

# 先占取得的正当性缺陷 及其法律规制

张 力\*

**摘 要** 先占取得的正当性,既不缘于其在推动私有制起源方面的效率价值,也不能通过标的物的“无主”状态自证,而是在于“为他人保留足够多与同样好”的分配正义承诺的可实现。在先占客体由财富“流”向财富“源”上溯的背景下,因在实证法中无法有效形成对正当占有的辨别机制,而无法确保实现先占取得的正当性。这令效率追求难以为继,引发对古典先占及其所创造财产秩序的系统反思与制度改造,并形成在不可有物的宪法上所有权控制下的,可有物在部门法上的类型化分享路径。先占取得在民法中的制度保留并不当然处于“国不与民争利”及“法无禁止即自由”的私法保障范围内。自由先占模式仅对为满足生存需要的先占取得适用,超出这一限度的先占需通过先占权模式实现。相对于自始无主物,对嗣后无主物的先占取得因不涉及先占人对财富源的垄断风险,可在符合环保与资源再生利用原则的条件下适用自由先占模式。

**关键词** 自由先占 先占权 正当性构成 正当性缺陷

近年来,私人所发现狗头金、乌木、陨石的归属,“鱼泉”自涌鱼的私人获取限度,对垃圾等抛弃物拣拾与回收利用的权利根据等议题,再次引起在我国《民法典·物权编》制定中是否应增补无主物先占取得条款的讨论。<sup>[1]</sup>在民法上,先占是以为自己取得所有权的意思占有无

\* 西南政法大学民商法学院教授。本文为中国法学会部级法学研究课题“全民所有的物权法表达与实现路径完善研究”(项目编号:CLS[2017]D72)、重庆市社会科学规划项目“‘国家所有即全民所有’的法律实现路径研究”(项目编号:2017YBFX119)的阶段性成果。

[1] 代表文献有:金可可:“论‘狗头’金、野生植物及陨石之所有权归属”,《东方法学》2015年第4期,第99-112页;朱虎:“国家所有和国家所有权——以乌木所有权归属为中心”,《华东政法大学学报》2016年第1期,第15-26页;王建平:“乌木所有权的归属规则与物权立法的制度缺失——以媒体恶炒发现乌木归个人所有为视角”,《当代法学》2013年第1期,第91-97页;田亦尧、陈德敏:“无主物的意涵类型化界限及其面向再生资源利用的制度选择”,《中国人口·资源与环境》2015年第1期,第170-176页。

主物的单方事实行为,是所有权的“原始取得”方式。<sup>〔2〕</sup>无主物的认定及所有权的先占取得因涉及财产利益的初始分配,其在立法论上应接受严格的正当性检讨。先占取得在法律上的系统规定可追溯到古罗马法。彭梵得认为,先占取得的正当性是“由于物是无主的,因而不会伤害任何人”,此即先占自由主义的来源。无主物包括:野生动物、敌人的物品、海中产生的岛屿、在土地中发现的不属于土地组成部分的东西等。但彭梵得同时指出,古罗马法将物分为“可有物”与“不可有物”,无主物被归入“可有物”,对不可有物不得先占。<sup>〔3〕</sup>蒲鲁东认为“属于各人的东西不是各人可以占有的东西,而是各人有权占有的东西”。<sup>〔4〕</sup>“社会应得是分配正义的核心概念。”<sup>〔5〕</sup>“无主”状态本身尚不足以证明先占人“有权”占有,其正当性还须检讨令无主物归属先占人的法律上正当性,此即先占权主义的来源。近代以来,各国立法围绕先占自由主义或先占权主义形成各自规范组合。在我国,先占取得制度废立的讨论往往被引向个人财产自由与社会主义公有制及其国家所有权表达方式之间的消长冲突模式。有必要明晰先占取得的正当性构成与规制原理,形成与我国基本制度相适应的先占自由模式与先占权模式的规范组合,以及相应法律部门体系的衔接方案。

## 一、自然法上先占取得正当性的构成

古罗马法对先占取得正当性的解析甚为简略:“先占是自然法方式的典型代表。”<sup>〔6〕</sup>查士丁尼《民法总论》将“自然法方式”笼统地解释为:“自由原则”“自然能力”及“自然理性”要求以无主之物归属最先占有者。至近代启蒙运动及自然法学昌明,先占取得正当性的讨论才获得展开:先占作为“原始社会所有权取得之惟一方法”,<sup>〔7〕</sup>“提供了‘财产起源’的理论”。<sup>〔8〕</sup>可见,先占取得被置于原始社会向私有制社会转型过程正当性的讨论中。

### (一)先占客体“无主”的拟制:先占人与原始共同体的关系

#### 1.先占客体“无主”的拟制

虽然先占是物权取得的自然法方式的典型代表,但作为前提的物的“无主”状态却并非一个自然事实,而是基于明确的政策需要,作为目的性概念被设计出来的。罗马法及古代社会的法制多允许先占“敌人的物”。敌人的物曾处于敌人所有权支配之下,非基于其同意对他人而言此物就是不可剥夺的。只是出于先占需要,非基于其同意涂消了其上原所有权。这里的“无

〔2〕 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第123—124页。除了在民法上,先占亦在行政法、国际法上存在。

〔3〕 (意)彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第199—200、185页。

〔4〕 (法)蒲鲁东:《什么是所有权》,孙署冰译,商务印书馆出版社1963年版,第80页。

〔5〕 张国清:“分配正义与社会应得”,《中国社会科学》2015年第5期,第21页。

〔6〕 彭梵得,见前注〔3〕,第199页。

〔7〕 史尚宽,见前注〔2〕,第123页。

〔8〕 (英)梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆出版社1959年版,第140页。

主”并非真正的自始无主,而是为先占需要被拟制出来的。梅因对这一拟制正当性的解释是:“敌对行动的开始使社会回复到一种自然状态……私有财产制度就处于停止的状态。”〔9〕要追问的是:对敌人之物的无主状态的拟制,是否可被扩大适用到论者希望通过先占取得而改变的各种先在支配秩序上,例如近代欧洲白人面对的美洲印地安人、非洲土著的原始“财产所有权”,或更为古老的前私有制时代的部落、氏族、家庭等原始共同体支配状态之上。

人类社会从物质资料原始共同所有(primitive common ownership)状态进入私有财产秩序的正当性,是古典自然法学上最重要的论题。格劳秀斯指出:

由于通过一项物理行为,使用该事物的权利即被原始地获取,而这正是私人财产权制度的源头(正如我们所看到的)。所以,这可适用于任何人:每个人都可经由类似的行为获得私人占有物。这一过程就是我们所知的“先占”。这一术语准确的表达了事物由共同体(community)处分到私人所有的过程。〔10〕

在此,格劳秀斯并未使用今天民法学上的完整表达:对无主物的先占取得。先占被说成物由“共同体向私人的处分过程”,颇有将共同体与后来的私有者作为协商对手的意味。按照格劳秀斯、休谟等人的解释,先占是共同财产分配协议的“默示形式”。事实上,在格劳秀斯等人的相关论著中,均避免将原始共同体所支配的物说成“无主物”。虽然格劳秀斯等人也使用诸如“对原始共有的弃绝”之类坚决与断代史式的表述,以渲染私有制彼岸的文明与优越、社会变革的共识与必然。但他们都承认原始共有本身作为自然正义起点的应有价值,认为应小心地通过诸如“人类生活所必需的行为权”“使用他人财产的权利”等共同体利益共享与保障的保留形式,使原始共有的必要部分能够延续并嵌入到新私人所有权秩序中。格劳秀斯强调原始共有“仅指私人财产的缺席”,〔11〕即处于在共有或集体所有标准看来“有主”,而在私有标准看来“无主”的复合态。〔12〕如果非要说原始共同财产是无主物,那也只有“其上无私人所有权人那样的主人”的含义,而不能带来对其先占——“白拿”——不会损害既有财产秩序中的他人利益的价值论断。不敢想象,深以上帝为自然正义渊源的古典自然法,会把“上帝厚赋百物给我们享用”(《新约》提摩太前书,第六章,第十七节)而创造的原始共有秩序说成财产秩序的“白纸”,或者视为“敌人”。因此,在自然法对私有财产起源的正当性的论证中,先占是被作为前私有制社会向私有制社会移交支配权的默示商谈机制对待的。先占客体是旧有财产秩序代表下为全体利害关系人集体所支配之物,是“他人”支配之物。对敌人才适用的,为方便对其财产的原始取得、即时剥夺的无主状态的拟制,对前私有制的原始共有并不适用。完整的“无主物—先占—取得”的解释路径尚未形成,“由于先占的客体是无主物,于是对他人无害”的正当性解释尚不成立。

〔9〕 同上注。

〔10〕 (澳)斯蒂芬·巴克勒:《自然法与财产权理论:从格劳秀斯到休谟》,周清林译,法律出版社2014年版,第12页。

〔11〕 巴克勒,见前注〔10〕,第153页。

〔12〕 See Grealid Cohen, *Self—Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p.83.

白拿不正当!那就只有通过向旧秩序的保障者协商给付哪怕是象征性的对价,才可能符合先占无害他人的正当性底限。这必然加大先占取得制度运行成本,以及早期私有化变革成本。如何压缩制度运行成本?最简单的方法是令“由于先占客体是无主物,于是对他人无害”尽量靠近当然解释,让白拿正当化。这可以沿着先占的默示协议技术脉络,通过“贬低”协商对手来实现。不乏见到诉诸无神论、异教论,甚至不假任何理由的将前私有制时代贬低为财产秩序的白纸,这样简单粗暴的涤除谈判对方主体地位的说辞。但这些说法除了在欧洲殖民者开拓美洲、非洲的冲突时期短暂流行,并不曾普遍成为对私有财产起源正当性的建设性论证手段。<sup>[13]</sup>更为“文明”的方式仍旧依赖拟制技术的发挥。普芬道夫指出,不同于通过契约联合多个私人所有权而形成的“积极共有”(positive community),原始共有是无协议的“万物对任何人和每个人开放”的“彻底普惠性的‘状态’(inclusive state)”。<sup>[14]</sup>既然它并非始于协议,那么当其成员意图通过某种方式(如先占)分离原始共有物中的特定部分以创设私人所有权时,就无法通过以先占人与原始共同体直接协商出“退伙协议”的方式来实现。倒不是说原始共同体不值得尊重,而是说就算先占人希望协商,也找不到可以作为谈判对方的原始共同体意志的人格化身——主权者,找不到原始共有财产“有主”的直接落实机制。那么代表未来财产秩序的先占人,与无代表的旧支配秩序之间的协商,就只能改在特定先占人与不特定的社会“其他人”之间进行,并且只能以其他人“不反对即为默认”的默示协议的方式进行。可想而知,为缺乏缔约行动能力的原始共有“主”寻找几乎不可能形成共同反对意见的“乌合之众”作为代理人,不仅通过必然的默示同意排除了先占的有害性(在逻辑上),也架空了原始共同体的主体性,在原始共有物为“无主物”的事实描述之外增加了价值含义,增强了“由于先占客体是无主物,于是对他人无害”的解释效力。先占也由默示协议转化为事实行为。

上述推理的相反,霍布斯认为原始共有是一种对物的原始“权利”,而非状态;<sup>[15]</sup>科恩认为外部世界是人民联合所有或集体所有,每个人的利用都要服从集体的决定,联合所有不允许任何人单方面将全部或部分土地私有化;<sup>[16]</sup>麦尔菲认为原始共有是积极共有而非消极共有,其解体与私有化必须以全体一致同意的明示契约方式进行;<sup>[17]</sup>蒲鲁东在其《什么是所有权》一书中认为,无论是通过人们默示的还是正式的承认,先占取得及其私有化结果都是“无效”与“非法”的,不仅因为这相当于让人们通过私有化而放弃劳动权,还因为不可能向人们就其放弃在原始共有中平等享有的权利支付“等值对价”,<sup>[18]</sup>等等。这些理论都或弱或强地拔高、强化了原始共有在与私有化力量谈判中的主体地位,以及原始共有物的“有主”性,削弱了“由于先占客体是无主物,于是对他人无害”的解释效力。

[13] (美)克里斯特曼:《财产的神话——走向平等主义的所有权理论》,张绍宗译,广西师范大学出版社2004年版,第108页。

[14] 巴克勒,见前注[10],第87—89页。

[15] (英)霍布斯:《论公民》,应星、冯克利译,贵州人民出版社2003年版,第56页。

[16] See Cohen, *supra* note 12, pp.83—84.

