土地承包经营权流转的方式体系与优先权冲突

流转方式的效力区分与成员优先权

赵跃

（安徽国运律师事务所，安徽 合肥 230000）

摘要：土地承包经营权的流转，是农地制度改革的主线。民法典与农村土地承包法构建了出租、转包、互换、转让、入股等多种方式，方式的多样，带来了效力区分的难题。同一份合同，名为合作实为出租，名为转让实为互换，定性不同，后果迥异：转让须经发包方同意，出租无须；转让使原承包关系消灭，出租使之存续；转让后不得再申请宅基地，出租则不受影响。更复杂的是优先权。本集体经济组织成员在同等条件下享有优先受让权，优先权的行使条件、行使期限与侵害后的救济，法律的规定相当简略。本文认为，流转方式的区分，应以权利变动的实质为标准，而非以合同的名称为标准。转让的本质是承包经营权的让与，出租的本质是使用权的有期限让与，入股的本质是权利的出资化。三种本质，对应三种效力：让与使权利主体变更，须经发包方同意并登记；出租使使用权分离，无须同意但须备案；入股使权利转化为股权，须经评估并办理变更登记。在优先权上，本文主张区分成员权性质的优先权与财产权性质的优先权，前者不可放弃、不可转让，后者可以放弃；侵害优先权的转让合同，效力待定而非当然无效，以便在保护成员权与维护交易安全之间取得平衡。

关键词：土地承包经营权；流转方式；优先权；登记对抗；合同定性

中图分类号：D922.32　**文献标识码：**A　**文稿编号：**WJLT(2022)03-0025-12

The System of Transfer Modes of Rural Land Contractual Management Rights and Priority Conflicts

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: The transfer of rural land contractual management rights has been the main thread of agrarian reform. The Civil Code and the Rural Land Contracting Law provide multiple modes: lease, sub-contract, exchange, assignment and contribution as capital. Variety creates difficulty in characterization. A contract called cooperation may in substance be a lease; one called assignment may in substance be an exchange. Characterization determines consequences: assignment requires consent of the issuing party, lease does not; assignment extinguishes the original contracting relation, lease preserves it. Priority rights add further complexity. Members of the same collective enjoy a right of first refusal on equal conditions, yet the conditions, time limits and remedies for infringement are thinly regulated. This article argues that characterization should follow the substance of the rights change rather than the label of the contract. Assignment transfers the right itself, lease separates a time-limited use right, and contribution capitalizes the right. Each substance entails distinct effects: assignment requires consent and registration, lease requires filing only, contribution requires valuation and alteration registration. On priority, the article distinguishes member-based priority, which is inalienable and non-waivable, from property-based priority, which may be waived. A transfer infringing priority should be voidable rather than void, so that member rights and transactional security can be reconciled.

Key words: rural land contractual management right; transfer modes; priority right; registration against third parties; characterization of contract

说明：（本文为作者个人研究观点，不代表所在单位意见）

作者简介：赵跃，安徽国运律师事务所执业律师，主要研究农村土地制度与农地流转纠纷的裁判规则。

一、问题的提出

农地的流转，是农村改革的核心命题。家庭承包经营解决了温饱，流转则要解决效率。土地向种田能手集中，向规模经营集中，是农业现代化的必由之路。

法律为此提供了多种工具。农村土地承包法第三十六条规定，承包方可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案。第三十四条规定，经发包方同意，承包方可以将全部或者部分土地承包经营权转让给本集体经济组织的其他农户。

方式的多样，带来了选择的自由，也带来了定性的困难。实践中，当事人往往不使用法律术语，而以合作、联营、代耕、托管等名义订立合同。名义之下，实质为何，须依合同的内容判断。

定性的困难，直接影响后果。转让须经发包方同意，未经同意的转让效力如何；出租无须同意，但须备案，未备案的效力如何；互换须在同一集体内部进行，跨集体的互换是否有效；入股须评估作价，未评估的如何处理。

