

# 认真对待自然资源国家所有权公权说

巩 固\*

**摘 要** 资源国家所有权公权说认为宪法资源国有条款赋予国家对全民所有的公共资源进行“公权性支配”的宪法权力,应从公法角度理解和适用。学界对公权说的批评经不住推敲,难以成立。公权说广遭拒斥的根源在于学界诸多基础性认识偏失,在所有权概念的多样性以及私权与市场、财产与权力、公法与私法的辩证关系等方面认识局限,一旦纠正更新,接受公权说并不困难。公权说与私权说实际指向的并非同一层面事物,二者并非水火不容。公权说虽集中探讨宪法层面的公权性资源国家所有权,但并不否认民法层面私权性资源国家所有权的存在,并为规范其产生和实施奠定基础 and 条件。公权说具有包容开放、解释建构、现实前瞻、科学规范、便捷高效等优势,符合现代财产权和资源法的发展方向,值得认真对待。

**关键词** 自然资源国家所有权 公权说 批评回应 基础性认识 与私权说关系

## 引 言

自“乌木归属”“风光国有”等个案开启研究热潮以来,<sup>[1]</sup>十余年间自然资源国家所有权研究热度不减,根源在于生态文明建设制度实践的需要和刺激。在《宪法》第9条明确规定“……自然资源,都属于国家所有,即全民所有”的情况下,几乎对任何自然物质、空间的利用和管护都离不开与国家所有权之关系的处理。相关研究多以公私法属性判断为开端,也凸显这一问题的关键和混乱:关键是因为公法与私法为现代法秩序基本分野,如何定性将导向不同原理和规则,必须取舍;混乱是因为国家所有权由最典型的公主体“国家”和最典型的私权“所有

\* 北京大学法学院研究员。本文系国家社科基金一般项目“资源国家所有权与生态环境监管权关系研究”(项目编号:19BFX172)的阶段性研究成果。

[1] 代表性探讨可参见《法学研究》2013年第4期所刊“自然资源国家所有权专题研究”系列文章及评议。

权”组成,概念解读极为开放,不易判断。

不过,就研究总体来看,主流认识尚未根本改观:私权说仍然独大,纯粹公权说仅为个别学者主张,主要作为一种非主流理论为各种改良版的私权说提供藉以修正传统观点的“假想敌”,以挑战者姿态发挥“鲶鱼效应”,而从未获得有被接受可能意义上的认真对待——不仅结论、主张未获广泛认可,观点、论据也没有被適切回应,相关批评多似是而非,不乏误读。个中原因,耐人寻味。除公权说作为新兴理论尚未成熟定型,一些重要主张未说清说透,易引人误解外;更重要的是,作为一种重大理论创新,其乃是建立在对为学界普遍接受、奉若公理、构成理解“前见”,但实则不无偏狭守旧、有待端正更新的诸多重大基础性认识的矫正之上的。而我国法学界所有权话语长期为民法垄断所形成的思维定式从根本上限制了学者们对国家所有权的理解和想象,导致对看似因超越前见而不无荒诞,实则更契合实践、更具理论解释力和制度建构性的公权说的本能拒斥,以及对似乎符合理论想象、但却从未圆满解释、適切指引制度实践的私权说的偏爱和固守,从而难有真正的共识和变革。而一旦突破束缚、抛弃成见,秉持科学态度客观审视,就会发现,公权说不仅逻辑上可以成立,更蕴含诸多先进之处,是环境危机大背景下资源法治建设的最佳选择和必由之路,值得认真对待。

为充分说明此点,推进已近临界点却明显裹足不前的相关研究,本文先对公权说的核心要点作简要归纳,明确公权性资源国家所有权的具体所指与核心特征;继而对相关质疑、批评作出系统回应,说明公权说在逻辑上并非不能成立;随后对支撑双方观点、构成认知前见的若干基础性问题作出探讨评析,揭示分歧背后的思想根源;再对两类学说的本质差异作出梳理,澄清被误读的二者关系;最后归纳公权说的理论优势和先进之处。本文探讨将说明,公权说既不像通常认为的那样荒诞,也没有通常理解的那样简单,更并非与私权说水火不容;只要破除“所有权唯私论”束缚,其获得接受并不困难,并可与私权说协调互补。正视并规范国家支配国有资源的公权力,精细区别、妥善处理其与资源领域其他权力与权利的关系,是公权说孜孜以求之所在,也是面向生态文明的环境资源法治建设所必需。

## 一、公权说的核心要点

本文所谓“公权说”,概指认为宪法中的资源国有条款创设了作为宪法权力的资源国家所有权,应当从公法角度理解和适用的观点。作为一种特殊的公权力,资源国家所有权具有以下几点重要特征。

第一,宪法权力,是由宪法规定和授予,“国家及代表国家的各种国家机关所行使的权力”。〔2〕“宪法”意味着该法权处理国家与人民关系,是相关国家权力的宪法基础和根本规范;“权力”意味着主要由国家机关通过公法手段行使,兼具职权与责任。与通常仅由一般法律创制的国家权力相比,资源国家所有权具有基础性和高位阶,是连接国家资源主权与国家资源管理权的重要纽带,是后者的产生基础和行使规范。

〔2〕 刘练军:“论作为一种新型中国式宪法权力的监察权”,《政治与法律》2023年第3期,第19页。

第二,财产性权力,以对客体的“支配”为目的和内容。“作为国家对于公共资源的一种‘公权性支配’”,〔3〕国家可依其意志对国有资源进行占有、使用、收益、处分,以所有者身份进行管护和救济,这是“财产性”之体现,是与不以财产归属为基础、不具有支配性内容的一般公权力的区别所在。而作为一种“权力”,国家的支配意志可以通过公法手段,依据包含占有、使用、收益、处分等支配性内容和效果的公权力来行使,这是其与仅为“私权性支配”的民法所有权的重大差异。

第三,抽象权力,可以且需要衍生转化为具体权力。“只能经由立法权和行政权的行使才能实现国有的目的。”〔4〕“国家”“资源”都是抽象的整体性概念,具有无限可能、内含终极处分的“所有权”对公权力行使来说也过于宽泛。惟有通过具体立法,明确到底由哪些主体对哪些资源以何种方式进行实际支配和管护,资源国家所有权才能真正付诸实践。而在此过程中,也自然衍生出由不同国家机关行使的、对应国家所有权部分权能的各种具体权力——广义的国有资源管理权,又称“所有者职责”。这些权力,从形式角度可分为立法权、行政权和司法权,分别承担着对国家资源支配意志之形成、执行和保障的功能,其中“立法是资源国家所有权的主要行使方式”,因为“有关资源利用的‘全民意志’只能通过立法来形成和表达”。〔5〕就内容来看,则包括发展规划、确权登记、调查监测、管理区划、许可利用、使用监管、经营管理、收益分配、生态保护、损害救济等。

第四,“公共信托所有”,〔6〕受全民利益的指引和制约。信托所有是真正的所有者(实际受益人)与名义上的所有者(支配管理者)分离的所有。资源国家所有权以“全民”为直接受益者和终极权利人,尽管以所有者名义进行支配的是广义政府意义上的“国家”。〔7〕这是“国家所有,即全民所有”的真谛所在,根源在于现代环境危机大背景下重要资源日益稀缺,需要国家以所有者身份排除私人垄断,保障合理利用,实现全民受益。全民所有意味着全民公益是国家所有权的行使圭臬,是其“正当性与合宪性来源及衡量标准”,〔8〕并内在包含着对公众资源权益(合理使用、分享收益、参与决策、监督执行、提请救济等)的确认和保障。

第五,类型多样,方式多元。自然资源范围广泛、类型丰富,公众需求和利用方式多种多样,相应国家所有权制度也必须因地制宜,根据实际情况、围绕公众需求作出多样化安排。不仅不同类型资源(如森林、矿产、水、野生动物等)可能具有不同的法权结构和制度体系,同类资源也可能因时空、性状、价值功能、稀缺程度等方面差异受到不同对待。到底如何,依赖“法定”。

