

土地承包经营权流转的几点法律思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_9C_9F_E5_9C_B0_E6_89_BF_E5_c122_479677.htm 土地承包经营权的流转是随着家庭土地承包经营制度的出现而随之出现的。在最早的政策性规定1984年7月2日《中央书记处农村政策研究室解释有关土地承包的几个问题》中，“允许社员自己协商转包土地”，这时的土地流转是一种自发的、个别的，且流转方式只限于转包一种。随着农村经济的发展和农业产业化，土地流转也从自发的、个别的流转转向了成片的、大规模的、制度化的流转，浙江、珠江三角洲地区广泛实施的土地流转是被誉为是继土地改革、家庭联产承包后的“第三次土地革命。”通过20余年的改革，在广泛实践的基础上，《中华人民共和国农村土地承包法》（以下简称《土地承包法》）于2002年8月29日通过并于今年3月1日正式实施，标志着统一的土地承包经营权流转制度的确立。对土地承包经营权的流转应从狭义和广义两方面来理解。从狭义来理解，即《土地承包法》第32条规定的通过家庭承包取得的土地承包经营权以转包、出租、互换、转让或者其他方式进行的流转。从广义来理解，除了包括上述第32条通过家庭承包取得的土地承包经营权流转外，还包括《土地承包法》第49条的通过招标、拍卖、公开协商等方式所承包土地以转让、出租、入股、抵押或者其他方式进行的流转。现结合《土地承包法》从广义上来对土地承包经营权流转（下简称土地流转）中的几个问题进行法律上的思考，求教于各位同仁。一、反租倒包行为的性质及效力。在土地承包经营权的流转中，应遵循的

最基本原则应是依法、自愿、有偿。依法原则，既包括了实体法律的规定，也包括土地流转的程序性法律的规定，任何违反法律、行政法规的强制性规定，都可导致土地流转行为的无效。在广泛的土地流转实践中，一些地方出于局部利益和农业规模经营、农业产业结构调整的需要，出现了不尊重农民意愿的行政命令的方式，强行收回农民承包地的行为，搞重新承包出租或集体统一经营，直接损害了农民利益，导致了侵权行为的大量发生。这些行为中很大一部分都是反租倒包，所谓反租倒包，是指乡（镇）、村社集体经济组织成员根据需要，以其名义租赁农户的承包土地，将土地重新发包给种田大户或企业组织。对反租倒包《土地承包法》没有作出明确规定，只在国家政策和地方性规章、文件中有相应的规定，那么这种行为是否合法，所签合同是否有效？笔者认为，这是一种无效民事法律行为。《中共中央关于做好农户承包地使用权流转工作的通知》（中发[2001]18号）明确指出，土地流转的主体是农户，由乡镇政府或村级组织出面租赁农户的承包地再进行转租或发包的“反租倒包”，不符合家庭承包经营制度，应予制止。反租倒包显然违反了该文件的规定。对于中发[2001]18号文件效力如何看待，其与《土地承包法》、《农业法》并不矛盾，其相关规定应当有效，该文件中的“反租倒包，应予禁止”的规定也可作为判断合同是否有效的法律依据。因中共中央的文件体现了国家的基本政策，维护了广大农民的根本利益，维护了整个农村和社会的稳定，维护的是一种社会公共利益，可援引《民法通则》第58条、《合同法》第52条，因“反租倒包”违反社会公共利益而认定这种土地流转行为无效，即使签订了合同，其

所签合同也应无效。二、《土地承包法》第35条的理解。《土地承包法》第35条规定，在承包期内，发包方不得假借少数服从多数强迫承包方放弃和变更土地承包经营权。那么该第35条中的“少数服从多数”应如何理解呢？是否和《村民委员会组织法》第17条中的村民会议过半数通过系同一涵义？是否依《村民委员会组织法》所通过的任何决议对土地流转都是无效的呢？立法对此未作出明确解释。笔者认为，仅有过半数的少数服从多数通过决议也是不行的，也不能强迫承包方放弃或变更土地承包经营权。上述第35条实际上是土地流转自愿原则的一种体现，该原则包括两层意思，即承包方有权依法自主决定土地承包经营权是否流转和流转的方式。充分体现了民法理论中的意思自治原则，体现了对土地承包经营权这种私权的保护，对处于弱者地位的农民利益的保护和农村社会的稳定都大有益处。上述第35条的“少数服从多数”是为了更好地进行村民自治，相对来说维护的是一种集体利益，维护的是一种公权。私权的行使并不是不受任何限制，在一定程度上也要服从维护公权的需要。对此法律对土地承包经营权的变更或调整作出了特殊的规定。《土地管理法》第14条明确规定，“在土地承包经营期限内，对个别承包经营者之间承包的土地进行适当调整的，必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业行政主管部门批准。”同时，《土地承包法》第27条规定，“承包期内，因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的，必须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）人民政府和县级人民政府农业等行政主管部门批准。承包合同中约定不得调整的，按照其约定。”该条中的特殊情形除了自然灾害外，还应包括土地依法被征用，被乡村公共设施、公益设施占用及人地矛盾突出这些情形。《土地承包法》是新法，但该法第27条对《土地管理法》第14条并未予以否定，并对该14条中的情形进行了列举，更加的准确和深入。该法第14条同样合法有效。土地流转本质上也是一种土地承包经营权的变更或调整，上述这些土地承包经营权的变更或调整的特殊规定对其当然适用。即在农户不愿意进行土地流转的情形下，除了依《土地承包法》第27条和《土地管理法》第14条的三分之二以上的特别程序通过并经批准的外，其余的“少数服从多数”通过的决议都是无效的，都是对农户土地承包经营权的一种侵害。如果承包合同约定不得调整的，应当按照约定，即使按照上述特别程序，所通过的决议也是无效的。

