

杨立新:关于建立大一统的地上权概念和体系的设想 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_9D_A8_E7_AB_8B_E6_96_B0__c122_486271.htm

【摘要】在目前正在起草的《物权法草案》中，在多处规定了同一性质的土地权利，这些土地权利都是地上权的性质。为此，民法应当建立一个大一统的地上权概念，使之能够涵盖所有性质上属于地上权的土地权利，并在地上权的概念之下进行类型化，这样就会使我国的土地权利制度变得更为系统，便于掌握和适用，同时也便于在国际上进行交流。在起草《物权法草案》以及在研究物权法理论的时候，我一直对地上权的概念十分关注。在较早的时候，通过典型案例的研究，我发现在土地承包经营权中，基于种植林木和种植农作物的不同，而应当分为不同的用益物权：种植林木的土地承包经营权的法律属性是地上权，而种植农作物的土地承包经营权的性质却类似于永佃权。这两种权利的性质搞不清楚，其后果是在法律适用上出现混乱[1]。后来，有些专家告诫我，在当代已经不再对土地上的这两种权利进行区分，不再将种植林木的地上权作为地上权对待。对此，我持怀疑态度。再后来，《物权法草案》规定了建设用地使用权、乡镇企业建设用地使用权、分层地上权、宅基地使用权等用益物权，我发现，这些权利的共同属性其实都是地上权，都是在他人的土地上设置不动产的用益物权，具有共同的法律特征。因此，我萌生了一个设想，就是应当建立一个大一统的地上权概念，将上述这些属于地上权性质的土地用益物权构成一个完整的体系，有意识地进行整体性研究，这对于理解和掌握我国的用益物权制度

以及法律适用，具有更为重要的意义。因此，在我撰写的《物权法》教材[2]中，就设立了一个统一的，包含全部具有地上权性质的土地用益物权的地上权体系。我想利用本文，进一步阐释我的这个想法，以求教于各位专家。

一、设立大统一的地上权的概念与体系的基础

(一)我国地上权的传统地上权并不是我国民法的概念，而是起源于罗马法。按照罗马法原有的规定，虽然准许将土地出租给他人建筑房屋，但按照罗马法关于地上物属于土地的原则，定着于他人土地上的建筑物，均属于土地所有人所有，因而造成不便和不公。为了解决这样的不便和不公的问题，罗马法创立了地上权制度，确定支付地租给土地所有人之后，土地使用者即可在土地上建造建筑物，取得同土地所有人几乎相同的权利，形成了完善的地上权制度。近现代民法中的地上权制度，均可溯源于罗马法，但效力已不如罗马法广泛[3]。在我国古代，尽管没有明确的地上权的概念，但是，从周朝始，就已存在地上权的事实。陕西省岐山县董家村出土的卫鼎(乙)记载，矩把自己占有林百里(土地)给予裘卫，以交换裘卫付给他的东西，同时又要给土地上的森林所有人颜阵送礼。颜阵在矩所占有的土地上种植森林，既不妨碍矩将土地所有权转移，又因自家种植而得到报酬。这种权利是明显的地上权，但在中国古代法律中却没有地上权的明文规定。至《大清民律草案》和《民国民法草案》才开始设立地上权的条文，直到国民政府制定民法，才正式建立此制。

(二)我国现行法究竟是否存在地上权 我国现行立法是否存在地上权，有不同见解。有一种观点认为，我国没有地上权，仅承认立法中规定的国有土地和自然资源的使用权[4]。另一种观点认为，我国因建筑物或

其他工作物而使用国家或集体所有的土地的权利，就是地上权[5]。事实上，建设用地使用权与国有资源使用权是两种不同的权利。开发土地资源为使用，如挖掘土地的泥土烧制建筑材料，以及对其他国有资源的开发利用，尽管有用益物权的性质，但是，这种权利按照多数人的观点，并不是一般的用益物权，而是特许物权，或者准物权。应当确认，我国的建设用地使用权和宅基地使用权，都是为建筑及培植林木而使用国家、集体土地的用益物权，符合地上权的法律特征，是地上权。即使是在物权法没有通过生效之前，在我国的现行法律和现实生活中，也客观地存在着这样两种地上权。这并不是虚构的事实。

