

地役权概念的体系性解读

朱广新*

内容提要：自罗马法到近现代一些重要的民法典，地役权概念始终保持了明确的内在规定性。地役权之所以具有如此顽强的超政治体制和跨时空转换生命力，根本原因在于其内在构造的客观性，即其不仅以需役地和供役地的并存为构造基础，而且直接以需役地而非需役地权人的利益为构造目的。如此独特的构造，使地役权拥有了纯技术性概念的外观，在很大程度上掩盖了其“役使他人”的法效果，并进而增强了它的亲和力、便利了它的普适性。这诠释了自罗马法以来的大陆法为何始终强调地役权必须是为了需役地的利益，并决定了地役权不可能具备孵化他种用益物权的“母权”功能。

关键词：地役权 用益物权 需役地 需役地的利益 为人的地役权

一、问题的缘起

地役权概念滥觞于罗马法。罗马法认为，地役权之成立，不仅须有两宗土地——需役地和供役地，而且须以直接为了需役地的利益为目的。^{〔1〕}罗马法关于地役权的此种认识，为近现代法国、德国、瑞士、日本等国的民法学说、立法和判例所继受。^{〔2〕}

然而，在中华人民共和国物权法（以下简称物权法）制定期间，我国有些学者在考证或理解地役权概念时，却提出了如下观点：^{〔3〕}（1）需役地的利益和需役地人的利益是两个难以分清的概念，实质上，只要当事人有一块土地，均可认为是为了需役地的利益而设立地役权；（2）地役权实际上为我们提供了一种用益物权的一般模式，凡是对他人物的用益和使用，在没有合适的他物权形式时，均可通过设立地役权的形式予以成立；（3）所谓需役地的存在，只是一个借口罢了，各国立法

* 《中国法学》杂志社编辑。

〔1〕 参见周枬：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第362页；陈朝璧：《罗马法原理》，法律出版社2006年版，第309页；〔意〕彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第253页。

〔2〕 在立法上，法国民法典第637条和第686条、德国民法典第1018条、瑞士民法典第730条和日本民法典第280条皆对何为地役权有明文规定；在学说上，法国、德国、日本等国的学者，对地役权概念及其功能的理解与罗马法就地役权概念所形成的稳定认识，基本一致。参见尹田：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第413页以下；〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》，张双根译，法律出版社2004年版，第708页以下；〔日〕三浦信三：《物权法提要》，孙芳译，中国政法大学出版社2005年版，第127页以下。

〔3〕 参见温世扬、廖焕国：《物权法通论》，人民法院出版社2004年版，第461页；马新彦等：《地役权的借鉴与重构》，载王利明主编：《物权法专题研究》，吉林人民出版社2002年版，第744页；张鹏：《究竟什么是地役权？——评〈物权法（草案）〉中地役权的概念》，《法律科学》2007年第1期。

一直强调须有一需役地，更多是历史的惯性。

学术研究虽贵在推陈出新，但上述观点之新颖却令人为之愕然。诸多疑问也由此而迸发：罗马法以降的大陆法为何总是强调，地役权必须是为了需役地的利益而非需役地人的利益？需役地的利益到底是地役权概念的构造目的还是一种历史惯性？地役权有无明确、稳定的规范功能，是否具备孵化新类型用益物权的“母权”功能？澄清这些问题，对理解和适用物权法第14章有关地役权的规定具有十分重要的理论和现实意义。

在现代用益物权体系中，地役权虽然产生最早，但自物权法定原则确立以来，但凡用益物权，必有明确的功能配置和体系定位。就地役权而言，当其被嵌入逻辑谨严的物权法体系之中后，其先前拥有的一切历史光环相对于民法典之体系而言，则退居次要地位。当然，物权体系之于地役权的重要性绝不意味着，地役权概念的历史变迁应被抛掷一边；相反，法律概念的功能与内涵并非一蹴而就，历史在法律概念的塑造上时常会扮演重要角色。

二、用益物权体系变迁中的地役权概念

地役权概念到底形成于何时，虽无从考知，^{〔4〕}但可确知的是，在用益权、使用权、地上权、永佃权等概念形成之前，地役权作为惟一的用益物权与所有权比肩而立相当长的时间，^{〔5〕}如以瑞士民法典之颁行为止期，地役权自罗马法以来大致历经了两千余年。在如此悠长的岁月中，它不但经受了社会由农牧业向工商业转型所引致的巨大冲击，^{〔6〕}而且也应对了不同国家之地域和文化多样性的挑战。考察一下地役权在动态用益物权秩序中的处境，对于回答前文提出的问题具有重要意义。

（一）罗马法之用益物权体系中的地役权概念

被近现代民法理论统括在用益物权概念下的一个个具体的用益物权，虽然大多可在罗马法的概念宝库中觅得其踪迹；但对罗马法整体而言，诸如地役权、用益权、地上权之类的概念，大都因应社会生活的不同需要经历了相当长的演化过程。

1. 地役权及其他用益物权的形成动因

地役权概念最早渊源于乡村地役观念。罗马古时，遵循土地为村社公有，并由各个父权制大家庭耕作使用的习惯。土地使用者为了耕作的便利或其他需要，对已分割的土地，在使用时仍保持未分割前的状态，如从他人土地上穿过的道路或输水管道归土地所有权人和土地使用者共有。这些耕作地役习惯因以特定的土地为标的物，所以不存在理解上的困难。但是，当畜牧地役出现后，人们对乡村地役的理解则发生了重大改变。原因在于，牧场属于公有，享有畜牧权者不能对牧场享有共有权，在此情形下，地役权遂成为无体物，通行权等就脱离所通行的土地而成为独立的权利。^{〔7〕}

城市地役权的产生要晚于乡村地役权。因为按城镇中房屋相互间须空出5尺距离的传统习惯，城镇房屋不存在利用临近土地的问题。但在公元前390年高卢人侵入罗马并一举摧毁了这座城市后，在罗马城的重建中，由于人多地少，新建房屋毗连栉比，建筑物须间隔5尺的习惯被抛弃，而

〔4〕 十二铜表法第七表“土地权利法”虽然已有关于通行和导水等规定，但此时尚未形成地役权的观念。参见《十二铜表法》（世界著名法典汉译丛书），法律出版社2000年版，第27页以下。

〔5〕 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第221页。

〔6〕 农村人口的大量减少，公共权力对城市规划、房屋建筑格局和样式的管理以及商业竞争的深入开展，无不对地役权的适用产生了重大影响。

〔7〕 参见前引〔1〕，周耕书，第360页；〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第114页。

相邻而居不可避免的排水、流水、搭梁、禁止妨碍观望或采光等各种地役权也相继产生。〔8〕

用益权是人役权中最重要的一种,〔9〕它也是由罗马古时的习惯创制而成。追溯其产生的背景,可明显看出,用益权旨在实现遗嘱人处分其遗产的意旨。〔10〕遗嘱人希望把自己某些财产的使用、收益权给予特定的人(主要是遗孀),使其能生有所靠、老有所养,同时又不会使财产的所有权旁落于继承人之外。

相比于地役权和用益权,地上权和永佃权的产生更晚,它们既未被罗马市民法所规定,也未被古典学说明确承认为物权。〔11〕地上权的产生主要在于克服“一切建筑物从属于土地”的原则,〔12〕以适应罗马城邦的成长和建筑业的快速发展。在被承认为一项独立的他物权之前,地上权经历了由债权逐渐向物权演化的长期过程。〔13〕永佃权概念来源于希腊文 *emphyteusis*。在该概念形成之前,罗马法曾存在着“赋税田的出租”,因这种租赁关系具有长期性的特点,其除获得令状保护之外,还被允许提起一种对物之诉。在君士坦丁时代,随着赋税田出租的消失,两种极其类似的权利形式——永佃权和永久权——出现在帝国的土地上,并被扩大到私人田地的使用上。在公元5世纪,这两种制度合二为一,形成了永佃权制度。这一制度在优士丁尼时得到进一步的完善,并进而成为一种独立的他物权。〔14〕

一言以蔽之,地役权、用益权、地上权、永佃权等概念的形成各有其鲜明的时代背景、具体的社会需求和明确的规范功用。比较而言,役权(地役权和用益权)“这一范畴历史的和传统的原因要比科学的原因更多”;〔15〕而科学的原因在物权概念的塑造上则起了相当大的作用,对传统法律原则做出了技术上的克服,而永佃权则是罗马法传统和法律继受技术的综合产物。由此分析可粗略地看出,认为地役权在其产生初期包括了一切与所有权性质不相符合的物之利用形式的观点,〔16〕并不符合地役权及其他物权的历史发展实际现象。当然,仅凭权利产生史就下此断言,尚难以令人信服;为此,以下进一步分析罗马法学家关于各用益物权概念的理解。

