优秀论文: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 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484471.htm 农村土地承包的核心是家庭承包，所以，《农村土地承包法》的宗旨也是“为稳定和完善家庭承包经营的基础、充分结合的双层经营体制。”《农村土地承包法》在第二章用了五节共32条详细规定了“家庭承包”的具体内容，占《农业承包法》65条的将近二分之一，而在第三章仅用了7条规定了“其它方式的承包”，由此足见家庭承包在农村土地承包、《农村土地承包法》中的地位 and 份量。《农村土地承包法》这种近乎畸形的立法结构，也彰影了其立法上的不足，即忽视了“其它方式的承包”的地位和作用。在《农村土地承包法》中对“其它方式的承包”规定的不够详尽、具体，缺乏可操作性和指导性，不能从立法上解决“其它方式的承包”在实践中存在的矛盾和问题。尤其是和“家庭承包”相比，明显短腿，这恐怕是《农业承包法》存在的最明显的缺陷与不足。现以农村土地承包的发包主体和发包原则这两《农村土地承包法》中的最核心问题为例详述于后。一、《农村土地承包法》在发包主体上做出了与《土地管理法》不尽一致的规定，制度设计缺陷使发包（主体）纠纷大量发生。《土地管理法》第10条规定：“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理；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，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理；已经属于

乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织经营、管理。”该条将农民集体所有的土地分为三种情况：1、村农民集体所有，由村集体经济组织或村民委员会经营、管理。2、属村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理。3、乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织经营、管理。《土地管理法》将农民集体所有划分为乡、村、村民小组（这是从“行政”角度分类，从经济角度则是乡农民集体经济组织、村集体经济组织、村内农村集体经济组织。）三级所有是十分清楚和明确的。经营、管理者明确了，农村土地承包的发包主体自然就明确了：属乡（镇）农民集体所有的土地，由乡（镇）发包；属村农民集体所有的土地，由村发包；属村内农村集体经济组织或村民小组所有的土地，由村内农村集体经济组织或村民小组发包。在《村民委员会组织法》出台前，村下设第一、二等经济社，《村民委员会组织法》出台后改称第一、二等村民小组。《土地管理法》所称的第三种发包主体就是由村内的第一、二等经济社或村民小组发包，而不是由村民委员会或村集体经济组织发包。但第三种发包方式需有一个前提：即原来属村民委员会（或村集体经济组织所有），后明确划分到村以下的第一、二经济社或村民小组所有。《土地管理法》的上述规定是从所有权的角度而不是从发包方式的角度进行的划分和规定，也就是上述规定对“家庭承包”和除此之外的“其它方式的承包”是都适用的。而《农村土地承包法》却是从承包方式的角度对发包主体做了划分和规定。《农村土地承包法》将《土地管理法》的上述内容规定在了第二章“家庭承

包”中，而在第三章“其它方式的承包”中，却没有发包主体的规定，而《农村土地承包法》中又没有“家庭承包”中关于发包主体的规定适用“其它方式的承包”，这显然在立法结构和技术上出现了缺失。在从内容上看，就发包主体问题，《农村土地承包法》也做了与《土地管理法》不尽一致的规定。《农村土地承包法》第12条规定：“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会发包；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，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组发包。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。”

如果把《农村土地承包法》的上述规定和《土地管理法》第10条加以对照，就会发现有以下不同：1、没有规定乡（镇）一级农民集体所有土地的发包主体。2、在保留了《土地管理法》规定的第一、二种发包主体的同时，又规定了“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所有权。”而问题也就出在这里。照此规定，分属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，也可以由“村集体经济组织或村民委员会发包”，只是“不得改变村内各集体经济组织农民集体所有的土地所有权。”如果真的如此，问题也便由此而来：（1）、《土地管理法》及该法、该条也明确规定了“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，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组发包”，有何必要再规定村集体经济组织或村民委员会去发包已经“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？

(2)、从土地所有权、使用权的角度，《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，《农村土地承包法》是特别法，而《土地管理法》是一般法。虽特别法优先适用于一般法，但并没有规定特别法有权违背一般法。从上位法、下位法及一般法、特别法的角度看，《农村土地承包法》不能违背或突破《土地管理法》的一般规定，尤其是在没有必要性的时候。

(3)、土地的所有权，包括农民集体所有的所有权，依照《土地管理法》的规定，应由县级以上人民政府确权登记造册并核发证书，村集体经济组织或村民委员会在发包不属于它的土地时，没有改土地权属的可能，该项规定显无必要。

