用权等问题的复函给出了一个更为直接的答案“我国1982年宪法规定城市土地归国家所有后，公民对原属自己所有的城市土地应该自然享有使用权。”1995年3月11日，国家土地管理局发布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》第二十八条则进一步从法律上确认了这一点“土地公有制之前，通过购买房屋或土地及租赁土地方式使用私有的土地，土地转为国有后迄今仍继续使用的，可确定现使用者国有土地使用权。”据此，1982年的国有化对私有产权的冲击要比之前的土改和社会主义改造运动更小。

然而我们并不能就此得出结论说八二宪法国有化条款的影响仅仅是名义上的——尽管不要求国家对土地所有者付给补偿或剥夺其占有、使用土地的权利，其影响仍然是实质性的。这种影响集中体现在国有化后的土地，国家收回时行使的不再是需要补偿的征收权，而是无偿的国有土地收回权。事实上，我国自五十年代开始，国家收回国有土地使用权都是不给补偿的。如1950年《村镇建房用地管理条例》第十三条规定“国家为市政建设及其他需要收回由农民耕种的国有土地时，应给耕种该项土地的农民以适当的安置，并对其在该项土地上的生产投资（如凿井、植树等）及

^②参见谭纵波《城市规划》，清华大学出版社2005年版，第412页。

^③参见注^②，第413页。

其他损失，予以公平合理的补偿。”这里并没有提到补偿农民的国有土地使用权。1953年《国家建设征用土地办法》第九条规定“征用公有土地及城市郊区国有土地时，对耕种该土地的农民亦应依其生活情况适当予以补助。该土地上的附着物和农作物同样按第八条第二项规定办理。”这里也没有提到对国有土地使用权的补偿。类似的规定也可见于1958年《国家建设征用土地条例》第十八条。改革开放之后，无论是1991年或2001年的《城市房屋拆迁管理条例》还是2011年《国有土地上房屋征收与补偿条例》，均没有规定国家收回国有土地使用权需要对使用权本身给予补偿。^{③④}

但这一制度从来没有获得官方的说明，须放在历史背景中理解。它来源于前苏联土地法。前苏联于1936年建成社会主义、土地全面国有化之后，规定国有土地可以被国家收回。除了对地上附着物的成本进行补偿以外，苏联土地法并不要求对使用权进行补偿。之所以这样规定，原因是在前苏联，国有土地使用权作为国家无偿分配的对象，在收回时自然无需给予原使用者任何补偿。^{③⑤}类似的，1982年国有化之后，原土地所有者继续享有的使用权在中国也并不被视为其土地所有权的剩余或延续，而是经由国家无偿分配而获得的权利。因此，国家在收回这项本没有付出代价的权利时，自然也无需补偿。值得注意的是，由于我国国有土地使用权在1980年代末后开始有偿出让，对于那些在出让期满之前收回的国有土地使用权，1994年《城市房地产管理法》第十九条和2007年《物权法》第一百四十八条都规定国家应给予补偿或退还相应的出让金。但这一制度显然不适用于土地私有者在1982年国有化之后对其原来所有的土地享有的使用权。因此，他们的此类使用权被国家收回时并不能获得补偿。总体而言，通过降低收回国有土地使用权的成本，八二宪法国有化条款的确在相当程度上实现了制宪者减少国家征地阻力的意图。

（三）八二宪法国有化条款对宪法生效之后形成的城市土地的影响

与上一种情况不同的是，就八二宪法国有化条款对1982年以后所形成的城市土地究竟有何影响，学界远没有达成共识。在这方面，大致有三种观点。第一种观点认为根据该条款，八二宪法生效以后纳入城市规划区内的土地应自动被国有化。^{③⑥}第二种观点认为此类土地不会被自动国有化，但国家有义务最终将之征收。第三种观点则认为该类土地既不会被自动国有化，国家也没有义务将其征收。笔者认为第三种观点是符合制宪者原意和现实情况的。理由如下。

