

耕地行政保护的功能检视、规范反思与正当性建构

李玲玲^{1,2}, 高浩然^{1,2}

(1. 西北农林科技大学人文社会发展学院, 陕西 杨凌 712100; 2. 陕西省农业法环境法研究中心, 陕西 杨凌 712100)

摘要: 研究目的: 破解当下耕地行政保护“价值—规范”“需求—功能”的偏离问题, 以实现耕地行政保护的正当性, 为面向中国式现代化的耕地保护转型提供理论补足。研究方法: 规范分析法, 价值分析法。研究结果: 一方面, 在功能主义“需求—功能”视角下, 现有的《耕地保护法(草案)》等规范性文件无法满足耕地行政保护处罚、救济、公益等需求; 另一方面, 在规范主义“价值—规范”视角下, 囿于整体性价值割裂、兼容性价值不足、防御性价值脆弱的局限, 耕地行政保护价值基础缺失。研究结论: 应当以“规范”为体, 对耕地行政保护的价值基础在“功能为用”的导向下进行处罚、救济、公益等功能的拆解, 以此具体实现《耕地保护法》主体构建、法规承继、责任细分的改造以及《土地管理法》等法规续造的规范协同, 在协同后展开明确处罚范围、赋予耕地保护检察建议以强制力等保护措施, 实现耕地行政保护的正当性建构。

关键词: 耕地保护; 正当性; 价值拆解; 规范主义; 功能主义

中图分类号: D912.3

文献标志码: A

文章编号: 1001-8158(2023)06-0020-10

保障新时代国家粮食安全要严守耕地家底, 保护好耕地这个“命根子”^[1]。中共二十大报告也明确强调“全方位夯实粮食安全根基, 全面落实粮食安全党政同责, 牢牢守住十八亿亩耕地红线”。在实行“最严格的保护制度”下, 耕地保护政策不断强化。但是现实情况是, 改革开放40年来, 我国耕地呈现数量增减交替, 质量下降明显的态势^[2]。为此, 学者们针对耕地行政保护政策的制定逻辑^[3]、执行力度^[4]等方面存在的问题展开了规范和实证层面的研究。然而, 在对已经具备整体严密性的耕地行政保护系统进行体察的过程中, 聚焦于政策执行力度的“瞬间抓拍”并非是对系统适法性不足的唯一良药, 反而会造成考察的片段化和局部化偏狭, 重新审视政策制定逻辑也并非妥善解决系统功能局限的唯一选择——评价耕地行政保护制度是否成熟、优越, 关键在于评价制度是否具有正当性^[5], 只有具备正当性的政治秩序才能称得上公平正义, 在任何规制体系内, 规制者及其活动的正当性从根本上决定着该规制体系能否成功运作^[6]。学者们针对耕地行政保护制度相关规范的研究

缺乏对规范价值基础的把握, 对制度本身的探讨也未能关注到制度的正当性。不乏学者指出, 正当性并不仅仅等同于合法性或合法律性, 而是更多地关涉到制度形成与调整中的需求满足和价值判断^[7]。学界普遍认为在规范主义视角下, 规范是有价值基础的, 只有规范认可并固化的价值才是规范“应当”所指向的内涵, 才具有正当性^[8]; 在功能主义视角下, 制度的正当性来源于它所追求的目的, 而目的又来自于社会需求^[9]。规范主义回答了制度应该是什么样的问题, 功能主义回答了制度应当包含哪些职能(满足哪些需求、发挥哪些功能)的问题^[10]。在这个基础上, 耕地行政保护的正当性并不仅仅存在于规范事实表达以及政策实施的一元之维, 更体现在法律规范与政策功能间的双向交互调试。在当为价值与实存规范、功能趋向与实用需求的交织间, 有必要在法治和行政机制范畴内, 对耕地行政保护系统展开兼顾规范与功能的正当性检视与反思。以此引出的问题是, 在规范主义项下耕地行政保护系统是否具有满足先验理性的价值基础? 在功能主义项下又能否可以满足实用的功能

收稿日期: 2022-11-16; 修稿日期: 2023-06-07

基金项目: 国家社科基金重大项目“建设共建共治共享的社会治理制度研究”(22ZDA101)。

第一作者: 李玲玲(1984-), 女, 湖北武汉人, 博士, 副教授, 硕士生导师。主要研究方向为“三农”法治。E-mail: linglingli848@163.com

诉求？以及耕地行政保护如何才能在规范与功能间合理适配、张弛有度？本文拟就此问题展开探讨。在规范主义和功能主义视角下对耕地行政保护系统进行正当性检视与反思的路径如图1所示。

保护逐渐被塑造为一种型式化的行为秩序^[11]，涵摄行政处罚、行政救济、行政协议(签订、履行)、行政公益诉讼等多种法治手段和行政保护方式。与此同时，在新时代背景下，耕地保护作为一个具有多种功能的保护机制，其功能的主次性与经济社会发展具有耦合特征，耕地保护多种功能的演变交替在一定程度上导致了耕地行政保护的功能变迁。在功能主义下对耕地行政保护系统进行正当性检视，就是在系统运行层面对耕地行政保护的功能变迁进行证伪^[12]，通过“需求与功能”的检验方法，探析自适局限下的耕地行政保护系统如何管理自己的“再生产过程”(“初次生产”为规范主义视角下耕地行政保护的规则自适)。基于此，假设在功能主义视角下该“再生产过程”中各环节具有协作的工具理性，耕地行政保护系统中的行政处罚、行政救济、行政合同以及行政公益诉讼即可以按照“需求—功能”的关系架构演变为处罚需求与功能、救济需求与功能、合意需求与功能以及公益需求与功能。在功能主义“需求—功能”视角下对耕地行政保护系统进行正当性检视的路径如图2所示。

