DOI:10.14112/j.cnki.37-1053/c.2014.03.018

历史建筑保护的物权法进路

蔡立东　杨　晔　刘国栋

(吉林大学 法学院,吉林 长春　130012)

[摘要]　历史建筑具有社会资源和私人财产双重属性。就历史建筑保护,我国形成了义务本位型的现行法规范模式,单向性地向历史建筑权利人课加义务,但未有对权利人克减权利行使予以补偿的制度性安排,违背了权利与义务一致性的法治原则,也未达成历史建筑保护的政策目标。因此,需要在财产权保护和公共利益实现并重的方向上,反思和重构历史建筑的保护路径,依托公共地役权的机制,在对历史建筑权利人给予合理补偿的前提下,对其权利及其行使进行必要的限制,以实现公共利益。公共地役权的设立及其内容应通过听证程序确定,并遵循比例原则。

[关键词]　历史建筑;　义务本位;　公共地役权

[中图分类号] D923.2　**[文献标识码]** A　**[文章编号]** 1003 - 4145 [2014] 03 - 0065 - 05

在我国,作为历史文化传承的历史建筑①,有的归私人所有,同时构成私人财产,具有社会资源和私人财产的双重属性。一方面,作为私人财产权的客体,权利人有权基于自身利益最大化的追求,对历史建筑进行改造甚至是重建,也可以对其进行商业化开发。另一方面,基于公共利益的考量,需要强调其社会资源属性,保持和延续历史建筑的传统格局和历史风貌,维护其原生性和完整性。因此,必须对立基于其上的财产权之行使作出必要的限制,避免不适当的改造、过度的商业化开发,以防止其历史文化价值的减损。对此,笔者认为,历史建筑的保护必须在维护公共利益和尊重私人权利之间寻求平衡,在以维护公共利益为正当性基础、限制私人对历史建筑财产权之行使场合,应该建立对私人财产权克减行使的适当补偿机制。

一、历史建筑保护的现行法规范模式及其困境

我国关于历史建筑保护的法律制度主要以行政法规和部门规章的形式存在,如《历史文化名城名镇名村保护条例》、《国务院关于加快发展旅游业的意见》、《文物保护工程管理办法》、《旅游发展与文物保护战略合作框架协议》、《关于进一步加强文物保护和促进旅游业可持续发展的意见》等,也有一些地方根据本地实际制定了相应的地方性法规。②由这些行政法规、部门规章、地方性法规构成的历史建筑保护法律制度,形成了历史建筑保护的义务本位型现行法规范模式。这一规范模式的具体内容包括:向历史建筑的所有权人配置维护和修缮义务③;以行政审批控制对历史建筑进行外部修缮装饰、添加设施以及改变其结构或者使用性质等行为。④姑且不论通过行政法规或地方性法规限制私人权利是否合法,单就通过向历史建筑权利人课

收稿日期:2013 - 07 - 15

作者简介:蔡立东,法学博士,吉林大学法学院教授、博士生导师;杨　晔,吉林大学法学院民商法学专业博士研究生;刘国栋,吉林大学法学院民商法学专业硕士研究生。

基金项目:本文系国家社会科学基金重大项目(项目编号:12&ZD061)和国家法治与法学理论研究项目重点课题"团体法制的中国模式"(项目编号:12SFB1004)的阶段性成果。

①历史建筑是指经城市、县人民政府确定公布的具有一定保护价值,能够反映历史风貌和地方特色,未公布为文物保护单位,也未登记为不可移动文物的建筑物、构筑物。

②如浙江省人民代表大会常务委员会就于 2012 年 9 月 28 日制定并颁布了《浙江省历史文化名城名镇名村保护条例》。

③如《历史文化名城名镇名村保护条例》第 33 条规定"历史建筑的所有权人应当按照保护规划的要求,负责历史建筑的维护和修缮。县级以上地方人民政府可以从保护资金中对历史建筑的维护和修缮给予补助。历史建筑有损毁危险,所有权人不具备维护和修缮能力的,当地人民政府应当采取措施进行保护。任何单位或者个人不得损坏或者擅自迁移、拆除历史建筑。"

