

●●● 昆明理工大学法学文库

地役权研究： 在法定与意定之间

——○ 张 鹤 / 著

DIYIQUAN YANJIU: ZAI FADING YU YIDING ZHIJIAN



中国政法大学出版社

· 昆明理工大学法学文库 ·

地役权研究：在法定与意定之间

DIYIQUAN YANJIU: ZAI FADING YU YIDING ZHIJIAN

张 鹤 / 著



中国政法大学出版社

2014 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

地役权研究：在法定与意定之间/张鹤著. —北京：中国政法大学出版社，2014.6

ISBN 978-7-5626-6425-7

I. ①地… II. ①张… III. ①物权法—研究—中国 IV. ①D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第140727号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 9.125
字 数 260千字
版 次 2014年6月第1版
印 次 2014年6月第1次印刷
定 价 28.00元

昆明理工大学法学文库、法学译丛总序

改革开放以来，中国经济实现了腾飞，中国社会正经历着一场史无前例的大变革，中国法律与法学研究也随之发生了沧海桑田般的变化。经过30多年的努力，中国社会主义法律体系已基本建成。中国法律的发展完善与法学研究者的努力密不可分，是他们的执着，使法律从野蛮走向文明；是他们的坚毅，使恣意的权力受到束缚；是他们刻苦的钻研，使法律从粗疏转向细腻；是他们的批判与检讨，使法律走出了误区，趋向理性。

自20世纪80年代开始，中国法学教育和研究机构如雨后春笋般在神州大地生根发芽，现已有650多所高校设置了法学教育和研究机构。另外，各级法学会、各级人大、各地社会科学院等机构也设置了无数专门的法学研究机构。法学研究正呈现出欣欣向荣、五彩缤纷、百家争鸣之势。“好雨知时节，当春乃发生。随风潜入夜，润物细无声。”唤醒神州大地的春雨也滋润了地处西南边陲的昆明理工大学。昆明理工大学于1994年开始设置法学专业，并于1997年成立了法学院。昆明理工大学法学院依托昆明理工大学的学科优势，着重发展刑法学、环境与资源保护法学、质量法学等优势学科，同时又不断地充实、提升其他学科。2010年秋季，学院正式成为一级学科硕士学位授权单位，下设环境与资源保护法、刑法、民商法、经济法、国际法、理论

法、宪法行政法学、质量法学（设于质量研究院）等八个硕士点。2014年，法学院又获得法律硕士学位授予权。此外，学院还可以招收挂靠在环境工程学院、国土资源学院的环境规划与管理、矿产资源保护与法治两个专业的博士研究生。2012年6月，学校与云南省人大法制委、省人大常委会法工委合作建立了全国高校第一个实体性质的地方立法研究院。

学院的快速发展得益于长期坚持的人才强院战略。法学院高度重视师资队伍的培养和优化，经过不懈的努力，逐步形成了云南省内一流的教师队伍和学历、职称、年龄结构合理的学术梯队。截至2014年1月，全院有教职工78人，其中专任教师68人，教授11人，副教授27人，博士生导师3人（兼职博导1人），具有博士学位的教师40人，另有8人在读博士，专任教师的博士率达到70%（含在读博士）。教师队伍阵容强大、治学严谨，部分教师还在中国法学会、中国环境学会、中国行为法学会、中国环境法学研究会、中国刑法学研究会、中国刑事诉讼法学研究会、中国犯罪学研究会、中国警察法学研究会、中国法学教育研究会等学术团体中担任副会长、理事等职务。在众多来自国内外名校优秀青年才俊的努力下，近年来法学院的科研成果节节攀升，在《中国法学》、《法商研究》、《法律科学》、《法学家》、《现代法学》、《环境法律评论》等刊物上发表论文600余篇，出版了专著、教材70余部，主持各类研究课题150多项。

