

# 《民法典》中土地经营权的登记能力解释论

单平基

**摘要：**土地经营权的期限长短不应对登记能力产生影响。从法解释看，《民法典》第341条和《农村土地承包法》第41条均未禁止流转期限在5年以下的土地经营权申请登记，应将它们理解为倡导性（而非强制性）规范，否则将创设一项“流转期限为5年以下的土地经营权在流转合同尚未生效时即已设立且无登记权能”的权利生成和登记规则，违背法理逻辑。实际上，无论是流转期限为5年以上的土地经营权，抑或5年以下者，均应具有登记能力。以期限长短确定能否登记，无法回应土地经营权期限变更及其引发的规避法律问题，极易产生转移登记、变更登记及注销登记的制度适用困境，也会妨碍其再流转与融资担保，掣肘农业适度规模经营的实现。检视《不动产登记法》（征求意见稿）第60条第1款，以土地经营权的期限长短决定能否登记缺乏法理支撑及制度依据，需予以修正，应赋予土地经营权以完整、统一的登记能力，助推土地经营权效用的发挥。

**关键词：**土地经营权；权利期限；登记能力；对抗性；再流转

**中图分类号：**D913    **文献标识码：**A    **文章编号：**1003-0751(2025)10-0061-10

土地经营权入典后，亟须对其登记能力予以论证。囿于《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第341条和《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41条对土地经营权登记均使用了“流转期限为五年以上的……”的表述，学界出现了以5年为界区分其登记能力的观点<sup>[1]</sup>，直接影响登记实践的展开。《中华人民共和国不动产登记法》（征求意见稿）[以下简称“《不动产登记法》（征求意见稿）”]第60条第1款呈现出仅承认“流转期为五年以上”的土地经营权方可申请登记的立法倾向<sup>①</sup>，值得警惕。那么，是否应以期限长短决定土地经营权能否登记呢？尤其是，《不动产登记法》已列入立法审议项目，在此关键时刻，探讨土地经营权登记能力就更具理论针对性和实践面向性。对此，论文将从解释论视角敬陈管见，求教于同仁，并检讨《不动产登记法》（征求意见稿）第60条第1款的制度设计，助推土地经营权

登记规范的完善，促进农地适度规模经营及乡村振兴战略的实施。

## 一、问题的提出

### （一）以权利期限决定登记能力的歧见影响立法

从承包地“三权分置”理论提出之始，关于土地经营权这一新创设的权利类型的定性、登记能力等问题的争议就未曾停止。例如，对它的定性主张债权说、物权说、二元说、区分说（包括以是否登记、以期限长短区分）者皆有<sup>[1]</sup>，观点纷呈，不一而足。此处并非意欲争辩它的定性，而是要强调：无论将其界定为物权，抑或债权，均不应以权利期限长短判断其登记能力。

关于是否应以期限长短决定它的登记能力，学界素有争议。有学者持肯定观点，主张以5年为界，

收稿日期：2025-08-07

基金项目：国家社会科学基金项目“解释论视角下的农村集体经济组织法人治理结构研究”（25BFX110）。

作者简介：单平基，男，东南大学法学院教授、博士生导师，东南大学民事检察研究中心主任（江苏南京 211189）。

期限在5年以上者可予登记,登记后产生对抗效力<sup>[2]245</sup>。质言之,具有登记能力者限于流转期限在5年以上者<sup>[3]</sup>,5岁以下者不具有登记能力<sup>[4]</sup>。这种观点缘于《民法典》第341条出现的“五年以上”的文辞表达。有学者认为,它以5年为界对土地经营权采取区分定性的“二分法”,不满5年者为债权,5年以上者为物权<sup>[1]</sup>,并籍此确定是否具有登记能力。立法机关对此解释为,期限在5年以上者,更需长远稳定的保障,经由登记可予实现,相反,5岁以下者由于期限较短,只需依当事人的合同确定权利义务便可<sup>[5]179</sup>。

与此不同,有观点认为,不应以权利期限长短决定登记能力。作为同一权利类型,却因期限长短而定性为不同属性(物权或债权),并赋予不同登记能力,并非最佳方案<sup>[6]140</sup>。这不符合平等原则。从规范适用看,登记应不区分流转期限,而予以统一规定<sup>[7]</sup>。若将具有登记权能者限定在流转期限为5年以上者,会影响或限制当事人的选择自由<sup>[8]</sup>,也会导致此项权利的定性更加模糊,使其无法同承包地权利体系相整合<sup>[9]</sup>。实际上,针对何种情形的土地经营权享有登记能力这一问题,于《农村土地承包法》的修正进程中就一直存有争议。主张强制要求登记后方可设立土地经营权,或者主张赋予当事人以登记选择权,抑或主张在受让方付清全部或一部分流转价款后方有权申请登记者,均有人在<sup>[5]179</sup>。立法部门认为,赋予期限在5年以上者以登记能力,可满足不同土地经营权人对经营期限的需求,对于期限需求长的,由于投入大,可赋予登记能力;对于期限短的,则无需赋予登记能力<sup>②</sup>。

当前,这种观点纷争已影响到土地经营权登记制度的立法设计。《不动产登记法》(征求意见稿)在关于“登记的权利类型”的规范中,已将土地经营权纳入可予登记的权利范围(第6条第7项),对现行《不动产登记暂行条例》规定的权利登记范围(第5条)进行了扩充,值得肯定。但是,《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款对能够申请首次登记的土地经营权,规定了“且流转期为五年以上”的要求。一个“且”字的使用,就意味着流转期限在5年以上成为土地经营权具有登记能力的一项必备条件。但是,对土地经营权以期限长短区分登记能力是否妥适,值得考量。尤其是,从法体系看,不仅《不动产登记法》(征求意见稿)第6条对土地经营权作为可予登记的权利未施以5年期限的界分,没有关于只有流转期限在5年以上的土地经营权方能

