



# 不完备法律理论对完善我国土地管理法治的启示<sup>\*</sup>

李名峰，胡继亮

(华中师范大学 管理学院, 湖北 武汉 430079)

**摘要:**改革开放以来,我国政府在构建土地管理法律法规体系方面作出了很大的努力,但当前我国土地违法的问题仍然十分严重。不完备法律理论认为,推进法治建设除了需要完善法律,还应在法院和监管者之间合理分配剩余立法权和执法权。本文基于不完备法律理论的视角,具体分析了我土地管理法律中的三类不完备情形,并从剩余立法权和执法权的分配、土地执法监察体制的改革和提高立法效率等三方面提出了完善我国土地管理法治的政策建议。

**关键词:**土地管理; 土地法治; 不完备法律理论

中图分类号:D922.3

文献标识码:A

文章编号:1004-0544(2010)02-0104-04

## 一、问题的提出

随着我国经济的快速发展,土地要素对经济增长的贡献日益显著,加强土地的法治化管理,运用土地政策参与宏观调控,已成为实现国民经济持续健康发展的重要保障。改革开放三十多年来,为了规范土地的利用与管理,我国陆续颁布了一系列土地管理法律法规。1986年颁行的《土地管理法》,对于规范我国的土地利用行为,加强土地利用管理起到了重要作用,构成了我国改革开放后土地管理法律体系的核心。1988年和1998年,全国人大常委会根据我国经济发展的需要,两次对《土地管理法》进行了重大修改。1994年、2002年、2007年,《城市房地产管理法》、《农村土地承包法》、《物权法》相继颁行,我国的土地管理法律体系得到了进一步完善。自《土地管理法》颁行以来,土地管理相关配套法规建设也得到了不断加强,国土资源部先后制定和公布了30多项部门规章,各省(区、市)也先后出台了近150项土地登记、土地规划、土地市场建设、土地执法监察等方面的地方性法规、规章。<sup>[1]</sup>

尽管我国政府在建立和完善土地管理法律法规体系方面作出了很大的努力,但当前我国土地违法的问题仍然严重,耕地保护形势依然严峻,笔者认为这与我国政府官员在土地法治方面受“立法完善主义”的影响有关。从我国土地管理相关法律法规的立法实践来看,以“立法完善主义”为中心的法律完备化努力,已成为推进我国

土地利用法治工作的重要取向。由于我国司法体系秉承大陆法系的传统,其一贯的立法理念是把所有能想到的问题,尽可能详细地用条文的方式写入法律,这种基于推理方式写成的法律条文之间必须保持逻辑上的一致,没有冲突,还要保证法律条文足够详细,以便法官在审判案件时能够根据条文推演出判决结果。<sup>[2]</sup>但问题是,这种基于对人类理性最大化信任而制定出的法律是否真的完备?过分看重由立法者按照逻辑推理制定出的详尽法律,而忽视执法者在实践中对法律进行修正和完善的能力,是否能客观真实地反映出现实之需?深入研究这些问题,对于完善我国的土地管理法治建设具有十分重要的现实意义。本文将基于不完备法律理论的视角,探寻这些问题的答案,并结合理论分析提出完善我国土地管理法治的政策建议。

## 二、不完备法律理论的基本思想及改进建议

不完备法律理论(Incomplete Law Theory)是由卡塔琳娜·皮斯托(Katharina Pistor)和许成钢于本世纪初合作提出,该理论提出后受到了学术界的广泛关注。但是不完备法律理论从提出至今历经了还不到十年时间,其理论体系尚有不少可资发展和完善的地方,加之该理论初始研究对象是欧美证券市场监管问题,在解读中国土地管理法治时有必要进行适当地修正和补充,以使其在解释和分析中国土地管理法治问题时具有更强的针对性与说服力。下文将结合土地管理法治实践,对不完

<sup>\*</sup> 基金项目:2007年度国家社科基金重大招标项目(编号:07&ZD030)“促进社会公平正义的服务型政府建设和公共服务体系完善研究”阶段性研究成果。