[17] 巴克勒,见前注[10],第153页。

[18] 蒲鲁东,见前注[4],第117—118页。

## 2.“无主”的相对性与渐变谱系

关于先占的各种观点,均是基于其采选历史片段与价值权重等个性化先定假设——古代共同体财产支配共同意志的自觉性高或低、身份连带强或弱、对共同体物质保障的个性化生存能力替代性有或无、对共同体脱离行为的可默示性的认可或不认可,等等——而意图达成的自圆其说。作为私有制起源假说的不同流派,它们中的任何一个都不可能把握全部信史的基础上,贯彻“普世”正义观,并对所有类型的先占个案发布一般性命令。它们的价值在于,通过相互印证与反驳,共同澄清保障先占正当性的程序性条件:先占的正当性需要在就先占对象“无主”地位价值内涵的协商过程中,被相对、动态与类型序列化呈现。先占取得的正当性不应以“由于先占客体是无主物,于是对他人无害”的唯一、极简解释方式呈现,而是依据“被先占人”与先占人相互主体性消涨,而分布在由敌我关系中对“战利品”涤除所有权而为的无主拟制,到真正的必须作为直接谈判对象的积极共有之间的类型谱系上:

有主物……明示同意也不能正当私有化的共有物(蒲鲁东)……须明示同意才能分配的积极共有物(科恩、麦尔菲)——经默示同意可分配的积极共有物(洛克)——“无主物拟制”产生——经默示同意可分配的消极共有物(格劳秀斯等)——无须敌人同意即可取得的战利品……无主物

上述谱系具有两大阐释功能:

其一,以两个反命题呈现了先占正当性分布的最大范围:仅以标的物无主(无私人所有权支配)为由任许自由先占,是不正当的;但反过来仅以标的物有“主”(有原始共有支配或敌人的所有权支配等)为由排除先占取得,也是不正当的。

其二,解释了后世“自始无主物”与“嗣后无主物”的区分意义。<sup>[19]</sup> 现代民法上对因抛弃而生的嗣后无主物的先占取得问题,并不在自然法上先占取得的讨论范围内。抛弃物无法在上述关于先占客体从“有主”向“无主”定性渐变谱系中获得定位。彭梵得指出,在古罗马法上抛弃物被外置于无主物,对抛弃物的占有“不被罗马人视为一种先占的情况,而被视为一种传来取得”。<sup>[20]</sup> 从起源上看,物因主人的抛弃意思而所处的无主状态是清晰、无争议的;而那些物的自始无主状态的真实性与程度反倒是值得争执、协商,是拟制与相对的。从无害性上看,对抛弃物的重新占有是既存私有财产秩序的延续,因而所有权是传来的。抛弃物的可有物属性已通过前手所有权的存在自证了,对抛弃物的重新占有不涉及共有物私有化可能导致的,对原被保障人的各种潜伤害风险的评估与控制。相反,对自始无主物的先占意味着原始共有的瓦解与新兴私有权的起源。其无害性须通过代表新财产秩序的先占人,与代表旧财产秩序的其他人之间的复杂与弹性可变的协议来证明。自始无主物与嗣后无主物区别的实质是:因私人所有权制度尚未产生而无“有主物”这一对应概念的“无主物”,与私人所有权制度产生以后以有“主物”为对应概念的“无主物”,之间的区别。

### (二)“最先”占有人的竞争性确定过程:先占人与其他人的关系

先占客体“无主”的拟制,从名义上回溯消解了来自原始共同体的变革阻力。但先占取得

[19] 现代民法学上关于自始无主物与嗣后无主物的区分,可参见王泽鉴:《民法物权》,中国政法大学出版社2001年版,第278页;史尚宽,见前注[2],第124页。

[20] 彭梵得,见前注[3],第200页。

正当化的自圆其说到此还未完成,还需进一步论证“谁有权先占”,分清先占人与其他人。

#### 1.先占取得与他人先占机会利益之间的平衡

先占取得对其他人而言的正当性,首先体现在先占人所取得所有权,与其他人同质取得机会利益的平衡上。这如洛克关于获取正义的“较弱的限制性条件”:剩余物对其他人“同样好和足够多”。〔21〕这一讨论首先要排除作为原始共有秩序遗留的,无法进入私有化序列的不可有物,即对于因人类占有之力不及而“从未被占有”,“不能被占有”,因而无法被私人先占取得的自然资源,如海洋与河流。〔22〕接着要识别出两类正当性自证的情形:其一,因物绝对丰饶或供大于求,自由先占不具有“负外部性”,从而可按需分配、世代满足人们取用要求的情况(除了“空气”和“垃圾”,这种状况从未普遍存续过)。其二,取得作为底限生存条件的生活资料与生产资料,因所取得物对先占人已不可克减,故剩余物无论多寡都不算违背无害他人的正当性要求。如普芬道夫、格劳秀斯等人所说“为了生存”而于“合乎自然标准和节俭”的限度内的先占,即“保持生存型先占”,以及在急迫情况下令已归他人所有的财产重归原始共有进而先占之的“必需权”。〔23〕一旦超越其底限生存需要,为“发展”而先占,积累生活与生产资料,因存在高于个人必需的取得物的可克减性,形成取得物与剩余物之间的可调节的反相关性,形成自由先占的“负外部性”问题,此时才存在先占取得须为他人剩余足够多同样好的正当性规制空间。

针对“发展积累型先占”,首先需要确立先占人与其他人就物的分配的合理量比关系。马克思和恩格斯指出“真正的私有制只是随着动产的出现才出现的”。〔24〕第一个量比关系出现在存量生活资料与劳动工具的分配场合。先占人须对因其先占而消耗的生产与生活资料部分进行补偿,恢复其存量水平,其先占方才正当。第二个量比关系发生在长期劳动所带来社会财富显著增量的分配场合。为了跳出基于社会存量资源分配假设的,先占与他人先占之间的零和博弈的困局,洛克指出,正是因为创造性劳动增加了供养人类生存的物品,劳动者先占取得其劳动对应增值部分,不会减少未参与劳动的其他人对固有存量资源的分享机会。洛克进一步解释了土地等自然资源的“按劳取得”原理:虽然土地为大自然赐予人类原始共有天然物,但耕作等持续劳动却在土地上深刻烙印了排他性人格标志,使之从原始共有中剥离。劳动改良了土地并赋予了土地以财产性质与价值。这里同时遵循了第一个量比关系:“先占范围等同于耕种范围”,在其力所能及范围内将土地配置给劳动者就是配置给最佳利用人,〔25〕使“耕者有其田”。

随着人口规模增长,以及为采矿、建房、通行等非耕种用途对土地利用方式的急剧扩张,土地资源日渐稀缺。土地先占取得很快无法保障后代,乃至同代的后来人也“勤劳致富”的机会。

〔21〕 (英)洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆出版社1964年版,第22—23页。

〔22〕 参见(荷)格劳秀斯:《论海洋自由或荷兰参与东印度贸易的权利》,马忠法译,上海世纪出版社2013年版,第29页。

〔23〕 参见(德)普芬道夫:《自然法与国际法》(第一、二卷),罗国强、刘瑛译,北京大学出版社2012年版,第263、325页;巴克勒,见前注〔10〕,第11、42—45页。

〔24〕 中央编译局编:《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社1972年版,第68—69页。

〔25〕 洛克,见前注〔21〕,第21—26页。

好在土地是不可消耗物,它一般只会易主而不会消灭。通过土地交易,市场将最终发现新的最佳利用人。即在不考虑进入成本的情况下,通过继受取得(买卖),初次分配中被忽视的其他人与后代人均有可能在市场上排队获得未来的土地权利。但这一逻辑在面对所开发土地中“当然包含”的,或者基于自然孳息原理而跟随土地“原物”被“一并”先占取得的,不可再生的可消耗物,如矿藏时,却会遇到正当性判断的困难:矿藏一旦被先占取得,意味着采矿人可化整为零地将矿藏消耗并转化为矿产品,不可能通过未来市场交易不限次数地,保障他人及后代人对同一矿藏的排队继受取得。同样的问题出现在所有“劳动先占—消耗转化型”资源物上,甚至出现在因环境退化、污染、过度及有害开发而逐步转向本是不可消耗物的土地上。易言之,也许可以通过“劳动+先占”并“市场+排队”的方式令“不可消耗物”与“可再生的可消耗物”,在先占人与其他人及后代人之间的分配形成延时性均衡。但在同样的方法中,要令将势必日益稀缺“不可再生的可消耗物”在先占人,与其他人及后代人之间实现正当分配,几乎是无解的。更具疑义的是,旨在实现先占正当性延时实现的市场交易,由于存在先占初期启动低成本,与其出售被劳动增值以后财产高价格之间的巨大差距,他人与后代人必须面对较先占人更为高昂的排队进入成本。当其无法支付全部买价时,则只能以支付低廉买价的方式获得租佃权等“部分权利”,从而成为前者财产支配力下出卖劳动力的附庸。当这一产品分成关系在社会分工中走向稳定,也就成为后来马克思所观察的私有制、阶级与剥削的关系路径——这几乎是所有的分配正义需要被延时实现的先占取得类型的通病。

凡分配正义方面的实体性标准不济时,往往会发现其向程序性标准的位移。法谚云“意思自由之下无所谓不公正”。不妨继续挖掘先占的协议属性。格劳秀斯曾针对可消耗物指出,通过用尽可消耗物从而有效地排除他人同样的使用,原始使用权的行使意味着“存在某种与使用不可分离的私人所有权”。既然木已成舟,那关于可消耗物的先占取得的原始协议(同意),仅是对“自然既成事实予以认可的一枚橡皮章”。<sup>[26]</sup> 易言之,先占取得是可以通过“迫使”共同体接受已无可挽回的标的物消灭的事实,使先占人对消耗物所有权的取得获得回溯性承认。这里的“先使用消耗+后同意授权”模式徒有协议外观,最先占有人的意志即协议,他人只能消极接受这唯一结果。这一模式只适合证明对消耗性生活资料不可克减的“保持生存性先占”的正当性,而不能解释非消耗物的生产资料,尤其是土地的先占取得的正当性。当面对人类文明早期时常面临的生活消耗品匮乏的情况,上述模式可能进一步恶化先占人与他人及后代人的生活资料分配平衡,危及群体安全。擅自独享可消费物所面临的后果,除了获得“橡皮章”事后追认这一种可能之外,也可能遭到共同体对其“盗窃”行为的声讨乃至处罚。那么,在被先占物相对稀缺日益成为基本假设的情况下,关于先占取得不损害他人利益的协议必然要求降低先占人的影响权重,使他人与后代人“意志”能以可量的方式介入。由于不在场的后代人(乃至此代人)无法全部直接参与协商,这个协议只能是如休谟所说的,是由习俗与习惯建立起来的具有历史跨度的一个过程。<sup>[27]</sup>

