

地役权的现代发展及其影响^{*}

耿 卓

内容提要:源自古罗马的传统地役权制度在现代表现出的发展趋势对民法乃至民法之外的其他法律部门产生了影响,表现出从民法内部到超越民法进入其他法律领域的扩展性与跨界性。从具体表现形式看,地役权及其现代发展对物权法定原则、一物一权原则和公示公信原则等物权法基本原则产生冲击,并引发人们对用益物权体系及地役权体系本身的反思与再造。同时,地役权的现代发展对既有功能进行了拓展:一是对侵权责任的替代效应;二是对营业自由和合同自由的限制与排除。另外,地役权的现代发展扩张了既有领域,以权利主体为标准可以将公共地役权分为公用事业(公共)地役权与公众(公共)地役权;前者以环境保护地役权为代表,后者以管道法上的地役权为典型。我们从中可以发现地役权参与、促进社会发展功能的发挥方式以及作为对公私法交叉、融合现象观察与解析的切入点。

关键词:物权法 地役权 营业役权 公共役权 管道法

耿卓,中南财经政法大学法学院副教授。

源自古罗马的传统地役权制度在历经上千年的发展后,在经济、社会、文化乃至观念都在发生巨变的现代,表现出的发展趋势需要从学理上科学、准确认识,进而进行立法回应是我们必须认真思考的课题。综观地役权的现代发展基础,发展趋势及其表现初步可以从以下层面进行概括:在基本范畴上,地役权的本质在于对两块土地之间存在的法律关系,以提高土地利用效益为目的而利用他人土地的一种权利安排;在规则层面,地役权的主体、客体、内容、权利变动模式等方面有了新发展;在类型上,内容的不特定性要求地役权通过类型实现具体化,在社会实践中已出现与新发展相适应的新类型;从功能上看,地役权的功能也随之扩展,表现在基本功能的发挥以及功能发挥方式、领域,乃至促进社会有机团结实现等各个方面;以上均是内在于地役权的法律原则和理念的外化。^[1] 地役权呈现出的发展态势在制度和理念等多个层面对民法乃至民法之外的其他法律部门产生了影响,或表现为冲击、突

^{*} 国家社科基金重大招标项目“我国农村集体经济有效实现的法律制度研究”(09&ZD043),湖北省社会科学基金项目“我国地役权现代发展研究”(2012004),中南财经政法大学中央高校基本科研业务费资助项目“城镇化进程中农民土地产权的法律保护”(2013JC023)的阶段成果。

[1] 参见耿卓:《我国地役权现代发展的体系解读》,《中国法学》2013年第3期,第85页。

破,或表现为工具、手段。因此,研究地役权现代发展所产生的影响既是深化认识地役权本身的客观需求,也是保证地役权在其所影响领域正确适用的必要条件。地役权及其现代发展对民法及其他法律的影响可以从多个角度进行论述,如影响的领域、方式、表现乃至产生影响的因素。从本文的主旨来看,从影响的具体表现形式展开论述可能更为妥当。地役权及其现代发展产生影响的表现形式大致可以概括为以下几个方面:一是对既有制度产生的冲击,二是对既有功能进行的拓展,三是对既有领域的扩张。

一 对既有制度产生的冲击:从原则到体系

(一)对物权法基本原则

就地役权与物权法原则的关系来看,主要集中在物权法定原则、一物一权原则和公示公信原则。

1. 地役权对物权法定原则之补充(及背离)^[2]

无论是地役权本身的构造还是地役权的先前发展来看,内容上的广泛不确定性成为地役权的基本特征,使得地役权与物权法定原则出现了一种复杂的关系。役权如何能够以法律准许的方式促成事实和法律上的效果,虽然为“预防性法学的表述艺术问题”,但却实实在在地使物权法定原则的类型强制陷入到独特之法律不安定性的、难以看透的境地。^[3]从思辨的角度看,地役权由于其内容的不确定性又侵蚀着物权法定原则的主要内容——内容法定。^[4]从物权法定原则缓和的角度看,地役权又成了一支奇兵,由此缓和物权法定原则之僵化。

2. 地役权对一物一权原则的偏离

从对地役权与两项物权法原则的关系简单论述来看,法律原则与具体制度之间的关系是一个值得我们进一步思考的问题。而如何从体系的角度科学地对原则进行抽象提炼以及构造也将是一个常思常新的课题。苏永钦教授就是针对包括地役权与其他物权共存在内类似现象进行了总结和提炼,提出了关于物权堆迭的原则,^[5]极富新意,颇具启发性。

3. 地役权对公示公信原则贯彻不彻底

物权作为对物直接支配之权,具有排他效力与优先效力,即会对第三人产生影响。为此,只有对物权及其变动通过特定方式予以公示告知才能保证当事人及第三人得知,从而使得物权及其归属得以明晰并受法律保护,交易安全得以维护,物尽其用之目标得以达成。^[6]面对因土地所有权林立、分散而影响土地利用效益的社会现实,作为应对方案的地役权制度相较土地租赁的优势——稳定法律关系从而降低风险、提高土地利用效益——主要是通过其具有绝对、排他等物权效力取得的。物权又有其自身存续、运作的内在逻辑和体系要求,

[2] 刘乃忠:《地役权对物权法定原则漏洞之补充》,《武汉大学学报》(社会科学版)2001年第3期,第290-291页。

[3] Rolf Stürmer, Dienstbarkeit heute, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194. 1994 / Heft 2, 3 / Zeitschriftenteil, S. 267.

