目　录

（按发言顺序排列）

1. 谢海定：《国家所有的法律表达及其解释——关于国家所有法律实现机制的问题史》 2

2. 程雪阳：《中国宪法上“国家所有”的规范含义》 19

3. 徐键：《论宪法国家所有的规范涵义及其制度展开》 36

4. 李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》 52

5. 施志源：《“国家所有权”是童话还是制度科学？》 71

6. 亓同惠：《宪法中“国家所有”的理论基础与实践特征：以社会主义公有制为论域》 80

7. 瞿灵敏：《揭开宪法“国家所有”的面纱”》 95

8. 李德健、马菱霞：《从“公有制”到“公共财产”》 110

9. 郭殊：《经济共和的宪法表达与国家所有的法律界定》 124

10. 郭少飞：《法律文本中“国家所有”的规范分析》 131

11. 彭中礼：《“国家所有”的规范构造》 149

12. 莫静：《宪法上国家财产所有权的法律属性辨析》 163

13. 杨春然、姜福东：《论法定国有财产权的性质 ——以刑法为视角》 172

14. 张力：《国家所有权“遁入”私法及其校正》 178

15. 周煜：《“国家所有权”还是“国家所有制”？——一种本源性的思考》 197

16. 李煜兴：《法律保留、权利推定与国家所有权的边界》 204

17. 王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》 209

18. 刘练军：《自然资源国家所有的制度性保障功能》 225

19. 焦艳鹏：《自然资源国家所有权的法律义务》 241

20. 邹爱华：《论自然资源国家所有权和自然资源国家管理权》 252

21. 陈国栋：《法律关系框架中的自然资源国家所有》 267

国家所有的法律表达及其解释

——关于国家所有法律实现机制的问题史

谢海定*

内容提要：宪法上“国家所有”的主要含义是作为一种公有制形式的国家所有制，它不单纯是表达社会经济关系的经济学范畴，也是一种客观法规范。宪法本身并没有建立国家所有制的法律实现机制，这一任务是由为市场经济发展需要而出台的物权法来完成的。但是，以国家所有权为基础的物权实现机制，因为满足市场经济需要的制度功能定位而部分超越了宪法规范的内涵，同时又因受到宪法规范的牵引，表现出犹豫踟蹰。学者们分别基于公有制实现机制和满足市场经济需要两个不同的功能指向，对国家所有权概念和物权实现机制展开了争论。争论体现了两种功能定位之间的张力，也部分地反映了我国转型期问题的错综复杂性，预示了这并不是一个短期有结果的问题。

关键词：国家所有制　国家所有权　物权实现机制　公有制　市场经济

1949 年中华人民共和国成立后，随着农业、手工业和资本主义工商业经过社会主义改造，中国逐步确立了生产资料社会主义公有制和计划经济体制，“……属于国家所有”随之成为一类法律规范的表达形式。改革开放后，从社会主义法制恢复重建，到社会主义市场经济法律体系初步形成，这类法律规范呈现逐步增多扩容之势。那么，“国家所有”究竟是指国家所有制还是国家所有权?“国家所有”类法律规范增多的背后蕴藏着怎样的问题逻辑？学者们围绕“国家所有”进行热烈争论的原因是什么？当前国家提出“国有企业发展混和所有制经济”的改革举措，[1]对“国家所有”问题有何种影响？对于这些问题的理解，一方面，无疑必须从“国家所有”的法律表达着手，来梳理和描述现行法体系中“国家所有”的规范含义。另一方面，又不能脱离新中国建立以来的宏观历史背景，如果忽略建国以来我们在社会主义本质问题上的认识发展，对经济、政治、文化改革整体战略部署的调整轨迹，法律体系中不同法律部门根据时代需要表现出的完善进度差异，现行法体系中的“国家所有”看上去就是无法理解的。由此，本文尝试从“国家所有”的法律表达入手，结合相关背景性因素对其不同法律表达给予一定程度的解释，以此勾画嵌入在宏观历史背景中的“国家所有”问题的大致轮廓。“国家所有”的表达出现于宪法、法律、行政法规、规章、地方性法规、地方政府规章等不同层次的法律规范中，为避免考察过于分散，同时考虑到宪法、法律居于更高的效力层级，本文仅以宪法、法律的规范为考察对象。

一、国家所有制：国家所有的宪法表达

现行宪法第 6-18 条是有关基本经济制度、经济形式、经济运行和组织方式的规定。其中，第 6 条规定我国的基本经济制度和分配制度；第 7-8 条和第 11 条分别规定两种公有制经济和多种非公有制经济；第 9-10 条规定自然资源、土地等重要生产资料的归属性质；第 12-13 条规定对公共财产和私有财产的保护；第 14-15 条规定经济管理和经济运行方式；第 16-17 条规定公有制经济的组织方式；第 18 条规定中外经济合作问题。在这些条文中，

* 中国社科院法学研究所《法学研究》编辑部副编审。

[1] 见《国务院关于国有企业发展混合所有制经济的意见》，国发〔2015〕54 号。

“所有制”一词出现了 6 次，集中于第 6-8 条；“公有制”一词出现了 7 次，集中于第 6、11 条；“国家所有”一词出现了 3 次，集中于第 9-10 条。整个宪法文本中没有出现“所有权”一词，更没有出现“国家所有权”的表达，仅在第 13 条出现“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”，[1]与第 12 条中“国家保护社会主义的公共财产”的文字表达略有差异。

从以上宪法条款上下文的逻辑联系和宪法文本对语词表达的选择来看，“国家所有”在宪法上意指公有制的一种特定形式，即国家所有制或全民所有制，应该是毋庸置疑的。至于其是否同时还有“国家所有权”的语词含义，则需要进一步研究，仅仅从上述条款的逻辑联系和语词选择出发，既不能完全排除这种可能性，也不能完全作出肯定回答。[2]

将宪法上的“国家所有”理解为公有制的一种形式，有两个需要进一步明确的问题：第一，宪法规定公有制为我国经济制度基础的必要性何在？第二，国家所有制的法律含义是什么？

就第一个问题而言，又可进一步分解为两个子问题：我国为什么要建立公有制经济制度，我国宪法为什么要规定公有制。对于前者，因涉及“政治正确”，基本没有学者公开表达反对。对于后者，则有少数学者提出争议性观点。比如，有学者观察发现，“世界上绝大多数国家的宪法没有也不需要特别规定所有制，尽管这些国家可以有国营经济，可以有公共财产”；把所有制的概念写进宪法，“可能削弱宪法的法律性，降低财产和所有权概念的重要性，冲淡所有权概念的普遍性”；所有制在宪法里“已经变成一个无害的表述，尽管如此，在将来更加完善的宪法文本里，所有制这个特定时代的范畴终究会彻底消失”。[3]对于类似这样的观点，本文不在普遍性意义上评价其对错，而是尝试从历史的角度来理解以公有制为经济基础及其入宪的缘由。

上述两个子问题分别涉及公有制的制度功能和宪法价值。中华人民共和国的建立，是以马克思科学社会主义理论武装的中国共产党领导全国各族人民艰苦奋斗的结果，中国新民主主义革命和社会主义建设实践，都是按照当时对科学社会主义的理解进行的。无论对科学社会主义的基本原则作怎样的概括，[4]其不可否认的理论思路是，榨取工人劳动的剩余价值是资本主义私有制的基础，而社会化大生产（或者说生产力发展的要求）与资本主义生产资料私有制之间存在着不可调和的矛盾，导致无产阶级革命必然取得胜利，建立社会主义政权，消灭人剥削人的制度，以生产资料公有制代替生产资料私有制。在这个理论思路中，社会主义、公有制、消灭剥削制度三个理论要素具有逻辑上的密切联系：公有制是消灭剥削的理论方案，消灭剥削是公有制的制度功能，旨在消灭剥削的公有制是社会主义经济制度的基础。我国现行宪法在序言中隐含地表达了这样的逻辑关系：“中华人民共和国成立以后，我国社会逐步实现了由新民主主义到社会主义的过渡。生产资料私有制的社会主义改造已经完成，人剥削人的制度已经消灭，社会主义制度已经确立。”而且，从建国以后我国几部宪法的发展来看，关于生产资料所有制的表达与关于国家性质的表达之间，也存在可观察的对应性（见下表）。也就是说，在由宪法所表达的政治观念中，社会主义的国家性质与公有制经济制度及其消灭剥削的功能是逻辑一致的，公有制不同于其他经济制度，它具有极其强烈的政治性。

[1] 需要注意的是，这是 2004 年宪法修正案修改后的表达，此前第 13 条的相应规定是：“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”，“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权”。

[2] 我国的法学研究中，将国家所有的宪法文本表达理解为“国家所有权”的属于大多数，虽然其中不少学者同时又将其解释为不同于民法所有权的“宪法所有权”。少数的例外看法如，桂华、贺雪峰认为其就是“国家所有制”（参见桂华、贺雪峰：《宅基地管理与物权法的适用限度》，《法学研究》2014 年第 4 期）；李忠夏从“维护经济系统的分出”功能、国家参与经济的限制角度，排除宪法上国家所有权的可能（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）。

[3] 梁治平：《超越所有制的所有权》，《21 世纪经济报道》2003 年 1 月 13 日。

[4] 参见蒲国良：《如何认识科学社会主义的基本原则》，《毛泽东邓小平理论研究》2008 年第 8 期，第 57-63 页。

	国家性质	生产资料所有制
1954 年宪法	工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家（第 1 条）	生产资料所有制现在主要有下列各种：国家所有制，即全民所有制；合作社所有制，即劳动群众集体所有制；个体劳动者所有制；资本家所有制（第 5 条）
1975 年宪法	工人阶级领导的以工农联盟为基础的无产阶级专政的社会主义国家（第 1 条）	中华人民共和国的生产资料所有制现阶段主要有两种：社会主义全民所有制和社会主义劳动群众集体所有制。国家允许非农业的个体劳动者在城镇街道组织、农村人民公社的生产队统一安排下，从事在法律许可范围内的，不剥削他人的个体劳动。同时，要引导他们逐步走上社会主义集体化的道路（第 5 条）
1978 年宪法	工人阶级领导的以工农联盟为基础的无产阶级专政的社会主义国家（第 1 条）	中华人民共和国的生产资料所有制现阶段主要有两种：社会主义全民所有制和社会主义劳动群众集体所有制。国家允许非农业的个体劳动者在城镇或者农村的基层组织统一安排和管理下，从事法律许可范围内的，不剥削他人的个体劳动。同时，引导他们逐步走上社会主义集体化的道路（第 5 条）
1982 年宪法	工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度（第 1 条）	中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。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（第 6 条）

20 世纪，宪法典中规定大量经济规范成为一种趋势，除了社会主义国家宪法之外，亚太、拉美地区不少国家都于 80 年代后出现了“立宪经济化”的潮流。[1]公有制作为我国经济制度的基础，规定在宪法中也是自然之事。更重要的是，自近代立宪运动开始，宪法就被认为具有赋予国家政权合法性的功能。我国现行宪法序言也明确指出，“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力”。结合上述公有制、消灭剥削与社会主义之间关系的观念，宪法对公有制的规定就明显超越了“经济规范”的范畴，而具有与“人民主权”条款相似的功能，是宪法对国家政权性质的界定要素之一。

对于第二个问题，我国大多法律学者都倾向于认为“国家所有制”只是经济范畴，从而忽略或逃避对其法律含义的解释。事实上，法律中的很多概念都源自经济、社会、政治、文化系统。尤其对于宪法来说，由于宪法承担了社会价值、观念共识以及重大社会变革进入法律系统的“控制阀”功能，[2]源自其他系统的概念率先进入宪法，变成宪法上的概念是再正常不过的事情，“人民主权”、“民主集中制”、“民族区域自治”、“人格尊严”等都是典型的例子。这些源自其他系统的概念，有的作为宪法上的根本制度，有的作为基本权利，被宪法按照自身的逻辑予以安置，在保留原有基础含义的同时也获得宪法对它的重新界定。

“所有制”一词是我国学者翻译马克思著作时的发明。在马克思的著作中，Eigentum 经常随着上下文而有不同所指，有时候指人与人之间关于物的意志关系，有时候指法律体系就人与人之间关于物的归属关系的制度化安排，有时候则在法律语境之外针对社会经济（尤其是生产过程中）的特定关系使用该词。[3]第一种用法相当于“所有权”概念，第二种

[1] 参见王广辉：《宪法为根本法之演进》，《法学研究》2000 年第 2 期，第 134 页。

[2] 参见李忠夏：《宪法教义学反思：一个社会系统理论的视角》，《法学研究》2015 年第 6 期，第 页。。

[3] 参见曹雷：《所有制、所有权、产权与股份制——经济学家智效和访谈》，《海派经济学》2004 年卷第 7 辑，第 3 页。

用法接近于法律对于物的归属关系的规定，第三种用法则是经济学上的表达。汉语用“所有制”一词对译的主要应该是第二、三种用法。

在上述三种用法中，马克思特别强调从社会的经济关系中来认识所有制问题（即第三种用法）。在《论蒲鲁东》一文中，马克思针对蒲鲁东《什么是财产》一书[1]批评道：“这本书的缺点在它的标题上就已经表现出来了。……这种财产是什么？——对这一问题，只能通过批判地分析‘政治经济学’来给予答复，政治经济学不是把财产关系的总和从它们的法律表现即作为意志关系包括起来，而是从它们的现实形态即作为生产关系包括起来。”[2]在《哲学的贫困》一文中，马克思指出，“在每个历史时代中所有权是以各种不同的方式、在完全不同的社会关系下面发展起来的。因此，给资产阶级的所有权下定义不外是把资产阶级生产的全部社会关系描述一番”，“要想把所有权作为一种独立的关系、一种特殊的范畴、一种抽象的和永恒的观念来下定义，这只能是形而上学或法学的幻想”。[3]

事实上，也只有第三种用法（即赋予该词超越意志关系、法律关系的经济含义）是马克思的特别创造。在传统大陆法系国家的语言中，权利和法常常由一个词来表达，以至于后来发展成主观权利和客观法的学说。[4]借用这种区分，似乎可以认为，作为核心内容指涉物的归属关系的词汇，当其着重于主体的意志实现角度时，偏向于表达主观权利即“所有权”，而当其着重于法律对物的归属的安排时，则偏向于表达客观法规范即“所有制”。马克思在作为主观权利的所有权（意志关系）和作为客观法规范的所有制（法律关系）含义之外，给该词增加了一个经济关系的维度，并认为经济关系意义上的“所有制”是前两者的基础，脱离该词的第三种用法，前两种用法就不可能得到真正理解。也就是说，一个社会的经济关系（核心是生产资料归属关系，即经济学上的所有制），终究会上升到法律层面，一方面表现为法律上的强制性规范（法律关系，表现为客观法的所有制），另一方面表现为人与人之间的权利（意志关系，作为主观权利的所有权）关系；法律层面上两个方面的具体表达决定于经济关系的现实。需要注意的是，在马克思所分析的阶级社会中，由于物的归属关系基本上都是私有，法律对物的归属安排通常也将导向所有权的效果，因而所有权和所有制只是描述了同一个事物的不同方面而已。而当马克思将这一概念运用于未来社会的设想时，经济关系中的公有制是作为对私有制的替代来设计的，此时，私有制经济关系在法律上所具有的所有制与所有权“一体两面”的特征是否继续存在，即法律上对物的归属进行公有安排之后，是否能从其中导出作为意志关系的国家所有权，就是可疑的了。

建国以后，以马克思主义为思想武装的中国共产党，在全国范围内组织了对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造。社会主义改造的主要内容，是“将原来具有私有制性质的个体农业、个体手工业及私人资本主义工商业，分别改造成为集体所有制的农业生产合作社、手工业生产合作社和全民所有制的国营企业，即将多种所有制改造成为单一的公有制”。[5]至 1956 年，社会主义改造宣告基本完成，社会主义制度正式建立。1975 年宪法反映了这种新的社会经济关系，其第 5 条规定“中华人民共和国的生产资料所有制现阶段主要有两种：社会主义全民所有制和社会主义劳动群众集体所有制”，第 6 条规定“国营经济是国民经济中的领导力量”、“矿藏、水流，国有的森林、荒地和其他资源，都属于全民所有”。1978 年宪法和 1982 年宪法在相关内容上基本延续了 1975 年宪法，只在个别语词表达上进行了细微调整。生产资料公有制从社会经济关系上升为宪法关系，得到宪法的确认、巩固和保护。

[1] 今译作“什么是所有权”，见[法]蒲鲁东：《什么是所有权》，孙署冰译，商务印书馆 2011 年版。

[2] 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，人民出版社 1995 年版，第 615 页。这段译文较为生涩，不如智效和教授的转述来得明晰：“对于财产关系（或所有权关系），政治经济学不是从人的意志关系、法律关系来把握，而是从它们的现实基础即经济关系来认识的”。见前引，曹雷文，第 4 页。

[3] 《马克思恩格斯选集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 177 页以下。

[4] 详细梳理可参见方新军：《权利概念的历史》，《法学研究》2007 年第 4 期。关于对主观权利学说的批判及回应，参见[法]盖斯坦：《法国民法总论》，谢汉琪等译，法律出版社 2004 年版，第 121 页以下。

[5] 罗平汉：《关于社会主义改造的几个问题》，《毛泽东邓小平理论研究》2012 年第 12 期，第 46 页。

那么，作为客观的宪法规范，国家所有条款究竟是什么含义，或者说，“国家所有”究竟表达了一种什么样的生产资料归属关系？现行宪法第 6 条“社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制”，第 7 条“国有经济，即社会主义全民所有制经济”，第 9 条“……都属于国家所有，即全民所有”，这些语词表达表明，必须从“全民所有”的含义来理解“国家所有”。[1]首先，“全民所有”意味着为宪法条款所明文规定的那些生产资料类型，不属于任何组织、个人所有。用法学语言来说，这意味着，被宪法规定为“国家所有”或“全民所有”的生产资料，不能被设定为任何法律上特定主体的所有权客体。“全民”不是一个法律主体，而是所有法律主体的集合，具有不特定性，只有如此理解才能体现“公有”的含义。[2]其次，对“全民”范围的理解，只能从、也必须从国家主权的意义上进行，所以，一方面，“全民所有”的更严格、更准确称谓是“国家所有”，另一方面，此处的“国家”又不能是指法人意义上的国家，而是主权范围内具有国民身份的所有法律主体（个人或组织）的集合。“法人”内部对物的归属关系的实际安排通常并不明确，有些是构成法人的所有成员公有，有些则可能是成员私有。[3]当把“国家所有”的“国家”理解为一个法人时，在国家的内部关系上就逃避了对生产资料究竟公有还是私有的确定，因而，这种理解显然不符合宪法制度安排的意旨。

作为客观的宪法规范，“国家所有”（类似的还有“集体所有”）具有法律的强制性。对构成“全民”的任一法律主体（组织或者个人）来说，它不能凭其自身意志放弃与公有物的归属关系，否则“公有”便不复存在，宪法规范就被违反。它也不能单个主张行使对“公有物”的“所有权”或“所有权份额”，这种公有归属关系是一种整体上的、抽象的描述和规定。[4]作为客观法规范，“国家所有”不是所有权理论中的“共有”，[5]无论按份共有还是共同共有，主体都是可以凭其个人意志（包括放弃、转移所有权）从“共有关系”中脱离出来，而一个法律上的主体是否与公有物存在归属关系，完全不依赖于个体意志，主要看它在法律体系中是否被认定为“全民”的成员。在这个意义上，宪法上的“国家所有”并不是“所有权”范畴。

在迄今为止的法学研究中，多数学者都将宪法上的“国家所有”理解为“国家所有权”，也因此产生了诸如“居民从河里取水是否侵犯了国家的财产所有权”、“江河奔流跨国、野生动物越境迁徙”是否国有资产流失或侵犯他国领土主权之类的诘问。[6]其实，如果将宪法上的“国家所有”理解为客观法规范，所谓河流、水资源、野生动物资源等等归国家所有，就只是意味着排斥和否定任何个人或组织对河流、水资源、野生动物资源等的“所有权”主张，而并不表达国家享有对此类资源的主观性权利，这些诘问也就不存在了。不过，关于宪法上“国家所有”的此种理解，必然会产生一个现实问题：国家财产（最大化地）发挥其效用的法律机制是什么？正是在对这一现实问题的实践解决过程中，才发展出了国家所有的私法表达——国家所有权及以此概念为基础的物权机制。

[1] 从“全民所有”出发来理解“国家所有”的必要性，主要在于“国家”概念本身存在多义性和抽象性。有学者认为“国家所有”的本来含义应该是“全民所有”，“从‘全体人民’到‘国家’，这个概念的置换至少是不严谨的。因为‘国家’一词在法学上无论如何是不可以和‘人民’这个概念互相替代的。国家，在法学上具有国际法上和国内法上的双重意义，但是不论是从国际法还是从国内法的角度看，‘国家’一词都不能和‘人民’、‘全体人民’在法律上相互混同”。参见孙宪忠：《“统一唯一国家所有权"理论的悖谬及改革切人点分析》，《法律科学》2013 年第 3 期，第 60 页。

[2] 有经济学家认为，社会主义时期的“公有制”，是马克思著作中译者的误译，应该是“社会所有制”：公有制可以有多种多样，从原始社会到资本主义社会都有公有制，只有“社会所有制”才是社会主义特有的东西（参见于光远：《计划经济与社会主义》，《南方经济》1992 年第 6 期，第 6 页）。“社会所有制”的说法，更能反映法律主体上的不特定性。

[3] 法人内部物的归属关系安排不同于所有权概念。比如，在所有权的意义上，凡属于法人的财产就不能同时是法人内部人员个人的；但是，法人财产在内部仍然存在实际利用和支配秩序，虽然并不具有对法人外部的效力，却在法人内部有实际意义，也部分反映着法人内部的权力关系。

[4]

[5] 很多法学者都将这种“公有”等同于某种“共有”关系。

[6]

二、国家所有权：国家所有的私法表达

“国家所有”一词除出现在宪法文本中外，还出现在29部法律[1]以及大量行政法规、规章和司法解释中。其中，1986年矿产资源法第3条中“矿产资源属于国家所有。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变”的规定，率先在法律文本中使用“国家所有权”一词。1996年煤炭法第3条中采用了类似表述，“煤炭资源属于国家所有。地表或者地下的煤炭资源的国家所有权，不因其依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变”。2007年物权法第五章的标题，直接表达为“国家所有权和集体所有权、私人所有权”。[2]“国家所有权”在法律文本中的出现，意味着“国家所有”开始被法律体系纳入所有权范畴。尽管“国家所有权”的表达并不仅仅出现在私法文本里，但鉴于所有权概念源于私法理论传统，我们可以将其统称为“国家所有的私法表达”。

国家所有的私法表达，显然与前文针对宪法上国家所有制规范含义的理解存在相当大的差异，由此，需要先理解国家所有权概念入法是怎么发生的。本文认为这至少与三个方面的背景因素有关。

第一，新中国建立至80年代初，我国并没有建立起国家所有制的法律实现机制，即公有物如何实际利用以发挥其财产效用的法律机制。

按照前文针对国家所有制法律含义的理解逻辑，构成“全民”的每一个主体（组织或个人）都与公有生产资料存在归属关系，既不能放弃也不能单独主张对生产资料的“所有权”或“所有权份额”，所以在理论上，这个实现机制不太可能是以所有权为核心的财产权制度；而由于所有主体在与生产资料归属关系上不可分离的特性，使得对生产资料的任何实际利用都成为公共事务，因而这个实现机制更可能由公法中产生。但是，公法上要能发展出这个机制又必须以存在相对发达的民主、法治为基础。比如，公法上形成一个比资本主义国家民主更为稳固有效的民主制度，可以汇集、整合各个法律主体（全民）的需求和意志，并以此形成国家的最高的、绝对的权力机构；存在一个可以有效约束公权力运行的法治框架，确保权力的实际承载者(组织或者个人)能够无私地运用权力，有效地实现权力的既定目标。没有这样的民主、法治基础，国家所有制的法律实现机制就不可能真正产生：要么没有任何制度化的机制，公有生产资料的利用按照实际承载权力的组织或者个人的意志，表现出任意性；要么虽然在法律上形成了某种机制，但其实质是将公有生产资料变成现实中部分主体可以支配的“私物”。总之，虽然生产资料公有制为权力的公共性提供了前提，但是一方面，公有制的确立并不自动产生权力的公共性，另一方面，公有制的实践需要权力的公共性予以保障。

[1] 这28部法律是：文物保护法（1982年，1991年，2002年，2007年，2013年，2015年）、继承法（1985年）、草原法（1985年，2002年，2013年）、矿产资源法（1986年，1996年）、民法通则（1986年，2009年）、土地管理法（1986年，1988年，1998年，2004年）、档案法（1987年，1996年）、水法（1988年，2002年）、野生动物保护法（1988年，2004年）、香港特别行政区基本法（1990年）、海商法（1992年）、澳门特别行政区基本法（1993年）、农业法（1993年）、教育法（1995年）、中国人民银行法（1995年，2003年）、民用航空法（1995年，2015年）、煤炭法（1996年，2011年，2013年）、刑法（1997年修订）、国防法（1997年）、防洪法（1997年，2015年）、森林法（1998年）、合同法（1999年）、海域使用管理法（2001年）、农村土地承包法（2002年）、物权法（2007年）、企业国有资产法（2008年）、全国民所有制企业法（2009年）、农村土地承包经营纠纷调解仲裁法（2009年）、海岛保护法（2009年）。另有地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法（1979年，1982年）、人民检察院组织法（1979年，1983年）、人民法院组织法（1979年，1983年）、刑法（1980年）、文物保护法（1982年）、森林法（1979年试行，1984年）、草原法（1985年）、渔业法(1986年)、全民所有制工业企业法(1988年）等使用了“全民所有”的表达。

[2] 除此以外，不少法律文本中使用了“国家所有+所有权”方式的表达，应该视为使用了“国家所有权”概念。例如，土地管理法1998年修正时在第2条增加规定“全民所有，即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使”。

建国以后，随着生产资料收归国家所有或集体所有，以及对农业、手工业、资本主义工商业社会主义改造的完成，国营经济和合作社经济很快成为主导的经济组织形式，通过行政指令性计划来组织生产、分配产品，很快成为公有生产资料配置的主导方式。而在民主法制建设方面，建国伊始，面对国内外敌对势力的夹击，新生政权首先还必须延续阶级斗争的策略，运用国家机器进行生产资料公有化改造，对敌对势力实行专政。这种局面容易导致权力的进一步集中，宪法、法律的刚性约束容易被更灵活机动的权宜策略所取代，民主和法治都很难在全社会范围内建立起来。此后，“文化大革命”更是破坏性地损毁了本就孱弱的民主法制基础。在缺乏完善的民主、法治规约条件下，以行政指令性计划配置公有生产资料的实践，不可能形成有效的、制度化的公有制法律实现机制。也就是说，至20世纪80年代初，宪法上国家所有制的具体法律实现机制仍然悬而未决。

第二，“文化大革命”对当时的政治、法制都造成了极大损毁，包括刘少奇、邓小平等在内的大批无产阶级革命家都在运动中受到错误批判甚至迫害。而计划经济模式并没有给中国带来物质繁荣，同样实行计划经济的社会主义“老大哥”苏联的经济也陷入困境，倒是英、美等老牌资本主义国家仍然“腐而未朽”、“垂而不死”，甚至像日本、联邦德国等“二战”战败国，经过了一段时间的恢复发展后竟又重现生机。这些国内、国际形势，使得以邓小平为代表的中国共产党人对科学社会主义的一系列重大问题，如社会主义的本质、计划与市场的关系、社会主义与市场经济是否矛盾以及民主法制建设的重要性等，进行了新的思考和阐释，科学社会主义理论自20世纪80年代初在中国迎来了一次重大发展。反抗压迫、消灭剥削阶级的阶级斗争不再是政治的主要任务，消灭剥削的制度目标被“一部分人先富起来”带动“后富”并“最终走向共同富裕”所替代，“解放生产力、发展生产力”成为阐释社会主义本质的重要入口。

思想武器的重铸和改进，让市场（商品）经济成为社会主义经济发展的方向。1978年12月，中共十一届三中全会召开，对党的思想路线、政治路线、组织路线进行了全面的总结和调整，作出了实行改革开放的重大决策，改革开放自此正式拉开序幕。就经济领域而言，改革的总路线大体沿着“以计划经济为主、商品经济为辅”到实行“有计划的商品经济”再到建设“宏观调控下的社会主义市场经济”的方向；改革的具体展开，包括生产要素和劳动力的逐步商品化，分批次在全国部分地区划定“经济特区”、“经济开发区”、“自由贸易区”，在农村实行家庭联产承包责任制，在公有制经济外大力发展非公有制经济，公有制经济内部实行经营权下放、加强企业自主权的改革，实行国有企业股份制改造，不断扩大市场化经济领域（如住房、医疗、教育、能源、金融）等；在所有制结构上，从“主要是全民所有制和集体所有制经济”，到“以全民所有制和集体所有制为经济制度的基础”，再到“以公有制为主体、多种所有制经济共同发展”。这些经济领域的改革，必然要在法律上反映出来，[1]改革部分地需要通过法制实施，法制保障改革的进行、巩固改革的成果、为改革服务。

[1] 单从语词上来说，“商品经济”一词最早在国家法律文本中出现是1982年的商标法，该法第一条关于立法目的的规定是：“为了加强商标管理，保护商标专用权，促使生产者保证商品质量和维护商标信誉，以保障消费者的利益，促进社会主义商品经济的发展，特制定本法”。“市场经济”在国家法律文本中的出现，则始于1993年的宪法修正案。修正案将宪法第15条从“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用，保证国民经济按比例地协调发展”、“禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序，破坏国家经济计划”，修改为“国家实行社会主义市场经济”、“国家加强经济立法，完善宏观调控”、“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”。至2007年物权法出台，在立法目的条款中含有“商品经济”或“市场经济”一词的国家法律还有：商标法（1982年，2001年修正时改“商品经济”为“市场经济”）、企业破产法（试行，1986年）、标准化法（1988年）、科学技术进步法（1993年）、农业法（1993年）、经济合同法（1993年修正）、反不正当竞争法（1993年）、注册会计师法（1993年）、消费者权益保护法（1993年）、会计法（1993年修正）、公司法（1993年）、对外贸易法（1994年）、劳动法（1994年）、仲裁法（1994年）、广告法（1994年）、票据法（1995年）、商业银行法（1995年）、担保法（1995年）、合伙企业法（1997年）、刑法（1997年修订，虽非作为立法目的条款的组成部分，但第三章改为“破坏社会主义市场经济秩序罪”）、价格法（1997年）、证券法（1998年）、个人独资企业法（1999年）、企业破产法（2006年）等。

建设市场经济的目标带来的直接问题是:在市场经济中，全民公有的生产资料如何利用？在多种所有制经济共同发展的环境中，全民所有物以何种身份参与市场?一般来说，市场经济的效率机制建立在“利益驱动”基础上。虽然个人利益与国家利益、集体利益之间的关系至今仍然存在争议，但随着科学社会主义理论的中国化发展，在普遍意义上承认个人物质利益的正当性已经成为中国 20 世纪末的现实。而个人物质利益一旦获得政治上的合法性，进一步成为法律上的财产权利就近在咫尺了。另一方面，商品交易的实质是权利的交易，在世界其他国家的市场法律体系中，大多以所有权为核心的财产权体制作为市场交易的法律基础。在商品经济中，全民所有的物质资料要在市场中交易、流通，也需要以财产权利的存在为前提。所以，如果说作为宪法上所有制规范组成的“国家所有”意味着无数不特定法律主体与公有物之间存在的一种强制性归属关系，那么随着科学社会主义的发展和社会主义市场经济目标的确立，客观上必须从公有物的归属关系规范中引出一种主观权利的法效果，从而为公有物配上一项“主体的帽子”，主观上也存在着确认并拓展作为意志关系和主观权利的财产权利（个人对自己所有不动产和动产的所有权，以及个人对公有的不动产和动产的财产性权利）的现实需求，“国家所有权”一词被纳入法律体系自然就成了水到渠成的事情。

第三，无论有意还是无意，前文论及的国家所有制与国家所有权概念之间的逻辑差异自一开始就被忽略了，一般都被按照类似于私有制条件下所有制与所有权之间 “一体两面”的关系来理解。1950 年翻译印行的《苏联土地法教程》显示，苏联亦早有“国家所有权”之说：“因土地私有之废除及土地国有化而确立的国家土地所有权乃苏联土地制度之基础”，“国家对土地之所有权，与国家对森林、矿产及水流之所有权一样，是社会主义国家独享的权利。土地、矿产、森林、水流，这都是国家独享的所有权之标的。他们只能属于国家，不能属于其他——既不能属于别的国民，也不能属于合作社或其他社会团体。合作社和社会团体及一般国民仅能享有土地之使用权。在十月革命之初，苏维埃的立法已经彻底的施行这一项原则”。[1]1954 年出版的《苏维埃民法》中译本，将所有权理解为“确认并表现了人们之间对于生产资料的分配和对于为生产资料的分配所制约着的消费品的分配”，“作为人的主观权利的所有权”确认了“个人或集体对于物看成是自己的物的关系”，“国家的社会主义所有权的内容，是以确定国家经济组织权能的方法来揭露的，国家的统一财产的一定部分则确认由这些国家经济组织管理。国家机关在法定范围以内，占有、使用和处分确认给它的财产。国家虽把部分的国家财产移归国家机关占有、使用以及（按照计划及根据国家机关所担负的职能）在一定范围内处分，但国家仍然是国家所有权的统一和唯一的主体”。[2]李秀清曾比较新中国第一次民法典草案与苏联民法典的继受关系，认为苏联民法典及相关理论，对 20 世纪 50 年代的中国民法典草案和民法理论都有很大影响。[3]

将所有制和所有权视为“一体两面”，也是我国 20 世纪 80 年代初就很普遍的看法。[4]王家福等人在 1980 年关于我国民法立法的文章中指出，“所有权是所有制的法律表现，具有特定的内容。只讲所有制，不讲所有权，实际上是否定对所有制的法律保护。民法必须明确规定全民所有权（或称国家所有权）的内容，明确规定企业经营管理权的内容”。[5]梁慧星 1981 年在讨论企业法人所有权时引用了当时的流行看法：“所有制属于经济范畴”，“而所有权则是法律上层建筑的范畴”，“国家通过法律固定和保护现存的物质资料所有关系，便形成了所有权法律制度。所有制与所有权之间是经济基础与上层建筑的关系。有

[1] [苏]卡山节夫等:《苏联土地法教程》，杜晦蒙译，大东书局 1950 年印行，第 97 页。

[2] [苏]C.H.布拉都西主编:《苏维埃民法》（上），中国人民大学民法教研室编，中国人民大学出版社 1954 年版，第 187、189、195 页。

[3] 参见李秀清:《中国移植苏联民法模式考》,《中国社会科学》2002 年第 5 期。

[4] 孙宪忠认为，“有什么样的所有制就必须有什么样的所有权，有什么样的所有权就必然有什么样的所有制”的“统一和唯一的国家所有权”观点形成于 20 世纪 30 年代的苏联，而“我国从一开始就毫不怀疑地全盘接受了”，“在有关公有制的理论研究及政策决策中，坚持只有保留国家所有权才能保持全民所有制的理论，似乎是经典性的、不容置疑的正确理论”（孙宪忠:《公有制的法律实现方式问题》,《法学研究》1992 年第 5 期，第 20 页）。

[5] 王家福、苏庆、夏淑华:《我们应该制定什么样的民法》,《法学研究》1980 年第 1 期，第 13-14 页。

什么样的所有制就要有什么样的所有权，所有制形式归根到底决定着所有权的性质和内容，而所有权法律制度又反过来确认和保护对统治阶级有利的所有制形式”。[1]按照这种认识，国家所有制的法律表现形式理所当然地就是国家所有权。当时已有学者开始使用类似于 2007 年物权法第五章中采纳的所有权分类，如黄勤南在关于山权林权纠纷解决的建议中提出，“我们必须承认森林资源的两种所有制和三种所有权，即承认森林资源的社会主义全民所有制和劳动群众集体所有制；承认森林的国家所有权、集体所有权和个人对林木的所有权”。[2]

总之，新中国建立后，虽然生产资料公有制写入了宪法，但由于缺乏民主法治的基础，较长时期内在公法上并没有建立公有制的法律实现机制；科学社会主义在 20 世纪 80 年代初的重大发展，尤其是关于社会主义的本质和目标的重新理解和阐释，使得商品经济、市场经济成为社会主义经济发展的方向，而社会主义商品经济、市场经济的发展，使所有权制度的完善成为现实需要；在法学理论上，所有制与所有权“一体两面”的认识和观念，为把“国家所有”直接理解为“国家所有权”提供了便利。随着“国家所有权”概念的普遍使用，依循以所有权为核心的物权理论构建国家所有制的法律实现机制，就成为我国法律文本和法律理论上的主流思路。

三、现行法上国家所有的物权实现机制

“国家所有”的规定主要出现于四类法律：（1）宪法及宪法相关法，如宪法、特别行政区基本法；（2）自然资源利用管理法，如土地管理法、森林法、草原法、矿产资源法等；（3）民法基本法和特别法，如民法通则、物权法等；（4）商法，如公司法、全民所有制企业法、企业国有资产法等。其中，民法通则和物权法的相关规定搭起了“国家所有”具体制度安排的骨架，而物权法作为未来中国民法典的“物权编”来设计，[3]既吸收了民法通则的相关内容，又提前担起了在民法上具体化国家所有权、设计“国家所有”的物权实现机制的任务。物权法颁布实施后，大多资源利用管理法确实都按照物权法的设计进行了修改和补充。因此，以物权法的相关内容为中心，结合其他相关法律的特别规定，尤其是商法中有关国有资产的内容，来描述现行法上“国家财产利用的法律机制（国家所有制的实现机制）”，应该是可行的。这里着重从两个方面来勾画此机制的框架——国家所有权的概念和范围、国家财产利用的物权机制，并针对国家出资企业利用国有资产的物权性质进行初步辨析。

（一）国家所有权概念和范围

物权法第 1 条和第 3 条明确了前文提及的背景，表达了与宪法相关规定的一致性，同时也表达了该法目的和意旨的一个重要方面：维护公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，发挥物的效用，维护社会主义市场经济秩序，保护国家、集体和私人的物权。这一目的和意旨的一个重要实现途径，就是针对公有物、公有财产确立国家所有权概念及其相关实现方式。因此，维护公有制的主体地位、建立社会主义市场经济所需要的国家物权制度，应该可以视为国家所有权概念试图解决的问题，或者说是国家所有权的功能。

[1] 梁慧星:《企业法人和企业法人所有权》,《法学研究》1981 年第 1 期，第 27-28 页。需要说明的是，该文对这种主流看法的引用并不就表示作者的认同，相反，该文基于“在一定情况下，所有权可以与所有制发生某种脱离或不一致”的看法，实际上主张企业法人所有权。在梁慧星主持的物权法草案中没有“国家所有权”章节，笔者在梁慧星的其他论著里亦很少发现对“国家所有权”的阐述。

[2] 黄勤南:《论解决山权林权纠纷》,《政法论坛》1981 年第 4 期，第 45 页。

[3] 参见梁慧星:

物权法第 4 条规定，“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯”。该条虽被普遍视为“物权平等保护原则”，但也有明确“国家”、“集体”等作为物权主体的功能。换句话说，该条不仅确定了国家是物权的主体，还明确了国家、集体与私人在物权上的平等主体地位。当然，这种平等主体地位并不排斥物权登记和行使方面予以特殊对待的可能性，比如，按照第 9 条的规定，依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

国家所有权的范围，一方面由能成为其客体的物的类型限定，另一方面由现实中的客体范围来表达。结合物权法和其他法律的相关规定，可以将能成为国家所有权客体的物，分为两大类：一是专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权（第 41 条）；二是既可能由国家所有，也可能由集体所有或私人所有的不动产或动产。“专属”，意味着物从类型上就只能是国家所有权的客体，不能成为集体所有权或私人所有权的客体。第一类主要有：（1）矿藏、水流、海域；（2）城市的土地；（3）野生动物资源；[1]（4）无线电频谱资源；（5）国防资产；（6）无居民海岛；（7）国有资产，即国家对企业出资所形成的各种权益。第二类主要有：（1）农村和城市郊区土地（可以集体所有）；（2）森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源（可以集体所有）；（3）野生植物资源；（4）文物；（5）铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施。

现实中国家所有权的客体范围，主要包括：（1）国家机关直接支配的动产和不动产；（2）国家举办的事业单位直接支配的动产和不动产；（3）国有独资企业[2]以及国家入股企业的股份、股利；（4）为公共利益的需要征收来的土地、房屋及其他不动产；（5）自发布招领公告之日起 6 个月内无人认领的遗失物漂流物、埋藏物或者隐藏物。[3]

综合上述有关国家所有权功能、主体、客体的解读，结合物权法第 39 条关于所有权内容的规定，可以将国家所有权概念表达为：国家所有权是为了维护以公有制为主体的基本经济制度、在社会主义市场经济条件下发挥国家财产效用的制度设计，它是国家对于属于其所有的不动产或动产享有的占有、使用、收益和处分的权利；属于国家所有的物在实践中可以涉及所有类型的不动产、动产，其中矿藏等 6 大类生产资料只能为国家所有。

（二）国家财产利用的物权机制

国家所有权概念和范围的确定，只是从私法上解决国家财产如何利用的前提。尽管物权法把国家确立为所有权主体，但毕竟“国家”又是抽象的概念，国家所有权概念功能的实现，需要进一步明确谁可以利用国家财产，各自又如何利用。从物权法、资源利用管理法及其他相关法律的规定来看，这主要有两类：一是可以归为所有权人范畴之内的利用，即自物权形式的利用；二是不能归为所有权人范畴的主体以用益物权方式对国家财产的利用。

物权法第 45 条规定：法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有；除法律另有规定外，国有财产由国务院代表国家行使所有权。现行法中，土地管理法第 2 条、水法第 3 条、草原法第 9 条、企业国有资产法第 3 条、海岛保护法第 4 条、海域使用管理法第 3 条都有类似规定。国务院代表国家行使所有权，可以视为国家所有权行使的基本原则。

物权法第 53-55 条规定：（1）国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利；（2）国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利；（3）国家出资的企业，由国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益。企业国有资产法第 11 条进一步规定了代表政府履行出

[1] 物权法和野生动物保护法的差异
[2] 具有争议性
[3] 民法通则的相关规定

资人职责的机构：“国务院国有资产监督管理机构和地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构，根据本级人民政府的授权，代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责”；“国务院和地方人民政府根据需要，可以授权其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责”。根据这些规定，可以认为，除国务院代表国家形式所有权外，国家机关、国有事业单位、地方人民政府以及代表政府履行出资人职责的机构，均可以依照法律和国务院的规定，在特定范围内或针对特定客体代表国家行使所有权。

除以上可以归为所有权人范畴内的利用方式外，物权法第 118 条规定了国家财产上可以设立用益物权：国家所有或者国家所有由集体使用的自然资源，单位、个人依法可以占有、使用和收益。用益物权是他物权，用益物权人是所有权人之外的“他者”。

物权法第 119 条规定了自然资源的有偿使用：除法律另有规定外，国家实行自然资源有偿使用制度。也就是说，获得用益物权，“有偿使用”是原则，无偿使用是例外。

由于是他物权，理论上并不需要进一步区分用益物权人的身份，没有列入前述自物权人范围的“单位、个人”，严格说来应该是“法人、自然人”，都可以依照法律规定获得用益物权。物权法及自然资源利用管理法列举的用益物权类型包括：（1）土地承包经营权，国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度；（2）建设用地使用权，建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施；（3）地役权；（4）探矿权、采矿权；（5）取水权；（6）使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利；（7）森林、林木、林地使用权；（8）海域使用权。需要注意的是，对照前文对国家所有权客体类型范围的描述，可以发现，尚有部分资源类型不在物权法所列举的用益物权所涉之列，如无线电频谱资源、野生动植物资源等。这可能是因为相关的科技利用手段尚不完善，或者是国家认为属于暂时不宜设立用益物权的情况。

(三) 国家出资企业利用国有资产的物权性质辨析

物权法第 55 条仅明确了国务院、地方人民政府对国家出资享有出资人权益，却并未明确国家出资企业对“出资”的利用，是否属于物权范畴。紧接物权法之后颁布的企业国有资产法第 3 条规定，“国有资产属于国家所有即全民所有。国务院代表国家行使国有资产所有权”，其中的“国有资产”，是指“国家对企业各种形式的出资所形成的权益”（第 2 条）。显然，企业国有资产法仍然没有明确这个问题。

国家出资企业主要是“国有独资企业、国有独资公司以及国有资本控股公司、国有资本参股公司”（企业国有资产法第 5 条）。自 1980 年前后开始，学术界就围绕所有权、管理权和经营权或者国家所有权和企业法人所有权问题，对国家出资企业财产的所有权归属进行讨论。至物权法出台，确认了国家对其出资的企业享有股权、而在资产（货币以及以实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产）投入企业后则属于企业法人财产的主流观点。[1]“企业国有资产法释义”中也认为，应特别注意将企业国有资产“与企业的法人财产相区别”，“本法所称企业国有资产，是指国家作为出资人对所出资企业所享有的权益，而不是指国家出资企业的各项具体财产。出资人将出资投入企业，所形成的企业的厂房、机器设备等企业的各项具体财产，属于企业的法人财产。依照物权法和本法的规定，企业法人的不动产和动产，由企业依照法律、行政法规和企业章程享有占有、使用、收益和处分的权利。出资人对企业法人财产不具有直接的所有权，他对企业享有的是出资人权利，具体体现为资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”。这种认识的落脚点是企业法人的完整财产权，能够为国家出资企业在市场中的独立法律主体地位提供理论支撑，既有利于市场经济的发展，也有利于所有权理论在企业法

[1] 物权法第 67 条规定，“国家、集体和私人所有的不动产或者动产，投到企业的，由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务”；第 68 条规定，“企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利”。

上的适用。不过，它仍然没有回答国家出资企业利用国家财产的性质问题，比如，这种利用方式究竟属于所有权人范畴内的自物权利用还是用益物权式的他物权？与用益物权方式的利用相比，它的特点是什么？

出于确立企业法人市场地位和完整财产权的考虑，学者们一般不会注意区分国家出资企业中的国有独资企业、国有独资公司与国有资本控股公司、国有资本参股公司的差别，但是从本文关注的问题来说，这一区分可能是必要的。对于国有独资企业、国有独资公司而言，在它们与国家的关系上，说其是国家所有权的客体还是说国家是其唯一的股东，并没有实质性差异，“政企分离”、“所有权与经营权分离”之类的措施，实际上都可以视为国家根据需要对自己财产的特定管理方案。有实质性的差异的，是在它们与其他市场主体之间进行交易时，是否具有独立的法律身份、能够以其法人财产承担风险和责任。如果它们只是国家所有权的客体，其财产被认为同时也是国家财产，那么与其交易的对方就必然冒着巨大的市场风险，法学界关于所有权的平等保护主张，正是基于此种担忧。但是，仅就国有独资企业（公司）而言，企业法人完整财产权与企业同国家的关系属于外部和内部两个不同面向的问题。在外部关系上，国家投入企业的财产属于企业所有；在内部关系上，则可以将国家投资看成授权企业经营管理国家的财产。如同国家以划拨方式授权其机关、事业单位一样，国家以投资方式授权企业经营（管理）国家的特定财产，也属于国家授权特定主体代表国家行使所有权的情形。授权的大小、授权的明确程度和激励机制等都当然影响企业经营效率，但只要企业本身按照法人条件的要求来设立和参与市场交易，就不影响其在市场中的主体地位。也就是说，国有独资企业（公司）对国家出资的利用，也属于所有权人范畴内的利用。

对于国有资本控股公司、国有资本参股公司来说，情况则复杂得多。由于企业的资本来源或股东不是唯一的，不能将企业与国家的关系视为纯粹的内部关系。在此情况下，国家的投资可以视为国家代表人（国有资产管理机构）与市场其他主体之间通过订立合作契约成立新的独立的市场主体，以降低相较于单独出资时所需要的成本和所面临的市场风险。国家与相合作的市场主体之间是合同当事人之间的关系，而公司章程就是主合同。但这并不意味着国家与公司之间就是债权关系，称国家享有公司的股权，也就是物权法和企业国有资产法上所说的“出资人权益”，是更为恰当的。由于国有资本控股、参股公司与国家之间不再是内部关系，因而不能将其对国家出资的利用视为所有权人范畴内的利用。至于能否归属于用益物权的类型，物权法上并没有明确，从原理上来说也并不符合用益物权的内涵，应该属于一种独立的类型。可以进一步思考的是，鉴于物权法上规定了自然资源有偿使用制度，某种程度上也可以说，国家所有权人之外的“他者”需要通过支付一定的对价才能获得用益物权，而国有资本控股、参股公司则通过设立股权换取了对国家出资的利用，两者均含有“交易”的成分。

总体来看，我国现行私法体系以物权法为中心构建起了一个实现宪法上国家所有制的物权机制。该机制以国家所有权概念为基础，以国家所有权的行使和在其上设立用益物权为基本框架，一方面构建了国家财产的具体利用机制，从而为国家财产的效用更大化提供了可能性，另一方面，通过国家所有权行使制度和用益物权制度，解决了国家财产进入市场交易的主体问题，从而为社会主义市场经济的运行提供了一套实践方案。在这个意义上，这个机制的构建或许堪称社会主义法律史上的一项革命性创举。

四、国家所有权的理论难题和学术争议

然而，这个国家所有的物权实现机制，建立在对所有制和所有权“一体两面”的认识基础上。如前文所述，虽然在马克思所研究的私有制社会里，所有制与所有权确实存在“一体两面”的关系，而实行生产资料社会主义公有制之后，由于“公有制”的硬约束，构成“全民”的每个法律主体与生产资料之间的归属关系不能随意解除，所有制与所有权之间是否还是“一体两面”的关系，确切地说，从国家所有制能否直接推导出国家所有权，就成为理论上的难题。由这一难题决定，国家所有的物权实现机制从基本概念、制度框架、实践操作和价值指向上均产生了诸多学术争议，其中的争论焦点如：国家所有权还是所有权吗？在物权体系中，国家所有权如何安放公民的位置，如何体现公民对于国家财产的利益和意志属性？这些学术争议，有的立足于经济改革、市场经济的现实和未来需要，认为它在具体物权制度设计上并未彻底贯彻类似于西方（尤其是德国）的物权法原理，还不能完全提供为市场经济所需要的法律制度基础，必须进一步得到完善；有的则立足于公有制的硬约束和对社会主义的传统理解，认为它已经实际超越了宪法上社会主义公有制的实质内涵，对国家财产物权化的社会后果忧心忡忡；它们各自所开出的药方也五花八门，让该研究领域充满了混乱和神秘感。

（一）国家所有权概念的困惑

作为一个法律概念，所有权是所有人对物的占有、使用、收益和处分的权利，是对物的直接支配并排除他人非法干涉的权利。作为物权的一种，所有权的主体、客体、内容都必须是特定的。[1]就所有权概念的西方法学来源以及我国民法教科书对它的解释来说，关于所有权的这一认识，应该没有太多争议。

但是，如果由此出发来理解“国家所有权”，将其解释为国家对国有（全民所有）财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利，那么争议就来了。早在物权法出台前，就有学者将此种逻辑上并肩于个人所有权的国家所有权概念，以及在此基础上证立所有权平等保护的理论主张，称为“国家所有权神话”。[2]针对物权法草案关于国家所有权的规定，有学者评析说，“《物权法(草案)》中规定的国家所有权，在主体上混淆了国际法上主权意义的‘国家’和国内法上民事主体意义的‘国家’含义，不符合民法关于民事主体必须具体、确定的基本法理，不具唯一性；其权利、利益客观上分属无数的公法法人，没有统一性；其客体范围之规定不应包括不可支配物。国家所有权理论在法律实践上已被证明不符合民法法理，难以自圆其说”。[3]有学者进一步指出，这种国家所有权制度设计实际上源于苏联法学上的“统一唯一国家所有权”学说，存在着主体不明确、客体不明确、权利不明确、义务不明确、责任不明确等诸多问题。[4]截至目前，“国家所有权”概念不符合民法上所有权基本原理的看法，大抵已经成为法学界的共识。在发现无法按照所有权逻辑来完整解释国家所有权概念的情况下，很多学者纷纷从不同角度对其作出新的理解，发展出多种多样的“超越所有权的国家所有权”概念。例如：有学者尝试区分宪法上的所有权和民法上的所有权，[5]甚至提出行政法、经济法、刑法上所有权与民法所有权的差异；[6]有学者认为国家所有权乃宪法性公权，属于国家权力，实质是管理权。[7]当然，也有学者仍然尝试在所有权的传统内涵下阐释国家所有权，说它是一种共有权，或者从“国家法人说”出发回应对国家所有权主体不明确的争议和质疑。

其实，如果比较宪法上“国家所有”的表达和物权法对“国家所有权”范围的界定，可以发现，两者之间的差异并不是很大。[8]在“国家所有”之后加上“权”，并不就完成了

[1] 孙宪忠等：《国家所有权的行使与保护研究》，中国社会科学出版社 2015 年版，第 73 页。
[2] 参见王军：《国企改革与国家所有权神话》，《中外法学》2005 年第 3 期，第 361-369 页。
[3] 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，第 13 页。
[4] 参见孙宪忠前引书，第 231-232 页。
[5] 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；
[6] 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
[7] 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；巩固
[8] 参见葛云松：《物权法的扯淡与认真：评〈物权法草案〉第四、五章》，《中外法学》2006 年第 1 期。

从宪法制度到民事权利、从国家所有制到国家所有权的转换，没有相应的法学理论构建，这一转换就还只是停留于文字改变而已，作为主观权利的国家所有权并没有在法学理论上真正得以确立。如此就不难理解，为什么大多数学者在主张把国家所有权写入物权法的同时，又必定会抱怨国家所有权概念的抽象、空洞。至于从一开始就将宪法上的“国家所有”理解为“国家所有权”，然后又反过来区分宪法所有权和民法所有权，或者将物权法明确规定的国家所有权归之为公共权力、管理权，这些做法虽然尝试构建国家所有权的法律原理，却都明显找错了方向。如果所有权在宪法、民法、行政法、经济法、刑法等不同法律/法学部门中，存在不同的内涵、外延，它也就失去了作为法律概念的资格，不可能容纳在同一个法律体系中。所有权当然地含有管理权能，虽然物权法第 39 条在界定所有权的内涵时并未言明，但占有、使用、收益、处分这些权能跟“管理”权能无关吗？以“管理权能”来界定“国家所有权”的性质，显然犯了以偏概全的错误，而以此来表明“国家所有权”不同于“传统的民法所有权”，更是无稽之谈。

所有权表达了法律对物的归属关系的确认。所谓“归属于某人”，在内部关系上，意味着在法律认可的范围内可以凭自己喜好对待（如占有、使用、收益、处分）其物；在对外关系上，意味着其他人基于法律的规定不能非法侵占、破坏或者干预。这是个人所有权的基本含义。不过，当某物归属于“某群体”、某法人或由多个主体构成的共同体时，法律可以有两种不同处理方式：一是私有制安排，即规定由组成群体、法人的成员或多个主体中的每一个主体按份共有或共同共有，个人可按其自己的意志处分自己的份额从而退出共有关系；二是公有制安排，即规定个人不能处分自己的“份额”，不能从群体、法人或共同体与物的关系中分离出去，除非法律另有例外规定。关于法律为什么要作出两种安排方式的区分，值得进一步进行研究。但非常明确的是，在通常情况下，群体、法人或共同体内部的公有制安排，并不影响所有权的成立及其作用的发挥。在内部关系上，它可以通过群体、法人或共同体内部的意志形成机制来进一步讨论并解决各成员对物的占有、使用、收益、处分权利，只是这些问题不再是所有权概念所关注的，而且这种权利分配也不能以“所有权”名之；在外部关系上，所有权概念的意义是，排除群体、法人或共同体之外的其他主体对物的非法侵占、破坏，或者对群体、法人、共同体如何安排该物的利用、如何处分该物等问题进行非法干预。这是家庭所有权、法人所有权、集体所有权、政府所有权等所有权表现形式的基本法理。

那么，国家所有权能不能同样依此进行解释呢？当宪法对国家与物的关系在国家内部作出公有制安排时，意味着国家内部不能在公民中再次分配这些公有物的“所有权”，任何公民、组织也不能凭自己的意志处分公有物或者其“份额”，而只能在民主基础上形成公有物的利用机制，以及与外部的其他法律主体进行交易时的意志代表机制。在外部关系上，国家所有权意味着排除国家之外的其他国家及其公民、组织对属于本国所有的物的侵占、破坏或者非法干预，这就属于国家主权范畴内的事务了。在这个意义上，国家所有权能够成立，并且也有其特定的概念功能，但它为国家主权范畴所吸纳，属于国家主权的一个方面。将国家视为法人，虽然可以解决所有权主体不清的问题，从而解决国家与外部其他主体之间的市场交易问题，却不能就此提供在内部关系上国家作为独立于、外在于其成员的民事主体资格，以及国家将公有物与内部成员进行交易的正当性说明。就如一个企业法人，将企业内部公有的财产卖给企业成员之后，该财产上的公有安排也就随之改变一样，公有制的硬约束并没有随着国家法人概念的成立而消解。总之，在宪法公有制的硬约束之下，国家所有权并不能解决公有物的内部利用问题，以国家所有权概念为基础来建立公有物的利用机制，截至目前还没有得到充分的法学原理支持，还需要学者们作出更多努力。

（二）物权实现机制的制度功能和社会效果

当然，也有学者认为，虽然二者文本上的表达没有多少差异，但因为一个是宪法文本、基础性规范，一个是物权法文本、确权性规范，所以一个是宪法所有权一个是民法所有权，从而认为自然资源国家所有权蕴含着宪法所有权和民法所有权的双阶构造（参见税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，《法学研究》2013 年第 4 期）。但是，若照此说，任何法律概念都可能是“双阶构造”乃至“多阶构造”，人格权、财产权等宪法明文规定的权利概念更不在话下。

前文已述，以国家所有权为基础的物权实现机制，能够为公有物的最大化效用提供可能性，为社会主义市场经济的运行提供一套实践方案，这些是物权实现机制的功能指向。不过，由于国家所有权概念本身存在着学理逻辑上的难题，对于这一实现机制的运行效果，不少学者都表达了越来越密切的关注和越来越深远的忧虑。

无论“全民”还是“国家”，都无法直接行使所有权的各项权能，能够实际行使国家所有权权能的，只能是实实在在的个人或组织，因此，国家所有权的行使只能实行代表制：由国务院总体上代表，通过国务院授权或者法律、行政法规授权，国家机关、国有事业单位、地方人民政府、国有资产监督管理机构等，在授权范围内对特定国家财产具体行使国家所有权的各项权能。这种代表制的设计实际解决了国家所有权主体的抽象性难题，然而，它自身也面临至少三个诘问需要回答。首先，法人作为法律拟制的主体，在对外行使法人所有权时也实行代表制，但国家所有权行使的代表制与此不同，是在国家内部分配公有物利用权利时的“代表”。考虑到法律上的所有权配置本身就是国家公共权力的产物、公共意志的体现，那么，这些代表国家行使所有权的情形，与法律配给其相应所有权的制度设计，究竟有什么实质差异呢？其次，代表国家行使所有权的机关、部门，同时享有各种国家管理职能，因而实践中既是管理机关又是国家所有权行使代表。这种双重权力主体合一格局，容易导致经济行政权与国家所有权相互缠绕、难分彼此，[1]或许这也正是不少学者认为国家所有权是管理权、公共权力的现实基础所在。行政权与所有权难分难解，必将进一步导致对市场经济平等竞争的破坏，从而又消解了物权实现机制为市场经济运行提供实践方案的制度功能。再次，代表制中的“代表”总是非常有限的。在物权实现机制中，除了可以归属于所有权人范畴内的几种情形外，主要是靠用益物权机制来解决普通法律主体对公有物的利用问题。而用益物权是他物权，这是否意味着，作为用益物权人的多数人都被制度性地视为国家、全民之外的“他者”，公有物也就实际反向变成了国家所有权的 “行使代表”的财产呢？

或许是类似于上述的诸多诘问在心，学者们针对国家所有权行使代表制和物权实现机制提出了各种各样的解释或完善方案。例如，从满足市场经济的实际需要出发，有学者很早就提出，国家所有权的行使应坚持原则性与灵活性相结合的原则、效用原则、区分原则，实行分级所有、分级管理、分级行使，充分调动中央和地方两个方面的积极性，采用划拨、出售、出让、租赁、承包、信托、股权投资、交换等方法，以确保国有财产的保值增值；[2]有学者认为，鉴于目前国家所有权概念的抽象性、空洞性，应该采纳公法法人所有权学说，建立公法法人所有权制度。[3]而从落实和保障“全民”对国家财产的权益角度，有学者认为，应从宪法上“国家所有，即全民所有”的规定，引申出“国家所有权必须服从于‘服务全民，为全民所共享’这一‘制度性保障’的要求”；[4]有学者将宪法上的“自然资源国家所有权”解释为包含私法权能、公法权能和宪法义务三层结构，并认为“国家应当为全体人民的利益行使其私法权能和公法权能。公共信托理论是描述国家作为自然资源所有人的宪法义务的法律理论，应当引入中国，或者对中国宪法第 9 条作公共信托理论式的解释，确立国家与人民在自然资源国家所有权结构中的地位”；[5]更多学者则认为，应该确立“公共财产”或“国家财产”概念，区分“国家公产”和“国家私产”。[6]

以上各种方案无疑都是值得进一步研究和拓展的思路，不过，它们都不太可能从根本上解决以国家所有权为基础的物权实现机制面临的全部难题。比如，“分级所有、分级管理、分级行使”实际上明显偏离了前文关于“国家所有制”法律含义的解释。公法法人所有权实际上是对将“国家所有”变为“政府所有”的合法化，其本身并不能解决“合法化”之后如何保障“全民”利益的诘问。[7]“国家所有权必须‘服务全民、为全民所共享’”应

[1] 参见刘应民：《论国家所有权的行使》，《武汉大学学报（社会科学版）》，2003 年第 5 期，第 586 页。
[2] 同上文。
[3] 孙宪忠书，第二章。
[4] 第 112 页。
[5] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 48 页。
[6] 马俊驹、王彦：《公有制下国家所有权制度的变革和完善》，《社会科学研究》2015 年第 4 期；
[7]

该说是社会主义公有制固有的要求，其关键是如何落实为具体制度，而大家一直争论的多数也正是应该设计什么样的具体制度。国家所有权三层结构说中的“宪法义务”，其实就是所有权概念中本有却经常被忽略的“物的责任”维度，由此引申出美国法上的“公共信托理论式的解释”，且不说这种“德国式物权体系+美国式财产法”的思路是否不伦不类，就其能否解决国家所有权面临的难题而言，怕也是有心无力。为更多学者所认同的“国家公产”和“国家私产”的区分，是一种在满足市场经济需要和实现公有制服务全民目的之间尝试折衷的思路。不过，“公产”与“私产”的区分并不是按照所有权或者物的归属来进行的，而是按照物的社会功能，功能上的“私产”是否就应该私有化以及如何私有化，仍然是这一思路所无法回答的。

在关于“国家所有权”的讨论中，很多学者都提到国外也存在“国家所有权”及“国家公产”和“国家私产”的区分。实际上，除了社会主义国家之外，其他国家所谓“国家所有权”、“国家财产”准确地说应该都是“政府所有权”、“政府财产”。或许，这也是我国少数学者主张将“国家所有”进一步改革为“政府所有”或者变“国家所有权”为“公法法人所有权”的原因之一。在某种程度上，从当前市场实践的需要出发，笔者也部分认可区分“政府公产”、“政府私产”的改革设想，然而，考虑到“国家所有权”的客体范围极其宽泛、我国法治整体上尚不完善、公权力还没有被“关进制度的笼子里”等现实情况，担心此类改革将加重公权力腐败治理难度，就并非是多余的。

结 语

以上梳理过程中对国家所有权概念、物权实现机制以及学界相关讨论的诘问，主要是为了表达这样一个看法：虽然在国家所有权概念基础上构建的物权实现机制，提供了公有物在市场经济中发挥其效用的基本框架，但是若放在中国社会转型的大背景下，它既与市场经济的现实需要还有距离，也部分超越了宪法上“国家所有”的内涵。这个机制诞生于中国特色社会主义的发展实践中，是中国社会转型的一个方面，它所解决的问题和所面临的难题，都深深刻上了社会转型的烙印。也只有在这个宏观背景中，学者们目前针对“国家所有”的各种争议和解决思路，才是可以理解的，才是有意义的。

自 20 世纪 80 年代至今，科学社会主义理论的中国化、时代化一直马不停蹄。中国共产党人结合中国道路经验和时代要求，对于什么是社会主义、如何建设社会主义等重大理论问题，不断进行再思考、再认识。比如，就“什么是社会主义”问题，继邓小平对社会主义本质的概括之后，还相继出现了“社会和谐是中国特色社会主义的本质属性”、“公平正义是中国特色社会主义的内在要求”、“党的领导是中国特色社会主义最本质的特征”等新的论断。[1]这些新思考、新认识，有利于解放思想、破除传统社会主义理论中的一些意识形态教条，为中国社会主义道路指明了方向。然而，相较于具体制度建设，意识形态在全社会范围的更新具有滞后性，在不同时代中已经根深蒂固的思想都会以其各自的方式、在特定人群中留存下来，共存于当下。中国尚处于转型过程中，传统社会主义模式尚在一些领域运行，全新社会主义模式还在摸索中有待确立，不仅历史的、今天的、未来的问题，在同一个时期的现实中纠结缠绕，经济的、政治的、文化的问题也相互渗透，你中有我、我中有你。而法律体系既嵌在这样充满了张力、错综复杂的发展背景中，很难独善其身，不同法律部门的完善工作也存在先后不一的问题，尽管自 21 世纪起修法工作力度明显加大，[2]但不同背景下、为解决不同时期任务而创制的法律共存于法律体系中，也是非常自然的事情。

[1]见国防大学中国特色社会主义理论体系研究中心：《党的领导是中国特色社会主义最本质的特征》，《解放军报》2015 年 5 月 25 日，第 4 版。

[2] 参见付子堂、胡夏枫：《立法与改革：以法律修改为重心的考察》，《法学研究》2014 年第 6 期。

就此而言，现行宪法关于社会主义公有制的规定，面临的主要是新中国建立后至 20 世纪 80 年代的社会发展背景，任务主要是确立国家的经济基本制度，解决国家的合法性问题；后虽经四次修正，对相关规范的具体表达有所变化，但仍然难以全面反映中国科学社会主义的最新理论发展，难以全面满足社会主义市场经济实践的需要。以物权法为代表的私法，由于与市场经济发展的关系更为密切，自然走在了前面，在某些方面超越了宪法规范的内涵，但同时又不得不接受宪法规范的牵引，犹豫踟蹰。由此，可以将国家所有问题的现状定位在两组要素之间的紧张关系中：旨在消灭剥削的社会主义理论-公有制-公法（宪法）规范-国家所有制；重在发展生产力的社会主义理论-市场经济-私法（物权法）规范-国家所有权。前一组要素是来自历史的，后一组要素是面向未来的；前一组要素对国家所有问题的影响表现为规范性的要求，后一组要素的影响侧重于现实性的需要。两组要素之间的张力，集中通过宪法上的国家所有制与物权法上的国家所有权表达出来，而连接国家所有制与国家所有权的桥梁是“国家所有的法律实现机制”。既往研究通过所有制与所有权“一体两面”关系的习惯性看法，掩盖了国家所有制和国家所有权之间，进而也是宪法与物权法之间、公有制与市场经济之间、消灭剥削的社会主义与重在发展生产力的社会主义理论之间以及过去与现在和未来之间的张力。

当前，全面深化改革、全面推进依法治国都被提到前所未有的高度。全面深化改革所要解决的，既包括革除生产力发展的制度羁绊，也包括发展完善保障社会公平正义的体制机制。全面推进依法治国，则不仅意在减少权力行为的任意性，更在于走出一条通过法治实现经济与政治、发展与公平、自由与秩序相平衡的中国式社会主义道路。在这样的大背景下，国家所有权基础上的物权实现机制所面临的各种难题，以及潜藏在这些难题背后的转型期结构矛盾，最终都将得到解决。每个问题都有自己的历史，有它的开端，也会有它的结局。本文尝试粗线条地勾画“国家所有的法律实现机制”的发展轨迹，如果碰巧看到了它的开端，那更希望能猜中它的结局。

中国宪法上“国家所有”的规范含义

程雪阳*

内容提要：中国现行宪法中的“国家所有”一词，不仅指经济学意义上的所有制，也指法学意义上的所有权。在法律地位、权能构造和权利外观上，国家所有权在宪法上和民法上并不存在差异。但在功能上，基于宪法第9条第1款关于“国家所有，即全民所有”的规定，国家所有权确实有特殊性，它不能为国家或政府私利存在，而必须“为公民自由和自主发展提供物质和组织保障”。宪法第9条第1款和第10条第1、2款赋予国家获得特定自然资源所有权资格。具体的自然资源是否属于国家所有，依赖于法律对宪法上述条款的具体化和立法形成，在法律没有完成这项工作之前，特定自然资源属于没有进入物权法/财产法秩序的社会共有物，不属于国家所有的财产。对于这种共有物，国家可以基于主权以及由主权衍生的行政管理权来设定开发和使用规则，但不能作为所有权人获得相关财产性收益。

关键词：自然资源 国家所有 所有权理论 宪法解释

一、引言

如何建立合理的国有自然资源权利体系和收益分配机制，目前仍是一个饱受争议的问题。可以预见，随着民法典编撰工作的启动和推进，这个问题的争论会更加热烈。要解决这个问题，显然需要经济学、财政学、法学、社会学等众多学科一起加以讨论，但从法学（特别是宪法学）研究的角度来看，这些问题的解决依赖于一套完整的关于“国家所有”的宪法教义学知识体系，这套知识体系必须回答或回应如下理论和实践难题。

宪法第10条第1款“城市的土地属于国家所有”中的“国家所有”是不是一种私法意义上的财产所有权，抑或只是主权以及藉由主权而衍生的行政管理权？学界对于这个问题有着完全不同的看法，而这些不同看法会产生完全不同的法律后果。采用前一种解释方案，国家是可以通过出租等方式有偿出让相关土地权利，进而获得相应收益的。国土资源部的《国土资源公报》和财政部的《财政收支情况》显示，2010-2014年全国土地出让合同总价款分别为3.34万亿、2.71万亿、3.15万亿、2.69万亿和4.20万亿，同期全国的税收收入分别为7.32万亿、8.97万亿、10.06万亿、11.04万亿、11.92万亿，[1]国有土地有偿出让收入相当于国家税收收入的37%、35%、27%、38%、35%。而采用后一种解释方案，国家就只能对城市的土地进行征税或行政收费，不能作为土地所有权人获得相关土地收益。如此一来，目前的国有土地有偿出让行为，就不仅是一个经济问题，而且还将成为有违宪嫌疑的重大宪法问题。

* 苏州大学王健法学院副教授。

本文受到了国家社科基金项目“提高农民在征地过程中土地增值收益分配比例立法研究”（13AFX006）、“中国地权制度的变革与反思”（14FFX010）以及教育部特别委托项目“澳门土地批给制度问题研究”（JBF201407）资助。感谢韩大元、胡锦光、焦洪昌、王磊、张翔、李忠夏、夏正林、王克稳、王旭、朱虎、巩固、王锴等师友在本文写作和修改过程中提出的宝贵意见。

[1] 2010、2011、2012、2013、2014年《国土资源公报》可以登录国土资源部官方网站获取：2010、2011、2012、2013、2014年的全国年度收支情况报告可以登录财政部官方网站获取。

宪法第9条第1款“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有”中的“国家所有”存在同样的问题。如果这里的“国家所有”是私法意义上的财产所有权，那么除法律规定属于集体所有的森林、山岭、草原、荒地和滩涂外，其他矿藏、水流、森林等自然资源是否概无例外地属于国家所有呢？比如黄河、长江、雅鲁藏布江等水流，大兴安岭地区的森林，西藏、青海等地尚未开垦的荒地等等。如果答案是肯定的，那么黄河改道、森林大火以及草原、山岭中的野生动植物给周边居民带来的财产损害，国家作为所有权人是否要给予民事赔偿？[1]

有些自然资源虽然自古以来就存在于我国境内，但因为深埋地下不曾被人类发现（比如乌木），或者因为科技水平有限一时不能被大规模开发利用（比如天然气、页岩气）。当这些资源被人类发现或者因为科技进步可以被人类大规模开发利用后，国家可否依据宪法第9条第1款的规定，径直将这些自然资源宣布为国家所有？很多地方人大或政府认为答案是肯定的，如宣布出土乌木为国家所有，[2]或认为“能为人类活动所利用的风力风能、太阳能、降水和大气成分等构成气候环境的自然资源”为国家所有。[3]然而，上述做法却引发了激烈的争论。如有观点认为，乌木、狗头金、太阳能、风能属于无主物，归拾得人所有或归公民自由开发利用；另有观点认为，上述争议对象应归类为我国宪法所规定的“矿产资源”，属于国家所有；还有观点认为，关键看争议对象是否有经济、考古或其他重要价值，有则属于国家财产，没有则可以归还给发现者或利用者。[4]

土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源国家所有权的权利体系是怎样的？由谁代表，又由谁来行使？全国人大及其常委会在自然资源国家所有权的权利体系中具有什么样的身份，地方政府又具有什么样的身份，国务院是不是自然资源国家所有权惟一适格的行使者？这些问题的答案并不清晰。虽然目前的实践是由国土资源、林业、草原和水利等行政管理部门在具体行使自然资源国家所有权，但这种做法并不合法，因为土地管理法、草原法、水法并没有明确赋予这些机构以这项权利。森林法第3条第2款虽然规定“国务院可以授权国务院林业主管部门，对国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地登记造册，发放证书，并通知有关地方人民政府”，但这也不是授权林业主管部门行使国家所有权，而是授予其行政登记权。也正因为如此，十八届三中全会才提出要“健全自然资源资产产权制度”。然而如何落实这个改革目标，依然需要深入研究。

依照笔者的浅见，要解决上述难题，首先需要对我国宪法第9条第1款和第10条第1、2款的规范性质和规范含义进行研究，还要对“国家所有”这一术语本身的含义加以分析。笔者已在之前的文章中初步完成了前一任务，[5]本文主要解决后一问题。为此，本文将首先梳理和分析当下学术界关于“国家所有”的研究，然后提出笔者关于中国宪法上“国家所有”这一术语规范含义的解释方案，并以此为基础讨论国家所有权的具体权利行使规则。

在谈到对国家所有权的研究方法时，有学者认为，“恐怕先得确定大家是采取立法论还是运用解释论，是哲学思考还是法律的解释与适用。如果是立法论或者哲学思考，则论者

[1] 比如，2006年被河涌洪水淹亡的山东德州5岁男孩宁向瑞家属就曾向广州市海珠区人民法院提起诉讼，状告广州市海珠区河涌管理所，要求后者与上海市基础工程公司一道赔偿40余万元；2013年夏天，24岁的安徽小伙张建在河边洗头溺亡后，其家属也向合肥市庐阳区法院提起诉讼，要求合肥市滁河干渠管理分局赔偿53万余元。参见王洪伟、张爱荣：《男孩被河道洪水淹死家属索赔》，《广州日报》2006年6月1日A3版；李进：《河边洗头24岁小伙再没回来》，《安徽商报》2013年12月23日第11版。

[2] 据《中国国土资源报》的不完全统计，自2012年2月到2013年5月，因为乌木出土导致权属争议事件在四川发生了8件，安徽发生了1件。其中最著名的事件，是四川省彭州市通济镇麻柳村村民吴高亮在家门口承包地的河道边发现价值数百万的乌木，随后就被镇政府收走了。另外，2014年，也有重庆潼南8位村民卖乌木所得的19.6万元被判充公事件发生。各地政府收走乌木的理由都是“乌木属于国家所有”。相关报道参见李响：《乌木之争何时休？》，《中国国土资源报》2013年5月25日第3版；刘建国：《乌木之争背后的情法冲突》，《中国青年报》2014年10月31日第2版。

[3] 《黑龙江省气候资源探测与保护条例》（黑龙江省十一届人大常委会第33次会议于2012年6月14日通过）第2、7条。

[4] 相关观点争论可以参见何兵：《“狗头金”之争，精美的石头不是矿》，《法律与生活》2015年第5期，第28页；支振锋：《狗头金系无主物 法律应尊重先占者》，《民主与法制时报》2015年2月12日第3版；李忠夏：《“国家所有”的宪法规范分析——以“国有财产”和“自然资源国家所有”的类型分析为例》，《交大法学》2015年第2期，第21页。

[5] 参见程雪阳：《论“城市的土地属于国家所有”的宪法解释》，《法制与社会发展》，第171-178页。

可以自由驰骋，甚至开宗立派；如果采取解释论，就必须受现行法的拘束，‘自由裁量’的余地极为有限。”[1]笔者赞同这种分类方法，并遵循解释论的研究路径来处理“国家所有”这个问题。

二、现有的解释方案及其问题

针对宪法上的“国家所有权”，国内学术界目前主要有以下五种解释方案。

第一种解释方案可以称为“物权说”。这种解释方案认为，虽然国家既是政治权力的代表者（主权代表者），又是财产所有权人，但国家主权（行政权）与国家所有权是两种性质不同的事物。因此，要将国家的立法、行政活动与国家行使财产权的行为严格区分开来。国家所有权虽然特殊，但要要限定在民法关于所有权内容的一般规定之内，不能由行政机关随意创设和扩大。[2]

物权说的本质是将国家“拟人化”，即将国家看作一个拥有独立意志、独立财产并可独立承担民事责任的法人，然后将其拥有的所有权解释为一种物权。藉此，国家所有权获得了与个人所有权、集体所有权在权能、效力上完全相同的法律地位。这种借鉴自德国潘德克顿法学派的主张，[3]在理论上符合了法律解释学关于“不同规范中的同一术语应当具有相同含义”的要求，让貌似怪异的国家所有权回归到现有的民法理论和民法权利体系之中；在实践上则适应了中国 1990 年代以后的经济体制改革要求，对国企改革（国家所有权与企业财产权、企业经营自主权的分离）以及专门性国有资产管理机构的设立产生了重要影响。

物权说也存在一些缺点。一方面，其没有很好地揭示国家所有权作为民法所有权的特殊性，比如所有权通常是为所有权人私利服务的，那么国家所有权是为国家以及代表国家的政府私利服务的吗？[4]另一方面，也没有对这种解释方案所产生的问题给予系统回应。以自然资源国家所有权为例，“空气在循环，水在流动，森林在生长和死亡，野生动物在迁徙，它们如何‘特定’为所有权的客体？”[5]居民从黄河里取水饮用是否构成对“水流”国家所有权的侵犯，雅鲁藏布江流到印度是不是国有资产流失？答案并不清楚。

第二种解释方案可以称为“公权力说”。这种解释方案通常认为，国家所有权不是一种纯民法意义上的所有权，其性质更接近于行政权力、公共权力或者国家权力。主要理由是“国家所有”及其等同物“全民所有”，无法依据民法关于所有权的定义来行使。比如，全体人民只是名义上的所有者，不是也不可能成为任何意义上的行为主体，而且其还不能另行选择代理人，其利益的享有也不能通过任何民事方式实现。[6]

公权力说之前并非居于主流地位，但近几年获得了越来越多的支持。通过对“天价乌木案”以及“黑龙江省宣布将风能、太阳能等气候资源属于国家所有”等事件的分析和反思，有论者称，“物权说”不仅无法解决国家所有权的“‘全民国家’的抽象性”、“自然资源的不确定性”、“自然资源国家所有权内容的公权性”等七个与传统所有权相违背的问题，而且将国家所有权认定为一项基本权利，还会出现“国家防御国家之权”的悖论。因此，宪法上的自然资源国家所有权不是民法上的“物权”，而是一种宪法上的公权，是宪法对“全民”之于一国

[1] 崔建远：《自然资源国家所有权的定位及完善》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 66 页。

[2] 参见王利明：《国家所有权的法律特征研究》，《法律科学》1990 年第 6 期，第 35 页。

[3] 正是在潘德克顿法学派的努力下，特别是在萨维尼和阿尔布雷希特等人的引导下，19 世纪民法中发展出来的“法人”思想才被运用到国家身上。在萨维尼看来，国家作为拟制的人，即“法人”是可以存在的，但是萨维尼认为“国家作为法人”只与私法有关系，而且只与私法中的财产有关系。然而以阿尔布雷希特为代表的德国国家法学认为，国家作为“法人”在公法上也同样适用。不过，并不是所有的人都同意将国家拟人化处理。当时著名民法学家基尔克，就以其社团国家思想为基础，提出国家应该是“现实的人格联合体”而非“拟制的人”。著名的行政法学家奥拓·迈耶也讥讽说，“德国教授们没有得到半点津贴补助就授予国家法人的称号。”参见【德】米歇尔·施托莱斯：《德国公法史“国家法学说和行政法”（1800-1914）》，雷勇译，法律出版社 2007 年版，第 104 页以下，第 493 页以下，第 560 页。

[4] 有学者藉此批评这种方案，认为其是“国家所有权与个人所有权无实质差别的同一论”。参见王军：《国企改革与国家所有权神话》，《中外法学》2005 年第 3 期，第 363 页，第 368 页。

[5] 吕忠梅：《物权立法的“绿色”理性选择》，《法学》2004 年第 12 期，第 92 页。

[6] 陈旭琴：《论国家所有权的法律性质》，《浙江大学学报（人文社科版）》2001 年第 2 期，第 99 页。

主权范围内的“自然资源整体”按照“全民意志”（体现为国家立法）进行“干预”之权的确认，其实质是国家积极干预资源利用的立法权及管理权。[1]

公权力说的优点在于，它指出了国家所有权与一般民法所有权的不同之处，提醒人们在“国家所有权”这个问题上，不能完全照搬民法的一般理论进行理解，但缺点也极为明显。

首先，它夸大了国家所有权的特殊性。依照这种解释方案，国家所有权是一个“怪物”，是“前苏联东欧国家教条式运用马克思理论的产物”，因为其“不仅异化了所有权概念本身，而且还导致国家所有权暨国有财产只能错位和越位，同时还腐蚀了私人所有权及其市民社会，最终危及一国宪政进程。”[2]公权力说的支持者们提出，不应当将“国家所有权”规定到物权法中。现在规定进去了，那也只能从“中国物权法的任务从来没有被认为是仅仅保护私人所有权及其他物权”的现实国情来理解，只不过说明了民法中更多地注入了公法的因素，并不能表明此种所有权即当然具有私权的性质。[3]

其次，它会给宪法解释的一致性带来挑战。如果将宪法上的“国家所有权”看作是一项公权力，那如何解释宪法第 9 条第 1 款后半句“由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外”的规定，以及宪法第 10 条第 2 款“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有”的规定呢？如果把上述“集体所有”也理解为公权力或者公法上的管理义务，显然是不合适的；但如果不这样做，就会出现同一条款中的同一术语（即“所有”）拥有完全不同规范内涵的后果。在同一个法秩序和法学知识体系之内，这种情形显然应当尽量避免出现。

再次，将国家所有权理解为一种公权力，会让人们混淆国家行政管理权与国家所有权之间的区别。“国家对全民所有自然资源资产行使所有权并进行管理和国家对国土范围内自然资源行使监管权是不同的，前者是所有权人意义上的权利，后者是管理者意义上的权力。这就需要完善自然资源监管体制，统一行使所有国土空间用途管制职责，使国有自然资源资产所有权人和国家自然资源管理者相互独立、相互配合、相互监督。”[4]为此，十八届三中全会专门提出，自然资源产权制度和监管体制的改革要遵循两大原则，其一要遵循“自然资源产权所有者与自然资源监管者分离”的原则，进一步推进政企分开改革；其二要按照“一件事由一个部门管理”的原则，建立统一行使自然资源监管权的机构。[5]

第三种解释方案可以称为“所有制说”。这种解释方案认为，“国家所有”规定在我国宪法第一章“总纲”部分中，因此是一项经济制度而不是一项权利。比如最近有学者提出，“中国宪法中包含的大量社会经济条款，与资本主义国家宪法在魏玛宪法以后为克服社会矛盾而发展出来的社会经济条款，以及所谓的宪法上的第二代权利，在性质上是完全不同的。中国宪法第 9 条的目的是宣示和确认自然资源领域的社会主义公有制原则。这一原则主要是一个政治性的价值判断，并不具有严格的规范性意义。”[6]还有学者认为，自苏俄宪法和魏玛宪法以来，社会主义宪法与资本主义宪法不约而同地规定了“公有”制度，或称“国有”制度。这类规定显然不是要强调国家可以拥有财产或者成为财产所有人，而是要对“作为生产资料或生存条件的‘财产’，或对国计民生有重大影响的经济力量”建立一种国家所有制。我们可以称之为“国家财产制”。[7]沿着这一路径，有学者进一步提出，“宪法第 10 条第 1 款和第 2 款规定的土地属于国家或集体所有，与民法意义上的所有权不同，前者包含了生产资料所有制的内涵。在所有制层面上，国家所有与集体所有不是平等的法律关系，而是整体与部分的政治关系。国家与集体作为两个政治主体本身就是不平等的。通过土地征收将集体所有的土地变为国家所有的土地，本质上体现的是公有制两种形式间的关系，其合理性源自社会主义公有制为主体的宪法规定”。[8]

所有制说让人们看到了国家所有的高度复杂性，但由此得出结论说，宪法第 9 条和第 10 条规定的国家所有“仅仅是一个政治判断，不具有规范性意义”，不应该被接受。因为这

[1] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 26 页。

[2] 李昌庚：《国家所有权理论拷辨》，《政治与法律》2011 年第 12 期，第 99-101 页。

[3] 参见尹田：《物权主体论纲》，《现代法学》2006 年第 2 期，第 5-6 页。

[4] 习近平：《关于<中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定>的说明》（2013 年 11 月 15 日）。

[5] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，2013 年 11 月 15 日。

[6] 薛军：《自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 72 页。

[7] 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 38 页。

[8] 桂华、贺雪峰：《宅基地管理与物权法的适用限度》，《法学研究》2014 年第 4 期，第 39 页。

两个条款是规定在宪法正文而非序言中，应当是有规范效力的法律规范，而不是对某种事实的陈述。另外，基于“国家所有”和“集体所有”是一项经济制度，所以认为其不可能同时是一项权利的观点，不宜支持。宪法上的任何权利都可以同时是一项制度，两者不是非此即彼的关系。

第四种解释方案可以称为“制度性保障+立法形成”说。它虽然认为我国现行宪法上所规定的“国家所有”是一项制度，但并不认为这项制度必然是生产资料所有制，而认为其有待于立法进一步形成。这种方案代表了近几年来法学界对国家所有权问题研究的一个新路向。在之前的研究中，学者们虽然对于国家所有权的含义和法律定位有所争议，但都确信自己关于国家所有权的研究和分析是适用于所有法律领域的，无论是宪法、民法还是行政法、环境法，都不例外。但这种解释方案转换了视角，认为“国家所有权”虽然是一个法律术语，但其在宪法和民法上的含义却并不完全等同。前者属于类似于德国法上的“制度性保障”，后者才是作为“物权”而存在的民法所有权。如果要把这种“制度性保障”加以落实，那就必须制定法律来对宪法规定进行具体化。不过，对于“如何具体化宪法上的国家所有”这个问题，持有这种解释方案的学者存在不同的看法。

张翔认为，宪法第 9 条可以被视为是基本权利条款，但这并不意味着国家所有权在法律层面应当具有与普通私人财产权同样的内涵，也不意味着必须将国家对自然资源的所有与私人所有权作同样的法规范建构。其认为，在国家所有权的具体内容确定方面，立法者有着极大的形成自由，因为财产权有一个不同于其他基本权利的特点，即有待于立法形成。[1]林来梵支持张翔有关宪法上的国家所有权有待立法形成的论断，但认为应当将宪法第 9-13 条所规定的国家所有权理解为“一种制度性保障下的所有权”。[2] 在关于水资源国家所有权的研究中，彭诚信和单平基认同宪法上国家所有权的功能主要在于“为全民所有提供法权性规定和制度性保障”，但反对将宪法上的国家所有权界定为“基本权利”或者普通物权。在他们看来，宪法上（水资源）的国家所有权是主权意义上的，意在通过宪法规范赋予全民所有之水资源以保护，并不涉及水资源的具体支配利用。不过，一旦宪法上的国家所有权转化为民法上的国家所有权，后者就具有了民法上的物权属性。[3]

这种解释方案的优点很明显，揭示了国家所有权在宪法与民法不同层面上的复杂关系，丰富和深化了我们对国家所有权在不同位阶和法律规范领域多样性的认识。但问题在于，当有关论者用“制度性保障”来界定中国宪法上的“国家所有”并要求对其进行“立法形成”时，他们又回到了“物权说/公权说”的争论当中去了。也就是说，仅仅强调宪法上的国家所有权是需要立法形成的“制度性保障”，对于解决理论和现实争议来说远远不够，我们还必须回答如何恰当地对这种制度性保障进行具体化和立法形成等诸多问题。

第五种解释方案可以称为“名义所有权说”。这种解释方案主要是针对宪法第 10 条第 1 款“城市的土地属于国家所有”提出的。持有这种解释方案的学者认为，宪法第 10 条规定的“国家所有”应当被理解为“只能是一种名义所有权，而不可能是包含使用权和管理权的实质所有权”，任何单位或个人的私有土地的使用权并没有被无偿剥夺。如何理解这种“私有土地的使用权”？张千帆强调，“在实际效果上，这种使用权和所有权几乎没有差异，并应该作为宪法上的财产权受到政府的尊重与保护。”[4]

这种解释方案有利于保护八二宪法颁布之前依然拥有私有土地的公民的权利，认为后者除了被剥夺“名义上的土地所有权”外，并没有丧失任何其他土地权利（特别是私有土地的使用权）。但缺陷在于：其一，“名义土地所有权”在英国法上较为清晰且已被民众接受，但在我国法秩序内则是一个模糊的、难以界定和安放的概念。与德国、法国相同，“所有权”这一术语在中国法学理论和法律秩序中，是跟绝对的占有和支配联系在一起的，所以物权法上才有“一物一权”、“一物不能有二主”等原则。而在英国，尽管领土范围内的土地名义上都属于国王所有，但漫长的历史演变之后，特别是随着封建制度的瓦解，国王的土地所

[1] 张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 62 页。

[2] 林来梵：《宪法规定的所有权需要制度性保障》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 64 页。

[3] 彭诚信和单平基的这种观点与他们对宪法的理解有关。他们认为，宪法规范只能间接影响私法或公法规范的制定及解释，私人之间的法律关系却不能直接由宪法规范调整，内化于宪法规范之中的法律价值需要付诸具体部门法践行。参见彭诚信、单平基：《水资源国家所有权理论之证成》，《清华法学》2010 年第 6 期，第 110-111 页。

[4] 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 190 页。

有权被逐步虚化，而各种各样的土地保有权和地产权通过信托等制度则不断实体化，由此导致“基于物的所有权而派生出来的使用权和收益权是由诸多人共同分享的，将所有权归于任何人都是不合适”的结果。[1]其二，如果国家对于城市土地仅仅拥有“名义上的所有权”，那么国家对于新增国有土地（比如通过征收集体土地而形成的国有土地）享有“名义上的所有权”还是“实质上的所有权”？另外，如果宪法第 10 条第 1 款规定的“国家所有权”是一种“名义上的所有权”，那么宪法第 9 条第 1 款规定的“自然资源国家所有”是“名义上的所有权”还是“实质上的所有权”？若是前者，这些自然资源的实质所有权以及其他权利（比如使用权和收益权）的归属又如何确定？答案也并不清楚。

三、本文的解释方案

综上可以看出，上述解释方案尽管各有优势，但对于合理解释我国现行宪法上“国家所有”的规范含义来说，都还存在这样或那样的问题，因此需要找到一种更加完善的解释方案。这种解释方案不仅要解决我国现行宪法第 10 条第 1 款规定的土地国家所有，而且要解决第 9 条第 1 款规定的自然资源国家所有；不仅要关注宪法上相关条款的规范性质，而且必须厘清“国家所有”这一术语本身的含义；不仅要处理宪法上的“国家所有”，而且必须交代宪法与民法以及其他部门法在“国家所有”问题上的功能异同。最终，这种解释方案需要在“国家所有”问题上形成以宪法为统领的、统一和谐的知识体系和规则体系，而不能是仅仅针对宪法某个条款破碎的、割裂的分析结论。

为了实现上述目标，本文尝试提出如下解释方案：（1）现行宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款所规定的“国家所有”，不仅是一项经济制度，而且是一项民法意义上的所有权，即国家所有权。这种所有权与个人所有权、集体所有权等其他所有权在权利属性和权能构造上是一致的，在法律地位上是平等的，并没有突破大陆法系数百年来形成的关于所有权的理论，也不存在宪法上的国家所有权与民法上的国家所有权在法律地位、权利外观和权能构造上的差异。（2）但基于宪法第 9 条第 1 款关于“国家所有，即全民所有”的规定，国家所有权必须服从于“服务全民，为全民所共享”这一“制度性保障”的要求。这意味着我国法秩序中的国家所有权在功能上确实具有很强的特殊性和异质性，即，作为制度性保障的“全民所有”要求国家所有权为“公民自由和自主发展提供物质和组织保障”，同时国家所有权只是一项宪法权利，而不是宪法上的基本权利。（3）要实现宪法赋予国家所有权的特殊功能，仅仅依靠宪法是不够的，还需要通过具体的法律（比如物权法、自然资源法、土地法、国有资产法等）对国家所有权的种类、范围、行使方式、用途与收益加以立法形成，从而建立一套完整的关于国家所有权的法秩序。不过，在对宪法上国家所有权进行具体化和立法形成时，立法者要保持审慎的美德，不能违背基本的自然规律、基本的立法原则以及建立国家所有权的基本目的。（4）现行宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款关于“国家所有”规定的规范性质是授权性规范，其授权国家可以通过立法将特定自然资源设定为国家所有。但如果没有具体的法律将宪法上的自然资源国家所有权予以具体化，则该项自然资源属于没有进入物权法/财产法秩序（因而也就没有形成所有权）的社会共有物。对于这种共有物，国家可以基于主权以及由主权衍生的行政管理权来设定保护、开发和利用规则，但不能作为所有权人获得相关财产性收益。具体论证，分述如下。

（一）“国家所有”是一种所有权

“国家所有”在我国现行宪法中确实是规定在“总纲”部分，而不是“公民的基本权利和义务”中的。但即便是依照这种文本结构来进行理解和解释，也不能得出“现行宪法第 9 条和第 10 条所规定的国家所有仅仅是一项经济制度”的结论。

首先，在我国宪法中居于指导地位的“马克思列宁主义”也认为国家所有是一种所有权，而不仅仅是一种经济上的所有制。从马克思和列宁关于国家所有的论述中，我们可以了解到，虽然他们曾对所有权理论和所有权制度发起过猛烈攻击，但他们攻击的对象仅仅是“私人所有权”，而非“所有权”理论和制度本身。他们并不像法国思想家蒲鲁东那样，不但要否认“国家作为法人”的可能性和必要性，而且要取消大陆法系数百年发展出来的“所有权”理

[1] F. H. Lawson &Bernard Rudden, *The Law of Property*, Oxford University Press, 1998, p.116.

它们全然未曾发现。这是不是针对宪法自然资源国家所有条款的一切解释理论之宿命不得而知。而本文所提出的制度性保障功能说是否同样难以逃脱此等宿命，唯能留待读者诸君来判断。

二、制度性保障的原初意涵与当代借鉴

对于德国宪法学上的制度性保障（institutionelle Garantie）学说，我国宪法学界并不陌生，林来梵教授很早就在其著作中引介过。[1]至于宪法自然资源国家所有条款，林教授亦主张作制度性保障解释，只是未展开论述而已。[2]本文旨在对此观点进行系统的分析与论证。

制度性保障学说诞生于德国魏玛宪法时期。尽管在德国、日本及我国台湾与大陆它依然是一种有关宪法权利的重要解释理论，但诚如许宗力教授所言，制度性保障学说往往与其他解释理论存在相当程度的“重叠”，其“内涵有待澄清”。[3]为了更好地把握和运用这一外来理论话语，厘清其原初意涵是必不可少的。

（一）原初意涵

1.自由与制度的区分：制度性保障学说的理论前提

制度性保障学说最早由德国魏玛时代的法学家沃尔夫（Martin Wolff）提出来的，后由施米特（Carl Schmitt）加以体系化并发扬光大。作为一种有关宪法权利保障方式的新创学说，其理论前提是基本权利的区分，即把基本权利分为绝对和相对两个类型，绝对基本权利的保障不适用制度性保障模式，将绝对基本权利与宪法规范所提供的制度性保障的基本权利区分开来，此乃施米特当初提倡制度性保障理论的重要动机，其目的在于强调某些基本权利先于国家的绝对性。

所谓绝对基本权利，是指那些先于国家或凌驾于国家之上的原初性的自由权，它包括良心自由、人身自由（尤其是免予任意逮捕的自由）、住宅不受侵犯、通信秘密和私有财产权等。在绝对基本权利与国家的关系问题上，施米特认为：“国家并非依照其法律来授予这些权利，而是将这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护；国家只能在一个原则上可预测的范围内、并按规定程序侵犯这些权利”，“（对绝对基本权利）任何法律干预都属于例外情况，而且属于原则上受限制的、可预测的、受一般规定制约的例外情况。国民法治国的基本分配原则要求将个人自由当作基本前提，而国家的限制必须作为例外情况而发生。”[4]因而，作为一种本质上是与国家相对峙的权利，绝对基本权利对国家本身具有天然的防御性，时刻防御着来自国家公权力的任何干涉。易言之，面对绝对基本权利，国家处于消极地位，任何的干涉都属于例外状况。

然而，并非所有由宪法予以保障的基本权利，都具有像人身自由、私有财产那样的优越地位。有些规定基本权利的宪法规范仅仅只为这种权利提供一种针对普通立法的保护机制，是故，这些基本权利具有相对性，属于原则上受限制的权利。宪法对它们的保护属于形构制度的制度性保障，国家的立法或已有的制度除非侵犯到此等基本权利的核心内容，否则，并不构成违宪。由此可知，与绝对基本权利的保障相比，制度性保障算是次一级的保障。

从以上分析可知，绝对基本权利保护的是先于国家和宪法的自由，而受制度性保障的相对基本权利注重的是依据宪法的制度建构。区分自由与制度，在此基础上区别对待各个

[1] 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社 2001 年版，第 160-161、194-196 页。
[2] 参见林来梵：《宪法规定的所有权需要制度性保障》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 63-64 页。
[3] 许宗力：《宪法与法治国行政》，元照出版有限公司 1999 年版，第 21-25 页。
[4] 【德】卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 175、177 页。

不同的基本权利，并建构其严格程度有别即宪法审查密度不同的保障模式，此乃制度性保障学说的理论前提。

2.承载制度性保障功能的宪法权利条款

那么，问题来了，到底哪些宪法规范承载着制度性保障功能呢？或者说，什么样的相对基本权利适用于制度性保障模式呢？对此，施米特在其研究魏玛宪法的著作中有很明确的例举说明。

首先，魏玛宪法有关公务员法的规定属于真正的制度性保障实例。魏玛宪法第 129 条规定“公务员既得之权利，不得侵害。关于金钱上之权利，得向法院起诉。惟依法律规定及程式，始得将公务员暂行免职、停职或退职，或降任于薪俸较低之他职”，第 130 条规定“公务员为全国之公仆，非一党一派之佣役”。对于此等宪法规定，施米特认为它们提供了维持一支职业公务员队伍的保障机制。在施米特看来，有了此等宪法规定，那即便议会那种具有分赃和扈从性质的活动造成了国家解体的后果，公务员也不受任何影响。施米特指出，此等规定不但保障了公务员的财产请求权，而且还保障了公务员对官衔以及对符合法律和性质规定的活动的请求权，而“所有这一切并非服务于公务员的私人利益，而是有利于建立一支职业公务员队伍。在这种情况下，一项从原则上取缔了职业公务员阶层的法律就与一项废除了地方自治权、家庭或继承权的法律一样是违宪的。”[1]也就是说，在施米特看来，魏玛宪法此条之规定意在保障公务员阶层作为一项制度而存在。

其次，魏玛宪法第 105 条规定“不得设置特别法庭。无论何人，不得剥夺其受法定法官裁判之权利”；第 119 条规定“婚姻为家庭生活及民族生存增长之基础，受宪法之特别保护，并以男女两性平权为本”；第 127 条规定“乡镇及乡镇联合体，在法律规定内，有行政自主权”；第 142 条规定“艺术、科学及其学理为自由，国家应予以保护及培植”；第 154 条规定“继承权应依照民法之规定受保障。国家对于继承财产所应征收之部分，以法律定之”。施米特认为，这些宪法规定所承载的并不是真正的基本权利，而只是一种制度性保障。他说：“在国家内部，不可能存在自然**团体**或有组织的**团体**的基本权利；这种所谓的基本权利其实是一种制度保障。家庭本身没有真正意义上的基本权利，同样，家庭成员本身也没有真正意义上的基本权利。家庭只能作为一种制度而受到宪法律的保护。乡镇和乡镇联合体也同样如此。这种建制可以被赋予主体权利的性质，主体权利可以受到宪法律的保障……不过，就连这类主体权利也只是宪法律权利，而不是与国民法治国的基本分配原则相符的真正的基本权利。所有这些制度安排都存在于国家**之内**，而非存在于国家之前或国家之上。”[2]施米特一方面提示注意此等宪法权利的相对性，另一方面又强调它们也是受到宪法保障的，其存在不容侵犯。

3.制度性保障的核心要义及其历史根源

旨在建立国民法治国的魏玛宪法，为何要载入上述规范条款，它们所承载的核心要义如何，其历史根源在哪里？对此问题施米特有他独到的分析，他说：“这些宪法律保障有其具体的历史根源：人们因为特定的经验而担心会发生某些特定的危险。这些保障仅仅间接地服务于基本权利的原则，其本身并非‘基本权利’。它们提供了一种特殊的保护机制来防止立法权的滥用，提供了一种特殊的保障手段来确保权力的区分，维护法治国的法律概念。它们禁止立法者采取主权行为，也就是说，立法者不得打破现行法秩序。”[3]不难看出，作为一种解析宪法规范条款的理论工具，制度性保障学说的核心要义在于维护现行的法秩序，防范立法者废除或取消宪法规范所承载的基本权利的核心内涵。

[1] 【德】卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 183-184 页。
[2] 【德】卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 184 页。
[3] 【德】卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 191 页。

两个条款是规定在宪法正文而非序言中，应当是有规范效力的法律规范，而不是对某种事实的陈述。另外，基于“国家所有”和“集体所有”是一项经济制度，所以认为其不可能同时是一项权利的观点，不宜支持。宪法上的任何权利都可以同时是一项制度，两者不是非此即彼的关系。

第四种解释方案可以称为“制度性保障+立法形成”说。它虽然认为我国现行宪法上所规定的“国家所有”是一项制度，但并不认为这项制度必然是生产资料所有制，而认为其有待于立法进一步形成。这种方案代表了近几年来法学界对国家所有权问题研究的一个新路向。在之前的研究中，学者们虽然对于国家所有权的含义和法律定位有所争议，但都确信自己关于国家所有权的研究和分析是适用于所有法律领域的，无论是宪法、民法还是行政法、环境法，都不例外。但这种解释方案转换了视角，认为“国家所有权”虽然是一个法律术语，但其在宪法和民法上的含义却并不完全等同。前者属于类似于德国法上的“制度性保障”，后者才是作为“物权”而存在的民法所有权。如果要把这种“制度性保障”加以落实，那就必须制定法律来对宪法规定进行具体化。不过，对于“如何具体化宪法上的国家所有”这个问题，持有这种解释方案的学者存在不同的看法。

张翔认为，宪法第 9 条可以被视为是基本权利条款，但这并不意味着国家所有权在法律层面应当具有与普通私人财产权同样的内涵，也不意味着必须将国家对自然资源的所有与私人所有权作同样的法规范建构。其认为，在国家所有权的具体内容确定方面，立法者有着极大的形成自由，因为财产权有一个不同于其他基本权利的特点，即有待于立法形成。[1]林来梵支持张翔有关宪法上的国家所有权有待立法形成的论断，但认为应当将宪法第 9-13 条所规定的国家所有权理解为“一种制度性保障下的所有权”。[2] 在关于水资源国家所有权的研究中，彭诚信和单平基认同宪法上国家所有权的功能主要在于“为全民所有提供法权性规定和制度性保障”，但反对将宪法上的国家所有权界定为“基本权利”或者普通物权。在他们看来，宪法上（水资源）的国家所有权是主权意义上的，意在通过宪法规范赋予全民所有之水资源以保护，并不涉及水资源的具体支配利用。不过，一旦宪法上的国家所有权转化为民法上的国家所有权，后者就具有了民法上的物权属性。[3]

这种解释方案的优点很明显，揭示了国家所有权在宪法与民法不同层面上的复杂关系，丰富和深化了我们对国家所有权在不同位阶和法律规范领域多样性的认识。但问题在于，当有关论者用“制度性保障”来界定中国宪法上的“国家所有”并要求对其进行“立法形成”时，他们又回到了“物权说/公权说”的争论当中去了。也就是说，仅仅强调宪法上的国家所有权是需要立法形成的“制度性保障”，对于解决理论和现实争议来说远远不够，我们还必须回答如何恰当地对这种制度性保障进行具体化和立法形成等诸多问题。

第五种解释方案可以称为“名义所有权说”。这种解释方案主要是针对宪法第 10 条第 1 款“城市的土地属于国家所有”提出的。持有这种解释方案的学者认为，宪法第 10 条规定的“国家所有”应当被理解为“只能是一种名义所有权，而不可能是包含使用权和管理权的实质所有权”，任何单位或个人的私有土地的使用权并没有被无偿剥夺。如何理解这种“私有土地的使用权”？张千帆强调，“在实际效果上，这种使用权和所有权几乎没有差异，并应该作为宪法上的财产权受到政府的尊重与保护。”[4]

这种解释方案有利于保护八二宪法颁布之前依然拥有私有土地的公民的权利，认为后者除了被剥夺“名义上的土地所有权”外，并没有丧失任何其他土地权利（特别是私有土地的使用权）。但缺陷在于：其一，“名义土地所有权”在英国法上较为清晰且已被民众接受，但在我国法秩序内则是一个模糊的、难以界定和安放的概念。与德国、法国相同，“所有权”这一术语在中国法学理论和法律秩序中，是跟绝对的占有和支配联系在一起的，所以物权法上才有“一物一权”、“一物不能有二主”等原则。而在英国，尽管领土范围内的土地名义上都属于国王所有，但漫长的历史演变之后，特别是随着封建制度的瓦解，国王的土地所

[1] 张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 62 页。

[2] 林来梵：《宪法规定的所有权需要制度性保障》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 64 页。

[3] 彭诚信和单平基的这种观点与他们对宪法的理解有关。他们认为，宪法规范只能间接影响私法或公法规范的制定及解释，私人之间的法律关系却不能直接由宪法规范调整，内化于宪法规范之中的法律价值需要付诸具体部门法践行。参见彭诚信、单平基：《水资源国家所有权理论之证成》，《清华法学》2010 年第 6 期，第 110-111 页。

[4] 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 190 页。

有权被逐步虚化，而各种各样的土地保有权和地产权通过信托等制度则不断实体化，由此导致“基于物的所有权而派生出来的使用权和收益权是由诸多人共同分享的，将所有权归于任何人都是不合适”的结果。[1]其二，如果国家对于城市土地仅仅拥有“名义上的所有权”，那么国家对于新增国有土地（比如通过征收集体土地而形成的国有土地）享有“名义上的所有权”还是“实质上的所有权”？另外，如果宪法第 10 条第 1 款规定的“国家所有权”是一种“名义上的所有权”，那么宪法第 9 条第 1 款规定的“自然资源国家所有”是“名义上的所有权”还是“实质上的所有权”？若是前者，这些自然资源的实质所有权以及其他权利（比如使用权和收益权）的归属又如何确定？答案也并不清楚。

三、本文的解释方案

综上可以看出，上述解释方案尽管各有优势，但对于合理解释我国现行宪法上“国家所有”的规范含义来说，都还存在这样或那样的问题，因此需要找到一种更加完善的解释方案。这种解释方案不仅要解决我国现行宪法第 10 条第 1 款规定的土地国家所有，而且要解决第 9 条第 1 款规定的自然资源国家所有；不仅要关注宪法上相关条款的规范性质，而且必须厘清“国家所有”这一术语本身的含义；不仅要处理宪法上的“国家所有”，而且必须交代宪法与民法以及其他部门法在“国家所有”问题上的功能异同。最终，这种解释方案需要在“国家所有”问题上形成以宪法为统领的、统一和谐的知识体系和规则体系，而不能是仅仅针对宪法某个条款破碎的、割裂的分析结论。

为了实现上述目标，本文尝试提出如下解释方案：（1）现行宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款所规定的“国家所有”，不仅是一项经济制度，而且是一项民法意义上的所有权，即国家所有权。这种所有权与个人所有权、集体所有权等其他所有权在权利属性和权能构造上是一致的，在法律地位上是平等的，并没有突破大陆法系数百年来形成的关于所有权的理论，也不存在宪法上的国家所有权与民法上的国家所有权在法律地位、权利外观和权能构造上的差异。（2）但基于宪法第 9 条第 1 款关于“国家所有，即全民所有”的规定，国家所有权必须服从于“服务全民，为全民所共享”这一“制度性保障”的要求。这意味着我国法秩序中的国家所有权在功能上确实具有很强的特殊性和异质性，即，作为制度性保障的“全民所有”要求国家所有权为“公民自由和自主发展提供物质和组织保障”，同时国家所有权只是一项宪法权利，而不是宪法上的基本权利。（3）要实现宪法赋予国家所有权的特殊功能，仅仅依靠宪法是不够的，还需要通过具体的法律（比如物权法、自然资源法、土地法、国有资产法等）对国家所有权的种类、范围、行使方式、用途与收益加以立法形成，从而建立一套完整的关于国家所有权的法秩序。不过，在对宪法上国家所有权进行具体化和立法形成时，立法者要保持审慎的美德，不能违背基本的自然规律、基本的立法原则以及建立国家所有权的基本目的。（4）现行宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款关于“国家所有”规定的规范性质是授权性规范，其授权国家可以通过立法将特定自然资源设定为国家所有。但如果没有具体的法律将宪法上的自然资源国家所有权予以具体化，则该项自然资源属于没有进入物权法/财产法秩序（因而也就没有形成所有权）的社会共有物。对于这种共有物，国家可以基于主权以及由主权衍生的行政管理权来设定保护、开发和利用规则，但不能作为所有权人获得相关财产性收益。具体论证，分述如下。

（一）“国家所有”是一种所有权

“国家所有”在我国现行宪法中确实是规定在“总纲”部分，而不是“公民的基本权利和义务”中的。但即便是依照这种文本结构来进行理解和解释，也不能得出“现行宪法第 9 条和第 10 条所规定的国家所有仅仅是一项经济制度”的结论。

首先，在我国宪法中居于指导地位的“马克思列宁主义”也认为国家所有是一种所有权，而不仅仅是一种经济上的所有制。从马克思和列宁关于国家所有的论述中，我们可以了解到，虽然他们曾对所有权理论和所有权制度发起过猛烈攻击，但他们攻击的对象仅仅是“私人所有权”，而非“所有权”理论和制度本身。他们并不像法国思想家蒲鲁东那样，不但要否认“国家作为法人”的可能性和必要性，而且要取消大陆法系数百年发展出来的“所有权”理

[1] F. H. Lawson &Bernard Rudden, *The Law of Property*, Oxford University Press, 1998, p.116.

论和制度。[1]在马克思和列宁看来，消灭私人所有权是必要的，但这一任务完成之后不是要取消所有权制度，不是要进入无政府状态，而是要建立国家土地所有权，建立国家对土地所有权的垄断，从而避免（他们所认定的）剥削的产生。在1872年的《论土地的国有化》一文中，马克思就曾清晰地表达了这种观点："社会的经济发展，人口的增长和集中等因素，将迫使资本主义农场主在农业中采用集体的、有组织的劳动，并利用机器和其他类似的工具，而这种情况将导致土地国有化越来越成为一种'社会必然趋势'……社会运动将会导致土地不得不属于国家所有。"[2]列宁在研究了马克思的地租理论之后，提出"土地国有化就是全部土地收归国家所有。所谓归国家所有，就是说国家政权机关有获得地租的权利"。[3]

其次，作为中国宪法直接知识来源的苏联宪法，既没有在理论框架上突破大陆法系关于所有权的理论，也没有误解"国家对领土的主权管辖权"与"国家对土地的财产所有权"之间的关系。依照1936年苏联宪法（即"斯大林宪法"）第6条的规定，"土地及其蕴藏、河流、森林、工厂、矿井、矿山、铁路运输、水上和空中运输、银行、邮电、国家所建立的大型农业企业（国营农场、机器拖拉机站等等），城市和工业区的公用工业和主要住房，都是国家财产，即全民财产"。该条虽然是在第1章"社会结构"而不是第10章"公民的基本权利与义务"之中，但前苏联法学教科书在解释这一条款时，却认为国家所有权虽是以"确定国家经济组织权能的方法来揭露的"，但其目标却是为了"实现所有人的全部权能的，即占有、使用和处分财产的权能"。[4]

当然，这并不是说苏联的国家所有权与私人所有权是完全一样的。其确有特别之处：（1）国家经济组织对所有权的"处分"仅仅包括"（甲）对一切国有土地经济用途之决定权；（乙）对一切国有土地之使用权形式、使用条件与使用程序之决定权；（丙）对某一地段之具体使用权作规定、改变或停止之权；（丁）对一切国有土地使用之管制权"，绝不包括对土地所有权进行移转的权利；[5]（2）国家所有权具有特殊的法律地位，具体表现为：国有财产不适用苏联民法典所规定的善意取得制度；国家财产的返还不适用法律所规定的诉讼时效制度；如果国家机关与其他组织或公民之间发生财产争议，在财产归属尚未得到证实之前，推定争议财产归国家所有。如果其他组织或公民无法就争议财产所有权进行举证，该财产也归国家所有；[6]（3）"国家的社会主义所有权的内容是通过确定国家机关权能——无论是组织上的权能或直接实现经济活动及其他活动的权能——的方法而被揭示出来的。一切国家机关，自上级国家机关起，直至按照计划与其他社会主义组织及公民根据民事法律行为而实现产品的下级业务环节为止，都分担着处分国家财产的责任。"[7]

由此观之，认为"承认马克思列宁主义的影响"就意味着国家所有权脱离了所有权的本原，或者认为我国现行宪法关于土地等自然资源的规定仅仅是一项经济制度而与所有权无关的观点，是站不住脚的。当然，我们要把现行宪法中的马克思列宁主义理论本身与马克思列宁主义的具体实现形式区分开来。马克思和列宁是在民法/财产法意义上来界定和使用"国家所有"这个术语的，苏联宪法虽然坚持了这一点，却用计划经济式的公权手段来落实马克思和列宁的主张，建立了"政企不分"的自然资源产权和管理体制。然而，历史和实践早已证明，应该抛弃这种"藉公权之手行私权之实"的国家所有权运行模式，然后在社会主义市场经济的基础上，按照"公权力和财产权相分离"的原则，对现行的"国家所有权"制度进行改造，从而建立自然资源"行政管理权"与"财产权"相分离的制度。[8]

[1] 参见【法】蒲鲁东：《什么是所有权：或对权利和政治的原理的研究》，孙署冰译，商务印书馆1997年版，第38、272、292、296页，第四章《所有权是不能存在的》。

[2] Karl Marx, *The Nationalisation of the Land*, in The International Herald No. 11, June 15, 1872.

[3] 列宁：《社会民主党在1905—1907年俄国第一次革命中的土地纲领·第4章》，《列宁全集》第16卷（1907年6月-1908年3月），人民出版社1988年版，第302页。

[4] 【苏】C.H.布拉都西主编：《苏维埃民法》上册，中国人民大学民法教研室译，中国人民大学出版社1955年版，第213页。

[5] 【苏】卡山节夫等著：《苏联土地法教程》，杜晦蒙译，大东书局1950年版，第108页。

[6] 参见25页前引5，C.H.布拉都西主编书，第211页以下。

[7] 同上书，第213页以下。

[8] 参见程雪阳：《国家所有权概念史的考察与反思》，《交大法学》2015年第2期，第89页。

最后，通过查阅"五四"宪法以来的制宪资料和修宪资料，可以发现，我国宪法之所以要规定矿藏、水流、森林、土地等自然资源问题，不仅是为了确立作为国家经济基础的国家所有制问题，也是为了确定领土范围内重要财产产权归属的基本框架。[1]我国宪法在使用"所有制"和"所有权"这两个术语时，其实指向的是同一事物，只不过"所有制"主要是从经济基础角度来讲的，"所有权"则是从法律权利义务划分的角度来进行规定的。

很多学者之所以反对将"国家所有权"界定为民法上的所有权，理由之一是"国家所有，即全民所有"中的"全民"是不确定的，无法成为民法上所有权的主体。确实，从法学的角度来看，"国家所有"与"全民所有"之间确实存在着紧张关系。如果以"全民所有"来解释和代替"国家所有"，自然会出现"抽象的全民"不具备民法的主体资格、无法从事民事法律行为的结果；如果以"国家所有"来解释"全民所有"，即将"国家"拟制为一个法律上独立的"人"，由国家代表全民来享有所有权，"国家所有，即全民所有"的规定虽然具有了法律上的可操作性，却可能产生国家背离人民利益和意志的风险。因为国家和人民并不天然等同，即便是确立了人民主权的国家，如果机制不合理，国家也可能被少数集团或者个人俘获，进而变成满足少数人私欲的工具。

从我国宪法的性质以及宪法总纲的规定来看，笔者认为，"国家所有，即全民所有"这一规定的规范性质和规范含义应当是：（1）作为主权者的人民希望将某些特殊的财产及其收益用于全民福利，而不能被少数人占有。为了实现这个政治愿景和政治要求，宪法将"全民所有"列为一项不能任由立法者修改的"制度性保障"；（2）由于全民无法直接行使相关所有权，所以授权国家以及代表国家的建制化组织机构来具体行使。也就是说，国家是受全民之托来管理属于全民的财产及其收益的，而全民之所以要委托国家管理这些财产，是希望后者按照"全民所有"这一政治要求为"公民的自由和自主发展提供物质保障"；（3）人民（通过人民代表大会）因此有权要求国家向其报告国有财产的使用、收益和其他经营情况。为此宪法要求国家必须建立相应的机构或者进行相应的机构改革，从而在组织保障上落实"国家所有，即全民所有"这一目标。

王克稳最近提出，要用"公共信托理论"来解释全民所有与国家所有的关系，这是极有见地的意见。[2]事实上，美国阿拉斯加州的永久基金（The Alaska Permanent Fund）、尼日利亚信托基金（Nigeria Trust Fund）和挪威的石油基金（the Norwegian Oil Fund）就是这样做的。1959年的美国阿拉斯加州宪法规定，阿拉斯加的自然资源属于阿拉斯加居民。1969年阿拉斯加州以拍卖的形式将普拉德霍湾的石油钻井权拍卖，获得9亿美金的收入。1976年，阿拉斯加州的居民投票批准设立阿拉斯加永久信托基金，并规定未来每年阿拉斯加州自然资源所有收入的25%必须纳入到该基金，每个阿拉斯加居民都有权获得分红，没有多数民众的同意，这项基金不能用于投资或者消费。为此，阿拉斯加专门设立了一个州政府所有的公司（Alaska Permanent Fund Corporation）来管理该永久基金。2007年时，这项基金的总资产为400亿美元。[3]尼日利亚信托基金是1976年由该国联邦政府建立的，该项基金是由银行管理的特别基金，主要用于为贫困地区的贫困人民提供财政支持，促进就业和创业。挪威则于1996年设立了专门的石油基金。截止2014年，该项基金的总值已经达到8500亿美金，平均每个挪威人拥有16.5万美元。[4]挪威政府要求在石油中所获得的所有收益都要纳入该公司的账户，但与阿拉斯加不同，该石油基金每年不向公民派送红利，而是将其存储起来。近几年来，议会同意政府每年可将该项基金的4%用于一般性开支，如改善基础设施、改善教育和研究等能够惠及所有挪威公民的公益项目。另外，因为近几年人口老龄化问题，挪威决定将公民养老作为该项基金的主要用途，政府为此还将该项基金的

[1] 同上，第82-87页。关于土地国家所有入宪过程的梳理还可以参见程雪阳：《城市土地国有规定的由来》，《炎黄春秋》2013年第6期，第35-41页。

[2] 参见王克稳：《论自然资源国家所有权的法律创设》，《苏州大学学报（法学版）》2014年第3期，第91-92页。

[3] 相关资料源自阿拉斯加永久基金公司官方网站，
http://www.apfc.org/home/Content/aboutAPFC/aboutAPFC.cfm 最后访问日期为2015年7月3日。

[4] See Operational Resources and Policies Department (ORPC), *Nigeria Trust Fund, Operational Guidelines*, November 2008, p.1.

