



土地使用的公共限制

——以德国城市规划法为考察对象

李冷烨*

摘 要 我国以城乡规划法为代表的法律中存在大量土地使用限制的法律规范。本文以土地使用的权利与规划权力关系为视角,对于德国城市规划法进行体系性解读,为我国提供制度的借鉴和研究的框架。本文揭示了德国基本法赋予立法者确定所有权内容和限制的权限,基于土地所有权的特殊社会义务,构建了关于土地建设性使用的建设法体系;考察了城市规划法的内外部结构及其基本制度,指出空间规划法、建筑秩序法和以《建设法典》为核心的城市规划法构成了公法建筑法。城市规划法的核心制度是市镇制定的建设管理规划,可分为土地利用规划和管建规划。其中管建规划作为建筑许可审查的依据约束着土地的私人使用。市镇在特定的条件下能够根据其对土地所有权人颁布城市建设性命令。实现管建规划能够成为征收的合法目的。私人通过建设管理规划制定过程中的双层次的参与程序或针对规划合法性提出规范审查或附带审查来控制规划权。针对土地使用的规划限制,土地的权利人在特定的条件下可以要求给予规划补偿。

关键词 德国法 城市规划法 城乡规划法 管建规划 土地使用

引 言

随着我国土地利用制度的改革,土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利逐步建立。对于私主体而言,土地及房屋上的权利是其财产权利的重要形式;对政府而言,在

* 上海交通大学凯原法学院宪法学与行政法学专业博士研究生。

本文为由朱芒教授主持的教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《行政规划制度研究》(项目批准号:05JJD820002),以及上海市哲学社会科学规划课题《行政规划与法治政府建设》(课题批准号:2008BFX006)的一部分。



现有的财税制度之下,国有土地使用权出让金成为地方政府重要的收入来源。因此,在城市化进程中,围绕着土地及土地上的房屋产生了大量的社会问题,成为众多利益博弈的领域,备受社会关注。

根据我国宪法和法律的规定,为了公共利益,可以征收土地和房屋。然而,我国即使在对土地和房屋保有使用权或者所有权期间,绝对占有的权利和绝对所有权也都是不存在的,因为对于土地和附着其上的房屋使用的限制散见在我国许多法律之中:比如《城乡规划法》设立了建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、乡村建设规划许可证制度限制城乡的私人建设行为,使得建设活动需要遵守控制性详细规划、乡规划、村庄规划等城乡规划所建立起来的公共秩序;^[1]《物权法》第89条规定建造建筑物,不得违反国家有关工程建设标准,妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照,可见国家工程建设标准也是对于建设行为的限制之一;根据《民用建筑节能条例》的规定不得在建筑活动中使用列入禁止使用目录的技术、工艺、材料和设备,否则将无法获得建设工程规划许可证、施工许可证和竣工验收,由此对于建设行为方式和建筑材料都有着法律上的限制。^[2]以上仅是我国法律关于土地使用的公共限制的一小部分,相比起征收引发的物权的丧失,法律对于土地使用权利的大量限制更为广泛地影响着日常的私人土地利用活动。就我国现行的法律制度来看土地所有和使用的权利已不再是绝对的权利,而是在私法的限度之外,有着大量的公法规定。

相较于私法上物权的研究,我国对于土地使用中的公共限制的研究相对较少,有待深入。^[3]随着土地和附着其上的房产的财产权利的重要性日益凸显,如何梳理和研究散见在各法律条文中的庞杂的法律规范,形成框架和体系,将成为今后相关法学研究的一个重要课题。然而在纷繁的土地使用的法律限制中,城市规划是其中重要的类型,并已有了制度的框架和实践,^[4]因而城市规划是研究和认识土地使用公共限制的重要领域和极好样本。

我国现行城乡规划法的核心——控制性详细规划的方法最早起源于德国,^[5]德国也已形成了以《建设法典》为核心的城市规划法律体系,是当今城市规划法制体系最成熟,研究最发达的国家之一。规划学界对于德国城市规划法的研究起步较早,^[6]其关注点在于德国城市规划法

[1] 参见《城乡规划法》第40条、第3条和第41条。

[2] 参见《民用建筑节能条例》第11条第3款、第12条第3款、第13条和第17条。

[3] 例如利用中国期刊网中跨库检索,在“政治军事与法律”目录下,在“摘要”中以“土地”以及“限制”搜索,得出论文795篇;在“摘要”中以“土地使用”以及“限制”检索,得出论文49篇;在“摘要”中以“土地使用”以及“公共限制”检索,得出0条记录。这些论文中的大部分针对单项土地权利或制度,比如宅基地使用权、土地承包经营权、土地征收制度等;此外,对土地使用公共限制的研究或偏重于宏观层面,偏重于理念和原则,比如金俭的“论不动产财产权自由的公法限制”一文,《河北法学》2008年第9期,或偏重于制度介绍和制度评价,比如邵永昌的博士论文《中国土地使用管制法律制度研究》。

[4] 1989年制定的《城市规划法》在2007年得以进一步完善形成了《城乡规划法》,各地方也大都以地方性法规的形式制定了配套的城市规划条例或者办法。

[5] 参见殷成志、杨东峰:“德国城市规划法定图则的历史渊源与发展形成”,《城市问题》2007年第4期;夏南凯、田宝江编:《控制性详细规划》,同济大学出版社2005年版,第15页。

[6] 1996年第1期的《国外城市规划》和1996年第1期的《城市规划》杂志中就刊登了吴唯佳的“德国的城市规划法”和“中国和联邦德国城市规划法的比较”两篇论文,而在笔者阅读的范围内,此时我国大陆法学界基本还没有关于德国城市规划法的研究成果。