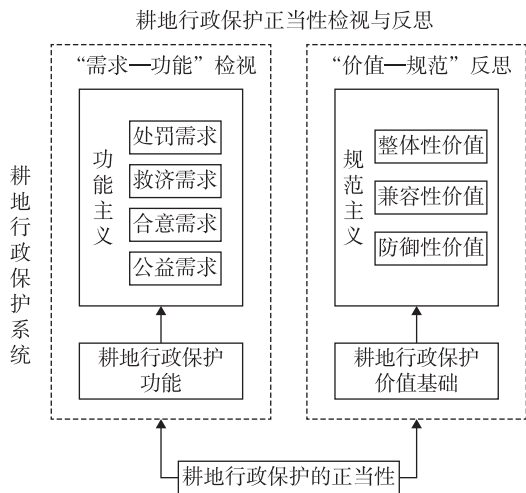


图1 耕地行政保护系统正当性检视与反思路径图

Fig.1 Path for inspection and reflection on the legitimacy of administrative protection of cultivated land

1 功能主义视角下耕地行政保护“需求—功能”的正当性检视

伴随着长期的学理讨论和实践深入，耕地行政

1.1 处罚需求中“责令改正”条款表述冲突

《耕地保护法(草案)》(以下简称《草案》)的公布标志着形式法下的耕地行政保护开始朝实质化的方向发展，随着耕地保护违法占地查处措施的重大

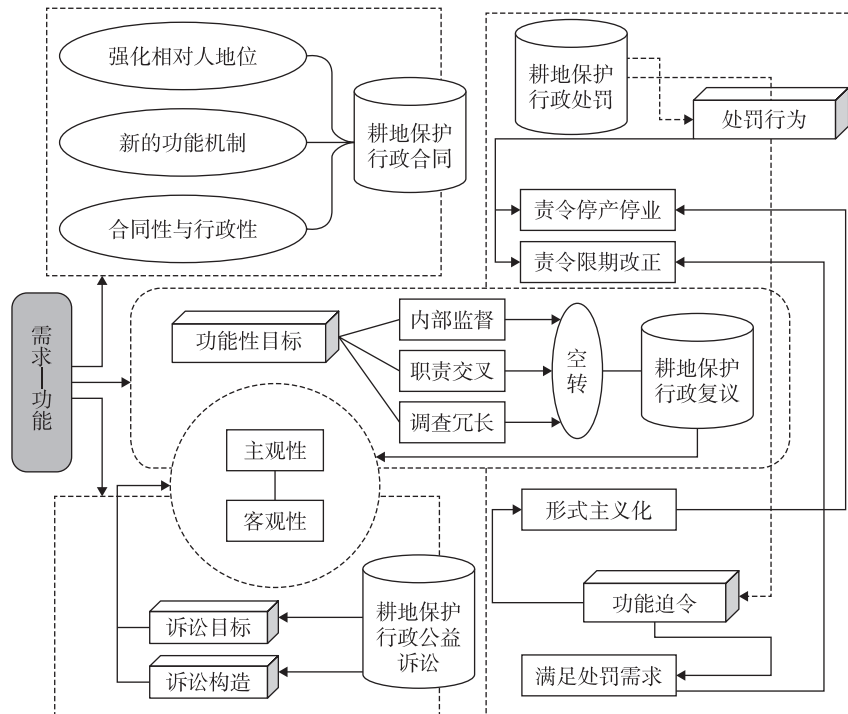


图2 功能主义“需求—功能”视角下耕地行政保护系统正当性检视路径图

Fig.2 Path for inspection into the legitimacy of administrative protection system of cultivated land from the perspective of “demand-function” in functionalism

变化,其中的行政处罚不再是“处罚行为的形式主义化”,而在工具主义的态度下转变为满足处罚需求的功能迫令^[13]。然而在《草案》征求意见稿的具体规范中,《草案》第50条“检举和控告”的相应表述未能明晰在权利人实施相应举报行为后,违法行为是否可以被纳入行政处罚的范畴,其中新增的“责令改正”条款也与《土地管理法》中“责令限期改正”的表述存在冲突——在《草案》之前,司法实践中就存在“责令停产停业”“责令限期改正”“责令改正”相应表述冲突的情况,例如,在(2020)青行申44号案^①中,再审法院裁定一、二审法院参照《行政处罚法》适用“责令停产停业”条款错误,判定参照《土地管理法》适用其第75条的“责令限期改正”条款。在(2020)豫行终1667号案^②中新郑市土地管理部门出具的《责令改正违法行为通知书》因欠缺法律依据而被法院判定选择性执法、(2018)晋行终50号案^③中河曲县政府做出的“责令改正”处罚行为被终审法院认定“不能直接得出主处罚决定作出之前必须先经过责令改正程序的结论”。在已经存在的《行政处罚法》和《土地管理法》中“责令限期改正”“责令停产停业”之争的情况下,《草案》中“责令改正”的表述难免使行政机关在对不同表述进行功能性考量时,在原有的立法目标外创设新的功能目标,同时,创设的功能目标也会作为目的性因素或结果性因素融入个案处理中,使本身就带有极强防御性色彩的公法部门在个案的影响下更加排斥了功能主义的干涉。

1.2 救济需求中复议阶段程序空转

在功能主义视角下的耕地行政执法活动中,当现有的行政保护法规不足以满足耕地保护的各类需求时,功能主义的执法者可能会放弃将行政活动转译为合法的行政行为^[14]。在土地管理机关不是基于法律规则而是基于功能性目标开展活动的情况下,执法机关很容易在思维方式上产生偏差:将法律上的“农民权利”“土地发展权”等权利与“制止违法占地行为”的政策目标混同,从而放弃兑现法律上的承诺——由此产生了耕地行政保护的救济需求。以救济手段中的行政复议为例,经研究发现:耕地保护类行政司

