

# 自然资源国家所有权的性质 反思与制度重构

王克稳\*

**摘要** 在我国,虽然从宪法、资源法到物权法都对自然资源国家所有权作了规定,但规范意义上的自然资源国家所有权制度并未真正建立起来。在理论上,自然资源国家所有权的法律性质至今难有共识,所有权的内涵认识不一。所有权的法律性质之争直接影响到自然资源国家所有权制度构建的基础,对所有权内涵的不同认识影响到制度构建的具体内容。自然资源国家所有权主体的全民性、客体的公共性决定了自然资源国家所有权的公权力属性,这是一种以公权力方式行使并受公法约束的所有权,本质上是国家的公权力。而在市场条件下,将规模庞大的自然资源设定为国家所有系基于自然资源领域广泛存在的产权不清晰、外部性、公共物品等市场失灵问题,自然资源国家所有权实质上是国家对自然资源的产权管制权。我国的自然资源国家所有权制度应当以约束国家所有权为基础、以规范管制权为中心构建。

**关键词** 自然资源国家所有权 公权力 管制权

自然资源因其巨大的价值及对人类生产与生活的影响而被纳入法律的调整范畴,法律调整自然资源最为重要的制度就是自然资源所有权制度。在我国,自然资源分属国家所有与集体所有,但以国家所有为主。关于自然资源集体所有权的民法所有权属性理论与实践意见基本一致,分歧主要集中在自然资源国家所有权方面。传统观点认为,自然资源国家所有权为民法物权,是国家对自然资源享有的占有、使用、收益、处分的权利,自然资源国家所有权因此被纳入民法物权体系。<sup>〔1〕</sup>但在《物权法》起草过程中,有关自然资源国家所有权是否属于民法

\* 苏州大学王健法学院教授。本文系国家社科基金重点项目“国有自然资源使用权配置研究”(项目编号:15AZD066)的研究成果。

〔1〕 参见《民法通则》第80、81条。

物权、物权法是否应规定自然资源国家所有权以及物权法规是否适用于规范自然资源国家所有权等问题引起了激烈的争论。尽管《物权法》最后还是将自然资源国家所有权规定为所有权的一种类型,但《物权法》的通过不但没有平息争议,反而引发了有关自然资源国家所有权的法律性质的持续讨论。近年来,有学者开始从公法的角度分析和思考自然资源国家所有权,提出自然资源国家所有权为宪法和行政法上的公权。随着讨论的深入,无论是持民法所有权说的学者还是持公法所有权的学者抑或持折衷观点的学者,对于自然资源国家所有权与民法所有权在主体、客体、行使、救济与责任等方面存在的差异,以及自然资源国家所有权所蕴含的公权力因素或公法因素等问题都已有不同程度的共识。分歧和争论主要集中在下列方面:自然资源国家所有权与民法所有权到底存在哪些本质的不同和内涵的差异以致于自然资源国家所有权无法纳入民法物权体系并适用物权法规范?公法所有权是一种什么性质的权利?我国理论与制度实践中是否存在有别于民法所有权的公法所有权?自然资源国家所有权从民法物权体系中分离出来后如何进行相应的制度构建?这些都是法学特别是公法学需要回答的基本问题,也是构建科学的自然资源国家所有权制度需要解决的基础性问题。

## 一、自然资源国家所有权的法律性质:国家的公权力

### (一)自然资源国家所有权:宪法和资源法设定的所有权

基于《物权法》对自然资源国家所有权的系统规定,学者们多认为,自然资源国家所有权是物权法设定的所有权,或者说,“国家所有权制度的主要部门法渊源就是物权法”。〔2〕其实,只要梳理一下《物权法》有关自然资源国家所有权的规定并将这些规定与宪法和资源法的规定对照一下,就会发现《物权法》第46、48、49、50条规定为国家所有的自然资源,都是宪法和资源法已经设定为国家所有的自然资源,物权法并没有超出宪法和资源法设定任何一项新的自然资源国家所有权,《物权法》立法时尚未设定为国家所有的自然资源,《物权法》都未作规定。〔3〕因此,《物权法》对自然资源国家所有权的规定不属于设定自然资源国家所有权,设定自然资源国家所有权的是宪法和资源法。其中宪法列举加概括地规定了国家所有的自然资源的范围,为资源单行立法设定自然资源国家所有权提供了宪法依据。《宪法》第9条第1款规定:“矿产、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,都属于国家所有,即全民所有。”在资源单行立法方面,到目前为止,设定自然资源国家所有权的法律共8部,行政法规1部,分别是

〔2〕 张力:“国家所有权遁入私法:路径与实质”,《法学研究》2016年第4期,第4页。

〔3〕 在《物权法》起草中,有常委会组成人员提出,国有财产的范围还应增加空域、航道、无居民岛屿、种质资源等,而这些都是物权法立法时尚未设定为国家所有的资源。“法律委员会研究认为,……草案第五审议稿具体列明的属于国家所有的财产,是以现行法律、行政法规的规定为依据的。……对现行法律、行政法规没有明确规定的,草案做出概括性规定为宜。”(参见全国人大法律委员会关于《中华人民共和国物权法(草案)》修改情况的说明(2006年10月27日十届全人大常委会第二十四次会议),载全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,第58页。)最终通过的物权法对于法律没有规定为国家所有的自然资源,没有再作规定,而是概括规定,法律规定属于国家所有的财产,属于国家所有(第45条第1款)。这就将设定自然资源国家所有权的权力仍然留给了资源单行立法。

《矿产资源法》《煤炭法》《水法》《森林法》《草原法》《海域使用管理法》《野生动物保护法》《海岛保护法》和国务院、中央军事委员会联合发布的《无线电管理条例》。除宪法列举规定的属于国家所有的矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源外,资源法上又将宪法未列明的海域、野生动物、无居民海岛、无线电频谱资源设定为国家所有。

由于《宪法》第9条第1款使用的是“国家所有”而非“国家所有权”的表述,因此,理论上对《宪法》第9条第1款是否是有关自然资源国家所有权的规定存有分歧。有学者认为,宪法规定的国家所有就是国家所有权,这种所有权属于宪法所有权。<sup>〔4〕</sup>另有学者认为,“现行宪法文本中没有出现‘所有权’一词,更没有出现‘国家所有权’的表达……从以上宪法条款上下文的逻辑联系和宪法文本对词语表达的选择来看,‘国家所有’在宪法上意指公有制的一种特定形式,即国家所有制或全民所有制,应该是毋庸置疑的。至于其是否同时还有‘国家所有权’的涵义,则需要进一步研究,仅仅从上述条款的逻辑联系和语词选择出发,既不能完全排除这种可能性,也不能直接作出肯定回答。”<sup>〔5〕</sup>还有的学者认为,《宪法》第9条规定的自然资源“国家所有”不应从私有财产权去理解,而应放到《宪法》第13条“社会主义公共财产”的框架下理解,宪法上“国家所有权”的命题本来就是一个伪命题。<sup>〔6〕</sup>

虽然从《宪法》第9条第1款的规定确实难以确定该条中“国家所有”是否就是“国家所有权”,但自然资源国家所有不仅仅是一个宣示性制度,是需要实施和落实的。如果否认《宪法》第9条第1款是有关自然资源国家所有权的规定,那么,有关自然资源的单行立法在范围广泛的自然资源上设定国家所有权都会因为没有宪法依据而面临合宪性危机,而《宪法》第9条第1款的规定又因为没有单行法的具体化而成了摆设。由于所有的资源单行立法都是依据宪法制定的,是宪法规定的具体化,从设定自然资源国家所有权的资源单行立法可以得出《宪法》第9条第1款中的“国家所有”意即“国家所有权”的结论,因为在这些资源单行立法上,“国家所有”与“国家所有权”同义。譬如《矿产资源法》第3条规定“矿产资源属于国家所有,由国务院行使国家对矿产资源的所有权。”《煤炭法》第3条规定“煤炭资源属于国家所有。”《水法》第3条、《森林法》第3条、《草原法》第9条、《海域使用管理法》第3条、《海岛保护法》第4条都有类似规定。此外,在物权法上,“国家所有权”与“国家所有”也是同义。《物权法》第5章的标题是“国家所有权和集体所有权、私人所有权”,表明这一章是有关所有权的规定,其中第46条到第50条是有关自然资源国家所有权的具体规定,但这些条款使用的均为“国家所有”而非“国家所有权”,但谁也不会否认它们规定的就是“国家所有权”。

## (二)自然资源国家所有权私权说的实证分析

由于《宪法》第9条第1款既未对自然资源国家所有权进行定义,也未对自然资源国家所有权进行定性。而对自然资源国家所有权的定性是其制度建设的前提和基础。“当代中国自然资源国家所有权制度变迁的首要任务,就是明确自然资源国家所有权的法律性质。如果不对自然资源国家所有权定性,不但难以创建和完善相关具体规范,而且极有可能导致具体制度

