

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2014.03.014

# 国外城市土地分层利用制度及其启示

王刚<sup>1,2</sup>

(1. 青海民族大学法学院,青海 西宁 810007;2. 青海省人民检察院,青海 西宁 810007)

**摘要:**城市土地从平面利用至立体利用的发展趋势使构建和完善相关制度成为必然和可能。而国外城市土地分层利用制度有许多成功经验,均值得研究和借鉴。中国不宜引进大陆法系地上权概念,建设用地分层利用制度应以大陆法系国家严谨的学术概念统摄建设用地分层利用诸形态,借鉴英美法系较为灵活的实务经验对具体情况进行区别规定。

**关键词:**城市土地权利;分层利用;启示

**中图分类号:**DF45

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5831(2014)03-0103-08

社会经济的迅速发展和人类利用土地资源技术手段的显著提高,使土地分层利用情形成为可能并趋于普遍,而国外关于土地分层利用之实践是现代社会对土地资源立体化利用的缩影,其成功经验值得研究和借鉴。从比较法意义而言,一方面,在建筑技术上,国外相关实践已克服了土地立体利用在建筑领域等方面的难题;另一方面,为适应和保障土地立体化利用发展的需要,对地表及其上下分层空间的具体范围以及产权界定等问题需从立法上予以回应,而国外在对相关制度进行广泛、深入研究的基础上,充分结合对土地分层利用之各种实践,在学说、判例以及立法方面积累了丰富的经验。因此,加强对域外法相关理论和实践的研究,将会对中国构建相关制度起到很强的理论支撑作用。

## 一、英美法系国家关于土地分层利用制度之经验及评析

### (一)英美法系国家关于土地分层利用制度之经验

从形式而言,尽管英美法系素有以判例法为主、变革相对缓慢,具有保守性、法律发展中法官作用突出、体系庞杂缺乏系统、注重程序等相较于大陆法系的特点和缺憾,但在财产法上,其仍彰显出诸多优点,且具有重要的参考和借鉴价值。英美财产法以在团体占有的前提下对土地充分利用为宗旨,不仅避免了大陆法系在强调物的归属的同时筑起阻碍财产相互利用的藩篱,而且在对以资源有效配置和充分利用为中心的现代市场经济制度方面意义重大。其因缺乏严密的理论体系,反而摆脱了概念法学的束缚,具有了更强的适应性、包容性和生命力<sup>①</sup>。

#### 1. 美国

在美国财产法上,“财产所有者的权利和义务不仅由法官发展起来的普通法决定,甚至更多地是由法律、条例以及立法和行政机关做出的决定所左右”<sup>[1]289</sup>。因此,美国关于土地分层利用制度之相关理论和规定既由在法律渊源中占主导地位的判例法予以确立,还集中规定于专门调整土地空间利用的有关成文法中。

第一,关于对土地上空空间利用之判例。在判例法上,由于美国法坚持罗马法关于所有权“上达天宇、

修回日期:2013-09-23

基金项目:青海省社会科学规划项目“青海工业园区土地开发利用相关法律问题研究”(12015)

作者简介:王刚(1982-),男,青海省化隆县人,法学博士,青海民族大学法学院副教授,民商法硕士研究生导师,青海省法学研究所土地与住宅政策法律研究中心主任,青海省人民检察院民行处副处长,主要从事民法学研究。

<sup>①</sup>实际上,英美法系国家并无抽象的物权概念,但在法律上也确立了财产支配权的各种具体形态,以明确财产的归属和利用关系,在普通法的传统观念中,对物的一切支配性权利都包含在“property”(财产)这一法律概念中,因而,“property”在英美法上主要由合同法、侵权法等调整。参见梅夏英《财产权构造的基础分析》(人民法院出版社2002年版,第49页)。

下及地心”的原则,因此,其以绝对的土地所有权理念为基础,经由判例,在19世纪中叶即确立起有关地上权利水平区分的理论,允许土地所有人可以将其空间予以租赁或让渡。具体判例有:(1)1857年的爱阿华州判决(Rodes v. McCormick, 4 Iowa, 386)认为空中权可以以分离形式所有;(2)1898年的伊利诺伊州判决(Westside Elewarded Railway Company. v. Spinger, 171 I. 170)认为空中权可与地表分别所有,可将地表“别除”而仅以空中为所有权的客体<sup>[2]296</sup>。此外,1946年联邦最高法院在美国诉卡斯伯(The United States v. Causb)一案中,进一步表明了承认土地所有者的上空空间具有权利利益并得单独成为权利客体的立场。美国加利福尼亚州民法典则直接对土地的上下空间进行限定:“土地包括地面以上和地面以下一定距离的开放的或有建筑物的空间。空间的使用限制和空间的使用权利由法律施加或赋予。”<sup>②</sup>1962年,议会做出飞机航行所可能达到的空间,将作为不动产予以征用的决定。至此,土地所有者将土地上部空间予以水平切离而加以让渡、租赁的情形日渐普遍。

