

## 发包方终止土地经营权流转合同探究

房绍坤 李俊\*

---

**内容提要：**《农村土地承包法》第64条赋予了发包方终止土地经营权流转合同的权利，目的在于切实保护集体土地所有权，避免集体土地遭受损害。发包方终止土地经营权流转合同的权利属于形成权，但不是合同解除权，不仅适用于土地经营权流转合同，也适用于土地经营权再流转合同以及融资担保实现后流转的土地经营权，不适用于其他方式承包的承包合同。在土地经营权人擅自改变土地的农业用途、弃耕抛荒连续两年以上、给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境的情形下，若承包方不行使合同解除权，则发包方有权终止土地经营权流转合同。发包方行使终止土地经营权流转合同的权利可以采取通知终止与诉讼终止两种方式行使。在合同终止后，土地经营权人应当向承包方返还承包地，地上物应当按照充分发挥物的效用原则处理，承包地的权利负担随之消灭，同时应当办理注销登记。

**关键词：**土地经营权流转合同 合同终止 形成权 返还承包地

---

在承包地“三权分置”背景下，承包方可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向其他人流转土地经营权 [《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第339条]。土地经营权的流转不仅涉及承包方和土地经营权人的权益，也涉及发包方的利益。为强化发包方在土地经营权流转中的监督作用，《中华人民共和国农村土地承包法》（以下简称《农村土地承包法》）第64条赋予了发包方终止土地经营权流转合同的权利。这是发包方在承包地“三权分置”中所享有的一种特殊权利（以下简称“发包方合同终止权”）。发包方合同终止权是一种新型权利，理论上对其法律属性、适用范围、行使条件、行使方式、法律后果等探讨不多，实务中认识态度不一，因而有必要进一步作深入分析。本文拟就上述五个问题展开论述，以期为统一理论认识和实

\* 房绍坤，吉林大学理论法学研究中心、法学院教授；李俊，吉林大学法学院博士研究生。

本文为教育部人文社会科学研究规划基金项目“双层经营体制下农村集体资产股份流转问题研究”（23YJA820016）的阶段性研究成果。

践作法提供借鉴。

## 一、发包方合同终止权的法律属性

关于发包方合同终止权的法律属性，理论上有不同的看法。一种观点认为，发包方终止土地经营权流转合同本质上是农村集体土地所有权人监督权的范畴和表现，是基于耕地保护国策而将农村集体土地所有权人监督权延伸至承包人与土地经营权人之间的土地经营权流转合同领域，进而派生出的特殊法定权利。<sup>〔1〕</sup>另一种观点认为，发包方合同终止权突破了合同的相对性，是《农村土地承包法》新创设的一项法定代位权，类似于保险人代位求偿权的“代位解除权”。具体而言，按照合同相对性规则，土地经营权流转合同的解除权本应归属于承包方，但因承包方怠于行使解除权，使得土地经营权人侵害集体所有权的违法行为无法消除，故发包方为维护集体土地所有权而代承包方之位行使本属于承包方的合同解除权，从而达到终止土地经营权流转合同的目的。<sup>〔2〕</sup>在司法实践中，各地对发包方合同终止权的法律属性也存在不同认识。例如，有的法官认为，发包方解除土地经营权流转合同的权利，类似于《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第43条<sup>〔3〕</sup>所规定的建设工程施工合同中实际施工人的权利。就实际施工人而言，其虽然与发包方并不存在直接合同关系，但是在发包方未付清承包方工程款或者承包方怠于行使工程债权时，有权向发包方主张相应权利。发包方解除土地经营权流转合同，其权利行使逻辑与实际施工人相同。有的法官认为，发包方终止土地经营权流转合同的权利是类似于公司法上的股东代位诉讼权利的一种特殊权利。具体而言，承包方负有保证承包地的土地用途不变等法定义务，在土地经营权人出现损害承包地而承包方又怠于行使合同解除权的情况下，发包方有权以自己的名义起诉解除土地经营权流转合同。<sup>〔4〕</sup>

本文认为，对于发包方合同终止权法律属性的分析，不应过分依赖或机械照搬既有权利理论和学说，而是要针对具体权利的类型确立不同的前提假设及分析逻辑，并形成不同类型权利各自特有的逻辑分析方法和模型。<sup>〔5〕</sup>基于此，对于发包方合同终止权的法律属性，可以从如下几个方面理解。

### （一）发包方合同终止权是法律赋予发包方的一种新型权利

发包方合同终止权并不是某种固有权利，而是为保护集体土地所有权由法律赋予发包方的一种新型特殊权利，是发包方行使集体所有权的一种表现。

首先，我国农村集体土地所有权的主体是农民集体，并由农村集体经济组织或者村民委员

〔1〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

〔2〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔3〕 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第43条规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案的第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

〔4〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

〔5〕 参见李建华、麻锐：《论私权体系的理论构成与民法典的立法构建》，载《当代法学》2022年第5期。

会、村民小组依法代表农民集体行使集体所有权（《民法典》第262条）。依据《农村土地承包法》第14条的规定，在土地承包经营中，农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组作为发包方，享有监督承包方依照合同约定的用途合理利用和保护土地、制止承包方损害承包地和农业资源的行为的权利。虽然该规定是针对承包方的，但是发包方对集体土地的管理是法律赋予的一项职权（《中华人民共和国土地管理法》第11条）。基于这种职权，发包方对土地经营权人利用承包地的行为，当然也有权予以监督、管理，从而能够更好地实现集体土地所有权。其次，在土地经营权流转中，“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”是流转双方应当遵循的基本原则（《农村土地承包法》第38条）。土地经营权人应当按照这一原则行使土地经营权，否则就属于一种违法行为，发包方当然有权予以监督、制止。再次，依据《民法典》第241条的规定，用益物权人在行使权利时，不得损害所有权人的权益。尽管理论上对于土地经营权是否为用益物权存在争议，但土地经营权人在行使土地经营权时不得损害所有权人的权益是毫无疑问的。最后，依据《农村土地承包法》第36条的规定，承包方在流转土地经营权时，应当向发包方备案。法律之所以要求备案，其目的就是确保发包方的知情权、监督权。<sup>〔6〕</sup>

