

论私法公法化背景下公共地役权的立法路径

李孝群

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年8月16日; 录用日期: 2023年8月24日; 发布日期: 2023年11月7日

摘要

罗马法学家乌尔比安提出公法与私法二元区分, 在法学界沿袭至今, 但进入现代社会以来, 受现代社会价值观、经济、政治等因素影响私法有向着公法化的立法倾向。公共地役权的立法目的、法律性质、设立方式等不同于传统地役权的特征, 在私法公法化背景下, 公共地役权是私法公法化的典型代表, 但各国对公共地役权的立法选择有较大差异, 本文力图从私法公法化的背景、公共地役权的性质及两者之间的内在联系探究公共地役权的法律属性。鉴于此, 公共地役权与私法公法化进程一致, 故公共地役权应当由民法中的物权法制度进行规范, 而非由行政法规范。

关键词

私法公法化, 地役权, 公共地役权

On the Legislative Path of Public Easement under the Background of Public Legalization of Private Law

Xiaoqun Li

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Aug. 16th, 2023; accepted: Aug. 24th, 2023; published: Nov. 7th, 2023

Abstract

Roman jurist Urbian proposed a binary distinction between public law and private law, which has been inherited in the legal community to this day. However, since entering modern society, private law has tended to be legislated towards public law due to factors such as modern social values, economy, and politics. The legislative purpose, legal nature, and establishment method of public servitude are different from traditional servitude. In the context of private law and public

law, public servitude is a typical representative of private law and public law. However, there are significant differences in the legislative choices of public servitude among countries. This article attempts to explore the legal attributes of public servitude from the background of private law and public law, the nature of public servitude, and the internal relationship between the two. In view of this, the process of public servitude and private law legalization is consistent, so public servitude should be regulated by the property law system in civil law, rather than by administrative law.

Keywords

Private Law and Public Legalization, Easements, Public Easement

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 前言

自罗马法时代法学家乌尔比安提出公法与私法的二元区分以来，一直久经不衰。正如马克思主义法学主张的，法律是由一定的社会物质生活条件所决定的。从古代至近现代的历史长河中，公法与私法的区分长期处于泾渭分明的状态，但进入现代社会以来，随着资本主义从自由竞争转向垄断，为了避免市场失灵所造成的经济影响，国家加大对经济生活的干预[1]，私法的价值观念从“个人本位”转向“社会本位”，进而出现私法公法化的新趋势。此外，在现代社会，国家和社会为了满足社会全体成员的物质条件和精神需求，常常会建设公益设施和提供相应的服务。公共地役权便是现代社会为满足社会公共利益需要而提出，其同时具有公法与私法的属性，徘徊于公法与私法之间，但对于立法路径却存在不同的看法，有的学者赞成其属于私法公法化，有的学者赞成其属于公法私法化。虽然公共地役权在我国法律中未明确规定，但为了公共事业的发展，事实上《石油天然气管道保护法》《电力法》等法律已经对此做出相关立法[2]。为探讨其立法路径，本文力图从私法公法化的原因、公共地役权的独特性及两者之间的内在关系厘清公共地役权的法律属性，为从事立法和司法的法律工作者提供有益思考。

2. 私法公法化的历史背景

私法与公法原本有着较为明确的区分，为何会出现私法公法化？为了追根溯源，我们需要对其产生背景有着深刻理解。正如“社会不是以法律为基础，那是法学家的幻想。相反，法律应该以社会为基础。”[3]法律的发展进程往往随着社会物质生活条件的改变而发生相应的变化，鉴此，私法公法化有其相应的历史条件。

2.1. 自由从绝对到相对

早期西方学者信仰自然权利，主张绝对保护私人财产、人身权利，在经济领域主张市场自由竞争，政府不可对自由市场进行干预，市场存在一只“看不见的手”进行调节。但是在该模式下，出现了经济垄断的巨头企业，不仅加剧了贫富差距和市场经济混乱，还可能危及到国家的政治安全。正如孟德斯鸠曾告诉世人一条万古不变的经验，权力易使拥有权利的人们滥用至无所不用其极，诚然，不管是公权力还是私权利，对于这两种权利而言，若不加以限制都极易发生滥用。鉴此，只有相对的自由而没有绝对的自由，只有相对的权利(力)而没有绝对的权利(力)。价值观念的转变，是私法公法化的思想基础，法律