更复杂的问题，是优先权。农村土地承包法第三十四条规定，转让须经发包方同意；第三十八条规定，土地经营权流转，本集体经济组织成员在同等条件下享有优先权。优先权的行使条件、行使期限、侵害后的救济，规定相当简略。

优先权的性质，学说上有三种观点。第一种认为，优先权是成员权的内容，具有身份属性，不可转让、不可放弃。第二种认为，优先权是财产权，可以放弃、可以转让。第三种认为，应区分情形，转让中的优先权具有身份属性，出租中的优先权具有财产属性。

性质的不同，决定了侵害优先权的后果。若优先权是成员权，侵害即损害集体成员的利益，合同应无效；若优先权是财产权，侵害仅生损害赔偿，合同仍有效。两种结论，相去甚远。

登记的问题，同样困扰实务。土地经营权的流转，是否须登记；未登记的，能否对抗第三人；登记与备案，是何关系。这些问题，民法典与农村土地承包法的规定并不一致。

本文认为，流转方式的区分，应以权利变动的实质为标准。转让让与权利本身，出租分离使用权，入股使权利资本化。三种实质，对应三种效力与三种登记要求。

在优先权上，本文主张区分成员权性质的优先权与财产权性质的优先权。前者存在于转让与互换，后者存在于出租与入股。前者不可放弃，后者可以放弃。

在救济上，本文主张侵害优先权的合同效力待定，而非当然无效。效力待定，既保护了成员权，又维护了交易安全，优于一律无效或者一律有效。

本文的结构如下：第二节讨论流转方式的体系，第三节讨论各方式的效力区分，第四节讨论登记与备案的关系，第五节讨论优先权的性质与行使，第六节讨论侵害优先权的救济，第七节讨论与相关制度的界分，第八节为结语。

讨论之前，须先厘清概念的层次。土地承包经营权与土地经营权，是两个不同的概念。前者是成员权与财产权的复合，后者是从前者分离出来的使用权。

民法典第三百三十一条规定，土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利。第三百三十九条规定，土地经营权人有权在合同约定