予以登记的规定,而且遍查整部《不动产登记法》(征求意见稿),除对土地经营权以5年为界区分首次登记能力外(第60条第1款),对其变更登记(第60条第2款)、转移登记(第60条第3款)等,以及除此之外的其他可予登记的权利类型,均未以期限长短区分登记能力。

## (二)亟须解决的问题

土地经营权期限长短是否影响登记能力的学说歧见,已充分彰显对此探讨的理论针对性和实践面向性。具体而言,以下问题亟须回应:其一,如何从解释论层面正确理解《民法典》第341条中“流转期限为五年以上……”的立法用语?这是否意味着流转期限会影响土地经营权的登记能力?能够进行登记的土地经营权是否限于流转期限超过5年者?其二,以5年为界区分一项权利的登记能力,有无足够的法理和规范依据?决定一项权利是否具有登记能力的因素有哪些?期限长短是否应涵括在内?对此,学界尚缺乏法理层面的系统和全面论证。其三,如何检视《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款的规定?是否应以5年期限作为土地经营权首次登记的条件?为何土地经营权的变更登记、转移登记没有权利期限的要求?其四,以期限长短决定登记能力与该项权利的期限变更、再流转、融资担保等是否存在冲突?如何理解其可能引发的体系效应?如何科学设计土地经营权的登记规范,以充分发挥土地经营权登记的实践效用?立法机关要对其在立法过程中使用的语词负责,这是探求立法精神的基础,也是法解释的出发点<sup>[10]</sup>。每项法律制度均应创设公正并合乎事理的法规范,而法学的主要任务就是探讨现行法陈述所构成的法规范的“意义”<sup>[11]</sup>。在《不动产登记法》(征求意见稿)公布之前,如果说学界对土地经营权登记能力的讨论仅是理论争议的话,那么,在《不动产登记法》(征求意见稿)极有可能经立法程序上升为《不动产登记法》的时刻,对这一问题的探讨就更加具有实践面向性。

## 二、5年以下的土地经营权 可予登记的法解释

探讨5年以下的土地经营权的登记能力,需首先对《民法典》第341条进行科学解读。

### (一)《民法典》第341条为倡导性规范

#### 1.对《民法典》第341条的两种解释路径

检视《民法典》第341条,可能有两条解释路

径:一是将土地经营权界定为具有统一登记能力的债权,“五年以上”的表述为倡导性规范;二是以5年为界区分它的定性和登记能力,5年以上且经登记者,为物权;5年以下或者5年以上但未登记者,为债权。相较而言,前一种解释路径更契合权利体系性要求,也更便于理解和把握。若秉持第二种解释路径,将会导致同样是承包地“三权分置”创设的新型权利类型,但土地经营权既可为物权又可为债权,有违法理逻辑,难以使其权利内容、效力和公示形成相对统一的体系,也无法构造对第三方交易主体的信赖外观<sup>[12]</sup>。为此,应舍弃以《民法典》第341条中字面形式的“五年”为界而区分土地经营权设立模式和登记能力的解释路径。该条中关于“五年以上……”的表述,应解释成倡导性规范,其实质内涵不仅包含此期限的权利类型,且应涵盖5年以下者。这种规范旨在提倡或提示当事人采用特定行为模式,至于行为人最终是否选择此种行为模式,相应规范则无强制性效力,而是仅具有指导价值。

## 2.《民法典》第341条应解释为倡导性规范

《民法典》第341条是一项倡导性规范,而非强制性规范。实际上,《民法典》中的很多制度规范都具有倡导性,此类规范仅起到倡导、引导或提示作用,蕴含着提示行为风险的功能,而非发挥强制性作用<sup>[13]</sup>,属于任意性规范的范畴,当事人排除此类规范的适用并不违法<sup>[14]</sup>。《民法典》第341条并非旨在否定流转期限在5年以下者的登记能力。它指出期限5年以上者可进行登记的目的,在于给当事人以指引,提示当事人可将此项权利登记。但是,无法做反面推论,不能将可予登记者限缩于期限在5年以上的范围内。申言之,它旨在引导当事人尽力确定相对长期的农地经营关系,但是,不应把此解释成是关于土地经营权登记能力的限制性要求。

从权利设立看,将《民法典》第341条解释为倡导性(而非强制性)规范的原因还在于:若不作此解释,如后文将述,将创设一项“流转期限为5年以下的土地经营权在流转合同尚未生效时即已设立”的权利设立规则。这严重违背私权生成逻辑,在理论和实践中都站不住脚。也很难想象,一项权利在作为原因行为的合同尚未成立或生效时,即可取得。面对此种情形,将流转期限在5年以上的土地经营权可予登记的法规范理解为一项倡导性规范,便可化解这一解释困境。它只是提倡当事人在设立流转期限在5年以上的土地经营权时可采取登记方式,以使当事人可最大限度地保护自身权益,生发对抗

善意第三人的效力,减少交易风险。但是,这种规范的作用也仅限于提示交易风险,并不包含强制安排当事人权益的规范内涵<sup>[13]</sup>。也就是说,流转期限在5年以上的土地经营权,法律倡导(而非强制)进行登记,而对不足5年者也并未禁止登记。

因此,对《民法典》第341条的合理解释应当是:无论是流转期限在5年以上的土地经营权,抑或是流转期限在5年以下者,均自流转契约生效时设立,皆具有登记能力,在登记后,能够产生对抗效力<sup>[15]</sup>。