第六,新兴权力,尚在发展。虽然国家控制重要资源、以所有者身份进行支配和管护自古

〔3〕 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。

〔4〕 肖泽晟:“论国家所有权与行政权的关系”,《中国法学》2016年第6期,第93页。

〔5〕 巩固,见前注〔3〕,第125—126页。

〔6〕 肖泽晟,见前注〔4〕,第97页。

〔7〕 广义政府包括立法、行政、司法等各种国家权力的行使者,区别于行政权行使者意义上的狭义政府。

〔8〕 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20页。

就有,但对之进行立法确认、形成系统制度直到现代社会才普遍出现,且集中发生在二战结束以来,根本原因在于现代社会自然资源在主权独立、国家安全、经济发展、生态环保等方面的战略意义凸显,自然资源的公共属性极大提升,需要国家强化干预和控制,且范围和力度超乎以往。对于这一新兴法律事物,需要开放、包容的创新理论。将之视为传统法权之一种,简单套用传统理论和规则,难免刻舟求剑、缘木求鱼。

## 二、对公权说的批评及回应

### (一)对公权说立论前提的批评及回应

作为一种新兴理论,公权说是对民法所有权理论不能圆满解释资源国家所有权现象、无力规范相关制度实践的回应和突破。如果资源国家所有权具备民法所有权基本特征,相关现象和实践能够藉由物权理论获得解释和规范,就无须公权说另辟蹊径了。但对于这一并不复杂的关键问题,学界探讨并不充分。对公权说指摘的资源国家所有权与民法物权的七大不适应性,<sup>[9]</sup>私权论者鲜有正面回应,偶有解答也并不能令人信服。

在主体方面,关于物权主体的实体化、平等性与“全民国家”的抽象性、优越性之矛盾,有论者以“国家法人说”予以回应,<sup>[10]</sup>不免似是而非。国家法人是“确定公法关系之权利归属的一个工具”,<sup>[11]</sup>“是为了让国家从私法领域进入公法领域”的概念装置,<sup>[12]</sup>岂可用于论证其民事身份?该说把国家整体看作法人,恰是以排除作为组成部分的国家机关的法人地位为前提的,这与我国民法把国家机关视为法人的做法背道而驰。

在客体方面,有观点以是否具备物权客体特征为据区别“自然资源”与“自然资源资产”,认为后者才是国家所有权的客体,限定为“具有确定性并能够为人类稳定控制和利用的自然资源”。<sup>[13]</sup>但从宪法到民法典的各类法律所明文规定的只有“自然资源”而非“自然资源资产”,何能径以后者取代前者?而循该论者逻辑得出的候鸟、沙漠、大江大河等因不具备资产属性而不存在国家所有权的认识,更与相关法律规定和改革要求背道而驰。<sup>[14]</sup>对于资源国家所有权内容的公权性、行使的非自主性、救济的惩罚性等与民法所有权迥异的特征,私权论者更鲜有回应,反而以“如果不将代表国家具体行使自然资源资产国家所有权的机构设置行使公权力的政府机构”<sup>[15]</sup>的假设来“解决”。且不说该设想是否现实可行,单从逻辑上看,也承认了在其设想实现前,法律实践中的资源国家所有权是不符合民法所有权特征的了。

[9] 参见巩固:“自然资源国家所有权公权说”,《法学研究》2013年第4期,第20—23页。

[10] 程雪阳:“国有自然资源资产产权行使机制的完善”,《法学研究》2018年第6期,第149页。

[11] 王天华:“国家法人说的兴衰及其法学遗产”,《法学研究》2012年第5期,第101页。

[12] 王锴:“机关、机关法人与国家法人说——基于国家组织法的考察”,载《人大法律评论》(第29辑),法律出版社2019年版,第156页。

[13] 程雪阳,见前注[10],第148页。

[14] 参见《野生动物保护法》第3条、《生态文明体制改革总体方案》。

[15] 程雪阳,见前注[10]。

关于“所有权的唯一性与动产资源的所有权双重性之矛盾”，<sup>〔16〕</sup>有论者试图通过区分“自然资源”与“自然资源产品”来化解。<sup>〔17〕</sup>但“产品”与“资源”本就两回事，前者是经由人类劳动改造而失却有法律意义的自然属性的普通物品，本就不在“资源”范畴。“公权说”所指摘的“所有权双重性”只发生在整体意义上的“自然资源”与个体意义上的“资源物”之间，二者同属“资源”范畴，才有权利重叠之可能。以论者提及的水、矿、林木为例，被净化且瓶装的水、脱离矿床被开采“下来”的矿石、被砍倒以及后续作进一步加工的木材，均属于经由特定人类劳动摆脱自然状态的产品，与资源国家所有权没有交集。它们在被劳动改造之前，作为尚未脱离自然状态的“资源物”，是抽象、整体“资源”的组成部分，其所有权与资源国家所有权在逻辑上当然存在冲突——逻辑上不可能既说中国的森林资源属于国家所有，但其中的这片属于张三、那片属于李四，除非这里的“所有”具有不同性质和含义。

以上并不成功的辩解表明，资源国家所有权与民法物权的不适应性根深蒂固、无法消除。在几乎所有重要特征都不契合的情况下，如果仍坚持认为资源国家所有权是“一项物权法上的所有权”，<sup>〔18〕</sup>逻辑上就着实令人费解了。

## （二）对公权说本身内容的批评及回应

在资源国家所有权与民法所有权格格不入的情况下，对公权说的有效批评只可能针对其内容本身。然而，尽管认为公权说的缺点“极为明显”，<sup>〔19〕</sup>“存在的问题很多，以至于几乎没有学者明确主张该说”，<sup>〔20〕</sup>但细究相关批评，似乎并无有力理由和确凿论据，且不乏曲解和误读。

譬如，有观点认为公权说“夸大了国家所有权的特殊性”，<sup>〔21〕</sup>实际内容却只是对相关学者认为从私权角度理解和实践可能招致危险后果的警示，<sup>〔22〕</sup>到底如何夸大，并无说明和论证。还有论者担心公权定位会影响对其他相关事物的认识，如对解释宪法集体所有条款带来挑战，<sup>〔23〕</sup>以及“无法为自然资源用益物权的生成提供母权基础”。<sup>〔24〕</sup>集体所有权本就非纯粹私权，限于主题和篇幅，本文不予讨论；资源用益物权也并非只能诞生于私权，下文将另作详述。这里要强调的是，这种根据对其他事物的影响来推导国家所有权之属性的做法本身本末倒置。作为宪法创制的基础性法权，资源国家所有权如何定性只应从自身出发去探寻，如果因为正确定性导致对相关权利的认识与传统理论出现偏差，应当修正的也是后者。至于认为公权说与

〔16〕 参见巩固，见前注〔9〕，第23页。

〔17〕 参见单平基：“自然资源之上权利的层次性”，《中国法学》2021年第4期，第78页。

〔18〕 瞿灵敏：“如何理解‘国家所有’？——基于对宪法第9、10条为研究对象的文献评析”，《法制与社会发展》2016年第5期，第106页。

〔19〕 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109页。

〔20〕 汪志刚：“自然资源资产国家所有权委托代理的法律性质”，《法学研究》2023年第2期，第138页。

〔21〕 程雪阳，见前注〔19〕。

〔22〕 参见李昌庚：“国家所有权理论拷辨”，《政治与法律》2011年第12期，第101页。

〔23〕 参见程雪阳，见前注〔19〕；邹爱华、储贻燕：“论自然资源国家所有权和自然资源国家管理权”，《湖北大学学报（哲社版）》2017年第4期，第94页。

〔24〕 单平基，见前注〔17〕，第64页。

相关民法规定不符的认识，<sup>[25]</sup>则遗忘了基本的前提性事实——正是因为民法理论不敷使用才有了以挑战者姿态出现的公权说，否则，当然无须新兴理论另辟蹊径了。何况，单就“出身”而论，资源国家所有权也是先由宪法创制、继而为资源法规定，最后才出现在民法文件中的。作为公法的宪法和资源法，才是对其定性思考的基本场景。

一种更具普遍性的批评是认为公权说把资源国家所有权作为国家干预、管理资源之权没有意义，因为国家本就可以基于主权或一般意义上的行政监管权（或称行政权、管理权、行政管理权、行政监管权、监督管理权等）来管理自然资源。<sup>[26]</sup>主权说混淆了资源主权与作为其实现形式的资源国家所有权的本质区别，笔者已另文详论。<sup>[27]</sup>行政监管权说则把国家对自然资源的“管理”单一化，没有意识到国家基于财产归属关系、以所有者身份对国有资源进行的财产支配性“管理”与国家基于其他原因和身份对非国有资源进行的不具有财产支配性的“管理”之间的差异，以及精细区别二者对环境资源制度实践的重要意义。<sup>[28]</sup>

