

论城市规划法上的空中空间利用制度

肖 军

摘 要 空中空间利用制度是城市规划法上的重要制度。空中权是利用地表之上一定空间的权利。它被很多国家的法律所规范,并为空中空间利用提供基础性支撑。随着社会的发展,空中权与城市规划法结合在一起。从现有实例来看,空中空间利用主要有人工地基型、容积率转移型和容积率奖励型三大形态。它们在城市规划法、建筑标准法、文物保护法等法律和判例中逐步得到制度化。建构容积率特例制度、规定一定的条件和限制、设置特别许可制度等,是从城市规划法角度建构空中空间利用制度的主要内容。

关键词 空中空间利用 城市规划法 空中权 容积率特例

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2015.05.006

作者肖军,华东政法大学比较法博士后、上海社会科学院法学研究所副研究员。

新型城镇化是国家在改革新阶段作出的重大战略决策。《国家新型城镇化规划》(2014-2020年)指出:“合理控制城镇开发边界,优化城市内舱间结构,促进城市紧凑发展,提高国土空间利用效率”。在此形势下,向广袤空中要效益,立体集约开发空中空间成为城市深度发展的迫切要求。对此,人们会问空中空间能独立于土地地表而利用吗?如何看待空中空间的利用权利?如果在高楼林立的大城市里,赫然保留着一座低矮的古建筑,该古建筑的上空空间还能够利用起来吗?在高度规划的城市地区,空中空间利用应该走怎样的法治之路?上述问题都需要城市规划法作出安排。

一、空中权及其与城市规划法的结合

从法学角度思考空中空间利用问题时,首先要关注“空中权”概念。如果将空中理解为地表之上的一定空间,而将利用该一定空间的权利理解为空中权,空中权在法理上、制定法上的历史就久远了。罗马法谚语很早就说道,土地所有权上至外空,下至地心。土地所有权人可以支配土地的上下方空间,包括对空中的所有。习惯法国家也早就有与此相同意思的法律格言,并有一系列判例。

* 本文系上海市哲学社会科学规划课题“地下空中空间利用的法治化研究”(2013BFX009)的阶段性成果。

1587年的伯里诉波普案判决 (Bury v. Pope) 说道,“土地所有人所有全部上空”。这是空中所有权第一次出现在英国普通法上。1870年的科比特诉希尔案判决 (Corbett v. Hill) 重申:“土地所有人,与其土地一样,所有土地的上部空间。”该英国普通法原则后被美国所继受。1906年纽约高等法院 (Court of Appeals) 作出了“土地的上部空间是与土地相同的不动产”的判决;在巴特勒诉前沿电话公司案 (Butler v. Frontier Telephone Co.) 中认为土地与其上部空间不可分,土地所有人也是上部空间的所有人,具有作为土地之一部分而垄断支配上部空间的权利。^①在上述所有权法理的基础上,许多国家和地区适应社会发展的需要,创设了区分地上权制度,即将土地水平切分成若干空间,分层式地为他人所使用,而他人使用处于地表上方的、独立于地表之空间的权利属于空中权范畴。1919年制定的德国《地上权条例》规定,地上权人具有在土地表面上或地表下拥有工作物的权利。日本民法第269条之2规定,可以将地下或空中的上下一定范围设为地上权的标的。我国2007年的《物权法》第136条也规定:“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”。在上述从远古走来的法理和法律制度中虽然没有出现“空中权”的表述,但它们却已有了空中权制度的基础内容,^②并促进了空中权制度在这些国家和地区的发展。

现在常使用的空中权概念源于英语“Air right”,有时表述为“Air space right”,即“空中空间权”,有时也简称为“空间权”,发端于19世纪末20世纪初的美国。在殖民地时期和国家初创期,美国的大城市只发展了海洋贸易和通商功能。19世纪20年代后,美国新旧经济迅速发展,人口增加,城市膨胀。同时,美国的新文化价值和科学技术不断涌现,居民生活标准不断提高。所有这些都让以往的城市发展模式不断发生改变。到19世纪末20世纪初,城市在美国成为公共目的领域,城市土地逐步被区划和分类,^③进而诞生了(现代)城市规划。^④在城市规划的发展过程中,城市空间的立体开发也得到了发展。20世纪初,美国铁路上空利用的首起案例出现在纽约中央火车站。为增强车站运力,纽约中央火车站铁路上空被租给开发商,建成具有两层候车室的大楼。据说空中权一词最早出现于此事例中。^⑤此外,道路、学校、美术馆等的上空空间租赁给开发商的实例也不少。与开发实践相呼应,1927年,伊利诺伊州在美国最早出台了与铁路上空转让租赁相关的州法。1938年,新泽西州也有了相同立法。1973年,俄克拉荷马州制定了《俄克拉荷马州空中空间法》(Oklahoma Air Space Act,简称《俄州空间法》)。《俄州空间法》对空中空间的定义、空中空间的权利与权力、空中空间的区分、空中空间的共同开发利用规划等进行了规范。该法第802-816条规定:空中空间是指自地表扩至上方的空间;空中空间是不动产,在被分离转让前,其是下方地表权人的财产;行政机关或私人为落实其权力、权利或义务,可以水平加垂直地,或者以一切几何

① 参见[日]建设省空中权调查研究会:《空中权——理论与运用》,行政出版社1985年版,第30-31页。

② 关于空中权基础内容的民法学探讨,可参见陈祥建:《空间地上权研究》,法律出版社2009年。

③ 19世纪80-90年代,为防止火灾、减少污水恶臭、排挤华人,美国加利福尼亚州掀起了限制华人在商店住宅旁开设洗衣店的运动。为此,莫德斯托市(Modesto)、旧金山市等制定条例,要求洗衣店开在特定的偏僻角落。经营洗衣店的华人对此不服,向加利福尼亚州高等法院提起了诉讼。法院判决,加利福尼亚州宪法已经向市授予了将洗衣店安置于市域内之特定场所的权力。1926年,美国联邦最高法院在欧几里德判决(Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U. S. 365, 1926.)中明确土地分区划制度合宪。这为土地分区划提供了保障,促进了土地分区划制度的发展。参见李焯焯:《城市规划法的产生及其机制研究》,上海交通大学2011年博士论文,第70-72页;[日]堀内亨一:《城市规划与用途地域制》,西田书店1978年版,第5-7页。

④ See Jon A. Perterson, *The Birth of City Planning in the United States 1840-1917*, The Johns Hopkins University Press 2003, Preface.