认为八二宪法国有化条款将使城市规划区内土地自动被收归国有的观点面临两大问题。首先，它与现实不符。八二宪法生效以后，绝大多数情况下，集体土地并不会仅仅因为被划入城市规划区而自动被收归国有。以笔者的阅读所及，这方面的唯一例外在于1992年河南省济源市《关于城市规划区内集体土地国有化有关问题的通知》（济政[1992]92号）规定“城市规划区内集体土地从一九九二年十二月三十一日起变为国家所有，实行国有化管理。”该文件同时规定“国家建设未使用的土地，仍由当地居民委员会使用。”^{③⑦}我们不难发现这一地方性规定与前文所分析的八二宪法国有化条款对宪法生效时既存的城市土地之影响高度相似。实际上，济源市政府该项规定所引用的正是城市土地国家所有条款。这是否是对该条款的正确理解和运用？笔者认为答案是否定的——严格说来，济源市1992年的文件违反了宪法。这是因为1954年（第十三条）、1975年（第六

^{③④}需要指出的是，2011年颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十九条规定“被征收房屋价值的补偿，不得低于房屋征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格。”这实际上是间接确认了国家须对承载房屋的国有土地使用权做一定补偿，但这一点没有明确写进同法第十七条所规定的补偿范围。此处感谢北大法学院沈岿教授的提醒。

^{③⑤}F. J. M. Feldbrugge, G. P. Van den Berg and William B. Simons (eds.), *Encyclopedia of Soviet Law*, 2nd edn., Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 438; William B. Simons (ed.), *The Soviet Codes of Law*, Sijthoff and Noordhoff, Vol. 23, 1980, pp. 879-80.

^{③⑥}参见王维洛《1982年的一场无声无息的土地“革命”——中国的私有土地是如何国有化的？》，<http://www.modernchinastudies.org/us/issues/past-issues/98-mcs-2007-issue-4/1027-1982-.html>，2014年6月23日访问。

^{③⑦}转引自“吕玲茹与济源市人民政府土地行政许可纠纷申请再审案”，<http://210.73.66.144:4601/law?fn=cas173s914.txt&truetag=338&titles=&contents=&dbt=cas>，2014年7月1日访问。

条)、1978年(第六条)三部宪法中均规定国家有权将土地收归国有,这一规定在八二宪法中不复存在。既有研究对这一改变从未给予关注,也未对变化原因提出任何解释。在前文分析的基础上,笔者尝试提出以下两点理由。其一,如上所言,土地国有化的权力曾经在土改运动和社会主义改造运动中被运用。五四宪法制定时,尽管土改已经结束,但社会主义运动正在积极酝酿之中,故五四宪法征地条款(第十三条)明文规定国家有把土地收归国有的权力。但到了1982年,中国并没有进行或打算进行任何土地国有化的革命运动,因此国有化权力无须再被写入宪法。其二,改革开放初期,在多年的封闭以后,中国急需来自海外的投资来刺激经济腾飞。国有化无疑构成对海外投资者信心的重大障碍。因此,作为改革开放之后首批法律之一,1979年7月1日公布的《中外合资经营企业法》第二条明确承诺“国家对合营企业不实行国有化。”在此背景下,我们有理由认为八二宪法制定者在拟定征地条款时有意地去掉了收归国有这一项。

与本文主题关系更密切的一点是,八二宪法征地条款中去除收归国有权力是一项意义重大的宪法变化。尽管它并不意味国家自此放弃了作为主权权力的土地国有化,但它的确表明国有化作为一种成文宪法上的权力被正式取消。换言之,自八二宪法以后,国家不能再搞土地国有化的同时称其符合成文宪法。这是城市规划区内土地不会被自动收归国的第二个原因。