名称改为养老基金，目的是确保挪威所有的公民在退休之后都可以从该项基金中获得一份保障。[1]

王克稳藉由“公共信托理论”进一步提出，我国宪法第9条建立了国家所有权和全民所有权“双重所有”模式，其本质是国家作为全民资源的受托人享有以禁止和许可、行政处罚和刑罚等公法手段为特征的资源管理权。[2]对此，笔者不能表示同意。其一，如前所述，我国法秩序有“一物一权”的原则和传统，并在此一原则和传统基础上建立了一个庞大的知识体系。如果现有的基础概念和原则能解决我们所面临的问题，那就不应当另行创新，所以不存在“双重所有模式”，“国家所有”是法律上的所有权，“全民所有”则是一项制度性保障。其二，在“公共信托理论”下，全体人民信托给国家的是对国有资产的“经营管理权”而非“行政管理权”，因为这个理论处理的是财产信托问题，“社会契约理论”处理的才是主权/行政管理委托问题，两者不能混同。

（二）国家所有权的功能特殊性

人们通常认为，宪法上的财产权属于“防御权”的范畴，其首要功能在于对“国家权力肆意侵犯的防御”。如果把宪法第9条和第10条规定的“国家所有”解释为“国家所有权”，是物权法/财产法的所有权，会不会突破人们对于“财产权属于防御权”的定位？对于这种质疑，应当从以下三个方面加以认识。

首先，自18世纪以来，财产权之所以能够成为基本人权或者基本权利，确实是因为其对公民成为“独立的、有尊严的人”会产生重大影响，或者说对于“私人自由和自主发展”拥有构成性的影响。正因为如此，法国1789年《人权宣言》第2条就将财产与自由、安全及反抗压迫视为“人的自然的和不可动摇的权利”。然而，希望通过财产权（包括对财产之使用、处置和继承的保障）、契约自由以及对婚姻和家庭的制度性保障来维系私人自主，进而在私法上将建制化的经济社会同作为共同福利之领域的国家相分离，并放任市场机制在其中发挥作用，在现代社会已经很难实现了。这不是因为私人自主这个观念发生了什么变化，而是“每个人之私人自主被认为应该平等地实现于其中的那个被感受到的社会环境”变了。具体表现是，“市场机制并不是像自由主义的法律模式所设想的那样运作，经济社会也并不像自由主义法律模式所设想的那样是一个摆脱了权力的领域”，来自大型社会组织（比如跨国公司、大型社团协会和各种行业组织）所拥有的经济权力和社会权力，对私人自主和个人决策（比如就业、生活、保险等）也造成了巨大的压力。[3]

在“已经变化了的社会情境下，平等主观自由的普遍权利不再可能仅仅通过法律主体的消极地位就可以得到保证”。[4]这时，如果依然坚持对财产权采取传统的“自由权”理解模式，并非不正确，而是不充分。因为这种理解能解决的仅仅是国家“不予干预”，而非国家要积极履行义务来帮助公民实现这些权利。当然，这并不是说法律所保障的财产权对于财产匮

[1] World Oil Gas News Trends, http://wognews.net/news/2014/4/norway-oil-fund . 最后访问日期2015年7月3日。

[2] 参见26页前引5，王克稳文，第91、93页。在谈到“自然资源国家所有权实质上是国家对自然资源的管理权”时，王克稳认为，应当建立自然资源的经营性管理体制（主要是微观上的出让许可、登记等）和综合性管理体制（宏观综合性的调查、统计和自然开发规划等）相分离的国家所有权公权管理体制。对此笔者是非常赞同的，当人们在讨论“管理权”时，往往对私法上的“经营管理权”和公法上的“行政管理权”不加区分，而正是知识混乱的根源之一。

[3] 【德】尤尔根·哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店2011年版，第493页以下。

[4] 同上书，第499页。很多德国法学家持有跟哈贝马斯相同或相似的看法。如曾经担任过德国宪法法院法官的格林（Dieter Grimm）在讨论现代宪法的前景时就曾指出，在现代社会，市民社会模式（即在私人自主的主导下，借助于财产、契约和遗嘱自由三大支柱而形成的自由经济模式）依然极为重要，但其需要具备一些前提条件。它至少要求，在平等的法律自由之外，必须拥有与之相适应的大体实现的社会力量均势，只有这样，个人自治主导的社会关系才会通向社会正义。而要实现这个目标，一方面要保护自由免受来自社会的威胁；另一方面，还要为自由提供物质基础，使它在现实中也的确有用。这个时候，就需要引入国家的干预和保障。黑塞也认为，基本权利作为一种主观权利，不仅是为消极防御国家权力的侵害提供可能的保障，其同样具有积极性内容，具体体现在，宪法通过对基本权利的保护“来保障公民的自由能够被更新现时化”，而只有在这些自由的现时化之中，如个人的自由发展，言论自由与信息自由、自由结社以及其他内容，宪法所建构出的共同体自由秩序才能变成活生生的现实。参见【德】迪特儿·格林：《现代宪法的诞生、运作和前景》，刘刚译，法律出版社2010年版，第101页以下；【德】康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第234页。

乏的公民没有意义，而是强调有德性的国家，除了关注法律上的形式平等外，还必须关注“法律所保障的财产权对于财产匮乏的公民实现私人自主如何成为可能”的问题。

通常来说，作为主权者的国家可通过两种方式来保障公民（特别是财产匮乏的公民）的私人自主。其一是通过税收和转移支付来调节不同群体之间的财产，进而保障低收入者和弱势群体获得有尊严的生活；其二是通过控制产权，即建立国家对特殊财产的财产权，然后在获得这些财产及其收益之后，按照人民的意志去健全和完善教育、医疗、卫生等社会保障体系，从而帮助那些缺乏足够财产的公民也可以获得拥有“私人自主”的能力和机会。[1]比如国家可以建立专门基金来管理国有的土地、矿产和森林等自然资源的收益，然后将相关收益用于改善各种教育事业和基础设施，为公民获得知识和就业提供机会和平台，这样就可以大大提高公民获得财产和财富的能力，从而帮助公民实现或者增强“私人自主”。

其次，有人可能会说，国家所有权过于特殊，根本不构成物权法上的“所有权”或者宪法上的“财产权”。然而，“一项用语之日常的，甚至是专门性的语法都可能是相当开放的，因为它并不禁止该用语扩张到只具有部分在正常的事例中才会一起出现的事例，比如，国际法和某些形式的原始法律也被称为是法”。[2]国家所有权虽然很特殊，但这种特殊性仅仅体现在其功能、用途、行使方式和收益分配机制与其他的所有权存在差异，如这种所有权的功能不是用于保障作为法人的“国家”的私利，而在于为全体国民的“私人自主和自由”提供制度、物质和组织保障，但这并不表明“国家所有权”已超出了人们数百年形成的关于“所有权”的认识，否则，如何界定国家出租国有土地使用权或出售其他国有资产（比如石油、煤炭、天然气等）并获得相关收益时的身份？

最后，依据我国现行宪法的规定以及传统的宪法学理论，基本权利的主体只能是公民、法人或其他私主体，其主要功能在于防范来自国家公权力的侵犯。如果国家所有权是一种物权法/财产法意义上的所有权，那么宪法上的国家所有权是不是一项基本权利？这是一个非常棘手的问题。这个问题可以从以下两个方面加以讨论。

其一，国家所有权虽然是宪法所保护的所有权，但并不构成宪法上的基本权利。依照我国宪法学的主流理论，宪法权利和基本权利属于可以同义转换的两个术语，“一般而言，基本权利就等同于那些写在宪法上的权利，为此有人也称为‘宪法权利’，甚至“宪法所保障的权利。”[3]这样的论证值得商榷，因为其抹平了宪法权利与基本权利之间的差异。人们通常认为，基本权利的功能在于防御来自国家公权力的侵犯，如果不加区分地承认宪法上的所有权利都是基本权利，那很有可能会出现诸如“国家防御国家”之类的问题。宪法权利与基本权利的关系应当是：（1）规定到我国宪法第二章中的基本权利，毫无疑问属于我国宪法秩序所确认或承认的基本权利；（2）没有规定到宪法第二章中的权利，有可能（但不必然）是公民的基本权利。张翔曾从德国法上引入了“列于基本权利章内的基本权利”和“视同基本权利的权利”的分类，认为藉此可以填补和完善基本权利体系。[4]笔者亦认为，确实存在一些基本权利是因为宪法自身的文本逻辑结构等因素而被规定在基本权利章节之外，而且还有一些没有被明确纳入宪法的“未列举基本权利”；（3）但是，如果主张某种没有被列入基本权利章节中的宪法权利可以成为基本权利，则需要履行相关论证义务，而不能径直宣称“只要规定到宪法上的权利，自然而然就取得了基本权利的称号和地位”。当然，哪些权利属于“未列举基本权利”更要论证了；（4）论证义务的核心应该围绕该项宪法权利对“公民有尊严地生活以及自由和自主发展是否存在直接的、重大的、不可取代影响”这一标准展开。之所以采用这种标准，是因为“基本权利对公民来说，具有不可取代性，它是保持人的尊严与基本价值的前提”；[5]而“人的自由和自主发展”是我国宪法序言所确认的马克思主

[1] 当然，要实现国家所有权的这种特殊功能，首先要健全民主代议程序，制定合理的国有财产使用和利用规则；其次，还要确保国有财产及其收益用于全民福利，帮助公民实现“私人自由和自主”，；最后，虽然产权控制和税收调节都是可选项，但在具体的领域采用哪种方式，需要以比例原则为基础进行科学论证和民主讨论，不能任由行政部门自由裁量。

[2] 【英】哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2011版，第15页。

[3] 林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2011年版，第196页。

[4] 参见张翔：《基本权利的体系思维》，《清华法学》2012年第4期，第34页。

[5] 韩大元：《中国宪法学上的基本权利体系》，《汉江大学学报》（社会科学版），2008年第1期，第59-60页。韩大元认为，中国宪法文本上的基本权利限于第二章的规定，但2004年修宪后，如为扩大基本权利保护范围，可以依照人权条款提炼现有条款中隐含的新的权利类型。当出现宪法和法律上没有规定的新

义的最高追求。

如果上述标准可以成立，那么我国宪法第13条规定的公民财产权、第125条规定的辩护权以及第134条规定的“使用本民族语言文字进行诉讼”的权利就属于“视同基本权利的权利”，因为这些权利对“公民有尊严地生活以及自由和自主发展”有着直接的、重大的、不可取代的影响。而宪法第9、10条规定的国家所有权以及第12条规定的公共财产权则不属于“视同基本权利的权利”，这不是因为它们不重要或者不神圣，而是因为其对“公民有尊严地生活以及自由和自主发展”只具有间接影响和辅助性作用，在一定条件下还可以被替代。对于这种财产权，法律在具体化的时候也必须尊重其基本的权利属性，但可以设定特殊的、义务性的或强制性的权利行使规则。

其二，如果国家所有权不是基本权利，那么代表国家行使所有权的主体能否享有基本权利？这个问题的争论同样十分激烈。李忠夏最近批评说，代表国家行使国有资产所有权的机构如果权利受到侵犯，应当通过政府内部协调机制来处理而不应当纳入司法审查，即便纳入司法审查，也应当适用“权限争议”程序而不是“基本权利”保护程序来解决相关纠纷。[1]对于这种批评意见，要对代表国家行使所有权的机构进行具体分析，不能一概而论。

（1）如果代表国家行使国有资产所有权的机构不是一个独立的法人，或者虽然是一个独立的法人，但从设立到日常的运营管理（比如生产资料、劳动力、投资过程以及产品价格确定），再到成立破产都完全掌握在公权力手中，相关纠纷确实应当通过政府内部协调机制而非基本权利保护机制来处理。在这种情况下，代表国家行使国有资产所有权的机构与政府管理部门并无本质的区别，只是职能和名称不同而已，其不享有基本权利。举例来说，国资委无论如何都不能享有基本权利，铁路总公司如果没有按照“政企分开”的原则完成改革，也不应当享有基本权利。

（2）如果代表国家行使国有资产所有权的机构已经按照“政企分开”的原则，被改造成为一个脱离行政管理体系且完全按照现代企业制度运行的独立法人，那么当国家不是以股东而是以主权者/行政管理者的身份侵犯该机构的财产权时，那应当依照“财产权是否受到侵犯”程序而不是“权限争议”程序来处理纠纷。因为此类案件的本质不是两个公权力机关之间的权限纷争，而是公权与私权之间的纠纷。如果这类纠纷能通过行政诉讼解决，则无需上升到宪法层面。如果行政诉讼解决不了（比如具体决定是依照法律或行政法规做出的），那么应当允许代表国家行使国有资产所有权的机构以诉诸基本权利的方式来保护自己的合法权益。需要看到，虽然宪法上的基本权利主要体现为公民和其他私主体对国家的防御权，但其并不完全排除承担公共义务或公共责任的公法人成为基本权利的主体，比如，在德国，公立广播电视台和高校就可以援引基本法第5条第1、3项所规定的基本权利来防御公权力的侵犯。[2]

（3）当然，赋予代表国家行使国有财产所有权的机构以基本权利也会带来很多难以处理的问题（比如该机构可以借由基本权利来对抗来自国家的合理要求），所以对于是否承认混合所有制企业之类的机构具有基本权利的问题，在德国争议也很大，并没有明确的结论。对此，有德国公法学者提出，公法人是否享有基本权利，必须要从这个机构或者法人“所执行的任务以及其相对于国家的法律独立性”，相关纠纷“是否以及在多大范围内存在典型意义上的基本权利妨害状态”，以及这个机构的活动方式等多个角度来加以考察。[3]笔者同意这种意见。另外，即便是承认表国家行使所有权的机构享有基本权利，也应该对这种基本权利的行使设定严格的实体和程序要件（特别是不能违反设立该机构的目的），不宜允许这些机构轻易地动用这种“武器”。再以铁路总公司为例，国家设立该公司的目的是为

的权利要求时，可依照人权条款做出必要的判断。不过他并没有对具体的判断标准发表意见，而认为不管什么标准都要守住“人的尊严和基本价值具有不可取代性”这个底线。夏正林认为“基本权利”范式无法回答如下问题：一项权利是因为“最重要”还是“被宪法确认”所以被称为是“最基本的权利”。他提出应当用“宪法权利”这个价值无涉的概念取代“基本权利”这个不确定法律概念，凡是涉及公民与国家关系的权利，无论是否规定在宪法文本之上，都是宪法权利。参见夏正林：《从基本权利到宪法权利》，《法学研究》2007年第6期，第130页。

[1] 李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载国家所有权的性质与行使机制学术研讨会论文集》（苏州大学王健法学院印刷，2015年4月），第69页。

[2] 参见28页前引5，黑塞书，第233页。

[3] 【德】汉斯·J·沃尔夫等：《行政法》第3卷，高家伟译，商务印书馆2007版，第430页以下。

了发展铁路交通，所以当国家要求该公司到条件极为恶劣（因此可能没有太多利润）的地区修建铁路设施时，无论其具体形态如何（国有独资企业或者混合所有制企业），都不能以作为基本权利的财产权受损为由予以拒绝或者提起违宪审查。

（三）国家所有权规范与国家所有权术语的区别

还有论者认为，即便是承认存在“国家所有权”，那也并不意味着其在民法和宪法上具有相同的含义。比如，赵世义在1999年曾撰文提出，宪法上的财产权只是个人取得民事财产权的不可转让、不可剥夺的资格，是民事财产权利交易的前提，并非财产权本身。[1]进入新世纪以后，这种观点被徐涤宇发展为“宪法上的所有权注重的是取得所有权的资格，是一种获得财产利益的可能性，它不明确地指向具体的客体，一个人并不因暂时没有财产而失去宪法上取得、占有和使用财产的资格”。[2]税兵也认为，宪法所有权是国家享有的积极权利，而非针对国家公权力的防御权，这种积极权利的本质是一种资格，而非权利本身。在其看来，宪法所规定的国家所有权是国家作为资源管理者和资源所有者双重身份取得民法所有权的资格。[3]

这种观点混淆了国家所有权术语与国家所有权规范之间的差别。前者指的是现行宪法第9条第1款和第10条第1、2款所确认的“国家所有”这一术语的内涵和外延，后者则强调的是第9条第1款和第10条第1、2款的规范性质和含义。笔者认为，第9条第1款和第10条第1、2款都是授权性规范或者是授权性规范的组成部分，它们都赋予了国家作为获得民法所有权的资格。立法者可以通过对第9条第1款和第10条第1、2款具体化，来将“国家获得所有权的资格或可能性”变为真正的所有权，但其具体化或立法形成的对象是第9条第1款和第10条第1、2款规范本身，而不是规范中的“国家所有权”这一术语。土地、矿藏等自然资源国家所有权本身的外观和权能是不能形成的，当制宪者和修宪者将这种所有权以民法所有权的方式规定到宪法中以后，这种所有权的权利外观和权能构造已经确定了下来。质言之，现行宪法所确认和规定的土地、矿藏等自然资源的国家所有权，属于民法意义上的所有权，不能仅仅因为国家所有权是由宪法所确认的，就将其理解成“宪法上的公权”或者“公法上的管理义务”，并藉此认为存在公法上所有权和私法上所有权两个不同的术语。（接上段）当然，这并不是说要否定国家所有权的特殊性。宪法第9条第1款和第10条第1、2款所确认的国家所有权，虽然是一种私法上的所有权，但其功能极为特别，即要“为公民实现自由和自主提供保障”，而不是满足作为所有权人的“国家”的私利。

之所以要在宪法上对国家所有权进行规范，首要的原因是为了在根本法中确定这个社会中基本的财产法框架，进而为具体法律的制定提供一个坚实的规范基础；其次，是为了确保代表国家行使所有权的主体在受到公权力侵犯时，可以拥有相应的请求权基础；最后，其同时还宣示了国家所有权与一般的所有权的功能特殊之处，即这项所有权负有特殊义务，如只能为公共利益而行使，必须将收益用于增进与全民福祉有关的事业等等。而之所以要在具体的法律上对其进行规范，则是因为宪法赋予国家所有权的特殊义务和特殊功能是原则、概括的，需要通过民法以及其他相关法来加以落实。比如，通过民法对国家所有权加以规范，可以确保国家（以及代表国家的机构）可以与其他权利人一起平等地参与民事活动；通过国有资产管理法对国家所有权加以规范，可以确保国有财产的保有、使用和经营管理制度规范化、科学化；通过制定预算法，则可以确保国有财产及其收益公开透明地纳入国家财政预算当中，并确保相关收益专项拨付给有助于“促进公民自由和自主实现”的公益项目。

由此观之，虽然“所有权”这个术语和概念发端于民法，但当其与“国家”联系在一起，并作为一种新的所有权类型被规定到宪法上以后，这个术语的功能和对于社会的意义却发生了极大的改变。如果固守传统民法对于所有权功能和社会意义的界定，国家所有权确如有些学者所说的那样，是一个“怪胎”或者是对所有权理论的“异化”。但如果对现代宪法与民法的关系有更进一步的认识，接受民法以及其他部门法律有将宪法进行具体化的义务，那就应该看到，并非所有的所有权类型都被民法和民法理论所接受，如知识产权、企业所

[1] 参见赵世义：《论财产权的宪法保障与制约》，《法学评论》1999年第3期，第11-12页。

[2] 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46-47页。

[3] 参见税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，《法学研究》2013年第4期，第13-14页。

有权、股权就因为不是“单个的物”，至今仍没有被德国民法接受，我国的物权法也不接受股权、居民在银行中的储蓄等财产权是所有权。但是，不被民法和民法理论所接受的所有权并不必然要排斥在“所有权家族”之外。比如，依照德国联邦宪法法院的意见，德国基本法所保障的所有权，原则上包括由法律制度以此种方式赋予权利人的所有具有财产价值之权利，即权利人可以为其私益，依据自己负责的决定而行使由该权利所生的权限。故而，宪法上的所有权，不仅包括民法上的所有权，也包括如同限制物权而仅含有受限制之用益权能与变价权能的其他权利。另外，宪法上所有权的客体不仅仅是有形物，无形财产权、在不可把握之客体上所成立的版权、集合物、财团以及企业的财产权，也都受德国基本法第 14 条之保护。用德国联邦宪法法院的话来说，“民法法律制度，并不包含对所有权内容及其限制的终局性规定。在规定什么为所有权时，民法与公法彼此间起同等作用”。[1]

我国现行宪法所规定和保护的国家财产、集体财产和公民合法的私有财产的所有权，显然指的是“一切可以给权利人带来财产价值之权利”，不仅包括第 9 条和第 10 条规定的土地、矿藏等自然资源所有权，还应当包括知识产权、股权、居民在银行的储蓄、网络虚拟财产权（微博、邮箱、QQ）等等。也就是说，我国宪法所保护的财产所有权种类要远远大于民法所确认和规范的所有权种类，但相关财产所有者对这些财产所拥有的显然也是所有权，而不是其他什么权利。不过，仅就立法形成而言，如果能用民法所有权理论来具体化宪法财产权，那就不应当脱离民法秩序再建立其他的所有权理论框架和法律制度。毕竟，法学理论和法律秩序的建立应当尽量遵循“与历史和传统相一致”的原则。我国现行宪法第 9 条和第 10 条规定的国家所有权并没有突破人们数百年来关于民法所有权的界定，因此无需脱离民法理论另辟新径。

正是在这个意义上，笔者虽然同意“宪法在‘国家所有’问题上赋予了立法者以‘形成自由’”的论断，但宪法赋予立法者的“形成自由”是有边界的，不是“空白授权”，不能任由立法者进行“具体化”，不能像苏联那样不但赋予国家所有权以超出民法一般规则的特殊法律地位，而且任由国家凭借主权扩大国家所有权的权能。换句话说，虽然不同的法律会强调国家所有权的不同面向（如民法上的国家所有权与预算法上的国家所有权就可以各有侧重），但其不能违背国家所有权作为一项“财产所有权”的基本要求（如赋予国家所有权比其他所有权更优越的法律地位，或允许国家所有权在市场交易过程中不遵从民事交易的基本规则），也不能违背国家所有权的特殊功能（如允许管理国有财产的机构或者人员将国有财产用于私人用途）。事实上，这些对“立法形成自由”的限制正是“制度性保障”理论所追求的核心目标。[2]

有学者希望引入德国法的“公物”概念来解释和完善我国的自然资源国家所有权制度。[3]但即使在德国法上，公物（或公产）也并没有突破民法关于所有权外观、权能和法律地位的规定，其同样“适用民法典中有关所有权的规定。在可能的范围内，行政财产、设施财产和一般使用的财产也是私法财产权的客体”。“公物”的特殊之处只在于，其作为私法财产权客体的同时也处在公法支配权之下，而且在公物的功能和目的范围内，公物的私法属性要服从于公法属性。因此，德国学界将“公物”称为是“修正的私有财产权”，[4]而非公法管理权或者公权力。

[1] 转引自【德】J•F•鲍尔，R•施蒂尔纳：《德国物权法》上册，张双根译，法律出版社 2004 年版，第 518 页以下。关于德国基本法中财产权与民法中财产权的异同还可以参见 28 页前引 5，黑塞书，第 346 以下。

[2] 在谈到所有权的“制度性保障”时，德国联邦宪法法院特别强调，“普通立法者在定义‘所有权’，构造所有权内容时，不得给私所有权内容塞进一些不符合私所有权名称的东西，以致私所有权名不副实。否则，普通立法者之活动即为违宪。故而，所有权制度保障所保障者，乃所有权在宪法上的最低存续状态，私法立法秩序对此最低存续状态，不得进行侵蚀。普通立法者不得将不存在的权利创设为‘所有权’；亦不得对已存在的所有权，在内容上施加致使权利人不可能按照其意愿使用所有权客体的限制。比如，规定住宅所有权人永远不得为自己之目的使用其住宅，而只能保留使用出租人的地位，即为违宪。”参见 31 页前引 1，J•F•鲍尔和 R•施蒂尔纳书，第 520 页以下。

[3] 参见周刚志：《公物概念及其在我国的适用——兼析<物权法草案征求意见稿>相关条款》，《现代法学》2006 年第 4 期，第 62 页以下；侯宇、周婧：《公物的判断标准——兼论公物的范围》，《理论月刊》2010 年第 3 期，第 113 页以下。

[4] 参见【德】汉斯·J·沃尔夫等：《行政法》第 2 卷，高家伟译，商务印书馆 2002 版，第 474 页以下。

一些学者之所以希望将“国家所有权”解释为公法上的管理权，反对将国家所有解释为民法意义上的“国家所有权”，除了理论上的担忧外，主要是因为他们对行使国家所有权的主体没有将相关收益用于全民福利不满，或者担忧国家与民争利。应当说，这些问题确实大量存在。[1]但解决这些问题的合理方案，应当是按照“让市场在资源配置中起决定性作用”的要求，打破行政部门和国有企业对于土地、矿产等自然资源经营管理权的垄断，通过体制和机制的完善，确保国家所有权行使主体遵守平等、自由的市场交易规则，并确保相关国有资产收益用于公共物品的提供和公共服务的支出，而不是否定国家所有权是一种财产所有权。

四、通过立法形成具体化国家所有权

确定国家所有权的性质、含义和功能是极为重要的，但对于国家所有权的立法形成或者说国家所有权制度的体系化来说，这仅仅是“万里长征的第一步”。我们还必须对国家所有权的范围、行使机制、收益等问题作出系统研究。否则，不但国家所有权应有的功能得不到有效发挥，还可能会成为侵害公民权利、扰乱市场秩序的源头。

（一）国家所有权的种类和范围有待立法形成

虽然现行宪法所规定的“国家所有权”是一项民法意义上的所有权，但是特定的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂或其他自然资源是否属于国家所有，依然需要借助法律对宪法的具体化来加以形成。将宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款界定为“财产权授予规范”的意义正在于此，用更简洁的话来说，这两个条款为具体的法律提供了“形成式授权”。[2]

具体来说，法律在此方面的立法形成主要包括三个方面：（1）哪些城市土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂可以属于国家所有；（2）除了土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂外，还有哪些自然资源可以属于国家所有；（3）具体的土地、矿藏等自然资源属于国家所有以后，权利如何行使、收益如何分配。上述问题确定下来以后，必须将具体的国有自然资源纳入不动产统一登记制度中进行登记，并加以公示。否则，即便立法者完成了法律具体化的工作，具体的自然资源也不能自然而然地成为国家

[1] 国家审计署 2010 年的审计公告就显示，在被审计的 40 个市地州 56 个县区市中，“有 11 个市改变土地出让收入用途 56.91 亿元。其中：有 6 个市支出 39.36 亿元，用于高校新校区、会展中心、剧院、软件园等公共工程建设；有 4 个市支出 9.68 亿元，用于增加政府投资企业注册资本；有 6 个市支出 3.26 亿元，用于补贴公交公司购车、还贷、设立农业科研发展专项资金等；有 7 个市支出 2.1 亿元，用于弥补国土、城建等部门工作经费不足；有 4 个市违规支出 2.38 亿元，用于建设、购置办公楼、商务楼、职工住宅等。”国家审计署办公厅：《40 个市地州 56 个县区市土地专项资金征收使用管理及土地征收出让情况审计调查结果》（2010 年 4 月 20 日）。2014 年度的审计报告则显示，各级政府的土地出让收入“通过收入空转等方式虚增 1467.78 亿元；支出中违规用于弥补行政经费、对外出借、修建楼堂馆所等 7807.46 亿元……此外，一些地方土地出让收支核算不够规范，有 8358.75 亿元滞留在财政专户或直接坐支。”见国家审计署：《2014 年度中央预算执行和财政收支审计工作报告》（2015 年 6 月 28 日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议）。

[2] 巩固最近提出，宪法第 9 条第 1 款“……等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”的规范性质，“不是赋予国家以私权主体资格的基本权利条款，而是授予国家以公权力的权力条款。”其具体含义是“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。”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 120 页。这种解释值得商榷。宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款都是“财产权授予规范”，第 9 条第 2 款关于“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”的规定，第 10 条第 3 款关于“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”的规定，以及第 10 条第 5 款关于“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”的规定才是“公权力授予规范”，即，赋予了国家对自然资源产权的行使进行行政管理和进行征收的权力。王旭所讲宪法第 9 条第 1 款是“通过所有来规制”，第 2 款是“直接规制”讲的也是这个意思。参见王旭：《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 15 页。事实上，目前围绕“国家所有”所产生的争论，在很大程度上正是由于人们对宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1 款的规范性质和规范含义存在不同的理解造成的。

所有的财产。在这个意义上，《物权法》第 9 条第 2 款规定的“依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记”应当予以修改。德国法把这一立法形成过程称为“命名”（即确定哪些财产是公产，公产的公用目的是什么，公产的使用范围有多大等），真是再恰当不过了。[1]

在对宪法上的国家所有权进行具体化时，立法者除了要遵循“国家所有，即全民所有”这一制度性保障外，还应抱有审慎的态度，并遵守基本的立法原则，不能对国家所有权的范围和种类随意进行立法形成。比如，立法者首先要尊重自然规律，不能轻易地将风能、光能具体化为国家所有，因为这种自然资源通常情况下并不能被人类稳定地控制；其次，如果一项自然资源用之不尽（比如空气）或者应当被禁止开发和利用（比如长江源头的湿地），那就没有必要再针对其建立产权制度，一项资源只有在能被人类广泛利用且出现短缺时，才有必要通过法律建立产权和交易机制；最后，立法者还要尊重基本的法学原理。比如，其完全可以在黄河或长江的特殊水段或水域建立国家所有权，并进行水权交易，但其不能笼而统之地将黄河、长江宣布为国家所有，否则黄河或长江所有水段的河水改道给公民、法人或者其他组织造成侵权的，国家都不能仅仅履行公法上的救助和协助义务，而且必须履行民法上的侵权赔偿责任了。

遗憾的是，我们的立法者在处理水资源问题时并没有意识到这一问题，2001 年的海域使用管理法第 2、3 条规定，海域属于国家所有，而所谓“海域”是指中华人民共和国内水、领海的水面、水体、海床和底土。2002 年修改的水法第 2、3 条也规定，水资源属于国家所有，所谓“水资源”包括地表水和地下水，这意味着我国领土范围内的所有水资源都已经在财产法秩序中被界定为国家所有了。不过，在物权法的制定过程中，立法者对此则有所察觉。《物权法草案》修改稿第 49 条曾规定：“野生动植物资源属于国家所有。”有的代表和民法专家表示反对，法律委员会也认为，不加区别地规定野生植物资源都属于国家所有，是不确切的，因此物权法第 49 条最终规定“法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。”[2]

如果用上述结论来分析最近频发的乌木所有权以及“风能和太阳能国有化”争议事件，可以看到：（1）如果“乌木”、“风能”和“太阳能”没有被立法者通过法律明确具体化为“需要设立财产权的自然资源”，那就不属于国家所有，而属于没有进入财产法秩序的“社会共有物”或“人类共有物”；（2）依照宪法第 9 条第 1 款的规定，上述三种自然资源以及其他自然资源（如贡岩气）是可以成为国家所有权对象的，因为该条文对于自然资源的列举属于不完全列举。在古代，石油、天然气、无线电频道就基本上不算自然资源，但工业革命以后，它们都变成了进入财产法秩序的自然资源；（3）上述三种自然资源要进入财产法秩序并成为国家所有的财产，需要由全国人大或者全国人大常委会通过法律来具体化，地方人大以及政府没有这项权力，因为第 9 条第 1 款所规定的“法律”显然属于“法律保留”的范围；（4）当全国人大或其常委会决意将“风能”、“太阳能”、“乌木”以及其他特定的自然资源（如特定区位的水资源）通过立法具体化为国家所有时，要尊重自然规律和财产权的一般原则和规则。从人类目前的科学技术发展程度来看，“风能”和“太阳能”并非人类所能控制，不宜将其纳入我国的财产法秩序。国家若希望对这些资源的开发和利用进行管制，完全可以运用其作为主权者的身份设定开发和利用规则，并通过税收、行政收费等方式来分享其开发收益。

（二）国家所有权行使机制和收益分配机制的立法形成

“国家所有”中的“国家”如何界定，或者说国家所有权由谁来行使，国家所有权的收益又应当如何分配？现行宪法对此是沉默的。1996 年矿产资源法修改后，我国法律上首次出现了“矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权”的规定，此后在土地管理法、水法、草原法的修改以及海域使用管理法的制定过程中，由国务院代表国家行使自然资源国家所有权成了一个立法通例。虽然立法者强调，之所以要增加由国务院行使国家所有权的规定，主要是为了明确地方各级人民政府不是国家所有权的代表，无权擅自

[1] 沃尔夫等学者在谈到德国公产制度时，特别指出“命名是公产法的核心法律秩序，这种法律行为使财物称为法律意义上的公产，就此而言，命名具有创造性。”参见 32 页前引 3，沃尔夫等书，第 464 页以下。

[2] 见十届全国人大法律委员会《关于<中华人民共和国物权法>（草案修改稿）修改意见的报告》（2007 年 3 月 15 日第十届全国人民代表大会第五次会议主席团第三次会议通过）。另参见梁慧星：《物权法草案的若干问题》，《中国法学》2007 年第 1 期，第 11-12 页。

处置国有土地，只能依法根据国务院的授权处置国有土地，[1]但辽阔的地域使得上述规定仅仅停留在口号宣誓层面。在实践中，地方政府在没有得到明确授权和委托的情况下，径直代表国家在行使国有土地、矿产资源的所有权，而且大部分收益也是归地方所有的。[2]另外，即便是由中央政府直接管理的中国石油等国有企业在代表国家经营管理国有自然资源时，也没有将大部分收益缴纳给国家。[3] 而且目前正在代表国务院行使自然资源所有权的国土资源部、水利部、农业和林业部门也并没有明确获得法律的授权或国务院的委托。于是就出现了“国家所有地方化”、“国家所有企业化”、“国家所有部门化”等问题。

由于现行法律没有对自然资源产权行使主体和行使机制予以明确规定，现实中又有如此之多的自然资源财产权需要在市场上进行交易，在过去很长的一段时间内，一些部门不得不主动承担起相应职责来。土地管理系统在 1980 年代末代表国家建立国有土地有偿出让市场就是例子。所以，问题的关键不在于批评和指责地方政府、国有企业或各个行政管理系统，而在于要为市场监管主体与所有权行使主体、中央与地方搭建合理的国家所有权权利行使体系和制度框架，从而确保国有财产及其收益可以为全民所共享，为“公民的自由和自主发展”提供制度、组织和物质上的保障。依照笔者的设想，国家所有权行使和运行机制的完善至少要包括“享有权、代表权和具体执行权”三个层面。

首先，要确立惟有全国人民代表大会及其常委会才是国有财产享有权主体的规则。这一点应该是一个常识，但却被现行法律所忽视。从土地管理法到水法、矿产资源法等法律，都没有关于这个问题的规定。在 2007 年的《关于物权法草案的说明报告》中，立法者解释说，“依据宪法规定，全国人民代表大会是最高国家权力机关，国务院是最高国家权力机关的执行机关。全国人民代表大会代表全国人民行使国家权力，体现在依法就关系国家全局的重大问题作出决定，而具体执行机关是国务院。因此，具体行使国家所有权的是政府，而不是人大。”[4]没有人会否认给国家所有权确定具体行使机关的必要性，但问题是，全体人民也需要有一个机关代表其来享有所有权，否则国家所有权在法律上的权利/义务结构,就变成了全民绕过全国人大直接将自己的财产所有权委托国务院行使了。

其次，要运用“辅助性原则”和“比例原则”来配置中央和地方在矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、土地等自然资源所有权行使领域的代表权，进而实现宪法第 9 条第 2 款和第 10 条第 5 款所确定的“国家保障自然资源合理利用”和“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”的目标。[5]凡是能由地方代表国家行使所有权或由地方代表国家行使所有权更有利于自然资源合理利用的领域，应当由地方来代表国家行使相关资源的国家所有权，比如完全位于某个县境内的煤矿，应当由该县代表国家行使国家所有权，跨县市的自然资源则应当由省代表国家行使国家所有权。凡是无法由地方代表国家行使所有权或者地方代表国家行使所有权不利于自然资源合理利用的领域，则应当由中央来代表国家

[1] 参见卞耀武编：《中华人民共和国土地管理法释义》，法律出版社 1998 年版，第 37 页。

[2] 1998 年修改的土地管理法第 55 条规定，“自本法施行之日起，新增建设用地的土地有偿使用费，百分之三十上缴中央财政，百分之七十留给有关地方人民政府”。藉此，地方政府从国有土地的有偿出让中获得了大量的资金——据财政部财政科学研究所的统计，2000-2010 年十年间，土地财政收入占地方财政收入的比重从 9.3%增长到了 66.73%。相关数据引自许安拓、修竣强：《破解地方依赖土地财政的畸形发展模式》，《人民论坛》2012 年第 8 期，第 31 页。

[3] 根据天则经济研究所 2013 年发布的报告，中央直属的石油企业在 2001-2011 年间少付给国家的土地租金、资源租金、利润、矿区使用费高达 2.5 万亿之多。其中，中石油、中海油和中石化三家石油公司 2000-2011 年间账面净利润为 15390 亿元，上缴国家的利润为 689 亿元，约占净利润的 4.48%。见天则经济研究所：《中国原油与成品油市场放开的理论研究与改革方案》（2013 年 6 月 25 日），第 6、63 页。

[4] 王兆国：《关于<中华人民共和国物权法（草案）>的说明》（2007 年 3 月 8 日，第十届全国人民代表大会第五次会议）。

[5]“辅助性原则”和“比例原则”源于德国行政法，但现在已成为德国宪法、欧盟法以及一些国际法领域的最根本的原则。在实践中，“辅助性原则”主要从“就近解决”的目标出发，解决在不同层级（中央/地方、地方不同层级、欧盟/成员国）或不同的主体（国家、社会、个人）对于共享权利/权力的分配问题，“比例原则”则侧重于从“最小损害”的目标出发，解决目标与目标之间以及目标与手段之间的分配问题。See Reimer von Borries & Malte Hauschild, *The Subsidiarity Principle as a Principle of Economic Efficiency* 17 Columbia Journal of European Law 231 (2011); Andreas Follesdal, *The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law*, 2 Global Constitutionalism 37(2013); J.H.Jans (et al.), *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Gronignen, 2007, pp.147-163; David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 Minnesota Law Review 652(2005).

行使相关资源的国家所有权，如对于国家具有经济、生态等重大战略意义的国家公园、金矿、跨省域的国有林场、草原、铁路沿线土地等。如此一来，就需要打破“国家所有权在代表权和行使权问题上的统一、唯一和不可分割”理论，[1]建立各种不同的可以代表国家行使所有权的机制和机构。当然，这就要打破只有“国务院才可以代表国家行使国家所有权”的迷思，逐步废除土地管理法等法律的相关规定。事实上，前苏联法学界在所有权领域创造出来的“法学怪胎”，是“统一、唯一和不可分割的国家所有权代表和行使学说”而非“国家所有权理论”本身。而在物权法的制定过程中，立法者已经注意到了这个问题，物权法第2条就明确规定“国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。”

再次，无论由中央还是有地方来代表国家行使国家所有权，在国家所有权的具体行使领域，都应当遵从“公法上的行政管理权（监管权）与私法上的经营管理权（所有权）相分离”的原则。应当将政府对自然资源的经营管理行为与政府对自然资源的行政管理行为分开，分别建立代表国家行使国有自然资源所有权的机构和代表国家行使自然资源监管权力的机构。比如，政府可以设立专门的国有自然资源经营管理公司（如国有土地公司、国有煤炭公司等），或者通过公开招标的方式委托民间企业来行使国家所有权的执行权，从而确保国有自然资源得到合理利用。政府的国有资产监管机构、国土管理、矿产管理、海域管理部门，则主要履行行政监管和维护自然资源产权市场秩序的职责。当然，要按照“一件事由一个部门管理”的原则，将职能相近的监管权力合并到一个监管部门当中去，从而尽量避免分头监管所出现的监管盲区、相互推诿等弊端。这意味着，要在自然资源产权行使和行政管理领域继续推进“政企分开”和“大部制”改革。

最后，行使自然资源国家所有权执行权的主体，无论是中央政府管理的央企、地方政府管理的地方国有企业，还是受政府委托经营国有自然资源的民间企业，除了交纳正常的税收和留足一定的经营资本之外，还应当将剩余国有资产收益按照一定比例交纳政府专项公益基金，[2]然后由中央和地方政府用以改善各种教育、医疗、卫生事业、设施和公共服务。如此一来，国家所有权可以由市场主体来具体行使和经营管理，但作为所有权人，国家可以通过分享自然资源出让金和征收税款等方式来为全体公民的私人自主和私人自由提供物质保障。另外，行使自然资源国家所有权执行权的主体，不但应当接受行业监管部门的监管，还应当定期向同级人大汇报国有自然资源的保护、开发和收益情况。这就要求进一步改革和完善自然资源开发和利用的市场准入机制、自然资源的有偿出让和税收分配机制以及政府性公益基金（比如国土基金）的运行和分配机制。

[1] 孙宪忠曾对“国家所有权的统一性和唯一性学说”进行系统的批评，依照他的总结，“国家所有权的统一性和唯一性学说”是指“只有代表全体人民的意志和利益的国家才可以享有国家财产所有权，中华人民共和国是国家所有权的统一的和唯一的主体，这是国家财产所有权的最基本的特征。”参见孙宪忠：《“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59页。

[2] 自1994年分税制改革以来，海洋石油资源税归中央，其他资源税归地方。不过，资源税的税率非常低。2006-2009年该税种占国家税收总收入比例分别为0.55%，0.52%，0.55%，0.52%，0.56%，几乎可以忽略不计。另外，自1980年代建立矿产资源有偿使用制度以来，除了资源税，国家作为国有矿产所有权人对于矿产资源的开采也仅收取探矿权、采矿权使用费，矿区使用费等有限的费用，这意味着国家不仅转让了勘查投资收益，而且将矿产资源所有权的大部分权益无偿赠与了矿产资源开发主体。相关数据引自张维宸：《资源税改革正当时》，《中国矿业报》2014年7月29日B03版。

论宪法国家所有的规范涵义及其制度展开

徐 键[1]

内容提要：宪法国家所有条款包含了两层涵义，一是初始意义上的财产归属确认，二是国家所有的规范目的。财产归属产生之支配关系的属性，需以宪法的规范目的为基础予以确定。合理利用和保护，是我国宪法国家所有的规范目的。宪法的规范目的，在不同类型财产上体现出不同的内涵，进而影响国家所有的具体涵义。在共用物自然资源上，私法所有权制度下的国家所有无法实现合理利用——确保公众的一般利用——的规范目的，不形成私法所有权及私法性支配关系。在有限自然资源上，“私有制—规制”、“公有制—特许”均可实现合理利用的规范目的。在公有制下，有限自然资源的国家所有只能形成有限制的私法所有权；国家所有的实现得适用公法上的特别制度——行政保护、国有私用、使用权利的特许转移等。

关键词：国家所有 公有财产 有限自然资源 特许 私有化

一、引言

近年来，有关国家所有或国家所有权的法律性质，一直是学术讨论的热点。乌木案、风光事件等则使得学术上的争议涉入了法的适用和法的制定的现实领域。之所以会产生争议，乃在于国家所有在权利主体、权利客体、权利内容及其实现，以及权利保护等诸方面呈现出特殊性，且有些特殊性难以为私法所有权的知识体系所容纳。例如，有些所有物仅容许由国家所有，从而排除了先占制度、时效取得和消灭制度的适用，并限制了财产的处分权能；有些所有物不具有特定性，作为所有人的国家无法实施直接、有效的占有；有些所有物直接承担了公共职能，不适用强制执行或征收，且作为所有人的国家可以透过具象化的国家机构以国家权力排除他人的妨害；有些所有物，作为所有人的国家不具有支配上的排他性，而可由公众实施一般使用（*uso generale*）。此外，在财产的致害责任、国家所有的实现机制适用及收益的分配等方面，也存在着有别于私法所有权的特殊性。[2]

基于所有权知识体系的同构性预设，人们将国家所有在私法层面上的解释困境归咎于宪法国家所有条款，并尝试在多个角度上展开对国家所有问题上凡此种种特殊性与私法所有权知识体系的相容性或衔接性问题的研究。相应地形成了“物权说”、“公权说”、“双阶构造说”、“所有制说”、“基本权利排除说”、“宪法国家所有权否定说”等理论论述。[3]这些学术工作，目的一致、视角不同、方法有异，颇具启发。不过，消除分歧的目的显然未能达成。细究原因，可能与“零和式”地定位宪法国家所有和民法国家所有权的关系有关。事实上，在大陆法系国家的立法史中，民法典的制定往往先于宪法，且在民法典中规定国家所有或国家财产及其法律地位的特殊性也极为常见。嗣后制定的宪法中有

[1] 徐键，上海财经大学法学院副教授。

[2] 参见中国民法典草案建议稿课题组：《中国民法典草案建议稿附理由·物权编》，法律出版社2013年版，第2-3页。

[3] 参见巩固：《自然资源国家所有权公权说》，载《法学研究》2013年第4期，第19-34页；税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，载《法学研究》2013年第4期，第4-18页；徐祥民：《自然资源国家所有权之国家所有制说》，载《法学研究》2013年第4期，第35-47页；张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013年第4期，第62-63页；李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载《清华法学》2015年第5期，第63-84页；程雪阳：《中国宪法上国家所有的规范含义》，载《法学研究》2015年第4期，第105-126页。

关国家所有的规定，并未根本性地变动民法典上的国家所有或国家财产规范。对国家所有的性质的讨论，不应过分纠结于宪法国家所有与民法国家所有权的同质性与否这一断面，而应当探究宪法国家所有的特别规范目的；在此基础上，围绕民法、行政法等展开多层次的分析。

二、宪法国家所有的规范框架

（一）已有的解释及其局限

尽管国家所有呈现出特殊性，但基于所有或所有权概念在知识体系中的私法独属思维定势，有学者主张由宪法国家所有条款形成之国家所有权，在法律性质上，与民法上的国家所有权并无差异，以此形成物权说。[1]但在民法学界，有关国家所有权的物权说，一般限于讨论民法上的国家所有权的性质，[2]并尝试以私法所有权的知识体系去容纳国家所有权的特殊性，证成私法所有权体系的自洽性。在路径上，则由两个方向展开：一是以国家所有权的私权属性为前提，通过对国家法律人格化的论证，实现国家所有权的主体确定化，以契合私法所有权的知识体系。[3]二是以国家所有权的私权属性为前提，通过引入强制性规范对国家所有权的权利内容、行使方式等作特别法上的改造，适度调整私法所有权的体系，以实现对国家所有权的容纳（实质上属于“双阶构造说”或“修正物权说”）。由于特别法的增多，在许多领域呈现了民法、行政法等协同规范，甚至排除民法规范的情形，产生了所谓的“解法典化”现象。[4]由民法典统治的近代转向由多层次立法结构统治的现代，“解法典化”属于再正常不过的现象；由民法、行政法等协同规范，也符合财产权社会化的时代特征。然而，即使明确了人格化的国家所有权主体、引入了特别法对私法所有权体系进行改造，物权说仍然难以解释国家所有权的特殊性。例如，无法解释野生动物国家所有权客体的特定性和支配性问题；无法解释水流国家所有权的排他性支配问题；也无法解释由国家所有的野生动物、水流等的致害赔偿责任问题，等等。此外，限于民法自身的特性，物权说也无法穿透私法关系去讨论矿藏等自然资源仅容许国家所有的规范目的等问题。

正是基于此种困境，除了质疑物权法的立法本身以外，[5]人们也开始在宪法国家所有条款上寻求释困的方案。主要的方案有两个：一是，截断宪法国家所有条款向民法国家所有权制度的直接传导通道，以此在法律制定（包括民法典的编撰）中可以依私法所有权的知识体系形成可接纳的国家所有权内容；[6]二是，以宪法国家所有条款为基础，将国家所有权与私法所有权体系予以脱钩，形成公权属性的国家所有权论述。

截断方案有多重实施路径。其中，基本权利排除说、宪法国家所有权否定说，以否定宪法上存在与私人所有权同构的国家所有权为立论，从而截断宪法国家所有条款向民法国

[1] 该说认为，“在法律地位、权能构造和权利外观上，国家所有权在宪法上和民法上并不存在差异”。程雪阳：《中国宪法上国家所有的规范含义》，载《法学研究》2015年第4期，第105页。

[2] 参见王利明：《国家所有权的法律特征研究》，载《法律科学》1990年第6期，第29-35页。

[3] 参见孙宪忠：《“统一唯一国家所有权”理论的悖谬及改革切入点分析》，载《法律科学》2013年第3期，第56-65页。

[4] 参见〔意〕那塔利诺·伊尔蒂：《解法典化的时代》，薛军译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》（第四卷），中国人民大学出版社2004年版，第80-107页；薛军：《“民法—宪法”关系的演变与民法的转型——以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心》，载《中外法学》2010年第1期，第78-95页。

[5] 参见梁慧星：《不宜规定“野生动物资源属于国家所有”》，载《山东大学法律评论》2007年总第4辑，第1-3页；中国民法典草案建议稿课题组：《中国民法典草案建议稿附理由·物权编》，法律出版社2013年版，第2-3页。

[6] 例如，由中国民法典立法研究课题组提出的“中国民法典草案建议稿”不再以宪法第9条的国家所有条款为基础，而是在第280-281条规定了矿产资源、公有物和公用物的国家所有条款。中国民法典草案建议稿课题组：《中国民法典草案建议稿附理由·物权编》，法律出版社2013年版，第102-109页。

家所有权制度的传导通道。与之不同，以物权说为基础的资格说则提出了“同构但截断”的解释方案。即，肯定宪法国家所有权，并以其与民法国家所有权具有同构性为前提，尝试将宪法国家所有条款解释为授权性规范；在该规范下，国家有通过法律取得特定财产之国家所有权的资格，且法律可以对国家所有权的种类、范围、行使方式、用途与收益作特别规定，但法律的规定需要“尊重自然规律和财产权的一般原则和规则”。[1]以此将“不相容于私法所有权的知识体系”的国家所有权内容排除在民法规范之外。

截断方案可以消解面向未来的自然资源国家所有的立法争议，也可以通过宪法规范去重新审视已有的立法。但其中的基本权利排除说、宪法国家所有权否定说，基本上局限于去理解宪法国家所有条款；就消除分歧目的而言，尚未能体系性地回应民法国家所有权的特殊性与私法所有权知识体系的相容性或衔接性问题。资格说的局限性也很明显。第一，资格说是否符合宪法的原意，缺乏可信服的论证逻辑。因为宪法第9条第1款属于等内列明式规定，即使不把它理解为是一种主观权利的确认性规范，至少也不能否认它属于对自然资源归属状况的规范描述这一客观事实。第二，法规范的表达有多种逻辑结构。对法规范作逻辑结构的定位，需尊重语义的表达。例如，对于“为了公共利益，法律可以预先为国家、公共团体、劳动者或用户团体保留一定的企业或企业部门，或通过有偿征收的方式进行转让，但这些企业或企业部门应当属于基本的公用事业、能源或垄断部门，并对公共利益具有突出的重要性”（意大利宪法第43条）的表述，我们应当将之定位为授权性规范。但对于“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”（中国宪法第9条第1款前段）的表述，则实难作授权性规范的定位。第三，资格说将“不相容于私法所有权的知识体系”的国家所有以“不尊重自然规律和财产权的一般原则和规则”为由排除于财产制度之外，过于轻率。私有财产制度不等于财产制度的全部内容，且不说法国的民法典、意大利的民法典规定有水域、海域等似乎“不尊重自然规律”的国家所有条款，这些国家的其他法律同时也规定了野生动物资源、空间等国家所有制度。从制度的运行上看，它们并没有显现出不合自然规律的问题。第四，外部规制和产权制度在自然资源的保护和合理利用的目的实现上，孰优孰劣并无定论。在现有立法（如物权法、水法、海域使用管理法等）已确立起自然资源国家所有权制度的情形下，资格说作逆向的学术工作未必契合现实的需要。

公权说，以自然资源国家所有权在主体、客体、内容、行使、救济与责任等方面与物权存在本质差异为根据，确认自然资源国家所有权属于为“全民”意义上的抽象国家以立法和行政手段“间接干预”资源利用提供合法依据的宪法公权。[2]或者说，基于合理利用的目的，宪法国家所有条款创设了公法所有权制度；国家以公法所有权为根据实施公法性支配管理。因此，自然资源国家所有权与私法所有权不具有同质性。既然如此，以私法所有权的知识体系去度量自然资源国家所有权所产生的认知困境，也是顺理成章。公权说在释解国家所有权的特殊性上，无疑有其优势。但也存在一定的缺陷，主要是该说在由自然资源国家所有宪法条款向自然资源国家公法性支配管理制度的转换上，缺乏合理的法教义学解释框架。

（二）国家所有的规范维度

和私人、团体一样，国家也需要通过支配一定的财产去实现特定的公益目的。例如，拥有土地建设政府办公大楼用于机关运作、购买公务设备用于公务处理，以及取得金钱用于财政度支等。因此，在主体维度（*criterio soggettivo*）上自然可以形成国家所有、私人所有和特殊团体所有的描述性财产所有型态分类。我国的物权法正是在此种维度上形成了“所有权的一般规定→国家所有权－集体所有权－私人所有权”的文本结构。诸如物权说、

[1] 参见程雪阳：《中国宪法上国家所有的规范含义》，载《法学研究》2015年第4期，第105-126页。

[2] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，载《法学研究》2013年第4期，第19页。

资格说等也是循着这一逻辑形成各自理论论述的基础。既然主体维度上的财产所有型态分类是在“所有人－所有物”的结构上对财产作归属状况的描述，物权法有关“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有”、“法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有”等的规定，自然会被认为是一种“废话型法条”。[1]

在概括意义上，国家可以成为私法所有权的主体，但与私人相比仍具有其特殊性。在私法秩序中，私人是为了满足完全受其自身支配的利益从事民事活动，但就国家而言，却并非如此。即使国家在以犹如私人的身份实施私法行为的情形下，它也并非是私人，而须是为了满足特定的公益需要。国家以私法行为实现的法益，对于公益需要的满足来说，仅是承担了工具性功能（*funzione strumentale*）。[2]为此，一方面，倘若借用私法机制在某些情形下能够更为便利化地满足公益需要，国家便可在此种情形下形塑为私法上的实体，以消除政治优位性可能带来的不平等或强制等问题。有关国家的社会化、法人化的讨论便是在此种意义上展开。另一方面，无论是否借用私法机制，国家的行为总是受到满足公益需要的限制，因而即使是国家的私法行为，也并非仅受制于原本适用于私人的规则。围绕国家所有的财产展开的活动（勿论是私法行为抑或是公法行为），尚需受到国家预算和公共会计准则、财产使用管理内部规则[3]等形式意义上的法（不涉及国民的权利义务）的约束。

当然，国家以犹如私人的身份实施私法行为，仅是财产支配活动的一部分。以局部的私法机制借用去涵括国家所有的全貌，并不恰当。在主体维度上，诸如“财产为公有或私有。经济财富属于国家、团体或个人”的表述（意大利宪法第 42 条），通常被理解为是一种陈述性条款；在该种规范框架下，并不排除形成有关公共财产的特别制度。[4]对于这种特别制度的讨论需要在客体维度（*criterio oggettivo*）上展开。即，特定的财产，对于国民或就财产的利用本身而言，承担了特定的公共职能。将此种财产确定为国家所有并相应形成特别制度，旨在防止财产的公共职能因财产进入市场交易过程而受到妨碍。为了实现特别制度的建构，路径上有两种典型的模式。一是在宪法上设定公共财产条款，以此为基础由具体的法律规定国家所有的特别制度。也就是说，在以私法所有权的知识体系为框架制定的民法典之外，基于宪法的公共财产条款，通过行政法等形成有关国家所有的特别制度，进而建立起多层次的国家所有立法体系。诸如修正的所有权理论、公法所有权理论，虽然各自的立足点有异，但逻辑上均是围绕于此形成各自的理论论述和制度安排。二是由民法典承担多层次国家所有制度的框架建构任务，并由特别法作补充规定。法国、意大利等国家是此种模式的实践典型。

以意大利为例，民法典设定了独立于私人财产制度的国家财产制度。在体例结构上，国家财产制度位于“所有权编”的第一章第二节（“国家财产、公共团体财产、宗教团体财产”）；私人财产制度则位于同编的第二章（“所有权”）。需要注意的是，意大利民法典没有使用“国家所有权”这一概念，由第二章构建的（私法）所有权规范体系并不当然适用于第一章第二节的国家财产。特别是，第二章第一节的“（所有权的）一般规定”不能用以描述国家财产的法律地位及国家财产的权利内容。在国家财产上，未必形成“所有权人对所有物享有完全的、排他的使用和处分权利”（第二章第一节第 832 条）。至于国家财产的法律地位及权利内容如何，则由第一章第二节的国家财产制度作框架性规定。

依意大利民法典第 822、826 条的规定，国家财产分为“公有财产”（*demanio pubblico*）和“国有财产”（*beni patrimoniali*）。“公有财产”包括必然属于国家的共用物

[1] 参见葛云松：《物权法的扯淡与认真：评<物权法草案>第四、五章》，载《中外法学》2006 年第 1 期，第 54-55 页。

[2] Cfr. S. Casses, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 119.

[3] 例如，《行政单位国有资产管理暂行办法》第四章；《机关事务管理条例》第三章。

[4] See F. Costantino, Public Property in Italy, *International Journal of Public Administration*, 2011, Vol. 34, No. 1-2, pp. 84–88.

和要塞等军事不动产、或然属于国家的公用物和值得特别保护的遗址等文化财产。除在法律规定的范围、依法律规定的方式外，“公有财产”不得转让，不得为第三人的利益设定负担；不适用取得和消灭时效、不得被强制执行和征收；[1]行政机关可以采用行政手段保护“公有财产”免受不法侵害。[2]“公有财产”以外的国家财产属于“国有财产”。其中，金属矿等法律规定由国家所有的自然资源、具有历史和文化价值的埋藏物等文化财产、兵营和武器等军事财产、政府办公大楼等特别的行政财产，以及共和国总统的薪俸等特别的财政财产，“非依有关法律的规定，不得挪作他用”。据此，“国有财产”在学理上被进一步划分为“可处分国有财产”（*patrimonio disponibile*）和“不可处分国有财产”（*patrimonio indisponibile*）。

“公有财产”不适用民法典第 832 条的规定，国家不具有“完全的、排他的使用和处分权利”，不形成私法所有权。对于“不可处分国有财产”，民法典仅就可处分性作了一般限制，因而理论上可以仿如私人财产形成私法所有权。但是，其他法律的规定实际上否定了此种定位；[3]判例上亦持类似的态度。[4]通说认为，“公有财产”和“不可处分国有财产”的利用、流转和保护有别于私人财产，构成适用特别制度的公共财产（*beni pubblici*）。[5]

（三）我国宪法的国家所有规范框架

对于我国宪法上的国家所有条款，有学者通过宪法文本变迁的分析提出了围绕第 12 条展开的公共财产制度论说；[6]也有学者通过规范要素和体例结构的分析提出了基本经济制度（所有制）论说。[7]两种论说实质上都是在客体维度或财产功能维度上切入到了宪法国家所有的涵义讨论之中。但就其阐述的准确性和全面性而言，仍然有作更进一步斟酌的余地。本文认为，对于由宪法第 9-13 条构成的财产条款，应当作如下理解：

第一，宪法第 9 条第 1 款、第 10 条第 1-2 款，是在主体维度上描述了“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源”和“土地”的归属状态（*belong to...*）——国家所有或者集体所有。在宪法规范的逻辑结构上，它们属于确认性条款而非授权性条款，用以确定特定的物的归属状态。单纯就该两个条款而言，并不能体现出自然资源和土地由国家所有或者集体所有的特别的规范目的和功能。除了“城市”这一不确定法律概念及授权立法条款（“由法律规定……”）外，宪法规范本身并没有留下作其他解释的余地。其他法律在作所涉物的具体规定时，应当以此为根据。

第二，宪法第 9 条第 2 款（结合第 9 条第 1 款）、第 10 条第 3-4 款，以及第 13 条第 3 款属于公共财产条款。它们是在客体维度或财产功能维度上明确了“自然资源的国家所有、土地及其他财产的国有化，得为达成特定的社会目的”——合理利用与保护、侵占及破坏的禁止，以及公共利益的需要。为达此目的，其他法律应当或者可以（针对立法裁量意义

[1] D.p.r. n. 327/2001 第 4 条第 1 项规定，“公有财产不得被征收”。此外，根据意大利民法典第 879 条的规定，属于“公有财产”的建筑也不适用强制共有。

[2] 意大利民法典第 823 条第 2 款：行政机关对公有财产进行保护。行政机关可以采用行政手段或者本法规定的一般手段保护国家的公有财产权利。

[3] 例如，d.p.r. n. 327/2001 第 4 条第 2 项规定，“不可处分国有财产，只有在为了更高的公益目的，方可被征收”；l. n. 157/1992 将野生动物确定为“不可处分国有财产”在于强化国家的保护责任；在市镇的财产管理条例中（例如，Regolamento sui Beni Pubblici Comunali, approvato con delibera del Consiglio Comunale n° 64 nella seduta del 21/12/2011, Santa Margherita di Belice），通常也会确认“不可处分国有财产”不可处分、不可扣押、不适用时效取得，并受到公益目的的约束。

[4] Cass., sez. II, 28 agosto 2002, n. 12608; Cass., sez. I, 21 luglio 2011, n. 15980.

[5] Cfr. A. M. Sandulli, voce Beni pubblici, in *Enc. dir.*, Vol. V, Milano, 1959, p. 278.

[6] 参见李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载《清华法学》2015 年第 5 期，第 63-84 页。

[7] 参见林彦：《自然资源国家所有权的行使主体——以立法为中心的考察》，载《交大法学》2015 年第 2 期，第 24-33 页。

上的授权立法事项）作有关公共财产的特别制度的规定。例如，对于野生动植物资源，宪法第 9 条第 1 款未作等内列明，但同条第 2 款规定“国家……保护珍贵的动物和植物”。为了实现“保护、拯救珍贵、濒危野生动物，保护、发展和合理利用野生动物资源……”（野生动物保护法第 1 条）的目的，野生动物保护法第 3 条第 1 款规定，“野生动物资源属于国家所有”，并确立了野生动物资源国家所有的特别实现制度——特许和许可制度。

第三，宪法第 12 条不属于客体维度上的公共财产条款。该条款中涉及的“公共财产”概念仅是对国家所有之财产和集体所有之财产的概括性表述，并与第 13 条第 1 款的“私有财产”概念共同构成了主体维度上有关财产归属状态的描述性分类。在修改后的宪法文本上，无论是第 12 条的“公共财产”还是第 13 条第 1 款的“私有财产”，均未使用用以表明财产法律性质的“财产权”或“所有权”术语。

就此而言，宪法的财产条款包含了三个方面的体系性内容：① 宪法在主体维度上确立了自然资源和土地的归属状态——国家所有和集体所有（第 9 条第 1 款、第 10 条第 1-2 款）。② 宪法在客体维度上明确自然资源（包括土地、野生动植物资源）的国家所有，应当根据合理利用和保护的规范目的选择适用具体的实现制度——私法所有权制度或者特别财产制度（第 9 条第 2 款和第 10 条第 4 款）。③ 在社会职能或社会义务的目的上，宪法明确享有私有财产权的方法及范围依法律之规定（第 13 条第 2 款）。[1]

三、宪法国家所有的类型化涵义

我国宪法框架下，自然资源（包括土地、野生动植物资源）的国家所有，旨在实现合理利用和保护的目的。然而，自然资源是对“人类能够从自然界获取以满足其需要的任何天然生成物及作用于其上的人类活动成果”[2]的概括性表述，不同类型之自然资源的“合理利用和保护”的涵义不尽相同。同时，对于森林和山岭、草原、荒地、滩涂，以及土地，除了国家所有外，也容许由集体所有；归属主体的概括性或单一性与否，也会影响合理利用和保护之方式的选择。因此，自然资源国家所有的宪法规范目的，在不同类型之自然资源之间存在差异，形成不同的自然资源国家所有的具体涵义。

（一）公有财产的国有涵义

宪法第 9 条第 1 款等内列明的“水流”，自古以来保持着自然的状态，为人类生活之特定必要，公众恒以其为天与利益，是为共用物。物权法第 46 条及海域使用管理法第 3 条规定的“海域”亦是如此。对于共用物，公众可以依其一般用途或者惯常用途实施合理限度内的自由利用——一般利用。如若将共用物确定为法律上的财产，则只能由国家所有。宪法第 9 条第 1 款后段（由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外）及物权法第 46 条的表述，也明确了水流、海域仅能由国家所有。既然为供公众一般利用的共用物，自然不能允许由特定的主体（包括作为所有人的国家）实施排他性支配，而应服从于国家的公法性支配管理。[3]因此，共用物的国家所有，不能按照私法所有权的逻辑由国家实施完全的、排他的私法性支配；即使私人以特许的方式取得个别化的利用权利，也不能依照私法所有权体系下的他物权逻辑实施典型之排他性支配。[4]

[1] 宪法第 13 条第 2 款：国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

[2] 蔡运龙：《自然资源学原理》，科学出版社 2007 年版，第 24 页。

[3] 例如，日本最高法院判决指出，“海自古以来保持着自然的状态，被提供于一般公众的共同使用，是所谓公共用物，应服从于国家的直接的公法性支配管理，是不能允许由特定人进行排他性支配的”。参见〔日〕盐野宏：《行政组织法》，杨建顺译，北京大学出版社 2008 年版，第 250 页。

[4] 例如，水法第 21 条第 1 款规定，“开发、利用水资源，应当首先满足城乡居民生活用水，并兼顾农业、工业、生态环境用水以及航运等需要”；第 26 条第 2 款规定，“建设水力发电站，应当保护生态环境，兼顾防洪、供水、灌溉、航运、竹木流放和渔业等方面的需要”；第 28 条规定，“任何单位和个人引水、截（蓄）水、排水，不得损害公共利益和他人的合法权益”。海域使用管理法第 32 条第 2 款规定，“海域使用权人对不妨害其依法使用海域的非排他性用海活动，不得阻挠”。

诸如公路、公共广场等公用物，具有提供公众公用的公共职能。公用物的设置与提供是国家作为国民利益集合体所应承担的公共任务，国家承担了确保公众一般利用的保障责任和执行责任。因此，公众同样可以依公用物的一般用途或者惯常用途实施合理限度内的自由利用。我国宪法没有规定公用物的国家所有条款。因为与共用物不同，公用物并非因其自然属性（物的固有特性）产生公用的公共职能，而需依赖于公共认定。为此，物权法第 52 条作了“……公路……，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有”的法条表述。公用物的一般利用意味着，它也不能允许由特定的主体（包括作为所有人的国家）实施排他性支配；公用物的国家所有不能按照私法所有权的逻辑由国家实施完全的、排他的私法性支配。对于私人所有的公用物，则在经公共认定后，服从于国家的公法性支配管理。

就此而言，在提供公众的一般利用的公共职能上，由国家所有的共用物、公用物，属于本来意义上的全民所有财产——公有财产。公有财产的国家所有无法为国家形成私法性支配关系，因而被纳入到一个有别于私有财产的特别财产制度之中；公有财产应当服从于国家直接的公法性支配管理，以此形成特别的法理和制度。法国行政法上的公法所有权理论便是基于此逻辑形成。也因此，私法所有权的一般规定、所有物的特定化要求等，[1]不适用于公有财产。例如，作为共用物的气候资源，即使立法规定由国家所有，也不产生物权法第 39 条规定的私法所有权权能；气候资源由国家所有的立法规定，旨在通过形成公法性支配管理秩序来实现特定的行政目的——保障公众一般利用自由基础上的秩序性利用。[2]同样的，公有财产的致害责任、保护方式等也适用特别的制度。例如，公有财产的致害赔偿适用赔偿理念和赔偿主体特殊、赔偿范围和赔偿标准法定的国家赔偿制度。[3]公有财产的保护除了适用私法保护机制外，也可以适用行政命令、行政处罚、行政强制措施等行政法保护机制。[4]

（二）有限自然资源的国有涵义

在宪法第 9 条第 1 款等内列明的自然资源中，矿藏、森林、山岭、草原、荒地、滩涂均非共用物。此类自然资源，具有不可再生性或再生能力限度性的特征，因而可以借用行政许可法第 12 条第 2 项中的“有限自然资源”概念予以表述。相比于共用物，有限自然资源不具有供公众一般利用的特征。因此，有限自然资源可以由国家以外的主体所有。倘若有限自然资源可以容许由国家以外的主体所有，为了实现要素市场的统一，有限自然资源的国家所有应当仿如私人所有形成私法所有权。倘若有限自然资源仅容许由国家所有，理论上也可以仿如私人所有形成私法所有权。[5]但是，将不属于共用或提供公用的物确定为仅容许国家所有，并在私法所有权的体系下由国家独占经济财富，在正当性上会产生疑问。

私法所有权的制度功能是形成财产利益的分配利用秩序。但对于有限自然资源，私法所有权制度或是无法有效解决利益分配的公平性问题，或是无法有效解决利用中的规模化外部性问题——资源枯竭和生态破坏。对于公平性问题，宪法可以确立有限自然资源的公有制，并通过其他法律所确定的特许机制进行分配，也可以确立有限自然资源的私有制，

[1] 参见张璐：《气候资源国家所有之辩》，载《法学》2012 年第 7 期，第 12-17 页。

[2] 《黑龙江省气候资源探测和保护条例》第 3 条：气候资源的探测和保护应遵循自然规律，坚持利用与保护并重，因地制宜、综合有序、防止和减轻人类活动对气候及自然生态的影响，积极应对气候变化的原则。

[3] 参见马怀德、喻文光：《公有公共设施致害的国家赔偿》，载《法学研究》2000 年第 2 期，第 14-19 页。

[4] 例如，公路法第 70 条规定，“交通主管部门、公路管理机构负有管理和保护公路的责任，有权检查、制止各种侵占、损坏公路、公路用地、公路附属设施及其他违反本法规定的行为”；第 77 条规定，“违反本法第四十六条的规定，造成公路路面损坏、污染或者影响公路畅通的……由交通主管部门责令停止违法行为，可以处五千元以下的罚款”。

[5] 行政许可法第 12 条第 2 项规定，有限自然资源开发利用，需要赋予特定权利的，可以设定行政许可；第 13 条第 2 项规定，市场竞争机制能够有效调节的，可以不设行政许可。

并通过其他法律设定分配再调整法律机制——捐税；对于外部性问题，宪法可以确立有限自然资源的公有制，并通过其他法律确定的特许机制实现秩序性利用，也可以确立有限自然资源的私有制，并设定外部规制机制——规划或许可。因此，制度安排实际上有两种路径选择的取向：第一，肯定私法所有权制度在有限自然资源的分配或利用中的基础地位，在此前提下设定外部的行政矫正机制。第二，迳行确立“公有制—特许”的特别财产制度。在第二种路径中，为了实现国家独占经济财富的正当化，应当确立公有制和特许的一体化机制。即，有限自然资源的国家所有不在私法所有权的一般框架下由作为所有人的国家直接实现使用权能，而是通过特许赋予私人或私法型态组织使用权利。[1]因此，在有限自然资源的公有制下，国家所有并不完全仿如私人所有，而是形成了有限制的私法所有权。在该种所有权模式下，国家拥有占有、收益和处分的权能，但不应拥有使用的权能；国家在实现处分权能时，应当受到法律的具体限制——所有权不得转让且使用权利仅能通过特许向私人转移（所谓转移性特许）。同时，国家拥有确保私人合理利用有限自然资源的行政规制权力。[2]换言之，在公有制下，有限自然资源的国家所有，本质上属于公共治理机制，[3]而不再单纯的属于私法所有权体系下的一种所有型态，以防止国家在实现国家所有时由公法遁入私法。[4]事实上，对于实行公有制的有限自然资源，我国的具体法律中通常都会明确国家所有的社会目的、[5]国家所有的行政实现机制、[6]秩序性利用的公共规则，[7]以及违反利用秩序的行政制裁[8]等内容。

当然，在我国，有关公有制的定位也存在理论和制度上的困境。在通常的语境中，公有制包含了“公共所有制”（以共用物为典型）和“国家（代表）所有制”两类。但依我国宪法第6条的规定，社会主义公有制则包括全民所有制和劳动群众集体所有制。其中，仅全民所有制属于通常语境下的公有制。劳动群众集体所有的实现，在法律原理上不可能适用仅针对于国家所有的行政机制。这就造成了同时容许由国家和集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂，以及土地，在国家所有和集体所有的实现中，存在法律机制的适用困境。[9]为了解决这种困境，一是，明确森林和山岭、草原、荒地、滩涂及土地的国家所有仿如私人所有形成私法所有权，适用私法机制，以实现要素市场的统一。[10]二是，为达成秩

[1] 有限自然资源的利用特许，不是私法机制的简单替代工具，而是包含了对公共利益侵害之风险的预防与控制、经济财富的社会化分配等功能。对于有限自然资源的开发利用，国家不能直接实施；即使基于现实的因素（如投资规模、能源控制等），该类活动需要由国家辅助参与，也应当在实施形式（组织）私有化后，通过特许赋予国有企业等私法型态组织以利用的权利或资格，并形成独立的行政监管机制。我国宪法在1993年将“国营经济”、“国营企业”改为“国有经济”、“国有企业”实际上反映了该种思路。2013年的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》则进一步明确，“国有资本继续控股经营的自然垄断行业，实行政企分开、政资分开、特许经营、政府监管为主要内容的改革”。

[2] 行政许可法第66条：被许可人未依法履行开发利用自然资源义务或者未依法履行利用公共资源义务的，行政机关应当责令限期改正；被许可人在规定期限内不改正的，行政机关应当依照有关法律、行政法规的规定予以处理。

[3] “公有制—特许”是财产利用秩序性规制的常见思路。参见〔英〕安东尼·奥格斯：《规制：法律形式与经济学理论》，骆梅英译，中国人民大学出版社2008年版，第231页。

[4] 例如，对于有限自然资源的特许，行政许可法第53条第1款规定，“行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定”。

[5] 矿产资源法第1、3条；煤炭法第1、4、5、11条。

[6] 矿产资源法第5条；煤炭法第18、19条。

[7] 矿产资源法第29、30、32条；煤炭法第28、29、31条。

[8] 矿产资源法第39、40、44条；煤炭法第67、69、70条。

[9] 例如，在现有法律框架下，国有土地的建设利用实行行政上的计划管理（《土地利用年度计划管理办法》）；受让人违反国有土地使用权出让合同的，可以给予行政处罚（《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条）。此外，行政诉讼实践也存在将国有土地使用权出让行为认定为公法行为的认知。例如，在“东营市国土资源局开发区分局与山东华林纸业有限责任公司土地行政合同纠纷上诉案”（〔2005〕东行终字第7号）中，终审法院认为，“签订国有土地出让合同是为了实现合理开发利用土地资源的行政目标”。

[10] 例如，对于国有土地使用权的出让行为，全国人大常委会法工委和最高人民法院均明确属于私法行为。参见2004年9月22日全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会询问答复（“国土资源部门解除

序性利用的目的，对森林和山岭、草原、荒地、滩涂及土地的利用设定外部规制机制——利用规划或利用许可。[1]三是，为达成利益分配的公平性目的，对森林和山岭、草原、荒地、滩涂及土地的经营性利用设定分配再调整机制——捐税。

（三）野生动物资源的国有涵义

按照公共经济学的观点，产权明晰有助于野生动物的保护。[2]因此，将野生动物资源确定为法律上的财产，主要基于保护的社会目的。但是，野生动物资源的保护并非单纯意义上的猎捕禁止，而是包含了生态平衡角度上的野生动物种群控制、驯养繁殖和狩猎及观光娱乐产业对野生动物资源保护的正向激励、科研和文教及医学上的集体价值利用，以及猎捕的一般禁止所产生的野生动物致害补偿等复杂的内容。因此，除了生态、科研和文化上的人类共同利益外，野生动物的保护实际上牵涉了诸多的财产性内容。

野生动物是指长期或暂时栖居于特定地理范围内、处于天然自由状态下的各类动物。[3]“暂时栖居”和“天然自由状态”表明，野生动物属于无法特定化的物，包括物的不确定性和不受支配性。因此，倘若将野生动物资源确定为法律上的财产，则只能由单一主体——国家——概括所有；作为所有人的国家不能依私法所有权的逻辑对野生动物资源实施私法性支配，而是形成了抽象的公法性支配管理关系。我国宪法第9条第1款没有将野生动物资源作等内自然资源列明，但同条第2款规定，“国家……保护珍贵的动物和植物”。这实际上明确了野生动物资源的国家所有在宪法规范上的目的——国家保护的公法义务。

野生动物具有经济利用的财产性内容，并不当然地具有处分禁止性。因此，对于野生动物资源通常是在特殊的有限自然资源上予以定位，并通过行政机制实施保护和经济利用。例如，意大利野生动物保护和猎捕管理法将野生动物确定为“不可处分国有财产”；[4]同时规定，私人对野生动物资源的经济利用应当取得行政机关的特许；特许使用费应当设立专门的财政基金，用以野生动物的保护和致害补偿。[5]在我国，野生动物保护法也确立了保护目的下的合理利用原则；同时规定，猎捕国家重点保护的野生动物，需要取得特许猎捕证。[6]在逻辑上，既然法律规定野生动物资源属于国家所有，则列入野生动物资源目录的物种，在猎捕时均应取得野生动物行政主管部门的特许。就此而言，无论是野生动物保护法第17条针对国家重点保护野生动物的特许猎捕证，抑或是第18条第1款针对非国家重点保护野生动物的狩猎证，只要是猎捕国家所有的野生动物的，均属于特许。依特许猎捕取得野生动物后，私人取得了野生动物及孳息的所有权。因此，驯养、展览、加工，及转让依特许捕获的野生动物，私人无需取得特许，而仅需遵从一般禁止意义上的许可机制。[7]

四、宪法国家所有的实现机制

国有土地使用权有偿出让合同属于民事争议还是属于行政争议”）；《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2005〕5号）。

[1] 例如，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出，“在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价”。

[2] 参见陈共：《财政学》，中国人民大学出版社2012年版，第35页。

[3] 例如，意大利l. n. 157/1992（野生动物保护和猎捕管理法）第2条第1项规定，本法所指称的野生动物是长期或暂时栖居在本国领土范围内、处于天然自由状态下、受本法保护的哺乳动物和鸟类。

[4] L. n. 157/1992第1条：野生动物属于不可处分国有财产；野生动物基于国家和人类的共同利益受到保护。

[5] L. n.157/1992第12、15、23和26条。

[6] 野生动物保护法第1、16条。

[7] 野生动物保护法第17、22条。

相对于私人，国家属于具有超位特权的法律实体。但在有些活动中，这种超位身份不利于国家便利地实现特定的公共任务，因而需要仿如私人实施私法行为。也就是说，国家的私法活动只是为了实现特定之公益而借用私法机制的工具性活动。是否借用私法机制实施私法活动，由国家按其标准进行衡量，但衡量的标准必须是私法机制能够更为便利化地达成特定的公共任务。在国家所有的具体实现上，法律机制的选择同样因循此种逻辑。

当然，对于国家所有的具体实现机制的选择，应当以宪法财产条款的规范目的为基础。在前文的论述中已经明确，我国宪法财产条款的规范目的主要有三个：一是保护私人的财产权利免受来自国家的侵害；二是防止国家所有的财产及其公共职能受到私人或其他组织的侵害或妨碍；三是确定私人财产权的社会职能或社会义务。其中，宪法的国家所有条款落位于第二个规范目的。因此，宪法的财产条款并不在防御的目的上定位国家所有；在宪法框架下，其他法律应当基于国家所有的财产及其公共职能实现的保护目的，选择确定合适的国家所有实现机制。就通常的理解而言，在国家所有的实现中，法律机制的选择确定标准，一是私法机制的适用是否能够便利化地实现国家所有的规范目的；二是私法机制的适用是否会导致选择衡量的滥用——国家的超位特权地位对经济自由的抑制。

（一）公有财产的实现机制选择

公有财产，基于共同利用或提供公用的社会目的，私人有一般利用的自由。一般利用自由的保障是宪法国家所有条款的规范涵义之一，[1]也是公有财产制度的核心功能。为了实现一般利用自由之保障的目的，公有财产的国家所有不形成以完全的、排他的权利为显著特征的私法所有权；国家同时应当通过公法机制——财产警察规则和特许利用规则——确保公有财产的秩序性利用，由此形成公有财产的特别利用（*uso particolare*）制度。[2]

为了确保公有财产一般利用自由的有序实现，法律可以为私人的利用自由设定一般禁止、高度禁止或绝对禁止的义务。此为设定于公有财产之上的财产警察规则。在行政法的原理上，一般禁止义务的设定，以私人原本拥有相应行为之自由为前提；倘若私人原本拥有的自由很有可能对维持社会生活所不可或缺的公共安全与秩序产生威胁时，法律可以将之确定为一般禁止事项。此时，私人只有在经由行政机关准予的情形下，该种禁止义务方可解除。[3]对于公有财产，私人原本拥有依其一般用途或惯常用途的利用自由，但特定的利用可能会妨碍公有财产的公益目的。为了避免此种后果的发生，法律可以将该种利用确定为一般禁止事项，以此形成公有财产的许可利用制度。例如，由国家所有的水资源属于共用物，私人原本拥有利用的自由。然而，在现代社会，水资源的利用自由往往会与利用的可持续性产生冲突。因此，水法第 7 条确立了取水许可制度，[4]并在《取水许可和水资源费征收管理条例》中将“利用取水设施取用水资源”设定为一般禁止义务；私人在实施该种利用时应当取得水行政主管部门的许可。[5]当私人原本拥有的自由很有可能会对需要特别保护的公共利益产生一般性侵害时，法律可以通过设定高度禁止义务根本性取消私人原本拥有的自由；只有经行政机关严格地审查并作出准照（*licenza*），私人方可实施相关的利用

[1] 宪法第 9 条第 2 款规定，“国家保障自然资源的合理利用……禁止任何组织或者个人用任何手段侵占……自然资源”。

[2] Cfr. F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, p. 264.

[3] 参见朱芒：《日本的行政许可：基本理论和制度》，载《中外法学》1999 年第 4 期，第 102 页。

[4] 水法第 7 条：国家对水资源依法实行取水许可制度和有偿使用制度。但是，农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的除外。国务院水行政主管部门负责全国取水许可制度和水资源有偿使用制度的组织实施。

[5] 《取水许可和水资源费征收管理条例》第 2 条：本条例所称取水，是指利用取水工程或者设施直接从江河、湖泊或者地下取用水资源。

取用水资源的单位和个人，除本条例第四条规定的情形外，都应当申请领取取水许可证，并缴纳水资源费。

本条例所称取水工程或者设施，是指闸、坝、渠道、人工河道、虹吸管、水泵、水井以及水电站等。

活动。[1]例如，私人对河道的围垦利用。[2]绝对禁止义务，是私人对公有财产的特定利用为法律所禁止而不存在利用的例外。例如，私人在饮用水水源保护区设置排污口。[3]

在特许利用规则下，私人可以依特许对公有财产实施经济利用。例如，私人依特许对海域的养殖利用；私人依特许设置书报亭对道路的长期占用等。基于公有财产的特定公益目的，第一，特许利用限于目的外利用。依公有财产一般用途或惯常用途的利用，属于私人的自由，即使自由的实现可能妨碍利用秩序，也仅能设定相应之禁止义务。公有财产个别化的私人经济利用仅限于目的外利用。例如，书报亭的设置占用不是道路的一般用途或惯常用途。第二，特许利用限于长期利用。对公有财产目的外的临时利用，适用占用许可制度。例如，因建设等特殊需要，在街道两侧临时堆放物料，应当取得行政机关的许可。[4]第三，特许利用不得妨碍公众的一般利用。例如，依海域使用管理法第 23 条规定，海域使用权人不得阻挠他人的非排他性用海活动；书报亭的特许设置则应以不妨碍道路的正常通行为前提。[5]

公有财产的一般利用，并不当然地具有无偿性。有偿的一般利用通常适用于：第一，具有竞争性利用特征的公有财产。例如，倘若公共停车位具有竞争性利用的特征，为了确保资源的高效配置，私人的一般利用可以是有偿的。第二，为利用人带来特别利益的公有财产。例如，私人对特定公路的有偿性一般利用。[6]此外，一般利用虽然最能直接体现财产对私人使用利益的满足，但这种利益并不构成私人的主观权利。私人对公有财产的一般利用利益不是法律利益，而仅为反射利益或单纯利益。[7]因此，尽管国家有责任确保私人对公有财产的一般利用，但并不意味着私人据此拥有对公有财产的设置请求权，或者对废止公有财产公用职能之行政决定的撤销请求权。例如，行政机关具有优化设置地铁线路的一般职责，但某居民并不据此拥有要求行政机关设置途径其所在小区地铁线路的请求权。

（二）有限自然资源的实现机制选择

只能由国家所有的有限自然资源，具有稀缺性和对私人生活之非特定必要性的特征，私人不拥有一般利用的自由，不适用具有解禁功能的许可利用制度。有限自然资源国家专属所有的规范目的，也不在于确立起国家对经济财富的独占地位，而是为了解决有限自然资源的分配公平性及外部性问题。同时，为了约束国家对经济活动的过度介入，由国家专属所有的有限自然资源，国家不实施直接的经济利用，由此形成有限自然资源利用上的“国有私用”框架。由国家专属所有的有限自然资源的利用，适用特许利用制度；私人的利用权利，由

[1] Cfr. F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, pp. 396-397.

[2] 水法第 40 条第 2 款：禁止围垦河道。确需围垦的，应当经过科学论证，经省、自治区、直辖市人民政府水行政主管部门或者国务院水行政主管部门同意后，报本级人民政府批准。

[3] 水法第 34 条第 1 款：禁止在饮用水水源保护区内设置排污口。

[4] 《城市市容和环境卫生管理条例》第 14 条：任何单位和个人都不得在街道两侧和公共场地堆放物料，搭建建筑物、构筑物或者其他设施。因建设等特殊需要，在街道两侧和公共场地临时堆放物料，搭建非永久性建筑物、构筑物或者其他设施的，必须征得城市人民政府市容环境卫生行政主管部门同意后，按照有关规定办理审批手续。

[5] 例如，《扬州市市区书报亭设置和市容管理规定》第 7 条规定了设置的区域限制；第 11 条规定了擅自变动设置区域的禁止义务。

[6] 在上世纪 20 年代以前，公路并非现代意义上供汽车行车使用的道路。意大利工程师皮埃罗·普里切利（Piero Puricelli）提出了专供汽车行驶的新道路概念——“autostrada”（汽车用道路），此为高速公路的雏形。因此，在特定的时代背景下，高速公路被定位为服务于少数群体的设施；高速公路的使用构成了对使用人的特别受益，因而需支付相应的服务对价。从这个意义上说，在现代，高速公路是否当然的具有对使用人的特别受益，存在再检讨的余地。当然，倘若共用、公用物类财产存在使用人特别受益的情形，一般使用的有偿性具有正当化的理由。例如，台湾地区公路法第 24 条规定，“在同一起讫地点间另辟新线，使通行车辆受益者”；或“属于同一交通系统，与既成收费之公路、桥梁并行者”，兴建之公路、桥梁、隧道、轮渡，得向通行之汽车征收公路工程受益费。

[7] A. M. Sandulli, voce Beni pubblici, in *Enc. dir.*, Vol. V, Milano, 1959, p. 286.

方面，包括自然资源和土地等均产生影响，其问题在于如何在这些不同领域保持经济收益与公共任务之间的平衡，而这显然也需要针对不同的领域进行分类化的处理。

从78年之后社会整体的变迁趋势以及从82年宪法的文本变迁来看，在仍然施行计划经济和社会主义公有制经济仍然占据主导性分量之时，“社会主义的公共财产”（宪法第12条）的重要性和受保护程度显然更高，因为在一个纯粹的“公有制”和“计划经济”之下，私有财产并没有一席之地，即便考量当时中国的经济现实，对“合法的私有财产”给予一定程度的保护，但仍然没有提升至与“公共财产”相提并论的程度。随着93年的修宪，市场经济的全面展开，对公有制之外的其它所有制经济（如个体经济、私营经济等）重视程度的提高，“私有财产”的保护也提到了一个新的高度，2004年修宪是78年之后“私有财产”重要性不断提高的最终体现，这也意味着82年宪法中国家与个体的关系实现了悄然的翻转，个体从国家理想中解放出来，而拥有了独立存在的价值，宪法中的基本权利也从而获得了前所未有的重要性。

比较82年立宪时的文本与2004年修宪时的文本可发现，第1款从“国家保护公民的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”修改为“公民的合法的私有财产不受侵犯”，这一转变意味着私有财产作为消极防御权的真正确立，在计划经济的年代，公民合法财产的所有权是在“国家保护”的范畴之下，此处的“国家保护”并非是从基本权利的“客观价值秩序”之中衍生出来的“国家保护义务”，[1]即国家在消极不干涉之外、还需提供积极的保护，而是意味着“私有财产”在当时仍然处于“国家目的”的范畴之内，其已经包含了私有财产可以让位于国家目的的意涵，这一点从2004年修宪新增了第3款“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给于补偿”中可以看出，这一“限制性条款”的加入恰恰表明了在原有的宪法文本中，对私有财产权的“限制”无需单独列出，因此这一“限制性条款”恰恰是“保护性条款”。而第2款“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权”修改为“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”则明确提出了“私有财产权”，并与第1款相呼应，构成了“私有财产权”这一宪法权利的消极防御权属性与相对应的国家积极的保护性义务，而“依照法律”也意味着这种“积极的国家保护义务”主要通过立法这种政治民主程序加以实现。如果与宪法第12条相对应，则会发现第12条并未经过修改，其措辞为“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”、“国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产”，这里虽然可以见到“神圣”的字样，但从历史变迁来看，这一术语是历史的产物，而13条的私有财产在修改之后已经具有与12条的公共财产同等重要的地位，并且通过对比可以发现，13条中明确提出了“私有财产权”，而12条却从未出现“公共财产权”，从文本的变迁并结合社会整体的变迁可看出，经过四次修改之后，八二年宪法中的“财产权”严格限定于“私有财产权”，而“公共财产”毋宁可以视为是一种公法上的制度。

3.“国家所有”的规范目的与功能

从文本的结构来看，对“国家所有”的理解应放到宪法第12条“社会主义公共财产”的框架下理解，而非宪法第13条“私有财产权”。其理由在于，无论是第9条自然资源国家所有、还是第10条土地国家所有其义务主体均为“任何组织或者个人”，[2]而第12条第

[1] 关于“国家保护义务”和“保护功能”参见 *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II: Grundrechte, 24. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2008, S. 22ff.

[2] 第9条第2款“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”；第10条第3款“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”；第4款“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。”

2款第2句也表明“公共财产”的义务主体也指向“任何组织或者个人”，[1]相反，对于宪法财产权而言，其最重要的义务主体是国家公权力。[2]由此可见，“国家所有”与“社会主义公共财产”的逻辑脉络是一致的。[3]从这个角度来说，宪法上“国家所有权”的命题本来就是一个伪命题，“国家所有权”的出现也就成为“国家所有”条款与“私有财产权”条款之间的移花接木，是学者一种一厢情愿的建构，却忘记了从宪法中的“公共财产”制度框架下对“国家所有”加以分析。

虽然否定了“国家所有”在宪法上的“财产权”属性，但“国家所有”毕竟仍属于广义“财产”之一部分，这里衍生出的疑问是如果不能从财产权的范畴加以理解，那么“国家所有”在宪法中究竟意味着什么？其规范目的到底是什么？或者说，“公共财产”、“全民所有”这些宪法上的制度究竟应如何加以理解？“公共财产”如果不能从主观请求权的角度加以保护，应如何加以保护？“国家”对“公共财产”的“所有”是否以及在多大程度上受到规制和约束？

首先需要指出的是宪法中的“公共财产”与私人财产具有完全不同的逻辑，私人财产重产权，针对的是国家公权力的侵犯，而公共财产则重公共属性，其目的在于防止“任何组织或个人”对公共财产的滥用。但宪法中的“公共财产”与“国家所有”条款其设立目的又不尽相同：公共财产从规范产生来看，是与社会主义的初衷相连的，与“公有制”的经济体制紧密相连，而“国家所有”在社会主义公共财产之外设立的目的在于某些公共资源之于国计民生的重要性、特殊性与稀缺性，“国家所有”可以视为是“公共财产”条款的特殊条款。[4]但30余年来的宪法变迁表明，“私有财产”的重要性不断提升，而“公共财产”的使命则一再受到限缩，二者呈现了完全不同的走向，“公共财产”从“社会主义公有制”的政治使命中解放出来，而只承担法律上的公共任务，与此相符，“国家所有”也从单纯服务于“社会主义公有制”的“国家经营”转向经营的“市场化”，从而形成位于调控与市场化、公共目的与盈利目的之间的“国家所有”。

一方面：从历史来看，“国家所有”的设立目的在于防止私人因为私利而导致对某些公共资源的“非理性”使用，这种建构思维与自由主义的“理性人”假设恰好相反，强调的是国家理性。对于这点，最突出表现在自然资源国家所有方面，[5]并且“城市土地归国家所有”这一条款在制定时的讨论也表明了这一点。[6]另一方面：从当下现实和宪法变迁的角度来看，国家管控一切和计划经济的弊端在78年之后获得足够的认识，然而为纠正此弊端而导向的“市场化”思维又走向了另外一个极端，“国家”完全以市场逻辑、经济系统的逻辑经营“国家所有”之财产，导致的结果是附着于“国家所有”之上的公共目的的流失，而完全以盈利为主导，并且“国家”凭借其政治上的优势导致市场竞争的异化以及经济系统自主性的受损，进而形成新的市场垄断，从而在宪法变迁的背景下形成了“盈利性”与“公共福祉”、国家调控与市场化之间的矛盾，这也构成了“国家所有”规范分析的问题起点。从今天的社会现实与宪法变迁的角度来看，“国家所有”的规范建构应重在反思现

[1] 第12条第2款第2句“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”

[2] 林来梵：《针对国家享有的财产权：从比较法角度的一个考察》，载《法商研究》2003年第1期。

[3] 这里衍生的另外一个问题是，“组织或个人”能否成为违宪的主体，由于在中国宪法文本中出现大量将“组织或个人”作为义务主体的情况，这一问题就显得尤有探讨的必要，这也会颠覆以国家公权力为主要义务主体的宪法传统，一个可能的解决方案是，宪法文本中的“组织或个人”之义务提出的是一种立法上的具体化要求，并未颠覆传统上个体-国家之间的宪法关系，这需要置于中国宪法有关个体-国家关系的变迁中才能有进一步的理解，具体分析需另行撰文。

[4] 我国宪法第12条第2款规定：“国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产”，从中也可看出公共财产包含了国家财产和集体财产，国家财产是公共财产的一部分。

[5] 自然资源国家所有的主要目的在于防止私人的无度使用而产生的“公地悲剧”。

[6] 这一条款的制定主要目的在于遏制“城市化”过程中出现的私人各种非理性的要求，参考肖蔚云著：《我国现行宪法的诞生》，北京大学出版社1986年版，第42页。

实中的过度市场化之后果，重塑“国家所有”的规范结构中所蕴含的“公共任务”，从完全服务于“社会主义公有制”这种理想化的理念中解脱出来的“国家所有”并不意味着其“公共任务”的丧失，而是实现了从单纯的政治使命向宪法上的“公共任务”的限缩。这意味着，“国家所有”在公共目的与盈利性、公法调控与私法自治之间必须形成清晰的法律框架，这也构成了“国家所有”介于公私法之间的特殊秉性。

从这个角度来说，宪法上“国家所有”条款的设立并非是建立一种“国家”作为所有权人对“财产”的一种宪法上的诉求（即防止国家公权力的侵害），[1]其目的在于实现对“国有财产”的保护和合理利用，对抗的是“任何组织和个人”的恣意使用，从而实现附着于其上的公共目的。鉴于“国家所有”背后的“全民所有”以及“国家”与诸如“国家机构”、“国有企业”等“国家之代表”之间的距离，因此“国家所有”应纳入“公共任务”的范畴，其保护与规制都需要以民主原则为基础。有学者已经指出，“所有公共财产的形成、运作、消灭、保护等等各方面，都是依据公共权力的，在民法意义上可以成为权利，以宪法意义而论，现代公法上的国家或政府无权利，政府对于公产的所有和管理，是政府对人民应负的责任，是一种公法上的义务，但绝非权利。进一步说，国家财产本质上根本不是一种权利，而是国家活动的一种形式即一种权力表现”，[2]这恰当表述了“公共财产”的规范逻辑，这也需要围绕“公共财产”本身（如道路、水流、自然资源等）和主体活动（国家对国有财产的占有、使用、收益、处分）两个方面建构起“国家所有”的规范体系。

六、结语

与私人财产权主要以防止国家公权力（包括立法）的侵害为主要使命不同，“国家所有”则主要依赖于立法塑成并获得正当性，从而满足“国家所有”方面的正当性要求（Legitimationsgebot）。如果说，私人财产权主要体现了合宪性审查的要求，那么“国家所有”和“公共财产”条款就更多体现了民主立法的要求。这也表明，“国家所有”绝不仅仅是经济系统运作的一部分，而更多属于政治系统的运作，负担有公共任务和政治使命，因此应主要按照政治系统的逻辑展开，通过体现政治民主过程的立法加以规制，这种规制也绝非仅是私法上的规制，而必须建立起公法上的规制。物权法上虽然建立起了“国家”针对“组织和个人”在私法上的请求权，但却无力对“国家所有”所应承担的公共任务加以建构，因此容易导致私法上“国家所有权”的滥用，国家所应肩负的公共任务的流失，由此产生“遁入私法”的后果，就此而言，对物权法中的“国家所有权”虽然不能简单的斥为无用“僵尸条款”，但必须在宪法“国家所有”的框架下才能得以诠释，否则就会陷入到一种违反常识的法律解读中。

概括而言，无论是自然资源、土地的“国家所有”，还是“国有企业”以及“社会主义的公共财产”在具体建构中都需通过立法加以具体化，并在物权法上的“国家所有权”之外建立起行之有效的公法规制，这并非是一种从“占有到规制”的转变，[3]其基础也并非

[1] 尽管并不排斥其在民法层面上针对其它组织与个人的主观请求权，但这种请求权也必须在宪法“国家所有”的框架下才能理解。

[2] 甘超英：《新中国宪法财产制度的历史回顾》，载《中国法学》2010年第4期。

[3] 因为这一转变并不符合中国宪法的变迁现实，从“国家所有”和“公共财产”的宪法制定初衷来看，这两个条款均为实现特定政治目的而设，因此其表现形式就绝非私法上的“占有”所能涵盖，而是表现出很强的“规制”特点，时至今日，在实现“国家所有”的公法规制与市场运作相分离的现实来看，对“国家所有”的解读也绝不能仅仅停留在“规制”层面，而是也包含了一种“去规制化”（Deregulierung）的趋势。

是宪法中的“国家所有权”或者是某种政治哲学上的平等观，[1]而是宪法中“国家所有”和“公共财产”条款因其“公共属性”所内含的特质。在“公共财产”的框架下理解“国家所有”条款就需要对一些具体问题重新加以反思，而八二年宪法的变迁形成了介于“规制”与“市场化”之间的“国家所有”形态，比如国家在自然资源所有方面就不能仅仅以私法上的收益为主，而必须承担一定的公共任务，这自然就需要立法和法教义学的进一步工作：如区分个体在自然资源利用方面的一般使用与特殊使用（通过此种区分可解决河中取水这种看似棘手的问题）、国家在自然资源所有方面的公共限制（收益上缴国库、自然资源的维护）等；另外在“国有企业”方面，其单纯的盈利行为也要受到规制，并澄清其所应承担的行政给付方面的公共任务，以及“国有企业”受基本权利拘束之可能（即作为基本权利的义务主体），并对“国有企业”因其民营化的程度而对其进行类型化的划分，相应地区分其权利、义务等等。总而言之，“国家所有”的规范分析是一个涉及宪法、行政法、私法等多层级法律范畴的立体结构，本文限于篇幅无法一一展开，只能大致建构起“国家所有”的规范分析框架，并澄清在宪法层面的“国家所有”分析方面一直以来所存在的误解。

[1] 参见前注1，王旭文。

“国家所有权”是童话还是制度科学？

施志源[1]

内容摘要：国家所有权制度是我国的一项重要法律制度。有学者指出我国的国家所有权制度缺乏制度科学性，导致了国有资产流失、权利主体不明确、与民争利等一系列问题，然而，这些现象与国家所有权制度之间并不存在着必然的因果关系。判断制度科学性与否应当坚持三个基本标准：是否遵从客观规律、理由是否充分且周延、是否具有现实可操作性。当前，需要正确运用民法基本原理，回应针对国家所有权的种种质疑，并旗帜鲜明地表明国家所有权的物权属性。

关键词：国家所有权 制度科学性 全民所有 物权

《国家所有权的行使与保护研究》一书在2015年由中国社会科学出版社出版，笔者在认真拜读之后，愈发觉得该书并非在论述如何保护我国当下的国家所有权制度，而是试图用所谓的“公法法人制度”来取代国家所有权制度。该书提出了一个命题：“在建立和完善我国的公共财产支配秩序的时候，到底是依据‘统一、唯一主体’学说这种童话式的分析，还是依据一种科学的法学理念？”[2]这句话表明了该书作者的一个基本观点，即：“统一、唯一主体”的国家所有权理论是一种童话式的分析，不符合制度科学性的要求。这就涉及到一个重大理论问题：“国家所有权”是童话还是制度科学？或者说，判断“国家所有权”是否具备制度科学性的依据是什么？对这一问题的解答，关乎国家所有权制度的命运，也关乎中国整个财产法律制度的健康发展。

一、对《国家所有权的行使与保护研究》一书若干观点的质疑

《国家所有权的行使与保护研究》一书从制度科学性入手，指出“统一、唯一主体”的国家所有权理论实际上给我国的公共财产权利的享有、行使以及保护带来了极大的障碍，书中指出了我国国家所有权制度存在的诸多问题，还列举了许多鲜活的事例加以佐证。然而，正是这些义正言辞的诘问和貌似很有说服力的事例，让笔者深感疑惑与不解。

困惑之一：国有资产流失是国家所有权制度之过？

《国家所有权的行使与保护研究》一书指出：“中国国有财产所有权的法律制度的运作，效果应该说相当不佳。一个基本的问题，就是国家所有权项目下的资产长期大规模流失。”[3]在笔者的民法学知识体系里，所有权制度的基本价值取向是定分止争，所有权制度的主要功能是促进物尽其用，无论如何也不该与物的流失之间存在着直接的因果关系。比如，张三所有的手表由于保管不善被偷了，是“手表归属张三所有”这一所有权制度引起的吗？还能不能进一步得出应当废除所有权制度的结论吗？显然不能！手表丢了或者被偷了，只能说明张三保管不善或者小偷手法出色，但并不能由此推导出张三不应当拥有该手表的所有权。同样的道理，国有资产流失的原因是多方面的，但有一点可以肯定，国家所有并不必然导致国有资产流失，我们不能以国有资产流失严重的理由来否定国家所有权制度。国有资产流失现象的症结在于国家所有权没有得到有效、正确的行驶，这才是国有资产流失的真正原因。

[1]施志源，男，1980年出生，法学博士，重庆大学法学博士后，福建师范大学法学院硕士生导师。

本文系国家社科基金项目“自然资源国家所有权的行使研究”（项目编号：15CFX057）的阶段性成果。

[2]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M].北京：中国社会科学出版社，2015：24.

[3]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M].北京：中国社会科学出版社，2015：2.

再者，官员处分公共资产不当是国家所有权制度之过吗？《国家所有权的行使与保护研究》一书举了一个“公共财产被官员随意处分”的例子，说的是一位副总理批500万元支持山西一位女劳模在山里办轧钢厂，结果该企业因缺乏竞争力等原因被淘汰。该书认为，对这笔钱的处分显示出“国家所有权”行使方面严重的无秩序的法律问题。[1]试问，这位副总理的行为是在行使“国家所有权”吗？当然不是！公共财产就是国有财产吗？显然二者也不能直接划等号。另外，这笔500万款项的来源是什么？书中没有具体介绍，目前也不得而知，但副总理批出来的资金想必是公共财政资金，这笔资金可能来自于国有企业的利润，可能来自于税收，还可能来自于社会的捐赠。但不论其来源如何，该资金想必已经纳入了公共财政资金。可见，官员批钱是使用公共财政资金的行为，归根到底是一种行政行为，与行使“国家所有权”有着本质的区别。批钱的行为对与否，是该副总理是否正确履行职责的问题，是公务员行使行政权力是否恰当的问题，而不是随意行使“国家所有权”的问题。依据《国家所有权的行使与保护研究》一书所倡导的公法法人制度，难道就可以避免公务员批错钱的问题吗？再者，面对这种现象，我们能否“以保护国家所有权的名义，要求排除侵害，返还被侵吞、被浪费的资产”[2]？如果这一方案可行，试问，中国还有哪一位官员敢对如何使用公共财政资金作出决策？又有哪一位官员可以保证，他批下去的资金就一定是被使用的“恰到好处”呢？

困惑之二：“全民所有”等同于“全体劳动人民所有”？

《国家所有权的行使与保护研究》一书指出，“国家”无论在哪一种意义上都不可以和“全体人民”等同。同时，在“国家所有权”和“全体劳动人民所有权”这两个概念间简单地画等号，同样是不科学。[3]这一观点的证成预设了一个想当然的前提条件：“全体劳动人民”=“全体人民”=“全民”，于是就有了这样的逻辑论证：因为“全体劳动人民所有”和“国家所有”不能置换，所以“全民所有”与“国家所有”也不能等同。试问，“国家所有即全民所有”中得“全民所有”可以直接转换为“全体人民所有”或者“全体劳动人民所有”吗？当然不可以！首先，把二者等同视之没有法律依据，没有任何一个法条规定“全民所有即全体劳动人民所有”；第二，把二者等同视之没有事实根据，我们找不出任何一个相关的案例来证明“全民所有即全体劳动人民所有”。很显然，把“全民所有”与“全体劳动人民所有”直接划等号才是真正的不科学。

必须看到，“国家所有即全民所有”已经是我国《宪法》和法律约定俗成的一种法律表达方式，也就是说，“国家所有”与“全民所有”二者具有内在的一致性，如同“毛泽东”与“毛润之”指的都是同一个人。因此，我们无需耗费精力去推翻“国家所有即全民所有”这种法律上的固定表达方式。与此同时，我们不能随意地将“全民所有”表达成“全体劳动人民所有”。“按照民法理论的内在逻辑，‘全民所有’只是一个经济或社会意义上的概念，不能成为特定个体权利上的法律概念。”[4]因此，无论是“全民所有”，还是“国家所有”，都不能拆分为一个个特定个体权利，但不能因此而否定“国家所有”或者“全民所有”作为一个法律概念而存在。“全民所有”并不是概念本身不明确，而是过于抽象，需要由民法确认一个法律上的具体的主体，只有国家才是整个社会的正式代表，因此，从“全民所有”到“国家所有”，就是一个从抽象的社会主体到具体的法律主体的表述上的变化，其实质内容并没有发生改变。这种表述上的改变，其目的是为了从法律上保障全民所有的权利实现。《宪法》实施30多年来，“国家所有”已然成为了一个不可或缺的法律术语，而全民所有在法律意义上与国家所有并无实质性区别。[5]

[1]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M].北京：中国社会科学出版社，2015：2.

[2]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M].北京：中国社会科学出版社，2015：2.

[3]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M].北京：中国社会科学出版社，2015：13.

[4]马俊驹.国家所有权的基本理论和立法结构探讨[J].中国法学，2011（4）：90.

[5]施志源.生态文明背景下的自然资源国家所有权研究[D]福建师范大学博士论文，2014：66.

困惑之三：国家不可以成为民法意义上的所有权主体？

《国家所有权的行使与保护研究》一书认为，国家不合适作为民法意义上的所有者，国家是一个抽象的主体，“国家所有权”中的“国家”无法形成具体财产所有权的主体[1]。该书认为，抽象的“国家”和具体的财产所有权是无法发生法律链接的。然而，该书去援用了一个没有说服力的《毛主席去安源》油画所有权归属案来论证这一观点。书中谈到的这一案例中，油画的所有权主体其实是明确的，即通过拍卖购得该油画的建行广州市支行。法院的判决认为，该油画存在博物馆也好，存在银行也好，都属于国有资产，油画的国有状态没有改变，国家财产并未受到实际损失，因而，法院驳回了博物馆请求返还油画的诉讼请求。[2]法院驳回诉讼请求的结论毋庸置疑，但法院给出的理由是不恰当的，甚至是可笑的。很显然，该案法官对国家所有权制度的理解是存在着明显偏差的。然而，就是这样一个对于国家所有权制度的误解，却被《国家所有权的行使与保护研究》一书作者作为事例来论证“国家”不能成为财产所有者的观点，这能成立吗？同样的推导逻辑还出现在书中列举的发生在我国企业和埃及企业之间的国际性案例之中。埃及法院认为中国的两个国有企业都只有一个法律上的主体即中国国家，所以一个中国国企的债务可以用另一个中国国企的财产来代偿。试问，埃及法院的理由本身站得住脚吗？其实，大家都很清楚，埃及法院是在对中国法律制度一知半解的前提下援用中国的法律作出了扣押货轮的错误决定，这是对中国法律断章取义的适用，同时，也侵害了中国远洋运输集团公司的合法权益。既然埃及法院要援用中国的法律制度，那么就应当要全面地完整地适用中国的法律制度。应当用我们的制度自信理直气壮地告诉埃及法院，在中国国家所有权制度框架下我们实行的是所有权与经营权相分离的法律制度，在这一制度框架之下，有一系列的法律制度来规范国有企业的独立经营行为，还有关于企业应当如何承担债务的一系列法律规定。再者，依据中国的法律制度，国有企业的债务也不能直接等同于国家债务。总之，不论是中国法院或者埃及法院在适用法律过程中出现的种种偏差，其根源在于没有全面、正确地理解我国的国有权制度，但不能因为出现了对国家所有权制度的误解，就全盘否定了我们的国家所有权制度。

国家是否具备所有权主体资格呢？不可否认，国家作为一种抽象的存在，无法直接行使财产权，但我们不能因此否定国家作为所有权主体的资格。国家既是一个政治意义上的概念，同时也是一个法律意义上的概念。中国是社会主义国家，国家既是主权的享有者、政权的承担者，也是国有财产的所有者、归属者。所以，国家这一主体本身是兼具多种身份的，既是国家主权者，又是财产所有者。[3]习近平总书记关于党的十八届三中全会《决定》的说明中明确指出：“国家对全民所有自然资源资产行使所有权并进行管理和国家对国土范围内自然资源行使监管权是不同的，前者是所有权人意义上的权利，后者是管理者意义上的权力。”可见，自然资源国家所有权是所有权人意义上的权利，这也佐证了国家具备作为所有权人的主体资格。其实，《国家所有权的行使与保护研究》一书也承认，在一些特殊情况下，“国家”仍然可以作为所有权的主体。[4]

困惑之四：国家所有会导致政府与民争利吗？

《国家所有权的行使与保护研究》一书认为，国家作为所有者会导致“与民争利”，我国地方政府出台的政策文件，是依据国家所有权统一性要取得这些资源的物质利益，说明我国一些地方政府在与民争利方面已经走向了极端[5]。必须指出的是，国家所有并不必然与国有资产的有偿使用划等号。以自然资源国家所有权为例子，比如，水资源所有权归属

[1]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：13.
[2]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：14.
[3]施志源.生态文明背景下的自然资源国家所有权研究[D]福建师范大学博士论文，2014：66.
[4]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：23.
[5]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：18.

国家，不等于任何用水行为都是有偿的，不等于入江游泳就要取得政府许可或者向政府缴费。如果是基于人类基本生存需求而利用国家所有的资源，这种权利国家应当予以积极的保护，在这种情形下国家所有权也必须作为让步[1]，或者说，这就是国家所有权行使的一个重要边界。但我们不能因此而否定国家所有权制度的合理性。因为老百姓的资源使用权也是有限度的，那就是不能够破坏生态环境，不能够影响到他人的生存与社会的有序发展，不能影响到子孙后代的资源权利，这是公众行使资源权利的边界。而国家所有权制度为划清这些边界提供了制度基础，从这个意义上说，国家所有权不是与民争利，而是确立了民众使用公共资源的秩序。当前，不少地方政府试图垄断自然资源的收益，人为地设置一般民事主体利用自然资源获得收益的障碍，这是个别地方政府误解或者故意歪曲自然资源国家所有权的收益权能，往往是出于增加地方财政收入的目的，这才是真正的“与民争利”。[2]

困惑之五：国家作为所有权主体会导致权利救济不能吗？

《国家所有权的行使与保护研究》一书认为，国家作为所有权主体可能带来的权利救济不能，不仅人民中的某一个或者某些成员无权提出司法救济，就是政府机关哪怕是专门代表国家行使司法诉权的检察院也无权提出保护国家所有权的司法救济[3]。这句话有的方面是对的，但不全对。首先，个体公民提出国家所有权的司法救济的模式不可行。全民所有是一个集合概念，并不能拆分成一个个简单的个人。诉权的来源是权利，单个的个人不是国家所有权的权利者，自然不享有诉权。尽管某些学者认为它是一个严重的制度缺陷，但这仅仅是一个“伪缺陷”。其次，国家所有权侵权之诉不是公益诉讼，当然不适用公益诉讼的规则。公共财产与国有财产之间会交集，但不能简单等同，国有财产还包括了国防设施等国家专属的资产。第三，国家所有权侵权之诉不应由司法机关提起，而应当由国家所有权者提起。司法机关可以提起侵吞国有资产的贪腐之诉，但这不是国有所有权的保护之诉。那么，谁来提起国家所有权的权利救济之诉呢？答案其实很明确，国有所有权的保护之诉应当由国家所有权的行使者提起。政府代表国家行使所有权，既包括行使占有、使用、收益和处分等各种积极权能的权利，也包括行使物上请求权等消极权能的权利，还享有向人民法院提起损害赔偿之诉和侵权之诉的权利。

困惑之六：对自然资源国家所有权的种种批评恰当吗？

《国家所有权的行使与保护研究》一书对自然资源国家所有权提出了诸多批判，主要体现在以下几个方面：第一，太阳能、风能这些资源自古以来都是属于“无主物”，从古至今在世界上其他国家还没有出现过政府出台垄断太阳能、风能的事情，政府只是对它们行使主权意义的行政管理；[4]第二，如果我们坚持把国家当做一切野生动植物资源的所有权人，那么一切野生动植物致人损害事情的发生，小到蚊虫叮咬，大到野生老虎下山伤人，岂不都是“国家”的动物伤人，应当由国家承担赔偿责任？[5]第三，我国野生动物迁徙他国，岂不也应由国家行使物权返还请求权，要求邻国返还我国所有的动物？[6]这些看似振振有词的问题，其实缺乏科学性。

第一，“政府出台垄断太阳能、风能的事情”这样的表述本身就很怪异，更不能以此否定自然资源国家所有权制度。比如，《黑龙江省气候资源探测与保护条例》等地方性法规并非由政府出台，更谈不上“政府垄断”，再者，既然作者用了“事情”一词，那就表明垄断已经是既成事实了，果真如此吗？其次，前人没有规定的制度，后人就不能规定

[1]我国《水法》明确规定了三种法定取水权。
[2]施志源.生态文明背景下的自然资源国家所有权研究[D]福建师范大学博士论文，2014：78.
[3]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：4.
[4]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：18.
[5]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：385.
[6]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：385.

吗？其他国家没有规定，中国就不能规定吗？随着人类科学技术水平的日益提升，有一些原先人类无法利用的自然界物质可以进行开发利用了，这些自然界物质就成为新型自然资源，而当开发利用这些新型自然资源出现无序状态时，出台相关的法律进行规范不但可行而且是必要的。比如，由于具有“碳捕获与隔离（Carbon Capture and Sequestration）”功能而具有财产权价值的处于地下空间的“孔隙（Pore Space）”在美国肯塔基州（Kentucky）就被视为一种新型的自然资源[1]。

第二，我们暂且把书中的“当做”视为“当作”的笔误，“野生动物资源归属国家所有”与“野生动物归属国家所有”是一回事吗？这就回归到一个最基本的理论问题：什么是自然资源？《国家所有权的行使与保护研究》一书对“自然资源”的定义是，指凡是自然物质经过人类的发现，被输入生产过程，或直接进入消耗过程，变成有用途的，或能给人以舒适感，从而产生经济价值以提高人类当前和未来福利的物质与能量的总称。[2]笔者非常赞同书中对自然资源的界定，从这一界定可以看出，“有用性”或者“福利性”是自然资源的最基本特征。然而，该书随后列举了“蚊虫叮咬”、“野生老虎伤人”等例子来试图说明自然资源国家所有的弊端，试问，“蚊虫”、“野生老虎”是野生动物资源吗？如果是的话，又如何体现自然资源的“有用性”、“福利性”呢？很显然，野生动物与野生动物资源不能直接划等号，野生动物带来的自然灾害也不能视为国家所有的野生动物资源带来的致人损害。自然灾害的现象应当由自然灾害防灾减灾法律制度去规范，其本身并不属于自然资源国家所有权制度的规范范围。

第三，野生动物迁徙是一种自然规律，是一种有利于保持生态平衡的自然客观现象。这种现象本身并不需要法律制度去规范，不存在所谓的国有资产流失问题，更不存在由国家行使物权返还请求权的问题。野生动物迁徙是动物出于自身生存需要而进行的活动，这是自然界周而复始的规律，任何法律制度都应当尊重这种客观规律，国家所有权的行使也必须为此做出让步。但不能以此为例得出野生动物资源国家所有权无法行使物上请求权的结论，因为，国家行使物上请求权的理由和依据并不存在。单从数量上看，动物迁徙可能会导致某一时期的动物数量变少，但从总体上看，今年冬天的动物数量和往年冬天的动物数量其实是一样的，今年夏天的动物数量和去年夏天的动物数量也是差不多的，这种符合自然生存发展的现象人类有必要去干预吗？提出能否行使物上请求权这一类的问题有现实基础吗？再者，如果不让这些动物迁徙，他们可能会冻死或者饿死，那才是破坏野生动物资源的行为！试问，我们还有必要为能否行使野生动物迁徙的物上请求权而烦恼吗？难怪尼采说，人类一思考，上帝就发笑。

第四，自然资源与自然资源产品、自然资源资产等概念既有联系，也有区别。自然资源是人类开发利用的对象,自然资源产品则是人类开发利用自然资源的成果，二者是紧密联系的。自然资源的功能发挥必须通过人工加工成为资源产品。资源产品是可以进入市场流通，自由买卖的；而自然资源在市场流通上则受到了诸多限制。自然资产主要是用于经济核算的，判断自然资源和自然资产的标准有着本质的不同。认定自然资产的重要标准就是要能带来经济上的实际利益。自然资源的开发利用可能提高人类的生活水平，但不一定就能带来经济上的直接利益。[3]比如，尚未砍伐的树木属于国家所有的森林资源的组成部分，但其被依法砍伐并做成沙发之后，则成为了资源产品。可见，自然资源与自然资源产品的法律适用绝对不可以混为一谈。区分好这些基本概念，是研究自然资源国家所有权制度的重要前提和基础。

[1]Mark A. Imbrogno. Pipedream to Pipeline: Ownership of Kentucky's Subterranean Pore Space for Use in Carbon Capture and Sequestration [J]. Louisville Law Review, 2010-2011, Vol.49.

[2]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：383.

[3]施志源.生态文明背景下的自然资源国家所有权研究[D]福建师范大学博士论文，2014：33-34.

二、判断制度科学性的标准

提出上述困惑与质疑，并非有意挑战学术权威，更无意于标新立异。正如有的学者指出的那样，当下，我们需要的不是对“国家所有权”一味的批判，或者，试图用一种新的理论来重建我国的财产权制度。国家所有权决不是一个神话。它对于全体人民中的一切社会成员并不是一个完全空洞的、抽象的法律概念，也不是一种纯粹意志的法律幻想。[1]国家所有权无论是作为一项民事法律制度还是作为社会最基本的财产形式，都象“普照之光”一样，使其他的民事法律制度和财产形式“改变色调”。[2]判断一项法律制度是否具备制度科学性，应当从是否遵从客观规律、打破旧制度的理由是否具有周延性、是否具有现实可操作性等几个方面加以综合考量。

第一，是否遵从客观规律。制度科学首先应当尊重事物运行的自然规律，一切论断都应当以客观规律为基础，比如，水流入海、动物迁徙本身就是自然界的客观规律，资产流失从何谈起谈起呢？这个问题根本就不存在嘛！拿一个根本不存在的问题，来否定一项已经运行了几十年的法律制度，合适吗？因此，任何问题的提出都必须以尊重自然界的客观规律为基础，否则，就不是科学的，更不可能是制度科学。

第二，理由是否充分且周延。建立一项新的制度，往往需要打破一项就制度。打破旧制度，需要有充分的理由，而且这个理由与要推导出的结论必须存在着因果关系。《国家所有权的行使与保护研究》一书所列举的理由或者事例就无法让人信服，比如，国有资产流失是国家所有之过，野生动物伤人是野生动物资源国家所有之过，气候资源国家所有把与民争利推向极端，等等这些看似义正言辞的推论，其实都是一种断章取义的误解，或者说，为了论证某一结论而选取了其中的部分内容，只见树木，不见森林。这种把本来不存在因果关系的事实和结论牵在一条线上，得出的结论就难以令人信服。

第三，是否具备现实可操作性。马克思主义认为，实践是检验真理的唯一标准，讨论国家所有权制度的存废也应当坚持一切从客观实际出发。事实是，国家所有权制度在我国是客观存在的，并被我国宪法和法律所确认的一项基本财产制度，这在法律条文里是有明确规定的，无论如何也否定不了。从1982年《宪法》颁布以来，中国制定的一系列相关法律制度都对国家所有权制度予以了进一步的确认，30多年来逐步完善的中国法律制度表明了国家所有权制度是符合中国国情的。试想，如果把国家所有权制度推翻而取公法法人制度代之，那中国有多少法律需要修改？修改这些法律需要多少时间？适应这些新的法律又需要多少时间呢？可以说，这种建议根本就无法实现。如果连现实可操作性都没有，那么，用“公法法人”取代“国家所有权”的动议是一种童话式的分析，还是一种制度科学呢？结论一目了然。

三、国家所有权的物权属性分析

自我国《宪法》确认国家所有权制度以来，社会各界围绕着国家所有权的研究和争论就从未停止过。[3]纵观这近30年的论争，法学界对“国家所有权”问题的歧见主要表现在

[1]马俊驹.国家所有权的基本理论和立法结构探讨[J].中国法学，2011（4）：90.

[2]王利明.国家所有权研究[D].中国人民大学，博士学位论文，1990:3.

[3]1987年，佟柔教授主编了《论国家所有权》一书，收录了13篇与“国家所有权”这一话题相关的论文。这些撰写于改革开放之初的论文，充分体现了当时法学界关于国家所有权的各种观点。学者们提出了“占有权”说、“经营管理权”说、“用益权”说、“相对所有权”说、“法人所有权”说等各种观点，试图回应社会主义市场经济体系下构建国家所有权制度的应有法律构架。至此，也拉开了关于国家所有权问题论争的序幕。2013年，法学研究杂志社以举办“自然资源国家所有权理论研讨会”的形式再次把这一话题推向高潮，《法学研究》2013年第四期刊发了本次研讨会的成果。不仅法学界在关注此话题，哲学、政治学、政治经济学等学科对此问题也给予了极大关注。

两个方面：一是国家所有权制度本身的合理性问题，即是否有存在之必要？二是国家所有权是公法意义上的权力还是私法意义上的权利？已故民法学界泰斗佟柔教授认为，空虚所有权的概念不能正确反映国家所有权的本质和职能。国家所有权绝不是虚有权。国家所有权不但重要，而且必不可少。[1]王利明教授认为，国家所有权问题是整个社会主义民法学所要研究的最基本的理论问题[2]，国家所有权制度作为一个综合的法律制度[3]，只要所有制存在，就必然要有相应的国家所有权制度存在。薛军教授认为，在《物权法》中规定自然资源国家所有权是有现实意义的，可以通过民法解释论使其在现实中合理运用[4]。与之争锋相对的观点是，国家所有权制度从设立之初就没有存在的实际意义，或者仅仅是象征性的权利宣誓。王军博士喻为“一个国家所有权的神话，一个运用法律讲述的神话”[5]；葛云松则认为《物权法》重复规定了国家所有权制度，《物权法》的相关条文是“僵尸条款”，纯属“法学的扯淡”[6]。《国家所有权的行使与保护研究》一书认为，要恢复民法体系中所有权制度的科学性意义[7]，要回到用民法所有权制度体系去构建自然资源归属体系的初衷[8]，等等。众说纷纭，需要我们运用民法基本原理，回应针对国家所有权的种种质疑，并明确国家所有权的制度科学性。

一项制度具有客观存在的合理性，并不表明它就能自动地发挥出其应有的功效。就国家所有权制度的科学性而言，法律对制度的确认只是一个起点，这里面还有一系列的问题需要进一步的回答。其中，最核心的问题是：在国家所有权制度之下，财产权利的主体、客体、权利、义务和责任是不是都是明确肯定的。《国家所有权的行使与保护研究》一书认为，我国的国家所有权制度在以上五个方面都是不明确的。[9]基于我国《物权法》第39条对所有权的概念界定[10]，本文从《民法通则》、《物权法》的规定出发阐述民法语境下国家所有权制度的基本内容。

第一，国家所有权的主体是非常明确的。国家所有权的主体是国家，而不是政府，更不是央企。作为国家所有权主体的国家，是一个抽象的整体概念，是国家利益的代表，是全体人民享有国家财产所有权的代表。与此同时，国家作为一种抽象的存在，无法直接行使财产权。国家对其财产所有权的行使是由中央人民政府或地方人民政府完成的[11]。当前，主要的难题不是国家所有权的主体不明确，而是国家所有权应当如何有效行使的问题。

第二，国家所有权的权利客体是非常明确的。国家所有权的客体是国有财产，具体可分为国家专属财产和非国家专属财产。《物权法》第47条至第53条就国家所有权的客体作了具体的规定。作为国家所有权客体的财产可以分为两大类，一类是国家专属财产，如国有土地所有权、矿产资源所有权、国防资产所有权等，这类财产所有权不得作为交易标的进入民事流转，但在某些国家专属财产上可以依法设立用益物权，用益物权可以为公民或法人等一般民事主体所享有，有的用益物权还可以依法进入民事流转。如在国家土地所有权上设立建设用地使用权、在矿产资源国家所有权上设立采矿权等；另一类为国家非专属财产，比如属于国家所有的办公设备、汽车等，这类财产的国家所有权可以依据国有资

[1]参见：佟柔主编.论国家所有权[M].北京：中国政法大学出版社，1987:9.
[2]王利明. 国家所有权研究[D].中国人民大学，博士学位论文，1990.4.
[3]王利明. 国家所有权研究[D].中国政法大学，博士学位论文，1990.5.
[4]薛军.自然资源国家所有权的中国语境与制度传统[J]法学研究，2013，(4)：74.
[5]王军.国家所有权的神话—解析中国国有企业的公司制实践[D].中国政法大学，博士学位论文，2003.1.
[6]葛云松.物权法的扯淡与认真：评《物权法草案》第四、五章[J].中外法学，2006(1):52-55.
[7]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：412.
[8]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：394.
[9]孙宪忠.国家所有权的行使与保护研究[M] .北京：中国社会科学出版社，2015：19-22.
[10]根据我国《物权法》第三十九条对所有权的界定，国家所有权是指国家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。
[11]我国《物权法》第45条第2款规定：“国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。”

产的有关管理规定直接进入民事流转，公民或者法人可以依法取得原本属于国家的财产所有权。

第三，国家所有权的权利内容同样是明确的。所有权的内容，就是指所有权的权能，包括积极的权能和消极的权能。积极权能指所有人对财产依法享有的占有、使用、收益和处分的权能，消极权能是指在财产遭受损害时，所有人享有的保护财产所有权的物上请求权。其中，国家对国有财产的支配权是国家所有权的核心。只不过，国家行使支配权的方式是比较特殊的，不同类型的国有财产，国家通过一定的方式委托不同的法律主体行使支配权。

第四，国家所有权的保护方式是明确的。与私人所有权相比，对国家所有权是否应当给予特殊的保护，应当视不同的情形而区别对待。对于专属于国家的国家财产，由于其与社会公共利益紧密相关，应当给予特殊的保护，比如国家所有的土地资源就不得作为破产财产。“从国家所有权所体现的公共利益来说，国家所有权必须受到民法的特殊保护，否则就是无视十几亿人民的共同利益。”[1]对于非国家专属的财产所有权，其可以进入市场进行流转，此时的国家应当看做是一个普通的市场主体，应该与私人所有权同等保护。当然，即便是非国家专属的财产，法律还是赋予了其一定的特殊性，比如对国家所有的财产无须公示，不适用善意取得，也不适用取得时效。[2]这些特殊保护当然也适应于国家专属之财产。在研究国家所有权的民法保护时，有必要要进一步明确三点：一是主权与国家所有权的分野，保护国家主权是公法的任务，不是民法的任务，更不是物权法的任务；而保护国家所有权，物权法则要首当其冲，在其中承担不可或缺的重要角色。二是国家公产与国家私产的分野，有些财产属于国家公产，具有很强的公益性，虽然这些财产属于国家所有，但国家并不能随意处分或分配这些财产，也不能随意决定这些财产的存留与否，比如自然资源就是典型的国家所有的公产，兼具财产性和公益性特征，而国家私产则属于国家独占的资源，普通民众不能主张拥有或者利用，比如国防财产就不允许普通民众主张使用权。三是国家财产与公共财产的分野，有些财产需要纳入国家财产，并从民法上予以保护，如太阳能资源；有些财产则不需要任何保护，如太阳光，应当纳入公共财产的范围。

总而言之，从权利属性上看，国家所有权归根到底是一种物权。物权，是支配财产并以此获得财产利益的民法权利[3]。物权是一种最基本的财产权利，是“直接的、具体的、实在的”处理财产和决定财产使用方式的权利[4]。首先，国有财产是当今社会普遍存在的一种财产形态，这一财产形态在现实经济生活中发挥着重要的作用，有相当数量的国有财产（尤其是非国家专属的国有财产）是需要进入市场领域流通的，把国家所有权确认为物权有利于国有财产经济价值的充分实现和市场机制的充分发挥。其次，可支配并可获得收益是一种财产权利能否成为物权的核心要素。国有财产是客观存在的并且可以被直接支配并利用的财产，国家所有权赋予了支配国有财产的权利，这符合物权的核心特征。最后，物权法定原则是物权法的基本原则，物权法定首先是物权种类法定，其要义就是物权类型应由法律予以明确规定，不允许当事人自由创设物权种类。我国《物权法》在国家所有权部分明确规定了国家所有权，表明了国家所有权是由《物权法》明确规定的权利类型，把国家所有权确认为物权具有法律上的依据。

[1]程淑娟.国家所有权民法保护论[M].北京：法律出版社，2013：11.
[2]1988年1月26日最高人民法院审判委员会讨论通过的《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》在诉讼时效一节明确规定：“未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害的，不受诉讼时效期间的限制。”
[3]《物权法》第2条第3款规定：“本法所称物权，是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。”
[4]吴宣恭文集（上）——产权•价值•分配[M].北京：经济科学出版社，2010：98.