[4] 根据《物权法》第5条的规定,型法定与内容法定为物权法定原则之基本要求,而根据《物权法》第156条的规定,地役权的内容仅为以提高自己不动产效益为目的的“利用他人的不动产”,非常抽象且未再有细化之规定,完全交由当事人依据合同法规定自由约定。这必然架空物权法定原则。

[5] 苏永钦:《物权堆迭的基本原则》,《环球法律评论》2006年第2期,第243-244页。

[6] 参见王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2007年修订版,第172-177页;谢在全:《民法物权论》(上册),台湾文太印刷公司2004年修订三版,第81-87页。

其要义就在于贯彻公示公信原则,否则会带来诸多问题,模糊物权与债权二元区分的边界。物权与债权的区分是现代以德国为代表的大陆法系民法的基本观念与结构。^[7]对包括土地在内的不动产的利用主要有两类:一是物权性质的,一是债权性质的。^[8]地役权也同样体现出这一特点,^[9]而且还在规范体系上沟通了物权与债权,在权利存续层面表现为“伴生与协力的关系”^[10]。地役权变动的对抗主义,使得未经登记的地役权不具有对世效力、消极地役权与债权并无太多差异以及地役权的排他效力不强。这不但会造成认定地役权为物权的困难。^[11]而且依合同成立的未登记之地役权无疑是对不动产权性利用与债权性利用界限的模糊。^[12]

事实上,不仅在大陆法上而且在英美法上,也存在类似情况。如果没有登记制度,役权人很难向权利链条之外的第三人公示自己的权利。由于在土地上没有丝毫的痕迹,因此对于消极役权和限制性约据而言,这种困难就尤为真切。^[13]通告不仅是“可执行的衡平役权的实质性要件的组成部分”,而且还是不动产契据成立所必需的。^[14]

(二)对用益物权体系构造

1. 用益物权体系的反思与重构

“用益物权是整个社会流转秩序的基础,对社会起静态凝固的作用,其扮演的角色本身就意味着不会过于活跃。”^[15]但这并非意味着一成不变。随着资本主义的发展,各种用益物权的重要日益增加,特别是处理缓和人地(房)矛盾时更是如此。^[16]与此同时,随着法律干预手段的丰富与增加,用益物权的种类又在逐渐减少,“现在重要的用益物权只有地上权与地役权”。从立法来看,“政治、经济与社会的种种因素从各方面带来了财产法‘在民法典之外’的发展”。^[17]这迫使我们不得不重建财产法的基础并且可能重新构建其体系,从地役权来看更是如此。

- [7] 参见金可可:《私法体系中的债权物权区分说——萨维尼的理论贡献》,《中国社会科学》2006年第2期,第151页。
- [8] 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第277页。房绍坤教授认为,用益物权与不动产权利用权的区别之一在于效力的不同,“因此,在同一不动产上,出租人有权设立两个以上的租赁权。该两个以上的租赁合同都可以有效设立,只是不动产权利人只能向其中一个权利人履行义务,而对其他权利人承担违约责任”。房绍坤:《物权法 用益物权编》,中国人民大学出版社2007年版,第20页。本文认为,虽然二者在大多数情况下存在明显差别,但这些差异不能根据物权、债权的通常性的差别不加思考地简单推论。事实上,这种见解是不准确或者说不全面的。因为在用益物权中,也同样存在上述的情况。我们知道,在同一块土地上就可以设立两个甚至更多地役权。
- [9] 作为英美法上役权制度的主要类型,不动产契据权就具有合同和物权交叉的特点。这也决定了对其规制模式的特殊性。See Weiser, Jay, *The Real Estate Covenant as Commons: Incomplete Contract Remedies Over Time*, 13 *S. Cal. Interdisciplinary L. J.* 269 (2004), pp. 269, 330.
- [10] 常鹏翱:《债权与物权在规范体系中的关联》,《法学研究》2012年第6期,第80页。
- [11] 李遐祯:《物权法定下地役权的困惑》,博士学位论文,中国政法大学民商法学院,2008年3月,第73页。
- [12] 而学界少数派学者提出的“物权二元结构论”则把地役权纳入所谓的占有权,并认为占有权不但能解决地役权等用益物权所要面对和解决的问题(所应发挥的作用),而且更为合理。参见孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社2004年版,第224页。不过,从逻辑上看,不以占有为必要的地役权又如何能被涵盖到占有权中呢?!而且从其论述来看,作者认为占有权之所以难以容纳担保物权,是因为担保物权不以占有为条件。那这样的推论为什么没有扩展至地役权上呢?
- [13] Richard A. Epstein, *Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes*, 55 *S. Cal. L. Rev.* 1357, 1981-1982.
- [14] See Gerald Korngold, *Private Land Use Arrangements: Easement, Real Covenant and Equitable Servitudes*, Second Edition, Juris Publishing, Inc., Huntington, New York, 2004, pp. 388-391.
- [15] 梁上上:《物权法定主义:在自由和强制之间》,《法学研究》2003年第3期,第50页。
- [16] 谢怀栻:《外国民法精要》,法律出版社2002年版,第151页。
- [17] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔:《法国财产法》(上卷),罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第1-2页。