## (二)5年以下的土地经营权具有统一登记能力

### 1.5年以下土地经营权之设立应统一解释为债权意思主义

土地经营权的登记能力与此项权利的设立模式紧密相关。作为新增条文,《民法典》第341条与《农村土地承包法》第41条较为类似。但认真检视之后会发现,二者亦有差异。二者虽均规定了5年以上的土地经营权的登记对抗规则,但《民法典》第341条较《农村土地承包法》第41条确立了5年以上的土地经营权的生效时间,即“流转合同生效时设立”。有学者认为,5年以上的土地经营权的设立采取登记对抗主义<sup>[2]245</sup>,经登记具有对抗效力。这难免使人产生疑问:难道5年以下者不是自流转合同生效时设立吗?难道它在流转合同未生效时就已经设立了?应否以5年权利流转期限为界,而对土地经营权的设立采取不同模式?应否以5年为界而对其区分设立?《农村土地承包法》第41条亦存在类似的待澄清之处。即便它并未如《民法典》第341条一样,未规定流转期限为5年以上的土地经营权自流转合同生效时设立,没有以期限长短来确定土地经营权的设立时间,但是,学者一般认为,《民法典》第341条就是在承继《农村土地承包法》第41条的基础上增加了土地经营权设立规则<sup>[6]139</sup>。尤其是,《农村土地承包法》第41条也出现了关于流转期限为5年以上的土地经营权可予登记,且登记后得对抗善意第三人之规定,就极易让人形成流转期限在5年以下者或者无权申请登记,或者即使登记亦不具有对抗效力的错觉,需要予以解释和明晰。

实际上,土地经营权的设立应统一解释为债权意思主义,区分设立模式缺乏法理依据。从法逻辑看,《民法典》第341条系属依法律行为“设立”土地经营权的规范,既然期限在5年以上者无需践行登记程序,自流转合同生效时设立,那么,举重以明轻,

对流转期限在5年以下的此项权利的设立条件,至少不应更为严苛。也就是说,权利设立既不应要求必须践行登记要件,也不应认定为早于流转合同生效之时。也难以想象,在法律行为尚未成立或生效之时,即当事人意思表示一致尚未达成之时,便可依法律行为而设立一项权利。若如此,便将创设一项新的权利设立或变动模式,即权利设立时间早于债权契约生效。这在逻辑上是无法自洽和成立的。如果一项权利的设立先于作为原因行为之契约的成立和生效,那么,所设立之权利也只能是空中楼阁、无根浮萍,违背理论和实践逻辑。

循此,《民法典》第341条确立的土地经营权设立模式是一种债权意思主义。对该条文的正确理解是:无论是流转期限为5年以上的土地经营权,还是流转期限为5年以下者,均应自流转合同生效时设立,且均具有登记能力。

## 2. 5年以下的土地经营权应具有登记能力

其一,以权利期限长短作为决定登记能力的条件,缺乏法理依据。在登记对抗主义下,当事人是否申请登记系属意思自治范畴,而与权利期限无关。若将具有登记权能的土地经营权限定在流转期限为5年以上者,这在一定程度上违反了权利平等的现代法治理念,会影响当事人的选择自由。其二,仅以土地经营权的期限长短来判断是否可登记,亦不契合平等原则。试问,为何流转期限不足5年(如3年)者就无权登记?在既有的民事法律制度中,并不存在以权利期限来决定能否登记的规定。以权利期限长短确定登记能力,缺少规范依据。其三,从文义解释看,无法以期限长短决定权利登记能力。《民法典》第341条规定的是流转期限在5年以上者“可以”向登记机构申请登记,虽然它没有直接规定流转期限在5年以下者的登记规则,但也无法得出后者“不得”或“禁止”登记的结论。其四,土地经营权的登记能力应当是一贯和统一的。流转期限在5年以下的土地经营权申请登记的必要性和现实需求可能不如权利期限在5年以上者,因此很容易被忽视<sup>[16]</sup>。

## 三、以土地经营权期限决定登记能力的弊病

### (一)以期限决定登记能力无法应对期限变更

若可登记者限于5年以上的土地经营权,则无法回应权利期限变更问题。这将诱发当事人签订虚

假权利期限合同,并藉此规避《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款的适用的道德风险。例如,为使5年以下的土地经营权经由登记而产生对抗善意第三人的法效果,农户和土地经营权人可故意将本来期限较短的土地经营权设定较长,待登记后,再采用变更期限的方式,达到实现5年以下的土地经营权登记的目的。毕竟,此种情况下,很难强制性地将已登记的土地经营权进行注销登记。与此类似,当事人关于土地经营权期限的正常变更,亦会导致以期限决定登记能力的规则产生适用困境。例如,甲农户和乙农业经营有限公司依据土地承包经营权出租合同,将据此生发的土地经营权的期限设定为4年,假如不具有登记能力,之后,为稳定经营预期,又将期限延长3年,达到7年,此时其又具有了登记能力。需注意,这会导致同样一种权利之前不具有,之后却具有了登记能力。这在整个民事立法中并无先例。

另外,若期限短于5年的土地经营权无法登记,会引发转移登记制度适用的解释困境。转移登记主要指向权利人变更而引发的登记。在土地经营权已办理首次登记时,发生权利再流转,凭借转移登记可使次受让人表征和公示其受让的土地经营权。试想,若一项土地经营权的期限为5年以上(如7年),可予登记,且作为土地经营权生发基础的土地承包经营权出租合同的当事人(即农户和土地经营权人)也现实性地选择了申请土地经营权登记,在此项权利期限经过3年之后,土地经营权人将此项权利再流转给其他人,那么,再流转合同的当事人(即土地经营权人和次受让方)可将原已登记的土地经营权申请转移登记吗?不动产登记机关对已经过初始登记的土地经营权发生的变动,在当事人申请时,若此时的剩余期限已不足5年,是否有职责进行转移登记?