备法律理论的基本思想进行简要梳理,并提出一些改进建议。

### (一)不完备法律的内涵

所谓完备的法律指的是,面对任何一个案件,任何一个法官甚至是任何一个受过教育的人,都能按照法律明确无误、没有偏差地推断出什么是犯法,以及犯法可能受到什么样的惩罚,否则法律就是不完备的。<sup>[2]</sup>不完备法律理论认为,既然法律通常被设计为要长期适用于大量的对象,并且要涵盖大量迥然不同的案件,那么它必然是不完备的。<sup>[3]</sup>

### (二)不完备法律的分类

不完备法律理论将不完备法律分为两种类型。第 I 类不完备法律,即法律没有对特定行为进行界定或仅列举了少数行为,使得对行为结果的限定过于宽泛。第 II 类不完备法律,即法律虽明确了应予制止的行为,但是随着社会的不断发展,原有法律规定已不能涵盖所有相关行为。<sup>[3]</sup>笔者认为根据不完备法律的定义,上述分类方法并没有涵盖不完备法律的全部情形。为了全面反映不完备法律的内涵,更为科学地区分各类不完备法律,建议对分类方法作如下改进:(1)第 I 类不完备法律在保留原有内涵的基础上增加“法律对于执法人员的执法手段和执法权限规定不明确,导致执法人员面对违法行为无法采取法定手段予以制止和处罚”的内容;(2)第 II 类不完备法律的内涵保持不变;(3)新增第 III 类不完备法律,即不同法律对于某一行为给出了互相矛盾的规定,导致发生法律纠纷时,当事各方均引用有利于己方的法律规定,使执法者难以确定纠纷应适用法律的情形。在土地管理的司法实践中,第 III 类不完备法律引发的纠纷为数不少。

### (三)剩余立法权与执法权的分配

不完备法律理论认为当法律不完备时,法律的阻吓效果会被削弱,而法院天生就被设计成被动执法者和主要的事后立法者,如果没有人就违法行为向法院提起诉讼,法院就无法采取行动制止违法行为并处罚违法者,因此仅靠法院执法难免会导致执法不足。由于监管者在事前和事后都能创设及执行法律,因此引入监管机构主动执法可以改进法院事后被动执法的不足,有效提高执法效率。较之立法者,监管者能更灵活地行使剩余立法权,他们不必通过冗长的立法过程,却可以在其立法权限内,以简单程序改写及变更法律。至于在什么情况下应引入监管者主动执法,不完备法律理论提出了两个标准,即标准化以及预期损害的程度(外部性)。所谓标准化是指一种能力,即以合理成本对损害行为及结果进行描述,以便监管者能有效行使主动式执法权的能力。不完备法律理论认为,只有当行为能够被标准化,而且这些行为可能产生极大的损害和负外部性,使得被动执法无法对受害者进行充分救济时,监管者主动执法才是必

要的。<sup>[3]</sup>由此可见,立法者在引入监管者主动执法也是有条件的,从经济学的角度来看,监管者主动执法所发生的成本不应超过违法行为对公共利益带来的损害,也就是说监管者主动执法不应降低社会福利。

## 三、我国土地管理法律制度不完备的具体表现

### (一)第 I 类不完备法律

我国现行《土地管理法》有关土地违法的处理方式的规定比较模糊,直接导致了土地管理部门在执法时缺乏具体法律依据,使执法效力大打折扣。例如:《土地管理法》第八十三条规定:“依照本法规定,责令限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的,建设单位或者个人必须立即停止施工,自行拆除;对继续施工的,作出处罚决定的机关有权制止”。上述法律条文中“有权制止”的规定太过空泛,既没有规定执法权力的具体范围,也没有说明可以实施的执法手段。1991 年颁行的《土地管理法实施条例》第三十六条原本作出了“对继续施工的,做出了处罚决定的机关有权对继续施工的设备、建筑材料予以查封”的具体规定,但 1999 年该条例修订时,却删去了此条规定,人为地造成了法律的不完备,导致了“有权制止”土地违法行为的土地行政部门,在职责范围内实施的执法行为,反倒可能成了违法侵权。据媒体报道,某省为了督促土地管理部门执法,居然建立了“案件查处目标考核责任制”,对各个地级市每年办结的拆迁案件数量、判刑人数、处分违法干部人数均作出了具体要求,甚至连各个行政级别应处理的人数都做了量化规定。<sup>[4]</sup>这种荒诞的责任制的出台,说明由法律不完备而引发的我国土地管理部门执法难的问题已经相当严重。