2. 罗马法关于地役权及其他用益物权概念的理解

截止到优士丁尼在位时,形成于不同历史阶段的各用益物权,是否均保有稳定的内涵,彼此间是否存在功能上的牵连关系,虽然史料有限,但并非不能查知。

关于地役权概念的内涵和外延,可截取三个历史断面做通盘了解。需注意,罗马法在其初始发展阶段,推动力主要来源于实践,此时法学家擅长的理性力量尚未真正融入于法律的成长中。

罗马人眼中的早期地役权,最先表现为通行权和引水权,其后随着农业、畜牧业的深入发展,尤其是罗马城的重建和城市的繁荣,汲水权、饮畜权等其他乡村地役权和通水权、立墙权、采光权等城市地役权先后出现。就被罗马法学家类型化的一个个具体地役权而言,其成立无不发生于土地

〔8〕 参见前引〔1〕,周枏书,第361页。

〔9〕 但有学者认为,“据考证,由遗嘱授予居住和奴畜使用权远在其他入役权产生之前,最初仅作为受遗赠人享有某些利益的事实,优帝一世始把它们正式列入入役权。”前引〔1〕,周枏书,第376页。

〔10〕 参见前引〔1〕,陈朝璧书,第303页。

〔11〕 古典学说将地上权作为债权而非物权看待,对此在乌尔比安以下的一段论述中可得到确证:“对他入土地上的建筑物享有地上权的人,受市民诉讼的保护。事实上,如果他是以租赁的方式取得地上权,他就可以对土地所有人提起租赁之诉;如果他购买了地上权,则可以提起买卖之诉。事实上,如果恰恰是土地所有人阻止其对建筑物的使用,地上权人可以通过对其提起诉讼获得赔偿;如果阻止其使用的是第三人,则土地所有人应该向其转让对第三人的诉权。”D. 43, 18, 1, 1。《物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1993年版,第195页以下。

〔12〕 参见〔罗马〕查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第54页。

〔13〕 参见〔意〕阿尔多·贝杜奇:《地上权:从罗马法到现行意大利民法典》,刘家安译,载杨振山、〔意〕桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法·中国法与民法法典化——物权和债权之研究》,中国政法大学出版社2001年版,第240页以下。

〔14〕 参见前引〔1〕,彼得罗·彭梵得书,第264页以下;黄凤:《罗马法导论》,中国政法大学出版社2003年版,第230页。

〔15〕 参见前引〔1〕,彼得罗·彭梵得书,第251页。

〔16〕 参见前引〔3〕,张鹏文。

与土地、建筑物与建筑物或者建筑物与土地之间；因此，也难怪罗马人会直观地认为，地役权是供役地和需役地之间的关系。

罗马人对地役权的认识在公元前1世纪末至3世纪末期间发生了深刻变化。该期间法学研究空前繁荣，法学家对法律适用和法学发展的作用得到了君主的认可。罗马法学家的理性能力在地役权之理解上得到了充分展现。于自己之物不得设置役权（*nemini res sua servit*）、^[17] 役权不能表现为作为（*servitus in faciendo consistere nequit*）、^[18] 地役权的设立和行使应当直接为了需役地的利益（*praedio utilis*）、^[19] 地役权不可分割（*servitutes dividi non possunt*）、^[20] 地役权为长期的需要而设立（*servitutis causa perpetua esse debet*）^[21] 等对近现代民法典产生深刻影响的构成地役权之系统知识的重要认识，几乎全部被罗马法学家提炼出来。对地役权的体系化思考从此取代了对地役权的感性认识。

罗马古典法学家对地役权的上述认识，得到了优帝一世的肯认。被后世铭记至今的优士丁尼《法学阶梯》在“地役权”之篇明确写到：这些地役权所以被称为不动产地役权，因为没有不动产，就不能设定地役权。除非他是不动产所有人，否则他就不能取得城市或乡村不动产的地役权，或负担这种地役。^[22] 该表述明确揭示了地役权的基本构成。

综括罗马法发展的三个阶段，地役权概念自形成之后即维持了确定的内涵，“地役权概念宽泛而不确定”之说无从谈起。回到前面的问题，在和所有权并存的日子里，地役权在制度功能上是否曾扮演过“孕育用益权、使用权、居住权”的“母权”角色呢？^[23] 此问题较多涉及对地役权外延的理解。

前文曾提及，罗马人初始对地役权多做感性认识。这种认识的突出体现之一是，把“发生地域”作为区分地役权的主要标准，即凡称为地役权者，要么属于乡村地役权，要么归为城市地役权。^[24] 这种非此即彼的思维从古典法一直延续到优世丁尼编纂《民法大全》之时。^[25] 罗马法对地役权始终保持此种思维的目的，据说是想通过使用这些传统名称以把各种地役权“相互区别开来并使役权总是保持它的明确性和典型性”。^[26]

但是，随着罗马社会经济的深入发展，地域区分法之思维开始捉襟见肘。因为，农村房屋也有毗邻而居的，城镇空地也会被利用为耕种，换言之，耕作地役出现在了城市、而建筑地役在乡村也

[17] “拥有所有权的人并没有在所有权以外分离地享有使用权和利用率，因为他在自己的地产上无论如何不能有役权。” 乌尔比安语，参见 D. 7, 6, 5.《民法大全 学说汇纂 第七卷 用益权》，米健译，法律出版社 1999 年版，第 97 页。

[18] “役权的本质不是要求供役地所有人应当做某事（如除掉绿草以使景色宜人，或出于同样的理由而在其土地上装饰某物），而是要求他承受某一行为或不实施某一行为。” 彭波尼语，参见 D. 8, 1, 15, 1. 前引 [11]，范怀俊译书，第 183 页。

[19] “不能为了允许我在他人土地上采摘水果、散步或野餐而创设役权，” 因这些活动与需役地的利益无关。保罗语，参见同上书，D. 8, 1, 8pr, 第 186 页。

[20] “假如你的土地是我的土地的供役地，而我成为你的一部分土地的所有人或你成为我的一部分土地的所有人，那么役权被部分地保留，尽管一开始它不能被部分取得。” 保罗语，参见同上书，D. 8, 1, 8, 1, 第 185 页。

[21] “从严格的法律意义上讲，役权的设立不能附带‘从某个时候起’、‘直到某个时候’、‘在某种条件下’或‘根据某一设定的条件（如我只要愿意）’这样的条件。不过，如果附加了这些条件，提起确认役权之诉的人通过既存简约抗辩或欺诈抗辩将获得保护。” 帕比尼安语，参见同上书，D. 8, 1, 4pr, 第 187 页。

[22] 前引 [12]，查士丁尼书，第 60 页。

[23] 有人认为，“除地役权之外的其他用益物权形式，如用益权、使用权、居住权等权利形式，都或多或少地孕育于、发端于、成长于地役权制度中，而只是待其权利形式日益成熟，社会利用日益常见时，方才独立出来自成一权。” 前引 [3]，张鹏文。

[24] 乡村地役权和城市地役权是罗马法关于地役权的根本分类，迨至现代社会，罗马法关于地役权的此种分类，被除法国之外的其他民法典所摒弃。

[25] 乡村地役权和城市地役权的区分，是优士丁尼《法学阶梯》关于地役权之规定的主要内容。参见前引 [12]，查士丁尼书，第 60 页。

[26] 前引 [1]，彼得罗·彭觉得书，第 253 页。

能发生。在此社会现实下,罗马人被迫转换思维,不再完全以地域而是以需役地之地域来思考特定地役权的归属问题。如果需役地是建筑物,仍为城市地役权,其他情形则属于乡村地役权。^[27]地役权类型化思维的此种转换,催生了不动产地役权的概念。

因罗马法始终坚持土地吸附地上物的原则,罗马法学家以地域为标准对地役权展开的“非此即彼”的长期争论,对揭示地役权之外延具有重要的分析价值。完全可以说,罗马人始终不曾脱离需役地来思考地役权,该结论意味着,特定人的需求从来不被罗马法看作思考地役权概念的出发点;尽管他们不可能不知道土地利益是相对于人的需要而言的,离开人的需要,权利毫无意义。

不过,罗马法上的确也存在一种在法律构造上比较类似于地役权的不动产使用权, *servitutes personae*。其特点表现为,不是为了更好地利用需役地,而是为了使需役地的现时所有人获得便利。例如通行权、汲水权、放牧权。我国有学者将这种权利翻译为“为人的地役权”,并称其为“一种特殊的地役权”。^[28]这种权利虽在形式构造上类似于地役权,但不同于地役权的是,它不是直接为了需役地的利益,而是为了特定人的利益。

“为人的地役权”其实从另一个侧面揭示了罗马法学家对地役权概念的成熟看法,即并非一切不动产使用权皆可随意纳入地役权概念中,哪怕其在形式上具备了地役权的某些特点。另外,从一些古典法学家关于地役权的精辟论断看,当时人们对地役权的认识已不再仅仅局限在对地役权的类型化思考上,而是开始以构成要件和法律效果为纬度对其进行抽象的、一般性的思考。法学家并没有被地役权多样而繁杂的类型迷失方向,丰富的法律材料反而推动了他们对法律的抽象思考。法律概念的理性化程度也因此得到进一步提高。

