

【物权】

民法典视野下建设用地使用权 分层设立制度的实施路径

张 鹏

【摘要】建设用途的空间使用权存在“地上权—次地上权模式”“普通地上权—区分地上权模式”“空间使用权分层模式”三种立法思路。鉴于我国土地公有制国情,2007年《物权法》选择了“空间使用权分层模式”,《民法典》物权编完整保留了该制度。这一模式实施的关键在于确定各类(地表、地上空间、地下空间)建设用地使用权的“竖向界限”。但是,由于缺少实际可行的操作方案以及现实中立体开发土地需求不旺盛等原因,理论和实务中“预先确定”建设用地使用权竖向界限的努力,均告失败。反思另外两种模式的制度优势,我们可以转换思维,借助于土地管理实践中的“用地复核验收制度”等,以“事后确认”建设用地使用权竖向界限的方式,真正激活“建设用地使用权分层设立”制度。

【关键词】空间使用权;建设用地使用权分层设立;空间竖向界限;用地复核验收

【作者简介】张鹏,法学博士、苏州大学王健法学院教授。

【原文出处】《法学家》(京),2020.6.1~12

【基金项目】本文系国家社科项目“空间建设用地使用权制度研究”(13BFX108)最终成果之一,同时受江苏省区域法治发展协同创新中心资助。

随着现代社会土地资源的稀缺和建筑技术的发达,脱离地表独立开发地下、地上空间成为可能,故空间权制度日益成为各国物权法立法、修法的热点。我国社会生活中,脱离地表独立使用地上或地下空间的情形亦时有发生,但2007年《物权法》制定以前,相关法律规范,尚属空白。^①有鉴于此,《物权法》以第136条、第138条引入了“建设用地使用权分层设立”制度,其目的即在于构建我国建设用途的空间使用权制度。“这表明我国《物权法》对建设用地使用权赋予了新的内容,是一项重要的创新。”^②2020年5月28日通过的《民法典》物权编以第345条、第348条完整保留了建设用地使用权分层设立制度。然根据我们观察,该制度本身似乎存在着先天性不足,加之缺少配套制度,《物权法》实施十多年来,其并未实际发挥功效。近年来编纂民法典物权编过程中,亦有学者主张废止该制度,另寻他途。^③2019年4

月,中共中央、国务院《关于统筹推进自然资源资产产权制度改革的指导意见》亦强调要“加快推进建设用途地上、地表和地下分别设立使用权,促进空间合理开发利用”,似乎也印证该制度现状的不尽如人意。在《民法典》物权编维持建设用地使用权分层设立制度不变,然实际运用遇阻的现实状况下,如何准确理解立法精神,有效落地实施相关制度,积极回应社会现实需求,以构建适合我国国情的空间使用权制度,显然具有现实价值和迫切性。本文将通过对《物权法》“建设用地使用权分层设立”制度立法渊源、实施状况、背景原因的分析与探讨,努力在尽可能保持法律体系稳定的前提下提出可操作的实施路径建议。

一、建设用途的空间使用权立法路径与制度异同

从理论上说,以特定范围空间为客体可以构建

包括空间所有权、空间地上权、空间永佃权、空间地役权在内的完整的空间权体系。但实际上,基于社会现实考量,立法与理论中,空间权制度的构建多以建设用途的空间使用权为限。我国现行法律体系中,也仅仅承认了建设用途的空间使用权,而对于其他的空间权类型,并未采纳。^④然就建设用途的空间使用权制度如何构建,世界各国立法以及我国《物权法》草拟过程中存在不同的路径选择。

第一,地上权一次地上权模式。该模式以德国为代表。在德国,地上权人享有的可利用他人土地空间范围是广泛的,等同于土地所有权人可利用的土地空间范围。故在设立地上权之后,在同一土地上下,土地所有权人将没有剩余土地空间为第三人再行设立建设用途的空间使用权。但是,地上权人可以在自己享有支配利用权限的空间范围内,以地上或地下特定范围空间为限,由其为第三人设立建设用途的空间使用权。第三人从地上权人处获得的以特定范围空间为对象的建设用途的空间使用权,被称为“次地上权”。^⑤尹飞先生即主张借鉴此类模式。^⑥

第二,普通地上权一区分地上权模式。该模式以日本、我国台湾地区为代表。“普通地上权”即传统意义的地上权,权利人可以支配土地所有权人可以利用的全部土地空间;土地所有权人在“普通地上权”享有开发利用权限的空间范围内,划定特定范围的地上、地下空间,并以此为第三人设立“区分地上权”。^⑦鉴于土地所有权人设定“区分地上权”的空间范围实质上属于“普通地上权”人可开发利用的空间,故而,有的立法例要求土地所有权人新设“区分地上权”时必须征得既存的普通地上权人同意(《日本民法典》第269条之二第2句),也有的立法例规定不必征得既存的普通地上权人同意,而仅依“物权堆叠”先后顺序依次保障在先、在后权利的实现(我国台湾地区“民法典”第841条之五)。梁慧星先生即主张借鉴此类模式。^⑧

第三,空间权分层模式。该模式以美国为代表。在英美法系,土地可以依据其所占据的空间高度不同,分层划分为不同的“物”(空间),并以此为标的设立相应的物权体系。既然是作为一个独立的物

存在,则相应地存在空间所有权、空间使用权等完整的权利体系。在美国,地表所有权与地下(地上)空间权可以分离,“所有人通过保留地表所有权,转让特定的地下(地上)空间权,或者转让地表所有权而保留地下(地上)空间权。”^⑨如依1973年美国“俄克拉荷马州空间法(Oklahoma Air Space Act)”,空间系一种不动产,其与一般不动产一样,能够成为所有、转让、租赁、担保、继承的标的,并且在征税及公用征收上亦与一般不动产相同。^⑩王利明先生即主张借鉴此类模式。^⑪