(三)《物权法草案》规定的各种不同的地上权在物权法草案中，规定的下述用益物权都具有地上权的性质：第一，建设用地使用权是典型的地上权。土地是国家所有，而使用人通过划拨或者有偿转让取得在国家所有的土地上建造建筑物的权利，当然是地上权的性质，而且是最为典型的地上权，是我国地上权的主体部分。第二，宅基地使用权也是典型的地上权。在农村，土地归属于农民集体所有，对于建造农民住宅的用地，采用一户一块的政策，在集体所有的土地上建造自己的住宅。这种农民建造自家住宅的用地权利，尽管叫做宅基地使用权，但是性质当然是地上权。第三，乡村建设用地使用权的性质也是地上权。《物权法草案》规定的建设用地使用权与乡村建设用地使用权的性质是一样的，都是在他人的土地上建设建筑物的权利，所不同的，仅仅是所使用的土地的权属的不同，一个是国家所有的土地，一个是农民集体所有的土地。因此，乡村建设用地使用权的性质也是地上权。第四，所谓的空间权，也就是分层

地上权。在起草物权法的过程中，很多学者提出了要设立空间权。这是完全必要的，也是必需的。因为在今天的社会现实生活中，对于处于地表上下的空间的利用，已经是普遍存在的事实。问题在于，有些学者认为空间权是一个独立的用益物权，并不具有地上权的性质。我的看法相反，我认为它就是一个地上权，与一般的地上权的不同之处在于，这个权利并不是存在于地表，而是存在于地表之上和之下。因此，台湾学者提出的分层地上权的概念，应当是一个既形象又准确的概念，因此，我采纳这个概念，其性质属于地上权。第五，种植林木的承包经营权，其性质应当属于地上权。在事实上客观存在的种植林木的土地承包经营权，它的性质并不是农地使用权，而是地上权。理由在于，所谓的农地使用权类似于永佃权，不论是德国、法国、瑞士民法上的土地的用益权，还是日本、意大利民法上的永佃权，这种权利的内容，都是永佃权人租用土地，用以耕作或者牧畜，因而在租用的土地上收获孳息。这样的内容，在所有民法典中都规定得清清楚楚。与此相反，地上权从产生之初，就不是这种性质的权利。例如《日本民法典》第265条明文规定，地上权人，因于他人土地上有工作物或竹木，有使用该土地的权利；但是地上权人应向土地所有人支付地租；未以设定行为定地上权存续期限的，无另外习惯时，地上权人可以随时抛弃其权利；地上权人不依照上述规定抛弃其权利时，法院因当事人请求于20年以上50年以下的范围内，斟酌工作物或竹木的种类、状况及地上权设定时的其他情事，确定其存续期间。在我国，即使是采用承包经营的方式取得在他人的土地上种植林木的权利，也不是永佃权性质的农地使用权，其性质仍

然是地上权。第六，在《物权法草案》简单规定、在《海域使用管理法》中具体规定的海域使用权，是一个较为复杂的用益物权，但其中在国家所有的海域中设定建筑物、工作物的权利，应属于地上权性质。

二、建立大一统的地上权概念和体系的必要性

我国物权法立法的现实情况是，对任何一个具体的物权都单独作具体的规定。换言之，我国物权法立法的特点是，一个权利规定一章。即使是这个权利没有具体规定，也在适当的条文中写一个简单的规定。在上述六种地上权性质的用益物权中，比较集中地规定在建设用地上使用权和宅基地使用权这两章中，而与建设用地上使用权相似的分层地上权和乡村建设用地上使用权则规定在“建设用地上使用权”一章中，用1条进行规定。此外，在“土地承包经营权”一章中规定了具有地上权性质的土地承包经营权，在用益物权的一般规定中，规定了具有地上权性质的海域使用权。尽管如此，这也规定了五种具有地上权性质的用益物权。面对这样的现实情况，有必要对地上权的不同种类进行整合，确立一个大一统的地上权概念和体系。其必要性在于：（一）我国存在地上权是客观的、现实的，设立大一统的地上权概念能够使物权体系的结构明确、符合法律逻辑性的要求。地上权的基本特点，是在为建筑或种植竹木的土地关系上，土地所有权为土地所有人所有，土地之上的建筑物等工作物或竹木为地上权人所有。在我国，国家或集体是土地的所有人，与国外的土地私有制有本质的不同，但是，这只能决定我国的地上权与传统民法上的地上权性质上的不同，并不能否定我国地上权存在的必要和可能。国家或集体在自己的土地上为建筑或培植林木，不发生地上权；法人、公民在国家和集体的土地上