第二,成文法对土地上下空间立体利用方面的规定。如前所述,尽管美国是典型的判例法国家,但在土地立体化利用情况下,关于土地上空空间范围利用之立法已见诸于各州成文法。如1927年伊利诺伊州制定的《关于铁道上空空间让与与租赁的法律》,即被视为美国历史上关于土地分层空间利用问题的第一部成文法。10年后,新泽西州于1938年也制定了类似的法律,用于规制土地立体利用问题。此后,于其他各州,承认空间权概念以及土地分层利用的立法及有关规制公共设施上空的空间权活用的立法亦陆续出台。如美国加利福尼亚州民法典第659条直接对土地上下空间做出规定,“土地为泥土以及含有沙土、石头或其他成份而组成的物质,它包括地面以上和地面以下一定距离的开放的或有建筑物的空间,其高度和深度由法律规定的空间范围决定,或由法律允许使用的空间的权利决定”。1958年,美国议会做出州际高速公路的上空与下空可以作为停车场使用的决定,空间权概念自此在美国广泛传播<sup>[3]153-154</sup>。1970年,美国有关部门倡议各州使用“空间法”这一名称来制定自己的空间权法律制度。为实践此倡议,俄克拉荷马州率先于1973年以法律199号公布了著名的“俄克拉荷马州空间法”(Oklahoma Air Space Act)。其明确规定:空间系一种不动产,其与一般不动产一样,可以成为所有、转让、租赁、设定担保、继承等的标的,并且可以在课税与公用征收方面比照一般不动产处理;州及自治体可与其他公司实体共同开发空间,也可将公有道路用地上的不必要空间出售、出租,或对公有道路用地仅得有地役权等。因此,这项州法非创设新的空间权制度,而是对以往普通法上已获得承认的空中权以制定法形式予以确认和补充,是对以前判例与学说关于空间权法律问题基本立场的总结<sup>③</sup>。

需指出的是,美国法中关于土地地上空间利用立法,并不局限于地表之上的建筑物,而是延伸到更广领域的空中,由此,空中权概念应运而生。空中权,即将土地的上部空间作水平性区划而予以建筑型利用的权利<sup>[2]311</sup>。20世纪初,鉴于纽约Grand Center火车站运送力急需增强的迫切性,于是将火车站上空空间租赁给开发者,而在其下建设二层大楼的终点停车场。受此影响,纽约市多数土地所有人开始将上部空间予以让与、租赁。上述1927年伊利诺伊州制定的《关于铁道上空空间让与与租赁的法律》、1946年美国诉卡斯伯(The United States v. Causb)案以及1906年巴特勒诉边境电话公司案等即为美国法上关于空中权的活用。美国关于空中权的利用,主要集中在铁路上空、道路上空、学校上空以及美术馆上空等<sup>[2]326</sup>。

## 2. 英国

在英国普通法上,财产分为动产和不动产两种。在全部法律理论中,所有权以及附着于所有权的一切权利,均与有关物件的性质发生联系,标的物究竟是动产还是不动产在英国法上极为重要。不动产包括一切被称为“lands”、“tenements”以及“hereditaments”。“tenements”包括各种附着于土地的建筑物,而“hereditaments”则指依照英国法历史的发展,而转移于继承人的不动产<sup>[4]</sup>。与美国一样,在英国,土地所有权的效力范围,不仅及于土地的表面,而且也及于土地的上空和下空。关于对土地上空利用情形,英国普通法最初于1587年根据土地所有权绝对理念,由伯里诉波普(Bury v. Pope)一案确立土地上空可以单独成为所有权客体的立场。此后,在1610年贝特案(Baten's Case)、1815年与1870年科比特诉希尔(Corbett v. Hill)案中,

<sup>②</sup>Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1979, p789. 转引自彭诚信《我国土地公有制对相邻权的影响》(《法商研究》2000年第1期)。

<sup>③</sup>参见陈华彬《民法典与民法物权》(法律出版社2009年版,第296页);刘宇辉《我国城市地下空间权立法的必要性研究》(《行政与法》2008年第7期);王利明《空间权:一种新型的财产权利》(《法律科学》2007年第2期);刘春彦、宋希超《地下空间使用权性质及立法思考》(《同济大学学报(社会科学版)》2007年第3期)。