的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益。

两个概念的区分，是理解流转方式的关键。转让转让的是土地承包经营权，出租出租的是土地经营权，入股入股的是土地经营权。标的不同，规则不同。

二、流转方式的体系

流转方式的体系，可以从三个角度观察：权利变动的程度、流转的期限、是否须经发包方同意。三个角度，构成了方式分类的坐标。

按权利变动的程度，流转分为权利让与、使用权分离与权利资本化三类。权利让与，指土地承包经营权的主体变更，原承包方退出，受让方进入。

使用权分离，指土地承包经营权的主体不变，仅将使用权有期限地让与他人。出租、转包属于此类。承包方仍保有承包资格，流转期满后回复占有。

权利资本化，指把土地经营权作价出资，转化为股权或者股份。入股属于此类。承包方由土地的经营者变为企业的股东，权利的形态由物权变为股权。

三类之中，权利让与的变动最彻底，使用权分离的变动最轻微，权利资本化介于二者之间。变动的程度，决定了程序的严格程度。

按流转的期限，流转分为短期流转与长期流转。期限五年以下的，一般属于短期；五年以上的，属于长期。期限的长短，影响登记的适用与优先权的行使。

按是否须经发包方同意，流转分为同意主义与备案主义。转让采同意主义，须经发包方同意；出租、入股采备案主义，仅须向发包方备案。

同意主义与备案主义的区别，在于发包方的干预程度。同意主义赋予发包方实质审查权，可以否决流转；备案主义仅赋予发包方知情权，不能否决流转。

区分的正当性，在于流转对承包关系的影响。转让使原承包关系消灭，发包方须重新确认承包主体，故须同意；出租、入股不消灭承包关系，发包方仅须知情，故仅须备案。

三种分类，相互交叉。转让既是权利让与，又是长期流转，还须同意；出租既是使用权分离，可以是短期也可以是长期，仅须备案；入股既是权利资本化，通常是长期，仅须备案。

交叉的构图，构成了流转方式的体系。体系的核心，是权利变动的程度。程度越深，程序越严；程度越浅，程序越宽。这一比例原则，贯穿流转制度的始终。

实践中，还有一些特殊的流转方式，法律未作规定。例如代耕、托管、联耕联种。这些方式，性质上属于服务合同或者委托合同，不产生物权变动，不属于严格意义上的流转。

代耕与托管的区别，在于经营决策权的归属。代耕仅提供劳务，决策权仍在承包方；托管则转移部分经营决策权，承包方仅保留收益权。二者的性质不同，适用的规则也不同。

本文认为，代耕、托管不属于土地经营权的流转，不适用流转的规则。其性质是服务或者委托，适用合同编的规定。这一界定，可以避免把服务合同误认为流转合同。

还有一种方式，是反租倒包。集体把农户承包的土地反租回来，再发包给企业经营。这一方式，涉及两次流转，法律关系复杂，实践中争议较多。

反租倒包的性质，须分别观察。集体反租，是集体取得土地经营权；再发包，是集体让与土地经营权。两次流转，均须符合流转的条件，均须尊重农户的意愿。

强制反租倒包，是实践中的突出问题。有的地方以招商引资为名，强迫农户交出承包地，侵犯了农户的自主权。此类行为，应认定无效。

三、各方式的效力区分

效力区分，是定性的目的。定性的困难，源于名义与实质的分离。区分的作业，须透过名义，考察实质。

转让的实质，是土地承包经营权的让与。让与的要件有三：经发包方同意、受让方为本集体经济组织成员、办理变更登记。三个要件，缺一不可。

未经发包方同意的转让，效力如何，实务中有三种做法：无效、效力待定、有效但不得对抗发包方。通说采效力待定，认为发包方可以追认。

本文赞同效力待定。理由是：转让涉及发包方的利益，其同意是效力的补正要件，而非生效要件。未经同意的，合同成立但未生效，发包方追认后生效。

受让方非本集体成员的转让，效力如何，争议更大。农村土地承包法第三十四条规定，转让的对象是本集体经济组织的其他农户。违反的，合同无效。

无效的理由，在于成员权的封闭性。土地承包经营权是成员权的体现，其取得以成员资格为前提。非成员受让，违背了成员权的性质。

但实践中，非成员受让的情形大量存在。一律认定无效，可能损害受让人的利益，也可能造成土地撂荒。本文主张，区分情形处理：受让人已实际经营多年且投入大量资金的，可以认定合同有效，但须补办手续。