昆明理工大学法学院有一大批来自国内名校的青年学者，他们年富力强、精力充沛，且富于创新、勤于思考。为了形成团队合力，实现强强联合，产出更多高水平的研究成果，法学院根据教师的特长成立了七个研究中心。例如，本院有27%的专职教师具有留学背景，他们专注于外国法学研究和比较法学研究，法学院结合教师的专长和云南“桥头堡”建设的实际，设立了“国际法与东南亚研究中心”。优秀的研究工作者和良好的科研平台，必将会产出一大批相关研究成果。为了进一步繁荣法学研究，帮助学院教师顺利出版相关研究成果，法学院与中国政法大学出版社经过研究协商，决定结合昆明理工大学法

学院的学术优势和中国政法大学出版社的出版力量，出版“昆明理工大学法学文库”和“昆明理工大学法学译丛”两套丛书。“昆明理工大学法学文库”主要出版昆明理工大学法学院教师的理论研究成果。该套丛书强调理论创新，突出可读性和实用性，力求实现“紧跟理论前沿，服务法治实践”的目标。“昆明理工大学法学译丛”主要翻译出版国外有代表性的法典和国外前沿性的理论研究成果，特别是翻译出版东南亚国家的法典，以便促进中国与东南亚国家的合作。

我们期望并相信，在昆明理工大学法学院青年才俊和中国政法大学出版社的共同努力下，一批较高质量的著作将会陆续面世。

曾粤兴*

2014年4月15日

* 法学博士、博士后，昆明理工大学法学院院长暨云南省地方立法研究院院长、教授。

序

自罗马法以来，大陆法系国家均把地役权作为民法的一项重要物权加以规定，而英美法系国家在司法实践上又具弹性地丰富了地役权制度。虽然各国民法对地役权的概念和行使范围有着不同的界定，但总的来说，是把地役权视为不动产关系的一种权利扩张方式，即利用他人土地而便宜有效地使用或经营自己土地的权利。

新中国成立后，由于土地公有制的确立，我们在立法上重视所有权，而忽视了对土地和其他不动产资源的高效率利用，包括地役权在内的用益物权被废止。直至改革开放后，《民法通则》也仅规定了相邻关系，并没有规定地役权。针对我国民法中这一重要缺陷，在21世纪初酝酿和制定《物权法》的过程中，是否设置和如何设置地役权的问题成为法学界讨论的热点。此时，本书作者张鹤正在清华大学法学院攻读民商法学博士学位，而地役权正是她的研究课题，并最终作为她的博士论文选题。显然，这一课题的选择具有重要的理论和立法实践意义。

张鹤博士结合我国《物权法》关于地役权的相关规定，以及近七年来地役权制度的适用状况，对其原博士论文进行了较大的修改和完善，形成了《地役权研究：在法定与意定之间》这部专著。该著作以追溯罗马法地役权的缘由为研究的起点，以梳理地役权在诸多国家民

法中的发展路径为研究的基础，通过对两大法系地役权制度的深入比较，探讨和解读了不同法系国家设置地役权的基本立场和功能。作者特别考察了地役权在我国土地权利发展史上的兴起和衰落，进而深入论述了《物权法》设置地役权的根本动因。本书强调，地役权制度在我国的确立，并不限于重拾地役权的传统理念和规则，而是将地役权的功能拓展到本来属于公法调整的部分领域，如环境保护、公益事业和公共设施建设用地等的土地利用中，这才是设置地役权的重要意义所在。作者指出，为了解决城市化建设中土地利用的立体化、纵深化等现实问题，一方面完善法定的民法规范，疏通解决土地纠纷的民事渠道，突破私法实现公共利益的困境；另一方面扩展地役权的适用范围，使其从意定成为游离于法定与意定之间的物权。从这一角度审视我国现行地役权制度，就会发现《物权法》的相关规定还不能全面反映社会发展的趋势和需求。有鉴于此，该书进一步采用解释论和立法论的方法对其不足，以及就地役权的分类、内部结构、变动与保护等内容提出了修改建议，这是对我国完善地役权立法的重要贡献。

