



# 回归传统：我国地役权规范的完善之道

常鹏翱\*

## 目次

- 一、引言
- 二、回到不动产役权
- 三、主体物化特质的贯彻
- 四、利益平衡的加强
- 五、登记效力的调整
- 六、代结语：我国不动产役权规范的草案建议稿

**摘要** 随着民法典的编纂,《物权法》的地役权规范应予完善,思路是在立足于我国实际的基础上,借鉴传统民法经验。在名称和内涵上,为了避免理解歧义并照顾现实需求,应将地役权改称不动产役权。在核心特质上,不动产役权的主体物化,即权利人与需役不动产权利人保持一致,我国规范应据此调整。在利益平衡上,应优化相应的制度安排。在登记效力上,为了体现主体物化,并与我国不动产登记的发展状况匹配,应将登记作为不动产役权的设立要件。

**关键词** 地役权 不动产役权 主体物化 传统民法 民法典编纂

## 一、引言

从权利构造上看,地役权不同于相邻关系,也不同于其他不动产用益物权,具有独立的法律地位,与此匹配,《物权法》第16章专门规定了地役权。《物权法》颁布实施后的理论和实践反响表明,地役权规范确有必要,我国目前正在进行的民法典编纂也保留了它们。不过,客观地看,我国的地役权规范还有不小的提升空间,借民法典编纂的良机加以完善,应是当为之举。

\* 北京大学法学院教授,法学博士。

本文欲在此方面有所作为，思路是在重温对《物权法》地役权规范影响较大的法国、德国、瑞士、日本和我国台湾地区相应规范——这些法域的民法规范也是我们通常所说的传统民法规范——的基础上<sup>(1)</sup>，分析我国大陆地役权规范的完善之道，这正是本文题目的含义。之所以如此，是因为通过阅读文献，会发现这些传统规范忠实继承了罗马法地役权规范的核心特质，并在历史发展中保持着旺盛的生命力，这表明质地良好的老壶确实能装新酒。以它们为标准对照我们的地役权规范，会发现不合之处不少，而实践问题恰恰因这些不合所致，故回归传统来完善我们的地役权规范，是切实可行之路。当然，上述传统规范并非铁板一块，各自差异不小，在对比和借鉴时不能仅从规范字面含义出发，而是应从问题切入，从制度功能出发进行功能主义的比较；<sup>(2)</sup>而且，所谓回到传统，绝非不顾我国实际的照葫芦画瓢，而是强调在充分关注我国实际情况的基础上，汲取传统规范的运行机理，改良我国的相关规范。

## 二、回到不动产役权

自罗马法以来，地役权就是标准的法律概念，但仔细分析与其紧密相关的供役地和需役地，会发现它们不限于土地，而是更宽泛的不动产。为了避免不必要的理解歧义，也为了照顾现实需求，应将地役权改称“不动产役权”，这其实是地役权在欧陆传统规范中的真貌。

### (一) 从供役地到供役不动产

地役权的客体是供役地，既为供役“地”，它就应是土地，地役权因此是以土地为客体的用益物权。不过，《物权法》第156条将供役地定义为“他人的不动产”，鉴于不动产的内涵远比土地宽泛，《物权法》的地役权理不应拘泥于土地物权，而是更宽泛的不动产权。但仔细阅读《物权法》的地役权规范，发现只有第156条将供役地归为不动产，其他主要条文无不以土地为供役地形态，第159条更是直接表达为“供役地权利人应当按照合同约定，允许地役权人利用其土地，不得妨害地役权人行使权利”。在这种规范表达的整体框架内，说第156条的界定在地役权规范中并未得到实际贯彻，《物权法》的供役地只是土地，不包括建筑物等其他不动产，确有道理，司法实务就持这种观点。<sup>(3)</sup>照此看来，《物权法》的地役权还是土地物权。

然而，稍加思考，就会觉得这一结论不太适当，因为利用他人建筑物来供自己不动产便利之用，并非不现实，由此将建筑物作为地役权的客体，肯定不是空穴来风。查查最高立法机构工作人员对《物权法》的官方释义书，就知此言不虚，该书提及以建筑物为客体的地役权，如甲为了自己房屋采光方便，于乙房屋设定了采光地役权，约定乙的房屋不得修建二层以上建筑。<sup>(4)</sup>由此可知，《物权法》第156条对供役地的描述符合立法本意，只不过其他地役权规范未全面展现这一点而已，至于第159条的“土地”，明显是用语不当，应改为“不动产”才算前

(1) 这些传统民法规范是《物权法》地役权规范的参照，参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《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2017年第2版，第326-339页。有关它们各自对我国大陆民法影响的阐述，参见谢怀栻《谢怀栻法学文选》，中国法制出版社2002年，第380-465页。

(2) 〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年，第55-82页。

(3) 黑龙江省高级人民法院（2015）黑高民申三字第159号民事裁定书、江苏省高级人民法院（2015）苏审三民申字第00706号民事裁定书。

(4) 胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年，第354页。



后一致。只有这样理解,才能为实践需求提供相应的权利供给,否则,在物权法定的刚性限定下,以建筑物等其他不动产为客体的地役权将因师出无名而败走麦城,这就与《物权法》第1条的“发挥物的效用”宗旨不符,难言妥当。

在此方面,我国台湾地区“民法”物权编于2010年修正前的地役权规范属于反面例子,它把供役地限定为土地,受制于物权法定原则,建筑物就不能承载地役权。<sup>(5)</sup>这就限制了地役权规范的可用性,使其不能应对实际需要。为了改变这种制度供给不足的局面,该编在2010年修订时,把供役标的物从土地扩及建筑物。<sup>(6)</sup>前车之鉴,后事之师。《物权法》第156条既已把供役地定位成不动产,就宜将此一以贯之地理理解,不能再把供役地缩限解释为土地,否则,像我国台湾地区这样的修法就在所难免。

再看看配套的不动产登记制度,更能确认上述理解。2008年原建设部的《房屋登记办法》第63-66条就依据《物权法》,为以建筑物为客体的地役权提供了登记机制。基于不动产统一登记的现实需求,2015年《不动产登记暂行条例》走得更远,其第2条第2款扩大了不动产的范围,除了土地、建筑物和林木,还包括海域及其定着物,它们均属于地役权客体,2016年原国土资源部的《不动产登记暂行条例实施细则》、《不动产登记操作规范(试行)》对此均有明确规定。这些规范性法律文件在实践中已落地生根,若将供役地限定为土地,那么,以其他不动产为客体的地役权即便完成了登记,仍会因违背物权法定原则而失去根本正当性,这无疑会对交易稳定性和登记确定性带来强烈的负面冲击。

这种理解还能得到传统规范的支持。在罗马法,房屋等建筑物被视为土地的附属物,地役权涉及的标的物不限于土地,还包括建筑物,如支柱役权就是依靠邻居的墙或梁来支撑自己的建筑物。<sup>(7)</sup>从规范功能来理解,欧陆民法中的供役地同样如此,法国民法中的供役地是包括土地和建筑物在内的不动产;<sup>(8)</sup>德国民法的土地把建筑物等定作物包括在内,其内涵实质等同于我们所说的不动产<sup>(9)</sup>,供役地就是包括住宅在内的不动产;<sup>(10)</sup>《瑞士民法典》第655条第1款把不动产界定为土地所有权的客体,第2款把土地、建筑物等归为不动产,与此一致,供役地就是不动产。<sup>(11)</sup>不过,日本民法的不动产是土地与建筑物等土地定着物的上位概念<sup>(12)</sup>,《日本民法典》第280条将供役地限于土地,这与我国台湾地区“民法”物权编2010年修正前的做法

(5) 史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年,第231页。

(6) 谢在全《民法物权论》(下册),作者2014年修订6版,第13页。

(7) 周栴《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年,第391页〔意〕彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年,第255页。

(8) 但树木等栽种物、依用途做不动产处理的动产、因其附着的标的而为不动产的财产不能成为供役地,参见〔法〕弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔《法国财产法》(下册),罗结珍译,中国法制出版社2008年,第1009-1011页。

(9) 〔德〕汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年,第465页。

(10) Vgl. Baur/Stuerner, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, S. 418.