宪法中“国家所有”的理论基础与实践特征

——以社会主义公有制为论域

亓同惠*

“国家所有”，由来已久。从中国传统来说，从周初实施分封制以来，“普天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣”[1]是对在帝王代表“天下-国家”意义上“国家所有”的概括；从西方传统来说，“国家所有”建立的基础是自罗马法产生以来国家所具有的权利能力资格。[2]从公有制的历史传统来说，马克思所定义的“亚细亚生产方式”[3]反映了“国家所有”的制度雏形。

同时，“国家所有”，影响深远。自1949年中华人民共和国建国以来，“国家所有”在宪法（包括《中国人民政治协商会议共同纲领》）中被表述成“权力”[4]、“制度”[5]和“权利”[6]，这些不同“状态”的表述决定着国家对自身定位的理解和实践，决定着中国的国计民生。

自1978年以来，围绕“国家所有”产生了诸多争议，其中涉及了土地改革—家庭联产承包责任制、经济体制改革—厂长负责制、国企改革—两权分离制等宏观制度层面的争议，也涉及了“乌木案”、“狗头金案”、“风光案”等相对微观的权利层面的争议，后者同时成为法教义学的两个阵营——宪法学和民法学——展开论争的重要场域。尤其自2007年《物权法》实施之后，宪法学和民法学的论争，在对《宪法》第九条和第十条进行历史、理论、逻辑、语义等多维度的分析中，显示出公法和私法融合性的对峙。或如有学者所洞见，在认同宪法为政治国家和市民社会设立界线之际，同时也为两者彼此越界埋下隐患，并导致所谓“‘泛宪法思维’与‘超民法思维’的混在与共鸣”和“‘脱宪法思维’与‘泛民法思维’的对比与契合”。[7]

法教义学的基本特质，在于在多元、复杂且变化的现实关联中寻求或建立某种确定性，[8]而法教义学内部不同分支根据各自教义式规范做出的寻求或建立确定性的努力，导致了此种混在与共鸣和对比与契合，此种彼此越界。因此，对“国家所有”的理解需要在立足现实性基础上，对回溯性和展望性做出双重考虑，需要建立一个外在于法教义学的视角予以评价。这一外在于教义学意义上的评价，或许应该从历史、政治、经济和法律诸多维度做

* 亓同惠（1976— ），男，法学博士，西南政法大学行政法学院副教授。

[1]《诗经·小雅》

[2]参见[意]彭梵得：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年，第51-52页。

[3]马克思认为：“这种以同一基本关系（即土地公有制）为基础的形式，本身可能以十分不同的方式实现出来，例如，跟这种形式完全不矛盾地是，在大多数亚细亚的基本形式中，凌驾于所有这一切小地共同体之上的统一体表现为更高的所有者或唯一的所有者，实际上的公社却只不过表现为世袭的占有者”。《马克思恩格斯全集》第46卷，第473页。

[4]如在1949年的《中国人民政治协商会议共同纲领》，“第三条　中华人民共和国必须取消帝国主义国家在中国的一切特权，没收官僚资本归人民的国家所有”。

[5]如在1954年《宪法》中，“第五条 中华人民共和国的生产资料所有制现在主要有下列各种：国家所有制，即全民所有制”。

[6]如在1982年《宪法》（2004年修订）中，“第九条 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”；“第十条 城市的土地属于国家所有。”

[7]参见林来梵：《近年中国有关宪法与民法关系的四种思维倾向》，《法政研究》（日本）第75卷第1号，

[8]【德】尼古拉斯·卢曼《宗教教义与社会演化》，刘锋、李秋零译，中国人民大学出版社2003年，第38页。

出尝试。消解纷争并由此推进知识和研究的发展，寻根溯源并因此正本清源，似乎是合理地选择。

基于此，本文作如下安排：

立足社会主义中国的现状，本文拟从描述社会主义“国家所有”的来历入手，分析中国宪法上“国家所有”的理论基础，归纳其实践特征，并尝试给出改善中国“国家所有”的规则性设想。

另作一点说明，本文之所有以用“社会主义公有制”为限定论域，目的在于阐明中国宪法上的“国家所有”与“社会主义公有制”具有因果性的联系，这种限定是“国家所有”之所以成为争议问题的前提，是“国家所有”在公有制国家中制造宪法与私法矛盾的前提。

一、社会主义公有制“国家所有”的由来

“国家所有”产生的前提，是国家的存在。事实上，国家自产生之日起就必然具有某种“所有”的资质和能力，因为“理解国家的关键就在于潜在的利用暴力实现对资源的控制，离开了所有权便不能提出一种有用的国家分析”。[1]按照诺斯（Douglass C. North）的判断，对于“国家”因“所有”而产生的理论模型大概有两种，一种是通过契约使国家充当社会福利最大化角色的“契约论”，一种是“掠夺剥削论”，即国家是为使集团阶级利益最大化而剥削或掠夺其他集团阶级的代理机构。两种理论模型并不矛盾，两者都通过对潜在暴力的分配而殊途同归于“国家所有”这一事实，其差别在于前者的潜在暴力倾向于竞争性的平等分配，后者的潜在暴力倾向于垄断性的不平等分配。[2]显然，后者的原创性理论主张者是马克思和恩格斯。但有一个问题必须明确，从本文限定的“社会主义”背景来看，马、恩两位导师曾经论述过奴隶制国家所有、[3]亚细亚式国家所有、中世纪国家所有和资本主义国家所有，却并没有对所谓“社会主义国家所有”做出直接论述，这与“社会主义”所规定的国家角色有关，也与马、恩对在社会主义社会国家归宿的认识有关。

“社会主义”一词，1832年首次出现在法国的《地球报》上，用来表述圣西门的学说特征。至19世纪三四十年代，“社会主义”一词在欧洲流行的时候，它有了更广泛的意义，即凡是根据“人权经济观”和“社会观”来实现某种新社会制度的团体，都被称为社会主义团体。[4]这是在法国大革命以来，对政治国家与市民社会两厢对峙并斗争的反应，也可以说从一开始，社会主义的对手就是国家和国家主义。比如在列宁对“社会主义”定义的公式，“苏维埃政权+普鲁士铁路管理制度+美国的技术和托拉斯组织+美国的教育等等等等+…+ =总和=社会主义”[5]即表明，社会主义多元化的兼收并蓄并不拘泥于相对一元化的国家政治藩篱。

在经过对黑格尔法哲学批判之后，同时也经过对各种非马克思主义的“社会主义”批判之后，[6]“自由主义者”马克思向“社会主义者”马克思转向。通过重新定义国家与社会的关系，马克思洞见到国家与社会的关系是一种互为条件的对立关系。这可以概括为以政治国家为中介的，人与其存在的市民社会的矛盾性共存：在政治国家的意义上废除市民社会的种种不平等，但在实际上却要仰仗这些实际的差别维持国家自身的存在。[7]换言之，通

[1]【美】道格拉斯·C. 诺斯:《经济史上的结构和变革》，历以平译，商务印书馆1992年，第22页。

[2]参见诺斯:《经济史上的结构和变革》，第22-23页。

[3]参见《马克思恩格斯全集》（第21卷），人民出版社2002年，第138-139页，其中恩格斯对奴隶制罗马共和国的土地国有作了相关论述。

[4]【英】柯尔:《社会主义思想史》（第1卷），何瑞丰译，商务印书馆1977年，第8页。

[5]《列宁选集》（第34卷），人民出版社1985年，第528页。

[6]马克思和恩格斯在《共产党宣言中》批判了多种“社会主义”，它们包括属于“反动的社会主义”的“封建的社会主义”、“小资产阶级的社会主义”、“德国的社会主义”，“保守的或资产阶级的社会主义”和“批判的空想的社会主义”。参见《马克思恩格斯选集》（第1卷），第423-433页。

[7]参见《马克思恩格斯全集》（第3卷），人民出版社2002年第二版，第172页。

过政治解放所实现的政治国家的自由，是以承认和保护私有财产的市民社会的不自由、不平等为前提的。[1]但发现这种对立，却不足以完成人的解放或者说是对自由的把握，“只有当现实的个人把抽象的公民复归于自身，并且作为个人，在自己的经验生活、自己的个体劳动、自己的个体关系中间，成为类存在物的时候，只有当人认识到自身‘固有的力量’是社会力量，并把这种力量组织起来因而不再把社会力量以政治力量的形式同自身分离的时候，只有到了那个时候，人的解放才能完成。”[2]

如果说在马克思那里国家在一开始就是社会的对手，那么在已经变成“共产主义者”的恩格斯论述国家的时候，他用的是一个极为激烈的词，“祸害”。恩格斯认为，“实际上，国家无非是一个阶级镇压另一个阶级的工具，而且在这一点上民主共和国比不亚于君主国。国家最好也不过是在争取阶级统治的斗争中获胜的无产阶级所继承下来的一个祸害；胜利了的无产阶级也将同公社一样，不得不立即尽量除去这个祸害的最坏方面，直到在新的自由的社会条件下成长起来的一代有能力把这全部国家废物抛掉。”[3]

如此，“国家”在社会主义革命导师的认知中，成为某种等待被扬弃的东西，而为什么在社会主义（共产主义初期）又有“国家所有”存在呢？革命导师给出的答案，是以理论预设与实际经验相结合为前提的，“国家所有”是以“唯一选择”、“必然步骤”、“形势所迫”等面目出现的。

所谓“唯一选择”，如恩格斯所说，“国家是无产阶级在取得胜利后遇到的唯一现成组织，是胜利的无产阶级能够实行‘社会经济革命’的唯一机构”；[4]“国家真正作为整个社会的代表所采取的第一个行动，即以社会的名义占有生产资料，同时也是它作为国家所采取的最后一个独立行动”。[5]

所谓“必然步骤”，如列宁所说，“真正革命民主国家下面的国家垄断资本主义，必然会是实现社会主义的一个或一些步骤”；[6]“实行土地国有化，把一切银行和资本家的辛迪加收归国有或至少是由工人代表苏维埃加以监督等等措施，绝不等于‘实行’社会主义，……这些措施只是走向社会主义的步骤”。[7]

所谓“形势所迫”，如马克思所说，“土地只能是国家的财产。把土地交给联合起来的农业劳动者，就等于使整个社会只听从一个生产者的摆布”；如列宁所说，“有现代大资本主义技术的‘最新成就’，以及服从于容克资产阶级帝国主义的有计划的组织。如果把着重指出的字样删掉，同样用国家，但已是另一种社会类型、另一种阶级内容的苏维埃国家，即无产阶级国家，来代替这军阀的、容克的、资产阶级的、帝国主义的国家，那么你们就会得到实现社会主义所需要的全部条件。”[8]

上述革命导师的理论，在苏维埃社会主义共和国联盟（苏联）和中华人民共和国成为指导“国家所有”的实践纲领。但即便在建国时期，两者实践方式就存在差异，而此后随着时间推移，已成大相径庭之势。仅就社会主义“国家所有”的来历而言，时间限定于1956年之前，实践模式的初始样本大概可分为三类：列宁式国家所有，斯大林式国家所有，中国社会主义改造式国家所有。

[1]马克思认为政治国家与市民社会的关系，“也处于同样的对立之中，同宗教克服尘世局限性的方式相同，即它同样不得不重新承认市民社会，恢复市民社会，服从市民社会的统治”。参见马克思：“论犹太人问题”，《马克思恩格斯全集》（第3卷），第173页。

[2]《马克思恩格斯全集》（第3卷），第189页。

[3]《马克思恩格斯选集》（第3卷），人民出版社2012年，第55页。

[4]《马克思恩格斯选集》（第4卷），第438页。

[5]《马克思恩格斯选集》（第3卷），第668页。

[6]《列宁全集》（第25卷），人民出版社1985年，第347页。

[7]《列宁全集》（第3卷），第51页。

[8]《列宁全集》（第27卷），第314页。

“列宁式国家所有”是指坚持马克思所预设的国家终将在社会中消亡这一原则，“国家所有”不过是实现“社会所有”目标的一个“过渡”，它是经济文化落后国家无产阶级取得革命胜利的无奈但现实、正确甚至是唯一的选择，此种“社会主义国家所有”包含着相当的但必要的资本主义成分。[1]

“斯大林式国家所有”是指生产资料由国家分配给自己的企业，这种分配丝毫不失去国家作为生产资料所有者的权利，所有权完整的属于国家。企业的经理并不是所有者，他只是受到了国家的委托，依照国家的计划使用这些生产资料。[2]

“中国社会主义改造式国家所有”是指在《中国人民政治协商会议共同纲领》第三条的规制下，[3]经过“三反”[4]和“五反”[5]运动，工人阶级在中国共产党的领导之下，在同农民以及城市小资产阶级和民族资产阶级结盟的基础上，依靠国家机关的管理、国营经济的领导和工人阶级的监督，采取和平的办法，逐步地改造资本主义工商业，逐步地经过各种不同形式的国家资本主义转变资本主义的私有制为社会主义的全民所有制。[6]

以上三种实践模式，虽殊途同归于“国家所有”，但各自的属性和理论基础并不相同。“列宁式国家所有”突出“国家所有”本身的“过渡性”，“斯大林式国家所有”强调“国家所有”的“自然性”，[7]“中国社会主义改造式国家所有”显示的是某种渐进的[8]“改造性”。以下即以基于“中国社会主义改造式国家所有”而产生的当下争议为起点，描述并分析社会主义公有制中国宪法中“国家所有”的理论基础。

二、宪法中“国家所有”的理论基础

有关“国家所有”（包括土地改革、自然资源分配和国有企业等领域）的近来争议，集中在“国家所有”的属性、通过“国家所有”与民争利和通过“国家所有”避免私人垄

[1] 列宁认为：“苏维埃社会主义共和国这个名称是表明苏维埃政权有决心实现向社会主义的过渡，而决不是表明承认现在的经济制度是社会主义的制度……在这个制度内既有资本主义的也有社会主义的成分、部分和和因素”。参见《列宁全集》（第32卷），第320-321页。

[2] 参见斯大林：《苏联社会主义经济问题》，中共中央编译局译，人民出版社1952年，第41页。

[3] 《中国人民政治协商会议共同纲领》第三条：“中华人民共和国必须取消帝国主义国家在中国的一切特权，没收官僚资本归人民的国家所有，有步骤地将封建半封建的土地所有制改变为农民的土地所有制，保护国家的公共财产和合作社的财产，保护工人、农民、小资产阶级和民族资产阶级的经济利益及其私有财产，发展新民主义的人民经济，稳步地变农业国为工业国”。

[4] “三反”运动是指在1951至1952年间，在党政机关工作人员当中展开的“反贪污”、“反浪费”、“反官僚主义”的简称。

[5] “五反”运动是指在1951至1952年间，在私营工商业者当中展开的“反行贿”、“反偷税漏税”、“反盗骗国家财产”、“反偷工减料”和“反盗窃国家经济情报”的简称。

[6] 参见《中共中央关于资本主义工商业改造问题的决议》（一九五六年二月二十四日）。

[7] 按照斯大林对社会主义生产关系本质的阐述，社会主义是“自给自足的自然经济”，在这种“自然经济观”指导下，“实物配给制”和“战时共产主义”进一步加深了斯大林认为的社会主义生产关系无需流通、无需交换进而无需竞争的看法。在此种态势下，国家所有就变得再自然不过。参见孙冶方：“《社会主义经济论导言》（大纲）”，《中国社会科学》1983年第3期，第6-7页。

[8] 所谓渐进式，是指在1949年中国人民共和国成立之前，中国共产党已经从“新民主主义革命”必然转向“社会主义革命”的层面，开始了对“国家所有”的探索和积累。在三大改造之前，就已经从一下四个方面进行着“国家所有”：1、抗日战争期间和抗战胜利之后，对日、德、意三国资本作为反法西斯战争中的敌国财产予以没收；2、解放战争期间和解放战争胜利后，对美国资本予以没收；3、在解放战争胜利后，对于英、法、比、荷、丹麦等二次世界大战中的同盟国的资本，由人民政府用征用办法收归国有；4、解放战争期间和解放战争胜利后，对国民党买办官僚资本(包括国民党政府在抗战胜利后接管的日、德、意三国的资本和汉奸的封产)由人民政府接管。参见孙冶方：“《社会主义经济论导言》（大纲）”，第13-14页。

断对公共利益造成损害等问题上。[1]在宪法语境中，这些争议隐含的是国家与人民的关系问题，国家权力的属性问题和个体权利的属性问题。

基于上述问题，同时基于由“国”和“民”组建的、以“资源所有”为中介的宪法性关系，本文认为宪法中的“国家所有”包含着以下三个理论基础：（一）国家所有即为全民所有；（二）人民民主；（三）公民拥有宪法规定的权利。

在分析“国家所有”理论基础之前，首先要厘清“国”和“民”的对应关系。

自1949年10月1日中华人民共和国宣布成立，“国”和“民”，基于中国特有的历史传统和近代遭遇，产生了某种极为特殊的关系，这需要从中国意义上的“国家”的概念变迁开始。

在传统中国（朝贡体系下大一统专制），“国”与另一个更为博大的观念“天下”，密切相关。至少从雅斯贝尔斯定义的人类文明轴心时代开始，在思想、观念、制度和史实多个方面，两者就保持着紧密地联系。“天下”在孔孟的儒家原教旨主义时代就已出现，并且与国家建立了联系，如孟子所论：“天下之本在国，国之本在家，家之本在身”。[2]但是，当时这两个关系紧密的概念/观念与今天的理解有着显见的不同。尤其是国家，其原始的表示应为“家国”，即在周朝末期随着周王式微而由诸侯以其“家国”为资本，争夺“天下”，这种基于家族的政治经济存在形式通过竞争构建出中国轴心时代的天下面貌，涵盖了地理、血缘和文化诸多层面。此后这两个概念/观念的关系处于流变状态，按金观涛、刘青峰两位先生的分析，从家国同构的华夏中心主义演变为经世致用的万国论，进而演变为中国去中心化的万国论，最终演变为中国成为世界一员的民族国家论。[3]但是，关于现代国家意义上的“中国”的成型，学界有多种看法：如果以《南京条约》为参照，意味着中国在1842年开始以向英国割地赔款的方式放弃天下观；如果以的《天津条约》为参照，就意味着中国在1858年开始放弃天下观而加入西方国际社会；[4]如果以《马关条约》为参照——不仅是因为战败而向日本割地赔款，更重要的是引发了社会结构内部转型[5]——则意味着从1895年开始放弃天下观。

但此时的“国”，在其宪法属性上仍为“君主国”，只有在进一步经历1919的“五四运动”之后，为摆脱亡国灭种而产生的“中华民族”整体性的民族自觉才初现端倪，亦即才有真正近现代意义上的谋求民族解放的“民族国”；[6]1949年建立的中华人民共和国，是在1919年民族自觉基础上建立的谋求国家独立的“政治国”；而我们当前谋求建立的，是基于民主自由的“法治国”。这与宪法序言中“中国人民为国家独立、民族解放和民主自由进行了前仆后继的英勇奋斗”，[7]表达了相同的意思。

[1] 可参见薛军：《自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》，《法学研究》2013年第4期，第71-73页；单平基、彭诚信：《“国家所有权”研究的民法学争点》，《交大法学》2015年第2期，第34-58页；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5-19页；巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第19-34页。

[2] 《孟子•离娄上》

[3] 参见金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，法律出版社2009年版，第229-250页。

[4] 参见 Immanuel C. Y. Hsü, *China's entry into the Family of Nations: The Diplomatic Phase. 1858–1880*, Cambridge: Harvard University Press, 1960. 转引自金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第228页。

[5] 张灏：“中国近代思想史的转型时期”，《二十一世纪》总第五十二期（1999年4月号），转引自金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，第228页。

[6] 如日本学者子宣安邦所判断，五四运动是一个历史上划时代的事件，因为中国在抵抗欧洲式日本（帝国主义的日本）的五四运动当中，首次释出民族的能量，其中可看到中国迈向自主形成近代的第一步。这与竹内好所提的“‘五四’是广泛的社会革命，同时也是精神革命，也就是迈向近代的转折点”一脉相承。参见子宣安邦：《「亞洲」這條抵抗線的可能性：省思東亞的近代》，賴俐欣、林鍵鱗译，《文化研究》（台湾）第六期（增刊）（2008年夏季），第65-66页。

[7] 《中人民共和国宪法》序言

由此，在“国”与“民”之间自1919年以来存在着三种不同的对应关系：民族国——国民，政治国——人民，法治国——公民。这三种类型，可以分别对应“国家所有”的三个理论基础。

（一）民族国——国民：国家所有即为全民所有

英国学者厄内斯特·盖尔纳指出，民族主义首先是指一条政治原则，即政治的和民族的单位应该一致，民族主义作为一种情绪或者一种运动，可以用这个原则作最合适的界定。同时，在盖尔纳看来民族主义是一种关于政治合法性的理论，它要求族裔的疆界不得跨越政治的疆界，尤其在一个国家中，族裔的疆界不应该将掌权者与其他人分隔开。[1]盖尔纳提出的关于民族主义的要素诸如一致性、政治合法性和偶然性的排除在其他学者的论述中也多有提及，尤其是一致性或者说同质性几乎是所有论述中最为重要和关键的议题。比如卡尔·施米特指出卢梭孜孜以求的所谓“公意”其实就是同质性，也即是说“按照社会契约论的观点，一个国家的构建不是基于契约，其实是基于本质的同质性，尽管它有那样的名称，尽管存在着主流的社会契约理论”。[2]

在中国，民族主义首先出现在清末的革命运动和思想启蒙中，从章太炎开始，以“排满”[3]和“驱除鞑虏，恢复中华”为代表的民族主义理念一直不断发展，并催生出“三民主义”中的“民族主义”。此时的民族主义，更多的是指向中国国内“族群”意义上的民族主义，或者说指向的是以传统文化正统自居的汉民族族群如何与其他民族族群相处的问题。而中国共产党在马克思主义“阶级”理论指导下的民族主义，将中国不同民族族群用阶级属性予以重新定义，由不同族群构成的“中华民族”在阶级斗争和抵抗外国侵略的语境中，作为一个整体存在。这与马克思所论证的“无产阶级只有解放全人类才能解放自己”[4]遵循的一个逻辑，如毛泽东所讲，“只有民族得到解放，才有使无产阶级和劳动人民得到解放的可能”，[5]并因此中国共产党在拯救民族危亡的抗争中具有了无可推卸的责任。[6]

因此，基于从1840年尤其是抗日战争以来中华民族作为一个整体的遭遇，基于中华人民共和国建国的历史背景，预设在宪法中体现“国”与“民”在“民族国——国民”维度的基本关系可以表述为“国家=国民”。

此种关系建立的根据，源自从争取民族独立以实现“民族国——国民”的基础并由此救亡图存的理想，在此种意义上，“国家”和“国民”在1949年之后有了超越社会主义本身对两个关系的预设。这种特殊关系在认同“国民”的民族属性具有同质性的前提下，同时认同“国家”和“国民”的利益具有可通约性，亦即国家的利益就是国民的利益，而国民的利益也是国家的利益。如刘少奇在《关于中华人民共和国宪法草案的报告》中所指出：“革命使得人民的意志和力量集中起来了。而当人民已经得到解放并建立了自己的国家以后，当然就要把自己的意志和力量充分地集中到国家机构里去，使国家机构成为一个坚强的武器。人民的国家机构越是坚强，它就越有能力保卫人民的利益，保障人民的民主权利，保障社会主义的建设”。[7]

[1] 参见[英]厄内斯特·盖尔纳：《民族与民族主义》，韩红译，中央编译出版社2002年版，第1—2页。

[2] 【德】卡尔·施米特：《政治的浪漫派》，冯克利、刘锋译，上海人民出版社2004年版，第169页。

[3] 参见章炳麟：《太炎文录初编·排满平议》，上海人民出版社2014年，第二六八至二七七页。

[4] 恩格斯的原话是：“被剥削被压迫的阶级（无产阶级），如果不能同时使整个社会一劳永逸地摆脱一切剥削、压迫以及阶级差别和阶级斗争，就不能使自己从进行剥削和统治的那个阶级（资产阶级）的奴役下解放出来”。恩格斯：《<共产党宣言>1888年英文版序言》，《马克思恩格斯选集》（第1卷），第383页。

[5] 毛泽东：《中国共产党在民族战争中的地位》，《毛泽东选集》（第二卷），人民出版社，第521页。

[6] 毛泽东指出：“广大人民群众的民族觉悟、民族自尊心和自信心的不足，大多数民众的无组织，军力的不坚强，经济的落后，政治的不民主，腐败现象和悲观情绪的存在，统一战线内部的不团结、不巩固等等，形成了这种困难环境。因此，共产党员不能不自觉地担负起团结全国人民克服各种不良现象的重大的责任”。毛泽东：《中国共产党在民族战争中的地位》，第521-522页。

[7] 刘少奇：《关于中华人民共和国宪法草案的报告》，《刘少奇选集》（下卷），人民出版社1985年，第158页。

此种民族身份的同质性和利益的可通约性，使得在宪法中“国家”代表着“国民”，并由此做出“国有经济，即社会主义全民所有制经济”[1]和备受争议的第九条“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”的规定。“国家=国民”在“民族国——国民”的维度，为“国家所有=全民所有”提供了理论基础。

（二）政治国——人民：人民民主

从《中华人民共和国共同纲领》开始，到2004年对1982年的《中华人民共和国宪法》所做的最近一次修订，由于新民主主义革命的胜利，进入社会主义阶段后——经过“三大改造”、“三反”、“五反”等一系列运动——有关“国”和“民”关系的设定，主要体现在“政治国——人民”的类型关系上。此时，民族独立的伴生产物就是政治立国，这种带有敌我区分式的政治立国行为，奠定出“国家”和“人民”的关系。事实上它早在1949年建国之前就开始设立，它被概括为“人民民主”。

如毛泽东在《论人民民主论》中指出：“人民是什么？在中国，在现阶段，是工人阶级，农民阶级，城市小资产阶级和民族资产阶级。这些阶级在工人阶级和共产党的领导之下，团结起来，组成自己的国家，选举自己的政府。”[2]

这种国家和人民的关系，反映在具有建国大纲意义的《中国人民政治协商会议共同纲领》中，是“中华人民共和国为新民主主义即人民民主主义的国家，实行工人阶级领导的、以工农联盟为基础的、团结各民主阶级和国内各民族的人民民主专政”，[3]在1954年宪法中是“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家”，[4]在现行宪法中是“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”。[5]

这些具有规范意义的表述，在具体的制度设置上，通过在宪法中规定“全国人民代表大会”制度，在现实的权力安排上体现“人民民主”的政治要求。通过“议行合一”的方式，人民代表代表大会被规定为“最高权力机构”，掌握修改宪法、监督宪法、选举国家主席、选举中央军事委员会主席、选举最高人民法院院长、选举最高人民检察院检察长、审查和批准国民经济和社会发展计划和计划执行情况的报告、审查和批准国家的预算和预算执行情况的报告[6]等权力，涵盖政治、经济、军事、立法、监察诸多国家核心权力领域。

如此规定，是社会主义公有制对“人民民主”在基本制度上最大的支持和保证，同时，展示的是一种经由立宪安排权力的不同于西方“宪政民主”传统的做法。

西方的“宪政民主”是一种“作茧自缚式”的牵制性政治机制，即通过民主而立宪，通过宪政而规制民主，其关键在于以“宪政”限制“民主”，以及限制经由民主产生的公共权力贪腐。究其原因，在于“民主”一词，就其起源和历史上扮演的角色而言，可谓毁于参半，既可能是通过民主推进西方自启蒙以来所标榜的普世价值，也可能从相反方向逆袭人的各种不容侵犯、不能放弃的权利，美国的立国过程和《联邦党人文集》中对“多数人暴政”的提防，对此有细致描述。在政治语境中，民主和宪政分别代表着“政治激情”和“政治理性”，[7]唯有在“宪政”之下，才得以妥善安置“民主”，也唯有“民主”，才得以彰显宪政的本意。这种休戚与共的牵制性关系，隐含着一个更为高级且超然于宪政和民主之外的东西。以美国1787年宪法为例，支撑其中有关宪政和民主论述的是一些有关“体现根本的、永恒不变的正义”东西，这些东西通过“狄摩塞尼斯、索福克利斯、亚里

[1] 《中人民共和国宪法》第七条

[2] 毛泽东：《论人民民主专政》，《毛泽东选集》（第四卷），人民出版社，第1475页。

[3] 《中人民共和国政治共同纲领》第一条

[4] 《中人民共和国宪法》（1954年）第一条

[5] 《中人民共和国宪法》第一条

[6] 参见《中人民共和国宪法》第五十七条至第六十四条。

[7] 王振民：《关于民主与宪政关系的再思考》，《中国法学》2009年第5期，第158页。

士多德、西塞罗、塞涅卡、乌尔比安、盖尤斯、索尔兹伯里的约翰、塞维利亚的伊西多尔、圣托马斯·阿奎那、布雷克顿、福蒂斯丘、柯克、格老修斯、牛顿、胡克、普芬道夫、洛克、布莱克斯通”的思想，[1]流淌至美国宪法之中。

对于“宪政”，在新民主义革命期间毛泽东就有过论述。毛泽东认为宪政就是“民主的政治”，[2]更为重要的是提到了“世界上历来的宪政”：“不论是英国、法国、美国，或者是苏联，都是在革命成功有了民主事实之后，颁布一个根本大法去承认它，这就是宪法”。[3]由此可见，由“宪法”确认的“民主政治”，成为中华人民共和国在立宪问题上理论的一个根本起点，并一直实质性的左右着宪法的废改立过程。针对现行宪法，这一起点引领的逻辑是：在社会主义公有制的中国，人民当家作主成为国家的主人，通过宪法把人民当家作主这一事实予以承认，而人民代表大会是体现这一事实的制度。在此，“人民民主”的至上性成为宪法合法性的终极来源，而不再类似西方宪政民主那样需要一个超越于人民代表大会无上的权力配置正是此种至上性的展示，那么，宪法的本质就在于对人民民主的确认，而不在于限制源自人民民主的国家权力。

一言以蔽之，与西方传统宪政的“限制”功能不同，社会主义公有制宪法的功能首先在于确认，其确认的本质重在民主而非限权。按照这样的理论预设，通过人民代表大会产生并对其负责的“政府”，成为具体实施“人民民主”的行政部门。在此不存在立法、司法和行政的三权分立，存在的是通过由人民民主决定的议行合一的政治国家、政府和人民的三位一体。于是，通过宪法第九条规定有关资源国家所有时，致使宪法如此表达的人民民主完全无需考虑国家所有、政府所有或全民所有的区别，从宪法的确认功能来说，它们没有实质区别。

（三）法治国——公民：拥有宪法规定的权利

《宪法》第五条规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”，这是对中国法治的规范性描述。

其中包含的意思有三个：第一，谋求建立法治国；第二，宪法具有最高合法性；第三，所有组织、个体都在宪法之下活动，这些意思从权利义务的角度细化，出现在《宪法》第二章“权利与义务”之中。其中《宪法》第三十三条规定：“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。中华人民共和国公民在法律面前一律平等。国家尊重和保障人权。任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务”，此条规定，明确了在权利义务语境下，公民成为标准称谓，同时公民的权利因为宪法的规定和法律的规定而享有。这又包含着多重意思，仅就权利与宪法的关系来说，这意味着在宪法上不存在不证自明的、超越宪法规定的和先于宪法规定的权利。从“法治国”的理念来说，这种规定具有与西方经典法治理论显见的不同。

“法治国”概念是中世纪教皇改革促生出的一种出现在教廷世界具有悖论性和实践治理功能的观念，主张没有谁可以在上帝和《圣经》之上，所有人——包括教皇和世俗国

[1] [美]考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店 1996 年，序言第III-IV页。

[2] 毛泽东进一步指出：“什么民主政治呢？是新民主主义的政治，是新民主主义的宪政。它不是旧的、过了时的、欧美式的、资产阶级专政的所谓民主政治；同时，也还不是苏联式的、无产阶级专政的民主政治”。毛泽东：《新民主义的宪政》，《毛泽东选集》（第二卷），第 732 页。对于什么是“新民主义的宪政”，毛泽东认为：“就是我们所说的新民主主义宪政的具体内容，就是几个革命阶级联合起来对于汉奸反动派的民主专政，就是今天我们所要的宪政。这样的宪政也就是抗日统一战线的宪政”。毛泽东：《新民主义的宪政》，第 733 页。

[3] 毛泽东：《新民主义的宪政》，第 735 页。

王——都必须在上帝和《圣经》的至高权威下活动，所有权力也都必须在上帝和《圣经》之下运转。[1]经由启蒙，“法治国”理念在世俗世界找到的立足点，是“权利论”。“权利论”或者准确的说是“现代概念的权利论”，奠基者包括了从格劳秀斯、霍布斯到康德诸多启蒙思想家，以理性为起点，论证出国家之间的遵守以自然法为交往和战争规则的体系具有正当性，进而由自然权利上升为法律且与人的自由意志结合起来，这一接续式的权利进化史使得权利与现代法治结合起来。[2]这种法治国理念不仅延续了亚里士多德意义上的rule of law，而且更为重要的是在自然法的超越性和宗教的超越性之间进行了融合和互补。这是自索福克斯的《安提戈涅》以来西方法治一直秉持的原则，实证法永远无法摆脱可能并不真实存在的自然法的束缚。显然，对于法治理念的理解中国与西方存在明显不同，原因在于西方与中国在传统上对法的认知存在显见的不同。

西方的法起源于氏族被国家取代过程中国家和社会的两分，在扮演所谓“公共权力”角色的同时，西方的法兼具了权利、正义、衡平和道德的多重含义，“阶级”是西方法存续的土壤；中国的法起源于氏族的坐大，与西方的国家代替氏族不同，中国的氏族掌握了国家，法更多地是以“刑”的面目出现的“私化权力”，“阶层”[3]是中国法运转的空间。对于西方来说，“国家是凌驾于社会之上的力量，这不啻是说，法律是凌驾于社会之上的力量。从古代希腊一直到近代西方所谓法治的全部秘密，就在于此”，他们的统治方式是“法→人→法”；[4]对于中国来说，是“道德法律化与法律的道德化”，统治方式是“人→法→人”，[5]在阶级法学中是“法＝专政工具”。[6]构建西方法治传统的“自然法”，在秩序层面建立的是一种“法权关系”（每个理性存在者都必须在自己用另一理性存在者的自由限制自己的自由的条件下，用那个关于另一理性存在者的自由的可能性的概念，来限制自己的自由；这种关系叫做法权关系）[7]的关系；而传统中国基于“法自然”（一种独特的宇宙观和秩序观，它是经验的而非超验的，是自然的而非理性的），[8]建立的是一种“权法”关系，即法律本身实在无关宏旨，它只是在道德和伦常的缝隙中用来权衡利害，后来在阶级概念涌入后成为在阶级斗争缝隙中权衡利害的工具。

回到宪法文本，第二章中从第三十三条到第五十六条，所列举的权利，表明从权利和宪法的关系来说，权利并不具有先在性。如果说上文西方法治国理念的宗教起源基于上帝的存在，那么中国法治的起源则在于人民的至上性，但这种至上性并没有像西方的“法→人→法”那样承认存在着某种先于国家和国家宪法的“东西”，这些东西或是“正义”，[9]或是“对上帝和人类所负之责任”，[10]或是“和平”，[11]或是“人权”[12]。正义、责任、和平以及人权，是先于宪法存在的更基础的原则或标准，由人制定的各种法律包括宪法都是对这种先在原则或标准的遵守、促进和改善。中国宪法中对人民至上性的界定赋予了人民这一概念定义合法性的最高权力，但是这种人民的至上性却没有在公民的权利上得到还原。

[1] 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社 1993 年，第 103-145 页。

[2] 参见方新军《权利概念的历史》，《法学研究》2007 年第 4 期，第 87-95 页。

[3] 中国传统社会的存在形式是“士农工商，职业分途”的社会，自科举制度逐渐完善之后，人的“阶级性”在可以通过考试发生变动的情况下，中国的阶级与西方的阶级有着本质的不同。参见梁漱溟：《东西文化及其差异》。

[4] 梁治平：《“法”辩》，《中国社会科学》1986 年第 4 期，第 76、86 页。

[5] 梁治平：《“法”辩》，第 86、87 页。

[6] 梁治平：《“法”辩》，第 87 页。

[7] 费希特：《自然法权基础》，谢地坤、程志民译，商务印书馆 2004 年，第 54 页。

[8] 梁治平：《“法自然”与“自然法”》，《中国社会科学》1989 年第 2 期，第 209 页。

[9] 参见《美利坚合众国宪法》序言

[10] 参见《德意志联邦共和国基本法》序言

[11] 参见《日本国宪法》序言

[12] 参见《法兰西共和国宪法》序言

那么就可以判断，从一开始在宪法上就不存在个体权利先于国家存在的理论基础，也因此基本权利并不具有针对国家的优先性和抵抗性。在1949年建国之前，从中国共产党对权利/利益——首先是党员的权利/利益——的认知，也可以看出这一理论基础。

例如在著名的《论共产党员的修养》中，刘少奇指出党员应该加强个人修养，应该把自己看作是马列创始人的学生，如此才能代表广大劳动人民、自己阶级和民族的利益。修养的核心要求在于正确处理个人利益与组织利益的关系，个人利益服从党的利益，地方党组织的利益服从全党的利益，局部的利益服从整体的利益，暂时的利益服从长远的利益，这是共产党员必须遵循的马克思列宁主义的原则。一个共产党员，在任何时候、任何问题上，都应该首先想到党的整体利益，都要把党的利益摆在前面，把个人问题、个人利益摆在服从的地位。党的利益高于一切，这是我们党员的思想和行动的最高原则。根据这个原则，在每个党员的思想和行动中，都要使自己的个人利益和党的利益完全一致。在个人利益和党的利益不一致的时候，能够毫不踌躇、毫不勉强地服从党的利益，牺牲个人利益。为了党的、无产阶级的、民族解放和人类解放的事业，能够毫不犹豫地牺牲个人利益，甚至牺牲自己的生命。[1]与此一脉相承，刘少奇在《关于中华人民共和国宪法草案的报告》中，指出："人民的共同利益和统一意志，是人民代表大会和一切国家机关工作的出发点，"[2]以及"在我们这里，恰恰相反，我们绝不容许任何人为了个人或者少数人的利益和自由而妨害大多数人的利益和自由，妨害国家和社会的公共利益"。[3]

综上，因为与西方传统法治国理念下基本权利具有对抗公共利益和国家利益的权能不同，当人民民主的国家在社会主义公有制的背景下宣布"国家所有"的时候，私法意义上的种种权利主张对国家所有不具有抵抗性，更不具有优先性，这是人民至上性与公民权利个体性的位阶关系在国家这一政治存在中的反应。

三、宪法中"国家所有"的实践特征

如本文以上描述，国家所有即为全民所有，人民民主和公民基本权利不具有对国家的抵抗性和优先性，是宪法上国家所有的理论基础。这些理论基础，对于1949年之后实行社会主义公有制的中国来说，是不得不然的政治举措。[4]同时对于"国家所有"的表现形式，也需要某种基于马克思主义法权学说的显示，即如有学者指出："公有制必须借助一定的权利来实现，必须在法上确定出特定的权利主体，在国家存在的条件下，'只有国家才是整个社会的正式代表'，'是社会在一个有形的组织中的集中表现'，从而国家所有权成为公有制在法律上的表现。[5]从"国家所有"的实践表现来说，基于上述理论基础，较之从私法所有权出发理解"国家所有"，在土地所有权、国企改革改制等问题上具有鲜明特征。

这些特征可以归纳为两条，一是规范与事实分离，这源于"国家所有"与全民所有的关系；二是公平与效率对立，这源于国家和个人的关系。

（一）规范与事实分离

在饱受争议的有关"国家所有"的宪法第九条、十条之前，有两条更为基础性的规定，分别是"第六条 中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所

[1] 参见刘少奇："论共产党员的修养"，《刘少奇选集》（上卷），人民出版社1981年版，第106-135页。
[2] 刘少奇：《关于中华人民共和国宪法草案的报告》，《刘少奇选集》（下卷），第159页。
[3] 刘少奇：《关于中华人民共和国宪法草案的报告》，《刘少奇选集》（下卷），第161页。
[4] 所谓不得不然的政治举措是指："1949年革命对19世纪以来中国积贫积弱的主要总结，第一是没有强有力的国家机器，第二是没有发达的本国大工业。因此，强调国家对经济资源的集中动员和利用，加快推进工业化特别是优先发展重工业，就成为革命后新政权合法性的最主要基础"。周其仁：《中国农村改革：国家和所有权关系的变化——一个经济制度变迁史的回顾》，《管理世界》1995年第3期，第181页。
[5] 王利明：《国家所有权与经济民主》，《政法论坛》1989年第1期，第52页。

能、按劳分配的原则"，和"第七条 国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展"。第六条表明社会主义公有制的本质是全民所有制和集体所有制，第七条表明国有经济就是全民所有制经济。这两个条款为第九条规定在属性上做出了预设，国家所有即为全民所有。物权法第四十五条从所有权具体归属的层面，同样规定："法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有"。但无论是依据宪法所采取的马克思主义立场，还是依据现实的所有权表现，都显示出宪法中的"国家所有"存在规范与事实的分离。这种分离包括了两个维度，一个基础维度是国家所有与全民所有分离，一个具体维度是在"国家所有"的语境中法律规定与现实归属分离。

从基础维度——马克思主义的立场出发，社会主义的"社会性"主要表现在生产资料的归属上。与资本主义的私有制不同，社会主义天生的公有性质的来源，即在于通过由"社会"占有生产资料而超越私有制的剥削和狭隘。全民所有，正是对社会主义这种社会性公共所有的最好体现形式，"一切生产部门将由社会来管理，也就是说，为了公共的利益按照总的计划和社会全体成员的参加下来经营"。[1]因此，从主体参与的深度和广度来说，"国家所有"无法实现"社会全体成员的参加"。从分配的方面看，宪法第六条规定了"实行各尽所能、按劳分配的原则"，这一原则在全民所有的条件下，要求全部的生产资料由全体劳动参与者同等占有、使用、管理，并对劳动成果同等分配，但"国家所有"无法提供这样同等的劳动机会和分配机会。从交换的方面看，全民所有因为由社会占有生产资料，商品生产会随着社会占有的程度和水平的提高而逐渐消失，并由此产品对劳动者的统治也逐渐消失。[2]而在中国目前"国家所有"的状态下，全民所有制不仅没有否定商品交换并摆脱其控制，相反，是大量的"国家所有"下的国有企业和国有资本——这被视为全民所有的纯正形式——通过改制的方式被商品交换否定了。要实现全民所有，其方式一定是社会所有，而"国家所有"如前文所论及，恰恰是社会所有的"祸害"。由此，"国家所有"因为无法实现全民所有的社会主义全员参与性，而导致了名实分离。

从具体维度——城市土地所有权问题看，"国家所有"语境中的法律规范与现实归属存在分离。

宪法第十条规定"城市的土地属于国家所有"，结合宪法第六条、第七条和物权法第四十五条条的规定，城市土地也应属于全民所有。但是如果现实的归属如实地按照上述法律规定，则没有实现的可能。如张千帆教授所指出，"国家所有"以及"全民所有"无法解决下列问题：全民参与的城市土地管理运行形式成本太高，对城市土地国家所有的实质化会导致土地的使用权和收益权的不确定性并引发土地权利冲突，真正的全民所有会导致"公地悲剧"。消解的办法是在把土地权利区分为所有权和使用权的基础上，城市土地的国家所有视为一种"名义化"的所有，此种名义所有权并不触动城市土地使用权的实质，而且只有如此才可以维护宪法第十条的尊严。[3]此时，以法律规范与现实归属分离的方式，维持了宪法第十条"城市的土地属于国家所有"。

需要特别重视的是，张千帆教授提到存在对征收"给予补偿"，更在实践中树立了这种"国家所有"但"个体或单位占用"的名义化所有权的合法性。但是，另一种法律规范与现实归属的分离也因"补偿"而产生，它发生在城市土地"名义上的非国家所有"在权利出现纷争——比如征收和拆迁——的时候。从"补偿"一词入手，我们会发现如果发生城市土地征收，在征收过程中，使用的规则决定了征收行为的属性。规则大致分为两种，一种是"财产规则"，拥有被征收对象被视为一项权利，除非经过权利享有者的同意，对其侵犯的行为是非法的，应该受到制止并恢复原状；一种是"责任规则"，征收者或强拆

[1] 《马克思恩格斯全集》（第1卷），第217页。
[2] 参见卢兴：《我国现在的"全民所有制"》，《社会科学战线》1980年第4期，第104页。
[3] 参见张千帆《城市土地"国家所有"的困惑与消解》，《中国法学》2012年第3期，第183-189页。

者有权通过赔偿而占有财产。[1]当国家基于“国家所有”对城市居民附着于土地上的房屋进行征收时，采取的规则是“责任规则”，即通过赔偿而占有财产。尽管在各种征收和公用拆迁中存在着大量的“钉子户”，他们通过各种合法或非法的手段维护“自己的财产”，但在不采用“财产规则”的前提下，存在讨价还价的赔偿空间，却不存在制止征收或拆迁以及恢复原状的可能。由此可见，此时的“国家所有”并没有对个人土地使用权做“名义上”的认可。也应此，此时以法律规范与现实归属的分离，损害了宪法第十三条“私有财产不受侵犯”。

（二）公平与效率对立

在国家的层面，任何类型的国家在资源的所有权分配上，都必须考虑公共-整体利益和个体利益的基本需求。因此，无论是诺奇克所青睐的个人权利优先的最低限度国家，[2]还是德沃金力主的“荒岛拍卖”式的按照资源平等主义对资源所有权的初始界定的国家，[3]都在公共利益和个体利益的问题上费尽心机。无论是资本主义私有制还是社会主义公有制，国家都拥有分配和再分配的功能，但是在分配和再分配的过程中，两者对公平——大概对应公共-整体利益以及矫正正义，和效率——大概对应个体利益以及分配正义，分配的权重有着不同的出发原则和实施规则。

在社会主义公有制的“国家所有”的资源配置体系下，公平和效率存在着对立，同时对立的形式存在两种类型，界分点是1993年11月中国共产党十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。该决定提出：“建立以按劳分配为主体,效率优先、兼顾公平的收入分配制度，鼓励一部分地区一部分人先富起来，走共同富裕的道路”。仅就“国家所有”的主要表现形式“国有企业”而言，在此项决定公布之前，公平与效率的对立形式是“以公平制约效率”（第一种对立）；在决定公布之后，公平与效率的对立形式是“以效率制约公平”（第二种对立）。

1、第一种对立

1993年，在中共十四届三中全会上提出要着力于制度创新，建立现代公司制度。这意味着在此前的很长一段时间内，中国的公有制经济在制度上存在较大的问题，与原来预期的社会主义公有制的创造力有着相当的差距。比如相对于资本主义私有制下的企业，在“人民民主”和“全民所有”的双重激励下，国有企业（当时称国营企业）中的从业人员应该有着比资本主义私有制企业更强的投入感，更强的责任感，从而有着更为高效率的创造财富的能力。但现实却恰恰相反，国营企业的从业人员——包括经营管理者和普通劳动者——表现出的投入感、责任感和效率，都令人遗憾。伴随着这些令人遗憾的从业人员表现的是国营企业的不景气，其从业人员通过“下海”——自主创业或是投奔非国营企业——的方式，选择离开。如果说当时国营企业的从业人员用“铁饭碗”吃得是“大锅饭”，不根据工作业绩每人平均大概等量一份而且终身雇佣，那么从“国家所有”体制中自然会引发并滋养一种矛盾：生产资料的社会主义“国家所有”的统一性，与单个企业独立占用生产资料并从事生产的分散性，存在着深刻的矛盾。造成的原因在于，国家通过“国家所有”的制度基础和计划生产的方式，在实质上剥夺了企业的经营管理权力。或者说，“国家所有”意义上的企业，其“管理成本”极为高昂，以至于出现一方面是国家无力投入高昂管理成本，另一方面是企业自身也没有自我承担管理成本的制度安排和利益激励。

其结果，是类似于一座声称是属于“国家所有”的公寓内的各个房间和过道在使用中呈现的无序和低效，公寓内没有一间是私人房间，没有一处空间被视为是私人财产，这里

[1] 参见丁利、韩光明：《现状还是底线？——征收拆迁中的补偿与规则适用》，《政法论坛》2012年第5期，第80-82页。

[2] 参见[美]罗伯特·诺奇克：《无政府、国家和乌托邦》，姚大志译，中国社会科学出版社，第32-33页。

[3] 参见 Ronald Dworkin, “What Is Equality? Part 2: Equality of Resources”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, No. 4 (Autumn, 1981), pp. 283-290.

的全部资源都是公共过道，因此看上去很公平。但是，各个国营企业及其从业人员实际上都会成为公寓中公共过道的“福利攫取者”，比如尽可能的占用过道空间以扩张自己实际占有的使用面积，不计成本的使用公用灯光和公用自来水，将个人物品尽可能多的在过道存放。这些对公共过道和公共资源的占用对于使用者好像不存在成本，而实际上这些成本被潜在的分配了邻居们。[1]

生产资料的社会主义“国家所有”的统一性与单个企业独立占用生产资料并从事生产的分散性之间的矛盾，在上述的国家所有的公寓中也可以得到另外一种表述。所有的国营企业都是国家所有的这座公寓的租户，负有公平缴纳租金的义务，同时国家用租金——国营企业上交的利税——收取的方式，界定并管理企业在事实上占用资源和创造收益的权利，而对于通过对公共过道的福利攫取造成的成本和收益的分离，则无能为力。由此判断，这造成了“公平制约效率”，同时造成了权利的享有者和义务的负担者分离。

2、第二种对立

为了扭转国有企业在逐渐建立的市场经济体制中的不利处境，《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》从所有权和经营权的分离入手，力图扭转局面。此项决定为国有企业改革提供了路线图和注意事项，其总体性的目标是建立“现代企业制度”，其首要的特征是“产权明晰”，即“企业中的国有资产所有权属于国家，企业拥有包括国家在内的出资者投资形成的全部法人财产权，成为享有民事权利、承担民事责任的法人实体”，其他的特征则围绕“权责”和“效率”表述。[2]

从“国家所有”而企业经营的视角出发，1993年决定的实质性举措在两项工作上展开，一个加强监管，“加强企业中的国有资产管理……严禁将国有资产低价折股，低价出售，甚至无偿分给个人”；[3]一个是产权变更，从1993年的“一般小型国有企业，有的可以实行承包经营、租赁经营，有的可以改组为股份合作制，也可以出售给集体或个人”，[4]发展为1994-1995年期间提出“抓大放小”，1999年发展为“有进有退”、“有所为有所不为”，在形成的“既没有必要也没有可能”搞好搞活每一个国有企业的认识基础上，对部分国有企业采取了破产、兼并、收购、重组的措施，对部分国有企业职工采取了下岗分流的措施。[5]

前一举措，意味着在“国家所有”这座公寓中，为了效率，有些房间会拥有更大的以“经营权”为名的权利，国家则继续通过租金收取，以及更为重要的，通过国企领导人事任免和层层审批的方式，间接控制这些房间。在“国家所有”基础上的所有权与经营权分开，是因为国家逐渐无法承受全面直接经营企业的成本。而通过所有权与经营权分开，使得管理成本内在化，即由企业自身承担。但一个新的问题——这一问题的基础依然是“国家所有”——出现了：为了实现国有资产的保值增值，必须要付出监督成本。事实上，“国家所有”的制度回应是用国企领导人事任免和审批制的方式实现这种监督，实际上是以一种带有管理色彩的监督承担这种成本。但是这种管理式的监督需要一个条件，那就是

[1] 参见周其仁：《公有制企业的性质》，《经济研究》2000年第11期，第4-12页。

[2] 其他特征具体包括：二是企业以其全部法人财产，依法自主经营，自负盈亏，照章纳税，对出资者承担资产保值增值的责任。三是出资者按投入企业的资本额享有所有者的权益，即资产受益、重大决策和选择管理者等权利。企业破产时，出资者只以投入企业的资本额对企业债务负有限责任。四是企业按照市场需求组织生产经营，以提高劳动生产率和经济效益为目的，政府不直接干预企业的生产经营活动。企业在市场竞争中优胜劣汰，长期亏损、资不抵债的应依法破产。五是建立科学的企业领导体制和组织管理制度，调节所有者、经营者和职工之间的关系，形成激励和约束相结合的经营机制。所有企业都要向这个方向努力。参见《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。

[3] 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。

[4] 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。

[5] 参见张春霖：“国有企业改革与社会公平”，载梁治平主编：《转型期的社会公正：问题与前景》，三联书店2010年版，页358。

为了确保监督的质量，监督者需要对企业的生产经营结果承担最终的责任，并且要接受基于行为的连带责任而这针对企业的集体性惩罚。这样做的原因在于，企业的产出是多个人的行为共同作用的结果，并且每个人的行为对结果的影响程度都与其他人有关，为了避免个体对自己行为的不负责，引入监督者并规定监督者与企业责任具有“连坐”式的责任关系，就可以保证监督的质量。[1]但是在实际国企改制和此后的生产经营中，管理式的监督者几乎不承担任何实质性责任，无论是国企领导者还是各个级别的审批权握有者，通常通过岗位调整或调离另有任用的方式承担责任。[2]由此可见，“国家所有”式的所有权和经营权分离采取的策略是用监督成本去置换管理成本，又通过“权力和责任分离”的方式使得监督成本无效或低效。从公平与效率的对立来说，这是以“权力和责任分离”的方式表现的“以效率制约公平”。

后一举措，意味着在“国家所有”这座公寓中，有些房间会通过破产、兼并、收购、重组等方式，重新划分与整个公寓的权属关系，并有可能脱离国家所有的全面控制。首要的问题有两个：第一，脱离“国家所有”的企业如何产生？第二，脱离“国家所有”的企业的所有者或实际控制者如何产生？对于第一个问题，在国企改制中按照效率优先的原则，把企业能盈利当作改制的目标，也因此那些不能盈利的企业就成了改制的对象，也就是脱离国家所有的对象企业。[3]对于第二个问题，基于盈利的目标，那些能够让企业盈利并且有意愿拥有企业的人，在竞争的状态下，应该被确定为企业所有权的拥有者。按照这两个答案，我们会发现，在信息不对称的条件下，相对与一般从业者和外部人员企业原有的管理者会基于信息优势——比如掌握政策法规，掌握企业实际价值，了解企业的优势和不足采取一——种相反的逻辑策略，成为改制后的所有者：之所以能够拥有企业，不在于能够使企业盈利，而恰恰是使企业不盈利，才有机会获得企业的产权。[4] 这好比在国家所有这座公寓中，某个房间的管理者在获悉改制的信息后会尽可能的把房间状态弄得糟糕，只有如此才有机会得这个房间的所有权。这显示出在“国家所有”的背景下，所有权的再分配忽视了“甄别标准”本身的复杂性。[5]这些甄别标准遵循的是“为了效率而筛选”的功利性标准，这使得“国家所有”在国企改制中的“动机和结果分离”。从公平与效率的对立来说，这是以“动机和结果分离”的方式表现的“以效率制约公平”。

结语：“国家所有”悖论

总结全文，本文从“国家所有”的由来开始，论述并分析了宪法中“国家所有”的理论基础在于国家所有即为全民所有（民族国—国民）、人民民主（政治国—人民）和拥有宪法规定的权利（法治国——公民）。基于这些理论基础，“国家所有”在实践中表现出两个特征，一是规范与事实分离，二是公平与效率对立。

在法治程度逐步加深、权利意识逐渐加强和私法立法逐渐细致的状态下，立足于上述理论基础和实践特征，在社会主义公有制的背景下，宪法中的“国家所有”呈现出的是一

[1] 参见 Armen A. Alchian, Harold Demsetz, “Production, Information Costs, and Economic Organization”, *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5. (Dec., 1972), pp. 777-795. 以及参见张维迎、邓峰：《信息、激励与连带制度》，《中国社会科学》2003 年第 3 期，第 106-107 页。

[2] 王军《国家所有权的法律神话——解释中国国有企业的公司制实践》，中国政法大学博士学位论文，第 44-53 页。

[3] 也存在少数把盈利企业改制的做法，参见汪晖：《改制与中国工人阶级的历史命运一一江苏通裕集团公司改制的调查报告》，汪晖：《去政治化的政治》，三联书店 2008 年，第 275-358。

[4] 参见郎咸平：《用“三个必须”规范产权改革》，《理论参考》2004 年第 10 期，第 20 页。

[5] 参见亓同惠《法治中国背景下的“契约式身份”：从理性规制到德性认同》，《法学家》2015 年第 3 期，第 1-14 页。

种悖论：社会主义公有制中的公共资源所有权需要国家介入，以保障此种所有权的有效；而国家的介入，又会导致公共资源所有权的低效或无效。[1]

如果仍从社会中主义公有制的框架内寻找解决的办法，需要再次申明，通过政治解放所实现的政治国家的自由，是以承认和保护私有财产的市民社会的不自由、不平等为前提的。因此，生产资料公有与个人资本（主要但不限于劳动力）私有的并存，是造成“国家所有”悖论的原因，也是文初提及的在公有制国家中制造宪法与私法矛盾的原因。从建设法治中国来说，解决这一矛盾对于公法和私法同样任重道远。

[1] 周其仁认为：“一方面，所有权不能完全不要国家而得到有效执行；另一方面，国家的引入又非常容易导致所有权的残缺，以至于我们即使在理论上假设存在着一个理性国家，也无法完全避免无效产权的后果。”周其仁：《中国农村改革:国家和所有权关系的变化——一个经济制度变迁史的回顾》，《管理世界》1995 年第 3 期，第 179 页。本文基于这一悖论，但进一步具体化，即在国家所有的问题上，其悖论性主要集中在公共资源的所有权分配上。

揭开宪法“国家所有”的面纱

——《宪法》文本中两种不同类型的“国家所有”

瞿灵敏*

摘要：既有关于宪法中“国家所有”性质的研究因未能区分宪法文本中两种不同类型的“国家所有”而未能揭示宪法“国家所有”的真实含义。《宪法》第9条和第10条中的“国家所有”分别代表两种不同性质的国家所有：前者属于“全民所有型”的“国家所有”，是全民所有制的组成部分，是宪法的一种价值选择和政治决断，是有待立法形成的制度保障；后者是“非全民所有型”的“国家所有”，是非属于基本权利的民法所有权。在“全民所有型”的“国家所有”的部门法实现方面，各部门法应该根据自身的功能、调整范围、方式，运用自身的概念和立法技术自主地进行制度设计，但各部门法的制度设计应该彼此协调，避免冲突，合力助推“全民所有型”的“国家所有”价值目标的实现。

关键词：国家所有 全民所有制 民法所有权 制度框架

一、引言

随着资源短缺和环境污染的加剧，以及城市化建设中土地矛盾的日益尖锐，传统上多为民法学者所关注的“国家所有”正成为法学研究的热点问题。近年来围绕宪法中“国家所有”的性质，学术界展开了激烈的争鸣，[1]受到了包括宪法学、民法学、环境法学在内的众多学科的关注。由于研究视角和立场的不同，一时间难以形成共识，各种学说应运而生，法学界正在上演一场有关宪法中“国家所有”的性质的诸神之争。

通过文献梳理，可以发现既有研究呈现出以下特征：其一是研究对象上的聚焦，即主要围绕现行《宪法》第9条和第10条中“国家所有”的性质展开学术论争；其二是研究方法上呈现出多元化，除传统以文本为对象的规范分析外，近年来还有从制度史、功能论视角展开的分析；[2]其三是多学科的交叉，这既有法学内部不同法律部门的交叉，如大多数研究都是采用宪法加一个部门法的方式展开，也有法学与其他学科，如法学与社会学、政治经济学的交叉，运用法学以外的理论工具或素材对“国家所有”的性质进行研究；[3]其四是研究视野上的中国语境与比较法并重，如有学者从中国宪法文本的历史变迁和制宪史的角度分析“城市土地国家所有”的问题，也有学者借鉴德国基本权利作为主观权利和客观价值秩序的双重属性进行构造中国语境中的“国家所有权”的尝试。[4]

*山东大学博士研究生。

[1] 就笔者所知，目前包括《法学研究》，《交大法学》，《清华法学》都曾就此问题刊发过专题文章，《中国法学》近年来也刊发过此类文章。学术界也于2015年4月在苏州大学就此问题召开过专门的学术会议。

[2] 如徐祥民教授的《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）一文大体可以看作是一种历史研究的进路；而王旭副教授的《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）则大致可以看作是一种功能论的进路。

[3] 如巩固副教授的《自然资源国家所有权公权说》（《法学研究》2013年第4期）和《自然资源国家所有权公权说再论》（《法学研究》2015年第2期）可以看作是宪法、环境法、民法的交叉研究；王涌教授的《自然资源国家所有权三层结构说》，税兵教授的《自然资源国家所有权双阶构造说》（《法学研究》2013年第4期）则是宪法与民法交叉的作品；李忠夏副教授的《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）则主要运用了卢曼的系统论这一社会学的理论范式。

[4] 如成中协研究员的《城市土地国家所有的实际效果与规范意义》（《交大法学》2015年第2期）大体可以看作是一篇对中国宪法文本的历史变迁和制宪史考察的作品，而王涌教授的《自然资源国家所有权三层结构说》，税兵教授的《自然资源国家所有权双阶构造说》（《法学研究》2013年第4期）大致可以认为是直接或间接受到了德国基本权利理论影响的作品。

上述研究所展现出来的立场和方法上的差异，对于拓宽研究视野、揭示宪法上“国家所有”可能的多维含义具有重要意义。但对于我国宪法中“国家所有”的考察，有几点前提必须坚持。其一，必须具有立足文本但又超越文本的眼光，任何脱离文本的应然层面的功能分析都可能显得美丽但不切实际，但仅仅将眼光盯在冷冰冰的文本之上而忽略文本变迁背后社会变迁所得出来的结论也会显得过于肤浅。其二，必须立足中国的宪法语境，任何直接将西方宪法理论作为解释中国宪法问题的方法都难免遭遇水土不服。也正是在这个意义上，德国基本权利理论中基本权利作为主观权利、客观价值秩序以及由此推导出的国家积极保护义务都因为我国违宪审查机制和宪法诉讼机制的缺失而不能作为直接的理论依据。其三，必须从法学内部寻找分析工具，法学具有规范性，任何来源于法学以外的社会学理论都只具有参考价值而不得替代法学本身对法律进行解释。其四，对宪法的解释只能寻求宪法文本自身和宪法的历史变迁，部门法中的制度可以为宪法解释提供线索，但不得直接用以解释宪法。因此本文的研究将采用立足文本，但又超越文本的眼光，从新中国宪法变迁的历史中寻找宪法中“国家所有”的真实含义，同时从宪法和部门法的关系中寻找解释宪法中“国家所有”的线索。在立场上本文将秉持解释论的立场，力图从文本和历史以及宪法与部门法的关系中探寻到《宪法》中“国家所有”的真实意蕴，揭开宪法“国家所有”的面纱。

二、宪法“国家所有”性质的诸神之争与学术迷思——对现有学说的评析

由于研究进路和立场的差异，并受研究者知识构成的影响，既有研究关于宪法中“国家所有”的性质很难形成共识，一时间学说林立，有关宪法“国家所有”的性质也陷入了诸神之争。各种学说都宣称自己在解释宪法“国家所有”方面最具解释力，甚至认为自己已经揭开了宪法“国家所有”的面纱。但在笔者看来，大多数学说与其说是揭示了宪法“国家所有”的本原，倒不如说是只抓住了宪法“国家所有”的影子。

（一）关于宪法“国家所有”性质的几种主要学说

既有研究关于宪法“国家所有”的诸多学说中，除传统民法学者所持的物权所有权说外，最具代表性的观点主要包括国家所有制说、宪法公权说、多层结构说、双阶构造说、公权私权混合说、宪法国家所有权“误会”说、规制工具说、所有制与所有权双重性质说等。

代表学说一：宪法“国家所有”性质的国家所有制说。主张这一观点的徐祥民教授认为，“自然资源归国家所有是国家财产制的组成部分，是现代宪法创制的用以实现国家目的的手段，其基本特征是国家垄断，其基本工具价值是垄断”。[1]徐祥民教授的这一主张是建立在他对财产权历史进行财产权的宪法史和财产权的民法史，以及对财产权的宪法史作人权财产权史和国家财产制史的区分基础上的。[2]在其看来，要探究宪法“国家所有”的本质含义应该寻求财产权的宪法史而非民法史，这是因为民法财产权所强调的主体平等难以揭示资源国家所有的政治意蕴，只有与特殊主体相联系，能够揭示资源“国家所有”政治含义的财产权宪法史才能够对揭开宪法“国家所有”的本质有所助益。在选定将财产权的宪法史作为解释进路之后，他进一步将财产权的宪法史作了人权财产权史与国家财产制史的阶段划分。他认为这一划分的时间节点应该是以1918年的“苏俄宪法”和德国的魏玛宪法为界：在此之前的财产权的宪法史是财产权作为人权财产权的历史，而此后的财产权宪法史确是作为国家财产制的历史。其根据在于，此前的宪法多宣称公民财产权的神圣不可

[1] 参见徐祥民：《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页以下。

[2] 参见同上引徐祥民文，第36页以下。

侵犯性，其目的在于借助于公民财产权在市民社会和政治国家之间筑起一道高墙，以防止国家权力侵入市民社会。此一阶段的公民财产权在性质上属于人权的基本权利，其功能在于给国家权力划定界限。而在此之后的各国宪法文本则基本上放弃了私有财产神圣不可侵犯的信条，并代之以私人财产权负有社会义务，应该受到限制，为了公共利益的需要可以对私人财产进行征收等规定。伴随着私人财产权神圣不可侵犯地位的丧失，作为一种宪法创制的结果，国家财产制应运而生，其直接功能是对抗私人财产权。至此，财产权的宪法史也从财产权作为人权的历史迈向了人权财产权与国家财产制并存的历史。

在没有完成充分地过渡性论证的情况下，徐祥民教授直接将他对财产权宪法史的这一阶段性划分用到了对中国《宪法》上资源“国家所有”的解释上，进而主张我国《宪法》第9条所规定的自然资源“国家所有”在性质上属于后苏俄宪法和魏玛宪法时代的国家财产制，它在性质上属于权力而非权利，是垄断权或专权。

代表学说二：宪法“国家所有”性质的宪法性公权说。主张这一观点的巩固副教授认为，自然资源国家所有权“并非处理平等主体之间财产关系、以确定特定主体对特定物的‘直接支配’为内容的民法物权，而是划分国家与个人界限，为‘全民’意义上的抽象国家以立法和行政手段‘间接干预’资源利用提供合法依据的宪法公权”。[1]这种宪法性公权，“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”，“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”，它的实现需要立法主导、行政执行、司法补充。[2]巩固这一主张的提出是建立在对国家所有权与民法物权所有权区分的基础上的。在其看来，将资源国家所有权理解成民法物权所有权将面临物权主体平等性与国家所有权主体的“全民优越性”，物权客体确定性与国家所有权资源不确定性，物权内容私权性与资源国家所有权内容公权性，物权行使的自主性与资源国家所有权行使的非自主性，侵害物权责任的补充性与侵害资源国家所有权的惩罚性，用益物权的不可处分性以与资源使用权的可处分性，以及所有权的唯一性与动产资源所有权的双重性等七大矛盾。[3]

由于受到“个体——国家”，“权利——权力”范式的影响，巩固在论证完资源国家所有权与物权所有权的异质性，否定资源国家所有权“私”的权利属性后，径直地提出了资源国家所有权“公”的权力属性。在他看来，在这种“个体——国家”，“权利——权力”的二元结构范式之中，如果说权利是公民对抗国家权力的防御权的话，那么权力则是国家权力对抗公民权利的“反防御之权”。资源国家所有权即属于此种“反防御之权”，或者说是对个人防御权的“解除”，其实质是对相关领域国家权力运行的许可、对国家权力的宪法承认。[4]

代表学说三：宪法“国家所有”性质的多层结构说、双阶构造说与公权私权混合说。这三种关于宪法“国家所有”的学说具有观点上的相似性，即都认为资源国家所有权既非纯粹的私权，也非纯粹的公权，而毋宁是具有公权和私权的双重面向或者说公权权能和私权权能的双层结构。如主张多层结构说的王涌教授认为，宪法上的自然资源所有权包含三层结构。第一层结构是私法权能。在这一层面上，它与物权法的所有权无异。第二层结构是公法权能。其主要包括国家对自然资源的立法权、管理权和收益分配权。第三层结构是宪法义务。国家应该为全体人民的利益行使其私权权能和公权权能。[5]类似地，主张国家所有权双阶构造说的税兵教授也认为，中国语境下的资源国家所有权是由一个规范系统所调整。这个系统包含了以宪法文本为载体的基础性规范，以物权法文本为载体的确权规范和

[1] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第19页。
[2] 巩固：《自然资源国家所有权公权说再论》，《法学研究》2015年第2期，第122—126页。
[3] 前引7巩固文，第20—23页。
[4] 参见同上引巩固文，第25页。
[5] 王涌：《自然资源国家所有权的三层结构说》，载《法学研究》2013年第4期，第48页。

授权规范，以及以特别法所载明的管制性规范所构成。作为基础性规范的宪法条文通过确权规范和授权规范的物权法条文这一私法通道，确立起了民法意义上的国家所有权，而引致性规范则将民法的资源所有权的行使通过特别法的管制性规范予以规制。因此自然资源国家所有权蕴含着宪法所有权与民法所有权的双阶构造。[1]同样地，主张资源国家所有权性质公权私权混合说的马俊驹教授也认为，“国家所有权在权利性质、权能设置、行使方式、法律保护等方面都与传统民法上的所有权存在重大差别，已经脱离传统物权和所有权的理论构成和立法结构”，“国家所有权具有公权和私权的二重性，受私法和公法的共同调整，是一种特殊的混合法律关系”。[2]

不难发现，虽然上述三种关于观点具有相似性，但理论基础却显然不同。王涌教授和税兵教授的三层结构说和双阶构造说都或明或暗地带有德国基本权利理论的影子：王涌教授的三层结构可分别直接对应德国基本权利理论作为主观权利、客观价值秩序以及由此推导出来的国家保护义务；税兵教授的双阶构造说也可间接与基本权利作为主观权利的面向相勾连，因为将基本权利分解为宪法层面的权利与民法层面的权利已经在我国民法学界得到了普遍的运用。如将人格权分为宪法层面的人格权与民法层面的人格权已经被大多数学者所接受，并认为宪法层面的人格权是人格权的基本权利面向，或曰人权面向，是一种个人对抗国家权力的防御权。而民法层面的人格权则被视为人格权的私权面向，是平等地位的民事主体之间用以防御他人侵害的一种私权。[3]有的时候，基本权利的私权面向也被称之为基本权利的第三人效力。[4]显然税兵教授的双阶构造说只不过是对基本权利双重面向的一次借用。而马俊驹教授的公权私权混合说则主要是从国家所有权与物权所有权的构造的比较之上提出的，其较多地受到罗马法和法国法中关于物的类型划分的影响。导致这一理论基础差异原因在于二者分析对象的差异，王涌教授和税兵教授所分析的是宪法中资源国家所有权这一特定的“国家所有”，而马俊驹教授讨论的则主要是物权法意义上的国家所有权。

代表学说四：宪法“国家所有”性质的宪法国家所有权“误会”说与规制工具说。持宪法国家所有权“误会”说的李忠夏副教授认为，那些主张宪法国家所有权的研究错误地将《宪法》中的“国家所有”置于《宪法》第13条的“私人财产权条款”之下进行解释，进而主张存在与私人所有权同质的国家所有权。但在他看来，宪法国家所有权不仅在主体上不符合基本权利主体的规定，会出现国家作为基本权利主体行使“国家对抗国家”这样的形式悖论，更为重要的在于如果承认宪法国家所有权，将导致政治系统入侵经济系统的危险。因此他主张将宪法“国家所有”置于《宪法》第12条的公共财产之下进行解释。[5]虽然李忠夏并未言明宪法“国家所有”不是所有权又应该是什么的问题，但从其论述中依然可以找到他关于宪法“国家所有”性质的一些倾向性论述：宪法上“国家所有”条款的设置并非建立一种“国家”作为所有人对“财产”的一种宪法诉求（即防止国家公权力的侵害），其目的在于实现对“国有财产”的保护和合理利用，对抗“任何组织和个人”的恣意使用，从而实现附属于其上的公共目的；[6]在此前的一篇文章中他也指出，从宪法角度对“国家所有”条款进行规范分析的目的在于防止对“国家所有”的规制完全遁入私法，从而丢失公法上的监管与义务。[7]从前述观点不难发现，李忠夏是将宪法“国家所有”作为

[1] 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5—6页。
[2] 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89页。
[3] 关于将民事权利是上升为基本权利，使其具有基本权利面向的论述详细情况可参见张红：《一项新的宪法上基本权利——人格权》，《法商研究》2012年第1期，第38—42页。
[4] 关于德国基本权利第三人效力的论述可参见张巍：《德国基本权利第三人效力问题》，《浙江社会科学》2007年第1期，第107—103页。
[5] 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69—83页。
[6] 同上引李忠夏文，第83页。
[7] 李忠夏：《“国家所有”的宪法规范分析》，《交大法学》2015年第2期，第5—6页。

公权力介入对自然资源等国有财产的监管，防止私人的无度利用，确保国有财产之上所承载的公共利益得以实现的规制工具。

从这个角度讲，李忠夏的观点在本质上与王旭所持的国家所有权规制工具说是相似的。王旭认为，对宪法自然资源“国家所有”不能简单认为是国家通过占有自然资源而直接获取其中利益，而应理解为国家在市场规律下防止资源垄断，确保社会成员持续共享资源的规制工具。宪法上资源“国家所有”的规制功能主要体现在通过国家调控实现任何人不得滥用自然资源的直接规制目的，和通过国家占有与国家受益实现任何人不得侵占资源和不得私分资源收益的间接规制目的。[1]

代表学说五：宪法“国家所有”性质的所有制与所有权双重属性说。持这一观点的程雪阳副教授认为，宪法上的“国家所有”具有经济学和法学的双重含义，它既是经济学上的所有制，也是法学上的所有权。作为法学上所有权的“国家所有”在宪法和民法上只存在功能上的差异而不存在地位和构造上的差异。就功能而言，宪法上的国家所有权不能为了国家或政府的“私利”而存在，而必须“为公民的自由和自主发展物质和组织保障”。不过在他看来，作为所有权面向的“国家所有”只是一种非基本权利的宪法权利，[2]因此也就不存在李忠夏所称的宪法国家所有权是一个误会的问题。他进而认为，宪法第9条和第10条关于自然资源和城市土地国家所有的规定并未授予国家对具体资源的所有权，它们仅仅赋予了国家通过立法取得特定资源所有权的资格，要完成“所有资格”到“所有权”的转化，还必须依靠相关立法形成。在立法形成以前，国家对《宪法》第9条、10条“国家所有”的自然资源和城市土地不享有所有权，但可根据主权和主权衍生权行使对“国家所有”的自然资源和城市土地的管理权。[3]

（二）对几种主要代表学说的评析

站在论者的立场，上述学说不乏真知灼见，但如果考虑到宪法“国家所有”的中国语境，和上述学说的论证，其又都存在难以克服的缺陷。

徐祥民教授所持的宪法“国家所有”性质的国家所有制说虽然在西方宪法变迁的文本中找到了相应的依据，也能够与我国“全民所有制条款”与资源“国家所有”的源流关系吻合。但仅仅依据现代宪法对私人所有权课以社会义务，允许为了公共利益对私人所有权进行征收的限制就得出了现代宪法在作为人权的财产权之外创设了一种用以对抗私人财产权的国家财产制不免有些勉强。现代宪法确实放弃了私有财产神圣不可侵犯的信条，但这是否必然意味着它就创设了一种国家财产制，而且这种国家财产制在现代宪法中还取得了比人权财产权更优越的地位呢？答案显然是否定的，不管是近代宪法还是现代宪法，其将人权保障作为其首要功能的价值选择是没有变化的。正如日本著名宪法学家芦部信喜在“社会国家”最鼎盛的时期仍然主张“无论在自由国家时代，抑或是在社会国家时代，针对国家权力而保障公民基本权利和自由，防卫个人展开全部自由生活的自治领域和空间，始终是立宪主义的核心”。[4]我们大致可以将徐祥民教授对财产权宪法史作人权财产权史和国家财产所有制史的划分对应于芦部信喜教授所说的自由国家时代和社会国家时代，如果根据徐祥民教授的观点，似乎会得出在社会国家时代宪法的价值选择是让对私人财产权的限制凌驾于对私人财产权的保障之上的，即国家财产制具有优越于人权财产权的地位。这

[1] 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15—16页。

[2] 此处程雪阳认为并非所有规定于宪法之中的权利都是基本权利，我国宪法学界将基本权利与宪法权利不加区分的使用方式值得商榷，在他看来那些位于《宪法》第二章“基本权利”之外的权利，如果不能完成属于基本权利的论证，就不能直接以“未列举基本权利”或“视为基本权利”纳入到基本权利的范畴，宪法中的权利应该分为基本权利与非基本宪法权利。参见程雪阳文：《中国宪法上国家所有的规范含义》，《法学研究》2015年第4期。

[3] 前引20程雪阳文，第105页。

[4] 【日】芦部信喜：《宪法》，林来梵译，北京大学出版社2006年版，第14页。

样的推论显然与宪法作为人权保障法的地位是背道而驰的！

巩固所持的宪法“国家所有”性质的公权说虽细数了宪法“国家所有”与民法所有权的诸多差别。但由于受“个体——国家”、“权利——权力”二元结构范式的影响，其在否定《宪法》第9条“国家所有”属于民法所有权之后，便直接将其定性为与权利对应的权力进行论证。事实上即便《宪法》第9条不是具有民事赋权的民法规范，也不能直接得出其就是赋予国家“权力”的公权力“赋权规范”。根据私权利，法无禁止即自由，公权力，法无授权即禁止的一般原理，公权力必须具有明确的授权依据，而不得采取默示推定的方式取得。实际上，《宪法》第9条既未直接赋予国家民法上的所有权，也未直接赋予国家宪法性公权。此处的“国家所有”既非权利，也非权力，对《宪法》第9条“国家所有”的解释也不应该陷入“个体——国家”、“权利——权力”的二元对立范式之中。诚如张翔教授认为的那样，《宪法》第9条是一个有待立法形成的条款，[1]立法既可以据此授予国家民法上的所有权，也可据此授予国家公法上的管理权。之所以如此是因为，不同的部门法因自身功能和调整方式、范围的差异，对宪法“国家所有”所进行的制度设计也存在差异。虽然《宪法》第9条可以经由立法形成赋予国家民法所有权和公法管理权，但这并不等于其本身就具有赋予权利或权力的功能，赋予权利与权力的是部门法立法，而不是《宪法》第9条自身。因此巩固将《宪法》第9条视为公权力的赋权条款，将资源“国家所有”解读为宪法性公权，不仅忽略了本条有可能经由立法形成赋予国家民法所有权的特征，更为重要的是其错误地将经由立法形成所取得的国家对资源的权力作为该条自身所赋予的权力。实际上，《宪法》第9条确属授权条款，但并非授予国家对资源直接享有权利或权力的条款，而是授予国家进行立法形成的条款，因此也可以说是给国家课以立法形成义务的条款。

无论是王涌教授所持的《宪法》资源“国家所有”三层结构说，还是税兵教授所持的“双阶构造”说，其理论依据都是直接或间接地源于德国的基本权利理论。但需要注意的是，德国的基本权利也并非一开始就具有主观权利和客观价值秩序的面向，以及由此推导出的国家保护义务功能，须知基本权利的上述功能是在德国通过宪法法院建立起违宪审查和宪法诉讼机制之后才逐渐取得的。因而即便是在魏玛宪法时期，德国的基本权利仍然是不具有规范意义的价值宣示。我国现阶段由于违宪审查机制和宪法诉讼机制的双双缺失，宪法基本权利并不具有德国基本权利所具有的功能，其情况类似于魏玛宪法时代的德国基本权利，[2]因此将德国基本权利理论作为解释我国《宪法》的工具难免水土不服。退一步讲，即便能够认为我国宪法基本权利在应然层面具有德国基本权利的双重属性，但资源“国家所有”何以成为一项基本权利从而能够运用基本权利的双重属性进行分析，无论是三层结构说还是双阶构造说均未交代。马俊驹教授的国家所有权性质的公权私权混合说本身并无问题，但如果站在民法所有权的角度观察国家所有权，我们则不应该过多的强调国家所有权的公法属性，毕竟国家所有权的公法属性并非物权法所能解决，如果硬要将公法权能交给物权法来完成，那必将是物权法所不能承受之重。而且，马俊驹教授是站在物权法的角度分析国家所有权，即便其观点成立，我们也不能将之适用于宪法“国家所有”的解释，否则就属于用部门法解释宪法，[3]这在逻辑上是存在问题的。

李忠夏副教授所持的宪法国家所有权“误会”说，对为什么不存在宪法国家所有权进行了较为深入地论证。相较于之前仅根据如果承认宪法国家所有权将出现“国家对抗国家”的悖论而否定宪法国家所有权的存在的观点，其从政治系统与经济系统之间的关系的角度

[1] 参见张翔：《宪法所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013年第4期，第62页。

[2] 参见张翔：《基本权利的双重性质》，《法学研究》2005年第3期，第34页。

[3] 此处受到了王德志教授不得用劳动法中关于劳动权的规定解释宪法劳动权的规定，宪法劳动权的解释只能从宪法出发的观点的启发。参见王德志：《论我国宪法劳动权的理论建构》，《中国法学》2014年第3期。

论证如果承认宪法国家所有权将使得政治系统入侵经济系统，进而威胁经济系统的独立性，认为宪法“国家所有权”的出现也就成为了“国家所有条款”与“私人财产条款”之间的移花接木，是学者的一种一厢情愿的建构的观点确有一定见地。[1]但其所反对的只是将宪法国家所有权作为基本权利的观点，但须知宪法上的权利并不都是基本权利，[2]自然，宪法上的国家所有权也不必然就是基本权利。如果宪法上的国家所有权并非一项基本权利，那么李忠夏的批评真的可能就真如其批评者所指出的那样将会“仍然是向壁而虚的建构”。[3]而且李忠夏最终提出理解宪法“国家所有”的进路是将其置于《宪法》第12条的“公共财产条款”之下进行解释，但只要我们考察一下1954年《宪法》文本，就不难发现他的这一解释进路难以成立。因为在该部《宪法》已经有了资源“国家所有”条款，但尚不存在“公共财产条款”，“公共财产条款”是在1975年《宪法》第8条中首次确立的。因此，如果遵循李忠夏的分析路径，1954年《宪法》中的“国家所有”便无从获得解释。

王旭所持的宪法国家所有权规制工具说从宪法文本变迁的角度出发，找到了《宪法》第9条与“公有制条款”之间的源流关系。他准确地指出了“第9条自然资源条款属于‘基本经济制度’的规范整体范畴，因此它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”。[4]如果单就《宪法》第9条的“国家所有”而言，王旭的这种解释是部分成功的，但他的这种解释并不能够推而广之，进而对《宪法》文本中的其他“国家所有”进行相同的解释。比如《宪法》第10条第一款的“城市土地属于国家所有”就不能直接援引王旭的规制工具说进行解释，因为该条并不具有与基本经济制度条款之间的源流关系，它属于1982年《宪法》新增加的内容。因此王旭的国家所有权规制工具说只解决《宪法》文本中部分“国家所有”的解释问题，而且即便在对第9条的解释上，王旭也未能指出第9条的“国家所有”除了规制功能之外，是否还存在其他功能，以及这种规制功能是如何在部分法的立法中得以实现的。

程雪阳副教授的宪法“国家所有”性质的所有制与所有权双重属性说是比较接近宪法“国家所有”真实含义的一种解释理论，但遗憾的是他也只是抓住了宪法“国家所有”的影子，而未能揭示其真容。之所以说“更接近”，是因为他已经明确提到宪法“国家所有”既是一种所有制，也是一种所有权，这种解释相对于前述观点将宪法“国家所有”作单一解释更接近我国《宪法》中“国家所有”的真实意蕴。而说其只是抓住了宪法“国家所有”的影子主要有两点理由：其一，他未能对《宪法》第9条和第10条中的“国家所有”进行区分，而是笼统地将其视为同一性质的“国家所有”进行对待。但从笔者后文的分析中，我们会发现第9条的“国家所有”与第10条的“国家所有”属于两种在性质上不同类型的国家所有；其二是因为他对宪法“国家所有”做“所有制”和“所有权”的区分是建立在阶段划分之上的。即在对宪法“国家所有”进行具体化和立法形成之前，“国家所有”是所有制，在立法形成之后，“国家所有”转化为了所有权。但经过立法形成后的“国家所有”便再也不是宪法上的“国家所有”本身了。

通过以上分析，不难发现几种关于宪法“国家所有”的主要学说都具有一定的启发性，甚至在某种程度上有的观点已经与宪法“国家所有”的真实意蕴较为接近。但终因论者未能区分《宪法》文本中的两种“国家所有”而致使分析结论要么出现以偏概全，或者只关注到了《宪法》第9条的国家所有，而忽视了第10条的“国家所有”。

三、宪法文本中的两种“国家所有”——对新中国四部《宪法》文本变迁的考察

要对《宪法》中“国家所有”作符合中国宪法语境的解读，必须重新回到记载宪法“国家所有”文字的宪法文本和可能揭示文本含义的文本变迁的历史之中，既要注重时代意见，对宪法“国家所有”做符合当前中国语境的诠释，更要注重历史意见，透过文本的变迁和制宪历史，看到宪法“国家所有”的本来面目。[1]通过对新中国1954年《宪法》、1975年《宪法》、1978年《宪法》和1982年《宪法》的文本考察，笔者认为现行《宪法》中存在两种不同类型的“国家所有”：一种是《宪法》第9条中的“矿藏、水流、森林、山岭、草地、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”中的“全民所有型”的“国家所有”；另一类是第10条的“城市土地属于国家所有”中的“非全民所有型”的“国家所有”。前一种国家所有明文标识“国家所有，即全民所有”，而后一种“国家所有”却未跟“即全民所有”的字样。下文笔者将分析，这两种“国家所有”是两种不同性质的“国家所有”，而并非笔者在此玩弄文字游戏，更非修宪者的疏忽，有无“即全民所有”并非只是形式上的差别，而是有着质的差异。

（一）“全民所有型”的“国家所有”——《宪法》第9条的“国家所有”

“全民所有型”的“国家所有”即现行《宪法》第9条第1款中的“国家所有”。它在新中国宪法文本中最早出现在1954年的《宪法》第6条第2款中，其完整表述为：“矿藏、水流，由法律规定为国有的森林，荒地和其他资源，都属于全民所有”。后来的1975年《宪法》和1978年《宪法》虽受到文革“左”的思想的影响，1954年《宪法》中大量关于公民基本权利的条款被删除了，但此条的规定却保留了下来。1975年《宪法》还是在第6条第2款规定“矿藏、水流，国有的森林、荒地和其他资源，都属于全民所有”；1978年《宪法》同样是在第6条第2款的位置规定了“矿藏、水流，国有的森林、荒地和其他海陆资源，都属于全民所有”。不难发现上述三部宪法对自然资源“国家所有”的规定除了具体资源范围和指称上有些微差别外，[2]在以下三点上是一致的：其一，位置上都位于宪法总纲部分第6条“社会主义全民所有制条款”之下；其二，都对矿藏、水流与其他资源做了区别对待；其三，都将国家所有的资源表述为“属于全民所有”。1982年《宪法》与前三部宪法相比，在资源“国家所有”的条款上发生了如下变化：其一是将其从“全民所有制条款”中独立出去，单列为宪法第9条；其二是在原有条文基础上增加了国家保障条款和禁止破坏条款；其三是将“属于全民所有”改为了“即全民所有”。

从“资源国家所有条款”在前三部宪法中被置于“社会主义全民所有制条款”之下的事实不难得出，对宪法上资源“国家所有”性质的理解应该回归到“社会主义全民所有制”之中，这是理解宪法上资源“国家所有”的规范原点和逻辑起点。而且，既有研究中在资源“国家所有”性质的问题上存在两种对立的思路：其一是未经任何论证直接从文本中的“国家所有”过度到“国家所有权”，而未曾注意到无论是《宪法》第9条还是第10条均未有“国家所有权”的字样；另一种思路则是抓住“国家所有”的字样，认为《宪法》文本并未采用“国家所有权”的表述，因此宪法“国家所有”不等于“国家所有权”。[3]在笔者看来，与不加论证就直接将“国家所有”等同于“国家所有权”的思路一样，仅仅依据宪法文本未采用“国家所有权”的表述而否定其作为一种权利存在的论断一样缺乏说服力。在对宪法文本中“国家所有”的理解时，我们不能脱离文本文字所处的规范以及该规范在

---

[1] 前引16李忠夏文，第82页。

[2] 前引20程雪阳文，第117页。

[3] 涂四益：《我国宪法之“公共财产”的前世今生——从李忠夏<宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会>说起》，《清华法学》2015年第5期，第86页。

[4] 前引19王旭文，第10页。

[1] 有关时代意见和历史意见的分析可参见钱穆：《中国历代政治得失》，生活.读书.新知 三联书店2014年版，前言第3页。

[2] 如1954年《宪法》在“国有的森林、荒地等其它资源”使用了“由法律规定为”的限制，1975年《宪法》删掉了这一限定，到1978年《宪法》又在1975年《宪法》的表述上将“其他资源”改为了“其他海陆资源”。

[3] 参见前引16李忠夏文，第64页。

整个宪法规范脉络中的位置，而应该置于相关文本文字的规范乃至整个宪法规范体系之中。

无论是前三部宪法条文中“国家所有”的自然资源“都属于全民所有”，还是1982年《宪法》中自然资源“国家所有，即全民所有”，都不难发现宪法资源“国家所有”与“全民所有”具有某种同质性。因为无论是“属于”还是“即”都表示两个集合在性质上是相同的，至于是“属于全民所有”还是“即全民所有”所体现的仅仅是前后两个集合在范围上的差异：“属于”表示前者为后者的子集，说明后者在范围上大于前者；“即”表示前者与后者不仅性质相同，而且范围一致。因此无论是前三部宪法第6条第2款中的自然资源“国家所有”还是1982年《宪法》中自然资源“国家所有”，都与“全民所有”具有同质性。

纵观四部宪法文本，“全民所有”在1954年《宪法》共出现4次，除第6条第2款外，“全民所有”均直接指“全民所有制”。考虑到第6条第2款本身位于第6条“全民所有制条款”之下，我们有理由认为此处的“全民所有”在性质上也是“全民所有制”。“全民所有”在1975年《宪法》、1978年《宪法》文本中共分别出现2次和4次，情况与1954年《宪法》相同，除在第6条第2款之外，其余各处均直接指“全民所有制”。而且从位置上讲，其仍旧位于“全民所有制条款”下，因此根据体系解释，“全民所有”也应该是“全民所有制”。至于1982年《宪法》，由于自然资源“国家所有”条款已经从前三部宪法的“全民所有制条款”中单列出来，成为现行《宪法》的第9条。但根据当时参与修宪的肖蔚云教授和许崇德教授所述，1982年《宪法》更加具体地列举了全民所有的资源是考虑到社会主义现代化建设的需要和当时自然资源遭受破坏的实际情况。[1]因此1982年《宪法》将自然资源“国家所有”从“全民所有制条款”中分离出来进行单列，并非意在割裂与“全民所有制”之间的内在联系。所以1982年《宪法》自然资源“国家所有即全民所有”虽然不再被置于“全民所有制条款”之下，但解释上其依然应该与“全民所有制条款”进行一体把握。

以上是从自然资源“国家所有”条款在宪法文本结构中的位置和“全民所有”在宪法规范脉络中的含义对“国家所有，属于全民所有”或“国家所有，即全民所有”进行的解释。大致结论是：《宪法》第9条的自然资源“国家所有，即全民所有”，表明“国家所有”与“全民所有”具有同质性，且“全民所有”在四部宪法的文本都指“全民所有制”。

其实上述结论不仅可以从宪法文本和宪法结构中找到事实和逻辑的印证，在理论上也是成立的。因为“全民”作为一个抽象的集合概念，本身并非一个严肃的法律概念，因此无论如何“全民”也不可能成为法律权利的主体。这一点已经为多数学者所接受，在民法学界也已经是共识。[2]“全民”和国家、集体存在明显差别。因为国家虽为一抽象的存在，但国家具有人格的独立性和唯一性，从这一点上讲国家也属于法人，而且是最大的、最重要的法人，它当然可以成为权利的主体。而集体虽然从语义上解释也是一个集合概念，是集体成员全部之集合，但现实中集体作为权利主体出现时都已经摆脱了这种集合性，取得了独立其成员的独立人格。如《物权法》规定集体土地所有权时，这里的集体就不是一个抽象的集合概念，而是指具体的村民小组、村集体经济组织和乡镇集体经济组织。[3]然而全民却始终是一个抽象的集合概念，它本身无法成为一个独立于其成员的人格实体，因此全

[1] 参见肖蔚云：《论宪法》，北京大学出版社2004年版，第336页；许崇德：《中华人民共和国宪法史（下卷）》，福建人民出版社2005年版，第403—404页。

[2] 如孙宪忠教授认为：“国家”无论在哪一种法律意义上都不可以和“全体人民”等同，因此将“国家所有权”和“全体劳动人民所有权”这两个概念之间简单地画等号，同样是不科学的。不过孙宪忠教授不仅否定全民作为所有权主体的资格，也否定抽象国家作为所有权主体的资格，这一点与笔者所有不同。参见孙宪忠：《“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60页—63页。

[3] 参见《物权法》第60条。

民无论在何种意义上都不可能成为权利的主体。因此从理论上讲，《宪法》第9条的“国家所有，即全民所有”也不可能是一种所有权，而只能是全民所有制。

（二）非“全民所有”型“国家所有”——《宪法》第10条的“国家所有”

前三部宪法并无“城市土地属于国家所有”的内容，现行《宪法》第10条是1982年《宪法》新增加的内容。因此，对第10条中的“国家所有”性质的解释不能像对第9条中“国家所有”的解释那样，直接寻求于宪法文本的变迁和宪法的规范脉络。对《宪法》第10条新增的这一“国家所有”，任何直接将其等同于第9条“国家所有”，并将其纳入第9条的解释框架下的研究都不具有说服力。由于之前的宪法文本中缺少规范依据，因此对其解释只能向1982年《宪法》制定的制宪史和制宪材料寻找线索和答案。

从当时直接参与此次宪法修改的许崇德教授和肖蔚云教授的关于修宪的记述中，可以发现当时宪法修改委员会对于第10条“城市土地属于国家所有”的性质的表述本身就不统一。例如肖蔚云教授在《关于宪法修改草案的辅导报告》中称“第十条专门讲了土地所有制”，“这是第一次规定土地存在国家所有和集体所有两种所有制形式”；[1]而在《论新宪法的发展》中他又提到，“1975年、1978年宪法除了规定荒地属于全民所有以外，对其他土地所有权并无明确规定，因此新宪法专门对土地所有权的问题做了规定”。[2]在许崇德教授关于《1981年的宪法修改工作纪事》中，胡绳采用的是“土地所有权”的表述；[3]而在“宪法修改委员会第二次全体会议”提交讨论的《宪法修改草案（讨论稿）》关于总纲部分的说明中，又采用了“明确规定我国土地所有制的第10条是新增加的”这样的表述。[4]直到后来第三次全体会议上，对于这一问题的表述仍然是混乱的。[5]当时对于第10条规定的到底是土地所有制还是土地所有权之所有没有引起修宪委员们的重视，是因为大家将讨论的重点都放在了要不要对土地实施国有，以及如果要实施土地国有，是否也要将农村的土地国有化的问题之上，而对于土地“国家所有”到底是所有制还是所有权当时并未引起足够的重视。因此，上述无论是“土地所有制”还是“土地所有权”的表述都不足为凭，我们必须寻找其它能够揭示第10条“国家所有”性质的方法。

在笔者看来，要想分辨“城市土地属于国家所有”是所有制还是所有权，最关键的就是要探究当时宪法增加此一条款的背景和目的。只有知道当时在土地问题上存在什么问题促使宪法修改者增加了这一条，以及他们增加这一条所要达到何种目的，《宪法》第10条的“国家所有”的性质才能给被揭示出来。

关于这一背景1982年修宪委员会第三次全体会议的一段讨论或许能够给予较为直观地呈现。下面将关键语句摘录如下：

钱昌照说，我国人口太多，污染很重，要建卫星城，要开发资源，要建港口，现在规定了土地是集体所有，将来就会扯皮，建议写明：届时国有。

胡子婴说，应该规定全部土地归国家所有，人民公社有使用权。国家挖矿藏，都在草地下面，胜利油田、迁安铁矿，挖一棵树就要给农民1000元。那不行。社会主义国家土地应该国有，使用权可以固定，以利于乡村建设。

彭真说，土地问题起草过程中，反复了很多次。当初苏联，列宁主张土地全归国有，斯大林没有接受。我国土改时，给农民发了土地证。后来合作社，还实行土地分红。到人民公社化，算是解决了。土地所有制牵涉心理状态，其实都是农民使用。你要用地，他一亩要你30万元（荣仁毅插话：要100多万！）。我赞成国有，但应该采取渐进的方式。现在国务院搞了个《土地征用条例》，总之无论国家所有，还是集体所有，你用地，他都要

[1] 参见前引33肖蔚云书，第100页。

[2] 参见同上引肖蔚云书，第337页。

[3] 前引33许崇德书，第379页。

[4] 前引33许崇德书，第388页。

[5] 相关讨论同上引许崇德书，第425—426页。

向你要钱。现在把城市定了，规定“城市的土地属于国家所有”，郊区的土地按照法律规定。[1]

从上述只言片语中，不难发现当时设计这一条的背景是：城市发展和现代化建设急需用地，由于未规定土地属于国家所有，一旦国家要用地，个人就漫天要价。只有将土地收归国有，确立土地属于国家所有才能避免这一状况。但考虑到农民在革命中的贡献以及农村土地即便收归国有也将继续由农民使用的实现情况，为避免给农村造成太大的动荡，暂时仅将矛盾突出的城市土地规定为国家所有。宪法修改委员会希望借这一条款，使国家摆脱用地时个人向国家漫天要价的情况，减少城市发展和现代化建设的用地成本。

从设置“城市土地属于国家所有”的背景和目的来看，其与《宪法》第9条存在明显的差别。第9条规定自然资源属于国家所有，即全民所有，并不存在个人向国家漫天要价的背景，其目的也只是为了自然资源归属全民所有，以落实基本经济制度上的全民所有制。宪法确立自然资源都属于国家所有，即全民所有，只是实现资源全民所有的第一步，国家还会通过部门法的立法设置具体的制度来实现资源的全民所有。而全民所有在实现方式上是多样的，它既可以是民法上的所有权，也可以是公法上的管理权，抑或是交由国有企业直接经营或出租给私人经营的。[2]但第10条的“城市土地属于国家所有”显然不是这样一种制度，它的目的就是要明确国家是城市土地的所有权人，避免此前私人在国家用地时漫天要价现象。因为一旦确定国家作为城市土地的所有权人，私人对城市土地享有的权利便只是一种他物权，它必须受到所有权的制约。因此第10条的“城市土地国家所有”中的“国家所有”就是所有权，是宪法确定国家作为所有权人对城市土地的占有、使用、收益和处分的排他性支配权，而非第9条中属于“全民所有型”的“国家所有”。这也就能够解释为什么第10条在规定“城市土地属于国家所有”之后，并未紧接着跟上“即全民所有”的表述。

在明确第10条中的“国家所有”的所有权属性之后，我们有必要进一步回答这种所有权是否构成一项宪法意义上的基本权利。在笔者看来，此处作为所有权类型的“国家所有”并非一项基本权利，而是一项基本权利之外的宪法权利。这一结论既可以从第10条“国家所有”在《宪法》文本中的位置中得到体现，也是根据基本权利根本属性和功能进行推论的必然结果。

从结构上看，第10条位于宪法第一章“总纲”部分而非第二章“公民的基本权利义务”一章中，因此不能直接断定其为基本权利。虽然并非“公民的基本权利与义务”一章以外的宪法权利绝对不可能是基本权利，但对于这部分权利在认定其基本权利资格时需要进行严格地论证。对于这一论证标准程雪阳认为，应该围绕该项权利对于“公民有尊严地生活以及自由和自主发展是否直接的、重大的、不可取代影响”这一标准展开，因为这一标准是保持人的尊严与基本价值的前提，是宪法序言所确认的马克思主义的最高追求。[3]笔者认为这一标准属于对第二章以外的权利进行基本权利资格论证的实质标准，除此之外，对第二章以外的宪法权利进行基本权利资格论证还存在着形式标准。所谓形式标准是指根据基本权利的要素进行论证的标准，即审查位于《宪法》第二章以外的宪法权利是否符合了基本权利的所有要素，如果有一项不符合，即可宣称此项权利因不符合基本权利的要素而不能认定为基本权利。根据中国权威学者对基本权利的定义，“所谓基本权利就是那些对于个人和公民而言不可缺少的、不可取代的、不可转让的、稳定的、具有母体性的平等的共同权利”。[4]很显然根据这一经典定义，基本权利的主体被限定为个人和公民，这也与基本

[1] 同上引许崇德书，第425—426页。
[2] 参见蔡定剑：《宪法精义》，法律出版社2004年版，第163页。
[3] 前引20程雪阳文，第117页。
[4] 徐显明：《“基本权利”析》，《中国法学》1991年第6期，第28页。

权利作为个体对抗国家公权力侵害的防御权的功能定位相吻合。因此如果认为《宪法》第10条的城市土地国家所有权是基本权利的话，那么就会出现在权利构造上的国家作为基本权利的主体和功能上的国家对抗国家的逻辑悖论。近来也有学者对国家作为基本权利主体的资格进行了考证，发现在德国随着“国家社会化”和“民营化”趋势的发展，“国家侵犯国家”（前一个“国家”指作为公权力所有者的国家，后一个“国家”指代表国家在“社会化”“民营化”中出现的法人——笔者注）的情况也并非不可能，因此认为仅从主体资格上否定国家可能享有基本权利的论证没有说服力。[1]笔者认为即便在现代社会，国家越来越多的以公法人的面目出现，从而使得公法人有了被国家侵犯的可能性，在形式上满足了基本权利主体资格的地位，但仍然不能籍此认为国家便有可能成为基本权利的主体。理由有三：其一，要对国家的多重身份进行清晰地界分是不可能的，因此如何能够区分出作为侵害主体的国家与作为被侵害对象的国家本身就是不可能的；其二，国家在“国家社会化”或“民营化”的背景中通过设立公司参与经济社会事务，此时作为主体出现的是国家设立的法人，它并非国家自身。即便在某种意义上承认此类法人的基本权利主体资格，也不等于国家就获得了基本权利的主体资格；其三，也是最重要的，基本权利的功能在于为私人自治和国家干预之间划定一条界线，其价值在于维护私人在自治空间内的自主权，而国家并无此等私人自治的空间。因此从形式论证标准上讲，国家也不可能获得基本权利的主体资格。

实际上，李忠夏已经运用到了通过将宪法上的“国家所有”纳入到第12条“公共财产条款”而非第13条的“私人财产条款”下进行解释来否定“宪法国家所有权”的论证方法。只不过由于他未能区分第9条和第10条的两种“国家所有”，将本不属于公共财产性质的第9条中的“国家所有”也纳入到“公共财产条款”的解释框架之中。[2]从性质上讲，第10条第1款中国家对城市土地的所有权就属于社会主义公共财产，而非第12条下作为基本权利的私人财产。公共财产和私人财产的区别在于公共财产存在的所有目的都在于实现其所承载的公共利益，而私人财产虽也被课以了社会义务，可以为了公共利益对其进行限制，但私人财产性质上仍然是为了私人利益而存在的。上述区别直接导致了公共财产权和私人财产权在面对国家权力时截然相反的态度。私人财产权要求自主地安排，以体现主体的意志自由，因此对国家权力的介入持天然的排斥态度，除非基于主体主动的请求，国家权力的介入都被视为不怀好意。而公共财产权，因为承载了公共利益，因此它需要国家权力的积极介入，对其行使进行监督，防止公共财产的运行偏离公共利益的轨道。为更好地实现公共利益，公共财产权非但不排除国家权力的介入，相反对国家权力的介入抱持开放的姿态。《宪法》第10条中国家对城市土地的所有权在性质上属于公共财产是确定无疑的，为了保证国家所有权行使中不至于偏离公共利益的轨道，国家权力对其的介入和干预都是必须的。因此从基本权利排斥国家权力介入权利行使的天性就能够将《宪法》第10条国家对城市土地的所有权排除在基本权利之外，而根本无需舍近求远，从政治系统对经济系统的关系寻求论证。

小结

通过对四部宪法中资源“国家所有”条款所进行的纵向的文本变迁和“全民所有”在四部宪法文本中含义的考察，以及对城市土地“国家所有”条款制宪背景和目的的考察，我们发现现行《宪法》文本之中存在两种不同性质的“国家所有”。第一种是《宪法》第9条规定的自然资源的“国家所有”，它是“属于全民所有”的“国家所有”，是社会主义全民所有制这一基本经济制度的组成部分。它并非一项可以直接实现的制度，尚需部门

[1] 参见前引16李忠夏文，第71—72页。
[2] 参见上引李忠夏文，第80—81页。

法进行立法形成以设计具体的制度进行落实。另一种是《宪法》第10条中“城市土地属于国家所有”的“国家所有”，它在性质上是一种所有权，是《宪法》赋予国家对城市土地享有占有、使用、收益和处分的排他性支配权，但其并非一项基本权利。

既有的研究因未能关注到两种“国家所有”的制宪背景、与“全民所有”之间的规范表述以及与其它条款在规范脉络中的相互关系，将两种不同性质的“国家所有”一体对待。致使其研究结果要么顾此失彼，使得对一种“国家所有”有效的解释难以对另一种“国家所有”进行合理地解释；[1]要么是研究者为了保持解释上的融贯性，强行将两种不同的解释结果进行融合，使其丧失作为对任何一种“国家所有”性质解释工具的价值。[2]

四、属于“全民所有型”的“国家所有”的性质及其部门法实现

在宪法文本中两种不同性质的“国家所有”中，第10条“城市的土地属于国家所有”中的“国家所有”属于物权意义上的所有权，只需要物权法和特别法在立法中就其行使和保护问题进行具体的完善即可，并无太大争议。但第9条中自然资源“都属于国家所有，即全民所有”虽然能够断定其性质属于全民所有制的组成部分，但就其具体性质为何，如何实现却是一个有待进一步追问的问题。

全民所有制作为一个经济学概念，并不具有法学上的规范内涵，如何用法学的概念对其进行转化使其获得规范内涵，对于从法学上理解第9条中“全民所有型”的“国家所有”至关重要。“所谓全民所有制，是指社会主义国家代表全体人民占有生产资料的一种形式。劳动者和生产资料的结合是在全民的范围内实现的。人们之间的关系是平等的、互助合作的关系，而且实行按劳分配原则”。[3]很显然，第9条仅规定自然资源属于国家所有即全民所，只是实现了将全民所有的自然资源交由国家占有的目的，尚无法实现全民所有制实现生产资料与劳动者在全民范围内结合、实现人与人平等互助，按劳分配的制度目标。因此，将全民所有制这一经济学概念进行法学表达便是：全民所有制是宪法的一种价值选择和政治决断，它为立法实现这一价值选择和政治决断提供了制度框架，但其自身尚无法实现这一的目的。是故笔者赞成有学者所主张的资源“国家所有”的种类、范围、行使机制和收益分配机制都有待立法形成，是类似于德国基本法上的制度性保障的观点。[4]从这个意义上讲，《宪法》第9条在规范性质上便成为了一个授权条款（或曰课加义务条款），不过它既非单纯的如程雪阳所称的授予国家取得资源国家所有权的条款，[5]也非巩固所说的授予国家对抗个人财产权的“反防御之权”的条款，[6]而是授予国家通过部门法立法实现宪法自然资源国家所有的价值选择和政治决断，实现“国家所有即全民所有”价值目标的立法或制度形成权条款。

在现代法治国家的法律体系之中，宪法居于一国法制体系的顶端，具有统摄公法和私法的最高地位，[7]但包括民法在内的部门法并非宪法的实施细则，[8]部门法立法无需对宪法

[1] 如徐祥民教授的“国家所有制”说，巩固的“宪法公权说”，王旭的“规制工具说”，李忠夏的“宪法国家所有权误会说”均属于此种情形。他们的解释都只能算是对第9条中的“国家所有”进行的解释，尽管笔者并不赞同这些解释。

[2] 程雪阳的“所有制和所有权双重属性说”即属此种情况。参见前引7程雪阳文。

[3] 前引42蔡定剑书，第163页。

[4] 参见前引20程雪阳文，第122—125页。

[5] 之所以不单纯是程雪阳所说的授权立法条款，是因为程雪阳只看到了授予国家通过立法取得自然资源国家所有权这一点，而忽略了国家还可以在其他部门法，如特别法、行政法中进行其他制度创制，以实现资源国家所有的价值选择。参见上引程雪阳文，第112页。

[6] 参见前引7巩固文，第120页。

[7] 参见童之伟：《法权与宪政》，山东人民出版社2001年版，序言第18页。

的规定亦步亦趋。进入立宪主义时代后，作为部门法立法基础的宪法对部门法的立法会不可避免地产生影响，这种影响主要体现在部门法通过立法进行制度设计将宪法的价值选择注入部门法的具体制度之中。因而宪法对部门法的影响并不是一种操作性的规层面的影响，而是对其价值选择、判断和论证的影响。[1]因此部门法立法者在进行实现宪法价值选择的制度设计时应该享有较大的形成自由，无需与宪法实现一一对应，更无需将宪法中的条文直接搬到部门法之中。因为，这不仅没有实质意义，而且还会引发宪法和法律之间界限的混乱以及宪法解释和法律解释之间的矛盾。[2]也因此，部门法立法并无必要注明“根据宪法制定本法”，因为《宪法》第5条所确立的是“不抵触原则”而非“为依据”原则。[3]而且在笔者看来，《宪法》第5条课予立法者的只是“不抵触”的消极义务，而非“为根据”的积极义务。在《宪法》第9条“国家所有”的立法形成中，上述原则也应该得到贯彻。

作为一种宪法价值选择和政治决断的制度框架，第9条的“国家所有”必须依靠部门法的立法来实现。但这种实现并非只有赋予国家取得自然资源所有权的一种方式，实际上各个部门法都可以根据自身的功能、调整范围和方法进行制度设计，以实现第9条自然资源“国家所有，即全民所有”的价值选择。立法实践中，已经有大量的立法对此进行了制度设计。如《物权法》规定了国家所有权的客体范围、登记制度等，行政法、特别法等也规定了国家对国家所有的自然资源的保护义务和管理权，刑法中还规定了侵害国家所有自然资源的刑事责任。考虑到上述宪法与部门法的关系，部门法立法者在进行制度设计时应该享有形成自由，根据部门法自身的特征，运用部门法的概念术语和立法技术进行制度选择和设计，但是不同部门法的制度设计之间应该彼此协调，避免冲突，合力促进自然资源“国家所有即全民所有”这一宪法价值选择的实现。

五、结语

现有关宪法“国家所有”性质的诸多观点中，无论是传统的民法所有权说，还是新近的国家所有制说、宪法公权说、结构层次说、双阶构造说、公权私权混合说、宪法国家所有权误会说、规制工具说、所有制与所有权双重属性说都未能揭示中国宪法文本中“国家所有”的真实意蕴。这既与论者脱离中国宪法语境直接利用德国基本权利理论对中国宪法中“国家所有”的进行诠释的解释进路有关，也与论者用部门法中旨在实现宪法“国家所有”的相关制度解释宪法中的“国家所有”这一用部门法解释宪法的错误解释方法有关，但最为重要的是由于论者未能区分现行宪法文本中的两种不同性质的“国家所有”，将其一体对待所致。

现行宪法中存在两种不同性质的“国家所有”。一种是《宪法》第9条规定的自然资源国家所有中的“属于全民所有型”的“国家所有”，它在性质上属于全民所有制的组成部分。另一种是《宪法》第10条规定的“城市的土地属于国家所有”的“非全民所有型”的“国家所有”，它在性质上是宪法赋予国家对城市土地所享有的占有、使用、收益、处分的排他性的支配权，是一种民法所有权。将第9条经济学意义上“属于全民所有”型的“国家所有”进行法学上的规范表达即，“全民所有型”的“国家所有”是宪法的一种价值选择和政治决断，是需要立法形成的制度保障，它为部门法为实现“全民所有”的价值

[8] 参见赵万一：《从民法与宪法关系的视角谈我国民法典制定的基本理念和制度框架》，《中国法学》2006年第1期，第123页。

[1] 原文作者所论述的仅为宪法对民法的影响，笔者认为这一关系同样适用于宪法对其他部门法立法的影响。参见薛军：《“民法—宪法”关系的演变与民法的转型——以欧洲近代民法的发展轨迹为中心》，《中国法学》2010年第1期，第90页。

[2] 韩大元：《由<物权法（草案）>的争论想到的若干宪法问题》，《法学》2006年第3期，第31页。

[3] 参见蒋德海：《从宪法“不抵触”原则透视宪法与其他发的关系》，《华东政法大学学报》2008年第1期，第13页。

目标提供了制度框架。从宪法和部门法关系的角度出发，各部门法应该根据自身的功能、调整范围、方法，运用自身的概念和立法技术自主的进行制度设计，以实现宪法的这一价值选择。但各部门法在进行制度设计时应该彼此协调，避免冲突，合力推动“全民所有型”的“国家所有”价值目标的实现。

从“公有制”到“公共财产”：论“国家所有”转型的制度逻辑

李德健 马菱霞[1]

摘要：在从计划经济到市场经济的转型过程中，我们国家在“国家所有”的理论研究方面面临着两个主要问题。第一，根植于前苏联的国家所有权理论对于市场经济条件下的国家所有现象本身存在诠释力不强的问题。第二，转型期政府、市场与第三部门的关系日益复杂化又进一步对理论研究提出了更为棘手的挑战。对此，应当辨明国家所有的多重含义，区分所有制、所有权、财产权与主权。在此基础上，明确市场经济条件下“国家所有”转型的制度逻辑就是从以“所有制”理念为中心到“公共财产”理念为导向进行相应的制度变革，实现其一般或特定的公共利益目的。在权利主体方面，明确国有财产的权利主体是各级政府，而非抽象的国家，而且各级政府通过依法行使所有权、债权、股权等方式来实现公共利益。在国家财产与私人财产的关系方面，应当将国家财产进一步划分为行政财产与财政财产，对于国家财政财产与私人财产平等保护。一方面按照物权法理改造集体财产权制度，进而切实保障集体成员的社员权及其他财产权益；另一方面，减少对民营企业的不平等待遇，而非以巩固“公有制经济主体地位”为名肆意与民争利。另外，在国家财产的利益分配方面，应当通过建立治理机关的信义义务与责任体系，并明确相应的委托代理关系，推动政府的公共问责，强化国民的参与权、知情权、决策权等程序性权利以及利用权、收益权等实体性权利，保障国家财产发展的成果为全民所共享。

关键词：国家所有 政府 国有企业 公有制 公共财产

引言：“国家所有”何以成问题？

在中文语境下，“国家所有”或者“国有”既可以作为形容词（“state-owned”）使用，例如“国家所有财产”、“国有财产”、“国有经济”；[2]又可以作为动词（“owned by the state”）使用，指的是国家对财产的控制、占有、支配；还可以作为名词（“state ownership”）使用。同时，“国家所有”又在法学、社会学、政治学、经济学等领域得到了广泛使用，但其含义或有相通之处，或者大异其趣。而且，国有往往与国家、政府、国有企业、国有财产、国有制、国家所有权等概念合并使用或者等同使用，甚至在现行法律、政府文件中亦不鲜见。这种术语本身的多义性，以及实践中的与其他术语不加区分的合并使用或等同使用，进一步增加了“国家所有”语义本身的模糊性。然而，概念界定上的模糊性并不能作为当前“国家所有”问题已经发展成为国内理论界所持续关注问题的充分条件。在笔者看来，在从计划经济到市场经济的转型过程中，我们国家在“国家所有”的理论研究方面面临着两个主要问题。

第一，根植于前苏联的国家所有权理论对于市场经济条件下的国家所有现象本身存在诠释力不强的问题。在理论诠释方面，我国目前面临着原苏联公有制理论与大陆法系私法理论的冲突。自社会主义由一种思潮在人类社会落地生根，成长为以前苏联为代表的现实世界中的基本制度以来，社会主义、计划经济与公有制在很长时期内密切相连，并且与资本主义、市场经济与私有制泾渭分明，截然相反。随着东欧剧变、苏联解体，社会主义、计划经济在这些国家相继没落。私有制在这些国家建立起来。与此同时，中国开启了渐进式的改革开放道路，在不改变原有的社会主义意识形态与政治体制的情况下发展市场经济

[1] 李德健，山东大学法学院博士研究生；马菱霞，山东大学法学院博士研究生。

[2] 例见《宪法》第7条。

与私有制。但是，因为政治正确（political correctness）的要求，中国所继受的原苏联公有制理论到目前为止并没有得到真正的清算，并且在在私法领域大行其是。这使得在市场经济条件中还要继续沿用计划经济体系下的国有制、国家所有权理论。因此，不免与发端于商品经济、繁荣于市场经济中的私法法理明晰化、科学化的要求发生内在冲突，导致实践中的问题丛生。

第二，转型期政府、市场与第三部门的关系日益复杂化又进一步对理论研究提出了更为棘手的挑战。在制度实践方面，虽然中国脱离了苏联模式的全面影响，但是大量的制度并未进行彻底的变革。与此同时，中国还同时面临着现代社会政府、市场、第三部门互动发展的复杂局面。在现代的市场经济国家中，除了家庭之外，社会可以大致分为政府（公共部门）、市场（营利部门）、第三部门（非营利部门）三个领域。市场经济发展的早起阶段，三者大致泾渭分明，政府属于公共部门，为社会提供公共产品。市场属于营利部门，为社会提供私人产品。而为了弥补市场失灵与政府失灵，第三部门则为社会提供部分公共产品与准公共产品。但是，随着三者的互动发展走向深入，政府也在很大程度上参与营利性的经营、投资、交易，政府与市场之间的界限日渐模糊。具体到我国，因为社会主义意识形态的要求，政府与国企往往还肩负着捍卫国有经济主导地位的使命，更加剧了政府与市场之间的深刻渗透。与此同时，基于政府转型以及第三部门失灵的原因，政府往往通过拨款、公共服务合同、借贷等方式对民间公益组织等非营利组织进行政策扶持与经济资助，政府与第三部门之间的界限也日益模糊。在此背景下，对于“国家所有”这一概念本身就因为现实社会结构演化的复杂性所导致的私法、公法关系的复杂性而衍生出理论上的诸多争议。

因此，本文的创作旨在正面回应这两个问题，并认为目前国家所有方面以“所有制”为纲的泛政治化的理论诠释对于当前制度改革具有极为消极的作用。在此认识的前提下，本文将“公有制”到“公共财产”的理念转变作为“国家所有”转型的制度逻辑，认为应当将“国家所有”从传统的“国家所有制”的僵化理论中解放出来，纳入到“公共财产”的范畴中进行研究。循此思路，第一部分探讨目前关于“国家所有”的多重理解。第二部分反思传统苏联国家所有权理论在市场经济下的异化。第三部分重新探讨马克思“所有制”的真实理念，并分析传统社会主义与资本主义国家实现社会平等的基本方式以及我国转型期应当保有的社会平等观。在此基础上，第四部分提出“公共财产”的理念，主张在市场经济条件下通过“公共财产”的理念来革新现行的国家财产体制，并从国家财产的权利主体、与私人财产的关系以及国家财产的利益分配与公共问责等三个方面来进一步论述相关的制度改革策略。结语部分则对上述核心观点进行简明总结。

一、“国家所有”的多重概念

在中文语境中，但凡提到“国家所有”中的所有，尽管在法学、经济学、政治学上的语义多有区别，但却在实质上存在相通之处，即对客体的支配与控制。在目前的学术研究与政治话语中，“国家所有”被赋予了诸多不同的内涵，而且可能在同一场合所使用的两次“国家所有”可能具有两种完全不同的含义。因此，要从理论上探讨国家所有，就需要从多个方面予以系统性的梳理，从而对“国家所有”这一术语形成一个较为全面的认识。当然，基于目前最为重要的理解方式是法学与政治经济学范畴上的“国家所有”，因此，这里仅从所有制、所有权或财产权、主权三个方面进行分析。

（一）作为政治经济制度基础的国家所有

第一，作为政治经济制度基础的国家所有，即“国家所有制”抑或“国有制”。在政治经济学意义上，所有制是由马克思最初提出的概念，后又被前苏联学者进行了修正。经过苏联修正之后的理论则认为，“政治经济学的对象是人们的生产关系。这里包括：（一）

生产资料的所有制形式；（二）由此产生的各种不同社会集团在生产中的地位以及他们的相互关系，或如马克思所说的，‘互相交换其活动’；（三）完全以它们为转移的产品分配形式”。[1]在这里，苏联理论将所有制作为生产关系的核心与基础，成为了生产关系的决定性因素。而国家所有制就是由国家代表全民占有生产资料，组织全民进行劳动生产所发生的经济关系。

虽然我国已经废除了计划经济体制，但是，在我国宪法以及诸多部门法中，“国家所有”是在所有制层面进行界定与规制的。例如，根据现行《宪法》规定，“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制”。[2]

（二）作为财产权或所有权的国家所有

第二，作为财产权或者所有权的国家所有。根据一些学者探讨抑或国家实践，这种财产权或者所有权可以是公法财产权或所有权，[3]抑或是私法财产权或所有权。下文将对此问题稍加探讨，此处不赘。不过需要指出的是，在作为私法构成部分的物权法中，所有权与财产权不同，是财产权的下位概念。所有权是对物进行排他支配的物权，本质上是一种支配权，具有对内支配性，对外排他性的特点。在我国，“国家所有权”这一术语已经写入了《物权法》之中，[4]成为一个法定术语。而财产权则包括物权、债权、股权、[5]知识产权中的财产权部分等权利。因此，即便是从国内法上的私权利的角度，“国家所有”也会存在“国家所有权”、“国家财产权”的区别。这无疑增加了从理论上梳理“国家所有”含义的难度。为了保障研究的周延性，在探讨法律意义上的“国家所有”问题时，本文多在“财产权”的层面使用“国家所有”。

（三）作为主权的国家所有

第三，作为主权的“国家所有”。“国际法上的国家是主权国家，主权表示一个国家在国际法上的基本地位。主权可以支配一定空间（领土）里的一切人和物，而且是不从属于其他权力、可以独立进行活动的权力。”[6]通过比较，我们可以发现，国际法意义上的主权与国内法意义上的所有权在很多方面均具有相似性，例如，在对内关系上，所有权具有支配性的特征，而主权则是对内最高权；在对外关系上，所有权具有排他性，而主权则是对外独立权；在取得方法上，两者都可以通过先占等方式取得。另外，在民主国家中，主权属于全体国民，被称为人民主权。该要求在我国《宪法》中多有体现。例如，“中华人民共和国的一切权力属于人民”。[7]

通过以上梳理，我们可以发现，“国家所有”既可以指国家代表全民控制生产资料并组织劳动者进行社会化大生产的经济关系（国家所有制），也可以指国家所享有的所有权抑或更为宽泛的财产权，又可以指的是国家基于主权对于国内人与物的支配。这种基础概念理解上的差异性直接导致了在法学意义上缺乏对于“国家所有”的统一理解，对实践中存在的问题亦无助益。因此，本文认为，在法学层面，应当严格区分所有权、财产权、所有制与主权的概念。而下文所探讨的“国家所有”，一般是在私法财产权或者所有权意义上进行探讨。

---

[1] 斯大林：《苏联社会主义经济问题》，人民出版社 1964 年版，第 58 页。

[2] 《宪法》第 6 条。

[3] 例见刘丽萍：“行政法上的物权初探”，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2003 年第 3 期。

[4] 《物权法》第五章的标题即为“国家所有权和集体所有权、私人所有权”。

[5] 在英文中，state ownership 在公司治理领域往往被用来指代政府在公司中的股权。

[6] 【日】日本国际法学会编：《国际法辞典》，外交学院国际法教研室校订，世界知识出版社 1985 年版，第 215-216 页。

[7] 《宪法》第 2 条。

二、传统“国家所有权”理论的异化

这里所称的传统“国家所有权”理论，是指前苏联的国家所有权理论。苏联的国家所有权理论建立在苏联的国家所有制理论基础上，并与苏联的计划经济体制大致相适应。但是，在市场经济条件下，该理论因为面临完全不同的社会经济环境，对于复杂的市场经济关系的诠释力明显不足。这里集中探讨目前问题最为突出的“国家唯一统一所有权理论”、“三种所有权理论”以及“全民所有”问题。

（一）“国家唯一统一所有权理论”的异化

传统的“国家统一唯一所有权”是与计划经济相适应的。其基本内涵是“只有代表全体人民的意志和利益的国家才可以享有国家财产所有权，中华人民共和国是国家所有权的统一的和唯一的主体，这是国家财产所有权的最基本的特征。”[1]财产属于抽象意义上的国家所有，这样就消灭了私人所有权与资本主义私有制。这样一来，这种国家所有权从根本上消灭了作为剥削基础的资本主义生产关系，因为全民（由国家代表）既是生产资料的共同所有者，又是生产资料的共同使用者。这就不存在资本家剥夺劳动者的剩余价值的问题。因此，这种国家所有权从法律角度保障了劳动者成为国家的主人，在意识形态上具有天然的优越性。

因为其高度的政治正确性，依然延续至今。但是在市场经济转型期，这种国家所有权理论与制度存在诸多无法解决的现实问题。例如，物权法中的所有权理论要求，物的所有者应当特定。但是国家统一唯一所有权制度则无视现实社会中复杂的权属关系，无法调整调整复杂的财产关系，不利于推动市场经济的发展；而且极易导致国有财产的流失。孙宪忠教授所举的例子最为典型。即我国一家国有企业A向埃及出口货物。埃及进口商认为该货物质量不达标而向A企业索赔，并且请求埃及法院将位于埃及一个港口的我国某家远洋运输公司的两艘巨型货轮扣押偿债。而法院扣押货轮的理由就在于，A企业与该远洋运输公司同为国企，根据我国宪法、民法通则及学理解释，其法律主体均为国家，因此A企业的债务自然应当由国家承担。[2]

（二）“三种所有权理论”的异化

根据经过苏联修正之后的所有制理论，在法学理论方面，形成了“三种所有权理论”：所有权机械反映了所有制，而国家、集体所有权反映了公有制，国家所有权又是公有制的最高实现形式，因此被提高到“神圣不可侵犯”的地位，成为“最高且最重要的所有制形式”；[3]而集体所有权虽反映了公有制，但毕竟是初级形式，还是低国家所有权一等；而私人所有权代表私有制，被作为“万恶之首”一律予以废除。这就是改革开放之前甚至影响现在立法的所有制理论。该理论除了没有给法人所有权一个正当地位外，[4]对于私人财产权与集体财产权的保护带来了极为消极的影响。

在这方面，私人财产权相较于国家财产权处于弱势地位的情况非常明显。以民营公司（限定于私人享有控股股权）为例。即便是在市场经济高速发展的今天，民营公司的弱势地位几乎体现在法律政策的方方面面。国家在财税政策、建设用地使用权审批、经营领域、享有所有权的客体（如自然资源、土地等）等诸多方面受到不平等的待遇。对于混合所有

[1] 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”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第3期，第59页。

[2] 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”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第3期，第58页。

[3] 【德】K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第476页。

[4] 孙宪忠：《我国物权法中所有权体系的应然结构》，载《法商研究》2002年第5期，第21页。

制公司而言，尤其是国家控股的混合所有制公司而言，小股东利益无法得到充分的保障。[1]其背后的“三种所有权理论”正是各领域“国进民退”的正当性依据。

此外，即便是对于同样反应公有制的集体财产，基于国家所有权至高无上的地位，现实实践中集体财产权的弱势地位也是十分明显的。以集体土地所有权为例。目前我国实行土地一级市场政府垄断制度。[2]因此，农村建设用地不能直接进入市场交易，如果城市发展需要建设用地，只能申请使用国有土地。而农民通过土地征收所获得的补偿根本不是市场价值，而是其极少的一部分，地方政府通过垄断一级市场而获得了暴利而很多农民则因为集体土地所有权的权能严重缺失（尤其收益、处分）而不得不接受远低于市场价值的征收补偿。有学者形象概括了现行法律与政府对于集体土地所有权所进行的不当管制以及集体土地所有权权能本身的缺失：“国家因‘公共需要’，可以随时对农民集体所有的土地实行征用；同时国家通过税收和价格手段将大部分地租收归国有，似乎成为实际的农地所有者；另外，集体在行使土地所有权时，必须依法接受国家监督管理，集体不得拥有对其所有的土地的买卖、出租、抵押等处置权，也不得将土地直接出让、出租用于非农建设。前者说明国家凭借行政强制力量可单方介入集体土地所有权的行使，即视同在某种情况下国家可以剥夺集体土地所有权；后两者则在某种意义上也反映了集体土地所有权的基本权能行使受到较大限制。”[3]

事实上，如果说私人财产权在市场经济中处于弱势地位是因为“公有制经济所占比重越大越好”的思维在作祟的话，集体财产权在市场经济中处于弱势地位则是因为“所有制”进路的诠释方法在很大程度上与大陆法系民法法理相冲突，从而导致农村实践中因为法律条文本身的模糊性而导致弱肉强食的丛林法则支配着其实践。

例如，如果根据物权法理进行审视，我国现行的集体土地所有权存在严重的主体虚位以及农民成员权弱势的问题。如何界定集体经济组织的性质，如何界定农村集体土地所有权的主体这两个问题是事关农村集体土地所有权制度如何建构的基本问题。而目前涉及上述问题的法律规定与实务操作无疑是混乱不清的。而权利归属关系的模糊化的直接后果往往是弱势群体正当利益的无保障与易受侵害。

以土地征收为例。因为农村土地所有权的主体虚位，农民或者集体经济组织无法直接以土地所有人的身份与政府进行合法博弈。因此，在现阶段，“假定征地收益为100%，政府及各部门得60%~70%，农村集体经济组织得25%~30%，农民只能得到10%~15%”。[4]这往往导致“补偿标准偏低，农民的利益得不到合理保护。由于法律法规的缺陷，多征滥占农民耕地并严重侵犯农民权益的情况时有发生，部分失地农民种田无地、就业无岗、低保无份，生活在城市的边缘，成为新的困难群体。失地农民难以维持长远生计，成为一个加速扩大的弱势群体”。[5]

又如，宅基地使用权、土地承包经营权的物权特征没有得到真正的体现。依据现行宪法、法律，土地所有权是不得进行买卖的。所谓的土地的一级市场交易，实际上交易的是土地使用权(建设用地使用权)。而农民能够取得的土地利益主要就是通过对农村用益物权（宅基地使用权、土地承包经营权）的享有。宅基地使用权、土地承包经营权被定性为用益物权，[6]但是其权能受到不当限制。此外，除了宅基地之外的农村建设用地使用权没有得到物权法的规定，当然更谈不上对这部分土地流转给以保障了。

[1] See Mariana Pargendler, ‘State Ownership and Corporate Governance’, (2012) 80(6) Fordham Law Review 2917, 2942-2947.

[2] 例见《城市房地产管理法》第9条、《土地管理法》第43条。

[3] 王权典：《新农村土地法制专题新论》，知识产权出版社2010年版，第2页。

[4] 参见姚从容：《城市化进程中的失地农民——制度安排与利益冲突》，载《人口与经济》2006年第3期。

[5] 参见张晓玲主编：《社会弱势群体权利的法律保障研究》，中共中央党校出版社2009年版，第33页。

[6] 《物权法》第十一章（土地承包经营权）、第十三章（宅基地使用权）。

（三）“全民所有”的困境

根据《物权法》规定，“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有”。[1]从字面意思来看，该条文规定的十分清楚，国有所有的财产的权利主体即为全体国民。因此，全体国民均是国有财产的权利主体。但是，实践中，“面对如此之多的国有资产被侵害，却没有谁能够以国家所有权主人的名义、哪怕仅仅是以保护国家所有权的名义提起排除侵害的诉讼；法律，不论是宪法还是民法，都没有赋予任何一个机关或者个人来行使作为国家所有权人的保护自己财产的权利”。[2]

同时，根据现行《宪法》的规定，“国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展”。[3]这里，同样出现了“全民”字样，而且与“全民”相连的是“所有制”而非“所有权”。因此，笔者认为，这里所谓的“全民所有”并非从所有权（抑或财产权）的角度，而是从所有制（基本政治经济制度）抑或主权的角度来界定的。该规定只是在法律上重申了国有财产的神圣地位，但并非真正赋予全体国民对国有财产享有财产权。

以上规定，均是在政治宣言上最大程度地彰显了人民的地位与价值。但却缺乏让国民通过相应的制度机制来共享国有经济所带来的利益。目前，国内民众对于国有企业的一种批评就是，一方面享有政府所提供的各种优惠待遇并获得巨额利润，另一方面没有履行国有企业对于全体国民的社会责任。这正是“全民所有”在现实世界中所遇到的尴尬局面。

三、“国家所有制”的原意与新解

因为苏联的国家所有权理论在市场经济条件下的异化问题，本部分将通过重读马克思所理解的“国家所有制”，比较传统社会主义与资本主义的两种社会平等实现路径，进而明确在社会主义市场经济环境下“国家所有”的使命主要在于提供公共产品，满足社会大众的一般公共利益，以及强化对弱势群体的整体保障水平。

（一）重读马克思的“国家所有制”

我国目前关于“国家所有”的法律制度中，对于所有权与所有制的理解，往往还是局限于传统苏联法学中僵化反映阶段，因此对于两者的辩证关系的认识依然存在误区。这就需要重回马克思所理解的“国家所有制”以及对于所有制与所有权关系的准确理解上。

在马克思眼中，“所有制是一定社会的生产关系的总和，要说明所有制，就必须把社会的全部生产关系描述一番”。[4]并且，马克思在探讨所有制问题时，往往不加区分法学意义上的所有权与其政治经济学意义上的所有权的概念。通过仔细研读马克思的著作，在对马克思所界定的所有制的理解上，笔者较为认同智效和教授的观点，即所谓所有制，是劳动者与生产资料相结合的社会方式，是生产资料所有者与生产资料使用者即劳动者之间的关系。[5]在此基础上，笔者认为，应当重新回归马克思，重新评析苏联政治经济学与法学中所使用的所有制的概念或者所界定的所有制与所有权的关系，并以此为基础反思我国关于“国家所有”的现行制度。总的来说，作为经济关系的所有制应当区别于作为法律权利的所有权。

[1] 《物权法》第45条。

[2] 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”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013年第3期，第57页。

[3] 《宪法》第7条。

[4] 孙宪忠：“公有制的法律实现方式问题”，载《法学研究》1992年第5期，第19页。

[5] 曹雷：“所有制、所有权、产权与股份制----经济学家智效和访谈”，载程恩富、顾海良主编《海派经济学（第7辑）》，上海财经大学出版社2004年版。

其一，所有制是一种经济关系，而非法律关系，因此所有制并非单纯指的是生产资料归谁所有的问题（该问题纯粹是法律意义上的所有权）。

其二，所有权并不机械地反应所有制的性质。传统苏联法学则认为，有什么样的所有制就有什么样的所有权。因此，与国有制、集体所有制、私有制相对应的就是国家所有权、集体所有权与私人所有权。但是，这种观点并不符合马克思的原意。例如封建社会的地主所有权与资本主义社会中的资本家所有权均是法律意义上的所有权，但并未反应经济关系上究竟是封建主义私有制，还是资本主义私有制。[1]所有权属于法律制度，是上层建筑的范畴，具有相对的独立性，并非是对所有制的机械的反应。

其三，所有权仅仅是所有制的一种法律实现形式。所谓所有制的法律实现形式，“赋予在某种生产关系中居支配和主导地位的人或集团以一定的财产权利，以保证和表现这些人或集团的支配和主导作用的方式。”[2]而且，拥有某生产资料的所有权并不意味着实现了相应的所有制，所有制的关键不在于法律意义上的所有权归谁，而在于事实中谁占有了生产资料并从事生产。例如，某人享有某块土地的所有权，但并未组织雇佣劳动生产，则不能说是资本主义私有制；反之，如果该人将该土地租赁给他人占有使用，由后者组织雇佣劳动从事生产，则真实地反应了资本主义私有制关系。

其四，所有制主要要求对生产资料的实际占有，而所有权则对生产资料、生活资料等进行统一规制。

（二）社会平等的两种进路

在马克思看来，在资本主义高度发展之后建立于剥削工人剩余价值基础上的资本主义私有制无法继续解放发展生产力，而且加剧了资本家对工人的剥削，因此社会主义公有制成为马克思应对该问题的药方，以进一步解放发展生产力，并消灭剥削关系，最终实现人的自由而全面的发展。而东欧剧变、苏联解体与中国大陆的改革开放证明，坚持公有制固然可以在很大程度上实现（尽管是很低水平上的）社会平等，消灭剥削关系或缓解剥削程度，但是在目前历史阶段下无法推动生产力的发展。但无论如何，这是传统社会主义国家追求社会平等的一般进路。

与之相反，在西方发达国家，马克思所处时代的那种劳资关系截然对立的原始资本主义发展图景已经一去不复返了。西方发达国家虽然依旧坚持私有制的发展路向，但是通过所有权的社会化，强有力的社会福利政策，发达的劳工权益保障体系，健全的平等法制建设，以及代表劳工利益的政党积极参与甚或主导议会政治，已经在很大程度上实现了社会平等，并推动了人的自由而全面的发展。而且“就私有财产赋予所有人以社会权力而言，它们必须受到公共利益的严格限制，这种论点正在得到强化”。[3]

因此，笔者认为，实现社会平等的途径是多元化的，以国有制为代表的公有制仅仅是其中之一，而且并非是最优选择。我们应当本着务实的态度来看待社会平等的实现问题，计划经济时代的“一大二公”的制度实践或者市场经济时代不断强化公有制经济比重的建议除了貌似政治立场正确之外，并没有真正有效解决社会平等的实现问题。两者或消灭或扭曲了市场机制对生产力发展的促进作用，无法有效推动生产力的发展，这就意味着只能实现较低层次的社会平等（平等地切小蛋糕）。而且，在缺乏强有力的民主监督与公共问责的前提下，国有经济往往异化为少数人以权谋私的手段，而非实现平等的捷径。因此，在市场经济条件下盲目扩张国有经济的比重与控制力并非实现社会平等的合理途径。

[1] 在英文中，往往对于所有制与所有权的概念不加区分，均用ownership加以表达。而公有制则译为public ownership，国有制译为state ownership，私有制译为private ownership。但是，严格来讲，这种翻译方式无法体现马克思所探讨政治经济学意义上的所有制与法学意义上的所有权的概念。

[2] 孙宪忠：“公有制的法律实现方式问题”，载《法学研究》1992年第5期，第19页。

[3] 【德】K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第484页。

（三）转型期的社会平等观

马克思废除私有制的主张固然实现了相对程度上的平等，但是历史证明，至少在相当长的历史时期内，脱离了私有制的经济发展模式不仅无法有效地解放发展生产力，并最终制约了人类在更高程度上实现平等，而且极端漠视个人自由，与其所设想的人“自由而全面的发展”目标背道而驰。

因此，笔者认为，在转型阶段，对马克思主义基本理念的抽象继承应当成为我们理解“国家所有”的基本方法。在这一方面，改革开放所探索出来的中国特色社会主义道路正是对上述思路的完美实践。目前宪法与法律的很多文本中会出现“社会主义市场经济”等冠以“社会主义”字样的用语。因为其用语极大的模糊性导致了理解上的多义性。不过，历任中央领导层并没有教条式地运用马克思或苏联政治经济学中的一些只言片语，而是抽象地继承其要求发展生产力，并在此过程中维护社会平等的精神。例如，开启改革开放序幕的邓小平先生就曾指出：“社会主义的本质，是解放生产力，发展生产力，消灭剥削，消除两极分化，最终达到共同富裕。”[1]前者提出了社会主义的生产力方面的要求，即解放生产力，这就隐含着对于私有制这一生产关系的肯定；而后者则强调了社会平等的奋斗目标。因此，我们对于诸如“社会主义市场经济”的理解，大可以将其抽象理解为更为强化社会平等的市场经济。

因此，在市场经济转型期的国有财产体制的改革逻辑并非是盲目的扩张国家财产或者是国有经济所占比重，而是在承认私有制、私人财产权（包括私人所有权、股权等财产权益）与市场经济正当性的基础上，建立与市场经济相协调的国有财产体制，并在此基础上贯彻落实马克思所追求的社会平等理念。而所谓与市场经济相协调的国有财产体制，即是在建立符合市场经济规则的权利归属制度的同时，保障各类市场主体可以在法治轨道上平等地参与市场竞争，同时发挥国有财产对于公共利益的保障（如向社会提供一般性的公共产品，或者向弱势群体提供强化的社会福利保障），推动社会平等的有效实现。而这一切，就需要我们将以国家所有制（核心表现为国家代表全民占有生产资料并组织全民进行劳动生产）理念为中心的国家财产体制转移为以“公共财产”理念为中心的制度建设上来。

四、从“国家所有制”到“公共财产”

“公共财产”是我国现行法上的概念，但是并未得到学界特别的重视与研究。基于以所有制理念为导向的传统国有财产制度所存在的问题，本部分试图结合德国公物理论与我国的公共财产的自身特点，提出公共财产的基本特征，并以“公共财产”的理念变革现行的国有财产的权利主体制度，正确处理国家财产与集体财产、私人财产的法律关系，并强化国家财产的公共问责与利益分配机制建设。

（一）“公共财产”理念的提出

在抽象出了市场经济转型中国家财产在社会平等方面的特别作用的基础上，本文认为，应当以“公共财产”的理念来改革现行的国有财产体制。事实上，在民商法的基础理论研究中，“公共财产”是一个较为陌生的概念。严格来讲，“公共财产”并非物权法学理论中的概念。但是，该概念却并非笔者的新创。虽然目前国内理论界缺乏分析，但是“公共财产”这一术语却多次出现在我国宪法与法律条文之中。例如，根据现行《宪法》规定，“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产”。[2]另外，在《刑法》中却对该概念进

[1] 《邓小平文选（第3卷）》，人民出版社1993年版，第373页。

[2] 《宪法》第12条。

行了直接的描述：“本法所称公共财产，是指下列财产：（一）国有财产；（二）劳动群众集体所有的财产；（三）用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。”[1]此外，根据《公益事业捐赠法》的规定，“公益性社会团体受赠的财产及其增值为社会公共财产，受国家法律保护，任何单位和个人不得侵占、挪用和损毁”。[2]

在根据我国现行法律的精神，所谓公共财产，主要包括国有财产（各级政府（包括国有企业股权在内）的财产，以及事业单位的财产），集体财产，还有民间公益组织的财产。而在笔者看来，所谓公共财产，是指为了一般或者特定公共利益而存在的财产。这里我们就需要区分本文界定的“公共财产”与德国法上的“公物”概念。例如，根据德国的公物理论，根据国家财产的用途与目的划分，可以将国有财产分为行政财产与财政财产。其中，行政财产又可以分为内部行政财产（公务用财产）与外部行政财产（公共用财产）。在此基础上，对于财政财产，一般由私法进行规制，而对于行政财产，应当受到公法更为严格的规定。[3]其中，对于行政机关所支配的公物在狭义上，往往限定于公共用财产（如公园、广场），而广义上则与国家财产等同。另外，对于公共用财产这种狭义上的公物概念而言，又包括私有公物与公有公物。后者在融通性、强制执行、取得时效的适用以及征收等方面受到法律的特别限制与保护。[4]

根据笔者的认识，公共财产主要存在以下特征。

第一，财产的权利主体可以多元化甚或不存在权利主体。例如，除非法律存在特别规定，在该财产属于物权法上的物（例如办公楼、写字桌）时，其既可以由政府享有所有权，也可以由私人享有所有权。换言之，除非法律另有规定，公共财产的权利人未必是政府。同时，对于一些公共财产，例如空气、阳光、公海等，天然地属于全人类共用，而不应当在法律上设定所有权。[5]

第二，财产具有不同程度上的公共属性，旨在实现全社会或者全社会特定群体的公共利益是公共财产的本质属性。对于国家财产，其最终目的是为了全体国民的公共利益。对于集体财产，其最终目的是为了该集体成员的公共利益。[6]对于民间公益组织的财产而言，其最终目的是为了实现该组织所规定的一般或特定的慈善目的与公共利益。[7]因此，在法律意义上，应当确保该财产所指向的相应公共利益能够得到实现。[8]而且，即便是在该财产上设定了所有权等财产权，该财产的占有、使用、收益甚至处分等应当贯彻公共利益这一原则。

[1] 《刑法》第91条。

[2] 《公益事业捐赠法》第7条。

[3] Christoph Gröpl and Martin Rupp, State Assets (Public Ownership) in the Federal Republic of Germany (Ius Publicum 2011), available at http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/10_03_2011_16_33_Groepl.pdf (2015年11月1日访问).

[4] 关于普通法系背景下对公共财产的探讨，参见 Sarah E. Hamill, ‘Private Rights to Public Property: the Evolution of Common Property in Canada’ (2012) 58(2) McGill Law Journal 365.

[5] 受传统的所有制理解方式与苏联法学的影响，重要的自然资源基本上均归国家所有。但是，我国法上的问题是几乎将自然资源不加区分地均纳入国家所有权的范畴。参见崔建远：“自然资源国家所有权的定位及完善”，载《法学研究》2013年第4期，第68页。

[6] 严格来讲，集体财产实质上并非公共财产，而私人财产。因为其财产旨在实现的是集体经济组织内部成员的私人利益的总和，并不像国家财产与民间公益组织财产那样面向社会大众。在我国，其更多地是作为公有制意义上的范畴而获得正当合理的存在资格。

[7] 关于民间公益组织的公共利益问题，参见李德健：“论英国法上的慈善目的”，载梁慧星主编《民商法论丛（59卷）》，法律出版社2015年版。

[8] 例如，根据最新的《慈善法（草案）》规定，“慈善组织的财产只能根据章程或者捐赠协议的规定用于慈善目的，不得在发起人、捐赠人以及慈善组织成员中分配”。参见《慈善法（草案）》第15条。该草案全文可在中国人大网上下载，网址为 http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2015-10/31/content_1949152.htm（2015年11月1日访问）。

第三，在经济学意义上，财产的控制者与财产的所有者相分离，财产的所有者与财产的控制者之间存在不同层次上的委托代理关系。例如，虽然民间公益法人的财产权由其内部治理机关成员行使，但是这些治理机关成员不得将所得收益私分，而是服务于相应慈善目的之下的受益人。与此同时，作为公益法人受益人的社会公众无权对于公益法人的财产进行直接的管理、控制与支配。而法律需要保证公共财产在法律意义上的权利主体（不管是私法意义上，还是公法意义上）并非为了个人私利行使该权利。就委托代理关系而言，对于国有财产，全体国民与政府之间存在（政治学意义上）委托代理关系。对于集体财产，集体成员与集体组织负责人之间存在委托代理关系。对于民间公益组织财产而言，社会公众与公益组织治理机关成员之间存在委托代理关系。因此，在法律意义上，应当结合特定的法律关系，赋予国民、集体成员抑或社会公众相应的知情权、参与权、监督权、利用权、收益权等程序法或实体法上的权利，相应施加财产控制者相应的信义义务与问责机制，从而保障公共财产的实益真正落实到位。

总得来说，在市场经济条件下，国家财产的核心功能是向社会提供公共产品，满足一般性或特殊性的公共利益需求。这就要求改造传统苏联法学中以“国家所有制”为基础的国家所有权理论，依据“公共财产”的理念对国家财产权制度进行革新。在主体方面进行特定化的处理，建立权利归属清晰的国家财产权主体制度；区分行政财产（含公务用与公共用）与财政财产，对于国家财政财产、集体财产与私人财产进行平等保护，防止出现大规模的“国进民退”、“与民争利”的现象；同时建立相应的公共问责机制，保障全体国民有效享受到国家财产所带来的福利。

（二）从“国家唯一统一所有权”到“产权清晰”

权利归属的清晰明确是有效保障政府财产权，保障政府高效提供公共产品的前提条件。在笔者看来，《物权法》一方面规定国有财产的权利主体是全体国民，另一方面规定国务院代表国家行使所有权，[1]明显地是将政治学意义上所有权与法学意义上的所有权混同，这必然导致《物权法》条文中存在逻辑上的不周延性。如果全体国民是国有财产的所有权人，则当然享有占有、使用、收益、处分财产的相关权利。同时，国务院代表国民行使这些权利，则要受到所有者的监督，必然可以依法要求国务院履行其相关的民事义务。而这在我国目前是不可能的。

因此，笔者认为，《物权法》中应当在未来法律修正中剔除政治性的条款，并且明确规定在法律意义上，政府（中央政府、抑或地方政府）是国家财产的权利主体。在现阶段，可能构成国家财产的权利主体的有政府、国有企业与事业单位。针对这三种情况，下面进行更为针对性的分析，以明确如何有的放矢地建立我国国有财产的权利归属制度。

第一，明确各级政府的公法人地位。根据《物权法》规定，“国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定”。[2]根据该规定，除法律另有规定外，国务院仅仅代表国家行使所有权，而并非所有权人。因此，如果严格依照该规定的话，则国家所有权的权利人也并非政府。因此，下一步的法律发展应当是摒弃传统的“统一唯一国家所有权”理论，明确各级政府的公法人地位。各级政府可以以独立的公法人资格参与各种民事活动，接受《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》等相关法律的保护与规制。

第二，推动国有企业的公司制改造，明确国有公司的独立法人地位以及政府的股东地位，实现股东权与公司法人所有权的有效分离。在计划经济模式中，国有企业是国家所有制的重要组成部分，并不具有独立的主体资格与法律地位。但是，随着计划经济体制的解体与市场经济体制的建立，目前，我国的国有企业包括国有独资公司、国有控股公司、国有参股公司以及国有独资企业等类型。[1]其中，很多国有企业逐渐被改造成为可以自负盈亏的权利主体。在此背景下，政府并非企业的所有权人，而是通过出资等方式成为企业的股东或者债权人等。对于作为公司制的企业而言，政府为股东，按照私法而非公法规则，聘请职业经理人对国有企业进行经营管理，而政府则行使股东权利，对于职业经理人进行监督。如此一来，政府与国有公司的关系也就可以明确为政府享有股权，国有公司享有所有权的法律结构。这在一方面明确各自法律权利的性质，同时也建立了经济学意义上标准的“委托代理关系”政府享有公司的所有权，职业经理人对政府负有信义义务。在此基础上，在国有企业问责方面，区分政府股东与监管者的身份。与此同时，根据国企是否具有特定的政策目标，而设计相应的问责机制，以确保纯竞争性国企中国有财产的高效利用与市场化运作，以及具有特定政策目标的国企讲相应政策落实到位。

第三，推动事业单位按其目的与功能进行分类改革。事业单位在我国是一群即为特殊的组织。实践中，很多事业单位既享有一定的公权力，同时又可以进行营利活动，还从事非营利事业。相较于政府与国有企业的财产制度改革而言，事业单位的财产制度改革更为滞后。因此，下一步的改革方向应当是合并行政性事业单位入政府（成为公法人），分离营利性事业单位入市场（成为私主体），发展非营利事业单位为民间性非营利组织（包括公益组织与互益组织），从而终结目前诸多事业单位既享有公权力，又进行各种民间性的慈善公益活动，同时还从事营利活动的乱象。

（三）从“三种所有权”差别保护到平等保护

国家财产本身的“公共财产”属性并不当然成为其受到特别保护的依据。这与民间公益组织的财产治理的道理是相通的。在终极意义上，公益组织应当将其财产用于慈善目的，服务于社会公共利益。但是，为了实现慈善财产的保值增值，很多公益组织需要进行投资或者发展一些（手段性的）营利性活动。法律与组织章程自然会对其治理机关提出在管理与使用这些财产的相应要求，[2]但是除此之外，其与市场经济条件下的其他主体的投资、营利性活动原则上应当适用同一规则。

因此，在国家财产与私人财产的关系方面，我们应当借鉴德国的经验，以用途与使用方式将国家财产进一步划分为行政财产与财政财产。前者包括公务用财产与公共用财产，直接用于政府管理或者公共使用，直接关系到公共利益，因此需要受到公法的特别规制，例如在融通性、强制执行、取得时效以及征收方面的特别限定。[3]对此，这里的行政财产大致等同于有学者所提到的“公用物”：“纯粹为了社会管理和公共利益而设定的物，比如办公楼房、公共交通道路、公立文化、教育、体育设施、公立非赢利性医疗卫生设施等”。[4]而财政财产主要是利用其收益来为政府提供公共产品贡献资金支持。虽然在终极意义上服务于社会公共利益，但是因为其直接参与市场经济的竞争活动，纯粹以获得收益为直接目的，因此应当对于国家财政财产与私人财产一律平等保护。

在此基础上，我们需要一方面按照物权法理改造集体财产权制度，进而切实保障集体成员的社员权及其他财产权益；另一方面，减少对民营企业的不平等待遇，而非以巩固“公有制经济主体地位”为名肆意与民争利。因为民营企业平等保护问题主要涉及政策而非法理问题，下面集中探讨集体财产制度的改革进路。

[1] 《物权法》第45条。
[2] 《物权法》第45条。

[1] 例见《企业国有资产法》第5条。
[2] 例见《慈善法（草案）》第18条：“慈善组织为实现财产保值、增值进行投资的，应当遵循合法、安全、有效的原则。投资方案应当经决策机构组成人员三分之二以上同意，但政府资助的财产和捐赠协议约定不得投资的财产，不得用于投资。”
[3] 当然，这里依然不排除相关私法规则的适用。例如，因为政府规划导致某政府机关需要搬离目前的办公大楼，可以在符合相关的法律法规的情况下作出对外出售该办公大楼的决定，而最终的办公大楼买卖合同则属于典型的私法行为，需要受到私法的规制。
[4] 孙宪忠：《我国物权法中所有权体系的应然结构》，载《法商研究》2002年第5期，第22页。

虽然现行《物权法》还保留了“三种所有权”的区分，但是其第三条第三款规定，“国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利”。[1]这一条款贯彻了学者们所说的“一体承认、平等保护原则”。按照这一原则，集体土地所有权（享有完全的占有、使用、收益、处分的权能）与国家土地所有权受到平等的保护。这一原则可以用来改造政府垄断土地一级市场以及集体土地所有权权能不充分的问题。在《物权法》颁布以后，涉及物权的一些法律应当按照所有权平等保护的原则进行修正，切实保障集体土地所有权的各项权能，剔除政府对集体土地所有权享有的各类不当管制。在实质利益的分配上，要真正实现“地利归民”：集体土地所有权的利益尽可能地归属农民。

首先，应当科学界定集体所有权的性质与归属，强化农民社员权。应当明确集体经济组织的性质，强化农民社员权。在这个问题，笔者认为，既不能推行个人土地所有权（单个的农民享有农村土地所有权）、也不能推行国有化（合法的征收行为除外）。原因在于实行土地私有化直接违反了现行宪法规定，同时具有巨大的政治风险，且最终会造成土地兼并与大规模农民失地情况出现，可能最终不利于实现社会平等与社会稳定；而非合法征收性质的任何国有化行为也同样违法，并且可能构成公权力大规模侵犯农民群体人权的事件，是对农民土地利益的赤裸裸的侵犯。[2]

在此基础上，要想真正保障农民群体的土地权益，实现集体经济组织、农村集体土地所有权、集体乡镇企业的权利归属关系的明确化，就必须按照科学的物权法法理来重新建构现行的集体经济组织性质以及农村集体土地所有权的性质、主体。按照有关学者的总结，目前对于集体土地所有权性质的界定，存在着集体组织所有说、农民集体抽象所有说、新型总有说、特殊共有说、成员共有说、社区所有说。[3]而笔者认为集体组织所有说更具合理性。当然，大前提是保障集体经济组织的存在与法人化改造。具言之，应当赋予集体经济组织以法人资格，进一步明确地界定或者改造为社团法人，并确定集体经济组织享有农村集体土地所有权。从而解决农村土地所有权主体虚位现象以及集体乡镇企业的权利归属问题。相应地，本集体经济组织成员则当然地对集体经济组织享有民法上的社员权，其权利的性质得到了明确的承认与保障。

其次，合村并居中确保农民享有完整的用益物权，推动用益物权的市场化改造。将土地利益还给农民。换言之，不管未来将要构建什么模式的农村集体土地所有权制度，都必须更加强化农民的土地权益而非进一步侵蚀、弱化其土地权益。[4]

（四）从“全民所有”到“利益共享”

作为公共财产的国有财产而言，具有天然的公共性，即以服务于全体国民的利益为其最终诉求。根据人民主权理论，国家所有即为全民所有。从这个角度言之，无论现实中国家以怎样的方式介入到相关财产的支配与管理。在政治层面，全民与国家之间存在存在着政治学意义上的委托代理关系。但是，正如上文所提到的，“全民所有”这一政治表述在很长时间内缺乏内化为具体权利的相关机制，从而使得“全民所有”在实践中成为“不与民利”的挡箭牌。虽然从所有权角度而言，全体国民并不享有国家财产的所有权，但是，让全民共享国家财产所带来的相关利益，例如对于公园、广场的利用，对于自然资源收益的分配，[5]让全民可以对相关的政府部门进行公共问责与监督，应当成为落实政治意义上“全民所有”的应然进路，同时也是发挥国家财产作为公共财产的应然方略。最近执政党

[1] 《物权法》第3条。

[2] 关于农村土地所有权改革方案的评析，具体可参照张广荣：《我国农村集体土地民事立法研究论纲》，中国法制出版社2007年版，第113页-120页。

[3] 参见张广荣：《我国农村集体土地民事立法研究论纲》，中国法制出版社2007年版，第51-53页。

[4] 最新的发展方案可参见《深化农村改革综合性实施方案》2015年11月2日。

[5] 关于自然资源的平等分配问题上的法理探讨，参见 John Pullen, ‘An Essay on Distribute Justice and the Equal Ownership of Natural Resources’, (2015) 72(5) American Journal of Economics and Sociology 1044.

