

内部参考
妥为保管

土地观察

2015 第 8 期（总第 8 期）



浙江大学土地与国家发展研究院
Land Academy for National Development Zhejiang University

2015 年 10 月 15 日

【编者按】 党的十八届三中全会直面“国家—社会”、“政府—市场”关系难题，提出“经济体制改革是全面深化改革的重点，核心问题是处理好政府和市场的关系，使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”。那么，在土地资源配置中，市场应否起决定性作用，政府如何更好发挥作用？《土地观察》第 8 期刊载 2 篇在这一领域的文章，以飨读者。苏振华的“哈耶克的困惑”一文指出，英国经济学家冯·哈耶克，这位世界上最彻底的自由市场机制的信仰者、捍卫者，在面对土地资源配置应该选择市场机制还是政府机制时，也表现出了不彻底性。巩固的“作为宪法公权的自然资源国家所有权”一文，论证了自然资源国家所有权不是民法物权，认为宪法第 9 条明确的自然资源国家所有权是宪法所规定的国家权力，体现了国家对于公共资源的一种“公权性支配”。

苏振华：城市土地应该完全市场化配置吗：哈耶克的困惑，P2-P8。

巩固：作为宪法公权的自然资源国家所有权，P9-P47。

城市土地应该完全市场化配置吗：哈耶克的困惑

苏振华

（浙江大学，杭州 310058）

【导言】 市场机制是配置资源最有效的机制，观念上这一点已然成为共识，政策层面上我国也将“发挥市场在资源配置过程中的决定性作用”上升为根本方略。但是，具体到土地问题，土地应该由市场化配置还是由政府指令配置在理论上却是一个极具争议的问题，事实上在现实中这两种配置方式也都产生了很多问题，问题是出在市场化还不够彻底、还是市场与政府各自的适用边界没有界定清楚呢？这篇文章并不是直面这一问题的讨论。我们发现一个很有趣的现象，冯·哈耶克这位世界上最彻底的自由市场机制捍卫者，在面对土地资源应该选择市场机制还是政府机制时，却表现出了不彻底性。本文章是一个文本分析，通过梳理哈耶克在这一问题上的相关论述以凸显他在这一问题上的内在紧张，以期引起学术界和实务界的讨论。

哈耶克，大概应该被认为是人类历史上最重要的自由市场理念的捍卫者，他在1974年获得了诺贝尔奖。1945年他在《美国经济评论》上发表了《知识在社会中的运用》一文，这篇文章被认为是对市场有效性最为彻底的论证，他的论证逻辑是：中央计划之可行，必须以充分掌握关于市场的所有信息为前提，比如，中央计划部门必须知道每个消费者对商品的偏好、数量、以及愿意为之支付的价格等；然而，信息在人群中是分散存在的，不同的个体，偏好是有差异的，愿意接

受的价格也是不一样的，中央计划部门要获取这些信息其难度可想而知；而且，这种信息往往还是“默会”的、即市场主体自己也说不清楚，比如，女性购买裙子，她们往往说不清楚自己喜欢什么裙子，只是在逛街过程中当某条裙子陈列在橱窗里时她会突然意识到这就是她喜欢的样式，试问，这类信息中央计划部门如何可能得知；据此，哈耶克指出，中央计划部门根本不可能掌握必要的信息，但是，市场化的分散决策是应对分散的、甚至是默会的信息的最有效的机制，比如，“我”可能是知道我的邻居的隐秘偏好的，那么我就能够生产出一条裙子满足她的需求，推而广之，资源配置只有交给市场才是有效的。

正是对市场机制的有效性这种细致入微的体认，哈耶克成为了最彻底的自由市场的捍卫者，与他同时代的芝加哥学派旗手弗里德曼一样，他几乎在处理所有的问题上都是坚定的市场捍卫者，比如他雄辩地论证了社会保障、对就业的干预、对教育选择的干预是无效的。但是，城市土地要不要市场化配置？哈耶克在这一论题上，却犹豫了，甚至是出现了一定程度的自我否定。一位伟大的思想家，他的逻辑当是一以贯之的，是没有例外的，哈耶克为什么困惑了？

哈耶克对这一论题的论述，见于《自由秩序原理》的第二十二章《住房与城镇规划》。就这一章的主旨而言，哈耶克仍然是在强调干预市场的无效性，他分析了政府实施住房租金干预政策是无效的，分析了政府提供公共住房或提供建筑补贴是无效的，分析了对所有土地都实施规划是无效率的。他还深刻地指出，实施这类政策不仅经济上

无效率、政策目标无法实现，而且会对个人自由造成伤害。可是，他却在犹豫中反对城市土地完全实施市场化配置。

他的论证立足于一个他所理解的基本事实或者说是假设，即在城市里产权表现形式的复杂性，即“相邻效应”。“从许多方面来看，城市生活的紧密繁杂，使得原有的种种构成简单划分地产权之基础的假说归于无效了。在城市生活的情况下，那种认为地产所有者不管如何处理他的地产都只会影响他自己而不会影响其他人的观点，只能在极为有限的程度上被认为是正确的。经济学家所谓的‘相邻效应’，即一个人因对自己地产的处理或使用而对他人的地产所造成的种种影响，在此具有了重要意义。城市中几乎任何一块地产的用途，事实上都将在某种程度上依赖于此块地产所有者的近邻的所作所为，而且也将在此某种程度上依赖于公共的服务——如果没有此种公共的服务，则分立的土地所有者就几乎不可能有效地使用这块土地。”¹据此，“私有财产权或契约自由的一般原则，并不能够为城市生活所导致的种种复杂问题提供直截了当的答案”²。

我们熟知，在新古典经济理论中，完全竞争的前提条件之一是产品是同质可分的。但房地产是不动产，不满足上述条件，这导致价格机制不能完备地发挥作用。“与动产所具有的一般情况——使用动产所产生的利益或危害通常只发生在控制该动产的人身上——不同，对一块土地的使用则常常会影响到相邻土地的用途。”³那么，在城镇

¹哈耶克：《自由秩序原理》115页，三联书店，1998年2月。

²哈耶克：《自由秩序原理》116页，三联书店，1998年2月。

³哈耶克：《自由秩序原理》127页，三联书店，1998年2月。

规划⁴过程中，经常会发生导致有的人地产增值有的人地产价值受损。怎么处理这两种情形呢？哈耶克给出的解决措施完全背离了他一贯之的自由主义立场。他指出，“对那些地产价值得到增益的个别所有者课收费用，并对那些地产价值蒙遭损失的地产所有者进行补偿。”⁵对受损者补偿显然是无须论证的，但是，哈耶克居然主张对地产增值者进行课税！他的理据是这样的：如果城镇规划要成为有助益的措施，那规划至少不能产生收益的减少，为此，对增值者课税对受损者补偿就是必要的。这个理由成立吗？一般意义上总是成立的：既然某项收益不是当事人自身努力获得的、而是他人的行为导致的，那么这块收益当然应该归属他人。可是，如果按照这个原则，人类社会将会多么的复杂。比如，明星得到观众的喜爱而获得高收入，这个收入是不是应该归属观众呢？我们知道，人类社会不是这样处理问题的，明星的收入不仅不曾分给观众，事实上他的收入就是来自于观众。所以这里面应该区分两种情况：一种是“你”问“我”索要收入，那么，“你”应该支付价格；另一种，“你”的收入是“我”主动给你的，“你”并没有索要要求，那么“你”就不应该支付价格。就此而论，土地因规划增值而政府可因此课税很难说是成立的，地产增值的市民并不曾对规划提出要求。当然，在现实中如西方国家根据房屋现价征收房产税可以认为是对增值进行征税。总之，这是一个有待深入讨论的基础理论问题。

⁴按照自由市场主义的通常立场来看，城镇规划根本就是不必要的不应该的。但哈耶克回避了这个问题，他既没有论证城镇规划的必要性，也没有论证城镇规划的有效性，他把城镇规划当成一个既定事实来处理了，他只是简单提及反对那种废除了价格机制的城镇规划（见 128 页）。显然，在这一点上他是不彻底的。

⁵哈耶克：《自由秩序原理》128 页，三联书店，1998 年 2 月。

那么，如何征税或补偿呢？哈耶克指出，应该是基于“公平市场价值”——“须授予权力当局以基于公平市场价值进行征收费用的权力即可”⁶。在这一点，哈耶克几乎彻底背叛了他的自由市场立场。哈耶克之所以反对中央计划经济，就是因为商品的合理价格中央计划部门是计划不出来的，只能是市场形成的，哈耶克不断在讲一个道理，市场就是竞争发现的过程，在这个竞争的过程中才能发现市场价格。反过来说，如果政府能认定某个价格是“公平市场价值”，那么，计划部门就可以为所有商品制定价格，中央计划就是可行的了。也就是说，“公平市场价值”是任何部门都不能认定的，既然如此，那么，政府对增值部分课税的基础就不存在了。显然，哈耶克自己意识到了这个问题，他给自己留下了一个开脱余地，“既然市场价值并非一明确无争的数值，而且人们关于何谓市场公平价值的问题也可能仁者见仁智者见智，因而它依然只是一项不尽完善的手段。”⁷放弃了他的基本立场，以这种无力的辩解为自己开脱，是不是可以说，伟大的思想家哈耶克在这里智力上是不诚实的？然后他接着说，“关键的问题乃在于，这类纠纷最终可以由独立的法院来裁定，而毋需交由制定规划的当局进行自由裁量”⁸。这个辩解同样无力，独立法院依凭何种原则进行裁决是合理的呢？如果法院能够认定“公平市场价值”，那么市场经济仍然可以是不必要的，由法院来制定价格就可以了。在这里，哈耶克也表露出了他的另一主张——他认同强制拆迁，“权力当局”

⁶哈耶克：《自由秩序原理》129页，三联书店，1998年2月。

⁷哈耶克：《自由秩序原理》129页，三联书店，1998年2月。

⁸哈耶克：《自由秩序原理》129页，三联书店，1998年2月。

可以有“强制购买权”⁹。强制拆迁的支持者，是冯·哈耶克，这位思想史上公认的自由市场最彻底最伟大的捍卫者！强制拆迁，不是明明白白的违背了自由交易原则吗？而且，强制拆迁侵犯了市场主体的权利，这不是哈耶克终身批判的通向奴役之路吗？