还有一种较为普遍的担忧认为资源国家所有权的公权定性会强化国家对资源的独占，助长与民争利，此实乃不细究内容而仅着眼“公权”字眼、不依公权说逻辑而仅基于自己对所有权的传统理解的望文生义。从现代法治基本原理看，公法以控权、限权为主要目的，强调权力行使须依法进行，遵循正当程序。同一法权，作为公权对待、依公法行使，所受约束更强。反之，若作为私权对待，遵循“法无明文禁止即可为”，给予最小约束和最大自由，才易助长公器私用，导致“遁入私法”。<sup>[29]</sup>公权说强调国家所有权的“全民所有”本质，强调国家支配意志依法形成、依“法定”行使，强调“物权规定不明的自然资源应推定为国家对社会成员自由利用的默许”，<sup>[30]</sup>强调“保障自然资源的合理利用”对国家所有权行使的价值指引和内在约束，<sup>[31]</sup>并提供系统的行使原则和规则，<sup>[32]</sup>显然更利于规范国家行为，维护公众利益。

还有观点认为把资源国家所有权“界定为单纯的公权力”是囿于“平面化”逻辑，不能反映资源权的“层次性”。<sup>[33]</sup>其混淆了“自然资源之上权利”的层次性、多样性与作为制度基石和基础法权的“资源国家所有权”的纯粹性、单一性之差异。再复杂的群体也是由个体构成，群体可以丰富多样，个体只能特定、单一。丰富的资源权利体系是由资源国家所有权及其衍生的诸多性质不同、内容各异的具体法权组合而成，而不是同一权利兼具不同性质、内容和功能。“公权说”作为对宪法条款的解释理论只是集中探讨宪法层面的资源国家所有权而已，不仅从未将

[25] 参见汪志刚，见前注[20]；瞿灵敏，见前注[18]。

[26] 参见程雪阳，见前注[19]；瞿灵敏，见前注[18]，第107页。

[27] 参见巩固，见前注[3]，第134—136页。

[28] 参见巩固：“生态环境法典的权力基础与编纂策略”，《江淮论坛》2024年第1期，第137页。

[29] 张力，见前注[8]，第3页。

[30] 巩固，见前注[9]，第29页。

[31] 参见巩固，见前注[3]，第124—125页。

[32] 参见王克稳：“自然资源国家所有权的性质反思与制度重构”，《中外法学》2019年第3期，第643—646页。

[33] 参见单平基，见前注[17]，第63—64页。

其视为“自然资源之上权利”的全部,而且以大量篇幅探讨其与资源物权、资源利用权、资源物国家所有权等具体法权的关系,<sup>[34]</sup>谋求精细区别和衔接转化。无论从目标指向还是客观效果来看,公权说所指向的,都是一个立体的、由众多公权力和私权利交织配合的复杂体系,绝无“平面化”之虞。

还有观点认为公权说“采用单一的部门法思维研究”,<sup>[35]</sup>也是没有认识到宪法权力的基础性、抽象性、建构性之故。该论者还认为以不符合物权特征为由“否认民法上的自然资源国家所有权的存在,是固守传统民法物权理论的结果”。<sup>[36]</sup>但如果认为资源国家所有权是一种民法所有权,逻辑上当然意味着其具备起码的物权特征。反之,在承认“用传统的民法物权理论来审视自然资源国家所有权制度,当然可以发现两种存在许多不一致或矛盾的地方”的情况下,仍以“在自然资源稀缺的背景下,将自然资源的所有权归属于国家,有利于国家从公共利益的角度来开发稀缺资源”<sup>[37]</sup>为由主张其属于民法所有权,则明显是以愿望代替现实、以主观代替客观。该观点隐含的确定法律归属只能借助民法,把一切处理归属关系的法权和制度都归于民法范畴的认识,恰是该文所大力批判的“部门法思维”之典型,是理论视野和制度想象深受民法帝国主义宰制的反映。

### 三、作为理解前见的基础性认识反思

尽管资源国家所有权作为一种公权力主导的制度性存在是无法否认的客观事实,“‘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>[38]</sup>但学界主流仍然倾向于私权定位,认为“是一项民法意义上的所有权”,<sup>[39]</sup>主张运用民法原理和规则进行制度建设,着力构建“私法实现路径”。<sup>[40]</sup>即使相关制度实践的公法性内容占据主体地位、离开公法规定和权力行使寸步难行,也只视为私权“本质”下的有限“变通”,坚持以“民法逻辑”进行顶层设计,<sup>[41]</sup>而不管相关“变通”是否超出“私法”“私权”所能承受之限度,相关私权化方案有无实践之可能。

执着于以“私法”“私权”来规范国有资源这一公共事物,可谓中国法学的一大特色。之所以如此,与学者们在下列基础性问题上的诸多有待更新的前见和执念有关,这些问题也是私权说与公权说在更深层次的分歧所在,需要端正和厘清。

[34] 参见巩固,见前注[9],第27—29页;巩固,见前注[3],125—134页。

[35] 邹爱华等,见前注[23],第90页。

[36] 邹爱华等,见前注[23],第91页。

[37] 邹爱华等,见前注[23],第91页。

[38] 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97页。

[39] 程雪阳,见前注[19],第112页。

[40] 参见郭志京:“自然资源国家所有的私法实现路径”,《法制与社会发展》2020年第5期,第121页。

[41] 参见汪志刚,见前注[20],第136页。

### (一)所有权概念:多种多样,并非唯一

在国家所有权各部分均异于民法所有权的情况下,私权说依然挺立的最大理由是国家所有权使用了“所有权”概念。在相关论者看来,法秩序中的所有权是且只能是一个民法概念,必然且只能具有私权属性。这种可称为“所有权唯私论”的认识至少悖于以下事实:

首先,传统民法中惯用的“所有权”并不是私人所有权和国家所有权的上位概念,而是对“私人所有权”的指代和简称,其原理对国家所有权并不具有质的规定性。无论从罗马法起源,还是在大陆法和英美法中的流变来看,民法中的所有权概念从“产生之日起就是私人所有权的内涵”,反映的是对“私有财产的解读”,是“只有私人财产制度才能加以具体说明的概念”。<sup>[42]</sup>之所以在日常使用时一般不加“私人”二字,乃是因为在西方普遍的私有制背景下,私人所有广泛、普遍,无须特别注明,正如生活中的正数表达一般并不用“+”号前缀一样。也正因为此,常被学者们引以为师的德国法中其实并没有私权说主张的那种与私人所有权具有相同性质和内容、只是主体更换为“国家”的“私权本质的国家所有权”。<sup>[43]</sup>将以私人、私产为预设的所有权原理和制度复制到国家、公产之上,从讲究公私分明的德国法角度看,是背离法理、难以成立的。

其次,法秩序中的所有权从来不止一种,更不限于私权。作为以私人财产为预设的技术性概念,大陆法系民法所有权确认和保障主体对“对所有物的完全支配权”。<sup>[44]</sup>但充分、完全支配只是现实财产关系之一种,远非全部。现实生活中的财产归属及相应主体权益丰富多样,权利人对客体的支配程度不一而足,并非全都可以“完全支配”,但往往都以“属于某某所有”表达,从而形成不同性质和类型的所有权。

譬如,古罗马法中的共用物、公有物、公法人物等都属于“不可作为个人财产所有权的客体”,<sup>[45]</sup>不为任何个人所有,但这并不意味着它们没有“归属”和“权益”,不受财产法保护。“公有物被视为不属于任何人而属于共同体的财产”,<sup>[46]</sup>各类共用物“都可以被公民直接利用”并通过“民众禁令”等方式获得保护,<sup>[47]</sup>它们与共同体和公民之间,即存在一种不属于“私人所有权”、但为法律所确认和保障的权益——公共所有权。这类权利在后世各国的制度变体,如法国公产、德国公物、英美法中的公共信托以及日本、俄罗斯的国有财产等,<sup>[48]</sup>尽管具体内容各有千秋,但处理思路一脉相承,即认可不同于私人所有权的财产权益的存在,通过具

