

“全面深化改革”的宪法学回应

集体土地征收制度变革的宪法空间

刘 连 泰

(厦门大学法学院教授、博士生导师 福建 厦门 361005)

《决定》在第三部分“加快完善现代市场体系”中提出,建设统一的建设用地市场,集体所有的经营性建设用地和国有土地在同等条件下入市,缩小征收土地的范围,规范土地征收程序,完善对农民的保障机制。这预示着集体土地征收制度的变革:集体所有的土地可能绕过征收这个“门神”,通过新的制度管道进入市场。从此,国有土地与集体所有土地之间的坚冰被打破。我们要追问的是:现行宪法为集体土地征收制度的变革提供了多大的制度空间?如果空间足够宽阔,那么接下来就只需要确立变革的具体路径;如果空间逼仄,那么就只能修宪,或者重复“先违宪,后修宪”的老路。^①因此,清理集体土地征收制度变革的宪法空间,绝不是“躲进小楼成一统”的逻辑把玩。

一、在基本权利与国家政策之间漂移的土地集体所有

考察土地集体所有制度的变迁史,我们惊讶地发现,土地集体所有制度经历了从基本权利向国家政策再向基本权利的漂移。1954年《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)将土地所有权纳入国家保护的权力范围。就土地所有权,1954年《宪法》第8条规定,“农民的土地所有权”依法受到国家保护。由此,土地私有权作为基本权利的样态基本形塑完毕。作为基本权利的土地私有并没有抵御住国家权力的侵蚀。1954年《宪法》形塑了作为基本权利的农村土地所有权,也暗藏了农村土地所有权变革的可能方向——集体所有。^②1954年《宪法》以前,农业合作化运动已经开展起来,截至1956年底,农村土地私有制事实已经变成了农村土地集体所有的。1958年8月29日的《中共中央关于在农村建立人民公社问题的决议》指出:“人民公社的集体所有制中,就已经包含有若干全民所有制成分。这种全民所有制,将在不断发展中继续增长,逐步地代替集体所有制。”1961年,政社合一体制建立,集体所有的土地具备了“准国有”的性质。^③土地由私人所有变成了由集体所有,这种转变的目的是“建设社会主义”。集体所有权表面上是所有权,但事实上已成一尊“空壳”,^④变成了国家政策。1975年《宪法》进一步明确土地集体所有制。例如,1975年《宪法》第7条规定,农民仅仅可以“经营少量的自留地和家庭副业”;第9条规定,将公民财产权的范围限缩为“劳动收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权”。1978年《宪法》基本沿袭了1975年《宪法》的上述规定。自此,土地集体所有权作为国家政策的规范面向在宪法层面被确立。1982年《宪法》第10条第2款确立农村和城市郊区的土地归集体所有,并严格禁止侵占、买卖、出租或以其他方式非法转让土地。

自1978年开始迅速蔓延全国的家庭联产承包责任制促使土地集体所有由国家政策向基本权利的方向漂移。虽然家庭联产承包责任制被理解为集体所有制,但土地承包经营权却完全呈现出私有的面向。作为私权面向的土地承包经营权与作为公权面向的土地集体所有权呈反比关系,土地承包经营权强化的结果是作为国家政策的土地集体所有权渐趋弱化,^⑤土地集体所有以更快的速度向基本权利方向漂移。这种漂移又倒逼修宪,给漂移预留更宽阔的空间。

为回应土地经营方式的变革,1988年《中华人民共和国宪法修正案》(以下简称《宪法修正案》)第2条规定,土地的使用权可以依法转让。这意味着农村集体经济组织有了处分土地使用权的合法空间。2004年《宪法修正案》第20条将土地集体所有权构造相对完整的财产权,将土地征收的限制等同于私有财产

征收的限制,即为了公共利益,依照法律规定进行征收,并给予补偿。由此,土地集体所有权在现行宪法文本中被构造成了一项与私有财产权大体相当的基本权利,^⑥完成了由国家政策向基本权利的漂移。