这方面也许存在一个反例。1998年《土地管理法实施条例》第二条第五款规定“下列土地属于全民所有即国家所有:(五)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”。近年以来,我国一些地方政府援用该项规定,通过重新划分农村居民的户口类型,以“村改居”的方式进行土地国有化。^③例如,2002年5月4日,《广州市关于“城中村”改制工作的若干意见》规定“实施改制的‘城中村’,在农民建制转为城市居民后,村行政管辖范围内的剩余集体土地,按《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二章第二条第(五)款的规定,一次性转为国有土地,其合法土地使用权人和用地功能性质不改变,原农用地承包继续享有国有农用地的承包经营权,对改制后的土地使用权人核发国有土地使用证。”2004年6月26日,深圳市《深圳市宝安龙岗两区城市化土地管理办法》第二条规定“根据《中华人民共和国土地管理法实施条例》的相关规定,两区农村集体经济组织全部成员转为城镇居民后,原属于其成员集体所有的土地属于国家所有。”两者的区别在于广州仅仅是名义的土地国有化而不涉及对土地使用的直接改变——这一点与八二宪法类似。相反,深圳实施的则是实际的土地国有化。根据前引办法第十二条,“自签订补偿协议或作出补偿决定之日起30日内,土地由国土管理部门接收,统一纳入土地储备管理。继受单位和个人未经国土管理部门批准不得继续使用,其它任何单位和个人亦不得非法占用。”根据第六条,“补偿费用包括土地补偿费、青苗补偿费和地上附着物补偿费”。需要注意的是,这里的补偿规定并不表示深圳事实上是在进行土地征收。因为从补偿内容来看,深圳的上述办法并不包含安置补偿费这一《土地管理法》第四十七条明定的土地征收补偿款项。所以从法律性质来讲,深圳并不是在实施征收,而是一种含有补偿的国有化。总体而言,部分地方政府的此类实践表明,它们认为在八二宪法生效之后,国家仍能以改变居民户口性质的方式来进行土地国有化。

但上述对相关法律的理解是不准确的。2005年3月4日,即深圳宝安、龙岗两区土地国有化之后不到一年,《国务院法制办公室、国土资源部关于对〈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》就明确表示相关规定“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”。显然,中央法制和业务主管部门的权威解释封锁了地方政府借《土地管理法实施条

^③最早发现这一问题的文献,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。

例》第二条第五款进行土地国有化的渠道——农村土地只能被征收，不能被以任何方式收归国有。事实上，对以“村改居”推动集体土地国有化的做法，中央在过去十年内曾多次发文禁止。^⑨ 据媒体报道，国务院法制办和国土资源部虽然事后接受了深圳的做法，但其意见是“不宜模仿”、“下不为例”。^⑩ 诚然，从1998年《土地管理法实施条例》至2005年中央有关部门做出上述说明之间隔了七年时间。也许有人会说该说明所反映的并非立法原意。这样的看法是不准确的。1998年《土地管理法实施条例》第二条第五款最可能源自1995年5月1日开始实施的国土资源部《确定土地所有权和使用权的若干规定》第十四条“因国家建设征用土地，农民集体建制被撤销或其人口全部转为非农业人口，其未经征用的土地，归国家所有。继续使用原有土地的原农民集体及其成员享有国有土地使用权。”这一条文明确了土地因农村人口转为非农业人口而成为国有的前提条件在于该片土地在经过了国家征用（2004年修宪以后为征收）之后，剩余的土地才能归国家所有。这一规定的问题在于没有说清楚剩余土地归国家所有的实现方式。所以1998年《土地管理法实施条例》中的规定会给人一种错误印象，意味集体在国家征地后所剩余土地可直接国有化。但2005年的上述解释表明，征收之后剩余的集体土地同样也只能被征收。综上，城市规划区内的土地并不会自动被国有化。

接下来考察第二种观点，即八二宪法之后被纳入城市规划区内的土地不会被自动国有化，但国家有义务最终将之征收。长期以来，这一观点在学界和实务界均占主流地位，并催生了对所谓“征地悖论”的省思与担忧。在许多人看来，八二宪法第十条第一句话白纸黑字地写道“城市土地属于国家所有”——仿佛是逻辑结论一般，当一块土地在城市规划之下被划定为城市规划区（无论是建成区还是规划控制区），该块土地就成为了城市土地，进而必须为国家所有。如前所述，八二宪法之后，国家无权以合乎成文宪法的方式国有化此类土地。因此，其最终必须征收此类土地，否则宪法第十条第一款的规定就会落空，即城市土地不属于国家所有。可是，一旦国家征收此类土地，尽管这并不必然会违背宪法同一条第三款规定的征地公共利益前提，但审查具体征地决定是否符合公共利益将就此失去意义，因为无论结果如何，国家征地必须伴土地城市化而行。