在“十三五规划”中对“共享”以及“坚持共享发展，着力增进人民福祉”的诠释正是对包括国家财产在内的各类公共财产面向公共利益使用导向的准确解读。[1]在此背景下，笔者提出如下改革进路。

第一，借鉴英美信义法（fiduciary law）[2]的基本理念，建立以治理机关信义义务（fiduciary duties）为核心的法律义务与责任体系。例如，各级政府内部治理机关应当被施加相应的诸如注意义务、忠实义务等信义义务，并细化其规定（如避免利益冲突的细则），作为规范其内部治理机关的基本法律要求与行为准则。另外，与政府治理机关的信义义务相关，在选拔政府官员时，应当强化公开、透明与回避的原则，减少甚至避免特定地域或特定政府机关中出现类似于“政治家族”的现象，[3]保持政府岗位本身的社会平等性与开放性，防止国家财产异化为个人私产。

同时，对于推行公司制改造的国有企业抑或事业单位分类改革而言，法律应当明确转型过程中相关治理机关的信义义务。例如，《物权法》规定，“履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员，应当依法加强对国有财产的管理、监督，促进国有财产保值增值，防止国有财产损失；滥用职权，玩忽职守，造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。违反国有财产管理规定，在企业改制、合并分立、关联交易等过程中，低价转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任”。[4]

第二，强化国民的知情权、参与权等程序性权利，强化公共问责。在政府问责方面，全体国民并非国有财产的所有权人，不能以《物权法》中所有权人的身份向就国有财产向政府主张民事权利。但是，在政治学意义上，依据人民主权说，可以将国民与政府之间的关系界定为委托代理关系。在此基础上，政府则是全体国民的受托人，全体国民与政府之间存在政治学意义上的“委托代理关系”，政府需要通过议会（人民代表大会）等各种法定方式向全体国民负责，[5]将其年度财务情况及相应的职能履行情况的工作报告提交人大审议，并向社会大众公布，接受公共问责。国民可以通过代议制机关（各级人大）、政府信息公开条例以及参与相关公共财产的立法、规划或问责进程（例如就如何使用某地水资源进行公众有效参与的听证会，抑或政府官员通过电视媒体等接受社会公众的当面问责）等方式要求政府履行其相应的信义义务。

第三，强化国民的利用权、收益权等实体性权益，保障公共收益。[6]当前学界对于“国家所有”的探讨多集中于其权利性质上（“公权”，“私权”抑或其他）。[7]在笔者看来，这其中除了法理上的逻辑周延的考量之外，更多的是试图通过法技术的操作能够确保国家财产在现行法制体系内最大限度上服务于社会公共利益。在明确了这一点的基础上，相关的问题就是究竟通过公法进路还是私法进路抑或其他方式实现该目的。但是，因为国家财产具有“公共财产”的属性，因为其往往要同时受到私法与公法的双重调控，完全隔离私法或公法而探讨国家所有权问题是不现实的。其中，本文的观点是认定国家所有权属于私法所有权，但同时给予公共利益要求被进行相应的公法限定。

[1] 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》（2015年11月3日）。

[2] 例见 Tamar Frankel, Fiduciary Law (Oxford University Press 2011).

[3] 关于“政治家族”现象的相关分析，例见冯军旗：《中县干部》，北京大学社会学系2010年博士研究生学位论文。

[4] 《物权法》第57条。

[5] 《宪法》第2条。

[6] 即便是根据马克思的原意，国家财产也是用来防止社会剥削，实现社会平等的一种方式。参见程雪阳：“国家所有权概念史的考察与反思”，载《交大法学》2015年第2期。

[7] 例见巩固：“自然资源国家所有权公权说”，载《法学研究》2013年第4期；徐祥民：“自然资源国家所有权之国家所有制说”，载《法学研究》2013年第4期；税兵：“自然资源国家所有权双阶构造说”，载《法学研究》2013年第5期；王旭：“论自然资源国家所有权的宪法规制功能”，载《中国法学》2013年第6期；巩固：“自然资源国家所有权公权说再论”，载《法学研究》2015年第2期；程雪阳：“中国宪法上国家所有的规范含义”，载《法学研究》2015年第4期。

在私法意义上，所有权是指对特定物的排他支配权。而作为私法所有权的客体的物，必须是特定化的，具有排他支配可能的物。这里可以举自然资源的例子。我国宪法与物权法中重点强调了自然资源的问题。[1]对于土地资源而言，其完全可以在物理上进行排他性支配，可以成为私法所有权的客体。[2]类似地，山岭、森林、草原、荒地、滩涂等自然资源，都可以进行物理上的排他性支配，也可以从自然属性上将可以成为私法所有权的客体。但是有学者可能会对“矿藏、水流、海域属于国家所有”[3]是否属于私法所有权产生疑问。其最为明显的理由是诸如矿藏就属于无法特定化的物：除非经开采加工成矿产品进而具有排他支配之可能者，矿藏资源本身无法成为私法所有权的客体。[4]笔者认为，这主要看如何理解“排他支配”与“特定化”的内涵。在原初意义上，只有个人以占有或在土地上设置栅栏等方式才可以对诸如土地等物进行排他支配的特定化处理，但是，随着科技的发展与社会的进步，人类对于过去难以进行排他支配的物也可以进行有效地支配。因此，对于矿藏、水流与海域而言，凡是在我国主权范围内的，均可以根据法律规定构成私法上的所有权的客体。故而本文的基本观点是国家所有权是私法意义上的所有权。[5]

但是，这一论断仅仅构成了国家所有权的一个面向。国家所有权的另一个面向即为所有权的负担，即“权利的内容限制”的范畴：[6]国家所有权往往与私人利用权向结合，私人所有权也往往受到国家的监管与制约。因此，最为重要的问题并非是谁在形式上享有所有权，而是所有权上的限制性条件。[7]例如，“国家对海域的所有权同样具有民法上的所有权的性质和效力，但是出于海域的公共利益和公共使用的需要而限制其私法上的效力，如海岸属于国家所有，但是由于其公共使用的性质排斥了所有权本身所具有的排他性占有和所有物保全请求效力”。[8]进言之，本文主张国家所有权是私法意义上的所有权，但是基于国家财产的“公共财产”属性，由公法人享有的所有权的内容应当受到相应私法与公法上的限制，以保障其最终有效实现公共利益，而非为公法人内部成员私利而行使。[9]

因此，国家应当通过立法，允许特定领域的自然资源以自由或限定使用，有偿或无偿使用等方式供社会大众利用。例如，根据法律、许可抑或习惯等，民众可以获得相应的探矿权、采矿权、取水权等权益。[10]并且公法人因此所得利益不得在公法人内部私分或截留，而是应当将所得资金通过社会福利支出、科教文卫体事业支出等方式服务于社会公众，或者强化对弱势群体的财政扶持力度，维护社会平等。

结语

[1] 如《物权法》第46-50条。

[2] 只是因为我国执行的是土地公有的政策，私人才无法取得土地所有权。

[3] 《物权法》第46条。

[4] 当然，这种认识在一些国家也存在。例如，在一些国家，不承认处于原生位置的原油的所有权，而只承认生产提炼之后所储存的石油的所有权。See Yinka Omorogbe and Peter Oniemola, 'Property Rights in Oil and Gas Under Domnial Regimes' (Oxford University Press 2010) 118.

[5] 另外一层意义已经被崔建远教授提出，即“否定了民事权利属性，将其划归宪法上的或者其他法上的或法外空间，民事权利的运行规则、救济方法就全都排不上用场，对自然资源的实际利用者不见得有利”。崔建远：“自然资源国家所有权的定位及完善”，载《法学研究》2013年第4期，第68页。

[6] 参见【德】迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第106-120页。

[7] See Patricia Marchak, Who Owns Natural Resources in the United States and Canada (Land Tenure Center of the University of Wisconsin-Madison 1998) 5.

[8] 李永军：《海域使用权研究》，中国政法大学出版社2006年版，第229页。

[9] 关于这方面比较法上的论述可参见 Hanno Kube, 'Private Property in Natural Resources and the Public Weal in German Law—Latent Similarities to the Public Trust Doctrine?' (1997) 37 Natural Resources Journal 857.

[10] 当然，通过采矿、取水、渔猎等特定方式，可以获得相应的“资源物”（如矿产品、海鲜产品），这时，除非法律特别规定，利用者可以获得相应“资源物”的私法所有权。

对于国家所有的理解贯穿于整个中国文明史，自从夏商周时代以来，凡有国家，便有国家控制的财产。而在不同的历史阶段与社会形态中，国家控制的财产的范围以及控制财产的方式以及相应的政治经济制度多有不同。例如，在奴隶制社会，奴隶作为一种财产的，成为财产权的客体。而在社会主义改造完成之后，私有制竟然在中国绝迹，国家所有制与集体所有制成为仅有的两种所有制形态。

而在市场经济转型的这一时代大背景下，本文集中探讨了目前社会转型期传统苏联政治经济学与法学中与马克思原初理解有别的理论对于我国现行国家财产制度的危害。其中，对于国有财产实际归属模糊的现象、集体财产权主体虚位现象、国进民退现象、以及国有财产收益分配不均的现象进行了批判性的思考。

在此基础上，本文认为，应当明确市场经济条件下“国家所有”转型的制度逻辑是从以“所有制”理念为中心到“公共财产”理念为导向进行相应的制度变革，保障国家财产服务于一般或特定的公共利益目的。在权利主体方面，明确国有财产的权利主体是各级政府，而非抽象的国家，而且各级政府通过依法行使所有权、债权、股权等方式来实现公共利益。在国家财产与私人财产的关系方面，应当将国家财产进一步划分为行政财产与财政财产，对于国家财政财产与私人财产平等保护。一方面按照物权法理改造集体财产权制度，进而切实保障集体成员的社员权及其他财产权益；另一方面，减少对民营企业的不平等待遇，而非以巩固“公有制经济主体地位”为名肆意与民争利。另外，在国家财产的利益分配方面，应当通过建立治理机关的信义义务与责任体系，并明确相应的委托代理关系，推动政府的公共问责，强化国民的参与权、知情权、决策权等程序性权利以及利用权、收益权等实体性权利，保障国家财产发展的成果为全民所共享。

经济共和的宪法表达与国家所有的法律界定

郭殊*

内容摘要：现行宪法上对土地和自然资源的“国家所有”这类规定，给宪法学和民法学界都带来了巨大的理论挑战，各个法学科的学者从各自的视角提出了多种解说方案。这些方案各具道理而又无法全面揭示宪法规范中“国家所有”的真实定位。从经济共和主义的视角出发，可以发现宪法中的国家所有规范实质上是一种经济共和主义的表达方式，通过一种国家政策目标的制度宣示来达到混合所有制的经济制度。从宪法政策学的视角，通过立法构造行政私法上的国家所有权，明确界定国家所有的范围和界限，为私有财产和私营经济保留足够的空间，同时更好地使国家所有的珍贵资源为全民利益服务。

关键词：国家所有 经济共和主义 混合经济制度 财产权 宪法政策

引言

近几年来，屡屡出现类似于乌木国有事件和黑龙江省风光国有条例等事例，引起了国内学术界，特别是宪法学界以及民法学界一些学者的强烈关注和激烈争论。对于如何理解“国家所有”，各种不同角度的思考形成了诸多学说观点，比较典型的包括：（1）公权力说；（2）宪法权利说；（3）基本权利说，且有待立法形成；（4）国家所有制说；（5）名义所有权说；（6）物权说；（7）制度保障说；（8）国家规制说等。然而，虽然这些观点各有道理，却又无法彻底说服他人，实际上正体现出国家的相关立法和实践的诸多理论混乱的无序局面。

2015年9月国务院发布的《关于国有企业发展混合所有制经济的意见》（国发[2015]54号）提出了国有企业混合所有制的重大改革方向，也为学界提出了新的课题，对传统国有企业的产权理论形成了重大挑战。传统观念认为，国有企业即全民所有制企业，是全体人民的财富，现在却要和少数私人合作共享，这些私人往往是社会中的富裕阶层，这是否会违背社会主义公有制经济占主体地位的基本原则？

将以上这两个方面的疑问相结合，并以中国宪法中“国家所有”的规范为依据，笔者认为，现有的大多数观点皆有一定道理，然而却是“盲人摸象”，从自己的学科或者方法角度在一定程度上或能自圆其说；但又都多多少少存在理论上的不足而难以彻底成立，就如何理解“国家所有”这一宪法概念难以形成共识。因此，本文拟从一个新的视角，即经济共和主义的宪法表达出发，并以体系化的思维，全面地观察现行宪法对“国家所有”的界定，从而提出一套可操作的方案，以求教于方家。

一、宪法规范体系中的“国家所有”解析

首先，本文的讨论起点在于，学界目前讨论中存在的一个重大疑点，即：中国现行宪法的规范用语中只使用了“国家所有”这一表述方式，宪法文本中并未出现过“国家所有权”或者“国家所有制”。民法中出现“国家所有权”仅仅是《物权法》第二编第五章的标题“国家所有权和集体所有权、私人所有权”，第45到52条以及第56条仅使用了“国家所有”的表述。宪法中的“国家所有”一词是否可以直接引导出“权（权利抑或权力）”？在规范分析上是颇值得推敲之处。而与此相类似的则还有“全民所有”、“集体所有”、“私有财产”等。笔者认为，我们应当以体系化的思维方式，通过全面审视宪法文本来加以考察和分析。

* 北京师范大学法学院副教授。

本文系笔者主持的国家社科基金项目《对国家干预经济的宪法规范研究》（12CFX015）的阶段性成果，并获得中央高校基本科研业务费专项资金资助。

（一）体系化思维中的“国家所有”解释

学界前段时期对“自然资源国家所有权”以及“城市土地国家所有权”等议题的讨论已十分丰富，然而根源实质上是对中国现行宪法中“国家所有”存在着不同的理解。实际上，宪法文本作为一个完整的法典，我们在讨论不可割裂一些重要概念相互之间关系，更不能仅抓住某一条款中的“国家所有”一词来加以解说。首先，笔者认为，现行宪法的文本并未直接揭示“国家所有权”，也未直接引出“国家所有制”；“国家所有”一词本身既没有明确公权性质，也没有明确私权性质。试述如下。

1.“国家所有”既未明确所有权，也未明确所有制。诸多学者使用的“国家所有权”一词源于宪法第9条第1款的前半句：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”。然而，从语言的角度分析，这句话并未使用“国家对……享有所有权”或“……财产权”的表述方式。标准的确定表述方式应当是《物权法》第39条：“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。”宪法第9条采取的是列举加概括的方式，如同《行政诉讼法》第12条确定的受案范围一般，往往使用列举加概括的方式。“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂”属于列举的形式，“等自然资源，都”属于概括的形式。

而“国家所有制”更是难以在宪法文本中直接获得依据。《宪法》第6条“……生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制”是将“全民”与“劳动群众集体”相对，“全民”不等于“国家”，“全民所有制”也不等于“国家所有制”。“全民”是全体人民的集体，具有近代以来市民社会意义上的社会共同体；“国家”则是与市民社会相对的政治共同体。笔者认为，“国家所有”实际上是现行《宪法》确立的混合经济制度的一部分，与“集体所有”、“私人所有”共同组成了现阶段社会主义经济制度中的混合所有制，可以称其为经济共和主义在宪法上的制度安排。

2.“国家所有”既未明确公权性，也未明确物权性。对于《宪法》中的“国家”和“所有”不应有不一致的解释。有学者提出了很有影响力的“国家所有公权说”，但是从体系化的视角观察，“集体所有”难道就意味着农村集体组织也是对其所有的财产行使行政管理权？特别是我国经济改革的起点——农村土地承包制，是以集体经济组织与该集体组织内的农民签订承包合同为基本形式的。显然对于“所有”一词，我们不能在解释“国家所有”和“集体所有”时采取不同的解释方式。

民法学者（王利民）则普遍持物权说。然而《宪法》第9条第2款：“国家保障……，保护……。禁止……”，特别是后一句“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”。这里的主体“国家”行使的又必然是公权性质的行政管理权或规制权。显然对于“国家”一词，我们不能将同一条的第一款解释为“物权说”的物权主体，在第二款中又解释为“公权说”的行政管理主体。

我们认为，“国家所有”实质上是一项宪法原则，是为国有财产的授权和委托创立法制基础。可以说，具有一定的国家目标政策。“国家所有”与“集体所有”、私人所有（私有）是一个整体的多个方面，共同构成了现行宪法所确立的经济制度中的所有制。不论是涉及到国家所有、集体所有还是私有财产的条文，都位于《宪法》第一章“总纲”之中。总纲即总则部分，在大陆法系的成文法典中，总则部分的主要功能是规定基本制度、基本原则等内容。中国宪法的这些条款就是规定了基本经济制度，“国家所有”则是该基本制度中的一项原则，即“自然资源属于国家所有”、“城市土地属于国家所有”以及“国有经济”。

（二）客观主义：“国家所有”是划定国家支配财产的范围而非直接创制“国家所有权”

刑法学中长期存在主观主义和客观主义之争，两者的分歧根源在于国家观的分殊。刑法中判断的对象是行为，客观主义以自由主义的法治国家观念为基础，核心是判断人的外在行为及其行为后果。（周光权）借鉴刑法客观主义的分析思路，宪法也好，民法也罢，对于“国家所有”的讨论对象应当就是“物”或曰“财产”，而非“国家”。因为宪法采用的语序是先出现各类物——自然资源、城市土地，才表达这些“属于国家所有”。

另外，国家并非清晰可辨的法律主体，在国际法和国际经济法等领域也有管辖豁免与强制管辖等争议。而物或财产却是在法律上可以定性的客观存在，至少可以进行科学的分类研究。有学者将自然资源区分为“可采掘”和“不可采掘”（），笔者认为应首先根据经济学原则——具有稀缺性，即经济利用价值作为基本标准。稀缺意味着具有交换的价值，而阳光、风等本身并不稀缺，也无法交换。国家所有应针对具有经济价值的稀缺物，当然也包括文化价值的历史纪念物、文物、化石等文化稀缺物。

以客观主义的角度出发，宪法相关条款注重的是某些类型物/财产的归属。第 9 条第 1 款后半句：“由法律规定属于集体所有的……除外”，第 10 条第 2 款：“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外”，都表明宪法中的“国家所有”是在界定国家所有的财产范围，即“公物”，而相应所产生的权利/权力主体则应由法律进一步加以具体规定。根据中国《宪法》第 12 条：社会主义的公共财产包括“国家的和集体的财产”。也明确了全社会的财产分为公共财产和私有财产，国有财产是公共财产的一部分。

类似的，德国《基本法》第 14 条在保障财产的同时，根据《基本法》第 15 条和第 74 条第 1 款第 15 项，出于国有化的目的，可以将土地、自然矿藏、生产资料、建筑物、设备、半成品以及专利转化为公共财产或者其他形式的公共经济。根据联邦宪法法院的审判实践，《基本法》第 15 条并没有规定进行国有化的宪法任务，而只是规定了对立法者法授权，而德国的立法机构至今尚未运用这一授权。[1]而英国保守党的撒切尔夫人执政时期，正是对工党执政时期的国有化进行再私有化的经济改革，以走出经济滞涨。

（三）经济宪法：宪法中的经济制度与经济权利

前苏联斯大林式的全盘计划经济模式，实质上是某种经济极权主义（totalitarian）。在一个特定的背景下，如面临与纳粹德国爆发全面战争的危机下，这一模式为了快速实现重工业化有一定的必要。但是作为平时经济体制，显然扼杀了市场和私人经济活动的空间。因此，前苏联经济的失败就成为必然。中国的改革开放也是在由计划经济向市场经济过渡中不断取得进展，最终形成现行《宪法》中的“社会主义市场经济”。这一定位和取向到 2004 年修改宪法时将“公民的私有财产”写入宪法而达致结构上的基本完整。

2004 年修宪所增加的“公民的私有财产”并不处于第二章“公民的基本权利和义务”之中，而恰恰处于第一章总纲中，表明国家是将公民的私有财产看作基本经济制度的一个组成部分，而不仅仅是公民的一项基本权利。公民的私有财产权也是在这一基本经济制度上，根据“合法的私有财产不受侵犯”这一宪法原则而衍生出的。

有学者认为，在法律没有对特定自然资源是否属于国家所有进行具体化和立法形成之前，属于没有进入物权法/财产法秩序的社会共有物，不属于国家所有的财产。[2]虽然这个观点不无道理，却与宪法第 9 条第 1 款的明文宣示相悖。这一款的宣示实际上应理解为制宪者对自然资源的主权性支配，是一种超越立法权的宪法宣示。笔者认为，国家所有实际

[1] 【德】施托贝尔：《经济宪法与经济行政法》，谢立斌译，商务印书馆 2008 年版，第 206 页。
[2] 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。

是社会共有物的“国有化”，也仅有国家所有的财产才是源于社会共有物。私有财产则并非源于社会共有物，最多承担一定的社会义务。[1]

那么，如何在宪法基本经济制度体系中安置“国家所有”呢？回到宪法第 6 条：“生产资料的社会主义公有制，即全民所有制与劳动群众集体所有制”，“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。”表明“公有制”并非中国的基本经济制度的全面，“公有制”的“制”并非制度的全部，而是所有制的一个组成部分，中国当前实行的实质上是多种所有制成分共同发展的混合经济制度。

二、经济共和主义与中国宪法中的混合经济制度

近年来，中国社会弥漫着某些民众仇富心态日盛与富人加速移民境外的种种矛盾现象，显现出社会分层加剧，社会流动受阻，贫富两极分化也逐渐出现。市场经济与私有企业发展必然会一定程度上造成“马太效应”，然而社会的公正基础也在不断遭到侵蚀。经济自由与经济平等应当是宪法所明确的“社会主义”追求的目标。只有通过经济共和主义，才能达到社会各阶层、各利益集团和各类成员的和谐共存，达到十八届五中全会报告中所提出的“共享”理念。

本文对中国现行宪法中的基本经济制度的分析，可以认为国家所有与集体所有、私人所有是共同构成混合经济制度的组成部分。这一混合经济制度是经济共和主义在宪法上的表达。并逐渐影响到国有企业的混合所有制改革。

（一）经济共和主义的涵义

据学者研究，经济共和主义是西方社会传统中的一种思想，源于对人类原始社会生活的回忆，以及对理想城邦生活的想象。马克思的经济政治研究继承了这一传统，又试图运用现代科学方法进行现实分析而超越这一传统，将应该追求的共有、共治和共享的经济生活解释为必然发生的事。[2]经济共和意味着在坚持“天下为公”的原则下，根据不同条件，处理好公有与私有的比例，实现一种平衡的混合经济。[3]从这个政治学或者“经济政治学”的角度来看，对“国家所有”在中国宪法中的规范表达进行解析，有利于我们根本性地认清其背后蕴藏的思想脉络。

当代中国的经济制度是经历了全面计划经济到有市场的计划经济，再到社会主义市场经济的转变过程。国家的经济职能也经历了国家全面介入社会经济生活，到逐渐转变为宏观调控和市场规制的转变过程。经济共和主义实际上已经为当今的中国经济制度构建出虽不成熟，但已基本成型的框架体系。刚刚闭幕的党的十八届五中全会报告精神确立的“十三五规划”的五大要点是“创新、协调、绿色、发展、共享”，其中最后一点让全体社会成员“共享”改革开放的发展成果，实质上就是经济共和主义的精神体现，是建设全面小康社会的根本要求和目标。

经济共和主义的基本要义是经济自由、经济参与与经济协商民主。现代共和主义下的经济自由应当是无支配的经济自由，而传统的国家所有对土地和自然资源等基本生产资料的所有观念，实质上是构成了对公民的经济支配，使公民的自由受到了很大的限制。现代社会的经济正义要求国家理性发挥更大的功能，通过调节分配实现分配正义，然而理性又是有限的，过度的国家干预恰恰可能侵害公民的基本经济权利。私有财产权是经济自由的

[1] 关于财产权的社会义务，参见张翔：《财产权的社会义务》，《中国社会科学》
[2] 参见储建国：《经济共和主义传统与马克思的经济政治分析》，《江南大学学报》（哲学社会科学版），2011 年第 2 期。
[3] 参见储建国：《经济共和主义——“人民共和国”的经济政治学》，《探索与争鸣》2010 年第 3 期。

核心和基础，即使是在二十一世纪的今天，公共领域与私人领域必然要有一定的界分。公共财产与私有财产之间也应通过宪法和法律制度构建基本的产权框架。私有财产实质上是为私人领域提供一个稳定和安全的空间，并且是避免受到公共权力和其他公众介入的避难所。

（二）经济共和主义的脉络：人民共和国的经济制度变迁

有学者（程雪阳）认为现行宪法中规定的“国家所有”来自于马克思列宁主义对于“土地国有”的论述和制度设计，这本身并不为错。然而其忽视了中国自身的悠久传统，实际上，中国即先秦开始至明清历代王朝，均实行“公田”这一土地国家所有权制度，并通过法律加以明确规定与严格保护。[1]

1949年以后的中国宪法经济制度经历了由理想的共产主义转向现实的共和主义的悄然转变，经济体制上则明确地从计划经济转轨到社会主义市场经济。这一转变也充分体现在所有制由保障国家所有、漠视私有财产到保障国家所、集体所有和私有的多重目标上。

经济制度是国家的基本制度之一，包括两个方面：一是确认生产关系的制度，包括生产资料所有制、分配制度等；二是经济管理体制，如计划经济体制或市场经济体制。经济制度是宪法的重要内容，马克思主义认为，生产资料所有制是生产关系的基础，社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制。根据现行宪法的规定，现阶段中国国有经济的范围包括：（1）法律规定属于集体所有以外的自然资源；（2）城市的土地、法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地以及国家依法征收的土地；（3）国家投资设立的国有企业、事业单位及其设施；（4）混合所有制企业中的国有资产部分。[2]实际上，从1954年宪法之初，到六七十年代宪法实质上已无效力阶段，私有财产仍然有着一定的空间，只是被压制得极其有限。直到十一届三中全会和1982年宪法及其数次修改，才使得私营经济和私有财产有了日益扩大的生存空间。

从30多年的经济实践现实中我们可以发现以下三种例子，即经济体制改革所带来的经济共和主义实践及其法律制度实践：（1）混合所有制和多种分配方式：1982年宪法规范中以“坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”（第6条第2款）；（2）混合经济体制：“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法，完善宏观调控。”即在实行市场经济的同时，国家的经济规划，如十三五规划的起草，仍然是国家经济发展的根本指南。（3）混合产权：推进混合所有制的国企改革则是微观经济体层面的混合制，联想等企业事实上就是混合所有制（混合产权），包括北京实行的自住房政策中的政府与私人共有产权制度等。由这些可见，经济共和的制度实践早已经在多个层面进行，并对中国经济发展起着重大推进作用。

（三）经济共和的法治化展开：从共有走向共治、共享

宪法中的“国家所有”是大经济共和，是经济资源的全民共有；“集体所有”是小经济共和，是经济资源在农村集体成员范围内的共有。实际上现代城市化的结果，也产生大量的小区居民共有的情况，例如小区车库、车位、通道等公共空间。共有作为宪法和法律制度上实际已经明确的制度模式，基本已无多少疑义。而且在某种程度上形成了复合经济共和的模式，即国家所有的主体是多元的：中央政府与地方政府、政府与国有企业等。

[1] 参见柴荣：《中国古代物权法研究——以土地关系为研究对象》，中国检察出版社2007年版，第41页以下。

[2] 参见黄惟勤：《马克思主义宪法理论中国化发展研究》，法律出版社2014年5月版。第137-138页。

传统上认为中国是单一制国家，[1]因而地方的“国家所有”应由中央的立法来确定。地方的“国家所有”应有自己的归属主体和承担主体。根据人民主权原理，全民所有性质的国家所有，应归属全体国民，然而一些实质上是地方“国家所有”的，其归属主体实际上是本地方人民，在实行地方自治制度的国家，例如日本，由其自治团体人民享有。

通过公众参与进行社会共治已成为当今多项法律制度设计和实践的重要趋势。公共领域的公众参与治理以环境治理最为典型，并发展出环境公益诉讼制度。事实上，通过充分的信息公开（行政法）和预算公开（财政宪法），甚至上市国有企业的财报披露制度（经济法）等途径，都是将“国家所有”转变为社会共治的法治化路径。

最后，刚刚结束的十八届五中全会重点提出五大发展理念，最终要落实到“共享”上，“全会提出，坚持共享发展，必须坚持发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享，作出更有效的制度安排，使全体人民在共建共享发展中有更多获得感，增强发展动力，增进人民团结，朝着共同富裕方向稳步前进。”有学者已经提出通过借鉴英美法系国家的公共信托理论，将国家所有的土地和自然资源以公共信托基金的方式加以运作，并应当将其收益作为全国人民共同享有的社会保障基金的重要补充来源，从而通过社会福利的方式实现“共有、共治、共享”的经济共和主义理念。

[1] 也有学者认为中国是“行为联邦制”，即实际上的联邦制，参见郑永年著：《中国的“行为联邦制”：中央—地方关系的变革与动力》，邱道隆译，东方出版社2013年版。

法律文本中“国家所有”的规范分析

郭少飞*

内容摘要：我国法律文本中“国家所有”的规范意义不尽相同。宪法上“国家所有”分布在宪法第9条、第10条，以及国有经济条款（第7条）、国有企业条款（第16条），它不是全民所有制，而是其反映；不是所有权，其权利形态多样，具体需下位法补充，目前主要由民法承担。民法上“国家所有”突出表现为国家对物之所有权和对其出资企业之出资人权利。就国家所有权而言，应坚持以有体物为客体的所有权概念，不宜轻易扩张；国家虽抽象，亦有私法人格，得为所有权主体；国家所有权的客体具体、特定、独立；其内容受法律及公共目的限制，权能不完整或分离，但不影响国家所有权的本体存在及属性。总体上，国家所有权符合物权的一般特征，属于私权，且系独立的单一主体的所有权，而非名义所有权、信托所有权、公共所有权或共有权。

关键词：国家所有 权利形态 所有权理论 规范分析

一、引言

我国现行法存有如下表述方式的规范：“···属于国家所有”。此种规范被称为“国家所有”类法律规范，其分布范围广泛，不仅在宪法上，而且在民法中，尤其在自然资源管理类法律中，大量存在。学理上，“国家所有”的涵义、权利形态、具体内容等争议颇大；实践中，出现了乌木案、狗头金案、气象资源案等，是否归国家所有引发激烈争论。对此，应依托法律文本，运用规范分析的方法，从规范体系、意义脉络及规范结构中发掘“国家所有”的内涵意义、制度机能。就规范分析而言，它不是对现有规范的简单描述，“更多的是从规范角度出发、或曰以规范性问题为核心的研究”，[1]包含“价值实证”、“社会实证”、“规范实证”，[2]是一种总体性方法。“国家所有”在法律文本中如何表述，不仅是立法技术问题，而且反映了一国的经济制度、政治理念、国家意识、社会结构等。正是对“国家所有”类法律规范根植的诸多因素的不同理解与展望，导致学理上“国家所有”众说纷纭。鉴于此，本文在明了“国家所有”规范类型的基础上，梳理学界争议，确定有关基本问题。

（一）“国家所有”的规范类型

经对“国家所有”类法律规范的整理，“国家所有”的规范类型可以分为如下三种：

1、单纯型“国家所有”。在这类法律规范中，仅规定“属于国家所有”，至于国家所有的含义、形式、权利状态等没有规定。如我国宪法第10条第1款“城市的土地属于国家所有”；民法通则第79条“所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有”；物权法第46—52条规定了多种物归国家所有。

2、内涵型“国家所有”。除了规定“属于国家所有”，法律直接规定“国家所有”的内涵，即“全民所有”。如我国宪法第9条第1款“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”；物权法第45条第1款“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。”

3、权利型“国家所有”。此种样态下，法律规定“国家所有”，并明确为所有权，同时规定所有权行使主体。如矿产资源法第3条第1款“矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。”草原法第9条第1款“草原属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的草原，由国务院代表国家行使所有权。”

综上，权利型“国家所有”的涵义明确，国家所有指向的是物权法之所有权。对于单纯型及内涵型“国家所有”，宪法即使规定为“全面所有”，其具体内涵仍不明确；而以民法为主的下位法中的“国家所有”，根据其基本语义、立法资料、所指或所在的民法体系等，可以确定指向的是物权法之所有权或其他私法权利。

（二）“国家所有”的理论争议

对于宪法上“国家所有”的规范意义，存在以下几种学说：（1）宪法上国家所有权说。该说为多数宪法学者主张。有学者认为宪法上国家所有权是一种制度性保障，具体内容有待下位法形成，并主张宪法第9条为基本权利条款；[1]有学者主张宪法上国家所有权既非基本权利，亦非民法上普通物权。[2]也有学者针对宪法第10条指出，该条规定的“国家所有”只能是一种名义所有权，不是包含使用权与管理权的实质所有权。[3]（2）所有制说。该说认为“国家所有”包含了生产资料所有制的内涵；[4]“中国宪法第9条的目的是宣示和确认自然资源领域的社会主义公有制原则”。[5]（3）民法意义所有权说。该说认为，“宪法第9条第1款和第10条第1、2款所规定的‘国家所有’，不仅是一项经济制度，而且是一项民法意义上的所有权，即国家所有权。这种所有权与个人所有权、集体所有权等其他所有权在权利属性和权能构造上是一致的，在法律地位上是平等的，”“不存在宪法上的国家所有权与民法上的国家所有权在法律地位、权利外观和权能构造上的差异”。[6]

对于民法上国家所有权，也存在不同主张：（1）私权说。民法学界一般认为，国家所有权是私权，乃物权的一种，受民法调整。如有学者认为，国家所有权虽特殊，但应限定在民法关于所有权内容的一般规定之内。[7]（2）公权说。该说认为，国家所有权并非纯民法意义上的所有权，性质更接近行政权力、公共权力或国家权力。[8]（3）混合性质说。该说认为，“国家所有权针对不同的财产客体，其权利的性质是不同的，它们既有私权利，又有公权力，但所维护的都是社会公共利益。国家所有权已与传统所有权的概念相去甚远，它是一种特殊的财产权，我们不可能再以传统物权和所有权的构成原理去规范它，严格意义上讲，它已超出了《物权法》的调整范围。”[9]

综上可以总结出如下基本问题：（1）宪法上“国家所有”是一种特定的所有制，或所有权，或其他事物，其规范意义到底如何？与下位法中的“国家所有”或国家所有权的关系是什么？（2）民法上“国家所有”是什么？国家所有权的基本概念是什么？是大陆法系

---

* 河南师范大学法学院副教授。

[1] 林来梵、翟国强：《有关社会科学方法论的反思——来自法学立场的发言》，《浙江社会科学》2006第5期，第27页。

[2] 谢晖：《论规范分析方法》，《中国法学》2009年第2期，第38页。

[1] 参见张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013年第4期，第62页。

[2] 参见彭诚信、单平基：《水资源国家所有权理论之证成》，《清华法学》2010年第6期，第110页。

[3] 参见张千帆：《城市土地‘国家所有’的困惑与消解》，《中国法学》2012年第3期，第190页。

[4] 桂华、贺雪峰：《宅基地管理与物权法的适用限度》，《法学研究》2014年第4期，第39页。亦可参见徐祥民：《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38页。

[5] 薛军：《自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》，《法学研究》2013年第4期，第72页。

[6] 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112页。

[7] 参见王利明：《国家所有权的法律特征研究》，《法律科学》1990年第6期，第35页。

[8] 参见陈旭琴：《论国家所有权的法律性质》，《浙江大学学报（人文社科版）》2001年第2期，第99页。

[9] 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。

物权法之所有权，还是主体为国家的特殊财产权？性质如何？是私权，公权或混合性质的权利？下文将围绕这些问题铺陈。

二、“国家所有”的宪法意义

宪法上“国家所有”直接体现在第9条和第10条，分别规定了自然资源和城市土地归国家所有；间接体现在第7条（国有经济）、第16条（国有企业）。其中，第9条规定“国家所有”即“全民所有”。根据这四条所处的宪法章节结构及解释一致性要求，第7、10、16条中的“国家所有”及“国有”亦指“全民所有”。基于我国基本政治经济制度、意识形态特点、宪法性质功用，宪法上“国家所有”应作如下理解：

（一）宪法上“国家所有”不是全民所有制，而是全民所有制的宪法表现形式，本质上是全体公民藉由国家获得制度保障

1、从历史发展看，宪法上“国家所有”仍是全民所有制的法律反映。国家是一定领土范围内的人群构成的共同体，包括领土、居民与主权三要素。国家是抽象存在物，由各类国家机关构成的国家机构作为其具体表现形式。按照主权在民或人民主权的基本原则，国家从人民处获得授权，代表人民行使权力。在这个意义上，国家是人民的代理人，“国家所有”意味着全体人民所有。而我国宪法所谓“全民所有”并非完全基于此种逻辑。我国作为社会主义国家，经济上实行生产资料公有制，政治上实行人民民主专政。虽然随着社会主义市场经济的发展，混合所有制出现，但公有制仍为主体；虽然不再强调专政，对人民的理解不再绝对与敌人或专政对象相联系，但仍要坚持社会主义基本政治制度。毫无疑问，三十多年的经济发展、社会变革没有动摇我国基本经济政治制度，尤其是全民所有制经济即国有经济的支配力控制力不能改变。不管在历史层面，还是从客观解释的角度，宪法中的“国家所有”至今没有改变其基本意蕴，即作为宪法条款对我国基本经济制度——公有制的法律反映。宪法序言在最后写到，宪法规定了我国的根本制度与根本任务，根本制度就包括全民所有制。

2、从宪法体系看，宪法上“国家所有”指向全民所有制。宪法上“国家所有”类规范处于宪法总纲部分。具体而言，第6条是关于所有制的概括规定，此后一直到第18条，规定了国有经济即全民所有制经济、集体所有制经济、非公有制经济等各种所有制经济。第9条与第10条规定“国家所有”，一是确认国有的范围，排除个人所有，防止经济剥削；一是与另一种公有制集体所有制的表现形式集体所有区分，在相应的客体范畴内界分国有与集体所有。此外，认定“国家所有”是所有制的体现还在于宪法第7条，“国有经济，即社会主义全民所有制经济”。该条表明，全民所有制在经济形态上表现为国有经济。由此，针对自然资源，宪法规定“国家所有”即“全民所有”顺理成章，因为在我国，国有就是全民所有，全民所有就是国有，二者是划等号的。总体上，宪法上“国家所有”是从全民所有制的角度对特定客体归属的法律规定，隐含着与其他所有制或所有关系的区分功能。

3、“国家所有”是“全民所有”相对具体的制度构造，是全体公民藉由国家获得的制度性保障，全民所有是国家所有的本质。宪法规定“国家所有”即“全民所有”，不是说国家即全民，而是国家所有的最终利益属于全民。具体可分三个方面分析：（1）在构成上，全民是国家的组成部分，“全民”的范围广大，缺乏特定性，难以作为法律主体，而国家由通过民主机制产生的、代表人民意志与利益的国家机关表征，相对全民具体一些，更适宜作为法律主体；（2）在内涵上，“全民所有”是通过国家的所有，全民整体作为国家成员享有抽象的所有者权利，此种权利类似公有权，是每个公民集合起来共同享有权利，不能单独分割，“作为个人所拥有的公有权只有同其他一切人的所有权相结合、共同构成公

有权的时候才有效，才能发挥作用。”[1]“国家所有”与“全民所有”的两个“所有”意涵不同；（3）在层级上，“国家所有”以“全民所有”为基础。全民所有不是法权概念，而是公有制下全民享有的一种抽象的“所有”，在法律层面表现为国家代表全民进行“所有”。由此，国家从全民处获得授权（选举），筹集资金（税收），组建组织机构，制订“国家所有”类法律规范，旨在为全民提供制度性保障，确保“国家所有”的公益性、社会性，利益最终由全民共享。

在我国，对“民”的理解有一个变迁的过程。我国在相当长的历史时期内强调人民民主专政，区分人民与非人民或敌人。实际上，人民作为集合概念，并不单指某一独立主体，至于什么人才算是人民，并没有一个确切的标准。[2]从国家成员的角度，具有我国国籍者即我国公民属于人民；从国家机关形成的角度，选举权人通过法定程序选举产生各级国家机关，国家代表的人民意志与利益主要是选举权人的意志、利益，选举权人应属于人民；若从国家运行的经费来源而言，纳税人应属于人民，没有纳税人，国家不能正常运作。公民、选举权人、纳税人称谓角度不同，范畴有差异，但非实质性的。在现代政治文明中，在广泛意义上，人民是由全体公民构成的集合。当前我国已弱化阶级、专政等叙述，强调社会各个阶层的统合，实际上扩展了人民的内涵。这也符合公民（居民）作为国家构成要素的地位。

（二）宪法上“国家所有”非指所有权，其权利形态多样

在论证之前，笔者想指出的是，学界对宪法上“国家所有”的研究集中于第9条与第10条规定的土地与自然资源，缺乏对国有经济、国有企业的考察。实际上，宪法第7条和第16条中的“国有”就是全民所有意义上的“国家所有”，应将它们纳入宪法上“国家所有”的研究对象。

1、“国家所有”不能直接推导出国家所有权。从基本语义看，所有与所有权显然不同。“所有”是指领有、占有、支配或具有利益关系，在静态意义上包括主体对客体的占有使用，也包括主体对客体的最终支配。称某物归谁所有，可能是暂时的实际控制使用，也可能是物的所有权属于某个主体。所有权在物权法意义上是权利人支配物并排除他人干涉，包括占有、使用、收益、处分等权能的权利。可见，不能简单地把所有等同于所有权。此外，在马克思主义政治经济学中，所有权是社会生产关系的总和，“在每个历史时代中所有权是以各种不同的方式、在完全不同的社会关系下面发展起来的。因此，给资产阶级所有权下定义不外是把资产阶级生产的全部社会关系描述一番。要想把所有权作为一种独立的关系、一种特殊的范畴、一种抽象的和永恒的观念来下定义，这只能是形而上学或法学的幻想。”[14]这当然是从经济基础的角度对法律权利的刻画，法律意义的所有权仍然反映着一定的社会关系。在社会主义条件下，“国家所有”是生产资料归全体劳动者的生产关系的宪法表征，并非法律权利层面的制度建构，仍需权利化、具体化，结果之一就是作为法权关系的国家所有权在私法上得以确立。

2、基于宪法上“国家所有”的客体也不能推衍出国家所有权。宪法上“国家所有”作为全民所有制的宪法表现形式，实际上是从生产资料归属角度对土地及附着于土地的自然资源、国有企业等国有财产的规定。我国实行社会主义公有制经济，土地作为国家的构成要素及重要生产资料，必须将其确定为公有，其中矿藏、水流完全归国家所有。“国家所有”排除了私人所有，确定了在有关客体上或领域中公有制的主导地位；在“国家所有”的具体形式方面，宪法没有明确规定，这就为“国家所有”的权利生成与制度建构提供了

[1] 樊纲等：《公有制宏观经济理论大纲》，上海人民出版社1999年版，第24页。

[2] 我国宪法在多重意义上使用“人民”一词，有学者总结7种。参见杨陈：《论宪法中的人民概念》，《政法论坛》2013年第3期。本文关注的是现实的、实体的、与政治国家相牵连的人民。

[14]马克思恩格斯全集（第2卷），人民出版社1995年版，第177-178页。

宪法依据，并保留了宪制空间。最终，“国家所有”体现为国家的控制力与支配力，而具体的控制或支配方式不限于物之所有权，亦可为社员权、合同权利等。另外，考虑到国有企业之“国有”，更不宜把“国家所有”解释为国家所有权，在法律层面，国有企业是独立法律主体，国家享有出资人权利，即对企业的剩余索取权与控制权。此时，“国家所有”表现为国家作为出资人享有的权益。

3、宪法上“国家所有”等同于国家所有权不合宪法功能。一般认为，宪法具有确认与巩固、限制与规范、指引和协调、评价与宣传四大功能。宪法作为人民权利的保障书，核心功能在于限制、约束、规范公权力，以保护公民权利。我国宪法上“国家所有”类规范处于总纲部分，具体而言是有关我国物质文明的规定，是在相对具体的层面确认与巩固我国基本经济制度。“国家所有”等同于国家所有权，将导致对所有制实现方式的理解出现偏狭，制约我国经济体制改革深化。毕竟，公有制在法律上可以呈现多元化的权利模式。再者，“国家所有”等同于国家所有权，实质上把“国家所有”类宪法规范视为赋权条款，且赋予的是公权。而以宪法主要的价值功能为导向，对宪法条款的解释应优先采取能够导向此一价值功能的方法。比如宪法第 10 条第 3 款规定，“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”单从规范词分析，国家“可以”征收或征用，是授权条款。实际上，该款是对国家征收、征用权力的限制性规定：目的公益性、行为合法性及必要的补偿，应属限权条款。否则，“财产的征收，必须为公共福利始得为之”也可解释为赋予国家征收权，仅仅目的限定于公共福利（public good）而已。而这句话是德国基本法第 1 章“基本权利”第 14 条的一部分。此外，“国家所有”等同于国家所有权，将导致宪法权利与义务归属同一主体，逻辑上存在瑕疵。对此，有学者把宪法上国家所有权等于全民所有权，以全民而非国家为权利主体。由此，“国家所有”类宪法规范具有防御功能，即构成禁止国家及其机关侵害全民所有权之命令。[1]此种转换去除了逻辑瑕疵，却在本体上消灭了国家所有权。问题的根本在于“国家所有”非国家所有权能够涵盖。

4、我国“国有”形态多样化，对宪法上“国家所有”的理解应更开放。随着我国市场经济的深入发展，国有经济的实现方式多元化。在宪法上，国营经济演变为国有经济，国营企业改称国有企业。名称变化的背后隐含着“国家所有”理念更新。国家不再注重对各种生产要素实际占有、使用、收益、处分的全方位所有，不再注重对企业的直接支配和控制，而是从产权制度出发，重视国有财产的价值实现，“国家所有”呈现出由实物形态向价值形态的过渡态势。尤其是国有企业，随着现代企业制度的建立，国家作为出资人享有出资人权益，企业对国家出资的财产享有包括所有权在内的法人财产权。所以，对宪法上“国家所有”的理解有必要从以归属为主的静态所有向以利用为主的价值形态转移。“国家所有”在权利形态上不只是国家所有权，还包括社员权、对私有财产使用权等多种权利形式。由此，“国家所有”的内涵更加宽广，也能够为有关自然资源甚至土地的产权制度改革预留空间。

（三）宪法上“国家所有”须由下位法补充

宪法上“国家所有”不包含“国家所有”的权利形态、性质、内容等，需要下位法填补。宪法与下位法在“国家所有”方面的作用区分，不在于宪法的高级法、根本法地位，而是宪法上“国家所有”的制度功能要求。

1、宪法上“国家所有”的规范功能

“国家所有”类法律规范在宪法及下位法中都存在，宪法上“国家所有”处于独特的中间地位。作为全民所有制在宪法上的体现，宪法规定了“国家所有”、国有经济、国

[1] 金可可：《论乌木之所有权归属——兼论国家所有权之种类及其限度》，《东方法学》2015 年第 3 期，第 87 页。

有企业等。此等规定是纲领性规范，不具有充分完整的法律规范意义，有关“国家所有”的制度细节尚需明确。在下位法中，“国家所有”的权利性质、内容范围、行使方式等相对清晰起来，“国家所有”表现为以所有权为主的各种权利，具体依客体而定。可见，在全民所有制——宪法上“国家所有”——所有权等权利的线性关系上，宪法上“国家所有”居间连接，既反映基本经济制度，又对下位法“国家所有”立法产生统领作用。

我们知道，所有制是生产资料归谁所有的经济制度。在社会生产过程中，生产资料不仅处于静止状态，为所有人支配，还会随着生产贸易活动在不同主体间交换。在公有制下，生产资料归全体劳动者共同所有，而具体生产交换在不同的公有制企业间进行，生产资料实际分属不同主体。当前，我国还存在非公经济，国有企业与非国有企业之间的交易涉及财产权的让渡、共享、联合等。由此，“国家所有”在社会经济中呈现多样化的权利形态，除了所有权外，还有他物权、债权、股东权等各种权利。虽然“国家所有”的物之所有权转移他处，但国家获得了其他具有相同价值的权利，甚至国家支配的财产范围更广了、对国民经济的控制力更强了。

2、下位法对宪法上“国家所有”的落实

宪法上“国家所有”的对象包括国有经济、国有企业、土地及自然资源，呈现从宏观到微观的分布状态。总体上，“国家所有”表现为国家对经济要素、社会发展资源的全面控制与管理，以及有关机构支配的国有财产。当前，混合所有制的经济结构令“国家所有”、“国有”在实际社会生活中表现出不同的主体所有、不同的权利状态，而在下位法中，宪法上“国家所有”得以落实，基本上确定了“国家所有”的权利形态、性质以及一套权利行使规则。从关联度上分析，宪法上“国家所有”主要表现于自然资源类法律、土地类法律和国家机关、国家举办的事业单位、国有企业类法律，而集中度最高的是《物权法》、《民法通则》的有关规定。

下位法对“国家所有”的规定可以分为三大类，一是规定物属于“国家所有”，国务院代表国家行使所有权。这就直接明确了“国家所有”的权利形态为所有权，通常当对象为具体的物，如自然资源等，会采取此种方法。二是，仅规定“国家所有”的物应如何，或者物属于国家所有，法条不直接规定权利。但由于法条所处法律的属性明确、章节名称清晰，依体系方法足以判断出“国家所有”为所有权。典型者如《物权法》中的“国家所有”指的是国家所有权。三是，国家作为主体，其组成机构即国家机关，其举办的事业单位如公立学校、医院，其出资的企业如国有企业，都占有、使用一定的“国家所有”的动产、不动产。非营利的国家机关与事业单位，不能任意处分其占有的国有财产，且根据事务之本质及目的，利用国有财产不能违背公共利益。对于国有企业，“国家所有”的出资财产转变为企业所有的财产，国家享有出资人权益，即使是国有独资公司，“国家所有”指的是国家对企业或公司的剩余索取权和控制权，而非物之所有权。

宪法上“国家所有”表现的全民所有制是我国基本经济制度，涉及各种重要的社会资源，以及国家设立的各类机构团体。“国家所有”须下位法落实，规制各种资源及组织财产，由此导致“国家所有”类法律规范数量较多，且需要就“国家所有”的资源的使用、收益、处分等事项作出明确规定，从而在产权清晰的前提下，实现“国家所有”的资源或资产效益最大化。现实是，由于受计划经济、旧有意识形态的影响，我国自然资源的分配使用、国有土地使用权配置、国有企业的经营管理等诸多制度不健全，“国家所有”资源的权利性质定位不恰当，行政管制程度高，分配机制不合理，利用效率低下。“国家所有”自然资源、企业等法律制度仍需革新。

3、我国改革进程中“国家所有”的权利转换

自十八大以来，我国继续深化市场经济体制改革，强调发挥市场的基础作用，减少政府干预，释放社会生产力，提高经济活力。无论是市场制度的完善，还是政府管理机制的

调整，实质上是对各种生产要素、经济资源的去管制和再利用，按所有制论，就是同时发挥公有制经济与非公经济的作用。这就要求，在法律层面从广义范畴理解“国家所有”，仅以国家直接所有或实际占有使用的角度强调“国家所有”，与当下社会发展趋势不符。同时，应认识到，在市场经济条件下，“国家所有”的功能在于提供更优质的公共资源，更好的公共服务，无论直接规定“国家所有权”，还是设立国有企业，都应服务于社会公共利益，而非国家或政府广泛参与市场活动，全面控制社会各领域。

基于“国家所有”的功能、目的及边界，“国家所有”的权利形态并非固定不变，而是在市场改革、社会发展过程中进行动态调整。“在市场化的宪法变迁背景下，‘国有财产’的经营可以采取更为灵活的方式，比如民营化，因为宪法并未明确规定具体经营‘国有财产’的方式；融入市场的‘国有财产’不能遗忘附着其上的公共任务，但该公共任务应与‘国家所有’之前承担的服务于‘社会主义公有制’的政治任务相区别”。[1]这意味着不需要过分重视国有经济在国民经济中的数量比重、国家对国有企业独资或控股，国有企业可以参股、合并，亦可出售，只要交易价格反映“国家所有”权益的公允价值即可；“国家所有”的自然资源、土地等，除为公共利益、社会总体发展必须由国家所有，当我国发达到一定程度后，相机实行更加灵活的产权制度，有些是国有国用或民用，有些是民有国用或民用。在经济领域令“国家所有”的权利形态多样化，制订合理的经济制度，终将推动我国经济结构成功转型，社会发展模式更加科学，且不影响我国基本制度。于改革，宪法上“国家所有”并非阻碍，“国家所有”更注重国家的控制力、影响力，国家须在社会制度、公共服务、宏观管理等方面有为。

三、“国家所有”的权利形态

宪法上“国家所有”须由下位法补充，目前主要由民法、自然资源法及土地法等法律承担。若按“国家所有”权利形态建构的体系性、完备性，应该说民法据其大端。自然资源法和土地法主要明确了自然资源、土地的“国家所有”，这些内容在《物权法》中得到系统规定，且《物权法》通过使用引致性法律条文将自然资源法、土地法纳入规范视野。鉴于“国家所有”的权利规范格局，本文围绕民法上“国家所有”进行阐述。

（一）民法上“国家所有”类法律规范

确定民法上“国家所有”的权利状态需要考察有关“国家所有”类法律规范。民法中集大成者当属《物权法》，其次《民法通则》也有一些规定，还有就是商法尤其《公司法》关于国有公司的规定。

1、《民法通则》上的“国家所有”类法律规范

《民法通则》中“国家所有”的规定主要集中在第 79-82 条。其中第 79 条第 1 款规定埋藏物、隐藏物归国家所有；第 80、81 条中的“国家所有”是作为定语界定土地及自然资源，规定了使用权与承包经营权；第 82 条规定全民所有制企业对国家授予其经营管理的财产享有经营权。虽然《民法通则》没有直接表述自然资源和土地属于国家所有，但规定的使用权与承包经营权是以国家对土地及自然资源享有所有权为前提。而这一时期，对全民所有制企业[2]没有赋予法人财产权，企业财产权仍归国家。

2、《物权法》上的“国家所有”类法律规范

《物权法》有关“国家所有”的规定集中在第 45-56 条、第 67、68 条。第 45 条概括地规定了“国家所有”即“全民所有”，且明定国有财产由国务院代行所有权。该条是我国有关“国家所有”的典型规范。之后从第 46 条到第 52 条分别规定了矿藏、水流、海域；

[1] 李忠夏：《“国家所有”的宪法规范分析》，《交大法学》2015 年第 2 期，第 10 页。

[2] 即当时宪法上的国营企业，1993 年宪法修正案改称国有企业。

城市土地、法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地；森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源；法律规定属于国家所有的野生动植物资源；无线电频谱资源；法律规定属于国家所有的文物；国防资产，及法律规定为国家所有的铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，等等，属于国家所有。这些条文的规范方式略有差异，有些直接规定属于国家所有；有些引致法律，仅当法律规定属于国家所有则归国家所有；有些则规定属于国家所有，但法律规定非国家所有的除外。

除了上述以列举客体方式规定的“国家所有”，第 53 条规定了国家机关对其直接支配的不动产与动产的占有、使用及有限处分权利；第 54 条规定了国家举办的事业单位对其直接支配的不动产与动产的占有、使用及有限收益、处分的权利；第 55 条规定国家出资的企业由国务院、地方政府代表国家享有出资人权益，承担出资人职责。同时根据第 67、68 条规定，国家出资后享有出资人权益，企业法人对出资后的不动产或动产依法享有所有权。这三条规定的“国家所有”是以国家的组成机关、兴办的事业单位，以及出资的企业作为法律上权利义务的归属主体，确定它们对国有财产的权利。

3、《公司法》上的“国家所有”类法律规范

随着我国经济体制改革不断深入，全民所有制企业进阶到国有企业，试图建立起“产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学”的现代企业制度。大多数国有企业进行了公司制改革，完善法人治理结构，使企业成为法人主体和市场竞争主体。这一过程中，国有企业的所有权与经营权分离，国家作为出资人享有的是股东权等出资人权益，出资财产归企业法人所有，从而理顺了国家（政府）与企业、国有财产与企业法人财产之间的关系。在组织形式上，国家可以出资设立、入股有限公司、股份公司等，依据《公司法》有关规定处理即可，无须特别规范。而国有独资公司的股东人数、治理结构等不同于一般的有限公司与股份公司，因此，《公司法》第 2 章“有限责任公司的设立和组织机构”特别规定第 4 节“国有独资公司的特别规定”。至此，以国有财产出资，形成了国家控股企业、国家参股企业和国家独资企业，国家是企业的出资人或股东。

（二）“国家所有”的具体权利形态

根据上述“国家所有”类民法规范，民法上“国家所有”的权利形态可按照客体与主体分为两大类。

1、以物为直接对象的“国家所有”的权利形态

民法直接规定了归国家所有的物，主要包括矿藏、水流、海域；土地；森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源；野生动植物资源；无线电频谱资源；文物；国防资产；铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施。从法律规范的私法属性、所在章节名称“所有权”或“国家所有权”，可以判定此种“国家所有”指向的权利即物之所有权，按《物权法》第 39 条规定，是指权利人对物享有的占有、使用、收益和处分的权利。

这种直接以物为对象的国家所有权，实际上是初始状态下在静态意义上物属于国家。对于非人工、自然状态的物或历史上传承下来的人工物，它们的产生与国家行为没有直接关系，国家只须直接通过法律明确其所有权属于国家即可。而非历史、非自然的人工物如基础设施不同，往往需要国家的生产、创制，为此国家设立一定的经济组织开展此类活动。由于采取企业法人形式，国家出资的企业生产、制造或购置的物之所有权，应归属于企业法人这一独立主体，而非国家。基于此，民法虽然从静态意义上规定了各种物的国家所有权，但在社会经济运行过程中，国家所有权会转变为其他权利形态，目前来看主要是企业的出资人权益如股东权。

2、以特定主体直接支配的物为对象的“国家所有”的权利形态

《物权法》在“国家所有权”中规定了三类主体对其直接支配的物享有的物之权利，而每一主体权利的权能亦不同。

首先，国家机关对其直接支配的物，享有占有、使用及受限处分的权利。国家机关之于国家，犹如法人机关之于法人的地位。设立国家机关的目的或宗旨在于维护国家的正常运行，履行国家对人民的义务与责任。国家机关当然需要相应的动产或不动产，但只能用于符合其存在目的的事务，在根本上就是为社会公众利益，不得获取个别利益，对物不享有收益权能。对物的处分方面，国家机关必须按照法律规定的权限、程序、方式进行，不得随意自由处置。虽然缺乏收益权能且处分权能须依法行使，但不影响把国家机关对其直接支配的物的权利认定为所有权。理据在于，所有权与其实际权能的可分性。

其次，国家举办的事业单位对其直接支配的物，享有占有、使用及受限的收益、处分的权利。根据2004年修订的《事业单位登记管理暂行条例》的规定，事业单位是指国家为社会公益目的，由国家机关举办或其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。事业单位开展活动取得的合法收入，必须用于符合其宗旨与业务范围的活动，即用于社会公益目的。应该说，事业单位具有公益性、服务性等特点。通常，国家对事业单位进行财政补助，有全额拨款事业单位、差额拨款事业单位及自收自支（无拨款）事业单位。最后一种事业单位已开始改制，实行公司化运营，其与国家、国家出资与单位财产之间的关系类似国有企业。全额拨款事业单位，主要是履行行政管理职能，不能从中收益；差额拨款事业单位，具有一定的公共服务职能，可适当收费，但最终仍须用于公益目的。就二者对其支配的物之权利而言，前者与国家机关相仿，不享有收益权能；后者可以收益，但用途受限；二者对其支配的物不能随意处置，处分权能受限。

总体上，国家举办的事业单位因其类型不同享有的物之所有权的完整度有差异。改制为公司法人的事业单位，或登记为事业单位法人的事业单位，享有对其支配的物之所有权，国家由具体举办事业单位的国家机关代表行使出资人权利。[1]而为履行行政管理职能设立的事业单位或具有公共服务职能的非法人事业单位，享有不完整的物之所有权。

最后，国家出资的企业由国家享有出资人权益，企业法人对出资后的物享有所有权。至今，我国按照现代企业制度初步完成国有企业法人化改革，基本建立起法人治理结构。国家出资后作为企业的出资人享有相应的权益，国家出资的国有资产权利转移给企业，企业对其享有法人财产权。虽然公共服务类国有企业会受到一定程度的法律管制，但无碍企业自由自主享有法人财产权。

3、小结

第一，以物为直接对象的“国家所有”就是国家所有权。

第二，国家机关对其直接支配的物享有所有权，只是无收益权，处分权受限。

第三，为履行行政管理职能设立的事业单位，对其支配的物享有所有权，只是无收益权，处分权受限。

第四，具有一定公共服务职能的非法人事业单位，对其支配的物享有所有权，只是收益、处分权能受到较多限制。

第五，法人化的事业单位对其支配的物享有完整的所有权，“国家所有”表现为出资人权利。

第六，国家出资的国有企业，企业法人享有法人财产权，“国家所有”是国家享有出资人权利。

[1] 当前，我国事业单位法人治理改革在逐步推进，实行所有权与管理权分离，政事分离，改变事业单位所有制结构单一等诸多问题。可以预见，随着包含事业单位法人在内的公益法人制度的完善，吸纳非国有资本进入公益事业，从事公益活动将成为未来发展趋势。

四、国家所有的权利解析

“国家所有”在下位法中主要表现为国家所有权与国家出资人权利，后者争议相对较小，在此不做深入讨论。学界对国家所有权的概念、性质等争论不休，本文将重点分析。

（一）国家所有权的概念

我国民法没有明确国家所有权的定义。对于按照传统所有权内涵界定的国家所有权概念，有学者提出了质疑，认为“国家所有权与传统民法上的所有权并非仅表现在主体和客体的不同上，二者在权利性质以及权能结构、行使方式和法律保护等基本规则方面也存在实质上的差别。”[1]此外，国家对其出资的企业的出资人权利，有学者亦采用所有权的称谓，将其纳入国家所有权的范畴。为此，必须首先明晰所有权的基本含义，之后才能确定国家所有权的概念。

1、所有权的含义

大陆法系所有权主要有两种界定方式，一是法国民法典的列举式，即第544条“所有权是对于物绝对无限地使用、收益及处分的权利，但法令所禁止的使用不在此限。”二是德国民法典的概括式，即第903条“任意处置该物并排除他人的任何干涉的权利，但以不与法律或第三人的权利相抵触为限。”比较二者，法式所有权主要从权能，德式所有权从主体对物的支配角度作出规定。在两种所有权观念影响下，所有权的复合概念产生，偏重绝对支配，排除干涉，以及具体权能的描述。无论是法式所有权还是德式所有权，都是近代以降以个人主义为核心的自由主义的结晶。所有权作为一种主观权利表现出绝对性、排他性等一系列特征，“针对有体物（动产或不动产）建立的所有权概念，可以被视为主观权利最完整的形态”。[2]

作为特定历史时期的所有权观念，具有时代局限性，随着社会发展，一元化的所有权遭遇挑战。社会财富剧增，财产类型更加丰富多元，并且呈现无体性，侧重动态利用，财产由实物形态向价值形态转变，物之所有权更加观念化、抽象化。所有权人与实际享有所有权权能的人分离，名义所有权与实际所有权区隔，新型制度产生，典型者如所有权保留买卖、让与担保等。此外，作为绝对权的所有权相对化，开始受制于社会公共利益、社会义务，个人主义的所有权在国家管制下有所退让，不纯是个人的自由、权利、人格、主体性的物质保障，即无财产、无人格，且已演化为市场经济的基础权利，其价值转向经济性、高效率，工具色彩、手段特征更突出。

随着无形财产甚至虚拟财产在社会经济生活中占据越来越重要的地位，德国以有体物为客体建构所有权的做法备受质疑。“即使是《德国民法典》并没有将所有权客体的狭窄含义坚持到底——其明确规定了关于非有体物的用益、负担和处分（参见《德国民法典》第1068条、第1273条、第398条）——并且即使《德国基本法》第14条通过其广义解释的所有权概念，即该所有权的概念包含一切具有财产价值的、‘规定可以使人用益和自己处分’的权利，且这在今天已将《德国民法典》的立场侵蚀了。”[3]德式民法典缺少对无体物的关注，在民法典之外许多以无形财产为规制对象的特别民法不断壮大。

在法国，法国民法典采取了广义财产的概念，包括有体物和无体物。虽然实践中主要从对有形物或对物享有特权的角度理解财产法，但通过将无体物归入动产，如法国民法典第529条之规定，实现了对无形财产的调整。就所有权而言，出现了扩张趋势，在传统之上，“所有权概念的扩张远远超过了它的确切的技术含义”，“首先表现在知识权利领

[1] 前引11，马俊驹文，第92页。

[2] 法国法学家鲁比埃语。参见尹田：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第128页。

[3] 【德】罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论<德国民法典>的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第250页。

域”，“也被用到了商业方面——成为‘商业产权’或‘商业所有权’”。[1]实际上，法国知识产权由专门法典进行规范，而所谓商业所有权是用来表示商人承租人的续约权，它们没有突破所有权的基本意义。与德国相较，法式所有权已把部分无形财产纳入调整范畴。而有些国家的民法典开始以财产概念涵盖有体物与无体物，如1992年荷兰民法典设置了财产法总则、物权编、工业与智慧财产权法。在荷兰民法典中，“‘财产’是一个物（即有体物）和财产性权利的集合概念”，“‘所有权’这一概念在现有民法典体系编排下仅仅适用于物”。[2]荷兰财产法的视角是人与财产的关系，从而与注重人与人关系的债法区分开来，这实际上是对物权与对人权的延伸。

除了为所有权设置财产这一上位概念的做法，也有主张采用类似于英美法系所有权的定义，令其“涵盖合法的经济利益及经济期待的整个领域”[3]。而英美法上，最广义财产概念将人的全部法律权利视作财产；相对狭义的概念是，与人身权相对的财产性权利；第三种是，对物（in rem）财产性权利；最狭义是有体财产（corporeal property），即实物（material object）所有权或实物本身。而所有（ownership）是权利人可以使用、管理和享有财产，或转让财产的一束权利，隐含占有权。[4]当前，英美法上财产的含义以第三种用法为主，[5]因此，其所有权指向的是与物有关的、包含但不限于占有、使用、管理、收益、转让等一系列权利，“物”包括了不动产和动产。不动产由土地上的权利及附着于土地的物上的权利组成。动产分为有形动产和无形动产，前者有形可见，后者无形不可见，包括股票、债权、专利、商标、版权、商业秘密、债权、特许经营权、许可权及其他合同权利。[6]可见，英美法上所有权客体涵盖了有形及无形财产，大陆法系德式所有权相当于英美法上有形财产所有权，法式所有权居于中间。

此外，还存在企业所有权的术语，用于表述出资人与企业之间的权属关系，有不同的学说，当前较为流行的是剩余索取权与剩余控制权说。“剩余索取权是相对于合同收益权而言的，指的是对企业收入在扣除所有固定的合同支付（如原材料成本、固定工资、利息等）的余额（利润）的要求权。”“剩余控制权指的是在契约中没有特别规定的活动的决策权。”[7]此种所有权是从出资人与企业关系角度的权利分析。也有一种状态随机依存的所有权说，认为股东仅当企业处于正常状态时才是企业的所有者；在非正常状态下，根据企业经营状态、收益风险及其承担者的不同，债权人、员工、客户、经营者都可能成为企业的所有者。[8]总体上，企业所有权主要是经济学术语，在法律上表现为出资人与企业之间的社员法律关系。

总之，所有权的内涵发生了诸多变化，对我国而言，为因应社会经济发展及无形财产剧增的制度需求，须进行法律变革。而从当前大陆法系民法典发展趋势、我国继受的物权理论、法律调整功能实现以及减少所有权概念扩张的立法成本，不宜将无形财产纳入所有权的客体范畴，应维持所有权以有体物为客体的传统做法，以财产概括有体物与无体物，强化财产概念的法律运用，将无形财产纳入民法典体系。

2、国家所有权的域外立法界定

[1] 【法】弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔：《法国财产法》，罗结珍译，中国法制出版社2008年版，第140-141页。

[2] 【荷】亨克·J.施耐德：《荷兰财产法》，杨悦阳、郑跃杰译，载王卫国主编：《荷兰经验与民法再法典化》，中国政法大学出版社2007年版，第105、106页。

[3] 前引21书，罗尔夫·克尼佩尔著，第271页。

[4] see Bryan A. Garner,Black's Law Dictionary(Ninth Edition),West,2009，p.1215,1336.

[5] 【美】约翰·G.斯普兰克林：《美国财产法精解》，钟书峰译，北京大学出版社2009年版，第4页。

[6] 同上书，第8-9页。

[7] 张维迎：《所有制、治理结构及委托—代理关系》，《经济研究》1996第9期，第34页。

[8] see Philippe·Aghion, and Patrick·Bolton,An Incomplete Contracts Approach to Financial Contracting,Review of Economic Studies (1992) vol.59,p.p.473-494.

首先，从我国效仿之主要对象苏联的有关法律及理论比较分析其国家所有权。根据1936年苏联宪法（“斯大林宪法”）第1章社会结构第6条的规定，土地及其蕴藏、河流、森林、工厂、矿井、矿山、铁路运输、水上和空中运输、银行、邮电、国家所建立的大型农业企业（国营农场、机器拖拉机站等），城市和工业区的公用工业和主要住房，都是国家财产，即全民财产。之后1977年苏联宪法（“勃列日涅夫宪法”）第2章经济制度第11条第1款规定了国家（全民）所有制后，第2款规定，土地及其矿藏、水流、森林，均全部为国家财产。工业、建筑业和农业的基本生产资料，运输工具和邮电设备，银行，国家组织的商业企业、公用企业和其他企业的财产，城市基本房产以及执行国家任务所必需的其他财产，均归国家所有。

从苏联宪法可见，苏联宪法上国家所有的客体范围非常广泛，并直接以国家财产称之，应该说间接确认了国家财产权，当然主要是所有权。对此，苏联民法学者认为，“国家同时既是政治权力的代表者（主权代表者），又是财产所有人，并且，密切联系着政治权力来行使所有权”，由于“任何财产都可以属于国家所有，所以，国家所有权的客体是多种多样的。”[1]在苏联民法学者看来，因国家的主权代表者身份，国家所有权可以无所不包，完全凭国家意志决定对象范畴，其权能中还包括了行政管理。这当然是苏联特定社会体制及思想的产物，苏联国家所有权的界定过于强调政治过程及政治决策的影响力。即使国家财产与政治权力密切相关，但在财产归属于国家的静态意义上仍需符合财产法律制度的基本理论。特别是，与苏联相较，虽然我国有关“国家所有”的表述方式、结构等与之类似，但当前我国已发生巨大变化，苏联国家所有权观念在我国已不具备社会土壤，不能作为解释我国“国家所有”或国家所有权的正当依据。

此外，当今许多国家都制订了有关国有财产的法律。在法国，2006年颁行《公法人财产总法典》，区分了公法人的公产与私产。划分公产的标准：财产直接为公众使用，或用于公共事业。若公产的用途没有改变，则不得转让、不受扣押、不受时效约束、不得设置具有任何私人利益性质的役权。而公法人的私产可以进入商业交易，公法法人对这些财产享有所有权，可转让，可设置利于个人的物权，可依时效取得。还区分了国家公产与地方行政部门的公产，公共机构的公产也得到承认。[2]目前，法国判例及民法理论已承认行政机关对公产的所有权。

在德国，我们所谓国有财产被称为公物，广义上包括财政财产（收入财产）、行政财产（公用物）、共用财产（共用物）；狭义上仅包括行政财产、共用财产，[3]合称公共物。“在所谓的公共物上存在特殊的公共所有权的学说，广不为人们所接受。即使是那些服务于公共用途（如街道、道路、水路）或服务于真正的国家目的（如用于行政管理的建筑物、学校）的物，仍存在于公法团体（如国家、市镇）的私法所有权中。当然，在对该物之公法规定范围内，这类所有权的私法内容要受到排挤。”“而公共物之所有权人，也不得禁止——不同于民法典第903、905、1003条之规定——因公共使用而产生的影响。对于公共物，除适用私法之物权法外，还适用属于行政法之法律；而在有疑问，且私法之效力范围并未完全丧失时，在适用上以行政法规范为准。”[4]可见，德国把公共物置入公法团体（公法法人）的私法所有权中，只是权能受到主要来自行政法的限制。同时，在德国，联邦宪法法院否定公法法人的所有权具有《德国基本法》第14条第1款规定的基本权利的性质。[5]

[1] 【苏】格列巴诺夫、科尔涅耶夫主编：《苏联民法（上册）》，中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译，法律出版社1984年版，第318、307页。

[2] 参见前引22书，弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著，第663-666页。

[3] 陈新民：《行政法学总论》，台北三民书局1997年版，第335页。

[4] 【德】鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法（上册）》，张双根译，法律出版社2004年版，第14页。

[5] 同上书，第15页。

日本吸收了法德两国的法律制度，在国有财产规制中既用公产概念，也用公物概念，有关法律主要包括《国家财产法》、《自治法》。日本法把公产分为财政财产和行政财产，前者包括国有现金、有价证券等；后者包括公用财产、公共用财产、皇室用财产等。而日本学界把行政财产定为公物，[1]财政财产为私物。根据所有权主体不同，公物区分为国有公物、公有公物与私有公物。[2]日本国家所有权限于部分公物（有体物），还有一部分公物为私人所有。此外，意大利民法典明确规定了可处分与不可处分的国有财产。可处分的国有财产犹如法国公法人的私产，适用私法规则；不可处分的国有财产，包括公共财产及其他不可处分的国有财产。意大利民法典第 822、823 条规定了国有财产；第 824 条规定适用国有财产规定的县及市镇村的财物；第 826 条规定国家、县及市镇村的固有财产。

总之，关于国家所有权的立法界定，（1）在主体方面，国家作为抽象主体通常不直接成为法律权利人，而是由公法人作为具体的所有权主体。并且国家对其享有的物之所有权不能任意而为，须受法律及公共目的制约。（2）在客体方面，集中于公用物与共用物，但广义上也包括财政财产，尤其需要注意的是，不能以公物作为国家所有权的客体，因为公物亦可为私人所有，除非法律排除之；此外，物仍以有体物为主。（3）在内容方面，国家（公法人）的私物的所有权权能与私法所有权相同，公物的所有权权能受到诸多限制，集中体现在收益、处分权能，尤其不动产类公物处分条件极其严格。（4）在规范依据方面，需要公私法协力，共同规制国家财产的归属、行使。

3、国家所有权的定义

综上，本文将所有权的涵义界定为传统的以有体物为客体的所有权，其他无形财产应归入财产权的范畴。国家作为抽象主体仍须具体化，待公法人制度建立后，由公法人作为所有权人更为适宜，鉴于我国国家所有制的基本经济制度及法律传统，本文仍以国家作为所有权主体，而我国民法上设立的机关法人和事业单位法人，可作为我国国家所有权制度再造的资源。由于国家所有权权能受限与否取决于法律规定，因此定义时加上“依法”字样，强调国家所有权主体的法定义务。总之，国家所有权是指，国家作为权利人依法占有、使用、收益或处分物并排除他人干涉的权利。

（二）国家所有权的性质

我国民法规定了国家所有权，但其属性在学界聚讼纷纭，主要存在私权说、公权说、混合性质说等学说。即使认为是私权，也存在信托所有权、公共所有权等不同主张。本文认为，国家所有权的性质为私权，且属于真正的独立的物之所有权，权利人不是名义上的、代表其他主体的，而是独立自主的、作为法律主体依法享有物之所有权。

1、国家所有权私权属性证成

（1）国家所有权符合物权一般特征，系私权

国家所有权不同于私人所有权之处主要在于其强烈的公共性，通常为了实现特定的社会公共目的、维护公共利益而设定。基于此，国家所有权的功能宗旨、行使方式、收益分配、规范机制等异于私人所有权。而作为一种特殊权利，国家所有权仍符合物权的一般特征。

首先，从权利主体看，我国国家所有权的主体是国家，由国务院代表国家行使所有权。由于宪法与物权法都规定了“国家所有”即“全民所有”，也有观点把全体公民作为权利主体。[3]国家具有抽象性，全民也不具体，都不宜作为权利主体。这是我国国家所有权制度

[1] 参见朱维究、王成栋：《一般行政法原理》，高等教育出版社 2005 年版，第 206 页。

[2] 参见【日】盐野宏：《行政组织法》，杨建顺译，北京大学出版社 2008 年版，第 247、257 页。

[3] 在笔者看来，宪法上的此一规定是全民所有制的体现，因循了苏联宪法的路径，苏联宪法把全民所有制与国家所有制等同起来。在法律构造中，不能简单地将国家所有权等同于全民所有权，全民所有制的要点在于全民通过国家实现经济权利或生产资料的抽象归属，宪法上的“全民所有”是一种制度性保障，在权利层面既可表现为国家所有权，亦可表现为公法人所有权，或者其他类型的国家或公法人财产权。

的不足之处。国际主流做法是，把国家机关等公法人作为权利主体，且进行分层，不但联邦制国家如此，中央集权制国家如法国也区分中央与地方政府的财产及所有权。我国公法人制度不健全，无法实现宪法上“国家所有”在下位法中的体系化建构。当前我国国家所有权主体的抽象化，不够具体，是待改善之处，但不能据此就认为我国国家所有权非私法权利，与私法所有权属性不同。毕竟，“在所有现代法律秩序中，国家和任何其他法人一样，可以具有对物（in rem）权和对人（in personam）权，具有由‘私法’所规定的任何权利和义务。在有一个民法典时，该法典的规范同等地适用于私人与国家。”[1]国家不仅具有公法人格，且具有私法人格。[2]在本质上，国家所有权就是在私法上确认国家对其支配的物之所有权。当然，国家所有权即便是公法人所有权，不同于私人所有权，其权利主体具有法定性，不能凭自主意思支配物，必须按照法律、行政法规规定的程序、方式、用途等行权。这意味着，国家所有权中意思自治、权利自由的空间极小。

其次，在权利客体方面，我们必须承认“所有权的主体、客体必须是具体的”[3]，主体不明，类若无主；客体不清，权利不存。上文曾谈到《物权法》上国家所有权的客体，一是以物为直接规制对象，一是以主体支配范围的物为对象。对此，有学者指出，“国家所有权的客体既包括有体物，也包括无体物与聚合物，而多数客体并不具备特定物、独立物的特点。”[4]也有学者以自然资源为对象论述到，“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。”[5]那么，所有权客体怎样才是具体、特定独立呢？

根据物权理论，物权客体应具有特定性与独立性。所谓物权客体的特定性，是指物权客体必须是现在已经存在的特定物，而特定物是具体指定的物。“惟所谓特定物权仅须一般社会或经济观念为特定物即可，非必须为物理上之特定物。”客体独立性即应为独立物，“独立物指依社会经济上之观念，此物与彼物可依人为划分，而独自存在者而言。”“至于是否为独立物并非物理上之观念，而应依社会上一般观念或法律规定定之。”[6]此外，一物一权原则要求一个物上只有一个所有权，或所有权以一个独立物为限，数个物上不能成立一个所有权。但该原则有所松动，集合物或聚合物上开始成立物权。可见，所有权客体的具体主要在于特定与独立，而判断标准不仅在于物理状态，更在于一般社会或经济观念。如土地在物理上不独立，但可划分为不同地块，亦可作为所有权对象。如土地中的矿藏是土地的一部分，但许多国家法律规定与土地分离，单独成为所有权客体。综观各国民法，有关特定物、独立物的规定与判断不尽相同，缘于各国经济、政治、文化、法律传统的差异。就国有财产论，无论是否直接采用国家所有权的称谓，抑或公法人所有权，其客体范畴与我国规定的国家所有权客体范畴重叠之处居多，尤其是自然资源几乎相同。概言之，我国国家所有权客体特定独立，即使存在缺陷，也不足以否定国家所有权本体及属性。

最后，在权利内容方面，国家所有权权能包括两种情况，一是权能与私人所有权相同，没有特别限制；二是权能受限，这是主要形态。我国国家所有权以国家为主体，根据权利设置的法理基础，必须服务于社会公共事务与公共利益，这就构成了合目的性约束，但这

[1] 【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 227 页。

[2] 需要特别注意的是，在我国，国家的公法人格与私法人格混同现象严重，政府权力常常取代国家所有权和国有企业法人财产权，导致“国家所有”权利的行政化、非市场化，国有财产效率低，收益差。在界定国家所有权性质时，切忌混同国家法律人格，由国家公法人格直接论断国家所有权为公权。

[3] 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。

[4] 前引 11，马俊驹文，第 92 页。

[5] 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 120 页。

[6] 谢在全：《民法物权论（上册）》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 11、12 页。

并非权能上的直接限制，当前物权法也没有限制性规定。而当法律确定国家机关等主体与其支配的物之间的权利关系时，会按照物的公共性、公益性和社会性限制具体主体的权能。在域外，这些国家机关等主体作为公法人被赋予受到法律限制的所有权，在德国称之为“修正的私有财产权”，[1]即所有权。所有权不是各项权能的简单相加，而是权能的总体，可以表现为各项权能，减少某一项权能不会对所有权存在本身产生影响，所有权作为单独的权利不再依赖其权能。在这个意义上，我国国家机关、事业单位的国家所有权权能不完整或受限，问题不大，只是由于国家所有权主体为抽象的国家，似乎在逻辑上无法与机关法人、事业单位法人所有权连接起来，造成了看起来无所不能的国家所有权与具体法人主体权利之间的内在紧张。

对于自然资源国家所有权，有学者认为，由于国家的唯一性，国家没有“处分”这一民法所有权至关重要的权能，其“所有权”性无法体现。[2]此一论断对所有权处分权能的理解有误。处分包括事实上的处分和法律上的处分，前者指有形的变更或毁损物的本体，后者包括债权行为（如租赁、买卖）和物权行为（如所有权转移、抛弃、担保物权的设定）。[3]换言之，处分不限于所有权转移给他人，还包括所有权的限制、消灭、设定负担等。如森林自燃烧毁，所有权消灭，系事实上的处分；如就自然资源为他人设定用益物权，构成对所有权的限制，亦是处分，是法律上的处分。作为所有权最核心的权能，处分权不可或缺，[4]国家所有权处分权能只是受限，“不能转让”的所有权不意味没有处分权能，更不会令其丧失“所有权性”。

此外，在收益方面，有学者指出“根据马克思的理论，判断谁是真正的所有者要看谁因财产而获取了收益或利益。在我国，国务院和各级政府并不是国有财产的所有者，而是国家所有权的行使者，所以它们不应有自己的任何特殊利益，它们完全是代表全体人民的利益在行使权利和履行职责。然而现阶段国家所有权的行使与获取利益的一致性这一所有权的本质特征还不可能完全实现，全体人民作为所有权人还不可能获得他们所应享有的全部利益。”[5]对此，本文认为，马克思理论的所有者判断标准是一种所有制视角，是从利益最终归属层面的分析。例如，按该标准，股东是公司的所有者，因为股东享有公司利润或控制权。在法律上，包含所有权在内的公司财产权属于公司法人。这表明，收益归属不是法律上所有权的标准。收益权能是所有权的权能之一，可以与所有权分离，存在所有权人不能取得收益或收益权受限的所有权。我国国家所有权即便存在收益与行使不一致，也不影响国家所有权的物权特征。

（2）国家所有权公权说辨析

另一种有关国家所有权性质的学说是公权说[6]，本文将混合性质说即认为国家所有权兼具私权与公权的主张称为部分公权说，以及外公内私说，[7]放入本部分讨论。这些学说揭示

[1] 【德】汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法（第二卷）》，高家伟译，商务印书馆2002年版，第474页。

[2] 参见前引42，巩固文，第121页。

[3] 王泽鉴：《民法物权1通则·所有权》，中国政法大学出版社2001年版，第154-155页。

[4] 这是笔者倾向于认为国家机关、事业单位享有独立所有权的主要理由，它们在物权法上被赋予了对其直接支配的物的处分权，虽然受到法律限制。这样一种对物的权利，实质上应属于所有权，或者说国家机关和事业单位系物的实际所有权人。

[5] 前引11，马俊驹文，第92-93页。

[6] 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；葛云松：《物权法的扯淡与认真：评<物权法草案>第四、五章》，中外法学》2006年第1期；巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期；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。

[7] 该说认为仅存在统一的宪法国家所有权，同时包含私法权能和公法权能，私法权能已将所有权的内容包含在内。参见王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期。

了国家所有权与公权力或公法规范之间的密切关系，但误将公权当做国家所有权的本质性存在。

有学者认为，宪法第9条规定的自然资源属于国家所有，表明国家所有权是公权。理据主要在于，第9条非民法规范，不具有民事赋权效果，国家不能据此获得民事权利；非赋予国家基本权利，而是授予公权力；从体例位置和立法意图来看，自然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。[1]在本文看来，我国宪法“国家所有”类规范不足以支撑国家所有权公权说。解释“国家所有”类法律规范，不能局限于宪法第9条和第10条，还应把国有经济、国有企业条款纳入，上文已论及，在此不再赘述；其次，宪法条款当然是宪法规范，非民法规范，不具有直接的民事赋权效果，在这一点上笔者同意上述学者的意见。亦有宪法学者主张，宪法第9、10条规定的“国家所有”是一项“民法意义上的所有权，即国家所有权”，它是宪法性权利，且“不存在宪法上国家所有权与民法上国家所有权在法律地位、权利外观和权能构造上的差异”。[2]笔者认为，即使存在两种法律范畴的国家所有权，其法律地位、法律性质、功能作用、价值目标等不同，不能直接将二者等同。再者，把有关宪法条款理解为授予公权力实际上忽视了国家在公私领域的同在，法律身份的双重性，尤其是作为私主体的意义，简单地把国家主体作为公法主体，把国家权利与权力全部视作公权力，把国家行为认为公法行为。实际上，单纯的“国家所有”规定无法推得仅仅是赋权国家作为公法主体享有公权力，还有就是国家作为私法主体享有私权利。

最后，有一种常被用来论证国家所有权是公权的观点：国家所有权的行使、权利支配行为是通过公法手段实现的，国家此时是公法主体，国家所有权体现着不平等主体之间的关系，是公权。有学者认为，“在管理大多数资源性和公共性财产时，国家承担着维护社会公共利益的职责，原则上不能从中获取收益或权利的行使应受到严格的限制，这时国家是行政主体，其权利的性质是公权。”[3]当然，国家所有权是特殊的财产权，具有强烈的公共性，国家行使该权利时需要受到法律约束，其中包含国家的管理权及维护公共利益的职责，以及相对人违反义务的公法责任等。这容易令人误以为国家所有权就是国家作为行政主体，或部分意义上是作为行政主体的公权力。实际上，国家所有权是有关以该权利的客体为对象的国家行为的基础，应把国家所有权与基于或为了国家所有权的行政管理区分开来。“在国家所有权的运行中，行政权力的广泛渗入和主导性是国家所有权行使的主要方式。但我们不能从国家所有权实现方式上的特点来推论国家所有权的性质也成了公权力。”[4]国家所有权是在私法层面确认国家对物的权利，目的在于实现公共职能与公众利益。如国家机关采购各种办公用品，与厂家签署买卖合同。通说认为，国家机关与厂家是平等主体，它们签署的买卖合同为民事合同。办公用品交付后，成为国家所有权的客体，很难说是私所有权转变为公权。且在受到侵害如办公用品被窃，国家机关当然有权要求侵权人返还，法律基础在于私法上物之所有权。除了国家机关直接支配的物，即使是共用物，如自然资源、土地等，遭受侵害，不能说国家没有私法权利主张侵权人赔偿，只能诉诸于国家公权力进行保护。否则，将违背国家所有权存在与运行的社会实践及法律逻辑。

可见，国家所有权是私权，是从静态归属的角度私法赋予国家对物的权利。在权利行使过程中，由于国家作为私法主体与公法主体的同一性或双重法律人格，且基于设置国家所有权的正当性基础，即维护社会利益的需要，公法设定了许多严格限制，防止国家滥用其在私法上的所有权，违背初衷。在国家行使所有权或实现所有权权能之前，须按照法律

[1] 参见前引42，巩固文，第116-122页。

[2] 前引8，程雪阳文，第112页。

[3] 前引11，马俊驹文，第92页。

[4] 程淑娟：《论我国国家所有权的性质》，《法律科学》2009年第1期，第80页。

规定的一系列程序、职责满足实现公众利益的条件。例如国有土地使用权，按法律规定在履行完成一定的程序和步骤后，有关土地管理部门代表国家本着平等、自愿、有偿的原则，与土地使用者签署出让合同。此国有土地使用权出让合同实际上是国家所有权处分权能的实现，所有权人在自己权利上设定了限制。合同双方当事人是平等主体，该合同是民事合同。有关国家机关或政府部门代表国家行使国家所有权之前须完成的程序、步骤、职责等或许包含了公法行为或公法义务，但它们只是国家所有权行使的法律前提或条件，只有满足了该等条件，无论公法性或私法性，才能行使国家所有权。国家所有权的行使不是这些条件本身的实现，而是接续，不因条件中包含公法因素而改变国家所有权的私权属性。这在我国法律及司法解释层面，表现为对国有土地使用权出让合同民事性质的认可。[1]

2、国家所有权的具体性质

明确了国家所有权的私权属性后，国家所有权到底是何种所有权仍存在较大分歧，经本文梳理有以下几种学说：

（1）以主体区分的所有权

按照主体标准，国家所有权被界定为不同主体类型的所有权。首先，全民所有权。由于我国法律规定了“国家所有”即“全民所有”，国家所有权亦被称为全民所有权，该权利以全民为主体，视国家为全民的代表。其次，政府分级所有权。我国法律规定国务院代表国家行使所有权，由于国家作为权利主体的抽象性，有观点将国家所有权直接等同于政府所有权。但在我国社会经济生活中，从中央政府到地方政府都拥有国有财产，因此，政府所有权须分为不同级别。第三，国家权力机关所有权。该说认为国务院只是国家行政机关，不适宜作为体现全民利益的国家所有权的主体，而应由反映人民意志的我国最高权力机关——全国人民代表大会及其常委会作为权利主体。第四，国家法人所有权。我国民法通则确立了机关法人和事业单位法人，它们作为民法法人具有主体资格，可以作为国家所有权的权利主体，由此国家所有权转变为法人所有权。

上述将国家变换为其他主体的做法，实际上有悖于国家所有权的主体内涵。从主体的特定性上看，除全民所有权外，其余主体当然更为具体，有利于解决所有权虚位的问题。但是，当前法律难以解释出此类所有权。相对而言，意义较大的是法人所有权，但需要完善国家法人制度，建立完整的公法人体系，构造公法人所有权，作为“国家所有”的具体权利形态之一。

（2）信托所有权

还有一种较为流行的、以英美法上的“公共信托理论”解释国家所有权，[2]认为对于水流等自然资源，每个人都是所有者，享有为实现个人生活需要而利用的绝对权利，至宪制政府产生，基于对政府的信任将自然资源托付给政府。政府享有的所有权只是一种名义上的所有权，实质上仅是代管权，是为了公共利益和民众需要而产生的权利。

公共信托理论是为解决自然资源与环境问题而产生，在公共信托结构中，民众是委托人兼受益人，政府是受托人，民众将自然资源及环境所有权让渡给政府，名义上政府享有所有权，但必须为民众利益行使有关权利。在信托所有权下，民众享有财产的收益权，政府可以处分财产，但须合目的性。与大陆法系所有权的绝对性相比，信托所有权具有相对

[1] 如我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第11条规定，土地使用权出让合同应当按照平等、自愿、有偿的原则，由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。该条确认了土地管理部门与土地使用者之间的平等地位。2004年最高人民法院发布了《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》开宗明义，根据《民法通则》、《合同法》、《土地管理法》、《城市房地产管理法》等法律规定，结合民事审判实践，就审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律的问题，制定本解释。这明确了国有土地使用权出让合同的认定依据首先为民法，案件性质为民事纠纷，等于承认出让合同为民事合同。

[2] 参见王旭：《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8-9页；王克稳：《论自然资源国家所有权的法律创设》，《苏州大学学报（法学版）》2014年第3期，第91页。

性的特点，权能构成不完整。公共信托理论对于解释自然资源国家所有权不失为一种可行的方法，但是并非国家享有所有权的物都适合此一方法。国家机关的行政财产或财政财产等一般适用私有财产权，这在英美国家亦然。

（3）公共所有权

许多学者主张国家所有权为公共所有权，[1]认为公共所有权不同于私人所有权，是对公共财产的权利规定。国家所有权是国家以团体人格享有权利，最终利益归于全体人民；国家所有权客体直接或间接服务于公众，公众才是最终的所有者；其目的具有公益性。这些都符合公共所有权的特点。除了国家所有权，公共所有权还包括集体所有权。

针对私人所有权与公共所有权的所有权分类，本文认为仍然存在诸多问题，首先，公共的涵义仍然不清，界定其范畴的难度不亚于国家；其次，从主体角度，公共所有权有待通过主体予以落实。而在法律上区分私人所有权与公共所有权的俄罗斯，其公共所有权的主要权利人政府机构仍享有自己的财产权或所有权；再者，通过私人利益与公共利益、私产与公产的区分实现公共所有权的认定，实际上对国家所有权的认识助益不大，因为国家所有权本身包含了客体、利益等方面的特殊性。最后，公共所有权作为公共的或体现公众利益的权利，其所有者是共有关系或总有关系也不明确。有日本学者把公法人所有权归入公共所有权，[2]又在私法关系中区分私（人）的与公（共）的所有权，是否确有必要值得斟酌。

对本文而言，国家所有权是国家作为私法主体享有的权利，虽然与一般的所有权相较颇具特点，也只需依据物权法所有权理论认知即可。由于国家的抽象性，有必要将其法人化，设置不同的公法人，最终“国家所有”在物上表现为公法人所有权。当前，国家作为私法主体，具有抽象统一的私法人格或法人人格，其所有权系单一主体的所有权，不存在共有等问题。

[1] 参见张建文：《转型时期的国家所有权问题研究：面向公共所有权的思考》，法律出版社2008年版；程淑娟：《论我国国家所有权的性质》，《法律科学》2009年第1期；张力：《社会转型期俄罗斯的公共所有权制度——兼论公共所有权与私人所有权的制度关系》，《法律科学》2009年第2期。

[2] 【日】冈村司：《民法与社会主义》，刘仁航、张铭慈译，中国政法大学出版社2003年版，第32-33页。

“国家所有”的规范构造

彭中礼*

内容提要：基于法律概念与社会事实之间存在的开放性逻辑联系，对“国家所有”的规范构造进行了系统研究。研究表明，“国家所有”并非国家所有权，二者之间对应为观念和权利的差别。宪法中规定“国家所有”，既是意识形态的展示，也是特定经济制度的表达。从宪法经验来看，规定“国家所有”是社会主义国家宪法普遍存在的规范形态，带有权利的宣示意味。从宪法实践的角度来看，“国家所有”表明的是一种“所有”的事实，而非权利性和占有性事实。理解特定自然资源的归属，必须实现从观念到权利的转变，即要实现“国家所有”到国家所有权的转变，并重视基于市场的交换原则在国家所有权实现中的作用。

关键词：国家所有 国家所有权 逻辑结构 意识形态 宪法解释

引言

随着经济社会的快速发展，有效分配自然资源已经成为一个颇受关注的话题。它不仅在理论上是一个难题，而且从法律规范来看，也是一个难题。难题之“难”，“难”在如何理解宪法上规定的“国家所有”。泰耶尔曾说：“法律愈发展，法律术语就愈需明确其含义；区别增加了，新的情景和难题出现了，而原有的那套概念、区别和术语就须认真修正。法律和人类的其他思维领域并非大相径庭，其同样以来清晰的思维之助才能理解问题。若常用的法律术语得到正确运用，我们便易于理解问题本身；若不能正确运用，那我们至少也应该弄清究竟错在何处。”[1]为此，我国学术界已经展开了诸多努力，也取得了诸多成果。[2]然而，纵观已有研究成果，其基本特点均为基于现有法律条文的的规范分析，其积极意义在于将中外法理学说中的所有权理论（特别是民法学上的理论）与我国宪法结合起来分析，得出了一定的研究结论。但是，从另一个角度来看，这种规范分析却因为过于看重基于所有权理论的演绎而忽视了中国宪法的制度事实。比如，在四川发生的“乌木案”[3]，经过学者们一番苦心孤诣的推论，除了强调制定新的法律后仍然无法得到有效地解决：“具体的自然资源是否属于国家所有，依赖于法律对宪法上述条款的具体化和立法形成，在法律没有完成这项工作之前，特定自然资源属于没有进入物权法/财产法秩序的社会共有物，不属于国家所有的财产。对于这种共有物，国家可以基于主权以及由主权衍生的行政管理权来设

* 彭中礼(1981—)，男，湖南隆回人，湖南行政学院副教授，法学博士，法学博士后。

1 转引自[美]霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友编译，中国法制出版社 2009 年版，第 27 页，注释。

2 程雪阳将过去学者们对“国家所有”的解释提炼出了五种学说，分别为：“物权说”、“公权力说”、“所有制说”、“制度性保障+立法形成说”和“名义所有权说”，在此基础上，程雪阳提出了其所坚持的“综合说”（具体内容为：(1)现行宪法所规定的“国家所有”，不仅是一项经济制度，而且是一项民法意义上的所有权，即国家所有权。(2)基于宪法第 9 条第 1 款“国家所有，即全民所有”的规定，国家所有权必须服从于“服务全民，为全民所共享”这一“制度性保障”的要求。(3)要实现宪法赋予国家所有权的特殊功能，仅仅依靠宪法是不够的，还需要通过具体的法律对国家所有权的种类、范围、行使方式、用途与收益加以立法形成，从而建立一套完整的关于国家所有权的法秩序。(4)现行宪法第 9 条第 1 款和第 10 条第 1、2 款的规范性质是授权性规范，其授权国家可以通过立法将特定自然资源设定为国家所有。）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。“综合说”为本文作者方便研究而概括程雪阳的文章内容所得，不带有任何特殊意义。

3 “因为乌木出土导致权属争议事件在四川发生了 8 件,安徽发生了 1 件。其中最著名的，是四川省彭州市通济镇麻柳村村民吴高亮在家门口承包地的河道边发现价值数百万的乌木，随后就被镇政府收走了。另外，2014 年，也有重庆潼南 8 位村民卖乌木所得的 19.6 万元被判充公事件发生。”转引自程雪阳：《中国宪法上国家所有的规范含义》，《法学研究》2015 年第 4 期，第 106 页。

定开发和使用规则，但不能作为所有权人获得相关财产性收益。”[1]果如此，则学者们的讨论显得没有多大意义。显然，我们对自然资源“国家所有”的研究脱离了方向。

法学是规范之学，是对法律生活实践的逻辑反映和抽象。奥地利逻辑学家塔麦洛认为，事物本身是无所谓逻辑的，逻辑是人类认识事物的特殊工具而已。同样，法律逻辑不是法律的实质内容来源，而是一种法律思维的工具。[2]实现法律概念研究最重要的逻辑，就是与司法应用相结合，从实践角度切入理论探讨，促进对法律概念研究的理论升华。对此，有较多学者感同身受。比如，霍菲尔德就曾认为，做法律概念的分析性研究不应当是一种形而上学意义上的思辨，而是建立在以司法为基础、能够解决问题的辨析，否则就是出现“法理学著作中讨论的问题过于‘学究’而丝毫无益于法律实务。”[3]因此，笔者认为，我们应当从当代中国的制度实践、人们的生活实际和未来的发展走向的角度来解决“国家所有”的概念结构问题。基于此，笔者提出了“国家所有”的三层构造说，以回应人们对“国家所有”的种种质疑。

之所以从规范构造的角度来研究“国家所有”所有，主要原因在于笔者坚持认为法律概念的存在与社会事实之间存在的开放性逻辑联系。也就是说，从法律概念的外部联系来看，严谨的法律概念必定对于存在的事实，否则法律概念的作用难以发挥。在法律体系当中，“法律概念通常被认为是组成法律规定或整套法律的基本单位。”[4]如果用思想的放大镜深思基本法律概念，我们应当能够寻找到各具体国家政策之间所存在的共同因素，或者形象的称之为“原子”结构。[5]正是这些原子似结构，共同构造出了基本法律概念。作为基本法律概念，国家政策也必然有其能够被分解的基本元素，或者说国家政策存在能够被分解的“最小公分母”，从而形成霍菲尔德意义上“关于法律概念的规范构造”。[6]从法律概念的价值来看，“概念的作用在于特定价值之承认、共识、储藏。从而实质构成特定文化的一部分，具有产生减轻后来者为实现特定价值所必须之思维以及说服的工作负担的功能，并能明确其适用上的限界或应注意的事项。”[7]这样，通过规范性语言展示特定的法律概念，是所有的学术研究必须认真对待的问题。基本法律概念功能的准确展示，就在于概念本身所能以及所欲建构的要求、需求和目的。这就需要我们分析基本法律概念构成中的逻辑单位，从而实现对概念的确定性理解和阐释。法律概念的研究，最重要的不是对概念下一个简单的定义，而是要通过对概念元素的仔细研讨，为此概念与彼概念地区分奠定学理基础，从而实现法律概念体系之间的逻辑自洽。因此，研究“国家所有”的规范构造，本身就是法律概念的使命所求。正如阿列克西所说：“从法现象的角度看，一个理想的法规范概念当包含价值要素(内容正当)、逻辑要素(有效性)与事实要素(社会实效)三个层面。”[8]本文亦从逻辑要素、制度要素和规范要素三个层面来分析“国家所有”的规范构造。

1 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 112 页。

2 【奥】伊尔玛·塔麦洛：《现代逻辑在法律中的应用》，李振江等译，中国法制出版社 2012 年版，第 148 页。

3 【美】霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友编译，中国法制出版社 2009 年版，第 82 页。

4 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 100 页。

5 所谓“结构”，是指作为一个系统或整体而存在的事物诸组成要素及其相互关系。参见[瑞士] 皮亚杰：《结构主义》，倪连生、王琳译，商务印书馆 1984 年版，译者前言第 2 页。

6 王涌：《寻找法律概念的“最小公分母”》，《比较法研究》1998 年第 2 期，第 151 页。

7 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 52 页。

8 Robert Alexy, The Concept and Validity of Law, London: Clarendon Press, 2002, pp.126—128.

一、“国家所有”的逻辑结构

考察“国家所有”概念，必须对其构成元素进行必要分析。显而易见，该词由“国家”和“所有”两个规范词语构成，从而构成一个整体意义上的法律概念。法律语言的规范性既是对法律概念特殊性的表达，也是对法律现象的整体性反映。对基本法律概念构成性语言的分析，有利于精准把握概念的内涵和外延。“一种法律制度如何规定其规则，看似是一个政治决定，实则受到语言的限制，因为不同的语言能使规则的规定达到理想的明确和具体的程度是不一样的。”[1]通过法律概念表现出来的特定专门术语，流传于从业人员之间，从而形成一个特定的文化圈。

（一）“国家”的指向

笔者统计发现，在我国法律当中，“国家”一词的使用比较普遍：《宪法》中含有“国家”一词的条文有50条，《民法通则》中含有“国家”一词的条文有22条（包括《民法通则》第六条），《物权法》中含有“国家”一词的条文有28条，《合同法》中含有“国家”一词的条文有17条，类似的广泛分布在其他法律文本当中也存在。

有学者对民法中“国家”的含义进行过研究。如颜雪明就认为，我们民法当中的“国家”，在不同地方，含义是不一样的，甚至在同样一个法条里面，含义都是不一样的。他将民法中的国家一词的含义概括为八种，第一种含义是指政治国家，第二种含义是指民事主体，第三种含义是指中央政府，第四种含义是指国务院所属的部门，第五种含义是指各级地方政府，第六种含义是指地方政府的下属委办局，第七种含义是指特殊行业的国企，第八种含义是指法域意义上的国家。[2]从这里可以看出两点：第一，有学者将“国家”主体化，即国家可以成为民事活动主体；第二，“国家”既可以是中央意义上的，也可以是地方意义上的。这两点能否成为我们研究的基础，还需要进行论证。

“国家”作为当代政治学和法学当中的一个核心词语，影响着相应的制度设计。在法治视野当中，我国宪法中“国家”概念和功能的实现，不外乎有三种指向：

一是政治意义上的指向，以显示其至高性和强制性，比如《宪法》第一条所称“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。”这里的“国家”既包含拥有最高国家机关，也包含有最高对外权力和最高对内权力。但是需要指出的是，在这里对外权力上的国家也是以一个独立主体的形式表现出来的，而对内权力的行使也要依赖于一定的机构来行使。所以，如果国家要承担国际责任，则需要根据宪法确定的职责由相应国家机关承担。

二是法律意义上的指向，需要以承载主体的形式体现出来，比如《民法通则》第八十条规定：“国家所有的土地，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。”在这里，如果将“国家”理解为政治学意义上的国家似乎也可以，但是考虑到土地作为一种权利需要登记在册时，必须有一个登记主体，那么就不可能将登记名称登记为“国家”，而只能将其性质理解为“国家所有”。这个时候的“国家”应当是以中央政府和各级政府或者政府部门为载体，其缘由是《物权法》第四十五条规定“国有财产由国务院代表国家行使所有权”，这是一种法定形式。相类似的法律还有《物权法》第四十六条“矿藏、水流、海域属于国家所有”，《物权法》第四十七条“城市土地属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地属于国家所有”，《物权法》第四十九条“法律规定属于国家所有的野生动植物资源属于国家所有”，都应当以国务院为承载主体。

三是授权意义上的指向，即国家的承载主体不是法律直接规定的，而是由法律法规授权另行制定相应的法律法规并成立相应部门来作为承载主体，从这个意义上说，授权意义上的指向与法律意义上的指向大体相同，但是形式不同。根据我国的宪法，有些机关必须通过法律法规授权，才能行使国家权力。这样的情形在我国法律当中，特别是民事法律当中非常多见。比如《物权法》第十条规定：“不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。”这里的“国家”显然也应当理解为政治意义上的概念，但是在具体落实过程当中，需要另行制定法律法规来规定，所以其相应的承载载体是根据法律授权成立的房产登记部门。再如《物权法》第七十六条“国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业”。在这里，《物权法》只是对国家设立公司有明确授权，但是如何设立，还需要有明确的法律规定，当然在根据此法律授权以后，我们就知道此时的承载主体是财政部门或者国有资产管理部门。同样的道理，《合同法》规定：“供电人需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人”，第一百八十二条“用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时交付电费，违约的，供电人可以按照国家规定的程序终止供电。”实际上，这里的“按照国家规定”尚不明确，实际上另外有法律规定为由供电局来进行管理，所以此时的国家承载主体是供电部门。总之，表面上看起来，地方政府的下属委办局和特殊行业的国企确实是代表了地方政府，但是他们之所以能够代表地方政府或者代表国家，只不过有了法律法规的授权而已。合同法中关于供电合同的规定明确指出“供电人需要中断供电时应当按照国家有关规定事先通知用电人”，那么先应当有“国家规定”——实际上应当是根据该法制定的法律或者法规，否则所谓的“供电局”就不可能有该项权力。

从“国家所有”一词来看，其要表明的特定意义是：某项事物由“国家”来拥有，但是至于如何拥有显然构成一个实践难题，后文将进行分析。因此，“国家所有”的规范含义是国家对自然资源归属的确定。而这种“归属的确定”实际上包含了两层含义：一是国家作为主权的代表拥有自然资源，二是国家可以指定和授权特定的主体来拥有自然资源，只不过是这需要有法律的具体规定。因此，从“国家所有”的宏观意义来看，尚未涉及到指定行使主体和授权主体的含义。

（二）“所有”的观念

从历史发展来看，“所有”最早是一种观念，并以“你的”、“我的”等形式出现。“所有”观念的形成，是人类天性的体现。但是，“所有”观念并非与生俱来的，而是随着社会物质产品开始丰富，人类对财产占有的欲望明显进化之后才出现的。特别是当社会物质产品极大丰富，并且由于某些因素的影响，使得古代人们有了明显的“我的”、“你的”区分，“所有”观念就开始出现。在权利观念并不发达的古代中国，“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”的思想已经出现，这体现出了中国古人的“所有”观念与封建王权之间的紧密联系。实际上，人类社会发展过程当中最重大的制度变化就是财产所有制度的变化，即个人或者团体如何拥有、使用和分配财产是判断一个时代标志的核心要素，所以摩尔根说“财产的发展将与发明与发现的进步同时并进”，“财产的发展，是与标志着人类进步中各文化时期的发明与发现的增加、以及社会制度的改善密切相关联的。”[1]

1【英】约翰·吉本斯：《法律语源学导论》，程朝阳等译，法律出版社2007年版，索兰序言第2页。
2 颜雪明：《民法中的国家》，http://www.aisixiang.com/data/72200.html，访问日期：2014年1月20日。

1【美】摩尔根：《古代社会》，杨东尊、张栗原、冯汉骥译，商务印书馆1971年版，第926页，第927页。

关于财产制度在人类历史发展过程当中的作用，马克思和恩格斯也非常重视。恩格斯在研究史前社会的时候就说过一句话："在旧大陆，家畜的驯养和畜群的繁殖，开发出前所未有的财富的来源，并创造了全新的社会关系。""但是，这种新的财富归谁所有呢？最初无疑是归氏族所有。然而，对畜群的私有制，一定是很早就已经发展起来了。很难说，亚伯拉罕族长被所谓摩西一经的作者看作畜群的占有者，究竟是由于他作为家庭公社首领所拥有的权利，还是由于他作为实际上世袭的氏族酋长的身分。只有一点没有疑问，那就是我们不应该把他设想为现代意义上的财产所有者。"[1]在恩格斯的研究当中，史前社会的人类已经有了私有制，这就意味着有了个人所有制度，但是恩格斯并不认可这就是现代意义上的财产所有权人。原因在于，财产的"所有"观念与财产的所有权制度之间存有较大差别。所以，并不是有了"所有"观念就意味着已经有了财产所有权。因为权利观念直到罗马法时代才真正成为学术理念和实践概念。按照一些学者的考察，权利的概念是人类社会发展到特定历史阶段的产物，它的出现与个人主义观念的兴起紧密相关。古希腊和古罗马社会中不存在一般意义上的权利概念。斯多亚哲学和基督教理论中所蕴含的个人主义观念还不足以导致权利概念的出现。十二世纪出现了世俗个人主义和权利概念的萌芽。[2]不过古罗马已经出现了具象意义上的权利，比如财产权、物权、所有权等。在古罗马法中，表示所有权概念的词主要是 proprietas，它"是罗马法成熟时期的术语，比较强调的是物的归属关系，可以涵盖三种形式的所有权：市民法所有权(dominium exiure quirtium)，个人对形式上属于国家行省土地的占有和用益权，受裁判官法保护的善意拥有(inbonishabere)。"[3]凯利（Donald R. Kelley）和斯密斯（Bonnie G. Smith）曾认为，合理的财产权制度不是用于区分"自然本性"，而是用于促使人严格的遵守法律不去侵犯他人的合法财产。[4]实际上，财产制度的合理性在于，必须与当时代的经济社会法治条件结合起来。我们注意到，古罗马时期的财产制度就是一种与古罗马的家父权制度紧密相关的制度。所有权作为家父权下统一行使的权利，严格区分于对物品的事实占有状态。意大利罗马法学家彼得罗·彭梵得认为在整个罗马法时代，罗马私法就是"家父"或家长的法，在罗马历史早期一般被称为"manus(权力)"，后来一般被称为"potestas(支配权)"。在当时的罗马政制体制下，国家、部落、家族和家庭四级权力结构支配国家的运作，家父的权力极大。所有权正是从家父权力中派生出来的，因此享有绝对支配物的权力。最初只有贵族即三部落的后裔、宗贵族大会的成员才享有所有权，至于平民则仅有事实上的占有，在法律上并没有所有权。[5]但是这种权利观念又属于共有的，而不是个别的。所以，梅因说："如果把我们的注意力限于个人的所有权，则就先天的极少可能对早期的财产史获得任何线索。真正古代的制度很可能是共同所有权而不是个别的所有权，我们能得到指示的财产形式，则是些和家族权利及亲族团体权利有联系的形式。"[6]直到罗马帝国后期，所有权作为一种典型的完全权利才逐步固定下来。从某种意义上说，作为权利的"所有"观念的出现与国家的出现紧密相联。[7]

1【德】恩格斯：《家庭、私有制与国家起源》，载《马克思恩格斯选集》（第 4 卷），人民出版社 1995 年版，第 50 页。

2 方新军：《权利概念的历史》，《法学研究》2007 年第 4 期，第 69 页。

3 黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 81 页。

4 See Donald R. Kelley & Bonnie G. Smith,What Was Property?—— Legal Dimensions of the Social Question in France(1789-1848) ,Proceedings of the American Philosophical Society, Vol. 128, No. 3. (Sep., 1984), pp. 200-230.