(4)、该项规定不但无必要，显然也在人为地制造了矛盾和纠纷。本属村内集体经济组织所有，也本该由村内集体经济组织或村民小组发包，该项规定却允许由村集体经济组织发包，由此产生了矛盾和纠纷是显而易见的。如果双方都要发包怎么办？如果一方不同意而另一方发包又该如何处理？《农业土地承包法》却没有下文，由此埋下了纠纷的隐患。实践中此类纠纷较为常见，而陈海英诉海南省万宁市收回承包经营权证纠纷则具有典型性。1997年陈海英与万宁市礼纪镇茄新村委会签订了位于该村送子洋的30亩土地的承包合同，并于2000年由万宁市政府核发了承包经营权证。2000年，海南南洋芦荟（美国）有限公司为了大面积种植芦荟，向万宁市政府提出了受让包括争议土地在内的1000多亩土地的申请。万宁市政府为茄新村委会下属第一、二、三、四、六、九、十、十一、十二等九经济社核发了包括争议土地在内的土地所有权证书，九经济社将其所有的

的集体土地使用权依《海南经济特区土地管理条例》出让给了南洋芦荟公司，万宁市政府依法为芦荟公司颁发了集体土地使用权证。芦荟公司在开发过程中，发现九经济社依法出让的土地上还设定了陈海英等人的承包经营权没有解除，芦荟公司因就补偿问题未与陈海英达成一致，万宁市政府便以茄新村委会无权发包争议土地给陈海英为由，收回了陈海英的承包经营权证书。陈海英不服，向法院提起了行政诉讼，两审法院判决陈胜诉，维持了陈的承包经营权。这样，在一块土地上存在两个相互冲突的权利，一是陈海英的承包经营权，一是芦荟公司的土地使用权。陈海英在打赢了承包经营官司之后，又不得不再次提起了请求万宁市政府撤销芦荟公司土地使用权的行政诉讼，以保证其承包经营权的行使。本案的纠纷实际就是源于本属茄新村委会下属的九经济社土地茄新村委会能否发包。依据《土地管理法》茄新村委会是无权发包的，而依据《农村土地承包法》茄新村委会就有权发包。两审法院正是引用《农村土地承包法》第12条规定，驳回了万宁市政府及第三人芦荟公司关于茄新村委会无权发包的抗辩主张，进而判决陈海英胜诉的。

二、《农业承包法》将三分之二多数同意的发包基本原则规定在“分则”之中顾此失彼，同时司法解释否定了《土地管理法》和《农村土地承包法》规定的发包基本原则，有权发包人无权纠正违法发包。《农村土地承包法》第18条规定，家庭承包的承包方案，依法应经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或三分之二以上村民代表的同意。第48条规定：“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以

上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。由本集体经济组织以外的单位或者个人承包的，应当对承包方的资信情况和经营能力进行审查后，再签订承包合同。”这两条规定基本是一致的，无论是哪种承包方式，必须经过三分之二多数同意，这是发包的基本原则，不得违背。如果说有不同的话，前条针对的是家庭承包的整个方案，而不是针对家庭承包的每一户个案，而后条规定的是针对每一户“其它方式的承包”的个案。这是由家庭承包的实际情况决定的。需指出的是，《农村土地承包法》第48条只针对的“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包”这一种情况，要发生了其它情况怎么办？要否执行三分之二多数这一发包的基本原则？例如，既不是家庭承包，也不是“发包给本集体经济组织”以外的单位或个人，就是发包给本集体经济组中的由几具不同家庭中的壮劳力组成的合伙组织或联合体。举例中的情况当然也是需要遵守三分之二多数这一基本发包原则的，而《农业承包法》对此类情况又的确没有规定。由此来看，《农业承包法》将三分之二多数的基本发包原则分散在各章节又不能穷尽所有可能，是一大败笔。《农村土地承包法》出现的这一问题恰恰说明，类似三分之二多数同意的基本发包原则应规定在第一章总则之中，这是总揽全局放之任何一种承包方式而皆适用的基本原则，试图将此基本原则放入“分则”并穷尽不同承包方式是费力不讨好的，也不符合相应的立法技术和技巧。《农业承包法》第44条将不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地的承包称为“其它方式的承包”。这种以土地性质划分承包种类的做法也不尽科学。如

