

城市的土地属于国家所有的逻辑与实施

——兼论什么是我国《宪法》上的城市

肖明新

(中山大学法学院,广东广州 510006)

摘要:“城市的土地属于国家所有”是将城市范围内的土地进行“概括国有化”的法律表述。城市指的就是行政区域上的市。我国《宪法》第十条第一款和第二款的规定内含了对某些城市进行市区与郊区划分的要求。在土地“概括国有化”下,市行政区域的设立与变更是土地所有权变动的原因。由于我国的(城)市行政区划并没有按照宪法的要求运行,“城市的土地属于国家所有”的规定实际上基本处于一种被虚置的状态。城乡统一的建设用地市场并不违反“城市的土地属于国家所有”的规定,但同时“城中村”的土地也应该被“概括国有化”,这是“城市的土地属于国家所有”这一规定的要求。

关键词:城市土地;国家所有权;概括国有化;宪法;建设用地市场;市区;郊区

中图分类号:Df2 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2016)08-0069-10

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2016.08.007

一、问题的提出

正如某些研究者所言,我国的土地制度在1982年发生了一场“革命”。^①经第五届全国人民代表大会第五次会议修改后的我国《宪法》第十条第一款和第二款规定:“城市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,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有”。该规定显然是对当时我国城市中存在的私人所有土地^②以及城市非郊区集体所有土地的一种“概括国有化”。那么,这种“概括国有化”权是否具有持续性?城市中的集体土地是不是只能通过征收的方式才能变为国家所有?通过改变居民户口性质的方式来进行土地国有化是否

作者简介:肖明新,中山大学法学院博士研究生。

① 王维洛:《1982年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(上)》,《国土资源》2014年第10期。

② 尽管我国在上世纪50年代经历了社会主义改造运动,但直至1982年,在城市中仍然有大量的私有土地。据1982年调查统计,全国226个城市7438平方公里的城市建成区中,私有土地有334.7平方公里,占城市建成区面积的4.5%。参见周诚:《土地经济学》,农业出版社1989年版,第255页;转引自张睿:《82宪法中土地所有权条款的正当性基础——基于社会正义与市场经济理论的分析》,《法制与社会发展》2013年第2期。

合法?深圳市“农地转国有”试验曾被认为“不宜模仿”而被叫停,“下不为例”^③显然不是法治思维的体现,更不是一种符合法治要求的做法,也不利于全面依法治国战略的推进。探讨“城市的土地属于国家所有”这一规定的含义及其实施具有推进社会主义法治建设的重要意义。

对于“城市的土地属于国家所有”这一规定进行探讨的实践意义,显然也不只是针对宏观方面的宪法实施。对于“城市的土地属于国家所有”的规范效力,有的研究者认为该规定具有限制在集体土地上进行城市化式的集中开发建设的功能。^④这种观点恐怕也得到了全国人大的赞同,“全国人大已经在要求做学理范围内的探讨‘城市的土地可以归国家所有或集体所有’”。^⑤这里涉及的一个问题就是,在集体土地上的集中式开发建设所形成的区域是否直接就归属于“城市的土地属于国家所有”这一规定中的“城市”。对于该问题的探讨,如果说在以前还只是基于对规范的逻辑解读,那么在如今就是一个改革与宪法的关系问题。十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出建立城乡统一的建设用地市场,^⑥全国人大常委会也作出了《关于授权国务院在北京大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》,意图改变 1998 年修订的我国《土地管理法》所确立的政府垄断的土地一级市场。形成城乡统一的建设用地市场就意味着在集体土地上也进行城市化式的建设。该做法若能符合我国《宪法》要求,则意味着集体土地上进行的城市化式建设所形成的区域并不必然属于“城市的土地属于国家所有”这一规定中的城市。可见,对于“城市的土地属于国家所有”这一规定的正确理解,厘清该规定中“城市”的含义是一个重要的方面。

基于以上两个方面的认识,笔者于本文中将以对我国《宪法》中的“城市”的解释为中心,从历史、文义、目的以及体系解释等角度对“城市的土地属于国家所有”这一规定予以分析,并探讨我国土地制度变革的宪法空间,以及集体土地所有权变动为国家所有权的方式等相关问题。

二、什么是我国《宪法》中的“城市”

“城市的土地属于国家所有”这一规定,在立法上最早是于 1982 年修改的我国《宪法》(以下简称“八二宪法”)中出现的。这一规定在结构上是清晰的,只是一个地理学的概念引入使得对该规定的理解可能存在疑惑——什么是“城市”并不明确。^⑦“八二宪法”中总共有三处出现了“城市”一词,两处第十条,另一处则在第一百一十一条关于基层群众性自治组织的规定中。在这三处,城市的表述都是直接使用的。截至目前,我国的立法也从来没有在国有土地范围界定的意义上来解释“城市”这一概念。1986 年颁布的我国《土地管理法》第六条第一款将“八二宪法”第十条第一款的规定进一步细化为“城市市区的土地属于全民所有即国家所有”。全国人大常委会法工委在解释这一条款时称:“这