(11) Vgl. Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Aufl., 2000, S. 43.

(12) 〔日〕近江幸治《民法讲义I民法总论》(第6版补订),渠涛等译,北京大学出版社2015年,第140-142页。对于日本将土地和建筑物作为两个独立物的批评,〔日〕藤井俊二《土地与建筑物的法律关系》,申政武译,载《中日民商法研究》(第4卷),法律出版社2006年,第118-122页。

完全一样。

概括而言,在我国大陆的法律语境中,《物权法》的供役地不限于土地,而是指向作为土地上位概念的不动产,还可以是海域、建筑物、林木等。这表明,与纯粹以土地为客体的土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权不同,地役权的客体不限于土地,它因此不仅仅是土地物权,更是不动产物权。由此严格说来,把供役地改为“供役不动产”才算严谨。

## (二) 从需役地到需役不动产

自罗马法以降,地役权的内核就相当稳固,它是以供役不动产为客体的用益物权,目的是为了现实或增强需役地自身的功用,与此相应,地役权必然涉及两个不动产,除了作为客体的供役不动产,还要有需役地,没有后者,地役权无从谈起。比如,甲用乙的草地跑步,在此不存在需役地,当然无法设立地役权。地役权的这种构造与土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、海域使用权等其他用益物权显然不同,因为这些用益物权只要有客体不动产即可设立,无需再攀扯其他不动产,至于利用客体而种植的林木、建造的建筑物,是用益物权人实现权利目的的体现,它们与给它们提供支持的陆地或海域之间的关系,是靠这些用益物权来维系的。

与供役地是不动产的内涵相当,需役地也被《物权法》第156条定义为地役权人“自己的不动产”,其形态当然不局限于土地,相应地也要把需役地改为“需役不动产”。在此界定前提下,地役权调整的是两个不动产的关系,在设立时必须有供役不动产和需役不动产,以前者来供后者获益,而其他用益物权本身就理顺了土地、海域与其后种植的林木、建造的建筑物的关系,在设立时根本无需考虑有无后者。

## (三) 从地役权到不动产役权

说地役权的目的是为了现实或增强需役不动产自身的功用,是说从理性人的角度来看,地役权有助于最大化地释放需役不动产的功效,用《物权法》第156条的用语来说,就是能提高需役不动产的效益,如甲地是庄稼地,因灌溉需要而使用乙地取水,这种取水役权提高甲地效益的功能十分明显。从字面上看,“提高需役不动产的效益”的内涵似乎不清晰,但从汉语表达来看,它已清楚表达了地役权的内核,即其目的不在于实现某个特定人对不动产功用的个性化认识,如先锋艺术甲为了在某块未利用地上进行行为艺术,使用乙的建筑物架设摄像头,该土地对于甲来说是行为艺术创作场所,对其他人并非如此,甲利用乙建筑物的权利就不是地役权。

在传统规范中,只要需役不动产的效益凭借地役权能提高,在权利存续期限内,就无需考虑需役不动产所有权人的更迭对权利的影响,因为无论谁是需役不动产所有权人,都需有这样的地役权来满足客观需求,如只要甲地是农用地,无论谁是甲地所有权人,均有用乙地取水的需求。正是在这种意义上,地役权属于“客体为物(供役不动产) - 主体为物(需役不动产)”的用益物权<sup>[13]</sup> 不同于“客体为物 - 主体为人”的其他用益物权。由此可知,尽管土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权的名称中均有“地”,但名同实异,其他用益物权中的“地”是指作为客体的土地,地役权的“地”则不仅是不动产,不仅指向客体,还是从主体角度进行界定的。正是在此意义上,罗马法、德国法和瑞士法在役权之下区分了“地”役

[13] Vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641 - 654 ZGB, 5. Aufl., 1981, S. 117 ff; Baur/Stuerner (Fn 10), S. 417.



权和“人”役权，前者是为了需役地利益而以特定不动产为客体，后者则是为了特定人的利益而以特定不动产为客体。法国法、日本法和我国台湾地区民法虽然没有地役权和人役权的名称区分，但它们的地役权仍有上述特性。

正如前述，需役地实为不动产，在我国民法的语境下，为准确起见，地役权宜改为“不动产役权”。<sup>(14)</sup> 需要注意的是，《物权法》第156条与我国台湾地区“民法”物权编于2010年修正前的第851条一样，均未明确利用目的，而利用目的在传统规范均有程度不同的体现，缺失它无助于法律适用，正是看到这一点，我国台湾地区“民法”物权编于2010年修正时，特别增加了例示，即“通行、汲水、采光、眺望、电信或其他以特定便宜之用为目的”。<sup>(15)</sup> 为了增加不动产役权的具体性，我国大陆宜借鉴我国台湾地区的修法经验，可根据《物权法》的相邻关系规范用语，在《物权法》第156条中增加“排水、取水、通行、铺设管线、通风、采光”等特定目的。

在此基础上，综合供役不动产和需役不动产的具体形态来看，不动产役权至少有以下类型：  
①“土地-土地”，如为了甲地的通行而使用乙地；  
②“土地-建筑物”，如为了甲地的采光而限制乙建筑物的加盖；  
③“土地-林木”，如为了甲地照明而使用乙林木架设电线；  
④“海域-海域”，如为了甲海域养殖而使用乙海域；  
⑤“海域-土地”，如为了甲海域照明而用乙土地铺设电线；  
⑥“建筑物-建筑物”，如为了甲建筑物通行而使用乙建筑物；  
⑦“建筑物-林木”，如为了甲建筑物照明而用乙林木架设电线；  
⑧“林木-林木”，如为了甲林木杀虫而使用乙林木架设杀虫剂管线。

上述界定不仅有例示说明的理论意义，也有解决实际问题的实用价值，在此仅举一例说明。在我国城市土地国有化的现实中，一旦建设用地使用权期限届满，建筑物何去何从，备受社会公众关心，《物权法》第149条提供了续期等制度安排，其立足点仍在建设用地使用权。换个视角，着眼于建筑物对土地客观上的利用关系，把前者作为需役不动产，后者作为供役不动产，用不动产役权来解决该问题，也是一种思路。相比于既有的制度安排，不动产役权的方案不以建筑物所有权人取得或持续保有建设用地使用权为前提，不受制于土地出让金等制度约束，无需为此修改相应制度或创设新制度<sup>(16)</sup>，只要国家愿意在其土地上承受建筑物，建筑物所有权人即可基于不动产役权来无偿或有偿地使用该土地。