不过，哈耶克及时终止了他的混乱，接下来，他迅速恢复了他的自由主义思想家的风范。他接下来马上批评了城镇规划者的一个通常逻辑：即实施某种城镇规划方案可以降低“社会成本”，这通常发生在城镇规划者用以证明其根据低于公平市场价值的标志征收土地的做法为正当的情形下¹⁰。在这里，他清醒地指出，这种论调其实是“将一些成本强加给了私人，实际上是置这些私人的利益于不关”。哈耶克当然是否则“社会成本”这种说辞的，成本是一个主观性的概念，其主体只能是“个人”，故不存在“社会成本”一说，社会选择理论也是在证明这一点。

哈耶克的游移，其实就是立足于一个事实，即土地的“相邻效应”。相邻效应，无非就是“外部效应”，即某个市场主体的行为会对其他市场主体形成正向或负面影响。外部效应是市场里的常见现象，并非土地所独有，甚至，任何经济行为皆有外部效应，比如，某个消费者购买了一件衣服，那就意味着消化了一件衣服的供给，由此形成了其他同质衣服价格上涨的可能性，而这会对所有的消费者产生影响，这种外部效应与土地相比，只不过是程度不同而已，故而以相邻效应来论证土地的特殊性说服力是不够的。土地、尤其是城市土地到底有多

⁹哈耶克：《自由秩序原理》129页，三联书店，1998年2月。

¹⁰哈耶克：《自由秩序原理》129页，三联书店，1998年2月。

特殊？伟大的思想家哈耶克并没有给我们一个有足够说服力的论证，我们还需要寻找新的理论解释，这个解释，应该是超越我们现在已经知晓的市场经济理论范式的。

今天，中国社会中因土地征收和房屋拆迁引致的社会矛盾比比皆是，就哈耶克的游移而论，这些矛盾的发生是因为我们在理论上并没有找到土地配置的有效机制。那么，在新的理论被发现并获得共识之前，一个可能的解决方法只能是将土地问题上升为宪法政治问题，即在根本法层次上应该对土地在何种情形下适用何种配置方式作出清晰的规定。

作为宪法公权的自然资源国家所有权*

巩 固

(浙江大学, 杭州 310058)

【导言】自然资源国家所有权不是民法物权。主流“物权说”理论上存在逻辑缺陷，实践上社会效果不彰，不应继续坚持。从宪法与民法之别、权利与权力之别以及宪法第9条的具体表述来看，自然资源国家所有权是宪法所规定的国家权力，体现了国家对于公共资源的一种“公权性支配”，其实质是国家基于全民意志对资源分配及利用的“积极干预权”。自然资源国家所有权的内容在于保障自然资源的合理利用，通过立法、行政和司法加以行使。资源国家所有权的建立本身不是目的，其只有通过制度涉及，衍生出以资源实际利用者为主体、以对资源物的合理利用为内容的私权性的“资源利用权利体系”，才能真正形成公平、高效的资源利用秩序。日常生活中在民法层面使用的“国家所有权”的本质是“公共法人所有权”，其并非严谨的法律概念，其成立须一系列条件支撑，范围较窄，其与“宪法国家所有权”的区别是划分“国有私物”与“国有公物”的前提。

近年来，与公共资源相关的社会事件不时挑动着人们的神经。从四川农民发掘贵重乌木被镇政府收缴，到黑龙江规定风能、太阳能属于国家所有，再到内蒙古牧民捡到天价狗头金难定归属，以及节假日诸多景点随意涨价引发社会指责和抱怨等。这些事件看似风牛马不相及，在法律上实则都与自然资源国家所有权有关，在根本上指向如何正确理解和应用这一在我国宪法及诸多法律中都有规定的重要规范，

* 本文详细内容分别以《自然资源国家所有权公权说》、《自然资源国家所有权公权说再论》为题发表于《法学研究》2013年第4期、2015年第2期。

而事件的热议本身也反映了人们在这一问题上的激烈分歧及现行理论、制度的不足。

到底应如何正确理解宪法有关自然资源属于国家所有的规定并作出恰当的制度安排，合理解决事件折射出的法律疑难，建立真正科学、高效的资源制度，本文试析之。

一、 不能从物权角度理解自然资源国家所有权

在我国，有关国家所有权的主流理论认为，国家所有权乃是国家（或称“中华人民共和国”）对国有财产（或称“全民所有制财产”）所享有的占有、使用、收益和处分的权利，是全民所有制在法律上的表现。¹¹尽管该权在主体、客体、权利行使等方面具有一定特殊性，但本质上与一般所有权并无差异，都是“权利人依法对特定物进行直接支配和排他”的一种民事权利。¹²其中，国家也即“全民”为资源的所有权人，国务院“代表国家”行使这种所有权，通过用益物权性质的“自然资源使用权”交由普通社会体对资源进行实际支配和利用。¹³由于几乎完全是从民法物权的角度认识和界定自然资源国家所有权，本文将之简称为“物权说”。

“物权说”占据我国理论主流并深刻影响法律实践，前述几个事件都受到这一理论的深刻影响。镇政府以“代表国家”行使所有权作为强行收缴乌木的理据，黑龙江人大则认为气候资源属于自然资源，

¹¹ 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 272-277 页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社 2007 年版，第 320-321 页。

¹² 《物权法》第 2 条第 3 款。

¹³ 关于自然资源使用权在我国理论界的“通说”地位，可参见金海统：《自然资源使用权：一个反思性的检讨》，《法律科学》2009 年第 2 期。

而自然资源属于国家所有，立法机关当然可以“代表国家”就其使用设定限制。而景点涨价者当然也是同样的逻辑，风景名胜是“国家的”财产，而地方政府、旅游部门“代表国家”对“自己的财产”进行定价，有何不可？其言说均以国家所有与个人所有彼此对立为预设，贯穿着民法物权理论所一贯主张的所有权乃所有人自由地按其意志支配财产并得对抗一切他人的“权利意识”。

然而，“物权说”虽穿着以德国为代表的大陆法系物权概念的外衣，精神气质上却受到前苏联“国家所有权”理论的深刻影响，貌似合理的表相下包含着诸多难以解释的矛盾。

（一）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

作为一种以确定物的支配秩序为核心任务的私权，“物权法上的所有权主体必须具体、实际、特定并具有私法上的人格”。¹⁴只有那些客观存在，并且对特定物的支配具有独立意志和利益的实体，才有拥有和行使物权的可能和必要。自然人之外的任何实体只有在符合法定要件且经相应程序认定后才能作为“法律所拟制的人”获得物权主体资格，从事财产活动并承担相应责任。也因此，除前苏联等少数特例外，多数国家和地区民法实践中的“国家所有权”都是一种“法人所有权”，其所谓的“国家”是对国库、国家机关、各级政府（有的甚至专指中央政府）等使用公共财产、履行公共职能的特殊法人——“政府法人”或称“公法法人”——的统称，¹⁵尽管这些法人在财产来源、

¹⁴ 李康宁、王秀英：《国家所有权法理解析》，《宁夏社会科学》2005年第4期。

¹⁵ 比如，德国民法上的“国家”是一个可分割的概念，联邦政府之国库可称之为“国家”，各州国库亦可

自身性质及职能定位等方面具有特殊性,但在民法上都是可以与其他民事主体清楚区分的独立个体。而在我国,无论宪法还是《物权法》中的国家所有权条款,都明确规定“国家所有,即全民所有”,也就是说,这里的“国家”乃“全体人民”意义上的抽象国家,而非行使国家权力、履行国家义务的具体主体——国家机关。正因为此,在我国理论界,“国家所有权”与“国家机关法人所有权”向来是被严格区分的,国家所有权的主体被认为具有“唯一性和统一性”,“中华人民共和国是国家所有权唯一的和统一的主体,任何国家机关、单位或个人都不能充当国家所有权的主体。”¹⁶然而,人民是一个抽象的政治概念,“是一个不容分割的整体,不确指任何个体”,¹⁷如何能够对物进行“直接支配和排他”?而且“全体人民”与作为其成员的一切普通民事主体(无论国家机关、国有单位还是个人)都存在密切关联,无论意志还是利益都既不应该也不可能是“独立”的,¹⁸在对自然资源的支配上又如何能够具有“独立”地位?

另外,平等性也是物权主体的必备特征。只有在平等主体之间才有通过统一规则建立物的支配秩序的可能,无论具体的物权主体在现实中有多少差异,其在法律上都被假定为平等,遵守同样规则,受到同等对待。而全民意义上的“国家”与作为其成员的普通民事主体之

称之为“国家”(尹田:《物权主体论纲》,《现代法学》2006年第2期);德国联邦政府、州政府、县区或镇政府及其各级政府机关都是公共财产所有权的主体(孙宪忠:《德国民法对中国制定物权法的借鉴作用》,《中外法学》1997年第2期)。而意大利把公共财产分为“国有财产、省有财产、市有财产”(《意大利民法典》,费安玲、丁玫译,中国政法大学出版社,1997年版,第232页),加拿大土地有“联邦公有、省公有”之分,我国台湾地区土地法中有“国有、直辖市有、县(市)有、乡(镇)有”之分(李凤章:《国家所有权的解构与重构》,《山东社会科学》2005年第3期),这里的“国有”则特指“中央或联邦政府所有”。

¹⁶ 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2007年版,第320页。

¹⁷ 王军:《国企改革与国家所有权神话》,《中外法学》2005年第3期。

¹⁸ “国家作为一个抽象的实体并没有自身独立的特殊利益,它的利益存在于众多的个体之间,国家对公共利益的维护最终还是为了维护私人利益的有效实现。”赵万一:《论国家所有权在物权法中的特殊地位》,《河南省政法管理干部学院学报》2007年第1期。

间既不应该也不可能是一种平等关系。“国家所有权是社会公共利益或者国家利益的载体，此种利益当然高于私人利益。”¹⁹实际上，各国普遍存在的征收、征用、国有化等制度即是专门针对“全民所有”与“个体所有”之关系处理的，其中国家所有权的优越性显露无疑。