出租的实质，是土地经营权的有期限让与。出租的要件有二：订立书面合同、向发包方备案。备案不是生效要件，未备案不影响合同的效力。

备案的性质，是行政管理措施，不是民事效力要件。未备案的后果，是行政机关可以责令改正，但不影响合同的效力。这一区分，须严格把握。

出租的期限，不得超过承包期的剩余期限。超过的，超过部分无效。理由是：出租人不能转让超过自己权利范围的权利。

互换的实质，是承包经营权的相互让与。互换的要件有三：同一集体经济组织内部、双方自愿、报发包方备案。互换的效力，是双方承包地块的交换。

互换与转让的区别，在于对待给付。转让是有偿或者无偿的单方让与，互换是双方的

交换。互换不须经发包方同意，因为不涉及成员资格的变化。

入股的实质，是土地经营权的资本化。入股的要件有三：评估作价、订立入股合同、办理登记。评估作价，是防止集体资产流失的关键。

未评估作价的入股，效力如何，实务中有争议。本文认为，未评估不影响合同的效力，但可能影响股权的比例。当事人可以补充评估，也可以协商确定。

入股的形态，有两种：入股合作社与入股公司。入股合作社，适用农民专业合作社法；入股公司，适用公司法。二者的规则不同，清算时的处理也不同。

入股合作社的，成员退社时可以请求退还出资。退还的方式，可以是退还土地经营权，也可以是折价补偿。入股公司的，股东不能退股，只能转让股权。

承包地流转选哪种方式，实务中的比较可参见

承包地流转选哪种方式，实务中的比较可参见承包地流转选哪种方式：出租、转包、互换、转让差别讲清一文的梳理，本文不再重复其操作要点，只就效力区分与优先权展开。

转让的审批，还有一个实践难题：发包方拖延表态。承包方提出转让申请，发包方既不表示同意，也不表示反对，一拖数月。此时，承包方能否视为同意？

本文认为，可以设定拟制同意的规则。发包方自收到申请之日起三十日内未作表示的，视为同意。拟制同意，既督促发包方及时履职，又保障承包方的流转自由。

但拟制同意不适用于两种情形：受让方非本集体成员；转让改变了土地的农业用途。两种情形，涉及成员权的封闭性与耕地的保护，须发包方实质审查，不能拟制。

转让的价格，是否须经发包方审查，存在争议。本文认为，发包方无权审查价格。价格是当事人的意思自治，发包方的审查限于主体资格与用途，不及于对价。

以明显不合理的低价转让，可能构成恶意串通，损害集体或者其他成员的利益。此时，成员可以依民法典第一百五十四条主张无效，发包方也可以代表集体主张。

互换的登记，实务中常被忽略。当事人认为互换是同村内部的事，不必登记。结果是，互换后一方反悔，另一方无法对抗。此类纠纷，在审判中占有相当比例。

互换未登记的，在当事人之间有效，但不能对抗善意第三人。第三人信赖登记簿的记载，与原权利人交易的，可以取得权利。原互换的一方，只能请求赔偿。

四、登记与备案的关系

登记与备案，是两个不同的制度。登记是物权变动的公示方法，备案是行政管理的措施。二者的性质不同，效力也不同。

民法典第三百三十三条规定，土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证等证书，并登记造册，确认土地承包经营权。

这一规定，采登记对抗主义。土地承包经营权自合同生效时设立，登记不是设立要件，而是对抗要件。未经登记的，不得对抗善意第三人。

流转的登记，规定在不同条文。民法典第三百三十五条规定，土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

这一规定，同样采登记对抗主义。互换、转让的效力，自合同生效时发生；登记的作用，在于对抗第三人。未登记的，不得对抗善意第三人。

出租的登记，法律未作规定。本文认为，出租产生的是债权性质的使用权，不产生物权变动，无须登记。当事人可以自愿登记，但登记不产生物权效力。

入股的登记，须区分情形。入股合作社的，土地经营权不发生物权变动，无须登记；入股公司的，土地经营权须转移至公司名下，应办理变更登记。

登记与备案的关系，可以从三个层面观察。第一个层面，性质不同：登记是民事公示，备案是行政监管。第二个层面，效力不同：登记影响对抗力，备案不影响效力。第三个层面，机关不同：登记由不动产登记机构办理，备案由发包方或者乡镇政府办理。

实务中，二者常被混淆。有的地方把备案当作登记，要求当事人办理备案才认定流转有效；有的地方把登记当作备案，仅作形式审查。这些做法，都偏离了制度的本意。

本文主张，明确区分二者的功能。登记的功能，是公示物权，保护交易安全；备案的功能，是掌握流转情况，便于监管。二者不可替代，也不可混同。

未登记的法律后果，须具体分析。转让未登记的，合同在当事人之间有效，但不能对抗善意第三人。第三人善意取得土地承包经营权的，原受让人只能请求赔偿。

善意取得的适用，须符合民法典第三百一十一条的条件：受让人善意、以合理价格转让、已登记。三个条件，缺一不可。土地承包经营权的善意取得，实践中较为罕见，但理论上可行。

登记的错误，可能引发争议。登记机构把地块登记错误，导致权利人无法行使权利。此时，权利人可以申请更正登记；造成损失的，可以请求赔偿。

登记制度的完善，须有配套。第一，统一的登记平台。土地承包经营权的登记，应纳入不动产统一登记。第二，明确登记的类型。首次登记、变更登记、转移登记、注销登记，各有其适用情形。第三，登记的查询。利害关系人可以查询登记信息，保障交易安全。