为建筑或种植林木，即为在他人的土地上享有和行使地上权，并取得在该土地上设置不动产的所有权，而土地所有权仍归国家和集体所享有。确认这种法律关系，是明确国家、集体和公民、法人之间在土地使用上的权利义务关系的需要，也是利用土地发展经济，保障人民生活的需要。我国的地上权与国外传统民法的地上权不同，具有三个最为鲜明的特点：第一，我国物权法不规定地上权的概念。在我国《物权法草案》中，没有专门规定地上权的概念，也不使用地上权的概念，而是分别规定不同的地上权。第二，对于地上权的不同种类分别作不同的规定。我国《物权法草案》规定的地上权种类包括第十二章规定的建设用地使用权、分层地上权、乡村土地使用权和第十三章规定的宅基地使用权，以及种植竹木的土地承包经营权和海域地上权。这些土地权利虽然都分别作出规定，但是它们的属性都是地上权。第三，各种不同的地上权既有共性又具不同的内容。在我国，不同的地上权具有不同的内容，并非完全适用同一的规则。特别是在建设用地使用权和宅基地使用权两个地上权中，其规则具有明显的差别，不可适用同样的规则处理。但是，它们在地上权的基本属性上是完全一致的，最基本的法律规则是完全一样的。我国地上权立法的现实情况，并不说明我国的物权法体系中就不存在地上权，而仅仅说明我国的地上权与他国的地上权规定有所不同而已。因此，采用大一统的地上权概念和体系，是对现实存在的不同种类的地上权的客观反映，借以表明这些权利的基本属性都是地上权，它们具有统一的基本规则，在所有的用益物权中，这是一个“团伙性”的权利组，强调这一类权利的体系化和法律逻辑。(二)设立大一统的

地上权概念，能够简化不同的地上权种类的法律关系，便于法律适用事实上，在物权法中规定如此繁多的地上权种类，并不是一个科学的办法。它反映了我国立法的状态和现实，以及立法者对这种状态的无能为力。因此，《物权法草案》只能照搬现实，而不能高屋建瓴地进行归纳和规范。我认为，这就是存在众多的地上权种类的根本原因。法学理论工作者对此应当是清醒的，应当能够透过这些不同的用益物权的设置，看到它们的基本属性的一致性和概念的统一性，确认它们的基本性质为地上权，并且将这些不同的权利归并在一起，构成一个完整的地上权体系，让它们成为一个大家庭，成为一类统一的法律关系的族群，在基本规则上具有统一性和相同性，构建大一统的地上权概念和体系，展现地上权法律关系的基本内容。采取这样的办法，就能够在法律适用上，使法官能够在不同的地上权的概念上以及出现的纠纷上，都能够清楚的识别它们的地上权属性，掌握地上权法律关系的本质特点，准确地适用法律，保护权利人的权利。在这一点上，设立大一统的地上权概念和体系，显然具有更为现实的重要意义。

(三)设立大一统的地上权概念，能够使用益物权体系化，更便于普法、宣传和教学立法的现实存在的众多的地上权，表现各异，名称各不相同，因此，在普法、法律宣传以及法律的教学上，都会存在极大的困难。一一说明各个权利的属性、特征和内容，必定显得烦琐和重复。既然这些不同的权利都具有共同的属性，具有相同的基本规则，那么，进行体系化的研究和表现，就是最好的办法。这就是“合并同类项”的方法。采用设立大一统的地上权概念的办法，就可以说明这一类权利的基本属性、基本特征、基本规则