然而,罗马法上的各用益物权在发生上或功能上也并非全然不存在一定的“血亲关系”。相对于使用权、居住权和奴畜使用权,用益权概念在很大程度上就具有“母权”地位。^[29]但是,无任何资料显示,地役权与用益权之间具有某种“血亲关系”。这两类权利自产生之日起,彼此间即有了明确的功能区分。并且受其功能所限,该两种权利在构造上也极其不同。具言之,地役权是为了需役地的便利,而用益权则旨在在维护家族财产的统一性之下为与供役物所有人具有特定身份关系的人提供起码的生存条件。因不动产具有恒定性,需役地对供役地的依赖通常只表现为某一特定方面,因此,地役权通常被限定为对供役地在某一特定范围内的使用。而用益权因主要是为了人的需求,所以,供役物所有人通常不对用益权人使用、收益供役物的范围或方式做出限定。另外,用益权人与供役物所有人之间的身份关系,也决定了用益权的期限性、不可转让性。而地役权因完全依据需役地的利益进行判断,对权利人和权利的特性根本不存在与身份相关的任何限制或要求。

至于地上权和永佃权,虽也是为了特定人的利益而对他人之物进行役使的权利,并因而具有人役权的一般性质;^[30]但罗马法学家从未以人役权的权利模式来解释或构造地上权或永佃权,而是适应社会需要的强度,为它们开辟了一条从债权到物权的制度建构之路。

为人的地役权在产生上也同样经历了从债权到物权的发展过程。为了使专门为个人设立的地役权成为有效,古典法学家们把这些役权解释为债权。有时候,这种特殊役权的遗赠可能转化为真正的对用益权或使用权的遗赠,在此情况下,这些权利可被作为用益权或使用权看待,^[31]而不是硬

[27] “城市不动产的地役权都是附属于建筑物的权利;它们之所以被称为城市不动产地役权,因为一切建筑物都叫作城市不动产,即使实际上是在乡村建筑的。”前引[12],查士丁尼书,第60页。

[28] 参见黄凤编著:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第230页。

[29] 使用权、居住权和奴畜使用权又被称为“小用益权”,它们具有与用益权相似的功能,只是在标的物、权利内容上分解或改变了用益权,以使包罗万象的用益权概念更明确、具体。

[30] 有学者认为,按罗马法理论,地上权和永佃权可看作广义的人役权。参见刘志勋:《民法物权编》,中国政法大学出版社2006年版,第221页。

[31] 参见前引[1],彼得罗·彭梵得书,第256页。

把它们塞进地役权概念中。

总之，罗马法上的各用益物权在其产生过程中大多具有明确的历史使命和相对清晰的功能区分。在史料不详的前提下，虽然不能断言，其他用益物权概念的产生与地役权不存在任何发生上的牵连关系；但就现有文献资料来看，称地役权具有“孵化”其他用益物权的功能，明显缺乏明确的事实依据。根据罗马法学家对法律传统的尊重及罗马法对法律概念之明确性的强调，并依据地役权和其他用益物权在社会功能、构成要件和法律效果上的显著区别，完全可以说，地役权始终是一个内涵确定、外延清晰的法律概念。近现代的欧陆各国对地役权概念的继受也能充分说明这一点。

（二）近现代重要民法典之用益物权体系中的地役权概念

罗马法所确立的用益物权体系对近现代大陆法系的物权法产生了深刻影响。法国、德国、瑞士和日本等国依据本国的实际对罗马法的用益物权体系进行了不同程度的继受。

1. 法国民法

法国民法典继受了优士丁尼《法学阶梯》有关用益物权的规定，只对“用益权、使用权、居住权”和“地役权”做出了规定。相比于在其后颁行的德国、瑞士等国的民法典，法国民法典关于地役权的规定在体系上有如下特色：（1）采罗马古典法的做法，把役权和地役权视为同一概念，从而抛弃了人役权概念；^[32]（2）扩张了地役权的内容，不但把不动产相邻关系纳入了地役权（法定地役权），而且把罗马上的“为人的地役权”并入了地役权的规定中（行政地役权）。^[33]（3）在地役权的成立上，特别强调了“直接为了需役地的利益”这一要件。具言之，法国民法典不但明确规定了地役权的功用，即“役权，或为建筑物的便利，或为土地的便利而设定”（第 687 条），而且明确规定“役权既不得加义务于个人，亦不得为个人的利益，仅得加限制于土地且为土地的利益”（第 686 条）。^[34]法国学者也强调，法国民法典第 686 条对地役权概念的规定，包含了三项构成要素：地役权应对某一土地有益、地役权只能设定于土地而不能设定于人、地役权不能为人所利用而只能为土地所利用。^[35]

2. 德国民法

同样负有反封建政治使命的德国民法典，虽使用了役权概念，但将役权严格限制为地役权、用益权和限制的人役权等三类。这种规定的最大创新之处在于，从罗马法的使用权、居住权概念之上抽象出了限制的人役权概念，从而把对他人之物进行个别性使用的情形，一律纳入了“限制的人役权”概念，这其中自然包括了罗马法上的“为人的地役权”。

在体系关联度上，“限制的人役权”，是一种介于地役权与用益权间的中间性权利：相比于地役权，它们具有内容上的共同性，即均以对土地特定方面的使用为内容；而与用益权的共同点是，权利的享有与特定人相联系，也就是说，原则上其不得转让也不得继承。但是，由德国民法典第 1090 条第 2 项所做的限制的人役权“准用”地役权的规定看，^[36]限制的人役权在设定上除了要求

[32] 法国民法典具有鲜明的革命色彩，此种特性突出表现在其关于用益物权类型的取舍和设计上。为与封建土地制度彻底决裂，它摒弃了与封建劳役有一定关系的人役权概念。参见 [英] 巴厘·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社 2000 年版，第 147 页；前引 [2]，尹田书，第 369 页。

[33] 法国学者将这种地役权称为“行政地役权”（servitudes administratives）（第 650 条），其意思为，基于通讯、交通、国防军事、城市规划、森林保护、文化遗产保护之需要根据公法设定的地役权。该地役权的最大特点是，无需役地之存在且是为了公共利益的需要。其实，该权利并非真正的地役权。参见前引 [2]，尹田书，第 401 页。

[34] 法国民法典第 686 条有着深刻的历史和政治根源。为解除所有权的全部封建负担、阻止旧秩序的复辟，法国民法典坚决否认地役权的人身性质，强调地役权产生的负担只能施加于土地而不能施加于人，地役权产生的利益只能有益于土地的使用而不能给当事人带来其他人身或财产上的利益。参见前引 [2]，尹田书，第 415 页。

[35] 参见前引 [2]，尹田书，第 416 页。

[36] 除关于地役权的内容（第 1018 条）、需役地的利益（第 1019 条）和需役地的分割（第 1025 条）之外，有关地役权的其他规定均可适用于限制的人役权。

须为某一特定人而非为需役地的利益之外，它的标的物和内容基本上均与地役权相同。基于对役权类型和体系的深入思考，德国民法典在地役权的规则设计上，特别强调了地役权须发生于两块土地之间，地役权须为需役地的利益而存在（第1018条和第1019条）。因此，是否直接为了需役地的利益，不仅是地役权的核心要件，而且也是在体系上对地役权和限制的人役权进行厘定的关键要素。与法国民法典形成强烈反差的是，德国法苛求地役权须利于需役地的原因，并非出于政治上的顾虑，而是为了法律自身的需求——追求法典体系的清晰和均衡。

3. 瑞士民法

在瑞士民法典中，役权也是一个极其重要的概念；但显著不同于德国法的是，它前所未有地把建筑权（Baurecht）（即地上权）纳入了役权的体系。就整体而言，瑞士民法典的役权体系比较类似于德国民法典的规定：严格遵守罗马法以来的地役权概念，把一些徒具地役权之表象而实质上却为私人或公众利益的地役权以“其他地役权”的形式进行了单独规定。

将地上权纳入役权体系，反映了地役权之外的其他役权所具有的身份色彩在淡化，除土地负担之外，役权几乎可与用益物权概念等量齐观。

4. 日本民法

对亚洲一些国家或地区的民事立法曾产生重要影响的日本民法典，在借鉴德国和法国民法而制定本国民法典之时，不仅完全摈弃了在欧陆流传久远的役权、人役权、为人的地役权等概念，而且也抛弃了最能体现大陆法之特色的用益权概念，^[37] 唯独吸收了役权体系中的地役权概念，^[38] 并在地役权概念的理解上，完全继承了罗马法的观念：认为地役权的成立需存在两宗土地，供役地须直接为了需役地的利益，而不得为了需役地所有人或利用人的个人的方便和利益。^[39]

