

宪法依据问题研究

——以我国土地整理立法为例

赵 谦 著



人民出版社

宪法依据问题研究

——以我国土地整理立法为例

赵 谦 著

 人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法治建设进程与发展路径考察: 以张掖市为例 / 韩正明著. —北京:
中国社会科学出版社, 2014. 6

ISBN 978 - 7 - 5161 - 4059 - 8

I. ①法… II. ①韩… III. ①社会主义法制—建设—研究—中国
IV. ①D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 051028 号

出版人 赵剑英
责任编辑 孔繁迎
责任校对 娟
责任印制 王炳图



出版 中国社会科学出版社
社址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发行部 010 - 84083685
门市部 010 - 84029450
经销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版次 2014 年 6 月第 1 版
印次 2014 年 6 月第 1 次印刷

开本 710 × 1000 1/16
印张 19.75
插页 2
字数 316 千字
定价 59.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

引 言

一、研究背景与理论基础

“宪法依据问题研究——以我国土地整理立法为例”是一种论证,“由断定一个或一些判断的真实性,进而断定另一个判断的真实性,这就是论证。”^①这样的论证首先要断定“宪法依据”问题的真实存在与研究必要性,而后要断定“我国土地整理立法”的真实性与作为一个问题的研究必要性,如此方能以“我国土地整理立法”为样本进入“宪法依据”问题的实证分析。

(一) “宪法依据”问题

“宪法依据”问题的直接文本表征就是“根据宪法,制定本法”,或在实际研究中为某类制度构建、某项立法找到宪法依据。我国的“宪法依据”问题最早是许崇德、刘延寿于现行宪法颁行后不久的1983年提出的,他们先后从“新宪法的颁布对于社会主义民主与社会主义法制的建设具有极其重大的意义”^②和“现代行政法作为国内法的一个重要部门,它与宪法的关系表现得最为密切”^③两个方面,确立了学界就本问题从制度建构之宪法依据、具体立法之宪法依据两个侧面展开研究的基本“范式”^④。

① 金岳霖:《形式逻辑》,人民出版社2006年版,第280页。

② 许崇德:《新宪法是建设社会主义民主与法制的根据》,《法学》1983年第2期。

③ 刘延寿:《略论我国行政立法的宪法依据》,《现代法学》1983年第2期。

④ 参见石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版,第86—94页。

其后 30 余年里,学界陆续有人进行相关研究,但显然未引起足够关注。直至 2007 年前后,围绕《中华人民共和国物权法》的起草、研究,随莫纪宏的“物权法草案忽视了物权法的宪法依据”^①、梁慧星的“建议删去‘依据宪法’四字”^②、童之伟的“立法‘根据宪法’无可非议”^③等观点先后出炉,又让“宪法依据”这个稍显冷寂的问题掀起了一个研究小高潮。期间高飞的“在物权法制定中遵循宪法的基本精神和具体规范是非常必要的,但对物权法的宪法依据的分析应当跟上时代发展的潮流”^④和苗连营、程雪阳的“‘宪法是根本法’却并不意味着一定要在法律制定中有诸如‘根据宪法,制定本法’之类的条款,宪法学界在此问题上的坚守可能是对‘宪法是根本法’这一命题的误解”^⑤这两种观点又加入了这场小小的论战。而后叶海波则从“‘根据宪法,制定本法’的权源内涵和法源内涵”^⑥两方面确证了“根据宪法,制定本法”的正当性与可行性。

总体而言,大多数的研究皆与这场以“物权法”为样本之论战视角一样,当然也是对前述基本研究范式的依循,即选择某一立法或制度为样本进行实证、微观研究。这些研究所涉样本依时间先后顺序大致可罗列如下:“民主与法制”^⑦、“行政立法”^⑧、“企业制度”^⑨、“通信制度”^⑩、“刑法”^⑪、“改革开放政策”^⑫、

① 莫纪宏:《如何看待物权法的宪法依据》,《检察日报》2005 年 8 月 22 日。

② 梁慧星:《不宜规定“根据宪法,制定本法”》,《社会科学报》2006 年 11 月 16 日。

③ 童之伟:《立法“根据宪法”无可非议——评“全国人大立法不宜根据宪法说”》,《中国法学》2007 年第 1 期。

④ 高飞:《也谈物权法平等保护财产权的宪法依据——与童之伟教授商榷》,《法学》2006 年第 10 期。

⑤ 苗连营、程雪阳:《“民法帝国主义”的虚幻与宪法学的迷思——第三只眼看“根据宪法,制定本法”的争论》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2008 年第 2 期。