[26] 巴特勒,见前注[10],第40—41页。

[27] 巴特勒,见前注[10],第267页。

## 2.“最先”占有人的竞争性产生机制

排他性支配的形成是最先占有人得以确立的标志。在无主权者主持,无法以全员、明示方式缔约的情况下,排他性支配是如何形成的?虽然对原始先占的细节缺乏信史记载,但不少近代殖民与开拓史中的经典案例,仍揭示了先占人排他支配的实力投入,与他人对此反制间的典型博弈进路。有学者针对19世纪美国加利福尼亚淘金热中的约翰·萨特(John A. Sutter)掘金案,整理出这一博弈的几个阶段。<sup>[28]</sup>笔者将其改造为:第一阶段,萨特通过雇工偶然发现所占有土地出产的金子,形成对金子本身的先占取得,先占行为模式为“劳动+排他占有”,其他人行为模式为“不知情”。第二阶段,为保障对所在土地上金子的完全先占取得,萨特购买武器保卫土地、与雇工签定保密协议取得其对自身“权利”的承认、向土地宗主所有者印地安人隐瞒产金事实,并以200美元骗取其对自己“土地财产权”的尊重。此时先占人意图的先占对象从作为资源物成分的金子,升级为所在土地中金矿资源整体,以及蕴涵该资源的土地母体;其先占行为模式升级为“劳动+武力警戒与划界+保密+购买+欺骗”,其他人行为模式为“少数人明示同意+多数人被骗与更多人不知情而沉默”。第三阶段,消息走漏,越来越多淘金者到来,萨特通过与后来者订立产品分成协议。此阶段先占人行为模式为“劳动+协议让度部分先占利益”,后来人行为模式为“劳动+协议承认先占人地位并分得部分财产利益”。第四阶段,后来人纷纷撕毁与萨特之间的产品分成协议,萨特失去实际控制地位,各方淘金者势均力敌,根据开采难度分别或局部协议合作获得其所开采产品所有权。在此阶段最初先占人地位被否定,先占程序被重启,各先占人行为模式为“劳动竞争/合作+相互明示/默示承认先占权”。第五阶段,随着更多后来人拥入,可开采土地稀缺,先来者以协议平均分配土地所有权,并对后来人关门。既得利益集团形成对分散的后来者的稳定实力优势,地权与采矿利益分配秩序趋于长期稳定,关于先占取得的默示协议达成。此阶段先占人行为模式为“劳动+时间优先+平均分配”,后来人行为模式为“无劳动(机会)+义务与尊重”。

马克思在其《资本论》中曾援引威廉·配弟的名言“土地乃财富之母”。<sup>[29]</sup>对资源物持续先占的最完全方法,无疑是形成对所有资源物的孕育母体——矿床、水域、山林等自然资源整体,乃至于是这些资源整体所域之的土地范围的排他占有。出于人类物欲的本性,几乎所有的针对财富(资源物)的自由先占在不加限制的条件下,都会向对“财富之母”(自然资源整体及所在土地)的先占升级,从而大大加强先占竞争的参与广泛性与激烈程度,加强最终排他性支配秩序的形成难度。科恩认为,如果先占人可以因先占而改善或至少不损害其他人在标的物被先占以后的处境,那其他人中也不乏可以带来同样好处,甚至其贡献可以比先占人更大者,那凭什么要尊重“先来先受益”信条?<sup>[30]</sup>易言之,是什么原因使萨特掘金案中的先占程序在第五阶段停止?同时又是什么原因使这一停止不会因为实力均衡的打破,而重复第四阶段的

[28] 参见纪建文:“法律中先占原则的适用及限度”,《法学论坛》2016年第4期,第71—72页。

[29] (英)威廉·配弟:《赋税论:献给英明人士货币略论》,陈冬野等译,商务印书馆出版社1978年版,第66页。

[30] See Cohen, *supra* note 12, pp.78—79.

先占重启,陷入先占竞争无限循环?既然先占人就是无主物的“最先”占有人,那最终取得所有权的“先”占人是根据什么标准、通过什么机制、基于什么力量在上述案例中的第一先占人、嗣后占有人、重启先占人,等类型中确定下来的?归根到底是要回答普鲁东的提问:“谁有权先占”?

对此,格劳秀斯等人强调默认赋予先占取得以正当性的能力,默示包括忍让与放弃等不作为,以及为先占取得暂时排他性权利、到永久排他性权利的渐进性描述,却既未就这一过程中出现的各方占有竞争进行类型化与阶段性分析与价值比较,也未提出完结竞争,最终达成先占默示协议的原因与标志。<sup>[31]</sup>那么就只能如萨维尼所说:“一切‘所有权’都是因时效(prescription)而成熟的‘他主占有’(adverse possession)。”<sup>[32]</sup>即是说,无主权者主持的先占自由竞争进程,就象那理性之不达的“黑箱”。是不可能事先设计出任何一次掘金竞争或其他类似情况的先占步骤与获胜标准的,只能任各方倾力(未必是武力)相角,力尽事终,剩余实力将决定先占竞争的胜者。实力即关键的原因与标准、实力即先占权、实力即习惯的来源,这正是萨特掘金争议的“最终”解决方式。好在私有财产权的大规模起源早已过去,其原罪史也跟随而去。该达成的默示协议早已达成,每一次自生自发的先占竞争都以其独特的力量博弈态势而自然停止在“合适”的位置。作为后世之学的自然法学只须对黑箱酝酿的各种结果加以记录,而无法也无须立足于对这一过程的正当性评判,而提出修正性的设计。

不翻历史旧帐,恰恰揭示了自然法学关于先占正当性论证的残缺。马克思指出“私有财产的真正基础,即占有,是一个事实,是不可解释的事实,而不是权利”,<sup>[33]</sup>意味着要在不可解释的占有事实集合中辨别出“正当的先占”,尤其是对于那些不易形成稳定与可辨识排他占有状态的“财富之母”的先占,是可遇而不可求的,是不可解释的。换做今天物权法的解释就是:占有无法公示对具有财源意义的不动产及其他重要财产的“排他性支配”的形成过程的正当性。这是自然法论证中的关键缺环,导致其先占取得正当性的论证无法自圆其说。

## 二、先占取得正当性的缺陷

### (一)主权者情境对缺陷的突显

自然法上关于先占正当性论证的缺环,导致其无法就先占正当性的规制方法向实证法提出周延的指导性意见。梅因认为,先占赋予人们对无主物享有所有权的看法不可能是早期社会的共识,而只能是“绝大部分物件已经属于私人所有”的安定情况与文明时代中法律科学的产物。<sup>[34]</sup>但文明时代的法律科学并不能坦然接受将实力作为先占竞争终结者的看法。实力既然能终止竞争,也就能再挑起竞争。世无恒强,实力强弱格局的改变可能令先占被不断重

[31] 巴特勒,见前注[10],第39页。

[32] 梅因,见前注[8],第144页。

[33] 中央编译局编:《马克思恩格斯全集》(第三卷),人民出版社2002年版,第137页。

[34] 梅因,见前注[8],第145页。

启,令社会重归自然状态。为了使所有权成为永续物权,需要在当事人实力以外寻找第三方力量,消弭当事人实力差距,终结先占重启之可能。这一第三方力量只能是与私人财产权同时而生的主权者:法制基础上的国家。

但国家同样面临用以确定先占竞争胜利者的正当标准的形成难题。如前述,来自自然法学的建议是,文明时代的国家只须消极接受先占竞争决出的胜利者的事实。但这一建议忽视了步入人民主权时代的主权者,与无主权者时代的先占默示协议中的莫须有的“公众”,就先占剩余利益对其他人足够多与同样好承诺的理解差异;也轻视了对原始先占之后的分配正当性遗留问题与遗漏问题,在后来主权者时代被重新解决的社会诉求累积所形成的变革力量。相对于可能处于被隐瞒、欺诈、胁迫等不利条件下其忍让、放弃甚至不知自身利益,都视为默认的“橡皮章”的古代群众,后代主权者,尤其是那些宣示“一切权力属于人民”的无产阶级政权,具有代表此代与后代人民利益与意志的完全理性假设,及其理性能力的自我发展与完善能力。假设再次面临萨特掘金案,或者发现乌木、陨石、狗头金事件之类初代先占的遗漏问题,主权者有义务吸取先代先占默示协议形成过程的教训,遵循为他人留下“足够多与同样好”的自然法自设之分配正义目标,更为全面与长远的考虑先占人、先占竞争人、其他人与后代人的利益平衡。

但主权者发现,要弥补自然法学论证中的缺环,在私人先占竞争中选择出一个片段与瞬间,确定具体先占取得人及其排他地位,回答“谁有权先占”存在困难。很可能是,无论先来后到,每一个人的先占都并不必然比别人在劳动投入的艰苦上明显更多,或者在隐瞒成果、恶意排他方面的卑鄙更少。将先占取得作时效取得处理(如《独联体示范民法典》第236条),坐视争斗自然终结是一个办法,但代价是社会须容忍先占竞争对和平的威胁。那从降低管理成本的角度看,最简便的方法是一刀切的确定获得暂时排他地位的第一先占人为“先占人”,令其即时取得。但除非先占对象是易于形成排他性支配的动产与低值种类物,当先占竞争的对象转向“财富之母”,无论是借助自然孳息原理将先占客体扩及土地产生的自然资源——“孳息”,还是以所谓土地包容性而令其概括取得其中自然资源,<sup>[35]</sup>实质都是令先占人用微不足道的开拓成本,撬动并垄断了不成比例的巨额财“源”。“先占人”篡越大自然“财富之母”地位,钳制在场与不在场的同代他人、后代他人的分享机会,导致剥削形成。无论从经济发展,民生保障还是科学研究与文化遗产的任何方面看,这都是巨大“负外部性”的来源。这迫使主权者寻求根本性破解之道:“以主权者或者全体人民占有的名义加以占有”,<sup>[36]</sup>冻结标的物上私人所有权形成进程,扬弃私人所有权作为分配正义转轴的路径依赖,为财产分享另寻途径。这最终推动了科学社会主义及其法制实践登上历史舞台。

## (二)先占取得正当性缺陷的实质

主权者情境突显了先占取得正当性缺陷的实质:

[35] See Dean Lueck, “The Rule of First Possession and the Design of the Law”, *The Journal of Law and Economics*, Vol.38, No.2, 1995, p.394.