[42] 李昌庚,见前注[22],第97—98页。

[43] 参见李忠夏:“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68页。

[44] 周枬:《罗马法原论(上册)》,商务印书馆1994年版,第299页。

[45] 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55页。

[46] (意)桑德罗·斯奇巴尼选编:《物与物权》(第二版),范怀俊、费安玲译,中国政法大学出版社2009年版,第3页。

[47] 参见(意)安德里亚·迪·波尔托:“罗马法和现行《意大利民法典》中的共用物及其保护”,丁玫、聂延玲译,载杨振山、(意)桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法?中国法与民法法典化——物权和债权之研究》,中国政法大学出版社1995年版,第225—233页。

[48] 参见马骏驹:“论我国国家公共财产权制度体系的建构”,《法学评论》2023年第1期,第28—33页。

有公共属性的立法和手段构建体现公产特点、契合公益目标的制度体系。在秉持公私法二分的现代法体系中,相关规定普遍被纳入公法。<sup>[49]</sup> 长期作为英国王权基础的英王土地所有权,<sup>[50]</sup>更穿越近代绵延至今,成为据以划分央地关系、在不同政治主体间分配资源权力、分享资源收益的基础。而若摆脱西方中心主义束缚把视野放宽,更可以发现多种多样的财产归属和法权形态。<sup>[51]</sup> 在地球上的许多地区和族群看来,在土地等重要资源之上建立由特定主体独占支配、排他利用的“绝对所有权”是不可想象的,<sup>[52]</sup>但这当然并不意味着这些资源没有“归属”和相应法律权益。

跳出民法视野和西方中心主义全面审视,所有权不过是法秩序中藉以表达财产归属及所有者权益的指称,绝非只有一个模子。无论是把一切带有“所有”或“归属”意味的法律规范都认定为民法所有权,而不管其实质内容是否契合民法特征;还是把内容明显不符合民法特征,但在表述中使用“所有”或“归属”措辞的事物排除在所有权之外,拒绝作为“所有权”对待和称呼,都是一种民法帝国主义的体现,事实上也不可能做到。譬如,为坚持“民法所有权才是所有权”的铁律,有学者刻意区别“国家所有”与“国家所有权”,<sup>[53]</sup>对公法性难以遮掩的资源国有宪法规定,只敢以“国家所有”称呼,不敢与“权”字连接,未免自欺欺人,并产生“属于国家所有,但国家没有所有权”的逻辑悖谬。就实践而言,应如何理解、描述和指代此时国家拥有的权利呢,如果不认为“属于国家所有”没有任何赋权意味、国家对宪法明确规定归其“所有”的事物实际上没有任何权利的话。

再次,所有权的本质是支配权,而非私权。任何冠以“所有权”之名的法律事物当然应具备最低限度的共通特征,拥有共同的“本质”。但该“本质”乃是基于归属的财产性支配,而与法律属性无关。支配权是与请求权相对的概念,意味着权利人有关如何对待客体的意志受到法律的认可和保障,可直接产生法律效果,无须像请求权那样通过特定义务人的义务履行才能实现;至于据以支配的具体手段和方法,在所不问。后者才关乎属性问题——“以私法的行为为支配方法而表现时为私法上的权利”“以公法的行为而表现时则为公法上的权利”。<sup>[54]</sup> 对私人财产所有权而言,由于权利人与其他民事主体地位平等,财产承载利益仅关乎个人利害,不具有公共性和优位性,故支配意志只能诉诸不具有公定力和强制性、个人可充分自决的私法手段,是为私权。对于公共财产所有权来说,权利人是负有公益保障职责的公共代表,财产利益

[49] 参见徐国栋:“‘一切人共有的物’概念的沉浮——‘英特纳雄耐尔’一定会实现”,《法商研究》2006年第6期,第140页。

[50] 参见马克垚:《英国封建社会研究》,北京大学出版社2016年版,第54页。

[51] 参见(英)安德罗·林克雷特:《世界土地所有制变迁史》,启蒙编译所译,上海社会科学院出版社2016年版,导言,第5页;(美)爱蒂丝·布朗·魏伊丝:《公平地对待未来人类:国际法、共同遗产与世代间衡平》,汪劲等译,法律出版社2000年版,第16—22页。

[52] 参见(澳)彼得·D. 伯登:《地球法理:私有产权与环境》,郭武译,商务印书馆2021年版,第34—35页。

[53] 参见郭志京,见前注[40],第123—126页。

[54] (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80页。

关乎不特定公众,具有公共性和优位性,通过具有公定力和强制性、强调公共决策的公法手段来支配,更便捷、高效,也更利于规范行使,是为公权。

最后,所有权的权能和制度构造因地制宜,不一而足。任何所有权制度都围绕所有者支配意志的实现展开,包含对客体的占有、使用、收益、处分及相应管理和救济。但不同类型的所有权特点不同,需要法律解决的核心问题不同,权能划分和制度构造也各有千秋。私人所有权的最大特色(就权利行使而言也是一种优势)在于主体明确、客体特定、成本收益一致、利害关系直接,需要法律支持的主要是外部保护,尤其当客体物交由非所有者占用时,故通常依利用环节——占有、使用、收益、处分——划分权能,以“自物权—他物权”为分野构建制度体系。作为抽象法权的资源国家所有权则更为复杂,其首先要解决主体抽象、客体不特定这两大门槛性问题,在具体主体和特定客体之间建立起为法律所认可的利益关系,才有建立利用制度、形成有效产权的可能。其次,还必须解决任何法权的“非亲自”行使所必然存在的道德风险问题,防范监守自盗、权力自肥。为此,要在国家内部各机关之间明确具体由谁、以何种方式和手段对哪些特定资源物进行何种内容的支配,以及利益如何分配、怎样监督问责等。从法权行使角度看,这些都是关乎所有者内部如何分工的财产性事务;但从国家角度看,则是不同机关之间的权力分配和职责承担,也即“所有者职责履行”,<sup>[55]</sup>是典型公共事务,应主要由公法规定,通过公法手段实施。这也是为什么从《物权法》到《民法典》重申资源国有多年以来,“所有者不到位、权责不明晰、权益不落实”<sup>[56]</sup>仍然故我,国家不得不发动以优化资源管理体制为根本目标的改革来谋求解决的原因所在——“《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”。<sup>[57]</sup>

## (二) 私权与市场:作用局限,并非万能

除概念认知局限外,学界对私权说的支持还基于对私权和市场的崇拜。作为对计划时代私权和市场长期受到抑制的反弹,学界在经济、财产议题上展现出对二者的强烈偏爱,惯于从私权不足、市场失灵角度看问题,把确认和保障私权、发挥市场作用视为包治百病的药方,民法也长期被定位于“市场经济的基本法”。<sup>[58]</sup>在此背景下,民法所有权被寄予通过保障私权以便利市场交换的厚望,资源国家所有权也被视为要“借助传统物权机制(市场化私权交易机制)实现国家所有的自然资源的保值增值,提高资源配置效率”,<sup>[59]</sup>“体现了中央利用民法技术手段解决公共财产权力支配秩序的改革思路”。<sup>[60]</sup>

然而,以扎根私产的“民法技术手段”解决“公共财产权力支配秩序”这一公共问题,可能吗?私权、市场并非万能,其效率优势有着特定的适用场景和条件,将之照搬到情形迥异的国

[55] 参见陈琛:“促进自然资源资产高效配置 建设生态文明实现永续发展”,载《中国自然资源报》2022年3月25日,第1版。

[56] 《关于统筹推进自然资源资产产权制度改革的指导意见》(2019年4月14日)。

[57] 王克稳,见前注[32],第630页。

[58] 徐国栋:“欧陆‘物文主义’民法观的兴衰”,《湖湘法学评论》2023年第2期,第1页。

[59] 郭志京,见前注[40],第141页。

[60] 汪志刚,见前注[20],第152页。

有资源领域,难免淮北为枳之误。民法所有权的本质是私权,以私人财产为预设,以人的自利本性为基础,动力机制在于趋利避害的“自然法则”——所有者自我利益与财产效用的重合注定利用激励浑然天成。但对以国家、全民等抽象主体为所有者和受益人的国有资源来说,实际行权者的自我利益与资源承载的公共利益之间存在巨大外部性空间。此时,若仍秉持民法所有权的自主理念,允许行使者从自我利益最大化角度出发自由行动,其结果很可能是对全民而言的“非理性”。更何况,私权所能确认和保障、市场所能优化配置的,只能是那些可独占、能交换、以经济价值为主的经营性资源,而大量属于全民所有、需要国家以所有者身份支配和管护的自然资源,恰恰是在生态、文化、科学、社会等非经济价值方面具有突出意义,不可分割、独占,不宜排他、转让,只能通过整体保护由不特定公众共同享有、永续利用的,其典型如自然保护区、国家公园等。资源国家所有权所面临问题、追求目标和作用对象复杂多样,非私权和市场所能解决,把后者作为前者的目标和药方,无异于“小马拉大车”。