法院再次表明了承认土地上空可以单独成为权利客体的立场。并进一步指出：“土地所有人，与所有土地一样，得所有土地的上部空间。”<sup>[2]311</sup>

在土地开发利用方面，英国实行土地开发权国有化，即任何对土地的再开发行为必须向国家购买土地开发权。英国于1947年通过的《城乡规划法》中宣布，一切私有土地将来的开发权（变更使用权）属于国家所有，由国家独占。而私有土地将按现状使用的所有权，属私人所有。私有土地所有人或利用人如果要将土地变更为非农建筑之用，则在实行建筑之前，必须向政府购买土地开发权，开发权的价值按变更使用后自然增涨的价值计算。该法通过施行后，即实行土地开发权国有化。土地开发权国有化的内容，主要包含如下两个具体实施办法：（1）任何土地开发，必须符合计划许可；（2）准许开发之前，必须先缴土地开发税。因此，任何人在土地的地表、地下或上空从事建筑、土木工程、采矿或者其他开发活动，或对土地、建筑物之任何使用的实质改变，都必须向地方规划机关申请土地开发许可。已经获得开发许可并缴开发税的，即获得土地开发权，可以进行特定土地的开发。申请特定土地的开发，经审查符合都市计划许可开发的条件后，应立即预先评估开发前后土地使用价值的差额，征收100%的开发税（1947-1953）或者60%~80%的开发土地税（1976-1985）或所得税（1985年以后）<sup>[5]</sup>。

总之，英国在土地分层利用方面，一方面，在普通法上确立了土地上空可以成为独立的利用客体；另一方面，通过开发权制度，确认土地将来可能实现的财产权利，以向政府购买开发权（实际是征收开发税）作为取得土地开发权之前提，即私人在尚未依法取得对土地的开发权前，土地属于国家所有；而私人在依法取得此项开发权之后，土地则属于该私人的私有财产。此时，任何人对于此项既得权益如有侵害时，应当给与损害赔偿。同时，任何人如欲提高土地使用度，变更土地使用现状，则必须向政府购买开发权。这种制度的实质效果，即以不同时间予以划分，将“现在使用利益”与“将来变更使用利益”的所有权予以分割处分，从而建立一种“区分所有权”。在“区分所有权”下，土地所有权的效力范围，既可以按其立体空间范围由不同的权利主体分层区分所有，分割处分，亦可以按现在与将来的时间由不同的权利主体分层区分所有，分割处分。

## （二）简短评析

如前所述，就法律渊源而言，美国法和英国法因属于英美法系，所以以判例法为法源的判例法主义居于主导地位，而以制定法为法源的成文法则居于次要和补充地位。因此，就其土地分层利用制度而言，其缺点在于：成文法的内容和体例没有形成体系，因没有所谓的地上权、地役权等具体明确的概念，使得土地分层利用缺乏统一的规则，故必须以新的权利类型方式出现。然而，相较于大陆法系国家，其又体现了非常灵活的一面，因不受概念和体系范式的约束，又因判例在具体案件中的作用，使其在复杂的土地分层利用过程中便显得张弛有度。

首先，从立法效果看，英美法系国家灵活性的立法特点能打破成文法体系化要求的束缚，进而可以以某一具体案例来解决和处理相关问题。如在美国法上，其对土地分层利用制度之立法实践和肇端，即源于飞机投入运行后，考虑到飞机投入使用后带来的巨大社会效益，立法在保护土地所有权的同时，亦开始承认飞机在他人土地上空飞行的权利。此不仅将土地的立体利用拓宽至非常广阔的立体空间，而且为人类在更高和更深的空间范围内利用土地资源奠定了非常坚实的理论和实践基础。再如，美国的移转可能的开发权制度，将土地的开发和利用纳入到对历史建筑物、农地、自然环境的保护等可持续发展之中，规定得不仅详尽而且具体，亦符合可持续利用土地资源的现实需求，对土地的可持续利用意义重大。还如，英国除在普通法上确立了土地上空可以成为独立的利用客体外，还通过开发权制度确认土地将来可能实现的财产权利，以向政府购买开发权作为取得土地开发权之前提，亦不乏灵活之处。

其次，从对空间权的规制看，英美法系国家并未仅局限于通过判例形式予以规制，而在充分发挥其灵活性特点的同时，以成文法的形式对空间利用诸形态予以相应规定。这种方式既避免了大陆法系因强调物的归属而筑起阻碍财产相互利用的藩篱，又能克服英美法系保守性、法律发展中法官作用突出、体系庞杂缺乏系统、注重程序的诉讼主义等缺憾，不失为两大法系交融规制相关问题的尝试，对我们构建和完善相关制度无疑具有重要的参考价值。

再次，自20世纪上半叶始，随着城市化进程的迅速发展和人口的不断增加，人类认识到动态土地权利设置与保护的重要性。以此为契机，主要资本主义国家开始研究动态土地权利的配臵，即在土地立体化利用的同时，开始关注和配臵土地发展权。其与空间权一道，从本国的经济社会发展水平和条件出发来构建土地权利法律制度。如英国制定《城乡规划法》，实行“土地发展权国有化”；美国创设TDR和PDR制度，确立了土地可持续发展规则，将土地发展动向与保护自然资源、保护生态环境以及保护公共利益结合在一起共