这将会产生一种两难困境:若能够进行转移登记,就需正视土地经营权的期限已不足5年的现实;若无法进行转移登记,将需对转移登记规则进行修正,这无疑是舍本逐末的做法。毕竟,若土地经营权已再流转到次受让人手中,却因无法进行转移登记而仍登记在原土地经营权人名下,将使登记的公示公信力荡然无存,也使得经由登记方具有对抗善意第三人效力的规范功能无法发挥,成为泡影。

### (二)以期限决定登记能力制约土地经营权再流转

土地经营权再流转时,可能会涉及到转移登记。

那么,转移登记是否也需要以再流转的期限在5年以上为条件呢?有学者持肯定态度,认为仅有权利再流转的期限长于5年者,方可再流转后,产生对抗效力<sup>[17]</sup>。相反,有学者认为,《民法典》第341条只针对首次登记,在首次登记后,若发生权利移转,则不动产登记簿所载事项与真实权利状况便会产生差异,转移登记系当然之理,不应以再流转期限5年以上为条件<sup>[3]</sup>。若期限短于5年的土地经营权无法登记,会影响到土地经营权再流转的推进。就权利属性而言,土地经营权系纯粹财产权,已没有农户身份属性的牵绊,完全可进入市场再流转。这意味着对土地经营权再流转的形式不宜做过多限制(《农村土地承包法》第46条),诸如转让、出租、互换、入股、信托、赠与及继承等方式均应涵括在内。在这一过程中,登记对其再流转意义重大。毕竟,在具有外部权利表征后,第三人可知悉其变动,避免遭受不测损害<sup>[18]</sup>。这也彰显登记规范对推动农地适度规模经营改革目标实现的价值。

为实现放活土地经营权的法目的,理应建立完备的登记体系。由于土地经营权以占有农地为基本特征(《民法典》第340条),这意味着除登记外,对农地的占有也可产生对抗性<sup>[15]</sup>。但二者相较,登记的公示效力更强。虽然如学者所言,登记只影响土地经营权对抗效力的强弱,即便不登记亦有对抗效力<sup>[1]</sup>,但是,登记的公示作用却非其他手段所能比拟,既可推定权属状态,亦可识别土地经营权再流转法律关系的存在。

登记发挥着稳定土地经营权人经营预期的作用,直接影响到土地经营权再流转的进行。若缺少可信赖的权利归属状态,次受让人为避免交易的不稳定和不安全,需要去调查权利的真实状况,徒增交易成本,并导致资源浪费。相反,登记作为表征权利的方式,可为当事人提供获取权利信息的途径。因为,受让方一旦在经由土地承包经营权流转的承包地登记簿上登记土地经营权,其他人便无权再在同宗承包地之上申请土地经营权登记。为推动土地经营权再流转,需配套合理的权利移转和登记公示规则。若期限在5年以下者无法登记,极易导致土地经营权多次再流转的现象。如果流转期限在5年之下,即便作为当事人的农户和土地经营权人达成申请登记的合意,由于期限的限制,此项土地经营权欠缺登记能力,当事人也无法办理登记手续。由于法律对此持否定态度,可能会助长土地承包经营权人将此项权利多次流转的道德风险,毕竟,社会公众从

土地登记簿上得知的承包地实际经营权人仍然是原来的农户,而非无法办理权利登记的土地经营权人。就此而言,《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款非但不会形成对土地经营权静态和动态安全保护的最佳状态,恰恰会加剧二者的失衡。另外,农户也无法杜绝土地经营权多次再流转的发生,即便土地经营权再流转需经承包方书面同意(《农村土地承包法》第46条),但未经承包方书面同意,农户也仅对土地承包经营权流转合同享有解除权,而无权解除土地经营权再流转合同,毕竟,农户并非后者的合同当事人<sup>[19]</sup>。相反,登记在一定程度上可避免承包方将土地承包经营权多次流转,以及在设定土地经营权之后(未登记)进行多次再流转的道德风险。土地经营权登记之后,第三人可知晓权利状况而做出理性选择。此时,第三人只要查阅不动产登记簿即可对权利状况一清二楚,不动产登记簿上没有记载的权利关系不能同已记录的权利关系相对抗,可保障相对人放心地进行权利交易。

### (三)以期限决定登记能力掣肘土地经营权担保融资

以流转期限长短决定土地经营权登记能力的旨何在?有学者主张,期限短于5年者不应用作融资担保的客体<sup>[20]</sup>。但是,这种观点值得商榷。若如此理解,则将限缩(而非释放)土地经营权的担保权能,悖离促进此项权利入市的制度设计初衷。此外,以权利期限长短判断是否可予担保,亦无法律依据。从法解释看,《民法典》第399条摈弃了耕地使用权不得抵押的规定,允许土地经营权作为抵押客体。其实,这在之前修正的《农村土地承包法》第47条中亦有明确。尤其是,《不动产登记法》(征求意见稿)第73条第1款第4项也已将土地经营权纳入可抵押的财产范围,且未对其权利期限进行限定。这意味着无论是5年以上的土地经营权,还是5年以下者,均可用作担保客体。

登记对土地经营权融资担保意义重大。经登记的土地经营权,可对抗善意第三人,助推其融资担保顺利展开。至少体现在以下方面:

其一,若不赋予期限在5年以下者以登记能力,将有碍于其担保融资。例如,甲将其所享有的流转期限为3年的土地经营权为乙银行设定抵押权,无法进行抵押登记。之后,甲又将该项权利再流转(如转让)给次受让人丙。乙的抵押权自抵押权合同生效时设立(《农村土地承包法》第47条),并据此产生抵押权的追及效力(《民法典》第406条第1