价值观念从追求私人利益的“个人本位”走向追求公共利益的“社会本位”。这种观念的转变使得私法与公法严格对立的状态得到缓和，为了社会公共利益，在私法领域加入一些公法强制性规定，如《食品安全法》《消费者权益保护法》等多个私法领域内规定了惩罚性的赔偿制度，该制度在目的及功能上侧重于公法，在实施方式和程序规则上侧重于私法[4]。因此，当社会物质条件发生改变时，人们的思想观念亦会随着发生转变，进而引领法律价值观念的变革。

2.2. 社会冲突的激化

西方人认为天赋人权，崇尚自由，且主张私有财产等神圣不可侵犯，市场方面追求自由竞争。但从19世纪70年代开始，自由竞争的市场逐渐被垄断，到20世纪初垄断代替自由竞争并占据统治地位，形成了垄断资本主义。然而垄断资本主义的出现，导致社会各种矛盾加剧，带来经济危机频发以及战乱频繁等社会冲突，进而导致新旧利益集团的冲突，亟需法律制度予以缓和社会冲突的升级。此外，于资本主义革命时期提出的自由、民主、平等法治理念与垄断资本主义显得格格不入，全体公民处于不平等的社会环境中[5]。以自由主义为特色的私法和以限制公权力的公法受到前所未有的挑战，比如，为保护生态环境而出现的“环境保护运动”，不仅要求国家公权力的公法管制，也要求民事途径救济的私法调节。随着经济社会的发展，越来越多社会问题仅靠单纯的私法调整或单纯靠公法规制难以达到预期的效果。

在此社会环境下，西方国家逐渐向推出公共福利政策，以追求社会公共福利的政策加强国家对经济生活的干预，尤其是资本主义国家发生影响全世界的金融危机时，大量人口失业，使其遭受饥饿和贫困，进而使得社会秩序处于混乱之中。人们方才认识到绝对自由市场经济可能失灵，鉴此，西方国家引入凯恩斯主义用以缓和经济危机和社会冲突，以此促进经济的腾飞。凯恩斯主义放弃经济自由放任的传统理论，主张国家干预经济的发展，以实现充分就业和经济增长[6]。凯恩斯主义经济学说满足了当时垄断资本主义经济的现实需求，也使得各种利益冲突在私法领域无法解决时，转而向公法领域寻求救济，使得公权力得以介入私人交往中产生利益，以便调和私法领域的利益冲突[7]。在私法与公法泾渭分明时，当面对如失业、福利、环境、经济等各种社会问题，西方国家对公共福利的认知不足，认为其属于私法领域，没有给予社会利益应有的关注。但随着社会公共利益冲突频发的社会矛盾下，西方国家不得不加强对该类社会公共利益进行重点关注，并运用公法和政策的综合手段加以调节。

2.3. 公权力的运行

面对自由放任经济所带来的危害，西方国家为了维护社会的稳定和促进经济安全的快速发展，各个国家采用凯恩斯主义，强调国家对经济生活的干预，进而要求国家对社会领域的各种关系加以调控。西方国家的角色由消极的“守夜人”转变为积极的“干预者”，政府需要从公众的社会福利，对危害社会公共福利的资本垄断行为和资本大势力的行为加以规制。除此之外，政治国家与市民社会的进一步融合是私法公法化的社会基础[8]。随着市民社会的发展，逐渐突破其自治的极限，市民社会在面对环境污染、劳务纠纷以及不正当竞争等众多社会问题时无法得到妥善解决，在此背景下，公权力的介入成为一种必然趋势。鉴此，社会经济生活受到国家的广泛干预，从前市民社会与政治国家泾渭分明的界线逐渐模糊，进而导致社会的国家化和国家的社会化两者相互进行转化，从而破坏原本两者之间严格对立的状态。为此，无论是为了避免经济危机带来的影响和社会的安稳和谐，还是市民社会的发展达到极限，这均要求国家对社会经济生活进行适当的干预。因此，私法中引入公法的强制内容具有正当性，但值得注意的是，这类公法的规定在私法中只起着辅助作用，并不改变私法自治的核心。其目的是对私法所强调的权利自由的绝对保护进行修正，公权力的介入可防止权利滥用以危害社会公共利益或者他人利益。

3. 公共地役权的性质及特征

公共地役权由传统地役权发展而来，公共地役权不仅具有传统地役权的相同点，更有不同于传统地役权的独特性质及特点。二者之间最大的区别在于公共地役权既具有公法的特征也具有私法的特征，而传统地役权仅具有纯粹的私法特征。