仔细分析上述“地上权一次地上权模式”和“普通地上权一区分地上权模式”,可以发现,其本质上具有类似性。两类模式中,均存在通常意义上的、一般的“地上权”或“普通地上权”,这类地上权可利用土地空间等同于土地所有权可利用土地空间。而后,则从该通常意义上地上权可利用土地空间范围内区隔出“一定范围空间”,并以此为第三人设立空间使用权,即“次地上权”或“区分地上权”。两种模式的区别,仅仅在于空间使用权的设立主体不同,前者设立主体是地上权人,而后者设立主体是土地所有权人。

然而,“空间权分层模式”则和“地上权一次地上权模式”“普通地上权一区分地上权模式”存在着本质性的权利构架差异。如前所述,后两类模式存在着“一般地上权—特殊地上权的二元模式”的基本构造。然而,在“空间(使用)权分层模式”^⑫中,所有的土地使用权可利用空间范围都是限定的,区别仅在于:是以地表为中心的一定范围土地空间,抑或是地上一定范围土地空间,还是地下一定范围土地空间。这些在地表、地上、地下分层设立的土地使用权,本质上是一致的,均是以一定范围空间为权利对象,而不存在可利用土地空间等同于土地所有权人的土地使用权。如此,“空间使用权分层模式”为仅承认“一类土地使用权的一元模式”。

二、我国引入建设用地使用权分层设立制度的背景和思路设计

法律制度的设计,固然其内在逻辑的严密、科学是立法应当追求的目标,但紧密结合本国社会实际,实现“民族性”,方才是法律体系“所应遵循的必然选

择”。^⑮就建设用途的空间使用权制度设计而言，“地上权一次地上权模式”“普通地上权一区分地上权模式”和“空间使用权分层模式”均有相关立法例支撑，逻辑体系上也均可自洽。但是，我们必须注意到，前两种模式的存设以承认“一般地上权”为前提，然而，这一前提在实行土地公有制，特别是建设用途性质的土地使用权曾经长期只能设定于国有土地之上的我国，是否存在呢？

(一)《物权法》以前，我国关于“国有土地使用权”空间界限的认知

2007年《物权法》颁布之前，权利人在国有土地上获得的建设用途的土地使用权被称为“国有土地使用权”（《物权法》颁布后称为“国有建设用地使用权”）。在国有土地使用权出让实践中，相关出让合同仅仅约定其水平界限，而并不约定可以支配的上下空间界限。^⑯同时，《土地管理法》《城市房地产管理法》《国有土地使用权出让和转让暂行办法》等法律法规对于国有土地使用权的竖向界限也没有涉及。那么，权利人从国家所有人处取得的国有土地使用权可以支配的土地空间上下界限，究竟有多大呢？理论上存在争议。

1. 有限说：国有土地使用权的空间范围是有限制的。这一观点的主要理由有：第一，不论从权利人角度，还是从国家角度，设立国有土地使用权均是以实现特定的土地开发为目标，而并非是为了概括性地赋予权利人对于土地空间的完全的、彻底的支配利用权，故国有土地使用权人的权利范围应当“以满足土地实际利用的空间为限”。^⑰反之，允许国有土地使用权人为第三人设立新的土地利用权利，和国有土地使用权设立初衷相悖，且有炒作土地之嫌。^⑱第二，《城乡规划法》第38条规定，城市建设控制性详细规划应“作为国有土地使用权出让合同的组成部分”，国有土地使用权出让合同对此也予以重申。^⑲可见，国有土地使用权人在取得国有土地使用权之初，已经承诺接受包括建筑物限高在内的城市规划对于其开发利用相应土地空间的限制。第三，国有土地使用权是国家作为土地所有人为特定社会主体在土地上创设的一种用益物权，作为一种定限物权，国有土地使用权的权利空间必然是划定的，

其法律地位与国有土地所有权是不可等量齐观的。除非合同或法律有明确规定，剥夺了土地所有权人（国家）在一定范围内对于土地空间的支配利用权能，否则，应当视为土地所有权人（国家）保留了对于相应土地空间的支配利用权能，而非相反。^⑳

2. 无限说：国有土地使用权可支配空间范围等同于国有土地所有权。这一观点的主要理由有：第一，虽然土地所有权人（国家）和权利人订立的国有土地使用权出让合同中没有明确约定可以支配的土地空间范围，但是，基于对土地使用权人“合理预期的信赖利益保护”以及“采有利于非格式条款提供人的解释”的规则，应当认为国有土地使用权及于土地上下全部空间范围。^㉑第二，实践中，存设国有土地使用权的土地上下空间，事实上均是由国有土地使用权人实际占有、开发的。将国有土地使用权人已经事实上占有支配的空间权属予以法律上固化，能够刺激土地使用权人开发建设的热情，消除土地使用权人的思想顾虑，促进土地资源效能的充分发挥。^㉒第三，城市规划大多仅仅限定建筑物的最高高度，对于建筑物的地下深度不予规范，故依据城市规划无法确定国有土地使用权人可以支配的土地空间下限。而且，城市规划限制开发利用一定高度以上的空间，其本质并非是剥夺权利人对于这些空间的权利，而仅仅是禁止其实际行使而已。^㉓

3. 主流观点：国有土地使用权可使用空间范围是有限的。“我们不用西方某些国家的法律体系来套中国特色社会主义法律体系。”^㉔土地公有制作为社会主义制度存在的经济基础，必须强调国家对于土地及其空间的绝对支配权利，而不是放松国家对于土地空间的支配权能。如果认为国有土地使用权可支配土地空间范围等同于土地所有权人（国家）可支配范围，那某种程度上等于以“国有土地使用权形式代替了国有土地所有权”，而这种法律制度设计很可能给人以“国有土地资源流失”，甚至“土地私有化”之感。这种状况，从立法政策角度，是绝不能允许的。所以在我国，选择“有限说”似乎是必然的选择。也正因为此，虽然缺少明确的法定或约定依据，2007年以前，我国大多数法学学者均认为，国有土地使用权可使用空间范围应当是有限的。孙宪忠先生