⑥ 叶海波:《“根据宪法,制定本法”的规范内涵》,《法学家》2013 年第 5 期。

⑦ 参见许崇德:《新宪法是建设社会主义民主与法制的根据》,《法学》1983 年第 2 期。

⑧ 参见刘延寿:《略论我国行政立法的宪法依据》,《现代法学》1983 年第 2 期。

⑨ 参见何华辉:《论增强企业活力的宪法依据》,《法学评论》1986 年第 5 期。

⑩ 参见吕世珩:《保护通信的各种规定都应以宪法为根据》,《现代邮政》1987 年第 3 期。

⑪ 参见黄安生:《论制定刑法以宪法为根据》,《法学杂志》1989 年第 4 期;王天一:《论刑法的宪法根据》,《安顺学院学报》2013 年第 5 期。

⑫ 参见陈曼民:《试谈我国改革开放政策的宪法依据》,《湘潭师范学院学报(社会科学版)》1992 年第 5 期。

“科技法”^①、“市场经济制度”^②、“人大监督制度”^③、“反邪教制度”^④、“隐私权立法”^⑤、“刑事侦查制度”^⑥、“紧急状态制度”^⑦、“社会保障制度”^⑧、“知情权制度”^⑨、“监狱制度”^⑩、“行政许可制度”^⑪、“物权法”^⑫、“行政处罚法”^⑬、

-
- ① 参见张黎：《制定科技进步法的宪法依据和政策依据是什么？》，《中国科技信息》1993年第10期。
- ② 参见马新文：《建立社会主义市场经济体系的宪法依据》，《河南公安学刊》1994年第S1期。
- ③ 参见黎藜：《人大行使个案监督具有宪法依据》，《政治与法律》2000年第2期。
- ④ 参见李卫海：《反邪教的宪法依据》，《工会论坛（山东省工会管理干部学院学报）》2002年第1期。
- ⑤ 参见刘向红：《论隐私权法律保护的宪法依据》，《福建法学》2003年第1期。
- ⑥ 参见周伟：《宪法依据的缺失：侦查阶段辩护权缺位的思考》，《政治与法律》2003年第6期。
- ⑦ 参见王毅：《论完善我国应急法律制度的宪法依据——〈宪法修正案〉确立的紧急状态制度解读》，《扬州大学学报（人文社会科学版）》2004年第3期；曹康泰：《为确立紧急状态制度提供宪法依据》，《中国人大》2004年第12期。
- ⑧ 参见杨启泉、王希龙：《建立社会保障制度的宪法依据》，《四川日报》2004年9月13日。
- ⑨ 参见王宇、张艳：《知情权的宪法依据及其在我国的初步实践》，《理论观察》2004年第6期；徐瑶：《知情权与政府信息公开制度的宪法依据》，《湖北警官学院学报》2013年第11期。
- ⑩ 参见孙涛：《监狱检查罪犯通信应有宪法依据》，《人民检察》2005年第1期。
- ⑪ 参见黄建水：《论行政许可听证制度的法理基础和宪法依据》，《行政与法（吉林行政学院学报）》2005年第1期。
- ⑫ 参见莫纪宏：《如何看待物权法的宪法依据》，《检察日报》2005年8月22日；高飞：《也谈物权法平等保护财产权的宪法依据——与童之伟教授商榷》，《法学》2006年第10期；梁慧星：《不宜规定“根据宪法，制定本法”》，《社会科学报》2006年11月16日；童之伟：《立法“根据宪法”无可非议——评“全国人大立法不宜根据宪法说”》，《中国法学》2007年第1期；苗连营、程雪阳：《“民法帝国主义”的虚幻与宪法学迷思——第三只眼看“根据宪法，制定本法”的争论》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2008年第2期；叶海波：《“根据宪法，制定本法”的规范内涵》，《法学家》2013年第5期。
- ⑬ 参见岳逸飞、王慰：《论行政处罚法设定公民权利的宪法依据》，《四川职业技术学院学报》2006年第1期；参见陈珺珺、陈梅：《论行政处罚法设定公民基本权利的宪法依据》，《福建行政学院福建经济管理干部学院学报》2007年第1期。