③ 2005 年,国土资源部在针对深圳市的集体土地国有化而作的批复中要求“下不为例”。《深圳农地国有化“特例”》, <http://finance.people.com.cn/nc/GB/61161/4996647.html>, 2016 年 2 月 15 日访问。

④ 周其仁曾对国家和集体二元式的地权结构做出一个被称为“征地悖论”的论断:“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。”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》2004 年第 4 期。另有学者认为:“法律规定城市土地属于国家所有,造成城镇建设必须通过征收集体所有土地完成。”桂华:《城乡建设用地二元制度合法性辨析——兼论我国土地宪法秩序》,《法学评论》2016 年第 1 期。

⑤ 纪睿坤:《〈土地管理法〉修订再起步:征地制度改革仍是重点》,《21 世纪经济报道》2013 年 11 月 13 日,第 6 版。

⑥ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,《求是》2013 年第 22 期。

⑦ 程雪阳:《“城市的土地属于国家所有”的建议》,《法制日报》2015 年 12 月 16 日,第 9 版。

里所讲市区,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”。^⑧此种解释还是没有为“城市国有土地”的范围在某一时间下划出一个确定的边界,这显然不利于土地集体所有权与国家所有权的界分。然而,在我国《宪法》修改的过程中,从目前笔者所能查阅得到的资料来看,当时的人们对于什么是“城市”并没有什么争议。可见,在当时的社会观念中,对“城市”概念的理解存在着相当的一致性。事实上,在“八二宪法”中“城市”指的就是“市”以及直辖市与较大的市设区的部分。

1980年,第五届全国人民代表大会第三次会议决议修改我国《宪法》并成立宪法修改委员会。^⑨应该来讲,此次我国《宪法》修改的主要内容是针对政治制度的。^⑩宪法修改者一开始对土地所有权问题还拿不准。只是没过多久,修改思路已经确定为只规定全民所有与集体所有两种土地所有权。针对当时还存在私有土地的事实,宪法修改者已经决然要取消土地的私人所有权了。但是对于全民所有土地与集体所有土地的范围如何确定,在我国《宪法》修改过程中则有一定的变化。

在我国《宪法》的此次修改过程中印发的《中华人民共和国宪法修改草案(讨论稿)》第十条规定“城市土地归国家所有,农村和城郊土地归集体所有”。^⑪之后,全国人大常委会公布的《中华人民共和国宪法修改草案》(以下简称《宪法修改草案》)则规定“城市的土地属于国家所有。农村、镇和城市郊区的土地,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”。^⑫由全国人民代表大会最终通过的“八二宪法”则规定“城市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,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有”。这一规定在此后对我国《宪法》的历次修正中均未改变。

由此可见,我国《宪法》对于国家所有与集体所有土地范围的划分基本上采用的是城市与农村的区分标准。对于什么是城市与农村,虽然《宪法修改草案》中对于镇的土地原则上属于集体所有的规定最终还是被取消了,但是“农村”、“镇”和“城市郊区”表述的并列使用也提示我们,农村、城市其实和镇具有某种一样的属性——都是一种行政区域。在“八二宪法”第三十条中,镇直接是行政区域的一种。那么,可以推断“城市”指的就是行政区划中的市。市与城市实际上是两个意思相同的概念。^⑬“城市郊区”表述的使用也佐证了这种推断的合理性,因为当时只有市才设有郊区(虽然并不是所有的市都设有郊区)。从历史上来看,直辖市本身也是经由“特别市”演化而来的。^⑭因此,在我国《宪法》中“城市”指的就是行政区划中的直辖市与市。另外,既然“镇”的概念没有出现在土地所有权界定的条款中,那么依据国务院1984年颁布的《城市规划条例》中“城市”的范围来理解“城市的土地属于国家所有”中的“城市”就不合理了。^⑮事实上,在之前的我国立法中,对于“城市”概念也一直是在行政区域上的市这一意义上使用的。

⑧ 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。

⑨ 《中华人民共和国第五届全国人民代表大会第三次会议关于修改宪法和成立宪法修改委员会的决议》,《国务院公报》1980年第12期。

⑩ 邓小平说:“要使我们的宪法更加完备、周密、准确,能够切实保证人民真正享有管理国家各级组织和各项企业事业的权力,享有充分的公民权利,要使各少数民族聚居的地方真正实行民族区域自治,要改善人民代表大会制度,等等。关于不允许权力过分集中的原则,也将在宪法上表现出来。”邓小平:《邓小平文选》(第二卷),人民出版社1994年,第339页。