制度的历史发展过程、城市规划法的框架、内容以及与中德两国现行城市规划法差异的比较。^{〔7〕} 这些研究介绍有助于了解德国城市规划法制度的概貌，但是缺乏法学所注重的“权利—义务”研究框架，并且尚无法认识城市规划法在整个德国法律体系中的基础、地位以及与其他制度之间的关系。相较于规划学界，法学界对于德国城市规划法的研究相对较晚。《城市规划行政法》一书作为对于城市规划法的专题研究，其中有关德国城市规划法律的介绍在已有研究中是比较全面具体的，^{〔8〕} 但是体系性略显不足。在关于行政规划和城市规划的法学研究中，有部分论及德国城市规划法的具体问题，如德国城市规划的法律性质问题，公众参与程序问题以及规划程序问题。^{〔9〕} 已有研究将德国作为城市规划法比较研究的典型国家，作出了有益的探索，但未从土地使用权利与规划的公共限制间关系的角度对于德国城市规划法做全景式的法学研究。

因此，笔者试图以土地使用的权利与规划权力关系为视角，对于德国城市规划法进行了体系性地解读。一方面，这对于我国城市规划法制建构有着一定的借鉴意义。另一方面，由于一般将城市规划法归入行政法的范畴，我国的行政法学受到德国的影响很深，而本文采用了德国城市规划法学研究的一般体系和研究角度，这对于我国城市规划法研究体系的建立可能也将有所助益。

本文首先将从土地使用公共限制的合法性为切入点，特别揭示所有权与城市规划法之间的关系，之后讨论在土地使用的公法限制的体系中城市规划法的定位以及城市规划法与其他公法限制之间的关系，接着考察城市规划法内部的结构和内容，最后着重从权力——权利的角度探讨制定和实施城市规划的权力与受到限制的土地使用上的权利间的制约机制。本文将从体系性的角度和权力与权利关系的框架下认识和解读德国城市规划法的基本架构。

一、土地使用规划限制的宪法依据

（一）宪法中所有权的性质——基本权利与法律制度

《联邦德国基本法》（以下简称《基本法》）第14条第1款规定：“财产权和继承权受到保障。内容和限制由法律予以规定。”德国学者对于该条文的主流解释认为，宪法上的所有权“不同于其他的基本法中的基本权利，其他这些基本权利被认为一方面是先于法律存在基本权利的内容架构，另一方面授权进行例外性限制的法律保留；相对而言，如果没有立法者的活动，所有权是无法想象的：其是在法律框架之下的所有权，谁能够在什么形式下，在什么条件下，在什么边界之内，以什么样的物为载体，这些都是由法律规范所确定的。”^{〔10〕}

〔7〕 参见吴唯佳：“德国的城市规划法”，《国外城市规划》1996年第1期；吴唯佳：“中国和联邦德国城市规划法的比较”，《城市规划》1996年第1期；吴唯佳：“德国城市规划核心法的发展、框架与组织”，《国外城市规划》2000年第1期；殷成志、Franz Pesch：“德国建造规划评析”，《城市问题》2004年第3期；前注〔5〕，殷成志、杨东峰文；前注〔5〕，夏南凯、田宝江编书，第15~16页；《城市规划资料集——第四分册 控制性详细规划》，中国建筑工业出版社2002年版，第8页。

〔8〕 参见刘飞主编：《城市规划行政法》，北京大学出版社2007年版。

〔9〕 参见刘飞：“城乡规划的法律责任分析”，《国家行政学院学报》2009年第2期；董秋红：“行政规划中的公众参与：以城乡规划为例”，《中南大学学报》（社会科学版）2009年第2期。

〔10〕 Brun - Otto Bryde, in: Münch - Kunig (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd I, 5. Aufl 2000, 912.



这也就是说,《基本法》第14条第1款的规定蕴含了所有权两方面的特质:“一方面宪法在该款的第一句中直接地将所有权作为基本权利也就是主观权利,进行保护;另一方面随后即在第二句中将所有权的内容和限制的确定分配给了立法者。这意味着所有权既不是一个能先行察觉的、脱离于法律已经成立的自由,而是其能被法律事后确定和限制的;同时所有权也不是仅由普通法律设置的法律地位。第一个想法低估了财产自由对于法律秩序的依靠,并且误解了宪法给予立法者的立法委托。后者轻视了宪法的自身的作用,并且排除了普通的所有权规定是否符合基本权利的审查。”^[11]

根据上述对于《基本法》第14条第1款的理解,宪法上的所有权同时有以下两方面的内容:一是由宪法所保护的(私人所有权的)自由可能;二是立法者在所有权内容上的塑造的自由。^[12]也就是说宪法确定的是既作为基本权利又作为法律制度的所有权。^[13]

这也就是说,立法者通过制定法律设定了所有权的具体内容和限制,使作为基本权利的所有权的内容得以完整。传统的自然法理论认为,私人财产权是自然权利、先于国家的绝对权利,而基本法的规定和解释却明确了宪法所有权的基本权利和法律制度的双重性质,表明了所有权概念对于法律的高度依赖,只有依据法律的具体规定,才能清楚确定所有权的具体内容;所有权不是自然权利,天赋的权利,不存在脱离了实定法律制度的所有权。

(二) 所有权在土地领域中的特别社会义务——不可再生和不可或缺性之下的公共利益

虽然《基本法》第14条第1款的规定表明了立法者有权制定法律,设立所有权的内容和限制,但是立法者在塑造所有权时也并不完全自由,其受到宪法总体上的限制,也就是要求立法在形式和实质上都不违反宪法。这些限制在法定原则上体现为比例原则、平等原则、信赖保护等。^[14]

当然,立法者还受到了来自于《基本法》第14条第2款、第3款的限制,尤其是其中该条第2款中规定的所有权的社会义务,也就是所有权的行使应该同时要服务于公共利益。因此当立法者规定所有权的内容时,需要考虑公共利益。现在所有权塑造中,立法者不仅有权也是义务注意到所有权的社会义务。^[15]

正如联邦宪法法院曾强调的,土地所有权有着特殊的社会限制,“不可再生和不可或缺的土地不允许听任于个人的自由意志和自由力量的竞争”,“公共利益相较于在其他的财产权上应该更强程度地适用”。^[16]也就是说,由于土地的有限性和对于每个个人生存的不可或缺性,土地的使用不仅对于所有权人存在意义,同时其中还包含着更为复杂的社会关系。比如在德国多数人依赖于租赁他人所有的房屋作为自己住宅,这就要求通过社会福利性的租赁法给住宅所有权

[11] Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt – Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 472.