为了解决“征地悖论”，现有研究提出了两种方案。一种方案是取消征地的公共利益前提。^⑪ 这一观点无疑是过于激进了——世界上绝大部分国家的宪法和法律在财产征收问题上都要求以公共利益为目的。另一种方案则是使土地城市化与征地脱钩，这又可以通过两种办法实现。一方面，一些学者主张废除城市土地国有的宪法条款。^⑫ 另一方面，近几年来，有学者提出替代性方案，即重新解释城市土地国有条款，使国家不再负有征收已经城市化土地的义务。这就是前文提到的关于八二宪法国有化条款对于1982年以后形成的城市土地之实际影响的第三类观点：此类土地既不会被自动国有化，国家也无须最终将其征收。

目前有三类理由支持该观点。首先，有学者主张把城市土地国有的宪法条款解释为要求国家征收全部城市土地是对宪法的一种误读，因为将征地与城市化天然挂钩“违背了尊重人权、法治、公正和市场规律的宪法精神，而且已经在实践中造成了极其严重的社会后果”。更重要的是，

^⑨ 参见2004年10月21日《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》；2011年2月26日《国务院办公厅关于积极稳妥推进户籍管理制度改革的通知》。

^⑩ 参见《深圳农地国有化“特例”》，<http://finance.people.com.cn/GB/70392/4996685.html>，2014年7月6日访问。

^⑪ 参见赵红梅《无需区分“公共利益”与“非公共利益”——征地制度的政府、社会联动新模式构想》，《中国土地》2006年第8期。

^⑫ 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20页；郑振源《城市土地应不仅属国家所有》，<http://finance.jrj.com.cn/opinion/2012/10/15185714515992.shtml>，2014年7月1日访问；蔡继明《我国土地制度改革的顶层和系统设计》，http://www.sdny.gov.cn/art/2014/4/25/art_1794_365774.html，2014年7月1日访问。

“1982年宪法本身并没有任何文字表明两种土地所有权之间的转换需要经过征收环节，也没有任何历史记录证明第10条暗含着此类制宪意图。”^⑬其次，有学者主张“城市土地属于国家所有”应解释为“城市土地可以属于国家所有”，而非“城市土地必须属于国家所有”。原因在于后一种解释方案在实践中造成了一系列负面后果，包括对私权的侵犯和对国家合法性的严重侵蚀。^⑭最后，也有人指出八二宪法城市土地国有的条款对1982年以后形成的城市土地不产生实际影响。尽管该条款国有化了八二宪法生效时已经存在的城市土地，即当时既存的城市建成区内的土地，但它并没有给国家施加保证所有城市土地必须为己所有的义务。^⑮换言之，八二宪法国有化条款仅仅是面向历史。颇为遗憾的是，持此种观点者并没有给出任何具体的理由或论证。

笔者完全赞同上述前两类观点的使土地城市化与征地脱钩的良好愿望，但其问题在于论证不足。把土地城市化等同于征地将带来一系列负面后果作为使两者脱钩的理由，是一种“结果主义”（consequentialism）的论证手法，其效果是颇为有限的。因为防止这些负面后果是使土地城市化脱钩于国家征地的目的（aim），而非以此种或彼种方式实现脱钩的理由（justification）。换言之，将土地城市化=征地的不良后果只告诉我们为什么要使两者脱钩，而没有告诉我们怎么做。同时，认为八二宪法制宪者并没有将两者挂钩的原意是相当合理的解读。因为从现有的制宪史材料不难看出，制宪者在讨论中并不是特别关心如何精细区分城市与非城市土地，也没有解决城市土地边界不断变化的问题，尤其是没有给出城市土地的准确定义。然而在现实中，并没有任何人以制宪者原意为依据来论证土地城市化等于征地。我们完全可以认为即便制宪者在八十年代初并没有把两者挂钩的想法，仅仅从宪法条文的字面含义来看，土地城市化等于征地也是唯一可能的结论。因此，将“城市土地属于国家所有”解释为“可以所有”首先违背了宪法文本的字面含义。更重要的是，这种解释也不符合该条款确实将八二宪法生效时既存的城市土地全部国有化的历史事实。申言之，它的实际效果是将同一条款割裂为宪法生效前和宪法生效后两个阶段，前者是“必须国有化”，而后者则是“可以国有化”。在这种情况下，笔者认为，对八二宪法城市国有化条款的正确理解是该条款仅仅适用于宪法生效时既存的城市土地，它既不适用于宪法生效之后形成的城市土地，也不要求国家国有化或征收此类土地。这里的理由并不在于此种理解将破解“征地悖论”，而是该悖论难以成立。