用益物权体系中的土地承包经营权、宅基地使用权与建设用地使用权是根据土地的使用用途(利用目的)来划分的,是人对土地的使用,均以土地为使用对象;地役权则是根据土地的利用方式确定的,是土地对土地的利用。那么能否根据权能——占有、使用、收益——的不同来重新划分?或者能否根据使用所形成的关系的主体来划分:人与物之间的用益物权(以人为直接目的用益物权)物与物之间的用益物权(以物为直接目的用益物权)。^[18]此外,用益物权不存在严密的体系,各个关于用益物权的法律、行政法规存在着冲突矛盾的问题,又存在体系协调不够的现象。以地役权为例,现行土地管理法的规定无法适应《物权法》关于地役权类型与登记规定的要求,农村土地承包法的规定与物权法关于地役权特性的规定难以无缝衔接。从体系与逻辑看,作为只有供役物没有需役物的人役权,如居住权在这个体系中会有一席之地。这还可以英美法的地役权制度加以证明。^[19]

2. 役权体系的残缺与补正

此外,地役权的新发展与人役权出现了交叉、重合,边界变得模糊起来。在此种形势下,构建一个在实践上满足社会发展需求在理论上符合体系化要求的地役权体系需要我们扩大视野,立足现实,结合现行法规定进行审慎地修法或立法。从提高土地等资源利用效率的角度看,构建完整的涵盖地役权与人役权的役权体系的需求在现代经济、社会条件下日趋强烈。^[20]瑞士民法就在继受罗马法的基础上在体系上有所创新。《瑞士民法典》规定的役权主要是从功能和主体这两个角度进行类型化、体系化的。原则上说,各种功能性役权对应于主体性役权,都可以交叉设定,如管线地役权或管线人役权,但收益、住居性质上就只能设定规则人役权,而越界建筑则只能设定地役权。^[21]这种役权体系甚至把用益权、地上权都给囊括了,实现了概念的清晰化。但遗憾的是,其他大陆法系国家和地区可以说仍墨守成规,祖国大陆与我国台湾地区就不承认像居住权之类的人役权。鉴于人地矛盾日趋突出以及地役权良好的延展性(弹性),在未来立法时应重建地役权的体系,同时与邻近之特别法、公法内容协调直至统摄进来。这定会对社会生活的品质和资源效率大幅的改善有相当助益。

事实上,地役权及其现代发展产生的冲击不仅限于制度规范,也波及一般原理来看。就传统地役权所在的范畴体系——物权——而言,由于地役权表现出非排他性/独占性的特点,因此物权特质和效力并未完全体现在地役权制度中。这为我们反思传统物权基本原理和制度规范提供了一个观察点,有助于深化我们的物权理论,更深刻地把握地役权的制度构造和特点。

二 对既有功能进行的拓展:从制度替代到价值排除

内在制度构造和社会实践需求的契合及其双重作用,使得地役权制度功能不断拓展,表现在包括下述内容的多个方面。^[22]

[18] [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第157页。

[19] 关涛:《作为生存法的不动产物权制度》,《中国法学》1999年第1期,第61-63页。

[20] 有学者从经济分析的角度对此作了初步论述。参见周林彬:《物权法新论——一种法律经济分析的观点》,北京大学出版社2002年版,第610-612页。

[21] 参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第245-270页。

[22] 例如,在知识产权领域,被用作软件和其他无形产品许可证发放实践的评估手段,并为新兴的电子商务实践提供理论分析框架。See Molly Shaffer van Houweling, *The New Servitudes*, 96 *Geo. L. J.* 885, March, 2008, p. 925.

(一)对侵权责任的替代

就侵权行为法而有,罗马法上有(对于)所有权禁止侵害之诉,即所有者于他人侵害其所有物之占有时可提起侵害禁止之诉,于损害将欲发生时实行之。例如,乙无权利而通行甲之土地,甲得提起此诉,请求禁止通行。在古罗马成文法发达时代,原告关于此诉对被告尚可请求损害赔偿及将来不为侵害之担保,如雨水排泄之诉。雨水排泄之诉是指相邻农地之雨水若妨害其自然流通,为有损害将及邻地之工事(如开渠筑堰)时,农地所有者对于邻地所有者得提起此诉,请求其工事之撤销;即使被告有正当理由(如有地役权)亦可提出抗辩。该诉于损害已生时实行之。但于国有地之工作物,罗马法不许为排水之诉,德国现行法反对之。^[23] 从土地利用调节机制来看,地役权作为一种规范土地利用的私法手段一直受到发达国家的重视。例如,航空公司对于因飞机起落给周围环境形成的噪音污染应该承担法律责任,但可以通过向有关居民(不动产权利人)购买噪音地役权的方式得以免责。^[24] 这种处理方式并不仅仅是对航空公司支付对价称谓的改变,也有法律上的实益。因为责任承担方式而言,作为侵权处理模式,加害人极可能要承担排除妨害、停止侵害的责任;而在地役权处理模式下,主要涉及双方当事人就是否设立这种地役权以及支付多大对价的谈判。

(二)对自由价值的限制与排除

从地役权的产生及功能、发展及其实践与所有权的内在约束联系在一起。由于役权表现为对供役地“所有权人所享有的任意处分自己之物这一自由的限制”(即所有权在某种程度上服务于他人),加之所有权是人格自由的一个部分,因此作为处理“不同自由空间冲突”的役权在本质上构成他人的自由所作出的自由限制,进而也与意在保护市场自由的竞争法、债法发生联系。^[25]