（二）物权客体的确定性与自然资源的不确定性之矛盾

“物权的客体主要是有体物，而且还必须是单一物、独立物、特定物。”²⁰作为对主体、之于物的直接支配关系的确认，特定性和处于被控制状态是物权客体的核心特征，在不确定的、未被控制或无法控制的物之上无法成立物权。但在自然资源领域，无论水流、矿藏还是森林、野生动物，都大量处于特定性不明的“盖然状态”、未被控制且变动不居，单一性、独立性、价值大小均难以判断，气候资源甚至连有体物都算不上，它们如何能够成为物权客体？反过来讲，如果自然资源国家所有权真的是一种客体特定的民法所有权，则江河湖海的跨界流动、野生动物的越境迁徙、野生植物的自然消亡甚至风雨雷电等每时每刻都在发生的自然事实难道都意味着国有资源的变动和“流失”？而谁又对其负责？

（三）物权内容的私权性与资源国家所有权内容的公权性之矛盾

在物权法上，所有权是“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利”。²¹而“全民”意义上的国家并非具体实体，客观上无法对自然资源进行占有和使用，其所有权中当然也不可能包含任何直接占有和使用自然资源的内容。而如果把资

¹⁹ 尹田：《物权主体论纲》，《现代法学》2006年第2期。

²⁰ 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社2003年版，第29页。

²¹ 《物权法》第39条。

源管理部门征缴资源税费、批准资源利用许可的行为视为国家对其所有物的“收益”和“处分”的话，那么这种通过立法及行政来进行的活动，不仅顶多只能算是一种“间接支配”，而且在性质上属于典型的公权力行为，绝非私权性质的民法所有权所能涵盖。

（四）物权行使的自主性与资源国家所有权行使的非自主性之矛盾所有权几乎是所有法律权利中对所有人意志最充分尊重和保护的一个，按照自己的意志直接支配财产是所有权的最大特征和优势所在。然而，对于国家而言，所有权的这一优势近似“画饼”，因为通说认为国家无法直接行使所有权而只能“通过占有国有财产的各个国家机关和企事业单位来行使”。²²由此，《物权法》及一些资源法都规定由国务院“代表”国家行使所有权，²³实践中各级政府及相关部门的资源管理活动也常被视为是在“代表国家行使所有权”。但是，如果国家所有权真是一种民事权利的话，这种安排就存在很多问题。首先，国务院及其领导的整个行政系统是全民意志的“执行者”而非“代表”，让国务院代表“全民国家”行使所有权显然与由人民选举代表组成的国家权力机关代表人民形成国家意志的法理不符，与“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”、“国务院，即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关”的宪法规定不符，²⁴也与政府预算须经人大批准的政治实践不符——政府连自己花钱都须经人大批准、向人大报告、受人大监督，如何能够成为国家在财产

²² 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 276 页。

²³ 参见《物权法》第 45 条第 2 款，《水法》第 3 条、《矿产资源法》第 3 条、《草原法》第 9 条、《海域使用管理法》第 3 条等。

²⁴ 宪法第 2 条第 2 款、第 85 条。

领域的“总代表”？其次，依民法理论，无论代理还是代表，都应当有被代表者的明确授权、行为人应以“被代表者”名义进行活动，而实践中任何具体的资源管理活动都几乎不可能得到“国家”的明确授权，而这些活动也都是管理部门以“自己的名义”而不是“中华人民共和国”的名义进行的，如何能够视为对国家的“代表”？另外，民事权利的一大特点是可处分、可放弃或消极行使，资源管理权则显然不可。

（五）物权的救济补偿性、责任自负性与资源国家所有权的救济惩罚性、“不负责任性”之矛盾

如果资源国家所有权是一种物权，那么普通民事主体未经国家明确授权而对资源进行利用的行为将构成侵权，并引发以“损害填补”为指归的民事责任。但实践中，个人对国有资源的各种自发性利用，如采伐、采挖、猎捕、捕捞、垦殖、放牧等，通常并不非法；即便一些因违反法律的明确规定而构成违法的活动，²⁵其责任也主要是以“惩罚”为指归的行政责任或刑事责任，而很少引起对“国家”的民事赔偿。与之相对应，实践中的国有资源致害，如江河湖泊决堤、野生动物咬人、风雨雷电致灾等，似乎也不会引起其所有权人——国家——的赔偿。梁慧星先生反对规定“野生动物资源归国家所有”的一个重要理由是担心“以国务院为被告的‘野生动物’致损赔偿案件诉讼浪潮的到来”。²⁶虽然这一担忧实践中并没有出现，但按物权理论的逻辑

²⁵ 主要是违反国家有关特定资源之利用的专门规定的行为，如非法猎捕、非法采矿、盗伐滥伐林木等。

²⁶ 梁慧星：《不宜规定“野生动物资源属于国家所有”》，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30237>，中国民商法律网，2012年10月18日。

如何解释得通？

（六）用益物权的不可处分性与自然资源使用权的可处分性之矛盾

“物权说”把资源实际利用者对资源的利用权视为一种用益物权，其逻辑为，既然自然资源只能为国家所有，则国家之外的任何主体对资源的利用都是一种对“他人”之物的使用，故为“他物权”。然而，问题在于，多数资源利用者都在事实上进行着对资源物的实际处分，消耗性动产尤其如此，²⁷将这种明显包含处分权能的权利视为一种“用益”物权未免牵强。而即便对于不动产，理论上也不无障碍：依民法理论，所有权与用益物权的区别仅在于权能充分程度不同，也就是说用益物权人行使的只能是包含于所有权之中的、为所有权人所“暂时让渡”的部分权能。而对于国有资源而言，国家事实上从来没有（也永远不可能）拥有过实际利用者所拥有的那种直接支配和利用自然资源的权利，又如何能够让渡给他人？

（七）资源国家所有权与资源物个人所有权之矛盾

一些自然资源单行法认识到完全否认资源利用者可对资源物拥有所有权不切实际而对之采取开放态度，但由此又产生“双重所有权问题”。例如，《森林法》认可个人的林木所有权，但同时规定森林资源属于国家所有，《森林法实施条例》又明确规定森林资源包括林木，如果二者均为民法所有权，则显然违背“一物一权”原则，也与《物权法》第41条“法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单

²⁷ 如取水人对水、猎人对猎物、捕捞者对捕捞物、采矿者对矿物等。

位和个人不能取得所有权”相冲突。在矿产、水、野生动植物等领域，都存在类似问题。有学者试图通过对“矿产资源与矿产品”、“水资源与水产品”、“野生动物资源与野生动物”等概念的区别加以解决，但这种解释只有在抛弃资源所有权“物权说”的前提下才能成立，在“物权说”的逻辑下是说不通的。²⁸

以上是从纯粹理论逻辑角度而论，如从社会实效角度来看，“物权说”更是无法继续坚持。作为我国现行资源法律制度体系的理论基础，无论对于前述引起社会热议的、体现“与民争利”、与其公共属性不甚相符的各种争议事件的出现，还是资源领域因管理者可以任意“代表国家行使所有权”，导致“公产私用”而频发的各种腐败案件，“物权说”都难辞其咎。即便其本身未必直接支持这些事件、行为，但其所隐含的“所有人可以按其意志自由支配财产”的中心思想对于区隔国家与人民利益、使资源管理脱离公共考量和社会监督的暗示效应不容小觑。如果继续坚持“物权说”，始终从私权角度理解国家所有权，把政府的资源管理活动混同于所有人行使私权的民事活动，不能对公权性的资源监管与真正的“资源物权”——资源具体利用者的民事权益在法律概念上作出明确区别，就很难建立真正公平、高效的资源利用制度和科学、规范的资源管理制度，广大人民的知情、参与、受益、监督机制也没有建立的基础，“国家所有，即全民所有”也就成了一句空话。

²⁸ 以水资源为例，有学者认为应区别“水资源”与“水”，前者是抽象的、总括的概念，指所有水的集合；后者是具体的、特定的水，国家拥有的是“水资源”的所有权而不是“水”的所有权。但这种解释能够成立的前提是“所有权可以建立在不确定的抽象客体之上”，而这与传统民法所有权理论是不相容的。

二、自然资源国家所有权是宪法规定的国家权力

如果从“物权说”角度理解资源国家所有权于理不通,实践难行。那么,应如何理解我国诸多立法中都有规定的“自然资源属于国家所有”的立法表述?对此,必须破除那种局限于民法一隅望文生义的思维方式。实际上,所有权从来就不只是一个法律概念,²⁹在法律上也并不必然是纯粹的私法概念,³⁰把所有权置于物权法框架下作为一种子物权进行理解实际上是我国民法学界继受大陆法系(尤其是德国)物权理论的结果。当然,这种继受本身具有相当的合理性,但其合理性仅限于民法领域。如果把物权法理论对所有权的认识绝对化,认为一切以“所有权”名义出现的事物都当然属于物权,继而认为“一切涉及所有权的社会关系必须纳入物权法的体系框架内调整”,³¹就可能在不经意间跨越真理的界线。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。

(一)从宪法与民法的区别来看,宪法第9条不是民法规范,不能赋予私权

首先要明确的一点是,我国最早、最主要的资源国家所有权法律规范是宪法第9条,现行各类法律法规中的规定不过是对这一“国家根本大法”中的既有条款的重复,故对资源国家所有权的认识必须从宪法第9条入手。理解宪法规范的一个基本前提是要从宪法作为“国家根本大法”的特殊法律性质及独特价值功能入手,而不是以一般法

²⁹ 经济学、社会学尤其是政治学领域都有着自己的“所有权”概念,从本质上讲,国家所有权实际上是把政治性概念不加“翻译”地生搬硬套到法律中的结果。

³⁰ 比如,西方早期的土地所有权即承载着浓厚的公权力,直到近代才逐渐演变为纯粹私权。参见李凤章:《法律移植,移植什么?——以土地所有权的中国命运为中心》,《法律科学》2009年第6期。