同考量,为科学配置发展权和空间权提供了丰富的经验。

## 二、大陆法系国家关于土地分层利用制度之经验及评析

### (一)大陆法系国家关于土地分层利用制度之经验

在土地利用方面,大陆法系国家不仅在民法典等成文法中对土地地表、地中和空中的立体利用进行了规制,而且以德国为代表的大陆法系国家,亦开始以大量判例形式补充和解决土地立体利用过程中遇到的诸多难题,从而克服了大陆法系立法过于僵硬的立法诟病。

#### 1. 德国

因继受罗马法,德国也承认土地所有权绝对主义,在土地所有权效力范围方面,该法第905条第1款规定了“土地所有者的权利扩及于地面上的空间和地面下的地层”,即明确土地所有权的范围包括地表、空中及地下。为防止此所有权陷入罗马法“绝对性”窠臼,避免对他人合法利用土地分层空间范围造成妨害,该法同时赋予他人无害使用的权利,规定“所有者不得禁止他人在排除干涉与所有者无利害关系的高空和地层中所进行的干涉”,即对所有者的土地所有权进行了限制<sup>[6]</sup>。

在对土地地上和地下空间利用方面,《德国民法典》第1012条规定,土地可以地上权方式设定其他权利,使因设定权利而享有利益的人,享有在土地的地上或者地下设置建筑物的可转让或者可继承的权利。但是,由于《德国民法典》包括土地空间利用在内的全部地上权的规定仅设有定义、设定范围、公示方法、消灭规制以及适用准则6个条文,在涉及具体问题时显得比较笼统和粗糙,在解决实践问题时显得较为不足。为改变上述困境,德国于1919年1月15日制定了共计6章39个条文的“有关地上权之命令”,并同时赋予该命令有与法律同等的效力,从而使德国土地空间利用制度得以极大改善。按该“有关地上权之命令”,所谓地上权乃包括普通地上权和空间地上权,空间地上权是指以在他人土地表面、上空及地下拥有工作物为目的而使用他人土地及空间的权力。须为一提的是,该“命令”创设了以地上权为本权而再次设立的次地上权制度。即地上权设立后,地上权人还可以与第三人协议,由第三人在自己所支配的不动产上设立次地上权。次地上权人根据协议,可以支配地上权人支配范围内所指定土地的地表或上下空间,或者仅支配土地的上下空间。可见,次地上权制度的创设,为土地上下空间进一步脱离地表而单独成为民法物权之客体提供了有力的法律手段<sup>[7]</sup>。

#### 2. 日本

日本关于土地以及土地分层利用方面的全国性法律非常繁多。因此,为便于了解和掌握,以下就日本相关制度之立法和活用情况作一简要介绍和分析。

第一,民法典第269条之二关于区分地上权的分析<sup>④</sup>。昭和41年(1966年),日本修正民法典时,在地上权的规定中追加了区分地上权制度,在第269条之二规定:“(1)地下或空间,因定上下范围及有工作物,可以以之作为地上权的标的。于此情形,为行使地上权,可以以设定行为对土地的使用加以限制。(2)前款地上权即使在第三人有土地使用或收益权利情形,在得到该权利者或者以该权利为标的的,权利者全体承诺后,仍可予以设定……”该条所规定的地下、空中的地上权即学界所称的“区分地上权”。另外,为明确并限制该权利的范围,配合该区分地上权的规定,《日本不动产登记法》第111条第2项还特别规定了设定区分地上权的登记程序,即申请区分地上权登记时,除须登记设定目的、存续期间、地租额外,还应记载作为地上权的地下或空中的上下范围。此登记既为区分地上权设定的生效要件,也为对抗第三人的要件<sup>[2]297</sup>。

第二,空中权的活用及其基本形态。20世纪80年代中期,为进一步推动都市土地的高度利用与空间的有效活用,除区分地上权关于土地上空一部分或全部空间利用等规定外,日本部分学者开始接受美国法的空中权概念,并涵盖美国空中权(Air right)和移转可能的开发权(TDR)两种权利以及容积率移转的情形,促进了日本空中权制度及理论的发展。日本所谓的空中权,即将土地的上部未利用空间的一部分或全部从与其下的土地地表分离出来而作为单独的权利客体,且不移转其物理位置而由他人以所有建筑物及其他工作物为目的而加以利用的权利<sup>[2]314</sup>。从上述概念可以看出,日本关于空中权的规定,其实包括了日本民法典第269条之二规定的区分地上权以及美国法的空中权和TDR制度。

从上述介绍足见,日本法关于空中权的规定和利用相当细杂,其不仅在私法上对空中权各种形态予以活用,而且在公法领域也有所涉及。其优点在于:将纷繁复杂的土地空中利用形态,在各种法上予以详细规定和界定,从而使各种利用形态分归于不同法规予以规制。既详细规定了土地空中利用的各种形态,又能