〔4〕 税兵:“自然资源国家所有权双阶构造说”,《法学研究》2013年第4期,第15页。

〔5〕 谢海定:“国家所有的法律表达及其解释”,《中国法学》2016年第2期,第87页。

〔6〕 李忠夏:“宪法上的‘国家所有权’:一场美丽的误会”,《清华法学》2015年第5期,第82页。

在价值取向上的重大偏差,从而出现方向性错误。”〔7〕

自然资源国家所有权民法所有权说是我国学界有关自然资源国家所有权法律性质的传统和主流观点。不过近年来,这一观点开始受到越来越多的质疑,代表性的观点有公权说和混合所有权说。公权说认为,自然资源国家所有权虽有“所有权”之名,但自然资源国家所有权在主体、客体、内容、行使、救济与责任等方面都与民法物权存在本质差异,并非以特定主体对特定物的直接支配为内容的民法物权,在民法物权的理论框架下难以得到正确理解和圆满解释。自然资源国家所有权是一种宪法公权,主张以公权力配置的基本原理、原则规范自然资源国家所有权的配置。〔8〕混合所有权说认为自然资源国家所有权并非单一的私权或公法,而是一种混合性的所有权。但混合说又有下列不同认识:①公、私权双重属性说。认为自然资源国家所有权具有公、私权的双重属性,“自然资源国家所有权既受私法调整也受公法调整,既具有私权效力也具有公权效力,呈现出公、私混合的复杂形态。”〔9〕②双阶构造说。认为“自然资源国家所有权的法系统呈现出公私法交错的状态,蕴含着垂直关系的宪法规范和水平关系的民法规范,体现为‘宪法所有权—民法所有权’的法律构造。”〔10〕③三层结构说。认为自然资源国家所有权不是专属于公法的所有权。它包含三层结构:第一层结构是私法权能。在这一层面上,它与物权法上的所有权无异。第二层结构是公法权能。其主要包括国家对于自然资源的立法权、管理权和收益分配权。第三层结构是宪法义务。国家应当为全体人民的利益行使其私法权能和公法权能。〔11〕不过,尽管质疑不断,但民法所有权说的理论地位并没有被撼动。本文避开理论争执,以自然资源国家所有权的制度实践作为检验民法所有权理论观点科学性的标准。

以民法所有权理论指导自然资源国家所有权的制度构建一直是民法所有权说学者们努力的方向,并已通过立法付诸实践。在制度实践上,我国自然资源国家所有权民法所有权的制度构建始于《民法通则》,成于《物权法》。但其发布实施是否意味着自然资源国家所有权真的完成了民法所有权的制度构建了呢?答案是否定的。

首先,自然资源国家所有权非《物权法》创设的所有权。

如前所述,《物权法》规定的国有自然资源都是宪法和资源法已经设定为国家所有或必须依赖资源法设定为国家所有的自然资源,《物权法》并没有创设新的自然资源国家所有权。2009年12月26日通过的《海岛保护法》规定无居民海岛属于国家所有(第4条)。但无居民海岛的国家所有在《物权法》上并未规定,原因就在于《物权法》通过时海岛保护法尚未立法。

其次,《物权法》有关自然资源国家所有权的的规定没有规范意义。

《物权法》有关自然资源国家所有权的法条,可以分为两种情形:一是重复宪法和资源法的规定。其中第46条的“矿藏、水流……属于国家所有”,第48条规定的“森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,属于国家所有”,是照抄了《宪法》第9条第1款的规定;第46条中的“海

〔7〕 邱秋:《中国自然资源国家所有权制度研究》,科学出版社2010年版,第8页。

〔8〕 巩固:“自然资源国家所有权公权说”,《法学研究》2013年第4期,第23—30页。

〔9〕 叶榭平:“自然资源国家所有权的双重权能结构”,《法学研究》2016年第3期,第58页。

〔10〕 税兵,见前注〔4〕,第17页。

〔11〕 王涌:“自然资源国家所有权三层结构说”,《法学研究》2013年第4期,第48页。



域属于国家所有”是重复了《海域使用管理法》第3条,第50条“无线电频谱资源国家所有”是重复了《无线电管理条例》第4条;二是没有规范意义的赘语。《物权法》第49条规定“法律规定属于国家所有的野生动植物资源,属于国家所有。”法律规定属于国家所有的野生动植物资源当然属于国家所有,不会因为物权法不作这样的规定它就不属于国家所有了。有学者将《物权法》中既不是规则,也不是原则,无论如何也不足以成为行为规范或者裁判规范的法条称之为“僵尸法条”,并指出,“分析一个法条是真法条还是僵尸法条是一件再简单不过的事情:分析一下有这个规定和没有这个规定,有关当事人的权利义务是不是会有所不同。”<sup>[13]</sup>若以此标准审视《物权法》第49条,会发现其有或没有都不会影响宪法和资源法规定的自然资源国家所有,相关权利义务也不会因为《物权法》的规定而增加或者减少。

最后,《物权法》有关所有权的规则和原则都不适用于规范自然资源国家所有权。

《物权法》对自然资源国家所有权的的规定本身虽没有规范意义,但这些规定是否具有其他法律效果?是否如有学者所言,“看似相近的法律规范如果出现在不同的立法文本中,是否产生不同的法效果?”或者说,《物权法》对自然资源国家所有权的的规定是否意味着“把自然资源国家所有权从宪法权利转换为民事权利”?<sup>[14]</sup>将自然资源国家所有权转换成民法所有权肯定是《物权法》规定自然资源国家所有权的的目的。但转换是否成功,关键还要看自然资源国家所有权可否适用《物权法》予以规范。如果《物权法》上规范所有权的规则或原则都不适用于规范自然资源国家所有权,那说明自然资源国家所有权的民法所有权转换并没有真正完成。从自然资源国家所有权的制度现状看,《物权法》上有关物权的设立、变更、转让、消灭以及保护的规则和原则都不能适用于自然资源国家所有权;依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记;法律规定专属于国家所有的自然资源,其所有权具有不可处分性,任何单位和个人不能取得所有权;资源国家所有权的行使依据是资源法而非《物权法》,当资源国家所有权受到侵犯时,资源行政机关只会依照资源法的规定直接对侵权人实施处理与处罚,没有资源行政机关会依照《物权法》对侵权人提起所有权保护诉讼。因此,自然资源国家所有权并没有因为《物权法》的规定而真正进入民法领域。由于民法所有权制度是基于该所有权的民法所有权性质构建的,制度构建的失败必然动摇自然资源国家所有权民法所有权说的基础。

再追问下去,为什么《物权法》难以完成自然资源国家所有权民法所有权制度的建构呢?

有学者认为,《物权法》难以完成自然资源国家所有权制度建构的原因在于自然资源国家所有权不具有民法所有权的一般形式特征。譬如自然资源不符合《物权法》对物的定义,自然资源国家所有权具有不可让渡性,自然资源国家所有权的救济未采用民事责任的路径,等等。<sup>[15]</sup>这种说法有一定道理但欠充分。专利权、商标权、著作权、特许经营权等权利都不具有民法上物的传统形式特征,但纳入《物权法》的调整范围并没有障碍。自然资源国家所有权难以融入物权法的根本原因不仅在于自然资源国家所有权与民法所有权在所有权权能及内容

[13] 葛云松:“物权法的扯淡与认真”,《中外法学》2006年第1期,第53—54页。

[14] 税兵,见前注[4],第8页。

[15] 税兵,见前注[4],第12页。

上的实质性差异,<sup>[16]</sup>更在于自然资源国家所有权所蕴含的公权力属性及其与《物权法》调整对象之间的冲突。理论上之所以将自然资源国家所有权纳入私法范畴,一个重要的原因是受到传统公法理论的影响。传统公法认为公法关系为统治关系,所谓统治,“是一种可以命令自由人(及其结合体)作为、不作为及给付,并能强制其遵从的权利”。“公法的主要性质是在于其为国家与人民间之关系的规律,而国家有以优越的支配权去命令和强制人民的权利之点,则为其主要的特征”。<sup>[17]</sup> 由于以命令和强制为特征的传统公权力作用的对象仅限于人,对物是无法适用命令与强制的,而自然资源国家所有权是国家对自然资源(自然之物)的管制权,为区别于传统的以人为作用对象的行政权,法律上将国家对自然资源的管制权称为国家所有权。又由于传统公法将公法关系局限在国家与人民之间的关系,因此,这种国家对自然资源的管制权就被理所当然地纳入到民法所有权的范畴。实际上,由自然资源国家所有权主体的全民性和客体的公共性所决定,这种所有权只是借用了“所有权”之名,与私法所有权并无实质性关联,它是国家代表全民控制、干预和管理自然资源之权,本质上仍是一种国家的公权力。因此,早在《物权法》起草过程中,就有学者提出,自然资源国家所有权是由宪法和行政法赋予的财产所有权,属于公权,它跟私法上的所有权和其他物权完全不同。“专属国家所有的财产不可以转让,不得被民事强制执行,不得被列入破产财产……《物权法》上的规则,可以说基本上都不能适用于作为公权的国家所有权”。<sup>[18]</sup> 更有学者指出,自然资源“国家所有权的法律性质是一种公共权力,它是一种与民法上的私所有权大相径庭的公所有权。它不能为私人的利益行使,而只能为公共利益的目的而行使。但一直以来,我们习惯把国家所有权混同于民法上的所有权,从而导致了理论上的混乱和实践上的困难。”<sup>[19]</sup> 就《物权法》是否应当规定自然资源国家所有权的问题,有学者指出,“物权法最好是不去规定国家所有权,那是宪法和行政法的事,宪法规定国家所有权的取得,行政法规定国家所有权的管理,轮不到物权法去规定。”<sup>[20]</sup> 实际上,就是肯定自然资源国家所有权为民法所有权的学者也不得不承认自然资源国家所有权所包含的公法权能,而且认为自然资源国家所有权的公法权能本质上是权力关系,与以对等性为特征的私法权能性质不同。<sup>[21]</sup> “截至目前,‘国家所有权’概念不符合民法上所有权基本原理的看法,大抵已经成为法学界的共识。”<sup>[22]</sup>