³¹ 钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版,第134页。

律尤其是调整普通主体之间的“权利”关系的民法的思维去理解调整国家与人民之间的“权力”关系的宪法

宪法作为“国家根本大法”，其基本功能除作为“终极授权规范”以其原则性规定为立法机关进行具体立法提供“法律基础”之外，还承载着划分公权与私权、平衡个人自由与国家干预的神圣使命与独特功能。作为个人与其不得不让渡部分权利给它的“利维坦”之间的“社会契约”，宪法“将一些人的基本权利这一最高的价值赋予宪法规范加以体现，以图划定国家权力的界限”，正因为此，“肩负这一使命的宪法本身才获得了最高法的地位。”³²因此，宪法规范并非仅仅对下位法之应然规范的抽象概括，而是围绕个人（权利）与国家（权力）之平衡进行的制度设计。宪法权利是一种个人相对于政治国家的、以规范和制约公共权力、参与和监督公共事务、增进和分配公共利益为指归的公权，其与调整平等主体间关系、以解决个体间冲突为己任的私权存在根本区别。正如有学者所指出的，“宪法的全部内容都可以理解为对国家权力的制约，即宪法以国家权力为恒定的调整对象，它并不直接涉及私人之间的关系。”³³对任何宪法规定的理解，都不应脱离这一点。资源国家所有权规范，也不例外。

尽管宪法和民法中都有关于财产权或所有权的规定，但其规范性质和含义是不一样的，近年来，学界在此问题上的认识已经日渐清晰。一般认为，宪法财产权是一种人权性质的公权，是防御国家侵犯的消极权利，体现的是个人取得民事财产权的资格；而民法所有权是一种

³² 林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社 2001 年版，第 310 页。

³³ 夏泽祥：《作为公法与根本法的宪法》，《法学》2012 年第 2 期。

物权性质的私权，是排除与权利人居于平等地位的其他民事主体之侵犯并就物的支配贯彻自我意志的积极权利，体现的是权利人对物的直接支配力。“赋予单个权利人此种权限之权利，也就是宪法上的‘所有权’。”³⁴从这个意义上说，宪法所有权是对个人可依法获得财产并排除国家侵犯的宪法资格的确认，其本身并不能直接赋予公民以财产。因此，任何人都不能只根据宪法来主张对特定财产的排他支配，某人即使一无所有，也不能认为其宪法所有权未受保障。既然如此，又怎能认为宪法第 9 条具有此种效果？如果个人不能直接依据宪法拥有某物，国家又如何能够直接依据宪法拥有自然资源？

（二）从权利与权力的区别来看，资源国家所有权不是“权利”而是“权力”

如果宪法第 9 条不是具有民法效力的私权规范，那么它是否如有学者所言是一个宪法基本权利条款，意味着对“国家取得民法所有权的资格”的认可？³⁵笔者认为也难成立。

通说认为，宪法权利是以“防御国家侵害”为指归的权利。正如诸多论者指出的，按此逻辑，如果宪法第 9 条是基本权利条款的话，国家所有权就成了“国家防御国家”或“自己对抗自己”之权，岂不荒谬？其实，从“个人—国家”、“权利—权力”二元对立的宪法学视角来看，宪法第 9 条理解起来并不复杂。“基本权利只能存在于‘国家—人民’这一特定法律关系背景中”，³⁶其之所以被认为是“对抗国家的权利”，只是因为其是以与国家相对的个人为主体的权利而已。

³⁴ [德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》上册，张双根译，法律出版社 2006 年版，第 518 页。

³⁵ 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 13 页以下。

³⁶ 于飞：《基本权利与民事权利的区分及宪法对民法的影响》，《法学研究》2008 年第 5 期，第 55 页。

也就是说，“防御国家侵犯”是宪法中以个人为主体的权利的特征，而非以国家为主体的权利的特征。当权利主体由“个人”转换成“国家”之时，权利的内容和效果也相应由“个人对抗国家侵犯”转化为“国家对抗个人防御”，或者说从“防范国家侵犯”变成认可国家“侵犯”，³⁷从而在性质上转化为具有强制力和优先性的“国家权力”。从这个意义上说，宪法第9条确实是一种“赋权条款”，只是其赋权的主体是国家，内容是权力而已。这一认识，并不存在什么难以接受的逻辑障碍，尤其结合该条所处的体例位置——宪法“总则”而非“公民基本权利义务”，以及并未使用“权利”字样的客观表述来看，更加如此。

（三）从法律条文的表述来看，资源国家所有权也只能是公权

宪法第9条的客观表述是“……等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”。对于这样一个以陈述句形式呈现、没有任何条件假设的绝对化表述，只有从公权角度才能得到合理解释。

首先，从客体角度来看，该条表明除列举的少数可归集体所有者之外，一切自然资源都属于国家所有。也就是说，国土范围内的各类资源，不论何种形态、何种位置、数量多少、可否控制以及是否已被控制、可否及应否特定化，都在国家所有范畴之内，这显然超出了传统物权客体所能涵盖的范围。而从公权角度来看，作为国家权力的管理对象，这些都不是问题——以笼统语言进行概括宣示，正是权力条款的特点。

³⁷ 国家权力在本质上就是一种对个人自由和权利的必要的、正当的“侵犯”。

其次，从主体角度来看，“国家所有，即全民所有”表明资源国家所有权的主体是与“全民”相等同意义上的“国家”。而“全民”无法成为民法所有权的主体，³⁸等同于“全民”的“国家”，只能是作为公共利益和公共意志的集合、可代表人民行使权力、因而居于优越地位的“主权国家”，并非被假设为全民之一员、与普通民事主体地位平等的“民事国家”。这里要特别指出的是，在宪法中规定某些或全部自然资源归属于全民意义上的国家，并非中国独创，而是一个常见现象。³⁹显然，这里的归属者是“人民”还是“国家”，并没有实质差异，而这种“所有”也明显区别于民法意义上的私权性所有。对此，《中华民国宪法》第143条表现得更加直观。该条规定：“中华民国领土内之土地属于国民全体，人民依法取得之土地所有权，应受法律之保障与限制。”很显然这里的“属于国民全体”与“人民所依法取得之土地所有权”并非同一层次的“所有权”，否则就违背“一物一权”了。从该条表述也明显可知，前者是主权性表述，后者才是民法所有权。

再次，从时间向度来说，只有公权才符合这一带有永恒色彩的绝对化表述。宪法第9条规定的“自然资源属于国家所有”是就何时间范围而言的？是立宪之前自然资源就都属于国家所有，只是宪法将之明晰化了；还是从立宪之日起，自然资源才由“非国有”或个人私有

³⁸ “所有权的主体、客体都必须具体的；抽象的主体无法形成民法意义上的所有权主体。”孙宪忠：《“统一唯一国家所有权”理论的悖谬及改革切入点分析》，《法律科学》2013年第3期，第61页。

³⁹如伊拉克宪法第111条规定“石油和天然气属于伊拉克所有人民”、阿联酋宪法第23条规定“每个酋长国的自然资源与财富被视为该酋长国的公共财产”、阿塞拜疆宪法第14条规定“自然资源应该归属阿塞拜疆共和国”、吉尔吉斯共和国宪法第4条第2项规定“吉尔吉斯共和国境内的土地、地下资源、水资源、领空、森林、动植物界和一切天然财富均为国家财产”。

转变为国家所有了？对此，理论和实务界均未有清楚回答。但如立定物权视角，无论怎样解释都会引起一系列问题。前者将带来国家是否应对立宪之前的资源利用者进行追偿以及相关资源产品或所获利益应否收归国有的问题，因为既然早就是国家的，那么之前各种社会主体的自发利用就是无权处分。后者将引起在先利用者对国家的追偿，以及对这一规定本身之正当性的质疑。更重要的是，该宪法规定生效之后，自然资源是否将永远属于国家所有？对此，肯定的回答似乎已成学界共识，这或许也是自然资源被认为“专属于国家所有”的原因所在。但由于国家的唯一性，“专属国有”也意味着国家没有“处分”这一对民法所有权至关重要的权能，其“所有权”性如何体现？⁴⁰从现实角度来看，几乎每时每刻都有无数公众在并无国家明示许可甚至国家毫不知情的情况下通过包括消耗在内的各种方式利用着自然资源，进行着事实上的处分，这是否构成对国家所有权的侵害而须禁止？如果是，则实践为何大相径庭？如果不是，也即非所有权人可以毋须国家同意而自由利用，那这种所谓“专属国家所有”还有何意义？而从公权角度来看，上述都不是问题：既然授予的是公权，不涉及物权变动，不影响原有私权，也就不存在无权处分、征收以及谁补偿谁的问题；而不管各种具体资源在立宪之前实际处于何种支配状态，宪法的明确授权足以决定至少在宪法生效期间国家权力的持续存在，并且不受资源客观变化的影响，也不会与具体利用者的民事权利相冲突；国家专属性更是公权力的典型特征。

⁴⁰ 一般认为，处分是所有权区别于其他物权而表征其作为“所有权”之存在的核心权能，从经济学角度来看，“不可转让”的权利甚至不能称之为财产权。

最后，从体例位置和立法意图来看，资源国家所有权是国家以公法手段“支配”公共财产的公权力。宪法第9条位于宪法“总则”部分，属于“社会主义经济制度”规范之一，是“保证整个国民经济的发展符合于劳动人民的整体利益和长远利益的决定性条件”。⁴¹从这个意义上说，资源国家所有权就是国家作为全体人民代表，从“劳动人民的整体利益和长远利益”出发，依全民意志对自然资源进行“支配”并受益的权利/力。如果不考虑主体、客体、内容、方式等具体要素而从一种极为宽泛的非法律专业视角来看，国家对自然资源的这种“支配”在“贯彻主体意志”意义上与物权所有人对所有物的“支配”颇为相似，这实际上也正是其可以在抽象意义上被称为一种“所有权”的根本原因。然而，从法律科学角度来看，决定事物之法律性质的，并非基本原理或哲学本质，原理类似的概念用语在不同法律语境下性质往往发生根本性改变。就资源国家所有权这种抽象全民之于公共财产的“支配”权而言，由于全民的抽象性，其对自然资源的“支配意志”只能通过作为“全民意志”载体的法律来形成和体现，通过国家机关的依法管理来贯彻落实，具有明显的公权性和间接性，从而与所有人直接通过民事法律行为来表达自我意志、以不具有强制力的私权手段支配标的物的民法所有权产生重大差别，并衍生出几乎完全不同的制度和效果。另外，民法所有权处理的是平等、独立的民事主体之间的关系，在不违法、不侵犯他人权利的情况下只需考虑和维护权利人自我意志，这一意志因民事主体本身的具体、实在性而相对明确，