3.1. 公共地役权的独特性质

公共地役权具有私法与公法的两面性，介于私法与公法之间，其性质亦同时具备两种法律的主要特征。关于公共地役权性质的探讨，可归纳为两个性质，一是认为公共地役权属于公法，即由行政法进行调整。另一个是认为公共地役权属于私法，即由民事法律规范进行调整。对于主张属于公法的学者其内部亦有不同的理由，法国学者认为公共地役权是为了公共利益而由行政法强制设立的，无需役地且政府为了公共利益不得放弃该权利^[9]；我国台湾学者主张公共地役权类似征收行为，另外不可参照民事法律的时效制度取得公共地役权^[10]；我国大陆学者王利明主张公共地役权的受益主体是不特定的社会公众，且行使该权利的主体是行政机关^[11]，故该法律关系远不同与民事法律关系。相反，对于主张属于私法的学者则认为公共地役权属于一种特殊的地役权^[12]。该主张认为公共地役权与传统地役权在目的和内容方面实质相同，仅仅是在取得方式所有区别，但为了更大公共利益而牺牲私人较小的利益且对私人利益进行补偿，这有利于社会秩序的稳定运行。笔者认为，公共地役权在性质上既具有公法性质，又具有私法性质，这是由公共地役权的性质所决定的。但在适用何种法律规范进行调整时，更倾向于民事法律规范对公共地役权进行规范，理由有三点，首先是公共地役权脱胎于传统地役权，二者之间原本就有内在联系；其次是二者的实质需求相同，均是对他人不动产进行限制以满足有关的需求；最后是两者同由民事法律规范进行调整有利于法律体系的稳定，亦有助于司法适用。

3.2. 公共地役权的取得方式

公共地役权在取得方式上有着完全不同与传统地役权的特殊性，传统地役权属于纯粹的私权，其取得方式完全依照私法自治的原则完成，而公共地役权则兼具公权与私权的特点。目前公共地役权的取得方式主要有三种模式，首先是强制命令模式，该模式表现出强烈的公法规则，即公共地役权的取得是政府为了社会公共利益的需要而强制设立；其次是行政合同模式，该模式主要以政府和相对人签订协议而限制权利人对供役地的适用，其主要收购补偿、以地换地和现金补偿等方式；最后是捐赠奖励模式，该模式主要是政府鼓励权利人申请将自己的不动产进行捐赠，以换取财税方面的减免^[13]。笔者认为目前公共地役权主要取得方式均侧重于公法的介入，而这也正是公共地役权与传统地役权的重要区别。其中强制命令模式有着方便高效的优点，但其缺点也是由于公法的强势，导致在实践中该模式往往与私人意愿相反且很难得到救济。相比之下，后两种模式对权利人则更加友好，双方在具体内容方面可以进行有效的协商，在为了保护公共利益的同时，对私人利益也有着较好兼顾。

4. 私法公法化视域下公共地役权的立法构建

在私法公法化的背景下，为了维护公共利益与私人利益的矛盾，公法适度地融入私法领域，为公共地役权由民事法律规范的立法模式提供可能，这不仅有利于地役权制度的体系化发展，更有利于物权制度的完善。此外两者在目的、内容以及法治背景下均具有实质相同的特点。

4.1. 公共地役权与私法公法化的目的实质相同

耶林：“目的是全部法律的创造者，每条法律规则的产生都源自于一种目的，即一种实际的动机。”

[14]诚然，法律制度设立的目的在于满足现实生活的实际需要，随着物质生活条件的改变，人们对法律制度的需要也在发生改变。而私法与公法由早期的泾渭分明到现代的私法与公法的界线不仅不明而且有着内在联系，而这种私法公法化的改变也是因为物质生活条件改变而引起。因为目的不是人的主观臆造或外界强加，而是直接源于人的法律需要[15]，当法律规则不适应社会发展需要的时候，人们便会为了新的目的而改变或创造新的法律规则。公共地役权正是在社会迅速发展过程中，由于现有法律不能满足公共利益的需要而出现的新法律制度，但是，公共地役权制度与传统地役权制度有着相同的目的，即为了不同的利益需求而利用他们不动产。尤其是在伴随工业化和城市化的发展过程中，公共基础设施不断修建，以私人利益为主的地役权制度逐渐衰落，而与此同时，公共地役权制度则顺应公共利益的潮流顺势崛起。公共地役权与私法公法化的目的均在于平衡私人利益与公共利益之间的冲突，二者目的在实质是相同的。鉴此，二者目的均是为了公共利益而对私人权利进行适当的限制，故私法公法化为公共地役权由民事法律规范进行调整提供了理论基础。