“国家征收征用制度”^①、“刑事诉讼法”^②、“违宪审查制度”^③、“反就业歧视立法”^④、“弹劾权制度”^⑤、“法官释明制度”^⑥、“行政诉讼制度”^⑦、“条约批准制度”^⑧、“临终关怀制度”^⑨、“环境税”^⑩、“香港基本法”^⑪、“协商民主制度”^⑫。也有个别学者超出前述研究范式,从“国际比较”^⑬与“纯粹立法技术”^⑭的视角进行了较有新意的研究。

上述研究之样本的选择不可谓不多,视角也不可谓不周全,然“宪法依据”的内在逻辑问题真正地得到解决了吗?恐怕未必。就理论研究而言,前述以“物权法”为样本之论战至少表明了宪法学界与民法学界就“根据宪法,制定本法”之对立,而宪法学界自身就“根据宪法,制定本法”这样的“合

① 参见黄建水:《国家征收征用补偿制度的宪法依据和理论基础探析》,《学习论坛》2006年第5期。

② 参见李微:《以宪法为根据创新务实地修改刑法》,《检察日报》2006年9月4日。

③ 参见李光禄、王茂庆:《违宪审查机构的性质和地位——以宪法的性质为根据》,《法学论坛》2006年第6期。

④ 参见归永吉:《浅析“反就业歧视条款”的宪法依据》,《法制与经济(下半月)》2007年第10期。

⑤ 参见黄建水、陈小杰:《弹劾权的理论基础和宪法依据探析》,《周口师范学院学报》2007年第6期。

⑥ 参见王春永:《试论法官释明权的宪法依据》,《江西青年职业学院学报》2008年第3期。

⑦ 参见马立群:《行政诉讼制度宪法依据质疑》,载胡建森主编:《公法研究(第十一辑)》,浙江大学出版社2012年版,第301—316页。

⑧ 参见沈子华:《我国条约批准的运作机制——以〈宪法〉和〈缔结条约程序法〉的规定为依据》,《国家行政学院学报》2012年第3期。

⑨ 参见尤金亮:《“临终关怀”的法律之维——法理基础、宪法依据与实体法规制》,《法学论坛》2012年第4期。

⑩ 参见张学博:《环境税的宪法依据——兼论巴西环境税》,《郑州航空工业管理学院学报》2013年第4期。

⑪ 参见叶海波:《“根据宪法,制定本法”的规范内涵》,《法学家》2013年第5期。

⑫ 参见肖北庚、刘铠:《中国协商民主:宪法依据与制度实践》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2013年第6期。

⑬ 参见李毅易:《试析日本国家赔偿制度的宪法根据》,《中外法学》1990年第6期。

⑭ 参见胡峻:《“根据宪法,制定本法”作为立法技术的运用》,《法治研究》2009年第7期。

宪性”自我宣示是否正当也是存疑的,当下颇为热门的“合宪性推定”^①之研究就是一种反映。就实务研究而言,“根据宪法,制定本法”并未进入我国宪法典以下第一具体化位阶之法律的所有文本,甚至专门规制我国立法活动的《中华人民共和国立法法》也并未就此作明确规定,第3条之“立法应当遵循宪法的基本原则”也仅仅是表达立法的原则,而非立法法本身的立法宗旨。在各类立法文本没有规定“根据宪法,制定本法”,也未明确宣示其“非根据宪法,制定本法”或“根据(宪法以外的)××法,制定本法”的情形下,学者们更多地推定其在事实上是“根据宪法,制定该法”,一厢情愿地为各类立法或制度积极地找寻其宪法依据。问题究竟出在哪里?选择样本就“宪法依据”这样一个理论问题进行实证、微观研究,其不可谓不符合“社会科学认识和社会政策认识的‘客观性’”^②,方法论既然是可取的,则问题当出自研究内容本身。“宪法依据”问题在本质上可分为三个问题:其一,立法依据宪法的原因,即立法为什么要依据宪法?其二,具体立法的相应宪法依据,即立法依据宪法的什么?其三,相应宪法依据于具体立法的适用,即根据宪法如何科学地立法?