款),乙在甲不履行债务时就可向新的土地经营权人(即丙)主张抵押权。但是,这对丙欠妥适,毕竟,丙已支付了受让土地经营权的对价,且在受让时,因甲隐瞒了土地经营权已抵押给乙的事实,丙也无从知晓上述信息。此时,虽然丙可向甲主张解除土地经营权再流转合同,要求甲返还对价并请求损害赔偿,然而,此类请求权的性质为债权请求权,只有在甲具有清偿能力的情况下,方能实现<sup>[21]</sup>,否则将无法保护丙的权益。同时,乙作为抵押权人也可能存在对土地经营权再流转无从知晓的情形,而丙对土地经营权的实际占有、使用亦存在损及抵押权的可能(《民法典》第406条第2款)。相反,若赋予5年以下的土地经营权在设立、转让及担保方面的登记能力,则乙之抵押权的对抗效力,以及丙为取得无负担的土地经营权的期望,均可经由登记的对抗效力而实现,使得交易安全得到维护。其二,以期限长短限定土地经营权登记能力与《农村土地承包法》关于土地经营权融资担保登记的规定(第47条第2款)相冲突,因为其并未限定土地经营权融资时可予登记的范围。此时,若坚持《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款的立法设计,会导致流转期限在5年以下者的融资担保无法登记,进而导致规范冲突。同时,在土地经营权作为担保客体的担保权实现过程中,通过协商折价或诉请司法机关强制拍卖、变卖,亦会导致此项权利的再流转<sup>[22]</sup>。此时,若期限在5年以下者无法登记,如上所述,也将影响担保权客体变价的实现,妨碍担保权人的优先受偿权。实际上,在土地经营权抵押改革试点中,金融机构也希望经由登记以保护债权人权益<sup>[23]</sup>。其三,反观《不动产登记法》(征求意见稿),对以同为耕地使用权为担保客体的土地承包经营权的融资担保,在登记能力方面不存在限制。在土地承包经营权融资担保时,可践行登记程序,而将土地经营权作为融资担保客体时则需审视其权利期限,缺少法理基础,亦与放活土地经营权的法改革目的相悖。赋予土地经营权以登记能力,一方面,可使只蕴含相对效力的权利明确化,保障土地经营权人担保融资;另一方面,可使潜在的交易方仅查询登记簿便可知晓担保客体的状态,起到公示和提醒作用,降低交易成本和风险。

从担保实践看,否定5年以下的土地经营权的登记能力,在很大程度上,就是在否定此类权利融资担保的可能。毕竟,金融机构能够向土地经营权人贷款以用作承包地投资、农地改善本就不易,倘若此

项融资担保的客体无法登记,就意味着其不具有对抗善意第三人的效力,优先受偿性易受损及,影响融资担保的制度实现。以土地经营权期限区分登记能力的立法设计,忽略了农地实践中某些中短期大型农业项目对登记的需求。从更远意义上讲,这将使本就融资困难的土地经营权人更加捉襟见肘,不利于推动本轮农地法治改革,有碍于适度规模经营目标的实现。其四,主张以5年为界区分土地经营权登记能力者,可能仅从法条字面出发得出结论,而未对此进行深入实践考察。从农地法治实践看,权利期限不一而足。例如,从事经济作物、大棚蔬菜种植的经营者,开展观光农业、休闲农业的经营者等,由于前期基础投入较大,获得收益的期限较长,希望能长期稳定地获得土地经营权;与此不同,水稻等粮食农作物一年一收,且粮食价格波动较大,经营者觉得短期经营权亦可<sup>[24]</sup>。在很多情况下,农户与土地经营权人签订的出租合同期限未超过5年<sup>[5]157</sup>,甚至一年一签;或虽超过5年,但租金往往也是一年一付,在经营权人未依约交付租金时,农户有权将经营权收回。此时,若仅以期限较短而否定土地经营权登记能力,罔顾承包地法治实践,则不利于此项权利价值的发挥。例如,若逐年签订土地承包经营权流转合同而取得的土地经营权无法登记,那么,就不利于将此项权利利用作融资担保。毕竟,无法登记的担保权将不具有对抗善意第三人的优先效力,影响到对农地的资金投入和农地适度规模经营目标的实现。因此,应不区分土地经营权的期限,赋予该项权利以统一的登记能力,经由其再流转及融资担保,助推适度规模经营及乡村振兴目标实现。

#### (四)以期限决定登记能力与法理逻辑相悖

以期限长短决定土地经营权的登记能力,缺乏法理依据。权利期限的选择和变更,本质上系属当事人意思自治范畴,将登记能力交由当事人选择,有违物权法定原则(《民法典》第116条)的制度导向,亦会增加土地经营权所蕴含权能的模糊性,有损私权体系的逻辑自洽性,并非理想的制度方案。若作为土地经营权再流转的受让方、担保权人对土地经营权的权利内容(包括登记能力)不甚了解,则会掣肘其再流转及融资担保的开展,无法起到行为导引作用,不利于适度放活土地经营权改革目标的实现。

当事人意志不能决定一项权利是否具有登记能力。若如《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款那样,主张仅有5年以上者方具有登记能力,则会使土地经营权变为一项在有些情形下具有登记能

力,在另外一些情形下不具有登记能力的权利类型,且这两种情形可基于当事人的意思(权利期限变更)而产生转换。这种“制度创举”将使同一项权利在同一部法律的同一条文中,具有截然不同的登记能力,有损私权体系性。在很大程度上,一项权利是否具有登记能力,取决于该项权利的本质内核以及实践需求如何,而不是权利期限的长短。申言之,权利期限长者,例如,无期限限制的具体人格权以及人身自由、人格尊严等抽象人格权,由于其人格权属性而不具有需登记的权利内核,而期限短者,例如,只有1年期限的房屋抵押权、3年期限的居住权等,却具有可予登记的权利内核以及为社会公众知晓的现实性需求。可见,决定一项权利登记能力的因素,难谓权利期限长短。另外,也很难想象,本质同为土地经营权这一项权利,但会由于权利期限的不同而具有各异的登记能力。实践中,能够登记的权利的存续时间可能长短不一。例如,房屋所有权具有恒久性,但在房屋因自然原因而消灭或通过法律行为处分的情况下,该项不动产权利的实际存在期限可能并不长。又如,对房屋的租赁权既可达到20年的最长期限(《民法典》第705条),也可仅是1年,甚至几个月,但这种期限的长短均不影响承租权是否可予登记。再如,不动产抵押权作为担保物权的期限往往受所担保的债权期限的影响,很多情况下难以长久。因此,权利期限并非决定此项权利能否登记的依据。