⁴¹ 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告——一九八二年十一月二十六日在第五届全国人民代表大会第五次会议上》，《人民日报》1982年12月6日第1版。

不需其他法律机制的确认。而在资源国家所有权中，由于“全民”、“国家”的抽象性，自然资源实际上只能交给“他人”——各具体民事主体——去占有和利用，而这些民事主体与国家并非平等、独立的关系，而是个人与全民、成员与集体的关系，故本质上是公共财产如何在成员间进行分配利用的问题，具有强烈的政治色彩，必须依赖于具有政治机制性质的公法手段来完成。所以，尽管资源国家所有权在“对财产具有支配力”这一点上与民法所有权确有其相似性，但这种“公权性支配”与民法所有权的“私权性支配”存在本质差异，不可混为一谈。

三、资源国家所有权的实质与内容

（一）从规范性质来看，资源国家所有权为国家对资源利用的“积极干预”之权

作为“社会主义基本经济制度”的规范之一，宪法第9条“首先受到基本经济制度尤其是第6条公有制条款的规范拘束，这是理解该条的起点与关键”。⁴²根据“社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能、按劳分配的原则”的宪法规定，以及从马克思主义把生产资料为资本家垄断占有视为剥削根源的一贯思想来看，社会主义基本经济制度的根本要求和存续基础是由国家掌握生产资料的终极控制权，以防止其为个人垄断而损害公益，此也即学者所谓“国家垄断”。⁴³由此，作为服务于此意图的法权安排，这里的“属于国家所有”的

⁴² 王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》，《中国法学》2013年第6期，第10页。

⁴³ 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40页。

真实含义是赋予国家对自然资源的终极支配权，就此而言，称其为一种“所有权”是有道理的。但如前所述，这种“终极控制”意义上的“所有权”与民法所有权存在本质差异，不能简单套用民法理论，需要还原到现实层面以实践性眼光审视才能获得确切理解。从现实层面来看，作为一个抽象主体，国家本身并不能直接支配和亲自利用自然资源，其对资源的所谓“支配”实际上是通过由无数具体社会成员所实际进行的资源利用活动的“干预”来实现的，就此而言，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。这里之所以强调“积极”干预，是因为国家权力通常具有“消极性”，而资源国家所有权则赋予国家在资源领域更加积极、主动地贯彻其意志的权力，并区别于一般国家权力。

现代社会，国家“积极干预”资源利用的正当性毋庸置疑，但在具体操作层面，如何干预、干预到什么程度，有多种选择。国家既可以把资源概括授予国家机关或相关国有单位去直接占有和支配，通过行政计划和命令来形成和传达其“支配意志”，并把国有单位的资源利用视为“国家”的利用；也可以依据公平和效率原则把不同资源分别交给最能发挥该资源之效益的社会主体去利用，国家只保留“名义上的所有权”——监管利用和分享收益的终极权力。不同的模式选择意味着不同的法权结构并直接影响社会效果，但无论何种模式，都是资源国家所有权的具体实现方式而不等于该权本身，是可以经由立法选择并根据现实需要加以灵活调整的，并不影响国家所有权之存在，

更不会触动所有制基础。当然，在国家集公权、私权于一身，政企不分、行政权与财产权不分、法律与行政命令不分的计划模式在世界范围内遭遇普遍困境的历史背景下，对国家的不同身份、不同权力/利、不同职能应作相对清楚的划分并以精细化、专业化的法权制度体现来承载和规范，已成为现代社会的普遍经验和基本共识。因而，以国家对资源利用的间接控制为主导的监管模式，更加符合我国法治建设的应然方向，应当成为理论解释的方向和制度构建的目标。

（二）从规范内容来看，资源国家所有权是“保障自然资源的合理利用”之权

以上分析主要基于宪法第9条第1款。但该款只是明确了自然资源作为公共财产或者说全民共有财富的属性，确认了国家干预的合法性而已，具体如何干预，也即该权的实质内容是什么，尚不能直接从该款推知。因为此所有权非民法所有权，不能任由权利人意志自主，其内容需要明确和限定。作为一种国家权力，其也应该受到约束与规范。这些功能是由该条第2款所承担的。该款前后两句分别从正、反两个方面对资源国家所有权的内容作出了界定，包含不同内涵：

第1句“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物”，正面阐释了资源国家所有权的实质内容，但在对象和要求方面又有所不同。前半句“国家保障自然资源的合理利用”是最根本的一般性条款，它明确了资源国家所有权的基本内容以及国家在资源活动中的功能和角色——保障合理利用！所谓“保障”，是为某事或某行为提供支撑和条件之意。这清楚表明，国家在资源活动中并非直接利用者而

是保障提供者，即为具体的资源利用活动创造条件、提供帮助，以确保其“合理”进行。这正契合“国家”的抽象性和公权力主体身份以及政企分开的基本原则。而在自然资源本身客观存在的情况下，国家的这种“保障”显然主要是制度供给意义上的，即通过立法和执法形成科学、稳定的资源利用秩序——这本来就是国家作为管理者所应向社会提供的“基本服务”和“公共产品”。同时，该句中的“合理利用”也意味着社会主体对资源的利用不是绝对的、无度的、任意的，而必须控制在“合理”限度内。至于何为“合理”，则应根据经济、社会发展的实际情况和公众需要综合判断。在现代环境资源整体危机的大背景下，除考虑经济效益、社会公平以及文化习俗等传统因素外，还要考虑对生态环境的影响。该款后半句“保护珍贵的动物和植物”在客体上把“珍贵的动物和植物”与一般自然资源区别开来，表明对这种特殊资源要着重“保护”而非通常意义上的利用，体现了先进的环保理念，也成为当前我国整个生物资源利用秩序的基石——珍贵生物只能保护；普通生物可以利用，但须合理；而是否珍稀、何为合理，则由法定。

第2句“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”，则是对资源国家所有权的反向界定，也是资源国家所有权作为一种“所有权”的“排他效力”的体现。要注意的是，被禁止的是对自然资源的“侵占或者破坏”，而非“合理利用”。作为一种“全民所有”的公共财产，社会主体对自然资源在合理范围内进行利用，不仅不与国家所有相违背，而且正是“国家所有，即全民所有”的要求和

体现。因此，这里的“侵占”，也不能从民法意义上去理解，似乎只要没有取得所有权人——“国家”——的明示同意而利用就构成侵权，而应结合资源属性及法律规定具体分析：对那些具有公共物品属性的资源物（如阳光、空气、水）的生存性利用无须国家授权或同意；即便那些具有经济属性或营利目的资源利用，只要不违反法律的禁止性规定，在合理范围内，也属正当；只有那些违反法律的禁止性规定或超出“合理”限度的利用，才可能构成“侵占”。至于何为“破坏”，更须结合资源属性以及生态环境、社会文化等因素综合判断，不能一概而论。

综合整个条款内容来看，作为国家对资源利用的“积极干预”之权，资源国家所有权要求国家主导建立资源利用秩序，通过保障社会成员的合理利用、保护珍稀生物、禁止不当利用来实现资源利用的公平、高效，从而惠益全民，实现价值意义上的“全民所有”。国家对资源利用的“积极干预”主要涉及以下四部分：（1）谁可以利用，即资源物的“分配”及具体归属，包括主体资格、客体范围、获取方式、获取程序等。（2）如何利用，即资源利用的具体规则及其监管，包括利用权的形式与权能，利用、流转、处分等方面的限制，附随的社会及环保义务等。（3）惠益如何分享，即资源收益的分配，包括有偿无偿、税费确定、收益用途和分配方式等。（4）如何保证权力正当行使，即权力行使的制约和监督，包括管理责任以及公众的知情、参与、监督、诉讼等权利。

三、资源国家所有权的行使：资源立法、行政与司法

作为一种“公权性支配”，资源国家所有权是通过公权力行为来具体行使的，其在形式上对应于立法、行政、司法三种基本国家权力形态，并为这三种国家权力在资源领域的行使提供指引和规范。

（一）立法主导

立法是资源国家所有权的主要行使方式。这不仅因为立法权是最根本的国家权力，立法是最重要的秩序形成手段，更因为法律是全民意志的体现，有关资源利用的“全民意志”只能通过立法来形成和表达。从规范角度来看，宪法第9条前后两款形成了对资源立法权的完整规范。其中第1款肯定和确认了国家对资源利用进行立法干预的权力，为国家按照公益需要型塑造资源利用秩序提供了合法性基础；从国家权力兼具义务性的角度来看，这也构成一种必要时须“积极立法”的国家义务。第2款则为资源立法权的行使施加了实质指引和约束，即须以“保障自然资源的合理利用”为目标和限度。具体而言，应注意以下几点：

在形式上，第9条第1款的“国家所有，即全民所有”，意味着国家对自然资源的“支配意志”只能由“全民”决定，因此，涉及资源利用的重大事项只能由全国人大及其常委会制定的法律来规定，包括行政法规、地方立法在内的一切下位法均无权代表“全民意志”，只能根据法律的规定和授权对上位法作细化补充，没有明确法律依据的资源法规、规章将面临合法性不足的拷问。在内容上，第9条第2款意味着即使在法律层面，立法者也不得任意规定、随意干预，而必

须符合宪法明确规定的主旨和边界——保障资源合理利用。与之违背的立法，如妨碍社会成员的合理利用或不利于对珍稀动植物的保护，将构成违宪。同时，该款也意味着国家不能怠于行使立法权，放任自然资源遭受侵占、破坏。