二、集体土地征收制度与(土地集体)所有权宪法规定的悖谬

与宪法上土地集体所有权向基本权利漂移的方向不同,《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地法》)对集体土地的管制渐趋严苛。《土地法》自 1986 年以来经历三次修正,第四次修正案草案也已进入全国人民代表大会常务委员会审议阶段。^⑦每次修正虽然都渐次提高了征收补偿标准,但也渐次限制了集体土地使用权流转的范围。截至 1998 年,向农村集体经济组织之外的主体流转集体土地使用权只剩下“被国家征收”一途了。2004 年《中华人民共和国土地法修正案》(以下简称《土地法修正案》)沿袭了上述对集体土地使用权流转范围的限制,即使 2012 年《土地法修正案》(草案)依旧保留了集体土地使用权流转限制条款。^⑧如果说,以 1988 年《宪法修正案》为起点,《宪法》有关土地集体所有权的规定由国家政策向基本权利的方向漂移的话,那么《土地法》则将土地集体所有权涡轮式地推向了国家政策一端。从《土地法》几次修正案规定的集体所有土地可以流转的范围变迁,可发现这种逆向漂移的轨迹。

《土地法》规定的集体土地使用权可以流向的主体如下表所示:

	农业用地的承包经营	建设用地	
		乡镇企业建设用地	建设住宅用地
1986 年	任何集体和个人(第 12 条)	任何乡镇企业(第 39 条)	城镇非农业户口居民和本农村集体经济组织村民(第 41 条)
1988 年	任何集体和个人(第 12 条)	任何乡镇企业(第 39 条)	城镇非农业户口居民和本农村集体经济组织村民(第 41 条)
1998 年	本农村集体经济组织成员(第 14 条)	本农村集体经济组织兴办的乡镇企业(第 43 条)	本农村集体经济组织村民(第 43 条)
2004 年	本农村集体经济组织成员(第 14 条)	本农村集体经济组织兴办的乡镇企业(第 43 条)	本农村集体经济组织村民(第 43 条)

1. 剥夺农村集体经济组织转让集体土地使用权的权利。1988 年《宪法修正案》第 2 条对 1982 年《宪法》第 10 条进行了修正,禁止任何个人及其组织侵占土地,禁止以买卖或者其他方式转让土地所有权,但对于土地出租则不再禁止,且容许依照法律的规定转让土地使用权。这表达出来的制度意蕴是:在禁止土地所有权流转的同时,在某种程序上松绑了土地使用权的流转,即农村集体经济组织可以在遵守土地用途管制的前提下,通过买卖或出租的方式实现土地使用权的流转。但是,按照《土地法》规定的用地程序,任何个人和单位需要使用土地进行建设时,都只能向政府提出使用国有土地的申请,集体土地使用权入市的制度通道并未开放,农村集体经济组织依法处分土地使用权的权利未被明确赋予,相反却从“可以依法转让”土地使用权变为“依法不得转让”土地使用权。2004 年修正后的《宪法》第 10 条第 4 款的内容完全被架空,回到了 1988 年《宪法修正案》以前的状态。

2. 征收目的并非都包含公共利益要素。根据 2004 年修正后的《宪法》第 10 条第 3 款的规定,公共利益是对征收权行使的主观限制;而根据 2004 年修正后的《土地法》第 43 条的规定,任何个人和单位需要获得土地使用权进行建设时,只能申请使用国有土地,不得指向集体土地。那么,政府基于“任何个人和单位”的申请征收集体土地是否都符合公共利益呢?答案并不总是肯定的。尽管对公共利益的解释日益宽泛,^⑨但单位和个人的建设不可能都基于公共利益目的。

3. 农村集体经济组织无缘开发利益。依照 2004 年修正后的《土地法》第 47 条的规定,土地被征收时的补偿以原用途收益为计算基准,补偿费包括土地补偿费(按照土地原用途折算)、安置补助费(按照土地承载的相应人口的安置成本计算)、青苗补偿费(按照所种农作物的市场价值计算)和地上附着物补偿费(按照建造成本计算)。这种依原用途计算出来的补偿标准,忽略了土地因开发带来的经济收益,无异于土