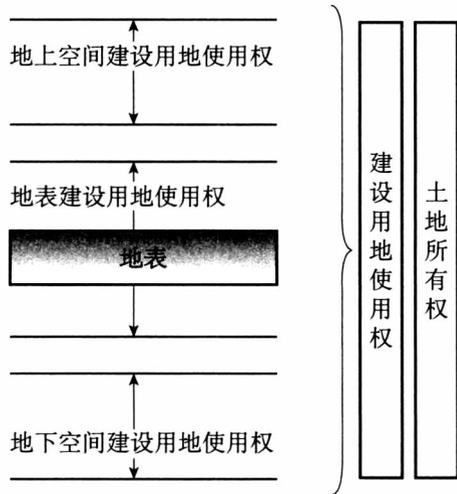
认为,一般的国有土地使用权可以使用的土地空间范围仅仅限于建筑物所需要的高度以及建筑物地基稳固性所需要的深度。^②王利明先生认为,“土地使用权人依法取得权利的,应推定其对地表上下一定范围的空间享有利用权。”^③屈茂辉先生认为,“事实上,在我国法律中,从未接受过绝对(国有土地)使用权观念。”^④彭诚信先生认为,“我国目前对地上权的范围界定是以对土地利用的实际空间为限……在该范围之外,就属于国家所有的空间部分。”^⑤

(二)《物权法》关于“建设用地使用权分层设立”的制度设计

如上所述,在《物权法》制定之初,普遍的观念是:国有土地使用权可支配土地空间范围是有限的,仅限于“合理的利益限度”。这似乎就决定了,立法者在有关建设用途的空间使用权制度构建中,恐怕没有机会选择“普通地上权—区分地上权模式”“地上权—一次地上权模式”,而只能选择“空间使用权分层模式”了。详言之:其一,国有土地使用权可支配空间范围十分有限,仅仅限于权利设立的“利益限度”。故国有土地使用权可使用空间范围和地上权(德国)、普通地上权(日本、我国台湾地区)可使用空间范围有巨大差异,相对十分狭窄。在此背景下,国有土地使用权人没有多余空间依“地上权—一次地上权模式”为第三人设立空间使用权(次地上权);土地所有权人亦无法依“普通地上权—区分地上权模式”再为第三人设立空间使用权(区分地上权)。其二,既然国有土地使用权可以支配利用的土地空间范围限于“合理利益限度”,仅仅及于一定范围,这也就意味着,国有土地使用权可支配范围以外的土地空间开发利用权利,仍然由土地所有权人——国家保留。因此,国家再在相应空间分层划定一定区域,另行设立空间使用权,自然是顺理成章的事情。其中的国情差异,正如时任全国人大常委会法工委副主任王胜明先生所言,“国外早已开展对空间权的研究,民法以及一些单行法中也有些规定,但资本主义国家土地多数为私有,我国土地公有,必须根据自己的国情研究土地空间权。”^⑥中国问题有中国特色,“没有办法从国外取得现成经验,只能用中国人自己的智慧加以解决。”^⑦由此,汲取“空间权分层模式”思想

精髓,而对于空间使用权,划分不同区域空间范围分层设立,似乎成为我国《物权法》的必然选择。

在上述立法背景下,2007年《物权法》采纳了建设用地使用权分层设立模式。第136条规定,“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。”第138条第2款规定,“建设用地使用权出让合同一般包括下列条款……(三)建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间”。据此,国家在为权利人创设建设用地使用权时,可以是以地表为中心的“地表建设用地使用权”,可以是地上一定空间的“地上空间建设用地使用权”,也可以是地下一定空间的“地下空间建设用地使用权”。但是,不论是何种建设用地使用权,这些权利的空间范围都是有限的,“不同层次的权利人是按照同样的规定取得土地使用权的,在法律上他们的权利和义务是相同的,只不过其使用权所占用的空间范围有所区别。”^⑧具体如下图所示:



三、建设用地使用权分层设立制度的实施效果与成因分析

结合我国现实国情,2007年《物权法》选择了建设用地使用权分层设立制度。但需要指出的是,该制度的调整对象并不仅仅局限于以特定范围空间为对象的地上、地下空间建设用地使用权,还涉及更为广泛的以地表为中心的地表建设用地使用权。可以说,其是完全重构了我国国有建设用地使用权制度体系。然《物权法》生效十几年来,实施效果如何呢?

(一) 建设用地使用权分层设立制度实施效果考察

建设用地使用权分层设立思路的核心在于:明确各类(地表、地上、地下)建设用地使用权所各自占据的空间范围,即《物权法》第138条所要求明确的“建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间”。为此,2008年国土资源部、国家工商总局发布的“国有建设用地使用权出让合同示范文本”和国土资源部发布的“国有建设用地划拨决定书”的第4条,均明确规定,除了记载建设用地使用权水平界限外,还应当载明“竖向界限”^③。这一要求针对所有各类建设用地使用权,不论是地表建设用地使用权,还是地上空间建设用地使用权、地下空间建设用地使用权。

但是,就《物权法》实施10多年情况来看,上述要求似乎并未能够落实:(1)在地表建设用地使用权出让实务中,根据本文作者的了解,对于占据空间的竖向界限栏目,均是空白处理,未予填写。国内其他学者经过实地调查,也得出相同的结论。^④(2)即便是地下空间建设用地使用权出让,相关“竖向界限”也未予明确。如2013年北京物美置地公司与北京市国土资源局签订了地下空间建设用地使用权出让合同,相关出让合同也仅仅约定了起始深度,即海拔高程59.6米,而对于最大深度,并无约定。^⑤而且,无论是2014年颁布的《不动产登记暂行条例》、2015年颁布的《不动产登记暂行条例实施细则》,还是2016年颁布的《不动产登记操作规范(试行)》,相关法规在建设用地使用权登记申请、审核、公告、登录等环节,均没有提及“竖向界限”。