那么,自然资源国家所有权是否如混合所有权说所言,是一种兼具公权与私权双重属性的所有权呢?从制度构建的角度看,如果赋予自然资源国家所有权公权与私权的双重法律属性,意味着国家可以先动用公权力垄断或强制取得自然资源,再以私法主体的身份合法地出让资源以追逐资源的经济利益。意味着国家所有权的行使可以自由穿梭于公法与私法之间:一方

[16] 关于自然资源国家所有权与民法所有权在权能方面的差异,参见王克稳:《行政许可中特许权的物权属性与制度构建研究》,法律出版社2015年版,第196—197页。

[17] (日)美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第27页。

[18] 尹田:《民法思维之展开》,北京大学出版社2008年版,第296页。

[19] 谭柏平:“自然资源物权质疑”,《首都师范大学学报》(社会科学版)2009年第3期,第60页。

[20] 尹田,见前注[18],第297页。

[21] 王涌,见前注[11],第55—56页。

[22] 谢海定,见前注[5],第97页。

面,利用一般规则(私法)所赋予的法律能力(尤其是所有权的使用、收益与处分之私法上权能),最大限度地摆脱特殊规则(公法)不便于己的束缚;另一方面,又利用特殊规则(公法)中便利自己的部分排除竞争对手、转嫁风险负担、强化收益效果。<sup>〔23〕</sup>这意味着在特定的所有权法律关系中,国家集公权与私权于一体且可以根据需要切换自己的主体身份,在具体的法律争议中,国家可以通过模糊自己的身份而逃避法律责任特别是公法责任。而这正是我国现行自然资源国家所有权的制度现状与问题所在。依公认的准则,在同一个法律关系中,任何人(包括国家)都不能够集公权力与私权利于一体,在自然资源国家所有权中,若国家作为公权力主体,即不应再享有私法上的权利,“从基本权利的发生史及其本质属性来看,‘公法人’原则上不能成为基本权利的主体。”<sup>〔24〕</sup>从公、私法的性质看,公法的本质是约束公权力之法,私法是保障私权利之法。如果自然资源国家所有权兼具公权与私权的双重性质,那么,自然资源国家所有权制度构建到底是以约束国家所有权还是以保障国家所有权为基础呢?因此,以混合所有权说指导自然资源国家所有权的制度构建将会导致自然资源国家所有权立法指导思想和制度体系的混乱。

由于以民法所有权说和混合所有权说指导自然资源国家所有权制度构建不具有可行性,近年来公权说开始受到关注。但公权说有待证成的是,法律上是否存在有别于民法所有权的公所有权以及如何识别不同性质的国家所有权呢?

### (三)有关公法所有权的理论之争与制度之实

在法律上,所有权并不专属于民法。“所有权不仅是民法的专有名词,也不仅仅是民法上的权利。‘所有权’一词使用甚广,在不同的含义上,所有权指政治法律制度中的所有权制度,是调整财产所有关系的法律规范的总称。”<sup>〔25〕</sup>“所有权从来就不只是个法律概念,在法律上也并不必然是纯粹的私法概念……认为一切以‘所有权’名义出现的事物都当然属于物权,必须从物权的角度去理解和把握,就可能在不经意间跨越真理的界限。对于国家所有权这样一种各方面都具有显而易见的‘公’色彩的事物,必须要有超越私法的视域。”<sup>〔26〕</sup>但是否存在公法上的所有权以及自然资源国家所有权是否是公法上的所有权,仍需证成。

在大陆法系国家,因“物权和债权的观念,主要是由私法发达而来的,普通不用于公法上。尤其是关于物权的观念,学者往往视为私法的特有物,以为公法上完全没有物权存在的余地。”<sup>〔27〕</sup>但以奥托·迈耶、美浓部达吉为代表的学者皆肯定并从实证的角度证成了公法所有权的存在。

大陆法系国家中较早提出公法所有权观念的是奥托·迈耶。他认为“当国家对公物的支配依公法而判断时,便发生公的物权——尤其是公所有权思想的必要。公所有权即是公法上的所有权,就是应从公法的方面去思考的所有权”。<sup>〔28〕</sup>在制度上,德国的自然资源所有权被

〔23〕 张力,见前注〔2〕,第6—7页。

〔24〕 李忠夏,见前注〔6〕,第70页。

〔25〕 胡康生:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第97页。

〔26〕 税兵,见前注〔4〕,第23—24页。

〔27〕 美浓部达吉,见前注〔17〕,第75—76页。

〔28〕 转引自(日)美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年,第82页。

区分私法性质的所有权和公法性质的所有权而分别规范,对于私法性质的所有权除适用特别法外,其设定、转让与保护主要适用民法,而具有公法性质的所有权则由联邦或各州单独立法予以规范,以公法手段加以保护。譬如,森林上成立的所有权为私法所有权,除适用《联邦森林法及各州森林法》外,关于森林所有权的让与与保护,主要适用民法的规定。<sup>[29]</sup>但在公共水域上成立的所有权为公所有权。譬如具有代表性的《巴登——符腾堡州水法》第5条规定:州与城镇对公共水域河床拥有公共所有权,对公共所有权,不得以私法法律行为予以处分。<sup>[30]</sup>关于矿山,在1980年之前一直是由州规范的,1980年8月13日德国发布《联邦矿山法》,对矿山进行统一规范,规定矿山属于国家所有,任何打算勘查矿藏的人,均需获得许可,任何打算勘查并开采矿藏的人,均需获得同意,或被授予矿山所有权。许可、准许以及矿山所有权之授予,均为有约束力的行政行为。<sup>[31]</sup>这表明,国家对矿山的所有权也是一种公法上的所有权。

在日本,美浓部达吉等学者亦肯定了公所有权的存在。美浓部达吉认为,直接对物的支配,并不限于私法上的所有权作用,以国家公权的作用去直接对物行使支配权,亦不是和公权的性质不相容。他以海、河川、矿物等自然资源国家所有权为例说明公所有权存在的可能性。对于海与河川,任何人都不能主张所有权,亦不能以先占的方式取得之,因为那是国家的公的支配下的东西。但国家支配海与河川,并不是为着国家的经济利益。“若果把物之包括的排他的支配称为所有权,则国家对海及河川所具有的支配权亦可称为公法上的所有权或公所有权;对于未经采掘的矿物的权利亦是存在于财产私有制度之外的,国家对未经采掘之矿物的权利,是一种对于存在未明之物的权利,其法律效果“只在许可采掘请求者试掘或采掘时,及禁止官准以外者采掘时才能表现出来。当然,这种许可及禁止的行为是公法行为,所以,矿产法所谓‘国有’,不当解作国家具有私法上的所有权,而须将国家此种权利视为公法上的所有权才是正当。”<sup>[32]</sup>在立法上,日本的河川、矿物等自然资源都属于国家所有,所有权依公法行使,适用公法规范。

在法国,公法所有权不仅为学界所承认,也为制度所接纳。法国归属行政主体的财产被划分为公产与私产,公产的构成包括海洋、河川湖泊、领空等自然资源以及道路、车站、桥梁等人工造公产。在法国,关于以公产为标的的所有权的性质,民法学者认为国家对公产的所有权非民法意义上的所有权,“公法人对公产行使的权利并不是《民法典》意义上的所有权。公产的全部法律制度都有一个值得关注的出发点,那就是要确保这些财产受到特别保护。”<sup>[33]</sup>公法学者认为:“公产所有权应当认为是和私法上的所有权不同的另一种形式的所有权,它是行政法上的所有权。这种所有权的观念来自民法因而和民法上的所有权有相似之处。但是已由行政法加以改造,使它具有公共使用因素,成为行政法上的公所有权。”<sup>[34]</sup>“这种所有权尽管具有财

[29] (德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第610—611页。

[30] 同上注,第604—605页。

[31] 鲍尔等,见前注[29],第683页。

[32] 美浓部达吉,见前注[17],第78—80页。

[33] (法)弗朗索瓦·泰雷菲利普·森勒尔:《法国财产法》(下),罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第663页。

[34] 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第248页。



产属性,但不得保留私产的全部特点,这是一种必须依赖于国家力量的行政所有权,它的特点是由事物的公共用途决定的,使得行政主体有义务将其保管并用于公用,因此只有在公共利益的最高要素出发的情况下,才可以改变其设定的用途。”〔35〕在法国行政法上,公产的公所有权观念构成最高行政法院对公产法律性质的一般观点。〔36〕