④如《历史文化名城名镇名村保护条例》第 35 条规定"对历史建筑进行外部修缮装饰、添加设施以及改变历史建筑的结构或者使用性质的,应当经城市、县人民政府城乡规划主管部门会同同级文物主管部门批准,并依照有关法律、法规的规定办理相关手续。"

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

加义务、实现对历史建筑保护的路径实则片面地强调了公共利益的居先性，失于对公共利益和私人利益的平衡。这一义务本位型规范模式存着以下困境:

第一，有违权利与义务一致性的法治原则。按照权利与义务一致性原则，任何人都没有理由谋求这样一种特殊的社会地位——只享有权利却不承担义务; 任何人也不应当被置于相反的特殊社会地位——只承担义务却不享有权利。只有遵循了权利与义务一致性原则制定出来的规则，才是可以接受和值得尊重的。一项立法或一个法律制度，若违背了权利与义务一致性原则，就从根本上抵触了现代文明的基本公理，这样一来，它们就丧失了法律所必备的公正性本质而成为非法之法。① 义务本位型规范模式依凭行政权，向历史建筑权利人配置义务而未给予其相应的权利以补偿其对本来权利的克减行使。尽管存在维护社会公共利益的藉口，但单向性地强加义务也构成了对权利人的单纯剥夺，难以获得正当性评价。

第二，难以激励权利人在历史建筑保护上与行政机关同心协力。一个法律制度之实效的首要保障必须是它能为社会所接受，而强制性的制裁只能作为次要的和辅助性的保障。一个合理的和令人满意的法律制度之所以会得到社会大多数成员的遵守，乃是因为它服务于他们的利益，为他们所尊重或至少不会在他们的心中激起敌视或仇恨的情感。② 相反，如果仅仅依靠强制性的制裁来推行一项法律制度，破坏和抵制这种法律制度的行为很可能会广为蔓延，并将逐渐削弱该制度的基础与强力。即使不是这样，这种制度的存在也不可能被期望维持多久，因为要少数政府官员将一个不为人们接受的法律制度强加给广大人民实是极为困难的。③ 尽管在理想层面上，通过向历史建筑权利人配置义务的这种义务本位型规范模式似乎足以实现历史建筑保护的目标，但骨感的现实却是古城古镇逐渐失去原生状态所具有的景观价值。我们经常看到在一些古城镇旅游商业畸形发展，家家户户开店，旅游商品千篇一律，大煞风景。基于私人财产利益与公共利益的巨大张力，义务本位型规范模式无法形成公共利益与私人利益的激励兼容，从而引导历史建筑权利人自觉地按照符合社会公共利益的方式行使其所有权。

第三，难以实现对历史建筑的有效保护。表现为，其一，历史建筑的利用需要具体问题具体分析，不同地区的历史建筑所面临的问题不可同日而语，无法通过以同一方式实现问题的彻底解决，即使在同一地区，不同建筑亦需要不同的保护措施。其二，义务本位型规范模式仅关注历史建筑权利人的义务，而未授权行政机关就特定历史建筑保护的具体问题与权利人共同采取有针对性的措施。基于法律保留的法治原则，即使行政机关有心，也无力对历史建筑权利人服务于公共利益的权利行使方式给予相应的补偿。其三，为实现对公共利益的维护，即使法律可以将权利人不当使用行为界定为违法行为，行政机关也可以通过行政处罚制裁权利人的此类违法行为④，但对于历史建筑，有些开发行为造成损害是永久性的、不可弥补的，而且会影响到所在历史名城、名镇、名村的整体布局及其历史文化价值。