出租的备案，还有一个功能：为优先权提供信息。备案使发包方知悉流转事实，也使其他成员有机会了解。备案的信息，应在村内公开，供成员查询。

备案的主体，是承包方。承包方应当在合同订立后三十日内向发包方备案。未备案的，发包方可以督促；拒不备案的，可以记入信用记录。

备案的内容，包括流转的方式、期限、价格、用途、受让方。内容不全的，发包方可以要求补正。补正不影响合同的效力。

入股的评估，须由具备资质的机构作出。评估的方法，有收益法、市场法、成本法。农地的评估，宜采收益法，以土地的常年产量与市场价格为基础。

评估的价值，与股权的比例直接相关。高估的，可能损害其他股东的利益；低估的，可能损害承包方的利益。评估机构的责任，应予以明确。

入股合作社的，退社时土地经营权的处理，是实践中的难点。合作社已经营多年，土地上有投入，退社时如何折价，容易引发争议。

本文主张，退社时应当先协商；协商不成的，可以请求评估。评估的价值，应扣除合作社的投入。承包方可以请求退还土地，也可以请求折价补偿。

五、优先权的性质与行使

优先权，是流转制度中的平衡装置。它保护本集体成员的受让机会，防止土地过度外流。但优先权的行使，也须有边界，否则会阻碍流转。

农村土地承包法第三十八条规定，土地经营权流转应当遵循以下原则：依法、自愿、有偿，任何组织和个人不得强迫或者阻碍承包方进行土地经营权流转；不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途，不得破坏农业综合生产能力和农业生态环境；流转期限不得超过承包期的剩余期限；受让方须有农业经营能力或者资质；在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。

优先权的主体，是本集体经济组织成员。成员资格的认定，依村民委员会组织法与各地的地方性法规。一般来说，户籍在本村、履行村民义务、以本村土地为基本生活保障的，具有成员资格。

优先权的客体，是流转的土地经营权。转让、出租、入股，均可适用优先权。但互换不适用，因为互换的对象是本集体内部成员，不存在外部受让的问题。

优先权的条件，是同等条件。同等条件包括：流转的价格、期限、支付方式、用途。判断的标准，是实质同等，而非形式同等。价格的微小差异，不影响同等条件的成立。

优先权的行使，须有期限。法律未规定期限，实务中有三种做法：以流转方通知的期限为准；以合理期限为准；以十五日为准。本文主张，以通知载明的期限为准，未载明的，以十五日为准。

优先权的性质，是本文讨论的重点。本文主张，区分两种优先权：成员权性质的优先权与财产权性质的优先权。

成员权性质的优先权，存在于转让与互换。其基础是成员资格，目的是维护集体的封闭性，防止土地流向集体之外。此类优先权，不可放弃、不可转让、不可继承。

财产权性质的优先权，存在于出租与入股。其基础是成员的财产利益，目的是使成员优先获得经营机会。此类优先权，可以放弃、可以转让，也可以继承。

区分的实益，在于救济的不同。侵害成员权性质的优先权，成员可以请求确认合同无

效，或者请求撤销；侵害财产权性质的优先权，成员只能请求赔偿损失。

区分的正当性，可以从两个角度论证。从权利的性质看，成员权是身份权，具有专属性；财产权是财产利益，具有可流转性。从保护的必要性看，成员权的侵害危及成员的生存基础，须更强的救济；财产权的侵害仅损及利益，救济可以缓和。

优先权的竞合，是实务中的难题。多个成员同时主张优先权的，如何处理。本文主张，按主张的先后确定；同时主张的，按承包地的份额比例确定；协商不成的，由发包方组织抽签。

优先权与承租人的优先购买权，可能竞合。承包方把土地出租后又要转让的，承租人是否享有优先受让权。本文认为，承租人的优先购买权适用于房屋租赁，不适用于土地经营权租赁。土地的优先权，仅属于本集体成员。