<sup>④</sup>关于地上权和区分地上权的详细解说,参见成田颀明《土地制作と法》(株式会社弘文堂平成元年6月30日,第126页以下)。

使各法规内部相互衔接,从而形成一套体系严密的法律制度,有利于对土地空中和地下空间各利用形态的切实保护。

## (二) 简短评析

多数大陆法系国家在各自的民法典中均将土地分层利用制度规定为与普通地上权相区别的一种特殊的地上权,通过地役权、相邻权制度等进行规制,将土地分层利用制度纳入到用益物权当中。面对土地分层利用之需求和趋势,又对其进行了修正和补充,不但保持了法律体系的更新,而且又坚持了法律体系结构的严谨和系统。从上述大陆法系国家有关分层利用制度的学说、判例和立法观之,尽管其在概念上并未直接使用“空间利用权”抑或“空间使用权”等称谓,但不可否认,在其地上权以及相关制度中已对土地分层利用制度予以了关注和规制。

就该制度的表现形式而言,德国以判例形式加以解决土地分层利用问题外,还在立法中将地上权的客体范围由“土地地表”扩展至“他人土地的上空及地下”,使土地分层利用制度得到补充和改善。但其关于土地分层利用制度之判例和立法,多限于对土地地下空间范围的利用,实为土地分层利用制度之缺憾;《日本民法典》第269条之二以及在实务中对空中权的活用可谓土地分层利用制度较为完善的成文法规定,主要有以下优点:一是明确地将地下或空间作为地上权的标的,确立“区分地上权”制度;二是为进一步推动都市土地的高度利用与空间的有效活用,以满足对土地立体利用的需要,重点吸收了美国TDR和开发权制度,形成了以地表、地中和空中立体利用土地的分层利用体系。而且在判例上,认为独立空间其自体作为占有权的客体虽有困难,但作为物理上实体的媒介,只要遵循社会秩序,排他性的支配是有可能的,没有妨碍作为占有权的客体,此种情况下应该认可其对空间的占有权。可见,日本对土地立体利用之范围已涉及到地表上空,而且其大量借鉴、吸收了英美法系国家关于地表上空空间范围利用的做法,值得研究和学习。

综上,在土地分层利用制度方面,大陆法系国家并不只局限于以成文法予以规制和调整,而在具体的操作和适用过程中,掺杂了不同的判例形式以及英美法系国家在实践中积累的较为成熟的经验和做法。因此,从其关于土地分层利用的规定和实践来看,其地上权制度以及相关学说、判例无疑为我们解决相关问题提供了非常丰富的司法经验。

## 三、域外法对中国建设用地分层利用制度之启示

从域外法比较来看,无论是大陆法系国家的德国、日本,还是英美法系国家的美国、英国,都曾试图确立一种崭新的土地分层利用制度以解决土地立体利用时理论和立法所遭遇的诸多难题,以此适应社会经济发展对土地资源的需求。从历史演进来看,尽管土地所有权绝对观念对两大法系均有不同程度的影响,但其统治地位终因近现代所有权社会化以及土地分层利用趋势渐次被冲破。如此,土地所有权绝对观念并未对土地分层利用制度构成障碍从而使其陷入困境。相反,在物权理论从“归属中心”至“利用中心”趋势冲击下,所有权绝对观念渐次被修正,一种新的理论体系得以建构,并最终发展成包容土地分层利用制度之土地所有权制度。

### (一) 应否引进大陆法系地上权概念之辩

前已述及,多数大陆法系国家均在民法“地上权”项下创设分层地上权或区分地上权对土地分层利用情形予以规制。而从中国现有理论和立法来看,并未确立大陆法系地上权概念,而以较为宽泛的土地使用权概念代之。有学者认为,在土地分层利用条件下,土地使用权概念存在如下不足:就概念的科学性来讲,土地使用权并不是经过法学上严格论证后提出的法律概念,而只是经济学上的“土地使用”加上“权利”这一法律外壳,至于这一概念在法律意义上的内涵、外延、内容与种类等,并没有明确而科学的规定。致使现行法律各种土地权利之间缺乏系统的理论归依,存在着划分根据不清、种类不明和界限模糊等弊端,难与其他用益物权相区别,致使在土地利用关系上的权益划分上缺乏科学性、逻辑性和系统性,这不但在法理上不符合物权法精确调整的原则,而且在实践上容易造成混乱<sup>⑤</sup>。因此,具体到建设用地分层利用制度上,笔者认为,学者所谓的空间利用权或空间权存有非法律术语,在土地利用关系之各权益划分上缺乏科学性、逻辑性和

