

分层土地利用中的强制地役权研究

林旭霞^{*}

内容提要 在土地分层利用的情形中,现有民法体系中由“法定相邻关系”与“意定地役权”组合而成的“双轨制”呈现出局限性。既有解决思路无法为调整分层土地利用中的利益关系提供充分的制度方案。解决问题的进路是:基于公序良俗原则,类推适用强制缔约制度,设立强制地役权。强制地役权在分层土地利用中有充分的适用空间,可与民法体系相融合。基于原则冲突理论,在“土地合理利用原则”与“合同意思自治原则”之间,应优先适用“土地合理利用原则”,并以裁判强制缔结地役权合同为原则具体化后的规则。强制地役权合同内容应符合分层土地利用规划、建设工程技术标准的要求。强制地役权合同定价由第三方评估机构以专业评估方法加以确定,并通过程序控制克服评估方法的不足。

关键词 分层土地利用 强制缔约 强制地役权 法律原则冲突

目 次

- 一、问题的提出
- 二、调整分层土地利用关系的既有解决思路
- 三、调整分层土地利用关系的应然进路
- 四、强制地役权中法律原则冲突的解决
- 五、强制地役权合同的缔结
- 六、结语

^{*} 福建师范大学法学院教授。本文系2018年度国家社科基金一般项目“绿色发展理念下自然资源利用权体系研究”(项目批准号:18BFX183)的阶段性成果。感谢福州地铁集团公司为本文研究提供调研支持。

一、问题的提出

党的二十大报告指出,要“实施全面节约战略,推进各类资源节约集约利用”^①。土地集约化利用是节约资源的重要体现。为促进土地地表和地下空间分层开发利用(以下简称“分层土地利用”),我国民法规定建设用地使用权可以在土地地表和地下空间分层设立,明确将它们分别确立为独立的用益物权。但是,除“设立建设用地使用权……不得损害已经设立的用益物权”的原则性规定外,《民法典》并未结合分层土地利用的复杂情形有针对性地作出差别化调整,导致分层设立、分属不同主体、各自独立的土地用益物权之间在相互利用或限制上缺乏充分的制度供给。

《民法典》继受了大陆法系以“双轨制”调整相邻土地利用关系的模式,即通过法定相邻关系和意定地役权制度的分工配合调整平面相邻土地的关系。但是,在土地利用转向立体开发、综合利用的背景下,“双轨制”的土地利用关系调整模式显现出局限性。例如,笔者在调研中发现,为联动轨道交通周边的城市资源,地下步行街或地铁站点出入口延伸至地表原有建筑物需要改变原有商业空间的用途,以便实现商业综合体横向联通与纵向分层利用的结合;在地表建设商业设施时,需要占用地铁非付费连接区、换乘通道,用以拓宽地表商业空间、提高商业利益,但因此可能导致地铁建设成本的提高。上述情形中,分层土地之间利用的内容或涉及对地表建筑原有权利行使的限制,或会增加地下空间权利人的负担,并且其限制或负担已超出分层土地在荷载、支撑、通风、给排水、线网、结构安全等最低限度的要求,体现为增进分层土地利益的综合性需求和与复杂利益关系,所涉利益关系的调整大大超出法定相邻关系“维持权利正常行使的最低标准”的限定。虽然“双轨制”中的地役权制度“利用他人不动产,提高自己不动产价值”的功能具有比较优势,但地役权意定协商往往会由于供役地权利人人数众多、供役地与需役地双方利益诉求差异大等原因导致缔约失败或缔约成本过高。实践中,需役地一方常常求助于政府行政手段的干预,但政府只能居中协调而没有强制双方达成协议的权利。可见,由于“双轨制”所提供的制度供给的不足,可能导致优化城市布局、充分发挥分层土地利用效率的目标难以实现。

当法定相邻关系有所不及、私人自治可能失灵,传统制度资源无法充分调整分层土地利用中的利益关系时,就需要在其他理论资源的支持下,通过既有制度的“扩张”,寻求解决方案。但如何“扩张”才能既解决社会生活的新问题,又避免对民法体系的冲击?这一问题已引起学界的持续关注,^②但已有的讨论尚不充分。基于此,本文在审视现行制

① 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》(2022年10月16日),载《习近平著作选读》(第1卷),人民出版社2023年版,第41页。

② 相关论述参见汪洋:《地下空间物权类型的再体系化“卡—梅框架视野下的建设用地使用权、地役权和相邻关系”》,载《中外法学》2020年第5期;吕翊:《国土空间立体化开发的权属界定及管理》,载《法学》2020年第6期;张鹏:《民法典视野下建设用地使用权分层设立制度的实施路径》,载《法学家》2020年第6期;等等。

度与既有解决方案的基础上,寻求自治与强制结合的路径,在解决法律原则冲突理论的支持下,通过强制地役权拓展传统地役权制度,以期在诉求正当、利用适度、利益均衡的条件下,为分层土地集约、高效利用提供更为充分的制度工具。

二、调整分层土地利用关系的既有解决思路

大多数的土地分层利用必须在多利益主体并存的“非净地”上进行。为避免分层土地权利分散设立后的相互排斥,实现综合效益,针对现有“双轨制”的缺陷,理论界提出的代表性解决思路有两种。

(一) 借鉴意定相邻关系

2010年,我国台湾地区“民法”物权编增设第841条之2规定:“区分地上权人得与其设定之土地上下有使用、收益权利之人,约定相互间使用收益之限制。其约定未经土地所有人同意者,于使用收益权消灭时,土地所有人不受该约定之拘束。前项约定,非经登记,不得对抗第三人。”该条规定的当事人扩及区分地上权上下四周的土地、建筑物的利用人,与法定相邻关系的差别在于设立方式为当事人意定协商,因此又被称为意定相邻关系。^③在法定相邻关系与意定地役权构成的“双轨制”下,这一规定试图在维持法定相邻关系的基础上,通过引入意定相邻关系制度,来满足分层土地开发利用的需求——法定相邻关系允许区分地上权人最低限度地利用相邻土地,如果当事人有超出法定最低限度的需求,则可以通过意定相邻关系来满足。

有学者认为,我国台湾地区“民法”的意定相邻关系制度超越了传统的相邻关系制度和地役权制度,适应土地开发立体化、层叠化所产生的新型相邻空间利用关系。应当借鉴这一规定,创立相邻空间利用的约定制度,以“物权法律关系的约定”调整相邻空间利用关系,^④由当事人以约定的方式明确各自对于相邻不动产(包括相邻空间)进行利用或限制的权利范围。

(二) 适用公共地役权

另有学者主张将公共地役权适用于分层土地利用关系,以满足地下空间油气管道设施、地下轨道交通设施、矿业用地、电网工程以及城市地下综合管廊等领域的用地需求。^⑤目前,我国公益用地呈二元模式:就需独占使用的公益用地,采征收方式;就无需独占使用的公益用地,采公共地役权方式。^⑥公共地役权为一种特殊的空间役权,是为满足公共

^③ 参见谢哲胜:《民法物权编区分地上权增订条文综合评析》,载《月旦法学杂志》第179期(2010年),第68页。

^④ 参见张鹏:《论我国相邻空间利用关系约定制度的构建》,载《法商研究》2013年第1期,第21页。

^⑤ 参见汪洋:《公共役权在我国土地空间开发中的运用:理论与实践》,载《江汉论坛》2019年第2期,第123页。其后研究也提出,在公共轨道交通、矿业用地、地下油气管网、电网工程以及城市地下综合管廊等土地空间的开发实践中,基于不同的规范目的,可以综合运用空间役权、公共役权以及空间相邻关系作为私法工具,体现国家权力的不同介入程度。公共地役权无疑被认为是重要的空间役权。参见前注②,汪洋文,第1377页。