直面我国历史建筑保护方面的严峻现实⑤，理性地认识义务本位型规范方式在平衡公共利益和私人利益方面的不足，需要反思和重构历史建筑的保护路径。在财产权保护和公共利益实现并重的方向上，立基于历史建筑的财产与资源双重属性，可以依托公共地役权的机制，在对历史建筑权利人给予合理补偿的前提下，对其权利及其行使进行必要的限制，以实现公共利益。公共地役权渊源于物权法的地役权制度，根植于物权法深厚的制度资源，足以胜任通过市场机制保护历史建筑的使命。

二、历史建筑物权法保护进路的适应性分析

在物权法的视域中，包括代表公共利益之行政机关在内的民事主体具有平等的法律地位，其合法利益受到法律的平等保护，不容非法侵犯，只有权利及其行使才能构成主体限制、约束他人权利及其行使的正当性基础。所有权人享有占有、使用、收益、处分历史建筑的完全物权，这种物权具有对抗包括行政机关在内之第三人的绝对权能。行政机关基于维护公共利益的需要，欲合法对这一权利本身或其行使施加限制，必须将自

①参见郑成良主编《现代法理学》，吉林大学出版社 1999 年版，第 108 页。

②参见［美］E·博登海默《法理学——法哲学及其方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 364 页。

③参见［美］E·博登海默《法理学——法哲学及其方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 365 页。

④参见《历史文化名城名镇名村保护条例》第 43 条规定。

⑤参见孟丹丹《“大拆大建”虽然叫停 北京胡同命运仍不乐观》。正是由于产权关系紊乱与市场交易窒息造成了北京旧城房屋的衰败。如能修复产权关系、建立公正交易程序，老街区的复兴则可望因城市生命系统的康复而自然发生。政府分内之事是制定修缮标准，通过基础设施等公共产品的供应提升不动产价值。http://www.zaobao.com/news/china/story20130612-215114/page/0/1。访问时间: 2013 年 6 月 13 日。

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

己的行为建立在既定的权利基础之上。于是,取得以历史建筑为标的的对应性权利,特别是物权性质的公共地役权,以对抗包括历史建筑将来继受权利人的不特定第三人,就成为行政机关实现公共利益的应然选择。

对于公共地役权的性质,有一种观点认为,公共地役权是行政权。这种观点认为,地役权制度的发展已经超出原来私人利益或土地利用便利的需要,而基于公共或社会利益需要也可以强加土地权利人以地役负担。此地役乃基于行政法产生,故称为行政法上地役或公共地役。此种"地役"已不是民法上的地役权或者本来的地役权概念,它不存在需役地,不是为了两个地块的利用便利或土地权利人利益而设立。① 将公共地役权阐释为行政权,虽借助了地役权机制,但仍过分地注重对于公共利益的维护,未摆脱义务本位型规范模式,也依然无法避免这一规范模式的局限。依照这种观点,在公共地役权设立的过程中,行政机关居于主导地位,行政机关和公共地役权相对人之间是不平等的关系,行政机关享有支配性的优势地位,又不承担地役权设立的成本,面临着滥用权力的激励,私人权利没有得到应有的尊重,私人利益也未获得合理的保护。对此,笔者认为,公共地役权不宜阐释为行政权,而应是一种特殊的地役权,其特殊性体现在:(1)不以需役地存在为必要。在私人所有的历史建筑上设定公共地役权,仅存在供役地——历史建筑,而无需役地,突破了传统地役权从属于需役地的要求。(2)以公共利益为目的。以公共利益为目的是公共地役权对于地役权制度的发展,也是其相对于传统地役权的特殊性之所在。通过公共地役权制度保护历史建筑,强调公共利益的居先性,在公共利益和私人利益存在冲突时,优先保护公共利益。(3)公共地役权的需役人是代表社会公共利益的行政机关。为了维护社会公共利益,由行政机关在历史建筑上设定公共地役权,对于历史建筑权利人的权利行使进行相应的限制。