<sup>⑤</sup>也有学者认为,中国现存的土地使用权是一个融传统地上权、永佃权、地役权等用益物权部分功能的权利集合群,虽在实务中各有所用,但毕竟使其在宏观上难以形成统一协调和科学完整的立体式立法体系,甚至出现内容交叉与空白。进而认为,土地使用权从源起考证并非是一个经法学严格论证的法律概念,且内容庞杂,不利于建立概念清晰的用益物权体系,故建议沿用传统地上权为宜,包括现有建设用地使用权和宅基地使用权。将土地承包经营权归为农用地。参见叶成朋《地上权制度在我国的演进和价值定位》(《改革与战略》2008年第10期);江平主编《中国土地立法研究》(中国政法大学出版社1999年版,第295-300页);陈小君《我国他物权体系的构建》(《法商研究》2002年第5期)。

系统性等之虞。如此,若仍延续现行《物权法》建设用地使用权概念,则很难将土地分层利用后出现的地上空间权或地下空间权等概念囊括进去。那么,中国是否有必要引进大陆法系地上权概念呢?对此,笔者持否定态度。理由如下:其一,地上权者,“谓以在他人土地上有建筑物或其他工作物,或竹木为目的而使用其土地之权”<sup>[9]</sup>。因此,其所指的权利范围应在“地表之上”,用其涵盖地表之下之地中权利,似为不妥;其二,即使在大陆法系国家,不同国家对地上权概念的解释因观念不同亦略有区别。因继受于罗马法,德、瑞士等国民法关于地上权的观念是以地上物为中心的,如果土地上没有地上物,便不能成立地上权;如果地上物一旦灭失,地上权也随之消失。即地上权的本质在乎“有”,而不在于“用”。而日本和中国台湾地区“民法”关于地上权的观念则是以“利用”为中心,通过对土地的“所有”关系与“利用”关系的调节,实现地尽其利。故地上权的本质在乎“用”,而不在于“有”。构筑物的有无,并不是地上权的成立要件,而且地上权也不因地上物的灭失而消灭<sup>⑥</sup>。而中国现行立法仍延续传统“土地使用权”概念,其在设立方式、性质、功能等方面显然与大陆法系地上权概念有着较大差别。因此,倘若引进大陆法系地上权概念,其与土地使用权概念的落差必将显现,难以在立法上统摄许多相近制度。而且,土地使用权概念已在中国成为约定俗成的名称被人们所熟悉和普遍接受。其三,中国大量行政法规基本均使用“土地使用权”概念,若在立法上引进大陆法系地上权概念,则会出现与其称谓不一致的情况。因此,保留“土地使用权”概念,一方面,可以凸显中国土地利用制度之特色;另一方面,也有利于法律术语之统一<sup>⑦</sup>。

基于以上分析,笔者认为,在中国立法中直接引进大陆法系地上权概念不符合实际。因此,在构建建设用地分层利用制度时,应借鉴大陆法系国家地上权制度,在《物权法》用益物权“一般规定”中增设“用益物权分层使用权”,对包括建设用地使用权在内的各种用益物权之分层利用情形进行原则性规定,然后借鉴和引入英美法系国家相关概念,确立分层建设用地使用权概念,将其与《物权法》所规定之建设用地使用权予以并列,进而将建设用地从平面利用至立体利用的全部空间纳入进去统一规定,以统摄建设用地空中使用权和建设用地地中使用权的分层利用<sup>⑧</sup>(图1)。

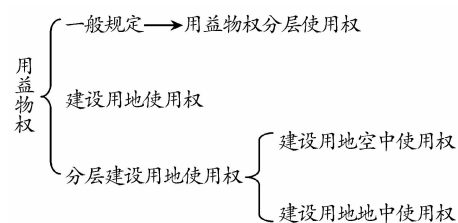


图1 用益物权

## (二)域外法对中国建设用地分层利用制度之启示

通过对上述国家和地区学说、判例以及立法之比较研究,我们可以得出如下启示。

第一,建设用地分层利用问题应当受到重视。从中国现有立法来看,尽管《物权法》已开始对此问题予以关切,但从其规定来看,其将土地利用的核心仅集中于地表,仅对建设用地及其上下一定范围的利用问题进行了规制,而并未对具有利用价值的土地地中、空中等利用情形予以回应,其规定仍过于笼统和粗糙,立法显得较为滞

后,难以解决建设用地分层利用后凸显的诸多问题。而从土地的利用趋势和状态来说,平面利用已显然不能满足现代经济的发展要求,诸如土地地中、空中的分层利用情形已呈普遍现象,在立法上必须予以回应。而域外法关于土地分层利用制度之实践,恰好能促进我们对相关问题的重视和关注。

第二,在所有权方面,英美法系“财产并不以个人占有实体物来衡量,而是以实际享有的权利来衡量的,所有权并没有成为英美法度量财产的唯一标准”<sup>[9]</sup>。在以利用为中心的时代背景下,其不仅更能注重权利人实际享有的权利,而其还能最大限度满足不同主体对土地资源的利用需求,且具有相当的灵活性。而大陆法系过于强调以物的本身归属来界定利益,使其整个物权理论过分依赖于所有权,显得较为僵化和死板。而“所有权本来就是一种强制个人独立的法律技术,这种技术在不同的社会会导致不同的结果”<sup>[10]</sup>。鉴于此,一方面,建设用地分层利用制度之特性比较符合英美法系以实际享有的权利来衡量财产之情形;而另一方面,大陆法系法律术语的明确性、语言的精练程度以及合乎逻辑的体系性等特征又对我们构建相对完善的法律制度至为重要,因此,必须借鉴和传承。