、基本的法律效果。在这样的基础上，再对不同的地上权的不同内容进行具体的阐释和说明，就能够掌握这些权利的全部内容，形成完整的知识结构。因而，在物权法通过之后的普法、宣传和法律教学中，就会事半功倍，收到更好的效果。因此，设立大一统的地上权概念和体系，并非困难的牵强之举，而是表现客观现实的应有之义。

三、我国大一统的地上权的体系内容

既然我国地上权是由多个地上权类型组成的，那么就应当有一个体系的问题。我国地上权的体系由六个权利组成，可以分为三大类：（一）国有土地设立的地上权

在国有土地上设立的地上权，主要是建设用地使用权和分层地上权。

1. 建设用地使用权

建设用地使用权的性质，就是在国有土地上设立的建设建筑物、构筑物以及附属设施的地上权。它是指自然人、法人依法对国家所有的土地享有的占有、使用和收益，建造并经营建筑物、构筑物及其附属设施的地上权。建设用地使用权的法律特征是：第一，建设用地使用权以开发利用、生产经营和社会公益事业为目的；第二，建设用地使用权的标的物为城镇国家所有的土地；第三，建设用地使用权人使用土地的范围限于建造并经营建筑物、构筑物及其附属设施；第四，建设用地使用权的性质是地上权，具有地上权的一切特征，其设立、变更和消灭的规则，都适用于地上权的规则。

2. 分层地上权

分层地上权则是空间地上权，是分层的建设用地使用权。在《物权法草案》中，将这个两个权利规定在同一章中，确定的就是它们的相同性质。分层地上权也叫做区分地上权、空间权或者发展权，是指在他人所有的土地的上下的一定空间内所设定的地上权。

《物权法草案》第一百四十一条对此作出了规定：“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。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权人的权利。”因此，在我国，分层地上权也可以叫做分层建设用地使用权。分层地上权与建设用地使用权同样是地上权，其区别在于，设定普通地上权时，与该设定面积内的土地所有权相同；但是，如果设定的为分层地上权时，于设定面积内，其上下所及效力的范围，不是该面积内的土地所有权的全部，而仅为其中一空间部分[7]。我国《物权法草案》确认分层地上权是十分必要的，其必要性体现在以下方面：第一，扩大土地利用范围，解决社会发展需要。人类生活不能脱离土地，然而土地有不可增性，近代以来的人口又不断增加，土地使用的需求日益迫切，同时，建筑科技不断进步，使得土地的立体空间向上向下的扩大利用不仅有可能而且有实益，因此，土地的利用由传统的平面垂直利用逐渐向立体空间利用发展，影响到土地物权的，形成了立体物权演进的趋势，分层地上权应运而生。第二，确定普通地上权和分层地上权的合理界限，防止权利发生冲突。在传统的普通地上权观念和现代的分层地上权之间，必须界定合理的界限，防止两种权利界限不清而发生冲突。应当看到的是，当今社会分层地上权的存在和设定已经是不可避免的，如果不解决这个问题，就必然发生冲突。确认分层地上权，就可以界定好两个权利的界限，防止冲突的发生。第三，确认分层地上权，对于解决实际纠纷具有重要意义。既然土地的分层利用已经是不可避免的，那么，在现实生活中，分层地上权的设置就带来了一系列的问题，发生不同的纠纷。确认分层地上权，有利于解决实践中遇到的土地分层利用的纠纷，稳定社会秩序。分

层地上权具有以下法律特征：第一，分层地上权的性质是用益物权。分层地上权的性质属于用益物权，是用益物权中的地上权。分层地上权不是土地之上下空间的所有权，而是在他人所有的土地的上下空间建立的役权，因此，它的性质是用益物权，是用益物权中的地上权。第二，分层地上权是在土地的地上或者地下的空间中设定的用益物权。地上权的客体是他人所有的土地，在他人的土地之上设立建设用地使用权、宅基地使用权，设定的都是地上权。但是，普通的地上权设置在土地的地表，尽管按照传统民法的理解，土地的权利包括地上权的权利的纵向范围，上至大气层，下至地心，但是，在科技发展的当今时代，这种观念已经被打破，在土地的上空和地下，还可以建立地上权。因此，分层地上权的客体，是他人所有的土地的地上空间和地下空间。第三，分层地上权是可以与普通地上权重合的他物权。分层地上权可以与普通地上权重合，那就是，在他人的土地上设立了普通地上权之后，还可以在该地上权的上下再设定分层地上权，设置的这些地上权相互之间并不冲突，只要界定好它们之间的垂直空间的距离就不会发生权利的冲突。当然，在土地所有权之上，也可以不设置普通地上权而直接设定分层地上权。