总之，在法国、德国、瑞士和日本等国，地役权概念的确立，不仅经受了现代自由、民主法制思想的考验，而且应对了民法典之用益物权体系化的需求。尤其在法典的政治使命随民法典之颁行而终结之后，法定用益物权的体系在理解和适用地役权概念时则显得更加重要。比较而言，在法国、德国和瑞士等国的民法上，因行政地役权、限制的人役权或其他地役权概念的采用，“为了需役地的利益”这个地役权成立的必要条件，在用益物权体系上得到了比较明显的强化。这反过来使“为了需役地的利益”要件成为理解地役权概念的关键要素。日本民法上的地役权虽不受“为人的地役权”的体系制约，但日本民法典在不动产物权变动上采纳的登记对抗要件主义模式，不能说未对地役权概念的内在规定产生丝毫影响。具体来讲，在登记对抗要件主义下，非登记的地役权和租借性质的地役权之间的界限在很多情况下并非泾渭分明。在此大体系的约束下，与其把“为人的地役权”纳入地役权的规则体系中，不如为了概念的明确，沿袭大陆法各国关于地役权概念的基本理解。

我国物权的用益物权体系比较类似于日本立法例，仅借鉴罗马法之役权体系中的地役权概

[37] 有英国学者认为，用益权体现着民法法系的基本特点，它实际上能够被用来作为该法系的识别性标志。参见前引[32]，巴厘·尼古拉斯书，第156页。

[38] 日本学者将未规定人役权的原因归之为“无此习惯故也”，饶有趣味的是，日本固有法也本无地役权概念，但法典还是规定了它，法典为何要厚此薄彼？细究之，原因在于：（1）从财产利用效益上看，人役权不仅妨碍了物之流通而且抑制了役权人对物的改良动力，从而限制或阻碍了物之效用的发挥，用益权之所以在法国和德国日趋式微，原因也正基于此；而地役权则不然，从古至今其对调节邻近不动产间的利用效益作用显著，并因此显得不可或缺。（2）在法国、德国民法典颁行之时，罗马法的人役权制度被欧洲封建领主或大土地所有者广泛应用于各种封建剥削中，至土地解放风起云涌、所有权自由观念深入人心之时，人役权制度因此成为被清理、整顿的对象。而被严格限制为须利于需役地利益的地役权，在外观上似乎全然为一个纯粹技术性的法概念，不涉及对他人的奴役或剥削；因此，在观念上不存在继受上的障碍。

[39] 参见[日]近江幸治：《物权法》，王茵译，北京大学出版社2006年版，第207页；[日]田山辉明：《物权法》，陆庆胜译，法律出版社2001年版，第206页；前引[2]，三浦信三书，第128页以下。

念,并依据本国实际规定了具有不同社会功能的土地承包经营权、建设用地使用权和宅基地使用权。另外,物权法关于地役权之设定所采纳的登记对抗要件模式也相似于日本法。因此,在未登记的地役权和租借性的地役权之间存在区分上的困难,在此前提下,为了地役权概念的明确,借鉴日本法的做法,按照大陆法的传统来理解和适用地役权概念比较适宜。

三、地役权概念内在构造的客观性

(一) 地役权概念的构造基础

地役权是为一不动产之便宜而使用另一不动产的权利。因此,地役权必须涉及两项独立的不动产,即需役地和供役地。这种以供役地和需役地的共存为发生基础的特性,是地役权与仅需要供役物之存在的人役权、地上权及永佃权在内在构造上的显著区别之一。

1. 地役权概念中的“地”,实为“不动产”

地役权概念中的“地”,从事实层面看,包括了土地和地上建筑物,因此,准确地讲,“地”应为“不动产”。罗马法因采纳“一切建筑物从属于土地”的原则,所以其所言土地二字,其实包含了地上建筑物。但是,即使采纳了土地吸附地上建筑物的原则,为了概念的明确性,罗马法也一直习惯于把地役权划分为建筑物役权(城市地役权)和土地地役权(乡村地役权)。优士丁尼在位时,从概念的系统构造出发,就干脆把地役权称为“不动产地役权”。^[40]不过,精确地讲,“不动产地役权”改称为“不动产役权”当比较贴切,毕竟,“不动产”和“土地”指的是一个意思。

迄至近现代民法典编纂时,罗马法奉行的“土地吸附地上物”的原则,完全被法国、德国及瑞士等欧陆国家的民法典所继受。^[41]因此,即使像法国民法典第687条那样明确规定,地役权是为建筑物或土地的便利而设定的,这些国家依然沿用罗马古典法的惯例,使用地役权概念,而非优士丁尼的不动产地役权概念。

然而,奇怪的是,既未受罗马法之直接熏染又未采土地吸附地上建筑物原则的日本、韩国和我国台湾地区的民法典,^[42]却依然采用了地役权概念,而非不动产役权概念。如果严格坚持房地分离原则,地役权概念之中的“地”毫无疑问只能指“土地”,地役权从而也只能发生于土地与土地之间。在鳞次栉比的城市成为现代人的主要生活场所时,此种地役权显然严重脱离了实际需要。地役权在我国台湾地区很少被加以利用的情况,不能说与此无关。^[43]

造成上述情况的原因,表面上看在于日本、韩国或我国台湾地区的民法典只顾亦步亦趋地模仿欧陆各主要民法典,而未能直接师法于作为欧陆现代民法之始祖的罗马法;实质的原由则在于,它们未能从不动产物权体系的大视角出发对地役权概念进行体系性的思考。实际上,对无任何传统负担、纯粹进行法移植的亚洲国家或地区而言,相比于罗马法古典法时期的地役权概念,优士丁尼的不动产地役权概念显然更为可取。

我国虽也坚持房地分离原则,但物权法却步日本、韩国和我国台湾地区的后尘使用了“地役权”概念。不过,迥异于它们的是,物权法第156条明确将地役权概念中的供役地和需役地规定为了“不动产”。此种名实不符的立法,不可避免地会影响到人们对地役权概念的正确理解。除了为

[40] 参见前引[12],查士丁尼书,第60页。

[41] 参见法国民法典第523条、德国民法典第94条第1款和瑞士民法典第655条的规定。

[42] 在日本和韩国的不动产法律制度中,土地和建筑物是两个各自独立的不动产。参见[日]藤井俊二:《土地与建筑物的法律关系——两者是一个物还是两个独立的物》,申政武译,载渠涛主编:《中日民商法研究》(第四卷),法律出版社2006年版,第118页。在我国台湾,通说认为地上物非土地之成分,即地上物与土地彼此独立存在。参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第82页。

[43] 参见谢在全:《民法物权论》上册,中国政法大学出版社1999年版,第423页。

与其他国家的法律概念保持一致外,对物权法为何会牵强附会地将“不动产”解释为“土地”,实在找不到很有说服力的理由。

2. 需役地和供役地是否同属一人,无关紧要

罗马法曾坚持不得于自己之物设置役权的原则,如此坚持的主要理由在于,所有权是对物的最广泛的权利,所有权人可以对自己所有之物进行任意的使用,无须多此一举地再另设他类物权。然而,该规则并未被法国、德国和瑞士的民法所汲取。瑞士民法典第733条明确规定,“所有人可在自己的土地上,为属于自己的另一块土地的利益,设定地役权。”法国民法典第694条规定,“所有人有两个不动产,其间有役权的标志存在,所有人处分其中之一而未于契约中记载有关役权的约款时,役权仍消极地或积极地存在于出让的土地上或继续为出让土地的利益而存在。”德国虽在其普通法时期也坚持“于自己土地上不成立地役权”的原则,并因此未在民法典中规定所有人地役权;但德国联邦最高法院后来通过类推适用其民法典第1196条有关所有权人土地债务的规定,以判例法的形式承认了所有人地役权。^[44]

上述国家之所以以不同方式承认了所有人地役权制度,根本原因在于:从不动产权的动态秩序看,所有人地役权在确保不动产所有权人的利益前提下,能极大地发挥不动产的经济效用。而“于自己土地上不成立地役权”原则,仅仅强调了所有权人对物的所有,而忽视了物为他用的复杂情况。例如,土地所有权人在出让建设用地使用权之前,可一劳永逸地为待出让的土地设定一项地役权负担,从而物权性地确定建筑物的高度、建筑样式等事项,以确保自身的利益。

日本和我国台湾地区民法典因均将地役权界定为“以他人土地供自己土地便宜之用的权利”,所以,按文义解释方法,应认为其否认了所有人地役权之设立可能性。由此,该规定受到史尚宽等人的质疑。^[45]原因很简单,地役权之本质在于调节不动产间的利用关系,土地虽然为一人所有,但如该所有权人在土地之上设立了地上权和永佃权,法律既然允许地上权人和永佃权人可设定地役权,所有权人何不可先在自己土地上设定地役权,然后再把土地的使用权移转于他人呢?因此,对于“他人土地”或“自己土地”之法言,在法律未严格限制以土地所有人为限时,学者通说认为,对法律的规定不可拘泥于文义,虽属于一人所有的两笔土地,如已为不同人使用时,只要一笔土地能便利于另一笔土地的利用,仍可设立地役权。^[46]