英美法上没有所有权的概念,也没有公私法的划分。但是,对具有共同使用性质的自然资源法律上设定为全民所有并以公共信托的形式交给国家管理,以公共信托为基础建立起来的自然资源国家(包括联邦和州)所有权本质上也是一种公共所有权。公共信托理论可以追溯到罗马法上对于海洋、空气等资源公共所有的思想,后通过英国普通法和衡平法的发展而形成,最终在美国落地生根。在美国,基于人民主权思想,对于水、空气、环境等与人类生存发展至关重要的自然资源,每一个人都是所有者,享有为了自己的生存需要而自由使用这些资源的权利,当政府产生后,人民基于对政府的信任而将自然资源委托给政府管理。政府虽然享有所有权,但这种所有权是具有公共信托性质的所有权:①政府的所有权基于人民的信托产生;②公共信托财产只能用于公益目的;③政府对公共信托财产的处分权特别是分配信托资源的权力受到特别法的限制;④政府对公共信托财产既有管理权利,更负有管理义务,不得放弃。在英美法系国家,政府对公共自然资源的所有权本质上也是一种有别于传统财产权的公共权力。

综上,在域外,尽管理论上对于是否存在公所有权尚存争议,但在制度层面公所有权的存在应是一个不争的事实。公所有权又称行政法上的所有权,就是由行政法设定并借助国家的强制力量行使的所有权。

#### (四)识别国家所有权公、私性质的法律标准

现代各国不仅承认国家具有法律上的人格,而且国家兼具公法与私法的双重人格亦为立法所肯定。在理论上,奥托·迈耶是较早提出国家双重人格说的学者。他指出,国家在法律意义上有两个不同的法律主体身份:一个是把国家当作是一个“营业实体”或私法人;另一个是作为公法人。〔37〕另一位德国私法学者科赫也认为,“国家在两个层面上作为法人出现,一个是作为国家机构来达成国家之目的(神圣的权力和主权),一个是作为经营机构来满足为达成国家目的而需要的物质条件。”〔38〕两个不同主体身份的“国家”享有和行使的权力的法律性质是不同的:当国家以私人主体身份参与民事经济事务时,此时的国家享有和行使的是私法上的权利,接受私法规范,并受民事法院管辖,个人可以据此在处理民事争议的法院对国家提起诉讼。〔39〕“国家在此同个人一样受私法规范,因为国家同个人一样地参与了相应关系。”〔40〕而当国家以公法人身份出现时,此时的国家享有和行使的是公法上的权力,应受公法约束。在现

〔35〕 (法)莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》,龚冕等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第845页。

〔36〕 王名扬,见前注〔34〕,第248页。

〔37〕 (德)奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第52页。

〔38〕 (德)科赫:《普鲁士私法教科书》(第1卷),第170页。转引自奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第53页,注释1。

〔39〕 迈耶,见前注〔37〕,第53页。

〔40〕 迈耶,见前注〔37〕,第124—125页。

代国家,“行政法被作为国家法律制度的出离于民法之外的第二种制度,部分地被冠以‘财产、地役权、财产所有权、雇佣合同、赔偿及偿还请求’等名称。而以‘公共的’或‘公法上的’附注则表明了这些名称与民法原形的一致性只是表面的,其法律制度是根植于不同土壤之上的,在此,所有的细节都是在公权力参与、法律关系不平等基础上形成的。”〔41〕

由于国家的两种人格不可能并存于同一法律关系之中。因此,在以国家为主体形成的法律关系中,必须通过识别国家的身份来判断国家拥有的权利的性质。具体到国家所有权法律关系,识别国家身份和所有权法律性质的标准通常有二:一是国家行使所有权的法律方式;二是国家所有权争议的裁决机制。

关于国家行使所有权的法律方式。奥托·迈耶认为:识别国家身份“起决定作用的是其行为方式的表现,只有国家才拥有国家权力。国家权力通常的表现形式是命令和权力作用。在命令和强制出现之处,就是实际的国家出现了,否则就是国库。”〔42〕具体到国家所有权法律性质,他认为:在所有权法律关系中,“若那法律关系通常由关系当事人的权利主体,即所有者与对方以平等为基础而行,那么,存于这种场合的就是我们所称为私所有权或私法的所有权的。但是那亦可以在法律的不平等的基础上行之,而在此场合,所有者是以公的行政主体之资格与对方的私人对立的。公所有权或公法上的所有权即存于此。”〔43〕美浓部达吉也认为:“只当(国家)营非权力的经济生活时,国家在法律上才站在与私人同样的地位,且须在国家和私人服从同样的法的规律而不至发生特别的公益上的障碍时,才有可能。”〔44〕“当国家以支配权者的资格而与对方对立时,即令其为经济内容的关系,亦是属于公法的。因为居于支配权者的地位的国家,是完全站在和私人不同的地位的,所以即使是纯粹的财产的关系,若国家以支配权者的资格而活动,那关系亦和私人相互间的关系不同性质,因而,不属于私法。”〔45〕具体到海、河川、矿物等自然资源国家所有权的法律性质,美浓部达吉认为:“若把所有权的观念解作物之包括的排他的支配权,以为当其以私法的行为为支配方式而表现时为私法上的权利;而以公法的行为而表现时则为公法上的权利的话,”那么,国家对具有公共使用性质的物的支配称之为公法上的所有权绝无不当。〔46〕

除国家所有权行使方式外,有关国家所有权争议纠纷的裁决机制也可以作为识别和判断国家所有权性质的法律依据。特别是在公、私法分离的国家,法律纠纷的裁决机制不仅是各自独立的,而且可以作为识别和判断争议及系争权利性质的法律依据。美浓部达吉认为:“当法律规定明示某关系为公法或私法时,应依该规定而判断……所谓明白的规定并非将公法或私法的字样用作制定法上的用语,法律并没有声明某者为公法的某者为私法的,不过法律往往有规定以表明此种旨趣。至表明此种旨趣的规定,主要可分为两类:一是裁判管辖的规定;另

〔41〕 迈耶,见前注〔37〕,第120—121页。

〔42〕 迈耶,见前注〔37〕,第52—55页。

〔43〕 (德)奥托·迈耶:《行政法》(第2版),1917,II.S.72f.转引自(日)美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第83页。

〔44〕 美浓部达吉,见前注〔17〕,第43页。

〔45〕 美浓部达吉,见前注〔17〕,第45—46页。

〔46〕 美浓部达吉,见前注〔17〕,第80—81页。

一是强制执行的规定……如法律规定该项争执得向法院起诉,就可以推定法律视其为私法的关系。反之,若法律规定只能提起行政上的争讼,那就可以说法律是明示其为公法的事件,不得提起民事诉讼……关于私法上的权利,若义务者不履行其义务时,权利者只能依民事诉讼去请求强制执行;即当国家为权利者时亦不能例外。但关于公法关系,国家可不依民事诉讼而迳自强制执行。所以若法律规定某事件得用行政手段去强制执行时,就可以说是法律明示该事件为属于公法。”〔47〕

上面两个标准实质是一回事,所有权的行使方式决定争议的性质和解决路径,而当行使所有权的行为性质不明时,则可通过争议纠纷的解决路径进行判断。以上标准同样可以作为我国自然资源国家所有权法律性质的识别标准。

### (五)我国的自然资源国家所有权:国家以公权力方式行使并受公法规范的所有权

在我国,自然资源国家所有权的具体权能和行使是由各资源单行立法规定的。由于资源性质不同,法律法规赋予自然资源国家所有权的权能不完全相同,但总体上看,国家行使所有权的方式都是公权力方式。具体包括:

#### 1. 资源开发利用许可

任何单位和个人需要开发利用国家所有的自然资源的,都必须向资源行政机关申请并获得行政许可。我国现行资源法上的资源开发利用许可包括:海域使用许可(《海域使用管理法》第17条)、探矿许可和采矿许可(《矿产资源法》第12、16条)、取水许可(《水法》第48条)、林木采伐许可(《森林法》第32条)、无居民海岛开发利用许可(《海岛保护法》第30条)、猎捕国家一级、二级保护野生动物的特许可和猎捕非国家重点保护野生动物的狩猎许可(《野生动物保护法》第21、22条),无线电频率使用许可(《无线电管理条例》第22条)等等。在《行政许可法》上,资源开发利用许可作为行政许可的一部分规定在该法第12条第2项之中。

#### 2. 资源使用费征收

对于有偿出让的资源使用权,资源使用权人应当依法向国家缴纳资源使用费。对国家来说,收取资源使用权的行为是公法上的征收行为,资源使用权人不按规定缴纳资源使用费的,资源行政机关除依法实施强制征收外,还可予以其他的行政处罚。譬如《海域使用管理法》第48条规定,违反本法规定,按年度逐年缴纳海域使用金的海域使用权人不按期缴纳海域使用金的,限期缴纳;在限期内仍拒不缴纳的,由颁发海域使用权证书的人民政府注销海域使用权证书,收回海域使用权。

#### 3. 登记确权

对于经许可取得的国有自然资源使用权,由资源行政机关进行登记并颁发资源使用权证书,确认资源使用权。譬如《海域使用管理法》第19条规定:海域使用申请经依法批准后,国务院批准用海的,由国务院海洋行政主管部门登记造册,向海域使用申请人颁发海域使用权证书;地方人民政府批准用海的,由地方人民政府登记造册,向海域使用申请人颁发海域使用权证书。海域使用申请人自领取海域使用权证书之日起,取得海域使用权。

〔47〕 美浓部达吉,见前注〔17〕,第43—53页。

#### 4. 监督检查

资源行政机关有权对资源使用权人开发利用自然资源的活动进行监督检查。譬如根据《海域使用管理法》第 37 条第 1 款,县级以上人民政府海洋行政主管部门应当加强对海域使用的监督检查。第 39 条规定:县级以上人民政府海洋行政主管部门履行监督检查职责时,有权采取下列措施:①要求被检查单位或者个人提供海域使用的有关文件和资料;②要求被检查单位或者个人就海域使用的有关问题作出说明;③进入被检查单位或者个人占用的海域现场进行勘查;④责令当事人停止正在进行的违法行为。《水法》第 60 条也有类似规定。