⑥参见马俊驹、余延满《民法原论》(第三版,法律出版社2007年版,第372页)。关于地上权的内容、法律属性等详见杨立新《论我国土地承包经营权的缺陷及其对策——兼论建立地上权和永佃权的必要性和紧迫性》(《河北法学》2000年第1期);江流《地上权论纲》(《现代法学》1994年第5期)。

⑦也有学者认为,传统地上权是一个比较宽泛的概念,它是指为了在他人土地上保有建筑物等而利用他人土地的权利。对他人土地上的空间的利用,也可以包含在土地权之内。但是空间权和地上权存在一定的区别,传统上理解的地上权主要是对地表加以利用的权利,而空间权仅仅是对地上和地下空间的利用,不涉及地表的利用。参见王利明《空间权:一种新型的财产权利》(《法律科学》2007年第2期)。

⑧关于建设用地分层利用制度之物权法建构详见王刚《我国建设用地分层利用制度之物权法建构》(《甘肃政法学院学报》2013年第1期)。

第三,在现代社会,土地权利制度以实现公平、效率为宗旨,其“重心已经由土地的归属转移到土地の利用,因而在一定程度上摆脱了对土地所有制性质的讨论,转而关注土地资源的使用效率,以及土地收益的分配公平”<sup>[11]</sup>。从这种意义而言,两大法系关于土地分层利用制度之学说、判例以及立法并未局限于对土地权利归属的纠结,而是摆脱了对土地所有制性质予以无休止争论的束缚和桎梏,转而以土地利用及分配公平为中心,试图实现对土地资源的最大化利用,其恰好体现了现代土地利用制度的价值核心,为中国解决相关问题提供了广阔的视域。

第四,尽管世界各国立法就土地分层利用制度客体之称谓尚未达成统一的认识,但从其对土地分层利用制度之规制来看,其试图将土地分层利用制度纳入到更为具体、更能适应土地利用制度发展的现实空间予以考量,似乎已跳出了概念范式的束缚。因此,其所关切者,乃土地分层利用制度与相关理论和制度的冲突以及如何在立法上整合和克服等技术问题。从立法技术和经验而言,其恰恰又是中国现行相关制度被忽视或回避而构建建设用地分层利用制度必须回应和解决的问题。而从实践效果看,上述多数国家能以解决实际问题为出发和归宿,理论和立法共性之中不乏特色,具有较强的适应性和可操作性。

第五,两大法系部分国家对土地地表、地上、地下空间范围进行了详细的规定,并就相关领域依不同标准进行了分类。而且,就土地分层利用之空间范围已延伸至地表以外广袤的空中或地中,并按分层空间利用范围之不同客体产生了地中权和空中权概念。此分类显然将土地分层利用制度与现代土地分层利用之实际紧密结合起来,对土地的分层利用不再局限于对依附于地表有限空间范围的研究,而将其扩展和纳入到更广、更深的空间范围予以研究。从中国学者的研究范围和视域看,其对土地分层利用制度之研究仍滞留在土地地表上下有限的空间范围内。因此,从理论和立法方面对制度本身难以进行突破和创新,不利于该制度的进一步完善;同时,与现代以利用为中心之立法理念相悖,不符合中国土地资源紧缺和分层利用之实际。而两大法系的空中权以及地中权制度,均从学说、判例以及立法上予以了充分论证和实践,而且对土地分层空间范围之利用规定得较为灵活,且采取多种渠道就相关问题进行了多方规制,对我们构建和活用相关制度无疑具有重要的参考价值。

第六,从两大法系关于土地分层利用制度之学说、判例以及立法看,其对于地下空间的利用形态也较为广泛,基本涵盖了地下空间的多方面利用,如在土地分层利用过程中,将矿产资源、生活设施、都市设施、贮藏设施、生产设施、输送设施以及防灾设施等纳入一个整体予以考量。既能做到形式统一,又充分考虑到不同利用形态之特性以区别对待。且再次为我们昭示:立法必须以解决实际问题为核心,既要求规则的逻辑性和条理性,更要注重立法的可行性和灵活性。两大法系上述立法品质和成就,于实践大有裨益,值得我们借鉴和学习。

第七,尽管两大法系针对土地立体利用之现状在学说、判例以及立法上均对土地分层利用制度予以了关注。但是,土地分层利用情形在实践中又异常复杂,其不仅是一个私法问题,而且还有可能会触及至公法领域。因此,如何在立法上予以协调,使其能够环环相扣,进而实现城市土地资源的最大化利用,实为一棘手之课题。而欲实现上述问题之突破,不仅需要从域外法中总结相关经验,更要结合本国实际和已有经验加以认真论证,以使不同法律规范的规制和调整达到同一。