我国物权法在规定地役权的法定内容时,本可采法国、德国和瑞士等国立法例,避免使用“自己或他人的不动产”等法言,从而为地役权的适用保留尽可能大的解释空间。然而,立法者却依循日本和我国台湾地区的立法例,将地役权界定为“利用他人的不动产”,以提高“自己不动产的效益”的权利。日本和我国台湾立法例的弊病随之也被裹挟而来。因此,在适用物权法第156条的规定时,不妨采台湾学者的通说:即使是一人所有的土地仍可设定地役权。

总之,地役权概念的构造,只要有两项独立的不动产即可,至于该不动产是为两人所有,还是属于同一人,以及不动产是土地还是建筑物,均无影响。如此理解的根本原由,在于地役权之本质,旨在调节物的所用,而非物之所有。

(二) 地役权概念的构造目的

由罗马法及渊源于罗马法的近现代重要民法典的规定可知,地役权是以甲不动产(供役地)供乙不动产(需役地)便宜之用的权利。“有利于需役地”(有利于土地, *praedio utilis*)因此构成地役权的基本目的。罗马法将此视为地役权的根本原则。而为强调其重要性,法国民法典第686

[44] 参见前引[2],鲍尔/施蒂尔纳书,第723页。

[45] 参见前引[5],史尚宽书,第231页。

[46] 参见前引[43],谢在全书,第419页。

条^[47]和德国民法典第1019条^[48]也都对此做了明文规定。那么,如何理解“有利于需役地”呢?为对该问题做出根本的了解,以下分四个方面加以阐述。

1. 为何应“有利于需役地”

有利于需役地,意味着地役权只能为需役地带来利益,而不仅仅是为需役地的现时所有人带来利益。此观点被罗马法及继受罗马法的法国、德国、瑞士、日本等国法学家视为至明之理,然却为我国有些研究者所不解。在他们看来,把土地的利益和人的利益区别开来是不可能的,也完全没有必要;土地的利益其实就是人的利益,因此,所谓有利于需役地,其实就是为了不动产所有人或使用人的利益。该观点的最大弊端,在于以对地役权之法效果的观察取代了对地役权法律构造事实的思考。

众所周知,民事权利,是特定主体可享受特定利益的法律上之力。按形式逻辑推理,地役权就是需役地的权利人对供役地所享受的特定利益,因此,有利于需役地似乎就是有利于需役地权利人的利益。但实质上,这种理解仅是立足于权利效果对地役权进行思维的结果,换言之,它仅从法律效果上看到了地役权相对于人的价值。此种思考本无可厚非,但我们却不可因此种思考而自我蒙蔽了对地役权概念之事实构造——地役权概念之技术性——的深切关注,并进而忽视了对地役权概念的系统分析。^[49]

法律立足于怎样的社会事实构造地役权概念,涉及到地役权概念的技术性。相比于其他用益物权,地役权概念的技术性突出体现为,它以需役地与供役地的并存为构造前提,以有利于需役地为构造目的。需役地之存在从而成为地役权概念的构造核心。没有需役地的利益需要,即无地役权之存在。需役地的所有权或使用权发生移转,地役权随之而发生转移。因此,“地役权的权利人不是作为其自身,而是根据需役地所有权的介绍而产生”,“需役地各自的所有权人同时就是地役权的权利人”。^[50]地役权的这种特性,看似以需役地的利益需要取代了地役权人的需要,以需役地的利益遮掩了地役权人的利益;但是,因需役地只是所有权的标的物,需役地的利益毫无疑问只能是需役地所有权人的利益。既然如此,罗马法以来的法律为何不直截了当地称地役权是为了需役地权利人的利益,而偏要迂回曲折地坚持为了需役地的利益呢?该问题涉及对地役权本质的深入思考。

关于地役权之本质,前人曾提出过多种观点,^[51]但在现代人看来,地役权本质上是以使供役地承受一定负担来扩增或提高需役地的利用价值,换言之,地役权就是在能达到有利于需役地之目的的同时,不构成对供役地之使用的实质妨碍。^[52]以此而言,地役权实际上是以对甲不动产之使用造成小损失之前提下,发挥乙不动产的效用。因此,地役权的设定其实考虑了需役地和供役地的整体利用效用,贯彻了“效益更大化原则”^[53]或“比例原则”。旨在在土地现状不可改变之客观条件下,通过调节两宗土地间的利用关系,在整体上提升土地资源的利用效率。

地役权的这种本质,决定了它只能是对供役地的有限使用(某一事项)而非全面使用,^[54]这

[47] 该条规定,地役权既不得加义务于个人,也不得为个人的利益,仅得加限制于土地且为土地的利益。

[48] 该条规定:“地役权只能是给需役地的使用带来利益的负担。不得超出这一范围而扩张该项役权的内容”。见陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社2006年版,第358页。

[49] 法律对权利的理解,无不分为两个层面,即权利的构造(通常所言的构成要件)和权利的效果(法律效力)。前者更多地体现为法律区别于其他社会规范的技术性,后者则显现了权利的社会性。权利的社会性,是权利为社会所认知,并产生社会效果的必要因素;而权利的技术性则是权利之社会性的根基。

[50] [德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第466页。

[51] 参见前引[2],三藩信三书,第129页。

[52] “夫地役权制度之精神,本求不灭杀乙地效用,而能增加甲地价值。”前引[30],刘志敬书,第221页。

[53] 参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第241页。

[54] 德国民法典第1018条明确规定,地役权仅限于对供役地的“为特定的事项使用(in einzelnen Beziehungen benutzen)”,德国学者因此通常认为,地役权的内容在于赋予权利人对土地的个别使用(einzelne Nutzungen)和利益,而用益权原则[则]包括总体使用被设定负担之物。参见前引[50],曼弗雷德·沃尔夫书,第465页。

是地役权区别于用益权、地上权、永佃权的另一主要特点。这也是地役权在学理上总是被分别为通行权、汲水权、禁止妨碍眺望权等具体权利类型,以及在实际上只是以一个个像通行权之类的具体权利面目出现的主要原因。^[55]

地役权的本质在地役权的构成和法效果上有相当充分的体现。略举几例,以为明证。(1)为排除对供役地所有权人造成过于泛滥的负担,规定地役权之内容,仅限于对供役地特定方面的使用可能性,使用应对需役地本身有利。^[56](2)规定地役权行使之方法、处所及程度,不得超过需役地之便宜所必要的限制;应选择对供役地损害最少之方法或处所,行使地役权。^[57](3)当在原地行使地役权会对供役地所有权人造成困难时,规定供役地所有权人可以改变地役权行使的场所。^[58]

地役权虽旨在通过有限地改变两块土地的孤立利用状况,以在整体上提升有限土地资源的利用效率,但是,如何使立法达到这样的效果,却是一个难题。在各种可供选择的方法中,有两种极端的方法可以提出来讨论。方法之一是,权衡需役地权利人(地役权人)的受益和供役地的受损;方法之二是,权衡需役地的受益和供役地的受损。在供役地受损不变的前提下,问题的关键是,到底是采用需役地权利人之标准还是采用需役地之标准来判断地役权的社会效益?相对于需役地的受益而言,需役地权利人之受益的最大特点是,主观易变,不易识别,一旦把握不当极易造成地役权行使的滥用,供役地的受损也必会随之而受牵连。相反,由于土地或建筑物的现状不易轻易改变,土地或建筑物的用途、使用方式及彼此间的相对位置或关系无不具有一定的稳定性、可识别性,依据需役地来判断地役权人的受益以及供役地权利人的受损,客观易行,且需役地权利人的利益并不因此受损。

总之,有利于需役地,而非需役地所有权人的主观需求,不仅不会因此损及需役地权利人的实际利益,而且也不至于使供役地权利人受制于需役地权利人对供役地的主观需求,更不会使地役权之存在受制于现时需役地权利人的一时需求。这既稳固了两宗土地之间的利用关系,又使得地役权不会因需役地所有权人的改变,或者需役地所有权人特殊需求的改变,而轻易发生改变。诚如一位德国学者所言:“地役权为‘永久’;也就是说,只要依原所确定之地役权内容对地役权仍可以进行行使,则在需役地或供役地上发生事实关系之变化时,该变化不影响地役权之存续。”^[59]这不但符合人们对土地的通常利用状况,而且更利于土地效益的发挥。罗马法认为地役权具有“永久性”,也是由此而来。

以需役地的客观利益而非需役地权利人的主观需求作为判断地役权效用的办法,在立法上也有明显的例证,如瑞士民法典第736条第2款规定,地役权人的利益虽尚存在,但与负担相比意义甚微时,供役地人可支付赔偿而部分或全部地消灭地役权。“在此规定下,地役权对需役地所有人之主观利益明显置于其客观利益之下。”^[60]