综上，无论是哪种主体利用承包地，发包方作为集体所有权的代行主体，都享有对承包地的监督、管理的职权。因此，在土地经营权人实施损害承包地的行为时，发包方当然有权制止，并采取相应的救济措施，发包方合同终止权就是其中之一。可见，发包方合同终止权是法律为维护集体所有权而赋予发包方的一种特殊权利，属于法定权利，既不同于保险人代位求偿权、股东代位诉讼的权利，也不同于实际施工人的权利，是一种独立存在的权利。

## （二）发包方合同终止权不是合同解除权

在理论上，多数观点将发包方合同终止权解释为解除权，并主张适用合同解除权的规则。<sup>〔7〕</sup>实务中，多数法院也是按照合同解除权对待发包方合同终止权。本文认为，发包方合同终止权并不是合同解除权，主要理由在于：第一，《农村土地承包法》第42条规定，承包方在具备法定条件下对土地经营权流转合同享有解除权。但是，该法第64条并没有规定发包方享有解除权，而是规定“有权要求终止土地经营权流转合同”。显然，这并不是立法的疏忽，而是有意为之，即没有赋予发包方合同解除权。既然如此，我们就不能将“终止权”解释为“解除权”，否则就违背了立法文义。第二，解除仅是合同终止的原因之一。依据《民法典》第557条的规定，合同解除与清偿、抵销、提存、免除、混同均为合同终止的原因。此外，合同终止还包括法律规定或者当事人约定终止的其他情形。可见，合同解除仅是合同终止的原因之一。如果法律规定或者当事人约定其他终止原因的，合同亦因该原因而终止。在现行法上，发包方合同终止权以及《民法典》第580条第2款规定的合同司法终止权就属于法律规定的其他情形。第三，从结果上看，虽然合同解除与合同终止都使合同关系消灭，但解除与终止并不完全相同。例如，解除仅适用于合同关系，而终止适用于所有债的关系。既然如此，解除仅是合同当事人享有的权利，第三人无权

〔6〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国农村土地承包法释义》，法律出版社2019年版，第153页。

〔7〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

解除他人之间的合同。即使是司法解除，也是法院对当事人行使权利的一种确认。但是，有权终止合同的当事人并不限于合同当事人，在特定情况下，合同之外的第三人也可以终止或者撤销合同。例如，在债权人撤销权中，债务人实施影响债权实现的行为时，债权人有权请求法院撤销债务人与第三人之间的合同。这种撤销权虽然不是终止权，但与合同终止权发生类似的效果。就发包方合同终止权而言，其也是合同之外的第三人通过行使法定赋予的权利而终止土地经营权流转合同。第四，从《民法典》第580条第2款的规定来看，在非金钱债务不能继续履行致使不能实现合同目的时，法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同。对于该款规定，理论上存在很大争议。一种观点认为，该款赋予了当事人（违约方）解除权。<sup>〔8〕</sup>另一种观点认为，该款并没有赋予当事人解除权，仅是赋予当事人申请法院或者仲裁机构终止合同的权利。<sup>〔9〕</sup>本文赞同后一种观点。从文义解释而言，该款并没有赋予当事人特别是违约方以解除权，而只是确认了法院或者仲裁机构对合同的司法终止权。

综上，合同终止与合同解除并非同义。同理，发包方合同终止权也不是承认发包方的合同解除权。既然发包方合同终止权不是合同解除权，当然也就不存在发包方的代位解除权。当然，发包方合同终止权尽管不是合同解除权，但是可以参照合同解除权的规则处理。

### （三）发包方合同终止权属于形成权

《农村土地承包法》第64条仅规定“发包方有权要求终止土地经营权流转合同”，但对于该终止权是请求权还是形成权并没有明确。对此，理论上存在不同的看法。一种观点认为，发包方合同终止权是一种请求权。<sup>〔10〕</sup>另一种观点认为，发包方合同终止权属于形成权。<sup>〔11〕</sup>有学者虽然没有直接肯定发包方合同终止权是形成权，但认为发包方有权通知土地经营权人解除合同，土地经营权流转合同自解除通知到达土地经营权人时即告解除。<sup>〔12〕</sup>这种观点显然也是将发包方合同终止权认定为形成权。

本文认为，发包方合同终止权是形成权，而不是请求权。一方面，从请求权与形成权的特性分析，发包方合同终止权是形成权。请求权是某人向他人请求作为或者不作为的权利。请求权始终存在于两个人之间，即请求权人与请求义务人。权利人可以请求义务人为特定行为，义务人负有向权利人为该行为的义务。<sup>〔13〕</sup>而形成权是仅凭权利人一方的意思表示就可以使法律关系发生变动的权利。在形成权中，权利人行使权利并不需要相对人的参与或者协助即可发生效力，相对人只能承受形成权人对法律关系进行变动的结果。<sup>〔14〕</sup>就发包方合同终止权而言，发包方行使合

〔8〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》（二），人民法院出版社2020年版，第740页；崔建远：《合同法》（第4版），北京大学出版社2021年版，第297页。

〔9〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第274页；王利明主编：《中国民法典释评·合同编·通则》，中国人民大学出版社2020年版，第592页。

〔10〕 参见何宝玉主编：《中华人民共和国农村土地承包法释义》，中国民主法制出版社2019年版，第157页。

〔11〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

〔12〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔13〕 参见〔德〕汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》（第41版），张艳译，中国人民大学出版社2019年版，第285页。

〔14〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第74页；申卫星：《民法基本范畴研究》，法律出版社2015年版，第179页。



同终止权并不是请求土地经营权人为某种特定行为，后者并不负有相应的作为或者不作为的义务，而只是要求终止土地经营权流转合同，并不需要相对人的参与。可见，发包方合同终止权并不符合请求权的要件，而完全符合形成权的要求。据此，终止权与解除权、撤销权一样都属于形成权。<sup>〔15〕</sup>另一方面，从诉讼角度分析，发包方合同终止权是形成权。如果认定发包方合同终止权是请求权，则因请求权引起的诉讼应为给付之诉，相应的判决就是给付判决；如果认定发包方合同终止权是形成权，则因形成权行使引起的诉讼应为确认之诉，相应的判决就是确认判决，即确认形成权行使的效力。就发包方合同终止权而言，如果土地经营权人对发包方终止合同有异议，有权请求法院确认该终止行为的效力，法院只是就发包方请求终止合同的行为进行确认，并无相应的给付内容。可见，从诉讼属性上分析，发包方合同终止权是形成权，而不是请求权。应当指出，发包方合同终止权属于单纯形成权，而不是形成诉权，因为《农村土地承包法》第64条并没有规定发包方合同终止权须通过诉讼方式行使。在形成诉权中，权利人只能通过诉讼方式行使权利，法院判决为形成判决。如债权人撤销权为形成诉权，法院撤销债务人与第三人之间的行为之判决即为形成判决。而对单纯形成权而言，权利人虽也可以通过诉讼方式行使，但法院只是确定形成权的行使效力，判决也只是确认判决，而不是形成判决。如依据《民法典》565条的规定，解除权人直接以提起诉讼的方式主张解除合同的，法院确认该主张的，合同自起诉状副本送达对方时解除。即法院只是通过判决确认解除权人行使解除权的效力，其判决是确认判决。