学界就第一个问题基本上形成了较为一致的研究结论,即立法依据宪法的原因在于宪法的根本法属性。凯尔森在其“法律秩序的基础规范”阐述中早已言明“法律从宪法中取得其效力,因为它是由主管机关按照宪法所规定的方式制定的”^③,立法作为一般规范之所以有效,源自它依据一部宪法而被创立。基于此,相关研究大致从宪法价值与宪法规范两个层面所显现的根本法属性展开。其一,就宪法价值层面的根本法属性而言。如“基本权保障和个人自由作为新的内涵被逐渐注入根本法思想”^④。“保障基本权和个人自由”堪称立宪活动所要追求实现的道德准则,立宪主体通

① 参见韩大元:《论宪法解释程序中的合宪性推定原则》,《政法论坛》2003年第2期;韩大元:《论合宪性推定原则》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2004年第3期;王书成:《合宪性推定论:一种宪法方法》,清华大学出版社2011年版。

② 参见[德]马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,李秋零、田薇译,中国人民大学出版社1999年版,第1—49页。

③ [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130页。

④ 参见郑贤君:《作为根本法的宪法:何谓根本》,《中国法学》2007年第4期。

过立宪活动欲实现的需要和利益的满足往往围绕该道德准则而展开,故而“保障基本权和个人自由”注入根本法思想当是宪法在价值层面呈现的根本法属性。欲显现宪法在价值层面的根本法属性,则意味着法律必须与宪法“保障基本权和个人自由”的价值取向相协调,进而根据宪法价值科学地立法。其二,就宪法规范层面的根本法属性而言。如“即使其他法律有宪法上的立法依据,但其内容和精神也不得与宪法的精神、原则和规范相抵触,否则无效或部分无效”^①,这是宪法规范在效力上应呈现的根本法属性发挥作用的结果,立法必须依据宪法且不得与宪法规范相抵触。又如“宪法规定的内容是国家的根本问题,宪法多采用原则性和纲领性的方式规定国家有关根本问题,其他法律则以较为具体的方式规定有关内容”^②,这是宪法规范在规定的內容上应呈现的根本法属性发挥作用的结果,立法必须以宪法规范所规定的相关原则性和纲领性内容为线索探究其具体内容之设计,并实现具体法律规范之完善。

但是,上述这般立足于宪法方面的研究仅是单向度的研究,解决“立法为什么要依据宪法”问题应从宪法与立法两个方面双向度地展开。宪法的根本法属性当然地决定了“立法要依据宪法”,但“立法有否依据宪法”该如何判定呢?判断标准的设定更应从立法方面来寻找答案。立法往往显现于应然与实然两个层面,“法的应然是指法应当是什么,法的实然是指法实际是什么。前者是法的理想状态,后者是法的现实状态”。^③进行立法的应然与实然之比较,而分析立法存在的不足是触发“宪法依据”问题后续两个方面研究的先决条件,相应宪法依据在立法中的模糊存在往往是造就不足的重要原因。学界就这方面的研究虽通过前述若干样本的分析而有所涉及,但往往寥寥数语一笔带过,缺乏基于立法学视角的系统、深入探索,使得对“立法依据宪法的什么”和“根据宪法如何科学地立法”两个问题的研究流于文本形式或简单的理论叠加。故重拾“宪法依据”问题进行全面梳理实属必要。

① 刘茂林:《中国宪法导论》,北京大学出版社2009年版,第12页。

② 刘茂林:《中国宪法导论》,北京大学出版社2009年版,第11页。

③ 李步云:《法的应然与实然》,《法学研究》1997年第5期。

（二）样本选择问题

选择样本就“宪法依据”问题进行实证、微观研究,作为一种可行的并得到检验的“马克思主义宪法学的研究方法、无特定性状况的宪法学普通方法”^①可以继续应用。接下来的问题就是样本的选择了。前述林林总总已被选择的样本当然可以再次选择,但是其能否支撑欲进行的全面研究呢?过于微观、凸显其特殊性的如“环境税”、“临终关怀制度”、“法官释明制度”、“反邪教制度”、“反就业歧视立法”之类的样本能否达到合格样本的典型性、示范性、普遍性要求呢?过于宏观的如“民主与法制”、“物权法”等样本固然符合典型性、示范性、普遍性要求,然其能否提供必需的理论研究空间?老树新花未必会经常发生。故而,所选择之样本应一方面符合典型性、示范性、普遍性要求,另一方面在理论研究上应存在一定的空白且自身作为一个问题有研究的必要。如“通信制度”、“协商民主制度”等样本即符合这两方面的要求。