(二)集体土地设立的地上权 集体土地上设立的地上权包括宅基地使用权和乡村建设用地使用权。

1. 宅基地使用权。宅基地使用权是农村集体组织成员在集体所有的土地上建造住宅的权利，它的性质是地上权，只是在土地的权属性质上以及权利主体的性质上，与一般的地上权有所区别。宅基地使用权是我国特有的一种用益物权形式，其主要特征是：第一，宅基地使用权是我国农村居民因建造住宅而享有的地上权

，我国的现行宅基地，分为农村宅基地和城镇宅基地。《物权法草案》规定的宅基地使用权，是专指农村居民和少数城镇居民因建造住宅而享有的地上权。宅基地属于集体所有的土地，农村宅基地的主体主要为农村集体经济组织的成员，其享有宅基地使用权是与集体经济组织成员的资格联系在一起的。第二，宅基地使用权与农村集体经济组织成员的资格和福利不可分离，这种福利体现为农民可以无偿或廉价地取得宅基地，以获取最基本的生活条件，而集体经济组织以外的人员则不能享有这种权利。第三，宅基地使用权是特定主体在集体土地上设定的用益物权，按照规定，宅基地使用权的取得采取审批的方式，经审批取得宅基地使用权的，应当在土地管理部门登记，并明确宅基地的使用权范围。宅基地使用权一经设立，便具有用益物权的效力。第四，集体经济组织的成员只能申请一处宅基地。第五，宅基地使用权的性质是地上权，是在他人的土地上设立建筑物的用益物权，因此，其基本规则应当接受地上权的规则指导。

2. 乡村建设用地使用权。

乡村建设用地使用权是《物权法草案》第一百五十七条规定的地上权，其规定的法律环境是“建设用地使用权”一章，因此其性质属于建设用地使用权，只是土地的权属为集体所有，其地上权的主体是乡镇企业或者乡村集体组织。它是指乡(镇)村企业等自然人、法人依法对集体所有的土地享有的占有、使用和收益，建造并经营建筑物、构筑物及其附属设施的地上权。关于乡村建设用地使用权，《物权法草案》第一百五十七条规定：“因设立乡(镇)、村企业或者乡村公共设施、公益事业建设等需要使用集体所有的土地的，依照有关法律规定取得建设用地使用权；法律没有规定

的，参照本章规定。”在这里，仅仅作了一般的规定，远不及国有建设用地使用权具体、详细。规定中所说的依照法律，主要集中在《土地管理法》中。因此设立乡村建设用地使用权，应当依照《土地管理法》的规定进行，没有具体规定的，应当参照适用《物权法》关于建设用地使用权的规定。乡村建设用地使用权是否可以采取出让的方式设立，在理论上存在不同的看法：肯定的观点认为，乡村建设用地使用权可以采取出让的方式设立，其理由主要是，在市场经济条件下，集体土地所有权与国有土地所有权在民事法律地位上是平等的，应当同等对待。因而，允许国有建设用地使用权以出让的方式取得，也就应当允许乡村建设用地使用权以出让的方式取得。另一种观点认为，集体土地只有在被征收为国有土地后，才能以出让的方式设立建设用地使用权。应当认为，集体土地所有权与国有土地所有权在法律地位上是应当平等的，但平等并不意味着法律对它们的规范和调整没有差别。由于集体土地所有权的行使、处分与国家的农业政策紧密相关，而集体土地所有权的主体众多，因此对集体所有权的行使必须加以适当的限制。在建设用地使用权的设立方面的限制，表现在不允许乡村建设用地使用权以出让的方式设立。如果允许乡村建设用地使用权以出让的方式设立，则由于出让收益要远大于农业经营收益，大量的耕地将会被出让，国家的土地利用总体规划将难以实施。同时，这一后果也会冲击国有土地市场。因此，乡村建设用地使用权不能采取出让的方式设立，而应采取审批的方式设立，由土地管理部门依照权限根据土地所有权人和土地使用者的申请予以审批。乡村建设用地使用权的审批，不得损害国家的土地利用总