⑤ 参见注①,第47、129、132页。

形状区划空中空间；州及其行政机关、港湾与高速公路管理委员会等可以与私人等协商共同开发和综合利用空中空间。《纽约市区划条例》是美国代表性的城市规划法，它通过区划制度限制土地开发利用，规范空中权，通过容积率转移制度盘活空中权（详见本文第三部分）。日本《城市规划法》始于1919年，通过1961年和2000年的法律修改，确立了特定街区制度和特殊容积率适用地区制度，据此容积率在特殊地区得到特殊处理，空中空间得到更有效的利用，城市的公共空间也大为增加。随着法制借鉴和实践积累的丰富，空中空间利用制度在许多国家和地区的法律中得到了确立。

在城市规划实践和法制的发展过程中，英美等国产生了土地开发权（Land Development Right，简称“LDR”）概念。它是土地所有权人或土地使用权人改变土地现有用途或者提高土地利用程度的权利，是土地再发展的权利。^⑥ 围绕该权利的归属，英美两国形成差异。英国通过1947年《城乡规划法》实行土地开发权国有化，要求任何土地开发必须符合规划许可，开发前必须缴纳土地开发税。与之不同，美国实行土地开发权私有制。为平衡土地用途管制等给土地私权造成的不利，美国发展出（国家）购买土地开发权（Purchased Development Right，简称“PDR”）制度、可转移土地开发权（Transferable Development Right，简称“TDR”）制度。^⑦ 如前所述，美国很早就关注空中空间，所以在发展土地开发权时，也发展了空中空间开发权、可转移空中空间开发权。从发展沿革来看，空中空间开发权、可转移空中空间开发权是空中权、土地开发权的延伸，是土地开发权与空中权、城市规划相结合的产物。

本文后述的容积率转移型空中空间利用形态在实践中被发展成为TDR的典型形式。另外，有学者指出，因为空中权在城市立体开发的背景下产生，所以它也可称为开发权。^⑧ 这种说法有一定道理，但不准确。如前所述，本文采用较宽泛的空中权概念，即指利用地表之上一定空间的权利。

我国《物权法》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”；“新设立的建设用地使用权不得损害已设立的用益物权”。该条中的“地上”可以理解为包括本文所讲的“空中”。这是我国空中权的基础性法律依据。首先，空中权是一项独立的物权。^⑨ 它可以独立于地表权利而存在。其次，在我国，空中权主要表现为空中空间使用权，可以将其称为“空中空间建设用地使用权”或“地上空间建设用地使用权”。再次，自然人、法人在获得空中权后，仅限在约定的物理范围内占有、使用、收益、处分该空中空间，且不得损害此前已经设立的用益物权。2011年，江苏省苏州市制定了政府规章《苏州市地下（地上）空间建设用地使用权利用与登记暂行办法》（简称《暂行办法》）。该《暂行办法》第2条规定：“建设用地使用权根据规划利用空间界限，除设立地表建设用地使用权外，可分层设立地下、地上空间建设用地使用权。”第6条规定：“地下、地上空间建设用地使用权的取得应当符合城乡规划、土地利用总体规划，并且应当充分考虑相邻空间的发展需要和相互衔接，不得损害已经设立的不动产权利。”《暂行办法》是依据《物权法》制订，又超越《物权法》，明确提出了“地上空间建设用地使用权”概念。并且，在规

⑥ 参见刘明明：《英美土地开发权制度比较研究及借鉴》，《河北法学》2009年第2期，第169页。

⑦ 参见丁成日：《美国土地开发权转让制度及其对中国耕地保护的启示》，《中国土地科学》2008年第3期，第75页。

⑧ 参见〔日〕水本浩：《空中权的展开与课题》，《法律时报》64卷3号，第14页。

⑨ 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119-122页。

范空中空间建设使用权时,重视其与城市规划的关系,指出在地表、地下、地上分层设立建设用地使用权时的三者界限源自规划,要求空中空间建设用地使用权的取得等要符合城市规划。在全国各大城市大力开发地下空间,开展地下空间立法的背景下,^⑩苏州市不但关注了地下空间,还关注了空中空间,进行了地上空间建设用地使用权方面的专门立法,具有重大的开创意义。其确立的地上空间建设用地使用权利用与登记制度是空中空间利用时的性制度条件,为今后在城市规划法上构建具体、全面的空中空间利用制度提供了基础。

土地是一种稀缺资源,尤其是在城市。当城市发展成为公共目的后,城市土地就更具有了公共属性。这就使得许多国家和地区在私法上规定地上权(含空中权)的同时,还在城市规划法上规范空中权,设置空中空间利用制度。在我国,公有制是土地的基本性质,城市土地的公共属性颇为明显,这要求城市规划法对含空中权在内的土地权利进行规范。空中权与城市规划法的结合不是在否定空中权的私法属性,而更是在说城市是个场域,城市规划是项复杂的工程,对其进行规范的城市规划法是一个以公法要素为主、私法要素参与的法领域。

二、城市规划法上空中空间利用的形态

空中空间利用作为问题的研究核心在于地表的利用权人和该地表之上空空间的利用权人不是同一人的情形。从已有的实例来看,^⑪城市规划法上的空中空间利用主要呈现三大形态:一是人工地基型,二是容积率转移型,三是容积率奖励型。