[36] (荷)雨果·格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第129页。

其一,先占取得人与其他人之间的机会利益分配公平缺乏规制效力。凡法律意义上的正当性须具备足够的规制效力:衡量、比较、评价与矫正。为此诺齐克量化了洛克关于先占剩余利益分配正当性的“较弱的限制”:随着先占对象由各类涉己性财富而渐涉他性“财富之母”,给他人保留“同样好足够多”将更明确的意味者,要防止无主物的占有使其他人的处境变坏了,先占人应“向所有不再能随意地使用那件物品的人作出了补偿”。<sup>[37]</sup>但由于无法有效分辨出正当与不正当的先占,也就不能在先占竞争的失败者中分辨出遭遇不公的被害人与补偿对象,也就无法评价与监督应当由谁向谁进行怎样的补偿。归根到底,无法实现精准与公平的补偿!也无法真正回答“谁有权先占”!诺齐克的量化连在在场者之间都不能衡量其是否可能实现,更不用说对不在场的他人和后代人了。总之,自然法所提出先占取得人对他人保留“同样好足够多”剩余财产的要求,对先占取得正当性的构成不可或缺,但却无法落实为实证法中的应当,可遇而不可求。

其二,通过对可有物的先占迂回实现对其不可有物母体的整体消解。先占取得正当性在实在法上的规制机制缺失,造就了罗马法上关于不可有物与可有物的消极区分与单向消长格局。照理说,可有物是易于发生法律关系(交易关系),具有财产属性,可作为所有权客体的物;而不可有物是“财富之母”观念的法律表达,是不易发生法律关系,不具有财产属性,不能作为所有权客体的物。无主物只能是可有物。似乎可有物概念的提出可以通过对先占取得课以“可有性”要件而强化其正当性,反过来巩固不可有物的“不可有性”。但事实是,可有物与不可有物的分类,只是先占取得推动公共与私人财产消长趋势在法律上的消极呈现。它缺乏限制不可有物向可有物整体转化,维持边界的积极效力。作为最古老的不可有物的“神法物”(extra commercium)一度极为广泛,“在那时的人们观念中,日月星辰、雷电风雨、山岳河川、土地疆界无一不具有神圣的意义,它们或为神灵所有或为神所保护,属于神法物”,<sup>[38]</sup>在《十二表法》上这被限定为神用物、安魂物、神护物三种。神法物原本不受先占取得染指。但随着人神实力对比变化,神法物在世俗化时代通过私人与国家先占等各种事实,而逐步转化为不可有物中的“人法物”(res humani iuris),进而是可有物(私有财产)。“人法物”根据人类可支配程度为标准,被分为“共用物”(res communes)“公有物”(publicae)与“公法人物”(universitates)。<sup>[39]</sup>国家对人法物具有维护其可利用状态与公共利用秩序的管理职责,不拥有私法意义上的所有权。徐国栋曾分析在这一本应排除私人先占可能性的领域中,先占是如何潜移默化并导致不可有物(其称为“一切人共有的物”)趋于瓦解的。空气、流水、大海及海滨曾是“一切人共有的物的”,任何主体不得取得所有权(马尔西安 D.1,8,2,1)。但作为不可有物整体,与

[37] 参见(美)罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1991年版,第182页。

[38] 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆出版社2001年版,第302页。

[39] 共用物是处于人类支配力之极限甚至之外的,不易获取与管理的物品,如古代时的日月星辰、空气、海洋等;公有物是较易获取与实行经济管理,处于公共福利考虑被实证法保证给公众普遍与开放使用的物,如公共河流、道路、港口等;团体物同样易于支配,但处于更特定的公共目的而不允许被私人取得,这如剧场、竞技场,公共建筑等市政设施。

其中可被先占取得的无主物“组成部分”的法律地位是要区分的。例如从大海衍生的捕鱼权是全人类共有的物,但作为其中组成部分的鱼却是无主物而可供先占取得。由于“全人类不可能作为一个整体实施捕鱼活动”,先占人“没有义务”将捕获的鱼与其他人类成员分享,那么为未参与捕鱼的不在场者“保留同样好足够多”的捕鱼权也就是张“空头支票”。于是国家在一定海域内通过创设私人可租赁取得的捕鱼权(乌尔比安 D.47,10,13,7),以及认许私人捕鱼权的时效取得(马尔西安 D.44,3,7),在将捕鱼权财产化,转化为可有物的同时,也在转化范围内形成了财产秩序的保护职权——领海主权,以及国家所有权收益权能的萌芽。<sup>[40]</sup>可见,即使在不可有物的最核心地带,也发生着通过化整为零,迂回与异化不可有物制度的情况。即通过对其整体与部分法律地位的区分,通过对其部分的先占取得而逐步瓦解不可有物的整体意义,迫使其在生活资料与生产资料的全部方面实质转化为可有物。在此背景下,民法将先占客体技术性限定于“动产”之上反倒正中蚕食瓦解不可有物诉求之下怀:对由不可有物化整为零的资源物成分——动产——的自由先占,本身正是推动其资源母体整体向可有物化转化,进而被瓦解与消耗的技术手段。对不可有物的制度乃至观念的实质消隐,终令对无主物先占取得的正当性论证丧失目的性标准,沦为自我赋权,循环论证。

### (三)先占取得正当性缺陷的社会根源

在包括自然法学在内的西方法律科学主流中,均在不同程度上存在先验的对从生活资料到生产资料的全面私有化进程正当化的价值依赖。关于先占的正当性构成与实现原理的讨论过程,容易异化为为先占取得所导致的私有财产权起源制造有利证据的理论附会。通过创造自然状态与文明社会的断代,人为制造原始共同体与后私有化时代主权者在代表缔约能力上的“无”与“有”的区别,从而将原始共同体贬低到只能被动接受“先占—默示协议”的无主体地位上,达到将原始共有拟制为无主,诱导出“先占原始共有物≈先占无主物=无害”的伪正当性逻辑。至此,因所有权(私人所有权)制度尚未生成,因此无“有主物”对应概念意义上的“无主物”概念,被混淆为所有权制度产生以后,以有主物为对应概念的“无主物”概念。在普鲁东等人看来,本应建立在主权者主持正式协商基础上的,可控与可逆的私人(先占人)对原始共有物的继受取得,经过某些自然法理论加工,硬是“被合理化”为私人所有权“创世记”式的原始取得。原始共有与共同体的正当性被勾销,突显了私人所有权与私有制起源正当、存在正当,未来也唯一正当的人类财产制度的宿命论特征。<sup>[41]</sup>那么为他人剩余“足够多同样好”的正当性子目标,因可能导致私有化进程的可控甚至逆转,因与先占取得的整体宿命存在冲突,只能不了了之。正因为这样,在布莱克斯通等人看来,无害论视角下的先占取得的正当性论证是徒劳的,只能转向“有利”论:

“我们似乎惧怕回看最初获取这种财产权的方式,担心我们的资格有某种缺陷;或者,我们

[40] 参见徐国栋:“‘一切人共有的物’的概念沉浮——‘英特耐雄纳尔’一定要实现”,《法商研究》2006年第6期,第140—152页。

[41] 参见杨春学:“私有财产权理论的核心命题:一种思想史式的注解和批判”,《经济学动态》2017年第4期,第14页。

最多只是依赖于满足有利于我们的法律规定,而不去考察那些法律规定得以建立的理由或拥有权威的基础。”〔42〕

先占取得及其推动的私人所有权在促进人类历史转型、激励商品社会发展、保障个人独立与幸福方面的巨大有利是有目共睹的,是为马克思主义所承认的。在马克思看来,私有制及先占取得的正当性无法被其“有利”所证明,只因这些有利缘于既得利益者阶层的逐利本性而自然发现、自生自发,无法被人类均享与普惠。初始分配中的无害机制,却因涉及人类本性的反省、自限,而难以自生自发、自动实现。有利与无害的论证与规制路径大相径庭,使其不能相互转化、抵消或代偿。自私有制与商品关系确立以来相当长时期里,社会政策讨论主要遵循市场规律下的有利即“效率”追求展开。“商品化让我们关注用于销售的物品的工具性价值,导致我们低估或者忽视其内在价值”。〔43〕进而掩盖先占与私有财产在初始分配正义方面的缺陷:除了成为了所有者以外,占有人甚至无需对资源做任何事,就可以获得私有化引起生产增加的所有好处。〔44〕对此,甚至自然法学这样的终极价值维护者,也被裹挟进效率优先的经济发展观,丧失了对不公的辨别与矫正能力。私有制发展史一再证明:趋利不能代替避害。无论经济社会发展的有利性指标如何耀眼,无害性专门论证与规制的缺损,都会成为社会安稳机制的短板。先占取得历史进程中代代累积的不公平感、被剥夺感,可能因此错失缓释压力的社会改良机会,终至引发社会动荡与危机。

### 三、公法主导下先占取得的制度改造与限缩

穆勒曾就为什么应对历史上财产权取得中的非正当置之不问辩解道:政治经济学的分析只能以私有制既已认定作为事实基础。随着时间的推移,历史上的不公正行为越来越难以纠正,非要纠正,反而会带来更大的不公正。〔45〕但历史已证明:除非变革压力被有效释放,现实不公正危害之下的后代社会,不会因为纠正远古不公可能带来新的不公就不去纠正,安贫乐道之类宿命论从来不曾劝阻导致“剥夺者就要被剥夺”的革命,〔46〕“私有制既已认定”,也阻止不了作为其掘墓人的无产阶级,及马克思主义政治经济学的兴起。但穆勒仍有意义地提示了,不能忽视马克思主义的所有权批判理论合理性的根本:它反对任何主体(包括国家与法人)对物质资料以占有为前提的对生产与分配环节的垄断,从而宰制他人存在状况的经济社会与法律制度安排;但不反对一般生活资料的私人财产权,并力求为私人财产权的派生、导出、维持与保

〔42〕 参见杨春学,见前注〔41〕,第5页。

〔43〕 (加)詹尼特·沃森·汉密尔顿等著:“大教堂的不同景观:财产法的理论文献”,载(英)艾琳·麦克哈格等编:《能源与自然资源中的财产和法律》,胡德胜等译,北京大学出版社2014年版,第42—43页。

〔44〕 See Cohen, *supra* note 12, p.83.