法案件中因对行政复议决定不服而提起行政诉讼的案件占极小比例;只有极少数在行政诉讼阶段经过实质审理;大部分在行政诉讼阶段维持了复议结果,意即在耕地行政保护中提起行政诉讼的案件在先前的行政复议阶段存在程序空转的现象^④。结合“公法的基础是组织”和“自我矫正说”的功能主义观点^[15]进一步分析,可知耕地保护行政复议程序空转现象产生的原因大致有三点:一是《行政复议法》制定之初,立法者就意图在行政复议和行政诉讼之间形成严格的界限,充分发挥行政复议的内部监督功能,形成专门行使行政复议权的组织系统,在耕地保护领域这种界限和疏离感越发明显;二是耕地保护行政行为的实施机关混杂,生态环境、自然资源、农业农村部门在某些领域职责交叉,当事人提起行政复议时行政主体常常显现不明,且单个机关在进行行政复议阶段的实质审查时能力不足;三是由于耕地保护类案例本身的特殊性:耕地保护类案例调查时间往往冗长,行政机关在贯彻“行政效能”原则和对案件进行充分实质审查中间难以找到一个平衡点。

1.3 合意需求中“权利—义务”结构失调

在社会资本加速流动的状况下,与私人领域相对应的公共服务供给能力面临严峻的挑战,此时在行政机关与行政相对人的关系塑造上产生了新的旨趣:在功能主义视角下,不是使行政机关去运用诸如基本农田补偿合同的行政协议以满足公共需要,也不是创设一种全新的合同类型,而是在二者关系中引入以合意为中心的功能机制,强化相对人的地位^[16]。在此基础上,结合《行政诉讼法》第12条、《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第16、18、21条相关规定可知,耕地保护类行政合同中行政相对人应当享有且不限于以下权利:(1)取得报酬权;(2)损害赔偿请求权;(3)必要和有益的额外费用偿还请求权;(4)因政治行为、国家行为、政策行为造成损害的补偿权。然而,以“权利—义务”的要素结构对耕地保护类行政合同进行检索发现:“权利—义务”要素存在缺位现象,即合意需求未能被满足(权利与义务是合意的主要内容)^⑤。在当下的学界讨论中,关于耕地保

①参见(2020)青行申44号杜福山与民和回族土族自治县官亭镇人民政府其他再审审查与审判监督行政裁定书。

②参见(2020)豫行终1667号新郑市具茨山景区旅游开发有限公司、新郑市人民政府城乡建设行政管理:房屋拆迁管理(拆迁)二审行政判决书。

③参见(2018)晋行终50号中海油华鹿山西煤炭化工有限公司与河曲县人民政府、忻州市人民政府其他二审行政判决书。

④在(2018)最高法行申10970号、(2021)黔行终26号、(2020)桂行终1366号、(2019)川行终1308号、(2020)内行终206号、(2019)甘行终474号等耕地行政保护类案件中均存在行政复议空转现象。

⑤在(2020)晋行终200号、(2017)鲁行终1591号、(2020)豫01行初21号等耕地行政保护类案件中存在行政相对人权利项缺位现象,在(2020)陕71行终284号、(2019)赣03行初36号等耕地行政保护类案件中存在行政管理人义务项缺位现象。

护类行政合同具有的合同性和行政性的双重属性本身就存在争议,对于割裂二者或是兼顾的问题一直没有形成通说观点:若该合同为行政性主导,则主要强调对耕地保护领域行政机关行为的合法性审查和对耕地保护总体规划等公共利益的界定;若该合同排斥了行政行为的属性、以合同性主导,则行政机关和另一方合同签订主体都可依民事法律中的合同规定签订、变更、解除合同,再加之行政合同中行政机关的优益权,共同掣肘了合意需求的满足。此外,还源于对耕地保护行政合同的监督缺位,无论是耕地保护政府采购合同还是基本农田保护补偿合同,仍未有法律对于此类行政合同履行的监管问题予以规定,尽管《政府信息公开条例》规定了政府需要主动公开的十一项内容,《审计法》也规定了审计机关对行政合同资金支出情况有权监管,但耕地类行政合同功能欠缺问题仍层出不穷。

1.4 公益需求中诉讼目标与诉讼构造主客观互斥

现有民事公益诉讼制度无法充分填补耕地生态价值的不足,行政机关履行耕地保护类社会服务缺乏能动性,由此产生了耕地行政保护的公益需求^[17]。现实情况是,虽然《行政诉讼法》第25条第4款规定了生态环境和自然资源保护领域内的行政公益诉讼制度,《草案》也规定了耕地保护领域的公益诉讼制度,但对该类公益诉讼属于客观诉讼还是主观诉讼却未有定性:一些耕地保护类行政公益诉讼中呈现出诉讼目标具有客观性、诉讼构造具有主观性的现象,该类耕地保护行政公益诉讼意图在于恢复客观的公法秩序,实际上审理焦点则为主观上是否造成了生态环境公共利益的损害结果。一些耕地保护类行政公益诉讼中呈现出诉讼构造具有客观性而诉讼目标具有主观性的现象,该类案例诉讼目的在于主观上救济公共利益损害,审理焦点却在于对行政机关行政行为的客观合法性审查上面。在实践中司法机关对于“公共利益未脱离受侵害状态”的主观判断标准不明,客观上认定行政机关合法性时也难以形成标准的“不履行法定职责”构成要件,通过对司法案例进一步研究发现,耕地保护中行政公益诉讼存在主客观互斥现象^①。该现象引发了两个继生问题:一是主客观互斥将加剧公益诉讼主体的限定性,立法者将公益诉讼职能更会完全赋予检察机关,不利于社会第三方力量参