四、“征地悖论”成立吗？

早在1984年1月，即八二宪法生效后一年，共和国首部城市规划相关法律——《城市规划条例》出台。该《条例》第三十一条规定“任何组织和个人在城市规划区内进行各项建设，需要使用属于国家所有的土地或者征用属于集体所有的土地，都必须持经国家规定程序批准的建设计划、设计任务书或者其他有关证明文件，向城市规划主管部门提出建设用地的申请。”第三十三条规定“在城市规划区内，需要征用属于集体所有的土地进行建设的，由城市人民政府按照国家关于建设征用土地的规定，统一向农村人民公社和农业生产合作社征地。”第三十五条“位于城市规划区内的农村人民公社和农业生产合作社，新建或扩大农村居民点和企业、事业单位，其用地位置

^⑬张千帆《城市化不需要征地——清除城乡土地二元结构的宪法误区》，《法学》2012年第6期。

^⑭参见程雪阳《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。

^⑮参见杨俊锋《我国城市土地国有制的演进与由来》，《甘肃行政学院学报》2011年第1期，第105页；陈沉《正确运用“城市的土地属于国家所有”》，《资源导刊》2012年第3期，第41页；袁震《论集体土地所有权客体范围的确定》，《河北法学》2012年第11期，第43页；刘连泰《集体土地征收制度变革的宪法空间》，《法商研究》2014年第3期，第10页。

和范围，应当报经城市规划主管部门审查批准。”

分析上述规定可以得出以下两点结论。首先，在八二宪法生效以后，城市规划区内的土地或城市土地不会被自动国有化，该区域内仍存在非国有的集体土地——否则上引第三十一和三十三条不会规定在城市规划区内进行各项建设会涉及国家向农村集体征地。类似的，1994年《城市房地产管理法》第八条和2007年修订的《城市房地产管理法》第九条均规定“城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让。”其次，正如上引第三十五条所揭示的，在获得规划许可的前提下，农村集体仍可以使用其位于城市规划区内的土地新建或扩大农村居民点和企业、事业单位。这里需要进一步探究的是：国家什么时候需要征收处在城市规划区内的集体土地？上引第三十一条表明这种需要在“任何组织和个人在城市规划区内进行各项建设”时产生——“各项建设”穷尽了国家征收集体所有的城市土地的全部可能情况吗？其含义为何？哪些城市规划区内的建设必须经由国家征地，哪些又可以由农村集体自己进行？为了回答这些问题，我们必须检视当时的土地管理体制。

改革开放以后直到1986年《土地管理法》实施以前，中国的农村土地管理体制的法律规定见于1982年2月13日公布的《村镇建房用地管理条例》。该条例对农村集体和其它组织或个人使用集体用地做了以下区分。首先，农村集体可以在上级政府审批的前提下，将其所有的土地用于“个人建房和社队企业、事业单位建设”、“公共建筑、生产建筑、公用设施、场院、道路、绿化等用地”。“任何机关、企业、事业单位和个人不准擅自占地建房、进行建设或越权批准占用土地。”其次，“全民所有制单位，包括同社队联营的企业在内，其建设用地，应按国家建设征用土地的规定办理。非农业人口兴办的集体所有制企业建设用地，参照国家建设征用土地的规定办理。”^{①⑥}在这些规定的基础上，尽管没有明文要求，1982年的《村镇建房用地管理条例》实际上把农村集体将自己所有的土地用于非农业生产的情况限定在法律所列举的范围内。范围之外的单位或个人对集体土地的非农业生产使用都必须经过国家征地。