[12] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt – Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 472.

[13] Vgl. K. Finkelnberg Bauplanungsrecht, in: ders./Orloff (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, Bd I, 4. Aufl 1996, 18 ff.

[14] Vgl. Brun – Otto Bryde, in: Münch – Kunig (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd I, 5. Aufl 2000, 917ff.

[15] 同上, 第929页。

[16] BverfGE 21, 73 (82f.).

人设置义务。^[17]对于租赁房屋作为住宅的租赁人的权利，立法需要作出区别于一般的租赁的特殊考虑，这种考虑明显注意了其中社会福利的性质。为此立法设置了这类房屋的所有权人的特别义务，这些可能对于别的租赁法律关系来说是不需要的或者说不正当的。因为此时所有权的社会义务要大于一般租赁关系中的社会义务。由此不难看出，社会义务在土地所有权的塑造中有着相比其他所有权的立法而言更加重要的意义。

立法者在设定土地所有权的内容和限制时，相比起其他所有权立法更需要考虑所有权人在该物使用上的可能性以及社会需要，在比例原则的帮助下达到一个平衡。当然，并不是每个公共利益都能使针对土地和房屋权利的限制合法化，是公共利益在宪法上的重要性决定国家塑造（所有权）职权的范围。^[18]

（三）土地所有权的内容和限制之一——城市规划法

宪法中所有权的规定决定了不存在任意使用土地的自由，也就不存在任意建设的自由。由于不存在任意的“建设自由”（Baufreiheit），人们只能在法律的框架下在土地上进行建设活动。同时，基于土地特殊的社会义务的宪法认识，土地所有权的内容和限制在法律规定上表现出特殊性并且复杂于一般的所有权规定。因此，土地所有权成为立法者最重要的日常工作领域。^[19]由此形成了体系庞大的有关土地建设的法律制度，在德国统称为“建设法”（Baurecht），其是重要的法律部门，描述着土地所有权的内容和限制的边界。

在公法私法两分的视野下，建设法被归为公法建设法（Öffentliches Baurecht）和私法建设法（Privates Baurecht）。私法建设法是处理私法主体之间的土地建设使用中的问题，确定在什么样的范围内一块土地允许在不利于私的第三方之下被建设性使用。^[20]例如关于土地所有权和相邻权的《民法典》的规定（《民法典》第903条及以下）属于私法建设法；侵权法（《民法典》第823条及以下）也有建设法上的意义；此外基于《民法典实施法》第124条所颁布的联邦州的相邻权法，包括了关于建筑物的边界间距、窗户采光权、日照权、邻里围墙和界墙的规定，这些规范通常也被归入私法建设法。^[21]

公法建设法则是指在公共利益之下的土地的建设和其他使用应服从的规范和限制。其是指在建设性设施的建设、符合规定的使用、拆除和改建中关系到土地的建设性使用的允许、边界、秩序和促进的相关法律规范的总和。^[22]城市规划法则是典型的公法建设法的体系的一部分，是立法者试图根据土地之间的位置关系，平衡土地之上的使用权利和其承载的特殊的社会义务的结果。

[17] Vgl. Brun - Otto Bryde, in: Münch - Kunig (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd I, 5. Aufl 2000, 893.

[18] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 472 f.

[19] Vgl. Brun - Otto Bryde, in: Münch - Kunig (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd I, 4. Aufl 1992, 833.

[20] Vgl. K. Finkelnberg Bauplanungsrecht, in: ders./Orloff (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, Bd I, 4. Aufl 1996, 1.

[21] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 458.

[22] Vgl. Krautzberger, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 9. Aufl 2005, 2; Ulrich Battis, in Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 5. Aufl. 2006, 1.



二、城市规划法的内外部体系

(一) 城市规划法的内部体系——法律渊源及内容

城市规划法 (Stadtplanungsrecht) 在德国通常被称为“建设规划法” (Bauplanungsrecht)、“城市建设法” (Städtebaurecht), 主要是关于土地使用的地方性规划的规范。^[23] 城市规划法设定了城市规划, 而通过规划明确了土地使用中的法律上的权利义务, 从而规范了地块的建设性使用和其他使用的准备和引导。^[24] 其是根据城市建设的视角针对市镇内的空间形态和空间利用的法律规范。^[25]

城市规划法主要的联邦法的法律渊源是《建设法典》 (Baugesetzbuch)。《建设法典》既规范了作为过程的城市规划, 也规范了作为结果的城市规划。^[26] 具体而言在其第一章“一般建设法”中规定了市镇 (Gemeinde) 制定建设指导规划 (Bauleitplan) 时的程序性和内容性要求, 建设指导规划又分为两个层次, 即土地利用规划 (Flächennutzungsplan) 和营建规划 (Bebauungsplan)。^[27] 之后建设法的规定围绕着根据建设指导规划一块土地是否是可建设的, 并根据城市规划的观点应如何建设, 比如确定使用性质、楼层数等问题展开。一般建设法中还包括了规划补偿法的内容和大量的土地秩序的规范, 这些规范服务于确定的规划想法的实施, 比如土地重划 (Umlegung)、征收 (Enteignung)、土地开发准备 (Erschließung) 以及自然保护的措施 (Naturschutz)。