在立法的具体内容方面，资源利用涉及事务众多，需要公、私法的分工配合、共同作用。从资源利用的“流程”来看，国家所有权的基本内容可分为“分配”和“管制”两大部分。其中，“分配”主要解决整体上归属于“全民”的抽象资源如何分割为具体资源物由社会主体去实际占有和支配的问题，其本质是公共资源的个体化利用，属于典型的“国家与个人”或者说“全民与成员”之间的关系，主要由行政法加以规范，通过许可、划拨、出让、承包、供应、发放等手段具体实施。作为现实资源利用的起点，资源“分配”具有基础性意义，其直接决定着哪些主体可以优先于其他主体去直接利用在终极意义上属于大家的天赐之财，决定着资源利用的合法性及后续相关民事活动的法律效果，必须严格遵循法定程序，强调公平、公正，向公众开放并受公众监督。现实生活中，由于经济性资源的分配经常采取出让、出租等手段，具有一定“对价”，故往往被视为纯粹民事活动，从而不受约束与限制。其实，这些对公共财富的“处分”是典型的公权力行为，应通过严格的行政程序加以控制，对此，各资源单行法（如水法、矿产资源法、海域有偿使用法等）中普遍建立的资源利用许可与审批制度，更加符合其公法属性。

“分配”之后，才有民法规范的用武之地。资源一旦被分割成特

定部分为具体主体所合法支配，就具有了民法上的“物”的含义，此时利用者的支配或交易要想取得合法效力，就须遵循物权法、合同法等民法规范，但国家仍保留有“管制”权力。这里的“管制”，泛指资源被“分配”给具体利用者之后，国家仍然保留的对资源利用进行积极干预的权力，其目的仍然是保障资源的“合理利用”。尽管从自由市场理念来看，对资源的“分配”（即确定权属）本身可在一定程度上保证资源利用的合理性，但实践中并不尽然。尤其对于那些具有公共物品性质的资源以及具有较高技术要求的资源，个人朴素的自利本能并不足以为资源利用的高效提供充分保证，更难保公平和社会效益。因此，在必要时，国家仍然可以也应当结合具体情况，针对不同资源制定利用规则，施加各种限制。⁴⁴这些并不考虑实际利用者的公私属性而针对一切同类资源利用行为的普遍性规定表明，即便资源物在民事层面被“分配”给社会成员，国家仍可通过管制手段施加积极干预。这正是资源国家所有权所蕴含的国家“终极支配权”的应有之义。

从上述内容也可推知，完整的资源利用秩序是由公法和私法共同维持的，但公法规范对国家意志的体现更为直接，且通常需要“特事特办”，通过单行立法确立特别规则；民法规范居于基础地位，但主要遵循一般原理和规则，特别立法需求不大。故总体来看，资源单行

⁴⁴ 具体包括：（1）对象限制，如划分国家保护动物与一般动物、公益林与商品林；（2）方式限制，如渔网大小、猎枪型号、采矿技术、冶炼工艺；（3）时间限制，如狩猎季、禁渔期、汛期、旱季、雨季；（4）地域限制，如生态脆弱区、水源地、自然保护区的核心区与缓冲区；（5）处分限制，如草原转让、林木采伐、湿地填埋；（6）利用冲突的解决，如工业用水与家庭用水、养殖用海与公益事业用海；（7）惠益分享，如海域有偿使用费、草原承包金、资源税等的收取与支出；（8）公众利用与监督，如非权利人对山林、草原的“历史性利用”，公众对于海域承包的知情、参与和监督等。

法中的行政法规数量占大多数，从而容易让人产生“资源法就是公法”的错觉。

另外，还要注意的，前述均是针对国家积极行使资源立法权的情形而言的。然而，自然资源种类繁多，国家既无可能又无必要全部单独立法。那些没有具体立法，也即在成文法中既无明确“分配”规则又无专门利用“规制”的自然资源，可否被支配利用，又如何加以规范？尤其是，物权法第 118 条规定的“国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，单位、个人依法可以占有、使用和收益”，是否意味着公众只能在法律有明确规定的情况下“依法”利用？对此，仍需破除简单套用物权理论的误区。无论从自然资源“全民所有”的法律属性，还是从其“天赐”来源、作为基本生存条件和基本生活资料的天然属性来看，都不应认为资源国家所有权确立了一种无所不包的资源利用“前置许可”，以至于人们拾柴生火、打水做饭、摘野果充饥、采草药治病甚至晒太阳、喝西北风等，都要有法律明确授权，而应反向推导，即立法的缺失意味着“全民”在这类资源的利用上无“特殊意志”，意味着国家对人民自由取用这类天赐财富的默许。更何況，对于许多具有经济学意义上的“公共物品”属性的自然资源而言，⁴⁵公众根据需要取用本身就是宪法要求国家予以保障的“合理利用”的体现。因此，这里的“依法”应理解为“不违法”——只要法律没有禁止性规定，不损害他人及公共利益，即可在合理范围内利用，当然具体何为“合理”，需要根据资源属性、

⁴⁵ 公共物品指消费具有非竞争性和非排他性的物品，一般无法或不能有效通过市场机制由企业和个人提供，而主要由政府提供。

稀缺状况、社会利益、历史传统等具体判断，难一概而论。

（二）行政执行

立法确定的有关资源利用的国家意志，主要通过国务院领导的各级政府及相关部门的行政活动来落实，主要体现为对资源利用相关活动的依法管理，包括以许可、划拨等形式进行“分配”、⁴⁶对资源利用进行监管以及收缴资源税费及再分配。对此，须注意以下两点：

第一，资源管理并不是管理者作为民事主体代表国家行使民事所有权的私权行为，而是作为行政主体依法行使公权力的行政行为，必须符合行政行为的实施要件，遵守行政程序，受行政许可法等约束，发生争议时通过行政复议、行政诉讼等公法途径救济。

第二，资源管理须严格依法进行，管理者不能径以自我意志代替全民意志，不得有违“保障合理利用”的根本目标。那么，如何理解物权法及诸多资源法中规定的“由国务院代表国家行使国家所有权”？笔者认为，无论从自然资源的公共财产属性、资源国家所有权的公权本质及其与民事权利的区别、国家机关与国家的关系等基本法理，⁴⁷还是宪法第2条、第57条、第85条等对国家机构的职责分工，以及政府多数资源管理活动须依法进行的现实来看，国务院对国家所有权的这种“行使”，只能从公权角度理解，从具体执行、实际操作的意义上去认识，“必须被理解为日常管理职能，而不是基本决策职能”。⁴⁸当然，资源领域事务繁杂，法律的规定通常比较原则、笼统，在合法范围以内，管理部门还是拥有较宽泛的裁量权限和决策空间的。

⁴⁶ 行政许可法即明确把“有限自然资源的开发利用”作为行政许可类型之一。

⁴⁷ 只有在公法层面，各国家机关才共同从属于“国家”这一整体，才能直接“代表”国家。

⁴⁸ 张千帆：《城市土地“国家所有”的困惑与消解》，《中国法学》2012年第3期，第189页。

（三）司法平衡

在资源国家所有权的行使中，司法主要发挥着平衡补充的作用。现实生活中的资源利用情形复杂，常常涉及不同群体利益的冲突、不同技术方案的选择、不同社会政策的考量，需结合具体情境作具体判断，任何立法都不可能规定完备，故司法的个案处理对资源法的具体适用以及相关规则的细化完善具有重要意义。

对于资源行政行为，司法机关可在行政诉讼过程中对其合法性进行审查，看法律依据是否充分、适用是否准确、内容是否违背“保障合理利用”宗旨等。“乌木案”中，法院认为该案不属于行政诉讼受案范围的判断值得商榷。当地政府把处于原告控制或者说“占有”之下的乌木强行运走的行为，显然是一种以国家强制为基础、带有强制性的“收缴”，否则，很难解释在物权归属尚未确定之前，政府（如果是民事关系中的平等一方的话）何来强运之权？而在地方政府实施的行政行为性质的“收缴”和普通民众实施的民事行为性质的“取得”均无明确法律依据的情况下，从“法无明文规定即禁止”的公法基本原理来看，案件该如何处理，十分明显。另外，资源实践中不乏一些地方政府或相关部门片面强调经济效益而把重要公共资源交给私人垄断利用和经营，导致公众丧失合理利用权的情形，也是需要司法加以审查和纠正的。

四、从国家所有到个人利用：资源利用权

资源国家所有权的建立本身不是目的，良好的资源利用秩序才是全民利益实现的关键。无论国家的公益动机多么强烈，其毕竟不能亲

自利用资源而只能由具体社会成员——无论是国家机关还是普通公民——去实际支配。而对于具体利用者来说，决定其行为选择的，是其与资源物之间的利害关系及相应法权安排。一种财产，无论在名义上或观念上被认为多么重要，如果不能与利用者建立起实在且相对独立的权属关系，就不会受到珍惜利用和谨慎对待。也因此，国家要想真正实现惠益全民的公益目标，就必须重视实际利用者的需求和意愿，认可其有关资源利用的正当利益并以法权形式固定下来，此即“资源利用权”。从这个意义上说，资源国家所有权实为资源利用权而存在，围绕着资源利用权的确立和良好行使而展开。

所谓“资源利用权”，是指资源利用者对具体资源物所享有的合法支配和利用的民事权益，其要点在于：（1）客体是具体、实在、可特定化或至少在观念上能分割的“资源物”，而非作为资源国家所有权客体的那种整体不可分割的抽象“资源”。（2）权利人对资源物的支配利用受法律保护，但专属性、排他效力和可处分性不尽相同：有些具有专属性，可以排他和转让，物权色彩浓厚，如采矿权、林地使用权、海域使用权；有些则不具有专属性，不可转让，只能基于特定身份进行非排他利用，如生活取水权、林地历史通行权、公共河道利用权。（3）不能齐整对应传统物权有关“所有权”、“用益物权”的划分。尽管从表面上看，资源利用权似乎是非所有人使用“他人”（国家）所有之物的权利，但由于这种国家所有并非民法所有，故这种利用权也不同于传统物权法意义上的用益物权。就权利的产生来看，资源利用权并非利用人从作为民事主体的国家那里通过民事法律行为