在此，我们很难不联想到现行土地管理法对于农村集体土地的用途管制规定。据2004年修订的《土地管理法》第四十三、六十、六十三条，农村集体土地一般只能被用于农业/非建设目的。在上级政府依法批准的前提下，农村集体可以将自己的土地用于“兴办乡镇企业和村民建设住宅”、“乡（镇）村公共设施和公益事业建设”、村集体经济组织兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业。“符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移”时，原集体用地也可用于非农业目的。除此之外，农村集体土地要想用于非农业目的首先必须被国家征收为国有土地。结合前文讨论，我们不难发现这种对集体土地相当严格的用途管制早在八十年代就已成形。所谓“各项建设”本质上是指法律列举的农村集体可以自己进行的建设之外的、必须由非集体组织的单位或个人进行的建设——这些建设都必然要求国家征地。我将此称之为“集体土地非农使用以国家征地为原则，集体自用为例外”。

上文分析表明，根据1984年《城市规划条例》，国家征收城市规划区内的集体土地并不是因为该片土地位于城市规划区内或被界定为城市土地。事实上，只有当位于城市规划区内的集体土地需要被用于那些无法由农村集体自己进行的非农业建设时，国家征地才成为必需。我们没有任何理由认为1984年《城市规划条例》违反宪法——恰恰相反，由于其发布时间与八二宪法的通过时间十分临近，我们完全有理由认为该条例非常准确地反映了宪法本意。因此，八二宪法“城市土地

^{①⑥}《村镇建房用地管理条例》第五、七、九至十一、十六条。

属于国家所有”的规定并不给国家施以征收城市规划区内的集体土地即城市土地的义务——除非该片土地为不能由集体自己进行的非农建设所需。在此意义上，土地城市化与征地公共利益前提之间的“征地悖论”并不成立。之所以认为八二宪法第十条第一款和第三款之间存在矛盾关系，是因为城市建成区内的土地一般都由国家征收所有。上文引述的1998年全国人大法工委对《土地管理法实施条例》的解释指出“城市市区”实践中通常被理解为“城市的建成区”。这一认识反映了城市建成区内土地属于城市土地并为国家所有的现实。但如上所言，这种现实存在的原因并不在于国家有义务征收城市建成区内的集体土地，而在于国家首先需要征收这些集体土地，才能进一步将其用于集体本身不能进行的非农建设，如城市基础设施建设，从而把该区域变成城市建成区。这里显然存在一个农村集体土地用途管制与征地公共利益前提之间的紧张关系——并非所有的非农建设都必然符合公共利益。但无论如何，这已是与城市土地国有条款无关的另一个话题了。

针对认为八二宪法国有化条款仅仅具有历史意义而不要求国家征收城市化了集体土地的观点，程雪阳博士曾提出四点反驳。^④ 第一，认为“城市的土地属于国家所有”这一规定仅仅具有总结历史的面向，却对当下和未来不具有约束力实际上将该规定视作一个事实陈述性的规定，而非一个旨在约束人们未来行为的法律规范。这样的解释并不符合宪法条文本身的规范性质。第二，在实践层面，这种解释方案默认了宪法第十条第一款是对1982年之前依然存在的城市私有土地的“无偿概括国有化”，因此违背了“法不溯及既往”的原则。第三，这种解释方案也没有回答1982年以后的城市土地应当如何处理这一问题。第四，在操作层面，这一解释方案不具有可操作性，因为今天的人们根本无法准确界定1982年宪法通过那一刻“城市”的边界。