从反面而言，没有需役不动产，就无法成立不动产役权。在罗马法，彭波尼指出，人们可以在一栋尚不存在的未来的建筑物上设定或取得役权<sup>(17)</sup>，若把在此所谓的役权界定为不动产役权，则需役不动产可是未来物，按照这样的理解，将来产生的建筑物就能作为需役不动产，与建设用地形成不动产役权关系，但这显然难以区分不动产役权与建设用地使用权。基于此，除非对需役不动产进行扩张解释，如将供电企业所在地作为需役不动产，将供电设施的杆、塔所占用的他人土地作为供役不动产<sup>(18)</sup>，否则，单就这些用地现象，不能以不动产役权来加以框定

(14) 房绍坤 《民法典物权编用益物权的立法建议》，《清华法学》2018年第2期，第72页。

(15) 王泽鉴 《民法物权》，北京大学出版社2010年第2版，第323页。

(16) 2016年《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》就提出来，要“研究住宅建设用地等土地使用权到期后续期的法律安排，推动形成全社会对公民财产长久受保护的良好和稳定预期”。

(17) 〔意〕桑德罗·斯契巴尼选编 《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年，第158页。

(18) 与此相关的分析，参见孙鹏、徐银波 《社会变迁与地役权的现代化》，《现代法学》2013年第3期，第78-80页。

和调整。

需要强调的是,我国台湾地区“民法”物权编在2010年修订时,随着需役地扩展为需役不动产,把地役权改称不动产役权。与此不同,《物权法》本来就把需役地界定为不动产,本文说把地役权改为不动产役权,不像我国台湾地区这样属于制度改革,而是从术语表达上恢复制度真面貌。而且,因为欧陆传统规范中的地役权就是不动产役权,即便海峡两岸民法均把地役权改称不动产役权,也不会影响国际交流<sup>(19)</sup>,明晰了这一点,就知道这种称谓改变不是创举,而是向传统的回归。

### 三、主体物化特质的贯彻

与其他用益物权相比,不动产役权的核心特质是必须有需役不动产,且它与供役不动产之间客观上存在利用关系,这意味着,谁是需役不动产的所有权人,谁就是役权人,这种特质称为主体物化,它贯彻于不动产役权的始终,我国的规范应据此调适。

#### (一) 主体物化与权利设定

不动产役权的目的是为了现实或增强需役不动产自身的本有利益,这种利益不为役权人的主观认识所左右,在这种客观限制下,无论谁是需役不动产所有权人,只要其以通常方式实现或提高需役不动产的效益,成为役权人就是最佳选择,即各时的任一需役不动产所有权人均均为役权人。比如,为了灌溉甲的耕地,需在接近水源的乙的地上开挖水渠,双方由此设立取水役权,甲以及从其处受让该耕地的任一所有权人均均为役权人。由此可知,需役不动产遮蔽了役权人的具体人格和身份,成为权利主体标志,故而有了“客体为物—主体为物”的说法,就此可以说役权人的具体人格和身份被抽离,有了物化的因素,不动产役权也就是主体物化的权利。

显然,主体物化是一种弱化役权人的人身身份的形象说法,主要表明役权人是需役不动产各时的任一所有权人。这种界定在采用土地私有制的欧陆传统规范中没有问题,但我国大陆的情形有所不同。在我国大陆,城市土地和海域均为国家所有,没有所有权交易市场,按照上述界定,以国有土地或海域为需役不动产的,只有国家才是役权人,但这没有实际意义,无论出于交易效率还是从实际收益考虑,在此情形应从实际出发,只宜把建设用地使用权人或海域使用权人作为役权人。以农村土地为需役不动产的,情况有所不同,代表集体行使所有权的集体经济组织、村民小组或村民委员会(《物权法》第60条)完全能成为役权人,如为了自己村民通行或取水方便而利用他村的土地,土地承包经营权人、集体建设用地使用权人或宅基地使用权人也能成为役权人,在集体土地制度改革增加这些用益物权的流通性后,以这些用益物权为标准来物化役权人,将更有实践价值。以个人所有的建筑物、林木等不动产为需役不动产的,所有权人就是役权人,自不待言。概括说来,在我国大陆,根据需役不动产的所有制形态不同,不动产役权人会区别性地分为需役不动产的所有权人和用益物权人,这是与欧陆传统规范不同之处,应予注意。为了方便起见,下文将不动产役权人也称为需役不动产权利人。

设定不动产役权要基于意思表示,是处分供役不动产的结果,为了避免无权处分,处分人应对供役不动产有处分权,如集体土地所有权人或建设用地使用权人,其具体形态与前述的需

(19) 这方面的担心,参见姚瑞光《民法物权论》,中国政法大学出版社2011年,第115-116页。



役不动产权利人相同，为了简便起见，将处分人称为供役不动产权利人。

在供役不动产权利人与需役不动产权利人不同一时，不动产役权的设定要由双方合意来完成，自然没有问题。问题在于，并非前述的需役不动产权利人的主体，如不动产承租人，为了提高需役不动产的效益而要利用供役不动产，能否设定不动产役权并成为权利人？答案为能设定不动产役权，但不能成为权利人，因为主体物化的结果标准只限定在前述的需役不动产权利人，此外的人不能纳入其中，否则就不是主体物化。<sup>(20)</sup> 正因此，诸如承租人这样的主体可通过利益第三人合同的方式来设定不动产役权，如甲把房屋出租给乙，为了通行方便，乙与丙约定通行丙的建设用地，在无论谁住甲的房屋均有通行丙土地的便利时，该通行权利就是以甲的房屋为需役不动产的不动产役权，甲是权利人，乙是设立人，甲乙之间的租赁关系终止，不影响不动产役权的存续。又如，某村村民甲承包A地，为了方便乙等其他村民通行，村民委员会主任丙与甲协商，由乙等通行A地，并由村集体向甲支付费用，丙及其代表的村民委员会只是不动产役权的设立人，乙等村民是役权人。<sup>(21)</sup> 申言之，在符合不动产役权存续要求的前提下，其设立人和权利人完全可以分离。

## （二）主体物化与自己役权

虽然不动产役权多发生在需役不动产和供役不动产归属于不同主体的情形，但主体物化突出的是需役不动产，只要需役不动产对供役不动产形成客观依赖，即使两者的权利人为同一人，该人也可自设不动产役权，成为权利人，此即自己役权（《法国民法典》第693条、《瑞士民法典》第733条、我国台湾地区“民法”第859条之4）。