还值得指出的是,建筑物桩基作为房屋建设中不可或缺的组成部分,其所属空间也应当属于(地表、地下空间)建设用地使用权范围之列,但实践中,许多地方性规范却将其明确排除出了建设用地使用权空间调整范围。^⑥然地下桩基是现实存在的,这种状况必然导致既存的建设用地使用权空间界限范围模糊,阻碍清晰界定后续在其下设立的地下空间建设用地使用权的空间范围。

(二) 建设用地使用权分层设立制度未能实际实施的原因梳理

《物权法》实施以来建设用地使用权分层设立制

度未能得到有效贯彻,究其原因,我们认为,主要有以下两个方面:

1. 从技术层面讲,创设建设用地使用权之初,难以预先明确空间竖向界限。

为了贯彻建设用地使用权分层设立制度,《物权法》第138条要求明确“建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间”。但相关部门一直没有出台操作规则予以明确。从相关资料看,全国人大常委会法工委似乎是希望借助于城市建设规划的约束性指标以确定相应的竖向界限。“国家在出让建设用地使用权时,已经根据规划对建筑物的四至、高度、建筑物面积等做了明确规定。……一些地方也开始试点,对建筑物的深度也进行了限制。因此,建设用地使用权人取得建设用地使用权时,其所享有的空间范围是可以确定的。”^⑦但实际上,这一思路未必可行。首先,就土地空间的上限而言。有些地区存在限高的要求,但有的地区,如城市新区,则没有限高的规划约束。其次,就土地空间的下限而言。有些地方确实已经将地下建设情况纳入城市规划约束范围,但亦有一些地方尚未有规划约束。即便是有规划的地方,对于建筑物的地下桩基的建设形式、建设深度等,现有城市规划也是不予涉及的。正如王利明先生所言,“事实上,规划并不能完全解决空间的利用问题。……即使规划再完美,也无法将所有的空间利用形态都完全包含在内。”^⑧

针对上述立法缺漏,也有学者提出了诸多建议,但似乎距离实践操作均还有相当差距。马栩生先生提出,可依下列因素确定各类建设用地使用权的土地空间范围:(1)保证实现地表建筑物的正常需求;(2)确保地表建筑物地基的稳固以及地下建筑设施的通风、采光等需求;(3)结合城市需要和科技能力,综合考虑剩余土地空间的土地利用效率。^⑨但这些考量因素尚未形成明确、可操作方案。薄燕娜、刘植先生建议:建设用地使用权土地空间竖向界限上至“建筑物最高点”,下至“保证建筑物稳固的最浅地基处”。^⑩但是,在签订建设用地使用权出让合同时,相关建筑物还没有建成,甚至于还没有设计,该“建筑物最高点”“最浅地基处”应如何确定呢?作者也没有给出明确方案。王卫国先生提出,根据相关建筑

理论,可按照地表建筑高度和地下桩基深度1:1的配置比例设置相应的建设用地使用权的地下空间深度。^⑧一方面,如前所述,在建设用地使用权出让合同签订之初,建筑物高度能否确定,本身即为一个问题。另一方面,如此配置地下空间深度,是否有浪费地下空间资源之嫌?现代社会,动辄10层30米高的建筑比比皆是,而地表以下30米将属于深层地下空间,以目前建筑技术和社会需求,实际开发价值将极小。

当前,建设用地使用权出让实践中,预先确定竖向空间界限的最大难点是:建筑物地下桩基具有不确定性。现代建筑中,建筑物基础部分分为“桩基础”“筏形基础”“箱形基础”。就“桩基础”而言,其又分为“端承桩”和“摩擦桩”。实践中,需要根据不同建筑需求、地质情况、资金实力采用不同的地下桩基选择。具体的桩基类型,不要说在建设用地使用权出让合同签订之初无法确定,在完成工程设计之后,实际施工过程中,根据现场施工情况进行临时调整,变化桩基深度,亦十分常见。

2.从实践需求看,土地多为地表上下开发,罕见立体层叠开发,划定建设用地使用权竖向界限意义有限。《物权法》采用建设用地使用权分层设立思路,要求各类(地表、地上、地下)建设用地使用权在创设之初即明确“可利用土地空间的竖向界限”。这一制度设计所假设的前提是:土地资源十分紧缺,同一块土地上必然会同时存在地上、地表、地下等三处建筑设施,层层叠叠。因此,任何一个(地表、地上、地下)建设用地使用权最初设立时,都必须对于其所对应的竖向空间范围予以清晰的划定,以此为将来既存建筑物之上或之下建设的其他建筑物预留相应的土地空间。“土地不可再生,应当建立机制节约用地,提高土地利用效益”^⑨。

但实际上,立法者所预想的土地资源严重稀缺状态,以及社会主体开发土地上下空间的积极意愿,并不普遍存在。一方面,少数大城市的中心区域,如上海徐家汇、北京西单、重庆解放碑等地区,也许会出现地上空中走廊、地表民商房屋、地下地铁交通的立体式利用的繁华景象。但在大多数地区,即便是大城市的一般城区,土地开发通常还仅仅限于或

地表,或地上,或地下一个层面而已。地块同时存在地上、地下、地表三个层次建筑物,“如此经济的分层出让,现实中委实不大可行”。^⑩另一方面,地下空间建设费用要远远大于地表建筑,其单位成本是同类地面工程的3倍到4倍,最高可达8倍到10倍。^⑪现实中,建设单位在完成国家规定的地下人防设施建设要求后,根本没有积极性更多地开发地下空间。^⑫我国目前城市建设中,在高层建筑物之下再独立开发建设地下空间建筑物的情形,是根本没有的。^⑬