地开发利益的国有化。相反,如果集体所有的土地不经由征收,而由农村集体经济组织通过市场机制出让使用权,则农村集体经济组织就可能分享开发利益。可见,《土地法》堵塞了《宪法》构建的土地使用权进入市场的管道,其结果是剥夺农村集体经济组织有可能分享的开发利益。

三、集体土地征收制度可能的变革及其宪法空间

既然实践中土地集体所有权由国家政策向基本权利漂移,那么 2004 年《宪法修正案》是否为《决定》预示的集体土地征收制度变革预留了足够宽的空间呢?对于此问题,笔者试从以下几个方面进行回答:

1. 限缩征收范围。《决定》允许农村集体经营性建设用地入市,就必然会缩小征地范围。因建设需要使用集体土地的农村集体经济组织的单位和个人可通过购买获得所需的集体土地,这意味着由国家独占土地一级市场的局面被部分打破,进行建设的个人和单位可以选择使用国有土地或集体土地,农村集体经济组织所有的经营性建设用地无须通过征收程序“变脸”为国有土地,就能够直接在农村集体经济组织和需用地的单位、个人之间流转。即便是为了公共利益需要使用集体土地,政府也可不通过征收而是通过协商购买取得。因为允许农村集体经济组织所有的经营性建设用地进入市场,就相当于赋予了农村集体经济组织交易经营性建设用地的权利,政府基于公共利益目的需要使用上述土地时,如能与农村集体经济组织达成合意,就无需通过征收程序而直接通过购买取得。

根据 2004 年修正后的《土地法》的规定,农村集体经济组织的土地不能入市,政府基于公共利益目的产生使用农村集体经济组织土地的需要时,即便政府在事实上可以与农村集体经济组织达成协议,也不能通过协商购买程序获取农村集体经济组织哪怕“一寸”土地,这是因为农村集体经济组织根本就没有“卖”的权利。而 1988 年《宪法修正案》中有关土地使用权可以依照法律规定转让的规范则为农村集体经济组织的土地入市预留了空间。2004 年《宪法修正案》规定,征收集体经济组织的土地必须基于公共利益目的,但值得注意的是,即便是基于公共利益目的,征收行为也是“可以”而不是“应当”,更不是“必须”。从这个角度看,《决定》是对 2004 年修正后的《土地法》的纠偏。

2. 提高补偿标准。2004 年修正后的《土地法》规定的,集体土地征收补偿以根据收益还原法计算出来的前三年平均产值的一定倍数为标准,这一标准远远低于市场价值。一般而言,补偿标准应是被征收不动产的公平市场价值,其可以在一定程度上屏蔽政府的恣意。^⑩但集体土地因为不能入市,所以不存在市场价值,集体土地的开发利益被完全国有化。《决定》允许农村集体经济组织经营性建设用地进入市场,意味着上述土地获得了市场价值,可以参照市场价值进行补偿。一旦集体所有土地与国有土地“同等入市,同权同价”,农村集体经济组织就可以分享开发利益。按照市场价值提高土地征收补偿标准更切合 2004 年修正后的《宪法》第 10 条第 3 款规定的“依照法律的规定给予补偿”。在此,补偿必须暗含着等价和公平,否则就是带有惩罚性的没收。

3. 征收程序的正当性补足。2004 年修正后的《土地法》规定了由政府一手“包办”的征收程序,其忽略了土地集体所有权作为基本权利的面向,而强调其作为国家政策的面向。^⑪《决定》明确提出“规范征地程序”,这预示着农村集体经济组织在征地程序中将有更多话语权。“任何人都不能做自己案件的法官……对当事人做出不利决定时,应听取其意见”,^⑫这是正当程序的基本要求。土地集体所有权由国家政策向基本权利的漂移,为征收程序正当化准备了足够的空间。既然土地集体所有权作为基本权利的面向日益清晰且征收是对这种基本权利的不利处分,那么集体经济组织就当然应该参与其中,而不应再被动地“服从国家建设需要”。