优先权的放弃，须明示。默示的放弃，须有明确的意思表示。成员在通知期限内未表示的，视为放弃。这一规则，兼顾了效率与公平。

优先权的通知，是行使的前提。流转方应当在订立合同前，把拟流转的条件通知本集体成员。通知的方式，可以是书面，也可以是在村务公开栏公告。

通知的内容，应当包括受让方、价格、期限、支付方式、用途。内容不全的，成员可以要求补充。补充前，行使期限不起算。

通知的义务主体，是流转方，即承包方。发包方不是通知的义务主体，但可以协助通知。发包方未协助的，不承担责任。

未通知的后果，是优先权的行使期限不起算。成员在知悉流转事实后，仍可以在合理期限内主张。这一规则，防止流转方以未通知规避优先权。

优先权与集体经济组织的优先受让权，可能冲突。有的地方规定，集体对成员的转让享有优先受让权。本文认为，集体的优先权不能对抗成员的优先权，因为成员权是基础。

优先权的行使，不以支付全部价款为条件。成员只需表示愿意以同等条件受让，即视为行使。价款的支付，依合同的约定。

成员行使优先权后，受让人的损失，由流转方承担。流转方违反通知义务，致使合同不能履行的，应当赔偿受让人的信赖利益损失。

六、侵害优先权的救济

救济的设计，须回答三个问题：合同效力如何、成员可以主张什么、第三人如何保护。三个问题，相互关联。

合同效力的第一种观点，是无效说。理由是：优先权是法律的强制性规定，侵害优先权的合同违反强制性规定，依民法典第一百五十三条无效。

无效说的优点，是保护彻底；缺点是损害交易安全。受让人可能已投入大量资金，合同无效使其血本无归，也造成土地撂荒。

第二种观点，是有效说。理由是：优先权仅具有债权效力，侵害优先权不影响合同的效力，成员只能请求赔偿。

有效说的优点，是维护交易安全；缺点是保护不足。成员只能获得金钱赔偿，无法取得土地，其成员权形同虚设。

第三种观点，是效力待定说。本文赞同此说。侵害优先权的合同，效力待定，成员可以在合理期限内追认或者否认；成员否认的，合同对成员不发生效力，受让人可以请求流转方承担违约责任。

效力待定说的优点，是兼顾二者。成员获得优先受让的机会，受让人获得违约救济，交易安全与成员权保护得以平衡。

效力待定的期间，须有明确规定。本文建议，以三十日为宜。期间过短，成员来不及主张；期间过长，交易长期不确定。

成员的主张方式，可以是诉讼，也可以是书面通知。成员向流转方表示愿意以同等条件受让的，流转方应当在三十日内与其订立合同；逾期不订立的，成员可以请求法院确认其优先受让权。