### (二)第 II 类不完备法律

我国现行《土地管理法》自 1998 年修改颁行至今已有十一个年头(其间于 2004 年进行了小幅适宪性修改)。随着经济的发展和社会的进步,《土地管理法》的一些条款已经不能适应时代发展的需要。例如:《土地管理法》第四十七条规定:征收耕地的土地补偿费,为该耕地被征收前三年平均年产值的六至十倍;每一个需要安置的农业人口的安置补助费标准,为该耕地被征收前三年平均年产值的四至六倍。但是,每公顷被征收耕地的安置补助费,最高不得超过被征收前三年平均年产值的十五倍。土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征收前三年平均年产值的三十倍。这种以农用地平均年产值为基数再乘以倍数的补偿费计算方法,基本上是 1953 年《政务院关于国家建设征用土地办法》的延续。但是在计划经济时代,地方政府在征用集体农用地时,除了支付货币补偿之外,还需安排失地农民的生活出路。也就是说当时政府对于失地农民的补偿实际上包含



了货币补偿和社会保障补偿两部分。而在现行市场经济体制下,地方政府征地时往往只履行法律规定的货币补偿义务,而对于《土地管理法》没有明确规定的社会保障补偿则不再提供。失地农民在无法获取社会保障补偿的情况下,即使得到法定上限的货币补偿,也难以维持失地后的生计。事实上,在我国一些地方已经出现了农民因土地被征,失去生活来源而返贫的现象,<sup>[5]</sup>其中一个重要原因,就是现行《土地管理法》的有关征地补偿条款带有浓重的计划经济色彩,在当前市场经济环境下,对于被征地农民显失公平。

### (三)第 III 类不完备法律

我国土地管理法规间一些相互矛盾规定,很容易引发法律纠纷。例如:我国的《土地管理法》与《农村土地承包法》关于农村土地发包主体的规定就不尽一致。对于“已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的土地”(以下简称村内集体土地),《土地管理法》第十条规定的经营管理主体,即拥有发包权的主体为“村内各该农村集体经济组织或者村民小组”。而《农村土地承包法》第十二条对于“村内集体土地”除了规定可由“村内各该农村集体经济组织或者村民小组发包”外,还规定由“村集体经济组织或者村民委员会发包的,不得改变村内各集体经济组织农民集体所有的土地的所有权”。《农村土地承包法》的规定与《土地管理法》相比,有权发包村内集体土地的主体增加了“村集体经济组织或者村民委员会”。假如村民委员会与村民小组对同一宗村内集体土地作出了不同的发包决定,究竟应该适用哪一个法律呢?从土地所有权、使用权的角度来看,《土地管理法》应是基本法,《农村土地承包法》的级别、效力应在《土地管理法》之下;从农村土地承包的角度来看,《农村土地承包法》是特别法,而《土地管理法》是一般法,特别法优先适用于一般法。因此,司法部门在面对此类纠纷时也难以确定适用法律。实践中,由于《土地管理法》与《农村土地承包法》在农村土地承包发包主体上的相互矛盾的规定,已导致一些农村土地承包的法律纠纷的产生。<sup>[6]</sup>

### 四、法律不完备背景下土地管理法治的完善

由上述分析我们可以看出,我国土地管理法治面临的问题很大程度上与土地管理法律不完备有关。受“立法完善主义影响”,我国各级政府长期以来在修补法律漏洞方面作出了不少努力。但是法律不完备的问题仍然是困扰土地管理工作的重要问题。不完备法律理论指出:无论立法者如何努力都不可能设计出完备的法律,而且法律不可能在整个社会层面最有效地威慑各种有害行为。<sup>[7]</sup>因此要完善我国土地管理法治,在努力减少土地管理法律不完备程度的同时,还应在综合考量成本收益的基础上,向履行监管者职责的国家土地督察,分配