对其民事权利的“继受”，而是根据作为公权行使者的管理部门的行政行为（如许可、划拨），对只能由资源利用者享有和行使的民事权利的“原始取得”，是公法行为催生的私权果实。在内容和效力上，资源利用权也缺乏传统物权那种具有高度意志自主色彩的绝对支配性，而主要体现为一种“依法利用权”——在合法范围内按照资源物的自然属性进行合理使用，在用途、方式、处分等方面受到更多限制。当然，在宽泛意义上，从该权的私权属性以及在合法范围内的支配效力来看，也可将之视为一种特殊物权。笔者旧文提到的“资源物权”，仅指资源利用权中对资源物的支配“达到独占和排他程度”的那部分，⁴⁹是资源利用权的一个下位概念，二者并不完全等同，不能互相代替。⁵⁰资源利用权是连接资源领域公权与私权的桥梁，是把自然资源从抽象的公权客体转化为具体的私权客体从而在利用者与资源物之间建立立法权关系的关键，其内容是否科学，直接决定着资源利用的公平和效率。按“物权说”理论，“全民所有”财产只能由国有单位“代表”国家进行占有和支配，从而把广大“非公”主体排除在合法主体范围之外，也不利于对资源利用的约束与监管——如果国有单位是在代表国家行使权利，其意志即为国家意志，其行为即为国家行为，谁能够又凭什么加以监管？这种认识误解了国家所有权的性质，忽略了全民利益与国有单位利益的区别，把国家所有权与国有单位的资源利用权混为一谈，内含着变公共资源为单位私产的风险，也缺乏对不同资源

⁴⁹ 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第27页。

⁵⁰ 资源物权诚然是最完整、最有力的资源利用权，但其基础条件要求较高，不是所有资源物之上都可以成立。除“资源物权”外，资源利用权还包含大量不具有独占支配和排他效力、但应为社会成员平等享有和“自然利用”的权利，此类权利具有社会权或生存权性质，更符合自然资源的“天赋”来源和公益本质，却常为理论和实践所忽略。

之属性差异及差别化制度安排的考虑，殊不足取。

从“公权说”角度来看，资源国家所有权只是意味着资源利用的公益取向以及国家“积极干预”的必要性和正当性，至于资源物如何分割、哪些主体可以利用、如何利用等具体内容，则要服从于全民利益的需要。而全民利益并非客观实体，更不等同于国有单位利益，而是需要结合资源特性、技术能力、经济状况、文化观念、社会需求等多种因素综合决定的开放性公共事务，应经由立法博弈，由作为全民意志载体的法律决定，并须注意以下几点：

第一，主体不必然甚至不主要是国有单位。对于多数兼具经济、生态、生活等价值的普通资源，无论从公平还是效率角度，国有单位（尤其是专司行政管理职能的国家机关）均不具有优越于他人的理由，没有独占或优先利用的特权。⁵¹只有那些关乎国家安全或社会整体发展，具有重大战略意义的资源，如核物质、贵金属或重要能源，才有为特定国有单位独占利用、专属经营之必要，但须先行立法，经“全民”同意。至于那些具有公共物品属性、与基本生存或日常生活息息相关的资源，则任何人都不能独占利用，而必须保持开放状态，由公众在合理范围内自由取用，国家只能进行监管并保障供应，其典型莫过于清洁空气。从民法角度来看，这类资源物没有对应的所有权人，⁵²但这种“没有主”的状态不同于通常意义上那种具有临时性、可随时为他人先占取得的“无主”，而是一种持续性存在，并构成“先占”的禁区。这也说明，民法所有权并不能及于一切财产，不是所有财产

⁵¹ 典型规定如民法通则第 81 条第 2 款：“国家所有的矿藏，可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位开采，也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。”森林法也认可个人的林木所有权。

⁵² 国家作为宪法所有权的主体实际上是资源的管理者而非民法所有权人。

都可以和需要“有主”。

第二，权利获得并不必然“有偿”。从自然资源的“天赐”来源和公共本质来说，作为“全民”之一分子的社会成员对其进行利用具有天然正当性，一般不须有偿。但考虑到效率、公平、环保以及管理成本等因素，尤其是现代社会各类资源普遍稀缺的实际状况，通过“有偿使用”发挥刺激利用效率、公平分配收益、减少不当利用、平衡管理成本等功能未尝不可，但必须坚持，一不能绝对化，二不以“营利”为目的，三要区别对待、因地制宜：（1）对于普通经济资源来说，应有偿使用，着眼效率和效益，由市场定价，使用费应主要纳入国库惠益全民，部分纳入地方财政补偿当地居民。（2）对于国家专有的战略资源，权利获取时是否“有偿”并不重要，但收益必须主要甚至全部上缴国库，用于公益事业和公共支出，由全民共享。（3）对于公共物品性质的自然资源，则应以无偿利用为原则，强调分配公平；如确有必要收费，也应是基于环保、管理等公益目的并主要用于支付治理或管理成本；尤其那些与生存密切相关的资源，如饮水、空气等，国家应维持低价并充足供应，保证每一社会成员都有“合理利用”之可能，这本身也是现代政府必须承担的社会保障责任和基本公共服务之一。

第三，权利并非绝对排他，“许可”未必当然优先。多数自然资源兼具多种功能，与民众生活密切相关，往往承载着不同群体利益，难以为单一权利所概括吸收。故而，资源利用权主要是一种“依法使用权”，并不具有传统物权那种近乎绝对的排他性，常常需要与其他利用者“分享”资源物，承担较高“容忍”义务。实践中森林、山岭、

水库、河流等被政府承包给私人后，因排斥公众合理利用而引发社会冲突的现象屡见不鲜。⁵³从传统物权角度来看，似乎是公众侵犯了承包人的权利，实则未必。满足公众的习惯性利用是公共资源承载的基本公益职能，不能为某种经济性资源利用权所吸收或转移，反而正是该类权利合理行使所应当承担的义务。从这个角度来说，“一物一权”在资源领域并不适用。当不同权利发生冲突时，应考虑具体情形，按照“全民利益最大化”的要求灵活处理。尽管相对而言，那些经由特定公法程序获得政府许可、以“有偿”方式取得的“正式的”资源利用权通常具有一定优先性，但也不尽然，尤其当经济性利用与生存性利用发生冲突(如企业的许可取水权与公众的生活用水权之冲突)时，往往后者优先。

第四，权利行使受到更多限制。作为一种公共财产，在国家始终保留“积极干预权”的情况下，资源利用权的行使比一般财产权受到更多限制。这种限制不仅体现在权利内容和行使方式的制约上，还体现在权利存续的非持久性上，即国家可以根据需要“收回”或“重新分配”重要资源，⁵⁴或对其行使施加额外限制。这是资源国有也即国家掌握公共资源的“终极支配权”的应有之义。当然，限制须合理、适度，且以保障公共利益所必须为前提，不得轻易行使，否则将构成违宪。

⁵³ 典型案例，如号称中国首个“全流域承包”的温州“楠溪江承包案”，因承包人与流域沿线居民的利益冲突而宣告失败。参见《今日早报：中国第一包江合同为何叫停？》，<http://www.people.com.cn/GB/news/37454/37461/3467406.html>，2014年3月1日访问。

⁵⁴ 在此方面，美国资源法中的“撤回”制度可资借鉴。See George Cameron Coggins, *Federal Public Land and Resources Law*, Foundation Press, 2007, p.416. 在美国“莫诺湖”案中，加州最高法院认为，州有义务随时修改或撤回先前以及授予的非既得水权，而无须给予补偿。参见肖泽晟：《公物法研究》，法律出版社2009年版，第103页。

最后，必须再次重申的是，合法的资源利用权并不以“法定”为限。自然资源类型众多、社会生活丰富多样而立法力量极为有限，国家不可能也没必要对任何资源的任何利用都事先确定明确规则，也不是所有资源物之上都可建立如传统物权般独立、完整、可转让的支配权利。在人类资源利用的漫长历史中，实际上向来是以“无法”（国家默许自由利用）为常态，以“立法”（国家施加积极干预）为例外的。因此，对所谓“依法利用”，应更多从“不违法”角度去理解，从是否“合理利用”角度去判断，而非以有无法律依据为唯一标准。对此，前文已有提及，此不赘述。当然，这并不意味着资源立法没有意义。与法定权利相比，缺乏明确法律依据的权利以及连权利也算不上“法益”的受保护程度则要脆弱得多，并且往往低效。故而，国家在资源领域仍负有积极立法义务，只是其前提是“确有必要”。

综合以上来看，一国资源利用的基本规则是：法律有明确规定的情况下，只有合法主体才能依法定条件和程序取得和行使对该类资源的利用权；⁵⁵而除非法律另有规定，否则这种权利一经产生，即具有物权属性，可对抗他人及转让；国家如欲收回或嗣后追加限制，应予“征收”或补偿。而那些法律没有明确规定的自然资源，社会成员可依资源属性及习惯“合理利用”并通过“先占”取得产品的所有权；但这种权利通常不具有排他性和可转让性，国家在必要时可通过立法“收回”或施加限制，无需补偿。不同资源使用权之间发生冲突，则要结合实际情况具体判断，一般法定权利优先，但也不尽然，关键还

⁵⁵ 如矿产资源从勘探到开采必须遵循矿产资源法中的一系列强制性规定。

是要取决于面向“全民”的利益衡量。

五、区别国家所有与“公共法人”所有

前述可以证明宪法层面的资源国家所有权的公权属性，但似乎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。那么，国家可否拥有特定“资源物”，拥有民法意义上的所有权呢？要准确回答这一问题，须区别概念适用的层次和语境。

从法律科学角度来看，作为一种民法意义上的直接支配权，所有权的主体必须具有具体性和实在性，只能是自然人或法人，抽象国家无法成为民法所有权的主体。学界以往认为国家所有权是以与“全民”相等同的国家为唯一主体、通过各级政府及相关部门来具体行使的民事权利，这一主要来源于苏联的学说违背了物权法基本原理，把“全民”、“国家”与“政府法人”等不同概念混为一谈，抹煞了公共财产的实际支配者对支配物所实际拥有的民事所有权，无论在理论上还是实践中都存在大量问题，不应再继续坚持。