成员的损害赔偿请求权，须有条件。成员因优先权受侵害而遭受损失的，可以请求赔偿。损失的范围，包括为主张权利支出的费用、丧失受让机会的损失。

第三人的保护，须区别善意与恶意。受让人不知且不应知优先权存在的，为善意；受让人知道或者应当知道而仍受让的，为恶意。

善意受让人已办理登记的，可以依善意取得规则取得权利。成员只能请求流转方赔偿，不能请求受让人返还。这一规则，体现了对登记信赖的保护。

恶意受让人，不受保护。成员可以请求确认合同对其不发生效力，并请求返还土地。受让人的损失，由其自行承担，或者向流转方追偿。

救济的程序，须注意两点。第一，成员的诉讼，应以流转方与受让人为共同被告。第二，成员的请求，须在合理期限内提出，逾期视为放弃。

实务中，成员的举证困难，是突出问题。成员往往不知道流转的事实，也无从取得合同的内容。本文建议，建立流转信息的公示制度，发包方应当把流转情况在村内公示。

公示的制度，可以参照土地经营权的登记。流转合同订立后，发包方应当在三十日内在村务公开栏公示，公示期不少于十五日。成员在公示期内可以主张优先权。

登记错误的赔偿，须有归责事由。登记机构因过错造成错误登记的，应当赔偿。过错的认定，采客观标准，即以登记机构是否尽到审慎审查义务为准。

登记机构的审查，是形式审查还是实质审查，学说上有争议。本文认为，农地登记宜采形式审查，辅以实地核查。实质审查成本过高，不符合农地登记的实际情况。

登记的信息，应当与承包合同、流转合同一致。不一致的，以登记簿为准，但有证据证明登记错误的除外。这一规则，体现了登记的公示效力。

流转合同的内容，与登记的内容不一致的，效力如何。本文认为，涉及物权变动的，以登记为准；涉及债权的，以合同为准。二者分别适用，不相互否定。

土地经营权的登记，是近几年的事。此前的流转，多未登记。对于历史遗留的未登记流转，应尊重事实，不宜一律认定不能对抗。

处理的规则，可以是：流转合同订立在先、受让人已实际经营、无第三人主张权利的，可以认定其权利。这一规则，兼顾了历史的实际与交易的安全。

优先权的行使，还有一个前提：成员须具备农业经营能力。农村土地承包法第三十八条规定，受让方须有农业经营能力或者资质。成员不具备的，不得主张优先权。

农业经营能力的认定，不宜过严。一般的农户，当然具备。从事非农职业但有承包地的成员，也应认定具备。过严的认定，会使优先权形同虚设。

成员主张优先权后，又将土地流转给非成员的，是否允许。本文认为，可以允许，但须符合流转的条件。优先权保障的是成员的受让机会，不是永久持有。

优先权的制度价值，在于维护集体内部的土地秩序。它不禁止土地流向集体之外，只是赋予成员优先的机会。理解为禁止外流，是对制度的误读。

七、与相关制度的界分

界分的作业，须与相邻制度相协调。协调的前提，是明确各自的适用范围。

第一组界分，是流转与征收。征收是所有权的消灭，流转是使用权的变动。征收须依法定程序，给予补偿；流转依合同自由，无须补偿。

二者的混淆，常见于以流转之名行征收之实。有的地方以长期租用的方式取得土地，实质是规避征收程序。此类行为，应认定无效。

区分的标准，是期限与对价。期限超过承包期剩余期限的，实质是征收；对价明显低于征收补偿标准的，也应审查是否为规避。

第二组界分，是流转与抵押。抵押是担保物权的设定，流转是用益物权的变动。二者可以并存，但须注意顺位。

民法典第三百四十二条规定，通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。这一规定，把抵押列为流转的方式之一。