综上，发包方合同终止权是我国农村双层经营体制下，为切实保护耕地而赋予发包方的一种法定权利，是在特殊情形下对承包方怠于行使合同解除权时的一种法定救济措施，不能归于其他权利之中。

## 二、发包方合同终止权的适用范围

从《农村土地承包法》第64条的文义来看，该条只适用于承包方流转土地经营权时所签订的土地经营权流转合同。但是，土地经营权流转并不限于上述一种情形，在其他土地经营权流转的情况下，能否有发包方合同终止权的适用空间呢？对此，如下三种情形需要探讨。

### （一）土地经营权再流转能否适用发包方合同终止权

依据《农村土地承包法》第46条的规定，经承包方书面同意，并向本集体经济组织备案，受让方可以再流转土地经营权。可见，受让方再流转土地经营权时，受让方与再流转的受让方（再流转土地经营权人）应当签订土地经营权再流转合同。那么，当再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为时，发包方能否终止土地经营权流转合同与土地经营权再流转合同呢？本文认为，发包方有权终止土地经营权再流转合同，但不能终止土地经营权流转合同。在土地经营权再流转的情形下，土地经营权人已经不再占有利用承包地，实际利用承包地的人为再流转土地经营权人。因此，只有再流转土地经营权人才有可能实施《农村土地承包法》第64条规定的行为。既然如此，发包方也只能终止土地经营权再流转合同，而不能终止土地经营

〔15〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第291页。

权流转合同。发包方之所以可以终止土地经营权再流转合同，其根本原因在于保护集体土地所有权，这也是发包方行使集体土地所有权的一种表现。这里的问题是，在再流转土地经营权人实施《农村土地承包法》第64条规定的行为时，承包方或者土地经营权人是否有权终止或者解除合同。从合同法角度看，再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，应当属于违反土地经营权再流转合同的违约行为，土地经营权人当然享有合同解除权。至于承包方是否有权终止土地经营权再流转合同，法律上并无规定。本文认为，因土地经营权再流转是在经承包方同意的情况下进行的，若再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，承包方可以撤销同意，从而终止土地经营权再流转合同，但前提是土地经营权人不解除土地经营权再流转合同。在承包方与发包方都享有终止土地经营权再流转合同的情况下，若一方行使了合同终止权，另一方即无须再行使。综上，对于《农村土地承包法》第64条的适用范围应当做适当的扩大解释，将适用范围扩大至土地经营权再流转合同，同时发包方和承包方均享有合同终止权。

### （二）融资担保实现后流转的土地经营权能否适用发包方合同终止权

依据《农村土地承包法》第47条的规定，土地经营权融资担保包括两种情形：其一，承包方以承包地的土地经营权融资担保；其二，土地经营权人以土地经营权融资担保。通说认为，这种融资担保为抵押。<sup>〔16〕</sup>在前一种情况下，抵押权实现后，受让人取得土地经营权，但此时承包方与土地经营权人之间并不存在直接的土地经营权流转合同；在后一种情况下，抵押权实现后，受让人取得土地经营权相当于土地经营权再流转，但这种再流转也不存在土地经营权人与受让人之间的土地经营权再流转合同。那么，在不存在合同关系的情况下，若土地经营权人或者再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，发包方能否通过合同终止权寻求救济呢？本文认为，《农村土地承包法》第64条的立法宗旨在于通过发包方终止合同达成保护集体土地所有权的目的。虽然在抵押权实现的情况下，当事人之间不存在直接的合同关系，但是他们之间仍基于承包地的利用存在一定的法律关系。基于这种法律关系，发包方仍有权依据《农村土地承包法》第64条的规定行使终止权。但应当指出，这里的终止权并不是针对合同的，而是仅针对土地经营权，故这里的终止权更类似于撤销权。据此，可以扩张解释《农村土地承包法》第64条，将其适用于上述情形。

### （三）其他方式承包的承包合同能否适用发包方合同终止权

依据《农村土地承包法》第49条的规定，以其他方式承包农村土地（主要是荒山、荒沟、荒丘、荒滩等）的，应当签订承包合同，承包方取得土地经营权。因为依据承包合同取得了土地经营权，所以，这里的承包合同也可称为“土地经营权流转合同”。那么，发包方能否依据《农村土地承包法》第64条的规定，终止这种土地经营权流转合同呢？对此，实践中有不同的做法。有的法院认为，只要承包方具备了《农村土地承包法》第64条规定的情形，发包方就可以解除承包合同。<sup>〔17〕</sup>有的法院认为，承包方将承包的土地转给他人耕种，只要该他人具备了《农村土

〔16〕 参见房绍坤、林广会：《解释论视角下的土地经营权融资担保》，载《吉林大学社会科学学报》2020年第1期。

〔17〕 参见江苏省宿迁市宿城区人民法院（2020）苏1302民初5267号民事判决书；吉林省前郭尔罗斯蒙古族自治县人民法院（2019）吉0721民初5509号民事判决书；山东省临沭县人民法院（2023）鲁1329民初144号民事判决书。

地承包法》第64条规定的情形，发包方就有权解除发包方与承包方的承包合同。<sup>〔18〕</sup>当然，也有法院认为，《农村土地承包法》第64条的规定不适用于其他方式承包的承包合同，发包方不能依据该条规定主张终止合同。<sup>〔19〕</sup>