1. 对营业竞争自由的限制

营业役权主要存在于德国等西方发达国家,在我国尚处于学理初步探讨的阶段。营业役权是指以具有物权效力的约定对购买、销售和供应等营业活动进行限制和拘束,以实现限制营业之目的。竞争役权并非源于法律的直接规定,而主要是对社会实践的总结,这种通过役权在远远超出纯粹物权法问题之外而对营业施加影响的实践尝试已经产生值得关注的重大意义。^[26] 但这种实践也并非完全抛开地役权基本构造和基本规定而非法狂奔。例如,根据《德国民法典》第1018条关于“在土地上不得实施某些行为”的规定而成立的禁止性地役权,“营利事业禁止之役权可以成为役权的内容。在此,不仅准许广泛的营利事业经营之禁止,而且也准许在现存之营利事业经营的框架之内禁止某些行为,如禁止出卖某些货品。”^[27] 从理论上讲,竞争役权可以说是债法拘束效力物权化的一种具体表现形式。不过,这种由所有权人与权利人之间存在的、被物权化的“附随性债务关系”中产生的义务并非完全取决于当事人的意思自治,^[28] 而是有限度的,如在道路通行权上关于关闭时间和关闭义

[23] 黄又昌:《罗马法与现代》,何佳馨点校,中国方正出版社2006年版,第174,175-176页。

[24] 参见[美]理查得·A.波斯纳:《法律的经济分析》(上),蒋兆康、林毅夫译,中国大百科全书出版社1997年版,第78,79页。

[25] Rolf Stürmer, Dienstbarkeit heute, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194. 1994 / Heft 2, 3 / Zeitschriftenteil, S. 265.

[26] Vgl. Hans Prütting, Sachenrecht, 33. Auflage, 2008, S. 358, Rn. 892.

[27] Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 01.02.2010, Edition: 18, § 1018, Rn. 61.

[28] Vgl. Rolf Stürmer, Dienstbarkeit heute, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194. 1994/Heft 2, 3 / Zeitschriftenteil, S. 268.

务的物上合意就不能是任意约定的,须依诚实信用原则行事,不得违背善良风俗。^[29]

在德国的实践中,营业役权存在方式主要有以下几种:^[30] (1) 役权的内容可以是一般性的禁止。例如,在设定负担的土地上,不允许设立或者维持任何的营利事业企业。(2) 特定的禁止,如禁止设立或者经营一个完全特定的营利事业企业,也可以成为役权的内容。如在一个特定的土地上经营一个商场,而在邻地上则登记了一项禁止,即禁止设立或者经营另外一个商场。^[31] (3) 将禁止供役地所有权人从事一项特定的营利事业活动与权利人的排他性用益物权结合在一起。如土地所有权人设立了下述内容的役权:役权人享有在土地上经营加油站的权利,同时禁止所有权人或者第三人实行此种用益。(4) 通过役权来保障销售特定类别或者种类商品的禁止,如就一个食品店中不允许销售瓶装啤酒的协议。(5) 禁止一块土地的所有权人仓储或者销售物权利人之产品之外的其他产品(销售拘束),或者禁止受取此种产品(购买拘束)。在前述的四种役权形态中,权利的主要内容事实上为不作为,因此这些役权应为有效。而且,为了仍然能够在物上保障购买和销售拘束,在实践中,人们大多登记以一般性竞争禁止为内容的役权,但之后又通过合同约定受取权利人的产品。这种在物上保障竞争禁止并且在债法上放弃行使物权的建构方法,得到了实务界和学界的认可,因为债法上之附加性质的协议并不违背物权法定原则,因此役权内容在法律上也不应当受到责难。^[32] 而对于第五类役权,虽然由于役权的内容为不作为而不违“于不作为成立役权”原则,但从市场自由的角度看因这种安排在经济上会产生一种强制受取权利人产品的效果而被禁止。也就是说,该种以役权为进路的销售拘束是不准许的。关键理由在于:役权不得被滥用而构成对其所有权人人身的拘束。单从禁止使一项积极作为的请求权成为一项役权主要内容的规定中还不能得出准许限制竞争的论断。地役权所指向利益的载体对于权利人而言应当是被设定负担的土地,而非所有权人的人身和劳动力,因此由役权保障的仅购买权利人产品的任何情形均不被准许。在物权法上,可以完全禁止销售某些种类的商品(饮料,燃料),或者完全禁止某些用益方式(如以营造的方式进行用益),但不得进行选择禁止。换言之,地役权内容不得是在禁止销售商品的同时将某一个品牌作为例外。^[33] 就营业役权的消灭事由而言,在需役地的利益——地役权存续的必要前提——永久地不复存在,如因为役权的行使事实上在物权法上永久不能,或者事实情况发生实质性、永久性改变(如在被赋权的地产上存在竞争之限制致使处于竞争之中的营利事业经营被最终停止)时,则地役权归于消灭。^[34] 这与普通地役权并无二致。

在我国,基于经济和非经济的目的,利用特定优势地位或集体协议设定门槛或与关联企

[29] Vgl. Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 01.02.2010, Edition: 18, § 1018, Rn. 63.

[30] Vgl. Hans Prütting, Sachenrecht, 33. Auflage, 2008, SS. 358 - 359, Rn. 893.