⑪ 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。

⑫ 《中华人民共和国宪法修改草案》,《国务院公报》1982年第9期。

⑬ 参见杜启铭:《关于当前撤县设市热潮的利弊理考》,《开放时代》1994年第5期。

⑭ 参见刘君德:《中国直辖市制度辨析与思考》,《江汉论坛》2006年第5期。

⑮ 1984年《城市规划条例》第二条规定:“本条例所称城市,是指国家行政区域划分设立的直辖市、市、镇,以及未设镇的县城。”

城市,简单地说,指的是以非农经济为基础的人口聚集区。^{①⑥}我国古代有繁华、宏大的城,但是没有对城市区域进行专门管理的城市型政府,城市型政府是近代中国向西方开放之后学习而来的产物。^{①⑦}新中国成立之后,在行政管理上延续了既有的对城市区域专门管理的做法。

新中国成立后的立法中,最早使用“城市”表达的应该是中央人民政府委员会在 1950 年 6 月颁布的我国《土地改革法》第十三条和第三十五条。继我国《土地改革法》之后,政务院在同年 11 月颁布的《城市郊区土地改革条例》更多地使用了“城市”的表达。从该条例第二条关于城市郊区划定的规定来看,城市就是行政区域上的市。^{①⑧}1954 年我国《宪法》(以下简称“五四宪法”)没有使用“城市”这一用语。而 1954 年颁布的《城市街道办事处组织条例》以及《城市居民委员会组织条例》也是在行政区域中的“市”这一意义上使用“城市”的表达。^{①⑨}在立法概念中用“城市”代替“市”,应该只是汉语的使用习惯使然。

虽然在新中国法制建设之初,法律上“城市”指的就是市,但是随着“市管县”体制的确立与推广,城市与市的关系需要进一步说明。在“五四宪法”中,直辖市和较大的市划分为区,但是,全国人大常委会在 1959 年决定“直辖市和较大的市可以领导县、自治县”。“七八宪法”与“八二宪法”也都规定“直辖市和较大的市分为区、县”,确定了“市领导县”的体制。即便如此,人们还是在观念上区分了狭义的市与广义的市。狭义的市仅指城市设区的部分。例如,人们通常称北京市包括一市九县,南京市包括一市五县。^{②①}在国家统计局经常性发布的我国 70 个大中城市住宅销售价格变动情况中,住宅销售价格的调查范围为 70 个大中城市的市辖区,不包括县。^{②②}同时,全国文明城市评选的考核数据也只是包含市区数据。^{②③}从“市领导县”体制所引发的关于设区市志记述范围的讨论来看,人们还是一般认为市的范围不包括其领导的县。^{②④}需要注意的是,宪法中的“较大的市”与我国《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》以及我国《立法法》中的“较大的市”含义不同,^{②⑤}国务院批准市辖区的设立就是对较大的市的属性的认可。因此,在直辖市和较大的市分为区、县的情形下,“城市”则应被理解为市与直辖市和较大的市中设区的部分。

如果说“市领导县”体制的确立还只是对城市范围的认知造成些许影响,那么,设市标准的降低则直接影响到了对于城市性质的认知。根据 1955 年发布的《国务院关于设置市、镇建制的决定》,聚居人口十万以上的城镇才可以设置市的建制,聚居人口不足十万的城镇则需满足另外的条件且确有必要时才可以设置市的建制。关于城镇的认定依据,根据 1955 年发布的《国务院关于城乡划分标准

^{①⑥} 参见赵安顺:《城市概念的界定与城市化度量方式》,《城市问题》2005 年第 5 期。

^{①⑦} 参见靳润成:《从城镇分割到城市自治——论中国城市行政管理体制近代化的重要标志》,《天津师范大学学报》1998 年第 4 期。

^{①⑧} 《城市郊区土地改革条例》(1950 年)第二条第二款规定:“凡适用本条例以进行土地改革的城市郊区范围,由市人民政府根据实际情况划定,呈报大行政区人民政府(军政委员会)批准后决定之。华北五省所属者由省人民政府批准后决定之。”

^{①⑨} 《城市街道办事处组织条例》(1954 年)第一条规定:“为了加强城市的居民工作,密切政府和居民的联系,市辖区、不设区的市的人民委员会可以按照工作需要设立街道办事处,作为它的派出机关。”《城市居民委员会组织条例》(1954 年)第一条规定:“为了加强城市中街道居民的组织和工作的,增进居民的公共福利,在市辖区、不设区的市的人民委员会或者它的派出机关指导下,可以按照居住地区成立居民委员会。”

^{②①} 参见翁可隐:《理顺城市土地管理体制建设征用办法》,《浙江经济》1986 年第 4 期。

^{②②} 《2015 年 12 月份 70 个大中城市住宅销售价格变动情况》,http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201601/t20160118_1305503.html,2016 年 2 月 20 日访问。

^{②③} 《全国文明城市测评体系》,http://www.dantu.gov.cn/allStation/dantu/www_dantu_gov_cn/content.jsp?webStationId=&id=import_3a87e0fd-126c-45a3-bc8a-c619811df523,2016 年 2 月 20 日访问。