#### 5. 对侵犯国家所有权的处理处罚

资源行政机关对于未获国家许可擅自开发利用国有自然资源、侵犯自然资源国家所有权的违法行为有权实施处理处罚。我国所有的资源法都有对资源违法行为处理处罚的规定,有的甚至在行政处罚之外规定了刑事处罚。譬如《海域使用管理法》第 42 条规定:未经批准或者骗取批准,非法占用海域的,责令退还非法占用的海域,恢复海域原状,没收违法所得,并处非法占用海域期间内该海域面积应缴纳的海域使用金五倍以上十五倍以下的罚款;对未经批准或者骗取批准,进行围海、填海活动的,并处非法占用海域期间内该海域面积应缴纳的海域使用金十倍以上二十倍以下的罚款。《矿产资源法》第 40 条规定,超越批准的矿区范围采矿的,责令退回本矿区范围内开采、赔偿损失,没收越界开采的矿产品和违法所得,可以并处罚款;拒不退回本矿区范围内开采,造成矿产资源破坏的,吊销采矿许可证,依照《刑法》第 156 条的规定对直接责任人员追究刑事责任。

从资源法的规定看,国家行使自然资源国家所有权的方式皆为公权力方式,因国家所有权的行使引起的争议都属于行政争议,当事人必须通过行政复议、行政诉讼解决与资源行政机关之间的争议。譬如《矿产资源法》第 46 条:当事人对行政处罚决定不服的,可以依法申请复议,也可以依法直接向人民法院起诉。当事人逾期不申请复议也不向人民法院起诉,又不履行处罚决定的,由作出处罚决定的机关申请人民法院强制执行。因此,我国的自然资源国家所有权是国家以公权力方式行使并受公法规范的所有权,本质上是国家的公权力。

还应指出的是,以公权力方式行使自然资源国家所有权不独是中国特有的制度安排,而是所有建立起自然资源国家所有权制度的国家共同的做法,甚至一些历史上自然形成的资源权利也都逐渐进入公权力作用的范围,成为公权力创设的权利。譬如在美国,水资源的所有权属于各州。美国历史上,因水资源分布的不均衡而形成了两种不同的水资源使用与权利配置制度:水资源比较缺乏的中西部地区适用先占原则,水资源比较丰富的东部地区则适用岸边权原则。早期无论是先占权还是岸边权多为自然形成的水权,后这些权利逐渐纳入法律规范的范畴,原先基于占用权和岸边权取得的水权逐渐被许可证所替代。占用权、岸边权,现在都是依靠许可证创设的新水权。<sup>[48]</sup>

#### (六) 自然资源国家所有权公权力性质的成因

在法律上,权力与权利分属两个不同的范畴。权利被“表述为个人为其利益而相对于他人

[48] 魏衍亮等:“中华人民共和国水资源分配、保护法律制度研究”,《台大法学论丛》(第 32 卷)2003 年第 4 期,第 99 页。



所拥有的有限的意志力。”〔49〕权利主体主要是私人,特定情形下也包括国家,但当国家以权利主体出现时,此时的国家是私法主体,是民法观念上的国家。〔50〕权力是一个专属公法概念,又称公法权力或公权力,国家权力是公权力中最重要的部分。国家的“公权力是以国家名义表达的、具体法律上优势效力的意志。我们把这种作用力当作拟人化的国家所应有的。”〔51〕

关于公权力存在的成因,通常认为,公权力是为公共事务而产生的,公共事务是一种涉及身份和数量不确定的多数人的事务或范围不确定人群的事务。在国家的公权力活动中,对公共事务进行管理的活动称之为公共行政,公共行政是公共事务的有组织的执行活动。〔53〕

在我国,《宪法》第9条规定自然资源国家所有即全民所有。宪法上的全民不是每个公民的简单相加,而是由所有具有中华人民共和国国籍的公民组成的共同体。宪法上的自然资源全民所有也不是每个公民单独所有的简单叠加,而是指这些自然资源是属于全体公民的共同财产。共同体内部的每一个公民对全民所有的资源都有平等的权利,这种权利不能转让,不能分割,不能放弃,不能被剥夺。所有权主体的全民性、所有权内容的不可分割性、共同体成员对资源的共享性决定了全民所有的自然资源本质上为公共财产而非国家的私产,涉及全民所有财产的使用、处置、收益、管理等事务都是超出任何个人目的的公共事务。“自然资源是一国人民共享的财富,具有强烈的公共性,因而,有关自然资源开发利用的决策都是公共决策”,〔54〕有关自然资源的管理活动都属于公权力活动。

自然资源国家所有权的国家公权力属性,决定了自然资源国家所有权制度必须以约束国家所有权为基础构建。

## 二、自然资源国家所有权的实质内涵:国家对自然资源的管制权

### (一)解读自然资源国家所有权公权内涵的视角

主张自然资源国家所有权为公权的学者,多从主权、管理权或干预权的角度去解读国家所有权的公权内涵。譬如有学者认为自然资源国家所有权为主权。认为国家对自然资源的所有权在性质上属于国家主权。〔55〕有学者认为,自然资源国家所有权为国家的管理权,即通过管理实现公共福利的权力。〔56〕还有学者认为自然资源国家所有权为国家的干预权,即“资源国家所有权的实质是国家对资源利用的‘积极干预权’,即对资源由谁利用、如何利用、收益如何分配等重大事项的最终决定权。”〔57〕这些观点对自然资源国家所有权内涵的解读,都有一定

〔49〕 迈耶,见前注〔37〕,第109页。

〔50〕 迈耶,见前注〔37〕,第124页。

〔51〕 迈耶,见前注〔37〕,第112页。

〔53〕 (德)汉斯·J·沃尔夫等:《行政法》,高家伟译,商务印书馆2002年版,第23页。

〔54〕 邱秋,见前注〔7〕,第51页。

〔55〕 金统海:《资源权论》,法律出版社2010年版,第203—209页。

〔56〕 徐祥民:“自然资源国家所有权之国家所有制说”,《法学研究》2013年第4期,第47页。

〔57〕 巩固:“自然资源国家所有权公权说再论”,《法学研究》2015年第2期,第122—123页。

的合理性,且有相似相通之处,但似乎又都没有把自然资源国家所有权的本质内涵说透彻。本文认为,探寻自然资源国家所有权的内涵,必须结合下列两个因素:①自然资源国家所有权制度的普遍性。与土地所有权不同,自然资源国家所有权不是公有制的我国特有的制度,无论是传统的公有制国家还是私有制国家都普遍存在着自然资源国家所有权制度,因此,解读自然资源国家所有权的内涵就不能仅仅从公有制的角度去认识;②市场条件下设定自然资源国家所有权的正当性让市场在资源配置中起决定性作用是市场经济国家的共识。将自然资源设定为国家所有,实际上是限制市场在自然资源配置中的作用,但将自然资源设定为国家所有同样是多数市场经济国家共同的做法。这种自然资源国家所有权的普遍性和正当性及其实质内涵唯有从市场失灵与国家管制的角度解读方能找到准确答案。

## (二)自然资源国家所有权的实质内涵:国家对自然资源的管制权

依据对象不同,管制大致可以划分为经济管制和社会管制。经济管制通常被理解为政府对资源配置的直接参与或间接干预资源市场配置的行为,“是由行政机构制定并执行的直接干预市场配置机制或间接改变企业和消费者的供需决策的一般规则或特殊行为,”<sup>[58]</sup>在管制经济学上,经济管制通常划分为三大类型:一是直接干预市场配置机制的管制,产权管制、价格管制、合同管制等都属于这一类管制。将自然资源设定为国家所有就是对自然资源的产权管制,政府定价或政府限价就是价格管制,以政府审批作为合同生效的条件就是合同管制;二是通过影响消费者决策从而影响市场均衡的管制,消费者的消费不仅受到商品质量、商品价格的影响,同时也受到来源于政府的税收、补贴及其他转移支付、限购等管制政策的影响。我国对住宅商品房的限购即属于这一管制类型;三是通过干预企业的决策从而影响市场均衡的管制。企业的生产经营决策除取决于市场的供需状况外,也广泛地受到政府税收、补贴、技术质量或安全标准、价格限制等政府管制政策的影响。<sup>[59]</sup>依上述分类,将自然资源设定为国家所有是国家对自然资源的产权管制,自然资源国家所有权是国家对自然资源的产权管制权,这是一种直接干预自然资源市场配置机制的权力。

我国宪法和资源法总体上都是从管制的角度规定自然资源国家所有权的权能的。《宪法》第9条第2款规定:国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。这是宪法对自然资源国家所有权权能的原则规定,也是对国家管制自然资源的原则规定。根据宪法的规定,资源单行立法结合各资源的特点分别设定了相应的管制制度。综合资源法的规定,我国自然资源的管制制度包括:①资源功能规划和用途管制。这是主要的资源管制制度。譬如《海域使用管理法》第10条规定:国务院海洋行政主管部门会同国务院有关部门和沿海省、自治区、直辖市人民政府,编制全国海洋功能区划。沿海县级以上地方人民政府海洋行政主管部门会同本级人民政府有关部门,依据上一级海洋功能区划,编制地方海洋功能区划。第28条规定,海域使用权人不得擅自改变经批准的海域用途;确需改变的,应当在符合海洋功能区划的前提下,报原批准用海的人民政府批准;