^⑥ 参见孙鹏、徐银波:《社会变迁与地役权的现代化》,载《现代法学》2013年第3期,第80页。

利益的需要基于法律规定或行政许可而强制设立的^⑦,因而超出了现行“双轨制”的范畴。作为一种公益用地方式,公共地役权能够弥补征收的不足。其优势在于:第一,公共地役权是法律规定的,具有对抗不特定第三人的效力,能够保持土地利用关系的稳定性;第二,公共地役权仅部分使用供役地,无需改变供役地的权属,可以避免征收的权利冲突与繁杂程序,同时,公共地役权不改变土地用途,权利人可以继续利用供役地进行生产、生活,避免土地资源的闲置浪费;第三,公共地役权依据法律规定或行政许可强制设立,能够有效降低交易成本,提高土地利用效率。近年来,公共地役权概念获得了广泛关注。由私人地役权转向公共地役权,甚至被认为是促进地役权完成现代化转型的必由之路。^⑧我国现行法没有明确承认公共地役权的概念,但在《铁路法》第46条、《矿产资源法》第33条、《石油天然气管道保护法》第14条、《历史文化名城名镇名村保护条例》第24条等特别法的规定中,都不乏公共地役权的内容。在缺乏基本法对公共地役权进行统一与专门规定的前提下,各种事实上的公共地役权在实践中存在了相当长的时间,并取得了一定的法治效果。^⑨

(三) 对既有解决思路的检视与修正

上述两种解决思路产生于特定的制度基础与社会背景,对于复杂的分层土地利用情形各有其合理的适用空间,但也存在很大的局限性。

1. 意定相邻关系的局限

从体系角度考察,意定相邻关系在设立程序、权利内容和法律效力等方面都与意定地役权极为相似:第一,设立方式都是当事人自主协商;第二,权利内容都是利用他人土地,且不以法定相邻关系的内容为限;第三,都可通过登记获得对抗第三人的效力。在一定程度上可以说,意定相邻关系只是名为“相邻关系”,实为地役权。

我国台湾地区之所以创设意定相邻关系制度来替代地役权,是因为其民法理论和实践认为:供役地是承受负担的一方,设定地役权的行为即为供役地的处分行为。依“任何人不得为大于自己权利之处分”的法理,任何非所有人为此类直接影响所有权的处分,无疑均属“大于自己权利之处分”。因此,供役地一方应为所有人,否则即为无权处分。^⑩而“对于土地区分空间之权利,就物权性质者,仅承认为区分地上权,而不及于区分空间所有权。因此,现行法制上为平面不动产利用而设计之地役权制度尚难提供于立体空间之便宜之用。”^⑪换言之,在我国台湾地区民法理论与实践上,不存在于分层土地上设立地役权的权利基础。而意定相邻关系的当事人范围则包含区分地上权上下四周的土地、建筑的利用人,正可弥补地役权的适用限制。而我国大陆民法体系并无在用益物权之上

^⑦ 参见前注②,汪洋文,第1388页。

^⑧ 参见前注⑥,孙鹏、徐银波文,第73页。

^⑨ 参见张力:《公共地役权在我国民法典中的制度构建》,载刘云生主编:《中国不动产法研究》(第2辑),法律出版社2018年版,第7页。

^⑩ 参见苏永钦:《重建役权制度——以地役权的重建为中心》,载《月旦法学杂志》第65期(2000年),第83页。

^⑪ 吴珮君:《区分地上权之探讨——以物权编修正案为中心》,载《月旦法学杂志》第69期(2001年),第107页。

设立地役权的障碍,意定相邻关系完全可以被地役权所取代。如果在现行“双轨制”中引入意定相邻关系,只会徒增立法重复、违反民法体系的简明性。况且,意定相邻关系与地役权具有相同的不足,即无法解决分层土地关系中的缔约障碍,难以有效实现土地立体化利用的制度目标。

2. 公共地役权之不足

公共地役权方案的最大不足在于,难以适用于私主体间因开发利用土地而产生的分层土地利用关系。第一,受主体法定的限制。公共地役权旨在实现不特定多数人的公共利益,其行使主体通常是能够代表公共利益的公权机关或依法获得授权的非公权机关,他们与供役地权利人不存在平等关系。而实践中,就分层土地利用亟需解决的是平等民事主体之间的土地权利冲突。第二,受适用范围的限制。为防止对私权的过度侵害,公共地役权通常采取类型法定进行限制,且不得进行类推适用。^⑫第三,受权能和救济路径的限制。公共地役权为公法对土地权利的消极限制,缺乏私法中的积极确权功能,权利人无法自主行使转让、收益、终止等权能。在发生纠纷后,权利人既难以像在《民法典》中已规定的征收补偿那样,对公共地役权的负担者提供协商补偿,也无法为不特定的公共受益人提供民法上的请求权实现路径,相关纠纷只能被纳入政府主导下的行政纠纷处理机制。^⑬第四,权利内容有限定性。例如,《石油天然气管道保护法》第27—35条对管道及其附属设施上方、管道中心线两侧设定了各种标准的管道保护带,以国家强制性技术标准为依据,明确供役地人在保护带范围内的义务以及获得补偿的权利。这种内容的限定使公共地役权难以回应分层土地利用关系的复杂性、特殊性和变动性。因此,公共地役权虽然名为“地役权”,但实属公法上的权利负担,不足以调整分层土地利用中复杂的利益关系。

由上可见,意定相邻关系与公共地役权分别属于私法与公法的调整范围,选择其中任一思路,都只是选择私法自治或公法强制的一极加以调整。然而,分层土地利用关系具有多元特征,往往体现为公共利益与私人利益的交织、错综。一方面,分层土地权利属于私法中的财产权利,权利人可以自主转让、收益、终止,以获得相应的财产利益。当分层土地权利人需要限制或利用相邻土地时,当事人通过自主协商让渡或取得相应的土地权利,当属自治的范畴。另一方面,土地作为不可或缺的、不可再生的资源,与公共福祉有着密切联系,不能仅将其置于私人经济利益最大化的思维之下,而需综合考虑其上对应的社会义务。^⑭尤其是随着现代建筑技术的发展,土地分层利用已成为合理利用土地的重要形式,当私法主体的自治安排可能导致权利行使阻滞时,基于实质平等的要求,公权有必要介入平等主体之间的私权领域。^⑮概言之,分层土地利用关系是关涉公共利益的民事关系,偏执于私法自治和公法强制的任何一隅都不足以调整分层土地利用关系,

^⑫ 参见前注②,汪洋文,第1388页。

^⑬ 参见前注⑨,张力文,第6页。

^⑭ 参见张翔:《财产权的社会义务》,载《中国社会科学》2012年第9期,第112页。

^⑮ 参见齐恩平:《私法自治与民事政策的互动及检视》,载《政法论坛》2021年第1期,第59页。

只有将自治与强制相结合方是解决问题的出路。

三、调整分层土地利用关系的应然进路

《民法典》是国家治理的基本遵循,^{①⑥} 分层土地利用关乎国土资源集约开发利用战略的实施,应充分利用民法体系既有的制度工具,寻求自治与强制的有效结合。

(一) 强制地役权方案的提出

1. 分层土地利用中设立地役权的现实需求

从建设方式看,分层土地利用分为结建式和单建式。^{①⑦} 独立开发的地下交通、能源、仓储、通讯、管线等城市运营必要的设施都是以单建方式开发利用地下空间。

单建式地下空间有不同权利主体,存在权利冲突的可能。因此,在编制地下空间开发利用规划(以下简称“空间规划”)时要充分评估对地表土地及建筑物的影响,并经更严格的审批程序。^{①⑧} 空间规划为城市建设和管理提供指引,但再严谨的空间规划编制也只能尽可能减少而不能事先消除所有的权利冲突。例如,在空间规划总体编制变更导致地表土地与地下空间的利用方式发生变化(如前述商业地块综合开发的需要)、空间规划总体编制事先未考虑分层空间、新总体空间规划未考虑与原规划衔接的个别地块的既有权利,以及由于历史遗留问题导致规划用地许可与国有土地使用证、土地出让合同不一致等情形中,都可能产生土地上下空间权利行使的冲突。