认可自己役权的好处，是便于权利人事先规划，并通过物权的方式予以落实，从而能节省交易成本。以我国农村的情况为例，农民集体出于产业发展的考虑，在出租或发包农用地前，划定各区域土地的具体用途，如种养花卉、瓜果、蔬菜，并确定区域间的通行、灌溉、通风、采光等，从而在不同地块之间产生需役不动产和供役不动产的关系，在出租或发包后，承租人或承包人要按照既定的利用目的和方法利用土地。如若没有这种方式，不仅原权利人与后续的权利人之间要通过债的方式进行协商，如村集体经济组织与承租人或承包人约定用地目的和方法，后续权利人之间也要通过债的方式进行协商，如承租人或承包人之间约定通行、灌溉、通风、采光等，这样会加大交易费用；而且，由此产生的债不能约束第三人，如在转租或转包时，次承租人或次承包人不受前手约定的约束，仍会继续产生协商等交易成本。正是看到上述好处，未规定该类权利的德国通过司法裁判承认了其法律地位。<sup>(22)</sup> 为了给当事人提供更多的制度产品，以满足交易需要，我国大陆民法应规定自己役权。<sup>(23)</sup>

此外，承认自己役权，还能为并非供役不动产权利人的役权人嗣后取得供役地不动产权利

(20) 与欧陆传统规范不同，我国台湾地区“民法”第859条之3规定“基于以使用收益为目的之物权或租赁关系而使用需役不动产者，亦得为该不动产设定不动产役权。前项不动产役权，因以使用收益为目的之物权或租赁关系之消灭而消灭”。该规定在扩大不动产役权设定人的同时，未正确把握不动产役权的主体物权特性，因此受到诟病。具体分析，参见苏永钦《寻找新民法》，北京大学出版社2012年，第495-496页。

(21) 吉林省高级人民法院（2016）吉民申773号民事裁定书。

(22) Baur/Stuerner (Fn 10), S. 423.

(23) 相同的见解，可参见崔建远《物权法》，中国人民大学出版社2017年第4版，第359页；同前注(14)，房绍坤文，第73页。

时的制度安排提供更大的自治空间,即在此情形,不动产役权是否存在,完全取决于权利人,只要其愿意保有该权利,就不妨权利的持续存在,此即自己役权;反之,就导致权利的消灭(《瑞士民法典》第735条)。<sup>[24]</sup>这种做法的好处,是在完全尊重役权人意愿的基础上,确保了既有权利的稳定性。

### (三) 主体物化与权利处分

不动产役权的主体物化,表明它必须依托于需役不动产。在德国民法,地役权属于需役地的成分,只能随需役地一并转移(《德国民法典》第96条)。<sup>[25]</sup>瑞士民法虽然不像德国民法那样将权利作为物的成分<sup>[26]</sup>,但地役权特殊,它被当作与需役地不可分的“权利成分”,随需役地而移转。<sup>[27]</sup>与德国民法、瑞士民法的认识不同,法国民法不将地役权看作需役地的成分,而是作为从权利,但同样具有不可分性,结果仍然是地役权随需役地一起转移,这被称为从属性。<sup>[28]</sup>日本民法、我国台湾地区“民法”与法国民法一致,均采用从属性的规则。<sup>[29]</sup>我国大陆也采用从属性,将不动产役权和需役不动产权利作为两类不同的权利,但因为主体物化,不动产役权在法律命运上要隶属于需役不动产权利,即在处分上要一体化,从而导致“两类权利,一体处分”。

基于从属性,不动产役权不得与作为其基础权利的需役不动产权利分离而单独转让,也不得单独成为其他物权的标的物,如单以不动产役权为标的设立抵押权。《物权法》第164-165条表现了不动产役权的从属性,其表达有以下特点:①基础权利限定为用益物权,不涉及所有权;②处分形态限定为地役权不得单独转让和抵押,不涉及其他形态;③允许合同约定排除不得单独转让的规定,抵押则未涉及可否合同约定排除。立足于不动产役权是主体物化权利的基本特质,上述表达均应修改。

首先,如同前述,需役不动产权利除了用益物权,还会涉及房屋所有权、林木所有权等不动产所有权,它们与土地承包经营权、建设用地使用权等一样,均有转让的可能,为了避免误解和遗漏,不宜再列举这些权利的形态,可用“需役不动产权利”来概括表达。

其次,随着需役不动产权利形态的扩展,其处分形态不限于转让和抵押,还包括设立其他物权,如在已设立不动产役权的集体土地上设立土地承包经营权、建设用地使用权或宅基地使用权,不动产役权产生的利益亦应由这些用益物权人享有,《物权法》第162条对此已有明确表达。此外,随着社会发展,他物权的形态会扩张,如我国民法典物权编草案征求意见稿将居住权纳入用益物权,为了适应将来可能的变化,也应扩充处分需役不动产权利的形态。对于转让之外的其他处分形态,可用“成为其他物权的客体”来概括表达(《日本民法典》第281条、我国台湾地区“民法”第853条)。

最后,主体物化使不动产役权必须依托于需役不动产权利,没有后者就谈不上有前者,一

[24] Vgl. Tuor u. a., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., 2009, S. 1017.

[25] Baur/Stuerner (Fn 10), S. 423.

[26] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., 2007, S. 120.

[27] Riemer (Fn 11), S. 47 f.

[28] 同前注〔8〕,〔法〕弗朗索瓦·泰雷·菲利普·森勒尔书,第1015-1016页。

[29] 〔日〕田山辉明《物权法》(增订本),陆庆胜译,法律出版社2001年,第208页;同前注〔15〕,王泽鉴书,第329-330页。





且与后者分离，不动产役权就是无本之木，失去存在的价值。在此意义上，不动产役权的从属性属于法律强制性规范，当事人不能通过合同约定加以更改或排除。至于当事人所为的相反约定，除非记载于不动产登记簿，否则仅在当事人之间产生债的效力，对从属性不产生根本影响。<sup>(30)</sup> 据此，不宜在从属性规范上体现“但合同另有约定的除外”的但书规定。

#### (四) 主体物化与权利消灭

既然不动产役权是主体物化的权利，需役不动产是其不可或缺的要素，一旦需役不动产永久灭失，如需役房屋因特殊事故坍塌，事故发生地被列为纪念遗址不再重建，就使不动产役权失去存续的根本，这构成不动产役权消灭的事由。此外，虽然需役不动产存在，但因为其他事由导致其永久无法利用的，如需役林地因污染变成无法复植的不毛之地，也就当然丧失了提高效益的客观需要和可能，也属于不动产役权消灭的事由（我国台湾地区“民法”第859条第2项）。

## 四、利益平衡的加强

综观传统规范，役权人和供役不动产权利人之间的利益平衡，以及需役不动产和供役不动产之间的利益平衡处处可见，而我国大陆规范在此方面缺失不小，应予加强。

#### (一) 权利内容的利益平衡

在权利内容上，役权人可通过积极或消极的方式利用供役不动产，供役不动产权利人因此负担消极不作为的义务，如不得妨碍役权人的采光、通风等，但不负担积极作为的义务，否则就不是役权人利用供役不动产，而是利用供役不动产权利人，这与不动产役权的构造不符，为传统规范所不允许，如《瑞士民法典》第730条第1款就明确把供役不动产人的不作为当成不动产役权应秉持的原则。