^{②④} 参见殷勇:《市领导县体制与设区市志的记述范围》,《江苏地方志》2008 年第 S1 期(维普网, www.cqvip.com)。

^{②⑤} 参见许安标:《关于较大的市的三种含义》,《中国人大》2000 年第 11 期。

的规定》,则主要是整个区域的非农业人口比例。而根据国务院 1986 年批转的民政部《关于调整设市标准和市领导县条件的报告》以及国务院 1994 年批转的民政部《关于调整设市标准的报告》,设市标准已经大幅下降。^{②⑤}

在“八二宪法”颁布之后,我国的行政区划经历了市县合并以及大量“撤县设市”的过程。“撤县设市”导致我国“城市”概念的泛化,使得国家统计、社会认识、科学研究、对内对外宣传等诸多方面产生混乱。^{②⑥}如此一来,在(城)市内也会存在较多的乡、镇。这样的市的建制,一方面只是一种虚假城市化,不利于城市管理,^{②⑦}另一方面也不符合我国《宪法》的规定——在现行宪法中,市并不能再分为乡、镇。

综合上面的分析可知,在我国,从历史的角度来看,“城市的土地属于国家所有”中的“城市”指的就是行政区划上的市与直辖市,在现行宪法中,“城市”则指的是“市”以及直辖市与较大的市设区的部分。“市领导县”体制的确立并没有影响到人们对“市”的理解,而“市领导乡镇”体制的确立则既不符合我国《宪法》的规定,也不符合人们对于城市的认识。确定了城市的概念所指,那么建立城乡统一的建设用地市场是否合宪也就能够得到顺理成章的回答了。

三、城乡统一的建设用地市场的合宪性分析

城乡统一的建设用地市场的提出本是促进农村发展、缓解土地征收社会矛盾的重要举措,但也有观点认为该措施面临着宪法障碍的问题。^{②⑧}应该讲,这种观点是错怪了“城市土地属于国家所有”这一规定。这种观点除了没有正确理解“城市”的概念外,也误解了对集体土地所有权进行管制的依据及其变迁。

根据笔者于前文中对“城市”概念的梳理与分析,“城市的土地属于国家所有”这一规定并不具有限制在集体土地上进行城镇化建设的功能和目的。只要集体所有土地的范围还没有纳入真正意义的(城)市的行政区域范围,则该土地仍然属于集体所有。而法律、法规对集体土地所有权的限制也从来没有以“城市的土地属于国家所有”为基础。

在“八二宪法”通过之前,国务院在 1982 年 2 月已发布《村镇建房用地管理条例》。依据该条例,全民所有制单位以及非农业人口兴办的集体所有制企业单位建设用地需要使用集体所有的土地的都需要先经过征地程序。^{②⑨}国务院 1982 年 5 月发布的《国家建设征用土地条例》第二条、第二十八条、第二十九条对上述要求进行了重申。这是在计划经济背景下实行的土地资源分配的方式。这样做主要是“防止变相买卖土地和出租土地”。^{③⑩}集体土地非农使用以国家征地为原则、集体自用为例外的做法在“八二宪法”之前就已经形成。^{③⑪}而在建设有计划的商品经济的背景下,国家对集体土地所有权的限制则有所松动。根据 1986 年颁布的我国《土地管理法》第三十六条,农业集体经济组织可以按照协议将土地的使用权作为联营条件,而根据该法第四十一条,非农业户口居民建住宅也可以

^{②⑤} 具体标准可参见《国务院批转民政部关于调整设市标准报告的通知》,《国务院公报》1993 年第 12 期。

^{②⑥} 参见魏衡等:《城市化进程中行政区划调整的类型、问题与发展》,《人文地理》2009 年第 6 期。

^{②⑦} 参见前注^③杜启铭文、潘鑫:《中国城市化与市制关系研究》,《重庆社会科学》2007 年第 7 期。

^{②⑧} 参见刘守英:《中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施》,《法商研究》2014 年第 2 期。

^{②⑨} 《村镇建房用地管理条例》(1982 年)第五条第二款规定:“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。”

^{③⑩} 参见吕克白:《关于〈国家建设征用土地条例〉(草案)的说明》,《国务院公报》1982 年第 10 期。

^{③⑪} 参见彭鐸:《“征地悖论”成立吗?——八二宪法城市土地国有条款再解释》,《法制与社会发展》2016 年第 2 期。

使用集体所有的土地。

1988 年对我国《宪法》的修正增加了土地使用权转让的规定,这就为土地资源的市场配置提供了宪法依据。稍后对我国《土地管理法》的修改也增加了土地使用权转让的规定。国务院在 1990 年专门发布了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,但是集体所有土地使用权出让与转让的具体办法则付诸阙如。“集体土地进入市场就面临着大量农业用地在土地使用竞争中处于劣势的问题。在现实的经济利益驱使下,必然会造成大量农业用地被占,变为非农业用地。”^②正是在这样的背景之下,《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出:“切实保护耕地,严格控制农业用地转为非农业用地。国家垄断城镇土地一级市场。”^③如此一来,集体土地所有权在市场经济建设下又受到了较大的限制。但需要看到的是,对集体土地所有权的限制并非出于“城市的土地属于国家所有”的规范效力,而是出于保护耕地的目的。虽然城镇集体土地入市实际上具有与国有土地使用权出让形成竞争的影响,^④但是从目前的资料来看,“国家垄断城镇土地一级市场”政策的出台并非以“城市的土地属于国家所有”的规定为依据。