实践中,最常见的建设用地使用权类型当是以地表为中心的“地表建设用地使用权”,结合前述背景,我们就不难理解为何各地国土部门在签订相关出让合同时,对于“土地空间竖向界限”栏目做空白处理了。一方面,其本身存在相当的技术障碍;另一方面,今后再在该地块上下设立新的地上(地下)空间建设用地使用权的可能性,几乎不存在。

四、以“事后机制”激活建设用地使用权分层设立制度的构想

如前所述,采“建设用地使用权分层设立”思路是符合我国现实国情和法制传统的最佳选择。但是,“土地空间竖向界限”难以明确,“建设用地使用权分层设立”实践中未予贯彻,亦是不争的事实。在此,我们建议,创新思路,将竖向空间界限确定由“事先确定”转为“事后确定”,借助于土地管理实践中新运用的“用地复核验收”制度等,真正落地实施“建设用地使用权分层设立”制度。

(一)“事后机制”划定空间范围的制度优势

“地上权一次地上权模式”和“普通地上权—区分地上权模式”的采用以采纳“一般的覆盖土地所有权人全部空间范围的‘地上权’或‘普通地上权’”为前提,而这和我国土地公有制国情以及“国有土地(建设用地)使用权可以利用空间范围有限”的观念基础相冲突。但是,上述两种模式在划定各类地上权可利用空间范围方面具有优势,值得借鉴。

这两种模式中,对于地上权(普通地上权),无须划定“空间范围”,其空间范围乃是等同于土地所有权;而对于次地上权(区分地上权),则根据需要个别划定其“空间范围”。考虑到现实生活中,其一,通常先行创设利用地表上下的地上权(普通地上权),而后

再行创设利用地上地下一定空间的次地上权(区分地上权);其二,大量创设的是利用地表上下的地上权(普通地上权),只是零星有需求创设利用地上、地下一定空间的次地上权(区分地上权)。这也就意味着,对于实践中多发的、普遍的地上权(普通地上权)创设,并无划定其可利用空间范围的需求,而只需要在偶发的、个别的次地上权(区分地上权)创设过程中,划定特定的可利用空间范围。这种“事后”“零星”划定次地上权(区分地上权)可利用空间范围的做法,和我国建设用地使用权分层设立制度所采用的“预先”“一概”划定(地表、地上空间、地下空间)建设用地使用权可利用空间范围的做法,存在巨大差异。而如前所述,我国“建设用地使用权分层设立”制度当前面临的僵局在于,对于实践中普遍存在的以地表上下一定范围空间为对象的地表建设用地使用权,也要预先、精确划定其竖向空间范围。而其无论在技术可行性,还是各方实际意愿方面,均存在巨大障碍。而且,考虑到土地开发利用的实际状况,也没有现实必要性。上述两种模式恰恰可以回避预先划定的难题,而仅仅需要针对“事后”“零星”设立的(地上、地下)空间建设用地使用权划定其竖向空间范围。

(二)我国土地管理中“用地复核验收”制度简介

依照我国现行国有土地管理体制,国土部门在按照法定程序将建设用地使用权出让(划拨)给权利人后,即办理相关土地权属登记手续,权利人亦可以从事相关建设开发活动。但实践中,相关建设用地使用权人在开发过程中往往存在诸多违法、违约行为,如:擅自改变土地用途;擅自提高建筑容积率;移位使用土地,扩大或缩小建设用地范围;等等。

针对上述土地开发建设过程中的现实问题,我国土地管理部门在实践中引入了“用地复核验收制度”。该制度是指,在建设用地使用权创设、初始登记的基础上,在相关建设工程竣工后,国土部门依据建设用地使用权出让合同、划拨决定等批准文件,对于权利人实际依法用地情况进行检查、核实的监督管理制度。用地复核验收制度虽然在国家法律中还没有规定,但在各地国土管理实践中,该制度已经得到了广泛应用。《杭州市土地管理规定》第33条规定:

“建设工程竣工后,土地行政主管部门应当进行建设用地复核验收,对土地使用情况进行监督检查。建设单位应当配合土地行政主管部门的复核验收工作,不得拒绝或妨碍建设用地复核验收。”^④上海市先后制定了《上海市国有建设用地土地核验管理办法(试行)》(2009年)、《上海市国有建设用地土地核验管理规定》(2015年)、《上海市国有建设用地土地核验工作规范》(2015年)等规范性文件。

用地复核验收制度的主要内容,依据《上海市国有建设用地土地核验管理规定》,主要包括:(1)土地使用权人的主体情况;(2)土地使用情况:包括用地范围、用地面积、土地用途等;(3)土地价款缴纳情况;(4)建设管理情况:包括建筑面积、建筑容积率、建筑密度、绿化率、主体建筑物使用性质、地下空间建设要求、综合用地中各类用途建筑面积的比例等;(5)出让合同、租赁合同约定或划拨决定书载明的其他事项等。

对于用地复核验收的结果,依据《上海市国有建设用地土地核验管理规定》的相关规定,存在下列情形:(1)开发利用土地情况符合建设用地使用权出让合同、划拨决定书、租赁合同等用地批准文件的,通过用地复核验收,颁发相关证明文件。(2)用地复核验收中发现存在违法、违约行为的,依法责令权利人承担法律责任,采取措施整改或补救。(3)未进行用地复核验收,或者用地复核验收时发现违法违约行为未进行整改或补救的,不得进行后续分割登记,不予以换证,不进行抵押、转让、变更登记。

(三)“事后确定”建设用地使用权空间竖向界限的二元处理模式

针对前述我国“建设用地使用权分层设立”制度实施的困境,借鉴“地上权—一次地上权模式”和“普通地上权—区分地上权模式”,本文作者认为,能否转换思路,放弃“预先确定”建设用地使用权(主要是地表建设用地使用权)竖向空间界限的努力,而干脆尝试以“事后确定”的方式予以界定?