然而,“我国土地整理立法”最终另辟蹊径地成为了全面研究“宪法依据”问题的样本选择。除基于学术兴趣的原因外,更多地因为选择该样本能对解决我国宪法典中土地制度规范存在的问题发挥典型性、示范性作用。立足于宪法价值、宪法规范厘清我国土地整理立法的宪法依据,可以很好地解决“宪法土地制度规范的模糊化、非确定化及冲突化”^②等问题;根据宪法科学地构建我国土地整理立法而增进我国土地整理的效益与法治化水平,可以为改变“突破宪法以违宪的方式实现土地制度变革”^③的传统路径提供解决问题的新“范式”。此外,土地整理及其立法并非我国独有现象,其作为一类世界范围的社会科学、自然科学交集之普遍性命题存在着可资借鉴的参照系,这进一步强化了完成本研究的必要性与可行性。经文献检索,我国学界目前无人从宪法角度研究土地整理立法,更勿论以“我国土地整理

① 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第29页。

② 参见杨天波、江国华:《宪法中土地制度的历史变迁(1949—2010)——基于宪法文本的分析》,《时代法学》2011年第1期。

③ 参见杨天波、江国华:《宪法中土地制度的历史变迁(1949—2010)——基于宪法文本的分析》,《时代法学》2011年第1期。

立法”为样本研究“宪法依据”问题了,则该理论研究空间与创新性也是显而易见的。

(三) “我国土地整理立法”问题

样本选择问题已然解决,接下来需要就“我国土地整理立法”的真实性与作为一个问题的研究必要性进行断定。“我国土地整理立法”作为一类独立部门法虽仅是一种可能,但就其作用之行为、关系及固化行为、关系的规范载体而言却是客观真实存在的,后面将从应然、实然两个层面进行详细阐释。这里主要分析其作为一个问题的研究必要性。

土地整理是一种以增加有效耕地面积、提高土地利用率和产出率、改善农业生产条件和农村生态环境为目的,最大限度地、最大可能地、全方位地以各种合法方式对土地资源进行重新配置的土地整治活动。“根据有关文献资料的记载,‘土地整理’一词在国外最早问世于德国、法国和俄国等欧洲国家。”^①发展至今以德国、俄罗斯、荷兰、日本和我国台湾地区最具代表性,实施土地整理的措施已日益强化为国家措施。“对土地产权、土地开发和土地整理相关立法实现修改或创新是推动土地整理有效运营的必要前提。”^②1953年德国颁布了第一部《土地整理法》,并于1976年、2008年两次修订。俄罗斯继承苏联的土地整理政策于1993年颁布了《土地基本法》,以之为核心而构建了一套比较完整的土地整理制度体系。1954年荷兰颁布了《荷兰土地整理条例》,日本颁布了《土地地区划整理法》。我国台湾地区1979年和1980年颁布了《市地重划实施办法》和《农地重划条例》。这些典型国家和地区在相对完备的土地整理立法指引下,实现了对土地整理活动的充分法律规制,为其土地资源的科学保护与可持续性发展提供了有力支撑。

我国现代意义的土地整理实践始于20世纪50年代从苏联引入。“土地整理真正作为土地开发、利用、整治和保护的重要手段得以实施还是在建

① 严金明、钟金发、池国仁:《土地整理》,经济管理出版社1998年版,第1页。

② Rafael Crecente and Carlos Alvarez and Urbano Fra, “Economic, Social and Environmental Impact of Land Consolidation in Galicia”, *Land Use Policy*, no.19(2002), pp. 135-147.

国初期。”^①至今形成了“平原‘田、水、路、林、村’综合整理,丘陵山区‘山、林、田、水、村’综合整理和单项土地整理”^②三种典型的一般作业模式。近年来土地整理在我国被积极推进。“从2001年至2008年,我国共进行土地整理面积298.73万公顷,其中增加农用地78.22万公顷、增加耕地57.12万公顷。”^③土地整理资金国家投入主渠道被基本确立。“据测算,目前全国四类土地开发整理专项资金投入每年达到1000亿元人民币。”^④“《全国土地整治规划(2011—2015)》”^⑤明确提出了规划期内要通过土地整理补充耕地131.7万公顷的目标。