5 周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆出版 1994 年版，第 329 页。

6【英】梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1996 年版，第 147 页。

7 恩格斯曾说："一句话，财富被当作最高的价值而受到赞美和崇敬，古代氏族制度被滥用来替暴力掠夺财富的行为辩护。所缺少的只是一件东西，即这样一个机关，它不仅保障单个人新获得的财富不受氏族制度的共产制传统的侵犯，不仅使以前被轻视的私有财产神圣化，并宣布这种神圣化是整个人类社会的最高目的，而且还给相继发展起来的获得财产从而不断加速财富积累的新的形式，盖上社会普遍承认的印章；所缺少的只是这样一个机关，它不仅使正在开始的社会分裂为阶级的现象永久化，而且使有产者阶级

简短考察人类社会的"所有"观念史，可以得出几点结论：第一，"所有"并非必定是一种法律意义上的权利，关键在于时代的发展是否需要有相应的制度性观念来保护"所有"观念。第二，"所有"即使是作为一种权利状态存在，因各种因素的制约，也并非一定就是完整意义上的权利形态。

（三）"国家所有"与国家所有权

我国宪法对于使用"国家所有"的场合一共有三处：第一处出现是在宪法第九条第一款"矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外"；第二处和第三处则是出现在第十条"城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有"。从宪法的文本来看，我国宪法使用的是"国家所有"，而不是国家所有权。但是，在有关宪法自然资源国家所有的研究文献当中，研究者们几乎都不加思考的认为"国家所有"就意味着国家所有权。[1]在此，我们要思考的逻辑追问是：宪法文本上的"国家所有"等于国家所有权吗？

从理论上看，作为权利主体的人与作为权利主体的国家在所有权行使和使用方面存在有巨大差别。在所有权理论中，似乎拥有某物就意味着对某物拥有所有权。比如，凯尔森曾经就说过："我们不仅说一个人有一个对一定行为〔对本人的行为或对其他某个人的行为)的权利；我们还说一个人有对一定物的权利。财产便是对一定物的权利的典型例子。我有某物意思就是我对该物有权利。因此就在以下两者之间作出了一个划分:jus in rem 即对物的权利，和 jus in personam 即要求某个别人应在一定方式下行为的权利、对某个别的行为的权利。例如，债权人有要求债务人支付一定数目金钱的权利。但是对物的权利似乎只是关于一个人自己行为的权利的一个特殊情况。我有一物，意思就是我有权使用它或毁坏它，总之，我可以任意地处分它。"[2]当我说我拥有一支笔的时候，潜在的意思是我对这支笔有所有权。然而，如果说我拥有"空气"的时候，人们就会不再相信我了，因为我不对空气拥有权利。当国家宣布"我拥有全部的自然资源"，包括已经开发的和未开发的自然资源时，不管是从理论上看还是从实践中看，这种情形与凯尔森所论述的情形都有差别。

在一般意义上论及所有权时，权利人对物都有完整的权利，特定情形是以担保物权或者他物权的形式影响所有权。但上文的论证也足以表明，"所有"观念的盛行不等于所有权的存在。在我国法学话语体系当中，将"国家所有"定义为国家所有权，是受权利话语影响的表现。权利话语论者们认为，任何事物之间的关系都可以简化主体之间的权利。通过权利，人们可以表达一种基于自身利益最大化的需求。[3]但是，国家自然资源所有权本身就属于权利的特殊实现形式。因为自然资源国家所有权的国家对物不会直接占有，更不可能行使基于"自由意志"的处分之权利。国家行使权利的方式是拟人化的，即必然是通过授权的形式（如授权给国务院）或者法定的形式（通过立法直接规定）。而且，自然渊源种类繁多，既有已经发现的，也有未发现的；既有已经命名的，也有未命名的。因此，当国家宣布自然资源归国家所有时，显然不可能包括所有的可能性。对于未知的、未命名的

剥削无产者阶级的权利以及前者对后者的统治永久化。而这样的机关也就出现了。国家被发明出来了。"【德】恩格斯：《家庭、私有制与国家起源》，载《马克思恩格斯选集》（第 4 卷），人民出版社 1995 年版，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，第 105-106 页。

1 比如《法学研究》2013 年第 1 期发表的系列文章当中，都将国家所有认为是国家所有权。税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》；巩固：《自然资源国家所有权公权说》；徐祥民：《自然资源国家所有权之国家所有制说》；王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》；张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》；林来梵：《宪法规定的所有权需要制度性保障》。此外，程雪阳的系列论文当中也将"国家所有"认为是国家所有权。如程雪阳：《中国宪法上国家所有的规范含义》，《法学研究》2015 年第 4 期。

2【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 84 页。

3【美】玛丽·安·格伦顿：《权利话语》，周威译，北京大学出版社 2006 年版。

等自然资源，国家如何行使所有权？可见，在我国宪法当中，言及自然资源国家所有之时，并不意味着此时国家必然享有对自然资源行使特定的权利，它只不过是在宣示一种权利，或者说是表达一种特定的政治经济制度。国家通过这样的表现形式来宣布这个国家主权的某些特色或者这个国家的某些性质。这就涉及到另一个话题，宪法中规定自然资源国家所有，国家到底在追求什么。

二、“国家所有”的价值取向

当立宪者们将自然资源宣布为国家所有的时候，必定带有特定的价值追求。发现隐藏在宪法文本当中的价值追求，是一件十分困难的事情。所以崔建远教授认为研究自然资源国家所有问题时，必须首先确定一定的立场：“恐怕先得确定大家是采取立法论还是运用解释论，是哲学思考还是法律的解释与适用。如果是立法论或者哲学思考，则论者可以自由驰骋，甚至开宗立派；如果采取解释论，就必须受现行法的拘束，自由裁量的余地极为有限。”[1]在宪法文本确定的情形下，研究宪法中的法律问题，规范的方法自然是从解释学的角度来看待宪法文本。美国法学家萨缪尔·弗里曼在谈到最纯正的解释主义也就是他所认为的原旨主义的观点时指出，法官在解释宪法文本时，要根据宪法的明显含义来解释宪法。当宪法文本的词语在理解时存在争议时，法官应当根据原始含义来理解宪法的文本。当时，关于原始含义的理解有两种主张：一种主张认为原始含义要参观立宪者的意图来进行，而另一种主张则认为要通过考察宪法被批准通过时立宪者们的共同理解来进行。[2]从宪法的原始含义来理解宪法文本上某个词语的最初价值意图，是极有意义的。

（一）“国家所有”的意识形态取向

“国家所有”是社会主义公有制的主要形式。马克思最早是从土地的角度来认识国家所有问题的[3]。土地是一切财富的源泉，马克思坚信：“社会的经济发展，人口的增长和集中，迫使资本主义农场主在农业中采用集体的和有组织的劳动以及利用机器和其他发明的种种情况，正在使土地国有化越来越成为一种‘社会必然性’，这是关于所有权的任何言论都阻挡不了的。社会的迫切需要将会而且一定会得到满足，社会必然性所要求的变化一定会照样进行，迟早总会使立法适应这些变化的要求。”[4]马克思还说：“土地国有化将彻底改变劳动和资本的关系，并最终完全消灭工业和农业中的资本主义的生产。只有到那时，阶级差别和各种特权才会随着它们赖以存在的经济基础一同消失。靠他人的劳动而生活将成为往事。与社会相对立的政府或国家将不复存在！农业、矿业、工业，总之，一切生产部门将用最合理的方式逐渐组织起来。生产资料的全国性的集中将成为由自由平等的生产者的各联合体所构成的社会的全国性的基础，这些生产者将按照共同的合理的计划进行社会劳动。这就是19世纪的伟大经济运动所追求的人道目标。”[5]在马克思看来，所有权理

1 崔建远：《自然资源国家所有权的定位及完善》，《法学研究》2013年第4期，第66页。

2 See Samuel Freeman，Original Meaning Democratic Interpretation and the Constitution，Philosophy and Public Affairs 1992,(1),p.3。

3 马克思也曾提出过“社会所有”这一概念。但是社会所有是一个比较大的范围的概念，所以在强调社会主义制度的性质的时候，马克思和恩格斯又提出了其他更为明确的概念，如国家所有。恩格斯曾说：“使这部著作（指的是马克思的《路易·波拿巴的雾月十八日》，1885年汉堡迈斯纳出版社第3版）具有特别重大意义的是，在这里第一次提出了世界各国工人政党都一致用以概述自己的经济改造要求的公式，即：生产资料归社会占有。”【德】马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第22卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1965年版，第593页。

4【德】马克思、恩格斯：《马克思恩格斯选集》（第2卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1995年版，第127页。

5【德】马克思、恩格斯：《马克思恩格斯选集》（第2卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1995年版，第129-130页。

论的主体是以私人为前提，而资本集中等现象导致的土地国有，已经脱离了原有的私人财产所有权概念的藩篱，逐步迈向国家财产所有权，这是历史进步的趋势，无法阻挡。所以，原有的资本主义条件创造的所有权理论必须在新的历史和理论条件下有新的创造。

有学者认为，土地国有将不仅仅是社会主义才有的，而且也是资本主义可能有的：“土地国有化是否只有在社会主义才能实现呢？马克思并不这么认为。在他看来，社会的经济发展，人口的增长和集中，机械化大生产的实现，资本主义也需要而且必然要求进行土地国有化。社会主义所要做的仅仅是对‘土地国有化’的继承。”[1]其理论依据是马克思说过的一句话：“在资本主义生产力一式下，资本家不仅是一个必要的生产当事人，而且是占统治地位的生产当事人。相反，土地所有者在这种生产力一式下却完全是多余的。资本主义生产力一式所需要的只是：土地不是公共所有，土地作为不属于工人阶级的生产条件同工人阶级对立。如果土地国有，因而国家收地租，这个口的就完全达到了。土地所有者，在古代世界和中世纪世界是那么重要的生产当事人，在工业世界中却是无用的赘疣。因此，激进的资产者在理论上发展到否定土地私有权(而且还打算废止其他一切租税)，想把土地私有权以国有的形式变成资产阶级的、资本的公共所有。”[2]笔者以为，这是对马克思原话的误解。理解马克思是不是认为资本主义可以实现土地国有化的重点在于“激进的资产者在理论上发展到否定土地私有权(而且还打算废止其他一切租税)，想把土地私有权以国有的形式变成资产阶级的、资本的公共所有”，在这里马克思仅仅只是说资本主义理论家们在理论上发展出了土地国有的一套理论，但是在实践当中这些理论家并没有这么做，一是这种理论并非流行的主流理论，二是这些理论家们并没有掌握足够的国家权力。马克思的原意是，不仅社会主义理论者看到了土地国有的正当性和合理性，一些激进的资本主义理论家也看到了土地国有的正当性和合理性。综合马克思的本意以及他的理论来看，资本主义社会条件下，即使产出了土地国有理论，也不可能进行这种实践。这是资本主义土地问题和社会主义土地问题的区别。德国的魏玛宪法应该说是国有化的一种实践，然而却是一种失败的实践，不仅没有获得其他资本主义国家的继承，而且魏玛宪法存在的时间也不久。可见，资本主义国家并不认可财产国有的宪法形式。生产资料国有与否就是意识形态上社会主义与资本主义的差别所在。

土地归国家所有是社会主义的一个重要标志，但是要完全实现社会主义，光有土地的国家所有还不行，还必须实现其他生产资料的国有，才算完成了社会主义的根本任务。在马克思主义经典作者看来，在无产阶级夺取政权的过程当中，“生产方式日益迫使人们把人规模的生产资料变为国家财产，因此它本身就指明完成这个变革的道路。无产阶级将取得国家政权，并且首先把生产资料变为国家财产。”[3]马克思不仅提出了“社会所有”和“国家所有”的概念，还提出了“公有制”的概念。通过上述的研究和分析已经表明，生产资料归社会占有或者国家所有是公有制的另一种称呼[4]，而生产资料公有制是意识形态中区分资本主义和社会主义的主要标志，社会主义制度“同现存制度的具有决定意义的差别当然在于，在实行全部生产资料公有制先是在单个国家实行)的基础上组织生产。”[5]列宁曾在马克思理论的上，对“国家所有”理论有了更进一步的发展，在此不再赘述。

1 程雪阳：《国家所有权概念史的考察和反思》，《交大法学》2015年第2期，第77页。

2【德】马克思：《洛贝尔图斯先生·新的地租理论》，载《剩余价值理论》(第二册)，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社197年版，第38-39页。

3【德】马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第3卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1965年版，第754页。

4 有学者指出，在马恩那里，“社会所有”只是公有制的别称，而不是公有制的具体形式。参见吴惠之：《论马克思、恩格斯关于生产资料“社会所有”、“全社会所有”与“国家所有”的设想》，《财经研究》1983年第2期。

5【德】马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第37卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1971年版，第443页。

过上述对马克思和恩格斯关于“国家所有”性质的考察，我们可以得出几点结论：第一，以“国家所有”为核心的财产共有方式是社会主义与资本主义的主要差别所在；第二，“国家所有”被普遍的使用于深受马克思和恩格斯影响的社会主义国家，是社会主义经济制度的主要意识形态标签。我国是共产党领导的新中国，从革命到建国深受马克主义理论的影响。即使是在宪法制定方面，马克思主义作为指导思想，对中国社会建设也起到了指导作用。因此，自然资源的“国家所有”本身就代表了一种国家层面的意识形态。所以，我国宪法文本当中所说的国家所有表达的是一种基于政治对比的意识形态，是对该宪法所反对的某些观念的制度化，这是理解国家所有的第一步。

（二）“国家所有”的制度形式取向

我国宪法文本中规定自然资源归国家所有，并且也特别指出，“即全民所有”。在已有的学术讨论当中，“全民所有”对于“国家所有”而言，到底意味着什么，并没有受到学术界的重视。笔者认为，从宪法规定本身来看，其所规定“全民所有”具有特定的历史含义和表现特征。

从词汇之间的关系来看，“全民所有”是“国家所有”平行引出的新信息。从汉语词典角度来看，“即”的意思可以是“就是”，所表达的是一种平行概念或者解释性概念，“即”之前和“即”之后的词语的含义是对等或替换的。《现代汉语八百词》中“即”的主要作用是解释或说明前面的部分，其前后多为名词性成分。[1]一些著名语言学家都把“即”归入了换言连接成分，并说明“即”所连接的前后部分是同义同指关系，将较为通俗易懂或较为具体的描述与前面较为抽象的描述连接起来。[2]换言连接成分“即”所连接的前后部分以同义同指为逻辑基础，大体上把其所隐藏的深层语义关系分为三大类：推论、解释、定义。其实三者都可以统一到大范围的解释之内，推论内部隐藏着因果关系。因果关系也是一种解释，但解释关系并不都是因果关系。[3]在我国的宪法文本当中，“即”既是一种解释，也带有定义的功能，从而引出新的信息。因此，要理解宪法上的“国家所有”，还必须深入理解“全民所有”，这就需要我们从马克思主义经典作家们那里获取真知。

从词语的源流来看，作为公有制的一种形式，“全民所有”一词的使用是20世纪的事情，而最先使用全民所有制范畴的经典作家是列宁。他在《俄国政党和无产阶级的任务》这篇文章中，以答问的形式回答如何把最大最强的垄断组织拿到人民自己手中时说：“首先把所有银行合并为一个国家银行，然后由工人代表苏维埃对银行和辛迪加实行监督，最后把它们收归国有，就是说归全民所有。”[4]据考证，列宁对“全民所有”的用法实际上并不多，他更喜欢用的是“国家所有”。将“全民所有”变成体制概念的是斯大林。斯大林说：“现今在我国,存在着社会主义生产的两种基本形式：一种是国家的即全民的形式,一种是不能叫作全民形式的集体农庄形式。”“首先和主要是归结为在工业中我们有生产资料和产品的全民所有制，而在农业中我们却有着不是全民的、而是集团的、集体农庄的所有制。”[5]社会主义国家全民所有制理论形态的完整表述，苏联科学院编写的权威教材《苏联政治经济学教科书》有过系统概括：“社会主义国家所有制是以工农社会主义国家为代表

1 吕叔湘：《现代汉语八百词》，商务印书馆1980年版，第228页。

2 廖秋忠：《现代汉语篇章中的连接成分》，《中国语文》1986年第6期。

3 常娜：《换言连接成分“即”的研究》，《云南师范大学学报(对外汉语教学与研究版)》2009年第3期，第78页。

4【前苏联】列宁：《列宁全集》（第29卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1956年版，第200页。

5【前苏联】斯大林：《斯大林选集》（下卷）,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1979年版，第550页，第559页。

的全体苏联人民的所有制”，其特点是：“在社会主义社会中工人阶级同全体人民共同占有国家的生产资料”，“国家财产就是全民财产”，“国营企业中的社会主义生产关系是最成熟、最彻底的”“是社会主义所有制的高级形式。”[1]在前苏联坚定的意识形态的推行下，全民所有制是区分社会主义和资本主义的主要政治体制。

在公有制的最早、最系统的主张者马克思和恩格斯那里，“全民所有”一词并没有受到得到青睐，而是“社会所有”一词。但是“社会所有”概念并没有进入社会主义国家的制度实践当中去。从宪法经验来看，规定“全民所有”是社会主义国家宪法普遍存在的规范形态。1918年，《俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国宪法(根本法)》出台，在该宪法第二条第1款规定：“为实现土地社会化而废除土地私有制，宣布全部土地为全民财产，并根据土地平等使用的原则，把土地无偿地拨给劳动者使用。一切全国性的森林、矿藏和水流，以及全部耕畜、农具、示范农场和农业企业均宣布为国有财产。”第3款规定：“批准把一切银行收归工农国家所有，以此作为使劳动群众摆脱资本压迫的条件之一。”在列宁主持下的前苏联宪法没有规定“全民所有”，而是直接采用“国家所有”。但是，该部宪法中关于“国家所有”的规定在1936年斯大林主持下修改的宪法中被修订。1936年苏联宪法规定苏联的社会主义所有制有两种形式：国家所有制（全民财产）；合作社和集体农庄所有制（各个集体农庄的和各个合作社的财产）。自此，“全民所有”正式进入宪法范畴。该种做法获得了其他社会主义国家的强力效仿。比如，新中国成立之初，就深受前苏联政治经济体制的影响。虽然在《共同纲领》中没有采用前苏联关于“全民所有”的表述，但在第一部宪法中却采用了“全民所有”的用法。1954年我国《宪法》中说：“中华人民共和国的生产资料所有制现在主要有下列各种：国家所有制，即全民所有制；……”随后，我国历次宪法修改中都没有动摇过“全民所有”的宪法地位。同时，现行古巴宪法第十五条规定：“不属于小农或小农组织的合作社所有的土地、地下蕴藏，矿井，属于其主权范围内海洋的、自然的有机物资源，森林，水流，通讯工具，糖厂，制造厂，基本运输工具，一切企业，银行，装备和器材，国有化和没收的帝国主义分子、庄园主和资产阶级的财产，农场、工厂、企业以及社会经济的、文化的和体育性质的建筑物，国家建设、扩建的或者得到的一切东西，以及将来建成、发展或得到的设施，都永远宣布为社会主义国有财产，亦即全民财产。”现行越南宪法第十七条规定：“土地、森林、河流与湖泊、水源、地下自然资源，领海、大陆架以及领空的资源，国家在经济、文化、社会生活、科技等不同部门和领域的企业和工程所投的资金和财产，以及国家在外事、国防方面所投的资金和财产和法律规定应当属于国家的财产，都应属于全民所有。”现行朝鲜宪法第二十一条规定：“国家所有制是全民所有制。国家所有的范围不受限制。国家的一切自然资源、铁路、航空运输、邮电和重要工矿企业、港口、银行只归国家所有。国家优先保护和发展在国家的经济发展中起主导作用的国家所有制。”

就在1918年苏俄宪法规定国家所有权的同时，此时德国魏玛宪法也对国家所有权有了明确规定。《魏玛宪法》第九十六条规定：“一切铁道，不论为公用设备者与否，遇联邦为国防需用时，均应听从联邦征发。”第九十七条规定：“联邦得将供公用设备而可以航行之水道，收归国有，并收归联邦管理。此项水道收归国有后，其公用设备，须由联邦或得联邦同意，始得建设或扩张之。管理扩张或新建航行水道时，应得有关系各邦之同意，俾地方文化及地方水利得以维持，其改良时亦然。水道管理机关，遇其他国内水道自行经费请求联接时，应许可之。遇铁道与水道相联接时，水道管理机关准予联接之义务，仍旧存在。水道收归国有后，其公用征收权，厘订运价权，水上及船舶警察权，均属于联邦。河流建设会掌建设莱因河、韦沙河及爱尔河各流域天然水道之职权，属于联邦。”相比之

1【前苏联】苏联科学院：《苏联政治经济学教科书》，人民出版社1959年版，第428页。

下，魏玛宪法对国有财产规定的范围较窄，仅限制于水流或巷道及其相关内容。但该宪法不久之后即被废除。现行《德意志联邦共和国基本法》第十五条规定："土地与地产、天然资源与生产工具，为达成社会化之目的，得由法律规定转移为公有财产或其它形式之公营经济，此项法律应规定赔偿之性质与范围。关于赔偿，适用本基本法第十四条第三项第三、四两段。"从现行德国宪法来看，自然资源并非天然的国家所有，必须经过法律程序的授权转移等。这与前苏联已经我国宪法所规定的自然资源的天然国有有重大差别。而美国、意大利、法国、澳大利亚等国家均未在现行宪法当中强调自然资源的国家所有或者全民所有。通过检索世界各国的宪法文件，可以得出一个基本结论：凡属于社会主义国家，曾经是或者现在仍然是的，都规定了国家所有或者全民所有的相关内容；凡属于资本主义国家，大多不注重对国家所有或者全民所有规定。

从制度形态的角度看，宪法规定自然资源属于"国家所有"，又强调其为"全民所有"，实际上确定的是一种经济制度形态。也就是说，从理想的角度来看，自然资源属于"国家所有"，实现方式为"全民所有"，这是社会主义国家自然资源归属的制度方式。有意思的是，虽然有学者看到了国家所有所包含的制度形态意义，但是却又说："中国宪法中包含的大量社会经济条款，与资本主义国家宪法在魏玛宪法以后为克服社会矛盾而发展出来的社会经济条款，以及所谓的宪法上的第二代权利，在性质上是完全不同的。中国宪法第9条的目的是宣示和确认自然资源领域的社会主义公有制原则。这一原则主要是一个政治性的价值判断，并不具有严格的规范性意义。"[1]实际上，整体来看中国宪法，都是对特定制度的宣示，都是价值判断。因为中国宪法难以成为司法裁判当中的裁判依据，所以其规范意义并不完整。如果因为"国家所有"只是宣示一种经济制度形态，而否认它的规范意义，则显然也没有注意到宪法的真正功能，这是本文在后文必须回答的理论问题。

三、"国家所有"的规范要素

理解"国家所有"，最大的难题在于如何理解现实生活中出现的一些难题。为了解决这些难题，才有五花八门的对"国家所有"的解释和说明。目前来看，这些事实难题是：（1）通过乌木案反映的问题是：无主的乌木是国家的吗？（2）空气在循环，水在流动，森林在生长和死亡，野生动物在迁徙，它们如何"特定"为所有权的客体？（3）居民从黄河里取水饮用是否构成对"水流"国家所有权的侵犯，雅鲁藏布江流到印度是不是国有资产流失？（4）河流冲破堤坝，损害了居民的房屋，作为权利主体的国家是否承担赔偿义务？还有学者追问，土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源国家所有权的权利体系是怎样的？由谁代表，又由谁来行使？全国人大及其常委会在自然资源国家所有权的权利体系中具有什么样的身份，地方政府又具有什么样的身份，国务院是不是自然资源国家所有权惟一适格的行使者？[2]这些问题都有针对性，而且确实也对"国家所有"提出了严重挑战。但是，我们可以通过分析"国家所有"的主权要素来确定"国家所有"的实际含义，进而确定解决上述问题的根本路径。

（一）"国家所有"中的"国家"和"所有"要素

上文已经指出，从人类的"所有"思维来看，"国家所有"的思维并非一开始就存在的，因此也不存在"个人所有"和"国家所有"的区分。从权利的历史来看，以法律的方式来规定财产属于国有财产权在古罗马时就已经出现了。"被征服的土地，一般仍由原来耕种的农民继续耕种，其统治阶级所有的土地被没收后则由骑士、大奴隶主承包，建立大

1 薛军：《自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》，《法学研究》2013年第4期，第72页。

2 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106页。

庄园，用奴隶耕种，这些土地只是略式移转物，必须纳税，以示土地所有权属于国家。"[1]古罗马在征服的地区建立行省，所有权都属于皇帝或者国家，并对这些地方的土地征税。直到罗马帝国晚期，不管是行省地区还是意大利地区，所有土地一律课税。据此，有学者得出了三点结论：第一，所谓行省土地的罗马国家所有权，实质上是罗马帝国扩张领土之后对被征服土地的法律统治方式，有类似于现代国际法上对于领土的主权宣示意义；第二，在行省土地上设立很长甚至是永久的租期，实际上已经把承租人视为所租土地的所有权人；第三，税制改革后行省土地与原意大利土地的区别正式消失，所有的土地均为帝国土地，适用统一的法律，因此，专为宣示行省土地的(主权)归属而设立的国家所有权便自然失去了存在价值。显然，罗马法"行省土地所有权属于国家或者皇帝"的规定中所指的"国家"和现代私法上规定的"国家所有权"所指的"国家"，在概念的内涵和外延上均不一致。[2]

最初的国家所有权是宣示主权的存在，而后因为行省与本土混同，宣示主权的国家所有权消失。正是因为有了主权意识的存在，在使得罗马国家在设计土地管理制度时宣示主权。对此，必然有人怀疑，因为近代国家独立运动兴起以后，并不是所有的国家都会宣示自然资源属于国家所有，而只是少部分国家宣示自然资源属于国家所有，理由何在？理由在于：（1）近代国家建设以民族为核心，凝聚力强。而古罗马是通过武力征伐建设统一国家，无法凝聚统一的罗马国家意识，因此近代国家鲜有宣示国家所有权者。（2）近代西方世界的理念重在强调私有财产，并以保护私有财产作为对抗政府的主要手段。所以，对私有财产权的肯定包含了及其浓郁的政治意义。因此，在崇尚私有财产权的社会，政府的运作主要依靠纳税人的缴税来运作，国家的义务是维护人与人的交往规则，国家所有权的有无并不是政治视角的中心。既然国家所有是一种制度性形态，那么其必然是具有规范价值的。但是，值得注意的是，自然资源"国家所有"是宪法上的规范制度，这意味着，它仅仅只是宏观的制度事实（当然也包含了一些显而易见的微观制度事实）。也就是说，对于宏观的制度事实，我们应当给予充分地包容，而不能像要求一般法律那样仔细和具体。（3）新型理论的兴起，为国家所有权的存在奠定基础。在古代社会虽然有天下大同的理想，但很少有系统的理论来建构所谓天下大同国家。到了近代时期，以马克思和恩格斯为代表的经典马克思主义作家全方位的评判了资本主义国家理论，提出了新的社会形态社会主义和共产主义。而这种新的社会形态与资本主义是对立的，所以马克思和恩格斯有创造性地提出了国家所有权，以挽救资本主义社会的可能失败。因此，在近现代史上，一部分宣布为社会主义的国家在宪法中规定了国家所有权，更多的资本主义国家却对此持否定态度。

事实上，考察自然资源的"国家""所有"史可以发现：宣布自然资源为"国家所有"的国家，并不意味着他们能够紧密控制所有的自然资源；相反，没有宣布自然资源为"国家所有"的国家，并不意味着他们不会在事实上占有和掌握某些特定的自然资源。因此，从"国家所有"到国家所有权的存在还需要有实现条件。

（二）国家所有权实现的规范要件

上文已经指出，"国家所有"并不意味着国家所有权就天然的存在，从"国家所有"到实现国家所有权，需要有一定的规范要件，这才是我们现行法律所缺失的。

首先，"国家所有"没有"权"，只是一种所有权观念的展现。"国家所有"表明的是一种"所有"的事实，是观念性和制度性的存在，而非权利性和占有性的事实。甚至可以说，这只是国家通过其主权对其所需要的特定产品归属的宣称，至于控制力度如何，控制能力如何，法律后果如何，并不在其考虑范围之内。有学者认为，"国家所有权"虽然是一个法律术语，但其在宪法和民法上的含义却并不完全等同。前者属于类似于德国法上的"制度性保障"，后者才是作为物权而存在的民法所有权。如果要把这种"制度性保障"

1 周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆出版1994年版，第330页。

2 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。

加以落实，那就必须制定法律来对宪法规定进行具体化。[1]这个结论笔者赞同，但是关于前提是不赞同的。前文已经指出，自然资源国家所有并不必然代表一种所有权利，因此也就不存在宪法和民法上权利的差别。按照这种逻辑，如果所有权还存在宪法和民法上的理论差别，那么是不是其他所有的权利（如人格权、言论自由权、身体健康权等）都有宪法和民法的差别呢？上文的分析也表明，规定自然资源为”国家所有“，宪法还加上一个即“全民所有“，这意味着从宪法的原初意图来看，它是在宣示自然资源的权利属性，而不是在强调其所有权。这是因为，如果将国家所有定义为所有权，则这种权利的主体、客体以及相应的法律关系是不明确的。比如上文所提到的“天价乌木”到底归谁所有时，根据宪法显然应当归国家所有。但是，这并非说乌木就理所当然的由乡政府强行拿走，而不需要任何对价。

其次，“国家所有”拥有“权”，需要有对应义务的展现。已有的论者很睿智的表示，自然资源归“国家所有”，所以自然资源对公民的损害是否应当由国家来承担赔偿主体就是一个值得探讨的法律问题。比如，如果河流的河水泛滥吞没了某个公民的一栋房子，那么国家（姑且不论谁是责任主体）是否承担侵权赔偿责任？显然，对这个问题的探讨有一个假设，即国家对河流能够实现完全的控制，国家对河流所有权获得了充分地实现。但是，反过来可以说，如果国家对河流没有所有权，则该问题仅为伪命题。因为河水泛滥属于不可抗力，国家虽然“所有”，但是不能控制，所以不能承担责任。假设国家有特定的能力，可以控制河水的涨落，则实现了真正意义上的国家所有权，此时国家就是责任主体。所有“权”的存在，实际上意味着一种真正意义上的控制能力（处分能力），否则该种权利就是不存在的。作为一种宣称的“所有”，仅为一种制度观念，且不需要负担相应的义务。但是，一旦国家作为主体，实现了真正意义上对自然资源的控制，则承担了相应的义务，这时具有逃不掉的法律责任。再比如，空气能不能归“国家所有”，国家是否可以拥有空气的所有权？空气作为无形之物，虽然对于人类来说十分重要，但是其无法对空气实现完整意义上的控制，所以空气虽然可以宣布为“国家所有”，但是国家不能对空气拥有所有权。国家对特定的自然资源拥有所有权，即既可以占有该特定自然资源，也可以使用该特定自然资源，而与国家相对应的个人，必须基于法定条件无偿获取该特定资源或者有偿购买该自然资源。立法者在制定宪法的时候必然已经考虑到了给予“权利”观念的“国家所有”面临的现实问题，因而从宪法规范中区分了“国家所有”和国家所有权。

最后，从“国家所有”到国家所有权，需要有基于市场交换的对价。认可自然资源的“国家所有”，就必须认可乌木必然是属于国家的，狗头金也必然属于国家的，这是不存在法律障碍的。只是，在人们的潜意识当中，觉得根据这些事实得出的结论有点残忍，比如某个贫穷的人好不容易在自己的地里挖出一块狗头金，眼看可以改变生活境遇，却因为属于国家所有而会一无所获，这似乎是一件极其不公平的事情。这样的想法是很有意义的，也给我们思考宪法中的“国家所有”提供了需要拓展的空间。实际上，我国宪法没有宣布自然资源的所有权属于国家，这其中就存在有可供思考的奥秘。上文已经对“国家所有”和国家所有权进行过细致的分析，这为我们此处的分析框架提供了基础。过去一段历史，我们国家对公民的财产权利不甚重视，甚至把自然资源的国家所有权扩大至了非常广泛的范围，侵犯公民基本财产权利的事项屡见不鲜。2004年宪法修改中，我国提出要“尊重和保障人权”，并认为“公民合法的私有财产不受侵犯”，这意味着国家的财产所有权将会受到极大的克制。克制的主要方式是，在尊重法律和宪法的基础上，肯定基于市场的平等交换原则。即，要根据市场的基本原则来确立国家和个人在法律当中的地位，并实现平等的自由交换，禁止国家没有对价的取得公民的合法财产。今天，我们讨论自然资源的“国家所有”问题，实际上是为了弄清自然资源的权利配置问题。具体而言，成熟的市场经济至少有三个环节，即生产环节、交换（分配）环节和消费环节。在这三个环节中，都存在着自然资源的权利配置问题。其中在法律上，生产和消费环节中自然资源的权利配置主要靠物权制度完成；而交换（分配）环节的权利配置主要靠债权制度完成。债权制度，尤其是合同制度和侵权行为制度，是保障自然资源流转的关键所系。自然资源权利配置的基本使命是促成自然资源的资本化，从而让自然资源在市场运作中产生效益，因此，自然资源的权利配置如果仅仅停留在产权或物权配置上，只是完成了一种静态的配置，故尚不足以保障其在交易中获得增值，只有在债权视角完成自然资源的权利配置，才能促使自然资源权利配置的流动化、动态化。无论何种资产，只有在流动或流转中、在主体间互补余缺和满足需要的流动性中才能产生资产的实际增值。这是被市场经济体制所不断验证的一项事实、一个真理。言外之意，对于自然资源而言，肯定其“国家所有”是一回事，但是实现其国家所有权又是一回事。国家必须通过基于市场的平等交换原则来实现国家自然资源权利的合理取得，而不是乡镇政府根据宪法就可以蛮横占有，但是另一方面肯定自然资源“国家所有”，也就表明市场交易的对象只能是国家。比如，在某地发现的大型矿产属于“国家所有”。国家在实现该矿产的所有权过程当中，给周边群众带来的环境损害以及资源损害应当给予充分的补助。没有对价、无条件的肯定自然资源的国家所有权，也是社会主义国家所不能容忍的，这恐怕也是立法者们仅规定“国家所有”的真意所在。当然，具体的事项，需要法律另行规定，此处不再赘述。

1 桂华、贺雪峰：《宅基地管理与物权法的适用限度》，《法学研究》2014年第4期，第39页；张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013年第4期，第62页。

宪法上国家财产所有权的法律属性辨析

——以美浓部的公私法关系论为视角

莫 静*

摘 要：宪法上的国家财产所有权，是指国家基于宪法文本的规定而能对特定形态的财产享有支配的权利或权力。宪法的国家根本法地位决定了其公私法的通涉性，且其总纲也是具有法律规范性和适用性的原则性规定。特定的自然资源、国有土地、行政单位和事业单位的国有资产、企业中的国有资产和文物档案，这五类国有财产的规定基本集中于宪法总纲部分。因而，以美浓部达吉的公私法关系论来辨析宪法上国家财产所有权的法律属性，拥有得天独厚的优势。顺藤摸瓜可知，宪法上国家财产所有权的取得源头集国家的权力和权利于一身、所有权人即国家具备行政主体和准私人主体的双重人格、所有权行使的法主体具备双重委托性、所有权的法益具备总有性、作为财产的法客体具备用途固定性、所有权的功能具备双重性，因而宪法上的国家财产所有权是一种具备公私双面性的宪法规范，它存在公法的和私法的两种效果，兼有公权和私权的两个方面的权利。这种公私双面性也注定了其限制和保护的双向性。

关键词：财产所有权 公私法关系论 总纲 双重委托 法益

尽管从所有权起源角度来看，民法上的所有权是指所有权人在法律的限制范围内，对自己的所有物享有占有、使用、收益和处分的权利。[1]然而，无论在私法抑或在公法上“财产权”与“所有权”两者都并非是一对对等的概念：财产权之上并非仅含所有这一权能，而所有权也并非仅以财产为对象。所以“财产”与“所有权”是两个可以相互界定边界的词汇，本文中笔者仍主张用“国家财产所有权”一词来明晰所意指的对象，用以排除非财产类的国家所有权和非所有类的财产权。正如胡杰博士所言，“权力的内在属性中包含了权利的价值指向与功能，权力的起源、运行与发展过程中都受到了权利价值与功能的指导与规制。”[2]因而，本文所说的宪法上的国家财产所有权，是指国家基于宪法文本的规定而能对特定形态的财产享有支配的权利或权力。也有学者曾将宪法意义上的国家所有权划分为生产资料、国有土地和自然资源，并从目的和宪法限制的角度将其与民法意义上的个人所有权、具体所有权相区分，进而将宪法上的国家所有权界定为一种服务于公共利益以及确保所有公民基本权利得以实现的义务性所有权、抽象所有权和名义所有权。[3]

就中国现行《宪法》而言，其关于国家财产所有权的规定主要体现在总纲部分，具体来说可分为如下五大类：（1）矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源；（2）国有土地；（3）行政单位设事业单位的国有资产；（4）企业中的国有资产；以及（5）文物档案。但是，其他规范性法律文件却对国家财产所有权的外延进行了扩充，尤其

* **作者简介：**莫静（1988年—），女，湖南益阳人，东南大学反腐败法治研究中心基地研究人员，东南大学法学院博士研究生，主要从事宪法学与行政法学方向研究，E-mail：mojinghn@163.com，15295508602。

基金项目：本文系江苏高校哲学社会科学重点研究基地基金、江苏省2015年度普通高校研究生科研创新计划项目（KYLX15_0198）、2015年度中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“以政府主导的合作治理推动民生保障的法治实施机制研究”资助成果之一。

[1]参见丁海俊著：《所有权》，中国法制出版社2007年版，第1-10页。

[2]胡杰：《权力的权利性》，载《法制与社会发展》2013年第2期，第85页。

[3]参见肖泽晟：《宪法意义上的国家所有权》，载《法学》2014年第5期，第28-33页。

是对自然资源“等”字扩大解释的合宪合理性无不引发过学界的大量质疑。[1]同时，所有权的主体如何认定？如何理解实际行使所有权的政府的地位？个人是否可以主张所占国有资产的份额？国家财产所有权与私人财产所有权、集体财产所有权和公共财产所有权之间是否存在差异？诸如此类的问题迫切需要我们从学理上、立法源头上给出合理、合法的解释。

其实，宪法上国家财产所有权的规范本身的法律属性，不仅决定了其他立法的合宪性，同时也能为国家财产所有权这一法律概念的理解、解释和适用提供充足的依据。笔者认为，对解决这种宪法规范的法律属性问题最有帮助的见解，当推日本宪法学美浓部达吉先生在《公法与私法》一书中提出的公法和私法的关系论。因为宪法上的国家财产所有权是一种内容上具有财产价值的公法关系，是国家对其所有财产的支配权，从而固然具备公法的和私法的两种效果，兼有公权和私权的两个方面的权利。为此，本文以美浓部达吉先生的公私法关系论为理论基础，在解析宪法上国家财产所有权条款的法律地位和性质以揭示出其公私双面性之后，再分别从法主体的双重委托性、法律利益的总有性、法客体的用途固定性和法功能的双重性一一剖析宪法上的国家财产所有权不同于单纯私法上的财产所有权或单纯公法上的权力的特有属性。

一、美浓部达吉的公私法关系论的内涵概要[2]

在美浓部达吉先生看来，从效力和管辖的角度来说区分公法和私法十分有必要，是故可以结合法主体、法所保护的利益、法律关系的性质和国家参与裁判的次序等多元标准来进行区分。进而可以发现在权利义务的相对性、国家行为之公定力、国家公权之强制力、对于公法上人民权利的保护、制定法的目的和效果等方面公法不同于私法间的特殊性。然而，更应该注意公法和私法的共通性，它们体现在同为权利义务的关系、权利义务种类和法律原因上的共通性等，从而可以明了公法与私法之间的相互关联。具体而言，这些关联可以提下在如下六个方面：一是法律关系和权利的公私法混合；二是以公法行为为依据的私法关系之形成；三是为私法行为要素的公法行为；四是私法规律对于公法关系之适用；五是公法向私法的转换；六是私法的公法化。

二、宪法上的国家财产所有权是一种公私双面性的所有权

（一）宪法的国家根本法地位决定了其公私法的通涉性

关于宪法的法律地位，已成共识的一点是它是国家的根本法。这也为我国现行《宪法》序言的最后一段所明确规定。而宪法之所以是与一般普通法律相对应的根本法，主要在于其规范的内容是国家的根本制度和根本任务，具有最高的法律效力，其创制和修改程序比其他法律更为严格，其实施和监督的方式与手段更为不同。而宪法这一国家根本法地位也就决定了其公私法的通涉性，其体现得最为明显的当属规范的内容和最高法律效力两个方面：

[1]以野生动物资源为例，尽管早在我国1988年制定的《野生动物保护法》第3条也同样规定了野生动物资源属于国家所有，但其对野生动物作了一定限制，即仅限“珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有益的或者有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物。”且该规定重在保护野生动物的职责本身不在于明确权利归属。然而《物权法》第49条对野生动物资源加以国有化规定后，显然难以将其与传统的民法物权理论相统一。如梁慧星教授就曾指出，野生动植物资源无法控制的迁徙移动、伤害后的赔偿义务、客体种类的不定性等方面都不利于为国家所有。参见梁慧星：《不宜规定“野生动物资源属于国家所有”》，载《山东大学法律评论》2007年第4期。其它同类许多论著也表示过类似的态度，如陈仪：《保护野生动物抑或保护国家国有权——从私割鲸肉应否处罚谈开去》，载《法学》2012年第6期；欧阳君君：《论国有自然资源的范围——以宪法第9条为中心的分析》，载《中国地质大学学报(社会科学版)》2014年第3期；孙宪忠：《国家所有权的行使与保护研究》，中国社会科学出版社2015年版，第204-205、402页等。

[2]该关系论的凝练源自美浓部达吉一书，具体参见[日]美浓部达吉著：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社2002年版。

首先，从内容上来说宪法涵涉了国家的性质、政权组织形式、国家结构形式、经济制度、文化制度、公民的基本权利和义务、国家机构的组织形式与职权、国家标志等最根本、最重要的问题，其中公民权利的保护与国家权力的限制则是宪法的核心主线。所以，宪法作为根本法其内容必然会具备公法与私法、公权和私权的双面性。其次，从最高法律效力上来看，不仅一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触，宪法是其它一切立法的权源和法源[1]；而且宪法还是一切国家机关和武装力量、政党和社团、企事业组织和全国各族人民的根本活动准则。因而，无论是公私立法还是公私活动，宪法的最高效力都能波及。

为此，尽管公私法之间的基本界限仍然受到普遍承认，但是宪法是“公法”的论点已受到了根本法地位的挑战，即“作为国家的最高法，其价值规范辐射并渗透至法律的全部领域。”[2]而且，随着福利国家等新的政府职能的现代需求的出现，正如美浓部达吉先生的公私法关系论所描述的那样，公法和私法的相互融合和转化已逐渐增强。进而，宪法的公私法通涉性在指导立法和生活实践的价值与作用也将愈发突显。

那么，宪法的根本法地位能不能当然地否定其他规范性法律文件对宪法未有条文的创设性规定呢？

在回答这一问题上，不得不对多数学者所主张“宪法母法说”加以辨析。[3]该学说普遍认为，宪法与普通法律的关系为“母法”与“子法”的关系，即宪法是立法机关制定其他法律的立法基础和依据，没有宪法依据和宪法授权，则不能制定法律。而且普通法律的内容一般也都是宪法所规定的各项原则的延伸和具体化。该观点对于充分理解宪法的国家根本法地位有一定的作用，但也存在着有失偏颇之处。譬如张千帆教授指出，国家立法权在本质上并不是有限的，因而政府的实质性权力无须宪法授权。只要政府的权力符合宪法所规定的立法程序，只要不侵犯宪法所保障的人权或违反其他特定的宪法条款，立法机构在理论上可以通过任何性质的立法。在这个意义上，宪法和其他授权法律之间的关系并不必然是“母子”关系。而且更重要的是，宪法作为“更高的法”只是意味着立法或任何其他政府行为不得剥夺或缩减宪法已经赋予的权利，而从来不禁止立法赋予更多的权利。[4]莫纪宏教授强调，作为其他法律形式产生和存在的法律依据的宪法，其自身的规范内涵也有不完全、不清晰的地方，在适用宪法规范解决其他法律形式中存在的法律问题时，为了维护宪法自身的最高权威性，这就需要借助宪法解释和修改宪法等方法。但宪法作为一种历时性的根本法，权力配置和运行以及基本权利保障的“最低限度的宪法秩序”是法治原则的核心价值。[5]焦鸿昌教授也认为，并非一切法律的制定都必须有宪法的依据，宪法与普通法律的调整对象并不尽相同，因此二者并非完全是所谓“母法”与“子法”的关系。事实上，在任何国家中，都存在大量的无“宪法依据”的普通法律。[6]叶海波教授则从现代国家的权力法定和权利推定公理导出了创制性立法具体化、确认性立法不抵触的法源原则。[7]此外，按照德国宪法学者卡尔·施密特提出的“制宪权——宪法——宪法律——宪法创制的权力

[1]“根据宪法，制定本法”的规范内涵分为权源法定和法源法定两个层面。参见叶海波：《“根据宪法，制定本法”的规范内涵》，《法学家》2013 年第 5 期，第 21-32 页。

[2]张千帆著：《宪法学导论：原理与应用》（第三版），法律出版社 2014 年版，第 21-23 页。

[3]在近期较权威的宪法学论著中，可见到该主张学说踪影的著作大致有：董和平著：《宪法学》，法律出版社 2004 年版，第 20 页。殷啸虎著：《宪法学要义》，北京大学出版社 2005 年版，第 22 页。秦前红主编：《宪法》，武汉大学出版社 2010 年版，第 9 页。蒋碧昆主编：《宪法学》（第七版），中国政法大学出版社 2012 年版，第 10 页。上官丕亮、陆勇胜、朱中一著：《宪法原理》，苏州大学出版社 2013 年版，第 7 页。等。

[4]同前注[7]，张千帆书，第 24 页。

[5]参见莫纪宏著：《宪法学原理》，中国社会科学出版社 2008 年版，第 161-167 页。

[6]焦鸿昌著：《宪法学》（第五版）北京大学出版社 2013 年版，第 5-6 页。

[7]同前注[6]，叶海波文，第 30-32 页。

（含修宪权）”这样的位阶构造，近代宪法法治国要素的原则是分配原则和组织原则，或称之为基本权利和权力区分：前者先于法律而建基于原则上不受限制的自由领域的观念之上，一切真正的基本权利都具有宪法律的效力，不能通过宪法创制的权力予以废除；通过立法程序确定的限制范围要按法治国法律的原则来测度，而不能依赖于依法行政法的原则，每项基本权利对立法者都有拘束力。相反，后者则是受宪法律承认并由其而生，随时可修正的理论模型。[1]

综上所述，笔者认为宪法上的国家财产所有权作为一种具备公私双面性的宪法规范，其对下位法的具体立法指导效力应按该所有权的权利或权力属性来区别对待：当宪法上的国家财产所有权作为一种或基于物质属性所固有的、或基于被动转化如受捐赠取得的全民性权力（利）之时，宪法是不排斥创制性立法的；当宪法上的国家财产所有权作为一种通过国家权力的行使如立法确认、征收、税费收缴、罚没等而自主转化取得的全民性权力（利）时，必须遵循宪法母法说的原则，其他立法只能细化宪法的要求而不得创制新的国家财产所有权规定。

（二）宪法的总纲是具有法律规范性和适用性的原则性规定

世界各国成文的宪法典都具备一定的结构。宪法典结构的构成是基于对宪法规范进行合理、充分和有系统的表述而产生的，在一定程度上也反映了一个国家创制宪法的立宪技术特征。大体而言，宪法典的结构可分为形式结构和内容结构两种。前者为编、章、节、条、款、项、目不等；后者一般而言包括序言、总纲、正文、特殊规定和附则等。[2]也有学者将总纲列入正文部分，将宪法典的内容结构划分为宪法序言和宪法正文（一般由总则、分则、附则三大部分组成）。[3]对于我国宪法的内容结构笔者赞同后一观点，具体来说包括序言，第一章总纲，第二章公民的基本权利和义务，第三章国家机构，第四章国旗、国徽和首都。

总纲，一般被定义为“在宪法典中规定国家制度、社会制度基本原则的部分，一般紧接序言之后作为宪法正文的第一部分。”[4]尽管名称上的表述各不一致，譬如或称为“总则”、或称为“基本原则”、或称为“基本条款”等，但多数国家宪法典中都有类似总纲的规定。[5]那么，在这些含有总纲性规定的宪法典中，又该如何理解总纲的法律效力呢？

一来，理论界曾有人认为，序言和总纲的是同等的概念。但无论是从法律效果的作用上看，还是从宪法本文中序言和总纲的并存，以及排列方式上与宪法典正文的关系来看，这种说法都是站不住脚的。[6]且就宪法序言本身的效力而言，无效力说和有效力说的主张均有失偏颇，惟部分效力说则更加客观、科学。[7]二来，鉴于总纲在整个宪法规范立法体系中具有原则性、总括性、综合性的特点，[8]那么，总纲的法律性质及其适用上是否同宪法正文其它规定存在区别呢？对此，蔡定剑教授早就给出了答案：作为宪法正文条文，总纲本应

[1]【德】卡尔·施密特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 85-89、138-198 页。

[2]参见许崇德主编：《宪法》（第二版），中国人民大学出版社 2004 年版，第 22-23 页。

[3]参见周叶中主编：《宪法》（第二版），高等教育出版社、北京大学出版社 2005 年版，第 120-126 页。

[4]韩大元主编：《比较宪法学》，高等教育出版社 2003 年版，第 85 页。

[5]以《世界各国宪法文本汇编. 欧洲卷》为例，其所罗列的 40 个欧洲国家宪法典就有 24 个国家的明文有总纲部分的内容：同中国类似，在奥地利、斯洛伐克、斯洛文尼亚称为“总纲”；在爱沙尼亚、俄罗斯联邦、芬兰、拉脱维亚、罗马尼亚、瑞士、乌克兰、西班牙称为“总则”；在阿尔巴亚、保加利亚、摩尔多瓦、葡萄牙、匈牙利、意大利称为“基本原则”；在马其顿、希腊、克罗地亚称为“基本条款”；在白俄罗斯称为“宪法制度的基础”、在捷克称为“根本条款”、在黑山称为“基本规定”、在塞尔维亚称为“宪法原则”。其余 16 国宪法尽管为明文说明是类似总纲，但其关于共和国、主权、领土之类的规定，大致也有总纲性的意义。参见朱福清主编：《世界各国宪法文本汇编. 欧洲卷》，厦门大学出版社 2013 年版。

[6]同前注[15]，周叶中书，第 125 页。

[7]该主张可参见何华辉著：《比较宪法学》，武汉大学出版社 2013 年版，第 42-43 页；童之伟主编：《宪法学》，清华大学出版社 2008 年版，第 38 页。

[8]同前注[7]，董和平书，第 108-109 页。

与其他条文一样具有法律规范性和适用性。不过由于总纲又是原则或政策构成，所以它应是在其他条文不能适用，或适用不能解决问题时才能适用。[1]

（三）宪法上国家财产所有权的公私之争及其辨析

我国宪法总纲部分关于国家财产所有权的规定重点集中在第9、10、12和16条，然而绝大多数的宪法学者却往往只是将这一规定视为有关《宪法》第6和7条国家经济制度中公有制的组成部分而一笔带过，即使有少量篇幅介绍也只是以“全民所有制经济”之名进行盖然性的、表象性的描述[2]，而并未渗入到这类财产所有权的法律关系内核。

诚然，宪法上的国家财产所有权作为一种由总纲创设的宪法秩序，抑或是“制宪权”[3]行使的结果，的确需要明确其所表征的国家的经济制度。但是，“所有制和所有权本身并不是同一概念，虽然一定所有制所特有的观念是从这种关系中产生出来的，但另一方面同这种关系又不完全符合，而且也不可能完全符合。以直接镜像的方式来界定多有权和所有制之间的关系，没有考虑从所有制到所有权必须有个法律上能动的实现过程。”[4]所以，对于宪法上国家财产所有权而言更为重要的是还需发挥这一总纲性规定的法律效力，即从法主体、法律利益、法客体和法功能等方面的特质来明确该类财产所有权的法律规范性和适用性问题。

在规范适用上，我国宪法上的国家财产所有权到底从公还是从私抑或公私兼有一直存在着不同的见解。大体而言，这些争论往往因学科而异，即公法学者主张公为主、民商法法学者多数主张私为主，不过关于企事业单位中国有资产的以私为主，只是在收益、处分方面有一定公权介入的偏向已基本[5]为学界所认同。对于其他类型的国有财产，笔者认为确实是以公为主私为辅的，正如有的学者所分析的那样：就主体、客体、权利的实现、权利的保护等方面的法律性质而论，国家所有权不是或不完全是民法意义上的所有权，它更多地表现为国家的一种行政权力。[6]

正如美浓部达吉先生所言，国家一面为统治团体，同时，在他面又带有经济团体的性质，即国家处于准私人的地位，而与私人同样服从公法的规定。……在国有财产中，国有财产法所称为公共用财产、公用财产或营林财产的，都不是仅是供作公的目的之用，所以在某种程度内排除私法的适用而受公法的规律。但是国家财产同时又是经济上的价值物而在某种程度内即当遵依私法的规律。[7]在国家财产所有权这一概念之上，如前所述，按照国有财产的取得方式的不同，宪法上的国家财产所有权本身是一种集国家的权力和权利于一身的财产所有权。除了取得源头的公私双面性外，当国家财产所有权成为一种成文的宪法规范性财产所有权之后，作为国有财产管理人的国家机关除了代表公共利益行使权力性权

[1] 蔡定剑著：《宪法精解》，法律出版社2004年版，第135页。

[2] 如郑贤君主编：《宪法学》，北京大学出版社2002年版，第356-363页。刘茂林著：《宪法学》，中国公安人民大学出版社、人民法院出版社2003年版，第221-224页。许崇德主编：《宪法》（第二版），中国人民大学出版社2004年版，第94-95页。肖蔚云等著：《宪法学概论》（第二版），北京大学出版社2005年版，第115-131页。焦鸿昌著：《宪法学》（第五版），北京大学出版社2013年版，第174-175页。等。

[3] 又称宪法制定权力，是创造法秩序的权力。换言之，制宪权是确定法秩序的各个原则、确立各种制度的权力——从而也立于政治与法的交汇之处。参见〔日〕芦部信喜：《制宪权》，王贵松译，中国政法大学出版社2012年版，第3页。

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

[5] 之所以称“基本”，是因为仍有部分反对意见。如有学者认为，在国有资本问题上，国家所有权“物权说”把国家对于国企享有的公权力认定为物权，违背马克思主义政治经济学中的资本理论，违背物权法既有的制度框架和理论体系，且与我国现实也不相符。实际上，此等“国家所有权”乃是国家通过行使立法权和行政权而享有的对于国企的控制权和剩余（价值）索取权，是一种经济公法领域中的公权力。参见崔拴林：《国家所有权性质问题研究——针对国有资本的分析》，载《河北法学》2009年第11期，第44-45页。

[6] 陈旭琴：《论国家所有权的法律性质》，载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2001年第2期，第98-103页。

[7] 同前注[5]，美浓部达吉书，第42、80-102页。

能外，为了实现同个体利益的质的通约以便同个体某种利益进行等价交换，国家机关也行使属于权利范畴的所有权，此时的这种“权”所体现的利益与其他社会个体的利益已经没有根本区别，直到它退出市场或交易过程为止。[1]因而，国家财产所有权的行使主体具备公权主体和准私人主体的双重人格性，因而这种公私双面性也注定了其限制和保护的双向性。

三、从法主体来说宪法上的国家财产所有权具备双重委托性

当把目光从法律文本上的所有权投向事实上的利益的时候，有学者认为不仅国家本身是不存在的，而且国家所有权所表征的利益也通过各种方式转化为私人所有，因而所谓国家所有权仅仅是一个幻象。[2]那么，“国家”到底为何呢？

在思想史上，自由主义、马克思主义和现实主义这三种古典理论，为理解国家做出了最重要的贡献。在自由主义看来，国家是必要的安全工具；在马克思主义看来，国家自身并无根本性的现实性，即随革命的需要而出现且最终将会消亡；在现实主义看来，国家是对内提供秩序，并阻止掠夺和恐怖的需要。[3]在法律上，“国家”这一抽象的主体则是“全民”的代称。然而，无论全民是一个独立于具备行为能力的特定人群之外的抽象整体概念，还是一个由具体公民构成的集体，都决定了“国家所有”必然是一个和实际使用权相分离的名义所有权概念。……如果说城市公地的主人最终是“全民”，那么各级人大是代表人民管理城市公地的“董事会”，而国务院及地方各级政府则是公地管理的“总裁”或“总执行官”，负责履行具体的日常土地管理职能而并非基本决策职能。[4]不得不说张千帆教授的这种比喻，为我们理解国家财产所有权的各方主体提供了一个典型的模型。

17世纪德国法哲学的开创者普芬道夫就曾指出，要组成一个通常意义的国家，需要有两重契约和一项法令，前者第一重契约是指组成一个单一的、永久的联合体并将共同的安全托付于一个共同的领导者，第二重契约是指将国家之政府托付于被任命的人或团体。后者是指间于两重契约之间的、确定政府形式的法令。[5]中国作为一个实行民主集中制的国家，该制度的主要指向是：全国人大是全民的代表、对全民负责、受全民监督，而其他国家机关，如行政、审判和检察机关则都是由人大产生、对人大负责、受人大监督。对于宪法上的国家财产所有权而言，无论是从单行法还是从社会实践来看，其权力（利）的实际行使主体往往就是国务院。由全民到全国人大再到国务院，其实这三者间就存在一种“双重委托”：国务院作为全国人大的执行机关，其对国有财产的行使权力来源于全国人大的授权委托；而全国人大的权力又源于对全民的代表，即受全民的委托。“全民——董事会——总裁”的模型其实就是双重委托关系的公司法主体的形态化表达。蔡定剑教授也曾强调，只有人民代表大会才能代表人民，政府不能代表人民，所以国有资产所有权的代表只能是人民代表大会。政府是根据人民代表大会的委托对国有资产进行管理的管理者。[6]我国物权法的起草组也曾明确指出，“国家实行国有企业出资人制度的前提是国家统一所有权，国家是国企的出资人。中央政府与地方政府都只是分别代表国家履行储责任的职责，享有出资人权益。不能把国家所有与政府所有等同起来，更不能把国家所有与地方所有等同。”[7]而且，依据我国现有行政法规级别以上的法条来看，按照颁布的先后顺序明文规定了由国务院代表国家行使所有权的有：《草原法》第9条、《矿产资源法》第3条及其实施细则

[1] 同前注[19]，童之伟书，第119-120页。

[2] 李凤章：《国家所有权的解构与重构》，载《山东社会科学》2005年第3期，第95-97页。

[3] [美]约翰·A．霍尔、G．约翰·艾坎伯雷著：《国家》，施雪华译，吉林人民出版社2007年版，第4-15页。

[4] 张千帆：《城市土地“国家所有”的困惑与消解》，载《中国法学》2012年第3期，第183、189页。

[5] 【德】塞缪尔·普芬道夫著：《人和公民的自然法义务》，鞠成伟译，商务印书馆2010年版，第193页。

[6] 同前注[21]，蔡定剑书，第164页。

[7] 王胜明主编：《中华人民共和国物权法解读》，中国法制出版社2007年版，第118页。

的第 3 条、《水法》第 3 条、《土地管理法》第 2 条、《海域使用管理法》第 3 条和《企业国有资产法》第 3 条。

在明晰了国家财产所有权的主体方面之后，其实还有另一重大难题附随实际主体而来，那便是国家财产所有权与国家行政权是否具备分离的必要性和可行性。

由于第四类国有财产相对集中并有《企业国有资产法》这部统一的单行法为后盾，国家与企业间出资人与自主经营权主体的关系已“在微观层面实现了国家财产所有权与行政权的完全分离”[1]。但是，其他种类的国有财产因负担全民的福祉和需求，因而并不适于“走公司化的集中所有权主体形态的路子”[2]，只能实行各行政单位的分级、分部门管理。以自然资源为例，其管理隶属于不同部门，执行不同的部门规章，采用不同的市场进入和流转模式，形成条块分割状态。近年来尽管与以往的划拨等无偿方式相比采用了“招拍挂”的市场模式，但实际上仍是披上了市场外衣的行政主导，分级管理正演变为分级所有、部门所有，国家所有实则名存实亡，很多资源开采的不经济、破坏性、掠夺性等弊端正日益凸显。[3]因而，国家财产所有权与国家行政权适度的分离是有必要的。至于具体的分离方式和举措，至今依旧是一个棘手的难题，因为国有财产的取得方式、使用和监督管理机制、利益分配与处置方式等都离不开行政权的介入。但是，现阶段我国至少在政府公共管理职能与国有资产出资人管理职能这项区分上定位是十分明确的。《国务院关于改革和完善国有资产管理体制的若干意见》（国发[2015]63 号）中就多次强调要实现政企分开、政资分开、所有权与经营权分离，依法理顺政府与国有企业的出资关系。坚持政府公共管理职能与国有资产出资人职能分开，确保国有企业依法自主经营和市场主体地位。

四、从法益来说宪法上的国家财产所有权具备总有性

法益（德语为 Rechtsgüter），是指对社会生活上的利益以法律加以保护，狭义仅指由刑法加以保护的生活利益。民法上也承认法益的概念，即使在这种场合法利益与“权利”也不相同，因为权力者与法益享受者未必一致，如亲权就是一例。[4]在施密特看来，法益是从法律中获得其内容，或者是依照法律或在法律的限制内获得其内容的，因而按国民法治国的基本权利实质来看，这些基本权利并非法益而是权利（确切的说是防御权）由以产生出来的自由领域。[5]由此可推知，宪法上的国家财产所有权的法益则是指宪法所保护的全民对国有财产上的利益。由于“全民”是一个由个体到总体的整合，并含社代际间关系的概念，所以说宪法上的国家财产所有权的法益具备独法律属性。

在民法学上，一般认为多数人共同支配同一物的情况有三种形态，即共有、合有和总有。这三者的区别是多数的共有人是否持有份额，如果有，该份额的内容是什么。其中，总有论虽然在民法解释学上被作为共同所有的一种类型来讨论，但是从实质上来看，它实际上是一种为了确保主体封闭一体性的小法人论，因为共有人仅有受益权而无份额之说，是一种不存在份额转让的资格论。[6]王利明先生也曾强调，如果把国家所有等同于各个社会成员的共有，就会把国家所有变成可以具体量化，甚至可以分割为每个人所有的财产，这显然与公有制的内在要求是相悖的。[7]江平先生也认为，从团体人格的财产形态来看，总有

[1] 有学者从社会交易成本、资源优化配置、解放和发展生产力的角度辨析了宏观、中观和微观三个层次的国家所有权与行政权相分离程度。具体而言，在宏观层次国家所有权与行政权不能完全分开；在中观层次国家所有权与行政权职能有限度分开；在微观层次国家所有权与行政权应当是完全分开的。参见谢尚大：《国家所有权的实现与制度创新》，载《学术交流》1999 年第 5 期，第 93-94 页。

[2] 单飞跃：《论行政权限结构与国家所有权》，载《法学评论》1998 年第 6 期，第 52-53 页。

[3] 刘尚希、吉富星：《公共资源的公共产权不能缺位》，载《北京日报》2015 年 1 月 12 日，第 013 版。

[4] 【日】我妻荣主编：《新版新法律学辞典》，董璠舆等译，中国政法大学出版社 1991 年版，第 864 页。

[5] 同前注[13]，施密特书，第 175 页。

[6] 【日】加藤雅信著：《“所有权”的诞生》，郑芙蓉译，法律出版社 2012 年版，第 107-109 页。

[7] 参见王利明著：《国家所有权研究》，中国人民大学出版社 1991 年版，第 25 页。不过，笔者并不认

财产既不完全是团体成员的共同财产，也不完全是团体单独所有，而是兼具有两种内容。[1]所以，总有是与共有和合有相对而生的，独立的且由多数人支配同一财产的形态。

所有权的权能按照通常的理解可以分为占有、使用、收益和处分四种，我国多项民事立法也以该模式来定义过所有权。但是，对于宪法上的国家财产所有权而言，显然上述四项权能不能全部含涉，因而在其权能内容的概括上笔者比较认同赵万一教授提出的六权能说，即完整的所有权应包括占有、使用、收益、处分、决定和终属六项权能，其中前四项为表面权能且具备经济内容，后两者则是隐藏在内部的内在权能，它只存在于法律的规定中，是对脱离所有人之手的财产的决策力、最终收回和最高控制能力。[2]宪法上的国家财产所有权是为全民的法益而设，该所有权归属于全民而不可分割，只是该所有权的权能，尤其是占有、使用、收益以及部分处分权等具备较强经济性的权能可依据具体法律法规的规定而为公民或团体等私主体所享有，但是决定和终属等高强度控制力的权能则只能专属于象征全民的国家所享有。因而，从法益上来看宪法上的国家财产所有权是一种总有性的财产所有权。曾有学者精确地解说道，对某一具体的国有企业来说，作为人民个体成员的个人不可能确知其个人的权益份额，也不可能以其个人权益份额承担相应风险。因此，国家财产所有权的权益和成本无法量化于个人。所以，全体人民中的个人不仅不得主张量化国家财产所有权于个人，而且当国有资产受侵害时全体人民的个体成员亦无权请求司法救济。[3]譬如，2006 年衡阳某律所的罗秋明律师曾诉请法院要求衡阳市国资委确认自己个人对国有资产占有份额，最终结果当然也只是引发公民对国有资产个人权利的追索途径的反思，以及对国有资产流失公益诉讼制度确证的构想而已。

五、从法客体来说宪法上的国家财产所有权具备用途固定性

宪法上的国家财产所有权的客体包含本文开篇之初所提及的五种国有财产形态，即特定的自然资源、国有土地、国家机关的财产、企业事业单位中的国有资产和文物档案。这些国有财产并不能直接由国家即全民直接行使，而是依据双重委托转交国务院代为行使。尽管葛德文过分倚重理性和美德的作用而批判法制带来的从属感、不公正和平均制度的罪恶，但他却正确地指明了政治组织的未来，即一方面，政府机关的唯一合理任务是为各个个人造福；另一方面，政府只能对自己规定两个合法的任务，即消除社会内部个别人所作出的不公正行为，以及共同防御外敌入侵。[4]对一国内在政治秩序而言，安全总是与公共机构的自由保持（逆向）同步的，[5]因而要充分保证代理人的行为完全符合最终委托者即全民的意志、为了最终委托者即全民的利益，保证国有财产的保值增值且避免流失浪费，就必须对国有财产的使用用途加以严格限制。此外，资源的稀缺性和生存生命的攸关性也不容许相关国有财产或缘木求鱼或舍本逐末地使用。

总的来说，宪法上的国有财产必须为了公的目的、全民利益而用。但公共利益并非一个可以明确界定的概念，所以笔者主张按“专款专用”的模式，从国有财产的取得源头的不同而分别确定各自的用途。具体而言，主要体现在如下几个方面：首先，基于物质属性所固有的、或者是通过立法确认或征收所获得的国有财产，其用途至少必须满足每个人需求的“最低值”，[6]即用于保证人们的体面生活所必需且能确保一定基本能力的发展所需的

同王利明先生将宪法所规定的国家所有仅仅视为一种社会经济制度，而不是一种所有权形式的观点，具体理由可参见有关宪法总纲的法律性质部分的论述。

[1] 江平主编：《法人制度论》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 18 页。

[2] 赵万一：《论所有权的权能》，《现代法学》1985 年第 2 期。第 50-51 页。

[3] 王军：《国家所有权的法律神话——》，中国政法大学 2003 年博士学位论文，第 17-23 页。

[4] 【英】葛德文著：《论财产》，何清新译，商务印书馆 2013 年版，第 134-138 页。

[5] 【德】威廉·冯·洪堡著：《论国家的作用》，林荣远、冯兴元译，中国社会科学出版社 1997 年版，第 26 页。

[6] 有关“最低值理论”的具体阐释，参见〔美〕斯蒂芬·芒泽著：《财产理论》，彭诚信译，北京大学

资金和设施，如学校，医疗设施，必要资源能源储存，对付自然灾害、经济混乱、个人动荡所必需的资金和实物投入等。其次，基于被动转化如受捐赠取得的所有财产必须用于为捐赠目的而为的慈善公益事业或活动。最后，其他特定国家权力的行使而自主转化的国有财产，应依据对应权力的职能而确定用途，如税费收入用作公权力运作经费来源及对口专项财政，罚没收入作为矫正预防违法的资金[1]等。

六、宪法上的国家财产所有权具备维护秩序和直接创设或消减权利的双重功能

一方面，无论是从公法角度还是从私法角度来说，财产所有人的明确都为社会秩序的维护提供了客观法的基准。如国家机关的财产为国家机关正常运转维护社会秩序的公共职能提供了财力保障；企事业单位中的国有资产为发展和维护社会主义市场经济提供了主导性力量；自然资源、国有土地、文物档案等本身归属的法定，不仅可以明确保护这些财产的义务主体是其可以保值增值性的使用或留存，还可以预防和排除对这些财产的肆意侵占、浪费和毁损从而避免“公地悲剧”的发生。

另一方面，宪法上的国家财产所有权还存在不同于私法上财产所有权关系的特有功能，即能够直接运用所有权的公权性能为第三人创设权利或消减权利（含增设义务）而无须征得其同意。譬如，国家不仅可以通过行政许可在国有财产之上直接设定准予从事特定活动、自然资源开发利用、公共资源配置、市场准入等等方面的权利及对应承担的义务，典型的有矿业权、取水权、渔业权、建设用地许可、事业单位法人证书、企业法人营业执照等等。这个可以说是对美浓部先生公法上的权利义务的相对性的一种表征：公法在创设国有财产的配置和使用的各类权利之初也同时明定了该项权利所对应的“公益性”义务，或为专款专用的资源规费、或为生存照顾的强制缔约、或为有害生活生存的禁止交易、或为安全环保的企业责任等等。而且，还能通过接管、赎买、没收、征收和收缴税费等方式直接消减第三人的财产转而归为国有财产。这是一种典型的公权既定力和执行力，因为在私法关系中除了可以为第三人利益增设权利外，任何让第三人负担义务或消减其权利的行为都需征得第三人的同意方为有效。

出版社 2006 年版，第 207-210 页。

[1] 参见王周户、安子明：《罚没收入使用制度研究》，转引自中国法学会行政法学研究会编：《财产权与行政法保护——中国行政法学会行政法学研究会 2007 年年会论文集》，武汉大学出版社 2008 年版，第 757-758 页。

论法定国有财产权的性质

——以刑法为视角

杨春然，姜福东[1]

根据现有的法律规定，在形式上至少可以将法律层面上的国有财产分成两大类，即：法定国有财产、私权化的国有财产。所谓的私权化的国有财产，是指基于传统的民法规定、国家以私法主体而享有权益的财产。比如，公民、法人或者其他社会组织上交的财税及其衍生财物，国家机关基于法律法规而依法进行罚没的财物等等。这些财物由国家机关控制或者所有，以私权化的方式参与社会生活，其之运转通常遵守市场交易规则。与之不同，法定的国有财产是指，根据宪法、以及为了遵守宪法的规定而在民法通则、物权法和文物保护法所规定，并非由国家完全占有或者实际管领的、具有公共性的一类财物，比如，土地、矿藏、滩涂、水流等等自然资源以及埋藏物、隐藏物，甚至是遗失物。而基于上述规定而被国有化的财产，通常游离于国家的控制之外，或者以自然形态、或者以社会存在的方式而存在着。这意味着其实国有财物至少存在着三种形态的财物：私权化的国有财物，管理权化的国有财物，甚至是介于私权化和管理权化之间国有财物。因此可以说，在我国，国有是分层次性的。然而，这里的国家所有，即法定国有财产权，到底是国家的管理权，还是指国家的私权，学界尚有争论。本文以刑法的规定为视角，认为这里的国家所有应当是指国家的管理权，而并非是国家的私权，否则，这种做法不仅会否定刑法中的很多刑法禁止条文的价值，更重要的是会严重违反刑法的基本原则或者理念，即刑法保护最后的手段原则。

一、法定国家所有私权化会导致罪行法定原则的虚置

根据我国宪法第 9 条、第 10 条，民法通则第 79 条、物权法第 112 条和文物保护法的规定，埋藏物、隐藏物、遗失物等等都（或者附条件的）归属于国家所有，如果这种所有是指国家私有的话，被告人未经许可，占有这些财物，则会被评价为盗窃罪。理由是，根据上述规定，埋藏物、隐藏物甚至是遗失物，在一般情况下归属于国家所有，在未获得相应的国家授权之前，行为人是无法取得合法的占有地位的。比如，在乌木事件中，行为人即使在自家院子中发现的乌木，根据前述规定，也应当认定为国家所有。既然是国家的财物，无论任何地方，行为人都没有权利占为己有，否则，将会被评价为“盗窃罪”。一般而言，所谓的盗窃罪就是指以永久剥夺为目的，采用和平的方式剥夺他人所有的行为。也就是说，这种行为绝不会被评价为民事侵权行为。即使行为人缺乏对此问题的认识，也属于法律错误的范畴，根据不知法不免责原则，被告人仍然要承担盗窃罪的刑事责任。[2]这就意味着盗窃罪会侵吞掉刑法第 270 条第 2 款禁止的行为。不仅仅如此，按照上述逻辑，非法采矿罪、非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪、甚至涉文物类的犯罪等等，也都将部分或者全部被盗窃罪（甚至是故意毁坏财物罪）所吸收，致使盗窃罪大大扩张。

然而，作为刑法基本理念的罪刑法定原则，对刑法禁止存在着明确性的诉求，以便实现刑法行为控和权力控等两个方面的功能。对于行为控而言，刑法的明确性，可以使公民

[1] **作者简介：**杨春然：男，1966 年生，山东省微山县人，青岛科技大学法学院教授，刑法学博士，青岛市南区检察院副检察长（挂职）。

姜福东（1972.11-），男，山东省即墨市人，青岛市社会科学院政法研究所副教授，法理学博士，吉林大学法学博士后科研流动站研究人员。

[2] Dressler, J.. Understanding Criminal Law. (4th ed.). Newark: LexisNexis,p.521(2006).

在行为之前，就能够对自己行为的后果做出预判，从而决定如何选择自己的行为。如果将国家所有理解成为私权化，一方面，这些财产或者资源将会获得与普通财物一样的法律保护，另一方面，这些规定所指向的对象极为广泛，甚至含括了自然界甚至社会中所有有价值的东西，再加上，这些财产或者资源与人们的日常生活，特别是生产劳动存在着密切的联系，这会使得盗窃禁止的边界变得非常模糊，导致刑法边界的不确定性，此势必否定罪刑法定原则的基本诉求，使得我国刑法彻底变成威权主义的刑法，即罪刑法定原则被彻底虚置，更重要的是，这还会导致很多无辜之人，即基于善良信念或者生活日常经验而行事的人，受到刑法处罚，显然是不公平的。特别是，这很有可能加剧选择性执法，危害公民的合法权益。

二、法定国家所有私权化会加剧刑法内部的逻辑冲突

上个世纪中后期，学界曾对刑法所规制的行为特征进行研究，其中，最有影响的成果，莫过于诺齐克的一般恐惧理论。他认为，与民法规制的行为不同，刑法规制的行为有一个显著的特征，即其能引起社会的一般恐惧，即，对于民法与刑法的边界，划分的标准为一般恐惧：能够引起一般恐惧的行为，应当由刑法管辖；不能引起一般恐惧的行为，则由民法管辖。[1]比如，对于故意伤害行为，如行为人甲将乙的一只胳膊砍掉，赔偿了一百万元，乙很高兴接受了赔偿，觉得自己的一只胳膊换得了一佰万元是很合算的。从民法的角度看，这属于甲乙两人间的私事，国家似乎没有干预的必要。其实不然，因为如果这件事被丙知道的话，则丙会对此采用预防措施，因为丙即使自己也很愿意用一只胳膊换取一百万元，他也会对这种突然的伤害产生警觉或者恐惧，因为如果刑法对此不禁止的话，就等于国家承认任何人都可以通过支付一百万元的方式“买走”他人的胳膊，即国家对这种行为是附条件允许的。相反，当国家通过刑法禁止这种伤害行为时，这种伤害产生的恐惧才能被消解。所以，刑法对故意伤害行为是禁止的，伤害行为属于刑法管辖的范畴。

同理，对于盗窃罪而言，也是如此。行为人甲到乙家里盗窃，如果用民法规制，甲对乙进行赔偿或者复还所得的财物，乙的财产权似乎得到了充分的保护，其实不然，甲的盗窃行为并不一定被发现并被抓捕，即，甲由盗窃产生的损失并不一定会得到赔偿，所以，甲会由此产生恐惧，从而会采取购买防盗门之类的预防措施，预防再次被盗窃。这样，即使抓到了乙，在民事侵权之诉中，被害人甲也无法就其为预防再次被盗所购买的防盗门要求乙进行赔偿，即甲的盗窃行为所产生的成本，并不能通过民法的方式让行为人内化或者承担。再者，乙的邻居丙得知乙被盗后，也会对盗窃采取预防措施，由此产生的预防成本同样无法通过民法的方式，转嫁给行为人甲承担，然而，这种预防成本就是恰恰是被告人甲实施的盗窃行为所产生的一般恐惧的物化，由于只有刑法才能避免这种预防成本，所以，应当将盗窃行为犯罪化处理，这也是传统的刑法对违约行为出罪化的根据。因此，一般恐惧是刑法内部的逻辑核心，即能够被入罪的行为必然是能够引起一般恐惧的行为，当然家长主义立法和伦理主义的立法除外；引起一般恐惧较大的行为，会受到更严重的刑罚处罚，引起一般恐惧行为较小的行为，会受到较轻的刑罚处罚。

如果将法定国家所有私权化，如前所述，必然会导致盗窃罪的扩张，很有可能对刑法内在的逻辑关系构成冲突，甚至否定这种逻辑的存在。比如，刑法第 270 条规定侵占遗忘物的，同样可以构成侵占罪。遗忘物其实就是民法上的遗失物。比如，行为人将他人停放在路边的自行车推走，会被评价为盗窃罪，尽管权利人似乎是对标的物（自行车）失去了

[1] R. Nozick, *Anarchy, State And Utopia*, pp72-74（1974）.

控制，但是，从一般人的角度看，行为人应当意识到这种处于这种状态的财物，是他人有意以此形态放置的财物，故可以评价为盗窃罪。同理，如果以宪法、民法、物权法和文物法的上述规定为据，将无主物视为是国有的财物，则意味着所有主人不明确的财物都将被视为是有主之物，其主人要么是某一或者某几个具体的人，要么是国家，即后者是个兜底性的权利主体，这样，行为人将无人管领之物视为是遗忘物或者无主物，则失去了法律依据，这种行为必然会被评价为盗窃，而绝不会被评价为侵占罪。换言之，由于国家作为该财物的附条件的民事权利主体，行为人侵占该财物，有可能被评价为盗窃罪，而不是侵占罪。也就是说，把遗忘物视为附条件的国家私法意义上的财物，很有可能会否定刑法第 270 条第 2 款的立法意义。

首先，这种做法会加剧刑法内部的紧张关系。根据我国刑法，盗窃罪与侵占罪是两个独立的罪名，两者的法定刑不仅存在着明显的不同，而且，前者而属于非亲告罪，而后者属于（相对）亲告罪的范畴，即他们的构成要件也存在着巨大的差异，也就是说，对于侵占罪而言，被害人对加害行为的态度，有时直接影响对加害人行为性质的评价。但是，对于盗窃罪而言，由于是非亲告罪，被害人的态度无论如何都不会影响对加害行为性质的认定。两种犯罪的构成要件及法定刑之所以存在着如此大的区别，其根据就是两者引起的一般恐惧是不同的。由于一般恐惧标准比较抽象，对此，有人在诺齐克的基础上又提出了相对于一般恐惧标准更具体的标准。其中有一个标准就是发现率，即被害人或者国家机关发现加害行为及其加害人的概率。一般来说，发现加害行为及其加害人的概率越低，加害行为越有可能被犯罪化并越有可能受到更严重的处罚，以提高低发现率加害行为的犯罪成本。与盗窃行为相比，传统的侵占罪的发现率显然更高，因为被告人往往出于被害人的意志而占有被告人的财产，故与盗窃行为不同，刑法对于像侵占之类的行为的入罪门槛大大提高，并规定了较低的法定刑。[1]尤其是，侵占行为的典型形式是一种合同行为，刑法在规定这类行为会受到刑法禁止的同时，还会尊重被害人个人的态度，即被告人的行为是否构成犯罪，还将会参考被害人的态度，即将刑法私法化处理。这就是盗窃罪与侵占罪相区别的原因之一。

现在，由于国家所有私权化使得盗窃罪范围的扩张，侵吞掉侵占禁止的第 2 款所规定的行为，这则意味着将盗窃行为与侵占遗忘物的行为等同。根据诺齐克的解释，盗窃行为引发的一般恐惧会造成他人（包括被害人本人）对盗窃行为进行预防，即进行预防盗窃的投资，而这种预防投资是盗窃罪入罪的原因。然而，侵占遗忘物是否会产生一般恐惧呢？被害人将自己的财物丢失，被行为人占有，被害人和第三人所进行的预防无非是对自己财物的保管，履行更高的注意义务，这种注意义务与行为人不侵占遗忘物相比，是否会有更大的不同？至少很难做肯定的回答。事实上，没有人会说，有人看到他人拾金不昧就放松对自己财物的保管，从这个角度看，侵占遗忘物很难与盗窃相提并论。

其次，与侵占罪不同，盗窃罪是典型的非亲告罪，被害人的态度不影响对被告人行为的定性，而遗忘物经过一定时间的，比如物权法规定的六个月，无人认领的，这种财物才归国家所有。暂且不谈国家获得这种财物所有权的根据，但就被害人丢失财物之后行为人非法占有该财物之前，如果将行为人的这种侵占解读称为盗窃，其到底侵犯的是谁的法益？则是一个很难回答的问题。这样，如果经过招领程序而标的物进入国库之后，财物的所有人表示自己原本就想通过拾取遗失物的制度（即先占），使得标的物赠送于被告人，或者财物的所有人明确表示自己绝不会追究被告人的刑事责任，此时，再追究被告人的责任，必然失去正当性。此外，这还会使因此获得该财物的国家，陷入尴尬的境地。

[1] *See generally* Cass R. Sunstein, David Schkade & Daniel Kahneman, Do People Want Optimal Deterrence?, *J. LEGAL STUD*, vol.29, p.237（2000）.

最后，对于他人的抛弃物，在不能确定原来权利人的意思之前，根据物权法第110条和113条的规定，也应当进行招领程序，经过法定的期间，无人认领的，认定该物归国家所有。也就是说，有关国家获得无主物规定中可能会包含着抛弃物，换言之，行为人侵占他人抛弃物的行为，也很可能被认定为盗窃罪。除了一些家长主义和伦理主义的刑事立法外，犯罪是侵犯法益的行为。那么，对于这种盗窃行为，究竟侵犯了谁的法益呢？在理论上很难解释。如果按照民法与物权法的解释，其侵犯的仅仅是国家获得某种财产的可能性，或者可期待利益。然而，用这种解释来揭示这种盗窃罪成立的正当性，必须有一个前提，即国家不知道该抛弃物是抛弃物，如果知道，那么，这种抛弃物则无法进入招领程序，进而也就丧失了归国家所有的路径。易言之，这种盗窃罪是建立在国家认识错误的基础之上的，即误认为他人的抛弃物为他人的遗失物。这样，如果在刑事指控中，被告人以标的物有可能是他人的抛弃物进行辩护的话，公诉方则难以排除，至少招领程序经过后无人认领，能在一定程度上证明物主抛弃该物的可能，由于控方无法将这种合理怀疑排除，这意味着因侵占这种财物（甚至包括遗失物）而构成的盗窃罪，在很大程度上将会被虚置。

综上所述，如果不将法定国有财产与私权化的国有财产加以区分，必然会造成法律内部的矛盾。此外，这种法定国有私权化还会直接影响财物的经济效能。一方面，国家所有私权化造成刑法的边界不明确，使得很多本不受刑法规制的行为入罪，从而导致人们不敢行为，如此不仅会使得我国的经济创新能力大大降低，而且，还会否定我国很多经营行为的正当性。比如，在我国的采矿业、煤炭业等领域，如果将地下埋藏物或者矿藏资源的国家所有私权化，则意味着从事这些行业的行为应当被入罪，即他们实际上在倒卖国有资源或者出售国有财产。这不仅造成国家财产的边界模糊，更严重的是，这将意味着国家对这些行业的经营应当索要更大的对价，否定这些行业自身的生产价值，这势必会造成我国这些行业创新力和国际竞争力的降低，不利于这些行业参与国际竞争。另一方面，作为国家代表的政府是一个抽象的组织体，很多生活性的财物，甚至是部分生产资料的财物，对其而言，根本上是没有任何的使用价值，甚至没有任何的交换价值，如果像对待个人财产所有权那样，承认国家对自然资源，甚至是无主物享有私权，那么将会影响物的效用的发挥，人为地造成财产的浪费。其实，我国联产承包责任制在农村的成功，一方面验证了国家所有不宜私权化是有利于经济发展的；另一方面，也证明了国家所有（包括集体所有）并非是私权，因为这种机制并不是追求私权所遵循的利益最大化原则，而是公益最大化和经济发展优先原则。

三、法定国家所有的性质

现代政府是责任政府，也是有限政府，如果国家所有的边界界定不明确，则意味着作为国家代表的政府对其管理的财产的权限也将会不明确，这实际上意味着国家权力的不明确，如此则意味着无限政府与无限责任，这与我国宪法所明确规定的基本制度相违背。一般来说，财产不仅具有自然功能（即使用价值），还有社会功能，即其还承担着一定的社会责任，国家所有的财产范围直接影响国家的责任大小。从这个角度看，国家对生产资料和生活资料的控制程度，直接决定国家所承担责任的大小。当这些资源被国家全部或者几乎全部所有时，国家对公民的生存和发展则承担全部或者几乎全部的责任，相反，当国家所控制的资源非常有限时，国家对公民的责任程度也会是有限的。总之，政府责任的大小直接受制于政府所控制财产的范围。因此，有限责任政府必然控制有限的财产或者资源。所以，如果将上述规定理解成为私权化的国有财产，必然会得出我国政府并非是有限责任

政府的结论，显然这是无法接受的。因此，我们认为法定国家所有的性质应为管理性的而非民法上的私权，其性质有以下几个方面的特点：

（一）监管性

根据现行刑法的规定，法定国有主要特征是管理性或者监管性，其不是民法上的私权，典型的例证是，侵犯上述法律所规定的财产，刑法不认为是侵犯财产类型的犯罪，而是妨害社会管理秩序罪。具体表现有：

首先，根据刑法345条，盗伐森林或者其他林木的行为，并不构成盗窃罪，而是单独的盗伐林木罪。对比刑法第345条与264条不难发现，盗窃罪的法定刑明显高于盗伐林木罪的法定刑。如果将森林视为是私权意义上的国家财产，那么，盗伐林木的行为既可以被评价为盗伐林木罪，也快成被评价为盗窃罪，此构成法条竞合。根据传统的重罪吸收轻罪的原则，行为人的行为必然应当被评价为盗窃罪，而不是盗伐林木罪。则此意味着，刑法第345条将被第264条全部吸收，根本没有存在的必要，即使存在，也没有存在适用的可能。然而，事实却并非如此，对于上述法条竞合，却采用所谓的特殊法条优于一般法条的原则，认为盗伐林木的行为构成盗伐林木罪，而不是更严重的盗窃罪，这样做只有一个解释，即这里的森林，并非是私权意义上的国家财产，而是国家管理的财产，其实，正像前面所述，刑法分则第五章章节罪名（即妨碍社会管理秩序罪）事实上已经对此作了明示。

其次，根据刑法第343条第1款的规定，未经许可，擅自开采国家特定的矿种，构成非法采矿罪。如果根据法律将矿藏视为是私权意义层面上的国有财产，行为人的行为，显然也会评价为盗窃罪。如果以此理解的话，开采矿种与侵占国家财产无疑，是绝对不允许的。事实上，开采矿藏本身并不是为法律禁止，只要获得行政许可，或者经过监管部门的同意即可，这一点对于私权意义上的国有财产是不可思议的，也就是说，国家的任何机关，都不能许可任何单位不遵守市场规则无对价地获得国家财产。在这里，只能把国家所有的矿藏理解成为国家管理的矿藏，而不能是国家私权化的财产。否则，上述规定是无法解释的。

其实，围绕着法定国有财产，刑法在提供保护时，基本上都坚持这种管理的理念，比如污染环境罪、非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪、破坏珍稀植物资源罪、非法捕捞罪、非法狩猎罪以及文物类的犯罪，显然也未将其视为私权层面上的国有财产，否则，这些行为要么会认为构成盗窃罪，要么会认为故意毁坏财物罪。事实上却不是如此，它们统统视为监管层面上的犯罪，习惯上将其称之为法定犯、行政犯等。就拿非法狩猎罪来说，禁止狩猎的时间完全是主观的，事实上，允许狩猎的开始时间提前一周或拖延一周，并不重要，因为狩猎期的具体日期的功能有两个：其一，权利协调，即其他公民有权知道何时在森林里可以自由旅游，而不担心被猎人误伤；其二，控制狩猎期所捕杀动物的总量。因此，狩猎期的具体时间点与其所保护的法益联系非常弱，因此，刑法不可能基于法益保护原则而将这类行为入罪，其被犯罪化纯粹出于监管之目的。[1]然而，如果将这种立法视为是保护国家所有的私法意义上的财产权，由于民法未公开承认“先占”取得制度，有可能被认定为盗窃罪或者故意毁坏财物罪。

（二）不完整性

相对于被民法私权化的国有财产，仅被管理权化的国有财产的权能是不完整的，这种不完整性主要可以通过责任分配的方式折射出来。众所周知，在物权法领域内，一般奉行“物主风险”原则，即物主或者受益人要对物产生的损害风险承担民事责任。事实上，对于国家仅仅享有管理权的国有财物，国家是不承担这种风险的，例如，汶川大地震，1999年的特大洪水，如果采私权化的观点，国家都应当承担相应的赔偿责任。不仅如此，从刑

[1] Gerald f. Leonard, Rape , Murder And Formalism :What Happens if We Define Mistake Of Law?72 U. Colo. L. Rev. P.590 (2001).

法的角度看，国家所保护的一些珍贵的野生动物伤害了他人，不管程度如何，政府仅承担管理上的责任，绝不会因此而存在着道德非难的问题。既然政府对这些所谓的国有财物的风险不承担责任，则很难说国家对这些财物拥有所谓完整意义上的私权。事实上，对于法定国有的财物或者资源，国家并不一定是其利益享有者。比如，飞越我国国境的候鸟、以及国内的金丝猴、大熊猫等等，国家对其主张所有，其不仅无法享有私法意义上的利益，甚至还会承担更多的义务，比如，保护义务，因此，这种国有实际上是指国家职责，而不是国家在民法上的所有权。

（三）名义性

与管理权化的国有财物权能的不完整性相对应，上述法定的国有财产具有名义性的特征，即国家仅仅在名义上是这些物的所有人，并非是实质所有人。实质的所有人是社会或者整个人类。这方面典型的例子是候鸟，其总处在迁徙之中，故很难在法律上定性其权利归属，即使像当年的物权法草案（五）那样，即使将这些珍贵的动物规定为国有，也很难将其理解为传统民法意义上的所有，即私权化的所有。同样，地表水也处在动态之中，也很难在法律上将其定性为国有财物。如前所述，将开采矿藏的行为视为是劳动生产，并不认为是挖掘国有财物的行为，也基本上反应了因为上述规定而被国有的财物的特性。

总之，法定国家所有并非是私权意义上的所有，较之于私法上的所有权而言，其更多地体现为义务或者管理责任。也就是说，上述法律规定的所有，更多是指国家对其享有管理义务或者职责，而不是说这种财物或者资源当然归国家所有。否则，奔流到海的长江、黄河之水，国家则有拦截、储存的义务，听之任之，无异于国家不尽职责，任凭国家财产流失，此种结论恐怕没有人会接受。

结语

法定国有的财物主要是指国家对这些财物的管理权，而不是私法意义上的所有权。国家的这种管理权可以直接作用于这些财物或者资源，其并不一定是这种财物或者资源利益的终极享有者，这些权益的享有者应当是社会或者特定社区。虽然国家也可以通过法律，规制一般公民的行为，进而对公民所有的财产进行控制，但是，这种国家的控制存在着间接性和辅助性的特征。相反，如果按照语义直接将法定的国家所有解读称为私权化，势必会破坏法律内部的逻辑。其实，刑法的规定已经将这种国家所有管理化的理念展现的淋漓尽致。法定国家所有是由宪法、民法通则、物权法、文物保护法规定的，但是，他们并没有明确其具体含义是什么，既然我国刑法已经将这种法定国家所有的含义明确出来，而且，我国刑法通样是我国最高立法机关制定的法律，就没有理由以语义解释为凭否定体系解释的结论。[1]其实，乌木事件、狗头金事件等等类似案件的处理，一方面行为人并没有意识到自己犯罪，即使主张这些标的物属于国家所有的国家机关也认为行为人的行为不受刑法管辖，而仅仅是一种民法权利之争，另一方面，国内互联网网民对行为人主张的支持程度，这些都足以表明这种法定国家所有被解释成国家私有存在很大的实践障碍。

国家所有权“遁入”私法及其校正

[1] 张明楷：《刑法学》，法律出版社，2011年版，第41-42页。

张 力*

导 论

长期以来，国家所有权被我国民法学界自认整个社会主义民法所要研究的最基本的理论问题，[1]且将其“法律意义与它所包含的崇高的政治意义和道德伦理价值牢牢的联系在一起”。[2]但这一切随着2007年前后我国《物权法》的起草与制定发生了明显分化。以当年分别由梁慧星先生与王利明先生主持起草的两部“中国物权法草案建议稿”（以下简称“物权法草案梁稿”与“物权法草案王稿”）为例，其中区别与争论最大之处正是对国家所有权的规定与理解。“物权法草案梁稿”仅以第六十二条（矿产资源归国家所有）、第六十三条（公有物和公用物归国家所有）两条明确规定国家所有权（这不包括在其它条文中附带提及国家所有权的情况）。按照梁慧星先生当年的解释，国家所有权这一概念不仅不能解释国家与大量无形资产间的法权关系，使用范围极其有限，[3]而国家、集体、个人所有权的主体分类是为了反映生产资料所有制的不同性质，更多包含的是政治意味，不是法学意味，无论任何主体，所有权性质相同，保护手段也应无差异，“这体现了民法的平等原则”。[4]“国家与企业间的财产关系属于公司法调整的范围……不宜在物权法上概括规定企业财物的归属问题。”[5]与之对应，“物权法草案王稿”则以第二章“所有权”的第二节“国家所有权”共22个条文（这不包括散见于其它章节中的若干规定）集中的、全方位的规定国家所有权。从内容上看，它把过去民法通则、土地法、自然资源法、国有资产法、企业法等法律法规中涉及国家所有权、国有资产的条款加以筛选、集成、重述，再新增对公用财产、国家财政收入的国家所有权（第107、109条）、所有权不明的财产推定为国家所有的规定（第112条）。值得注意的是，“国有企业的财产权”作为“国家所有权”项下的一个专题包括了5个条文。针对“物权法草案梁稿”为实现所有权平等而简约化乃至消解国家所有权作为一级制度存在的作法，本稿的主持起草者王利明先生也作了相应的解释：平等保护与在物权法中对国家所有权作出专门规定并不矛盾，专门规定本身并不意味着特殊保护，集中规定在于体现巨额的国家财产存量的现实国情，若此次物权立法回避之，“就等于将立法权拱手相让给行政立法，这不仅会有可能使国家和集体财产权制度具有更为强烈的行政色彩，而且也错过了以民法规范我国最重要物权的机会。”[6]

此后的《物权法》相关内容基本是“物权法草案王稿”的简化版。涉及国家所有权共14个条文，分四类：其一，物权法所负担通过国家所有权制度之行宪义务，包括物权法对公有制为主体的基本经济制度的坚持（第3条），国家、集体与私人物权同等（未直言平等）的依法不可侵犯性（第4条），“国家所有即全民所有”的经济基础决定观（第45

*作者简介：张力，西南政法大学比较私法研究中心主任，民商法学院教授、博士生导师。
未定稿，仅做会议交流，敬请批评。13983618222,zhangli628@aliyun.com

1 王利明：《国家所有权研究》，中国人民大学出版社1991年版，第3页。

2 孙宪忠：《国家所有权的行使与保护研究》，中国社会科学出版社2015年版，序言第1页。

3 梁慧星：《制定中国物权法的若干问题》，载梁慧星编：《民商法论丛》第16卷，金桥文化出版（香港）有限公司2000年版，第351页。

4 梁慧星：《中国物权法草案条文，说明，理由与参考立法例》，社会科学出版社2000年版，第212页。

5 梁慧星：《制定中国物权法的若干问题》，载梁慧星编：《民商法论丛》第16卷，金桥文化出版（香港）有限公司2000年版，第351页。

6 王利明：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2001年版，第256-257页。

条）；[1]其二，国有物的范围（第46-52条）；其三，国家所有权的行使与保护，包括国务院代表国家行使国家所有权（第45条）、国务院、地方人民政府代行对国家出资企业的出资人职责与权益（第55条）、国有财产的不可侵性与管理人的善管义务（第56、57条）；其四，对国有物的它主利用，国家机关对所占有国有物的占有、使用与限制性处分权（第53条）、国办事业单位对所占有国有物的占有、使用与限制性收益、处分权（第54条）、企业法人（含国有企业）对所占有物依法享有占有、使用、收益、处分权（第68条）[2]可见《物权法》并未消极呈现理想民法视野中国家所有权作为一种平等所有权形式的不必专门规定性，而即宣示了国家所有权特有的宪法义务，又规定了本应属行政管理范畴的国有资产管理职责，更希望通过规定机关、事业单位——国有企业对国有资产利用权全能内容由少到多的变化序列，建立国有资产经不同利用主体（行政性、公益行、营利性）而产生社会效益的不同治理模式。这些都可叫做物权法的“政治意味”，反过来说，也可以叫借助国家所有权制度，国家管制与政策意图对作为私法传统领域的物权法的进入与渗透。

相对处于下风的民法学界内部关于从国家所有权制度中退出民法调整方法的意见，在公法学界较为统一的意见则是国家所有权应面向宪法与行政法展开设计，现有制度存在借私法手段的幌子推卸与逃避国家公法上义务的制度漏洞，即所谓国家所有权“遁入私法”问题。本文力求通过梳理国家所有权进入民法视野，被民法技术诠释的主要历史节点，分析民法是否可能为国家管理国有资产之过程逃避公法上义务且掩盖逃避事实提供技术上便利，提出对策建议。

一、“国家所有权”制度史中的公私法双界性

（一）物的分类体系与国家所有权客体分类

依据适用法律的不同，最古老的罗马法上的物的分类是神法物与人法物，但是罗马法并未召示后人一个明确的与“人法”相对的“神法”的面目。神法物是早期原始人类感于自身与外界“实力”的巨大差距而形成的拜物教与泛灵论的遗迹，也即“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”。[3]《十二表法》将神法物分为神用物、安魂物、神护物三种。对神法物，任何世俗中“人”包括国家，都没有取得所有权的权利能力。但是，这种区分的意义很快随着罗马世界商品经济的极大繁荣而剧减，人与神的力量对比发生了质变，罗马法逐渐排除神秘主义而走向形式理性，神法物的范围及心理影响逐步消失，这一分类名存实亡。随着中世纪教会财产法赋予教会广泛的世俗财产权，这一分类的意义被彻底扫清。

而在罗马法中后期，上述分类方法逐渐让位于“易产生法律关系的物（拉 res in patrimonio）或罗马法学者常说的交易物（拉 res in commerecio）和不易产生法律关系的物（拉 res extra patrimonium）或非交易物（拉 extra commercium）的新的分类法。彭梵得认为在这里，某物是否具备经济目的与可交易性成为判断一个主体对该物能否取得所有权的标志。[4]在此，所有权与物的可财产性、可处分性紧密联系，财产概念又与经济目

1 《中华人民共和国企业国有资产法》第3条再次重申“国有资产属于国家所有即全民所有。国务院代表国家行使国有资产所有权”。

2 《物权法》第68条并非专门针对国有企业，但此后的《企业国有资产法》第16条一般性规定：“国家出资企业对其动产、不动产和其他财产依照法律、行政法规以及企业章程享有占有、使用、收益和处分的权利。”

3 周枏：《罗马法原论》，商务印书馆出版社1994年版，第277页。

4 [意]彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第157页；高富平：《建立国有资产分类规范的法律体系》，载《华东政法学院学报》2000年第5期，第12页。

的、可交易性紧密挂钩，体现了浓重的商品经济气息。而不可交易的，非财产性的物是不可有物，它不仅对私人完全不可有，对国家也只有在管理职责这样的“假有”。因此，不仅私人没有取得这些物的所有权的权利能力，国家除了主权的行政职责以外，也没有取得这些物的所有权的权利能力。

上述物的分类体系隐含了一个后来成为市民社会与政治国家二元结构理论焦点的问题——国家是否能成为市民社会的所有权的主体。也许是谙熟罗马法时期财产由家庭向个人靠拢，而管理权则由家庭（家父）向国家上收这一家长权的解体过程，人们容易说“财产是个人的权利，而国家的权利只是主权。”[1]而这一认识还显然受到了更容易求证的，近代历史上“将公法的支配与公法的义务摄于物权概念内容之中……，其土地所有权，为财产权兼领土主权”[2]的“多级所有权”体制的日尔曼物权体系，日益淹没于罗马法的形式理性与反对封建的资产阶级革命旋涡的历史过程的佐证。正如卢梭在品评这一过程时说：“集体在接受个人财富时远不是剥夺个人的财富，而只是保证他们自己对财富的合法享有，使具有变成一种真正的权利，使享用变成所有权……，所以，可以说他们是获得了他们所献出的一切。只要区别了主权者与所有者对同一块地产所具有的不同权利，这个二难的推理是不难解释的。”[3]在这一理论看来，对主权者与所有者对同一块地产具有的不同权利之“不同”的忽视，显然是将二者等量齐观的错误的原因。罗马法学者彭梵得又将这与“所有权”脱胎于“权力”这一早期史的烙印联系，认为如果说现代所有权可以从实质的和经济的观点加以界定的话，罗马所有权却只能从抽象和相对的观点加以界定，这种观点把土地所有权同“地域主权”等量齐观。在罗马法中有许多对物的一般主宰权，虽然现代人对它们滥用所有权的名称，但他们中的一些并不属于所有权。[4]这说明产生“可有物”与“不可有物”的分类体系的同时代就存在混淆二者界限的做法，而国家在其中起了重要作用。

（二）国家对“共用物”是如何取得“所有权”的

另一位罗马法学者波尔托在比较罗马早期、后期及现今意大利民法典上对共用物（中国学界的对应概念是公用物）规定的转变时认为：以共用为目的的地方、公路、公有河流、河岸、公共下水道等等的共同特点是它们都可以被公民直接利用，也就是他们的共同性，这使它们成为任何公民均可申请执行的民众禁令的保护对象，“全体公民”对这类物品的享用程度完全取决于每个公民在使用中是否能通过申请执行民众禁令而及时有效地制止对这类物品的滥用。在这一时期（共和国时期），人民是保护共用物的主体，是司法关系的诉讼中心，而执政官与营造官协助之。但帝国时期，形势发生了变化“人们由主角变成了配角和臣民”，保护公共物的权利赋予帝国的行政机关，公民对共用物仍保有使用权（拉 usus），但不再拥有真正的权利（拉 potere），与公有财产紧密相连的新概念——国家以法人身份作为独立所有权主体——产生了。[5]

简化波尔多的解释其实是：这些依自身性质可以具有公用性的物曾经与“全民”保持了直接的用益、管理关系，甚至有人认为这就是法律中的公共所有权——“特定范围内人们‘共同’所有但每个人又没有排他利用权和处分权的归属关系”，[6]但后来变为民众可事实用益而无自治管理权，国家独享权力的状况。根据现代所有权分析论中将其分为权利、权力、豁免、责任的说法，国家的权力使国家关于公用物的法律关系中生出一个“很象”私法上所有权的东西，然而它又借助了国家法人观中形式上人格平等性，国家具备取得所

1 [美] S.布鲁门菲尔得：《在人类经济中的财产》，依利诺依1974英文版，第3页。

2 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第3页。

3 [法]卢梭著，何兆武译：《社会契约论》，商务印书馆出版社1980年版，第33页。

4 [意]彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第195页。

5 [意]波尔托著，丁玫等译：《罗马法和现行意大利民法典中的共用物及其保护》，载杨振山等编：《罗马法、中国法与民法法典》，中国政法大学出版社1995年版，第225-232页。

6 高富平：《物权法原论》（中），中国法制出版社2001年版，第664页。

有权的权利能力的条件试图“混进”市民社会所有权行列之中。

(三)国家公产所有权与国家私产所有权二分体系的形成

同处于一定国家“所有权”之下的可交易物下与不可交易物的区别现象到近代逐渐为学说注意。对此我们可以从大革命以来的法国国有财产性质的转变过程中求得梗概。

在法国大革命前的君主时代，国家所有体现为君主为独任法人的君主所有，这在唯物史观中被认为是家国同体的封建特征，故在我国财产法的学说中封建国家所有往往被归入君主“私有”。但从形式上看，君主财产体现了与私有财产在保护方法上的不同：君主没有转让自己财产的权利能力，私人也没有受让和依时效取得君主财产所有权的权利能力。这一制度及于有体物、无形财产和税收的全部君主财产，可见用罗马法给出的标准衡量，全部君主财产所有权都是与一般所有权不同的东西，后来形成了一个术语——公产（法 dimaine public）所有权。[1]大革命中君主财产被没收并成为归“全民所有”的国民财产（法 dimaine national），国民财产的不同之处是它既能处分也能以时效取得，据说这体现了国民主权、人格平等与自由主义的时尚，但实际不过是应付内外战争，扩张财政收入的国家经营动机使然。因此，按罗马法的标准，会得出一个异于我们一贯将全民所有的财产等同于“公产”的思维逻辑的答案：全部国家财产都不是公产，而是与私人财产性质相同的财产——私产。

上述对国家财产的前后彼此排斥的，一边倒的对立性质分析显然是对国家所有权矛盾态度的极端体现，都包含了各自的不足。这在法国民法典颁行以后得以调和：人们首先“望文生义”的认为法典 538 条中“公产”与 541 条中“归国家所有”代表了两个不同的范畴，[2]进而认为国家财产中供公众使用，以及为了公共利益由国家机关使用的部分应有特殊保护，剩余的国家财产则象私人财产一样，使用平等保护的民法原则。

二、公用物（公产）国家所有权的私法化

（一）私权的技术性与私权范围的扩展

所谓“私权”是“主观权利”的解释是“私法的精神”这种关于法的目的东西，而不是布鲁赫指出的“法的形式”的标准，其推导出的私权是实质私权，而不是形式的私权。[3]，为辩清国家一身二任情况中的公权与私权相互关系，先设定几个问题。

案例一、一块作为公用物的海滨土地与相邻私人所有的土地间是否存在国家与私人的相邻关系。“私人没有取得公用物所有权的权利能力”，为达此立法目的有哪些立法方式可供选择。

案例二：国家将一块作为公用物的海边滩涂承包给一个私人种西瓜，承包人是否取得了一个对公用物的物权。一家投资公司以 PPP 方式修建一座桥梁，约定享有经营权 30 年，经营权的性质是什么，桥梁的归属状况怎样。

1．关于私权及所有权的牵连性与技术性

在关注私权实质上的“主要观权利”精神的同时，人们似乎有所忽略它的另一个区别于公权力的特征：彼此间广泛牵连以及保障这一牵连的私权的技术性。

所谓“私权的牵连性”是指私权虽然是具体人格的主观权利，但就市民社会总体而言，无论作为单个私权还是一种私权都不可能是独立存在的静态实体。其创生、公示、

1 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社 1988 年版，第 302 页。

2 法国民法典 538 条：国家管理的道路、公路、街道……均认为是公产的组成部分。541 条：……如果国家并未将此项财产合法转让……仍属国家所有。现在认为，当时的立法者并非自觉区分了公产与私产，将 538 条与 541 条认为是不同法律范畴的表示只是后人在自觉区别公产与私产时强加给法典的。参王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社 1988 年版，第 302-303 页。

3 王涌：《私权的概念》，载夏勇编：《公法》（第一卷），法律出版社 1999 年版，第 398 页。

移转、消灭都处在与其他私权相互作用、相互影响的法律关系网中。例如：罗马法上的永佃权与地上权的创制始于国家对占领土地“先占”而形成的所有权——行省土地所有权与其上人民的直接管领而形成直接权利间的牵连关系。[1]这使得在此两种权利之间作公私法的截然划分是不适当的。又如黑格尔将所有权的转让界定为“从所有权向契约的过渡，”[2]用现代的话说是“所有权与契约结合营资本之机能”，[3]可见所有权与旨在转让所有权的债的制度上的牵连关系。再如广泛相邻不动产所有人与使用人权利间的相邻关系，则更是一种典型的牵连关系。除此之外，所有权与以所有权为范示的“绝对权利”(如知识产权、人格权等)之间同样是一种牵连关系。由此笔者得出以下几点看法：

其一，所有权无论作为一个具体的法律关系，还是一个以“所有权”概念引导的规则体系，都在私权的牵连关系中处于核心的地位，如彭梵得所言“所有权相对于其他物权也被称为对物显要的主宰。一切其他物权均从属于所有权，而且可以说他们体现所有权。一切其他物权，至少在其产生时，均以所有权的存在为前提条件”，[4]

其二，私权的牵连不限于私权之间的相互交换，变换主体。以所有权为例，就不限于所有权的转让（虽然在被学者们不断强调的商品经济条件下“商品所有权不通过交换，其作用就不能产生”[5]），而是广泛发生于一切已知法律关系对所有权规则的无论是逻辑也好，心理观念也好的需要之中。因此，当暂时抛开主观权利说，站在形式的角度就可以认为，将所有权的牵连性仅仅限定在“交换”一隅，将牵连性等同于物的“流通性”，进而将不适于交换的物上的支配关系逐出所有权之外的作法是不妥当的。

其三，是否存在与一个已经证明的私权关系的紧密牵连，是讨论在这一私权关系周围是否存在其他私权关系的一种形式上的推导方法。与“主观权利”的价值判断不同，在这里证明一个对象关系为私权关系的重点不是证明一个主体应当如何通过私权实现其自由的人格(主观权利说)，而是从相邻的私权看来，在此关系中应当有一个维系牵连的，不至使体系中断的私权“环节”。从微观来讲，就是保持对牵连问题的立法技术的同质性，从宏观看，是不同于法目的论的确定市民社会外延的另一种方法。

其四，所有权处于私权牵连问题的中心，在于从罗马法开始“所有权经历政治变革及其他变革，具有更多的技术性、实用性的特点，”[6]这在处于分散又联合的社会人的角度看就是“所有权概念指向的可能的权利即法律关系，不是一个法律主体与另一个法律主体之间的关系，而是所有权人与一切其他人的关系”，[7]而从作为权利集束或者指代一系列某物归某人的规则体系的角度看，所有权又包含了私权领域最为复杂的技术内涵。这使得当一项私权之旁出现的“待名”牵连法律关系以“物”为标的、以支配为内容时，以所有权概念建构、整合相应法律关系，以提供“所有权”概念下全部或部分法律规则以应对牵连之需，似乎就是一个合理的选择。

2．公用物国家所有权可纳入“形式私权”范畴

现在我们可以接着上面的讨论试着回答前面提出的几个问题了。与公用物(如公用海滨、港口、图书馆)等形成相邻的法人或私人的不动产能否主张相邻关系保护，要看公用物上是不是存在一个可以适用相邻关系的所有权，这也许并不涉及所有权对主体人格的体现与保

1 [意]彭梵得著，《罗马法教科书》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 264-266 页。

2 [德]黑格尔著，范杨译：《法哲学原理》，商务印书馆出版社 1961 年版，第 81 页。

3 林城二说“(契约）与所有权自由结合而营资本之机能。……盖近代社会要求自由经济，而自由经济之核心，则在于‘等价交换’为基础之经济自由竞争……契约自由之基础，系人之私的自由意思，透过经济自由竞争之等价交换观念而存在者也”。参林城二：《民法基本理论与问题研究》，法律出版社 2000 年版，第 138 页。

4 [意]彭梵得：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 174 页。

5 [日]我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 13 页。

6 尹田：《法国物权法》，法律出版社 1993 年版，第 113 页。

7 王涌：《所有权概念分析》，载《中外法学》2000 年第 5 期，第 519 页。

障，而是利用了所有权本身隐含的所有者须对标的物对他人的影响负责的“自己责任”的规则。当然，也可以认为相同的目的完全可以通过向公用物的管理人提起行政上的救济要求来实现，而事实上对公用物纠纷由行政法院专属管辖也确实是较通行的做法。但笔者认为：1、所谓行政的侵害与责任问题本身就是公法在吸纳了私法平等主体间无强制、等价有偿原则之后的现代制度。那为什么放着更近切的私法途径不用而求远呢。2、公用物与私有物的相邻状态与私有物之间的相邻状态除了公用物使用者为不特定人之外并没有区别。3、行政诉讼法最后也无非是援用私法中相邻关系的法理与规则，而历史上某些不承认国家对公产享有所有权，坚持涉公产的纠纷由行政法院管辖的国家（如法国），“由行政法院发展了一种所谓的判例法，它已产生了与通常所有权极相似的结果。公有财产与国家私产间的界线已由固定变得更混乱”[1]；4、中国普通百姓对民事诉讼尚有厌讼心理，对处于统治关系中的行政诉讼就简直是惧讼。从这一点看，也应该赋与百姓选择在他们看来较趋宽松的民事诉讼的权利。因此笔者认为，面临相邻关系的公用物（似乎完全与私有物不相邻的公用物并不存在）已经处于了与其他私权的牵连之中，因为这种牵连使公用物的法律关系应当作出或至少不能完全排斥私法上的回应，因此赋与这一法律关系所有权的技术结构乃是借用所有权的社会责任确立规则的考虑。

针对第二个问题，即要达到禁止私人取得公用物所有权的立法目的，笔者认为可以有以下几种立法模式备选：(1)直接规定对某物私人无取得所有权的权利能力；(2)直接规定某物处于主权的监护之下；(3)在某物上规定一个所有权，如国家所有权。

采用方法一的有如《法国民法典》537 条的规定：“不属于私人所有的财产，依关于该财产的特别规定与方式处分并管理之”其 538 条将一系列上述类型的财产定为“公用物”（与之类似的法例有比利时、瑞典、泰国民法典等）。此法言简意骇，但也存在问题：其一、“私人”是一个极其含糊的概念，我们容易将个人理解为私人，并将国家作为与私人对应的范畴，但自罗马法形成“团体及国家法人观”以来，“人格的抽象性”就代替了一般意义上的私人(个人)成为为市民社会形式上的构成单元，因此如果我们要将现代的“私人”扩展为一切私人人格，也即得加入到市民社会中的主体这一范围的话，合于方法一的真正严格的立法术语应当是“涉公用物的法律关系不存在于市民社会之中”，也即对公用物不存在任何人的任何所有权能力，私人(个人)不行，私法人乃至国家也不行。但根据对第一个问题的回答可知，要公用物的法律关系完全超脱市民社会之外是不切实际的。其二，从社会心理定势而言，随着公用物被日益众多的“私人”日益频繁的直接接触，法律设定的公用物作为不可有物与其它可有而无主物的严格区别会被社会心理所抹煞，这多缘于人们一项财产都应当有一个主人这样的朴素思维，使一物一权原则总被超越本义的理解为“凡”一物上“应”有一所有权；其三，它无法适应某种牵连的需要。公用物与可私有物间的界限是相对的，因此各国立法在规定了私人不可有以后多会加一个“已不再作为公有物或公用物的不在此限”的例外，这本身就说明公用物处在与私有物的广泛牵连与互变之中，这一互变也许是基于明确的公示的国家命令，如将某条道路出售给私人的议案被通过。但在多数时候是命令无法公示，甚至缺乏命令的。如图书馆与图书馆的书籍是公用物，但当图书馆向读者出售旧书时，读者怎么会知道旧书是否已经某种程序解除了公用性的设定，恢复为私产，私人可以取得所有权。如果未经此程序，那对于旧书任何人都不能形成所有权，不仅不存在买卖关系，甚至连读者善意取得的能力都没有（因为对公用物是没有取得所有权的权利能力的，当然也包括了善意取得的形式）。可见，即便严格遵循不可处份、不可交易的规则，也免不了对公用物来自私权的牵连。同理，如果一个人承包了一块作为公用物的海滩种西瓜（暂不说这是否阻碍了公用目的），并已经在土地局办理了

1 [荷]雅克.H.毕克惠斯著，张晓军译：《荷兰财产法结构的演进》，载梁慧星编《民商法论丛》（第 7 卷），法律出版社 1997 年版，第 304 页。

登记，我们就可以认为他已经享有了一个对公有物的私人限制物权(法律限制形成所有权，但并没有说不得形成限制物权)。又同理，投资公司对以 PPP 方式建设的公用物的经营权同为一种限制物权。但问题也由之产生。如果不承认国家对这一公用物享有所有权，就会产生无本权即无所有权的限制物权的费解格局。

采用方法二的立法例如《智利民法典》596 条规定：“自测量领海宽度之基线起，延伸至海底深水、海床及海洋底的生物或非生物资源，以及为发展任何其他经济勘探和开发该区域为目的活动，国家得在该区域内行使主权。”在理论上这得到了前面提到的彭梵得以及国内一些学者的支持（即认为对公用物的国家所有权仅是“徒有虚名”，实为管理权而已）。这一方法的问题更大，除了继承了前一种立法例的全部毛病，它还混淆了行政权与物权的不同客体、不同内涵，将公用物的归属关系与将公用物设定为公产并维持其公用性完全当成一回事。退一步讲，从一国主权的属地管辖看，任何位于领域以内的物，无论公有、私有，莫不受到主权的或严或宽的限制，正如所有权虽绝对亦不得滥用的认识显然就是一种主权的干涉。因此，这一体例在物权法而言没有特定所指，等于什么都没说。

立法例之三有如我国当年“物权法草案梁稿”63 条规定公有物和公用物属于国家所有，不得转让，不得作为时效取得的客体。我国“物权法草案王稿”也是采用这种表述方法，只不过将公有物与公用物细化了。世界上多数国家物权法都有类似规定。在此我们假设这个国家所有权就是一般意义的所有权，而不是什么“徒有虚名”的所有权，那我们就可以不必迟疑的利用所有权项下的某些规则以实现限制私人(其实就是国家以外的其他主体)取得公用物所有权的权利能力的立法目的，其中最为显要的规则就是大陆法的所有权“一物一权”、“公示公信”的基本原则：由于国家已经对公用物行使了一个不得处分、且不得依时效取得的所有权，那在可能的时间内他人再取得同一物所有权的可能当然就被抑制了。并且这一抑制是合于一般社会财产观念的，即一件有主物与一件易被理解为无主物的不可有物相比，更能平息人们先占的欲望。

综上，对公用物所形成的国家所有权可以是民法上的所有权，一种“私权”。但是，这是由“主观权利”的实质私权观转向“牵连主义”的形式私权观以后的结论。但欲引发公平对待的私法关系仅考证到形式私权这一层含义就足够了。正如“抽象人格”之下的“具体人格”的差异并不是各人格能否准入市民社会的判断依据，而只是准入以后必要矫正的依据。因此即成的形式私权可以适用实质私权妥当性的推定，至于来自实质私权观念的反驳，也许这不是在具体私法关系中，而是市民社会与政治国家对立关系中的问题。

3．有无处分力不是判断国家所有权是不是所有权的标准

为使论证圆满，还必须反驳无处分权、转让权就无所有权的实质私权逻辑。在此笔者借用贝勒斯在解析“财产的形态”时采用的结构，提出一个所有权人与他人可能具有的法律关系的模式：

(1)请求权－义务：所有人得请求一切人不妨碍其行使权利，而相对人有此义务；

(2)自由－无权利：所有人得自由的对财产任意行为，而他人则无此权利；

(3)权力－责任：所有人得处份财物，而相对人将因此牵连进与所有人的关系中(这可能是转让关系)；

(4)豁免－无权力：他人无权处份所有人的物，所有人得自无权处份的效力中豁免[1]。

“可能的法律关系”意味着“所有权不是一束固定的权利之集合，而是一束变动不羁的权利之集合。”[2]那在所有权名下上述任何一种方式或几种方式的组合都可能称为

1 [美]迈克尔.D.贝勒斯著，张文显译：《法律的原则——一个规范的分析》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 96-98 页。

2 王涌：《所有权概念分析》，载《中外法学》2000 年第 5 期 521 页。

“一个所有权”，但相反，缺少一项或几项方式则不能反推出不存在“一个所有权”。而所谓处分力所在的“权力－责任”关系只不过是一项普通的所有权表达方式，其缺失自然不能作为否定所有权的直接证据。正如有学者指出：我们凭什么判断一束权利之集合是所有权，凭处分权、权力，并未去中肯綮。而应依凭在一项法律关系中是否存在所有权的弹性力现象，是否存在一个无论权利被怎样分割而总保有一丝哪怕是无意义的剩余权利的人(即剩余权理论)，这将证明此人与其他即便是无数多个受益人就同一物的迥然不同的“优越地位”，此人就是所有人。[1]当我们再次打量公用物时便会发现，无论国家有无处分力，无论公用物被公众如何直接的用益，保持为一个单一物而不是被瓜分为无数多个物进而私有化的原因正是在于国家纵然对该物一点利益都没有，却享有一个优越于一切个人用益的剩余权利——管理权（关于行政权在私法角度的私法化、技术化见后文），故国家就是所有权人。

笔者进一步认为，国家公产中继承的“不可有物、不可交易物”的历史渊源已经发生了很大的变化，所谓“不可有”，只是说不能象纯粹的私产那样去“有”。世上只存在现在未被所有的物而没有真正“不可有”的物，除非它根本就不是民法上的物(如空气，星球)。

（二）公用物归属国家与公用性保持间的统一关系的分离

如果我们再看一看限制国家对公用物处份力的原因，就更加清楚它不是判断所有权存在与否的标准。处分问题是与公用物的“公用”目的联系的，这里存在一个传统假定，持续的“公用”目的只有在国家对物的稳定掌握下才能实现，公产归属国家在保障公众持续用益中发挥着“支点”的作用，故公用物归属国家与公用物设定、维持公用性二者不可分。而私人的行为能力则取决于其财务能力与逐利冲动，禁止国家处分在于防止公用物归属私人或频繁的易主使公用目的中断。但至少在理论上，公产的归属关系与公产被设定、维持公产的公用使命关系是不同的。首先，“压倒的意见是，财产以公用为目的的情况，并不成其为它不可能是所有权的理由”，[2]进一步讲，严格的公用物国家所有且不得处份、不得转让、不得时效取得的规则在现代所有权社会性日益明显的变化趋势中，特别是某些明显利他目的团体人格所有权形式的出现（如信托所有权）产生的冲击下已经日渐动摇，使人们开始怀疑同样是服务于公用目的的财产，所有权人“为什么一定是国家？为什么不能是市民社会自身的组织”。[3]甚至进一步认为，只要公用目的被遵守，私人拥有该类财产的可能性甚至也不排除。[4]事实上，普遍采用的PPP（Public—Private—Partnership）等方式投资建设的桥梁、道路等公用物，即可由作为投资方的私人公司在约定经营期限内形成排他性经营权甚至所有权,[5]已经昭示了公用物归属与公用性保持统一关系中国家“支点”地位的淡化。

1．公用物归属与公用性维持统一关系分离的社会原因

以公用物为标的建立的法律关系可分为两层：1、公用物的所有权关系，即谁对其享有所有权；2、用益关系，即公用物被设定为公产后不特定人对他人所有的公用物非排他的用益地位，严格的说，任何人的随机用益地位因非排他性而无法成为私权（连形式私权也不

1 王涌：《所有权概念分析》，载《中外法学》2000年第5期第521-522页。

2 [荷]毕克惠斯著，张晓军译：《荷兰财产法结构的演进》，载梁慧星编《民商法论丛》（第7卷），法律出版社1997年版，第304页。

3 王凌云：《论先占原则》，载徐国栋编《罗马法与现代民法》（第一卷），法律出版社2000年版，第162页。

4 [荷]毕克惠斯著，张晓军译：《荷兰财产法结构的演进》，载梁慧星编《民商法论丛》（第7卷），法律出版社1997年版，第304页。

5 PPP（Public—Private—Partnership）即建设-经营-移交方式，指私人合伙人或国际财团在获得政府对项目建设的特许权后，融资、建设设施，通过对设施的经营收回投资并取得合理利润后，将其无偿移交给业主政府的特许工程。

行）。公用物之所以需要一个所有权在于处于广泛私权牵连关系中的技术需要，在于防止不特定用益关系中恃强凌若的自然状态，而由一人所有以定份止争；同时，稳定的所有人的存在也确定了保持公用物适用状态的责任人，防止了无主状态下随机使用者推委、拒绝支付使用成本的不利局面。公用物所有权负担不得排斥用益的义务，这就使所有人也不得以营利目的、经济手段变相阻隔公用物的用益关系。所有人对公用物的收益权能应仅限于补偿营建、再营建同类设施与维持功能之用，因此严格的说公用物的用益关系在理想状态下是一国公民享有的社会福利，所谓收益与“有偿使用”问题主要不体现在所有人与特定用益人间的民事交易关系中（如乘客买公交车票、公园门票），而体现在不特定人的总和纳税人群与政府的税收与公共事业委托关系中，此时，公用物归属国家是顺理成章的，而其归属关系与公用性由国家维持间统一关系是牢固的。

但事实是世界上还没有哪个国家能完全实现上述理想，用益关系的有偿性体现为，甚至主要体现为所有人与特定用益人间的交易关系的国家不在少数。其原因就在于“资源相对稀缺”条件下人们“寅吃卯粮”式的对生存条件的提高要求，已经超出了正常政府税收的支付能力，人们纳税以外的对公用物的消费需求造成国家投资公用物的被“搭便车”或曰“赤字”必须弥补。[1]方法之一即是国家以公用物所有人身份行使收益权能，对特定使用人建立一对一的收益关系，当此法仍难奏效时，国家要么坐等国力增强，要么就将公用物的营建、经营义务及相应权利暂时交付私人，从而产生了PPP（Public—Private—Partnership）下的特殊公用物法律关系。

2．PPP条件下公用物法律关系的特征

（1）公用物经营权、所有权的实质私权化倾向

公用物所有权的非市场化、形式私权性是公用物本身的“公用”性质决定的。但当将公用物交付市场化运作就必然承认某些实质私权特点的渗入：其一，促使私人投资公用物建设，取得经营权、所有权的真正动机并非“公益道德”或收回成本，与任何商人一样，是高于成本的“超额利润”，而这在国家为公用物所有人时不应是一个目标。这意味着社会公众对PPP条件下公用物的随机使用代价中必然包含了经营者利润，必然形成使用人与经营者或所有者间的民事交易关系。其二，公用物不得处分的原则对PPP条件下的所有者仍然适用，但作为私人的所有者经营风险承受力不如国家，除非存在无条件的财政担保，否则因破产、兼并导致的公用物所有权在特许经营期限内的转让的可能性无法排除。

（2）特定用益关系中的收费关系替代税收福利机制

以PPP及类似方式营建公用物的成本是由税收财政及福利体制向私人融资的转移，这体现了建造当时财政税收负担能力与社会对公用物需求间的差距，体现了超前发展模式在公民纳税以外的集资方式。从而由传统公用物以财政为后盾，通过税收杠杆“均贫富”以实现具体人格在公用物用益机会方面的抽象平等，向经营性公用物以私人资本为后盾，通过具体民事交易关系，承认具体人格财产能力的不平等与对公用物的用益机会成正比关系转变。

3．PPP条件下公用物法律关系的合理界限

为确保PPP等方式下公用物的公用性质，对上述特征应设定界限。

（1）防止PPP非此条件下公用物法律关系的混同

只有对以PPP等方式营建的公用物才能容忍以营利为目的收取使用费，非PPP及类似方式营建的公用物不仅不适用实质私权的所有权规则中时效取得、善意取得、转让制

1 公用物“搭便车”是否是一个须解决的问题在经济学界有不同的认识，以“灯塔”为例，P.A.萨缪尔森认为，与其说灯塔难以收费是一个问题，还不如说灯塔是一个公共产品的好例子而不应收取费用，应当由政府免费提供（指税收以外）。这显然是笔者所说的“最好”，但问题是当国民需要更多的“灯塔”时，就确是一个问题了。参彭汉英：《财产法的经济分析》，中国人民大学出版社2000年版，第106-108页。

度，也不能形成任何旨在经营的，可能排斥全民用益的国家的或私人的经营权能。笔者认为，近年来一些地方将6、70年代靠政府财政投资修建的公路、桥梁等设施混同为如今PPP方式营建的公用物而大肆收费，或者对非营建的自然公产（如自然景区）营利性收费，都是以公产的归属关系掩盖公用性质的设定与维持的独立价值的恶果，都是人为设定阻碍公用物公用性的经济手段的做法，是典型的公用物国家所有权的实质私权化（私产化），应予纠正。相反，私人取得公用物所有权决不意味着跳脱了公产的公用使命，国家在失去所有权的同时必须继续保留设定、监督公用物公用使命的维持状况的管理职责。

（2）强调税收福利机制的逐步恢复

相对于投资国家私产，特别是竞争性国有企业，有限的税收财政应优先满足具有更直接的福利性质的公用物营建，只有建造当时财政税收负担能力确实与社会对公用物需求水平间存在差距，才应引入PPP等方式起到补充的作用。随着财政税收规模的扩张，社会公众享有的福利水平应同比提高，因PPP及类似方式而在相应公用物用益关系中退出的福利机制也应逐渐恢复介入，逐渐替代个别使用关系中使用人与经营者间的民事交易关系，也即在经营年限内公用物对社会公众的收费水平应逐年递减，形成的与经营者预期利润的差额应由国家财政以逐年递增的方式补贴。

4. 举重以明轻——资源与土地国家所有权的私法化问题

公产的归属与公产的设定与维持是不同的法律关系，公用物之所以成为一项公产关键不是它的天然属性本身，也不是它的归属关系，而是存在确实将它持续设定为负担公用使命的公产，以在法律上体现其天然属性的法律事实，这属于国家主权的范畴。归属国家的“公产”不一定发挥了公产的功能，归属私人的公产则不一定不能，这在人造公用物出现以PPP及类似方式建立法律关系以后已渐被证明。可预见在不久的将来，公产的归属与公用使命的设定关系的分离会日益明显，甚至可以认为，只要公用目的被维持，公用物在负担公用目的期间不得处分，不得以时效取得的物权规则也会有所松动。

如果连公物都可以市场化，那土地等自然资源因其公共性与公物接近，但程度稍低，自然也成为市场化的重要对象，如我国土地财政依赖情况下，国家土地高额附期限出让金，与对集体土地在征收时的低度补偿，比起公路为代表的公物，在营利性方面只会更强，在此就不再赘述了。

三、国家私产所有权的私法化

国家私产是国家公产以外未被设定公用使命的财产。在传统理论中，服务于政府公共管理职能的由政府直接支配的财产，被认为间接负担了公用使命（代公众使用）而归于公产（称公有物），受到不得处分、不得时效取得的限制，但笔者认为这应限于对于国家所有，供政府使用的房舍、土地等不动产及车辆等高价值不易消耗物的国家所有权，而对于桌子板凳及会计中称为“低值易耗品”的办公用品则可归入私产。有关国家私产的核心问题是在国有资产分类体系中占绝大数量的经营性资产，具体讲就是国有企业(财产)如何实现“国家所有即全民所有”。

（一）国家所有权与企业经营权分离与国家所有权的私法化

在早期西方国家公司立法中，适应于小规模的家族企业模式，对企业所有与经营呈结合状态，随着企业规模的增长、私人证券市场的成熟及股分公司的大量涌现，私人股东权的分散化使多数股东无心、无力、也无专门知识再参与到对公司的直接控制中，公司的控制中心由股东会向经股东会选举产生的专业化的董事会转移。这些变化在1932年为Berle

& Means的“Modem Corporation and Private Property”一书总结，[1]由此，企业所有权与经营权分离问题讨论盛极一时，直接导致了西方国家的公司治理结构立法运动。

社会主义法系中的相关理论来源于前苏联民法学力图在保持国家依据所有权控制企业(客体)的前提下，赋与企业法人(主体)适于经营的自主权的理论探讨。在1940年，苏联社科院民法学者A.B维涅吉克托夫在其《社会主义国家管理机关》一文中指出，国有工业企业(主体)不是企业中任何一项财物的所有者，却对国有财产享占有、使用和处份三项权能，应当用“经营管理”的概念区分国家所有权和国有组织财产权的不同，[2]进而在他的《社会主义国家所有权》一书中写到：国家和企业之间的关系是建立在财产转交的基础上的关系，社会主义国家创造出成百上千个国家机关，将国家财产的个别部分交由这些国家机关管理，国家既是政权的主体，又是财产权的主体，政权与所有权能的结合，是社会主义国家所有权的最显著的特点之一。[3]依这一理论制定的1964年苏俄民法典赋与国有企业对企业财产享有经营管理权的民事主体资格，这一立法表述直到社会巨变之后的1995年俄罗斯联邦新民法典中仍几乎“原封不动”的用到了所谓“单一制企业”上。[4]上世纪80年代中国的改革者为了解决普遍的国有企业效益低下问题，又将上世纪初俄国的理论框架移植到中国的经济体制改革中，在中国人手中所有权与经营权分离论几经起落，而现在反映于立法可接受层面的国家所有权与企业法人财产权的二元结构，以及尚未接受的国家、企业双重所有权理论实际上都是同一逻辑下对两权分离的一脉相承。但问题是中国国企改革的实效总不尽如人意，笔者认为应当注意东西方与中国对两权分离论理解的不同点。

在此本文不涉及理论的姓“资”姓“社”的深层次政治意义的殊途，而仅仅从法律的角度认为：西方两权分离理论是对某种客观现象与发展趋势的描述，是“认识论”，而东方(中国)两权分离论实则在假设已知或者忽略某种认识的基础上的用于改革的“方法论”。

“西方社会的法人制度不是理论的产物，而是历史的结果，所有的理论只是重新建构或解释历史演进。”[5]“即不是法律能够人为地制造所有和经营的分离，而是一旦出现这种分离之后，法律如何对待所有者和经营者之间的利益冲突，如何确定经营者对所有者利益的注意程度和诚信义务”，[6]从而提起人们注意已然多元化的股权革局，建立新的公司法人治理结构的“起点”，故“所有权与经营权分离是一个问题，而不是一个解决问题的出路”，[7]它甚至仅仅是众多问题中的一个问题，而这一问题的肇因源于以股份公司为代表的法人制度自我发展、完善，市场经济规模增长等市场因素，这恰恰不是法律能够左右的，至于哪些企业发生了两权分离，发生的程度深浅，就更不是法律能够设计的。可以说，其两权分离实指市场经济中的企业由业主制发展为股份制以后的一种客观现象。

相对而言，前苏联，继而是中国的两权分离理来源于计划经济时代对处于绝对优势地位的国有独资企业的理论控制中心——国家，与实际管理中心——企业法人之间的协调要求，它本来既不试图说明，更不试图创造股权分散为条件的现代企业制度。但在当代中国，

---

[1] 王文杰：《国有企业公司化改制之法律分析》，中国政法大学出版社1999年版，第112页。

2 [前苏]A.B.维涅克托夫：《社会主义国家财产的管理机关》，载《国家与法》(俄文版)1940年第6期5页。

3 [前苏]A.B.维涅克托夫：《社会主义国家所有权》，莫斯科1948年俄文版，第317-318页。

4俄联邦民法典113条规定“单一制企业是未被其所有人赋予对财产享有所有权的商业组织，单一制企业的财产不可分割，不能按投资比例分割(份额、股份)，并且也不能在企业职工中分配。”

5 方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999年第4期435页。

6 方流芳：《中国公司：公法权力和私法权利抗衡之焦点》，载《中国法制改革》，广角镜出版社1994年版，第220-221页。

7 William H.Simon, The Legal Structure of the Chinese” Socialist Martet Eenterprises” 转自方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999年第4期。

该理论早已突破其本意与使用范围，成了可针对广意上的国有企业（广义的国家业包括国有独资企业，公司化改造后的国有独资公司及国家控股的有限责任公司、股份公司）的“包治百病”的“改革的主要的甚至是唯一的理论依据。”[1]并在成为现代企业制度的应有之意的同时，更成为国有企业改革，建立现代企业制度的方法与目标：把“两权”在国有企中的“不够分离”导致企业效益低下的判断作为一个问题，而将人为制造这种分离作为解决问题的出路。笔者认为，该理论适图在保持国家对处于主导地位的国企群的“所有者地位”的同时，又通过自上而下的政令法制的人为理性压缩乃至代替西方私法史上造成两权分离的“市场因素”的百年孕积，一蹴而就的“造出”各种国有企业的两权分离下的现代企业制度，是东西方“两权分离”论理论基点与实践命运迥异的根源。

由于我国传统两权分离理论脱胎于“非现代企业”，而又试图去解释与建构“现代企业”，这决定该理论无论对保障非现代企业的公共性，还是实现现代企业的效益性都缺乏实用性。在其四处碰壁之后，理论发展方向一分为二，其一为从法人经营权到法人财产权，最后到法人所有权这种对原有逻辑的继续发展。其二，开始认为传统两权分离理论“是一个远离真实世界而又适用说明真实世界的理论，一个缺乏可信性的理论。”[2]转而认为，“国企缺乏效益的主要原因是国家干预，与国家私法上的所有权毫无关系。国家干预不可避免地导致企业官僚化，官僚化企业不可能产生竞争力，这是历史无数次证明的事实，一个不可能因为所有权和经营权分离而有所改变的事实，”[3]“国内企业的当前问题不是所有权与经营权要如何程度的分离，而是所有权如何脱离公共权力，企业如何脱离权力机关。”[4]并以此为发端，认为一切国家私产所有权都应脱离国家权力的“政治意味”，即围绕国家所有权摆脱行政权为代表的公权力的“新两权分离理论”展开。

（二）行政权与国家所有权分离对国家所有权私法化的深入推动

1、行政权与国家所有权分离理论回顾

因所有权与经营权分离的“旧两权分离论”的力不从心，人们自然而然的在找寻更深层次问题时将体制弊病归结为：行政权与国家所有权一体化，国有资产管理职能与政府管理职能不分，国家所有权权力化，借用行政权限结构实现所有权权能，导致所有权的“畸变与异化”，反之政府经济行政行为又受到所有权私权观念的干扰，使政府经济行政“合同化”，强化了权力寻租至成腐败的诱因。因此无论从提高国家所有权的动态效益还是建立高效、廉洁的行政体制看，行政权与国家所有权的分离都成经济体制改革与政治体制改革的重合内容。[5]在这一改革的具体路径选择上，又经过了一个该理论“自我扬弃”的过程。

（1）政府内部分权。即在政府内部设立两个针对国有财产的职能部门。其一为行政管理部门，其二为国家所有权部门。但实际上不论行政机关担负的职能差异多大，仍以行政权为核心。在行政权既有的前提下，仍由行政机关担负所有权使命，只可能是在行政权与所有权一体化上绕圈子。[6]

（2）合同分权。在逐渐放弃了单纯主体分离的方法论后，人们开始思考是不是可以将已经成熟的用以规范政府与国有企业间所有权与经营权分离关系的合同关系介绍到政府机

1 王文杰：《国有企业公司化改制之法律分析》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 112 页。

2 方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999 年第 4 期，第 433 页。

3 方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999 年第 4 期，第 433 页。

4 王文杰：《国有企业公司化改制之法律分析》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 117 页。

5 单飞跃：《试论行政权限结构与国家所有权》，载《法学评论》1998 年第 6 期；王忠、姜德源：《论国家所有权、行政权与企业经营权的分离》，载《法学研究》1988 年第 2 期等，这仅仅是极小部分，仅在笔者为写作本文而检索的二十余篇成文于上世纪 80～90 年代前期的相关论文中，就有一半以上或详或略的赞同或至少提及了这一观点。

6 黄速建：《国有企业产权制度变革》，经济管理出版社 1996 年版，第 86 页。

关之间。但合同真能缔造行政权与所有权职能“井水不犯河水”的协调关系吗？由于这一合同在法院管辖上的缺位使它最终成为只能靠各部门“自觉遵守”的道德信条，在法权关系上毫无意义。[1]

（3）行政公司分权。这是政府内部分权说在政府外部适用的结果，行政公司强化了所有者职能，淡化行政色彩，但问题也更为严重，行政公司的运作基础仍然是行政权而不是所有权，而无论如何强调行政公司的所有权职能，行政公司都不可能成为法人所有权的主体，事实上行政公司的名称本身就意味着它不可能是行政权与所有权分离论的实践利器，甚至会适得其反。而在实践中，行政公司的角色也更多的定位在垄断色彩浓重的公用事业等方面，极具局限性。

（4）各类“新中介主体”结合现代企业制度。在总结经验教训的基础上，人们认为“在行政权必须由政府行使的基础前提下，只有通过塑造新的产权主体来担负国家所有权使命，才能完成行政权与国家所有权的分离。”[2]这就要使政府所有权代表的职能与国有企业投资人职能分离，在政府与国有企业间阻隔以独立从事企业资本经营的投资主体，如国家投资公司、控股公司、资产管理公司、国有企业集团等，使针对国家私产的绝大部分经营性权能下放给非政府机构的投资主体，使国家保留名义所有权而实为单纯的行政主体，投资主体成为超脱于行政体系的民事主体，国家与之仅保持信托投资关系而非资产的行政授权关系，而投资主体再与各国企群发生的再投资关系自然就是纯正的民事关系了——行政关系被投资主体“过滤”掉了。[3]在此基础上再辅以现代企业制度，完善企业法人财产权。

2. 行政权与国家所有权的制度关系

迄今几乎所有的论著都是站在宏观的视角下看待行政权与国家所有权现象，认为行政权与国家所有权对同一客体物(特别是国企)的高度融合是造成所有权在行政权高压下失去效益，反过来行政权在所有权诱惑下趋于“权力寻租”，导致腐败这双败结局的根源，因此必须促进二者的分离。这显然是站在所谓公法与私法是彼此独立的部门法，公权与私权也是彼此独立的两个实体的立场上的认识，而不是站在法律关系层次上的分析与探讨。笔者在此以罚没关系为例，对微观层次的行政权与所有权的相互关系加以讨论。

假设 A 公司的一艘船舶因走私成品油被有关部门没收，问：政府罚没是对船舶的原始取得还是继受取得，罚没在民法视野中的性质为何？

（1）行政权“遁入”私法

所有权在不同主体间的转移是所有权法律关系的变动，按照法律事实援引法律规则中的法律效力的法律关系动态变化规律，[4]任何主体的具体所有权的得丧都必须有作为原因的法律事实。[5]就取得所有权言，依取得所有权是否基于前手所有人的意思与权利分为原始取得与继受取得，对船舶的罚没不依赖原所有人的意愿与权利，一般认为是原始取得，并将罚没划入“公法上的原因”。[6]不同于法律行为，罚没一般一经作成即发生物权变动效力（这无论在德国物权行为独立性，还是法国的意思主义那里都一样），未经登记不得处分罚没物。表面上看，罚没在实质上不符合意思自治的私法原则，不同于生产劳动等创造

1 单飞跃：《试论行政权限结构与国家所有权》，载《法学评论》1998 年第 6 期，第 52 页。

2 单飞跃：《试论行政权限结构与国家所有权》，载《法学评论》1998 年第 6 期，第 53 页。

3 刘学灵：《论国家所有权人与投资主体间的法律关系》，载《政治与法律》1997 年第 3 期 32-36 页。

4 李开国：《中国民法学教程》，法律出版社 1997 年版，第 32 页。

5 笔者认为，仅仅以法律宣布所有权归某某所有是没有意义的，除非在宣布以前已经存在一个法律事实如占有。若不是如此，就仅仅是宣布了某人可以依一定法律事实去取得所有权的可能性——权利能力。也因此，王泽鉴先生在论述物权变动的法律事实时虽称列举了法律规定，但其后立即细分为法定行为，行为之外之事实等等。参王泽鉴《物权法论》（第一册），三民书局 1992 年版，第 64 页。

6 周宏楷：《船舶所有权论》，载梁慧星编：《民商法论丛》（第 16 卷），金桥文化出版公司 2000 年版，第 800 页。

活动，在形式上不符合船舶物权变动不登记不生效或不对抗第三人的公示要求。但它仍体现了民法中物权变动原因事实的技术要求：1、罚没具体行政行为只产生物权变动的主要效力而非全部效力，即未变更物权登记前国家无物权处分力，这说明行政行为与物权变动仍是原因与结果的关系而不是一回事；2、罚没作为具体行政行为在民法看来就是单边意思引起物权变动的法律事实；3、罚没物未经物权变动登记不得处分，此处登记虽无创设物权的效力，但仍有宣示已发生的物权变动，并赋予权利人以新的物权变动（处分）力的效力，仍体现了公示原则。[1]

总之，行政处罚这一行政权的体现仅仅是原因法律事实甚至仅仅是它的一部分，与其它原始取得与继受取得模式的原因相比，它仅仅是普通的一种，它对所有权变动的效力与其它原始取得的原因在形式上相近。行政权在被纳入原因理论后变得平淡无奇，这正好对应所谓国家在被赋予“抽象人格”以后成为与私人形式平等的“公法人”而不是行政机关的国家法人观，行政权的执行在这里仅仅称为法律事实更准确。也就是说，针对社会生活无限多样可能性而设计的原因（法律事实）在技术上具有无比的包容性，它的好处犹如为市民社会的关口，凡是从此入者，就成为市民社会的一员。

（2）行政权在私法视野中的虚像：原因聚合为法人行为能力

如果我们将眼光跳出上述案例局限的罚没事件会发现，凡是涉及任何一个具体的国家所有权的得丧变动都存在一个在公法视野中的或强或弱，或明示或推定的行政权的行使，大到国库的采购、清偿，对国有企业的管理，对股份公司的控股、持股，小到一个街道办事处处理废报纸，所涉及国家所有权的取得、变动，都以“近因”或“远因”的方式最终源于公权力的授权体系。[2]至于说公法人具有象私法人一样的抽象人格，象一般公司企业一样的私法权利能力，那并不是在赋予国家行政权的活动能力以外另外再由私法单独赋了个什么人格。话又说回来，私法在态度上更趋向于确认什么而不是创造什么。正如对个人人格的确认乃是对自家庭解脱的家子的自主活动能力的最终确认，对公司法人的确认乃是对公司商行为独立性的最终认可，而对国家法人人格的确认，正是基于对行政权力事实上涉足了与私主体间可能发生在私人之间称为“平等、有偿、自愿”的，并充满私法技术性、牵连性的那些关系的领域，才不得不将行政权再贴上个私法化的标签，至于象罚没这种与公平、自愿、等价有偿全不相干的行政权，则将其归入原因的大口袋，称为公法上的原因。由此，“私法标签”的找寻必然落到私法中与之最相近的领域，而一个私人的活动能力源于其得自己命令自己的能力——意思能力，那么国家在财产方面命令自己（内部行政）再作用于外（外部行政）的能力会方便的“更名”为公法人的行为能力，行政权在形式上转化为私法中的制度。

此举无疑是对政治国家与市民社会间“楚河汉界”的消融，犹如市民之城放进一匹“特罗伊木马”。

3. 行政权与国家所有权分离论“实指”与“虚指”的倒置

（1）“实指”不“实”

传统理论框架下新两权分离论的实指就是要通过剥离国家所有权上的行政权色彩，使之成为适于市民社会的平等要求的所有权形式。但笔者认为，它在实践中是无法实现的。

前文已经自法律关系层次总结了行政权与国家所有权的关系，即它们从民法的视角是国家法人行为能力与具体权利、行为原因与行为效果之间的关系。而行为能力与具体权利本是互为依存又处于两个层次上的相互衔接的法律制度。行为能力是以自己的行为（原因）

1 王泽鉴：《物权法论》，三民书局 1992 年版，第 94 页。

2 对行政权人们往往联想到罚没这一类的具体行政行为,其实从行政权的分类看,它分为外部行政与内部行政,外部行政即是行政机关与被管理的私人间的关系。而内部行政则是行政系统内部的管理与协调，内部行政也是国家所有权的变动原因之一。

取得权利承担义务（后果）的资格，而权利则是这一过程的结果之一，行为能力与权利的“分离”体现在彼此的法律概念不同，制度功能各异上。这种分离状态是大陆法两千多年来适于市民社会实践的自然的制度演化结果，它本身就是民法认识论的对象，是进一步研究的出发点。因此行政权在民法视角下的私法化、技术化、行为能力化以后与所有权的制度衔接而概念分离也是一个自然演化形成的问题，而不是一个解决问题的出路。如果要在这种制度分离之外再人为的“创造”个什么“两权分离”，创造个“行为能力与权利分离论”出来，则似乎是对大陆民法制度以市民社会实践为根基，而不是理论本身为出发点的思维态度的歪曲。也就是说，当我们试图以一个所谓的私法方法剥离国家所有权上的行政权束缚时，这一方法本身恰恰是一个无法为私法理论认知与解读的，纯粹由语词按语法组合的“误述”，它本身难以代表可行的方案与真实的见解。

但“误述不仅是在思维和真实之间保持已有距离，当人们按误述去行动的时候，误述的反作用就是拉大思维和真实之间的距离”，[1]在新两权分离论自我扬弃的指导实践的过程中我们看到，当通过一种主体分离设想不能达到改革的即定目标时，人们就会“前仆后继”的寻找另一类主体分离方式，将改革在原来的道路上继续走下去，最终归结为“新的产权主体”的口袋。

一种新产权主体是提到的“独立”于政府的中介投资主体，它以与国家间的民事信托投资关系“替代”资本行政授权关系，但连论者自己也承认：“政府对国有企业投资主体的投资关系仍以授权经营（即授权机制）的形式存在着，国家所有权代表与国有企业投资主体的关系，在形式上仍有行政权的特征，只是在法律上改变为民事法律上的投资关系了。”[2]这种形式上的行政权如何在法律上（实质）改变为民事法律关系自始至终都没有为论者说清。这是因为并不存在真正的变戏法般的形式行政权变为实质民事关系的过程，形式与实质本不可互换，存在的仅仅是认识视角与认识工具的转换，即从民法的角度看，行政授权关系的实质可以为民事投资关系的形式重新解释，这仍然是行政权在民法视角民事能力化以后的国家参与市民社会的方式。因此通过投资中介主体过滤行政机制仅仅是名义上的，不是实质上的。

另一种新产权主体就是公司化、股份化改造以后的企业法人，它凭借日益扩充的实物控制的“法人财产权”将国家所有权从对企业的实物控制“逼退”至价值控制，从而使“国家对国有资产的所有权主要不表现为物权，而表现为股权。”以股权替换太易被行政权“俘获”的国家所有权，以期阻断行政权进入企业的通道。但这本身也意味着同一逻辑下行政权与所有权分离理论发展的某种终结：国家股权就是国家所有权在现代企业中的表现，二者是同一法律关系在公司法与物权法上的不同解释。因此改革者似乎已经敏锐的觉察到，旨在创造与行政权分离的国家所有权的努力似乎本身就是国家所有权在模糊乃至消解自己的存在，是国家所有权与行政权的共同退出，而根本不是人们常说的什么明晰产权；行政权与所有权分离并不是理论设计者设想的那样象可分物一样，只要找到明确的主体就能分开的简单凑合，当人们适图跳出每分出一个主体却回到行政与所有一身二任的老路时，却发现它不得不跳入的另一个圈子——国家所有权的退出，但这恰是与改革的根本目标与原则底限冲突的。可以说，由于理论发展的原则性制肘，新两权分离论对旧两权分离论的扬弃最终褪变为对后者的重述，在理论上已经终结。

从实践的角度看，国家投资的“非现代企业”完全没有脱离国家控制的理由。正如方流芳先生早已指出：“团体因脱离国家权力而形成私法上的独立人格……然而，国企恰恰

1 方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999 年第 4 期，第 435 页。

2 刘学灵：《论国家所有权人与投资主体间的法律关系》，载《政治与法律》1997 年第 3 期，第 33 页。

是一个难以脱离国家权力的经济组织。如果国家为全民利益而组建国企，国家通过行政机关控制国企，或许能更为有效地实现国家目标，无论国家为何目的而拥有国企，都不存在国企需要摆脱国家权力而保持独立的正当理由，法律作出与之相反的规定，只能造成法律表达与法律实践之间的冲突而增加混乱。”[1]而在以股份公司为代表的“现代企业”中，作为所有权“名义替代物”的股权、信托关系一样被方便地用作行政权介入的桥梁，特别在一股独大的前提下，什么样的干预那还不都可以通过董事会决议的“橡皮图章”合法化。并且从行为能力与权利的关系的角度看，也没有理由与可能割裂股权行政权（行为能力）与股权之间的联系。近年来，国企改革思路从“放权让利”转至“抓大放小”，抓大在当前就是抑制大型国企中法定代表人的权利：国务院、中共中央组成了“大型企业工作委员会”，大型国企的董事长、总经理、总会计师由国务院任免，人事权的集中甚至大大超过了计划经济时代；国务院向大型国企派遣相当于部长、副部长的“稽查特派员”，监督企业管理；在国企内部采取加强党委领导等等措施，[2]这无不是行政权的运作，又无不是在我国国企，特别是大中型国企已经完成股份制改造，成为所谓独立法人、现代企业以后开展的，谁又能说这超出了“股权”与“新的产权主体”的制度的包容范围呢？而我们往往担心国企“一放就乱”而“一抓就死”的心态，以及已经出现的某种既“乱”又“死”的问题，本身就是证明所谓国家所有权与行政权分离理论终结的证据。

（2）“虚指”不“虚”

但是，行政权与国家所有权分离论的虚指，即试图使一身二任的国家行使所有权时更趋于理性、高效与公正的意旨倒是实实在在的，是必须以为奋斗目标的。也就是说，当理论实指部分在理论与实践中都失败的情况下，我们不妨退回其虚指的原点，再寻更为切实可行的改革路径。

四、国家所有权“遁入”私法的校正

（一）危害与成因

毋庸讳言，我国当前国有资产运行与保护中的乱象，及其背后国家对公共财产公法上义务的履行缺位均是直观的。在人民群众自认为“无从参与”的企业用国有资产管理领域的主要问题有：所谓巨额“国有资产流失”背后国家对企业用国有资产“流通”“内部私有化”严格管理与信息披露义务缺失；企业国有资产创造利润对全民直接分红的长期缺失，及政府对此状态的长期放任、不作为；国有企业经营效率底下与政府主持公平的全民参与的企业民营化义务的缺失。在与民生息息相关领域中的问题是：直接公用型公共财产，这如公路、风景名胜等存在高额且长期的营利性收费，收费与改善民生缺乏直接联系，其背后是政府懈怠财政供给义务，放任乃至推动公共财产的资本化与经营化；国有土地为代表的公共资源使用权公益性向度不足，而商业开发向度过度活跃，商业出让成本高昂推高房价等人民利用成本，这背后更是各地政府赤裸裸“土地财政”主动追求中对保障人民居住权的义务的背弃；矿产资源无序开采造成的矿产资源流失、环境浪费及背后政府监管的缺位，等等。

这些问题当然与国家所有权“遁入”私法是相关的，或者可以说民法为政府逃避公法上提供了某些技术便利。例如“形式私权”的扩张、民法上所谓主体平等原则，便利了将

1 方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999 年第 4 期，第 436 页。实际国家对国企的控制是一种行政控制这从未被怀疑过，甚至国企以某某局命名，如美国“密西西比水利局”实际上就是一个国有企业。参[美]亨利.汉斯曼著，于静译：《企业所有权论》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 245 页。