一旦空间规划付诸实施,潜在的权利冲突就有可能变为现实。当建设方申请建设工程规划许可及相关建设文件,行政机关依“空间规划”核发许可证等文件之后,建设方与地表权利人之间就会形成新的平等主体之间的利益关系。一方面,对于地表权利人而言,地下空间利用可能限制或影响其对地表权利的行使。此时,地表权利人只能通过两种司法途径主张权利:其一,诉请撤销许可证以保持其既有权利。^{①⑨} 选择这一途径时,如果地表权利人的诉请被支持,则分层土地利用的目标难以实现;如果地表权利人的诉请被驳回,则建设方与地表权利人之间的关于土地利用的权利争议悬而未决;其二,选择排除妨碍或侵权损害赔偿的民事诉讼程序以对抗建设方。但在这一途径中,由于司法实践中已经形成了“规划许可合规即合法”的惯例,^{②⑩} 其诉求通常无法得到支持。可见,在现

^{①⑥} 参见孙宪忠:《中国民法典国家治理职能之思考》,载《中国法律评论》2020年第6期,第45页。

^{①⑦} 参见《深圳市地下空间开发利用管理办法》第3、14条;《广州市地下空间开发利用管理办法》第3条;《上海市地下空间规划建设条例(2020年修正)》第14、16条;等等。

^{①⑧} 参见《城市地下空间开发利用管理规定》第二章“城市地下空间的规划”的相关规定。

^{①⑨} 例如,在广州“名雅苑业主委员会诉广州市国土资源和规划委员会、广州市人民政府资源行政管理案”中,原告以“被告依第三方申请,作出‘复函’,拟准许建设地下人行通道,将会对原告所在的小区产生密集人流、通风排气和噪声方面的污染,因而侵犯其合法权益”为由,向法院提起诉讼。法院以“复函”尚不能认定为规划许可为由,驳回原告起诉。参见广东省高级人民法院(2016)粤7101行初1801号行政裁定书。

^{②⑩} 在“念泗三村28幢居民35人诉扬州市规划局行政许可行为侵权”案中,最高人民法院作出了“规划许可合规即合法,从而不侵权”的裁判,并得到下级法院的遵循。例如,有下级法院在判决中作出“遵守技术规范即合法”的裁判。参见《最高人民法院公报》2004年第11期,第31页;上海市第二中级人民法院2006沪二中行终79号行政判决书。

有实践中,地表权利人的实际诉求难以得到实现,由此易促使其对地下空间建设项目进行阻滞、对抗,致使地下空间建设项目难以顺利进行。另一方面,对建设方而言,建设工程规划许可是对其用地位置、性质、面积、建设规模、项目名称进行的审批和限定,并非终极的确权,因此,其对土地并不具有私法上的自主性,不享有如转让、收益、终止等权能。而且,由于分层土地利用在技术上的复杂性,各方权利人对分层土地权利行使方式乃至可能产生的利益分配都有待确定。这些不确定因素不仅会增加地下空间开发利用的成本,也有碍于建设项目的开展。

在此情形下,设立地役权就成为应然选择:通过缔结地役权合同,地下空间的建设方可根据实际需要获得限制或利用地表的民事权利,地表权利人可根据承受的权利负担获得相应的对价。正因如此,一些地方性法规也以订立地役权合同作为申请建设工程规划许可的前置性条件。例如,《武汉市地下空间开发利用管理暂行规定》第9条规定:“地下空间开发利用项目的建设单位应当……在申领建设工程规划许可证之前取得需利用地表的建设用地使用权,或者与地表建设用地使用权人订立书面地役权合同。”^②作此规定的目的,就是推动地役权合同订立,事先消除当事人对建设工程规划许可的对抗性,使地下空间开发利用的规划得以实现。

2. 强制缔约是缔结地役权合同的有效途径

地役权合同优势明显,却有赖于缔约双方的协商合作。而“市场失灵”是私法自治天生的“基因缺陷”,若缔约失败,土地集约利用的社会公共政策就难以实现。

笔者认为,为有效设立地役权,可行的途径是通过强制缔约的方式订立地役权合同,藉此设立强制地役权。即当供役地人无正当理由拒不接受需役地人订立地役权合同的要约时,需役地人可以行使缔约请求权,诉请供役地人作出承诺。法院通过对强制缔约制度的适用,可以裁判缔结地役权合同。依据《民法典》第373条的规定,地役权合同的订立是地役权设立的前提,强制地役权基于地役权合同的生效而设立。强制地役权使“立法者藉法定附负担物权的规定,把私法自治的起点往后推,把不适于完全自治(交易成本太高)的部分,排除于自治之外。”^②强制地役权可以有效解决意定地役权在缔约上的困难,克服私法自治的缺点,是解决分层土地利用中权利冲突的有效方案。

(二) 强制地役权可与民法体系兼容

1. 强制地役权对合同自由限制的正当性

合同自由是受限制的自由,但必须严格限制对自由的限制,即须以正当性的理由限制合同自由,而“正当性”指兼具形式上的正当性和实质上的正当性。形式上的正当性是指符合体系强制,可以在逻辑上保证类似问题得到类似处理的法治原则能够实现;实

^② 此外,在广州、佛山、成都、洛阳、襄阳、中山、深圳等地关于“地下空间开发利用管理”的地方性法规、规章和规范性文件中也有相同规定。

^② 苏永钦:《论动产加工的物权和债权效果——兼论“民法”中偿金请求权的性质》,载苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第307-308页。

质上的正当性是指若不限民事主体的自由,就会违背诚实信用原则或公序良俗原则。^{②③}强制地役权是对分层土地利用中地役权合同自由的限制,但此限制具备形式和实质的正当性,与民法体系不相冲突。

(1) 形式正当性

强制缔约是在特定目标下,私法主体负有与他人就特定标的以适当的条件订立合同的义务。^{②④}《民法典》第494条将强制要约、强制承诺的适用范围限定在“法律、行政法规”明确规定的情形下。但是,制定法必然存在漏洞,而漏洞需要补充。在法律、行政法规规定情形之外增加强制缔约适用场景的观点始终存在。例如,有学者提出,间接强制缔约应适用于建设用地使用权续期场合、地役权制度;^{②⑤}又如,在数字经济背景下,数据许可使用的强制缔约要求应运而生^{②⑥}。可见,实践中产生的正当利益需求是类推适用《民法典》第494条规定、通过裁判证立使“类似问题得以类似处理”的前提。

关键在于,强制缔约是否可以类推适用于订立地役权合同?类推技术在具体的适用中,要求法官基于“同等者同等对待,不同等者区别对待”的平等原则,进行一种相似性判断,以既有规范来处理待决案件。“相似”与否,“取决于它们在对法律评价具有决定性意义方面是否一致”,亦即“相似性”判断的重心在于结论的妥当性,所进行的是实质价值判断。依此,强制缔约类推是否可适用于地役权合同也取决于二者是否具有实质价值上的“相似性”。

尽管不同情形下强制缔约义务需要考量的因素不同,但强制缔约制度的实质价值都在于平衡缔约主体双方力量、矫正力量失衡、以公共利益或多数人利益限制意思自治。分层土地利用是现代社会中土地利用的重要方式,对相邻分层土地的依赖可能会使得相邻土地权利人借此滥用权利,从而导致缔约困难。若局限于《民法典》第494条规定范围,将徒增土地集约节约利用的困难。而类推适用强制缔约,在特定情形下经裁判订立地役权合同,可为社会提供一种契约化的公共产品,减少交易费用,平衡各方财产利益,与法律、行政法规规定范围内的强制缔约制度“具有决定性意义方面”保持一致,故符合类推适用强制缔约制度的“相似性”核心要件。进言之,分层土地强制缔结地役权合同符合“体系强制”,因而具备限制合同自由的形式正当性。

(2) 实质正当性

强制缔结地役权合同,还需要具备实质正当性。对此,公序良俗原则可为类推适用强制缔约制度提供实质正当性依据。

比较法上,德国民法理论有“如果拒绝订立合同构成故意背于善良风俗之损害,应

^{②③} 参见王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期,第114页。

^{②④} 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》(原书第7版),沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第45页;[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第70页。

^{②⑤} 参见崔建远主编:《合同法》(第7版),法律出版社2021年版,第40页。

^{②⑥} 参见曾彩霞、朱雪忠:《数字经济背景下构建数据强制许可制度的合理性、基本原则和监管思路——基于数据作为关键设施视角》,载《电子政务》2022年第2期,第108页。