本文认为，其他方式承包的承包合同不能适用《农村土地承包法》第64条的规定。一方面，《农村土地承包法》虽然没有规定其他方式承包的承包合同的解除或者终止问题，但这并不意味着发包方没有合同解除权。有关其他方式承包的承包合同的解除问题，发包方完全可以依据《民法典》有关合同解除的规定解除合同。例如，依据《民法典》第563条的规定，当承包方出现根本违约的情形时，发包方当然有权解除合同，无须借助于《农村土地承包法》第64条。另一方面，从《农村土地承包法》第64条的立法目的来看，其主要是在承包方不行使合同解除权而无法消除土地经营权人的违法行为时赋予发包方的一种特殊救济手段。而在其他方式承包的承包合同中，发包方本就是合同当事人，其完全可以依据当事人的身份行使合同解除权，无须借助《农村土地承包法》第64条实现终止承包合同的目的。

### 三、发包方合同终止权的行使条件

从《农村土地承包法》第64条的规定来看，发包方合同终止权的行使包括实质条件和形式条件。实质条件包括土地经营权人擅自改变土地的农业用途、弃耕抛荒连续两年以上、给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境，<sup>〔20〕</sup>形式条件为承包方在上述情形下于合理期限内不解除土地经营权流转合同。

#### （一）实质条件

发包方行使合同终止权的实质条件为土地经营权人实施了损害承包地的行为，具体包括如下三种情形。

##### 1. 擅自改变土地的农业用途

《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）将十分珍惜、合理利用土地和切实保护耕地规定为我国的基本国策（第3条），“禁止占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等”（第37条）。同时，使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地（第4条）。因此，在土地经营权流转中，不得改变土地的农业用途（《农村土地承包法》第38条）。可见，擅自改变土地的农业用途既违背了国家土地用途

〔18〕 参见山东省威海市文登区人民法院（2020）鲁1003民初6492号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2023）京02民终192号民事判决书；河北省泊头市人民法院（2019）冀0981民初1733号民事判决书。

〔19〕 参见湖北省黄冈市中级人民法院（2020）鄂11民终1650号民事判决书。

〔20〕 应当指出，《农村土地经营权流转管理办法》第20条与《农村土地承包法》第64条的规定有差别。《农村土地经营权流转管理办法》第20条第1款与《农村土地承包法》第42条规定完全相同，即：承包方不得单方解除土地经营权流转合同，但受让方有下列情形之一的除外：（1）擅自改变土地的农业用途；（2）弃耕抛荒连续两年以上；（3）给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境；（4）其他严重违约行为。但该条第2款同时规定，有以上情形，承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同的，发包方有权要求终止土地经营权流转合同。可见，从该第2款规定来看，在受让方（土地经营权人）有其他严重违约行为时，承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同的，发包方亦有权要求终止土地经营权流转合同。这种规定显然违背了《农村土地承包法》第64条的规定，也与法律赋予发包方合同终止权的宗旨不符，应属于无效规定。

管制制度，也违背了承包地土地经营权流转的宗旨，属于严重的违法行为。擅自改变土地的农业用途包括如下两个方面的内容。

(1) 从客观方面看，土地经营权人须改变了土地的农业用途。依据《土地管理法》第4条的规定，土地分为农用地、建设用地和未利用地。所谓农用地，是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等；所谓建设用地，是指建造建筑物、构筑物的土地，包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等。如何判断改变土地的农业用途，理论与实践中有不同的认定标准。例如，有观点认为，判断改变土地农业用途的标准就是将农用地变更为建设用地，但是为发展规模化农业而搭建的农业配套设施不属于改变土地的农业用途。<sup>〔21〕</sup>也有观点认为，对是否改变土地的农业用途应当把握两个标准：一是形式标准，即基本农田不得改变为非基本农田；二是实质标准，即用途改变不得破坏耕作层。<sup>〔22〕</sup>在实务中，有的法院认为，耕地由旱地改水地，该地块仍然属于从事农业生产的范围，并未改变土地用途。<sup>〔23〕</sup>有的地方行政机关认为：“基本农田只能用于农业种植，不用于农业观光、旅游等，对于一般农用地，仅从合同字面意思理解，不能必然推出改变农业用地用途转为建设用地，而是要根据当事人履行过程中具体承包行为。一般农用地如以农业种植为主，附带旅游、观光功能，一般不认为是改变农业用地用途，但如果另外建设住宿、餐饮等设施，则属于改变农业用地性质、用途。如在农业地上进行养殖，则需要向所在地乡镇政府报备。”<sup>〔24〕</sup>

本文认为，上述判断标准可供参考，但也存在一定问题。第一种判断标准未免过松，如将草地变更为耕地或者相反，均不能认定为改变了土地的用途；第二种判断标准又未免过严，如对草地、林地都无法适用。本文认为，是否改变了土地的农业用途应当以土地的原用途为依据进行判断，而不能以一般意义的农业用途进行判断。家庭承包的土地包括耕地、草地、林地，各类承包地的用途各不相同。《土地管理法实施条例》第12条和《中华人民共和国粮食安全保障法》（以下简称《粮食安全保障法》）第12条均规定，国家严格控制耕地转为林地、草地、园地等其他农用地。可见，承包地原为耕地的，不能变更为草地或者林地。同样，承包地原为草地的，不能变更为耕地或者林地；承包地原为林地的，不能变更为耕地或者草地。有上述行为的，就可以认定为改变了土地的用途。同时，《粮食安全保障法》第13条要求县级以上地方人民政府“加强耕地种植用途管控”。据此，土地经营权人违反耕地种植用途管控规定的，亦应认为改变土地的农业用途。至于在土地上建设的农业设施，一般不能认为改变了土地的农业用途。根据《自然资源部、农业农村部关于设施农业用地管理有关问题的通知》的规定，设施农业用地包括农业生产中直接用于作物种植和畜禽水产养殖的设施用地。设施农业属于农业内部结构调整，可以使用一般耕地。可见，设施农业用地并没有改变土地的农业用途。

(2) 从主观方面看，土地经营权人须擅自改变土地的农业用途。所谓擅自，就是没有经过主管部门审批而改变土地用途。在实务中，有的法院认为，在支付了土地租金，依法办理了建设弃

〔21〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

〔22〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔23〕 参见广西壮族自治区崇左市中级人民法院（2022）桂14民终842号民事判决书。