#### 四、结语

中国《物权法》对建设用地分层利用制度予以了基础性尝试,以此为基础,中国未来民法典物权篇中设立建设用地分层利用制度已是可期待之事。从比较法角度而言,英美法系关于土地分层利用制度之学说、判例和立法不乏灵活之处,能结合不同的情况准用之。而大陆法系关于分层利用制度之学说、判例和立法是在高度抽象和总结相关问题的基础上所做的汇总,在大陆法系传统的中国,也有可供借鉴的土壤和养分。具体而言,美国现行法上的空中权制度、德国法上的区分地上权制度、日本民法典第269条之二以及法理及实务经验均值得我们研究和借鉴。其为中国构建建设用地分层利用制度提供了如下思路:以大陆法系国家严谨的学术概念统摄建设用地分层利用诸形态,然后借鉴英美法系较为灵活的实务经验对具体情况进行区别规定,进而解决建设用地分层利用过程中产生的各种问题。具体为:保留《物权法》第136条的规定,增设如下条文。

(1) 建设用地使用权应在必要的范围内在其地上或者地下分别设立。前款所指必要范围,是指在建筑物、构筑物及其附属设施于实务所需地基及上空范围。建筑物、构筑物及其附属设施地基以该建筑物、构筑物及其附属设施承载能力为限,但最深不得超过该建筑物、构筑物及其附属设施于实务所需之地基范围。建筑物、构筑物及其附属设施上空再行建造建筑物、构筑物及其附属设施的,应以该建筑物、构筑物及其附



属设施的承载能力和一倍于该建筑物、构筑物及其附属设施的高度为限,权利人行使权利不得损害其他权利人的权利。

建设用地使用权人的权利虽及于地上及地表下之必要范围,但其不得禁止他人在与权利人无利害关系的高空和地中所为之干涉。

(2)建设用地使用权上下之空间范围可以设定分层建设用地使用权。建设用地使用权上空设立的权利为建设用地空中使用权;建设用地使用权地中设立的权利为建设用地地中使用权。

建设用地空中使用权的使用范围上达空中,但其不得危及航空运行、公共利益的安全;建设用地地中使用权下及地中,但其不得损害地质构造及环境、公共利益的安全。

(3)建设用地使用权上下之空间范围应设定一个分层建设用地使用权,亦应同时设定数个分层建设用地使用权,如第三人有用收益权或有以该使用收益权为标的之物权者,应得其同意。

上述权利的设定无碍于第三人的使用及收益者,即不发生物权排他性问题,应不必征得第三人同意。

(4)依前条设立建设用地使用权后,于同一土地再行设定分层建设用地使用权的,其再行设定分层建设用地使用权之行使,不得妨害先设定之建设用地使用权。但涉及公共利益和法律另有规定的除外。

#### 参考文献:

- [1]伯纳德·施瓦茨.美国法律史[M].王军,译.北京:法律出版社,2007.
- [2]陈华彬.民法典与民法物权[M].北京:法律出版社,2009.
- [3]王卫国.中国土地权利的法制建设[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [4]阿瑟·库恩.英美法原理[M].陈朝璧,译.北京:法律出版社,2002:149.
- [5]刘明明.英美土地开发权制度比较研究及借鉴[J].河北法学,2009(2):169-174.
- [6]胡正方.论我国地下空间权建构的法律问题[J].政治与法律,2006(5):133-136.
- [7]孙宪忠.德国当代物权法[M].北京:法律出版社,1997:228.
- [9]王泽鉴.民法物权(用益物权·占有)[M].北京:中国政法大学出版社,2001:19.
- [9]梅夏英.财产权构造的基础分析[M].北京:人民法院出版社,2002:51.
- [10]梅夏英.物权法·所有权[M].北京:中国法制出版社,2005:76.
- [11]王卫国,王广华.中国土地权利的法制建设[M].北京:中国政法大学出版社,2002:3.

## Enlightenment and the System about Use of Stratified Urban Land in Foreign Countries

WANG Gang<sup>1,2</sup>

(1. School of Law, Qinghai University for Nationalities, Xining 810007, P. R. China;  
2. Qinghai Provincial People's Procuratorate, Xining 810007, P. R. China)

**Abstract:** Structure and perfect relevance system become necessary in use of the urban land from flat to solid dimension. Foreign countries have a lot of successful experience in use of stratified land system, which is worth of studying and reference. China is inadvisable to introduce the concept of superficies in the continental law countries. The system should be based on use of the forms of layered land in civil law countries, then draw on more flexible and practical experience in the common law system and regulate distinctively the specific situation.

**Key words:** the rights urban land; stratified use; enlightenment

(责任编辑 胡志平)