剩余立法权和执法权。根据我国土地管理法治的实际情况,笔者提出以下政策建议。

#### (一)赋予国家土地督察剩余立法权与执法权

不完备法律理论提出的向监管者分配剩余立法权和执法权的两个标准中,具有标准化能力是必要条件,而预期损害程度足够大则是充分条件,只有两个条件同时具备,监管者才存在获得权力分配的空间。从土地管理的实践来看,当前我国从省到市、县、乡镇都已按照《土地管理法》的规定进行了土地利用总体规划的编制或修编。在土地利用执法中,要判断某项土地利用行为是否违法,只需将航拍图片或卫星图片与土地利用规划图纸进行比对,即可作出初步认定。因此,对违法利用土地的行为作出标准化描述不难实现。而土地违法会严重损害公共利益早已成为全社会的共识,这些损害包括:削弱了国家利用土地政策参与宏观调控的能力;破坏生态环境,威胁国家粮食安全;侵害土地使用者的合法权益,激化社会矛盾等。因此,在土地管理中引入监管者进行主动执法具备理论上的必要性。

事实上,我国中央政府为了加强对地方政府土地利用行为的监管,已于 2006 年正式建立了国家土地督察制度。国家土地督察制度建立三年以来,在保护耕地,遏制地方政府土地违法行为的方面取得了一定成效。但是中央政府赋予国家土地督察的权力明显偏少,仅包括:调查权、审核权、纠正权和建议权。从不完备法律的角度来看,国家土地督察机构实际上已经承担起了监管者主动执法的责任,却没有被赋予主动执法者有效开展监管所必需的剩余立法权和执法权。因此,在监管工作中,国家土地督察难以对地方政府的土地违法行为进行有效遏制。为了提高国家土地督察的执法效率,笔者认为中央政府应该明确赋予国家土地督察剩余立法权和执法权,即中央政府应授权国家土地督察机构发挥一线监管的信息优势,对督察工作中发现的土地管理法律的不完备之处,以部门规章的形式及时作出解释或补充说明,以在最大程度上减少土地法律不完备程度;同时国家土地督察应拥有对土地违法行为的行政否决权和对土地违法责任人的人事弹劾权。

#### (二)改革我国土地执法监察体制

目前,我国土地执法监察工作面临很大困难,具体表现为:对发现的违法行为难制止;对违法行为的处罚难落实;对土地违法的责任人难制裁。笔者认为造成土地执法监察工作陷入困境的原因有两个:一是我国土地执法监察的法律规定不够具体明确。前文在论述土地管理第 I 类不完备法律时已对此作出了说明;二是我国土地执法监察工作经常受到地方政府的干扰。在强调地方局部利益的“发展观”和“政绩观”的影响下,不少地方政府为了推动地方 GDP 快速增长,大力招商引资,甚至不惜违法使用土地,同时又要求土地管理部门“积极配





合”,不能拖地方经济发展的后腿。尽管 2004 年国家实行了省以下土地管理部门垂直管理改革,但改革仅上收了土地管理部门的人事权,其财权和物权仍归当地政府管理,因此地方土地管理部门一般不愿得罪当地政府,其下辖的执法监察机构自然也难以制止当地政府的土地违法行为。

为了解决土地执法监察工作受到地方保护主义掣肘的问题,笔者建议将土地执法监察机构划归派驻地方的国家土地督察机构主管。土地执法监察机构的行政隶属关系的调整,有两方面积极意义:一方面,能帮助土地执法监察部门摆脱地方政府的干扰,为其创造公正执法的制度环境;另一方面,能够使国家土地督察机构拥有自己管理的执法队伍,使其面对土地违法行为能够迅速展开执法行动,有效履行监管者的职责。同时,建议全国人大在修订《土地管理法》时,赋予土地执法监察机构一定范围的强制执法权,并对土地执法监察机构查处土地违法行为方式、方法作出明确规定,以确保土地执法监察机构在制止土地违法行为时有法可依。