针对特别的城市建设问题,《建设法典》制定专章——“特别建设法”, 设定了一系列的措施, 包括在更新措施的帮助消除使用陈旧建设材料的城市建设的不良状况; 在发展措施的帮助下扩建、发展和新建定居点; 通过城市重建措施和社会福利城市的措施, 保障持续的和社会福利适当的城市发展。^[28]

除《建设法典》和散落在其他法律中补充建设法的事实构成的法律规范比如《联邦环境保护法》 (Bundes - Immissionsschutzgesetz)、《联邦自然保护法》 (Bundesnaturschutzgesetz) 等之外, 根据《建设法典》第9a条的授权, 交通、建设和城市发展部部长可制定法规命令, 这些法规命令也成为城市规划法重要的法律渊源, 比如《建设使用法规》 (Baunutzungsverordnung) 和《规划图例法规》 (Planzeichenverordnung)。前者确定了各土地利用类型的概念和具体, 规定了重要的控制指标的概念, 比如建筑密度、容积率、建筑体积率、建造方式等, 这些规定细化了建设

[23] Vgl. Winfried Brohm, Öffentliches Baurecht, 1997, 1.

[24] Vgl. Alpmann Schmidt, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl. 2004, 2.

[25] Vgl. Michael Brenner, Baurecht, 3 Aufl 2009, 4.

[26] 行政计划、行政规划可以指一种独立的行政活动的方式, 从这个角度看计划、规划行为是一个行为过程; 也可以指为实现预定结果的文案, 是计划、规划行为的结果。借用这种分类, 城市规划也可以理解为作为行为方式的和作为行为结果的城市规划。参见〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷), 高家伟译, 商务印书馆2002年版, 第179~186页。

[27] “Bebauungsplan”一词尚未形成统一的中文翻译。笔者采用了“营建规划”的译法, 一是与该词的德语原意保持一定的对应性, 二是“营建”一词除了具体的建筑物的建造之外, 还可以指气氛、环境的营造, 突出了现代城市规划的城市空间的形成功能。

[28] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Alpmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 459.

指导规划的内容，此外还针对各土地利用类型，确定了部分控制指标（建筑密度、容积率、建筑体积率）的上限参考数值，使得建设指导规划的内容得到了具体化和补充。《规划图例法规》则是规定了在建设指导规划中的规划资料和规划图例以及其在实践中的意义。^[29]

在《建设法典》等法律中授权市镇制定规章，由此管理土地使用这一地方的事务。这其中最典型的方式就是城市规划中的营建规划，这被认为是市镇自治权的核心领域。^[30] 其包含了对于城市建设秩序有法律约束力的规定，它针对居民的土地使用进行法律的规制。^[31] 以规章形式出现的营建规划构成了城市规划法在地方方法中的重要渊源。^[32]

（二）城市规划法的外部体系——土地所有权的其他公共限制

除城市规划法外，在公法建设法中还存在着其他的对于空间形态或建设行为进行规制的法律制度，这主要包括空间秩序法和建筑秩序法，它们与城市规划法有着密切的关系，但又发挥着不同的功能。

1. 空间秩序法（Raumordnungsrecht）

《空间秩序法》（Raumordnungsgesetz）是制定联邦、州和地区层面的空间秩序的联邦法律依据。根据1945年的《基本法》第75条的规定，联邦在《基本法》第72条的前提下对于空间规划有框架立法权，之后在1954年的联邦宪法法院的法律意见中，明确了联邦对于整个国家的空间进行规制的权力，但是联邦并没有制定针对全国范围的空间规划，而只是在1965年制定了联邦空间秩序法。该法设定联邦空间规划的原则和各州制定空间规划的目标和州规划的义务。随后在20世纪70年代各州相继制定了州规划法。^[33] 虽《空间秩序法》至今几经修改，^[34] 但并未改变联邦空间秩序法和州规划法所建构的在联邦层面的全国空间规划目标和原则、在州层面的州规划与州与地方市镇之间的区域规划的三级规划体系。

空间秩序规划的核心内容就是定居点、开放空间和基础设施的空间布局安排。^[35] 它涉及联邦、州、市镇的空间意义的规划和措施之间的协调。根据《建设法典》的规定，城市规划也要符合空间规划的目标。从这个意义上说，通过上下层级之间规划的相符的要求使得空间规划和

[29] Vgl. Michael Brenner, Baurecht, 3. Aufl. 2009, 46 ff.

[30] 城市规划法体系除了涉及规划权与土地所有权这对重要的关系之外，还涉及到市镇自治权和国家权力之间的重要关系。本文的观察主要观察城市规划法和土地使用之间的关系，对于市镇的规划自治权与国家法律的制约之间的关系不做具体展开。就此问题可参见 Walter Krebs, Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 464 ff.

[31] Vgl. Walter Krebs, Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 501.

[32] Vgl. K. Finkelnberg, Bauplanungsrecht, in: ders./Orloff (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, Bd I, 4. Aufl. 1996, 16.

[33] Vgl. Winfried Brohm, Öffentliches Baurecht, 1997, 27 f. 在德国，除了三个城市州以及 Saarland 没有制定州规划法之外，其余 12 个邦均有州规划法。

[34] 现行的空间秩序法是 2008 年 12 月 22 日制定的，在 2009 年 6 月 30 日全面替代了 1997 年版的空间秩序法。

[35] Vgl. Michael Brenner, Baurecht, 3. Aufl. 2009, 19.