(一) 人工地基型

人工地基型是指在他人土地、建筑物的上方构筑一个人工地基后,在该人工地基之上再构筑建筑物。例如,在不妨碍铁路运营的前提下,非铁路所有权人在铁路的上方构筑一水泥地基,而后再在该水泥地基上构筑建筑物(该建筑物所有权人与铁路所有权人不是同一人)。人工地基型存在的问题是,人工地基怎么建造。从理论上说,至少有两种建法:一种是连接着原有建筑物而建,原有建筑物等就成为人工地基的承重物。此为“连接式”建法。另一种是与原有建筑物相分离,通过在地表设置承重墙(桩)来承担人工地基的重量,从断切面来看,呈桥梁形状,此为“分离式”建法。

连接式人工地基在该人工地基上构筑建筑物后,地表建筑物、人工地基与人工地基上的建筑物就连为了一体。它们可被看成一个建筑物。对一个建筑物的法律关系应该按传统的建筑物区分所有理论来处理。如此一来,空中空间利用的特性就并不明显。

分离式人工地基让地表建筑物与人工地基上的建筑物相分离,两个建筑物各自独立,互不影

^⑩ 地下空间立法例有《上海市地下空间规划建设条例》(2013年)、《广州市地下空间开发利用管理办法》(2011年)、《天津市地下空间信息管理办法》(2011年)、《深圳市地下空间开发利用暂行办法》(2008年)等。

^⑪ 日本实例较多,参见[日]丸山英气:《空中权论》,《法律时报》64卷3号,第15-20页;[日]神正刚:《道路的立体利用》,《法律时报》64卷3号,第27-31页;[日]高田寿史主编:《空中权解说与文献资料集成》,日本项目产业协议会1983年版;[日]早川和男:《空间价值论》,劲草书房1973年版。

响,具有明显的空中空间利用特性。但分离式人工地基要解决承重墙(桩)的问题,承重墙(桩)构筑于地表,必须获得其所占土地的地上权(或所有权)。所以,拟采用分离式人工地基来利用空中空间时,不但要获得空中权,还要获得一定的地表地上权(或所有权),权属关系就显得更为复杂。从理论上讲,只要合乎容积率等方面的要求,当事人之间协商一致,一块土地上可以设置多重分离式人工地基,多个权利人分享该地块不同高度和厚度的空中空间。但实践中几乎没有出现这种情况。我们认为应该从制度层面限制,因为这种情况不但让权属关系、相邻关系等变得颇为复杂,还有建筑安全方面的隐忧,不应提倡。

人工地基型空中空间利用比较形象,容易被人们所理解,实践中也比较常见。例如,开发商在道路上空建商务楼,在铁路上空建停车场或菜园等。从创造更多城市空间,高效利用城市土地资源的目的出发,城市规划法对人工地基型空中空间利用形态一般持积极的态度。

(二) 容积率转移型

空中空间利用的另一种形态是容积率转移型。容积率是指建筑物地面以上各层建筑面积的总和与建筑基地面积的比值。设定容积率是现代城市规划的重要手段,据此可以控制城市某地块、某区域之建筑物的高度或整体开发强度,进而塑造城市整体形象。一般而言,城市规划者在编制规划时,会对不同的区域设定不同的容积率。土地开发者和建设者必须在规定的容积率范围内开发建设,尤其是不得有超过容积率上限的行为。容积率转移,顾名思义就是某地块的部分容积率转移给另一地块,使另一地块的容积率得到增加。这样,接收容积率的地块在结果上就会突破原有容积率的限制,建造更高的建筑物,进而提升经济价值。出让容积率的地块在结果上就只能建造或维持较低的建筑物,经济价值便降低。

容积率转移可以有偿方式进行。日本东京火车站大楼建于1914年,高三层(最高处33米),长330米,红砖墙体(故该大楼俗称“红砖驿舍”),2003年被认定为日本重要文化财产,受到特殊保护。为了让大楼发挥更大的经济和社会效益,焕发时代活力,2007年至2012年大楼内外进行了大规模修缮。在此过程中,日本东铁路公司将大楼上方的空中空间以容积率的形式卖给了周边六栋大楼,筹得了500亿日元的修缮费用。^⑩这样,东京火车站大楼作为受保护建筑得以维持历史原貌,供广大民众更好地参观和使用,同时火车站周围树立了起更多更高的大厦,展现出东京都丸之内地区活力四射的新形象。实践中,容积率转移有时发生在同一人的不同地块间。此情形中因权利人是同一人,故不存在有偿无偿的问题。

容积率制度是现代城市规划的重要手段,开发商必须在规定的容积率范围内开发土地。接收来自他处的容积率在客观结果上会突破原有容积率的限制,为了让该突破合法,需要城市规划法设置特殊地区以允许该地区容积率在一定条件和方式下可以发生变化。这是容积率转移型成立的基础前提。从容积率转让方角度来说,转让容积率需要具备一些条件。首先,容积率转移具有直接的公共目的原因,如保护历史建筑、维护特殊景观、增加开放式地面空间或防灾避难场所、为公共工程筹措资金等。容积率转移是对一般限制的突破,形成特别情形,在结果上会让事情变得更为复杂。制度设计者需要为这种突破和特别情形设置有力的理由,这个理由就是直接的公共目的。其次,转让

^⑩ 参见[日]日本经济新闻社:《空中权,东京火车站获500亿日元》,载《日本经济新闻》,2013年6月6日。

容积率的地块与接收容积率的地块相邻,或者这两块地的所有权人或地上权人为同一人。容积率转移制度是不断发展的,这些条件也趋于松缓,如有的国家不要求相邻,相近即可。有的国家甚至允许相距甚远的两块土地之前也可以转移容积率,即使它们的所有权人或地上权人不是同一人。可见,容积率转移在各国法制与实践中也是不尽相同。