与耕地保护。二是当耕地保护的公共利益与地方政府发展利益相冲突时,主客观互斥将使法院在审判时在两种利益之间难以抉择,尤其在“地方发展型”政府中。

2 规范主义视角下耕地行政保护“价值—规范”的正当性反思

在规范主义视角下,耕地行政保护领域的相关规范性文件之所以被适用,并非是由于在“央—地”关系、“条—块”架构、“国家—农民”关系中相对方的服从,而在于相关规范性文件本身构成一个特定价值的判断基础,这种基础使得耕地行政保护领域的主体行为具有合法性或正当性^[18]。由于“在特定规范、价值和理解体系下”是评价正当性的根据,在耕地行政保护的具体情境下,行政保护为了避免形成几种保护手段的封闭式范畴,在构造上应当具有整体均衡性和内部完整性,耕地保护领域内《耕地保护法》《土地管理法》等规范的整体性为保护构造的均衡和完整提供了基准;在保护对象的覆盖上,行政保护愈来愈表现为诸多主体共同参与、交互作用的多层次步骤,同时也对规范的兼容性提出了更高的要求;在耕地行政保护的任務方面,虽然伴随着行政任务的膨胀和行政角色的转变,“防御侵害状态”已不再是行政保护的“中心任务”,但是在耕地保护领域中政策引导、风险规制等诸多方面,行政保护的防御性任务依旧扮演着重要角色,基于此,耕地行政保护的整体性价值栖身于整体均衡、内部完整的整体保护要求内;兼容性价值潜藏于具体情景下的多元化主体行为间;防御性价值则蕴于对地方政府的调控中。在规范主义“价值—规范”视角下对耕地行政保护系统进行正当性反思的路径如图3所示。

2.1 整体性价值:《草案》等法规的统筹集成与衔接

自然资源部在《草案》征求意见稿的说明中指出,该法旨在破解现阶段耕地保护领域内法规缺乏统筹集成、有效衔接的难题,意图在于创设整体性价值。然而,《草案》与已经实施的《基本农田保护条例》(以下简称《条例》)、《土地管理法》等法规间仍具有一定的孤立性和分散性,耕地行政保护领域内司法案件援引法规分散现象见表1。在规范分析项下:第一,《草案》第20条规范了耕地“进出平衡”制度,规定补入的

^①在(2018)吉行再21号、(2019)琼96行初274号、(2020)皖1324行初2号等耕地行政保护类案件中诉讼目标与诉讼构造为“主—客”关系,在(2021)川07行终15号、(2020)吉0302行初26号、(2020)渝0235行初67号、(2020)黔0181行初16号等案件中诉讼目标与诉讼构造为“客—主”关系。

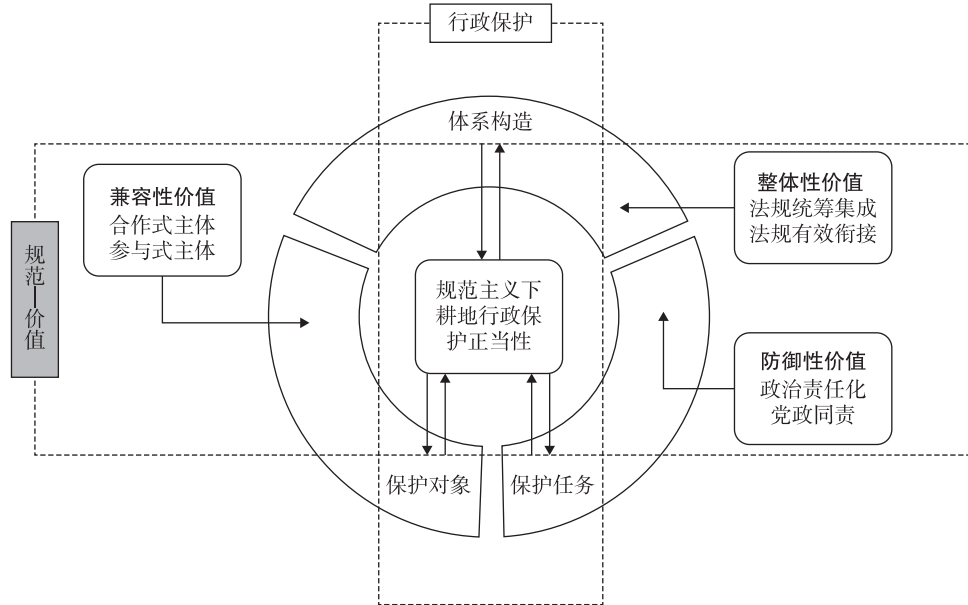


图3 规范主义“价值—规范”视角下耕地行政保护系统正当性反思路径图

Fig.3 Path for reflection on the legitimacy of administrative protection system of cultivated land from the perspective of “value-norm” of normalization.

表1 耕地行政保护案例据引法规分散现象

Tab.1 Cases of administrative protection of cultivated land dispersed by cited laws and regulations

案件索引号	先前援引规定	行政诉讼裁判依据
(2020)桂08行终128号	《基本农田保护条例》第17条、《土地管理法》第44条	《土地管理法》第43条、《基本农田保护条例》第33条
(2018)浙06行终138号	《城乡规划法》《土地管理法》	适用《城乡规划法》错误
(2017)冀09行终72号	《基本农田保护条例》《土地管理法》	《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第28条
(2017)鲁15行审复1号	《基本农田保护条例》第17条第一款、《基本农田保护条例》第33条	《土地管理法》《农业法》
(2019)湘0981行初138号	《基本农田保护条例》《土地管理法》《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》	《中华人民共和国土地管理法实施条例》第25条第一款及第三款

土地必须同时兼顾质与量,在《土地管理法》中却规定相关项目建设占用基本农田时,可以通过缴纳一定的开垦费用作为实体补充的替代行为。第二,《土地管理法》第83条指涉土地行政管理部门没有强制执行权,在《草案》和《条例》中对此却未有说明。第三,《草案》并未承继《条例》中处罚耕地闲置问题的第18条和处罚耕地挪作他用问题的第33条,转而规定以《土地管理法》第75条为处罚标准,《条例》第18、33条与《土地管理法》第75条在司法实践中早已适用混乱。此外,《条例》将破坏基本农田的责任主体仅规定为“破坏或者擅自改变基本农田保护区标志的”,对于包括单位和个人两者的双罚制抑或只处罚单位或个人的单罚制规定不明,《草案》对此也未做针对性的补充