不过，出于最大程度提高需役不动产效用的考虑，在必要的限度内，应允许当事人约定供役不动产权利人的作为义务，《瑞士民法典》第730条第2款就有这种例外的允许，但同时限制该义务只能以次要地位而附加于不动产役权，如在供役房屋的地板上铺设隔音地毯，并可载入不动产登记簿。<sup>(31)</sup> 供役不动产权利人的这种作为义务属于债务，是在物权内容之外，当事人为了丰富不动产役权法律关系而为的约定，其特点在于：①与不动产役权并存，即有不动产役权，才有该债务；②主体与不动产役权关系主体重合，即供役不动产权利人是债务人，役权人是债权人；③在符合法律规定的条件时，物权转让同时导致债的移转，如《瑞士民法典》第730条第2款第2句特别规定，作为义务记入土地登记簿的，需役或供役不动产所有权的取得人受其约束，比如，甲用自己房屋为乙设立地役权，约定甲有义务在地板上铺设隔音地毯，在该义务登记后，甲把房屋转让给丙，丙也有这种义务，从丙处受让房屋的丁同样如此。<sup>(32)</sup>

概括说来，通过对供役不动产权利人的行为义务形态的法定限制，能有效维系不动产役权

(30) 同前注〔5〕，史尚宽书，第228页；郑冠宇《民法物权》，作者2015年第5版，第409页。

(31) Vgl. Schmid/Huerlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl., 2012, S. 312.

(32) 这种债务与普通债务有明显的差异，属于物上债务。对此的详细阐述，参见常鹏翱《物上之债的构造、价值和借鉴》，《环球法律评论》2016年第1期，第6-15页。法国民法将这种债务称为物权义务，其功能旨在补充对需役地所有权人有利的安排。同前注〔8〕，〔法〕弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔书，第1021页。

的构造,防止役权人滥用权利而不当侵害供役不动产权利人,而有条件、有限度地允许当事人约定调整义务形态,又便于促成不动产役权,并最大化地体现役权人的利益,从而实现权利内容上的利益平衡。

## (二) 权利行使的利益平衡

役权人最基本的权利是按照约定目的和方法利用供役不动产,这是提高需役不动产效益的根本之道,与此同时,役权人应基于诚实信用原则行使权利,尽量降低由此给供役不动产权利人带来的负效应,以实现当事人双方的利益平衡(《法国民法典》第702条、《德国民法典》第1020条第1句)。

为了实现不动产役权的目的,即便当事人未明确约定,役权人也有权根据实际情况进行修建道路、铺设管道等必要的辅助行为,如当事人约定通行供役土地,但未提及如何通行的细节,役权人就能根据需役不动产的实际需要,修建适宜通行的道路。役权人为这种行为的权利被称为附随役权,应予单列。役权人在为这种必要行为时,也应最小化对供役不动产可能带来的不利益(《瑞士民法典》第737条第1-2款、我国台湾地区“民法”第854条)。

在利用目的和方法的限制下,供役不动产权利人要么有容忍役权人利用其不动产的义务,如允许役权人利用其不动产通行、铺设管道等,要么有不作为的义务,如不在供役土地上建高楼、建工厂等。无论如何,为了提高需役不动产的效益,供役不动产权利人应配合役权人实现其利用目的,不得妨害役权人行使权利(《物权法》第159条)。此外,与前述役权人必要的辅助行为对应,供役不动产权利人也应容忍这些行为,《瑞士民法典》第737条第3款就规定“供役地所有权人不得实施任何使地役权不能行使或难以行使的行为”。

再者,为了实现不动产役权的目的,役权人可在供役不动产上设置必要的设施,如架设管线等,并有权使用,与此相应,役权人应自负费用来维护这些设施。在当事人双方约定由供役不动产权利人设置必要设施的,役权人也有权使用,与此利益获取一致,役权人要负担维护费用。对于上述必要设施,为了发挥其最大效用,也为了和睦当事人之间的关系,供役不动产权利人在不妨害不动产役权行使的范围内,有权加以利用,与此相应,其应分摊维护费用(《德国民法典》第1020-1022条、《瑞士民法典》第741条、《日本民法典》第288条、我国台湾地区“民法”第855条)。需要说明的是,上述有关维护费用的规定是任意规定,当事人可以通过约定变更。<sup>(33)</sup>

还要注意,能否提高需役不动产的效益,是判断不动产役权存续正当性的基本标准,而需役不动产的效益会发生变化,对供役不动产的利用也因随之而有所调整,如需役房屋用电量增加,应设置更多的管线,就应扩大供役土地的适用范围,反之则要缩小。在此情形,应赋予役权人相应的调整权利,但这种调整不得妨碍供役不动产权利的正常功能,如架设更多的高压线路超出了电磁辐射的正常范围,会影响供役土地权利人的生活,役权人就不能调整。若客观上能调整,由此产生的花费以及给供役不动产权利人带来的不利益,应由役权人负担。上述标准也是保障供役不动产权利人正当利益的基准,在供役不动产权利人因为客观情况需要占用供役位置的,在不妨害不动产役权正常行使的限度内,可将供役的具体位置从甲处调整到乙处,由此产生的费用,由供役不动产权利人负担(《法国民法典》第701条第2-3款、《德国民法典》

(33) Rey (Fn 26), S. 72.



第1023条、《瑞士民法典》第739条、第742条、我国台湾地区“民法”第855条之1)。

### (三) 不可分性中的利益平衡

为了提高需役不动产的效益,无论需役不动产权利是独有还是共有,不动产役权都波及需役不动产的整体,即需役不动产任一部分均能享受到不动产役权带来的利益,即便需役不动产被分割,分割后的各个部分原则上仍能受惠于不动产役权。这表明,需役不动产分割不影响不动产役权在分割后部分上的概括存续,此即从需役不动产角度得到的不动产役权不可分性。《物权法》第166条表达了这种特性,即需役地以及需役地权利部分转让,转让部分涉及地役权的,受让人同时享有地役权。不过,这种表达并不到位,因为我国的土地或海域以宗为单位(《不动产登记暂行条例实施细则》第6条),无论土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权或海域使用权部分转让,均要先对土地或海域进行分宗,即分成不同的单元,进而使原来的一个用益物权成为数个权利。这意味着,需役不动产权利部分转让的前提,是先分割需役不动产,否则,需役不动产权利部分转让无从谈起。据此,从需役不动产角度来看不动产役权的不可分性,宜从需役不动产的分割切入,只有这样,才能直达其根本。在此基础上,需役不动产权利部分转让,受让人取得不动产役权,无非是因其主体物化而产生的从属性的表现。

基于不可分性,需役不动产事后分割,不影响不动产役权惠及原需役不动产整体的利益格局,如共有关系破裂,需役房屋分割成数个分别归属于不同人所有的房屋,这些房屋仍有眺望役权。不过,在需役不动产分割后,若不动产役权客观上无法惠及分割后的部分,如需役房屋分割后,某人的房屋与供役土地之间被其他人的房屋隔开,没有眺望的可能,表明眺望役权对该房屋已无实益,其将不复存续(《法国民法典》第700条、《德国民法典》第1025条、《瑞士民法典》第743条、我国台湾地区“民法”第856条)。若不动产役权客观上确能惠及分割后的部分,但该部分不在不动产役权合同约定范围的,不动产役权于该部分也不复存在,如不动产役权合同约定距离供役土地三十公尺的需役土地有采光役权,后该需役土地分割,一部分在距离供役土地三十公尺之内,其他在三十公尺之外,该其他部分虽然也有采光役权的需求,但因不在合同约定的范围,就无从存在采光役权。<sup>(34)</sup>