### (三) 财产与权力:交叉重叠,并非绝缘

与所有权认识的单一化相伴生的,是公权力认识的单一化和去财产化,突出表现在两方面。一方面,拒斥财产性权力,只从与产权无涉的行政监管权角度理解资源领域的公权力,忽略公权性“支配”的存在和必要。前文对此已有论及,此处仅略补充几点。首先,财产是国家存续运行的现实基础,财权是最重要的国家权力之一。无论征税、征收还是财政拨款、政府采购、国家赔偿,作为国家对公共财产的取得和支配,都是公共事务,关乎权力行使,<sup>[61]</sup>资源支配亦无不同。其次,国家虽有居于私人地位以民事手段行使财产权的可能,但仅限于被视为“国库行为”的特殊情形,<sup>[62]</sup>并非其财产活动的全部和常态。至于国家为何不能像私人对待私产那样支配国有资源,除公法更利于规范国家行为外,还有一个极为简单却至关重要的基本事实,即国有资源范围之广、类型之多、数量之众、利益之大、责权利关系之复杂非任何私产所能比拟,其良好支配和高效利用只有经由内容具体明确、考量细密周详、过程公开透明的公法规则的指引和规范,通过代表不同利益、肩负不同职责、具有不同专长、彼此分工制衡关系的诸多国家机关的合作才有可能实现。通过公法规定把国家资源支配意志的形成和实施具体化、制度化,分解、转化为相应的国家权力,依据公法原理和规则行使,更加科学和规范,是现代各国的普遍做法。譬如,《美国宪法》中的“财产条款”(第4条第3款第2项)赋予政府“接受、管理或处理割让公共领土的合法权力”,<sup>[63]</sup>德、法、日等国政府对水、矿、河川湖泊等自然公物进行支配性管理的“公所有权”,<sup>[64]</sup>《1945年印尼宪法》第33条赋予国家“控制自然资源和基础工业的权力”、阿根廷《国家宪法》第124条规定的国家自然资源“最高支配权”,以及诸多国家宪法

[61] 参见甘超英:“新中国宪法财产制度的历史回顾”,《中国法学》2010年第4期,第137页;刘剑文、王桦宇:“公共财产权的概念及其法治逻辑”,《中国社会科学》2014年第8期,第138页。

[62] 参见许宗力:《法与国家权力》,月旦出版社股份有限公司1993年版,第4页。

[63] 廖红、(美)克里斯·郎革:《美国环境管理的历史与发展》,中国环境科学出版社2006年版,第17页。

[64] 参见王克稳,见前注[32],第632—634页;马骏驹,见前注[49],第28—30页。

或资源法授予政府对重要资源的支配、控制、开采、保护、开发、获取并分享收益的权力等。<sup>〔65〕</sup> 这些重要权力都不是一般意义上的行政监管权,而是必须借助所有权概念、基于所有者身份、从产权行使和财产利用角度才能正确理解和行使的。

另一方面,轻视权力性财产,把私权视为产权的主要形式和来源,忽视和矮化公法创造的产权。前述认为惟有私权定性才能为资源用益物权提供“母权”基础的观点具体包含两层认识,一是资源利用只有通过用益物权才能获得充分保护,二是用益物权只能基于民法所有权而生。<sup>〔66〕</sup> 还有观点认为民事权利仅指“民事法律规定的权利,不包括公法上规定的权利”,未经民事法律明确以“权”命名的都不是权利,只涉及“单纯的利益保护的问题”。<sup>〔67〕</sup> 这都是囿于私法一隅的认识。资源利用权益是否值得法律保护取决于内容正当性和获取合法性,只要内容正当、手段合法,即应受法律保护,至于来源于私权还是公权、产生手段是民事还是行政、规定在私法还是公法之中,无关紧要,应一视同仁。在很多国家,资源配置的“立法方法和合同方法之间并没有区别。‘许可证’(licence)和‘租约’(lease)等术语是经常交替使用的”。<sup>〔68〕</sup> 尤其随着福利国家、给付行政的兴起,通过行使国家权力、运用公法手段(如许可、配额)创造的“有价值的权利和利益”日渐增多。<sup>〔69〕</sup> 对这些“新财产”予以积极认可、给予充分保护,有利于规范国家权力、保障公众权益,是现代法的大势所趋,<sup>〔70〕</sup>也是“践行绿水青山就是金山银山理念、建立健全生态产品价值实现机制”<sup>〔71〕</sup>所必需,其典型如排污权交易。抱残守缺、敝帚自珍,把产权创制限定在民法物权框架内,将导致财产范围窄化和法律保护门槛的提高,使大量经由公法手段产生、难纳入物权范畴的正当权益无法获得财产性保护,对法治建设徒增困扰。<sup>〔72〕</sup> 另外,有必要再次说明的是,对国有资源的合理利用不一定要独占、排他和可转让。对于大量以生态价值为主的非经营性、公益性国有资源而言,保障公众免费、自由、非排他性使用不仅重要,并且正是在其上设置国家所有权的目所在。

#### (四)公法与私法:辩证统一,并非冰炭

以上认识都涉及公私法关系,都受到这一重大基础性问题的影响和支配。在私权说相关论述中可以明显感受到将二者对立起来且重私轻公、崇私抑公的倾向。然而,公法与私法作为

〔65〕 参见(英)艾琳·麦克哈格等主编:《能源与自然资源中的财产和法律》,胡德胜、魏铁军等译,北京大学出版社2014年版,第161—164、320、383页。

〔66〕 参见崔建远:“母权—子权结构的理论及其价值”,《河南财经政法大学学报》2012年第2期,第14—16页;单平基,见前注〔17〕,第64—65页。

〔67〕 参见方新军:“权利保护的形式主义解释方法及其意义”,《中国法律评论》2020年第3期,第63页。

〔68〕 麦克哈格等,见前注〔66〕,第170页。

〔69〕 参见(美)肯尼斯·万德威尔德:“十九世纪的新财产:现代财产概念的发展”,王战强译,《经济社会体制比较》1995年第1期,第38—39页。

〔70〕 See Charles A. Reich, “The New Property,” *The Yale Law Journal*, Vol. 73, No. 5, 1964, p. 733.

〔71〕 《关于建立健全生态产品价值实现机制的意见》(2021年4月26日)。

〔72〕 譬如,在排污权、碳排放权等生态资源权益方面,学界长期纠结于公权还是私权、行政许可还是用益物权之争,极大影响了真正有实践意义的制度探讨。

现代法秩序基本分野,其关系错综复杂,并非简单的二元对立、水火不容,而是相对而立、分工协同,须辩证认识、统一把握。

其一,公私法划分的必要与对象。对于公法与私法,学者们要么以属于“资产阶级法学和资本主义法制的特有现象”或“公法私法化和私法公法化”的对向发展趋势为由,否认划分必要性;要么持“兼容并包”态度,认为同一法律事物可兼具不同属性。<sup>[73]</sup>这些都为私权说在资源国家所有权的公法色彩难以遮掩的情况下仍安之若素提供了“盾牌”。对此,应当端正的基本立场是:公私法划分乃现代法精细化发展的产物,其把关乎多人的公益、公权、公共事务与仅涉及个人的私益、私权、私人事务区别开来,适用不同原理和规则,是法律科学的巨大进步,是相比总体混沌、公私不分的古代法的历史性变革,应当坚持。而所谓“公法私法化”与“私法公法化”乃是双方在立足本法域基本属性的前提下对他方相关技术性内容的借鉴,<sup>[74]</sup>并不意味着属性差别的消失,否则也就没有“化”的可能和必要了。但随着现代社会复杂程度和法治水平的深化,公私法划分的对象发生重大变化。西方近代早期存在政治国家与市民社会的二元分野,公域私域界限分明,不同领域法律文件的公私属性明确、单一,非公即私。但随着时代发展和国家扩张,介于公私二域之间的“社会”领域日渐膨胀,相关立法也向综合化发展。同一法律文件同时运用公私法不同手段、规定公私法不同规范,日渐普遍。但这并不意味着公私法区别的消失,而只是其对象从法域、立法文件向具体规范、法权转变,因为再复杂、综合的立法也是由一条条具体规范构成,再复杂的制度体系也是由一个个具体法权搭建。作为法律构成最基本单位的“规范”和“法权”,其属性只能纯粹、单一,而不可能二者兼备、既公又私,否则实践中将无所适从。不同规范、法权可能服务于共同目标,并通过相应机制衔接转化,但这只是不同事物之间的分工合作,而不是同一事物兼具不同属性。正确认定不同规范、法权的属性与关系,是部门法研究的重要内容,也是开展法律实践的前提。