2. 如何判断是否有利于需役地

以需役地的受益作为判断地役权之有效性的办法,会引发另外的问题:作为一种物,如何判断需役地是否受益?对此,除个别学者坚持以当事人之主观意思作为判断需役地是否受益的标准外,^[61]绝大多数人认为应采用客观的判断标准。本文赞成客观的判断标准,并认为应做如下理解:

[55] “一般说来,在法国法上,地役权均有其命名(如通行地役权、汲水地役权、放牧地役权、取水地役权、废水排放地役权等),其在设定时,为适应其各自的经济要求,分别有其具体规则。”前引[2],尹田书,第403页。

[56] 参见德国民法典第1018条、第1019条、第1020条和法国民法典第702条的规定。

[57] 参见瑞士民法典第737条、我国台湾地区民法典第854条的规定。

[58] 参见法国民法典第701条第3款、德国民法典第1023条的规定。

[59] 前引[2],鲍尔/施蒂尔纳书,第719页。

[60] 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250页。

[61] 但也有学者认为,是否便宜于需役地,无须从客观上的情形进行判断,只要当事人设定地役权的合同不违反法律的强制规定与公序良俗,无特别限制之必要。参见前引[43],谢在全书,第419页。

(1) 两不动产之间须具有客观上的可利用性。客观上的可利用性，指在不动产位置固定不移的条件下，供役地能够增益于需役地的效用。因不动产（尤其是土地）的位置及存在状态不会轻易变迁，这种客观上的可利用性，通常需要两不动产在位置上相邻或相近，罗马法时代的学者要求地役权的设定必须符合“邻近”（vicinitas）与“有用”（utilitas）的要求，正是出于此种原因。法国民法典将地役权和不动产相邻关系予以合并规定，许多人习惯于将地役权和不动产相邻关系制度相提并论，也是源于两不动产在客观上具有的邻近性。但自罗马法始，“邻近”即非地役权成立的必要条件；因为，有些类型的地役权，依其特性，需役地和供役地即使在地理上并不“邻近”，仍不妨碍供役地能为需役地所用，如放牧地役权、禁止妨碍眺望地役权、管线铺设地役权等。因地役权之本质在于提升不动产利用的整体效益，因此，凡供役地在客观上具备可供需役地利用的性能即可能成立地役权。

需役地和供役地之间须具备客观上的可利用性，对此在立法上有明确表现。例如，法国民法典第 703、704 条规定，地役权于情况变为不可能行使的情形，归于中止；于情况再度成为可以行使时，即行恢复。所谓“不可能行使”，即客观上无利用之可能。

(2) 客观上的可利用性须依据需役地的特性，而非需役地现时权利人的需要进行判断。客观上的可利用性并非仅来自于对两不动产间位置关系的思考，因为即使两宗不动产在位置上能满足利用的需要，但仍难以排除需役地权利人为自己的个性化需要对供役地进行主观利用的现象，德国法上的限制的人役权就是这种情况的反映。

因此，在满足客观上可利用性之必要条件下，判断对供役地的利用是否有利于需役地，尚须依据需役地的特性，看对需役地的利用是否有利于需役地的各时所有权人或使用权人，而非需役地现时权利人的个人好恶。例如，如果为一块与公共道路没有通道的土地设定以通行为目的的地役权，则该地役权为土地带来了长久的利益，因为它保障了土地的通行。而如一个律师或医生在相邻土地上设定了不允许经营同类业务的权利，该种权利只对律师或医生本人具有利益，而对土地使用没有带来利益，此种权利就不能设定为地役权。^[62]再如，法国法院认为，就某一土地享有的狩猎权和捕捞权不属于地役权，因为这两种权利仅为居住于某一土地上的人们“娱乐”之用，其并非为使用该土地所需的便利。^[63]

通说认为，需役地的特性，并非仅指需役地的固有性质及其建造的设备，还包括了需役地所具有的长久使用目的。^[64]需役地的固有性质，指需役地的实物形态（土地或建筑物，如为土地，是建设用地还是农业用地；如为建筑物，是普通住宅、商业用房还是别墅等）、通常用途、四邻状况、相对于供役地的间隔或区位等。需役地的长久使用，是指需役地相对稳定的基本用途，如普通住宅乃在于满足基本居住的生活要求。

3. 何为有利于需役地

对需役地有利，不必是财产价值上的有利，精神上的、美观上的利益也无不可，如对观望的保护、对安宁享受的保护等。^[65]遍查各国民法典，直接对“便利”在立法上做出规定者并不多见，^[66]大多数国家要么不对“便利”进行概括或列举式的规定，要么仅做出地役权不得违反公共秩序的限制性规定。因地役权是当事人合意的产物，因此，法律即使未对地役权的设定做出限制性规定，根据合同法的规定，地役权设定合同也不得违反公序良俗。

[62] 德国法把这种权利称为限制的人役权。参见前引 [50]，曼弗雷德·沃尔夫书，第 470 页。

[63] 参见前引 [2]，尹田书，第 418 页。

[64] 参见前引 [5]，史尚宽书，第 226 页；前引 [30]，刘志敬书，第 223 页。

[65] 参见前引 [2]，鲍尔/施蒂尔纳书，第 714 页。

[66] 意大利民法典为对“便利”的概念做出规定的典型代表，第 1028 条规定：“需役地本身具有的较多的方便条件或者良好环境是便利，需役地本身具有的工业用途也同样是一种便利。”所谓“工业用途”，主要指限制竞争的约款。

其实,在采纳客观判断标准的情况下,供役地为需役地提供的“便利”范围,应依据需役地的特性进行事实判断,法律确无必要规定该内容。地役权的现实形态表现为一个个具体的权利,因此,对于是否有利于需役地只能做比较类型化的分析,具体来讲可分为三类:一是需役地权利人可持续或非持续地对供役地进行有形的使用,至于使用的目的,或在于免除需役地自身的负担,如檐滴水地役权;或在于便利需役地的利用,如通行地役权;或在于节省需役地的费用或支出,如支撑地役权;或直接从供役地获得收益,如放牧地役权,等等。二是抑制供役地的使用,从而间接地增益于需役地的效用,如采光地役权、禁止建筑地役权、眺望地役权等。三是限制供役地上的某种营业,如禁止贩卖他人生产的啤酒。

4. 需役地之便利是否可随时增加

如上所述,地役权的设立应对需役地有利,由此又引出另外一个技术问题:当需役地上的事实关系发生某一变化时,供役地所有权人是否应承受因此而造成的负担。对该问题,法国民法典第702条规定,享有地役权的一方,仅得依设定行为行使其权利,不得在负担地役权的土地或享有地役权的土地上,进行某种加重前者负担的变更。瑞士民法典第738条和第739条也有此类规定。不过,法国学者在肯定其民法典第702条的价值的同时,也指出了其僵化的一面。因地役权一般都历时较长,而在地役权存续期间内,社会生活可能会发生较大变迁;因此,法国法院借助法解释方法,确立了地役权的合理可变性。譬如,判例允许一项供马车通行的地役权包含供拖拉机通行之用。^[67]

德国民法典未做出类似于法国、瑞士民法的上述规定,但德国学说和判例均认为,地役权范围的确定,是以地役权人各时之需求为准,而不是以地役权设定之时的情势为准。因此,当需役地上的事实关系发生某一变化时,供役地权利人应承受因此造成的负担;但是,如需役地上事实关系的变化,因权利人的任意而引起,或其对变化完全无法预见,则就该变化产生的对供役地之使用,供役人不须忍受。^[68]

总之,根据地役权的本质,需役地需求的改变,应以不因改变而加重供役地权利人的负担为原则;如需役地利用方式的改变可能加重供役地权利人的负担时,该增加的负担须在供役地权利人可预见的范围之内。对地役权做此种限定的目的是,一方面可使地役权内容,具有尽可能的精确性与长期确定性,另一方面也保障受负担人,免受——随需役地上所有权关系变化——不断变更之需求的影响。^[69]

四、地役权之法效果的双重性

地役权是用益物权的下位概念。许多人习惯于借助逻辑三段论的推理,依用益物权的特性来理解地役权的内容。这种思维方法,虽便利了对地役权概念的整体把握,但几乎完全抹杀了对地役权概念独特性的认识。因地役权之本质,是在不排除供役地权利人对供役地之利用的前提下,便于需役地效用的发挥,因此,地役权之设定并不排除供役地权利人对供役地的占有、使用、收益及处分。地役权的这种显著不同于地上权、永佃权、用益权等用益物权的法律构造,决定了其法律效果的与众不同。