(三) 容积率奖励型

土地开发者在开发土地时,如果能为公众提供便利而让出部分开发利益,比如将房屋底层架空后将其作为小区居民公共活动空间,将大楼的部分空间作为公共交通通道或公众休憩广场等,政府将会作为奖励,提高该土地的容积率上限。这样一来,奖励前的容积率上限之上的空中空间就得到了利用。上海市政府规章《上海市城市规划管理技术规定(土地使用、建筑管理)》第20条规定,中心城区的地块为社会公众提供开放空间的,可以增加建筑面积,并规定了增加面积的方法。^⑬这是为了给公众创造出更多的开放空间,而对土地权利人实施建筑面积方面的奖励。虽然奖励的是建筑面积,但因建筑面积与容积率可以相互转换,所以在结果上也可以看作容积率奖励。

上述三种空中空间利用形态都在实务中实施。相对而言,人工地基型和容积率奖励型的法律关系更为简单,适用的前提条件较少,有关的法律规范也较少。容积率转移型的法律关系较为复杂,适用时要满足很多条件,有关的法律规范也较多。在城市规划法上的容积率制度方面,容积率转移型是一种特例,故在制度安排上需要更加细致周全。

三、空中空间利用在城市规划法上的制度化

实践刺激和丰富了法制,法制保障和促进了实践,空中空间利用与城市规划法亦是如此。空中空间利用不断发展的一项重要表征就是其在城市规划法上被逐步制度化。在此过程中,相关法律和判例成为重要因素,而法律中的具体内容也逐步丰富和完善。

(一) 法律框架和判例

城市规划法有广义狭义之分,狭义者仅指以“城市规划法”或“区划条例”为名的法律,广义者则还包括建筑标准法、城市再开发法、土地法、历史文物保护法、景观法等。在美国等判例法国家,像城市规划这样的公共领域往往既有制定法,又有判例。空中空间利用在法律和判例中逐步得到制度化。

在日本,《城市规划法》和《建筑标准法》是两部对空中空间利用很重要的法律。1919年,日本为应对明治时代以后的城市化进程,满足近代交通需求,形成有较好基础设施的城市街区,制定了《城市规划法》。二战后,面对经济高速增长、产业结构调整、农村人口大量涌入城市、城市膨胀等问题,日本在1968年制定了新的《城市规划法》。该法历经几次修改,实施至今。日本《城市

^⑬ 核定建筑容积率小于2的,每提供1平方米有效面积的开放空间,就允许增加1平方米的建筑面积,核定建筑容积率大于等于2,小于4的,每提供1平方米有效面积的开放空间,就允许增加1.5平方米的建筑面积;但增加的建筑面积总计不得超过核定建筑面积的20%。

规划法》通过规定城市规划的内容、程序等,来促进城市的健康发展和国土的均衡发展,增进公共福祉。日本现行的《建筑标准法》制定于1950年,其通过规定建筑物的基地、构造、设备与用途的最低标准,来保护国民的生命、健康和财产,增进公共福祉。日本《建筑标准法》与《城市规划法》关系紧密,作为前者前身的《市街地建筑物法》也诞生于1919年。《建筑标准法》因1968年新版《城市规划法》的颁布而于1970年进行了较大的修改。在内容和条文上,日本《建筑标准法》和《城市规划法》交叉重叠,相互援用地方很多。《建筑标准法》第三章的章名就是“城市规划区域内建筑物的基地、结构、建筑设备和用途”,该章占据该法1/4的篇幅。《城市规划法》也有不少章节直接规制建筑,如第三章的第一节之二、第二节、第三节、第四节等。根据日本《城市规划法》的规定,城市规划可以在城市规划区域内规定各类地区或街区,比如居住地区、商业地区、工业地区、特别容积率适用地区、特定街区等。日本《建筑标准法》第52条是关于容积率的规定,对绝大多数地区或街区,规定了具体的容积率幅度,但特定街区除外,即对特定街区内的容积率有特殊政策。就特别容积率适用地区,上述两法明确规定可以灵活使用建筑物未使用的容积率。这样一来,特定街区和特别容积率适用地区成为日本容积率转移型空中空间利用的地区。此外,日本的城市再开发法、土地法、历史文物保护法等也直接或间接地规范着空中空间利用活动。依据这些法规,各级行政机关还会制定规范性文件,如东京都城市整備局的《东京都特定街区运用标准》、《大手町、丸之内、有乐町地区特别容积率适用地区及指定标准》等。这些规范性文件往往就空中空间利用规定具体的标准和实施方案,促成相关规划的最终落成。

在美国,所有的州、很多的城市都制定了旨在保护地标(建筑)的法律。20世纪60-70年代,作为纽约地标的中央火车站大楼就经历了一次保护与开发的风波。从空中空间利用角度看,可以将其称为“纽约中央火车站大楼上空开发诉讼案”(以下简称“纽约火车站诉讼案”)。现在的中央火车站大楼(以下简称“火车站大楼”)建成于1913年,是座呈现古典主义风格的布杂学院式(beaux arts)建筑。1967年纽约市地标保护委员会(The Landmarks Preservation Commission)认定它为地标,规定未经本委员会允许,不得对它改建。1968年,火车站大楼所有权人——宾夕法尼亚中央铁路公司(Penn Central Transportation Company,以下简称“宾州铁路公司”)与UGP公司(英国不动产公司的子公司)签订合同,将火车站大楼的上空空间50年(可续期)的开发权出租给UGP公司。双方计划在该大楼的上方建造50多层的大厦。为此,它们向纽约地标保护委员会提交了两种设计方案,一种是不改变火车站大楼外形,在周围树起横跨大楼的支柱,在接近大楼屋檐处的上方建起55层大厦;另一种是拆除火车大楼的部分外墙壁,建起53层的大厦。对这两种方案,纽约地标保护委员会都予以了否定,但同时决定火车站大楼上空空间的开发权可以转移至邻近火车站大楼的、宾州铁路公司所有的土地上。对此,宾州铁路公司认为,纽约地标保护委员会根据《地标保护法》(Landmark Preservation Law)所作的决定违反了第5和第14修正案,是无正当补偿就征用财产的行为,是不遵守正当法律程序而随意剥夺财产的行为,并向法院提起了诉讼。1978年联邦最高法院作出了判决,原告的主张没有得到支持。1913年建成的火车站大楼的原貌得以保存至今。从事情的经过来看,空中空间利用成为本案的起点,历史建筑保存与空中空间利用之间的协调成为本案的关键。联邦最高法院判决认为,依据地标保护法所作的历史建筑认定行为虽然对权利人的权利有所限制,但不是宪法上的征用行为,因为权利人可以通过容积率转移型空中空间利用获得