从供役不动产角度来看,不动产役权也有不可分性,即不动产役权存在于供役不动产的整体,供役不动产任一部分均要来承载不动产役权,即便供役不动产被分割,分割后的各个部分原则上仍要承载不动产役权(《德国民法典》第1026条、《瑞士民法典》第743条、我国台湾地区“民法”第857条)。《物权法》第167条表达了这种特性,即供役地以及供役地权利部分转让,转让部分涉及地役权的,地役权对受让人有约束力。该表述存在与《物权法》第166条相同的问题,亦应按照前述一样进行调整修改。供役不动产事后分割与需役不动产的事后分割同理,不再赘述。

总的说来,在不改变不动产役权构造的前提下,需役或供役不动产的分割均不影响不动产役权持续存在,反之,分割后的部分不能纳入不动产役权构造的,不动产役权对于这些部分不复存在,这样的对等性无疑体现了利益平衡。

### (四) 权利消灭的利益平衡

供役不动产确实对需役不动产有用,需役不动产也确实需要利用供役不动产,是不动产役

<sup>(34)</sup> 同前注〔6〕,谢在全书(上册),第29页。

权的必备条件，若非如此，不动产役权就缺乏存续必要性，将因此而消灭。比如，供役不动产不再有提高需役不动产效益的作用，如为需役土地提供水源的供役土地干枯断水，无法满足需役土地的需要，再承载不动产役权，已没有实益。又如，需役不动产不再利用供役不动产来提高效益，如因工厂因技术革新导致需役房屋采用太阳能，无需再用供役土地输电，铺设输电线路的役权也就丧失意义。再如，根据《瑞士民法典》第736条第2款，需役不动产的利益虽然存在，但相比于供役不动产所承受的负担，其意义过于微小的，不动产役权可被部分或全部涂除，但供役不动产权利人应支付补偿金。这些消灭事由均体现着需役和供役不动产的利益平衡。需要强调的是，这些情形是否会导致不动产役权丧失存续必要性，不像需役不动产永久灭失或无法利用那样确定，出于慎重起见，应由当事人双方合意确认其消灭，否则，就应由供役不动产权利人向法院诉讼确认不动产役权消灭（《瑞士民法典》第736条、我国台湾地区“民法”第859条第1项）。

## 五、登记效力的调整

根据《物权法》第158条，地役权自地役权合同生效时设立，不登记不得对抗善意第三人，登记因此具有对抗力，这与德国法、瑞士法和我国台湾地区“民法”的差异颇大。为了全面体现不动产役权主体物化的特质，并与我国大陆不动产登记的发展状况相匹配，宜将登记作为不动产役权的设立要件，即产生设权效力，并据此调整相关规范。

### （一）首次登记应有设权效力

在不动产统一登记之前，我国相关的规范性法律文件把设立不动产物权的登记称为初始登记，但《不动产登记暂行条例》第3条、《不动产登记暂行条例实施细则》第24条把不动产权利的第一次登记统称为首次登记，与此相应，不动产役权的第一次登记也应表述成首次登记。

《物权法》第158条之所以规定登记的对抗效力，是因为“在我国农村，地役权80-90%都是不登记的。为了方便群众，减少成本，物权法对地役权实行登记对抗主义”。<sup>(35)</sup>但地役权在我国农村80-90%都是不登记的说法站不住脚，因为在《物权法》制定时，我国法律没有规定地役权，实践中也没有地役权登记，谈不上有登记比例。至于登记对抗能方便群众、减少成本的说法，也值得商榷，因为在实践中，地役权登记收费不高，如根据2016年国家发展改革委、财政部《关于不动产登记收费标准等有关问题的通知》，以住宅及其建设用地为客体的地役权登记每件80元，以非住宅的不动产为客体的地役权登记每件550元；<sup>(36)</sup>登记效率也不低，如《房屋登记办法》第23条第1款第2项规定地役权登记的办结时限为自受理登记之日起10个工作日，《不动产登记暂行条例》第20条规定为30个工作日，有的地方自行调整得非常短。<sup>(37)</sup>

(35) 同前注〔4〕，胡康生主编书，第348页。

(36) 在此之前，有的地方收费更低，如荆门市收费分别为70元和520元，参见<http://www.liuyang.gov.cn/lysgtzj/bsfw9015/wyljrhbs/tdglbsxd/3461753/index.html>，2018年4月16日访问。

(37) 如无锡市为3个工作日，参见<http://gtj.wuxi.gov.cn/doc/2017/05/31/1336220.shtml>；柳州市为5个工作日，参见[http://www.liuzhou.gov.cn/ggfw/zfly/bslc/dyqj2/201408/t20140830\\_697168.html](http://www.liuzhou.gov.cn/ggfw/zfly/bslc/dyqj2/201408/t20140830_697168.html)，2018年4月16日访问。



就此来看，上述理由并不充分。<sup>(38)</sup>

往深处挖一点，就会发现，地役权设立之所以无需登记，原因应是在《物权法》制定之时，集体土地所有权、土地承包经营权、集体建设用地使用权、宅基地使用权等农村土地物权缺乏完备的登记机制，不少地区根本就没有这些登记，当这些物权成为需役地权利或供役地权利时，登记的缺失使地役权无所依托。在这种情况下，若像罗马法那样，即便缺乏有效的登记，仍赋予地役权对第三人的约束力，就会导致供役地买受人不了解该土地承受的负担，从而可能大幅增加土地转让的复杂性和费用<sup>(39)</sup>，那么，把登记作为赋予地役权对抗性的要件，应是受制于现实的虽然无奈但为最优之举。

现在农村土地物权登记的情况大有改观。首先，全国农村集体土地所有权确权登记发证工作于2013年就已基本完成，截至2013年5月底，全国农村集体土地所有权登记发证率为97%，其中有24个省份的发证率在95%以上，6个省份在90%至95%之间。<sup>(40)</sup>其次，全国土地承包经营权、宅基地使用权和集体建设使用权的确权登记发证工作目前正在加快推进当中，并已接近尾声。<sup>(41)</sup>在此情况下，再加上已相对完备和普及的国有建设用地使用权以及房屋所有权登记、海域使用权登记，不动产役权登记会有稳固的基础，从发展的眼光来看，不妨以登记为不动产役权的设立要件，让其产生设权效力。