(一) 地役权权利构造的双重性——对物的直接支配性和对人的请求性

相对于债权,物权构造的独特性,在于人对物的直接支配性及人对物之支配关系的绝对性。物

[67] 参见前引〔2〕,尹田书,第432页以下。

[68] 参见前引〔2〕,鲍尔/施蒂尔纳书,第714页。

[69] 参见前引〔2〕,鲍尔/施蒂尔纳书,第719页。

权的这种特性,使权利人摆脱了对他人行为的依赖,可以自己的独立意志直接获得对物的利益。然而,虽然也是物权家族中的一员,地役权的权利构造却有了某种异化,在林林总总的地役权家庭内部,有一些地役权显出了人对人的请求性,从而具有了明显的债权属性。^[70]

1. 对物的直接支配性

地役权具有对物的直接支配性是其能够位列于物权法的根本所在,不过,相比于其他类型的用益物权,需役地权利人对供役地的直接支配性,仍然有其非常独特的一面。

(1) 占有权能。对于其他类型的用益物权而言,为保证对他人之物的使用或收益,占有须表现为对物的全部独占。但是,地役权中的占有则有所不同,地役权人无论是使用还是收益供役地,均不表现为对供役地的全部甚至是一部分的独占,如通行、汲水等地役权可能是对供役地的一部分占有,而像支撑地役权中则很难说存在真正的占有。在很多情况下,需役地权利人和供役地权利人根据需役地利用的需要,以不同的方式共同占有着供役地。因此,在地役权设定之后,供役地权利人不仅仍然可以在供役地上设定新的地役权,还可以设定其他类型的用益物权,物权法第162条即是如此。所以,不仅需役地权利人可与供役地权利人或其他用益物权人共同使用供役地,供役地权利人也与其他地役权人共同使用供役地。

(2) 使用权能。需役地权利人对供役地的使用同样独具特色。它既可表现为对供役地的持续使用,如铺设管道的地役、建筑支撑地役等,又可表现为对供役地的非持续使用,如通行地役、汲水地役、放牧地役等。地役权人对供役地的这种使用形式,明显表现了为需役地之所需的特性。如檐滴地役权,只有在有雨水的情况下,才存在使用的可能。

(3) 收益权能。在罗马法及作为其后裔的欧陆一些国家的民法上,存在着一些以供役地之某种收益为目的的地役权,如在他人土地内刈取杂草、伐木或采掘沙土的地役等。但是,即使是此类地役权,地役权人行使权利时,也不能排除供役地权利人对供役地的使用或收益。像刈取杂草、采伐干枝、残枝等地役权中,土地权利人和地役权人各取所需,两块土地之利用也因此相得益彰。

总之,地役权之占有、使用或收益既非表现为对供役地事实上的独占或独享,又绝非表现为对供役地的持续独占或独享。供役地权利人提供役地之同时,并不丧失对其不动产的占有或利用,而只是承受了某种负担或不便利。

2. 对人的请求性

另有一些地役权,其权利的行使或实现不是表现为需役地权利人对供役地的直接支配,而是表现为须依赖于供役地权利人的行为,非如此设定,权利的目的就不能实现。根据供役地权利人行为的性质,这种情况可分为两个类型。

(1) 供役地权利人的不作为(容忍行为)。据其内容又有三种形态:第一,不得违反约定使用供役地。如不得在供役地上进行建筑,或不得将建筑物建到某种高度,或在供役地上只能建设某种风格的建筑物等。像诸如此类的地役权,需役地权利人对供役地事实上未进行任何直接占有或使用,因此其对供役地的收益不是来自对物的直接支配,而是来自于供役地权利人对供役地之使用或收益的自我抑制。与需役地权利人直接使用供役地对供役地权利人造成的限制相比,该种限制主要是无形的主观权利的限制。这种地役权的实现全在于供役地权利人对地役权设定契约的遵守,这与不作为债权在构造上无甚差异。尤其是在地役权之设定采登记对抗要件主义的立法例时,如何划清未登记的地役权和债权性的土地租赁权之间的界限则相当困难。

第二,不得违反约定在供役地上实施与需役地权利人的营业构成竞争的行为。以此为内容的地役权,通常被称为竞业上的地役权。此类地役权设定的主要目的是,防止供役地上的商业行为对需

[70] 法国学者卡尔波尼埃曾指出:“将地役权作为一种特殊权利进行研究的作用远大于对其一般的研究。”前引[2],尹田书,第404页。

役地权利人的同类商业行为造成障碍或不利。如在一土地上建造百货商店者,可在相邻土地上设定一项以禁止建造百货商店为内容的地役权。该种地役权除了期限的长久性外,在权利义务的构造上与债权也无任何差别。因此在相当长时期内,法国民法理论和判例均认为,当事人所约定的不竞争义务是一种债务,如其具有永久性,则应归于无效。其法院后来虽在严格坚持地役权构造要素的条件下,认可了竞业上的地役权,^[71]但这种认可并未改变此种地役权在权利义务构造上的对人的请求性。

第三,不得行使按照相邻关系制度本可享有的权利。法律关于相邻关系的规定,并非全部属于强制性规定,对于一些属于任意性规定的相邻关系,当事人可以设定地役权的方式排除其适用。^[72]此种地役权的行使同样须依赖于供役地权利人的行为。

(2) 供役地权利人的作为。“于作为不成立役权”(servitus in faciendo consistere nequit)曾被罗马法视为设立役权的一项基本原则。以罗马法为衣钵的法国民法典第686条为此做出了“地役权不得加义务于个人”的规定。但是,由罗马以来的地役权沿革史看,并非不存在供役地权利人承担积极义务的地役权类型。如古罗马法上的支撑地役,供役地的所有人有按照地役权设定时的规定,对供役的墙壁进行必要的修缮,以维持其原状的义务。^[73]德国固有法本有使供役地所有人负有作为义务的传统,但德国民法典在整理旧物权之历史使命下,仅于其第1022条有限地承认了供役地所有人的作为义务。^[74]瑞士民法典也未完全排除供役地权利人的作为,其730条以独立一款规定,“作为之义务,仅能就地役权附带设定之。”日本民法典更是明确规定,“因设定行为或特别契约,供役地所有人,负有以其费用为地役权的行使设置或修缮工作物的义务时,供役地所有人的指定承受人,亦负担此义务。”日本有些学者也认为,地役权具有调节两不动产利用的特质,与其他用益物权未尽相同;因此,将供役地所有人的作为义务作为地役权的附随内容,也无大碍。^[75]

当然,关于供役地权利人的积极义务,也可看到相反的规定,即使地役权设定合同明确约定,供役地权利人应以其费用建造或维护行使或保全地役权所必要的工作物,供役地权利人也可随时将负担地役权的土地给予享有地役权的土地所有权人,以免除其义务。法国民法典第699条、日本民法典第286、287条对此有明确规定。

各国立法为何如此防备向供役地权利人施加作为义务呢?理由大致有二:其一,地役权是一种物权,是直接支配客体的权利,因而不能以他人的行为作为物权的标的。其二,地役权依附于土地,与土地共命运,因土地具有永久性,地役权因此被认为是一种永久性权利。古罗马法是这样认为的,师法于古罗马法的法国民法典和德国民法典同样如此认为。^[76]在地役权具有永久性的前提下,要求供役地权利人负有积极义务,无疑等于使供役地权利人终身为他人所役使,这显然悖逆了近现代法治所秉持的自由主义精神。正是源于这种考虑,决意与封建意识彻底决裂的法国民法典,“坚决否认地役权的人身性质,强调地役权产生的负担只能施加于土地而不能施加于人”。^[77]

但是,如法国学者马洛里和埃勒斯所指出的,“于作为不成立役权”这一原则的适用有时是

[71] 参见前引[2],尹田书,第419页。

[72] 参见前引[2],鲍尔/施蒂尔纳书,第713页;前引[30],刘志馥书,第223页。

[73] 参见前引[1],周耕书,第365页。

[74] 该条规定:“地役权的内容是在供役地建筑设施上保持其他建筑设施的,如果没有其他规定,在地役权的利益所需范围内,供役地所有权人应当维护该设备。”

[75] 参见前引[43],谢在全书,第444页。

[76] 法国最高法院民事法庭于1919年5月5日所做出的一项判决宣称:“永久性为地役权的本质”。德国学者认为,地役权为“永存的”。参见前引[2],尹田书,第405页;鲍尔/施蒂尔纳书,第718页。但现代学者也普遍承认,永久性并非地役权的根本特点,因为当事人可以协议决定地役权的期限,另外,当地上权人为他人的土地负担地役权时,这样的地役权在法律技术上已不可能为永久。