三、土地流转中的优先权问题。

- 1、《土地承包法》第33条对因通过家庭承包取得的土地承包经营权，在土地流转时，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权，这条比较容易理解。在这里，优先权具有成员权性质和保障农民基本生活的功能。但具体怎样操作，笔者认为可采取委托集体经济组织开展土地流转，并依照“三公”原则，公开招标，择优发包，既可以切实保障本集体经济组织成员的优先权，又可避免因自行流转而侵犯本集体经济组织成员优先权而导致流转无效。
- 2、在四荒地进行对外发包时，原集体经济组织成员或许不具备承包或租赁的经济条件或经营能力，但到外来承包者进行土地流转时，原集体经济组织成员已经有了相应的经济或经营能力。那么《土地

《承包法》第49条中所说的通过招标、拍卖、公开协商等方式承包的土地承包经营权在以转让、出租等方式流转时，原集体经济组织农户是否也享有优先权？有人认为，四荒地的承包经营权是以市场化手段获得，一般作为增收的手段，不具有基本生活保障的功能，没有必要进行过多的限制。现行的《土地承包法》即取此观点。虽然《土地承包法》对此并未明确规定应享有优先权，笔者认为，在以转让或出租方式流转土地时，本集体经济组织成员应享有优先权，并且实际也享有优先权。第一，虽然四荒地不具有生活保障的功能，但在现阶段广大农民仍以土地作为增收的主要手段，是致富的主要途径，如果不赋予本集体经济组织成员优先权，就会出现与民争利的局面，不利于农村和社会的稳定。第二，中发[2001]18号文件指出，企业和城镇居民到农村租赁经营承包地，隐患甚多，甚至可能造成土地兼并，危及社会稳定，中央不提倡工商企业长时间、大面积租赁和经营土地。从以上内容可以看出，承包地应尽量由原集体经济组织成员承包，结合现行《土地承包法》来分析，该[2001]18号文件应仍然有效，所以在外来承包者将土地以转让、出租方式进行土地流转时，原集体经济组织成员应享有优先权。第三，《土地承包法》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”。此条实际隐含了外来承包者在以转让方式进行土地流转时本集体经济组织成员的优先权。所谓土地承包经营权转让，即承包方将承包土地的权利和义务转移给第三方，原承包合同自然解除，由第

三方同发包方确立一个新的承包关系。既然转让要成立新的承包关系，必须要按《土地承包法》第48条的规定必须事先经三分之二以上村民议事表决程序通过，所以本集体经济组织成员如有承包意向，在同等条件下，应可以享有优先权。

第四，《合同法》第224条“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人”的规定，同样隐含了外来承包者在以租赁方式进行土地流转时本集体经济组织成员的优先权。外来承包者采取租赁方式流转土地时，其实质是一种转租，应适用《合同法》第224条的规定未经发包方同意，不能租赁给本集体经济组织以外的人员，所以在此情形下本集体经济组织成员同样享有优先权。通过以上分析，《土地承包法》第49条中的外来承包者在以转让、租赁方式进行土地流转时，本集体经济组织成员是同样享有优先权的。但在实际操作中，本集体经济组织成员要求优先权是向村民委员会提出，还是向村民会议或村民代表会议提出，还需要地方政府和村级组织因地制宜在制度建设方面加以完善，以切实保证本集体经济组织成员优先权的落实。

四、土地流转中的出租期限

《土地承包法》第39条和第49条都规定，都可采用出租的土地流转方式。对出租的流转期限问题，该法第33条规定，流转的期限不得超过承包期的剩余期限。1995年国家规定土地承包期又延长30年不变，第二轮土地承包已过去7年，还剩下23年的承包期，如果要以出租方式进行土地流转时，肯定不能超过23年的承包期。那么是不是在此期限内都一定有效？笔者认为，不一定。以出租方式进行土地流转，当事人双方本质上是一种租赁合同关系，为《合同法》规范的债权，根据《合同法》第214条规定，租赁法律关系的最长期限为20年，即

土地租赁权的最长期限也应为20年。所以在以出租方式进行土地流转时，最长期限不得超过《土地承包法》第33条和《合同法》第214条中的规定，并且以其中较短期限为准。编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 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