[31] 这类协议在美国因被认为阻碍经济发展且贬损土地价值以有限限制性约据(restricted covenants, 役权的一种)所要求的“随地而动”原则而被法院认为无效。See French, Susan F., Can Covenants Not to Sue, Covenants against Competition and Spite Covenants Run with Land—Comparing Results under the Touch or Concern Doctrine and the Restatement Third, Property (Servitudes), 38 Real Prop. Prob. & Tr. J. 267 (2003 - 2004), pp. 280 - 290.

[32] Vgl. Rolf Stürner, Dienstbarkeit heute, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194. 1994 / Heft 2, 3 / Zeitschriftenteil, s. 271; Hans Prütting, Sachenrecht, 33. Auflage, 2008, S. 360, Rn. 895.

[33] Vgl. Rolf Stürner, Dienstbarkeit heute, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194. 1994 / Heft 2, 3 / Zeitschriftenteil, S. 267.

[34] Vgl. Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 01.02.2010, Edition: 18, § 1019, Rn. 12.

业签订协议以对其经营活动施加限制的情形屡见不鲜。在实践中达成营业役权性质协议的情形主要有以下几种：一是住宅小区业主委员会禁止小区住房改作经营性使用，或者物业公司在租赁沿街商业店面时对禁止对方进行特定营业，如禁止餐饮业经营；二是商业销售企业（包括商业圈、商业广场开发商）基于特定经营方式或企业发展规划战略等目的而对相关商业店面经营者施加某种限制，如只能进行高档服装销售或只能采取零售方式等。这两类行为虽然在客观上有限制竞争的效果，但在法律构造上并不违背地役权的成立原则，而且这些行为的主观目的并不在于限制竞争，也没有损害消费者的利益或者是维护更高的价值目标如生活安宁，因此受法律保护。如果住宅小区物业公司只是单独禁止某一企业从事特定营业，那会因限制竞争、有损消费者利益而应被认定为无效。需要指出的是，在德国实践中存在的地役权人因在需役地上经营加油站而设立的禁止在供役地上设立加油站的限制竞争的营业役权在我国并不多见。原国家经济贸易委员会、建设部《关于完善加油站行业发展规划的意见》（国经贸贸易[2003]147号）对国道、省道、县乡道以及城区加油站数量均有具体明确的要求。因此，地役权人只能以在附近禁止设立加油站作为役权内容。这也反映出行政规划法对地役权适用空间的压缩。

综上所述，地役权在应用于营业竞争领域时，既有基本原理与制度构造保持不变的一面，也有因该领域的内在要求而在效力上受到限制乃至被禁止的一面。^[35] 这是我们必须要注意到的。

2. 对合同自由的排除

就合同法而言，地役权与合同自由在理论上存在内在联系，表现为地役权对免于合同自由的自由的保护。对此，美国有学者认为设定地役权的合同自由会对第三人造成反向强制，这主要表现在以下方面：一是地役权的难以消除使得地役权会永久化其所设定的限制，即使该限制对权利人失去意义时也是如此。^[36] 二是地役权从属性和不可分性限制了供役地或需役地上权利变动中受让人对合同内容自主决定的自由。随着经济、社会的发展，地役权的内容已经不再局限于经济利益，而是扩展至精神利益并日益重要。需役地权利转让时，主要针对地役权人的具有精神利益性质的地役权对受让人可能并无意义，但限于地役权的特性而只能一并接受。虽然受让人可以通过常规手段移除地役权，但这些做法要么会使其承担不必要的交易成本，要么因部分移除方式如对非表见地役权的抛弃而难以实行，从而构成对当事人合同自由之限制。^[37]

三 对适用领域的扩张：以对公共地役权的考察为中心

（一）原理重述：定位与分类

地役权作为调节不动产利用的私法制度安排主要服务于私人利益，尽管在某些情况下

[35] 例如，销售协议设置市场准入的界限，将会限制市场主体的交易自由，有违市场竞争的基本秩序，因而受到规制。Vgl. Rolf Stürner, *Dienstbarkeit heute*, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194. 1994 / Heft 2, 3 / Zeitschriftenteil, S. 284.

[36] See Stewart E. Sterk, *Freedom from Freedom of Contract: The Enduring Value of Servitude Restrictions*, 70 *Iowa L. Rev.* 615 [1985], p. 617.

[37] 有学者针对这种情况就法律规则的设计提出了平衡各方当事人利益的建议。参见[美]詹姆斯·戈德雷：《私法的基础：财产、侵权、合同和不当得利》，张家勇译，法律出版社2007年版，第156-1611页。

具有一定的正外部性。随着经济、社会的发展,局限于私人利益的传统地役权已不敷使用,以服务公共利益为目的的公共地役权应运而生。从公共地役权的产生及实践来看,在工业化、城镇化、电气化、通信电子化、网络化的现代社会,水、电、气、网供应的管网架设以及通信、消防、市政等管线敷设往往需要对沿线各不动产进行各种方式的利用或限制甚至是禁止;而且人们对良好生态环境的依赖和不断提高生活质量的追求,也要求法律制度对此作出回应。就前者而言,对沿线不动产进行收购或征收在实现程序和经济投入既无可能也无必要,而债权性质的租赁又难以满足上述长期稳定利用的需求,相邻权制度在范围和程度上也都难以完全满足上述利用需求;就后者而言,受益者的群体庞大和不确定性,同样也使得包括传统地役权制度在内的财产权制度捉襟见肘。两大法系虽然在具体做法上有所不同但最终均在法律框架下作出相应的制度安排,即公共地役权。^[38]由此可见,公共地役权是为了公众利益的需要,公众或公共事业部门享有的在相关不动产上施加负担或不利益,权利人负有容忍义务的一种权利。^[39]从权利构造来看,公共地役权是传统私法上地役权的新发展;从产生及其发展实践来看,公共地役权的适用领域非常广泛且会随着经济、科技和社会的发展而扩张。