修改。在新法与旧法、特别法与一般法、上位法与下位法等规范性文件的分散规定中,耕地行政保护的总体性价值难以彰显。

2.2 兼容性价值: 合作式、参与式主体协调

耕地行政保护领域中传统的二元划分方式(即政府与私人)逐渐被政策制定时的合作式、参与式主体所取代,为扩大社会资本参与空间,打破传统部门间、层级间、主体间的限制,形成政府与社会主体的协力格局,亟需提高耕地行政保护的兼容性——耕地行政保护只有在具体的耕地保护社会关系中运行才有意义^[19],当保护手段不能有效协调主体间的价值认同时,保护便失去了兼容性,在实践中导致“排异”现象的产生。不同于整体性价值聚焦于规则的自适,兼

容性价值以能否在具体情境中协调多元化主体行为其关注点：在规范主义视角下，耕地行政保护政策制定主体、实施主体、其他利益相关方都有自己的行为逻辑和理性思考，倘若不能协同三者、释放合力，则会导致在相关利益的裹挟下，孳生出侵蚀兼容性的能力^[20]，从而分流、制约耕地行政保护。在现有法律规范中，无论是《草案》抑或《土地管理法》，都呈现出保障主体（各级政府机关）规定明确、基本主体（集体经济组织及其成员）和社会主体规定不足的现象。相关规范中的权利、义务与责任，都必须依靠主体的行为得以实现，“长牙齿”硬举措也不仅仅可以凭借将相关政府设定为责任主体就得以落实，既然在《草案》第50条中按照当然解释推知，集体经济组织及其成员已经成为耕地保护相关法律关系的主体，在应然状态中农户也应当作为主体入法，毕竟相对于法律关系主体，法律主体只是“潜在主体”，同时，这也是“耕者有其田”的应有之义。此外，在规范主义下，法律依靠“人一权责一行为”的逆推方式构建法律主体与现实生活的直接联系，在《草案》第46条项下，“社会投资者”在权责蕴涵规定缺失的情况下，自然丧失了法律主体地位，也与“谁投资、谁受益”的立法初衷相悖。

2.3 防御性价值：政治责任法治化与“党政同责”

在当下强调耕地保护主体从政府向农民转变，形成政府引导、农民主体和企业参与的耕地保护模式的趋势下，如何在行政保护中加强对地方政府的调控成为一大难点。在规范主义视角下，行政保护系统对地方政府的调控作用主要体现在事后限制与司法审查方面^[21]，与事前审查的预防性相比较，“最严格制度”下的耕地行政保护防御性色彩浓重。《草案》在第48条和第49条分别规定了“党政同责”与“责任目标考核”的监督管理原则，在第九章中也规定了地方各级政府和行政管理人员的法律责任，较之《土地管理法》中对政府责任规定单薄，《草案》通过将政治责任入法，初步实现了耕地保护领域中“政治责任法治化”。为了凸显防御性价值，实现由权力正当性向行为合法性的转变，进一步压实属地监管责任，还需要实现从“权责一致”向“权利义务统一”的转变，《草案》的相关表述仍旧集中在政治范畴内抽象的“权力、责任”，缺乏授权和义务性规范的改造，难以使“权力、责任”成为法学领域内相对明确的“职责、职权”。在这个基础上，《草案》的相关规定在“行为—结果”框架下将政治责任的追究转变为法律责任的追究，接下来还应当

在“规范—价值”框架下将政治原则转变为法律原则，实现耕地行政保护领域的“司法决”。此外，根据“谁授权、谁问责”的政治责任承担原则，《草案》第59条中对地方政府问责的主体应当是人民（或公民），虽然按照这种解释体现了防御性价值，但在此种解释下，《草案》第59条的正当性源于权利义务配置的合理性，而“谁授权、谁问责”的价值基础在于人民性，二者的差异导致此时的政治责任无法法治化——由此推知此处的“问责”基础在于行政内部关系中上下级之间的“问责”，但这样又与防御性价值相悖。

3 “规范”为体、“功能”为用：耕地行政保护的價值拆解、规范协同与功能发挥

行政保护的主要目的在于实现秩序的安定，而秩序安定的实现有赖于系统的正当。在规范主义视角下，系统运行规则为满足耕地保护中整体保护、主体多元化、调控行政权力干涉的要求，在一定时期内应当保持整体性、兼容性和防御性。但是，在功能主义视角下，耕地保护的需求是在变化中发展的，规则的生长又是一个历时的过程，在系统规则渐进发展的过程中，规则价值与需求之间始终存在彼此适应的关系，耕地行政保护系统被转化为没有顶点和层次的流体，当为与实存、价值与需求的对立和适应会化解到耕地行政保护无限循环的回路之中。为避免这种现象的发生，应当以“规范”为体，以“功能”为用，对耕地行政保护的價值基础进行功能拆解，在拆解的基础上对保护手段进行规范协同，最后具体展开保护手段，发挥耕地行政保护的功能，以实现耕地行政保护的正当性。对耕地行政保护系统进行價值拆解、规范协同、功能发挥的路径如图4所示。

3.1 基于“规范”取向的“功能”拆解

用整体性的观点看待耕地行政保护法规体系，其中《耕地保护法》是处于基本法定位的法律，《土地管理法》《基本农田保护条例》等法规也是体系中的重要组成部分。作为一个综合性的保护系统，耕地行政保护在发展之中逐渐融入行政法等部门法的法律调控手段。然而，现有的传统法部门并不针对特定的耕地保护相关法律问题进行适配，《耕地保护法》等法规的孤立性和分散性问题也难以在领域内统筹协调。在规范主义项下的整体性價值分析中，《草案》第20条与《土地管理法》的分散在本质上是合意功能的缺位，在《草案》第20条下行政合同以行政性为主导，而在