当从第 826 条中引申出缔约义务”的阐述。^{②7}我国台湾地区“民法”理论也有“基于‘民法’第 184 条第一项后段,若拒绝缔约将构成违反善良风俗,应有缔约义务”的观点^{②8},且反映在裁判理由中^{②9}。在我国司法实践中,公序良俗也在认定合同效力等领域发挥着弥补法律漏洞、续造法律的功能。例如,审判实践中以“维持商场正常运营管理,确保各方权益不受损害,从而实现法律效果与社会效果统一”为由裁判拥有独立物权的少数业主负有与原承租人缔约义务的判例,^{③0}即是以维护公共秩序为目的引申出强制缔约义务。

但是,在我国法律体系中由公序良俗引申出缔约义务,首先需要就其条件作“底线性论证”。我国《民法典》第 8 条规定的公序良俗包括公共秩序与善良风俗,依此,民事主体的行为均不得违背公共秩序的底线。我国学者指出,公共秩序表征底线性秩序,但这个底线主要源于法内,而非源于具体法律规范。^{③1}公序良俗“涉及法律之外的标准,但仍然是规范性评价”^{③2},其并非直接使道德秩序成为法律秩序,而是要对道德秩序进行“裁剪”并“烙上法律印记”——提取必要内容并转化为一种法律标准。^{③3}公序良俗的法律评价标准的来源可以有多个,如宪法基本权利价值体系、法律一般精神、社会一般道德、社会中的风俗习惯等,^{③4}在各种标准中,宪法所确立的价值秩序具有重要意义——经由公序良俗,尤其是其中的“公共秩序”之转介,宪法价值体系可对私法发挥辐射作用^{③5}。据此,对于拒绝订立合同是否违背公序良俗,法官首先应通过论证案涉秩序中价值体系、公共政策,将上述来源中的规范内容进行提取和转化,对是否违背公序良俗进行“底线性论证”。当然,即便有公序良俗的存在,仍然要尊重私法自治在民法中的重要地位。此外,判断拒绝订立合同是否违背公序良俗,不仅需要“底线性论证”,还要通过以法律秩序中包含的社会评价、法律强制程序等作出权衡,即需要对公序良俗所涉的法秩序分量超过坚持意思自治的重要性作出进一步的价值衡量。通过“底线性论证”与进一步的“价值衡量”,完成强制缔约义务的司法证成。

^{②7} 参见前注^{②4},迪尔克·罗歇尔德斯书,第 47 页。

^{②8} 参见黄立:《契约自由的限制》,载《月旦法学杂志》第 125 期(2005 年),第 9 页。

^{②9} 有判决书指出,“虽法律未设明文规定,但拒绝缔结契约构成故意以违背善良风俗之方法加损害于他人之侵权行为者,均属间接强制缔约。强制缔约制度的主要目的在合理限制契约自由,以维护经济利益及当事人间地位之实质自由与公平,为契约自由之补充原理”。参见“请求眷社配售案”,我国台湾地区 2022 年台上字第 217 号民事判决书。

^{③0} 参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2019)桂 01 民终 10951 号民事判决书。该案业主在签订商铺购买合同时,就已知悉其所购买的商铺是属整体经营管理,即商铺不具有结构上和使用上的独立性,受商场整体限制。法院认为,在与商场签订的租赁合同期满后,在多数业主同意续签合同的前提下,若对个别业主适用租赁合同期满、协商决定续期的一般规则,判决商场返还商铺给少数业主,就会导致对大多数业主以及整个商场不利的后果,与合同自由的立法目的不符。于是,法院判定少数业主负有与原承租人强制缔约的义务,以维持商场正常运营管理,确保各方权益不受损害,从而实现法律效果与社会效果的统一。

^{③1} 参见于飞:《〈民法典〉公序良俗概括条款司法适用的谦抑性》,载《中国法律评论》2022 年第 4 期,第 54 页。

^{③2} 参见前注^{②4},迪尔克·罗歇尔德斯书,第 45 页。

^{③3} 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 2013 年版,第 510-511 页。

^{③4} 参见前注^{③1},于飞文,第 54 页。

^{③5} 王泽鉴亦指出:“‘宪法’规定的基本权利不仅是个别、主观的权利,更是一种客观的价值体系,扩散到所有的法律领域,尤其是私法。……即经由‘民法’上的概括条款实现‘宪法’基本权利的价值体系,并维持法整体秩序的一致性。”参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 278 页。

就地役权合同而言,无论是《民法典》还是特别法并无地役权强制缔约义务的特别规定。强制缔约义务成立与否取决于现行法律体系中,经由公序良俗转介的底线秩序能否发挥作用。在分层土地利用中,这个底线秩序就是由《宪法》《民法典》《土地管理法》共同确立的节约资源、合理利用土地的法律原则。在个案中,如果供役地一方无正当理由拒绝订立地役权合同,不仅会造成对需役地人的损害,也违反了土地合理利用的价值,从而构成对土地利用的“公共秩序”的违背。进言之,个案中,如果土地合理利用价值重于意思自治价值,则可引申出强制缔约义务,依此,公序良俗的法律标准可使强制缔结地役权合同获得实质上的正当性依据。

2. 强制地役权可为地役权制度框架所包容

强制地役权有其特殊性,不仅其设立不同于意定地役权,且在设立之后供役地人的解除权也受到限制。但强制地役权仍然可以在《民法典》地役权制度框架内得到调整:第一,在权利属性上,强制地役权符合民事权利的基本特征,仍属用益物权的范畴;第二,强制地役权以并存两宗相邻土地为基础,是为了土地利益而非权利人的利益为目的而存在,本质上属于“地役权”的范畴;第三,设立强制地役权需当事人订立地役权合同,契约仍是义务人与相对人之间权利义务产生的前提和基础。当事人在法律强制的压力下缔结合同的事实并不会影响其属于民事合同的法律属性,一方履行所要求的行为仍然是他对另一方的承诺。^{③6}虽然《民法典》关于“地役权”的具体规则是以意定地役权为原型而设置,但这并不会妨碍其适用于强制地役权,由此民法体系的稳定性得以保障。

3. 强制地役权不违反物权法定原则

《民法典》第116条规定了物权法定原则:“物权的种类和内容,由法律规定。”据此,设立哪些物权的种类,只能由法律规定,当事人之间不能创立;物权的权利内容,一般也只能由法律规定,当事人应当严格遵守,不能由当事人约定排除。^{③7}因此,强制地役权须通过物权法定原则的审查,才能融入《民法典》创设的物权制度体系。从物权法定的目的看,《民法典》肯认物权法定原则是为了促进财货流通和交易安全——通过对物权的种类和内容加以限制,可将物权塑造为标准化、公开化和易于移转的权利类型。因此,对物权法定原则不应作过宽泛的理解,以免过度限制当事人的交易自由、禁锢市场活力。《民法典》第373条已对地役权合同的内容作出规定,因此,无论以何种方式订立地役权合同,其内容均在法定范围内。换言之,物权设立阶段究竟是采用意定协商还是强制缔约方式,都不会损害到财货流通和交易安全等价值追求,也就不属于物权法定原则所限制的范围,因而强制地役权并不违反物权法定原则。

(三) 强制地役权与意定相邻关系、公共地役权的关联与区别

从自由和强制关系的视角出发,在意定相邻关系、强制地役权和公共地役权三种方案之间,呈现出从自由渐进到强制的谱系:意定相邻关系严格遵循意思自治原则,当事

^{③6} See Arthur Lenhoff, *The Scope of Compulsory Contracts Proper*, Columbia Law Review, Vol.43(5), p.588-589 (1943).