城市规划等不同层次的规划结合成一个紧密的规划体系。^[36]

此外,空间规划还可能影响城市建设中建筑许可,因为根据《建设法典》第35条第3款的规定,城市规划不覆盖且不是建成区的地区为外围地区,在其中进行建设的私人申请者有义务遵守空间规划的目标。

可以看出,空间规划法建构起来的空间规划约束着城市规划制定者并且在特定的情况下也影响着私人的建设行为。空间规划法的目的在于超越地方的层面全局地协调个人和集体的关于空间使用的不同的要求,因此与城市规划的地方性不同,空间规划侧重于跨地方性;空间规划对于私人行动的直接约束力小于城市规划,空间规划的约束主要通过规划之间的约束实现,只在极少数情况下,直接对私人产生作用。

2. 建筑秩序法 (Bauordnungsrecht)

城市规划对于私人的约束具体到城市的具体地块上,而建筑秩序法则是针对建筑物的普遍适用的规定。建筑秩序法的主要目的是危险的防止,提出关于建筑形态的要求以防止外观丑陋以及社会福利上的和环境生态学上的标准的保证。^[37] 比如为了危险防止的目的,建筑秩序法规定了对于建筑设施的防火、防潮、防害虫或者防止其他化学、物理或者生物的侵害的要求;为了防止外观丑陋,大多数的建筑秩序法要求建筑符合通常的建筑艺术的标准,对于户外广告提出要求等;为了实现社会福利的标准,规定建筑设施便于残障人士出入等。

至今,所有16个州都参照联邦协助各州达成的“标准建筑秩序”(Musterbauordnung),制定了各自的建筑秩序法,其中包括了规范行政机关的组织、职权以及程序,特别是建筑许可颁发程序的程序性建筑秩序法;还包括了建筑的实体内容性要求。这些建筑秩序法还为大量的行政法规命令所补充。^[38]

建筑秩序法和城市规划法在实体法上相互交叉并且在程序上相互衔接。涉及具体土地的城市规划法对于具体地块之上的建筑物会提出实体法律的要求,而涉及建筑物的建筑秩序法也会对建筑物的建设形成要求。因此当个案中城市规划的规定和建筑秩序法的规定涉及同一个规范对象而又不一致时,就会出现应该如何适用法律的问题。比如在规划关于土地的可建设面积的规定和建筑秩序法的关于保持不建设的间隔规定之间存在冲突的可能。这样的冲突需要根据总则性(《基本法》第31条)和特别性(《标准建筑秩序法》第6条第1款第3句)的冲突规范来得以解决。在具体的建筑计划申请许可和行政机关进行建设监督时,城市规划法和建筑秩序法还存在程序上的关联,也就是在一个建筑计划的合法性审查过程中,行政机关需要确定计划在城市规划法和城市秩序法两个方面都符合规定。^[39]

3. 公法建筑法的立法权限分配

如前所述,《基本法》第14条第1款授权了立法者制定法律,塑造所有权。然而,这一抽

[36] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 458 f.

[37] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 459 f.

[38] Vgl. Winfried Brohm, Öffentliches Baurecht, 1997, 35f.

[39] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 459 f.

象的立法权力需要在联邦和州立法之间进一步分配。

根据基本法规定，联邦和州立法权限分配的基本原则是如果没有将立法权授予联邦时，则州有权立法；同时基本法明确规定了联邦的专属立法权以及联邦和州可竞争立法的范围。在专属于联邦的立法权事项中不涉及公法建设法的规定；而城市建设性土地交易和土地法立法（第74条第1款第18项）、土地细分（第74条第1款第30项）和空间规划（第74条第1款第31项）则属于第74条规定的竞争立法领域；但针对土地细分和空间规划问题，《基本法》第72条第3款第3、4项规定了州的背离性权限，即州有权就此制定与联邦法律不一致的州法律。

然而对这些权限条款并不是完全清晰且没有异议的。联邦立法机关最初试图通过联邦建设法在全联邦内一体性统一规定规划法、土地法、道路相邻人法和土地重划法。为了澄清联邦的权限范围，联邦众议院、参议院和联邦政府要求联邦宪法法院作出法律意见。联邦宪法法院在1954年6月16日的答复^[40]中解释了当时《基本法》第74条第18项中的“土地法”概念。^[41]其认为“土地法”不应被理解成为私法上的法律规范，而应该是城市建设性规划、建设土地重划、土地合并、土地评估、土地开发准备^[42]和土地交易法^[43]。由此城市规划法成为了联邦和州竞争立法的领域，此后联邦在1960年制定了《联邦建设法》，排除了州对此的立法权。

同时该联邦宪法法院的意见还解释了当时《基本法》第75条第4项的规定，认为联邦由于事务的本质而拥有一个专有的完全的对于全国的空间的规划权限，对于此外的空间规划（州规划）联邦仅有框架立法权。但联邦并未制定全联邦的空间规划，仅于1965年4月8日制定了空间秩序法，规定了州空间秩序的框架。在2006年的基本法修改中，空间规划划属竞争立法领域，而在联邦空间规划法之下的州规划的权力仍然属于州。^[44]

建筑秩序法的立法权限相对比较清晰，由于没有明列在专属和竞争立法权中，因此有关建筑秩序立法事项属于各州所有。

三、城市规划法的基本制度

（一）城市规划法的核心——建设管理规划

德国城市规划法的核心是建设指导规划制度，其又分为“准备性的建设指导规划”——土地利用规划和“约束性的建设指导规划”——营建规划。《建设法典》第一章的第一部分（第1~13a条）就是关于建设指导规划的内容、制定等，第二部分（第14~28条）是关于建设指导规划的保障实施。其他大量的城市规划法的制度也都是以建设指导规划为基础的，比如土地重

[40] 参见 BVerfGE 3, 407ff.