如果这样，又如何认识现实生活中人们经常使用的“国有财产”、“国有资产”、“国有企业”等概念，这里的“国有”当作何理解？笔者认为，尽管国家本身不能直接成为所有权主体，但其可以通过设立具有民事主体能力的“公共法人”来实现对具体财产的实际支配。⁵⁶这里所谓“公共法人”，是指那些由国家授权、投资或直接管理，追求特定公益目的或承担公共职能、受国家直接控制、具有浓厚“公共”

⁵⁶ 这种支配是物权法意义上的私权性支配，不同于资源国家所有权那种抽象国家确立抽象资源利用秩序意义上的公权性支配。

色彩的法人，主要为国家机关、事业单位和国有企业。⁵⁷这些公共法人，一经设立，在民法上即具有独立法律人格，可以使用和处分相关财产并承担义务责任。从“所有权的典型表现就是处分权，享有完全的法律资格处分标的物者，就是所有权人”的物权法基本原理来看，⁵⁸“公共法人”而非抽象国家才是这些财产的所有权人，从纯粹民法角度来看，这些财产属于“公共法人所有”而非“国家所有”。然而，公共法人的这种“所有权”只是就其行为的民法“外观”而言的，只意味着其财产处分的合法有效性，并不意味着其对财产的支配如纯粹私产所有人那样自由，不受国家控制。事实上，公共法人的财产支配要受到“国家”或其“上级”的控制和影响。国家或“上级”通过组织、人事、奖惩、任免、调动等非财产手段控制着公共法人意志的形成者——行政首长、单位负责人或董事会成员，通过他们向公共法人注入国家意志，并通过贯彻了这种共同意志的法人行为来实现国家的支配意图。因此，尽管本质上是一种法人所有，但这些公共财产在来源、用途、处分方式、收益分配等方面又有着强烈的“国家”印记，不同于纯粹私产，故实践中常被冠以“国有”名之。作为一种主要用于日常生活的非专业法律概念，这种概念的使用未尝不可。但必须要注意，这种“国有”是实效意义上的而非法权类型意义上的，并非以

⁵⁷ “公共法人”的内涵、外延与“公法人”或“公法法人”多有重叠，但不完全等同。一般认为，“公法人”是依公法设立、专门从事公共事务或公益事业的法人，其典型为国家机关；以此观之，国有企业属于“私法人”，但由于其与国家的投资关系，在资金来源、追求目的、业务范围、经营管理以及盈利支配等方面都具有不同于一般企业的公共性，故仍为“公共法人”。就此而言，公共法人内部可以作“公法人”和“私法人”的分类，其中“公法人”可以直接代表国家行使行政权力，而“私法人”一般只能以自己的名义从事民事活动。另外，这里的“公共法人”与前文提到的“国有单位”本质上是一致的，只是表述角度不同，前者更加强调独立的民事主体身份及权责能力。

⁵⁸ 孙宪忠：《“统一唯一国家所有权”理论的悖谬及改革切入点分析》，《法律科学》2013年第3期，第62页。

国家为主体的实在权利，更不能简单套用民法理论，理解为国家直接行使的“占有、使用、收益和处分”之权。否则，不仅于理不通，也将与实际支配的公共法人的权利相冲突。

由此可见，日常生活中在民法层面使用的“国家所有”实质是对公共法人所有的一种概括描述和宽泛指代，是诸多具有公共性的“法人所有”的集合。这种意义上的所有权，不可能直接依据抽象的法律规定而自动产生，而只能藉由公共法人的具体法律行为来取得。其方式，既包括公权性的罚款、没收、征收、征用、国有化、收缴、税收、划拨、拨款，又包括私权性的先占、购买、交换、出租、经营及各种投资等。

如果从“公共法人所有权”的角度理解，民法层面的“国家所有权”在理论上当然可以成立——当某特定资源物为某公共法人所拥有时，其同时即为民法层面的“国家所有”。这种权利与作为公权力的“资源国家所有权”的区别也是显然的，二者不仅性质、主体、客体、内容、实现方式、责任承担等明显差异，取得方式也截然不同。在民法层面，具体资源物到底应为何人所有，什么情况下可为“国家所有”（也即“公共法人所有”），要根据具体情形具体判断，主要取决于三点：

第一，有无成立民法所有权的可能。资源客观上可否被控制和分割，有无“特定化”之可能，是成立民法所有权的基本前提。由此，太阳能、风能等难以特定化的资源将被排除在外。还有一些资源物，虽然客观上可以特定化，但其价值功能决定了应保持开放状态为全民

利用，如海滩、重要水源地、国家风景名胜等，因而也不应成立民法所有权。这些资源即学界所谓的“国有公物”，这里的“国有”是公法意义上的，表征国家的控制和干预；而“公物”是私法意义上的，既表征公共属性，也意味着对私人所有之排除。从民法物权角度来看，这种资源物的状态是“非所有”或者说“不可有”，任何人都无法拥有所有权。对于这类资源物，国家须积极行使管理职能，保障公众在合理范围内进行非排他使用，而不得自我利用，更不得无权“处分”。

第二，有无为公共法人独占支配的必要。公共法人是基于行政管理、社会事业或发展某领域经济等公益目的而设，其行为应服从于设立目的。因此，只有当特定资源物的用途符合公共法人的设立目的、对其公益目标的实现具有积极意义时，才有为其独占支配，成立民法意义上的国家所有的必要，其典型如具有战略意义的重要矿藏。这类资源物属于“国有私物”，相关公共法人可独立对其行使民事权利，按自我意志支配及处分。⁵⁹由此也可以看出，民法意义上的国有资源的范围比宪法意义上的国有资源要狭窄得多。

第三，有无为公共法人所控制的事实。在满足前两大条件的前提下，只有当具体的公共法人针对特定资源物实际作出了具有民事权利取得效果的具体法律行为，才能真正取得该资源物的所有权，形成民事意义上的国家所有。比如，一块未被发现的油田，尽管其在公法意义上属于国家所有毫无疑问，但在其为某企业取得合法开采权之前，在民事意义上不归属于任何具体主体，我国三大国有石油公司的任何

⁵⁹ 当然，这种权利的独立性只是民法层面和“名义上的”，作为一个公共法人，其支配意志要受到国家或上级的影响和干预，并受到各类针对“国有资产”的特别法的规制。

一个都不能以石油资源属于国家所有为由直接主张和行使对这块油田的民法所有权。

只有清楚区别宪法层面的国家所有权与民法层面的国家所有权,或者说“资源”国家所有权与“资源物”国家所有权,学界近来呼声渐高的“国有私物”与“国有公物”的划分才能得到合理解释和构建。⁶⁰“国有私物”与“国有公物”中的“国有”是就宪法层面而言的,而“私”与“公”是就民法层面而言的,二者在宪法层面均“属于国家所有”,但民事状态有根本差异,从而影响法律责任及救济形式,具有重要实践意义。对公众来说,将直接影响其对公共资源的利用:前者在民法上属于有主物,除非作为权利人的公共法人明示同意,公众一般不得擅自使用,否则将构成侵权;而后者属于无主物,除非法律有明确限制,公众可在合理范围内自发利用。对于国家来说,二者的区别将直接影响其责任承担及救济:前者存在作为民法所有权人的公共法人,无论资源物受到他人侵害还是侵害他人,都可直接适用民法规范,由该法人接受救济或承担责任。而后者不存民法所有权人,相关政府或部门只是管理者而不是所有者,故侵害人主要承担以行政处罚或刑事责任为主的公法责任;资源物侵害他人(如河流泛滥或野生动物致害)也只会引起管理责任及补偿性救济。这种补偿,是对个人为公益所付出代价的弥补,不同于民事赔偿。

⁶⁰ 参见马俊驹:《国家所有权的基本理论和立法结构探讨》,《中国法学》2011年第4期,第93页以下。

结 语

现代社会，自然资源领域的国家干预与私人利用如同一枚硬币的两面，不可分离，资源法制建设也必须两条腿走路，在公权与私权方面齐头并进，不可偏废。而这，只有在理论上清楚区分两方面内容的前提下才有可能。如仅仅因为立法中包含“所有”字样即限定于民法视野，欲以私法理论统摄不同性质的诸多规范、以私权为基础型塑包含大量公权内容的制度体系，难免捉襟见肘、力不从心。

“坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政。”⁶¹依宪治国和执政首先要坚持把宪法当宪法看、当宪法用，实现公权与私权、国家与个人之关系的规范化，根据规范去判断和探寻公权与私权、国家与个人之界限。就自然资源利用这一上关国运、下及民生的重要公共事务而言，摆脱概念主义窠臼，着眼实质功能，以宪政思维对相关宪法规范的解读为原点，才能找到形成科学秩序的指针，为公、私内容繁复交织的制度大厦打下坚实基础。自然资源国家所有权“公权说”即为此方向的一种探索，尽管其远非完善。

⁶¹ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

浙江大学土地与国家发展研究院成立于 2014 年，是国土资源部和浙江大学合作共建的专业研究机构。研究院以土地资源基础性、前瞻性重大理论和现实问题研究为重点，以建设一流的中国土地资源政产学研协调创新平台和高端人才培养基地为目标，在国土资源部的直接指导下，充分发挥浙江大学多学科的综合优势，依托广泛的国际和国内合作，努力打造高端智库，促进国家发展。

《土地观察》系本研究院主办的交流刊物，着重关注当下国家发展所面临的重大土地问题，特别支持有中国视角、有扎实根据和有创新观点的观察与思考。文章议题不限，篇幅约为一至三万字。来稿请提供 300 字以内的中文摘要，参考文献统一采用文后标注格式。

主编：吴次芳

副主编：叶艳妹 靳相木（常务）

编辑部地址：杭州市西湖区余杭塘路 866 号浙江大学蒙民伟楼
128 室（邮编 310058）

电话：0571-56662127

传真：0571-56662127

电子邮件：jinxiangmu@zju.edu.cn

网站：www.land.zju.edu.cn

反馈意见敬请联系编辑部