^{③7} 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第303页。

人可以自主决定是否设立以及设立何种内容的相邻关系,不受任何强制介入;强制地役权是在地役权的设立阶段引入强制因素的结果,目的只是“把不适于完全自治的部分,排除于自治之外”,并未否定其民事权利属性,当事人在权利行使上仍保有很大程度的自由,是为自由与强制的结合;而公共地役权是基于法律规定或行政许可而强制设立的公益用地方式,其设立和行使都由法律强制规定,以至于在性质上被认为“构成征收”而应由政府予以补偿^{③⑧}。因此,意定相邻关系、强制地役权、公共地役权是强制与否、强制程度不同且用于解决不同利益关系的制度方案。

强制地役权与“公共地役权”虽同为“地役权”之名,且都依赖于一定的强制手段,但二者仍有明确区分。第一,强制地役权具有更广的适用范围。虽然分层土地利用的终极目标都是土地的集约高效利用这一“公共利益”,但是,在强制地役权情形中,各类国土空间开发利用(如地下停车场、地下商业中心、地下仓储乃至各种地下管线设施)的直接目的都是商业性利用,无法回避私人利益。即便在基于公益目的的土地分层开发利用中,也并非所有利用关系都由法定公共地役权调整。例如,地下轨道交通当属公共利益,但修建地下轨道交通中的“资源综合开发、商业等公共配套设施”^{③⑨}就不能为法定公共地役权所能覆盖。概言之,强制地役权可以因不同类型的分层土地利用目的而设立,因而具有更为广泛的可适用性。第二,强制地役权可以在更大范围内平衡利益关系。强制地役权的土地权利人保有对地役权内容的自治空间,尤其是其对相邻分层土地积极利用的权利是公共地役权人所不具有的,由此可以更大限度地平衡已有土地权利人和未来土地权利人的利益关系,避免私权利之间的冲突。第三,强制地役权作为地役权的一类,是解决分层土地利用问题的私法工具之一。对于大量存在的商业性分层土地利用,平等的民事主体之间无权要求设立公共地役权,而强制缔约请求权属于行使民事权利的范畴,可以获得私法程序的保障。总之,强制地役权在调整分层土地利用关系中的作用,不可为其他制度工具所取代,具有充分的适用空间。

四、强制地役权中法律原则冲突的解决

如上所述,类推适用强制缔约在分层土地权利人之间订立地役权合同,是基于分层土地开发利用的目的来限制当事人的缔约自由的结果,本质上是解决土地合理利用原则与意思自治原则、法律形式原则的冲突,因此需要进一步阐明相关原则冲突的解决方案。

(一) 地役权合同规则蕴含的法律原则冲突及其解决方法

1. 地役权合同规则蕴含的法律原则冲突

法条作为抽象的一般规则,仅针对立法者所设想的“通常情形”。在个案中可能有规则可依,但适用规则有时会违反法律的客观目的,以致产生实质不公正后果。这种不

^{③⑧} 参见刘连泰、刘玉姿等:《美国法上的管制性征收》,清华大学出版社2017年版,第42页。

^{③⑨} 《南京市轨道交通管理条例》第13条规定,“在城乡规划确定的轨道交通用地范围及空间内,……可以进行资源综合开发,……统筹安排交通枢纽、商业等配套设施建设”。

公正后果的产生常常体现为规则与原则的冲突,而规则与原则的冲突,最终可被归结为规则背后的原则与原则的冲突。^{④①}由此,应在解决原则冲突的基础上寻求新的规则。

就地役权合同而言,《民法典》第373条关于自由订立地役权的规定蕴含两个原则,即意思自治原则(即实质原则)与法律形式原则(即法的安定性原则)。如前所述,若在分层土地利用中仅适用该条,可能有违地役权制度提高土地利用效率的客观目的,与“土地合理利用原则”相悖。对此,首先面临的问题是:“土地合理利用原则”可否成为民法原则而与“意思自治原则”及“法律形式原则”相抗衡?笔者认为:第一,《宪法》第10条第5款所确认的“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”的基本原则,已通过包括民法在内的各法得到落实。例如,《民法典》第9条确立的绿色原则充分考虑了包括土地在内的自然资源的稀缺性和价值多元性,为实现物尽其用提供了民法依据。《土地管理法》第17条规定“提高土地节约集约利用水平”、《土地管理法实施条例》第3条第3款规定“综合利用地上地下空间,提高土地节约集约利用水平,合理确定并严格控制新增建设用地规模,保障土地的可持续利用”,都是对于土地合理利用原则的具体化。土地合理利用原则是民法典及特别法共同遵循的原则。第二,在面向土地这一不动产权利客体时,《民法典》与《土地管理法》的规范目的高度趋同,即:充分体现效率原则,增进土地资源高效率配置,确保土地资源可持续发展。^{④②}一方面,配置土地权利、降低交易成本,为权利人利用土地提供法定方式、促进长期有效合作,始终是民法财产权制度的核心。另一方面,《土地管理法》也绝非“为了管理而管理”,其最终目标也在于“培育丰富的土地权利,释放足够的土地潜能”^{④③},此时,“行政法不是私法自治的‘入侵者’,毋宁是强有力的保护者”^{④④}。第三,土地合理利用是民法公序良俗原则在土地利用上的“底线秩序”,不当行使土地利用权利会构成对公共秩序的违背。据此,“土地合理利用原则”可以被视为特定情形下可能与地役权合同规则背后的“意思自治原则”及“法律形式原则”发生冲突的“民法原则”。但是,需基于严密的论证才能得出最终优先适用哪一个原则。

2. 解决原则冲突的论证方法

权衡法则与竞争法则是阿列克西提出的解决原则冲突的两个论证方法。其中权衡法则提供了衡量两个原则重要性的方法或论证结构,而竞争法则可借助依权衡法则得出的优先原则,将优先原则进一步转化为具体的“规则”。

在上述权衡法则的运用中,寻找优先适用的条件是问题的关键。笔者认为,优先适用的条件由三个递进的层面构成:第一,对“优先适用的条件”,应当在现行的法律秩序下寻找“实质论据”,以展示原则内在的利益关系;第二,优先适用的“实质论据”应当

^{④①} 参见彭诚信:《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》,载《法学研究》2014年第4期,第96-98页。

^{④②} 参见陈小君:《民法典时代土地管理法制改革契机与优化路径论纲》,载《学术月刊》2022年第3期,第124页。

^{④③} 前注^{④①},陈小君文,第129页。

^{④④} 章剑生:《作为介入和扩展私法自治领域的行政法》,载《当代法学》2021年第3期,第52页。

包含社会生活中的迫切需求,以及由正当行使权利的理念相应地形成的合理诉求;第三,法律原则优先适用条件存在变量,应根据个案事实综合判断优先关系是否符合狭义的比例原则。

(二) 土地合理利用原则优先适用的条件

1. 优先适用土地合理利用原则应契合国家治理目标

分层土地开发利用关乎国家自然资源资产集约开发利用战略的实施,已经超出特定部门法的调整范畴。《民法典》颁布后,关于公法与私法在实现“自治”与“强制”兼顾的法治目标下的协作关系获得了更多关注与认同,公私法共同治理的意义愈来愈凸显^{④④}。土地合理利用原则着眼于对土地集约、高效利用这一重大现实问题的化解,其意义不仅限于土地权利人利益的调整,更重要的是,其可将私法权利的静态享有和动态形成有效结合,进而充实国家治理体系的内部层次、丰富国家治理能力的实践方式^{④⑤}。将土地合理利用原则引入私法,与国家治理现代化的改革走向相契合。

2. 优先适用土地合理利用原则应具有“迫切需求”和“合理诉求”

社会生活中对土地合理利用的迫切需求与需役地人的正当诉求是土地合理利用原则优先适用的实质论据。在分层土地利用中,“迫切需求”与“合理诉求”并非纯属主观判断,而应藉由国土空间规划、工程技术标准、地方性法规、政府规章构成的多元化权衡机制进行综合判断,进而为法官判断、论证优先适用合理土地利用原则提供实质论据。

(1) 国土空间规划中分层土地利用规划代表社会生活的迫切需求。国土空间规划以专门的制定主体、严格的制定程序以及公众参与机制,对多元利益诉求加以权衡,达成空间利益分配的合意。《土地管理法》第18条、《土地管理法实施条例》第2条以及《城乡规划法》第3、7、9、28条都对城乡规划的效力作出了规定,明确了城乡规划具有法律地位。国土空间规划被视为一种“法”,^{④⑥}对土地权利人具有严格拘束力,这个拘束力“不单纯指消极的不违反规划设定的框架,而是要积极地符合规划的规定”^{④⑦}。因此,符合国土空间开发利用规划作为分层土地利用中需役地的权利主张符合社会需求,可作为分层土地合理利用是否符合社会发展需求的判断依据。