经济价值。^⑭

美国实行联邦制，联邦和州分权而治。联邦政府的权限仅限于国家层面的经济、外交、军事等，城市规划等一般性内政事务属于州和各地方政府的权限，所以美国没有统一的城市规划法制。但20世纪初美国面临各地相同的城市问题，联邦政府（商务部）先后出台了两个示范法（无法律效力），即《标准州区划授权法》（Standard State Zoning Enabling Act, 1924）^⑮和《标准市规划授权法》（Standard City Planning Enabling Act, 1928）^⑯，目的是鼓励州和地方政府实现城市规划的法制化。受此影响，各州和地方政府形成了由规划法、区划法、建筑法、住宅法等构成的城市规划法制。事实上，在示范法之前，纽约就于1916年制定了美国第一部区划条例。根据该条例第12-10条的规定，历史建筑上空的剩余容积率可以转移至同一所有权人的邻接地块上。在1968年修改《纽约市区划条例》（第74-79条）后，尤其是在“纽约火车站诉讼案”发生后，容积率转移条件被进一步放松。此外，《旧金山市规划条例》、《芝加哥市区划条例》等也规定了容积率转移制度。当然，引人注目的还是1973年实施的《俄州空间法》。该法从空中空间的定义、空中空间系不动产、不动产的制定法与普通法在空中空间的相同适用、与空中空间相关的权源、空中空间的区分、课税、共同开发利用计划、无用空中空间的出售、土地征收权等多个方面对空中空间利用进行了规范。

我国城市规划立法起步晚，现行的《城乡规划法》没有规定空中空间利用，其他中央层面的法规也基本没有涉及。地方立法有所涉及。如前所述，《上海市城市规划管理技术规定（土地使用、建筑管理）》第20条规定了容积率奖励型空中空间利用。从公共目的性、客观上容积率会增加等要素看，该条内容与容积率转移型空中空间利用有相似之处，但两者还是不同。容积率转移的核心要素是容积率在两地块之间等量转移，而建筑面积奖励是新增面积，跟另外的地块没有关系。应该强调的是，法律关系较为简单的建筑面积奖励制度，为较为复杂的容积率转移型空中空间利用制度进入城市规划法创造了法制氛围，很有意义。

从以上分析可知，除像《俄州空间法》这样数量很少的专门法外，空中空间利用主要规范在《城市规划法》（或称为“区划法”）和《建筑标准法》之中。在判例的法源地位越来越坚挺的时代潮流中，空中空间利用的判例不但指导相关裁判，引导相关行政实务，还促进相关制定法的完善。从我国的情况来看，在上海等地已经确立的容积率奖励制度可以上升到《城乡规划法》层面而予以肯定，并在此基础上，导入容积率转移制度。为此，我国现行的城乡规划法制在宏观结构上需要调整。这里有两种调整思路。第一种思路是扩充《城乡规划法》的同时，制定建筑标准法。《城乡规划法》采取了狭义的规划法概念，内容单薄，完全不能满足现实需求，需要扩充含空中空间利用方面的内容。关于建筑标准法的制定，可以有两种方法：其一是单独制定《建筑标准法》，其二是在《建筑法》（1997年制定）中充实建筑标准方面的内容。第二种思路是大大扩充《城乡规划法》，将建筑标准方面的内容全部纳入其中。采取哪种思路更好？当下社会，建筑标准内容丰富。立法者如

^⑭ See *Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 98 S. Ct. 2646, p. 9 (1978).

^⑮ 根据该示范法，各州可以授权地方政府进行区划，控制建筑的高度、面积、体量、位置、用途等。地方政府可以将辖区内土地按用途分区。区不同，建筑标准就不同，同一区，建筑标准相同。

^⑯ 该示范法为各州授权地方政府进行总体规划提供了参考模式。包括六个方面：（1）规划委员会的结构和权力；（2）总体规划的内容，包括道路、公共用地、公共建筑、公用设施、区划；（3）要正式通过道路交通规划；（4）要正式批准所有公共投资项目；（5）要控制私人土地的再划分；（6）建立区界，实施区域规划，由区域内的地方政府自愿通过或采纳区域规划。

果有意让建筑规范尽量全面,那可以采取思路一,单独制定《建筑标准法》。如果不追求全面,只制定基本的或重要的规范,思路二更好。但不论哪种思路,都必须修改《城乡规划法》,以基础内容的形式确立空中空间利用制度。