〔45〕 参见(英)约翰·穆勒:《政治经济学原理及其在社会哲学上的若干应用》(上卷),赵荣潜等译,商务印书馆1991年版,第243—246页。

〔46〕 列宁:《卡尔·马克思》,载中央编译局编:《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社1972年版,第19页。

障创造条件。<sup>〔47〕</sup> 科学社会主义指导下的法律科学,也非意图否定先占的效率价值,不是要简单逆转私有制、消灭经济效率,而是要保持法律关于公正与无害所特有的价值判断独立性,防止将法律与作为其调整对象的经济生活混为一谈;是要通过集中反思发展积累型先占在威胁财富之母安全,形成私人垄断方面的正当性缺陷,专务先占取得无害性承诺的实现机制的弥补。近代以来,先占取得在各文明国家国内法上被不断限缩,并非社会主义国家的独有现象。其表面原因固然可说是随着私有制起源的完成,“在现代有价值之财货,几莫不有所属”,<sup>〔48〕</sup> 但实质原因是,文明国家不约而同反思其历史上放任私有制与市场经济发展观所导致的生产与分配环节的私人垄断,并对先占取得可能形成与加重这种垄断的制度方面加以针对性改造与限缩。

### (一)直接措施

#### 1. 自然资源物的“许可—取得”

近代以来,文明国家多在法律上将重要自然资源从其土地母体分离,对其单独采用主权者控制下的“许可—取得”模式,以替代将自然资源作为土地组成部分而被土地先占者一并先占的私有化模式,以及将自然资源作为土地孳息而被土地物权人一并取得的私有化模式。主权者首先确立了对自然资源的国家控制权基础,弥补自然法假设中,原始共同体对共有物无主体自觉的无主化拟制缺陷。基于民主国家治理结构,令主权者有能力、有义务全盘通考全体人民、后代人民的公平与可持续分享自然资源的正当要求,类型化的设计不同资源的“许可—取得”条件、协议程序等制度体系,既克服无主权者假设环境下自发“先占—默示协议”过程造成自然资源开放竞争性滥用的“公地悲剧”,又克服资源被少数先占人垄断,而阻隔多数人与后代人分享的“反公地悲剧”。<sup>〔49〕</sup>

许可取得的基础权源,是在1974年联合国大会通过的3281(29)号决议《各国经济权利和义务宪章》中被强调的,国家对自然资源的“永久主权”。根据自然资源永久主权,国家通过宪法或其他法律将不同资源类型从其所在土地分离,决定自然资源归国家所有或归私人所有。20世纪以来,通过对未开发自然资源,以及曾经为私人所有的重要自然资源的国有化,自然资源国家所有权(及自治地方所有)社会占比大幅提升。石油、天然气等烃类能源的国家所有几乎是世界通例。因此,许可取得的直接权源是资源“国家所有权”。但自然资源归国家所有,并不必然导致有关自然资源之上不能发生私人先占的当然解释效果。自然资源国家所有权并不当然具有禁止他人先占取得的效力,是因通过宪法等公法文件创设的自然资源国家所有权可

〔47〕 参见张文喜:“马克思所有权批判及其相关的公平正义观”,《中国社会科学》2016年第8期,第4页。

〔48〕 史尚宽,见前注〔2〕,第123页。

〔49〕 See Yogesh Tyagi, “Permanent Sovereignty over Natural Resources”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol.4, No.3, 2015, p.589.

能是资源主权的同语反复(也有称“原始财产权”<sup>[50]</sup>“宪法性公权”<sup>[51]</sup>等),在被私法部门进一步制度形成以前,并不当然具有私法所有权效力。国有自然资源在私法上仍可能处于“待有主”状态。同时,自然资源国家所有权的客体是特定类型的资源整体,先占客体则是其中可分离的资源物成分,这符合罗马法以来对不可有物整体中的可分离部分允许先占取得的传统。因此“许可—取得”模式是对自然资源先占取得的制度改造,而非禁止。

因资源性质不同,自然资源国家所有权发生从公益信托所有权向私法所有权的性质渐变。大气、水体、土壤岩层、生物圈等环境型自然资源国家所有权的设立目的是,防止环境退化、维护资源循环,以保障当代与后代人民的可持续分享,故多形成公益信托所有权。<sup>[52]</sup>其许可—利用模式须遵循“绿色原则”,防止任意开发与破坏。<sup>[53]</sup>这一公益信托性质的所有权不具备私人所有权的功利性权能内容,符合自然法上关于原始共有财产及不可有物“无主”的拟制标准——其上不存在私人所有权,故原则上仍可包容先占取得的客体。人民为了个人生存,于不损害环境可持续发展的限度内(禁猎、渔期或区,采集数量限制等禁止性规定),以采集、狩猎、捕捞等方式非排他地自由先占取得其中具体成分,并不违反公益信托的设立目的。超出生存需要的分取则须申请国家许可并支付对价。其中获得在特定时空范围排他性渔业权、狩猎权等“独占的先占权”者,可据此在授权时空范围内排除后来者先占(如《德国民法典》第958条)。<sup>[54]</sup>

石油、天然气等不可再生能源型自然资源国家所有权的设立目的,是巩固国家能源战略安全和增加财政收入。石油、天然气等能源的有效开发对资金、技术、安全与环境风险控制能力要求极高,需要引入社会资本甚至国际资本参与开发。此类资源国家所有权往往通过进一步的私法上的制度形成,而具有更为明显的私法所有权效力结构,以方便容纳商业开发模式。对这些资源物的竞争性先占被较为彻底的改造为,特定专业探矿权人与国家协商取得的对特定区块的排他性(或竞争性)探矿权,并就率先探明资源物的优先与排他性开采权,以及就开采产品按一定比例的分成权。在一些国家这一分成权被明确规定为产品分成协议债权(如《俄罗斯产品分成协议法》的规定)。对能源型自然资源竞争性先占的制度保留,见美国石油、天然气开发中的“捕获规则”:地下油气资源的游动性就如同迁徙中的动物,名义归属所在土地的所有权人,实际归属于最先将其开采(捕获)出的采矿权人及其所在土地所有权人。但一如历史上先占竞争可能诱发资源过度开发与退化,捕获规则下相邻采矿人间过度竞争,引发美国早期油

[50] 如《墨西哥宪法》第27条,相对而言“私有财产权是一种从国家手中获得的权利,因而是国家限制和征收的对象。”

[51] 参见巩固:“自然资源国家所有权公权说再论”,《法学研究》2015年第2期,第115页以下。

[52] See Austin W. Probst, “Go with the Flow: The Public Trust Doctrine and Standing”, *Wayne Law Review*, Vol.62, No.3, 2017, p.537.

[53] See John Page, “Common Property and the Age of Aquarius”, *Griffith Law Review*, Vol.19, No.2, 2010, p.191.

[54] 史尚宽,见前注[2],第126页。

气资源开发的低效与浪费问题严重,成为现代资源立法中少有的反例。<sup>[55]</sup>

在环境性自然资源与能源型自然资源为典型的两端之间,还存在作为过渡形态的原材料型自然资源。它们本是构成土地与环境的组成部分(如需要专门开发利用的金属与非金属矿藏,与可直接利用的矿物,如沙石、砾石、白垩石、泥炭、石灰石、黏土等),因其用途是人类生产生活的耗材,而非包容人类生息的环境载体,与土地与环境自然资源母体相区别,但又因其价值与战略性不如油气资源重要,而与后者相区别。法律往往根据其具体类型开采难度、经济重要性,在公益信托所有权与私法所有权之间具体确定其法律调整模式的偏向性。例如钻石、金银、稀土等因其战略意义,而多采用具有私法技术结构的国家所有权及许可取得模式,严格限制社会个体的先占、开发等取用自由。但对普通沙石等则可能采用对公众较为开放的国家信托所有权,允许社会成员在保护环境及资源整体利益前提下的少量自由取用。

### 2. 有主化与国家宏观调控下的有限地权取得

作为人类生产生活基本场所的土地(包括农牧用地与建设用地),自近代圈地运动为代表的佃农与领主对公地先占竞争事件后,土地私人所有权的先占取得便退出了历史舞台。取而代之的是在确定土地归属(主要是国家等公法主体的私法上所有权)前提下,私主体根据土地利用规划自所有权人继受取得或派生取得土地所有权或土地用益物权。在这一过程中仍可发现先占模式的遗留。美国西部大开发时代的《宅地法》允许公民以先占并耕种达5年的方式,从政府手中继受取得相应地块的所有权。此后更多国家只允许占有人以竞争或非竞争方式获得地块使用权。仅在对存在竞争性需求的部分商业性土地使用权取得过程中,先占竞争模式才以被改造为集体竞价等前置程序的方式,继续发挥作用。如我国长期实行的国有土地使用权出让“招拍挂”程序。此外在某些特殊的土地使用权补偿分配场合也能见到先占的遗痕。如我国《土地承包法》规定用于“调整土地承包地或者承包给新增人口”的“地源”含“通过依法开垦等方式增加的”(第28条),实践中这包括相关土地承包户或新增人口自行“先占—开垦”新增加而待确权的。

### 3. 国内法上的国家主权先占

国内法上对无主物的国家主权先占取得,是对私主体先占取得最直接的制度替代。其完全替代模式见《法国民法典》第713条:“无主的财产归国家所有”(不含所有人不明的埋藏物与遗失物),终结了私人的先占竞争。更多立法例采部分替代模式:除个别立法例承认私人对无主不动产所有权的“先占—登记”取得(《瑞士民法典》第656条),无主不动产皆由国家取得所有权。这些立法例多不区分无主不动产是自始无主物,还是因抛弃等原因而形成的嗣后无主物。这是因为无论是否涉及私有制的起源、是否关系到为他人保留初始分配机会利益“足够多同样好”的正当性考量,无主不动产都容易引来激烈的先占竞争而威胁和平,应一律从严处置。对于动产则根据各国传统与社会观念不同,形成对私人先占宽严不同的立法格局。较严格的

[55] (澳)特伦斯·丹提斯:“捕获规则:对石油和天然气而言并非最差的财产规则”,载(英)艾琳·麦克哈格等编:《能源与自然资源中的财产和法律》,胡德胜等译,北京大学出版社2014年版,第187页。

立法对某些无主动产也适用国家(或地方公法组织)先占,这如我国《物权法》规定无人继承的遗产由国家或农村集体组织取得、经过公示期而所有人不明或未认领的埋藏物(隐藏物),与遗失物“准用”无主物国家主权先占。<sup>[56]</sup>我国《民事诉讼法》“认定财产无主案件”特别程序规定,人民法院发出认领财产公告一年无人认领的,判决财产为无主,收归国家或集体所有(《民事诉讼法》第192条)。趋于宽松的立法例认可公示期后对遗失物、埋藏物的拾得人、发现人单独取得,或与埋藏物所在物主人分享所有权,在立法上准用无主物私人先占取得(《日本民法典》第240、241条,我国台湾地区“民法典”第807、808条)。

#### 4.对私人所有权的无偿剥夺

对私人所有权的无偿剥夺,是对相当范围内私人所有权秩序的整体逆转措施。它是马克思所说“剥夺者就要被剥夺”的法律上实现方式,是先占“敌人”财产在和平条件下的变体。由于是假设对历史错误的纠正、对历史欠债的补偿,被剥夺者作为历史性上的剥夺者与不当得利者当然无法获得补偿,从而将之与个案化的公益性征收区别开来。这如我国建国初期没收地主土地再无偿分配给农民、没收官僚资本归国有,以及通过1982年《宪法》第10条“城市的土地属于国家所有”,实现对城市存量私人土地所有权的整体国有化措施。<sup>[57]</sup>这种无补偿的整体剥夺在资本主义国家也在不同程度上存在。如为实施自然资源的“许可—利用”模式,拉美国家通过宪法的自然资源国有条款,启动对包括部分自然资源存量私人所有权在内的无偿国有化。在欧洲“如果限制影响到全部或者某些种类的财产,而不是具体的财产所有者,那么这种限制就不太可能是征收”。通过“不予赔偿”的监管、区分与土地具有归属连带性的“土地所有物”,与不具有连带性的“自由埋藏物”等法律措施,逐步将其认为具有较大环境、经济与后代生存发展保障意义的资源类型与其所在土地分离,实现特定类型资源所有权的国有化,或者对所保留的资源私人所有权、未到期排他性开发权实行更为严格且无补偿的开发限制。<sup>[58]</sup>