(2) 工程建设技术标准可为分层土地合理利用方式的选择提供进一步的论据。分层土地开发利用具有显著的专业性,在规划、设计和施工的各个阶段均应遵循相应的技术标准,以确保工程建设的安全、实用。技术标准在制定过程中需要经过科学论证,兼具技术性、经济性和权威性,甚至已经内含法的目标,可使相应法律问题通过标准化的方法得到解决。^{④⑧}例如,《石油天然气管道保护法》第30—35条规定,管道规划、建设及保

^{④④} 参见马怀德:《民法典时代:行政法的发展与完善》,载《民主法制建设》2020年第7期,第11页。

^{④⑤} 参见陈小君:《中国〈民法典〉编纂与国家治理现代化的关联逻辑》,载《探索与争鸣》2020年第5期,第40页。

^{④⑥} 参见涂云新、秦前红:《城乡规划中的规划变更与权利救济通道——以控制性详细规划为重点的考察》,载《行政法学研究》2014年第2期,第87页。

^{④⑦} 李冷烨:《土地使用的行政规制及其宪法解释——以德国建设许可制为例》,载《华东政法大学学报》2015年第3期,第149页。

^{④⑧} 参见柳经纬:《论标准替代法律的可能及限度》,载《比较法研究》2020年第6期,第180页。

护的内容、方式与手段需遵循一系列“强制性技术标准”。又如,《南京市轨道交通管理条例》为保障轨道交通规划、建设的顺利进行,依据不同的技术标准,对控制性保护区以及特别保护区进行了规定。^{④9}当工程建设技术标准对分层土地利用提出要求,但个案事实并不具备适用法定相邻关系、公共地役权的条件且当事人无法通过意定达成地役合同时,就产生了以缔结地役权合同方式合理利用分层土地的强烈需求。

(3) 地方性法规、地方政府规章中对分层土地利用实现方式的规定可证明权利人诉求的合理性。根据《立法法》第72条的授权,各地从城乡建设与管理的具体需要出发,制定颁布了一些分层土地开发利用的地方性法规。其中不乏对分层土地合理利用的方式或手段的规定。例如《上海市地下空间规划建设条例(2020年修正)》第23条第2款规定:“……建设单位可以与相邻建筑所有权人,就连通位置、连接通道标高、实施建设主体和建设用地使用权等内容达成协议,形成连通方案,纳入建设工程设计方案一并提交审核。”一些地方政府制定的规章亦包含了以协议方式实现分层土地利用的规定。例如,《深圳市地下空间开发利用管理办法》第31条规定:“地下空间分层开发利用……涉及使用他人取得的地表建设用地修建地下空间出入口的,应当依法与其签订地役权合同,并可向不动产登记机构申请地役权登记。”上述规范之所以可以成为“实质论据”,首先是此类规范都与相关上位法不相抵触,并且是上位法在实际运用中的具体化;其次,此类规范体现了土地利用的社会公共政策、反映各方利益关切,亦即合乎“公序”;最后,上述对分层土地利用权利人的协商机制以及允许协商确定的内容的规定,体现了解决分层土地利用中利益关系的路径选择,进一步佐证了权利人诉求的合理性。

3. 优先适用土地合理利用原则应综合权衡各种有效事实

单一的原则无论如何“必需”都只是优先适用的初步判断,只有综合考虑与之相对立的原则才算全面考量。在个案中,事实条件是给定的,要在给定的条件下比较相对立的原则,以确定何者更有分量。

土地合理利用原则在何种条件下比地役权合同所蕴含的“意思自治原则”和“法律形式原则”更为重要?换言之,应用什么标准衡量分层土地开发利用中所关涉之法律原则的重要性?对此,英美法上关于“必需地役权”设立标准的分歧,体现了创设土地权利时利益衡量的不同标准。英美法中的必需地役权(Easement by Necessity)起源于普通法中的衡平救济手段,在其发展过程中逐步被成文化,美国《佛罗里达州法规》即为代表。^{⑤0}必需地役权最初是为了保障袋地的通行权,是为了土地不被荒废的公共利益

^{④9} 《南京市轨道交通管理条例》第19条规定,“……控制保护区范围如下:地下车站和隧道结构外边线外侧五十米内;地面车站和地面线路、高架车站和高架线路结构外边线外侧三十米内……特别保护区范围如下:地下车站和隧道结构外边线外侧五米内;地面车站和地面线路、高架车站和高架线路结构外边线外侧三米内……”

^{⑤0} 《佛罗里达州法规》第704.01条规定,如果没有其他合理和切实可行的出口或入口方式,并且对于所授予或保留部分的有益使用或享有是合理必要的,则存在此类土地或地产的默示授予或地役权。See *Florida Statutes Title XL. Real and Personal Property*, at <https://codes.findlaw.com/fl/title-xl-real-and-personal-property/#!tid=N8CB673A8CBA34D18A3FB08892525C752> (Last visited on Aug. 15, 2023).

的考虑,^{⑤1}并且也用于调整分层土地的利用关系^{⑤2}。就必需地役权是否应当设立,存在两种不同的衡量标准:“严格说”认为,如要创设一项必需地役权,权利人需要证明“严格需要 (Strict Necessity)”的程度,具有“绝对性 (Absolute)”,不得存在其他可替代的手段。之所以采取“严格需要”这一苛刻标准,是防止人们非法进入他人土地。^{⑤3}“合理说”则认为,只要权利人证明必需地役权相比于其他方式更加“合理 (Reasonable)、充分 (Adequate)”即可,并不排斥其他手段的存在。“合理需要”植根于这样一项公共政策,即保障任何土地都不会因无法出入而被孤立于经济体系之外。^{⑤4}法官支持必需地役权的判决是为了尽可能地赋予需役地权利人相应的地役权,从而避免土地无法得到合理、充分的利用。上述两种权衡标准体现了土地权利设置中对意思自治和社会公共政策的取舍。“严格需要”标准倾向于保护土地权利人意思自治,而“合理需要”标准则倾向于土地利用的公共政策被满足,决定必需地役权法律效果的“变量”就是“需要的程度”。不过,笔者认为,仅考虑这一“变量”是不够的。

首先,土地合理利用原则与意思自治原则抗衡的“有效事实”需经综合判断。其一,需确认对供役地的需求是否有可替代的方案或者替代方案成本是否过于高昂,是否会因对需役地的依赖导致权利的失衡。当作为意思自治前提的平等性与互换性丧失,法律的任务就会转向确保契约的实现,追求实质正义。^{⑤5}在此情形下,意思自治就应当受到限制;其二,对各方利益的比较。即便分层土地利用关涉公共利益、涉及相关群体的利益,也需要对供役地人与需役地人的利益进行平衡。特别是单建式地下空间建设涉及公共性设施或城市运营中必要设施的配置时,既要考量需役地土地利用目的的正当性,又要权衡对供役地权利自由行使的限制是否恰当。只有对供役地权利行使自由的限制是追求社会总体福利最大化时应承受的副产品时,合理利用土地才比意思自治更为重要;其三,为实现“资源配置给最有效率的利用者”的目的而使供役地承受财产上的负担,应以补偿其牺牲的财产利益为条件。因此,供役地人权利行使的限制能否获得应有的补偿,也是土地合理利用原则优先适用的有效事实。

其次,土地合理利用原则的重要性应超过实质原则与形式原则之和。实质原则前已述及。所谓形式原则即法的安定性原则,其实质是立法者的权威要求其决定被尊重和遵守。形式原则的加入带来的是论证负担的问题,即主张推翻规则适用者,必须首先承担

^{⑤1} See M. W., *Easement by Necessity*, Peabody Law Review, Vol.1(3):67, p.67 (1936).

^{⑤2} 标志性案件是“Chartiers Block Coal Co. v. Mellon 案”。该案中,油气公司钻探数口油气井经过煤炭层,煤炭公司向法院提起诉讼要求限制油气公司的钻井行为。法院认为,分层土地之间有支撑和进入的互惠关系,判决驳回煤炭公司的请求,允许油气公司继续钻井。该判决实质上构成对煤炭层设置权利负担,亦即所谓的必需地役权。See Chartiers Block Coal Co. v. Mellon (1893) 152 Pa. St. 286. 25 Atl.