(二) 主要内容

1. 容积率特例

容积率转移型空中空间利用需要一项基础性前提——能接受外来容积率的容积率特例。现代城市规划都将城市土地区划、分类和定性。通过区划,形成各种区域,同一区域内土地类型和用途相同,如某区域是商业地区,或是工业地区,抑或居住地区等。^⑭再通过容积率、建筑密度、高度等指标来规范这些区域的开发强度。在日本,城市规划可以对城市规划区域内的土地进行区划,区划后的地区或土地一般都设置容积率范围(以下称“一般容积率”)。但也有特例,其代表就是特别容积率适用地区和特定街区。根据日本《城市规划法》第8条,城市规划除可以将规划区域内的土地区划为居住地区、商业地区、工业地区等外,还可以指定为特别容积率适用地区和特定街区。可以在适当配置了一定规模之公共设施的第一和第二类中高层居住地区、第一和第二类居住地区、准居住地区、邻近商业地区、商业地区、准工业地区、工业地区内,指定特别容积率适用地区,通过灵活运用未使用的容积率来实现土地的高度利用(第9条)。根据《建筑标准法》第57条之2,特别容积率适用地区内的两幅(以上)地块之间可以转移容积率。特定街区是为建设和改善街区而在容积率等方面显现特殊性的街区。《建筑标准法》第60条规定,特定街区内的建筑物不适用一般容积率,由与特定街区相关的城市规划来确定容积率。在特定街区内,地块之间可以转移容积率。城市规划由市町村、都道府县、国土交通大臣决定。城市规划主体呈现多元,且主要是地方政府。为了让城市规划与国家大政方针相适应,更加科学有序,国土交通省颁布了一些指导性文件,如《城市规划运用指针》等。规划主体在这些文件的指导下,根据本地区的实情,制定特别容积率适用地区规划、特定街区规划。1975年8月,东京都日比谷公园南侧2.1公顷的街区被规划为“内幸町2丁目特定街区”,在此建起31层的日比谷国际大厦、28层的富国生命本部大厦、11层的新闻中心大厦。其中,新闻中心大厦未使用的容积率就被转移到了前两座大厦上。^⑮在美国,有些地方政府的区划条例或规划条例直接规定容积率转移型空中空间利用,而容积率特例也是重要组成部分。根据《纽约市区划条例》,在协调开发与地标保护的目下,可以将地标所在地块的容积率转移至邻接地块上,但它们要处于低层居住地区(R1、R2、R3、R4、R5)和低层商业地区(C1、C2)以外的地区(第74-79条)。《旧金山市规划条例》第127条规定,在C-3-0地区内,地块的最大容积率可以因接收第124条所认可的邻接地未使用之容积率而增加。

2. 条件

一般而言,转移容积率需要满足两方面的条件:一是公共目的性,二是地块相邻或相近。《大手町、丸之内、有乐町地区特别容积率适用地区及指定标准》^⑯指出,将面积为116.7公顷的大手町、丸之内、有乐町地区指定为特别容积率适用地区,可以保存和复原历史建筑物,维护和提高文

^⑭ 住房和城乡建设部制定公布的国家标准《建设用地分类与规划建设用地标准》(GB50137—2011)将城市建设用地分为居住用地、公共管理与公共服务用地、商业服务业设施用地、工业用地、物流仓储用地、交通设施用地、公用设施用地、绿地。

^⑮ 参见[日]大浜启吉:《空中权与公法》,《公法的诸问题Ⅲ》,创文社1990年,第60-61页。

^⑯ 日本东京都城市整备局2002年制定,经过几次修改,实施至今。

化环境,提高土地利用效率,聚集商业与文化功能,推进城市更新。该地区内任意地块之间可以转移容积率,不要求地块与地块必须相邻。东京火车站就处于该地区内,在前述东京火车站修缮工程中,火车站大楼的剩余容积率被有偿转让给了附近地块。《纽约市区划条例》将地标性建筑物保护确立为容积率转移制度的宗旨,地标性建筑物成为其核心范畴。该条例规定:地标性建筑物是指由纽约地标保护委员会指定为地标的构筑物(structure)。纽约市最初只允许在邻接地块间进行容积率转移,受“纽约火车站诉讼案”影响,后来将相邻地块扩展为相近地块。以前,地块与地块必须紧挨着,后来街对面的地,或者同处一个十字路口,同时面对该路口的地块之间也可以认为相邻。随着时代的发展,这两个方面的条件还将进一步松绑。另外,各国在具体制度和判例中有时出现不同的附加条件。例如,日本的特别容积率适用地区制度要求该地区已经适当配置了一定规模的公共设施。这是因为适用特别容积率后,该地区会增加人员流动,此时就需要配备轨道交通、道路等良好的公共设施来疏散人流等。“纽约火车站诉讼案”中,地标保护委员会要求容积率转移的两个地块的所有权人是同一人。

3. 限制

发生容积率转移的两个地块将受到限制。一般而言,接受容积率的地块会受到容积率上限的限制,即接收转移过来的容积率后,该地块的容积率总额不得超过一定数额。换言之,只能接收一定量的外来容积率。在个案中,作为转让者的A地块的剩余容积率很大的话,作为接收者的B地块有时并不能完全接收该剩余容积率,而未接收的A地块的其他剩余容积率还可以转移至其他地块。《纽约市区划条例》、《大手町、丸之内、有乐町地区特别容积率适用地区及指定标准》等对容积率增加的上限进行了规定。另一方面,容积率转移出去后,地块的开发与建设也受到相应的限制。《纽约市区划条例》第74-792条规定,从地标所在地块上转移出去的容积率的量是该地块容积率减少的量;当不再认定为地标时,或者地标性建筑物被拆除时,或者地标性建筑物增建时,或者地标所在地块再开发时,只能在因转移而缩小后的容积率范围内开发该地块。

4. 程序

现代城市规划都有较正统的程序,容积率转移型空中空间利用因涉及城市规划的特例,就更需要规范程序,而且比一般程序更为繁复和严格。这里有两个层面的程序:一个是宏观层面的城市规划程序,一个是微观层面的具体项目程序。作为容积率特例之载体的特别容积率适用地区、特定街区等都由城市规划来决定。通过城市规划,可以区划土地,可以确定特别容积率适用地区、特定街区等的位置、面积、建筑密度、容积率等。根据日本《城市规划法》,城市规划由市町村、都道府县、国土交通大臣决定。^②在此过程中,需要经过起草、协商调整、公开征求意见、城市规划审议会审议、首长认可、公布等步骤,花费较长时间,一步一步地落实。美国情况与此差不多。近年来,城