4.2. 公共地役权与私法公法化的内容一致

公共地役权虽然在设立方式上具有强制性，但与其调整内容的协商性并不对立[2]。其理由有：一是此时公共地役权合同本质上是基于法律特别规定而产生私法上的民事关系，设立的强制性是对缔约自由的强制而非对合同内容的强制。另外，我国《民法典》在合同的订立中第 494 条规定为了国家利益或者其他公共利益时合同另一方的强制缔约义务，与公共地役权的强制缔约实质相同；二是法律对于公用事业规定的概括性，仅仅体现公共地役权的影子，但未对公共地役权的具体内容进行法律规定，关于公共地役权的具体内容还需要双方当事人进行协商确定。值得注意的是，私法强调对平等主体之间的人身财产关系进行规制，而公共地役权不仅双方当事人的主体地位平等，而且公共地役权也是为了公共利益而对私人财产进行调整。鉴此，公共地役权应当由民事法律进行规范，不属于公法进行规制。公法与私法的最大区别在于公法强调主体之间的不平等，而私法则强调主体之间的平等且双方按照合意对公共地役权的具体内容进行协商。

4.3. 公共地役权有利于完善物权制度

随着社会的发展，传统地役权制度未能发挥应有的效能，而在此同时，社会对公共地役权的需要日益强烈。鉴此，传统地役权转向公共地役权是传统地役权突破困境、完成地役权现代化的必由之路[16]。在私法公法化的背景下，可通过适当引入公法的强制性规范，使得公共地役权作为一种特殊的地役权在私法领域进行规范。对于公共地役权作为特殊地役权，一方面弥补传统地役权制度与相邻关系不足以调整公共用地的需要，另外征收制度也在公共用地方面显得不足，例如架空电线的用电问题，征收制度是难以发挥其功能；另一方面，随着公用企业的用地日趋频繁，而有关的物权制度却难以应对，而公共地役权制度则有效的满足这类用地需求。鉴此，公共地役权引入私法有助于现有物权制度的完善，为弥补传统地役权所存在的不足，为实践中存在的用地纠纷提供清晰明确的物权规范。

5. 结语

从私法公法二元结构的严格对立到私法公法的相互交融，均有其特殊的历史条件。随着法律调整的社会关系日益复杂，原本私法公法二者泾渭分明的局面难以应对，为私法公法化的转变提供了肥沃的土壤，这也为传统地役权制度向公共地役权制度的转变提供了法理基础。正是在私法公法化的历史背景下，公共地役权制度由私法领域调整不仅有充分的理论条件，也有助于物权制度的完善。此外，本文尚未对公共地役权制度的功能进行研究，有待学者对私法公法化倾向与其制度功能开展研究。

参考文献

- [1] 沈宗灵. 法律分类的历史回顾[J]. 法学, 1985(6): 11-13.
- [2] 于凤瑞. 民法典编纂中法定地役权的体系融入与制度构造[J]. 新疆社会科学, 2020(1): 86-93+151-152.
- [3] 《马克思恩格斯全集》第6卷[M]. 北京: 人民出版社, 1961: 291-292.
- [4] 刘奇英. 公法与私法交融视域下惩罚性赔偿的法律性质及其制度功能[J]. 晋阳学刊, 2018(3): 129-135.
- [5] 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 96.
- [6] 林丽敏. 凯恩斯主义与中国经济的宏观调控——读《就业、利息和货币通论》[J]. 福建政法管理干部学院学报, 2006(1): 33-38.
- [7] [德]哈贝马斯. 公共领域的结构转型[J]. 曹卫东, 等, 译. 上海: 学林出版社, 1999: 171.
- [8] 田喜清. 私法公法化问题研究[J]. 政治与法律, 2011(11): 82-92.
- [9] 尹田. 法国物权法[M]. 北京: 法律出版社, 1998: 398-401.
- [10] 谢哲胜. 财产法专题研究[M]. 台北: 三民书局, 1995: 200-240.
- [11] 王利明. 物权法专题研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 730.
- [12] 蔡斌. 公共地役权性质初探[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2004(2): 39-41.
- [13] 邓乐, 李文婷. 关于公共地役权相关问题的思考[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2011(5): 77-79.
- [14] [美]博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 109.
- [15] 黎建飞. 论立法目的[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 1992(1): 54-61.
- [16] 孙鹏, 徐银波. 社会变迁与地役权的现代化[J]. 现代法学, 2013, 35(3): 73-86.