〔24〕 江苏省淮安市中级人民法院（2022）苏08民终1493号民事二审民事判决书。



土（渣）场的审批手续，按规定缴纳了复垦费、森林植被恢复费，并相继取得环保、城管、税务等相关部门审批同意，经土地所有权人同意，在土地上建设弃土（渣）场，不属擅自改变土地的农业用途。<sup>〔25〕</sup>有的法院认为，土地经营权人利用林地从事种养殖业，并取得了相应的行政许可和用地审批，同时，第三人为了从事种养殖业在林地上建设农业生产附属、配套设施，并未改变争议林地的农业用途，不属于将林地用于非农建设的情形。<sup>〔26〕</sup>对于擅自的认定，应当严格以是否经过了主管部门审批作为判断标准。但是，以下两种情形仍应当认定为擅自：一是主管部门撤销审批后，土地经营权人没有改正的；二是土地经营权人超过审批范围而改变土地用途的。

## 2. 弃耕抛荒连续两年以上

《土地管理法》第38条规定，禁止任何单位和个人闲置、荒芜耕地。这是为保障国家粮食安全而设。从表面上看，弃耕抛荒并没有对土地造成损害，但这种行为会影响土地的生产力，也应当认定为对土地的损害。对于弃耕抛荒行为应当明确以下三点：第一，弃耕抛荒的对象仅限耕地。一方面，从《土地管理法》的规定来看，其强调的是“禁止闲置、荒芜耕地”，并不涉及草地、林地，而《中华人民共和国草原法》《中华人民共和国森林法》也没有“弃耕抛荒”的类似规定。另一方面，草地、林地不存在弃耕抛荒的问题。即使土地经营权人长期不予管理，也不会对草地、林地造成损害。第二，期限必须达到两年以上。这里的两年应当是连续计算，而不能合并计算。例如，土地经营权人弃耕抛荒一年后，又开始耕种，但耕种两年后又弃耕抛荒一年。这里弃耕抛荒的合并时间虽然达到了两年以上，但并不是连续的两年，故不具备发包方终止合同的条件。第三，土地经营权人主观上存在故意。也就是说，弃耕抛荒应当基于土地经营权人自身的原因。如果因客观原因而弃耕抛荒，则发包方不应终止合同。例如，因旱涝等自然灾害造成撂荒的，即使连续两年以上，发包方也不能终止合同。在司法实践中，有的法院即认为，若出于外部客观原因（如政府清理土地）使土地长期撂荒，就不能认定当事人存在土地撂荒的故意，该撂荒行为不构成合同的终止原因。<sup>〔27〕</sup>

## 3. 给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境

（1）给土地造成严重损害。给土地造成严重损害属于对土地的物理损害，从外观上即可判断。如何认定给土地造成严重损害，有观点认为，严重损害是使土地丧失了维系农业用途的功能。<sup>〔28〕</sup>也有观点认为，严重损害就是“种植条件被严重毁坏”，如造成耕作层的毁损灭失，主要表现为占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等行为。<sup>〔29〕</sup>本文认为，是否构成严重损害，应当根据土地的类型加以认定。例如，对于耕地，破坏土地耕作层导致无法耕作或者严重影响耕地产量的，应认定为严重损害；对于草地，须达到不能再进行牧业生产的程度，才能认定为严重损害；对于林地，须达到无法使林木正常生长的程度，才能认定为严重损害。总之，给土地造成严重损害是一个事实判断问题，须根据个案的具体情况认定。

〔25〕 参见贵州省铜仁市中级人民法院（2020）黔06民终188号民事判决书。

〔26〕 参见云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院（2020）云26民1835号民事判决书。

〔27〕 参见北京市第三中级人民法院（2021）京03民终3398号民事判决书。

〔28〕 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

〔29〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

(2) 严重破坏土地生态环境。严重破坏生态环境也属于对土地的一种损害,但这种损害不属于物理上的损害,而属于生态环境的损害。破坏土地生态环境的情形主要包括土壤污染、土地沙漠化、土地盐碱化、水土流失、堆放固体污染物、过度放牧、过度砍伐等。这些行为都会对土地的生态环境造成严重损害,发包方据此有权终止土地经营权流转合同。

应当指出,土地经营权人只要具备了上述情形,发包方就具备了行使合同终止权的客观条件,而无论土地经营权人是否按照约定支付了流转费用。

## (二) 形式条件

发包方行使合同终止权的形式条件为承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同。

在具备《农村土地承包法》第64条规定的情形时,承包方有权解除合同。这里的合同解除应为法定解除,解除权属于形成权,应当按照《民法典》有关合同法定解除的规则处理。如果承包方解除了土地经营权流转合同,则发包方自无可能再终止合同。因此,承包方在合理期限内不解除合同就成为发包方终止土地经营权流转合同的前提条件。这里的关键问题在于如何确定合理期限。对于何谓合理期限,法律上并没有规定。合理期限是法律常用的一个概念,目的在于给予相关行为人一定的行权时间。但是,如何确定合理期限,法律上并没有确定的标准。有观点认为,合理期限应当以三个月为宜。<sup>[30]</sup>这种观点有一定合理性,原则上可以将合理期限确定为三个月。但是,三个月期限不能绝对化,应当以避免损失或者避免扩大损失为必要限制。例如,在承包方不解除合同时,若不终止合同将错过耕作期,则即使不到三个月期限,在耕作期开始前也应允许发包方终止合同。再如,如果农作物收获期结束前,即使承包方不解除合同超过三个月,发包方也只能于收获期结束后才能终止合同。那么,合理期限应当如何起算呢?对此,有观点认为,应当自出现解除事由即承包方知道或者应当知道解除条件成就之日起计算。<sup>[31]</sup>也有观点认为,合理期限应当自出现承包方解除合回事由之日起计算。<sup>[32]</sup>本文认为,合理期限的起算应当视是否需要发包方催告而定。关于发包方行使合同终止权是否须经过催告程序,《农村土地承包法》第64条并没有规定。本文认为,发包方的催告是有必要的。一方面,承包方未必完全了解土地经营权人实施行为的具体情形,导致没有及时行使解除权;另一方面,通过发包方的催告也能促使承包方行使解除权。因此,在发包方催告的情况下,自催告之日起的合理期限内,承包方没有解除合同的,发包方即可以行使合同终止权。

在具备了上述条件的情况下,还有两个问题需要讨论。其一,在承包方不解除合同,而是对土地经营权人主张违约责任的情况下,发包方能否终止流转合同?依据《农村土地承包法》第64条的规定,只有在承包方在合理期限内不解除土地流转合同的情况下,发包方才有权终止土地流转合同。本文认为,在承包方主张违约责任的情况下,若土地经营权人纠正了违法行为,则发包方不必行使终止合同的权利。但是,在土地经营权人虽然承担了赔偿损失等违约责任,但并没有纠正违法行为的情况下,发包方仍有权终止合同。这是因为,发包方行使合同终止权的基础是集体土地所有权,而土地经营权人承担违约责任是基于违约行为,两者并不发生冲突。其二,土地