就土地整理立法而言,我国在高位阶原则性立法和低位阶专门性、实施性立法上皆已初具规模。法律、行政法规中无土地整理的专门立法,但在《中华人民共和国土地管理法》第38条、第39条、第40条、第41条,《中华人民共和国水土保持法》第34条,《中华人民共和国农村土地承包法》第44条、第46条,《中华人民共和国土地管理法实施条例》第17条、第18条,《大中型水利水电工程建设征地补偿和移民安置条例》第25条等立法中存在着相关原则性规定。其中,《中华人民共和国土地管理法》第41条第1款将土地整理定位在农村范围内,强调“按土地利用总体规划,对田、水、路、林、村综合整治,提高耕地质量,增加有效耕地面积,改善农村生产条件和生态环境”。部门规章中有20余部土地整理的单行立法,就项目资金管理、项目实施管理、规划管理、权属管理等予以专门性、实施性规定。地方立法中有2部地方性法规、4部地方政府规章设定了相关实施细则。

但上述立法碎片化趋向较为明显,缺乏高位阶立法的系统化规定,和规制另一类土地整治活动之损毁土地复垦的《土地复垦条例》相比尤为显现。

① 李卫祥:《农村土地整理》,中国出版社2008年版,第6页。

② 付梅臣、王金满、王广军:《土地整理与复垦》,地质出版社2007年版,第11页。

③ 中华人民共和国国土资源部:《中国国土资源统计年鉴》,地质出版社2009年版,第129页。

④ 高世昌、王长江:《中国土地开发整理监管工作回顾与展望》,《资源与产业》2009年第4期。

⑤ 中华人民共和国国土资源部网:《全国土地整治规划(2011—2015)》,2012年7月26日,见 http://www.mlr.gov.cn/sy_2633/gd1/201207/P020120702604393721984.doc。

“立法的碎片化,或者说非体系化倾向,将使得我国不能够为法律学习和法律适用提供和谐统一的立法资源的情形日渐趋于固定。”^①“法的系统化不仅是某一部法的系统化,而且是法与法、法的不同形式、过去的法和今天的法之间的系统化。”^②具体而言,如仅明确了土地整理的组织者但没有明确土地整理的产权主体、投资主体、监管主体以及各类主体间的权利义务关系;仅象征性地提出了“开发未作任何利用的土地和整理正作农业利用中的土地利用率和产出率偏低的耕地”这样的较宏观整理目标,缺乏针对性和可操作性;仅就土地整理法律责任作出了零散的规定,难以实现对土地整理违法行为的专门、充分规制。虽然近年来个别地方立法设定了有关土地整理的实施细则,如2006年《湖南省土地开发整理条例》、2008年《天津市土地开发整理管理规定》,但相关规定往往被冠以“开发整理”之名,在实践中有重开发、轻整理之嫌,更注重耕地数量的增加与保有,而不是耕地质量的提升。土地整理却是一项长期复杂的工作,一般一个中型项目需要十年左右的时间,相比土地开发所耗费时间要更长,这导致不少地方政府职能部门在土地整理中强调开发而追求近期政绩与效益,忽视了整体可持续性的公共利益。且相关规定几乎没有涉及政府以外其他利益相关者的权利义务与行为准则,使该活动几乎完全沦为政府单方行为,公民、社会组织的参与难以体现。故有必要总结我国土地整理及相关立法的实践经验,借鉴可为参照系的典型国家和地区土地整理立法工作的精华,尝试构建一套以单行土地整理法典为核心辅以相关配套法规的系统化土地整理部门法体系。因此“我国土地整理立法”作为一个问题进行全面研究是有必要的。

二、研究的主要内容

以“我国土地整理立法”为样本就“宪法依据”问题进行研究,应依循对“立法为什么要依据宪法”、“立法依据宪法的什么”、“根据宪法如何科学地

① 孙宪忠:《防止立法碎片化、尽快出台民法典》,《中国政法大学学报》2013年第1期。

② 蒋德海:《立法与法的系统化》,《检察日报》2005年9月5日。

立法”三个问题的逐次解答而展开,则本书分别以“我国土地整理立法有否依据宪法之判定”、“我国土地整理立法的宪法依据之界定”、“宪法依据于我国土地整理立法之适用”三章作相应研究。