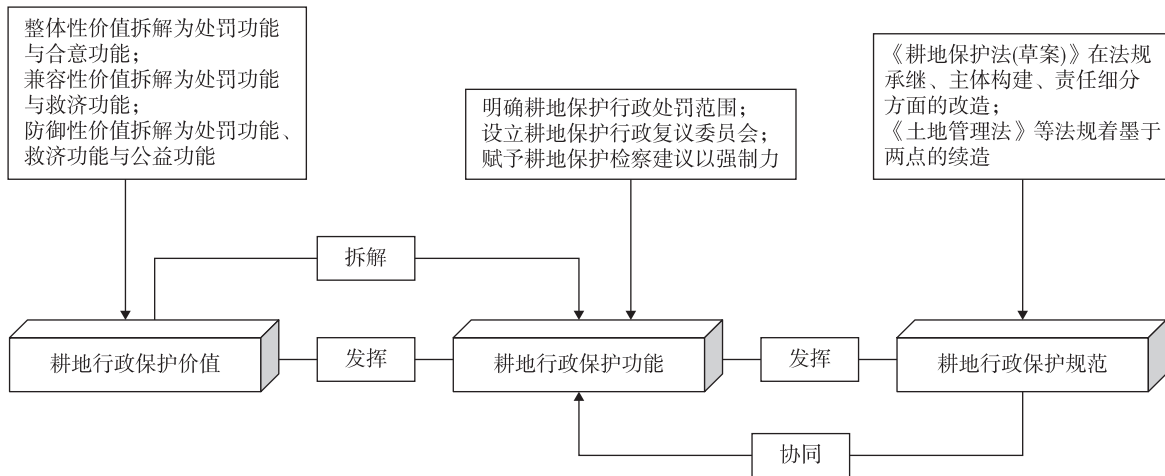


图4 耕地行政保护价值拆解、规范协同、功能发挥路径图

Fig.4 Path for value deconstruction, normative coordination and functional exploitation of administrative protection of cultivated land

《土地管理法》有关规定下则以合同性为主导；在《草案》与《条例》第18条的承继问题以及《草案》第50条“责令改正”的问题上，实为系统处罚功能难以有效介入。在保持耕地行政保护系统整体性的前提下，若要运用传统部门法依据去解决领域内规范的孤立、分散问题，就需要对整体性价值进行合意、处罚的功能拆解。

从耕地行政保护的兼容性价值出发，目前在耕地保护领域中公认的“三主体”包括各级政府、农村集体经济组织和土地实际使用者（农户或新型经营主体），但是耕地行政保护的调控手段仍以“政府—农户”为主。目前保护手段主体二元化、对新型经营主体保护缺失使得社会主体行为的可预期性降低：一方面社会主体在耕地保护中遭遇行政的挤压，另一方面，即使社会主体参与到耕地保护的实际工作中，耕地利益的公共性和私主体社会责任的缺乏也亟需行政保护系统进行应有的规制，此时在耕地行政保护系统中应当明晰相关主体责任。通过处罚和救济相结合的主体规范体系，对于不履行主体责任的施加以法律处罚功能，对履行了主体责任后仍然遭到挤压的法律主体予以法律救济，以保证多元主体的良性互动，而非互相推诿的恶性循环。通过将兼容性价值按照处罚、救济功能拆解，确立主体的合法性和责任的可知性，确认各方参与耕地保护的合理限度，充分调动社会主体参与耕地保护的积极性。

此外，不能否认的是，在现阶段耕地保护领域中，政府治理处于指导和支配地位，在对政府权力进行进一步收缩和调整的过程中，耕地行政保护应当更加开

放、理性，在发挥防御性价值的基础上，为整合耕地保护领域中政府治理要素赋能：一是通过处罚功能（对处罚范围进行必要扩张和合理限制），使政府治理事项规范化、制度化、程序化；二是通过救济功能扭转行政相对人对行政行为的认识偏差，在公众参与、公共管理与政府管理之间架构沟通枢纽，迎合当下强调开放性和双向度政府治理模式的趋势；三是通过公益功能督促行政机关优化耕保类社会服务，履行相应职责，从“耕地管理”走向“服务耕地”，倒逼政府在新发展阶段面对新矛盾、“变”与“不变”的新环境下做出正确抉择。

3.2 基于“功能”拆解的“规范”协同

为凸显耕地行政保护的整体性、兼容性、防御性价值，同时充分满足耕地行政保护的处罚、救济、合意、公益需求，应当在《草案》的现有基础上在法规承继、主体构建、责任细分等方面开展《耕地保护法》的规范协同。首先，在《耕地保护法》中对“补入的土地必须同时兼顾质与量”之原则予以明确，摆脱先前《条例》与《土地管理法》“替代行为”的冲突，同时对土地行政管理机关“强制执法权”予以说明，解决好《耕地保护法》与《条例》关于耕地闲置和耕地挪作他用的处罚承继问题，对于《草案》中“责令改正”处罚的定性，也需要在法律正式出台前予以充分讨论。其次，在主体构建方面，为应对旧有法规中主体二元化的倾向，可以在“三主体”的基础上进一步衍化为基本主体（集体经济组织及其成员）+ 社会主体 + 保障主体（土地行政管理部门等）的结构，并在《耕地保护法》中予以明确。最后，虽然《草案》在“法律责任”专章中对地方

各级政府责任予以明晰,但对地方政府权力的调控并非可以通过规定责任而一蹴而就,应当在决策时起就予以入法规范,从“政治决”转化为“司法决”,可以在《草案》的基础上对地方政府制定“耕地保护权力清单”“责任清单”做进一步规范,通过清单压实属地监管责任。