## 四、土地经营权登记 不受期限影响的证成

### (一) 土地经营权定性不应影响登记能力

在民法领域内,既不能以土地经营权是否经登记而将其定性成物权或债权,亦无法以物权或债权定性来判断其是否具备登记能力。

一方面,登记不会对土地经营权的定性产生影响。依据《民法典》的规定,无论是普通动产(第208条)、船舶等特殊动产所有权(第225条)的设立,还是土地承包经营权(第333条第1款)、地役权(第374条)等用益物权的取得,抑或动产抵押权(第403条)、以有权利凭证的权利为客体而设定的权利质权等担保物权(第441条)的设立,均无需践行登记程序,但不影响其物权属性。这意味着并非只有登记者方为物权。另外,权利是否登记也不会对其权利性质产生影响。试问,经由对土地承包经营权

的承租而设立的土地经营权在登记之后转变为用益物权具有法理依据吗?同时,一项已登记的权利也并不确定是物权。当债权的隐蔽性可能对当事人合法权益和动态交易安全产生危害时,立法便可选择赋予该项债权以登记能力予以避免。例如,《民法典》中经登记的保理合同中的应收账款(第768条)、承租权(第706条)、预告登记的债权(第221条)、所有权保留买卖合同的登记(第641条第2款)等均属债权范畴。

另一方面,无法以权利定性决定土地经营权是否具有登记能力。在当今时代,传统大陆法系国家所主张的债权性权利和债权约定“不得在不动产登记簿中登记”的做法<sup>[25]</sup>,已不合时宜,具有登记能力的财产权利呈现多元化趋势,不限于物权,债权亦可登记,并经登记具有对抗效力。具体而言,登记并非土地经营权设立的必经程序,在将其登记之前,该项权利已然设立,权利属性也已确定,不会因之后的登记而发生改变,是否具有登记能力并非由其权利性质所决定。即便将期限短于5年的土地经营权认定成一项债权,也不应影响其被赋予登记能力。

从解释论看,当事人是否选择申请土地经营权登记取决于其内心意志,而非法律的强制性要求(《民法典》第341条)。这也意味着,无法以登记与否对土地经营权定性,更不能认定登记者就为物权。毕竟,若以此为标准,把土地经营权的权利定性(以是否选择登记决定是否为物权)完全交由当事人意志,则与物权法定原则相悖。

实际上,若把土地经营权定性为债权,那么,把它与作为用益物权的土地承包经营权一起登记在不动产登记簿上,不会违反一物一权原则,不会发生权利性质和内容的龃龉<sup>[26]</sup>。土地经营权生发自土地承包经营权,或者说是负载于后者之上的权利负担,并非后者转让的结果。因此,宜将土地经营权作为一项债权负担登记于不动产登记簿上。相反,若是两项用益物权同时登记,则会产生冲突。毕竟,对承包地的占有、使用及收益是用益物权的核心内核。若把土地经营权定位成用益物权,那么,在登记后,它与同样作为用益物权的承包经营权会难于在规则层面区分,有损物权体系性要求,也无益于实践。即便是债权,在登记之后,呈现可被外界辨认、识别和信赖的表征,也可具有对抗性,产生公示和公信力,生发与登记后的物权相类似的效果。在登记之后,即便登记的事项和土地经营权的实际情况不相契合,为防止善意第三人受损,也应保护其信赖。毕

竟,登记系由国家机关所为,具有非常强的外观真实性。就登记实践看,登记记载事项有自然状况、权属状况、涉及不动产权利限制、提示的事项以及其他相关事项(《不动产登记暂行条例》第8条第3款)。为突破对债权不予登记的传统观点,至少可将土地经营权登记在涉及土地承包经营权之不动产登记簿的限制、提示的事项或其他相关事项部分<sup>[27]</sup>。为实现稳定经营权人经营预期的法目的,应使当事人享有选择是否申请登记的权利。

## (二)赋予土地经营权统一登记能力契合私权体系性

其一,在私权体系内,不存在以期限长短决定权利是否具有登记能力的情形。就物权而言,所有权无期限限制,他物权会受到期限限制,但是,他物权(包括用益物权和担保物权)的期限长短并不蕴含决定其能否登记的因素。在很多情形下,私权的期限少于5年,也并不影响该项权利的登记能力。例如,即便房屋承租权的期限少于5年,也并不影响其登记能力;物权亦是如此,地役权、居住权的期限均可由当事人约定,长短各异,期限不足5年者亦可登记,法律并无限制。另外,需经登记方能取得的担保物权由于对所担保债权的从属性,加之债权存续亦有期限,决定了这些担保物权的期限也未必长久。

其二,以期限长短决定土地经营权能否登记意味着将可否登记的权利类型交由当事人决定,难以避免当事人经由约定将《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款的规定排除适用,使其形成具文。例如,为实现登记目的,当事人可先约定流转期限为8年(实际为3年),待登记后,再将期限变更为3年。尤其是,这会加剧登记的土地经营权和实际的土地经营权在权利内涵上的不统一,而当事人试图规避法律的结果恰是以期限长短区分其登记能力的不合理的立法设计所导致的,将“本可登记”倒逼为当事人“骗取登记”。

从解释论看,土地经营权的期限限于承包期的剩余期限(《农村土地承包法》第38条第3项),当事人在不违背上述最长期限的情况下可在个案中约定较短的期限,而《民法典》《农村土地承包法》均未禁止当事人作此约定,更未禁止期限较短的土地经营权进行登记。在此情境下,正在制定的《不动产登记法》不能否定期限较短的土地经营权本具有的登记能力。申言之,仅以当事人约定了5年以下存续期限的土地经营权为由就否定其具有登记能力,并不具有充分理由。恰当的做法,应是对期限较长