^{⑤3} See Hunter C. Carroll, *Easements by Necessity: What Level of Necessity Is Required?*, American Journal of Trial Advocacy, Vol.19(2):475, p.477 (1995).

^{⑤4} See George W. Johnson, *Easement by Necessity: Water Access no Longer a Bar*, University of Florida Law Review, Vol.18(4):712, p.712 (1996).

^{⑤5} 参见梁慧星:《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》,载《中外法学》1997年第2期,第24页。

论证义务,并且在双方论证程度相当的情况下,证明的风险由主张适用原则者承担。^{⑤6}法官需综合上述有效事实与证明责任,对土地合理利用原则是否优先适用作出判断。

(三) 土地合理利用原则的具体化规则

当具备前述条件时,土地合理利用原则得以优先适用,但在具体实践中,只有规则才能作为裁判的依据,因而需要进一步明确原则具体化后的规则。原则具体化并无既定的公式。理论上,个案规范既可能表现为直接的裁判依据,也可以表现为沟通原则与裁判规则的中介。^{⑤7}土地合理利用原则的具体化,有两种理论上的可能:一是直接依法判决设立地役权。此种选择有比较法上的立法例。如《意大利民法典》第1032条规定,“在欠缺契约的情况下,可以由判决设立地役权”^{⑤8}。二是以强制缔约为沟通土地合理利用原则与地役权合同规则的中介,通过对强制缔约的类推适用,以裁判供役地负有缔结地役权合同义务的方式设立地役权。笔者主张采用后者。

第一,土地合理利用原则落实于民法领域,其根本意旨在于促进土地资源公平、高效、可持续的开发利用。合同为地役权设立的法定形式。当地役权设立遭遇意思自治的障碍,强制缔约是克服障碍、实现土地合理利用的有效工具,可以成为沟通土地合理利用原则与地役权合同规则的中介。相反,直接判决设立地役权在我国现行法上缺乏判决依据。第二,强制缔结地役权合同比直接判决设立地役权具有更大的包容性。比较法上直接判决设立地役权与公共地役权都需有法律明确规定,如《意大利民法典》第六章的规定。但土地分层利用可能运用的场景与情形丰富多样且差别巨大。强制缔结地役权合同以“缔约”为要义,可为意思自治保留更大的空间。且强制缔结地役权合同内容的包容性可使之适用于不同情形下、不同权利义务的分层土地利用。第三,地役权合同的强制缔约请求权可以与民事司法程序相衔接,而直接判决设立地役权易与判决设立公共地役权相混淆,难免造成适用民事司法程序与行政审判程序的分歧。概言之,裁判缔结地役权合同,有利于促进分层土地利用的价值主张进入私法关系,并为民法体系所兼容。

五、强制地役权合同的缔结

以合理条件缔结合同,是强制缔约制度所包含的内容。^{⑤9}强制地役权合同的缔结需要在“自治”与“强制”协同的目标下进行。在以强制缔约方式形成地役权合同时,法院须对“不适于完全自治”的权利义务关系(尤其是地役权的对价)进行明确。

^{⑤6} 参见雷磊:《规范、逻辑与法律论证》,中国政法大学出版社2016年版,第334-367页。

^{⑤7} 参见前注^{④0},彭诚信文,第111页。

^{⑤8} 《意大利民法典》“物权编”第六章“地役权”第二节“强制地役权”的内容包括了判决设立地役权和依法由行政机关或判决设立的公共地役权两种情况。该法典第1032条规定,“在欠缺契约的情况下,可以由判决设立地役权”。第1043条规定“强制排放”、第1044条规定“开垦土地”、第1049条规定“对建筑物的强制供水”。参见《意大利民法典》,费安玲、丁枚译,中国政法大学出版社1997年版,第285-289页。就上述类型的地役权,在欠缺契约的条件下,司法机关可权衡利益关系判决设立地役权。

^{⑤9} 参见王泽鉴:《债法原理》(第2版),北京大学出版社2013年版,第114页。

（一）强制地役权合同对分层土地利用内容的确定

地役权合同包括对供役地积极利用、限制利用或排除供役地人权利的内容。强制地役权能的确定必须从社会整体利益出发,在兼顾各方利益需求的前提下实现对需役地利用分层土地的诉求。为实现分层土地利用目标,符合分层土地利用规划、建设工程技术标准的缔约条件应当被认定为“合理条件”,成为地役权合同内容。

第一,当分层土地利用规划已经就地下空间开发范围、开发深度、项目位置、规划用途、建筑面积、出入口和连通方式等作出明确规定时,需役地一方提出符合规划的缔约条件,应被认定为强制地役权合同的内容;第二,分层土地利用规划可能只涉及抽象的相邻土地利益,此时,具体的邻人保护问题就会在建筑许可程序中产生。^{⑥0}当规划条件未明确地下空间与地面联通的具体要求时,需役地一方在取得建筑许可过程中就地下工程建设的出入口、通风口、连通位置、连接通道标高等提出的请求,必须符合建设工程相关技术规范和安全标准,以及地下空间设施运行、维护等方面的技术要求。基于此类工程技术标准提出的缔约条件,通过法规、规章规定的建设工程设计方案审核或报批程序审定,^{⑥1}也应当被认定为强制地役权合同内容。

（二）强制地役权合同的定价规则

强制地役权对价应当首先由当事人在合理时间内进行自由磋商,但供役地人不得在得不到期待的对价时无理拒绝设立地役权。可见,经强制缔约形成的地役权合同的核心内容,主要集中于地役权的定价上。

1. 强制地役权的定价主体

强制缔约的规范散见于私法各领域,其合同类型有标准化、非标准化之分,其主体也有公共事业主体与一般民事主体的区别,拥有定价权的主体也相应分为两类:一是政府为直接定价主体。此类情形多存在于一方为自然垄断行业中公共事业主体所订立的标准化合同中。如供水、电、气、热力的强制缔约合同,其所采取的阶梯水价、分时电价等定额累进加价制度,即是由政府直接主导确立;二是在非标准化交易中,当事人无法协商确定“合理”的定价,则通常由行政、司法等公权机关或者其他中立的第三方机构进行评估定价。例如,《公司法》第24条规定的股权回购的强制缔约中,当股价的认定无法由股东和公司协商确定时,可以由法院指定具有法定资质的资产评估机构,评估目标公司的净资产,根据净资产与股东的持股比例计算出股东股权的转让价格。

强制地役权是普通民事主体之间的非标准化交易。由于强制地役权是局部利用供役地的制度,其权利内容具有高度个性化特征,土地用途、地理位置、实际使用情况、权利期限、面积大小等因素都可能会影响对交易对价的确定,实践中并不存在标准的交易对价。因此,强制地役权定价主体宜为具备土地价值评估资质的中立第三方评估机构。具

^{⑥0} 参见赵宏:《规划许可诉讼中邻人保护的权利基础与审查构造》,载《法学研究》2022年第3期,第90页。

^{⑥1} 如《上海市地下空间规划建设条例(2020年修正)》第23条第2款规定:“规划条件对地下建设工程未明确连通要求的……形成连通方案,纳入建设工程设计方案一并提交审核。”《成都市地下空间开发利用管理条例》第24条规定:“……依法按程序报批。”可见,设计方案审核或报批是地下空间开发利用的必经程序。

体可参照《国有土地上房屋征收补偿条例》的规定,由供役地人与需役地人协商选定评估机构;协商不成的,通过多数决定、随机选定等方式由法庭确定。

2. 强制地役权对价的评估方法

理论和实践中尚无专门认定地役权价值的方法,笔者认为,可借鉴现有的土地价值评估方法,针对供役地的具体条件和分层利用的具体场景选用或兼用不同的评估方法。

第一,参照市场价格法。市场价格是就一项财产在满足所有限定条件下最可能卖出的价格,其认定方式包括:(1)参考供役地前后市场价值间的差额判定。即在设立地役权之前对协议地役权区域进行统一专业评估,同时,对同一区域在地役权设立之后可能的市场价值进行预期评估,两个价值之间的差额即是对供役地价值的影响。(2)参照相似地块销售价格对比确定。即分别寻找与供役地设立强制地役权前后相似的两宗地块,然后对比它们的市场价值差额,进而得出地役权的合理价值。参照市场价格的定价方法符合差额理论,能够填补供役地所遭受的财产损失,适合于土地市场较为成熟的城市地下空间开发利用,如建设地下通道、地下仓储、地下停车场等。在此类场景中,人流量、车流量、噪音、废气等因素都可能造成建设范围地表甚至于更大范围的土地价值减损,参照市场价格法对于定价有其合理性。