#### (二)根本措施

原始先占正当性缺陷的实质是,可有物对不可有物的单向渗透与解构。那法律上的根本改造措施应是,重构不可有物与可有物之间的区分格局。蒲鲁东曾批评《法国民法典》对可有物与不可有物区分规定的缺失:“给所有权下了定义,但对于什么东西是可以或不可以据为私有,却只字未提”,<sup>[59]</sup>这对民法典要求过苛了。完成由“世俗宪法”向一般私法转型的近代民法典,一方面形成对私人所有权及市场经济的路径依赖,另一方面又以摆脱各种具体目的,以作为各种社会形态的价值公分母与体制中立法自居。自然,它更合适遵从木已成舟的社会财产秩序现状,借助非此即彼的物的事实性类型区分,及

[56] 这到底是主权先占还是独立的国家所有权取得原因类型尚可商榷。

[57] 有人认为这缺乏征收程序,这是误解了该条文的效力。整体剥夺不涉及补偿,不需要具体程序,是主权的直接效果体现。

[58] (丹)安妮塔·罗尼:“自然资源公权和私权及其保护上的差异”,载(英)艾琳·麦克哈格等编:《能源与自然资源中的财产和法律》,胡德胜等译,北京大学出版社2014年版,第90—105页。

[59] 蒲鲁东,见前注[4],第116页。

对物的归属主体的辨别,通过不告不理的司法救济,确保个别化的物权存续与自决安全(归属正义),以及在此基础上确保私主体之间点对点的交易合同自由(交换正义)。但它既难以评价与矫正归属据以形成的,物之初始配置根据本身的正当性,更没有为实现公共财产利益对当代及未来社会成员公平与缓释分配利益所必须的,专门执法主体与积极执法手段。<sup>[60]</sup>甚至与行政权高度结合的社会主义国家所有权,都不能圆满解决公有物在人民内部的利用问题。<sup>[61]</sup>相反,私法技术却是形成可有物向不可有物的单向扩张格局的技术推手。民法典自然难以独立与周延地辨别与重塑可有物与不可有物的区分关系,难以弥补先占取得的正当性缺陷。当下我国民法学上关于乌木、陨石等新类型物归属争议讨论,普遍缺失该物是否已进入可有物范畴的前置性讨论,而是径行进入可有物与私法(物权法)范畴内,做出要么国有(国家私产),要么孳息、埋藏物、或无主动产的选择。无论其结论是否认可先占取得,无论在有关物上形成国家、集体还是私人所有权,都因缺乏讨论前件而难以作为相关立法的有效参考。面向分配正义,完善可有物与不可有物的区分法制、实现先占取得制度重构,就应当以公法为主、私法为辅。于是《法国民法典》在“无主的财产,归国家所有”(第713条)之后紧接着规定“不属于任何人的物件,其使用权属于大众,警察法规规定此等物件使用的方式”(第714条),明确将无主物公共利用引向公法调整。

不可有物与可有物之间是“不可有的整体”与“可有的成分”、财产源与流之间的关系。过度分割导致源头枯竭、损害他人与后人分享。那可行的关系重构就不是重新划定不可有物与可有物之间的界限,而是旨在保持源与流的动态平衡关系,令源远流长。不可有物不是不能被私人分享与取得所有权的物,而是通过派生承担各类利用目的的成分物,是公平可持续造福于全社会成员与后代成员的,待分配的各种资源总库。与之对应,可有物是被分割、可私有的不可有物成分,此种私有以不损害不可有物被其他人再分享为限。

作为“财富之母”观念的法律表达,不可有物的准据法应是根本法。不可有物是宪法上公共财产的法律内涵。公共财产(不可有物)宪法上所有权的性质并非私法上所有权,而是国家信托所有权或公共控制权。<sup>[62]</sup>宪法上所有权也有“排他性”效力:排除可能损害他人与后代人可有、可享的机会利益,使少数主体对公共财产取得排他性私有(也包括公法组织获得私法上所有权)。我国《宪法》第6条“社会主义公有制消灭人剥削人的制度”、第51条关于行使自由和权利“不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”的规定,便是宪法上国家所有权排他效力的根本法表达方式。人民针对公共财产(不可有物)的正当分享要求,是其生存与发展的基本物质保障。对此,宪法上国家所有权不仅不能排他,反而要通过将其作为宪法上“新财产权”“公平分享权”直

[60] 参见蔡立东:“法人分类模式的立法选择”,《法律科学》2012年第1期,第111页。

[61] 参见谢海定:“国家所有的法律表达及其解释”,《中国法学》2016年第2期,第98页。

[62] 参见肖泽晟:“国家所有权与行政权的关系”,《中国法学》2016年第6期,第97页。

至基本权利而保障实现。根据其具体需求,即是为获取生活资料还是生产资料或有交叉,是为获取不可克减的生存条件还是可以克减的发展条件,是为获取自雇谋生的生产资料还是为获取作为雇佣他人条件的生产资料,等等方面考量,责成各公、私法律部门对具体不可有物成分形成相应具有部门法技术特征的分享路径。我国宪法第6、7、9条反复提到的“全民所有”以及《物权法》第45条、《企业国有资产法》第3条等部门法中的引致,就是其组合性表达。

宪法上不可有物成分的公法性分享模式主要受行政权调整,进一步形成明确与强化“不可有”性与去市场特征的行政公物类型体系(这如最近年代的空气、风能、光能在行政法上的国有化);在私法分享模式下形成主要受私法上所有权—他物权模式调整,从而方便其进入市场关系的可有物,再依私法上标准划分为动产与不动产等。从类型化程度上看,不可有物与可有物的类型关系,是宪法上的整体物大类,与部门法上再类型化而形成的功能性小类体系之间的关系。如《俄罗斯联邦土地法典》第12条即动情地、拟人化地将俄罗斯“土地”(整体)代指以“她”,“保护俄罗斯联邦的土地,她是生活在该土地上的各族人民的生存和活动的基礎”,而作为民事法律关系客体则是以“它”相称各用途“地块”。又如我国《宪法》第9条第1款规定的“属于国家所有,即全民所有”的“自然资源”大类,被分解为“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂”以及“等”再分类索引,进一步引导物权法、矿产资源法、土地法等法律部门,将其再类型化为具体利用关系中的“资源物”。要防止宪法上不可有物与可有物之间源流关系,与私法上不动产与动产之间区分关系的混淆。前者为宪法上目的性概念的区分关系,后者为私法上事实性概念的区分关系。二者的混淆方便了借助无目的的动产概念,淡化与割裂法政策与价值中可有物与不可有物母体间源流关系,令对可有物先占取得的公共政策考量,因遁入无主动产自由先占的私法上技术装置而丧失目的性,加速不可有物的消解。

要确定某物的法律性质,应首先在宪法引导下确定其类型化程度与状态。以陨石、乌木为例,首先应在宪法上分类索引下寻找其最接近次类及大类,这只能是“矿藏”与其上位“自然资源”。而“埋藏物”“隐藏物”,或者“动产”与“不动产”等私法上分类,由于不能体现宪法上物的根目录分类性,不能作为首要的定性依据。《物权法》对矿藏并未细分,而须依赖矿产资源法的类型化辅助。陨石、乌木未被我国《矿产资源法实施细则》第2条第2项所涉《矿产资源分类细目》收录,同时也未作为“新发现的矿种”经合法程序被增补进细目。故陨石与乌木均已超出现有部门立法对矿产资源类型化覆盖范围。对民法而言,陨石与乌木因尚未进入物权法上的矿藏范畴而未进入民法调整范围,不适用《物权法》第46条私法上国有化规定;它们同样未进入物权法上的动产或不动产范畴,不适用第41条“法律规定专属于国家的不动产和动产,任何单位和个人不能取得所有权”的规定。但在私法上不归国家所有同样不能反推它们就是私法上可先占取得的无主动产。在陨石与乌木的类型化不足被新的部门立法补足以前,以取得私法所有权为目的的,对乌木与陨石的国有化或私有化(私人先占),均因在部门法上于法无据而遭

冻结。政府与私人发现者就乌木、陨石发生私法上权属争议超出民事案件受案范围。<sup>〔63〕</sup> 乌木与陨石须回到宪法物的根目录下,在“等”自然资源中被重新定位:它们是“没有进入物权法/财产法秩序的社会共有物”,位于宪法第12条“神圣不可侵犯的”“社会主义的公共财产”范畴内,<sup>〔64〕</sup>仍处于国家对公共财产不可推卸的“积极干预权”(宪法上国家所有权)控制之下,以履行“国家保障自然资源合理利用”,“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”的宪法义务。因此国家有义务“基于主权及主权衍生之管理权设定开发和使用规则”,由对不可有物秩序承担兜底性保护职能的行政法规进行补漏性调整,由相应自然资源保护类机关积极执法。有关法律争议应作为行政纠纷而非民事纠纷处理。现阶段,任何对乌木与陨石的私挖、私分、隐匿、破坏等行为均可能构成“破坏自然资源”“侵犯公共财产”,应视情节由《行政处罚法》《刑法》相关罚则处理。同时,对陨石与乌木在部门法上的归类工作应毫不迟延地开展。因为,在宪法上不可有物观念与兜底性规范效力被普遍遵守以前,“新物”类型化的长期缺位,会给社会公众乃至职能部门造成该物就是“无主动产”,主权者默认对其自由先占的观念误导。如同在原始先占史上见到的,这将消解主权者权威,放任自由先占竞争,诱发资源掠夺,并阻碍宪法上不可有物与部门法上可有物相互间的正常派生与制衡关系的形成。

#### 四、先占取得在民法中的制度保留

今天民法上的先占取得,是原始先占经历近代以来制度改造与逆转以后的制度剩余。先占取得涉及私有财产制起源在今天微观社会关系中的重演,需要与公有制保障、福利供给政策之间进行平衡,因此超出了现代民法的归属正义与交换正义功能实现范围,并不当然处于“国不与民争利”及“法无禁止即自由”的私法保障范畴内。需要结合所在法域的相关宪法秩序,通过合宪性立法、解释并对接公法上规制,使先占取得能够与我国基本制度及其法律表达保持一致。

##### (一)无主物范围限定规则

无主物在民法典规范中最大字面范围含“没有所有权人的物(自始无主物)”“所有人不明的物(嗣后无主物)”和“所有权人抛弃的物(嗣后无主物)”(如《独联体国家示范民法典》第235条),在各国的实际宽窄受制于该国公共政策对私有财产起源微观重演的宽容度。在商业氛围浓厚的瑞士允许“无主动产”通过登记被先占取得(《瑞士民法典》第656条)。在将私有制重新起源作为社会经济体制变革重要条件的俄罗斯等国,一方面无主动产在不动产登记机关就其无主状态登记公示满3年,国有财产管理机关可向法院起诉要求确认为国家所有;但另一

〔63〕 近年来围绕乌木与陨石发生的政府与发现者之间的“权属”纠纷以民事案件立案与审理是不妥的。但最终法院以“发现者没有证据证明归其所有”为由驳回其所有权取得要求,也算在一定程度上正视了对诉争之物民法规范供给不能的问题。参见王乐:《新疆17吨陨石官民争夺案宣判:法院不支持牧民要会陨石》, [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1940826](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1940826),最后访问日期:2018年1月10日。