[30] 参见赵风暴、李圣瑞:《论发包方终止土地经营权流转合同》,载《法律适用》2022年第7期。

[31] 参见王洪平:《发包方土地经营权流转合同终止权研究》,载《法学论坛》2019年第5期。

[32] 参见赵风暴、李圣瑞:《论发包方终止土地经营权流转合同》,载《法律适用》2022年第7期。

经营权人停止实施了相应行为并改正后，如将改变的土地用途又恢复到原用途、在弃耕抛荒连续两年以上后又恢复耕种、将破坏的土地恢复原状等，发包方是否还能行使合同终止权？本文认为，发包方合同终止权是法律赋予发包方的一种特殊权利，只要具备了行使权利的条件，发包方就有权行使，不受其他因素影响。但应当指出，在土地经营权人已经停止实施损害土地的行为并改正后，发包方行使合同终止权的意义已经不大，发包方可以根据事实情况不行使合同终止权。如果土地经营权人改正后，土地仍有损害的，发包方可以请求赔偿损失。

#### 四、发包方合同终止权的行使程序

发包方行使合同终止权的程序如何取决于终止权的性质。如前所述，发包方合同终止权为形成权，因此应当按照形成权规则行使。据此，发包方合同终止权是否有除斥期间的限制就成为必须解决的一个问题。对此，有观点认为，发包方解除合同权的行使期限应当区分如下两种情形确定：一是土地经营权流转合同中未约定解除权行使期限的，因法律亦未对发包方解除合同权行使期限作出规定，解除权的行使期间应为《民法典》第564条规定的一年法定期限，发包方自知道或者应当知道解除事由之日一年内未行使解除权，或者土地经营权人催告发包方后在三个月内未行使解除权的，发包方的解除权消灭；二是土地经营权流转合同约定解除权行使期限的，发包方自知道或者应当知道解除事由之日起未在该期限内行使解除权的，该解除权消灭。<sup>[33]</sup> 本文认为，这种观点不妥。土地经营权流转合同约定的期限与发包方无关，不能以该期限约束发包方。同时，如前所述，发包方合同终止权并不是解除权，故也不宜按照《民法典》有关合同解除权的期限认定终止权的行使期限。从形成权的行使原理上说，原则上形成权的行使应受除斥期间的限制，因形成权的行使直接影响相对人的利益。那么，发包方合同终止权作为形成权是否也应有除斥期间的限制呢？对此，本文认为，形成权的行使通常情况下应有除斥期间的适用，但也不能绝对化。《农村土地承包法》并没有规定发包方行使合同终止权须适用除斥期间，因此，从维护集体土地所有权的角度出发，发包方合同终止权不应适用除斥期间，即只要土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，无论经过多少时间，发包方均有权终止合同。这是因为，如果发包方合同终止权适用除斥期间，则除斥期间届满后，发包方就不能终止合同，法律赋予发包方合同终止权的立法目的就无法实现，损害集体土地所有权的违法行为可能就无法得到有效制止。

既然发包方合同终止权是形成权，就应当按照形成权的行使规则确定相应程序。具体而言，发包方行使合同终止权有通知和诉讼两种程序。

##### （一）通知程序

发包方合同终止权是形成权，但这种形成权仅是单纯形成权，而不是形成诉权。按照单纯形成权行使的一般规则，发包方行使合同终止权应当采取通知的方式，合同自通知到达对方时终止。当然，如果对方对合同终止有异议，可以请求法院确认终止合同的效力。关于发包方的通知

[33] 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

终止，有三个问题需要明确：

其一，发包方通知的对象如何确定？发包方终止合同，而该合同的当事人为承包方和土地经营权人。那么，发包方应当向哪一方通知呢？因发包方终止合同的原因在于土地经营权人的违法行为，故通知应向土地经营权人发出。当然，因合同终止也涉及承包方的利益，故发包方也应当通知承包方。但是，这两个通知的效力是不同的。对土地经营权人的通知发生合同终止的效力，而对承包方的通知并不发生终止合同的效力，只是一种事实通知，即告知合同终止的事实。

其二，发包方可否为土地经营权人确定异议期限？土地经营权人对发包方终止合同享有异议的权利，但该权利的行使是否有期限不无疑问。本文认为，即使发包方设置了异议期限，该期限对土地经营权人也没有拘束力。也就是说，即使该异议期限届满，也不能认定通知当然发生终止合同的效力。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第53条的规定，当事人一方以通知方式解除合同，并以对方未在约定的异议期限或者其他合理期限内提出异议为由主张合同已经解除的，人民法院应当对其是否享有法律规定或者合同约定的解除权进行审查。经审查，享有解除权的，合同自通知到达对方时解除；不享有解除权的，不发生合同解除的效力。可见，异议期限届满并不当然发生合同解除的效力，合同能否解除的关键还在于是否具备合同解除的条件。发包方合同终止权可以参照这一规定，即使土地经营权人没有在异议期限内提出异议，也应当根据事实情况认定是否具备合同终止权的条件。

其三，合同的终止时间如何确定？如前所述，发包方终止权是形成权，而按照形成权的一般原理，形成权的行使自通知到达对方时发生效力。因此，发包方采取通知程序终止土地经营权流转合同的，终止通知自到达土地经营权人时生效，土地经营权流转合同终止。当然，如果土地经营权人对终止合同有异议的，可以请求人民法院确认终止行为的效力。

## （二）诉讼程序

发包方合同终止权虽然是形成权，但不妨碍通过诉讼程序行使，道理就如同合同解除权的诉讼行使。在发包方请求终止合同的诉讼中，如果法院认为发包方享有终止权，则应当判决终止合同，否则应当判决驳回诉讼请求。关于发包方通过诉讼程序终止合同，如下三个问题需要讨论：

其一，发包方通过诉讼程序行使合同终止权，应当如何确定诉讼当事人？在发包方提起的合同终止诉讼中，发包方作为原告自不待言。那么，土地经营权人、承包方在诉讼中处于何种诉讼地位呢？对此，有观点认为，土地经营权人应当为被告，承包方应为第三人。<sup>[34]</sup>在司法实践中，法院的处理方式并不一致。有的法院将土地经营权人列为被告，承包方列为第三人；<sup>[35]</sup>有的法院将承包方与土地经营权人列为共同被告。<sup>[36]</sup>应当说，在发包方请求终止合同的诉讼中，土地