但是,地役权可能遇到没有市场价格的难题,例如,强制地役权是因特定用途所专设,地表或地下可能不被其他市场主体所需要。此时,虽然市场价值通常会被当作合理标准被接受,但“当市场价值太过难以发现,或者适用结果会对所有权人或公众明显不公正时,法庭会制定并运用其他标准”^②。

第二,未来收入折现法。该方法将供役地剩余使用寿命期间每阶段的预期收益,采用合理的折现率进行折现。^③如果供役地能够产生租金等稳定收益,且强制地役权会导致这一收益明显减少,通过将这一影响折现就可以得出其合理价值。此类定价方式适用于因地下设施建设使地面建筑商业价值在较长时间内受损,以及地面道路建设造成地下矿区无法继续行使采矿权等情形。例如,2010年国土资源部发布的《关于进一步做好建设项目压覆重要矿产资源审批管理工作的通知》(国土资发〔2010〕137号文)要求建设单位应负责与矿业权人签订协议,协议内容包括矿业权人同意放弃被压覆矿区范围及相关补偿问题。最高人民法院在诸多同类民事案件的判决中,均参考了该通知规定的精神。例如,贵州华鼎王家坝煤业有限公司、中国南方电网有限责任公司超高压输电公司等物权保护纠纷民事二审民事判决在确定矿业权人补偿款时,就将未来可开采的矿产资源价值纳入协议价款予以考量。^④

但在实践中,并非所有的供役地都能够产生稳定收益,其收益本身也会受到诸多其

^② United States v. Commodities Trading Corp., 339 U.S. 121, 123-24 (1950).

^③ 参见王国华:《资产评估方法的选择及其结果合理性探析》,载《企业改革与管理》2019年第9期,第118页。

^④ 法院参照国土资发〔2010〕137号文的规定,就该案补偿具体金额评析如下:“……结合N4065塔基压覆C7煤层内蕴经济资源量、推断的内蕴经济资源量的事实,可以确定压覆资源量对应探矿权价款……元。”参见最高人民法院(2020)最高法民终1217号民事判决书。

他因素的影响。况且,强制地役权不一定会减少供役地的未来收益,可能还会带来一定的正面影响。比如,地铁交通利用土地地表修建出入口,可能会提高土地地表的交通便利性、人流量,拉升土地地表的市场价格。如果仅按照未来收入折现法认定强制地役权的交易对价,就会得出强制地役权是负值的悖论。

第三,比例定价法。前两种通行的评估方法各有其实践价值与不足,强制地役权的对价评估可以结合个案选择适用或兼用上述不同的评估方法,以取得更为准确的地役权定价。但在市场价格与稳定收益都无法直接取得的情形下,无法依据上述方法对分层利用的供役地作出合理的估价。此时,可结合地下空间建设用地使用权出让的实践经验,以“比例定价法”作为地役权对价的评估方法。

目前广为采用的地下空间建设用地使用权出让金评估方法为“基准地价系数修正法”,即对同一时期已公布的同类用途、同一区域地表土地基准地价进行修正,从而估算地下空间宗地价格。^{⑥5} 由于颁布基准地价是各地通行做法,因此,以修正地表价格为地下空间建设用地使用权定价基准,经第三方评估确定地下空间建设用地使用权确切价格的方法具有较强的可操作性。强制地役权对价的“比例定价法”即借鉴了这一评估方法,具体为:以供役地土地使用权价值的一定比例为基本价格,当供役地为地下空间建设用地时,先确定地下空间建设用地使用权的基本价格,再结合对供役地利用程度、用途以及供役地利用效能的递减,经科学估算,以基本价格的一定比例作为地役权的评估价格。

三种方法中,“参照市场价格法”“未来收入折现法”的定价因子都与地役权直接相关,而“比例定价法”是基于建设用地使用权的基准价辅以一定的比例标准间接确定地役权价格,因此,在适用顺位上,只有在直接评估方法无法采用的情况下,才能适用间接定价的评估方法。

3. 强制地役权定价的程序救济

为避免异议产生或难以让当事人信服,从确保裁判结果公正性的角度出发,有必要通过程序控制克服评估方法的不足。具体而言,在司法程序中应保障当事人对评估结果质询、辩论、申请复核的权利。对于有争议的评估结果,法庭应组织辩论,并重点审查以下内容:(1)评估方法是否适当;(2)评估依据是否可靠,包括基础数据的真实性、计算方法的准确性等;(3)评估结果是否全面反映需役地价值所应考量的因素。评估结果经辩论仍无法形成一致意见的,法庭应委托专业机构就争议问题进行复核。复核结果作为强制地役权对价的裁判依据。经由法庭审查,认定地役权对价,既可保障强制地役权在公正基础上的“内容强制”,又可避免无休止的争讼,实现强制地役权的有效设立。

^{⑥5} 基准地价即土地初始价。土地使用权出让、转让、出租、抵押等宗地价格,是以基准地价为基础,通过系统修正进行综合评估而确定。参见倪伟:《基准地价在土地评估中的作用》,载《福建建材》2014年第10期,第103-105页。地下空间宗地价格在基准定价基础上经评估产生。例如上海市规划资源局2018年12月制定的《上海市地下建设用地使用权出让规定》第8条规定:“地下一层基本价格以基准地价为依据……地下二层按照地下一层的50%确定,地下三层及以下按照上一层的60%确定”;第9条规定:“地下建设用地使用权出让价款,应当经过评估,评估以基本价格为依据……”此外,在《青岛市地下空间国有建设用地使用权管理办法》《福州市城市地下空间开发利用管理若干规定》《杭州市区地下空间建设用地管理和土地登记暂行规定》等地方政府规章中均有类似规定。

六、结 语

土地资源集约节约利用是时代的要求。土地利用中的权利冲突问题是可持续发展迫切需要解决的难题,也是世界范围内普遍存在的问题。^{⑥⑥}传统民法调整相邻土地利用关系的“双轨制”模式无法充分实现分层土地利用中利益关系的调整。“回答并指导解决问题是理论的根本任务。”^{⑥⑦}运用法学方法论工具、推广审判实践经验,通过对强制缔约这一合同法制度的适用,经由法院裁判缔结地役权合同,设定强制地役权,可使《民法典》在解释、适用中得以发展。强制地役权可对因土地集约高效利用产生的法律原则冲突及其优先适用的规则进行有效的回应,为构建多元、稳定的土地开发与利用格局提供多样的法律工具,同时也为土地权利人的诉求提供正当与否的评价,为理性和谐的社会秩序提供新的可供选择的制度方案。从此角度出发,《民法典》的国家治理功能也因此得到进一步发挥。

Abstract: In the situation of using stratified land, the ‘dual track system’ composed of ‘legal adjacent relationship’ and ‘voluntary easement’ in the civil law system shows its shortcomings. The existing ideas cannot provide sufficient institutional solutions for adjusting the relationship in stratified land use. The way to solve the problem is to apply the compulsory contracting system by analogy under the principle of public order and good customs, and then establish compulsory easement. Compulsory easement has its full application space in layered land use, and integrates with the civil law system. Based on the theories of conflicted principles, ‘the principle of reasonable use of land’ should be applied preferentially between the ‘principle of reasonable use of land’ and ‘the principle of autonomy of will’, and the rule of compulsory conclusion of easement contract by judgment should be taken as the concretization of the principle. The content of the compulsory easement contract shall meet the requirements of the layered land use planning and construction engineering technical standards. The pricing of the compulsory easement contract is determined by the third-party evaluation agency with professional evaluation methods and overcomes the shortcomings of the evaluation methods with procedural control.

(责任编辑:任彦)

^{⑥⑥} 参见邹利林等:《中国土地利用冲突研究进展》,载《地理科学进展》2020年第2期,第298页。

^{⑥⑦} 前注①,习近平文,第17页。