公共地役权虽然对传统地役权进行了以上改造,但仍不失为地役权。传统地役权强调的是需役地权利人对供役地的使用或利用,关注的是需役地权利人的便利和需役地价值的提高,只有能达此目的,才能对供役地权利人的权利行使进行限制。但20世纪以后,随着所有权社会主义以及民法社会本位思想的深入人心,②地役权制度开始服务于社会公共利益,其关注重心转移至规制供役地权利人权利的行使,逐渐成为强加给所有权人以各种社会义务的重要机制。地役权的设置基础已经不再是过去的消极防止侵权,而是积极的设置社会义务,以协调不动产所有权人之间以及不动产所有权和社会之间的权利义务关系。③ 地役权的涵摄范围不断扩张,基于限制所有权滥用的必要地役权吸收了人役权的相关内容,地役权不再以需役地的存在作为其成立的必要条件,而是更加注重对供役地的利用。英美法系出现了从属地役权和独立地役权的划分,前者是以需役地的占有为必要条件,而后者则不以需役地的存在为条件。④ 大陆法系也存在着抛弃"需役地"要件的趋势,如德国法通过"限制人役权",为个人利益设立各种对物进行使用或役使的权利。限制人役权之内容与地役权相同,故其适用范围,与地役权之适用范围基本一致。⑤ 德国法创制"限制人役权",是面对社会变迁,囿于地役权历史传统的权宜之计。但现代各国大多不规定人役权,尤其是亚洲国家或地区更没有关于人役权的立法例,通常是通过扩展地役权的涵摄范围,实现对人役权的吸收。我国不仅没有必要背上德国同样的历史包袱,而且更有理由突破地役权制度的观念束缚,无需强调地役权对于"需役地"的从属性,转而关注地役权对供役地的使用和利用,以引领地役权的发展趋势。相较于义务本位型规范模式,通过公共地役权实现对历史建筑的保护,具有明显的比较优势:

第一,所有权对于社会大众而言,其作用不仅仅是一种财产权利,而且是一种基本的人权。⑥ 正是由于经济不发达,历史建筑才得以保留,权利人通过开发自己的私有财产谋求自身利益的最大化,属天经地义。通过行政机关与历史建筑权利人签订公共地役权合同,一方面,可以对权利人的权利及其行使进行限制。设立公共地役权后,权利人对于历史建筑不能实施妨碍公共利益实现的利用行为;另一方面,公共地役权作为一种地役权,本质上仍为一种私权,立基于尊重当事人的意思自治,在限制供役地权利人权利的同时,给予其费用补偿,兼顾了私人的利益,实现了公共利益和私人利益的平衡。

---

①参见高富平《土地使用权和用益物权——我国不动产物权体系研究》,法律出版社2001年版,第19页。
②参见高富平《土地使用权和用益物权——我国不动产物权体系研究》,法律出版社2001年版,第214页。
③参见高富平《土地使用权和用益物权——我国不动产物权体系研究》,法律出版社2001年版,第214页。
④参见刘乃忠《地役权法律制度研究》,中国法制出版社2007年版,第11页。
⑤参见史浩明、张鹏《地役权》,中国法制出版社2007年版,第46页。
⑥参见孙宪忠《中国物权法总论》,法律出版社2009年版,第122页。

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

第二，公共地役权并不限制所有人对历史建筑的处分和使用人的合理利用，但由于物权具有对世性，即使所有人处分了历史建筑，公共地役权也并不因此消灭，依然约束继受的所有人和使用人。公共地役权的对世性，能够超越可能变换的权利人，从而对历史建筑进行有效维护，限制权利人对于历史建筑的过度商业开发，但又不妨碍权利人在公共地役权约束之外自由利用历史建筑，实现物尽其用。

第三，通过协议设定公共地役权，限制历史建筑权利人的权利具有正当性。尽管与义务本位型规范模式同样都对权利人的权利进行了限制，但与其不同的是，公共地役权乃是行政机关与权利人合意的结果，权利人的意思得到了充分的尊重。对此权利负担的承受，乃是历史建筑权利人的道德义务，公共地役权对于历史建筑权利人将产生比行政义务更强的约束力。不仅如此，通过合意设定公共地役权，当事人可以就历史建筑保护的特殊问题，在公共地役权合同中作特别约定，规定权利人利用历史建筑的具体方式，限制权利人对于历史建筑的不当使用。