张鹤是我在清华大学任教期间指导的博士生，现在是昆明理工大学法学院的教授。她在我的指导下做了一年半的国内高级访问学者，后来她又考取了清华大学的全脱产博士生。我们前后相处近五年。她在攻读博士学位期间勤学好问、刻苦钻研，曾获得清华大学明理奖学金。又参与我主持的“可再生能源法律制度创新研究”科研课题，工作积极主动，认真负责。她为人正直、谦虚、助人为乐，与我和曹老师（我的夫人）结下了深厚的师生友情。现在，由她著述的《地役权研究：在法定与意定之间》一书即将出版，我由衷地高兴。

值该书出版之际，我欣然为之作序。

马俊驹

2014年5月15日

于蓉城光华村

昆明理工大学法学文库、法学译丛总序	(1)
序	(1)
第一章 导 论	(1)
第一节 研究背景和意义	(1)
一、研究背景	(1)
二、研究意义	(3)
第二节 研究现状及研究方法	(5)
一、研究现状	(5)
二、研究方法	(6)
第二章 罗马法的地役权：罗马法用益物权体系之基础	(8)
第一节 地役权在罗马法的缘起	(8)
一、从“所有权”到“他物权”	(9)
二、从“没使之权”到“为土地需要的没使之权”	(12)
第二节 地役权观念对构建罗马法物权体系的意义	(16)
一、催生了抽象的绝对所有权概念	(16)

二、用益物权体系的奠基	(19)
第三节 本章小结	(27)
第三章 比较法上的地役权之沿革及基本立场	(28)
第一节 大陆法系的地役权及其基本立场	(28)
一、大陆法系国家地役权的演进	(28)
二、大陆法系地役权的基本立场	(36)
第二节 英美法系的地役权及其基本立场	(62)
一、英美法系地役权之产生背景	(63)
二、英美法系地役权的基本立场	(65)
第三节 两大法系地役权之比较	(71)
一、两大法系地役权的异性及其原因	(72)
二、两大法系地役权的共性及其原因	(73)
第四节 本章小结	(74)
第四章 中国地役权之源与流	(76)
第一节 中国近代以前地役权之历史考察	(76)
一、中华法系时期	(76)
二、中国近代时期	(78)
第二节 新中国成立至《物权法》颁布之前的民事立法	(80)
一、新中国成立之后的三次民法草案：排斥地役权	(80)
二、《民法通则》中地役权之阙如	(82)
第三节 《物权法》与地役权	(84)
一、《物权法》不负众望地规定地役权	(84)
二、我国地役权之亮点	(85)
第四节 本章小结	(86)

第五章 地役权的固有风险	(88)
第一节 提高不动产资源之利用率	(88)
第二节 弥补法定的相邻关系制度的局限性	(90)
一、相邻关系的确立	(91)
二、相邻关系的局限性及其原因分析	(96)
三、地役权与相邻关系之立法模式	(97)
四、地役权弥补相邻关系局限性之法理与经济分析	(98)
第三节 软化物权法定原则的僵硬性	(109)
一、物权法定原则	(110)
二、我国的物权法定原则	(112)
三、物权法定原则的“利”、“弊”考量	(113)
四、物权法定原则僵化性克服之学说与路径	(120)
五、地役权对物权法定原则之软化	(123)
第四节 本章小结	(134)
第六章 地役权功能的新拓展	(136)
第一节 “意定”不动产之间的利用关系：提升建筑物之 价值	(137)
一、不动产之间的设使现象	(137)
二、域外毗邻建筑物之间利用关系的立法例	(138)
三、我国调整建筑物之间利用关系的立法现状	(141)
四、地役权对不动产之间利用关系的调整	(142)
第二节 走出私法实现公共利益的困境：公共利益实现的 多元化	(146)
一、问题的提出	(146)
二、地役权实现公共利益的国外立法与启示	(148)