[58] (美)丹尼尔·F·史普博:《管制与市场》,余晖等译,上海三联书店、上海人民出版社1999年版,第45页。

[59] 史普博,见前注[58],第44—45页。

②资源保护。对自然资源的保护是又一重要的管制制度。譬如《森林法》第8条规定:国家对森林资源实行包括对森林实行限额采伐,鼓励植树造林、封山育林,扩大森林覆盖面积、征收育林费、建立林业基金制度等保护性措施。《水法》第9条、《野生动物保护法》第5、12条第2款也有类似的规定;③资源开发利用的许可。禁止和许可是国家管制的主要法律方式。属于国家所有的自然资源,未经许可,任何单位和个人不得擅自开发利用;对于许可开发的资源,任何单位和个人都必须按照行政许可规定的条件进行开发利用;④资源开发利用监管。监管既是管制制度的内容,又是其他管制制度的保障性制度。譬如《森林法》第13条规定:各级林业主管部门依照本法规定,对森林资源的保护、利用、更新,实行管理和监督。

### (三)国家管制自然资源的正当性基础

法律上将自然资源设定为国家所有的原因,我国学者多从所有制(社会主义公有制)角度论证,认为“中国宪法写入自然资源国家所有权,主要是因为社会主义传统。”<sup>〔60〕</sup>虽然不可否认我国宪法设定自然资源国家所有的所有制因素,但除了公有制因素外,将自然资源设定为国家所有是否还有公有制之外的其他正当性因素呢?如前所述,当代无论是私有制国家还是公有制国家,将自然资源(土地资源除外)设定为国家所有几乎是普遍的法律现象而非公有制国家特有的制度安排。“自然资源国家所有权入宪,与国家的政治经济制度没有必然的联系。虽然社会主义国家有在宪法中规定自然资源国家所有权的传统,但自然资源国家所有权的入宪,并非社会主义国家的专利。在宪法中直接规定自然资源国家所有权的,既有发达国家,又有发展中国家;既有大量二战后才独立的新兴民族国家,也有建国已久的欧洲国家。”<sup>〔61〕</sup>这说明,自然资源国有不仅仅基于所有制因素,也不能仅仅用所有制去解释。

我国正在全面推进市场经济体制建设,故也应遵循市场条件下资源配置的基本规律,让市场在资源配置中起决定性作用。但“要形成完全的市场,所有的产权都必须被充分界定,不存在外部性、公共物品和其他非凸性。”<sup>〔62〕</sup>若存在产权不明晰、外部性、公共物品问题或其他非凸性,则意味着存在市场失灵。<sup>〔63〕</sup>在管制经济学上,市场失灵构成政府干预的必要条件。而自然资源领域都不同程度地存在着产权不明晰、外部性、公共物品等问题,其中尤以产权问题最为突出,它不仅是产生其他外部性的主要根源,也是国家实施产权管制的主要依据。

自然资源中,有些资源如森林、草原等边界较为清晰,但多数自然资源诸如石油、天然气、地下水、大气、野生动植物、渔业、无线电频谱等的边界是模糊的,其产权无法清晰界定。有些

〔60〕 王涌,见前注〔11〕,第49页。

〔61〕 邱秋、张晓京:“当代自然资源国家所有权制度发展的新趋势”,《湖北经济学院学报》2011年第5期,第107页。

〔62〕 (美)托马斯·思德纳:《环境与自然资源管理的政策工具》,张蔚文、黄祖辉译,上海三联书店、上海人民出版社2005年版,第31页。

〔63〕 在经济学上,市场失灵被定义为商品和服务的市场均衡配置对帕累托最优配置的偏离。帕累托最优配置是一种没有哪个消费者在使自己获益时却使其他消费者受损的配置。市场失灵的主要实例包括外部效应(外部性)、公共物品、公共产权资源、界定不完整或保护不充分的产权、非竞争性市场以及不完全(或非对称)信息。参见(美)丹尼尔·F·史普博:《管制与市场》,余晖等译,上海三联书店、上海人民出版社1999年版,第4页;(美)托马斯·思德纳:《环境与自然资源管理的政策工具》,张蔚文、黄祖辉译,上海三联书店、上海人民出版社2005年版,第3页。

资源如特定区域的林场、牧场、草场、滩涂等,其使用者的边界是相对固定的,且可以有效排除外部人员进入。有些资源如大气、海域、公共水域、渔业资源等,其使用者则是开放的,具有共享性、非排他性。有些资源的产权可以分割界定,有些资源如长江、黄河、海域、空域等规模庞大且具有整体性特征,其产权无法分割界定。有些资源的产权虽然可以被分割和界定,但“被分割的权利越多,它们之间存在的边界越多,产生新外部性的可能性就越大”。〔64〕从产权界定的角度分析,当产权无法清楚界定或者界定产权的成本太高以至于产权界定事实上不可能时,市场就无法发挥作用,即使在私有制国家也是如此。当产权缺乏时,就没有人有保护资源的动力,在缺乏使个人能够从资源保护中受益的激励机制时,所有人都会倾向于最大化使用资源直到资源耗尽。

如何消除自然资源配置中的市场失灵呢?传统经济学借助于“公共悲剧理论”,提出“避免‘公共悲剧’的唯一方法是将外部性内部化,给资源强加一个外部的管理结构。这个结构可以采取的形式,要么是所有权私有化,将鱼、木材、水等获取权利给予分散的个体所有者;要么是所有权国有化,由国家负责,通过直接控制和外部强加的规则和管制来管理资产。”〔65〕因此,私有化和国有化成为传统经济学上解决自然资源市场失灵的两种路径。但美国学者奥斯特罗姆通过实证研究,发现了自然资源治理的第三种模式,即所谓的“公共池塘资源理论”。公共渔场、公共草场、公共森林资源、水资源、野生动物等等都是具有公共池塘特征的资源。这些公共池塘资源可以适用社区自治方式进行管理,而社区自治管理的条件是,“当资源有一个清晰的边界,社区有高水平的人际信任或社会资本,存在解决冲突的诉讼程序,以及社区有足够的建立、监督和执行规则的决策自治权,并能排除外部人进入时,激励的作用可以避免‘公地的悲剧’的发生。”〔66〕由此,社区的自治管理成为公共资源配置中超越市场失灵和政府管制的第三种模式。但是,奥斯特罗姆也承认:“在一些情况下,私人所有和公共管理都是不可行的,除了信赖国家管制外,别无选择。”〔67〕按她的观点,在“没有或很少存在社区治理或个人私有财产权利安排空间的情形下,政府所有权或政府管制可能是相对更加有效的方式。这最有可能发生在缺乏清晰的资源边界、资源使用者是大规模高度流动的多样化人群,以致达到和实施分权解决的交易成本过高的地方,政府所有权或政府管制可能是相对更为有效的办法。”〔68〕因此,私有产权、(社区)公共产权、国家所有权成为当代各国解决自然资源市场失灵的三大制度安排,而在三大产权制度安排中,国家所有权是最为普遍的一种制度形态。

以上分析得出,将自然资源设定为国家所有的正当性源于自然资源的市场失灵,自然资源国家所有权的本质是国家对自然资源的管制权,自然资源国家所有权制度应以管制权为中心构建。

〔64〕 思德纳,见前注〔62〕,第98页。

〔65〕 (美)埃莉诺·奥斯特罗姆:《公共资源的未来超越市场失灵和政府管制》,郭冠清译,中国人民大学出版社2015年版,第2—3页。

〔66〕 奥斯特罗姆,见前注〔65〕,第6页。

〔67〕 奥斯特罗姆,见前注〔65〕,第4页。

〔68〕 奥斯特罗姆,见前注〔65〕,第7页。



### 三、自然资源国家所有权的制度建构:以约束 国家所有权为基础、以规范管制权为中心

#### (一)现行自然资源国家所有权制度存在的问题

我国对自然资源的全面管制始于计划经济体制,管制手段是单一的行政手段。管制内容全部围绕消灭资源私有产权和资源市场展开:一是通过消灭资源的私人所有建立起资源的公有制,并将自然资源的国家所有作为公有制的核心;二是通过消灭资源的市场配置全面建立起资源的计划配置体制,并将行政审批作为资源配置手段,“计划+审批”的行政配置成为国有自然资源配置的唯一方式;三是通过消灭资源的财产价值抑制资源的产权属性及其交易。资源使用权无偿取得,因而无价值,资源使用权不得转让、不能交易。事实证明,这样的管制是无效和失败的,政府“通过把自然资源视为没有价值的免费产品,资源的内在价值在许多情况下被有效地破坏了。”〔69〕

改革开放后,国家对自然资源的管制开始走向法制化,法律手段逐步取代传统的行政手段成为国家管制的主要手段,自然资源国家所有权的权能及边界也逐渐明晰。1982年宪法对自然资源国家所有权的权能作了原则规定。但由于资源法多制定于上世纪八、九十年代,有的虽历经修改,但传统体制中的制度与影响并未清除,加之民法学者对自然资源国家所有权民法所有权性质的坚持以及从《民法通则》到《物权法》对自然资源国家所有权民法所有权的立法定位,使得我国自然资源国家所有权的制度构建逐渐陷入混乱,走入误区。