设权效力的好处，是能有力确保不动产役权的主体物化属性，否则，若继续采用登记对抗效力，只要没有登记，需役不动产权利或供役不动产权利的转让均可能对受让人没有约束力<sup>(42)</sup>，会使不动产役权丧失主体物化的特质，不利于保持交易关系的稳定性。在采用登记对抗效力的日本，这个问题就很突出，即通行役权未不登记的，供役地转让会使受让人不再负担该役权，而为了继续维持对供役地的通行状态，司法裁判基于通路使用情况或可识别性，确定了此种役权的对抗力，结果是不登记的地役权也有对抗力。<sup>(43)</sup>这种方法的思路是根据不同情况进行区别对待，实质上形成了法律特区，不仅背离了法律规定，也破坏了法律的统一性和可预期性，不足为取。

不仅如此，把登记作为不动产役权的设立要件，还有助于确定其内容。《瑞士民法典》就在登记设权效力的基础上，于第738条明确规定“权利和义务已经明确登记的，地役权的内容以

(38) 对《物权法》第158条的批评性分析，还可参见耿卓《我国地役权现代发展的体系解读》，《中国法学》2013年第3期，第90-91页。

(39) [英]巴里·尼古拉斯《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2000年，第150-151页。

(40) 《全国农村集体土地所有权确权登记发证基本完成》，[http://www.ml.gov.cn/xwdt/mtsy/people/201307/t20130725\\_1245423.htm](http://www.ml.gov.cn/xwdt/mtsy/people/201307/t20130725_1245423.htm)，2018年1月16日访问。

(41) 《韩长赋部长在全国农村承包地确权登记颁证工作视频会议上的讲话》，[http://www.moa.gov.cn/govpublic/NCJJTZ/201703/t20170303\\_5503207.htm](http://www.moa.gov.cn/govpublic/NCJJTZ/201703/t20170303_5503207.htm) 《农业部：全国农村承包地确权可在2018年底完成》，<http://finance.sina.com.cn/roll/2017-11-29/doc-ifyphkhk8776423.shtml> 《国土部长姜大明：确保2017年底前完成宅基地改革试点》，<http://finance.sina.com.cn/china/2016-06-21/doc-iftfrf0748890.shtml> 《中央一号文件2018全文讲些啥？宅基地买卖最新政策》，<http://www.mnw.cn/news/cj/1939976.html>，2018年4月11日访问。

(42) 甘肃省高级人民法院（2014）甘行终字第47号行政判决书。

(43) [日]近江幸治《民法讲义II 物权法》，王茵译，北京大学出版社2006年，第211-212页。

登记为准。地役权的内容，在登记范围内，依地役权取得原因，或者依在较长时间内无争议且善意行使地役权的方式加以确定”。之所以强调登记有助于确定不动产役权的内容，是因为与其他物权不同，不动产役权旨在实现或增强需役不动产自身的效用，如何使用供役不动产来达到该目的，只有需役不动产权利人最清楚，故利用供役不动产的目的和方法只能由当事人约定（《物权法》第157条第2款第3项、第160条），而不能由法律规定。否定登记的设权效力，意味着即便没有登记，这些约定也是不动产役权的内容，但其既缺乏法定的标准，也没有公示的支持，难以为他人知悉，一旦发生理解歧义，就不像记载于登记簿那样确定。

需要注意的是，有关供役不动产利用方法的约定违背处分自由原则的，如约定供役不动产权利人不能转让供役不动产，会过度干涉供役不动产权利人的本有权利，该约定因此不能登记。<sup>(44)</sup> 不过，该约定是当事人双方自愿的意思表示，供役不动产权利人愿意承受这种限制，是意思自治的结果，法律应认可其债的约束力。

除了对供役不动产的利用目的和方法，不动产役权的期限也要根据当事人的意思来确定，只要出于集体土地所有权人或房屋所有权人的真实意愿，即便不动产役权被设定为无期，即永久役权，也无不可。究其原因，是因为不动产役权人不像其他用益物权人那样独占供役不动产，还会给供役不动产权利人使用供役不动产提供可能，没有必要强行限制其存续期间。不过，供役不动产权利是用益物权的，它们有期限限制，受制于此，不动产役权的期限就不能超过它们的剩余期限（《物权法》第161条）。同样，为了保持不动产役权期限的确定性，登记也应成为其判断标准。

在我国大陆不动产登记簿的“地役权登记信息”页中，有用以填写约定的利用目的和方法的“地役权内容”栏目和“地役权利用期限”栏目，在进行相应的名称调整后，它们可记载上述约定。利用供役不动产的目的和方法之外的约定事项，如以次要地位而附加于不动产役权的供役不动产权利人的作为义务等，不是不动产役权的固有内容，只要约定有效就能产生债的效力，登记并非其生效要件。这些约定事项可记载不动产役权簿页的“附记”栏目，也可附加于在簿页处，它们在记载后，宜具有对抗效力。

值得一提的是，在登记对抗效力下，未登记的不动产役权不能对抗善意第三人，据此，即便不动产役权先设立，但只要未登记，就不能对抗之后在供役不动产上设立的其他物权。登记设权效力将改变这种局面，结果是按照登记先后排列物权之间的实现顺序，登记在先的权利优于登记在后的权利，在后的权利不能妨害在先权利的实现，否则就要除去在后的权利或使其不能实现，此即顺位规范。《物权法》第162-163条在一定程度上表现了顺位规范，但并不完善。<sup>(45)</sup> 特别是《物权法》第163条规定，其他用益物权设定在先，后设定地役权时，需征得在先的用益物权人同意，其问题很突出，因为根据顺位规范，在后的权利必须容让在先的权利，在后权利的设定，只要有当事人设定权利的意思表示和登记的客观形式就已足够，其他要求均属多余，应废止在先权利人同意的要件。<sup>(46)</sup> 此外，既有规范适用范围还应扩展，因为土地、海

(44) Baur/Stuerner (Fn 10), S. 181.

(45) 从实践情况来看，它们也未得到良好适用，相关案例可参见河北省高级人民法院（2014）冀民一终字第372号民事裁定书。

(46) 更详细的阐述，参见常鹏翱《民法中的财产竞合规范》，《法学研究》2010年第5期，第57-58页。



域、建筑物、林木等均可负载不动产役权，它们又能负担其他用益物权或抵押权，可与不动产役权进行顺位排列的权利范围由此大为扩张，不应再局限于土地用益物权。

## （二）后续登记的效力配置

在首次登记后，后续登记包括变更登记、转移登记和注销登记，它们不因首次登记有设权效力而应统一具有设权效力，而是应具体情况具体分析。

根据《物权法》第169条，地役权的变更、转让对应的是变更登记。在我国不动产统一登记前，变更登记是一个容量相当宽泛的概念，其事由既可以是供役不动产权利的主体姓名、客体或内容的变化，也可以是需役不动产权利的转让。但在统一登记后，因权利转让等原因导致主体变更的，对应的是转移登记，不能再称为变更登记。

基于此，不动产役权变更登记只宜对应以下三种情形：①当事人姓名或名称、数量变更，如作为役权人的公司名称发生改变，又或作为供役不动产权利人的农村承包经营户的家庭成员发生变化；②不动产位置变更，如因供役土地部分被征收，导致通行位置发生位移；③权利内容变更，如通行役权附加了取水的内容，又如不动产役权的期限改变。变更登记因其事由不同而有不同效力。具体说来，主体姓名或名称、不动产变更是客观发生的情况，即便当事人不办理变更登记，也不改这些情况已然发生的事实，把这些变更情况登记下来，具有宣示登记的意义；不仅如此，上述情况的变更，说明登记簿的记载因为嗣后原因出现错误，把这些变更情况登记下来，也有更正登记的作用。权利内容变更则基本是当事人创意的结果，这些事由改变了首次登记的内容，与首次登记的设权效力相应，与这些事由对应的变更登记应有设权效力。