(一) “我国土地整理立法有否依据宪法之判定”的主要内容

这部分的研究实质是前述学界已成通说的“立法依据宪法的原因在于宪法的根本法属性”之补正。“宪法的根本法属性”是从宪法方面分析的“立法依据宪法的原因”,而“我国土地整理立法有否依据宪法之判定”则是从立法方面分析的“立法依据宪法的原因”。就前者本书不再赘述,这里主要基于立法学的视角,通过我国土地整理立法的应然与实然之比较,探究其于实然层面存在的不足,判定我国土地整理立法并未依据宪法而科学地确立,有必要厘清其宪法依据,进而根据宪法科学地构建我国土地整理立法并推动其完善。最终通过对“我国土地整理立法”这一样本的研究,就“立法有否依据宪法”之判定乃至“立法为什么要依据宪法”确立基础研究“范式”。

立法所指是存在着两层涵义的,分析我国土地整理立法需先围绕“立法”的概念而有所限定。《牛津法律大辞典》将“立法”解释为:“通过具有特别法律制度赋予的有效地公布法律的权力和权威的人或机构的意志制定或修改法律的过程。这一词亦指在立法过程中所产生的结果,即所制定的法律本身。在这一意义上,相当于制定法。”^①“从立法的活动或过程讲,立法与法的创制同义。关于法律本身的立法的概念,是指立法活动所产生的规范性文件这一结果。”^②基于前述“尝试构建一套系统化土地整理部门法体系”之制度建构目的,则采“法律本身”意义而予以限定,土地整理立法即指有关土地整理之立法活动所产生的规范性文件这一结果。分析我国土地整理立法的应然与实然,也就是分析我国土地整理规范性文件“应当是什么”和“实际是什么”。“法的实然状态与应然状态的主要内容,可以归结为

① [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社1988年版,第547页。

② 朱力宇、张曙光:《立法学》,中国人民大学出版社2006年版,第20页。

三个基本的方面,即事物的道德准则与价值取向、事物的规律、事物的性质。这三个方面的伦理性、规律性、特性则通过法的精神、形式、内容三个领域而呈现出来。”^①立法作为法的下位概念,法的精神、形式、内容三个领域在立法中即表现为立法价值、立法体制、立法内容。我国土地整理立法是立法的下位概念,则我国土地整理立法的应然与实然之主要内容也可归结为立法价值、立法体制、立法内容,比较应然与实然所解析的我国土地整理立法之不足即存在于这三个方面,就“立法依据宪法的什么”与“根据宪法如何科学地立法”两方面问题进行研究也应依循这三个基本维度而展开。

(二) “我国土地整理立法的宪法依据之界定”的主要内容

这部分的研究是基于我国土地整理立法并未依据宪法而科学地确立之判定所展开的。立足于该样本在立法价值、立法体制、立法内容方面存在的不足,分别界定其在价值、体制、内容方面的相应宪法依据,进而为实现“根据宪法科学地构建我国土地整理立法并推动其完善”提供必备的逻辑前提。最终通过对“我国土地整理立法”这一样本的研究,就“立法依据宪法的什么”确立基础研究“范式”。

1. 我国土地整理立法价值的宪法依据

解读我国土地整理立法价值的宪法依据,即是要运用价值分析方法来探寻土地整理立法价值应契合之宪法价值,这是宪法在价值层面的根本法属性欲发挥作用的应有之义。对宪法价值的分析可运用功利主义的价值分析方法,从目的性价值和道德性价值两方面展开。边沁主张以“最大多数人的最大幸福”为立法的价值取向,“所有利益有关的人的最大幸福是人类行动的唯一正确适当并普遍期望的目的”。^②“一切法律所具有或通常应具有的一般目的是增长社会幸福的总和,具体的目的有四个,即生存、平等、富裕和安全。”^③边沁的论断实际是从三个方面对法的价值予以界定:动机—目标—价值。“生存、平等、富裕和安全”是人基于本能欲望对理想共同体

① 参见李步云:《法的应然与实然》,《法学研究》1997年第5期。

② [英]杰里米·边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第57页。

③ 严存生:《西方法律思想史》,法律出版社2004年版,第254页。

生活的较低层面需求,是动机;“增长社会幸福的总和”是人在本能欲望基础上具有一定理性色彩的需求表述,是目标;“所有利益有关的人的最大幸福”是超越本能欲望就理想共同体生活的道德指引,是价值。前两者是浅层次目的性价值的二元表述,可通过数量来计算的主体需要和利益。后者堪称深层次道德性价值的精辟箴言,不能简单以数量来计算。目的性价值是分析道德性价值的基础,道德性价值是分析目的性价值的动因和归结。