果家庭承包荒山、荒地，或非家庭却承包耕地，是否《农村土地承包法》就无法调整了？答案当然是否定的。事实是，家庭也可以承包荒山、荒地，采用其它方式承包的也有耕地，也不仅限于荒山、荒地，按《农村土地承包法》的现有规定导致这些承包方式无法何依。这是不科学的承包方式分类或不合理的立法技术造成的必然结果。解决的办法也不难，摒弃这种不科学的分类方法，对各种形式的土地承包做出统一的规定。《土地管理法》第14条第二款及第15条第二款，对土地承包也规定了与《农村土地承包法》相同的三分之二多数同意的基本原则，《土地管理法》规定这一基本原则不但适用于土地承包合同的订立，也适用土地承包合同的变更和调整。而《农村土地承包法》只规定了农村土地承包合同订立之时的多数同意原则，对合同的变更、解除却没有明确规定相同的多数原则，明显存在不足。1999年6月5日最高人民法院经审判委员会讨论通过了《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定》。该司法解释在第2条明确规定：“发包方所属的半数以上村民，以签订承包合同时违反《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国村民委员会组织法》等法律规定的民主议定原则，或者其所签合同内容违背多数村民意志，损害集体和村民利益为由，以发包方为被告，要求确认承包合同的效力提起诉讼的，人民法院应当依法受理，并可通知承包方作为第三人参加诉讼。”并在第25条第1款规定：“人民法院在审理依本规定第二条所起诉的案件中，对发包方违背集体经济组织成员大会或者成员代表大会决议，越权发包的，应当认定该承包合同为无效合同，并根据当事人的过错，确定其应承担的相应责任”。该司法解释

虽没有把违背三分之二多数同意的发包原则规定直接导致发包合同无效，但基本体现了这一意思。第2条规定的“民主议定原则”、“多数村民的意志”及第25条规定的“集体经济组织成员大会或成员代表大会决议”，基本上反映的是《土地管理法》规定的三分之二多数同意原则。因在这一原则问题上《土地管理法》的规定与《农村土地承包法》的规定是一致的，虽该司法解释发布时《农村土地承包法》尚未出台，现在看来也完全符合该法的规定。但该司法解释第25条第二款却规定：“属本条前款规定的情形，自承包合同签订之日起超过一年，或者虽未超过一年，但承包人已实际做了大量的投入的，对原告方要求确认该承包合同无效或者要求终止该承包合同的，人民法院不予支持。但可根据实际情况，依照公平原则，对该承包合同的有关内容进行适当调整。”很明显，该司法解释第25条第二款的规定违背了《土地管理法》及《农村土地承包法》的规定，应为无效的司法解释。因为判案的是法官不是立法者，实践中反而都执行了上述司法解释的规定，而将《土地管理法》及《农村土地承包法》的规定搁置一旁。2005年3月29日最高人民法院又颁发了《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律若干问题的解释》。从该司法解释的内容及解释依据来看，主要是针对《农村土地承包法》所做的解释。该司法解释与前述司法解释就解释的对象而言是基本相同的，但后一司法解释并没有否定前一司法解释，前一司法解释依然有效。前述司法解释产生的直接后果是有权发包的人无权纠正违法的发包。该司法解释的用意是良好的，但产生的社会效果和法律效果却未必，还是以前述陈海英诉万宁市政府收回承包经营证纠纷一案为

例。在该案中，被告万宁政府及第三人芦荟公司除了提出茄新村委会不是适格的发包主体的抗辩主张外，还以茄新村委会违背三分之二多数村民同意的发包原则抗辩，主张茄新村委会不但未经三分之二多数同意，大多数村民甚至根本不知道茄新村委会发包争议土地之事。这些抗辩主张完全符合《土地管理法》及《农村土地承包法》的规定，本应依法予以支持。而陈海英等承包人则以上述司法解释中的第25条第二款提出抗辩，主张承包合同签订远远超过了一年，承包人也实际做了大量的投入。两审法院判决陈海英胜诉的第二个理由便是上述司法解释的规定。对于南洋芦荟公司而言，行政诉讼的败诉并不意味着土地使用权的必然丧失，只是意味着面临同一块土地上设定的另一项合法权利即承包经营权的挑战。芦荟公司要想维护合法的土地使用权，不得不再对出让人茄新村委会的9个经济社及陈海英提起一个民事诉讼，请求确认陈海英与茄新村委会的承包合同无效，从而否定陈海英的承包经营权，进而维护自己的土地使用权。而这已与该司法解释第7条规定的人民法院审理农业承包合同纠纷案件应“尽快审结”的要求相去甚远。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com