[34] 参见赵风暴、李圣瑞：《论发包方终止土地经营权流转合同》，载《法律适用》2022年第7期。

[35] 参见云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院（2020）云26民1835号民事判决书；江苏省淮安市中级人民法院（2022）苏08民终1493号民事判决书。

[36] 参见山西省沁水县人民法院（2022）晋0521民初335号民事判决书；甘肃省天水市中级人民法院（2021）甘05民终888号民事判决书。



经营权人为被告自无疑问，关键是承包方的诉讼地位应当如何确定。本文认为，承包方应当作为共同被告，而不能作为第三人。主要理由如下：第一，承包方虽然没有对承包地实施侵害行为，但其没有积极采取措施防止这种侵害，从一定意义上说，承包方对土地经营权人侵害承包地的行为是有过错的。第二，发包方请求终止合同是终止承包方与土地经营权人之间的合同关系，承包方和土地经营权人均为当事人，因此，诉讼上应当列为共同被告。第三，发包方终止合同涉及承包方和土地经营权人，与承包方有直接的利益关系，这正如债权人撤销权诉讼中债务人和债务人的相对人为共同被告，<sup>〔37〕</sup>两者道理是相同的。第四，如果将承包方列为第三人，其究竟是有独立请求权的第三人还是无独立请求权的第三人，实践中不易确定。如果认定为有独立请求权的第三人，则无从认定其请求权；如果将其列为无独立请求权的第三人，其又有权接受土地经营权人返还的承包地（后文详述）。

其二，法院在终止土地经营权流转合同时，能否一并终止发包方与承包方之间的土地承包合同？在司法实践中，有的法院在判决解除土地经营权流转合同时，也将土地承包合同解除。<sup>〔38〕</sup>有的法院认为，《农村土地承包法》第64条规定虽然针对的是土地经营权流转合同，但与承包合同的基本精神都是一样的，因此，根据该条规定，发包方亦有权解除承包合同。<sup>〔39〕</sup>上述认识显然是错误的。依据《农村土地承包法》第27条的规定，发包方不得收回承包地。若将土地承包合同也一并解除，就相当于发包方收回了承包地，这显然违反了法律规定。当然，也有的法院正确指出：土地经营权人即使存在《农村土地承包法》第64条规定的情形，发包方也只能终止土地经营权流转合同，而不能终止土地承包合同。<sup>〔40〕</sup>

其三，通过诉讼程序终止土地经营权流转合同的，终止时间如何确定？因发包方合同终止权并不是解除权，故不能完全按照合同解除诉讼中合同解除时间的规定处理，即不能完全以起诉状副本送达土地经营权人时确定合同终止的时间。对此，可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第59条规定处理，即当事人一方依据《民法典》第580条第2款的规定请求终止合同的，人民法院一般应当以起诉状副本送达对方的时间作为合同终止的时间。但是，根据案件的具体情况，以其他时间作为合同终止的时间更加符合公平原则和诚信原则的，人民法院可以以该时间作为合同权利义务关系终止的时间，但是应当在裁判文书中充分说明理由。应当指出，这里的起诉状副本送达对方，是指送达土地经营权人而非送达承包方，即应当以起诉状副本送达土地经营权人的时间作为土地经营权流转合同终止的时间。

## 五、发包方终止合同的法律后果

发包方终止土地经营权流转合同后，承包方与土地经营权人之间的合同消灭。因此，合同终止的一般法律后果对土地经营权流转合同的终止亦适用之。鉴于土地经营权流转合同的特殊性，

〔37〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第44条规定：“债权人在提起撤销权诉讼时，应当以债务人和债务人的相对人为共同被告。”

〔38〕参见山东省威海市文登区人民法院（2020）鲁1003民初6492号民事判决书。

〔39〕参见广东省清远市中级人民法院（2019）粤18民终2467号民事判决书。

〔40〕参见吉林省大安市人民法院（2019）吉0882民初571号民事判决书。

发包方终止合同后，主要发生如下法律后果。

### （一）承包地的处理

土地经营权流转合同终止后，土地经营权人即无权再占有使用承包地，而应当将承包地返还。在土地经营权人返还承包地上，如下两个问题需要探讨：

其一，土地经营权人应当向谁返还？对此，有观点认为，发包方有权要求土地经营权人直接向自己返还承包地，但发包方只是代领承包地，因为承包方怠于解除合同也就意味着怠于受领向其为交还的承包地。<sup>〔41〕</sup>这种观点存在不妥。一方面，发包方并不是土地经营权流转合同的当事人，其直接受领土地经营权人返还的承包地缺乏合同依据。另一方面，承包方怠于解除合同不等于就不受领土地经营权人返还的承包地。本文认为，承包地的返还对象应当按照如下规则处理：土地经营权人应当直接向承包方返还承包地，在承包方拒不受领时由发包方代为受领。在法院强制土地经营权人返还承包地时，亦应按照上述规则处理。但是，发包方代为受领的，土地承包合同并不受到影响。

其二，承包方接受承包地后弃耕抛荒的，应当如何处理？对此，有观点认为，在承包方接受土地经营权人返还的承包地后，既不再次流转土地经营权且又继续弃耕抛荒两年以上的，发包方享有“强制代耕权”，即由发包方将收回的承包地转包给他人，由他人恢复耕作。<sup>〔42〕</sup>这种观点符合法律和政策相关规定，值得赞同。《国务院办公厅关于尽快恢复撂荒耕地生产的紧急通知》（国办发明电〔2004〕15号）指出，因弃农经商或长期外出务工无法耕种而长期撂荒的耕地，发包方要组织代耕，并采取办法通知撂荒农户，限期（下一季）恢复耕种；到期仍不能履行耕种义务的，乡镇人民政府和发包方要动员撂荒农户自愿流转承包地。《粮食安全保障法》第16条规定，家庭承包的发包方可以依法通过组织代耕代种等形式将撂荒地用于农业生产。依据《农村土地承包法》第27条的规定，承包期内，发包方不得收回承包地。因此，对于承包方弃耕抛荒的承包地，发包方只能组织代耕代种，而不能将承包地收回。发包方除组织代耕外，能否直接对外流转土地经营权呢？答案是否定的。因为承包方流转土地经营权实行自愿原则，任何组织和个人不得强迫土地经营权的流转。