对于公共地役权的定位,由于其以公共利益设立和存续目的,且在实践中往往是以行政法规为依据成立的,因此有公法学者把之界定为公法上的行政役权,^[40]并且这也有比较法依据^[41]。私法学者更愿意从公共地役权的制度原型——传统私法上地役权——出发,将其界定为私法上的传统地役权的特殊形式。^[42]这两种理解各有其合理性也各有不足。但无论持何种见解,学界都需要解决公共地役权制度及其运作中面临的以下问题:一是成立依据;二是成立方式;三是成立程序;四是对价支付;五是权利行使、变更及消灭。

对公共地役权可以从权利主体、义务主体及权利内容等多个角度进行分类。以权利主体为标准可以对公共地役权分为公用事业(公共)地役权与公众(公共)地役权。这种进行分类有其独特的价值,值得重视。从公共地役权的定义来看,虽然都以公共利益为目的,但在具体规则上,公用事业单位和公众这两类主体在取得、行使权利及负担义务等方面都有所不同,在直接受益主体范围上呈从小到大的递进、扩展态势。

(二)公用事业地役权:以管道法为例

如前所述,公用事业地役权的内容是极其丰富、多元的,且明显呈现出公私法交叉面貌。“公法在财产方面所占有的越来越重要的地位(对所有权的限制、国有化、法定役权)……在财产方面,公法与私法的相互补充表现得尤为明显。”^[43]以地役权与公共规划法的关系为

[38] 参见张建文:《现代俄罗斯法上的公共地役权制度》,《武汉科技大学学报》(社会科学版)2011年第1期,第63-65页;See The American Law Institute, Restatement of the Law, Third, Property (Servitudes), § 2.18; The Public Utilities Easements Act, Chapter P-45 of The Revised Statutes of Saskatchewan, 1978, at <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/P45.pdf>, 2013/10/08.

[39] 参见陈耀东、罗瑞芳:《我国空间权制度法治化历程与问题探究》,《南开学报》(哲学社会科学版)2009年第6期,第100页;王明远:《天然气开发与土地利用:法律权利的冲突和协调》,《清华法学》2010年第4期,第146-149页;肖泽晟:《公物的二元产权结构——公共地役权及其设立的视角》,《浙江学刊》2008年第4期,第138-140页。

[40] 肖泽晟:《公物的二元产权结构——公共地役权及其设立的视角》,《浙江学刊》2008年第4期,第138页。

[41] 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第330页。

[42] 本文就是循此思路展开论述。也有学者持类似见解。参见孙鹏、徐银波:《社会变迁与地役权的现代化》,《现代法学》2013年第3期,第75页。

[43] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔:《法国财产法》(上卷),罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第1-2页。

例,“公权力承担者可能会尝试通过役权来保障公共利益,具体作法例如可以是设立役权,同时禁止营利事业上的利用或者其在役权上禁止某些营利事业,目的是出于结构上的考虑,方便其他营利事业的建立。”^[44]而在地域和影响范围上城乡交叉、在理念和规则上公私法融合的《石油天然气管道保护法》(以下简称《管道法》)在诸多方面也都有体现。^[45]《管道法》于2010年10月1日生效实施。这对于协调管道建设与土地规划、城乡规划,维护公共安全及管道正常运行,理顺管道与铁路、公路、河道等工程存在大量交叉而形成的复杂的相遇关系,保障石油天然气输送安全和公共安全,维护国家能源安全具有重要意义。可以说,《管道法》中的诸多规定都是关于地役权的规定,进行仔细分析对相关问题的解决不无启发。现以《管道法》为例作简要阐述。

1. 关于成立依据

由于“现行法的相关规定,对法律关系的定性模糊,导致利用程序、权利义务不明,纠纷不断”,^[46]因此寻找成立依据是顺利运作从而发挥公用事业地役权制度的作用的首要任务。应该说《管道法》为油气管道等公用事业地役权提供了一定依据,但其他诸多公用事业地役权仍处于无法可依或可依之法位阶过低而难以通过物权法定原则审查的境地,而且在没有明确法律关系及请求权基础的情况下公平、高效、有序、统一地处理相关纠纷是不现实的。例如,《管道法》第29、30条、《电力法》第16、53条、《电力设施保护条例实施细则》第16条第1款等的规定就存在类似问题。为保证法律规定的周延性,《物权法》在“地役权”节对公共地役权作出原则规定,概括规定其设立条件、程序和补偿原则,以统领各特别法。

以便地役权的基本规则能在特别法没有规定或规定存在疏漏之时提供支持。

2. 成立方式

成立方式和成立依据密切相关。根据《物权法》第156条的规定,地役权只能由当事人合意设立。但公用事业地役权的设定因交易成本过高而无法一一采取合意的方式进行。根据《管道法》第11、12、14、15条的规定,对于管道建设土地使用以及受影响土地,依照土地管理法律、行政法规的规定取得或补偿,即强制或法定地役权。但《物权法》第156条的规定无法容纳这些依据行政法规成立的强制地役权。这要求《物权法》在地役权成立方式上坚持多元化原则,增加依法强制设立的方式。