2 方流芳：《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999 年第 4 期，第 437 页。

国家所有权在观念上混淆为一般的自主性所有权；所有权对用益物权的有偿衍生，使国家可对用益物权人收取长期的“使用代价”；所有权与经营权的分离、行政权与所有权的分离，加之企业法人的独立性，方便了隔断全民与国家企业就企业利润上的分配关系，等等

但也许很难通过阻止国家所有权制度向私法的“遁入”，消除其逃避公法上义务的技术便利，解决上述问题。我国《物权法》本身即是作为未来《民法典》的“物权编”被提前制定，几乎可以肯定，其中国家所有权制度将长期作为基本法律制度被固定下来，历史上供国家所有权遁入私法的制度便利也将长期存在下去。更深层的原因也许是，民法学自诩的“体制中立”具有被不同政治模式“俘获”并选择性放大社会调整中的“正”或者“负”能量的“吸引力”与被动性。传统民法学素来自诩以对政治因素乃至民族性的审慎排斥而确保“体制中立”。民法高度精粹、技术性的语言，“有可能抽离于各种社会的生活条件和世界观，放之四海而皆准。但一旦适用于具体社会时，又能和该社会其他部分的运做不至扞格”，由此民法才具有“出社入资”，或“出资入社”的“惊人的超越体制特制”，[1]这为东方智慧转述为 “民法典可以非常老子的‘人法地、地法天、天法道、道法自然’，描绘一个没有公权力介入的私法秩序，但不拒斥任何公权力的介入”，[2]试图太极般化解任何公法渗透，从而确保法典编纂于专断立法间的界限。但这理想的实现也许只有在论者考察的“典型”国家的典型时代，如《德国民法典》编纂时代的德国才有可能：恰到好处的德国法规定与留白的搭配典、发达的司法体系与学者阶层，最重要就是同时代有限政府对民法所实现的社会自治的宽容。而中国无论过去还是现在均不存在这种条件。更重要的是，民法这种门户大开的万金油式的知识与制度储备库自然是各种社会控制力量的作为治理工具的重要选择，民法工具理性的自负反成利用对象。黄仁宇曾对“法国大革命、俄国的十月革命和中国的长期革命”的联袂评断：三种运动皆发生于具有大陆性格的国家，都被强迫放弃过去以农业为国民经济本位的体制，并采取以数目字管理的趋向。[3]而概念丰富、体系严谨、推理严格的民法体系正是数字管理（计划管理）最容易亲和的调整手段之一。在俄罗斯以及与之有近似政治历史文化传统的中国，均存在民法中发达的国家所有权制度规定，只能说在两国法文化中均赋予了民法技术综合社会治理的职能，这恐怕不以哪个民法学者甚至整个民法学界的好恶为转移的。这当然加入了社会治理效果的某种偶然性：国家既可以比照地役权创立“公共地役权”以履行公法上义务公，但也可能如我国当代，利用种种民法上技术推卸公法义务，此时在国家权力面前民法技术不过是“被当枪使”，民法到底很“老子”还是很“保长”，全凭体系外政治力量的理想偶然，对此民法无权选择。

症结已经清楚，对策由此产生：对主动进入民法技术范围的权力机制的任性进行限制，令其对民法技术的利用始终符合自身权力运行的最高目的，如此，“遁入”私法将复归正常的进入私法，实现公私法接轨。

（二）对策

端正国家管理公共财产的权力运行目的，首先要提防官商文化传统的渗透。官商是政府与民争利，藏富于国的经济手段，也因借助公权力获得廉价资源、左右市场价格、驱除竞争对手、绑架民生改善、制造社会伪善的弊端，成为文明社会与市场经济发展的障碍。在我国，自秦汉以降儒家文化的“重义轻利观”一贯是官方宣扬的显学。但士大夫这么做实为彻头彻尾的功利主义：驱逐私利为士大夫们大营其“私”扫除竞争对手。对官商经济

1 苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 4 页。

2 苏永钦：《寻找新民法》，元照出版社 2008 版，第 305 页。

3 [美]黄仁宇：《资本主义与二十一世纪》，生活、读书、新知三联出版社 1997 年版，第 363 页以下。大社会规模越大，整体保持民法私法性的难度就越大。“民法公法化”颠峰发生在世界第一面积大国的前苏联，与第一人口大国的中国，并非偶然。

而言逐利是尽可做而不可说之事。[1]宋代以来，一面是陈朱理学“存天理灭人欲”的口号，一方面是官府禁榷再纵容官商填补市场空白，官商利润在国家财政收入中的比重在宋代首次超过汉唐以来的农业税。[2]为了将利益资源牢牢控制，对官商专营的行业如盐、铁等行业工人实行严格的官匠身份控制，乃至强制性的子承父业，[3]在严格的限制市场准入的同时阻碍了中国产业工人阶级与私人经济的成长。

与之共鸣的是，近来一些媒体乐于将国有企业公司制改造与中国经济领域的“大国崛起”做斗争哲学式的正相关联系——国有企业被假设为“强敌如林”的国际商战场上的战士，而不是以改善本国民生为首责的“企业公民”。“民转军”的理解自然成为企业推卸社会责任、全力自强的口实。进而将企业引向利益分配内部化、企业所有权与经营权高度分离的格局，走向“改善民生”等社会改革目标的对立面。支撑“大国崛起”的企业力量毕竟不同于军事力量这样的硬实力必须国家垄断。毕其功与一役式的国有企业在国际经济竞争中的战胜诉求，虽也可说符合发展的硬道理，但从中也不难发现晚清李鸿章、张之洞和盛宣怀等官商提出的“经济自强主义”，与建国后根深蒂固的计划思维乃至冷战思想在当代社会的潜移默化。如此改革而来的国有企业很容易走上内外争霸的公司帝国之路，最终脱离人民、脱离历史潮流，乃至吞噬了它们的制造者，令社会发展、法制建设与改革大势屡屡被国有企业“小环境”挟持。

针对性的是量化与强化“国家所有即全民所有”的宪法约束。马克思主义政治经济学理论中的“公有制”概念是一个在外延与内涵上远不同于法律上的“国家所有权”的范畴，“其核心不在于所有权形式，而在于如何扩散经济利益的收益面，使更多的人能得到社会发展的好处。”[4]是一个宏观而终极的社会改革的构想，包含了从生产资料所有制、分配方式到社会成员精神改造的各个方面，而即便最近似于所有权现象的“所有制”，马克思的所谓“所有”也是围绕“后市民社会”的社会化大生产的公共直接“占有”“利用”生产资料的“应然性”，而不是社会主义初级阶段中的“归属”展开的，是以是否代表先进生产力标准区分的不同身份、不同社会阶层控制生产过程的“派际斗争关系”，而不是所有权代表的一人与多人的“人际关系”。正如有学者说：“对应关系论中的所有制概念是按所有权的模式塑造的，这样的所有制观是错误的，再把它作为所有权制度产生的本源，是逻辑上的循环论证。”[5]故严格的讲“公有制”是终极目标的法外因素，它并非通过国家所有权制度一一对应就能满足的，甚至不是法律手段能满足的。而国家所有权是有限的法律概念，本文对它的探讨起于概念的重构，体系的划分，终于作为民法文化的二元结构对它的检视，而将这一极具“政治意味”的范畴如何放入民法文化的氛围中“熏陶”，是我们在完成其制度建构后必须直面的。

“国家所有即全民所有”的宪法义务负担，对国家所有权制度不仅是正当的，也是必须且能够履行与实现，这最终决定了国家所有权制度在物权法上所能获得技术表达的方式、组合与落实方式。反过来说，长期历史积淀中形成发达细密与层次分明的物权体系与运行技术，恐怕也是国有资产利益为全面分享之行宪过程所不可能回避，拒绝，并在行政法上再造的。由此，我国物权法的“政治意味”也将长久保持下去。

1 郭建：“中国民事传统观念略论”，《华东政法学院学报》1999 年第 2 期。
2 赵晓耕：《宋代官商及其法律调整》，北京：中国人民大学出版社 2001 年版，第 177 页。
3 丁栋虹：《制度变迁中企业家成长模式研究》，南京大学出版社 1999 年版，第 207 页。
4 高富平：《物权法原论》（中），中国法制出版社 2001 年版，第 662 页。
5 康德琯：《所有权所有制对应关系剥离论和现代企业制度》，载《法学研究》1994 第 6 期，第 44 页。

“国家所有权”还是“国家所有制”？

——一种本源性的思考

周 煜*

【摘要】关于怎样认定《宪法》中的“国家所有”条款，长久以来是学界广泛讨论的热点问题。随着经济发展，现实中“国家所有”与“私人所有”在行使上产生冲突的事件屡见不鲜，这更引起了人们对怎样界定“国家所有”概念，划分与“私人所有”的界限，限制“国家所有”的滥用，以及怎样提高“国家所有”的行使效率等问题进行了广泛的思考与讨论。其中很多的学者认为应该将《宪法》中的“国家所有”与民商法中的所有权概念进行统一的对接，将国家所有与物权、法人、治理结构等民商法的概念进行直接融合，这其实是忽略了《宪法》的本意。《宪法》中的“国家所有”指的是“国家所有制”而

* 周煜，男，山东济南人，山东大学民商法学博士。现为山东政法学院民商法学院讲师。

不是“国家所有权”，而关于怎样理顺“国家所有制”和“国家所有权”的关系更是我们需要思考的问题。

当我们在谈论“国家所有”时，我们在谈论什么？

根据《宪法》的第九条规定“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外”，这是一条基本性的规定，我们从小就被灌输的理念，即自然资源是国家的，但是当近些年来，“乌木案”、“观看风景权”等有些奇葩的案件出现的时候，我们在惊异之余，似乎发现确实在某些地方有些令人诧异。仔细思考，就会发现在这背后隐藏着一些本源性的问题，而当国家所有正因为这些案件的出现再次成为了学术界的焦点的时候，似乎发现这些本源的问题却从未被提起：那就是《宪法》中第6条至第12条中规定的“国家所有”到底是什么？为什么这些自然资源或者城市的土地等公共物品要是界定为“国家所有”的。

本文无意于很深的学术讨论，仅仅希望带来一些思考。

矿藏是成百上千年才能形成的，城市的形成也有很深的地理、文化、民族、习惯和人口变迁的因素，而我们的《宪法》才不过半个世纪，怎么就能规定这些矿藏属于是“国家所有”呢？那我们在谈论“国家所有”时到底在谈论什么？

在这里，自然的就引出了一个问题，就是所有权的问题，根据《物权法》第三十九条规定：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。同时根据《继承法》的第三条规定“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”，其中最重要的就是公民的私人财产。如果按照《物权法》的理解，那么倒退500年，也许门口的一座矿山曾经是某个清代地主的私人财产，如果他的后人还在世的话，那么能不能继承呢？答案显然是不行的。但是，另外一方面，某些当年清代后裔的子孙，依然还住着几百年前的老屋，这样的情况在江浙一带是可以看到的，那么他们的祖屋是公共财产吗？或者是“国家所有”吗？显然不是的，这是私人财产。这样简单的一想，似乎就发现了一些问题。

为什么有些在我们的《宪法》还没有出现之前，在我们的祖国——中华人民成立之前的物品其所有权有些是个人的，有些不是个人的呢？如果我们说不是个人的所有权，是不是是国家的所有权呢？是这些物品通过了特殊的让与形式而转让给了国家呢？

这样想起来，似乎又有些问题，我们的《宪法》的第九条后面还有说明，即“全民所有”，到底是将国家作为一个特殊法人的形式，那么到底是他所有呢，还是全中国的人民每一个人都是共有权人？那么能不能号召某些人集合起来，向国家要一部分的自然资源所有权，而划归私有呢？这样听起来很荒谬。

但是问题接着问下去，还有问题，既然某些人不能要自然资源的所有权，那么怎么能有个别人开设煤矿开采场呢？他可以自己挖出来自己卖钱，这个钱不是给“全民”的。

另外，根据《宪法》第十九条可以知道，一般的公立学校是“国家开设的”，按照所有权理论，也就是国家享有所有权，或者全民享有所有权，当一个学校因为欠款而导致债权人追讨的时候，能不能向其他的学校追讨？因为都是国家的。

“国家所有”这样一个简单的问题，似乎在这样一系列的简单的问号下，就显得有些混乱了，头绪繁多让人摸不着头脑，上述问题看似荒谬，但是仔细深入想下去，却发现无法解答，这样一个本源性的问题，却无法达到的解答的话，会让人们对规则本身的建构产

生怀疑，这是很危险的。那么问题到底出在哪呢？当我们在谈论“国家所有”时，我们在谈论什么？

笔者认为，问题的根源是混淆了《宪法》中“国家所有”与《物权法》等民商事法律中“所有权”的概念，将“国家所有”当做了“国家所有权”。也就是说，“国家所有”其实并不是“国家所有权”，也就是不是“国家”享有“私人或者法人所有”，不是“平等主体”之间的关系，也不是单纯“意思自治”的产物，而是一种经济基础上的“所有制形式”。

之所以规定“国家所有”是因为《宪法》中第六条中规定“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制”。也就是说在中华人民共和国成立的那一刻起，国家作为一种政治主体，其当然的享有了对本国范围内的某些财产和自然资源的一定的先占性的权利，这种先占不完全等同于民商法上的“先占”。自然资源的形成需要经过成千上万年的过程，乃至上亿年的过程，在中华人民共和国占有这些自然资源之前，历代朝代其实都是自然地占有这些自然资源的，而某些朝代是因为资产阶级、封建制或者奴隶制等私人所有权为主导的社会，可以将一些自然资源的所有权或者土地的所有权让渡给个人。而正因为如此，《宪法》第5条后半句才规定“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”。而根据社会主义社会的政治理念，城市土地、自然资源、野生动物、山脉等皆为公共物品，是不能被私人占有的，但这并不干涉个人因为劳动所得、因为具有明显个人特征的物品的继承、因为资本利得等方式获得的物品归属私人所有权的做法。我们的国家也曾经对于像“劳动所得”这样的明显属于私人或者法人所有性质的物品完全公有制处理的弯路，如大跃进和公社的建立，事实证明，是因为劳动力无法满足共产主义分配方式的需要，从而造成了混乱。现在的《宪法》和核销的文件已对其进行了修正，当然这个问题不属于本人的讨论了。

所以正是因为，我们国家“全民所有制”的现实，所以规定了“国家所有”这种制度形式，这种制度形式并非所有权结构，也不是所有权归属与占有的规则，而是一种为了实现国家政治体制的完整，实现基本的经济制度，维持国家基本制度的运行，维持基本生产秩序和分配结构的政治策略和方针。当在建立中华人民共和国和出台《宪法》的时候，我们选择了配套的人民代表大会制度，这是全中国人民共同的选择，这种制度就证明了人民代表大会代表的是全体人民的选择，而正是人民代表大会决定由国务院的国有资产管理部门行使这些不宜由个人行使所有权的资产的管理与占有权限，这种基本“国家所有制”政治架构的建立，有助于维护我国的基本政治体制。

因此，不论是“国家所有”也好还是“全民所有”也好，其取代的都并非是“全民共有”，而是一个抽象的占有与使用、收益、处分的概念，也就是其没有民法概念上的“所有权人”，其不归任何人所有包括也不归国家所有，但是不归任何人所有不代表其是无主物，而是由国务院的国有资产管理部门接受人民代表大会的委托行使一种类似于所有权的“占有”权利。即，对于其所有权的权能的行使必须经过特殊的程序和步骤，在一般情况下，其类似于所有权的权能是被封闭的。比如国家是可以对文物进行处理的，但是这种对物的处理必须是出于对文物保护的目的或者给公众展览的目的，而不是进行倒卖或者使用的目的。也就是说，其所有权的行使是带有目的性的，这不同于私人所有权不受任何干涉的行使[1]。再比如自然资源的开采，开采人仅仅享有的是开采权，而不是自然资源的所有权。即进行开采必须经过国务院有关国土部门的严格审批，并且开采是需要交纳一定的费用和税收的，这种费用和税收必须是取之于民还之于民的，其必须使用于公共或者公益目的[2]。

[1] 关于私人所有权的行使限度，如相邻关系问题，不是本文的讨论范畴，此处不予讨论。仅仅指出原则私人所有权是不受任何干涉的行使的。

[2] 当然在现实中这种费用的征收其中存在的不合理因素，和自然资源开采审批过程中存在的权力寻租，在某种程度上是存在的。但是这与“国家所有”完全是两个问题，那是一个行政法上的问题，关于怎样防止权力寻租和能够将自然资源合理利用和征收合理的费用这是另外需要考虑的问题，本文仅仅进行框架性的讨论，因此上述问题不是本文的范畴。

综上所述，从上述简要的讨论中，可以看到“国家所有”其实指的是一种国家所有制形式。

“国家所有”的实现形式

上述讨论的“国家所有”，在笔者看来其实是一种国家所有制形式，但是国家所有同私人所有或者法人所有的区别在什么地方，怎样协调国家所有和私人所有的关系是值得进一步讨论的。

当我们在讨论类似于“乌木案”这样的案件的时候，我们讨论的重心往往集中于其所有权的归属，但是往往没有意识到一个最为浅显的本源性的问题：乌木是值钱的。如果仅仅是河中漂来了一根朽木，那么是否个人还愿意去认领其所有权呢？根据外部性的简单讨论，我们就可以得出，这是不会的。而对于开采自然资源，如煤矿和石油的时候，我们看到大多数的企业都是国有企业，如中国铝业，中石油，中石化，小部分的开采时由严格审批获得开采权的个体企业，而收入是他们自己的，并不是将收入分散于社会了。怎么来理解他们的行为？是否与“国家所有”或者“全民所有”相悖呢？笔者认为，这是并行不悖的。

社会经济发展和工农商业的发展，是需要资源的，而资源是稀缺的，所以这样的情况下，不能认为“全民所有”就是“全民共有”，如果每个人或者组织按需而取，我们的国家在社会主义初级阶段，按需而取的做法是不切实际的。那么依然需要通过有规则分配的形式进行，那么这就牵扯到一个“国家所有”转化为“私人所有权”的过程。转化的过程有两种，一种是计划的，一种是市场自由的。如果国土部门管控的是“谁可以买”，那么就是计划的，在这样的情况下，国土部门根据国家的经济发展实际和资源需求总量情况，来管控将多少资源的“处分”权能解禁，而可以按照审批划归个人所有。另外一种是自由的，即国家在探明每个煤矿或者油井大约的贮藏总量的情况下，将开采任务委托给个别享有开采权的企业，这些企业开采出来的资源可以在市场上公开售卖，从而换取金钱，这些开采出来的资源是归企业所有的，其所有权获得的根据就是开采行为。

现在我们国家走过了计划经济，全面实施市场经济，因此采用的是第二种方式。

那么有人就有疑问了，在第二种方式下，怎么就能划归为企业所有呢？我们注意到一点，开采行为被通说是认为“原始所有权的取得方式”，而不是“继受取得”，也就是这些资源的所有权不是由国家转移给企业的[1]，那么为什么开采就能取得所有权呢？在于劳动。在经济学上，劳动照样是一种价值的载体。自然资源的市场公开价格包含两部分，一部分是自然资源的内涵价值，这部分价值是通过国家行使“国家所有”所保有的，另外一部分是自然资源的开采成本，企业通过合理的审批交付了自然资源开采相关的费用，这些费用就相当于对国家支付了对价，实现了“国家所有”所保有的资源的价值转化，而企业通过自己的劳动开采资源换取的金钱减去其自身开采资源付出的成本，就是其合理的利润，这与其他的企业是一样的。虽然我们国家的法律在关于自然资源的开采管控上有很多不尽完善的地方，很多开采企业存在利润虚高，并且在一定程度上存在权力寻租而导致国有资源价值流失的情况，但是这不能否定上述“国家所有”的价值转化路径。

每一个开采资源的企业照样也是市场上的自由竞争主体，因此其资源定价也是受市场调控的，尽管因为我们国家处在转型期，自然资源市场的运行还是存在或多或少的问题，导致某些企业获得了过高的超额利润，但是这不代表其一直有这样的超额利润。政府的职责正是在管控与竞争之间找到平衡点，这尽管是自然资源“国家所有”的衍生问题，但是又不完全是一个问题，不能因为过高的超额利润就对“国家所有”进行怀疑。

[1] 在这个细节上也可以看出，国家所有不是“国家所有权”。

只有经过这样路径的理解才能实现即保持了社会主义公有制制度，又实现了市场经济的目标。在城市的土地出让、渔业资源、水资源利用上，这样的思路是一样可以适用的。

另外一方面，通过《宪法》第十一条的规定，国有资产通过参股、换股、投资、出售、引入个人资本等混合形式而融入个体经济之中，从而实现所有权的形式，更是容易被理解的，也是在实践中被广泛接受的[1]。

下面，掉个头来，试想如果不像上述这样实现和解释“国家所有”会怎样。哈丁的“公地悲剧”是一个已经被广泛共识的理论。根据通说：公地作为一项资源或财产有许多拥有者，他们中的每一个都有使用权，但没有权利阻止其他人使用，而每一个人都倾向于过度使用，从而造成资源的枯竭。过度砍伐的森林、过度捕捞的渔业资源及污染严重的河流和空气，都是“公地悲剧”的典型例子。之所以叫悲剧，是因为每个当事人都知道资源将由于过度使用而枯竭，但每个人对阻止事态的继续恶化都感到无能为力。而且都抱着“及时捞一把”的心态加剧事态的恶化。公共物品因产权难以界定而被竞争性地过度使用或侵占是必然的结果[2]。

诺贝尔经济学奖得主奥斯特罗姆进一步发展了哈丁的理论架构，通过调研与数据分析进行了一系列的研究，其提出了在公共资源的行使过程中，都有为了私人利益而去过度适用公共物品的倾向，但是这样的倾向随着细节产权结构的变化会发生很大的变化，因此哈丁的魔咒是一直存在于人们内心深处的，但是却是不一定会转化为现实的[3]。人们在公共产品的使用中，还存在着利他的倾向。因此这是一种博弈。

正是因为公地悲剧的存在，所以私有制在一段时期内，成为了“良方”，国内的有些学者在批评国有企业效率低的时候也使用的公地悲剧的例子，甚至在讨论集体的农地的使用效率的时候，也是使用的这个例子。但是很快西方的学者发现事实不是完全这样的，私有制在公物使用上的局限性，集中的表现在了“公地悲剧”的反面，即“反公地悲剧”。1998年，美国哈佛大学法学院额黑勒教授在《The Tragedy of Anti-Commons》一文中提出“反公地悲剧”理论模型。他说，尽管哈丁教授的“公地悲剧”说明了人们过度利用（overuse）公共资源的恶果，但他却忽视了资源未被充分利用（underuse）的可能性。在公地内，存在着很多权利所有者。为了达到某种目的，每个当事人都有权阻止其他人使用该资源或相互设置使用障碍，而没有人拥有有效的使用权，导致资源的闲置和使用不足，造成浪费，于是就发生了“反公地悲剧”[4]。

因此私有制有其很多的局限，其尤其不适用于公共物品的占有使用上。在讨论集体所有的物品的时候，正是因为可以看到上述两个效应的同时存在，因此在界定上就需要既激发人们的劳动激情，又能有效的保护自然资源不受过度的使用。《宪法》上的“家庭联产

[1] 虽然这部分内容也很重要，但是这部分在本源上的争论较少，本文不再赘述。

[2] 百度百科：“公地悲剧”。

[3] 艾米·波蒂特、马可·詹森、埃莉诺·奥斯特罗姆等，《共同合作——集体行为、公共资源与实践中的多元方法》，中国人民大学出版社2011年出版，29页。

[4] 百度百科：“反公地悲剧”。其集中的例子是在20世纪90年代初，莫斯科街道上出现过这样的怪现象。一方面，街道两边的店铺大量空置；另一方面，街道旁涌现出许多金属做成的箱型销售摊。在高峰期的1993年，莫斯科街道上有1.7万只这样的金属箱子。为什么在莫斯科寒冬里街道两边叫卖的商贩不搬到温暖的店铺里去？为什么街边的拥有者要放弃可观的租金收入？每一种产权有多个拥有者。这就像一间房子的大门上安装需要十几把钥匙同时使用才能开启的锁，这十几把钥匙又分别归十几个不同的人保管，而这些人又往往无法同一时间到齐。这样，打开房门的机会非常小，房子的使用率非常低。事实上，莫斯科街道的店铺就是这样，店铺有许多拥有者，他们都拥有阻止他人“开门”的“钥匙”，但谁都无法自己“开锁进门”，6个政府机构共享出售权，3个机构有权出租店铺，5个机构有权得到出售款，5个机构有权收取租金，1个机构有权占用店铺。“闲置的莫斯科商店”一例中，有权出售的未必有权获得售款；有权出租的不一定有权收取租金；有权决定用途的不一定有占有权。因此，如果有人要租店铺的话，他必须从占有者部门获得批准占有权，从拥有租赁权的部门获得租赁权，还要从拥有决定用途的部门获得使用权，这些权利都要同时获得才能真正用店铺经营，而事实上很难做到这一点，或者要做到这点，需花很大的金钱和时间，而这些成本往往太大，甚至超过商人使用店铺获得的全部收益。

承包责任制”正是这方面的考量，而《物权法》在这方面的对接，正是肯定了“集体土地”与一般意义上“所有权”的转化途径。“国家所有”包括“集体所有”，我们看到正是因为我们国家曾经在探索中走过的弯路，才合理的诠释了我们应该适用怎样的“国家所有”实现形式，在深层次的逻辑上怎样捋顺结构，从而形成了今天无论是《宪法》还是《物权法》上的制度架构形态。

“国家所有”及其追及效力

通过以上的分析，简要的理顺了“国家所有”的内涵和外延。本章简要的讨论国家是怎样确保和保护“国家所有”的。

山川是国家所有的，不能随便开采，这是毫无疑问的。但是在学校附近的山坡上拿一块普通的石头回家，放到桌子上观赏可不可以，或者采摘了一点荒山上的野果带回家，行不行呢？生活常识告诉我们这没有什么不可以。而且这个石头的所有权或者野果的所有权就归个人所有了。

这是怎么回事呢？笔者寻遍很多资料，一直没有找到一个能够很简略又能说明的理由。于是笔者大胆的分析，认为这种情况的解释必须借助于“国家所有”的追及效力的行使。这种追及效力是类似于“私人所有权”的追及效力，但又不完全一样。“国家所有”的行使的目的在于保障社会经济制度和政治制度的运行，以及保障公共利益，私人所有权的目的就在于实现所有权本身。因此，在国家行使类似于物的“追及效力”时，考虑的就是这种行为是否侵害到了社会经济制度和政治制度的运行，以及公共利益。因此，在上述简单的情况下，带点野果回家是不足以构成对公共利益的损害的。另外一方面也可以认为，之所以没有行使“追及效力”是因为国家所有权的一种适度宽容性，其本身是一种为了实现全民福祉而设计的制度，那么对于这样的情况，可以认为是宽容的，是不构成侵害国家权益的。第三个层面也可以认为，国家所有的追及效力的行使是需要成本的，所以对于轻微的行为，追及成本太高，从而不值得追及。

上述的分析也是适用于其他情况的，总结看来其考虑的是“公共利益和国家利益”、“追及成本”和“人民福祉”三个方面。当国家放弃行使追及时，那么这个所有权就实现了，成为了一种“原始取得”。但是当国家在发现了这种情况而声明行使追及效用的时候，那么就会发生公民丧失所有权或者必须支付物品对价的情形。这与私人所有是完全不同的，在我国，私人所有是没有“取得时效”制度支撑的，因此不受所有权人允许的物的占有、使用、收益、处分行为都是不被允许的，其随时可以追及。

也许，此处会有学者担心这样的假设是一种很危险的行为，感觉到会出现国有资产流失的可能，因为一旦国家不行使追及效力，那么就会丧失公共资产。其实这是一种不必要的担忧。

我们可以看到有三道防线制止这种行为不会发生。首先，是公民自己基于社会道德和社会风俗的制约，其将属于社会公用的物品变成自己的私人物品会导致社会舆论的严重负面评价。其次，对于数额巨大的公共品的占为己有是一种盗窃行为，是犯罪，有《刑法》进行规制，比如偷割电线的行为。最后，对于“国家所有”的大部分的标的，不是公民凭借个人能力可以轻易获取的，比如矿藏、山脉、滩涂，除却环保法上的制约，这些事很难占为己有不被发现的，或者是很难不凭借专业手段进行占有的。而不通过“追及效应”的分析，其实抵挡人们行为的，同样是这样的三个层面。

因此，可以看到问题的关键，不在于是否能够以“追及”解释，而是民众害怕政府不行使应该有的“追及”。同样的，即使我们不以“追及”来解释“国家所有”的保障维度，民众同样害怕的是政府不行使应该有的“追及”。这就把问题直接指向了政府的监督职责行使和国有资产的监管上。

国家所有的关键在于国有资产的管控

从上述的分析就可以看出，国家所有的关键在于国有资产的管控，也就是政府的相关部门能不能在国有资产面临侵犯时，行使及时的追及管控。

国家的相关国有资产管理部门，怎样能够合理的界定审批权限，并且将通过“国家所有”进行转化而带来的价值增量不流失，而是还利于民是非常关键的一个层面。

展开来说，其表现在下列这几个环节上：

（一） 自然资源开采的审批上，怎样能够找到适格的主体，在一种相对公开透明的情况下，接受社会的监督，接受相关部门的监管，这是“国家所有”实现的最前提条件。

（二） “国有资产”在国有企业中的实现，必须通过股份制或者其他形式的表现形式，那么怎样在这样的环节中，合理的为“国家所有”转化成具体所有权的物的价值的合理定价，成为了一个非常关键的问题。而国有资产的流失，近些年在这个层面数额是很大的。

（三） 国有土地的出让的目的应该是还利于民，真正的使用在保障民生上，而不仅仅是一个地方的财政收入，只有这样才能实现“国家所有”“全民所有”的“全民”二字的本质内涵。只有理顺这个关系，在根本上对于“国家所有”的讨论才能找到应该着力的方向。

（四） 应该鼓励多种的所有制实现形式，不单单在微观上强调国有资产的强势地位，而是应该根据经济社会的发展，适当的发展多重的融合渠道。如近期在解决养老金问题上的信托模式尝试，道路建设的 BOT 及其衍生形式，PPP 模式合作，这些都是实现的形式，并不牵扯到所有制的问题，也不牵扯到动摇“国家所有”制度的问题，因此政府的相关部门应该在审慎的情况下，进一步大力发展。

（五） 环保部门对公共资源的合理保护与监管，尤其是自然环境的保护。

除却上面的方面，还应该看到的是，对于“国家所有”与“私人所有”的界限是必须明确的，保护“国家所有”并不能侵犯私人的合法所有权[1]。

小结

综上所述，本文简略的梳理了“国家所有”的内涵与外延，提出了一点自己的思考，这些思考不够全面，还略显粗糙，但是希望能带来一点启示。

作为社会主义公有制国家，“国家所有”是一个我们需要长久关注的问题。“国家所有”一定要注意其制度设立的目的性，而不仅仅是在建构上为其找到一种解释的方式，制度的建构和解释必须符合我们国家的国情。

只有充分的认识到“国家所有”的特点，才能更好的实现其本质上的目的性，明晰界限，实现有效额保护，促进产权的多元化实现形式，更好的促进经济社会的合理有序发展。

[1] 我们注意到在《宪法》中，对于个人财产的描述中是没有“神圣”二字的，在“国家所有”的相关描述中是有“神圣”的，但是这绝不代表是说，个人财产就不是神圣的，之所以这么规定，仅在于《宪法》的一种宣誓性作用和纲领性作用，有其本质的目的性和政治导向，在本质上，是一视同仁进行保护的，没有位阶或者阶级的差别，也绝不可能代表这种差别。

法律保留、权利推定与国家所有权的边界

——基于“天价乌木案”的个案评析与公法反思

李煜兴[1]

内容摘要：因存在法律漏洞，天价乌木案最终是以程序问题裁定驳回诉讼请求，回避了对行政行为合法性的实质性审查，进而回避了对乌木法律属性的认定和权属的确认。基于司法最终解决和不得拒绝裁判原则，法院应当运用法律适用规则，填补法律漏洞，以解决个案争议。国家所有权的客体范围受法律保留原则之规制，法无明文授权即禁止，政府扣押乌木并宣布其为国有的行为缺乏法律的明确授权，存在合法性质疑。对于发现者而言，法无明文禁止即自由，适用权利推定规则。从立法论的视角，国家所有权客体范围的扩张形式上只能以法律的形式加以规定，实质上应保持谦抑和谨慎的态度，遵循期待可能性原则，并有利于发挥物的最大效用。

关键词：乌木 国家所有权 法律保留 权利推定 法律解释

[1] 李煜兴（1978.12-），湖北黄冈人，法学博士，东南大学法学院副教授、副院长。研究领域：行政法学、区域与城市法制、交通法治。

（一）

2012年2月初，吴高亮在通济镇麻柳河17组在自家承包地（通济镇政府主张是在国有河段里）发现乌木并进行发掘。通济镇政府将发掘出的7段乌木拉离出土位置并强行运走，随后宣布乌木归国家所有。2012年7月26日，吴高亮、吴高惠向成都市中级人民法院提起行政诉讼，状告彭州市通济镇政府。原告共提出四项诉讼请求：（1）确认被告通济镇政府从二原告承包地中运走并扣押7件乌木的行政行为违法；（2）确认孳息于二原告承包地并由原告发现发掘的7件乌木为原告所有；（3）被告通济镇政府立即向二原告返还7件乌木；（4）被告通济镇政府赔偿因其不当保管致乌木损毁造成的损失人民币10000元。

2013年1月16日，成都中院（2012）成行初字第69-1号行政裁定书以原告第二项诉讼请求，即“确认孳息于二原告承包地并由原告发现发掘的7件乌木为原告所有”的请求事项属于所有权权属纠纷，不属于行政诉讼受案范围为由，裁定驳回该项诉讼请求。以吴高惠与被诉具体行政行为不存在法律上的利害关系，其不具有本案原告主体资格为由，驳回吴高惠的全部起诉。[1]两原告不服该先行裁定，向四川省高级人民法院提起上诉。

2013年2月28日，成都中院（2012）成行初字第69-2号行政裁定书以原告已对先行裁定提起上诉，该案上诉审理结果与本院审理吴高亮其余三项诉讼请求有关，且本案涉及法律适用问题，需要送请有权机关作出解释或者确认为由，裁定中止诉讼。[2]

2013年6月15日，针对吴高亮和吴高惠对（2012）成行初字第69-1号行政裁定书的上诉，四川省高院（2013）川行终字第18号行政裁定书认为，“一审裁定认定事实清楚，适用法律正确，程序合法。裁定驳回上诉，维持原裁定。”[3]

审查行政行为的合法性，这是行政诉讼的特有原则。[4]从裁判过程来看，该案一审法院先后作出“驳回诉讼”和“中止诉讼”两份行政裁定，二审法院以“驳回上诉，维持原裁定”的裁定结案。所谓行政诉讼裁定，是指人民法院在审理行政案件过程中为解决案件的程序问题所做的裁判形式。[5]因此，本案一审、二审实则是以程序问题和法律适用问题回避了对案中政府行政行为合法性问题的实质性审理。同时结合本案，要判断通济镇政府运走并扣押乌木的行政行为是否合法，其前提则是确认乌木的法律属性及其权属问题。因此，本案的核心问题是乌木的法律属性及其权属问题。

在物理属性上，乌木实则是一种“炭化木”。它是原始森林遭受地震、洪水、泥石流等地质变动，树木被埋入低洼阴暗地层中，在缺氧、高压状态下，细菌等微生物的作用下，经大自然数千年、甚至上万年的磨蚀造化，形成似石非石、似木非木的植物“木乃伊”。但在法律属性上，乌木究竟是什么，存在诸多争论。其一，能否依据宪法、物权法，或矿产资源法、文物保护法、古生物化石保护条例等单行法律法规直接确定乌木的法律属性；能否将乌木认定为矿藏、野生动植物资源、文物或古生物化石，从而纳入国家所有权的客体范围；其二，乌木与发现乌木的土地之间的关系。乌木是独立于土地的物，抑或只是土地的组成部分？能否根据国家所有、集体所有、土地承包经营权等不同的土地法律属性来认定乌木的权属？其三，乌木是否属于埋藏物、隐藏物，天然孳息，或者无主物，从而确定其权属。当前，民法理论界与法律实务界几乎在每一个焦点问题上都存在争锋相对的观点，可谓众说纷纭、莫衷一是。[6]在理论纷争的背后，一种普遍的认识是：基于严格规范主

[1] 参见成都市中级人民法院行政裁定书（2012）成行初字第69-1号。
[2] 参见成都市中级人民法院行政裁定书（2012）成行初字第69-2号。
[3] 参见四川省高级人民法院行政裁定书（2013）川行终字第18号。
[4] 参见叶必丰著：《行政法与行政诉讼法》（第三版），高等教育出版社2015年版，第187页。
[5] 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社1999年版，第388页。
[6] 参见雍兴中：《身价暴涨，地下乌木变国有?》，《南方周末》2012年5月31日版。

义分析，在实定法背景下，因欠缺直接的规范依据，乌木的法律属性难以确定；即便遵循法解释学的分析路径作扩大解释或类推适用，乌木属于什么也难以有权威而统一的说法。

综上所述，在法律适用上，现行法律没有对乌木的法律属性及其权属加以明确规定，存在法律缺位和法律漏洞。所谓“法律漏洞”，是指“法律体系上违反计划的不圆满状态，是指关于某一法律问题，法律依其内在目的及计划应有规定而没有规定，要么法律滞后，没有相关的法律规定，要么就是法律规定的不完备不明确，法官不能依据法律的规定做出裁判。”[1] 基于此，在现行实定法框架之下，乌木的法律属性及其权属处于一种不明状态。作为原告的吴高亮没有办法依据实定法去证明乌木归其个人所有；同样，作为被告的政府也没有法律依据证明所有权归国家所有。

（二）

“任何法律秩序都不能容忍有责任的审判员拒绝审判，因为这种拒绝将使未解决的冲突变成公开的对抗。”[2] 法律上的空白与漏洞不应该成为个案中拒绝裁判的理由。孟德斯鸠在《论法的精神》一书中指出：“法律明确时，法官遵循法律；法律不明确时，法官则探求法律的精神。”[3] 遵循司法最终解决和不得拒绝裁判原理，在法律没有明文规定或法律规定不明的情况下，法院、法官亦应通过对法律漏洞的填补、对法律原则和法律精神的援用去化解个案中的法律适用问题，从而实现对个案的实质性审理。

根据《立法法》第 8 条的规定，民事基本制度只能由全国人大和全国人大常委会通过法律来加以规定。物权制度是民事基本制度的重要组成部分。《物权法》第 5 条也确立了物权法定原则。从物权法定原则的规范内容来看，强调的是物权的“种类”和“内容”的法定，对物权的客体——物的范围似乎并未加以限制。对于国家所有权而言，广泛性是国家所有权客体的基本属性。依据宪法、物权法和其他单行法律，国家所有权的客体既包括土地、矿藏、水流、森林、草原、荒地、渔场等自然资源，也包括银行、铁路、航空、公路、港口、海洋运输、邮电通讯、广播电台、企业资产等；既包括军事设施、水库、电站等，也包括体育设施和文化古迹、风景游览区、自然保护区等。同时，随着经济、社会和科技的发展，国家所有权的客体范围呈现不断扩张的趋势。理论上讲，任何财产都可以成为国家所有权的客体。[4] 因此，作为一种有价值的物，乌木也可以成为国家所有权的客体自无异议。值得注意的是，针对国家所有权的客体范围，《物权法》第 45 条第 1 款规定：“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。”由此可见，一个有价值的客体物成为国家所有的前提是要有“法律规定”《民法通则》第 72 条规定：“财产所有权的取得，不得违反法律规定。”这也意味着，即便是国家要取得某种物的财产权，也必须遵守“法律”的规定。因此，对于国家所有权而言，不仅物权的种类和内容，包括物权的取得方式和客体范围都必须接受法律保留原则的规制。

法律保留原则首先是一个宪法原则，强调凡属法律所保留的权力，其它任何国家机关都不得行使。[5] 在行政法上，所谓法律保留原则，是指特定领域的事务保留由立法者通过法律加以规定，行政权必须依据法律的规定方能行使。[6] 行政法上的法律保留原则，简而言之即是“无法律即无行政”，或者说“法无明文授权即禁止”。法律保留的根本目的在于通过法治来保护公民的基本权利。法律保留“其实质和任务决定了法律首先是要制定法律规

[1] 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 293 页。
[2] 【美】埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社 2002 年版，第 139。
[3] 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），商务印书馆 1982 年版，第 76 页。
[4] 参见魏振瀛主编：《民法》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社 2013 年版，第 250 页。
[5] 参见叶必丰著：《行政法与行政诉讼法》（第三版），高等教育出版社 2015 年版，第 36 页。
[6] 许宗力：《论法律保留原则》，载《法与国家权力》，月旦出版公司 1993 年第二版，第 118

定和普遍性规则。以此方式,法律保留是在其所包括的行政的全部广泛领域内作为一种巨大的压力,促使法治国要求的实现。”[1]

对于国家所有权而言，法律的缺位与漏洞，无论是有意默认还是无意为之，都意味着“法律未作、不作规定，意味着法律未赋予行政权力，因而必须排除任何行政作用的存在，更不得侵犯个人自由。”[2] 由于存在法律缺位和法律漏洞，很难依据现行法律依据将乌木认定为国家所有权的客体，也不能证明乌木归国家所有。基于法律保留原则的要求，要将乌木纳入国家所有权的客体范围，只能由全国人大及其常委会通过法律的形式来加以明确。同时，在法律保留原则规制下，行政行为必须遵循“法无明文授权即禁止”的公法原理。在没有法律授权之时，不得作有利于国家和政府的权力推定，国家并不当然享有乌木的所有权。结合本案来看，相关政府代表国家行使国家所有权，对乌木进行处置的行为，实质上是在法律之外自行扩大国家所有权的客体范围。政府强行运走、扣押、没收乌木的行为欠缺法律支撑，属于无权限的违法行政行为。

（三）

国家所有权的种类、内容、取得方式和客体范围，都必须接受法律保留原则的严格规制；在法律授权之外，任何扩展国家所有权内容、取得方式和客体范围的举措都有可能侵犯民众的权益。对于私人所有权，尤其是个人所有权而言，因涉及公民基本权利的保护，其法律保留的强度和密度相对宽松。[3] “行政法上的法律保护原则对相对人来说，就是法无明文禁止即自由的原则，旨在通过对行政权的限制来实现对个人权利的保护。”[4] 遵循“法无明文禁止即自由”的原则，只要不违反法律的强制性和禁止性规定，即便没有成文法律规范的调整，也可以适用权利推定原理。

依“法无明文禁止即自由”的原则，推定权利是指凡法律不禁止的事情,就推定公民有权利去做。[5] 法国则早在 1987 年颁布的《人和公民权利宣言》中即确立了权利推定原则。该宣言第 5 条规定:“法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍，而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为。”这一规定实际上默示着公民有做一切不为法律所禁止的事情的权利。“法无明文禁止即自由”，这里的“自由”是一种积极的权利,其权利领域广阔开放，且与时俱进的发展。依据这一原则进行权利推定,可以划清法与不法的界限,防止对人民权利的侵害。“法无明文禁止即自由”将对公权力的约束与对公民权利的肯定有机结合起来，成为依法行政和公民权利不断得以扩展的基本保障。

依“法无明文禁止即自由”的原则，我们可以将实践中的“习惯性权利”进行合法性的推定。所谓习惯性权利，系指没有法律的明文规定，但在生产与生活中被作为一种习惯而普遍存在的，且不违反法律的强制性与禁止性规定的权利。从权利的推定过程看，习惯性权利往往作为先于法律规定的客观现实权利而存在。正如有学者指出：“不是先有了权利的推定，才有了某种法定权利，而是先有了现实权利的实际行为，并为了这种行为合法化、普遍化才产生了权利推定。任何权利推定都是基于现实权利的事实。这说明了权利推定与现实权利之间的联系。”[6] 对于乌木而言，虽然立法存在滞后，法律存在漏洞，但在四川、江西等盛产乌木地区，乌木的发现、挖掘、交易、加工等活动早已存在，并由此形成乌木权属认定与权益分配的习惯性做法。如四川雅安市芦山县，当地村民在挖掘乌木后，

[1] 【德】奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆 2002 年版，第 75-76 页。
[2] 参见叶必丰著：《行政法与行政诉讼法》（第三版），高等教育出版社 2015 年版，第 37 页。
[3] 参见翁岳生主编：《行政法》（上册），中国法制出版社 2002 年版，第 185-190 页。
[4] 参见叶必丰著：《行政法与行政诉讼法》（第三版），高等教育出版社 2015 年版，第 36 页。
[5] 郭道晖：《论权利推定》，载《中国社会科学》1991 年第 4 期。
[6] 程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社 1998 年第 2 版，第 344 页。

乌木被收购人收购之价金，三成归乌木土地的承包者所有，七成归发现及挖掘人所有。在另一个地方，乌木售卖价款之一半归村集体所有人所有，另一半归该发现及挖掘人所有。由此可见，在政府公权力介入之前，乌木市场依靠当地的约定俗成的习惯而得以维持。只要这种习惯性做法与现行法律的强制性和禁止性规定不相冲突，与法律的基本原则和精神不相违背，并且这些做法作为习惯而被普遍遵守,那么这种习惯权利就应当被推定为合法的、为法所默认的权利。

依“法无明文禁止即自由”的原则，我们还可以将现行法律规范中的一些“空白权利”进行合法性推定。所谓空白权利，即宪法和法律未能一一列举,而以“等”、“其他”等标志语加以概括性规定,这就为权利的扩展留下了空白和空间。**美国宪法修正案第 9 条明确肯定了权利的人民保留。该条规定:“本宪法对某些权利的列举,不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利。”权利的人民保留为权利的法律推定提供了可能性。**空白权利的推定应当受到推定必要性的限定，否则既有可能存在权利泛化的可能性。一般而言，所谓空白权利限于与法律规范已经明示的权利属于同一范畴，具有相关性与相似性的权利。所谓“等”表示列举未尽，“其他”则包括与已经列举的权利内容具有相关相似性。《物权法》**第 64 条和 65 条列举了私人所有权的客体范围，主要包括：合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等**不动产和动产；**合法的储蓄、**投资**及其收益、继承权、其他合法权益。“原材料等**不动产和动产”中的“等”，以及“其它合法权益”中的“其他”等字眼，意味着**私人所有权的客体范围是开放的，并不以法律的正面列举范围为限，**这为权利推定提供了可能性。对于乌木、狗头金等类似物品而言，由于其具有经济价值，与合法收入、房屋、生活用品等具有相同的权利属性。应当从保护公民权益的视角，承认乌木作为私人所有权客体的地位，承认私人占有、使用、处分和收益等权益。

（四）

法律保留体现了法律对行政的监控，划定了政府依法行政的边界。权利推定则是对传统“国家本位”、“义务本位”法律理念的纠偏，更加尊重人的自主性、平等性和创造性。立足本案，“法无明文授权即禁止”，政府强行运走和扣押乌木，并宣布乌木归国有所有等行为欠缺法律支撑，存在越权、无权限行政的嫌疑。“法不明文禁止即自由”，对原告发现、发掘乌木，并因此而可能享有的占有、使用、处分、收益等习惯性权利应当进行合法性推定。乌木、狗头金等权属争议问题，最终需要以立法的方式来确定物的法律属性，明确权属规则。在形式意义上，国家所有权不得任意创设，应遵循法律保留原则，由全国人大及其常委会以法律的形式加以确认。要将诸如乌木、狗头金之类的物纳入国家所有权的客体范围，都必须通过法律的形式来加以明确。

在实质意义上，国家所有权立法应重构其价值定位。对于特定物的所有权归属问题，往往涉及国家利益、公共利益与个人利益，表现为国家公权力与公民权利之间的博弈取舍。当前，在保护国家所有权与私人所有权之间，更应当侧重于对私人所有权的保护。正如有学者所言：“我国传统威权文化盛行千年之久,其在现代其影响仍然久久不能消除,而要打破这种束缚和限制个人全面发展的传统观念,最有效的方法就是在法律制度上将个人从团体和威权下解放出来而确认其为独立且自由的法律主体……其中,个人所有权制度即是民法自由、平等理念的至关重要的支撑性制度,个人所有权是个人对抗团体和威权侵害自己自由和权利的物质基础。”[1] 站在公法的立场，国家所有权立法的侧重点应当是界定国家所有权的边界，明确公权力介入私人所有权领域的界限，规范和约束公权力主体的行为，从而赋予私有所有权以有力保护。其次，国家所有权立法应遵循期待可能性原则，并有利于发挥物的最大

[1] 范雪飞:《私人所有权:所有权制度的支点》，载《现代法学》2005 年第 5 期。

效用。期待可能性原则调整的是主体所能负担的义务和责任的界限。[1] 无论立法行为还是行政执法行为都应具有可期待性。我们可以想象，一旦将乌木等物确定为国有，对现实法律秩序会带来怎样的影响。一方面，能否期待所有发现者在发现乌木后一律上缴国家；另一方面，能否期待代表国家所有权的政府针对现实中普遍存在的私自发掘、占有、处分、使用、收益等所谓“违法行为”进行严格执法。最终的结果，政府往往会根据乌木经济价值的大小来“抓大放小”，进行选择性执法；政府也会陷入要么怠于履行管理职责，要么与民争利的窘境。同时，国家所有权存在的终极目的是为了实现公共利益，能否从整体上实现物的财产效用的最大化，这也是影响所有权立法的重要因素。如果将乌木等物规定属于国家所有，其结果是要么彻底打压社会和民间已经形成的乌木交易市场，要么形成法律秩序之外的“黑市交易”。基于以上分析，即便要对乌木等物的法律属性和权属进行立法，笔者坚持认为，国家所有权应当坚持谦抑的态度，谨慎拓展国家所有权的客体范围。至于围绕乌木、狗头金等物的利益分配问题，如何平衡国家、集体或私人利益，则完全可以通过完善财政、税收等途径来加以规范和调节。此问题并非本文的重点研究。

论自然资源国家所有权的宪法规制功能

王 旭*

内容提要：对于自然资源，宪法上的“国家所有”不能仅仅理解为国家通过占有自然资源的各项权能而直接获取其中的利益，毋宁首先应理解为国家必须在充分发挥市场的决定作用前提下，通过使用负责任的规制手段，包括以建立国家所有权防止垄断为核心的措施，以确保社会成员持续性共享自然资源。规制模式的核心在于：既要确保自发市场的公平性，同时也戒备可能与民争利的攫取型资源财政之生成，强调作为一种规制国家的负责性、公共性。最终共同维护公有制的主体地位，实现我国“基于平等之自由”的政治道德与宪法精神。

关键词：占有模式 规制模式 自然资源国家所有权

引言：自然资源权属争议背后的宪法问题

近几年来，我国一些自然资源权属纠纷的事件/案件颇为引人关注。例如：

[1] 参见翁岳生主编:《行政法》（上册），中国法制出版社 2002 年版，第 161-162 页。

* 中国人民大学法学院副教授。原载《中国法学》2013 年第 6 期。本文写作得到教育部 2011 年人文社科青年项目、司法部 2012 年“国家法治与法学理论”青年项目支持。

案例一：2012年2月，四川彭州农民吴某在家附近地里挖出市值3000万的乌木，被镇政府确认宣布收归国有引发了行政诉讼[1]。

案例二：2012年6月《黑龙江省气候资源探测与保护条例》颁布，其中规定“气候资源属于国家所有”引发社会就“地方性法规能否宣布气候资源国家所有”的讨论与关注[2]。

虽然从法律角度探讨这些案例或事例的规范不尽相同，但规范的基础都涉及到对现行宪法第9条自然资源所有权的理解，也可以说对宪法第9条的准确理解构成了解释下位法的基本准据，成为一项具体的合宪性解释要求。

与已经开展了广泛研究的宪法上土地制度（第10条）相比，第9条的重要理论以及现实意义尚未被宪法学界充分讨论与认识。所以本文的研究对象也就集中于对除土地之外的自然资源[3]进行探讨。

本文不着眼于对具体个案的回答，而是试图提出并证明这样一个宪法学的一般性命题：我国宪法确立的以“国家占有”为核心的自然资源所有权模式应该通过解释技术发展为以“国家规制”为核心的财产权模式。这个模式既符合世界上多数国家宪法对自然资源进行规范的整体趋势，也可以得到宪法解释方法的证明。对于自然资源，宪法上的“国家所有”不能仅仅理解为国家通过占有自然资源的各项权能而直接获取其中的利益，毋宁首先应理解为国家必须在充分发挥市场的决定作用基础下，通过使用负责任的规制手段，包括以建立国家所有权防止垄断为核心的措施，以确保社会成员持续性共享自然资源，这来源于国家基于人民主权而产生的宪法保护义务。

这种宪法变迁的发生反映了一个更深刻的法哲学和政治哲学的问题：国家应该秉持怎样的“分配正义”(Distributive Justice)观念来对待自然资源的社会分配及财产私人所有的理论根据。对待自然资源，我们应该建立一种财产的公共性观念：它追求一种以自由而平等的社会成员资源共同收益和合理分享为内容的分配正义观，它既要通过规制手段抑制自发市场内生的“败德风险”（黑格尔语）；同时也戒备可能与民争利的攫取型资源财政之生成，强调作为一种规制国家的负责性、公共性。最终共同维护公有制的主体地位，实现我国“基于平等之自由”的政治道德与宪法精神。

一、宪法上的占有模式及其困境

从世界范围看，各国宪法处理自然资源权利的问题有两种方式：一种是明确宣称某一主体取得所有权，“所有”本身有明确的占有主体，例如国家或个人，强调主体对自然资源利益的独占性、排他性，本文称之为“直接占有”模式；一种是没有在宪法层面明确所有权主体，但通过某些宪法条款的解释、适用规制自然资源的分配、使用和收益等，本文称之为“规制模式”，在这个模式下通过判例或其他宪法性文件（例如州宪法）设立国家所有权也是为了国家能有效防止私人过渡攫取自然资源，因此“国家所有”本身也成为规制的一种手段。本部分首先对直接占有模式进行描述并揭示其内在困境，同时为深入介绍作为基本趋势的规制模式进行理论铺垫。

（一）占有模式的宪法表现类型

从世界范围来看[4]，占有模式有两种表现方式：

[1] 见《人民日报》2013年2月19日报导“彭州天价乌木案持续发酵 乌木归属之争纠缠不清”。

[2] 见《法制日报》2012年6月16日报导“黑龙江规定气候资源属于国家所有”。

[3] 包括水资源、矿产资源、生物资源、气候资源、海洋资源，参见全国人大常委会法工委民法室编：《物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第75页。

[4] 本文统计对象来自Heionline系统中的World Constitutions Illustrated以及孙谦、韩大元主编：《世界各国宪法》，中国检察出版社2012年版。

第一种是概括式，宪法文本直接设置“Nature Resource”章节名或条款名，并对其进行概括规定。例如阿拉伯联合酋长国宪法第23条：“每一个酋长国自然资源与财富应该属于这个酋长国的公共财产”。

第二种是列举式，宪法文本一般将土地资源与其他自然资源进行并列式规定，并可能更具体列举出重要的自然资源明确它们的宪法地位或其他相关内容，例如伊拉克宪法第111条：“石油和天然气属于伊拉克所有人民”。

（二）占有模式的问题

占有模式看似清楚地界定了权利归属，但存在相当多的问题：

首先是作为一种民法概念装置的“占有”本身的局限。直接宣示自然资源国家所有的宪法，本质上都是将民法上的占有权概念简单移植到宪法文本中的结果。根据萨维尼的见解，占有概念的事实基础在于“持有”（detention）,意指“不仅本人在物理上能够自己支配此物，而且能够阻止其他人支配此物”，[1]所以作为一项所有权权能的占有权也继承了这种事实状态的独占性和排他性[2]，然而对于自然资源来说，这种以占有权能为特征的所有权模式则有其局限：

一方面在空间上表现为大量的自然资源并非有着物理实体的可占有形态，例如大气，流动的水资源，“对于主张自己有流动资源权的人，哪一点算作‘占有’存在不确定性”[3]，在美国1934年关于天然气勘探者如何占有天然气的Hammonds案中法官就指出了这个困难：天然气抽离地表并且还泵回进行储存，类似于动物被放回野外后则可能被邻居抓住[4]；另一方面也在时间上表现为自然资源始终存在着“开放性获得”（open access）的可能[5]：自然资源永远具有待开发性、未知性，从而在美国法上将自然资源的“所有”更多理解为“分配与规制”，而不是单纯的“占有”的问题，尤其是对新型资源与未知疆界的开发规制成为一个核心问题[6]。

其次，在宪法秩序上，直接宣示某一个主体独占自然资源，尤其是国家所有，容易造成与其他主体或要素的冲突与分裂。从历史上看，正如Ross所言19世纪欧洲移民与美洲原住民之间发生冲突的根源正是因为对土地的占有以及对这种占有理解的分歧[7]。20世纪以来很多国家修改宪法放弃占有模式的重要原因也在于平息由于国家所有带来的分裂与战争。苏丹、印尼、伊拉克等均是如此。以苏丹为例，政府与南方反政府武装“苏丹人民解放运动”（SPLM）冲突三大根源之一就在于以石油为代表的自然资源在国家与地方之间的争夺。南方力量指责政府独占对石油的开采与利用，2005年双方签订的具有宪法性质的全面停战协议决定搁置自然资源的所有权问题。

最后，从国家在宪法上的保护义务而言，即便基于人民主权所享有自然资源，但核心却是对自然资源的有效管理与规制，而不是单纯占有。如果将民法上的所有权概念简单移植到宪法中来，则会将民法所有权蕴含的经济理性和逐利冲动取代宪法上“国家所有”预设的责任、约束和国家保护义务。占有模式的整体性与静态性忽视了动态规制的面向。

二、规制模式的实践：所有权的相对化与工具化

[1] 【德】萨维尼：《论占有》，朱虎译，法律出版社2007年版，第4页。

[2] 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2007年版，第440页。占有构成所有权的基础以及为什么占有能够产生权利，在普通法里也可以参看R. Epstein, *Possession as the Root of Title*, 13.GA. L. REV. 1225（1979）.

[3] See C. Rose, *Possession as the origin of Property*, 52 U. Chi. L. Rev. 73(1985).

[4] See Hammonds v. Central Ky. Natural Gas Co.(1934).

[5] See Rasband, J. Salzman, M. Squillace, Natural Resources Law and Policy, Foundation Press2009, p82.

[6] See Rasband, J. Salzman, M. Squillace, Natural Resources Law and Policy, Foundation Press2009, pp.81-83.

[7] See C. Rose, *Possession as the origin of Property*, 52 U. Chi. L. Rev. 73(1985).

事实上，更多国家的宪法选择了一种迥异于直接占有的所有权模式，而采取一种动态的规制模式来处理自然资源的权利问题。这种模式的本质在于将自然资源的国家所有本身作为一种规制工具而存在：一方面，规制模式认为私人所有权不是绝对的，任何层次的私人所有权，都可以通过包括国家规制手段将其具体权能予以分解或限制；另一方面所有权本身成为规制的一种工具，尤其是建立自然资源的国家所有权是为了防止私人恣意侵夺自然资源。

（一）规制模式的具体内容：以美国法为代表

美国法上自然资源所有权规制的宪法手段体现在联邦政府包括联邦最高法院运用宪法条款在国家层面通过立法权或违宪审查权对各种自然资源进行有效的控制，尤其体现在国家通过控制或征收自然资源建立国家所有权实现对私人所有的规制。

独立战争后很长一段时间，受普通法传统的影响，对自然资源的规制权是属于人民和他们所在的各个州。美国联邦政府虽然通过一系列的转让以及和欧洲殖民者、印第安部落的谈判取得了大量的土地和自然资源所有权[1]，然而，在19世纪绝大部分时候是州，而不是联邦政府实际控制着自然资源，20世纪初最高法院的判例仍然认为对自然资源行使治安权是州的权力，州法而不是联邦法律规制着自然资源。[2]基于自然资源在那个时候的丰富以及开发同时有利于增进联邦和州的利益，联邦也允许将自然资源当作财产权的一种形式由州的宪法和法律进行调整。然而20世纪以来，随着资源的紧张以及资源越来越严重的被滥用，联邦决定增强它对自然资源的规制权，它就转向了运用合众国宪法的条款，以司法审查作为核心工具来实现对自然资源的规制[3]。

1.所有权的相对化（1）：财产权条款

联邦层面规制自然资源首先一个宪法条款就是第4条第3款第2项："国会有权整理并制定关于属于合众国所有的土地或其他财产的必要法规和条例。本宪法所述一切，不得对合众国或某一州的任何权力要求作不利的解释"，该条通常被认为是联邦政府可以规制州甚至个人自然资源所有权的渊源[4]。支撑这样一个判断的经典案例是1976年的Kleppe案。在该案中原告Kelley Stephenson提出1971年美国国会通过一项法案《野生自由马群与驴群法案》，规定"基于保护物种与生态平衡的考虑，公地上野生马群与驴群不受捕获、伤害和残杀"并授权专门机构进行管理和保护的规定违反了宪法，因为联邦政府无权控制州内公地上的野生动物除非它们涉及州际贸易或毁坏了公地。[5]

联邦最高法院最终认为"在宽泛意义上，这个条款授予国会有权判断涉及到公用土地的必要性，授予国会的、施加在公用土地上权力是独占的。宪法给予国会对联邦财产的控制权就像各个州享有的治安权一样是不受明确限制的"[6]。从而有力推进了联邦政府对各州国家所有的自然资源的规制。

2. 所有权的相对化（2）：州际贸易条款

州享有的自然资源所有权同样通过宪法规制而被相对化，宪法第1条第8款规定国会有权规制州际贸易条款正发挥这样的功能。州之间涉及到水流、动物、矿物的贸易都要受到联邦的规制，联邦最高法院也发展出一套教义学标准来判断州立法是否干扰了州际贸易从而间接规制了州自然资源的使用、收益和处分：如果某州的立法出于保护资源的正当目的，但没有尽可能使用减少歧视的手段，从而给贸易带来明显不合理的负担，则是违反宪

[1] 背景性资料参见： V. Carstensen, The public lands: studies in the history of the public domain, University of Wisconsin Press1962.

[2] See Omaechevarria v. Idaho, 246 U. S. 343(1918).

[3] See Rasband, J. Salzman, M. Squillace, Natural Resources Law and Policy, Foundation Press2009, p147.

[4] See Rasband, J. Salzman, M. Squillace, Natural Resources Law and Policy, Foundation Press2009, p148.

[5] 该案详细介绍及该案与财产权条款的关系之理论分析参见 E. Gaetke, *Refuting the "classic" Property Clause Theory*, 63. N.C.L.REV.617(1985).

[6] See Kleppe v. New Mexico, 426.U.S.529(1976), at539.

法的。在Sporhase案中，最高法院就推翻内布拉斯加州一项有关过于严格限制出口水资源的立法，虽然最高法院承认每一个州都有保护自己自然资源的正当诉求，但不能构成对外州使用者的歧视。[1]在Chemical Waste案中，最高法院同样根据这一原理推翻了亚拉巴马州一项关于向州外产生的废物收取处置费而对本州产生的废物免收处置费的立法，原因也在于这种资源政策是有歧视的[2]。

3. 建立国家所有权：征收条款

前面两个宪法条款的功能主要实现了自然资源所有权的相对化，通过各种规制手段限制、消解了所有权的绝对性，而征收条款则直接着眼于对私人所有权进行直接规制：通过国有化而实现对私人的控制。由于普通法规则的影响，很多自然资源即便存在于公地（public land）上也有可能视为私人资源，因此联邦或州还可以根据宪法修正案第5条征收条款通过征收或规制性征收（Regulated Taking）来调整自然资源私人所有的性质和程度。

根据宪法的征收条款，政府基于公共利益征收私人财产必须给予公平补偿，"征收"最典型的形态是一种物理占有；规制性征收则是一种实际已构成征收、需要公平补偿的规制活动，霍姆斯大法官在1922年的涉及到政府对采矿权限制的Pennsylvania Coal案中提出"虽然财产可以被政府管制到一定程度，但这种规制如果走得太远则构成征收"[3]，最高法院也发展出一套技术标准来衡量作为一种规制手段的征收需要满足的标准：（1）对于被规制对象的经济影响程度；（2）规制干预投资的预期收益的程度；（3）政府规制行为的特点。[4]

（二）对国家规制本身的宪法控制：公共信托原理

国家可以限制公民对于自然资源的私人所有权，甚至可以通过征收建立起自然资源的国家所有权，但为了防止这种规制活动的异化，它在美国法上必须接受通过普通法保留并通过违宪审查建立起来的"公共信托"原理的监督。

"公共信托原理"（Public Trust Doctrine）是对国家所有自然资源最重要的宪法控制。这一原理可以追溯到罗马法上对于海洋、空气等资源公共所有的理想，并通过英国普通法和衡平法的发展而形成[5]。在美国，基于独立战争所孕育的自由主义和人民主权，对于水流、矿产等资源，每一个人都是所有者，享有为了实现自己的日常需要而行使的绝对权力，直到根据宪法产生了政府，才基于对政府的信任而将自然资源托付给政府[6]。政府虽然享有所有权，但这种所有权本质上只是一种jusregium（管辖权/代管权），是一种规制、提高和确保这些资源为每一个公民的利益而存在的权力。[7]。

这一原理在美国最主要表现是州政府对于水资源的所有权行使。在司法审查中法官一般从信托的目的、信托的范围以及受托人（州政府）的义务和权力三个基准来审查。[8]联邦最高法院确认这一原则的经典案例是Illinois案。该案中最高法院判决认为伊利诺伊州的一项法案Lake Front Act是违宪的。该法案规定将密西根湖的湖床所有权授予州中心铁路公司，该公司根据协议将利用湖床取得的收益按一定比例返回给州。后来该州废止了这项法案，铁路公司提出诉讼，联邦最高法院最终认为，州对该法案的废除是正确的，因为这项法案

[1] See Sporhase v. Nebraska, 458 U.S.954(1982).

[2] See Chemical Waste Management, Inc. v. Hunt, 504 U.S.334(1992).

[3] See Pennsylvania Coal v. Mahon（1922）

[4] See J.Barron, C. Dienes, Constitutional Law, ThomsonWest2005, p. 225.

[5] 关于这一段理论史请参看【英】梅特兰：《国家、信托与法人》，樊安译，北京大学出版社2008年版。

[6] See Rasband, J. Salzman, M. Squillace, *Natural Resources Law and Policy*, Foundation Press2009, p.177.

[7] 公共信托原理的理论性说明及在司法审查上的运用参见 J. Ssx, *The Public Turst Doctrine in Natural Resource Law:Effective Judicial Intervention*, 68 MICH. L.Rev(1970); C. Wilkinson, *The Headwaters of the Public Trust: Some Thoughts on the Source and Scope of the Traditional Doctrine*, 19ENVTEL.L(1989); M.Blumm, *Public Property and the Democratization of Western Water law: A Modern View of the Public Trust Doctrine*, 19ENVTEL.L(1989)

[8] See Cribbet, C. Johnson, R. Findley, E.Smith, Property: Cases and Materials , FoundationPress1996, p721.

有违公共信托原理，不能将供州人民公共所有和使用的资源转让给私人主体除非能够证明这种转让可以增进资源本身的利益。[1]很多州的最高法院也在判例中肯定和援引了公共信托原理，例如加利福利亚州最高法院在 1983 年的莫诺湖案中就指出：州政府有权决定水权的分配，但做出这些决定的依据是它充分考虑了分配方案对公众信托利益的影响。如果某一个决定没有衡量和考虑公众信托用途，那么重新考虑该决定的理由就更加充分。不能因为仅考虑用水需要而改变取水权从而损害莫诺湖的环境因素。[2]

三、规制模式在中国宪法上的展开（1）：依据与本质

（一）主流趋势的中国表达

文章前面两个部分从学理和规范上说明了国家所有权的宪法两大模式，也从比较法的角度指出了“所有作为一种规制手段而存在”的本质是理解自然资源国家所有权的关键。那么，接下来要思考的重点自然就是：这种世界经验和比较法能否移用于思考中国问题。本部分将表明，以体系解释为核心运用多种解释方法，宪法第 9 条确立的自然资源所有权规范的内在体系提出了一种基于中国语境和问题的规制模式。

体系化思考体现的是一种秩序思维，它意指“法规范并非彼此无关地平行并存，其间有各种脉络关联”[3]，因此体系解释的正当性就在于“解释规范时也须考虑该规范之意义脉络，上下关系体系地位及其对该当规整的整个脉络之功能为何…并因此避免其彼此间的矛盾”[4]。从这样一种思路出发，第 9 条在宪法规范体系中绝不是孤零的存在，毋宁说对它的理解必须放置于其他条款乃至规范所拘束的整体环境之中，正是第 9 条与其他规范的相互拘束与限定，互相构成理解的前见，在这种“解释学循环”（hermeneutischer Zirzel）的思维结构中，第 9 条的功能意义才能得以完整呈现。

我们将第 9 条引述如下：

第 1 款：矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

第 2 款：国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。

从规范的结构来看，第 1 款对应的似乎是一种直接占有的模式，第 2 款则发挥了规制模式的功能，那么这两个条款究竟是一种怎样的逻辑关系，谁更处在规范调控与解释引导的地位，“直接占有”与“规制”之间如何融贯的成为一个整体，则需要进一步解释“直接占有”的目的以及“规制”的范围。于是，我们就需要从其他条款的规范内涵确定的意义脉络中来确定以上问题。

（二）公有制条款：确立规制模式的依据

1. “国家所有”的规范领域：“具有战略意义的生产资料”

根据通说，第 9 条自然资源条款属于“基本经济制度”的规范整体范畴中，因此它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。根据 82 宪法修改者的宪法原意：第 9 条的规定是社会主义经济制度的重要组成部分，从本质上看确立国家和集体所有自然资源是为了“保证劳动群众集体所有制经济沿着社会主义方向前进，保证个体经济为社会主义服务，保证整个国民经济的发展符合劳动人民的整体利益和长远利益的决定性条件[5]”。

[1] See Illinois Central Railroad v. Illinois（1892）
[2] See J. Cribbet, C. Johnson, R. Findley, E.Smith, Property: Cases and Materials,FoundationPress1996, p724.
[3] 【德】拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 316 页。
[4] 同上。
[5] 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》

实际上从制宪者的原初意图中我们可以提炼出第 1 款确定国家所有自然资源的规范领域：对于国家发展具有战略意义的、作为生产资料使用的自然资源应该属于国家所有。立法者进一步可以根据“整体利益”和“长远利益”两个解释基准对“战略意义”进行立法裁量而享有一定的政策形成空间[1]。

因此，所有制针对的生产资料对象决定了之所以将七项资源纳入国家或集体所有，就在于它们都不是一般的自然资源，而是对国民经济发展具有重要作用和战略意义的生产资料，国家所有的必须是具有战略意义的生产资料属性，而非生活资料的自然资源；同样如果从这样一个解释基准出发，那么法条中的“等”显然是一种例举，而不是穷尽式的列举，因为社会的发展与开放性决定了宪法规范的开放性和立法的裁量性，这种裁量体现两个方面：

第一，某些重要的自然资源就算没有列举于宪法，也可以通过前述两个标准进行立法政策考量而归于国有。例如《物权法》第 46 条“矿藏、水流、海域属于国家所有”中规定“海域”属于国家所有，正是准确把握这一立法政策进行立法裁量的生动范例。“海域”包括中华人民共和国内水、领海的水面、水体、海床和底土，显然它不同于《水法》中“水资源”仅包括的液态地表水和地下水，也没有被宪法第 9 条所列举。但今天来看，对于正走出陆地局限而走向海洋时代、要建设“海洋强国”的中国，海域资源无论在地缘政治意义上还是在国家发展意义上都扮演着越来越重要的角色。[2]

第二，某些不具有整体利益和长远利益特征的自然资源也可以经由立法裁量不归于国家所有和集体所有，而允许私人所有，例如《森林法》第 3 条规定“国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。”中就明确个人可以所有“林木”（包括树木和竹子）[3]，《物权法》第 49 条规定“法律规定的野生动植物属于国家所有”也是考虑到野生植物数量种类繁多，用途价值不一，笼统归为国家所有既不现实，也无必要[4]，很显然这种立法裁量思路也是从“整体性和长远性标准”出发进行的判断。

因此，国家所有自然资源是一个开放的、具有法政策形成空间的结构，它并非意味着所有的自然资源都必须国家专属或集体所有，也不意味着只有仅仅列举的几种资源属于国家所有。接下来，一个更为关键的问题就是，这种“国家所有”究竟意味着什么，是不是和《物权法》确立的国家所有权一样，是一种国家以民事主体活动、追求权利人意志与利益（意思表示）的工具？如果不是，它的理据又在什么地方？

2. “国家所有”的规范本质：反对剥削与“所有”本身作为规制而存在

要透彻理解这种“国家所有”仍然需要我们回到所有制规定上来。公有制条款规定：“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。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”。在这个条款背后一个基本的思想立场就是来自于马克思对于公有制与反对剥削的思考。

继承了卢梭对于私有制的思考，马克思认为消灭剥削是无产阶级的使命，而剥削存在根源在于资本家无偿占有工人生产的部分产品，使得工人被剥夺了占有物质生产资源的权

[1] 宪法具体化的任务主要、首先属于立法权。立法者对于抽象、原则的宪法条款享有一定的自由裁量空间，这种立法裁量本质上是立法政策的考量，但立法对象领域之不同也决定了对立法裁量不同的审查标准与审查密度，从而立法裁量空间也要接受违宪审查的判断。关于立法裁量及与宪法审查关系之一般原理参见 F.Ossenbühl 撰写的《联邦宪法法院与立法》，吴信华译，载 P.Badura/H.Dreier 主编：《德国联邦宪法法院五十周年纪念论文集》（下），联经出版事业公司 2010 年版。
[2] 海洋强国的建设很早就从国家发展的战略高度提出来可以参见《半月谈》“海洋时代：中国离海洋强国还有多远？”2005 年 4 月 1 日。
[3] 《森林法实施条例》第 2 条规定。
[4] 参见王利明：《物权法研究》（上），中国人民大学出版社 2007 年版，第 440 页。

利从而必须把自己的劳动力出卖给资本家，而资本家垄断了所有这些资源。资本家的占有是由于对于外部物质的不公平的分配权。[1]

因此，从理想状态上说，公有制的本质就是确保物质生产资料必须在劳动者手中——而当全体人民都是“劳动者”的时候说明这个社会已经消除了剥削——因为没有人（包括代表少数人的政府）可以凭借自己的财富而不劳而获。而自然资源国家所有权作为实现和巩固公有制的一种法律工具，它将“全体人民”在法律上拟制为“国家”这个人格，要求将一部分自然资源由这个人格通过整体的所有来保证全民的共享，并由民主立法程序来决定对自然资源的处分，防止任何人的独占和垄断，从而限制了剥削产生的可能。

因此，宪法通过设立自然资源国家所有权规针对的就是防止自然资源过度非全民化。公有制并不反对私人所有权，马克思也承认私人所有权的历史合理性与必然性，如前所引《资本论》，公有制反对的是私人所有权强大到可以产生剥削——一个人所有的财产丰富到可以不劳动，而另一个人的财产羸弱到必须出卖自己的劳动才能生存。对于自然资源来说，如果不建立自然资源的国家所有制度，必然造成社会剥削的存在，表现在三个方面：

（1）从一种历史哲学的叙事来看，按照从卢梭到马克思的社会批判理论，自然资源私人所有是剥削的真正根源[2]。占有自然资源并宣称私人所有正是人类结束“自然状态”的标志，自然资源从共有物变为财产（property）也意味着人类社会最重要的生产资料开始向个体集中，这意味着有人可以凭借作为生产要素的自然资源，而不是劳动力来获取收益，剥削也就随之产生。

（2）在当代社会，自然资源对于国家的经济发展与经济安全具有关键的战略意义和地位。今天西方社会普遍认为可再生能源和互联网技术构成了世界新经济五大系统的核心与关键，诸多国家低碳经济发展模式的建立意味着以化石能源为基础的第二次工业革命向以可再生能源为基础的第三次工业革命的转型已经开始。国家经济竞争与经济安全可以说已经系于可再生能源的开发及其能源共享网络的建立[3]。因此，放弃国家所有自然资源、过度私有只能由于资源的昂贵和稀有而不断增强占有者富可敌国的剥削能力，增强少数人控制国家经济安全的能力，最终损害社会能源共享网络的建立，加剧社会大多数人的被剥削程度。

（3）与一般物品不同，自然资源本质上就具有不能被独占的公共属性，属于公共物品，具有让所有人受益和分享的正外部性。过度私有难以遏制过度开发、攫取的欲望从而造成少数占有者消耗公共物质与生活环境，多数人的自我发展能力与高生活质量被少数人所剥夺。正因如此，结合宪法第 26 条：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。国家组织和鼓励植树造林，保护林木”就能更加清楚证明这种规制功能的国家义务。

因此，建立自然资源的国家所有权，由国家统筹开发利用与收益共享，防止自然资源过度的私人所有就成为关键。

所以，宪法上的国家所有权本质上是一种国家责任，按照耶利内克的说法，国家作为法人可以享有公法权利，但这种公法权利本身是一种限制和义务，他以国家机关的职权为例说明，这种职权与民法上的权利是不同的，它只能为公共利益而行使，也不得抛弃、让渡和随意改变内容。[4]国家所有自然资源正是这样一种职权性的存在。

[1] 马克思：《资本论》（第一卷），人民出版社 2004 年版，第 196-197 页。

[2] 请看卢梭的描述：“第一个把土地圈起来的人说，‘这块地是我的’，他发现人们竟然相信了他。这个人是政治社会真正的奠基人。”，引自【法】卢梭：《论人与人之间不平等的起因和基础》，李平沤译，商务印书馆 2007 年版，第 85 页。译文有改动。

[3] 【美】里夫金：《第三次工业革命：新经济模式如何改变世界》，张体伟等译，中信出版社 2012 年版，第 32-33 页。

[4] 【德】耶利内克：《主观公法权利体系》，曾韬等译，中国政法大学出版社 2012 年版，第 173、178 页。

四、规制模式在中国宪法上的展开（2）：特征与框架

（一）市场经济条款：理解规制模式的特征

接下来我们讨论这样一个问题：既然第 9 条体现出浓厚的规制模式，是对私人的干预，那么究竟怎么理解这种“规制”的本质和干预的限度，我们从宪法变迁的角度来予以揭示。

1. 原初意图：54《宪法》第 6 条的全权国家预设

54《宪法》对待自然资源的原初意图是建立一种全权国家（Totalitarian-State）：“矿产、水流，由法律规定为国有的森林、荒地和其他资源，都属于全民所有”（第 6 条）。在这一款里，没有规定自然资源可能作为一种生产要素进入生产、分配的领域，而且以“其他资源”的概括方式将所有生产性的自然资源都纳入国家所有的范畴。配合这种模式的国家理念一方面是 54 宪法确立的泾渭分明的不同所有制，国家所有的资源不可能在其他所有制领域使用，也不能借助市场的手段来增值，这是混淆了所有制与所有权，也混淆了所有制与所有制的实现形式；另一方面是以 54 宪法第 15 条规定的计划经济为资源配置方式的指令性社会控制模式。二者结合凸显的就是一种全权国家预设。这种国家理念相信凭借国家直接对国有资源的配置、控制、指令可以实现国民经济的发展，并且认为“计划”是对所有制和社会性质的必然反映。

2. 市场经济条款下的宪法变迁：从资源到资源性产品

众所周知，从 80 年代中期开始，计划经济体制由于淹没了社会肌体，不承认个体的首创精神，开始不断松动，党的十四大通过建立社会主义市场经济体制并在随后 1993 年的宪法修改中通过第 15 条“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法，完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”，这个宪法修改直接引起了宪法第 9 条的宪法变迁，也就是说它背后的宪法精神与理念已经悄然更迭。

这种更迭最重要的就体现在对自然资源的理解开始从一种纯粹的不具备经济价值的资源变成一种“资源性产品”。具体而言表现在：

首先，经济发展模式转变推动自然资源按照市场价值产品化。高速发展的经济使得中国越来越成为资源紧缺的国家[1]，资源紧张但生产生活需求巨大，因此造成计划经济时代自然资源的价值完全不能反映它本身的需求，即便在市场经济模式下，目前很多自然资源的使用或消费价格仍然过低，以水资源费为例，跟发达国家来比，中国长期处在中下水平。全国平均供水价格只有 1.4 元/立方米，污水处理费只有 0.4 至 0.5 元/立方米，省会级的城市平均供水也只有 2.4 元/立方米，污水处理费只有 0.6 元/立方米[2]。这一方面造成粗放型、污染型经济发展模式的发展，另一方面加剧了生活消费的浪费。随着经济发展模式的转型与结构调整，资源性产品价格形成机制越来越强调以供求关系为根本，通过市场的调节，而不是国家命令的干预来形成，例如我国已经全面实现煤炭价格市场化，完善煤电价格联动机制，通过市场化方式实现煤电价格的良性互动；逐步加大了水资源费征收力度，扩大了水资源费征收范围，提高水资源费征收标准，等等。[3]

第二，自然资源国家所有权中部分权能可以进入市场。对于所有权与所有制的关系认识在市场经济模式下逐渐深化，那就是占有和使用作为所有权的具体权能可以适当与所有权人分离进入市场从而增加收益，所有权只是实现所有制的一种工具，国家、集体和私人分享所有权的部分权能都有助于巩固和实现公有制。1988 年宪法修改首先取消土地使用权

[1] 根据 2009 年国家统计局资料显示：与经济发展与人民生活紧密相关的一些资源，例如耕地占世界 9%、水资源占 6%、森林占 4%、石油占 1.8%、天然气占 0.7%、铁矿石占 9，但我国人口却占世界 13%。

[2] “多城市酝酿上调水价”，《经济参考报》，2009 年 7 月 21 日。

[3] 马凯：《积极稳妥地推进资源性产品价格改革》，载《求是》2005 年第 6 期。

不得流转规定。随后，我国的《森林法》、《水法》、《草原法》、《物权法》、《矿产资源法》等也都承认了民法意义上的“自然资源国家所有权”，并在此基础上建立了它的用益物权流转制度。《物权法》上的国家所有权本质上也属于全体人民所有，但它的功能主要是通过国家以民事主体身份进入市场，实现以用益物权为核心的市场价值，促进国家所有的“保值增值”，增强全民所有的财富，它的宪法依据正来自于第 15 条市场经济条款，它虽然与宪法第 9 条所追求的规制功能不同，但受到规制功能的拘束和引导，那就是必须保证全民共享这种收益。（例如，将国有自然资源的用益物权收益私分就是不允许的。）

3. 规制国家，而不是全权国家：第 2 款的真谛

正是《宪法》认识到了市场也是实现公有制的一种方式，因此在“公有制”条件下不能反对建立一定的私人所有权[1]，且必须形成和尊重资源性产品的市场，所以我们要实现的就必须是一种建立在市场经济基础上的、从而更加具有责任性，防止市场与社会自身失灵的规制国家（Regulation-State）[2]。它与全权国家有本质区别：

第一，法律基础不同。规制国家是立宪主义立场下的产物，从宪法框架下取得正当性，本质上是政府根据宪法义务所体现的“负责任性”与回应性。[3]规制是在宪法授权下追求政府对于自然资源在经济社会活动中产生风险与问题的持续性控制，是履行宪法规定的保护义务的要求。全权国家则是一种简单地对资源的中央垄断与控制，它最终容易滑向寡头体制，也就是由少数人结成上层分利同盟对社会多数人进行剥削和控制。我们看到非洲、拉美洲很多自然资源丰富的国家之所以由于资源争夺而爆发政府与人民的冲突乃至分裂和战争，根源即在于此。

第二，社会基础不同。规制往往建立在市场经济的前提之下。在这种条件下，政府与市场有着清晰的边界，自然资源所有权的权能具有可分解性，通过分解进入市场，但市场本身的风险与失灵必须要求规制手段的存在，尤其是自然资源的公用性、稀缺性更必须防止过度市场化，必须要求国家所有权发挥一定的规制功能。全权国家则完全建立在反市场经济或者被操纵的市场经济基础之上。自然资源要么不能进入市场成为产品，要么不能通过市场来调节和反映产品的真实价格。

第三，手段形式不同。规制主要通过法律和经济手段进行。例如信息披露、价格控制、国有化、标准制定、行政许可等[4]。全权国家往往凭借的是简单的行政命令甚至个人意志而不是普遍化的、具有工具理性和程序保障的法律。

最后，是否受到严格监督不同。政府规制总是带有一定的侵益性和限制性，同时各种规制国家都面临一个难题：如何确保规制符合正当目的与比例原则。本文前面介绍了美国法上是通过“公共信托”原理来予以根本保障。也就是说规制国家同样强调对规制者或资源信托人进行监督以防止自然资源通过权力而地方化、部门化甚至个人化，这里尤其注意不能将“国家所有”理解为“政府（及部门）所有”，政府及部门可以根据宪法和法律，接受国家的委托代管自然资源，但不能在缺乏民主合议程序的情况下确认或处置这些资源。因此，通过立法机关的民主程序对政府本身的行为进行规制也就成为宪法上的另一个要求。在美国宪法上就通过判例建立起“宣称无效”的基本法律教义：联邦政府或州政府都不得

[1] 宪法学上的说明可以参看韩大元编著：《1954 宪法与中国宪政》，武汉大学出版社 2008 年版，第 307 页。

[2] 关于规制国家的定义、特征、历史、正当性及宪政基础等一般性原理:C.Sunstein, After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatatory State, HavardPress1990; S. Dudley, J. Brito, Regulation:A Primer, George Mason University2012; J.Mashaw, Creating the Administrative Constitution, YaleUniversity2012.

[3] J.Mashaw, Creating the Administrative Constitution, YaleUniversity2012, chapter4.

[4] See Brito, Regulation: A Primer, George Mason University2012,p.66, p. 75. Ogus, Regulation: Legal Form and Economic Theory, Hart Publishing2004.

仅仅通过单方面的宣称行为而确认自然资源国家所有或处分这些资源[1]。因此规制国家也必须防止政府利用国家所有的自然资源谋取自我的利益（当然，根据《物权法》第 53 条，允许国家机关正常享有公用财产[2]）甚至以国家所有为名侵夺私人资源和财富。规制模式要求既防止“化公为私”（贪腐）也防止“化私为公”（与民争利）。

对于中国来说，整体而言，以《宪法》为顶点，包括部门框架性法律，如《物权法》、《行政许可法》、《行政强制法》和自然资源类特别立法，已经建立起一套符合中国实际与需要的监管体系。然而，我们也要看到在少数地方，GDP 主义与经济竞争的地方锦标赛体制导致粗放式发展与攫取型资源财政模式的结合：自然资源被当作个别地方经济发展与政府部门追求利益的主要财富，由于缺乏必要的监督和民主合议程序，容易让稀缺的自然资源在地方利益或部门利益的追逐下耗散殆尽，个别地方政府将公共资源当作政府所有的财富处置、买卖，与此同时却没有建立合理的财政支出结构，导致合理的全民共享机制阙如。同时任意越过国家所有的边界不经正当程序进行国有化措施也在少数地方发生。警惕滥用的政府权力，而不仅仅是市场，产生对大多数人的剥削，这是今天中国必须坚持自然资源始终国有的重要原因。

由此，我们可以做一个小结，宪法上的规制，就是制宪者要求国家针对市场与社会利用自然资源可能发生的失灵，运用以法律为中心的多种手段和工具，持续性地对各种资源风险进行有效控制的一种模式。它要求立法者通过立法裁量制定法律来对私人（包括自然人和社会组织）所有自然资源予以规制，然后通过政府执法予以落实，在这个过程中也要求对公权力行使者，尤其是政府处分自然资源的行为进行符合宪法的规制。宪法第 9 条第 2 款正是对这种规制模式的规范确认与说明：

首先从“国家保障自然资源的合理利用”来看，等于承认了“可利用”是前提，它一方面没有强调自然资源一律不能建立私人所有权，另一方面更指出即便是国家所有，也可以通过分解权能，将使用权让渡给私人使用，作为一种生产要素（而不是劳动）进入生产领域和分配领域。

其次，根据“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”表明使用权和受益权也必须受到一定程度的规制。这主要是通过立法者运用立法裁量而完成。从 80 年代中期开始，我国就通过一系列自然资源立法确立了使用权取得制度、收益分配制度、补偿保障制度等等，例如《水法》明确的有偿使用制度、开发制度；《矿产资源法》明确的产资源勘查区块登记管理制度、矿业权取得和流转制度；《森林法》规定的植被恢复制度等等。同时“禁止任何组织侵占或破坏自然资源”也必然暗含着即便是代管国有资源的行政机关在执法过程中也必须秉持人民主权原则，受宪法约束的结论。

（二）基于平等保护的人权条款：展开规制模式的框架

1. 公有制与平等保护的人权

我国宪法中公有制证明了规制模式的合宪性，市场经济制度又要求这种规制必须建立在市场基础之上。这样张力就产生了：公有制只能确保自然资源在最终归属的意义上作为社会成员共同财富而存在：它们不属于任何个体，但却又属于所有人，这种结构无法确保在市场条件下通过使用权流转使得自然资源进入市场而产生差异甚至剥削。很显然，公有制确保的是劳动者作为一个阶层整体不受剥削，但在市场条件下，每一个个体却有可能受

1 See Walter Hellerstein, *Hughes v. Oklahoma: The court, The Commerce Clause, and State Control of Natural Resources*, 1979 Sup. Ct. Rev. 51 (1980)..

[2] 自然资源也可以按照行政法学上行政公产的区分，分为国家“共用财产”和国家“公用财产”，前者是任何人都可以在一定条件下使用但都不能独占、所有的，例如水流、陆地；后者是国家机关为履行公职而占有、使用的资源，社会与公众一般不能直接使用，例如国家机关内的绿植、道路。见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 240 页。本文讨论和关注的是第一种意义上的共用财产。

到剥削，当这种“整体的人民(people)”向“具体的人民（peoples）”转移的时候，我们就必须注意到宪法第33条确立的人权和平等权条款对于规制模式的进一步约束与要求。

宪法第33条第2款规定：国家尊重和保障人权。第3款规定：公民在法律面前一律平等。将这两款放在一个意义脉络里考虑，很显然，宪法要实现的规范目的是“基于平等保护的人权”。它的特点在于：第一，这里的“人”是作为个体的人，而不是集体人格的“人民”，是每一个公民的人权必须受到国家的尊重并接受国家提供的宪法保护义务；第二，这里的“尊重和保护”必须是平等取向的，如德沃金所言，这种“平等取向的人权观”要求政府“用同一个声音说话”，要用融贯、一致的方式对待他的公民，对一个人运用的公平、平等和程序正当的标准要与对每一个人适用的标准一致。[1]

2、规制模式的框架性思考：以宪法平等权为取向

正是从“平等保护的人权”条款出发，我们从当下中国的现实出发，初步提出规制模式的一些框架性思考：

（1）获取平等：资源性产品价格形成机制

自然资源关系每一个人的生产生活，但获取它不能没有成本。资源有偿使用制度在我国已经普遍建立，但必须形成一套以平等为标尺的价格形成机制。这关键要考虑到强消费能力者和弱消费能力者的平等，一方面自然资源价格必须通过市场供需来反映而不能简单靠行政指令形成，但另一方面又不能完全按照自由选择来确定价格，否则消费能力不强的人必将无法充分获取资源。因此必须运用一定的规制工具对资源价格形成进行适当影响和调节。[2]

（2）收益平等：公共资源收益合理共享机制

国有自然资源的收益当然应该全民合理共享。目前处在关注焦点的问题就是，如何确保收益的透明公平，尤其是应该建立公共资源出让收益全民共享机制，完善财政支出结构，通过公共自然资源出让或其他经营方式获得的收益应该统一纳入国家财政，并重点投向教育、“三农”、社会保障与就业、医疗卫生、文化等这些关系每一个人生活的刚性需求领域，让全民能够合理受益。[3]

（3）经营平等：资源性产品经营监管及资格准入机制

平等人权观还要求资源市场进一步的开放以及对于市场门槛的统一设置和同等保护。一方面，对自然垄断行业应该进一步加大监管，防止通过不正当手段无偿或低价占有和使用公共资源，完善公开公平公正的海域、森林、矿产、水等公共资源出让机制；另一方面还应该进一步适当放开市场，按照《行政许可法》的精神，允许更多的人自由而平等地进入资源市场公平竞争，公平获得经营权利[4]。

（4）补给平等：生态环境补偿机制

自然资源的平等还涉及到区域平等与代际正义的问题。自然资源在不同区域的分布不尽相同，相当多的资源在不同区域之间还会发生密切关系和影响，例如水资源就存在上游区域与下游区域平等共享，合理分担治理成本等一系列问题。资源的有限性也会要求社会要考虑代际平衡，根据1987年发布的《布伦特兰报告》，代际正义就是一种资源的可持续发展：“既满足当代人的需求，又不对后来人满足其自身需求的能力构成危害的发展”。

[1] See R. Dworkin, Law's Empire, Harvard press1986, p165.

[2] 例如公共政策层面的论证有马凯：《积极稳妥地推进资源性产品价格改革》，载《求是》2005年第24期。

[3] 中国共产党第十八次全国代表大会报告（2012）、国务院2013年《政府工作报告》都首次提出“建立公共资源出让收益的全民共享机制”，学术界也早有深入讨论和思考，例如卢现祥、徐俊武：《中国共享式经济增长实证研究》，载《财经研究》2012年第1期。

[4] 中国行业垄断及市场准入制度的理论思考和实证研究作品例如余晖：《管制与自律》，浙江大学出版社2008年版。

目前生态环境补偿机制还存在手段简单（过分依赖税费）、资金挪用严重、区域协调机制不足、缺乏更加全面的修复费用融资渠道等等问题[1]，也需要进一步完善。

（三）宪法教义学上的小结

1. 宪法上“国家所有权”的含义：基于规制的所有

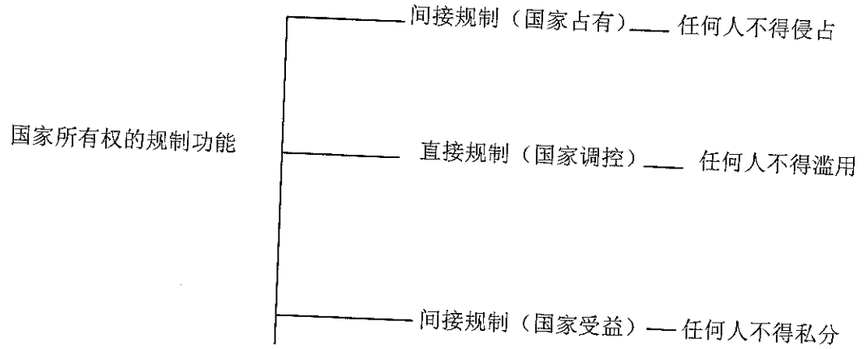
至此，以宪法第9条为规范中心，运用宪法解释学的方法，我们建构了一个中国自然资源国家所有权的规制模式体系，这种规制模式包含两种方式：第1款是“通过所有来规制”，也可以说是一种“间接规制”，因为国家所有一部分自然资源也就意味着私人不能无限度所有自然资源，私人对自然资源的所有受到了限制；第2款“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”更加直接地明确了规制的对象、范围与具体手段，是一种“直接规制”。

与世界范围内“直接占有”模式相比，中国的规制模式除了直接宣示自然资源的国家所有之外，还特别强调国家所有并非基于独占性而由某一个主体攫取其中的权益，“所有”并非意味着有任何人可以代表国家随意占有、处分其权益；与以美国为代表的宪法上没有明确所有权、依靠宪法判例实现的“规制模式”相比，我们明确了国家所有作为一般原则，但这种国家所有本质上是作为一种规制手段而存在，并发挥着反对剥削、实现人权的平等保障的重要功能。

2. 与民法上国家所有权的关系

民法上的国家所有权是市场经济条件下宪法国家所有权的一种特别表现，它透过市场经济条款而进入到宪法秩序，成为整体法秩序的一部分。它的功能直接体现为一种受益功能：实现全民财富的增加，但这种受益功能本质上还是规制功能的体现，受到规制功能的约束：即增加全民财富也是为了更好实现平等，防止私人垄断自然资源产生剥削；同时全民财富不能私分，必须接受监管。

综合宪法和民法，我们以规制功能为核心，将国家所有权的具体内容及对应的义务进行勾勒，从而完成一个法体系上的证明：



五、规制模式的道德深度：“基于平等的自由”

第三、四部分运用体系解释，证明了中国宪法第9条确立的以规制功能为核心的“自然资源国家所有权”模式，在这一点上它没有外在于世界。同时，本文也证明了“平等的

[1] 比较深入的个案研究如孟慧君、程秀丽：《草原生态建设补偿机制研究：问题、成因与对策》，载《内蒙古大学学报》2011年第4期。

人权观”是中国宪法基本权利保障的教义学原理。那么这种“平等的人权观”背后是什么？法教义学在这里就有必要向政治哲学开放，本部分要回答这个问题，这涉及到规制模式背后的政治哲学理念：基于“平等之自由”的分配正义观。本文最后将证明这种分配正义观是一种相当具有说服力的哲学理念，值得我们的研究和实践珍视，从而揭示出一个宪法问题背后的道德深度。[1]

（一）为什么自然资源可以私人所有

土地、矿产、水流为什么可以私人所有？如果以一种法律实证主义的观点来看，那就是因为有些国家的法律或者判例赋予了私人以所有权。但政治哲学要追问的则是法律如此规定在道德上是否正当？在本质上，这个问题也可以转化为人对于外在资源是否有某种性质的自由以及这种自由的限度。[2]

对于这个问题的回答，最有影响的是基于激励有效劳动。这主要来自亚里士多德、阿奎那关于财产私有起源的哲学[3]，并在以洛克为代表的“劳动渗入对象”学说里得到经典的阐发。那些以辛勤劳动占有自然资源的人将自己的劳动渗入到对象之中，也就是让对象成为了自己劳动的一部分，成为自己劳动的成果[4]，然而，这种论证还没有进行规范性的道德证明，因此洛克补充了一个重要的“限制性条款”：

“开发某块土地并把它据为己有的行为，并不损及任何旁人的利益，因为还剩下足够的同样好的土地，...只要他留下了足供别人利用的土地，所以就如同毫无所取一样”[5]。

洛克为这种占有定下了一个道德标准：只要我给别人留下了同样多、足够好的东西，我通过劳动的占有就是道德的。

在当代政治哲学史上，对于洛克问题的回答及发挥最有影响力的是以美国哲学家诺齐克（Robert. Nozick）为代表的“自由至上主义”（ Libertarianism），它的核心命题就在于：自由的个体对其自身享有所有权（self-ownership）：“每个人从道德的角度来说对于他的身体和能力拥有完整的私人所有权”，因此当他没有通过伤害的方式侵犯别人的时候，对于外在的自然资源主张可以无限制的自我获取。由此造成的人与人在占有财富方面的差异国家无权强行干预与再分配，国家通过规制手段影响自然资源的分配显然是不道德的。[6]

诺齐克的观点反对以平等牺牲自由，在现实上他反对的是福利主义国家政策，更反对任何形式的国家规制手段，在哲学上他反对的则是“基于平等的自由观”，这正是本文证明的哲学基础，对诺齐克观点的批评就成为对本文观点的政治哲学证明。

（二）自我所有权与被允许的不平等

在柯亨看来，诺齐克的论证思路可以概括如下：[7]

1. 每一人都拥有自我所有权，他只能被他自己全部或部分的拥有，除非根据契约，任何人不能全部或部分的拥有他。这个思想根源于康德“人是目的，而不是工具”的权利的形而上学基础，也是人的尊严的表征。

基于 1，每个人都有根据自己的意愿做事情的自由，只要他没有伤害其他人，他也没有义务向其他人提供帮助。

[1] 依照德沃金的见解，一切法学问题最终都会碰到一个“正当性追问”从而超出规范和裁判理论，这种追问意味着法学是一门进阶性的学问（advanced study），最终向道德哲学和政治哲学开放。Dworkin, Law's Empire, Harvard Press 1986.

[2] See R. Nozick, Anarchy, State, And Utopia, Basic Books Inc,1974, p181.

[3] See S. Fleischacker, A Short History of Distributive Justice, Harvard University Press2004; P. Garnsey, Thinking About Property: From Antiquity to the Age of Revolution, Cambridge University Press2007.

[4] See J. Lock, *Second Treatise of Government*, in Two Treatises of Government, CambridgePress1960. p.327.

[5] Ibid.

[6] See R. Nozick, Anarchy, State, And Utopia, Basic Books Inc,1974,p190.

[7] See G. Cohen, Self-Ownership, Freedom, and Equality, Cambridge University Press1995, pp113-115.我的概括也还受到了如下作品启发：;R.Nozick, Anarchy, State, And Utopia, Basic Books Inc,1974;Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Harvard University Press2000.

基于 1,2，在人类没有诞生之前，自然资源就存在于地球，因此从最初状态来说，它对于每一个人来说都是无主物，人对其自身享有权利，但对自然资源不享有任何天赋的权利。

基于 1,2,3, 人如果通过自己的权利行使，包括支配自己身体活动的权利（也就是劳动），就可以积聚无限量的自然资源，只要他不伤害任何其他人，基于行使权利的能力之不同，自然资源是可以在不同人之间不等量分配的。

5. 社会中不平等是不可避免的，除非这种不平等的产生建立在对其他人权利和自由侵犯的基础上。

（三）自我所有权的语义学之刺

要证明“基于平等的自由观”归根结底就必须反思“自我所有权”。应该说，“自我所有权”是在市场经济条件下非常值得珍视的一种价值，它是契约自由、财产权保护的关键，如果人不能对自身负责，如果一个人可以非出于契约而支配另一个人，则显然违背了现代社会的基本体制。但是，自我所有权在语义上天然具有极端化的倾向，这却是值得批评与警惕的，因为一旦极端化，它就充满了矛盾。

首先，正如当代分析马克思主义大师 G.柯亨对这个概念的批评：康德反对人是工具，而强调人本身是目的，这恰好暗含了不能将人作为所有权的标的之道德意涵，同时他引用康德的观点：“人不能将自己作为物出卖，自己不能是自己的物品”来说明。[1]

其次，自我所有权体现出自由的价值，但自我所有权忽视了自由的社会建构一面。简单来说，原始的自由仅仅是一种人的能力，但这种能力可以达到多大，达到什么地方却是社会建构的产物，是社会各种规范性力量，法律，道德，习俗以及其他社会成员同意的产物。这种社会建构无论是罗尔斯谈到的“社会两个最基本的正义准则”还是德沃金强调的“价值的互相指涉”，都约束着，也在本质上构成着自由。以德沃金的观点来看，平等非但不干涉自由，而且它就构成了自由的一部分，自由在本质上就暗含着平等的要素，而平等也暗含着自由的前提，“基于平等的自由”才是正确理解自由的思路，而极端化的“自我所有权”概念是不成立的。

（四）原初状态的自然资源并非无主物

“基于平等的自由”消解了自我所有权的极端，接下来就要讨论原初状态下的自然资源是否是一种无主物。主张国家不能对自然资源所有进行规制，尤其不能国家所有的第二个重要论据就是自然资源在最初状态是一种无主物，所以即便我们认为自我所有权不是绝对的，但人通过自由占有一个无主物为什么就是不道德的呢？“基于平等的自由”观认为自然资源在原初状态下不是无主物，而是共有财产，它属于每一个人，每一个人都可以自由使用（政治社会里就是每一个人都可以依法使用），只是任何一个人都不能独占共有资源的所有权。

自然资源在哲学上一直被认为是一种“天然的公共”概念。然而，如何理解这种“天然的公共”？有两条基本的哲学回答。一条是“消极公共性”，将自然资源理解为“无主物”，这个状态下是一种普芬道夫所讲的“权利真空”：谁都可以占有、使用这些资源，但先占构成权利的来源，因为在之前没有任何权利；一条是“积极公有”，将自然资源理解为“被共同的拥有”，每一人个可以接近和使用自然资源，但不能独占这些资源。

注意，在这里我们讨论的不是“法律上的先占制度”，而是关注自然资源原初的道德状态，因此必须站在某种正义论的立场上来判断，“消极公共性”显然有一些问题：正如从休谟到康德对这种思想的批评：占有一块资源，例如土地，需要有很多行为（例如开垦）或符号（插一面旗），但这些形式都只是偶然与土地发生联系，且它们之间的效力是一样的，因此都没有直接拥有对象，真实的历史社会情境往往就是只有凭借欺诈或暴力才能完

[1] See G.Cohen, Self- Ownership, Freedom, and Equality, Cambridge University Press1995, p.235.

全实际占有，但这种占有的道德理由是不足够的[1]。其次，康德指出，“无主物”概念本身就是矛盾的：“物”是主体直接拥有的对象，“没有主体”何来“物”？“无主物”也是有主的，只不过这个“主”在自然状态下不是任何一个个体，而是人类整体。

事实上，以“共有”来理解自然资源的归属，在思想史上更加源远流长。柏拉图基于维护城邦的善之品质，就在《理想国》里明确反对财产私有，因为这会败坏城邦德性。基督教传统也发展出一种自然资源的公共性观念，按照阿奎那的解释，上帝赋予人类这一个物种以共有的资源，而不是赋予每一个人以资源，只有匮乏才能产生私有。[2] 到了启蒙运动早期，格老秀斯对自然状态的理解仍然与自然资源的公有性联系在一起：“人类在那时期依靠大地自然长出的物产维持生存”，诸如海洋就是“人类的共有物权”[3]。

因此，人类整体如果要分配这些资源给个体就必须结束自然状态，进入政治社会，建立一套政治与法律的规则才能完成。

（五）平等的真谛：两条伦理准则

因此，分配正义的问题就必然产生：这些资源要如何分配，站在正义论的立场，这种分配应该要在尊重自由的基础上体现平等。这是“基于平等的自由”观点对自由至上主义第三个方面的批评也是对自身最后的说明。

首先，什么是“平等”？从德沃金的框架出发，它可以理解为“福利的平等”和“资源的平等”[4]，前者实质是一种满足每一个人偏好的结果平等，被他和其他很多人所否定，因为一方面每一个人的偏好具有极端的复杂性与可组合性，这种平等方案技术上很难达到；另一方面结果平等是不正义的，因为会鼓励懒汉。 “资源的平等”则是建立在平等的两条伦理学原则之上：重要性原则和个人责任原则。前者是一个正义的社会必须承认：每一个人的人生都不应该被虚度，实现自己的人生理想和抱负是重要的，政府必须同样重视每一人的“梦想”；后者是每一个人也必须为自己在实现这种梦想和抱负的过程中所做的选择负责，包括选择怎样的人生态度（勤奋还是懒惰）和具体的人生目标。[5]因此，资源平等就体现在：首先，政府必须对负有人生理想并自担责任的每一个社会成员有平等的关切；其次，政府设计的资源分配方案必须使得每一个人意识到自己的人生计划给别人造成的真实成本，所以在设计和调整这种方案的时候，只利用原则上人人可以享用的资源中合适的一份。[6]

为了实现这个状态，政府首先要有初次分配的方案，类似于一种拍卖程序，允许每一个人都在一个最合适的成本位置选择并确定自己的计划；然后要有再分配程序，类似于一种保险程序，政府必须运用强有力的规制手段要求人们预付和让渡一些资源，以备实现自己这种计划的时候面临的风险。[7]政府的各种规制手段之所以正当，就是因为谁也不能说自己在人生实现的过程中不会失败，不会成为弱者，规制是对每一个潜在失败者的未雨绸缪，而不是政府的巧取豪夺。

对于自然资源来说，“国家所有”就是初次分配，它为所有人实现人生计划提供了最基本的保障：良好的生活环境与生活必需品；然后通过建立使用权市场的再分配体系，让每一个有志于通过自然资源实现自己人生计划的人可以自由实现价值，这个过程中通过建立使用收费制度、公共收益共享制度、资源补偿制度等实际上是为每一个人买了一份保险，

[1] See P. Garnsey, Thinking About Property: From Antiquity to the Age of Revolution, Cambridge University Press2007, p.158.

[2] See S. Fleischacker, A Short History of Distributive Justice, Harvard University Press2004, p. 35.

[3] 【荷】格老秀斯：《战争与和平法》，何勤华等译，上海人民出版社 2005 年版，第 122 页。

[4] See Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Harvard University Press2000.chapter1,2.

[5] See Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Harvard University Press2000.p.6

[6] See Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Harvard University Press2000. p.122

[7] See Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, Harvard University Press2000. chapter2.

基于自然资源的稀缺性，这种保险当然是强制的，但它是正当的：它为每一个人都未雨绸缪，当你在自然资源市场上失败的时候，你还可以通过公共收益共享制度而获得补偿，你还可以通过资源补偿制度仍然享受蓝天、白云——难道你的人生计划注定不会失败吗？——这实际上类似于罗尔斯的论证，将每一个人的思考都逼到对人生处境的极端预设——也就同时预设了一个政府对于个体人生最深切的关怀。而在今天的中国，只有国家以“所有”的形式对资源占有、使用予以规制，并基于“平等的自由观”对每一个国人的人生处境都抱有同样关切，才能遏制人性与社会对自然资源的贪婪，才能让每一个人的人生梦、中国梦得以真正的实现。

自然资源国家所有的制度性保障功能

刘练军*

内容提要：宪法第9条第1款规定自然资源属于国家所有。在法理上该条款为不完整规范，结合其他宪法条款可知，此条款的价值目标在于国家作为主权代理人应负有保障自然资源得到合理开发和有效利用，防范对自然资源的破坏性采掘，并负责治理由不当利用所造成的生态失衡和环境污染。因而，对该条款应当作制度性保障功能解释。自然资源国家所有的制度性保障不但要求立法者对自然资源建构多层级的法律制度，而且其法律制度体系及内容必须符合保障私人财产权的立宪主义要求，以使国民能够公平地分享自然资源，真正行使对自然资源的所有权或使用权等权益。

关键词：自然资源 国家所有 制度性保障 宪法解释 财产权

我国现行宪法第9条第1款规定“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”。对于宪法上的此等国家所有条款，到底该作如何解释和适用，不但是个可以慢慢研究的理论问题，更是一个缓不济急、时不我待的实践问题。2012年2月，四川彭州农民吴高亮在家门前的河道里挖掘出一批乌木后，结果闹出当地政府与吴高亮争夺其所有权的“乌木案”。[1]同年6月，黑龙江省人大常委会制订《黑龙江省气候资源探测和保护条例》（以下简称气候条例），规定风力风能、太阳能等“气候资源为国家所有”，[2]随即在互联网上引发以后晒太阳、吹西北风统统都要经过审批和缴费的“网民恐慌”（以下简称气候立法案）。2015年1月，新疆青河县牧民别热克·萨吾特在当地矿区捡到一块超大“狗头金”，该“狗头金”到底该归谁所有至今众说纷纭、未有定论（以下简称狗头金案）。[3]诸如此类的案件或争议，归根结蒂都源于宪法第9条第1款之规范含义模糊不明。如何解释宪法此等自然资源国家所有条款，不但直接攸关着被发现的乌木、狗头金等自然资源的所有权归属，而且决定了矿藏、森林、滩涂等自然资源能否得到合理开发和有效保护，事关社会经济发展和自然生态的平衡与稳定。

对于这种高度紧迫性的时代课题，法学学者及时给予了回应，就宪法上的自然资源国家所有条款提出了诸多解释方案，并针对乌木案、狗头金案等案件或争议发表了各自的意见和结论。然而，不管是宪法条款的解释还是对具体案件或事件的回应，所呈现的都是共识大于分歧的百家争鸣、莫衷一是状态。因而，为了最终达成共识、形成法律解释上的通说，有必要继续就自然资源国家所有条款进行理论性的探究和适用性的解读，以期对现实生活中的事案例能给出具有通说地位的权威性学界意见。本文认为，从制度性保障学说来解释宪法上的国家所有条款更为合理正当，从国家所有条款的制度性保障功能出发，就不难对诸如“乌木案”等事案例给出具有说服力和可行性的解决方案。当然，在展开本文的

***本文系初稿，仅供会议交流使用，欢迎批评指正，但请勿对外扩散，谢谢！**

作者刘练军系杭州师范大学法学院副教授。

[1] 类似这种地方政府与乌木发现者争夺乌木所有权的事案例在重庆、江西等地亦出现过，相关资料介绍及研究可参见金可可：《论乌木之所有权归属——兼论国家所有权之种类及其限度》，《东方法学》2015年第3期，第82页以下。

[2] 参见《黑龙江省气候资源探测与保护条例》（黑龙江省第十一届人民代表大会常务委员会第三十三次会议通过）第2第2款和第7条第1款。

[3] 参见李亚楠：《捡到“狗头金”，到底该归谁》，《人民日报》2015年2月9日，第11版。

论证之前，还得先来回顾一下既有的解释理论与方案，以便在比较中相对容易地感知及理解制度性保障理论的说服力与可行性。

一、自然资源国家所有的研究现状评述

从宪法学者到民法学家，探讨宪法自然资源国家所有条款的所在多有。概括而言，关于自然资源国家所有的解释他们主要提出了以下几种学说。

（一）资格说

该学说指出，公有制与私有制的区别不在于主体本身的差异，而在于国家、集体和私人是否在宪法上具有取得重要生产资料之所有权的资格。宪法上的所有权注重的是取得所有权的资格，是一种获得财产利益的可能性，它不明确指向具体的客体，一个人并不因暂时没有财产而失去宪法上取得、占有和使用财产的资格。“在宪法所有权的意义上，特定候鸟的迁徙并不影响国家对野生动物拥有抽象的所有权，因为宪法上的所有权意味着一种资格，一种获得财产的可能性，它针对的是处于一国主权下抽象的一切资源，而非具体的、特定的物。”[1]资格说渊源于赵世义教授早先提出的宪法财产权资格论。赵教授认为“宪法上的财产权作为一种与人身紧密关联的资格，往往比民法的财产权更加注重人际关系因素，且不明确地指向具体的客体，一个人并不因为暂时没有财产而失去宪法上取得、占有和使用财产的资格”。[2]宪法财产权资格论作为一种解释理论是否无懈可击本文不予置评，但把它推而广之运用到宪法自然资源国家所有条款的解释上是否合适就不能不在此略加评论了。

首先，资格说仅仅指出抽象的国家对自然资源拥有抽象的所有权资格，至于自然资源具体的取得、占有、使用主体分别是谁，它并没有回答，而在解释宪法自然资源国家所有条款时，自然资源之取得、占有、使用等主体到底是谁，无疑是不容回避的重点。其次，抽象的自然资源的所有权主体属于谁并不重要，重要的是具体的、特定的自然资源物的所有权归属。无论矿藏、草原还是森林，当论及其所有权时，首要的是指具体的、特定的某一个矿床、某一块草原、某一片森林的所有权落在何人或哪个机构手中。片面强调抽象所有权的资格说，对于具体和特定的自然资源的所有权归属问题，难以给出它自己的答案。复次，对于国家自然保护区和无人居住的海岛上的所有自然资源，国家不仅仅拥有其所有权资格，而且通过其公法法人名副其实地享有其所有权。对此，资格说同样难以拿出一个合理的解释。总之，自然资源国家所有条款的资格解释说漏洞明显，不足为训。

（二）所有制说

追溯自然资源国家所有条款入宪的历史，将财产权的宪法史分为人权财产权和国家财产制两个阶段，从而对自然资源国家所有条款作国家所有制解释，这种分析方法看似新颖，实则不然。该解释方案的基本主张有三：（1）自然资源归国家所有是国家财产制的组成部分，是现代宪法创设的用以实现国家目的的手段，其基本特征是国家垄断；（2）以权利观审视自然资源国家所有权，它具有主体的唯一性和权利的专有性、不可变更性和价值优先性等特点；（3）宪法上的自然资源国家所有权的实质是国家权力，是管理权，而非自由财产权。[3]第一点手段论和第二点概括的主体唯一性等特征，实乃重弹盛行几十年的有关分析国家所有的老调，豪不新鲜。至于第三点管理权论，实际上等于放弃了所有制说的传统老

[1] 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47页。

[2] 赵世义：《论财产权的宪法保障与制约》，《法学评论》1999年第3期，第8页。

[3] 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35页。

路，而转入了下面的公权说轨道。从这个意义上说，所谓所有制学也就是聊备一格的学说而已，本质上算不上是一种有关自然资源国家所有条款的新的解释理论。

（三）国家所有权说

对自然资源国家所有条款作国家所有权解释，堪称是一直居于主流地位的学界通说。但近年来越来越多的民法学家和宪法学者开始反思并修正这一学说，因而国家所有权说大致可划分为传统的旧国家所有权说和近年来经修正的新国家所有权说。

1.旧国家所有权说

国家像个人一样也享有所有权，国家所有权是国家对国有财产的占有、使用、收益和处分的权利，是全民所有制在法律上的表现，[1]传统的旧国家所有权说的基本主张莫过于此。所有权是物权法上的一个重要概念，旧国家所有权说实际上是将抽象的国家视为物权法上的所有权主体，因而该学说又常常被简称为物权说。该学说把国家所有权的主要特征概括为四个方面：（1）主体的唯一性和统一性，即其主体是国家而非国家之机关、单位或个人；（2）客体的广泛性，即任何财物（自然资源当然包括在内）都可以成为国家所有权之客体；（3）行使方式的多样性，即可以直接行使如国库行为亦能够间接授权国家机关、企事业单位行使等；（4）取得方式的特殊性，如税收、征用、合同行为等等。[2]旧国家所有权说有诸多明显的缺陷，如有学者直接指出“统一唯一国家所有权”理论存在严重问题：“其理论上悖谬困窘，无法自圆其说，实践中导致国有财产保护极度乏力……基于实践视角观察，在所谓的‘唯一统一国家所有权’内还存在诸多利益冲突，如分税制体现出的中央政府与地方政府的利益划分、各地方政府之间的利益纠葛，以及‘央企’与地方国企的利益争夺等，这表明‘统一唯一的国家所有权’事实上并不存在。”[3]而王利明教授早年更是强调不应把宪法上的国家所有条款理解为法权意义上的所有权：“经典作家所说的‘财产共有’，也就是‘共同占有’，不能把它理解为全体人民在法律上的共有。从法律上看，公有制国家的宪法大都规定了国家所有就是全体人民共同所有，国家是代表全体人民行使所有权的。但应该看到，宪法在这里规定的只是社会经济制度，而不是一种所有权形式。人民的共同所有只是表明了国家所有的本质，不能把它理解为法权概念。”[4]对此论断笔者深以为然。随着宪法的四次修订以及法学与意识形态的日渐分离，旧国家所有权说的缺陷与不足开始受到愈来愈多的关注。于是，就有了修正版的新国家所有权说。

2.新国家所有权说

本质上并不否定国家可以像个体国民一样享有所有权，但又承认国家作为所有权主体具有它的特殊性，从而对宪法上的自然资源国家所有条款作较为复杂的多重解释，此乃新国家所有权说的特质所在。如有学者认为，国家所有权在权利性质、权能设置、行使方式、法律保护等方面，与传统民法上的所有权存在重大差别，已脱离传统物权和所有权的理论构成和立法结构；国家所有权具有私权和公权的二重性，受私法和公法共同调整，是一种特殊的混合法律关系。[5]以此认知为基础，有学者提出了所谓的国家所有权双阶构造说。该学说指出国家所有权是一个规范系统，宪法上的国家所有条款是此等法律规范系统的基础性规范，“它决定着自然资源的基本法律属性”，并对其他部门法律中的确权性规范和授权性规范实施合宪性控制。[6]与之相类似的是“自然资源国家所有权三层结构说”，即宪法上规定的自然资源国家所有权包含“私法权能”、“公法权能”和“宪法义务”。[7]还有学

[1] 参见王利明：《物权法研究》（上卷），中国人民大学出版社 2007 年版，第 505 页。
[2] 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社 2010 年版，第 320-321 页。
[3] 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 56 页。
[4] 王利明：《国家所有权研究》，中国人民大学出版社 1991 年版，第 26 页。
[5] 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 89 页。
[6] 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 6 页。
[7] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 48 页。

者认为，在法律地位、权能构造和权利外观上，国家所有权在宪法上与民法上并不存在差异，但在功能上，国家所有权确实有特殊性，它不能为国家或政府的“私利”存在，而必须“为公民自由和自主发展提供物质和组织保障”。[1]诸如此类的新国家所有权说，除了使得国家所有权问题复杂化之外，并未给宪法自然资源国家所有条款解释真正带来新的创见。如所周知，公法、私法同时登场，公权、私权齐头并进的结果，往往是公权高于私权、公法优于私法，最终都是国家利益的最大化，而非国家之下国民个体的私人权益事实上获得更为充分的保障。新国家所有权说至少经受不住国家所有存在与发展的实然状况检验。

（四）公权说

对于旧国家所有权说即物权说，有学者在修正，亦有学者在全面批判，后者在拔掉了物权说的大旗后竖起了公权说的招牌。公权说的主要观点可概括为两点点：（1）宪法上的国家所有条款“是划分国家与个人界限，为‘全民’意义上的抽象国家以立法和行政手段‘间接干预’资源利用提供合法依据的宪法公权”；[2]（2）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。[3]公权说的核心要旨在于，将宪法国家所有条款解释为国家积极干预资源利用的立法权及管理权。

不能不承认，公权说是新近出现的一种相当有力的解释理论，且上述新国家所有权说亦或多或少地认可国家对自然资源的立法权和管理权，即部分地接受公权说。然而，公权说同样是不完整的，它无法解释国家本身确实作为所有权主体而占有大量自然资源之事实，此其一。其二，像国家所有权说一样，它始终将内涵和外延均难以界定的公共利益视为自然资源国家所有条款的最高目标，从而有意无意地人为降低了国民个体的资源所有权或使用权地位，而捍卫后者才是自然资源国家所有的立宪主义意蕴之精髓所在。其三，国家管制权力素来在我国处于绝对的强势地位，在这种国家管制权力气息历久弥漫的政制背景下，将国家所有条款解释为一种强大的公权力，其结果无疑有碍于国民个体自然资源所有权、使用权等权利体系的成长及其保障。是故，自然资源国家所有公权说不宜提倡。

（五）规制说

在性质上，与公权说相类似的是规制说。该学说主张，不能简单地把宪法上的国家所有理解为国家通过占有自然资源而直接获取其中的利益，而首先应看作是国家必须在充分发挥市场决定作用的基础上，通过使用负责任的规制手段，以确保社会成员持续性共享自然资源。规制说认为，规制模式的核心在于：既要维护市场的公平性，又要戒备与民争利的攫取型资源财政体制之生成，强调作为一种规制国家的负责性、公共性，最终共同维护公有制的主体地位，实现我国“基于平等之自由”的政治道德与宪法精神。[4]尽管与公权说相比，规制说更关注结果的平等与自由，但两者本质上是一致的，可谓是将自然资源国家所有解释为国家管制的姊妹学说。因而，上述公权说存在的三个方面的不足之处，同样是规制说难以逾越的陷阱。职是之故，规制说亦谈不上是可以继续适用的有关自然资源国家所有条款的解释理论。

关于宪法国家所有条款的解释，除上述五种较有代表性的学说外，还有其他一些尚未充分展开论证的解释观点如“立法形成说”等等。[5]总括而言，现有的诸种解释方案彼此之间存在一定程度的重叠与共识，它们均具有某些合理性，从而可以对部分自然资源国家所有现象作出令人信服之解释，但它们又都带有某种缺陷，难以对自然资源国家所有现象中的另一部分实然状况进行融贯而又有效的解释，有些障碍它们注定是难以跨越，有些盲点

[1] 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 105 页。
[2] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 19 页。
[3] 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 125 页。
[4] 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 5 页。
[5] 参见张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 62-63 页。

它们全然未曾发现。这是不是针对宪法自然资源国家所有条款的一切解释理论之宿命不得而知。而本文所提出的制度性保障功能说是否同样难以逃脱此等宿命，唯能留待读者诸君来判断。

二、制度性保障的原初意涵与当代借鉴

对于德国宪法学上的制度性保障（institutionelle Garantie）学说，我国宪法学界并不陌生，林来梵教授很早就在其著作中引介过。[1]至于宪法自然资源国家所有条款，林教授亦主张作制度性保障解释，只是未展开论述而已。[2]本文旨在对此观点进行系统的分析与论证。

制度性保障学说诞生于德国魏玛宪法时期。尽管在德国、日本及我国台湾与大陆它依然是一种有关宪法权利的重要解释理论，但诚如许宗力教授所言，制度性保障学说往往与其他解释理论存在相当程度的“重叠”，其“内涵有待澄清”。[3]为了更好地把握和运用这一外来理论话语，厘清其原初意涵是必不可少的。

（一）原初意涵

1.自由与制度的区分：制度性保障学说的理论前提

制度性保障学说最早由德国魏玛时代的法学家沃尔夫（Martin Wolff）提出来的，后由施米特（Carl Schmitt）加以体系化并发扬光大。作为一种有关宪法权利保障方式的新创学说，其理论前提是基本权利的区分，即把基本权利分为绝对和相对两个类型，绝对基本权利的保障不适用制度性保障模式，将绝对基本权利与宪法规范所提供的制度性保障的基本权利区分开来，此乃施米特当初提倡制度性保障理论的重要动机，其目的在于强调某些基本权利先于国家的绝对性。

所谓绝对基本权利，是指那些先于国家或凌驾于国家之上的原初性的自由权，它包括良心自由、人身自由（尤其是免予任意逮捕的自由）、住宅不受侵犯、通信秘密和私有财产权等。在绝对基本权利与国家的关系问题上，施米特认为：“国家并非依照其法律来授予这些权利，而是将这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护；国家只能在一个原则上可预测的范围内、并按规定程序侵犯这些权利”，“（对绝对基本权利）任何法律干预都属于例外情况，而且属于原则上受限制的、可预测的、受一般规定制约的例外情况。国民法治国的基本分配原则要求将个人自由当作基本前提，而国家的限制必须作为例外情况而发生。”[4]因而，作为一种本质上是与国家相对峙的权利，绝对基本权利对国家本身具有天然的防御性，时刻防御着来自国家公权力的任何干涉。易言之，面对绝对基本权利，国家处于消极地位，任何的干涉都属于例外状况。

然而，并非所有由宪法予以保障的基本权利，都具有像人身自由、私有财产那样的优越地位。有些规定基本权利的宪法规范仅仅只为这种权利提供一种针对普通立法的保护机制，是故，这些基本权利具有相对性，属于原则上受限制的权利。宪法对它们的保护属于形构制度的制度性保障，国家的立法或已有的制度除非侵犯到此等基本权利的核心内容，否则，并不构成违宪。由此可知，与绝对基本权利的保障相比，制度性保障算是次一级的保障。

从以上分析可知，绝对基本权利保护的是先于国家和宪法的自由，而受制度性保障的相对基本权利注重的是依据宪法的制度建构。区分自由与制度，在此基础上区别对待各个不同的基本权利，并建构其严格程度有别即宪法审查密度不同的保障模式，此乃制度性保障学说的理论前提。

[1] 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社 2001 年版，第 160-161、194-196 页。
[2] 参见林来梵：《宪法规定的所有权需要制度性保障》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 63-64 页。
[3] 许宗力：《宪法与法治国行政》，元照出版有限公司 1999 年版，第 21-25 页。
[4] 【德】卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 175、177 页。

2.承载制度性保障功能的宪法权利条款

那么，问题来了，到底哪些宪法规范承载着制度性保障功能呢？或者说，什么样的相对基本权利适用于制度性保障模式呢？对此，施米特在其研究魏玛宪法的著作中有很明确的例举说明。

首先，魏玛宪法有关公务员法的规定属于真正的制度性保障实例。魏玛宪法第 129 条规定“公务员既得之权利，不得侵害。关于金钱上之权利，得向法院起诉。惟依法律规定及程式，始得将公务员暂行免职、停职或退职，或降任于薪俸较低之他职”，第 130 条规定“公务员为全国之公仆，非一党一派之佣役”。对于此等宪法规定，施米特认为它们提供了维持一支职业公务员队伍的保障机制。在施米特看来，有了此等宪法规定，那即便议会那种具有分赃和扈从性质的活动造成了国家解体的后果，公务员也不受任何影响。施米特指出，此等规定不但保障了公务员的财产请求权，而且还保障了公务员对官衔以及对符合法律和性质规定的活动的请求权，而“所有这一切并非服务于公务员的私人利益，而是有利于建立一支职业公务员队伍。在这种情况下，一项从原则上取缔了职业公务员阶层的法律就与一项废除了地方自治权、家庭或继承权的法律一样是违宪的。”[1]也就是说，在施米特看来，魏玛宪法此条之规定意在保障公务员阶层作为一项制度而存在。

其次，魏玛宪法第 105 条规定“不得设置特别法庭。无论何人，不得剥夺其受法定法官裁判之权利”；第 119 条规定“婚姻为家庭生活及民族生存增长之基础，受宪法之特别保护，并以男女两性平权为本”；第 127 条规定“乡镇及乡镇联合体，在法律规定内，有行政自主权”；第 142 条规定“艺术、科学及其学理为自由，国家应予以保护及培植”；第 154 条规定“继承权应依照民法之规定受保障。国家对于继承财产所应征收之部分，以法律定之”。施米特认为，这些宪法规定所承载的并不是真正的基本权利，而只是一种制度性保障。他说：“在国家内部，不可能存在自然**团体**或有组织的**团体**的基本权利；这种所谓的基本权利其实是一种制度保障。家庭本身没有真正意义上的基本权利，同样，家庭成员本身也没有真正意义上的基本权利。家庭只能作为一种制度而受到宪法律的保护。乡镇和乡镇联合体也同样如此。这种建制可以被赋予主体权利的性质，主体权利可以受到宪法律的保障……不过，就连这类主体权利也只是宪法律权利，而不是与国民法治国的基本分配原则相符的真正的基本权利。所有这些制度安排都存在于国家**之内**，而非存在于国家之前或国家之上。”[2]施米特一方面提示注意此等宪法权利的相对性，另一方面又强调它们也是受到宪法保障的，其存在不容侵犯。

3.制度性保障的核心要义及其历史根源

旨在建立国民法治国的魏玛宪法，为何要载入上述规范条款，它们所承载的核心要义如何，其历史根源在哪里？对此问题施米特有他独到的分析，他说：“这些宪法律保障有其具体的历史根源：人们因为特定的经验而担心会发生某些特定的危险。这些保障仅仅间接地服务于基本权利的原则，其本身并非‘基本权利’。它们提供了一种特殊的保护机制来防止立法权的滥用，提供了一种特殊的保障手段来确保权力的区分，维护法治国的法律概念。它们禁止立法者采取主权行为，也就是说，立法者不得打破现行法秩序。”[3]不难看出，作为一种解析宪法规范条款的理论工具，制度性保障学说的核心要义在于维护现行的法秩序，防范立法者废除或取消宪法规范所承载的基本权利的核心内涵。

[1] 【德】卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 183-184 页。
[2] 【德】卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 184 页。
[3] 【德】卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 191 页。

同时，施米特的这段话还揭示制度性保障理论的提出，是基于历史的经验教训。回首人类的法治历史和政治经验，有关立法者破坏现行法秩序、侵犯基本权利的现象，可谓不胜枚举、俯拾皆是。德国本身的法治之路经历过多次的路转峰回和推倒重来，立法者对现行法秩序的破坏，堪称此等曲折历程的重要原因。作为一名对政治高度敏感的法律思想家，施米特对此当然了若指掌并欲防之而心安。施米特绍承同时代学者沃尔夫提出的制度性保障理路，并将之体系化而成为该理论之集大成者，其维护现行法秩序及捍卫基本权利核心内涵的拳拳之心可谓殷殷可鉴。或许，正因为历史上有太多的立法者破坏现行法秩序及废止基本权利的沉痛教训，所以才有施米特体系化制度性保障理论并不遗余力传播之。

（二）当代借鉴

台湾学者李建良在对制度性保障理论探源后指出："尤须提醒注意者，过度强调基本权利的制度性保障，反而会造成基本权利保护不周的结果。盖若按照制度性保障的基本意涵，必须侵及制度核心内涵，始构成违宪，惟比例原则的操作，却未必与制度核心相涉。而国家对于基本权利施以限制，若违反比例原则，即构成违宪，其对基本权利所提供的保障，较之制度性保障，犹有过之。是以，与其在制度性保障的概念上打转，不如强化比例原则的运作内涵，避免流于空洞的公式，如此在以基本权利对抗公权力时，方有所恃。"[1]诚哉斯言。施米特所阐述的制度性保障，在某种意义上是不回避乃至放纵基本权利限制的学说（它仅仅强调基本权利的核心内涵不受侵犯），在基本权利保障愈来愈细致缜密的二十一世纪，继续把原初意义上的制度性保障作为一种宪法解释工具，显然是未能与时俱进的落伍观念，违逆基本权利保障愈发全面精细之时代趋势。因此，尽管日本主流学说将政教分离、大学自治、私有财产、地方自治等宪法规定视为宪法上的制度性保障，但亦有人对制度性保障学说提出批评，认为它有可能被用作弱化人权保障之方法，同时这种理论存在着受保障免于法律侵害的制度之本质内容被狭隘理解，从而有转变为最小程度保障之危险性。[2]此等批评无疑不是杞人忧天。

然而，我们不应片面强调制度性保障理论的不足之处，更应该看到该理论的菁华部分，并充分利用之以更好地服务于基本权利保护及现行法秩序之维护。事实上，无论德国、日本还是我国台湾地区，制度性保障至今还是具有强大生命力的一种宪法解释理论。1994 年台湾吴庚大法官在一份协同意见书中首次运用了制度性保障理论，他指出："宪法所保障之各种基本权利……国家均负有使之实现之任务。为达成此项任务，国家自应就各个权利之性质，依照社会生活之现实及国家整体发展之状况，提供适当之制度的保障。"[3]此后，举凡涉及财产权、诉讼权、公务员服公职、大学自治等基本权利，大法官在释"宪"时屡有运用制度性保障学说予以展开论证。而大法官运用制度性保障时，绝非强调对此等基本权利的核心内涵予以保障，而是要求国家形塑并完善相关的法律制度，以给予它们与时代发展相适应的全面化和系统性保障。正因为如此，台湾有学者认为，此属于典型的对制度性保障作广义理解之故，此等广义地运用制度性保障，实有将之与基本权利的组织和程序保障等同视之之势。[4]

无论如何，制度性保障对立法者的拘束面是广泛的，至少可概括为三个方面：（1）立法者受作为法规总体之法制度之典型特征之拘束；（2）立法者被要求须发展多数人的自由事实上得以实现之法秩序；（3）制度性保障要求于社会现实中实现基本权。[5]从这个意义

[1] 李建良：《"制度性保障"理论探源》，载吴庚大法官荣退论文集编辑委员会：《公法学与政治理论》，元照出版有限公司 2004 年版，第 263-264 页。

[2] 参见【日】阿部照哉等编著：《宪法》（下册），周宗宪译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 83 页。

[3] 参见台湾"司法院"释字第 368 号解释（1994 年 12 月 9 日）。

[4] 参见陈爱娥：《基本权作为客观法规范》，载李建良、简资修主编：《宪法解释之理论与实务》（第二辑），"中央研究院"中山人文社会科学研究所 2000 年版，第 252-257 页。