对目的性价值的分析应以宪法这一法现象所蕴含之目的属性为对象而从价值目标与价值关系两方面展开,既要厘清具体目的也要探究实现具体目的之基本依托。“价值判断在法律制度中所起的主要作用在于它们被整合进了作为审判客观渊源的宪法规定、法规以及其他种类的规范之中。法官们在解释这些渊源时,往往必须弄清它们得以颁布与认可所赖以为基础的目和价值论方面的考虑。”^①“想要借规范来规整特定生活领域的立法者,他通常受规整的企图、正义或合目的性考量的指引,它们最终又以评价为基础。这两种情形均非单纯地‘适用’规范,毋宁在从事——须符合规范或准则意旨的——价值判断。”^②分析不同法现象蕴含之“赖以为基础的”与“合目的性考量”就是找出该法现象试图实现的特定“社会幸福”,进而探究这类“社会幸福”明确所指之社会关系调整和社会主体间权利义务分配所依循的道德性价值。

对道德性价值的分析应以宪法这一法现象所蕴含之道德性观念与标准属性为对象而从价值要素与价值要素的渊源两方面展开,既要厘清具体道德性观念与标准,也要探究产生具体道德性观念与标准的根源和基础。“正义”这样的道德性观念与标准应成为价值分析的重要指标,但也不应局限于此。边沁所述“所有利益有关的人”意味着“社会幸福”的享有者在数量上应尽可能地扩张,所能实现的“正义”也应从程序上的相对正义向实体上的绝对正义不断接近;“最大幸福”则体现出对效率的追求,要实现效率需从社会秩序和主体自身两方面入手,外在社会秩序提供实现的环境,主体

① [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第528页。

② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第94—95页。

自身最大效益意味着实现的结果。当然空洞的理论考究是不会带来“社会幸福增长”的,“应当把评价理解为对一个可以由我们的行动影响的现象是应予指责的还是值得赞许的所作出的实践评价。”^①因此更应结合包括宪法在内的法现象之实然状况,立足于具体的运行现实而分析其道德性价值。

2. 我国土地整理立法体制的宪法依据

解读我国土地整理立法体制的宪法依据,即是要运用规范实证分析方法来探寻土地整理立法体制应依循之宪法规范,这是宪法在规范效力层面的根本法属性欲发挥作用的应有之义。立法体制问题属于宪法典规定的国家根本问题之一,故而我国土地整理立法的立法体制必须依据宪法典且不得与宪法典有关规定相抵触。但宪法典有关规定较为原则化、纲领化,是通过“作为宪法性法律的《中华人民共和国立法法》”^②来实现具体化的。因此我国土地整理立法体制的宪法依据可从宪法典延伸至立法法,其“宪法依据”中的“宪法”应扩张至以“宪法规范”^③为评判标准的相对广义范围。

但是学界就根据立法法进行的分析属于宪法分析是存在争议的,即宪法性法律是否属于宪法?宪法应否扩张至相对广义范围?部分学者严格恪守成文宪法和不成文宪法的边界,基于成文宪法传统将我国的宪法渊源限定为宪法典及宪法修正案而不包括宪法性法律。如“我国作为成文宪法国家,在‘成文宪法体制’下寻找‘不成文宪法渊源’本身是一个逻辑矛盾”;^④“我国的宪法渊源基本上就是现行宪法典和历次宪法修正案”;^⑤“在我国宪法语境中不宜使用‘不成文宪法’的概念^⑥。”不过,更多的学者认为我国

① [德] 马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,李秋零、田薇译,中国人民大学出版社1999年版,第111页。

② 马岭:《宪法性法律的性质界定》,《法律科学(西北政法学院学报)》2005年第1期。

③ 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第1页;肖泽晟:《宪法学——关于人权保障与权力控制的学说》,科学出版社2003年版,第100—101页;刘茂林:《中国宪法导论》,北京大学出版社2009年版,第24页。

④ 周永坤:《不成文宪法研究的几个问题》,《法学》2011年第3期。

⑤ 参见姚岳绒:《关于中国宪法渊源的再认识》,《法学》2010年第9期。

⑥ 姚岳绒:《中国宪法语境中不宜使用“不成文宪法”——评周永坤教授的相关论述》,《法学》2011年第6期。