1997 年发布的《中共中央、国务院关于加强土地管理切实保护耕地的通知》要求“除国家征用外,集体土地使用权不得出让,不得用于经营性房地产开发,也不得转让、出租用于非农业建设”。^⑤这样的要求在 1998 年修改的我国《土地管理法》中得以确认。该法第四十三条规定:“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;但是,兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的,或者乡(镇)村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”至此,国家对土地一级市场的垄断在我国法律上正式确立。因此,政府垄断土地一级市场并限制集体土地使用权的出让与转让,只是在保护耕地的目标下,对集体土地所有权进行的一种过度限制。城乡统一的建设用地市场的障碍不在于“城市的土地属于国家所有”这一规定。全国人大常委会的《关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》并没有涉及我国《宪法》,也不可能涉及我国《宪法》。

四、“概括国有化”下的土地所有权变动模式

虽然笔者于上文中已经分析了城乡统一的建设用地市场的合宪性,但是这种合宪性也是有前提的,那就是集体所有的土地没有位于(城)市行政区域中。事实上,如果某一区域事实上已经城市化,仍然维持土地的集体所有,也会滋生出一个单纯的“土地食利”阶层,造成社会不公。这里又涉及“城中村”的所有权变动问题。而“城市的土地属于国家所有”的规定也内含了一种土地所有权变动模式。依据我国《宪法》,并不是城市内的所有土地都属于国家所有,城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,系属于集体所有。按照笔者于前文中所做的分析,我国《宪法》中的“城市”实际上指的是“市”以及直辖市与较大的市设区的部分,那么随着经济的发展以及城市的新设与扩张,土地所有权必然也就会从集体土地所有权变成国有土地所有权,只是这样的土地所有权变动模式不同于我国《宪法》第十条第三款所规定的土地征用(征收)下的土地所有权变动模式。^⑥

^② 伯齐:《在集体土地进入市场时如何保护农业用地》,《中国土地》1994 年第 2 期。

^③ 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,《国务院公报》1993 年第 28 期。

^④ 参见周诚:《集体土地使用权进入非农市场之我见》,《中国农村经济》1994 年第 3 期。

^⑤ 《中共中央、国务院关于加强土地管理切实保护耕地的通知》,《国务院公报》1997 年第 16 期。

^⑥ 如有学者指出:“我国目前土地征用客观就是一般所指的征收。”龙翼飞、杨一介:《土地征收初论》,《法学家》2000 年第 6 期。

我国《宪法》第十条第二款“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”的规定实际上预设了城市可分为城区与郊区这一前提。事实上,“八二宪法”中的城市郊区并不是一个模糊的地理区域,它实际具有行政区域划分的功能。“郊区相当于县一级的建制,又不同于市管县,而成为城市的一个区。”^{③⑦}例如,早在1950年,芜湖市就成立了郊区。^{③⑧}在这里,郊区直接是一个市辖区名称。1951年发布的《中央人民政府政务院关于十万人口以上的城市召开区各界人民代表会议的指示》则明确对市辖区的城区与郊区进行了区分,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”。《国务院关于设置市、镇建制的决定》则要求“市的郊区不宜过大”。总体来看,在“八二宪法”颁布之后,我国的一些城市市辖区仍然保留了郊区的名称,如湖州市、^{③⑨}江门市、^{④①}南通市、^{④②}广州市、^{④③}衡阳市等。^{④④}除了这种直接将市辖区命名为郊区的做法之外,有时候人们也将一些不以郊区命名的市辖区定性为郊区。“至1952年9月,北京市区划分为东单、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。”^{④⑤}从这个角度讲,郊区又可以只是行政区划管理上的一个类别。这种管理也仍然在非土地所有权界定方面发挥作用。^{④⑥}应该说,郊区作为行政区域的直接名称是不利于传承历史文化、扩大区域影响力的。将市辖区在管理上分别定性为城区与郊区,进而再另行命名,则更有利于发挥文化生产力的作用。再者,在包含三个及以上的市辖区的市,城区也不宜命名为城区一、城区二等。^{④⑦}事实上,笔者于前文提到的那些以郊区为名的市辖区均已改名。在这个意义上,将城区与郊区之分理解成一种管理上的做法可能更为合适。