4. 国家生存照顾义务的加强。集体土地不仅是集体的财产,在城乡社会保障制度二元分立的背景下,它还承载了农民生存保障的功能。其中,经营性建设用地将农村劳动力转移到非农产业,解决了大量隐形失业人口的就业问题。将集体土地征收后,农民必须重新择业,重新学习劳动技能。《决定》提出完善对被征地农民的保障机制,标志着国家要更好地履行对被征地农民的生存照顾义务。2004 年修正后的《宪法》关于“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”、“国家创造劳动就业条件”的规定,都

为国家更好地履行对被征地农民的生存照顾义务提供了规范依据。

四、余论

自2004年修正后的《宪法》中的土地集体所有经由国家政策向基本权利漂移后,在应对集体土地征收制度的可能变革的问题上,其制度空间绰绰有余。与《决定》赋予农村集体经济组织流转经营性建设用地的权利相观照,2004年修正后的《宪法》第10条第4款规定,土地使用权“可以依照法律的规定转让”。在此,2004年修正后的《宪法》所指的“土地”显然不限于“经营性建设用地”。相对于2004年修正后的《宪法》确立的开放的制度空间,《决定》预示的集体土地征收制度变迁更像一次“补课”——将《土地法》中的相关规定推向合宪的轨道。当然,如果具体到微观的制度设计,仍需要复杂的解释作业才能清理出2004年修正后的《宪法》给集体土地征收制度变革留下的空间。例如,农村集体经济组织经营性建设用地入市是否会改变2004年修正后的《宪法》确立的土地所有制结构?特别是当出让农村集体经济组织经营性建设用地时,受让方如果不是政府而是政府以外的主体,农村集体经济组织则只能出让经营性建设用地使用权,土地的所有权主体不变,仍然是农村集体经济组织。这样就可能出现城市土地中夹杂集体所有的土地。当然,我们也可解释2004年修正后的《宪法》所规定的“城市”只包括“1982年修宪时既有城市范围内的土地,而不包括之后新建的城市以及因为既有城市扩张而新被纳入到城市范围内的土地”。^⑬这样,城市中出现农村集体经济组织所有的土地则并不违宪。

注释:

①参见董之伟:《中国30年来的宪法学教学与研究》,《法律科学》2007年第6期。

②1954年《中华人民共和国宪法》第8条同时规定:“国家指导和帮助个体农民增加生产,并且鼓励他们根据自愿的原则组织生产合作、供销合作和信用合作。”尽管该表述是指导性的,但背后隐含的强制力不容忽视。

③1962年《农村人民公社工作条例》第9条规定:“公社管理委员会,在行政上,就是乡人民委员会(即乡人民政府),受县人民委员会(即县人民政府)和县人民委员会派出机关的领导。在管理生产建设、财政、粮食、贸易、民政、文教卫生、治安、民兵和调解民事纠纷等工作方面,行使乡人民委员会的职权。公社的社长,就是乡长。”1975年《中华人民共和国宪法》第7条明确规定:“农村人民公社是政社合一的组织。”

④⑤参见李凤章:《通过“空权利”来反权利:集体土地所有权的本质及其变革》,《法制与社会发展》2010年第5期。

⑥之所以说大致相当,是因为集体经济组织有“合理利用土地的义务”,而私有财产权不伴随这项义务。参见2004年修正后的《中华人民共和国宪法》第10条第5款。

⑦《全国人民代表大会法律委员会关于第十二届全国人民代表大会第一次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》, http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2014-01/27/content_1825096.htm, 2014-01-29。

⑧只涉及补偿标准。参见张枫逸:《让农民持久分享土地增值收益——从国务院通过〈土地管理法修正案(草案)〉说开去》,《中国国土资源报》2012年12月11日。

⑨参见刘连泰:《将征收的不动产用于商业开发是否违宪——美国法上的判例及其借鉴》,《法商研究》2009年第3期。

⑩我们注意到,《国有土地上房屋征收与补偿条例》第19条规定:“对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”。

⑪参见《中华人民共和国土地管理法》第43条、第44条、第46条。

⑫参见[美]戈尔德丁:《法律哲学》,齐海滨译,生活·读书·新知三联书店1987年版,第245页。

⑬参见杨俊锋:《现行城市土地制度的来龙去脉》,《南方周末》2012年7月12日。