其二,公私法关系的本末与主次。一种影响广泛的公私法关系理论认为私法更具根本性,因为其历史更悠久、价值更基础、功能更普遍,且多为公法之“师”,这也为学者们拒斥公权定性、主张从私权角度界定作为“自然资源之上权利”基点的资源国家所有权提供了支持。然而,这些从历史、制度发生学、终极价值角度着眼的认识并不等于实在法中公私法在规范层面的真实关系。就以宪法为基础的现代法秩序而言,直接体现国家意志、着眼公共利益的公法显然更具根本性和优先性,因为“整个私法都立于公法的基础之上”。<sup>[75]</sup>这意味着,公法尤其宪法才是法秩序的根基,其可以产生私法;公权尤其宪法权力才是根本性法权,其可以催生私权。由此,国有资源法律大厦的基点也应为宪法权力。

其三,公私法区分的量变与质变。否认公权说的一大理由是资源国家所有权与民法所有

[73] 参见李茂管:“法学界关于公法与私法划分问题的争论”,《求是杂志》1995年第22期,第45—47页。

[74] 参见金自宁:“‘公法私法化’诸观念反思——以公共行政改革运动为背景”,《浙江学刊》2007年第5期,第147—148页;钟瑞栋:“‘私法公法化’的反思与超越——兼论公法与私法接轨的规范配置”,《法商研究》2013年第4期,第117页。

[75] 美浓部达吉,见前注[54],第35页。

权外观雷同、内容近似,潜台词似乎是公权与私权应当迥异。其实,作为现代法精细化发展的产物,公法与私法差之毫厘、谬以千里,其差别既巨大又细微,其性质对立不等于内容迥异。这不仅因为“公法和私法同样是法,在规律人与人之间的意思及利益之点是具有共通的性质的”,<sup>[76]</sup>而且公法作为直到晚近才逐步系统发展起来的新兴者、后来者,大量内容脱胎于私法,来自对私法相关概念、原理、技术、规则的改造,当然多有雷同。但二者毕竟在主体、客体、价值目标等关键之处存在本质差异,并由此导致不同的价值立场、实施理念和原理规则。<sup>[77]</sup>就此而言,公法与私法在内容上存在“二八定律”,可能八成雷同,但两成的关键差异足以构成质变,此正如雄性与雌性、正数与负数。科学的法律理论应当高度重视、准确识别、妥善处理这些内容占比虽少但实践影响重大的差异之处,结合公私法划分的关键因素细致界分,因地制宜地予以区别对待,而不宜等同视之,混为一谈。

其四,公私法功能的异同与层次。表面看来,私权说似乎更利于私权保障,公权说更像为公权张目,但这都是望文生义的误解。尽管私法重在规范私权,但其调整对象的特定性——“平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”<sup>[78]</sup>——决定其功能有限性,只能防范来自私人的侵犯,无法直接对抗公权力,对后者的防范只能通过宪法和相关公法规定实现。就此而言,公法才是私权保护的保障,在其划定的可对抗国家的安全范围内,才有私法作用的空间。现代公法以对国家权力的限制和控制为己任,“行政法的精神始终被定位于行政必须服从法律”,<sup>[79]</sup>目的正在于保障私权。不触及公权行使、不规范公法约束的私权保障,无异于叶公好龙。而若把无论如何假设其都拥有举足轻重的强大资源和实际影响力的国家“当作”与普通个人类似的“平等”主体,赋予原本因为仅涉及个人私益、只发生在平等主体之间才强调独占、排他、绝对自由的“民法所有权”,对以个人为主体的“真正的”私权会有何影响,不难想象。

## 四、公权说与私权说的真实差异与关系

公权说与私权说看似针锋相对、水火不容,实则不然。透过表象上的公私对立细究具体内容,两种理论所实际探讨的其实并非同一层面的事物,故二者关系也没有(或者更准确说“非必须”)如看起来那般紧张。

### (一)“公权说”与“私权说”的主要差异

就实际内容看,公权说和私权说与其说是针对同一事物的两种学说,不如说是用同一概念描述两类事物,其具体所指虽有交叉,但也存在诸多差异,这也是二者长期争执不下的根本原因——同一概念话语之下实际指代和意欲实现的并不是一回事。

[76] 美浓部达吉,见前注[54],第72页。

[77] 尤其私法的法无明文禁止即可为、意思自治与公法的法无明文授权不可为、正当程序等。

[78] 《民法典》第2条。

[79] 沈岷:《行政法理论基础:传统与革新》,清华大学出版社2022年版,第9页。

第一,言说对象。公权说针对的是国家以所有者身份对名义上归其所有的自然资源进行支配性管理的宪法公权,是需要通过具体立法转化为具体权力的抽象权力,是国家干预、管理自然资源的公权力中具有支配性内容、体现所有者身份的特定部分。私权说针对的是国家机关等特别法人占有、使用、收益、处分特定资源物的民法私权,是无须立法转化即可直接行使的具体权利,是国家“脱下制服,换上便服”以平等主体身份活动时的私权利。

第二,主体。公权说针对的是全民意义上的、作为全民利益代表和主权者化身的政治国家,其与各级政府、国家机关、国有企业事业单位以及人民、公众等关系密切,但并不等同;其角色多重,是国有资源利用秩序的开创者和守护者,是国有资源的初始分配者、利用监管者、利益分享者、收益分配者、状况调查者、兜底救济者,是全民共有资源的总监护人。私权说针对的是虚化的、与个人平等、独立的民事国家,只能由国务院、相关部门等特别法人代为行权,与后者不分彼此;是国有资源领域的唯一“地主”和“所有权人”,是无数资源利用者为之“打工”并“交租”的“老板”。

第三,客体。公权说针对的是主权范围内依宪法和法律规定属于国家所有的全部资源,不管是否具有经济价值和稀缺性、是否能够且已经被稳定控制、是否被分割和特定化、可否交由特定主体独占支配和排他利用。私权说仅限于法定国有资源范畴中可“资产化”或者说“物权化”的特定部分,不包括那些具有重要非经济价值、难以或尚未被稳定控制、没有或不应被分割而须维持整体存在、保持自然状态由不特定公众共享的公共资源。

第四,价值目标。公权说以满足公众需要、保障合理利用为目标。由于国有资源范围广泛、类型众多、功能多重、价值多样,需要通过具体立法作出类型化的制度安排,实现多功能利用,满足不同群体需求。私权说着眼于经营性资源的经济性利用,以提高经济效益、实现保值增值为目标,通过物权制度保障权利行使者的意志和利益。

第五,制度内容与体系结构。公权说指向国有资源利用相关立法、执法和司法,涵盖调查监测、统计登记、分配确权、利用监管、经营收益、资源税费、公众使用、收益分享、监督问责、生态修复、损害赔偿等内容,旨在形成一套规范和保障国家资源支配意志之形成、执行与救济的公法性制度体系。私权说视野下的国有资源除少数由国有单位垄断经营、为其以国家名义直接占有和利用外,多数均须设定用益物权交由社会主体占有和使用,依合同分享收益,依民法机制解决争议,制度体系同于一般物权,无须特别“建设”。

第六,理论初衷与实践意义。公权说借助“国家所有权”这一融合“国家”与“所有权”的特殊概念,凝练国家对国有资源拥有的那些以财产归属为基础、体现所有者身份、具有支配性内容的特殊权力,将它们统摄到同一概念范畴下和体系框架内进行约束和规范,既对外与其他国家权力(尤其行政监管权)精细甄别,明确分工和界限,避免重叠和冲突,实现协调互补;又在内部从“国家财产支配意志实现”角度对各类具体权力进行解释和定位,形成系统理论体系,使之更全面、精准地纳入法治轨道,实现资源领域权力运行的科学、公平和高效。私权说则希望借助传统“所有权”概念的私权意味消解国家机关财产行为的强制性,把国有资源物的分配和利用纳入私法轨道,利用民法物权相关原理、技术和规则提升资源利用的经济效率,借助私法蕴含的平等精神减少行政干预,给资源利用者更多空间和自由。