### （二）地上物的处理

在土地经营权流转合同终止后，如果土地经营权人在承包地建造了地上物，如建造了农业生产设施、因改变土地用途而建造房屋等，该地上物应当如何处理呢？在实务中，有的法院认为，在土地经营权流转合同终止后，土地经营权人应当将承包地上的建筑物以及构筑物拆除，并恢复到耕种状态。<sup>〔43〕</sup>有的法院认为，发包方终止合同后，承包方、土地经营权人应当负责恢复原状。<sup>〔44〕</sup>也有的法院认为，发包方无权要求承包方拆除地上物。<sup>〔45〕</sup>本文认为，本着充分发挥物的效用原则，对于地上物，应按如下规则处理：承包方同意利用的，可由承包方取得地上物的所

〔41〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔42〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔43〕 参见四川省乐山市市中区人民法院（2019）川1102民初3476号民事判决书；山西省沁水县人民法院（2022）晋0521民初335号民事判决书。

〔44〕 参见山东省临沂市中级人民法院（2020）鲁13民终4005号民事判决书。

〔45〕 参见山西省沁水县人民法院（2022）晋0521民初335号民事判决书。

有权并支付相应的补偿；承包方不同意利用的，应由土地经营权人拆除并恢复原状；若土地经营权人不予拆除的，发包方有权请求法院予以强制拆除。

### （三）承包地上权利负担的处理

土地经营权人取得土地经营权后，有权就土地经营权设立权利负担，如设立抵押权等。那么，在土地经营权流转合同终止后，这些权利负担是否亦随之消灭呢？对此，有学者认为，土地经营权上设定的抵押权等权利负担应当随土地经营权流转合同的终止而自动消灭，其主要理由在于，土地经营权流转合同的终止将导致土地经营权的自体权利本身消灭，因而以土地经营权为标的的他项权利当然会自动因标的之灭失而消灭。<sup>〔46〕</sup>也有学者提出了闲置的国有建设用地使用权消灭后，负载的抵押权并不消灭的观点。<sup>〔47〕</sup>若将这种观点适用于土地经营权，则按照类似情况类似处理的法律适用规则，也可以认为，土地经营权消灭后，抵押权不消灭。本文赞同抵押权消灭的观点。因为土地经营权流转合同终止后，土地经营权即归于消灭，而土地经营权的消灭意味抵押权客体的灭失，而该客体灭失后又不存在代位物，故抵押权因无客体而不复存在。但是，在发包方终止合同前，抵押权人针对土地经营权人实施的《农村土地承包法》第64条规定的行为，有权采取相应的救济措施。依据《民法典》第408条的规定，抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求抵押人停止其行为，也有权请求恢复抵押财产的价值或者提供增担保。如果抵押人不恢复抵押财产价值，也不提供增担保的，抵押权人有权请求债务人提前清偿债务。可见，土地经营权人作为抵押人，若实施了《农村土地承包法》第64条规定的行为，均会对抵押权造成损害，抵押权人有权采取相应的救济措施。当然，即使抵押权人没有采取上述救济措施，在抵押权因土地经营权流转合同终止而消灭的情况下，仍有权就受到的损害请求赔偿。

理论上有一种观点认为，在土地经营权再流转的情况下，发包方终止土地经营权流转合同的，再流转的土地经营权亦归于消灭。<sup>〔48〕</sup>这种观点不妥。在土地经营权再流转的情况下，土地经营权人已经不再占有使用承包地，而是由再流转土地经营权人占有使用。因此，土地经营权人不会实施《农村土地承包法》第64条所规定的行为，而只存在再流转土地经营权人实施这些行为的可能。如前所述，发包方合同终止权亦适用于土地经营权再流转合同。因此，再流转土地经营权人实施了《农村土地承包法》第64条所规定的行为时，发包方只能终止土地经营权再流转合同，而不能终止土地经营权流转合同。由此，也不会存在因土地经营权流转合同终止而导致再流转土地经营权合同消灭的情形。

### （四）注销登记的办理

在土地经营权或者土地经营权抵押办理了登记的情况下，土地经营权流转合同终止后，应当注销土地经营权登记或者土地经营权抵押登记，即应当办理注销登记。根据土地经营权流转合同终止程序的不同，这种注销登记应当分别按照下列规则办理：其一，通过诉讼程序终止合同的，发包方、承包方、土地经营权人的任何一方均可以持法院判决书到不动产登记机构办理。其二，

〔46〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

〔47〕 参见常鹏翱：《财产权相对消灭论：经由民法和行政法的双重正当性检验》，载《浙江社会科学》2020年第6期。

〔48〕 参见王洪平：《发包方土地经营权流转合同终止权研究》，载《法学论坛》2019年第5期。

通过通知程序终止合同的，承包方、土地经营权人可以共同到不动产登记机构办理。若承包方、土地经营权人不能共同办理，发包方可以申请公证机构公证合同终止的情况，并持公证书到不动产登记机构办理。

---

**Abstract:** Article 64 of the Rural Land Contracting Law grants the contract-issuing party the right to terminate the contract for the transfer of land management rights, with the aim of effectively protecting collective land ownership and avoiding damage to collective land. The right of the contract-issuing party to terminate the contract for the transfer of land management rights belongs to the right of formation, but not the right to terminate the contract. It applies not only to the contract for the transfer of land management rights, but also to the contract for the re-transfer of land management rights and the land management rights transferred after the realization of financing guarantees. It does not apply to the contract for other contracting methods. If the land management right holder changes the agricultural use of the land without authorization, abandons farmland for more than two consecutive years, causes serious damage to the land or seriously damages the ecological environment of the land, and the contractor fails to exercise the right to terminate the contract, the contract-issuing party has the right to terminate the transfer contract of the land management right. The right of the contract-issuing party to terminate the land management right transfer contract can be exercised through two methods: notification termination and litigation termination. After the termination of the contract, the land management right holder shall return the contracted land to the contractor, and the above ground property shall be disposed of in accordance with the principle of fully utilizing the property. The rights and burdens on the contracted land shall be eliminated accordingly, and the cancellation registration shall be processed at the same time.

**Key Words:** contract for the transfer of land management rights, termination of contract, formation right, return of contracted land

---

(责任编辑: 武 腾)