若严格遵循不动产役权的主体物化特性，就应采用德国做法，不应在供役不动产登记簿中记载某一特定的需役不动产权利人的姓名，而是记载为“需役不动产各时任一的权利人”即可<sup>〔47〕</sup>。这样一来，只要没有消灭事由，需役不动产权利人转让需役不动产权利，不影响不动产役权的同一性，新权利人仍继续保有不动产役权，就没有转移登记可言。我国大陆的做法不同，目前的“地役权登记信息”页需填写地役权人的姓名或名称，在此限定下，一旦需役不动产权利转移，不动产役权随之转让，与此对应的是转移登记，但它显然没有设权效力。

不动产役权消灭对应的是注销登记，其事由包括意思表示，如《物权法》第168条规定的供役不动产权利人解除合同，在登记设权效力下，合同解除只说明基础行为不复存在，只有办理注销登记，不动产役权才消灭，基于这种考虑，《物权法》第168条应增加“不动产役权在办理注销登记后消灭”的表述。消灭事由也有客观事实，如需役不动产灭失，此时无需登记，不动产役权也消灭，《瑞士民法典》第734条就特别把需役地完全灭失列为地役权因登记注销之外而消灭事由，与此对应的注销登记起到宣示和更正的作用。此外，出现不动产役权丧失存续必要情形的，不动产役权是否因此丧失存续必要性，不像需役不动产永久灭失或无法利用那样确定，出于慎重起见，供役不动产权利人除了向法院提起诉讼，还可与不动产役权人共同向不动产登记机构申请注销登记，此时登记具有设权效力。

概括说来，在不动产役权的首次登记具有设权效力的前提下，其后的变更登记、转移登记或注销登记的效力，应根据具体情况而定。为了保持规范的简洁，可继续采用《物权法》第169

〔47〕 日本做法与此类似，即在任何情形，都无需记载地役权人的姓名、住所。参见〔日〕我妻荣《日本物权法》，有泉亨修订、李宜芬校订，（台湾地区）五南图书出版有限公司1999年，第383页。

条的做法，即规定首次登记后的物权变动，应办理相应的登记，至于登记效力则无需涉及。

## 六、代结语：我国不动产役权规范的草案建议稿

根据前文所述，在传统规范的映照下，结合我国的实际情况，将来民法典物权编的不动产役权规范应加以完善。本文草拟了不动产役权规范的草案建议稿，以作为结语。

### 1. 【不动产役权的界定】（注：该条修改自《物权法》第156条）

不动产役权人有权按照合同约定，为了排水、取水、通行、铺设管线、通风、采光等特定目的，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。

前款所称他人的不动产为供役不动产，该人为供役不动产权利人，自己的不动产为需役不动产。

### 2. 【不动产役权合同】（注：该条修改自《物权法》第157条）

设立不动产役权，当事人应当采取书面形式订立不动产役权合同。

不动产役权合同一般包括下列条款：

- （一）当事人的姓名或者名称和住所；
- （二）供役不动产和需役不动产的位置；
- （三）利用目的和方法；
- （四）利用期限；
- （五）费用及其支付方式；
- （六）解决争议的方法。

除非确有必要，不动产役权合同不得约定供役不动产权利人的积极作为义务。

不动产役权合同限制供役不动产权利人处分其权利的内容，不得记载于不动产登记簿。

### 3. 【不动产役权的设立、变更、转让和消灭】（注：该条修改自《物权法》第158条、第169条）

设立不动产役权的，应当向不动产登记机构申请首次登记，不动产役权自登记时设立。

不动产役权变更、转让或者消灭的，应当办理变更登记、转移登记或者注销登记。

### 4. 【不动产役权人的基本权利】（注：该条修改自《物权法》第160条）

不动产役权人有权按照不动产役权合同约定的利用目的和方法利用供役不动产，并进行必要的修建道路、铺设管线等辅助行为，但应尽量减少对供役不动产权利的限制。

### 5. 【供役不动产权利人的容忍义务】（注：该条修改自《物权法》第159条）

供役不动产权利人应当按照不动产役权合同约定，允许不动产役权人利用其不动产并进行必要的辅助行为，不得妨害不动产役权人行使权利。

### 6. 【必要设施及其使用和维护】（注：该条为新增条文）

不动产役权人有权在供役不动产上设置和使用必要设施，并自行维护。

供役不动产权利人按照不动产役权合同约定在供役不动产上设置必要措施的，不动产役权人有权使用并自行维护。

在不妨害不动产役权人行使权利的范围内，供役不动产权利人可使用上述设施，并根据实际情况分摊维护费用。





7. 【利用位置或方法的调整】(注:该条为新增条文)

不动产役权人或供役不动产权利人因合理需要,在不妨害不动产役权或供役不动产权利正常行使的限度内,有权调整利用不动产役权行使的位置或方法,由此产生的费用由调整人自行承担。

8. 【不动产役权的期限】(注:该条修改自《物权法》第161条)

供役不动产权利为土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的,不动产役权的期限不得超过用益物权的剩余期限。

9. 【不动产役权与其他物权的顺位】(注:该条修改自《物权法》第162-163条)

供役不动产上既有不动产役权又有其他用益物权或担保物权的,按照登记先后时间排列顺位。

10. 【不动产役权的从属性】(注:该条修改自《物权法》第162条、第164-165条)

不动产役权不得与需役不动产权利分离而单独转让,也不得单独成为其他物权的客体。

11. 【不动产役权的不可分性之一】(注:该条修改自《物权法》第166条)

需役不动产分割的,分割后的部分依照不动产役权合同仍需不动产役权来提高效益的,不动产役权继续存在于该部分。

12. 【不动产役权的不可分性之二】(注:该条修改自《物权法》第167条)

供役不动产分割的,分割后的部分依照不动产役权合同能提高需役不动产效益的,不动产役权继续存在于该部分。

13. 【不动产役权合同的解除】(注:该条修改自《物权法》第168条)

不动产役权人有下列情形之一的,供役不动产权利人有权解除不动产役权合同,不动产役权在办理注销登记后消灭:

(一) 违反法律规定或者合同约定,滥用不动产役权;

(二) 有偿利用供役不动产,在约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。

14. 【需役不动产永久灭失或无法利用】(注:该条为新增条文)

需役不动产永久灭失或因毁损等原因永久无法利用的,不动产役权消灭。

15. 【不动产役权丧失存续必要性】(注:该条为新增条文)

不动产役权的全部或部分丧失存续必要的,对于丧失必要的部分,供役不动产权利人可与不动产役权人共同向不动产登记机构申请注销登记,也可请求法院确认不动产役权消灭。

16. 【自己不动产役权】(注:该条为新增条文)

在自己不动产上设定不动产役权的,参照本章相关规定。