第七,实践方案与理想图景。公权性国家所有权的行使以资源立法权为核心,<sup>[80]</sup>其实践将推动国有资源利用相关规则的细化、完善,形成一套有关如何在“全民”中公平分配、高效利用并实现收益共享和充分管护的制度体系,寻求制定区别于民事立法、能有效统领各资源单行法的“国有自然资源法”。<sup>[81]</sup>私权性国家所有权的行使以设定用益物权为核心,其实践将使大量国有资源为不同“使用权人”所实际控制、独占支配和排他利用,国家除定期收取各种租费、承包金、使用费外一般不得干预,从而把自然资源的公有状态转化为以“准所有权”意义上的用益物权为核心的“准私有”。

## (二)“公权说”视野下的两权关系

以上差异看似针锋相对,实则各有侧重。这里真正重要的问题是,两种理论真的是,或者更准确说“应该是”,水火不容、非此即彼的吗?更进一步说,抛开两类理论之所言,仅就各自所指来看,能以其中一个的存在否定另一个吗?如果答案是否定的,那真正适当的理论应当是包容性的、能够容纳两类理论之“所指”并作出合理化安排的。而这,是秉持所有权概念之唯一性和绝对化,不能、不敢、不愿逾越私法雷池一步的“私权说”无力解决,而对所有权概念作多样性、类型化、情境式运用,并坚持以宪法公权为制度基点和逻辑起点的“公权说”所擅长的。质言之,公权说可以容纳且优化私权说的实际主张,更好实现其目标;反之则否。这是二者在关系处理方面的最大差异,也是公权说最有价值但常为人忽略之处。

必须再次说明的是,公权说虽集中于对作为宪法权力、进行“支配性管理”的公权性资源国家所有权的挖掘和论证,但“并未从根本上排除民法层面的资源国家所有权存在之可能”,<sup>[82]</sup>只是认为二者是不同层面的不同事物,各有其对象、目标、内容、手段、功能、条件和范围,应各守其道,按各自规律运行,可进行衔接、转化,但不应混为一谈;并且二者事实上常处于交叉重叠状态,应依循法学原理区别对待,以各自适合的方式分别发挥作用,共同构成资源利用的完整秩序。在公权说看来,任何民法所有权都应当具备作为物权的前提条件和基本特征,尤其是主体明确性、客体特定性和关系平等性。由此,民法层面的资源国家所有权只能是以遵循国家意志行事的“公共法人”为主体、以从抽象资源中具体化出来的特定“资源物”为客体、并可与其他民事权利平等、互换的“公共法人所有权”。这也意味着,宪法和法律抽象规定属于国家所有的资源,只有在其中的某些具体部分之上、在前述条件成就之时才能成立民法所有权,成为“国有私物”,为特定法人所独占支配、排他利用和交易处分;否则,仅成立公权性国家所有权,作为“国有公物”为不特定公众“在合理范围内进行非排他使用”,国家通过依法管护为之提供保障,而非自我利用和收益处分。<sup>[83]</sup>并且,国有资源物之上民法所有权的设立往往只导致公法所有权的权能限缩而非彻底灭失,因为物权化只意味着该物之上可为个人独占支配的那部分利益的私产化,对于该物承载的于私益无碍的公共利益,国家仍可基于公法所有权进行支配和管

[80] 巩固,见前注[3],第125页;肖泽晟,见前注[4],第99页。

[81] 参见王克稳,见前注[32],第646—647页。

[82] 巩固,见前注[3],第132页。

[83] 参见巩固,见前注[3],第132—134页。

理,并在其受损时基于所有者身份进行救济,提供私权所有者所不具备的公权性保护。〔84〕

显然,就国有资源法律制度体系而言,与私权说想象的单一结构不同,公权说提供的乃是公私兼备的双层结构,拥有更多可能和选项。其积极意义首先在于为那些位于国有范畴但不具备物权特征、尚未或不能成立民法所有权的资源物提供适切法律身份,而不是如“旧物权说”那样不加细究、硬说其上已成立民法意义上的国家所有权;或者如“新物权说”那样削足适履、以“非资产,无物权”为由排除在财产法秩序外;从而为通过建立公法属性的公共产权制度来确认这种从个体角度看似乎虚无、但从集体角度看存在无疑的归属关系,保障相关主体的合法权益提供基础和指引。这种状态下的国有资源——公法层面抽象国有、私法层面无人所有——也正是全民所有自然资源资产产权制度改革的重点。

其次,明确民法所有权的设立条件和产生基础,明确不是所有国有资源物之上都一定要建立民法所有权,明确“非民法所有”的国有资源仍然属于“国家所有,即全民所有”,存在由国家机关承担的、需要通过公法规定保障实施、监督落实的“所有者职责”,为避免“一刀切”处理、区别不同类型资源(尤其生态性与经济性、经营性与公益性)、建立类型化的制度体系奠定理论基础,弥补单一私法手段和私权路径不适应公产资源的局限。

再次,规范国有资源物之上民法所有权的产生方式和过程,明确其产生作为国家在全民内部不同主体之间分配资源利用相关责、权、利的公共属性和公法本质,明确适用相关公法性手段(如行政契约、权力清单)、原理和规则的必要性和正当性,避免照搬私法原理、规则和手段解决国家内部分权问题的尴尬;并就相关公权力行使提供契合财产权本质、有别于一般行政监管权的适切规范,避免以监管性手段行使支配性内容的错位。

另外,公权说对“法定”——法律明确规定——的强调也意味着对国有资源产权制度建设之关键点的把握:如果不把具体由谁、对国有资源中的哪些具体部分、行使何种性质和内容的权利和权力、以及相关收益分配和责任承担依法规定清楚,再多抽象的所有权话语都无济于事。而这,正是推进中的自然资源产权制度改革面临的瓶颈问题,也是追求意志自由、讲究法无明文禁止即可为的私权理论无力解决的。

综合来看,“公权说”实际包含着对“私权说”所指对象、所表达内容、所追求目标的认可,并为其实现提供基础和条件、划定边界和范围、明确约束和限制、施加兜底性保护,是私权说的制度理想在不违背公私法科学划分的现代法治规律、不颠覆公私法错综交织的资源法制现状的情况下得以实现所不可或缺的。

## 五、公权说的优越之处

作为一种创新性理论,公权说有诸多亮点、优势,值得认真对待。上文多处已有体现,在此简要归纳如下:

〔84〕 参见巩固:“自然资源国家所有权公私属性辨疑——以‘敦煌毁林事件’为切入点”,《湖南师范大学社会科学学报》2023年第1期,第94—96页。

其一,包容与开放。“公权说”可以包容和实现“私权说”的多数合理主张,更可与主张公私兼备的“折中说”以及回避属性判断、强调制度建设的“非权利说”相对接。<sup>[85]</sup>这一方面是因为“公权说”对概念使用持开放、多元的实用主义立场,在表征主客体归属及相关支配性权益的宽泛层面使用“所有权”概念,从而使认可各种“非典型所有权”之存在,统摄不同产权形态及相应制度安排,参考借鉴古今中外各种体现国家之“公权性支配”的制度经验成为可能。另一方面则是因为宪法的根本法地位和宪法权力的基石性作用。“公权说”虽集中探讨宪法层面的国家所有权,着眼的却是以宪法权力为基点的整个国有资源制度体系。宪法权力不仅不排斥具体法权,而且为其提供基础和规范。也正因为此,诸如“风、光国有立法”之类从传统民法所有权角度看似不可思议、难以接受、无法实践,只能批判、否定、拒斥的议题在公权说下都能够得到认真对待与理性探讨。<sup>[86]</sup>

其二,解释与构建。在“所有权”判断方面,公权说不拘性质、手段、渊源出处等小节,而紧扣归属与支配这一本质,把各种体现国家财产支配意志的公权力纳入国家所有权范畴,既明确区别于私权属性的民法所有权,又细致甄别于其他非财产性国家权力,从而得以圆满解释相关法律事物,精细构建相应制度体系。譬如,在“敦煌毁林案”中,若无公权性国家所有权概念的存在,国家对那些由个人在国有林场土地上所植林木构成的防护林的正当利益将无法获得财产权角度的确认和保护。<sup>[87]</sup>在水资源领域,水行政主管部门和流域管理机构承担的“以水资源权属管理为核心的水行政事务的统一管理”与其他部门分工负责的“其他涉水事务的管理”的本质区别,<sup>[88]</sup>只有通过“国家所有权”与其他“行政监管权”的界分才能得到合理解释与科学配置。两权之别也构成传统“自然资源法”与以污染防治为核心的“环境保护法”的分野。<sup>[89]</sup>