^② 日本《城市规划法》第15条规定:“下列城市规划由都道府县决定,其他的城市规划由市町村决定。(1)与城市规划区域之改善方针、开发方针和保护方针相关的城市规划;(2)与区划相关的城市规划;(3)与城市再开发方针等相关的城市规划;(4)与第八条第一款第四项之二、第九项至第十三项、第十六项所列地域地区相关的城市规划;(5)与政令规定的、应从超越一市町村之广域角度来决定之地域地区相关的城市规划;与政令规定的、应从超越一市町村之广域角度来决定之城市设施或者根本性城市设施相关的城市规划;(6)与市街地开发事业(只限于土地区划整事业、市街地再开发事业、住宅街区整备事业和防灾街区整备事业中,政令规定之大规模的、可能由国家机关或都道府县实施者)相关的城市规划;(7)与市街地开发事业预定区域(只限于第十二条之二第一款第四项至第六项所列预定区域中,政令规定的、应从超越一市町村之广域角度来决定之城市设施或者根本性城市设施的预定区域)相关的城市规划。”第22条规定:“与横跨两个以上都道府县之城市规划区域相关的城市规划应该由国土交通大臣和市町村决定。”

市规划听证、征求公众意见越来越受到重视,推动了城市规划的民主化和科学化。讨论容积率转移的程序时,主要还是看具体项目的程序。美日等国家在此都实施许可制,获得主管机关的许可成为重要步骤。根据《纽约市区划条例》的规定,地块的所有权人必须向市规划委员会申请获得旨在认可容积率转移的特别许可。提交申请时,需要提供在样式和内容上符合法律规定的容积率转移证书、地标之邻接地块的开发计划、地标保护计划、地标保护委员会的报告书等。市规划委员会在考虑以下几点后作出许可与否的决定,即接收容积率的地块的开发是否会给邻接土地造成难以承受的影响,若有影响,因地标保护给当地居民带来的利益必须强于给周边土地带来的不利影响;地标因维护管理工程而受到保护;地标为公共所有时,步行和道路交通的改善必须与容积率转移同时进行。^② 双方当事人只有在获得规划委员会的许可后,才能按约定转移容积率,进行相关开发活动。

以上是容积率转移型空中空间利用制度的几项主要内容。在现实的迫切要求下,我国的城市规划法制也需要在这些方面作出反应。首先,《城乡规划法》要增加区划制度和容积率制度,并由此确定空中权的范围。现行的《城乡规划法》没有涉及容积率,也没有明确规范区划,这是明显的缺陷。没有区划,没有容积率,就没有城市规划。而且,容积率是确定空中权范围或《物权法》上之地上空间建设用地使用权范围的主要方式,没有《城乡规划法》层面的容积率制度就不足以权威地解决空中权范围这一基础性问题。可以考虑在《城乡规划法》中增加一章,安排为第2章,主题为城乡规划的内容,即一篇规划里要写哪些东西。在这一章中要规定区划、区划后各地块的容积率要求等。住房和城乡建设部制定了《城市用地分类与规划建设用地标准》(GB50137—2011),确立了城市土地区划的一些标准,但这很不够。区划制度和容积率制度应该在《城乡规划法》中得到确立和强调。当依据《城乡规划法》而确定了某一土地的容积率后,依据该容积率建设房屋的最高高度就是该土地空中权的上限,而下限则视情况而定。如果该土地已建有房屋,下限则为该房屋的高度,如果没有建筑,下限则为略超地表之高度。其次,完善建筑标准法制,并与《城乡规划法》的相配合,建构起空中空间利用制度。容积率最终表现为建筑物的体积,常被看作是建筑物高低的指数。空中空间利用制度也主要是说如何充分利用空中空间来扩大建筑物面积。所以,建筑标准法制的完善和《城乡规划法》的完善要同步进行,相互衔接。《城乡规划法》在规定区划时,可以规定一些容积率特例区域,而在这些区域如何特殊地运用容积率,则可由建筑标准法来规范。《城乡规划法》要在规划制定程序和具体项目程序这两个层面设计容积率转移的程序,要实行严格的许可制。要限制和规范容积率转出地的开发活动。再次,《城乡规划法》、建筑标准法还要与历史建筑保护法等相衔接,确保容积率转移是出于公共目的。历史建筑保护是实践中容积率转移型空中空间利用的主要目的和条件。在转移容积率时,会涉及历史建筑的认定、历史建筑保护方案的认可等具体问题,而它们都由历史建筑保护法来解决。

总之,我们要完善《城乡规划法》、建筑标准法、历史建筑保护法等,使它们相互配合,从容积率特例、条件、限制、程序等方面构筑起我国的空中空间利用制度。在此过程中,我们要处理好宏观与微观的关系。从世界范围来看,不论是实行土地私有制的国家或地区,还是实行土地公有制的国家或地区,不论是实施土地开发权国有(如英国)、建筑不自由原则(如德国)的国家或地

^② 参见[日]保利真吾:《容积率转移的效果与发展研究》,东京大学2008年硕士论文,第140页。

区，还是坚持土地开发权私有（如美国）、建筑自由原则（如日本），都有城市规划、容积率、空中空间利用等法制。所以，应该向成熟国家学习和借鉴，在《城乡规划法》、建筑标准法等中建构城市规划、容积率、空中空间利用制度的宏观架构。而在微观的技术手法、制度设计中要注意本国国情，根据土地开发权归属、容积率转移的价值取向等，来具体推进相关法制。

结 语

城镇化已经是一种必然趋势。面对这一新趋势，我们必须创新思路和制度。其中，很重要的内容就是改革和完善我国现有的城市规划制度，把城市空间的利用纳入规划之中，明确空间权。通过人工地基型空中空间利用形态，他人可以使用道路、铁路的上空空间，也可以在人工地基上盖房、建停车场、种菜，等等。通过容积率转移型空中空间利用形态，在原封不动地保存历史遗迹的同时，让历史遗迹所在地的土地权益得到实现。这就对城市建设规制提出了挑战，要合理平衡公共利益与个人利益的关系、个人利益相互间的关系。这种规制不仅仅涉及城乡建设行政主管部门，还涉及文物保护行政主管部门。这些承载文物的土地价值不能被遗忘。因此，政府及其各主管部门应该充分认识城市规划法上空中空间利用制度的优势，推进法制创新，协同规制。