[5] 参见陈春生：《"司法院"大法官解释中关于制度性保障概念意涵之探讨》，载李建良、简资修主编：

上说，台湾吴庚对制度性保障的界定颇值得我们大陆借鉴与参考，即"制度性保障是从个人基本权中产生的保障功能，举凡从宪法实施时起已存在的各种保障基本权的制度，以及衡量社会生活现实及国家发展状况，所应建立的保障制度都包含在内。"[1]对制度性保障作广义之理解及适用，其实是基本权利保障走向全面化、精细化的时代发展需要。正在致力于依宪治国的当下我国，理应参照制度性保障理论在台湾地区的实践经验，将之广泛运用于宪法规范解释及基本权利保障实践中，而在探究宪法自然资源国家所有条款的具体含义时，对之作制度性保障功能解释更是不二之选。事实上，已有学者认识到自然资源国家所有的制度性保障功能，如彭诚信和单平基在分析水资源国家所有时就指出："宪法上所有权的意义在于以宪法形式确认全民对水资源所享有的权利，为全民所有的水资源提供制度保障。"[2]不过，作者并未就制度性保障展开系统的分析，仅是一笔带过，而本文则是更为详尽的专论。

三、自然资源国家所有的制度性保障功能

"矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有"，对于宪法第 9 条第 1 款如是之自然资源国家所有规范，首先应从法条理论上检视其形式规范特性，然后再解析其制度性保障功能。

（一）自然资源国家所有条款的规范特性

"法由语句组成并只能存在于语句之中，所以恰当地理解法律规范对法律秩序的'功能'以及规范目的之实现而言具有重要意义，因此正确理解法律规范是法律工作者的首要任务。"[3]要合理正当地建构自然资源国家所有的法律制度秩序，就不能不深思与揣摩此等规范条款。毫无疑问，本条款仅仅规定了作为整体的自然资源——而非可辨析的个体的自然资源物——的归属主体，它并不含有调整人之行为的命令或禁止，因而属于不完整规范。作为一种命令性内容相当模糊的定义规范，[4]自然资源国家所有仅仅对自然资源的所属主体作出了具有高度抽象性的安排，不论国家还是全民都是强政治性、弱规范性的抽象概念，而一般不宜将之作为法律秩序意义上的权利主体，国家或全民以宪法上的自然资源国家所有条款为依据，主张它们对某一具体的自然资源物享有所有权（作为国家之机构公法法人当然可以成为自然资源物的所有权主体，但公法法人不等于国家或全民），这不但在理论上难以成立，而且在事实上亦不存在，更遑论据此而向法院提出相关请求权了。

其实，自然资源国家所有条款只不过是描述了一项涉及自然资源的权利或义务构成要件之要素而已，它本身不足以构成一个行为规范和裁判规范均俱备的完全法条。作为一种说明性的不完全法条，它并不包含司法裁判规则，不能独立产生法效果，它"只有与其他法条相结合，才能开展共创设法效果的力量"。[5]因此，要正确地诠释自然资源国家所有条款的含义，就必须检视其他相关宪法条款之规范旨趣，并在宪法所追求的根本目标和价值秩序的指引下，将它们结合起来做体系解释，才能创设该条款的法效果。也就是说，自然资源国家所有仅仅是个说明性法条，其法律秩序意义上的规范价值有待考察其他相关宪法规范条款之后，才能得到准确的诠释和确定。有鉴于此，本文颇为认同这样一种认知：

《宪法解释之理论与实务》（第二辑），"中央研究院"中山人文社会科学研究所 2000 年版，第 297 页。

[1] 吴庚：《宪法的解释与适用》，三民书局 2004 年版，第 123 页。

[2] 彭诚信、单平基：《水资源国家所有权理论之证成》，《清华法学》2010 年第 6 期，第 106 页。

[3] 【德】魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 48 页。

[4] 有关不完整规范、定义规范的理论，参见【德】魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 55-63 页。

[5] 【德】卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 138 页。

“中国宪法第9条的目的是宣示和确认自然资源领域的社会主义公有制原则。这一原则主要是一个政治性的价值判断，并不具有严格的规范性意义……就规范分析而言，宪法的这一条并不具有太多的意义。重要的是看具体的法律部门通过何种法律制度和概念体系来落实这一政治性的立法政策判断。”[1]

诚然，所有的宪法规范都具有相当程度的概括性和抽象性，其法效果的实施与发挥，离不开通过部门法律所建构的可操作性的制度装置。而跟其他宪法条款相比，自然资源国家所有条款这种对部门法律制度的依赖性则更为明显。原因在于宪法第9条第1款过于简略，属于典型的不完全法条（即不完整规范），不但它本身不足以形成某种可直接展示法效果的制度化功能，就是它所承载的价值与目的，亦需要结合宪法上其他相关规范条款才能得到正确周延之判定。如上所述，既有的对自然资源国家所有条款所作的种种解释，皆因对此条款自身的规范特性认识不深，而存在或明或暗的缺陷与不足。本文认为，应该结合宪法第9条第2款、第13条和第26条等条款，来评鉴自然资源国家所有条款所承载的价值目标，并对之作制度性保障功能解释。

（二）自然资源国家所有的制度性保障功能

1.自然资源国家所有的价值目标

包括宪法规范在内的所有法律规范，都是制宪者和立法者经过反复的利益评价和价值判断之结果。在着手解释法律规范时，首先应该探寻法律规范字面文义背后的价值目标。遗憾的是，资格说、所有制说、国家所有权说、公权说、规制说等自然资源国家所有规范解释学说，均未曾认真对待该宪法条款的价值目标问题。而自然资源国家所有法条的不完全性，决定了必须考察宪法相关条款，将自然资源国家所有条款作为价值目标之构成要素而非其本身，才能真正发现该条款的价值目标所在。

对于自然资源国家所有条款，有学者认为，“这是一种集合意义上的所有权，也是一种无法具体化的所有权，其更多的是一种经济主权的表达”。[2]本文认同经济主权的表达这个价值目标判断。然而，此等判断尚过于抽象，不够具体。经济主权其实与国家所有一样是个高度政治化的概念，需要进一步具体化、规则化。自然资源国家所有的价值目标，应该是国家作为主权代理人负有保障自然资源得到公平分配和有效利用，防范对自然资源的破坏性采掘或使用，并负责治理由于不当利用所造成的生态失衡和环境污染。宪法第9条第2款规定“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”；[3]第13条第2款规定“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”；第26条第1款规定“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害”。国家之所以对自然资源负有此等“保障”、“保护”、“禁止”、“改善”和“防治”之责任，关键在于自然资源属于国家所有。同时，保护公民的私有财产权和继承权，当然包括公民在自然资源物上的财产权及相关继承权。可以说，宪法第9条第2款、第13条第2款和第26条第1款是第9条第1款的法效果条款。唯有正视这两个规范条款，才能真正洞悉第9条第1款的价值目标所系。既然国家为自然资源的所有者，那“自然资源在国民中的公平分配→自然资源之合理利用→保护公民的自然资源利用权→

[1] 薛军：《自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》，《法学研究》2013年第4期，第72页。

[2] 林彦：《自然资源国家所有权的行使主体——以立法为中心的考察》，《交大法学》2015年第2期，第26页。

[3] 曾有学者指出宪法第9条“第2款的真谛在于确立具有责任性的‘规制国家’而非‘全权国家’，政府处分自然资源的行为也应符合宪法的规制。据此，宪法第9条并非简单宣示国家的自然资源所有权，以保障国民经济的发展，而是设立了一种国家责任”（参见陈海嵩：《国家环境保护义务的溯源与展开》，《法学研究》2014年第3期，第77页），此等国家责任论解读与制度性保障说的分析结论可谓异曲同工。

防止滥采滥伐→维护自然生态平衡”这一串的任务，都得由国家这个经济主权者一肩扛起。作为全体国民终极代理人的国家只能通过制度性保障模式，来承担此等繁重之职责。

2.自然资源国家所有的制度性保障内涵

上述分析表明，自然资源国家所有并非意在使国家或全民成为私权意义上的自然资源所有者。[1]如果国家所有权说能够成立，那宪法第9条第2款就是纯属多余的累赘条款。既然国家是所有者，那国家对自然资源是否做到“合理使用”，就是个不再需要宪法或法律专门予以“保障”之国家私领域问题。毕竟，所有权是一种绝对的支配权，在具体如何占有、使用、收益及处分问题上立法者无权亦无须横加干涉，此其一。其二，第9条第1款将所有权赋予国家，接下来第2款却又规定国家保障合理利用，这导致在同一个宪法条款中国家对同一客体竟然扮演着两种完全不同的角色。在第1款中国家为自然资源所有权主体，在第2款中国家却成了自然资源保障与保护之义务主体。面对同一个客体即自然资源，同一个国家怎么可能同时扮演两种截然对立的角色呢？且不无荒唐的是，这个义务纯粹是国家对国家的义务——作为所有权主体的国家向主权者国家承诺它会善待所有权客体。要么第1款中的国家与第2款中的国家不是同一个国家，要么第9条本身荒谬悖论，两者必居其一。答案显然是自然资源国家所有并不意味着国家作为一个整体享有所有权。其三，既然自然资源所有权已经明文赋予了国家，那任何组织或个人不得侵占或破坏自然资源就是当然的法律后果之一，此乃最基本的法律常识。如此说来，那第9条第2款第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”，岂不沦为冗余之宪法规定？原本避繁就简、字字千金的宪法岂能容纳如此之废话型法条？[2]由此三点疑问可知，对自然资源国家所有条款不应作国家所有权解释，该条款只是一种制度性保障条款，其具体内涵可分解如下。

第一，制度性保障所指向的重点对象为立法者。自然资源国家所有的制度性保障功能，首先要求立法者必须就自然资源的公平分配、合理利用及与之相关的资源保护、环境污染等议题，及时地建构切实有效的法律制度。在这些领域如果出现立法空白，那就是立法者的不作为，其后果是自然资源国家所有之宪法规定难以发挥其制度性保障功能。对此，需要通过民主、公共舆论乃至宪法审查等救济手段促使立法者从速弥补和纠正之。关于自然资源立法，全国人大常委会先后制订了《森林法》（1988年修订）、《环境保护法》（2014年修订）、《矿产资源法》（1996年修订）、《水法》（2002年修订）、《草原法》（分别于2002、2013年修订）、《渔业法》（分别于2000、2004、2009和2013年修订）、《气象法》、《海洋环境保护法》（分别于1999、2013年修订）、《野生动物保护法》（2004修订）和《海域管理使用法》等大量涉及自然资源分配、使用及保护之法律，已然形成了比较全面的自然资源法律制度体系。而尚未进行立法的如有关土壤保护及修复的立法，亦处于紧锣密鼓的草拟之中。可以说，有关自然资源的法律制度已经基本建构完成。而近年来，为适应社会经济发展变化其中的多部法律经过了一次甚至多次修订，这足以证明有关自然资源的制度体系还得到了与时俱进的修正完善。

第二，制度性保障的原初含义侧重于保障基本权利的核心内容，但在人权保障愈来愈精致化的二十一世纪，制度性保障不能再止步于对基本权利之核心保障，而应该立足于对基本权利的更为全面的保障。就自然资源国家所有而言，制度性保障不但要求立法者就自然资源问题建构完善的法律制度，而且其法律制度体系及内容必须符合人权保障的现代要求，以使国民能够公平地分享对自然资源的财产权、用益物权等权利。易言之，通过立法

[1] 有学者提出过类似的观点，认为“所谓‘宪法所有权’的真实含义，就是私法上的私人财产权也受到宪法保护而已，并未产生一个独立的所有权”，参见王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期，第52页。

[2] “废话型法条”一语引自葛云松教授的论文，参见葛云松：《物权法的扯淡与认真——评<物权法草案>第四、五章》，《中外法学》2006年第1期，第58页。

建设制度仅仅是制度性保障的形式内容，切实使自然资源能为国民公平地享有与使用，则是更为重要的制度性保障的实质内容。

然而，不能不承认在自然资源的合理分配及有效保护方面，矿产资源法、水法、渔业法等单行法律的规定尚存在诸多缺陷，需要从速进一步修订完善，以保障国民分享自然资源的基本权利免于侵犯或剥夺。对于这一点，全国人大常委会法工委不但供认不讳，而且指出此等单行法保障不力的根源，在于立法主要立足于方便行政管理而非权利保障。在《中华人民共和国物权法释义》中，他们坦率地承认："由于这些法律（指矿产资源法、水法、渔业法等）多是从行政管理的角度对权利进行规范的，这些权利的物权属性并不明确，财产权利的内容并不完善，更缺少对这些权利相应的民事救济措施。因此实践中也出现了一些侵犯权利人合法权益的行为，比如内水的传统捕捞区被改变用途后，从事捕捞的渔民无法得到相应的补偿和安置。"[1]此等立法缺陷在温州楠溪江渔业资源整体承包案中暴露无遗。所承包水域涉及到95个村庄，十几万居民，其中经常性捕鱼的约90-120人，承包合同完全未照顾到沿江渔民的权益，导致1999和2000年沿江渔民与承包商之间发生两次大规模冲突，有人因之而身受重伤，有人因此而受到刑事制裁。[2]全国人大常委会专门立法机构对自然资源立法的此等公开检讨以及楠溪江的承包纠纷，足以说明有关自然资源的立法在自然资源产权划分、财产权内容的明确、权利救济措施的设置等方面，尚需大力改进和尽早完善。

主要从便于管理而非权利保障的立场去进行自然资源立法，当然不利于界定并保护国民对自然资源的财产权、用益物权等权利，有时甚至会使得国家通过各地政府去侵犯国民对自然资源物原本取得的所有权。各部自然资源单行法普遍建立了自然资源有偿使用制度，为此设置了探矿权、采矿权、取水权、海域使用权、使用水域和滩涂从事养殖、捕捞权等针对自然资源的使用权。正所谓"从制度层面考察，我国业已形成了以自然资源使用权为核心，以取水权、草原使用权、矿业权、森林资源使用权和野生动物使用权为具体类型的'总-分'式自然资源使用权制度体系"。[3]然而，近年来各地方政府纷纷采用拍卖的方式来分配这些自然资源使用权或所有权（如上述楠溪江渔业资源承包案），这种做法显然违背了自然资源国家所有的制度性保障功能。因为各地方政府通过拍卖分配使用权其背后的一个基本假设是，那些被拍卖的自然资源所有权或使用权原本属于地方政府，然而，它们事实上不是。唯有各地方人大根据相关的上位法通过地方性立法来分配自然资源的所有权或使用权，才符合自然资源国家所有的制度性保障，且唯有如此，也才与人民代表大会制度为我国基本政治制度的宪法政制架构相符合。

最近有人提出"从（宪法）文本的结构来看，对'国家所有'的理解应放到《宪法》第12条'社会主义公共财产'的框架下理解，而非《宪法》第13条'私有财产权'"。[4]此等主张依然未认识到在终极意义上自然资源所有权，其实就是可辨析的个体的自然资源物的所有权，而其享有者最主要的是国民个人，尽管法人和公法法人也是自然资源物的所有权主体，但它们与国民个人相比可谓次要主体。易言之，国民才是自然资源最重要的所有权和使用权主体，对自然资源国家所有的理解绝对不能脱离宪法第13条有关私有财产保护之价值目标。如果继续固守自然资源的公共财产色彩，结果只能是现行的偏重于国家管理权力的自然资源立法不断得到强化，而国民对自然资源物的所有权或利用权空间必然随之被窄化，并处于保障力度相当有限的不稳定状态。

[1] 胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第276页。
[2] 参见朱康对：《共有资源开发的产权缔约分析——温州市楠溪江渔业资源承包的个案研究》，载张曙光主编：《中国制度变迁的案例研究》（第四集，2005年），第159-162页。
[3] 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，第112页。
[4] 李忠夏：《宪法上的"国家所有权"：一场美丽的误会》，《清华法学》2015年第5期，第82页。

第三，制度性保障功能的核心是权利保障，有权利就有救济、无救济即无权利，于是，制度性保障支持国民享有充分的诉讼权。就自然资源国家所有而言，既然现行的法律制度所建构的是有偿使用模式，那必然要求保障国民对此模式及其运行过程中产生的各种纠纷争议提起诉讼，以寻求救济的基本权利。2014年全国人大常委会新修订了行政诉讼法，扩大了行政诉讼受案范围，改革了管辖制度，充实完善了证据制度和举证责任分配制度，尤其是增添了行政机关负责人出庭应诉、经行政复议的案件行政复议机关一律成为被告以及对责任人员加大惩处力度等一系列制度安排，[1]理论上对于因自然资源分配、使用、保护等原因引起权利争议救济大有裨益，但实际的效果如何尚有待观察。毕竟，整体上我国法院的司法公信力不高，各级法官的法学素养和职业伦理与法治成熟国家的法官相比，尚存在一定的差异。

更为关键的是，法官终究只能是依法裁判纷争，在法律本身不完善尤其是对相关当事人的权益界定不明确时，再优秀的法官也难有作为，自然资源的制度性保障功能势必得不到有效发挥。上述温州楠溪江渔业资源承包纠纷产生的根源，在于渔业资源的产权不清晰，而这是国家立法问题而非司法救济问题。类似由立法问题引起的纠纷争议所在多有。如今沿海地区普遍存在海域使用权人擅自填海，并以此获得"海变地"的土地使用权，结果导致沿海岛屿加速消失、沿海渔业资源衰退、海岸景观破坏等诸多方面的恶性后果。[2]然而，海域使用管理法等自然资源单行法对此后果并无具体的责任承担及追究程序之规定。作为制度性保障基本内容的诉讼权因相关法律制度付之阙如而行使无门。由是观之，自然资源国家所有的制度性保障功能如何才能真正发挥及实现，委实任重道远。

四、对乌木案、狗头金案和气候立法案的回应

或许以上对制度性保障说的分析依然具有较强的理论性和抽象性，不那么直观易懂。为了进一步阐发自然资源国家所有的制度性保障功能，亦为了借助活生生的事案例来直观地认知并检验制度性保障解释方案，下面就从制度性保障说出发，对备受争议的乌木案、狗头金案和气候立法案逐一进行分析回应。

（一）制度性保障说如何看待乌木案

关于乌木案，争议焦点在于发现者吴高亮能否对之取得所有权。换言之，作为被告的彭州市通济镇政府能否作为乌木的当然所有者。如果否定了通济镇政府对乌木的当然所有权，那吴高亮依据首先发现并占有乌木之事实而享有所有权，就基本不存在争议。

"在海滩上发见的珍宝和其他东西，根据自然法立即属于发现者所有。"[3]罗马法所阐述的此等因发现而取得所有权的物权归属原则，完全适用于乌木案。吴高亮因首先发现乌木而取得其所有权，自然法对此完全认可并保护之。在实证法上，关于发现和先占取得所有权，从各类自然资源单行法到物权法均未作明文规定，但身为立法者的全国人大常委会、法律学者及裁判法官，均支持自由先占取得。如立法者曾明确表示："法律上虽未明文规定先占制度，但事实上先占始终作为社会生活的习惯规则而广泛存续，进入国家或集体所有的森林、荒原、滩涂、水面打猎、捕鱼、砍柴伐薪、采集野生植物、果实、药材并取得猎获物、采集物的所有权，国家并不禁止，也存在捡拾抛弃物而取得所有权的情况，因此，法律虽然没有明文规定先占制度，现实中通过先占取得所有权却是客观存在着的。"[4]而梁

[1] 参见杨建顺：《行政诉讼制度实效性的期待与课题》，《法学杂志》2015年第3期，第12-22页。
[2] 参见杨华：《海域使用权变更为土地使用权：实践及规制》，《法商研究》2011年第3期，第81页。
[3] [罗马]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第51页。
[4] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，法律出版社2007年版，第459页。

慧星等学者亦认为，无主物的先占制度在我国有着悠久的历史。尽管2007年物权法未规定先占制度，但在实际生活中先占制度却是得到承认和保护的。先占制度作为习惯规则广泛存在于社会生活中，“将来制订民法典等民事立法时，宜将先占作为一项特殊的动产所有权取得制度规定下来”。[1]在司法实务中，江西赣州中院法官曾在判决书中判定说：“尽管廖彩芬在该案诉讼结束后，前往新余居住生活，案涉三间房由上诉人在占有使用二十余年，但该老屋并不是无主财产，长期的占有使用并不适用先占取得，并不能否定廖彩芬对该三间房屋的所有权。”[2]从“该老屋并不是无主财产，长期的占有使用并不适用先占取得”的判决意见反推可知，对于无主财产法官是承认先占取得的。除这种间接承认先占取得外，广东清远法官更是明确接受先占取得，如在一份判决意见中指出：“合法取得所有权的方式，包括原始取得和继受取得，原始取得的方式包括……无主物取得……先占取得……。”[3]由此可知，从古罗马法到立法者到学者再到法官，均不否认自由先占取得制度。是故，吴高亮对其发现并占有的乌木取得所有权，在法理上不存疑问。于是，问题就决定于当地镇政府对这批乌木到底有没有当然的所有权。

主张通济镇政府对乌木具有当然所有权的最重要的根据，就是宪法第9条第1款规定的自然资源国家所有。如上所述，对此条款最好的解释是制度性保障说。依照此学说，如果已有的有关自然资源的法律制度明文规定，乌木发现地的当地政府（作为公法法人）取得乌木所有权，那发现者吴高亮自然不得将这批乌木视为无主物，并主张对其享有所有权；如果相关的法律制度并未作出这样的规定，那吴高亮完全可以依据其发现并占有之事实而取得所有权。制度性保障说的核心是权利保障，且个人财产权的保障为其重要内容。自然资源国家所有的制度性保障说，不认为抽象的国家或全民对自然资源享有所有权，它坚持自然资源的所有权只能通过法律制度分配给具体的国民个人或法人（法人中包括国家组织机构这种公法法人）。建立相关的法律制度以分配各种自然资源的所有权，并保障所有权主体对自然资源物的绝对支配权，此乃制度性保障说的基本要点。

乌木属于自然资源没有问题，但没有哪一部现行的自然资源单行法将之纳入文本，并对其所有权等权属进行了界定。乌木乃是经过数千年甚至数万年自然碳化过程而形成的，它完全是可遇而不可求的自然埋藏物，其特定的存在方式决定了矿产资源法等各类自然资源单行法，无法将之纳入规范范畴，并事先确定其所有权归属。既然如此，那乌木这种自然物在法律上就只能定性为无主物，[4]而无主物的所有权最符合自然公正的安排，当然是谁最先发现或占有谁就取得其所有权。也就是说，对于乌木这种跟煤炭等自然资源物不可同日而语的自然埋藏物，既有的自然资源法律制度没有作出任何规定，其所有权之归属应尊重民法法、习惯法等法律制度的认定规则。既然现行的自然资源法律制度未将乌木作为规范对象，且根据习惯法乌木归发现者所有并未对自然资源的合理利用造成任何不利影响，那制度性保障学当然支持习惯法上的传统规则。据此，制度性保障说对乌木案的结论是，自然资源国家所有的宪法规定不但不排除乌木的所有权属于发现或占有者，而且主张发现或占有者的所有权应受到国家之保障。

（二）制度性保障说在狗头金案中的立场

其实，狗头金案跟乌木案高度类似，上述分析基本适用于狗头金案。像乌木一样，狗头金也同样是经过几千乃至几万年的地质作用而形成的自然物。在自然界狗头金数量极为稀少，对它的发现带有相当的偶然性，一般人不会踏破铁鞋去寻找狗头金。尽管就其化学

[1] 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2010年第5版，第222-223页。

[2] 赣州市中级人民法院“凌有叔等与廖彩芬等返还原物纠纷上诉案”，（2013）赣中民一终字第7号。

[3] 清远市清城区人民法院“陈学清诉雅辉（清远）纸品有限公司返还原物纠纷案”，（2013）清城法源民初字第330号。

[4] 有关乌木系无主物的详细论证，可参见金可可：《论乌木之所有权归属》，《东方法学》2015年第3期，第82页以下。

成分来看狗头金无疑属于矿产资源，但作为独立个体暴露于野外的狗头金不属于矿藏当毋庸置疑。在国务院发布的《矿产资源法实施细则》及其《矿产资源分类细目》中并无“狗头金”一词，因而，它不属于矿产资源法的调整范畴。可以说，现行有关自然资源的法律制度并未将狗头金所有权的界定及其分配纳入其视野，因为它的存在是无法通过科学手段准确计算与测量的，一旦被发现那也是纯属可遇而不可求的偶然，法律制度根本无法将之作为规制对象。于是，裸露于野外的狗头金和埋藏于地下的乌木一样，在法律上只能算是无主物，其所有权属于发现人或占有者。主张新疆牧民发现的狗头金属于国家所有，并将其根据推到宪法自然资源国家所有条款头上，此乃对自然资源国家所有的极大误解。

如上所述，宪法上的国家所有并不意味着国家对自然资源享有所有权，且国家本身根本不宜被视为宪法和物权法上的所有权主体。自然资源国家所有的制度性保障说认为，国家必须对自然资源的分配和保护建立完备的法律制度体系，并保障个人或法人对自然资源物的财产权等基本权利。在现行的自然资源法律制度未对狗头金作出任何规定的情况下，制度性保障说尊重习惯法，接受并保障狗头金的发现者取得其所有权。概言之，自然资源国家所有的制度性保障说的立场是，在野外发现狗头金的新疆牧民对此狗头金取得所有权，所谓狗头金属于矿产资源应归归属国家的说法，实乃既将一块独立成形的狗头金与一座须开采并提炼的金矿混为一谈，又不懂自然资源国家所有之价值目标为何物的谬论。

（三）制度性保障说眼里的气候立法案

有关2012年黑龙江省人大常委会制订的气候条例，民间议论焦点集中在气候资源国家所有、气象资源探测行政许可等规定上。[1]气候条例第1条声称，本条例是根据气象法等法律法规而制订的。然而，全国人大常委会1999年发布的气象法，并未规定气候资源国家所有，对于气象探测它不但未设立行政许可之限制制度，而且其第7条还明文规定“国家鼓励和支持气象科学技术研究、气象科学知识普及”，“对在气象工作中做出突出贡献的单位和个人，给予奖励”。一对比就可知，黑龙江气候条例第7条明显属于违反国家气象法的非法规定。根据立法法第88、96条之规定，[2]气候条例有关气候资源国家所有的规定理应被撤销。简言之，黑龙江的气候条例其实是一部合法性明显欠缺的地方性法规。

本文的重心当然不是检讨气候条例违反上位法的问题，而是探究气候资源能否为国家所有，以及国家所有对气象台之外的自然人或法人意味着什么。首先，气候资源属于宪法第9条第1款中所说的自然资源应当没有疑问。据此，在宪法上气候资源像矿藏一样属于国家国有亦无问题。其次，根据制度性保障说，气候资源国家所有的重点不在于气候资源的所有权归属，而是要求国家立法机关为气候资源的合理利用及防止气候灾害，[3]建立合理的气候资源法律制度，并保障国民对气候资源的利用权。气候资源本身的强流动性特征决定了任何个人或组织都无法亦无须对之取得所有权，对之享有利用权就足矣。职是之故，气候资源立法的核心应是利用权的规范而非所有权的确定。通过立法规制利用权的目的，在于防范大气污染、气候灾害等大气环境问题。从现行气象法的文本上看，它对此等目的的认识是清晰的。复次，气候资源像其他所有自然资源一样，属于大自然对人类的馈赠，它应该为生活在国家之下的国民所充分利用，以提升国民的生活福祉，对于气候这种非消耗性资源，像气候条例规定探测许可制显然会妨碍国民对气候资源的利用与分享，制度性保障说对此不予认可。因为该学说坚持国民对自然资源的分享利用权，是应受法律制度保障的基本权利。像气象法那样明文鼓励民间自由探测气候资源，此诚与制度性保障说的理

[1] 《黑龙江省气候资源探测与保护条例》第7条：“气候资源为国家所有。从事气候资源探测活动，应当经省气象主管机构批准。经批准的气象资源探测活动，应该通知所在地气象主管机构。”

[2] 《立法法》第88条规定“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章”，第96条规定“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有下列情形之一的，由有关机关依照本法第九十七条规定的权限予以改变或者撤销：……（二）下位法违反上位法规定的……”。

[3] 现行气象法对此有规定，参见《气象法》第五、六章。

念心有灵犀。概言之，在制度性保障说看来，黑龙江省气候条例是一部对自然资源国家所有价值目标之认知存在一定偏差的地方性法规，需要适时修订。

其实，罔顾自然资源种类繁多、特性各异之事实而人为地判定其所有权归属行为本身，就明显有违人类生活之基本常识。对于可遇不可求的乌木、狗头金，既然国家（通过法律被规定）拥有所有权，那在四川农民、新疆牧民发现它们之前，国家为什么要自动放弃其所有权，而将它们遗弃于河道地下和荒山野岭呢？国家主动遗弃在先，那国民发现并占有于后，有什么不可以的呢？至于体积不容估量、行踪飘忽不定的气候资源，国家又如何能排他性地持有它们？既然做不到实质性的占有，那规定国家对之拥有所有权，不是自欺欺人么？“所有权就是一项根据意志支配物的法律能力，并排除其他人对此物的使用，所有权的行使即通过持有来实现，对应于作为法律条件的所有权，持有即构成事实条件。”[1]尽管如今科技高度发达，但人类对自然世界的认识还是很有限的，自然界有太多的东西，国家难以根据意志实施支配，要实现“持有”这个所有权的构成性事实条件常常心有余而力不足。[2]唯有从既有事实和逻辑常识出发，告别对自然资源国家所有的传统惯性认知，对宪法自然资源国家所有条款作制度性保障解释，才能使该条款发挥其应有的权利保障功能。

结 语

自然资源是人类财富之母，分享自然资源乃是人类生存之基础，正所谓“靠山吃山，靠水吃水”。难以想象以保障人的自由发展为旨趣的宪法，会否定甚至剥夺人对自然资源物的占有、使用、收益和处分等权能。因此，宪法上的国家所有条款只能合理地解释为，国家身为主权者要保障每个国民对自然资源公平地享有，而不是国家以公共利益之名排他性地自己垄断性占有。孙宪忠等学者亦在其著作中表达了通过法权机制让国民分享自然资源的结论：“在我国现行法律体系内，自然资源的所有权主体只有国家和集体，个人无法成为自然资源的所有权主体。我们认为，将自然人也就是一般民众排除出自然资源所有权主体的范围，于法理不足，于自然资源自古以来承载民众利益、可以由民众享有直接利益的情形不符。因此，我们应该改变这一规则，建立许可民众享有自然资源利益的法权机制。”[3]而王涌教授更是指出：“在中国的自然资源立法中，最为重要的是自然资源公平分配的民主程序，而非空洞的所有权问题。没有分配程序的法治保障，所谓国家所有权只是为政府部门在自然资源分配中的独断和腐败披上一件正当性外衣。”[4]可以说，对宪法上的自然资源国家所有条款作制度性保障说正日渐成为学界的共识。尽管多数学者并未使用制度性保障理论，但他们均认同该解释理论的核心主张，即国家应该建立健全的分配自然资源的法律制度体系，以保障国民能正当合法地享有自然资源。

“一项法规，如果只想为公共利益服务，却拒绝为个人利益作任何辩护，那它也就根本不可能要求获得法之名分。”[5]在解释宪法自然资源国家所有条款时，德国著名法学家拉德布鲁赫的此等名言值得我们深思玩味。为了正视及捍卫自然资源国家所有条款的“法之名分”，本文对该条款提出了上述新的制度性保障说。

---

[1] 【德】萨维尼：《论占有》，朱虎、刘智慧译，法律出版社 2007 年版，第 4-5 页。

[2] 民法学家梁慧星正是从国家对野生动物难以实现意志支配出发，主张物权法不宜规定“野生动物资源属于国家所有”（参见梁慧星：《不宜规定“野生动物资源属于国家所有”》，《山东大学法律评论》第 4 辑，山东大学出版社 2007 年版，第 1-3 页）。因为物权法上的此等规定完全是照搬野生动物保护法（该法第 3 条规定“野生动物资源属于国家所有”），所以有学者称物权法上的此等条款为“照抄型法条”（参见葛云松：《物权法的扯淡与认真——评<物权法草案>第四、五章》，《中外法学》2006 年第 1 期，第 55 页）。

[3] 孙宪忠等著：《国家所有权的行使与保护研究》，中国社会科学出版社 2015 年版，第 413 页。

[4] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 61 页。

[5] 【德】古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社 2001 年版，第 6 页。

自然资源国家所有权的法律义务

焦艳鹏*

摘要：我国宪法第9条具有双重功能，即既创设了自然资源国家所有权，也明确了国家在自然资源领域的法律义务。宪法第9条“国家所有即全民所有”的表述既是对自然资源国家所有的解释也是对其权能的限制，同时构成国家既对自然资源享有权力又负有义务的连接点。自然资源全民所有的法律意蕴是指自然资源所具有的财产价值、生态价值、社会价值等应公平地惠及全民。自然资源价值惠及全民需进行法律技术的转化，其主要路径包括：财产价值的物权转化、生态价值的法律保障、社会价值的公共供给。国家对自然资源的义务也相应地设置为资源开发利用过程中的公平保障义务、自然资源生态功能的国家保护义务、自然资源社会价值的政府供给义务。

关键词：自然资源 国家所有 法律义务 国家义务 生态价值 公平保障 宪法第9条

一、引言

近年来，围绕土地、矿产等自然资源国家所有权的法律性质问题，《法学研究》编辑部组织学者们进行了较为集中的探讨。集中探讨以来，较为类型化的学说正在形成[1]，对一些关键问题的讨论正在走向深入[2]，参与探讨的学者的知识层面也愈加多元。时至今日，如何理解“国家所有”，已经不单单是对宪法中相关词语的理解问题，而成为对当前我国法实践、法文本、法研究等多层面及其相互关系进行考察的一个视角。

笔者高度认同《法学研究》编辑部在相关征稿启事中表明的立场，即：在“国家所有”的理解问题上，虽然不同学科、视角在理解上可以有不同侧重，但不存在法学上的“国家所有”与经济学、社会学上“国家所有”的质的区分，更不存在宪法上的“国家所有”与民法上的“国家所有”的质的区分。秉持上述理念，笔者认为，对作为“国家所有”文本载体的宪法第9条进行不带学科偏好、不设学科门槛的一般性探讨，可能是获得更大公允性结论的可选择路径。

无论对宪法第9条规定的自然资源国家所有权的法律性质作何界说，“自然资源国家所有”在我国已成为法律事实。笔者认为，对自然资源“国家所有”进行深入理解的目的主要包括：一、增强对现实中存在着的与自然资源有关的法律行为的正当性的理解与判断；二、增强宪法对自然资源领域相关法律的运行机理、解释或修改工作的指导；三、增强宪法的解释力，提升宪法在经济与社会发生深刻变动的时代的适应性等。

正确理解现实中存在着的与自然资源有关的法律关系，实现宪法与现实中运行着的与自然资源法律的关联解释是正确理解“国家所有”的应然维度。无论自然资源国家所有权之性质如何，与其在法律关系中具有对应意义的“法律义务”可能是需要进行研究的，而这需要从对宪法第9条的体系性解读谈起。

[1] 主要表征是形成了自然资源国家所有的公权力说、所有制说、双阶构造说、三层结构说等学说。参见巩固：《自然资源国家所有权公权力说》，《法学研究》2013年第4期；巩固：《自然资源国家所有权公权力说再论》，《法学研究》2015年第2期；徐祥民：《自然资源国家所有权之所有制说》，《法学研究》2013年第4期；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；《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期。

[2] 比如程雪阳以土地为切入，对宪法上国家所有的来源进行了系统分析。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。

二、分析的切入：对宪法第9条的体系性解读

体系化思考体现的是一种秩序思维，它意指“法规范并非彼此无关地平行并存，其间有各种脉络关联”[1]，因此体系解释的正当性就在于“解释规范时也须考虑该规范之意义脉络，上下关系体系地位及其对该当规整的整个脉络之功能为何…并因此避免其彼此间的矛盾”[2]。我国宪法第9条是自然资源国家所有权的法条载体，也是近年来学者们分析“国家所有”问题的主要条款。笔者认为，对宪法第9条的理解，除了对条款本身尤其是作为直接规定自然资源国家所有权的第1款的解读外，尚需从该条的内部结构体系、该条在宪法中的体系以及该条与其它自然资源法律的关系的层面上进行解读。

（一）宪法第9条在宪法中的体系

关于宪法第9条在宪法文本中的地位及其与其它条文的关系，一些学者进行初步论证后认为，根据82宪法修改者的宪法原意，第9条的规定是社会主义经济制度的重要组成部分[3]，从本质上看确立国家和集体所有自然资源是“保证劳动群众集体所有制经济沿着社会主义方向前进，保证个体经济为社会主义服务，保证整个国民经济的发展符合劳动人民的整体利益和长远利益的决定性条件”[4]。

笔者认为，将宪法第9条置于宪法中关于“基本经济制度”的相关规定的模块中进行体系性考察是非常必要的。我国宪法第6条规定，“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。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”，从自然资源、生产资料、所有制、经济制度四者之间的逻辑关系而言，在宪法已然确立生产资料实行社会主义公有制的前提下，规定可转化为生产资料的自然资源的国家所有在逻辑上就成为必然，因此宪法第9条是我国宪法所确立的社会主义经济制度的基础即生产资料的社会主义公有制在自然资源领域的自然延伸。

（二）宪法第9条的内部结构体系

宪法第9条包括两个条款，即第1款：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外”；第2款：“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”。

关于上述两个条款之间的相互关系，学者们曾有过初步研究。税兵认为，“宪法第9条第2句的规范意义超出了宪法文本中的其他私人财产权保障条款，‘国家保障自然资源的合理利用’的表述，可以理解为如下的规范指引：一方面，宪法第9条第1句规定了国家的所有权主体地位，而第2句则规定了作为所有权主体的国家所应承担的社会义务，即自然资源国家所有权应受到“合理利用”的限制；另一方面，第2句为自然资源使用预留了制度空间，即只要这种“利用”是合理的，就应受到宪法的保障”[5]。王旭认为，“从规范的结构来看，第1款对应的似乎是一种直接占有的模式，第2款则发挥了规制模式的功能”[6]，并进一步认为，“国家必须在充分发挥市场的决定作用基础下，通过使用负责任的规制手段，包括以建立国家所有权防止垄断为核心的措施，以确保社会成员持续性共享自然资源”[7]。

[1] 【德】拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第316页。

[2] 同前引3。

[3] 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。

[4] 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》。

[5] 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7页。

[6] 同前引5，王旭文，第9页。

[7] 同前引8

上文已经谈及，王旭认为宪法第9条第2款是表明国家对自然资源领域具有规制权力的文本依据，而巩固在新近发表的文章中再次强调了一向坚持的自然资源国家所有的公权力说，并认为作为国家对于公共资源的“公权性支配”，资源国家所有权的实质是对资源利用的“积极干预”权，内容在于保障自然资源的合理利用，这种干预权通过立法、行政和司法加以行使，并为这三种权力施加规范与限制”[1]。笔者认为，宪法第9条第1款与第2款之间存在相应的逻辑关系，但两者之间是何种关系，依据不同的解释方法所做出的解释具有差异，王旭所言之自然资源国家所有权的规制功能与巩固所言之公权力说皆有合理性成分，但亦有其理论前提与适用边界。

（三）宪法第9条与自然资源领域法律

一般认为，宪法第9条规定的自然资源国家所有权构成我国自然资源领域专项法律[2]中自然资源所有权的宪法法源。毫无疑问，上述观点是正确的。但在承认上述观点的同时，我们也要注意到，自然资源领域的专项法律（如《森林法》）的法律功能绝非仅是对宪法中所确认的自然资源国家所有权的在此确认，而是围绕自然资源的开发、利用、保护、管理等诸多法律行为而展开的系统规范。对基于自然资源而展开的法律行为进行正当性判断，仅仅依据自然资源的国家所有权是很难展开的，我们尚需从自然资源的属性、价值及其立法转化等多个层面进行考察。

三、自然资源的多元价值及其法律转化

经济属性是自然资源的本质属性，也是宪法将其规定为国家所有并纳入基本经济制度范畴的重要考量。随着经济发展的多元化，尤其是生态文明建设过程中人们对自然资源属性认识的深入，自然资源所具有的价值已经超越了财产范畴，其生态价值与社会价值变得愈加重要且具有了法律调整的必要。

（一）自然资源在立法中的逐步类型化是自然资源价值多元性的体现

作为法律概念的自然资源，因其中心语为“资源”，所以其经济价值与财产属性不容置疑，这也是无论宪法学者还是民法学者，均认为对其进行所有权设置是有必要的。在实践中立法者对自然资源所有权的规定，采取了从无体物到有体物、从观念物到实体物的技术转化，也即从宪法中采取的列举加归纳的方式到物权法中转化为了明确哪些自然资源为法律上的物。也正是在这个意义上，宪法第9条的表述“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”到物权法中转化为了4个法律条文。

由上文可知，《物权法》在对宪法第9条规定的自然资源国家所有权进行立法时实行了类型化，且这种类型化超出了宪法第9条对自然资源范围的界定。依据宪法第9条，“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等”皆属自然资源，“凡自然资源即属国家所有”，因此“包括但不限于”矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂的自然资源都属于国家所有，这是宪法第9条所要表达的立法内容。需要引起注意的是，《物权法》在立法中将宪法第9条所列举之自然资源区分为了两类即“矿藏、水流、海域”与“森林、山岭、草原、荒地、滩涂”，前者以“矿藏、水流、海域属于国家所有”（《物权法》第46条）的表述规定，后者以“森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，属于国家所有，但法律规定属于集体所有的除外”（《物权法》第48条）的表述规定，实际上缩小了宪法中所定义的自然资源的范围。另外，《物权法》将野生动植物资源的所有权问题以第49条单独进行了立法并与前述第46、47、48三个条文形成并列，进一步缩小了宪法中自然资源的范围。

[1] 巩固：《自然资源国家所有公权说再论》，《法学研究》2015年第2期，第115页。
[2] 典型的有我国的《森林法》、《草原法》、《矿产资源法》等。

综上所述，《物权法》涉及到的自然资源虽然涵盖了宪法第9条与第10条（土地也为自然资源），但《物权法》采取了类型化的立法方式，并对自然资源的理解采取了较窄的范围，将野生动植物资源、矿藏、水流、海域排除在自然资源之外了。对宪法第9条与第10条的物权法转化采取如此方式在一定程度上表明，晚于宪法第9条立法25年的物权法的立法过程中，立法者对宪法第9条的自然资源的范围与类型有了新的认识，而这种认识的重要内容可能包括：不同类型的自然资源的承载物具有不同的意义与价值，有的偏重于财产价值、有的偏重于生态价值，比如“矿藏、水流、海域”具有明显的财产价值，且较容易实现向物质财产的转化，而“森林、山岭、草原、荒地、滩涂”等则具有显著的生态价值，野生动植物则既具有财产价值又具有生态价值，对不同类型的自然资源采取不同的条文立法也就成为应有之义了。

（二）自然资源的公共性使公民合理使用自然资源的正当性得到保留

宪法第9条规定了自然资源归国家所有，是否意味着任何主体在任何情形下使用自然资源的行为均具有违法性？从形式逻辑的角度而言，上述疑问是存在且具有肯定回答的，也正是在这个意义上，有学者诘问道，“物权法第46条规定矿藏、水流、海域属于国家所有，那么，居民从河里取水是否侵犯了国家的财产所有权？”[1]，“用了地下的水、打了地里的野兔、捕了海里的鱼，都是侵害了国家的所有权，如此类推下去，空气不也是国家的了？”[2]

对于上述问题的回答，依据法理应做不同区分。从违法性角度而言，既然宪法及物权法均规定水流[3]为国家所有，在存在法文本的前提下，未经许可的取水行为显然是违法的，但违法也存在情节轻重与事由正当与否的差别。违法不一定承担责任，有些违法行为因存在正当事由可以阻却责任，比如居民基于日常生活（人畜饮用）而从自然水体中进行的必要性取水就应认为具有正当性[4]，此种情形下并不构成对自然资源国家所有权的侵犯，也无需获得许可与缴纳对价。

再举一例。在海域所有权归国家所有的既定情形下，公民个人未经许可到海边游泳是否侵犯海域的国家所有权？《海域管理法》第3条规定“海域属于国家所有，国务院代表国家行使海域所有权。任何单位或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让海域。单位和个人使用海域，必须依法取得海域使用权”，对照上述法条，公民个人到海边游泳的行为显然使用了相应海域，但并不属于侵占、买卖或者以其他形式非法转让海域的行为，也就是说该法虽然规定了海域属于国家所有，但并没有将侵犯民法上的所有权所具有的“占用、使用、收益、分配”的权能在内的所有的行为作为禁止行为，也并没有将公民基于个人生活或爱好而使用海域的行为作为禁止性行为。上述分析表明，国家在对具有国家所有权的海域进行立法时，为公民个人基于非盈利或商业的目的而从事的行为保留了一定的空间，宪法上的所有权在落实到具体法律的过程中得到了适度的类型化区分[5]。

上述分析表明，自然资源具有一定的公共性，这种公共性在现代社会主要体现在以下两个方面：

1.人们基于生活而有限度利用自然资源的权利应得到尊重

[1] 柳经纬：《我家住在小河边》，《法学家茶座》第19辑，山东人民出版社2008年版。
[2] 参见《渔业权论争背后的法理冲突》，《法制日报》，2006年12月31日。
[3] 这里的水流应该既包括水的整体（如江、河、湖、泊、溪等），也包括上述整体的部分。
[4] 2006年4月15日开始施行的《取水许可与水资源费征收管理条例》第4条规“家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的”不需要申请领取取水许可证，这在一定程度上承认了公民基于家庭生活的正常需用而从自然水体中取水的行为具有合理性，不构成对水资源国家所有权的侵犯。
[5] 在这个意义上，税兵教授所言的应分层次看待宪法规定的自然资源国家所有权具有一定合理性，宪法规定了自然资源国家所有，并不表明国家需如民事主体一样对自然资源进行完全排他性的“占有、使用、收益与分配”，而需通过相应的法律机制，使得自然资源的价值分类型地得到实现，而这种实现需要国家的权利来保障，这种保障在“全国所有，即国家所有”的限定下，转化成了国家对国民的义务。

从权利观念上而言，某地区的人对属于本地区的自然资源往往具有一种天然的权利感，认为自身开发与利用本地区的自然资源具有天然的合理性，比如少数民族地区的狩猎问题，靠山吃山、靠水吃水观念的形成等。至于为生活而从河流中取水、为取暖烧火而从山林中伐木、为果腹而猎取野生动物等，人们会觉得具有天然的合理性，而这种合理性应得到政府与法律的认可。

2.基于与自然的朴素关系而对自然观赏的权利应得到承认

人们天然地认为世界万物尤其是大自然非归某个主体所有，名山大川、河流湖泊虽不能被自己占用，但有去观赏凝望的权利。这种观赏与凝望不应被他人所限制，也不应支付对价[1]，因此在现实生活中，公民对附着于自然资源之上的自然景观的观赏行为不应受到限制，也并不构成对自然资源国家所有权的侵犯。

（三）生态价值是自然资源在当代社会的重要价值

环境科学研究的成果表明，自然资源的承载物往往既具有财产价值，又具有产出生态功能的生态价值[2]。作为法律中心的人，对自然资源的需求也已经超越物质层面，而具有了生态层面与精神层面等的需求。自然资源的生态价值具有整体性，比如矿藏往往储存于地壳并与地壳形成整体，其本身可能不具有什么生态价值，但其被储存的状态则可能具有生态价值，若对其进行不当采掘，则有可能破坏自然生态，影响自然界生态功能的产出。又比如海域，在被人所利用，产出海洋产品的同时，还是诸多海洋生物的栖息地，并对调节区域气候具有重要影响，若对其不当利用，则有可能影响其生态功能的产出。

在生态文明时代，自然资源的载体（土地、森林、草原、滩涂等）除了具有生产自然资源的经济功能之外，尚还具有产出供人类与动物栖息的生态环境的功能，并成为人类进行社会活动与公共活动（如旅游观光等）的空间载体或目标（如户外旅游等）。自然资源不仅对于人类具有使用价值，对于自然生态系统也具有使用价值，自然资源的价值“不再仅仅体现为人类从事商品交换活动的计量工具，还体现为人类健康生存的基本环境质量保证，以及维持自然生态系统自身平衡与发展的功能”，自然资源既具有生态价值又具有传统的生产力价值，“人类要在生态价值实现过程中生存，更要在生产力价值的实现过程中寻求发展。若生态受到破坏，生存质量无从谈起，发展亦无从谈起。因此，文明发展要实现资源环境生产力价值，更要确保生态价值的实现”[3]。

（四）我国的自然资源立法体现了自然资源的多元价值

在部门法立法过程中，对自然资源承载物进行类型化既是对不同类型的自然资源的承载物具有不同的属性的客观承认，也是法律明确性的需要。以立法目的为考量，我国的主要自然资源立法大致可区分为如下三类：

1.与自然资源有关的产业类法律

该类法律是指以自然资源的开发利用为中心而形成的对相关产业进行管理与规制的法律，属于产业法[4]的范畴。与自然资源有关的产业类法律主要有矿产资源法、煤炭法、土地法、渔业法等，这些法律在立法目的上往往具有多重价值，既包括开发利用相关资源、发展产业经济，又包括对相关资源的保护与合理利用，其基本立法逻辑为确立开发与利用主体、明确相关主体的权利与义务，以相关制度与机制保障产业的发展等。

[1] 也正是在这个意义上，笔者认为自然景区门票的构成，可以包括景区维护的成本，但不应包括欣赏景色的费用。

[2] 自然资源的生态价值又可称之为生态服务价值。据《21世纪经济报道》报道，第八次全国森林资源清查期间(2009-2013年)，中国森林生态系统每年提供的主要生态服务价值达12.68万亿元，相当于2013年地区生产总值(56.88万亿元)的22.3%。

[3] 张彦英：《生态文明时代的资源环境价值理论》，《中国国土资源报》，2012年3月15日。

[4] 产业法是调整产业政策的制定、实施过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。产业法是经济法中的一项独立法律制度，它与计划法、财政金融法、竞争法有联系又有区别。详见刘文华、张雪棣：《论产业法的地位》，《法学论坛》2001年第6期。

2.与自然资源有关的管理类法律

该类法律是指以某类自然资源（如土地资源、海域资源等）为管理标的，对其开发、利用、使用等活动进行的行政管理活动进行规范的法律，属行政法范畴。该类法律主要通过对自然资源的开发、利用、使用等通过建立管理机关、设立行政许可、明确法律责任等方式进行管理，典型的有土地法、水法、海域使用管理法等。

3.与自然资源有关的生态类法律

该类法律是指以某类自然资源（如森林、草原）的保护为目的，对与该类自然资源的开发、利用以及该类自然资源附着的土地（如林地、草地）进行管理的法律，属环境与资源保护法范畴。该类法律主要通过设置禁止性规范、划定保护区、确定政府在该领域的规划与计划、投资与补偿等方式设置相应的法律机制，比较典型的有森林法、草原法等。

下表对我国目前主要的自然资源领域的法律的立法目的进行了简要分析：

表一：自然资源领域主要法律的立法目的分析表

法律名称	法律中规定的立法目的	立法目的中的多元价值简析
《中华人民共和国矿产资源法》 1986年10月1日。	为了发展矿业，加强矿产资源的勘查、开发利用和保护工作，保障社会主义现代化建设的当前和长远的需要，根据中华人民共和国宪法，特制定本法。	矿业是国民经济的重要门类，矿产资源的勘探、开发是保障国民经济运行的重要活动，矿产资源的保护涉及到生态安全。该法从立法上优选了矿产资源的财产价值，从性质上应属于与自然资源有关的产业类法律。
《中华人民共和国土地法》 1999年1月1日施行。	为了加强土地管理，维护土地的社会主义公有制，保护、开发土地资源，合理利用土地，切实保护耕地，促进社会经济的可持续发展，根据宪法，制定本法。	该法的立法目的具有多重性，既包括对土地财产价值的利用，以及经济与社会发展工作，也包括宏观意义上的社会主义公有制，属于与自然资源有关的重要的单行性立法。
《中华人民共和国煤炭法》 2013年6月29日施行。	为了合理开发利用和保护煤炭资源，规范煤炭生产、经营活动，促进和保障煤炭行业的发展，制定本法。	该法的立法目的主要是合理开发利用煤炭资源以及对煤炭行业的管理，属于与矿产资源有关的专门性立法。
《中华人民共和国渔业法》 1986年7月1日施行。	为了加强渔业资源的保护、增殖、开发和合理利用，发展人工养殖，保障渔业生产者的合法权益，促进渔业生产的发展，适应社会主义建设和人民生活的需要，特制定本法。	渔业资源的“保护、增殖、开发与合理利用”是该法所要规制的主要行为，“保障渔业生产者的合法权益，促进渔业发展”是其立法目的。 该法从性质上属于与自然资源有关的产业类法律。
《中华人民共和国水法》 2002年1月1日施行。	为了合理开发、利用、节约和保护水资源，防治水害，实现水资源的可持续利用，适应国民经济和社会发展的需要，制定本法。	“合理开发、利用、节约和保护”是基本立法目的，“防治水害”是为了发挥水资源的生态调节功能。 该法的立法价值位阶顺序为财产价值、生态价值，从性质上应该属于自然资源管理法。
《中华人民共和国海域使用管理法》 2002年1月1日施行。	为了加强海域使用管理，维护国家海域所有权和海域使用权人的合法权益，促进海域的合理开发和可持续利用，制定本法。	“促进海域的合理开发与可持续利用”表明了海域管理立法的目的主要在于海域财产价值的来发与利用。 该法从性质上应属于自然资源管理法。
《中华人民共和国水土保	为了预防和治理水土流	该法的主要立法目的是为了加强生

国家（透过财产管理机关）通过特许赋予。因此，有限自然资源的国家专属所有不形成围绕所有人对财产利益实施直接的私法性支配为中心的典型私法所有权。

与许可的命令性效果——解除禁止、恢复自由——不同，特许属于创设性行为，旨在为私人创设原本不为其拥有的权利或资格。[1]特许和许可在原理上的差异，对于理解自然资源的私人利用分类逻辑及制度设计至关重要。在国内的相关论述中，有关广义自然资源的类型化叙述并不明确；立法的机制设计和术语表述也不甚清晰。[2]自然资源是指人类能够从自然界获取以满足其需要的任何天然生成物及作用于其上的人类活动成果。如水资源、矿产资源、野生动植物资源，以及太阳能等气候资源。但各类自然资源的利用秩序相当不同，为此，相关论述作了“对物采掘类”和“非对物采掘类”的类型化。[3]然而，这种类型化并没有意识到私人在自然资源利用资格取得上的不同原理——私人利用权利的生成逻辑。已如前文所述，许可的设定以私人原本拥有的自由为基础。当私人的自由可能会妨碍公共利益或者利用秩序时，法律可以将该种自由确定为一般禁止事项，从而使得私人的自由须经许可予以恢复。诸如水资源等共用物，私人原本就拥有一般利用的自由；法律为共用物的私人利用设定许可，仅在于为局部之自由作一般禁止义务的设定。[4]私人经许可拥有的利用权利本质上属于恢复了的一般利用自由，而非由许可为之创设。但是，对于矿产资源等有限自然资源，私人原本就不拥有一般利用的自由；私人取得的利用权利，由特许所创设。

因此，第一，共用物自然资源的国家所有不形成私法所有权。国家不具有完全的、排他的权利，私人得实施一般利用。法律可以对私人的一般利用设定禁止，经许可后私人得恢复其利用自由。既然不形成私法所有权，相应之损害也不适用侵权责任制度。在一般利用的目的以外，私人不拥有利用的自由，得通过特许取得利用的权利，但不得妨碍公众的一般利用。第二，共用物以外的有限自然资源，倘若只能由国家所有的，形成有限制的私法所有权，国家不实施直接的经济利用。私人对之也不拥有一般利用的自由，得通过特许取得利用的权利。第三，共用物以外的有限自然资源，倘若容许由国家以外的法律主体所有的，形成私法所有权，得通过私法机制实现国家所有。但是，在约束国家对经济活动的介入角度上，并不适宜由国家实施直接的经济利用，而应由私人通过私法交易取得该类有限自然资源的利用权利。同时，为了实现合理利用的宪法目的，其他法律应当建立外部规制机制。私人的利用活动应当符合法定之利用规划；在部分情形中，则应取得行政机关的许可。[5]

五、国家所有实现中的私人及私法型态组织

宪法国家所有的规范目的，是为了防止国家所有的财产及其公共职能受到私人或其他组织的侵害或妨碍，以此需要通过特别制度的展开来确保财产职能的实现。但是，特别的财产制度也为国家所有的财产的经济利用带来了障碍。在宪法国家所有的规范目的实现的角度上，倘若存在目的性约束的替代方式——不改变财产的公共职能、有效的目的规制，则存在着私人替代介入的空间，产生所谓的私有化问题。

[1] Cfr. F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 291.
[2] 物权法第 46 条、第 122-123 条；水法第 7 条；矿产资源法第 5 条。
[3] 参见张璐：《中国自然资源物权的类型化研究》，载《私法研究》2009 年第 1 期，第 155 页以下。
[4] 例如，《取水许可和水资源费征收管理条例》仅对“利用取水工程或者设施直接从江河、湖泊或者地下取用水资源”的取水活动设定了一般禁止义务，其他取水活动仍属私人的一般利用自由。
[5] 例如，私人通过私法交易取得国有土地使用权，但在实施建设利用时，应当符合土地利用规划和城乡规划，同时取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证。

宽泛意义上的私有化，也包括开放垄断、放松管制等促进公共部门和私人部门竞争，优化公共支出和资源配置效率的一系列“去国家化”活动。[1]从这个意义上说，中国自上世纪七十年代末期以来及现在依然正在全面深化的各项改革，本质上是一个泛私有化的过程。尤其是，近年来诸如铁路体制的改革、[2]重点领域的公私合作，[3]以及混合所有制的探索和国有企业的功能分类等，[4]直接牵涉到私有化议题。

（一）功能私有化：国家所有实现中的私人

对公有财产实施公法性支配管理，属于国家的一般责任。在公有财产上，国家所有为国家设定了确保公众实现一般利用自由的公法义务。在不妨碍公众一般利用的基础上，为发挥公有财产的经济利用价值，私人得通过特许实施目的外的经济利用。然而，在一般责任的实现或公法义务的履行中，国家可能会面临执行效率和财政压力等现实问题。发挥私人在公有财产宪法规范目的实现中的作用，便成为值得讨论的问题。例如，私人通过特许参与海滩等共用物的整治、经营和维护；私人通过特许参与公路等公用物的建设、经营和维护。此时，私人实际上替代国家具体承担了特定的公共任务——由私人分担公共任务的执行责任。

在行政法理论中，公共任务除了由行政机关直接承担外，也可以委托私人等其他组织协助完成或者由法律授权私人等其他组织完成；对于特定的公共任务，除了前述方式外，行政机关也可以通过特许交由私人等其他组织完成。由此，在公共任务的实现方式上形成了直接和间接两种型态。间接型态下的任务实现，均可归为宽泛的公共任务私有化或民营化。在我国的行政法理论体系中，行政机关和授权组织均属于承担公共任务的执行和保障责任的行政组织；受托组织则在任务的实现过程中不具有行政主体资格，公共任务的执行和保障责任仍归于委托之行政机关。[5]与授权和委托不同，特许中的私人组织不取得行政主体的资格——不具有公共任务的保障责任，但也不属于委托行政中的管道载体而是分担了公共任务的执行责任。这种以特许为转介而由私人组织承担特定公共任务的现象，称之为公共任务的功能私有化或功能民营化。[6]公有财产的经营特许，也可以被理解为是公有财产的功能私有化。

第一，功能私有化是间接私有化型态

公有财产的功能私有化仅在于讨论共用物的优化一般利用功能的运营、公用物的设置及提高一般利用效率的运营等公共任务执行责任实现过程中的私人参与，而不是使公有财产的所有权向私人转移。因此，功能私有化不是财产的私有化，而仅是财产一般用途或惯常用途之功用实现的手段私有化——间接私有化。私人仅可通过特许取得公用物的建造权、共用物和公用物的经营权；除非经法律的授权，公有财产上的警察权——行政强制权、许可实施权和行政处罚权等，并不因特许而转移于私人。[7]此外，共用物和法律规定只能由国家所有的公用物，因法律否定了其可以成为私人所有权的客体，因此，功能私有化的模式会受到限制。在融资型公私合作中，不应适用 BOO、BOOT 等由私人拥有所有权的模式；在非融资型公私合作中，则只能适用 O&M、TOT 等不改变财产归属状态的模式。

第二，经营特许的“双阶构造”

[1] Cfr. L. Vasapollo e R. Martufi, Le diverse forme di privatizzazione, in *Proteo*, n. 1, 1998, p. 21.
[2] 参阅喻文光：《论铁路改革的法治化路径》，载《国家行政学院学报》2013 年第 4 期，第 93-97 页。
[3] 《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资〔2014〕2724 号）。
[4] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第 6、7 条。
[5] 行政处罚法第 18 条。
[6] 参见刘飞：《试论民营化对中国行政法制之挑战——民营化浪潮下的行政法思考》，载《中国法学》2009 年第 2 期，第 14 页。
[7] 私人经特许取得共用物、公用物的经营权后，也可以再行根据行政机关的委托协助行使相应的行政职权，但必须符合法律的规定。例如，根据行政强制法第 17 条第 1 款的规定，行政强制措施权不得委托。

在传统的定义中，特许具有公、私法上的“双阶构造”（*doppio grado*）。在外部构造中，特许具有创设性效果；在内部构造中，特许具有协商合意性特征，以此与产生单方法律效果的行政行为相区分。[1]但在的公有财产目的外的利用特许、有限自然资源的利用特许中，“双阶构造”的特征不再明显。[2]例如，海域的经济利用特许、矿产资源的开采特许等，除了采用行政许可法第 53 条规定的“公平竞争的方式”外，协商合意性的内部构造并不明显——通常称之为要件相符前提下的价格竞标特许，[3]而趋向于单纯的外部构造。[4]但在公有财产的经营特许中，因私人替代国家承担了特定的公共任务——设置供一般利用的财产、促进财产一般利用的便利化和效率性等，因此，围绕执行责任和保障责任在公、私法主体之间的分担，经营特许形成了行政机关、被特许人和公众之间的多维权利义务关系——国家负有确保公有财产一般使用和可替代性选择的保障责任；基于公益保护确立的被特许人准入与选择机制、服务水平保障机制和经营监管机制等；平衡私人参与激励和公共利益的收费机制，以及确保最低回报率的补贴机制等；被特许人执行责任中的普遍服务义务等。[5]

（二）形式私有化：国家所有实现中的私法型态组织

在国家所有的实现中，需要在两个层面上定位国家的角色。一是公有财产一般利用自由的保障和国家所有的财产的利用秩序维护上的国家——公法性支配管理中的国家；二是国家所有的财产的经济利用上的国家——私法性支配中的国家。在公法性支配管理上，国家所有的实现主要面临支配管理的行政化与公有财产供给的效率性之间的协调问题。在私法性支配上，除了有限自然资源国家专属所有的正当化疑问外，国家所有的实现主要面临国家直接介入经济活动的妥当性问题。为了解决前述问题，除了实施公有财产的功能私有化、有限自然资源的“国有私用”外，形式私有化也是可得选择的方式。

形式私有化，旨在通过将公共机构改造为私法型态组织，并在国家辅助原则下，藉由该私法型态组织承担原本由公共机构承担的公共任务的私有化型态。例如，将承担铁路运输公共服务的铁道部改造为中国铁路总公司。作为拓展的内容，形式私有化也包括将经济公共机构改造为私法型态组织，并通过特许由改造后的私法型态组织直接对有限自然资源等国家所有的财产实施经济利用，以此实现“政企分开、政资分开、特许经营、政府监管”。例如，对于石油等矿藏，受到经济财富分配的正当性和国家直接介入经济活动的妥当性等的约束，国家不直接实施勘探、开采，但可以由形式私有化后的私法型态组织（如中石油）依特许实施经济利用。在此基础上，通过破除行政垄断，放开竞争性业务，推进混合所有制改革等措施，实现有限自然资源配置的市场化。

第一，形式私有化下的私法型态组织

有关公共机构的讨论，主要是以国家概念为中心展开，由此区分了国家行政机构（此处不讨论地方自治行政机构）和法律人格上不同于国家的特别机构（特别行政主体）。[6]国

[1] Cfr. F. Fracchia, voce Concessione amministrativa, in *Enc. dir.*, annali I, Milano, 2007, p. 250.

[2] 参见王智斌：《行政特许的私法分析》，北京大学出版社 2008 年版，第 92 页以下。

[3] 参见骆梅英：《从“效率”到“权利”：民营化后公用事业规制的目标与框架》，载《国家行政学院学报》2013 年第 4 期，第 80 页。

[4] 矿产资源法第 16 条规定，“开采下列矿产资源的，由国务院地质矿产主管部门审批，并颁发采矿许可证……”；海域使用管理法第 19 条规定，“海域使用申请经依法批准后，国务院批准用海的，由国务院海洋行政主管部门登记造册，向海域使用申请人颁发海域使用权证书；地方人民政府批准用海的，由地方人民政府登记造册，向海域使用申请人颁发海域使用权证书……”。

[5] 行政许可法第 67 条第 1 款：取得直接关系公共利益的特定行业的市场准入行政许可的被许可人，应当按照国家规定的服务标准、资费标准和行政机关依法规定的条件，向用户提供安全、方便、稳定和价格合理的服务，并履行普遍服务的义务；未经作出行政许可决定的行政机关批准，不得擅自停业、歇业。

[6] 特别机构的范围及分类，在不同国家或地区的立法及行政法理论上有不同的理解。可参阅〔日〕盐野宏：《行政组织法》，杨建顺译，北京大学出版社 2008 年版，第 65 页以下；〔葡〕迪奥戈·弗雷塔斯·亚玛勒：《行政法教程（第一卷）》，黄显辉、王西安译，法律出版社 2014 年版，第 233 页以下。

家行政机构在单一的国家法律人格下承担公共任务；相对于国家行政机构，特别机构作为有别于国家的公法人，不在政府组织形式而是在功能上承担特定的公共任务。国家行政也因此被区分为国家直接行政和国家间接行政。[1]与此同时，行政法上的机构基于干预事项，也区分为从事产品或服务的生产和交换的机构和不从事产品或服务的生产和交换的机构。从事产品或服务的生产和交换的机构，倘若不具有独立法律人格而处于国家行政机构的组织结构下，则属于国家行政机构（的一部分）。例如，改革前的铁道部运输局。但在通常情况下，从事产品或服务的生产和交换的机构属于有别于国家的特别机构。一般以公共机构经营的经济组织、经济公共机构、公法财团或者公营企业予以表述。这种特别机构，具有管理架构的公共性——行政任命、资本的公共性——由公共资本创建、经营资格的公共性——法律或行政的授权（而非特许），以及经营目的的公共性——承担公共职能等特征。因此，即使它以仿照企业化的方式进行经营运作，仍属公共机构的范畴。

因此，形式私有化并不是在讨论公共属性之经济组织（经济公共机构）的法律人格及法律责任的独立化——企业法人制和有限责任制，而是对具有独立法律人格的公共属性之经济组织或不具有独立法律人格的国家行政机构中的经济组织，实施“去公共机构化”。例如，根据意大利民法典第 2082、2093 和 2201 条的规定，企业是以产品或服务的生产和交换为目的，从事职业经济活动的组织；以从事职业经济活动为目的或主要目的的公共机构应当进行企业登记；在法律另有规定的情形下，由公共机构经营的企业从其规定。同时，由公共机构经营的企业，应当遵守民法典中有关企业会计帐簿的规定。因此，由公共机构经营的经济组织，即便是实现了法律人格独立化和经营运作企业化，仍然是公共机构——经济公共机构或公营企业，而不是私法型态组织。经济公共机构或公营企业只有改造为民法典上的股份公司，才被认为实现了“去公共机构化”而成为形式私有化下的私法型态组织。因为股份公司受到意大利民法典有关财务报告条款的约束——解决企业运营的透明度问题、受到民法典有关公司资本限制条款的约束——解决企业的预算软约束问题、考核方式从行政绩效转向经济绩效——解决企业的经营责任问题，[2]以及经营资格从法律授权转向特许赋予等。以国家铁路私有化为例，在 1948-1985 年间，意大利国家铁路由经济公共机构——国家铁路总局（AAFS）管理运营；根据 l. n. 210/1985 的规定，国家铁路总局被改造为国家铁路公司（EFS）。[3]从 AAFS 到 EFS 的外形变化，没有改变国家铁路管理和运营机构的公共属性。根据 1992 年经济计划部际委员会（CIPE）的决定，国家铁路公司改造为国家铁路股份公司（FS SpA）。该公司由公共资本创建，且经营目的具有公共性；在股份化改造、特许经营和行政监管的一揽子措施下则实现了形式私有化。

第二，形式私有化与实质私有化的关系

形式私有化旨在实现公共机构的“去公共机构化”，而不是财产的全部或部分去国家化。财产的全部或部分去国家化——将国家直接或间接所有的财产出售给私人，则属于实质私有化。实质私有化的目的或是为了实现国有资产的收益最大化，或是为了改善公共债务水平；在“去公共机构化”的同时或嗣后向私人募集资本的实质私有化情形中，则也具有分散经营风险、提升企业市场竞争能力的目的。

形式私有化所形成的私法型态组织，倘若向私人募集或公开募集资本，则会成为公私混合公司或公众持股公司。私有化型态的选择，在行政法上通常不讨论经济效果，而是聚焦于国家财产的保护及公共职能的保障。在形式私有化和实质私有化的关系上，则进一步缩小为财产的全部或部分去国家化的合法性——是否符合宪法或民法上的国家财产条款。由国家专属所有的有限自然资源原本就是在秩序性利用的公共目的上形成“国有私用”的

[1] Cfr. F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 131.

[2] Cfr. B. Franco e R. Mario, voce Privatizzazioni, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, pp. 994 ss.

[3] 根据 l. n. 210/1985 第 1 条的规定，国家铁路公司是民法典第 2093 条第 2 款的由公共机构经营的企业。同时，根据第 3 条的规定，交通部会同财政部批准公司的预算、年度计划，任命董事会主席及其他成员。

框架，因而不会涉及到私有化的合法性问题。有关私有化的议题局限于公有财产。因此，私有化型态的选择，实际上是在讨论公有财产是否可由私人所有，包括出售公有财产和在股权结构中引入私人资本等。例如，意大利民法典第 822、823 条规定，国家所有的公路、高速公路、铁路……是公有财产；公有财产非依法律规定的范围和方式，不得转让。因此，对于经营管理公有财产的经济公共机构，可以通过形式私有化改造为私法型态组织——股份公司，但实质私有化则面临法律上的诸多障碍。以公路私有化为例，根据 d.l. n.138/2002 第 7 条和 l. n.289/2002 第 76 条的规定，国家公路局（ANAS）由经济公共机构改造为私法型态组织——国家公路股份公司（ANAS SpA）。[1]该公司由财政经济部以全国的公路和高速公路资产出资设立，并根据民法典第 2644 条的规定进行不动产登记；但该公司的股份不得转让，以契合民法典第 823、824 条的规定。所不同的是，电网、通信网等国家所有的财产，不是民法典上的公有财产，因而不存在实质私有化的法律障碍。如意大利国家电网的经营管理机构在实现形式私有化后——国家电力股份公司（Enel SpA），在米兰和纽约交易所上市，实现了实质私有化。

六、结 语

毋庸置疑，国家也需要拥有一定的财产去实现特定的公益目的。因此，无论是宪法抑或是民法上的国家所有，其初始涵义均是对国家拥有一定的财产的规范描述。然而，国家毕竟与私人不同，国家对由其拥有的财产实施支配，总是要受到公益目的的约束。倘若私法所有权制度能够便利化地达成此种公益目的，国家可以对由其拥有的财产实施私法性支配，由此，国家所有仿如私人所有形成私法所有权。相反地，如若私法所有权制度无法达成“国家所有原本所欲实现的公益目的”，甚至可能会导致国家所有的滥用——遁入私法，则需要在目的性约束的框架下，形成特别的国家财产制度。对我国宪法国家所有条款的理解，需以此两层维度的立体检视为线索，而不应将两者割裂开来作单线地学术工作。

在国家所有中，不同的类财产，其公益目的不尽相同。对于共用物和公用物，国家所有的公益目的在于确保公众的一般利用，并藉由国家权力实施秩序性规制和保护。前述公益目的无法通过私法所有权制度实现，共用物和公用物的国家所有因而不形成私法所有权。对于有限自然资源，私法性支配往往会产生公平性和外部性等公共性问题。公有制和外部规制是解决前述公共性问题的两种治理选项。也就是说，公有制下的有限自然资源国家所有，非为建构起国家对有限自然资源的私法性支配秩序，而属于公益目的实现上的公共机制。基于这样的定位，在有限自然资源国家专属所有的实现中，占有的保护可以适用行政手段、[2]使用的实现应当排除国家的直接经济利用、收益必须全部上缴国库且在部分情形下用以解决外部性问题、处分则应当适用特许且符合特别法规定的程序和方式。

[1] 有关意大利高速公路改革的内容可参阅 L. Benfratello, A Iozzi e P. Valbonesi, Autostrade, in *Riv. Pol. Eco.*, XCVI (III-IV), 2006, pp. 329-364.

[2] 例如，矿产资源法第 39 条第 1 款规定，“违反本法规定，未取得采矿许可证擅自采矿的，擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区范围采矿的，擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种的，责令停止开采、赔偿损失，没收采出的矿产品和违法所得，可以并处罚款”。

宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会

李忠夏*

摘要：国家所有权是近来学界讨论的热点，许多学者开始从公法角度探讨国家所有权，并主张宪法上“国家所有权”的存在，但这种观点并未认真从基本权利主体角度加以反思，未深入理解宪法财产权的社会本质，也未从中国宪法的文本、结构以及历史变迁角度对“国家所有”条款加以理解。综合各种因素，一个可能得出的结论是：宪法中的“国家所有”不能置于宪法第 13 条“私人财产权”的框架下理解，而需从宪法第 12 条“公共财产”的角度理解，物权法中的“国家所有权”需置于宪法“国家所有”的体系内才能得以诠释。

关键词：国家所有权 财产权 基本权利 公共财产

一、源起

自“乌木案”和“风光立法案件”之后，国家所有权再度成为学界讨论的热点，尤其关于自然资源国家所有权的讨论更是甚嚣尘上。[1]所有这些讨论均试图消弭因“国家所有”的法律规定而导致的令人啼笑皆非的、违反常理的公权力行为，譬如自由呼吸空气、河中取水的合法性思考。[2]上述这两个案件激发了人们对物权法中“国家所有权”的重新反思，早在这两个案件出来之前，就已经有学者指出，物权法上的“国家所有权”条款只是“徒具人形”的“僵尸条款”，[3]然而何以会如此？为何物权法中的“国家所有权”会产生国家滥用其私法权利处分国家财产的情形？迄今为止，学者们达成的基本共识是，该问题产生的原因在于并未将物权法上的“国家所有权”置于公法的视野或者宪法“国家所有”的框架之下加以理解，由此产生国家财产“遁入私法”的情形。然而，问题的关键在于，应如何理解宪法上的“国家所有”条款？学界目前倾向于建构宪法上的“国家所有权”。

过去三十年，私法层面的国家所有权早在国有企业改制的背景下就已经有过非常成熟的讨论，而公法层面的讨论却一直缺位。目前学界在公法层面对“国家所有权”的讨论，似乎均存在一个共同的问题，即依循私法的逻辑，从宪法中的“国家所有”直接过渡向宪法上的“国家所有权”，并将宪法层面的国家所有权视为是对民法层面国家所有权的一种限制。这由此产生出一种颇为令人纠结的逻辑：为控制国家所有权的过度使用，需将其提升至公法层面，建构一种“宪法所有权-民法所有权”式的“双阶构造”，而宪法所有权在这里却不再具有我们所熟知的“权利属性”，而是包含了公共性的考量，甚至被解读为

*法学博士，山东大学法学院副教授。感谢程雪阳博士对文章提出的可贵意见。

本文系国家社科基金一般项目“中国宪法学方法论反思”（项目编号 13BFX031）和中国法学会项目“基本权利的社会功能”（项目号 CLS（2014）D017）的阶段性成果。

[1] 近来在讨论自然资源国家所有时牵扯公法层面国家所有权的文章包括：马俊驹：“国家所有权的基本理论与立法结构探讨”，载《中国法学》2011 年第 4 期；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；巩固：“自然资源国家所有权公权说”，《法学研究》2013 年第 4 期；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；王旭：“论自然资源国家所有权的宪法规制功能”，载《中国法学》2013 年第 6 期；讨论土地国家所有时涉及国家所有权的文章包括：程雪阳：“论‘城市的土地属于国家所有’的宪法解释”，《法制与社会发展》2014 年第 1 期。

[2] 柳经纬：“我家住在小河边”，《法学家茶座》第 19 辑，山东人民出版社 2008 年版；林来梵：“取水难题：菊花的困惑”，《法制资讯》2008 年第 6 期。

[3] 参见葛云松：“物权法的扯淡与认真：评《物权法草案》第四、五章”，《中外法学》2006 年第 1 期。

"国家的基本义务"。[1]这不仅是对"双阶构造"的一种误读，同时也是对"宪法权利"功能的一种误读。也有学者从"国家所有"的"全民所有"属性出发，认为政府或国家机构仅为"国家"之代表，因此"国家所有权"实为"全民"的所有权，而不能还原为政府的国家所有权，并从中推导出政府的义务与责任。[2]如果从这个逻辑出发，那么就会发现"国家所有"的逻辑与"国家主权"的逻辑是一样的，因为这里的"国家"都可还原为"全民"，都可以从"国家"的不可代表性与"国家"和"政府"的落差中推导出代议制民主的必要性以及政府的义务与责任，如果通过这种"权力"的逻辑解读宪法上的"财产权"，这也不能不说是对宪法"财产权"的一种误解，并会导致权力与权利两种不同逻辑的混同。此外，按照这种逻辑，"国家所有权"也会变成一种虚无的概念，因为作为权利主体的"国家"是无形无质的，那么这种"国家所有权"也就失去了存在的意义。[3]在这里需要注意的是，将"国家所有"提升至公法层面加以规制与将"国家所有"界定为宪法上的"基本权利"之间存在着截然区别。

本文将对这种宪法"国家所有权"的理论加以批判，这就需要对宪法上的"国家所有"条款加以规范分析。[4]就"国家所有"的宪法分析而言，需要澄清的是：什么是"国家"？什么是"所有"？"国家所有"能否等同于"国家所有权"？"所有权"的宪法意义是什么？"国家所有"的规范目的与宪法财产权是否相契？由此才能确定宪法上的国家所有权能否得以成立，上述分析不能仅仅寓于法条，而是必须综合考量法条制定的背景、历史的演进、社会的变迁以及在当今社会背景下法规范含义的变迁和在整个宪法体系中的地位。

二、误解："国家公权利"作为国家所有权的理论基础

1."国家所有权"在文本上的开放性

从文本来看，宪法中关于"国家所有"的规定包括第七条关于国有经济属性的规定、第九条关于自然资源的国家所有、第十条关于城市土地的国家所有、第十二条关于社会主义公共财产的规定以及第十六条的国有企业。从《物权法》第五章第四十五条至五十七的规定来看，宪法中"国家所有"的规定几乎直接过渡为物权法上的"国家所有权"，这从法律实证主义的角度来看似乎并无疑问。然而，颇具争议的是，宪法上有关"国家所有"的规定能否被解读为一项宪法上的基本权利？

由于宪法中只有"国家所有"、而并未直接出现"国家所有权"一词，对这个问题的探讨就具有了开放性，就现有的研究趋势来看，许多学者都倾向于将宪法中的"国家所有"直接解读为宪法上的"国家所有权"，[5]但很少有学者从"国家"能否成为基本权利主

[1] 税兵教授认识到这一问题的逻辑悖论，因此不无矛盾的声称，"'宪法范畴的国家所有权'即为宪法所有权，在于维护社会经济制度，与其被阐释为国家的基本权利，毋宁被理解为国家的基本义务"，参见前注 1，税兵文；王旭副教授引用耶利内克的理论，也将国家所有权这种公法权利理解为一种义务，参见前注 1，王旭文。

[2] 肖泽晟："宪法意义上的国家所有权"，《法学》2014 年第 5 期。

[3] 孙宪忠教授也反对将国家所有权与全民所有权等同，否定这种虚无的"统一唯一国家所有权"说，参见孙宪忠："'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 56-65 页。

[4] *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 190.

[5] 比如马俊驹教授认为"国家所有权"应受公私法二元调整，并将之视为是"特殊的财产权"，税兵、王旭、程雪阳等基本都持此种观点。程雪阳博士在论证"土地国家所有"条款时，一方面试图将土地国家所有权视为是一种立基于个体的基本权利，似乎将之与公民的财产权联系在一起，但另一方面又大力论证"国家"作为宪法"国家所有权"主体的可能性，但这二者之间存在的矛盾在于，前者旨在保护作为公民财产的"土地"，而后者则旨在保护作为国家财产的"土地"，如何通过宪法上的"国家所有权"去保护公

体角度加以论证，[1]而如果要建构宪法上的"国家所有权"，这一论证是必不可少的。要对此加以论证，至少需要从四个角度加以分析：何谓"国家"、从历史变迁和宪法的整体结构角度梳理"国家所有"条款的地位与意义、从基本权利的本质属性角度分析"国家"或者"公法人"作为基本权利主体的可能性、从财产权的社会功能角度分析"国家"作为基本权利主体的可能性。

2. 国家公权利理论在历史流变中的误会

在主张宪法"国家所有权"的学者中，很多学者援引耶利内克的"国家公权利"理论以证成"国家所有权"的存在，[2]有的学者虽未引用耶利内克，但在论证逻辑上，却将"国家权利"与"国家权力"的逻辑等同起来，[3]要对此加以理解，就需要从耶利内克时期对"国家"概念的法教义学建构入手。

从德国国家法学发展的历程来看，"国家"成为法学上的概念始自格贝尔（Gerber）。尽管在施托莱斯（Stolleis）看来，艾博黑希特（Albrecht）早在 1837 年就提出了"国家法人说"的概念，但鉴于当时的政治环境与流行的"实质法治国"理念，国家作为"法人"其目的在于摆脱君主即国家的理念，使国家从个人统治中摆脱出来，并赋予其独立的人格与精神，使国家目的服膺于超越个人的更高利益，[4]从而形成对君主与臣民的双重约束，这个时期的"国家法人说"带有强烈的政治意愿，并且与德国在思想层面亟欲摆脱来自启蒙精神、强调普世目的论的机械主义国家理念密切联系，从而与当时德国浪漫主义的"民族精神"思维和唯心主义理念一拍即合。此时的"法"也并非仅限于实证法，国家作为"法人"并不意味着国家成为了实证法上的概念，其仍然摆脱不了"超实证法"的道德理念的影响，而这在施塔尔等人的"有机主义"国家理论中表现的也很明显。[5]只有从格贝尔开始，"国家"才真正成为实证法上的概念，这与德国国家法实证主义的发展轨迹是相吻合的。格贝尔反对国家学说中的"国家有机体"理论，其原因不在于否认国家有机体理论的政治贡献，而是因为该理论并非在法学的意义上探讨国家的概念，而是从道德-

民附着于土地之上的利益，文章对此语焉不详，这里透视出该文对宪法"国家所有权"本质的认识仍然存在偏差，参见前注 1，程雪阳文；巩固博士虽然认为作为基本权利的自然资源"国家所有权"会出现"国家防御国家之权"的悖论，但认为仅从私权角度无法理解国家所有权，而必须从宪法公权角度加以理解，但何谓宪法公权、其与基本权利的关系究竟如何等问题，文章并未给出清晰界定，并且文章将国家所有权视为是"国家'反防御之权'，或者说是对个人防御权的'解除'，其实质是对相关领域国家权力运行的许可、对国家干预的宪法承认"这一颠覆传统基本权利理论（传统理论认为在宪法所处理的个体-国家关系中，国家始终处于义务主体地位，因此对国家所有权才有"国家防御国家"的质疑）的观点也并未有令人信服的充分论证，参见前注 1，巩固文。巩固在最近的文章中对"公权"一说作了进一步的阐释，直接将其认定为"公权力"、而非"公权利"，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 115-136 页。

[1] 程雪阳博士虽然在文章中有所提及，但并未就此问题深入探讨，而是笼统的认为"国家虽然不能成为基本权利的主体，但代表国家行使国有财产权的机构是可以成为基本权利主体的，而且该机构是可能受到代表国家行使公共管理职能的行政主体侵犯的，比如中央政府直属的央企在地方政府开展业务时，其权利就可能会受到地方各级政府及其职能部门的侵犯"，这一判断的错误之处在于，不同国家机构之间的纠葛，不应从"基本权"的角度，而应从"超越权限"的角度加以分析，参见前注 1，程雪阳文；孙宪忠教授也认为应该从具体机构入手谈"国家所有权"，建立公法法人所有权体系，否定"统一唯一国家所有权"说，前注 6，孙宪忠文；程雪阳在最新的一篇文章中认为政府等典型的国家机构不能成为基本权利主体，但国有企业却存在这种可能，这实际上已经在很大程度上否定了"国家"的基本权利权利主体属性，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 107-128 页。

[2] 前注 1，税兵文和王旭文。

[3] 前注 5，肖泽晟文。

[4] *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II 1800-1914, München 1992, S. 108.

[5] 在博肯福德（Böckenförde）看来，虽然施塔尔承认国家的有机性，分享有机主义国家理论的结论，并承认国家的人格性，但却拒绝将国家本身视为是"有机体"，而是将其视为是"营造物"和"道德王国"。*E. –W. Böckenförde*, Organ, Organismus, Organische Theorie, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4, Ernst Klett Verlag, Stuttgart 1978, S. 612.

政治的视角界定国家。[1]也就是说，随着国家法实证主义的胜利，“有机主义”的国家理论逐渐退出历史舞台。但自格贝尔开始建构的法学意义上的“国家”概念，仍未彻底摆脱有机主义国家理论的影响，因为国家有机体理论所预设的国家的“人格性”构成了国家概念法学建构的基础，在法学意义上，只有从人格性中，“国家”的意志能力才能被推导出来。如果说在有机主义的思维中，国家作为有机体“为所有组成部分在为整体目的努力的过程中设定了其自身的地位”，而在法学层面上，既定的事实是，“国家中的人民拥有了法律上的整体意识并且具有了意志能力，也就是要求法律上的人格性”，国家的意志力就是“统治的力量”，也就是“国家权力”。[2]这种观念后来为耶利内克所继受，并且国家作为“人”顺理成章地享有公法上的权利、承担公法上的义务，然而因为“有机体”理论的影响，耶利内克承认国家作为“有机统一体（Einheit）”的权利，却否认了其组成部分（国家机构）的独立性和公法权利。[3]基于这个背景，也就不难理解耶利内克主张国家拥有公权利的原因。

然而随着君主制的覆灭，“国家法人说”也日渐式微，进入到魏玛时代之后，这种“国家法人”的理论更是受到挑战，黑勒从现实科学的角度对这种与精神科学联系在一起的有机主义国家理论进行了批判，[4]凯尔森则彻底抛弃了国家作为“集体意志”的理论，否定了其统一人格体的属性，将国家与法秩序等同在一起。[5]二战之后，随着市民与国家之间关系的全面主观化，国家公权利的理念也不复存在，主观公权利也仅限于个体之于国家的请求权，由此形成了“行政法体系中的哥白尼式革命”。[6]因此，耶利内克所提出的“国家的公权利”只是特定时代的产物。至今天，公权利仅限于私人或者法人的“主观公权利”，国家公权利已经退出宪法教义学体系，因此今天所提出的“国家所有权”显然与耶利内克时期大相径庭，不可同日而语。如果在百年前和当今的双重语境下交叠使用“国家所有权”这一概念，无疑会产生“关公战秦琼”式的误会，导致对“国家所有权”的误读。

3. “国家”概念的法律化

“国家”逐渐为法律驯服的过程也带来了很多问题，比如许多学者开始惋惜“国家已死”，并致力于寻求“消逝的利维坦”。[7]但这并不能改变“国家”法律化的进程，在今天的行政组织法教义学体系中，“国家”本身已不再是独立的权利义务承担者，而是由具体的机构承担，并发展出“公法人”的概念。[8]虽然德国基本法中也存在“国家”的字眼，但国家却通过“公法人”等行政组织法上的主体而得以丰满，“国家”并不能等同于“公法人”，但却可以通过“公法人”实现其任务，而国家与公法人之间的差距只能通过民主原则加以填补，这也是“法律保留”原则的意义所在。在德国，虽然也存在国家所有之财产，但却可具体化为联邦或者州所有，从而明晰其具体的权利义务。

我国宪法中对国家的要求却并未通过立法、判例和法教义学的建构具体展现出来，因而导致“国家所有”中的“国家”并不明确。随着国家与社会的融合，“国家社会化”

[1] Ebd., S. 615.
[2] *P. v. Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1974, S. 176f.
[3] 【德】格奥格·耶利内克著，曾韬、赵天书译：《主观公法权利体系》，中国政法大学出版社 2012 年版，14 页下。
[4] *H. Heller*, Staatslehre, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 3, Leiden 1971, S. 130ff.
[5] *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Wien 1993, S. 16ff.
[6] Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Springer Verlag, Berlin 2006, S. 82.
[7] *C. Möllers*, Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik, Frankfurt am Main, 2008, S. 44ff.
[8] 有关“公法人”的概念，可参见前注 3，葛云松文；周友军：《德国民法上的公法人制度研究》，载《法学家》2007 年第 4 期；李建良、刘淑范：“公法人”基本权利能力值问题初探：试解基本权利“本质”之一道难题，载汤德宗主编：《宪法解释之理论与实务》（第四辑），台北：2005，第 291-410 页。

的趋势不断增强，甚至会产生“国家”为公法人、还是私法人的疑问，因为在传统“国家-市民社会”二分的框架下，国家即表现为公权力，而在国家与社会之间依赖性不断增强的前提下，某些传统上由国家公权力直接实现的任务被委托给私人执行，而社会权力在某种程度上也不断增强，“国家”既可直接参与到私经济活动中，如政府采购，又可委托通过私法形式组织的“国有公司”掌握铁路、电力、矿藏等其它自然资源的所有权，实现国家任务。现代社会的新形势为传统的行政组织法带来了新的课题与挑战，甚至导致了行政法观念的转变，而这由此产生的困惑是：“国家”何时受公法规制、何时受私法规制？是否会导致“国家遁入私法”的情况出现？归根到底，这里的问题是，如何通过法教义学的建构具体化“国家”的权限、权利与义务。

就本质而言，国家是“始源性的行政主体”，因为国家占有原初的统治权，其存在与权限无法从其它任何机构中产生出来。[1]在德国的宪法秩序中，国家既可以是“联邦”，也可以是个别的“州”，根据联邦宪法法院的判决，州的国家特征获得承认，[2]因此“国家行政”部分是联邦行政、部分是州行政。但由于国家本身缺乏具体形质，导致国家本身在今天的语境下能否被视为是“法人”就充满争议，博肯福德明确对此持反对态度，[3]毕竟根据今天的主流观点，只有特定的组织才具有法律权利能力并成为行政法上权利义务的归责主体。在中国的语境下，根据现行宪法第 3 条规定，“国家”可表现为中央国家机构和地方国家机构，地方人大、地方人民政府、地方审判机构与检察机构等均属于“国家机构”之一部分。结合现行宪法第 30 条规定，中国行政区划的最底层为乡、民族乡、镇，因此乡镇亦属于地方国家机构。

然而正如上文所述，无论德国的联邦与州、中国的中央与地方国家机构其行为并非总是局限在公法领域，而是会延伸至私法领域。另外，“国家”既可以公法人形式出现，如联邦与州作为直接从事国家行政活动的机关；“国家”亦可以私法人形式出现，如“国家”所设立的“国有公司”（公营企业）。作为“公法人”的国家亦可参与到私法行为当中，如政府采购，而以私法形式组织的国有企业亦可承担相应的公共任务，并受公法规制。在“国家所有”层面，不同主体对占有、使用、收益、处分“国家财产”所享有的权利和承担的义务各不相同，这就需要在行政组织法层面建构一个无缝隙的“组织体系”，并且在“国家社会化”的背景下调整传统行政组织法的观念，[4]从而形成法教义学层面“国家消逝”、而“组织长存”的法律效果，毋宁说，“国家所有”是一个涵盖宪法、行政法、私法乃至刑法等不同法律层面的立体化法律制度。区分作为“公法人”的国家和作为“私法人”的国家其便利之处在于二者所承担的公私法后果不同，[5]并且有利于分类讨论不同主体作为基本权利权利主体和义务主体的不同情况。

三、“国家”的基本权利主体地位辨析

随着国家和社会的融合[6]以及“民营化”的发展，现代国家的组织形态日渐多样化。我国虽仍未在法教义学层面建立公法人与私法人的类型区分，但实践中却实际存在。如大学、国家和地方电视台、各行业协会、社会团体等机构的性质一直存在法律上的定性问题，需

[1] *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2009, S. 522.
[2] *Maurer*, ebd., S. 522.; BVerfGE 1, 14, 34; 101, 158, 221f.
[3] *E. –W. Böckenförde*, Organ, Organisation, Juristische Person, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, S. 269 (272f., 287ff.).
[4] *E. Schmidt-Aßmann*, a. a. O., S. 239ff.
[5] 关于引入“公法人”概念的好处以及德国有关“公法人”的法教义学建构可参考前注 3，葛云松文和前注 20，李建良文。
[6] 详见【德】哈贝马斯著、曹卫东等译：《公共领域的结构转型》，学林出版社 1999 年版。

通过公法人的概念加以补充，并且在实践中也都存在受其他国家公权力干涉的情形（如大学的学术自由、电视台的广播自由等等），而且这些机构更近于社会，所以也存在处理其财产、进入民事领域的情况，如何处理这些“公法人”在面对其它国家公权力和面对私人时的基本权利地位（究竟为基本权利的权利主体抑或义务主体），确实值得深究。另外，我国大量的国有企业通过改制也实现了悄无声息的“民营化”，在《公司法》颁布之后，也由此确立了其私法主体的地位，成为实质上的私法人。

从中国现实出发，宪法上的“国家所有权”就须从“公法人”和“私法人”两个不同的视角加以分析，从这两个角度探讨“国家”的基本权利主体地位问题。作为“财产主体”或“私法主体”的国家或者说国家从事“国库行为”其理论由来已久。[1]作为“公法人”的国家既可对内直接利用“国家财产”，直接从事行政给付活动；亦可对外凭借“国家财产”委任于私人（Beliehene）从事生存照顾等公共任务、进行政府采购等需求满足之活动（Bedarfsdeckung），也就是行政私法（以私法形式执行行政任务）活动；另外还存在“公法人从事私经济营利活动”（erwerbswritschaftliche Tätigkeit）的情况；[2]作为“私法人”的国家可以通过“公设私法人”、“公私合营”或“实质之民营化公司”从事公共任务、亦可进行直接的私经济营利活动。[3]因此，需要从作为公法人之国家和作为私法人之国家的两个层面分析国家作为基本权利主体的情况。

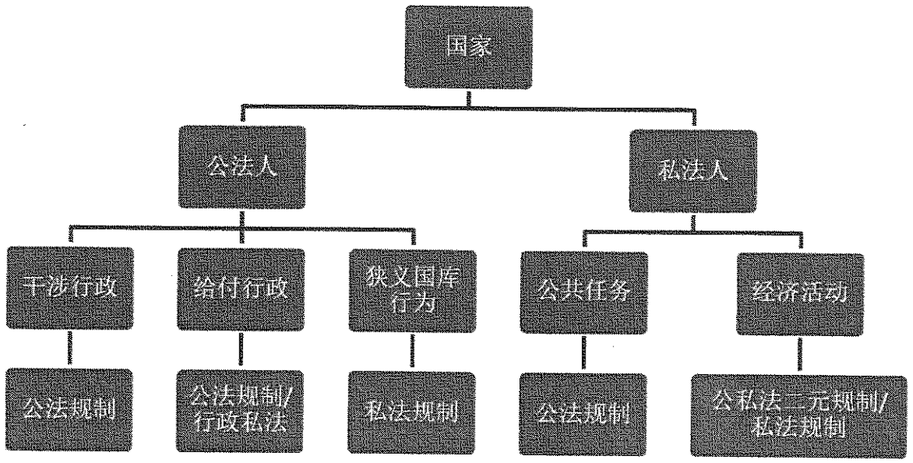


图 1：作为公法人的国家能否直接从事纯粹营利活动，并受私法规制，在行政法中颇多争论。作为公法人的国家也可采取私法形式履行公共任务，这种情况基本出现在给付行政领域，极少出现在干涉行政领域，按主流观点，应受行政私法规制。国家从事纯粹私法活动的国库行为则适用私法。

从基本权利的发生史以及其本质属性来看，“公法人”原则上不能成为基本权利的主体。在德国的法教义学体系中，公法人亦可区分为从事直接国家行政活动的机构（联邦与州以及所属的行政机构）与间接从事国家行政活动的公法人。直接进行国家行政活动的“行政机关（Behörde）”，只能受基本权利拘束，而不能主张基本权利，原因在于传统宪

[1] 【德】汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著，高家伟译：《行政法》（第一卷），商务印书馆 2007 年版，218 页下；陈敏：《行政法总论》，台北：2004 年第 4 版，661 页下。

[2] *H. Maurer*, a. a. O, S. 45ff.

[3] *Maurer*, ebd., S. 49ff.

法和基本权利理论所调整的是个体与国家之间的法律关系，其防范的是国家公权力对个体自由和权利的侵犯。但对于间接从事国家行政活动的公法人（包括公法社团、公营造物、公法财团等）而言，[1]由于其行为更接近社会，因此具有成为基本权利之权利主体的可能性。

德国基本法第 19 条第 3 款完成了基本权利主体从自然人向法人的“扩展”，[2]其理由在于个体人格自由发展（Persönlichkeitsentfaltung）的宪法价值可以藉此延伸至“共同体中的人格发展”，[3]但这绝不意味着透过法人而直接作用到其背后的自然人，而是通过法人基本权的保护实现个体权利的保障，因为“共同体”中的行为（或者说法人的行为）绝不仅仅是孤立个体行为的简单累加，毋宁说，法人自身具有独立的利益。然而，这并不意味着德国基本法承认了“集体人格”、“集体精神”等诸如此类虚无缥缈的人格，基本法之所以保障法人的基本权利主体地位，原因无他，惟法人享有基本权可有助于人格的自由发展，[4]这种由自然人向法人的扩展并没有改变德国基本法整体上的“人格视角”。[5]因此，德国基本法第 19 条第 3 款规定的限定条件，即“依其本质具有可适用性”，就需要视基本权利的属性（如人性尊严、生命权、宗教自由等就仅具有属人性，只能由自然人作为主体）和法人的属性而定。基本法第 19 条第 3 款并未严格限定在私法人、而绝对排斥“公法人”的基本权利主体地位，但联邦宪法法院在实践中却对之进行严格解释，在联邦宪法法院看来，“即使国家组织和国家行政的内部秩序也必须集中于这一点（即人的人格性）。但并不能就此认为，这些法律形态相互之间必须被视为具有基本权利能力。相反，非常明显的是，这些法律形态作为基本权利主体的拟人化会混淆基本权利的真正意义并且会稀释基本权利的保护效应”。[6]

本权利主体地位，但却主要针对私法人，公法人原则上不能成为基本权利的主体，只有当“公法组织形式背后存在着私益”[7]以及法人并非“国家延伸的触手”[8]时，公法人的基本权利主体地位才能获得承认。联邦宪法法院认为，通常情况下，如果公法人在承担公法任务时，则其不具有基本权利主体地位，[9]与此相反，如果公法人在基本权利所保护的领域活动，比如在研究与教学自由领域，[10]则具有基本权利主体地位。尽管存在反对意见，[11]但上述观点被视为是德国宪法学界的主流观点。公法人可以成为基本权利主体的情形主要包括两方面：一方面是程序基本权（基本法第 101 条第 2 款、第 103 条第 1 款）；另一方面则涉及到“那些以市民个体基本权利的实现为己任并且存在独立于国家之制度的公法人”[12]，主要包括基本法第 5 条第 1 款第 2 句所涉及到的“广电营造物”（Rundfunkanstalt）、

[1] 在德国的法教义学体系中，公法人亦可区分为从事直接国家行政活动的机构（联邦与州以及所属的行政机构）与间接从事国家行政活动的公法人，一般认为只有前者才是狭义的国家，但由于间接从事国家行政活动的公法人（如大学、国家电视台等等）其财产或直接来源于国家、或与国家有千丝万缕的联系，因此同样应当纳入到广义的“国家”范畴中，在讨论“国家所有权”时加以考量。参见 *H. Maurer*, a. a. O, S. 524f.

[2] 魏玛时期，围绕法人能否成为基本权利主体曾产生激烈争论，卡尔·施米特坚定的认为，基本权利只能保留给自然人，参见 *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 9. Aufl., Berlin 2003, S. 164ff.

[3] *G. Dürig*, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Abs. III Art 19, Rn. 2.

[4] *Dürig*, ebd., Rn. 6

[5] *Dürig*, ebd., Rn. 3

[6] BVerfGE 21, 362 (372).

[7] *O. Bachof*, Freiheit des Berufs, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, 1958, S. 180f.

[8] *G. Dürig*, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in: Festschrift für W. Apelt, München und Berlin 1958, S. 37f.

[9] BVerfGE 21, 362 (378).

[10] BVerfGE 15, 256 (262); 21, 362 (373f.).

[11] 比如有学者认为，由于国家行为的民主化、他治的特性与个体行为的自由、自治的特性之间存在截然对立，经由民主而正当化的国家行为不能同时建立在由基本权利所保障的自治基础之上，因此应该彻底排除国家的基本权利能力。参见 *W. Rupp-von Brünneck*, Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, in: Festschrift für Adolf Arndt, Frankfurt 1969, S. 370.

[12] BVerfGE 45, S. 63 (79); 61, S. 82 (102f.).

基本法第 5 条第 3 款的大学与学院以及教会或者其它宗教团体等均属此种具有基本权利主体地位的公法人。[1]对于这些公法人而言，它们对于个体基本权利的实现至关重要，或者说是连为一体，如大学学术自由的保障对于大学教师的学术自由而言不可或缺，“广电营造物”的基本权利对于新闻自由而言也是不言而喻，因此“依其本质”，基本权利之于这些公法人具有“可适用性”。

概括而言，德国联邦宪法法院不遗余力通过各种理论原则上否定“公法人”的基本权利主体地位，但仍然存在例外情况。如果剥开“国家”的抽象面纱，透视其背后的分工结构，并鉴于现代社会“国家社会化”以及“民营化”（Privatisierung）的趋势，则“国家侵犯国家”的情况就有可能发生。而且由于国家与社会的融合，“公法人”的形态日渐多样化，介入国家与社会之间、甚至偏于社会一边的“公法人”日渐增多，完全回避“公法人”的基本权利之权利主体地位也并不可能，由此就需要从具体权利的角度、也就是从财产权的属性出发进一步分析国家享有宪法财产权的可能。

在现代社会背景下，国家除了以公法人面目出现之外，亦可通过“民营化”成立具有私法组织形式的公司，从而可直接作为“私法人”参与到私法活动中，一如上文所罗列的各种情况。“民营化”的背景下，国家作为“私法人”的情况亦很复杂，有国家独资设立、有公私合营的情况、也有实质民营化的情形，而国家作为“私法人”不仅可承担公共任务、亦可进行直接的赢利活动，各种情势，不一而足，这带来的问题是：作为私法人的国家在基本权利体系中处于何种地位？作为私法人的国家是否可主张宪法上的“国家所有权”？国家作为私法人参与活动（包括实现公共任务和私法活动）的情况如万花筒一样复杂多变，而且“国家财产”因其类型不同，从而具有不同的使用目的。比如有些国家财产之所以采用私法方式经营，其目的在于更为有效的利用“国家财产”，防止其受官僚主义的过度拘束，如铁路、电信行业的民营化；有些国家财产之所以为“国有”，原因在于防止“公地悲剧”，从而防止其他任何组织与个人的任意使用，如自然资源的经营；有些则是为了实现“公共福祉”而允许所有公民个体的一般使用，如道路和水流，对此需加以不同对待。在这种情况下，对作为“私法人”的国家所具有的基本权利主体地位问题，就不能一概而论，需要深入到“国家”在利用“国有财产”方面的各种不同类型加以讨论，无论是“公法人”、还是“私法人”的国家都不能断然被排除在基本权利的主体范围之外，就宪法上“国家所有权”而言，需要进一步对宪法财产权在社会变迁背景下所承担的社会功能加以分析。

四、财产权社会功能的变迁：私人财产权与“国家所有”的异质性

只有对宪法财产权的社会功能加以解析，才能进一步澄清“国家所有”与财产权的关系，并回答“国家所有”能否纳入到宪法财产权的框架中这一棘手问题。

1. 财产权：从人格自由到经济自由的限缩

传统来说，对宪法财产权的理解是自由主义的，对私有财产的保障起源于启蒙时期，并与个体自由紧密联系在一起。正如德国联邦宪法法院在判决中所强调的，基本法第 14 条第 1 款第 1 句所规定的财产权是“一种核心基本权利，与个体自由的保障具有内在紧密的联系”，[2]财产权的功能在于，“确保个体在财产法领域中的自由空间，并藉此能够自主安

[1] BVerfGE 15, S. 256 (262); 18, S. 385 (386f.); 19, S. 1 (5); 21, S. 362 (373f.); 31, S. 314 (322); 42, S. 312 (321f.); 45, S. 63 (79); 53, S. 366 (387); 59, S. 231 (254);61, S. 82 (102f.).

[2] BVerfGE 24, S. 367 (389); 30, S. 292 (334); 31, S. 229 (239); 50, S. 290 (339); 97, S. 350 (370f.); 100, S. 226 (241).

排自己的生活”。[1]但这里存在的问题是：是否可以将财产权理解为个体自由得以展开的***实质基础***，即只有在实现最基本的生存保障前提下，抽象的人格自由才有可能。尽管财产与自由自近代以来几乎被视为是同义词，但时至今日已经开始有学者对财产权的这种“生存保障”功能提出质疑，认为虽然不能完全抛弃财产权之于“自由”的意义，但将其界定为财产权唯一或者首要的功能则并不确切。比如有的学者认为，财产权这种自由保障功能在高度分化的、区分不同类型具有资产价值的主观私权的私法秩序中就是不合适的。[2]如果将财产权理解为生存保障的工具，那么在财产权作为“消极权利”（防止国家对财产的剥夺、克减以及转变）与为实现自由而进行“生存保障”的积极权利之间就存在着断裂，甚至财产权被赋予了社会权的积极属性。为实现生存保障，就需界定能够保障个体人格自由发展的“最低生存标准”是多少，而立法者在对财产权的“内容”加以具体界定和安排时，就会变得任意，“并可随意放弃主观私权，对之进行毫无限制的修改，通过其它类型、其它范围和内容的权利取而代之，只要法律主体其‘资产状态’能够保持不变”。[3]而这显然与财产权作为基本权利所具有的“要求国家消极不干涉”的宗旨不符。[4]就此而言，宪法财产权设立宗旨并不是透过财产保护而要求对整个社会生活和经济生活进行一种基于民主而正当化的全权安排，也就是说实现“政治民主对社会与经济的潜在性的绝对统治”。[5]毋宁说，财产权的设立在于“保障作为法律之人格的个体市民在一定程度上能够参与到社会安排（Sozialgestaltung）”，[6]就此而言，宪法不会因“生存保障”之故而透过财产权对社会经济生活进行全面安排，与基本法第 12 条第 1 款、第 9 条第 1 款及第 2 条第 1 款一样，财产权的宗旨同样在于保障个体在经济领域的自治，即“财产法领域的私人自治”，只有在此框架内，才赋予立法者充足的空间，对财产权的“内容与限制”加以规制（基本法第 14 条第 1 款第 2 句），并在财产权的私利性与公共福祉以及实现自由的需求之间进行协调（基本法第 14 条第 2 款以及第 3 款第 1 句），但立法者所体现的政治民主过程中并不能逾越这一框架，而对财产权加以“不合比例”的限制或者对社会经济生活给予全方位的安排。

从财产权的制度保障（Institutsgarantie）角度来看，财产权保障的是作为“作为法律制度的私有财产（Privateigentum）”，[7]其核心在于确保“私人财产”这种前国家的状态不因国家兴废、政权变更而受到侵犯，其要义在于确保启蒙以来的“市民社会”秩序不受触动，因此财产权保障的是一种“经济自由”、“私法上的财产制度”以及“针对国家的防御权”，而不是要积极实现“人格自由”的社会-经济前提。尽管在德国的宪法实践中，“财产”（Eigentum）的概念从自由权和防御权的请求扩展到分享权领域、从私法的位置扩展到公法，[8]即国家通过立法进行的社会保障和行政给付必须维持在一定水准，否则个体即可主张财产权，也就是说，财产的概念扩展到了“对社会保障的预期”领域。但德国联

[1] BVerfGE 24, S. 367 (389); 68, S. 193 (222).

[2] *H. –J. Papier*, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, in: VVDStRL 35 (1976), S. 82.

[3] *Papier*, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Art. 14, Rn 3.

[4] *P. Krause*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten: die Tragweite des Eigentumsschutzes von öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüchen am Beispiel der Rentenversicherung, Berlin 1982, S. 42ff.

[5] 持此观点的是，*A. Arndt*, Das Problem der Wirtschaf tsdemokratie in den Verfassungsentwürfen, SJZ 1946, S. 137；批判性意见参见 *F. Böhms*, Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, in: *Franz Böhm*, Reden und Schriften, hrsg. von E. –J. Mestmäcker, 1960, S. 46ff.

[6] *Papier*, a. a. O, Rn. 4.

[7] *Papier*, ebd., Rn. 4.

[8] *F. Becker*, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte Kommentar, Art. 14, Carl Heymanns Verlag 2010, Rn. 55ff.

邦宪法法院仅不完全的承认了这种从防御权向分享权的扩展，[1]并未从本质上改变财产权的“消极”属性。

2. 财产权的社会功能：维系经济系统的分出（Ausdifferenzierung）

财产权经历了从启蒙时期与“一般人格自由”紧密相连到今天仅承担“经济自由”的功能，与社会的功能分化、经济系统的分出也是密切相关，对此，卢曼曾有过论述，在他看来，财产权的功能变迁与“经济系统”的功能变迁是同步的。卢曼认为，长期以来将“经济”视为是“需求满足的沟通结构”这种观点是一种误解，在货币（Geld）产生以前，整个社会的经济结构是与家庭、宗教、法律和政治联系在一起的，甚至是合为一体的，此时经济活动确实主要以“满足生存需求”为旨向，而经济系统与其它社会子系统也整合在一起，难以分开，经济活动有赖于宗教、道德乃至政治上的结构。然而，货币作为经济系统的沟通媒介出现之后，经济系统自身而得以系统化，并逐渐变得相对自治，原因在于货币这种沟通媒介作为“上帝在技术上的替代品”成为经济系统的系统原则，“通过货币的制度化，对于人类而言核心的生存问题就被重新界定为稀缺性的问题”。[2]自此之后，经济系统的稀缺性只是货币的稀缺性，其总量是恒定的。尽管，货币仍然具有价值测定与交换手段这两种功能，而后者是需求满足的辅助手段，但货币一旦成为经济系统的沟通媒介和原则，则经济系统就不再与需求的满足、伦理的要求等存在直接关系，而只关心通过“市场”实现的货币交换。货币作为经济系统的符号其本身不具有任何“固有价值”，从而将经济系统从一种“价值预设”和“前在的约束”中解放出来，并使之具有“理性”。[3]

经济系统的分出与整个社会系统的分化是同步的，都与宗教、政治权威的流失以及民主的发展和社会多元价值的出现密切相关，在经济系统的分出过程中，值得反思的是国家与经济之间的关系。通过观察，可以发现，经济的运行在近代以来虽然摆脱了前在的“价值预设”，但却很大程度上依赖于涉及货币制度的国家决定。经济政策经常通过民主化的国家决定而不断加以调整，而另一方面，国家的运行在很大程度上也要依赖于“财政”，或者说“货币支出”，由此可见国家与经济之间存在的相互依赖。然而这种相互依赖在卢曼看来却并不影响“国家决定”与“经济运行”在整体系统层面上的独立性，二者都不会因个案的关联而影响整体系统的运行原则，如果这种相互依赖最终以某个系统运行的独立性为代价，则系统之间的分化也就不存在了，可以说，系统之间的相互依赖恰恰是以系统的封闭性和独立性为前提，而这正是卢曼所描绘的从“整合性的社会”向“功能分化社会”这种“社会演进”所带来的结果，正是现代社会价值多元和“功能分化”的特征构成了社会子系统的“界分”以及系统层面上的“相互依赖”，但这种“依赖”或者相互之间的“间接影响”（系统与环境之间的关系）都是以“尊重对方的一般化原则”为前提的。[4]

因此，对于卢曼来说，社会系统之间的“功能分化”必须得以维持，就经济系统而言，其必须防止以政治系统为典型的其它系统的侵蚀，而基本权利中的财产权恰恰具有此种功能。在卢曼看来，宪法中的财产权和其它自由权的功能并不在于建构“货币制度”，[5]卢曼也因此否认了“经济宪法”这一术语，因为在他看来，经济系统并非通过“宪法”以及“基本权利”所加以秩序化，[6]宪法中的基本权利，如财产权、职业自由、契约自由（从基

[1] BVerfGE 53, S. 257f. (289f.); 58, S. 81f. (109); 69, S. 272 (298); 74, S. 203ff.; 75, S. 78 (96ff.); *F. Ossenbühl*, Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Festschrift für Zeidler, Bd. I, Berlin 1987, S. 625ff.

[2] *N. Luhmann*, Grundrechte als Institutionen. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 3. Aufl., Berlin 1986, S. 110.

[3] *Luhmann*, ebd., S. 112f.

[4] *Luhmann*, ebd., S. 115.

[5] *Luhmann*, ebd., S. 116.

[6] *Luhmann*, ebd., 115f.

本法第2条第1款中的一般行为自由中演绎）等经济自由，其无法成为经济系统的“宪法”或者说“根本组织原则”，因为这些基本权利的功能不在于将国家与经济、将政治系统与经济系统分离开来，并因此保证经济的“组织运行”，能够实现这种分离的只有沟通一般化的不同原则：货币与政治权力，因此，基本权利的目的在于在于维护这种分离，即社会系统的“功能分化”，具体来说是“维护沟通结构各种不同的一般化方向以防止——由政治系统（当然也可能由社会其它子系统）所引发的——简单化的融合趋势”，[1]因而基本权利并无法真正建构起经济系统的“组织原则”。[2]经济系统的沟通媒介是货币，这不同于政治系统，政治系统的沟通媒介“权力”需要宪法加以规制，因此“宪法”是政治系统与法律系统结构耦合的形式，但却并非经济系统与法律系统的。

在卢曼看来，由于经济运行经常受到国家决定的频繁影响，因此，经济系统的自治经常容易受到政治系统的威胁，甚至可能因为政治系统的侵蚀、国家官僚体制的干预而对经济产生如此强烈的影响，以至于“使得整个经济的生产领域完全国家化并调控整个产品与工资的消费”，由此一来，“对于经济而言，取而代之的是一个原则上依赖于参与条件和国家内部权力分配并使货币仅具有空头配额证的特殊功能”。[3]这在计划经济体制下的中国表现的尤其明显，彼时的经济系统在很大程度上受控于政治系统而缺乏独立和自主性，只有在“社会主义市场经济”取代“计划经济”之后，才有所改变，经济系统才从政治系统的羁绊中逐渐分离出来。因此，财产权作为基本权利以及其它一些经济自由其功能就在于防止政治对经济系统的干预并且架空经济系统的自主运行，也就是“维持社会的功能分化”。

基于这一点，卢曼对财产权的功能进行反思和修正。自由主义和今天仍占据主流的观点是：财产应该被视为是个体的自由或者说人性尊严的前提，财产权是从人之为人的权利中推演出来并因此作为并不包含公共或者政治意义的“私有财产”而存在。在卢曼看来，人格利益与经济上的支配权结合在一起对尚未成规模的早期资本主义经济的发展起到了不可估量的作用，[4]这对于早期的市民阶层与等级贵族的斗争具有相当重要的意义，但如果今天仍然将之视为是财产权的存在理由，则显得过于陈旧。因为随着市民社会的不断发展、成熟，在已经实现了早期市民法治国所追求的自由、平等之后，这一自由主义的论断中不可回避的一个问题是：对于自由和尊严的生活而言到底多少财产才是必需的？同时不能忽略的是，为什么自由或者尊严应该以非常不平等的方式分配于芸芸众生之间？[5]这种以“私有财产”保护为旨向的自由主义理论因此可能遭遇到一种实质平等式的、最终以否定私有财产为方向的意识形态问题，事实上，只有形式意义上的平等思维才能保证宪法上的财产概念具有可操作性。[6]在卢曼看来，在今天多元分化的社会中，财产权的证立无法从更高级的理性自然法中实现，其本质意义不在于保护个体的人格属性，或者说财产所有者的个体人格需求，也不在于满足其特殊的物质需求，它保障的是“[个体]在经济沟通系统中的参与角色，因为如果没有此种保障，[经济的]沟通系统就无法得以一般化”。[7]通过沟通角色的确保，个体能够根据特定、可预期的规则支配货币以及与货币价值相当的有形资产，货币制度是以与之相符的“角色分配”为前提的。

如此一来，必须将财产权的本质与“社会的分化”联系在一起，并将财产权与“货币价值”联系在一起，将之视为是财产权的核心，因为财产的货币化有利于经济系统的独立和分化。而在一个功能分化的社会中，财产权的核心必须被“普遍化”或者说“一般化”，

[1] *Luhmann*, ebd., 116f.

[2] *Luhmann*, ebd., 116.

[3] *Luhmann*, ebd., S. 117.

[4] *Luhmann*, ebd., S. 122.

[5] *Luhmann*, ebd., S. 122.

[6] *Luhmann*, ebd., S. 121.

[7] *Luhmann*, ebd., S. 120.

因为只有通过这种方式其核心才会具有一般意义。通过财产权等基本权利，货币制度以间接的方式得以保障，个体对货币和具货币价值的财物的支配权以及由此产生的货币系统的信任基础也可以得到保障，从而防止国家的侵入。虽然财产权并未直接建构起经济系统赖以独立生存的货币制度，但却对货币制度的维系起到保障作用，有助于维持经济系统的界分，防止因政治系统的干预而导致的“去界分化”。货币这种沟通符号对于需求的满足而言并无直接的价值，它对于沟通机会而言是一般化的符号，货币制度化的前提是基于一种确定性的信赖：这种沟通的机会可以被兑现，任何人对货币的选择自由都可以成为现实。如果想要维系货币的功效，就必须保障此种信赖不受侵害，通常这种外在的侵害不是遵循经济系统的规则（也就是按照市场的规则），而是遵循权力的规则，也就是说对货币制度的侵害主要来自于政治系统。因此，德国基本法第 14 条规定的财产权所保障的并不仅仅是维护财产所有人对物或者权利的支配权，或者说保障资产的恒定价值，而是按照相应的市场条件保障在货币中符号化了的沟通机会，宪法赋予的并非是价值保护、而是功能性的保护。只有通过这种功能性的保护，个体在经济系统中的沟通角色才能得到维系，货币符号的一般化也才能得以维系，而经济系统的自治才能得以确保，从而免受政治系统的侵蚀。从这个角度来说，德国联邦宪法法院将财产权的保护扩展至“货币等资产领域”也与卢曼的理论暗通款曲。

3. “国家”参与经济的限制：宪法上国家所有权的排除

在这里值得注意的是，国家本身通过对货币及相关财物的占有而成为强有力的经济参与方，由于其行为涉及货币，因此在经济中就会产生“系统相关的后果”。“由于国家的经济能力如此巨大，其形成富有成效之集权决断的能力如此之强，以至于不能允许国家像其他经济主体一样将货币单纯视为是实现目的的工具”。[1]“工具”作为因果要素之一其特征在于“价值视域的限缩”，意味着“因定向于某一特殊目的而将行动后果的其它价值视角排除在外”。[2]只有在特定的制度框架内，行动者才能承担此种“后果的中立化”，在经济领域中，货币制度所保障的就是，“在通常情况下将货币符号作为纯粹的工具加以适用”，[3]但如果一种行为本身就会对制度产生影响，当对经济系统的影响其界限被逾越时，也就是说经济系统作为系统的独立性和封闭性受到威胁时，那么这种日常行为的框架保障就失去作用了。政治系统通过大量“非经济的工具应用”就可能导致这种“界限的逾越”，[4]比如国家可以通过政治决策影响经济的走向、通过资源的垄断阻碍市场竞争、通过权力的方式挤压私人资本，从而导致“与民争利”的现象出现，虽然国家直接参与经济并通过政治方式获利并不会直接导致经济系统自主性的丧失或者取消经济系统的沟通符码，但却会导致政治系统对经济系统的过度介入，并导致经济系统的运行直接屈从于特定的政治目的。限制“国家”直接参与经济并不意味着国家不可以对经济系统施加任何影响，因为经济系统的自主性并不能等同于经济自由，对经济自由的限制并不意味着经济系统自主性的消失，国家通过政治手段对经济系统的介入不能以取消或者限制个体在经济沟通系统中的参与为代价，而是以保证个体的参与角色为前提，就此而言，美国新政时期国家对经济和契约自由的干预以及各种反垄断措施等等都是以此为前提，国家对经济自由某种程度的干预反而有助于经济系统沟通符码的一般化。另外，基于公共福祉的原因，作为具有维系社会系统分出之功能的财产权也可受到限制，比如对财产的征收、财产权的社会义务等，然而这种限制是基于宪法作为“社会多元功能统一体”的需要，整体社会的维系并不能仅仅基于单

[1] *Luhmann*, ebd., 117.
[2] *Luhmann*, ebd., 117.
[3] *Luhmann*, ebd., 117.
[4] *Luhmann*, ebd., 118.