三、地役权实现公共利益的必要性及法理分析	(149)
四、公共利益的地役权实现之可行性考量	(155)
第三节 公民环境利益的实现	(161)
一、公民环境利益与生态环境	(161)
二、公民环境权益的提出	(162)
三、我国公民环境利益保护之检讨	(165)
四、公民环境利益的地役权实现：公法与私法沟通的 桥梁	(171)
第四节 矿地使用权的取得	(178)
一、采矿权与矿地使用权的关系	(179)
二、我国采矿用地的取得实务及其评析	(180)
三、国外矿地使用权的取得方式	(183)
四、我国采矿用地之地役权取得	(185)
第五节 本章小结	(187)
 第七章 我国地役权内部构造之新走向	(189)
第一节 丰富地役权的内涵	(190)
一、地役权的概念	(190)
二、丰富地役权内涵的先例	(192)
三、地役权内涵的扩大解释	(193)
第二节 扩大地役权的客体	(194)
一、地役权的客体	(194)
二、地役权之应然客体	(196)
三、不动产作为地役权客体的法律基础	(198)
第三节 界分地役权与相邻关系的适用范围	(199)
一、问题的提出	(199)

二、界分两者的必要性	(200)
三、部分国家和台湾地区就两者适用范围之立法	(203)
四、拓展地役权的适用空间	(206)
第四节 本章小结	(209)
第八章 我国地役权变动与保护之新思路	(211)
第一节 地役权取得方式之多样化	(211)
一、现行地役权的取得方式	(212)
二、域外地役权取得方式之枚举	(212)
三、增加基于法律行为以外的事实而取得之方式	(214)
第二节 地役权变动模式之修正	(223)
一、地役权的变动模式	(223)
二、地役权登记生效主义之实行	(227)
第三节 地役权之物权请求权	(229)
一、罗马法地役权之诉权	(230)
二、基于地役权的物权请求权保护的模式	(231)
三、基于地役权之物权请求权的类型剖析	(234)
第四节 本章小结	(240)
第九章 我国地役权类型之扩张：公共地役权	(242)
第一节 公共地役权类型化的背景及法理基础	(243)
一、公共地役权类型化的背景	(243)
二、公共地役权类型化的法理基础	(244)
第二节 公共地役权的基本理论	(245)
一、公共地役权的概念	(245)
二、公共地役权的特征	(246)

三、公共地役权的性质甄别	(247)
第三节 我国公共地役权类型化的规范基础	(250)
第四节 公共地役权的适用条件与范围	(252)
一、公共地役权的适用条件	(252)
二、公共地役权的适用范围	(253)
第五节 本章小结	(256)
第十章 本书结语	(258)
第一节 本书可能的贡献	(259)
第二节 本书之局限性与不足	(260)
参考文献	(261)
后 记	(272)

第一章
导论

第一节 研究背景和意义

一、研究背景

一部以“构建完善的私有财产保护法律制度，依法保护私有财产，最终促使一切创造社会财富的源泉充分涌流”为宗旨的，在中国法治进程中具有里程碑意义的《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）已颁布实施了近七年了。在这近七年的施行、适用期间，《物权法》对中国改革开放更深层次的发展，中国人权保护事业的进步以及中国民法法典化的最终实现等，起着举足轻重的作用。而《物权法》设置的地役权，为中华人民共和国成立以来的首次，填补了立法空白。然而，地役权在实践中却不如其他物权制度那样活跃，甚至处于休眠状态，大有形同虚设之感。

地役权缘于古罗马法，是“商品生产者社会的第一个世界性法律，”^{〔1〕}以至于后来的法律都不能对它做实质性修改的罗马法所明定

〔1〕 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《马克思恩格斯选集》（第3卷），人民出版社1972年版，第248页。

的制度；是现代物权制度的三大支柱之一——用益物权制度的雏形；是近现代两大法系中较为重视土地资源利用的国家的重要权利类型。自产生至今，其以科学的制度结构和独特的规则体系对人类社会的经济发展，特别是在土地等不动产资源的有效利用方面做出了卓越贡献。