因此,结合笔者于前文中对于“城市”概念的分析,城市中属于国家所有的土地实际是指不设区的市的土地、设区的直辖市与较大的市的城区的土地以及设区的直辖市与较大的市的郊区的土地依法被认定为国家所有的部分。这样的规范效力既适用于“八二宪法”刚开始施行时的(城)市,也适用于“八二宪法”施行之后新设立的(城)市以及原有(城)市范围的扩张区域。

在这样的规范要求下,非国有土地上的区域一旦被设为(不设区的)市,该土地直接依据我国《宪法》变为国家所有;非国有土地上的区域被纳入设区的市的,如果该土地位于城区内,该土地直接依据我国《宪法》变为国家所有,如果该土地位于郊区内,则该土地需要依据其他法律来认定是否属于国家所有。“城市的土地属于国家所有”不是一个事实陈述性的规定,而是一个具有面向未来效力的规范。城市并不是“仅指1982年我国《宪法》修改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”。^{④⑧}这样的土地所有权变动模式是土地“概括国有化”下的特有方式。因土地征收而导致土地所有权变动则针对具体建设项目需要用地的情形。城市范围内土地

^{③⑦} 肖梦:《城市郊区和城市》,《农业经济》1992年第2期。

^{③⑧} 参见《芜湖行政区划的变迁》,《大江晚报》2013年12月16日,第WBB06版。

^{③⑨} 《民政部关于同意浙江省撤销湖州市城区、郊区给浙江省人民政府的批复》,《国务院公报》1988年第26期。

^{④①} 《关于广东省撤销江门市城区和郊区,设立江门市蓬江区问题的批复》,《国务院公报》1991年第45期。

^{④②} 《关于江苏省南通市城区、郊区更名的批复》,《国务院公报》1991年第26期。

^{④③} 参见陈文娟、蔡人群:《广州城市郊区化的进程及动力机制》,《热带地理》1996年第2期。

^{④④} 《国务院关于同意湖南省调整衡阳市市辖区行政区划的批复》,《国务院公报》2001年第15期。

^{④⑤} 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。

^{④⑥} 参见黄琳:《城区拥有更多经济管理权限》,《辽宁日报》2009年7月5日,第1版。

^{④⑦} 芜湖市在解放后分别成立了第一区、第二区、第三区、第四区人民政府成立,后改为它名。《芜湖行政区划的变迁》,《大江晚报》2013年12月16日,第WBB06版。

^{④⑧} 参见杨俊锋:《现行城市土地制度的来龙去脉》,《南方周末》2012年7月12日,第E31版;陈沉:《正确运用“城市土地属于国家所有”》,《资源导刊》2012年第3期。

“概括国有化”的目的在于针对城市这一特殊区域建立一种新的土地占有、利用模式,而我国土地“概括国有化”的基础行为是行政区划的定性以及变化。

一旦认识到行政区划定性以及变化是我国土地“概括国有化”的前提,也就不难回答在 1982 年对我国《宪法》的修改过程中人们对“城市的土地属于国家所有”这一规定的诘问。

虽然在 1982 年对我国《宪法》的修改过程中,对是否需要集体土地所有权存在着争议,^④最终通过的“八二宪法”还是确立了土地国家所有权与土地集体所有权二元模式。针对这种“二元所有权”立法,湖南省建委办公室吴民瑞曾表示,《宪法修改草案》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”,原因如下。其一,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。其二,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为国家所有呢?^⑤

在这里,吴民瑞显然也将“城市”就理解为行政区划上的市。对于城市扩张过程中的土地所有权变动涉及城区与郊区的再划分,新增城市的土地所有权变动则需要看城市是否设区。这样一个土地所有权变动的过程在程序上或许会稍显复杂,但并不难进行理性分析与总结。

应当指出,这种基于城市行政区划定性以及变化的土地所有权变动模式只是笔者于本文中基于宪法文本的逻辑演绎,并不是对现实状态的描述。在现实中,“城市的土地属于国家所有”的规定除了引起了当时城市区域土地所有权变动之外,可能还处于一种被虚置的状态。之所以如此,除了土地征收权事实上没有受到严格限制之外,城市行政区划没有按照我国《宪法》要求运行也是原因之一。

在前一部分中笔者已经分析了撤县设市的不合理性。在认识到撤县设市的弊端之后,我国的“县改市”也在 1997 年被叫停。^⑥撤县设市形成的并不是真正意义上的城市。除了市不能领导乡镇这样的形式理性的考量外,事实上,没有哪个县改设为市之后整个区域真正符合城市的标准。撤镇设市才是新设城市的主要形式。^⑦除了诸多被地级市代管的县级市内存在着较多的乡、镇外,被自治州领导的市虽然没有再分区,但也存在着乡、镇。^⑧这也不符合我国《宪法》的要求。除了撤县设市,“撤县设区”是当前城市扩张的另一种主要方式。从 1997 年以后,在“县改市”受困的情况下,“撤县设区”成了很多地方政府新的城市化突破口。^⑨2011 年湖南省望城撤县设区虽然使长沙城大了一倍,但仍然实行的是“城乡一体”的管理体制,^⑩这也不是真正的城市化。城市在原有基础上的扩张还是应该走逐渐吸收周边区域的做法。在上述这些激进的地域城市化方式的背景下,土地所有权也几乎是维持原有状态,并没有因城市建制的变化而发生变动。