【主要参考文献】

1. [日] 建设省空中权调查研究会：《空中权——理论与运用》，行政出版社 1985 年。
2. [日] 大浜启吉：《空中权与公法》，《公法的诸问题Ⅲ》，创文社 1990 年。
3. 王利明：《空间权：一种新型的财产权利》，《法律科学》2007 年第 2 期。
4. [日] 保利真吾：《容积转移的效果与发展研究》，东京大学 2008 年硕士论文。
5. 李冷焯：《城市规划法的产生及其机制研究》，上海交通大学博士论文 2011 年。

(责任编辑：无为)

Perpetrator; The Concept of Unitary Perpetrator

Zhang Wei, Ph.D. in Law, Lecturer of Law School of Zhejiang University of Finance and Economics.

On The Norm Subjective Theory upon Judging Automatic Suspension

ZHOU Guangquan · 57 ·

Regarding the foundation of penalty mitigation or exemption of discontinued criminals, both liability reduction and criminal policy should be taken into account. Such as on the occasion of a feisor voluntarily giving up committing a crime or preventing the result from happening, because of the reduction of his liabilities, and reduction of necessity of prevention from penalty purpose point of view, the feisor should be rewarded, which is known as “the responsibility reduction theory based on the penalty purpose”. The foundation of mitigation or exemption of discontinued criminals constrains arbitrary judgments. Comparing to the objective theory and the limitative subjective theory, the subjective theory on suspension automaticity is relatively more reasonable. The subjective theory is about neither ethical motivation regret, normative consciousness awakening, nor the feisor’s psychological cognition as understood by some domestic scholars. However, it should be understood normatively. Therefore, it is necessary to encourage the application of the “norm subjective theory” to suspension automaticity in criminal jurisprudence of our country. Such as when a feisor gives up criminal activities on his own, which is an “abnormal” decision, the feisor should be normatively deemed as mentality reversal, and should be defined as having automaticity when the decision making contributes to realizing special prevention and general prevention purposes. Changing from the psychological subjective theory to norm subjective theory of suspension automaticity judgment may limit the scope of discontinued criminal commitment. However, it is more conducive to the realization of positive general prevention and special prevention of criminal penalty purposes. Furthermore, it helps maintain the integrity of responsibility theory and penalty theory in accordance with systematic thinking of criminal law methodology.

Key Words Discontinued Criminal; Responsibility Reduction; Penalty Purpose; Subjective Theory; Norm Evaluation

Zhou Guangquan, Ph.D. in Law, Professor of Tsinghua University Law School.

System on Air Space Utilization within Urban Planning Law

XIAO Jun · 72 ·

System on Air Space Utilization is an important part of urban planning law. Air right, the right to utilize a certain space above the earth’s space, is legislated in many countries and provides basic foundation for utilizing air space. With the social development, air right is merged in urban planning law. From the current practices, there are mainly three forms of air space utilization, i. e. artificial foundation, transfer of floor area ratio and FAR awards. They are gradually instituted through precedents and laws such as urban planning law, building standard law and Cultural Relics conservation law. The main content of system on air space utilization from the perspective of urban space law includes establishing exceptional system on floor area ratio, imposing a certain conditions and limitations and setting forth system on special permit.

Key Words Air Space Utilization; Urban Planning Law; Air Right; Exceptional System on Floor

— 177 —

Area Ratio

Xiao Jun, Ph.D. in Law, Associate Professor of Institute of Law of Shanghai Academy of Social Sciences.

Trade Practice and Unfair Competition

FAN Changjun · 84 ·

The decisive criterion for specification of general clause in Anti Unfair Competition Law is the balance of interests. Favorable trade practice can be used as the basis to evaluate the interests balance. The robots exclusion protocol, though acknowledged as current trade practice, fails to coordinate the interest conflicts in search engine industry. Thus it can not be accepted as a favorable trade practice. In order to protect the interests of authors, search engine industry as well as the public, it is suggested that work communicators can not prevent others from searching based on the robot exclusion protocol. However, this kind of searching must be limited to a certain degree. In the lawsuits between Baidu and 360, both sides have conducted unfair competition.

Key Words Trade Practice; Unfair Competition; General Clause; the Robots Exclusion Protocol

Fan Changjun, Ph.D. in Law, Lecturer of Huazhong University of Science and Technology Law School.

On the General Solicitation Rule in Private Equity Crowdfunding

—Also on the Measures of Private Equity Crowdfunding (Draft)

LIU Ming · 95 ·

Fill the information gap between the investor and financier is the basic condition for keeping a well function of the crowdfunding, but the ban on general solicitation in private funding release rules could be a major system bottleneck which will restrict the development of the private equity crowdfunding. The Jumpstart Our Business Startups Act or JOBS Act has lifted ban on general solicitation in private placement release, and chooses the investment and financing qualification rule for risk regulation instead. China could learn such regulatory ideas by setting the safe harbor rule in the publicity behavior, so that the financiers in private equity crowdfunding which have met their verification obligations could publicize to the potential investors.

Key Words Equity Crowdfunding; Private Placement; General Solicitation; JOBS Act

Liu Ming, Ph.D. in Law, Assistant Researcher of Chinese Academy of Social Science Legal Institute.

Participation in Distribution: Analysis and Review

DING Lianghua · 105 ·

In the mode of limited bankruptcy doctrine, participation in distribution system is mainly to make the debtor without bankruptcy capacity to pay off all debts fairly and orderly. Under this objective, our participation in distribution system has its special composition. In order to protect the rights and interests of the parties, the application date, the Ranking of Claims and distribution program must be accurately grasped. When there has been a violation of the rights, parties may claim relief by distribution plan objection and objection lawsuit.

Key Words Participation in Distribution; Money Credit; Limited Bankruptcy Doctrine; Compulsory