其三,现实与前瞻。公权说对“公权性支配”的发掘与确证有助于把法学界对自然财富的制度想象从地广人稀的风车水磨时代拉回到“又热又平又挤”的21世纪,从大量自然物取之不尽用之不竭,从而被视为不属于任何人所有、可任由获取和改造,国家只在相关利用危及公共安全时才以“警察”身份消极干预的背景下形成的财产权与监管权齐整对应、私权与公权泾渭分明的简单结构;拉回到生态环境危机严重、重要资源日渐枯竭、自然状态极为稀缺,不得不由国家出面代表全民以所有者身份对各类资源进行公平分配和积极管护的严峻现实。实际上,

[85] 参见巩固:“自然资源国家所有权‘非公权说’检视”,《中国法律评论》2017年第4期,第149—157页。

[86] 参见巩固,见前注[9],第30—32页;陈建霖、崔炯哲:“风和光国有化的合法性与合理性”,载张守文主编:《经济法研究》(第14卷),北京大学出版社2014年版,第214—225页。

[87] 参见巩固,见前注[84],第91—92页。

[88] 参见高而坤:“谈流域管理与行政区域管理相结合的水资源管理体制”,《水利发展研究》2004年第4期,第19—24页。

[89] 参见(美)理查德·拉撒路斯:《环境法的形成》,庄汉译,中国社会科学出版社2017年版,第53页;巩固:“环境法典基石概念探究:从资源、环境、生态概念的变迁切入”,《中外法学》2022年第6期,第1529—1531页。

我国现行资源法大体正是围绕公权性资源国家所有权的行使来构建制度体系的，<sup>〔90〕</sup>但在把所有权与监管权视同冰炭的私权说影响下得不到合理解释，以至于宪法和资源单行法中的国有条款往往被视为仅具政治意义的宣示，未对资源管理具体权力的设定和行使发挥应有的规范作用；后者长期被混同于非财产性的行政监管权，设置和行使缺乏適切规范，导致“自然资源资产底数不清、所有者不到位、权责不明晰、权益不落实、监管保护制度不健全等问题”。<sup>〔91〕</sup>在公权说视野下，相关管理权行使均可纳入国家所有权范畴，从如何满足公众需求、发挥公产价值、实现综合效益最大化的角度获得指引和规范。公权说隐含的对“资源”“财产”概念的扩张（不以独立、特定、有经济价值者为限），对“所有权/财产权”概念的扩张（不限于可独占、排他者），更符合人类财产制度发展的趋势和方向，<sup>〔92〕</sup>并且是以排污权、碳汇、碳排放权等新型“生态资源权益”为基础的生态文明制度创新所不可或缺的。<sup>〔93〕</sup>就此而言，从大历史角度看，公权说与私权说之差异，与其说是不同立场、视角的，不如说是基于不同背景、面向不同时代的。

其四，科学与规范。公权说以宪法权力为基点，通过相关具体权力和权利的衍生、转化发展出公私法密切交织、公私权衔接配合的国有资源利用制度体系，并将其中的公权性内容和私权性内容分别纳入不同范畴，适用不同原理和规则，既实现制度内容的公私兼备，又保证单个法权的公私分明，维持公法、私法各自的理论完整性，更加科学、规范。其坚持和维护公、私区别视角，认为公益与私益、公法与私法、公权与私权、公产与私产、公务与私事有本质不同，应区别对待，符合“不同事物不同对待”这一基本科学原理，也避免了私权说以“私权”追求“公益”、以私法手段解决公共问题，极力论证如何赋予国家这一最大公主体以民法所有权这一最典型私权的悖谬。

其五，便捷与高效。公权说可以在不触动现行资源国有法律条款的客观表述、不颠覆现行资源管理体制和基本制度的前提下，通过对资源国家所有权的“公权性”解释实现国有资源法的精神重塑和制度优化；改变私权说虽长期占据理论主流，但脱离实际太远，无法对不同政府主体实际行使的各种支配性管理提供合理解释和指引，导致其空挡滑行、缺乏规范的弊端。其积极意义包括但不限于：一是否定资源国有一般条款的私权赋予效果，通过强调全民意志的“立法形成”避免行政主体仅凭抽象规定直接占有和支配自然资源，减少其与民争利的空间。二是消解民法所有权隐含的独占、排他意味，强调全民所有和公众权益，以“保障合理利用”为核心修正规则，完善制度，打通立法形成、比例原则、信息公开、公众参与、公共信托等公法事物与国家所有权之间的隔膜，使它们更加名正言顺地服务于规范资源权行使。三是以宪法国家所有权为基点，构建由公权、私权共同组成的多层次、类型化的资源法权体系，避免不同法权

〔90〕 参见肖泽晟，见前注〔4〕，第100页；王克稳，见前注〔32〕，第636—637页。

〔91〕 《关于统筹推进自然资源资产产权制度改革的指导意见》（2019年4月14日）。

〔92〕 参见（美）托马斯·C·格雷：“论财产权的解体”，高新军译，《经济社会体制比较》1994年第5期，第26页；（美）亚伦·普赞诺斯基、杰森·舒尔茨：《所有权的终结：数字时代的财产保护》，赵精武译，北京大学出版社2022年版，第30—31页。

〔93〕 参见巩固：“人与自然和谐共生的理论阐释与法治图景”，《法制与社会发展》2024年第3期，第23—24页。

“穿一条裤子”、在同一概念内打转的窘迫,避免以“所有权—用益物权”的简单结构应对丰富繁复的资源利用实践、以私法理论指导公权力行使的尴尬。

最后,值得一提的是,要接纳公权说,实现以上优势,理论上并不困难。其唯一要做的,就是扫除对所有权概念之统一性、唯一性的认识,破除“所有权唯私论”定式,以及对我国在特殊国情和法治建设背景下因各种或必然、或偶然的原因所制定的《物权法》《民法典》等民法文件中的国家所有权条款秉持现实主义态度作出更符合法律科学、法治原理和制度实践的灵活解读,<sup>[94]</sup>避免拘泥于传统理解和体系的教义化认识。而这,也是正确对待在不断探索中曲折发展的中国特色社会主义法律的应然态度和务实立场。毕竟,“在20世纪开始时,布莱克斯通的财产概念已不再令人相信了”。<sup>[95]</sup>如今,21世纪已过去四分之一。

**Abstract:** The public power theory of state ownership of national resources posits that the constitutional provisions on national resources endow the state with the constitutional authority to exercise “public control” over resources collectively owned by the people, and should be understood and applied from a public law perspective. Criticisms of the public power theory within the academic community are unfounded and unconvincing. The widespread rejection of the public power theory stems from fundamental misunderstandings in the academic field, particularly regarding the diversity of ownership concepts and the dialectical relationships between private rights and markets, property and power, and public and private laws. Once these misconceptions are corrected and updated, accepting the public power theory becomes feasible. The public power theory and the private rights theory do not target the same level of matters, nor are they mutually exclusive. While the public power theory focuses on the constitutional-level public rights aspect of state ownership of resources, it does not deny the existence of private rights aspects of state ownership at the civil law level and lays the foundation and conditions for regulating their generation and implementation. The public power theory is characterized by inclusiveness, interpretative construction, practical foresight, scientific regulation and efficiency, aligning with the developmental direction of modern property and resource law and deserves to be taken seriously.

**Key Words:** State Ownership of Natural Resources; Public Power Theory; The Response to Criticism; Basic Understanding; The Relationship with Private Right Theory

(责任编辑:贺 剑)

[94] 参见徐涤宇:“所有权的类型及其立法结构——《物权法草案》所有权立法之批评”,《中外法学》2006年第1期,第51页;尹田:“物权主体论纲”,《现代法学》2006年第2期,第5—6页;张谷:“公共财产和公物”,载朱庆育等主编:《中德私法研究》(第7卷),北京大学出版社2011年版,第20—22页。

[95] 万德威尔德,见前注[69],第36页。