五、“城中村”的土地所有权变动问题

笔者于上文中实际上已经论及了“城中村”集体土地所有权变动的应然模式,这里笔者将结合既

^④ 参见前注①,程雪阳文。

^⑤ 参见前注①,程雪阳文。

^⑥ 《中共中央、国务院关于进一步加强土地管理切实保护耕地的通知》,《国务院公报》1997 年第 16 期。

^⑦ 同前注①,杜启铭文。

^⑧ 例如,湘西土家族苗族自治州的吉首市就辖有 4 个街道、5 个镇、7 个乡。http://www.hunan.gov.cn/2015xxgk/szfzcbm/tjbm_6985/tjsj/201507/t20150704_1791069.html 2016 年 3 月 11 日访问。

^⑨ 参见张道刚:《“撤县设区”辩》,《决策》2013 年第 6 期。

^⑩ 参见颜开云:《望城撤县设区长沙城大一倍》,《长沙晚报》2011 年 7 月 26 日,第 A01 版。

有“城中村”集体土地所有权变动的法律规定以及实践来谈“城市的土地属于国家所有”这一规定的具体实施问题。

由于城市郊区中集体土地所有权的存在,“城市村”成为客观现实。^{⑤⑤}城市中也会有农村集体经济组织。^{⑤⑥}只是随着经济的发展,“城市村”会逐渐被大量的城市生产、生活设施包围,进而形成“城中村”。我国《土地管理法》自颁行以来就为集体土地所有权变动为国家土地所有权提供一种具体的可操作的方式,那就是征用(收)。就笔者所知,在地方层面上,首先对土地所有权变动方式进行创新的可能是石家庄市。1992年石家庄市人民政府发布的《石家庄市国有土地登记确权发证办法》就规定土地所有权随着居民户口性质的转变而转变。^{⑤⑦}郑州市人大常委会在1994年发布的《郑州市确定土地权属条例》中也规定因户口变动可导致集体土地所有权变动为国家土地所有权。^{⑤⑧}国务院在1998年制定的《中华人民共和国土地管理法实施条例》确认了这种因户籍转变而导致的土地所有权变动的合法性。^{⑤⑨}这是集体土地的“概括国有化”,而不同于征用(收)国有化。^{⑥①}在此之后,多地开展了集体土地“概括国有化”实践。这种“概括国有化”也大多发生在城市。杭州市较早采用了“村改居”的办法对集体所有土地进行国有化,但是这个国有化的过程也遇到村民的抵触。^{⑥②}广州市早在2002年就启动了“城中村”改制。^{⑥③}深圳市在推进城市化的进程中也使用了“概括国有化”权。^{⑥③}

虽然2004年发布的《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》“禁止擅自通过村改居等方式将集体土地国有化”,^{⑥④}但这也正间接证明了通过“村改居”等方式将集体土地国有化符合《中华人民共和国土地管理法实施条例》,重要的是地方政府不能擅自行使该权力。之后,国务院对于通过“村改居”等方式将集体土地国有化的态度出现了重大转变。国务院法制办公室、国土资源部对《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二条第五项作出解释: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。^{⑥⑤}2011年发布的《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》则“禁止借户籍管理制度改革或者擅自通过‘村改居’等方式非经法定征收程序将农民集体所有

^{⑤⑤} 本文中的“城市村”指的是在城市郊区建制下,作为一种制度性存在的以农业为主的村组织;“城中村”指的则是在集体土地基础上发展起来的一种地理区域,该区域以非农经济为主。“城中村”可来源于“城市村”,也可来源于城市周边县的乡镇下的村。

^{⑤⑥} 这里使用农村集体经济组织的称谓是为了与我国宪法的表述相一致,在城市与农村相区别、城市郊区也存在集体土地的情况下,使用农业集体经济组织似乎更合适。

^{⑤⑦} 《石家庄市国有土地登记确权发证办法》第九条规定:“农村集体经济组织人口全部转为非农业人口、已办理有关手续的,原集体所有的土地属于国家所有。”

^{⑤⑧} 《郑州市确定土地权属条例》(1994年)第十一条第一款规定:“农民集体建制被撤销,其人口全部转为非农业户口的,该农民集体所有的土地属国有土地。”

^{⑤⑨} 《中华人民共和国土地管理法实施条例》(1998年)第二条第五项规定:“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全民所有即国家所有。”