#### 1. 自然资源国有所有权的制度基础不明确,资源产权制度建设滞后

对自然资源国家所有权法律性质的不同认识直接影响自然资源国家所有权制度构建的基础。若将自然资源国家所有权定性为民法所有权,那么,应当以保障自然资源国家所有权为基础构建,所有的资源单行立法也都应当在剔除公权力因素后,作为《物权法》的特别法并在《物权法》基本原理、原则的指导下重新修订。若将自然资源国家所有权定性为公权力,那么,自然资源国家所有权制度必须以规范、约束公权力为基础构建,所有的资源立法都应当作为行政法的一部分(资源行政法)并按照行政法的基本原理、原则进行修订和完善。

制度基础不明确还直接导致资源产权制度建设滞后。如前所述物权法虽然将自然资源国家所有权纳入《物权法》的范畴,但并没有真正完成民法所有权的制度构建。而受传统体制的影响,资源法又未将产权制度作为立法重点,立法上仍以传统行政权作为政府管理自然资源的主要手段,这导致我国自然资源产权制度建设严重滞后。产权主体不明晰,产权权能不完整,产权边界不清晰,有效的资源产权激励与约束机制未实际建立起来。由于缺少产权激励机制,资源利用中的低效、无效、浪费现象普遍且严重;由于缺少产权约束机制,资源开发利用中的掠夺性开发、破坏性开发现象屡禁不止。

〔69〕 思德纳,见前注〔62〕,第18页。

## 2. 缺少对自然资源的科学分类,政府的行政干预权与市场的资源配置权之间的边界不明确

改革开放后,国家对自然资源的管制逐步顺应市场经济的要求进行改革,核心是打破单一的政府配置模式,逐步引入市场化的配置机制,自然资源权利配置的市场化成为我国自然资源权利配置制度改革的方向。但是,自然资源的配置能否引入市场化的配置机制以及市场化配置机制的作用程度是由自然资源的价值与功能决定的。不同类型的自然资源的价值和功能是不同的,其使用权及其配置亦有差异:对于野生动植物、水源地、生态敏感脆弱地区、湿地、原始森林、草地、微生物、地下水、种质资源、无居民海岛等生态属性强的自然资源,原则上应以保护为主,不仅市场化的资源权利交易受到限制或禁止,一般的开发利用也受到严格限制。对于江河湖泊等公共水域、公共海域、沙滩、自然遗址、国家自然地质公园等公共属性强的自然资源,原则上以公众平等、自由使用为主,其市场配置应以不损害资源的公共属性为前提,以不妨碍公众的自由使用为条件。对于海域、滩涂、商业林、矿产资源、无线电频谱资源等经济性相对较强的自然资源,应以有偿使用为原则,以市场化的配置为主。但由于我国立法上缺少对自然资源的科学分类,在自然资源配置中政府与市场各自作用的范围与边界一直缺少清晰的划分,导致资源无序开发、过度开发与有效开发不足现象共生,政府失灵与市场失灵并存。对于生态性自然资源,政府的保护与监管不到位,甚至不当引入或扩大市场化的配置机制,片面追逐经济效益,导致生态性资源不断遭到侵蚀和破坏。对于公共性自然资源,虽然历经三十多年的市场化改革,但资源配置的市场化程度却非常低,行政权对资源配置的干预不仅范围广、程度深,而且力度大,严重干扰破坏了市场在资源配置中的作用,甚至扭曲了市场机制的作用。在资源配置模式上,政府和市场双轨制并存,但适用条件又不明确,选择什么样的配置机制多由资源行政机关裁量决定。实践中经济性自然资源被无偿出让、低价出让的现象普遍存在,资源分配不公平现象普遍且严重,因资源分配不公所引发的群体性事件不断发生;在资源定价方面,行政定价与市场定价并存。市场定价不仅处于次要地位,还经常受到行政力量的干扰,导致市场化的资源价格在资源配置中作用十分有限;在资源配置方式上,不少资源表面上采用了竞争性的配置方式,实质仍是非竞争性的协商交易方式,行政力量在资源配置中仍发挥着决定性作用,难以真正体现资源价值。因此,对自然资源进行科学的分类并以此为基础准确界定、合理划分政府与市场在自然资源权利配置中各自作用的领域与范围是我国自然资源国家所有权制度建设中急待解决的关键问题。

### (二)自然资源国家所有权制度的构建应以约束国家所有权为基础

如前所述,自然资源国家所有权本质上为国家的公权力。因此,相关制度必须以约束国家所有权为基础构建。约束自然资源国家所有权的公法原则应当包括:

#### 1. 公共利益至上原则

在我国,自然资源国家所有权承载的是全民利益,因此,自然资源国家所有权的行使应服从于全民意志、服务于全民利益,这既是法律上创设自然资源国家所有权的初衷,也是国家所有权正当性的基础。自然资源国家所有权的制度构建必须以维护和促进全民利益作为出发点和归宿,必须从制度上遏制国家所有权主体对资源经济利益的追逐。

#### 2. 法律保留原则

在我国,自然资源国家所有权制度属于国家的基本经济制度,根据《立法法》第8条第9项

规定,自然资源国家所有权只能由法律设定,法律之外的规范性文件一律不得设定自然资源国家所有权。又因自然资源国家所有权为国家的公权力,因此,自然资源国家所有权的行使应当恪守职权法定原则,凡法律没有赋予的权能,资源行政机关一律不得行使。

### 3. 资源所有权与资源使用权相分离的原则

自然资源国家所有权与资源使用权的分离包含两层涵义:一是所有权与使用权的权能分离,即必须将自然资源使用权从国家所有权中分离出来作为一项独立的财产权;二是所有权主体与使用权主体的分离。自然资源使用权应由非国家的组织或个人享有和行使,国家作为所有权主体一般不得直接享有和行使自然资源使用权。自然资源国家所有权制度所以必须实行所有权与使用权分离,系基于以下原因:首先,所有权属于国家的公权力,而公权力具有专属性和不可处分性,且不得使用市场化的方式配置,这就是为什么自然资源国家所有权专属国家且不得处分的原因。而市场条件下具有财产权价值的资源使用权是可以且必须引入市场化机制配置的权利,若不实现所有权与使用权的分离,否则自然资源使用权的市场化配置以及资源的经济价值便无法实现;其次,自然资源国家所有权以实现全民利益为目标,而资源使用权主要以营利为目的;所有权的行使方式是公权力方式,资源使用权的行使是民事活动。行权目的与行权方式的冲突也使自然资源国家所有权与资源使用权无法合二为一;再次,对资源合理开发利用的监管是资源所有权的主要权能,若所有权与使用权为同一主体,国有资源便成了“自我使用、自我监管”,结果可能就是“只有使用、没有监管”了。我国自然资源国家所有权行使中的乱象多发以及以资源使用权为核心的产权制度建设滞后,主要原因就在于没有能够将资源使用权从国家所有权中分离出来,资源使用权始终依附于公权力而无法成为一项真正独立的财产权利。实践中,资源行政机关不仅可以直接享有和行使资源使用权,而且可以动用公权力随意干预甚至消灭资源使用权(譬如作为行政处罚广泛使用的吊销探矿权证、采矿权证、海域使用权证、取水许可证等,实质都是以行政手段消灭当事人依法取得的资源使用权)。因此,资源所有权与资源使用权的分离不仅是建立和完善自然资源产权制度和市场化的资源权利配置机制的前提,也可保证自然资源国家所有权的行使不偏离全民利益

### 4. 权力与责任相统一的原则

在自然资源国家所有权制度构建上遵循权责统一原则是由自然资源国家所有权本身的特殊属性所决定的。自然资源国家所有权形式上是国家的权力,实质上是国家对全民所有的公共资源所承担的义务和责任。在自然资源国家所有权中,国家并不享有为了自己的利益并按照自己的意志支配、使用全民资源的权利,只负有为了全民利益并按全民意志(法律)审慎地管理好、保护好资源的义务和责任。对于自然资源国家所有权,权责统一更多地体现为形式上的权力,实质上的责任,责任重于权力。有学者为此将自然资源国家所有权称之为一种义务性权利,认为“从宪法对自然资源所有权的行使所施加的限制可以看出,自然资源国家所有权实际上是一种义务性权利。这项权利的存在目的是为了确保持有所有权行使者履行其对人民的信托义务,维护社会公平。”〔70〕

〔70〕 肖泽晟:“自然资源国家所有权的宪法限制”,《南京工业大学学报》(社会科学版)2011年第4期,第45页。

## 5. 公众参与原则

由自然资源主体的全民性和资源客体的公共性所决定,涉及国有自然资源使用、管理、保护等方面的决策皆为公共决策,普遍的经验 and 做法就是由所有可能受到该决策影响的公众共同参与决策。在我国,公众参与国有自然资源的管理不仅是由“国家的一切权力属于人民”的政治原则所决定的,更是由自然资源国家所有即全民所有的经济制度所决定的。而公众参与国有自然资源管理也能从《宪法》第2条第3款找到明确的宪法依据。