3. 成立程序

公用事业因利用土地行为的不同而需要取得两类权利:一是建设用地使用权,二是地役权。对于建设用地使用权,自应根据土地征收程序为之。

对于公用事业地役权的成立,应遵循设立地役权的基本程序要求。由于公用事业地役权设立的法定性和强制性,双方当事人的自由协商程序便无须进行。但公用事业单位必须依照城乡规划法、土地管理法的相关规定拟定设立公用事业地役权所需的基本条款,取得行政主管部门的许可,然后进行送达并加以公示,履行相关义务如支付补偿、告知相关注意事项。虽然《物权法》规定的地役权变动模式为登记对抗主义,但对于公用事业地役权的取得还是进行登记,理由兹不赘述。此外,不同类型、内容的公用事业地役权在设立时的协调问

[44] Rolf Stürmer, Dienstbarkeit heute, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194. 1994 / Heft 2, 3 / Zeitschriftenteil, S. 293.

[45] 实务界已经注意到管道法作为特别法与规划法的关系协调问题。参见王世声、王振明:《关于石油天然气管道保护法的几个问题》,《国际石油经济》2007年第6期,第28-29页。

[46] 孙鹏、徐银波:《社会变迁与地役权的现代化》,《现代法学》2013年第3期,第79页。

题也值得关注。从类型来看,综合《管道法》各条的规定,地役权的类型主要有:(1)管道铺设权(《管道法》第 3 条第 2 款,第 12 条);(2)对限制相邻不动产利用方式、强度等的役权(《管道法》第 30、33 条);(3)作业物支撑役权(《管道法》第 58 条);(4)穿越通行役权;(5)管道与管道、光缆、电缆等的铺设协调的权利。对第五类涉及的公共设施建造统筹、协调问题,我国法律制度存在缺失,相关立法往往是由各个部门分别草拟法律草案,难免有各单行法之间不协调的“打架现象”及“部门立法”之弊病。《管道法》第 35 条就是著例。根据该条规定,进行有关施工作业,施工单位应当向所在地县级人民政府主管管道保护工作的部门提出申请,接受申请的主管管道保护工作的部门应当组织施工单位与管道企业协商确定施工作业方案,并签订安全防护协议;协商不成的,主管管道保护工作的部门应当组织进行安全评审,并作出是否批准作业的决定。该条对施工协调所设定的地役权及设定程序存在严重缺陷,把这一决定权赋予管道主管部门至少有以下不足:第一,如果上述电力、通信等部门也做此类似规定,那该如何执行?第二,对争议终端解决方式规定为行政主管部门自行裁决,既违背司法终裁这一基本的法治要求又违反中立性原则。

4. 对价支付

公用事业地役权的设立也应以为有偿为原则。《管道法》对每种役权的不动产利用补偿与责任承担问题也有所规定。这些规定主要见之于《管道法》第 44 - 49 条规定,主要集中在在施工或使用过程中发生交叉的相关主体之间。而对于受这些设施影响的不动产权利人,《管道法》第 14 条规定,依法建设的管道通过集体所有的土地或者他人取得使用权的国有土地,影响土地使用的,管道企业应当按照管道建设时土地的用途给予补偿。由于这种土地利用相当于一种征收,因此在设定程序、相对人权益保护、补偿标准及对象等各个方面都有待明确,进行细化,以提高法律的可操作性。补偿标准应由独立第三方进行评估,以保证评估结果的客观真实;举行听证会,以反映相关当事方特别是供役地权利人或其代表^[47]的意愿和利益;应根据实际情况进行相应调整,以切实维护供役地权利人的利益。

5. 权利行使、变更及消灭

从权利行使来看,《管道法》也作了相应的规定,主要有以下几个方面:(1)规定了管道规划的原则,应遵循安全、环保、节约用地和经济合理的原则(第 10 条);(2)基于立法目的与公共安全考虑,限定了管道铺设的区域(第 13 条);(3)未经管道企业同意,其他单位不得使用管道伴行道路、管道水工防护设施、管道专用隧道等管道附属设施;(4)建设工程各方应当为对方提供必要的便利,相关单位和个人亦应提供必要的便利或协助;(5)城乡规划的管道建设用地,不得擅自改变用途。其中,第三各方面的规定似乎过于绝对,应在不影响安全作业的前提下适当放宽,这一结论从规划原则种也可以推导出。

从权利变更来看,由于地役权的从属性和不可分性,因此地役权无法独立发生变更,只应随需役地或供役地上的物权变更,并作相应的登记。

从权利消灭来看,基于设立的法定性和强制性,公用事业地役权的消灭事由以公法上的事由为主,相对于设立而言,程序要求无须那么严格。但在对供役地造成无法恢复的破坏

[47] 在实践中,供役地往往是发包给农民的农村集体土地。因此农民尤其是农民集体应获得程序参与权。农民也希望农民集体发挥作用,维护自身合法权益。参见课题组:《我国农村集体经济有效实现法律制度的实证考察——来自 12 个省的调研报告》,《法商研究》2012 年第 6 期,第 49 页。