我国自古属于农业社会，对土地这一财富之源的利用颇为重视，自然离不开以调整土地利用关系，进而提高土地资源为己任的地役权制度。只是在中国四千年以来有明文记载的历史中，始终以刑法为本。古代重刑轻民的观念，致使地役权不被重视。但无论怎样，在中国古代的土地发展史上，有地役权调整的内容。中国近代地役权之立法，可谓相当完备，毫不逊色于西方。新中国成立后，废弃了旧法统，但由于意识形态的“苏化”，以及土地公有制的确立，土地资源的高效利用被忽视了，以至于关于物权部分的立法仅所有权而无其他物权的任何规定，^{〔1〕}地役权之立法无疑被废止，学术界也鲜有问津。民法教材只是出于对知识的全面性和系统性的考虑，将地役权作为其内容之一，不过，仅予以轻描淡写的介绍。

《物权法》制定时，民法学界对是否设置地役权存在分歧。不过，多数学者持肯定态度。其理由在于：其一，随着城市化进程的加快，土地等不动产资源日益稀缺，而经济土地的利用人更为关心土地的实际利用价值，希望最大限度地发挥土地的利用率。其二，土地公有制的实行，使土地所有的静态关系必须透过土地利用的动态关系而进入市场，土地的用益物权较土地所有权更为重要，于是，土地的价值取向使传统的土地物权结构由以所有为中心向以利用为中心发展。其三，土地利用率的提高和科学技术的突飞猛进，又激发了大量的不动产利用新问题的出现，如不可量物侵害、环境污染、生态失衡、相邻营业竞争等。其四，地役权的意定性等制度优势能实现土地权利人彼此权利更高层次的调节。

〔1〕（台）李秀清：“中国移植苏联民法模式考”，载何勤华主编：《中国法学史精萃》，复旦大学出版社1999年版，第680～701页。

上述客观现象呼唤着地役权制度的出台，于是《物权法》不负众望地设置了地役权制度。至此地役权在我国民法上有了一席之地，这是立法现实主义的进步。^{〔1〕}就应然而言，地役权的法定化为解决上述问题增加了民事机制。然而，始料未及的是被寄予厚望的地役权，在社会生活中鲜被应用，俨然沦为“纸上权利”。人民法院极少审理地役权纠纷。笔者走访了云南省的两个中级人民法院，却发现这两个法院近三年没有受理过一起因地役权纠纷的上诉案件，但有相邻关系的案子。而在昆明市的基层法院里，只有3个法院各受理过一件地役权的案件，其余基层法院均未受理过地役权案件。但有关相邻关系的纠纷在近三年里被受理了一千多件，其中许多情形本应适用地役权。

地役权促进了罗马商品经济的发达，并为国外土地乃至不动产资源的有效利用做出了巨大的贡献。但在我国，地役权的实际效果却并不明显，以至于其立法初衷未能得以实现。结果是，一方面制度闲置；另一方面实践中无制度可依。例如，现实中许多本该由地役权调整的不动产利用关系，并没有采用地役权，而是选择其他不恰当的方式。为建设公益设施而需要利用集体土地时，常常通过公权力征收再出让；或者适用相邻关系无偿使用他人的不动产。诸如此类现象不胜枚举。这些手段的应用，要么是典型的公权力对私权利之侵害，要么无正当性基础。

地役权的尴尬处境，引起了作者的研究兴趣。正视现行地役权制度的现状，冷静地对其进行反思，着眼于中国现实社会对该权利的需求，进而予以立法回应，这将成为研究者、立法者清晰地阐述地役权问题的关键。同时，也会使这个源远流长且已扎根于两大法系的制度在中国变得生龙活虎。这既是责任，也是兴趣所在。

二、研究意义

法治不可能宣告最终到达目的地，它没有也不会有历史的终结点。

〔1〕 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2009年版，第140页。