贯彻公众参与国有自然资源管理原则必须在自然资源公共决策程序中注入公众参与资源决策的基本权利。为保证公众参与决策所必须的最低限度的基本权利应包括:知情权、参与决策程序的权利和监督决策执行的权利。为保障这些公众参与权利的行使,还应构建有效的制度,具体包括:信息公开制度、说明理由制度、决策无效制度(即决策机构在作出决策之前没有公开决策的基本情况的,没有保障公众参与权利的,法律上应当明确规定这样的决策无效)和救济制度。

### (三)自然资源国家所有权制度的构建应以规范管制权为中心

由于自然资源国家所有权实质上是国家对自然资源的管制权,自然资源国家所有权制度的构建应当以规范国家的管制权为中心,管制权的设定应以治理市场失灵为限度。

#### 1. 合理界定管制的范围

纵观现代各市场经济国家,虽然自然资源国有化是普遍的立法趋向,但几乎没有一个国家绝对排除自然资源私人所有,多是在国家与个人之间进行合理的所有权划分或者对天然状态下的资源不进行所有权的制度设计而按先占原则确定所有权的最终归属。设定为国家所有的资源多为公共性或生态性较强的资源。而且,自然资源国家所有权制度并非是解决市场失灵最完美的制度,只能说是到目前为止人类所能找到的较为适合的制度。“中国建立在自然资源公有产权基础上的制度安排带来了中国自然资源普遍浪费与破坏本身就已说明,单一的自然资源公有产权已经筑成自然资源合理开发利用的障碍。”<sup>〔71〕</sup>因此,我国自然资源产权制度改革的方向之一就是应当改变目前这种国家垄断自然资源的结构,逐步向着自然资源产权多元化的模式转变,在国家、集体与个人之间进行资源产权的合理划分。

#### 2. 以资源的科学分类为依据设定管制权

虽然总体上自然资源国家所有权是国家对自然资源的管制权,但具体到不同类型的自然资源,管制权的权能是有差异的。对于生态性强的自然资源,国家的职能主要是保护。国家应当通过建立国家公园、自然保护区或划定禁猎(渔)区、规定禁猎(渔)期等方式限制甚至禁止自然资源的开发利用,对自然资源实施保护性管制。对于公共性强的自然资源,国家的职能主要是为资源的公共使用提供保障和服务,保证其处于良好的、安全的使用状态,维护自然资源的公共使用秩序,确保公众平等、自由使用资源的权利,同时为公众的资源使用提供服务。譬如为公共水域的航行提供航标、灯塔等公共服务设施,定期清理淤泥及其他障碍物确保航道通畅,为遇险船只、人员提供救济和帮助等等。对于经济性强的自然资源,国家的职能主要是保障资源的合理开发利用。国家应当通过制定和实施资源开发利用规划明确可开发利用资源的

〔71〕 肖国兴、肖乾刚:《自然资源法》,法律出版社1999年版,第73页。



范围与边界,通过产权界定和产权保护建立有效的资源开发利用激励与约束机制,以保证资源权利分配的公平与效率,通过有效监管保障资源的合理开发利用。

### 3.对政府干预资源配置的自由裁量权进行严格的法律约束

虽然政府的管制源于资源配置的市场失灵,但市场失灵只是政府管制的必要条件而非充分条件,检验管制的合理性还要看管制是否能够消除市场失灵以及管制所获得的效益是否显著高于管制的成本。即是否符合比例原则。“管制不必拘泥于命令和控制的传统方式。行政管理能够借鉴普通法的形式和程序。管制也可建立允许市场式配置机制运行的规则。”〔72〕我国现行国有自然资源权利配置方式较为复杂和混乱,主要有无偿出让和有偿出让两种基本配置模式。有偿出让分政府定价、协议价和竞价出让三种情形。竞价出让则分为有限竞价出让(如挂牌)和完全竞价出让(如公开拍卖),而且政府拥有选择不同配置方式的自由裁量权。在这些配置方式中,无偿出让是典型的行政配置模式,政府定价出让、协议价出让和有限竞价出让是行政主导的配置模式,只有完全竞价出让方为市场化的配置方式。由于不同配置模式在成本与效益比方面差异极大,立法上必须对政府选择配置方式的权力进行严格的约束。基本原则是:取消无偿配置而代之以有偿配置;在有偿配置中,能够公开竞价的,就不应当由政府定价;能够借助合同方式完成资源配置的,就应当摒弃公法上的审批配置方式。

#### (四)建议制定统一的《国有自然资源法》

目前我国有关自然资源国家所有权的立法,除宪法外,主要是资源法和《物权法》。因《物权法》并无实际规范作用,规范自然资源国家所有权的主要是资源法。但现行的资源法大多分散制定于上世纪八、九十年代,共同的问题是资源产权制度建设滞后,行政权力在资源配置中居于绝对主导地位。立法内容上,由于缺少科学的资源分类以及部门立法等因素的作用,各资源法在调整对象及权力设定上彼此交叉重叠、相互矛盾抵触。譬如,我国同时制定有《水法》《海域使用管理法》《渔业法》《土地管理法》《矿产资源法》,但水域、海域、滩涂、土地、地下水及矿藏等资源之间的界线立法上至今未有清晰划分。以海域滩涂(除海滩外,还有河滩和湖滩)为例。我国拥有32000公里长的海岸线,滩涂是十分重要的经济资源,也是沿海居民主要的生活依靠,但滩涂的法律地位至今不明确,一直存在着海域与土地之争。滩涂若为海,则属于海域使用管理法的调整范围;若为地,则属于土地管理法的调整范围。若为海,依《海域使用管理法》第3条规定,为单一的国家所有;若为地,则有国有与集体所有之分,而且,因滩涂主要分布在农村地区,则应是以集体所有为主,法律规定为国有的例外。在使用方面,滩涂若为海,依《海域使用管理法》规定,单位和个人必须缴纳海域使用金、经许可取得海域使用权;反之若为地,依《土地管理法》《农村土地承包法》等法律规定,单位或者个人主要依农村土地承包经营合同取得集体所有滩涂的承包经营权。因法律属性不清、法律适用不明,实践中因滩涂使用引发的纷争不断。即使从法律上明确了滩涂的资源属性,也只是解决了滩涂的海、地之争,因滩涂的功能主要是养殖和捕捞,而养殖、捕捞活动又属于渔业活动,因此,使用滩涂从事养殖、捕捞还存在着是渔业权(养殖权、捕捞权)还是滩涂使用权、是适用《渔业法》还是《海域使用管理法》抑或《土地管理法》的问题。类似的问题还有:地下水是水还是矿?是《水法》还是《矿产资源

〔72〕 史普博,见前注〔58〕,第31—32页。

法》的调整范围? 水域是否包含海域? 使用水域从事养殖、捕捞的权利是否包括使用海域从事养殖、捕捞的权利? 为适应生态文明建设的要求,我国目前进入了资源法的大修阶段。2016年7月新修订的《野生动物保护法》发布,《水法》《土地管理法》及其他资源法的修订也提上日程。我国国有自然资源规模庞大,经济发展、资源利用、环境保护之间矛盾突出,分散独立甚至相互抵触重叠的资源单行立法在外部难以适应生态文明制度建设的总要求,在内部难以建立统一和谐的自然资源产权体系。因此,制定《国有自然资源法》以统一的立法统领资源单行立法的制定和修改是客观需要。

上世纪九十年代国家曾酝酿制定统一的国有资产法。在立法过程中,立法起草部门曾尝试将国有资产划分为经营性国有资产、行政事业性国有资产和资源性国有资产三类,并围绕国有资产法是将所有国有资产全部纳入调整范围(即所谓的大“国资法”)还是仅调整部分国有资产(即所谓中或小“国资法”)展开了激烈的争论。考虑到搞一部大国资法既搞不出来也搞不好,同时考虑到经营性国有资产在整个国有资产中的特殊地位与作用,立法机关最终将国有资产法的调整范围限缩为经营性国有资产,将立法名称修改为《企业国有资产法》。虽然制定统一的国有资产法的立法构想未能实现,但该法的出台提供了针对不同类型国有资产分别立法的立法思路。历经数十年改革实践,针对国有自然资源统一立法的条件已趋成熟。国有自然资源法出台后,我国的自然资源国家所有权制度才能形成以《宪法》为基础、以国有《自然资源法》为龙头、以自然资源单行立法为主体、以《行政许可法》《行政处罚法》《行政强制法》等约束公权力的程序法为配套和保障的完善制度体系。

---

**Abstract:** Although the state ownership of natural resources has been stipulated in the Constitution, laws on resources and Property Law, a robust system of state ownership of natural resources is yet to be established in China. Consensus on the legal nature of state ownership of natural resources has not been reached theoretically till now, and understandings about the ownership vary. Controversy over the legal nature of state ownership exerts a direct influence on the foundation—building for the system of state ownership of natural resources while different understandings about the ownership’s connotation tend to affect the concrete contents of the abovementioned system building. The universality of the state ownership of natural resources along with the public nature of its object determine that it shall be deemed as public property held by the state, executed by means of public power and constrained by the public law. Moreover, the reason that the natural resources are owned by the state lies in market malfunction. The state ownership of natural resources therefore refers to the regulatory power executed by the state towards the property right in natural resources. The system of state ownership of natural resources shall be built on constraining the state ownership as a regulatory power.

**Key Words:** State Ownership of Natural Resources; Public Power; Regulatory Power

---

(学术编辑: 彭 鋈)

(技术编辑: 马 超)