### (三)大力完善土地管理法律法规

尽管不完备法律理论指出法律是内在不完备的,但这绝不意味着我们应该放弃使法律变得更完备的努力。而我国《土地管理法》自 1986 年出台至今,仅在 1988 年和 1998 年进行了两次重大修改,其中最近一次重大修改距今已有十一年。十一年里我国的社会经济环境已发生了翻天覆地的变化,《土地管理法》的不少规定已经不能适应当今土地利用管理的现实需要。尽管第十届全国人大常委会已于 2005 年将修改《土地管理法》列入了立法规划,但四年过去了,新《土地管理法》仍未出台,我国立法机构应提高立法效率,尽快出台新《土地管理法》。笔者认为在《土地管理法》进行修订的同时,各级政府部门也应在自身职权范围内,为减少法律不完备的程度作

出自己的努力。国务院可以根据《土地管理法》第四十七条中“国务院根据社会、经济发展水平,在特殊情况下,可以提高征收耕地的土地补偿费和安置补助费的标准”的规定,用国务院文件的方式要求各地提高征地补偿标准,并将失地农民纳入当地社保体系,并出台相关扶持政策。最高人民法院可以在国土资源部的协助下,以“司法解释”的形式对诸如土地执法权限范围、执法手段等争议不大的程序性的法律规定作出具体说明,为基层国土资源部门土地管理工作的顺利开展提供更多的法律保障。

### 参考文献:

- [1]李炜.“土地管理法”遗憾后的价值回归[J].中国土地,2008,(09).
- [2]许成钢.法律、执法与金融监管——介绍“法律的不完备性”理论[J].经济社会体制比较,2001,(5).
- [3]Katharina Pistor,Chenggang Xu. Incomplete Law [J]. Journal of International Law and Politics,2003, 35(4).
- [4]张福君.土地违法执法难,难于上青天[J].国土资源,2007,(03).
- [5]郭之纯.河南灵宝征地案,是揭示“农民返贫”的标本[N].东方早报,2009-04-22.
- [6]王向和.农村土地承包的发包主体和发包原则——评农村土地承包法的立法缺陷[J].特区法坛,2006,(1).
- [7]Katharina Pistor,Chenggang Xu. The Challenge of Incomplete Law and How Different Legal Systems respond [M]. Bijuralism: An Economic Approach, Albert Breton M T, Burlington: Ashgate Publishing Co., 2006.

责任编辑 刘凤刚

(上接第 87 页)在重构社会信息的采集、整理和披露渠道的同时,开拓社会信息收集渠道,研制社会管理的监测(指标)体系,构建社会稳定的预警、预控管理系统,加快建立健全各种突发事件应急管理机制,提高公共危机的管理能力。社会指标不是老百姓所讨厌的压指标的那种指标,社会指标是分析社会现象或社会发展的一种量化工具;社会指标体系是社会管理的依据,是人民群众监测、监督的准绳。在组织保障方面要完善社会监测机构,并以社会第三方的独立评估机构为辅,构建交叉式、立体网状型的监测体系。尤其是完善对于重大工程、重大项目、重大政策和重大问题的社会影响评估机制,及时了解相应的发展趋势、社会影响,及时预警,及时防范。

社会体制综合配套改革作为一种在我国经济社会实现科学发展与和谐发展的关键时期而产生的具有创新型特点的改革举措,是一项新的改革的战略选择,不能寄希望于一夜之间一步到位,更不能幻想一蹴而就,需要整体配合逐步推进。社会体制综合配套改革是探索和创新科学发展、和谐发展的体制和机制。这项战略性选择的现实意义和时代价值在于:将会对中国在巩固经济体制改革成果基础上的社会体制改革、进而推动政治体制改革提供参考经验,将会对其他转型国家的新一轮改革和发展提供模式借鉴。

责任编辑 刘 婷