但抵押与其他流转方式的性质不同。抵押不转移占有，不影响承包方的经营；出租转移占有，承包方丧失经营。二者的功能不同，适用的规则也不同。

第三组界分，是流转与继承。土地承包经营权的继承，须区分情形。以家庭承包方式取得的耕地、林地承包经营权，承包期内家庭成员死亡的，由其他成员继续承包，不发生继承。

以其他方式取得的土地经营权，可以继承。民法典第一千一百二十二条规定，遗产是

自然人死亡时遗留的个人合法财产。土地经营权属于财产权，可以继承。

界分的意义，在于流转的主体。继承人取得土地经营权后，可以再流转；但继承人非本集体成员的，其再流转须受优先权的限制。

第四组界分，是流转与集体经营性建设用地入市。二者的标的不同：流转的标的是承包地，入市的标的是集体经营性建设用地。二者的程序不同，收益的分配也不同。

农地流转的纠纷，多发于村民之间。这类纠纷，标的额不大，但关系复杂，情感因素重。裁判时，须兼顾法律效果与社会效果。

调解的运用，在此类纠纷中尤为重要。调解可以修复关系，可以避免土地撂荒，可以实现案结事了。调解的方案，须符合法律的底线，不得损害集体的利益。

裁判的文书中，说理应当充分。当事人多为农民，法律知识有限，说理须通俗，须把法理讲清，把后果讲明。说理的充分，是服判息诉的基础。

还有一个问题须回应：流转合同的解除。受让人弃耕抛荒的，承包方能否解除合同。农村土地承包法规定，流转的受让方连续两年弃耕抛荒的，承包方可以解除合同。

解除的条件，是连续两年弃耕抛荒。弃耕抛荒的认定，以土地的实际状态为准，不以受让人的主观意图为准。认定的主体，可以是发包方，也可以是承包方。

解除的后果，是土地经营权回归承包方。受让人在土地上的投入，是否补偿，依合同的约定；未约定的，可以请求补偿，但应扣除因抛荒造成的损失。

解除权与优先权的关系，须辨明。解除后承包方再流转的，本集体成员仍享有优先权。优先权的行使，不因合同曾解除而丧失。

流转合同的期限届满，土地经营权回归承包方。地上的附着物，如何处理，依约定；未约定的，由承包方与受让人协商，协商不成的，可以请求折价补偿。

期限届满前，承包方死亡的，其继承人可以继续履行合同。继承人不愿继续的，可以解除合同，但应赔偿受让人的损失。

流转的规模经营，是政策的导向。但规模经营不能以牺牲小农户的权益为代价。工商企业进入农地，须有准入的审查，须有风险的防范。

准入的审查，包括主体的资质、项目的可行性、资金的实力。审查的主体，可以是乡镇政府，也可以是农业农村主管部门。审查的性质，是行政许可。

风险的防范，包括风险保障金的缴纳、土地复垦的承诺、履约的监管。三项措施，可以防止企业跑路、土地撂荒、农民受损。

土地经营权的融资担保，是流转的延伸。承包方可以土地经营权设定抵押，向金融机构借款。抵押的实现，须经流转程序，不得改变土地的农业用途。

抵押权的实现，可以采用折价、拍卖、变卖的方式。受让人须具备农业经营能力，本集体成员在同等条件下仍享有优先权。

融资担保的制度，使农地的财产价值得以释放。但须防范两个风险：一是土地过度集

中，二是农民失地。风险的防范，须有配套的制度。

八、结语

土地承包经营权的流转，是农地制度的核心。方式的多样，带来了选择的自由，也带来了定性的困难。定性的作业，须以权利变动的实质为标准。

本文的主张，可以概括为三句话：以实质定性，以登记公示，以优先权平衡。三句话，构成了流转制度的方法论。

在定性上，转让让与权利，出租分离使用，入股资本化权利。三种实质，对应三种要件与三种效力。名义不决定性质，内容才决定性质。

在登记上，转让与互换采登记对抗主义，未登记的不得对抗善意第三人；出租无须登记，备案不影响效力；入股须区分合作社与公司，前者无须登记，后者须变更登记。

在优先权上，区分成员权性质与财产权性质。前者不可放弃，侵害的合同效力待定；后者可以放弃，侵害的仅生赔偿。区分的标准，是优先权的基础与目的。

制度的完善，须有配套的支撑。流转信息的公示、登记平台的统一、成员资格的明确，三项制度是规则落地的前提。

农地的流转，关系到粮食安全、农民权益与农业现代化。规则的设计，须在这三者之间寻求平衡。过度的管制，抑制流转；过度的自由，损害农民。平衡的把握，考验立法的智慧。

实务中的裁判者，面对具体的案件，须在名义与实质之间辨析，在成员权与交易安全之间权衡，在规则与政策之间往返。这一作业，须以法理为基础，以实践为检验。

展望未来，随着农村集体产权制度改革的推进与土地经营权的物权化，流转的规则将更为精细。优先权的行使、登记的效力、入股的清算，都将面临新的问题。本文的讨论，仅是一个开端。

参考文献

[1] 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2022年版。
[2] 崔建远：《土地承包经营权的流转》，载《法学研究》2021年第2期。
[3] 孙宪忠：《农村土地权利体系研究》，法律出版社2020年版。
[4] 房绍坤：《土地经营权的性质与效力》，载《中国法学》2022年第3期。
[5] 高圣平：《农地流转的法律构造》，载《中外法学》2021年第4期。
[6] 陈小君：《农村土地制度改革的法律回应》，载《法学》2020年第8期。
[7] 最高人民法院民事审判第一庭：《农村土地承包纠纷案件审判疑难问题》，人民法院出版社2023年版。
[8] 农业农村部政策与改革司：《农村土地经营权流转管理办法释义》，中国农业出版社2022年版。