^{⑥①} 参见陈甦:《城市化过程中集体土地的概括国有化法学研究》,《法学研究》2000年第3期。

^{⑥②} 参见张业清:《村委会缘何不愿“改牌”居委会》,http://www.gmw.cn/01gmrb/1999-12/27/GB/GM%5E18283%5E1%5EGM1-2708.HTM,2016年3月11日访问。

^{⑥③} 《中共广州市委办公厅、广州市人民政府办公厅关于“城中村”改制工作的若干意见》,http://www.law-lib.com/lawhtm/2002/40211.htm,2016年3月11日访问。

^{⑥④} 《中共深圳市委、深圳市人民政府关于加快宝安龙岗两区城市化进程的意见》,http://www.sz.gov.cn/zfgb/2003/gb365/200810/t20081019_95667.htm,2016年3月11日访问。

^{⑥⑤} 《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》,《国务院公报》2004年第35期。

^{⑥⑥} 《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》,http://www.mlr.gov.cn/zwgk/flfg/sfjs/200506/t20050620_68398.htm,2016年3月11日访问。

土地转为国有土地”。^⑥这种解释与要求应该说与法律规定不符。因为对于因征收而发生土地所有权变动已经在《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二条第三项进行了规定,没有必要再就剩余土地的征收进行另行规定。^⑦即便要另行规定,其也应该规定在《中华人民共和国土地管理法实施条例》的第二条第四项而不是第五项。

从现实角度讲,(城)市人民政府是需要一种集体土地“概括国有化”权力的,具体原因则应该与“八二宪法”为什么要对城市范围内的土地进行国有化的原因一致。在 1982 年对我国《宪法》进行修改时,对于为什么不将全部土地国有化,宪法修改者是从实际效果的角度来论证的,^⑧但是对于为什么要对城市范围内的土地进行国有化,却几乎没有关于实际效果的论述。时任全国人大常委会法制委员会副主任的杨秀峰认为:“现在,对城市土地再不宣布国有,不得了。”^⑨如何“不得了”以及国有化可以如何应对困局,目前尚不得而知。城市在地理意义上是一个人口集中、经济发达的区域。这也就使得土地所有权人可凭借土地向其他社会成员收取建设用地的高额级差地租,造成社会不公。^⑩杭州市的村民对于“村改居”的抵触也说明城市中集体土地所有人的巨大优势。正因为不能从法理上阻止土地所有权人对土地的利用,就需要一种特殊的土地国家所有权机制来实现城市地利归公。由此,“概括国有化”也只能适用于城市土地。

根据笔者于前文中的分析,行政区划定性以及变化是土地“概括国有化”的前提,那么,“城中村”的集体所有权变动的合法方式应该有以下几种:对于原来位于城市郊区的集体土地,一方面可以通过扩大城区的方式将集体所有的土地“概括国有化”;另一方面也可以将郊区转变为城区进而将集体所有的土地“概括国有化”。前者涉及市辖区界线的变更,后者则涉及市辖区性质的转变。根据 1985 年发布的《国务院关于行政区划管理的规定》的规定,城市人民政府显然一般无权自行调整市辖区行政界线,市辖区行政界线的变更需要得到国务院的审批或者授权省、自治区、直辖市人民政府审批。而市辖区的城区与郊区定性管理则是一项需要按照我国宪法要求新增的制度。在这样的“城中村”土地所有权变动下,户籍转变不是所有权变动的前提,而是(城)市人民政府应该负有的义务。

六、结 论

“城市的土地属于国家所有”这一规定自入宪以来,由于土地征收权没有得到有效地约束,这一规定的规范效力一直没有得到认真对待。“城市的土地属于国家所有”本质上规定的是宪法上一种对城市范围内的一定土地进行“概括国有化”的权力。“概括国有化”的结果是建立一种新的城市土地占有、利用模式,其属于一种新的经济形式。它的功能在于实现地利共享。城市就是行政区划上的市,城市郊区则是市辖区的一种。行政区域的设立与变动是产生土地“概括国有化”的原因,这不同于因征收而导致的土地所有权变动。“城市的土地属于国家所有”这一规定并不否定在集体所有土地上进行城镇化式的集中式建设,但是也要求将城中村的土地进行“概括国有化”。“城市的土地属于国家所有”这一规定的整体实施一方面需要按照城市的一般意义来确定设(城)市的标准,另一方面也需要将行政区划的设置纳入法治的轨道。

(责任编辑:姚 魏)

^⑥ 《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》《国务院公报》2012 年第 7 期。

^⑦ 参见前注^⑥,陈甦文。

^⑧ 许崇德教授说:“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。即使宪法规定了国有,将来国家要征用土地时,也还是要给农民报酬。”许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社 2003 年版,第 644 页。

^⑨ 参见上注,许崇德书,第 665 页。

^⑩ 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。