〔64〕 参见程雪阳:“中国宪法上‘国家所有’的规范含义”,《法学研究》2015年第4期,第123页。

方面,若国有财产管理机关未提起国有化诉讼,或诉讼被法院驳回,社会主体便可依时效取得制度,以先占且稳定占有达法定年限(15年),并申请登记之方式取得所有权(《独联体国家示范民法典》第235、244条)。但在大多数国家,为防止原始先占正当性缺陷在不动产利益分配中重演,对无主不动产皆以主权先占替代私人先占,将私人先占取得客体限于无主动产。

但如前所述,将先占客体限于动产并不能消除对不可有物的过度瓜分危害,还需对无主动产作出目的性限定。抛弃物因不涉及私有财产制的起源,不涉及财产源与流的关系处理而易于识别与规制。民法学将抛弃认定为意图终结所有权的法律行为或准法律行为(《德国民法典》第959条等),受意思表示真实性与合法性考量,存在无效或撤销问题。所有人不明的遗失物与埋藏物,因存在遗失与埋藏的人为性,及拾得与发现后公示招领制度,同样不涉及私有财产制起源,易于辨别。相反,自始无主动产则因涉及从天赋之不可有物分离出可有成分过程的复杂性,反过来是通过对无主动产先占而对不可有物母体的蚕食消解效应,因此需要专门限定。早期民法典选取资源成分物自整体分离最为自然与可辨的野生动物、蜂群,为自始无主动产的典型(《德国民法典》第960、961条)。在这极少数例举之外,各国民法典对“其余”自始无主动产的认定均缺乏直接规定。

自始无主动产认定具有与其先占目的、强度的相关性,需要结合不同情形下先占取得的限制性条件来反向认定。民法典无法事先概括规定自始无主动产的外延。无主动产的范围限定规则需要进一步发展为便于公私法接轨的先占目的性分类限制规则。应将普鲁东的提问方式“什么东西是可以或不可以据为私有”发展为:什么不可有物的哪些可分成分,对谁(个人还是法人等)、在什么目的上(作为生产资料还是生活资料)与什么额度与强度范围内,可以被以先占取得、许可取得等方式据为私有,才能确保不可有物在整体与长远上仍能为其他社会主体、合理范围的未来成员“保留足够多与同样好”。在此,“无主物”并非物的封闭类型,而是指数个可彼此共存的先占行为可同时指向的成分物的区分性开放状态。对不同主体的不同需要来说,无主物的法律意义并不相同。这进一步说明,不能仅仅以我国物权法上未正面规定无主物为由,否定私人先占取得在我国法律体系与社会生活中的实际存在。而须进一步在事实存在的先占取得各分类限制规则中,反向呈现与分析完善我国无主物及其先占取得的制度内涵与外延。

## (二)先占取得条件的区分限制规则

### 1.法律的禁止性规定

《德国民法典》第958第2款规定“先占为法律所禁止……不得取得所有权”。对私人先占的禁止性规定效力根源于宪法上国家对公共资源与公共财产的积极干预的“善管”义务,如我国《宪法》第9条第2款规定“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”。各国实践中的法律禁止性规定多包括:对象限制,如区分不得捕猎的保护动物;区域限制,如划定不得先占取得的自然保护地、生态脆弱区、水源地等;时间限制,如规定禁捕期工具限制,如规定鱼网网眼大小、猎枪类型等;<sup>[65]</sup>危险品管制,如医疗废品、放射性废料的专业归口处理规定;关于物的流通限制与禁止性规定也可构成对先占的禁止等。除上述直接管制性规定外,根

[65] 参见巩固,见前注[51],第126页。

据一物一权原则与所有权的排他力,对特定物的主权先占、国有化等规定,也构成对同等标的以相同方式私人先占的禁止。如我国《物权法》第41条“法律规定专属于国家的不动产和动产,任何单位和个人不能取得所有权”,结合物权法对各类国家所有权的赋权宣告性规定,以及对无人认领的遗失物、埋藏物和无人继承的遗产的国家取得的规定,能勾勒出我国先占禁止的标的物范围。值得一提的是,我国《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”,除了可获得对“国有野生动植物资源”先占取得禁止的目的解释外,也可得出“非国有野生动植物”就是物权法上的无主物的反向解释。故不少学者认为,此条就是我国民法对自始无主物的典型例举与其先占取得效力的确认条款。<sup>[66]</sup>

我国关于先占取得的禁止性规定的缺陷有三:其一,可能抹杀对不可有物整体国有化或管制措施,与其成分的可私人取得之间的制度界限,造成对某些自然资源成分合理先占需求的过度禁止,不予民便。例如自然保护区、水源地等的保护措施对普通拾荒、采集、取水行为的过度禁止;矿产资源国家所有权对矿石的零星捡拾的禁止,及其对零星不成规模的矿石采集的扩大适用等等。其二,立法中专门禁令供给同时又相对不足,<sup>[67]</sup>可能导致对自由先占竞争的必要规制失效,诱使“法无禁止皆自由”之私法原则对诸如乌木、陨石等“待类型化之物”,对诸如狗头金这样的分散但珍贵矿物的不当扩大适用。其三,关于先占禁止的管制性规范与公共财产国有化措施之间缺乏衔接。虽然《野生动物保护法》第2条与《野生植物保护条例》第2条均将保护对象限于珍贵、濒危和有益或有重要经济、科研价值的陆生动、植物,但只有其中的野生动物才被宣告属于国家所有(《野生动物保护法》第3条),可援引《物权法》第49条实现对私人先占的禁止。野生动植物资源在国有化问题上厚此薄彼,容易在社会观念上误导出关于《野生植物保护条例》所保护野生植物因不属国有,而属物权法上“无主物”的反向解释,令其可被自由先占取得,从而削弱了条例中有关植物资源“合理利用”的管制性规范价值。一些地方对虫草、灵芝、野参等重要植物资源滥采现象突出而官方监管懒散,即与之有关。珍惜野生植物尚如此,对于未能获得《野生动物保护法》与《野生植物保护条例》保护的“不珍惜”“不濒危”“不重要”,不属于国家所有,但却同为生物多样性不可或缺组成部分的“一般”野生动植物的保护漏洞可想而知。近年来一些一般野生动植物因过度利用而逐渐变得“濒危”“珍贵”,急需国有化来拯救的悲剧,即与之有关。

## 2. 不损害他人先占权

《德国民法典》第958第2款规定“因实施占有而损害他人先占权的,不取得所有权”。基于许可取得的排他性先占权并不能在实际占有标的物以前,将先占所涉领域内全部成分物预先转变为有主物,因此排他性先占权并不能先行禁止他人对同一领域内成分物的自由先占,而只能阻止可能损害其基于许可而预期合理获得先占额度的竞争性先占与竞争性先占权。这如我国《海域使用管理法》第23条第2款明示“海域使用权人对不妨害其依法使用海域的非排他

[66] 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,第459页。

[67] 易军:“‘法无禁止皆自由’的私法精义”,《中国社会科学》2014年第4期,第134页。

性用海活动,不得阻挠”。基于许可而取得的排他性先占权与非基于许可的自由先占具有一定程度的标的重合性与获利分享性,但两者预期可获得额度与范围存在显著差异。要指出的是,虽然将土地中资源作为“孳息”而收取,跟随对原始先占的整体制度改造而在制定法上被剥夺,但仍可能以习惯法上特定主体先占权的形式被明示或默认存在。例如,根据我国《水法》,“水资源”归国家所有,但法律认可农村集体经济组织对其所有或修建管理的水塘、水库中的“水”的“专属使用”(《水法》第3条);又如零星不成规模的矿石,因可能无法被归入矿藏而未被国有化,某些野生动植物因不珍贵而未被国有化,而可能被保留历史上土地孳息的地位,<sup>[68]</sup>在不违反管制规范限度内可容许土地权利人(农村集体及其成员)优先取得。

与法律上禁止性规定相比,“不损害他人先占权”更强调先占权与不构成竞争的自由先占间的兼容性,一定程度上保障了实行资源“许可—利用”模式后,被许可人以外的他人分享。其不足是,自由先占对先占权是否构成损害——形成竞争——不易判断。这促使许可取得的先占权通过物权化以强化其排他力,使先占权逐步获得类似禁止性规定效力的对他人自由先占的阻止能力,损害了他人的先占分享机会利益。我国民法学界有学者将采矿权、探矿权、捕猎捕捞权等归入“准物权”,以示与一般用益物权的重大区别,<sup>[69]</sup>但物权法上并无“准物权”或“先占权”的专门规定。不仅“国家实行自然资源有偿使用制度”被安置在物权法用益物权编的“一般规定”中(《物权法》第119条),上述先占权也被悉数归入“用益物权”名下(《物权法》第123条)。用益物权作为典型物权自应有对其他所有人的排他效力,用益物权人仅须对所有权利人负有义务而无须对其他人负有义务。在其影响下,我国《矿产资源法》第19条第2款规定“禁止任何单位和个人进入他人依法设立的国有矿山企业和其他矿山企业矿区范围内采矿”,在实践中从对他人竞争性采矿的禁止,扩大解释为对一切进入与先占行为的禁止,不予民便。但与此同时,在物的类型化及相关禁令不足的情况下,习惯上农村集体对土地上自然资源的孳息收取权也可能突破其保留底限,对“零星不成规模的矿石”等做扩大解释:将作为金矿藏特殊成矿体的狗头金混淆为低值零星矿物,将尚未在部门法上类型化的公共资源物乌木说成是部门法上农村土地的自然孳息等等,导致先占滥用及相关公共资源国家管理秩序的紊乱。

### 3.“生存保障型先占取得”与“发展积累型先占取得”区分规制

针对第一、第二规则中缺陷的矫正性规则是:基于各国宪法关于“公共财产公益信托”的共识性原则,在社会主义国家则基于公共资源及其他公共财产“国家所有,即全民所有”的宪法上更高要求(我国《宪法》第9条),<sup>[70]</sup>在维持不可有物整体安全与循环利用总目标下,形成区分性分享措施安排,形成对不可克减的“生存保障型先占”与可克减的“发展积累型先占”的区分调整。

生存保障型先占性的合理量度,可结合经济社会具体发展水平,由“靠山吃山、靠水吃水”