[41] 第74条第18项的内容成为现行基本法的第74条第1款第18项的内容。虽然经历了基本法的修改，但是“土地法”仍然是联邦和州的竞争立法事项。

[42] 关于土地开发准备法，在1994年基本法的修正案中，将开发费用分担的权力排除出竞争立法权，而仅属于州所有。

[43] 在此土地交易法（Bodenverkehrsrecht）的概念是指在什么程度上土地所有权或者其他土地上权利的变更要服从于获得许可义务的建设性秩序。这不同于基本法74条第18项中“土地交易”（Grundstücksverkehr）事项。

[44] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 461f.



划、征收和土地开发准备。^[45] 因此建设管理规划被称为“现代城市建设法的核心部分”。^[46]

建设指导规划的功能在于市镇之内的土地建设性和其他使用的准备和引导。第一层次的土地利用规划,是根据市镇的考虑城市发展预计的需要,对整个市镇内的土地框架性地确定预计的土地使用的用途,^[47] 它有着承上启下的作用,它一方面要将跨地方的空间秩序转化到市镇的范围,另一方面也是对营建规划的控制。

“约束性的建设管理规划”即营建规划确定了市镇部分土地将用于建设并且明确了在营建规划适用范围内允许的土地建设性使用的种类和规模,由于建设法明确了其法律性质为规章(Satzung),^[48] 也就是说营建规划的规定是直接有对外的法律约束力。同时《建设使用法规》细化了营建规划中使用用途种类和规模的指标以及设定了部分指标的上限。^[49] 这些规定随着营建规划将具体土地的归入不同的土地利用类型,落实到市镇的具体土地上,形成了土地使用的限制。^[50] 依法作出的营建规划通过建筑许可(Baugenehmigung)中体现出实际的约束力,也就是说在存在营建规划的范围,只有不违背营建规划的建筑计划才能被许可,营建规划是建筑许可的依据,是市镇控制建设行为的重要工具。

(二) 建设管理规划对于私人土地的作用——使用的限制和所有权的影响

1. 使用的限制——建筑许可的依据

建设管理规划描绘了土地未来使用的蓝图,其也意味着对具体的私人土地所有权设置了内容边界或者说限制,其通过建筑许可制度约束着土地的使用。

土地利用规划虽然通常是营建规划的依据,但是其法律性质与营建规划不同,它没有被明确规定为规章,只是市镇议会的决议。通说认为土地利用规划不是对每个人都有约束力的法律规范并且也没有为所有权人设立权利义务,因此也不认为其是行政行为。^[51] 一般可认为是内部行政规定(Verwaltungsvorschrift)。该规定约束着其他的规划制定者,比如专业规划和营建规划的制定者。但是在外围地区中,土地利用规划将构成审查建筑计划是否损害或者阻碍公共利益的依据,从而可能使得建筑计划不予许可。^[52] 这种情况下土地利用规划不是通过营建规划而是直接在建筑许可中对私人的土地使用直接产生了对外的法律效果。

作为市镇规章的营建规划具有法律规范的性质,通过建筑许可直接约束着土地使用活动。根据《建设法典》,建筑许可在规划法上分成以下几种类别:第一种是在合格的或者计划相关的营建规划适用范围内的许可;第二种是在营建规划外的建成区相关的计划许可;第三种是在外

[45] Vgl. Krautzberger, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch Kommentar, 9 Aufl. 2005, 24.

[46] Schmidt - Aßmann, BauR 1978, 99.

[47] 参见 Michael Brenner, Baurecht, 3 Aufl 2009, 50.

[48] 根据《建设法典》第10条第1款,营建规划是市镇制定的规章。

[49] 参见《建设使用法规》第1~15条细化了营建规划能够规定的土地建设性使用的种类和各种类中允许的使用用途,第16~21a条细化了营建规划能够确定的建设性使用的规模的指标和部分指标的上限。

[50] Vgl. Michael Brenner, Baurecht, 3 Aufl 2009, 46 ff.

[51] Vgl. Michael Brenner, Baurecht, 3 Aufl 2009, 46 ff; K. Finkelnberg Bauplanungsrecht, in: ders/Ortlöff (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, Bd II, 4 Aufl 1998, 37 ff; Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 499 ff.

[52] 参见《建设法典》第35条第3款的规定。

围地区，也就是第一种和第二种地区之外的建筑许可的颁发。^[53]

在第一种类别中，建筑许可又存在三种可能：一是建筑计划在符合条件的营建规划的范围內，只有符合营建规划才能够被允许；二是建筑计划在仅涉及该建筑计划的营建规划范围内，也必须符合营建规划才能够被允许；三是建筑计划在简单营建规划的范围內，由于简单营建规划可能缺乏建设类型、大小或者允许建筑面积的规定，建筑许可则按照建成区或者外围地区的许可要求来进行。

可以看出，营建规划所设定的建设类型、规模、允许建筑的基地面积等指标是确定时，营建规划原则上约束着建设开发行为，也就是设定了土地所有权者如何使用土地的秩序、规则；违反了这样的秩序、规则，将无法获得建筑的许可，由此建设也不得进行，即使进行了也将构成违法建筑（Schwarzbau）。当然约束业存在法律上的例外，《建设法典》第31条就规定了建筑许可不适用营建规划的例外和豁免；第37和38条规定了不需要获得建筑许可的建设行为。

在营建规划之外的建筑许可中，对于建成区的建筑许可的主要原则是必须与周边的环境特征相符合；在外围地区的许可则有比较多的限制，考量的标准主要是不能违反公共利益，限于一些非工业的相对低强度的特定的使用用途。虽然营建规划未覆盖的地区也并不意味着没有约束，公共利益是颁发许可的重要考量。