同时,在《耕地保护法》的改造基础上,采取“长牙齿”硬措施需要多措并举,在《土地管理法》等法规上进一步续造,应着重于两点:在《耕地保护法》出台之前,首先应当对《土地管理法》中的相关条款进行配套优化:赋予其第75条“责令限期改正”条款以行政处罚效力,或者参照适用《行政处罚法》“责令停产停业”条款,取缔“责令限期改正”的行政行为在土地管理领域中于行政处罚措施的附属地位;其次在第85条中授予自然资源管理部门要求涉案人恢复所占用基本农田的权力,并对该权力加以实施权限、操作程序等方面的限制,以避免行政权以第85条改良后的条文为基础进行盲目扩张;以第33条的处罚措施为基点,吸收《基本农田保护条例》第18条的内容进行整合,避免处罚措施过重;新增条文对基本农田闲置的行为进行规制,同时新增条文制止政府的错误地籍登记、实施盲目“旱改水”工程等行为。

在风险防控机制的配套方面,《耕地保护法》《土地管理法》等相关法规应当在规则明晰性的基础上迈向更多的原则指引性,形成规则之治与原则之治的配套适用,在地方政府出台的耕地保护类规章中,对于法律责任的承担和分配应当具有更多的事先预防性,以填补耕地的破坏者(即风险制造者)和受害者之间的信息鸿沟。《耕地保护法》等基本法律也应当与行政法规、地方政府规章在稳定性与灵活性之间保持平衡,耕地行政保护系统也应当自觉吸纳耕地治理政策、生态领域内行业规范、专业标准等软法渊源,满足耕地保护领域内风险防控法律秩序的多样性要求,其中在《土地管理法》统一规划下各个地方政府规章应当对土地复垦权属调整方案和土地开发整理资金的来源做出细致规定,尽快出台《耕地保护土地权属管理方案》《耕地保护基金管理办法》,明确政府地籍登记错误的主体责任,进一步明晰土地所有权、使用权变更登记事项,设置耕地保护专项农地基金。

3.3 基于“规范”协同的功能发挥

在对“规范”取向进行“功能”拆解后,在处罚功能的具体展开上,首先要明确处罚范围的确定标准:

第一点,须以耕地保护政策为先前指引,在满足耕地保护政策的前提下也须符合依法行政的要求,行政处罚的目的即在于证明行政机关做出行政行为的合法性,例如行政机关对挖损、塌陷、压占等使土地遭到破坏的行为处以极高额罚款的处罚行为满足第一点,但因欠缺合法性不符合依法行政的要求而难以进入行政处罚的范畴。第二点,须具有行政管理的有效性,倘如行政机关对其施以没收违法所得的处罚,在此项下则不具备行政管理的有效性,因其对耕地缺乏明显的益处,反之,强制违法单位对破坏的耕地进行复垦即满足此项下要求,也同时满足功能体系的前两点。第三点,需要具备维护耕地保护政策实施的经济性。第四点,倘若将满足前三点功能的行为一概解释为行政处罚,会极大增加行政机关的执法成本和法院审判的司法成本,此时还需对司法实践中为耕地行政处罚的常见措施进行归纳总结,将符合前三点功能要求且较大概率出现的行政措施解释为行政处罚。

在耕地行政保护的公益功能上,从现行法的规定来看,检察建议只是法律监督流程中的非必要环节,不会对当事人的权利义务产生实质影响,在应对政府权力扩张的措施中也不属于具有程序强制力的前置性过程。针对耕地保护行政公益诉讼司法实践中救济需求难以满足,防御性价值脆弱的问题,亟需在耕地行政保护领域内将检察建议按照特别程序的效力整合,督促政府履行公共服务职能。现实情况表明,倘若检察机关履行了检察建议的软性程序后行政机关仍拒不改正相应的刚性行为,作为最后一道防线的法院裁决也未必可以实现程序正义。由此在耕保行政公益诉讼领域应当对检察建议赋予刚性制度意义上的约束力,即对实体法律关系产生影响,在行政机关无视检察建议内容的情况下,可以由检察机关径行向人民法院提出申请、对拒不改正行为强制执行的效力。以此有效转移法院在耕保审判中的压力,突出检察机关公益诉讼职能,加强对诉讼构造、诉讼目的主客观方面的统一理解和适用,促使司法界重新构造对于“公共利益未脱离受侵害状态”“不履行法定职责”等构成要件的判断,在抑制行政权扩张的同时,促进社会资本加入到耕地保护中。

对于救济功能,应对耕地行政保护公益需求无法满足的危机需要成立耕地保护行政复议委员会,以提升政府自查自纠、自我监督的制度效率。在委员会中应当由土地行政机关选派人员统筹行使行政复议权,

司法行政部门选派人员在细化框架内具体承担行政复议任务。复议机关、复议机构、复议委员会在职责上互为依托、在权限上相互掣肘,一体化安排权力的行使与监督,有利于复议资源统一化,复议权能制度化,复议依据标准化,提升人民群众对行政复议制度的确信,逐步使行政复议成为疏通行政争议的主要端口之一。在行政复议之外还需对耕地保护三大制度实施过程进行无死角的外部监督,对其督促、制约、牵制,才能激活、增益耕地保护制度的制度存量,强化耕地占补平衡制度的制度权威,提高土地开发、整理、复垦制度的执行效能和利用绩效。有效衔接耕地领域的法律监督和纪律监督,在实现程序正义和权利保障方面形成监督与接受监督的良好氛围,对日常发现的问题依法及时进行惩处,完善对耕地保护领域的行政执法不公开、不透明等现象进行专项检查和调查研究的制度,树立起针对耕地行政保护问题全方面研判的标尺。