三、历史建筑上公共地役权的设立及运行

（一）历史建筑上公共地役权的设立

若只能通过协商，达成公共地役权协议，设定公共地役权，则会面临着历史建筑权利人拒绝签订协议或提出过高的要价，从而有可能导致公共地役权无法设定。尽管公共地役权的设定乃是使用物权法机制保护历史建筑，体现了对历史建筑权利人权利的尊重，但基于历史建筑的资源属性，在权利人与行政机关就公共地役权的设定无法达成一致的场合时，应向权利人配置强制缔约的义务，行政机关可以通过强制缔约方式设定公共地役权。兼顾历史建筑的财产属性，应通过听证程序规范公共地役权的强制设立，以避免过分限制权利人的财产权及由此导致的公共利益和私人利益的失衡。听证程序提供了参与人表达自己诉求的途径，行政机关和权利人在听证程序中就公共地役权的相关内容可以达成交涉合意。公共地役权的内容就可能兼顾公共利益和私人利益，而且其成立由此获得了程序上的正当性。① 听证要最大限度地整合、吸收行政机关和历史建筑权利人的各方意思，应着眼于听证主持人的确定、听证参与人的范围、听证议题的选择、听证笔录的制作等方面设计完整的程序。

1. 听证主持人。在历史建筑上设定公共地役权涉及诸多专业知识，听证主持人必须具有相对的独立性和必要的业务素质，以保证听证程序的公正及高效展开。因此，应建立历史建筑保护专家库，从专家库中遴选听证主持人。纳入专家库的专家，一方面，应具有历史建筑保护的技术、法律等专业知识；另一方面，应具有相应的协调能力，胜任主持听证程序的展开。

2. 听证参与人。听证参与人应包括：（1）当地政府规划主管部门和文物部门的代表，他们是公共地役权的需役人代表，要在听证程序中充分听取历史建筑权利人的意见；（2）历史建筑权利人。历史建筑权利人是公共地役权的供役人，其范围应当包括历史建筑的所有权人、使用权人；（3）历史建筑所在地的人大代表。他们对听证程序进行监督，防止行政机关侵害历史建筑权利人的合法权利；（4）其他利益相关者，主要是相邻建筑的权利人。这些人员主要发挥对听证程序的监督作用，保证听证结果的公正性。

3. 听证议题。听证功能在于确定公共地役权合同的相关内容，其议题主要集中在：（1）公共地役权的期限；（2）公共地役权的费用补偿。公共地役权设立后，需役人要支付相关的费用，用于补偿限制历史建筑用途而给权利人造成的损失以及因修缮标准提高而增加的支出。

4. 听证笔录。《历史文化名城名镇名村保护条例》中规定，保护规划要附具听证笔录。② 听证笔录是确定听证内容的主要依据，是行政机关和历史建筑权利人双方意思的记载，各方在听证笔录上的签字构成对其内容的认可。

在通过听证程序规范公共地役权设定之外，还应赋予历史建筑权利人反向征收请求权，以应对行政机关通过设立公共地役权过度侵害私人财产权的问题。经听证程序后，若权利人认为公共地役权的内容过分地限制了其基于历史建筑的财产权利，有权提起诉讼，请求法院判令行政机关对历史建筑进行征收，以实现自己财产的交换价值。

①参见张建文《现代俄罗斯法上的公共地役权制度》，《武汉科技大学学报（社会科学版）》2011 年第 1 期。

②《历史文化名城名镇名村保护条例》第 16 条第 2 款规定“保护规划报送审批文件中应当附具意见采纳情况及理由；经听证的，还应当附具听证笔录。”