一的视角，社会子系统的运行不可避免要受到环境（其它社会子系统）的影响，并产生“结构耦合”，但这种影响与限制不能以取消“社会系统的功能分化”或者说以牺牲某一社会子系统的自创生为代价。

在现代“社会功能分化”的前提下，财产权的社会功能在于“维系经济系统的分化”，防止政治系统对经济系统的过分侵入。如果从这个视角去审视宪法上的“国家所有权”，就可以有着更为清晰的认识，那就是尽管不能从“公法人基本权利主体”地位角度完全排除“国家”的基本权利主体地位，但通过对财产权社会功能的分析，却发现“国家所有权”的宪法建构会使得“国家”凭借基本权利而加强其政治上的优势地位，从而对经济系统的自主性产生威胁。因此，原则上，当“国家”作为政治系统的载体（比如进行经济决策、提供公共服务等）时，并不能成为宪法上“财产权”的主体，否则就会与财产权的社会功能相悖，这基本上排除了以“公法人”形式出现的“国家”（无论是进行直接的行政行为、提供公共服务或给付、还是从事盈利活动）作为财产权主体的情形。以“私法人”形式出现的国家情况则较为复杂，因为此时的“国家”在相关制度的约束下，可以视为是纯粹参与到经济系统，而并不进行政治系统的运作，在此情形下的“国家”仍保留宪法财产权主体地位之可能，比如实现“资本民营化”或者“公私合营”的国有企业。“民营化”的国有企业能否成为宪法财产权的主体仍然是一个饱受争论的议题，本文寓于主题，无法展开，但可以简单勾勒的是，只实现了“形式民营化”或者“组织民营化”的国有企业，如果仍然是国家独资或者国家占据多数股份，则仍不能从基本权利义务主体的地位中摆脱出来，摇身一变成为基本权利的权利主体，也就是说在这种情况下，国有企业本身仍要受基本权利的拘束（如电信公司要受到宪法第 35 条有关通信自由和通信秘密的约束），而非自身得主张基本权利，原因在于，仅形式民营化的国有企业仍然无法完全摆脱政治勾连，只是换了种方式履行公共任务，此类企业的政治属性非常明确。而部分实现了“资本民营化”或者“任务民营化”的“国有企业”在从事公共给付活动时其基本权利主体地位仍受到限制，并仍应受基本权利的拘束。只有完全实现了“资本民营化”的国有企业在从事纯粹的盈利活动时才有成为基本权利主体的可能。

虽然从财产权的社会功能角度可以进一步厘清宪法上“国家所有权”的悖论，但仍需要从中国宪法中“国家所有”的设立目的本身指出其与宪法财产权的南辕北辙之处，并指出二者的不兼容本性，这就需要回到历史与现实双重视域下的文本理解。

五、“视域融合”中的“国家所有”：文本与历史

宪法上“国家所有权”的成立与否同样需要视宪法中设立“国家所有”的目的而定，视其与宪法财产权的本质属性是否相契。而我国宪法财产权的“本质属性”则需要从文本和历史的变迁中寻找，对文本变迁的理解需要从历史变迁的角度透视其内在含义，这并非是一种“还原历史”的历史主义解读，而是透过历史的变迁寻找文本今天的意义，其意义还在于可以避免将宪法当作一个“我们希望看到什么就能从中看到什么的”水晶球。

1. 八二宪法变迁的总体趋势：经济系统的分出

八二年宪法在四次修宪中变动最大的莫过于社会主义经济制度条款，就“国家所有”而言，土地和自然资源的国家所有都未做修改，但宪法第 7 条却在 1993 年修宪时从“国营经济”改为了“国有经济”，一字之差其涵义完全不同。八二年宪法通过时，虽然慢慢承

认社会主义公有制之外存在集体经济组织和个体经济，[1]但毕竟社会主义公有制仍然占据绝对统治地位，其目的在于“消除社会生产的无政府状态，实行计划经济”，并将之视为是“社会主义制度优越于资本主义制度的重要标志”，当时虽然承认多种经济形式，认为“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济”的同时，规定“国家通过经济计划的总和平衡和市场调节的辅助作用，保证国民经济按比例地协调发展”，但公有制和计划经济仍是基础，当时也意识到国家在计划管理上存在着统得过多过死的问题，因此采取了一些措施激发积极性和主动性，给企业以不同范围的自主权，规定“国营企业在服从国家的统一领导和全面完成国家计划的前提下，在法律规定的范围内，有经营管理的自主权”，但当时的“国营企业”仍然承担了过多的“非经济负担”，或者更准确的说，“政治任务”。在“社会主义”的远景目标下，公有制的存在目的在于消灭“人剥削人的制度”，虽然八二年宪法立足于中国的经济现实开始承认“市场调节的辅助作用”，[2]对“私有财产”（宪法第13条）和“个体、私营经济”（如宪法第11条的规定）规定了有限的承认与保护，但为了实现社会主义理念下个体的分配正义，也就是“实质平等”，仍需要国家管控一切的计划经济为支撑，而“国营经济”恰恰是实现此种目标的手段，其根本任务在于承担国家的计划指令，实现国家计划分配的任务，并进行“有计划有组织的”劳动。[3]可以说，此时国家远景目标为大，除此之外几无个体利益立足之处，国家与个体的关系在于：国家是一个理想国和利维坦，国家与社会利益至上，而个体需为之服务。

但八二年宪法已经开始尝试对无所不包的计划体制进行突破，因此规定了国营企业的“经营管理自主权”和集体经济组织的“独立进行经济活动的自主权”。总体而言，在这个阶段，经济虽然获得了一定的自主空间，但仍处于政治系统的控制之下，经济的运行要服从于政治目标的实现，而“国营经济”的存在就是为实现特定政治目的而设。

此后的宪法修改表明了“计划体制”的进一步削弱，1988年的宪法修改虽然最后只保留了第11条“私营经济”和第10条第4款“土地使用权”两处，但在讨论中却提出了涉及七处修改的方案，其中包括增加“社会主义初级阶段”、“坚持改革开放”等内容，对第6条关于“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”进行修改，对第15条“国家实行计划经济和市场调节的辅助作用”的规定进行修改，增加规定“全民所有制企业实行所有权和经营权分离”等内容。[4]所有这些都表明，自1978年以来所确立的路线变化逐渐体现到宪法规范层面，并且逐渐开始产生一种变革的声音，即承认社会主义的远景理想在现实的经济条件下无法实现，需要树立“社会主义初级阶段”理念，并为经济的进一步放开、从国家和政治的计划管控中逐渐脱身并实现自主运行奠定理论和宪法基础，实现“国营经济”在“所有权”和“经营权”上的分离目的就在于实现国家计划调控与自主经营的适当分离，使“国营企业”逐渐按照市场的需求、而非国家指令性计划的要求运行。

1993年的宪法修改无疑是一种体系上的改变。“社会主义初级阶段”、“坚持改革开放”、“国家实行社会主义市场经济”以及“国营经济”、“国营企业”改为“国有经济”、“国有企业”都旗帜鲜明的表明一种倾向：经济领域的“去政治化”。[5]尤其是从“计划经济”转型为“市场经济”预示了经济领域自主性的开端，即经济领域要按照市场的法则、而非政治的要求去运行。如果结合1978年之后的中国社会转型的整体走向，更可

[1] 如彭真在《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》（1982）中指出，“国营、集体和个体这三种经济，各在一定范围内有其优越性，虽然它们的地位和作用不同，但都是不可缺少的”，参见彭真：《彭真文选》（1941-1990），人民出版社1991年第1版，第446页。

[2] 许崇德著：《中华人民共和国宪法史》（下），福建人民出版社2005年第2版，第486-488页。

[3] 前引70，彭真书，第447-448页。

[4] 蔡定剑著：《宪法精解》，法律出版社2006年版，103-104页。

[5] 参见李忠夏：从制宪权角度透视新中国宪法的发展，《中外法学》2014年第3期。

以清晰看出这种经济系统从政治系统逐渐分出并具有自主性的总体趋势。78年十一届三中全会以及82年宪法之前，中国的现代化之路基本是按照一条政治主导的路径前进。由于这条路径所具有的“塑造”色彩，就导致这一过程具有很强烈的“强制性”色彩，并出于“公意”而不可避免牺牲了个体和自我，这在文革之中体现的尤其明显。鉴于历史的教训，78年的十一届三中全会对这一路径进行了全面反思，围绕“实践是检验真理的唯一标准”这一真理观的大讨论，也反映了这一点。82年之后的转变可以归纳为两点，一是工作重心从政治领域转变到经济领域；二是所有的国家政策都带有试验的性质，而不是一刀切的强行推动。[1]前者的意义在于，建国之后一直推行的政治决定论逐渐转向了经济发展，而经济发展的本身规律便具有一种自主性和“去政治化”的特质，后者的意义则在于一种必然性思维的去除。尽管82年宪法取消了“以阶级斗争为纲”的强烈意识形态式的规定，而走向更加务实的经济建设道路（工作重点的转移），但78年之后直到82年宪法的通过，以及之后的发展路程，仍然有国家干预的色彩在内，如农村土地改革、价格双轨制、经济特区、市场经济、分税制改革等等，这些都有很明显的国家推动的特征。但此时的国家推动已不具有之前的强制性特征，而是具有“试验性”的特征，从家庭联产承包责任制开始，国家每一次推动新的政策，都是先行试点，再全国推广，这意味着国家思维的转变，即承认在国家建设方面，并不存在预先设定的客观真理和绝对必然性，而是需要通过社会的接受度对政策的推行进行检验，这就表明了国家政策与社会内在结构的一种接轨，而这与“真理观”的大讨论也密切相关。在转型过程中，随着市场经济的逐渐产生以及企业自主权的逐渐放开，价格问题变得异常突出，“价格不合理集中体现在能源、原材料等基础工业价格低”，而“加工工业品价格高”，国家指令性价格体制导致了“基础工业越来越跟不上加工工业的发展”，[2]因此在84年之后，鉴于这种新旧体制的并存，就采用了一段时间的价格双轨制，而90年代之后，尤其是94年以后，随着市场经济的入宪以及全面推行，双轨制最终并轨，而价格改革的彻底转型也意味着在中国“经济系统自主性”的雏形已经形成。

2. 宪法财产权的属性：私有财产权 vs.公共财产制度

从社会变迁的整体趋势再反观“宪法文本”就可以更好的解读“文本的变迁”。就“国家所有”而言，首先从“国有经济”层面，这里要区分的是两种转变，一种是宪法第7条“国营经济”变为“国有经济”，另一种则是宪法第16条“国营企业”向“国有企业”的转变的转变。一般认为，这两种转变具有同等性质，主要目的在于实现国有企业“所有权”与“经营权”的分离，从而实现国有企业自主经营的目的，其背后所蕴含的是将国有企业从[为实现某种理想性政治目标而实施的]国家计划指令中解放出来，基于这一目的，则可以很好理解从“国营企业”到“国有企业”的转变。同理，“国营经济”向“国有经济”的转变也意味着国家不再直接参与经营，但其辐射范围却更广，因为这一转变意味着整体经济制度的转变，国家不再通过“行政”的方式主导国有经济的运行，而是通过许可、授权、民营化、股份制改革等多样化的方式将“国家所有”财产的使用权甚至收益权让渡出去，以私法的形式出现、以市场的法则运行，成为经济系统的一部分，虽然必要时仍保留行政管制的权力，这其实实现了“国家”和“国有企业”的剥离。因此，“国营经济”向“国有经济”的转变就不仅仅在“国有企业”方面产生影响，同样对“国家所有”的方

[1] 邓小平于1986年9月2日在《答美国记者迈克·华莱士问》一文中指出：“我们也讲现在我们搞的实质上是一场革命。从另一个意义来说，我们现在做的事都是一个试验。对我们来说，都是新事物，所以要摸索前进。既然是新事物，难免要犯错误。我们的办法是不断总结经验，有错误就赶快改，小错误不要变成大错误。”载《邓小平文选》第三卷，174页。

[2] 张神根、端木清华编著：《改革开放三十年重大决策始末》（1978-2008），四川人民出版社2008年版，172页。

持法》 2011年3月1日施行。	失，保护和合理利用水土资源，减轻水、旱、风沙灾害，改善生态环境，保障经济社会可持续发展，制定本法。	态保护，属于与自然资源有关的生态保护法。
《中华人民共和国森林法》 1985年10月1日施行。	为了保护、培育和合理利用森林资源，加快国土绿化，发挥森林蓄水保土、调节气候、改善环境和提供林产品的作用，适应社会主义建设和人民生活的需要，特制定本法。	该法的立法目的包括森林资源的财产价值、生态价值以及社会价值兼有，上述多元价值较难区分。该法性质上属于与自然资源有关的生态保护法。
《中华人民共和国草原法》 2003年3月1日施行。	为了保护、建设和合理利用草原，改善生态环境，维护生物多样性，发展现代畜牧业，促进经济和社会的可持续发展，制定本法。	该法的立法目的包括草原资源的财产价值、生态价值。一般认为，该法性质上属于与自然资源有关的生态保护法。
《中华人民共和国野生动物保护法》 2004年8月28日施行。	为保护、拯救珍贵、濒危野生动物，保护、发展和合理利用野生动物资源，维护生态平衡，制定本法。	该法的立法目的主要是保护濒危野生动物与合理利用动物植物资源，立法的价值位阶应为动植物的生态价值、动植物的财产价值、动植物的社会价值，该法属于与自然资源有关的生态保护法。

四、自然资源国家所有权法律义务的来源

由上文分析可知，自然资源在当代社会具有多元价值，且自然资源的多元价值及其法律保障在我国的自然资源法律中已经得到体现。我们需进一步考量的是，我国宪法中关于自然资源的规定与我国的自然资源法律体系的关系如何？自然资源的多元价值与国家拥有自然资源所有权之间的关系如何？国家在自然资源领域需承担一定的法律义务的正当性何在？

（一）国家的法律义务及其基本内涵

由于“传统的宪法权利理论把公民基本权利与公民基本义务当作一对基本范畴来研究，可以说这是受法理学权利义务理论框架影响的产物”[1]，使得在理论研究中“对国家义务长久忽视，导致公民基本权利因缺乏义务主体而被架空、虚化”[2]，学者们对国家义务的研究深度有待加强。作为“萌芽于古罗马、古希腊城邦国家、发端于罗马法复兴时期、形成于英国《大宪章》时期、确立于世纪英国资产阶级革命时期”[3]的国家义务，是“国家目的实现的有效路径”[4]，在社会价值多元的现代社会成为解释国家与国民关系的重要切入。

关于国家义务的内涵，有学者认为“国家义务寄生于国家概念之中，国家义务与国家目的在同一时序上产生，国家义务与人权概念互为条件，国家义务论涵盖于国家正义论之中，”[5]并且进一步认为“国家义务是创设并满足有利于公民实现最美好生活的条件，履

[1] 童之伟：《中国30年来的宪法学教育与研究》，载《宪法学、行政法学》2008年第2期。
[2] 袁立：《公民基本权利视角下国家义务的边界》，《现代法学》2011年第1期，第33页。
[3] 蒋银华：《国家义务概念之萌芽与发端》，载《广州大学学报》（社科版）2011年第7期，第30页。
[4] 同前引23。
[5] 同前引23。

行相应的义务，恪尽相应的责任”[1]，“生活的全部高尚寓于对义务的重视，生活的耻辱在于对义务的疏忽”[2]。可见，国家义务与公民权利是相对应的范畴，并与国家目的紧密关联。

有学者在分析了国家义务的宪法哲学之后认为，“基本权利的国家义务有其宪法哲学基础，是权利需要决定了国家义务，作为客观规范或客观价值秩序的基本权利理论为宪法权利国家义务的存在提供了宪法哲学基础。我国宪法建立了初步的国家义务宪法规范，但是对这些国家义务性规范缺乏足够的重视与研究，致使没有建立起我国基本权利的国家义务理论，从而使基本权利的保障存在许多问题[3]。还有学者在分析了权力、权利与义务的相互关系后认为：“国家有权力必有义务，将公民与国家的关系简化为权利—权力关系是不正确的”[4]，并认为“国家在法律上的代表就是权力”是一个错误的命题，“国家的义务是满足公民权利的需要”，“权利、国家义务、国家权力三者的关系是：‘权利的需要’决定国家义务并进一步决定国家权力；国家权力服务于国家义务并进一步服务于公民的权利”[5]。

（二）自然资源国家所有权的义务来源

现代公共性理论是国家义务理论的重要来源。无论是自然资源的生态价值还是社会价值，其最终指向皆为自然资源的公共性，自然资源的公共性与作为资源产品的物权的主体唯一性与排他性形成自然资源领域相关权利的两套范式，并通过现代公共性理论形成自然资源领域国家义务的连接点。

1.国家拥有自然资源所有权的对应义务

近年来，在谈及关于宪法第9条第1款与第2款的关系时，已经有学者敏感地注意到，自然资源国家所有权可能与一定的责任或义务相对应，比如，税兵教授曾发出如此疑问：“作为自然资源所有者的国家应承担何种社会义务？宪法所有权与私法所有权在规则上如何勾连？如何实现合宪性控制？自然资源产品所有权具有何种法律特性？诸多问题，不一而足。”[6]，张翔教授则较为明确地提出：“宪法第9条所列的自然资源这些具有很强的公共性的财产，对其进行的法律层面的内容界定，就要更多考虑其公共使用性。也就是说，虽然这些财产是属于国家所有的，但因为这些财产较之私人财产承担着更多的社会功能，因而应该受到更多的社会约束”[7]。

在上述义务观的基础上，有学者从规制主义的角度认为“宪法第9条是国家为确保社会成员持续共享自然资源，对自然资源使用而设立的国家规制；第2款的真谛在于确立具有责任性的“规制国家”而非“全权国家”，政府处分自然资源的行为也应符合宪法的规制[8]，还有学者进一步认为“宪法第9条并非简单宣示国家的自然资源所有权，以保障国民经济的发展，而是设立了一种国家责任”[9]，“国家应当按照《宪法》规定自然资源国有的目的以及相关法律条文对自然资源国家所有权施加限制”[10]。

张翔认为依据基本权利的功能体系，可相应地将国家义务划分为“消极义务(不侵犯义务)；给付义务(提供各种物质、程序给付和其他相关服务的义务)；保护义务”[11]。笔者认

[1] 蒋银华：《论国家义务的理论来源：现代公共性理论》，《法学评论》2010年第2期，第19页。
[2] 西塞罗：《论义务》，王焕生译，中国政法大学出版社1999年版，第9页。
[3] 杜承铭：《论基本权利之国家义务:理论基础、结构形式与中国实践》，《法学评论》2011年第2期，第30页。
[4] 陈醇：《论国家的义务》，《法学》2002年第8期，第15页。
[5] 同前引29。
[6] 同前引7，税兵文，第18页。
[7] 张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013年第4期，第63页。
[8] 同前引5。
[9] 陈海嵩：《国家环境保护义务的溯源与展开》，《法学研究》2014年第3期，第77页。
[10] 肖泽晟：《自然资源国家所有权的宪法限制》，《南京工业大学学报（社会科学版）》2011年第4期，第46页。
[11] 张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务》，《中国法学》2006年第1期，第24页。

为，上述分析框架对于理解国家对因拥有自然资源所有权而应承担什么样的责任或义务具有启发意义。当将宪法中公民的基本权利与国家的保障义务在具体类型的权利上的对应性进行剥离，而将公民的基本权利类型化为防御权、受益权、客观价值秩序权时，宪法中的国家义务也对应地转化为消极义务、给付义务与保护义务，在自然资源领域，由于自然资源是重要的生产生活资料，公民基于受益权而要求国家履行对应的给付义务即在理论上成为可能。

2.国家在自然资源领域对国民的概括义务

国家对国民负有义务又可区分为基本义务与转化义务，基本义务包括了安全保障义务，而转化义务来源于因为国家在法律上宣布占有了从法理上具有全民性质的资源——如对自然资源的国家所有——而需对国民所承担的义务，这种义务可能被宪法或者法律所记载，也有可能没有，但即便没有文本化，这种义务依然在法理上存在。

国家对于自然资源的义务，与自然资源的公共性密切相关。人对自然资源除了具有财产性需求之外，尚有生态需求与社会需求，所以自然资源兼具财产属性、生态属性与社会属性，从价值层面上，自然资源也兼具财产价值、生态价值[1]与社会价值。也正是在这个意义上，对于自然资源的国家所有，与民法上所有权人对其它物权的所有具有本质差异，对于自然资源的所有并不如普通物权一样只需考虑其物的财产价值的实现，还要考虑到其财产价值、生态价值与社会价值的协调实现或者按比例实现，而这种实现是需要经济法、环境法、行政法等多种法律机制的多元运作的。

笔者认为，自然资源整体价值的实现机制是：以宪法所规定的自然资源国家所有权为纲领，明确国家对于自然资源的义务类型，将这种类型转化为与自然资源相关的法律中的立法原则，将这些立法原则转化为法律规则与相应的法律机制，在对自然资源的开发与利用过程中协调好自然资源的财产价值、生态价值与社会价值，以达到保障经济的可持续发展与公民公平的享有资源利益宪法目的的实现。

五、自然资源国家所有权法律义务的内容

承上文所论，国家在自然资源领域对国民负有相应义务，然这种义务除了在政治哲学与宪法解释上存在外，是否可以类型化并与自然资源领域的法律规范实现对接？下文中笔者将从规范意义与体系意义两个维度上对自然资源国家所有权的法律义务进行类型化分析。

（一）规范意义上的国家在自然资源领域的法律义务

诚如崔建远先生所言：在对相关问题进行探讨时，“如果是立法论或者哲学思考，则论者可以自由驰骋，甚至开宗立派；如果采取解释论，就必须受现行法的拘束”[2]，因此在对自然资源国家所有权的法律义务进行内容确定时，亦不可脱离宪法第9条。由于宪法第9条第2款规定“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”，结合第1款中“国家所有，即全民所有”的规定，笔者认为，规范意义上的国家在自然资源领域的法律义务包括如下三点：

1.自然资源合理利用的保障义务

宪法第9条第2款首句即规定“国家保障自然资源的合理利用”，可见从文本意义上，在确立自然资源国家所有权的同时，国家亦有保障自然资源合理利用的义务。宪法中之所以规定国家需保障自然资源的合理利用，主要是因为在自然资源归国家所有的情形下，有可能造成相关主体（比如国有企业或者政府相关部门）对资源利益的滥用，从而伤害到全民利益，从而使“国家所有，即全民所有”的宪法目的不能圆满实现。

[1] 这种生态价值，不仅对人有意义，而且对其它生物也有意义。

[2] 崔建远：《自然资源国家所有权的定位及完善》，《法学研究》2013年第4期，第66页。

我国主要自然资源法律在规则设计中均体现了上述国家在自然资源合理利用当中的保障义务。我国《矿产资源法》第3条第1款在重申了矿产资源属于国家所有之后，在第2款专门规定“国家保障矿产资源的合理开发利用。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏矿产资源。各级人民政府必须加强矿产资源的保护工作”；又比如，我国《森林法》分专章规定了“森林经营管理”、“森林保护”、“植树造林”等，均体现了国家对森林资源合理利用的保障义务[1]。

2.珍贵动物和植物的保护义务

虽然宪法第9条第1款并没有将野生动物与植物纳入列举的范围，但由于野生动植物在理论上属于自然资源范畴，且其栖息地往往在森林、山岭、草原等各类土地上，因此野生动植物作为自然资源之一种属国家所有也是宪法第9条第1款的应有之义。既然野生动植物归国家所有，那么对野生动植物尤其是珍稀的野生动植物的保护亦应成为国家之义务。

保护珍稀的动物与植物是国家的法律义务，这种义务通过相关的法律又转化为政府的具体责任。我国《野生动物保护法》对野生动物的保护与管理设定了诸多的制度与措施，其本质是履行宪法第9条第2款规定的相关义务的法律转化。也正是在上述意味上，有学者认为，宪法“第9条第2款国家“保护珍贵的动物和植物”的规定，从规范层面看，应解释为隐含有“应当” 的价值判断和立法宗旨，对公权力设定义务”[2]。

3.侵占或破坏自然资源的禁止义务

宪法第9条第2款规定的“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”是基于自然资源“国家所有，即全民所有”的定义而为国家所设置的法律义务。“国家所有，即全民所有”的定义要求自然资源的利益应该为全民所享，而全民所享的实现即要求对非法侵占或破坏自然资源的行为进行禁止，这是保障自然资源国家所有权权能得以实现的必要手段，也是国家在法律上宣称拥有自然资源国家所有权所应承担的相应义务。

国家对侵占或破坏自然资源的行为负有的禁止义务体现在我国的诸多自然资源法律中。如我国《矿产资源法》中规定了矿产资源勘探与开采的许可制度并明确规定了非法侵占与破坏矿产资源的法律责任，《森林法》、《草原法》、《土地管理法》等中也明确规定了非法侵占与破坏林地、草地、耕地等的法律责任，体现了国家在自然资源领域相应的义务。

（二）体系意义上的国家在自然资源领域的法律义务

关于国家在自然资源领域所应承担的义务，除了对规范的严格解读外，尚有结合宪法目的、宪法体系、宪法与法律的关系等层面的体系性解读。笔者认为，从体系性解读的视角观之，国家在自然资源领域需承担的法律义务主要包括如下三项：

1.自然资源财产价值的公平保障义务

由于自然资源具有强烈的财产属性，经过开发后可形成矿产品、林产品、水产品、动物制品等可为人们所利用的物，因此各类主体往往具有占有与开发自然资源的强大动力。从逻辑上解释，宪法第9条第1款规定“国家保障自然资源的合理利用”应该包括自然资源开发利用的全过程，也正是在这个意义上，我国的主要自然资源法律在规则设计中都体现了国家对自然资源开发利用的公平保障义务。

[1] 《森林法》第8条还具体规定了保护森林的主要措施，即“（一）对森林实行限额采伐，鼓励植树造林、封山育林，扩大森林覆盖面积；（二）根据国家和地方人民政府有关规定，对集体和个人造林、育林给予经济扶持或者长期贷款；（三）提倡木材综合利用和节约使用木材，鼓励开发、利用木材代用品；（四）征收育林费，专门用于造林育林；（五）煤炭、造纸等部门，按照煤炭和木浆纸张等产品的产量提取一定数额的资金，专门用于营造坑木、造纸等用材林；（六）建立林业基金制度。国家设立森林生态效益补偿基金，用于提供生态效益的防护林和特种用途林的森林资源、林木的营造、抚育、保护和管理。森林生态效益补偿基金必须专款专用，不得挪作他用。具体办法由国务院规定。”

[2] 同前引34，陈海嵩文，第78页。

资源开发利用过程中的公平保障义务主要体现在资源开发的准入制度、资源利用权的公平配置、资源利益的公平享有等层面。从建国以来我国矿产资源开发利用的历史中，我们可以管窥资源开发利用过程中国家公平保障义务的重要性。建国以来相当长一段时间，由于对自然资源国家所有理解的局限，实行了以国有企业垄断性开采为主的方式，禁止市场主体进入，造成了资源开发利用效能低下的局面。上个世纪90年代以来，一些地区对自然资源的开发采取了过度依赖市场且监管不力的情形，迅速出现的“资源富翁”导致了较为严重的社会不公现象。上述情形在本质上是国家在供给自然资源法律与实施管理的过程中，对公平保障义务的理解、执行不到位的表现。在当前《矿产资源法》修改背景下，加强对宪法中所确立的国家在资源开发利用中公平保障义务的解读，有助于相关法律规则的完善与优化，有利于自然资源在“国家所有，即全民所有”的框架下向“全民共享”的维度迈进。

2.自然资源生态功能的国家保护义务

如前文所言，虽然宪法第9条第2款仅规定了“国家保护珍稀的动物与植物”，但由于动物、植物与自然资源的主要载体（林地、草地、水域等）共同构成生态环境，且自然资源的各类要素共同构成整体生态环境并向人类及其它生物提供生态服务功能，因此国家在拥有自然资源的所有权而对自然资源开发与利用中，应承担良好生态环境的保护功能。

也正是在上述意义上，我国多部自然资源领域的法律（如《森林法》、《草原法》、《矿产资源法》）等在其规则设计中坚持了开发与保护相协调的原则，力争在开发自然资源的过程中，努力做好生态涵养，保证自然环境的生态服务功能，其主要目的就在于对宪法中所规定的自然资源国家所有权承担相应的义务。当然，自然资源生态功能的国家保护义务在具体的实现方式上是多元的，既包括国家在财政转移支付与生态补偿、产业经济发展中的审查等政府行为，又包括自然资源利用规划制度、计划制度、自然资源用途管制度、自然资源负债制度等法律制度，也包括碳交易、排污权交易等生态服务采购与交易制度等的设计等。

3.自然资源社会功能的政府供给义务

由于土地、森林、草原、海域等自然资源具有显著的公共属性，部分群体对其的垄断将构成对其它社会成员合理使用的排除，因此国家在拥有自然资源所有权的同时，需向公众提供基于自然资源社会功能的公共产品或公共服务。基于自然资源的公共属性及公民的公共需要，在开发利用森林、草原、海域等自然资源时，要考虑到公民对良好生态环境的基本需求，既不应以商业目的对上述资源进行全部出卖，也不应以政府管制为目的对上述资源进行全部垄断，尤其是对公民以休憩、游览、观光等为目的地的附着着自然资源的相应区域，国家应以设置免费公园、免费海滩等方式提供公共服务，并对以保护自然生态为目的的风景名胜区、自然保护区等施行公益性运营。

六、结语

国家拥有自然资源的所有权是我国基本经济制度的重要特征，是我国公有制为主的经济体制的重要基石。长期以来，以自然资源开发利用为主的矿业经济、能源经济、资源经济是我国经济形态的重要组成，为国家经济实力的增强与人民生活水平的改善提供了强大的动力。在建设经济文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明“五位一体”的新格局下，承认自然资源具有财产价值、生态价值、社会价值等多元价值，并对法治保障模式进行构建是法学研究的应有之义。以宪法第9条的体系性解读为切入，引入国家义务理论并将之与自然资源的公共性结合，对国家拥有自然资源所有权而应承担的法律义务进行

规范与体系解读，既有利于提升宪法在生态文明时代的适应性，也有利于我国自然资源领域法律的生态化与社会化。

论自然资源国家所有权和自然资源国家管理权

邹爱华*

内容摘要：现有的关于自然资源国家所有权性质的主要观点有：自然资源国家所有权私权说，自然资源国家所有权公权说、自然资源国家所有权三层结构说和自然资源国家所有权双阶构造说。这些观点都揭示了自然资源国家所有权性质的部分真理，在研究方法上缺乏法律体系思维和对法律实践重视不够。从法律体系的角度来审视自然资源国家所有权的法律实践，可以发现，众多的法律部门都会调整国家所有的自然资源，不仅存在自然资源国家所有权，还存在自然资源国家管理权。自然资源国家所有权和自然资源国家管理权存在一个显著的区别：两者的适用对象不同。自然资源国家所有权的适用对象只有国家拥有所有权的自然资源，而自然资源国家管理权的适用对象不仅包括国有自然资源，也包括集体所有的自然资源。不能将宪法上的自然资源国家所有权的内容界定为立法权、行政权和司法权。

关键词：自然资源　自然资源国家所有权　自然资源国家管理权　警察权

今年来，乌木案、气象资源立法案和狗头金案等自然资源所有权归属案件引发了学者对自然资源国家所有权性质的争议。在探讨的过程中，学者提出了一些有启发意义的观点，为我们深入研究自然资源国家所有权的性质问题提供了丰富的理论资料。毋庸讳言的是，自然资源国家所有权性质问题仍然需要深入研究。本文认为应当从法律体系和法律实践需要的角度审视自然资源国家所有权性质，区分自然资源国家所有权和自然资源国家管理权，不能将自然资源国家所有权的内容界定为立法权、行政权和司法权。

一、自然资源国家所有权的性质争议

1、自然资源国家所有权私权说

有学者认为，不应当采用宪法上的所有权与民法上的所有权这样划分的理论来处理我国的自然资源的国家所有权问题。因为这种理论处理，不仅没有什么实际的效果，反而容易把属于民法学范畴的所有权概念复杂化，导致望文生义和理解上的混乱。基于这样的认识，学者认为应当从物权法的层面来理解我国现行的自然资源的国家所有权制度。为此，我们主要是需要借鉴大陆法系国家的相关制度。具体可以将我国的自然资源国家所有权制度框架概括如下：首先，自然资源国家所有权是民法上的一种权利类型。承认这种权利的存在没有任何实质性的障碍。对于学者提出的自然资源国家所有权客体不特定的问题，可以通过更加明确具体的界定加以解决。其次，我国物权法上的自然资源国家所有权的范围

*作者简介：邹爱华（1971— ），湖北大学政法与公共管理学院院长助理、教授、法学博士、西南政法大学法学博士后。

【科研项目】作者主持的国家社科基金重点项目《中外土地征收制度比较研究》（编号：14AZD075）、国家社会科学基金一般项目《土地征收权研究》（编号：12BFX102）、湖北省教育厅哲学社会科学重大研究项目《土地管理制度改革与经济转型研究》（编号：14ZD013）和湖北大学创新团队建设项目《经济转型与土地管理改革研究》（编号：13hdcx05）的阶段性成果。

应当不包括像水资源这样的受行政法规则调整的“公物”，而仅包括适用民法上的所有权规范的狭义的国有物。再次，可以将国有物区分为不得处分的国有物和可以处分的国有物。未来我国应当完善法律，限制对国有物的处分。为了保护我国的环境和生态，应当把不属于公物的自然资源的绝大部分归入不得处分的国有物的范畴之中。“总的来说，我国的自然资源国家所有权制度是一个民法层面上的制度，在物权法中对其作规定不存在任何体系上的问题。”[1]

2、自然资源国家所有权公权说

这种观点认为自然资源国家所有权的性质不是私权，而是一种公权。[2]这种观点认为自然资源国家所有权“物权说”存在着矛盾。一是物权主体的实体化、平等性与“全民国家”的抽象性、优越性之间存在矛盾。二是物权客体的确定性与自然资源的不确定性之间存在矛盾。三是物权内容的私权性与自然资源国家所有权内容的公权性之间存在矛盾。四是物权行使的自主性与资源国家所有权行使的非自主性之间存在矛盾。五是物权的救济补偿性、责任自负性与资源国家所有权的救济惩罚性、“不负责任性”之间存在矛盾。六是用益物权的不可处分性与自然资源使用权的可处分性之间存在矛盾。七是所有权的唯一性与动产资源的所有权双重性之间存在矛盾。鉴于自然资源国家所有权“物权说”存在着缺陷，该观点认为不能从私法角度来理解自然资源国家所有权，而应当从公法角度来理解自然资源国家所有权，宪法上关于自然资源国家所有权的规定并不是“授予作为特殊民事主体的国家以民法所有权的赋权条款”[3]，而是“对相关领域国家权力运行的许可、对国家干预的宪法承认”[4]。国家之所以需要对自然资源进行干预，原因在于自然资源具有两个特点。一是自然资源具有高度的公益性。自然资源的利用效率和收益分配的公正程度直接影响着国家和社会的发展前景，以及人民的福祉。二是自然资源处于权属不清的原始状态。在权属不清的状态下，自然资源的利用有可能出现无序、低效和不公。“这两个特征决定了现代社会国家干预自然资源利用的正当性和必要性———国家必须掌握资源利用的主导权，从全民整体利益的高度出发，制定有关资源之分配、利用、惠益分享的统一规则，建立起富于激励、体现公平的资源利用秩序，以实现资源利用效益的最大化。”[5]国家干预自然资源利用虽然具有正当性和必要性，但是需要宪法规定，原因在于国家积极干预自然资源利用存在着三个方面的障碍：与历史习惯相冲突、与土地权利相冲突和与传统物权秩序相冲突。为了排除这些障碍，最便捷的办法就是在宪法中明确宣布自然资源属于国家所有，为国家进行积极干预提供正当依据。“从这个意义上说，自然资源国家所有权实际上是宪法对‘全民’之于一国主权范围内的‘自然资源整体’(无论多少种类、数量、是否被实际控制、价值大小)按照‘全民意志’(体现为国家立法)进行‘干预’(决定由谁利用、如何利用、收益如何分配等)之权的确认，其实质是国家积极干预资源利用的立法权及管理权。”[6]这种所有权的特征是：在主体上，国家作为所有权的主体是一个抽象的概念，等同于“全民”；在客体上，国家并不直接支配作为客体的自然资源；在内容上，国家运用的权力是公权；在行使上，国家机关未经具体授权就可以代表国家行使权力；在救济上，行为人侵害国有自然资源时，承担的是公法上的惩罚性责任，而不是私法上的补偿性责任。[7]

3、自然资源国家所有权三层结构说

[1] 薛军：《自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》，《法学研究》2013年第4期，第71-74页。
[2] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第19-27页。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35-47页。黄学贤：《自然资源国家所有权的公权性质研究》，苏州大学博士论文，2015年，第74-125页。
[3] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第24页。
[4] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第25页。
[5] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第25页。
[6] 巩固：《自然资源国家所有权公权说》，《法学研究》2013年第4期，第26页。
[7] 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。

这种观点认为，宪法上规定的自然资源国家所有权并不是单纯的公权，而是一个混合性的所有权，存在三层结构。[1]第一层结构是：自然资源国家所有权具有私法权能。原因在于，中国的形式上的宪法（即宪法典）不仅调整国家与公民之间的关系，也调整公民与公民之间的关系，也就是说，不仅调整公法关系，也调整私法关系。宪法上规定的自然资源国家所有权与民法上的自然资源国家所有权在形式上是统一的，两者的法律关系结构一致。“宪法规定的自然资源国家所有权，是规定国家作为所有者与其他任何私人之间的关系。而民法上的所有权，也是规定所有者与其他任何私人之间的关系，两者结构完全相同。”[2]第二层结构是：自然资源国家所有权具有公法权能。自然资源国家所有权除了具有民法上的占有、使用、收益和处分普通权能之外，还包括立法、行政和司法方面的权能，“即有权对自然资源进行立法、行政管制、利益分配等。”[3]第三层结构是：自然资源国家所有权具有宪法义务。“国家作为自然资源所有权人，不具有自身的利益，而是为全体人民的利益(甚至包括后代的利益)行使自然资源所有权。这是国家在自然资源所有权上的宪法义务，构成了自然资源国家所有权的第三层结构，也是国家所有权最为核心和重要的内容，说明所谓国家所有权本质上是信托结构中的受托人所有权。”[4]

4、自然资源国家所有权双阶构造说

这种观点认为，自然资源国家所有权存在宪法所有权和民法所有权两个位阶的权利。宪法所有权和民法所有权不属于同一效力位阶，两者之间没有冲突，而是相辅相成。[5]宪法所有权与民法所有权之间存在区别。首先，两者的原则不同。民法所有权适用“一物一权”原则，而宪法所有权不适用这个原则。二是两者的价值不同。宪法所有权“在于维护社会经济制度，与其被阐释为国家的基本权利，毋宁被理解为国家的基本义务。”[6]民法所有权“在于实现物尽其用，并防范私主体对权利的侵害。”宪法所有权和民法所有权在实践中客观存在，不过，容易混同。原因在于“国家所有权的特殊性在于国家身份的复合性———就自然资源而言，国家既是资源管理者，又是资源所有者。”当国家作为自然资源的所有者，以民法所有者身份出现时，受经济利益的驱动，容易滥用民法上的所有权，而怠于行使宪法上的所有权，即自然资源管理者的义务。例如，“随着土地资源的日益匮乏，围填海热潮席卷中国沿海地区，引发了一系列生态和社会问题。其法律根源在于，我国规定了违宪审查制度但缺少专门机构进行有效操作，使得人们容易忽视财产权的宪法属性，由此导致国家的公法义务与私法权利被不合理切割。国家为实现国库收入最大化而行使民法所有权时，本应承担的宪法义务被随意摒弃。”[7]

二、自然资源国家所有权性质争议背后的方法论评析

1、部门法思维与法律体系思维

在研究法律问题时，可以有两种不同的思维，一种是部门法思维，另一种是法律体系的思维。所谓部门法思维，就是从单一的部门法角度来研究某一个问题，即从宪法、民法、经济法或者行政法等某一部门法的角度在研究某个问题。而法律体系思维则是从所有部门法的角度来研究某一个问题。

学者在研究自然资源国家所有权性质这个问题时，可以采用这样两种思维。

[1] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期，第48-58页。
[2] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期，第53页。
[3] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期，第55-56页。
[4] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期，第57页。
[5] 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4-16页。
[6] 税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，《法学研究》2013年第4期，第15页。
[7] 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16页。

自然资源国家所有权私权说或者自然资源国家所有权公权说就是采用单一的部门法思维研究自然资源国家所有权性质的产物。自然资源国家所有权私权说是从民法角度来研究自然资源国家所有权的性质。当我们从民法角度来看自然资源国家所有权的性质时，我们当然可以得出自然资源国家所有权属于私权的结论。因为，根据民法理论，国家作为一个法人，拥有私法主体资格，可以和其他法人及自然人一样成为所有权的主体。[1]国家作为私法主体在享有自然资源国家所有权的过程中，应当和其他权利主体一样，不能将自己的意志强加在其他主体之上。但是，当我们从法律体系的角度来看自然资源国家所有权问题时，我们可以很清楚地看到宪法中有关于自然资源国家所有权的规定，也可以看到土地管理法、草原法、森林法等管理自然资源的法律法规。很显然，不管是宪法上的规定，还是管理自然资源的法律法规的规定，都不属于私法上的规定，而属于公法上的规定。因此，当我们从法律体系视角审视自然资源国家所有权的性质时，我们无法得出自然资源国家所有权仅仅是一个私法问题。与此相反，自然资源国家所有权公权说则是从宪法与行政法的角度来研究自然资源国家所有权的性质。当我们从宪法与行政法角度来看自然资源国家所有权的性质时，我们当然可以得出自然资源国家所有权属于公权的结论。因为，根据宪法与行政法理论，国家拥有自然资源并不是为了国家自己的利益，而是为了组成国家的人民的利益，国家所有的自然资源财产属于公共财产，而且国家还要设立专门的行政机关代表国家履行所有者职能。财产的公共性和所有者代表的行政性表明自然资源国家所有权应当是公权。但是，当我们从法律体系的角度来看自然资源国家所有权问题时，我们无法回避所有者国家可以作为私法主体的事实，也无法否认国家在履行所有者职能时不能将自己的意志强加给交易相对人的事实。因此，当我们从法律体系视角审视自然资源国家所有权的性质时，我们无法得出自然资源国家所有权仅仅是一个公法问题。

相比较于自然资源国家所有权私权说和自然资源国家所有权公权说，自然资源国家所有权三层结构说和自然资源国家所有权双阶构造说的视野要开阔一些，能够超越单一部门法思维来审视自然资源国家所有权的性质，认识到自然资源国家所有权的性质具有复杂性，不是单一的公权或者私权。虽然如此，自然资源国家所有权三层结构说和自然资源国家所有权双阶构造说依然存在可以商榷的地方。这两种学说与自然资源国家所有权公权说一样，将国家在自然资源管理方面的职能纳入了国家在自然资源上的所有者职能，没有认识到存在着与自然资源国家所有权不一样的自然资源国家管理权。

2、法律逻辑思维和法律实践思维

美国的大法官霍姆斯曾经有过一句名言："法律的生命不在于逻辑，而在于经验。"霍姆斯说："法律的生命不在于逻辑，而在于经验。对时代需要的感知，流行的道德和政治理论，对公共政策的直觉，不管你承认与否，甚至法官和他的同胞所共有的偏见对人们决定是否遵守规则所起的作用都远远大于三段论。法律包含了一个民族许多世纪的发展历史。它不能被当作由公理和推论组成的数学书。"[2]不过，霍姆斯的名言需要正确解读，否则，断章取义，有可能误认为霍姆斯是一个反逻辑主义者。事实上，根据学者的研究，霍姆斯并不是反对作为人们思维必须遵守的基本准则的逻辑，否认逻辑在法律中的重要作用，而是反对"认为法律中唯一起作用的是逻辑的观念"，反对当时的哈佛法学院院长兰德尔代表的形式主义的观点，形式主义认为普通法的基本原则存在于上诉审的判决汇编资料中，法官的任务就是从这些资料中总结出普通法的基本原则，然后根据这些原则来审理自己手中的案件。这种观点从表面上看起来可以减少法官的自由裁量权，实现法官客观判案的结

[1] 张作华：《论我国国家法律人格的双重性——兼谈国家所有权实现的私法路径》，《私法(第2辑第2卷)》，北京大学出版社,2003年版，第280页。

[2] O. W. Holmes, Jr., The Common Law, ed. M. Howe(Boston: Little Brown,[1881] 1963, 5.转引自张芝梅：《法律中的逻辑与经验——对霍姆斯的一个命题的解读》，《福建师范大学学报》2004年第1期，第67页。

果。但是，在社会生活急剧变化的背景下，传统的概念和理论可能已经不适合当前的实践需要了，如果固守传统的概念和理论，法官的判案结果可能就不客观了。[1]

霍姆斯关于法律逻辑与法律实践之间关系的思想对我们研究自然资源国家所有权的性质具有重要的启发意义。我们不能局限于传统的概念和理论，而应当根据实践的需要，提出适合实践需要的概念和理论，以解决实践中面临的问题。

自然资源国家所有权公权说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。传统民法物权理论建立在私人所有权基础上，传统民法物权理论要解决的是财产在私人之间分配和交易问题，而国家之所以要建立自然资源国家所有权制度，是因为实践中存在保护稀缺资源的需要。国家要防止稀缺资源被过度、低效开发利用和浪费，影响国家经济可持续发展。用传统的民法物权理论来审视自然资源国家所有权制度，当然可以发现两者之间存在许多不一致或者矛盾的地方。虽然自然资源国家所有权制度与传统民法物权理论存在许多差异，但是，从民法的角度来看，自然资源国家所有权制度要解决的还是一个定纷止争的民法问题。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利用稀缺资源，避免私人无序开发利用自然资源。

自然资源国家所有权私权说否认宪法上的自然资源国家所有权的存在，是片面运用民法物权理论的结果。虽然自然资源国家所有权私权说正确认识到了国家作为私法主体在自然资源上的所有权，但是，片面运用这种理论，而不肯从实践出发，考察自然资源国家所有权在实践中是如何创建和实现的。

自然资源国家所有权三层结构说的观点与实践不符。虽然自然资源国家所有权三层结构说认识到了宪法上的自然资源国家所有权的特殊性，即国家拥有自然资源所有权是为了人民（包括未来的人民）的公共利益，国家对人民负有信托义务，但是，自然资源国家所有权三层结构说的观点与实践存在两点不符之处。一是宪法上的自然资源国家所有权具有私权权能与宪法上的条文的内容不符。宪法上的条文只是大致划定了自然资源国家所有和集体组织所有之间的范围，不能起到确定自然资源国家所有权具体范围的效果。二是宪法上的自然资源国家所有权具有立法、行政和司法方面的权能与实践不符。国家的立法、行政和司法权是公权力，适用对象是所有的自然资源，包括国家所有的自然资源和集体组织所有的自然资源。

自然资源国家所有权双阶构造说虽然视野要更开阔一些，能够从宪法、民法和行政法的角度来审视自然资源国家所有权的性质，而且也认识到国家具有所有者和管理者双重身份，更符合实践，但是，没有认识到自然资源国家所有权与自然资源国家管理权之间的区别，而将自然资源国家管理权纳入宪法上的自然资源国家所有权范畴，将其视为宪法上的自然资源国家所有权的义务。

三、自然资源国家所有权与自然资源国家管理权并列

如果我们从法律体系和实践需要的视角来审视自然资源国家所有权的性质，可以发现，众多的法律部门都会调整国家所有的自然资源，不仅存在自然资源国家所有权，还存在自然资源国家管理权。自然资源国家所有权和自然资源国家管理权存在一个显著的区别：两者的适用对象不同。自然资源国家所有权的适用对象只有国家拥有所有权的自然资源，而自然资源国家管理权的适用对象不仅包括国有自然资源，也包括集体所有的自然资源。自然资源国家所有权不仅存在宪法上的自然资源国家所有权，还存在民法上的自然资源国家所有权和行政法上的自然资源国家所有权。同样，自然资源国家管理权不仅存在宪法上的

[1] 张芝梅：《法律中的逻辑与经验——对霍姆斯的一个命题的解读》，《福建师范大学学报》2004年第1期，第68页。

自然资源国家管理权，还存在经济法上的自然资源管理权和行政法上的自然资源国家管理权。宪法上的自然资源国家所有权功能在于调整国家和集体在自然资源之间的分配关系，划定国家可以拥有的自然资源的大致范围。民法上的自然资源国家所有权功能在于详细地规定国家拥有所有权的自然资源的范围。行政法上的自然资源国家所有权功能在于解决谁来代表国家履行所有者职能以及如何履行所有者职能。而宪法上的自然资源国家管理权功能在于要求国家运用权力保证自然资源的合理利用，自然资源国家管理权的适用对象是所有的自然资源。经济法上的自然资源国家管理权功能在于为了保证各类自然资源的合理利用而规定各类利用主体在利用资源过程中必须履行的义务。行政法上的自然资源国家管理权功能在于授权特定的行政机关负责督促义务主体落实资源利用过程中应当履行的义务。[1]限于本文的主题与篇幅，本文主要从宪法和法理的角度论述自然资源国家所有权和自然资源国家管理权并列，国家管理自然资源合理利用的权力不属于自然资源国家所有权的范畴。

1、国家具有双重人格是自然资源国家所有权与自然资源国家管理权并列的理论基础

国家是否拥有人格，是一个有争议的问题。有些学者认为国家没有人格，另有一些学者则认为国家有人格。主张国家没有人格的学说中，马克思主义、法国的宪法学者狄骥和美国的纯粹法学家凯尔森的观点影响非常大。

马克思主义认为国家没有人格。直到19世纪马克思才在他的著作中揭示出国家的真实本质，他指出："国家是社会在一定发展阶段的产物；国家是表示：这个社会陷入了不可解决的自我矛盾，分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面，这些经济利益相互冲突的阶级，不至在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就需要有一种表面上架于社会之上的力量，这种力量应当缓和突出，把冲突保持在'秩序'的范围以内；这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量，就是国家。"[2]根据该论述可知，马克思主义并没有将国家视为一个由领土、人口、政府和主权组成的一个有人格的有机体，而是将国家视为凌驾于社会之上的一种力量。究竟如何理解马克思主义对国家的界定，还需要深入研究。法国当代著名的研究马克思主义的哲学家和社会政治理论家列菲弗尔认为马克思主义的国家含义有三种：一是国家是统治阶级的工具。这种理论是对国家的一种最著名的、也是最普及的概括。"恩格斯在关于国家的起源中，用简明扼要的语言做了概括：国家是最强大阶级的国家，'在阶级方面占统治地位的阶级，必然会在政治方面获得统治地位，这样它就获得了剥削被压迫阶级的新的手段'。因此，国家是一种机器，是根据主要的生产和交换资料方面变得宽松的阶级的需要而改组历史的结果，而国家又能使这个阶级由经济上的优势变成为在政治上拥有领导权，甚至可以实行专政。"[3]二是国家是在表面上独立于各个阶级的有自己独立利益的机关。[4]"这种理论把国家看作是竖立于整个社会之上，既表现出寄生性，又表现出掠夺性，为了它自身的利益，它能够掠夺整个社会的成果。"[5]三是国家是负担整个社会的政权。[6]这种理论认为国家直接管理着生产能力，具有一种经济能力，从而承担着各种行政管理职能。[7]这种国家关心整个社会、管

[1] 此理解受到了马俊驹先生观点的启发。马俊驹先生认为在行政法、经济法、刑法等公法领域也讲所有权。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91-92页。

[2] 《马克思恩格斯选集》（第四卷），人民出版社，1972年版，第166页。

[3]【法】列菲弗尔：《论国家——从黑格尔到斯大林和毛泽东》，李青宜等译，重庆出版社1988年版，第125页。

[4]【法】列菲弗尔：《论国家——从黑格尔到斯大林和毛泽东》，李青宜等译，重庆出版社1988年版，第129-131页。

[5]【法】列菲弗尔：《论国家——从黑格尔到斯大林和毛泽东》，李青宜等译，重庆出版社1988年版，第129页。

[6]【法】列菲弗尔：《论国家——从黑格尔到斯大林和毛泽东》，李青宜等译，重庆出版社1988年版，第133-139页。

[7]【法】列菲弗尔：《论国家——从黑格尔到斯大林和毛泽东》，李青宜等译，重庆出版社1988年版，第133页。

理着市民社会，甚至给市民社会带来好处。[1]根据列菲弗尔的研究结论可知，三种含义的国家都不是拥有人格的主体。

狄骥认为主张国家是一个拥有人格的法人的观点是脱离客观现实的形而上学的先验构想。原因在于，国家作为一个社会集体并没有自己独立的意识和意志，并不存在区别于众多个人意识和意志的意识和意志。我们通过观察能够实证的意志只有个人意志，"我们所看到的是那些被授予了权力的个人——国家元首、议员以及政府官员；除了那些被授予了权力——无论是通过什么方式——的个人所具有的意志以外，不存在关于其他意志的问题。"[2]"事实是在社会集体内有强弱之分，强者将其意志强加于弱者从而产生统治者与被统治者的地位。事实是，社会相互关联性控制着统治者与被统治者，它要求统治者必须运用他们的强大力量使'法'得到实施，事实是，对一系列统治者制定的规则的服从，该规则是法律规则的表述或实施；事实是为确保法规贯彻实行而对暴力的合法使用，即使该法规仅仅是统治者或其代理人的意志，只要该法规遵循法律规则并且是为了确保完成法律规则所要求的使命；最后，它还是被我们习惯上称之为公用事业机构的特性，这些机构的目的是完成法律规则所要求的任务。"[3]因此，不能将国家理解为拥有人格的"个人集团"，"而应将国家理解为这样一种现象：在一定的集团范围内产生分化，最强有力的部分制定、颁布法律、组建和控制公用事业部门。"[4]既然作为法人的国家不存在，国家也就不可能像自然人一样拥有权力和义务。"从此不应再空谈什么国家的权力和义务，而是统治者与执行其意志的公务员的权力和义务，为方便起见，我们遵照习惯沿用'国家'这个字眼，但在我们头脑中，这个词绝不意味着幽灵般的、被看做个体的大众与统治者，而是指代那些真真实实执掌权力的人。"[5]狄骥认为，如果主张国家是一个拥有主权的人格，这个结论将与国家作为一个法人应当受契约约束相矛盾。原因在于，如果国家是一个拥有主权的人格，国家就应当在契约性行为和单方性行为中都处于这种状态，国家作为主权者，其意志就应当不从属于任何意志，国家人格是至高无上的，如果受到契约的约束，国家的人格就不再是至高无上的了，国家的意志就受到了束缚，国家也就不是主权者了，这就会形成矛盾。[6]狄骥还坚定地认为："对国家独立人格的任何确认都是一种谬误；因为这种观点只可能导致专制"[7]。

凯尔森否认国家拥有人格的理由和狄骥基本相同。原因在于，凯尔森认为国家并非一种有统一意思的实在的共同体，将国家理解为有统一意思的实在的共同体，"具有鲜明的意识形态目的"[8]。凯尔森指出："如果国家理论不超越经验材料并堕落为形而上学的思辨，这种'集体意志'或'集体意识'就不会是同属于国家的人有所不同的一个存在的意志或意识；'集体意志'或'集体意识'一词只能标志某些人意志、感觉或思想相同并且由他们对这种共同意志、感觉、思想的觉悟而统一起来。因而一个实在的统一体只能在那些实际上处于同一精神状态的人中间并且也只在这种同一性实际上占优势的那些时刻才存在。但这样的同一性不像会是存在的，除非是在相对小的集团中，且这种集团的范围和成员地

[1]【法】列菲弗尔：《论国家——从黑格尔到斯大林和毛泽东》，李青宜等译，重庆出版社1988年版，第140页。

[2]【法】狄骥：《公法的变迁·法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社/春风出版社1999年版，第396页。

[3]【法】狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社/春风出版社1999年版，第26页。

[4]【法】狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社/春风出版社1999年版，第27页。

[5]【法】狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社/春风出版社1999年版，第27页。

[6]【法】狄骥：《公法的变迁·法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社/春风出版社1999年版，第133页。

[7]【法】狄骥：《公法的变迁·法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社/春风出版社1999年版，第424页。

[8]【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第207-208页。

位也是不断在变化着的。断言一个国家的所有公民的意志、感觉或思想永久相同，是一个明显的政治虚构”[1]。“当国家的实在统一体被描绘为一种‘集体利益’时，这种意识形态上的目的就更加清楚了。实际上，国家的人口是被分成或多或少相互对立的不同利益集团的。集体的国家利益的意识形态被用来掩饰这种不可避免的利益冲突。即使法律秩序代表着一些最重要的集团的利益之间的妥协，将这种体现在法律秩序中的利益称之为全体人的利益，也是一个虚构。”[2]凯尔森认为国家只是“国内法律秩序的人格化”[3]，国家和法律是等同的，“国家作为一个法律上的共同体不是一个和它的法律秩序分开的东西”[4]，“法律和国家的二元论是一种万物有灵论的迷信”。[5]

另有学者则主张国家拥有人格。主张国家拥有人格的观点分成两大派。一派是受罗马法传统影响的观点，这派的观点认为国家只有虚拟的人格，国家的人格是拟制的。另一派则是受日耳曼法传统影响的观点，这派的观点认为国家拥有实在的人格，国家是真正的人。

罗马人认为，国家作为一个整体，从来没有以独特人格的形式出现过，而是在前期体现为全体罗马市民的总和，后前体现为罗马的皇帝。后来，罗马人将皇室的国库人格化为拥有法律权利和义务的主体。这时，根据罗马人的观点，国家是一个拥有人格的人，但是有两个限制：一是国家只有通过虚构才能成为一个人；二是只在涉及共同体整体的财产关系的情形下国家才能拥有法律人格。[6]这种观念也为德国历史法学派学者所接受。例如历史法学派的伟大领袖萨维尼认为只存在自然的和虚构的两种人，自然人是个体的人，而虚构的人在自然人之外，具有享有法律权利和承担法律义务的资格。虚构的人包括“财团”、社团、公社、城市或国家。“所有法律人中最为庞大和重要的是国库，也就是被设想为私法关系主体的国家本身。”[7] 也就是说，赋予国家的只是虚构的人格。萨维尼的追随者普赫塔（Puchta）、布林兹（Brinz）、温德萨伊德（Windscheid）持有的也是这种观点。

而深受日耳曼法影响的学者则认为国家是拥有法律人格的真正的人。1835 年，卡尔·格舍尔（Karl Goschel）最早为“国家是法律人、真正的人而且是最高统治者”这一命题进行辩护。格舍尔强调，国家具有法律人格是因为国家具有意志，能够使国家作为一个整体成为权利和义务的承担者。[8]1837 年在对世袭学说的申辩者毛伦布雷歇尔进行评论时，哥廷根大学教授阿尔布雷希特（Wilhelm Eduard Albrecht）[9]再次提出了这一法律观念。[10]他认为，“国家居于个体之上，其目的绝非完全为了统治者和国民个体利益的总和，而是为了一种更高的共同利益”，只要存在着没有任何个体可以提出请求的更高利益，我们就必须在这个范围内将法律意义上的人格赋予国家。[11]这一观念也为布伦奇利（J. K. Bluntschli）所接受，他认为，国家在公法的意义上也是一个人，即国家能够取得、创造和拥有权利。

[1]【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 207 页。
[2]【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 208 页。
[3]【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 181 页。
[4]【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 204 页。
[5]【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 214 页。
[6]【美】小查尔斯·爱德华·梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 89-90 页。
[7]【美】小查尔斯·爱德华·梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 90 页。
[8]【美】小查尔斯·爱德华·梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 91 页。
[9]有学者认为，国家法人说的首倡者是哥廷根大学教授阿尔布雷希特，这种观点很显然与小查尔斯·爱德华·梅里亚姆的《卢梭以来的主权学说史》的观点不同。参见王天华：《国家法人说的兴衰及其法学遗产》，《法学研究》2012 年第 5 期 。
[10]【美】小查尔斯·爱德华·梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 91 页。
[11]【美】小查尔斯·爱德华·梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 92 页。

[1]格贝尔（C.F. von Gerber）在推进国家人格说方面最有影响，他认为国家就是法律秩序所确定的最高法律人格，法律赋予了国家运用其意志的能力最完备的资质，国家的人格是任何公法理论所必需的假定，没有这一假定就不可能存在任何科学的制度。国家的意志不是虚构的，而是一种真正的现实，存在于国家自身中并且其目的是为了自身的存在。国家的意志也不完全是抽象的，不仅具体化地体现在君主或者统治者身上，而且体现在“整个‘国家及其所有制度的组织结构’中”[2]。将国家设想为有机体和真实存在的法律人的经典表述是由奥托·基尔克（Otto Gierke）完成的。基尔克认为，“无论何时何地，人都有双重属性，即作为个人以及共同体成员的属性”。多个成员结合在一起时，可以从组成成员的“社会元素”中产生一个具有“集体人格”的完全不同于组成成员的新人。“例如，某个国家可能拥有一百万公民，但它并不是这一百万人的总和，而是由这一百万个体‘共同的’社会性元素形成的新人。”而且，这种新的人格与“任何一个公民的人格一样是真实的，而不是虚构的。”[3]1871 年之后占据德国国家法学说的通说地位的拉班德（Paul Laband）也赞同国家拥有人格。拉班德给“国家”下的定义有两个：一是从客观的角度将国家定义为“保全定居民族共同体的法秩序”，二是从主观的角度将国家定义为“存在于各个国家成员之上、构成其上位秩序的统一、自律的组织”。这两个定义之间的关系是：国家是法秩序的人格化。具体而言就是：国家是法秩序中的最高人格，国家这一人格自己支撑着自己的存在、意欲、行为所依据的法规则或法律，国家是法秩序的担任者。[4]拉班德之后的耶利内克（Georg Jellinek)是国家人格说的完成者，主张国家的人格是实际存在的人格，而不是拟制的人格。耶利内克吸收了基尔克的国民双重属性的观点，认为“隶属于国家的人整体上构成国民。国民有双重功能，既是国家社团的一个要素，即主体性国民，又是国家行为的对象，即作为客体的国民。”国民或国民代表在行使最高决定权的时候，是代表国家利益表达国家意思，而非出于自己的利益表达自己的意思。换言之，国家才是最高决定权的权利主体，国民或国民代表只是其工具。国家是一个具有集合统一性的团体，这种集合统一体有着不逊于个人的作为权利主体的能力，将集合统一体作为权利主体并非对非实在实体的拟制，该实体是与法秩序相结合的实在。[5]

本文反对国家人格否认说和国家人格拟制说，赞同国家拥有实在的人格这种观点。主要理由是：

（1）从社会实证的角度看，国家是一个由多种要素组成的客观存在的物质实体。法学家在分析国家的构成要素时，存在着争议。主流的观点认为国家由居民、领土、政府和主权四个要素组成。另有学者则提出了不同的看法。国内有学者认为，国家由人民、土地和主权三个部分组成。[6]凯尔森认为传统学说将国家的组成要素划分为领土、人民和权力三个部分。[7]他自己认为国家由领土、时间、人民和权力四个要素组成。[8]狄骥则认为国家由民族、统治者与被统治者的分化、统治者意志、统治者的物质力量、领土和公用事业机构六个要素组成。[9]虽然学者对国家的组成要素存在争议，但都承认国家的组成要素中有国民、

[1]【美】小查尔斯·爱德华·梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 83 页。
[2]【美】小查尔斯·爱德华·梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 93 页。
[3]【美】小查尔斯·爱德华·梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 94-95 页。
[4]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 。
[5]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 。
[6]沈开举：《论征收征用权》，《理论月刊》2009 年第 2 期。
[7]【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 233 页。
[8]【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 233 页。
[9]【法】狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社/春风出版社 1999 年版，第 43-66 页。

领土和政府这三个要素，这三个要素都是客观存在的物质实体，据此可以得出国家是一个由多种要素组成的客观存在的物质实体的结论。

（2）国家有自己独立的意志。反对国家拥有人格的狄骥认为，从实证的角度看，只有统治者的个人意志，而不存在大众意志。狄骥认为，“大众意志是一种无根据的假设，是一种站不住脚的假设，因为它涉及到这样一种科学上无法证明的假设，即个人意志会集合成为不同于其成员个人意志的一种大众意志。”“在一个国家，一个议会中，当国家首脑表达其意志时，不应该认为，也不能认为他们表达的是国民意志，这只是一种虚构；他们表达的是他们自身的意志。这就是事实，这就是现实。法律、法令所表达的是投票通过它们的议员的意志，是颁布该法律、法令的共和国总统的意志。行政或司法行为所表达的是作出该行为的行政人员或法官的个人意志。”[1]从表面上看，狄骥的说法成立，在实践中，我们只能看到立法者、行政官员和法官在运用自己的意志作出决定，无法看到大众一起运用自己的意志作出决定，但是，如果我们深入分析立法者、行政官员和法官意志的形成过程及其内容，就可以发现，狄骥的观点可以商榷。虽然统治者个人形成和表达意志离不开统治者个人的主观努力，不同的统治者所形成和表达的意志不同，体现出统治者的个性，但是，不能否认的是，统治者在形成和表达意志时，并不是随心所欲的，其意志所体现出的内容应当符合大多数国民的利益，为大多数国民所赞同，也就是说，统治者的意志并不完全是统治者自己的意志，而是作为国家的代理人表达国家的意志，国家的独立意志通过统治者加以表达。统治者的意志和大多数普通群众的想法之间的关系只有两种：或者一致，或者不一致。统治者的意志与普通群众之间的想法之间的不一致又可以分成真假两种情形。“真的不一致”是指统治者为了自己的私利，将自己的意志强加给普通群众，损害群众利益，或者统治者因为自己的主观或者客观原因，不能正确认识群众的想法，从而不能有效地保护群众利益；“假的不一致”是指统治者为了普通群众的长远利益，通过自己的意志引导群众逐渐认识到自己的长远利益。如果两者一致，我们可以说统治者的意志体现为国家意志。如果两者不一致，不管是“真的不一致”还是“假的不一致”，在统治者的统治地位没有被推翻之前，统治者的意志仍然体现为国家意志。两者的区别在于，“假的不一致”最后会变成一致，而“真的不一致”需要统治者调整，如果统治者不调整，一意孤行，统治者的统治地位就有可能被推翻。结论就是，虽然统治者的意志在表面是统治者个人的意志，但实际上统治者的意志体现的是国家意志，国家意志通过统治者体现出来，统治者只是国家的代理人，不能等同于国家。

（3）国家能够独立地享有权利和承担义务。在权利方面，虽然不同时代、地方和性质的国家所拥有的财产并不完全相同，但是不同时代、地方和性质的国家都拥有自己独立的财产，这是一个可以实证的不争的事实。国家所拥有的财产独立于该国统治者和国民的财产。例如，《俄罗斯联邦民法典》第 212 条规定俄罗斯联邦可以成为所有权主体，第 214 条规定俄罗斯联邦的国有财产包括属于俄罗斯联邦所有的财产和属于俄罗斯联邦各主体所有的财产。俄罗斯联邦各主体包括各共和国、边疆区、州、联邦直辖市、自治州和自治专区。不属于公民、法人或任何地方自治组织所有的土地和其他自然资源是国有财产。[2]在义务方面，不管是统治者，还是代表国家运用权力的公务员，在执行公务的过程中，如果给他人造成了损害，需要承担责任时，并不是由行为者自己承担责任，而是由国家来承担责任。

既然国家可以和自然人一样，是一个客观的物质实体，有自己独立的意志，也能够独立的享有权利和承担义务，国家也应当可以和自然人一样，是一个拥有人格的主体。

[1]【法】狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社/春风出版社 1999 年版，第 54 页。

[2] 黄道秀、李永军和鄢一美译：《俄罗斯联邦民法典》，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 102-103 页。

在肯定国家拥有人格的前提下，还需要进一步研究的问题是：国家的人格是单一的还是双重的？有学者认为国家的人格具有双重性：既有公法人格，也有私法人格。[1]国家人格的双重性是由国家的双重身份决定的，国家既是政权的所有者，同时也是包括自然资源在内的一些财产的所有者。[2]当国家是政权的所有者时，它是主权的所有者，掌握的是公权力，国家运用这种权力的目的，对外在于抵抗侵略，维护国家的独立自主，对内在于维护稳定的秩序和促进国家发展。稳定的秩序是广义的，包括政治秩序、经济秩序、文化秩序、社会秩序和生态秩序等。同样，国家发展也是广义的，包括政治发展、经济发展、文化发展、社会发展和生态发展等。当国家是财产的所有者时，它是物质的占有者，掌握的是私权利，国家直接控制包括自然资源在内的一部分财产的目的主要有两个：一是为政权的存在和正常运行奠定物质基础。国家作为政权的所有者，为了维持政权的存在和正常运行，需要直接控制一些财产，例如国防设施和装备、政府办公设施和设备、黄金、外汇、粮食和石油等战略物质储备等。二是为社会的正常运转和经济的稳定和可持续发展奠定物质基础。国家通过直接控制道路、河流、海滩及海域等资源，为人民群众的生产生活提供方便；国家通过投资建设水库、港口、航空航天设施、高新技术企业等，既可以为人民群众的生产生活提供方便，也可以为国家经济的可持续发展提供推动力。

国家人格的双重性决定了国家对自然资源既可以拥有所有权，也可以拥有管理权。国家基于私法人格对自然资源拥有的所有权属于私权，而不是公权。国家基于公法人格对自然资源拥有的所有权和管理权属于公权。

2、自然资源国家所有权与自然资源国家管理权并列有宪法文本作为实证支撑

仔细分析宪法关于自然资源的规定，可以通过法律文本分析实证自然资源国家所有权和自然资源国家管理权并列，自然资源国家管理权并不属于自然资源国家所有权。

宪法关于自然资源的规定，有第 9 条和 10 条。许多学者在探讨自然资源国家所有权的性质时，只探讨了宪法第 9 条的规定，是不完整的。[3]因为在自然资源中，土地资源应当是最重要的。

宪法第 9 条分成两款，第 1 款规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”该款规定的是自然资源所有权范围在国家和集体组织之间的划分。由于宪法不能详细地划分自然资源国家所有权和自然资源集体所有权之间的范围，加上大部分的自然资源将被划归国家所有，所以，宪法先从正面规定“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有”，然后从反面规定集体所有的自然资源的范围由法律规定，也就是说，在我们国家，自然资源的所有者并不是只有国家，集体组织也可以成为自然资源的所有者。为了从逻辑上论证自然资源国家所有权是公权，主张自然资源国家所有权公权说的学者对宪法第 9 条第 1 款关于集体所有自然资源的规定视而不见。[4]因为如果提到集体组织可以所有自然资源的规定，将引发人们的疑问：宪法也对集体组织所有自然资源作出了规定，如果主张自然资源国家所有权是公权，按照逻辑的一致性推导过来，自然资源集体组织所有权是否也是公权呢？很显然，不会有人认为自然资源集体组织所有权是公权。既然自然资源集体组织所有权可以私权，自然资源国家所有权也可

[1] 张作华：《论我国国家法律人格的双重性——兼谈国家所有权实现的私法路径》，《私法（第 2 辑第 2 卷）》，北京大学出版社，2003 年版，第 279-280 页。

[2] 张作华：《论我国国家法律人格的双重性——兼谈国家所有权实现的私法路径》，《私法（第 2 辑第 2 卷）》，北京大学出版社，2003 年版，第 279-280 页。

[3] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 48-58 页；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 4-16 页；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 116-125 页。

[4] 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 116-125 页。

以是私权。退一步讲，非要说自然资源国家所有权是公权，不能对该条规定的自然资源集体组织所有权视而不见，也应当回答自然资源集体组织所有权是什么性质。

宪法第 9 条第 2 款规定："国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。"该款规定的是自然资源国家管理权。需要特别指出的是，这里的"自然资源"是中国所有的自然资源，不仅包括国有的自然资源，也包括集体组织所有的自然资源。也就是说，宪法第 9 条第 2 款所说的自然资源是一个整体，而宪法第 9 条第 1 款所说的自然资源是分成了国家所有和集体组织所有两个部分。宪法第 9 条第 2 款的自然资源之所以是一个整体，原因在于不管是国家所有的自然资源，还是集体所有的自然资源都应当合理利用，国家作为主权者，有权要求所有主体合理利用所有自然资源。当我们认识到宪法第 9 条第 2 款的适用对象是中国所有的自然资源时，我们就会发现，自然资源国家所有权公权说认为宪法第 9 条第 2 款"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"[1]的观点所存在的缺陷了：忽视了这里的"自然资源"是包括集体组织所有的自然资源在内的所有自然资源，而不仅仅是国家所有的自然资源。因此，自然资源国家所有权公权说认为宪法第 9 条第 2 款表明"资源国家所有权是'保障自然资源的合理利用'之权"[2]的观点就难以成立了。

同样，宪法第 10 条总共有 5 款，内容也是分成两个部分，前面 2 款是关于土地资源所有权范围划分的规定，后面 3 款是关于土地资源管理权的规定。第 10 条第 1 和 2 款规定："城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。"根据这两款的规定可知，国家所有的土地包括城市的土地以及农村和城市郊区中不属于集体组织所有的土地，而集体组织所有的土地则不包括城市的土地，仅限于农村和城市郊区，但并不是城市郊区和农村的土地都属于集体组织所有，有些土地属于国家所有，另外，宪法明确规定宅基地和自留地、自留山属于集体组织所有。第 10 条第 3 款规定："国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。"这一款很显然是关于土地资源管理权的规定，根据这一款，国家可以为了公共利益的需要，不仅可以强制性获得集体组织所有的土地所有权或者使用权，也可以强制性获得国家所有土地的使用权人的使用权。也就是说，这一款的适用对象是所有的土地，而不限于集体组织所有的土地。第 10 条第 4 款规定："任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。"这一款是关于土地所有权和使用权流转的管理性规定。根据这款规定，土地的所有权不能流转，而土地的使用权可以依照法律的规定流转。第 10 条第 5 款规定："一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。"这一款是关于土地资源合理利用的管理性规定。

总结宪法第 9 条和第 10 条的规定可以发现，宪法对自然资源的规定明显分成了两个部分，一个部分是大致划分自然资源国家所有权和集体组织所有权的范围，另一个部分是规定了国家对自然资源使用的原则性态度，体现了国家对自然资源使用的管理权。如果我们对自然资源集体组织所有权的规定视而不见，认识不到自然资源国家管理权的适用对象是所有的自然资源，得出自然资源国家所有权的性质是公权的结论的逻辑推理值得商榷。

3、自然资源国家所有权与自然资源国家管理权并列有国外理论和实践作为佐证

美国学者在研究各州保护自然资源的问题时，明确区别了各州对自然资源的所有权和各州对自然资源的管理权。美国学者将各州管理自然资源的权力称为警察权。需要指出的是，美国学者所说的警察权与我国学者所界定的警察权不同，美国学者所界定的警察权是

[1] 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 124 页。
[2] 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 124 页。

指一个主权国家为维护社会正义、公共安全、社会利益和社会公德等所享有的、由法律规定的内在和绝对的权力。[1]美国学者所界定的警察权是一个广义的权力，与税收权和土地征收权并称为国家的三大权力。国家干预经济和社会所运用的权力都是警察权。也就说，美国警察部门所掌握和运用的权力只是警察权的一部分，美国其他政府机构，如反垄断的司法部和联邦贸易会、维护证券市场的证券交易委员会等运用的管制市场的权力都是警察权。而我国学者所界定的警察权仅限定为警察所拥有的权力。例如，有学者从国家的宏观角度将警察权定性为国家的权力。这种观点认为警察权"是指主权国用以维护国家安全和社会治安秩序，预防、止和惩治违法犯罪活动而施放的一种强制力量。警察权力属于国家权力的范畴，是国家权力的重要组成部分，是实现警察职能、履行警察职责的重要保证。"[2]另有学者从警察机关和警察的微观角度将警察权定性为警察职权。这种观点认为警察权"作为国家权力的组成部分，随着国家的产生以及国家权力的产生而产生，是在国家权力运行结构的分工过程中形成的。警察权源于国家的设定，是国家赋予警察机关履行国家警察职能，实施警务活动的权力"[3]。虽然学者之间有一定的分歧，但学者最后都将警察权界定为警察机关拥有的权力。

这里还要特别指出的是，将自然资源国家所有权的内容界定为立法权、行政权和司法权[4]存在逻辑上的问题。因为从国家主权性权力和权利的功能角度来看，所有权应当是与警察权、税收权在一个逻辑层次，而与国家制定法律管理国家的立法权、行政权和司法权不在一个逻辑层次。因为不管是警察权、税收权、土地征收权，还是所有权，国家在运用主权性权力和权利时，都需要立法机关制定法律，授权相应的行政机关执法，发生争议后由司法机关加以裁决。

美国学者认为各州在保护野生动物时，既可以依据各州对包括野生动物在内的自然资源拥有所有权对自然资源进行管理，也可以依据各州的警察权对自然资源进行管理。不同的学者对依据所有权进行的管理和依据警察权进行的管理所处的地位发生了争议。有学者认为，各州在保护野生动物的依据方面经历了一个从所有权到警察权的发展过程，并且认为由于各州立法机关根据警察权被授予了许多权力，从而导致自然资源国家所有权内含的国家信托义务学说在促进主权性权力管理野生动物和其他自然资源方面能够发挥作用的空间越来越小了，甚至消失了。[5]另有学者则认为，虽然在 20 世纪，警察权日益取代公共信托学说，成为各州保护包括野生动物在内的自然资源的基础性的权力，但是认为信托学说将完全被警察权取代的观点不能接受。原因在于，自然资源国家所有权内含的国家公共信托义务学说可以保护自然资源不会因为立法机关、政府和行政人员的失职而遭受损害，可以让公众认识到州有义务为了将来的人民的利益而保护处于信托客体地位的野生动物。仅仅根据警察权，法院无法强迫州履行保护野生动物的积极义务，相反，根据国家公共信托义务学说，州必须保护处于信托客体地位的野生动物。[6]虽然学者对依据所有权进行的管理

[1] Glenn H. Reynolds, David B. Kopel, Evolving Police Power: Some Observations for a New Century,27 Hastings Constitutional Law Quarterly,1999-2000,p.511.
[2] 张盛国：《论警察职权的重新配置——兼与"警察权的支解与让渡"一文作者商榷》，《北京人民警察学院学报》2003 年第 4 期。
[3] 惠生武：《警察法论纲》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 127 页；陈兴良：《限权与分权：刑事法治视野中的警察权》，《法律科学》2002 年第 1 期；孙洪波：《中国警察权属性分析》，《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2014 年第 1 期。
[4] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 48-58 页；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 116-125 页。
[5] Michael C.Blumm, Lucus Ritchie, Pioneer Spirit and the Public Trust: The American Rule of Capture and State Ownership of Wildlife,35 Environmental Law 2005.p.713.
[6] Michael C.Blumm, Lucus Ritchie, Pioneer Spirit and the Public Trust: The American Rule of Capture and State Ownership of Wildlife,35 Environmental Law 2005.p.713.

和依据警察权进行的管理所处的地位存在争议，但是学者都承认存在着自然资源所有权和自然资源管理权这样两个不同的权力或权利。

不仅如此，美国的一些州的宪法明确区分了自然资源所有权和自然资源管理权。例如，阿拉斯加州宪法第 8 条第 3 款规定："不管在什么地方，野生的鱼、动物和水都保留给人民共同使用。"[1]阿拉斯加宪法第 8 条第 4 款规定：州在管理自然资源时，应当遵循可持续生产原则在各种有益的用途中选择最优的。[2]路易斯安那州宪法第 9 条第 3 款规定，路易斯安那州的可航行水域的河床属于路易斯安那州所有，路易斯安那州有权对可航行水域进行控制。[3]缅因州宪法第 1 条第 1 款规定：缅因州的野生动物和鱼属于全州人民所有，但是，由人民的代表立法机关采用许可使用制度对资源的使用进行管理。[4]第 9 条第 23 款规定："非经州参众两院 2/3 的多数同意，不得减少或者改变以下土地的用途：州为了保护或者娱乐的目的或者州立法机关为了执行本款而确定的州公园用地、公共地段或其他房地产。出售以上土地获得的款项必须用于购买处于同县用于同样用途的另外一块土地。"[5]弗吉尼亚州宪法第 10 条第 3 款规定："本州水域范围内的天然牡蛎养殖场、岩石和浅滩由本州为了人民的利益而受托拥有，不得出租、出借和出售，国会可以制定法律对这些资源的使用进行管理和限制，不过，国会可以根据调查或其他方式获得的信息而随时界定和调整这些资源的范围。"[6]怀俄明州宪法第 8 条第 1 款规定："本州范围内的所有自然河流、泉水、湖泊或以其他形式储存的静水，现宣布为属于本州所有的财产。"[7]第 1 条第 31 款规定："水对工业的繁荣至关重要，其数量有限，且易于从其自然渠道转移，本州必须控制其使用，应同样保护所有的用水者的利益。"[8]

美国法院的判例也认为存在着自然资源所有权和自然资源管理权的区别。例如，在蒙大拿州诉杰克案（State v. Jack）中，法院判决指出：一个州有权保护和管理自己的野生动物。在 19 世纪，人们普遍认为这个权力来源于普通法上的"主权性所有权"。但是，根据现代理论，这个权力在一个州的警察权范围内。[9]

特别需要指出的是，在美国，当野生动物遭受损害时，作为野生动物所有者的受托人州可以提起损害赔偿诉讼，而不是对造成损害的人进行处罚。美国许多法院总结到：当野生动物遭受损害时，州作为野生动物的所有者，不仅有资格，而且有义务提起诉讼，要求赔偿。[10]例如，在俄亥俄州诉鲍林格林市案（State v. City of Bowling Green）中，俄亥俄州最高法院认为，由于城市污水处理厂的过错导致鱼死亡，州作为受托人有义务为了公众的利益提起诉讼。[11]

---

[1] 英文原文是："wherever occurring in their natural state，fish，wildlife，and waters are reserved to the people for common use."

[2] Bret Adams, Etc. eds., Environmental and Natural Resources Provisions in State Constitutions, 22 Journal of Land, Resources, & Environmental Law,2002,p.80.

[3] Bret Adams, Etc. eds., Environmental and Natural Resources Provisions in State Constitutions, 22 Journal of Land, Resources, & Environmental Law,2002,p.138.

[4] Bret Adams, Etc. eds., Environmental and Natural Resources Provisions in State Constitutions, 22 Journal of Land, Resources, & Environmental Law,2002,p.146.

[5] Bret Adams, Etc. eds., Environmental and Natural Resources Provisions in State Constitutions, 22 Journal of Land, Resources, & Environmental Law,2002,p.145.

[6] Bret Adams, Etc. eds., Environmental and Natural Resources Provisions in State Constitutions, 22 Journal of Land, Resources, & Environmental Law,2002,p.235.

[7] 英文原文是"the water of all natural streams, springs, lakes or other collections of still water, within the boundaries of the state, are hereby declared to be the property of the state."

[8] Bret Adams, Etc. eds., Environmental and Natural Resources Provisions in State Constitutions, 22 Journal of Land, Resources, & Environmental Law,2002,p.248.

[9] State v. Jack, 539 P.2d 726, 728（Mont. 1975）.

[10] Michael C.Blumm, Lucus Ritchie, Pioneer Spirit and the Public Trust: The American Rule of Capture and State Ownership of Wildlife,35 Environmental Law 2005.p.716.

[11] State v. City of Bowling Green，313 N.E.2d 409（Ohio 1974）.

虽然美国的理论和法律实践并不能直接证明我国的自然资源国家所有权和自然资源国家管理权的存在，但是，至少可以告诉我们，区分自然资源国家所有权和自然资源国家管理权是有人做过的，是可能的选择。

综上所述，可以得知，从法律体系和法律实践的视角审视，自然资源国家所有权和自然资源国家管理权是并列的，不能将自然资源国家所有权的性质界定为单一的公权或私权，也不能将自然资源国家所有权的内容界定为立法、行政和司法权。

法律关系框架中的自然资源国家所有

陈国栋*

摘要：宪法变迁改变了自然资源国家所有这一宪法规范的属性，将其从政治规范变为法律规范，将其所调整的关系从国家与人民之间的政治关系变为国家与公民之间的关系。基于法律关系的分析，可以发现，自然资源国家所有是一个以公民自然资源利用自由和自然资源公平分享权为核心的法律关系体系，其核心是公民的法律权力。在公民权力的制约下，国家并不拥有占有、使用与处分自然资源的自由，并不拥有民法所有权。相应的，自然资源国家所有的法律规范体系，应当以公民权利而不是国家所有为起点加以构建，由赋予公民权力规范正当性的尊重与保障人权条款、授予公民权力的行政法条款、确权条款以及管制条款所组成。要确保自然资源的公共性，关键在于以公民权力制约国家自然资源管理权。

关键词：自然资源国家所有 宪法变迁 法律关系 公平分享权 法律权力 授权条款

因为近年来的乌木案、黑龙江省气候资源立法案以及狗头金案，法学界围绕着自然资源国家所有的法律属性展开了热烈研讨。尽管立法者已经在一些实定法中将其定性为所有权，[1]或在权威的文件中流露出将其界定为所有权的意思，[2]但正如美国学者在提及主权国家对自然资源的所有权时指出的，“所有权这一概念在此只是被宽泛地加以使用（used loosely）”，[3]所以这种界定并不能终结学界关于这一问题的争论。相反，因为望文生义的基于所有而认定国家有对于自然资源的所有权，才导致学理、立法乃至实践中歧见丛生、问题重重。然而，尽管观点层出不穷，依据纷纷出场，但关于这一问题还是没有取得共识。就此而言，对自然资源国有的法律属性作进一步的界定与厘清，以求知识上的增进与共识的形成，依然有其必要性。

然而，更为关键的问题是，对这一问题采取何种方式探讨与解决。对此，崔建远教授曾经指出，“如果是立法论或者哲学思考，则论者可以自由驰骋，甚至开宗立派；如果采取解释论，就必须受现行法的拘束”。[4]的确，在社会主义法律体系基本建成的今天，学界所应该做的，是摆脱“立法中心主义”，“戒除超然世外或漂移域外的研究者主体内心定位”，“从体系前思维转为体系后思维”[5]，在现行法律体系中去寻得自然资源国家所有的规范内涵与法律地位。进言之，不管我们是否将其认定为所有权，我们都需要将视线深深投置于以宪法为统领的整个法制法体系中，通过对现行法律体系中关涉自然资源国有的所有条款进行系统的梳理、审视、明辨与慎思，探明这一条款的制度构造，实现对自然资源国有的体系化、教义学的思考，从而更为准确、更为迅速的明晰这一概念的内涵，以消解当前众说纷纭、争论不休的尴尬。

* 陈国栋：男，湖北省公安县人，祖籍湖南宁乡。大连理工大学法律系讲师，北京大学宪法学与行政法学博士，主持省部级课题两项，出版专著两本，在《政治与法律》、《苏州大学学报》、《北方法学》、《甘肃行政学院学报》、《行政法论丛》等法学、政治行政学专业杂志上发表论文近 30 篇，其中 4 篇论文为人大复印资料全文转载。

[1] 如《水法》第三条规定：水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。

[2] “国家对全民所有自然资源资产行使所有权并进行管理和国家对国土范围内自然资源行使监管权是不同的，前者是所有权人意义上的权利，后者是管理者意义上的权力。这就需要完善自然资源监管体制，统一行使所有国土空间用途管制职责，使国有自然资源资产所有权人和国家自然资源管理者相互独立、相互配合、相互监督。”习近平:《关于〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉的说明》(2013 年 11 月 15 日)。

[3] Richard Barnes，Property Rights and Natural Resources，Oxford：Hart Publishing，2009，p5.

[4] 崔建远:《自然资源国家所有权的定位及完善》,《法学研究》2013 年第 4 期，第 66 页。

[5] 陈甦:《体系前研究到体系后研究的范式转型》,《法学研究》2011 年第 5 期。

在这一前提之下，我们不妨采用法律关系的分析方法。一方面，正如霍菲尔德所指出：“清楚理解、透彻叙述和真正解决法律难题的最大障碍之一往往源于这样一种明确或默示的假定：所有的法律关系都可归为‘权利’和‘义务’……。”[1]国家在自然资源法律制度中的法律地位也是如此。我们望文生义的将之理解为所有权，却没有依照法律关系的方法去将之理解为权利束，从而未能准确理解这种所谓所有权的内涵，从而导致了种种误解；另一方面，正如美国学者考克雷克所言的，“法律关系意味着基于一种法律与事实的处境，个体可以在法律的支持下，基于其意志现时的或持续限制或要求限制他人行为自由”[2]，“法律关系由法律上的占优势的所有者或持有者和相对居于劣势地位的法律上的被支配者或承受者形成的”[3]。因此法律关系有助于我们明确自然资源国有制度中公民、国家到底处于何种地位，从而更好的理解这种所有的特性。因此，对于自然资源国家所有，必须放在法律关系的框架下去审视，厘清其所涉各种法律关系的实质，从而最终确定其法律地位。而要将这一法律地位界定清楚，又必然要求我们必须回到既定的法律规范体系之中，毕竟，法律关系是法律规范调整法律主体之间社会关系所形成的规范关系，必须依托特定法律规范才可能生成、变更与消灭。因此，采用法律关系的分析方法，既是我们从整个社会主义法律体系入手去界定自然资源国家所有的必然要求，也是其必然结果。

一、自然资源国家所有：政治规范，还是法律规范？

不过，要以法律关系的方法去界定自然资源国家所有的法律属性，首先必须解决一个前提性问题：自然资源国家所有到底是法律规范中的国家所有，还是政治规范中的国家所有？如果是后者，那么自然没有办法进行法学上的规范分析。在自然资源国家所有被作为一种政治关系而由政治规范加以调整的情况下，国家仅需要对作为政治主体的人民负责，而不需要对作为自治主体的公民负责，他们之间只有政治关系，没有法律关系，法律关系的分析以及权利义务角度的定位既无必要也无可能，试图对国家所有权进行法律定位自然属于无用之功。

对于这一问题，存在着两个不同的答案。

（一）自然资源国家所有之政治规范说

薛军教授即抱持这一观点，认为无法从规范角度去分析自然资源国有。他指出：中国宪法中包含的大量社会经济条款，与资本主义国家宪法在魏玛宪法以后为克服社会矛盾而发展出来的社会经济条款，以及所谓的宪法上的第二代权利，在性质上是完全不同的。中国宪法第 9 条的目的是宣示和确认自然资源领域的社会主义公有制原则。这一原则主要是一个政治性的价值判断，并不具有严格的规范性意义。换言之，就规范分析而言，宪法的这一条并不具有太多的意义。[4]

笔者承认，在我国宪法没有经市场经济法则改造而变迁之前，正如薛军教授所指出的，宪法第 9 条的原意是确立生产资料的社会主义公有制，而不是魏玛宪法所确立的公民的社会经济权利。在与公有制配套的计划经济体制下，尽管国家也要在第 9 条第 2 款的约束下保障自然资源的合理使用，但这一义务所为之服务的主体不是公民，而是作为政治主体的人民。因为彼时的国家与社会是合一的，国家即社会，社会即国家，个体被普遍的整合到

[1] Wesley Newcomb Hohfeld，Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning，edited by Walter Wheeler Cook, Yale University Press, 1923,p.35.

[2] Albert.Kocourek. Various Definitions of Jural Relation. Columbia Law Review 20.4(1920): 412.

[3] Albert.Kocourek. Plurality of Advantage and Disadvantage in Jural Relations,19 Mich. L. Rev.47 1920-1921,p48.

[4] 薛军: 自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》,《法学研究》2013 年第 4 期，第 72 页。

被称为单位的组织中，[1]无法作为独立的主体而存在，因此这种保障合理利用的义务只是政治义务，对人民负责的义务，而不是对个体的法律义务。

基于同样原理，尽管在马列主义的经典文本中，也使用国家对生产资料的所有权这一概念，但这种所有权绝对不是法律语境中的所有权。因为法律关系框架中的私法所有权是处于权利义务框架中的，必存在一个与之相依的主体以组成权利义务关系，而在社会主义的国家与社会合一体系中，恰恰缺乏这样一个与国家处于相依地位的法律关系主体，所以程雪阳博士认为“我国现行宪法关于土地等自然资源的规定不仅仅是一项经济制度而且与所有权相关”的观点，[2]是站不住脚的。进一步说，将生产资料的公有制与私法产权一体化起来是不可能的。从本源上说，虽然马克思也运用所有权这一概念，但他是从使用价值与交换价值的分离、生产资料的所有与控制角度出发加以运用的，在于批判资本主义秩序中业所固有的、扎根的异化。[3]因此，马克思所言的国家所有权，实质上指的是国家拥有生产资料的控制权而不是所有权。也正因为它不是民法所有权，所以无论是苏俄还是宪法变迁之前的我国，无一例外的必然要以计划经济的方式而不是独立主体之间物权交易的方式来使用、处分自然资源。

（二）宪法变迁下自然资源国家所有的法律规范说

对于民法学者提出的这个问题，也有不少学者予以了回应。如程雪阳教授承认该条款的公有制属性，同时也认为该条款确立了国家对自然资源的私法所有权，并认为两者不冲突。[4]换言之，这一条款并非不可进行法学规范分析的政治条款。李忠夏教授则从另一个角度进行了回应。他指出，[5]1988年以来为实行市场经济而进行的历次修宪，导致我国宪法产生了性质上的根本变迁，“国家所有”不再与“公有制”和“计划经济”绑定，从完全的政治使命中解放出来，仅承担法律秩序内的公共任务。[6]换言之，他认为国家所有从政治规范变为法律规范，与宪法第12条的公共财产连接起来。

笔者同意这一判断，即基于宪法的变迁，对自然资源国家所有进行法学意义上的规范分析、进而确定国家所有的法律地位，就有了充分的可能。但笔者认为，自然资源国家所有的宪法变迁，导致其与宪法第33条的国家尊重和保障人权条款连接起来，而不仅仅是公共财产条款。

（三）宪法变迁下自然资源国家所有的变迁

在笔者看来，宪法变迁在如下宏观与微观层面改变了自然资源国家所有条款的规范属性，使其从政治关系变为公民与国家之间的法律关系。

首先是宏观层面。我国自1988年开始修宪以来，社会主义市场经济逐渐建立，自由主义以及公民的主观权利也随之日渐高扬、日趋壮大。从其对四项基本原则的强调来说，改革总设计师或许本来并不打算放行自由主义，而只是想通过市场经济来实现国家富强。其允许先富，是希望通过先富带动共同富裕，因此当时的个人理性背负着共富的伦理要求，与自由主义的内核大相径庭。但一旦开启改革开放的大门，个人理性与自由主义就不能不借此高扬，茁壮成长，如官方始料未及的那样成为主流意识形态并卸除其共富伦理维度。对此，施米特早已指出：“私人领域为自由主义提供了基础”。[7]当单位开始解体，国家与社会不再合一，个人不再从国家而是要独立的从市场中去解决个人生存与发展的问题时，

[1] 参见路风：《单位：一种特殊的社会组织形式》，《中国社会科学》1989年第1期。
[2] 程雪阳：《宪法上国家所有的规范含义》，《法学研究》2015年第2期，第113页。
[3] John Christman. The Myth of Property : Toward an Egalitarian Theory of Ownership Oxford University Press,1994, p200.
[4] 程雪阳：《宪法上国家所有的规范含义》，《法学研究》2015年第2期，第110页。
[5] 参见李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一个美丽的神话？》，《清华法学》2015年第2期。
[6] 李忠夏：《“国家所有”的宪法规范分析——以“国有财产”和“自然资源国家所有”的类型分析为例》，《交大法学》2015年第2期，第。
[7] [德]卡尔·施米特：《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社2003年版，第84页。

个人就获得了自我做主、自我负责的领域。而自由领域的开辟必然滋生自由意识的生成与生长，必然生成和繁衍出黑格尔所言的自命不凡的个人主义主体。[1]而且，在这一过程中，国家还不得不立法保障这种自由主义诉求，解除个体的后顾之忧，以便激发并获得市场经济的实践者对国家的认同，从而使他们付诸实际行动在客观上实践国家富强这一目标。改革之后一系列保护市场经济、保护个人权利的法制就是在这一逻辑支配下出台的。人权入宪则是这一逻辑与意识发展的巅峰。由此，宪法从富强宪法变为自由宪法，人权真正成为我国宪法的第5条根本法。[2]在这种情况下，薛军教授所言的“只有在立宪主义的宪法模式之下，宪法上的权利理论才可能具有某种维护个体利益、限制团体公共权力的内涵”的运用条件已经具备。[3]进言之，个体自由由此进入宪法与整个法律体系，成为宪法的价值导引与基础性规范，也成为理解和使用国家权力的准则。国家行为，由此要从自由的角度加以理解，并受到自由准则的约束。国家与人民的关系由此多了一重维度，分化出国家与公民的关系。从此，摆脱了计划经济与生产资料公有制束缚的自然资源国家所有制度就无需再置于政治性的第6条下予以理解，而是有可能放在人权条款下加以规范分析并确定其中的法律关系。

然后是微观层面。在微观上，宪法变迁导致自然资源国有制度产生如下几个方面的变迁：

1．自然资源使用主体上的变迁

在宪法变迁之前，虽然国家是保障自然资源合理使用义务的主体，但是，因为此时实行的社会主义计划经济体制，国家是经济活动的主体，所以国家同时也是自然资源的使用主体。但宪法变迁导致自然资源的使用主体的变迁。一方面，市场经济使得国家不再通过计划经济去安排资源的分配与使用；另一方面，为实行市场经济而不是计划经济，作为政治实体的国家有意识的与经济活动相分离，奉行政企分离原则并实行国企改革，国营企业由此变为私法所有权下的国有企业乃至混合所有制企业，以私法主体而不是国家的身份从事生产经营。作为政治实体的国家从此不再使用自然资源。

在这种情况下，个体取代国家成为自然资源的使用主体。一方面，这是宪法所规定的国家“保障自然资源合理使用”义务的必然结果。因为国家不再使用自然资源，在逻辑上，自然资源就被暂时悬置使用，不再成为全民所有制下计划经济所安排和使用对象。但是，因为“保障合理使用”意味着自然资源必须被投入使用，所以此时国家所有的自然资源只能为国家之外、独立于国家的个体所使用，而不能像私产一样为国家所垄断、占有，[4]不对个体所开放。换言之，国家必须允许、鼓励甚至要创造条件让自然资源为个体所使用，否则自然资源就无法被使用。因此，由个体取代国家成为自然资源的使用主体就成为国家的必然选择。另一方面，个体取代国家成为资源使用主体也是市场经济的必然。市场经济意味着市场取代国家成为资源配置的主体，个体要通过市场而不是国家去获得生产所需要的各项要素，因此，实行市场经济在逻辑上就必然意味着个体有通过市场机制去获得资源的权利，国家必须允许自然资源通过开放的市场机制而被配置进而得到使用。也正因为如此，国家不得不通过修宪，放行国有土地以及其他自然资源进入市场流通、交易，为个体所用。

[1] [德]哈贝马斯：《现代性的哲学话语》，曹卫东译，译林出版社2004年版，第20页。
[2] 陈端洪：《作为根本法的宪法》，《中外法学》2008年第4期，第492页。
[3] 薛军：《自然资源国家所有权的中国语境与制度传统》，《法学研究》2013年第4期，第72页。
[4] 有学者认为我国宪法中的自然资源国家所有条款属于国家处理自然资源权利的国家占有模式，这种模式需要向规制模式转变。参见王旭：《自然资源国家所有权的宪法规制功能》，《中国法学》2013年第5期。其实，所谓的宪法上自然资源的国家占有模式，所表达的是没有经历社会主义革命而从西方殖民体系独立出来的国家，以宪法来表达和捍卫其对领土内自然资源的永久主权以基于维护国家经济独立的目的。其针对的对象是其他主权国家或外国公司，其意义主要是国际法上的，而不是国内法上的。See Nico Schrijver, Sovereignty Over Natural Resources. Cambridge University Press, 1997.p3.因此，以占有模式来定性我国宪法上的自然资源国有，并不适合作为对其展开规范分析的起点。

这样一来，个体，也就在这一过程中，获得了使用自然资源的权利。换言之，国家虽然可以根据宪法上的“自然资源国家所有”条款国有自然资源，但它不能排除个体对自然资源的使用。相反，他必须建立一种机制，在通过特定机制国家所有化自然资源、并因此禁止公民对自然资源的任意使用的同时，保障公民使用自然资源的权利。虽然这一转变在宪法条款中并没有鲜明体现，但是2003年制定的《行政许可法》明确了它。这部流淌着自由主义精神的法律，[1]表面上看是规定了自然资源的配置要进行行政许可，实际上却是赋予了公民基于个人自由意志而主张获得资源利用许可的权利。可以说，在人权逐渐成为宪法第5根本法的大趋势下，服从保障人权的需要，通过行政许可法来恢复公民使用自然资源的权利，实属水到渠成。

2、自然资源国家所有的功能变迁

在宪法变迁之前，自然资源归于国家所有的意义在于，国家要通过这一机制实现宪法第6条所规定的消灭剥削的目的，并且通过国家的安排与使用造福于人民，满足人民群众日益增长的物质与文化需求。在这一制度中，公民作为个体虽然能享受到资源国有所带来的种种利益，但这种享有仅仅是因为其作为组成国家的单位的成员之一，而不代表着个体对国家的主观权利。换言之，这种受益只是一种反射利益。

但在宪法变迁之后，因为社会主义市场经济允许资本、劳动、生产资料等各项要素的自由流动，所以此时的自然资源国家所有不再具备消灭剥削的政治功能，而只能与宪法第12条所规定的公共财产制度连接起来，[2]以满足人民群众的生存与发展需求。在这个意义上，自然资源国有条款开始具备魏玛宪法中公民社会经济权利条款的性质，即它的正当性在于满足公民的社会经济权利。公民由此获得了通过自然资源国有制而满足其个体需要的社会权性质的权利。

不管我们是用福利权还是社会权或是新财产权概念去界定这样一种理念与现象，我们都必须承认，所谓的社会经济权利，是一种分享公共财富与资源的权利：“从某种程度的经济福利与安全到充分享有社会财富并依据通行标准享受文明生活的权利等一系列权利”。[3]这种权利“关系到要求分享社会中的各种生存手段的权利的普遍化”。[4]相应的，自然资源归属国家所有，那么公民就有要求国家付诸相应行为来保障公民分享自然资源的权利。

3.国家确保自然资源合理使用义务的变迁

在自然资源通过计划经济体制为国家所用的时代，国家履行确保其得到合理使用的义务的方式就是监督、约束国家自身。一方面，国家向人民保证生产资料的公有制，使之不致于为私人所有以产生剥削，另一方面它向人民保证提高管理能力与生产效率，实现生产过程中的多快好省，提高生产效益避免资源浪费，以满足人民群众的需要。也就是说，作为确保自然资源合理使用义务主体的国家，在监督作为自然资源使用主体的国家。在宪法变迁使得国家不再使用自然资源、个人在使用自然资源后，政治国家的确保合理使用义务自然也要随之发生变迁。它从资源使用领域退出，隐身幕后，作为监管者去监管个体是否合理的使用了自然资源。在这种情况下，国家以对个体的监督、管制来履行其保障责任资源合理使用的义务。相应的，个体有接受国家监管并合理使用自然资源的义务。

二、自然资源国家所有的法律关系分析

[1] 陈端洪：《行政许可与个人自由》，《法学研究》2004年第3期。

[2] 李忠夏：《“国家所有”的宪法规范分析——以“国有财产”和“自然资源国家所有”的类型分析为例》，《交大法学》2015年第2期，第8页。

[3] [英]T.马歇尔：《公民身份与社会阶级》，郭忠华、刘训练编译，江苏人民出版社2007年版，第8页。

[4] [德]弗兰茨-克萨维尔.考夫曼：《社会福利国家面临的挑战》，王学东译，商务印书馆2004年版，第25页。

在建国之后，在社会主义正义观的指引下，基于革命的事实与逻辑，我国废除了旧中国的全部法统，打破了传统的财产权制度，[1]确立了自然资源的国家所有制。这一过程无法通过法律术语加以描述，无法定性为一种国家征收个体自然资源权利的过程，只能定性为政治上的剥夺与消灭，因为它是一场革命，是对过去法律体系、法律观念、法律价值与法律权利的全面否定。所以，对这一制度的建立是无法进行法律上的规范分析的。在改革之前，因为公民作为个体缺乏独立性，所以这一条款所调整的只能是国家与人民之间的政治关系，这样导致对这一制度的运行无法进行法律上的规范分析。但如上所述，宪法变迁改变了自然资源国家所有的规范属性与规范框架，也改变自然资源国家所有的关系结构，即围绕着自然资源的使用、监管与受益，公民从三个方面直接与国家发生关系，从而使得我们可以用法律、用权利的术语来分析自然资源国家所有条款，厘清其中的法律关系。在笔者看来，自然资源国家所有所涉的法律关系可以分为两个层次。

（一）基于公民自然资源利用自由的法律关系体系

1、国家与公民之间的征收法律关系

在洛克看来，私人有开发自然资源的自由，并通过劳动将开发过的自然产物变为其私有财产，只要个体给其他人留足了自然资源。[2]就洛克所处的18世纪而言，人口增长缓慢，自然资源充沛，工业对自然的破坏力还远未达致令人警醒的程度，所以在当时盛行的自由主义思潮的影响下，自然资源法律制度不可避免地要以私人对自然资源的开发自由、自然空间的进入自由为核心理念。[3]因此，从历史视角来看，在很长的一段时间内，土地以及其他自然资源都是私人产权所支配的客体，是公民行使其自由、通过劳动将其转化为自身财产的对象，使用自然资源可说是人权的一个基本组成部分。时至今日，诺齐克等自由至上主义者依然主张国家不应限制个体对自然资源的开发与使用。因此，当我们承认人权是我国宪法的第五根本法时，基于人权先于国家、国家为人权服务、人权是规范分析之起点的原则，我们就必须在逻辑上认定，自然资源国家所有是国家征收公民使用自然资源的自然自由，保障公共利益的方法与手段。这样一来，国家所有就从革命的剥夺变成通过立法进行的普遍性征收，原本人民可自由开发、利用的自然资源就成为宪法第12条所规定的公共财产。换言之，宪法第9条永久的征收了全体公民不经许可就使用自然资源的自由。相应的，公民由此背负着未经许可不得使用、开发自然资源的义务。为了确保公民履行这一义务，我国宪法第12条特定规定了公共财产神圣制度，设立了国家对公共财产的保护义务，并明文禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。

2、国家与公民之间的赋权法律关系

自然资源国有意味着国家要建立许可制度赋予公民恢复自然资源使用权的权利。细言之，既然我们尊重和保障人权，就必然要尊重和保障公民对自然资源的使用自由。它原本是公民人权的一部分，只是为了公共利益而不得不限制它。因此，基于保障公民自由的原则，征收这一自由的目的不是为了永久禁止公民使用它，而是为了使其进入法制的轨道，从而能够有节制的行使它，以实现公共利益与个体自由之间的平衡。相应的，为了保障公民的自由，国家就有必要尽可能地通过许可制赋予个体有节制的合理使用该自由的权利，公民由此获得了基于自己意愿解除禁止、回复自由的权力，即解除自然资源国有制度对自己的限制、消除不得使用自然资源之义务的权力。[4]也正因为如此，德国学者胡芬指出：

[1] 林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社2001年版，第213页。

[2] See J. Lock, Second Treatise of Government, in Two Treatises of Government, Cambridge Press, 1960, p.327.

[3] Richard Barnes，Property Rights and Natural Resources，Oxford：Hart Publishing，2009，pp.1-2.

[4] 也有学者将之界定为公民行使行政许可请求权。参见徐以祥：《行政法上请求权的理论构造》，《法学研究》2010年第6期。笔者认为，以美国学者霍菲尔德所界定的权力或欧陆法上的形成权定性这种获得许可的权利，较之于将之界定为请求权的做法，更为合适。详见陈国栋：《基于公民权利的行政审批改

“如果存在某个基本权利上的行为的法定限制，那么请求权就直接产生于该法律规范本身。”[1]也正因为这种赋权是为了保障公民的自由，所以这种赋权并不意味着国家有自由的立法权力，反而意味着国家有立法义务。从逻辑上来说，应当设立违宪审查制度，对违背自由精神、仅仅剥夺公民自由但不建立许可制度的立法或是管制过苛的立法进行监督。[2]

3、公民与国家之间的复权法律关系

公民拥有许可法赋予的恢复自然资源使用权的权力并不等于公民就一定要行使这种权力，也不意味着公民就一定能根据这种权力而恢复自由，它只是意味着公民有这样的法律能力，[3]且公民能否恢复自由还要看其是否满足了法律设定的事实条件，事实上也有能力去有节制的行使自由。若是只有法律能力——任何人都有资格提出许可申请，但没有事实上的能力——经审查不符合许可要件，那么就不能获得许可。问题的关键是只有经过审查才能确定到底有没有这种事实上的能力！而且一次未经过审查的，可能日后经过训练就能通过审查了。因此，在法理上任何公民都有这种法律能力。只有公民通过许可向行政机关表达了恢复自由、解除义务的意愿时，我们才能说公民在行使这种权力。这一过程实际上是公民运用霍菲尔德式法律权力去消灭之前公民不得使用自然资源之义务、生成公民使用自然资源之自由的过程，是公民行使哈特式第二性变更规则去形成新的第一性规则的过程。[4]

4、国家与公民之间的确权法律关系

因为公民行使这一权力意味着重新界定公民与国家之间的法律关系，意味着公、私边界的重新划定，所以需要由国家机关进行审核，以确保公民有能力有节制的行使自由，不对公共利益产生侵害，从而确保国家“保障自然资源的合理使用”义务的落实。在这一过程中，行政机关行使的是哈特式的第二性确认权。不过，就像法院有应公民起诉而启动司法程序的义务一样，此处行政机关也有启动确认权予以审核申请的程序性义务。[5]

5、国家与公民之间许可后的权利保障法律关系

这一关系是国家要保障公民获得许可后使用自然资源的权利，主要体现为对公民合法许可的保护以及违法许可中信赖利益的保护。[6]

6、国家与公民之间的监督法律关系

这一关系主要是指国家为了保护作为公共财产的自然资源，对公民以及获得自然资源

革——行政审批进路与行政许可本质之反思》，《甘肃行政学学报》2015年第2期，第117页。关于霍菲尔德式权力、权利、特权（自由）与豁免权及其法律关系体系，see Wesley· Newcomb ·Hohfeld，*Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*，edited by Walter Wheeler Cook, New Haven and London: Yale University Press,1919，pp.36-60.关于霍菲尔德的权力与欧陆法上的形成权的相同性，参见王涌：《法律关系的元形式：分析法学方法论之基础》，《北大法律评论》1998年第2辑，第592页；徐国栋：《论民事屈从关系》，《中国法学》2011年第5期，第158-159页。

[1]〔德〕胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第441页。当然，笔者认为此处的权利并非请求权，而系形成权，请求权当为形成权行使有效的产物。

[2]参见陈端洪：《行政许可与个人自由》，《法学研究》2004年第5期，第33页。

[3]霍菲尔德特意指出，最接近于权力的概念是ability（能力）。Wesley· Newcomb ·Hohfeld，*Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*，edited by Walter Wheeler Cook, New Haven and London: Yale University Press,1919，p.51。徐国栋教授指出，能力与权利不同，能力只能在行为实施之前剥夺；权利是行为的结果，只能在行为之后剥夺。这一点可便利于我们更好的理解获得许可的权力与获得许可的权利之间的区别与联系。参见徐国栋：《评析三个民法总则草案中的平等规定》，《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第7期，第23页。

[4]关于详见陈国栋：《基于公民权利的行政审批改革——行政审批进路与行政许可本质之反思》，《甘肃行政学学报》2015年第2期，第117-118页。

[5]同上，第118-119页。

[6]笔者认同刘飞教授的观点，认为信赖利益主要基于违法行为而产生。参见刘飞：《信赖保护原则的行政法 意义》，《法学研究》2010年第6期，第9页。但笔者认为，其根源在于，合法许可实际上是公民根据法律权力恢复自由的结果，公民由此获得的利益并不需要基于政府的给予以及公民对政府的信赖而产生。只有在许可行为违法即公民行使法律权力未能有效的恢复自由的情况下，才需要从信赖利益的角度去正当化公民通过违法许可获得的利益。

使用、开发许可的公民进行监督时，国家与公民之间的法律关系。国家有权要求公民遵守自然资源管理法制，有权要求公民在利用开发自然资源时依照许可所设定的条件，否则国家有权进行惩罚，剥夺公民的财产、自由以及获得许可的权力。[1]

（二）基于公民自然资源分享权的法律关系体系

上述法律关系并非自然资源国家所有法律关系的全部。实际上，在这一法律关系体系中，国家基于自然资源所有而对公民所承担的法律义务，似乎只有通过立法赋予权力从而使公民能够解除管制的立法义务、以及依法对公民申请进行审核以确定其是否可以恢复自由的确权义务，而不包括国家保障自然资源合理使用的义务。换言之，在这一法律关系体系中，国家保障自然资源合理使用的条款对公民来说没有任何意义，公民并不因此而拥有主观权利。然而，缺乏国家保障义务的自然资源国家所有是不够完整的，也是没有什么正当性的。因为在非生产资料公有制的背景下，国家所有的正当性在于通过国家所有来保障自然资源的合理使用以维护公共利益，而公共利益的第一位就是确保公民的基本生存需要，[2]因此国家必须履行保障合理使用义务，使自然资源在满足公民基本生存需要的前提下被使用、开发。相应的，公民由此具有相应的自然资源公平分享权（the right of fair share），来督促国家行使相应监管权力以保障自然资源的合理使用。

1、美国法上的公平分享权

作为一种可实现的法律权利，自然资源的公平分享权首先出现在美国新泽西州的劳雷尔山案。[3]在该案中，新泽西州最高法院认为，即使是中低收入者也有分享城市土地与空间以获得立锥之地的权利，因此市镇有义务通过土地使用政策和规制手段，规制市场主体开发城市土地、分割城市空间的行为。进一步说，尽管土地开发行为是市场化的，但因为土地与城市空间构成个体不可或缺的生存空间，所以对城市土地的自由开发不能剥夺公民对城市空间的分享权，否则中低收入者会被排除出市镇。这种分享权并不意味着公民都能获得同等的城市空间，但意味着至少能获得立锥之地以筑巢安家，因此它是一种确保底线需要的底线权利。后来州法院又通过劳雷尔山2号、3号案进一步明确了市镇的作为义务，比如创新规划技术、提供建设补贴以满足中低收入者获得经济适用房的权利，新泽西州在1985年甚至立法（Fair Housing Act）来保障这一权利。[4]2012年美国德克萨斯最高法院在Edwards Aquifer Auth. v. Day案中，[5]也运用了这一概念，进一步发展了公平分享权的内涵。法院认为，地下水资源应平等的为所有所有权人分享，政府在出于环境保护需要而限制水资源开发时，不应该保护此前已开发地下水资源者的权利却限制甚至剥夺后来者的开发权且不予补偿，这种限制行为构成对后来者的水资源公平分享权的征收。就此而言，本案中的公平分享权意味着公民基于资源共同所有人身份而拥有平等开发权与收益共享权。对公共信托原则与自然资源法律制度造诣深厚的萨克斯教授（Joseph L. Sax）认为，这一权利应当适用于包括土地资源、水资源在内的所有的自然资源开发时的管制，以解决自然资源开发与利用时的不公平问题。[6]而整个美国有关自然资源的法律制度，在萨克斯看来，都是非公平分享（non-fair-share）的。[7]

尽管作为新生概念，公平分享权的学理探讨还不够深入，其实践应用领域尚不广阔，但是经由上述两个案例，我们至少可以断定，所谓自然资源的公平分享权包含了三个层次：

[1]参见行政许可法第79条。

[2]Richard Barnes，Property Rights and Natural Resources，Oxford：Hart Publishing，2009，p90.

[3]Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel，67 N. J. 151, 336 A.2d 713 (1975).

[4]Harold A. McDougal, From Litigation to Legislation in Exclusionary Zoning Law, Harv. C.R.-C.L.L. Rev., Vol. 22, 1987.

[5]Edwards Aquifer Auth. v. Day, 369 S.W.3d 814 (Tex. 2012).

[6]Joseph L. Sax The “Fair Share” Concept in Takings Law, 19 Hastings W.-N.W. J. Envtl. L. & Polcy, Summer 2013.

[7]同上。

第一层次是对自然资源的底线性质的使用权，公民由此而满足自己最基本的生存与发展需要。它是自然资源公益性的第一体现。任何对自然资源的开发都不能损及这一权利，因此政府有规制自然资源开发与使用的义务，即限制某些主体的开发行为以保护另一些公民对自然资源的享用；相应的，公民有权利要求政府进行立法或采取相应行为来规制。

第二，开发自由上的平等。即对于公共资源，每个公民原则上都有平等开发的机会与权利，因此政府有设计自然资源开发制度，公平合理的分配开发权的义务。一般来说，为了自然资源的合理利用，也为了保障先开发者的已经依法获得的权益，需要在公平开发权与资源利用之间进行平衡，所以在自然资源开发领域实际上不可能设计无数额限制的许可制度。

第三，收益上的公平分享权。即每个所有人都应该有同等的开发自由并因此而获益；如果一个主体的开发行为影响了后来者的开发，那么先前的开发者应该对后来者予以补偿。当然，因为众所周知的原因，即因为有为数众多的个体可以不受限制的去使用资源，且不知道什么时候资源会被过度使用以致后来者权益被损害，所以这种补偿机制实际上在很多时候难以运行。为解决这一困境，最好的方法就是国家管制资源的开发，并对资源开发行为征收税费，从而以将税费回馈与社会的方式来对其他没有开发资源者和后代进行补偿。[1]在这个意义上，国家管制资源开发并对其征收收费，是国家保障自然资源合理使用的必要手段，也构成其履行保障自然资源合理使用义务的方式。

2、我国法律中公平分享权

我国虽然没有明确通过立法或判例确立公民对自然资源的上述公平分享权，但在相关自然资源分配立法中也可找到其踪影。

首先是第一层次公平分享权。我国立法中用于保护公民对于自然资源的底线生存与发展需求的法律规定不在少数。比如我国《取水许可和水资源费征收管理条例》第 4 条第 2 款规定，家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的，不需要申领取水许可证，也不需要缴纳用水费用；《太湖流域管理条例》第十五条规定：太湖流域水资源配置与调度，应当首先满足居民生活用水，兼顾生产、生态用水以及航运等需要；《水功能区管理办法》则设置了水功能区及其分类制度，通过饮用水功能区的禁止开发保护制度来保护公民的饮水需求。[2]又如我国建设部 2002 年颁布的《城市居住区规划设计规范》第 5.0.2 条规定，城市住宅间距的确定应以满足日照要求为基础，综合考虑采光、通风、消防、防震、管线埋设、视觉卫生等要求。因为它是城市住宅开发时所必须遵循的规范，所以其所规定的“住宅间距”就是规划部门所分配给公民的底线室外空间的法定边界。

其次是第二层次公平分享权。对于公民开发、利用自然资源的公平分享权，行政许可法中也有体现。如《行政许可法》第 47 条规定的听证，就可以被理解为协调、规制既有资源开发者与试图开发资源者之间的利益；而《行政许可法》第 53 条所保障的公民通过拍卖、招标程序获得行政许可的权利，其实就是公民通过公平公正程序去获得资源开发与利用自由的权利。在这一过程中，行政机关并无决定哪位公民能获得最后的开发权，真正决定最后许可获得者的，是参与竞争的所有许可申请人自己。[3]

[1] 程雪阳认为如果将国家对自然资源的所有权理解为公权，会因为国家有偿转让土地、收取相关权益的行为有违宪之嫌。参见程雪阳：《宪法上自然资源国有的规范含义》，《法学研究》2015 年第 4 期，第 106 页。笔者认为这一观点值得商榷。笔者认为，如果国家在收取转让金后通过财政回馈社会，并通过经济适用房等制度来保障因市场化土地开发而在商业化房产市场处于弱势地位的中低收入者的城市定居机会，就无所谓违宪。

[2] 参见《水功能区管理办法》第 3、9 条。

[3] 《行政许可法》第 53 条第 3 款规定：行政机关按照招标、拍卖程序确定中标人、买受人后，应当作出准予行政许可的决定，并依法向中标人、买受人颁发行政许可证件。

最后是第三层次公平分享权。这些体现为生态补偿机制与区域转移支付机制。比如《防洪法》第 32 条第 2 款规定，因蓄滞洪区而直接受益的地区和单位，应当对蓄滞洪区承担国家规定的补偿、救助义务。国务院和有关的省、自治区、直辖市人民政府应当建立对蓄滞洪区的扶持和补偿、救助制度。

毫无疑问，因为没有彻底贯彻公平分享权理念，上述有些规定并没有转化为公民对政府的主观权利，即通过相应程序或渠道参与政府管制政策制定过程并形成最终决策的权利。比如，面对地方政府不设立水功能区的行为或是政府维护水功能区不力，公民并不能提起诉讼要求政府作出相应行为，也无法启动程序来促成立法，其参与行政决策所表达的意志也不具有法律效力。换言之，公民没有权力命令行政机关立法来保护公民的饮水权利不被其他公民的用水行为所侵犯。又比如，行政许可中关于听证的决定赋予了公民参与听证、形塑资源分配决定的权利，但这种权利的本质是对既有合法利益的保障，是一种建基于第一代人权即防御权观念的权利，沿袭的是第三人私权保护的套路，而不是对未利用资源进行分配以获取财产的权利，因此实际上并不能用来保障公平分享权。我国公民对城市空间权益的诉求之所以屡屡为合法的规划许可行为所阻隔，其原因正在于此。[1]因此，进一步落实国家确保自然资源合理使用的义务，有赖于立法明确公民的公平分享权，探索和拓展公民行使这一权利的方式。

3、公平分享权的法律关系分析

尽管并不全面，但美国学者克里斯特曼对第一层次公平分享权特质的描述，有助于我们了解公平分享权的权利属性。他将第一层次的公平分享权称为控制性所有权，以区别于传统的私有所有权：“人们不必所有这些在传统(自由权)意义上拥有保障个人最低限度自主的资源。在此必要的是，人们对这些资源要拥有控制性所有权(control ownership)权利。这意味着他们应当有进入(access to)这样一种资源体系的权力，并对这些资源的那些确保其自主的方面具有决定的权威。”[2]在他看来，基于这种权利，“公民对此(公共资源)拥有使用和占有性权利，而占有性权利相当于自由进入权（free access），具有财产权地位，不可剥夺。”[3] 换言之，如果说使用自然资源的自由权是进入资源体系的权力，那么公平分享权就是确保资源合理使用从而确保自主的权力。

根据霍菲尔德法律关系理论，无论是要求政府立法以规制自然资源的使用从而确保公民能依托自然资源而满足生存与自主，还是要求政府设计相应制度以确保公民之间的平等开发权，或是公民参与到资源分配过程去形塑最后的分配决定，还是建立税费制度与相应补偿机制，其本质上都是公民在行使法律权力而不是法律权利。[4]因为这些权力的行使意味着要求政府建立相应法制去改变当前关于自然资源的法律规则与法律关系，是要限缩甚至消灭一些人的利益或权利，而这种法律效果，只能是法律权力所具有的。正是通过这种权力的行使，国家确保资源合理使用的规则才逐步建立起来。

（三）自然资源国有的法律属性

行文至此，我们已经可以对自然资源的法律属性做一总结了。

在以公民自然资源使用自由为中心的法律关系体系中，尽管国家有基于主权剥夺公民自由的权力，但在人权规范的约束下，国家在行使这一权力时还负担着通过立法建立许可

[1] 对此困境，详见陈越峰：《城市空间利益的正当分配》，《法学研究》2015 年第 2 期。

[2] John Christman. The Myth of Property : Toward an Egalitarian Theory of Ownership Oxford University Press,1994, p172.

[3] John Christman. The Myth of Property : Toward an Egalitarian Theory of Ownership Oxford University Press,1994, p173.

[4] 当然，因为这种权力的目的在于建章立制而不是单纯的建立具体法律关系与规则，所以这种权力往往要通过民主程序或是公共参与型程序行使。这就意味着，单个公民往往难以独立行使这一权力，需要通过组织化的渠道。

制度，赋予公民恢复自由、解除管制的权力的义务。因次，此种立法权并非绝对立法权，而是处于权力-服从关系与义务-权利关系中的复合体。[1]随之而来的，国家必须处于服从于公民行政许可恢复权力的约束之下，随时应公民申请对公民行使权力解除管制恢复自由的意思进行确权。国家没有拒绝许可申请的自由，他必须依法受理并依法做出裁断。如果公民的申请符合法定条件，那么国家就必须允许公民利用、开发自然资源而不得拒绝。进言之，国家没有私法性质的处分权，它在这里没有霍菲尔德意义上的权力。[2]具体而言，从自然资源许可来看，国家有基于确保资源合理使用而设定许可条件的权力与义务，但一旦设定这些条件后，是否要解除管制由公民掌握住到，能不能符合条件也由公民自己控制，国家只能被动等待公民提出申请，且公民符合条件的申请国家也不能拒绝，所以在具体的资源利用权从国家流转到个人的环节，国家是没有支配地位的，反而是公民有支配地位。在公民获得自由后，国家必须保护这一权利而不得随意撤销、废止。这些充分说明，国家在这一法律体系中并没有自由处分的权力，相反，在国家设立许可后，倒是公民有通过许可申请行为解除管制的自由。一言以蔽之，除了许可申请不像行政处分那样具有公定力、需要行政确认其有效性与否外，公民对于自然资源的使用权具有单方性形成权。

而在以公民公平分享自然资源为中心的法律关系中，国家还有相应的作为或不作为义务以确保自然资源的合理使用。国家有义务采取相应行为来管制一些公民的自然资源利用权，从而保护其他公民的自然资源利用权。因此，这种权利其实是一部分公民对抗其他公民自然资源利用权的权利。因为私法层面的对抗分散、无序且达成稳定规则的成本高昂，[3]所以才需要由政府进行统一管制，[4]并衍生出公民对抗国家的公平分享权。和自然资源利用权不同，这种权利解决的不是公民有没有利用自然资源的权利问题，而是在所有公民理论上都有这种权利的情况下，解决的是公民有没有要求国家建章立制，对资源利用权的效力范围进行管制、限缩的问题。它的目的就在于督促国家履行职责，保障自然资源的合理使用，保障自然资源的公共性。因此，自然资源利用权处理的是公民与国家之间的关系，公平分享权处理的则是面对公民竞争时，国家与公民之间的关系。因此，尽管这两种权利在某些时刻具有重合性，比如公民在申请许可面临其他人的竞争时，既有要求国家批准许可以恢复自由的权利，又有要求国家通过公平、公正程序保障公平分享权的权利，这两种权利依然是不同的。基于公平分享权，公民实际上进一步获得了控制国家自然资源管制权的权利，他们由此可以参与形成甚至否定行政机关的管制决定与行为。也正是通过这样的权利，国家确保自然资源合理使用的义务才从对人民负担的政治义务变成对个体负担的法律义务。

在这两种权利的约束下，国家既有开放管制许可公民使用自然资源的义务，也有权衡利弊制定相应规则去管制自然资源利用行为的义务，还有在资源利用权被管制的情况下建立相应平台与程序来保障公民公平分享自然资源开发机会的义务，以及通过制定经济措施规制开发行为、征收税费以实现利益共享、代际公平的义务。进言之，国家基于自然资源国有所而制定种种管制制度，是基于其义务，而非其权力，其权力不过是履行义务的手段。而且，无论是设立许可、建章立制方面的立法性权力，还是许可审查时的执法性权力，都受到了公民权利的制约。公民在这两种关系体系中，都居于优势地位。

[1] 这一概念借鉴自郑春燕教授。参见郑春燕：《现代行政过程中的行政法律关系》，《法学研究》2008年第1期，第65页。

[2] 霍菲尔德的权力是指其意志支配居于主导地位从而能导致法律关系产生具体变化的法律地位。

[3] Richard Barnes，Property Rights and Natural Resources，Oxford：Hart Publishing，2009，pp.2-3.

[4] 因此，尽管国家所有所带来会带来诸如所有者虚置、缺位与傲慢等问题，但基于国有化的巨大优势与不可或缺性，且这些弊端可以通过公民的使用自由权与公平分享权来约束，自然资源国有还是应当保留的。关于自然资源国家所有的弊端，参见汪庆华：《自然资源国家所有权的贫困》，《中国法律评论》2015年第3期，第123-124页。

因此，在上述两种公民权利的约束下，自然资源国有并不意味着国家的占有、处分、使用的权利，所以它并不意味着国家有私法意义上的所有权。[1]国有，仅仅意味着国家是自然资源这座宝库的守卫者与巡游者。[2]他可以将不合条件之人拒之门外，将不守规矩之徒赶出宝库，但绝不能拒绝那些有礼有节之人。可以说，国家除了有所有的名以外，并无所有的实质。但基于国家确保合理使用的义务，国家必须拥有相应建章立制并执行制度以保障自然合理使用的权力。所以，认为“国家所有”应当被理解为“只能是一种名义所有权”，“而不可能包含管理权”的说法，[3]也是不对的。

一言以蔽之，基于法律关系的分析，笔者赞同巩固教授的观点：自然资源国有是国家对自然资源的宪法性公权。[4]

三、自然资源国家所有的规范体系及对自然资源国家所有民法所有权之批判

既然上文已经基本完成了自然资源国家所有法律关系的梳理与勾勒，并由此确定了自然资源国有的法律属性，那么对自然资源国家所有的规范体系进行整合与体系建构，自是水到渠成。需要说明的是，这一对自然资源法律规范体系的梳理与概念分类，在类型上与税兵教授的分类，[5]有相似之处，但在方法论与出发点上有着根本的不同。

（一）以公民权利为起点的自然资源国有法律规范体系

1、基础性规范

如上所述，因为自然资源国有是在剥夺公民自然资源利用自由的基础上形成的，而国有化的目的又在于保障自然资源的合理使用从而使之服务于个体基本生存与发展的需要，所以，自然资源国有的基础规范是宪法第33条，即国家对人权的尊重与保障条款。尽管自然资源国家所有条款是处于国家基本经济制度中的，但是在公有制条款功能虚化、隐退之后，只有宪法的第五根本法，即人权条款才能给其提供规范性依据。[6]换言之，在这个市场在资源配置中起决定性作用的时代，为了保障公民依托自然资源而维系基本生存与发展需要的权利，才需要国家国有化自然资源（宪法第9条第1款），才需要国家确保自然资源的合理使用（宪法第9条第2款），才需要国家保障公共财产（宪法第12条），才需要国家在国有化之后通过许可制度赋予公民在具备有节制的行使自由的能力的基础上解除管制的权力。换言之，在宪法变迁后，自然资源国家所有当然可以归属到宪法第12条所规定的公共财产范畴加以理解，但是，这不是自然资源国有的规范起点，因为公共财产条款并不能提供自然资源国有的规范性基础，同时也不能从中导出公民对自然资源国有的主观权利。

2、授权性规范

[1] 王涌教授根据霍菲尔德法律关系理论、奥诺里的权能理论与麦克白功能理论出发，认为国家所有确立了国家的私法所有权。参见王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期，第53页。

[2] 守卫者概念借鉴自陈端洪教授。参见陈端洪：《行政许可与个人自由》，《法学研究》2004年第5期，第32页。

[3] 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190页。

[4] 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。相近观点，参见徐祥民：《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；参见李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一个美丽的神话？》，《清华法学》2015年第2期；马俊驹：《借鉴大陆法系传统法律框架构建自然资源法律制度》，《法学研究》2013年第4期，第69-70页。

[5] 参见税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，《法学研究》2013年第4期，第6-9页。

[6] 陈端洪教授主张，应修改宪法序言的最后一段，把2004年对第三十三条的修正案，即“国家尊重和保障人权”条款放到这里，以便突出根本法的完整内涵。陈端洪：《论宪法作为根本法与高级法》，《中外法学》2008年第4期，第498页。

此处的授权法规范既包括授予国家自然资源管理权的规范，也包括授予公民利用自然资源权利的规范。这一规范的功能在于为法律主体援引该类规范，改变既定的法律关系或法律规则，生成新的法律规则。它可以用来建章立制，也可用来建立具体的、个别性规则。因此，这类法律规范也可被定位为英国法理学家哈特所言的第二性变更规则。[1]

宪法第 9 条第 1 款即为授权性条款，即授予国家国有自然资源，并对之行使管制权的规范。根据这一条款，国家可以通过立法国有自然资源，征收公民自然法意义上的利用自然资源的自由，并建章立制对自然资源利用行为进行管制，设立公民对自然资源未经许可不得利用、开发的义务。相应的，诸如水法、森林法等管理自然资源的部门行政法规范中规定由国务院代表国家行使自然资源所有权的条款，也属于此类授权条款。

宪法虽然没有明确授予公民恢复自然资源利用自由的权力，但 9 条第 2 款规定的国家确保自然资源合理使用隐含了这一意思。正如本文之前所阐述的，国家虽然可以国有自然资源，但它不能基于自己的意愿而占有，只能让自然资源处于被使用状态，所以这就意味着公民有使用自然资源的权利，只不过要在国家保障下合理使用而已。因此，第 9 条第 2 款实际上是授予公民权利的条款。尽管税兵教授也认识到这一条款实际上确立了公民利用自然资源的权利，但他是在将宪法第 9 条第 1 款理解为国家所有权确立条款、第 9 条第 2 款理解为所有权社会义务条款的基础上，做出如此定位的，[2]所以难免给人一种国家所有权为主、公民的利用权为次，公民利用权是限制国家所有权之产物的感觉。这种权利真正的明确化，是通过《行政许可法》实现的。该法第 12 条第 2 款规定：有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予权利的，可以设定许可。在各个自然资源管理部门法中，也授予了这一权利。如水法第六条规定： 国家鼓励单位和个人依法开发、利用水资源，并保护其合法权益。开发、利用水资源的单位和个人有依法保护水资源的义务。第四十八条规定：直接从江河、湖泊或者地下取用水资源的单位和个人，应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定，向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证，并缴纳水资源费，取得取水权。但是，家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的除外。

此外，物权法第 119 条也有授权条款的意义。该条规定：国家实行自然资源有偿使用制度，但法律另有规定的除外。这一条款表明，立法者确认了自然资源是要投入市场进行配置的，公民由此拥有了根据法律去获得自然资源物权的权利。但是，这一条款在授权上的明确性不如行政许可法远甚，因为它没有明确公民获得自然资源物权的法律途径。

3、确权规范

所谓确权规范，是指确立公民经合法行使权力获得自然资源啊开发利用权后，确认这一请求权意义上的权利之合法性、有效性的规则。其相当于哈特所言的第二性确认规则。哈特指出，为解决为了解决第一性规则或第一性法律关系之不确定性问题，最简单的补救方式就是引进 “确认规则”(a rule of recognition)，来确认某一规则是否该社会共同体所要遵循的规则。[3]这种规则包含两方面，一方面是行政许可法以及部门行政法对合法许可所产生的公法权利的确权，另一方面是物权法等私法规范对合法许可所产生的私法权利的确权。前者确认了公民利用、开发自然资源的自由是法律所保护的自由，具有对抗国家机关的效力，国家机关非经法定事由与法律程序不能变更、撤回许可，纵使变更或撤回，也必须予以补偿。后者确认了经合法许可而获得的自然资源物权在私法秩序中的效力，其他私法主体不得侵犯该权利。

[1] See H·L· A· Hart. *The Concept of Law（2nd）*,New York: Oxford University Press，1994，pp.94-95.
[2] 参见税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 7 页。
[3] See H·L· A· Hart. *The Concept of Law（2nd）*,New York: Oxford University Press，1994，pp.94-95.

我国行政许可法第 8 条规定，依法取得的行政许可受法律保护。这就是公法层面的确权法规范。而行政许可法第 39 条关于许可证照的规定，就是这一权利被确权的书面证明，相应的，行政许可的审查程序，就是这一权利被公权力确权的程序。为了保护这一权利，行政许可法特定规定了救济措施，即该法第 8 条 2 款第 2 句所规定的补偿请求权。而针对其撤销行为的救济权利，则是通过行政诉讼法所确定的。这种请求撤销行政机关擅自改变行政许可的权利以及获得补偿的权利，即霍菲尔德所言的次生权利。[1]物权法第 122 条规定，“依法取得的海域使用权受法律保护”；第 123 条规定，“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护”。这两条都属于私法层面的确权法规范。[2]一些单行的部门行政管理法则从公法与私法两个层面同时进行了确权，如《海域使用管理办法》第 23 条规定：海域使用权人依法使用海域并获得收益的权利受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

4、管制规范

所谓管制规范，是指自然资源国有法制中用于管制公民，给公民确立相关义务以确保自然资源合理使用的规范。宪法第 9 条第 2 款，国家保障自然资源合理使用条款，既是给国家确立义务的条款，也是管制公民的条款。为了确保公民合理使用自然资源，不非法侵占、损害自然资源，国家建立了诸多行政管理规范，给公民设定了许多义务，并建立相应的行政处罚手段来落实。基于自然资源国有这一基本制度，立法者设立如此多的单行法以及管制规范，是可以理解的，这是维护自然资源公共属性的必然手段。

（二）与税兵教授自然资源国有法律规范体系的区别

显而易见，笔者对自然资源国家所有法律规范体系的梳理，与税兵教授构成了根本区别。为此，笔者有必要在此专门详细阐述此间区别的存在及其缘由。

1、关于基础性规范

在税兵教授看来，宪法第 9 条第 1 款属于自然资源国家所有的基础性规范，因为它是对自然资源作出了“终局性规定”的宪法规范，确立了国家对自然资源的宪法所有权，构成了自然资源国有法教义学的逻辑起点。虽然其根据第 9 条第 2 款承认公民有合理利用自然资源的宪法性权利，比如公民从河中取水的权利，[3]这一权利是从财产权的社会义务角度出发的，所以公民的这一权利并不构成规范分析与体系建构的原点。

但笔者恰恰认为，公民使用自然资源的自由才是真正的基础性规范，而且在宪法上的表达就是宪法第 33 条的人权条款。正如笔者之前所论述的，自然资源国有以及国家保障自然资源合理使用的义务都是服务于这一条款的，所以人权条款才构成对自然资源国有的规范分析的起点，正如确立公有制的宪法第 6 条在宪法变迁之前构成自然资源国有条款规范分析的起点一样。

[1] See Wesley Newcomb Hohfeld，Fundamental Legal Conceptions Applied in-Judicial Reasoning．26 The Yale Law Journal 753 (1917).
[2] 有学者指出，矿产资源法、水法、渔业法等单行法律虽然对相关自然资源物权做了较为全面的规定，但由于这些法律多是从行政管理的角度对权利进行规范的，这些权利的物权属性并不明确，财产权利的内容并不完善，更缺少对这些权利相应民事救济措施。比如传统的内水捕捞区被改变用途后渔民无法得到相应的安置。因此物权法有必要做出衔接性规定，明确这些权利受物权法即相关法律的保护。参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 276 页。其实，该学者所举的这个例子应该是用行政许可法来保护的，适用的应该是公法保护而不是私法保护。物权法作为一部私法规范，因主要用来保护公民物权不受私法层面的侵犯。
[3] 从税兵教授的文本来看，这一权利并非那种经过许可而从河中取水的权利，而是林来梵教授、柳经纬教授撰文所讨论的是否构成了对国家水资源所有权之侵犯的河边居民为生活需要而取水的权利。参见税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 7 页；柳经纬：《我家住在小河边——关于民商事立法中的国有财产情结问题》，载《法学家茶座》（第 19 辑），山东人民出版社 2008 年版，第 55～58 页；林来梵：《取水难题：菊花的困惑》，《法制资讯》2008 年第 6 期，第 64 页。

简而言之，此处之所以不同，是因为笔者认为自然资源国有必须先确定其规范性基础，然后才能展开规范性分析与规范的体系建构。因此，自然资源国有这一人为设计，绝不可能作为法律体系建构的基础规范。

2、关于授权性规范

在税兵教授看来，物权法第 119 条、第 122 条与第 123 条是授权性规范，它们明示了特别法对自然资源使用权的保护义务。他们作为授权法的特殊性在于，它们不仅具有法律补充授权的意义，还具有引致条款的功能，与确权性规范一起开拓了连接公法与私法的通道。[1]进言之，这里所谓的授权法条款，是指授予请求权意义上的权利的条款。

笔者则认为，物权法第 122、123 条属于确权法规范，即确定公民经许可获得自然资源物权之有效性的规范。至于物权法第 119 条，笔者则将之视为与行政许可法第 12 条具有相似功能的授权法条款。

简单来说，此处之所以不同，是因为笔者将授权法规范理解为哈特意义上的授予权力（形成权）的规范，是这些规范给公民提供了将国有的自然资源转化为私用的自然资源的法律依据，从而连接了公法与私法。即，物权法第 122、123 条所规定的自然资源物权，不过是公民根据行政许可法所规定的授权法规范，有效行使权力的产物。进言之，请求权意义上的自然资源物权是果，而授权法规范是根。而税兵教授则将授权法规范理解为授予请求权（狭义权利）的规范

3、关于确权法规范

税兵教授将物权法文本中，关涉自然资源物权的第 46 条、第 48 条、第 49 条界定为确权规范，即确定了民法上自然资源国家所有权的规范。这些条款完成了民法上自然资源国家所有权的权利塑造，使之与宪法上自然资源国家所有权相区别。[2]在税兵教授看来，宪法规定的自然资源国家所有权处于宪法这样一个公法规范中，不适合实现国有自然资源所有权向私法自然资源物权的转化，因此需要通过上述民法确权法规范将之转换为私法上的自然资源物权。[3]

而笔者则根据霍菲尔德、哈特等英美分析法学理论，将确权法规范定性确定权利有效性的规范，因此将物权法第 122、123 条与行政许可法中确定合法许可之权利性的条款，界定为确权法规范。

此处之所以不同，根本原因在于，笔者认为，不需要将所谓的宪法国家所有权转换为民法所有权，才能成立公民的自然资源用益物权。

4、关于管制性规范

在这一点上，笔者和税兵教授并无界定上的不同。淡水并教授对这些管制性条款基本持否定态度。其援引苏永钦教授的看法，认为真正的管制性规范，应当是民法体系中民法权利负担社会义务意义上的管制性规范。[4]但笔者以为，从自然资源公有角度出发，这些管制性规范是可以理解的，也是应该的。那些确立管制性规范的单行部门行政法的问题，并不在于这些管制性规范，而在于没有贯彻自由精神，没有贯彻尊重与保障人权原则，充分设立公民解除管制、恢复自由的授权性条款，落实这些权力的制度，保障这些权力有效行使后获得的自然资源物权的确权性条款。

（三）对自然资源国家所有民法所有权之批判

[1] 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 8-9 页。

[2] 同上，第 7-8 页。

[3] 相同观点，参见彭诚信、单平基：《水资源国家所有权理论之证成》，《清华法学》2010 年第 6 期，第 109 页。

[4] 税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 9 页。

行文至此，笔者有必要专门批判自然资源国家所有的民法所有权论了，这不仅是深度而系统的阐明笔者与巩固教授观点相左的根本所在，也是明晰这一制度之法律属性的必然要求。

除了巩固教授、王涌教授将自然资源国家所有视为民法所有权外，在当前的讨论中，还有许多学者持如此观点，尽管这些学者之间也存在差异。比如张翔教授虽然没有明确采取宪法国家所有权与民法所有权的二分法，却将自然资源国家所有理解为确立了国家的基本权利，[1]这已经暗含了将其视为民法所有权的意思；彭诚信、单平基教授认为存在着宪法上国家所有权与民法上国家所有权之分，宪法上国家所有权只是向民法上自然资源国家所有权转化的基础[2]；肖泽晟教授一方面认为宪法国家所有权是一种公共权利，同时又是私法权力，因为政府当局如同私人一样拥有土地和自然资源，并可能以平等主体的身份与私人发生关系,因而需要获得民法的确认和保护，并遵守民事规则；[3]程雪阳教授则认为，在法律地位、权能构造和权利外观上，自然资源国家所有权在宪法上和民法上并不存在差异。[4]

笔者认为，将自然资源国家所有理解为民法国家所有权的原因很多，比如因为现行法律已经规定了国家所有权，[5]但其中一个至关重要的问题在于，如何将之导向公民对自然资源的利用权。这尤其是民法学者念兹在兹之物。如税兵教授具有启发性的、但却是错误的引入德国公法上的双节构造理论，[6]来解决公法标的物即国有自然资源转化为民法用益物权标的的问题，并因此认为物权法第 46 条、第 48 条、第 49 条乃民法所有权之确权规范。[7]彭诚信、单平基认为，宪法规范只能间接影响私法或公法规范的制定与解释，私人之间的法律关系却不能直接由宪法调整，而自然资源效用的最大发挥要求所有权人可以依据民法规范支配自然资源，所以宪法上自然资源国家所有权必须转化为民法国家所有权。[8]

这种观点的最大问题就是否定了宪法所形成的公共财产直接转化为私法物权的可能性，否定了公民依据公法性质的权利去获得公法性质的自然资源物权，并根据这种权利获得对抗私法第三人的效力的可能性。其实，正如税费所形成的公共财富是源于公权力对个体利益的剥夺而产生的一样，私法物权又何尝不能通过个体权力对公共财富的转化而生成呢？如果说征收是国家的公法权力消灭私人权利、化私为公的法律运作过程，那么许可就是私人的公法权力消灭公法义务、化公为私的法律运作过程。其实，公民对自然资源的开发、利用权本质上是一种私益取向的权利，其原本属于法不禁止即自由归属于自由领域的权利，只是经过国家征收再经许可制度返还后，才成为一种公法权利的。因为其根子上依然是私权，因此无需再经过所谓的宪法国家所有权向私法所有权的转化，以便形成民法所有权向私法物权的转化。

从根本上说，这种观点的根源在于没有认识到自然资源国家所有向私法用益物权转化过程中国家与公民之间的法律关系的特殊性，没有认识到公民获取自然资源使用权之权利的特殊性。这种特殊性就在于，根据行政许可制度，公民随时可以向国家提出获得自然资

[1]参见张翔：《国家所有权的具体内容有待立法形成》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 62 页。

[2]参见彭诚信、单平基：《自然资源所有权的性质》，载崔建远主编：《自然资源物权法律制度研究》，法律出版社 2012 年版，第 37-44 页。

[3]参见肖泽晟：《宪法意义上的国家所有权》，《法学》2014 年第 5 期，第 32 页。

[4]程雪阳：《宪法上国家所有的规范含义》，《法学研究》2015 年第 2 期，第 105 页。

[5] 如王涌教授、崔建远教授。参见崔建远：《自然资源国家所有权的定位及完善》，《法学研究》2013 年第 4 期，第 66 页。程雪阳则认为这一概念更具统合性。基于公民权力对国家所有的制约，同时也因为国家的基本权利主体问题，笔者并不赞同程雪阳的观点。详细的批判，参见李忠夏教书的论文：《宪法上的“国家所有权”：一个美丽的神话？》，清华法学 2015 年第 2 期。

[6] 这是李忠夏的批评。参见李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一个美丽的神话？》，清华法学 2015 年第 2 期。

[7]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 14 页。

[8]参见彭诚信、单平基：《自然资源所有权的性质》，载崔建远主编：《自然资源物权法律制度研究》，法律出版社 2012 年版，第 40 页。

源使用权的申请，国家不能不受理这种申请，也不得违法不核准符合法定条件的申请。进言之，是公民行使行政许可法及单行自然资源管理法所授予的许可权，强制性的给国家机关施加了批准许可的义务。在这里，没有民法上平等主体之间的交易。当然，国家可以设定许可及其条件，但是在这种设立普遍规则的立法权行使完毕后，就轮到公民基于其意志来适用法律给国家施加批准义务了。在既定的立法环节完成后，对谁可以获得许可，国家完全没有决定自由了。因此，可以说，在自然资源利用、开发制度中，存在着两层次的权力，一是国家的立法性权力，受到公平分享权的制约；另一方面是实施层面的权力，由公民行使，生成具体的国家与具体公民之间的法律关系，国家只能行使程序性确认权来确认公民所创设的具体规则是否有效。[1]遗憾的是，民法学者却一味停留在民法权利的框架中去理解自然资源国有，没有注意到行政法中公民获取许可的权利，更遑论对这种权利展开规范分析，以致在其建构的法律规范体系中只有民法规范，却没有非管制性的行政法规范。

也正是因为没有认识到公民在公法上的这一形成权性质的权利，也没有看到国有自然资源向私法自然资源使用权转化过程中的特殊性，所以民法学者不可能将公民权利作为自然资源国有规范体系的起点，并围绕着这一权利建构相应的制度。

四、结语：公民权利约束下的自然资源国有

尽管对于自然资源国家所有究为何物，学者们还未达成共识。但是，几乎所有的学者都接受这一共识，即国有自然资源是公共财富，必须服务于公益，确保公民能够享受这一公共利益，因此自然资源法律制度建构的核心是如何公平公正的分配财富。在这一目的之下，似乎真如王涌教授所言：最为重要的是自然资源公平分配的民主程序，而非空洞的所有权问题。没有分配程序的法治保障，所谓国家所有权只是为政府部门在自然资源分配中的独断与腐败披上一件正当性外衣。[2]

但是，正如上文对国家所有权之民法所有权说的批判所显示的，对自然资源国家所有的不同认识，体现了对这一制度中公民权利究为何物的不同认识。而要实现分配程序的法治保障，最为关键的、同时也是耳熟能详的途径，就是以公民权利制约国家权力。因此，对于公民权利到底是什么，其效力如何，适用范围有多大的认识，也就决定了公民权利在多大范围、多大程度上能够实现对国家权力的制约。因此，在当今这个公民越来越依赖于国家提供给付与保障的新财产权时代，我们必须突破、超越传统的权利理论，去认识自然资源国家所有制度中的公民权利，从而为制约国家的自然资源管理权，提供新的路径。

[1] 详细论证，参见陈国栋：《基于公民权利的行政审批制度改革——行政审批进路与行政许可本质之反思》，《甘肃行政学院学报》2015年第2期，第112页以下；也可参见陈国栋：《作为社会权的受教育权——以高等教育领域为论域》，《苏州大学学报》（社会科学版）2015年第3期，第74页以下。

[2] 王涌：《自然资源国家所有权三层结构说》，《法学研究》2013年第4期，第61页。