笔者认为，上述反驳是站不住脚的。第一，城市土地国有条款仅仅适用于八二宪法生效时既存的城市土地并不意味着该条款纯粹只是一个陈述性的规定，不具有任何对未来的规范效力。恰恰相反，它仍然是一个规范性的条款，因为它要求宪法生效之后全社会都必须认可和接受城市土地被国有化的事实。现实中，如果关于某片土地的所有权归属存在争议，法院必须考虑的一个因素是该片土地在八二宪法生效时是否应划为城市土地——如果答案是肯定的，则系争土地已经被国有化；如果答案是否定，则系争土地至少在当时没有被国有化——无论哪种情况，法院适用的都是八二宪法的城市土地国有条款。即使我们接受该条款是陈述性而非规范性的，笔者认为这对于一个宪法条款也是完全可以接受的。并非所有八二宪法的条文看上去都是规范性的。如宪法第136条规定“中华人民共和国国旗是五星红旗。”第137条规定“中华人民共和国国徽，中间是五星照耀下的天安门，周围是谷穗和齿轮。”第138条规定“中华人民共和国首都是北京。”这些条款的陈述性显然都不比作为历史总结的城市土地国有化条款弱，但恐怕没有人会质疑他们作为宪法条文的资格。第二，在前一点的基础之上，我们不难发现所谓城市土地国有化条款如果仅适用于八二宪法生效时既存的城市土地，那么就违背了法不溯及既往原则的主张本身是对该原则的误用。法不溯及既往，是指法律生效时间不能是过去的某一时点——八二宪法城市土地国有条款的生效时间并不是过去的某一时点，而是宪法生效之时。其适用对象当然是既存的私有城市土地，但这与溯及既往是毫无关系的。第三，诚然，仅仅阅读城市土地国有条款本身并不能告诉我们在八二宪法生效之后形成的城市土地应当如何处理。但这正是我们需要通过考察相关法律法规搞清楚的内容，而非我们否定城市土地国有条款之历史性的理由。第四，今天的人们完全可以准确界定1982年宪法通过那一刻“城市”的边界。如前所述，只要找到当时的城市建成区，我们就能确定当时的城市范围。尽管这一工作有相当难度，但这也不构成致命伤，因为在过去三十多年间，十分幸运的是，关于某片土地是

^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173页。

否在 1982 年属于城市土地的争议并不多见。

综上，笔者认为八二宪法城市土地国有条款具有三层含义。第一，该条款根本上是主权者国有化权力的一次运用，其合法性与早前的土地改革和社会主义改造运动并无根本差别。尽管这次国有化并不涉及土地的占有或使用从原私有者向国家转移，但它仍起到了降低国家获得土地成本、推动国家建设的作用。第二，八二宪法国有化城市土地与其说是一个最终解决方案，不如说是一次妥协。如果不是出于非常实际的考虑，如减少对农民的震动，当年的制宪者完全有可能根据并不区分城乡土地的社会主义理论选择土地的全盘国有化。在这个意义上，有人提出我国将来仍会选择进一步推动农村土地国有化确实具有理论可能性。^④但正因为八二宪法城市土地国有化条款本身主要是出于现实考量，而非意识形态的驱动，我们有理由相信这一理论可能性成为现实的几率并不大。更重要的是，由于国有化作为一项征地权力已经从成文宪法中被移除，尽管主权者仍可能在宪法授权范围之外行使国有化的权力，它已无法再以宪法/宪定权力的名义开展土地国有化。因此，除非进行另外一次具有行使制宪权意义的革命，土地全盘国有化必然要求修改宪法。笔者认为，这在可预见未来发生的可能性颇为渺茫。第三，八二宪法城市土地国家所有条款仅仅适用于宪法生效时既存的城市土地（或更具体的，城市建成区内的土地）。对于宪法生效之后形成的城市土地，该条款既不会导致自动国有化，也不要求国家最终征收。在此意义上，该条款只是一个历史的见证和总结。我们没有必要通过质疑其合法性去主张废除或重新解释该条款来解决所谓的“征地悖论”。本文分析表明这一悖论难以成立。与此同时，我们或许应把研究重心转向或集中到严格的集体土地用途管制所带来的“集体土地非农使用以国家征地为原则，集体自用为例外”与征地公共利益前提之间的紧张或矛盾。这才是中国征地宪法公共利益条款所面临的真正挑战。

[责任编辑：彭 巍]

^④参见黄忠 《城市化与“入城”集体土地的归属》，《法学研究》2014年第4期，第57页。