基本思路是:建设用地使用权出让合同签订与权利初始登记时,相关土地空间竖向界限无须精准界定,而仅以“建设用地使用权的空间范围为建筑物、构筑物及其附属设施依照法律法规、合同约定实际建成后所占据的空间”的表述笼统概括。事后,再

根据不同情况分别采取措施对于相关建设用地使用权竖向界限予以明确。具体而言:

1. 在实施用地复核验收制度的地区,待用地复核验收后,利用相关建筑物测量数据明确建设用地使用权的竖向界限。“用地复核验收”之时,土地开发建设已经完成,相关建筑物所占据的土地空间上下界限也已经明确,即便是地下桩基的深度,也已经固定。相应地,建设用地使用权人对于相关土地开发的利用目的也已经实现。此时,通过用地复核验收过程中的相关勘测,测量相关建筑物(包括地下桩基)实际占据土地空间的范围,并以此作为建设用地使用权的“竖向界限”,具有极大的科学性和可行性。一则,因为建设工程已经实际建成,故相关土地空间界限可以清晰划定;二则,因为建设工程已经实际存在,故勘测成本相对较少;三则,据此所划定的建设用地使用权空间范围科学、合理,既能够切实满足权利人的“合理利益限度”,也不至于浪费国有土地资源。通过搭乘“用地复核验收制度”的便车,我们可以事后再明确界定建设用地使用权的空间竖向界限。依照这一思路,建设用地使用权的空间范围(竖向界限)还是明确的,仅仅是时间上拖延了一些而已,并不会对实际的土地开发利用产生实质性影响。

2. 在未实施用地复核验收制度的地区,若此后,在既有建设用地使用权上下有新设立地上(地下)空间建设用地使用权需求,方再对于既存建(构)筑物所实际占据空间进行勘测,并据以“事后”确定既有建设用地使用权的竖向空间界限。否则,即予以维持现状。

详言之:一则,《民法典》物权编第348条也只是要求建设用地使用权出让合同应当明确“建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间”,而并没有要求必须明确占据空间的竖向高度从多少米至多少米。因此,在建设用地使用权出让合同中写明其空间范围为“建筑物、构筑物及其附属设施依照法律法规、合同约定实际建成后所占据的空间”,实际上也是明确了“建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间范围”,并不能算是违反第348条之规定。二则,建设用地使用权的空间范围如上所述进行概括表述,也许确实无法精准表示该建设用地使用权的空间竖向界

限。但考虑到在同一块土地上下同时建造多个建筑物,立体设立数个建设用地使用权的情形毕竟是少数,因此,这种状况的存在实质上也不会给建设用地使用权设立、运行造成太大影响。现实中一般创设的都是以地表为中心的地表建设用地使用权。在没有设立新的地上(地下)空间建设用地使用权需求的情况下,刻意地去明确地表建设用地使用权的竖向空间界限,是没有什么实际价值的。而这一点,正是“普通地上权—区分地上权模式”“地上权—一次地上权模式”的制度优势。这两类模式以土地开发主要限于地表上下的单一开发需求的社会常态为法律调整立足点,在“地上权”或“普通地上权”设立过程中,省去了划定空间范围的要求,而仅仅只对少量的、个别事后设立的“次地上权”或“区分地上权”划定相应空间范围。如此,可以节约大量的、无意义的勘测、测量成本。三则,若在尚未通过用地复核验收制度明确建设用地使用权空间范围的地块上下,又有新设立(地上、地下)空间建设用地使用权需求时,则必然需要对于既有建设用地使用权已经实际占据的空间范围进行测量,以明确其空间竖向界限,并据此为设立新的空间建设用地使用权划定范围。^⑤若在同一块土地上层叠设立多个建设工程,为保障相关建设工程的安全性,以及相互之间的利益不冲突,相关勘察、测量工作显然是一个前提性、基础性工作。如此,既有建设用地使用权可支配空间竖向界限就得以明确。同时,在此上下新设立的地上(地下)空间建设用地使用权可支配空间竖向界限也得以明确。

理论上,关于建设用地使用权的空间竖向界限范围“无需事先确定,而事后根据建筑物所实际占据空间来确定相应的建设用地使用权范围”的观点,也得到了一些学者的认同。如蔡兵备先生认为,地下空间权的范围可以界定为“地表以下至建筑物、附着物的基础最深处平面以上的三维空间。对于‘最深基础平面深度’,现有建筑按现状确定。”^⑥

实践中,有些地方在地下空间建设用地使用权设立实践中,也已经采取了类似的“事后确定竖向空间范围”思路。^⑦如《上海城市地下空间建设用地审批和房地产登记规定》第6条(土地使用权范围)规定:“建设单位应当在经批准的建设用地范围内,依

法实施建设。竣工后,该地下建(构)筑物的外围实际所及的地下空间范围为其地下土地使用权范围。”第7条(房地产登记)第2款规定:“房地产登记机构在办理地下建(构)筑物的土地使用权初始登记时,应当按照建设工程规划许可证明明确的地下建(构)筑物的水平投影最大占地范围和起止深度进行记载,并注明‘地下建(构)筑物的土地使用权范围为该地下建(构)筑物建成后外围实际所及的地下空间范围’。”据此,在上海,地下空间建设用地使用权的占地空间范围在设立之初并不明确,而最终是根据其合法建设的地下空间建筑物所实际占据的空间范围事后确定。《芜湖市市区地下空间利用和房地产登记暂行办法》第16条也有类似规定。既然各地在地下空间建设用地使用权设立过程中已经开展了“事后确定空间竖向界限”实践,并取得了预期成效,我们完全可以将这一思路扩展到地上空间、地下空间、地表等各类建设用地使用权的一般设立过程之中。