[77] 前引[2],尹田书,第415页。

“令人尴尬的”。例如，当一块土地的受让人依约定在该土地上必须修建特定风格的建筑物时，这一条款就确定了一项表现为作为债务的地役权，但这为法国民法典第 686 条所禁止。为使条款有效，当事人不得不将条款拟定为“不得用某种材料修建某种风格的建筑物”之否定表达。这样就使法律行为的效力取决于该行为表述上的“吹毛求疵”，这显然毫无道理。^{〔78〕}该批评可谓切中肯綮、一针见血。其实，就是对不能转换表述的于不作为设定的地役权而言，该权利并非通过对供役地的占有、使用或收益来实现，而是必须依赖于供役地权利人的行为，这种地役权和不作为之债权在构造上没有任何区别，不同的是，前者被赋予了物权效力，而后者仅具有债权效果。具有物权效力的最大好处是，即使供役地权利人把供役地的使用权或所有权移转给了第三人，地役权也不会因此受第三人的影响。但是，对需役地权利人而言，其权利像债权一样须依赖他人的配合才能实现。不作为虽然使供役地权利人免去了被地役权人的“役使”，但其对供役地权利人事实上构成了“抑制”或“压迫”，这为何就不能说是一种“役使”呢？因此，相对于期限较短的债权而言，禁止使用供役地之类的地役权，供役地权利人对地役权人其实负担一种“长期债务”，这也深刻揭示了罗马法为何一再强调地役权是土地与土地之间的关系，地役权只能有利于需役地的利益，而非地役权人的利益。因为只有这样，才能掩盖或根本抹杀地役权人和供役地权利人之间可能存在一种长期债务关系的真相。在封建社会，这样的长期债务与封建劳役难相区分。在以自由主义为理念的社会形态下，这样的长期债务与自由理念则格格不入。法国民法典第 686 条的规定即由来于此。但马洛里和埃勒斯的分析其实已揭穿了“于不作为不成立役权”荒谬。

很显然，为了通过协调两项不动产之间的利用关系而提升土地资源的整体效益，使供役地权利人负担一定的行为义务（作为或不作为，皆为法律行为），是一些类型地役权不可避免的结果，而借助于地役权制度加以解决的营业竞争问题更是如此。问题的关键不是地役权在构造上该不该使供役地权利人负有作为或不作为义务，而是为调节两不动产间的整体利用效益，在相邻关系制度之外应如何构造出一项行之有效的制度。以供役地权利人的作为或不作为为内容的地役权，实质上是债权关系物权化的结果。法律强化此类权利的最大实益，是使需役地对供役地的利用关系，不至于因供役地或需役地所有权或使用权主体的更迭而时常变动，从而使两不动产间的利用关系摆脱债权之相对性的局限，并进而拥有长期的稳定性。至于需役地权利人是通过直接支配供役地而实现权利体现的利益，还是通过供役地权利人的行为间接实现权利的利益，则为其次。

（二）地役权的从属性和独立性

地役权虽以独立的面目出现于用益物权体系中，但相比于地上权、用益权、永佃权等权利，其具有如下独特性：一是相对于需役地所有权或使用权的从属性，二是在用益物权体系中的独立性。

1. 地役权的从属性

地役权的从属性，是指地役权依附于需役地，与需役地共命运，当需役地所有权或使用权转移时，即使双方当事人未声明地役权是否转移，地役权当然随之转移于他人。地役权的从属性首先表现在地役权的设定上，即其必须以需役地所有权或使用权的存在为前提，因此，地役权人通常又被称为需役地所有权人或使用权人。除此以外，地役权的从属性还突出体现在如下两方面：

（1）地役权不得与需役地所有权或使用权相分离而单独转让。这又可分别为三种情形：第一，需役地所有权人或使用权人不得自己保留需役地所有权或使用权，而仅将地役权转移给他人。否则，地役权转让协议无效。第二，需役地所有权人或使用权人不得仅将需役地所有权或利用权转让给他人，自己保留着地役权。第三，需役地所有权人或使用权人不得以需役地所有权或利用权与地役权转让给不同的人。我国物权法第 164 条的规定包括了第一、第三种情况，第 162 条对第二种有明确规定。

〔78〕前引〔2〕，尹田书，第 417 页，注释 1。

(2) 地役权不得单独作为其他权利的标的物。物权法第 165 条规定的“地役权不得单独抵押”就是这种情形。

2. 地役权的独立性

地役权虽是一种从属于需役地所有权或使用权的从权利, 但其在用益物权体系中仍是一类独立的物权。地役权的独立性, 不仅体现在其具有不同于其他类型用益物权的社会功用, 而且也表现在其具有自成一体的法律构造。这突出表现为, 为利于需役地效用的发挥, 根据各国民法典的规定, 地役权人除了享有对供役地的直接支配权或对供役地权利人的请求权之外, 对于某些地役权来说, 地役权人还可享有从权利。

具言之, 地役权人对供役地的利用, 不仅仅限制于对供役地的单纯占有、使用、收益或对供役地权利人行为的某种禁止, 而且包括地役权人因行使或维持其权利, 得为必要的行为或得建造一切必要的工作物。^[79] 得为必要的行为, 如从他人水源汲水的地役权, 当然包括通行的权利, 通行地役权得允许地役权人在供役地上开辟道路。地役权人无须在原有地役权之外, 再设定通行地役权或地上权。地役权人所为的必要行为, 难免不对供役地造成一定损害, 在此情况下, 地役权应考虑供役地的有效使用和供役地权利人的利益, 尽可能选择于供役地损害最少之处所及方法, 行使地役权。^[80]

并非一切地役权皆有附随的地役权, 附随地役权之有无, 应根据需役地之必要加以判断。一般而言, 附随的地役权必须是地役权行使主地役权所不可或缺的, 仅仅给地役权的行使带来便利的, 不得认为有附随地役权之存在。如通行权虽也能便利于引水地役权的行使, 但其并非引水地役权所不可或缺, 所以引水地役权并不当然包括通行地役权。

在地役权人为保有或维持地役权而在供役地上建造工作物时, 地役权与地上权可能会发生某种混淆。一般而言, 地役权人在供役地上拥有工作物只是地役权人所享有的从权利, 该权利必须出于保有或维持地役权之必要。因地役权之设定, 并不排除供役地权利人对供役地的占有、使用、收益及处分, 所以, 地役权人在供役地上建造的工作物也不得排除供役地权利人对供役地的使用或收益, 以及供役地权利人对工作物的使用。

而地上权则是一种对他人土地的独占、独享权, 地上权人对土地的利用完全排除了土地所有人对土地的占有和使用。根据德国《地上权条例》第 11 条的规定, 对待地上权应像对所有权那样。另外, 在地上权上可以如同在土地所有权上一样设置法律负担, 即创设其他物权, 如次级地上权、抵押权、土地债务、定期金土地债务、实物负担、地役权和住宅地上权, 且可适用不动产相邻关系的规定。^[81] 法国学者同样认为, 地上权不是一种单纯的用益权利, 而是一种具有所有权某些特点的权利。^[82]

五、结 论

地役权是一个统括性的法律概念, 其自产生之日起即具有具体的权利形式和明确的规范功能, 如通行、汲水、放牧等地役权。直至东罗马帝国的灭亡, 罗马法上的地役权概念始终维持了明确的内在规定性。在自由、民主思想支配下, 为了完成一定的政治使命和满足法典自身体系化的需要, 近现代一些具有重大影响的民法典对罗马法以来的用益物权进行了不同程度的整理, 但在其中, 罗

[79] 法国民法典第 697 条、我国台湾民法典第 854 条、瑞士民法典第 737 条。

[80] 我国台湾民法典第 854 条、瑞士民法典第 737 条和德国民法典第 1019、1020 条。

[81] 参见前引 [53], 孙宪忠书, 第 227 页。

[82] 参见前引 [2], 尹田书, 第 367 页。

罗马法上的地役权概念却被近乎完整地保留了下来。地役权概念之所以具有如此顽强的生命力超越政治体制并跨越时空转换，根本原因在于其内在构造的客观性，即其不仅以需役地和供役地的共存为构造基础，而且以为了需役地的利益而非需役地权利人的利益为构造目的。在如此构造之下，地役权在外观上拥有了纯技术性概念的特征，该特征在很大程度上掩盖了其“对人的请求性”的法效果，并进而增强了它的亲和力，便利了它的普适性。这也就解释了自罗马法以来的大陆法为何总是强调地役权须为了需役地的利益；并决定了地役权不可能具备孵化新类型用益物权的“母权”功能。

Abstract: The concept of easement (*servitutes praediorum*) has always maintained a specific intrinsic prescriptive identity from Roman law to some important modern civil codes. The reason why easement has so perseverant vitality that can not only transcend political systems but also exceed the time and space is that easement has objective intrinsic structure, that is, easement is not only based on dominant tenement (*praedium dominans*) and servient tenement but also is to meet the interests of dominant tenement instead of the interests of subject of right of dominant tenement. This particular structure of easement makes it a pure - technical concept appearance, which conceals the legal effect of making other people offering service. Furthermore it strengthens its appetency and makes its universal applicability available. All above has explained the cause of the following conclusion: the continental law system has emphasized that easement must be used to satisfy the interests of dominant tenement all the time, and has determined that easement could not have the power to hatch other types of right as a “mother right.”

Keywords: easement, usufructuary right, dominant tenement, interests of dominant tenement, *servitutes personae*