和较短的土地经营权的登记能力做统一和整体性把握,即承认二者均具有登记能力。

当事人一旦申请土地经营权登记,其他人就不得再在同一地块上对此申请登记。登记后的土地经营权相对于未登记的债权,具有优先效力。例如,农户甲将土地经营权流转给乙后,乙未申请登记。事后,甲又与丙签订流转合同,丙对甲已与乙的流转合同并不知情,并申请土地经营权登记。之后,当事人因此发生纠纷。此时,丙的土地经营权因登记具有对抗性,可对抗乙的债权。若土地经营权具有登记能力,可使其突破相对性限制,得以成为侵权责任的保护对象<sup>[28]</sup>。这较之具有相对性且未登记的债权性质的土地经营权,对第三人侵权的判定无疑更为有利,也可实现对权利更充分的保护。也就是说,在登记后,它便具有可为外部辨认的表征,一旦受到侵害,土地经营权人有权要求侵权人承担民事责任。

## (三)债权定性的土地经营权登记可统一采用物的编成主义

赋予5年以下的土地经营权以登记能力,是否会对登记工作产生重大负担或不利影响?有学者指出仅赋予5年以上者以登记能力的一个重要原因,就是考量减轻登记机关的登记负担<sup>[3]</sup>。这种观点值得商榷。土地经营权统一登记不会给登记机构带来过多负担。依据《农村土地承包法》的规定,当事人对土地经营权流转应采书面形式(第40条第1款),具有要式性。这有利于明确记载双方的权利义务,便于事后留存证据备查,能够有效避免因合同内容而引发的纠纷。在土地经营权流转合同中,对当事人的姓名、住所、流转土地的名称、坐落、面积、质量等级、流转期限和起止日期、流转土地的用途、双方当事人的权利和义务、流转价款及支付方式、土地被依法征收、征用、占用时有关补偿费的归属及违约责任等事项一般均会约定清楚,能够满足《不动产登记法》(征求意见稿)第32条中对当事人申请土地经营权登记时所应提交材料的要求。因此,从申请登记所需的材料看,土地经营权登记不会给登记造成太大的负担。若不考虑承包地的法治实践及登记状况,而一刀切地否定期限少于5年的短期土地经营权的登记权能,实属闭门造车、向壁虚构,不利于承包地法治改革的推进。实际上,构建完备的土地经营权登记体系,应是立法机关着力的方向。相反,无视私权逻辑和登记实践,做此权利期限的区分限定,缺少实践基础。尤其是,即便赋予期限在5年以下者以登记能力,考量到期限较短等因素,当事

人也不一定实际选择申请登记。但是,土地经营权是否享有登记能力,或者说,当事人是否享有申请登记的选择权却至关重要。即便权利流转期限在5年以下者可予登记,当事人鉴于权利期限较短,可能也不会申请登记。然而,不应以期限短于5年,而否定此项土地经营权的登记能力,至于是否实际选择申请登记,则是当事人合意的结果。相反,若否定权利登记能力,本质上是否定了当事人本应享有的权利,并不足取。

有学者担心将土地经营权定性为债权在登记时不能采取物的编成主义,不利于登记和融资担保,而经由物的编成主义登记更为便捷<sup>[29]</sup>。其实,这种担心大可不必。在物的编成主义之下,能够进行登记的权利类型已大大超越了物权范畴,可记载在不动产登记簿中的“他项权利”类型,已不再限定为“他物权”,而是可涵括依照法律、合同或其他合法行为设定,并能依法登记的其他权利。为便于实践操作,土地承包经营权和土地经营权的登记应在同一机构,既节约登记行政成本,亦便于登记机构核实登记信息的准确性、真实性,更便于当事人申请、查询。此时,在关于土地承包经营权的登记簿事项中应能一并登记土地经营权。实际上,在《自然资源部关于做好不动产抵押权登记工作的通知》(自然资发〔2021〕54号)所附“不动产登记簿修改页”的不动产单元号中存有“其他”选项,已为土地经营权登记预留空间。

就体系解释而言,基于土地经营权规则的一体化和体系化考量,应实现土地经营权登记规则在实质层面的统一。如此,也可减轻登记部门在识别土地经营权类型、期限及投机性等因素方面的诸多负担。因而,宜对土地经营权首次登记、转移登记赋予统一的登记能力,一体适用《民法典》第341条确立的登记对抗主义规则。土地经营权的登记不会引发土地承包经营权主体(农户)的变更,属于首次登记于不动产登记簿之上,系首次登记(而非转移登记)的范畴。按照连续登记原则(《不动产登记法》(征求意见稿)第5条第1款第4项),土地经营权登记需以承包经营权已登记为基础,若后者未登记,前者也无法登记。需注意,《不动产登记法》(征求意见稿)将土地承包经营权首次登记(第56条第2款)、变更登记(第57条)的申请主体限定为“发包方”,也需检视。毕竟,发包方是承包经营关系的义务主体,其是否能够主动申请土地承包经营权的首次登记、变更登记,值得怀疑。反观《不动产登记法》(征

求意见稿)第60条关于土地经营权的首次登记(第1款)、变更登记(第2款)、转移登记(第3款)和注销登记(第4款)的申请主体,均界定为“当事人”,更值得赞同。

因此,土地经营权登记应不受该项权利期限长短的影响。《不动产登记法》(征求意见稿)第6条已对可予登记的权利类型进行了扩充,其中,一项重要变化就是将《民法典》新增设的土地经营权纳入其中,值得肯定。为推进规范设计的科学性,建议将《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款修改为:“以招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地的,由当事人持土地承包合同申请土地经营权首次登记。以家庭承包方式取得土地承包经营权的承包方依法采取出租(转包)、入股或者其他方式向他人流转土地经营权,当事人可以持土地经营权流转合同申请土地经营权首次登记。”