结论

我们认为,通过引入“事后确定空间竖向界限”机制,借助于用地复核验收制度,可以较好地落实《民法典》物权编中“建设用地使用权分层设立”制度。该思路设计以我国现存的土地管理实际状况为基础,简便易行,兼顾了充分发挥土地效能,尊重建设用地使用权人合理利益限度,照顾国土资源管理部门工作积极性等多方面因素,节约不必要的勘察、测量成本。具体制度可如下设计:

第一,在订立建设用地使用权的出让合同(或划拨决定书)以及建设用地使用权初始登记中,将《民法典》第348条所要求明确的“建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间”表述为“建筑物、构筑物及其附属设施依照法律法规、合同约定实际建成后所占据的空间”。

第二,建设用地使用权经过用地复核验收后,不动产登记机关根据建筑物(构筑物)所实际占据空间(包括地下桩基)的上下界限填写建设用地使用权空间界限,并更新建设用地使用权登记信息。既有合法建筑物(构筑物)所实际占据空间外的空间,视为尚未存设建设用地使用权,国家作为土地所有权人可以继续分层设立新的建设用地使用权。

第三,在未实施建设用地使用权用地复核验收的地区,不动产登记簿上继续维持建设用地使用权可支配空间为“建筑物、构筑物及其附属设施依照法律法规、合同约定实际建成后所占据的空间”的笼统表述。如果现实中发生在既有建设用地使用权及其建设工程上下新设立地上(地下)空间建设用地使用权需求时,国土部门应当在创设新的地上(地下)空间建设用地使用权之前,对于既存的建设用地使用权上建设工程所占据空间范围予以勘察、测量,并以此作为既存建设用地使用权准确的“竖向空间界限”。^⑧此空间范围以外的空间,国家作为土地所有人可设立新的地上(地下)空间建设用地使用权。而对于新设立的地上(地下)空间建设用地使用权,其空间范围,在权利创设之初,亦可以笼统表述为“建筑物、构筑物及其附属设施依照法律法规、合同约定实际建成后所占据的空间”,而留待相关建设行为结束后,依据建筑物实际占据的土地空间范围再行确定。

注释:

①参见陈华彬:“空间建设用地使用权探微”,《法学》2015年第7期,第21页。

②魏耀荣:“关于《中华人民共和国物权法》建设用地使用权制度的评析”,载百度文库 <https://wenku.baidu.com/view/201edca1284ac850ad0242df.html>,2020年6月30日访问。魏耀荣先生系全国人大常委会法工委经济法室前主任,民法起草小组成员,参与了《物权法》起草工作。

③如陈华彬先生认为,“立法机关宜取域外比较法(如《日本民法》第269条之2)上的成例,于民法典物权编中以独立的条文对之(空间建设用地使用权)作出确认。”陈华彬:“我国民法典物权编立法研究”,《政法论坛》2017年第5期,第37页。

④参见史浩明、张鹏:“论我国法律上的空间权及其类型”,《政法论丛》2011年第5期,第31页。

⑤参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第228页。

⑥参见尹飞:《物权法·用益物权》,中国法制出版社2005年版,第439页。

⑦1966年,《日本民法典》修改,在“地上权”一章后增设一个条款,即第269条之二,以此规定“区分地上权”。该条第一

句规定,“地下或空间,以对工作物的所有为目的确定上下范围后,可以作为地上权的标的。此时,可以通过设定行为,为地上权的行使对该项土地的适用加以限制。”2010年,我国台湾地区“民法典”对于“地上权”一章进行修改,将原来“地上权”区分为“普通地上权”和“区分地上权”两类,在“普通地上权”一节后,专设“区分地上权”一节,其第841条之一规定,“称区分地上权者,谓以在他人土地上下之一定空间范围内设定之地上权。”

⑧参见中国物权法研究课题组(梁慧星主持):《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年,第452、454页。

⑨戴银萍:“美国的不动产概念及其物质组成”,《中国土地科学》1998年第4期,第45页。

⑩参见陈华彬:“土地所有权理论发展之动向——以空间权法理之生成及运用为中心”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第3卷),法律出版社1995年版,第86页。

⑪参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第87-88页。

⑫鉴于我国物权法及其理论仅仅讨论建设用途的空间使用权设置,而不讨论空间所有权设置问题,故后文关于“空间权分层设立模式”均是在“空间使用权”层面加以分析,而不涉及“空间所有权”分层设立。

⑬参见许中缘:“政治性、民族性、体系性与中国民法典”,《法学家》2018年第6期,第48页。

⑭参见1994年原国家土地管理局、国家工商行政管理局联合发布的“国有土地使用权出让合同”(范本)(GF—94—1001)第2条。

⑮薄燕娜:“空间使用权若干问题探讨”,载王利明主编:《物权法专题研究》(上册),吉林人民出版社2002年版,第840页。

⑯参见罗瑞芳、陈耀东:“空间权设立与运行的典型问题分析”,《房地产研究》2009年第8期,第49页。

⑰如“国有土地使用权出让合同”(范本)(1994)第6条规定:“本合同附件《土地使用条件》是本合同的组成部分,与本合同具有同等法律效力。”而在附件中,该地块的规划控制指标,如土地用途、容积率、建筑密度、建筑限高、绿化指标等,均以“土地使用条件”的形式予以了明确限定。

⑱参见王利明:“空间权:一种新型的财产权利”,《法律科学》2007年第2期,第126页。

⑲参见洪波:“空间建设用地使用权的理论解析——以普

通建设用地使用权人的同意权为中心”,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2006年第3期,第263页。