4 结语

近年来,学者们针对耕地行政保护法治化的相关研究缺乏对规范价值基础以及系统正当性的把握,在出台《耕地保护法》的紧迫性下,在耕地行政保护系统中当为价值与实存规范、功能趋向与实用需求的交织间,迫切需要在法治和行政机制范畴内对耕地行政保护展开兼顾规范与功能的正当性检视。基于此,本文以新时代背景下耕地行政保护系统为研究对象,围绕系统的处罚需求与功能、救济需求与功能、合意需求与功能,公益需求与功能以及整体性价值、兼容性价值、防御性价值展开探讨,提出了以“规范”为体,以“功能”为用的耕地行政保护正当性建构路径,形成对现有研究体系的有力补充,推动耕地行政保护系统从政策实施的一元之维迈向兼顾规范与功能的全方位保护机制。耕地是粮食安全的“压舱石”,在将粮食安全扩展到食品供给安全的普遍共识下,面对耕地保护机制转型下粮食安全和食品供给安全领域内的新问题和需求,就更有必要通过耕地行政保护系统的正当性实现路径来补足理论支撑。

参考文献(References):

- [1] 李国祥. 新时代国家粮食安全的目标任务及根本要求——学习习近平关于国家粮食安全论述及十九届六中全会相关精神的体会[J]. 中国农村经济, 2022(3): 2 - 11.
- [2] 刘蒙罢, 张安录. 建党百年来中国耕地利用政策变迁的历史逻辑及优化路径[J]. 中国土地科学, 2021, 35(12): 19 - 28.
- [3] 牛善栋, 方斌. 中国耕地保护制度70年: 历史嬗变、现实探源及路径优化[J]. 中国土地科学, 2019, 33(10): 1 - 12.
- [4] 刘桃菊, 陈美球. 当代中国耕地保护制度执行力现状及其提升路径[J]. 中国土地科学, 2020, 34(9): 32 - 37, 47.
- [5] 郭晔. 法理: 法实践的正当性理由[J]. 中国法学, 2020(2): 129 - 148.
- [6] 瞿郑龙. 当代中国法治建设的政治逻辑——以证成性与正当性为分析框架[J]. 法制与社会发展, 2014, 20(6): 67 - 78.
- [7] 李大勇. 论司法政策的正当性[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017, 35(1): 19 - 25.
- [8] 刘耀东. 论公共行政中规范主义对于实证主义的优先性——基于康德批判哲学的视角[J]. 中国行政管理, 2013(7): 41 - 44.
- [9] 陈蓉. 经济法“社会公共利益”的规范分析——以功能主义为视角[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2012, 26(2): 152 - 156.
- [10] 韩杨. 中国耕地保护利用政策演进、愿景目标与实现路径[J]. 管理世界, 2022, 38(11): 121 - 131.
- [11] 谭宗泽, 付大峰. 从规范程序到程序规范: 面向行政的行政程序及其展开[J]. 行政法学研究, 2021(1): 26 - 41.
- [12] 陈辉. 论功能主义法律解释论的构建[J]. 现代法学, 2020, 42(6): 48 - 61.
- [13] 米运生, 罗必良. 功能主义视角下的农地集体所有权制度改革——《农村土地承包法》的政治经济学解读[J]. 中国农村经济, 2021(9): 36 - 56.
- [14] 李洪雷. 论我国行政处罚制度的完善——兼评《中华人民共和国行政处罚法(修订草案)》[J]. 法商研究, 2020, 37(6): 3 - 18.
- [15] 郭晓东. 规范主义合法性理论的衰落与重建[J]. 华东师范大学学报(哲学社会科学版), 2006, 38(3): 49 - 56.
- [16] 徐键. 功能主义视域下的行政协议[J]. 法学研究, 2020, 42(6): 98 - 113.
- [17] 吴宇哲, 沈欣言. 中国耕地保护治理转型: 供给、管制与赋能[J]. 中国土地科学, 2021, 35(8): 32 - 38.
- [18] 彭勃, 张振洋. 公共政策失败问题研究——基于利益平衡和政策支持度的分析[J]. 国家行政学院学报, 2015

- (1): 63 – 68.
- [19] 刘东亮. 过程性审查: 行政行为司法审查方法研究[J]. 中国法学, 2018(5): 122 – 140.
- [20] 周勇飞. 生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼的界分——功能主义的视角[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2020, 49(5): 47 – 54.
- [21] 展鹏贺. 数字化行政方式的权力正当性检视[J]. 中国法学, 2021(3): 114 – 138.

Functional Inspection , Normative Reflection and Legitimate Construction of Administrative Protection of Cultivated Land

LI Lingling^{1,2}, GAO Haoran^{1,2}

- (1. College of Humanities & Social Development, Northwest A&F University, Yangling 712100, China;
2. Shaanxi Agricultural Law and Environmental Law Research Center, Yangling 712100, China)

Abstract: The purpose of this study is to address the discrepancy between “value–norm” and “demand–function” of administrative protection of cultivated land, to understand the legitimacy of administrative protection of cultivated land and to offer a theoretical complement for the cultivated land protection transformation in the context of Chinese modernization. The research methods include value analysis and normative analysis. The research results show that from the perspective of “demand–function” in functionalism, the extant normative document, such as the *Cultivated Land Protection Law (Draft)*, is unable to meet the demands from administrative protection of cultivated land, such as punishment, relief, and public welfare. From the perspective of “value–norm” in normativism, the administrative protection of cultivated land lacks its value base due to the fragmentation of holistic value and the shortage of compatible value and protective value. In conclusion, in order to achieve the normative coordination of the main body construction of the *Cultivated Land Protection Law*, the inheritance of laws and regulations, the subdivision of responsibilities, and the continuation of the *Land Management Law*, the value base of administrative protection of cultivated land is expected to be restructured under the guidance of “function for use” based on “norms”. On the premise of the coordination, the extent of the penalty should be clarified, and the procurator’s recommendations for the protection of cultivated land should be enforced.

Key words: cultivated land protection; legitimacy; value deconstruction; normalism; functionalism

(本文责编: 陈美景)