2. 使用的限制——城市建设性命令

在申请建筑许可时，营建规划对于土地使用的约束是严格的。然而除此之外，营建规划还在其他方面影响着土地使用或者所有权。市镇还可以依据营建规划主动作为。具体而言，当出于城市建设性理由需要立即执行营建规划时，市镇能够颁布城市建设性命令，比如建设命令、现代化和修缮命令、种植命令和清除命令。这些命令使土地所有者或使用者丧失或者部分丧失土地使用的自由，需要按照营建规划或者建成地区的情况使用土地。^[54]虽然符合一定的条件时，一方面所有权人^[55]可以要求补偿^[56]或者补助^[57]，也可要求市镇接管土地得到补偿，另一方面市镇在所有权人不履行命令的情况下可以征收土地。^[58]

3. 所有权的影响——规划附属性征收

在私人按规划进行建筑和行政积极做出城市建设性命令之外，还有一个重要的实现城市规划的制度，这就是征收。^[59]合法的征收目的之一就是实现营建规划，这类征收在理论上被称为

[53] 参见《建设法典》第30、34、35条的规定。

[54] 《建设法典》第175~179条详细规定了城市建设性命令。

[55] 在特定情况下，所有权人之外的其他物权权利人也有权主张权利，比如租赁人等。

[56] 《建设法典》第178条规定，市镇能够根据具体的营建规划要求所有权人种植植被。但根据《建设法典》第41条第2款，种植植被超出了通常必要的费用或者因为种植命令造成了财产价值的实质性减损时，市镇需要对所有权人进行补偿。第179条第3款规定，所有权人、租赁人等由于清除命令有了财产上的不利，可以要求市镇给予补偿。

[57] 《建设法典》第177条规定，现代化和修缮命令引起的费用应该由土地所有权人承担，但在特定的条件下，市镇应给予补贴资助。

[58] 《建设法典》第176条第4款规定，颁布了建设命令，但土地所有权人认为自己在经济上不能承担时，可以要求市镇接管其土地并给予补偿；第8款又随后规定了，建设命令不被执行时，市镇可以启动征收程序。

[59] 《建设法典》第1章的第5部分，也就是第85条至第103条对征收作了详细规定。



规划附属性征收 (planakzessorische Enteignung)。当然, 与营建规划不一致的土地使用, 并不必然引起对该土地的征收, 因为根据《建设法典》的规定, 征收的目的之外还有其他的征收允许的构成要件, 其中重要的一条就是在征收个案, 征收的目的在其他的合理方式下无法实现, 个案的情况要求此时必须进行征收。^[60] 营建规划在制定时综合权衡了公共利益和私人利益两者相互之间和各自内部之间的重要性, 在第一层面抽象地实现公共利益; 而在决定征收之前根据“必要性原则”对于具体征收的个案进行判断, 是否此时必须要征收, 这是将公共利益的判断进一步具体化。^[61]

不符合营建规划的使用并不是规划附属性征收的充分条件, 而是其必要条件。从这个角度说营建规划对于所有权人是否能够继续保有土地存在着不可忽视的影响。

(三) 私人对于建设管理规划的制约——规划权的控制与规划补偿的可能

《建设法典》对于土地的建设性和其他使用建立了规划, 也就是设定了建设活动的限制, 这使得建设自由成为一种“潜在”的自由。^[62] 但受到制约的不仅是建设自由, 同样还包括制定规划的权力本身。

1. 公众参与的过程控制

建设管理规划的制定需要考虑一系列在《建设法典》第 1 条第 6 款列举的公共性的利益, 还需要根据第 7 款在私人利益和公共利益相互之间做一个公正的权衡, 其中, 所有权保护是最需要衡量的私人利益, 要考虑这些规划性的规定将给土地所有权和它的使用带来什么样的后果。^[63] 此外, 还存在别的需要考量的私人利益, 比如作为被规制的土地的邻里的利益。

在公共利益之间、私人利益之间和公共与私人利益之间三方面的权衡中, 公共利益或私人利益都没有绝对的优先性。为了实现公正的权衡, 建设指导规划的制定程序设置了详尽的公众参与和机关参与的制度, 特别是规定了双层次的公众参与, 即规划草案形成前的参与和规划草案形成后的参与。^[64]

《建设法典》第 3 条第 1 款规定了早期的参与, 此时并不存在建设指导规划的草案, 但市镇对于规划的总的目的和目标已经有了成熟的考虑。参与者不受是否与规划相关的限制, 市镇应该告知规划的目的和目标, 不同的方案以及规划可能产生的不同效果, 由此参与者可以提出建议和批评, 目的是为了使规划材料更完善。

第二阶段的参与是在规划草案以及理由的公示阶段。根据《建设法典》第 3 条第 2 款的规定, 在一个月的公示期间内, 任何人都可以表达对于草案的意见, 市镇应对这些意见进行审查, 并告知审查的结果。这并不意味着期限后不能够再提出意见, 而是没有在期限内表达的意见, 可以在规划制定决策中不被考虑; 并且在草案形成参与中应该能够提出但是实际没有提出意见

[60] 有关征收构成要件的分析, 可参见 Battis, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch Kommentar, 9 Aufl. 2005, 919ff.

[61] 参见 Battis, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch Kommentar, 9 Aufl. 2005, 929.

[62] 参见 Krautzberger, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch Kommentar, 9 Aufl. 2005, 26 f.

[63] 参见 Krautzberger, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch Kommentar, 9 Aufl. 2005, 27.

[64] Vgl. Walter Krebs Baurecht, in E. Schmidt - Aßmann F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl 2008, 519.