## 结语

土地经营权是否具有登记能力,既与它的期限长短无关,亦同它是物权抑或债权无涉。一项制度设计应避免“一刀切”地否定权利人本应享有的权利,这是殊值警惕的制度设计风险。对于应否以5年期限为界区分土地经营权的登记能力,支持与反对者皆有。对《民法典》第341条的误读,直接导致《不动产登记法》(征求意见稿)第60条第1款关于土地经营权登记能力的法律条文设计出现了偏差,极易引发制度解释和适用的混乱。以期限长短(5年)决定土地经营权是否可予登记,既缺少制度支撑,亦与法理逻辑相悖。赋予土地经营权以统一登记能力,更利于土地经营权保护,对推动农地适度规模经营改革目标的实现及乡村振兴战略实施意义重大。在将来《不动产登记法》中确立土地经营权期限长短不影响其登记能力的规则,既有助于土地经营权再流转、融资担保以及该项权利的期限变更、变更登记、转移登记等诸多制度的解释适用,亦有利于土地经营权与其他可予登记权利的体系融合,充分发挥土地经营权登记的实践功能。

### 注释

<sup>①</sup>该条第1款的内容为:“以招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地的,由当事人持土地承包合同申请土地经营权首次登记。以家庭承包方式取得土地承包经营权的承包方依法采取出租(转包)、入股或者其他方式向他人流转土地经营权,且流转期为五年以上的,当事人可以持土地经营权流转合同申请土地经营权首次登记。”<sup>②</sup>在

2020年1月16日上午由全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室组织召开的《民法典·物权编(草案)》研讨会上,有关领导介绍了这种立法计划和立法目的。崔建远:《物权编对四种他物权制度的完善和发展》,《中国法学》2020年第4期。

#### 参考文献

- [1]宋志红.再论土地经营权的性质:基于对《农村土地承包法》的目的解释[J].东方法学,2020(2):146-158.
- [2]《民法学》编写组.民法学:第二版[M].北京:高等教育出版社,2022.
- [3]高圣平.土地经营权登记规则研究[J].比较法研究,2021(4):1-16.
- [4]黄薇.中华人民共和国民法典解读·物权编[M].北京:中国法制出版社,2020:439-440.
- [5]黄薇.中华人民共和国农村土地承包法释义[M].北京:法律出版社,2019.
- [6]崔建远.中国民法典释评:下卷[M].北京:中国人民大学出版社,2020.
- [7]陈小君,肖楚钢.农村土地经营权的法律性质及其客体之辨:兼评《民法典》物权编的土地经营权规则[J].中州学刊,2020(12):48-55.
- [8]高圣平,王天雁,吴昭军.《中华人民共和国农村土地承包法》条文理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2019:279.
- [9]陈小君.土地改革之“三权分置”入法及其实现障碍的解除:评《农村土地承包法修正案》[J].学术月刊,2019(1):87-95.
- [10]默勒斯.法学方法论:第四版[M].杜志浩,译,北京:北京大学出版社,2022:194.
- [11]拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译,北京:商务印书馆,2003:77.
- [12]高圣平.承包地三权分置的法律表达[J].中国法学,2018(4):第261-281.
- [13]王轶.民法典的规范类型及其配置关系[J].清华法学,2014(6):54-63.
- [14]朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2013:50-60.
- [15]单平基.土地经营权债权定性之解释论[J].法学家,2022(4):146-160.
- [16]郭志京.民法典视野下土地经营权的形成机制与体系结构[J].法学家,2020(6):26-39.
- [17]王洪平.民法视角下土地经营权再流转的规范分析[J].吉林大学社会科学学报,2020(1):29-39.
- [18]王泽鉴.民法物权:第二版[M].北京:北京大学出版社,2010:15.
- [19]单平基.土地经营权再流转中的“承包方书面同意”[J].东岳论丛,2022(10):174-183.
- [20]房绍坤,林广会.解释论视角下的土地经营权融资担保[J].吉林大学社会科学学报,2020(1):5-17.
- [21]刘家安.物权法论:第二版[M].北京:中国政法大学出版社,2015:57.
- [22]单平基.土地经营权融资担保的法实现:以《农村土地承包法》为中心[J].江西社会科学,2020(2):26-36.
- [23]杜涛.中华人民共和国农村土地承包法解读[M].北京:中国法制出版社,2019:244.
- [24]江必新,夏道虎.中华人民共和国民法典重点条文实务详解[M].北京:人民法院出版社,2020:91.
- [25]鲍尔,施蒂尔纳.德国物权法:上册[M].张双根,译,北京:法律出版社,2004:293.
- [26]单平基.“三权分置”理论反思与土地承包经营权困境的解决路径[J].法学,2016(9):54-66.
- [27]孙宪忠,朱广新主编.民法典评注·物权编:第三册[M].北京:中国法制出版社,2020:121-122.
- [28]单平基.“三权分置”中土地经营权债权定性的证成[J].法学,2018(10):37-51.
- [29]崔建远.物权编对四种他物权制度的完善和发展[J].中国法学,2020(4):26-43.

## Interpretation of the Registrability of Land Management Rights in the Civil Code

Shan Pingji

**Abstract:** The duration of land management rights should not affect their eligibility for registration. From a legal interpretation perspective, neither Article 341 of the *Civil Code* nor Article 41 of the *Rural Land Contracting Law* prohibits the registration of land management rights with a transfer term of less than five years. These provisions should be understood as advisory (rather than mandatory) norms; otherwise, they would establish a rule that “land management rights with a transfer term of less than five years are established and have no registration capacity before the transfer contract takes effect”, which contradicts legal logic. In fact, land management rights should be eligible for registration regardless of whether their transfer term is more than five years or less. Determining registration eligibility based on duration fails to address issues such as changes in the term of land management rights and the resulting legal evasion. It also easily leads to difficulties in applying systems such as transfer registration, modification registration, and cancellation registration, hinders further transfers and financing guarantees of land management rights, and restricts the realization of moderate-scale agricultural operations. After reviewing Paragraph 1 of Article 60 of the Draft Real Estate Registration Law, it is found that there is no legal or institutional basis for determining registration eligibility based on the duration of land management rights. Therefore, this provision needs to be revised to grant land management rights complete and unified registration eligibility, thereby promoting the exertion of their utility.

**Key words:** land management right; term of right; registration capacity; confrontational; retransfer

责任编辑:卫 憨