体规划和耕地的强制保护制度。 3. 种植林木的土地承包经营权。应当确认，为建筑及培植林木而使用国家、集体土地的权利，符合地上权的法律特征，是地上权。地上权的基本法律特征，是在为建筑或种植竹木的土地关系上，土地所有权为土地所有人所有，土地之上的建筑物等工作物或竹木为地上权人所有。在我国，国家或集体是土地的所有人，与国外的土地私有制有本质的不同，但是，这只能决定我国的地上权与传统民法上的地上权性质的不同，并不能否定我国地上权存在的必要和可能。国家或集体在自己的土地上为建筑或培植林木，不发生地上权；法人、自然人在国家和集体的土地上为建筑或种植林木，即为在他人的土地上行使地上权，并取得在该土地上设置不动产的所有权，而土地所有权仍归国家和集体所享有。确认这种法律关系，是明确国家、集体和自然人、法人之间在土地使用上的权利义务关系的需要，也是利用土地发展经济，保障人民生活的需要。

(三)海域使用权中的海域地上权 海域使用权，是一个正在被学者和专家重视的物权法概念。其上位概念是海域物权，包括海域所有权和海域使用权。我国的海域所有权属于国家享有，在海域所有权上设立的使用海域的权利，被叫做海域使用权。按照学者的定义，海域使用权是指民事主体依照法律规定，对国家所有的海域所享有的以使用和收益为目的的一种直接支配性和排他性的新型用益物权[8]。把海域使用权界定为用益物权，是完全正确的，也是完全必要的。试想，国家所有的土地是国家最重要的资源和财富。同样，国家所拥有的海域，就是国家的蓝色国土，也是国家最重要的资源和财富。在他人所有的蓝色国土也就是海域上设立的占有、使用、收益的权

利，当然是用益物权。现在的问题是，这种用益物权的性质究竟属于何种用益物权？按照《海域使用管理法》第二十五条的规定，海域使用权起码包括以下权利内容：一是养殖用海，二是拆船用海，三是旅游、娱乐用海，四是盐业、矿业用海，五是公益事业用海，六是建设工程用海。在这些海域使用权中，并不是一个统一的、具有相同内容的权利，而是具有不同的性质。简要的划分是：在海域上建造建筑物的权利，属于海域地上权；在海域上晒盐、采矿，属于采矿权等特许物权或者准物权；不在海域建造建筑物，而仅仅是一般的使用海域的，如养殖、旅游、娱乐等对海面和海水的使用，则是一般的用益权。经过以上分析，可以看到，海域使用权并不是一个单一的、单纯的用益物权，而是聚合不同种类的海域使用的一个集合式的用益物权体系。其中有一部分属于海域地上权，即在海域建造建筑物的海域使用权。对于这一部分海域使用权，应当纳入大一统的地上权体系，按照地上权的概念，进行解释、理解和适用。【注释】[1]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[A].民法判解研究与适用(第五集)[C].北京:中国检察出版社,2001.86.[2]杨立新,等.物权法[M].北京:中国人民大学出版社,2004.142.[3]江平,等.罗马法基础[M].北京:中国政法大学出版社,1991.182.[4]孙宪忠.论我国的土地使用权[J].中国社会科学院研究生院学报.1987,(8).[5]钱明星.物权法原理[M].北京:北京大学出版社,1994.293.[6]中华人民共和国法律规范性解释集成1991?1992[Z].长春:吉林人民出版社,1993.140.[7]谢在全.民法物权论(中册)[M]1台北:三民书局,2004.128.[8]尹田.中国海域物权制度研究[M].北京:中

国法制出版社, 2004. 40. 100Test 下载频道开通, 各类考试题目
直接下载。详细请访问 www.100test.com