时,公用事业单位应提供充分的补偿。

(三) 公众地役权:以环境保护地役权为例

公众地役权在我国的适用领域同样非常广泛,既有与基本国策相关的耕地保护与社会发展战略的社会主义新农村建设领域,也有维系人的物质生存的自然生态环境与保存人的精神文化资源的领域。地役权的制度构造决定了其在耕地维持与保护上也可以有所作为。^[48]而用于湿地等自然生态和历史文化遗产保护的美国法上的保存役权^[49]则值得我们关注。

事实上,不单单是自然生态环境的积极保护,就是当今世界的严重环境资源破坏污染的预防问题,包括地役权在内的作为资源配置基本法的物权法有了以私法手段维护环境的新功能。这不独存在于大陆法系,也存在于英美法系,如英国法上的地役权——限制性约据——的供役地人就负有不违反城乡规划、不实施有损环境的行为等不作为义务,从而使得地役权制度为实现环境资源的可持续利用开始具有公法色彩、融入生态学观念。^[50]

从保护环境、增加保护手段的角度出发,环境法借用甚至改造地役权有其必要性和现实意义。总的来看,地役权制度有助于明确界定物权的界限,防止权利的滥用,在建立对环境物权保护制度的同时还在某些方面优于环境侵权制度对环境的保护效果。详而言之,地役权的环境保护功能表现在以下方面:(1)环境生态具有公共产品的性质,因而对其保护具有相应的公共性,这使得科学界定产权从而把负外部性内化有其必要性。这种内化机制可以借助地役权加以实现。(2)地役权制度通过满足财产利用多样化需求来实现环境保护的目的。这一是表现为创设权利,二是表现为创设行为模式。^[51](3)地役权本身极具特色的法技术构造可以转化为环境保护的工具和政策手段,如美国法上保护湿地、景观、农田的保存地役权。

四 结 语

地役权在现代的发展产生了全面、深刻的影响,表现出从民法内部到超越民法进入其他法律领域的扩展性与跨界性,展现出诸多社会现象的解释力,进而也可以发现其参与、促进社会发展功能的发挥方式,以及作为对公私法交叉、融合现象观察与解析的切入点。

公私法作为传统的经典的法律分类对整个法律思想观念、制度设计甚至超越法律领域发挥着重大影响。包括地役权在内的物权理论与立法的公私法混合色彩越来越浓。从具体制度入手,探索公私法的交叉、协调与融合问题无疑是一个可行的方法。而与地役权密不可分的“相邻法、建筑法和环境法的并行可以说是公法与私法相互作用的典型。”^[52]对相邻之

[48] See Nora De Cuir Alvin D. Sokolow Jeff Woled(Edited), Compensation Landowner for Conserving Agriculture Land, University of California Agricultural Issues Center, December, 2003, pp. 159 - 250. at <http://aic.ucdavis.edu/research1/Conserv.ag.pdf>. Also see Morrisette, Peter M., Conservation Easements and the Public Good: Preserving the Environment on Private Lands, 45 *Nat. Resources J.* 1136 (2005), pp. 425 - 426.

[49] See The American Law Institute, Restatement of the Law, Third, Property (Servitudes), § 1.6.

[50] 关涛:《作为生存法的不动产物权制度》,《中国法学》1999年第1期,第64页。

[51] 参见徐列涛:《地役权制度的环境法意义》,《湖北省社会主义学院学报》2002年第2期,第57页。

[52] [德]M. 沃尔夫:《物权法》第20版,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第168页。

地所涉法律关系的调整,“私法规范与公法规范双管齐下,却又相互交错而呈混乱局面”。^[53]“随着城市规划工作的不断加强,城市土地的开发利用越来越受到政府行为的控制,一些相邻之地的有关地役权问题实际纳入了城市规划的范畴,有关地役权的内容由当事人约定的范围也就越来越小。”^[54]随着经济、科技的飞速发展,土地立体利用日益成为常态,高楼林立,鳞次栉比,人口涌入城市而使生活陷入混乱,降低了人民的生活品质。为改善此种状况,立法尤其是公法介入越来越深。在此情形下,如何保证公权力机构的行为受到行政私法的一般性拘束,行政法上的规划程序规则不被规避也是需要认真思考的问题。^[55]在此背景下,对关涉公共利益和私人利益的地役权的妥当规范,对实现公私法的协调、平衡对当今公私法关系处理不无启发意义。

[Abstract] Development trend of the servitudes in modern society exercises influence over civil law and its external. As concerns manifestation mode of the influence of servitudes and its development trend, the influence is represented in the following fields: Firstly, the shock to existing system including the doctrine of property rights, such as legally prescribed real right, doctrine of one thing, one right, and principle of public summons and public reliability, and the system of usufructuary rights and servitudes. Secondly, expansion to its function. Servitudes can have substitution effect to torts law, and have exclusion and limitation effect to freedom of business and freedom of contract. Thirdly, extending the scope of its application. It can be illustrated by the public servitudes classed public utility servitudes and community servitudes. Environment servitude is the typical example of the former, and the pipeline law is the typical example of the former. It illustrates the way of the servitudes participating and promoting the society, and is regarded as a point of penetration of the phenomena that public law may be integrated with private law.

(责任编辑:姚 佳)

[53] 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第537页。

[54] 刘兆年:《我国城市地役权研究》,《中国土地科学》1997年第6期,第29页。

[55] Rolf Stürmer, Dienstbarkeit heute, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194. 1994 / Heft 2, 3 / Zeitschriftenteil, S. 293.