⑳参见注⑥,第439页。

㉑参见注⑧,第454页。

㉒吴邦国:“形成中国特色社会主义法律体系重大意义和基本经验”,《求是》2011年第3期,第7页。

㉓参见孙宪忠:《国有土地使用权财产法论》,中国社会科学出版社1993年版,第37-38页。

㉔同注①,第87页。

㉕屈茂辉:《用益物权制度研究》,中国方正出版社2005年版,第430页。

㉖彭诚信:“我国土地公有制度对相邻权的影响”,《法商研究》2000年第1期,第67页。

㉗王胜明:“我国的物权法律制度”,载全国人大常委会法工委民法室编:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年,第105页。

㉘王利明:“民法典编纂与中国民法学体系的发展”,《法学家》2019年第3期,第76页。

㉙全国人大常委会法工委民法室:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第256页。

㉚根据2008年“国有建设用地使用权出让合同示范文本”“国有建设用地划拨决定书”,“宗地竖向界限”按照1985年国家高程系统(也可以按照各地高程系统)为起算基点填写,高差是垂直方向从起算面到终止面的距离。

㉛参见陶钟太朗、杨遂全:“论宅基地使用权的空间权塑造”,《中国土地科学》2014年第4期,第21页。

㉜参见张坚:“论区分建设用地使用权”,《中国土地科学》2015年第1期,第38-39页。

㉝如《上海市城市地下空间建设用地审批和房地产登记试行规定》第2条、《福建省地下空间建设用地管理和土地登记暂行规定》第2条、《苏州市地下(地上)空间建设用地使用权利用和登记暂行办法》第4条等,均将桩基所占据空间排除了(地表、地下空间)建设用地使用权制度调整范围。

㉞同注⑲,第506页。

㉟同注⑱,第124页。

㊱参见马栩生:“论城市地下空间权及其物权法构建”,《法商研究》2010年第3期,第88页。

㊲参见薄燕娜、刘植:“建设用地分层使用的空间权利探

讨”,《福建论坛·人文社会科学版》2012年第3期,第173页。

⑳参见王卫国等主编:《中国土地权利的法制建设》,中国政法大学出版社2002年版,第380页。有学者亦持类似观点,甚至认为“建设用地之上100米高的建筑物,其建设用地使用权高度以200米为最高限,其深度以250米为最低限。”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105页。

㉑同注㉑,第105页。

㉒罗秀兰:“高层建筑之地下空间权利冲突探析——兼论对结建地下空间开发的规制与激励”,《中国土地科学》2015年第5期,第74页。

㉓参见罗周全、刘望平:“城市地下空间开发效益分析”,《地下空间与工程学报》2007年第1期,第5页。

㉔参见刘闯春:“论小区停车位及车库的归属——兼议对《物权法》第74条规定的理解”,《当代法学》2007年第5期,第66页。

㉕参见注㉕,第74页。

㉖为了贯彻实施用地复核制度,杭州市先后制定了《关于对房地产开发项目竣工后土地使用情况进行复核验收的通知》(1998年)、《关于扩大建设用地复核验收范围的通知》(2002年)、《杭州市区建设项目用地复核验收规定》(2011年)等。

㉗实践中,在未实施用地复核验收制度的地区,如果此前相关违法建设行为未被发现并整改,则必须在为新设立(地上、地下)空间建设用地使用权而勘测既有建设用地使用权空间范围时,予以整改,并依据整改后建(构)筑物所实际占据空间确定既有建设用地使用权的竖向空间界限。

㉘蔡兵备:“城市地下空间产权问题研究”,《中国土地》2003年第5期,第15页。

㉙实践中,城市地铁建设供地也采取了类似的思路,即先不明确准确的用地范围,而仅仅确定建设规划和大致区域,而后再根据实际建成的地铁工程确定最终的、精确的用地界限。参见南京地铁用地物权研究课题组:《空间建设用地物权研究——南京地铁建设用地物权权属调查与土地登记》,江苏人民出版社2015版,第57-58页。

㉚这里有一个问题需要讨论。在未实行建设用地使用权用地复核验收的地区,建设用地使用权人(或者建设用地使用权转让后,新的建设用地使用权人)将最初建设工程拆除后重新建设,那么,此时的建设用地使用权空间竖向界限是以第一次建设工程所实际占据空间确定范围,还是以第二次建设工程所实际占据空间确定范围?我们认为,恐还是以第二次建设工程所实际占据空间确定竖向界限为宜。一则,由于未实行建设用地使用权用地复核验收制度,第一次的建设工程原始数据未勘察、登记,且建设工程已经不复存在,还试图以第一次的建设工程所占据的空间范围来划定竖向空间界限,似乎已经是不可能的事情了。二则,在我国,任何工程建设,包括重建建设工程,都必须严格服从城市建设规划,依法办理相关审批手续,因此,重建的建设工程,即便其所占据的空间范围不等于或者大于原有建设工程的空间竖向界限,也难谓存在违法性。相反,考虑到重建的建设工程已经实际地合法建成,故应当给予相应的信赖保护。三则,即便第二次建设工程所占据的土地空间相较于以前有所增多,考虑到土地资源并没有稀缺到每一块土地都存在立体式开发、重叠式利用的社会实际,这种做法似乎也不至于发生损害国有土地权益问题。

参考文献:

- [1]陈祥健:“关于空间权的性质与立法体例的探讨”,《中国法学》2002年第5期。
- [2]王利明:“空间权:一种新型的财产权利”,《法律科学》2007年第2期。
- [3]马栩生:“论城市地下空间权及其物权法构建”,《法商研究》2010年第3期。
- [4]张坚:“论区分建设用地使用权”,《中国土地科学》2015年第1期。
- [5]陈华彬:“空间建设用地使用权探微”,《法学》2015年第7期。
- [6]许中缘:“政治性、民族性、体系性与中国民法典”,《法学家》2018年第6期。