[68] 参见金可可,见前注[1],第111页。

[69] 参见崔建远:《准物权研究》,法律出版社2003年版,第12—14页。

[70] 参见孙宪忠:“根据民法原理来思考自然资源国家所有权的制度建设问题”,《法学研究》2013年第4期,第76页。

的先占传统、习惯性权利的遗留来佐证。<sup>[71]</sup>也可用实际用途与日常生活的相关性来证明,例如“家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等”的少量取水权(《水法》第48条,《取水许可和水资源费征收管理条例》第4条第1款第2项),采挖零星分散资源和只能用作普通建筑材料的砂、石、粘土,以及为生活自用采挖少量矿产的权利(《矿产资源法》第35条)。还可直接由法律规定先占取得合理量值来确定,如白俄罗斯《森林法典》第42条规定公民“为满足自己的需要”无偿采集野生浆果为一人一天不超过30公斤、蘑菇不超过20公斤等。生存保障型先占是宪法上不可克减的公民基本权利——生存权——的实现方式,政府负有以立法等措施保障公民于合理限度内自由先占的义务。政府不得通过在宪法或民法上概括宣告公共资源国有化、设立无所不包的资源利用“前置许可”以限制生存保障型先占。而应通过立法等措施排除排他性先占权等对生存保障型先占的不当阻止。与此同时应严格确保生存保障型先占的底线性:仅对日常直接自用生活资料与生产资料可行,超出此限即进入“发展积累型先占”范畴。因此,要认定陨石、乌木与狗头金等可为私人自由先占,占有人须证明其占有目的与用途仅为日常生活与生产。但此类物饥不可食,寒不可衣,也非用于垒屋起墙,占有人取得目的自与“采蘑菇”“拾柴火”大不相同——均为收藏或交易取得高额对价,显然超出直接自用之生活与生产资料用途范围,不能认许其被自由先占。这同样可用于“鱼泉”之类事件中私人自由先占取得限度的判断。<sup>[72]</sup>值得注意的是,“公物附近居民”对公共资源相比其他人的“增强利用权”,被认为是应予尊重的习惯法上权利。<sup>[73]</sup>我国社会主义公有制包括全民所有制与集体所有制,我国还实行民族区域自治制度。集体所有制及民族区域自治制度均为传统习惯中原住民(尤其是少数民族)在其生息领域内的自然孳息收取权提供一定延续空间。这使农村集体经济组织可以将其成员个人生存保障型先占自由,集约为更高水平上的生存保障型集体先占权。在直接改善集体组织全体成员生活与生产条件限度内,就尚未在民法上国有化的资源物,形成较单个私人显著为大的先占取得的量度与谈判空间。仍以乌木为例,如其发现地位于农村集体所有土地范围内,在明确乌木的可有物地位以后,应允许集体组织获得一定共有份额。

与生存保障型先占不同,发展积累型先占的目的与用途具有生产资料超额积累性,与因此对他人获取机会的剥夺性。为实现宪法上以生产资料公有制消灭剥削的基本制度要求(我国《宪法》第6条),发展积累型先占不适用自由先占模式,只能实行国有化基础上通过有偿与许可取得的排他先占权模式。这既包括捕捞权、采矿权、取水权等资源物批量取得先占权,也包括一旦对陨石、乌木等物在明确其部门法上可有物地位以后的个别先占权。要特别强调:自始无主物因稀缺与价高而应被国家主权先占,并非时下不少文献中所谓政府“见钱眼开”而“与民

[71] 参见巩固,见前注[51],第127页。

[72] 受益人若只是基于日常生活需要或自雇谋生而获取当可认为合理。但受益人为扩大受益程度修建围栏防止外人自由进入、收取门票,开设渔泉主体农家乐,以所获鱼类资源作为这样烹饪菜肴,就超出了其可自由先占的程度。相关报道见《重庆农户挖出鱼泉》,载南方网社会新闻 [http://news.southcn.com/community/content/2015-06/23/content\\_126868860.htm](http://news.southcn.com/community/content/2015-06/23/content_126868860.htm),最后访问日期:2018年6月28日。

[73] 肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版,第157-160页。

争利”，<sup>[74]</sup>而是因为任何私人的先占取得都损害了“为他人保留足够多同样好”的正当性要求，违反了公有制与反剥削的宪法基本制度要求，只能以国有化定分止争。未来民法典物权编应以准物权或物权取得权，专门规范资源批量取得先占权，将之区别于用益物权序列。

#### 4.“自始无主物先占取得”与“嗣后无主物先占取得”区分规制

古罗马法上“无主物”与“抛弃物”的区别在今天的民法典中仍有遗留。在一些民法典中，“抛弃”或“抛弃物”仍在先占制度下获得相对独立的规范表达（《德国民法典》第 959 条、《独联体示范民法典》第 236 条等）。《独联体示范民法典》更是极有代表性地将自始无主物与抛弃物（抛弃之动产）的物权取得要件进行了明确区分：前者适用时效取得，后者适用相对宽松的“有条件即时取得”。虽然笔者并不赞同，相对即时取得，时效取得方式对先占取得正当性的补益，但赞同相比抛弃物，对涉及私有制起源的自始无主物先占取得设立更为严格法律控制的区分性立法政策。同时也赞同该法典对抛弃物先占—即时取得设立限制性条件的做法：发现其价值“明显低于最低劳动工资额之 5 倍”、发现采掘有益矿产过程中产生的废金属材料、废品、废渣等边角下料的，有权在“使用后”或者“实施其他证明取得物之所有权的行为后”取得所有权；但“其他抛弃物”则要在先占人“向法院申请确认为无主物”后才能成为所有权人（《独联体示范民法典》第 236 条第 2 款）。对抛弃物的数额、性质及取得程序及是否涉讼的条件规定，反映了自抛弃不动产重归公有领域之后，对所抛弃动产也在一定程度上重新且优先置于公共监管之下立法政策。这既未像《法国民法典》第 713 条那样管制过度而阻断抛弃物的私人先占之路，但同时在被抛弃动产中也能识别出“重要价值物”令其重回公有领域，令不可有物获得来自可有物的回归充益，实现“财富之母”的循环与可持续发展。

对抛弃物先占取得的条件限制，尤其适合建构当代再生资源（垃圾）回收利用法律机制。在我国，虽然对垃圾为代表的抛弃物先占取得长期以来并未得到民法规范的正面承认，但作为社会生活习惯中的先占制度长期被公共政策默许。<sup>[75]</sup> 现代社会，垃圾在分类搜集与循环利用技术推动下，已发展为规模巨大的循环经济的客体——再生资源，<sup>[76]</sup> 重归“资源”目下。更重要的是“绿色原则”的考虑（如我国《民法总则》第 8 条），无论是垃圾等废物的抛弃（倒垃圾）环节，还是其先占（捡垃圾）环节，都不再处于纯粹意思自由的私域与私法调整范围内，还须受到严格的垃圾分类回收、废物无害化、固体废物国际贸易管制等，环保法、再生资源行业法等交叉法律部门的监管。垃圾抛弃的效力、先占主体（垃圾回收利用运输等企业）的专业性资格与市场准入等，都受到越来越多的专门管制性规定的约束，乃至传统民法中“抛弃与先占取得”的法律路径受到了实质性改变。未来我国《民法分则·物权编》不应再容许抛弃物的先占取得以“被默许的习惯法上的制度”形式继续存在，而应规定抛弃物及其先占制度的专条，但同时又应对再生资源利用法律法规保持谦抑，保留除外规定引导。

[74] 参见田亦尧等，见前注[1]，第 173 页。

[75] 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室，见前注[66]，第 459 页。

[76] 参见田亦尧等，见前注[1]，第 172 页。

## 五、结 语

无主物先占取得制度起源于发现财产、推动私有财产制起源与物尽其用的效率追求。无论是否获得法律规范正式表达,它都不同程度地存在于各国财产分配秩序中。但随着先占客体从财富流渐诸财富源,先占在实现财富的长远与公平共享方面的正当性之固有缺陷被放大,威胁一国统筹实现分配正义与福利政策的基础能力。由此,先占取得的正当性缺陷不仅形成与公有制及社会主义理想的矛盾,也形成与致力于公共利益维护与社会公平追求的所有文明国家福利政策之间的普遍矛盾。<sup>[77]</sup>故先占取得总体上处于法律的严格限制之下。在法律上不规定先占取得,虽也可获得对先占不授权的影射效力,但代价是对生存保障型先占的一并抑制,同时又放任了公众关于主权者对发展积累型先占采取默认(未禁止)态度的误解,重蹈原先占默示契约之覆辙。故仍以在立法上就先占取得的自由与限制明确表态为妥。物的利用效率与公平分享价值间无法相互转化与代偿,决定了法律对先占取得的规制原则是公平优先、兼顾效率、总体限制、局部保留;具体手段以公法为主、私法为辅;调整目标是保障对财产权具有创生意义的不可有物,作为“财源”的安全与循环发展。作为私人先占取得制度主要保留地的民法,应顺应实现宪法主导下物之分配正义实现机制。民法学应防止其归属正义与交换正义制度工具及相关原则适用的错位。对于政府“与民争利”,应分辨到底是政府对不可有物的管理职能遁入私法而引发的官商追利,还是政府代表更大多数“他人”与欲独占的当代少数人之争的公益之举。

最后,附上相关立法条文建议稿如下:

《公物法》<sup>[78]</sup>相关部分立法条文建议:

第 XX 条[先行管理]

尚未类型化的物在依法明确其法律上类型前,由国家为公共利益先行管理。非依据法律,任何主体不得对该物取得所有权。

《民法分则·物权编》相关部分立法条文建议:

第 YY 条[自开始无主物先占取得]

(1)自主占有自始无主动产的人,即时取得此物所有权。

(2)先占为法律所禁止,或实施先占将实质损害他人先占权的,或标的物尚未类型化的,不取得所有权。标的物的类型化方法由法律规定。

(3)被先占物用途明显超出个人生活与生产直接利用需要的,先占人非基于经许可取得的先占权不能取得标的物所有权。但先占人是农村集体经济组织,根据历史传统且直接有利于村集体全体成员生产与生活基本条件改善的除外。

[77] 孙宪忠教授即曾指出,社会主义理想所蕴涵的公共利益维护和社会公平追求乃是当代文明国家的共同追求与普遍存在。参见孙宪忠,见前注[70],第76页。

[78] 关于我国《公物法》在未来的立法架构,可参见肖泽晟,见前注[73],第333—354页。

(4)关于狩猎、捕捞、取水、采矿等先占权的行使应遵守公序良俗,不得阻碍他人非竞争性自由利用,不得损害自然资源的整体安全与循环利用。法律另有规定的从其规定。

第 YY+1 条[抛弃物先占取得]

(1)抛弃物,是所有权人以放弃所有权的意思而放弃占有的物。法律关于抛弃的条件与程序另有规定的,从其规定。

(2)所先占抛弃物价值明显低于当地最低工资水平 10 倍的,先占人即时取得标的物所有权。价值超过此限度的抛弃物应由国家与先占人合理确定各自取得所有权份额。

(3)先占涉及再生资源产业化利用,有专门法律规定的,从其规定。

第 YY+2 条[主权先占取得]

无主不动产,或依法不能由私人先占的无主动产,由国家依主权为公共利益先占取得所有权。法律另有规定的,从其规定。

---

**Abstract:** The legitimacy of acquisition through first possession originates from neither its efficiency value in promoting the development of private ownership, nor the “no-owner” state of subject matter. Rather, it comes from the realization of the distributive justice promise of “conserving adequate and good resources for others”. When backtracking from the “flow” to the “source” of wealth, the legitimacy of first possession cannot be ensured due to the lack of proof in the positive law. This causes the failure of efficiency pursuit, triggering a systematic reflection and institutional transformation of the classical first possession and the property order created by it, forming assorted regulating routines: *res extra nostrum patrimonium* regulated by the Constitution, *res in nostro patrimonio* by individual laws. The acquisition through first possessions rule in civil law is not completely justified by rules of “the state does not compete with the people for profits” or “everything is doable without legal prohibition”. Only the first possession aiming at satisfying survival need is free, and anything beyond this limitation should resort to rules of first possession right. Compared to the *res quae nullius in bonis sunt*, because of the lack of source monopoly risk, the first possession of *res derelictae* is free as long as being consistent with principles of environmental protection and resource recycling.

**Key Words:** Free First Possession; First Possession Right; Legitimacy; Lack of Legitimacy

---

(学术编辑:薛 军)

(技术编辑:许一君)