的，根据《行政法院法》第 47 条的规定，之后又申请规范审查的，申请将不被接受。

2. 司法的控制

除了制定程序的控制外，建设指导规划作为城市规划过程的结果通过不同的方式受到法院的审查。

首先根据《行政法院法》第 47 条第 1 款第 1 项的规定，高等行政法院能够针对依据《建设法典》颁布的规章，根据申请审查其有效性，这就是所谓的规范审查（Normenkontrolle）。作为规章的营建规划由此能够成为高等行政法院规范审查的对象，而土地利用规划由于不属于规章因而不在于规范审查范围之列。

根据《行政法院法》第 47 条第 2 款的规定，规范审查的申请可以由自然人、法人甚至行政机关在规范颁布后一年内提出。只有因法规或其适用而遭受损害，或在可预见时间将遭受损害的自然人和法人能够提出审查申请。也就是说与营建规划直接相关土地的所有权人和使用人可提起外，在利益权衡中认为其权利被损害的也可以作为申请人。

规范审查依据联邦法、州法，对营建规划针对其程序和实体两个方面进行审查：其中包括是否遵守关于营建规划制定、批准、公布等程序要求；在实体方面是否符合了土地利用规划，是否遵守了建设指导规划的原则性要求，是否遵守了权衡各种利益的规定。法院认为营建规划不具有有效性的，宣布其全部或者部分无效；对于存在瑕疵的，可以通过增补程序进行补正。

在规范审查之外，还存在针对规划的合法性的附带审查（Inzidentkontrolle）机制，这是指在具体行政争议时，营建规划作为一个先决问题来处理。如在义务之诉中，原告提出营建规划违法而无效，由此依据营建规划的不予许可也是违法的，这就产生了对营建规划的审查；在撤销之诉中，原告认为营建规划违法，要求撤销据此颁发的建筑许可，这时也可审查该规划是否合法有效。^[65] 附带审查的审查范围与规范审查相当，但是审查效果只是针对个案，审查对规划作出的否定性评价没有普遍的约束力。^[66]

行政法院的规范审查和附带审查使得当事人可以对已发生效力的规划限制付诸司法，获得救济。虽然两者对于规划效力的阻断有所不同，但都从一定程度上制约了建设指导规划的制定和实施的权力。

3. 使用限制的平衡——规划补偿的可能

规划制定的参与和司法审查试图保障过程和结果两个层面的规划的合法性，但并不意味着所有的规划限制都是无偿的。《建设法典》第 39 条至第 44 条系统地规定了规划补偿问题。

第 40 条规定了为了公共利益的使用，比如交通用地、公共绿地等，如果造成了保有土地或者继续现有使用的经济上的不可接受或者困难时，在一定的条件下，土地所有权人可以要求市镇给予金钱补偿并接管土地，或者要求建立共同所有权或某项他物权，又或者保留所有权但给予一定的金钱补偿。这种补偿制度的设定实际上是在土地未被市镇征收前，弥补土地所有权人的财产价值损失。因为规划发生效力并不意味着现存的使用方式或者不使用违法，也就是说先前的使用状态仍能继续但是规划可能导致经济上或者事实上的价格的实质减损或者使用性的丧

[65] Vgl. Alpmann Schmidt, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl. 2004, 33 ff.

[66] Vgl. Michael Brenner, Baurecht, 3. Aufl. 2009, 72f.



失。宪法允许基于公益制定规划,但并不排除其需要公正的补偿。^[67]

与第40条规定的营建规划设定补偿相类似,第41条第1款规定的为了他人在土地上设定通行、行车和管线权利时,土地所有权人可以要求补偿。^[68]第41条第2款则规定了市镇做出种植命令时,由此产生的非必要的费用以及造成土地价值实质性减损的补偿。第39和第42条确定的是营建规划变更或者终止时,应当进行补偿的情形。

结语:我国法的借鉴角度

德国作为城市规划法制发达国家,城市规划法体系相对于我国而言十分完备,甚至可以认为精密而复杂。

德国土地使用的法律问题早已突破了传统的民法中所有权、使用权和相邻权的讨论。以城市规划法为代表的公法建设法已经形成了结构严谨、内容丰富的法律部门。这些起始于对于所有权认识的深化:基本法对于所有权的规定和法律研究的共识确定了作为基本权利的所有权对于法律秩序的依赖,同时作为基本权利的所有权对于权力的制约。在此大前提之下,土地使用的公法限制的各项制度得以展开。其中城市规划法以解决土地使用权利和公共规划权力之间关系为脉络展开,基于土地的社会义务对于土地使用权利干预边界的确定和机制的建立成为城市规划法的核心问题。

德国城市规划法关切的城市建设性使用的规划限制的正当性和正当性保障机制的问题,能够使我们清晰地认识到土地使用早已脱离了绝对自由的状态,公共限制已经成为法律共识和常态,问题转化成为解决公共限制的正当性和边界的确定。而这个问题转化的基础是对于宪法上所有权的认识。我国的土地所有和使用制度正处在改革深化的过程中。如何认识和把握土地权益,尤其是如何看待来自法律的限制,成为时代的重要课题。德国的经验提示我们研究土地使用的公共限制、城市规划法时,必须加深土地所有权、土地使用权研究;在认识和把握土地使用权利和土地所有权时,需要关注以城市规划法为代表的公共限制对于土地权益的构成作用。同时,德国法讨论城市规划的公共限制对于土地使用权利的作用和土地使用权利人对于规划的制约的角度对于构建我国城市规划法研究的框架也有着重要的意义。

[67] 参见 Battis, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch Kommentar, 9 Aufl. 2005, 660f.

[68] 补偿并不包括法律规定的所有权人有义务容忍的供应管线的通过,以及服务于土地本身开发和供应的地方性管线的通过。