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

（二）历史建筑上公共地役权的内容

作为需役人之行政机关应承担以下义务：一是提供历史建筑修缮方案。历史建筑的修缮要坚持“整旧如故，以存其真”的原则，且要符合历史建筑所在区域的整体保护规划，具有很强的专业性，对修缮的原料、工艺、样式都有很高的要求。由于修缮的要求由需役人确定，加之供役人缺乏相应的专业知识，而需役人具有相关能力，知悉修缮的标准和工艺、工序，因此，应由需役人负担提供历史建筑修缮方案的义务。二是支付公共地役权的费用。公共地役权人应支付两部分费用，以补偿历史建筑权利人所受损失和所失利益：一方面，因限制历史建筑用途而向权利人支付的补偿费用。由于行政机关通过公共地役权限制对历史建筑的使用，以保持当地建筑格局的整体性和原生性，必然影响对历史建筑的使用自由，导致权利人的可得利益损失，需役人应支付相关费用。实践中，行政机关可以通过旅游门票收入分成的方式，支付公共地役权补偿费用，这样可以将历史建筑的保护和权利人的经济收益相协调，促成权利人对历史建筑的主动保护。另一方面，权利人修缮历史建筑而支付的额外费用。历史建筑的修缮费用包含权利人正常修缮产生的费用以及因维护历史建筑的资源价值提高修缮标准而需要额外支付的费用。其中额外支付的费用，构成权利人的所受损失，应由需役人予以补偿。

作为供役人之历史建筑权利人在享有因公共地役权设立获得相应补偿之权利的同时，应承担以下义务：一是按照公共地役权的内容使用历史建筑，控制历史建筑中居住的人口以及限制商业化开发，以维持历史建筑的外观风貌，保护当地整体建筑格局。二是出现合同约定的情形时及时申请修缮。历史建筑需要修缮时，权利人不得擅自为之，而要向行政机关提出申请，按照行政机关提供的方案进行相应的修缮。

公共地役权的设立及其内容确定要遵循比例原则，符合适当性、必要性、均衡性要求，以损害最小的方式限制历史建筑财产权。若按比例原则要求，设定公共地役权实现公共利益得到的收益低于财产权行使本身能够产生的利益，公共地役权的设立就不符合利益均衡要求。在此场合，若强制设立公共地役权，只会造成资源的浪费和私人利益的不必要牺牲。相反，私人自由行使财产权，在实现自己利益最大化的过程中，也会促进社会利益的实现。采用损害最小的方式限制财产权，也有利于公共利益。

（三）历史建筑上公共地役权的终止

历史建筑上的公共地役权在下列情形下，应归于终止：

1. 公共地役权的期限届满。通过听证程序确定的公共地役权存续期间体现了行政机关和权利人的共同选择，因此，当约定的期限届满时，公共地役权终止。

2. 公共地役权的客体灭失。由于意外事件、不可抗力导致历史建筑灭失，公共地役权保护历史建筑的目的丧失，没有存续的必要，公共地役权终止。

3. 混同。若行政机关基于公共利益的需要，根据法定的条件和程序，对历史建筑实行征收，公共地役权和所有权归于同一主体，公共地役权则因没有单独存在必要而终止。

（四）历史建筑上公共地役权的救济

“无救济即无权利。”历史建筑上设定的公共地役权受侵害时，应当给予公共地役权人相应的救济。基于历史建筑所承载的文化价值考量，公共地役权的救济应注重效率和可操作性。

1. 供役人或者第三人侵害公共地役权，使历史建筑受到妨害或者存在受到妨害的危险时，需役人可以根据《物权法》第35条的规定，请求权利人排除妨害、消除危险；对于侵害公共地役权造成的损失，可以请求供役人或者第三人赔偿。

2. 供役人或者第三人侵害公共地役权，导致历史建筑存在着毁损或者灭失的风险，为了维护公共利益，行政机关可以依法对历史建筑进行征收，以避免供役人或者第三人的行为对历史建筑造成破坏。

（责任编辑：周文升）

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net